

【紹介】

E・シュミットアスマン

「秩序観念および体系としての行政法総論」

(Eberhard Schmidt-Asmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System—Insbesondere zur Bedeutung von Rechtsform und Verfahren im Verwaltungsrecht—, 1982)

乙 部 哲 郎

一 は じ め に

(1) 戦後、憲法の基調は根本的に変わり、他方、行政の任務は増大し、行政手法も多様・複雑化しつつある。このような状況に直面して、伝統的な行政法体系（以下、いわゆる学問上の体系の意味で用いる）である「行政公法論」の通用性が問題とされてきており、新しい行政法体系を樹立する必要

「秩序観念および体系としての行政法総論」 乙部

があることはひろく承認されているといつてよい。⁽²⁾しかし、新しい行政法体系の樹立は、その方法論についても意見が分かれていることからも、容易ではないものがある。

ただ、その傾向としては、「行政法Ⅱ公法・行政私法論」を除けば、行政公法論の基本的な克服を目的としているかぎりでは、共通するところがあるように思われる。「私法特別法論」はもとよりそうであり、「行政特有法論」および「公

法Ⅱ行為規範論」(または「市民公法論」)なども多かれ少なかれ、右のような意図をもっている。また、若干、方法を異にするが、「行政過程論」も、右のような可能性をもっている。⁽⁴⁾

(2) 西ドイツにおいても、オットー・マイヤー以降の伝統的な行政法体系の通用性が問題とされ、伝統的行政法体系の修築等のための試みもなされてきた。とくに、一九七一年の⁽⁵⁾ドイツ国法学者会議におけるパッハオフおよびブロームの報告があることは、わが国でも知られている。ただ、これらの試みにおいては、行政法Ⅱ行政公法論の基本は動かしがたいものとされているように思われ、⁽⁶⁾このかぎりでは、わが国における傾向とくらべて異なるものがある。

ここに紹介を試みる著書も、基本的には従来の伝統的な行政法体系によりつつ、憲法等に表明された価値と行政現実からの要請をいかに適切にとり入れていくかということにその主眼があるようである。この意味で、行政手続を重視するなどの変化がみられるとはいえ、全面的な新しい体系の提示というよりも、むしろ、伝統的な行政法体系の修正とみるべきであろう。なお、行政法各論の行政法体系中の位置づけは明確には説かれていない。概括的にみて、著者の考えは、パッ

ハオフ、ブロームの影響を強くうけており、彼等と一致するところが少なくないように思われる。

しかし、分量としては小著であるが、西ドイツ行政法体系の意義・構成等に関する最新の書物であり、従来の論議をふまえてつ個別的には新しい有益な観点を提示されており、わが国における論議にも貴重な示唆を与えるようにみえることから、その概要の紹介を試みることにする。⁽⁷⁾

(1) いわゆる学問上の体系と講学または教育上の体系との区別については、たとえば、塩野宏ほか「これからの行政法学」(座談会)ジュリスト六五五号八一頁以下参照。

(2) 伝統的行政法体系の代表者と目される田中二郎博士みずから、このことを認められる。田中二郎・司法権の限界八七頁以下参照。なお、雄川一郎ほか「日本行政法学のゆくえ」(座談会)自治研究五三巻一号四三頁以下、成田頼明ほか「行政法における学説と実務」(座談会)ジュリスト七五七六号一三頁以下など参照。

(3) 方法論議の模様については、室井力・行政改革の法理一八四頁以下、成田頼明「行政法の意義と範囲」法学教室(第二期)一号八〇頁以下、塩野宏「行政法の対象と範囲」成田編・行政法の争点五頁以下参照。なお、藤田宙晴・行政法学の思考形式一九頁以下、遠藤博也「戦後三〇年における行政法理論の再検討」公法研究四〇号一八三—一八四頁など参照。

(4) 従来、新しい行政法体系の詳細な内容は提示されていないにかあって、阿部泰隆「行政法学の課題と体系」ジュリスト七三

一号三八頁以下が、行政法総論の体系の大枠として、比較的くわしい内容を提示されているのが注目される。このなかでは、従来おもに行政法各論中で述べられていたものを「公共目的論」として行政法総論中におくこと、「行政手続論」も従来のごとく行為形式によってではなく、経済的インセンティブ、補助金など手法の内容・機能に即して細分することなど、伝統的な行政法総論の体系とはかなり異なるものがある。なお、行政法研究の方法等についても、有益な提言がされている。

(5) 両報告の概要とこれに対する論評として、塩野宏「O・パットハーフ、W・ブローーム行政の現代的課題と行政法のドグマティク」法学協会雑誌九一巻二号二九三頁以下参照。

(6) たとえば、塩野・法協九一巻二号二九八頁、三三〇頁注(4)参照。ただし、「特別法」説および「共通法」的思想もあることについては、塩野宏「マルティン・プリンガー公法と私法」法学協会雑誌八六巻七号七八九頁以下、室井力・現代行政法の展開一一頁以下参照。

