

ドイツ社会法における聴聞の瑕疵の治癒論の現在

—社会法典第一〇編四一条二項の改正をめぐって— (一)

大 沢 光

はじめに

- 一 法改正の内容と理由
- 二 学説の対応
- 三 連邦社会裁判所の対応
おわりに

はじめに

行政手続の促進のための立法措置が次々と行われてきた一九九〇年代に、そのより包括的な立法措置として結実した一九九六年制定の「許認可手続の迅速化のための法律」(以下、「許認可手続促進法」という。)による連邦行政手続法の改正は、二〇〇〇年の社会法典第一〇編—社会行政手続および社会データ保護—(以下、「第一〇編」という。)⁽²⁾の改正をもたらした。

一九九六年の連邦行政手続法改正以来、手続的瑕疵の治癒の規定にかかる第一〇編四一条と連邦行政手続法四五条の間にはその時間的制限について重大な相違が存在していた。連邦行政手続法四五条二項は、瑕疵の治癒を不服申立手続の終結までかまたは訴訟提起前までに限定していた旧規定につき、行政裁判手続の終結まで可能とする修正を行っていたのに対し、第一〇編四一条二項は連邦行政手続法の旧規定と同様のままであった。しかし、二〇〇〇年の第四ユーロ導入法による第一〇編の改正により、この規定は連邦行政手続法の新规定と同内容のものに改められたのである。

現在、この改正は学説および裁判例による強い批判にさらされている。手続的瑕疵の治癒の制度に対する批判が従来から存在したのに加え、今回の改正によりその法目的および法効果の両面についてさらなる批判が加えられることとなった。そのような中で、当該改正により生じた手続の促進と聴聞の意義との価値の衝突の解決を迫られた連邦社会裁判所の裁判例が現れた。そこには一般行政手続法領域においてみられない一定の解決の方向性が示されているように思われる。本稿はとりわけこの連邦社会裁判所の裁判例に注目し、これに考察を加えることによって、ドイツ社会法における聴聞の瑕疵の治癒論の現在の到達点を明らかにすることを課題とする。

ところで、法治国家において重要な意義を有するとの位置づけを与えられている聴聞手続にかかる連邦行政手続法二八条と第一〇編二四条の規定の構造は基本的に同様であるが、聴聞に瑕疵が見られる場合の取り扱いについては大きく異なっている。手続的瑕疵の効果について定める連邦行政手続法四六条によれば、その手続的瑕疵が聴聞瑕疵であるか否かにかかわらず、手続瑕疵のみを行政行為の取り消し事由とすることは原則としてできないが、他方、第一〇編四二条によれば、聴聞瑕疵のみで行政行為の取り消しを主張することができる。⁽⁷⁾

連邦行政手続法は一般行政法領域に適用され、第一〇編は社会法領域に適用される。⁽⁸⁾ 連邦行政手続法制定当時、第

一〇編が現在通用しているような社会法領域への一般行政手続法の適用は、「社会領域の独自性」(Besonderheit des Sozialbereichs) というコンセプトから排除された。その後、当該社会法領域における一般行政手続法としての位置づけを有する第一〇編が、一般行政手続法および租税通則法と並ぶ「第三の柱」として制定された。⁹⁾ このように、行政裁判所とは別に、独自の裁判管轄を持つ財政裁判所および社会裁判所が設けられていることに対応して、三つの行政領域ごとの行政手続法が存在し、その運用は各行政領域ごとに独立して行われ、それぞれの行政領域における事案をそれぞれの行政裁判所が基本的に取り扱いそれにかかる争訟に対応するというのがドイツ法の特徴であるが、社会法領域において一般行政法領域と相違ある理論的展開が生じているのか、そうであるとすればそれはいかなる内容であり、またいかなる理由からか、いいかえれば、行政手続法の普遍性と独自性とは何か、という点が筆者の基本的な問題関心である。それゆえ、本稿は、一般行政手続法、とりわけ計画行政手続における行政手続の促進をねらいとした連邦行政手続法の改正規定がそのまま社会法領域に導入されたことよって、どのような理論的対応が社会法領域の側でなされたのか、そのような対応は社会法にとって必然的なことなのかそれとも行政手続法理一般において考えられる対応なのかといった観点からも考察していくこととする。

本稿は、以上のような問題関心から、今回の法改正の内容と理由(一)、これに対する学説の批判的対応を考察したうえで(二)、この改正の下で出された連邦社会裁判所の裁判例を採り上げ、この改正に連邦社会裁判所がいかに対応したのかを考察し(三)、ドイツ社会法における聴聞瑕疵の治癒論の現在の到達点を明らかにすることとしたい。

- (1) Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren vom 12. 9. 1996, BGBl. I, 1354. 同法は、同年五月に発効した行政手続法上の規定の修正に関する法律 (Art. 1 des Gesetzes vom 2. 5. 1996, BGBl. I, S. 656.) と並んで、連邦行政手

統法発効後ほぼ二〇年来の改正に値する実務上の意義を与えたといわれている。制定をめぐる状況については、vgl. Heribert Schmitz/Franz Wessendorf, Das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz - Neue Regelungen im Verwaltungsverfahrensgesetz und der Wirtschaftsstandort Deutschland, NVwZ 1995, S. 955 ff., 956. その背景や内容については詳細は、山田洋「行政手続促進論の展開―ドイツ行政手続法の改正をめぐって―」東洋法学四一巻一号（一九九七年）一九頁以下を参照。

- (2) 社会法典第一〇編は、社会法を法典化するという構想に基づき一九七〇年代から現在まで行われてきた編纂の過程において、一九七五年の総則（第一編）および一九七六年の第四編―社会保険通則―について一九八〇年に制定されている。第一〇編は、第一章「行政手続」、第二章「社会データ保護」、および、第三章「給付主体の協働および第三者に対する給付主体の関係」から構成されており、本稿が対象とするのは第一章である。第一章は、多くの法律に分散し、様々な伝統に由来し、そのような根拠から様々である、社会給付主体を規律する行政手続法を、統一的な観点に基づいて一つの法律に包括するという目的に基づいて制定された。これにより、市民のよりよい法理解に貢献し、その法的地位を強化し、行政および裁判例による法の適用を軽減し、かつ、法の安定性を促進することが目指されたのである。Vgl. Mathias von Wulffen, in: Mathias von Wulffen(Hrsg.), Sozialgesetzbuch(SGB X) Kommentar, 5. Aufl., München 2005, Einleitung, Rn. 1, 8 f.

