



Title	行政行為に対する継続的権利救済に関する研究：行政手続の再開を中心に
Author(s)	児玉, 弘
Citation	北大法学論集, 65(4), 1-38
Issue Date	2014-11-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/57469
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol65no4_04.pdf



行政行為に対する継続的権利救済に関する研究

—— 行政手続の再開を中心に ——

児玉 弘

目次

はじめに

- 一 問題の所在——行政法学における「時間」の要素
- 二 日本の法制度の不備——時間に経過に対応する統一的制度の欠如

三 外国法からの示唆——オーストリア法・ドイツ法における「行政手続の再開」制度

第一章 行政手続の再開に関する判例法の形成

一 オーストリア一般行政手続法における諸議論

二 ドイツにおける判例主導による手続再開法理の形成

1 行政手続の再開の意義

2 判例による手続再開法理の形成

第二章 ドイツにおける行政手続の再開の立法プロセス

一 連邦政府の提案理由

二 マイヤー・ボルクスの批判

第三章 ドイツ連邦行政手続法第五一条に関する解釈論上の争点

一 手続再開の形式的な要件

二 手続再開の実体的な要件

三 行政手続の再開の効果——申立人の権利救済方法

おわりに——わが国への示唆と今後の課題

一 本稿の要約

二 今後の課題

はじめに

一 問題の所在——行政法学における「時間」の要素

近代法治国家における行政は、多数の同様な事態に対して一律に法律を適用しなければならない。⁽¹⁾この要請に応えるために、法治主義ないし法律による行政の原理が形成され、発展させられてきた。法治主義ないし法律による行政の原理は、「行政活

動の予測可能性や法的安定性の確保を図るというモメント⁽²⁾に基礎をおくものである。また、近代法治国家における法の適用は、法的三段論法によって行われてきた。法的三段論法とは、周知のように、適用されるべき規範を大前提、具体的事実（要件事実）を小前提とし、法規範に事実をあてはめて結論が導き出されるというものである⁽³⁾。しかしながら、こうした法的判断の結果導き出された結論の前提とされた具体的な事実は、実際には絶えず変化しうるものである。

許認可などの行政処分にもなう行政の判断は、許認可時の事実・法状況を前提として行われる。しかし、当該許認可に基づく行政ないし市民の行動は継続するものであるから、許認可時の状況とその後⁽⁴⁾の状況（の変化）にズレが生じる可能性がある。法律による行政の原理によれば、法律の規定と実際の事実とを常に適合させる必要性があることになる。したがって、そのようなズレに行政が対応して、最新の状況に適合させるという要請が高まるといえる。とくに、処分時には認識しえなかった違法事由が事後的に判明したり、原始的には適法だった処分が後発的に処分事由を欠いたりする場合がありうる⁽⁴⁾。

一連のもんじゅ訴訟を例にとると、原子炉設置許可処分の時点では「安全」であるとされていたもんじゅが、実際には、原

子炉設置許可処分の無効確認訴訟の係属中であつた一九九五年一月八日、ナトリウム漏洩事故を発生させたのであつた。また、近時、東日本大震災を契機として発生した福島第一原子力発電所での事故をめぐって、日本国内に所在する各原子力発電所の安全性が問題になっている⁽⁵⁾。すなわち、原子力発電所の敷地内に存在する断層が実は活断層なのではないかという指摘が少なくない原子力発電所についてなされている。仮に当該断層が活断層であつた場合、所与の原子炉設置許可処分について再考が迫られることとなる。しかも、これらの原子炉設置許可について、市民の側が争おうとする場合、不可争力という理論的な障壁が立ちはだかることとなる。すなわち、処分取消訴訟には短期の争訟提起期間が法定されている。処分についての不服申立ては、原則として、処分があつたことを知った日の翌日から起算して三か月以内（行政不服審査法第一八条第一項本文）⁽⁶⁾、または、処分があつた日の翌日から起算して一年以内（行政不服審査法第一八条第二項本文）であり、取消訴訟は、二〇〇四年の行政事件訴訟法改正により延長がなされたものの、処分があつたことを知った日から六か月以内（行政事件訴訟法第一四条第一項本文）、または、処分等の日から一年以内（同条第二項本文）である。この期間を徒過してしまうと、もはや当該処

分の瑕疵を行政不服申立てないし行政訴訟を通じて争うことは原則としてできなくなってしまう。

このように、わが国の行政法学ないし行政法理論については、時間の流れ、とりわけ、処分後の後発的な状況の変化に対応する法制度の構築が不十分であることのみならず、行政処分不可争力のために、後発的な事情の変化を訴訟で追及することが、難しいことを指摘することができるのである。

二 日本の法制度の不備——後発的事情変更に対応する統一的制度の欠如

もともと、既存の行政法理論においても、時間の流れ、とりわけ、後発的な事情の変更に対応しうるいくつかの法制度ないし法理論が存在するが、それらが十分に機能しているとはいえない状況にある。

第一に、行政行為の撤回をあげることができる。周知のとおり、行政行為の撤回とは、瑕疵なく成立した行政行為について、その後⁽⁷⁾に生じた事情（後発的事由）を理由として、当該行政行為の効力を失わせることである。こうした後発的事情としては、相手方の義務違反、公益上の必要、要件事実の事後消滅があげ

られているが、このことは、行政行為の撤回が時間の経過に対応しうるものであることを示している。

しかしながら、行政行為の撤回が時間の経過に十分に対応しうるものであるとはいえない。というのは、撤回の根拠について各個別法に定めがある場合には、現実の撤回権行使の要件は当該個別法令の解釈問題となるが、従前の学説においては、相手方の義務違反、公益上の必要、要件事実の事後消滅の事由が発生した場合に撤回が許されるかどうか、許されるとして、その限界はないかが問題とされてきた。⁽⁹⁾そして、そうした議論において、とりわけ授益的行政行為の撤回については、行政行為の相手方の利益または信頼を保護する必要性が説かれ、行政庁の撤回の権限は制限されるとされてきたのである。⁽¹⁰⁾

また、撤回権を留保した行政行為を発するという方法も考えられるが、ここでも、行政行為の相手方の利益または信頼を保護する要請が妥当し、行政庁が後発的事由に機能的に対応するということには一定の困難が伴うことになる。

第二に、行政行為がなされた後の事情を根拠として、当該行政行為の取消しないし変更を求める義務付け訴訟（行政事件訴訟法第三条第六項第一号）を考えることができる。しかし、こうした直接型義務付け訴訟を提起するには、損害の重大性およ

び補充性(行政事件訴訟法第三七条の二第一項)が必要とされ、これらの要件が厳格であることが指摘されている。¹¹⁾

第三に、許認可等について更新制を採用することが考えられる。後発的な事情の変更があっても、許認可の更新時にあらためて当該処分要件をみたしているか否かを審査することができ。

第四に、行政行為に期限等の附款を付することが考えられる。

しかし、更新制についても、附款としての期限についても、定められた時期が到来すれば、いったん与えられた許認可等が再考される余地がありうるが、そうした時期の到来をまたずして事情や状況が変化することは当然に考えられる。この場合、やはり事情や状況の変化に即応することはできないといわざるをえない。

第五に、事情変更原則をあげることができる。事情変更原則とは、主に契約法において用いられる概念であり、契約締結時の事情がその後大きく変化して、当初の契約内容のままで履行させるのでは公平に反すると感じられる場合に、いったん定められた契約内容の改定を認める法原則である。¹²⁾しかし、事情変更原則は、民法学において契約法の領域で議論されているように、行政法学においても行政契約法の領域で議論されているに

とどまっている。¹³⁾

以上の法制度ないし法理論からさらに、次の点が問題として浮かび上がることになる。すなわち、事後的な状況変化に対応しようとする法制度はいくつかみられるものの、個別法的対応にとどまっているものが多く、行政法上の一般理論とはなっていないこと(状況変化に対応しようとする法制度の適用場面が極端に狭いこと)、および、権限、行ないし行政主導の法制度を前提にしており(行政行為の名義人や第三者が主導する法制度は直接型義務付け訴訟を除いてほとんど存在しない)、行政の良識に期待する法システムとなまっていること(市民参加という視点が欠けていること)、である。

むしろ、これらに対して、後発的な事情の変更に対応しえないことを前提とする議論もある。既存不適格(たとえば、建築基準法第三条第二項)の議論がそれである。¹⁴⁾すなわち、建築基準法上の既存不適格とは、建築基準法令の改正後の諸規定に適合しない現に存在する建築物の全部または一部について、その適合していない規定に限り、適用を除外するものである。このように、建築物の着工後の法令の改正という事情を当該建築物は考慮する必要があることを認めるのが既存不適格であるといえる。

三 外国法からの示唆——オーストリア法・ドイツ法における「行政手続の再開」制度

以上のような問題に対応するために、オーストリア法およびドイツ法は行政手続法典の中に「行政手続の再開」という法制度を用意している。「行政手続の再開」とは、利害関係者が不可争となった行政行為の取消しまたは変更を処分庁に対して申立てる制度である。すなわち、彼の地においては、いったんなされた処分であっても（しかも、当該処分に不可争力が発生しても）、後発的な事情の変化があるなどの一定の事由がある場合には、当該処分手続を「やり直す」ということが一般法である行政手続法典の中で認められており、しかもそれは、利害関係者の申立てによつて、開始されるのである。本稿は、この行政手続の再開という法制度に着目し、その法制度の歴史的沿革および意義について検討・分析を加えようとするものである。

そこで、以下では、まず、オーストリアおよびドイツにおける行政手続の再開という法制度がいかにして形成されたのかを判例の展開に即して追うこととする（第一章）。次いで、判例が形成した行政手続の再開という法理が行政手続法の中に立法化される段階の議論を検討する（第二章）。最後に、行政手続

の再開の規定の要件および効果について、解釈論上の議論がある箇所を中心に分析・検討を加える（第三章）。この一連の作業を通して、行政手続の再開という制度の行政法学的な位置づけを明らかにすることができると考えられる。

註

- (1) 星野英一『法学入門』（有斐閣・二〇一〇年）二二—二二頁。
- (2) 芝池義一『行政法総論講義（第四版補訂版）』（有斐閣・二〇〇六年）三八頁。
- (3) 法的三段論法については、さしあたり、田中成明『法学入門』（有斐閣・二〇〇五年）一五七頁以下を参照。
- (4) こうした問題に対応しようとする法理論として、取消訴訟における違法判断の基準時としての判決時説をあげることができる（もつとも、あくまでも取消訴訟が提起されていることが当然の前提になる）。しかし、周知の通り、違法判断の基準時について、判決時説は判例のところとは原則としてならず、処分時説が判例・通説である（最判昭和二十七年一月二五日民集第六卷第一号二二頁、最判昭和二十八年一〇月三〇日行集第四卷第一〇号二三一六頁、最判昭和二十八年二月一五日民集第七卷第

