



<論説>抗告訴訟提起の要件：
権利侵害の問題を中心として

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2009-08-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 村上, 義弘 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24729/00002432

抗告訴訟提起の要件

——権利侵害の問題を中心として——

村 上 義 弘

序 論

我が国の行政訴訟に於ける訴の提起の要件の一つとして、多くの人々は、権利の侵害の存する事をあげる。旧憲法では、「行政官庁の違法の処分により、権利を傷害せられたりとするの訴訟」が行政裁判所の裁判に属するとされてきた。しかし日本国憲法の規定にはこの様な規定がなく、裁判所法第三条によれば、裁判所は「一切の法律上の争訟」を裁判すると規定し、又行政事件訴訟特例法も権利を毀損されたことを要件とする明文の規定をもっていない。しかも学説の多くは、相変らず権利の毀損を出訴の要件としている。例えば田中教授は「処分が相手方の権利を毀損するものであること。処分が違法であつても、相手方の権利を毀損しない場合には出訴し得ない」とされ、又渡辺教授は「行政訴訟は、行政庁の違法な処分によつて権利を侵害せられたとする者から、被告である行政庁の所在地を管轄する裁判所に対して提起せられる」と述べて居られる。更に詳しく杉村（章）教授は「抗告訴訟において、原告適格を有する者は、当該処分によつて権利を毀損せられたものでなければならぬ。…毀損せられた権利は公権とは限らず私権

でもよいが、単純な法の反射的利益を侵害されたというだけでは訴訟要件を具備したものとはいえない。但し明白な自由権の侵害は権利毀損の要件を充すものといえよう」と述べて居られる。³⁾⁴⁾

又判例にも右と同じ趣旨によると思われるものが存在する。例えば、免職処分における被処分者に有利な違法と右処分の取消を求める訴について、

「国家公務員法第八十二条による懲戒免職を受くべき事由のある公務員に対し、それよりも被処分者にとつて有利な同法第七十八条による免職がなされた場合において、それが右第七十八条所定の事由に該当せず、同条による処分としては違法であつたとしても、それは処分者にとつて有利な違法でなんらの権利を侵害したものであるから、被処分者には右免職の取消を求める法律上の利益はないといわねばならない」(大阪地方二四行一二四27・5・6 例集三の四(107))。勿論この判例は、結論に於て正当であるけれども、「権利を侵害したものでないから」としている点に於て、右の学説と同趣旨と考えられる。更に又、皇居外苑使用許可申請拒否処分の取消を求める訴について、

「各人(法人その他団体を含む)が皇居外苑を使用できるのは、公共福祉用財産である右外苑を管理する厚生大臣が、これを直接公共の用に供しなければならぬ行政上の義務を負い、その義務を履行した結果の反射的利益にすぎないものであり、各人の権利としての外苑の使用は、厚生大臣の管理規則に基く許可によつてはじめて設定されるものと解すべきであるから、右外苑の使用許可申請が厚生大臣によつて違法に拒否されたとしても、これによつて申請者の外苑についてのなんらかの使用権限が侵害されたことになるものではなく、したがつて、右申請者は右使用拒否の処分の取消を訴求する法律上の利益を有しないものといわなければならない」(東京地方二八行二四28・

更に又、登記簿上の所有名義人に対する行政処分と当該所有名義人に関する訴について、

「抗告訴訟の原告は、当該行政処分により権利を毀損されたものでなければならぬし、登記簿上所有名義人となつていても、現に所有者でないものは、権利保護の利益がない」(名古屋地方二三(行)四23・8・11月報一〇・(150))と判旨している。

しかし近年に至つて、出訴の要件として必ずしも権利の侵害を要件としていないと読まれる判決が存する。例えば昭和二七年四月一七日の東京高裁の判決は、次の如く述べている。

「自己が解放農地の売渡を受け得る適格者であることを主張する第三者は、買収農地につき自作農創設特別措置法第一七条の規定により買受の申込をした者でなくても、右農地の売渡計画の取消を訴求することが出来る。…控訴人は、自己が本件農地の売渡を受け得る適格者であることを主張し、右甲に対する売渡計画の取消を求めているものと解すべきであるから、これについて正当の利益を有するものと認むるべきものであつて、この点については、控訴人の適格を否定すべき理由はない」(東京高等二六(ネ)二二〇六 27・4・17 例集三の三(65))。

