

行政手続法の意義の二面性について

池 村 好 道

目 次

- はじめに
- 一 行為規範としての行政手続法の意義
 - 二 裁判規範としての行政手続法の意義
 - 三 手続的瑕疵相対化の具体的手法
 - 四 手続的瑕疵相対化の承認と問題性
 - 五 手続的瑕疵の絶対化へ向けて
- おわりに

はじめに

ドイツ行政法学の祖 O・マイヤーが嘗て提示した命題、即ち「憲法は減んでも行政法は存続する (Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsgrecht besteht)」¹⁾は、ヴァイマル憲法下での旧憲法体制の温存(例えは行政裁判²⁾、行政法の技術的・政治中立的性格などを考慮に入れた場合、当時は相当の説得力を持ちえたであろうが、超時代的に妥当するものとしては首肯し難い。寧ろ、F・ヴェルナーの「憲法の具体化としての行政法 (Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht)」³⁾が、行政法上の基本認識でなければならぬであろう。し

かし、憲法理念の行政法への定着化にはそれなりの時間が要る⁴⁾ことを考えると、先のマイヤーの命題にも一定の合理性を承認せざるを得ない。つまり、憲法理念の行政法への投影⁴⁾が進行しない間は、確かに「行政法は存続する」のである。

この視点から我国行政法の現実をみた場合、行政法が直ちに存続を取り止めた代表例としては、日本国憲法の司法国家理念の採用に伴う行政裁判所制度の廃止、地方分権理念の採用に伴う地方自治の保障等が挙げられよう(無論、現行の行政事件訴訟法や地方自治法が個々の点においても憲法理念に忠実⁵⁾があるかについては、議論の余地があるが、ここではそのまゝを問題とするものではない)。

他方で行政法が依然として存続している例の代表格は、人間の尊厳及び民主主義の理念から導き出されるはずの行政手続の欠落である。欠落とは言っても、個々の行政法規の中には行政手続の保障が散見されるし、昭和三〇年代における多くの行政委員会の廃止又は審議会への改組の後、その代償としてか、告知・聴聞、理由附記等を要求する法律の数は大幅に増加している。この意味で正確には、行政手続保障の不徹底、行政法の部分的存続と見做すべきであるということかもしれない。しかし、今日みられる個々の行政手続は精粗様々であり、そこに統一的法政策的基盤は認められない。これは、我国における行政手続の導入が占領軍の突如の示唆ないしは指示によったものであ

り、「その意味や意義が当時において正しく理解されていたかどうか甚だ疑問であ」⁽⁵⁾とと共に、斯かる事態の改善に進展がみられなかつたからであり、故にまた、第一次臨調が指摘した如く、手続の実施件数が少なく、形式的に運用されているという実態を招いたのである。そして、一般行政手続法の制定が何ら政治日程にのぼっていないのは、周知の事実である。この様にして、行政手続の欠落、行政法の存続と言われても仕方がないのが現状と言っても過言ではなからう。

従つて当然、憲法理念の行政法への定着化が可及的速やかに図られるべきであるという視座からは、この様な行政手続法制の現状に対して批判が強くなる。現に、昭和三十九年第一次臨調は、「公正で民主的かつ能率的な行政を実現するために、統一的な行政手続法を制定すべき」ことを、三章一六八箇条の「行政手続法草案」を附して提言し⁽⁶⁾、行政管理庁に設けられた行政手続法研究会は、昭和五八年に手続法の要綱案を公表しているのである⁽⁷⁾。他方で、学界でも昭和三五年及び五九年に行政手続法が公法学会のテーマとして取り上げられ、一般行政手続法の制定が緊要なことは繰り返して主張されてきているし⁽⁸⁾、裁判例も、就中運輸法制に係わる事件において、行政手続の意義を強調してきている。ところが、立法府は一般行政手続法の制定に対して理解を示さず、行政府には、行政の能率性及び弾力性の確保の必要を根拠に、依然として手続法制の整備、更には一般行政手続法の制定に対する拒否反応が強い。加えて、昭和五八年の第二次臨調最終答申では、行政手続法の問題は緊急課題ではなく長期的課題の中に組み入れられ、調査審議機関の設置が勧告されるに止まっている。そして、近時の行政改革の趨勢の中では、行政手続法制の整備は益々消極的な受け取り方をされかねないのである。

この時点で、行政手続の整備、更には一般行政手続法の制定に向けて、改めて行政手続法の意義を確認しておくことには、少なからぬ意

義が認められよう。本稿ではこれを第一の課題とする(一)。ここでは行政手続法の意義が強調されねばならない。しかし、そこで強調されるべきは飽く迄行政手続法の行為規範としての意義であつて、これと裁判規範としての行政手続法の意義との間には、一応の区別がなされるべきであるとも考えられるのである。そこで、裁判規範としての行政手続法の意義の究明を第二の課題とする訳である(二乃至五)。以下、右の二つの問題について検討を進める。

註

- (1) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl. (1924), Vorwort.
- (2) Fritz Werner, DVBl. (1959), S.527.
- (3) この点を指摘するものとして、Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. (1986), S.12.
- (4) この点については、橋本公巨「憲法理念の行政法への投影」公法研究四〇号一三四頁以下が比較的詳しい。
- (5) 雄川一郎「一般行政手続法の立法問題」公法研究四七号一一八頁。
- (6) 橋本公巨「行政手続法草案」八九頁以下(資料)参照。
- (7) 「行政手続法研究会報告——法律案要綱案」ジュリ八一〇号四二頁以下参照。
- (8) 公法研究二三号及び四七号参照。

一 行為規範としての行政手続法の意義

行政行為の発給を、聴聞手続を中心に事前に手続的に統制することの意義は、何処に求められるか。それは、少なくとも次の三点に求

められようである。第一が行政の民主化であり、第二が司法権の限界の補完であり、第三が早期の権利救済である。少しく敷衍しよう。

(一) 行政の民主化 近代国家の権力分立原理の下では、行政は、議会によって定立された法を執行することをその任務とされている。しかし、この様な機能分担は、今世紀に入ってから大きな変貌を遂げざるを得なくなった。社会的法治国家への移行に伴う国家機能の著しい増大、並びに社会経済関係の複雑多様化に伴う行政の複雑多様化及び専門技術化を契機とした、所謂行政国家現象がそれである。議院内閣制の下では特に議会の立法能力の低下が顕著となり、議員発議法案の減少、行政権提出法案の増加がもたらされる。議会が本来の立法能力を発揮する場合にも、委任立法の増加、行政裁量の増加は必定となつていく。つまりは、「法律による行政の原理」はノミナルなものへと移行していくことになる訳である。ここに民主的行政は一定の後退を余儀なくされる。しかし、右の「法律による行政の原理」の形骸化は、「行政実体法律による行政の原理」に固執する限り免れ難いものと言つておく、議会が「行政手続法律——個別法の整備に依ろうと一般法の制定に依ろうと——」による行政の原理」に着目した場合には、事情は多少異なる。その場合には一定範囲で、「法律による行政の原理」の復権、民主的行政の回復及び議会の蘇生が図られる余地が生ずるからである。