一二号一四三七頁、最判昭和三四年七月一五日民集第一三卷第七号一〇六二頁。

(5) 近時、美浜原発、もんじゅ、敦賀原発、志賀原発、大飯原発、東通原発の敷地内の断層が活断層の可能性がある、あるいは、可能性が否定できないとされている(朝日新聞二〇一二年八月二五日朝刊一面参照)。こうした問題に対応しようとするものとして、近時の原子力発電所の安全規制に関するバックフィット・バックチェックという議論をあげることができる。バックフィットとは、「制定・改訂後の技術基準や指針類への適合命令やそれらに適合すべく必要な措置を講じる旨の命令など、行政機関による規制権限の発動をもって既存の原発等を制定・改訂後の技術基準や指針類の内容に適合させること」といい、バックチェックとは、「省令等の技術基準や指針類が制定ないし改訂された際に、制定・改訂後の技術基準や指針類の内容を週及的に (Gage) 既存の原発等に反映させることを目的として行われる再度の評価・確認等の作業のこと」という(参照、川合敏樹「ドット原子力法における既存の原子力発電所に対するバックフィットの在り方について」立教法学第八〇号(二〇一〇年)二八五頁註四・註五)。また、川合敏樹「原子力発電所をめぐる防災・リスク対策法制の現状と課題」法律時報第八一卷第九号(二〇〇九年)三二頁、川合敏

樹「原子力発電所の安全規制の在り方に関するノート——既存の原子力発電所に対するバックチェックおよびバックフィットの現状と課題——」国学院法学第四七卷第三号(二〇〇九年)一三三頁、川合敏樹「東日本大震災にみる原子力発電所の耐震安全性の確保の在り方について」法律時報第八三卷第五号(二〇一一年)七九頁も参照。

(6) 行政不服審査法の条数は、平成二六年六月一三日に公布された行政不服審査法(平成二六年法律第六八号)による。以下同じ。

(7) 芝池・前掲註(2) 一七五頁、一七七―一七八頁。

(8) 塩野宏『行政法Ⅰ——行政法総論(第五版補訂版)』(有斐閣・二〇一三年)一七五頁。たとえば、薬事法第七四条の二第一項は、医薬品等が、その効能や効果などに比して著しく有害な作用を有するなどの場合においては、当該医薬品等の製造販売の承認を撤回しなければならぬと規定している。

(9) 塩野・前掲註(8) 一七五頁。

(10) 塩野・前掲註(8) 一七四―一七五頁、芝池・前掲註(2) 一七五頁、一七六頁。

(11) 高橋滋編『改正行訴法の施行状況の検証』(商事法務・二〇一三年)一四七頁以下。また、同書一五六頁以下は、二〇〇四年行政事件訴訟法改正後における義務付け訴訟

の裁判例の動向を掲載しているが、損害の重大性ないし補充性の要件を欠き却下される直接型義務付け訴訟が多く紹介されている。

- (12) 内田貴『民法Ⅱ——債権各論(第三版)』(東京大学出版会・二〇一一年)七五頁以下、五十嵐清『契約と事情変更』(有斐閣・一九六九年)、吉政知広『事情変更法理と契約規範』(有斐閣・二〇一四年)。

- (13) ドイツでは、行政手続法に明文を置いて、契約内容を確定する際に決定的であった諸状況が契約締結後に本質的に変化した場合の契約の解除を認めている(連邦行政手続法六〇条一項)。こうしたドイツ法を検討するものとして、石井昇『行政契約の理論と手続——補助金契約を題材にして——』(弘文堂・一九八七年)二四八頁以下、大橋洋一「行政契約の比較法的考察——建設法領域を中心として」同『現代行政の行為形式論』(弘文堂・一九九三年)二〇五頁(初出・一九九二年)、岸本太樹「行政契約の法理論(三)」『北大法学論集五二巻六号(二〇〇二年)六七頁以下。

- (14) 既存不適格について、参照、塩野宏「既存不適格」塩野宏・原田尚彦『行政法散歩』(有斐閣・一九八五年)二九九頁以下。

第一章 行政手続の再開に関する判例法の形成

一 オーストリア一般行政手続法における諸議論

オーストリアは、すでに一九二五年に行政手続法の法典編纂に成功している⁽¹⁵⁾。すなわち、オーストリアでは、一九二五年に一般行政手続法(Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz; AVG)をはじめとする一連の「行政簡素化のための法律」(Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung)⁽¹⁶⁾が成立し公布され、翌一九二六年一月一日より施行された⁽¹⁶⁾。本稿が検討の対象とする行政手続の再開に関する規定も、一般行政手続法においてすでに定められている。当該規定を以下に示す⁽¹⁷⁾。

(手続の再審)⁽¹⁸⁾

第六九条① 当事者が決定によって終結した(abgeschlossen)手続の再審を申立てた場合には、その決定が争訟手段を許されていないか、又は許されなくなっているかつ次の各号の一に該当するときに限り、その申立ては認められる。

一 決定が文書偽造、偽証その他裁判によって罰せられる

行為に基づいて発せられ又は詐取せられたとき。

二 新たな事実又は証拠方法があらわれ、しかもその先の手続の中で当事者が主張しなかったことにつき過失がなく、かつそののみにより、又は手続の他の結果と相まって、主文の要旨 (Hauptinhalt) を異にする決定がなされるであろうと予見せられるとき。

三 決定が第三八条⁽¹⁹⁾によって先決問題に依存していたところ、後に先決問題が管轄行政庁(又は裁判所)によって、主旨 (wesentliche Punkte) の異なる決定を受けたとき。

② 再審の申立ては、申立人が再審事由を知ったことを証明したその時から二週間以内に、また遅くとも決定の送達もしくは口頭による告知がなされてから三年以内に、最初に決定を出した行政庁に提起しなければならない。

③ 第一項の要件に該当するときは、再審を職権で行うことができる。決定の言渡しがあつてから三年を経過した後は、職権による再審も、第一項第一号の理由がある場合に限り認められる。

④ 再審の決定は、最終的に決定を言い渡した行政庁の権限に属する。

第七〇条① 再審を許し又は命ずる決定では、再審をなすべ

き範囲及び審級を言い渡さなければならない。ただし、提出せられた記録に基づき新たな決定を言い渡すことができる場合は、この限りでない。

② 前になされた調査及び証拠調べで、再審事由に該当しないものは、これを更新してはならない。

③ 申立人が再審の申立てを却下されたときは、審級上の上級行政庁に上訴することができる。再審の許可、又は命令に対しては、独立して上訴することは許されない。

右規定について、オーストリア一般行政手続法をわが国においていち早く紹介し詳細な検討を加えた尾上実による一連の論考に基づきながら若干の検討を加えることとする。

以上の規定は、一般行政手続法の第四編「権利保護」において規定されている。ここにある「権利保護」とは、「主として、公共の福祉もしくは当事者の利益のため、手続中で争われた権利・利益を再審査し、要すれば変更することを可能ならしめる権利保護⁽²⁰⁾」を指す。そのうえで、一般行政手続法第六九条第一項は、決定により終結した手続を一定の事由が存する場合に再審査することを認めているものである。

また、一般行政手続法第六八条第一項は、再審および原状回

復の場合を除き、「形式的確定力ある決定の変更を求める当事者の申立は、本條第二項ないし第四項で、職権取消を認める場合のほか、既決事項として却下すべき」ことを定めている。他方、同法第六九条が定める行政手続の再審は、同法第六八条第一項が再審を例外として位置づけていることから明らかなように、形式的確定力のある行政決定の変更を一定の場合に求めることとしている。

さて、オーストリア法の検討はひとまずここまでとして、ドイツ法の検討に移ることとする。というのは、ドイツにおいて、行政手続の再開が行政手続法典に盛り込まれることとなった際には、オーストリア法の影響を指摘した議論は管見に及ばないからである。以下ではまず、ドイツにおいて、行政手続の再開が法理として承認される過程をみていくこととする。

二 ドイツにおける判例主導による手続再開法理の形成

1 行政手続の再開の意義

ドイツ連邦行政手続法は、一定の場合に、行政手続の再開を認める規定を置いている。わが国の行政手続法には、不可争力

の有無にかかわらず、行政行為の再開を求める手続は存在せず、この点は日本とドイツの行政手続法の大きな違いのひとつである。

すなわち、ドイツにおいては、行政行為に存続力が生じる以前であれば、行政裁判所法第四〇条および第四二条第一項によって、関係人は、当該行政行為を取消訴訟で争うことができるし、授益的な行政行為を求めるために「義務付け訴訟」を提起することができる。他方、「行政手続の再開」が問題となるのは、行政裁判所法第七〇条・第七四条が定める異議審査請求期間、出訴期間を経過した後である。⁽²⁵⁾このように、ドイツにおいては、不可争力発生後の行政処分を争う方法として、当該行政処分手続の再開の制度が機能しているのであって、この行政手続の再開を定めているのが行政手続法第五一条である。

行政手続法第五一条は、行政行為の関係人の申立てに基づいて、不可争となった行政行為に関する完結した行政手続の再開について定めている。行政手続法第五一条は、次のように規律する。⁽²⁶⁾

(手続の再開)⁽²⁷⁾

第五一条① 行政庁は、次の各号に掲げる場合には、関係人

の申立てにより、不可争になった行政行為の取消し又は変更について決定しなければならない。

一 行政行為の基礎となった事実又は法状態が、事後に関係人の有利なように変更されたとき

二 関係人に有利な決定をもたらすであろう新たな証拠方法が提出されたとき

三 民事訴訟法第五八〇条⁽²⁸⁾に対応する再審事由が存在するとき

② 申立ては、関係人が重大な過失なくして、再開の理由を、従前の手続において、特に権利救済手段により主張することができなかった場合に限り許される。

③ 申立ては、三か月以内にしなければならない。この期間中は、関係人が再開の理由を知った日から開始する。

④ 申立てについては、第三条の規定により権限を有する行政庁が決定する。このことは、その取消し又は変更が求められた行政行為が、他の行政庁により行われた場合にも適用される。

