

## 違法な行政契約の効力

— 西独における立法と学説 —

石 井 昇

### I はじめに

我国で行政契約<sup>(1)</sup>と法令の規定との関係が比較的詳細に論じられたのは、古くは報償契約<sup>(2)</sup>に関してであり、最近では公害防止協定<sup>(3)</sup>についてである。報償契約では、買収条項、占用料・特許料・特別税の免除と報償金の納付に関する契約条項等とガス事業法、道路法等との関係が論じられ、公害防止協定では、法令に規定のない義務を課したり、法令の取締基準より厳しい基準を上乗せする契約条項と公害規制立法との関係が論じられている<sup>(3)</sup>。

我国でこのように法令と行政契約の関係が論じられる場合には、法令の強行規定に違反する行政契約条項は法律の優位原則に従って無効であるという考えがその議論の前提にあるように思われる。ところが西独では、こうした考えは、学説・判例及び立法上全面的に支持されているわけではない。

西独ではかなり古くから、違法な行政契約の無効説<sup>(4)</sup>、違法な

行政契約に行政行為と同等の存続効を認める説及び違法な行政契約に行政行為以上の存続効を認める説<sup>(5)</sup>が学説上対立しており、判例もそれにほぼ対応して対立してきた。第一説は、強行規定に違反する行政契約は無効であるとする説であり、第二説は、行政契約の内容と対応する内容を持つ行政行為が無効である場合には、行政契約も無効であり、行政行為が取消しうる場合には、行政契約も取消可能であり、行政行為が取消しえない場合には、行政契約も取消しえないとする説である。第三説は、行政行為が無効である場合には、行政契約も無効であるとするが、行政行為が取消しうるにすぎない場合には、行政契約は無効でも取消可能でもなく、完全な効力を有すると考える説である。

そうした状況の下で西独では、一九七六年に公布された連邦法たる行政手続法 (Verwaltungsverfahrensgesetz) の五九条に違法な行政契約の効力に関する規定が置かれた。この規定は後述するように、第三説類似の考え方を採用したと解されるが、それに関して違憲説と合憲説が学説上対立している。こうした立法とそれに関する議論は、行政契約と法令の強行規定との関係について我国に新たな視点を与えてくれる可能性がある。さらに、行政手続法では行政契約と BCB との関係が明文で規定されており、その紹介は、行政契約と民法の各規定との関係についてほとんど具体的な議論のない我国にとって、有益であると思われる。

従って本稿は、西独の行政手続法五九条とそれに対する学界の評価の展望を目的とする。

## II 違法な行政契約の効力

行政手続法五九条は、行政契約の無効 (Nichtigkeit) の生ずべき場合を規定している。

五九条第一項は、「公法契約は、民法典の規定の準用によつて無効となる場合に、無効とする」と規定して、対等法的契約 (Koordinationsrechtliche Verträge)<sup>(9)</sup>、従属法的契約 (subordinationsrechtliche Verträge)<sup>(10)</sup> 双方に適用される一般的無効原因を定め、第二項は従属法的契約のみの特殊な無効原因を定め、第三項は行政契約の一部無効の効果を規定している。

立法者によると、五九条第一項と第二項の無効原因は、限定列挙である<sup>(11)</sup>。つまり、行政契約の無効の生ずべき原因は、五九条第一項と第二項以外にはあり得ないものとして、五九条第一項と第二項以外にはあり得ないものとして、五九条第一項と第二項で網羅しているのではない限り、違法ではあるが、無効でない行政契約の存在する余地があることになる。また行政手続法は、違法な行政契約の瑕疵の効果として、Nichtigkeitのみを規定しており、シニレースヴィヒ・ホルシタイン州一般行政法 (Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein) 一二六条第三項のような Unwirksamkeit<sup>(12)</sup> や、契約の違法性を理由とする契約の取消について意識的に規定せず、そうしたものを黙示で排除している。従つて、違法ではあるが、無効でない行政契約が行政手続法五九条により存在する場合には、その行政契

