

手続瑕疵ある行政行為の法的効果について (一)

——西ドイツ行政手続法四六条を中心として——

小 山 正 善

はしがき

第一章 西ドイツ行政手続法における瑕疵決済規定

- 一 行政手続法における瑕疵決済規定
- 二 手続瑕疵ある行政行為の職権取消——問題への接近

第二章 行政手続法四六条の適用領域

- 一 四六条VwVfGの成立の経緯
- 二 行政手続法制定以前の状況（連邦行政裁判所判例）
- 三 四六条VwVfGの適用領域に関する学説の動向
- 四 行政手続法制定以降の裁判例

小括

……………以上，本号

第三章 手続瑕疵ある裁量・判断余地行為の取消

第四章 行政手続法四六条の法的効果——行政裁判所法——三条一項一文との関係

第五章 行政手続法四六条の憲法問題

むすび

はしがき

一 手続法規定に違背したり一般手続法原則に不適合の行政行為、すなわち、手続瑕疵または手続欠缺ある¹⁾ (verfahrensfehlerhaft od. -mangelhaft) 行政行為は、法的にどのように取り扱われるべきものであろうか。従来、主にその法的存続にかかわる問題として、瑕疵ある行政行為の(争訟, わけて裁判的)無効と取消, 瑕疵ある行政行為の(行政庁による)職権取消 (Rücknahme od. Zurücknahme), 瑕疵の治癒 (Heilung), 瑕疵ある行政行為の転換 (Umdeutung od. Konversion) といった標題の下で議論がなされた。そのさい、とくにはじめの標題の下での議論として、手続瑕疵ある行政行為にあっては、実体法上の瑕疵が存する場合と異なり、手続瑕疵のすべてがすなわち行政行為の存続を疑わしめるものでないことが認められた。

一般に、手続瑕疵の存する場合、当該手続が定められた趣旨・目的、そこからみた行政行為に対する手続瑕疵の影響如何という考察法²⁾ が用いられた。そこで、このような方法からは、たとえば田村悦一教授が述べられるように、「まず、手続要件は、必ず明文の規定を前提していること」、「次に、法規の定める手続についても、その手続の趣旨・目的により区別を行ない、利害関係人の保護を目的としない限り、当然には処分の違法・無効を導かな

1) わが国の行政法学においては「瑕疵」の語が一般的に用いられるといえようが、西ドイツの場合には「欠缺」(Mangel)の語も比較的よく使用されている。そのさい、両者をとくに区別するため、瑕疵をより広く規定し、欠缺を狭く法的に重大な(erheblich)瑕疵(違法な瑕疵ともいわれる)に限ろうとするものがみられる(たとえば、代表的教科書といえる Hans J. Wolff・Otto Bachof, *Verwaltungsrecht I*, 9. Aufl. (1974), §51 IV a (S. 433)。しかしながら、このような用語法は西ドイツでも決して一般的とはいえず、また、行政手続法が「瑕疵」の語を用いたことも考慮して、本稿においては、引用に懸かる場合を除いて、瑕疵の語を使用することとする。

なお、「手続」または「手続瑕疵」の概念については、第二章・註(7)参照。

2) いちいちの引証は省略する。差し当たり、田中二郎『行政法総論』(有斐閣一九五七年)三五〇頁以下参照。

いということ³⁾」を帰結することができる。しかしながら、これも再び田村教授の指摘をもってすれば、かかる方法の「より困難な、しかも基本的な課題は、手続内容が法によって明定されていない場合、とりわけその内容が行政の自由に委ねられている場合の、手続公正の要請が、いかなる法的効果を有するかである⁴⁾。」

二 現在、わが国においても行政手続法の整備、殊に一般行政手続法の制定の必要性が説かれてきている⁵⁾。もっとも、このような法制定を行うにしても、いわゆる瑕疵決済規定を置くべきか否かについては議論があろうし、これまでと同じように判例や学説の展開に委ねることも一つの方途であるかもしれない。ただ、仮にそうであるにしても、一定の行政庁の処分についてたとえば「聴聞」、「文書閲覧」等が一般的に定められる場合⁶⁾、これらに違背する処分がどのようにみられるべきか、議論の存するところであろう。そのような場合には、むしろ、田村教授の懸念された先のような「困難」が妥当するように思われる。

明文の手続要請を欠きながら、なお公正手続の要請に反するとして処分の法的効果が議論になった先例的ケースとしては、著名な群馬中央バス事件がある。確かに、ここには根拠法として道路運送法等が存した。しかしながら、そのような実定法律の枠を越え出る解釈論⁷⁾を展開した第一審東京地裁判

3) 田村悦一「行政手続履践の不公平と処分の取消理由」・『実務民事訴訟講座 8 (行政訴訟 I)』(日本評論社一九七〇年)一六一頁以下(一七一頁)。

4) 田村・前註書一七三頁。

5) 差し当たり、『臨調最終提言』(新日本法規出版一九七三年)二一七頁以下。

6) 行政手続法研究会編・「行政手続法研究会報告——法律案要綱(案)」ジュリスト 810号44頁以下によれば、手続の不履践(文書閲覧・理由付記義務の違背)の法的効果については、学説・判例に委ねられるべきものとされる。

7) 担当裁判官であった白石健三元判事はつぎのように述べられた。すなわち、「私らのところで出した個人タクシーの事件や群中バスの事件の判決に対しては立法論だとか実定法に根拠がないというような批評もあるわけですが、」「群中バスの場合には、……運輸省設置法や運輸審議会一般規則に詳細な規定があるわけで、そうした規定が何故置かれているのかという点にまで立ち戻って、これらの規定の意味を考え、これらの規定を支える法原理を明らかにした」のである、と(「行政事件訴

決⁸⁾は、適正手続の要請を処分内容の妥当性・正当性を担保するためのものと捉え、「処分の内容の正当性が客観的に明白である場合、換言すれば、行政庁が裁量権を主張することによって処分の適法、正当性を「カバー」することの必要がないと認められる程度に、処分の内容の正当性が明白であり、その結果、処分手続の当否を論ずることが無意味と認められるような場合には、処分手続の瑕疵は、処分の取消事由とならないものと解するのが相当である。」とした。つまり、いったん適正な手続を履践したのであれば、既になされた決定の「正当性」にも疑いの余地が生じる場合には、犯された手続瑕疵は処分の取消を齎すことができる、というのである。この上告審である最高裁判決⁹⁾は、うえの規準に基づいて処分内容の明白な正当性を否定し処分を取消した東京地裁判決を退けたが、それはつぎのように述べられた。すなわち、「仮に運輸審議会が、公聴会審理においてより具体的に上告人の申請計画の問題点を指摘し、この点に関する意見及び資料の提出を促したとしても、上告人において、運輸審議会の認定判断を左右するに足る意見及び資料を追加提出しうる可能性があったとは認めがた」く、このような「事情のもとにおいて、……右審理の結果に基づく運輸審議会の決定（答申）自体に瑕疵があるということとはできないから、右諮問を経てなされた運輸大臣の本件処分を違法として取り消す理由とはならない」、と。みられるように、ここでは、地裁判断と異なって、手続の履践が「処分の正当性」を結果において疑わしめることはないと思われただけのことであり¹⁰⁾、地裁判決が示した規準それ自体が否定し去られたのではなからう。

訟の審理をめぐる実務上の諸問題——研究会6」判例タイムズ175号17頁以下（30頁）。

8) 東京地裁昭和三八年一二月二五日判決・行裁例集一四卷一二号二二五五頁（二三五五頁）。

9) 最高裁昭和五〇年五月二九日判決・民集二九卷五号六六二頁（六七五頁以下）。

10) とはいえ、しかしながら、手続の履践が「処分の正当性」を結果において疑わしめる、その度合いに関する認識の点では、両者の間では決定的な差異がある、と思われる。そして、この点は、本件のように、行政庁に対して裁量の余地が認められる行為においてとくに問題になるであろう（後述第三章参照）。

三 手続瑕疵の法的効果を判断するに当たって、うえの裁判例のように、手続の適正を期すことにより既になされた「処分の正当性」が疑わしめられるか否かの規準を引き合いに出すものは、今日既に少なからずみられるところといえる¹¹⁾。しかも、かかる規準は、適正手続要請が法的に根拠づけられる場合には、手続瑕疵の法的効果を測るうえにおいて一定程度一般的な規準として機能しうるように考えられる。

ところで、七六年に制定された西ドイツ行政手続法は、その四六条¹²⁾において、わが国の裁判例でみられるうえのような規準に照応しうる規定を定めた。ただ、この規定は行政手続法のなかでももっとも議論の多いものの一つであり、現在までのところ必ずしも定説がみられるわけでもない。本稿は、このような行政手続法四六条をめぐるなされる議論を跡づけようとするものである。それは、わが国において一般法の形での行政手続法制定の必要が叫ばれるとき、この手続要請を充し得ない行政行為を法的にいかに処理すべきかは、ある意味において行政手続法の存在意義それ自体に直接結び付きかねない問題を含みうるからである。そして、このような議論の考察を通じて、手続瑕疵ある行政行為の法的効果についての今後検討されるべき問題点を探ることを課題としたい。

11) 比較的最近のものにして、かつ、典型的なものとして一例を挙げるならば、千葉地裁昭和五七年六月四日判決・判時1050号37頁(58頁)。「しかしながら、縦覧の点に違法があるからといってそれが直ちに評価自体を違法ならしめるかどうかは別個の問題である。固定資産評価審査委員会への審査申出は終局的には当該固定資産評価額および課税標準額の当否にかかっているものであるから、」「本件評価が適法と認められる以上、縦覧の点について違法があっても、原告の請求は理由がないといわざるをえない。」。これに対しては、かかる考え方に基づく主張を行った被告主張を排したところの、札幌高裁昭和六〇年三月二七日判決・判例自治60年5月号28頁以下が対置されるべきであろう。

12) 西ドイツ行政手続法四六条について論じたものとしては、山田洋「行政手続への参加権の訴訟による保護(下)——西ドイツ行政手続法論の動向——」西南学院大学・法学論集16巻1号77頁以下(85頁以下)；池村好道「行政手続上の瑕疵の法的効果(三・完)」早稲田政治公法研究15号133頁以下(143頁以下)；(簡単ながら)手島孝「『現代の立法』としての『行政手続法』」公法研究四七号一三五頁以下(一五七頁)。