⑤ 第四八条第一項第一段及び第四九条第一項の規定は、適用を妨げられない。

右規定から明らかになることはさしあたり概略すると次の二点である。

第一に、第五条第一項本文が示すとおり、行政庁は、関係人の申立てにより、第五条にあげられた再開の理由のひとつが存在するとき、不可争となった行政行為の取消しまたは変更について決定しなければならない（後に述べるように通説であるとされる）。この際に、行政庁は、裁量を授權の目的に従って行使し、法律上の裁量の限界を遵守しなければならない（連邦行政手続法四〇条が定める無瑕疵裁量行使請求権）。つまり、行政手続の再開の対象となった行政行為をめぐって、行政庁に裁量が認められている場合、行政庁は義務になつた裁量を使用することが求められており、裁量統制が並行して存在することとなる。

第二に、第五条第五項が、行政庁の職権による取消しを規律する第四八条第一項および撤回を規律する第四九条第一項の適用を排除していない。つまり、行政手続の再開を規律する第五条が、行政庁の職権による権限の発動である取消しおよび撤回を規律する条文とはあえて別に規定されていることから明らかのように、行政手続の再開は関係人の申立てにより開始する手続である。関係人に申請権を与えることにより、個別事

案における結果の妥当性を継続的に確保することに眼目が置かれているのである。

このように、ドイツにおいては、行政手続法上の行政手続の再開制度が、行政行為の存続力を限定化する機能を有している。つまり、ドイツにおいては、行政手続の再開制度の機能として、個別事案における正当性（結果的妥当性）の確保、言い換えれば行政手続法第五一条第一項第一号所定の事由が存する場合に、当初の行政処分を維持することは基本法第十九条第四項の視点から望ましくないことがあげられているのである。²⁹⁾

そしてまた、以上の点は、先に見たオーストリア一般行政手続法が規律する手続の再審とも共通することが見て取れるであろう。すなわち、第一に、後発的な事情の変化があった場合には行政行為が不可争となつていても当該行政行為をめぐる行政手続をやり直すことが実定法上認められていること、第二に、そうした行政手続をやり直すという端緒は関係人の申立てによること、第三に、行政手続をやり直す手続が行政庁の職権の発動たる取消しや撤回と並ぶ制度であると位置づけられていることである。

なお、ドイツでは、行政手続法制定以前（一九七六年五月二五日公布）より、行政法上の「不文の法規（ungeschriebener

Rechtssatz）」として、行政庁が行政行為の不可争後もその行為にかかる審査をやり直すことが認められていた。この後に詳しくみるように、判例上も、この不文の法規は「一般公共の利益」のみならず関係人の「個人的利益」のためのものでもあると理解されてきた。以下では、①裁判例が行政手続の再開法理を形成した過程を検討し、②判例上手続の再開が確立した後の行政手続法の制定段階（立法過程）を議会資料を中心として概観した後に、③行政手続法に手続の再開が規定された以降の議論状況を時系列的に追体験したい。これにより、行政手続の再開法理がいかに歴史的に展開したのかを明らかにすることができるのである。

2 判例による手続再開法理の形成

「1」行政手続の再開（Wiederaufgreifen des Verfahrens）について初めて言及したと思われるのが、連邦行政裁判所一九六二年一月一日判決³⁰⁾である。この事案は以下のとおりである。第二次世界大戦の戦災によって家具を破壊された原告が、第二次世界大戦に伴う損害補償のための旧西ドイツの負担調整税（Ausgleichsabgabe）によって支給される調整交付金

(Ausgleichsleistung) を求めたものの、申請した住所地に居住の実態がなかったとして、行政庁は当該申請を拒否した。原告は、この拒否処分が不可争となった後に（拒否処分の五年後である）、行政庁に対して、交付金の支払決定手続を再度やり直すこと（wiederaufzunehmen）を求めた。これに対して、行政庁は、事実関係が変わっていないという理由で、当該申立てを拒絶した。そこで、原告は、この拒絶の取消しを求めて出訴した。連邦行政裁判所は、「手続の再開は、新たな事実が存在する場合には、必要なものである」と述べて、この事実で新たな事実が存在するかどうかを判断させるために下級審裁判所に差し戻した。

〔二〕連邦行政裁判所一九六三年十二月一日判決は、⁽³¹⁾ 詳細な事実関係は不明ながらも、「後の（最上級審—記者註）裁判所の判決によって変更された最上級審裁判所の判例は、法状態の変更と同視しうるものである」と述べて、最上級審裁判所の判例が変更された場合に新たな事実決定を行うことを認めた。

〔三〕連邦行政裁判所一九六七年一月一九日判決は、⁽³²⁾ 原告の有していた貴重な書籍（英独工業専門辞典）が、第二次世界大戦の間に焼失し、行政庁（負担調整庁）は六〇〇ドイツマルクの補償金を支払った後に、行政庁が同種の事実において査定

の基準を変更した事実である。連邦行政裁判所は、原告の行政庁に対する再査定をするよう求めた訴えを認容した。

〔四〕連邦行政裁判所一九六四年六月一六日判決は、⁽³³⁾ 軍人年金支給決定が不可争となった後に、元軍人が「事実状態の変化があった」として、俸給類型の変更を義務付け訴訟で求めたものである。この連邦行政裁判所の判示は、行政行為の不可争力との関係について明確に述べており、本稿にとって意味が大きいと思われるので、判旨を引用する。

「行政行為の不可争性は、事実状態あるいは法的状態の変化があった場合には、拒絶された申立ての繰り返しを常に妨げるものではない。行政が時間的に完結した事情をふまえて、公務員の生活保障法上の地位を最終的に規律する公務員法上の決定に際して、事実状態あるいは法的状態が変化した場合、たしかに、不可争性は、規律された請求権について新たな事実決定を求める公務員の請求権と対立している。……事実状態あるいは法的状態の変化が、その間に、具体的な請求権を生じさせるのであれば、あるいは、確定力のある完結した裁判手続の再開にいたる理由が明らかになるのであれば、行政庁は、新たな事実決定を求める申立てに対峙しなければなら

ない。というのは、不可争力のある行政行為の拘束力は、少なくとも、確定力のある裁判所の判決の拘束力よりも広いものではないからである。……関係人が、事実状態あるいは法的状態の変化……を主張した場合、そのような裁判は、許容される。」「文書に基づく新たな証拠方法の発見は、民事訴訟法第五八〇条第七号ロに基づく再審事由とはほぼ等しい。」「被告は、……原告の書簡にもとづき、俸給変更の新たな事案に關する再審査を行うよう義務付けられる。」

〔五〕以上の諸判決を引用しながら行政手続の再開に關する一般論を展開した最初の裁判例が、ベルリン高等行政裁判所一九七一年九月一〇日判決である。⁽³⁴⁾ 同判決は、行政庁は、申請拒否処分が不可争であっても、①事実的あるいは法的状態が申立人に有利なように変更された場合、②訴訟法における再審事由に相当するものが存する場合に手続の再開が認められるとした。〔六〕これらの一連の裁判例を受けて、連邦行政裁判所一九七一年二月一六日判決は、⁽³⁵⁾ 手続の再開を「行政法上の一般原則 (allgemeiner Grundsatz)」として認めたのであった。これ以後、手続の再開は、書かれざる行政法上の原則 (ungeschriebener Grundsatz des Verwaltungsrechts) とし

て妥当してきたが、一般行政手続法の制定（一九七六年）にともない法典化されるに至ったのである。事案は、行政庁がある雑誌を禁書リストに載せるという処分を行ったのに対して、雑誌の発行者が当該処分の取消しを求める訴えを提起したものである。⁽³⁶⁾ 本稿との関係では、青少年に危険のある書籍の流通に關する法律に手続の再開についての規定がないことの是非が問題となった。

第一審の行政裁判所は、この決定の取消訴訟を却下したが、控訴審裁判所は、この訴訟を適法なものとしていた。これに対して、連邦行政裁判所は次のように言う。

「青少年に危険のある書籍の流通に關する法律が、——一九二六年一月一八日公布の、粗悪・卑猥書籍から青少年を保護するための法律 (das Gesetz zur Bewahrung der Jugend vor Schund- und Schmutzschriften) とは異なり——検査機関の決定の変更についての規定を有していないから、過剰規制の禁止に違反するという主張は、失当である。もっとも、いったんなされた禁書指定が長期間効果を及ぼし続けるのに対して、社会的な現実と社会に存する觀念はともに変わりうるのであるから、禁書指定に起因する基準の本質的な

変更は、過剰規制禁止を顧慮することによって判断されなければならぬ。禁書指定の効果や禁書指定の破棄によつてのみ、それ自身が除去されうる。禁書指定手続が再開され、そして禁書指定が破棄されるという憲法的に望ましい可能性は法律には規定されていない。しかし、手続の再開についての行政法の不文の一般原則は、青少年に危険のある書籍の流通に関する法律の不備を補充しうるものである。」

ここでは、青少年に危険のある書籍の流通に関する法律が禁書指定手続の再開を定めていないことは、結論として憲法に違反しないとされているものの、手続の再開に関する行政法の不文の一般原則の適用の可能性が示唆されている。さらに、手続の再開に関する規定を設けることは「憲法的に望ましい」と指摘され、手続再開の重要性が論じられている。

本判決は、禁書指定が持続的な効果を持つこと、「青少年への危険」という概念が社会状況とともに変動しうるものであることに注目して、手続再開の可能性について論じている。行政手続法の施行後であれば、第五一条第一項第一号により手続の再開が検討される事案であろう。

行政手続法が一九七六年に公布される前の一九七一年に出さ

れた本判決においてすでに、少なくとも判例上は手続の再開の可能性が指摘されていたことになる。筆者が、ここで強調しておきたいのは、利害関係者が不可争となった行政行為の破棄または変更を申立てる行政手続の再開は、立法的な手当てがなされているドイツに特有の制度とは言い切ることができないということである。なぜなら、ドイツにおいては、行政手続法に規定があるから手続の再開が認められるというのは、歴史的に必ずしも正確ではなく、判例および学説の営為によつて手続の再開が認められてきたことが認められるからである。このことは、ドイツ行政法学の影響を大きく受けているわが国の行政法学にとっても少なからぬ意義を有するものと思われる。

以上のように、行政手続の再開法理は、判例によりその形成が主導され、同じく判例により内容が発展させられてきた。この時期は、おりしもドイツにおいて行政手続法の法典化が進められていた時代とちょうど重なるのであるが、これらの一連の判例は、行政手続法制定過程にも大きな影響を与えている。次章では、行政手続法の制定過程における行政手続の再開の位置づけを検討することにしよう。

