HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	行政契約の法理論（５・完）
Author(s)	岸本, 太樹
Citation	北大法学論集, 53(2), 63-122
Issue Date	2002-07-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15141
Type	departmental bulletin paper
File Information	53(2)_p63-122.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

行政契約の法理論（五・完）

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
第一節　本章の課題
第二節　行政手続の通則規定と公法契約
一　行政手続に関与する法主体に関する諸規定の準用
二　技術的規定の準用
三　手続の実施方法に関する諸規定の準用
第三章　公法契約の内容
第一節　本章の課題
第二節　和解契約
一　客観的不明確性の存在
二　和解締結の合目的性審査

（以上五二巻四号）

第三節　交換契約
一　成立過程
二　交換契約の許容要件
三　判例の動向
第四節　中間総括
第五節　遅滞利息・違約罰・即時執行の合意
一　議論の前提
二　遅滞利息の合意
三　違約罰の合意
四　即時執行の合意
第六節　解約の事前合意
一　議論の前提
二　解約条項の意義
第四章　公法契約の成立
第一節　本章の課題
第二節　第三者及び他の行政庁の同意
一　第三者の同意
二　他の行政庁の同意
第三節　書面化
第五章　瑕疵ある公法契約の存続効
第一節　本章の課題
第二節　一般的無効原因
一　民法典の準用

（以上五二巻五号）

（以上五二巻六号）

二　対応する内容を持つ行政行為の無効
三　違法性の認識
四　部分無効
第三節　和解契約と交換契約に特有の無効原因
一　和解契約の無効
二　交換契約の無効
第四節　連邦行政手続法第五九条の合憲性
一　違法ではあるが有効な契約
二　連邦行政手続法第五九条に対する学説の評価
第五節　合憲説と違憲説の接近
一　契約締結上の過失法理（culpa in contrahendo）
二　行為基礎欠如論及び国家賠償請求
三　連邦行政手続法第六〇条・連邦憲法裁判所法第七九条第二項
四　中間総括
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
第一節　本章の課題
第二節　準用を否定される民法典規定
一　民法典第一二三条第二項（第三者の詐欺）
二　民法典第一二四条（意思表示の取消期間）
三　民法典第一五一条（承諾の意思表示なき契約の締結）・民法典第一八一条（事後の同意）
第三節　準用に際して修正を必要とする民法典規定
一　民法典第一五七条（契約の解釈）・民法典第二七六条（故意・過失責任）
二　民法典第八一二条以下（不当利得）

（以上五三巻一号）

第四節　契約自由の原則及び私的自治の原則
一　肯定説
二　否定説
第七章　私法契約法
第一節　公法契約と私法契約の峻別基準
第二節　公法契約法と私法契約法の接近
一　行政私法論（Verwaltungsprivatrecht）
二　私法契約の公法拘束
終章　総括的考察と今後の課題
第一節　本稿の要約
第二節　今後の課題

（以上本号）

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

第一節　本章の課題

ドイツの行政法学において議論されている公法契約法（総論）の全体像は、これまでの考察により、ほぼ明らかになったことと思う。本章では、残された課題として、私人間で締結される民法上の契約（民事契約）に妥当する法理論（民

事契約法）との比較において、公法契約法がいかなる理論的特色を持つのかを検討する。

本稿でも既に指摘したように、連邦行政手続法は、第五九条の第一項と第六二条の第二文において、公法契約への民法典の準用を予定している。このため、民法典に規律された契約の無効原因や、判例・学説上発展せしめられてきた契約に関する諸原則等（契約締結上の過失法理など）は、公法契約にもまた準用される。

しかし右の事実は、民法典の規定が無条件に公法契約に準用されることを意味しない。なぜなら、連邦行政手続法第六二条の第二文は、「第五四条乃至第六一条までの規定から別段のことが生じない限り」で、民法典の準用を認めるに過ぎず、民法典の規定の中に、公法契約に準用できない規定が存在することを前提としているからである。

したがって我々は、民法典の規定のうち、公法契約に準用される規定と並んで、逆に準用を否定され、或いは準用に際して修正を必要とする規定を把握しなければならない。(1) また、民法上の契約との関係で議論されてきた「私的自治の原則」や「契約自由の原則」が、果たして公法契約に妥当しうるのかを検討する必要もある。

以下第二節では、公法契約への準用を否定される民法典規定を、また第三節では、準用に際して修正を必要とする民法典規定を説明し、続く第四節においては、私的自治の原則や契約自由の原則と、公法契約の関係について検討する。

第二節　準用を否定される民法典規定

一　民法典第一二三条第二項（第三者の詐欺）

ドイツの学説及び判例によれば、「第三者の詐欺」を規律した民法典の第一二三条第二項は、公法契約への準用を否

定される。この規定によると、第三者の詐欺に基づいて契約締結の意思表示を行った契約の一方当事者は、契約の相手方が第三者の詐欺につき悪意である限りで、当該意思表示を取り消すことができる。(2)

オーバーマイヤーは、行政手続において事実関係を職権で調査する義務（職権探知義務）を負った行政庁が、(3)「第三者の詐欺」及び「相手方私人の悪意」を理由に右の規定を援用し、契約締結の意思表示を取り消すこと否定している。彼によれば、「第三者の詐欺」を見抜けなかったのは「職権探知義務」を怠った行政庁の責任であり、そうした行政庁に対して意思表示の取消しを認める必要などないのである。彼は次のように述べている。(4)

「詐欺・脅迫に関する意思表示の取消しは、民法典の第一二三条に従う。なるほど行政手続を主催し、連邦行政手続法の第二四条によって、〔職権探知義務という－筆者註〕特別な手続法上の義務を負っているが故に、第三者が詐欺を行った旨を主張しえない行政庁に対しては、〔第三者の詐欺に関する－筆者註〕民法典第一二三条の第二項は適用不可能である。第三者の詐欺の援用は、手続法上、特別な義務に服していない契約相手方私人についてのみ認められるに過ぎない。」

オーバーマイヤーの見解は、学説上一般に支持されており、クナックもほぼ同様の見解を示して、民法典第一二三条第二項の公法契約への準用を否定している。(5)

二　民法典第一二四条（意思表示の取消期間）

他方、「意思表示の取消期間」を規律する民法典の第一二四条もまた公法契約への準用を否定される。この規定は、詐欺を発見したとき、又は脅迫状態が止みたる時より一年以内に限り、意思表示の取消しを認める。[6] クナックは、「法的安定性や公益適合性の観点からすれば、詐欺・脅迫を理由とした意思表示の取消しは、民法典第一二四条に規律された一年よりも短く設定されなければならない。」と述べ、この規定が公法契約に準用されることに疑問を呈している。[7]

三　民法典第一五一条（承諾の意思表示なき契約の締結）・民法典第一八四条（事後の同意）

さらに、取引慣行に従うと事実上承諾があったとみなされる場合に契約の成立を認める民法典の第一五一条もまた、公法契約への準用を否定される。[8]

公法契約は、連邦行政手続法の第五七条により、必ず書面化を要求される。[9] これに違反する契約は、民法典第一二五条の準用を認める連邦行政手続法の第五九条第一項により無効である。[10] したがって、承諾の意思表示なき公法契約の成立などあり得ない。オーバーマイヤーも、以上の点を考慮して、民法典第一五一条の公法契約への準用を否定している。[11]

他方、第三者の権利を侵害する契約につき、当該第三者に対して事後的な追認権を認める民法典の第一八四条は、連邦行政手続法の第五八条を考慮して、公法契約への準用を否定される。[12] 第四章の第二節でも論じたが、連邦行政手続法の第五八条は、第三者の権利を直接侵害する公法契約を、当該第三者の同意があるまで暫定的に無効としており、第三者による事後の追認を排除しているからである。[13]

第三節　準用に際して修正を必要とする民法典規定

他方、以下に掲げる民法典の第一五七条、同第二七六条、同第八一二条以下の規定は、必ずしも公法契約への準用を否定されないが、しかし準用にあたって、行政の法律適合性原理や公益適合性原理を考慮して、一部修正されなければならない。

一　民法典第一五七条（契約の解釈）・民法典第二七六条（故意・過失責任）

民法典の第一五七条は、契約の解釈方法に関する規定であり、「契約は取引慣習を考慮し、信義誠実の要求に従って之を解釈することを要す。」と規律する。(14) シュレッテをはじめ、シンプフ、クナック及びオーバーマイヤー等は、この規定が、連邦行政手続法の第六二条第二文を経て、公法契約に準用されることを基本的には認めている。しかし、私益の追求のみが行われる民事契約とは対照的に、公益の実現に仕え、かつ行政の法律適合性原理に服す公法契約の解釈にあたっては、取引慣行のみを考慮した解釈では不十分で、公益適合性や法律適合性の原理を視野に入れなければならないと結論づけている。すなわち、契約の規定が複数の解釈の可能性を残している場合、信義則に従い、法に適った解釈が優先的に採用されなければならず、また公益ないし公共の福祉に反するような解釈方法が採られてはならないのである。(15)

同じことは、「故意・過失責任」を規律する民法典の第二七六条についてもいえる。この規定は、故意・過失がある場合にのみ債務不履行責任が生じること、また過失の認定にあたっては取引慣行が考慮されることを規律する。(16)

クナック及びオーバーマイヤーは、この規定が公法契約の債務不履行にも準用されることを一応は肯定している。しかし彼等は、私益の追求が行われる民事契約とは対照的に、公益適合性や法律適合性原理に服す公法契約の場合、行政庁に要求される注意義務のレヴェルは、履行される任務に応じて個別に高められなければならず、したがって過失の認定は単に取引慣行を考慮するだけでは不十分だと述べ、行政側の過失が問題となる限りで、この民法典規定をそのまま準用することを否定している。(17)

二　民法典第八一二条以下（不当利得）

給付の法的根拠となった公法契約が、連邦行政手続法の第五九条により無効と評価された場合や、意思表示の取消しや解除により無効となった場合、契約に基づいて既に提供された給付は法的根拠を失い、ここに「（公法上の）不当利得」が生じる。(18) 問題は、「不当利得に関する民法典の規定（民法典第八一二条以下）を、公法上の不当利得に準用することが可能か」である。

結論を先に述べると、ドイツの学説・判例は、右の民法典規定の準用に否定的である。例えばカッセル上級行政裁判所の一九九〇年七月一七日判決は、次のように述べている。(19)

「一般に、公法の独自の制度とみなされている公法上の不当利得返還請求権の前提要件が、民法典第八一二条が規律する私法上の不当利得返還請求権の前提要件と符合することについては、見解の一致が存在する。しかし、民法典第八一二条の請求権〔私法上の不当利得返還請求権－筆者註－〕に関連するその他の私法上の規定は、これを安易に公

法上の不当利得返還請求権に適用することはできない。それは特に、民法典第八一八条の第三項と第四項、同第八一九条の第一項について言える。〔公法と私法との間の一筆者註〕異なった利益状況が根拠となって、これらの規定を公法上の不当利得返還請求権に準用することはできない。〔中略〕民法典第八一四条は、同第八一八条の第三項と第四項、同第八一九条の第一項と並んで、公法には転用することのできない利益価値を基礎としている。公権力は、行政の法律適合性の原則を義務づけられており、公権力の関心は、法的根拠もなく生じた財産変動を除去し、適法な状態を再び回復することに向けられなければならないからである。」

つまり判例は、公法と私法の異なった利益状況を理由に、民法典に規律された不当利得規定を安易に公法上の不当利得に転用することに消極的態度を示しつつ、公法と私法にまたがる法の一般原則を規律した民法典第八一二条については、公法上の不当利得への準用を肯定したのである。この点は、学説も同じである。[20] 判例・学説上、公法上の不当利得への準用を肯定される民法典第八一二条は、次のような規定である。[21]

「民法典第八一二条　原則

（一）法律上の原因なく他人の給付又はその他の方法によってその他人の損失によりあるものを取得する者は、その他人に対して返還義務を負う。この義務は、法律上の原因が後に消滅し、又は法律行為の内容に従えば、給付が目的とした結果が生じない場合にも生じる。

（二）債権関係の存否を契約によって承認することも、給付とみなす。」

問題は、先の判例により準用を否定された民法典の第八一四条、同第八一八条の第三項と第四項、そして同第八一九条第一項の内容であり、またそれが公法契約への準用を否定される理由である。

［一］　民法典第八一四条の準用可能性

判例上、公法契約への準用を否定される民法典第八一四条は、「非債弁済」に関する規定である。(22)

