

手続瑕疵ある行政行為の法的効果について (二)

——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, 前号

第三章 手続瑕疵ある裁量・判断余地行為の取消

一 四六条 VwVfG の枠内における手続瑕疵ある行政行為の取消——前提的議論

二 手続瑕疵ある裁量・判断余地行為の取消

小括

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 との関係に関する諸説

……以上, 二の(2)まで本号

第五章 行政手続法四六条の憲法問題

むすび

第三章 手続瑕疵ある裁量・判断余地行為の取消

四六条 VwVfG の法律要件の解釈に関する通説的見解は、前章でみたとおり¹⁾、それを羈束行為のみに適用し、裁量・判断余地行為については否認する原則的な立場を容れるものであった。それというのも、後者の場合、他に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と解されるからであった。そこで、そのように考えるならば、つぎには、手続瑕疵ある裁量・判断余地行為は常に取消されるのを要すべきか否かが問題となる。いいかえれば、四六条 VwVfG の適用排除に理由を求め、手続瑕疵ある裁量・判断余地行為の取消を導くことができるのか、ということである。

また、同様に通説的見解にしたがえば、具体のケースにあって「裁量が零に収縮する」ときは、裁量・判断余地行為への四六条 VwVfG の不適用という原則が例外的に妥当せず、手続瑕疵を理由としての取消は排除されることができる。むろん、そうした例外を設けることに対しては、マイヤー (Hans Mayer) やフーフェン (Friedhelm Hufen) の異説もみられた²⁾。それはともかく、ここで重要であるのは、そのような議論の背後には手続瑕疵のみを理由とする裁量・判断余地行為の取消という、先の問題についての解明の手がかりがあるであろうと思われることである。

以下、四六条 VwVfG により直接かつ明示的に規律されない裁量・判断余地行為につき、手続瑕疵のみを理由とする取消がどのように考えられているのかを考察することにしよう。

なお、考察にさいしては、前章でみた四六条 VwVfG の要件解釈に関する争いを、《唯一正しい決定》ドグマへの疑念を核心に新たに登場するに至った批判的見解に支点を置きながら、いま一度振り返ることからはじめたい。また、前章で判明したところ³⁾からいえば、四六条 VwVfG の適用領域に関

1) とくに、本稿(一)、第二章・小括(前号81頁)参照。

2) 以上、本稿(一)、第二章・三(2)、同・小括(前号75頁、81頁の註・63)参照。

3) とくに、本稿(一)、第二章・小括(前号81-82頁)参照。

しては、(単なる) 法的羈束行為か、⁴⁾ 全部的に羈束された、または、⁵⁾ 本来的に選択肢なき、行為かの点に意見のちがいが存した。したがって、この限りで本章の標題についても精確を期そうとすれば、「四六条 VwVfG の適用が排除されるべき手続瑕疵ある行政行為の取消」と記すべきであろう。ただ、記述の便宜、ならびに、四六条 VwVfG の適用が排除されるもっとも典型的なケースとしては、行政庁に裁量や判断の余地が認められる場合を想定することができる⁴⁾ ことに鑑み、以下ではそのまま裁量・判断余地行為 (または裁量・判断余地決定) の語を用いるが、それは「四六条 VwVfG の適用が排除されるべき行政行為」を指示することを理解されたい。

一 四六条 VwVfG の枠内における手続瑕疵ある行政行為の取消——前提的議論

(1) 四六条 VwVfG の適用問題に関する第一の説は因果関係説⁵⁾ であり、手続瑕疵を回避したであろうならば他の決定がなされ得たか否かを念頭に置かんとするものであった。この説は、行政庁に裁量または判断の余地が許容されるとき、すなわち、裁量・判断余地行為のときは、手続規定を遵守すれば行政庁が他の決定に至り得たことが原則的に排除できず、それには四六条 VwVfG が適用できないとした。更に、四六条 VwVfG の⁶⁾ 逆推論、を理由に、裁量・判断余地行為における取消の原則が主張された。もっとも、そこでの瑕疵概念には既に一定の限定が措定されていたのであり、かかる点からいえば、うえの主張は⁷⁾ 決定内容に影響し得ない、手続瑕疵までも取消原因と看做したものではない、ということができる。

このような因果関係説については、一つに、四六条 VwVfG の文言との齟齬の疑いが払拭できない。というのは、「他にいかなる実体決定もなされ

4) Vgl. Walter Krebs, Kompensation von Verwaltungsverfahrensfehlern durch gerichtlichen Rechtsschutz? — Zur Problematik des §46 VwVfG des Bundes und Länder —, in: DVBl. 1984, S. 109ff. (112).

5) 因果関係説については、本稿 (一)、第二章・三 (1) (前号69頁以下) 参照。

ることができなかつたであろう」との文言は、《因果性》の考慮が明瞭に現れる、たとえば、係争の決定または判決が手続瑕疵に「根拠する」ときのみ取消または上告を許容したり（行政裁判所法七九条二項二文、一三七条一項二号）、手続瑕疵が（衡量）決定に「影響した」のか否かを旨とする規定（連邦建設法一一五b条二項二文）とは明らかに異なる⁶⁾、と解されるからである。二つに、この説においては、行政庁が他の決定に至り得たか否かが吟味されるべきものとされ、恰も行政庁の主観的事情を汲み入れるかのごとく解される⁷⁾。この点、実体（法）的確定行為維持説⁸⁾は、行政庁が他の決定に至り得たのか否かともかくも、行政庁が行った以外に実体（法）上適法な決定選択肢が客観的に存し得たか否か、また通説に批判的な見解にしたがえば、行政庁が手続違背の下に行ったほか、その権限内において（行政）裁判所が適法な決定を見出しうるのか否かが、それぞれ論議されたのであった。

つぎに、第二の実体（法）的確定行為維持説は、実体（法）上一義的に確定できる決定（＝《唯一正しい決定》）は手続瑕疵のみでは取消し得ないことを前提に、⁶⁾ 全部的に羈束された、もしくは⁷⁾ 本来的に選択肢なき、決定か

6) Hermann Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 122. また、ルップもいう。人が上告法上の原則（例、民事訴訟法五四九条一項、行政裁判所法一三七条一項）を行政行為の取消にも適用できうと考え、四六条 VwVfG をそのように意味づけるならば、「このことは、しかしながら、この規定[四六条 VwVfG……引用者]の文言とはもはや一致せしめられ得ない。」と。Hans Heinrich Rupp, Bemerkungen zum verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt, in: hrsg. v. Günter Püttner, Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag, 1984, S. 151ff. (155).

7) このようなことを指摘するものとして、Hans Meyer, in: Hans Meyer und Hermann Borgs-Maciejewski, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. (1982), §46 Rdnr. 23; Karl August Bettermann, Die Anfechtung von Verwaltungsakten wegen Verfahrensfehlern, in: hrsg. v. Rolf Stödter und Werner Thieme, Hamburg · Deutschland · Europa, Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, 1977, S. 271ff. (294).

なお、参照、後註(63)のハンブルク行政裁判所決定。

8) 実体（法）的確定行為維持説については、本稿(一)、第二章・三(2)(前号72頁以下)参照。

どうかに応じて対処する。そうして、ここでも、四六条 VwVfG の適用は裁量・判断余地行為において原則的に生じない。けだし、典型的にみて、裁量・判断余地行為は「全部的に羈束された、もしくは「本来的に選択肢なき、ものとは考えられないからである。ただ、《零収縮裁量行為》をめぐっては二様に分かれた。

さて、「全部的に羈束された、もしくは「本来的に選択肢なき、決定のように、他に適法な選択肢を容れることのない決定が観念されるとき、論理的にのみいえば、《唯一正しい決定》は確かに存しうる。他方、裁量・判断余地行為の場合原則として常に複数の正しい決定が想定できるところから、ここで四六条 VwVfG の適用を排除しようとするのは、再び論理的にみれば、自然の成行きであろう。とはいえ、しかしながら、《唯一正しい決定》に矛先を向けた批判的見解⁹⁾は、かかる観念に基づく論理的な解釈が四六条 VwVfG に相応しいのか否か、四六条 VwVfG は何を名宛人としていかなることを目指すべきなのかを明らかにした点で、問題の所在を鮮明なものにしたといえる。このことについていま少し詳細にしてみよう。

(2) 一般に法的羈束決定、より特殊には「全部的に羈束された、もしくは「本来的に選択肢なき、決定にあって、《唯一正しい決定》を措定することは、論理的には必ずしも不当なことではなからう。法律が明確な要件の下に執るべき決定内容を一義的に予定するとき、ここには論理的レベルにおける《唯一正しい決定》を見い出すことができるからである。したがって、コップ (Ferdinand O. Kopp) も、こうした脈絡において、法的羈束行為における「単なる法的な包摂¹⁰⁾」を語る事ができた。

しかしながら、通説に批判的な立場の見解は、そのような論理的な解釈が「仮説」ないしは「フィクション」に由来するものであって、法解釈の主観的・価値評価的な側面はかえって羈束行為においてさえ複数の認識可能性や

9) 批判的見解については、本稿 (一)、第二章・小括 (前号82頁以下) において簡単ながら触れた。

10) 参照、本稿 (一)、第二章・三 (1) (前号69頁)。

異なる結論をも許容しうると解すべきことや、四六条 VwVfG の主要な名宛人たる（行政）裁判所を自覚し、四六条 VwVfG をその審査権限の有無の問題と明確に関連づけて捉えるべきであることを説いた。かかる見解によれば、「四六条 VwVfG は、対行政庁の関係で行政裁判所が最終拘束的な決定権限をもつならば、原則的に適用できる。これに対し、それが結果の正しさについての審査にかように包括的な統制権を欠くことから、行政決定を自らのもので置き換えることができないときには、四六条 VwVfG の法的効果は生じない¹¹⁾。」ということになる。

かくて、以上のことを、コッホ (Hans-Joachim Koch) の所説¹²⁾をもって要約的に述べるならば、裁量決定か羈束決定かという「これまでの見方の基礎には、いまや、法理論的というよりも権限法的論証 (kompetenzrechtliche Überzeugung) がある。つまり、裁量決定の場合には終局的に行政に最終決定権が帰属すべきであり、その他の（ほとんど！）すべてのケースについては裁判所が最終決定権を有すべきである。それゆえに、行政の行った決定に選択肢が存在しないこと (Alternativlosigkeit) という規準は法理論的・方法論的にでなく、権限法的に解釈されることができる。」といえよう。同様に、ヒル (Hermann Hill) の見解¹³⁾にみるならば、「四六条 VwVfG の規律は論理的または認識論的萌芽から演繹されるのではなく、裁判成熟性の確立 (Herstellung der Spruchreife) に関する裁判所権能に関連して、機能的・法的 (funktionell-rechtlich) 解釈方法によってのみ理解されるべきである。」ということができるのである。

したがって、これらのように、四六条 VwVfG の法律要件を行政決定に対する（行政）裁判所の審査・統制権限の有無または範囲、総じて行政と（行政）裁判所との機能的画定といった意味で、¹⁴⁾権限法的、または¹⁵⁾機能的・法的、に理解する場合、羈束決定（または¹⁶⁾全部的に羈束された、もし

11) Krebs, aaO. (註・4), S. 112.

