慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	二段階説の史的展開に関する一考察
Sub Title	Betrachtung zur historischen Entwicklung der Zweistufentheorie
Author	藤原, 淳一郎(Fujiwara, Jun'ichirō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1976
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.49, No.1 (1976. 1) ,p.163- 180
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19760115-0163

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

二段階説の史的展開に関する一考察

藤原淳一郎

第一節　序　言
第二節　二段階説以前
第三節　イプセンの二段階説
第四節　二段階説の評価

第一節　序　言

筆者は、先に、W・ボーゼの「公行政行為形式としての行政契約――資金交付関係を特別に考慮して」と題する学位論文を紹介する機会を持つた。(1) 彼は、その第七章で、資金交付の法律関係への「公法契約論」の有効性を、殊に「二段階説」との対比において、論じたことは、既に紹介したところである、(2) ところで、この「二段階説」について、我が国においても、既に紹介され、批判もされているが、(3) しかし、筆者のみるところでは、いずれもやや断片的に過ぎ、その全体像が、必ずしも適格に伝えられていないきらいがなくはない。そこで、本稿において、先稿を補充する意味から、資金交付行政における

「二段階説」を採り上げることにしたい。

西ドイツならびにスイス行政法学において、資金交付行政の法律関係について、一九五〇年代に一世を風靡した「二段階説」は、その後、衰退を続けている。(4) この学説が、何故、一時期受容され、何故、次第に衰退していったかを探ろうというのが、本稿の目的である。しかし、残念ながら、与えられた紙数に制限があるため、本稿では、さしあたり「二段階説」の代表者ともいうべき、H・P・イプセンの学説を中心に、その問題点を探ることにし、論じ尽せぬ部分は、別の機会に譲ることにしたいと思う。

拙ない小稿ではあるが、青柳文雄先生に捧げさせて戴きたい。

(1) Wolfgang Bosse, Der subordinationsrechtliche Verwaltung als Handlungsform offentlicher Verwaltung, (Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 253), 1974, Dunker & Humblot.

なお、「法学研究」四八巻一一号に、右掲書に関する小稿が、掲載される予定である。

(2) 資金交付行政の法律関係の性質について、公法契約論が、重要な役割を担う点については、ボーゼ以前にも、広く承認されてきたところである。二段階説の主唱者たるイプセンでさえ、Hans Peter Ipsen, Verwaltung durch Subvention, VVDStRL Heft 25, 1967, S. 299 において、公法契約の可能性を承認しているほどである。資金交付の法形式の一つとして、公法契約を肯定するその他の例として、Wolfgang Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, (Schriften zum Öffentlichen Recht Bd. 44), 1967, S. 377; Herbert Bethge, Abschied von der Zweistufentheorie, JR 1972, S. 145; Fritz Ossenbühl, Rechtliche Probleme der Zulassung zu öffentlichen Stadthallen, DVBl 1973, S. 292; Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. 3, 3. Aufl., 1973, S. 234 などを挙げることができる。しかし、もっぱら公法契約という構成が有効であると説くのは、ボーゼ以外には見当らないところである。なお、シュテーンは、資金交付行政においては、その他の経済行政におけると異なり、公法契約に対して否定的見解を採っている。主たる理由は、契約という法形式への逃避を排除するためである。Klaus Stern, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierng Privater, JZ 1960, S. 562.

(3) 成田頼明「非権力行政の法律問題」公法研究　二八号所収、塩野宏「紹介・マルティン・ブリンガー『契約と行政行為』」国家学会雑誌　七七巻一・二号所収、藤原淳一郎『公法上の当事者訴訟』について(2)　六甲台論集　一五巻三号所収、など。

(4) 成田・荒・南・近藤・外間共編「現代行政法」一九六八年、有斐閣、二七二頁が、二段階説が「有力になりつつある」と述べているのは不正確であるが、かといって、すでに、二段階説が克服されてしまったと説くのも、行き過ぎである。現時点における二段階説の位置づけは、判例法の詳細な検討を終えなければ、でてこないから、本稿では、断定できない。学説でみる限りは、二段階説のような混合法律関係説に代り、一つの法律関係は単一に取

扱うべきであるとして、公法関係であるとする「単一説 Einheitlichkeitstheorie」が有力に主張されている。Vgl. Manfred Zuleeg, Die Rechtsformen der Subventionen, (Neue Kolner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 36), 1965, Walter de Gruyter, S. 46 ff.; Ossenbuhl, aaO (oben Anm. 2) S. 292; Georg Scholz, Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungszwangsrecht, 1975, Wilhelm Goldmann Verlag, S. 31 しかしながら「法律から一義的に生じるか、又は〔資金交付の〕同意行政庁が、信用機関との貸金その他の契約の締結を〔相手方に〕指示した場合」との限定つきながら、ヴォルフは、二段階説の余地を認めている（Wolff, aaO, S. 264）し、シュテーンも、Klaus Stern, Verwaltungsprozesuale Probleme in der öffentlichrechtlichen Klasur, 2. Aufl., C.H.Beck S. 12 において、「国家はその任務の遂行に際して、私法〔行為〕形式の選択によっても、公法上の制限を免れ得ないとの見解により、二段階説〔適用〕の制限を、明らかに、ゆつくりではあるが、招いたようにみえる」としながらも、「けれども、二段階説に他の任務領域が残されている」として、建築法上の先買権（Vorkaufrecht）などを例示して、いずれも、二段階説を、完全には、消し去っていない。Vgl. Bosse, aaO (oben Anm. 1) S. 95.