「民法典第八一四条　非債弁済　徳義上の義務

給付者が給付につき義務を負っていないことを知っていた場合、又は給付が道徳上の義務若しくは儀礼を考慮したものであった場合には、債務の履行のために給付したものは、返還を請求することができない。」

前出のカッセル上級裁判所と同様、ラインラントープファルツ上級行政裁判所の一九九一年十一月二八日判決もまた、右の民法典規定の公法契約への準用を否定している。(23)本件の事実の概要は以下の通りであり、行政側の不当利得に対して、私人が不当利得返還請求権を行使した事例である。

「原告は、建築を目的とした土地分割の許可を付与するよう、建設監督庁に対し申請を行った。被告ゲマインデは、土地分割の許可を付与することを約束しつつ、二五〇〇〇ドイツマルクの支払いを要求した。原告はこれに差し当たり合意し、被告との間でかかる内容での公法契約を締結した。原告は右の金銭を支払い、土地分割の許可を得た後、その払い戻しを要求した。

判決は、法律上請求権が認められる土地分割の許可を、経済的反対給付の提供に依存せしめる本件契約は、連結禁止原則（特に行政手続法の第五六条第三項）に違反するとし、この契約の無効を宣言した。契約が無効とされたことにより、契約に基づいて原告が提供していた二五〇〇〇ドイツマルクが（公法上の）不当利得となったが、被告（返還義務者）ゲマインデは、原告が法律上の義務を負わないことを知りながら右金銭を提供した旨を主張し、民法典第八一四条（非債弁済）を援用して、右金銭の返還に異議を唱えた。」（傍点筆者）

判決は、公法上の不当利得返還請求において、行政権による民法典第八一四条の援用を否定して、次のように述べた。(24)

「原告が当初から契約の無効を認識していた旨の法的状況は、決定的に重要な事項ではない。というのも、本件のごとく、公権力の担い手に対する支配従属関係において、法的根拠のない市民による給付の返還が問題となる場合、公法上の不当利得返還請求権に民法典の第八一四条を準用する余地は無いからである。この点については、以下に述べる考慮が働いている。

公法上の不当利得返還請求権は、民法典第八一二条以下の準用に依拠するのではなく、公法の独自の制度に従う。このことは数十年以来、一般的な法的確信となっており、その間に慣習法上確立されている。また公法上の不当利得返還請求権の構成要件と私法上の不当利得返還請求権の構成要件が本質的には一致するとしても、民法典第八一二条以下において法律上現れている各個別規定の公法への適用は、民法典第八一二条以下の個別規定が、全体的な法に妥当する一般的な基本原則であることを前提としている。

民法典第八一四条は、右で述べた一般的法原則ではない。この規定が前提としているのは、実際に存在しもしない

義務を履行することを、原則として履行者に任せるということである。履行者が、給付を義務づけられない旨を認識していたにもかかわらず、彼が後になって受領者に対して再び返還請求をするなら、彼は自らの行為と矛盾することになるであろう。それゆえ、民法典の第八一四条は、信頼保護を特別に示した規定である。存在しない義務の履行について、それを知りつつ提供された給付の受領者は、彼が給付を保持しうる旨を原則として信頼しうるのである。

しかし、行政に対する市民の公法上の不当利得返還請求権においては、当該基本原則は調和しない。公権力は、行政の法律適合性原理を義務づけられている。その関心は、法的根拠なしに生じた財産変動を除去し、適法な状態を回復することに向けられなければならない。法律適合性の原則は、公権力が自ら法的根拠もなく、何らかのものを獲得した場合にもまた妥当する。故に違法に要求された財産的利得を返還請求から守る公権力の信頼など、もとより保護に値しない。」

注目すべき点は、右の判決が、民法典第八一四条の公法上の不当利得への準用を否定する際、－前出のカッセル上級行政裁判所判決と同じく－、「行政の法律適合性原理」を考慮したことである。判決は、契約が無効となった以上、相手方私人が「非債弁済」をしたか否かに関係なく、法律関係をもとの適法状態に戻す必要があるとし、行政サイドによる民法典第八一四条の援用を否定したのである。(25)

〔二〕民法典第八一八条第三項の準用可能性

次に、判例において、公法上の不当利得への準用が否定されている民法典の第八一八条第三項について検討しよう。我が国の民法第七〇三条に相当するドイツ民法典第八一八条第三項は、「不当利得につき善意の受領者」を保護する規

定である。[26]

「民法典第八一八条第三項

受領者は、利得が現存していない限度において、返還又は価格賠償の義務を免れる。」

不当利得においては、受けた利益をそのまま返還するのが原則であるが、不当利得につき善意の受領者については、その信頼を保護する必要があるため、民法典の第八一八条第三項は、現存する利得についてのみ返還ないし価格賠償義務を負わせることとし、返還義務の範囲を限定している。[27]

まず、私人の不当利得に対して行政権が返還請求権を行使した場合、返還義務者たる私人が不当利得につき善意である限り、その返還義務は現存利得にまで軽減される。民法典第八一八条第三項が、公法上の不当利得へ準用されることを一般に否定する前出のカッセル上級行政裁判所も、それを認めて次のように述べる。[28]

「通常、私的な信頼利益が、法律に合致する財産状況を回復することについての公益を凌駕する場合に限り、市民の返還義務はなくなる。」

問題は、行政権の不当利得に対して私人が返還請求権を行使した場合に、不当利得につき善意の行政権が、その返還義務を現存利得にまで軽減されうるのかである。

前出のカッセル上級行政裁判所は、「行政の法律適合性の原理」を理由にそれを否定したが、学説も右の判例理論を

一般に支持し、行政権による民法典第八一八条第三項の援用を否定している。例えばスパノヴスキーは次のように言う。(29)(30)

「連結禁止原則や過剰規制禁止原則に違反して無効となった契約は、通常、受領された給付が－事実上可能な限りで－返還されることを通じて解消されなければならない。それは行政に義務づけられている法律適合性の原則の結果である。行政は、この義務が根拠となって、利得消滅の思想に基づき、民法典第八一八条第三項を援用することはできないのである。」

［三］民法典第八一八条第四項・同第八一九条第一項の準用可能性

最後に、民法典の第八一八条第四項と、同第八一九条第一項の準用可能性について検討しよう。民法典第八一九条の第一項は、「訴訟継続後における受領者」と、「不当利得につき悪意の受領者」の責任についての規定である。これにより、訴訟継続後の受領者は、不当利得につき悪意の受領者と同じ責任を負う。訴訟継続後の受領者は、場合によると利得したものを返還すべき義務を負うことを覚悟しなければならず、その意味で、不当利得につき悪意の受領者に準ずる立場にあるからである。民法典の第八一九条第一項は次のように規定する。(31)

「民法典第八一九条第一項

受領者は、法律上の原因の欠如を受領の時に知っていたとき、又はその後に知ったときは、受領の時又は悪意となったときから、返還請求権が訴訟継続を生じたのと同様の返還義務を負う。」

不当利得につき悪意の受領者と、訴訟継続後の受領者の法的責任については、民法典第八一八条の第四項が存在し、次のように規定する。[32]

「民法典第八一八条第四項

訴訟継続の時点から、受領者は一般原則に従って責任を負う。」

ここで、不当利得につき悪意の受領者と、（悪意に準じる）訴訟継続後の受領者の法的責任の範囲は、以下の四点に渡る。[33]

まず受領者は、悪意時ないし訴訟継続時より、現存利益の消滅を主張することはできない。

第二に、返還すべき金銭債務について、訴訟継続時ないし悪意時より四％の利息を付さなければならない。

第三に、訴訟継続時ないし悪意時より、自己の責めに帰すべき事由による客体の滅失、毀損、その他の返還不能により生じた損害につき責任を負わなければならない。

第四に、実際に取得した収益のみならず、過失によって取得しなかった収益をも返還することを義務づけられる。

前出のカッセル上級行政裁判所は、「行政の法律適合性原理」を理由に、右二つの民法典規定の準用を否定したが、[34]これに対して学説の中には、右の判例理論を批判する者がいる。例えばウレとラウビンガーは次のように言う。

「民法典第八一八条の第四項、同第八一九条の準用において、

－返還義務者が契約の無効を認識した時点で、利得が消滅している場合、

－返還義務者が、返還されるべき給付を受領することにより、民法典第一三四条の意味での法律の禁止や、民法典第一三八条の公序良俗に違反する場合（民法典第八一九条第二項）、

－不当利得返還請求権が訴訟継続になった後に、不当利得が喪失した場合、

には、返還義務者は利得消滅を緩用することはできない。」

不当利得につき悪意の受領者－及び悪意に準ずる訴訟継続後の受領者－については、「信頼利益」など考慮する必要はないのであるから、返還義務者が行政か私人かを問わず、不当利得分は全て返還させても問題はなく、むしろ「行政の法律適合性原理」は、それを強く要請する。実際、我が国においても、今村成和・石井昇・木村弘之亮教授等は、いずれもドイツ民法典第八一八条の第四項に相当する、日本民法の第七〇四条が、行政上の不当利得に準用される旨を肯定し、右に見たウレ・ラウビンガー見解を支持している。(35)

第四節　契約自由の原則及び私的自治の原則

他方、「民事契約法との比較における公法契約法の理論的特色」という視点からは、さらに、民事契約との関係で常に議論されてきた「契約自由の原則」や「私的自治の原則」と、公法契約との関係が解明される必要性がある。

これまでの検討からも明らかなように、公法契約は、行政の「法律適合性原理」や「公益適合性原理」を理由に、その内容形成の自由という観点からして広範に制約されている。すなわち、民事契約の場合、公序良俗や法律の禁止、強行法規等に違反する場合は別として、契約の内容は当事者の自己決定に委ねられ（私的自治の原則）、ここに「契約の

自由の原則」が認められる。

この点、公法契約の場合も、－個別の法律が行政に対する契約締結強制を命じている場合は別として－、行政主体と私人はともに、「契約を締結するか否か」を決定する自由を持つ。しかし本稿でも既に論じたように、公法契約は書面形式を義務づけられ（連邦行政手続法第五七条）、また契約の交渉手続においては、民事契約には見られない特別な法原理として、行政庁の職権探知義務（連邦行政手続法第二四条）や教示・情報提供義務（連邦行政手続法第二五条）などが妥当している。さらに公法契約は、公序良俗や法律の禁止、強行法規に違反できないことはもちろん、連結禁止原則や比例原則（連邦行政手続法第五六条）などといった、憲法原理を具体化した連邦行政手続法の公法契約規定の規制を受け、契約内容の決定に関する当事者の自由は、民事契約に比べ、狭く限定されている。

ここに、公法契約と契約自由の原則との関係をめぐる議論が生じる。すなわち、「公法契約には－民事契約よりも狭く限定された－契約の自由がある」と主張する者が存在する一方、「公法契約には、契約の自由など存在しない」と主張する者もまた存在するのである。以下では、「契約自由の原則」及び「私的自治の原則」と、公法契約の関係をめぐるドイツの行政法学説の動向を紹介しよう。

一　肯定説

ドイツの行政法学説の中には、公法契約における契約自由の原則の妥当性を肯定する者が存在する。その代表がゲルトナー（Detlef Göldner）である。彼は「行政法における法律適合性と契約の自由」の中で、次のように述べている。(36)

「行政法のドグマーティクは、（全て個々的な制約に留保されつつも）行政の自由、契約の自由が存在するという基本原則に反対する、そのかたくなな態度（Reserve）を放棄すべきである。なるほど、契約当事者たる行政に根付く公法上の契約の自由は、行政活動に妥当するあらゆる限界の範囲内でのみ存在する。ここであらゆる行政活動に妥当する限界とは、あらゆる種類の憲法原理や行政原理と並んで、特に、義務に適った裁量の原理である。他方、こうした現行法上の諸原理による制約の事実は、ただ単に、公法上の契約の自由を私法上の契約の自由から分かつに過ぎない。というのも我々は、私法上の契約の自由においても各法領域に特有の限界を見いだすからである。物権法、家族法、相続法においては類型強制が存在する。また個々の労働契約の内容は労働協約により事前に決定されている。さらに、例えば価格拘束など、あらゆる種類の法律規定によって私法上の契約は制限されている。

〔中略〕民事上の契約の自由と公法上の契約の自由を一般的な契約の自由に統一するなら、契約の自由と私的自治は明らかに二つの切り離された領域となる。契約の自由の外に私的自治が存在する様に（一方的な法律行為）、契約の自由もまた私的自治の外で存在する（行政庁の契約の自由）のであり、また最後に、私的自治と契約の自由とが完全に重なる領域もまた存在する（民事法上の契約の自由、私的な契約相手方の公法上の契約の自由）。」