- (3) 一九九六年の修正当時「行政裁判手続の終結まで」とされていた文言は、第三行政手続の修正に関する法律により、「行政裁判手続の最終の事実審の終結まで」という文言に改められている。一九九六年の改正後、行政裁判所法一三七条二項の存在により、当時の文言には上告審も含まれるのかどうか不明であったからである。Vgl. Ferdinand O. Köpp/Ulrich Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz(VwVfG) Kommentar, 8. Aufl. München 2003, §45 Rn. 37. ドイツ連邦行政手続法四五条の「瑕疵の治癒」論を考察する最近の論考には、たとえば、池村好道「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―」秋田大学教育学部研究紀要「人文科学・社会科学」四二号（一九九一年）一七頁以下がある。また、連邦行政手続法の重要な手続原則についての包括的な研究である、海老沢俊郎『行政手続法の研究』（成文堂、一九九二年）三〇六頁以下では、その制定過程および規定の基本構造とその一九九〇年頃までの論点が紹介・検討されている。

(4) 4. Euro-Einführungsgesetz vom 21. 12. 2000, BGBl. I, S. 1983 ff., 2000. 第一〇条五号において四一条二項、および第六号において第四二条一文の改正が行われている。

(5) 連邦行政手続法二八条の聴聞権については古くから紹介されてきたが、ここでは近年の研究として、高木光「西ドイツ行政手続法(一)(二)(三・完)自治研究四六卷(一九八八年)二号、三号、四号、同「第一次報告の聴聞規定の位置づけ―西ドイツ法制との比較を中心として」自治研究六五卷(一九八九年)七号九一頁以下、山田洋「受益的処分申請拒否と聴聞―西ドイツ行政手続法論の対応―西南学院法学論集一七卷(一九八五年)二・三・四号一七一頁以下、および、海老沢・前掲註(3)書一五四頁以下を挙げておく。

(6) 第一〇編二四条は「関係人の聴聞」という表題で以下のように規定している。第一項「関係人の権利を侵害する行政行為が行われる前に、その者には決定にとつて重要な事実を陳述する機会を与えなければならない」、第二項「以下の各号に掲げる事由が存在するときは、聴聞を行わないことができる。一 遅滞のおそれがあるかまたは公益上(の理由で)即時の決定が必要であると認められるとき、二 聴聞を行うことによつて、決定のために定められた期間の遵守が困難になるとき、三 申請または意思表示の際になした関係人の事実に関する申立から、その者の不利益になるように逸脱しないとき、四 一般処分または大量の同種の行政行為を行うとき、五 所得に応じてなされる給付が所得の変化に合わせて変更がなされるとき、六 行政上の強制執行の措置をなすとき、七 七〇ユーロ以下の請求権に対してまたはそれにより相殺または精算するとき。ただし、この場合には第五号は適用されない。」

連邦行政手続法二八条二項には、当該規定の二項五号および七号の規定は存在しない。両規定は社会法において大量に行われている金銭給付を念頭に置いた規定であり、その点で社会法に特徴的な内容を含んでいる。さらに、聴聞を行わなくてよい場合について、連邦行政手続法二八条二項は例示であるが、第一〇編二四条二項は限定列挙であること、また、第一〇編二四条には、連邦行政手続法二八条三項にいう「重大な公益上の障害がある場合」聴聞を行わないことができるという規定も存在しない、という相違が見られる。

(7) 連邦行政手続法四五条二項の改正とともに手続的瑕疵の効果について定める連邦行政手続法四六条も改正されている(以下、「新版四六条」という)。同様に、今回の第一〇編四一条二項の改正と同時に第一〇編四二条一文も連邦行政手続法四六条と同じ内容に統一された。連邦行政手続法四六条の手続的瑕疵の効果をめぐる議論についてもすでに多くの業績

がある。海老沢・前掲註(3)書三四一頁以下および同書三四七頁註(1)に掲げられた文献を参照。

- (8) ここでいう「社会法領域」とは、連邦行政手続法二条四号により当該法の適用を除外されている社会法典が規律する法領域、いわゆる社会保障法の分野を念頭に置いている。すなわち、各種社会保険および社会福祉および援護、生活扶助といった分野である。詳細は、vgl. Paul Stelkens/Schmitz, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michel Sachs(Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz(VwVfG) Kommentar, 6. neuar. Aufl. München 2001, §2 Rn. 92. なお、租税法領域については租税通則法が適用される。

- (9) 第一〇編の制定過程においては、連邦行政手続法を社会法領域に適用するか、それとも社会法領域にのみ適用される行政手続法を法典化するかが議論されていたが、最終的に、連邦行政手続法および租税通則法と並ぶ「第三の柱」としての社会行政手続法の法典化が選択された。第一〇編の立法過程における議論については、vgl. z.B. Hans Meyer, Verwaltungsverfahren und Sozialgesetzbuch, ZRP 1979, S. 105 ff., 106, 109. また、「第三の柱」理論については、vgl. z.B., P. Stelkens/M. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl., Einleitung, Rn. 69 f.; 第一〇編制定当時からこのコンセプトは、他方で社会法領域の独自性を顧慮することも併せ持っていた。第一〇編の制定をめぐる議論の詳細については、別稿を予定している。

- (10) 高木・註(5)自治研究六四卷(一九八八年)二二号一三三三〜一三四頁。

一 法改正の内容と理由

(一)「聴聞瑕疵の治癒」をめぐる法構造

第一〇編二四条に基づいて行われるべき聴聞義務が懈怠されているとき、または、十分に行われていないときは、聴聞瑕疵が存在する。たとえば、権利を侵害する決定を行う前に聴聞を行わなかった場合や(懈怠されている場合)、

適切な期間を設定せず、当事者がその責めなくして期間を守れなかった場合、行政庁が決定にとって重要な事実を関係人に包括的に告げなかった場合、または当事者によってなされた申立が決定において無視されている場合など（十分に行われていない場合。以下ではこれらの場合も含めて「懈怠された聴聞」と総称する。）⁽¹⁾が挙げられる。

このような聴聞の瑕疵が存在する場合には、当該行政行為は不服申立てまたは取消訴訟によって取り消されうる。従来、第一〇編四二条一文によれば、内容的に異なった決定が行われない場合には、手続的瑕疵のみを理由として取り消しを請求することはできなかったが、今回の改正（以下、「新版四二条一文」という。）⁽²⁾により、連邦行政手続法新版四六条と同様に、手続的瑕疵がある場合は、その瑕疵が決定に影響しないことが明らかの場合にも単独で取り消しを主張することができないことになった。⁽³⁾

ただし、聴聞瑕疵の場合には、このことは当てはまらない。第一〇編四二条二文によれば、連邦行政手続法四六条とは異なり、聴聞瑕疵はそれのみで取消が主張できる「絶対的な手続瑕疵（absoluter Verfahrensmangel）」⁽⁴⁾だからである。この規定は今回の改正後もそのまま残されている。

このように、聴聞義務違反については、行政決定が実体法上適法に行われたかどうかにかかわらず、裁判所は行政行為を違法として取り消さなければならないので、第一〇編においては、その他の手続瑕疵と異なって、聴聞義務の違反は法の結果においても特別な意義を有しており、また、その点で社会行政手続法の独自性が存在するといわれている。⁽⁷⁾

しかしながら、このような絶対的な手続瑕疵に基づく取り消し請求権は、「手続的瑕疵の追完」とそれによる「手続的瑕疵の治癒」という制度により、発動されない可能性を与えられている。

第一〇編四一条一項は六つの場合の瑕疵について処分後の追完を認めている。そのうち三号によれば、⁽⁸⁾必要な聴聞

が追完される場合には、その瑕疵は治癒され、もはや当該決定の取り消しを主張することはできないのである。

それゆえ、追完がいかなる時点まで許されるのかという点が、この聴聞瑕疵に対する絶対的な手続瑕疵に基づく取り消し請求権の存在意義を無に帰せしめることになるかどうかの實質的な争点となる。この点について、従来の四一条二項は一九九六年改正前の連邦行政手続法四五条二項と同様、不服申立手続の終結までまたは訴えの提起までという時間的な制限を設けていたのに対し、今回の四一条二項の改正（以下、「新版四一条二項」という。）は、「社会裁判手続または行政裁判手続の最終の事実審まで」時間的制限を拡大したのであった。⁽⁹⁾

