

西ドイツの行政行為論

兼子



《比較行政法叢書 2》

西ドイツの行政行為論

兼子 仁 編著

成 文 堂

編著者紹介

兼子 仁 (かねこ まさし)

1935年 生

1957年 東京大学法学部卒業，同学部助手

1960年 東京都立大学専任講師

1962年 同大学助教授

1975年 東京都立大学教授（法学部，行政法担任）

○主要著書 『行政行為の公定力の理論』（1961年），『現代フランス行政法』（1970年），『教育法（新版）』（1978年），『行政法総論』（1983年），『地方自治法（岩波新書）』（1984年）

執筆者紹介

人見 剛 (ひとみ たけし)

1959年 生

1982年 早稲田大学法学部卒業，東京都立大学大学院社会科学部研究科修士課程入学

1984年 法学修士，同上研究科博士課程入学

1986年 東京都立大学助手

石崎誠也 (いしざき せいや)

1952年 生

1978年 東京都立大学法学部卒業，同大学院社会科学部研究科修士課程入学

1980年 法学修士，同研究科博士課程入学

1983年 新潟大学専任講師（教養部）

1986年 同大学助教授（同）

○別論文「利益的行政行為の概念について——戦前ドイツ行政法学を素材にして——」
新潟大学・法政理論16巻2号(1984年)

《比較行政法叢書2》

西ドイツの行政行為論

定価 5000 円

1987年3月10日 第1刷発行 © 1987 M. KaneKo

編 著 者 兼 子 仁

発 行 者 阿 部 耕 一

〒162 東京都新宿区早稲田鶴巻町514

発 行 所 成 文 堂

電話 03(203)9201(代) 振替 東京 9-66099

製版 日成 E.P.

印刷 寺門印刷

製本 佐抜製本

☆乱丁・落丁本はおとりかえいたします☆ 検印省略

ISBN 4-7923-0129-7

「比較行政法叢書」刊行のことば

国際化時代と情報化社会のこんにち、何事にも諸外国の情報とその比較検討とが、わが国にとってますます重要になっている。もとより、いつまでも西欧諸国を見習うだけでよいわけではなく、諸外国の情報を十分に収集し比較分析したうえで、最ものぞましい新たな総合策を創り出すことが目差されなければならない。

このことは、現下の日本における行政法ないし行政にかかわる現代諸法の研究について、最もよく妥当するといえよう。

ここに「比較行政法叢書」の刊行を企画し、ひとり学界のみならず、広く実務界および社会の各方面に、比較行政法的な研究情報の提供をもって寄与したいと思料するゆえんである。

思えば、戦前日本行政法の源泉をなしたプロイセン帝国のオットー・マイヤーの「ドイツ行政法」は、一九世紀中葉までのフランス行政法をベースにおいた創作であった。また、イギリスのダイシーは一九世紀末に、「われわれにはフランス行政法に当るものは有りえない」とのべたのだったが、二〇世紀に入つて間もなく「イギリスにおける行政法の発達」を論じなければならなかった。

戦後の日本にアメリカ合衆国の「行政手続法」(Administrative Procedure Act, 1946)の情報がもたらされ

当初は、大陸型行政法とは容易に和しがたいように見られていたが、一九七六年西ドイツの行政手続法（Verwaltungsverfahrensgesetz）や一九八三年フランスの行政手続政令は、今や行政手続法づくりが西欧系行政法の歴史的発展の指標であることを明示している。

かくして、比較行政法の研究は、法制史や学説史の方法による歴史的情報の追求を必須とすることも明らかであろう。

また、一九六〇年代以降、欧米各国および日本においてそれぞれに、「環境法」から「情報法」にまでいたる、行政にかかわる現代的諸法の急速な進展が目立ち、それらをめぐる法学研究の新たな潮流が行政法学の周辺に渦巻き出しているといえる。それら現代行政関係諸法の比較法的研究も、本叢書に加えていくのが適切と考えられる。

この叢書に収められた諸研究が、外国行政法制の研究にその専門性をかけながらも、それに埋没することなく比較行政法学の創造性を引き出していくならば、二一世紀を展望する日本の行政法をはじめ行政関係法制の豊かな発展に資することと期待されるのである。

兼 子 仁

は し が き

日本行政法の伝統的な体系の支柱を成してきたのが、「行政行為論」であることは、周知のとおりである。すなわち、オットー・マイヤー、コルマン、ワルター・イェリネックらによるドイツ行政法学上の「行政行為」(Verwaltungsakt)論が、美濃部・田中行政法学に継受され、戦後日本の行政法の土台を形成してきた。

