HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	東西契約法の比較 : D. A. レーバーの所説について（20周年記念号）
Author(s)	五十嵐, 清
Citation	スラヴ研究, 20, 175-196
Issue Date	1975
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/5055
Type	departmental bulletin paper
File Information	KJ00000113017.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

東西契約法の比較

D. A. レーバーの所説について

五十嵐　清

目　次

はじめに
I　比較法の対象としての「高権的に形成された契約」
II　高権的契約形成の過程
III　契約形成の手段
IV　契約形成の目的
V　h. g. V. の特別法
VI　経済秩序の反映における h. g. V.
おわりに

はじめに

本稿は，Dietrich A. Loeber: Der hoheitlich gestaltete Vertrag; eine rechtsvergleichende Untersuchung über den Planvertrag im Sowjetrecht und den "diktierten Vertrag" im Recht der Bundesrepublik Deutschland, Berlin und Tübingen (Walter de Gruyter & Co. und J. C. B. Mohr) 1969, XX, 403 S. の紹介である。本書については，すでに大木雅夫氏による簡潔な紹介があり[1]，さらに大木氏は，その論説「契約における自由と強制」[2]において，本書の成果をもとり入れた独自の研究を発表しているので，本稿は屋上に屋を重ねるきらいなしとしない。しかし，本書は，西欧のソビエト法研究者によって書かれた，東西契約法の比較に関する，はじめての本格的業績であるので，紹介の重複も許されるであろう。また，私自身としても，本書の著者によって1961年に発表された方法論的論文[3]以来啓発されるところが多かったので，その方法論を用いて書かれた本書の検討を避けるわけにはいかないのである。ただし，大木氏の業績との関係で，本稿は主として本書の内容を忠実に紹介することを目的としたい。本来なら，本書をめぐる諸外国の学者の反響もとりあげるべきではあるが，入手しえた資料が乏しいため，この点はきわめて不十分であることをお断りしたい。なお，本書でとりあつかわれている問題の多くは，わが国では，すでに藤田勇氏により論ぜられている[4]。本稿は，藤田論文より得るところ多大であった。以下，本書の編別にしたがって，内容を要約する[5][6]。

1) 比較法研究32巻172頁（1971）。
2) 上智法学論集15巻1号（1971）。
3) Loeber, Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Wirtschaftsordnung, Rabels Z 26 (1961), 201. その内容につき，五十嵐『比較法入門』（改訂版，1972）140頁以下参照。なお，本論文は，すでに五十嵐「社会主義諸国家における夫婦財産制の諸問題」スラヴ研究7号1頁以下（1963）で，言及されている。
4) 藤田勇『社会主義的所有と契約』（東大出版会，1957）以下，著者名のみで引用。
5) 本書の著者レーバーの経歴と主要業績に関しては，五十嵐「ドイツにおける Ostrechtsforschung

I. 比較法の対象としての「高権的に形成された契約」

近時，西欧諸国においても，経済的私的自治に対する国家的干渉が増大し，そのため契約関係が高権的行為により形成されるにいたった。かかる現象を，ヘーデマン (Hedemann) は「強制契約 (der diktierte Vertrag)」[6a]と呼んだ。他方，東側，計画経済の下においては，高権により形成される契約は，民法的関係における中心的地位を占めており，それは通常「計画契約 (Planvertrag)」と呼ばれる。この両者は，「高権的に形成された契約 (der hoheitlich gestaltete Vertrag, 以下 h. g. V. と略称)」として総称されうるが，東西において，異なる機能を果たしている。それゆえ，h. g. V. についての東西法の比較は，可能とされるのみならず，きわめて重要なものとなった。

1. h. g. V. の比較可能性の問題　異質的な経済体制間の法の比較，すなわち「体制を超える比較法 (Systemüberschreitende Rechtsvergleichung)」は，まず研究対象を体制と関連させて比較しなければならない点で，さらにこの部門ではイデオロギーによって支配されやすい点で，きわめて困難である。この問題に対する解答は，東西で異っている。

a) 社会主義諸国家の立場[7] 社会主義国の比較法においては，何よりも党派性が強調される。社会主義法と資本主義法の比較にさいしては，両者を対比し，前者の優位が明らかにされなければならない（ジーフス C. Л. Зивс)。比較法においては，一般に法制度の形式に類似性の見出される場合においても，本質における根本的な相違の存在を見失ってはならない。とくに契約法の領域では，両者の間に形式の類似点が多いけれども，内容と機能が根本的に異なることの確認がまずなされなければならない。以上が，今日のソビエトの見解であるが，この点は，他の社会主義諸国でも基本的には同様である。もっとも，今日では東西間の比較の可能性は認められている。なお，以上のようなきびしい態度は初期のソビエトには見られず，それは 30 年代における転換の結果である。

b) 資本主義諸国の見解　東西間の比較の問題に関して，資本主義諸国においては，種々の見解が見られる。比較の可能性については，否定説も多いが，肯定説の方がより多数である。比較の有用性についても，否定説ないし懐疑的見解が多いが，肯定説も多い。東西契約法の比較は，「契約における強制と自由の相互関係の一層の解明の必要性」(S. 14, 本書のページ数，以下同じ）が両者の間に存するゆえに，重要である。東西間の契約の比較は，具体的には，「国際比較法辞典」の編纂にさいし問題となり[8]，また国際動産売買法の統一にさいし東ヨーロッパ諸国の参加が見られるなど，現実性をおびている。かくして，「異なる経済秩序における強制契約は，比較可能であるばかりでなく，比較の必要性

の発展と現状」スラヴ研究 15 号 138 頁注 31 参照。現在キール大学教授のほか，スタンフォード大学客員教授。最近の業績として，Samizdat under Soviet Law, in: Contemporary Soviet Law; Essays in honor of John N. Hazard, 1974, pp. 84-123 が注目される。

6) 以下，原則として本書で使用されている記号をそのまま使用する。それは，つぎの順序である。I, 1, a), (1), aa), A.

6a) この語は直訳すれば「命令された契約」であり，その方が h. g. V. との関連では判りやすいと思われるが，ここでは従来の訳語例に従い「強制契約」と訳すこととする。

7) この箇所は，基本的には 1961 年論文（注 3 参照）の再述である。

8) 五十嵐『比較法入門』152 頁注 19 参照。

があることが確認される」(S. 16) というのが，著者の結論である。

2. h. g. V. についての比較法的研究の現状

a) ソビエト法学の成果　ブルジョア国家の h. g. V. についてのソビエト法学の見解をまとめれば，「契約は資本家による労働者の搾取の手段である」(S. 16) ということに帰する。かかる見解は，ストゥーチカ (П. И. Стучка, 1865–1932) の等価説 (Äquivalenztheorie) にさかのぼる。この見解（等価説）は，今日のソビエトでは否定されているが，ブルジョア契約法については妥当する（なお，ストゥーチカの契約理論については後述）。

現在のソビエトの通説は，ブルジョア契約法を，以下の3点において批判する。

(1) ブルジョア契約法の本質　資本主義経済生活のアナーヒーの表現である。ブルジョア国家の判例も合法性の破壊に貢献し，学説も契約法の階級的性格をもみ消すことにつとめている。

(2) 契約形成の手段　「契約自由は，ブルジョア法においては単なるフィクション以外の何物でもない。」(S. 18) 国家独占資本主義の時代には，さらにブルジョアジーは契約自由のマスクをもとりさった。

(3) 契約形成の目的　「ソビエトの法律家の見解によれば，ブルジョア法における契約の目的は剰余価値の取得と分配にある。」(S. 20)

(4) ソビエトの見解における比較法的要素　欠けている。

これに対し，ソビエトにおける契約学説には変遷がある。初期の法学者，とくにゴイフバルク (А. Г. Гойхбарг, 1883–1962) は，ソビエトにおける契約自由を否定した。ブランデンブルグスキーやランドコフも，これに従った。1930年代後半になると，この点でも転換が生じ，社会主義の中にこそ真の契約自由がある，と主張された（たとえば，シクンディン З. И. Шкундин, ほぼ 1895–1952)。第2次大戦後になると，契約自由の制限を説く見解が現われてきた。とくに，ノヴィツキー (И. Б. Новицкий, 1881–1958) は，1947年の論文で，強制契約はソビエトでは例外的性格ではないと論じ，さらに1950年には標準契約についての研究において，かかる契約は，ソビエト法では，法律行為の形式化 (Formalisierung) を技術的に容易ならしめるものであるが，ブルジョア法では，独占企業が労働者にその泥棒的条件を強制するための技術的手段である，と論じた。しかし，ソビエトの学者の中にも，標準契約が一般人民の利益に反する場合があることを，指摘する者がある。計画契約については，ブルジョア法には存在しないとされる。ブルジョア法の中に類似の制度があるという主張に対しても，懐疑的である。

b) 非ソビエト法学者の見解　ここでは，西側のソビエト計画契約法の研究の現状が概観される。それはバラエティに富むとともに，相互に孤立している。以下，契約形成の手段と目的に分けて，論ずる。