註

(15) 海老沢俊郎「行政手続の法典化——西ドイツ・オーストリア」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系第三卷 行政手続・行政監察』（有斐閣・一九八四年）一九頁以下。

(16) ここにいう「行政簡素化のための法律」とは、行政手続の統一の規律に関する連邦権限規定の早期実施に関する連邦憲法律、行政手続法施行法（Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen: EGVG）¹ 一般行政手続法（AFG）² 行政刑罰法（Verwaltungsstrafgesetz: VStG）³ 行政執行法（Verwaltungsvollstreckungsgesetz: VVG）⁴ 行政負担軽減法（VEG）⁵ の六件の法律を指す統一的名称である。また、これらの諸法律は、一九四七年の旧法令の再公布に関する法律（Wiederverlautbarungsgesetz）⁶ に基づき、一九五〇年に連邦政府の告示（Kundmachung der Bundesregierung vom 23. Mai über die Wiederverlautbarung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiete des Verwaltungsverfahrens）⁷ に基づいて再公布されて今日にたっている。以上、参照、尾上実「一般行政手続法に関する資料（一）」自治研究第三五巻第三号（一九五九年）五五頁、海老沢・前掲註（15）二〇頁、二二頁以下、尾上実「オーストリア行政改革における行政手続法制定の

意義（二）」自治研究第四一卷第九号（一九六五年）一三六頁。

(17) オーストリア一般行政手続法の翻訳にあたっては、尾上実「一般行政手続法に関する一資料（二）」自治研究第三五巻第四号（一九五九年）一一四頁以下、中村彌三次『行政手続法資料』（自治日報社・一九七二年）三五頁以下を参考にした。以下同じ。

(18) 「手続の再審」の原語は Wiederaufnahme des Verfahrens である。これに対して、ドイツ連邦行政手続法第五一条が定める「手続の再開」の原語は Wiederaufgreifen des Verfahrens である。本文で述べるように、どちらの同制度も、形式的確定力のある行政上の決定を再審査するものであるが、原語に忠実にそれぞれを訳し分けることにする。

(19) オーストリア一般行政手続法第三八条は、次のように定めている。

第三八条 法律に別段の定めがない限り、行政庁は、取調手続中に生ずる先決問題（Vorfragen）であつて、本案（Hauptfragen）として他の行政庁又は裁判所により決定されるべきものを、基礎となる事実関係について得た自己の見解に従つて判断し、その判断を当該行政庁の決定の根拠とすることができ。ただし、先決問題が、すでに管轄行政庁におい

て係属中の手続の目的となつてるとき、又はこの手続が同時に係属するときは、先決問題について確定力ある決定がなされるまで、手続を中止することができる。

(20) 尾上・前掲註(16)「一般行政手続法に関する資料(一)」六〇頁以下。

(21) 尾上・前掲註(16)「一般行政手続法に関する資料(一)」六二頁。

(22) もっとも、このことは、オーストリア法における行政手続の再審を検討および分析の対象とすることの有意義性をいささかも否定するものではない。オーストリアの一般行政手続法典は、世界的にも最も古い統一的な行政手続法の立法であるとされており(尾上・前掲註(16))「一般行政手続法に関する資料(一)」四六頁)、それだけでも参照する意義は大きいように考えられるし、(本稿が後に指摘するように、ドイツ法における行政手続の再開は、連邦行政裁判所の判例をはじめとする一連の諸裁判例による法創造であるといいうるのであるが、オーストリアの一般行政手続法典についても)判例法の形成・発展が先行し、この判例法の集積がなければ一般行政手続法典の編纂は不可能であつたであろうといわれていることから(海老沢・前掲註(15))二二頁参照)、本稿にとつても極めて興味深いものがある。オーストリアの

一般行政手続法典における行政手続の再審に関する検討は、筆者の今後の大きな課題である。

(23) ドイツ法における行政手続の再開については、人見剛「行政処分不可争後の権利救済の可能性——行政処分の不可争力の限界——」東京都立大学法学会雑誌第三九巻第一号(一九九八年)一二一頁以下、岡田春男「ドイツにおける行政行為の再審手続——違法性の承継との関連において——」同『行政法理の研究』(大学教育出版・二〇〇八年)一〇九頁以下(初出・一九九九年)が比較的に詳細であるが、いずれも行政手続の再開を定めるドイツ連邦行政手続法第五一条の要件および効果を中心に紹介するものであり、本稿がこれから詳細に扱うこととなる同規定の制定史にはふれていない。また、現在のドイツ連邦行政手続法の前身である当時の西ドイツの連邦行政手続法が制定(一九七六年)された直後、わが国においても同法を紹介する諸論文が発表されていたが、ここでも行政手続の再開は注目されていたようである。たとえば、植村栄治「西ドイツにおける行政手続法の制定とその内容」ジュリスト第六三二号(一九七七年)八九頁、成田頼明「行政手続の法典化の進展——一九七六年西ドイツ行政手続法について——」『公法の理論・下I——田中二郎先生古稀記念』(有斐閣・一九七七年)一七〇二頁など。

(24) 行政行為の存続力ないし存続効 (Bestandskraft) という概念は、ドイツの行政法学においてもその用法が必ずしも明確ではないが(成田・前掲註 23) 一六九四頁)、さしあたりここでは、わが国において不可争力と不可変更力を指す概念であると理解しておきたい。

(25) 行政裁判所法第七〇条第一項は、「異議は、行政行為が不服申立人に知られてから一か月以内に、行政行為を定めた行政庁に対し、文書により、あるいは記録してもらうことにより、提起するものとする」と定め、行政裁判所法第七四条第一項は、「取消訴訟は、異議決定の送達後一か月以内に提起せねばならない。第六八条により異議決定が不要な場合、訴えは行政行為が知られてから一か月以内に提起せねばならない」と、同条第二項は、「行政行為の発布を求める申請が拒否された場合、義務付け訴訟について第一項を準用する」と規定する。もつとも、ドイツにおいては、争訟提起期間の遵守についてはそれなりの配慮がなされている。すなわち、ドイツにおいては、取消訴訟の提起に先立ち、異議審査請求をしなければならぬが(行政裁判所法第六八条第一項)、異議審査請求の提起期間は争訟について教示がなされないと開始せず、取消訴訟の出訴期間についても異議審査請求の決定において同様の教示がないと開始しない(行政裁判所法第五八条第一項)。

(26) 条文の翻訳にあたつては、註(23)で引用した諸文献を参考にした。

(27) 「手続の再開」の原語は *Wiederaufgreifen des Verfahrens* である。*Wiederaufgreifen* をどのようにに訳するのかはそれじたいひとつの問題である。たとえば、植村・前掲註(23) 八九頁は「手続のやり直し」と、成田・前掲註(23) 一七〇二頁、岡田・前掲註(23) 一〇九頁以下は「手続の再審」と、人見・前掲註(23) 一二一頁以下は「手続の再開」と訳している。本稿は、条文の原語が訴訟における再審にあたる *Wiederaufnahme* ではなく *Wiederaufgreifen* を用いていること、再度審査されるフォーラムは訴訟の場ではなくあくまで行政手続の場であることから、「再審」ではなく「再開」を用いることにしたい。

(28) 民事訴訟法第五八〇条は、以下の場合に、原状回復の訴え (*Restitutionsklage*) を提起することができると定めている。

(原状回復の訴え)

第五八〇条 原状回復の訴えは、以下の場合に提起することができる。

一 相手方が判決の基礎となった供述を宣誓することによって、故意又は過失による宣誓義務違反の行為を犯したとき

二 判決の基礎となった証書が偽造又は変造されているとき

三 判決の基礎となった証言又は鑑定宣誓をなすにあたり、証人又は鑑定人が可罰的な真実義務違反の行為を犯したとき

四 当事者の代理人又は相手方もしくはその代理人が、訴訟に関連して行われた犯罪行為によって判決を得たとき

五 訴訟に関連して、当事者に対して職務上の義務に違反する可罰的行為を犯した裁判官が判決に關与したとき

六 判決の基礎となった通常裁判所、従前の特別裁判所又は行政裁判所の判決が、他の確定判決をもって取り消されたとき

七 当事者が

イ 同一の事件においてなされた従前の確定判決又は

ロ 自己に有利となるべき裁判を受けるべき証書を発見し又は使用することを得る地位にあったとき

八 欧州人権裁判所 (Europäische Gerichtshof für Menschenrechte) が、人権や基本的自由あるいはその議定書を保護するヨーロッパ協定

(Europäischen Konvention) の違反を確定し、判決がその違反に基づいてなされた

(29) Ulf Schar Schmidt, Wiederaufgreifen auf Antrag des Betroffenen, 1984, S. 10; Wolf-Rüdiger Schenke, Probleme der Bestandskraft von Verwaltungsakten, DÖV 1983, 320 ff.

(30) BVerwGE 15, 155.

(31) BVerwGE 17, 256.

(32) BVerwGE 28, 122.

(33) BVerwGE 19, 153.

(34) JR 1972, 171.

(35) BVerwGE 39, 197.

(36) 詳細な事実関係は以下のとおりである。連邦検査機関 (Bundesprüfstelle) が青少年に危険のある書籍の流通に関する法律 (das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften) に基づいて、グラフ雑誌 "Stern" (一九六五年八月一日発行の一九六五年三三号および一九六五年八月二二日発行の一九六五年三四号) を青少年危険書籍 (die jugendgefährdenden Schriften) のリストに登録する決定を行った。当該雑誌に掲載された連載小説のシリーズが、青少年を危険にさらすものであるという理由であった。この決定がなされると、当該書籍の発売はもちろん、その宣伝をすること

もできなくなる。本件の争点は多岐にわたっている。たとえば、書籍の発売の禁止や広告の禁止は、青少年の保護のために必要で適切な手段であるか、基本法上保障された成人の情報の自由（知る権利・出版の自由）（基本法第五条）に十分な配慮がなされているか等、である。

第二章 ドイツにおける行政手続の再開の立法プロセス

一 連邦政府の提案理由

連邦行政手続法は、一九七六年に成立し、その翌年に施行されて今日に至るが、この法律は、その制定・施行に至るまでの間に三つの草案の作成・公表を経ている。一九六三年に公表された模範草案、一九七〇年の連邦政府草案、そして一九七三年の連邦政府草案がそれである。このうち、一九六三年の模範草案及び一九七〇年の連邦政府草案には、手続再開に関する規定はいまだ存在しない。手続の再開に関する規定がドイツにおいて初めて登場したのは一九七三年の連邦政府草案第四七条であった。一九七三年連邦政府草案の第四七条は次のように規定