ところがその後、一九七〇年代以来、西ドイツおよび日本の行政法学界において、行政行為論を行政法の支柱と見ることすら異を唱える潮流が生じてきている。すなわち、行政を行政目的達成の過程、「行政過程」(Verwaltungs Prozeß)ととらえるとき、行政がいろいろな「行為形式」(Handlungsformen)等を用いることに注目し、行政行為と並んで、計画(Planung)や行政契約や情報提供(Auskunft)その他の事実行為(Realakt)が行なわれることを行政法は広く問題にしなければならない、とする傾向がそれである。

たしかに、裁判・訴訟による行政救済の対象としては、多様化した現代行政をなるべく広くとらえていく必要があり、そのための行政法解釈論の努力が、大陸系行政法の国においてはこれまで肝要であったといえる。

しかしながら、一九七六年に西ドイツも「行政手続法」(VwVfG.)を持つことに成功し、行政活動の一般的手続法が立法化される段階になると、改めて一般的手続法の見地から行政活動がとらえられることになってくる。西ドイツ行政手続法を見ると、たしかに「公法契約」(Öffentlich-rechtlicher Vertrag)や「計画確定手続」(Planfeststellungsverfahren)が規定されているが、規定の大部分は「行政行為」に関するものであり、一般行政法における行

政行為の法的重要性が改めてクローズアップされる形となっている。

そこで今日では、西ドイツ行政法学において「行政行為」概念の再評価がなされつつあるようであり、この事實は、これから行政手続法づくりに向う日本行政法にとって新たな重要性を示していると考えられる。

そして、その見地に立つとき、戦後西ドイツの行政行為は、実は一九六〇年の「行政裁判所法」(VGO.)体制の下で、一般的な裁判対象としての行政行為をめぐる判例法理による一種の争訟手続法的発展を経ており、伝統的な様相を大いに変えて現代行政法的な実質を備えるようになってきている事実も、注目される。その主要な局面は、不利益の・利益の行政行為 (belastender od. begünstigender Verwaltungsakt) の区別、附款 (Nebenbestimmungen) による混合的行政行為 (gemischte Verfügung) 、利害対立国民に同時にかかわる「二重効果的行政行為」(Verwaltungsakt mit Doppelwirkung) をめぐる争訟手続関係的法理に示されている。

われわれは、こうした問題意識を持っているので、東京都立大学法学部において行なった各人の行政法研究を総合し、ここに「比較行政法叢書」の一巻として世に問わせていただきたいと思います。

そこで本書の構成はつぎのとおりである。

まず、人見剛(東京都立大学助学)の「Ⅰ 西ドイツ行政法学における行政行為概念の位置づけ」は、近時の西ドイツ行政法学において「行政行為」概念の重要性が再評価されつつある状況を一般的に検討する。

つぎに、人見の「Ⅱ 西ドイツにおける行政行為の附款論」(修士論文の補訂)は、西ドイツ行政法にいたる学説・判例のうちに、附款づきの混合的行政行為の法理を追究する。

さらに、石崎誠也(新潟大学助教授)の「Ⅲ 西ドイツにおける『二重効果的行政行為』論」(修士論文の補訂、自治研究五七巻一一号・一二号・五八巻一号の同名論文に加筆)が、建築行政処分など反対利害関係国民にかかわる利益的・不利益

的の二重効果をもつ現代型行政行為の概念および法理の形成を、西ドイツの行政法学説・判例を通じて明らかにする。おわりに、兼子仁の「Ⅳ 現代行政法における行政行為の三区分」（田中二郎先生古稀記念・公法の理論 所収の論文に加筆）は、右のような西ドイツ行政行為論をふまえて、日本の現行行政法に関する体系的解釈論を提示したものである。これは、西ドイツ行政行為論それ自体の研究ではないが、比較行政法研究の質をもつものとして、本書の「補論」とした次第である。

こうした学術書ではあるが、西ドイツ行政行為論の素材が、たんなる学説をこえて豊富な裁判例であるところから、本書は日本の行政実務および裁判実務にとって具体的な参考になることを、執筆者は期待している。