この判決は、原告が農地の売渡を受け得る可能性が権利であるか否かというような事に立入らずに、右のような主張をなす第三者は、農地売渡計画取消請求訴訟の原告適格を有するとしていのである。このことは、権利の侵害が存在するならば原告適格が認められることはもちろんであるが、そうでなくて、利益の存するにすぎないときにおいても、場合によつては、抗告訴訟の原告適格を認めようとする主旨の様に思われる。

そうとすれば、抗告訴訟に於て、必ず権利の侵害を必要とした旧行政裁判所当時における、或は又現在も尚学説及び一部判例の主張する所の説との差異及び変化はどの様に理解されるべきか。この点を旧制度下に於ける学説判例、ド

イツ、米國に於ける學說判例等を検討することによつて明かにしてみ度いと思う。

〔註〕

- (1) 田中二郎・行政争訟の法理八八頁。
- (2) 渡辺宗太郎・日本国行政法要論四三二頁。
- (3) 杉村章三郎・行政法要義下卷二一七頁。
- (4) 同旨、柳瀬良幹・行政法（角川全書）一八五頁。

旧憲法下に於ける學說判例

旧憲法下に於ては、同憲法第六一條が「行政官庁ノ違法ノ処分ニ由リ權利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ屬スヘキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限リニ在ラス」といふ、憲法自身が、行政訴訟には權利の傷害を必要とすると読まれる規定を為している。更に行政裁判所に出訴し得る事項を規定していた明治二三年法律第一〇六号に於ては、「法律ニ別段ノ規定アルモノヲ除ク外左ニ掲クル事件ニ付行政庁ノ違法処分ニ由リ權利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得」と規定している。右以外にも特別法の規定により、出訴し得る事項を原則として、權利の傷害あることを必要とすることを明記している。例えば道路法第五十八條は「本法又ハ本法ニ基キ發スル命令ニ基キテ發スル命令ニ規定シタル事項ニ付主務大臣又ハ管理者ノ為シタル違法処分ニ因リ權利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得」とし、鉱業法第八十九條は「鉱業ニ關スル出願ノ許可又ハ拒否ニ不服アル者ハ訴訟ヲ提起スルコトヲ得 違法ニ權利ヲ傷害セラレタリトスルトキハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得」とし、又漁業法第五十六條は「漁業ノ区域漁業權若ハ入漁權ノ範圍又ハ漁業ノ方法ニ

付漁業者ノ間ニ争アルトキハ関係者ヨリ行政庁ニ之ニ関スル裁決ヲ申請スルコトヲ得 前項ノ裁決ニ不服アル者ハ訴願ヲ提起シ違法ニ權利ヲ傷害セラレタリトスルトキハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得」と規定している。

かくして、旧行政裁判所當時に於ては、機関争訟及び選挙争訟に関する民衆争訟以外は、殆んど例外なく、「權利の毀損」を訴訟提起の要件とし、この点に関しては殆んど異論の余地が存しなかつた。この点につき佐々木博士は次の如く述べて居られる。「行政訴訟ハ行政処分ニ依テ權利ヲ侵害セラレタリトスル者ノ為スモノナリ。故ニ行政処分ヲ違法ナリトスルモ未タ直ニ行政訴訟ヲ提起スルヲ得ス。之ニ依テ權利ヲ侵害セラレタリトスルニ於テ始メテ行政訴訟ヲ提起スルヲ得。是レ訴願ト異ル。此ノ事タル憲法第六十一条及ヒ明治二十三年法律第百六号カ行政訴訟ノ制度ノ根本見地ヲ示スニ当テ權利ノ傷害又ハ毀損アル場合ナルコトヲ示スヨリ推知スヘシ。其ノ權利ハ公權タルモ私權タルモ可ナリ。然レトモ行政訴訟ヲ提起スルニハ違法ノ行政処分ニ依テ權利ヲ侵害セラレタル者ナルコトヲ以テ足り其ノ行政処分ノ相手方タルコトヲ要セス。實際ニ於テハ行政処分ニ依テ權利ヲ侵害セラレタル者ハ其ノ行政処分ノ相手方タルヲ多シトスルモ之ニ限ルニ非ス。故ニ他人ニ対スル行政処分ニ依テ權利ヲ侵害セラレタル者モ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得」と。又美濃部博士は次の如く述べて居られる。「行政訴訟は主として人民の權利の保護を目的とし、行政庁の違法処分によつて、其の權利を傷害せられた場合に、其の救済を得せしむるが為に認められるもので、憲法は其の趣旨を明言しているのである。」「機関争訟及び選挙に関する争訟を除くの外、総て行政訴訟を提起する為には、自己の權利を毀損せられたりと主張するものでなければならぬ。權利毀損に基づく抗告訴訟に在つては是れは当然であるのみならず、当事者訴訟の性質を有するものでも、終審としての行政訴訟は、常に前審の裁決に依つて權利を毀損せられたる者であることを要し、第一審としての先決問題の訴訟に在つても、工事其の他の作用により權利を毀損せら