つまりゲルトナーは、「契約自由の原則」と「私的自治の原則」が常に結合・連動するとは考えない。「私的自治の原則が妥当するか否か」に関係なく、「契約自由の原則」の妥当を肯定するのである。彼によると、「公法契約に関与した私人」には、契約の締結について決定権が存在し、ここに「私的自治の原則」と共に、「－私的自治の一側面としての－契約自由の原則」が妥当する。他方、「公法契約に関与した行政主体」については、「私的自治の原則」は妥当しないものの、（狭く限定された範囲内で）契約内容を決定する自由が存在するのであり、その意味で同じく、「契約自由の原

則」が妥当するのである。

二　否定説

これに対しクレプスは、右のゲルトナーの見解を批判する。クレプスによれば、「私的自治の原則」が妥当しない行政主体には、「契約自由の原則」もまた妥当し得ない。彼は「契約自由の原則」を次のように説明している。(37)

「契約の自由は私的自治の一側面である。我々は、個人の意思により法律関係が自己形成される原理のことを私的自治と呼んでいる。（中略）契約の自由は、契約の自由ではなく、契約締結者の自由である。契約の自由は、契約の自由それ自身のためにではなく、契約締結者のために、基本法によって保護されている。というのも、特に－基本法の第一二条第一項、同第一四条第一項、同第九条第一項、同第二条第一項といった－基本権の行使は、基本権の担い手のために、自己決定による（私的自治による）自由の行使という意味において、次々に法律関係に入る可能性を前提としているからである。各基本権が、自律的活動としての基本権的自由の行使を可能にする（私）法規範の構造を制度的に保障している限りで、基本権的自由は私法秩序を創造する。それゆえ、ただ基本権主体という観点から、私的自治と私法、契約と契約の自由という派生関係には、内的必然性が本来的に備わっているのである。」

すなわちクレプスによれば、「契約自由の原則」は「私的自治の原則」の一側面であり、「私的自治の原則」が妥当しない場面では、「契約自由の原則」など問題になり得ない。その意味で、「私的自治の原則が妥当するか否か」は、「契

約自由の原則が妥当するか否か」を判別するためのメルクマールである。問題は「私的自治の原則」の概念であるが、クレプスはこれを、「基本権の享有主体が、自由権を行使し、自律的に法律関係を規律する現象」と理解する。したがって、「基本権の享有主体性の有無」は、「私的自治の原則が妥当するか否か」を判断するためのメルクマールであり、結局「契約自由の原則が妥当するか否か」を判断するためのメルクマールでもある。

彼は、「基本権の享有主体性」、「私的自治の原則」、そして「契約自由の原則」の関係をこのように理解した上で、公法契約と「契約自由の原則」の関係を検討し、公法契約に関与した「行政主体」が、「基本権の享有主体性」を否定されることを理由に[38]、「私的自治の原則」の妥当性を否定し、結局、「私的自治の原則の一側面たる契約自由の原則」の妥当性をも否定した。彼は次のように述べている[39]。

「基本権によって保護された自己決定の可能性という意味での契約の自由は、それが基本権の主体たりうる限りでのみ、高権主体に帰属するに過ぎない。高権主体が基本権の主体たり得るか、どの程度で高権主体が基本権の主体たりうるのかは、意見が対立した状況で議論されているが、連邦憲法裁判所の確立した判例によると、それは原則として否定されている。それゆえ《人の自己決定という一般原理の一部分》としての私的自治は、契約を締結する公行政の担い手には帰属しない。それは、行政主体が私法契約という法形式を使うか、公法契約という法形式を使うかに関係ない。」

公法契約における契約自由の原則の妥当性をめぐる肯定説（ゲルトナー）と否定説（クレプス）の対立は、「私的自治の原則と契約自由の原則の関係」をめぐる理解の違いに基づくものである。つまり、基本権の享有主体性を否定され

る行政主体が、憲法及びそれを一部具体化した連邦行政手続法公法契約規定の制約を受けつつも、契約内容等を決定する自由を持つことを認めた上で、これを「契約自由の原則」と呼ぶか否かの対立に過ぎない。

ただ、その後の学説を見る限り、趨勢はクレプスの見解（否定説）に立っており、ドイツでは一般に、公法契約に関与する行政主体には、「私的自治の原則」はもちろん、「契約自由の原則」もまた妥当しないと考えられている。(40)

（1）とはいえ、膨大な数に及ぶ民法典規定の一つ一つを全て取り上げ、その公法契約への準用可能性を検討することは不可能である。実際ドイツでこの問題が議論される場合も、そこで取り上げられる民法典規定は一部であり、また取り上げられる民法典規定の範囲は、論者によって大きく異なる。そこで本稿以下では、学説・判例上ほぼ一貫して取り上げられる民法典規定に対象を限定して、その公法契約への準用可能性を検討することにする。

（2）日本の民法第九六条第二項・第三項に相当するドイツ民法典第一二三条第二項は、次のように規律する。

「民法典第一二三条

（一）省略

（二）相手方に対して為すべき意思表示につき第三者が詐欺を行いたる時は、相手方が詐欺を知り又は知るべかりし場合に限り、之を取消すことを得。意思表示の相手方以外の者が意思表示によりて直接に権利を取得したる時は、取得者が詐欺を知り又は知るべかりし場合に限り、之に対してその意思表示を取消すことを得。」

なお、この規定については、参照、柚木馨編『独逸民法〔I〕民法総則』有斐閣（一九五五年）一九二頁以下。

（3）連邦行政手続法の第二四条が規律する「職権探知主義」が公法契約にも準用されることについては、本稿第二章の第二節三〔一〕を参照。

（4）Klaus Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, § 62 Rdnr. 61.

(5) Hans Joachim Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 5.Aufl., S.929.

(6) 日本の民法第一二六条に相当するドイツ民法典第一二四条については、参照、柚木・前掲書（註2）一九七頁以下。

(7) Knack, a.a.O (Fn.5)., S.929.; しかし、クナック自身、実際何時までに取消権を行使しなければならないのかについては何も述べていない。ちなみにオーバーマイヤーは、民法典第一二四条の公法契約への準用を逆に肯定している（Obermayer,a.a.O (Fn.4)., § 62 Rdnr.61.）。

(8) 日本の民法第五二六条第二項に相当するドイツ民法典第一五一条については、参照、柚木・前掲書（註2）二三三頁。

(9) 連邦行政手続法の第五七条が規律する「書面化」については、本稿第四章の第三節を参照。

(10) 連邦行政手続法第五七条「書面化」に違反して締結された契約が無効と評価されることについては、本稿第四章の第三節を参照。

(11) Obermayer, a.a.O (Fn.4)., § 62 Rdnr.43. は次のように言う。「民法典第一五一条（承諾の意思表示なき契約の締結）は準用を見ない。なぜなら、連邦行政手続法の第五七条により、公法契約を創設するあらゆる意思表示は、書面化形式を強制されているからである。」と。

(12) ドイツ民法典第一八四条については、参照、柚木・前掲書（註2）二六八頁以下。

(13) Knack, a.a.O (Fn.5)., S.930.

(14) ドイツ民法第一五七条については、参照、柚木・前掲書（註2）二三五頁以下。

(15) Volker Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, S.443.; Obermayer, a.a.O (Fn.4)., § 62 Rdnr.79ff.; Knack, a.a.O (Fn.5)., S.930.; なおシンプフは、次のように述べている（Christian Schimpf, Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit, S.300.）。「契約文言が、信義則や取引慣行を考慮する中で複数の解釈可能性の余地を残し、かつ複数の解釈可能性の中に、法律適合性の要請に適った一つの解釈可能性が存在する場合、それが民法典第一五七条の制約範囲内にあるのなら、当該法律乃至法に適った解釈が基礎とされなければならない。」と。

(16) ドイツ民法典第二七六条については、参照、柚木馨編『独逸民法〔Ⅱ〕債務法』有斐閣（一九五五年）一〇九頁以下、椿寿夫・右近建男編『ドイツ債権法総論』日本評論社（一九八八年）一〇六頁以下。

(17) Obermayer, a.a.O (Fn.4)., §62, Rdnr.83ff.; Knack, a.a.O (Fn.5)., S.931.; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10Aufl., S.827.; ゥ

れに対して、公法契約に関与した私人に対して求められる注意義務の水準は、民事契約において求められる注意義務の水準と同じであり、過失の有無は、民法典第二七六条に従い、取引慣行のみを考慮して判断される。公法契約に関与したとはいえ、私人は、公益適合性や法律適合性を考慮する法的義務を負わないからである（Vgl., Obermayer, a.a.O (Fn.4)., § 62 Rdnr.88.）。

(18) 行政上の不当利得については、参照、今村成和「行政上の不当利得」同『現代行政と行政法の理論』有斐閣（一九七二年）三四頁以下、石井昇『行政法と私法』（現代行政法学全集①）ぎょうせい（一九九八年）一三八頁以下、木村弘之亮「行政上の不当利得」成田頼明編『行政法の争点（新版）』有斐閣（一九九〇年）二八頁以下。

(19) VGH Kassel, Urt.v.17.7.1990, NJW, 1991, S.510ff.(S.511f.).

(20) Knack, a.a.O (Fn.5)., S.935.; また学説上、不当利得返還請求権の範囲を規定した民法典第八一八条の第一項及び第二項が、公法上の不当利得に準用されることも肯定されている。その結果、無効な公法契約に基づいて給付を受領した当事者（返還義務者）は、取得した収益、利得した権利に基づき受領者が取得したもの、又は利得したものの滅失、毀損、若しくは略奪の代償として受領者が取得したものを返還する義務を負う（第一項）ほか、利得した物の性質により返還が不能であるとき、又は受領者がその他の事由により返還することができない場合には、その価格を賠償しなければならない（Carl Hermann Ule/Hans-Werner Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, 3.Aufl., S.552.）。

(21) 不当利得の一般原則を規律するドイツ民法典第八一二条については、参照、椿寿夫・右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』三省堂（一九九〇年）六頁以下。

(22) 日本の民法第七〇五条に相当するドイツ民法典第八一四条〔非債弁済〕については、参照、椿寿夫他・前掲書（註21）一九頁以下。なお、行政上の不当利得に対する非債弁済規定の準用可能性を検討したものとして、参照、今村・前掲書（註18）四二頁。

(23) OVG Rheinland-Pfaltz, Urt.v.28.11.1991, DVBl, 1992, S.785ff.

(24) OVG Rheinland-Pfaltz, Urt.v.28.11.1991, DVBl, 1992, S.787.

(25) Knack, a.a.O (Fn.5)., S.935. も、こうした見解を主張する。

(26) これに対し、後述する民法典第八一九条第一項は、不当利得につき悪意の受領者の返還義務を定めた規定である。

(27) 日本の民法第七〇三条に相当するドイツ民法典第八一八条第三項については、椿寿夫他・前掲書（註21）三二頁以下参照。なお、行政上の不当利得に対する日本の民法第七〇三条の準用可能性を検討したものとして、参照、今村・前掲書（註18）四二頁以下、石井・前掲書（註18）一五三頁以下、木村・前掲論文（註18）二九頁。

(28) VGH Kassel, Urt.v.17.7.1990, NJW, 1991, S.510ff (S.512).; 我が国においても、今村・石井・木村教授等は、不当利得につき善意の私人の返還義務の範囲が、現存利益にまで軽減されることを認めている（参照、今村・前掲書（註18）四四頁以下、石井・前掲書（註18）一五三頁以下、木村・前掲論文（註18）二九頁。）。

(29) Willy Spannowsky, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, S.263.; なお、これと同じ見解に立つものとして、Vgl., Obermayer, a.a.O (Fn.4)., § 59, Rdnr.144.; Knack, a.a.O (Fn.5)., S.935.; また我が国においても、今村・石井・木村教授等は、行政権による民法第七〇三条（ドイツ民法典第八一八条第三項）の援用を否定している（参照、今村・前掲書（註18）四二頁以下、石井・前掲書（註18）一五三頁以下、木村・前掲論文（註18）三二頁。）。

(30) これに対してウレとラウビンガーは、行政権の不当利得において、その返還義務が現存利得にまで軽減されることを一般的には否定しつつも、不当利得が公法契約の無効に起因する場合に限り、民法典第八一八条第三項が準用されることを認めて次のように述べる。「返還義務や価格賠償義務は、返還義務者がもはや利得を得ていない限りで消滅する（民法典第八一八条第三項）のであり、それは返還義務者が市民であるか公権力であるかを問わない。〔中略〕連邦行政裁判所は、一九八五年三月十二日判決の中で、民法典第八一八条第三項が、公法上の不当利得返還請求権に準用されてはならない旨の立場に立っている。がしかし、この判例においては、公法契約に基づく返還請求権が問題となっているわけではない。」と（Ule/Laubinger, a.a.O (Fn.20)., S.552.）。