今日の出版界の状況において本書の刊行に尽力して下さった成文堂の阿部耕一社長、土子三男編集長および相馬隆夫氏に、深く感謝するものである。

一九八七年一月一日

編著者 兼子 仁

目次

はしがき

I 西ドイツ行政法学における行政行為概念の位置づけ	1
---------------------------	---

はじめに	1
------	---

第一章 これまでの行政行為概念の展開	5
--------------------	---

第二章 今日における行政行為の諸機能	12
--------------------	----

一 実体法的機能	12
----------	----

二 手続法的機能	15
----------	----

三 執行法的機能	21
----------	----

四 訴訟法的機能	22
----------	----

第三章 行政行為と行為形式論・法関係論	30
---------------------	----

むすび	41
-----	----

Ⅱ 西ドイツにおける行政行為の附款論 (人見 剛) 43

はじめに 44

第一章 附款の概念 48

第一節 ドイツの学説の概念 48

一 「附款」概念の定義 48

二 負担と条件の区別 50

三 撤回留保の法的性格と法的効果 55

第二節 ドイツにおける附款をめぐる概念史 63

一 一九世紀の諸立法・実務における「条件」 63

二 O・マイヤーの附款論——行政法学における附款概念の成立 64

三 コルマンの附款論——行政法学における附款概念の確立 66

四 その後の附款論の定着 69

第三節 新たな附款形態としての「制限」と「変更負担」 76

一 制限 (Einschränkung) 76

二 変更負担 (modifizierende Auflage) とそれに対する批判 79

三 まとめ 87

第二章 附款の機能 95

第一節 附款の重要性	95
第二節 附款の諸機能	97
一 エルスターの見解	98
二 H-J・シュナイダーの見解	102
三 行政指導と附款・交換契約・変更許与	104
第三章 附款の許容性——実体的統制	110
第一節 序 論	110
第二節 不利益的行政行為に対する附款の許容性	113
一 負 担	113
二 撤回留保	114
三 期 限	114
四 条 件	114
第三節 附款の一般的制限	116
一 性質上、附款にならない行政行為	116
二 附款の事後的附加	118
三 実質的関連の要請	119
第四節 羈束行政行為に対する附款——行政手続法三六条一項	132
一 附款が法規により許されているとき	132

二 附款を附すことにより行政行為の法律上の要件が充足されることが確保されるとき……………133

第五節 裁量行政行為に対する附款—行政手続法三六条二項……………139

一 問題の所在……………139

二 終了附款 (beendende Nebenbestimmungen) の統制……………140

三 行政庁の附款附加義務……………146

四 まとめ……………149

第四章 附款に対する独立の取消訴訟—訴訟的統制—……………155

第一節 視角の設定……………155

第二節 ドイツの学説・判例史……………160

一 一九世紀における学説・判例—附款の独立可争性の一般的承認……………160

二 コルマンの学説—負担と条件の分離の端緒……………162

三 コルマン後、一九六〇年代までの学説・判例—負担のみの独立可争原則の確立……………163

四 「変更負担」の理論の発生……………178

第三節 最近の学説・判例—実体法的思考から手続法的思考へ—……………194

一 はじめに……………194

二 最近の判例……………195

三 最近の独立可争性全面否定説……………198

四 最近の独立可争性全面肯定説	200
第四節 まとめ	213

Ⅲ 西ドイツにおける「二重効果的行政行為」論	221
------------------------	-----

(石崎 誠 也)

はじめに	222
------	-----

第一章 二重効果的行政行為の概念	229
------------------	-----

一 概念の規定方法に関して	229
二 二重効果的行政行為の例	235

第二章 二重効果的行政行為に対する権利救済手続	241
-------------------------	-----

一 不利益者の権利救済手段	241
二 仮の救済	244
三 利益者の権利救済手段	263

第三章 二重効果的行政行為にかかわる手続法上の諸問題	266
----------------------------	-----

一 第三者への通知の必要性をめぐって	266
二 行政手続法の規定をめぐって	271

第四章 二重効果的行政行為の撤回・取消をめぐる問題	275
---------------------------	-----

一 序 論	275
二 適法な二重効果的行政行為の撤回	276
三 違法な二重効果的行政行為の職権取消	278
四 行政手続法の撤回取消に関する規定	283
むすび	286

Ⅳ 現代行政法における行政行為の三分

——西ドイツ行政行為論との比較において——	291	(兼 子 仁)
一 問題の所在	291	
二 不利益処分の取消訴訟と利益処分にかかわる不作為訴訟	296	
三 二重効果的行政処分の概念	300	
四 利益処分の申請と二重効果処分の申出	307	
五 聴聞手続における不利益処分または二重効果処分	310	
六 不利益処分または二重効果処分の強制執行	315	
七 利益処分または二重効果処分の撤回	317	

I 西ドイツ行政法学における行政行為概念の位置づけ

人 見 剛

はじめに

第一章 これまでの行政行為概念の展開

第二章 今日における行政行為の諸機能

一 実体法的機能

二 手続法的機能

三 執行法的機能

四 訴訟法的機能

第三章 行政行為と行為形式論・法関係論

むすび

はじめに

最近新たな行政法学方法論として注目を浴びている「行政過程論」⁽¹⁾の一つの要素として行政行為論に対する批判がある。もっとも、伝統的な行政行為論に対する批判は、行政過程論に始まったわけではなく、戦後、日本国憲法の制定という憲法原理の転換を背景に、従来の行政行為論の権力過剰性に対する有力な批判（兼子仁『行政行為の公定力の理

