

行政手続上の瑕疵の治癒

— 西ドイツの立法と論議を参考に —

池 村 好 道

Zur Heilung von Verfahrensfehlern bei Verwaltungsakten

Yoshimichi IKEMURA

Zusammenfassung

Die Frage, ob und wie Verfahrensfehler bei Verwaltungsakten nachträglich geheilt werden können, ist in Japan bisher nicht regelrecht diskutiert worden. Mit diesem Problem beschäftigt sich dieser Aufsatz. Nützlich ist dabei das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) der BRD: § 45 VwVfG erklärt bestimmte Gruppen von Verfahrensmängeln für unbeachtlich, wenn sie bis zum Abschluß des Vorverfahrens bzw. bis zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage korrigiert werden. Diese Vors-

chrift hat jedoch die im Zusammenhang mit der Heilung bestehenden Zweifelstragen nicht vollständig ausgeräumt, wie ein Blick auf die Rechtsprechung und Literatur darum zeigt. Abschließend scheint es angebracht, den Umfang, in dem die Nachholung die Heilung zur Folge haben kann, in Japan enger zu umgrenzen. Denn der Unterschied zwischen deutschen Widerspruchsverfahren und japanischem „Fufukumounshitate“ läßt sich nicht übersehen.

一 本稿の意図するもの

(1) 「青色申告に対する更正処分」の附記理由に不備な点があったとしても、異議申立ないしは審査請求に対する審理において新たな主張や資料によって更に検討が加えられた結果に基づいて充分な理由を附した決定裁決がなされれば、訴訟において理由不備の形式的かしの故をもって原処分を取消し、あらためて理由を明示させる必要はない。

すなわち、附記理由は被処分者は訴の提起の要否を判断する基礎となり、また理由附記によって原処分庁の判断を慎重ならしめるとされている。しかし、前者について見れば前述したような理由附記の整った決定裁決によって被処分者は訴提起の要否についてさらに適切な判断をなしうるどころであつて、この点の必要は充たされるものというべく、また、出訴期間の点についても何ら不利益はない。また、後者の点について見ても原処分庁でもある異議決定庁、直近上級行政庁とし

て原処分庁に対する監督権限を有し原処分を裁決において変更する権限を有する裁決庁が、充分な理由を附した慎重な判断を示しているのに、原処分を取消し、再度これを行わせるのは必要性を欠き行政経済に反する。あるいは、原処分の理由不備が裁決によつて治癒されるとなれば、原処分庁は必要な調査をせず処分せる傾向を生ずるとの懸念があるというようなことは、その考え方の基調に著しい行政不信の念があり、一般的にいえば、司法の判断ではないかという問題があると考えられるのみならず、調査が不充分で違法な判断をすれば、審査手続で取消されるわけであつて、理由不備の追完補正を期待するが故に必要な調査を怠たおそれはほとんどない。要するに、原処分から審査請求に対する裁決に至るまでの一連の手続の過程において行政庁が充分な理由を示し、これによつて慎重な判断を下しさえすれば、法律が原処分に理由附記を要するとした趣旨は充たされているというべきである。」

(2) 「しかし、更正に理由附記を命じた規定の趣旨が前示のとおり〔処分庁の恣意の抑制及び処分理由を知らせて不服申立ての便宜を与えること（筆者補）であることに徴して考えるならば、処分庁と異なる機関の行為により附記理由不備の瑕疵が治癒されるとすることは、処分そのものの慎重、合理性を確保する目的にそわなればかりでなく、処分の相手方としても、審査裁決によつてはじめて具体的な処分根拠を知らされたのでは、それ以前の審査手続において十分な不服理由を主張することができないという不利益を免れない。そして、更正が附記理由不備のゆえに訴訟で取り消されるときは、更正期間の制限によりあらたな更正をする余地のないことがあるなど処分の相手方の利害に影響を及ぼすのであるから、審査裁決に理由が附記されたからといって、更正を取り消すことが所論のように無意味かつ不必要なこととなるものではない。

それゆえ、更正における附記理由不備の瑕疵は、後日これに対する審査裁決において処分の具体的根拠が明らかにされたとしても、それにより治癒されるものではないと解すべきである。」

法人税青色申告について税務署長がなした更正処分に理由付記の不備があることを理由に提起された更正処分取消訴訟における、(1)が被告税務署長側の上告理由、(2)がこれに対する最高裁の判断である¹⁾。前者が、理由付記不備の瑕疵は事後の不服申立てに対する決定・裁決の理由（行政不服審査法四一条一項・四八条）によつて治癒されるものと見做すのに対し、後者は、斯様な治癒の可能性を否定しており、ここに顕著な見解の相違を窺うことができる。この点確かに、後者においては、事案に即した形で裁決の理由による理由付記不備の瑕疵の治癒が否定されているだけで、決定の理由によるその治癒の可能性について最高裁は触れていない、との見方も成り立ちえないではないが、原処分の理由付記の目的が後続の手続のなかでも達成されるのか、という最高裁の基本的視角からすれば、決定の理由による瑕疵の治癒もまた否定的に捉えられることになつて当然である、とみる方が自然であろう。

右の二つの対照的な見解を含め、理由付記不備の瑕疵の治癒については如何なる解釈が妥当すべきであろうか。更には、不備に限らず広く理由付記の瑕疵の治癒につき、妥当すべき法理が問われる。解答を迫られる訳であるが、これに答えることを暫く見合わせ、差し当たり問題を多少一般化しようと思う。即ち、前掲(1)及び(2)がそうである様に、理由付記に処分庁の恣意抑制という行政手続的意義をも認めるのが今日一般的な考え方であるとすると、理由付記は行政手続の一環としての地歩を占めることとなり、従つて、理由付記の瑕疵の治癒の問題も、行政手続の瑕疵の治癒の問題解決のなかで一定乃至は一応の解答を与えられる性格のものと思ふべきである。

斯様にして次には、「行政手続上の瑕疵の治癒」の問題の検討となるが、立法はおろか従来の我国学説・判例も、この問題に対して充分な対応を示してきてはいないというのが実情である²⁾。これに対して西ドイツは、一九七六年行政手続法 (Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25. 5. 1976 = 以下 VwVfG と略す) 四五条を以て、この問題に關し、追完 (Nachholung) による治癒 (Heilung) を認める趣旨の、且つ比較的明確な決断を示したのである。

そこで以下本稿では、VwVfG 四五条法制とこれをめぐる論議を一瞥した後、これを参考に、我国において妥当すべき行政手続上の瑕疵の治癒の法理、更には理由付記の瑕疵の治癒のそれにつき少しく管見を述べてみたい。