第二節　二段階説以前

「二段階説」について考察するためには、それ以前の学説の状況についてみておく必要がある。資金交付行政[5]の法律関係について、「二段階説」が有力になつたのは、一九五〇年代中葉であり、それ迄は、「私法関係説」が、何らの疑いなく、採られていたとされている[6]。そして、ヘンッェによれば、スイスにおいても、政府貸付金に限つてではあるが、他の資金交付からは区別して、私法と解していた時があるのである[7]。

ドイツにおいて、資金交付行政が展開され始めるのは、第一次大戦後のことである[8]。ことに、ヒトラー政権下の一九三六年、ドイツ経済を原料輸入から自給自足化させる目的で、特定品目についての原料製造につき、三信用組合を通じての、貸付金交付を始めたのに続いて、第二次大戦中の一九四一年には、ドイツ産業銀行の設立により、同銀行を通じての貸付金交付を行なつた[9]。これらは、いずれも、連邦経済省の審査を経て、金融機関と、貸付契約を締結するという方式がとられた[10]。その他、武器製造にあたつての、損失補償契約、販売保障契約など、戦時経済のために、様々の手法がとられた。

こうした資金交付は、帝国の利益のために、政府のイニシアチブと影響の下に行なわれたのであるから、公法的色彩あり

とみることも可能であつたろうが、ケーゲルによれば、帝国は、私法的に処理するのに重きをおき、予算措置上の貸付金すら、私法形式で与えられ、銀行に対する債務保証と、債務者に対する保証も、私法的に行なわれた。(11) 戦時中の資金交付による経済介入は、直接・間接的な帝国からの圧迫によるもので、自由意思が欠けていた以上、公法関係であつたとする見解は、ヘンツェによつても、拒否される。(12)

私法関係説が唱えられた理由が、実体法上の分析によるのか、争訟制度との関連によるのか、法律外的要因によるのか、筆者にはなお不明である。(13)

(5) 本稿においては、Subventionを、「資金交付（行政）」と訳出する。資金交付の法律問題としては、定義づけの問題や、憲法問題――ことに法治行政の原理との関係などがあるが、本稿では、割愛している。前者の問題については、Hans Peter Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, Carl Heymanns Verl., S. 6 ff.; Klaus Stern, aaO (oben Anm. 2), JZ 1960, S. 519 ff. に詳しく、後者については、右掲書の外に、塩野宏「資金交付行政の法律問題」国家学会雑誌七八巻三・四号以下、手島孝「行政国家と憲法」法政研究三二巻二―六合併号、参照。

(6) Zuleeg, aaO (oben Anm. 4) S. 7; Bosse, aaO (oben Anm. 1) S. 95.

(7) Karl-Otto Henze, Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlicher Finanzhilfe zugunsten Privater (Heiderberger echtswissenschaftliche Abhandlungen) Carl Winter Universitätsverlag, 1958, S. 76.

(8) Ipsen, aaO (oben Anm. 5) S. 1, Fn. 1.

(9) Hans Römer, Abwicklung reichtsverbürgter Kredite, BB 1950, S. 97 f.

(10) Aao, S. 98f.

(11) Gerhard Kegel, Rohstoff- uud Rustungskredite, JZ 1951, S. 394; Vgl. Romer, aaO (oben Anm. 9) S. 99.

(12) Henze, aaO (oben Anm. 7) S. 77, Fn. 123.

(13) ちなみに、ボーセは、国庫理論 Fiskuslehre の影響を、一つの可能性として、示唆する。Bosse, aaO (oben Anm. 1) S. 95. なお、国庫理論につき、Klaus Stern, Zur Grunallegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Verw. Arch. Bd. 49 S. 111f. 参照。

イプセンは、Ipsen, aaO (oben Anm. 5) SS. 59-60 において、資金交付の法律関係の構造について、時代遅れの見解がとられたままであつた原因を以下の四点に要約しているが、これも、一つの手掛りになるであろう。第一点は、経済行政実務上、新たに生起した行政任務を、他の行政任務においてとられていた法構造で、間に合わせてしまうということである。第二点は、経済過程と指導過程とを、同質的に形成するため、私法的に規定された経済過程との関連から、国家の指導過程を、私法的に表現していたということである（イプセンは、典型的な例として、穀物輸入手続における指導を挙げる。

S. 60 Fn. 96; Ipsen, Konstruktionsfragen der Getreideeinfuhr-Lenkung, in Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht (Gedachtnisschrift für Walter Jellinek) 1955, Isar Verlag, S. 600 ff.)。第三点は、資金交付関係が、受給者に対して授益的であつたために、殆んど争訟の対象とならず、司法審査に乗つてこなかつたことである。第四点は、資金交付についての、法律の定めを殆んど欠いていた上に、法律の定めといつても、単なる包括的授権である場合があり、授権を欠いている場合においても、執行権の行政裁量と行政命令を発展させ、法律的構成欠除を招いていたことである。Ipsen, aaO (oben Anm. 5) SS. 59-61.