(1) 契約形成の手段

aa) 多くの学者は，ソビエト計画契約の契約的性格を否定する。彼等は，計画契約の現象形態を一般に行政行為とみている。

bb) これに対し，ソビエト計画契約を強制契約とみる説も有力である。この説は，フロイント (Freund) によって創始され，戦後ダヴィド (David) などにより発展せしめられた。注目すべきは，ソビエト計画契約と西欧の h. g. V. との類似性の主張が現われたこ

とである。とくに，タンク (Tunc) は「収斂説 (Konvergenz-Theorie)」を契約法に導入した[9]。

(2) 契約形成の目的　ここでは，計画契約の機能についての諸見解が要約される。

aa) 計画遂行的機能　計画遂行機能と契約とが両立するかについては，見解が分かれている。否定説は，同時に計画契約の契約的性格をも否定することになる。これに対し，肯定説によれば，計画契約が計画の道具的手段であるということは，必ずしもその契約的性格を否定するものではない。ただし，ソビエト計画契約は，西欧の契約とくらべ，その機能においては本質的な差がある，とされる。

bb) 刺戟機能　ソビエト契約法は個人的イニシアティブの行使のための手段である，と解される（たとえば，バーマン Berman)。

cc) 社会学的政治的機能　ブルジョア国家の契約は個人利益の充足のためのものであるのに対し，計画契約は団体利益の充足のためのものである，と解される（たとえば，プライヤー Pleyer)。

c) 一面的観察方法の弱点　以上のような見解の対立の原因は，必ずしも対象の複雑性に求められるべきではなく，方法論によるものである。ソビエトではマルクス・レーニン主義的方法論がとられており，その点で資本主義国と異なるとされるが，しかし，同一陣営内でも比較の基準が分かれている。ソビエトの学説によれば，資本主義国の契約は利潤＝剰余価値の取得の手段であるのに対し，自国の契約は国民の需要充足の手段であり，両者の相違は所有制度の相違に由来する，と説かれる。しかし，利潤は自己目的ではなく，需要充足の手段であり，その点で両者を区別するのは正しくない。これに対し，所有制度の相違はそれなりの意味をもつ。以上のようなソビエトの見解に対し，西側では，ソビエトの計画契約と市場経済秩序の契約とを比較して，計画契約の契約性を否定する者がいる。その理由として，プライヤーによれば，市場経済の法秩序の下では，強制契約は契約自由の原則の例外であるからだ，とされる。しかし，計画契約が社会主義法の「様式要素 (Stilelement)」[10]であり（そのことは疑わしい。ユーゴーを見よ。計画契約は，ソビエトのような行政的社会主義の下においてのみ，様式形成要素となるのではないか），契約自由が資本主義法の特色であるにしても，比較のためには，資本主義法秩序において計画契約と類似の構造と機能を有する法制度が選ばれなければならない。それは強制契約である。

3. 形式と内容の問題のために　この問題は，社会主義国では，イデオロギー的性格を有する。そこでは，一般につぎのように説かれる。「法は物質的（すなわち，経済的）関係から切りはなされてはならない。なぜなら，法は，この物質的関係がその表現を見出すところの，形式以外の何物でもないからである。」しかし，その先の問題となると，ソビエトでも議論はつきないが（とくに，法律関係の本質をめぐり)[11]，大別して，内容を法

9) 五十嵐・前掲 148 頁。

10) この語については，ツヴァイゲルト/ケッツ（大木訳）『比較法概論原論上』115 頁参照。なお，ツヴァイゲルト/ケッツは，計画契約を社会主義法圏の様式要素としている。前掲書下 618 頁以下参照。

11) 1920 年代の論議に関しては，藤田『ソビエト法理論史研究』（岩波書店，1968）89 頁以下参照。

の外に求める見解と法の内に求める見解とに分かれる。前者，すなわち法外的基準によれば，契約の高権的形成は単なる形式の問題であり，内容は所有秩序によって決定される。したがって，ソビエトの計画契約と西ドイツの強制契約とは，形式の点で類似していても，内容の点では著しく異なることになる。これに対し，後者，法内的基準によれば，形式とは，たとえば契約締結の形式をいい，内容とは，たとえば契約当事者が当事者自治を有するかどうかを問題とする。したがって，計画契約と強制契約の類似性は内容の領域に属する。

前者の見解は，今日のソビエト比較法学者のとるところであるのに対し，後者は西欧比較法学者によって支持されている。著者も基本的には後説に従っているが，しかし，比較法研究の対象は制度の面にかぎることなく，経済社会秩序との全体関連において設定されなければならない，としている (S. 43)。

II. 高権的契約形成の過程

ここでは，社会主義国，とくにソビエトにおける h. g. V. の形成過程が論ぜられる。

1. 計画，計画行為，契約[12)]

a) 計画と計画行為　「計画」は，主要な点において数字のみからなっているので，直接に契約を形成する作用をもたない。契約形成に影響するのは，「計画（化）行為」である。それは，納入指示，輸送指示，輸入割当，信用供与など種々の形式をとり，契約相手方に対し行政法上の権能を有する官庁により発せられ，契約の基礎を形成する。

b) 計画行為と契約　両者の関係には種々相がある。

(1) より計画行為的方向　納入指示の受領により成立する計画契約がその例。さらにすすめば，純粋な行政法的関係となる。

(2) より契約的方向　契約当事者に拒絶権の認められる計画契約もある。さらに，契約内容の自由が認められる場合もある。

(3) 計画行為外契約　この種の契約も数は多い。かかる契約の形成は，ソビエトにおいても，当事者にまかされている。計画行為外契約に対して，計画は法的な影響力はもたず，経済的な影響力にとどまる。

計画と計画行為との関係は，ユーゴーを除き，他の社会主義諸国においても，ほぼ同様である。

c) 民法典編纂における（高権的契約形成の）過程の把握の仕方　ここでは，社会主義諸国の法典における，締結義務，内容義務，変更・廃止義務に関する諸規定の概観がなされる（省略）。

d) 経済改革の影響　ソビエトの 1965 年経済改革の内容と，その契約法領域への影響について論ぜられる（省略）。

2. 計画・契約制度のメカニズム　この問題につき，a) ソ連，b) 他の社会主義諸国，c) 中国，d) ユーゴーにおける法的規制の大要が概観されている。さいごのユーゴーについては，「市場経済的に方向づけられた商品流通を，生産手段に対する社会的所有権と結びつけ，同時に国民経済の計画的発展の原則を固守する」のがその方式であり，そこでは，計画と契約との間には直接の関係はない，とする (S. 85 ff)。

12) 以下の叙述については，大木（注 2）51 頁以下をも参照。

III. 契約形成の手段

本編では，契約形成手段の観点から，h. g. V. の分類が試みられる。本書のうち，もっとも独創的な部分である。

1. 体系化のための基準　h. g. V. の体系化のために種々の基準が考えられる。その一つとして，h. g. V. の内的分類が考えられるが，ここでは，他の契約形成も視野に入れるため，より広い立場からの分類（外的分類）を試みる。

それは，まず，a) 抽象的契約形成（法律による形成）と b) 具体的契約形成（契約当事者または行政官庁による形成）に分けられるが，本書では，後者のみをあつかう。h. g. V. にとっては，契約形成手段による分類は本質的である。

さて，著者は，契約形成の手段として，以下の3者を基礎的形式と考える。自主的契約 (der autonome Vertrag), Nachvertrag（後契約），Vertragsersatz（契約代用）がそれである。後2者は，契約強制 (Vertragszwang) として，自主的契約と対比せしめられる。

(1)　自主的契約　契約形成の伝統的手段であり，とくに説明の要をみない。

(2)　契約強制

aa)　Nachvertrag [13]「拘束力のある先形成（Vorgestaltung，たとえば行政行為）の存するときは，契約は，契約強制に適するように，後で遂行されなければならない。それは，Nachvertrag の合意によって行われる。したがって，Nachvertrag に先行する契約強制は，執行を必要とするが，同時に単に間接的な，契約形成手段となる。」(S. 99)

bb)　Vertragsersatz とは，「法律行為による契約形成の代わりに登場するが，それと同様な効力を生ぜしめる契約形成である。Vertragsersatz の形成は，当該契約当事者の事実的または法律行為的態容と結びつきうるし，または高権の担い手により実施されうる。」(S. 99 f.)

