

手続瑕疵ある行政行為の法的効果について (三・完)

——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

第二章 行政手続法四六条の適用領域

……以上, 前々号

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——行政裁判所法一一三条一項一文との関係

一 裁判官決定裁量説

二 四六条 VwVfG と一一三条一項一文 VwGO の関係に関する諸説

……以上, 二の(2)まで前号

小括

第五章 行政手続法四六条の憲法問題

一 手続瑕疵ある行政行為の違法確認訴訟または権利毀損確認訴訟

二 手続瑕疵と基本権毀損

小括

むすび

(3) しかるに、学説上、「四六条 VwVfG の規律内容は、圧倒的に、一一三条一項一文 VwGO の法効果面に関連せしめられ³³⁾、したがって、先述の取消効果否認説または取消請求権否認説に属すべき見解が多数をなすといえる。ただ、そうした説のなかでは、オーバーマイヤー (Klaus Obermayer) がその他の諸論者からは区別されるべきであろうので、はじめにこれを取り上げ、つづいてその他の諸論者に言及することにしよう。

そもそも、オーバーマイヤー³⁴⁾によれば、

四六条 VwVfG の法的効果は、行政行為の取消が手続瑕疵のみをもっては請求され得ないものとするに存し、したがって、当該行為に瑕疵があること自体何ら変わらないにもかかわらず、その取消は請求できないのである。そこで、このようなことからすると、「四六条 VwVfG は一一三条一項一文 VwGO を変更する (ändern)。けだし、それは、この規定[一一三条一項一文 VwGO ……引用者]と異なって、まったく特定したケースでは裁判所に違法な行政行為の取消を禁止するから」、といえる。しかし、「……連邦立法者は、明らかに、四六条 VwVfG によって惹起される一一三条一項一文 VwGO の変更を見落とした。」のである。

みられるように、オーバーマイヤーは、四六条 VwVfG の法的効果を一三条一項一文 VwGO の取消の法効果面に関連せしめることを前提に、一一三条一項一文 VwGO による手続瑕疵ある行政行為の取消と四六条 VwVfG によるその排除とで生じる齟齬を回避するために、後者による前者の「変更」に及んだのである。だがしかし、この目論見に関しては、先のクレプスの立法史的批判³⁵⁾のほか、つぎのようなことが確認できるのである。すなわち、その適用範囲について定める一条一項二号 VwVfG に基づくと、行政手続法が、「連邦の法規定が内容的に等しいまたは対立的な規定を含まない限り」でのみ適用されるということは、これを他にいいかえるならば、「内容的に等しいまたは対立的」と解される法規定が問題のときは、行政裁判所法が行政手続法に優先して適用されるということであり、あるい

(以下、本章の註記については、前号につづくものとする。)

33) Held, aaO. (註・4), S. 195; Hill, aaO. (註・6), S. 103.

34) Obermayer, Kom. z. VwVfG, §46 Rdnrn. 17ff. (insbes. Rdnr. 20).

35) 前註(30)に該当の本文(前号91頁)参照。

を定めたのは、そのような規定がなければ一一三条一項一文 VwGO の「変更」も許容せざるものとの意味に理解すべく³⁶⁾、その結果、挙げてこれらを立法者の「見落とし」をもって済ますことは穏当に欠ける、ということである。

かくして、ここでの第二のものは、たとえば聴聞の不履践が原告の聴聞権を侵すことを認め、またいわゆる「変更」はこれを企てることなく、しかしそれでも、四六条 VwVfG はこの瑕疵ある行政行為の取消を請求できないものとなすとし、手続瑕疵ある行政行為の「違法性」と原告の主観的権利毀損を首肯すると同時に、その取消についてはなおも否認する見解である。既に早くからかかることを説いたベッターマン (Karl August Bettermann) は、権利毀損否認説に立った以前の草案 (=EVwVfG 63)³⁷⁾ を批判し、概ね以下のごとく述べた。すなわち、

EVwVfG 63の立場は、「明らかに正しくない。」行政庁が原告の保護のためにも定められた手続規定を侵すときは、彼の権利をも侵すことになる。問題は、この権利毀損のゆえに原告が行政行為の取消を訴求しうるか、にある。

行政行為は実体法のみならず手続法に触れるときにも、一一三条一項一文 VwGO の意味で違法となる。しかし、これによって原告は「その権利を毀損されるであろうか。元来、一一三条一項一文 VwGO の権利毀損要件は、「取消適格 (Anfechtungslegitimation)、それゆえ原告個人に対する行政行為やその法的瑕疵の關係にかかわ」るものであり、当面の問題にとっては、法的保護利益を侵された原告はその保護のための手続の違背に基づき取消を主張できることを意味する。一方、四六条 VwVfG の解釈からは、「法律上要請される行政行為の、『単なる』手続違背をゆえとする取消は、取消訴訟提起者に権利保護の必要性が欠ける」ことがわかる。「けだし、取消されたにもかかわらず、その行政行為が取消後にも反復されねばならないので、この取消は取消訴訟提起者を最終的に (im Endeffekt) 何ら益しないからである。」この場合、取消の訴えは、係争の行政行為が「違法性を欠くからでなく、取消利益を欠くゆえに退けられる。」のである³⁸⁾、

はまた、行政手続法が殊更に九七条において行政裁判所法の変更 (=追加)

36) Bettermann, aaO, (註・12), S. 288. Vgl. auch Hill, aaO. (註・6), S. 104; Schenke, aaO, (註・6) S. 309 Fn. 27.

37) この草案が権利毀損否認説が立場を容れたことについては、前註(25)に該当の本文(前号89-90頁)参照。

38) Bettermann, aaO. (註・12), S. 288ff.

と。ベッターマンのこのような見解は、既にマイヤー³⁹⁾ (Hans Meyer) やオッセンビュール⁴⁰⁾ (Fritz Ossenbühl) によって認められ、最近ではヘルト⁴¹⁾ (Jürgen Held) やシェンケ⁴²⁾ (Wolf-Rüdiger Schenke), 更にヒル⁴³⁾ (Hermann Hill) といった諸論者にも概ね受容されているといえる。それは、要するに、一一三条一項一文 VwGO の「権利毀損、それ自身の解釈に帰着し、その解釈は四六条 VwVfG とのいかなる軋轢も生じないことにおいて、既述の権利毀損否認説やオーバーマイヤー説とも異なるのである。だが、四六条 VwVfG の法的効果の如何という点で、ベッターマンはいまだ不鮮明であるを免れ得ない。それゆえ、ヘルト以下のより新しい所論に拠りながら、そうした点に関する考察をつづけていくことにしよう。

さて、既にみたように、手続瑕疵ある行政行為の(客観的)「違法性」が争えず⁴⁴⁾、他方でこれによる原告の「権利毀損」が問題になろうとも、ヘルトにとっては、手続規定の「主観的権利性」(subjektive Rechtsqualität) の問題と手続瑕疵ある行政行為の取消請求権の存否のそれとは明確に区別されねばならない⁴⁵⁾。だから、

たとえば記録の閲覧に関し瑕疵があれば、違法にして利害関係人の主観的公権を毀損する瑕疵が問題である。けだし、彼は二九条一項一文 VwVfG に基づいて行政庁に記録閲覧を求めうるからである。「それにもかかわらず、利害関係人が当該実体決定の執行により自己の法的に保護された地位 (Stellung) を侵されることが排されるべきときは、これにより一一三条一項一文 VwGO の意味での権利を毀損されはしない。記録閲覧権もまたこの(実体的)保護客体の維持に資するにすぎず、「この保護客体の毀損(または毀損のおそれ)のみが取消請求権を基礎づけることができるのである」から⁴⁶⁾、

39) Meyer, VwVfG, §46 Rdnr. 5.

40) Fritz Ossenbühl, Zur Bedeutung von Verfahrensmängeln im Atomrecht, in: NJW 1981 S. 375ff. (377f).

41) Held, aaO. (註・4), S. 242 (auch 193ff.)

42) Schenke, aaO. (註・6), S. 306ff. (insbes. 309ff.).

43) Hill, aaO. (註・6), S. 102ff., 406ff. (insbes. 408)

44) 本稿(二), 第四章・二(1) (前号88頁) 参照。

45) Held, aaO. (註・4), S. 196.

46) Ebenda, S. 242.

ということになる。もともと、ヘルトによれば、生命・身体の不可侵や人格権、財産権といった「(保護客体としての) 自由」は、「(保護手段としての) 基本権」によって保護される。逆に、基本権条項はかかる自由の存続を保障するので、それはまた保護客体 (=自由) のための国家の義務づけを内容にもつ。というのは、保護客体は規範的保護義務の客体であることでのみ法的に保護されるものになるから。したがって、その意味で、「主観的権利は客観的義務づけ規範の反射 (Reflex)」といえる。このような国家の基本権保護義務と市民の主観的権利との対応は、基本法の基本権条項が市民を「臣民」としてでなく、法に服する公権力と対等の地位に置き、その保護のために規範化された義務の遵守を求めうることを可能にしたからである。「それゆえ、基本権遵守義務には市民の対応する主観的権利 (請求権) が照応」し、自由ないし法益の保護が基本権保障の目的を、実体的請求権がこのための手段をなすことが判明するのであって、規範的規律の法的侵害を妨げることそれ自体が基本権の目的と理解することはできない⁴⁷⁾、というのである。かくしてヘルトは、自由ないし法益の侵害行為のみに (実体的) 取消請求権を認め、他方、「客観的義務づけ規範」としての手続規定からはその「反射」たる主観的権利を引き出すだけに留めることで、(実体的) 取消請求権と主観的権利とを截然と区別することになるのであり、先に引いた言明はそうした思考からの当然の帰結ということができるのである。

手続瑕疵ある行政行為が「違法、かつ原告の主観的権利を毀損するのにかかわらず、主観的権利と (実体的) 取消請求権とを区別することから、四六条 VwVfG をこの取消請求権の排除規定と把握するヘルトの見解は、原則としてシェンケのそれとも一致しよう。シェンケは、四六条 VwVfG と一三条一項一文 VwGO との関係をめぐる混迷の一斑が後者の規定の仕方それ自身にあるとみる。それというのも、手続瑕疵ある行政行為の違法性を否定できないとすれば、勢い四六条 VwVfG が権利毀損の欠如を定めるとし

47) 以上, ebenda, S. 229ff. (insbes. 229, 232f., 235, 238).

て、一一三条一項一文 VwGO との調和が図られたからである。しかし、そのような論証は、彼のみるところ、根拠をもたないままである⁴⁸⁾。

一一三条一項一文 VwGO は、主観的権利、殊に通常これの毀損に結びつくリアクション請求権を「自ら根拠づけるのではなくて、それらを前提とす」るのであって、その意味は、「自由圏域 (Freiheitssphäre) を侵す義務賦課的な違法の行政行為が憲法で保障された除去請求権 (Beseitigungsanspruch) を原則的に惹起する」ことに認められる。そして、このような除去請求権は、「いかなる法規定の違背の下で基本権的に保障された権利圏域 (Rechtssphäre) が侵されるか、に懸かっている。」また、取消訴訟は、主観的権利毀損から第二次的な実体的リアクション請求権が生じるところにおいて権利毀損行為を裁判的に取消することにより、この請求権を実行するのであり、それゆえに、「権利毀損行政行為の取消を求める請求権が例外的に欠ける場合には、権利毀損にかかわらず、かかる取消を排除しなければならない」のである⁴⁹⁾。

一一三条一項一文 VwGO のような訴訟法規範からは憲法的な主観的権利 (の排除) や違法な行政行為の取消という実体的権利 (= 除去請求権, リアクション請求権) は生じず、したがって、取消請求権の排除に懸かる四六条 VwVfG とは何らの齟齬も来さないとした解釈にあって、どのような法的効果が四六条 VwVfG に与えられることになるのであろうか。

「四六条 VwVfG が手続瑕疵ある行政行為の客観的な違法性もこれに利害関係あるものの主観的権利毀損をも否認するのでない」とすれば、「それでもなお四六条 VwVfG をその文言に一致して、……手続瑕疵ある行政行為の取消請求権のみが、『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』には排除されるという趣旨に解釈する可能性のみが残る。そのとき四六条 VwVfG は、行政行為の取消を指向する実体的・主観的な公権を拒絶するように解される」のである⁵⁰⁾。

かくて、四六条 VwVfG の法的効果はシェンケにおいて明瞭に把握されることになり、「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

48) Schenke, aaO. (註・6), S. 309.