第一章 西ドイツ行政手続法と手続瑕疵ある行政行為

一 行政手続法における瑕疵決済規定

七六年に制定された西ドイツ行政手続法¹⁾は、第三篇・第二章において一般的な瑕疵決済諸規定を設けたが、それらによると、手続瑕疵ある行政行為²⁾の法的効果の問題に関しては以下のことが認められる。すなわち、まず、四四条はその二項において絶対的無効事由たる手続瑕疵を個々の規定し、書面によるべき決定が発出行政庁を認識せしめないとか法定書類の不交付といった「形式」に関する瑕疵や三条一項一号のみに懸かる「土地管轄」に関する瑕疵を挙げ、逆に三項では、一定の手続瑕疵から無効が決して導かれないことを確認する。そして、これら以外の手続瑕疵ある行政行為については、「重大かつ明白性」の理論に拠る一項にしたがって無効か否かが一般的に決せられるべきものとした（この場合、相対的無効³⁾ともいわれる）。

つぎに、四五条は一連の治癒できうる手続瑕疵について列挙する。そこで、これによるならば、申請を除く一項の手続瑕疵が時宜にかなって治癒される

1) 西ドイツ行政手続法全般については、差し当たり、成田頼明「行政手続の法典化の進展——一九七六年西ドイツ行政手続法について」・『公法の理論下I』（田中二郎先生古稀記念）（有斐閣一九七七年）一六四五頁以下；海老沢俊郎「西ドイツ連邦行政手続法の基本構造(1)」，「同・(2)」，「同・(3)」熊本法学31号1頁以下，同33号47頁以下，同41号127頁以下；植村栄治「西ドイツにおける行政手続法の制定とその内容」ジュリスト632号85頁以下；Volkmar Götz, Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz, in; NJW 1976, S. 1425ff. を参照。また、その後の問題一般については、Peter Badura, Die gegenwärtige Diskussion über das Verwaltungsverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, in: JA 1981, S. 33ff. が便宜である。

2) 行政手続法上、手続瑕疵ある行政行為と区別すべきものに「明白な誤謬」をもった行政行為がある。これについて同法四二条一文は、「行政庁は、行政行為における誤記、誤算およびこれに類する明白な誤謬を随時訂正することができる。」と規定し、瑕疵の扱いとは明確に分ける。通説にしたがったものである。差し当たり、Hans J. Wolff・Otto Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. (1974), §51 I d (S. 427); Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963), 1964, S. 62 (Einzelbegründung zum § 36).

3) たとえば、Wolff・Bachof, aaO. (註・2), §51 III a (S. 428)

場合、瑕疵の存した行政行為は適法と化し、その法的存続も問題となり得なくなるのに反し、治癒可能にもかかわらず治癒されなかったり時機的にもはや治癒し得ないときには、この瑕疵ある行為の法的存続は四五条ないしは四六条以下の諸規定に照らして判断されることになる。

四六条は、「四四条により無効とされ」ず⁴⁾、あるいはまた、四五条の治癒のゆえに瑕疵なきものと看做される場合以外の（治癒されない）手続瑕疵ある行政行為につき、この瑕疵のみを理由としての取消請求が、「他にいかなる実体決定⁵⁾もなされることができなかつたであろうとき」、排除される旨、規定する。しかしながら、既に述べたように、この規定をめぐっては行政手続法のなかでも大いに議論の存するところであり、その仔細については次章以下で取り上げることとする。

更に、四五条や四六条の規定が、それらの表題も示すとおり、もっぱら手続瑕疵ある行政行為の法的存続にかかわるものであるのに対して、四七条（「瑕疵ある行政行為の転換」）や四八条（「違法の行政行為の職権取消」）は、四四条と同じように、手続瑕疵ある行政行為の法的存続と実体（法）上の瑕疵のある行政行為のそれとのいずれにも関係しうるものである。このうち、職権取消に関する四八条は、四六条の解釈ともかかわって、少なからず見解の相違を生んでいる。そこで、引きつづいてこの争いのあらましに触れることにより、次章以下で取り上げる四六条の解釈をめぐる問題への接近の法に代えたい。

4) 無効、わけて相対的無効事由たる手続瑕疵ある行政行為について、主に取消と無効とが制裁として競合的であること、それらの峻別が訴訟手続上原告に不利に作用する等の理由から、無効の行政行為も取消しできうると説かれることがある (Karl August Bettermann, Die Anfechtung von Verwaltungsakten wegen Verfahrensfehler, in: hrsg. v. Rolf Stödter und Werner Thime, Hamburg · Deutschland · Europa, Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, 1977, S. 271 ff. (273f.)). しかし、行政手続法四六条が本文のように定めたこともあって、こうした見解は全くの少数にとどまる。

5) 「実体決定」の訳語については、第二章・註(2)参照。

二 手続瑕疵ある行政行為の職権取消——問題への接近

(1) 詳しくは次章(第二章)の叙述に譲ることとし、行政手続法四六条は、ともかく、「他にいかなる実体決定もなされることができなかつたであろうとき」には手続瑕疵ある行政行為の取消が請求できない、と定めた。こうしたことは、行政手続法九七条二項によって追加された行政裁判所法四四a条(「行政庁の手続行為に対する法的救済は、実体決定に対して許容される法的救済と同時にのみ、これをなすことができる。」)を通じて、訴訟法上でも補完される。それはともかく、四六条において明示には手続瑕疵ある行政行為に利害を有する者の、手続瑕疵のみを理由とする当該行為の(裁判または異議審査請求による)取消の請求のみが排除されることになる。いいかえれば、手続瑕疵のみを理由にもつ行政行為の(行政庁による)職権取消の可能性に関しては、少なくとも四六条自身は明確にしていなのである。

この点、かつての行政手続法草案は、「違法な行政行為は、これが争い得なくなった後であっても、三六条〔現行の四六条に相当……引用者〕により取消されてはならない場合のほか、職権によりこれを取消することができる。」と定め(六三年模範草案三七条一項一文⁶⁾)、手続瑕疵のみを理由としての取消請求が排除されるべき行政行為は行政庁の職権によっても取消されてはならないとしたのである。しかるに、現行の四八条一項一文やこれに相当する七三年政府草案の四四条一項一文は単に、「違法な行政行為は、これが争い得なくなった後であっても、その全部または一部を将来もしくは遡及効をもって取消することができる⁷⁾。」とだけ規定したのみならず、七三年政府草案四二条の理由のなかでは、「本規定により、行政庁は実体的に正しい行政行為を、犯された形式的な瑕疵を理由に、個々の場合の合目的性に依拠して取消することを妨げられるべきでない⁸⁾。」と明確に述べられた。

6) EVwVfG 1963, (註・2), S. 26f.

7) Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), Bundestag Drucks. 7/910, S. 17f.

8) Einzelbegründung zum § 42, Bundestag Drucks. 7/910, S. 66.

(2) 問題の若干の背景は以上のようなものであるが、既述のように、学説はこれをめぐって以下のように厳しく分かれる。第一の説は、四八条の適用（ないしは準用）の下、四六条により取消請求が排除される手続瑕疵ある行政行為は行政庁の職権によっても取消されてはならない旨⁹⁾、主張する。したがって、それは四六条を四八条の枠内においても妥当せしめるものである。また、このための理由としては、取消請求を拒否される利害関係人と（職権）取消権限ある行政庁との対等もしくは信義則を意味する「Waffengleichheit」の原則または「venire contra factum propriumの禁止」という原則¹⁰⁾、四八条の、四六条との「法律体系的解釈」(gesetssystematische Hermeneutik)といったことが述べられる。そのさい、四六条との「法律体系的解釈」というのは、行政庁が行ったように決定する以外にいかなる決定選択の余地もなかったときには手続瑕疵は当該行為を取消し得ないものとする、との四六条解釈を前提にしつつ、いま再びこの瑕疵を理由として職権によって取消すことは、「矛盾であろうし、体系違反であろう¹¹⁾」、という程の意である¹²⁾。

9) この説には、Betterman, aaO. (註・4), S. 277; Ferdinand O. Kopp, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 3. Aufl. (1983), § 46 Rdnr. 8; Carl Hermann Ule und Hans-Werner Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 2. Aufl. (1979), § 58 II 2 (insbes. Fn. 2)(S. 282); Klaus Obermayer, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1983, § 46 Rdnr. 19; Wassilios Skouris, *Die Rücknahme form- und verfahrensfehlerhafter Verwaltungsakte*, in: NJW 1980, S. 1721ff.; Wolf-Rüdiger Schenke, *Der verfahrensfehlerhafte Verwaltungsakt gemäß § 46 VwVfG*, in: DÖV 1986, S. 305ff. (311)が挙げられる。

10) Kopp, *VwVfG*, § 46 Rdnr. 8.

11) Skouris, aaO. (註・9), S. 1722. ほぼ同旨として、Bettermann, aaO. (註・4), S. 277.

12) ルップはつぎの第二説に分類されるが、彼は四六条によりその取消を請求できない手続瑕疵ある行政行為が四八条の職権取消には服すならば、利害関係人は四六条により取消を請求し得ないのにもかかわらず、四八条による職権取消につき、「瑕疵なき裁量的」職権取消を指向する義務づけ訴訟を手段として結果的には取消を訴求しうるという「奇妙な結果」に至るとし、立法政策上の疑問を投げかける(Hans

一方、第二説は、四六条と四八条との二つの規定を並列的に適用しようとするものであり、その結果、四六条のケースにあっては利害関係人の取消請求が拒絶されるのに反し、行政庁は法的に羈束された手続瑕疵ある行政行為を四八条の規準にしたがって取消することができる¹³⁾、との見解を説くことになる。そのために、この説は、上述した四六条の成立の経緯¹⁴⁾や四六条が取消請求権のみを排除し取消可能性までは排除していないこと¹⁵⁾、概していえば、職権取消の前提としての行為の違法性が四六条によっても除去されないこと¹⁶⁾に言及するのである。したがって、たとえば、四六条は手続瑕疵ある行政行為の違法性を何ら変更しないがゆえに、「手続瑕疵は行政庁に当該行政行為の取消のための権能を与える¹⁷⁾。」としたり、あるいはまた、「まさに瑕疵こそが職権取消を正当化しなければならないゆえに、……四八条の適用がどのような好ましからざる結果を招きうるであろうか、は認識されるべきでない¹⁸⁾。」と述べられたりするのである¹⁹⁾。

結局、第三に、法解釈としては第二説に拠りながら、実際上は第一説の結論を容れる説も挙げうるであろう。こうした説は、四六条を解釈して、「人が四六条の適用を選択肢のない (Alternativenlosigkeit) ケースに厳格に限るならば、この規範が同時に行政手続法四八条による職権取消を排除するの

Heinrich Rupp, Bemerkungen zum verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt, in: hrsg. v. Günter Püttner, Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag, 1984, 151ff. (152f.)).