約は、完全に有効であり、それに対しては取消等の何らの制裁も科されないと考えられる。

以下では、違法ではあるが無効でない行政契約が行政手続法上存在するかを明らかにする為に、五九条第一項と第二項が規定する無効原因の射程範囲を検討する。

### 1 行政手続法五九条第二項の特殊な無効原因

まずここでは、行政手続法五四条第二段の意味での行政契約、つまり従属法的契約のみ適用される行政手続法五九条第二項の各号の無効原因について検討する。

(1) 五九条第二項第一号 本規定は、従属法的契約の内容と対応する内容の行政行為が無効である場合に、従属法的契約は無効であるとする。つまり本規定は、行政行為の無効について規定する行政手続法四四条、特にその第一項と第二項を準用する。四四条第一項の準用によると、従属法的契約は、特に重大な瑕疵があり、この瑕疵が考慮される全事情を理性的に評価するときに明白である限り、無効である。

また四四条第二項の準用によつても、従属法的契約は無効である<sup>(13)</sup>。

(2) 五九条第二項第二号 本規定によると、従属法的契約は、その内容と対応する内容の行政行為が行政手続法四六条の意味での手続ないし形式の瑕疵のみの理由によらずに違法であり、かつこれが契約締結者に知られていた場合に、無効である。この規定の目的は、契約当事者が契約の違法性を認識し、かつそれを生ぜしめる故意をもって協力して (in bewußtem und ge-

wirkem Zusammenwirken)<sup>(17)</sup> 行政契約により違法な結果を生ぜしめることを防止することである。

要件の第一として、対応する内容の行政行為が違法であること。但しその違法性は、行政手続法四六条の意味での手続ないし形式の瑕疵だけでは不十分である。四六条の意味での手続ないし形式の瑕疵とは、ある事案において当該手続ないし形式の瑕疵がなかったとしても、別段の決定のなされる可能性がなかったらうような手続・形式の瑕疵である。

要件の第二として、双方の契約締結者が契約の違法性を知っていたこと。双方の契約締結者の契約締結時における、契約の違法性に対する積極的認識が不可欠であり、一方当事者の認識ないし双方当事者の知りうべかりしことでは不十分である<sup>(18)</sup>。従って、行政庁と国民を当事者とする従属法的契約では、行政庁と国民が双方とも、契約締結時に、契約の違法性を認識していなければ、この要件は満たされない。また契約締結者の認識は、契約の違法性に及ばねばならず、契約の違法性を生じる実際の事情(例えば、行政庁の無管轄)の認識だけでは不十分であるが、契約が違反する規定の認識までは必要ない。

以上の説明からわかる通り、本規定によると、従属法的契約は、前号ないし後述する五九条第一項、特に BGB 一三四条の要件を満たさない限り、強行規定に違反するだけでは無効にならず、その上に双方契約当事者の契約の違法性の認識が要求されている。第二の要件の立証の困難さはひとまず置くとしても、第二の要件の存在自体が、違法であるにもかかわらず無効でな

い従属法的契約の存在の原因の一つになっている。

(3) 五九条第二項第三号 本規定によると、行政手続法五五条で規定された和解契約 (Vergleichsvertrag) 締結の要件が存在せず、かつ契約内容と対応する内容の行政行為が、四六条の意味での手続ないし形式の瑕疵のみの理由によらずに違法である場合に、従属法的和解契約は無効である。本規定の目的は、立法者によると、和解契約が法的に認められない結果を生ぜしめることの防止である<sup>(19)</sup>。

しかし本規定によると、違法ではあるが無効でない和解契約の存在する余地がある。例えば、五五条で規定された和解契約締結の要件は存するが、その和解契約に違法な給付が含まれている場合である。この場合は、五九条第二項第一号・第二号ないし後述する五九条第一項、特に BGB 一三四条の要件を満たさない限り、無効ではない。