この点に早くから着眼していたのは米国であった。即ち、米国では前世紀末から今世紀前半にかけて多くの行政委員会が創設されていくが、議会は、行政委員会の権限行使については、実体法的規制よりも手続法的規制にウエイトを置いたのであり、これが一九四六年の連邦行政手続法 (30 USC 551-559, 571-576) へと発展していったのである。議会が行政の手続法的統制を重視するに至った理由としては、議会が実体法的規制に必要な時間を割くことができなかつたこと、議会には行政に関する専門的・技術的知識が欠けるにも拘らず、これを補うべき専

門スタッフが手薄であつたこと、行政権限の細部についてコンセンサスを形成する上で議会に能力が不足していたこと、行政がその目的を達成する上で細かな実体法的拘束を課さない方が便宜的である、と考えられたこと、及びこの様な議会の態度を裁判所も追認してきたことが挙げられている⁽⁹⁾。

右の米国の事情に鑑みると、我国の議会が、手続法制的整備により、「行政府に対する監視・監督的機能を果たすことに、その重要な使命を見出ししている⁽¹⁰⁾」という事態から、早期に脱却することが望まれるのである⁽¹¹⁾。(勿論、議会は可能な限り行政の実体法的拘束を弱めざるべきであらう。自らによる個人の権利義務の確定を怠るべきではない。)

また、日本国憲法は国民が個人として尊重されるべきことを規定する⁽¹²⁾が、そこでは、個人が単に行政の客体として扱われるのではなく、積極的に行政決定の成立過程へ「もの言う市民 (mündiger Bürger)⁽¹³⁾」として参加することが期待されている⁽¹⁴⁾。これは、憲法の民主制原理からの当然の帰結である。従つて、日本国憲法下では、行政手続の保障は憲法的要請と言えるのである。

(二) 司法権の限界の補完 日本国憲法は、三二条で裁判を受ける権利を保障すると共に、行政事件については、特に七六条二項で米国型司法国家原理を採用して、三二条の趣旨の徹底化を宣言している。しかしこれは、行政事件の裁判において、司法権の行使が何らの制約をも伴わないことまでも認められた趣旨とは解されないものである。つまり、権利救済の最後の砦としての裁判所に対して、過大な要求が国民から寄せられても、裁判所は、右の制約を無視してこれに應えることはできないということである。そして実は、この過大な要求のうちには、本来行政手続を以て応えるべきものが多く含まれている様に思えるのである⁽¹⁵⁾。(不要な司法権の制約を立法的に排除していくことが必要であり、手続法制不備の間は、(必要な制約と雖も) 解釈論としては緩和の方向が望ましいことは、言えぬべきでない。)

第一に、裁判所は所謂裁量問題について審査権を行使することはできない。勿論、裁量権の行使がその限界を超え、違法の問題を生ずる

ときはこの限りでないが、そうでない場合には、行政行為の当・不当については行政庁の判断が最終的と見做されねばならない（行政事件訴訟法第23条）。この点、裁量権行使過程への利害関係人の参加、処分理由附記などは、裁量権行使の統制的統制機能からして重要であるばかりか、事案の解決が裁判所に持ち込まれるときにあっても、裁判所による手統法的レビューが保障されるという意味で、無視しえないところである。斯かる考え方は、更に部分社会の自主的内部規律の問題についても妥当するであろう。

第二に、行政事件訴訟の中心的存在たる抗告訴訟については、原告適格の存在が訴訟要件の一つとされる（行政事件訴訟法第9条）。これは、抗告訴訟が主観訴訟にして、人民の権利・利益の保護を通じて行政の適法性の保障を目的とするからに外ならない。この点、訴訟では原告適格を否認される者が、行政手続への参加権を承認されることがある、という具合に、行政手続法制を整備していくことが可能であるという点、注目されねばなるまい。ここに、行政の主観的統制を超えた客観的統制が一部保障をみることとなり、更に手続当事者に訴訟での原告適格を承認することが肯定されれば、抗告訴訟も客観訴訟としての役割を部分的に果たしうることになるのである。この意味で、例えば西ドイツの手続法制は、手続当事者(Beteiligter)の範囲を原則として、手続の結果自己の法的利益に影響を受ける者に限っており（連邦行政手続法12条、2項本文）、民衆訴訟を排除する行政裁判所法42条2項と同趣旨で民衆参加(Popularbeteiligung)を拒否しているが¹⁴³、これは飽く迄手続法制整備の一方又は一段階にすぎないというべく、事実上の損害(injury in fact)を蒙る者にも手続参加権を認める方向も、無視されるべきではないであろう。

第三に、抗告訴訟は事後訴訟である。これは抑々、司法権発動の前

提が法律上の「争訟」(裁判法第1条1項)の存在とされていなければならない。従って、事前訴訟は事後訴訟に準じた形でしか認められない¹⁴⁴。この点、行政手続は、それが事前の利害関係の調整を目的とする以上、訴訟法理論上認められるべき事前訴訟の範囲を越えて、権利・利益の事前救済に貢献することにならう（行政手続の主眼が利益行政に向けられるとすれば、特に予防訴訟の分野で）。或いは、行政手続整備にあつては、事前訴訟の許容性を論ずる必要性が減せられる、ということでもある。

第四に、行政行為は、違法性及び権利侵害の存在にも拘らず、裁判所によって取消されない場合がある。即ち、違法な行政行為に事後に既成事実が随伴してしまっているために、裁判所としては、公共の福祉との調整を図った上で、取消判決を下しえなくなる場合があるのである（行政事件訴訟法第21条）。この点、行政手続は、事前に適法な行政を確保することに貢献するから、取消を免れてしまう様な違法な行政行為の発給の阻止に大いに役立つであろう¹⁴⁵。