12) Hans-Joachim Koch, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1984, S. 88.

13) Hill, aaO. (註・6), S. 121.

くは「本来的に選択肢なき、決定」か裁量決定かに起因する区別は相対化するものであり、またその限りで、決定的な後退も余儀なくされることになる。そうして、それにかわって、(行政)裁判所はいかなる場合に最終的決定権をもつことができ、もたねばならないのか、行政庁はいつ(行政)裁判所の審査・統制を免れることができるのか、といった類の基準が提起される。四六条 VwVfG の適用をめぐることは、いずれにしても、この種の問題の解明を俟たねばならず、より以上の困難が予想されるのである。とはいえ、このような点での検討はまったくないわけでもなく、以下では、そのようなものとしてヒルの述べるところに触れてみよう。

まず、ヒルは、四六条 VwVfG の意味での他の決定という問題にとって決定的なことは、「何人に拘束的な定義・包摂および決定についての権限が帰属するのか」であり、現行法(行政裁判所法八六条、一一三条)上それは行政裁判所と解されるので、四六条 VwVfG についても「行政に対する裁判所権限の機能的・法的解釈」が必要であると考え¹⁴⁾。もっとも、そのような場合でも、最終的に裁判所に委ねられる拘束的決定権の範囲、裁判所の統制・代替を免れる「本来的な行政権能」(=裁判所に対する「行政の留保領域」)が明らかでないことから、つぎのように説き起こすのであった¹⁵⁾。
すなわち、

連邦行政裁判所見解に拠ってみると、行政と裁判所との機能的な画定は、裁判成熟性を確立するという(Spruchreihe herzustellen)裁判所の義務から明らかとなる。一般に義務づけ訴訟に妥当すべきこの義務は、取消訴訟のさいにも四六条 VwVfG によって惹起され、裁判所は、行政行為の実体的な正しさを確定的に審査できる場合には、手続瑕疵にもかかわらず取消請求権の排除を定めることができる。しかし、行政に裁量や判断余地が付与されるならば、その例外が認められる。つまり、不確定法概念、衡量余地や計画裁量ならびに予測決定におけるがごとく、行政に裁量もしくは類似の決定余地が与えられるときには、四六条 VwVfG による取消の排除が生じない。それらにあっては、裁判所に完全な決定権(=審査・統制権)が欠けるからである。このような裁判成熟性の確立義務の例外は、更に、一定の実体的審査が専門行政庁に委ねられるとか、事実の究明のために特別の行政庁が要請される

14) Ebenda, S. 116.

15) 以下については、ebenda, S. 117ff.

とき、あるいは、効果的な権利保護のために、行政庁が手続の終結に先立って自らの決定から一定の帰結を引き出そうとするときにも、存すべきである。

このように、連邦行政裁判所見解にしたがうと、一つに、機能的画定の見地から、自律的 (eigenverantwortlich)・最終的な決定についての行政の留保領域が存する、すなわち、裁判手続による追完 (Nachholbarkeit)、訂正・代替権を是認すべきでないとき、二つに、手続の権利保護・基本権具体化機能から、行政手続が裁判手続に属しない機能を行使したり、段階ごとの機能遂行 (gestufte Funktionswahrnehmung) が要請されるときに存すべきところの、瑕疵なき手続についての利害関係人の保護に値する特別の利益が認められるときにも、裁判成熟性の確立義務の意味における裁判所の決定権が認められないのである。そして、これらの場合、すなわち、「行政の留保領域がおよぶ限り、および／または、まさに行政手続の実施についての正当な利益が存する限り、瑕疵なき行政手続にあって他の決定がなされるか否かを行政自らが確認できうる機会を与えるために、行政決定は手続瑕疵を理由に取消されるべきである。これに対して、裁判所が最終拘束力を伴う決定権を有する限り、法および事実に関する裁判所の包括的な審査にしたがえば実体決定が結果において正しいことが判明する場合には、手続瑕疵は取消を導かない。」と解すべきである、

と。

以上、通説的見解に批判的な、より最近の論者の記述をみれば、四六条 VwVfG の法律要件は「権限法的、または「機能的・法的、に解釈されるを要し、論理的な解釈は退けられねばならない。四六条 VwVfG の「権限法的、または「機能的・法的、解釈は、(行政)裁判所に行政決定に関する審査・統制権限が帰属する限り、(行政)裁判所は当該決定を内容的に審査し、犯された手続瑕疵にもかかわらず、その取消の訴えを否認することができる。したがって、四六条 VwVfG の適用を分岐せしめるものは、そのような(行政)裁判所の審査・統制権限の有無もしくは範囲である、ということが出来る。しかして、(行政)裁判所の審査・統制権は、先のヒルの主張によれば、行政庁に当該行為に関する最終的決定権が確保されるべく、いわゆる「行政の留保領域」が首肯される限り、および／または、利害関係人に行政手続の実施を求める正当な利益の存するときに排除されるのである。そうして、(行政)裁判所の審査・統制権が排除される限り、手続瑕疵自体が当該決定の取消を根拠づける可能性が示唆されるのである。

二 手続瑕疵ある裁量・判断余地行為の取消

一に述べたところにしたがえば、四六条 VwVfG の他の決定に関する判断は、(行政) 裁判所が行政決定についての審査・統制権限をもつときにのみ行うことができ、他方、(行政) 裁判所にかかる権限が帰属するのでなければ、四六条 VwVfG は自らの適用上の前提を欠くことになる。裁量・判断余地行為というのは、こうした意味において、四六条 VwVfG の適用上の限界を画す範例と看做されたのである。そこで、このように、(行政) 裁判所が他の決定に関する審査・統制を確定的になし得ない場合、いいかえれば、四六条 VwVfG の適用が排除されるときには、既述のように、手続瑕疵のみを理由とする取消が果たして可能となるのかどうか、また、その条件が議論されねばならない。

(1) 一般に、(行政) 裁判所の審査・統制権が排除される典型的なケースの意味での裁量・判断余地行為の場合、他の決定がなされうることは原則的に認められる¹⁶⁾。したがって、四六条 VwVfG の「逆推論」¹⁷⁾を根拠に置けば、このような決定可能性をもって手続瑕疵ある裁量・判断余地行為の取消という原則を導くことが可能となる。とはいえ、そうしたときにも、他の決定可能性または手続瑕疵に関する認識の如何によっては結論的に異なることがあり得¹⁸⁾、しかも、この問題は四六条 VwVfG の解釈のみをもってしては明らかにならないのである。

16) この限りにおいて、異論はいっさいみられない。

17) 四六条 VwVfG の「逆推論」については、Meyer, VwVfG, §46 Rdnr.2 ; Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Klaus Leonhardt, Verwaltungserfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl. (1982), §46 Rdnr. 7 ; Willi Blümel, Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung, in: hrsg. v. dems., Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen, 1982, S. 23ff. (69) など参照。

18) 四六条 VwVfG の「逆推論」から、手続瑕疵ある裁量・判断余地行為の取消原則を述べながら、この手続瑕疵につき少なくとも「決定内容に影響しうる」ことを要請せんとする説は、そのような限定を付さないものとは結論を異にすることになる。前者として、コップやシュテルケンスの説があるが(参照、本稿(一)、第二章・三(1)(前号71-72頁))、後者のような主張は見出し得ない。

さて、四六条 VwVfG の適用が排除されるべき手続瑕疵ある裁量・判断余地行為の取消という、うえの問題に関する第一の説は、他の決定についての抽象的な可能性をもって既に取消が根拠づけられるとする、抽象的考察法を唱えるものである。たとえば、パピアー¹⁹⁾ (Hans-Jürgen Papier) がそうした見解を説いて、裁量行為における「手続違背をゆえとする取消は、せいぜい……形式的な法律違反が実体決定に影響しなかったことが確定しているときにのみ、排除されるべきであ」って、「他の決定結果という単なる可能性で充分である。」とした。ただ、パピアーの見解は行政手続法制定以前のもので、したがって、それ以降のものとしては、四六条 VwVfG が行政決定と手続瑕疵とのいかなる《因果性》も要請しないことから、「決定的なことは、抽象的考察にさいして他の決定が法的に許されたか否かのみであり」、「裁量決定においては……他の決定の抽象的な可能性は常に存在」し、「本規定〔四六条 VwVfG ……引用者〕がとりわけ裁量決定に適用可能なことは、争われぬ。」としたマイヤー²⁰⁾や、四六条 VwVfG においては具体的な《因果性》よりも抽象的な他の決定可能性こそが問われ、「行政庁にとって裁量もしくは判断の余地が駆使できる限りにおいて、人は決定選択肢のあることを首肯せねばならぬであろう」ことを述べたシュミット・グレーザー²¹⁾ (Walter Schmitt Glaeser) 等²²⁾ の諸説を挙げることができよう。そこで、こ

19) Hans-Jürgen Papier, Der verfahrensfehlerhafte Staatsakt, Recht und Staat Heft 424 (1973), S. 15, 19.

20) Meyer, VwVfG, §46 Rdnr. 26.

21) Oskar Tschira/Walter Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, 7. Aufl. (1985), S. 113.

22) 因に、衡量決定につき、「手続と衡量とは……不可分の関係にあり」、ここでのさまざまな利益と選択肢との「整序過程における手続瑕疵は、ゆえに、実際は決して不顧慮 (unbeachtlich) ではあり得ない。」としたフーフエンも、ここに挙げうるかもしれない。Friedhelm Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 1986, S. 415f.