第三節　イプセンの二段階説

オーゼンビュールが「二段階説の精神的父 (der geistige Vater der Zweistufentheorie)」と呼ぶ[14]ところの、イプセンの資金交付行政の法律関係についての見解[15]を、本節で要約しておきたい。

(一)法律関係の二段階性の可能性

資金交付申請人の、申請又は申請に相応する何らかの意思表示によつて、国家と資金交付受手との法律関係が樹立されるのが、常である。しかし、申請 (Antragstellung) が、私法上の「申込 (Offerte)」に該当するのは、極めて稀でしかない。すなわち、申請に対して、直ちに、補助金や貸付金を現実化するような認容的決定が下されるのではないからである。そこで、イプセンは、私人の申請に対する行政の認容決定は、単に「具体的給付についての」前段階 (Vorstufe) であつて、本来の資金給付履行のための第二関係 (Sekundärbeziehung) 樹立の前提でしかないとする。このように、申請に対する同意は、極く一部私法、殆んどは公法行為であるけれども、他方、申請に対する拒否は、単なる私法的性格づけの不適切な、公法上の高権行為であるとする。そして、右のことが妥当するのは、資金交付行政のうち、貸付 (Kredit) と保証 (Gewährleistung) とについてであり、補助金 (verlorenen Zuschuß) と物的助成 (Realförderung) とについては、一段階的な法律関係

にとどまるとする。このように、イプセンは、二段階説の妥当する領域を、貸付と保証とに限定しているのである。(16)(17)

イプセンは、二段階説の出発点は、資金交付が、高権行政か、国庫（非高権）行政かの点にあるとする。彼によれば、公行政任務遂行の指導手段としての資金交付は、行政が、（申請人の申請につき）同意又は拒否を決定することに関して、高権行政に属するとする。すなわち、第一の目的が、自らの財政力の強化や、蔵入の創造といったところにある、国家の営業経済目的上の経済過程への関与が、「国庫的国家活動」であるのに対して、「資金交付行政」の目的は、当初から公目的であり、公任務の遂行であり、資金交付受手のための利益創造は、目的への手段にしか過ぎず、自己目的ではないのである。こうした媒介たる資金交付を適用するかどうかの決定は、公権力の高権行為たる「行政行為」である。(18)

資金交付をするかどうか"ob"について、肯定的決定が下されれば、その執行と履行行為として、民法に従うところの、第二段階の契約締結が、それに続いて行なわれるというのが、二段階説の骨子である。イプセンは、この説の商品価値として、交付決定を行政行為と構成することにより、その限りで、行政は、法律適合性の原理、平等原則、裁量権行使限界の法理、撤回権・取消権の限界の法理、比例原則といった、行政法の全ゆる原理・法理に従わなければならない点を挙げている。そして、当然のことながら、第一段階についての争訟は、行政裁判所の管轄となる。他方、第二段階は、民法に服し、争訟は、通常裁判所の管轄となる。(19)

右に述べた「二段階説」を、イプセンは、当初、映画産業についての債務保証についての考察から、導き出したといわれている。(20)

クリューガーは、資金交付を「私法形式による公目的の助成」と性格づけ、従来の、高権行政か国庫行政かとの二元論には異質のものであつて、これから派生する権利救済は「事物の性質に従い、行政法上の権利保護」であるべきだと主張している。そして、この結論を補強するため、二段階説も、成立ちうる見解であるとして、間接的に支持している。(21)