しかし、不当利得の発生根拠が公法契約の無効か否かで、行政権の返還義務に差を設ける必然性はなく、ウレ・ラウビンガーの見解は支持しがたい。

(31) 日本の民法第七〇四条に相当するドイツ民法典第八一九条第一項については、参照、椿寿夫他・前掲書（註21）三七頁以下を参照。

(32) 訴訟継続後の受領者の返還義務を定めるドイツ民法典第八一八条第四項については、参照、椿寿夫他・前掲書（註21）三二頁以下。

(33) 悪意および訴訟継続後の受領者の責任については、参照、椿寿夫他・前掲書（註21）三二頁以下。
(34) Ule/Laubinger, a.a.O (Fn.20)., S.553.
(35) 参照、今村・前掲書（註18）四五頁、石井・前掲書（註18）一五三頁以下、木村・前掲論文（註18）三〇頁。
(36) Detlef Göldner, Gesetzmäßigkeit und Vertragsfreiheit im Verwaltungsrecht, JZ, 1976, S.352ff (S.358.).
(37) Eberhard Schmidt-Aßmann/Walter Krebs, Rechtsfragen Städtebaulicher Verträge, S.127ff.
(38) 行政主体の基本権享有主体性は、連邦憲法裁判所によってもまた否定されている。連邦憲法裁判所一九八二年七月八日の決定（いわゆるザスバッハ決定）は、次のように述べる。「公的任務を遂行する領域外で、基本法第一四条第一項第一文に基づく基本権がゲマインデに帰属するのかという問題は、否定されなければならない。つまりゲマインデは、非高権的な活動を遂行する場合にもまた、基本権に典型的な危機的状況にはないのである。さらにゲマインデは、当該ゲマインデの活動領域において、私人とは異なり、国家の高権的行為により危険にさらされることはなく、したがってその限りで、基本権保護を必要とはしない。」と（Vgl., BVerfGE61, 82 (105).）。
(39) Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.37)., S.130.
(40) Spannowsky, a.a.O (Fn.29)., S.275f. は、次のように言う。「法律関係を創設するのか、いかなる契約相手方を選択するのか、いかなる契約内容を形成しようとしているのかを自由に決定する行政の原則的な能力が、基本権的自由という意味での契約の自由とは理解されてはならない。契約自由という概念が、行政の処分能力との関係で、処分規範の範囲内で与えられた行政の形成可能性という客観的現象の描写と理解される場合にのみ、契約自由という概念は、公法契約の本質と関連づけられ得る。ゲルトナーは、―義務に適った裁量に拘束された―行政の活動余地の拡張を、公法上の契約の自由だと考えている。〔中略〕しかしながら、内容上完全に異なった二つの現象を概念上統一することは間違っている。私人の契約の自由は私的自治の一つの構成要素である。契約の自由は、立法者によって開かれた活動余地の存在から行政に導かれる自由とは相容れない。それ故に、行政の契約による形成権限の範囲が議論されるべき場合、少なくとも契約の自由という概念の使用は誤っている。私法関係に関連する概念上の観念と契約の自由という概念が結びついている以上、契約の自由の概念は、行政の処分権限と結び付けられてはならない。」と（傍点筆者）。

第七章　私法契約法

序章でも述べたが、現在、ドイツの行政法学は、前章までにおいて検討した「公法契約法」と並んで、さらに「行政上の私法契約（以下、私法契約という）」に妥当する法理論をも模索しつつある。それは「行政契約法の体系化」を志向する動きと評価しうる。(1) 本章の課題は、ドイツで議論される「私法契約法」の内容を検討し、ドイツ行政契約論の全体像を解明することにある。具体的な検討に先立ち、公法契約と私法契約の峻別基準を述べておこう。(2)

第一節　公法契約と私法契約の峻別基準

ドイツにおいては、行政契約は公法契約と私法契約とに分類される。それは、「裁判管轄の決定（行政裁判所か通常裁判所か）」、及び「適用法規の決定（連邦行政手続法の第四部〔公法契約規定〕の適用を受けるか否か）」という視点において重要な問題である。(3)

公法契約と私法契約の峻別基準としては、これまで「任務理論」、「規範擬制理論」、「権限理論」などが主張されてきた。(4) ボッセ（Wolfgang Bosse）によって唱えられた「任務理論」は、公的任務の直接的な実現に仕える契約を公法契約と資格づける見解である。(5) 他方、ヴォルフ（Hans Julius Wolff）とバッホフ（Otto Bachof）によって唱えられた「規範擬制理論」は、契約によって規律された法律関係が、規範によって規律された場合に（規範擬制）、当該規範が公法に分類されるなら、そこに公法契約の存在を認める見解である。(6) さらにウレとラウビンガーが主張する「権限理論」は、契約上の義務を負う主体が必ず高権主体でなければならない場合に、公法契約の存在を認める。(7) すなわち、契約が行政

主体に対して行政行為の発動を義務づける場合を考えてみると、「権限理論」は、右の契約上の義務が、公行政の主体以外の者によっては履行され得ない性質のものであることに注目し、ここに公法契約の存在を認定するのである。(8)

結論から先に述べると、公法契約と私法契約の峻別に関するこれら三つの理論は、いずれも確固たる地位を得ていない。(9)例えば「権限理論」に立つウレとラウビンガーは、「任務理論」に立つボッセを批判して次のように述べている。(10)

「ボッセは、ある契約が公的任務を直接実現するために締結される場合、その契約が公法上の性質を持つと言う。しかし〔公的任務〕や〔直接的な実現〕という言葉の下で何が理解されるかが不明確で、これにより十分な結果が得られるかは疑問である。さらに、公的任務は私法上の措置によってもまた実現されうるため、公的任務の存在をもって公法活動を推定することはできない。」

他方、擬制された法規範の性質に応じて公法契約と私法契約とを峻別する「規範擬制理論」も、十分な問題解決には至らない。なぜなら、「擬制された法規範が、いかなる基準に従って公法と評価されるのか」について、明確な答えを提示していないからである。(11)

これに対し、契約によって規律される義務が、公行政の主体によってのみ履行されうる性質のものである場合に公法契約の存在を認定する「権限理論」は、任務理論や規範擬制理論と比較すれば、基準として一応の客観性を持っている。この理論によれば、行政行為の発動に代えて契約が締結された場合や、行政権限の行使・不行使を内容とする契約は、全て公法契約とされる。しかし、土地収用裁決（行政行為）に代えて私法上の売買契約が締結され、あるいは、補助金交付決定（行政行為）に代えて、私法上の消費貸借契約が締結されるなど、行政行為によって達成される法的効果が私

法契約によって達成される場合があり、したがって、行政行為に代替して締結された契約の全てを公法契約と資格づけることには無理がある。(12)

このように、「任務理論」、「規範擬制理論」、「権限理論」のいずれもが、公法契約と私法契約の峻別基準としては不完全であることに鑑みたのであろう。近年、ドイツ行政法学の中には、「立証責任論」によって、この問題を解決しようとする者が存在する。例えばスパノヴスキーは、公法契約か私法契約かが明らかでない契約の法的性質を立証する責任を負うのは行政主体だとしつつ、行政任務の履行に仕えている契約は、可能な限り、「公法契約への推定」を受けるとを主張した。彼は次のように述べている。(13)

「契約が、公法・私法という二つの法秩序の本質を持つ構成要素から成り立っているがために、或いは、行政がいかなる法形式を利用しようとしたのかが不明確であるがために、その対象によっては必ずしも明らかに私法ないし公法に分類されない契約は、公法契約として資格づけられなければならない。なぜなら、契約が一部分的にではあれ一高権的任務の遂行に関連し、また行政が私法的に法律関係を形成したのか、あるいは公法的に法律関係を形成したのかが不明確な場合、一方では、任務理論を通じて基礎づけられる通常推定が、他方では、立証責任ルールが、公法上の行為形式のために戦うからである。通常、推定とは、疑わしきケースでは、高権的任務を公法形式で実施する旨の推定を意味する。そして、ここでいう立証責任ルールとは、法形式選択に関する不明確性について立証責任を負うのは行政である旨を意味する。」（傍点筆者）

このように、公法契約と私法契約の峻別は、裁判管轄の決定や、連邦行政手続法公法契約規定の適用の有無をめぐっ

て重要であるにも関わらず、なお錯綜した状況にあり、両者を判別する決定的な基準は現在においてもなお存在しない。スパノヴスキーによって提案された「疑わしきは公法契約に」という推定や、「立証責任論」による問題の解決は、公法契約と私法契約を峻別する完璧な基準が存在しない事実を明確に物語っている。(14)

しかし実際には、それが「公法契約か私法契約か」は、それほど大きな意義を持たない。なぜなら、近年、私法契約法と公法契約法の統合を目指す動きが存在するからである。

第二節　公法契約法と私法契約法の接近

一　行政私法論（Verwaltungsprivatrecht）

ドイツでは既に一九五〇年代において、「行政がその任務を履行するために私法形式によって活動を行うとしても、公的任務の実現に対して行政責任を負う行政主体は、通常の私人として活動することはできず、一定の公法的拘束を受ける」旨の見解が存在した。一九五六年、ヴォルフによって唱えられた「行政私法論（Verwaltungsprivatrecht）」である。(15)彼は次のように述べている。(16)

「公行政の主体が…競争経済的に活動するためではなく、直接公行政の目的（給付目的や統制目的など）を追求するために、私法形式において私法関係に入る場合、ここに行政私法が適用される。行政私法の特殊性は、公行政の主体が、直接公行政の目的を追求するために私法関係に入る場合に、法律行為的な私的自治を完全に享受するのではなく、

かなりの公法的拘束に服すことにある。」

この見解に対しては、「私法上の行政活動へ適用される公法拘束の具体的意味内容が曖昧である」という批判[17]や、「公法的拘束を呼び起こす〔直接的な公的任務の実現〕という概念が不明確である」という批判が提起された[18]。

しかし、このような批判にも関わらず、その後の学説は、私法形式を通じて行われる行政活動を公法的統制に服せしめようとする行政私法論の基本姿勢を評価し、これを基盤に「私法契約法の具体化」を思考している。すなわち、行政私法論の延長線上で議論されるドイツ私法契約論は、私法契約活動をも支配する公法的拘束を具体化し、私法契約法を公法契約法に接近させることを目的とするのである[19]。以下に引用するクレプスの叙述は、それを明確に物語っている[20]。

「私法上の行政契約と公法上の行政契約の法教義的接近（rechtsdogmatische Annäherung）という提案は、全く新しい発想ではなく、行政私法論を基礎とした基本思考の延長（Fortführung）である。私はミュンスター出身のため、この行政私法論の生みの親であるヴォルフを好んで引き合いに出す[21]。」（傍点筆者）

では、私法契約をも支配する公法的拘束とは、具体的にいかなるもので、結局、私法契約法は公法契約法とどの程度で理論的共通性を示すのであろうか。以下、この問題を詳しく検討したクレプスの見解を参考に、公法契約法との比較をしながら、私法契約法の全体像を明らかにしよう。

二　私法契約の公法拘束

［一］私法契約形式の一般的許容要件

連邦行政手続法の第五四条は、「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。第一章でも述べたように、「法規定に反しない限り」という許容要件は、「法律の禁止に違反しない限り」という意味であり、法律の全体的な解釈から、契約形式による法律関係の規律が禁じられている場合、公法契約の利用は法的に許容されない。しかし、第五四条に示された右の法理論は、何も公法契約に特有のものではない。なぜなら、公法契約の許容性に関する連邦行政手続法の第五四条は、民法典第一三四条に規律された「法律の禁止法理」が、公法契約にも妥当することを確認した規定だからである。[22] その意味で、「法規定に反しない限り」で公法契約を許容する第五四条は、確かに形式的には、公法契約の許容要件規定ではあるが、それは同時に、私法契約にも等しく妥当するものであり、この点で公法契約法と私法契約法に違いは存在しない。