更に、それ自体として論じられたわけではなく、したがって、断定的に述べることは厳に慎むべきであろうが、ただ、記述されるところを文字通りに理解するのであれば、マウレルやゲッツも加えうるのかもしれない (マウレルは、具体例のうえでいう。法的羈束行為を意味する営業禁止処分取消の場合には、原告の聴聞の不

れらを前提にすれば、裁量・判断余地行為における手続瑕疵は原則としてその取消を齎すとしつつ、ただ、実体決定に影響しなかったことが確定的であるならば例外も認められる、といわねばならない。けだし、そこでは抽象的な意味での決定選択肢が存するのが通例だからであり、裁量・判断余地行為の取消にとってはこのような抽象的可能性のみで充分でありうるからである。

これに対して、四六条 VwVfG からの同様の「逆推論」を認めるにしても、たとえばコップやシュテルケンス (Paul Stellkens) のように²³⁾、裁量・判断余地行為の取消を「決定内容に影響しうる、手続瑕疵に限定しようとする見解は、結論的に、つぎの第二説に加えるのが妥当である。

そこで、つぎに、その第二の説というのは、裁量・判断余地行為において抽象的な決定選択肢を否定できないからといって、これを理由にその取消を直ちに許容しようというのではなく、他の決定に関する具体的な可能性がはじめて取消を可能にするという、具体的考察法を説くものである。

そもそも、圧倒的に容れられる見解においては、裁量・判断余地行為にあって具体的な個別のケースに関し「裁量が零に収縮する、場合、四六条 VwVfG の適用が例外的に首肯される²⁴⁾。つまり、個別のケースにおける諸事情を具体的にみると、羈束行為におけると同様にいっさいの他の決定が許容されず、行政によって既になされた決定のみが裁量行使の枠内に留まることが明らかとなるであろうときは、四六条 VwVfG を適用し、取消の訴え

履踐はこれについて完全なる審査権限を有する裁判手続のなかで追完されるが、「(行政の裁量に存する) 停止処分が問題であるときは、異なって判断されうる。つまり、行政裁判所は行政手続でなされなかった聴聞だけのゆえに、行政行為を取消さなければならぬであろう。」と。また、ゲッツは、四六条 VwVfG は裁量・判断余地行為には効き目をもたず、そしてそのことが、「裁量決定や判断余地を伴う行政の決定に対する権利保護手続においては、手続瑕疵は原則として重大であり、行政行為の違法性およびその取消を導く。」とした。Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. (1985), §10V3 Rdnr. 41 (S. 205f.); Volkmar Götz, Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz, in: NJW 1976, S. 1425ff. (1428)). なおも参照, Blümel, aaO. (註・17), S. 65ff.

23) 註 (18) 参照。

24) 註 (2) 参照。

も退けられねばならないとされるのである。そこで、「『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』か否かの問題は、具体的に答えられるべきである²⁵⁾。」といわれ、いうところの「具体的考察法」が主張される。そして、このような考察法は、`裁量が零に収縮する、ときのみならず、手続瑕疵ある行政行為の取消一般について説かれることがある。すなわち、バドゥーラ (Peter Badura) は、四六条 VwVfG の取消制限は法律によって「(『抽象的に』) 羈束された決定のみを捉えるのか」、「具体の個別ケースに存する法状況に応じて……行政庁の衡量余地に左右されない決定もしくは決定要素のすべてを捉えるのか」、を問題に取り上げ、「『具体的』考察法が首尾一貫した、……行政手続法の基本的思考に還元できる四六条 VwVfG 解釈を許す」のであって、行政庁が自らの裁量権の行使に影響しうる手続瑕疵を犯したときのみ、これを裁量・判断余地行為の取消の根拠となしうる旨²⁶⁾、述べた。また、オッセンビュール (Fritz Ossenbühl) も、行政手続法制定以前の裁判例を根拠に、「具体的個別のケースでなされた決定のほか、なおも行政が異なる決定選択肢を有したか否かということが決定的である²⁷⁾」ので、「手続違背は裁量決定において常に取消を導く」のではなく、「手続違背が決定結果にとって一般に重大 (因果的 *kausal*) であり得たときのみ、である (具体的考察法)²⁸⁾。」と理解する。要するに、これらの説は手続瑕疵ある行政行為一般に関して具体的考察法の必要を説き、抽象的でなく具体的な決定選択肢があること、別にいえば、`決定内容に影響しうる、手続瑕疵のみに取消の根拠を認めんとするものと解される。

このような説には、更に、四六条 VwVfG が裁量決定にも適用されるべ

25) Bettermann, aaO. (註・7), S. 278.

26) Peter Badura, Das Verwaltungsverfahren, in: hrsg. v. Hans-Uwe Erichsen und Wolfgang Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. (1983), §41 III 3 (S. 372).

27) Fritz Ossenbühl, Zur Bedeutung von Verfahrensmängeln im Atomrecht, in: NJW 1981, S. 375ff. (376).

28) Fritz Ossenbühl, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: NVwZ 1982, S. 465ff. (471).

きとの立場に立って、裁判官はそのさいに当該裁量決定の実体的な正しさを審査するのではなくて、「実体決定が、多分、手続、形式または権限への違背によって影響され得たであろうか否かのみを診なければならない。こうした蓋然性の仮定(Wahrscheinlichkeitshypothese)は裁量決定とはまったく別個のものである」²⁹⁾とみるルップ(Hans Heinrich Rupp)の見解も加えるであろう。また、ベッターマン(Karl August Bettermann)は、これらといくぶん異なって、「全部的に羈束された決定」について抽象的考察法を、それ以外の裁量・判断余地行為においては、そこでの他の決定の問題が「抽象的にでなく具体的に答えられるべきであり」、「……決定結果にとっての因果性が争う余地なく推定される手続欠缺が問題となる。」とすることで、具体的考察法を唱え³⁰⁾、「行政行為の内容に影響し得なかった」手続瑕疵に準拠する裁量・判断余地行為の取消を排除すべきことを主張する³¹⁾。

かくして、上記の諸説³²⁾が、詳細を別にしても、裁量・判断余地行為について具体的考察法を主張することにおいて、また、抽象的な決定可能性をもって満足するのではなく、手続瑕疵が「決定内容に影響しうる」ことを要請するという結論に関しても一致することに注視すべきであろう。それゆえ、

29) Rupp, aaO. (註・6), S. 156.

30) Bettermann aaO. (註・7), S. 294. なお, Karl August Bettermann, Anfechtbare und nichtanfechtbare Verfahrensmängel, Eine prozeßrechtsvergleichende Studie zu §46 VwVfG, §127 AO und §42 SGB X, in: hrsg. v. Hans-Uwe Erichsen/Werner Hopp/Albert v. Mutius, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Cristian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 709ff (723, 726) は, 更に明瞭である。また, ベッターマンのこのような点については, Hill, aaO. (註・6), S. 122 Fn. 148. 参照。

31) Ebenda, S. 292.

32) 本文掲記のもののほか, 具体的考察法の主張と目されるものとして, たとえば, Franz Mayer/Ferdinand Kopp, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. (1985), §44 III (S. 379); Jost Pietzcker, Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: VVDStRL 41 (1983), S. 193ff. (224) を挙げうる。ついでながら, マイヤー=コップによれば, ここでいう具体的考察法が「通説」とされる。しかし, この見方に対しては, Meyer, VwVfG, §46 Rdnr. 21. の反論がある。

第二の説は、裁量・判断余地行為に通例認められる他の決定についての抽象的可能性からその取消を根拠づけるのではなく、犯された手続瑕疵や個別のケースにおける具体的な諸事情の考慮の下に他の決定がなされ得たこと、すなわち、具体的な決定可能性（＝具体的な決定選択肢）が存在することを要請するのである。そして、その趣旨が「決定内容に影響しうる、手続瑕疵のみに取消の根拠を与えることにある限り、この説は裁量・判断余地行為に限っての《因果性》、しかも、「実体決定が根拠した」との意味での積極的な《因果性》と異なって、いわば消極的な《因果性》の主張に帰着するのである³³⁾。

以上、手続瑕疵のみに準拠する裁量・判断余地行為の取消という問題についての学説は、一つに、四六条 VwVfG の「逆推論」を前提としつつ、同時に抽象的考察法の立場に立って、他の決定についての抽象的な可能性を認めることができるならば、既にその取消を原則的に認めようとするもので、その結果、抽象的な他の決定可能性のあることを通例とする裁量・判断余地行為にあっては、手続瑕疵のみを理由とする取消を原則的に認めることになるものと、二つに、具体的考察法の立場から、抽象的決定可能性のみをもって裁量・判断余地行為の取消を根拠づけるのではなくて、そのためには手続瑕疵が「決定内容に影響しうる」こと、いいかえれば、行政決定と犯された手続瑕疵とに抽象的な《因果性》が存することを要請するものとの二つに分けることができる。つづく(2)では、これらにおいて唱えられる根拠に立ち入ることしよう。

(2) まず、具体的考察法に依拠し、消極的に因果的な手続瑕疵のみに取消

33) このようなことを指摘するものとして、Hill, aaO. (註・6), S. 123. 因に、ベッターマンが、裁量・判断余地行為においては、「潜在的な因果性が決定的であり、生の (real) それではない！」(Bettermann, aaO. (註・7), S. 294) というのは、このような指摘の証左ともいえる。

更に、付言するに、「積極的」と「消極的」との使い分けはヒルに依拠しているが、ただ、同様の区別は本稿(一)、第二章・二(前号のとくに68頁)で指摘したところでもある。

理由を認める第二説は、手続法が自己目的というよりも（実体的に）正しい適法決定のための手段であるところに根拠を見出すことがある。たとえば、ベッターマンが裁量・判断余地行為の取消を内容的に影響しうる手続瑕疵に限ろうとするのは、このことが、判決に影響し得た手続違背のみにその取消・差戻し事由を認める一般訴訟法原則に対応するからであると同時に、とりわけ、「手続法は自己目的でなく、正しいまたは内容的に適法な決定形成のための……放棄できない手段であり、[この結果、その内容に影響し得なかったごとき手続違背は、通例、瑕疵ある手続に由来する決定の取消にとっては顧慮されない (unbeachtlich)³⁴⁾。]」からである。一般に《手続法の実体法奉仕機能》と称しうるこうした根拠は、このほか、オッセンビュール³⁵⁾、シュテルケンス³⁶⁾、バドゥーラ³⁷⁾等³⁸⁾の多くの論者により指摘される場所である³⁹⁾。一方、このような見方に対しては、裁判所の（実体的）審査・統制権限が確保される半面、手続の履践が決定内容にとっての機能を減じる羈束行政行為の場合と異なって、裁量・判断余地行為においては手続に格別の

34) Bettermann, aaO. (註・7), S. 292f.

35) Ossenbühl, aaO. (註・28), S. 471 (auch S. 465); vgl. auch dens. aaO. (註・27), S. 378.

36) Stelkens, VwVfG, §45 Rdnr. 3

37) Badura, aaO. (註・26), §41 III 2, 3 (S. 370, 371); auch ders., Die gegenwärtige Diskussion über das Verwaltungsverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, in : JA 1981, 33ff. (38).

38) そのほか、たとえば, Mayer/Kopp, aaO. (註・32), §44 I (S. 375).