13) こうした説としては、Walter Klappstein, in: hrsg. v. Hans Joachim Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl. (1982), § 46 Rdnr. 5. 3, § 48 Rdnr. 2. 1; Hans Meyer, in: Hans Meyer und Hermann Borgs-Maciejewski, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. (1982), § 46 Rdnr. 12; Paul Stelkens, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Klaus Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl. (1983), § 46 Rdnr. 3a; Rupp, aaO. (註・12), S. 151ff. がある。

14) Stelkens, VwVfG, § 46 Rdnr. 3; Klappstein, VwVfG, § 46 Rdnr. 5. 3.

15) Meyer, VwVfG, § 46 Rdnr. 12.

16) Ebenda, VwVfG, § 46 Rdnr. 12; Rupp, aaO. (註・12), S. 151.

17) Stelkens, VwVfG, § 46 Rdnr. 2.

18) Meyer, VwVfG, § 46 Rdnr. 12.

19) なお、(職権取消後にも) 即座に再び発せられねばならないところの、手続瑕疵

否か、という周知の問題も解決され」、そこでは、「手続瑕疵ある行政行為をゆえとする職権取消は事実上考慮に入らない。しかし、このことは、ここにおいて四六条が適用（または類推適用）できるからでなく、唯一適法な解決を意味するゆえに即座に再び発しなければならないところの形式的に違法な決定を行政庁が取消するのであれば、それは行政手続法の適用に当たって裁量瑕疵を犯すのであろうからである²⁰⁾。」というのである²¹⁾。

四八条による手続瑕疵ある行政行為の職権取消に関する諸説の概観は、そこでの問題が、むしろ、四六条の解釈にこそ存するであろうことを思わせる。と同時に、四六条の解釈・法的把握に関しても、議論の多かりしことをも示唆しよう。

先述のところ（二・(2)）に関連づけて、こうしたことをいま少し詳しくいえば、`いかなる決定選択の余地もなかった、とか、`法的に羈束された手続瑕疵ある行政行為、更には、`唯一適法な解決を意味するゆえに即座に再び発しなければならないところの形式的に違法な決定、といったことは、挙げて、四六条の適用領域の問題にかかわる事柄である。他方、これに対して、`法律体系的解釈、や `手続瑕疵ある行政行為の違法性、といったことは四六条の法的効果の問題である、ということが出来る。そして、再び、これら二つの問題を四六条の規定に関連づけていうならば、前者は、手続瑕疵のみを理由とする行政行為の取消請求権の排除が懸からしめられる、「他にいかなる実体決定もなされることができなかつたであろうとき」、という四六条の法律要件にかかわり、また後者の方は、そうした場合の取消は、「これを請求できないものとする。」との文言が法的にいかなることを意味するの

のみを理由とする職権取消が四八条の枠内においても裁量違反を生ぜしめないか否か、「別問題」とみるクラップシュタインは、この限りでは、結果的に第一説なかでもシェンケの説（参照，註・12）に近似したものとなろう(Klappstein, VwVfG, §46 Rdnr. 5. 3.)

20) Friedhelm Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 1986, S. 419.

21) それゆえ、フーフェンの見解は結論的にはシェンケの説（註・9）に一致しよう。

か、ということと関係するのである。以下、次章においては、一先ず、はじめの問題を中心に繰り広げられてきたところの議論の輪郭を明らかにするであろう。

第二章 行政手続法四六条の適用領域

行政手続法四六条——以下、行政手続法の規定については四六条 VwVfG などと記す——は、「四四条により無効とされない行政行為の取消¹⁾は、他にいかなる実体決定²⁾もなされることができなかつたであろうとき (wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können), 手続, 形式または土地管轄に関する諸規定に違背して成ったことの理由のみでは, これを請求することができない³⁾。」と定める。しかし, 四六条 VwVfG をめぐる争いの少なからざる部分は, まさにこのような文言の不明瞭もしくは拙劣⁴⁾に帰されることができ⁵⁾。そのため, まずはじめに, 四六条 VwVfG の成文化の経緯について一瞥しておくことが有益であろうと思われる。

- 1) 原語は、「Aufhebung」であり、精確には「廃止」と訳すべきであろう。そして、それは異議審査請求によると裁判によるとの二つを、すなわち争訟取消を含むものである。ただ、本稿では、争訟取消のうちでも裁判によるもののみに限ろうとするので、「取消」の訳語を当てることとする。
- 2) 「実体決定」は、文言に忠実たらんとすれば、「当該事案における決定」とでも訳すべきであろう。この点、コップは、「Entscheidung in der Sache の概念は Sachentscheidung (実体決定) の意に解されるべきでなく、手続の客体であった事案(Sache)における決定という (より広い) 意味に解されるべきだ」という(Ferdinand O. Kopp, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 3. Aufl. (1983), §46 Rdnr. 21)。一方、フーフェンによれば、「in der Sache」とは「実体的な法状態によれば」とのことである (Friedhelm Hufen, *Heilung und Unbeachtlichkeit grundrechtsrelevanter Verfahrensfehler?*, in: NJW 1982, S. 2160ff.(2167))。
- 3) この四六条 VwVfG の規定は、多くのラントの行政手続法四六条のなかにも採

一 四六条 VwVfG の成立の経緯

いうまでもなく、現在の行政手続法の直接の基礎をなすのは七三年の政府草案——以下、EVwVfG 73と記す——であるが、四六条 VwVfG はこの草案の四二条⁶⁾と完全に一致する。それはまた既に六三年の模範草案——以下、EVwVfG 63と記す——三六条に織り込み済みでもあった。ただ、現行法やEVwVfG 73におけるのと異なって、ここでは更に、「その違背が実体決定に影響しなかったことが認められるべきとき」にも、手続瑕疵⁷⁾ (四六条 VwVfG でいう「手続」、「形式」、「土地管轄」に関する規定の違背)

り入れられている (それらについては、差し当たり、Friedrich Eichler, Verwaltungsverfahrgesetz, Kommentar, Bd. I · II, 1983, Nr. 8~18 (Landesrecht)) うえ、連邦建設法 (BBauG.)一一五 a, b 条 (この規定は七九年七月六日の法律 (BGBl. 1979 Teil I S. 949)により導入された)、社会法 (行政手続) (SGB-X) 四二条 (BGBl. 1980 Teil I S. 1469)、租税法 (AO. 1977)一一七条にも影響を与えた。連邦建設法一一五 b 条に関する議論については、山田洋「衡量過程の瑕疵と計画の効力——西ドイツ連邦建設法一一五 b 条二項二文をめぐって——」一橋論叢九四卷五号六九七頁以下を参照。

- 4) 四六 VwVfG の文言の不明瞭もしくは拙劣を指摘するものとして、Kopp, VwVfG, § 46 Rdnr. 7; Hans Heinrich Rupp, Bemerkungen zum verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt, in: hrsg. v. Günter Püttner, Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag, 1984, 151ff. (151); Peter Badura, Die gegenwärtige Diskussion über das Verwaltungsverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, in: JA 1981, 33ff. (33, 38); Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. (1985), § 10 V 3 Rdnr. 41 (S. 205) (「一見おそらく簡単には理解できない」); Hufen, aaO. (註・2), S. 2166 (「実際失敗の」)。
- 5) フーフェンは、これら不明瞭もしくは拙劣等といったことは「十分に改定にとっての理由であると思われる」、と考える(Friendhelm Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 1986, S. 410)。
- 6) Entwurf eines Verwaltungsverfahrgesetzes (VwVfG), Bundestag Drucks. 7/910, S. 17
- 7) 叙述の場としては適切を欠こうが、ここで、本稿の主題ともかかわる「手続」および「手続瑕疵」概念について一言しておこう。

個々の場合において手続規定に属すべき規定が存するのか実体規定にか、したがってまた、手続 (形式的) 瑕疵か実体的 (内容的) 瑕疵かの見極めに困難を伴うことがあるにせよ、伝統的には、「手続」もしくは「手続瑕疵」の概念は四六条 VwVfG にいう「手続」、「形式」、(土地)「管轄」に関する規定もしくはそれらの違背を含むものとして観念されたし、今日なおも一般的にはそのように解されてい

のみを理由とする行政行為の取消請求が排除される、と規定していた⁸⁾。こうした差異は、両草案によれば、以下のごとくであった。

まず、EVwVfG 63・理由⁹⁾は、上述の取消請求権の排除に関する二つのケースにつき、「第一肢（「他にいかなる実体決定もなされることができなかつたであろうとき」）は羈束された行政行為に関係する。自由な裁量決定

る。とすれば、四六条 VwVfG でいう「手続」または「手続瑕疵」の概念は伝統的・一般的用法よりも狭い、といえる。差し当たり、参照、Karl August Bettermann, Die Anfechtung von Verwaltungsakten wegen Verfahrensfehler, in: hrsg. v. Rolf Stödter und Werner Thime, Hamburg · Deutschland · Europa, Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, 1977, S. 271ff. (271f., 273); Maurer, aaO. (註・4), §10 V 1 Rdnr. 38 (S. 202); Hans-Werner Laubinger, Heilung und Folgen von Verfahrens- und Formfehler, in: VwArch. 1981, S. 333ff. (333, 334); Hans Meyer, in: Hans Meyer und Hermann Borgs-Maciejewski, Verwaltungsverfahrgesetz, 2. Aufl. (1982), §46 Rdnr. 16; Paul Stelkens, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Klaus Leonhardt, Verwaltungsverfahrgesetz, Kommentar, 2. Aufl. (1983), §46 Rdnr. 5; Hans-Jürgen Papier, Der verfahrensfehlerhafte Staatsakt, Recht und Staat 424, 1973, S. 5.

そこで、本稿でも、伝統的・一般的用語法に倣って、「手続瑕疵」をもって四六条 VwVfG にいう「手続」、「形式」、「土地管轄」に関する瑕疵を包摂させることにするが、四六条 VwVfG の解釈に関連してはつぎのことにも注意すべきである。すなわち、四六条 VwVfG にいう「管轄」に関する瑕疵については「土地管轄」の瑕疵のみを規定した。そこで、第一に、「土地管轄」のゆえにのみ行政行為を取消した判例（たとえば、BVwGE 13, 54）は明確に否定されることになった（もっとも、本章・註（21）判決のように異なる見解に立ったものも既にみられた。したがって、四六条 VwVfG がこの点で従来の考え方に変更を来したか否かについては争いがある。変更を考えるものとして、Kopp, VwVfG, §46 Rdnr. 16, そうでないものとして、BVwGE 61, 45=NJW 1981, S. 1683f.=DÖV 1981, S. 178ff.）。

第二に、四六条 VwVfG が明示に「土地管轄」のみに言及したことから、その他の「管轄」、たとえば「事物管轄」、「審級上の (instantiell) 管轄」、「職掌上の (funktionell) 管轄」に関する瑕疵の場合には常に取消を導くことが主張され、通説的位置をしめる、ということである。参照、Bettermann, aaO. (本註), S. 287, 296; Laubinger, aaO. (本註), S. 343; Walter Klappstein, in: hrsg. v. Hans Joachim Knack, Verwaltungsverfahrgesetz, Kommentar, 2. Aufl. (1982), §46 Rdnrn. 2. 5, 3. 1, 3. 3, 5. 1; Kopp, VwVfG, §46 Rdnr. 16; Stelkens, VwVfG, §46 Rdnr. 5; Carl Hermann Ule und Hans-Werner Laubinger, Verwaltungsverfahrgesetz, Ein Studienbuch, 2. Aufl. (1979), §58 II 2 (S. 282)。

8) Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrgesetzes (EVwVerfG 1963), 1964, S.