(4) 五九条第二項第四号 本規定によると、行政手続法五六条により許されていない反対給付を行政庁が契約の相手方に約束させる場合に、従属法的交換契約 (Ausgleichvertrag) は無効である。本規定は、行政庁の契約相手(国民)の給付が五六条に規定された要件を満たさない場合に、交換契約は無効であるとしているだけであって、行政庁が法律上許されない給付を約束・授与する場合には、本規定は及ばない。従って、許可、認可、公の金銭給付等の行政庁の給付が違法であるとしても、従属法的交換契約は、五九条第二項第一号・第二号ないし後述する五九条第一項、特に BGB 一三四条の要件を満たさない

限り、無効ではない。従って、高権的権限の大売り出し (Ausverkauf von Hoheitsbefugnissen) が、立法者の意図に反して、必ずしも阻止されるとは限らない。<sup>(27)</sup>

## 2 行政手続法五九条第一項の一般的無効原因

行政手続法五九条第一項は、「民法典の規定の準用によって無効となる場合」に行政契約は無効であるとする。

まずここで問題となるのは、どの BGB 規定が準用されるか、特に意思表示の取消に関する規定、例えば BGB 一九九条 (錯誤)、二〇〇条 (不真性な伝達)、二二三条 (詐欺・強迫) が準用されるかであるが、たとえこれらの規定の準用がここで否定されても、行政手続法六二条により、行政契約に補充的に準用されるので、余り議論する実益はない。

立法者の見解及び学説において異議なしに本項で準用が肯定される BGB 規定としては、一〇五条 (行為無能力者、意識喪失の状態又は精神活動の一次的障碍の状態の意思表示)、一六条第二段 (心裡留保)、一七条 (虚偽表示)、一八条 (非真意表示)、二二五条 (方式欠缺の法律行為)、一三八条 (良俗違反の法律行為)、三〇六条 (不能の給付を目的とする契約) が挙げられる。従って例えば、行政庁と国民を当事者とする行政契約では、担当行政庁の意思表示と国民の意思表示の各々につき、一〇五条、一六条第二段、一七条、一八条の要件が問題となり、また法律の規定する方式 (例えば、行政手続法五七条による書面形式) が行政庁と国民の一方又は双方の側で

欠けている行政契約は、一二五条の準用により無効である。

これに対して、BGB 一三四条の準用については争いがある。一三四条は、「法律の禁止に違反する法律行為は、当該法律により別異の結果を生じない限り、無効である」と規定している。立法者は一三四条の行政契約への準用を全面的に否定するが、学説ではこれに関して三つの説が対立している。第一説は、一三四条の準用を全面的に否定する説 (否定説)<sup>(28)</sup> であり、第二説は、従属法的契約、対等法的契約を区別せずに全面的に準用を肯定する説 (肯定説)<sup>(29)</sup> であり、第三説は、対等法的契約のみ準用を肯定し、従属法的契約には準用を否定する説 (一部肯定説)<sup>(30)</sup> である。肯定説が多数説である。

筆者も一応、多数説たる肯定説に従うが、ここでは次の点に注意する必要がある。即ち、すべての強行規定が BGB 一三四条でいう法律の禁止であるわけではなく、強行規定の一部が法律の禁止であるにすぎず、強行規定違反は、法律の禁止に対する違反である場合とそうでない場合があるということである。従って、一三四条の行政契約への準用を全面的に肯定する肯定説に立つとしても、それだけでは強行規定に違反して違法な行政契約の全部を無効とすることはできない。もちろん、否定説、一部肯定説と比較すれば、無効となる違法な行政契約の範囲は拡大するが、法律の禁止たる性質を有さない強行規定の違反は、一三四条の射程外にあり、一三四条の準用によっても無効とはならない。

## 3 行政手続法五九条の評價

以上のように、行政手続法五九条第一項と第二項で規定されている行政契約の無効原因は、すべての違法な行政契約をカバーするわけではなく、無効は限られた範囲でのみ生じる。また前述のように、違法であるにもかかわらず無効でない行政契約について、行政手続法は、*Nichtigkeit*と区別された意味での *Unwirksamkeit*と、<sup>35)</sup>効果の規定せず、破棄・取消を可能とする規定も意識的に置いていない。

