HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	行政契約の法理論（１）
Author(s)	岸本, 太樹
Citation	北大法学論集, 52(4), 73-131
Issue Date	2001-12-21
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15100
Type	bulletin (article)
File Information	52(4)_p73-131.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

行政契約の法理論（一）

岸本太樹

目次

序章　問題提起
第一節　序
第二節　行政契約論の動向と課題
一　我が国における行政契約論の動向

二　課題
第三節　叙述の順序
第一章　公法契約形式の一般的許容要件
第一節　本章の課題
第二節　ドイツ公法契約論の歴史的展開と立法者意思
一　ドイツ公法契約論の歴史的展開
二　立法者意思（連邦行政手続法第五四条）
第三節　公法契約と法律の留保
一　法律の留保をめぐる学説と判例の状況－本質性理論〔Wesentlichkeitstheorie〕－
二　本質性理論と公法契約
三　連邦行政手続法第五四条と法律の留保の関係
第四節　判例の分析
第二章　公法契約の交渉手続
第三章　公法契約の内容
第四章　公法契約の成立
第五章　瑕疵ある公法契約の存続効
第六章　民事契約法との比較における公法契約法の理論的特色
第七章　私法契約法
終章　総括的考察と今後の課題

（以上本号）

序章　問題提起

第一節　序

絶対王政を克服して成立した近代国家の行政が、警察・国防・消防などの社会秩序維持のみを主眼においていたのに対し、今日の行政は、この他にも、社会福祉・医療・教育の他、ライフラインや都市基盤の整備など、幅広い領域に及んでいる。こうした市民社会への積極的介入は、行政機能を拡大させ、それを統制する法律の数を増大させたが、同時に、「法律の執行という理念の下で強制的に介入する」という伝統的な行政イメージをも転換させた。[1] 今日の行政は、法律の執行というモデルを維持しつつも、その過程で多くの利害関係人と公式・非公式に交渉した上で行政決定を行っている。[2] 中には、関係機関や個々の利害関係人との交渉を通じて意見調整を行うことを制度として保障した法律も、多数存在する。[3]

例えば、平成一一年三月の閣議決定で導入されたパブリック・コメント制度は、規制に関わる行政立法の原案を作成・公表させた上で、これに対する国民の意見聴取を保障する。[4] また国土整備に関連する各種法令は、対話・交渉による計画間調整を予定している。[5] この他にも、関係市町村の住民に都市計画案への意見書提出権を保障する都市計画法や、収用事業に際して利害関係人の意見書提出権を認める土地収用法など、関係人の意見聴取を制度として保障した法律例は多い。[6]

それらが、複雑に絡み合った利害関係の調整に十分機能しているのかは一つの問題であるが、[7] いずれにせよ、現実の行政過程における交渉・意見調整活動が、現代行政の特色の一つに数え上げられることは否定できない事実である。[8] そ

してそれは、各時代の行政の特色を認識しながら理論的に変容してゆくべき行政法学が、「コミュニケーション過程としての行政システム」に目を向け、そのあり方を提示する課題を負っていることを意味する。(9) 本稿もそうした試みの一つである。

しかし単に交渉型行政活動といっても、そこには、行政契約の様に共同決定を目指した交渉活動もあれば、行政立法手続における意見聴取や代替案提示の他、計画策定手続における計画間調整交渉など、その類型は多様である。交渉が行われる場面が異なれば、「交渉のあり方」ないし「妥当する法理論」は、必然的に行政領域の特殊性を反映して独自性を示す。したがって、行政上の交渉現象の全てを一括して検討することは、もとより不可能である。

そこで本稿では、広く交渉型行政活動のうち、特に行政主体と私人間で締結される契約（行政契約）を考察対象とし、特にその一般法理（行政契約法総論）を研究することにした。その理由は、行政契約が交渉型行政活動の典型に位置づけられ、その一般法理（総論）の研究が、今後、具体的な行政領域で締結される契約法理（行政契約法各論）の他、様々なレベルで行われる交渉型行政活動の法理論を探求する際の出発点に位置づけられること、(10) 及び、我が国における行政契約論が今なお未発達であり、その体系化に向けて解明されるべき点が多いとの認識に基づく。

第二節　行政契約論の動向と課題

一　我が国における行政契約論の動向

我が国の伝統的行政法学は、ドイツ行政法学の影響の下、行政契約を公法契約と私法契約とに分け、前者に主要な関

心を払ってきた。古くは公務員の任命行為や国籍付与行為、公企業特許、営造物利用の許可等の法的性質につき、それが行政行為か公法契約かが議論された。[11] また柳瀬良幹教授と田中二郎教授は、公法上の法律関係における契約の可能性を肯定した上で、その許容要件（特に法律の根拠の必要性）をめぐり独自の見解を展開した。[12] また山田幸男教授は、政府契約と公企業特許を、フランス行政法にならって「行政契約（ドイツ及び日本の公法契約に相当）」[13] と資格づけた上で、同国で議論される行政契約法（公法契約法）の内容を紹介・検討している。[14]

他方、公法私法二元論への批判が高まる中、我が国の行政法学は次第に、「公法契約」というカテゴリーを解釈上設定すること自体に批判を向けるようになる。特に一九六〇年代以降、行政主体を一方当事者とする契約を全て行政契約とした上で、それによる恣意的な介入に歯止めをかけるための法理論を確立する必要性が綿貫芳源教授や原田尚彦教授によって説かれるに至った。[15] 特に原田教授は、権力行政領域における行政契約の可能性を肯定し、行政契約に、行政行為に対する代替機能を認めつつ、当時ドイツで法典編纂過程にあった連邦行政手続法の公法契約規定を手掛かりに、契約の義務履行確保論や第三者保護論を検討している。そこにおいて教授は、契約に自力執行力を認める必要性の他、違法な契約から第三者の権利を保護するための法理論を構築する必要性を説いたが、さらに、今後我が国の行政契約論が取り組むべき課題として、契約手続に妥当する法理論の探求をあげ、行政契約論の体系化に向けて有益な問題提起を行っている。[16]

また最近では、石井昇教授が補助金交付を内容とする行政契約を取り上げ、そこに妥当する法理論を探求したが、その際、補助金契約がドイツにおいて公法契約に分類され、そこに連邦行政手続法の第四部に規律された公法契約規定が適用されるとした上で、同国における公法契約の許容要件、適法性要件、義務履行確保論、解除要件など、公法契約規定の内容と、それに関連する学説・判例の動向を詳細に紹介している。[17]

なお、石井教授によって紹介・検討された公法契約規定の内容と意義については、その後、大橋洋一教授によっても検討されているが、大橋教授は、右規定に規律された公法契約法理が、一部を除き、行政上の私法契約にも妥当すると考えるドイツ行政法学の動向を紹介し、それが、私法契約をも含む我が国の行政契約論にとって参考になりうると主張している。(18)

二　課題

このように、我が国の行政法学が、行政契約に妥当する法理論について、これまでに一定の議論を行ってきたことは否定できない。特に原田教授以降の学説は、私法契約をも包括した行政契約に妥当する法理論を探求し、そこで議論される内容は、公法契約の可能性・許容要件論にとどまった田中・柳瀬両教授らの伝統的な公法契約論に比べて豊かさを増している。

しかし、我が国の行政契約論が、比較法研究を通じて発展し、その際、契約法理の一部を規律するドイツの立法動向に注目したためか、議論の中心が、同国の連邦行政手続法の公法契約規定の分析におかれた反面、同法に明示的に規律されていない契約法理が、詳細に検討されないままになっている。

例えば、「契約交渉のプロセスにおいて、契約当事者たる行政主体がいかなる義務を負い、他方当事者たる私人や第三者利害関係人がどのような権利を持つのか」という契約の交渉手続に妥当する法理論は、既に原田尚彦教授がその検討の必要性を説いていたにもかかわらず、今なお手つかずのままである。契約の交渉手続については、せいぜい公共契約の入札手続のあり方が、碓井光明教授等によって検討されているに過ぎない。(19) このため、「契約の交渉手続を支配す

る法理論が、行政行為手続を支配する法理論との比較において、どの点で共通し、あるいは理論的特殊性を示すのか」は、今なお不明確なままである。

また行政契約への準用を肯定ないし否定される民法規定の内容についても、これまで部分的にしか議論されてこなかった。[20] 例えば、「民事法の領域で学説上発展せしめられてきた契約締結上の過失法理が、契約手続に瑕疵を帯びた行政契約にあって、どのような意味を持つのか」という問題や、「行政契約を締結する行政主体には、契約自由の原則や私的自治の原則が妥当しうるのか」という問題は、今なお曖昧である。このため、（私人間で締結される）民事契約との比較における行政契約の理論的特殊性は不明確である。

それは、我が国の行政法学が、行政契約を研究するに際して参考にしたドイツ連邦行政手続法の公法契約規定に、契約の交渉手続を規律する規定が存在せず、また公法契約に対して準用される民法典規定と、逆に準用を否定される民法典規定が、明示的に列記されていない事実に起因するものと思われるが、いずれにせよ、今後我が国の行政法学が行政契約論を体系化するためには、こうした問題を検討する課題を負っていると言えよう。

第三節　叙述の順序

これに対しドイツでは、一九九〇年以降も、行政契約をめぐる議論が盛んに行われており、これまで議論され、一部立法化を見た契約法理を再検討する動きが盛んである。特に一九九二年には、バイロイトで開催されたドイツ国法学者大会で、「行政と私人間の契約と申合せ」がテーマに選ばれている。[21] 報告者の一人であるクレプス（Walter Krebs）は、連邦行政手続法の第四部（第五四条乃至第六二条）に存在する公法契約規定を「公法契約法総論に関する規定」と位置

づけた上で、その成立から二十数年を経た現在、それを改めて再検討している。[22] この報告で彼は、契約交渉から契約締結に至るまで、契約法理をいわば時系列的に考察する必要性を説き、[23] 従来あまり議論されてこなかった、[24] 公法契約の交渉手続に妥当する法理論を検討すると共に、[25] 行政上の私法契約に妥当する法理論にも言及し、[26] 行政契約論の体系化を試みたのである。また最近では、民事契約法と比較した場合に、行政契約法にはいかなる理論的特色が存在するのかを地道に検討し、行政契約法を別の角度から明確にする試みも行われている。[27]

我が国の行政法学が、こうした問題について、これまであまり積極的に取り組んでこなかったことに鑑みると、行政契約に関するドイツ行政法学の最近の研究動向は注目に値し、かつ我が国の行政法学が行政契約論を体系化する際、新たな議論の素材を提供するものと思われる。

そこで本稿は、「行政契約の法理論」という題目の下、ドイツ行政契約論の最近の動向を手掛かりとしつつ、行政主体と私人間で締結される行政契約の一般法理（行政契約法総論）を、改めて検討することにした。

本稿の第一章から第六章では、行政契約の中核に位置づけられてきた公法契約について検討を行う。ここでは、連邦行政手続法に規律された公法契約規定が主な検討素材となる。なお、検討にあたっては、先学による先行研究に屋上屋を架すことを避けるため、特に、同規定に明示的には規律されていない公法契約の法理論の解明に努め、先に述べたクレプスの研究スタイルを参考に、公法契約に妥当する法理論を、契約交渉段階から契約締結段階に至るまで、時系列的に検討することにした。

第一章では、公法契約形式の許容要件を検討し、公法契約の締結を目指した交渉活動が開始されるための要件を解明する。ここでは「法規定に反しない限り」で公法契約による法律関係の規律を許容する連邦行政手続法の第五四条について、こうした規定がおかれた背景、その意味内容を検討すると共に、法律の留保につき本質性理論に立つドイツにあっ

て、公法契約と法律の留保の関係が、どのように理解されているのかを検討する。

第二章では、契約形式の利用が許容され、公法契約の締結を目指した交渉活動が開始された場合に、そこにいかなる法理論が妥当するかを検討する。本章では特に、（これまで我が国で議論されることがなかった）契約交渉に携わる行政主体に課せられた義務の内容と、契約相手方私人や第三者利害関係人の権利の内容を明らかにしつつ、契約の交渉手続と行政行為手続とを比較検討し、両者の異同を明らかにする。

第三章では、契約交渉を経た上で、公法契約がいかなる要件の下、具体的にどのような内容を持ちうるのかを検討する。連邦行政手続法は、第五五条で和解、第五六条で交換という二つの具体的な契約類型を規律しているが、近年この他にも、即時執行、違約罰、遅滞利息、解約などに関する契約条項の活用が注目されている。本章では、こうした契約条項の活用が主張される背景を検討する。

第四章では、契約締結段階に目を向け、交渉を経て内容を具体化された公法契約が、法的拘束力を持って成立するための要件について検討する。

第五章では、瑕疵ある公法契約の存続効（無効原因）について、それを規律した連邦行政手続法の第五九条の内容と意義を検討する。既に先学によっても紹介されているように、右の規定は、違法な公法契約を必ずしも全て無効とするものではなく、「違法ではあるが、有効に存続する公法契約」の存在を認めている。法治主義の形骸化を懸念し、その違憲性を主張する論者が存在する一方、ドイツの多数説は、この規定を一応合憲と評価しつつ、違憲説との調和を図るため、様々な法原則を援用して、違法ではあるが有効に存続する公法契約を、事実上無効にする努力を行っている。本章では、こうした動向を詳しく検討する。

第六章では、私人間で締結される民事契約（民法上の契約）に妥当する法理論との比較において、これまで検討して

きた公法契約法が、いかなる点で共通性を示し、逆にどの点で理論的特色を示すのかを検討する。ここでは、公法契約への準用を否定され、若しくは準用に際して修正を必要とする民法規定の内容を外観しつつ、民事契約との関係で議論されてきた「契約自由の原則」や「私的自治の原則」と公法契約の関係を考察する。