［二］私法契約の交渉・締結手続

次に、私法契約の交渉・締結手続を支配する法理論を検討しよう。第二章でも述べたが、連邦行政手続法の第二編（第九条乃至第三四条）には「行政手続の通則規定」が存在する。この通則規定に規律された手続原則は、―聴聞に関する第二八条を除き―、第六二条の第一文を経て公法契約にも準用される。[23] その結果、第二〇条によって除斥され、第二一条によって忌避される行政職員は、公法契約の交渉手続への参加を認められない。また行政庁は、第二四条に従い、公法契約を締結するに先立ち、事実関係を職権で探知しなければならない。さらに行政庁は、第二九条に従い、公法契約の交渉手続において関係人に対して記録閲覧権の行使を保障しなければならず、また第二五条に従い、関係人の権利を保護するために、助言・情報提供を行う義務を負う。

クレプスは、これらが何れも、法治国原理や基本権という憲法原理を具体化した手続原則であること、法治国原理や基本権といった憲法原理は、法形式（公法形式か私法形式か）に関係なく、全ての行政活動に妥当する法原理であることを理由に、その全てが私法契約にも等しく妥当することを肯定している。[24] 彼は次のように述べている。[25]

「私法契約の締結に際して、市民を適切に保護するために、行政手続法に存在する手続原則を転用できるのか、どの程度で転用できるのかが問題になる。例えば、偏頗に関する規定や、秘密保持、記録閲覧権に関する規定が関心の対象となる。学説は、こうした手続法の拡大に賛成している。〔中略〕行政が私法上の契約活動の場合にもまた公法上の手続拘束に服す旨は、法教義的に必然的である。行政契約の締結に際して行政に私的自治が存在しないということは、行政には思い通りに活動する自由が存在しないという消極的な意味のみならず、さらに積極的には、行政が決定の発見を、法的な決定に方向づけなければならないことを意味する。決定内容に直接関連する法的基準のみならず、手続法の補足的性格に鑑みると、決定プロセスに関連する手続法上の基準もまた適用される。〔中略〕行政の私法的活動の法治国的拘束は、（行政の）私法契約の締結に関して、法治国家的に構成される行政手続の遵守を内包している。」（傍点筆者）

〔三〕私法契約の内容

このように、公法契約に妥当する手続原則が、憲法原理の具体化である限りで、私法契約にも等しく妥当するのであれば、同じく憲法原理を考慮して公法契約に課せられる内容統制法理もまた、私法契約に妥当することになる。

第三章でも論じたように、連邦行政手続法は、第五五条と第五六条において、「行政の法律適合性原理」や「過剰規

制禁止原則」、「比例原則」や「連結禁止原則」等の憲法原理を考慮して、公法契約の具体的類型たる和解契約や交換契約に対して、内容統制を図っている。

（公法上の）和解契約は、事実関係ないし法的状況の客観的不明確性が存在し、かつ和解締結の合目的性が認められる場合に限り許容される。第五五条が規律する和解契約の二つの許容要件は、「行政の法律適合性原理」という憲法原理を考慮した結果、規律されたものであった。(26)

他方（公法上の）交換契約は、私人の反対給付が行政権限発動の法的前提を整え、かつ右の目的を達成するに必要かつ十分な範囲に限りで合意されうる。第五六条はこれを確認した規定であり、それは「行政の法律適合性原理」や、この原理の発現形態として理解されている「連結禁止原則」、さらには「比例原則」といった憲法原理を具体化したものであった。(27)

クレプスは、第五五条や第五六条に規律された公法契約に対する内容統制法理が、法形式に左右されることなく全ての行政活動に妥当する憲法原理の具体化であることに鑑み、これらが何れも私法上の和解契約や、私法上の交換契約にもまた等しく妥当することを認めている。彼は次のように言う。(28)

「連邦行政手続法の五五条は、契約締結時における行政の原理的な法律拘束の現れであり、和解により発見された解決策が実際の法的状況と相違することを特定の前提要件の下でのみ容認することにより、特別な《和解状況》に対して正当性を与えている。〔中略〕行政の法律拘束は、私法契約締結の場合と公法契約締結の場合とで異なることはない。このため、私法上の和解契約が公法上の和解契約に比べて、より容易に締結されうる旨を承認することはできない。私法上の和解の締結もまた、行政サイドに対して《私的自治》を斡旋することはなく、むしろ行政は、義務に適っ

た裁量により、和解の締結を決定しなければならない。

〔中略〕交換契約に関する連邦行政手続法の第五六条は、契約内容に関して特に重要な一般契約法を規律している。この規定は－少なくとも部分的には－私法判例における同様、行政判例においても古くから認められてきた連結禁止原則、およびその背後に存在する憲法命題の現れである。既に述べたように、憲法拘束と、連邦法上の連結禁止原則という法制度の協力によって、連邦行政手続法第五六条という法治国上の基準は、同じく（行政の）私法契約の内容を決定する。」

［四］私法契約の成立要件

同じことは、公法契約の成立要件の一つを規律する連邦行政手続法の第五八条についても言える。第三者の権利を直接侵害する公法契約は、当該第三者の書面による同意があるまで暫定的に無効である。その理由は、第三者が公法契約により法律上の権利・利益を侵害された場合、彼は取消訴訟により、これを争うことができないからである。第五八条の第一項に規律された「第三者の同意制度」は「取消訴訟制度」に代わる第三者の権利救済制度であり、「基本権保護」を目的としたものであった。(29)

クレプスは、第五八条の第一項が、「行政の基本権拘束」という憲法原理を具体化したものであることを主張し、それが私法契約にも等しく妥当する法理論であることを肯定する。すなわち行政主体は、公法契約によるか私法契約によるかを問わず、憲法上の基本権拘束から免れることはできないため、第三者の権利を侵害する私法契約の締結は憲法上禁じられており、これに違反する私法契約は「法律の禁止」に違反し、民法典第一三四条により無効になると主張するのである。彼は概略的に次のように述べている。(30)

「私法契約の形成における第三者の保護が、公法契約の締結に際しての第三者の保護に匹敵しうるのかが問題となる。行政法上の契約〔公法契約－筆者註〕にのみ適用可能な行政手続法第五八条第一項の規定に従えば、第三者の権利を侵害する公法契約は、当該第三者が書面でこれを同意した場合に初めて有効になる。他方、その限りで、第三者が関与することなく私法契約を締結することにより、当該第三者に法的に義務を課すことは排除されなければならない。なぜなら、現行の民事法は、第三者に対して負担をかける契約を認知していないからである。実際に第三者の利益が打撃を被る限りで、私法契約の締結は、第三者利害関係人との関係で、行政主体を基本権拘束から解放しない。行政手続法の第五八条第一項により、行政法上の契約〔公法契約－筆者註〕の場合、基本権によって保護された第三者の利益侵害が当該第三者の同意を要求する限りで、我々は、対応する私法上の（行政）契約の場合、基本権が禁止法の性格を有し、その毀損〔私法契約による第三者の基本権侵害－筆者註〕は、民法典第一三四条により、契約の無効を導きうる旨を前提としなければならない。」

［五］瑕疵ある私法契約の存続効

さらに、私法契約法と公法契約法の理論的接近は、「瑕疵の効果」についても見受けられる。連邦行政手続法の第五九条は、確かに、公法契約の無効原因を規律したものである。しかし少なくとも、その第一項は、民法典に規律された契約の無効原因が、公法契約をも無効にする旨を規定する。また公法契約の部分無効に関する連邦行政手続法第五九条の第三項は、民法典第一三九条と同じ規定であり、公法契約・私法契約・民事契約の間に、何ら本質的な相違性を見出すことはできない。(31)

そこで問題となるのは、連邦行政手続法第五九条第二項の第一号乃至第四号に規律された公法契約の無効原因を帯び

る私法契約の存続効である。クレプスは、右の規定に列記された公法契約の無効原因を帯びた私法契約が、やはり無効となる事実を詳細に論じている。

連邦行政手続法第五九条第二項の第一号によると、対応する内容を持つ行政行為が無効である場合、公法契約は無効である。[32] クレプスは、―補助金交付決定に代えて私法上の消費貸借契約が締結された場合などのように―、行政行為によって達成される行政効果が、私法契約を通じても達成されうる事実を指摘した上で、[33]「行政行為に対応する内容を持つ私法契約が重大な瑕疵を帯びており、またそれが考慮されるべきあらゆる状況の理性的評価に際して明白であるにも関わらず、当該私法契約が民法典第一三四条の意味での法律の禁止に違反せず、故に無効でないと考えることはできない。」と述べ、対応する内容を持つ行政行為が無効である場合、私法契約もまた、―民法典の第一三四条により―無効と評価されるべきことを主張している。[34]

他方、連邦行政手続法第五九条第二項の第二号によれば、契約の両当事者が、その違法性を認識しつつ公法契約を締結した場合、右の公法契約は無効となる。[35] 問題は、「契約の両当事者による違法性の認識が、私法契約の存続効にいかなる影響を及ぼすのか」であるが、クレプスは、こうした瑕疵を帯びる私法契約は公序良俗違反だとし、民法典第一三八条により無効になると主張している。[36]

さらに、公法上の和解契約と同様、私法上の和解契約もまた、「行政の法律適合性原理（憲法原理）」を考慮し、その締結に際しては「客観的不明確性の存在」と「和解締結の合目的性」を必要とする。また公法上の交換契約と同様、私法上の交換契約もまた、憲法原理である「連結禁止原則」や「比例原則」、さらに「過剰規制禁止原則」に違反することはできない。クレプスによれば、右の憲法原理に違反して締結された私法上の和解契約は、「法律の禁止（民法典第一三四条）」乃至「善良風俗違反（民法典第一三八条）」に該当して、また「連結禁止原則」に違反して締結された私法

上の交換契約は、「善良風俗違反（民法典第一三八条）」に該当して無効となる。(37)

［六］私法契約と私的自治・契約自由の原則

最後に、私法契約と私的自治・契約自由の原則について検討を加えておこう。前章でも指摘したように、近年、ドイツの行政法学の趨勢は、「基本権の享有主体」が、憲法上保障された自由権的基本権を行使し、自己決定により法律関係を創設する現象をとらえて「私的自治の原則」と説明する。したがって、公法契約に関与した私人はともかく、基本権の享有主体性を否定される行政主体には、「私的自治の原則」は妥当せず、また―私的自治の原則の一側面として、常にそれと連動する―「契約自由の原則」もまた妥当しない。(38)

他方、「私法契約に関与した行政主体に、私的自治の原則や契約自由の原則が妥当するのか」が問題となるが、クレプスによると、公法契約の場合と同様、私法契約に関与した行政主体には、「私的自治の原則」はもちろん、「契約自由の原則」もまた妥当しない。なぜなら、私法契約を締結する行政主体は、確かに表面的には一般私人と変わらぬ立場に立つが、しかし法的には、法律適合性原理を初めとする憲法上の基本原則に拘束される国家機関としての地位を失わず、「基本権の享有主体性」を否定されるからである。(39) 以下に再度引用するクレプスの主張は、それを明確に示している。(40)(41)

「基本権によって保護された自己決定の可能性という意味での契約の自由は、それが基本権主体たりうる限りでのみ、高権主体に帰属するに過ぎない。高権主体が基本権主体たり得るか、どの程度で高権主体が基本権主体たりうるのかは、意見が対立した状況で議論されているが、連邦憲法裁判所の確立した判例によると、それは原則として否定されている。それゆえ《人の自己決定という一般原理の一部分》としての私的自治は、契約を締結する公行政の担い手に

は帰属しない。それは、行政主体が私法契約という法形式を使うか、公法契約という法形式を使うかに関係ない。」（傍点筆者）

結局、本稿の第一章乃至第六章で検討した公法契約法の多くは、私法契約法としても通用し、「行政契約法」たる性格を認められる。事実クレプスも、公法契約法と私法契約法が、損害賠償法、訴訟法規、強制執行法などの「契約の病理学（Vertragspathologie）」において若干の違いを示すことを指摘しつつも、それ以外において、両契約に妥当する法理論に根本的な差違は存在しないと結論づけている。(42)

むろん、私法契約をめぐる議論は始まったばかりであり、右に紹介したクレプスの見解が、その後の学説上、どの程度評価されているのかは注意深く見守る必要はあろう。しかし、仮に右クレプスの指摘が正しいとすれば、行政契約論の体系化を志向するドイツ行政法学の動向は、同じく私法契約論を含む我が国行政契約論にとって十分参考に値する。(43)

（1）ドイツ私法契約論の動向については、参照、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）二二七頁。

（2）公法契約と私法契約の峻別論については、参照、大橋・前掲論文（註1）一六四頁以下、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）八四頁以下、森田寛二「行政契約・協定方式の問題点」成田頼明編『行政法の争点（新版）』有斐閣（一九九〇年）八四頁以下。なお、三好充『フランス行政契約論』成文堂（一九九五年）三頁以下は、フランスの行政契約（私法的規律とは異なった行政法の特殊な規律に服し、しかもその訴訟が行政裁判所に

属す契約であって、ドイツ法に言う公法契約に相当する）が、いかなる基準に従って行政上の私法契約と区別されるのかを考察する。なお本稿は、ドイツ法にいう公法契約と私法契約の峻別基準に対象を限定する。

（3）参照、大橋・前掲論文（註1）一六四頁、石井・前掲書（註2）八四頁。

（4）Willy, Spannowsky, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, S.114.