従って、行政手続法五九条は、一方では、行政行為の無効原因と比較して従属法的契約の無効原因を拡大するが、他方では、契約内容と対応する内容の行政行為が無効ではないが、取消可能である場合に常に、従属法的契約が無効ないし取消可能であるわけではないことを意味する。つまり、従属法的契約の内容に相当する行政行為が取消可能であっても、その従属法的契約は無効ないし取消可能であるとは限らず、行政手続法は、違法であるにもかかわらず、それに対して何らの制裁も科されない完全に有効な行政契約の存在する余地を認めていることになる。<sup>35)</sup>こうした取消可能性を考慮に入れると、現行の行政手続法では、違法な従属法的契約は、違法な行政行為以上の存続効・拘束性を有しているということができるといえる。つまり現行の行政手続法は、はじめに述べた西独行政法学界の第三説に類似した考え方をとっていると考えられる。

以上のように解される行政手続法五九条について、西独の行政法学界には合憲説と違憲説がある。

合憲説は主に次のように主張する。

第一に、法律の優位原則としばしば衝突する法的安定性の原則は、法律の優位原則と同様に、法治国家原理から派生するものであり、従って立法者は、違法な行政契約の法的効果について、常に無効ないし取消を規定し、法的安定性の原則よりも法律の優位原則を常に尊重するように義務付けられてはいない。行政手続法五九条は、これら二つの原則をきわめて憲法に適合的に調整している。<sup>37)</sup>

第二に、行政手続法が違法な行政契約の取消を規定せず、違法な行政行為以上の存続効を違法な行政契約に認めていることは、①国民が自由意思で契約を締結したことが、国民による取消権の放棄とみなされること、②行政手続法五九条が、行政行為よりも広範な無効原因を規定していることの二点から、正当化される。<sup>38)</sup>

第三に、もし違法な行政契約はすべて無効であるというように規定されたなら、行政契約の締結はその効力の不確定性の故に国民にとって余りにも危険な冒険であり、實際上行政契約はほとんど締結されないだろう。行政手続法五九条のように、無効な行政契約の範囲を明示し、その他の違法な行政契約は完全に有効であることを承認してはじめて、行政契約の活動余地が生まれる。<sup>39)</sup>

これに対して、違憲説は次のように主張する。

確かに、如何にして行政契約と法律の矛盾が解消されるか、つまり違法な行政契約は当然に無効なのか、それとも取消のよ

うな契約当事者の形成権の行使によりはじめて契約の効力が生  
 なされることで足りるのかは、法律による行政の原理からは直  
 接には結論され得ない。無効と取消という二つの法的効果は、  
 両者とも法律違反に対する有効な制裁であり、行政契約の法律  
 との矛盾を解消するのに十分である。しかし、違法な行政契約  
 に対しては何らかの有効な制裁が科されねばならないことは、  
 法律による行政の原理から結論することができる。確かに如何  
 なる制裁が強行法規違反の場合に科されるべきかは、立法者の  
 裁量の中に存するが、強行法規違反の場合に制裁なしで済ます  
 かどうかは、立法者の裁量の中に存しない。従って、信頼保護  
 等の何らかの正当化理由もなしに、違法であるにもかかわらず、  
 それに対して何らの制裁も科されない行政契約の存在を許す行  
 政手続法五九条第一項・第二項は、ボン基本法二〇条第三項の  
 法律による行政の原理、ひいては法治国家原理に違反し、違憲  
 である。<sup>(44)</sup>

以上が、行政手続法五九条に関する合憲説と違憲説の主な内  
 容である。合憲説は、違憲説と比較して、行政契約の契約的側  
 面、即ち両当事者の合意により一定の法律効果が生じる点を強  
 調し、そこから、高権的行為形式たる行政行為が違法である場  
 合に有する存続効以上の存続効を違法な行政契約に認めようと  
 する。それに対して、違憲説は、行政契約も行政活動の一類型  
 にすぎないと考え、法律による行政の原理を厳格に適用しよう  
 とする。このように合憲説と違憲説とは、行政契約に対する  
 評価に根本的な相違があるように思われる。