最後に第七章では、これまで公共契約の入札手続等をめぐる問題の他はあまり議論されてこなかった行政上の私法契約について、そこに妥当する法理論が、前章までに検討されてきた公法契約法と、どのような関係にあり、結局、行政主体と私人間で締結される契約に妥当する一般的法理論とは、いかなるものであるかを検討する。

(1) 大橋洋一「コミュニケーション過程としての行政システム」同『対話型行政法学の創造』弘文堂（一九九九年）一二頁。
(2) 大橋洋一「行政手法から見た現代行政の変容」同『行政法学の構造的変革』有斐閣（一九九六年）五頁以下、亘理格「行政上の命令・強制・指導―社会的合意論の視点からの展望」岩村正彦他編『政策と法』（岩波講座 現代の法4）岩波書店（一九九八年）二四五頁以下参照。
(3) 亘理・前掲論文（註2）二六二頁以下参照。
(4) パブリック・コメント制度については、参照「〔研究会〕『パブリック・コメント手続』―規制に係る意見提出」ジュリスト第一一五号（一九九九年）七二頁以下。
(5) 計画間調整については、参照、大橋洋一「国土整備と法」同『対話型行政法学の創造』弘文堂（一九九九年）八二頁以下、同「計画間調整の法理―自治体計画策定権限の憲法保障を中心として―」同『現代行政の行為形式論』弘文堂（一九九三年）二五一頁以下。
(6) 亘理・前掲論文（註2）二六三頁参照。
(7) 亘理・前掲論文（註2）二六三頁は、我が国の開発事業法制において保障された公告・縦覧・意見書提出手続が、主として、土地若しくは建物等の定着物について権利を有する者の私的権利保護のための手続として設けられたものだと指摘

した上で、そのような地権者ないし私的権利主体としての利害関係人のみを想定した利害・意見反映システムが、地域環境に対して真摯な利害関係を有する第三者たる住民の存在を顧慮した場合に十分なものと評し得るか疑問の余地があると主張する。

(8) この点は、ドイツにおいても指摘されている。例えばブローム（Winfried Brohm）教授は次のように言う。「国家はまさに、交渉プロセスの方法により行政任務を履行している。それは無条件に否定されるべきではない。それは現代国家の典型的な現象であると私は信じている。現代国家は、その社会形成の為に必要な投資を個々人から引き出し、その者との間で申合せを行わざるを得ない。換言すれば、国家は社会を形成する場合、右のようなやり方で、社会的勢力の協力を導入せざるをえないのである。」と（Vgl., VVDStRL. 40, S.274.）。他方、スパノヴスキー（Willy Spannowsky）も同様の認識に立ち、次のように述べている。「現代行政は、行政と市民の間の強められた相互作用（Interaktion）と、行政と市民の遭遇モデルの変化（Wandel der Begegnungsmuster）によって特徴づけられる。国家による決定の発見方法は、次第に、共同による、コミュニケーションによる、協力によるコンセンサスの探求という中間段階へと変化している。それはもはや疑いのない事実であり、むしろ行政実態を特徴づける経験的な調査結果である。」と（Vgl., Willy Spannowsky, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, S.22.）。

(9) 大橋洋一『対話型行政法学の創造』弘文堂（一九九九年）は、現代行政過程の様々なレベルにおいてコミュニケーションが要請されていることに目を向け、対話をキーワードに変革期にある行政のあり方を提示するものであり、興味深い。なおドイツにおいてもライナー・ピッチャス教授は、大橋教授と同旨の見解を主張して次のように述べている。曰く、「法律学および行政法学においては、今日、ドイツの（一般的な）行政法が、包括的な現代化を必要としていることについて、ほとんど疑義は存在しない。〔中略〕対話及び合意の探求が、結果的に変化してしまった公行政と市民の遭遇モデルの根本的な要素であることが明らかとなる。これに合わせて編纂された行政法が合意に関する行政法（konsensuales Verwaltungsrecht）である。」と。（Vgl., Rainer Pitschas, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, Vorwort.）。

(10) Vgl., Walter Krebs, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL52, S.253f.

(11) 田中二郎「公法契約論序説」同『行政行為論』有斐閣（一九五四年）二七七頁以下は、官吏任命行為や国籍付与行為などを、「相手方の同意を前提とする行政行為」とし、その契約的構成に消極的態度をとったのに対し、山田幸男『行政法の

展開と市民法』有斐閣（一九六一年）二一七頁以下や、柳瀬良幹「公法上に於ける契約の可能及不自由」同『行政法の基礎理論』清水弘文堂（一九六七年）二三一頁以下は、行政行為とも解しうる行為を契約的に構成することに力点を置く。この点については、参照、浜川清「行政契約」雄川一郎他編『行政過程』（現代行政法大系2）有斐閣（一九八四年）一六一頁。

(12) 柳瀬・前掲書（註11）二六八頁以下は、全部留保論にたった上で、公法契約の締結は、法律が明示的にこれを認めた場合に限られるとする。他方、田中・前掲書（註11）二九七頁以下は、ドイツの行政法学者であるアペルトの見解を参考に、公法契約が法律上黙示的に承認されている場合、又は反対の規定がない場合に、行政上の必要に基づいて締結された契約を有効なものと考える。なお、アペルトの公法契約論については、第一章第二節一〔三〕で検討する。

(13) 三好充『フランス行政契約論』成文堂（一九九五年）の他、滝沢正「フランス法における行政契約—行政契約の標識を中心として—」法学協会雑誌第九五巻第四号・第五号・第六号（一九七八年）は、私法的規律とは異なった、行政法の特殊な規律に服し、その訴訟が行政裁判所に属する行政契約と、行政上の私法契約の区別基準について検討する。

(14) 山田・前掲書（註11）二八五頁以下三三〇頁。

(15) 綿貫芳源「公法上の契約」田中二郎他編『行政法の基礎理論』（行政法講座第二巻）有斐閣（一九六四年）九五頁以下、原田尚彦「行政契約論の動向と問題点」法律時報第四二巻第一・第三号（一九七〇年）。

(16) 原田・前掲論文（註15）法律時報第四二巻第三号九三頁以下。なお、契約手続の法理を探求する必要性を説くものとして、この他に、浜川・前掲論文（註11）一六七頁がある。

(17) 石井昇『行政契約の理論と手続—補助金契約を題材にして—』弘文堂（一九八七年）。

(18) 大橋洋一「行政契約の比較法的考察—建設法領域を中心として—」同『現代行政の行為形式論』弘文堂（一九九三年）一六一頁以下。

(19) 碓井光明『公共契約の法理論と実際』弘文堂（一九九五年）。

(20) 田中二郎教授にあっては、解除に関する民法規定の公法契約への準用が否定されているが、「この他に、いかなる民法規定が行政契約への準用を否定され、あるいは準用に際して修正を要するのか」について、我が国の行政法学は詳細に検討してきたとは言えない。テキスト・概説書の類を見ても、民法規定の適用を排除する個別の実定法規の具体例が若干指摘

される程度に過ぎない。

(21) Vgl., VVDStRL52, S.190ff.

(22) Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.248ff.

(23) Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.258f. は概略的に次のように言う。「契約の締結は、法形式的には行政手続の一断面に過ぎず、当該手続は契約締結以前に既に開始しており、また決して行政手続が契約締結をもって終結しなければならないわけではない…。その限りで、契約締結の事前効果と事後効果とが考慮されなければならないのである。したがって、契約のドグマティクを手続的に考察し、行政契約の公法的特殊性を、段階固有に考察することが自然の成り行きとなる。」と。

(24) ドイツ行政法学が、これまで契約の交渉手続に妥当する法理論に特に関心を払ってこなかった事実を指摘するものとして、Vgl., Volker Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, S.411.

(25) Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.260ff; なお、契約の交渉手続については、本稿の第二章を参照。

(26) Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.273ff; 行政上の私法契約については、本稿の第七章を参照。

(27) この点については、本稿の第六章を参照。

第一章　公法契約形式の一般的許容要件

第一節　本章の課題

いうまでもなく、公法契約の利用が法的に許容されない場合、その締結を目指した適法な交渉活動はあり得ない。その意味で、公法契約の一般的許容要件論は、公法契約に妥当する法理論を探求する際の議論の出発点に位置づけられる。(1)

公法契約の許容要件論は、ドイツの行政法学上、長い間論争の的であった。ブリンガー（Martin Bullinger）によると、

一九六〇年代においても様々な見解が主張され、定説は存在しなかった。[2] そうした中、一九六三年に「公法上の法律関係が、法規定に反しない限り、契約により創設・変更・消滅されうる」旨を定めた連邦行政手続法の模範草案が公表された（第四〇条）。右の模範草案第四〇条は、一九七〇年に公表された連邦政府草案の第五〇条、一九七三年に公表された連邦政府草案の第五四条を経て、一九七六年に現行法の第五四条として成立している。現行法第五四条は、次のように規定する。[3]

「第五四条　公法契約の許容性

公法領域における法律関係は、法規定に反しない限り、契約を通じて創設され、変更され、もしくは消滅されうる（公法契約）。特に行政庁は、行政行為を発動することに代え、さもなくば行政行為を発動したであろう相手方と公法契約を締結することができる。」

さて、右の規定について検討されるべき課題は、以下の二点である。

第一に、「法規定に反しない限り」という許容要件が、具体的に何を意味し、また何故にこうした許容要件が立法者に支持されたのかである。特に、公法契約の許容要件をめぐり様々な見解の対立があったことに鑑みると、こうした許容要件をおいた立法者の意思が、従来の学説のうち、いずれの見解に近いのかが明らかにされる必要がある。

第二に問題となるのは、法規定に反しない限りで許容される公法契約と、法律の留保論との関係である。

以下、第二節では、マイヤー以来のドイツ公法契約論を振り返りつつ、こうした許容要件を実定法化した立法者の意思を探り、また第三節では公法契約と法律の留保の関係について検討する。

第二節　ドイツ公法契約論の歴史的展開と立法者意思

一　ドイツ公法契約論の歴史的展開

公法契約の許容要件論は、ドイツの行政法学において、様々な論者により様々な形で議論されてきたが、それらは以下の四つに区分される。[4] 第一は、公法契約の可能性自体を否定する見解である。第二は、実定公法ないし慣習法が、明示的に公法契約を授権した限りでこれを許容する見解である。また第三は、契約形式の利用を明示的に授権する法律が存在する場合はもちろん、それを黙示的に授権する法律が存在する場合にもまた、公法契約を許容する見解である。そして第四は、法治主義を補完する手段として、法律による明示・黙示の授権の存否に関係なく、公法契約を広範に許容する見解である。

これらは、公法契約という行為形式の存在自体を問題視するもの（第一の見解）と、公法契約の存在・可能性を肯定した上で、それが許容されるための要件を議論するもの（第一の見解を除く全て）とに分類可能である。以下、順に検討しよう。

［一］公法契約否認論

公法契約否認論とは、公法上における契約形式の存在（可能性）自体を問題視するもので、先に述べた第一の見解のことを指す。この見解に立つのはマイヤー（Otto Mayer）である。彼は一八八八年の「公法契約論」以来、一九二四年の『ドイツ行政法第三版』に至るまで、一貫して公法契約の可能性を否認している。[5]

マイヤーは、国家と人民の間の法律関係に公益が存在する場合（公法関係）、国家の意思は、人民の意思に対する優越性を認められ、両者は対等ではないこと、したがって、対等な法主体の存在を前提とする契約をもって、公法上の法律関係を規律することはできず、それは、優越性を認められる国家意思により一方的に規律されることを主張し、公法契約の可能性を理論的に否定した。彼は概略的に、次のように述べている。(6)

「今までの議論に従い、国家と私人を同様に取り扱い、私人に適用される法を国家にもまた適用する場合を除けば、国家には共同体という性質に基づく特別な法的作用力が現れなければならない。それが公権力である。共同体とは、個人を超えた目的の為の人類共同体である。国家はその主要な例であり、国家は、歴史的に偉大な産物である国民の未来の為に、その中の個人を大きく犠牲にすることを許されている。このような共同体の為に表明された国家の意思は、その勢力範囲内にいる私人よりも法的に優越した力を持っている。そこに公権力が存在する。公法は、公権力の主体が、公権力それ自体として介入する法律関係である。」

このようにマイヤーは、公法領域における国家の意思が、人民の意思に常に優越すること（支配従属関係）を前提に、公法上の法律関係が、常に国家の意思のみにより一方的に規律されるべきことを主張する。このため、公法領域での行政の行為形式は、公権力行使たる「行政行為（Verwaltungsakt）」とされ、対等な法主体を前提とする「契約（Vertrag）」は、公法領域における行政の行為形式となる余地はないものとされた。したがって、「官吏任命行為」、「国籍付与行為」、「公企業特許」、「公営造物利用の許可」など、公法上の法律関係を創設する際に、人民の意思が介在する事例を、彼は「公法契約」ではなく、あくまで公権力行使たる「行政行為」と説明する。例えば、官吏任命行為の法的性質をめぐる

議論の中で、彼は次のように述べている。(7)

「行政行為は、全てその有効性が法律から導かれる私人の法律行為とは違い、それ自体公権力である。公権力は特別な制約が課せられていない限り、自ら法的に思い通りに活動する。こうした独立行政行為は、以下の二通りのケースで見られる。第一は、国家が個人の自由や財産へ介入することなく、官憲的な意思の表明を通じて決定を行い、したがって、法律に留保された領域にない場合である。〔中略〕第二は、なるほど国家が個々人に対して負担を課し、個々人の自由に介入する場合ではあるが、個々人の承諾により行政行為を行う場合である。この承諾は、服従者の為に構築されている憲法上の法律の留保を除去するのであり、行政行為は自由になる。こうした服従に基づく行政行為の典型例が公勤務に於ける官吏の雇用である。」