のより広い領域は第二肢〔「その違背が実体決定に影響しなかったことが認められるべきとき」……引用者〕の下に入る。』との立場を採った。ところが、EVwVfG 73の四二条に至るや、EVwVfG 63における第二肢は削除され、その基本的立場も退けられた¹⁰⁾。もっとも、このような削除に対しては、EVwVfG 63の立場に固執する連邦参議院からの異議が唱えられた。というのは、参議院『見解¹¹⁾』によれば、四二条〔現行の四六条 VwVfG ……引用者〕は目下の言い回しでは裁量領域に妥当せ」ず、「四二条からは、いっさいの手続および形式の瑕疵の場合、裁量領域に住まわる行政行為の取消を請求できるという逆推論が引き出されよう。羈束行政と裁量行政との間でこのように区分することは、事物上 (von der Sache her) 要請されるものではない。」からである。しかし、これには再び、「……参議院の提案には同意しない。……提案された補完は、瑕疵ある裁量決定にとって重要である。しかしながら、ここにおいてこそ、手続規定の違背が実体決定に影響したのか否かは、行政庁の事後的判断に委ねられるに止まるべきでない。なんとなら、かかる確認は、裁量決定の場合、事後的にはもはや誠実になされ得ないのが通例だからである。」とした政府の『反対意見¹²⁾』が寄せられ、現行規定のように落ち着いた。

なお、こうして付された決着の理由としては、かつての第二肢を容れるならば、裁判所は踰越・濫用規定（行政裁判所法一一四条）を越えて裁量問題に立ち入らざるを得なくなるにもかかわらず、そのようなことは實際上実施

26.

なお、七〇年の政府草案三六条も同様であった (vgl. Stelkens, VwVfG, §46 Rdnr. 1)。

9) Ebenda, S. 162f.

10) 四二条（現行の四六条 VwVfG）の理由には、「本規定は羈束行政行為のみにかかわる。自由裁量決定という広範な領域はこれに服しない。」ことが述べられている。Einzelbegründung zum §42, Bundestag Drucks. 7/910, S. 66.

11) Stellungnahme des Bundesrates, Bundestag Drucks. 7/910, S. 99ff. (103).

12) Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, Bundestag Drucks. 7/910, S. 108ff. (110).

困難であり、行政への裁判所の過度な介入をも招くことになるとして、批判に曝されたことを挙げることができる¹³⁾。

以上、四六条 VwVfG 成立についての経緯からは、その適用問題において何ゆえに羈束行為か否かの別が取り沙汰されるのか、ほぼ明らかになったことであろう。しかし、果たして、このような区別がそのまま四六条 VwVfG の適用領域を画しうるのに十分な規準足りうるか否かについては、後にもみるように（本章・三および小括(1)）、異論も少なくない。たとえば、支配的な学説・判例が四六条 VwVfG を《零収縮裁量行為》にも適用しようとするのは、ある意味では既に、この区別の規準としての不十分さを伺わしめるものといえよう。また、いかなる規準によるにせよ、四六条 VwVfG の適用が否認されるべきところの、手続瑕疵ある行政行為の法的存続ないしは取消請求がどのように扱われるべきかが、いま一つ的话题を提供しようが、そうしたことについてはつぎの第三章で取り上げることにする。

二 行政手続法成立以前の状況（連邦行政裁判所判例）

(1) 手続瑕疵ある行政行為の法的存続または裁判的取消の問題は、行政手続法の制定以前にはどのように考えられてきたのであろうか。こうした点に関する連邦行政裁判所見解は確かに統一的ではなかったものの、一応の指針的判断は既に与えられていたとみることができる¹⁴⁾。

第一の指針的判断は五九年の判決¹⁵⁾によって与えられた。事案は、重度身体障害者である被告（＝主事 Gemeindedirektor）が勤務能力を欠くことを理由に、事前聴聞なくして期限前の退職処分（vorzeitige Versetzung in den Ruhestand）に付されたというものである。裁判所はこれについて、「中

13) 差し当たり、参照、Carl Hermann Ule, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1979, S. 383ff. (403f.); Stelkens, VwVfG, §46 Rdnr. 1; Christoph Denghart, Zum Aufhebungsanspruch des Drittbetroffenen beim verfahrenfehlerhaften Verwaltungsakt, in: DVBl 1981, S. 201ff. (207 Fn. 87); Meyer, VwVfG, §46 Rdnr. 21.

14) 従来の（判例）の状況については、行政手続法の諸コンメンタールのほか、

中央保護所 (Hauptfürsorgestelle) の事前聴聞は、なるほど……期限前の退職処分についての有効条件であるのではない。それにもかかわらず、それがなされないならば、このことは退職処分という行政行為を瑕疵あらしめると同時に、違法ならしめる。なぜならば、当該行政行為は法律によって強行的に規定されたとおりに成立しなかったからである。」と述べ、本件退職処分を取消した。したがって、ここから、強行的手続法規に違反する行政行為の取消の原則が導き出される¹⁶⁾。

つぎに、行政庁によってなされた決定と犯された手続瑕疵との《因果性》(Kausalität od. Ursächlichkeit) に注目するものがある。思うに、これには二つの類型がみられる。一つは、たとえば、いわゆる迷惑施設の設置許可の取消を訴求した事案にかかわって、公示された計画書の不完全や他の行政庁の同意などの瑕疵につき、行政行為が手続法に違背し違法であることから、「この行為が行政訴訟において取消されねばならぬことが直ちにでてくるのではな」く、「侵された手続規定の目的、……犯された手続違背が、裁判手続によってもはや是正できない影響を係争行政行為にもち得たか否かに懸かっている。」としながら、本件では、これらの瑕疵は行政裁判手続において追完され (nachholen) 得た、と判じた六六年の判決¹⁷⁾ や、神経痛・端息痛を患った原告の雇用関係解約告知に対し中央保護所 (Hauptfürsorgestelle) が行った同意の取消に懸かる事案にあって、「手続欠缺は通例、それが結果に

Maurer, aaO. (註・4), §10 V 4 Rdnr. 42 (S. 206); Jürgen Held, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 196ff.; Otto Groschupf, Wie entscheidet das Verwaltungsgericht, wenn das Verwaltungsverfahren fehlerhaft war?, in: DVBl 1962, S. 627ff.; Felix Weyreuther, Probleme der Rechtsprechung zum Enteignungsverfahren, in: DVBl 1972, S. 93ff.; Papier, aaO. (註・7), S. 7ff. 等を参照。

15) BVwG Urt. v. 8. 7. 1959, BVwGE 9, 69 (72).

16) 同旨のものとして、BVwG Urt. v. 16. 6. 1953, BVwGE 5, 18 (20)。ただし、後の判決のなかには「連邦行政裁判所の判例によれば、行政行為は、それが強行的法律規定に違背して生じるとき、既に無効かくて実効性をもたないものではない。」としたものもある (BVwG Urt. v. 13. 7. 1967, BVwGE 27, 295 (299))。

17) BVwG Urt. v. 29. 3. 1966, BVwGE 24, 23 (32)。

影響するときのみ、顧慮されるべき (beachtlich) である。」が、「裁量決定、わけて本件のように異議審査手続において委員会によってなされたものの場合、結果への手続欠缺の影響は例外的なケースでのみ排除されるであろう。」とし、具体的には、一六週間も診察なしできた原告の状況に鑑みると、(精神的健康についての) 異なる判断も可能であったのであり、それを踏まえなかった本件同意「決定は、既述の手続瑕疵により結果に関して影響を受けた。」と述べた六七年判決¹⁸⁾ から判明するように、少なくとも「決定内容に影響し得ない、手続瑕疵は当該行為の取消を根拠づけることができない、というものである。

他の一つは、計画確定手続における公示期間の短縮 (二日間) が問題となった事案において、「肝要なことは、当該実体決定がこの〔形式または手続規定の……引用者〕 違背に根拠し (beruhen) うるか否か、それゆえ、当該手続欠缺が本質的 (wesentlich) であるか否かである。」と解して計画確定決定の取消の訴えを退けた六八年判決¹⁹⁾ や、兵役義務者の召集にはそれに先立つ四週以前の召集決定が必要の旨規定したところの、期間の定め遵守が争われた事案のなかで、本件の「召集決定はこの規定〔当該期間を定める規定……引用者〕の違背に根拠する。それは召集決定を違法となし、「それゆえに、召集決定は取消されるべきである。」という七三年判決²⁰⁾、更には、「判例において、手続規定の違背は、実体決定がその手続欠缺に根拠しうるときには行政行為の違法性を導く、ということが承認される。」と一般的に説きつつ、しかし本件土地無管轄のように、実体決定が瑕疵と無関係の場合にはこの原則が制限されるとすることにより、土地無管轄を理由とした処分取消の訴えを容れなかった七五年判決²¹⁾ にみられるところのものである。

18) BVwG Urt. v. 8. 2. 1967, BVwGE 26, 145 (148).

19) BVwG Urt. v. 10. 4. 1968, BVwGE 29, 282 (283f.) 同旨のものとして, BVwG Urt. v. 6. 12. 1967, BVwGE 28, 268 (270)。

20) BVwG Urt. v. 28. 2. 1973, BVwGE 42, 26 (30).

21) BVwG Urt. v. 24. 9. 1975, BVwGE 49, 197 (201).