### III むすび

以上述べてきたように、西独では、我國と違って、法令の強  
 行規定に違反する行政契約は無効であるという考え方は、一般  
 的に承認されているわけではなく、行政手続法五九条はその考  
 え方を否定している。

本稿で言及した行政手続法の行政契約条項について、もう一  
 つ興味のある事柄は、行政手続法が行政契約への BGB の準  
 用を明文で肯定していることである。我國では、契約解除に関  
 する民法五四一条、五四三条と行政契約の関係について若干の  
 指摘があるだけで、民法のその他の規定と行政契約の関係につ  
 いて具体的にはほとんど何の指摘もなされておらず、単に一般  
 的・抽象的な考え方が述べられているだけのようである。

西独の行政手続法五九条第一項と六二条で(補充的)準用が  
 肯定されているのと同規定に対応する我國の民法の各規定(例  
 えば、行為無能力に関する四条、九条、一二条、一九条、二〇  
 条及び法律行為に関する九〇条―九六条)と行政契約との関係  
 は検討に値するだろう。しかし本稿では、紙幅の関係上、問題  
 点の指摘にとどめざるを得ない。

(1) 本稿でいう行政契約とは、行政手続法五四条第一段で  
 いうところの公法契約、即ち公法領域における法律関係を  
 形成、変更又は廃止する契約である。従って、行政の締結  
 する私法上の契約(例えば、備品購入契約)はここでいう  
 行政契約ではない。

- (2) 参照、田中二郎「報償契約に關する法律問題—公法上の私法の交錯する場—」シテニクニ一〇七年二頁以下。
- (3) 参照、原田純彦『公法上の私法』一六六頁以下。
- (4) Vgl. W. Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (1920), S. 215 f.; J. Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages (1958), S. 107 f.; M. Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (1958), S. 97; M. Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt (1962), S. 81; W. Bosse, Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlich-rechtlicher Verwaltung (1974), S. 82 ff.
- (5) Vgl. H. Peters, Lehrbuch der Verwaltung (1949), S. 155; F. Haeneisen, Die Bestandskraft verwaltungsgerichtlicher Vergleiche, DVBl 1968, S. 285 (289); ders., Zur Zulässigkeit, Wirksamkeit und Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags, NJW 1969, S. 122 (123 f.); G. Pieper, Zulässigkeit und Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Verhältnis Staat und Bürger, insbesondere im Vergleich zur Funktion des Verwaltungsakts, DVBl 1967, S. 11 (17 ff.).
- (6) Vgl. C.-F. Menger, Höchststrichliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch Bd. 52 (1961), S. 196 (210 ff.); E. Stein, Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, AöR 86 (1961), S. 320 (330 ff.).
- (7) 無効説に於ける BVerwG, U. v. 24. 10. 1956, BVerwGE 4, 111; BVerwG, U. v. 26. 6. 1957, BVerwGE 5, 128.
- 憲法上の行政契約に行政行為と同等の存続効を認める説に於ける BSG, U. v. 25. 4. 1967, BSGE 26, 210; BSG, U. v. 22. 8. 1967, NJW 1968, S. 176; OVG Münster, U. v. 30. 3. 1973, DVBl 1973, S. 696. 但し、最後に挙げられたたフランクフルト級行政裁判所判決の理由中で述べられた違法な行政契約に行政行為と同等の存続効を認める考え方は、その上告審たる連邦行政裁判所の判決 (BVerwG, U. v. 14. 11. 1975, BVerwGE 49, 359) に否定された。
- (8) Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vom 25. Mai 1976, BGBl. IS. 1253, geändert durch G. v. 2. 7. 1976, BGBl. IS. 1749. 公法契約条項に於き参照、南博方「西独の行政手続法と公法契約」(『行政手続と行政処分』八二頁以下所収)、長尾久衛「西独行政手続法における公法上の契約」(『名城法學』二八卷一—二号一—五七頁以下、三—四号一頁以下)。
- (9) 契約当事者が契約外にあることも具体的契約対象に關して對等と對立する行政契約。典型的には行政主体間の契約。Vgl. C. H. Ule/H.-W. Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, 2. Aufl. (1979), S. 333; V. Buchner, Die Bestandskraft verwaltungsrechtlicher Verträge (1977).