(三) 早期の権利救済 違法な行政行為に対しては、事後救済手続、就中行政訴訟手続が整備されていなければならない。しかし、これだけでは私人の権利救済手続としては頗る不十分である。蓋し、事後救済手続は所詮加えられた権利侵害に対する救済制度であつて、それには、違法な行政行為の発給を阻止する役割は期待されないからである。違法な行政行為は固よりなされないのが望ましい。このためには行政手続の整備が不可欠なのである。つまり、行政手続に基づく正確な事実認定↓适用法律の発見と解釈↓法律の事実への適用(Subsumtion)↓行政行為の発給、という一連の過程は、違法な行政行為の発給可能性を極力排除することになるであろう。

以上、行政手続法の行為規範としての意義につき縷述してきたが、果たして行政手続が行政の能率を阻害するものなのか、についてここ

で一言。行政手続の進行過程だけを考えれば、確かに行政手続がない方がコストは安くつくであろう。しかし、行政手続がない場合に、誤った事実の把握の下で違法な行政行為を発給し、訴訟で争われるが故に多大の時間と労力を要し、更に再処分をしなければならなくなる、ということが屢生することを考え、他方で、行政手続を覆踐したがために適法な行政行為の発給が多くなるのを考えると、どちらがコストが高く(或いは安く)つくかは速断し難いであろう。しかし、行政手続を整備し、これを行政庁が遵守する際には、少なくとも一つの重要な効果が現われることは確認される。それは国民の行政に対する信頼の獲得・確保である。今日、「国民の行政に対する不信任には容易に抜きがたいものがある」¹⁶⁾のであれば、行政手続がこの不信任の払拭に役立つことは高く評価されねばならない。この効果は、個々の処分において手続を遵守したが故の処分の適法性についての説得的効果の積み重ねとしてもたらされるもの、と言うべきである。

註

- (9) Uniform Law Commissioners' Model State Administrative Procedure Act (1981), with Prefatory Notes and Comments, p.23.
- (10) 田中二郎「司法権の限界」同『司法権の限界』九頁。
- (11) Maurer, a.a.O., S.375.
- (12) 個人が受動的客体であるに止まらず、主体として手続に関与するものでなければならぬことは、ウーレが比較的早くから説いていたところである (Ule, VVDStRL, Heft17, S.225°).
- (13) Meyer/Borgs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. (1982), S. 114ff.; Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, S.69ff. 尚、連邦行政手続法は、計画画定手続については、法的利益関係人の範囲を超えた

利害関係人の参加を認めている(七三条四項)。Meyer/Borgs, a.a.O., S. 629.

(14) 所謂無名抗告訴訟の許容性の論議については、塩野宏「無名抗告訴訟の問題点」『新・実務民事訴訟講座9』一一三頁以下参照。

(15) W.-R. Schenke, Der verfahrensfehlerhafte Verwaltungsakt gemäß § 46 VwVfG, DÖV (1986), S.306.

(16) 田中二郎「行政適正化への途」同『司法権の限界』二〇〇頁。

二 裁判規範としての行政手続法の意義

右に述べた通り、行政手続の整備・充実には多大の意義が認められるのであり、従ってまた、行政庁としては行政手続の遵守を疎かにすべきでないことは、ここに改めて強調するまでもない。しかし問題は、行政庁が手続を全く踏まなかった場合、又は完全な形で覆踐したとは認められない場合である。この時私人は、行政庁の手続違背のみを理由に、或いは実体法違反と抱き合わせで、当該処分の取消訴訟を提起することとなる。さてこの場合に、裁判所が処分の実体的内容・適否を問題とすることなく、手続違反のみを理由に処分の取消判決を下すのは適切と言えようか。この問題は、取消事由として手続的瑕疵を絶対的なものとみるか、それとも実体的処分内容との関連で相対的なものとみるか、という内容を含んでいる。換言すれば、そこでは、裁判規範としての行政手続法の意義如何が問われることとなる。

この点では、西ドイツでの考え方が大いに参考となる。抑々西ドイツには、行政統制の方法としては最近まで実体法的統制手法を重視し、英米などと異なり我国と事情を同じくしてきたが、一九七六年には我国に先駆けて連邦行政手続法を制定したという事情があり、我国における先の問題解決には、多くの示唆を与えてくれることが期待され

るからである。

さて、西ドイツの連邦行政手続法は、行政手続規定の行為規範としての価値には比較的高い評価を与えながら(但し、例えは同法の形式性 *Formalität* に関する限り、米岡ほどの高) (17)、その裁判規範としての意義にはさほど高いものを認めていない。端的に言つて、手続的瑕疵の取消事由としての絶対性は否定されている(手続的瑕疵が処分は無効を) (招来する場合は別である)。同法の行政手続に対する二重意識の評価 (*ambivalente Wertigkeit*) (18) が語られる所以である。そして、右の絶対性の否定は、具体的には同法四六条及び九七条二号(これは後述) において現われている。

それでは、右の様な見方をする根拠は何処に求められているのだろうか。

先ず挙げられるのは、行政手続の補助的機能 (*Hilfsfunktion*) 又は奉仕的機能 (*dienende Funktion*) と呼ばれる性格である。つまり、行政手続は実体法実現を補助或いはそれに奉仕するにすぎず、実体法との関係では謂わば目的に対する手段に止まる。従つて、実体法は手続法に優位し、手続を誤つても処分が実体法的に適法なものであれば、手続的瑕疵は消失してしまふ、とされる。ここでは、行政手続は、諸種の考え方や利益の調整手段としてではなく、飽く迄法解釈過程の一種として捉えられている。そしてこの考え方は、ドイツの主流的見解の承認するところであり、夙に O・マイヤーが行政行為の本質を「手続を通じて正しくなったもの」の発現ではなく、「正しいもの」の発現に求めていたのと軌を一にするものである (19)。

第二には、手続的瑕疵を絶対的なものと見做しても、私人の権利保護に役立たない場合がある、という点である。つまり、行政訴訟、就中取消訴訟に私人が期待するのは、現状の変更、他の法的規制の可能性なのであるから、若し行政行為が結果的に実体法上適法なものであれば、裁判所が手続的瑕疵を絶対視してこれを理由に行政行為を取消

しても、行政庁によって他の法的規制がなされる余地はなく、私人の期待を裏切ることとなつてしまふ。裁判所としては、欺瞞的救済を与えることとなつてしまふのである。唯一の例外は、瑕疵ある行政手続による行政行為の発給後、関係事実又は関係法規が私人の有利に変更された場合であつて、この場合にはじめて他の法的規制の可能性が生ずるからである。斯様な例外を除けば、裁判所は、実体法上適法な処分が如何なる考慮に基づいて成立したか、如何なる手続で成立したのかを問うべきではない、ということになる (20)。