(7) シュミット・アスマンは、一九三八年二月の生まれであり、一九七二年、ポッフム大学(正)教授となり、一九七九年以降、ハイデルベルク大学(正)教授の職にある。本書は、一九八二年五月に行なわれた講演をもとにして、カールスルーエ法律研究団体(若干の裁判所、三大学の法学部等で構成)の叢書第一五五巻として、同年に公刊された。本文全体で六〇頁程度の本である。以下、順次、章(節)名を付すことにする。なお、本稿のかっこ内に引用の数字は、本書の該当ページを表わす。

「秩序観念および体系としての行政法総論」 乙部

二 本書の概要

A 歴史および現実的規定要因

行政法総論は、行為形式論、組織法および国家責任法をゆるやかに結びつける一学問領域にのみ、とどまるわけではない。むしろ、一国の行政文化を持続的に形づくる秩序観念である。この理念は、完結的な法典のかたちでは示されない。多数の個別の法律があるにもかかわらず、行政法総論は、今日にいたるまで、むしろ不文法のままである(S.7)。

一 行政法総論における体系思考

(1) 理念史および対立的潮流

一九世紀後半、いわゆる法律学的方法により行政法が記述的法説明等から解放されたとき、その秩序観念も有効なものとなった。その後、とくに、およそ一五年前、行政法総論は、三つの方向からの狭撃に直面した。第一に、行政学(Verwaltungslehre)の成果から、現実の行政の中の重要領域が行政法のドクマの対象から除かれていることが分かったこと、第二に、社会国家と法治国との統一化の試みの結果、伝統的な行政法総論の(行為)形式関係性(Formenbezogenheit)に対し行政目的志向をうかび上らせ、かつ、これによって特

殊行政目的の法としての行政法各論 (Besonderes Verwaltungsrecht als Recht der speziellen Verwaltungszwecken) に重点がおかれるようになってきたこと、第三に、法律学的方法論の最近の潮流は、「体系思考に対する問題思考」(Problemdenken contra Systemdenken)とごうことでもって、従来の体系理念の確固性それ自体をゆるがしていることである。(S.8)。

これらの点に関しては、第一に、行政科学 (Verwaltungswissenschaft) と行政法は、行政を対象とすることでは共通しており、たとえば、計画制度にみられるように、その相互関係性は明らかである。この場合、行政科学は、既存の行政法ドクマを経験的に是認するだけでなく、行政法に新しい理論的知識を提供するなどの役割をも果たす。第二点についても、著者は同調するが、ただし、行政法の総論と各論とは異なる次元にあるから、逆推論により行政目的から直接、行政の一般理論についての体系思考を導くことはできないとし (S.9f.)、第三点については、つぎに項を改めて論じている。

(2) 行政法上の体系思考の課題

体系的思考のみが、何百という個々の法律に関連づけを与

えることができ、また、行政の方向づけ、透視、比較可能性および効率性の程度は、行政法の体系化に依存する (S.10)。私法分野では体系を完結的なものとみる傾向があったのに対し、法律学的方法論の全盛期においても行政法を完結の体系の意味でとらえることはなかった (S.11f.)。行政法体系は、とりわけ実践的な課題を果たす。それは、行政実務で生ずる多くの個別の問題に対して直接に解答を与え、または、少なくとも一種のよりどころを与えうるような抽象的形式における言明を用意することにある。体系、より正確に言えば、体系の各構成部分とくに行為形式論、補償法または訴訟類型は、個々の決定過程の負担の軽減のためにも役立つ (S.12f.)。

このほかに、あるいは右の実践的課題を遂行するための前提としても、行政法総論の体系は、比較、発展等の学問としても機能する。このためには、大きな方向線・概観・関係づけを提供するような体系思考をねり上げることが重要であり、この場合、行政科学等が提供する理論を利用することが許されるし、この理論は、行政法総論の体系化のためにも有益である (S.13)。

二 行政現実における影響要因

行政現実の変化が体系に影響を及ぼすこともあり、ここで

は、行政法の二つの基本要素である法律と権利を例にとって説明する (S. 14)。

(1) 法律・議会による制御可能性の弛緩

行政法総論のある重要部分は、個々の法律規定の内容の正確性等にもとづいて構成される。たとえば、判断余地、行政裁量、法律適合性の理論がそうであり、行政統制制度の重要部分もそうである。しかし、現実には、法律の洪水ということから、環境法等にみられるように、手続・組織的規律などの面で不明確で整序されない規定が目立っている。そこで、行政は処理しやすい法律のみを尊重するという選択的法律適合性 (selektive Gesetzmäßigkeit) ということもみられ、また、一般条項もみられる。この点、著者は、情報・予測可能性の拡大等に伴い一般条項を廃止していくなど、現状の改革により法律・議会に対する制御能力を強めていくことを主張するように思われる (S. 15~17)。