註

(1) 最判昭四七・一二・五民集二六卷一〇号一七九五頁。

(2) これは、学説に限つていえば、従来それが現代行政における行政手続の重要性に対して充分な理解を示してこなかったし、最近の行政手続重視の趨勢にあつても、あるべき行政手続の内容の確定に精力の殆どが注がれている、ということに起因している。例えば、田中二郎『新版行政法上巻全訂第二版』一四二頁は、違法な行政行為がその後の事情により適法要件を具備するものと解釈されうる場合などに、法的安定その他公益的見地から瑕疵の治癒を認めるべきことを説くが、手続的瑕疵の治癒に關するより立ち入った理論が提示されている訳ではないし、また、昭和五八年一月行政手続法研究会報告においても、この問題は「当面の研究事項」の枠外に置かれていた (ジュリ八一〇号四二頁以下参照)。平成元年一〇月の行政手続法研究会 (第二次) 中間報告でも、追完や治癒の言葉は登場するが、内容的に充分に煮詰められてはいない様である (自研六五卷一二号一三二頁以下参照)。

二 VwVfG 四五条概観

(一) 緒説

行政行為が管轄規定、手続規定又は形式規定に違反して発給された場合、それは違法となるという法理は、西ドイツでも一般的に承認されているところであるし、且つ VwVfG もこの認識から出発しているのである³⁾が、同法は同時に、これらの瑕疵 (以下西ドイツの例に倣い「手続的瑕疵」と総称する) が追完行為により治癒されることを定めているのである。次に訳出される規定がそれである。

第四五条 (手続及び形式の瑕疵の治癒) ① 第四四条の規定により行政行為を無効としない手続又は形式規定違反は、次の各号に該当する場合には、顧慮されない。

- 一 行政行為の発給に必要な申請が事後に行なわれたとき。
 - 二 必要な理由付記が事後に与えられたとき。
 - 三 必要な関与人の聴聞が追完されたとき。
 - 四 行政行為の発給に協力を必要とする委員会の議決が事後に行なわれたとき。
 - 五 他の官庁の必要な協力が追完されたとき。
- ② 第一項第二号から第五号までの行為は、前置手続の終了までに限り、又は前置手続がとり行なわれないうちに行政裁判上の訴えの提起までに限り、追完を受けることが許される。
- ③ 行政行為に必要な理由付記が欠け、又は必要な関与人の聴聞が行政行為発給前に行なわれなかつたために、適時の行政行為取消請求がなされなかつたときは、法的救済期間の徒過について責任は問われない。第三二条第二項による回復期間につき基準となる事實は、履踐されなかつた手続行為の追完の時点に始まる。

右規定とその前身たる一九六七年行政手続法模範草案（所謂「メンヘン草案」）三五条との関係についてみれば、第一に、同草案では、「行政行為が事後に内容的に充分明確化された」ときにも瑕疵の治癒が認められることとされていた（三五条一項四号）のが、現行法ではその旨の規定が削除されており、第二には、草案が申請及び理由付記という二種の追完行為について、前置手続の終了又は行政訴訟の提起という時間的制限を加えていなかった（三五条一項）のに対し、現行法は、申請の追完については連続性を維持しつつ、理由付記の追完についてはその時間的制限を及ぼしている。連邦参議院では異論のあったところであるが、連邦政府及び連邦議会がこれに賛同しなかったことに因る。そして第三に、現行四五条三項は、連邦議会法務委員会の提案に基づき立法過程で全体として新たに採用されたものである⁵⁴。

また、VwVfG四五条とバラレールな規定はといえば、一九七七年公課法（Abgabenordnung）一二六条が同条と文言を同じくし、ラントの行政手続法の殆どもこれと同一の規定を含む外、類似の規定も連邦法及びラント法レヴェルにみられ、総じてVwVfG四五条は、西ドイツにおける手続的瑕疵の治癒について、幅広い影響力を行使していることになる。

（二）主な内容

① 治癒が可能な瑕疵の範囲 本条によって実体的瑕疵が治癒されることのないの言うを俟たないが、一口に治癒の対象が手続的瑕疵であるとはいっても、第一に、それが明白な誤謬（*offenbare Unrichtigkeiten*）に該当する場合には、治癒の余地は存しない。斯かる瑕疵は行政行為の効力に影響をもたないからであり、これに対しては、行政庁は何時でも訂正（*Berichtigung*）を行なうことができ、関与人もそれを要求することができ（VwVfG四二条参照）。第二に、手

続的瑕疵のうちでも、行政行為の無効原因たるそれは治癒の対象とはされていない⁵⁵。如何する瑕疵が無効原因となるかは、重大明白説（*Evidenztheorie*）によって判定されるが（VwVfG四四条）、聴聞が欠けた場合にもそれは行政行為取消原因とされている（同法四五条一項三号）ことにも窺える通り、狭義の手続的瑕疵に関する限りは、それが無効原因とされることはなからう⁵⁶。

第三に、行政行為取消原因たる手続的瑕疵の全範囲に亘って治癒の途がひらかれている訳ではなく、追完行為により治癒が可能とされているのは、VwVfG四五条一項一乃至五号に掲げられる五種の瑕疵の類型に限られる。即ち、管轄規定違反に治癒の途は閉ざされ、手続及び形式規定違反であっても、この五類型以外のものは治癒されえない。つまり、同条各号は例示規定ではなく、限定的列挙の規定と一般に解されているのである⁵⁷。但し、これら五類型に準ずる性格の手続行為について、各号の類推適用を認めるべきかをめぐっては、争いがある。例えば、三号の規定（聴聞）を代理人の選任や記録閲覧に及ぼすべきか、などについて争われる⁵⁸。この点は兎も角、VwVfG四五条が掲げる五類型について、次にやや詳しくみておこう（以下三分の間、VwVfG四五条一項各号を単に「X号」と表記する）。これらは、VwVfG制定前に判例により治癒が認められてきたところと概ね一致するものといわれる⁵⁹。

① 我国同様、授益的行政行為は屢々申請（*Antrag*）に基づいてのみ発給されるため、斯様な場合の申請を欠く行政行為の発給は違法となるが、一号によって、申請が追完された場合にはこの違法性は治癒される。申請を欠いたままでも、受益者による取消請求は通常は考えられないから、追完行為たる申請は、殆どの場合、職権取消し（*Rücknahme*）を回避せんがため、又は第三者による（行政行為）取消請求（*Drittanfechtung*）を排除するために行なわれることになる。