れたりすることが、其の要件たるものである」と。

判例はこのことを具体的事例につき次の如く判示している。即ち、

「確定セル権利ヲ有スル者ニ非サレハ権利ヲ毀損セラレタリト称シテ出訴スルコトヲ得ス」(明治二五年三月五日、二五年三卷五〇頁)

「直接ニ権利ヲ毀損セラルヘキ行政処分ヲ受ケタル場合ニ非サレハ明治二十三年法律第百六号ニヨリテ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ス」(明治三二年七月九日、三二年二六卷八〇頁)

又他人の温泉試掘に対する原状回復命令取消を違法なりとする訴につき、

「原告ノ主張自体ニ依ルモ繫争ノ処分ハ原告ノ権利ヲ傷害スルモノニ非ザルヲ以テ却可スベキモノトス」(昭和六年一二月二六日、判決録四二輯一二卷一三一〇頁)

又「道路法ニ依ル路線ノ認定処分ハ単ニ将来道路ト為ルベキ路線及其ノ種類ヲ定メ又ハ既設ノ道路ノ種類ヲ変更スルニ止マリ道路ノ施設若クハ併用開始等ヲ為スモノニ非ザルガ故ニ該処分ニ因リ直チニ権利毀損ノ結果ヲ生ズベキニ非ズ従ツテ該処分ニ対シテ直ニ行政訴訟ヲ提起スルハ同法ノ認許セザル所ト解スルヲ相当トス」(昭和六年一二月二三日判決録四二輯一二卷一二八七頁)と。

旧行政裁判所時代に於て、出訴の要件として、権利の毀損を必要としていたことについては以上の如く殆んど異論のない所であるが、しかし、次に当時のこの「権利」なるものの内容如何が明らかにされねばならない。

この「権利」について美濃部博士の説明は次の如くである。

「行政訴訟の理由として自己の権利を毀損せられたりとする場合の所謂権利は、必ずしも公権のみならず、私権を

も包含する。普通には、民事訴訟が私権の保護を目的とするものと思われているけれども、行政訴訟が全然私権の保護を目的としないものとする事は、正当の見解ではない。総て私権は一般私人に対して不可侵を主張し得べきものであると同時に、行政庁の権力に対しても不可侵を主張し得べきもので、此の点に於て総ての私権は同時に公権の要素を包含しているものという事が出来る。若し行政庁の処分によつて、違法に私権を侵害するならば、行政訴訟をもつて其の救済を求むることを得せしむることは当然でなければならぬ。

行政行為によつて私権の毀損せられることのあるのは、主としては所有権其の他の物権である。租税滞納処分に関する件、水利土木に関する件、土地の官民有区分の査定に関する件、土地収用に関する件の如きは、概ね所有権其の他の物権を毀損せられたとすることを其の理由と為すものである。併し債権の毀損も必ずしも行政訴訟の理由となり得ないではない。例えば租税滞納処分に依る債権の違法なる差押に対し、行政訴訟を提起し得ることは勿論、土地収用裁決に対しても、債権たる賃借権を有する者から自己の権利を毀損せられたとして、行政訴訟を提起し得ることがあり得る。

行政訴訟の通常の原因となるのは、公権の毀損である。其の公権には或は積極的内容を有する権利であることもあり、或は単に消極的の禁止的効力を有する自由権であることもある。前者に属するものは、其の内容はさまざまであり、例えば鉱業出願の不許可に対する訴訟は許可を受くる権利の毀損を理由とするものであり、鉱業権許可の取消、漁業免許の取消は鉱業権、漁業権を理由とするものであり、恩給に関する訴訟は恩給権の毀損を理由とするものである。其の他公物使用权・公企業経営権・公有水面埋立免許権の類は、何れも行政行為に依つて毀損せられた場合には行政訴訟の理由となり得る。後者に属するものは、違法に租税を賦課せられた場合、違法に営業を禁止せられた場合