2. 契約形成手段による分類　以上のような契約形成手段は，h. g. V. の場合のほか，対等当事者によって形成される，伝統的な契約（著者はこれを「パートナーによって形成された契約 der partnergestaltete Vertrag」と呼ぶ。以下，p. g. V. と略称）にも見られる。p. g. V. の多くは本書の考察外であるが，著者は，h. g. V. の特質をよりよく理解するために，以下，p. g. V. の場合を含めて，契約形成手段を分類し，それぞれにソビエトおよび西ドイツの法制度をあてはめている。

a)　p. g. V.

(1)　自主的契約　p. g. V. においては，これが原則的契約形成手段であるが，現実は必ずしもそうではない。

(2)　パートナー側の Nachvertrag

aa)　直接的契約強制　この場合は，法律により当事者に契約締結強制が課せられている。ソビエトでは，市民に対する関係では，それほど多くの例を見ないが，社会主義的機関相互間では，より大きな意味をもつ。

bb)　間接的契約強制　法律または事実関係により，当事者が間接に契約締結を強制さ

13) Nachvertrag は，つぎの Vertragsersatz とともに，著者が本書のために作った用語であるので，本稿では原語のまま使用する。

れる場合をいう。契約の相手方は，契約を形成させるための法的手段を有しない。

cc) 法律行為的自己拘束による契約強制　たとえば予約。しかし，この制度は自主的契約形成の領域に属する。

dd) 従属法的拘束による契約強制　契約当事者間に上下秩序の関係があるときは，原則として契約は排除される。しかし，それと契約関係との限界は実際上困難である。上位者が下位者に対し法的強制を有しないときは，法律関係は契約として形成されうる。

(3) パートナー側の Vertragsersatz　Vertragsersatz は，h. g. V. においては典型的手段であるが，p. g. V. についても考えられる。とくに，ドイツの事実的契約関係論がその代表例。

aa) 契約上の合意の欠けた場合の解決策としての Vertragsersatz　賃貸借の場合にその例が多い。ロシア共和国民法典（以下，ロ民と略称）278・279 条参照[14]。契約が無効の場合に，例外的に内容が法定されることがある。社会主義諸機関相互間の使用貸借の期間につき，ロ民 343 条参照[15]。

bb) 契約法適用のための連結手段としての Vertragsersatz　当事者の法律行為が存在しないのに，契約の成立を認める場合。ソビエト法でも，「沈黙は法律行為をなす意思の表示と認定される」場合がある（ロ民 42 条 3 項）。

b) h. g. V.

(1) 契約のない関係　h. g. V. では，パートナーにより自主的に形成される契約は存しない。しかし，同種の関係は存在する。たとえば，法律により A が B に対し一定の給付をすることは命ぜられるが，両者間に契約の存しない場合が，その例である。

(2) 高権的に形成される Nachvertrag　これは，h. g. V. の中心をなす。ここでも，直接的契約強制と間接的契約強制の区別が存する。

aa) 直接の（民法上の）契約強制　この場合には，当事者の一方または双方に，先行する高権的命令と一致する契約の形成を要求する権利が属する。ここでは，行政行為に基づく締約強制が問題となる。

A. ソビエト法　この手段は，ソビエトにおいては，とくに計画契約にさいし，大きな役割を果たしている。納入契約についてこれを説明すれば，まず行政官庁により，納入者に対し納入指示（行政行為）による間接的な契約強制が課せられ，ついで，それにもとづき，当事者間に契約の締結が実定法により強制される。なお，当事者がこの契約強制に従わないときは，Vertragsersatz が登場する。

B. ドイツ法　西ドイツには，ソビエトにおけるこの種の契約強制とパラレルな現象は存在しない。

C. 法的性質　Nachvertrag の法的性質について，ソビエトでは意見が分かれていたが 1961 年の「民事立法の基礎」において，その民法的性質が認められた。ドイツの学説はこの問題をとりあげていない。

bb) 間接の（行政法上の）契約強制　通常は当事者の一方にのみ間接的契約強制が課せられるが，当事者の双方に課せられる場合もある。

14) 条文の邦訳につき，五十嵐・佐保訳・北大法学論集（北法）18 巻 4 号 822 頁参照。
15) 同上 22 巻 2 号 173 頁。

A. 一方的契約強制　これは主として西ドイツで問題となる。たとえば，住宅強制経済の下での借家人指定がその適例である。ソビエト住宅法においても，この問題は論争的となったが，最近の立法（ロ民 299 条）により，住居賃貸借の締結は直接的一方的契約強制の対象となった[16]。その他，今日のソビエトでも，戦傷者の雇用義務や労働組合による被用者の解雇請求の場合に，この種の一方的間接的契約強制が認められている。

B. 双方的契約強制　ソビエトにおける労働指定制度が，その例である。

なお，ソビエトでは，行政法的間接的契約強制とパラレルな形式として，社会的キャンペインによる契約強制がある。それは資本主義体制の下での経済的強制と対比せしめられるが，かかる一般化は危険である。

(3) 高権的に形成された Vertragsersatz　h. g. V. における Vertragsersatz には，以下の 3 類型がある。

aa) 契約強制の執行手段としての Vertragsersatz　法律または行政命令による締約強制を，契約締結を欲しない当事者に対し貫徹する手段である。高権的契約強制のための執行手段としては，直接的契約強制と間接的契約強制がある。前者の場合には，契約上の受益者に強制執行の手段が与えられているのみならず，ソビエトの納入契約においては，受益者は強制執行を義務づけられる。後者の場合には，執行は行政庁にのみ委ねられている。

bb) 契約上の合意の欠けている場合の解決策としての Vertragsersatz　この類型は従来注目されなかったが，aa) に劣らず重要であり，以下の 5 グループに分かれる。なお，この類型は，aa) のように Nachvertrag の代わりに登場するのではなく，自主的に形成されるべき契約の代わりに登場する。

A. 権利追及手段としての Vertragsersatz　この Vertragsersatz は，債務者が法律行為によって約束した請求権の執行手段として現われる。ソビエト法でも，若干の場合に，契約上の合意は裁判所または仲裁機関 (Arbitrage) の決定により代用されうる。

B. 争の調整手段としての Vertragsersatz　ソビエトでは，契約締結にさいし生じた紛争は，仲裁機関により解決される（ロ民 166 条）[17]。

C. 苛酷さの調整手段としての Vertragsersatz　ここでも仲裁的要素が強いが，B は同位の当事者を前提とするのに対し，ここでは，当初同位の当事者間に後になって不平等が発生した場合を問題とする。西ドイツの契約救助制度がこれに該当するが，ソビエトでは，この手段は普及していない。

D. 危険防止の手段としての Vertragsersatz　上述の諸場合とは異なり，ここでは公益の大なる場合を問題とする。たとえば，監督官庁による保険会社の事業計画の変更または廃止命令。これにより，既存の保険関係にも効力が及ぶ。しかし，ソビエト法には，この種の事例は存しない。

E. 行政課題の遂行手段としての Vertragsersatz　これは，主として既存の契約を高権的に修正する場合に，利用される。この場合には，Nachvertrag の強制によっても目的を達することができるが，行政行為による Vertragsersatz の方がかんたんである。