(2) 権利および権利者の主観

ここでは、著者は、警察介入請求権、給付請求権などの新しい権利網の出現は個人の自己意識の増大というよりも、個人の不安定性・自発性の喪失の現われであること、個人的な自由を求める願望が広くみられるが、この願望は給付装置に

「秩序観念および体系としての行政法総論」 乙部

よっては満足せしめられないことを説き、将来、請求権の減少、国家決定の理解可能の増大による行政法の自由主義的課題の重視ということを示唆するように思われる (S. 18~21)。

三 任務構造の変化——配分行政

配分行政 (verteilende Verwaltung) とは、秩序行政、給付行政とならぶ第三の行政領域を意味せず、秩序・給付事案を包括するものである。配分行政は、ドグマティシユな概念ではなく、ドグマティックの前面で発見的な任務を遂行するさいに認められる記述的概念 (deskriptiver Begriff) である。配分行政の展開は、まず、建築上の隣人訴訟のかたちで知られるにいたり、その後、空間形成計画法の全部、インシオン防止法、流通経済法、道路法、資金助成法の各一部でみられるようになり、官吏法、教育促進、住居法でもみられないことはない。この全部が私人間の配分斗争の現われであるが、私法上の手段によってではなく行政決定をえて争われることになる (S. 21 f.)。

配分行政の重要な帰結として、つぎの三つをあげることができる。

(1) 公権の増大

配分行政の担当者は、あらゆる側面から具体的利益を包括

的に考慮する義務を負う。かくて、配分行政に対する公権の増大により、マクロな行政の決定関係は分割されることとなり、その概観を得ることができなくなった。また、行政への責任転換により、権利義務の相互関係性のうえに構築され公法よりも非常に明確であった私法の調整メカニズムの有効性が弱められることになった(S.22f.)。

(2) 多極的な行政関係

公法の内部では、伝統的な二極的行政関係に代わって三極的および多極的法律関係(dreis- und mehrpoliges Rechtserhältnis)が増大する。これにより、調整の明確性、とくに従来、行政法の多くのドグマを基礎づけていた「疑わしきは市民の利益に」という寛容さが後退した。必要性、比例適合性といった基準の妥当性も、減退する(S.23)。

(3) 複合的行政決定

配分行政の通例の行為形式は、複合的な行政決定(Komplexer Verwaltungsentscheidung)である。複合的行政決定は、完全に正確な概念ではなく、定型的概念(Typenbegriff)であり、以下のような概念メルクマールをもっている。

① 相互に異なる利益をもつ関係私人に対し、特定の時点で統一的に効力を展開するのではなく、継続的かつ強度に差

異のある効力を具体的に及ぼす。

② 複合的行政決定は、他官庁の先行の決定(Vorentscheidungen)をも包含し、種々の行政内部の調整手続の中で成立し、他の行政官署の決定に対しても効果を及ぼす。したがって、伝統的な外部法と内部法との区別は、相対化される。

③ 複合的行政決定は、伝統的な行政の法行為形式に位置づけることがむずかしい(S.24)。

④ 複合的行政決定の内容は、大まかな法律の根拠のみもとづく。その定型的な内容は、法律に定める最終プログラムの範囲内での較量であって、条件的プログラムの執行ではない。

配分行政の任務構造および複合的行政決定を行政法体系中にどれだけ正しく位置づけるかに、多くのことは依存している(S.25)。

B 行政法総論の形成原理としての法形式および行政手続
この二つは、体系上、行政上の行為の基準(比例適合性、平等原則、信頼保護、経済性)とともに、事前の決定制御法に属する。これに、国家責任法、裁判上の権利保護形式、監査および会計検査法が事後の制御・制裁・統制法として対置する(S.26)。

一 行政法上の（行為）形式論の展開状況

行政行為、および連邦行政手続法（以下、VwVfGという）五四条以下の制定により公法上の契約も、行為形式論の中核を成す。このほか、法規命令・条例・行政規則も、体系の中で正当な位置をみいだしている（S. 27）。

(1) 行為形式原理の意味

これは二重の課題を果たす。第一に、分類の観点として、多様な行政上の行為網の中から特定の焦点をとりだし、これに特別の法的特色を与える。法形式は、バッハオフがいうところの「スナップショット (Momentaufnahme)」である。

第二に、法形式は、行政法ドグマティークの表明の鍵または接点として、有益である。ある行政上の行為が特定の法形式の概念メルクマールを充足すれば、当然に、行政法総論がこの法形式について定立した全要請に服することになる。法形式が決定することにより、その告知方法、理由づけの必要性、裁判上の権利保護等についての解答もでてくる。行政法ドグマティークの多くは、伝統的に法形式に依存する。VwVfGも、同様の立場をとっている。