第三の根拠は、手続経済 (*Verfahrensökonomie*) なり訴訟経済 (*Prozeßökonomie*) といわれる配慮である。即ち、手続的瑕疵を絶対視して、実体法的に適法な行政行為を手続的違法を理由に取消すことは、行政庁が結果として同一内容の行政行為を繰り返すことに帰着し、更にこれに不満な私人が再び取消訴訟を提起するならば、裁判所は同一事案に二度に亘り係わることになるから、この様なことは公益上期待されなければかりか、手続経済上又は訴訟経済上許し難い、という考え方である (21)。

第四に、裁判所の包括的審査権が挙げられよう。裁判所が手続的瑕疵を絶対的とみるときは、一度係争の事案が実体法的には何ら解決をみなくなる訳であり、これは許されない。何となれば、裁判所に賦与されているのは包括的審査権、別言すれば事案に対して完全な解決を与える (*durchentscheiden*) 権限なのであつて、そこでは、事案を行政に差し戻す (*zurückverweisen*) ことは極力排除されねばならないからである。従つて、裁判所としては、能う限り行政行為が実体法的に適法なのか違法なのかを見極める必要がある、つまりは判決への成熟 (*Spruchreife*) を招致する必要がある、ということになる (22)。更に、この考え方は、民事訴訟及び行政訴訟における上級審の包括的審査権

のあり方(それは、民事訴訟法五六三条、行政裁判所法二四四条四項に典型的に現われる)から類推して編み出されたものであり、そこでは行政行為と司法判決との類似性が強調されている、という点が特に注目を惹くであろう¹⁷⁾。

最後に、行政手続的瑕疵の裁判所による補正(Fehlerkompensation)という考え方である。即ち、手続的瑕疵を相対的とみる場合は、当然、裁判所が手続的違法を不問に附し、これに対して何ら制裁を加えない(sanktionslos)場合を生ずることになるが、手続的瑕疵は行政手続に優る(besser)裁判所手続によって補正されるから、これでも私人にとって何ら不利益は生じてこない、ということである¹⁸⁾。

以上西ドイツの論議にヒントを得た今、我国で、手続的瑕疵の絶対性又は相対性の問題を如何に考えるべきか。筆者は、西ドイツ同様手続的瑕疵を取消事由としては相対的にみることを、一応支持したい。それは、手続的瑕疵を相対化する西ドイツの根拠が、一応正当なものと思ふべきである。見做されるばかりか、この問題の検討を現在の我国に限った場合には特に、特殊日本の事情をも考慮する必要があるからである。つまり、行政手続の整備が甚だ不十分な我国で、裁判所が手続的瑕疵を絶対化していくためには、裁判所自らが手続法理を形成していかねばならないが、これは裁判所にとって過重負担であるばかりか、本来立法府が果たすべき役割だと考えられるのである。勿論、日本国憲法が手続的瑕疵の絶対化を要求しているというのであれば別となるが、この点では、ボン基本法一九条四項の裁判的権利保護条項の中には「包括的且つ有効な権利保護」が読み込まれ、私人の権利保護の充実が目され(これは例えは、我国で見られない反命令の制度の採用をどうも現われている)つつも、同条項が、行政手続法制定後にあつても、「手続的瑕疵が実体法上適法な決定の取消を結果することまでを要求するものではない¹⁹⁾」と解釈されていることは、我国の憲法三二条の解釈に際しても参考とされるべきであらう。

註

17) 同法の定める手続の概要については、成田頼明「行政手続の法典化の進展」田中古稀、公法の理論下I「一六四五頁以下、殊に一六六六頁以下を参照。

18) F. Weyreuther, DÖV (1980), S.389.

19) Maurer, a.a.O., S.374; F. Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 1986, S.391f.; J. Pietzcker, Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), S.222.

20) K. A. Betermann, Anfechtbare und nichtanfechtbare Verfahrensmängel, Festschrift für Menger, 1985, S.710f.; ders., Die Anfechtung von Verwaltungsakten wegen Verfahrensfehlern, Festschrift für H.P. Ipsen, 1977, S.271 ff.

21) Betermann, a.a.O. (1985), S.711; Regierungsbegründung BT-Drucks. 7/910, S.66; ebenso BT-Drucks. VI/1173, S.53; R. Wahl, Verwaltungsverf. zw. Verwaltungseffizienz u. Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), S.176.

22) Wahl, a.a.O., S.176; Betermann, a.a.O. (1985), S.712.

23) 例えはベッターマンは、自己の所説を展開するに当たり「行政行為の取消と司法判決の取消との間の機能的及び構造的類似性」というメンガーの指摘(System, 1954)に着目しこれを引用している(a.a.O. (1985), S.712f.)。

24) W. Krebs, Kompensation von Verwaltungsverfahrenfehlern durch gerichtlichen Rechtsschutz?, DVBl (1984), S.113; Erichsen, Diskussion-sbeitrag, VVDStRL 41 (1983), S.279.

25) Pietzcker, a.a.O., S.224.

三 手続的瑕疵相対化の具体的手法

手続的瑕疵を処分取消事由としては相対的なものとみるべきことが確認されれば、次なる課題は、取消訴訟において手続的違法を実体法的処分内容との関係でどの様に仕組むか、であるが、この点でも西ドイツ法制は有益な示唆を与える。即ち、連邦行政手続法四六条は次の様に定める。

「……無効と認められない行政行為の取消は、事案において別様の決定がなされたという可能性がない場合には、当該行政行為が手続、形式又は土地管轄に関する規定に違反して成立したということのみを理由としては、これを請求することができない。」

この規定は、全ラントの行政手続法律の中に取り込まれ、また公課法(AO)一七二条や社会法典十(SGB X)四二条一文などにも採用されるととなり、今日では高権的行政の殆どの領域において適用をみ、従ってまた行政裁判所、財政裁判所及び社会裁判所における取消訴訟及び義務づけ訴訟の殆どを支配しているとされる¹⁰⁾。

右四六条は、羈束行為についてのみ適用がある。つまり、行政手続の瑕疵を理由に行政裁判所に対して行政行為の取消請求がなされた場合、当該行政行為が羈束行為に相当するときは、裁判所は当該行為の実体法上の適否を判断し、適法の場合には請求理由なしとして請求を棄却するのである。行政裁判所が事案を行政庁に差し戻し、行政庁をして手続遵守の上で行政行為を再び発給せしめても、別様の決定が生ずる余地はないからである。当該行為が実体法上違法の場合は、勿論取消判決が下される。但し、この取消判決にあっても、当該行為は実体法上違法であるから取消されるのであって、手続的違法故に取消されるのではない。総じて、手続的瑕疵は、羈束行為にあっては取消と