（5）Wolfgang Bosse, Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung, 1974, S.28f.

（6）Hans Julius Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht I, S.345.

（7）Carl Hermann Ule/Hans-Werner Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, 3Aufl., S.505ff.

（8）ウレとラウビンガーは、次のように言う。「契約を通じて創設・取消・変更・確認される権利乃至義務が、公法上の性質を有するのか、それとも私法上の性質を有するのかは、それが公行政の主体にのみ与えられ得るのか、それともあらゆる人に与えられ得るのかに従って判断される。建築許可は、権限を有する行政庁によってのみ付与されうる。行政庁が契約上建築許可を与え、若しくは契約上行政庁が建築許可の付与を義務付けられる場合、この契約は、以上の理由から公法上の性質を有することになる。これに対して、物の譲渡義務は、単に公行政の主体のみならず、あらゆる人によってもまた引き受けられ得る。従って、州Xが契約上Yに対して特定の不動産の譲渡を義務付けられる場合、この契約は私法契約である。」と（Ule/Laubinger, a.a.O (Fn.7)., S.508.）。なお、我が国においても森田寛二教授は、右に紹介した権限理論に立って、公法契約と私法契約とを分類する（参照、森田・前掲論文（註2）八四頁以下）。

（9）Spannowsky, a.a.O (Fn.4)., S.114. は、次のように言う。「論文においては、特に権限理論・規範擬制理論・任務理論が、公法と私法の境界線上で規律される契約類型の法的性質を決定するために発展せしめられてきた。〔中略〕こうした理論もまた完全な形で公法契約と私法契約との境界づけを解決することはできない。確かに、行政任務の種類と目的を手掛かりに、契約対象による分類が前提とされなければならない。通常こうした限界付けは、契約の任務類型的な分類を可能にする。しかしそれにも関わらず、特に契約が相互に私法的要素と公法的要素を併せ持つ場合、明確に資格づけることができないケースが残ってしまうのである。」と（傍点筆者）。

（10）Ule/Laubinger, a.a.O (Fn.7)., S.507.; なおクレプスもまたウレ・ラウビンガーと同様の見解を示して、ボッセの任務理論を批判している（Vgl., Eberhard Schmidt-Aßmann/Walter Krebs, Rechtsfragen Städtebaulicher Verträge, S.165.）。

(11) クレプスは、規範擬制理論に対して、次のような批判を展開している。曰く「規範擬制理論に対しては、契約の一方当事者が公権力の主体である場合に、契約が常に公法契約になってしまう旨の批判が為される。契約による規律が規範により追求されたであろう場合、当該擬制規範の分類主体は、必然的に高権主体であり、当該擬制規範は、必然的に公法規範とされるであろう。」と（Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.166.）。

(12) Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.160.

(13) Spannowsky, a.a.O (Fn.4)., S.114f.

(14) 公法契約と私法契約の峻別基準が錯綜した状況にある旨を指摘するものとして、参照、大橋・前掲論文（註1）一六四頁。

(15) 行政私法論については、成田頼明「行政私法」成田編『行政法の争点（新版）』（ジュリスト増刊）二六頁以下、同「非権力行政の法律問題」公法研究第二八号（一九六六年）一三七頁以下、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）三七二頁以下参照。

(16) Hans Julius Wolff, Verwaltungsrecht I, 1956, S.73.; なおヴォルフの行政私法論については、Vgl., Walter Krebs, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL52, S.273f.; Spannowsky, a.a.O (Fn.4)., S.162f.

(17) Ehlers, DVBl, 1983, S.422ff.

(18) Krebs, a.a.O (Fn.16)., S.274.; クレプスは、行政私法論が使う〔公的任務の直接的実現〕という概念の曖昧さを批判して次のように述べている。「個々の行政措置は、同時に様々な任務を実現し、行政任務を直接的・間接的に達成する（私経済事業は、利益獲得と同時に、景気対策という公的任務にも直接役立つ）。〔中略〕従って、公的任務の直接的な履行というメルクマールは、判別基準としては、それ自体ほとんど無用で役に立たない。行政私法がその適用領域を曖昧にしか提示できないことが、その法教義的構造の固有の難点である。」と（Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.141f）。

(19) クレプスが行政私法論と同じく、私法活動を公法的拘束に服せしめることをもくろんでいた事実は、以下の記述にも明確に現れている。曰く「私法契約が私法規範によってのみ拘束され、公法契約がもっぱら公法規範によってのみ評価されると誤解されてはならない。実定法及び今日の法ドグマーティクは、むしろその逆である。ともかく、私人は民事契約の締結に際しても公法規定にもまた拘束されているのであり、その違反は、民法第一三四条による契約の無効を生ぜしめる。

他方、国家が私法主体として私法契約を締結する場合にもまた同じことが言える（私法契約を締結する国家もまた、公法規範の拘束を受け、それに違反した場合、民法第一三四条に従い契約は無効になる－筆者註）」と（Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.135f.）。

(20) Krebs, a.a.O (Fn.16)., S.273.

(21) なおスパノヴスキーも、行政私法論を基盤に私法契約を公法的拘束に服せしめ、以て公法契約法と私法契約法とを接近させようとするクレプスを支持している（Spannowsky, a.a.O (Fn.4)., S.162f.）。

(22) 参照、第一章第二節二。

(23) 参照、第二章第二節。

(24) Krebs, a.a.O (Fn.16)., S.275. は、次のように言う。「行政手続法の規定が、憲法上の要請を言い換えたものである限りで、少なくともそれは、私法形式の利用に際しても、行政を拘束する。」と（傍点筆者）。

(25) Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.155f.

(26) 参照、第三章第二節。

(27) 参照、第三章第三節。

(28) Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.157f.

(29) 参照、第四章第二節一。

(30) Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.154f.

(31) Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.159f.

(32) 参照、第五章第二節二。

(33) Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.160 (Fn.425).

(34) Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.160.

(35) 第五章第二節三。

(36) Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.160f.

(37) Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.161.; なお、連邦通常裁判所一九六六年七月十四日判決もまた、連結禁止原則に違

反して締結された私法契約が無効であることを認めて、次のように述べている（DVBl, 1967, S.36ff (S.37.)）。「いずれにせよ遵守されるべきは、国家その他の公共団体は、原則として、その職務上の任務遂行に対して金銭の支払いをさせてはならず、特に、それを認める法律の授権もなしに、その職務上の任務遂行を経済的反対給付に依存せしめてはならないということである。この基本原則への違反は、通常、－私法上の、あるいは公法上の－契約を無効にする。」と。（傍点筆者）。

(38) 参照、第六章第四節二。

(39) Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.162.; クレプスは次のように述べる。「行政主体が契約に関与する場合（行政契約）、公法と私法の法原則上の相違性は、公法契約と私法契約という法形式においては、対応関係を認められない。むしろ公法上の行政契約と私法上の行政契約は、法教義に関して相互に接近している。以前から十分に発達せしめられてきた私法形式類型を利用する一方で、公法的法拘束を受け入れたのである。それは、国家が国家によって利用されている法形式に関係なく、国家に特有の法的地位を放棄し得ないという一般的に支持された見解の結果に他ならない。」と（傍点筆者）。

(40) Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.130.; なおスパノヴスキーも、私法契約を締結する行政主体には私的自治など存在しないことを認めて次のように言う。「行政は、原理的に私法形式の選択が許容されている場合にもまた、公法的制約に服する。私法のマントを覆った行政もまた、私的自治（Privatautonomie）を享受しない。〔中略〕私的自治が、自己の法的関係の形成における個々人の自己決定の承認を表現する個人主義的原理であることを別としても、私法形式において活動する行政に対する強い公法拘束は、個々人の自己決定とは合致しない形成余地の狭限化をもたらす。」と（Spannowsky, a.a.O (Fn.4)., S.164f.）。

(41) したがって、工事請負契約や土地の任意買収に際して締結される売買契約などの（行政上の）私法契約を、民法上の契約と資格づけることは妥当ではない。確かに、私法契約形式を利用する行政主体は、私人と同様の立場に立つかの如き外観を示す。しかし、私法契約を締結しようとも、国家機関としての地位を失わない行政主体は、「私的自治」や「契約の自由」を認められず、また手続面・実体面の双方において、公法契約と同様の法的統制を及ぼされる。この事実に鑑みると、行政上の私法契約は、民事契約と構造上、全く異なる。ブルマイスターも、土地収用に代えて締結される土地売買契約（行政上の私法契約）を民事契約と資格づけることに対して強い懸念を示しており、「右私法契約の締結は、土地収用を行うための法律要件が充足されている場合に限り許容され、行政主体は、私法契約を通じて、思うがままに土地取引に関与する

ことはできない。」と述べ、行政上の私法契約が、民法上の契約と根本的に区別されなければならない旨を強調している（Hans Joachim Brumeister, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL52, S.210ff.）。

(42) Schmidt-Aßmann/Krebs, a.a.O (Fn.10)., S.162.; なおスパノヴスキーによれば、連邦行政手続法第六〇条第一項第二文（公共の福祉への著しい損害を回避するために、行政庁による公法契約の一方的解約を認める規定）も、それが公法契約特有の法理であることを理由に、私法契約への準用を否定される。右の公法契約法理が、憲法上の要請を具体化したものではないことが、その主な理由のようである。とはいえ、私法契約によって活動する行政主体もまた公益適合性原理から解放されるわけではないことを考慮したスパノヴスキーは、私法契約による公益侵害を防止するために、行政主体は私人との交渉を通じて、公益を理由とした解約条項を設けるべき義務を負うと結論づけている（Spannowsky, a.a.O (Fn.4)., S.289.）。

(43) 大橋洋一教授も同旨の見解を主張している。参照、大橋・前掲論文（註1）二二七頁。

終章　総括的考察と今後の課題

以上をもって、ドイツ行政契約論の分析を終了する。最後に、本稿での分析結果を今一度整理したうえで、筆者に課せられた今後の研究課題を示すことにしたい。

第一節　本稿の要約

一　第一章では、「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に焦点をあて、行政主

体と私人が、公法契約の締結を目指した交渉活動を開始するための要件を検討した。特にここでは、オットー・マイヤー以来のドイツ行政法学説が、公法契約の可能性及び許容要件について、どのような見解を示してきたのかを振り返りながら、右の許容要件が立法化された意味を検討した（第二節）。

「法規定に反しない限り」という許容要件は、「法律の禁止に反しない限り（契約による法律関係の規律が法律上禁じられていない限り）」という意味で理解されている。これにより、公法契約による法律関係の規律は、「法律の禁止」が存在しない限りで、それを授権する明示・黙示の法規範が存在しない場合においても法的に許容されることになった。しかし右の事実から、「公法契約には法律の留保が及ばない」と結論づけてはならない。法律の留保につき「本質性理論」に立つドイツでは、行政の行為形式に関係なく、憲法上の基本権・法治国家原理・民主制原理等を考慮して法律の留保領域が決定されるからである。この理論の下では、まず、基本権を侵害する行政作用が今なお法律の留保領域に数えられる（基本権的法律留保）。他方、基本権保護の必要性を超え、さらに憲法上の民主制原理を考慮して、法律の留保が要請される場合がある。都市建設法領域や補助金行政領域がその事例である（法律の留保の客観法的側面）。

この点、私人が契約によって義務を引き受ける行為それ自体は「基本権の行使」であり、「基本権的法律留保を呼び起こす基本権の侵害ではない」と考えられているため、公法契約の締結にあたり、基本権的法律留保を考慮する必要はない。しかし、民主制原理等を考慮して法律の留保が要請される行政領域にあっては、今なお法律が存在しない状況において、相手方私人の同意があることを正当化根拠に公法契約によって法律関係を規律することは法的に許容されない。先にも述べたように、本質性理論の下では、行政の行為形式に関係なく法律の留保領域が決定されるからである。

「法律の留保」という基本原則は、基本法の第二〇条第三項に根拠を持つ憲法上の原則である。したがって、「法規定に反しない限り」で公法契約を許容する旨を定めた連邦行政手続法の第五四条は、憲法上の原則としての「法律の留保