49) Ebenda, S. 309f.

50) Ebenda, S. 311.

なお、付言するに、シェンケが四六条 VwVfG に本文のような (実体的) 取消請求権の排除の規範化をみるだけでなく、「取消に関する裁量瑕疵のない決定を求める形式的・主観的公権」の拒絶の意義をも認めようとすることについては、第五章・一(1)・註(11)に該当の本文を参照されたい

ろう」ならば、犯された手続瑕疵にもかかわらず、原告には当該行為の取消を訴求しうる「実体的・主観的な公権」(＝実体的取消請求権)が拒絶されるというのである。こうした四六条 VwVfG の理解には、更に、結論においてヒルの所論が符合するものと思われる。なるほど、ヒルは、違法かつ主観的権利毀損にかかわらず、四六条 VwVfG が手続瑕疵ある行政行為の(実体的な)取消請求権を妨げる法的効果をもつとみる見解は精確を期すを要すとしたり⁵¹⁾、実体的取消請求権の「構成要件上の必要条件」(tatbestandliche Voraussetzung)を語る点でクレプス⁵²⁾を想起せしめることがあるが、以下にみるように、大筋においては——シェンケに近い——取消効果否認説または取消請求権否認説に整序されると思われる。

四六条 VwVfG に取消請求権の排除をみる見解に精確を期そうとすれば、それは、四六条 VwVfG が「実体的取消請求権の、より広範な構成要件上の必要条件 (weitere tatbestandliche Voraussetzung)を規範化する」とされるべきで、「四六条 VwVfG は、かくして、取消請求権のネガティブな構成要件メルクマールを含む」と理解できる⁵³⁾。

四六条 VwVfG は、こうして、「裁判手続の規律を意味するのではなく、実体的取消請求権の必要条件を規範化するにすぎない。本規定は行政手続における手続瑕疵の実体的な効果を規律する。このことは(裁判手続法と対照的に)実体行政法の問題である。」「手続瑕疵ある行政行為の取消を求める請求権における必要条件のこうした実体的な規律に、一一三条一項一文 VwGO の訴訟上の効果規律が結びつくだけだ。」つまり、一一三条一項一文 VwGO の「これにより」との文言を——違法性にでなく——「行政行為に関連づけるならば、権利毀損は行政行為それ自体、すなわち違法な実体決定によって生ぜしめられるのみで、手続瑕疵が与える違法性によって生ぜしめられるわけではない。したがって、かかる解釈のみが四六条 VwVfG に相応しいのであれば、「手続瑕疵に基づく違法性や主観的手続権の毀損のみでは……行政行為の取消請求権が充されない。一一三条一項一文 VwGO による裁判所を介しての違法な行政行為の取消は実体的取消請求権の訴訟上の貫徹を意味するにすぎないので、かくて、この規定もまた、実体決定による実体的権利の毀損の場合にのみ裁判所による手続瑕疵ある行政行為の取消が行われるという趣旨に解釈されるべきである⁵⁴⁾。」

51) Hill, aaO. (註・6), S. 103.

52) 本稿(二), 第四章・二(2) (前号90-91頁) 参照。

53) Ebenda, S. 103f.

54) Ebenda, S. 104f.

以上、繰り返して述べるならば、ここにおいて取消効果否認説または取消請求権否認説と称した説は、手続瑕疵ある行政行為が（客観的に）違法、かつ原告の主観的権利（＝主観的手続権）を毀損するのに、四六条 VwVfG の適用が（行政）裁判所によるその取消を排除するという。そして、そのようなことの理由として、四六条 VwVfG による一一三条一項一文 VwGO の「変更」（オーバーマイヤー）や「取消利益の欠如」（ベッターマン）といったことが挙げられる。しかし、一一三条一項一文 VwGO の「変更」はともかく⁵⁵⁾、「取消利益の欠如」のみでは本章の課題に設定した四六条 VwVfG の法的効果の如何に関しては十分に明らかになったとはいえない。そこで、こうした点については、より最近のヘルトやシェンケ、ヒルといった諸論者の見解が明確化するものと思われる。すなわち、まずヘルトは、行政庁に対する（客観的）規範的手続遵守義務に市民の主観的権利が対応すべきことを、また、保護客体としての自由（ないし法益）と保護手段としての基本権との区別が（手続的な）主観的権利と（実体的）取消請求権との区別を齎すことを根拠づけ、四六条 VwVfG の法的効果を手続瑕疵ある行政行為の（実体的）取消請求権の排除のうえで把握しようとした。シェンケとヒルは、そうした見解を前提に四六条 VwVfG の法的効果を明確に規定し、手続瑕疵ある行政行為の取消を訴求しうる「実体的・主観的公権」、すなわち（実体的）取消請求権の否認の意義をそれに与えたのであるが、このような議論が齎すより積極的な意味については、更につぎの第五章において触れることになる（後述、第五章・一(1)）。

小括

四六条 VwVfG の法的効果に関する議論の背後には、ルップ⁵⁶⁾（Hans Heinrich Rupp）が適切に指摘したように、「結局のところ、利害関係人の

55) 四六条 VwVfG による一一三条一項一文 VwGO の「変更」の問題性については、先に本文で述べた（本号114-115頁参照）。

56) Rupp, aaO. (註・24), S. 166.

法的地位に対する侵された法規範の関係についての問題、それゆえ……主観的公権なるテーマが隠されている」と考えられる。なるほど、学説や裁判例によっては、四六条 VwVfG の法的効果を測るさい、取消の構成要件としての「違法性」を「客観的に取消に値すること」に置き換えんとしたり、より端的に、四六条 VwVfG をもって手続瑕疵ある行政行為の「違法性」排除規定と理解する違法性否認説が唱えられもした。しかしながら、圧倒的な見解が説示したとおり、手続瑕疵ある行政行為の「違法性」がもはや否定できないとすれば、取消請求の排除という四六条 VwVfG の法的効果の問題は少なくとも「違法性」以外の要因にその根拠を求めざるを得なくなる。

(1) そこで、この問題に関する第二の権利毀損否認説は、四六条 VwVfG の法的効果を一一三条一項一文 VwGO の取消要件としての「権利毀損」の否認において見い出そうとした。この説は、一一三条一項一文 VwGO の「権利毀損」と（実体的）取消請求権とが、したがって、一一三条一項一文 VwGO による取消と四六条 VwVfG によるその排除とが「パラレル」とする考え方を基調に（とくにクレプス説）、四六条 VwVfG が一一三条一項一文 VwGO における「権利毀損」要件を充足せしめない効果をもつと結論づけた。

更に、第三の説としては、手続瑕疵ある行政行為が一一三条一項一文 VwGO の意味での「違法」で原告の主観的権利を侵すことを認め、その一一三条一項一文 VwGO 自体は（手続）瑕疵の実体的な効果を意味する取消請求権の可否を規律するものではないとの理解に立って、四六条 VwVfG の法的効果はこの実体的な取消請求権の局面において把握されるという説、すなわち取消効果否認説または取消請求権否認説が唱えられる。そして、これがより最近の諸論者の支持を集めつつあるといえる。

さて、これら二説については、第一に、権利毀損否認説が法的効果のうえで四六条 VwVfG と一一三条一項一文 VwGO とを「パラレル」なもの捉えるのに反し、取消効果否認説または取消請求権否認説は相互に区別されるべき別個の法的規律をなすものと理解する。そして、こうしたこともまた、

「結局のところ、……主観的公権」概念の問題に帰着するともいえるが⁵⁷⁾、ここで仮に後者のような主張を容れるならば、本章の冒頭で差し当たり設定したところの、四六条 VwVfG と一一三条一項一文 VwGO との関係如何の問題は、いわば見せかけの問題⁵⁸⁾として後景に退かざるを得ず、またそのような限りにおいて、四六条 VwVfG は法律レベルでの疑念を払拭したことにもなるのである。

第二に、二つの説の間には、最初に述べたような権利概念に関する差異が否定できない。つまり、権利毀損否認説は、手続瑕疵ある「違法」な行政行為による原告の「権利毀損」ということを認めたならば一一三条一項一文 VwGO の取消要件はすべてわたって充たされたことになり、四六条 VwVfG による「変更」を排斥する限りで取消も排除できないと考えるので、ここには（実体的）取消請求権を内包する権利概念が看取できるのである。これに対して、取消効果否認説または取消請求権否認説は主観的権利と実体的取消請求権とを区別し、（殊に手続的権利を含む）いっさいの主観的権利の毀損から直接に取消請求権が演繹できるものでないことを主張する。したがって、ここでは、行政行為の取消請求権は主観的権利とは別異に観念されなければならない。しかし、いずれの説によろうとも、四六条 VwVfG の適用の下で手続瑕疵のみに準拠する行政行為の取消が請求できないのであれば、ここで認められる差異は単に理論的または用語法上のものに留まるにすぎないのか、それとも何らかの法解釈上の帰結を伴って主張されるのであろうかが一考に値するであろう。ただ、いささか結論めいてしまうが、この問題は基本法一九条四項に関連づけて論じられうるものであり、こうしたことからすれば、それは次章で取り上げるのが適当であろうと思われる（後述、

57) この問題は、いかなる権利概念が基本法の基本権条項に適合的かが問題であるという意味では、憲法的な意義をももちうる。こうしたことに関連しては、後述の第五章・一(1)（殊に、本号129-131頁）参照。

58) ここにおいて、以前引き合いに出したヘルトの指摘が想起されてよからう（参照、本稿(二)、第四章の冒頭（前号83頁註・7））。

第五章・一(1))。

(2) ところで、これまで叙述してきたような議論を異なる角度から、つまり一一三条一項一文 VwGO の側から眺めてみると、それはどのようなであろうかということが改めて問われてもよい。ただ、それについてここで一般的に考慮することは既にできないので、とりあえず一一三条一項一文 VwGO の解釈に関するヴァイロイター (Felix Weyreuter) の最近の論稿、「行政行為の違法性、および『これにより』引き起こされる『……権利』の毀損 (行政裁判所法一一三条一項一文と同四項一文)⁵⁹⁾」——このなかで、彼は、取消および義務づけ訴訟の成否が懸からしめられる三つの条件のうちの、「これにより」との文言が各訴訟の成否判断にとって有意義か否か、またそれ以外の条件、つまり「違法性」ならびに「権利毀損」の意義についても言及した——を参考に、簡単に触れるに留めたい。

まず、ヴァイロイターの所説にしたがえば、義務づけおよび取消の各訴訟の訴訟物 (Prozeßgegenstand) は請求権 (Anspruch) によって形成され、義務づけ訴訟において給付請求権が、取消訴訟では除去請求権⁶⁰⁾ (Beseitigungsanspruch) が各々の訴訟を基礎づけることになる。

一一三条四項一文 VwGO は義務づけ訴訟を主観的権利に結びつけ、かくして、給付請求権に基づいて訴えるものは誰でも勝訴できる。同様に取消訴訟の場合にも、現行法は主観法的刻印を与え、対象 (=訴訟物) の点では請求権の訴えが問題になる⁶¹⁾。

つぎに、訴えの成就にとって存すべきこれら請求権は、しかしながら、一一三条一項一文 VwGO や同四項一文 VwGO の各条文から直ちに生じるの

59) Felix Weyreuter, Die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes und die »dadurch« bewirkte Verletzung »in……Rechten« (§113 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 4 Satz 1 VwGO), in: hrsg. v. Hans-Uwe Erichsen/Werner Hoppe/Albert v. Mutius, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 681ff.