は無関係(irrelevant)である。即ち、手続的瑕疵は、当該行政行為が実体法上適法であるから無視されるのではなく、単に当該行為が羈束行為であるという一事によって無視されるのである。従って裁判所としては、取消請求のなされた行政行為が若し羈束行為に該当するとき、請求者の主張する手続的瑕疵の存否や他の手続的瑕疵の存否を認定する必要はなく、即刻当該行為の実体的適否を審査すればよいこととなるのである¹¹⁾。以上が四六条の趣旨とされるが、現実に四六条の文言は、行政行為が実体的違法性を帯びているときには手続的瑕疵が取消事由として意味を持つかのような印象を与えるため、次の様に読み換えられるべきであるという提言も存する¹²⁾。

「手続、形式又は土地管轄に関する規定違反は、行政行為の発給に当たって官庁が裁量権の行使を認められていないときには、当該行政行為を取消す理由とはならない。但し、右の違反が……当該行政行為を無効とするときは、この限りでない。」

他方で、右の読み換えの提言にも明らかな様に、裁量行為については事情を異にする。即ち、四六条は裁量行為については適用がない、或いは適用されても原則として構成要件を充たすことがないのである。従って、行政手続違背を理由に行政行為の取消訴訟が提起され、当該行政行為が裁量行為に該当するときは、行政裁判所は、単に手続的違法を理由に当該行為を取消することになる。裁判所による取消^(実質的に)の後、行政庁によって行政手続を遵守した上での再度の裁量判断がなされた場合、他の内容の行政行為が発給される可能性は排除されないからである。不確定概念について生ずる判断余地(Beurteilungsspielraum)についても、裁量の場合と同様の解釈がなされる。例外的に、裁量行為であっても、裁判所の審理の結果裁量収縮(Ermessenschrumpfung)が生ずる場合には、事案は羈束処分同様の取り扱いを受けることになる。裁量権の踰越又は濫用を生じないための唯一

の処分内容が確定されるからである。⁽²⁶⁾

註

- (26) Bettermann, a.a.O. (1985), S.709f.
- (27) Maurer, a.a.O., S.210; Bettermann, a.a.O. (1985), S.722ff.
- (28) Bettermann, a.a.O. (1985), S.724.
- (29) Maurer, a.a.O., S.210.

四 手続的瑕疵相対化の承認と問題性

行政手続上の違法を取消訴訟において如何に位置づけるかに関する右の西ドイツの法制は、我国においても基本的に妥当するものと見做されよう。我国でも、講学上行政行為の分類として羈束と裁量とが語られ、また裁判所の審査方法としても両者を区別することが定着化しており、ここに問題解決に際して西ドイツの法理を受容することは便宜であるばかりか、元来行政手続の瑕疵の相対化自体が、手続法的に違法且つ実体的に適法な行政行為の取消を否認することが、公益及び私人の権利保護の双方にとって利益に働く、という配慮から発する以上は、裁判所としては、行政行為の実体的適否を可能な限り判断せねばならず、従って当然、それを判断しうる範囲を画する必要がある。羈束行為と裁量行為の別を用いざるを得ないからでもある。そこでここでも一応、先の西ドイツ連邦行政手続法四六条の法理、即ち、手続的瑕疵は羈束行為に対してはその取消の可否に影響せず、裁量行為にあつては取消事由と認められる、という考え方が日本でも適用をみてよいということしておく。現に我国の裁判例の中にも、右の西ドイツの法理と同様の機軸を採用しているものがみられる。即ち昭和三八

年一月二五日東京地裁判決⁽²⁷⁾は、「処分の手続の適正ということが強く要請されるのは、処分の内容の妥当性、正当性を担保とするためのものであるから、処分の内容の正当性が客観的に明白である場合、換言すれば、行政庁が裁量権を主張することによつて処分の適法、正当性を『カバー』することの必要がないと認められる程度に、処分の内容の正当性が明白であり、その結果、処分手続の当否を論ずることが無意味と認められような場合には、処分手続の瑕疵は、処分の取消事由とならない」と解している。実体的に違法な羈束処分の場合に手続的瑕疵も取消事由とされるのかにつき、確かに右判決には明言するところはないが(筆者はこの点については積極的に考慮しており、実体的違法と共に手続的違法をも取消の異なるが、消極に考え、取消判決が下されることには変化)、取消事由としての手続的瑕疵の問題を比較的詳しく論じた数少ない裁判例の一つである右判決が、西ドイツ法理とほぼ同様の法理を展開しているのは、真に剋目に値するところである。

尚念のために触れておくが、手続的瑕疵の取り扱いを右の様に考えたとしても、行政手続の整備・充実が私人の権利救済に何ら役立たないのでは、という批判はこれを免れうるであろう。行政手続規定が未整備なため、裁判所としては裁量行為の実体的効力を維持しなければならなかったという事情には、裁判所が手続的違法を理由に行政庁をして再度慎重に裁量処分を行なわしめるという具合に、変化がもたらされるのであるから。

しかしながら、手続的瑕疵を取消事由として相対化し、手続法を裁量行為についてのみ裁判規範化する、という件の考え方には、実には重大な欠陥が幾つか潜んでいる様に思われる。確かに、右の如く考えたときは、手続法と実体法との間に法の軽重を生じ、これは両者間に何ら区別を認めないはずの憲法規定(憲法七三条一号及び七六条三項)に反することとなる、という批判もありえようが⁽²⁸⁾、この批判は当たらないと言うべ

きである。手続的瑕疵を相対化することは、行為規範としての手続法の意義を何ら軽視するものではないし、裁判規範として手続法を過度に評価することは、却つて憲法の裁判による権利保障条項(三我同法)に反する事態を招いてしまい、これを憲法が容認するとは考え難いからである。