39) 連邦行政裁判所判例におけるかかる思考傾向の指摘については, Jürgen Schwarze, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrenrecht und verwaltungsrechtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 23f. (auch S. 65).

容易に推測できることであろうが、このような「実体法に奉仕する、手続法観が、実体法（的統制）の優位の下で「法律による行政、原理を理解し、その結果、実体法との決定結果の適合性にもっぱらの関心を集めてきた伝統的なドイツ行政法学の指向に由来することについては、Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, Insbesondere zur Bedeutung von Rechtsform und Verfahren im Verwaltungsrecht, 1982, S. 54. および本稿（一）、第二章・小括の註(65)（前号82頁）に掲げた文献参照。

意義を付与すべしとの立場から、実体的な審査・統制にかわる手続的なそれを重視する見解⁴⁰⁾が主張される。つまり、一般的にのみいえば、立法者が内容的に不完全にのみ予定した決定が手続のなかではじめて具体的内容を盛りられる場合（＝裁量・判断余地行為の場合）には、手続の履践にこそいっそうの厳格を期すべきだ、というのである。もっとも、この点は、一般論としてであれ、先の第二説の論者によっても説かれることがある⁴¹⁾。したがって、むしろ、実体法に対する「『手続の奉仕機能』からは、主観的手続権の訴訟不可能性が導かれ得ないのみならず、その「位相 (Topos) は説明的な (heuristisch) 任務はもつが、解釈上のそれはもつものではない⁴²⁾。」とみることができるであろう⁴³⁾。

40) Vgl. Krebs, aaO. (註・4), S. 113; Hill, aaO. (註・6), S. 359f.; Friedhelm Hufen, Heilung und Unbeachtlichkeit grundrechtsrelevanter Verfahrensfehler?, Zur verfassungsrechtskonforme Auslegung der §§45 und 46VwVfG, in: NJW 1982, S. 2160ff. (2161).

41) たとえば, Badura, aaO. (註・37), S. 38 (裁量決定にあつては, 「手続の正しさは同時に決定の実体的『正しさ』の本質的保障である」); Ossembühl, aaO. (註・28), S. 466 (裁量決定のようなケースでは, 「手続法が公正保障の点での実体法の欠陥を補わなければならない」) など。

42) Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts, in: Lerche / Schmitt Glaeser / Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, 1ff. (33). また, シュミット・アスマンは, 「発見 (heuristisch) 原理」としての手続の視角から, 「手続の公正と結果の公正」について結論的につぎのようにも述べる。すなわち, 「目下のところ, いずれにしても, 手続の適正 (Ordnungsgemäßheit) が決定の実体的な適法性を表示することが前提にされうることも, また逆に, すべての手続瑕疵が必然的に実体決定のうえに現れるということもできない。」と (Schmidt-Aßmann, aaO. (註・39), S. 55)。

因に, 手続法の《実体法奉仕機能》という観念が判例のなかでもかわりつつあることについては, Schwarze, aaO. (註・38), S. 24. を参照。

43) 付言するに, そもそも, 手続目的の複合性もしくは手続の複合的機能ということも認識する必要があるだろう。そこで, そのような意味でも, 手続法の《実体法奉仕機能》のみから直ちに特定の法解釈的帰結を導くことには異論もあろう。手続の複合的機能について, 差し当たり参照, Ossembühl, aaO. (註・28), S. 465 und insbes. S.467.

第二に、抽象的考察法に与したマイヤーは、その理由の一つに、具体的考察法の下では裁判所に手続瑕疵を離れてすべての手続を自ら繰り返さねばならぬという「圧力」が働き、たとえば第三者の参加を伴う巨大プロジェクトのさいなどには、手続法は最小の役割を果たすだけのものになる「危険性」を挙げた⁴⁴⁾。また、同じような「危険性」をブリューメル (Willi Blümel) も指摘し、今日一般的な大量手続にあってはいかなる裁判所も、個々の利害関係人に関し、手続瑕疵が行政行為または複合的な計画決定の内容に影響し得たことを承認する向きになく、したがって、利害関係人の範囲が大きくなればなるだけ、個々の利害関係人はいっそう自己にかかわる手続瑕疵から取消を獲得するという状況にはなく、延いては、「結果において行政庁をして手続規定を軽んじたり、まったくの無視へと誘うことになろう⁴⁵⁾。」との懸念を表明した⁴⁶⁾。更に、クレプス (Walter Krebs) は、取消という法的制裁によって獲得される「教育的効果」は再び取消を排除することによって放棄される⁴⁷⁾、と考える。しかし、これに対しては、オッセンビュールがそのような議論を諫め、訴訟における手続瑕疵の不顧慮から行政の手続「軽視」を引き出すことは、「非現実的な想定」以外のなにものでもなければ、また、そのためにのみ取消を容認するごときは、たとえば広範かつ複合的な（実体的に）正しい決定を些細な手続瑕疵から取消することが比例原則上許容できないように、行政による手続軽視よりも「いっそう始末に悪い」などとして、

44) Meyer, VwVfG, §46 Rdnr. 27.

45) Blümel, aaO. (註・17), S. 70f.

46) ほとんどまったく同旨の指摘として, Cristoph Degenhart, Zum Aufhebungsanspruch des Drittbetroffenen beim verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt, in: DVBl. 1981, S. 201ff. (202). Vgl. auch Stelkens, VwVfG, §45 Rdnr. 3.

47) Krebs, aaO. (註・4), S. 114.

なお、手続法の「教育的効果」および行政行為の取消排除によるその放棄については、Mayer/Kopp, aaO. (註・32), §44 I (S. 376); Rainer Wahl, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: VVDStRL 41 (1983), S. 151ff. (177).

批判的に述べるのである⁴⁸⁾。思うに、ここには、裁量・判断余地行為に留まらぬ手続瑕疵ある行政行為一般について、その制裁はいかにあるべきか、より具体的には、手続瑕疵は行政行為の取消——ここでは裁判取消——のみによって制裁されねばならないのか、更に適切な手段がありうるのかという、検討に値する問題が存在していよう。つまり、たとえばベッターマンが、「破毀 (Kassation) は決して手続権の毀損の強行的な帰結ではない。これら権利は、手続瑕疵ある国家行為の取消によるとはちがっても、制裁される⁴⁹⁾。」とするときの、取消以外の制裁とか、四六条 VwVfG のなかに「行政手続法の規律にとってもっとも有効な制裁、すなわち取消とこれの教育的機能」の「頓挫」をみるヴァール (Rainer Wahl) が軽く触れた「行政内部的な監督手段⁵⁰⁾」といったこと⁵¹⁾が考えられるのである。そうして、なおも、「現実の経験が……疑わしい気にさせる⁵²⁾」かどうかは、法解釈の前提をなす行政実践の認識上の問題として考慮されねばならぬであろう。

第三に、抽象的考察法の立場からは、四六条 VwVfG の成立史に根拠が求められることがある⁵³⁾。すなわち、既に触れたことであるが⁵⁴⁾、かつての行政手続法草案 (= EVwVfG 63・三六条) が現在の四六条 VwVfG へと成文化する過程において、裁量行為の取消を念頭に置いたところの、手続「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」、との文言が削除されたことは、裁量・判断余地行為の取消の規準としての《因果性》が立法

48) Ossenbühl, aaO. (註・28), S.471 Fn. 76 ; vgl. auch dens., aaO. (註・27), S. 378.

49) Bettermann, aaO. (註・7), S. 289.

50) Wahl, aaO (註・47), S. 177.

51) 更に、(損害賠償請求や行政内部的手段を含む) さまざまな行政統制・監督手段に注目しようとするものに、既に、たとえば, Papier, aaO.(註・19), S. 16や Hans J. Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. (1974), §51 IVg (S. 436) などがあったが、近年に至って、手続瑕疵をゆえとする行政行為の違法確認訴訟を要請する見解が唱えられるが、そのような見解については第五章で触れることにする。

52) Krebs, aaO. (註・4), S. 144.

53) たとえば, Meyer, VwVfG, §46 Rdnr. 21 ; Blümel, aaO. (註・17), S. 69.

54) 参照, 本稿 (一), 第二章・一 (前号61頁以下)

者によって退けられたとの意味に理解されるからである。しかしながら、ここでは、決定が根拠した、手続瑕疵か否かを念頭にする積極的な《因果性》の審査が退けられただけのことと解することもできる⁵⁵⁾がゆえに、依然として決定的な論拠に挙げることができないと思われる。

これらのほかにも、たとえば、裁量行為において消極的な《因果性》の要件を導入しようとする試み(=具体的考察法)を、それが羈束行為と裁量行為との「深遠な裂け目を和らげる」ものと把握し、「法政策」的見地から「有意義」と評価する主張⁵⁶⁾がなされたりすることもある⁵⁷⁾。しかしながら、結局のところ、以上でみた限りでは、抽象的考察法の立場の見解と具体的考察法に拠るものが依拠する論拠に関しては、いずれの側でも決定的な部分に欠ける嫌いを否定できないように思われる。したがって、以下、若干の裁判例を参考に考察をつづけよう。

(3) 一つは、既述の八一年の連邦行政裁判所判決⁵⁸⁾である。連邦供出法(Bundesleistungsgesetz)三条三項(「すべて徴発(Anforderungen)にあって、公衆の利益と参加人の利益とは適正に比較衡量されるべきである。そのさい、ドイツの経済の負担能力が適切に考慮されるを要する。連邦政府は、商工業(wirtschaftliche Unternehmen)が供出義務を課されるときは、連邦参議院の同意を得て法命令により、商工業の専門機関(sachverständige Stellen)を供出決定交付手続に参加せしめる方法に関して定める。——略——)に基づくところの、専門機関としてのドイツ商工会議所の協働を欠いたトラック供出決定——事あるときのための予備的決

55) この点については、Hill, aaO. (註・6), S. 124参照。しかしながら、Blümel, aaO. (註・17), S. 69.

56) Pietzcker, aaO. (註・32), S. 224.

57) オッセンビュールは、具体的考察法を唱える理由として、手続瑕疵に準拠する取消が、(註・48に該当の)本文に述べたように、「比例原則」のほか、「法的安定」の要請にも反することを挙げる。Ossenbühl, aaO. (註・28), S. 472 Fn. 76.