クリューガーが、二段階説に完全には組しなかつたのに反し、ハーマンは、二段階説に立つている。論旨は、ほぼ、イプセンに類似しているけれども、やや詳論をしている点もあるので、紹介してみよう。第一に、資金交付行政が、高権行政か私法行政かについては、保証と貸付の行なわれる領域が、主として戦後の社会的混乱の処理のためであり、社会的性格を担うものであり、ボン基本法二〇条の「社会国家原理」にもとづく国家の義務の履行と位置づけることができるので、その限りで、高権的領域と言わねばならないとする。[22] 第二に、国家が個々の場合に、資金交付をなすかどうかは、公法上の観点から、決定されねばならぬとする。ここにおいて国家は、自由な意向によつて、資金交付を同意したり拒否したりできる私法上の主体としてではなく、高権力の担い手として、登場しているのである。したがつて、平等条項、裁量限界の法理などの公法上の制約に服する。なお、不服申立権につき、明文の規定がない場合にも、ハーマンによれば、行政裁判所への出訴が、――果してそのような給付についての権利侵害があつたかどうかという問題と切り離して考えると――許されるのである。第三に、資金交付についての同意決定がなされ、現実に交付がなされた場合には、もはや公法関係は終了してしまうのかとの疑問に対しては、むしろ公法関係は存続し、このことは、私法契約（貸付、保証）締結後も、同様であり、これら契約は、国家が給付担い手として登場する「形式（Form）」に過ぎないのであつて、公法関係と私法関係とが、互いに独立して併存すると説く。[23] そして、争訟も、契約上の形成に関するものは、通常裁判所に、公法上の争いは、行政裁判所に属するとする。[24]

このようにして、イプセンの見解とほぼ時を同じくして、二段階説を唱える者があり、判例・[25]学説により、受け容れられていくのである。ボーゼは、二段階説が、従来の私法契約説を完全には否定せず、むしろ、継木的に構成していたために、新たな通説として、抵抗なく受容されるに至つたと指摘している。[26]

二段階説の骨組みは、明らかにされたが、第一段階たる行政処分と、第二段階たる私法契約との相互関係などにつき、検

討を要するので、もう少し、イプセンの所説をみていくことにしよう。

(二)補助金と物的助成の法律関係

イプセンは、貸付と保証とについて、二段階説を唱えたが、残る、補助金と物的助成とを、どのようにみていたかは、二段階説の裏面として、言及しておかねばならぬであろう。

彼によれば、補助金配分が、その理由と金額とにつき、法律に羈束されていれば、これら法律関係は、全ての方向で公法であつて、二段階的に異なつた法律関係へと補助金関係が分裂することはない。助成金(Beihilfe)給付（たとえば〔Gasöl〕消費者への助成金）は、承認と支払という二段階的法律関係だが、全て公法関係である。他方、法規に補助金の定めがない場合は、困難な問題である。解決法は以下によるべきである。すなわち、補助金関係の内容上の形成に関して、共同決定的影響力をもたず、申請によつて、補助金法に服従し、予定された修正をえようと努めるのみの申請人なのか、そうではなくて、補助金関係が、申請人の、共同決定的内容形成から生じるのかである。前者は、当然のこと、公法関係であり、後者の場合にのみ、公法かどうかが問題になりうる。しかし、彼によれば、貸付や保証のような二段階にはなりにくい。何故なら、補助金につき、有用な私法契約タイプは、存在しないからである。補助金は、相手方に給付を当て、その提供に、正しく資金交付手段が奉仕する公の指導利益が存在するという、固有の機能があるのであつて、民法の贈与契約にあるような、無償贈与の意思と機能とを欠くからである。したがつて、公法関係とみるべきであるとする。

物的助成申請に対する拒否は、実定法上の解釈として、行政処分であるとする。(27)

イプセンが、補助金について、二段階説を排除するのは、たとえ二段階として構成できたとしても、第二段階に該当する私法契約が、民法上存在せず、執行権の形成意思は、異型的契約を承認するのを拒否するので、そのため、常に公法構造と

する点にある。しかし、シェッティンクによれば、同様の問題は、貸付における貸金契約、保証における保証契約にもありうるもので、第二段階の契約は、いずれも民法典の修正がかかつたものではないかという疑問が生じてくる。補助金と贈与契約との距離は、貸付と貸金契約との関係に比して、質的に大きいとは断じ難く、法律関係の合目的性により、変化させられるものではないかというのである。[28] シェッティンクが指摘するように、この点についてのイプセンの論述は、説得力を欠くといえよう。

(三)特別権力関係に非ず

資金交付の法律関係が、特別権力関係であるかどうかにつき、当時議論のあつたところである。[29] 二段階説による場合、第一段階の行政行為につき、基本権拘束と、司法審査とを肯定するので、特別権力関係は、無意味な命題になつてしまうが、ただ、第二段階の、私法契約については、公法原理によらず、民法原理によるので、特別権力関係的な、強い拘束を、相手方が受ける危険性がある。すなわち「私法への回避」の危険性である。

イプセンは、ここで再び、資金交付が公行政任務であつて、国庫活動ではないことを強調する。そして、必然的な結果として、可能な限り、資金交付は、その法形成の全過程と全段階において、法治国家原理に服し、またそうであらねばならず、公高権行政に対する憲法によつて拘束されねばならないとする。すなわち、特別権力関係説の否定である。さらに、資金交付の受手が、交付にかかわらず、自由な経済主体であり、そのままでありうる（何故なら、資金交付受手は、行政の内部に足を踏み入れず、自由経済一般として、外界にとどまる）ということに基礎づけられると説明している。[30]