このようにマイヤーは、官吏任命行為に際して現れる人民の意思表示を、契約締結の際の意思表示とは本質的に異なったものとするために、憲法上の「三権分立原則」を援用し、法律の留保について「侵害留保説」にたった上で、官吏任命行為に際して現れる人民の意思表示を「侵害的行政行為を行う際に憲法上要求される法律に代替するもの」とみなす。こうして発動される行政行為が「服従に基づく行政行為（Verwaltungsakt auf Unterwerfung）」である。(8) そして彼は、官吏任命行為と同様、法律関係の規律に人民の意思が介在する国籍付与行為、公企業特許、公営造物利用許可についても右の理論を援用し、これらを全て「服従に基づく行政行為」としたのであった。(9)

したがってマイヤーによれば、仮に国家と人民が契約を締結するならば、それは公益が介在せず、国家の意思に人民の意思に対する優越性が認められない私法領域のみであり（私法契約）、公法契約の許容要件が語られることはなかっ

たのである。

ところが、右に見たマイヤーの理論は、早くもヴァイマール憲法下において、立法・行政実務の双方による批判にさらされ、その通用性に疑問を提起された。例えば、この時代のドイツ行政法学を代表するフライナー（Fritz Fleiner）は、公法契約を明示的に授権する実定公法の存在を指摘するとともに、[10] 現実の行政実務が必ずしも行政行為を通じて公益を達成するとは限らない事実を次のように言う。[11]

「国家およびゲマインデは、経済的事業という行政任務（ガス・水道・電気等の住民への配慮）を、多くの場合、特別な民間企業を通じて達成している。この民間企業は、国家ないしゲマインデの特定の協力の下で事業を行い、あるいはその株式全てが、国家ないしゲマインデの所有となっている。〔中略〕こうした場合、国家およびゲマインデは経済的活動を行っており、その中で公的福祉事業が具体化される。」

フライナーは、ガス・水道・電気の供給事業が、民間企業の協力のもと非権力的に実施される右の現象を、「経営的行政（Betriebsverwaltung）」と呼んでいる。[12]

またヴァルター・イェリネック（Walter Jellineck）も、当時の行政実務が、道路やゴミ焼却場などの都市計画施設の設置や、指導的・誘導的な行政活動をも行っている事実を指摘し、これを「単純高権行政（Schlichte Hoheitsverwaltung）」と呼んでいる。[13]

右の二つの概念は、その内容について違いはあるものの、公益が必ずしも行政行為により一方的に達成されるとは限らず、マイヤーの理論が行政実務と乖離していることを示す点で共通するものである。

またマイヤーの理論は、法理論上も厳しく批判されている。例えば柳瀬良幹教授は、マイヤーが公法領域を「国家意思の優越性が認められる支配従属領域」としたことを批判し、次のように述べている。(14)

「マイヤーの学説の根本の誤は、マイヤーが右の国家意思の一般的優越性から直ちに行政行為の優越性を結論したところにある。マイヤーは、前記の如く、行政行為は法律の根拠なき場合にも常にその性質上当然に一方的拘束力を有するものであるとし、従ってそれと個人の意思との間に契約の成立することは絶対に不可能であると主張するが、この主張は、ケルゼンの正当に指摘している如く、法治国理念の核心たる立法者としての国家と行政者としての国家との区別を忘れた根本的の誤説である。

国家の意思が人民に対して無制限の優越性を有することそれ自体は、前にも述べた如く、如何にも真理である。併しながら、現代の法治国家に於いては、国家の意思は必ずしも常に単一の形式を以て発現するものではなく、その発現の形式には少なくとも法律と行政行為との二種があり、而して支配者としての国家の優越なる意思の発現としてそれ自身の性質上無条件の一方的拘束力を有するものは前者に限られ、後者はその性質上当然にはかかる力を有するものではないのである。〔中略〕若し実際上行政行為がかかる力を有することがあるならば、それは立法者としての国家から傳来したものであり、法律が行政行為に対して之を認めた結果に他ならない。」

つまり柳瀬教授は、マイヤーのいう「国家意思」を「立法者としての国家意思」と「行政者としての国家意思」とに区別した上で、人民の意思に対する無制限の優越性をもって発せられるのは前者であり、後者は、法律が認めた場合以外、人民の意思に対する優越性を認められないと主張する。教授によれば、法律関係を規律する際、法律上人民の意思

表示が要求されている場合、ここに公法上の対等権利領域が存在するのであり、マイヤーの様に、いわば前法律的に、公法における行政の意思に優越性を認めることはできないのである。

このように、公法の本質を「国家意思に優越性が認められる支配従属領域」としたマイヤーの見解は、比較的初期の段階で、立法・行政実務、そして行政法学説の三方向からの批判を受けていたことがわかる。したがって、右の公式を前提に唱えられたマイヤーの公法契約否認論が、後のヴァイマール期の行政法学によって批判され、公法契約の可能性を理論的に肯定しようとする動きが生じたとしても何ら不思議ではない。事実、ヴァイマール期以降のドイツ行政法学には、もはやマイヤーの理論をそのまま援用して公法契約の可能性を否認するものは存在せず、議論の中心は次第に、公法契約の許容要件論へと移行するのである。(15)

ただ、マイヤーの影響があまりに大きかった為か、ヴァイマール期の行政法学の中には、公法契約の可能性を肯定しつつも、マイヤーの理論をあくまで原則として維持した上で、その許容要件論を展開した学者が存在する。それが以下に見る「規範授権理論」である。

［二］規範授権理論〔Normative Ermächtigungslehre〕

この見解は、公法契約の可能性を肯定しつつ、「公法契約を授権する実定公法ないし慣習法の存在」を条件に、それを許容する見解であり（規範授権）、ヴァイマール期において、フライナーやイェリネックによって唱えられた見解である。(16) それは、公法契約の可能性を肯定する点でマイヤーの理論と一線を画すが、公法契約の許容性を、実定公法ないし慣習法の明示的授権がある場合に限定し、その許容領域を非常に狭くとらえる点に特徴を持つ。彼らがこうした見解を主張した背景には、マイヤーの理論の影響が存在している。

既に述べたように、彼らは公益が常に優越的な国家意思（公権力行使＝行政行為）により達成されるとは限らない事実を、「経営的行政」乃至「単純高権行政」という概念によって把握し、マイヤーの理論が、ヴァイマール期において、その通用性を失いつつあることを認識していた。したがって、マイヤーが唱えた「公法領域における国家意思の優越性」という概念を根底から覆し、経営的行政や単純高権行政における行政の行為形式として、公法契約が広範に承認される可能性は十分存在した。ところが、彼らはいずれも、マイヤーの理論をあくまで「原則」として維持することに主眼をおき、公法契約が許容される場面を狭く限定した。

フライナーは、先に述べた経営的行政の実態が、マイヤーの理論によっては把握できないものであることを理由に、それを「国家およびゲマインデの私法への逃避（Flucht von Staat und Gemeinde in das Privatrecht）」と呼び、これを公法領域から除外した。[17] このためフライナーにおいても、公法領域は依然として「国家意思が優越する支配従属領域」と理解され、そこにおける行政の行為形式は、原則として「公権力行使（行政行為）」であり、公法契約は、実定公法ないし慣習法による明示的授権が存在する場合に限り許容される例外現象と理解された。彼は次のように述べている。[18]

「立法者が公法契約形式を授権しているのは、関係する法律関係を一方的に規律する際に生じる特別な技術上の困難性や、特別な手続上の回りくどさを、契約によって回避することができる場合である。公益はこうした場合にもまた認められる。というのも行政庁は、契約形式によっては目的を達成できない場合、行政任務を一方的処分により実現する可能性を有しているからである。」

公法領域が原則として、優越的な国家意思により一方的に規律される法律領域だと理解し、公法契約による規律を例

外視する態度は、イェリネックにも共通する。単純高権行政領域が、非権力的な性質であるにもかかわらず、そこでの公法契約の可能性を議論せず[19]、また公法契約の具体例として、電気利用契約や道路利用契約等をあげるのみで、法律関係を規律する際に人民の意思が介在し、マイヤーが「服従に基づく行政行為」と説明した多くの事例を、そのまま「双方的行政行為[20]」としている事実は[21]、彼がマイヤーの理論を原則として維持したことの証である。

こうしてみると、フライナーやイェリネックによって唱えられた規範授権理論は、公法契約の存在・可能性を認め、その許容性を議論するものではあるが、あくまで「公法領域における国家意思の優越性（支配従属性）」というマイヤーの理論を原則として維持するものであり、マイヤーの理論を実定公法との関係で部分的に修正したに過ぎないと評価しうるのである[22]。

[三] 規範執行手段としての公法契約論

これに対し、フライナーやイェリネックと並び、ヴァイマール期のドイツ行政法学を代表するアペルト（Willibalt Apelt）は、マイヤーの理論に影響を受けることなく、独自の公法契約論を展開している[23]。彼は、マイヤー以来のドイツ行政法学が、公法領域を一般的（あるいは原則的）に支配従属領域と理解することに疑問を提起し、公法には支配従属領域と対等権利領域の二種が存在し、後者は公法における例外ではないこと、また公法契約は、当該、対等権利領域における行為形式の一つとして、正当な地位を与えられるべきことを主張した。彼は次のように述べている[24]。

「公法は、公権力がその分野を支配し、また支配者と服従者の間の法律関係が官権的行政行為によって創設されるところでは、支配従属の原理を通じて規律されている。しかし公法においても、公権力に限界を課す法秩序に基づき、

一方的な介入から遠ざけられている法主体の利益領域が存在する。かかる利益領域に関連する活動関係が法的に規律されるべき場合、それは、この利益領域を処分する人の任意の協力によってのみ可能である。この協力は、法律行為的な意思表示の交付により実施されるが、その際、下位の法主体は、官権的介入から保護された利益領域に関し、上位の法主体と対等に向き合っている。この法律行為的意思表示が、行政行為を発動するための土台を準備する一方的法律行為の性格を持つか、あるいは双方の協力の性質により契約形式を獲得するかは、個々のケースの詳細な状況により、その都度判断される。」

つまりアペルトは、公法領域を―一般的にも、原則的にも―支配従属領域だとは考えない。彼は、既存の公法規範を個別に分析し、それが法律関係の規律に際して人民の意思表示を要求する場合、そこに公法における対等権利領域を見いだすのである。その限りでアペルトの見解は、先に見た柳瀬教授の見解と同じである。ただ、右の記述にも現れているように、アペルトは、対等権利的な公法領域の存在を以て、直ちに公法契約を許容するわけではない。彼によれば、対等権利領域における行政の行為形式には「公法契約」と「同意に基づく行政行為」の二種が存在するのである。(25)

そこで「対等権利的な公法領域において、いかなる要件が満たされれば公法契約が許容されるのか」が問題となる。この点アペルトは、行政行為を明示的に授権する法規範と、公法契約を明示的に授権する法規範とを比較して両者の構造上の違いに注目し、(26)後者（公法契約を明示的に授権する法規範）から以下の四要素を取り出す。すなわち、第一に、「契約に参加した当事者の意思が明確に存在すること」、第二に「当事者の意思は相互に対立する関係にあり、各当事者は、相手方に対して特定の給付を行う義務を負うこと」、第三に「契約当事者の意思表示の対象は、公行政の任務に関わること」、そして第四に「公行政の実施にあたり、契約当事者は、契約内容のみならず、法律行為の実施について

も自由な裁量が存在すること」である。[27] そしてアペルトは、右の四要素のうち、第四番目の要素を備えた法規範を「任意法（dispositives Recht）」と呼び、公法契約は、右の「任意法」が存在する場合に許容されると考える。[28] したがって逆に、法律関係の規律に際し、法律上人民の意思が要求され、対等権利的な公法領域が存在しようとも、右の法規範が「任意法」ではなく、法律関係の内容に関して、当事者に自律的な決定権を認めていない場合、そこでの行政の行為形式は公法契約ではなく、「同意を要する行政行為」とされる。[29]

このようにアペルトによると、公法契約の許容性は、実定公法ないし慣習法による公法契約の明示的授権の存在にではなく、「任意法の存在」に求められる。それが先に見た規範授権理論に比べ公法契約を広範に許容することはいうまでもない。

ただ注意すべき点は、公法契約の許容要件として、アペルトがあくまで「任意法の存在」を要求し、少なくとも黙示的に公法契約を授権する実定公法の存在を前提としていることである。事実彼は、法律が行政庁に対して自由裁量を与えている場合の他、特に法律の留保が及ばずに実定公法が存在しない場合、そこに「任意法が存在しないこと」を理由に、公法契約の許容性を否定している。[30] 特に実定公法が存在しない場合に、公法契約が許容されないことにつき、アペルトは次のようにいう。[31]

「なるほどこの場合〔法律の留保が及ばず実定公法が存在しない場合－筆者註〕法律関係を創設した行政庁の意思は、現実には自由で、法律行為概念の適用の余地があるかの如き外観が存在する。しかしながら私は、こうした場合に於いても官権的意思は、法律行為的な意思の自由を持たないと考えている。なぜなら、この場合、行政庁の意思は、法規の直接的な影響のもとでの法適用としてではなく、自由な裁量による創造的行為として現れるからである。」