違法に結社の解散を命ぜられた場合の類で、凡て違法に義務を課せられ、違法に行為の自由を制限せられた場合は、自由権の毀損として、若し他の要件が備わつて居れば、行政訴訟の正当な理由となり得るものである」と⁴⁾。

しかし右の様な説明で、「権利」のすべてが理解せらるるかは疑問である。特に公権については不充足である。公権については更に別に説明して居られる所を見ると次の如く述べて居られる。

「個人又は団体が国家に対して主張し得べき公法上の権利には、其の内容から見て、参政権・受益権・自由権の三種に分つ事が出来る。

(一) 参政権は国家の公務に参加し得ることを内容とする権利である。∴此等は何れも一面には其の者の義務として認めらるるものであるが、一面には其の者が公務に参加し得ることは同時に其の者の利益であることを認めらるるもので、其の者の権利たるの性質をも有する。

(二) 受益権又は積極的公権は国家から積極的の利益を受くることを内容とする権利である。専ら公益の為に設けられた国家的の施設に依つて、一般の人民が誰れでも等しく享有し得る権利は、唯所謂反射的利益又は法の反射であつて権利でない。∴例えば警察制度や刑罰制度に依つて社会の安寧秩序を保持し、河川を改修して水害を予防し、道路を築造して交通の便に供し、幣制を確立して経済生活を安定する等によつて、人民は其の利益を保護せらるることは勿論であるが、それ等は何れも全体の利益の為にするもので、人民がそれに依つて受くる所の利益は唯公益的制度の反射であるに止まり、権利の内容を為すものではない。積極的の公権又は受益権は、国家が公益の為にすると共に個人的の利益を認め、各個人をして自己の利益の為に国家に対し積極的に或る事を要求することを得せしむる場合に於いてのみ存するのである。(そしてこの権利を次の如く分類される)。(イ) 特定の行政行為を要求する権利(例え

ば許可を受くる権利、特許を求むる権利、公文書の閲覧を求め又は其の謄本の下付を求むる権利など。(ロ)営造物利用権。(ハ)公物使用権。(ニ)特許企業権。(ホ)公法上の金銭請求権。(ヘ)公法上の榮譽権。

(三)自由権は行政権に依り違法に個人又は団体の自然の自由を侵されないことを要求する権利である。積極的内容を有せず、単に消積的に行政権の違法の行使を拒否することを唯一の内容とすることに於いて、他の総ての権利と異なる特色を有する。受益権を積極的公権と称するならば、自由権は或は消積的公権と称することが出来る。臣民の自由権は憲法上に保障せられて居る所で、普通にこれを総括して、臣民は違法に其の自由及財産を侵されない権利を有するものと称するのであるが、其の所謂財産とは一切の権利を指す意味で、権利の代表的なものとして挙げられて居るのであり、即ち普通に自由権と称して居るのは、人民が違法に其の自然の自由を侵されない権利の外に、違法に其の財産権又はその他の権利を侵されない権利を含めて謂うのである⁵⁾。」

判例に於ては、訴を却下する場合には権利の侵害のない事をその理由として挙げるが、訴を認容する場合には、一々如何なる権利の侵害の存するかを判旨しない場合が殆んどである。従つて権利の内容を積極的に説明したものは少く、たゞ権利の毀損が必ずしも事実上権利を毀損されたものであることを要しないとする次のような判例がある。即ち甲乙同一漁場につき漁業免許を出願して、乙が免許せられ、甲は免許を拒まれた。甲は乙に対する免許を違法なりとして出訴したが、被告行政庁は、仮令それが違法であるとしても甲の権利を毀損したものでないから出訴の要件を備えないものであるとして妨訴抗弁したが、裁判所は現実に権利を毀損したものであることは訴訟の要件ではなく、権利の毀損が法律上可能である限り権利を毀損したものと主張して出訴出来るとし、