60) 因に、ここで除去請求権というのは、ヴァイロイターによれば、「取消請求権」、「回復請求権」(Wiedergutmachungs-)といわれるものと一致するものである。

Vgl. ebenda, S. 686 Fn. 22.

61) Ebenda, S. 684, 686.

ではなく、そのときどきの関係実体法を規準として判断されるべきものとされる。

——三条四項一文 VwGO は訴訟物、すなわち義務づけ訴訟でもって何が要求されねばならぬのかを明らかにするというよりは、「それ以外の何か、つまり訴えを惹起せしめたところのものを、いわば（毀損という）訴訟の『事前の出来事』（Vorgeschichte des Prozesses）を指示」するだけだ。そこで、義務づけ訴訟を主観法的に構成せんとするものは、「——三条四項一文 VwGO に記述される『事前の出来事』をいうなれば翻訳するのを頼り」として、「事前の出来事である『その権利』（in seinen Rechte）ということから訴訟物たる『請求権』を得る」のである⁶²⁾。

同じようなことは——三条一項一文 VwGO の場合にも妥当し、本条項も「（毀損という）『事前の出来事』を挙示するのに自制し」、「その権利」という文言から始めて取消訴訟にあっても主観法的に形成される請求権の訴えが問題になることが判る。そして、そこでの請求権を根拠づけるものは「排除請求権であり、その存否や性質はそのときどきにかかわる実体法を規準として定められる。このような排除請求権が取消訴訟の対象を形成するのである^{63) 64)}。」

さて、ヴァイロイターの所論を取消訴訟にのみ限ってみると、それは、この訴訟の訴訟物を形づくる除去請求権は訴訟法——ここでは——三条一項一文 VwGO ——にあっては措定されるに過ぎず、それを規定もしくは決定づけるものは「そのときどきの関係実体法、であるというに尽きるのである⁶⁵⁾。

62) Ebenda, S. 684f.

63) Ebenda, S. 686f.

64) なお、ヴァイロイターは義務づけ訴訟と取消訴訟とにおける差異についても触れ、義務づけ訴訟の場合、給付の拒否によって毀損されついで訴訟において主張される同一の請求権という、「訴訟以前の出来事」と訴訟物との関係で「請求権の同一性」をみることができるのに対し、取消訴訟においては訴訟物は毀損から生じた除去請求権であり、「この毀損行為に先行する権利は〔義務づけ訴訟におけるとは……引用者〕異なって調達され」というが、本稿とは直接かかわりをもたないゆえに、掲げるだけに留めたい。Vgl. ebenda, S. 687 (auch 685).

65) 参考までに、——三条 VwGO の解釈に関するヴァイロイターの結論は、義務づけおよび取消のいずれの訴訟においても原告に実体的請求権が帰属し、これが行政行為によって毀損されるのを必要とするのに対し、「違法」ならびに「これにより」との文言は義務づけ訴訟を定める同条四項一文 VwGO の場合には「無くてよい」(entbehrlich) 一方、取消訴訟を規定した一項一文 VwGO においては、主観的権利と（実体的）取消請求権とにおける「請求権の同一性」の欠如ということから、「違法」および「これにより」との文言には「権利毀損」に関する判断のための「解釈上の補助手段」たる意義を与えようというものである。Vgl. ebenda, S. 687.

しかして、そのような議論は、四六条 VwVfG と一一三条一項一文 VwGO との関係如何の問題にかかわっては、既述の取消効果否認説または取消請求権否認説の主張を一一三条一項一文 VwGO の解釈の側から裏づけるものと看做することができるであろう。というのは、ここでも、四六条 VwVfG の法的効果を「そのときどきの関係実体法、から生じる取消請求権（の否認）において捉えることが可能とされ、反面、法効果面に関する四六条 VwVfG と一一三条一項一文 VwGO とのかかわりを断ち切るものであるからである。

第五章 行政手続法四六条の憲法問題

本稿でこれまで論じてきたなかで本章が取り扱うべき問題としては、一つに、手続瑕疵ある行政行為の取消に関する判例上の一指針をなしたところの、法治国的手続保障の観点を導入するという立場の当否¹⁾、二つに、四六条 VwVfG の法律要件の解釈（＝四六条 VwVfG の適用領域論）の一説として唱えられたいわゆる合憲解釈説の是非²⁾、三つに、四六条 VwVfG の法的効果の如何にかかわって論議された手続瑕疵ある行政行為による主観的権利毀損の有無の、基本法一九条四項からする評価³⁾といった問題をそのつど指摘した。

ところで、広く四六条 VwVfG の憲法問題という点でいえば、たとえばアイベルト (Reinhard Eibert) の『行政行為の形式的違法性——行政手続法四五条および四六条の解釈と批判について』は、「四六条 VwVfG 批判」という章の一節を充て、「行政の法律適合性原則」、「予見可能性と法的安定の原則」、「基本法一九条四項」、「権力分立原則」、「法治国原則一般」および「民主主義原則」を規準とする四六条 VwVfG の包括的な「憲法的評価」を試みようとし

1) 本稿(-), 第二章・二(2) (前々号68頁) 参照。

2) 本稿(-), 第二章・三(3) (前々号76-77頁) 参照。

3) 第四章・小括(1) (本号122頁) 参照。

た⁴⁾。また、コップ(Ferdinand O. Kopp)は、法治国原則や基本法一九条四項、権力分立原則ならびに——事情によっては——基本権に照らして、四六条 VwVfG を「憲法的には……疑問である(bedenklich)⁵⁾。」と看做したのである。とはいえ、四六条 VwVfG をどちらかといえば一般的または抽象的な諸原則に鑑みて憲法的に疑問視する見解は、今日、ほとんど退けられるに至っていようし⁶⁾、そのような意味では、四六条 VwVfG の憲法適合性の判断は既に下されたということもできるであろう。

したがって、本章においては、より一般的または抽象的な憲法原則に基づいて四六条 VwVfG の評価を試みるという問題には触れず、冒頭に掲げたところに限ることにしたい。しかし、その場合でも、最初に掲げた法治国的手続保障の観点に関する問題はそれ自体として論じることとはせず、第二、第三の問題に収斂せしめることとするために、以下では、もっぱらこれら第二、第三の問題を順序をかえて考察することにした。

一 手続瑕疵ある行政行為の違法確認訴訟または権利毀損確認訴訟

前章で叙述した四六条 VwVfG の法的効果の問題にかかわって、殊に権利毀損否認説と取消効果否認説または取消請求権否認説とにおける分岐を齎した一つの要因として、(主観的)権利概念の差異を挙げ、そしてこのよう

4) Reinhard Eibert, Die formelle Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten — Zur Dogmatik und Kritik der §§45 und 46 Verwaltungsverfahrensgesetz, Diss. Erlangen-Nürnberg, 1978, S. 158ff.

5) Ferdinand O. Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. (1983), §46 Rdnr. 3.

6) Vgl. Fritz Ossenbühl, Zur Bedeutung von Verfahrensmängeln im Atomrecht, in: NJW 1981, S. 375ff. (377); dens., Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: NVwZ 1982, S. 465ff. (471); Paul Stelkens, in: Paul Stelkens / Heinz Joachim Bonk / Klaus Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl. (1983), §46 Rdnr. 2; Jost Pietzcker, Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: VVDStRL 41(1983), S. 193ff. (224); Volkmar Götz, Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz, in: NJW 1976, S. 1425ff. (1429); Klaus Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 1983, §46 Rdnr. 6. usw..

な差異が果して実定法解釈の局面のなかで意味を有しうるのか否かの論点とともに、基本法一九条四項がそのさいの焦点であるべきことを指摘した⁷⁾。ここでは、このような問題について考察を加えることにする。

(1) 四六条 VwVfG の本来の趣旨は、いうまでもなく、手続瑕疵のみを理由とする行政行為の取消の訴えを排除することにあるが、それがこれ以外の訴訟類型にも適用（または準用）されうるのかどうかについては、学説上いささか議論が戦わされた。殊に義務づけ訴訟をめぐって争われ、当初は多くの論者が否定的に理解し⁸⁾、ほとんどベッターマン⁹⁾ (Karl August Bettermann) のみが肯定的な立場を容れたにすぎない。しかしながら、近年、既に述べたような手続瑕疵ある行政行為の行政庁による職権取消の問題¹⁰⁾ ともかかわって、そうした議論のなかから、四六条 VwVfG の法的効果の一環として無瑕疵裁量行使請求権の排除を導くことが主張される。というのは、四六条 VwVfG と四八条一項一文 VwVfG のいずれもが手続瑕疵ある行政行為についての（行政庁の）職権取消を制限しようとせず、かえってこの点での行政庁の裁量とそれに伴う（市民の）無瑕疵裁量行使請求権を

7) 第四章・小括(1) (本号122頁) 参照。

8) たとえば、Kopp, VwVfG, §46 Rdnr. 10; Walter Klappstein, in: hrsg. v. Hans Joachim Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl. (1982), §46 Rdnr. 2. 4; Hans Meyer, in: Hans Meyer und Hermann Borgs-Maciejewski, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. (1982), §46 Rdnr. 7; Carl Hermann Ule = Hans-Werner Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 2. Aufl. (1979), §58 II 3 (S. 282). (但し、後ほどの三者は、拒否処分以外のいかなる処分もあり得ないときは、四六条 VwVfG の準用を認めるという。)

9) その理由としては、一一三条四項 VwGO の義務づけ訴訟の成否は、一一三条一項一文 VwGO の取消訴訟におけると同様、申請された行政行為の拒否または放置の「違法」とこれによる原告の「権利の毀損」に懸かっているから、という。Karl August Bettermann, Die Anfechtung von Verwaltungsakten wegen Verwaltungsverfahren, in: hrsg. v. Rolf Stödter und Werner Thieme, Hamburg・Deutschland・Europa, Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, 1977, S. 271ff. (296).

10) 手続瑕疵ある行政行為の（行政庁による）職権取消の問題については、本稿(-), 第一章・二 (前々号56頁以下) 参照。

承認する場合、四六条 VwVfG に基づいて排除されるべき手続瑕疵ある行政行為の取消が、職権取消に関する「手続瑕疵のない裁量決定を求める形式的主観的公権」を介して、義務づけ訴訟によって可能となるというのは、四六条 VwVfG の趣旨からは許容しがたい結果と解されるからである^{11) 12)}。

ところが、これと同じような問題を確認訴訟に関しても設定することができ、しかもその場合には当該訴えが確認訴訟であるのか、実質的に取消訴訟を指向するのかが議論になることも考えられる¹³⁾。しかし、それはともかく、確認訴訟においても四六条 VwVfG の適用を主張する見解が見当たらないとすれば、以下でもそのことが前提にされ得よう。そのさい、確認訴訟とし

11) 典型的には、Wolf-Rüdiger Schenke, Der verfahrenfehlerhafte Verwaltungsakt gemäß §46 VwVfG, in: DÖV 1986, S. 305ff. (311)。また、問題の所在についてはルップも同様に指摘していた(参照, 本稿(-), 第一章・二(2), 前々号57頁註・(12))。

12) 因に、義務づけ訴訟への四六条 VwVfG の適用問題については、四六条 VwVfG の適用領域に関する議論のなかで明らかになった(行政)裁判所の審査・統制権限の有無または範囲ということ踏まえるならば(参照, 本稿(二), 第三章・一(とくに前号59-62頁)), 基本的には、ここでも裁判成熟性の観念を基底に置いたヒルの視角が諒解されるべきであろう。

これによれば、一つに、裁判成熟性が充たされ、それゆえに通例羈束決定が問題の場合には、四六条 VwVfG は義務づけ訴訟にも適用可能となり、その結果、求められる行政行為の拒否以外いかなる決定もなされ得ないであろうときは、手続瑕疵にもかかわらず行政行為の交付の義務づけは要請され得ないが、原告に存すべき給付請求権の要件が充たされるならば、裁判所は自ら事案を決定し、行政庁に求められる行政行為の交付を義務づけなければならない。他方、二つに、裁判成熟性が充たされず、殊に行政庁に認められる裁量や判断の余地から複数の適法決定がなされうるのであるところでは、裁判所は手続瑕疵を理由に拒否行為を取消し、行政庁に対し適正な手続において原告に決定すべきことを義務づけるべきことになる。Hermann Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 464f.