また、行政の法形式は、実質的内容をもち、行政に対する個人の地位に関する法秩序の内容を明らかにする。法形式は、

自由・拘束・参加という相互間の緊張関係を調整したり、個人の利益と行政の利益を調整するという機能をもっている（S. 28 f.）。

(2) 非正式の行政上の行為の価値および無価値

非正式の行政上の行為が非官僚的行動の印となるかぎり、この行為は積極的に評価することが許される（S. 29）。しかし、行政上の行為が明確な法形式をとることにより、その内容の理解はより明らかとなる。この長所は、とりわけ多極的行政法関係において、顕著である（S. 30 f.）。単純な二極的行政法関係、たとえば、社会的給付の法においても、正式の行政上の行為の意義は認められる。この分野にも非正式の行政慣行が多く存在するが、非正式の行為が目的とするといわれる行政・市民間の協同関係ということも幻想にすぎず、公共の福祉にとってもマイナスに作用する。法形式は、同等の行政上の行為のための保証ともなる。平等適合性を保障するためには、高度に個別的存在であるメルクマールは無視されなければならぬ（S. 31）。

ただ、法形式論は、行政の現実的要請を完全には貫徹できない。非正式の行政上の行為を調査し、その積極・消極的効果を伝統的な形式論と比較し、場合によっては正式化する準

備をすることも、行政法学の課題の一つである。

(3) 配分行政の法形式

対立する利益をもつ私人が関与する配分行政にあっては、二極的行政関係におけるよりもはるかに、行政の決定の際に偏見のないこと、行政決定の内容・効果が明確であり安定的であることなどが求められる。これらすべてが、まさに「利益を定型化した行為形式論の思考法により助長される」(S. 324.)。

行政行為は、官憲的行政の古くさい行為形式ではなく、配分行政においてこそ重要な行為形式である。行政行為は、必ずしも厳格に法に羈束される行政の法律執行のためにもみ通すのではなく、裁量にもとづく配分のためにも用いられる。このことは、計画確定法 (Planfeststellungsrecht) も示すとおりである。

行政行為は、従来、権利保護制度との関連からみられ、かくて、行政行為の定義問題が学問的関心を強くよんだ。もちろん、その後、行政行為は訴訟の許容性ではなく、いかなる訴訟類型によるべきかを判断する基準であることが認められるようになってきた。しかし、行政行為は、今や、その訴訟法的機能ではなく実体法的機能が考察されるべきであり、と

くに、その規律内容 (Regelungsgehalt) をみるべき時期にきている。行政行為の規律内容は一樣ではなく、その言明の強度・終局性・現実性の観点にもとづく行政行為の体系化・定型化が必要である (S. 334.)。とりわけ、段階的行政手続 (gestuftes Verwaltungsverfahren) および部分決定 (Teilentscheidungen) の問題は、行政行為なしには解決することができない。

行政行為がもつ安定化の機能の活用も、あまり早すぎたはいけない。規律ということが考えられていない段階では、状況は未決定であり、この段階で信頼保護、補償義務など第二次的制度により事実上、状況を拘束的なものにすることは避けなければならない。規律内容論と公の手の責任論との調和が必要であるが、従来、これはされていなかった (S. 341.)。

二 行政手続論における展開

行政上の行為形式が「スナップショット」であるとすれば、行政決定の生成およびこの過程で働く諸力を対象とする行政手続論は、「シーン (szenischer Vorgang)」としての行政上の行為の考察である (S. 35)。手続関係的思考が盛んである理由は、V w f G の制定、流行の「行政決定への参加」など行政科学上の決定理論の行政法に対する影響などに求め

られる。ただ、訴訟法および伝統的な手続規定の公用収用法などにみられるように、手続関係の思考は、古くから法学において確固とした地歩を占めていたことを忘れてはならない。したがって、今日の手続思考の隆盛は、全くの新発見というより、むしろ、当初の法学的思考類型の体系的展開とみるべきである (S. 36)。

(1) 手続法と憲法

① 手続法の憲法的色彩

戦後、全行政法の展開は憲法の影響もうけており、手続法もその例外ではない。「憲法は減じるが行政法は存続する」(オッター・マイヤー)と、「具体化された憲法としての行政法」(フリッツ・ヴェルナー)ということが、しばしば対置される。最近の二五年間の行政法理論は、後者のテーゼに従い、かつ、ときに、この「具体化」を憲法上の要請および憲法上確定した結果から直接、導きだされるものと理解する。行政法総論の強力な憲法色彩性の理由は、とりわけ、戦後の全法学を特色づけた価値志向の要請ということにある。伝統的に行政法に近いところにあった基本法・州憲法の組織規定よりも、基本権の方がより行政法ドグマティックに浸透していったのも、このためである (S. 37)。このほかの理由と