以上の意味では、申請を要する行政行為にそれが欠けた場合当該行政行為は無効となる、という趣旨の従前の学説^②及び判例^③は、立法(一号)を以て否定されている。

② VwVfG 三九条によれば、一部例外(同条二項)を除き、書面による行政行為又は書面によって確証される行政行為に理由付記(Begründung)が義務づけられ、その内容としては、事実上の理由及び法的理由が要求されている(更に、裁量行為については、裁量行使上の視点を明らかにすることが求められる)。これは、争訟提起便宜機能及び行政の自己統制奉仕機能を中心とした理由付記制度が有する諸機能に着眼してのことである^④。従って、必要な理由付記が全く欠けたり、行なわれた理由付記が不完全であったりした場合に行政行為の違法が招来されることになるが、これは一号によって治癒される。但し、後にみる様に、VwVfG 四五条二項によって、追完行為には前置手続の終了又は行政訴訟の提起という時間的限定が施されている。この点嘗ては、同項の期限規定は理由付記の欠缺の場合にのみ適用があるのであり、理由付記の不備は裁判過程でもなお治癒が可能である、との裁判例もみられたところである^⑤が、今日では、欠缺、不備の双方とも同項の時間的制限に服するとの考え方が支配的である^⑥。

斯様な理由付記の瑕疵の治癒については、問題が二つ残る。第一は、行政行為取消訴訟提起の前提として前置手続が經由されるべき場合に、この前置手続は通常は行政裁判所法(Verwaltungsgerichtsdnung vom 21. 1. 1960)以下VwGOと略記)上の異議審査請求手続(Widerspruchsverfahren)の形をとる——概略を記すと、異議審査請求(Widerspruch)が原処分庁に提起され、救済が与えられない場合には、異議審査庁(Widerspruchsbehörde)多くは直近上級官庁)が異議審査決定(Widerspruchsbescheid)を行なう——が、そうとする、VwGO 七三条三項に従って異議審査決定に付される理由を以て

VwVfG 三九条が求める理由付記の追完行為と見做してよいのか、というものである。肯定的に解するのであれば、理由付記の瑕疵の治癒に向けては何ら特別な追完行為を必要としないこととなるのであるが、異議審査決定に付される理由は、内容的にVwVfG 三九条の要求する付記理由を下回ることはないとの観点から、前者によって当然に理由付記の瑕疵は治癒されるという理解が優勢の様である^⑦。本稿冒頭に示した我国行政側の上告理由(一の(1))の主張と符合するものである。

第二の問題は、旧来「行政訴訟における理由の補正(Nachschieben)」として包括的に論ぜられてきたものが、VwVfG 発効後には如何に取り扱われるべきか、というものである。即ち、行政庁が行政訴訟において、十分な理由付記が欠けた場合にこれを追完し、又はなされた付記理由を補充し若しくは変更することが許されるか、という問いに対しては、統一的に、①事後的に与えられる理由が既に行政行為発給の際に存在し、②行政行為がこの理由によって実質を変更されることなく、且つ③関係人が自己の権利防禦(Rechtsverteidigung)を侵害されることがない限り、それらが許される、とするのが連邦行政裁判所^⑧の態度であったのであるが、VwVfG によって理由の補正をめぐる斯様な見解がどの様な変容を受けたのか、が問われるのである。

この点、先ず理由付記の欠缺・不備の場合、追完行為が最早裁判手続では認められなくなったのは、既述の通りであるが、追完を除いた補正の可否については若干意見の対立がある。つまり、一九六七年シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州一般行政法一一四条が、必要な理由付記が事後に行なわれたときに瑕疵の治癒の効果を認め、追完行為に時間的制約を設けていなかった(この意味で、先に触れたミュンヘン草案三五条と同じ)のが、後に改正されてVwVfG 四五条と同内容になっ

た際に行なわれた、補正全般が行政訴訟では許されなくなつた、という解釈²⁰⁾に倣い、VwVGの発効後にあつては、追完に限らずその他実体法に係わる補正も、同法四五条二項の時間的範囲内でしか認められない、とする解釈があり²¹⁾、他方で、VwVGは追完以外の補正について触れるところはなく、従つてこれは訴訟法レヴェルで決せられるべきである、との解釈もある²²⁾。後者が多数説といえるし、これによれば、右の狭義の補正は従来通り行政訴訟においても許されることになる²³⁾。

因に、行政行為に実質上の変更を加え、又は行政行為に完全に新たな法的基礎づけを与えることになる「理由付記の差し換え (Auswecheln der Begründung)」は、補正による瑕疵の治癒とは見做されず、瑕疵ある行政行為の転換 (Umdeutung) の問題とされる (VwVG 四七条参照)。

③ VwVG 二八条一項により、「行政行為の名宛人をはじめとする関与人 (Beteiligter) 同法二三条参照) の権利を侵害する行政行為の場合には、これが発給前に、その者に対して決定にとつて重要な事実につき意見を述べる機会が保障される。行政庁による聴聞 (Anhörung) の義務づけであるが、この聴聞は、それが現代行政に不可欠の市民と官庁との信頼関係の構築に大きく寄与するものであり、基本法上に基礎づけがなされるところである (但し、基本法一〇三条一項は裁判手続での聴聞の権利を保障したものにすぎないとして、基本法二〇条の法治国原理に基礎づけを求めるのが一般的である²⁴⁾)。同時に、聴聞は基本権を手続法的に保障するのに特に適したものである、と説示されている²⁵⁾。同様にして、狭義の手続全般の中に聴聞が占める位置は極めて高いものとなるが、にも拘らず現実には、聴聞の履践は相当等閑にされている様である²⁶⁾。

何れにしても、この様な聴聞が全く欠け又は行なわれた聴聞が不完

全なときは、行政行為は取り消しうべきものとされ、且つ斯かる瑕疵は追完により治癒されうるとされる (三三号) のであるが、ここに、如何なる行為を以て追完行為と称しうるかの問題がある。即ち、前置手続が行なわれないとき、又は前置手続が行なわれるべきであっても未だ異議審査請求が提起されないときでも、聴聞の瑕疵は治癒されるのであり、その際の追完行為は当然、行政行為発給前に求められた聴聞行為の要件を充たさなければならぬ訳であるが、異議審査請求手続開始後は、追完行為としては、異議審査請求で私人が主張する自己の利害関係を考慮し、これを審査後の決定に反映せしめることで足りるのか、という問題があるのである。この点につき連邦行政裁判所は、異議審査請求手続が正しく実施されるだけで聴聞の瑕疵の治癒はもたらされるとなし²⁷⁾、或いは特別な手続行為は要しないとする²⁸⁾が、下級審判決のなかには、前置手続の実施だけでは足りず、これを超えて事実につき意見を述べる機会が与えられねばならぬ、と解するものがあり²⁹⁾、学説上にも、行政行為発給前に置かれるべきであった地位に関与人が置かれるのでなければ治癒について語りえないこと、聴聞の瑕疵がなかつた場合でも異議審査請求手続は正しく行なわれなければならぬこと、VwVG 四五条は前置手続の終了までに治癒がもたらされることをいっているのであって、前置手続によって治癒がもたらされるといっているのではないこと、などを論拠として、右の下級審判決を支持する見解が有力に唱えられる³⁰⁾。