イプセンが、私法への回避に対して、公法原理をかぶせることができるとしている点は、注目に価する。何故なら、二段階説批判の一つの論拠として、第一段階を行政処分と構成しておきながら、第二段階を私的自治に委ねてしまうのは、不徹

底であると、主張されているからである。[31] たとえば、ボーゼは、第二段階を私的自治に委ねるのは、二段階説を「空虚なものにする」とまで言い切っている。[32] しかし、第二段階にも、現在の用語法で言う「行政私法」[33]として、公法原理がかぶさるとなると、二段階説の評価も、変わってくるべきではなかったろうか。

㈣交付決定とその付款

資金交付申請に対する決定[34]が、行政行為とみられる限り、行政行為論の一般原則が妥当するのは、言う迄もないし、基本権の拘束（平等条項など）がかぶさってくる。それと共に、実務上、決定に付加されている付款の許容性が、手段と目的拘束の比例原則の上から、制限されてくる。付款は、経済行政の重要な手段として用いられているが、事実公平（Sachgerechtigkeit）と比例原則とから、判断されねばならない。一般的で根拠のない負担、基本権保障に反する負担などは、許されない。[35]

付款は、実定法上の明文がなくても、「機関が、或る行為の着手に自由な限り、その行為に条件・負担を付加しうる」との原則による。実務上は、資金交付目的が、永続的に達成されるよう、たとえば、資金交付請求権の譲渡不可能性と結びつき、行政に、統制・監督権を留保するというものがみられる。しかし、その内容が営業書類の閲覧・調査といった権限にとどまらず、より広く、一般的国家監督につながるような場合には、付款の許容性の限界をこえるものとされる。付款付の同意決定がなされれば、それにより、公法関係が生じ、申請人は、一方では、資金交付請求権を得、他方で、付款上の義務を負うわけである。通例、付款は、同意決定もしくはそれに続く私法契約締結に依存させるか、又は、それをこえて、付款内容を、履行契約の内容自体にしてしまうという方法で、付加されている。[36]

イプセンが、㈢において問題にした「特別権力関係」云々は、むしろ、この付款の問題を中心に展開されるべき議論ではなかろうか。なお、付款に対して不服ある際の争訟手段については、㈥で言及される。

(五)第一段階と第二段階との相互関係

二段階説の問題点として、第一段階の公法関係で明らかに含まない、もしくは、含みえなかつたような、交付相手方への拘束を、第二段階の契約で、約定しうるかということ、あるいは、第二段階としての私法関係が、公法的要素に影響を与えられるかということを、ドグマティッシュな問題として挙げることができる。更には、両段階の関係の中で、一方の形成行為が、他方の存続と内容に、どのような関係をもつか（たとえば、貸付同意の撤回・取消が、貸金契約に対して、あるいは反対に、貸金契約上の債務不履行が、貸付同意決定に対して）という、具体的問題もある。イプセンは、前者のドグマティッシュな問題に対する一般的解答は困難で、両法律関係の相互依存性を解明することを通して、個々の場合に、特徴的なことを解明しうるのみであるとする。(37)

イプセンによれば、構造的に二段階に形成される資金交付関係は、たとえ時間的に順次基礎づけられるということはあつても、その完全な終了迄は、二つのものとして同時に存在するとする。つまり、第二段階が成立するや否や、公法関係と私法関係との平行現象が存在するとする。両段階は、どのように交差するかというと、イプセンによれば、同意決定が無効な場合には、二段階目の契約も効力なく、解約するまでもなく、当初から無効である。第二に、同意が撤回可能な場合には、行政には、解約権を生じる（遡及効なし）。第三に、同意が取消原因をもつ瑕疵の場合は、撤回と同様であるとする。そして、行政に、第一段階の公法関係から生じた交付を取消す権限あるときは、私法上の「解約告知」を含め、可能な手段による権限があるが、しばしば解約告知が契約で約定されることもあり、解約告知の法的性質に、問題があるとする。(38)

イプセンは、さらに、実体法上の関係で、資金交付手段決定後も存続する第一段階の公法関係は、第二段階の契約関係に効果を与え、たとえ契約中に約定されずとも、公法上の取消原因は、それに対応する私法上の形成について授権していると

いうことが、承認されねばならぬとする。(39)

イプセンの見解は「第一段階が有効なとき、その限りで第二段階が存在する」という命題と共に「第二段階における債務不履行等は、第一段階（の撤回・取消）に影響を与える」という命題からなるといえる。しかし、たとえば「解約告知」におけるように、両者の交差するところが、問題になる。たとえば、ゲッツが指摘するように、解約告知を私法行為とみるだけでなく、同意撤回のような公法的性格をもつたものとみることによる混乱である。(40)イプセンは、解約告知に関する争訟につき、いずれの法形成において、行政の決定がなされたかが決定的とするが、これは、非常に、識別の困難なことになつてしまうのである。(41)それと共に、このように、公私法の交錯した法律関係という構成自体に対する疑問も、ツレークから提起されている。(42)