5. 12.

(10) 契約当事者が契約外において具体的契約対象に関して優越・従属の関係にある行政契約。典型的には国家・民間の契約。Vgl. M. Bültinger, Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, DÖV 1977, S. 812 (S. 813 Anm. 3); Ute/Laubinger, aaO. S. 331 f.; Büchner, aaO. S. 12.

(11) Amtl. Begründung des Entwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 18. 7. 1973, BT.-Drucks 7/910, S. 81.

(12) 改正前: SHLwVG vom März 1967, GVBl. 1967, S. 131. 改正後: SHLwVG vom 19. 3. 1979, GVBl. S. 182.

(13) シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州一般行政法二二六条は、その第一項、第二項、第四項で、行政手続法五九条の各項とそれぞれ同一内容を規定し、その第三項では、

従属法的契約に「第一項、第二項で列挙されていない Nichtigkeit 原因とは異なる二つの Unwirksamkeit 原因を挙げてゐる。そして第三項は「Unwirksamkeit は、契約当事者によつてのみ、そして契約締結後一月以内のみ主張される」と規定する。つまり、同法二二六条で「Nichtigkeit は、行政手続法五九条で「それと同様に、一定の要件を満たせば、それにより当然に（当事者の何らの意思表示なしに）生じる無効を意味し、また Unwirksamkeit は、それが契約当事者により一定期間内に主張を

れてはじめて生じる効果であり、それが主張された時には、行政契約の法律効果を遡及して失わしめる効果を有する。従つて Unwirksamkeit の主張は「行政行為の取消と類似した制度である」といふべきであるか。

(14) Vgl. amt. Begründung zu § 55 EwVfG, aaO. S. 81.  
(15) Vgl. W. Henke, Das Recht der Wirtschaftssubventionen (1979), S. 287.

(16) Vgl. Ute/Laubinger, aaO. S. 356 f.  
(17) Vgl. amt. Begründung zu § 55 Abs. 2 Nr. 2 EwVfG, aaO. S. 82.

(18) Vgl. H. Meyer/H. Borge, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. (1982), S. 556; Büchner, aaO. S. 31.

(19) Vgl. Büchner, aaO. S. 31; Ute/Laubinger, aaO. S. 358.

(20) Vgl. Ute/Laubinger, aaO. S. 358.

(21) Vgl. C. Schimpf, Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit (1982), S. 272 f.

(22) Vgl. amt. Begründung zu 55 Abs. 2 Nr. 3 EwVfG, aaO. S. 82.

(23) Vgl. Büchner, aaO. S. 33.

(24) Amtl. Begründung zu § 52 Abs. 1 EwVfG, aaO. S. 80.

(25) Vgl. Büchner, aaO. S. 34.



( 29 ) Vgl. aml. Begründung zu § 58 EVwVfG, aao. S. 83; H.-U. Erichsen/W. Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. (1979), S. 245.

( 30 ) Aml. Begründung zu § 55 EVwVfG, aao. S. 81 ff. 一〇五条' 一一六条第二句' 一一七条第二句' Ule/Laubinger, aao. S. 352, 355; Büchner, aao. S. 20, 28 ff. 一〇五条' 一一六条第二句' 一一七条' 一一八条' 一一九条' 一二〇条第二句及第三句' Meyer/Borgs, aao. S. 547 ff.; Stelkens/Bonk/Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz (1978), S. 561 ff.; F. O. Köpp, Verwaltungsverfahrensgesetz (1976), S. 690 f. ff.

