

行政手続の瑕疵と行政行為の効力

—西ドイツ行政手続論の一視点—

山 田 洋

一 はじめに

(1)いわゆる「群馬中央バス事件」最高裁判決⁽¹⁾は、最高裁が行政手続を重視する姿勢を示したものとして評価された。しかし、最高裁は、同判決において、運輸審議会の公聴会手続に瑕疵があったことを認めながら、原審の事実認定にてらして、公聴会が適正に行なわれたとしても、関係人が運輸審議会の判断を左右するに足る資料を提出できなかったとして、結論としては、バス路線延長免許拒否処分取消の請求をしりぞけている。また、最高裁は、「個人タクシー事件」判決⁽²⁾においても、聴聞の瑕疵は、それが適正になされた場合に行政庁が「異なった判断に到達する可能性」が存在するときのみ行政行為の取消事由となるとしているのである。

さらに、昭和51年5月6日の最高裁判決⁽³⁾は、行政手続の瑕疵の効果について一般論として以下のように判示している。

「行政処分に瑕疵がある場合においても、その瑕疵が当該処分の結果に影響を及ぼさないときには、当該処分の取消原因とならないものと解すべきであるから、行政処分の取消訴訟において、当該処分に一般的にみて行政処分の結果に影響を及ぼすような性質を有する手続上の瑕疵が認められる場合でも、その瑕疵が当該処分の結果に影響を及ぼさないことが明らかであると認められる特別の事情があるときは、裁判所は、右瑕疵は当該処分の取消原因とならないものと判断しなければならないこととなる。」

これらの判決からわかるように、最高裁は、行政行為の成立過程において実定法上あるいは解釈上要求されている手続が履行されなかったと認められる場

合にも、そのことだけで直ちに行政行為を取消すべきであるとの立場をとってはいない。たとえば、利害関係者の聴聞が行なわれなかった場合にも、それだけで直ちに行政行為を取消することは許されず、むしろ、聴聞の場で関係者がなしたであろう主張を調べ、その主張が行政行為の内容についての行政庁の判断を動かさうるものであると認められた場合にのみ、聴聞の瑕疵が結果に影響を与えたとして、その瑕疵を理由として行政行為を取消すべきこととなる。

(2)そこで、手続の瑕疵の「結果への影響」の有無の判断が重大な意味を持ってくるが、これは極めて微妙な問題である。たしかに、軽微な形式上の瑕疵などについては、「結果への影響」が明白に否定される場合がありうることは否定できない。しかし、聴聞の瑕疵などについて、この「結果への影響」の有無を厳密に審理するということになる、行政行為の実体上の適法性を審理するのと同じことになりかねない。すなわち、聴聞の瑕疵のために行政庁の知ることができなかった関係者の主張の評価を含めて、裁判所が独自の立場から事実認定と法適用を行ない、それに基づいてなされるべきであった行政行為の内容を判断し、それが結果的に行政庁の判断と一致していれば瑕疵の「結果への影響」を否定し、相達していればこれを肯定するというのであれば、裁判所は行政行為の実体上の適法性を判断するのと同じことになってしまう。結局のところ、実体上の瑕疵がある場合に「結果への影響」が肯定され、実体上の瑕疵がない場合にはそれが否定されることとなり、實際上、手続の瑕疵のみを理由として行政行為が取消される余地がなくなってしまうわけである。

もしそうであるとする、行政行為の成立過程における手続の瑕疵は行政行為の取消訴訟においては何の意味も持たないこととなり、すべての行政手続規定は訓示規定としての性格しか持たないことにもなりかねない。そうすると、憲法や一般法理あるいは個別法の解釈を通じて、なるべく多くの行政行為に適正手続の要請を結びつけようとしてきた学説、判例の努力にも水をさす結果となるろう。

最高裁がこの問題についてどのような考え方にたっているかは必ずしも明確ではないが、「群馬中央バス事件」判決などをみる限りでは、上のような危惧も杞憂とは言い切れないように思われる。また、「結果への影響」という基準