問題は、手続的瑕疵の絶対化には充分に期待されるはずの行政権に対する教育的効果⁽²⁾が、その相対化故に大幅に削がれてしまう点である。羈束行為の取消が裁判所で争われることとなつても、裁判所は行政手続法を何ら裁判規範としては認めず、若し手続的違法があつたとしても、これに対しては何らのサンクションも科さないのであるから、行政権の内部に、羈束行為については行政手続を遵守する必要なし、との意識が徐々に形成されていってもおかしくないのである。現実にならぬと断言すべきでないであろうが、少なくとも法理論としては、その様な意識の形成に道を拓くことは慎むべきであらう。行政手続法の行為規範としての意義を強調するとならば、行政手続の行政権による運用が安易に流れないための解釈を採ることが求められよう。行政手続規定が不完全法規化することには歯止めがかけられねばならないのである。

第二の問題は、手続的瑕疵の相対化の理論は、先にも摘示した如く、裁判所の包括的審査権の存在を前提としていたし、更にこれは、行政行為と司法判決との同一視にその淵源を求めていた訳であるが、行政行為と司法判決との同一視が抑々妥当なものなのか問われるべきである、という点である。そしてこの点は、実は行政手続の司法形式性(Justizförmlichkeit)の度合(例えは裁判官の所管職能分擔)にかかっているのではないかと考えられる。つまり、行政手続が準司法的(quasi-judicial)手続としての実質を具えたものであれば、そこには行政行為と司法判決との同質性、更には行政行為取消訴訟のあり方と下級審判決の取消の

あり方との同質性を看取することが可能となるのである。英国で、下級裁判所の統制手段として用いられてきた移送命令(certiorari)が行政機関の司法的(judicial)行為へと適用をみる様になるのは、正にこの司法的行為には自然的正義(natural justice)の遵守が求められたことと密接な関係に立つのは、この事情をよく表わしている⁽³⁾。逆に言えば、行政手続が司法手続との同質性を享受しえない場合には、行政行為と司法判決との類似性の指摘は困難に逢着し、司法判決取消の法理を取消訴訟に適用又は類推適用することの合理性は失なわれることとなる。その際は、取消訴訟の性格を、「他の手段を用いた行政手続の続行過程」ではなく、「行政手続の統制過程」と見做す余地も生じてくる⁽⁴⁾。ここに、裁判所の包括的審査権ではなくして、行政手続違反に着目した限定的審査権が主張されうることになるのである。

第三に、行政手続上の瑕疵は裁判所手続によつて補正されうるとの考え方は、訴訟手続が行政手続と少なくとも同価値のものであることを前提とするが、行政手続はその開始当初から処分関係事実を形成していくことができるのに対し、訴訟手続にはその様な機能は認められない⁽⁵⁾など、行政手続の機能と訴訟手続のそれとの間には差異が認められるとすれば、裁判手続による行政手続の瑕疵の補正という考え方も、説得力充分とは言ひ難くなるであらう⁽⁶⁾。

最後に、手続的瑕疵の相対化が果たして訴訟経済に役立つものなのかの点も、甚だ疑問視される。裁判所が事案に最終的解決を与えてしまふことは、再び事案が裁判所に係属することを回避することができるといふ点で、一見経済性が高い様にも映るが、実はそれだけに、裁判所自らが事案の一回的解決のために相当の時間と労力を費やすことになるのである。これに対して、手続的瑕疵を絶対的とみた場合には却つて、適法な行政手続による行政行為発給の結果、多くの場合に裁判所に事案が再び係属することはなくなるであらうし、仮に係属したとし

でも、争点は明確化されているから、事案の解決に割く裁判所のコストはそれ程のものではなくなるのである⁽⁵⁾。

註

- (30) 行裁例集一四卷一二号二二五頁。
 (31) Hufen, a.a.O., S.393.
 (32) Hufen, a.a.O., S.393; Krebs, a.a.O., S.114. 尚 Erichsen, a.a.O., S.279 は、教育的効果の喪失を、私人が行政手続法を賣りあるものとは見做さなくなることについて指摘している。重要と思われる。
 (33) H. W. R. Wade, Administrative Law, 5th ed., pp.547-552.
 (34) Hans Meyer, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 41 (1983), S.257.
 (35) Wahl, a.a.O., S.160ff.
 (36) Krebs, a.a.O., S.113.
 (37) Krebs, a.a.O., S.114.

五 手続的瑕疵の絶対化へ向けて

四で一瞥した様に、手続的瑕疵相対化にも相当の犠牲が伴うことを考慮に入れば、手続的瑕疵相対化の方法を一応は承認しながら⁽⁶⁾、これを成可く手続的瑕疵絶対化の方向で解釈していくことが望ましい⁽⁷⁾。その具体的方途としては次のものが考えられる。

第一に、羈束行為と裁量行為という従来の行政行為の分類を、裁判所による行政行為の手続法的統制との関連で再検討することである⁽⁸⁾。即ち、手続的違法を取消事由として度外視しうるのは、厳密に言えば、「唯一正しい決定 (einzig richtige Entscheidung)」の内容が裁判所によって確定されうる場合だけである、という観点から出発しな

ければならない。こう考えると、従来講学上又は裁判所による行政行為の実体法的統制との連関で羈束行為と見做されてきたものの一部(量的には相当のものになる)は、手続法的瑕疵を取消事由とは認めない場合に該当しなくなるであろう。羈束裁量行為と目されてきた分野が正にこれに該当する。例えば、事業認定の要件としての「事業計画が土地の適正且つ合理的な利用に寄与するものであること」(土地取用法第2条第1号)や、公衆浴場業不許可要件としての「公衆浴場の設置の場所若しくはその構造設備が、公衆衛生上不適当であると認めるとき」(公衆浴場法第1条第1項第2号)などは、従来行政の羈束裁量行為に属するものと見做され、裁判所はこれに対しては通常人の経験的平衡感に基づいて判断を下してきたが、羈束裁量の判断にも少なからず未来予測的判断、就中学術的・専門的考慮が入り込むことを考えれば(例えは土地取用法第2条第1項には、今日では、文化的価値)⁽⁴⁾、手続法的統制を考慮に入れる限り、判断について国民に責任を負わない裁判所が事案の最終的判断を行なうのは適当とは言えず、裁判所としては、手続的瑕疵が存在する場合には、処分を取消し、判断について責任を負う行政庁をして手続法的要請に応えた再度の判断をなさしめるのが適当ではないであろうか(七〇公衆浴場法上は、現在手続法として)。つまり、ここで行政手続には、利害関係人を取りまく事実、個人的データ及び利害を明らかにするという過程、即ち情報過程 (Informationsprozess)⁽⁹⁾であることが期待されているのである。この情報過程の名に値するのは、裁判手続ではなく行政手続であると言いうるであろう。