それは、要するに、「『本質的な』手続瑕疵のみが取消を招くことができる。これは、行政庁の決定が根拠する (beruhen) ことのできる手続瑕疵である——本質性 (Wesentlichkeit) の概念はそのように捉えられる²²⁾。」ということになる。

そして、第三の指針となりうる判断は、手続瑕疵が重要な法治国的手続保障の違背を意味し、それゆえ、異論のない事案処理における利害関係人の正当な期待に添わず、殊に彼の防禦力を困難ならしめるときにも取消されねばならぬ、とする趣旨のものである。これには、たとえば、原告への到達日 (土曜午後) 二日後 (月曜八時) までに販売状況を報告するよう命じたために、この処分の適否が問題になった事案につき、「特別に必要なのでなければ、〔本件処分の……引用者〕実施期間を行政庁が余りに短く区切ることにより、原告はいかなる時点においても実施に先立つ有効な権利保護を得ることができなかつた。……その処理は、法的救済と結びついた停止効の事実上の排除を導いた。」と述べ、本件処分を取消した六三年の判決²³⁾がある。

かくして、以上を要するに、「行政手続法の発効以前に標準的な一般行政法諸原則によれば、無効事由でないところの手続欠缺は、それが決定にとり『重大』 (erheblich) であるときには行政行為を違法に至らす手続瑕疵と看做された。こうしたことは、侵された手続規定が内容や目的によると強行的命令を定立するとき、あるいは手続違背が決定内容に影響し得たとき、それゆえ、手続が適正であっても他のいかなる決定もなされ得なかつたり、利害関係人の権利が有効裡には主張され得なかつたであろうことがはじめから (von vornherein) 確定しているときに、承認された²⁴⁾。」ということができ

22) Degenhart, aaO. (註・13), S. 202. 《因果性》と《本質性》との同一視については、更に, Bettermann, aaO. (註・7), S. 293.

23) BVwG Urt. v. 2. 9. 1963, BVwGE 16, 289(292).

24) Badura, aaO. (註・4), S. 38; ders., Das Verwaltungsverfahren, in: hrsg. v. H. - U. Erichsen und W. Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl.(1983), §41 III 3 (S.371).

る。ただ、こうした指針が、手続瑕疵ある行政行為の取消請求の排除を定めた四六条 VwVfG の法律要件のなかに採り入れられたことになるのかどうか、議論の余地がある。しかし、これにはつぎで触れるであろうので、ここでは、以下のことのみを指摘しよう。

(2) 周知のように、行政手続法は、個々の法律における手続規定の適用を妨げることなくして、自らの適用領域を画することにした（一条 VwVfG）。このことは、立法者が個々の法律のなかで手続要件を強行的に規定したと解されるならば、それについての瑕疵は当該行為の法的存続にも影響しうるであろう、と考える余地を生じる。したがって、重要なのは、このような場合、行政手続法の一般的な手続規定とは別に特定の処分について特定の手続を定める個々の法律規定が存在する、ということである。いいかえるならば、先の第一の指針は、四六条 VwVfG の文言との一致を詮索するまでもなく、四六条 VwVfG の解釈規準としては一般的には妥当しない、ということが出来る。また、第三の指針は、「とりわけ一種の憲法的なもの (verfassungsrechtliche Art) だ²⁵⁾。」しかしながら、四六条 VwVfG の下で「一種の憲法的な」議論がなされるべき限りにおいて、それは本章における関心とは性質を異にし、後述の第五章が参照されるべきである。

以上のようなことから、すぐ後でみるように、四六条 VwVfG による採用の問題を含め、上記指針のなかでも第二のものが差し当たっての議論の俎上に載せられたのは、決して偶然のことでもなからう。もっとも、そのさい、決定と手続瑕疵との《因果性》に関する二つの類型（`手続瑕疵が決定内容に影響しうる、との意味での《因果性》と `決定が手続瑕疵に根拠する、との意味でのそれ）が明確に意識されたうえで論じられたのか否か、必ずしも定かではない。

25) Rupp, aaO. (註・4), S.160, 161.

三 四六条 VwVfG の適用領域に関する学説の動向

(1) 上述のところを前提に、四六条 VwVfG の適用またはその規準について主張される第一の説は、因果関係説とでも称すべきものである。この説は、四六条 VwVfG をうえて述べた第二の指針の延長線上に配することを基本に、行政決定に対する手続瑕疵の《因果性》は本条においても必須であらねばならぬことを説くのである。その代表的な主張者と目されるコップ (Ferdinand O. Kopp) は、それをつぎのように述べた²⁶⁾。

四六条 VwVfG は広く旧来の判例に照応し、手続瑕疵のみに準拠する法的救済を可及的に制限すべきものである。そこで、他に決定を欠くことから取消請求権が排除される場合としては、一つに、手続規定の「違背がその性質上……決定にとり因果的 (kausal) であり得ず、すなわち、決定にいかなる影響ももち得なかったとき」、である。たとえば、考査 (Prüfung) に関する調書に署名を欠いたり、会議の進行についての既定の調書が作成されなかった場合のように、手続「規定が遵守されても決定が異なって下され得たであろういっさいの可能性が排除される」とき、あるいは、事業について定められた告示がなされなかったにもかかわらず、利害関係人が他の方法で詳細を知り得、かくして自らの権利主張を妨げられなかったり、決定にとっていかなる役も演じないもしくは何らの新たな視角も与えない問題に関し聴聞が実施されなかったときに、そうしたことがいえる (『事実上の『選択肢なき』 (Alternativlosigkeit) 場合』)。

二つに、うえのような影響が締め出し得ないときでも、たとえば、(実体法上の) 許可要件の点で既に拒否されるべきであったにもかかわらず、許可申請理由にとって重要であり得たかもしれない必要的聴聞の不履践のように、瑕疵にかかわらず他の理由が決定を支え、「それゆえに、行政行為がともかく結果において正しく、利害関係人の権利を毀損せず、その限りでは新たな決定も再び同一の意味で下されなければならないであろうとき」、である (『法的な『選択肢なき』場合』)。

手続瑕疵ある行政行為の取消を請求できうるために、コップはまず、²⁶⁾ 事実上の『選択肢なき』場合、というメルクマールの下に、「決定にとり因果的であり得ず、すなわち、決定にいかなる影響ももち得なかった」手続瑕疵か否かの篩にかけ、つづいて²⁷⁾ 法的な『選択肢なき』場合、として、決定がそうした瑕疵に根拠したのか否かを念頭に置くのである。そして、こうした判断は、彼の述べるところによれば、「法的に羈束された決定にあっては、原則として単なる法的な包摂 (Subsumtion) の問題である²⁷⁾。」

26) Kopp, VwVfG, §46 Rdnrn. 2, 19ff.

しかしながら、裁量または判断余地決定の場合、「手続法を遵守すれば行政庁が他の実体決定に至り得たとする可能性は、通例、排除されるべきでない。」ので、ここでの手続瑕疵は「原則として常に重大 (relevant) である。」ただ、他の決定に関する判断が「羈束決定におけると同じ確かさをもって行政庁に可能であるとき」、すなわち、行政庁の裁量・判断の余地が「零に収縮する」場合には、この原則からの例外が認められるべきである²⁸⁾。

コップのこのような見解は、たとえばシュテルケンス (Paul Stelkens), オバーマイヤー²⁹⁾ (Klaus Obermayer), パピアー³⁰⁾ (Hans-Jürgen Papier) 等³¹⁾によっても基本的には是認されるところである。このうち、シュテルケンスの見解は以下のものであった。

その遵守が決定内容の正しさを保障すべき手続規定が侵されるならば、それは概して本質的な (wesentlich) 手続瑕疵である。したがって、手続瑕疵が内容的に影響するとき、決定がこれに根拠するか否かが問題となる。四六条 VwVfG においても、「手続瑕疵はなされた決定にとり因果的 (kausal) でなければならぬ。さもなければ、……四六条 VwVfG にとっていかなる余地も残っていない。」ただし、因果性の欠如が法的理由によるのか事実的理由によるのかは問われない。また、「因果性は手続瑕疵と決定選択肢との間に一般的に存しなければならず、「将来の具体的な決定との間の因果性ではない」。だから、たとえば専門家鑑定や聴聞による事実調査に関する手続瑕疵の場合、行政庁ないし裁判所はその調査義務に基づいて事実を究明し、他の決定可能性についての問題に答えることになる。異なることは、個別の手続規定が利害関係人の利益のため、殊にその基本権保護のために詳細な事実調査を保障すべきときにのみいえる³²⁾。

一方、裁量領域における本質的な手続瑕疵の場合、「手続を適正に遵守すれば他の実体決定がなされ得たであろうことは、原則的に排除できない。四六条 VwVfG の適用領域を羈束行政に意識的に限ったことから、ゆえに、裁量領域においては本質的な形式ないし手続規定への違背の場合は原則として取消が請求されうる、との

27) Ebenda, §46 Rdnr. 22.

28) Ebenda, §46 Rdnrn. 24f. なお、コップの見解については、Franz Mayer/Ferdinand Kopp, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. (1985), S. 378ff. (insbes. 379f.) も参照。

29) Klaus Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 1983, §46 Rdnrn. 12ff.

30) Papier, aaO. (註・7), S. 12ff.

31) その他、たとえば Maurer, aaO. (註・4), §10 V 3 Rdnr. 41 (S. 205f.); Fritz Ossenbühl, Zur Bedeutung von Verfahrensmängeln im Atomrecht, in: NJW 1981, S. 375ff. (377f.) など。

32) Stelkens, VwVfG, §45 Rdnr. 19, §46 Rdnrn. 8a f.

逆推論がでてくる。」「例外は、具体のケースにおいて裁量零収縮が生じた場合のみ認められ」、判断余地決定についてもこれと同じように解するべきである³³⁾。

以上、ここでいう因果関係説は、四六条 VwVfG の法律要件を解釈するのに、一つは「決定内容に影響しうる、手続瑕疵という」、二つは「(実体)決定が根拠する、手続瑕疵という、いわば二重の意味の《因果性》にその規準を求めるので、したがって、「(実体)決定が内容的に影響しうる手続瑕疵に根拠する、ならば、この瑕疵のみを理由に当該行為の取消を請求できる、というのである。あるいは逆に、「決定内容に影響し得ない、手続瑕疵を理由にしたり、またこれを否定し得ない場合でも、「決定が根拠しない、手続瑕疵を理由とするだけの取消請求は、うえのいずれかの意味の《因果性》を欠くことになり、その結果、四六条 VwVfG の適用の下に排除される、というのである。

第二に、上述の規準の適用は原則として「法的に羈束された行政行為、においてのみ有意味であるべきである。なぜなら、行政庁に裁量または判断余地を認める決定——以下、裁量・判断余地決定または裁量・判断余地行為と記す——の場合、決定に対する手続瑕疵の《因果性》は認識し難いからである。そこで、かかる困難が回避できるのであれば、すなわち、「裁量の零収縮が生じる、ならば、四六条 VwVfG は裁量・判断余地行為にも例外的に適用されるべきことになる。反面、「裁量の零収縮、がまさに「例外的」とみられるという意味においては、羈束行為か裁量・判断余地行為かの別は本説にとって、四六条 VwVfG の適用問題に関し、依然として決定的な意味をもちつづけるであろう。

第三に、裁量・判断余地行為への四六条 VwVfG の不適用の原則は、手続瑕疵のみに準拠する当該行為の取消が請求可能なことを意味すべきである。あるいはより精確にいうならば、「決定内容に影響しうる、手続瑕疵の場合、取消が請求されるのである。つまり、裁量・判断余地行為において認識困難