の意味が不明確であるばかりではなく、そもそも、行政手続の瑕疵を、行政行為の効果との関連において、実体上の瑕疵と区別すべき根拠も何ら示されていないのである。学説もこの問題について論じているものは少ない⁽⁴⁾。今後の行政手続法制の発展への影響を考えると、検討を要する問題であるように思われる。

(3)この問題を考える上で、西ドイツにおける立法例とそれをめぐる議論が参考になる。わが国とならんで行政手続法制の整備の遅れを指摘されてきた西ドイツにおいても、「行政手続法 (Verwaltungsverfahrensgesetz)」⁽⁵⁾が制定され、1977年から発効した。

この行政手続法は、その46条に、「手続及び形式の瑕疵の効果 (Folgen von Verfahrens- und Formfehlen)」と題して、以下のような条文をもうけている。

「44条により無効とされない行政行為の取消は、実体上、異なった決定がなされえなかった場合には、それが手続、形式あるいは地域管轄の規定に違反して成立したという理由のみでは、これを請求できない。」

同種の条文は、同法の母体となった1963年行政手続法模範草案の中にも、その36条として、以下の形ですでに取り入れられていた。

「34条により無効とされない行政行為は、実体上、異なった決定がなされえなかった場合、もしくはその違反が決定に、実体上、影響を与えなかったと認められる場合には、それが手続、形式あるいは地域管轄の規定に違反して成立したという理由のみでは、これを取消することができない。」

これらの条文とくに63年草案36条とわが国の最高裁の立場の類似性は、その表現を一見しただけで明らかであろう。むしろ、こうした条文の考え方がわが国の最高裁の考え方に影響を与えたのではないかと推測される。

そこで、こうした条文の立法化をめぐる西ドイツの議論の大略を紹介して、行政手続の瑕疵と行政行為の効力の関係に関する問題の整理、解明の一助としたい⁽⁶⁾。さらに、問題が行政法体系における行政手続の位置づけという基本問題と密接な関係を有するものであるから、その検討を通じて、西ドイツにおける行政手続についての基本的な考え方を知らるための一つの手懸りを得ることも

できよう。

二 手続の瑕疵を重視しない見解

(1)西ドイツにおいても、1960年頃までは、行政手続の瑕疵が実体上の瑕疵と意識的に区別して論じられることはなかった。そもそも、行政手続法が統一的に把握、認識されることがなかった以上、それも無理からぬことといえよう⁽⁷⁾。個別法の中には行政手続に関する規定をおいたものも少なくなく、これらの規定に対する違反は、教科書においても、行政行為の瑕疵のカタログの中に取り入れられてはいた⁽⁸⁾。しかし、ここでは、行政手続の瑕疵も各種の実体上の瑕疵と並列して扱われているにすぎず、その特殊な性格に着目して、両者をその効果において区別するという考え方はみあたらない。そこでは、その瑕疵が無効事由か取消事由かにもっぱら議論が集中し、カタログに入った以上は、行政手続の瑕疵も無効事由または取消事由となることが当然の前提とされていたように思われる。

しかし、1960年前後における行政手続法典の立法化の気運の高まりと、それにとまなう行政手続への関心の高まりを反映して、行政手続の瑕疵と行政行為の効力との関係の問題が意識されるようになり、以後今日にいたるまで、いくつかの論文、教科書の中で論じられてきた。それぞれの見解は、おのおの微妙な差異があるのは勿論であるが、二つの傾向に大別できる。ひとつには、行政行為の実体上の適法性のみを重視し、行政手続の瑕疵を行政行為の独立の取消事由として認めることに消極的な見解であり、いまひとつは、行政手続の適正を重視して、手続の瑕疵を独立の取消事由として積極的に認めていこうとする見解である。

(2)まず、行政行為の実体上の適法性のみを重視し、行政手続の瑕疵のみを理由として行政行為を取消することに反対する論者の見解をみてみよう。こうした見解に従うと、取消訴訟において行政手続に瑕疵があったことが立証された場合にも、裁判所はそれのみを理由として直ちに行政行為を取消すべきではなく、さらに審理を進めて、行政行為の実体上の瑕疵の有無を判断すべきことになる。