16) 北法 19 巻 3 号 625 頁。
17) 北法 17 巻 4 号 671 頁。

cc) 契約法適用の連結手段としての Vertragsersatz p. g. V. におけるこの類型は，当事者の事実的態容により生ずるのに対し，h. g. V. では，これは行政行為に基づいて生ずる。行政庁は当事者に相互的給付を義務づけるが，行政命令は当事者の法律関係を生ぜしめないので，その空間領域は Vertragsersatz により埋められる。ソビエト法では，この類型は，納入指示の相手方がそれを拒絶した場合などに，問題となる。この Vertragsersatz の法的性質についてソビエト法学者の間に争いがあり，契約説，単独行為説，行政行為説と分かれているが，著者は行政行為説を支持している。なお，この類型は西ドイツ法には存在しない。

3. 拡大された契約概念 以上の記述により，h. g. V. は種々様々のタイプの法律関係をふくむ集合概念であることが明らかにされた。そこで，つぎに h. g. V. の本質が解明されなければならない。契約強制ということだけなら，今日では，p. g. V. においても共通に見られる。著者によれば，h. g. V. の本質は，「第三者による形成 (Drittgestaltung)」である点に求められる。

そこで，さらに，かかる h. g. V. はそれでも契約といえるかが問題となる。契約を広義に捉えれば，「合意」も，「法律行為的形成」も必要ではなく，また h. g. V. も考慮に入れるならば，「自己形成 (Eigengestaltung)」も本質的ではない。広義の契約にとっては，複数主体者によって「形成された同位の法律関係」であれば足りる。この点からいえば，h. g. V. も契約である。しかし，それでは契約の本来の意義がなくなるのではないか，という疑問がある。著者はこの疑問を肯定し，「明確な概念形成の利益においても，また実際上の理由からいっても，契約概念と一致しない，かかる『形成された同位の法律関係』という現象形式を排除し，それを契約類似の債務関係と呼ぶことが，より合目的々であろう。それは，とりわけ h. g. V について妥当する。」と論じている (S. 165)。

IV. 契約形成の目的

以上において，h. g. V. の契約形成手段としての特色が明らかにされたが，体制を超える比較法にとっては，さらに h. g. V. の目的の比較がなされなければならない。このような観点から，本編では，ソビエトと西ドイツにおける契約学説の分析がなされる。著者が本書の中でもっとも力を入れている部分である。

1. 契約理論の問題としての高権的契約形成 h. g. V. は古典的契約理論と調和しがたいので，それをどう説明するかについて，ドイツとソビエトで多くの学説が存在する。しかし，それについての体系的な研究はまだ存しない。

a) ソ連における契約理論 ソビエトでは，この問題は 20 年代の終り頃から論ぜられるようになった。そこには，計画経済の進展に則応するための契約法の革新の現実的必要性と，イデオロギー的必要性が，ともに存した。

以下の諸学説は，伝統的なものから革命的なものへ，という順序で配列する。

(1) 契約を法律行為的合意とみる説 契約と計画についてのもっとも古い学説は，アスクナジー (С. И. Аскназий, 1888–1952) の説である。彼は，契約を古典的に法律行為的合意ととらえ，h. g. V. の契約としての性格を否定した。同様な見解は，チェレパーチンやマルティーノフによっても主張された。しかし，この説はマルクス主義陣営からはげ

しく批判され，粛清時代には攻撃目標とされた。今日では，新しい問題への一つのアプローチの努力である，と評価される。

(2) 契約を交換取引の技術的道具とみる説　シレーテル (B. Шретер, 1882–1937?) の説くところであり，契約を単なる結合手段と考え，この点から h. g. V. の契約的性格を承認する。しかし，資本主義経済が個人の利益の保護を目的とするのに対し，社会主義経済の下では法の組織的機能が前面に出るべきであるとして，両者を区別する。シレーテル説もブルジョア的であるとして，マルクス・レーニン主義の立場からはげしく非難され，自己批判をよぎなくされた。しかし，計画経済下の諸関係を民法的にとらえた彼の理論は，今日の学説の基礎となっており，とくにチエッコのクナップ (Knapp) により同種の見解が発表されている。

(3) 契約を利益対立の表現とみる説　著者によれば，パシュカーニス (Е. Б. Пашуканис, 1891–1937) の説がこれに属する。彼は，法の本質を私的利益の対立とみ，私的利益の担い手である商品所有者間の関係は契約にその法的表現を見出す，とする。これに対し，計画経済の下では，契約は存しない。過渡期には契約は残存するが，順次，行政的技術的指導が強化される，とする。パシュカーニスも 30 年代に入ると自己批判をしたが，1937 年に粛清の対象となった。スターリン死後，再評価されたが，なお十分ではない。

(4) 契約を利潤獲得の手段とみる説　これはストゥーチカの説であるが，著者は，「マルクス主義の基礎の上に建設された，革命的な契約理論を発展させる最初の試みは，ストゥーチカに由来する。」(S. 177) として，これを評価し，14 ページにわたり詳説している。それによれば，ストゥーチカの目的は，ブルジョア法における契約に階級的解釈を与え，それと同時に，ソビエト法における契約理論のための基礎をおくことにあった。彼はまず，パシュカーニスと同様，法と技術，民法と計画とを対比したが，しかし，過渡期におけるプロレタリア法の存在を認めた。

彼は 1929 年に，民法と計画との対立を克服するため，民法と経済行政法の区別を提唱し，契約は計画に関係しない領域，すなわち民法領域についてのみ関係するとした。彼によれば，契約関係は等価観念に基づくものであり，その発展は以下の 5 段階に分かれる。①単純商品生産，②産業資本主義（ここでは，契約の自由が利潤獲得手段となる），③独占資本主義（締結強制などが現われる），④プロレタリア独裁（執権）（この段階になると前述のように経済行政法による民法の駆逐が行われ，契約原理は自由取引についてのみ妥当する），⑤共産主義（契約は不要となる）。

ストゥーチカの契約理論は，ヴェネディクトフ (А. В. Венедиктов, 1887–1959) やブラートゥス (С. Н. Братусь, 1904–) などソビエトの代表的な民法学者に影響を与えたほか契約の適用領域を制限する点で，実務へも影響を及ぼした。しかし，1920 年代の末より，ストゥーチカに対する批判がはじまり，それは 1937 年ヴィシンスキー (А. Я. Бышинский, 1883–1954) が法部門の権力を掌握することにより頂点に達したが，ストゥーチカはすでに 1932 年に死亡したため自己批判は免れた。スターリン死後，ストゥーチカの名誉回復もなされたが，これまた十分ではない。契約の消滅についてのストゥーチカの予言がソビエトの現実では実現をみるにいたっていないことが，その理由であろう。

(5) 経済関係の計画的組織化のための手段としての経済契約説　アムフィテアートロ

フ (H. Г. Амфитеатров, 1899–1951) の説で，ブラートゥス，ヴェネディクトフもこれに従う。パシュカーニスやストゥーチカに対する批判のあと，契約の解釈についての新たな試みがなされたが，アムフィテアートロフがその代表者である。彼の理論の核心は「計画要素と契約概念の結合」にあるが[18]，それは必ずしも新しいものではなく，シレーテルの理論との間に共通性がある。30年代後半には，アムフィテアートロフも批判の対象となった。

(6) 契約を需要充足の手段とみる説　アガルコフ (M. M. Агарков, 1890–1947) により1940年に発表された理論で，今日にいたるまでソビエトにおける通説を形成するものであるが，これまで西欧に知られていなかった[19]。

さて，アガルコフの研究は，債務関係の目的の論究に捧げられたものであり，まずこの問題に関するブルジョア学者の見解の紹介と批判がなされたのち，ソビエト法における債務関係について以下の3主要カテゴリーを認める (S. 197 ff.)。

aa) 計画の遂行と需要充足　「社会主義的機関の債務関係の目的は計画遂行であり，また，市民が債務関係に関与するかぎり，その他，彼等の需要の充足である。」債務関係は民法的性質と行政法的性質を有し，両者は密接に結びついている（これを「結合説 Kombinationstheorie」と称する。後述)。

bb) 財産の保護　「債務関係の目的は，社会主義的諸機関および市民の財産の保護でありうる。」これには，とくに不法行為と不当利得による法律関係が属する。

cc) 所得の分配　「債務関係の第3の，さいごのグループは，市民にその需要の充足を許す財産的地位の導入に向けられている。この債務関係の目的は，したがって，社会主義的分配，すなわち国民所得のうち，需要充足のために定められた部分を市民間に分配することである。」扶養義務や社会保障などがこれに該当する。この債務関係の発生は，必ずしも契約によらない。「契約は，法律関係の本質が市民の個人的利益の確保を要求する場合に（のみ)，その基礎となる。」