(六)　争訟手段

資金交付に係る争訟について、通常裁判所と行政裁判所との、いずれの裁判所に管轄権があるか、いかなる形式の訴えによるかは、明文の定めなき限り、当該法律関係の性質によつて決定されることになる。

第一に、資金交付申請に対する拒否は、行政行為として、行政の出訴の途が認められる。取消訴訟でも、十分、利益は保護されようが、欲求する資金交付を裁判上達成するためには、行為要求訴訟（Vornahmeklage）が望ましい。しかし、この訴えの前提を満たすためには、それに応じた実体法の展開と、裁量違反・平等条項違反の限界についての、裁判所による決定が必要である。一度与えた申請に対する同意を、行政行為によつて取消・撤回する場合についても、上と同様である。(43)

第二に、貸付又は保証につき、申請同意決定後に、行政が、このために必要とされる私法契約締結を、中断もしくは拒絶した場合は、民事上の給付訴訟によることができる。相手方の請求は、同意の存在を前提とした上で、行政に、民事関係の

樹立と、そこからの給付を引出すことを目的としているからである。(44)

第三に、申請者が、負担的付款の付加を争う場合は、その付款が、独立の行政行為を生じる限り、行政裁判所により、取消しうる。また、行政が、第二段階の私法契約締結を、付款にかからしめる場合には、どういう内容で、行政が第二段階の契約を締結したかを確認するため、同意から生じた公法関係の確認訴訟が許される。その内容の強制の現実化は、通常裁判所によつてのみ許される（第二参照）。(45)

第四に、公法的資金交付関係の内容と存続については、確認の利益がある場合に、確認訴訟が許される。同様のことは、第二段階の、通常裁判所管轄の、私法契約の内容と存続についても妥当する。(46)

第五に、補助金返還請求には、通例、行政強制手続が開かれ、相手方は、行政の出訴の途で争える。「公法契約」による補助金の返還請求は、行政側が原告となり、当事者訴訟の途によらねばならない。仮に、行政が、行政執行法上の金銭請求によつた場合には、相手方には、行政の出訴の途が開かれる。(47)

第六に、貸付についての返還請求は、貸金契約が私法上の契約であるので、通常の出訴の途により、行政側が原告となる。(48)

イプセンの、右のような争訟手段の交通整理の仕方は、細部に問題とすべき点はあろうが、形式の上では、すつきりしたものになつている。しかし、行政裁判所と通常裁判所との二本立てになつている点は、次項に述べるように、問題を含んだものである。

(14) Ossenbuhl, aaO (oben Anm. 2) S. 292.

(15) イプセンは、資金交付行政について、数々の論文を書いているが、本稿の論点に限れば、前掲注5の Offentliche Subventionierung Privater, 1956 が代表的である。なお、この論文は、同名にて、DVBl 1956 SS. 461ff., 498ff., 602ff. にも収録されているが、本稿執筆に当つては、前者の単行本を参照したので、引用もそれによることにしたい。

(16) Ipsen, aaO (oben Anm. 5) SS. 61-63.

(17) イプセンは、資金交付行政を、次の四種に分類する。第一は、「補助金」であって、返還義務のないものである。第二は、「貸付」であって、返還義務のある、金銭の交付又は支払猶予である。第三は、保証であって、私人の義務に対する国家の保証である。第四は、Realförderung des Privatenで、適訳を思いつかず、「物的助成」としておくが、公の委託・注文を与えるときの優遇、管理された原料についての優先許可というように、国家が、指導意図をもって、特定の企業等に便益を与えるものである。Vgl. Ipsen, aaO (oben Anm. 5). S. 55

(18) AaO, SS. 64f., 19 f.

(19) AaO, S. 66f. ; Ipsen, VVDStRL Heft 11(1954), Aussprache über die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, S. 130.

(20) Ipsen, aaO (oben Anm. 5) S. 64 Fn. 98 ; Ipsen, aaO (oben Anm. 19) S. 130; Zuleeg, aaO (oben Anm. 4)S. 54.

(21) Herbert Krüger, Wirtschaftverfassung, Wirtschaftverwaltung, Rechtsstaat, BB 1953, S. 567.

(22) ハーマンは、私法形式による貸付、保証を否定はしていないようである。Andreas Hamann, Öffentliche Kredite und Bürgschaften, BB 1953, S. 865.

(23) したがって、たとえば貸付契約における解約告知について、これは、私法上の法をもとっても、その本質が、国家の社会経済政策上の決定である限り、高権的行為と構成することができるとする。そして、たとえ行政裁判所法上の取消訴訟が実定法上困難としても、行政裁判所における、貸金返還請求違法確認の訴えは、許されるとする。ただし、社会経済上の理由からでなく、たとえば、解約告知期間の不遵守ということが争われる場合には、通常裁判所の管轄となるとする。Hamann, aaO (oben Anm. 22) SS. 866, 867 Fn. 28.

(24) Aao, S. 867.