(3)こうした見解の根拠としては、裁判所の使命が当事者間の紛争を最終的に解決することにあることがあげられる。すなわち、行政裁判所も、他の裁判所と同様に、同一の訴訟物について再び訴訟が提起されることがないよう、当事者間の法律関係を最終的に確定するような判決を下す義務があるとされるのである。そうであるとする、裁判所が行政手続の瑕疵のみを理由として行政行為を取消すことは適当ではないことになる。なぜなら、こうした場合には、行政庁は瑕疵のない手続で同一内容の行政行為をくりかえすことが可能であり、その内容に不満な国民は、再度、訴訟を提起しなければならないからである。このような判決は、上に述べたような裁判所の使命に反するということになる⁽⁹⁾。

法的紛争の最終的解決を裁判所の使命とする考え方は、いうまでもなく、訴訟経済上の配慮を背景としている⁽¹⁰⁾。行政手続の瑕疵のみを理由とする行政行為の取消を認めると、行政庁が異なった種類の瑕疵のある手続をくりかえす限り、論理的には、同一の紛争について何回でも訴訟が提起されうることになる。こうした事態は、裁判所の負担という面からも、国民の権利保護の遅延という面からも望ましくないと考えられるわけである。

さらに、手続の瑕疵のみを理由として行政行為を取消ことは、結果的には、裁判所が事件を行政庁に差し戻したことになる。すなわち、こうした場合、裁判所は、行政庁に行政手続を適正にやりなおし、前回の手続において解明されなかった事実を調査し、それに基づいて新たに行政行為をやりなおすよう命ずる結果になる。しかし、行政裁判所法は、行政裁判所がすべての判決に必要な事実を職権で調査することを命じており⁽¹¹⁾、財政裁判所法⁽¹²⁾と異なり、行政庁への事件の差戻を認めてはいない。したがって、差戻を意味するような行政手続の瑕疵のみを理由とする行政行為の取消は、こうした行政裁判所法の立場と矛盾すると考えられる⁽¹³⁾。

(4)また、行政行為の瑕疵を行政行為の独立の取消事由とすることを否定しても、事実上、国民の権利保護にも事実の解明にも不都合はないと考えられる。国民は、訴訟手続において、行政手続における以上の手続的保障をうけることができる。一方、訴訟手続における証拠調べは、非形式を原則とする行政手続

以上に厳密な事実調査を可能にする。したがって、訴訟手続がはじめられた以上は、行政手続が適正になされたか否かは、国民の権利保護にとっても、事実の解明にとっても重大な意味をもたないと考えられるのである⁽¹⁴⁾。

(5)以上のように、行政手続の瑕疵を行政行為の独立の取消事由とすることに反対する見解は、紛争を最終的に解決し当事者間の法律関係を確定する判決を下す必要があることをその根拠とする。一方、こうした見解にたつ論者も、こうした判決が不可能である場合には例外を認めている。すなわち、裁量行為や行政庁に判断余地の認められる行政行為についての取消訴訟においては、当事者間の法律関係を確定する判決は不可能であるから、行政手続の瑕疵が行政行為の取消事由となりうるとされる⁽¹⁵⁾。

しかし、裁量行為などにおいても、すべての手続の瑕疵が行政行為の取消事由となるとされるわけではない。取消事由となるためには、手続の瑕疵と行政行為の内容との間に一定の因果関係が必要であるとされる。すなわち、手続の瑕疵が行政行為の内容に影響を与えていることが必要とされるのである。もっとも、裁量行為においては、裁判所による行政行為の審査範囲には制限があり、この因果関係についての審査にも限界がある。この点では、裁量行為を審査する行政裁判所の権限は、下級審の事実認定に拘束される上告審の権限に類似するとされる。訴訟法理論によれば、下級審における手続の瑕疵などの法律違反と下級審判決の内容との因果関係は、それが存在する可能性があればたとされている⁽¹⁶⁾。同様に、行政手続の瑕疵が行政行為の取決事由となるためには、その瑕疵と行政行為の内容との間に因果関係が存在する可能性があればたる。すなわち、手続の瑕疵が行政行為の内容に実際に影響を与えたか否かが問題ではなく、影響を与える可能性があったか否かが問題であるとされる⁽¹⁷⁾。実際の影響の有無を審査することは行政庁の裁量権への介入であるとされるのである。