右の記述からは、アペルトが、公法契約を、行政行為と並ぶ行政の行為形式の一つと位置づけるとともに、法律を執行する為の一手段とみなしたことがわかる。その意味で彼の公法契約論は、「規範執行手段としての公法契約論」と位置づけることが可能である。(32)

［四］中間総括

このように、公法における国家意思が、常に優越することを前提に、公法契約の可能性を一般的に否認したマイヤーの公法契約否認論は、ヴァイマール期において、フライナー、イェリネック、アペルト等によって一応克服されている。しかし、マイヤーの影響を強く受けた当時のドイツ行政法学の潮流は、公法契約が広範な地位を得ることに対して懸念を示したのであり、結局、マイヤーの理論を基本的に踏襲し、それを部分的に修正するに過ぎなかった規範授権理論（フライナーやイェリネック）が、広く支持され通説となった。(33)

しかし当時の行政実務の実態は、こうした行政法理論とは大きく乖離するものであった。フォルストホッフ（Ernst Forsthoff）は、一九三六年、「現代行政の任務としての生存配慮」の中で、人口増加と都市化の進行により、人間が生活する上で不可欠な生活財（Lebensgut）の社会的欠乏が生じているとした上で、国家が欠乏する生活財の供給を行うべきことを主張した。(34) 彼は、水道・電気・ガスの供給、郵便・電信電話といった交通手段の提供の他、保健衛生上の保護、老傷病者や失業者の配慮などを「生存配慮」と呼んだが、その比重が年々拡大する傾向にあった事実を次のように述べている。(35)

「公経済（この言葉の意味は一般的な意味のものであり、帝国・諸州・市町村組合・ゲマインデ・社会保障団体・帝国鉄道・帝国郵便事業を含む）は、一九二四年には社会生産の二九パーセントをコントロールしていたが、その割合は、一九三〇年には約五三パーセントまで増加し、現在もその割合は増加傾向にある。」

フォルストホッフが増加傾向にあると指摘した行政任務の内容は、ヴァイマール期にフライナーが指摘した経営的行政の実態とほぼ同じであり、それは非権力的なものである。よって、当時の行政実務が右の行政任務を履行するにあたり公法契約を用い、また右の行政任務の比重拡大が、そのまま公法契約の利用拡大につながったことは当然の帰結であった。

こうして、公法契約の許容要件を実定公法の明示的授権とする規範授権理論はもちろん、その許容要件として任意法の存在を要求するアペルトの見解をも批判し、実務の要請に応え得る新たな理論を構築しようとする動きが、その後のドイツ行政法学の中に芽生えることになる。それが以下に見るザルツヴェーデル（Jürgen Saltzwedel）の公法契約論である。

［五］法治主義補完手段としての公法契約論

実定公法規範による公法契約の明示的授権、さらには任意法による黙示的授権をも超えて公法契約を許容することを求める行政実務の要請に応えようとする動きは、戦後、ボン基本法下において現れる。ザルツヴェーデルは一九五八年の『公法契約の許容性の限界』の中で、従来とは全く異なる革新的な見解を展開した。(36)

ザルツヴェーデルは、公法契約の許容要件について、行政実務と行政法理論の間に、今なお「独特の不協和音（ei-

genartige Zweispältigkeit)」が存在するという。すなわち、従来の学説は、マイヤーの理論を克服し、公法契約の可能性を肯定した上で、その許容要件論を議論するようになってはいるが、依然として公法契約を「行政法における異物(Fremdkörper in Verwaltungsrecht)」ととらえ、その許容領域を狭く限定しているため、実務の要請に応えることができていないと言うのである。(37)

その上で彼は、行政法理論を行政実務に対応させることこそ、こうした不協和音の解消につながると考え、そのためには、「公法の絶対的不可侵性という法ドグマ(juristische Dogma von der ausnahmslosen Unantastbarkeit des öffentlichen Rechts)」を絶対視すべきではないと主張した。(38) 彼は概略的に、次のように述べている。(39)

「公法は原則として強行法規である。したがって、そこから明示的ないし黙示的な処分権が生じない限り、高権主体も非高権主体も任意に公法を処分することができない。公法の強行法規的性格は、その規範の中に一定の国家利益が客観化されている点に基礎づけられる。契約を必要とする行政利益も、そして私的な特殊利益も、原則として、規範の中に客観化されている国家利益に対して優越性を主張し得ない……しかし、ごく希なケースで、規範において客観化された国家利益は、契約を要求する強い行政利益の背後に後退しなければならない。」

このようにザルツヴェーデルは、「公法規範において客観化された国家利益」と「契約を要求する強い行政利益」とを比較衡量した上で、後者が前者を上回る場合、公法契約の許容性を肯定する。したがって彼の理論によれば、「契約を要求する行政利益」が「公法規範において客観化された国家利益」を上回る限りにおいて、法律が存在しない場合はもとより、時として実定公法規範に違反する契約ですら、その許容性を肯定されるのである。(40) この理論が、法治主義を

形骸化させる危険性を持つ反面、公法契約を許容するにあたり明示的ないし黙示的な授権規範を要求してきたヴァイマール期以降の伝統的理論に比べ、公法契約に対してより広い許容領域を保障することは言うまでもない。ザルツヴェーデルがイメージする公法契約は、法律の執行によっては十分な問題解決に至らない場面で用いられる行政の行為形式なのである。その意味で彼の公法契約論は、法治主義補完手段としての公法契約論と呼び得よう。

この点、既に彼の公法契約論を紹介・検討した原田尚彦教授も、行政利益を法治行政と対比させるザルツヴェーデルの利益衡量論に、露骨な行政便宜主義の感がしないではないとの批判を行いつつ、法治主義によって得られる共同の利益と、それを排除することによって得られる共同の利益を比較考量し、最大の共同利益を確保しようとしたザルツヴェーデルの理論に「功利主義的発想」を読みとり、彼の理論を、法治主義の形式化の弊害を補完しようとする実質的理論だと評価している。(41)

二　立法者意思（連邦行政手続法第五四条）

以上、公法契約の可能性及び許容性に関して、マイヤー以来のドイツ行政法学説がどのように推移してきたかを概観した。

問題は、「法規定に反しない限り」という許容要件を模範草案以来一貫して支持し続けてきた立法者の見解が、公法契約の許容要件に関する伝統的理論といかなる関係にあり、またこの許容要件が何を意味するのかである。

この点模範草案に添付された理由書からは、模範草案以来の立法者が、基本的にザルツヴェーデルの理論に影響を受けた事実が明らかになる。(42)

まず模範草案の作成委員会は、マイヤーが公法契約の可能性を否認する際に前提とした「公法の支配従属性」について、それが現在、法的にも政治的にも消滅した過去の考え方だとした上で、公法契約否認論を退ける。[43]

またフライナーやイェリネックが唱えた規範授権理論に対しては、この学説がマイヤーの見解を基盤に主張されていること、またこの学説が、自由裁量領域や、法律が存在しない行政領域での公法契約の許容性を否定してしまうことを理由に、これを批判している。[44] なお注目すべきは、規範授権理論に対する右の批判が、同時に、公法契約の許容要件として「任意法の存在」をあげ、自由裁量領域や、法律が存在しない行政領域での公法契約の許容性を否定したアペルトに対する批判にもなっていることである。すなわち模範草案作成委員会は、公法契約を明示・黙示に授権する法規範が存在しない場合や、そもそも法律自体が存在しない行政領域においてもまた、公法契約の許容性を肯定するとの立場に立った上で、公法契約を明示的に授権する法規範の存在をもってそれを許容する規範授権理論と、公法契約を黙示的に授権する任意法の存在をもってそれを許容するアペルトの見解を、同時に退けたのである。

こうした立場が、ザルツヴェーデルの理論と基本的に類似することは明らかであろう。なぜなら、ザルツヴェーデルもまた、法律が存在しない行政領域での公法契約の許容性を肯定し、そこに法治主義の補完機能を期待するからである。もっとも、連邦行政手続法の第五四条において、ザルツヴェーデルの理論が部分的に修正されていることにも注目する必要はあろう。この規定によれば、「契約を要求する行政利益」がいかに存在しようとも、「法規定に反しない限り」という要件を満たさない限り、公法契約は許容されないからである。この点、模範草案作成委員会の議長であったリートドルフ（Fritz Rietdorf）は、模範草案公表の翌年（一九六四年）に発表した論文の中で、次のように述べている。[45]

「公法契約の許容性につき、いかなる場合にそれが個別的に締結されうるかを、この法律で排他的に規律することは

不可能である。模範草案はその第四〇条〔現行法第五四条―筆者註〕で、《法規定に反しない限り》公法上の法律関係を、契約により創設・修正・変更しうる旨を確認することで満足した。ゆえに模範草案は、公法契約の許容性に明示的な法律の授権も要求しなかったし、またその利用領域を行政裁量領域に限定することもしなかった。ただ決定的なのは、法規定が契約の締結を妨げているか否かである。このことは必ずしも表面的に判断されるべきではなく、法規定の全体的な評価が必要で、法規定の全体的解釈から、特定の行政活動が拘束的に規律されているかが審査されねばならない。」（傍点筆者）

右の記述は、いわゆる「法律の禁止」法理が、公法契約法にも導入された事実を示している。すなわち、民事法学において「法律の禁止」は、「契約による法律関係の規律自体が全面的に排除された状態」を意味するが[46]、模範草案以来の立法者はこの法理を公法契約にも援用し、いかに契約を要求する行政利益があろうとも、契約による法律関係の規律を禁ずる「法律の禁止」が存在する場合には、公法契約の許容性を否定したのである。それは、模範草案以来の立法者が、ザルツヴェーデル理論の影響を受けつつも、法治主義の形骸化を防止するために、彼の理論を修正した事実を物語っている。法律の禁止の具体的事例や、この要件に反して締結された公法契約の効力については後に改めて検討するが[47]、いずれにせよ「法律の禁止」が存在する場合、行政主体と相手方私人は、公法契約の締結を目指した交渉活動を行うことを許容されないのである。

第三節　公法契約と法律の留保

さて、以上の結果を踏まえて検討されるべきは、「公法契約と法律の留保の関係」である。[48] 前節でも述べたように、模範草案以来の立法者は、法律が存在しない行政領域においても、「法律の禁止」が存在せず、契約による法律関係の規律が禁じられていない限りで、公法契約の許容性を肯定しようとした。しかし翻って「法律の留保」の視点からこの見解を眺めた場合、なお釈然としない点がある。

「法律の留保」については、侵害留保説と全部留保説の対立に見られるように、その解釈をめぐり様々な学説が主張されてきたが、ドイツの学説・判例は、現在「本質性理論」を採用している。[49] 本質性理論は、「市民に直接影響を及ぼすあらゆる根本的問題は、議会の法律を通じて決定されなければならない」という考え方である。[50] この理論の特徴は、「本質事項が、行政の行為形式を問わず、議会制定法の留保に服す」と考える点にある。つまりこの理論は、行政の行為形式の性質に焦点をあてて留保領域を決定する我が国の権力留保説とは違い、行政領域の内容に焦点をあて留保領域を決定するのであり、その意味で公法契約といえども、法律の留保から自由だとは即断できないのである。

そうすると、法律が存在しない行政領域においても、法律の禁止に違反しない限りで契約の許容性を肯定しようとした立法者に対しては、「公法契約も〔法律の留保〕に服す場合がある事実を見落としていないか」との批判が生じても不思議ではない。事実「法規定に反しない限り」という許容要件が実定法化された後、それを規律する第五四条の解釈をめぐって議論が生じた。[51] 本節では、法規定に反しない限りで契約を許容する第五四条が、本質性理論との関係でどのように解釈されているのかを検討する。

一　法律の留保をめぐる学説・判例の状況－本質性理論〔Wesentlichkeitstheorie〕－

「本質性理論」は、一九七〇年代にドイツの連邦憲法裁判所によって採用され、これまで数多くの判例がこの理論に立脚している。

連邦憲法裁判所の一九七五年十月二八日の決定は、「立法は憲法秩序に、執行権及び裁判権は、法律及び法に拘束される。」と規定する基本法の第二〇条第三項に、法律の留保の憲法上の根拠を求めた上で、具体的に法律に留保される行政領域について、次のように述べている。(52)

「一九世紀の憲法上の市民的・自由主義的国家思想によって特徴づけられる公式によると、《自由および財産への侵害（Eingriff in Freiheit und Eigentum）》が問題となる限りでのみ、法律が必要とされるのであるが、それはもはや今日の憲法思想には全く適合しない。基本法がそうであるように、民主主義的、議会主義的国家思想の領域においては、市民に直接影響を及ぼす、あらゆる根本的問題に関する決定が、法律を通じて行われること、つまり実務において普及している《侵害》という基準から離れるべきことは当然である。〔中略〕この点、議会によって決議される法律には、単なる行政活動に比べて直接的な民主的正当性が存在し、また議事手続は討論や決定の探求の大規模な公開を保障しており、これにより相対立する利害の調整という偉大な可能性を保障している。以上の点は全て、一般的な法律の留保を、古典的な限界を超えて拡大することに有利な材料を提供する。」

他方、連邦憲法裁判所の一九七八年八月八日の決定（いわゆるカルカール決定）は次のようにいう。(53)

「法律の留保という基本原則は確かに憲法上明示的には言及されてはいないが、その妥当性は基本法の第二〇条第三

項から生じる。法律の留保という基本原則をめぐる理解は、とりわけその民主主義的構成によって近年変化している。立法者は－侵害（Eingriff）というメルクマールから離れて－根本的な規範領域、特に基本権行使領域において国家による規律が行われる限りで、あらゆる本質的決定を自ら行わなくてはならないのであり、それは今日、確立した判例である。」