13) たとえば八二年の連邦行政裁判所判決(BVwG, Urt. v. 3. 5. 1982, BVwGE 65, 287)は、まさにこのようなケースを扱ったものとみられる。つまり、原審(=ハノーファー行政裁判所)が兵役拒否者たることの承認を求めた原告の訴えを確認訴訟と看做して、これへの四六条 VwVfG の適用に懐疑的な判断を示したのに対し、本決定は取消の訴えが問題であると考え、四六条 VwVfG の適用事例と判断したのであった(なお、本判決は本稿(-), 第二章・四(1)の註(51)を付した判決である)。

ては、手続瑕疵ある行政行為の違法確認訴訟または権利毀損確認訴訟——以下、便宜上、原則的に違法確認訴訟と記す——が提起されることになる。そうして、違法確認訴訟については——三条一項四文 VwGO が規定し、「行政行為が撤回またはその他の方法により既に解決されている場合、原告がその違法の確認につき正当な利益を有するときは、裁判所は申立てに基づいて判決により、行政行為が違法であった旨を宣言する。」ものとする。そこで、この規定がどのような形で手続瑕疵ある行政行為の場合にも妥当せしめられるのかについては、後述に委ね (本章・一(2))、差し当たっては、違法確認訴訟がどのような意味で憲法問題を内在せしめているのかをみていくことにしよう。

前章 (第四章・小括(1)) で既に述べたように、四六条 VwVfG の法的効果の問題に関する権利毀損否認説は、取消訴訟について定める——三条一項一文 VwGO の「権利毀損、要件を本条が否定するものと理解し、手続瑕疵ある行政行為による主観的権利毀損といった事態を認めない。これに対し、取消効果否認説または取消請求権否認説は、主観的権利 (の毀損) と取消請求権との区別のうえで、手続瑕疵ある行政行為による主観的権利の毀損に肯定的に対処する。しかして、このような差異が憲法的な意義を有することを指摘するものがある。すなわち、シェンケ (Wolf-Rüdiger Schenke) によれば、四六条 VwVfG に向けられる憲法的な疑念は、四六条 VwVfG が (実体的) 取消請求権を排除したり、手続瑕疵ある行政行為に対する権利保護を一般的に拒絶する点で、基本法一九条四項に基づいて主張されるが、しかし、取消請求権の排除を念頭に置く疑念が述べられる限り、それは理由のないものであって¹⁴⁾、その結果、二番目の権利保護一般の拒絶という視点が

14) というのは、「基本法一九条四項の権利保護の保障は、〔基本法一九条四項以外の……引用者〕他のところで根拠づけられた主観的権利の保護を規律するだけであり、自らはこの権利を構成するのではなく、ましてや、その「保障から……実体法的リアクション請求権の形で、基本権毀損に結びつく制裁の成立に関する必然性が引き出されるわけでもなく」いからである (Schenke, aaO. (註・11), S. 312)。

なお、うえのような点については、後述の本章・二 (本号138頁以下) も参照。

議論になるという。

基本法一九条四項への違背は、四六条 VwVfG が取消請求権の排除を越えて手続瑕疵ある行政行為に対する裁判的権利保護一般を排除するときに考慮される。「そのとき、事実、基本法一九条四項の権利保護保障は侵されよう。」「手続瑕疵ある行政行為の取消を求める実体法的請求権の欠如のゆえに基本法一九条四項に関する権利保護を否定することは、……市民の自由の圏域 (Freiheitssphäre) が侵される場合には、毀損された自由権を……自由権の毀損に大概結びつく (第二次的な) リアクション請求権と取り違えることに帰着し、それゆえ、裁判的権利保護についての憲法的必要性を疑問とすることができない。」元来、基本法一九条四項の権利保護の前提は、「権利保護の必要性が存することのみ」であり、この必要性の存否の審査にあっては、「四六条 VwVfG が取消請求権を排除し、そしてこれによって、違法性ないしは手続瑕疵ある行政行為による権利毀損の確認のみが考慮に入るとの事情が重要でありうる。かような確認にとっての権利保護の必要性は、……一般的には排除されることができない¹⁵⁾。」

更にまた、ヒル (Hermann Hill) も、

取消訴訟または義務づけ訴訟¹⁶⁾ が四六条 VwVfG のうえで挫折するとすれば、一一三条一項四文 VwVfG の類推の下、「手続瑕疵をゆえとする決定の違法確認を求める遂行的確認訴訟¹⁷⁾ (Fortsetzungsfeststellungsklage) が考慮に入る。」そうして四六条 VwVfG の適用により手続瑕疵の主たる制裁がなくなり、実体決定にかかわっての職務責任請求権や結果除去請求権 (Amthafungs- und Folgenbeseitigungsansprüche) が機能しないのであれば、「このことは基本法一九条四項の点で容易ならぬ帰結であろう。制裁システムにおけるこのような間隙 (Lücke) は、……一一三条一項四文 VwGO の遂行的確認訴訟の類推 (Analogie) を精査するきっかけをなすのである¹⁸⁾」,

というのである。

以上、四六条 VwVfG をもって手続瑕疵ある行政行為の違法性、やこれによる主観的権利毀損を否定する法的規律とみるのか否かは、基本法一九条四項における権利保護の保障にかかわって、基本法下での四六条 VwVfG の存続そのものに結びつきうる問題性を内在せしめているということができ

15) Schenke, aaO. (註・11), S. 312.

16) 四六条 VwVfG と義務づけ訴訟との関係に関するヒルの所論については、前註(12)参照。

17) 遂行的確認訴訟については、後出・註(25)参照。

18) Hill, aaO. (註・12), S. 465f.

る。そして、手続瑕疵ある行政行為の違法確認訴訟はこうした憲法上の疑念を回避するための不可欠な方途を意味する。しかして、このような訴訟類型がどのようにして可能となるのか。これがつぎに考慮されるべき課題をなすことになる。

(2) 以前においてバッホフ (Otto Bachof) は、行政行為の「欠缺 (Mangelhaftigkeit) の法的効果」の下に、無効にあらざる欠缺ある (mangelhaft) 行政行為は違法であるので、その効力を排除されたり、より上位の利益がそれ以外のいかなる規律も要請しないときは効力の排除が妨げられたりするが、最終的に生じた効力を旧に復し得ないならば、「少なくとも違法性が確認されるべきである」として、瑕疵ある行政行為の裁判的制裁としての損害賠償訴訟と並んで違法確認訴訟のありうべきことを示唆していた¹⁹⁾。しかし、四六条 VwVfG に関する従来の論議のなかでは、シェンケの指摘²⁰⁾を俟つまでもなく、手続瑕疵ある行政行為の違法性 (ないしは権利毀損) の確認を指向する訴えの可能性は、これに対する権利保護手段として取消訴訟のみが重視されたことにより、ほとんど見過ごされてきたかにみえる²¹⁾。

19) Hans J. Wolff・Otto Bachof, *Verwaltungsrecht I*, 9. Aufl. (1974), §51 IV g) (S. 436).

20) Schenke, aaO. (註・11), S. 312 Fn. 51.

21) もっとも、手続瑕疵ある行政行為の違法確認訴訟が実際に問題になり得なかったというのではない。そこで、そのような一例を挙げるとしよう。

事例は、七七年八月、(訴外) 連邦食糧農林大臣がソビエト領内のルーマニア近接地域における豚コレラ (Schweinepest) の発生に関する情報を得たことからはじまる。同大臣はこれの確認のためにルーマニア農林省に照会したところ、ウクライナでの発生の実事ならびにルーマニアにおいて一応の対応策が講じられたこと、しかしそこではいまだ伝染病の発生がないこと等が確認され、同大臣は専門官吏の派遣を不要とした。一方、原告はルーマニアからの食肉輸入を営む企業者であり、とくにソビエトに近接した地域からの肉を扱っていた。バイエルン内務大臣 (=被告) は、原告の申請に基づき、同年一〇月七日にルーマニアからの向こう三か月間の食肉千トンの輸入を許可したが、それには獣医学的理由からの随時の撤回が留保されていた。その後、一〇月一九日、連邦食糧農林大臣は先の事情を考慮してルーマニアからの豚ならびに生豚肉の輸入を許可せず、既になされた許可の即時の撤回

ところが、近年、手続瑕疵ある行政行為に懸かる取消以外のありうる制裁との関連において、「行政裁判所は、行政庁の実体決定を確める自己の判決のなかで、行政が違法に行為して記録閲覧を求めうる市民の主観的権利を毀損したことの確認を宣言することが考えられるべきである²²⁾。」とか、同様に手続瑕疵の行政裁判的制裁として取消訴訟、結果除去請求訴訟（一一三条一項二文 VwGO）、義務づけ訴訟（一一三条四項 VwGO）のほか、遂行的確認訴訟（Fortsetzungsfeststellungsklage）（一一三条一項四文 VwGO）を挙げ、このさいの確認利益を「回復の必要」（Rehabilitationsbedürfnis）、「繰り返しの危険」（Wiederholungs-）、「職務責任訴訟（Amtshaftungs-）への備え」に求めるべきことが主張される²³⁾ように、手続瑕疵ある行政行為の

をラント当局者に求めるに至った。そこで、バイエルン内務大臣は一〇月二〇日に一〇月七日付けの原告への許可を即時効をもって撤回し、即時執行命令を発したが、一二月二〇日には再び、輸入が汚染危険地域からのものでないとの条件で、輸入許可の撤回を取消した。そこで、原告は、一〇月二〇日の撤回の取消とその間に解決した撤回の違法確認を主とし、補助的には撤回された許可の賦与義務の確認を求めて出訴した。そのさいの理由としては、権利侵害行政行為に先立つ関与人の聴聞を規定したバイエルン州行政手続法二八条一項——一項を含め、条文としては連邦行政手続法の二八条にまったく同じ——が根拠とされた。

これに対して、連邦行政裁判所 (BVwG, Urt. v. 15. 12. 1983, in: DVBl. 1984, S. 530ff.) は、本件撤回が解決された後の遂行的（違法）確認の訴えが許容されることを述べ、基本的には、行政庁に聴聞義務の回避を許容する二八条二項の事由のうちの、「遅滞による危険または公益上の危険から、即時の決定が止むを得ないと思料されるとき」との判断に関する裁判所の審査権限を首肯し、聴聞義務を解除せしめるかかる事由が本件に存在したか否かを考慮して、これを否定することにより、原告の訴えを容れる旨の判決を下した。そうして、バイエルン行政手続法四六条の規定を援用した被告主張について、つぎのような判断を明らかにしたのである。すなわち、

本件へのバイエルン行政手続法四六条の「適用は、原告が違法とみられる撤回決定の取消を求めるのではなく、それが違法であったとの確認を求めるにすぎないという点において既に駄目になり得よう。だが、バイエルン行政手続法四六条が取消訴訟の枠外で——ここでのように——解決された行政行為の違法性の確認が求められる行政裁判手続にとっても重要であるのか否かという問題は、当面は最終的な決定を必要としない。なぜならば、ここでは、他に実体決定がなされ得たであろうから。」

22) Jürgen Held, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 244.