ここで留意しておくべき点は、今回の改正によって、行政の支配領域においてのみ手続的瑕疵の治癒が可能であるとする考え方は廃止されたという点であろう。⁽¹⁰⁾ この修正のために、社会裁判所法一一四条二項には、行政手続の促進のために裁判手続を停止することを可能とする規定も追加された。⁽¹¹⁾

(二) 制定の経緯と理由

第一〇編制定当時の政府草案においては、当初、聴聞瑕疵の絶対的な手続瑕疵に基づく取り消し請求権の規定が欠けており、すでに制定されていた連邦行政手続法四六条と全く同内容の規定が提案されていた。⁽¹²⁾ 連邦参議院に提出された時点での政府の立法理由においてはとくに具体的な理由付けはなされていなかった。⁽¹³⁾ 追完の時間的制限についても、「前置手続の終結までか、または訴訟提起まで」という従来の連邦行政手続法四五条二項と同様の規定が置かれており、これについても特別な理由付けはなされていなかった。⁽¹⁴⁾

追完の時間的制限については草案の規定がそのまま採用された一方で、労働社会委員会の決定勧告および報告に基づいて、新たに、聴聞瑕疵を絶対的な手続瑕疵とする規定（政府草案四〇条二文）と瑕疵の治癒が認められる事由の

追加規定（政府草案三九条一項六号）が挿入された。¹⁶⁵現在通用している第一〇編四二条二文および四一条一項六号である。

前者についての委員会の勧告理由は以下の通りである。¹⁶⁶

「二文の添加は、連邦社会裁判所の恒常的な裁判例を考慮している（一九七八年一〇月三十一日の判決・2 RU 3978・、一九七九年五月二日の判決・2 RU 979・を参照）。基本権に高められた法的審問の原則（基本法一〇三条一項）の社会行政の手續における法律上の確定でもって（社会法典総則三四条、今や社会法典第一〇編の二三a条）、行政をも義務づける法治国家原理に鑑み、かつそれを通じた核心における人間の尊厳の確保のために、行政手續における法的審問を、関係人の権利への侵害がなされるべき場合には、いずれにせよ与えることが命じられているという、裁判例および学説において主張されている見解が考慮されている」。

このような修正がなされた点について、当時官補であったH. Schwampeは、すでに総則三四条において、その二項において許容されている聴聞の除外事由が例示的なものでなく限定列举と解されることによって展開されてきた特別な聴聞権の形成による市民の法的地位の強化があったことから、その他の手續法に対して、市民の法的地位の全く注目すべきさらなる改善が現れたと指摘していた。¹⁶⁸連邦社会裁判所の厳格な裁判例は、今や法律に表現された、と。¹⁶⁹

それでは、一般行政手續法と社会行政手續法とでなぜこういった相違が存在しているのか、いいかえれば、なぜ社会行政手續法においては一般行政手續法に見られないより厳格な規定が挿入されなければならないのか。その理由は、学説と相互に影響を与え合いつつ社会裁判所において独自に展開されてきた裁判例の積み重ねという歴史経緯に求められよう。¹⁷⁰H. Schwampeが、「聴聞原則は法治国家的に認められている人間の尊厳の発露としてその濫用には等しい規律に基づいてサンクションが置かれるという特性を有しているのであり、このことからむしろ連邦行政手續法お

よび租税手続法の改正が怠られているのではないかという疑念を持つことが許される。」と述べるように、このような規定は本来、普遍的に手続法に通用する法理ではなからうか。

連邦社会裁判所は、このようにして、聴聞に高い意義を認める絶対的な手続瑕疵に基づく取り消し請求権を形成してきたが、他方で不服申立手続の終結まで聴聞瑕疵の追完を認めることを許容してきた。草案の規定していた時間的制限については修正なく採用されているが、これについても従来からの連邦社会裁判所の裁判例の積み重ねがあった。

連邦社会裁判所第二部は、すでに一九七七年七月二八日の判決において、裁判手続における聴聞の追完可能性を排除する根拠として、社会行政の手続において生ずる市民と行政の間の信頼関係を強化するという聴聞の目的を挙げている。²¹⁾ 不意打ち決定から市民を守り、行政への信頼を強化するためには、行政決定の前に聴聞を行うことが必要である。しかしドイツ法に特徴的であるのは、このような目的は不服申立手続においても実現されるという考え方が広く通用してきたことであり、その点は一般行政手続法の場合と同様であった。²²⁾ 当該連邦社会裁判所判決は、右のような聴聞の目的は、行政手続がすでに終結している場合には、もはや実現され得ないこと、また、行政決定の公正性の確保という一般行政手続法領域においても指摘される根拠に加えて、さらに、当該行政決定を審理している裁判所よりも非常に広い裁量余地が行政に存在する多数のあり得る事案形成が社会給付領域には主要である点を挙げる。それゆえ、聴聞の有効な追完は行政手続においてのみ許容されるということが聴聞の意義および目的からして不可避的に必要である、と。²³⁾

このような発想は、裁判手続係属中にも聴聞瑕疵の追完が行われていた状況を前提にして初めて理解できるものである。²⁴⁾ 連邦社会裁判所は、そのような当時の行政実務に対し、聴聞義務を除外する事由を限定し、聴聞瑕疵に基づ

く絶対的な取り消し請求権を認め、その追完に対する時間的限定をつけることにより、聴聞の目的・意義を實現することを試みてきたといえよう。

(三) 法改正の理由

すでに述べたような聴聞瑕疵に対する絶対的な手続瑕疵に基づく取り消し請求権の意義は、今回の改正により事実審の最終まで聴聞瑕疵の追完が許されることとなったため、より相対的なものとなった。⁶⁵ それゆえ、このような相対化をもたらす聴聞瑕疵の治癒の時間的制限を拡大する今回の改正を正当化する理由がぜひとも必要であるように思われる。

しかしながら、これらの修正がなぜ必要であるのかという点について、立法者は、単に許認可手続促進法による連邦行政手続法の規定に合わせる (*anpassen*) ためとしか説明しておらず、⁶⁶ 具体的な理由をそこに見いだすことはできない。それでは、連邦行政手続法旧版四五条の修正の理由、とりわけなぜ裁判手続においても行政庁による手続的瑕疵の治癒が許されるのか、という点について、連邦政府はどのように説明していたのであろうか。

連邦行政手続法の改正を含めた許認可手続促進法の立法理由においては、投資計画およびインフラ整備プロジェクトの許認可の際の迅速な行政手続は重要な立地要素であり、行政庁が円滑に決定をする場合にのみ、企業が迅速かつ市場に応じて投資決定を實現できると述べられている。

しかし、そのことと手続的瑕疵の治癒の規定を改正する論理的連関は説明されておらず、ただ、同時に行われる行政裁判所法九四条の規定の追加によって、行政裁判における行政決定の後の修正が裁判上も可能とされること、裁判費用の決定の枠組みにおいて、行政裁判手続において初めて生じた手続的・形式的瑕疵の治癒が関係人の負担となら

ないことが考慮されている、との記述があるのみである。²⁷⁾

そこで、許認可手続促進法にあわせて行われた行政裁判所法の第六修正法律による関連する修正規定を見てみよう。行政裁判所法八七条一項には、行政に手続的及び形式的な瑕疵の治癒についての機会を与えることを準備手続において裁判長に可能にする第七号が追加された。²⁸⁾ また、行政裁判所法九四条二文は、手続的および形式的瑕疵の治癒のための手続の中断を可能にしている。