右の二つの判例を見る限りでは、法律の留保が及ぶ具体的な行政領域は明らかではない。判例はいずれも「市民に直接影響を及ぼすあらゆる根本的問題」、「根本的規範領域」、「あらゆる本質的決定」などといった抽象概念を用いているからである。しかし共通するのは、両判決が侵害留保論を批判し、留保領域の拡大を視野に入れている点である。

他方、一連の判例を眺めると、本質性理論からは、以下の二つの特色を見出しうる。

本質性理論の第一の特色は、この理論が侵害留保論を批判しつつも、それを全面的に否定しない点である。[54] 例えば連邦憲法裁判所の一九七八年四月一九日の判決は、「自由と平等」に影響を及ぼす決定を「本質的決定事項」とし、これを留保領域に数える。[55] また前出のカルカール決定も、核エネルギーの平和利用に関する決定が、「市民の自由と平等」に広範な影響を与えることに鑑みて、これを「根本的・本質的決定」としている。[56] 他方、シュミット＝アスマン（Eberhard Schmidt-Aßmann）とクレプス（Walter Krebs）も、侵害留保論における留保領域が、本質性理論をとる現在も、依然として留保領域に含まれるとして、次のように述べている。[57]

「今やそれだけに限られないが、依然として自由や財産への〔侵害〕は、法律の留保という前提要件を充足する。（基本権的）法律の留保の要求に従い、基本権によって保護されている領域の最終的な侵害として理解される〔基本権侵

害〕は、法律により、あるいは法律に基づいてのみ許容される。」

他方、本質性理論の第二の特色は、全行政領域に法律の根拠を要求する全部留保論を批判し、留保領域の限定を図る点にある。一九六〇年代、民主制原理や議会の最高機関性を根拠に、法律による授権がない限り行政活動は禁じられるとする全部留保論が、イェッシュ（Dietrich Jesch）により主張されたが[58]、学説・判例は、「議会に直接的な民主的正当性があるにせよ、それ一事を以て、全ての権限を一次的に議会に帰属させ、法律による授権がなければ行政権限の行使が否定されると結論づけることはできない」として、これを退けたのである[59]。その意味で本質性理論は、侵害留保理論を拡大しつつ、他方では全部留保理論を縮小する見解であって、いわば両者の折衷説に位置づけられる[60]。

ただ本質性理論の難点は、この理論が繰り返し用いる本質性基準の抽象性の故に、留保領域の範囲に不明確な点が多いことである[61]。しかし最近、判例・学説は、基本権、法治国家原理、民主制原理などの憲法原理を手掛かりに、法律の留保を呼び起こす「本質的事項」の内容を具体化しつつある。例えばクレプスは次のように述べる[62]。

「〔本質性〕という公式の具体化は、その都度の専門領域の特殊性を考慮する中で、法律の留保を生み出す憲法命題や憲法原則を組み合わせることによって行われなくてはならない。必要不可欠な立法領域を確定する憲法原理に数え上げられるのは、一つには民主制原理である。それは議会に対してその政治的な指導的役割を与える。また他方で、法治国原理があげられる。それは予測可能かつ統制可能な行政活動を目指すものである。さらに基本権もまた、必要不可欠な立法領域を確定する憲法領域に数えられる。〔中略〕いうまでもなく、先に掲げた憲法基準は、個々具体的ケースで〔法律の留保が及ぶ領域と及ばない領域とを―筆者註〕区別するには、あまりにも抽象的である。し

かしこれらの憲法基準は十分な指標を内包している。〔中略〕選択された行為形式に関係なく、したがって行政が契約締結の方法で行動するか否かに関係なく、行政によって履行される任務の重要性が、立法者による誘導を要求する場合がある。行政によって履行される任務が、行政に対して憲法上与えられている自らのイニシアチブによってはもはや処理され得ず、立法者による誘導作業を要求するほどの広がりを持っている場合には、法律の留保の民主的機能を考慮して立法者による誘導が行われる。例えば都市建設計画化領域に関する立法は、その事例である。」

このように本質性理論によると、「行政活動が基本権に広範な影響を及ぼす場合」や「国民に対する予測可能性を保障し、行政活動の統制を確保する必要上、法律が必要とされる場合」、さらに「行政任務の重大性に鑑みると、多くの世論を反映し、適切な利害調整機能を果たす議会により、それが事前に誘導されるべき場合」に、行政の行為形式に関係なく、法律の留保が要請される。このため、留保領域は必ずしも行政活動の全領域に及ぶものではないが、自由・平等といった基本権に影響を及ぼす侵害行政はもとより、社会権的基本権に影響する給付行政（社会扶助の提供や補助金交付など）の他、都市建設領域、原子力領域など、かなり広い範囲に及ぶ。[63]

クレプスは、本質性理論が、自由・平等に影響する活動を依然として留保領域に含み、また給付活動にも留保領域を広げている事実をとらえ、それが基本権保護に仕えるという意味で、これを「基本権的法律留保」と呼び、そこに「主観法的側面」があると指摘しつつ、他方で、本質性理論が、民主制原理を考慮することにより、議会と行政の権限配分の問題に関わり、主観的権利利益の保護を超えた「客観法的側面」をも併せ持った法律の留保論であると結論づけている。[64]

二　本質性理論と公法契約

このように、本質性理論が、基本権保護を目的とする主観法的側面と、民主主義国家における議会と行政の権限配分を行うという意味で客観法的側面を持つことを前提とした場合、公法契約と法律の留保の関係は、いかに理解されるのであろうか。

〔一〕法律の留保の主観法的側面と公法契約（基本権的法律留保と公法契約）

本質性理論は基本権保護を目的の一つとし、行為形式に関係なく、基本権に影響を及ぼす行政作用を留保領域の一つに数える（基本権的法律留保）。特に、侵害留保論における留保領域の拡大を目指す本質性理論にあっては、自由・財産への侵害は、今なお留保領域に属す。ここから、公法契約と法律の留保の関係が問題になる。というのも、公法契約により、行政の契約相手方たる私人が義務を引き受けた場合、ここに「基本権的自由の縮小」が認められるからである。仮に、公法契約における義務の引受けが、自由・財産への侵害（基本権侵害）と理解されるなら、行為形式に関係なく、基本権侵害作用を法律の留保の下におく本質性理論にあっては、公法契約も法律の留保に服すことになり、義務引受けを認める法律が存在しない限り、公法契約の締結は許容されないことになる。こうした見解を示すのがシンプフ（Christian Schimpf）であって、彼は次のように述べている。(65)

「基本権は契約上の義務を通じて侵害される。〔中略〕基本権および基本権行使を法律行為によって制約することは基本権侵害であり、基本権に添付されている法律の留保が証明しているように、基本権侵害は立法者に帰属すべき

ものである。」（傍点筆者）

しかし、公法契約において、行政給付のみが約束されるケースが希であり、その殆どにおいて市民が何らかの契約上の義務を負う事実に鑑みると、この見解は、殆ど全ての公法契約に対し、法律の明示・黙示の授権を要求することになり、先に見たアペルトの公法契約論と実質において変わらないことになる。[66] こうした見解が模範草案以来の立法者見解と齟齬を来すことはいうまでもない。連邦行政手続法の立法者は、公法契約に対して明示・黙示の授権規範を要求したアペルトの見解を批判し、法律が存在しない行政領域における公法契約の許容性を広く認めようとしたからである。[67]

こうして、右の立法者意思を尊重しながら、公法契約と法律の留保の問題を探る動きが生じることになる。それがクレプスである。彼は、公法契約における市民の義務引受けは基本権行使であり、基本権的法律留保を呼び起こす基本権侵害ではないとして次のように述べた。[68]

「問題は、行政契約の締結に関して、一般的に（基本権的）法律の留保を呼び起こす基本権侵害が存在するのかである。それは契約を通じて引き起こされた私的な契約相手方の法的義務に関してのみ判断されうる。契約による法的義務から、確かに―以前―存在していた活動機会の制約が生じる。他方、ただこうした所見に基づいて、基本権侵害の推定が試みられている。しかしここで見過ごされているのは、基本権的自由が義務を負わない状態を意味するわけではなく、また活動の選択肢が基本権の担い手により減少せしめられたことが基本権侵害を意味するわけではないという点である。〔中略〕少なくとも自らの決定に基づいて義務づけられる可能性が、基本権によって保護されている自由の中に含まれる旨は正当に指摘されている。一般に、基本権によって保護されている自由の行使は、自ら課した義

務なしには存在し得ない。それは例えば基本法第一二条第一項の職業選択の自由や、―とりわけ都市建設上の契約の観点のもとでは―基本法第一四条第一項によって保護された自由に当てはまる。それらは、財産権を自由に処分する可能性を含んでいる。したがって契約上の市民の法的義務は、必ずしも基本権侵害だとは限らず、それは基本権の行使でもある。〔中略〕その意味で、私的な契約相手方の行政契約上の法的義務を基本権侵害と性格づけることは、不適切な法ドグマ上のカテゴリーを用いている。」

右の記述にも明らかなように、クレプスは、基本権の担い手に対し、彼に委ねられた自由を行使して、自ら義務を引き受ける権限があることを認める。彼によれば、それは基本権の行使（私的自治の表れ）であり、基本権侵害ではないため、少なくとも「基本権的法律留保」という意味での「法律の留保」の要請は生じない。事実、クレプスは次のように結論づけている。(69)

「契約の締結が、基本権によって保護された私的自治の表れであり、それが私的自治的活動であるならば、―主観法的に基礎づけられた―法律の留保〔基本権的法律留保―筆者註〕は介入しない。」（傍点筆者）

〔二〕法律の留保の客観法的側面と公法契約

他方、本質性理論は、法律の留保領域を決定するにあたり、基本権、法治国原理、民主制原理などの憲法原理を総合的に勘案する。したがって留保領域は、単に権利保護の必要性にのみ基づいて決定されるわけではなく、権利保護という観点からは法律の留保が不要な場合でも、民主制原理を考慮して行政活動に「法律の根拠」を要請することがある。

これが法律の留保の「客観法的側面」であった。

問題は、右に述べた法律の留保の客観法的側面と公法契約の関係である。この点、シンプフ及びクレプスは、「法律の留保の主観法的側面（基本権的法律留保）と公法契約の関係」については、相対立する見解を主張したが、「法律の留保の客観法的側面と公法契約の関係」については、全く同じ見解を示している。特にシンプフは、民主制原理を考慮して法律の留保が要請されるにも関わらず、法律がなお存在しない状況において、相手方私人の同意があることのみを理由に法律関係の規律が許容されると、議会民主制の下、多様な利害関係を調整する議会の権限が侵され、憲法上の権限組織が崩壊するとし、これを厳しく批判した。彼は次のように述べている。(70)

「代表民主主義、非命令委任において特徴的なのは、議会の決定が具体的な市民の意思と矛盾する場合にも、それが民主的正当性を持つものとして通用することである。したがって、具体的ケースにおける同意を通じて確立された市民の意思は、一般的な代表機関を不要にする、正当性の代用品たりえない。〔中略〕法律は、個人的な自由と財産領域を保護することの中で使い果たされるわけではない。むしろ法律は、具体的かつ直接的な市民の利害関係性の調整を越えた機能（コントロール機能）や、問題や手段、可能性等の社会的重要度を優先的に決定する秩序化機能を果たす。連邦憲法裁判所が、あらゆる本質的決定は立法者によって行われなくてはならない旨を判示する場合、それは自由・財産の保護を越えた議会の指導的役割を指し示している。仮に市民がその同意を通じて立法行為に代替する能力を持つとするならば、代表民主制においては市民に与えられていない機能〔議会に与えられている指導的機能―筆者註〕を市民が果たすことになろう。民主的な権限において市民にはそうした能力は存在しない。〔中略〕法律の留保は基本法上の権力分立の表れでもある。行政がもっぱら市民の合意に依拠して、さもなくば考慮されなくてはならな

い法律の授権なしで済ますことができるならば、こうした権限組織はぐらつくことになる。」

三　連邦行政手続法第五四条と法律の留保の関係

それでは、以上の検討結果を前提に、「法規定に反しない限り」で公法契約を許容する連邦行政手続法の第五四条が、どのように解釈されているのかを検討しよう。

ドイツ行政法学の中には、第五四条が「法規定に反しない限り」で公法契約を締結することができると規定する事実、及び模範草案以来の立法者が、法律が存在しない領域での公法契約の許容性を広く認めようとした事実を尊重し、「公法契約は、法律の禁止に違反してはならないという意味で、法律の優位には服すが、法律の留保には服さない」と考える者がいる。それがウレ（Carl Hermann Ule）とラウビンガー（Hans-Werner Laubinger）であり、次のように述べる。(71)

「契約を締結する行政庁は、確かに法律の留保には服さないが、しかし法律の優位には服す。したがって行政庁は公法契約により、何ら規範的根拠が存在しない給付を与え、約束し、約束させることができる。」（傍点筆者）

他方、マウラー（Hartmut Maurer）は、「法規定に反しない限り・・・できる」と規律する第五四条を、公法契約に対する一般的授権規定とみなし、現在、公法契約が法律の留保に服すか否かを個別に考慮する必要はなくなったと考える。(72)

ウレやラウビンガーの様に、公法契約が法律の留保自体に服さないと考えるか、マウラーの様に、公法契約も法律の留保に服す場合があることを一応前提としつつ、第五四条により一般的な授権が行われた現在、公法契約が法律の留保