論」との整合性を保ちつつ解釈されなければならず、憲法の下位規範である連邦行政手続法の第五四条を根拠に、「公法契約はもはや法律の留保には服さない。」と結論づけることはできない。

クレプス及びシンプフによれば、「法規定に反しない限り」で契約を許容する連邦行政手続法の第五四条は、「法律の優位」に関する規定であり、「法律の留保」については何も述べていない。したがって、契約による法律関係の規律が禁じられていなければ（法律の禁止が存在しなければ）、契約によって法律関係を規律する可能性は確かに否定されない。しかしそれは、本質性理論の下で、法律の留保が及ばないとされる行政領域についてのみいえることであり、憲法上の民主制原理を考慮する中で法律の留保が及ぶとされる都市建設法領域や補助金行政領域等においては、法律の根拠なく、相手方私人の同意が存在することのみをもって公法契約を締結することは、法律の留保の観点から法的に許容されない（第三節）。

二　行政主体と私人は、「法律の禁止」に違反せず、かつ「（憲法上の民主制原理を考慮して要求される）法律の留保」に違反しない限りで、公法契約の締結を目指した交渉活動を開始しうる。第二章では、契約交渉を支配する法理論を検討した。

第二節でみたように、連邦行政手続法の第二編（第九条乃至第三四条）には、「行政手続の通則規定」が存在する。それらは、第二八条が規律する「聴聞」を除き、公法契約にもまた準用される。したがって行政庁は、第一三条による関係人を、第一三条が定める要件に従って「必要的参加」乃至「単純参加」させた上で契約交渉を行う義務を負う。また第一三条の関係人と特殊な関係にある行政職員は、第二〇条乃至第二一条に従って公法契約の交渉手続から除斥・忌避されなければならない。さらに行政庁は、第二四条に従い職権で事実関係を確定した後に、これを関係人に通知し、

意見を述べる機会を与えなければならず（契約交渉）、その際行政庁は、第二五条に従い「教示・情報提供義務」を負う他、関係人は、効果的な契約交渉を行うために必要な限りで、第二九条の「記録閲覧権」を保障される。

三　第三章では、契約交渉を経た上で、公法契約が具体的にいかなる内容（契約条項）を持ちうるのかを検討した。第二節では「和解契約」を取り上げ、連邦行政手続法の第五五条が規律する二つの許容要件の内容と意義を分析した。第五五条が規律する和解契約には、「事実関係の和解」と「法的状況の和解」とがあるが、いずれも「事実関係」乃至「法的状況」が、理性的評価に際して客観的に不明確であり、かつ和解の締結が合目的的と認められる場合でなければ許容されない。「事実関係の和解」は、行政庁が職権探知義務を十分果たしたにも関わらず事実関係が解明できず（事実関係の客観的不明確性）、かつこれ以上の規律の遅れが行政経済上好ましくないと考えられる場合（和解締結の合目的性）でなければ許容されない。また「法的状況の和解」も、不確定法概念の意味内容につき、判例・学説が対立しており（法的状況の客観的不明確性）、かつ最高裁の判断を待たなければ、当該不確定法概念の意味内容を解明できない場合（和解締結の合目的性）にのみ許容性を肯定される。第五五条が規律する和解契約の二つの許容要件は、契約当事者が恣意的に事実関係や法的状況の不明確性を主張し、意図的に違法な法律状態を生み出すことを防止するために設けられたものである。

第三節では、「交換契約」を取り上げ、連邦行政手続法の第五六条が規律する三つの許容要件の内容と意義を検討した。法治国家においては、行政権限の行使・不行使が経済的反対給付の提供に依存せしめられることは原則として禁止される（連結禁止原則）。しかし、私人の反対給付が行政権限発動の法的前提を整え、あるいは行政権限の行使を法的に不要ならしむる場合には、行政権限の行使・不行使を私人の反対給付の提供に依存せしめても、法治主義の形骸化は

生じない。第五六条はこれを確認した規定であり、和解契約に関する第五五条と同じく、公法契約による法治主義の形骸化を防止することを目的としたものである。これによると、私人の反対給付は、それが行政権限を発動するための法的前提を整え、あるいは権限発動を法的に不要ならしむるために約束されなければならず（第一項）、私人の反対給付は、右の目的を達成するために必要かつ十分なものでなければならない（第二項）。さらに行政権限の発動を求める法的請求権が存在する場合には、行政庁はただ付款の内容となりうるものに限り、反対給付の提供を要求しうる（第三項）。

続く第五節及び第六節では、公法契約が和解・交換以外に、どのような契約条項を持ちうるのかという問題を検討した。

行政主体は、公益の実現に仕える公法契約が確実かつ迅速に履行されることを確保するために、契約交渉を通じて、遅滞利息の請求や違約罰に関する契約条項、さらには連邦行政手続法の第六一条が規律する即時執行に関する契約条項を、契約相手方たる私人との間で合意することができる（第五節）。

さらに行政主体は、契約中に解約条項を盛り込むよう努めなければならない。なるほど公法契約の適状・解約については、既に連邦行政手続法の第六〇条が存在するところではあるが、この規定によれば、契約締結の基礎（行為基礎）が契約締結後に根本的に喪失した場合か（第一文）、契約の履行が公共の福祉に著しい損害となる場合（第二文）でなければ、公法契約の解約は認められない。そのため、その履行が行政の法律適合性や公益適合性の観点から好ましくないと考えられる場合であっても、この規定によっては適状・解約できない契約が残ることになる。そのため行政主体は、連邦行政手続法の第六〇条では適状・解約することのできない公法契約の解約可能性を広く確保するために、独自に解約条項を設けるよう努力しなければならないのである（第六節）。

四　公法契約は、交渉を経て、最終的には当事者の合意により、その内容が確定する。第四章では、当事者の合意を経て公法契約が有効に成立するための要件を検討した。

連邦行政手続法の第五七条によれば、公法契約は書面化を必要とする。この要件を満たしていない公法契約は無効である。求められる書面化の程度については学説上若干の対立が見られるが、一般には、契約の両当事者が同一の契約文書に自筆にて署名することが必要だと考えられている（自筆署名の原則・同一文書の原則）ため、口頭による契約の締結はもちろん、申込書面と承諾書面が相互に交換されたに過ぎない場合や、ワープロ等の機械により記名されたに過ぎない場合には、当該契約は書面形式を欠き、無効と評価されることになる（第三節）。

他方、連邦行政手続法の第五八条によれば、第三者の権利を侵害する公法契約は、当該第三者の書面による同意があるまで暫定的に無効である。契約により法的権利・利益を侵害される第三者は、行政行為により法的権利・利益を侵害される第三者とは対照的に、公法契約に対する取消訴訟を提起できないからである。第五八条の第一項が規律する第三者の同意は、取消訴訟と同一の機能をはたすべき第三者の権利救済制度に位置づけられる。したがって、第五八条によって「同意権限」を保障される第三者の範囲は、必然的に取消訴訟の原告適格を認められる第三者の範囲と完全に一致することになり、また彼は、第一三条第二項第二文により、公法契約の交渉手続への必要的参加権を認められなければならない（第二節）。

五　第五章では、瑕疵ある公法契約の存続効を規律した連邦行政手続法の第五九条の内容を概観し、いかなる瑕疵を帯びた契約が、第五九条のどの条項に該当して無効になるのかを検討した（第二節及び第三節）。

第四節の一で見たように、瑕疵ある公法契約の中には、違法ではあるが第五九条によっては無効にならず、有効に存

続するものが複数ある（違法ではあるが有効な契約）。法治主義の形骸化を懸念して右の規定を厳しく批判したのがゲッツであった（第四節二〔一〕）。しかしその後、ドイツ行政法学の趨勢は、違法ではあるが有効な契約の存在を認める第五九条の合憲性を肯定している。なぜなら、行政の法律適合性原理を謳う基本法の第二〇条第三項は、何も違法な行政活動を例外なく無効にすることまでは要求しておらず、立法者は、法的安定性や信頼保護を考慮しながら、立法裁量の範囲内で、違法な行政活動の効果を決定することができるからである（第四節二〔二〕）。

もっとも、合憲説を支持する論者の中に、違憲説との調和を図る動きが存在することは注目されてよい。シンプフは、第五九条によっては無効とならない違法な契約を、様々な制度の活用を通じて事実上無効にする法理論を詳細に検討している。第五節で掲げた「契約締結上の過失法理」や「国家賠償請求制度」をはじめ、契約の解除を規律する「連邦行政手続法第六〇条」や、無効な法規範に基づいて出された決定の強制執行を禁ずる「連邦憲法裁判所法の第七九条第二項」などは、いずれも第五九条によっては無効にならない違法な契約を、事実上無効にする機能を期待されている。

六　第六章では、公法契約への準用を否定され、又は準用に際して修正を必要とする民法典規定の内容を概観し、民事契約法との比較における公法契約法の理論的特色を明らかにした。

第二節では、公法契約への準用を否定される民法典規定を、また第三節では、準用に際し修正を必要とする民法典規定をあげ、その理由がいずれも「行政の法律適合性原理」に求められる事実を確認した。

また第四節では、民事契約との関係で常に議論されてきた「私的自治の原則」や「契約自由の原則」が、公法契約にあっても妥当しうるのかを検討した。

ドイツでは、基本権の享有主体が、彼に認められた自由権的基本権を行使する現象を「私的自治」と理解する。この

ため、公法契約に関与する私人は兎も角、基本権の享有主体性を否定される行政主体には「私的自治の原則」の妥当は否定されている。他方、公法契約に関与する行政主体に「契約自由の原則」が妥当するのかについては、学説上対立がある。

公法契約に関与する行政主体にも「契約自由の原則」が妥当すると考えるのはゲルトナーである。「私的自治の原則」と「契約自由の原則」の連動性を否定するゲルトナーによれば、私的自治を否定される行政主体にも、（民事契約を締結する一般私人に比べて狭く限定されてはいるが）契約交渉を行う自由（契約の自由）は存在するのである（第四節一）。しかし、ドイツ行政法学説の趨勢は、公法契約に関与する行政主体には、「契約自由の原則」は妥当しないと考えている。「契約自由の原則」を「私的自治の原則」の一側面と位置づける多数説によれば、「基本権の享有主体性」を否定され、「私的自治」を否認される行政主体には「契約自由の原則」もまた妥当しないのである（第四節二）。

もっとも、「契約の自由」の存否をめぐる否定説と肯定説の対立は、それほど大きな意義を持たない。民事契約を締結する一般の私人に比べて広範な内容統制を受けつつも、なお一定の範囲で契約交渉を行う行政主体の自由を、「契約の自由」と呼ぶか否かの違いに過ぎないからである。

七　前章までに検討した公法契約法理は、それが憲法原理の具体化と位置づけられる限りで、行政上の私法契約にも等しく妥当し、行政契約法としての性格を認められる。

第一に、行政上の私法契約が「法律の禁止」に違反し得ないことは勿論（第五四条の類推）、法治国家における行政手続の基本原則である、連邦行政手続法の第二〇条「除斥」、第二一条「忌避」、第二四条「職権探知義務」、第二五条「助言・情報提供義務」、第二九条「記録閲覧権の保障」は、私法契約手続をも支配する法原則に位置づけられている

（第二節二［一］［二］）。

第二に、法治国家原理を考慮して設けられた、和解契約の許容要件（第五五条）及び交換契約の許容要件（第五六条）もまた、それが憲法原理を具体化したものであることから、私法上の和解・交換契約にも類推適用されなければならない（第二節二［三］）。

第三に、憲法上「基本権」に拘束される行政主体は、私法契約の締結を通じて第三者の権利を侵害することはできない。基本権保護を要求する憲法規定は、第三者の権利を侵害する私法契約を禁じているからであって、結局、第三者の権利を侵害する私法契約は、第五八条の類推適用において、第三者の権利を侵害する公法契約と同様、当該第三者の同意があるまで無効となる（第二節二［四］）。

第四に、瑕疵ある公法契約の存続効を規律した第五九条は、行政上の私法契約にもまた類推可能だと考えられている（詳しくは第二節二［五］）。

第五に、私法契約を締結する行政主体に「契約自由の原則」が妥当しない点でも、公法契約と私法契約に違いは見られない。なぜなら、憲法上「基本権の享有主体性」を否定される行政主体は、私法契約を締結する場面においても「私的自治」を否認されるからである（第二節二［六］）。