その目的は、行政裁判所法八七条一項七号の追加により、実体的な結果において「正しい」行政行為は手続瑕疵を認容する取消判決によって取り消されなければならないけれども、その後新たに発付され、諸事情の下でもう一度当該行政行為が裁判上の審査に服されるということが避けられるものである。²⁹⁾ また、行政裁判所法九四条二文の追加により、同種の事案において繰り返される裁判上の争いを回避し、法的紛争の迅速な解決に奉仕することである。³⁰⁾ ここでは、裁判手続における行政決定の治癒の可能性は裁判所の負担軽減に奉仕する、という見方が基盤となっていた。³¹⁾

F. Hulén は、そもその修正理由はむしろ、許認可手続促進法の制定という法政策において明らかであるとして、次のように指摘する。

一九九〇年代の半ばに行政手続は（経済）政策の圧力の下に陥った。複雑な手続と手続瑕疵のリアクションは、投資の妨げの原因として、そして規制緩和のやりがいのある対象とみなされた。すなわち、ほぼすべての価格をめぐる許認可手続の促進は、立地保証の道具になった。³²⁾ このような背景の下で許認可手続促進法は、投資を阻害する原因としての手続問題の解決を手続の簡素化それ自体ではなく、手続瑕疵の可能性を無に帰しめるという方法を採用したのであった、と。³³⁾

以上のような連邦行政手続法の改正理由は社会行政手続法における右のような改正を正当化しうるのか。社会行政手続法の一般行政手続法との何らかの法理論的な相違が存在するという立場、また、そのような立場にかかわりなく一般的に行政手続法の意義を重視する立場からしても、このような問いは必然的に提起されざるを得ない問題であったと思われる。

- (1) Harald Pickel, *Lehrbuch des sozialrechtlichen Verwaltungsverfahrens*, 2. Aufl., Wiesbaden 1985, S. 220、聴聞されるべき関係人の専門家による必要な相談・助言 (Hinzuziehung) が怠られている場合にも、懈怠された聴聞が問題になる。Horst Barfels, *Die Anhörung Beteiligter im Verwaltungsverfahren*, Berlin 1985, S. 120.
- (2) 第一〇編新版四二条一文「第四〇条に基づいて無効とならない行政行為については、手続、形式または場所的管轄権に関する規定の違反が事案における決定に影響を与えなかったことが明白である場合には、これらの規定に違反して成立したという理由だけから取り消されることはできない。」
- (3) 連邦行政手続法と同様、手続経済の観点からである。Dirk Wachsell, in: Björn Diering/Hinnerk Timme/Dirk Waschull(Hrsg.), *Sozialgesetzbuch X, Lehr- und Praxiskommentar(LPK-SGB X)*, 1. Aufl., Baden-Baden 2004, §42, Rn. 1; BFDr. 7/910, S. 66. 連邦四六条の改正について、詳細は、山田・前掲「はじめに」註(一)論文二五頁以下を参照。
- (4) 第四二条一文は「第一文は、必要な聴聞が怠られているか、または、有効に追完されていない場合には、適用されない。」と定める。
- (5) D. Waschull, *LPK-SGB X*, §42 Rn. 14.
- (6) たてえは、J. Kurtは、当該規定は社会手続における聴聞の高い意義を示すものであると指摘している。Jochen Kurt, *Erlass und Bekanntgabe von Verwaltungsakten nach dem SGB X*, SGB 1995, S. 288 ff., 291.
- (7) Joachim Breuer, *Die Anhörung im sozialrechtlichen Verfahren - Versuch einer Bilanz*, BG 2002, S. 259 ff., 265. 連邦邦

政手続法四六条にはこのような文言は存在しない。

- (8) 第四一条第一項は手続および形式の瑕疵の治癒について次のように定める。「第四〇条に基づいて行政行為を無効としない手続規定または形式規定の違反については、次の各号に掲げる場合には顧慮されない。一 行政行為の発付に必要な申請が後になされたとき、二 必要とされる理由付記が後になされたとき、三 必要とされる関係人の聴聞が追完されたとき、四 行政行為の発布のために参与が必要とされている委員会の決議が後になされたとき、五 必要とされている他の官庁の参与が追完されたとき、六 必要とされている関係人の（医者・専門家などへの）相談・助言（Hinzuziehung）が追完されたとき。」

- (9) 第一〇編新版四一条二項は「第一項第二号から第六号までの行為は、社会裁判手続または行政裁判手続の最終の事実審までに追完することができる。」と定める。

- (10) Dagnar Felix, Die Relativierung von Verfahrensrechten im Sozialverwaltungsverfahren - Kritische Anmerkungen zur Neufassung der §§41 und 42 SGB X, NZS 2001, S. 341 ff., 342.

- (11) 社会裁判所法一一四条二項は次のように定める。「申請に基づき、裁判所は、手続の集中化に役立つ限り、手続的瑕疵および形式的瑕疵の治癒についての審理を留保することができる。」当該規定は、一九九六年十一月の第六行政裁判所法の修正に関する法律により追加された八七条一項二文七号と九四条二文に対応していた。Vgl. Jens Meyer-Ladewig, Sozialgerichtsgesetz Kommentar(SGG), 7. neuar. Aufl., München 2002, §114 Rn. 1, 3b.

- (12) Wolfgang Rüfer, in: Georg Wannagat(Hrsg.), Kommentar zum Recht des Sozialgesetzbuchs, Zehntes Buch Erstes Kapitel(SGB X/1), §42, Rn. 4. 政府草案四〇条は次のように規定していた。「第三八条に基づいて無効とならない行政行為については、事案においてその他の決定が行われることができなかったであろう場合には、手続、形式または場所的管轄に関する規定に違反して成立したという理由だけから、その取り消しを求めることができなく。」Vgl. BR-Dr. 170/78, S. 14.

- (13) BR-Dr. 170/78, S. 33.

- (14) 政府草案三九条二項。連邦行政手続法の政府草案の理由書によれば、一号を除いた各号は、「部分的に従来支配的な行政法学とは異なって、しかし法治国家原理の本質のより深められた解釈上の根拠から」上に述べたような時間的制限が課