(25) 判例については、本稿では研究が及びえなかった。Vgl. Rüfner, aaO (oben Anm. 2) S. 372 ; Bosse, aaO (oben Anm. 1) S. 99f.

(26) Bosse, aaO. S. 96. この点で興味深いのは、インゼが「ドイツの学説においては、今迄、一致して、行政は助成目的の貸付金の付与に際して、私法の基礎づけを捨てないという見解に代表される」として、フーバーやジーベルトの私法関係説は当然として、イプセンの二段階説も、同列において論じる点である。Henze, aaO (oben Anm. 7) S. 77f.

(27) Ipsen, aaO (oben Anm. 5) SS. 68-72.

(28) Gerd Schetting, Rechtspraxis der Subventionierung (Schriften zum Öffentlichen Recht Bd. 206) 1973, SS. 314-6.

(29) Ipsen, aaO (oben Anm. 5) S. 72 Fn. 108.

(30) AaO, S. 74 ; Ipsen, aaO (oben Anm. 2) S. 300.

(31) Wilfried Schaumann, Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht, Jus 1961, S. 112 ; Rufner, aaO (oben Anm. 2) S. 373f.

(32) Bosse, aaO (oben Anm. 1) S. 97

(33) もっとも、シュテーンが指摘するように、本来は「二段階説」と「行政私法」とは別のものであり、後者は、実質的には、公目的と公任務であるも

のを、私法形式で実現しようとする領域に関して、公法規制をかぶせようとするものであるのに対し、前者は、行政処分と契約とが、二段階的に成るものである。Stern, aaO (oben Anm. 4) S. 12.

(34) イプセンは、資金交付申請につき、行政が、同意するかどうか、裁量で決定するときには、適法な申請に対する審査と決定とを義務づけられるとし、その際、申請人は、入手しうる証拠を提供し、行政には、職権による解明義務があり、申請人には、給付目的外又は自己に不利な事情についての、無制限の公表義務はないとする。そして、拒否処分については、実証しうる情況によらねばならぬし、申請人は、聴聞されねばならぬとして、行政手続の法治国家における重要性を説いており、注目される。Ipsen, aaO (oben Anm. 5) S. 77f.（手島孝「行政聴聞の法理」法政研究三三巻三―六号、六二四―五、六三四頁註3参照）

(35) たとえば、企業への貸付に際し、文化支出のための寄付をさせること、あるいは、保証に際し、違憲な事前検閲をなすこと。なお、その管轄と任務の範囲内であれば、他の行政任務遂行のための、関連した行政を排除するものでないとして、その例として、国内憲法秩序保護に権限ある連邦部局が、映画製作債務保証決定に際して、映画の内容が、基本法の三条（平等）九条二項（禁止団体）一八条（基本権喪失）の目的に抵触することを防止することを挙げる。AaO, S. 79f.

(36) AaO, SS. 80-3.

(37) AaO, SS. 84f.

(38) 私法上の解約告知が、同時に行政行為を意味するのか、それとも、私法形式という手続上の優位から、告知は単に、行政決定に先行する内部的決定にすぎぬかどうかである。結論は、註41で述べられる。AaO, SS. 86-89.

(39) Aao, S. 89.

(40) Volkmar Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, C. H. Beck, 1966, S. 62.

(41) 公法上、合法と認められても、私法形式により宣言されれば、通常の出訴の途が開かれる。行政が、解約告知その他の方法と同様に、資金交付関係の終了を、高権的に宣言すれば、行政の出訴の途――公資金交付の存続又はその内容についての確認訴訟――が、告知についての民事訴訟が疑わしい場合にのみ、訴えの利益ありとして、認められるとする。Ipsen, aaO (oben Anm. 5) S. 94. イプセンが、後者の場合に、何故、取消訴訟を認めないのか筆者には不明である。

(42) Zuleeg, aaO (oben Anm. 4) S. 54.

(43) Ipsen, aaO (oben Anm. 5) S. 92f. 義務づけ訴訟を肯定するは、ボーセである。Bosse, aaO (oben Anm. 1) SS. 108-110.

(44) Ipsen, aaO (oben Anm. 5) S. 94 f.

(45) AaO, S. 95 f.

(46) AaO, S. 96f.

(47) AaO, SS. 97-101.

(48) AaO, S. 101.