して、類推その他の伝統的な方法よりも憲法に依拠した法解釈の方がききめがあるという、若干俗受けをねらったことなどもあげられよう (S. 38)。

行政法の憲法志向性は、マクロにみて賛成できる。たしかに、基本法が行政法のために一連の非常に精確な内容の言明をなし、行政法規中にこれが宣言的に定められるということもある (行政法の衣をまとった憲法 = Verfassungsrecht im Gewande des Verwaltungsrecht S. 38 f.)。また、比例適合性原理または国家による最低限度の生存の保障を求める権利のように、国家目的規定または基本権から精密な内容をもつ行政法理論等が多く得られることも否定できない (憲法確定的な行政法 = verfassungsfestes Verwaltungsrecht)。

しかし、憲法規定を考慮すればそうすることが望ましく合目的であるというものであっても、それが憲法規定から強行的に導かれるものではない行政法理論等は、単なる法であって憲法上の地位をもたない。この行政法理論等は、その通用理由の独自性、改正の容易、柔軟性もち、これらの特色は、「権利保護の有効性」などの成長公式によって行政法理論等を憲法に変形するというすべての試みから、保護されなければならない (S. 39 f.)。

憲法は、行政法総論に展望を与え、かつ、その各構成部分を統一するために不可欠であり、今日の行政法の高度の体系化は、その憲法色彩性の結果の一つでもある。しかし、憲法を行政法という小貨に例外なく改鑄するということはできな
く(S. 39 f.)。

② 手統の特殊構造

ここでは、著者は、行政法の一分野である行政手統法の憲法との関係について、実体法よりも以上に、手統法は単なる法のレベルにおいて理解されるべきことなどを述べ(S. 40-43)、その詳細はつぎに項を改めて論じている。

(2) 手統思想の現象形式

① 現実過程としての手統

a 行政手統の種類 第一に、各種の許可など個別の行為の発行のための行政手統が多い。このことから、この種の手統が立法・学問上の関心をよんだ(S. 43)。第二に、最近、計画手統およびいわゆる大量手統(Massenverfahren)が政治・法律学上、重要になってきている。VwVfGも、この種の手統につき、それが結局、個別的行為の発行をもたらしことなるかぎり(計画確定決定、施設の認可など)、口頭審理の必要等の規定を設けている。

行政手統にあつては、当事者参加・公衆参加ということがもっとも重要であるが、しかし、行政手統はこれにつきるわけではない。むしろ、現実過程として、行政手統は行政内部の性格を多分にもち、ここでは、諸官庁の権限・責任の所在等を明らかにするという意味をもっている(S. 44)。

b 参加権

(i) 公衆参加のモデル(Modell der Öffentlichkeitsbeteiligung) このモデルは、現存の民主

主義議会主義的行政制度および自治行政に補足的に公衆の影響力を組み込むことにより、決定発見の際の民主主義的要素を強めるといふ思想に立脚する。この場合の参加権は、憲法上の要請にもとづくものではない。というのは、基本法・州憲法は、十分に民主的な行政決定の形成を保障しようとする一連の正当化根拠を設けているからである。むしろ、行政手統による民主的正当性の付与ということを通じて期待することは避けなければならない(S. 46)。

(ii) 当事者参加のモデル(Modell der Betroffenenbeteiligung) そのようなわけで、参加権についての議論の重点は、当事者参加の方におかれている。当事者参加の憲法上の接点としては、自由権、法治国原理、さらには基本法一九条四項があげられている。行政の直接の行為により自己の権

利が侵害されようとする者の主張が聴取されるべきことは、憲法上、当然である。そこで、関係人の聴取義務を定める V w f G 二八条は、憲法を確定する行政法に属する。聴聞以外に、行政と当事者間の法的話合いのあることが望ましいように思われるが、後者は、憲法の強行的要請ではない (S. 47)。

計画確定手続など大量手続における当事者参加には、いろいろとむづかしい問題がある (S. 48 f.)。当事者参加を、とくに高位の段階にある計画決定など、決定の準備段階にも導入しようとするときは、さらに、問題はむづかしくなる。

当事者の概念は、把握および個人化の可能性を基礎とする侵害法のドグマに由来しているから、この概念を侵害前の段階にむやみに導入することはできないからである。基本権の保護とは個人の権利保護であり、ここに当事者参加の根源があるのである。地域住民全体または地方を集合化し「当事者」として決定の準備段階に参加させるのであれば、個人の権利保護制度は、民主代表制度的な決定正当化という全く別のものに変えられることになる (S. 48 f.)。

c 参加の負担 三極的關係においては、権利と負担の相互補足性ははっきりと現われる。これに対し、二極関

「秩序觀念および体系としての行政法総論」 乙部

係では、協力の負担ということが明確にされず、官庁の探知原則の一環として組み込まれることが多く、これにより、関係人の自己決定・責任の意識が失なわれることになる (S. 50)。