( 31 ) Aml. Begründung zu § 55 EVwVfG, aao. S. 81.

( 32 ) Vgl. V. Götz, Der rechtswidrige verwaltungsrechtliche Vertrag, DÖV 1973, S. 298 (299); ders., Das neue VwVfG, NJW 1976, S. 1425 (S. 1430 Anm. 38); W. Thieme, Der verfassungswidrige Verwaltungsvertrag, NJW 1974, S. 2201 (2203); H. Maurer, Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, Jus 1976, S. 485 (S. 494 Anm. 86).

( 33 ) Vgl. Ule/Laubinger, aao. S. 353; H. J. Wolf/O. Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. (1974), § 44 II f. S. 349; W.-R. Schenke, Der rechtswidrige Verwaltungsvertrag nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, Jus

1977, S. 281 (288 f.); F. Weyreuther, Ablösungsverträge, entgegenstehende Rechtsvorschriften und gesetzliche Verbote, in: Aus dem Hamburger Rechtsleben-Walter Reimers zum 65. Geburtstag (1979), S. 379 (383 ff.); Erichsen/Martens, aao. S. 245; Meyer/Borgs, aao. S. 548 f.; Stelkens/Bonk/Leonhardt, aao. S. 561 ff.; D. Goldner, Gesetzmäßigkeit und Vertragsfreiheit im Verwaltungsrecht, JZ 1976, S. 352 (357); H. J. Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. (1982), S. 709 f.; K. Obermayer, Der nichtige öffentlich-rechtliche Vertrag nach § 59 VwVfG, in: Verwaltung und Rechtsbindung-Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Bayerischer Verwaltungsgerichtshofs (1979), S. 281 ff.; Henke, aao. S. 305.

( 34 ) Vgl. Büchner, aao. S. 20 ff.

( 35 ) Vgl. Ule/Laubinger, aao. S. 354; Meyer/Borgs, aao. S. 549; Knack, aao. S. 709; J. Martens, Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag, AöR 89 (1964), S. 429 (459); L. Renck, Bestandskraft verwaltungsrechtlicher Verträge? NJW 1970, S. 737 (740).

( 36 ) Vgl. Schimpl, aao. S. 279; Bullinger, aao. S. 815.

( 37 ) ナドノ一クホヤル・ホナナドヤンホ一説は尙ほ一一六条第二句參照' 同( 33 )。

( 38 ) Vgl. Henke, aao. S. 310.

- (36) Vgl. Büchner, aao. S. 29.  
(37) Vgl. Obermayer, aao. S. 279.  
(38) Vgl. Wolf/Bachof, aao., §44 IIe3, S. 349.  
(39) Vgl. G. Frank, Nichtigkeit des substituierenden Verwaltungsvertrages nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), DVBl 1977, S. 682 (684).  
(40) Vgl. A. Bleckmann, Subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, VerwArch Bd. 63 (1972), S. 404 (S. 437, Anm. 89); Büchner, aao. S. 54; Schimpf, aao. S. 259 f. 反例' G. Beinhart, Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht, VerwArch Bd. 53 (1964), S. 210 (254).

- (41) Vgl. Büchner, aao. S. 55.  
(42) Vgl. Bleckmann, aao. S. 436; Büchner, aao. S. 55.  
(43) Vgl. Büchner, aao. S. 55.  
(44) Götz, DÖV 1973, S. 298 (302); ders. NJW 1976, S. 1425 (1430); Bleckmann, aao. S. 437; Büchner, aao. S. 55 は「基本法ならん」法治国家原理違反と断定する。Erichsen/Martens, aao. S. 245 は「行政手続法における違法な行政契約に対する規律の不備は、ほん基本法に違反しつゝ、違憲の疑いが濃厚であるとする」。  
(45) 参照 和田英夫『行政法講義上』一四〇頁、綿貫芳源「公法上の契約」(『行政法講座第二巻行政法の基礎理論』九五頁以下所収)一〇五頁以下。

(一橋大学大学院博士課程)