第二に、手続的違法が看取される場合には、裁判所は、裁量の収縮を手懸けるべきではなく、無条件に手続的違法のみを理由に当該裁量処分を取消す途を選ぶべきである。これは、西ドイツの学説及び判例が旧来支持してきた所謂具体的考察法 (konkrete Betrachtungsweise) の放棄を意図するものである。その理由は、一つには、羈束処分において手続的瑕疵が取消事由と見做されないのは、羈束処分が

正に羈束的であるからであり、実体法上適法であるからではないのであるから、これとの均衡上は、裁量処分でありさえすれば手続的瑕疵は取消事由として絶対的であるとの見方、即ち抽象的考察法が要請されて当然であるということであり⁽⁸³⁾、一つには、裁量の収縮は本来情報過程たる行政手続過程において図られるべきものであつて、裁判所によつて第一次的に企図されるべきものではないということである⁽⁸⁴⁾。つまり、行政庁による裁量収縮と裁判所による裁量収縮とは、処分内容について一致をみないことがあるのであつて、この点で裁判所の判断は、「唯一正しい決定」であることを保障されず、精々最終的拘束力を有する (letztverbindlich) ものにすぎなくなるのである。西ドイツでも、手続的瑕疵による裁量行為の取消を排除しようとして、裁判所が安易に裁量収縮を試みる危険性は、現実のものとなつていとの指摘があるところである⁽⁸⁵⁾。この意味で、裁量収縮という伝統的実体法的統制法は、裁量処分の審査に当たつて手続的瑕疵の存在を認定しえない場合に、裁判所によつて使用されるべきものと考えられるのである。

第三に、裁判所は、手続的違法と裁量行為の内容との因果関係 (Kausalität) を一切問うべきではない、ということである。これは、手続的違法がなかったならば他の処分内容に至つたと考えられる場合に当該処分を取消し、他方で、手続的違法がなくとも他の処分結果に至らなかつたと考えられる場合に当該処分を維持する、という裁判所の審査方法を排除するばかりか、裁判所は因果関係の存否までも確定する必要はないが、手続的瑕疵が処分内容に影響を与える可能性がある場合にはのみ当該処分を取消し、可能性がない場合には当該処分を維持する⁽⁸⁶⁾、という審査方法をも否認することとなる⁽⁸⁷⁾。裁判所は、事実として他の裁量結果が生ずるか否か、或いはその可能性があるか否かまでも問うべきではなく、実体法上他の処分結果が可能か否かのみに問うべきであるからである⁽⁸⁸⁾。この様にしてはじめて、裁判所は本来行政庁が行うべき行政手続を代行しているという非難を免れうるし、これこそが権力分立の理念にそつこととなるのである⁽⁸⁹⁾。この点で、飲酒の上自動車を運転、歩行者を死亡させる交通事故を起こし、被害者に対する救護措置を講ぜず、警察にも通報しなかつたとされる消防職員に対して、捜査上接見が拒否されたこと及び迅速な処分による消防の信用回復の必要を理由に、告知・聴聞を経ないでなされた懲戒免職処分について、最近の裁判例⁽⁹⁰⁾が、行政庁の事実認定には誤りがなく、裁量権の濫用も認められなかった上で、「告知・聴聞の手続を経たとしても、事実の認定に影響を及ぼす可能性があつたものと認めることはできず、告知・聴聞の手続を経ないからといつて、処分の手続に違法があるということではできない」として、懲戒免職処分を維持しているのには問題があろう⁽⁹¹⁾ (免職処分問題であるといつては、裁量処分の審査方法に問題ありとするのではなく、裁量) 。つまり、先ず、裁判所が早速実体判断に踏み込んでいるのは、裁判所が手続的統制を放棄したものと同じと見做さざるを得ず、ここに批判の余地がある。更に、告知・聴聞の欠如・不備によつて当然に手続的違法が生ずるとはされず、それが生ずるか否かは行政庁の事実認定、延いては処分内容への影響への有無にかかっていると判断されて⁽⁹²⁾、告知・聴聞という行政手続の行為準則としての価値が過小評価されてしまつているばかりか、仮令右判決の「処分の手続に違法があるということではできない」という件を、「それを処分を取消す理由とすることはできない」といふ風に読み換えたとしても、行政手続による行政庁の事実認定過程を裁判所が代行し、同じ認定結果になると推量してしまつていのは甚だ不当である。加えて、本件では裁判所が、被処分者が裁量判断の結果生ずる処分内容 (懲戒処分の具体的内容 (西ドイツに所屬する懲戒処分の裁量 (Arbeitsverfahren) に係る)) に関して聴聞過程で意見陳述をする機会をも奪つてしまつているのである。そして右の諸点のうち、裁判所による行政手続の代行については、既に最高

裁がそのための道を拓いてしまっていることに影響されたものとみて差支えないであろう。即ち、最高裁は、個人タクシー事件において、「事実を聴聞し、被上告人においてこれに対する主張と証拠の提出の機会を与えその結果をしんじやくしたとすれば上告人がさきにした判断と異なる判断に到達する可能性がなかつたとはいえない」として免許申請却下処分⁽³⁷⁾の取消を維持し、群馬中央バス事件において、「運輸審議会の認定判断を左右するに足る意見及び資料を追加提出しうる可能性があつたとは認め難い」という理由で申請却下処分を維持している⁽³⁸⁾のである。両判決共に、行政庁の裁量権行使過程を推論している点に問題が残ろう。

第四に、一口に行政手続とは言っても、その果たす役割、重要性には差異が認められるから、行政手続の中でも私人の権利保護にとって特に重要と思われるもの、例えば侵益処分における告知・聴聞などは、一般法理の適用から除外し、その不遵守を処分取消事由として絶対視するといふ余地もあろう。例えば西ドイツ社会法典十は、四六条一文を連邦行政手続法四六条と文言を同じものとしているが、同条二文では、聴聞の義務を果たさなかつた場合には一文が適用されないことを、つまり羈束処分においても聴聞の瑕疵は単独で取消事由となることを定めているのであって、参考とすべきであろう。

第五に、手続的瑕疵の絶対化の究極は、既に手続的違反が発覚した時点で、つまり処分発給時を待たずに、手続的瑕疵を裁判所において争わせるといふ制度であろうが、これは、手続的瑕疵の相対化を本則とする以上、容易には認められないであろう。西ドイツでも行政裁判所法四四a条(これは、行政手続法九七条二号によつて、行政裁判所法中に追加されたものである)が、「官庁の手続行為に対する救済は、これを、実体的決定に対して認められる救済と同時にのみ主張することができる」と規定し、手続的瑕疵は行政庁の実体判断が下されるまで単独では争いえないことを定めている。しかし、例え