33) Ebenda, §46 Rdnr. 7

な《因果性》はうえの第二の《因果性》, すなわち「決定が手続瑕疵に根拠する」という意味において理解されるべきであり, そのことがとりわけシュテルケンスの所説からも明確になるであろう。

(2) 四六条 VwVfG の適用領域に関する第二の説は, 本条の解釈規準としては《因果性》を一先ず退け, その結果, 結論的にも第一の因果関係説とは区別されるべき立場を容れることになる。こうした説はベッターマン (Karl August Bettermann) によって説かれはじめたが, それは以下のようなものであった³⁴⁾。

四六条 VwVfG は, 行政庁に決定選択の余地がなく法律上内容的に確定している行政行為の, 手続欠缺 (—mangel) のみを理由とする取消が無意味である, ということを示す。「実に, 他のいかなる決定もなされてはならなかった」とき, または, 「ある決定が発せられねばならなかった」ときの取消を排除する。ただ, 裁量の本質は決定余地にあるので, これには四六条 VwVfG が適用できない。しかし, 裁量が「零に収縮し」, ある決定のみが適法かつ法的にも要請されるころでは, 四六条 VwVfG が適用される。これにより, 「四六条 VwVfG は全部的に (total) 羈束された行政行為にあってのみ威力を発揮する (zum Zuge kommen) ということが確証される。」したがって, 全部的に羈束された行政行為の場合, たとえば決定にとり重大な (entscheidungserheblich) 事実の究明に関する手続瑕疵 (—fehler) も取消を根拠づけない。仮に, 瑕疵を回避した結果, 行政庁が決定を正当としない他の事実を究明したであろうことが考えられるならば, ここには, 四六条 VwVfG が適用できる全部的に羈束された行政行為がもはや存在しないのである。つまり, 四六条 VwVfG にとっては, 「係争の行政行為が手続欠缺に根拠しているか, それがこの欠缺に影響されたり影響されうるか否かは問題になら」ず, 「ただ, 客観的な事實的・法的状態 (Sach- und Rechtslage) によれば, 係争の行政行為において決定されたと同様に決定されねばならなかったかどうか, ひとり決定的である。」そして, この場合のみ, 裁判所はすべての事実を究明し完全な法的判断を下すことができ, 下さねばならないのでもある。

では, 四六条 VwVfG が適用できない行政行為——「全部的に羈束された、以外の行政行為——にあって, 手続瑕疵はその取消にどのようにかわるのであるか。ベッターマンの述べるところをつづけてみよう³⁵⁾。

裁量行為の場合, 手続瑕疵を理由とする羈束行為の取消を妨げた考慮は機能しな

34) Bettermann, aaO. (註・7), S. 275ff.

35) Ebenda, S. 292f.

い。それでも、「取消すのに適切な (anfechtungsrelevant) 手続欠缺に限定」し、「行政行為の内容に影響し得なかった欠缺を排除すること」は可能だ。「……こうした因果条件 (Kausalitätsbedingung) を訴訟法 (Prozesrecht) から認識する。」すなわち、これによれば、控訴裁判所は初審判決の本質的な (wesentlich) 手続欠缺を理由にのみこれを破棄または差戻しうるが、そのさい、判決に影響した欠缺のみが本質的と看做される。訴訟法へのかかる指向は正当であり、全部的に羈束された行政行為以外のすべてにおよぼされるべきである。というのは、全部的に羈束された行政行為の場合、行政裁判所は控訴審というよりも完全な審査権限を認められる事実審に擬せられるからである。それゆえ、一般訴訟法原則によるならば、裁量行為のように全部的に羈束されない行政行為においては、「内容に影響し得なかったとき手続違背は、原則として、瑕疵ある手続に由来する決定の取消にとり顧慮されるべきでない (unbeachtlich)。」

みられるように、ベッターマンが、四六条 VwVfG を「全部的に羈束された、行政行為のみに適用し、そこでの手続瑕疵のありうる不顧慮 (Unbeachtlichkeit) を宣明するものとして把握するとすれば、それは、無効もしくは絶対的取消事由以外の手続瑕疵が付着するにもかかわらず、実体 (法) 上一義的に確定可能な (適法) 行為はこの瑕疵のみのゆえには取消され得ない、ということになり、そうした意味でこれを実体 (法) 的確定行為維持説といえることができる。この実体 (法) 的確定行為維持説は、一方で、「手続瑕疵が決定内容に影響しうる、か否か、決定が手続瑕疵に根拠する、か否か、要するに、実体決定と手続瑕疵との《因果性》をいっさい問わない点で、また四六条 VwVfG の適用領域に関し、単なる羈束行為でなく「全部的に羈束された、行為を指示する点で、既述の因果関係説とは異なることになり、他方、「裁量の零収縮が生じる、場合に例外として四六条 VwVfG の適用を首肯する限りにおいて、両説は一致するといつてよい。

そこで、こうした説にもいくつかのもの³⁶⁾を加えることができようが、ここでは、四六条 VwVfG が「旧来の判例と断絶」し、「いかなる因果性も要請しない³⁷⁾とみるマイヤー (Hans Mayer) とフーフェン (Friedhelm

36) 本文に掲げるマイヤーやフーフェンのほか、たとえば Klappstein, VwVfG, §46 Rdnr. 4. 1。

37) Meyer, VwVfG, §46 Rdnr. 21

Hufen) の叙述するところに言及してみよう。

まず、マイヤー³⁸⁾によれば、

四六条 VwVfG は、他のいかなる決定もなされ得なかったということ、しかし、瑕疵を回避するときに他の決定がなされ得たか否かを指すのではない。決定にとっての瑕疵の因果性は後者においてのみ問題にならうので、四六条 VwVfG にあって因果性は話題になり得ぬ。それゆえ、他の決定が可能であるにもかかわらず、瑕疵を回避しても他の決定になお至らない場合にも、四六条 VwVfG を適用してはならない。

かくいうマイヤーは、「他の決定可能性は……実体法に基づいてのみ、しかし、決定に適用される手続法に基づいて推し量ってはならない³⁹⁾。」ともいう。そして、この点は、つぎのように述べるフーフェン⁴⁰⁾の追認するところでもある。すなわち、

四六条 VwVfG は、実体的法状態 (materielle Rechtslage) にしたがえば、行政庁が既に行った以外のいかなる決定も下してはならなかったときにのみ、適用される。このようなことは、法的選択肢なきこと (rechtliche Alternativenlosigkeit) が手続のなかではじめて判明したときでなく、はじめから (von Anfang an) 確定していたときのみ、である。「この本来的な選択肢なきことが——また、これのみが——手続の意義を縮減せしめ、既にそれ自体としての手続瑕疵の不顧慮 (Nichtbeachtung) (および無制裁) を正当化する。」のである。しかし、手続の進行中またはその結果としてはじめて選択肢なきことが明らかになるなら (「事後的な選択肢なきこと」)、適正な手続が他の決定を拓くのは排除されない。

フーフェンは、そもそも、結果の適法性も羈束行政という抽象的な規準も四六条 VwVfG の適用問題を解決し得ず、むしろ、利害関係人は制裁の排除によって手続の履践におけるよりも劣悪な状態に置かれるべきでないとの立場から、かかる衡量が可能であるのは、本来的に選択肢なき、場合のみである⁴¹⁾とし、上記のような考えに至ったのである。しかして、その本来的に選択肢なきこと、というのが、他の決定の可能性を、実体法に基づいてのみ推し量る、マイヤーの企図に合致するであろうことは、容易に想像でき

38) Ebenda, §46 Rdnrn. 21f.

39) Ebenda, §46 Rdnr. 20.

40) Hufen, aaO. (註・2), S. 2167.

41) Ebenda, S. 2167.

る。そして、このように両者が一致をみた点が、各々をして、《零収縮裁量行為》への四六条 VwVfG の不適用をも説かしめる⁴²⁾ のであろう。というのは、他の決定可能性の問題は(客観的な) `実体法、のみに拠って判断されねばならず、ベッターマン等のように、(客観的な) `事実的状态、にもしたがって判断されるべきではないから、と解することができる。それゆえ、厳密を期すならば、ここでは実体法的確定行為維持説を語るのが適当であろう。

以上のように、《零収縮裁量行為》に関していささか異論があるものの、実体(法)的確定行為維持説は、実体(法)上 `全部的に羈束された、もしくは `本来的に選択の余地のない、行為、つまり、実体(法)上一義的に確定できうる行為にのみ四六条 VwVfG の適用を限定しようとするものである。そうして、四六条 VwVfG の適用領域の点では、結果においてより緩やかな羈束行為一般に認めんとした因果関係説よりも狭く画することになる。このことは、四六条 VwVfG によって律し切れないところの、手続瑕疵ある行政行為の法的存続の問題が、逆に、実体(法)的確定行為維持説においてより広く残される、ということにもなる。もっとも、四六条 VwVfG の適用排除ということが手続瑕疵をゆえとする取消の原則までも意味すべきであるのか否か、本説のなかでも分かれるところであり、別途検討を要しよう(第三章参照)。

(3) 四六条 VwVfG の法律要件について施される解釈は、上記のもののほか、更に第三、第四の説も唱えられる。そのうち、第三の実体的適法行為維持説というのは、無効および絶対的取消事由以外の手続瑕疵は、当該行為の内容が実体法に違反せず、実体的に適法であるときには既に顧慮されるべきでない(unbeachtlich)ことを主張する⁴³⁾。しかし、これには、たとえば

42) Meyer, VwVfG, §46 Rdnr. 27; Hufen, aaO. (註・2), S. 2167.

なお、《零収縮裁量行為》への四六条 VwVfG の適用を否定するマイヤーの説を厳しく批判するものとして、Ossenbühl, aaO. (註・31), S. 375ff. (376). (因に、オッセンビュールの本論稿は原子力手続規則四条における裁量収縮のケースを具体的に検討し、それへの四六条 VwVfG の適用を明らかにせんとするものである。)

43) たとえば, Ule/Laubinger, VwVfR, §58 II 2 (S. 282).