(6)以上のような見解を基礎として、その結論を条文化したのが前節で紹介した63年草案の36条である。前段は、「異なった決定がなされえなかった場合」すなわち羈束行為においては手続の瑕疵が行政行為の取消事由とならないことを規定し、後段は、裁量行為においても、手続の瑕疵が行政行為の取消事由と

なるためには、手続の瑕疵と行政行為の内容との間に因果関係が必要であることを規定している。ただし、後段は、「影響を与えなかったと認められる (anzunehmen sein) 場合」との表現を用いており、影響を与える可能性すら存在しなかった場合にのみ取消事由とならないとする上述の見解と異なっている。この点で、63年草案36条は、手続の瑕疵を行政行為の取消事由とすることに消極的な論者からも批判をうけたのである⁽¹⁸⁾。

(7)こうした手続の瑕疵を行政行為の取消事由とすることに消極的な見解の背景には、行政手続法を行政実体法に従たるものとする理解がある。すなわち、行政手続法は自己目的ではなく、実体的に適法な行政行為をなすための手段にすぎず⁽¹⁹⁾、実体的に適法な行政行為がなされている以上、その成立過程の手続に瑕疵があったか否かは重要ではないとされることとなる。

こうした見解は、行政は国民の権利を違法に侵害してはならないが、国民の権利は事後的に裁判所によって救済されればたり、かつまた、裁判所の役割は国民の直接的権利救済に限定されるとする伝統的法治国家のモデルを前提とする限り、それなりの説得力を持っている。そこでは、行政手続は、行政訴訟と互換性を持った、あるいは、それに従たる国民の権利保護の一手段にすぎないものとして、独立の価値を認められず、国民の権利保護は最終的には行政裁判所の役割とされる。一方、行政裁判所は、行政行為が結果として国民の権利を侵害しているか否かを審理し、それが立証されたときに行政行為を取消して国民の権利を回復すればたり、それを越えて、行政行為が客観的に適正な手続をへて成立したか否かを監督すべきではないとされるのである。

三 手続の瑕疵を重視する見解

(1)前節で紹介した手続の瑕疵を行政行為の取消事由とすることに消極的な見解や、それを基礎とした63年草案36条は、厳しい批判をあびた。これらの論者は、手続の瑕疵があった場合、行政行為が実体的に適法であるか否かを審理することなく、手続の瑕疵のみを理由として、ただちに行政行為を取消すべきであると主張する。

これらの論者の説くところを要約すると、第一に、行政手続は行政訴訟によ

っては果たされえな機能を有していること、第二に、それを担保するために行政手続の瑕疵を行政行為の取消事由とすべきこと、第三に、それがむしろ訴訟経済にも資することの三点となる。

(2)第一に、行政手続の役割に関する議論をみてみよう。前節で紹介した行政手続の瑕疵を行政行為の取消事由とすることに消極的な見解によれば、行政手続は事後の行政訴訟によって補完されうるし、また、それで充分であるとされていた。これに対しては、二つの点から批判がなされている。

まず、事後の行政訴訟は、あくまで事後的なものであって、行政手続のように、行政行為が成立当初から適法になされることを保障するものではない。法治行政の原理は、行政行為が事後に裁判所によりその適法性を審査されることばかりではなく、行政行為が当初から適法になされることを要求する。そのためには、行政訴訟の途を開くのととは別に、行政行為が適正な事前手続をへてなされることが不可欠であるとされる⁽²⁰⁾。