に服すか否かを個別に検討する必要はなくなったと考えるかはともかく、両見解とも、法律の留保に公法契約への制約を読み込まない点で共通する。

これに対し、公法契約もその内容によっては法律の留保に服すと考えるクレプス及びシンプフは、法律の留保に公法契約への制約を読み込まないウレ、ラウビンガーそしてマウラーの見解を強く批判する。彼等によれば、憲法の下位規範である連邦行政手続法が、憲法原則としての法律の留保を廃止することなどできないのであり、「法規定に反しない限り」で契約を許容する第五四条は、法律の留保と整合性を保ちつつ解釈されねばならないのである。(73)

シンプフによれば、「法規定に反しない限り」で契約を許容する第五四条は、「法律の優位」に関する規定であり、この規定は「法律の留保」に関する規定ではない。(74) したがって、契約による法律関係の規律を禁ずる「法律の禁止」が存在しなければ、法律が存在しない行政領域においても、契約による法律関係の規律可能性は一次的には肯定される。しかし、契約の規律対象につき「法律の留保」が及ぶ場合、法律の根拠なくして公法契約を締結することは法的に許容されない。彼はこれを次のように述べている。(75)

「契約による形成を法律の留保から除外する根拠を認識することはできない。それは、法律による規律が未だ行われていない領域における契約による法律関係の規律が、法律の留保が及ぶ限りで適法となり得ないことを意味する。故に、法律による規律が未だ行われていない領域における従属法契約は、一般的に、適法とも言えなければ、一般に違法とも言えない。本質性理論という基準に従い、法律の留保が要求されない限りにおいて、契約による法律関係の規律もまた、法律の根拠なく法的に許容される。」

第四節　判例の分析

それでは最後に、連邦行政手続法の第五四条が規律する「法規定に反しない限り」という要件により、判例上いかなる公法契約がその許容性を否定されるのかを検討しよう。

[一] 選挙和解（バイエルン上級行政裁判所一九七六年六月一三日判決）[76]

事実関係は以下の通りである。

一九七八年三月五日に、ゲマインデUで議会選挙が行われた。ゲマインデ選挙法の第一六条によると、選挙当日までに少なくとも六ヶ月間ゲマインデ内に滞在していなかった者は、被選挙権を認められなかった。ところが、一九七七年八月一日より、ドイツ語教師として一時渡仏していた為、選挙当日までに六ヶ月ゲマインデに在住していなかった訴外Aが、右選挙に立候補し、当選した。選挙審査庁M（被告）は、一九七八年三月二一日の決定により、ゲマインデUにおいて実施された議員選挙の全体が無効であるとした。この決定に対し、先の選挙で当選した議員等（原告）が訴訟を提起したが、その後、本件選挙があくまでも全体として無効であることを前提に、被告Mは全体的な選挙やり直しを命じるのではなく、既に実施された一九七八年三月五日選挙の得票数に従い、訴外Aを除いて当選人を決定し直す旨で和解が成立した。

地方議会の選挙に瑕疵がある場合、選挙審査庁には審査を開始する権限が与えられている。ゲマインデ選挙法の第三七条第二項によると、選挙規定への違反が存在し、かつ選挙結果に影響が生じたと認定される場合、選挙審査庁は、職権で選挙の無効を宣言し、理由を付記することを義務づけられる。また同法第三七条第三項によれば、本件の様に、選

挙権を持たない者が当選した場合、その部分のみが無効となり、選挙全体が無効になるわけではない。バイエルン上級行政裁判所は、以上を前提とした上で、「選挙審査庁は、第三七条第三項に従って、機械的に選挙の部分無効を宣言し、無効となった部分（訴外Aの議席分）につき、選挙を新たに実施する義務を負い、したがって、議員との和解により、選挙の効力の他、事後選挙の実施方法を決定することは、選挙法上禁じられている」と判断し、結局、本件和解契約は、法律の禁止に違反し、バイエルン州の行政手続法第五四条（連邦の行政手続法第五四条と同じ内容である）により許容されないと結論づけた。(77)

「職権によって行われる選挙審査手続に関する紛争につき、選挙審査庁が、こうした措置〔和解－筆者註〕をとることは禁じられている。なぜなら、選挙審査手続はもっぱら、適法な選挙結果の実現を目指して、確定された選挙結果を審査することを目的として行われるからである。選挙の瑕疵は、社会の利益において是正されなければならない。社会に対する義務に鑑みると、行政庁には訴訟手続において互譲の方法により決定を行う自由はない。〔中略〕ゲマインデ選挙法第三七条第二項の要件が存在するのであれば、行政庁は理由を付して、選挙を無効と宣言せねばならない。にもかかわらず、行政庁が和解を締結したのであれば、当該行政庁は、義務に適って行使されるべき裁量に関する基本原則に違反する。義務に適った裁量の行使によってのみ、特定の選挙審査決定を行い、またそれを正当化することができる。その限りで裁量はゼロに収縮するのであって、それ以外の決定、したがって和解の締結は行われてはならない。したがって行政庁がとった措置は、バイエルン州行政手続法の第五四条、第五五条で規律された要件を満たしていない。」（傍点筆者）

［二］租税免除協定（連邦行政裁判所一九五九年六月五日判決）[78]

事実関係は以下の通りである。

原告は、自己所有の工場を、現在のBからJへ移転しようと考えていた。原告と被告（ゲマインデの長）との交渉後、原告は工場へ通じる道路の改修を約束し、他方ゲマインデ側は、原告の希望通り工場移転を許可し、かつ事業税と賃金税については、一九五〇年八月二八日から向こう五年間、土地税については二年間免除する旨を内容とする契約（本件契約）が締結された。原告は本件契約に基づき、毎年租税調査を受けることも、申告することもなく事業を行っていた。

これに対し、自治体監督庁が異議を申し立てた。結局ゲマインデ議会は、一九五五年三月二五日に、右租税免除を撤廃し、同年四月一二日、原告に対してこれまで契約に基づき免除されていた土地税、賃金税、事業税併せて四二〇〇〇マルクの課税を行った。

連邦行政裁判所は、基本法の第二〇条第三項、同第一〇五条、帝国租税通則法の第一条第一項に根拠を持つ租税法律主義に鑑みると、それを認める明文の規定がない限り、租税免除協定を締結することは禁じられているとし、本件契約の許容性を否定した。前出の選挙和解に関する事件と同様、本件においても、契約形式による法律関係の規律を禁止・排除する旨の明文規定はなかったが、連邦行政裁判所は、基本法や租税法規を総合的に解釈して、いわば「黙示的な法律の禁止」を読み込んだのである。[79]

「租税は法律によってのみ付加されうる。なるほど基本法は、このことを明示的には述べていないが、それは基本法の第二〇条第三項から生じる帰結である。また基本法の第一〇五条も、租税が法律によってのみ付加されることを前提としている。一九三一年の帝国租税通則法の第一条第一項も同じである。〔中略〕法律による租税賦課は、法律が

そうした協定を明示的に認めていない限り、租税徴収者と納税義務者の間で、租税額に関して法律から逸脱する協定を締結することを排除している。それはもっぱら支配的見解である。租税賦課が法律によってのみ行われなければならず、租税徴収者と納税義務者との間で締結された協定を基礎として、法律規定から逸脱する租税賦課が行われてはならないという原則は、法治国家にとってはきわめて基本的なことで、また右の基本原則への違反が、法律命令の毀損として疑義を生ぜしめ、無効となることは明白である。したがって、当事者が租税免除協定を締結しても、それは少なくとも土地税に関しては無効である。土地税法には、租税協定を承認する規定がないからである。[80]」

［三］計画契約

「計画契約」とは、特定の計画化を実施ないし実施しない義務を対象とする契約である。[81] ここでは計画契約の許容性を検討する。

計画策定権限を持つ法主体は、計画を策定する際、関連する諸利益を適正に衡量する義務を負う。これが「衡量原則」である。[82] 建設法典の第一条第六項は、「建設管理計画の策定に際しては、公的及び私的利益が相互に適正に衡量されなければならない。」と規定し、「衡量原則」を明文化している。なお衡量原則は、あらゆる計画手続に妥当する原則であり、各種の計画法規は、適正な利益衡量を担保する為に、計画に影響を受ける公益主体（行政機関）や市民に対して、計画手続への参加権を保障している。[83]

従来、ドイツの学説・判例は、右の衡量原則を理由に、計画契約の許容性に疑問を抱いてきた。特定の事業者との交渉により計画内容が事前に決定されると、利害関係人の手続参加権が侵害されると同時に、一面的な利益衡量を招き、必然的に「衡量原則違反」が生じるからである。[84] スパノヴスキー（Willy Spannowsky）は、計画契約が潜在的に衡量原

則を毀損するものであることを認め次のように言う。[85]

「特定の計画化を実施する旨の義務を内容とする計画代替契約や、特定の種類や方法での計画化を行わない旨の義務を対象とする計画回避型契約の場合、…実態の状況に応じて調整されなければならない利害関係が衡量に入れられていないなら、かかる衡量の欠如は、衡量の瑕疵を招く。」

他方、連邦行政裁判所も、計画契約が衡量原則違反を招く危険性を持つ事実を認めている。連邦行政裁判所の一九八一年五月二九日の判決を見てみよう。[86] 事案は次の通りである。

原告（民間企業）は、被告ゲマインデの提案に基づき、行政庁舎を市の中心部から移転させた。原告と被告との間で契約（以下、本件契約）が締結され、ゲマインデは、新庁舎脇にある公共用地を原告に利用させる旨を約束した。その後ゲマインデは、土地利用計画案を決定し、右公共用地に幹線道路を建設する案を打ち出した。そこで原告は、本件契約を根拠に、今後、土地利用計画がさらに具体化されてはならない旨の確認を求めて、本件訴訟に踏み切った。

本件で問題となった「土地利用計画」は、計画市町村の全域に渡り土地利用の区分を概略的に示すものであり、いわば土地利用のマスタープランである。計画官庁は、この土地利用計画を前提に、「地区詳細計画」を策定する。「地区詳細計画」は、市町村の一部地域について、建築利用の種類、程度、建築様式の他、道路、公園、緑地などの公共施設の配置を詳細に指定するものであり、「条例」として策定される。[87] したがって原告は、契約の履行を確保する為に、「（公共用地を幹線道路に指定する）地区詳細計画」の策定を阻止しようと試みたことになる。

連邦行政裁判所は、建設法典が、特定の地区詳細計画を策定し、あるいは策定しないよう請求する権利を私人に認め

ておらず、また同法の第一条第六項が「衡量原則」を明文化し、計画の策定にあたり公益と私益の適正な衡量を要求している事実を指摘した上で、原告の請求は右規定の形骸化を招きかねないとして、これを棄却している。[88]

つまり判決は、適正な利益衡量を行った上での計画策定を要求する建設法典は、特定事業者の利益のみを考慮して計画内容を決定することを禁じていると理解し、「衡量原則」の中に、計画契約に対する「法律の禁止」を読みとったのである。したがって計画契約は、理論上、連邦行政手続法の第五四条により法的に許容されないことになる。[89]

しかし実務上、計画策定官庁は、計画を策定するにあたり頻繁に事業者との事前交渉を実施している。計画策定に際して必要な利害調整は、事業者との交渉抜きには為し得ないからである。[90] 実際、ドイツの学説・判例は、計画契約が持つ実際の効用に配慮し、それを一定の要件下で許容する動きを見せている。そこでの問題は、計画契約と衡量原則の調整である。連邦行政裁判所の一九七四年七月五日の判決―いわゆる板ガラス判決（Flachglasentscheidung）―を参考に、この問題を検討しよう。事案は以下の通りである。[91]

当初ゲマインデは、土地利用計画において、本件土地を「緑地地域」としていたが、一九六六年の領域発展計画（Gebietsentwicklungsplan）により、これを「住宅用地」とした。ところが、その後、ガラス製造工場の進出計画が持ち上がった。この工場は、敷地の規模、施設の大きさ、従業員数のいずれをとっても、かなり大規模なものであったが、ゲマインデはこれを推進する立場から、一九七〇年に右計画を変更し、本件土地を「産業地域」とする地区詳細計画を策定し、右ガラス会社に対して営業と工場建設を許可した（連邦行政裁判所判例集では、明確に言及されていないが、本件地区詳細計画の策定に先立ち、ゲマインデとガラス会社との間で、工場誘致協定が締結され、そこにおいて、本件土地を産業地域とする合意が成り立っていたようである）。[92]

連邦行政裁判所は、特定事業者との契約による計画内容の決定が、衡量原則を毀損する危険性を持つとしながらも、

特定事業者と交渉・合意が、適切かつ効果的な計画化の実施に欠かすことのできない（unerläßlich sein）ことを認め、[93]以下の三要件が満たされることを条件に、計画契約の許容性を肯定している。すなわち、①「契約による計画化の先取りが、実質的に正当化されること」、②「計画法上の権限秩序が保障されていること（計画化がゲマインデ議会により行われる限りで、契約による先取り決定に議会が関与すること）」、③「契約による先取り決定が、内容的に非難されるものであってはならず、衡量要請を満たすこと」である。[94]

結局裁判所は、工場の立地に反対する利益が適切に考量されておらず、衡量の瑕疵が存在するとして計画の無効を判示したが、重要なのは、判例上、計画契約が右の三要件を満たし、「法律の禁止」としての「衡量原則」に違反しない限りで、その許容性を肯定されると考えられている点である。

（1）我が国においても柳瀬・田中両教授等による伝統的公法契約論が、公法契約の可能性を肯定した上で、その許容要件（特に法律の授権の要否）をめぐり独自の展開を示したことは、序章の第二節一でも述べたとおりである。