④ VwVG 上は、委員会、審議会及びその他合議制組織 (Ausschüsse, Beiräte und andere kollegiale Einrichtungen) が広義の委員会と捉えられ (同法八八条)、それが、行政手続において活動すべく法規によって命ぜられているにも拘らず議決を行わず、又は瑕疵ある議決を行つた場合には、行政行為は無効ではなく取り消しうべきものとされる (同法四四條三項三号) が、斯様な瑕疵は四号によって治癒

されうるのである³⁸⁾。

⑤ 西ドイツでは、行政行為を発給官庁以外の官庁の協力を要する行政行為を「段階的行政行為 (mehrstufige Verwaltungsakte)」と呼ぶのが慣わしであり³⁹⁾、この協力は実定法上「了解 (Einvernehmen)」、同意 (Zustimmung)、「承諾 (Einverständnis)」などの用語で定められている。そして、この様な段階的行政行為に協力が欠けたり、行なわれた協力が瑕疵を帯びたものであったときは、VwVfG 四四三条二項四号により当該行政行為は取り消しうべきものとなるのであるが、五号は斯かる瑕疵に治癒の途をひらいているのである。但し、協力が職務援助 (Amtshilfe) 又は行政規則 (Verwaltungsvorschrift) によるときは、この限りではないとされる⁴⁰⁾。

(四) 追完の時間的範囲、主体及び効果 追完行為が瑕疵の治癒の効果をもたらさしうる時間的範囲は、VwVfG 四五条二項によって画されているが、同項によると、先ず申請については時間的制限は課されず、従って、行政訴訟の終結までに追完がなされればこれに瑕疵の治癒の効果が認められる⁴¹⁾。但し、申請期間の定めがある場合にはこの限りでない。これに対し、理由付記、聴聞、委員会の議決及び他の官庁の協力に関しては、前置手続の終了又は行政訴訟の提起という時間の枠づけがなされている。従って、後者の場合は行政裁判所への訴えの到達が、前者の場合には異議審査決定が送達により効果を生ずる時点が分水嶺となる。

この点抑々は、追完行為がより早い時点に行なわれれば、それ丈瑕疵は効果的に修繕されうる訳であるが⁴²⁾、VwVfG は、事案が行政の領域に止まる限りで⁴³⁾、即ち「行政がなお手続の主体 (Herr) である限り」⁴⁴⁾で追完による瑕疵の治癒を認める、という立法的選択を行なったのである。別言すれば、追完行為が行政上の決定に影響を及ぼしうる限り、追完行為に瑕疵の治癒の効果を認めようとの趣旨なので

ある⁴⁵⁾。勿論、行政行為に対して訴訟が提起されず、或いは異議審査請求が提起されなかったときは、職権取消しがなされない限り、争訟提起期間経過後においても追完行為により瑕疵は治癒されうる。

しかし次に、右の時間的範囲内で誰が追完行為を行ないうるかにについては、VwVfG 四五条は沈黙を守る。但し、一号については申請権者、四号については当該委員会、五号については当該他の官庁ということ、追完行為者は夫々自ずと指定されるから、問題は理由付記及び聴聞について生ずる。端的には、行政行為を発給した官庁即ち原処分庁 (Ausgangsbehörde) のみが追完行為を行ないうるのか、それとも異議審査庁もまたこれを行ないうる地位にあるのか、である。そしてこの点については、異議審査庁もまた追完行為を行ないうるとする見解が支配的といつてよからう⁴⁶⁾。その理由づけを Laubinger に求めれば、曰く、追完行為の主体を原処分庁に限る見解は、「原処分庁と異議審査庁の関係と相容れないこととなる。両者は執行府に属するのであり、従って、両者相互の関係は行政庁と行政裁判所の関係とは異質である。これは立法者も認めるところであり、例えば VwGO 七九条一項一号では、取消訴訟の対象は『異議審査決定を通じて至った形における原行政行為』であると定められているのである。斯様にして、異議審査請求手続が行なわれる限り、この手続において漸く行政行為は『最終的形態』を獲得するのである。これを考慮した場合、原処分庁が犯した手続及び形式違反は、原処分庁に限らず異議審査庁によっても除去されうる、ということが承認されねばならなくならう」⁴⁷⁾。

しかし、異論もないではない。例えば Hutten は、治癒というがためには、手続的瑕疵の結果が法的にも事実上にも除去されねばならず、従って、手続的瑕疵がなかった場合に置かれたのと同様の地位に私人が置かれる必要があるが、一度行なわれた行政決定がもつことになる

官庁ヒエラルヒーにおける行政心理からくる持続力 (Verwaltungspsychologische Bestandkraft) を考えれば、真の治癒は殆どもたゞされる余地はないし、また、治癒は私人に対して手続上の審級を一つ失なわしめることに外ならないと説いて、追完行為は原則的に原処分において行なわれなければならないと主張している⁽⁸⁰⁾。

最後に、追完・治癒が如何なる法的効果を行政行為に對してもたらずのかについては、VwVfG 四五条一項が、「顧慮されなく (unbeeinträchtigt)」という余り明瞭とはいえない文言を用いていることもあり、統一的な解釈がなされているとはいえない。成程、追完・治癒によっても依然として行政行為は違法であり、ただ取消しが排除されるだけなのであって、同項は、行政裁判所は権利を侵害する違法行為の取消しを義務づけられるという VwGO 一三三条一項一号の特別法乃至は事後法である、という解釈は一般に否定されているところであり⁽⁸¹⁾、追完・治癒は当該行政行為を適法ならしめるのであって、以後にその効力を失なわしめることは撤回 (Widerruf) の領域に属する、との考え方が支配的ではあるが、追完・治癒が行政行為を将来に向かつてのみ (ex nunc) 適法ならしめるのか、それとも遡及的に (ex tunc) 瑕疵を排除するののか、について見方は分かれている。追完・治癒の遡及効を承認する者に Steikens / Bonk / Leonhardt / Ule / Laubinger などがあり⁽⁸²⁾、当初の違法は追完・治癒によっても除去されないとする論者には Kopp / Meyer / Borgs などがある⁽⁸³⁾。また、追完・治癒の効果については瑕疵の種類により区別すべしとする見解もある⁽⁸⁴⁾。損害賠償請求権の成立などを考慮に入れるとき、将来効説が自然との印象を抱くが、行政手続法案の政府説明⁽⁸⁵⁾が、この問題を論ずることに精々理論的利益があるに止まり実務上の利益はなご、としていたこともあり、未だ本格的論議の対象とはされていない様である。

手続的瑕疵が追完により治癒されたという理由のみを以て異議審査請求が認容されなかったときは、手続違反を犯した官庁の帰属する行政主体が、異議審査請求追行に要した費用を弁償しなければならぬ (VwVfG 八〇条)。

註

(79) Vgl. z. B. Knack, VwVfG, 3. Aufl., § 45 Rdn. 2; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., S. 207.