「漁業法第五十条ハ制度上絶対ニ権利ノ侵害ヲ生ジ得ベカラザルノ外事実上権利ヲ傷害セラレタルト否トヲ問ハズ

権利ヲ傷害セラレタリト主張スル者ハ行政訴訟ヲ提起シ得ル法意ト解スベキモノトス」(昭和二年一月二三日行政裁判所判決)。

右の外、裁判所が違法な警察許可の拒否、或は又違法な鉱業権漁業権の許可申請に対する拒否などの場合に常に出訴を認めていたことは、前に述べた美濃部博士の説かれていた所の公権を判例も観念していたものと解せられる。

しかし、右の判例にも既に見られるように、権利と云つても、明確な権利の侵害の存する場合にのみ原告適格を認めることは訴訟の提起を余りに制限することになることは既に充分意識されていたと思われる。そのことは次のような判例の趣旨にはつきり認められ、裁判所は、法律にいう権利という文字をゆるやかに解することによつて正確な意義に於て権利といふえない生活上の利益を傷害せられたに過ぎない場合でも、實際上の必要に応じ尚法律に所謂権利を毀損せられた場合に当るとしてこれを受理している。

例えば、知事が訴外某等に対して湖岸予約払下の許可処分をなしたのに対して、原告は其の予約払下地は水面であつて其処には原告等が水門及堰を設けて湖水を引用し灌漑の用に供していたので、それが払下処分によつて自分等の公水使用権を毀損するものであるとして取消を求むる行政訴訟を提起した。これに対して行政裁判所は原告の主張を入れて、

「右地所ハ原告カ之ヲ取得セル以前ニ於テ既ニ熟田ナリシコト明ナリ。而シテ既ニ熟田ナリトスレハ該地所ノ位置タル其ノ地先八郎湖ノ外地ニ用水ヲ得ルノ途ナキモノハ之ニ用水ヲ取りタルコト亦明カニシテ、随ツテ原告ハ該田地ヲ取得スルト同時ニ此ノ用水権ヲ取得シタルモノト謂ハサルヘカラス。然ラハ被告カ現ニ水門及堰節ヲ設クル係争地字吉崎ヲ何等ノ条件ヲ附セスシテ某々等ニ予約払下ヲ許可シタルハ原告ノ用水権ヲ無視シタルモノニシテ、即

チ明治二十三年法律第百六号ニ所謂違法処分ニ依リ權利ヲ毀損シタルモノト謂ハサルヲ得ス」(明治三九年一月一七日、三九年六三二頁)と。

又河川に水力電気工事が許可されたのに対し、附近の住民から、その河川の水流は同地方住民の唯一の運輸交通機関として木材、炭其の他の山産物及漁類を輸出し、同時に米・麦・塩・石油・酒・呉服・金物・雜貨等の生活必要品を輸入するために供用せられているものであるから、右の許可処分によつて水利権を毀損せられたものとして其の許可の取消を求むる訴訟を提起した。之に対して被告県知事は原告等は何等水利権を有するものでないとして、無訴権の抗弁をなしたが、裁判所は其の附近の地方住民は慣習上に河川使用の権利を有するものであるとして、

「地方住民ノ緊要缺クヘカラサル生産及營業ノ稼行ノ為ニ河川ヲ利用スル永年ノ慣行アル場合ニ於テ其ノ河川ニ水力電気工事ノ施設ヲ許可スル処分カ果シテ住民ノ利益ニ障害ヲ及ホスヘキモノナリヤ否ヤハ純然タル權利侵害ノ事實問題ニ屬ス」(明治四五年七月一三日、四五年九六六頁)と。

住民が古來其の飲用水として山林中から湧出する河川を使用していたが、某会社が河の流量調査の為に測量を為すことの許可を受けたのに対し、其の住民から其の測量の為に飲用水が濁つて飲用を不可能ならしむるから右の許可処分は違法に住民の權利を毀損するものであるとして、その取消の訴を起した。裁判所は、其の住民に慣習上の河川使用権のあることを認め、

「河ノ流量調査ノ許可処分ニ依リ其ノ流水飲用権ヲ違法ニ侵害セラレタトスル訴ハ明治二十三年法律第百六号ニ所謂水利ニ関スル事件ニ付行政庁ノ違法処分ニ因リ權利ヲ毀損セラレタリトスル訴ニシテ適法ナリ」(大正三年一月二三日、三年一四一三頁)と。