さらに、行政手続においては、行政訴訟とは異なり、行政の専門知識や経験が十分に生かされうる。現代の専門化、複雑化した行政が適正に行なわれるためには、行政の知識や経験が不可欠である。したがって、行政裁判が行政手続にとってかわることは不可能である。このことは、制度的には、行政訴訟の役割が行政行為の合法性の審査に限定されているのに対して、行政手続においては合目的性も問題になりうる点に端的にあらわれている。そうである以上、行政手続において解明されなかった事実を裁判所が一次的に調査、認定することは適当ではなく、行政手続のやりなおしによって行政庁の手により解明されるべきであるとされるのである⁽²¹⁾。

(3)以上のように、行政手続は行政訴訟にはない機能を有するものとされる一方、こうした機能を担保するために手続の瑕疵を行政行為の取消事由とすることが必要であるとされる。もし、手続の瑕疵が行政行為の効力に何の関係もないということになると、行政手続規定を担保するもの(Sanktion)は何もなくなってしまう。そうなると、行政庁は手続規定を軽視するようになり、次第に行政手続が適正に行なわれなくなる。行政手続の適正な履行が法治行政の原理の要請である以上、このような状態は法治行政の原理に反する。したがって、

行政手続の瑕疵を行政行為の取消事由とすることは、法治行政の原理の要請であるとされるのである。手続の瑕疵を行政行為の取消事由とすることを主張する論者は、この点を最も強調する⁽²²⁾。

(4)また、手続の瑕疵のみを理由として行政行為を取消することは、訴訟経済の見地からも望ましいとされる。すなわち、行政手続に瑕疵があった場合、それを補う再調査や聴聞などが必要となるが、専門知識や経験を有する行政庁は、裁判所より迅速にこれを行なうことができる。したがって、こうした場合、裁判所自体が事実を調査し、関係者の聴聞等を行なった上で、実体判断を下すよりも、行政行為を取消して行政庁に手続のやりなおしを命ずる方が紛争により早く結着がつくと考えられる。たとえ、行政手続で結着がつかず、再度の訴訟が提起されたとしても、行政手続において争点が整理されているため裁判所は迅速に判決を下せるはずである。なによりも、裁判所が行政手続の瑕疵に対して厳しい態度を示せば、行政庁はより慎重に手続を行なうようになるため、多くの事件は行政手続において解決され、はじめから裁判所に持ち込まれなくなる。そうすれば、裁判所の負担は軽減され、裁判所に持ち込まれた事件についても、より迅速に判決が下せるようになるはずである。以上のことから、手続の瑕疵のみを理由とする行政行為の取消が訴訟経済の上からも望ましいとされるわけである⁽²³⁾。

(5)以上のように、手続の瑕疵を行政行為の取消事由として積極的に認める論者は、行政裁判所が行政手続を代行してはならないことを強調する。そうした意味から、65年草案36条において、「実体上、影響を与えなかったと認められる場合」には、裁量行為についても手続の瑕疵が取消事由とならないとされていることを厳しく批判している。こうした影響の有無は、裁判所が行政庁の判断を自らやりなおすことによるのみ可能だからである。とくに裁量行為においては、裁判所はこうした権限を有しないとされる。さらに、実際上も、こうした影響の有無の認定は極めて困難であり、行政手続のやりなおし以上に長い時間がかかる結果になるとされるのである⁽²⁴⁾。

(6)こうした見解と前節で紹介した手続の瑕疵を取消事由とすることに消極的な見解を比較すると、前者においては行政行為のモデルとして裁量行為が考え

られているのに対し、後者においては覇束行為が考えられていることがわかる。したがって、前者においては行政手続の重要性が強調され、後者においては行政訴訟の重要性が強調されているのは当然ともいえる。覇束行為と裁量行為の区別の基準や結果への影響の認定基準などによっては、両者の結論にはそれほど大きな相異はでてこないとも考えられる。両者があたかも真向から対立しているかのごとくみえるのは、議論の重点のおき方が違うからにすぎないともいえよう。