このほか、行政行為の存続効の理論の対極に、行政行為の取消しを求めるといふ負担がある。この負担は、段階的決定手続では、部分決定に対する異議の排除ということをつうじて、行政法関係の安定化に寄与する。問題は、部分決定など中間的な行政行為がなく単に関係人が沈黙していたことのみを理由として異議の排除が許されるか、また、その後に行なわれる行政訴訟でも同様の取扱をうけることになるのかということである。連邦行政裁判所はこれを肯定するが、基本法一九条四項を根拠にこれに反対する見解も有力である (S. 51 f.)。

② 理念Ⅱ発見原理としての手続

a 手続・結果の正当性 手続法は、二つの展開を可能にした。第一に、新しい方法論に関係する。すなわち、裁量決定のみならず、伝統的理解によれば厳格な法羈束的な認識行為も機械的な法律のおきかえとみるべきではなく、決定状況という枠組条件をつうじて決定され、かくて、手続正当性はとくに重要な意味を得る (S. 53 f.)。第二に、手続法

(六七三) 一九三

は、今日、多数の法律の規定に付着している行政に対する統制の弱さを正常な状況に戻そうと試みる。行政手続は、これまで知られている以上に、立法を改善するという役割をになうようになってきている。とくに、計画法の領域では、手続法がもつこの課題は同法領域の体系を指導する観点となってきた。ただし、実体的拘束を廃して手続のみを設定することは、憲法上許されない。民主主義国家は、決定内容および手続の適正を要求するからである。

ついで、著者は、手続的合法と実体的合法とは同じではなく、逆に、手続瑕疵は当然に本案決定の瑕疵を意味するわけではないとし、後者について、つぎに項を改めて論じる(§ 54 f.)。

b 手続瑕疵の理論 著者は、第一に、行政行為の廃止は手続法違反という理由のみですることが許されるか、第二に、手続瑕疵を独立の理由として行政上の行為の効力を争って裁判所に出訴できるかという二つの問題があるとし、前者については V w v f G 四六条等、後者については行政裁判所法四四条をあげて、現行法はいずれも否定的であると述べている。そして、最後に、要するに、手続思考は行為形式論の補完物であって、権利保護および効率性の観点にもとづく

行政決定ということを保障するものであり、また、法律の規定の不備を調整して民主主義的要素を保持せしめることもできると結論づけている (§ 55 ~ 57)。

C 行政法体系を動かす力としての司法

近年、行政法総論に重要な影響を及ぼす立法が展開されている。V w v f G、社会法典、租税通則法、国家責任法がそうである。なお、行政・財政・社会の各裁判所法を統一しようとする「行政訴訟法」の政府草案も、現在、連邦議会に提出されている。しかし、手続法は、統一されておらず、かつ、実際上操作のむずかしい補完的適用に甘んじている。国家責任法にも、重要な点で不備がある。行政法体系の大綱を定めるような法律の制定ということも期待できない。かくて、さしあたり、行政法体系を動かす力を司法にみなければならぬことになる (§ 58 f.)。

一 実質的責任の引受

行政法規の規律内容が緩いということは、裁判所に解釈、類推および点的な法形成をはるかに越える法律具体化を促すことになる (§ 59)。裁判所によるこの責任引受とその権限の拡大は、全体としての国家の意思形成という面では、肯定できる側面をもっている。他方、古典的な権力分立という側

面からみれば問題があるうえに、裁判官による法の認識という規律がくずれ易いという危険もある。右のような裁判所による責任の引受とその権限の拡大は、立法者が後にこれに相当する規律を制定するまでの例外・過渡期的現象であるという条件のもとでのみ、承認すべきである。司法が、実験的に一種の立法の役割をはたすのである。これにより、行政の負担も軽くなるが、ただ、司法は、行政による決定の正当性の根拠の重要部分を創りだすようなことはできない(S. 60 f.)。

二 行政法総論の裁判所色彩性

今日の行政法総論は、前に述べたような憲法色彩性のほかに、裁判所色彩性をもつ。後者は、二つのことを意味する。

第一に、裁判の存在がなければ多くの重要なドグマは不完全なものにとどまるといふことから、裁判権は、これを補充することに行政法総論において重要な役割をはたすといふことである。もっとも、裁判所によるコントロールの可能性は少数の事案にのみ及び、その他の全事案では、事実上、最終的な判断は行政に委ねられているといふことも、みのがしてはならない。そこで、このような裁判所のコントロールの潜在と現実との間のギャップを調整するために、判決の確定力(行政裁判所法二二一条)をはるかに越える広範効

「秩序観念および体系としての行政法総論」 乙部

(Breitenwirkung) が行政事件の判決には与えられているのである(S. 61 f.)。

第二に、行政法総論のドグマ形成において裁判所の功績が大であるということである。行政法総論を構成する一部の法律の規定中の重要部分は、裁判判決を継受したものである(たとえば、V w v f G 五五条・五六条に定める公法契約の許容性の制限など)。