- るたれいふ説明をたれいふ。BT-Dr. 7/910, zu §41, S. 66. 詳細は「海老沢・前掲「はじめに」註(3)書三〇頁以下。
- (9) W. Rüfner, in: G. Wannagat, SGB X/1, §42, Rn. 4.
- (10) 後者にたれいふたれいふの直接の問題ではなからぬので扱わなからぬ。
- (11) BT-Dr. 8/4022, S. 82. 新旧の連邦行政手続法四六条にはなからぬこの規定は、第一〇編が発効する前にすでに確定されてた「そいつ」等説におごとも同意が見られてた。本文に掲げた連邦社会裁判所の裁判例を考慮したものであるという。
- BT-Dr. 8/4022, S. 89. Vgl. auch H. Bartels, a. a. O., S. 130.
- (12) 第一〇編二四條二項に掲げられてる聴聞義務の除外事由が限定列举と解されてるのには、連邦社会裁判所の裁判例が結実したためとせよとせよ。Vgl. M. von Wulffen, in: M. von Wulffen(Hrsg), SGB X, 5. Aufl. München 2005, §24 Rn. 11.
- (13) Herbert Schwampe, §34 SGB I ist tot, es lebe §24 SGB X - Ein Bedeutungswandel?, BG 1981, S. 97 f., 98.
- (14) W. Rüfner, a. a. O., §42, Rn. 4.
- (15) BSG, Urt. vom 28. 7. 1977 - 2 RU 31/77 -, SozR 1200 §34 Nr. 2, S. 8. J. Brauer, BG 2002, S. 266.
- (16) 連邦行政手続法の制定当時の状況から明らかである。海老沢・前掲「はじめに」註(3)書三二頁以下を参照。
- (17) BSG, SozR 1200 §34 Nr. 2, S. 10.
- (18) J. Nehls, たれいふ「異議申立」手続における懈怠をたれた聴聞の追完についで始めて述べた判決はBSG Urt. vom 28. 7. 1977 - 2 RU 30/77 -, BSG SozR 1200 §34 Nr. 1, S. 2であるという。後の連邦社会裁判所の裁判例からの点をたびたび確認してた。Vgl. BSG Urt. vom 31. 10. 1978 - 2 RU 39/78 -, BSG SozR 1200 §34 Nr. 4, S. 21; BSG Urt. vom 1. 3. 1979 - 6 Rha 17/77 -, BSG SozR 1200 §34 Nr. 8, S. 41; BSG Urt. vom 24. 7. 1980 - 5 RkNU 1/79 -, BSG SozR 1200 §34 Nr. 12, S. 55. 制定当時の裁判例の動向はたれいふ「Jürgen Nehls, Die Rechtsprechung des BSG zur Anhörung, NVwZ 1982, S. 494 ff.」を参照。連邦社会裁判所のたれいふような立場は現在に至るまで基本的に引き継がれてるという。また「vgl. BSG Urt. vom 26. 9. 1991 - 4 RK 4/91 -, BSG SozR 3-1300 §24 Nr. 4, S. 5; BSG Urt. vom 22. 11. 1984 - 2 RU 53/83 -, BSG SozR 1300 §24 Nr. 6, S. 11; Horst Peters, in: Horst Peters und Hubertus Hommel, Sozialgesetzbuch: Verwaltungsverfahren(SGB X) Kommentar, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, §24 Rn. 32 ff.

- (5) D. Felix, NZS 2001, S. 346. D. Felixは、なおも聴聞瑕疵の場合の特別規定は残されているものの、その治愈可能性が事実上無限定に拡大したものにすぎないとの規定が適用される余地は著しく減少するのではないかと指摘している。
- (6) BR-Dr. 531/00, S. 147.
- (7) BT-Dr. 13/1445, zur Änderung des §45 Abs. 2 VwVfG. F. O. Koppによれば、治愈のどのような時間的制限の廃止にも匹敵する新規定の目的は、それによつてとりわけあらゆる許認可手続において促進するために、誤つて瑕疵と思われた行政手続の抵抗力のなを (die vermeintliche Fehleranfälligkeit von Verwaltungsverfahren) を減らすことであつた。Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG 8. Aufl., §45 Rn. 33.
- (8) Sechstes Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze, BGBl. I S. 1626 ff., 1627.
- (9) BR-Dr. 30/96, S. 26.
- (10) BR-Dr. 30/96, S. 27.
- (11) 改正の経緯については、vgl. Hans-Peter Schmieszek, Sechstes Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze(6. VwGOÄndG), NVwZ 1996, S. 1151 ff., 1155. 社会裁判所法改正のきっかけであつた行政裁判所法の両規定は、すべし二〇〇一年に削除された。これについては(11)の註(8)を参照せよ。
- (12) Friedhelm Hüfen, Heilung und Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern, Jus 1999, S. 313 ff., 314.
- (13) F. Hüfen, Jus 1999, S. 315.

二 学説の対応

一 でみた法改正に対し、学説は強い懸念を表明している。「社会行政手続における手続法の相対化」というテーマで当該改正に対する包括的な批判を試みたD. Felixの議論を中心に、その批判内容を考察していこう。

(一) 改正目的に対する批判

まず指摘されるのは、改正目的に対する疑問である。D. Felixは、一九九六年の連邦行政手続法の改正規定への統一という今回の改正目的に疑問を呈し、次のように述べる。

一九九六年の連邦行政手続法の改正を正当化し、当該改正をも支える立法者の目的設定は、社会法においては意味を持っていない。なぜなら、場合によっては懈怠されている第三者の聴聞にもかかわらず許認可を申請している市民に安定した法的地位を得させるということは問題にならないからである。むしろ、社会法においては社会給付主体と市民の間の二面関係の存在が通常である。⁽²⁾たとえば負担的行政行為である年金剥奪決定が問題となる場合、第一〇編四一条の適用が可能であるが、このような場合に、二項が定めているような広範な治癒の可能性は、経済政策的な議論によってもその背後に存在する市民の基本権該当性によっても正当化され得ない。また、たとえ行政手続の迅速化を特別な許認可手続の状況とはかかわりなく改正目的としようとする場合でも、瑕疵の治癒を簡素化してこれを実現する必然性は存在しない。なぜなら、実体的に適法な負担的行政行為の取り消しが手続的瑕疵のみの結果により重大な時間的遅延をもたらす、ということ回避するのは、社会裁判所法九六条⁽³⁾によって達成されるからである、と。⁽⁴⁾

この批判はもつともであろう。にもかかわらずこのような改正が可能となるのは、おそらく「一般行政手続法との統一」という理由だけでさしあたり根拠づけることができるからであろう。第一〇編の法典化の問題点を検討した「Theme」によれば、第一〇編は、その固有の手続規定とその限りで必要な個別の部分における手続規定を与えられ、その際、可能な限り密接に連邦行政手続法に連結させ、社会法の目的適合的な規律の利益において提供されているところのみ、連邦行政手続法とは異なる規定をおくこととされたという。⁽⁶⁾このような第一〇編の法典化の作業過程で形成されてきた、連邦行政手続法にできる限り統一した社会行政手続法の制定というコンセンサスは現在も生き続け

ているのである。⁽⁷⁾

しかしながら、このような経緯からしても、連邦行政手続法の規定への統一は自動的に行われるものではなく、相違の論拠として政府草案において挙げられていた「社会法の独自性」の検討が常に必要なものではなからうか。⁽⁸⁾

(二) 法効果に対する批判

次に指摘されるのは、時間的制限がほとんどなくなつた結果、治癒の可能性が非常に拡大されることによつて、手続法の実務上の重要性とその基本権保護機能が弱められるという点である。⁽⁹⁾ なぜなら、行政庁は市民の権利保護のために存在する手続規定の遵守をリスクなくして怠ることが可能だからである。⁽¹⁰⁾ D. Felixは、次のように述べる。そもそも従来から、不服申立手続においても聴聞瑕疵を治癒する可能性が存在することで聴聞義務の有効性の価値は減じられていた。手続規定の違反が区別されず、手続段階とは無関係に治癒されることができるところには、このような規範を顧慮しようとする行政庁の用意は薄れる。そうして、正しい手続を遵守しなければますますリスクはなくなる、⁽¹¹⁾と。

従来の実務のありようを批判的に見る者からすれば、今回の改正による聴聞手続の相対化の拡大は聴聞制度の意義をますます失わしめ、市民が行政決定へ影響を与える機会を失わせる危険をますます生じさせることになる。それゆえ、この疑念は憲法上の観点からも提起されることとなる。⁽¹²⁾

D. Felixは、憲法上の疑念を以下のようにまとめている。

市民がその立場を主張することができなければならないという結果、これが行政決定に実際になお影響を与えることができるということが基本法上命じられている最小限 (Minimum) に属する場合には、聴聞の追完を社会裁判