しかし、その底には、単なる説明上の原則と例外との逆転にとどまらない基本的な発想の転換があるように思われる。行政手続の機能についてみれば、手続の瑕疵を取消事由とすることに消極的な見解においては、それは単に裁判所に従たる権利保護の一手段としてしか評価されていなかったのに対し、積極的な見解においては、それは独自の機能を有する中心的な権利保護制度として認められるとともに、さらに進んで、行政の客観的適法性を保障する機能にも着目されているといえよう。それにともない、行政訴訟の機能についてみても、消極的な見解においては、あくまで国民の実体的権利保護のみが期待されているのに対して、積極的な見解においては、行政手続の制度そのものを保障する機能をも期待されていると考えられる。また、行政行為の取消も、前者においては、行政行為によって侵害された国民の実体的権利を回復する手段としてとらえられているにすぎなかったのに対して、後者においては、行政手続が客観的に適正になされることを担保する手段としても評価されている点に注目すべきであろう。

四 む す び

(1)以上簡単に紹介してきたような議論をふまえて、既に紹介したとおり、行政手続法46条は以下のように規定している。

「44条により無効とされない行政行為の取消は、実体上、異なった決定がなされえなかった場合には、それが手続、形式あるいは地域管轄の規定に違反して成立したという理由のみでは、これを請求できない。」

一見してわかるように、63年草案36条における後段の要件、すなわち「違反

が、実体上、決定に影響を与えなかったと認められるとき」との文言が削除されている。この部分は、第2節でも紹介したように、手続の瑕疵を取消事由とすることに消極的な論者からも批判をうけており、こうした批判をうけて立法過程で削除されたものである⁽²⁵⁾。この部分が裁量行為に適用されるものであったことは先に紹介したとおりであるから、その削除によって、この条文は裁量行為には適用されないこととなった⁽²⁶⁾。すなわち、裁量行為においては、手続の瑕疵は、結果への影響とは関わりなく、常に行政行為の取消事由になるとされたのである⁽²⁷⁾。

「実体上、異なった決定がなされえなかった場合」とは、覇束行為をさすことも既に紹介した。この要件もかなり限定的に解されており、なされた決定以外のすべての決定が法的に許されない場合にのみ適用されると解されている。行政庁が異なった決定をなす意思があるか否かは、無論、関係がない。また、手続の瑕疵と決定の内容との間の因果関係の有無も問題とはならない⁽²⁸⁾。

(2)以上、紹介してきたように、手続の瑕疵のみを理由とする行政行為の取消を制限する見解は、西ドイツにおいても強い批判をあびている。その結果、行政手続法において、結果への影響の存在が手続の瑕疵を理由とする取消の要件からはずされるに至ったことは、わが国の最高裁の立場と比較するとき、興味深い。

さらに、こうした影響の存在を要件にする論者も、影響を与えた可能性のみで充分であるとしていた⁽²⁹⁾。こうした可能性の認定方法については必ずしも明らかではないが、可能性で充分であることが強調され、それが下級審の事実認定に拘束される上告審についての法理の転用であることからみても⁽³⁰⁾、行政行為の性質やなされるべきであった行政手続の機能などから認定される一般的な可能性でたると考えられていたと思われる⁽³¹⁾。わが国の最高裁のように⁽³²⁾、聴聞の瑕疵の結果への影響を審理する際に、関係者がいかなる主張を実際になしえたかまで審理するようなことは、これらの論者も予想していなかったのではあるまいか。

(3)このように考えると、最高裁の立場に対しては、前節で紹介した63年草案36条に対する批判がそのままあてはまるように思われる。すなわち、第一に、

「結果への影響」の有無を判断することによって、結局は、裁判所が行政手続でなされるべき調査、判断を代行することとなり、行政手続の機能が生かされなくなる。第二に、行政手続の瑕疵が行政行為の取消事由とならなくなると、行政庁が次第に行政手続を軽視し、それを怠るようになる恐れがある。第三に、「結果への影響」を判断することは極めて困難であり、むしろ、紛争の解決を遅らせ、訴訟経済にも資するところが少ない。