ば裁量行為がその発給後に手続的違法を理由に取消されたときは、行政庁が新たに行政手続を踏まねばならず、これは行政庁にとって不都合であるばかりか、私人に対しても権利救済の遅延がもたらされてしまう。また、羈束行為発給後においては手続違反にはサンクションが科されないのだから、行政手続進行過程で裁判所がサンクションを科すというやり方は、充分評価に値するであろう。そこで西ドイツでも、四四a条の例外を認めていくことに対しては徐々に理解が高まりつつある様であり⁽³⁹⁾、我国でも、主として立法論として(解釈論として行政手続進行過程を認める)、手続的瑕疵を単独で行政権内部又は裁判所で争わしめることを考える必要があるであろう。

註

⁽³⁷⁾ 西ドイツでも、連邦行政手続法四六条は判例によつて圧倒的に支持されつゝある。vgl. Betermann, aa.O. (1985), S.710.

⁽³⁸⁾ Meyer/Borgs, aa.O. S.402. 我国で原田教授が、行政訴訟の審理が実体的判断前置方式による完全審査から行政過程の事後審査へと移行すべきことを示唆され、手続的瑕疵を処分の独立の取消事由となしうる道を模索されている(原田尚彦「行政訴訟の構造と実体審査」『田中追悼・公法の課題』三七三頁以下)のは、真に注目すべきであろう。但し、教授が科学問題がかかわる未来裁判についてのみ論議されている点、及び「手続ないし過程面での瑕疵が本案判断に影響する可能性がある」と認められる限り「これを取消事由として評価される点などをみると、教授の所説と本稿の結論とは必ずしも一致しないであろう。

⁽⁴⁰⁾ 連邦行政手続法四六条の解釈上、羈束・裁量の二分法を見直すべきであると提言するものとして、Pietzker, aa.O., S.223; Krebs, aa.O., S.111ff. があり、反対論として、Betermann, aa.O. (1985), S.724ff. が

ある。

- 41) 東京高判昭四八・七・一三判時七一〇号二三頁参照。
- 42) Hufen, a.a.O., S.414.
- 43) Tschira/Schmitt/Graeser, VerwaltungsprozeßBrecht, 4. Aufl., S.125; Meyer/Borgs, a.a.O., S.409. 尚、具体的考察法を支持するベッターマン²⁴⁾の点について、一定の理解を示す(a.a.O. (1985) S.725f.)。
- 44) Hufen, a.a.O., S.413f.
- 45) Meyer/Borgs, a.a.O., S.410.
- 46) この手法は²⁵⁾ Bettemann, a.a.O., (1985), S.726ff. の支持すると二つである。
- 47) Meyer/Borgs, a.a.O., S.408f.
- 48) Meyer/Borgs, a.a.O., S.407f.
- 49) vgl. Maurer, a.a.O., S.211.
- 50) 東京地判昭五九・三・二九行裁例集三五卷四号四六七頁。尚、東京高判昭六〇・四・三〇行裁例集三六卷四号六一九頁(控訴棄却)。
- 51) 西ドイツでも、手続的瑕疵が取消事由とされない場合に、それが違法性を生じないからなのか、権利侵害を生じないからなのか、それとも取消請求権が排除されるからなのか、が論議されているが、第一の立場に立つものは殆ど見られず、第二の立場に立つものとしてはKrebs, a.a.O., S.109ff. を、第三の立場に立つものとしてはSchenke, a.a.O., S.306ff. を夫々最近の代表として挙げる事ができる。
- 52) 最判昭四六・一〇・二八民集二五卷七号一〇三七頁。
- 53) 最判昭五〇・五・二九民集二九卷五号六六二頁。
- 54) Maurer, a.a.O., S.388f.; Hufen, a.a.O., S.420ff. 例えば、手続行為の懈怠に対しては行政裁判所法一二三条の仮命令を利用すべきことが主張されたり、立法的に同条の適用範囲を限定し、聴聞手続の瑕疵などは即時に争いうるものとする事が唱えられたりしているが、この点についての詳

論は本稿では割愛する。

おわりに

以上、行政手続法の行為規範としての意義には大なるものがあり、従って行政手続法制の整備・充実は急務である、という点を確認すると共に、行政手続上の瑕疵は処分取消事由として相対的なものと見做されるべきであって、ここに行政手続法の裁判規範としての意義は相対的低下をみることを摘示、しかしながら瑕疵相対化に伴うデメリットに鑑みれば、この相対化の緩和の方向、即ち行政手続法の裁判規範としての意義を高めていく方向が望ましいことを強調してきた。しかし、論旨はここで次の点を看過することはできない。つまり、行政手続の整備・充実は行政の民主化、私人の権利・利益の救済の徹底化に貢献するものであり、これら目的の達成度は行政手続の司法形式化の度合に大きく左右されると言うべきであるが、これら目的の達成は、独り行政手続によって図られるべきものではなく、行政組織の民主化も当該目的達成の手段として重視されるべきであるという点である。「組織及び手続による基本権の実現」が西ドイツで説かれ²⁶⁾、我国でも、現代行政の特性に応じ、「国民の納得のいく組織体制、例えば、行政委員会制度の一層の拡充強化とか審議機関の独立公正化等を図る必要がある²⁷⁾」と説かれているところである。この点、多くの審議会が設けられ、しかも行政組織については所謂脱法律化が進行しており、加えて行政委員会制度復権の兆しは窺えないのが、我国行政組織の現状であって、今後の行政法制整備の上では、行政組織の民主化も、行政手続法制の整備と並んで、重要な課題というべきであろう。

最後に、標記の問題に関する論議は今日西ドイツでは極めて盛んであって、学説上及び判例上極めて手薄にしか論ぜられていない我国と

は対照的と言える。しかし、この問題は行政権と司法権との機能分担の問題を捲き込み、其丈に我国の行政制度のあり方を左右するものの一つであるとしたら、立法府には、早急に一定の方向を示し、学説及び判例の活発な論議を誘発することが求められよう。

註

55) Maurer, a. a. O., S. 375.

56) 田中二郎・前掲(註16)論文二〇八頁。

57) 本稿では、西ドイツの論議の紹介は比較的最近のものに限った。それ以前
の論議については、拙稿「行政手続上の瑕疵の法的効果(二)」早稲田政治
公法研究一四号一八七頁以下がある。

(一九八七年九月七日脱稿)