違法性、またはこれによる主観的権利毀損を前提としながら、それら確認をを求める訴えに改めて注目しようとする動きが現れてきた。そうして、そのような動向が四六条 VwVfG に対する憲法上の配慮にも基づくことは、(1) で記したとおりである。したがって、今や、このような訴訟についての法的可能性ないしは法的許容性が考慮されねばならない^{24) 25)}。

まず、手続瑕疵ある行政行為の違法確認訴訟の可否について、ヒルは、一一三条一項四文 VwGO の類推による遂行的確認訴訟を想定し、四四 a 条 VwGO がこの申立ての障害になりうるということが考えられるという²⁶⁾。しかしながら、四四 a 条 VwGO は「訴訟経済」の観点から手続行為については実体決定を俟って争わしめれば足りるとの考慮に出でるもの²⁷⁾であって、いずれにしても実体決定以後に提起される申立てが四四 a 条 VwGO を支える「訴訟経済」の実質を危うくせしめるものでないことは、ヒルの認めるところ²⁸⁾でもある。また、一一三条一項四文 VwGO による申立てにあっては、

23) Friedhelm Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 1986, S. 381ff. (vgl. auch S. 123f.)

なお、オーバーマイヤーも、簡単ながら、「利害関係人が行政行為の違法性の確認につき正当な利益を有すときは、一一三条一項四文 VwGO の準用において遂行的確認訴訟を提起できうることは、四六条 VwVfG によって「触れられないままである。」という。Obermayer, Kom. z. VwVfG, §46 Rdnr. 18.

24) このような問題に関して参照できる所論を披瀝するのは、ヒル (註・12の書) およびとりわけシェンケ (註・11の論文) である。したがって、本文における叙述もこの両者に負わねばならない。

25) なお、便宜上、ここで、»Fortsetzungsfeststellungsklage« —— 一応、遂行的確認訴訟と訳す —— について触れておこう。

既に引いたように (本号129頁)、一一三条一項四文 VwGO は、取消訴訟の提起後に撤回等により係争行政行為が解決されたときは、原告に違法確認の利益が存する限り、裁判所は原告の申立てに基づいて当該行為の違法性を宣言することができる旨規定する。そこで、原告 (のみ) は本案についての訴えの利益を失った時点から訴えを転換し —— 転換 (umstellen od. Umstellung) であって訴えの変更 (Klageänderung) ではなく、したがって関係人の同意や実益性 (Sachdienlichkeit) の点での裁判所の許可を要しないといわれる ——、係争行政行為の違法確認訴訟を申立てることが許され、これが遂行的確認訴訟の名で呼ばれる。以下、レーデカー=エルツェンの『行政裁判所法・コンメンタル』に拠り、この訴訟について少しみておこう。

行政行為が「既に解決されている」ことが求められるが、彼は、この点での整合性に関してもいかなる疑いも認めない。というのは、四六条 VwVfG は行政行為の「解決根拠 (Erledigungsgrund) を叙述する」ものなるがゆえに、行政行為の「取消を指向する申立ては解決されている²⁹⁾。」からである。したがって、ヒルによれば、四六条 VwVfG によって取消が考慮されない行政行為は「既に解決されている」にもかかわらず、「手続瑕疵に基づく行政行為の違法性がなおも存続」し、少なくとも、「手続権または手続利益の毀損が手続上重大なものとして存続す」³⁰⁾のである。その結果、ここにおいて、一一三条一項四文 VwGO に準拠した遂行的確認訴訟の途が拓かれる

まず、形式的な要件として、係争の行政行為が「既に解決されている」ことが求められ、最終的には裁判所が判断すべきものとされる。ただ、この訴訟の「補充性」に懸かるこうした判断が事実上原告に予見しがたいことから、確認の申立てを本案に補助的に併合せしめておくことが認められている。つぎに、実質的な要件として、原告に違法確認のための「正当な利益」が要請される。基本的には、ここでも、四三条 VwGO の確認訴訟についてと同じことが妥当すべきとされるが、四三条 VwGO において必要とされる「即時確定」の利益は、法文の差異に鑑みて、問題にならないとされ、具体的には、決定が民事上の損害賠償請求権にとって重要であり、たとえば職務責任訴訟 (Amthafungsprozeß) が既に係属中であり、それが期待されうるとき等の場合に、「正当な利益」が認められる。更に、確認の利益は、同一の (gleich) ——内容的に等しいというのではない——行政行為の「繰り返し」(Wiederholung) または「繰り返しの危険」, 「回復 (Rehabilitation) 利益」ということから首肯される。結局、「一一三条一項四文 VwGO の適用領域は、裁判によって広範に拡張される。」ともいわれる。Konrad Redeker / Hans-Joachim v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 7. Aufl. (1981), §113 Rdnrn. 13ff. 後出・註(35)も参照。

因に、コップによれば、遂行的確認訴訟においては、「事物にしたがうと、確認判決が問題になるのではなくて、取消判決の下位事例 (Unterfall) が問題になる。」という (Ferdinand O. Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl. (1986), §113 Rdnr. 47.)。それゆえ、両者の間には微妙なものがあるのであろう (参照, 前出・註(13)の裁判例)。

26) Hill, aaO. (註・12), S. 466.

27) 参照, 本稿(二), 第四章・註(4) (前号82頁)。

28) Hill, aaO. (註・12), S. 466.

29) Ebenda, S. 466.

30) Ebenda, S. 466.

ことになる。

一一三条一項四文 VwGO による遂行的確認訴訟の許容性は、この「確認につき正当な利益を有する」ことである。この点、直接に手続瑕疵から生じた損害についての職務責任請求権、損害賠償請求権または停止請求権 (Unterlassungs-) のことが想起できるし、わけて多段階的、重層的および／または反復的決定の場合に明らかかなように、「繰り返しの危険」に対する違法確認訴訟の「予防的効果」のことが考えられる³¹⁾。

こうして、手続瑕疵に直接起因する損害についての職務責任請求権、損害賠償請求権や停止請求権、「繰り返しの危険」に依拠した「予防的効果」において、手続瑕疵に基づく決定の違法確認利益を見出すならば、ヒルには、「手続瑕疵を理由とする決定の、一一三条一項四文 VwGO を類推しての違法性の確認は、解釈上許されるもの」となるのである³²⁾。

さて、叙上のようなヒルの所説には、その取消が排除されるべき手続瑕疵ある行政行為の違法確認訴訟に改めて注目させたシェンケ³³⁾の影響を看取できるが、そうしたシェンケも、一先ず、一一三条一項四文 VwGO による遂行的確認訴訟の類推について、撤回等により既に「解決」された行政行為の違法確認訴訟を規定した一一三条一項四文 VwGO の意味は、「解決」のゆえに取消することのできない行為の場合には少なくとも違法確認を求める原告の利益が考慮されることに存し、そのことは、権利毀損行為の取消がその「解決」のゆえでなく、実体的取消請求権の欠如から請求し得ない場合にも妥当するとして、その可能性を首肯し³⁴⁾、更にいう。

いっさいに確認訴訟におけると同じように、一一三条一項四文 VwGO を類推しての場合にも、権利保護の必要が明らかにされねばならない。そのさい、確かに、

31) 更に、ヒルは、基本権にとって重要な手続違背の場合には、手続瑕疵に基づく決定の違法確認の利益は「回復 (Rehabilitation) の視角」からも生じるという。以上、Ebenda, S. 466f.

32) Ebenda, S. 467.

33) そのようなものとして、Wolf-Rüdiger Schenke, Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: VBlBW 1982, 313ff.; ders., Diskussionsbeitrag, in; VVDStRL 41 (1983, S. 274ff. (276)) を挙げ得ようが、前者については参照し得なかった。

34) Schenke, aaO. (註・11), S. 317.

四六条 VwVfG を手続瑕疵ある行政行為に向けられる裁判的権利保護の一般的排除の意味に理解できないとしても、そのことがここでの権利保護の必要を直ちに擁護するのでもない。そのような必要性は、たとえば「すぐさま片がつくタイプ」の (sich typischerweise kurzfristig erledigend) 行政行為³⁵⁾に認められる。かかる場合に権利保護利益を否認するときは、主観的権利を毀損するこの種の行政行為は裁判的権利保護手続において審査され得ないからである。他方、このことは客観訴訟を導くことには至らない。なぜならば、ここでも、行政行為によって惹起される権利毀損の存在ならびに権利保護手続としての一一三条一項四文 VwGO が維持されるから。そのうえ、基本法一九条四項の裁判による個人的権利保護の制度的保障は権利保障手続の完全な排除を妨げるのである。

このようなことは、行政行為の取消が四六条 VwVfG によって排除されるときにも妥当するにちがいない。さもなければ、(手続的な) 権利毀損に根拠する裁判的権利保護は論理的に可能でないからである。ここでの権利保護の必要は四四 a 条 VwGO の解釈からも理解されよう。というのは、実体決定に対してと同時にのみ手続行為への法的救済を許容する本条が、手続を終結せしめる実体決定にかかわって手続瑕疵を確認させ得ないならば、それは憲法に違背するであろうから³⁶⁾。

かくて、シェンケは、一一三条一項四文 VwGO の違法確認訴訟が認められる「すぐさま片がつくタイプ」の行政行為との対比において、四六条

35) 「すぐさま片がつくタイプ」の行政行為として、シェンケは、「場所からの退去処分」(Platzverweis), 「警察上の調査(Durchsuchung)」ならびに「すぐに述べ終えられる集会の禁止処分」を例として挙げる。Wolf-Rüdiger Schenke, Rechtsschutz gegen erledigtes Verwaltungshandeln, in: Jura 1980, S. 133ff. (143).

因に、シェンケによって挙げられた第一の例は、「警察は、危険防止のために、ある場所(Ort)から個人(eine Person)を一時的に退去させることができ、また、ある場所への立入を一時的に禁止することができる。場所からの退去(Platzverweisung)は、さらに、消防隊もしくは救援・救護勤務者(Hilfs- od. Rettungsdiensten)の出動を妨げる人々に対し命じられることができる。」 (§12 des Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetz, Fassung 1977) とされるようなケースであり、第三のものに関連しては、六六年のハンブルク上級行政裁判所判決(OVG Hamburg, Urt. v. 22. 4. 1966: DVBl. 1967, S. 422ff. (insbes. 424f.)) が、それまでの判例を変更して、つぎのように判示したことが注目される。すなわち、それによれば、集会の禁止処分にあつて予定の時点が過ぎ去った場合、その取消でなく、当該禁止が違法であったことの確認を指向する訴えが一一三条一項四文 VwGO の準用において許され、またそのときの「正当な利益は、集会禁止処分の裁判的統制が不可欠と思われることから生じ」、「さもなければ、かかる裁判的統制が欠け、裁判判決の『教育的効果』がなければ、集会の自由なる基本権にとっての重大な危殆はまったくあり得ないことでもなからうから。」というのである。

36) Schenke, aaO. (註・11), S. 319f.