(80) Knack, a. a. O., § 45 Rdn. 1. 1; Kopp, Die Heilung von Mängeln des Verwaltungsverfahrens, Verw. Arch. 1970, S. 219f.

(81) この点、連邦公務員法 (Bundesbeamtengesetz) 一一条一項が、事物的に無権限の官庁による任命行為を無効とすると共に、権限を有する官庁によつてこれが追認されたときに、遡及的に任命行為が適法となることを定めているのは、無効原因たる瑕疵の治癒を認めたものにして、例外的存在である。

(82) VwVfG 制定前に、Hausenによつて、重大明白説からすれば手続的違反は行政行為取消原因に止まることになる、と指摘されていたところと相反して、Vgl. Hausen, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsakt, DÖV 1973, S. 654 (Anm. 12).

(83) Knack, a. a. O., § 45 Rdn. 3; Laubinger, Heilung und Folgen von Verfahrens- und Formfehlern, Verw. Arch. 1981, S. 336; Meyer / Borgs, VwVfG, 2. Aufl., § 45 Rdn. 6-9; Ule / Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 3. Aufl., § 58 I 2; Kopp, VwVfG, 4. Aufl., § 45 Rdn. 12.

(84) 積極的論者として、Kopp, a. a. O. (註 7), § 45 Rdn. 25; Obermayer, VwVfG, § 45 Rdn. 18 などや、消極的に解する者として、Meyer / Borgs, a. a. O., § 45 Rdn. 9 などやを挙げることが出来る。

(85) Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 1986, S. 400 (Anm. 200).

(9) So z. B. noch Wolff / Bachof, Verwaltungsrecht, I, 9. Aufl., § 48 II.

(10) VGH Kassel, DÖV 1968, 809.

(11) 理由付記の機能「更なる制度一般の概略」行政行為の理由付記本誌三九集九頁以下を参照せられたる。

(12) OVG Lüneburg, DVBl. 1980, 885.

(13) So z. B. Knack, a. a. O., § 45 Rdn. 3. 2.; OVG Lüneburg, NJW 1984, 1138.

(14) Vgl. Maurer, a. a. O., S. 209; Schoch, Nachholen der Begründung und Nachschieben von Gründen, DÖV 1984, S. 407; VGH Baden-Württemberg, DÖV 1983, 383.

(15) BVerwGE 38, 191 (195). 裁判上「はたして」Kopp, a. a. O. (註1), S. 227ff. u. 244ff.

(16) Schoch, a. a. O., S. 408.

(17) VGH Köln, NJW 1981, 780. 近、精密化及び明確化 (Präzisierung und Klarstellung) に際し語句の Kopp, a. a. O. (註1), § 45 Rdn. 22' 取
り地を要する際 (differenzierte Erläuterung) の必要を説く Meyer / Bors, a. a. O., § 45 Rdn. 31 本本文を以て「正確の折衷的立場をいえないはなすが、理由の訂正を認めなう以上、基本的にはこの立場を具
体化するに依るべし」。

(18) So z. B. Knack, a. a. O., § 45 Rdn. 3. 2. 3.; Schoch, a. a. O., S. 408ff.; Eyermann / Fröhler VwGO, § 113 Rdn. 18; Messerschmidt, Zur Heilung und Folgenlosigkeit von Verfahrens- und Formfehlern, NVwZ 1985, S. 878.

(19) Knack, ebenda; Obermayer, a. a. O., § 45 Rdn. 12 i. V. m. § 39 Rdn. 62; Ule / Laubinger, a. a. O., § 58 II 3; OVG Lüneburg, DVBl. 1980, 855.

(20) Mandelartz, Anhörung, Absehen von der Anhörung, Nachholen der unterbliebenen Anhörung, DVBl. 1983, S. 112.

(21) BVerfGE 53, 30 (65).

(22) Mandelartz, a. a. O., S. 112.

(23) BVerwGE 66, 111.

(24) BVerwGE 66, 111.

(25) BVerwGE 66, 111.

(26) VGH Münster vom 21. 12. 1979; OVG NW vom 19. 1. 1981. 理由
「裁判上「はたして」前著に「はたして」Laubinger, a. a. O., S. 340' 後
著に「はたして」Mandelartz, a. a. O., S. 115 246' 270'.

(27) Hufen, a. a. O., S. 406ff.; Mandelartz, a. a. O., S. 116; Knack, a. a. O., § 45 Rdn. 3. 3. 1.

(28) Knack, a. a. O., § 45 Rdn. 3. 4.