（2）ブリンガーは、次のように述べている。「公法上の契約がいかなる法律の根拠も必要とせず、行政行為にも勝るとする見解から、公法上の契約の法律に対する無条件の服従に至るまで、数多くの学説の虹が架かっている。…しかし、概念構成から法的許容性をめぐる問題に至るまでうかがわれるかなりの相違性は、一つの確立された教義をほとんど語り得ないことを証明している。」と（Vgl., Martin Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962, S.48）。なお、この点については、参照、塩野宏「紹介マルティン・ブリンガー『契約と行政行為』」同『行政過程とその統制』有斐閣（一九八九年）二六七頁。

（3）連邦行政手続法の第五四条が定める公法契約の許容要件を紹介・検討するものとして、参照、南博方「西独の行政手続法と公法契約」同『行政手続と行政処分』（一九八〇年）八四頁以下、石井昇『行政契約の理論と手続－補助金契約を素材として－』弘文堂（一九八七年）一二五頁以下、大橋洋一「行政契約の比較法的考察－建設法領域を中心として－」同『現代行政の行為形式論』弘文堂（一九九三年）一六一頁以下。なお、第五四条のモデルとなった、模範草案第四〇条を紹介・

検討するものとして、参照、藤原淳一郎「西ドイツ行政手続法草案をめぐる公法契約論」法学研究第四四巻第七号（一九七一年）九三頁以下、原田尚彦「行政契約論の動向と問題点（二・完）」法律時報第四二巻第三号（一九七〇年）八八頁以下。

（4）公法契約の許容性に関するドイツ行政法学の動向を検討したものとして、参照、石井・前掲書（註3）一〇四頁以下、原田尚彦「行政契約論の動向と問題点（一）」法律時報第四二巻第一号（一九七〇年）七〇頁以下、同・前掲論文（註3）八五頁以下。

（5）マイヤーが主張した公法契約否認論については、参照、柳瀬良幹「公法上に於ける契約の可能及不自由」同『行政法の基礎理論』清水弘文堂（一九六七年）二四四頁以下、塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』有斐閣（一九六二年）二一九頁以下、原田尚彦「行政契約論の動向と問題点（一）」法律時報第四二巻第一号（一九七〇年）七〇頁以下、淡川典子「公法契約論序説」名大法政論集第四七巻（一九六九年）七頁以下、長尾久衛「オット・マイヤー公法契約論」名城法学第一五巻第一・二合併号（一九六五年）六一頁以下。

（6）Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.1, 3.Aufl., S.15.; なおこの点については、参照、塩野・前掲書（註5）一二六〇頁以下。

（7）Mayer, a.a.O (Fn.6)., S.97f.

（8）官吏任命行為の法的性質に関するマイヤーの見解、及び「服従に基づく行政行為」については、塩野・前掲書（註5）二一八頁以下を参照。

（9）公企業特許の法的性質につき、マイヤーは次のように言う。「特許はそれを付与された者に対し、公的事業を自己の名の下に所有し経営する能力を与える。他方それは企業者の負担により履行すべき義務を生み出す。人民の自由・財産への介入を意味する当該負担は、一般原則に従えば法律の根拠を必要とする。しかしこの一般原則は、申請や特許の同意の中に見られる関係人の服従により代替されうる。」と（Mayer, a.a.O (Fn.6)., S.255.）。また営造物利用関係についても、マイヤーは、利用申請という人民の意思表示を、営造物権力に服従する際、憲法上必要な法律に代替するものと説明している（Mayer, a.a.O (Fn.6)., S.284f.）。なお公企業特許、営造物利用関係に関するマイヤーの理論については、参照、塩野・前掲書（註5）二二六頁以下、岡田雅夫「ドイツに於ける営造物学説の展開」阪大法学第八六号（一九七三年）八七頁以下。

(10) Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht, 8.Aufl., S.211.
(11) Fleiner, a.a.O (Fn.10)., S.326.
(12) フライナーの経営的行政概念については、参照、成田頼明「非権力行政の法律問題」公法研究第二八号（一九六六年）一四〇頁以下、岡田・前掲論文（註9）九二頁以下、塩野・前掲書（註5）三一二頁。
(13) Walter Jellineck, Verwaltungsrecht, 3.Aufl., S.20ff.; なお、イェリネックが唱えた単純高権行政については、参照、人見剛『近代法治国家の行政法学－ヴァルター・イェリネック行政法学の研究－』成文堂（一九九三年）一六頁以下、高木光『事実行為と行政訴訟』有斐閣（一九八八年）一四七頁以下、成田・前掲論文（註12）一四〇頁以下、村上武則「給付行政とその法形式」法学論叢第八九巻第五号（一九七一年）五二頁以下、塩野・前掲書（註5）三一一頁。
(14) 参照、柳瀬・前掲書（註5）二五〇頁以下。
(15) この点については、参照、村上・前掲論文（註13）六七頁。
(16) イェリネックがいかなる要件のもとで公法契約を許容するのかは不明確な点が多く、彼自身規範授権理論に立脚する旨を明確に述べているわけではない。しかし彼は一般にフライナーと同様、規範授権理論の支持者に位置づけられている。この点については、Vgl., Hartmut Maurer, Der Verwaltungsvertrag－Probleme und Möglichkeiten－, DVBl, 1989, S.800.
(17) Fleiner, a.a.O (Fn.10)., S.326f.; フライナーが経営的行政を「私法への逃避」として行政法学の対象から除外したことについては、参照、岡田・前掲論文（註9）八七頁、同九四頁以下、塩野・前掲書（註5）三一一頁、成田・前掲論文（註12）一四〇頁。
(18) Fleiner, a.a.O (Fn.10)., S.212.; フライナーの公法契約論を紹介・検討するものとして、参照、原田・前掲論文（註5）七二頁以下、石井・前掲書（註3）一〇八頁以下。
(19) 単純高権行政における公法契約の可能性が不明確であることを指摘するものとして、参照、高木・前掲書（註13）一四九頁。
(20) イェリネックのいう「双方的行政行為」は、マイヤーが唱えた「服従に基づく行政行為」を人民の権利保護の観点から修正したものであり、人民の意思表示に瑕疵がある場合に無効となる点に特徴がある。しかし、この一点を除けば、マイヤーが唱えた服従に基づく行政行為と、イェリネックが唱えた双方的行政行為は同じであり、両概念とも「公法における

国家意思の優越性」を前提としている。イェリネックの次の叙述は、それを明確に物語っている。曰く、「双方的行政行為を行う際も、国家は、国家に対置された人民に優位している。すなわち双方的行政行為は、二つの非対等的な行為から成り立っているのである。それは市民法の適用に服す個々人の私的な意思表示と、公法によって存在し、従って少なくとも適法・有効の推定の上に成り立った国家の意思表示である。」と。この点については、Vgl., Jellineck, a.a.O (Fn.13)., S.250f; なお、双方的行政行為については、参照、人見・前掲書（註13）二四二頁以下、塩野・前掲書（註5）二二六頁、杉村章三郎「紹介及批評 Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preussischen Oberverwaltungsgerichts, 1925」国家学会雑誌第四〇巻第八号一二一頁以下。

(21) Jellineck, a.a.O (Fn.13)., S.251f.

(22) フライナー及びイェリネックによる規範授権理論が、マイヤーの理論の部分修正に過ぎないことについては、参照、原田・前掲論文（註5）七三頁。

(23) アペルトの公法契約論については、参照、柳瀬・前掲書（註5）二二三頁以下、田中二郎「公法契約論序説」同『行政行為論』有斐閣（一九五四年）二九八頁以下、原田・前掲論文（註5）七二頁、石井・前掲書（註3）一〇五頁以下。

(24) Willibalt Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920, S.54ff.; この点については、石井・前掲書（註3）一〇六頁以下も参照。

(25) 事実アペルトは、官吏任命行為等を公法契約とすることに否定的（Apelt, a.a.O (Fn.24)., S.105）であり、これを同意に基づく行政行為と説明している。これに対し、行政行為とも理解しうる行為を、可能な限り契約と理論構成することに力点を置いた柳瀬教授は、官吏任命行為の契約的性格を否定し、これを行政行為としたアペルトを批判しており（柳瀬・前掲書（註5）231頁以下）、この点に両者の見解に差違が見られる。

(26) Apelt, a.a.O (Fn.24)., S.21.

(27) Apelt, a.a.O (Fn.24)., S.23ff.

(28) Apelt, a.a.O (Fn.24)., S.12ff.

(29) Apelt, a.a.O (Fn.24)., S.95ff.

(30) Apelt, a.a.O (Fn.24)., S.96f.; 彼は、自由裁量領域における公法契約の許容性を否定して次のように述べる。「自由裁量によっ

て、行政庁には考慮の余地が存在する。しかし、この場合においてもまた、行政庁の意思は基本的に拘束されている。個別事例の具体的規律に際して、法規範が行政庁に対して活動の自由を与えている場合でも、広範に制約が存在するのである。〔中略〕自由裁量による決定に際しても、行政庁の意思には、法律行為的活動の本質を特徴づける自由を失わせる制約が、明らかに存在する。」と（Apelt, a.a.O (Fn.24)., S.96）。

(31) Apelt, a.a.O (Fn.24)., S.97.

(32) スイスの国法学者イムボーデン（Max Imboden）は、行政領域を「法規に従って秩序づけられる領域」と「当事者の意思によって秩序づけられる領域」とに分けた上で、侵害行政は法律の留保に服すべきであるから前者に属し、したがって契約による規律の余地はないと考える。他方、生存配慮行政も、現代の分配国家においては、国家の消費と税の徴収によって、侵害行政と密接に結合しているため法律の留保に服し、法規に従って秩序づけられる行政領域に属すため、同じく契約による規律は原則として否定されると考える。その上でイムボーデンは、これらの行政領域において、処分授権が行われ、法律関係の内容につき、徹底的な規範化が行われていない限りでのみ、公法契約による規律可能性が肯定されると結論づけている（*Max Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, S.69ff.）。この見解は、戦後（一九五八年）に提起された見解であるが、公法契約を規範執行の一手段と位置づけるものであり、全体としてみれば、アペルトの見解に近い。なお、イムボーデンの公法契約論については、原田・前掲論文（註5）七六頁、長尾久衛「マックスイムボーデンの公法契約の類型」名城法学一六巻三・四号（一九六七年）一〇六頁以下、同第一七巻一・二号（一九六七年）一頁以下参照。

(33) 参照、原田・前掲論文（註5）七二頁、石井・前掲書（註3）一〇八頁以下。

(34) Ernst Forsthoff, Die Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung, in; Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S.23-26.; フォルストホッフが唱えた生存責任及び生存配慮については、参照、塩野宏「エルンスト・フォルストホフ『給付行政の法律問題』」同『公法と私法』有斐閣（一九八九年）二九一頁以下、村上武則「給付行政の法律問題」雄川他偏『現代行政法の課題』（現代行政法大系①）有斐閣（一九八三年）八一頁以下、成田・前掲論文（註12）一四一頁以下、高田敏『社会的法治国の構成』信山社（一九九三年）一九九頁以下。

(35) Forsthoff, a.a.O (Fn.34)., S.28.

(36) ザルツヴェーデルの公法契約論については、参照、原田・前掲論文（註3）八七頁以下、藤原淳一郎「ザルツヴェーデ

ルの公法契約論」法学研究第四八巻第一号（一九七五年）四七頁以下、山田幸男『行政法の展開と市民法』有斐閣（一九六一年）三三五頁以下、石井・前掲書（註3）一〇九頁以下。

(37) Jürgen Saltzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, S.12ff.; この点については、藤原・前掲論文（註36）四九頁でも指摘されている。

(38) Saltzwedel, a.a.O (Fn.37)., S.18f.; 原田・前掲論文（註3）八七頁。

(39) Saltzwedel, a.a.O (Fn.37)., S.18f.; 石井・前掲書（註3）一一二頁以下、原田・前掲論文（註3）八七頁、藤原・前掲論文（註36）五一頁。

(40) なお彼は、契約を要求する行政利益が公法に客観化された国家利益を上回って契約が許容される場合、そこには和解・交換という二つの契約類型があり得ると述べる（Saltzwedel, a.a.O (Fn.37)., S.119f.）。「和解契約」とは、法的状況や事実関係に不明確性が存在する場合に、行政庁と相手方国民とが妥協して締結する契約である。例えば、ある法律要件事実の存否について、行政庁と相手方国民の間に見解の相違が存在する場合、両者が妥協し、契約を締結して法律関係を規律する場合などがその典型である。ザルツヴェーデルは、こうした契約を認めることが、法治主義の要請を歪めかねないとして、その危険性を認識しつつも、莫大な時間と経費の浪費を回避し、事案の迅速な処理を実現するために和解の締結を求める行政利益は正当だとし、公法契約の一類型として和解契約をあげた（Saltzwedel, a.a.O (Fn.37)., S.120ff）。他方「交換契約」は、相手方国民が何らかの反対給付を提供することを条件に、行政庁が公法上の義務を免除し、あるいは権利を付与することを内容とした契約である。彼は和解契約の場合と同様、交換契約が法治主義を歪めかねないことを認識しつつも、こうした契約を締結する必要性が法治主義の利益よりも大きい場合、交換契約は有効なものとして許容されるべきだとしている（Saltzwedel, a.a.O (Fn.37)., S.123ff.）。なお、ザルツヴェーデルが具体的な公法契約類型として掲げた和解契約と交換契約については、藤原・前掲論文（註36）五五頁、同五七頁以下、原田・前掲論文（註3）八七頁以下を参照。