以上のようなアガルコフの債務目的論は，その後もソビエト民法学の通説となっている。

(7) 契約を利益の統一の表現とみる説　アガルコフの理論をもってしても，高権的計画課題と自由な合意とをいかにして調和させうるかについて，解明されていない。第2次大戦後，これは，民法の対象の問題として，議論された。1954年，ハールフィナ (P. O. Халфина) により，高権行為と法律行為的合意とを契約という共通の法制度のなかに結合させるための解明をもたらす構成が発表された。それは，以下の4テーゼに基づくものである。①マルクス主義的自由とは，承認された必要性と一致して行動する自由である。②国家は，国家により承認された発展法則の基礎の上に，すなわち共産主義建設のための計画の遂行の方向において，社会主義的諸機関の活動と意思を指導する。③国家は，社会主義的諸機関が，この目標設定により，その意思を形成することを助け，それにより，「意思表白の真の自由」のための条件をつくる。④法人の意思は，その定款，上位機関の計画

18) 詳しくは，藤田106頁参照。
19) 本書は，わが国では，すでに藤田149頁に引用されている。ただし，孫引きであるのは止むをえない。

課題と指示によって決定される。

以上のようなハールフィナの見解は，社会主義的諸機関間の経済契約にのみ妥当するものである[20]。しかし，社会主義諸機関の間の利益の対立は真の対立ではなく，見かけ上の対立にすぎないとする彼女の見解に対し，ノヴィツキーは，あまりにもバラ色だと批判している。

(8) 契約を一般的法律関係の具体化とみる説（DDR で発展した学説） これは，DDR のポッシュ (Posch) の説である。それによれば，一般的法律関係とは，社会主義国家の市民をその機関と結びつけるものである。それは，国民の需要の充足の枠内で具体化される。かかる一般的法律関係の具体化は，必ずしも契約を必要としない。契約はただ現実に合意が締結される場合にのみ必要となる，とされる。彼はさらに，民法上の契約に対し，経済契約（これも実際に契約である）の独自性を認める。かかるポッシュの見解は，1964年のチェッコの経済法典のなかで部分的に実現をみたが，DDR 内部では批判されている[21]。著者によれば，この批判は根拠薄弱である。

b) ドイツにおける契約理論 ドイツにおいても，h. g. V. の契約性に関し，以下のような見解がある（内容紹介省略）

(1) 法律行為的合意としての契約
(2) 私的および高権的形成の協力の結果としての契約
(3) 国家行為としての h. g. V.
(4) 民族的秩序の形成手段としての契約
(5) 私的行為によって作られた法律関係としての契約
(6) 社会類型的態容からの契約関係

c) 総括：手段的契約思考の前進 高権的権力と私的自治を契約概念のなかで調和させるのは困難である。調和のための方法として，①契約の否定，② h. g. V. を契約概念より排除する，③契約概念を拡大し，h. g. V. も含める，の3者がある。

(1) 契約概念の拡大説 この点ではソビエトとドイツの間に類似性が存するとして，著者は，契約の手段的役割における共通性の点で，シレーテルとベールマン (Bärmann)，ライザー (Raiser)，契約の本質と目的に関しては，アガルコフとラインハルト (Reinhardt)，統一理論として，ハールフィナとナチス理論，ポッシュの理論と事実的契約関係論とを比較し，両者に共通の傾向としては，契約における主意的要素の後退と，道具的性格の強調をあげる。そして，h. g. V. を契約秩序に入れるとするならば，アガルコフの結合説がもっともすぐれている，とする。

(2) h. g. V. の分離説 この説は，h. g. V. のなかに行政法的道具のみをみるか，または，契約を当事者自治にもとづくもののみにかぎることによって成立し，それぞれソビエトでもドイツでも主張されている。後説の場合は，h. g. V. については契約類似の債務関係のみを認めることとなるが，そこでは，理論的には，p. g. V. の機能と区別するために，h. g. V. の目的が問題となり，実務的には，h. g. V. は，p. g. V. に適用される一

20) ハールフィナの見解について，藤田 154 頁参照。
21) この問題の現況につき，清水誠「ドイツ民主共和国の市民法典」『概観ドイツ法』（東大出版会，1971）所収参照。

般法と区別されるべき特別法にどれだけ服するか，が問題となる。以下，この問題を順次とりあげる。

2. h. g. V. の目的

a) ソ連における h. g. V. の目的　h. g. V. の目的を，需要充足と計画遂行の結合に求めるアガルコフの理論は，経済契約について現実に妥当するので，以下それに従って，h. g. V. の機能を論ずることにする。

(1) 計画官庁との関係における契約の機能　ここでは，契約の目的を計画の具体化として捉える。そのさい，契約当事者による計画の修正が可能であるかが問題となる。

(2) 契約当事者との関係における契約の機能　社会主義的経済諸機関にホズラスチョート（経済計算性）が認められていることが，契約を必要ならしめる。

aa) 契約の長所と短所　社会主義的経済諸機関間の契約の目的は，まず有償的関係を作り出す点にある。そして，契約の長所は，契約当事者を，内在的等価原理にもとづき，そのときどきの計画課題の遂行にさいし，相互的コントロールをさせる，という点にある。他方，契約の短所としては，契約は当事者に契約上の請求権を主張するための権利を与えるが，それを義務づけない点があげられる。

bb) 国家機関による監視　そこで，各種の国家機関，すなわち上位官庁，仲裁機関，国立銀行，財政機関などが，国家に対する義務の履行を監督することとなる。

cc) 契約上の権利主張の義務　しかし，当事者の国家に対する義務は行政法上のものであり，民法上の義務ではない。したがって，契約上の権利主張の義務も，民事契約法からはでてこない。かかる民事上の義務を立法化する動きはあったが，成功しなかった。しかも，現実には当事者はかかる義務を熱心に主張せず，これに対する仲裁機関の介入にも限界がある。これは，一定の民法的行為を強制するためには行政法上の義務だけでは十分ではない，ことを意味する。

dd) 契約目的としての計画遂行と需要充足　以上は社会主義的機関相互間の契約の目的を問題としたが，市民が当事者となる場合は，それと異なる。この場合には，もっぱら一方の側の需要充足が契約の目的となる。その点では，資本主義法秩序の下での h. g. V. の目的とパラレルである。そこで，以下，西ドイツの h. g. V. の目的を論ずることとしたい。

b) ドイツにおける h. g. V. の目的　資本主義国における h. g. V. の目的は，補充的契約形成手段である点に求められる。以下，h. g. V. を3類型に分け，その目的について論ずる。

(1) 個々の市民のための h. g. V.

aa) 必要品の保障　h. g. V. の古典的目的であるが，今日では，必要品の保障は他の手段によってみたされることが多い。

bb) 経済的不平等な力の濫用に対する保護　ここでは，h. g. V. は防禦的，濫用防止的性格を有する。たとえば，独占に対する消費者の保護，弱者の保護，素人の保護，労働者の保護など。

cc) 権利保護についての争の調整　裁判官による契約救助がその例。h. g. V. はさらに個人の権利保護のために利用される。たとえば，民訴894条。

(2) 経済企業のための h. g. V.

aa) 必要品の保障　経済企業に対しても，国民経済全体の立場から，調整義務が課せられることがある。投資援助法がその代表例[22]。

bb) 経済的不平等の濫用に対する保護　たとえば，競業自由の保護。

cc) 権利保護についての争の調整と保障　社会保障の領域で，その例がみられる。

(3) 国家および公共のための h. g. V.　専売企業への給付義務がその例。損害防止機能を目的とする。

c) 総括：h. g. V. の調整機能と利得機能　以上の敍述から明らかなように，h. g. V. は東西においていくつかの共通の機能を果たしている。両者の差は，それぞれの機能の強弱の差である。しかし，両者に共通の h. g. V. の分母を見出すのは容易ではない。まず，個人のための h. g. V. を特徴づけるものとして，調整機能をあげることができる。それにより，契約が本来めざしている利得機能の調整を行なうのである。ソビエト法でも，市民が当事者となるときは，利得モメントと調整モメントの両者が妥当する。これに対し，市民の関与しない h. g. V. においては，国家の利得機能が優先するが，しかし，最近の経済改革により，この点では資本主義法に接近した。