(29) Knack, a. a. O., § 45 Rdn. 3. 5; Wolff / Bachof, a. a. O., § 46 VC, Schuegraf, Der mehrstufige Verwaltungsakt, NJW 1966, S. 177 246' 247' 248' 249' 250' 251' 252' 253' 254' 255' 256' 257' 258' 259' 260' 261' 262' 263' 264' 265' 266' 267' 268' 269' 270' 271' 272' 273' 274' 275' 276' 277' 278' 279' 280' 281' 282' 283' 284' 285' 286' 287' 288' 289' 290' 291' 292' 293' 294' 295' 296' 297' 298' 299' 300' 301' 302' 303' 304' 305' 306' 307' 308' 309' 310' 311' 312' 313' 314' 315' 316' 317' 318' 319' 320' 321' 322' 323' 324' 325' 326' 327' 328' 329' 330' 331' 332' 333' 334' 335' 336' 337' 338' 339' 340' 341' 342' 343' 344' 345' 346' 347' 348' 349' 350' 351' 352' 353' 354' 355' 356' 357' 358' 359' 360' 361' 362' 363' 364' 365' 366' 367' 368' 369' 370' 371' 372' 373' 374' 375' 376' 377' 378' 379' 380' 381' 382' 383' 384' 385' 386' 387' 388' 389' 390' 391' 392' 393' 394' 395' 396' 397' 398' 399' 400' 401' 402' 403' 404' 405' 406' 407' 408' 409' 410' 411' 412' 413' 414' 415' 416' 417' 418' 419' 420' 421' 422' 423' 424' 425' 426' 427' 428' 429' 430' 431' 432' 433' 434' 435' 436' 437' 438' 439' 440' 441' 442' 443' 444' 445' 446' 447' 448' 449' 450' 451' 452' 453' 454' 455' 456' 457' 458' 459' 460' 461' 462' 463' 464' 465' 466' 467' 468' 469' 470' 471' 472' 473' 474' 475' 476' 477' 478' 479' 480' 481' 482' 483' 484' 485' 486' 487' 488' 489' 490' 491' 492' 493' 494' 495' 496' 497' 498' 499' 500' 501' 502' 503' 504' 505' 506' 507' 508' 509' 510' 511' 512' 513' 514' 515' 516' 517' 518' 519' 520' 521' 522' 523' 524' 525' 526' 527' 528' 529' 530' 531' 532' 533' 534' 535' 536' 537' 538' 539' 540' 541' 542' 543' 544' 545' 546' 547' 548' 549' 550' 551' 552' 553' 554' 555' 556' 557' 558' 559' 560' 561' 562' 563' 564' 565' 566' 567' 568' 569' 570' 571' 572' 573' 574' 575' 576' 577' 578' 579' 580' 581' 582' 583' 584' 585' 586' 587' 588' 589' 590' 591' 592' 593' 594' 595' 596' 597' 598' 599' 600' 601' 602' 603' 604' 605' 606' 607' 608' 609' 610' 611' 612' 613' 614' 615' 616' 617' 618' 619' 620' 621' 622' 623' 624' 625' 626' 627' 628' 629' 630' 631' 632' 633' 634' 635' 636' 637' 638' 639' 640' 641' 642' 643' 644' 645' 646' 647' 648' 649' 650' 651' 652' 653' 654' 655' 656' 657' 658' 659' 660' 661' 662' 663' 664' 665' 666' 667' 668' 669' 670' 671' 672' 673' 674' 675' 676' 677' 678' 679' 680' 681' 682' 683' 684' 685' 686' 687' 688' 689' 690' 691' 692' 693' 694' 695' 696' 697' 698' 699' 700' 701' 702' 703' 704' 705' 706' 707' 708' 709' 710' 711' 712' 713' 714' 715' 716' 717' 718' 719' 720' 721' 722' 723' 724' 725' 726' 727' 728' 729' 730' 731' 732' 733' 734' 735' 736' 737' 738' 739' 740' 741' 742' 743' 744' 745' 746' 747' 748' 749' 750' 751' 752' 753' 754' 755' 756' 757' 758' 759' 760' 761' 762' 763' 764' 765' 766' 767' 768' 769' 770' 771' 772' 773' 774' 775' 776' 777' 778' 779' 780' 781' 782' 783' 784' 785' 786' 787' 788' 789' 790' 791' 792' 793' 794' 795' 796' 797' 798' 799' 800' 801' 802' 803' 804' 805' 806' 807' 808' 809' 810' 811' 812' 813' 814' 815' 816' 817' 818' 819' 820' 821' 822' 823' 824' 825' 826' 827' 828' 829' 830' 831' 832' 833' 834' 835' 836' 837' 838' 839' 840' 841' 842' 843' 844' 845' 846' 847' 848' 849' 850' 851' 852' 853' 854' 855' 856' 857' 858' 859' 860' 861' 862' 863' 864' 865' 866' 867' 868' 869' 870' 871' 872' 873' 874' 875' 876' 877' 878' 879' 880' 881' 882' 883' 884' 885' 886' 887' 888' 889' 890' 891' 892' 893' 894' 895' 896' 897' 898' 899' 900' 901' 902' 903' 904' 905' 906' 907' 908' 909' 910' 911' 912' 913' 914' 915' 916' 917' 918' 919' 920' 921' 922' 923' 924' 925' 926' 927' 928' 929' 930' 931' 932' 933' 934' 935' 936' 937' 938' 939' 940' 941' 942' 943' 944' 945' 946' 947' 948' 949' 950' 951' 952' 953' 954' 955' 956' 957' 958' 959' 960' 961' 962' 963' 964' 965' 966' 967' 968' 969' 970' 971' 972' 973' 974' 975' 976' 977' 978' 979' 980' 981' 982' 983' 984' 985' 986' 987' 988' 989' 990' 991' 992' 993' 994' 995' 996' 997' 998' 999' 1000'.

(30) Knack, a. a. O., § 45 Rdn. 3. 5.

(31) Ule / Laubinger, a. a. O., § 58 I.

(32) Hufen, a. a. O., S. 404.

(33) Maurer, a. a. O., S. 208.

(34) Vgl. z. B. Knack, a. a. O., § 45 Rdn. 4. 2.

(35) BVerwGE 61, 45.

(36) Messerschmidt, a. a. O., S. 879; Laubinger, a. a. O., S. 338ff.; Knack, a. a. O., § 45 Rdn. 3. 3. 2; BVerwGE 54, 276; BVerwGE 58, 37.

(37) Laubinger, a. a. O., S. 341.

(38) Hufen, Heilung und Unbeachtlichkeit grundrechtsrelevanter Verfahrensfehler?, NJW 1982, S. 2165f.

(39) So z. B. Messerschmidt, a. a. O., S. 878.

(40) Stelkens / Bonk / Leonhardt, VwVfG. 2. Aufl., § 45 Rdn. 45; Ue / Laubinger, a. a. O., § 58 I; Obermayer, a. a. O., § 45 Rdn. 30; Knack, a. a. O., § 45 Rdn. 2. 5.

(41) Kopp, a. a. O. (註一), § 45 Rdn. 6; Hufen, a. a. O. (註二), S. 409; Meyer / Bors, a. a. O., § 45 Rdn. 12; Knack, a. a. O., § 45 Rdn. 2. 5.

(42) Messerschmidt, a. a. O., S. 877f. 例えば申請の追完には遡及効を、同じく理由付記及び聴聞の追完には将来効のみを認めるべきであるとされる。これでは法的安定性が阻害されるといふ批判として、Knack, a. a. O., § 45 Rdn. 2. 5.

(43) BT-Drucks. 7/910, S. 65.