なお、後註(68)、(69)に該当する本文の議論は、抽象的考察法の論拠となりうる。

58) BVwG Urt. v. 26. 3. 1981, BVwGE 62, 108 (参照、本稿(一)、第二章・四の(2)(前号80頁))。

定 (Bereitstellungsbescheid) ——が争点となったが、この決定は、「戦略上の理由や安全保障政策の見地から、限られた範囲でのみ裁判統制に親し」む「国防計画」に基づくものであった。本判決は、供出決定に対する原告の異議審査請求を拒んだ被告審査庁の上告を退けるにさいし、理由として、第一に、上記法条の解釈から供出決定手続への商工業の専門機関の参与が「必要であり、ゆえに、予備的決定の適法要件を形成する」こと、第二に、国防計画 (策定) について裁判統制が制限され、またその限りで潜在的利害関係人への計画企図の説明や影響認識のための聴聞もなされず、更には、計画およびその実施が経済全体や国民生活に与える影響を測る必要があることをも挙げる⁵⁹⁾。そうして、犯された手続瑕疵が本件決定に影響しなかったとする被告の抗弁について、

「被告の、(ここでなお適用できない) 四六条 VwVfG の法思考への言及は、同じように、[本判決と……引用者]異なる見解を強要しない。」「他のいっさいの決定可能性の排除ということは、……裁量決定にあっては通例認められない。予備的決定交付のさいの、ここで問題にされる必要品選択裁量 (Bedarfsauswahlermessen) の場合こそ、徴発行政庁が手続法上必要とされる商工業の権限ある専門機関の協働を履践するときは、他の実体決定に至り得たであろう可能性が排除されるべきでない⁶⁰⁾。」

と述べたのであった。本件に関しては、連邦供出法三条三項という個別の手続規定が存し、また、国防事項にかかわる一定特殊的事例であったことにも注意を要しようが、「四六条 VwVfG の法思考」を根拠に決定に対する手続瑕疵の《因果性》を求めた被告主張を採用しなかったことは、止目に値しよう。ただ、これによって抽象的考察法が容れられたことになるのかどうか、判然としないのである。

その二は、州政府の命じた (空港建設) 計画確定決定の即時執行手続に手続除斥者が加わっていたことから、これがバイエルン州行政手続法二〇条一項違反に当たるとして、異議申立がなされた件に懸かる八一年のミュンヘン

59) BVwGE 62, 111, 113f.

60) BVwGE 62, 115f.

行政裁判所決定⁶¹⁾である。ここで、裁判所は、手続除斥者の全体としての協働行為 (Gesamtmitwirkung) は本質的な瑕疵であるとの理由から、申立人の訴えの停止効を認める決定を下したが、そのさい、手続瑕疵ある裁量行為一般に関し、つぎのように判示した。すなわち、

決定にとって因果性 (Ursachlichkeit) を欠くことが証明される場合、許容されない協働行為は本質的でなく、この決定を違法としない。ただ、いかなる場合に因果性が欠けるかは、(バイエルン州行政手続法) 四六条に関して争いがあり、その裁量行為への適用は否定的に解されている。しかしながら、裁量決定の場合でも、「手続瑕疵が……事実上因果的でなかったとき、更には、その瑕疵が裁量決定それ自身にでなく、それ自体法的に羈束された先行の行政手続中の行為にかかわったとき」は、適用可能である。これら二つの限定は手続中の個々の協働行為のみにかかわるものであり、「それに反して、裁量決定に通じる手続への全体としての協働はバイエルン州行政手続法四六条の前提を決して充さず」、したがって、取消も排除しない。むろん、全体としての手続が手続のはじめにあたりなどするのでなければ。ただ、「裁量決定に通じる手続においても、……事実上または法的に因果的でない手続瑕疵が生じうる。かかるケースでのバイエルン州行政手続法四六条の不適用は、その規定の文言をもっては根拠づけられず、その意味とも調和しない。ただし、その不適用は、手続瑕疵がなくとも結果が実際上の理由から異ならず、あるいは、法的理由から異なってはならなかったことが確定的であるときですら、手続瑕疵のゆえに行政行為を廃止することを意味するであろうから。そのとき、しかし、本規定は……実体決定に対する奉仕任務から解かれ、自己目的に高められるであろう」。

と。本決定は、既に述べたように、本件手続除斥者 (=州経済交通大臣およびミニステリアルディリгент) の協働行為が実体決定にまでおよぶ全体的、したがってまた、本質的なものであるとし、また、結果的に四六条 VwVfG を裁量行為に適用した点でも興味づけられる。ただ、当面の問題に関連しては、《手続法の実体法奉仕機能》ということからも具体的考察法の立場が採られたこと、本決定を評したシュテルケンスが、それによって容れられた「事実上の因果性欠如の広範な特例は、妥当でない。なぜなら、この瑕疵は……本質的でなく、それゆえ、既に四六条 VwVfG にとっていかなる余地も残らないから⁶²⁾。」と批判的に述べたことを記すのにとどめる。

61) VGH München, Beschluß v. 16. 4. 1981, NVwZ 1982, S. 510ff. (513) .

62) Stelkens, VwVfG, §46 Rdnr. 7.

あと一つは、七九年のハンブルグ行政裁判所決定⁶³⁾であり、かなり興味深いものといえる。事案は、(大学)入学許可審査委員会(Aufnahmeausschuß)によって「特殊の芸術的能力」を認められなかった申立人が仮命令によって入学許可を乞うたというもので、票決権を有しない学生一名が本委員会において投票権を行使したことが、理由に掲げられた。これに対する裁判所見解はつぎのようであった。

本委員会における学生の投票権行使は、確かに違法であるが、「この違法は、しかしながら、顧慮されるべきでない(unbeachtlich)。なぜなら、それは重大(relevant)とはならなかったから。『能力に欠ける』とした決定は、投票への学生の参加がなくとも異なって下されたのではなからう。けだし、票決は四対一対〇をもって明確に下されたから。」「学生が相応の立場を通じて、申立人の芸術的能力についての否定的な評価に関し、入学許可審査委員会の残りの委員に影響し得たであろうことは、いかなる重大な違法も生じない。それというのも、彼が票決に加わったことのみが違法であったからである。これに対して、彼が審議に加わったことは違法ではなかった。」「それゆえ、入学許可審査委員会での学生の共同審議は正当なもの(Rechtens)であり、ただ彼の共同決定のみが違法であったとすれば、四対一対〇の票決結果に当面して、この違法には重大性(Relevanz)が欠けるのである。」

「かように具体の票決結果を見遣って重大性をめざすことに対しては、ハンブルグ行政手続法四六条が……羈束決定の場合にのみ手続瑕疵の不顧慮を明らかにするという異議は、これを唱えることができない。その文言は具体的考察法を禁止しない。すなわち、本件では、学生を除いた委員会が異なる決定をなし得たであろうといかなる手がかりも存しないのである。」

本決定が思料したように、決定権(=投票権)と審議権とを分け、「手続の透視化の必要」をもって学生に後者の権利を認めることが妥当かどうか、疑問の向きもあろう⁶⁴⁾。ここではそうした点を措き、この決定に寄せられた寸評に触れてみよう。まず、シュテルケンスは、「当委員会決定の票決結果から、決定の正しさは推定され得ない。」として、委員会の意思を前提に行

63) VG Hamburg, Beschluß v. 19.10.1979, BVBl. 1980, S. 971f.

64) 現にヒルは、「合議制決定」につき、つぎのように述べる。すなわち、瑕疵源が一成員のみに存するならば、その他の成員の自律的な決定義務がそれを補填することが主張されうる。「しかし、同様に、一個人における瑕疵が全体としての委員会の決定に感染するということも、前提されうるのである。」と(Hill, aaO. (註・6), S. 362, auch S. 125)。

政決定の法的許容性を判断した本決定を批判する⁶⁵⁾。また、ラウビンガー (Hans-Werner Laubinger) も、この決定にしたがうならば、行政庁は瑕疵を認識・回避したときにどのように決定したであろうかに答えねばならぬので、この「変形的『具体的考察法』には……同意し難い」と一先ず述べ、つづいて結論について、断定を避けながらも、「本委員会が下さなければならなかったところの『特殊の芸術的能力』に関する決定は、少なからざる程度の非代替的価値評価を含むので、この決定は裁判的に完全に審査し得ない判断の余地を内包する。それゆえに、そのことは、行政裁判所見解に反し、『他に実体決定がなされ得たであろう』ことに反対というよりも賛成するのである⁶⁶⁾。」との異議を唱えたのである⁶⁷⁾。

さて、以上のごとき裁判例から明らかになるであろうことは、第一に、抽象的考察法が少なくともまったく否定し去られたわけではないということ、第二に、具体的考察法の下で裁量・判断余地行為の取消を「決定内容に影響しうる、手続瑕疵にのみ限る場合、具体の瑕疵が果して「決定内容に影響しうる、手続瑕疵か否かについては意見が分かれうる、ということである。そうして、後者に関連していうならば、因果関係説を批判したマイヤーが、四六条 VwVfG の成立経緯に基づいて、「人は、一義的な因果性と疑わしい因果性、ないしは一義的な因果性欠如 (Nichtkausalität) といった諸ケースの区別を法律〔行政手続法……引用者〕のなかに採り入れたのではなくて、あらゆる因果性を拒否し、一義性の問題に関しそのとき必ず浮上する争いをもこうして回避した。」と説いた⁶⁸⁾ときに、既に指摘するところであったといえる。しかも、いままたヒルが、「具体的考察法は多くの場合重大な不確かさ

65) Stelkens, VwVfG, §46 Rdnr. 8b.

66) Hans-Werner Laubinger, Heilung und Folgen von Verfahrens- und Formfehlern — §§45 und 46 VwVfG sowie §§126 und 127 AO 1977 in der Rechtsprechung —, in: VerwArch. Bd. 72 (1981), S. 333ff. (347f.).

67) なお、Carl Hermann Ule und Hans-Werner Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, Eine Studienbuch, 3. Aufl. (1986), S. 406 Fn. 114. も批判的に述べる。

68) Meyer, VwVfG, §46 Rdnr. 21.

を内包」し、その「考えられる唯一の画定規準を挙げれば、……〔他の決定選択肢が……引用者〕確かさ、確かさのうえで制限的あるいはほんの高いぐらいの蓋然性をもって（まったく非蓋然的？）いっさいの生活体験にしたがい公然と排除されなければならないのか、それとも本来的にか（それはいつ存するのか？）、といったことが明らかにされていない⁶⁹⁾」ことを指摘する。そして、「このような不確かさのゆえに、ついに裁判所が裁量の場合に積極的な、悪くすると生の (real) 因果性審査を企てたり、行政に留保される機能領域にこうして押し入る危険が存在する。このゆえに、挙げて、抽象的考察法が、とりわけて行政と裁判所との機能領域の維持の観点から、よしとされるべき」で、これによれば、裁判所に最終的決定権が帰属しないときは、「法的に許容される決定選択肢の抽象的な可能性がありさえすれば、手続瑕疵ある行政行為の取消が常に請求され得」、「行政の裁量決定のさいの手続瑕疵は、なканずく、この決定成立にとっての手続の格別の意義のゆえにも、原則として決定の取消を導くべきであろう⁷⁰⁾。」と結論づけるのである。

小括

以上、四六条 VwVfG の適用が排除される行政行為の意味における手続瑕疵ある裁量・判断余地行為の取消に関し、本章で叙述したところを概観すれば、それは、以下のようなものである。

第一に、手続瑕疵ある裁量・判断余地行為の取消の問題にかかわっては、抽象的考察法と具体的考察法とに基づく二つの見解が唱えられる。その場合、抽象的考察法は、行政の裁量・判断余地行為における実体的な（裁判的）審査・統制にかわる手続的な審査・統制の重要性や裁判取消による手続瑕疵の制裁化の必要、あるいは四六条 VwVfG の成立史を根拠として、手続瑕疵ある裁量・判断余地行為の取消を原則的に主張する。これに対し、具体的考察法は、手続の独自・固有の意義に消極的と思われる《手続法の実体法奉仕

69) Hill, aaO. (註・6), S. 125.