V. h. g. V. の特別法

ここでは，以下の6点について論じている。

1. Nachvertrag の妥当根拠

a) ソ連における学説

(1) 行政行為のみとする説（行政行為説）　アレクサンドロフ (Н. Г. Александров, 1908–) により 1947 年に提唱された[23]。彼は契約を規範創設的契約と法律行為的契約とに区別し，後者をさらに以下の3グループに分ける。①締結の自由は存するが，内容の自由は有しないもの。②締結の自由も内容の自由も有するもの。③一部分は強制規範および行政行為により，また一部分は任意規範により規制される契約。内容の具体化は当事者の契約にまかされるが，かかる契約は独立の法律事実とならない。したがって，ここでは行政行為だけで当事者の法律関係を創設する。以上の3グループのうち，社会主義経済にとり，①と③が重要である。以上のようなアレクサンドロフ説は，契約成立前の債務関係と契約成立後の債務関係を区別しないなどの点で，今日のソビエトでは承認されていない。DDR では，同種の見解がズーフ (Such) により 1949 年に提唱された（しかし，後に改説）。

(2) 契約のみとする説（契約説）　ハールフィナの説である[24]。彼女は，計画行為ではなく，契約が納入義務を発生せしめる，と主張する。しかし，この説によると，契約外の納入をどう説明するかが問題となる。ハールフィナ説には，結果において同調する見解が多いが，批判を免れることはできない。

---

22) 本法につき，金沢良雄「西ドイツにおける経済統制法」北法 6 巻 36 頁 (1956) 参照。

23) アレクサンドロフの理論も，藤田 147 頁以下に紹介されている。

24) 藤田 154 頁以下参照。なお，藤田氏はハールフィナ説をアガルコフ説より評価しているように思われる。

(3) 行政行為・契約説（結合説） 「高権的に命令された給付関係の妥当根拠は，行政行為だけでもなく，また契約だけでもなく，行政行為と契約から『構成された要件事実』である。」(S. 252) これはアガルコフの説であり，現在の通説である。彼は，前述した債務関係との関連で，その成立にとって意味をもつ行政行為を，以下の3類型に分けて論じている。

aa) 法律行為を許可する行政行為 この場合には，法律行為と行政行為とは結合して法的効力を生ぜしめる。

bb) 法律行為の締結を義務づける行政行為 納入指示が適例であり，納入指示とそれに基づいて締結される契約は，統一的事象の離れがたく結びついた2段階として現われる。

cc) 直接に給付義務を課する行政行為 その履行のためには契約を必要としない。今日のソビエトでは適例は存しない。

アガルコフ説は，シクンディン，ノヴィツキー，ヨッフェ (О. С. Иоффе) などにより支持されている。

b) ドイツにおける学説

(1) 行政行為のみとする説 スイスに見られる。

(2) 契約のみとする説 ニッパーダイ (Nipperdey) の提唱するところで，判例もこれに従う。第2次大戦後発表されたイプセン (Ipsen) の2段階説（行政行為→契約）も，契約説に属する。

(3) 結合説 種々の試みが見られるが，アガルコフ的構成は存しない。そこで，著者はアガルコフ説を発展させた「区別説 (Differenzierungstheorie)」を提唱する (S. 262 ff.)。それによれば，行政行為と契約との不一致から生ずる問題を解決するために，結合説は必要である。契約説では，この問題は解決されない。そのためには，対象により区別することが必要である。契約関係は行政行為より生ずる法律関係と必ずしも同一ではない。前者は後者を超えるものである。それゆえ，h. g. V. においては，法律関係のうち，行政行為によって形成された部分と自由な部分とが区別されなければならない。前者には行政行為説が妥当し，後者には契約説が妥当する。以上が，著者の区別説である。

c) 諸学説の長所と短所 行政行為説は，いずれにせよ不適切である。契約説は自由主義経済機構に適合する。これに対し，結合説は計画経済体制に適合する。そのなかでも，著者の提唱する区別説は，自由社会にとっても有用である。

2. 行政法的関係と契約法的関係との競合 これは，1のテーマと裏腹の関係にある。実際上は，行政行為の瑕疵が，それによって締結された契約にどれだけ影響を与えるか，行政行為の変更・廃止がどれほど法的に契約に影響を与えるか，という問題が前面に出ている。

a) 契約と行政行為の相互的関係 この問題については，契約からの義務と行政行為からの義務を区別することが望ましい。

(1) 契約からの義務 この点では，2つの見解が対立している。

aa) 変換説 行政行為からの義務は，それに基づいて結ばれた契約のなかにとり入れられることにより，契約上の義務の性格をもつようになる，すなわち変形するとするも

の。さらに，以下の3説に分かれる。

①累積説　契約からの義務は，行政行為からの義務とならんで生ずると説く。もっとも有力な説。

②消耗説　契約に基づく新たな義務関係が，行政行為からの義務の上に重なり，このため行政行為の対象がなくなるとする説。西ドイツ連邦裁判所の見解である。

③更改説　ゲンキンの説であるが，少数説にとどまる。

bb) 不変説　行政行為は，当事者の契約のなかにとり入れられても，行政行為としての性格を失わないとするもの。最近の立法は，この説にとって有利となった。

(2) 行政行為からの義務　行政行為からの義務は，それに基づいて契約が結ばれても存続する，という説（存続説）が通説である。これに対して，契約の成立が行政行為を駆逐するという説もある。前述のゲンキンの更改説が，これに該当する。

b) 契約に対する行政行為の役割　契約は行政行為に従属する。行政行為は，契約の締結と契約の内容に関係する（以下，省略）。

c) 行政行為の契約への統合　ここでは，行政行為が，それに基づいて締結された契約のなかへ，いかなる性質において入りこむか，ということを問題とする。この点で，アガルコフの結合説によれば，契約を形成する行政行為は契約の構成部分となり，したがって，①当事者の合意の不完全さは，行政行為により形成された契約部分に関するかぎり，影響はなく，②行政行為が廃止されれば契約上の義務も消滅し，③行政行為の変更も，直接に契約上の義務に影響する，ということになる。これに対し，ハールフィナの契約説は，この問題を見すごしている。

この点，西ドイツでも種々の見解があるが，著者は区別説によって解決を与えている (S. 273 f.)。

3. 適用されるべき法　ここでは，h. g. V. に対していかなる法が適用されるべきであるかを問題とし，ソビエト法と西ドイツ法を比較している。

a) 法源

(1) ソ連　今日では，「h. g. V. は特別規制を要求する。民法の伝統的規範は不十分であるとされた。他面において，適用されるべきでない民法規範の代わりに，ただ高権的命令を規定するだけでは十分でない。行政法的な規準だけでは，経済的に満足しうる結果をめざすのに十分ではない。それゆえ，民法的契約規定と行政法的に色どられた規定との結合が必要である」と解されている (S. 274 f.)。

(2) 西ドイツ　この点では，何等統一がない。

以下，h. g. V. についていかなる法が適用されるべきかに関する，ソビエトと西ドイツの解釈論が分析される。

b) 高権的に形成される Nachvertrag の締結　原則として一般的民事契約法が適用されるが，つぎの3場合に例外が認められる。

(1) 契約意思表示の形式と内容についての要件では，当事者意思の厳格性が緩和される。

(2) 瑕疵ある契約意思表示とその効果　この場合，行政行為が自動的にあとを埋めるのか，新たな契約が必要か，が問題となる。これに対する解答は，行政行為と契約の関係

についての学説の如何により異なる。もっとも，この点では，通説である結合説(累積説)によっても見解が分かれている。著者は，ここでも区別説によることを提唱している (S. 284)。

(3) 瑕疵ある行政行為とその効果　スターリン時代には行政行為の瑕疵を問題とすることはタブーであったが，今日では，仲裁機関や裁判所は一定の場合に行政行為の効力を問題とすることができる。そして，結合説によれば，行政行為の無効は契約をも無効とするが，区別説によれば，行政行為の瑕疵は自由部分には及ばないことになる。

c) 高権的に形成された Nachvertrag の効力

(1) 現実履行　ソビエトでは，債務者のみならず，債権者にも現実的履行請求の義務を課しているが，西ドイツでは，債権者にはかかる義務は存しない。

(2) 契約の変更および廃止の排除　現実履行の原則は，一般的に当事者から高権的に形成された契約部分を相互の合意により変更したり，廃止したりする権利を奪っている。

(3) 行政行為の変更および廃止の効果　ソビエト法によれば，この場合，契約当事者はその債務関係を新たな法律状態に適合させなければならない（ロ民 234 条)[25]。もっとも，行政行為の後発的変更は直接に高権的に形成された契約部分の変更または廃止を生ぜしめる，というのが判例・通説である。これに対し，契約説は直接効果を否定する。