三 行政手続上の瑕疵の治癒・管見

西ドイツという狭義の行政手続は、我国では(特に行政行為の瑕疵論では)行政行為の管轄及び形式からは一応区別して論ぜられてきており⁴⁴⁾、ここに一つの論点がない訳ではないが、以下では従来の扱いに取って異を唱えず、行政行為発給前の一連の手続過程のみを行政手続と観念し、我国に妥当すべき行政手続上の瑕疵の治癒の法理を探ることとする。先ず前提として、前節で概観した西ドイツの制度と論議についての所感を若干(他国のことでもあるから)述べておこう。

(1) 既に触れたが、VwVfG四五条からすれば、行政手続上の違法が行政行為を無効たらしめることは先ずありえない。斯様な結果が重大明白説によったものであることからすると、手続違背は、明白性の要件は扱置き重大性の要件を充たさないとの考慮が背景にあるものと推察される。しかし、手続違背を挙げて重大視しない(「重大性」の要件を充足しないとみる)というのは如何なるものであろうか。私人に対する

事前の権利保護、適法行政の保障といった行政手続の役割に鑑みると、例えば、必要な行政手続違背、就中手続の欠缺についてはこれを行政行為無効原因となす様な立法的選択の余地もあつたであろう。我国で範例となすべきではない⁴⁵⁾。

(2) 仮に手続違反を一律に行政行為の取消原因と見做すことが正当であるとしても、VwVfG四五条一項各号列挙の手続については、違反がどの程度の重大さを帯びているかを顧慮することなく、或いは行政行為の種類を問題とすることなく、瑕疵は総て治癒可能なものとされてしまっている点にも、批判の目を向ける必要がある。「治癒の問題につき考えうる総ての解決策のうち、立法者は行政にとって最も有利なものを選んだのである」⁴⁶⁾との評価があるところである。また、聴聞の欠缺も治癒可能とされているところからすれば、VwVfG四五条一項各号を限定的列挙の規定と解することの合理性も疑われよう。

(3) しかしながら、叙上にも拘らず、手続的瑕疵の追完による治癒を認めること自体、更に前置手続の終了までこれを認めることは、西ドイツの関連行政法制度を前提とする限り、寧ろ自然ともいえよう。即ち、西ドイツでは一般的に、前置手続は「行政手続」の一部と観念されている。この点確かに、嘗てVwGOの草案の段階で連邦政府は、前置手続は行政裁判手続の不可分の一部であるとの見解を示し、またVwGO発効当初にはこれと同様の見方が連邦行政裁判所によって支持された、という経緯はあるものの、今日では、同裁判所も前置手続は行政手続の一部であると判示し、学説上も同様の見解が支配的なのである⁴⁷⁾。例えば、Dieが、前置手続は裁判手続ではなく行政手続の一部であるといひ⁴⁸⁾、Oertelが、前置手続担当機関は執行府に属するし、また、当該機関は原処分庁同様行政法関係を具体化するのだから、裁判機能又は準裁判的機能を営むのではないから、前置手続は形式的にも実質的にも行政手続である、と説く⁴⁹⁾が如し。以上の如く把

握される前置手続を前提とする限り、前置手続の終了までを一連の手続と捉え、Laudinger の指摘にもあった通り、行政行為は前置手続において最終的形態を獲得するものとした上で、前置手続終了までは手続的瑕疵の追完による治癒が許されるとみていくのは、何ら不合理なことではないのである。同じ意味で、異議審査庁にも追完を許容する解釈が正当性を帯びてこよう。

但し、それでは例外的に前置手続を経ない場合に行政行為は何時最終的形態に至るのかとなると、それは告知 (Bekanntgabe) の時点となろう (VwVfG 四三条一項参照)。従って、この場合につき VwVfG 四五条二項が追完を行政訴訟の提起まで認めているのには、最終処分性という点からすると、疑問がなくてはならない。

(4) 手続的瑕疵の治癒は、手続的には違法に成立したが実体的には無瑕疵の行政行為の取消しを回避する、という目的に奉仕するものといわれる⁸⁰。VwVfG 四五条は同法四六条⁸¹と同様の機能を果たす訳であり、VwVfG における行政の効率重視の態度がここに窺われるのであるが、斯様な目的の下に認められる追完・治癒の制度に纏わる問題性も指摘されよう。

第一には、手続を遵守せずともこれに対するサンクションは欠けるのであるから、原処分庁による手続規定軽視の傾向を生じないかである⁸²。この点につき我国の行政側は否定的であったのであるが (冒頭一の(1))、斯様な危惧は容易には払拭されえないところであろう。第二には、追完行為が、本来發揮されるべきであった手続行為の機能を充分に果たしうるかである。例えば理由付記の争訟提起便宜機能についてみれば、Schoch は、付記理由を参考に自己が争訟を提起した場合の成功の見込みを考え、無意味な争訟提起を回避するという私人の利益は、追完行為を以てしてはカヴァーされない、と指摘する⁸³。我国最高裁の立場 (一の(2)) を更に私人に有利な方向に進めたものといっ

てよい⁸⁴。また、行政行為発給時の適法性保障という機能も追完により回復される訳ではない。してみると、追完行為が手続行為の本来の機能を果たしえないという場合は、行政手続全般を問題とした場合に存外多くありうるのではなからうか。この意味で、追完が瑕疵を治癒しようという考え方を広く行政手続に及ぼすことには、不合理な面がある。

さて、明白な誤謬や行政行為無効原因たる手続的瑕疵について、西ドイツの法理を我国に移入せしめることに異論はなからうが、行政行為取消原因たる手続的瑕疵の治癒の問題はどう扱われるべきか。裁判手続における追完・治癒が西ドイツ同様否定的に解されるべきであることは、ここに改めて指摘するまでもないとなると、次に不服申立て手続における治癒の可否を決するものとして差し当たり考えられるのは、相対的に手続軽視は否めないとしても、西ドイツの如く実体的に適法な行政行為は仮令手続的瑕疵を帯びても効力を維持せしめるのか、それとも、手続を重視し、手続的瑕疵を伴う行政行為は無条件に取り消されるべきものとするのか、をめぐる価値判断であろう。極く大まかに表現すれば、手続法を実体法と同列に扱うか、実体法優先を貫くかである。

しかし、西ドイツに学ぶ限り、瑕疵の治癒の可否を決する上で右の点よりもより前提的な第二の論点がある様に、筆者には思われる。それは、西ドイツの異議審査請求手続に対応する我国の不服申立て手続が行政の過程乃至は流れの中に占める位置である。即ち、不服申立て手続が行政行為発給手続と不可分一体の存在であるということになっ

てはじめて、先の第一の論点が意味をもってくることになると考えられるのである。

そこで次に、不服申立て手続が西ドイツの異議審査請求手続と同様、行政行為発給手続と不可分一体となっているのかにつき按ずる

に、結論として否という外はない。確かに、異議申立ては処分庁又は不作為庁に対する不服申立てであるし、審査請求も、処分庁又は不作為庁以外の行政庁に対するものであるとはいっても、裁判庁の第三者性は裁判所のそれに比肩すべくもないところであり、更に再審査請求も行政機関に対する不服申立てであることに変わりはない（行政不服審査法三条・八条）。この意味で問題の両手続の親近性を否定することはできない。しかし反面で、行政事件訴訟法は原則として自由選択主義を採り（八条）、且つ、私人が自主的に不服申立てを選択した場合及び法律が不服申立て前置を定める場合にあって適用されるのは、原処分主義であり、「裁決の取消しの訴えにおいては、処分の違法を理由として取消しを求めることができない」（一〇条二項）と規定される。即ち、我国では行政行為は処分庁によって最終的形態を与えられるものとされているのである。この点、西ドイツの不服申立て前置原則、裁決主義原則とは大きく異なっているといわざるを得まい。総じて評価するならば、不服審査は同じ行政権内部の機関によるものとはいえ、行政行為の発給と不可分一体のものとは見做しえないのである。