論』東大出版会、初版一九六一年、広岡隆『行政上の強制執行の研究』法律文化社、一九六一年など）がなされ、これは今日では通説になっていると言つてよいであろう。ところが当時の伝統的行政行為論批判が、公定力や執行力といった行政行為の過度の権力性に対する批判であつたのに対し、今日の行政過程論による批判は、行政法学における行政行為論の存在意義そのものにかかわっている。たとえば遠藤教授は、「行政行為そのものの諸効力や結果であるとして行政行為の中に包摂されているものの多くが、実は行政過程の問題であり」、「全体の行政過程の方が先にあって、行政行為もその中に置かれて始めて、相應の機能を果たしうるものとなっている、という物の見方」を主張している。また塩野教授は、「個別の行為形式と法律の根拠ではなく、システム化された行政過程と法律の根拠が問題とされねばならないと解される」、「問題の重点は、個別行為形式から、行政過程が構成している制度の運用のあり方へと移行している」と述べている。これらの論者がそこで問題としているのは、従来の行政法学が、現代行政の現実に対応しきれていないというその『行政行為』本位の概念主義⁽⁴⁾であり、そのことの指摘は、現代の行政法学者の共通の認識となつていると言えよう。

しかし、もし「行政過程論」が、行政行為概念を放棄しないまでも、行政過程の中にそれを埋没させ、実質的に解消させてしまうようになるとすれば、これには容易に首肯できない要素があろう。なぜなら、藤田教授や乙部教授が指摘しているように、行政行為は、行政の諸過程の時間的・内容的結節点を明確化するすぐれた機能を有しているからである。逆に、個々の法行為の法解釈は全体としての過程との関連においてのみ行なわれるべきであるという行政過程論の論理は、全体としての過程の名において個々の行為の適法性コントロールを欠落させかねない、⁽⁷⁾という批判もありえよう。さらに、行政過程論が、行為形式論として、行政行為と並んで行政契約・行政指導・行政計画などを同列に論じようとしているとすれば、そのことにも疑問の余地があろう。兼子教授が述べているように「公法契約

や行政上の私法行為など行政による他の行為形式については、行政処分と同日に論じうるほどに一般行政法的な仕組みがいかに有りうるかが、大いに問題である⁽⁸⁾からである。したがって行政行為論は、現代において再構成され、再認識されるべきであるという主張には、説得力があるように思われる。

ところで、西ドイツ行政法学に目を転ずると、そこにもまた、伝統的行政行為論批判として、社会的法治国家 (sozialer Rechtsstaat) の立場から行政法体系の変革を唱えるバドゥラ⁽¹⁰⁾、そして一九七一年の国法学者大会での、法関係論 (Rechtsverhältnistheorie) に依るバッホフ⁽¹¹⁾、および行政学的手法を用い、形成的行政活動 (Gestaltender Verwaltungshandeln) の観点からするブロームらの様々の批判がある⁽¹²⁾。また一方、一九七六年に制定された行政手続法では、伝統的な概念定義規定を含め、行政行為に関する詳細な規定が設けられたという状況がある。

そこで本稿においては、西ドイツの行政行為論、特にその機能、行政法学上の意義に関する最近の学説を検討し、今後の日本の行政行為論を考える上での参考に供したいと思う。そのためにまず、現在に至る西ドイツ行政行為論の前史を、最近の多くの論者の採用している叙述に従って概観した後、最近強調されている行政行為の諸機能について、関連法制度の検討と共に紹介する。そして最後に、行政行為と行為形式論および法関係論との関連についても言及したい。

(1) 藤田教授が述べているように、「『行政過程論』と名付けられている最近の理論動向は、それ自体としては、単に行政活動の実態についての一つの観方を示すものであって、必ずしもそれ自体が、既に一つの法解釈理論体系としての性格を持っているわけではない」(藤田宙靖『行政法Ⅰ(総論)』青林書院新社、一九八〇年、一〇三頁)。兼子教授が、「行政過程」「行政計画」「行政指導」「行政契約」などの諸概念は、いまだ行政描写の事実概念にとどまっただけで、行政法の法概念ではない、とするのも同趣旨であろう。兼子仁『行政法総論』筑摩書房、一九八三年、一五頁参照。

また、行政過程論の主唱者と目される遠藤教授と塩野教授の間にも相違が見られるようである。この点につき参照、室井力