西ドイツでは，この問題は，行政行為の撤回は可能かという形で論ぜられている。

4. Vertragsersatz（省略）

5. 特別法の民法外の局面（省略）

6. 契約としての資格　以上の敍述により，h. g. V. の契約としての資格の問題は，主として用語上の問題にすぎないことが明らかである。

h. g. V. の「手段」は第三者による形成である点に特色があり，その「目的」は道具的手段的性格を有する。それらは，当事者自治にもとづく契約とは調和しない。他方，実務では，h. g. V. に対しても契約の一般法が原則として適用され，特別法は限られた範囲しか適用されない。それゆえ，結論として，「h. g. V. はたしかに契約ではないが，契約のようにとりあつかわれる」ということになろう (S. 305)。そして，h. g. V. によって形成された法律関係については，「契約類似の債務関係」ととらえるのが妥当である（同上)。

h. g. V. の現象形式は Nachvertrag と Vertragsersatz である。後者については，ソビエトの 1961 年「民事立法の基礎」において，明確に考慮された (33•4 条)[26]。

h. g. V. は法のどの領域に属するか。それは民法か，行政法か，経済法か。既述のように，ソビエトでは民法的解決が採用された。西ドイツの判例も同様である。そのことは，h. g. V. に行政法的成分がないことを意味するわけではないが，契約を形成する行政行為は，いわば垂直的に作用するにすぎない。

h. g. V. を民法のなかに組み入れることの意味は，その有償性と責任の原理に求められる。そして，高権的に命令された給付関係に対する契約の価値は，給付の期間と対象に依存する。すなわち，期間が長ければ長いほど，対象が複雑になればなるだけ，契約の価値は増大する。

---

25) 北法 17 巻 4 号 685 頁参照。

26) 稲子恒夫訳「ソ連の新民法」法政論集 30 号 76 頁および 63 頁参照。

h. g. V. に対する契約法の適用範囲については，前述のように，ソビエトでは実定法により確定されているが，西ドイツでは，それが欠けている。著者は，契約法の類推的適用によって解決すべきことを提案している。

VI. 経済秩序の反映における h. g. V.

h. g. V. を経済秩序の反映としてみようとする試みは，前述の「形式と内容」の問題に突き当る。以下，この問題を2つの観点から眺めることとする。

1. 民法的観点　東西において，共通点と相違点がある。

a) 共通点　前述のように，契約形成手段としては，第三者による形成であるという点で一致する。また現象形態として，Nachvertrag, Vertragsersatz, 特別法という法制度を共有する。契約形成の目的においても，技術的な意味では共通点がある。

b) 相違点　相違点は，計画契約，および社会主義的機関間の法的関係に関するものである。計画契約の特殊性として，h. g. V. の手段の点では，まず国家との関係で，介入が特別権力関係に基づくこと，さらに，計画契約の当事者は，その民法上の権利義務の主張を行政法的に義務づけられていること，行政法的義務のほか，民法的義務も重なって存すること，に求められる。パートナー同士の関係においても，ソビエト計画契約の下では，契約の強制は相互的である（西ドイツでは，一方的)。そのことは，訴訟にも反映している。

h. g. V. の目的における相違点は，民法的観点からは十分に認められない。

c) 体制批判的分析にとっての結論　従来の体制批判的分析によれば，h. g. V. は搾取のための道具であるとされたり（ソ連の見解)，個人利益を団体利益に従属せしめるものであるとされる（西側の見解)。しかし，両体制に類似の形式と，比較しうる内容をもった h. g. V. の存することが明らかなので，そのいずれの見解の正しさも立証されない。西側においても，個々の市民のための h. g. V. は搾取の道具ではないし，ソビエトにおける市民のための h. g. V. についても，団体説は妥当しない。さらに，団体説は計画契約にとっても妥当しない。計画行為は直接市民とは関係せず，市民と関係するのは公法的分野の問題である。

この両説に架橋しようとする理論は，収斂説である。これに対し，ソビエトでは，かかる理論は反動的ユートピア的であると批判している。著者も，「体制を超える比較にさいしては，公法的領域における相違は過小に評価されてはならない，ということは正しい」(S. 314) と述べ，収斂説に批判的である。

2. 公法的観点　h. g. V. とその目的に影響を及ぼす契約秩序外の諸力やエレメントとして，以下の3者が重要である。

a) 経済体制　経済体制は，所有権秩序と経済システムによって特徴づけられる。所有権秩序が h. g. V. に関するのは，まず，国有企業およびそれによって管理される国有財産の法的地位から，特殊性が生ずるからである。そのため，民法上の義務が行政法上の義務によって重畳されることになる。さらに，計画契約は原則として所有権の移転を対象としない点にも，特色がある。しかし，生産財の国有化は必ずしも計画契約と結びつくわけではない。ユーゴーがその例である。

h. g. V. の法や目的に持続的な影響を与えるのは，経済システムである。計画経済と市場経済のモデルの差は，法的には，国家が計画経済においては直接の，市場経済においては間接の手段をとる，という点にある。このことは，契約法にとって，h. g. V. は計画経済においては1次的な，市場経済においては2次的な指導手段である，ということを意味する。計画経済の下では，h. g. V. は経済指導の体制類型的手段である。しかし，計画経済の下でも，その経済部門の特質により，契約関係の自主的形成が合理的であると思われるときは，それは計画契約のシステムから分離され，パートナーにより形成される契約システムに移行する。

以上のように，計画経済においても自由な契約関係の可能性があるということは，所有秩序も経済システムも，完全に特定の一面的な方法で契約秩序を決定することはできない，ということを示す。私的所有権にもとづく経済システムが h. g. V. の手段を用いることがあると同様に，計画経済システムも自由契約を用いて成果をあげることができる。経済体制が h. g. V. の法に影響を与えることは確かである。しかし，以上のように両者の差は無条件ではないので，経済の実際では，それぞれの根本的性格のいくつかが失われている。

b) 国家イデオロギー　経済体制の差よりも，国家イデオロギーおよび国家体制より生ずる相違の方がより深い。ソビエトの国家指導は積極的全面的であり，契約関係にまで及ぶのに対し，非共産主義国の国家指導は，より消極的である。国家目標およびその実現のためにとられる方法についての異なる見解が，h. g. V. の本質および目的と関係している。それぞれの h. g. V. の目的を一言でいえば，社会主義法秩序の h. g. V. の目的は「配分的正義 (austeilende Gerechtigkeit)」であり，資本主義法秩序のそれは「平均的正義 (ausgleichende G.)」である[27]。

ソビエトの国家指導は，経済財を労働給付，および，可能なかぎり労働者の欲望によって配分することを求める。計画契約もこの枠内で取り付けられている。それは，全経済的目標の達成につかえる。それは，計画充足的（積極的）機能を果たす。

これに対し，非共産主義的国家指導は，必要な平均化をもたらすために h. g. V. を利用する。資本主義的法秩序における国家により命ぜられた契約は，本質的に訂正的損害予防的（消極的）機能に限られる。それは原則として個々の市民のために行われる。しかし国家的介入は，個人の保護が同時に全経済的利益において存すること，を前提とする。

h. g. V. は，いずれの法秩序においても全体の福祉につかえる。何が全体の福祉であるか，それをいかに促進すべきか，を決定するのは，つねに国家である。国家は最終的には h. g. V. の目的をも決する。それゆえ，国家の決定にどれだけ重要性があるか，どのようにして決定がなされるか，が問題となる。この問題は，それぞれの国家体制に関係する。

c) 国家体制　ソビエトでは，全体の福祉は，経済計画において決定される。計画は，生産手段の国家的所有独占の基礎の上に，社会的生産の大部分を把握している。したがって，個々の市民は，全体の福祉についての国家の決定に，ほぼ全面的に依存する。彼は，国家により自由に与えられる経済財を除いて，個人的必要を全然またはきわめて不十分に