70) Ebenda, S. 125f.

機能》ということや手続違背への制裁における多様性、更には、一般訴訟法原則や法政策的考慮（＝羈束行為と裁量・判断余地行為とにおける手続瑕疵の法的効果の均衡）といったことから、`決定内容に影響しうる、手続瑕疵のみに裁量・判断余地行為の取消の事由を限ろうとするのである。そこで、この限りでは、四六条 VwVfG の解釈にさいして唱えられることがあった、`（実体）決定が手続瑕疵に根拠する、とした意味における《因果性》の規準（＝積極的な《因果性》の裁判的審査・統制）は、明瞭に退けられたことになるし、むしろ、裁量・判断余地行為にあってそのような《因果性》の規準を明確に唱えようとする試みは、《零収縮裁量行為》の場合を別とすれば、見当たらないようである。また、上記二つの見解に関しては、挙げられた理由のなかにそれぞれの論拠が求められる限り、どのみち、決定的な理由に欠けることが認められるであろう。

第二に、犯された手続瑕疵や当該事案の具体的諸事情を勘案し、そこでの具体的手続瑕疵が`決定内容に影響しうる、ものであったか否かをめざすところの具体的考察法は、まさにかかる指向性のゆえに、実際の具体的ケースにおける裁量・判断余地行為の取消という結論に関して、意見のちがいを生じうる。規準の実施にかかわってのこのような不透明は、結果的に、抽象的考察法の立場を利することになる。

第三に、裁量・判断余地行為に通例認められる他の決定についての抽象的な可能性をもって、その取消を原則的に許容する抽象的考察法は、その実質上の手がかりを行政と（行政）裁判所との機能的な画定ということから得ている。つまり、一方で、行政決定の内容的な適正・妥当性について裁判的審査・統制を差し控えると同時に、他方では、手続瑕疵が裁量・判断余地決定の取消を原則的に根拠づけるとすることにより、行政判断を尊重するのである。そうして、手続瑕疵に準拠しての取消は、「瑕疵なき行政手続にあって他の決定がなされるか否かを行政自らが確認できうる機会を与えるため」に⁷¹⁾、要請されるべきものとされる。もっとも、そうした場合に議論となるのは、四六条 VwVfG の立法理由とされた`訴訟経済、の観点であって、

手続瑕疵のみを理由に取消されたと同一の決定を繰り返し行うことは、訴訟経済的にも手続経済的にも理由がない⁷²⁾、とするものである。しかしながら、このような批判に対しては、再び、裁判所の負担の増大をもって行政の負担軽減を図るものとの反論⁷³⁾がある程度妥当しうると思われる。これに対し、具体的考察法は、決定内容に影響しうる、本質的な手続瑕疵か否かについては、裁量・判断余地行為の場合にも裁判的に審査できるし、審査すべきことを主張する。したがって、この説は、行政行為の裁判的審査・統制における実体法重視の意味における伝統的行政統制に固執するものであるといえる。《手続法の実体法奉仕機能》が説かれる所以といえる。

第四に、手続瑕疵を理由とする裁量・判断余地行為の取消を原則的に認めんとする抽象的考察法といえども、法的に何らの意義ももたないことが客観的に明らかで、また、そのことが論証可能な手続瑕疵の場合にまで、その取消を主張するものではない。そのような場合の瑕疵は、法解釈の対象にならないという意味において、「事実上の手続規範 (tatsächliche Verfahrensregeln) への違背⁷⁴⁾」と称されることがある。

71) 註・15を付した本文の(ヒルの)の引用部分を参照。

72) Vgl. Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), Bundestag Drucks. 7/910, S. 66 (Einzelbegründung zu §42).

73) この批判は、元来、四六条 VwVfG の立法目的に向けられたものであって、おおよそつぎのように述べられる。すなわち、四六条 VwVfG は、訴訟経済の見地から、(実体)法的に要請される決定を手続瑕疵のみに基づいて取消すことを妨げ、不必要な法的救済を阻止しうるものであるが、その反面、これにより裁判所は行政庁によってなされるべきところの(事実の)調査や審査を余儀なくされる結果、行政庁の手続負担の軽減を裁判所の負担の増大をもって図るという、いわば本来の目的をそれに背馳する結果のうえに実現するという欠陥をも合わせもつものである。と。Vgl. Mayer/Kopp, aaO. (註・32), §44 III (S. 380); Maurer, aaO. (註・22), §10V4 Rdnr. 43 (S. 206f.); Krebs, aaO. (註・4), S. 114.

74) Hill, aaO. (註・6), S. 331.

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

四六条 VwVfG の解釈をめぐる主要な問題の第二のものは、既に述べたように¹⁾、手続瑕疵のみを理由とする行政行為の取消が、一定の場合、「これを請求できないものとする。」との文言に関連し、それが法的にどのような意味をもつのか、つまり、四六条 VwVfG の法的効果の問題といえることができる。そして、この問題は、わけて行政裁判所法の諸規定との関連において考慮されるべきものである。けだし、四六条 VwVfG の争いなき第一次的名宛人は、手続瑕疵を理由とする行政行為の取消が請求されうる行政裁判所にはほかならないからである。

さて、西ドイツ行政裁判所法は、周知のように、「法律に別段の規定がない限り、原告が、行政行為またはその拒否もしくは不作為により、自己の権利を毀損されたことを主張する」場合にのみ、訴えを許容し（四二条二項）、また、九七条二項 VwVfG によって追加された四四 a 条一文は、「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、これを主張することができる。」との原則を定立した。そうして、この四四 a 条一文は、「実体法的統制の優位の標²⁾」とも呼ばれるように、立法政策的には四六条 VwVfG と同様の「訴訟経済」の見地から、行政の個々の手続行為に対する単独の (selbständig od. isoliert) 訴えは、その結果たる実体決定を俟って争えば足りることをもって、原則的に認めない³⁾、というものである⁴⁾。一方、同じ行政裁判所法——三条一項一文——以下、行政裁判所法の規定については——三条一項一文 VwGO などと記す——によれば、「行政行為が違法であり、また、これにより原告の権利が毀損される」

1) 参照、本稿(一)、第一章・二 (前号59頁)。

2) Friedhelm Hufen, Fehler im Verwaltungsrecht, 1986, S. 420.

場合、裁判所はその取消を義務づけられることになっている。

ところで、うえの諸規定の解釈について一般的に説かれる見解⁵⁾においては、四二条二項 VwGO はむろん、四四 a 条一文 VwGO もまた法的救済の「許容性」に関する規律とされ、手続瑕疵の法的効果、いいかえれば、取消の訴えの「根拠」(Begründetheit)にかかわる四六条 VwVfG の規律とは区別されることが認められる。これに対して、その「違法性」、これによる原

- 3) 政府の提案理由はいう。すなわち、「手続行為の取消によって実体決定を遅延せしめもしくは妨げるために、手続諸規定が濫用され」てはならないよう、「手続のみにかかわる規制的命令行為 (Anordnungen) の単独の取消は、本規定により許され」ず、「行政作用の結果のみが、……裁判統制に服しなければならない。」しかも、「実体決定を交付せしめた手続の適法性が実体決定に関連してのみ審査されることができるときは、行政統制の実効性が侵されるのではなく、相関する手続規定の訴訟経済上の集中の意味においては、高められるのである。」と (Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), Bundestag Drucks. 7/910, S. 97 (Einzelbegründung zu §92))。本条については、行政手続法または行政裁判所法の各コメントールのほか、とりわけ Michael Eichberger, Die Einschränkung des Rechtsschutzes gegen behördliche Verfahrenshandlungen, Ein Beitrag zur Dogmatik, Auslegung und Verfassungsmäßigkeit des §44a VwGO, 1986. 参照。
- 4) なお、連邦行政裁判所判決のなかには、「行政庁の手続行為が単独で取消され得ないということは、……権利保護の必要性が欠けることから生じるのではない。むしろ、四四 a 条一文 VwGO は、行政庁の手続行為が——四四 a 条二文 VwGO に挙げられるものを別に——行政行為に固有の規律内容をもたない、ということに根拠する。」と述べるものがある。BVwG Urt. v. 27. 5. 1981, NJW 1982, S. 120. (本判決については、Paul Stelkens, Verfahrenshandlungen i. S. des §44a S.1 VwGO, in: NJW 1982, S. 1137f. (批判的))。そこで、これによれば、四四 a 条一文 VwGO は行政庁の手続行為の法的性質から説明されることになる。しかしながら、一文の趣旨は、本文に述べたように、手続行為については、のちの実体決定を俟って争わしめれば足りるとの意味で、単独の権利保護の必要性を認めないところにある、と解されている (差し当たり、参照、Ferdinand O. Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl. (1986), §44a Rdnr. 1; Paul Stelkens, in: Paul Stelkens/ Heinz Joachim Bonk/ Klaus Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. (1983), §97 Rdnr. 6; Jürgen Held, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S.202ff.)。
- 5) たとえば、Kopp, VwGO, §44a Rdnrn. 12,15; ders., Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. (1983), §46 Rdnr. 7; Stelkens, VwVfG, §97 Rdnr. 14.
- なお、Stelkens, aaO. (註・4), S. 1137 によれば、本文記述のごとき理解には「争いが無い。」とされる。