結局、本稿で検討してきた公法契約法理の大半は、行政上の私法契約にも類推可能な行政契約法としての性格を認められており、両契約に妥当する法理論には、それほど大きな違いは存在しない。わずかに、連邦行政手続法第六〇条第一項の第二文（公共の福祉への著しい損害の発生を理由に行政庁が公法契約を一方的に解除する権利を認める規定）や、第六一条（公法契約を即時執行するための要件を規律する規定）に現れた、憲法原理の具体化とは位置づけられない公法契約の法理論が、私法契約への類推適用を否定されるに過ぎないのである。

第二節　今後の課題

一　本稿は、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）を検討したものであり、それが用いられる行政領域の特殊性の故に、当該領域で締結される契約にのみ妥当する特殊固有な法理論（行政契約法各論）は、これを意識的に考察対象から除外している。しかしそれは各論研究の重要性を否定するものではない。本稿で検討した行政契約法の総論は、様々な行政領域で締結される個別具体的な契約に妥当する法理論を検討するための基盤であり、いわば出発点に過ぎない。実際ドイツでも、本稿で検討した行政契約法の総論を再検討しながら、同時に、都市法や環境法といった領域で締結される個別具体的な契約に妥当する法理論（行政契約法の各論）を研究し、総論と各論のフィードバックを通じて、行政契約法全体の発展を志向している(1)。こうした動向は、特に環境行政法の領域において顕著である。

周知の通り、現在、ドイツでは「環境法典（Umweltgesetzbuch）」の制定を目指して活発な議論が行われ、その過程で幾つかの草案が作成・公表されるに至っている(2)。そのうち、一九九七年の九月に公表された、いわゆる「環境法典独立専門家委員会草案（Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt,Naturschutz und Reaktorsicherheit/UGB-KomE）」は、その第一三条において「施設・操業方法・原材料・加工及び製品に関する要求」を法規命令で行う権限を連邦政府に授権しつつ、その第三六条において、「規範代替型契約（Normersetzender Vertrag）」と題する規定を置き、法規命令の制定権限を持つ連邦政府に対し、一定の条件下において、法規命令の制定に代え、事業者団体や個々の企業と契約を締結する（その限りで連邦政府は、当初予定した法規命令を制定しない）ことを認めている(3)。かかる契約類型は、学説上一般に「法規命令代替型環境協定」と呼ばれるが、それが草案の

中に明示的に規律されたことを受けて、近年ドイツの行政法学は、右の契約に妥当する固有の法理論の研究に取り組んでいる。そしてその際、それが法規命令の制定に代替して締結される契約であるという事実、又は、それが環境の保全を目的として締結される契約であるという事実から、行政契約法の総論と比較した場合に、許容要件や手続要件、さらには内容要件や義務履行確保論などにおいて、法規命令代替型環境協定に妥当する法理論には、どのような特殊性が存在し、或いは存在すべきなのか、という点について、緻密な議論を展開しつつあるのである。(4)

この点に関して特に興味深いのは、委員会草案が、その第三七条において、いわゆる「一般拘束宣言（Verbindlicherklärung）」という制度を立法化しようとしている事実である。(5) この規定によれば、草案の第三七条に定められた要件が充足される限りで、行政主体は、一部の事業者との間で締結された法規命令代替型環境協定の法的効力を、当該協定の締結を拒絶した第三者事業者に対してもまた、及ぼすことができるようになる。

これを本稿で検討した「行政契約法総論」との関係で眺めると、「一般拘束宣言」という制度は、「第三者の権利を侵害する契約が、当該第三者の書面による同意があるまで暫定的に無効である」旨を規律した連邦行政手続法の第五八条第一項に現れた行政契約法の総論を、「個別法において修正する」ものであり、その限りで、法規命令代替型環境協定に固有の法理論（行政契約法各論）に位置づけられることになろう。この制度の導入をめぐっては、ドイツの行政法学説においても、今なお評価が定まっておらず、この制度の導入に疑問を提起する論者も見受けられるところではあるが、(6) いずれにせよ、法規命令代替型環境協定の特殊性を考慮しつつ、そこに妥当する固有の法理論を模索する動きとして注目に値しよう。今後は、本稿で行った総論研究を基盤に、こうした点を含めた幅広い各論研究にも手を伸ばしたいと考えている。

二　他方、こうした各論研究と並行して、行政契約をめぐる訴訟法理の解明が必要であろう。我が国の判例においては、争われた行政の行為が、行政行為にほぼ対応する「処分」の概念に該当しない限りで、取消訴訟の訴えを不適法却下するのが一般である。しかし、例えば村上裕章教授が適切に指摘するように、「処分」でないということは、差し当たり取消訴訟の本来の対象ではないことを意味するのみであって、直ちに権利救済の必要がないことを意味するわけではないのであるから、行政契約などといった、狭義の「処分」に該当しない行政活動に対する救済手続を確保する必要性が存在する(7)。この点については、「処分」の概念を拡大することを通じて取消訴訟による救済を図る方法の他に、民事訴訟ないし公法上の当事者訴訟による方法が考えられるが、今なお不明確な点が多く、さらに検討を加える必要があろう。

この点、公法私法の二元論に依拠し、行政裁判所制度を持つドイツでは、行政契約は公法契約と私法契約とに分類され、前者をめぐる紛争は、原則として、行政裁判所における公法上の当事者訴訟で、また後者をめぐる紛争については、通常裁判所における民事訴訟でこれを処理することになっている(8)。これとの関係で興味深いのは、公法契約の訴訟類型と位置づけられているドイツの公法上の当事者訴訟が、私法契約の訴訟類型と位置づけられている通常裁判所における民事訴訟との関係で、どのような特殊性を有しているのか、という点である。とりわけ、我が国の行政事件訴訟法とは対照的に、いわゆる「職権探知主義」が導入され、しかも我が国には馴染みのない「公益代理人（Vertreter des öffentlichen Interesses）」が訴訟参加しうるドイツの行政裁判権における公法上の当事者訴訟が、通常の民事訴訟との比較において実際どのような特殊性を有しているのか、という点を解明することは、今後我が国が行政訴訟改革を行う際、狭義の「処分」に該当しない行政活動に対する救済手続として、民事訴訟とは別に、敢えて「公法上の当事者訴訟」を活用する必要性があるのかという問題を考える上でも新たな視点を提供するものと思われ、重要な検討課題に位置づけられ

よう。

三　最後に、本稿はドイツ法を素材とした比較法研究に位置づけられるが、今後は、フランス法をも視野に入れた研究が必要であろう。欧州連合加盟国の法律学は、EC法の影響を受けながら理論的に発展する傾向にある。実際ドイツ行政法学も、常にEC法の理論を意識しながら自国の行政法理論を模索している。(9) その際、ドイツと共に大陸法圏を構成するフランスの行政法は、EC法に対して大きな影響力を持つため、ドイツ行政法学も、EC法、ひいてはフランス法を意識せざるを得ないのである。EC法が、加盟国ごとに発展せしめられてきた法理論から、どのような共通の一般原則を導きだし、それが逆に加盟国の国内法にどのような影響を及ぼすのかは重要な問題であり、特に行政契約の母国と言われるフランスの行政契約論が、EC法を経由して、ドイツの行政契約論にいかなるインパクトを与えるのかは、今後、重要な検討課題に位置づけられよう。これらの問題に関する詳細な検討は、筆者に課せられた今後の課題としておきたい。

(1) 行政契約法を総論と各論にわけ、両者のフィードバックを通じて、常に行政契約法を発展せしめるべきことを明確に主張するのは、本稿でも随所に引用したクレプスである（Walter Krebs, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL, 52, S.259f.）。

(2) ドイツにおける環境法典の制定に向けた作業は、概ね次のようなものである。すなわち、「教授草案」（一九九〇年に総則が、一九九四年に各論が完成している）、一九九七年に完成した「独立専門家委員会草案」（UGB-KomE）、そして一九九

八年に完成した「環境法典作業草案－第一編」である。このうち、「教授草案の総則」については、これを紹介する先行業績として、藤田宙靖「ドイツ環境法典草案について」自治研究第六八巻第一〇号三頁以下、同「ドイツ環境法典－総則編（案）（一）、（二・完）」自治研究第六八巻第一〇号一一六頁以下、第一一号一〇五頁以下がある。また海老沢俊郎「環境法典の制定にむけて」名城大学総合研究所紀要第五号（二〇〇〇年三月）一一五頁以下は、これまでのドイツ環境法典の法典編纂作業を全体にわたって紹介・検討するものであり、有益である。

(3) 環境法典委員会草案の第三六条は、次のように規定する。

「第三六条　規範代替型契約

（一）連邦政府は、以下の各号の要件を満たす場合には、経済団体、その他の団体、又は個別の企業との公法契約を通じてもまた、第一三条の意味における要求について合意することができる。

1. 第一三条の意味における法規命令を発動するための条件が存在する場合。
2. 契約の内容が、この法典の条件に適合する場合。
3. 保護に値する第三者の利益又は公共の利益が毀損されない場合。
4. 契約の有効期間が、五年を超えない場合。

契約に代替された法規命令が連邦参議院の同意を必要とするものである場合、契約は連邦参議院の同意を必要とする。

第二文は、第一八条第一項、第二〇条及び第二二条の要件についても準用される。

契約は、連邦官報に掲載されなければならない。

公法契約に関する連邦行政手続法の規定は、第五七条と第六〇条は別として、適用されない。

（二）第一項による契約の規定は、団体加盟者と、自ら契約を締結した企業に対して拘束力を持つ。

拘束力は、契約が終了するまでの間、その団体構成員としての地位に関係なく、団体加盟者に対して及ぶ。

契約において規律された義務の遵守は、第一三三条乃至第一五〇条による監視に服し、かつ行政行為を通じて強制されうる。

（三）環境又は人に対するリスクに配慮するための条件が、契約を通じて排他的に確定される限りで、許可決定ないし

事後的な命令において、さらなる条件が付されてはならない。

（四）対応する法規命令の規定が、第三者を保護するものである限りで、契約の規定は、第三者の保護に仕える。

（五）第三四条第二項を準用する。」

（4）Vgl., Umwelt Bundes Amt Berichte, Selbstverpflichtungen und normersetende Umweltverträge als Instrumente des Umweltschutzes, S.155ff.; Di Fabio, Vertrag statt Gesetz? – Gesetzesvertretende und gesetzesausfüllende Verwaltungsverträge im Natur- und Landschaftsschutz –, DVBl.1991, S.338ff.

（5）環境法典の委員会草案第三七条は、次のように規定する。

「第三七条　拘束宣言

（一）第三六条による契約は、以下の要件を満たす場合、法規命令を通じて、契約の全部又は一部が、全ての債務者又は詳細に決定された一定範囲の債務者に対して、拘束力を持つ旨を宣言されうる。

1．第三六条第二項第一文、同第二文による債務者の数が、拘束宣言を通じて債務を負うことになる者の半数以上に達していること。

2．拘束宣言が公益において必要だとみなされること。

（二）第一項による法規命令の制定に先立ち、拘束宣言によって影響を受けるであろう団体、企業に対して、意見を表明する機会が与えられなければならない。

（三）第一項による拘束宣言は、廃止が公益において必要だとみなされる場合には、法規命令により、これを廃止することができる。第二項の規定を準用する。その他、第一項の意味での契約の拘束力は、第三六条による契約の有効期間が経過することをもって、終了する。」

なお、環境法典委員会草案の第三七条が定める一般拘束宣言制度を紹介・検討する先駆的な業績として、参照、松村弓彦「環境政策参加型自主規制の実効性」法律論叢（明治大学）第七二巻第二・三号九七頁以下（一一二頁）。

（6）例えば、H＝H・トゥルーテは、一般拘束宣言制度の導入に反対しているようである。この点については、参照、H＝H・トゥルーテ（川又伸彦訳）「秩序法と自主規制の間の環境法」自治研究第七五巻第九号四二頁以下（五三頁以下）。

（7）参照、村上裕章「憲法と行政訴訟－両者の関係についての一試論－」北大法学論集第四六巻第四号一頁以下（三四頁以

下)。

(8) 行政契約をめぐる訴訟法理については、Vgl., Volker Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, S.643ff.

(9) Willy Spannowsky, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, S.466ff.; なお、EC法の影響を念頭においた研究は、何も行政契約論に限らない。宇賀克也教授よれば、ドイツ行政法学は、国家責任法の領域においても、ECの国家責任法を念頭に入れた研究を行っている。この点については、参照、宇賀克也「ドイツ国家責任法の理論史的分析」同『国家責任法の分析』有斐閣（一九八八年）二一七頁。なお、EC法がドイツ法に与える影響について検討したものとして、参照、大橋洋一「多国間ルールの形成と国内行政法の変容」同『行政法学の構造的変革』有斐閣（一九九六年）三一四頁以下。

※　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。