ついで、著者は、行政法総論の裁判所色彩性からくる短所について次の二点をあげている。

(1) 一定の分野の排除

行政法の裁判への強力な志向性ということから、行政法体系中、若干の分野は軽視されることになる。とくに、行政組織法がそうである(S. 62)。また、行政の私法形式があまり関心をひかなかつたのも、行政法の強力な裁判志向性ということにその責任がある。伝統的に行政法総論は公法に限定され、二段階理論・行政私法論という技巧をつうじて私法の若干の周辺領域を行政法につけ足してきた。ついで、著者は、私法的に組織され、かつ行為する行政を従来よりもひろく行政法の視点にとりいれるべきことなどを説いている(S. 63 f.)。

(2) 訴訟定型的利益評価

行政訴訟の権利保護の形成は、個別事案、原告という人を前面にだす結果、平行または関連する事実など手続の他の關係を明らかにすることができない。とくに、比例適合性という裁判統制の基準、不明確な個人の期待可能性の基準は、主観主義に途を開く原因となることも多い。

右の点には疑問がある。第一に、これにより正しい行政決定がされないおそれがあり、第二に、前記の行政事件判決の広範効により、右の基準等を及ぼすのは適切でない事案にまでこれらが及ぶ結果となるといふ点である。とりわけ、配分行政について右のようなおそれがでてくる。その意味・範囲を個別の過程の中でみることができない計画にあつても、右のような一面的評価によりその決定関係が壊られるおそれもある(S.66f.)。

三 学問的研究の意義

行政法総論は、法発見を操作し、あるいは少なくともこれを論じ、かつ、これにより明確性を得ることができるような大綱であるべきであり、透視または展望を与えうるものでなければならぬ。そこに、秩序観念としての行政法総論がもっとも明確に現われる(S.66f.)。

① 体系は、散在する法領域に統一をもたらし、行政に基準を与えることに役立つ、また、行政組織内部における過度の細別化に対抗するための手段ともなる。

② 基準線的な思考は、法秩序の諸制度を社会・国家の発展というより大きな関係の中でみることが可能にさせ、かつ、伝統的な決定構造がその任務をはたすことができない場合にその調整・代償をみいださせることができる。

③ 右のように形成された行政法は、国家法秩序の相互の構造的比較が可能であるために、ヨーロッパ行政法を構築する際にこれにも影響力を及ぼすことができる。

④ 右のような行政法は、行政職員の教育のためにも必要である。

しかし、もっとも重要なのは、法をつうじて国家と行政過程を透視できることが個人の自由の不可欠の要件である、ということにある(S.67)。

三 おわりに

以上、本書の概要については、一応のところは明らかにすることができたのではないかと思う。ここでは、本稿の結びに代えて、若干の概括的な感想のみを記しておくことにする。

(1) 行政法の体系化が必要であり、しかも、いわゆる「問題解決的体系」⁽¹⁾が必要であることなど、行政法体系の概念とその機能については、基本的には、著者の見解はプローム等のそれと同旨であり、また、当を得ているように思う。⁽²⁾

ただし、シュミットアスマンが行政法の自由主義的性格あるいは行政行為などの法的行為を重視する反面、警察介入請求権、給付請求権などの新しい権利あるいは事実行為の意義にあまり考慮を払われないようにみえるのは、疑問がある。時代および国家任務の進展に伴い、必然的に新しい権利や行政手法も出現するのであって、行政法体系中にこれらを適正に位置づける必要がある。

(2) 行政法体系を構築する場合の視点として、第一に、とくに憲法に表明された価値の具体化をはかること、第二に、行政の任務の増大など行政の現実的要請をも十分に考慮しなければならぬことは、著者が指摘するところであり、わが国の学説においても、つとに指摘されてきたところである。⁽³⁾ただ、憲法上の価値が抽象的であること、また、最高法規である憲法と下位規範である行政法の差異（たとえば、後者における技術性など）を十分に考慮すべきことなどの理由から、右の第一点を過度に強調することは避けなければならないと

「秩序観念および体系としての行政法総論」 乙部

いう著者の指摘にも、うなづけるものがある。⁽⁴⁾また、配分行政、複合的行政決定などに関する提言も、重要である。

なお、西ドイツおよびわが国でも、いわゆる行政法各論に属する個別的問題についての研究が増大しているが、その主因として、著者が指摘する行政法の価値志向性ということのほか、行政の現実的要請にも求めることができるであろう。

わが国では、いわゆる「特殊法論」を除いて、各行政領域の孤立的な法的考察にとどめず、そこから行政法および行政法総論の体系化のために有益な視点を発見しようとするのが支配的学説であるように思われる。⁽⁵⁾この点、著者の考えは必ずしも明確ではないが、むしろ、バッハオフ、プロームと同様、総論と各行政領域法との有機的関連を認めることに消極的ではないかと推測される。