所および行政裁判所の最終の事実審の終結まで可能とする第一〇編新版四一条二項は、なおも憲法に一致しているものとして評価されることができるといふか、という疑問が提起されざるを得ない。¹⁰³

その疑問は学説において通例基本法一九条四項に鑑みて、すなわち、その都度該当する基本権と法治国家原理を用いる規定により主張される。いわゆる法事実上の衡量が、納得のいく決定理論上の仮説としてだけでなく、法の重要な時点として——最終的にはここでは経験上の疑問が問題である——評価される場合には、第一〇編旧版四一条二項の改正規定は憲法の前に存在することができない実体的な基本権の地位の過度の危険を意味する。連邦憲法裁判所は、なるほど立法者がいくつかの考えられうる解決の下でもっともよいものを選択したかどうかを審査することはできない。しかし、瑕疵の適切な補償 (*angemessene Kompensation des Fehlers*) を実際に不可能になるようにさせる時間的には結局無期限の治癒の可能性により、立法者はその形成裁量 (*Gestaltungsspielraum*) ——または正確にはそのサンクショ形成裁量を超えてしまったといつてよいであろう、と。¹⁰⁴

今回の改正により、行政の法への拘束は相対化されたが、¹⁰⁵ 聴聞義務自体が変更されたり、相対化されたわけではない。¹⁰⁶ 関係人の権利を侵害する行政行為が行われる場合には聴聞が行われなければならないということが憲法上保障されている最低限の水準であるとすれば、¹⁰⁷ 聴聞義務が存在する点でぎりぎり憲法違反とまではいえないが時間的制限が実質的になくサンクションに欠け限りなく聴聞が行われない状況になるといふ点で憲法上強い疑問が表明されるのであろう。¹⁰⁸ このことは、憲法上保障されている市民の行政に対する参加のあり方が後退したということも意味する。市民が自らの立場を行政手続に反映させ、これに決定的に影響を与えることが、聴聞の意義ととらえられているからである。¹⁰⁹ このような聴聞に対する理解を徹底すれば、追完された聴聞よりも権利の侵害が行われる前の聴聞の方が、潜

在的な有効性においてさらに優っていることができる。今回の改正に対する批判論者にはこういった問題意識が根本においてみられる。そもそも瑕疵の治癒制度それ自体がこういった意味での聴聞の意義を損なうものと解されるが、従来の立法や通説、裁判例は、不服申立手続は行政の責任領域にあるので関係人はなおも決定に影響を与えることができるという論理により、処分後の聴聞瑕疵の追完を正当化していたのであった。

このようにして、従来、聴聞瑕疵の追完の時間的な限界についての問題は、憲法上の問題とはされなかった。聴聞制度においていう「事前」の意味は、行政手続および不服申立手続の一連の流れにおいて、裁判手続の開始「前に」聴聞が行われるのであれば、「事前」ということができるということである。むしろ、連邦行政手続法当時の議論からすれば、その時点ではじめて「不服申立手続の終結まで」手続的瑕疵の追完が可能とされたのであり、それまでの行政に対する法によるいつその拘束とみなされたであろう。これを第一〇編制定の際にも引き継いだわけである。手続は本来副次的なものであり、裁判手続においてこそ個人の権利保護が図られるという伝統的思想がなおも支配するドイツ法において当然に許容され得たこの時間的制限の問題は、数十年を経て、出発点へ後退したということになる。H. Pragmannは、一九五四年の社会扶助の権利性について述べた判決を引用し、次のようにいう。「聴聞は『道徳的義務』に縮小され、『法の担い手』としての市民は決定受領者に格下げされる。」と。

このようにして、今回の改正により、聴聞および聴聞瑕疵の治癒の制度の存在意義が改めて問われることとなった。

(三) 裁判官の中立性に対する批判

以上の点に加えてさらに指摘されているのは、同時に行われた社会裁判所法一一四条一項二文の改正ともかわかわつて、社会裁判権は本来の役割を失うという点である。

二〇〇一年一〇月二三日から二五日にかけて行われた第三三回連邦社会裁判所の裁判官週間において、「社会行政手続」が議論された。²⁰¹

連邦憲法裁判所裁判官Udo Steinerは、当該大会における講演において、次のような見解を展開した。社会裁判所は従来よりもっと事実関係探知者の役割に押しやられるだろうということ、第一〇編四二条二項の実務上の価値は失われたこと、そして、今回の改正目的は社会法には当たらない、と。²⁰²また、新版の実現の一環として行われた社会裁判所法の改正にも触れ、これにより、行政と市民との間の「武器対等性」はもはや存在しなくなったのであり、基本法の司法担保請求権には憲法違反の侵害がなされている。「核心において、新たな法は、裁判官と、手続当事者に対する等しい隔たりを伴うそのニュートラルな裁判所としての裁判官の自己理解・自明性を傷つけている」、と指摘する。「裁判官は『行政の援助者』であるつもりはない。」と。²⁰³このように、U. Steinerは、裁判官の中立性という観点からも、この改正は裁判官を行政への援助者として機能させるものだとして、その憲法適合性に疑問を呈していた。²⁰⁴

このようにして、今回の改正は「市民の不利益に逆行した」との見方が大勢であり、憲法裁判所の裁判官からもその問題点が強く批判されていたのであったが、それではこの問題に直面した連邦社会裁判所はどのように対応したのであろうか。²⁰⁵

- (1) BR-Dt. 531/00, S. 147, 158.
- (2) 社会法においても第三者効を有する行政行為はもちろん存在するが、そのような事案は例外を形成するという。D. Felix, NZS 2001, S. 345, Fn. 87.

- (3) 社会裁判所法九六条は「訴訟提起後の新たな決定」という見出しで次のように規定している。第一項「訴えの提起後、当該行政行為が新たな行政行為によって変更されまたは補充される場合には、新たな行政行為も手続の対象となる。」、第二項「新たな行政行為の写しは手続が継続している裁判所に告知されなければならない。」。当該規定により、新たな（二度目の）行政決定は自動的に係属中の訴訟手続の対象となるので、重大な時間的な遅延は生じない。その目的は、全部の事案に関する迅速かつ委曲を尽くした決定を可能にすることである。Vgl. J. Meyer-Ladewig, SGG, 7. Aufl., §96 Rn. 1. S. Pawlakによれば、当該規定は、原告が継続中の手続への信頼において新たな行政行為に固有に異議を唱えず、それによつてやむを得ざる手続を怠った場合に生ずる不利益から原告を保護することを目的としてゐるが (Stefan Pawlak, in: Werner Henning(Hrsg.), Sozialgerichtsgesetz(SGG), Kommentar mit Nebenrecht, München, §96, Rn. 7.)、より本質的には訴訟経済の観点でもさるべし。Vgl. J. Meyer-Ladewig, SGG, 7. Aufl., §96 Rn. 1. のような規定は、財政裁判所法にも見られなくやうである。D. Felix, NZS 2001, S. 346, Fn. 92.
- (4) D. Felix, NZS 2001, S. 345 f. なお、第一〇編新版四六条一項に対する批判も展開してゐるがこゝでは触れなす。Ders., NZS 2001, S. 346.
- (5) AngleichungをAnpassungとさる用語が用ゐられる。Vgl. z. B., BR-Dr. 531/00, S. 147.
- (6) Werner Thieme, Aktuelle Probleme des sozialrechtlichen Verwaltungsverfahrens, SGB 1977, S. 1. 一九七八年には、連邦政府は、関係の専門家委員会によつて決議された第一〇編の草案を連邦政府の提案として連邦参議院に提出した。そこには二九の相違について、一般的な論拠として、「社会法の独自性 (Besonderheit)」が挙げられてゐた。Vgl. BR-Dr. 170/78, S. 1 ff.
- (7) 第一〇編の社会行政手続法と連邦行政手続法との関係の概略は、たとえば、D. Waschull, LPK-SGB X, Einleitung, Rn. 15.を参照。また、第一〇編制定一〇周年を振り返り、行政手続法の統一と相違の問題を検討する、Ralf Stober, Gebotene Einheit und bestehende Differenzierungen des Verwaltungsverfahrenrechts im SGB, SGB 1990, S. 225 ff. は、この問題を詳細に検討している。なお、一九九六年の連邦行政手続法の改正過程において、H. J. Bonkは、委員会での公聴会の席で、租税通則法および第一〇編を改正される連邦行政手続法に合わせるよう勧めたことう。Vgl. Franz Bielefeld, Das soziale Verwaltungsverfahren des SGB X, Baden-Baden 1997, S. 42.