する。⁽³⁸⁾

第四七条（手続の再開）

① 行政庁は、次の各号に掲げる場合には、関係人の申立てにより、不可争になった行政行為の取消し又は変更について決定しなければならない。

一 行政行為の基礎となった事実又は法状態が、事後に関係人の有利なように変更されたとき

二 関係人に有利な決定をもたらすであろう新たな証拠方法が提出されたとき

三 民事訴訟法第五八〇条に対応する再審事由が存在するとき

② 申立ては、関係人が重大な過失なくして、再開の理由を、従前の手続において、特に権利救済手段により主張することができなかった場合に限り許される。

③ 申立ては、三か月以内にしなければならない。この期間中は、関係人が再開の理由を知った日から開始する。

④ 申立てについては、第三条の規定により権限を有する行政庁が決定する。このことは、その取消し又は変更が求められた行政行為が、他の行政庁により行われた場合にも適

用する。

⑤ 第四四条第一項第一段及び第四五条第一項の規定は、適用を妨げられない。

右規定草案第四七条は、第一章二に掲げた現行の第五一条の文言と比較して明らかに、その規定構造はもとより、規定文言についても完全に一致している（条数を除く）。したがって、手続の再開に関するドイツの法規定は、実質的には一九七三年の段階で確立していたことになる。

さて、ここで検討すべき点は、以下の二点である。

第一は、連邦政府がこの時期になって急遽「手続再開規定」を草案に盛り込んだ背景である。手続再開に関する規定が一九六三年の模範草案および一九七〇年の連邦政府草案には全く規定されていなかったにもかかわらず、一九七三年の連邦政府草案に至って急遽、手続再開規定が盛り込まれた背景ないし直接の原因を明らかにする必要がある。

第二は、手続再開規定を連邦行政手続法の中に創設することを志向した連邦政府の意図である。連邦政府は、いかなる思考的背景に基づいて、こうした規定を創設しようとしたのであろうか。

以下では、一九七三年連邦政府草案第四七条に対する連邦政府の提案理由書に焦点を当て、連邦政府の思惑を浮き彫りにしよう。

一九七三年の連邦政府草案第四七条に関し、連邦政府は次のような提案理由を述べている。³⁹⁾

「法治国家のあらゆる手続秩序（Verfahrensordnung）は、いったん完結した事情を、一定の要件の下で再び取り上げ（wieder aufgreifen）、当該決定が本来の権利救済や法律上の手段によつてはもはや取消されない場合であっても、下された決定をも変更する可能性を表明しなければならない。手続の再開の必要性は、以下のような考慮から帰結する。すなわち、ひとたびなされた不可争力のある決定を時間の経過において、変化する社会通念とともに、異議審査請求に服せしめること、または、当該決定は、その効果において後に残るものであり、個々のケースにおいて、憲法上のレベルで保障されている比例性、手段の適切性の原理を毀損することがありうるという考慮から、手続の再開の必要性が帰結する。とりわけ再開は、以下の場合にも必要である。すなわち、これまでの最上級審裁判所の判例の変更があったとき

(BVerwGE 17, 256参照)、『事実状態もしくは法的状態が申立人の有利なように変化したとき (OVG Berlin Urteil vom 10. 9. 1971, Juristische Rundschau 1972, 171参照)』、あるいは、他の法的ないし事実的な判断を可能にするような事後の証拠方法が入手されうるとき (BVerwGE 19, 153参照)。

それゆえ、連邦行政裁判所は、当然、以下のような問題を提起してきた。すなわち、手続の再開という規律をもたない手続秩序は、そのために憲法違反であるのかどうかという問題 (BVerwGE 39, 197参照)、また、手続秩序に関するこの問題は、以下の理由で否定されるのかどうかという問題である。つまり、手続秩序は、——これまで法典化されてこなかった——「手続の再開に関する行政法の一般原則」によって補充されるのであるという理由である。

ここに提出されている行政手続法草案では、行政手続の統一という目的がみたされるであろうならば、手続の再開に関するこれまでの行政法の不文の原則を法的に規律しなければならない、と我々は考えた。この草案は、個々の規律において、行政裁判所の判例によって発展した諸原則ならびに民事訴訟法第四編の諸規定が規律し、行政裁判の手続に関しても行政裁判所法第一五三条が参照する判決手続の再審

(Wiederaufnahme) の規律に密接に依拠している。」

右提案理由書から明らかになるのは、以下の三点である。

第一に、手続再開それ自体の必要性を憲法秩序に求めている点である。実は、この思考の端緒は、すでに連邦行政裁判所により示されていた。すなわち、連邦行政裁判所一九七一年二月一六日判決 (BVerwGE 39, 197 (第一章二「六」判決)) は、手続再開規定を「憲法的に望ましい」と評価していたのである。右叙述からも明らかな通り、連邦政府は、提案理由書の中で、同判決を引用している。このように、連邦政府は、連邦行政裁判所の見解を踏襲しているといつてよい。このことから、連邦行政裁判所一九七一年判決を受けて、一九七三年連邦政府草案で、手続再開規定が挿入されたということが明らかになる。

第二に、不文の一般原則をあえて明文化する意義・必要性についてである。右連邦行政裁判所判決は、手続再開規定を「憲法的に望ましい」と評価しつつ、手続の再開についての行政法の不文の一般原則は、手続再開規定を欠く法律の不備を補充しうるものであるとしていた（したがって、違憲の問題は生じないとしていた）。これに対して、連邦政府の理由書は、「手続の再開に関するこれまでの行政法の不文の原則を法的に規律しな

ければならない、と我々は考えた」と述べている。ここには、手続再開法理を不文の一般法原則のままにしておくわけにはいかないという連邦政府のいわば意思がみとれるのである。

そして第三に、民事訴訟法、行政裁判所法との対比である。すでに、民事訴訟法第五八〇条と行政裁判所法第一五三条は、判決手続の再審(Wiederaufnahme)を規律している。つまり、行政行為手続よりも当然に厳格な手続をもつて行われる判決手続においてすら、一定の法状態ないし事実状態の変化があつた場合には、その手続をやり直すことが実定法上認められているのである。これに対して、判決手続に比べるとより簡易な手続をもつてして行われるところの行政行為手続が確定し、未来永劫やり直すということが認められないということとは法律全体の規定のバランスを欠くと考えられたのだらう。

以上のような考慮から、連邦政府は、手続再開を明文をもつて規律化するという選択をあえて行い、後発的事情がある場合には(第一項にあげられる各号の要件をみたした場合には)、手続の再開が義務付けられるという規定を創設したのである。

二 マイヤー・ボルクスの批判

以上のみてきたような連邦政府の考え方に対しては、当時において批判する見解がなかったわけではない。連邦行政手続法第五条に基づく手続の再開を義務的規定であるという連邦政府の見解を強力に批判したのがマイヤー・ボルクスであった。彼らは、行政手続法の公布後間もなく刊行したコンメンタールにおいて、手続の再開が義務的規定であることに對し、その無意味性を主張して次のように言う。

「手続再開の申立てがあつた場合に行政庁が行う――記者註）事案の決定は、行政行為の取消し(Aufhebung)、一部取消し(Teilaufhebung)、もしくは変更(Änderung)の認容または拒絶である。なるほど、規定上一部取消しは明示的には言及されていない。しかし、一部取消しは変更の一類型と見なすことができるし、申立ての根拠に理由があり、かつ、(手続再開の申立てが――記者註)行政行為の一部にのみ関わる場合もあり得ることから、一部取消しも許容されなければならない。

(手続再開の申立てがあつた場合に「行政庁が――記者註)なすべきこれらの決定は裁量決定(Ermessensentscheidung)である。この裁量決定については、第四八条第一項第一

文および第四九条第一項のごとき明示的な法律上の指標 (Direktive) が欠如しているので、一般原理に立ち戻らなければならないことになる。そのかぎりでは、(手続再開の申立ての対象となった行政行為が―訳者註) 違法な行政行為であるのか、それとも適法な行政行為であるのかに応じて、(違法な負担の行政行為の職権取消しに関する―訳者註) 第四八条または(適法な負担の行政行為の撤回に関する―訳者註) 第四九条の命題が妥当することになる。というのは、第五一条において問題となるのは常に負担的行政行為だからである。」

右叙述にも明らかなように、マイヤー・ボルクスは、連邦行政手続法第五一条を単独・独立の規定であるとは考えていない。彼らによれば、手続の再開を規律する第五一条は、行政庁の裁量的職権取消しを規定する第四八条第一項⁽⁴²⁾、および、行政庁の裁量的撤回を規定する第四九条第一項⁽⁴³⁾とつねに連動して作用する規定であり、第五一条に基づいて再開された行政手続の決定は、第四八条ないし第四九条でもって行われることになる⁽⁴⁴⁾。すなわち、違法な行政行為の職権取消しを規律する第四八条第一項は「取消すことができる (können)」と、適法な行政行為の

撤回を規律する第四九条第一項も「撤回をすることができ (können)」と定めており、いずれも行政庁の裁量でもって行われるとしているところ、行政手続法第五一条によって手続の再開が義務とされても、その手続は行政庁の裁量を前提とする第四八条および第四九条で行われるので無意味であると説かれるのである。換言すれば、彼らによれば、第五一条により行政手続が再開されたとしても、そこで問題となっている行政行為が取消されるのであればその根拠条文は第四八条第一項第一文となり、撤回されるのであればその根拠条文は第四九条第一項となる。手続の再開のいわば「出口」である、第四八条および第四九条を根拠として行われる行政庁の判断が職権に基づくものであるので、手続の再開のいわば「入口」である再開手続を義務化したところで無意味であると解されるに至るのである。

しかしながら、その後の議論動向を見る限り、こうした見解は広く支持を集めるところとはならなかった。通説によれば、行政庁は、関係人の申立てにより、連邦行政手続法第五一条にあげられた再開の理由のひとつが存在するとき、不可争となった行政行為の取消しまたは変更について決定しなければならず、それは第五一条単独の規定のもとで判断される。というのは、行政手続法第五一条第一項柱書きが、「行政庁は、次の各

号に掲げる場合には、関係人の申立てにより、不可争になった行政行為の取消し又は変更について、決定しなければならない (zu entscheiden haben)」と規定し、行政行為の取消しまたは変更の認容ないし拒絶について決定することが義務的であることを明示しているからである。⁽⁴⁵⁾ かくして、裁量的取消しおよび撤回を規律する「第四八条第一項第一段及び第四九条第一項の規定は、適用を妨げられない」と定める第五一条第五項は、仮に関係人の申立てが第三章で取り上げる要件を欠き不適法なものであったとしても、行政庁が裁量によって取消しないし撤回をすることを妨げないという独自の意義を有する規定となり、第五一条の第一項と第五項は整合的に理解されることとなるのである。⁽⁴⁶⁾ 換言すれば、通説によると、第五一条により行政手続が再開され、行政行為の取消しまたは変更がなされる場合の根拠規定は、第五一条一項ということになるのである。