VwVfGにより取消を排除される手続瑕疵ある行政行為の違法確認利益を論証しようとする。

「すぐさま片がつくタイプ」の行政行為と手続のみに瑕疵があるそれとの——実体上の瑕疵か、手続瑕疵かという——差異は、四六条 VwVfG で規範化された取消請求権の排除において考慮される。しかし、それに加え、この差異が何ゆえ——三条一項四文 VwGO の確認についての「正当な利益」に関しても重要でありうべきか。四六条 VwVfG の手続瑕疵を有し、かつまた、「すぐさま片がつくタイプ」の行政行為は——三条一項四文 VwGO の類推の下に適法性の審査に服する一方、同じ手続瑕疵をもちながら継続的な効果を有する行政行為がかかる審査を免れるのは、何ゆえにか。

結局、少なくとも、「手続瑕疵ある行政行為の繰り返しのおそれがあるとき」は、その違法確認の利益が常に首肯されねばならぬであろうし、差別的 (diskriminierend) 性格の行政行為³⁷⁾が問題の場合にも同様のことが認められる。手続瑕疵ゆえのみの差別的行政行為はそれ自体基本権侵害を意味するからである³⁸⁾。

以上、四六条 VwVfG の法的効果如何に関する権利毀損否認説と取消効果否認説または取消請求権否認説との間で認められる差異を契機に、後者の、しかも最近の若干の論者によって主張される手続瑕疵ある行政行為の違法確認訴訟についてみてきた。そして、そのような議論にしたがえば、まず第一に、取消訴訟以外にも手続瑕疵ある行政行為に対する裁判的保護 (= 裁判的制裁) を考えることが可能であり、あるいは、単に可能であるというよりも憲法上要請されていると解すべきで、さもなければ四六条 VwVfG 自身が基本法一九条四項に違背することになるからである³⁹⁾。

第二に、取消以外の裁判的保護手段としては、——三条一項四文 VwGO

37) このような例として、とくに差別的な警察上の処分、たとえば差別的な直接強制や調査、盗聴が挙げられる。Wolf-Rüdiger Schenke, Die Fortsetzungsfeststellungsklage, in: hrsg. v. Hans-Uwe Erichsen / Werner Hoppe / Albert v. Mutius, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 461ff. (471).

38) Schenke, aaO. (註・11), S. 320f. (確認の「正当な利益が予防 (Prävention) の観点の下で存することについては、既に Schenke, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 41, S. 274ff. (276))

の準用の下、手続瑕疵ある行政行為の違法確認訴訟（または権利毀損確認訴訟）のことが考慮される。

第三に、この（遂行的）確認訴訟は、係争行政行為が撤回等により「既に解決されている」ことと、原告が違法の確認について「正当な利益」を有すべきことを要請する。そこで、まず、係争行政行為が「解決されている」か否かが問われうるが、手続瑕疵のみを理由とする行政行為の取消の、四六条 VwVfG による排除こそがその「解決」の意味に理解できるもので、また、確認の「正当な利益」についても、（民事上の）職務責任請求権や損害賠償請求権などのほか、行政訴訟（法）的には、`繰り返しの危険（またはそのおそれ）、`対処するための確認訴訟の`予防的効果、や`回復利益、の`ことを念頭にすることができるのである。

二 手続瑕疵と基本権毀損

前述・一が四六条 VwVfG の憲法問題を基本法一九条四項の局面から、いいかえれば裁判的保護という形式的基本権の側面から扱ったのに対し、ここでは、基本権の内容面すなわち実体的基本権に関連して、四六条 VwVfG が憲法上の疑念を生ぜしめないのか否かが考慮される。しかも、このさい、四六条 VwVfG の適用如何にかかわって唱えられたところのいわゆる合憲解釈説が想起されるべきで⁴⁰⁾、これによれば、`基本権によって要請される、または`基本権的に重要な、手続規定の違背がそのような基本権を毀損することから、まさにその限りにおいて、四六条 VwVfG は憲法（＝基本権）適合的・限定的解釈を必要としているのである。以下では、要するに、こう

39) したがって、公権力による権利毀損のいっさいに「出訴の途」を保障した基本法一九条四項に適合せしめるために、権利毀損否認説に比して限定的な解釈を四六条 VwVfG について施すという意味では、本文のような議論も一種の憲法適合的・限定的解釈説といえるが、いうまでもなく、それは本稿にいう四六条 VwVfG のいわゆる合憲解釈説とは異なる。

40) 四六条 VwVfG のいわゆる合憲解釈説については、本稿(-)、第二章・三(3) (前々号76頁) 参照。

した主張の当否が吟味されることになる。

(1) 四六条 VwVfG がうえのような意味での憲法適合的・限定的解釈を必要とする根拠の一つに、七九年の連邦憲法裁判所決定⁴¹⁾ (=いわゆるミュールハイム・ケルリッヒ決定) が論者⁴²⁾によって挙げられる。ところが、本決定をめぐるさまざまな解釈が競われており⁴³⁾、その結果、合憲解釈説のために本決定を引き合いに出すことに対しても反撥が強いとみられる⁴⁴⁾。しかし、差し当たりは、四六条 VwVfG の憲法適合的・限定的解釈を裁判例のうえで展開した八一年のアルンスベルク行政裁判所判決⁴⁵⁾を取り上げることによって合憲解釈説を再説し、同時に、具体的な適用の事例をみることにしたい。

さて、本件アルンスベルク行政裁判所判決は、原子力法上の施設部分許可 (Teilerrichtungsgenehmigung) の取消請求事件に懸かるもので、この許可によって従前の許可の変更が図られたことから、事前の公衆参加 (Öffentlichkeitsbeteiligung) 手続の実施を求める利害関係人 (=原告) がかかる手続を改めて踏まずになされた許可の取消を争ったというものである。裁判所は、ミュールハイム・ケルリッヒ決定と同じように、原子力法上の許可手続における公衆参加が実効ある基本権の保護 (effektiver Grundrechtsschutz) という基本法二条二項からの所産であることを述べるとともに、実体的な許可の許否とは別に、原告はこの協働権 (Mitwirkungsrecht) の違背の下に与えら

41) BVfG Beschluß v. 20. 12. 1979, BVfGE 53, 30 = NJW 1980, 759ff.

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

43) 差し当たり, Klaus-Peter Dolde, Grundrechtsschutz durch einfaches Verfahrensrecht?, in: NVwZ 1982, S. 65ff. (68) 参照。

44) Vgl. Ossenbühl, aaO. (註・6) (NVwZ), S. 471; dens., aaO. (註・6) (NJW), S. 376, 377; Dolde, aaO. (註・43), S. 70; Walter Krebs, Kompensation von Verwaltungsverfahren Fehlern durch gerichtlichen Rechtsschutz? — Zur Problematik des §46 VwVfG des Bundes und der Länder —, in: DVBl. 1984, S. 109ff. (114f.)

45) VG Arnsberg, Urt. v. 27. 1. 1981, in: DVBl. 1981, S. 648f. 本判決については, Siegfried de Witt, Anmerkung, in: DVBl. 1981, S. 649ff. 参照。

れた許可の取消を訴求しうる請求権を享受するとし、結論として、本件許可による変更が原子力法手続規則 (Atomrechtliche Verfahrensordnung) にいうところの縦覧や公告等を要する「本質的な変更」に該当し、しかも原告の権利に対して不利益な影響をおよぼすことを理由に、原告の主張を容れることになった。そして、このなかで、裁判所はつぎのように判示し、四六条 VwVfG の合憲解釈説に理解を寄せる注目すべき見解を明らかにしたのである。すなわち、

「本件原告は、予めその異議を行政手続において提起する何らの可能性ももたなかったことにより、基本法二条二項に基づく彼の基本権を毀損されるのである。公告や縦覧がなされなかった場合、ノルトライン=ヴェストファーレン州行政手続法四六条で判断すると不顧慮 (unbeachtlich) であるところの手続瑕疵が問題となるのではない。」「本件においては、ノルトライン=ヴェストファーレン州行政手続法四六条は憲法適合的 (verfassungskonform) 解釈を必要とする。なるほど、基礎的資料の縦覧がなされなかった場合には、表面上、手続瑕疵が問題である。だがしかし、実効ある基本権の保護が第三者の参加を伴う行政手続の形成や基礎的資料の縦覧を要請するとすれば、これに対する違背においては、実に、基本法二条二項に反する実体的基本権違背が存するからである。ノルトライン=ヴェストファーレン州行政手続法四六条は、しかしながら、行政手続法の形式的諸規定に対する違背にのみ妥当する。実体的基本権違背が存する諸ケースにも適用するということは、問題にならない。」のである⁴⁶⁾、

と。つまり、本件判決によれば、基本権はその実効ある保護のために行政手続の形成を要請するのであり、そこで、そのようにして設けられた手続規定が毀損されるのは、実質において、これを要請したところの実体的基本権が毀損されるというに等しいというのである。

(2) ブリュームル (Willi Blümel) やゼルナー (Dieter Sellner)、更にア
ルンスベルク行政裁判所判決によって説かれた四六条 VwVfG の合憲解釈
説というのは、繰り返しいえば、`基本権によって要請される、または`基
本権的に重要な、手続規定は、その格別の基本権保護的効果において、これ

46) Ebenda, S. 649.

因に、本判決はミュンスター上級行政裁判所によって取消された由である (Ossemnbühl, aaO. (註・6) (NVwZ), S. 468 Fn. 36)。

に違背する行政行為を実体的基本権の違背として把握することを可能にするというのである⁴⁷⁾。したがって、四六条 VwVfG が手続瑕疵のみに準拠する行政行為の取消を、決定選択肢なき場合、すべて排除するというのであれば、四六条 VwVfG をかえって憲法上疑問視すると同時に、基本権によって要請される、ないしは基本権的に重要な、手続の違背をいわゆる絶対的手続瑕疵または絶対的取消事由⁴⁸⁾と看做すのである。

では、このような見解は学説上どのように受け止められているのであろう

47) フーフェンは、そのときどきに関係する基本権保護のためにあらゆる場合に与えられねばならぬところの基本権防禦的手続ミニマムの輪郭として、①基本権の規範領域を構成する事実の適切な調査、②利害関係あるものの手続参加と聴聞、③手続における利害関係人との適切な協議と情報の付与、④基本権にとって重要な法的・事実に観点を含める理由付記、⑤参加人間の手続的平等扱いを挙げ、このようなミニマムにおいて、「基本権は、国家なる支配的結合体 (staatlicher Herrschaftsverband) からの社会の Lebenssachverhalte の、憲法によって保障された分離として妥当するのみならず、機能的なものとして……政治・行政システムの決定・作用プロセスに働きかけ」るのであって、「法に圍繞された保護ゾーンの意味における基本権思考」、「国家の手続に先行し、……対立して存する」基本権観は適切でない、という。そのうえで、「このような保護機能が手続瑕疵の評価をも規定する。つまり、憲法的保護規範の不適用または否認、そうして利害関係人の負担での基本権の妥当内容の省約が存する、と。このことは基本権の侵害としてのみ整理でき」、「もはや基本権的に重要な手続欠缺が問題なのではなく、——人がそう望むのであれば——憲法的手続欠缺が問題である。」と述べる。Friedhelm Hufen, Heiligung und Unbeachtlichkeit grundrechtsrelevanter Verfahrensfehler ?, in: NJW 1982, S. 2160ff. (2163f.).