- (8) D. Waschullは、今日では、事実上または回避すべきなら、領域に特殊な手続法上の独自性の確保と拡大の傾向は避けられず、またそれによりも増大していると指摘している。D. Waschull, LPK-SGB X, Einleitung, Rn. 15.
- (9) D. Felix, NZS 2001, S. 344.
- (10) S. Wiesner, in: M. von Wilfen, SGB X, 5. Aufl., §41 Rn. 10.
- (11) D. Felix, NZS 2001, S. 344. 連邦行政手続法四五条二項の改正以前から、すでに不服申立手続における手続的瑕疵の治愈については批判がなされてきたが、その焦点は、とりわけ、行政庁の決定が一度存在するならば、そこには当事者の負担となる状況、すなわち、追完に対してより有利となる新たな決定をほとんど導くことができないであろう状態の固定化が招来されるという点にあった。Vgl. F. Bielefeld, a. a. O., S. 92, auch, Friedrich K. Schoch, Heilung unterliehener Anhörung im Verwaltungsverfahren durch Widerspruchsverfahren?, NVwZ 1983, S. 250 f., 252.; F. Hüfen, Heilung und Unbeachtlichkeit grundrechtsrelevanter Verfahrensfehler?, NJW 1982, S. 2165. K. Redekerは、法的聴聞の違反が効果がなくというところを知っている行政庁は、しばしば煩わしくかつ時間を消費する義務をおろそかにし、そのうち完全にやめることにならざるや指摘している。Konrad Redeker, Neue Experiment mit der VwGO?, NVwZ 1996, S. 521 ff., 523. 社会法に於けるこの点を経験していることについては、vgl. z. B. Walter Krebs, Kompensation von Verwaltungsverfahrensfehlern durch gerichtlichen Rechtsschutz? - Zur Problematik des §46 VwVfG des Bundes und der Länder - DVBl. 1984, S. 109 ff., 114; J. Nehls, NVwZ 1982, S. 494 ff., 495 f.
- (12) Vgl. Ewald Eisenberg, Die Anhörung des Bürgers im Verwaltungsverfahren und die Begründungspflicht für Verwaltungsakte, Baden-Baden 1999, S. 217. und Fn. 709. 連邦行政手続法四五条二項の改正をめぐることは、市民に対する重大な不利益をもたらすものではないとの評価がある一方で、憲法上の観点から疑問を呈する評価がある。前者については、vgl. z. B. H. Schmitz/F. Wessendorf, NVwZ 1996, S. 955 ff., 958; H.-P. Schmieszek, NVwZ 1996, S. 1155; H. Schmitz 及び F. Wessendorfは、連邦行政手続法二八条が効果を失い、意図的に懈怠された聴聞がサンクションがないために通用するとう危険は机上の空論のように思われると指摘していた。これに対し、憲法上の疑念を提起するものとして、vgl. z. B. Christian-Dietrich Bracher, Nachholung der Anhörung bis zum Abschluß des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens? - Zur Verfassungsmäßigkeit von §45 Abs. 2 VwVfG -, DVBl. 1997, S. 534 ff., 535; Armin Hatje, Die Heilung formell

rechtswidriger Verwaltungsakte im Prozeß als Mittel der Verfahrensbeschleunigung, DÖV 1997, S. 477 ff., 483; K. Redeker, NVwZ 1996, S. 521 ff., 523; Helge Sodan, Unbeachtlichkeit und Heilung von Verfahrens- und Formfehlern, DVBl. 1999, S. 729 ff., 736 ff.; Jörg Berkemann, Verwaltungsprozessrecht auf »neuen Wegen?«, DVBl. 1996, S. 446 ff., 448; W. Krebs, DVBl. 1984, S. 109 ff., 116; Heinz Joachim Bonk, Strukturelle Änderungen des Verwaltungsverfahrens durch das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz, NVwZ 1997, S. 320 ff., 324 f.; F. Hufen, Jus 1999, S. 313 ff., 314; S. Wiesner, SGB X, 5. Aufl., §41 Rn. 10. Vgl. auch, Köpp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) Kommentar, 8. Aufl., München 2003, §45 Rn. 4. 一九九六年の連邦行政手続法の改正にかかる専門家の意見聴取においては、部分的に、とりわけ理由付記の追完について、憲法上の疑念が主張されていたように。Vgl. H. Schmitz/F. Wessendorf, NVwZ 1996, S. 955 ff., S. 958.

- (13) D. Felix, NZS 2001, S. 345. 彼は、すでに旧版においてこのような時点は「最終の限界」と評されていたことを指摘する。Vgl. Dieter Grimm, Verfahrenfehler als Grundrechtsverstöße, NVwZ 1985, S. 865 ff., 872. 最終的な行政の決定に追完される聴聞がなおも実際に影響を与えることができるかどうかについては問題であるが、その判断基準は、開かれた決定状況が再度作られることができるかどうか、そしてその機会が存在する結果、行政は追完された聴聞を根拠にしてその見解を変更するかどうか、である。この問題は法的な問題ではなく、事実上の問題であるとも指摘している。すなわち、形式的に開始されている「行政心理学的な存続力」(verwaltungspsychologische Bestandskraft)と「現実的瑕疵の治癒」が問題である。これらの概念については、vgl. F. Hufen, NJW 1982, S. 2165. また、この論文は、海老沢・前掲「はじめに」註(三)書三三三頁以下で紹介されている。

(14) D. Felix, NZS 2001, S. 341 ff., 345. Vgl. auch, J. Berkemann, DVBl. 1996, S. 446 ff., 448.

(15) H. Sodan, DVBl. 1999, S. 729 ff., 736 ff., S. 737.

(16) S. Wiesner, in: M. von Wulffen, SGB X, 5. Aufl., §41 Rn. 10.

(17) Z. B., Werner Thieme, in: G. Wannagat, SGB X/1, §24 Rn. 2; M. von Wulffen, SGB X, 5. Aufl., §24 Rn. 2. E. Eisenbergは、行政手続法への憲法法の強い反射は、フランス法秩序に対するドイツ法のもっとも目立つ固有性であると指摘する。彼は行政手続法の憲法上の諸根拠および連邦憲法裁判所の果たした役割について概略している。Vgl. E. Eisenberg, a. a.

O., S. 99 ff.