原告の「権利毀損」を要件に（行政）裁判所に行政行為の取消を義務づける一一三条一項一文 VwGO は、まさしく取消の訴えの「根拠」に関連してのものであり、本条の、四六条 VwVfG との関係はそれだけ直接的なものとみられる。そこで、四六条 VwVfG の法的効果を一一三条一項一文 VwGO との関連において把握しようとするれば、差し当たり、つぎのような問題が設定されることになる。すなわち、手続瑕疵に準拠する行政行為の取消請求（権）が四六条 VwVfG の適用の下で排除されるのは、一一三条一項一文 VwGO の視点からみれば、手続瑕疵ある行政行為の「違法性」または（これによる）原告の「権利毀損」のいずれかまたはいずれもの発生が妨げられるからであるのか、それとも、行政行為が「違法性」であり、原告の権利が毀損されるにもかかわらず、取消という法効果が生じないからであるのか、換言すれば、四六条 VwVfG の規律内容は一一三条一項一文 VwGO の構成要件（的側）面に結び付くのか、取消という一一三条一項一文 VwGO の法効果面にか⁶⁾、という問題である⁷⁾。

しかるに、学説によっては、四六条 VwVfG の法的効果をこうした問題との関連において究明しようとするものがある。以下、便宜上、そのような議論を披瀝する見解をはじめに取り上げてみよう。

6) このような問題に関連して、参照されるべきものに、Walter Kreds, *Kompensation von Verwaltungsverfahren Fehlern durch gerichtlichen Rechtsschutz? — Zur Problematik des §46 VwVfG des Bundes und Länder —*, in; DVBl. 1984, S.109ff.; Wolf-Rüdiger Schenke, *Der verfahrenfehlerhafte Verwaltungsakt gemäß §46 VwVfG*, in; DÖV 1986, S. 305ff.(306ff.); Hermann Hill, *Der fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, 1986, S. 102ff.; Held, aaO. (註・4), S. 193ff. がある。

7) しかしながら、「一一三条一項一文 VwGO の構成要件面と法効果面との区別は、ドグマティックには厳密を欠く。なんとなれば、取消請求権の規範的基礎は侵された規範それ自身だからであり、それゆえに、基本権の毀損の場合には基本権であるからである。」というヘルトの見解（Held, aaO. (註・4), S. 194 Fn. 2）には、一応留意しておく必要があるだろう。

一 裁判官決定裁量説

ここで裁判官決定裁量説というのは、ゲッツ⁸⁾ (Volkmar Götz) によって説かれたつぎのような説をいう。すなわち、

四六条 VwVfG は行政裁判権 (Verwaltungsgerichtsbarkeit) を主要な名宛人にもって、一定の法律違反の場合に行政裁判官を行政行為の取消から解放するものである。このような規定の基礎には、行政手続の不覆踐は広範かつ十全な裁判的権利保護手続にあっては重視されず、結局のところ、決定の実体的な正しさが重要であり、それについては裁判官が判断するとの考慮がある。したがって、ここからみれば、手続瑕疵を理由とする行政行為の裁判取消は行政への「手続の余分な差戻し」となる。

むろん、このような理解に対して批判も加えられる。「しかしながら、四六条 VwVfG には憲法上の疑念は存在しない。そのさい、かつての諸草案のように、行政手続法は手続瑕疵をゆえとする取消の厳格な禁止を言明するのではもはやなく、原告に取消請求権を拒むにすぎず、かくして、この請求権を裁判所の裁量に置くということが重要になる。このような新種の裁判官裁量は、むろん、まずは学問的および実務的にも仕上げられねばならぬであろう。」

因みにいえば、EVwVfG 63は、利害関係人の取消請求 (権) (三六条) と行政庁の職権取消権 (三七条一項一文) との双方を排除した限りにおいて、一定の場合における手続瑕疵のみに基づいた取消の可能性そのものを排除したのであるが、現行法は明示には前者のみを否定した⁹⁾ ことに鑑みて、ゲッツは、取消の可能性それ自体が四六条 VwVfG によって否定されたわけではなく、したがって、利害関係人の請求に懸かる取消については、これを裁判官の裁量に委ねるといっているのである。このように、本説は、四六条 VwVfG をして、一定の場合裁判官に手続瑕疵のみに準拠する行政行為の取消に関する裁量権を容認するものと理解するので、これを裁判官決定裁量説ということができよう。そして、このような説を再び積極的に論拠づけようとするのは、デーゲンハルト¹⁰⁾ (Christoph Degenhart) である。結論的に、彼は、手

8) Volkmar Götz, Das neue Verwaltungsverfahrensgesetz, in: NJW 1976, S. 1425ff. (1428f.)

9) 参照, 本稿(一), 第一章・二(1) (前号56頁)。

10) Christoph Degenhart, Zum Aufhebungsanspruch Drittbetroffenen beim verfahrenfehlerhaften Verwaltungsakt, in: DVBl. 1981, S. 201ff. (206).

続瑕疵ある行政行為の取消請求権の許否の問題が名宛人や第三者の間での利害についての「段階的、可変的な調整」を必要としているとし、また、かかる要請は四六条 VwVfG を (行政) 裁判所に向けられた裁量規範として捉えるときによく果たされうる、という。

四六条 VwVfG を裁判所に向けられた裁量規範と捉えるとき、裁判所は四六条 VwVfG に基づいて手続瑕疵ある行政行為の取消を度外視することができる。かくして、四六条 VwVfG は——三条一項一文 VwGO による取消請求権を制限するのであるが、それは、裁判所が取消を妨げられることなくしてである。「裁判所は、そのとき、名宛人と第三者の法的地位を斟酌して、……瑕疵ある行政手続によって生ぜしめられた手続状況を自らの決定裁量にしたがって調整しなければならない。このさい、ありうる判決決定の範囲は手続瑕疵の制裁なき甘受から純粹の破毀決定 (kassatorische Entscheidung) にまでおよぶのである。」

また、デーゲンハルトはこうしたことの論拠に触れて、四六条 VwVfG を、「第三者訴訟に特徴的な利害状況を斟酌し、背反的な手続地位の思慮深い調整という要請を実現する」ための、「より一般的な法思想、行政裁判所の統制作用の更に一般的な観念」の規範的刻印¹¹⁾と看做したのである。

ひるがえって、学説上の圧倒的な理解は、このような裁判官決定裁量説に対し批判的である¹²⁾。なかには、「話にならない」(indiskutabel) と一蹴するだけのもの¹³⁾もみられるが、多くは、つぎのような二つの点で否定的であっ

11) Ebenda, S. 207.

12) 詳細はともかく、いずれにしても裁判官決定裁量説に批判的なものとして、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. (288); Hans Meyer, in: Hans Meyer und Hermann Borgs-Maciejewski, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. (1983), §46 Rdnr. 5; Stelkens, VwVfG, §46 Rdnr. 3a; Kopp, VwVfG, §46 Rdnrn. 13 (auch 11); Walter Klappstein, in: hrsg. v. Hans Joachim Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl. (1982), §46 Rdnr. 5. 1; Carl Hermann Ule und Hans-Werner Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, Ein Studienbuch, 3. Aufl. (1986), §58 II (S. 406 Fn. 13); Hans-Werner Laubinger, Heilung und Folgen von Verfahrens- und Formfehlern — §§45 und 46 VwVfG sowie §§126 und 127 AO 1977 in der Rechtsprechung, in: VerwArch. Bd. 72 (1981), S. 333ff. (350); Hufen, aaO. (註・2), S. 419; Schenke, aaO. (註・6), S. 311; Krebs, aaO. (註・6), S. 110 Fn. 12. などがある。

た。すなわち、第一は、権力分立の見地にかかわるものであって、デーゲンハルト自らも懸念したところ¹⁴⁾でもあるが、手続瑕疵ある行政行為の取消訴訟手続において裁判官が行政手続を補完し、利害関係人の実体的法的地位の手続的調整が裁判官の裁量によってなされ、いうところの「新種の裁判官裁量」が認められるならば、ここには、行政と裁判所との機能的画定にかかわっての疑念が生じうる¹⁵⁾、とするものである。第二は、取消訴訟制度に関連しての批判である。この種の批判的見解によれば、そもそも、取消の場合裁判所は原告によって譴責される瑕疵に関してのみ行政行為を審査し、彼が手続瑕疵に基づいて取消請求権を獲得することになるのか否かを審査する。そこで、原告にこの請求権が欠けるならば、裁判所は当該行為を取消することができず、したがって、裁判所に手続瑕疵をゆえとする行政行為の取消に懸かる判断の余地を認めることもできない、というのである¹⁶⁾。

かくして、手続瑕疵をゆえとする行政行為の取消に懸かる裁判官決定裁量の創設のなかに四六条 VwVfG の法的効果を認めんとする裁判官決定裁量説が退けられるならば、四六条 VwVfG の、一一三条一項一文 VwGO との関係についての検討は、いっそう差し迫って要請されねばならぬであろう。

二 四六条 VwVfG と一一三条一項一文 VwGO との関係に関する諸説

(1) 一一三条一項一文 VwGO は、うえで述べたように、瑕疵ある行政行為のありうる取消を行為の「違法性」とこれによる原告の「権利毀損」とにかからしめるが、学説や裁判例のなかには、このうちの「違法性」を（客観的な）手続法規定への違背の意味に理解するのではなく、「取消に値すること」（Aufhebungswürdigkeit）に置き換えんとするものがみられる。たとえ

13) Bettermann, aaO. (註・12), S. 288.

14) Vgl. Degenhart, aaO. (註・10), S. 207.

15) たとえば, Kopp, VwVfG, §46 Rdnrn. 3 und 11; Schenke, aaO. (註・6), S. 311.

16) たとえば, Stelkens VwVfG, §46 Rdnr. 3a; Hufen, aaO. (註・2), S. 419.

ば、ヴァイロイター¹⁷⁾ (Felix Weyreuter) は、行政手続法の制定以前において、一一三条一項一文 VwGO が取消の要件として、一つに「行政行為が違法」であり、二つに「これにより原告の権利が毀損され」ねばならぬことを定めたとし、このさい、「『違法』なる語が（客観的に）取消に値することを、権利毀損が取消を請求・強制できうる原告の権能を請け合う。」と述べた。また、既出の六八年連邦行政裁判所判決¹⁸⁾ は、「形式または手続規定の違背のすべてが行政行為の適法性を侵すわけではな」と記し、手続瑕疵ある行政行為の違法性を否認したが、その「違法性」はここでも「取消に値すること」と同義に解されることが前提にされていた¹⁹⁾ といえる。したがって、一一三条一項一文 VwGO の「違法性」とは、これらにおいては、瑕疵ある行政行為が「(客観的に) 取消に値すること」を意味し、そのような意味での「違法性」は手続瑕疵あるすべての行政行為において常に摘示できるわけではないことになる。

更に、四六条 VwVfG により取消請求（権）が排除されるのは、当該手続瑕疵ある行政行為が（客観的法違反の意味での）「違法性」を欠くから、とする説もある。こうした見解を説いたコップ²⁰⁾ (Ferdinand O. Kopp) は、四六条 VwVfG の法的効果が法的救済の根拠ならびに（四六条 VwVfG の意味での）手続瑕疵から導かれる手続法上または実体法上の請求権にかからしめられることを指摘し、かかる権利の裁判的主張を制限することになれば、それは基本法一九条四項に調和し得ないと看做し、「実際に、このようなことは、四六条 VwVfG が手続欠缺 (-mangel) の法的重大性の——そうして、それゆえ、当該行政行為の適法性ないしは違法性の——問題の規律と解され

17) Felix Weyreuter, Probleme der Rechtsprechung zum Enteignungsverfahren, in: DVBl. 1972, S. 93ff. (94).