さて、以上に述べた通説のように解することで、第三章で取り上げる行政手続の再開に関する実的要件 (第五一条第一項各号) が意義を有することになる。逆に言えば、手続再開後の行政行為の取消しまたは変更の根拠規定を第四八条ないし第四九条と解するマイヤー・ボルクスの見解は、行政手続の再開に関する実的要件 (第五一条第一項各号) を無視することと

なり妥当ではないと解されるのである。そこで、次章では、行政手続の再開に関する要件および効果について検討・分析を加えることとしよう。

註

(37) 当時の西ドイツにおける行政手続法制の制定の展開について、参照、海老沢俊郎「行政手続法制制定前の行政手続法制の展開」同『行政手続法の研究』(成文堂・一九九二年)一頁以下(初出:一九七四—一九七五年)、成田・前掲註(23)一六四五頁以下など。

(38) Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), BT-Drucksache 7/910, S. 19

(39) Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), BT-Drucksache 7/910, S. 74 f. なお、この時点では(行政手続法案が議会で審議されていた時点では)、行政手続の再開を規律していたのは第四七条であったが、その後、条数の整理があり、手続の再開を規律するのは(現在と同じ)第五一条となった。もっとも、当該条文にかかる文言の変更はみられない。

(40) 連邦行政裁判所法第一五三条は、行政裁判の再審(Wiederaufnahme)を規律している。

(手続の再審)

第一五三条① 確定判決により終結した手続は、民事

訴訟法第四編（民事訴訟法第五七八～五九一条）筆者註）の規定に従って、再審することができる。

(41) Meyer / Borgs, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz 1. Aufl. 1976, § 51, Rn. 19 f. のコメントールは、行政手続法が公布されたのと同年である一九七六年に刊行されているものである。なお、このコメントールは、その後一九八二年に第二版が刊行され、現在に至っている。

(42) 連邦行政手続法第四八条第一項は、違法な行政行為の取消しを規律している。

（違法な行政行為の取消し）

第四八条① 違法な行政行為は、それが不可争となった後においても、その全部または一部の効力を将来にわたりまたは過去に遡及して取消することができる。（以下略）

(43) 連邦行政手続法第四九条第一項は、適法な行政行為の撤回を規律している。

（適法な行政行為の撤回）

第四九条① 適法な非授益的行政行為は、それが不可争となった後においても、同一内容の行政行為があらためて発さなければならないときまたはその他の理由により撤回が許されないときを除いては、その

全部または一部の効力を将来にわたり、撤回することができるとができる。

(44) マイヤー・ボルクスは、手続が再開されても、最終的には裁量的取消しないし裁量的撤回による判断がなされるという彼らの見解を根拠づける実質的な理由として、申立人以外の第三者の信頼を保護する必要性があることを指摘する。Vgl. Meyer / Borgs, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz 2. Aufl. 1982, § 51, Rn. 23.

(45) Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2001, § 51, Rn. 30, Ule / Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl., § 65, Rn. 8.

(46) さらに、ウレ・ラウビンガーは、行政手続法第五一条の申立が認められないときは、行政庁は、第四八条～第五〇条の取消し・撤回の余地がないかを否かを審査する手続に入らねばならないと指摘する（vgl. Ule / Laubinger, a. a. O. (Anm. 45), § 65, Rn. 8）。

第三章 ドイツ連邦行政手続法五一条に関する解釈論上の争点

ここまで行政手続の再開の法理が判例主導で成立してきた過

程、および、判例により確立された手続の再開に関する行政法上の不文の原則が明文をもって規律されるに至る過程を検討・分析してきた。以下では、行政手続の再開を明文で規律するドイツ連邦行政手続法第五条の運用に焦点をあてて、若干の検討を加えることにする。すなわち、以下では、連邦行政手続法第五条が規律する行政手続の再開の要件および効果に関する解釈論上の問題をとりあげることにする。

まず、手続の再開それ自体が認められるか否かという形式的要件に関する問題（訴訟でいうならば訴訟要件の問題）を取り上げ（一）、形式的要件がみたされた場合の手続再開事由が存するか否かという実体的要件に関する問題（訴訟でいうならば本案勝訴要件の問題）を取り上げる（二）。そして、手続の再開の効果の問題（訴訟でいうならば判決の問題）を扱うこととする（三）。

一 手続再開の形式的な要件

手続の再開の形式的な要件としては、①関係人の申立てがあること、②再開事由が存在する見込みがあること、③不可争となつた行政行為を対象としていること、④適式な争訟提起手段

を用いることができなかったことについて重大な過失がないこと、⑤申立期間を遵守していることの五つがある。これらの五つの要件をすべて満足したものが、手続再開事由が存するか否かという実体的審査を受けることができ、また、これらの五つの要件をひとつでも欠いた申立ては、手続の再開という手続それ自体が拒絶されることになる。

（一）関係人の申立て（Antrag eines Betroffenen）があること
 第五条第一項前段は、行政庁は、関係人の申立てに応じて、不可争となつた行政行為の取消しあるいは変更について決定しなければならぬと規定する。申立資格があるのは、再開の申立てがなされる行政行為によつて関係するあらゆる者である。関係性（Betroffenheit）の概念は、行政裁判所法第四十二条第二項についての訴訟権限（Klagebefugnis）のそれに対応する⁽¹⁷⁾。行政裁判所法第四十二条第二項は、「訴えは、法律に別段の定めがない限り、原告が、行政行為またはその拒否もしくはその放置によりその権利を侵害されたと主張する場合にのみ許される」と規定している。すなわち、行政裁判所法第四十二条第二項によれば、訴えは行政行為により権利を侵害されたと主張する者が提起することができる。したがって、これと同様に解す

る行政手続の再開の申立ては、行政行為の再開の申立てがなされる行政行為によって権利を侵害されたと主張する者が行うことができることになる。

ドイツにおいては、現在に至るまで、行政裁判所法上の関係性の概念について激しい議論が続けられている。⁴⁸⁾ 行政裁判所法の研究を踏まえたうえでの詳細な検討は、今後の課題としたい。⁴⁹⁾

(二) 再開事由が存在する見込みがあること

さらに、再開事由が存在する見込みがなければならない。関係人の申し立てから、第五一条第一項第一号第三号の意味における再開事由が存在する「見込み」があると認められなければならない。⁵⁰⁾ (説得力の審査 (Schlüssigkeitsprüfung))。たとえば、亡命の申請が行政庁に容れられず、これを訴訟で争い棄却判決が確定しているような場合、当該亡命の申請を審査する手続の再開を求める申立てには、再開事由が存在する「見込み」がないと判断されることとなる。⁵²⁾

このように、再開事由が、申立ての中に十分に説明されていなければならないが、後述するように、第五一条第一項第一号第三号に該当するか否かは、手続再開の申し立てに関する実

体的要件であり、この段階においてはあくまでも「見込み」が審査されうるにすぎない。

(三) 不可争となった行政行為であること

第五一条第一項前段は、不可争となった行政行為のみが手続の対象たりうるということを規定している。不可争性は、関係人が期間内に異議を唱える機会を失ったということから判明しうる。もつとも、出訴期間を徒過すれば直ちに行政行為に完全な不可争力が生じるとも限らない。なぜなら、行政裁判所法第六〇条第一項は、「過失なく法定の期間の遵守が妨げられた者に対しては、申立てにより、原状回復 (Wiedereinsetzung) が許される」と規定するからである。しかし、行政裁判所法第六〇条第二項は、「申立ては、障害がやんだ日から二週間以内にしなければならぬ」と規定し、原状回復は、非常に短い期間でしか申立てることができない。ここに行政手続法第五一条独自の意義があることになるのである。

さらに、不可争性は、争われている行政行為が確定力のある判決によって確認されるということからも(結果として)生じうる。⁵³⁾ 仮に第五一条に基づく手続が進められても、この判決の確定力と矛盾しない。なぜならば、行政手続の取消または変

更を考慮することは、あくまでも行政作用であるからである。

しかし、第五条に基⁵⁴づく申立てが成功し、行政庁の新たな事案決定がなされた場合には、行政行為の効力を確定させた判決は根拠のないものとなる。

(四) 重大な過失がないこと (Fehlendes Verschulden)

第五条第二項は、関係人が重大な過失なしに、再開の理由を、従前の手続において、特に権利救済手段により主張することができなかった場合に限り再開の申立てが許されることを規定する。

ここでの従前の手続とは、行政行為の不可争性までの全体の手続である。すでにみた行政裁判所法第六〇条第一項では、過失なく法定の期間を遵守できなかった場合に原状回復を認めているが、この原状回復の申立ても従前の手続に含まれることとなる。

行政裁判所法第六〇条第一項に基づく原状回復には、無過失が要件とされているが、手続の再開は無過失が要件であるから、軽過失があっても認められることになり、申立人には有利である。したがって、手続の再開の申立てにおいては、重大な過失がある場合、にのみ関係人の不利益になる（故意あるいは重

大な過失）。たとえば、行政行為をなすにあたっての必要な申請の欠如、あるいは、証拠方法として必要とされる文書の不在等の場合には、関係人に再開事由が存在しても、重大な過失と見なされ⁵⁵うる。

(五) 申立期間を遵守していること

第五条第三項第一文によれば、申立ては三か月以内にしなければならぬ。第二文によれば、この期間は、関係人が再開の理由を知った日から開始する。不注意によって過失によりこの期間を徒過した場合には、第二項による場合を除いて、申立ては認められ⁵⁶ない。

二 手続再開の実体的な要件

一で検討・分析を行った五つの形式的な要件をすべて満たした申立ては、いよいよ手続を再開するに足る実体的な要件を備えているかが審査される。連邦行政手続法第五一条一項は、この実体的な要件として三つを規律している。すなわち、①法的状態あるいは事実状態が変化した場合、②新しい証拠方法が存在する場合、③民事訴訟法上の再審事由が存在する場合、で