以上の点からみて、行政手続に瑕疵があることが判明した場合には、実体上の判断に立ち入ることなく、また、「結果への影響」を判断することなく、手続の瑕疵のみを理由として行政行為を取消すべきであろう³⁹⁾。たとえ最高裁の見解に従って結果への影響を要件にすとしても、それは行政行為の性質やなされるべきであった行政手続の機能などから判断される一般的な可能性でたるとされるべきであろう。

(注)

- (1) 最一判昭和50年5月29日民集29巻5号662頁。
- (2) 最一判昭和46年10月28日民集25巻7号1037頁。
- (3) 最一判昭和51年5月6日判時819号35頁。
- (4) この問題にふれているものとしては、原田「個人タクシー事業の免許申請の審査と公正手続」判タ274号78頁、東平「個人タクシー事件最判評釈」民商67巻1号143頁、阿部「公正手続の観点からする行政行為の司法審査」ジュリスト598号56頁。
- (5) 西ドイツ行政手続法の紹介としては、成田「行政手続の法典化の進展」『公法の理論(下1)』1669頁、宮田「西ドイツ行政手続法」専修法学論集24号139頁、バッフホフ「ドイツ連邦共和国の行政手続法」自治研究54巻1号3頁、ウレ「ドイツ連邦共和国における行政手続法の諸問題」行政管理研究8号56頁、植村「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。
- (6) 行政手続の瑕疵の効果に関する条文としては、本条の外に44条(行政行為の無効)、45条(瑕疵の治癒)がある。特に手続の瑕疵の治癒の問題は、本稿の課題と密接に関連し、西ドイツにおいても、両者はあわせて論じられることが多い。両者は、結局、手続の瑕疵を訴訟において如何に扱うかという問題であり、次節以降の議論は、ほとんど手続の瑕疵の治癒の問題にもあてはまる。本稿では瑕疵の治癒については詳論できないが、行政手続法上、手続の瑕疵の治癒は異議決定又は訴訟の提起以後は認められなくなったことのみを指摘しておく。なお、西ドイツにおいては、手続の瑕疵はほとんど無効事由とはならないとされている。以上の点について詳しくは、のちに引用される行政手続法解説書の44条、45条について

ての解説を参照されたい。

- (7) 行政手続法の成立史と従来の立法状況については, Obermeyer, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (1976) S. 9 ff.; Ule und Laubinger, *Verwaltungsverfahrensrecht* (1977) S. 25 ff.
 (以後, *Verwaltungsverfahren, —recht,—gesetz* は, それぞれ *VwVf, VwVfR, VwVfG* と略記する。)
- (8) たとえば, W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3 Aufl. (1931) S. 279 ff.
- (9) Groschupf, *Wie entscheidet das Verwaltungsgericht, wenn das VwVf fehlerhaft war?* DVBl 1962, S. 627 ff.
- (10) Bender, *Der fehlerhafte Verwaltungsakt nach den §§ 34—36 des Musterentwurfs eines VwVfG*, DöV 1962, S. 449; Groschupf, DVBl 1962, S. 629.
- (11) 行政裁判所法86条。
- (12) 財政裁判所法 100 条 2 項。
- (13) Papier, *Der verfahrensfehlerhafte Staatsakt* (1973) S. 17 f.
- (14) Groschupf, DVBl 1962, S. 631.
- (15) Groschupf, DVBl 1962, S. 632; Papier, aaO, S. 14 f.
- (16) この点について詳しくは, Papier, aaO, S. 12 ff.
- (17) Groschupf, DVBl 1962, S. 632 f.; Bender, DöV 1965, S. 449; Papier, aaO, S. 14 f.
- (18) Papier, aaO, S. 15; Bender, DöV 1965, S. 449.
- (19) Groschupf, DVBl 1962, S. 630 f.; Bender, DöV 1965, S. 449.
- (20) Kopp, *Die Heilung von Mängeln des VwVf und das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozeß*, VerwA 1970, S. 222. 法行政の原理と行政手続の関係について詳しくは, Kopp, *Verfassungsrecht und VwVfR* (1971), S. 61 ff.
- (21) Kopp, VerwA 1970, S. 222 ff.; Ossenbühl, *Zum Problem der Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte*, DöV 1964, S. 516. この点を特に強調するものとしては, Schwarze, *Der funktionale Zusammenhang von VwVfR und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz* (1974) S. 58 ff.
- (22) Kopp, VerwA 1970, S. 220 ff.; Ossenbühl, DöV 1964, S. 516; Schwarze, aaO, S. 66 ff.; Ule, *Verwaltungsreform als Verfassungsvollzug*, in: *Recht im Wandel* (1965) S. 71 f.; Haueisen, *VwVf und Verwaltungsakt*, DöV 1973, S. 656 f.; Wolff und Bachof, *Verwaltungsrecht Bd. 1*, 9 Aufl. (1974) S. 434 f.
- (23) Kopp, VerwA 1970, S. 225.
- (24) Ossenbühl, DöV 1964, S. 516; Ule, aaO, S. 73 ff.; Haueisen, DöV 1973, S. 657; Wolff und Bachof, aaO, S. 434.