踰越も濫用もない実体的に適法な裁量行為にも何ゆえ四六条 VwVfG の適用がないのか、説得的でない⁴⁴⁾とされるように、批判⁴⁵⁾が多い。したがって、むしろ、決定が内容的に違法であれば、(実体的に適法な)他の決定が常に可能であったのであり、その限りでは四六条 VwVfG の適用問題についても明らかなので、「それゆえ、本規定 [四六条 VwVfG ……引用者] は内容的に法に一致する場合にこそ意義を見い出す⁴⁶⁾。」と解されている。

これに対して、第四の説は、ブリューメル⁴⁷⁾ (Willi Blümel) やゼルナー⁴⁸⁾ (Dieter Sellner) によって説かれる、いわゆる合憲的解釈説であり、四六条 VwVfG に憲法適合的わけて基本権適合的な限定解釈を加えんとする、つぎのような見解をいう。すなわち、`基本権によって要請される、(grundrechtsgebot) ないしは `基本権的に重要な、(grundrechtsrelevant) 手続規定に対する違背は基本権の侵害に帰着するとの考慮の下に、かかる規定に違背して成立した裁量行為はむろん、法的羈束行為さえ原告適格ある者の請求により取消されるべきであり、この限りでは、四六条 VwVfG は憲法適合的解釈を要す、という。確かに、原告適格ある者の手続地位に影響しない手続瑕疵が取消を齎すことはない。また、手続瑕疵が実体決定に影響したのか否かが重要であるのでもない。決定的であるのは、ただ、`基本権が要請し、たり `基本権的に重要な、手続規定への違背が基本権侵害を意味するに他ならないことである、というのである。

44) Bettermann, aaO. (註・7), S. 276f.

45) Vgl. Meyer, VwVfG, §46 Rdnrn. 19, 24; Hufen, aaO. (註・2), S. 2167; Rupp, aaO. (註・4), S. 153.

46) Meyer, VwVfG, §46 Rdnr. 24. 同様のことをフーフェンは、「結果の適法性」は手続瑕疵の「不顧慮の必要条件ではあるが、十分条件ではな」い、と述べる (Hufen, aaO. (註・2), S. 2167; auch ders., aaO. (註・5), S. 412.)。

47) Willi Blümel, Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung, in: hrsg. v. dems., Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen, 1982, S. 23ff. (65ff.).

48) Dieter Sellner, Bericht über die Arbeitskreise beim 6. Deutschen Verwaltungsrichtertag—Fortbildungsveranstaltung des Bundes Deutscher Verwaltungsrichter—in Kassel, in: DVBl 1980, S. 813ff. (813).

このように、本説が四六条 VwVfG の合憲解釈という憲法論議を展開する限り、それはこれまでの諸説からは区別されるべき次元にあると解されるので、それに関わる詳論もそれ自体として章を代えてなすのがよからう（参照第五章）。

四 行政手続法制定以降の裁判例

上述のように、四六条 VwVfG の法律要件の把握に関する学説は、これまでのところ、第三説の趣旨は当然のこととしながら、第一、第二の、因果関係説と実体（法）的確定行為維持説を中心に展開してきた。そして、四六条 VwVfG の適用領域に関しては、それ自体が必ずしも規準であることなくして、法的羈束行為のみが考慮に入れられ、裁量・判断余地行為については零収縮の場合を例外に適用を否認するのが、一般的である⁴⁹⁾。他方、しかしながら、厳密な意味での適用規準としては、《因果性》の是非をめぐる対立がみられる、といえよう。以下では、このようなことを念頭に、行政手続法制定以降の行政裁判所の裁判例のいくつかに言及してみよう。

(1) まず第一は、四六条 VwVfG の適用領域ひいては適用規準の問題にかかわるものに、以下のような裁判例を挙げることができる。一つは、既に

49) ただし、ルップは、四六条 VwVfG の適用領域に関して、羈束行為と裁量・判断余地行為との別を批判し、後者にも適用のあることを主張する (Rupp, aaO. (註・4), S. 154ff. (insbes. 156))。このルップの批判は、直接には、決定が手続瑕疵に根拠する、か否かを問題にしたパピーアに対して向けられたもので、そのさいルップは、この意味での《因果性》を羈束行為において認識し得、裁量・判断余地行為において認識し難いというのは、「せいぜい統計学上の問題だ」と看做して、その間の質的差異を認めないのである。

また、本論で述べたように、フーフェンは、《零収縮裁量行為》への四六条 VwVfG の適用を否定しようとしたが、彼は最近に至って改めてその趣旨を公にした。ここにおいて、彼が行おうとするのは、四六条 VwVfG の適用領域の問題として話題になった各種の行政行為、したがって、(実体的に適法な行政行為)、①裁量決定、②不確定法概念、③「単純羈束」行政、④衡量決定、⑤許可請求権による行政の拘束、⑥手続の選択肢なき場合における四六条 VwVfG の適用、⑦基本的重要な決定について個別的に検討する、ということである (vgl. Hufen, aaO. (註・5), S. 410ff.)。

述べたように、行政手続法制定以前の連邦行政裁判所の判例に因果関係説に根拠を与える有力な裁判例が存したが、手続法制定以降においてもこのような見解を示すものである。ここでは、請求申立期間の徒過から兵役拒否者たることの承認（＝確認）を拒否した決定を追認することになった異議審査決定が、原告に何らの主張・反証の機会も与えなかったとして争われたが、八〇年連邦行政裁判所判決⁵⁰⁾は四六条 VwVfG をかつての判例の実定化と捉える、つぎのような見解を明らかにし、被告の上告を容れた。すなわち、

行政裁判所法七九条二項によれば、異議審査決定は、「本質的な (wesentlich) 手続規定の違背の下に成立し、この違背に根拠するとき、またその限りで」取消されうるが、四六条 VwVfG は手続瑕疵を理由とする取消の、判例によるかかる限界を「確認」するのであり、原審のように、四六条 VwVfG が異なる審査委員会の審査における異なる釈明をゆえとする他の決定可能性を考えたというのは、誤っている。そもそも、四六条 VwVfG の立法理由によれば、その適用は「羈束行政の枠内にある行政行為のみに限定」されるので、「裁量余地も判断余地も存しない」兵役拒否者承認行為には適用される。そうして、本件承認拒否決定は正しく、瑕疵を回避するさいにも他の決定はなされ得なかった、

と。また、八二年連邦行政裁判所判決⁵¹⁾は、土地管轄のない委員会による兵役拒否者たることの承認拒否が争われた事案において、原審が本件への四六条 VwVfG の適用に疑問を呈し、また、他の決定がなされ得たのか否かは確認できない、との判断を示したのに対して、四六条 VwVfG の適用を肯定する立場にたって、つぎのように判示した。

判定機関の構成に決定的な意義を認めた原審がいうように、「……異なる成員を有する異なる委員会が異なる確信、そして武器を伴う兵役の問題に関する原告の内心的態度に関して異なる結論にも至ったり、至るであろうことは、排除されるべきでない。しかし、そのことは、四六条 VwVfG の決定選択肢 (Entscheidungsalternative) の問題にとっては重要でない。この問題は、法的に羈束された決定か、裁量または判断余地になじむ決定が問題であるのか、のみを目指すのである。」原審は、本来、完全に究明された事実への法規定の正しい適用のさいには他の決定がなされ得たか否か、を審査すべきであった。そして、「この審査が、究明された事

50) BVwG Urt. v. 7. 10. 1980, BVwGE 61, 45 (49) = NJW 1981, S. 1683f. = DÖV 1981, S. 178ff.

51) BVwG Urt. v. 3. 5. 1982, BVwGE 65, 287 (289f.) = NVwZ 1982, 619f.

実に法規定が適切に適用されたことを明らかにするなら、兵役拒否者承認「審査委員会の決定は真実として確認されるべきである。」「これに対して、審査が審査委員会決定の実体的違法という結論を導くならば、このケースにおいても裁判所は本案判決の義務を負う。」四六条 VwVfG の文言と目的にしたがえば、「手続・形式規定の違背ならびに土地管轄の不遵守は、裁判所が実体法的理由からも係争行政行為を取消さねばならぬときにのみ、重要である。」

と。この判決は、先の裁判例におけるほどには明らかでないが、あるいは実体（法）的確定行為維持説に影響された判決とみることができるかもしれない。

更に、土地管轄なき行政庁が交付したゆえにのみ難民証明 (Vertriebenausweis) が職権によって取消されうるかが問題となったケースにおいて、七八年の連邦行政裁判所判決⁵²⁾ は、かかる「行政手続に付着している欠缺」は、「行政法の一般的諸原則による場合、それが実体決定に影響したときにのみ取消を導く。」と述べつつ、「欠缺が結果に影響したということが常に認められるべきところの欠缺が存するか否か、したがって、この種の瑕疵が犯されるとき、既になされた行政行為が取消されるべきか否か」は、「侵された手続規定の意義と保護目的、瑕疵の結果の軽重にしたがってのみ答えられる」、とした。この判決は、一方で因果関係説に拠ろうとしながら、結果的にはこれを否定したもの⁵³⁾ と解してよからう。また、下級審判決ではあるが、八〇年のケルン行政裁判所判決⁵⁴⁾ は、裁量決定のさいの理由付記に関する瑕疵が行政裁判所手続における事後の申立によって治癒できないことを述べるなかで、ノルトライン＝ヴェストファーレン州行政手続法四六条を本件裁量決定に適用できない理由として、それが「具体的決定にとっての、形式または手続瑕疵の因果性 (Kausalität) を要求するのでは決してなく、抽象的考察における他の決定可能性でもって充分とする。」と説いた。本判決は直接には裁量決定に関するものであるが、それが四六条 VwVfG の解

52) BVwG Urt. v. 13. 9. 1978, BVwGE 56, 230 (233).

53) この点を指摘するものとして, Klappstein, VwVfG, §46 Rdnr. 4. 1.

54) VG Köln Urt. v. 24. 6. 1980, NJW 1981, S. 780f. (781).

積一般について述べられたものとするなら、あるいは因果関係説に否定的な裁判例とみることもできよう。

このように、行政手続法制定以降の裁判例にみられる四六条 VwVfG の適用問題の扱い方が必ずしも統一的でないことは、学説におけると同じようである。したがって、下級審判決⁵⁵⁾ とはいえ、縦覧 (Auslegung) の不履践なる手続瑕疵に関し、「……手続違背の重大性 (Erheblichkeit) を決定の実体的内容への影響可能性にみたのか、あるいは、手続規定やその違背の軽重にみたのかどうかはともかくも」、と断ったうえで、これらを止揚すべき見解を説いたのも、判例のそうした状況を示すものであろう。

(2) これに対して、第二に、裁量零収縮の場合を例外に、裁量・判断余地行為について四六条 VwVfG の適用を否定することは、前出の八〇年⁵⁶⁾、八二年の連邦行政裁判所判決⁵⁷⁾ をはじめ、圧倒的な裁判例によって承認される場所である。一例のみ挙げれば、国防の用に供する目的の下、原告所有のトラック五台を供与せしめる地区徴兵事務所の決定に対する異議審査決定が、商工会議所の鑑定意見を俟たずに退けられた、との件において、八一年連邦行政裁判所判決⁵⁸⁾ は、原告の主張を一部認容するなかで、

「他のいっさいの決定可能性の排除は裁量決定には原則的に認められ」ず、「一般に裁量決定は四六条 VwVfG の下に入らないと考えられる」が、「この例外は、……四六条 VwVfG によって必要とされる審査が行政庁の羈束決定におけると同じような確かさをもって、他のいっさいの可能性が排除されることを明らかにするときのみ、主張され得よう。なぜならば、裁量は具体の場合には『零に収縮せしめ』られるからである。ここでは、そうした例外的事案は存しない。」

と述べたのであった⁵⁹⁾

55) OVG Lüneburg Beschluß v. 28. 12. 1976, DVBl 1977, S. 347ff. (349).