これを前提とするなら、我国においては、不服申立て手続における手続的瑕疵の治癒は、否定的に解されざるを得ない。但し、特別法が裁決についてのみ出訴を認め、原処分に対する出訴を許さない場合（例えば電波法九六条の二、労働組合法二七条七項）には、西ドイツ同様、最終処分性は裁決に認められると考えられるから、裁決に至るまでは追完による瑕疵の治癒を認める余地が生じよう。けれども、裁決手続については我国の場合実定法が比較的詳細な要件を定めているから、取消訴訟で治癒が問題とされることは余り考えられない。対して、裁決庁による原処分の審査の際に治癒は意味を持つ。そしてこの点、手続違反の事実を重大視し、これを理由に原処分は取り消されるべしとすることも無論考えられないが、裁決庁による実体的に適法

な原処分の取消し→再処分というのは、一面では行政の効率を損ない、他面では国民に不経済を強いる結果となるから、治癒を肯定的に解するのが基本であるべきであろう。

不服申立て手続においては右の如くであるとしても、私人による提訴又は不服申立ての提起以前に限ってはどうかであろうか。確かに、行政行為発給段階で手続が遵守されなかったという憾みはあるし、最終処分性も既に具備してはいる。しかし、第一に、不服申立て手続又は裁判手続が開始される以前の追完行為なのであり、且つこれが行なわれるのは処分庁によってである。第二に、二箇月という不服申立て期間（行政不服審査法二四条一項・四五条）又は三箇月という出訴期間（行政事件訴訟法一四条一項）内での追完行為であって、処分時と時間的にそう大きな隔たりはない。そして第三に、追完・治癒を認めないときは処分庁は追完行為を行なわなくなるが、逆の場合には、処分庁の追完行為により誤った実体判断が是正され^⑤、争訟手続によるよりはより早期の権利救済がもたらされる可能性もある。以上により、追完・治癒は原則として認められてよい（例えば、理由の遅滞なき追送など）。

それでは最後に、理由付記の瑕疵についてはどう考えるべきか。先ず理由付記の欠缺については、筆者は予々判例^⑥とは立場を異にし、これを行政行為の無効原因と見做している。行政行為に付記理由が全く欠けた場合、私人としては争訟における請求認容の可能性を殆ど判断できない。裁量行為については全く判断不可能といっても過言ではなからう。にも拘らず、理由と請求認容の可能性とを勝手に推論し、救済を求めるならばとにかく争訟を提起しておけ、というのは酷に失すると考えるからである。従って、理由付記の欠缺は追完・治癒の対象とすべきではない。他方で付記理由の不備は、これを行政行為取消原因と見做すことに異存はなく^⑦、且つ既に述べた追完・治癒の一般論の適用を拒む理由はない様に思う。結局私見では、本稿の冒頭提起

の問題について、治癒を否定する最高裁の立場が支持されることとなるが、理由づけは異なることになろう。即ち私見では、当該不服申立て手続において追完による治癒は許されない、という点を以て理由とすることになるのである。これに関し、若し最高裁の理由づけに従えば、不服申立て前の追完行為も、「処分そのものの慎重、合理性を確保する目的にそわない」こととなり、治癒の効果を否定されざるを得ないこととなって、この点不合理である、ということも指摘されよう。

註

(44) 例えば、田中・前掲書一四三頁以下。

(45) この問題を本稿で主題的に論ずる訳ではないが、例えば、南博方・原田尚彦・田村悦一編『新版行政法(1)』一八四乃至五頁が「利害関係人の権利または利益を担保する見地から定められている手続の違背や、その手続を経なければ、とつてい公正な実体的結果に到達することができないと認められる場合の手続の違背」を無効原因とみているのは、示唆的である。

(46) Hufen, a. a. O. (註5), S. 399.

(47) 詳しは Oerder, Das Widerspruchsverfahren der Verwaltungsgerichtsordnung, 1989, S. 15f. 及びそこに挙げられる資料を参照。

(48) Ule, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl., S. 97.

(49) Oerder, a. a. O., S. 16.

(50) So z. B. Knack, a. a. O., § 45 Rdn. 2, 1.

(51) VwVfG 四六条に於ては、例えば拙稿「取消訴訟における行政手続上の瑕疵・序説」『雄川献呈・行政法の諸問題中』五五頁以下を参照された。
50

(52) Vgl. Hufen, a. a. O. (註5), S. 399.

(53) Schoch, a. a. O., S. 406.

(54) VwVfG の法案に於ての政府説明は、追完により訴訟提起便宜機能が

果たされるといふ(BT-Drucks. 7/910, S. 66) 我国行政側(一の(1))もこれと同意であるが、回復さるべきは争訟提起便宜機能であろう。

(55) 追完行為により原処分の実体的違法が顕在化することがある点の指摘として、vgl. Maurer, a. a. O., S. 208.

(56) 最判昭五四・四・五訟務月報二五巻八号二三三九頁。

(57) 兼子仁『行政法総論』一八八頁、最判昭三八・五・三一民集一七巻四号六一七頁参照。

※

※

西ドイツでは、私人の手続上の権利は、VwVfG 四五条と同四六条によって相対化され、価値が低下していると指摘される⁵⁶⁾が、同時に、手続的瑕疵を理由とした裁判所による行政行為の取消しを制限しようとする四六条の場合とは異なり、四五条については論議が活発ではなく⁵⁷⁾、且つ憂慮を呈する向きも少なかった⁵⁸⁾、ともいわれている。しかし、既に見た様に、同条が追完・治癒に対して極度に寛容であることを否定できないところからすれば、治癒の範囲を狭めていこうとする最近にみられる態度⁵⁹⁾は必然的な動きとも受けとることができ、また、これを契機とした今後の活発な論議も予想されるところである。その活発な論議をまって再びVwVfG 四五条に目を向け、関連行政法制度は異なるとはいえ、これを素材に我国での問題解決を吟味しなおすことが必要であろう。

註

(58) So z. B. Maurer, a. a. O., S. 211.

(59) Schoch, a. a. O., S. 401.

(60) Hufen, a. a. O. (註6), S. 399.

(61) 代表としては、Helenの前掲書(註9)が挙げられよう。

(一九九〇年九月脱稿)