27) この語の意義につき，たとえばラートブルフ『法哲学』（田中耕太郎訳，東大出版会）149頁参照。

しか充足することができない。

これに対し，西ドイツでは，全体の福祉は間接的に促進されるので，国家決定の重要性はソビエトより乏しい。

しかし，それだけではなお両者の差異は十分に説明しつくされてはいない。全体の福祉の決定がどのようにしてなされるか，ということが重要である。ソ連では，共産党中央委員会幹部会（現政治局）が最終決定権をもつ。不正な決定に対する民主主義的コントロールは，理論上も実際上も存しない。西ドイツでは，不正な決定に対し，ともかくも議会制コントロールが及ぶ。

d) 比較法的研究にとっての成果　この部分は，以下，全訳する。「以上の概観が示すように，h. g. V. の本質と目的は，経済体制および，より強度に国家イデオロギーと国家体制によって，特徴づけられる。この領域は，主として公法によって規定される。『体制を超える比較法』にとって，このことは以下２つのことを意味する。

1. もしひとが比較の対象を形式と民法的内容に制限するならば，異なる経済・社会秩序においてもまた，類似性は確認される。これに対し，体制形成的基礎が考慮に入れられ，法制度がその公法的土台の上でとらえられるならば，相違点が前面に出てくる。

2. 同質の，類型の近似した経済・社会秩序においては，異なる民法上の諸制度，諸構成の背後に，しばしば同一の社会的・経済的事象が隠される。（ここでは）法制度の機能近似性についての推定が語られる。機能における類似性は，体制中立的な法制度が問題となるときには，異質的経済・社会秩序においてもまた明らかにされうる。しかし，体制関連性が強くなればなるほど，類似の民法上の諸制度や諸構成，さらには同一のそれらすらも異なる機能を果たすことが，それだけ一層ありうることとなる。体制を越える比較法においては，研究の対象とされた法制度の機能相違性についての推定が語られる。」(S. 319)

おわりに

以上で本書の内容を要約したが，それをさらに要約すれば，つぎのようになる。著者はまず，ソビエトと西ドイツの契約法を比較するにさいし，両者は経済・社会体制を異にするので，契約法のように体制に関連する制度の場合には困難な問題があることを指摘する。しかし，この困難は，機能的比較方法を用いることによって解決することが可能であり，かかる「体制を超える比較法」から今日学ぶところは大である。ところで，従来東西契約法の比較にさいしては，資本主義国の古典的自由契約と社会主義国の計画契約とを対比してきたが，これは，比較すべからざるものを比較したというべきである。東西の契約法においても，構造と機能に類似した制度があるので，それを対象とすべきである。この観点からすれば，ソビエトの計画契約と比較されるべきものは，西ドイツにおける強制契約である。かくして著者は，計画契約と強制契約の上位概念として「高権的に形成された契約 (h. g. V.)」ということばを用い，両者の比較をはじめる (I)。

著者はまず，ドイツの読者のために，ソビエト計画経済の下における計画契約のプロセスを概観する (II)。ついで，具体的に両者の比較に入るが，そのさい契約形成の手段と目的に分けて考察する。契約形成の手段の観点からの比較にさいし，著者は，比較のための道具概念として Nachvertrag と Vertragsersatz ということばを作り，h. g.. V. の場合

のほか，古典的な「対等当事者により形成された契約（p. g. V.)」をも視野に入れて考察し，東西における契約形成手段の類似性の存在を指摘する。しかし，かかる h. g. V. を契約といえるかは疑問であるとする (III)。

つぎに，著者は h. g. V. の形成の目的について論ずる。ここでは，まずソビエトとドイツにおける契約学説一般が紹介され，ついで p. g. V. と区別するために，h. g. V. の目的が問題とされる。著者は，ソビエトの h. g. V. の目的については，アガルコフの結合説にしたがって説明し，それと西ドイツにおける h. g. V. の目的を対比し，両者とも調整機能と利得機能とを有するが，その強弱に差があるとする (IV)。

ついで，著者は，h. g. V. における行政行為と民法的契約との関係について，解釈論を展開する。そのさい，著者にとり指針となったのはアガルコフの結合説であるが，著者はそれを発展させた区別説に立って，解釈上の諸問題の解決を提案している。そして，h. g. V. に関し，契約一般法のほか，特別法の適用が必要であることを明らかにし，h. g. V. の契約資格については，ことばの問題にすぎないとする (V)。

著者は，さいごに，h. g. V. を経済・社会秩序の反映において考察する。まず民法的観点からみると，東西契約法には共通点も相違点もあり，従来の体制批判的見解は，民法的観点からいえば根拠はない。東西契約法の区別はむしろ公法的観点から生ずるのであるが，しかし，そのうちの経済体制の相違はなお必ずしも決定的なモメントではなく，むしろ国家イデオロギーと国家体制の相違が両者の h. g. V. の機能の相違をもたらしている。かくして，結論として，h. g. V. のような体制関連性のある制度の「体制を超える比較」によれば，制度上の類似はむしろ機能上の相違の推定を導くとされる (VI)。

さて，本書についての評価と若干の問題点の提示をすることにより，本稿を結ぶこととしたい。本書は，著者が 1961 年に発表した方法論に基づき，東西契約法の比較を試みた初の本格的業績であり，比較法学にとり画期的意義を有するものである。著者のソビエトの法制度および法学説の理解は，東側の学者によっても完璧であると評されており[28]，本書は，西側の読者にとり，ソビエト契約法の理解のための最良の文献であるということができよう。本書において，著者はソビエト契約法を西ドイツ契約法とのみ比較しているが，同じく資本主義国に属するわれわれも，著者が本書で使用した各種の分析道具を今後日本法の研究に使用し，効果をあげうるものと思われる。とくに，わが国では，これまで h. g. V. に関し綜合的な研究がほとんどなされていないので，本書から学ぶところは大きい。

本書に対する批判としては，外在的批判と内在的批判とが考えられる。まず前者についていえば，著者は，形式と内容の問題に関し，ソビエトの支配的見解をしりぞけ，明確に脱イデオロギー的立場をとっており，この点で，マルクス主義陣営からの批判を免れないものと思われる[29]。しかし，著者はつねに法制度の機能を考慮し，とりわけ最後において，法制度を経済・社会体制との関連で考察し，東西契約法の間の機能相違性を主張して

28) 本書に対する J. Stalev（ソフィア大学教授）の書評による。Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht. Bd. 135 (1971), 272.

29) Stalev, a. a. O. S. 274 f.

いるので，東側からの批判は必ずしも妥当しないものと思われる[30]。

本書にとって，内在的批判もないわけではない。著者は，本書において，計画契約と強制契約との間の法技術的類似性の存在から出発し，さいごに公法的観点を導入することにより，両者の間の機能相違性を結論として主張したが，上述の紹介から明らかなように，本書の大半は法技術的比較に終始しており，結論の説得性がやや欠けるように思われる。むしろ，公法的観点を前面に押し出して比較すべきではなかったか。もっとも，このアプローチは実際上不可能を強いることとなろう。

この点で注目されるのは，計画契約と強制契約の対比の妥当性を疑う Stalev の見解である。彼によれば，比較の対象とすべきは機能的に類似する法制度であるべきなのに，計画契約と強制契約とは機能を全く異にしている。西ドイツにおいて，ソビエトの計画契約と機能的に類似するのは，①行政契約，②経済的交換を保障するための，計画行為とは関係のない契約，であり，他方，西ドイツの強制契約に対応するのは，①契約によらない納入，②契約締結前紛争に関する国家仲裁機関の決定，③経済行政行為，④民法上の権利を形成する行政行為，である[31]。このような批判がでるのも，たしかに著者の出発点に問題があったといえないこともない。しかし，Stalev の批判もまた必ずしも全面的に妥当するとも思われない。ソビエトの計画契約は経済生活全体を規制するので，西ドイツの強制契約と同一の機能を果たす面もあることは否定できず，著者の方法論が誤っていると評するわけにはいかない。さらに，Stalev 自身，その主張の背後に，計画契約における契約自治の重要性を強調する見解を有しており[32]，その当否はともあれ，それは今日の社会主義国ではなお批判を免れないように思われる。

30) Stalev も，実質的には著者の方法を詳価する。a. a. O. S. 275.
31) Stalev, a. a. O. S. 276 ff.
32) A. a. O. S. 279.