18) BVwG Urteil v. 10. 4. 1968, BVwGE29, 282 (283f.) (参照, 本稿(一), 第二章・二(1)・註・19判決)

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

20) Kopp, VwVfG, §46 Rdnr. 7 (auch Rdnr. 11).

るべきことを意味する。」というのである。

立論の仕方には顕著なちがいもみられるが、当面の問題にとって重要な、手続瑕疵ある行政行為の取消請求（権）の排除という四六条 VwVfG の法的効果の問題を、このように手続瑕疵ある行政行為の「違法性」の否認に求めんとする違法性否認説²¹⁾については、しかしながら、つぎのようなことが確認されるべきである。すなわち、一つに、行政行為の「違法性」を「(客観的に) 取消に値すること」に置き換えようというのは、「違法性」の「通常用語法に相違」する²²⁾のみならず、原因 (= 「違法性」) と結果 (= 取消)、または一一三条一項一文 VwGO の構成要件と法効果とを混同せしめるものである²³⁾ことが確認されねばならない。二つに、より決定的と思われることに、手続瑕疵ある行政行為の「違法性」は遅くとも行政手続法の制定以降において争い得なくなっている、ということである。つまり、行政手続法が、とりわけ「公法上の契約の無効」に関する五九条二項二号 VwVfG において、公法上の契約にかわる行政行為が行われたとの仮定の下に、この（公法上の契約に）「内容的に照合する行政行為が、四六条の意味における手続または形式の瑕疵のみのゆえに違法であるのではなく、また、このことが締約者に知れていた」場合に、契約を無効としたということは、その前提において、行政手続法が手続瑕疵ある行政行為の「違法性」を承認したことを意味すると解されるからであり、また、通説的見解においては手続瑕疵ある場合にも四五条 VwVfG による治癒がなされうることになっているが、そのこともまた当該行為の「違法性」を前提するものといえるからである²⁴⁾。したがって、以下にみるように、四六条 VwVfG の取消請求（権）の排除の意味を「権利毀損」の否認、もしくは、取消という法効果の否認において

21) 四六条 VwVfG の適用の問題にさいして唱えられた適法行為維持説もここに加えることができよう。適法行為維持説については、本稿(一)、第二章・三(3) (前号75-76頁) 参照。

22) Meyer, VwVfG, §46 Rdnr. 8; Schenke, aaO. (註・6), S. 308.

23) Schenke, aaO. (註・6), S. 308; Held, aaO. (註・4), S. 194 Fn. 4; Wolff・Bachof, §51 IV e 2 (S. 434).

しようとする説が、多くの支持を得ているのである。

以上、要するに、遅くとも行政手続法の制定以降、手続瑕疵は当該行政行為を——三条一項一文 VwGO の意味で「違法」となし得、したがってまた、そのような意味において、「違法性」の分裂を試みることは認められなくなっている。とすれば、四六条 VwVfG における取消請求（権）の排除の意義については、手続瑕疵ある行政行為は「違法」であるが、原告の「権利毀損」を齎さないとの意味において、——三条一項一文 VwGO の取消の構成要件（的側）面において捉えるべきであるのか、それとも、それが「違法」であり、原告の「権利が毀損される」にもかかわらず、依然として取消請求（権）が排除される限りで、取消という——三条一項一文 VwGO の法効果面（＝取消請求権の問題）に関連づけて理解すべきか、のいずれかにおいて認識されることになる。以下では、前者のことを権利毀損否認説、後者のことを取消効果否認説または取消請求権否認説と呼ぶことにしよう。

(2) まず、はじめの権利毀損否認説と称しうる説は、かつての行政手続法草案（＝EwVfG 63）の基礎に存した考え方であったといえる。すなわち、ここでは、手続瑕疵ある行政行為の取消請求（権）を排除するのについて、

24) Vgl. Schenke, aaO. (註・12), S. 307; Laubinger, aaO. (註・12), S. 334f.; Krebs, aaO. (註・6), S. 110f.

なお、このほかにも、手続瑕疵ある行政行為の「違法性」は圧倒的に多くの論者によって是認されるところといえる。参照, Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. (1985), §10V1 Rdnr. 38 (S. 202); Klaus Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 1983, §46 Rdnr. 7; Hans Heinrich Rupp, Bemerkungen zum verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt, in: hrsg. v. Günter Püttner, Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag, 1984, S. 151ff. (153); Walter Schmidt, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, §6 III 1 Rdnr. 173 (S. 117); Peter Badura, Das Verwaltungsverfahren, in: hrsg. v. Hans-Uwe Erichsen und Wolfgang Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. (1983), §41 III 1 (S. 369); Meyer, VwVfG, §46 Rdnrn. 2 und 8; Bettermann, aaO. (註・12), S. 291; Hill, aaO. (註・6), S. 102f.; Held, aaO. (註・4), S. 242; Klappstein, VwVfG, §46 Rdnr. 5. 6.

因に、Hill, aaO. (註・6), S. 102によれば、手続瑕疵ある行政行為の「違法性」を首肯する見解が「通説」とされる。

「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『自らの権利を毀損さ』れない（参照，一一三条一項一文 VwGO）」ことに根拠が求められた²⁵⁾からである。そして，七三年の政府草案（= EwVfG 73）・理由のなかに見いだし得ない²⁶⁾この立場を，現在，学説によっては支持するものがある。たとえば，シュテルケンス²⁷⁾ (Paul Stelkens) が，四六条 VwVfG は「実体的に正しい行政行為は……一一三条一項一文 VwGO の意味における市民の権利を毀損しないことを前提とする。」と認めたし，バドゥーラ²⁸⁾ (Peter Badura) も，「適法に異なって下され得なかった係争の行政行為は，挙げられる手続規範に違背して成立したがゆえには，一一三条一項一文 VwGO の意味における利害関係人の権利を毀損するものではない。」ことを述べるのである。そこで，これらの見解は，四六条 VwVfG がその取消を排除するところの手続瑕疵ある行政行為による，一一三条一項一文 VwGO の意味での「権利毀損」の否認を述べるのではあるが，同じように原告の（主観的）権利の毀損までも認める趣旨であるのかどうかについては，なおも明らかでない²⁹⁾。これに比べれば，明快に，クレプス³⁰⁾ (Walter Krebs) は，つぎのように説くのである。すなわち，

四六条 VwVfG は取消請求権の構成要件上の必要条件 (Tatbestandsvoraussetzungen) にかかわるのか，その法効果にか。人が後者を前提し，「四六条 VwVfG が（実体法的）取消請求権の法効果の発生のみを妨げるが，この請求権の必要条件 (Anspruchsvoraussetzung) の発生を妨げないとするならば，本条 [四六条 VwVfG ……引用者] は一一三条一項一文 VwGO に関して効き目がなかり（folgenlos）。

25) Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVfG 1963), 1964, S. 162 (Einzelbegründung zu §36).

26) Vgl. Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), Bundestag Drucks. 7/910, S. 66 (Einzelbegründung zu §42).

27) Stelkens, VwVfG, §46 Rdnr. 2.

28) Badura, aaO. (註・24), §41 III 3 (S. 372).

29) 仮に，これらの見解が一一三条一項一文 VwGO の意味での「権利毀損」の否認に留まるものであれば，それらは本文でつづいて述べる取消効果否認説または取消請求権否認説に加えるべきであろうとも解される。

30) Krebs, aaO. (註・6), S. 110f.

つまり、四六条 VwVfG の規律にもかかわらず、手続瑕疵ある行政行為も違法かつ原告の権利を毀損し、そうしてそれゆえ、彼の裁判的取消の必要条件を充たすならば、裁判所はそれを破毀しなければならないからである。こうした帰結は、四六条 VwVfG が同時に一一三条一項一文 VwGO の変更と解釈されるであろうときのみ、回避される。」しかしながら、このようなことは少なくとも立法者の企図するところではなかった。よって、四六条 VwVfG の法的効果は一一三条一項一文 VwGO の「構成要件メルクマールに結びつかねばならぬ。」この場合、手続瑕疵ある行政行為の違法はもはや争い得ないゆえに、「四六条 VwVfG が総じて行政裁判手続で独自の言明を含むべきであれば、それは、本条が適用されるケースでは行政行為の手続法違背だけでは利害関係人の権利毀損が導かれないことに認められねばならない。」「手続瑕疵は、ゆえに、行政行為によって侵される主観的権利の毀損をも当然には (ipso iure) 根拠づけるものではない——それゆえ、直ちに、行政行為の取消請求権をも」

と。クレプスは、四六条 VwVfG の法的効果を、取消請求権の構成要件 (=一一三条一項一文 VwGO にいう原告の「権利毀損」) それ自体から一応区別した「構成要件上の必要条件」のうえで捉え、四六条 VwVfG により取消を排除されるべき手続瑕疵ある行政行為は違法であっても、利害関係人の「(主観的) 権利毀損」を齎さないとの結論を容れるのである。そして、彼にとっては、「一一三条一項一文 VwGO の必要条件 (Voraussetzungen) と (実体法的) 取消請求権のそれとが平行である点において、四六条 VwVfG の適用が、手続瑕疵に関して、手続行為から違法性を奪うのか、あるいは利害関係人の権利毀損を排除するのかのいずれかである」³¹⁾ ので、このような帰結が不可避となるのであろう。

なお、連邦行政裁判所の裁判例³²⁾ のなかにも、うえに述べたような権利毀損否認説の立場から、「当規定 [四六条 VwVfG ……引用者] は、挙げられる手続および形式諸規定の違背の下に成立したところの係争行政行為が適法に異なって下され得なかったことを理由に、それが、一一三条一項一文 VwGO の意味で市民の権利を毀損することがないということを前提する。」

31) Ebenda, S. 110.

32) BVwG Urt. v. 3. 5. 1982, VwGE 65, 287 (289f.)=NVwZ 1982, 619f. (参照, 本稿 (一), 第二章・四(1)の註・51判決 (前号78頁))

とした理解を示すものがみられる。

(未完)

(発表が遅れたが、本稿(二)も、(一)に同じく、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)