- (25) Stelkens und anderes, VwVfG (1978) S. 433 f.
- (26) Meyer und Borgs, VwVfG (1976) S. 297; Kopp, VwVfG (1976) S. 492; Knack, VwVfG (1976) S. 384; Stelkens und anderes, VwVfG (1978) S. 436; Bettermann, Die Anfechtung von Verwaltungsakten wegen Verfahrensfehlern, in: Festschrift für Ipsen (1977) S. 276 f.
- (27) もっとも、裁量行為であっても、特別な事情により、異なった決定がすべて裁量権の濫用となるような場合には、46条が適用される。この点については、Bettermann, aaO, S. 297; Knack, VwVfG, S. 384; Stelkens und anderes, VwVfG, S. 436.
- (28) Bettermann, aaO, S. 278 ff.; Kopp, VwVfG, S. 491 f.; Meyer und Borgs, VwVfG, S. 296 f.
- (29) 第2節参照。
- (30) オーストリア行政裁判所法42条2項Cには、手続の瑕疵は、「それが遵守されても行政庁が異なった決定をなしえなかった場合」には、決定の取消事由にならない旨の規定がある。遅くとも1952年には同様の規定がおかれていたことから考えると、西ドイツの63年草案に何らかの影響を与えたものと思われる。ただし、オーストリアの行政裁判所は、行政庁の事実認定に拘束される一審制の裁判所である。
- (31) 西ドイツの判例については詳論できないが、連邦行政裁判所は、手続の瑕疵は結果に影響を与えた場合にのみ行政行為の取消事由となしてしていた。こうした趣旨を判示しているものとしては、たとえば、BVerwGE 24, S. 32; 26, S. 148; 27, S. 299; 29, S. 284 f. これらの判決において、影響の有無は、行政行為の性質や手続の権利保護機能の重大性などから一般的に判断されている。判例について詳しくは、Kopp, VerwA 1970, S. 227 ff.
- (32) 最高裁は、先に引用した51年5月6日判決(判時819号36頁)において、以下のように判示している。すなわち、審判手続において審理判断されなかった事実を主張することが許されない特許事件においては、手続の瑕疵が結果に影響を与えるような性質を有するものか否かを一般的に判断すればたるが、それ以外の事件においては、結果に影響を与えたか否かを具体的に判断すべきであるとしている。これはこれで、西ドイツの議論よりむしろ徹底しており、筋が通っていると考えられる。
- (33) もちろん、行政手続規定の中にもともと訓示規定的な性格しか持たないものもありうる。それについての瑕疵は行政行為の取消事由とはならないが、それは本稿で問題としている「結果への影響」の有無とは別問題である。