ある。これらの要件のいずれかひとつをみたす場合に、行政手続の再開がよいと認められるのである。

(一) 法的状態あるいは事実状態が変化した場合

第一号は、事実あるいは法的状態が、後に関係人に有利なように変更された場合に手続の再開を認める。第一号が問題となるのは、当該処分時には適法であった行政処分が、持続的効果を持ち、この効果が現在の事実あるいは法的状態にもはや合致しない場合である。⁵⁷したがって、行政行為がなされた時点で関係人あるいは行政庁に存在している事実あるいは法的状態では、第一号による手続再開事由として足りないことになる。

不可争となった行政処分にとつて、その基礎にある事実が変化した場合に、事実状態の変化があるとされる。⁵⁸知見の発達も、事実の変化と評価されうる。⁵⁹

事実状態の変化が肯定された事例として、亡命を求める人物の本国における行刑や政治状況の変化によって迫害の危険性が増した場合、⁶⁰経験則の根拠となった事実の変化、⁶¹良心的兵役拒否の基準の変更などがあげられる。

反対に、事実状態の変化が否定された事例として、単なる行政実務の変化などがあげられる。⁶²

法的状態の変化とは、行政行為をなした後の実体法の変更を意味する。⁶⁴手続法が変更され、現在では変更された手続法によって行政行為をなさなければならないとしても、手続法の変更だけでは、法的状態の変化とするには足りない。⁶⁵したがって、主に、行政行為をなす際に基礎となった処分要件を定める実体法の変更を指す。

最高裁判所の判決における法解釈の変更が、法的状態の変化というのかについては、行政手続法の公布以前からすでに問題になっていたが、行政手続法第五条による立法的な解決はなされなかった。⁶⁶現在では、最高裁判所による新たな一般的な法解釈がなされない限り、最高裁判所の判決の変更は、法的状態の変化とはみなされないと考えられているようである。⁶⁷その理由は、以下のとおりである。⁶⁸法を定めることが立法者の課題であるのに対して、裁判所と行政庁は、憲法による権力分立原則に従って妥当する法を適用する。新たなもしくは変更された最高裁判所の裁判は、当該行政行為が違法であったということを示すにすぎず、裁判による決定は、個々の事例で相対的であり、関与した当事者のみを拘束するからである。これに対して、有力な異論もある。つまり、最高裁判所の判決の変更は、法規範の変更それ自体ではないけれども、法規範の変更に近い効力

を有するから、法的状態の変化を肯定するべきであるとする。⁽⁷¹⁾

また、同様の理由により、行政実務や行政規則の変更も、法的状態の変化とは考えられない。⁽⁷¹⁾

(二) 新しい証拠方法 (Neue Beweismittel) が存在する場合
第二号は、関係人にとって有利な証拠方法が提出されたときには、手続の再開がなされなければならないと規定する。

証拠方法は、事実の存在あるいは不存在の確信を示すのに適しているあらゆる認識方法である。⁽⁷²⁾ 行政手続法第二十六条第一項第二号に規定される証拠方法が参考になるが、⁽⁷⁴⁾ 行政手続法第五条第一項第二号にいう証拠方法は、書証を証拠方法の基本とする同法第二十六条にいう証拠方法に限定されない。⁽⁷⁵⁾ たとえば、文書と並んで、証人の供述、専門家による鑑定書、実況見分さえも証拠方法とされうる。⁽⁷⁶⁾

連邦行政裁判所は、第二号にもとづく申立てに対して、新しい証拠方法が、真に関係人にとって有利な決定をもたらすであろうことを要求している。⁽⁷⁷⁾ また、行政庁に裁量が認められる処分の場合には、新しい証拠方法をもとにして、裁量行使に瑕疵がない状況であることを示す必要がある。

さらに、第二号は、証拠方法を「新たな」証拠方法という限

定を付している。ここにいう「新たな」とは、第一次決定の時点では存在しなかったものでなければならず、行政処分がされる前にすでに存在していたものではなく、第二号の要件を充足しないことになる。⁽⁷⁸⁾ 同様の理由で、行政庁によって、実際には用いらなかった証拠方法は、行政処分がなされる段階ですでに存在していた証拠方法であると考えられるので、要件を充足しない。

(三) 民事訴訟法上の再審事由が存在する場合

第三号は、民事訴訟法第五八〇条に定める再審事由が認められるときに、手続の再開を認める。民事訴訟法第五八〇条は、民事訴訟の再審事由を定めたものであるが、司法によって再審が認められる事由について、行政手続が再開を認めないのはいかにも不合理であるということから、第三号が設けられたと一般的に解されている。もつとも、第三号に基づいて手続の再開が認められる事例は多くない。

三 行政手続の再開の効果——申立人の権利救済方法

以上のように、行政手続の再開の申立てが適切になされると、

行政庁は以下のような決定をすることになる。

- ① 手続再開の拒絶（繰返措置（wiederholende Verfügung）と呼ばれる）
- ② 手続を再開した後の、当該事案における申立人の要求の拒絶
- ③ 手続を再開した後の、当該事案における申立人の申立てに合致する決定

これらの三つすべての決定は、行政行為とみなされる。⁷⁹⁾

このうち、③手続が再開され、申立人の申立てに合致する決定がなされた場合は、申立人の救済を図る必要はない。したがって、不可争になった行政行為の手続再開を求める申立人の権利保護について問題となるのは、以下の二つの場合である。すなわち、①手続の再開が拒否されてそのことが宣言されるいわゆる繰返措置（wiederholende Verfügung）がなされる場合と、②手続が再開され、二次決定（Zweitbescheid）として、最初の処分（Erstbescheid）の撤回あるいは取消しの申立てを行政庁が認容しない場合である。

説明の便宜上、②の場合から論じ、次の①の場合を論じることとする。

(一) 二次決定（Zweitbescheid）がなされ申立てが認められない場合

二次決定（Zweitbescheid）に対しては、最初の処分（Ausgangsbescheid）に対するのと同じ法的救済が与えられる。というのは、行政庁は二次決定をなすことによって新たな事案決定をなすわけで、この二次決定は手続上も実体上も最初の処分に代わるものであり、最初の処分が実質上無意味になるからである。

すなわち、新たになされる決定は侵害的な決定となるから、取消訴訟でもって争われうるし、また、求められた授益的な処分が再度拒絶された場合には、義務付け訴訟が提起されうる。⁸⁰⁾

(二) 繰返措置（wiederholende Verfügung）がなされる場合
繰返措置がなされた場合、つまり、行政庁が手続の再開を拒否した場合、関係人は、手続の再開の拒否を争うべきか、あるいは、（手続の再開を求めることなく）目指していた二次決定の内容（＝再開の申立てが向けられた行政行為の取消しあるいは変更）（Durchgriff）を直接求めて出訴すべきか争いがみられる。⁸¹⁾ 手続の再開の拒否を争う場合、関係人は、手続を再開するという行政庁の決定を目指すことになり、義務付け訴訟を提

起することになる（なお、ここで取消訴訟を提起することは通説によればできない⁽⁸²⁾）。これに対して、目指していた二次決定の内容を直接求める場合は、目指すべき二次決定を求める義務付け訴訟を提起することになる。

言い換えれば、権限ある行政庁が、再開の申立てを拒絶もしくは十分な理由なしに適当な期間内に決定しない場合（行政裁判所法第七五条）、申立人は、即座に再開の申立てが向けられた行政行為の取消しあるいは変更を行政庁に義務付ける訴訟を提起することができるのかどうか、あるいは、さしあたり手続の再開についての義務付けのみを求めることができるにすぎないのかどうかについて争いがある。

連邦行政裁判所は、基本的に、実体的な二次決定（Zweitbescheid）の性質が羈束的行政行為（gebundene Verwaltungsakt）であるか、どうかを議論の出発点としている⁽⁸³⁾。つまり、実体的な二次決定（Zweitbescheid）の性質が羈束的行政行為であれば、再開の申立ての対象となった行政行為の取消しないし変更を行政庁に義務付ける訴訟の提起が可能であるが、裁量的行政行為であれば、手続の再開を行政庁に義務付ける訴訟の提起が可能となるにとどまることとなる。行政庁に裁量が認められる行政行為の場合に、二次決定を出すべきか否かを審査することに裁判

所が慎重になったためであろう。

これに対して学説は、二次決定で求められる行為が、羈束的行政行為であるのか裁量的行政行為であるのかの観点に加えて、訴訟経済の観点からも考慮されるべきであるとするのが一般的のようである⁽⁸⁴⁾。つまり、再開の申立てが向けられた行政行為の取消しあるいは変更（Durchgriff）を直接義務付け訴訟で求める方が、訴訟経済的には正当化されることになる。

さらに、ザックスは、以下のように述べ、訴訟経済の観点を中心はこの問題を考えるべきであるとする。

「しかし、本案判決を求める訴訟の直接の関連は、羈束的あるいは裁量の中にある決定としてのその特性によりえない。……訴訟は、常に、最終的に求められた二次決定に向けられなければならない。連邦行政裁判所が、再開を求める申立ての理由の有無（Begründetheit）を当該事案における成功の見込みに大いに依存させているならば、実際、この処理（解決策）（再開の申立てが向けられた行政行為の取消しあるいは変更（Durchgriff）―訳者註）が、訴訟経済的にとりわけ有効であるように思われる」。

このように、ザックスは、当該行政行為の裁量の有無が、手続の再開を求めるべきか、行政行為の取消しあるいは変更を求

めるべきかの基準とはならないとして、訴訟経済を理由として、常に行政行為の取消しあるいは変更によるべからざることをいう。

註

- (47) Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar. 10. Aufl. 2008, § 51, Rn. 10, 14.
- (48) Kopp / Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 16. Auflage, § 42, Rn. 65 ff.
- (49) 行政手続法の「関係性」の認定に於て、権利侵害や「真」の利益の喪失に於て認めらるべきこと⁹⁰ Vgl. Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar. 13. Auflage, § 42, Rn. 93.
- (50) BVerwGE 78, 332.
- (51) Thorsten Sasse, Das Wiederaufgreifen des Verfahrens gemäß § 51 VwVfG, Jura 2000, S. 493, S. 494.
- (52) BVerwGE 78, 332, 336.
- (53) BVerwGE 70, 110 (111); BVerwGE 113, 322 (324).
- (54) Kopp/Ramsauer, a. a. O. (Anm. 47), § 51, Rn. 15.
- (55) Kopp/Ramsauer, a. a. O. (Anm. 47), § 51, Rn. 45.
- (56) Stelkens/Bonk/Sachs, a. a. O. (Anm. 45), § 51, Rn. 133.