56) 註 (50) の判決

57) 註 (51) の判決

58) BVwG Urt. v. 26. 3. 1981, BVwGE 62. 108 (116).

59) そのほか、下級審判決ではあるが、たとえば、OVG Münster Beschluß v. 16. 12. 1977, DVBl 1978, S. 508f. (508); OVG Rheinl. -Pfalz Beschluß v. 17. 1. 1979, DÖV 1979, S. 606f. (606); VG Köln Urt. v. 24. 6. 1980 (註・54) の判決); OVG Mün-

行政手続法制定以前既に、因果関係説の立場から、「裁量決定の場合、…結果への手続欠缺の影響は例外としてのみ排除されるであろう⁶⁰⁾。」としたり、「利害関係人の聴聞なくしてなされた裁量決定は、たといこの聴聞を欠いたにしてもある一つの決定のみが裁量瑕疵のないものでありうるときにのみ、存続することができる⁶¹⁾⁶²⁾。」とされてきたように、《零収縮裁量行為》に関する判例の上述の立場は、かつてのそれを追認したことになる。いずれにしても、この限りにおいては判例中に異論は見出し難い。

小括

(1) 四六条 VwVfG の法律要件に関する学説および裁判例は、概して、裁量行為との区別の下、羈束行為へのその原則的適用、《零収縮裁量行為》への例外的な適用⁶³⁾、これに対する裁量・判断余地行為への原則的不適用という大枠においてほぼ一致し、しかしながら、厳格な意味での適用規準の如何に関しては、因果関係説と実体（法）的確定行為維持説との対立が否定できず、とりわけ前者の四六条 VwVfG の文言との不一致が後者の側から指弾されている⁶⁴⁾。そして、このような対立の間には四六条 VwVfG の規定の不明瞭ないし拙劣が大きく作用しているのであろう。

ただ、実体（法）的確定行為維持説が手続瑕疵自体には何らの限定も加えずして、実体（法）上で（のみ）確定できうるか否か（`全部的に羈束され

ster Urt. v. 28. 10. 1980, NJW 1981, S. 936; OVG Rheinl. -Pfalz Urt. v. 23. 1. 1985, DVBl 1985, S. 1076f. (1077) 等参照。

60) BVwG Urt. v. 8. 2. 1967, BVwGE 26, 145 (148).

61) BVwG Urt. v. 1. 10. 1963, DVBl 1965, 26ff. (28)

62) 更に、註 (17) の判決も。

63) 学説としては、マイヤーおよびフーフエン（註・41の文献を参照）を例外に、《零収縮裁量行為》への四六条 VwVfG の適用を否認するものはみられない。差し当たり、Blümel, aaO. (註・47), S. 65 Fn. (261) に掲げられた文献参照。適用説が通説であることについては、Degenhart, aaO. (註・13), S. 207 Fn. (81).

64) たとえば, Hufen, aaO. (註・5), S. 412; Meyer, VwVfG, §46 Rdnr. 21 (註・38) を付した本文参照)。

ている、か否か、⁶⁵本来的に選択肢なき、や否や) を目指すのに対し、因果関係説の方は瑕疵自体に限定を施し、⁶⁶決定内容に影響しうる、手続瑕疵ある(単なる) 羈束行政行為に適用しようとするところからいえば、両者の実際上の隔たりは、存外、大きくないのかもしれない。そこで、このようにみれば、問題は、むしろ、四六条 VwVfG が適用されないところの裁量・判断余地行為についていかなる立場を採るのかにある、ということもできよう。

一方、四六条 VwVfG の法的構成に対してはより根本的な法思想的な批判も存し、このような批判によるならば、本条の基底にはもっぱら実体(法) 的公正のうえにのみ固定された観念的法思考、いわば「法獲得過程の管轄、手続または方法が問題なのではなく、決定が『客観的に』公正である、すなわち、実体法に照合することが問題」であるとみる法思考、およびこれと結びついた《唯一正しい決定》という法解釈上の原理が存するとされ⁶⁵⁾、したがって、かつての草案理由もこうした立場から、「実体的に正しく決定される市民は瑕疵ある手続によって『自ら権利を毀損』されない⁶⁶⁾」、と述べた。

しかしながら、このような実体(法) 的思考に対しては、羈束決定領域においても《唯一正しい決定》は「フィクション⁶⁷⁾」または「例外⁶⁸⁾」であるとか、「一定仮説的(hypothetisch) であり、……稀にしか説得力をもたない⁶⁹⁾」、といった異論が寄せられる。要するに、「事物いっさいについて

65) Rupp, aaO. (註・4), S. 163. Vgl. auch Jürgen Schwarze, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz, 1974, S. 31, 66 (Nr. 9); Helmut Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981, S. 343ff.; Jost Pietzcker, Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: VVDStRL 41 (1983), S. 193ff. (222); Wolf-Rüdiger Schenke, Der verfahrensfehlerhafte Verwaltungsakt gemäß §46 VwVfG, in: DÖV 1986, S. 305ff. (315f.)

66) EVwVfG 1963 (註・8), S. 162 (Einzelbegründung zum §36)

67) Hufen, aaO. (註・2), S. 2167. Auch Pietzcker, aaO. (註・65), S. 224.

68) Fritz Ossenbühl, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: NVwZ 1982, S. 465ff. (466).

の唯一の尺度としての『唯一正しい』決定なる基本ドグマは、認識論的にも実践的にも誤りであり、……いわゆる『厳格に羈束された』決定もこれら〔決定の方法、手続、権限、人……引用者〕如何による⁷⁰⁾、ということになる。そして、このような根源的批判は、四六条 VwVfG の適用に関して行政行為の法による羈束性の度合い（法的羈束行為か裁量・判断余地行為か）に大きな意味を与える既述の見解への批判⁷¹⁾として、一つの具体的結実をみることになる。

(2) 更に、うえのような種類の批判的見解は、いま一つの重要な展開を齎すことになった。それは、たとえば実体（法）的確定行為維持説の首唱者ベッターマンをして、「私は……以前には誤っていた」と述べさせ、新たにつきのように説かしめたのである。すなわち、

「全部的に羈束された」決定か否かにおいては、実に、「行政裁判所の決定権限が問題なのである。事案が行政裁判所によって百パーセント決定できるならば、四六条 VwVfG が適用できる。しかし、……裁判所が事案を全般にわたって自らにまで引き寄せ（zu sich heraufziehen）得ないならば、手続瑕疵は恐らく決定の正しさに影響したり影響し得たときに取消に至らねばならぬ。事案を決定し尽くす（Durchentscheidung）という行政裁判所の完全な決定権をわれわれは義務づけ訴訟においてのみならず、取消訴訟においても羈束行政行為が問題のときには常にもつのである。⁷²⁾」

と。つまり、ベッターマンが「誤っていた」のは、⁷²⁾「全部的に羈束された、決定か否かという設定の仕方よりも行政行為に対する行政裁判所の法的

69) Hans J. Wolff · Otto Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. (1974), §51 IV 2 (S. 434).

70) Rupp, aaO. (註・4), S. 164.

71) 四六条 VwVfG の適用領域という問題に関して、羈束行為か裁量行為かの別を規準に採り入れることに批判的なものとしては、Badura, aaO. (註・4), S. 38; Pietzcker, aaO. (註・65), S. 223; Rupp, aaO. (註・4), S.153f.; Hufen, aaO. (註・4), S. 2167; Degenhart, aaO. (註・13), S. 207; Walter Krebs, Kompensation von Verfahrensfehler durch gerichtlichen Rechtsschutz? — Zur Problematik des §46 VwVfG des Bundes und Länder—, in: DVBl 1984, S. 109ff. (112).

72) Karl August Bettermann, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRl 41, S. 254ff. (256).

統制権の有無（またはその行使の適否）の問題こそが認識されるべきである、ということであり、したがってまた、四六条 VwVfG と行政裁判所の取消権限との関連が明確に意識されたことに注目できる。

そして、これとほぼ同じようなことは、クレプス⁷³⁾ (Walter Krebs) が、四六条 VwVfG を第一の決定者 (=行政庁) の法的被羈束性の度合いでなく、彼と第二の決定者 (=行政裁判所) との権限関係を目指すものとして理解しようとしたとき、指摘されたと解される。ただ、そのさい、裁判所は、ヴァール⁷⁴⁾ (Rainer Wahl) によれば、「現に唯一正しい決定を見出すのではなく、唯一拘束的な決定を確認する権限を有するのであり、結局、「——どのみち『よりました』——裁判手続が行政手続におけるいっさいの瑕疵を忘れさせ」るのである。あるいは、再びクレプス⁷⁵⁾ をもってするならば、「『唯一正しい』決定の理論に対する批判は行政庁の決定のみならず、同じく行政裁判所の決定にも当て嵌」り、「四六条 VwVfG によって仮定される瑕疵の埋め合わせは、ゆえに、——一般には——裁判手続にのみみられる。」ことになるのである。

かくして、以上のような指摘から、四六条 VwVfG の立法理由に関し、つぎのことがいえるであろう。すなわち、四六条 VwVfG が法的な合理的根拠を与えられて存在しうるのは、一定の行政行為（羈束行為または「全部的に羈束された、行政行為」）について《唯一正しい決定》が見い出され得たり、裁判所がそうした任務をよく果たしうるからというよりも、裁判所組織・手続が行政庁のそれらに比べ「よりました」であり、かかる「よりました」な、裁判所の組織・手続が「よりました」でない行政手続において犯された瑕疵を「忘れさせる」、と。

(未完)

73) Walter Krebs, aaO. (註・71), S. 112.

74) Rainer Wahl, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutz*, in: *VVDStRL* 41, S. 151ff. (176f.).

75) Krebs, aaO. (註・71), S. 113.

(本稿は昭和六一年度文部省科学研究費からの補助を得て行った研究成果の一部である)

追記：本号執筆終了後の校正段階において、本稿にとってきわめて示唆的な文献、Hermann Hill, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen in Verwaltungsrecht*, 1986. に接した。この少壮教授の著は、今後、西ドイツ行政法における手続瑕疵論に関する研究にとって欠き得ないものとなるであろう。ただ、四六条 VwVfG に関してそこで叙述されることに限ってみれば、本号の記述は必ずしも相違しないと思われるので、本号は取り敢えずそのまま置くことにした。