第四節　二段階説の評価

前節で紹介したイプセンの二段階説について、多くの賛同者を得たものの、近時、批判が高まつている。

その第一は、ゲッツの批判で、二段階説は、貸付と保証についての、限定された対象について論じているのではなく、資金交付の「構造」あるいは「資金交付行政」の一般法理論として、不当に一般化されているとするものである。[49] これは、シェッティングが、貸付について、行政実例では、二段階説が言うようには、一義的に、二段階として行なわれているとは限らないと、分析しているところでもある。[50]

第二は、シュテーンらの批判であつて、行政行為も、契約も、それぞれ、おのおの独立して、一つの法律関係の基礎づけをなしうるものである。そして、一つの法律関係には、一つの基礎づけをなす行為があるのみであつて、それを区々にして、行政行為と契約とが、併存するといつた性質のものではないとするものである。[51]

第三は、第一段階と第二段階とを区別する基準が、不明瞭であるとするものである。[52]

第四は、争訟二本立の点である。すなわち、リュフナーによれば、二段階説は、行政行為を、法律関係の基礎づけ行為だけに限定することができないということと、公私法峻別論に立つているということから、私人は、いずれの裁判所が、個々の事件の、どの問題について、管轄を有するのか、分らないということになるのであり、ベートゥゲが指摘するように、ことにドイツは、五種類の裁判管轄権があることから、深刻な問題となつてくるのである。[53]

第五は、第一段階を「行政行為」と構成することの不自然さである。すなわち、二段階説は、必要に迫られ、つねに行政行為という構成を——契約に派生した何らかの決定を、私的自治に委ねないために——創造し、その限りで、私法による法

形成を排除していかなければならず、行政行為は、実に空虚な形式ということになるとの、リュフナーの指摘である。[54] なお、アイエルマン＝フレーラーによれば、同意決定を行政行為とするなら、「私法形成的行政行為」ということになるが、しかし、私法形成的行政行為は、国家の国庫活動についてのみ言い得るのであつて、資金交付のように、行政が当事者で、しかも決定を与えるような関係においては、ありえない構成であるということになる。[55]

第六は、単一の生活関係が、こま切れに細分化されてしまうとの、シュテーンの批判である。[56]

第七は、二段階説は、公法原理を資金交付行政にかぶせるために、あみ出されたものだが、しかし、仮に私法関係であつたとしても、通常裁判所で統制することも、十分可能であるとするものである。ゲッツによれば、たとえば、裁量権行使の違法などであつても、平等原理の拘束ということで、統制できるとする。[57] 現在においても私法関係説を維持しているとみられるフレッサは、実体法的には、「契約締結強制」という構成によつて、私法による統制で十分としている。[58]

右のような批判から、二段階説を無力視したり、[59] もはや無用のものとしてしまうのは、いささか早計であろう。すなわち、資金交付行政につき、法的（司法的）統制を加えようとした意図は、その後の、「行政私法」なり、「単一公法関係説」に引継がれているという、歴史的な事実は、否定できないからである。ただ、全ての資金交付行政の法律関係を、二段階説がカバー出来なかつたのと同じ様に、行政私法を持ち出しても、公法契約を持ち出しても、全てを処理しきれないのではなかろうか。行政の多様な法行為形式の説明の技術としての「混合法律関係説」は、手続法的な問題はあつても、今後も、市民権を主張し得る筈ではなかろうか。[60]

(49) Götz, aaO (oben Anm. 4) S. 57.

(58) Schetting, aaO (oben Anm. 28) S. 316 ff. 彼は、二段階説によらず、「ツーザーゲ (Zusage) 」的構成を主張する。

(59) Stern, aaO (oben Anm. 2) S. 561 Fn. 38; Hans Zacher, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL 25 (1966) S. 348; Bethge, aaO (oben Anm. 2) S. 141.

(52) Hans J. Mertens, Das Recht auf Gleichbehandlung im Verwaltungsprivatrecht, Jus 1963, S. 396.

(53) Rüfner, aaO (oben Anm. 2) S. 375 ; Bethge, a. a. O. (oben Anm. 2) S. 145 f.

(54) Rufner, a. a. O. S. 374f ; Gotz, aaO (oben Anm. 4) S. 61f.

(55) Erich Eyermann/Ludwig Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar) 6. Aufl, C. H. Beck, 1974, S. 153.

(56) Stern, aaO (oben Anm. 4) S. 12.

(57) Götz, aaO (oben Anm. 40) S. 62 ; Bethge, aaO (oben Anm. 2) S. 144.

(58) Richard Flessa, Schuldverhältnisse des Staates auf Grund Verwaltungsaktes, DVBI 1957, S. 120f.

(59) Hans Heinrich Rupp, Die Dogmatik des Verwartungsrechts, DVBI 1971, S. 671.

(60) ベートゲの言うように，アーリンガー的「共通法」を採用しない法制の下にある Bethge, aaO (oben Anm. 2) S. 145f. けれども，公私法の問題は，弾力的に考えてよかろう。Vgl. Zacher, aaO (oben Anm. 51) S. 350ff ; Rüfner, aaO(oben Anm. 2) S. 377 ; Schetting, aaO(oben Anm. 28) S. 320f.

〔付記〕本稿校正時に，村上武則「二段階論，行政行為一元論および形式的行政行為論」（広島大学政経論叢二四巻三号）「私人に対する補助金交付行政の法律問題」（同二四巻四号以下）が公にされている旨，「公法研究」三七号，一九三頁と二〇〇頁にて知った。

（一九七五年一一月三〇日，西ドイツ・ケルンにて）