さて、うえのようなフーフェンの議論をもって、彼をいわゆる合憲解釈説の一人に加えることも考えられるが、しかし、思うに、この議論は、行政決定に先立つ手続の違背のなかに既に基本権毀損が存することを明らかにするというべきで、「手続のなかでの基本権保護」の問題 (Held, aaO. (註・22), S. 242) と見受けられる。いいかえれば、ここでは、「手続規定の毀損が、同時に、(実体)法によって保護された地位の侵害を意味」し、「手続が指向せしめられる……実体権の侵害が問題であるのではない」(ebenda, S. 248) ケースの問題と考えられる。したがって、フーフェンをして、合憲解釈説に加えることはできないのである。

参考までに、ヘルトによれば、「手続のなかでの基本権保護」のケースとしては、たとえば手続中において信書の秘密 (基本法一〇条一項) が侵されるとか、受験者に対して偏見を抱かせる委員をもつ試験委員会のケース等が挙げられる。Ebenda, S. 248ff.

48) 用語については、とりあえず、Karl August Bettermann, aaO. (註・9), S. 283.

か。結論を先取りすれば、そのような見解は多くの論者によってほとんど退けられるに至っているといえることができる。

まず、クレプス (Walter Krebs) は、多かれ少なかれ基本権が手続の形成を求め、そうしてつくられた手続規定に影響を与え、かくして、それが手続法定立者への「操舵作用」(Steuerungsimpuls) を含みうるとしても、何ゆえに手続法規定の違背が法(律)違反を越えて基本権侵害をも意味するのか、それ自体いかなる自由・財産も縮減しないところの手続行為が何ゆえ既に基本権の保護領域(=自由・財産)にかかわるといえるのか、明らかでない、という⁴⁹⁾。

基本権の侵害を通常決定が惹き起こすとするならば、行政決定がはじめて手続の基本権関連性(-betroffenheit)を媒介できることになる。したがって、「手続は、その結果が基本権を侵すゆえ、基本権にとって重要となる。手続も基本権を害する決定内容を共に決定するので、実効ある権利の保護は手続の終結後にはじめて生じうるのではな、く「手続は、それゆえ、違法かつ基本権毀損決定を齎す危険を内含するという点で、基本権にかかわる。つまり、それは利害関係人に基本権を毀損する侵害(-verletzender Eingriff)の危険を課すのである。」このような危険は、決定状況が開かれたもの(offen)であればあるほど、決定内容にとり手続の機能が重ければ重いだけ、それだけいっそう大きくなる。「手続規定は、ゆえに、多様な『基本権的重要性』(-relevanz)を有するのである。」⁵⁰⁾

このように、基本権とのかかわりで手続法規定が有する多様な重要性ということから、クレプスは、合憲解釈説に内在する一面性を批判したということになる⁵¹⁾。

つぎに、若干異なる視角からではあるが、ヘルト (Jürgen Held) も合憲解釈説に否定的な見解を披瀝することになった。既にみたように⁵²⁾、ヘルトは、四六条 VwVfG の法的効果を把握するさいに、`保護客体としての自由

49) Krebs, aaO. (註・44), S. 115.

50) Ebenda, S. 115.

51) 基本権にとっての手続の多様な重要性からすれば、手続規定の毀損がすなわち基本権を毀損するという場合もありうることになる。そこで、そのような場合としてクレプスは、たとえば専門的事項を審査する審査委員会が非専門家によって占められるケースを挙げるが、そうしたことについては、ebenda, S.115f.

52) 参照、第四章・二(3), (本号117頁)

(ないし法益)、とそのためのも保護手段としての基本権、なる区別を根拠に置きながら、行政の「客観的義務づけ規範」に利害関係人の(手続的)「主観的権利」を、行政行為による保護客体(=自由ないし法益)の毀損に実体的取消請求権をそれぞれ対応させたが、そのような視点が合憲解釈説の評価にさいしても用いられ、決定的な批判が加えられる。

基本権条項による一連の自由や法益の保障は、名宛人たる国家にそれら保護客体の維持(Erhaltung)のための実体的義務を課すことにより、実施される。いいかえれば、手続条件の遵守は実体的行為条件(Verhaltensanforderungen)を遵守するための保障をなすが、それ自体目的というのではなく、「手続条件に対応する規範名宛人の行為はただ一つの目的、すなわち基本権により保護される客体の維持に仕える。」したがって、「具体的な手続規律が……基本権から要請されるにしても、その毀損がそれ自体で保護客体の毀損を意味するわけでは決してない。」また、「基本権保護的手続規定の毀損が必ずしも保護客体の毀損に重なるのでもない。保護利益と手続法との関連は間接的なものにすぎ」ず、「それゆえ、基本権により要請される手続規定の毀損は必ずしも基本権的取消請求権を生ぜしめるわけではなく、況してそれが「絶対的取消事由を意味することは決してない。」のである⁵³⁾。

かくして、ヘルトがいうには、「実体的利益のさいは、基本権によって保護された利益が問題であり、基本権保護という目的のために手続規定が憲法上要請されるとの事情から、手続法の場合に実体法が問題になるという推論が引き出され得ない⁵⁴⁾。」のである。

一方、オッセンビュール(Fritz Ossenbühl)は、行政手続法の「憲法的基礎」および憲法との「関連」という見地から、合憲解釈説の根幹に迫る方法的批判を試みる。すなわち、彼は、従来、憲法と手続法との関連が「具体化された憲法」としての手続法なる定式で与えられ、殊に行政手続法典を欠いた時分には実際にそれが機能し、手続法諸原則が憲法のそれから得ようとされたが、近年は、「今一つの憲法次元」が注目を集め、現にある手続法規定の「憲法適合的・憲法指向的」適用を前提としつつ、「手続法による基本権保護」の問題が論じられるとして⁵⁵⁾、つづいてつぎのように説いた。

53) Held, aaO. (註・22), S. 237ff. (insbes. 237, 239ff)

54) Ebenda, S. 248.

55) Ossenbühl, aaO. (註・6) (NVwZ), S. 467.

法の空白の場合に憲法原則に立ち返ることは、「憲法の具体化」を介して法的欠缺を埋めるために使われる「法適用者の方便 (Notbehelf)」だ。ところが、現在の決定的な問題はつきにある。すなわち、「手続法の憲法的考察が法の空白領域における『法獲得』という特殊のケースを越えて、実際にまたは／および解釈的に意味のある成果をもつのか、ということである⁵⁶⁾」。

しかしながら、四六条 VwVfG にまつわる諸問題は、「単純法律 (einfaches Gesetzesrecht) の解釈問題であり、そうしてそれに留まる。したがって、このような問題を憲法問題にまで昇華せしめるというのは、誤ってしよう⁵⁷⁾」。

同様に、憲法と行政手続法との体系的な関連を問うシュミット・アスマン (Eberhard Schmidt-Aßmann) も、

「手続法は、その特殊性において、近時、とりわけ連邦憲法裁判所のミュールハイム・ケルリッヒ決定にしたがって多くの方面から呼び掛けられるところの、憲法による全面的な固定化 (Zementierung) から守られつづけなければならない。」そもそも、「充分な説得力を伴っての憲法的に余儀のない判断は、……不当または恣意的なことが明らかな手続形成という稀なケースにおいてのみ、下されうであろう。」から⁵⁸⁾、

と述べるのである。

以上において引き合いに出した四六条 VwVfG の合憲解釈説に批判的な見解は、いわば代表的なものであって、既に述べたように、決してそれらに留まるわけではない。このうち、はじめの二つが、どちらかといえば合憲解釈説により即して批判し、`基本権によって要請される、ないしは`基本権的に重要な、手続法規定の規範目的 (=法益) と基本権のそれとを厳格に区別し、それらを重ね合わせた合憲解釈説の短絡的・一面的論議を衝いたのに対し、後ほどの二つの見解は憲法 (=基本権) による行政手続 (法) の安易な定式化を退けたのであるということが出来る。しかしながら、それら二つの方向からの批判が相互に密接な関連のなかにあることも否定し得ない。し

56) Ebenda, S. 467.

57) Ebenda, S. 471.

58) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, Insbesondere zur Bedeutung von Rechtsform und Verfahren im Verwaltungsrecht, 1982, S. 40, 42.

たがって、批判的見解の多くの場合、これら二つの指摘が含まれることになるのである⁵⁹⁾。

小括

本章は、四六条 VwVfG の憲法問題として、殊にその基本権適合性に焦点を定め、二つの問題を扱った。

(1) まず、基本法一九条四項で保障された権利の裁判的保護という意味の形式的基本権と四六条 VwVfG との関係に関する議論を取り上げた。

そもそも、四六条 VwVfG の法的効果に関する議論から、(主観的) 権利概念の差異が権利毀損否認説と取消効果否認説または取消請求権否認説とを分けたことを知り得たが、そのようなことに果たしていかなる法的意味が認められるかということは、手続の法的意義にもかかわって、考慮を要するところであった。権利毀損否認説は、こうした点について、四六条 VwVfG は手続瑕疵ある行政行為による権利の毀損を排除すると理解した結果、基本法一九条四項が保障したところの、「権利を毀損された」ものへの「出訴」の必要性も認めない基本的な立場を容れることになった。一方、取消効果否認説または取消請求権否認説は、四六条 VwVfG を通常の場合には主観的権利毀損に付随する(実体的)取消請求権を例外的に排除する規定とのみ⁶⁰⁾把握するので、手続瑕疵ある行政行為による(手続的な)主観的権利毀損の問題はなおも残されることになる。その結果、ここにおいては、手続瑕疵あ

59) たとえば, Volkmar Götz, Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz, in: NJW 1976, S. 1425ff. (1429); Dolde, aaO. (註・43), S. 70; Pietzcker, aaO. (註・6), S. 224f.; Obermayer, Kom. z. VwVfG, §46 Rdnr. 20; Stelkens, VwVfG, §46 Rdnr. 2. など参照。

因に、ルップは、「……手続法の憲法的重要性を思い出す」ことは「推賞されるべきである」が、しかし、そこから、「基本権の手続法的次元に関する新しい理論なり解釈が選り出されうるのではな」く、「こうしたいっさいのことは未決定であり (offen), 疑問であり, 憲法実質を伴わない。」という。Hans Heinrich Rupp, Bemerkungen zum verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt, in: hrsg. v. Günter Püttner, Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag, 1984, S. 151ff. (161f.).

る行政行為によってその(手続的)「権利を毀損され」るものに対し基本法一九条四項に基づいて「出訴の途」が与えられるだけでなく、逆に、そうでなければ、いっさいの「出訴の途」を奪い去る四六条 VwVfG 自身が基本法一九条四項の吟味に堪え得ないことになるのである。

したがって、第一に、こうした議論は、手続の法的意義についての帰結を、権利毀損否認説によれば、少なくとも裁判的にはほとんど無意義であるという趣旨で、また取消効果否認説または取消請求権否認説によれば、取消以外における「出訴の途」が手当てされうるという趣旨で与えることになる。

第二に、手続に取消訴訟以外での裁判的保護の意義を与える取消効果否認説または取消請求権否認説は、その具体的な訴訟類型として、とりわけ手続瑕疵ある行政行為の違法確認訴訟ないしは権利毀損確認訴訟を引き合いに出そうとする。そして、その場合の実定法的手がかりは一一三条一項四文 VwGO の「遂行的確認訴訟」に求められ、この規定の類推適用に可能性の検討が加えられる。

第三に、取消効果否認説または取消請求権否認説の検討によれば、手続瑕疵ある行政行為への一一三条一項四文 VwGO の(類推)適用は原則的な障害を見い出すことができず、そのような意味においては、より具体的な許容の要件(=確認を求めることについての「正当な利益」)が議論となりうる。しかして、求められる確認の「正当な利益」に関しては、手続瑕疵に直接起因する損害に対する民事上の賠償請求権(=職務責任請求権、損害賠償請求権等)のほか、行政訴訟(法)的には、違法かつ(手続的)主観的権利を毀損する行政行為について懸念される「繰り返しの危険」に対処するための「予防的效果」や「回復利益」のことが想起されるのである。

(2) 四六条 VwVfG にかかわって提起された今一つの憲法問題は、手続

60) 立法者がかかる規定を設けるに当たって憲法上問題がないことについては、たとえば, Schenke, aaO. (註・11), S. 314f; Hill, aaO. (註・12), S. 114. Vgl. auch Krebs, aaO. (註・44), S. 115.