(41) 原田・前掲論文（註3）八七頁。

(42) 模範草案以来の立法者見解が、ザルツヴェーデル理論の影響を少なからず受けているとの評価については、参照、原田・前掲論文（註3）八八頁。なお藤原・前掲論文（註36）六〇頁以下は、ザルツヴェーデルが公法契約の具体的類型としてあげた和解・交換の両契約が、そのままでないにせよ模範草案に取り入れられた事実を指摘している。

(43) Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, 2.Aufl., S.185.
(44) Musterentwurf, a.a.O (Fn.43)., S.190.
(45) Fritz Rietdorf, Zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl, 1964, S.336.
(46) ドイツ民法典の第一三四条が規律する「法律の禁止」の意味については、柚木馨『独逸民法〔I〕民法総則』（現代外国法典叢書（一））有斐閣（一九五五年）二二五頁以下を参照。また「法規定に反しない限り」という連邦行政手続法第五四条の許容要件が、ドイツ民法典第一三四条が規律する「法律の禁止」と同義であることについては、Vgl., Willy Spannowsky, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, S.147.
(47) 法律の禁止の具体例については本章の第四節を、また法律の禁止に違反して締結された契約（第五四条に違反して締結された契約）の存続効については、第五章の第二節一を参照。
(48) 連邦行政手続法の第五四条により「法規定に反しない限り」で許容されることになった公法契約と「法律の留保」の関係を検討するものとして、参照、大橋・前掲書（註3）一九三頁以下。なお石井・前掲書（註3）五七頁以下は、補助金契約を念頭に、公法契約と法律の留保の関係を検討している。
(49) 「本質性理論」については、大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題—本質性理論（Wesentlichkeitstheorie）を中心として—」同『現代行政の行為形式論』弘文堂（一九九三年）一頁以下が詳しい。
(50) BVerfGE40, S.237ff (S.248).
(51) 詳しくは、本章の第三節三を参照。
(52) BVerfGE40, S.248f.
(53) BVerfGE49, S.126.
(54) 大橋・前掲書（註49）四三頁は、本質性理論が侵害留保論を批判しつつも、それを全面的に否定するものではないことに注目し、本質性理論を侵害留保論の延長線上に位置づける。
(55) BVerfGE48, S.221.
(56) BVerfGE49, S.127.
(57) Eberhard Schmidt-Aßmann/Walter Krebs, Rechtsfragen Städtbaulicher Verträge, S.185.; なお同旨の見解を主張する者として、

Vgl., Christian Schimpf, Der Verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidligkeit, S.154.

(58) イェッシュは、次のように言う。「憲法構造は、根本的に変化した。基本法という憲法秩序の下においては、もはや執行権に有利な権限推定など存在しないのであって、行政権は、それが以前有していた活動の自由を失った。行政権はもはや単に憲法により制限されるのみならず、そのあらゆる権限を憲法から初めて獲得する。さらに基本法の秩序構造に従えば、行政権は－独立した、しかし利己的ではない政府機能を別とすれば－真に執行権になったのであり、これにより、当該執行権に対して憲法が明らかに十分な権限を与えていない限りで、全ての行為形式に関して、議会による授権に依拠する。」と（Dietlich Jesch, Gesetz und Verwaltung, S.205.）。なおイェッシュの全部留保論については、大橋・前掲書（註49）四頁以下を併せて参照。

(59) シンプフは、議会の民主的正当性を根拠に全部留保論を唱えたイェッシュを批判して、次のように言う。「民主制原理に基づき、議会には、単なる行政活動に比べてより直接的な民主的正当性が存在することが前提とされなければならない。〔中略〕法律は、行政の議会的そして民主的な統制手段である。同時に議会は、相対立する利害が調整されるべき国家機関である。議会手続は、かなりの規模の世論を担保し、それにより多様な利益の適切なる調整を保障する。こうして議会には、特定の指導的役割が帰属する。〔中略〕しかし、議会の民主的正当性からも、また権力分立原則からも、法律の留保に関する一般的な結論は導き出され得ない。それは第一に、基本法第二〇条の第二項と第三項により、国民は執行権を通じてもまた国家権力を行使し、したがって執行機関もまた、少なくとも間接的には民主的正当性を持つという状況と関連する。したがって、行政活動が法律の執行に限定されているという思考には賛成できない。こうした考え方はワイマール憲法下、すなわち基本法の憲法史上の出発点においても受け入れられなかったのであり、また基本法からも、行政機能に関する全面的な改革が行われるべき旨は推定されていない。基本法から読みとられる執行に関する行政への委任は、核心領域においてでさえも立法の浸透を妨げている。」と（Schimpf, a.a.O (Fn.57)., S, 150f.）。また、前記カルカール決定は、連邦首相による政策基本ラインの決定（基本法第六五条第一文）、連邦議会の解散（同法第六八条）、立法の緊急状態（同法第八一条）及び外交政策上の決定など、基本法自身が「法律化を免れた行政領域」の存在を認めている事実を指摘し、全部留保論を批判している（BVerfGE49, S.124f.）。この他にも、「突発的に生じた問題を迅速に解決する可能性を阻害することになる」という理由もまた、全部留保論に対する有力な批判となっている（Schimpf, a.a.O (Fn.57)., S.159f.）。全部留保論に対する批

判については、大橋・前掲書（註49）五頁を参照。

(60) Schimpf, a.a.O (Fn.57)., S.143.

(61) 本質性理論を支持するシンプフ自身、「本質性」という概念の不明確さが、本質性理論の弱点である事実を認めて次のように言う。「判例〔本質性理論に立つ判例－筆者註〕に対する批判は、特に本質性という概念に向けられている。つまり、この概念は何ら独立した基準ではなく、総じて法的不安定性を招くという批判である。また、結局何が本質的で何が非本質的なのかは、バラバラで統一することはできないという批判が存在する。」と（Schimpf, a.a.O (Fn.57)., S.142.）。この点については、参照、阿部泰隆『行政の法システム（下）』有斐閣（一九九七年）六九五頁以下、藤田宙靖『第三版行政法I（総論）〔改訂版〕』青林書院（一九九五年）八七頁以下。

(62) Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.57)., S.190f.

(63) Schimpf, a.a.O (Fn.57)., S.163f.; なおこの点については、大橋・前掲書（註49）九頁以下も参照。

(64) Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.57)., S.182ff.

(65) Schimpf, a.a.O (Fn.57)., S.216.

(66) アペルトの見解については、本章の第二節一〔三〕を参照。

(67) 本章の第二節二を参照。

(68) Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.57)., S.186f.; なおクレプスは、一九九二年のドイツ国法学者大会でも、同じ主張を繰り返して、暗にシンプフを批判している（Vgl., Walter Krebs, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL, 52, S.265.）。

(69) Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.57)., S.188.

(70) Schimpf, a.a.O (Fn.57)., S.204ff.; なおクレプスもまた、法律の留保の客観法的側面を考慮して法律の留保が要請される場合には、法律の根拠なく公法契約は許容されないと考える（Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.57)., S.191.）。

(71) Carl Hermann Ule/Hans Werner Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, 3.Aufl., S.518f.

(72) Maurer, a.a.O (Fn.16)., S.804.; なお、マウラーと同旨の見解を示す者として、Vgl., Frank Götz, Nichtigkeit des substituierenden Verwaltungsvertrages nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, DVBl, 1977, S.684.

(73) シンプフは次のように言う。「行政手続法は、法律の留保を廃止したわけでも、また行政手続法第五四条第一文という一般条項により、法律の留保の要請が満たされたわけでもない。法律の留保は憲法上の効力を持つのであって、単一の法律によって、当該憲法上の効力が処理されてはならない。行政権は契約的行政活動の領域においてもまた、法律の留保に服すのであり、個々の法律は、法律の留保を自由に処分することはできない。〔中略〕確かにこの規定〔連邦行政手続法第五四条－筆者註〕の文言は、内容に関する一般的授権を内包する旨の解釈の余地を残してはいるが、しかし、この規定は必ずしも、そうした解釈を強制するわけではなく、むしろ形式の授権に限定されたものと解されるのであって、また憲法に適合するような解釈がとられなくてはならないのである。」と（Schimpf, a.a.O (Fn.57)., S.243f.）。なおクレブスも「憲法原則としての法律の留保は、単一の法律により廃止され得ない。」と述べ、シンプフと全く同様の見解に立っている（Vgl., Krebs, VVDStRL 52, S.265.）。

(74) 彼は次のように言う（Schimpf, a.a.O (Fn.57)., S.243.）。曰く「行政手続法の第五四条第一文後段は、契約を妨げる法規定への参照を指示する規定であるが、それは単に、法律の優位を指示するに過ぎず、法律の留保をめぐる問題を解決するには、全く貢献しない。」と（傍点筆者）。

(75) Schimpf, a.a.O (Fn.57)., S.179.

(76) Vgl., DVBl, 1980, S.62f.

(77) DVBl, 1980, S.62f.

(78) BVerwGE8, S.329ff.

(79) BVerwGE8, S.330.; なお、学説もまた、憲法原則を視野に入れた規範の総合解釈により、そこに禁止法が存在するか否かを判断すべきとの立場に立ち、そこに黙示的な「法律の禁止」（黙示的禁止規範）があることを認めている。例えばスパノヴスキーは次のように言う。「一般的な契約形式の禁止は、憲法からは導き出され得ない。ただ、平等原則の厳格なる遵守が命ぜられ、基本権ならびに民主制原理、さらには連邦国家原理の不可侵の中核部分が、行政や個々人の自由な処分を剥奪している場合には、契約規律の余地は存在せず、契約形式の禁止が読み込まれなければならない。〔中略〕契約形式が明らかに排除されている場合や、あるいは行政が活動余地を何ら自由に処分し得ないが故に契約による規律にとっての余地が全く存在しない場合にのみ、契約形式の禁止が読み込まれなければならない。」と（Vgl., Spannowsky, a.a.O (Fn.46)., S.

147.)。

(80) 本判決は、事業税や賃金税についても、各法律が租税協定を認める規定をおいていないことを理由に、それらを免除する本件工場誘致協定の許容性を否定している（BVerwGE8, S.331.)。

(81) Spannowsky, a.a.O (Fn.46)., S.152.; なお計画契約の許容性を論じたものとして、参照、村松薫「都市建設法における計画契約手法とその法的統制（一・二）」福井大学教育学部紀要Ⅲ（社会科学）第四九巻一二三頁以下、同第五〇巻五頁以下、大橋・前掲書（註3）一七三頁以下、石井昇「行政計画の策定と信頼保護―ドイツBプラン契約の有効性―」一橋論叢第一一〇巻第一号九九頁以下、ヴィンフリト・ブローム（大橋洋一訳）『都市計画法の比較研究』日本評論社（一九九五年）一四三頁以下。

(82) 衡量原則については、山田洋『大規模施設設置手続の法構造』信山社（一九九五年）三〇五頁以下、芝池義一「西ドイツ裁判例における計画裁量の統制原理」法学論叢第一〇五巻第五号二二頁、高橋信隆「計画裁量とその裁判的統制」立教大学大学院研究第一号二頁以下、遠藤博也『計画行政法』学陽書房（一九七六年）八七頁以下、原田純孝他編『現代の都市法』東京大学出版会（一九九三年）五七頁以下。

(83) 参照、山田・前掲書（註82）三〇五頁。

(84) この点は、山田・前掲書（註82）九一頁、村松薫「都市建設法における計画契約手法とその法的統制（一）」福井大学教育学部紀要Ⅲ第四九巻（一九九五年）一三三頁以下、石井・前掲論文（註81）一〇五頁以下などでも指摘されている。

(85) Spannowsky, a.a.O (Fn.46)., S.152.

(86) BVerwG, Urt.v.29.5.1981 (DöV, 1981, S.878.).

(87) ドイツの建設法典が定める「土地利用計画」及び「地区詳細計画」の概略については、参照、原田・前掲書（註82）五九頁以下、建設省都市局他編『諸外国の都市計画・都市開発』ぎょうせい（一九九三年）一二四頁以下、ヴィンフリト・ブローム（大橋洋一訳）『都市計画法の比較研究』日本評論社（一九九五年）五九頁以下。

(88) DöV, 1981, S.878.

(89) スパノヴスキーも、衡量原則の中に「法律の禁止」を読み込むと共に、衡量原則を毀損する計画契約が「法律の禁止」に違反し、従って連邦行政手続法の第五四条によりその許容性を否定される旨を認めている（Vgl., Spannowsky, a.a.O (Fn.

46)., S.150.)。

(90) この点については、参照：村松・前掲論文（註84）一三四頁以下を参照：。

(91) BVerwG, Urt.v.5.7.1974 (BVerwGE45, S.310ff.); なお板ガラス判決については、Vgl., Spannowsky, a.a.O (Fn.46)., S.149.; Hartmut Maurer/Birgit Hüther, Die Praxis des Verwaltungsvertrags im Spiegel der Rechtssprechung, S.24f.; また邦語文献として、山田・前掲書（註82）九一頁以下、村松・前掲論文（註84）一三三頁以下、石井・前掲論文（註81）一〇六頁、遠藤・前掲書（註82）一四六頁、大橋・前掲書（註3）一七五頁などを参照：。

(92) この点は、山田・前掲書（註82）九二頁の示唆による。

(93) 判決は次のように述べている。「総じて合目的的に計画化し、かつ当該計画化の適切かつ効果的な実現を保障するためには、計画手続に随伴する協議（Besprechung）、調整（Abstimmung）、約束（Zusage）、契約（Vertrag）等は、まさしく欠かすことのできないものである。」と（BVerwGE45, S.317.）。

(94) BVerwGE45, S.321.

※ 本稿は、北海道大学審査 博士（法学）学位論文（二〇〇〇年三月二四日授与）に補筆したものである。