(3) 行政法総論の主要な構成分野である行政手法論に関しては、まず、動態的な行政過程の中で行政行為の意義を再検討すべきであるというかぎりでは、バッハオフ、プローム等の影響をうけているように思われる。ただし、バッハオフは行政行為よりもいわゆる行政法関係（または法律関係）の理論の方を重視するのに対し、著者は全く逆の評価をとっているようにみえること（なお、S. 26 Fn. 40 参照）、行政行為の

実体法的意義を重視し、かつ、行政行為の概念についてはその「規律」性を重視するから、むしろ、伝統的な概念規定の方に近い点など、ブロームの見解とも異なるものがある。

わが国における近時の支配的学説の傾向は行政行為につき低い評価を与えるようになってきているが、しかし、著者が指摘する行政行為の再評価は有益であり、わが国でも妥当しうる見解であらう。

(4) 行政法総論の主要な構成分野として行政手続をあげ、これに比較的多くの頁をさいていることが注目される。行政組織内部の意思形成手続の重視、手続瑕疵の軽視等を別にすれば、行政手続の種類を公衆または当事者の参加に分け、かつ、この両者は適用の場・根拠等を異にすること、実体的な法律規定の不備を補い、適正な行政決定を確保することなど、行政手続の意味・種類・機能等についての著者の指摘は、すでに、わが国においても、大体、承認されているところである。ただ、わが国における行政手続論が、主に、英米の行政手続の理論・制度を参考として樹てられていることを考慮すれば、西ドイツにおいても、すでに、同様に高度の行政手続論が、従来からの手続的思考の体系的発展として、説かれていることは注目されよう(8)。(英米の文献の直接の引用は全く

みられない)。

(5) 最後に、行政法総論の補完・形成に際し判例が重要な役割をはたすという指摘は妥当であるが、わが国における立法の現状等を考えると、裁判所による行政法総論の法理の形成を例外・過渡期的なものという条件のもとでのみ承認しようというのは、少しばかり許容の範囲が狭いような気がする。また、行政事件の判決に広範効を与えることにより判例が形成した法理に普遍性を認めるといふことも、著者みずからいうように、妥当でないケースもある。したがって、個別事案・法的紛争の実態を考慮にいれた法理の形成ということのためには、判例のほか、行政不服申立て・行政審判段階で解決にいたる事案や、新聞等で報じられるにとどまり正規の紛争解決レベルにまで上つてこない事案等をも、できるかぎり考慮していく必要がある。

なお、個別の法的紛争に関する判断から抽象的な一般理論を抽出する場合には、過度の普遍化は避けなければならない。可能なかぎり、個別事案紛争の利益状況等の差異に応じた類型化をすることが必要であり、これによって、精密な内容をもつ法理の形成が促されることになるであらう。

(1) これに対し、「問題の体系」としての行政法体系を志向する

ものとして、遠藤博也「行政過程論の意義」北大法学論集二七卷三・四号二二九頁以下など参照。なお、塩野ほか・ジュリスト六五五号八頁以下参照。

(2) 塩野・法協九一卷二二九五頁以下参照。塩野教授もいわれるように、ブロームがいう体系の柔軟化・自己改良はいつたん成立した体系の運命についての指摘であり、シュミット・アスマンもまた同旨の指摘をしているように思われる。ただ、行政法体系が柔軟であり自己改良の可能性を秘めていなければならぬということ自体は、当を得ているように思う。

(3) たとえば、今村成和「現代の行政と行政法の理論」公法研究三〇号一七頁、室井・現代行政法の展開四頁、遠藤・公法研究四〇号一六一頁。

(4) たとえば、橋本公巨「憲法理念の行政法への投影」公法研究四〇号一三六頁、遠藤・公法研究四〇号一六五頁、阿部・ジュリスト七三二号四四頁など参照。なお、塩野ほか・ジュリスト六五五号七五、七九、八八頁等参照。

(5) たとえば、公法研究三〇号二〇九頁における室井発言、塩野・法協九一卷二二九三頁（なお、三二四頁参照）、芝池義一「ドイツにおける公法学的公用収用法理論の確立（一）」法学論叢九二巻一六三頁、遠藤・公法研究四〇号一七六頁以下、一八二頁、阿部・ジュリスト七三二号四四頁など参照。

(6) 塩野・法協九一卷二二〇八頁もいうように、ブロームによる行政行為の機能とその概念規定との間に整合性があるかは疑問である。

(7) くわしくは、拙稿「行政行為の観念と種類」雄川∥塩野∥圖

「秩序観念および体系としての行政法総論」乙部

部編・現代行政法大系第二卷（未刊）所取参照。

(8) 雄川一郎ほか「行政法研究の道程」（座談会）法学教室七号（第二期）一五一―一六頁など参照。

（一九八三・五、西ドイツにて）