なお、ここでは、四六条 VwVfG による手続瑕疵なき裁量行使請求権の排除の問題は措くことにした。これについて、前註(11)該当の本文参照。

の法的意義の強調を狙いとして、その間に基本権を介在せしめながら唱えられた四六条 VwVfG のいわゆる合憲解釈説の当否の問題である。

そこで、まず、合憲解釈説の主張に懸かる主要な点は、`基本権によって要請される、ないしは`基本権的に重要な、手続規定に対する違背を、より実践的な見地から、これを設けさせたところの実体的基本権そのものへの毀損として把握することにあり、また、その(実践的な)趣旨は、四六条 VwVfG により法的意義を一般的にも奪い去られうる手続保障を擁護するために、四六条 VwVfG に憲法(=基本権)適合的・限定的な解釈を施すというところにある。ところが、このような議論に対しては批判が強く、主に二つの方向からの批判が加えられた。

一つは、基本権にとっての手続の多様な重要性または自由(ないし法益)の`保護手段としての基本権、と手続規定との間接的な関連性を指摘して、合憲解釈説にみられる一面性、すなわち法益に関する基本権と手続との短絡的理解を批判した。あと一つは、憲法(=基本権)に過度に傾斜した実定行政手続法の解釈という方法にかかわる問題性を指摘したが、二つの方向性は一応の区別にすぎず、拠って立つ基盤には同様のものがあると思われる。

このように、合憲解釈説に対しては否定的な評価が多く、学説上でも裁判的にも⁶¹⁾既に退けられたということが出来る。ただ、ここで、合憲解釈説の

61) 一例にすぎなかったが、アルンスベルク行政裁判所判決がミュンスター上級行政裁判所によって退けられたことについては、前註(46)参照。また、連邦行政裁判所判決のなかにも、つぎのように述べて、手続瑕疵ある行政行為の取消排除の問題が憲法上のそれだけでなく、行政手続法それ自体の問題であることを認めたものがある。すなわち、

「行政庁の手続行為にとって規準をなす行政手続法規定が、これの毀損が——四六条 VwVfG におけると異なって——それに基づく行政行為の取消を導かなければならないほどに重要か否か、ということは、その手続規定が帰属せしめられる同一の専門法(Fachrecht)が決定する。その規定の解釈が四六条 VwVfG の介入を生ぜしめ、それゆえ、この手続瑕疵を理由に行政行為の取消が請求され得ないならば、このことを正当とする、侵された手続規定に関しての専門法律による評価が基礎にある。」

と。BVwG, Urt. v. 27. 5. 1981, in: NJW 1982, S. 120.

ために述べることが許されるならば、この説は四六条 VwVfG の解釈学説というよりは、行政に裁量ないしは判断の余地が広範に認められる結果、行政行為に対する（行政）裁判所の実体的審査・統制権限が否認されるか、少なくとも重大な制約を課される場面に限って説かれうるはずのものであり、また逆に、そのようなものとして理解されてもよかったものと思われる。ただし、四六条 VwVfG の本来の適用領域は、行政行為に対する裁判所の実体的審査・統制が全面的に確保される、いわば語の本来の意味での法的羈束行為において認められるからである。つまり、裁量・判断余地行為への適用は現に争われ、そこでの手続瑕疵の法的効果についても議論の余地を否定することができなかつたのである⁶²⁾。したがって、このようなことが正当に認識されていたのであれば、あるいは、合憲解釈説をめぐっては異なる展開がみられ得たのかもしれないのである。

むすび

本稿は、もっぱら、西ドイツ行政手続法四六条を中心に、手続瑕疵ある行政行為の法的効果に関して唱えられる解釈学説を——まったく付随的に、裁判例も——みようとしたものであって、わが国における具体的な行政手続上の問題を扱おうとするものではなかつた。また、行政手続法の四六条を中心に据えたことは、この規定が行政手続法諸規定のなかでももっとも議論の多い規定の一つであり、実践的にももっとも多く用いられる取消訴訟（の排除）に懸かるものであるからでもあった。また、行政裁量事項の質的および量的増大または深化や計画行政の進展とそれらに起因する行政行為に対する実体的な裁判統制の機能的低下ないし不全をきっかけに、手続による行政の統制が強く叫ばれる今日、手続法規定または手続法制度の整備・充実が法解

62) 四六条 VwVfG の適用領域にかかわる問題に関しては、差し当たり、本稿(一)、第二章・小括（前々号81頁）。

釈上どのように受け止められるべきかということも、本稿の基礎的な問題意識のなかに置かれた。

行政手続法の整備・充実が法解釈のうえでどのように把握されるべきかは、一つには、手続法規定に違背する行政行為を法的にいかに取り扱うのかという問題であろう。西ドイツの行政手続法規定に即していえば、この問題は、四六条とともに、行政行為の「無効」について規定した四四條、手続瑕疵ある行政行為の「治癒」について規定する四五條、あるいは、瑕疵ある行政行為の「転換」を規律する四七條など、これらを総合的に検討することでよく果たされるのであろう。しかしながら、ここでは、主に、手続瑕疵のみを理由とする行政行為の裁判的取消の排除を規定した四六條について考察したに留まった。そうして、そのような本稿の概観に関しては、各章ごとに「小括」を付すことにしたので、この場で改めてまとめることはもはや必要でなかろう。したがって、以下においては、本稿の概観から得られた若干の事柄を指摘するとともに、今後に残された課題について記すことにしたい。

一 行政手続法四六條の解釈をめぐる多くの混迷の一斑は、その文言が明確性を欠いたことに由来していると思われる。こうした点は、本稿で指摘した¹⁾、あるいは、本条をこれまでの法状況の発展のうえで捉え、従来の手続法諸原則をその解釈のために用うべきことを述べる²⁾その論者が、少し前は、必ずしもそのように考えなかった³⁾ということにも伺われるであろう。しかしながら、より以上の問題は、本条のような文言をもつきわめて概括的・一般的な規律が果たして有効またはうまく機能するものといえるかどうかにある、というべきだろう。行政手続は、そこにおいてかかわりをもたされるところの権利・利益の性質、行政決定の性質、決定の状況または局面、

1) 参照、本稿(一)、第二章の冒頭および小括(1) (前々号60頁, 81頁)。

2) Vgl. Peter Badura, Das Verwaltungsverfahren, in: hrsg. v. Hans-Uwe Erichsen u. Wolfgang Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. (1983), §41 III 3 (S. 371 und Fn. 73).

3) Peter Badura, Die gegenwärtige Diskussion über das Verwaltungsverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, in: Jura 1981, S. 33ff. (38).

決定の主体あるいは組織等々に応じて、目的、内容、形式または形態も異にすると解されるからである。

西ドイツ行政手続法は、その一般的適用領域を定め、「連邦の法規定が内容的に等しいまたは対立的な規定を含まない限り」において適用される、という（一条一項二号）。したがって、うえのようなことを本法に則していうならば、各個の法律において十分に配慮の行き届いた手続規定を整備するといったことが要請されるのであろう。しかしながら、仮にそうであるならば、手続瑕疵ある行政行為の取消（の排除）に関し一般的な規律を設けたメリットは、おそらく、少なからざる程度失われることになるだろう。西ドイツ行政手続法の場合、確かに、既存の諸法律秩序との整合性に意が用いられたことと思われるが、それでも、四六条 VwVfG は今少し詳細な、爾後を嚮導するような規定を置いても、よかったのではなかろうか。

二 行政手続法の適用領域ということでは、あと一つ、四六条 VwVfG に特徴的な、羈束行為か裁量行為（・判断余地行為）かという議論が行われる。しかし、この意味での四六条 VwVfG の適用問題は、法律による行政（行為）の羈束性の度合いに基づくというよりは、行政（行為）に対する（行政）裁判所の実体的審査・統制権限の有無または範囲、行政と（行政）裁判所との機能的な画定を根拠とするものである。

したがって、そうしたことからすれば、第一に、四六条 VwVfG による行政行為の取消の排除は、その前提として、実体法的側面における（行政）裁判所の審査・統制権限の厳密かつ徹底した行使を措定して置かなければならず、学説においてもそのように要請するものが少なくない。つぎに述べることを含め、わが国の裁判例を分析するにさいし、とりわけ留意されるべき点であろう。

第二に、行政行為に対する（行政）裁判所の実体的審査・統制権限が欠けたり、それが十分に機能しないときは、四六条 VwVfG はそのまま適用されるわけにはいかなくなる。こうしたケースの範例として裁量・判断余地行為が言及されるが、この場合の手続瑕疵を理由とする取消の訴えがどのよう

な基準に基づいて判断されるべきかについては、議論の余地を否定することができず、なお入念な検討を要しよう。

三 取消訴訟は行政の実体決定を争う適切ないしは即効的な法的手段といえるが、手続瑕疵を争うものとしては必ずしも相応しくないのかもしれない。いいかえれば、手続瑕疵に準拠する法的救済手段としては、取消訴訟のみを重視する姿勢から、他の訴訟可能性の追及も同時に行うべきであろう。本稿で簡単に触れた、手続瑕疵ある行政行為に対する違法確認訴訟または権利毀損確認訴訟の提唱は、まさにこうしたことを裏付けるものと思われる。そして、このような視点は、今後わが国における行政手続法の問題を考えるうえでのきわめて重要な示唆を与えうるであろうが、今後の課題としたい。ただ、ここでは、以下のようなことを指摘しておこう。

第一に、いっさいの権利毀損に対して「出訴の途」を保障した基本法一九条四項と、「裁判を受ける権利」を保障するわが国の憲法三二条との異同が検討されなければならない。

第二に、上述のような訴訟可能性の手がかりをともかくも与える行政裁判所法一一三条一項四文が存在する西ドイツの行政訴訟法制と、おそらくは無名抗告訴訟の形を容れざるを得ないわが国の行政訴訟法制とのちがいが克服できうるものなのかどうかということも、議論されねばならないだろう。

第三に、そもそも、手続瑕疵ある行政行為に対する法的救済手段としての違法確認訴訟または権利毀損確認訴訟は、西ドイツ行政法学においても、新しい主張に懸かるものにすぎない。したがって、かの地での行政訴訟法制、判例および法理論におけるこのような訴訟の精確な位置づけを早急に明らかにしなければならない。

第四に、うえのような訴訟が可能であり、(憲)法に要請されるものとするれば、それは手続的権利の保護手段として有効に機能しうるように思われる。すなわち、多くが取消訴訟——これの過度の重視の場合には、訴訟の一般的可能性——に還元できないことから、その権利性に疑いをもたれることがある手続的権利も、その種の確認訴訟を採り入れることにより、裁判的保護を

与えられることになり、逆に、この権利を侵すところの行政行為も、部分的であれ、裁判的制裁からもはや自由でなくなるわけで、手続規定または手続法制の整備・拡充も法実践のうえでも可視的なものとなりうるからである。他方、また、実体決定それ自体はこの確認訴訟によって妨げられるのではないのであるから、`訴訟経済または手続経済、を理由として、一概に退けられるべきものでもなかろうからである。⁴⁾

4) 以上のことは、直ちにいっさいの手続瑕疵ある行政行為について取消訴訟を軽んじ、違法確認訴訟または権利毀損確認訴訟を導入しようというのでは決してない。四六条 VwVfG のような規定をもって規律し難い行為の場合、たとえば裁量・判断余地行為のような場合、取消訴訟の可能性は更に追求しつづけられねばならないであろう。