- (57) Stelkens/Bonk/Sachs, a. a. O. (Anm. 45), § 51, Rn. 90 ff.
- (58) Kopp/Ramsauer, a. a. O. (Anm. 47), § 51, Rn. 29; BVerfG 80, 26.
- (59) Kopp/Ramsauer, a. a. O. (Anm. 47), § 51, Rn. 29.
- (60) OVG Magdeburg DVBl 2000, 1549 Nr. 33 L; BGH NJW 1981, 527; Stelkens/Bonk/Sachs, a. a. O. (Anm. 45), § 51, Rn. 96.
- (61) VGH Mannheim VBilw 1981, 402 ff.
- (62) BVerwG NVwZ 1991, 272.
- (63) BVerwG BayVBl 1993, 308; BVerwG NVwZ-RR 1994, 119; Kopp/Ramsauer, a. a. O. (Anm. 47), § 51, Rn. 29; BVerfG 80, 26.
- (64) Kopp/Ramsauer, a. a. O. (Anm. 47), § 51, Rn. 30.
- (65) BVerwGE 60, 324.
- (66) Stelkens/Bonk/Sachs, a. a. O. (Anm. 45), § 51, Rn. 106 ff.
- (67) BVerwG NVwZ 1982, 500; BVerwG NVwZ 1989, 162; Kopp/Ramsauer, a. a. O. (Anm. 47), § 51, Rn. 30; Stelkens/Bonk/Sachs, a. a. O. (Anm. 45), § 51, Rn. 106; Thorsten Sasse, a. a. O. (Anm. 51), S. 495; Rudolf Schmidt, Wiederaufgreifen unanfechtbar abgeschlossener Verwaltungsverfahren aufgrund einer

- Änderung höchstrichterlicher Rechtsprechung, S. 25 ff.
- (69) Thorsten Sasse, a. a. O. (Anm. 51), S. 495.
- (69) Deterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsverfahren, 6. Aufl., 2008, Rn. 770.
- (70) Meyer/Borgs, a. a. O. (Anm. 44), § 51, Rn. 15; Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 8. Aufl., 2003, § 51, Rn. 38.
- (71) Kopp/Ramsauer, a. a. O. (Anm. 47), § 51, Rn. 30; Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., 1999, § 51, Rn. 54; Thorsten Sasse, a. a. O. (Anm. 51), S. 495.
- (72) Kopp/Ramsauer, a. a. O. (Anm. 47), § 51, Rn. 32a; Thorsten Sasse, a. a. O. (Anm. 51), S. 495; BVerwGE 82, 272, 276.
- (73) 行政手続法第二六条第一項本文は、「行政庁は、義務になかった裁量に従って事実関係の調査に必要と認める証拠方法を利用する(以下略)」と規定し、その第二号で、「関係人の聴聞、証人及び鑑定人の尋問又は関係人、鑑定人及び証人の書面による又は電子的な方法による意見の聴取」を証拠方法として例示している。
- (74) Thorsten Sasse, a. a. O. (Anm. 51), S. 495.
- (75) Kopp/Ramsauer, a. a. O. (Anm. 47), § 51, Rn. 32a.
- (76) Kopp/Ramsauer, a. a. O. (Anm. 47), § 51, Rn. 32a.
- Stelkens/Bonk/Sachs, a. a. O. (Anm. 45), § 51, Rn. 114; Thorsten Sasse, a. a. O. (Anm. 51), S. 495.
- (77) BVerwG NJW 1982, 2204.
- (78) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, § 11, Rn. 55; Thorsten Sasse, a. a. O. (Anm. 51), S. 495.
- (67) Stelkens/Bonk/Sachs, a. a. O. (Anm. 45), § 51, Rn. 10.
- (68) Stelkens/Bonk/Sachs, a. a. O. (Anm. 45), § 51, Rn. 74.
- (68) Kopp/Ramsauer, a. a. O. (Anm. 47), § 51, Rn. 53 ff.
- (68) ドイツにおおつては、申請拒否処分がなされた場合、義務付け訴訟の提起に代えて申請拒否処分の取消訴訟を提起することが許されるか、議論されている。このような申請拒否処分の取消訴訟は、「孤立した取消訴訟 (isolierte Anfechtungsklage)」と呼ばれている。この「孤立した取消訴訟」の適法性については、否定する見解が有力である。その理由は、行政裁判所法第一一三条第一項・第五項が、違法な行政行為に対しては取消判決を、申請にかかる行政行為の違法な拒否に対しては義務付け判決をそれぞれ言い渡すものと規定しているからである。
- したがって、有力説によれば、申請拒否処分に対する取消訴訟は不適法であると考えられているために、義務付け訴訟のもつ意義は大きいといえる。義務付け判決に

は、これと矛盾する申請拒否処分を取り消しが含まれるものと解されているので、原告としては、履行訴訟とあわせて申請拒否処分を取り消しを認める必要はないし、裁判所としても、判決主文において、申請拒否処分を取り消しを言い渡す必要はないとされている。

- (83) BVerwG NJW 1982, 2204 f.; BVerwG NJW 1985, 280; BVerwG NVwZ 1986, 293; Stelkens/Bonk/Sachs, a. a. O. (Anm. 45), § 51, Rn. 70.

- (84) Kopp/Ramsauer, a. a. O. (Anm. 47), § 51, Rn. 53 ff.; Meyer/Borgs, a. a. O. (Anm. 44), § 51, Rn. 24.

- (85) Stelkens/Bonk/Sachs, a. a. O. (Anm. 45), § 51, Rn. 71.

おわりに

一 本稿の要約

本稿の分析により明らかになったことは、以下の三点である。

第一に、ドイツにおいては、「行政手続の再開」という法理が判例主導で形成され、最終的には、連邦行政裁判所が「行政法の不文の一般原則」として承認したこと（不文の法理として

の行政手続の再開）。そして、行政手続法の制定時には、手続再開法理を不文の一般原則のままにしておくわけにはいかないと考えられ、「行政手続の再開」が実定法上の制度として確立するに至った。このことは、「行政手続の再開」という法制度を持たないが、ドイツ行政法学の影響を強く受けているわが国の行政法学にとって少なからぬ意義を有すると思われる。

第二に、オーストリアおよびドイツにおいて生成・発展させられ、実定法上定められている「行政手続の再開」という制度は、不可争力を生じた行政処分について、その取消し・変更を求める市民の申立てによって開始される手続であること（市民主導の行政手続の再開）。行政行為の後の事情の変更をうまくとらえることができるというわが国の行政法学ないし行政法理論と比較したとき、この制度が有する意義は大きいものであると言えよう。

第三に、「行政手続の再開」の申立てに対して、行政庁は一定の応答をしなければならず、この応答は行政行為であると考えられていること。そして、このことは次のような意味をもつ。行政処分が不可争となっても、当該行政処分手続の再開を適法に申立てたならば、この申立てに対する応答が行政処分をもって行われるのである。そして、この応答に不満があるとい

う場合、今度は出訴期間内に当該応答をめぐって訴訟を提起することが可能になる。こうして、最終的には、不可争力の生じた行政処分についても行政手続の再開を介することにより、訴訟のルートにのせることが可能となるのである（訴訟の途を開く行政手続の再開）。

二 今後の課題

もっとも、本稿では十分に明らかにすることができなかった事項も残されている。

第一に、本稿の要約の第三点とも関連するが、行政手続の再開を介した後の訴訟ルートでの権利救済のありようについては、十分な分析・検討を行うことができなかった。すなわち、手続の再開それ自体が拒絶された場合や、手続の再開後の二次決定として申立てが拒絶された場合、利害関係人としては、それらの拒絶をとらえて取消訴訟ないし義務付け訴訟を提起することとなる。この訴訟における不可争力発生後の行政処分に対する権利救済のありようの分析を行って、本稿の標題である「行政行為に対する継続的権利救済」が実現可能となる。そこで、「行政手続の再開」後になされる訴訟に注目し、これから検討を及

ばしたい。

また、手続の再開を求める申立てが成功し、再開の手続において申立人にとって有利な（positiv）事案決定がなされた場合、申立人は、行政行為の撤回についてと同様に、行政庁に対して損害賠償請求権・補償請求権・結果除去請求権を有しうる。手続の再開の効果の一側面として、申立人が財産上の損失を受けた場合の金銭的な賠償ないし補償についても、手続再開後の権利救済のありようとして検討をする必要がある⁽⁸⁶⁾。

第二に、ドイツにおける「行政手続の再開」として取り上げた事例および法制度は、いずれも一般法である連邦行政手続法に関連するものであつて、個別法上の「行政手続の再開」を分析・検討の対象とすることはできなかった。「行政手続の再開」の法理ないし制度の分析・検討としてより精緻なものとするためには、各論にあたる法領域における「行政手続の再開」も検討の対象としなければならない。ドイツにおいては、行政手続法、社会法、租税法の三領域は、「行政手続に関する三本柱（Drei Säulen）」と称されており、これらの法領域における「行政手続の再開」に該当する規定の沿革、要件および効果等について検討を進めたい。

第三に、一九二五年に制定されたオーストリア一般行政手続

法の「行政手続の再審」の制度が、隣国のドイツに与えた影響（あるいは、影響を与えていなかったということ）を十分に明らかにすることができなかった。すでに指摘したように、オーストリア一般行政手続法が定める「行政手続の再審」とドイツ連邦行政手続法が定める「行政手続の再開」は、文言の上では類似しており、前者が後者に何らかの影響を与えたことが想像されるが、ドイツ連邦行政手続法の制定過程において、オーストリア法を参照したという記録は、少なくとも「行政手続の再開」に関する限りは見つけることができなかった。ドイツにおける「行政手続の再開」の歴史的な発展・生成をより明確にするためには、この点の説明が必要であると考えられる。

註

- (86) 損害賠償請求権 (Schadenersatzanspruch)・補償請求権 (Erstattungsanspruch)・結果除去請求権 (Folgebeseitigungsanspruch) も申立人の権利救済として保障される (vgl. Kopp/Ramsauer, a. a. O. (Anm. 47), § 51, Rn. 55)。手続の再開を求める申立てが成功し、再開の手続において申立人にとって肯定的な(有利な) (positiv) 事案決定がなされた場合、申立人は、

行政行為の撤回について同様 (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, a. a. O. (Anm. 45), § 51, Rn. 67; Obermayer, a. a. O. (Anm. 71), § 51, Rn. 113f.)、行政庁に対して損害賠償請求権・補償請求権・結果除去請求権を有する。場合によっては、新しい決定がなされた場合における不利益に関係する第三者 (nachteilig betroffene Dritte) も、補償請求権 (Entschädigungsanspruch) を有する (Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, a. a. O. (Anm. 45), § 51, Rn. 67)。