(18) C.-D. Bracherは明確に、連邦行政手続法新版四五条一項は法治国家原理および基本法一九条四項に適合可能ではないと指摘している。Ders. DVBl. 1997, S. 538. また、H. Sodanも、法治国家原理に一致しうる規定ではおそらくないであろうとする。Ders. DVBl. 1999, S. 738. Zu einer "verfassungsrechtlichen Fragwürdigkeit", J. Berkmann, S. 448. 憲法違反とまではいえないが、法政策上の疑念から、行政庁が手続的義務を課せられており、これが違反され、基本権の地位が侵害されている場合には、当該規定は憲法適合的に解釈及び適用されなければならないというものとして、z.B. H. J. Bonk, NVwZ 1997, S. 325. 憲法適合的な適用の例として、行政庁が治癒の可能性を濫用する場合には、新版四五条二項を適用しなかつた M. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG 6. Aufl., §45 Rn. 27. つれに疑問を呈する見解として、Hubert Meyer, in: Hans Joachim Knock(Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz(VwVfG) Kommentar, 7. überar. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 2000, §45 Rn. 45; F. O. Köppel, 法政策上の疑念をいうが、当該規定による状況は連邦行政手続法制定前の状態と同様であること、また第二の決定により行政裁判係属中に行政庁は当該規定と同様の可能性が存在していたことを考慮して、違憲とはいえないと指摘する。Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG 8. Aufl. §45 Rn. 35.

(19) Vgl. z. B. F. K. Schoch, NVwZ 1983, S. 249, 252. 連邦行政手続法四五条一項の改正以前にも連邦行政裁判所においてこの点は確認されていた。BVerwGE 37, S. 307 ff., 312 f. それゆえ、旧版四五条一項三号は、このような聴聞の意義の相対化 (Relativierung) をもたらすものという観点から批判されていた。Vgl. z. B. K. Redeker, 1996, S. 521 ff., 523.

(20) 連邦行政手続法四五条の立法過程については、海老沢・前掲「はじめに」註(3)書三〇頁以下を参照。

(21) Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG 8. Aufl. §45 Rn. 5; auch E. Eisenberg, a. a. O., S. 217. E. Eisenbergは、「裁判手続の終結まで懈怠された手続活動の追完を許容することについては、個々人の主観的権利が最終的に裁判上の権利保護を通じて保障される、そしてそれと並んで、手続違反および形式違反は重要ではないという考え方が、いかに強くドイツの法秩序に根付いているかを明らかにする。」と指摘している。

(22) Hermann Plagemann, Fragen des Verfahrensrechts im Meinungsstreit zwischen Bundesverwaltungsgericht und Bundessozialgericht, in: Schmidt-Altmann(Hrsg.), Festschriftenbeitrag aus Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, Köln, Berlin, Bonn, München 2003, S. 59 ff., 61.

ドイツ社会法における聴聞の瑕疵の治癒論の現在 (大沢)

②③ S. Wiesner, in: M. von Wulffen, SGB X, 5. Aufl. §41 Rn. 10.

②④ 連邦社会裁判所の裁判長であるM. von Wulffenは、大会開始の挨拶に当たり、このテーマが採り上げられた理由を次のように述べていた。

行政手続の意義は単なる手続問題にとどまるのではなく、実体法の実現に存する。手続問題は「奉仕法」(dienendes Recht)に分類される単なる要式の問題(Suitfrage)ではなくて、「公正な手続」(faies Verfahren)を保障し、それにより当事者の基本権の保護をも目的とするものでなくてはならないであろう。この請求権が公正(gerecht)になるためには、手続法の規範の回避または弱体化を防ぐ保護およびサンクションシステムが必要である。その限りで、第一〇編の包括的な改正によって開始された手続的瑕疵および形式的瑕疵の治癒の最終の事実審終結までの可能性には疑念を持つ価値があり、大会の経過においてその背後関係が探られうる。たとえば、第一〇編二四条一項の聴聞の義務づけがさらに切味のなまったサンクションの道具(stumpfes Instrumentarium der Sanktionierung)によって後退されたのかどうか、という疑問がぜひ提起されよう。 Bericht von: Jürgen Beck, 33. Richterwoche des Bundessozialgerichts vom 23. bis 15. Oktober 2001 in Kassel, NZS 2002, S. 190 ff., 190; auch, vgl. Siegfried Löffler, BSG-Richterwoche, Verfahrensrecht oft zu spröde, aber dringend erforderlich BSG-Richterwoche als „Übersetzungshilfe“, SGB 2001, S. 775 ff., 775. M. von Wulffenは、手続の迅速化という見方でもって根拠づけられる立法変更は、もちろん、専門の学説においてすでに、立法改正の合憲性に対する疑念のような重大な疑念まで引き起こした、という評価を示している。二〇〇三年の社会法年報においては、M. von Wulffenにより、諸事情の下での疑問が提示される場合でも、社会行政の原理的な法律への拘束がなおも存在し続けるのであり、従来の行政実務の継続への期待が表明されたという。Reinmund Schmidt-de Caluwe, Das Sozialverfahrensrecht(SGB X) in Rechtsprechung und Literatur, Jahrbuch des Sozialrechts der Gegenwart Bd. 25(2003), S. 441 ff., 441.

②⑤ Udo Steiner, Verwaltungsverfahren und Grundrechte, NZS 2002, S. 113 ff., S. 116.

②⑥ U. Steiner, NZS 2002, S. 113 ff., 118. Vgl. H. Sodan, DVBl 1999, S. 729 ff., 738. D. Waschull, in: U. Steinerの言及のうきに、連邦社会裁判所の新版に対するリアクションの根拠を見ることかびきると指摘している。Ders., LPK-SGB X, §41 Rn. 14.

(27) H. Sodan は、連邦行政手続法四五条二項の改正を補うために行われた行政裁判所法八七条一項二文七号について、これは裁判官の中立性という原則の観点から見ると、立法者によって行政の援助者として濫用されてはならないとし、憲法適合性に疑問を提起していた。H. Sodan, DVBl. 1999, S. 729 ff.; 736 ff. Vgl. auch J. Berkemann DVBl. 1998, S. 448; K. Redeker, NVwZ 1996, S. 523; Schenke, NJW 1997, S. 86. 行政裁判所法八七条一項二文七号および九四条二文は憲法上保障されている裁判官の中立性に鑑みて重大な憲法上の疑念にさらされていたことに加え、実務においてもその有効性の実証がなされなかったという点から、行政訴訟における上訴権の処理についての法律 (Gesetzes zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess) によりすでに削除されている。Vgl. F.O.Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsgesichtsordnung (VwGO) Kommentar, 13. neuau. Aufl., München 2003, §87 Rn. 1 und §94 Rn. 1, 政府の提案理由には後者の点のみ挙げられている。Vgl. BT-Dr. 14/7474, S. 15. 削除の経緯について詳細は、vgl. Beate Kienemund, Das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess, NJW 2002, S. 1231 ff., 1237. なお、行政裁判所法の第六改正法によるこれらの規定の追加の際、裁判所による行政庁への肩入れ (Parteilnahme) が助長されることはないとの説明がなされた。Vgl. H.-P. Schmueszek, NVwZ 1996, S. 1155.

(28) D. Felix, NZS 2001, S. 346.

(29) D. Felix は、それゆえこのような状況において、「対応する規定の寛大な解釈をする傾向にある」(ここでは連邦社会裁判所の四一条二項に対する見解を意図しているが)「裁判例があり得る濫用に十分な限界付けをするかどうか」は少なくとも疑われうると述べていた。D. Felix, NZS 2001, S. 347.