又県知事は、甲乙両村の村長からの共同申請に基づいて山田樋管の移転改築工事を許可した。之に対して丙村村長はこれは同村長の管理にぞくする山畑樋管の水量を甚だしく減少するもので、その許可処分取消の訴を起したが、右の許可処分は丙村井組の権利を毀損するものであるとして、

「樋管ノ移転其ノ他ノ工事ニシテ他ノ井組ノ用水ニ損害ヲ及ホスモノハ之ヲ許可セサル永年ノ慣行アリ各井組ハ該慣行ニ従ヒ各其ノ灌漑用水ヲ引用スルノ権利ヲ有スト認ムヘキ場合ニ於テ行政庁カアル井組ニ許可シタル工事カ該慣行ニ反シ他ノ井組ノ用水ニ大ナル損害ヲ被ラシムルモノナルニ於テハ公益上重大ナル理由アル場合ヲ除クノ外該処分ハ違法ナリ」(昭和五年四月二四日、判決録四一輯四卷五八七頁)と。

更に又、某木材株式会社は庄川の上流に一万町歩余の山林を有し、その川筋において、毎年一定の期間知事の許可を受けて流木して来たが、県知事が某電気会社に庄川の水利使用堰堤工事施行を許可した為に、木材の流送が不可能になつた。因つて違法に会社の権利を毀損したものととして、木材会社から県知事を被告として許可処分の取消を求むる行政訴訟を提起した。之に対して県知事の側においては、庄川の流木は富山県令「河川流木規定」に依り県知事から許可を受けた者だけが之を為し得るのである。而して原告木材会社に対しては、従来毎年一定の期間其の許可を与えて来たが、それは唯その特定期間だけで訴訟提起の当時は其の許可を受けて居らず、従つて未だ流木権を得て居らぬのであるから、仮令流材が不可能になつても毀損せらるべき権利もなく、訴訟提起の要件を缺いているものと主張した。行政裁判所は被告の主張を斥けて、

「河川法ノ準用セラルル河川ニ於テ其ノ準用以前ヨリ川倉ヲ設ケ同川ヨリ分流スル用水路ヲ利用シテ貯木場ヲ設置シ年々其ノ流域所在ノ山林ヲ伐採シタル木材ノ流送ヲ為シ来リタル者ハ木材流送ノ為ノ同川使用ニ付特殊利益ヲ有

スルモノト認ムヘク斯克ノ如キ利益ハ河川法第六十条ニ所謂權利ニ該当スルモノト解スルヲ相当トス（昭和七年一月二〇日、判決録四三輯一一卷一一〇五頁）と判示した。

このように行政裁判所は権利の概念を広く解釈することにより、救済を広く認めることに努力して来たけれども、しかし、旧行政裁判所のとつて来た理論的な方向は、あくまで抗告訴訟の要件として権利の毀損を前提とし、実際的な必要と調和する為にこの権利の觀念を広くゆるやかに解するという立場をとつて来たと見られる。

〔註〕

- (1) 佐々木惣一・改版日本行政法総論 五九九―六〇〇頁。
- (2) 美濃部達吉・行政法上 八八〇頁。
- (3) 同右 九四五頁。
- (4) 同右 九四五―九四六頁。
- (5) 同右 一二四頁以下。
- (6) 原龍之助・行政訴訟の要件としての権利毀損（公法雜誌第一卷十一号）。

ドイツに於ける学説

(1) 第二次大戦前　ドイツに於ける行政裁判制度は各時代により異り、又各ラントにより異り、しかもその各々に於て複雑多岐な学説判例が多数に存する。従つて本問題についてすべてそれらに関する詳細な検討を為し、これを紹介することは不可能であり、又その意義も少い。それ故こゝでは主な学説を検討することにより、その大体の傾向を明かにすることにしたい。

メンガーも述べているように¹⁾、ドイツ行政裁判所は百年以上の歴史を有するけれども、学問上その本質に関する統

一の見解は遂に形成されなかつた。しかし、行政裁判所制度に関する多様な学説の中から次のような三つの主な傾向を見出すことが出来る。

ドイツに於ても、行政訴訟の許さるべきや否やが争われた時代に於ては、行政訴訟は唯権利を保護する為の手段であるとされていた。又其の後学説が発達するに及んでも、通常、行政裁判の觀念を定めるには、尚権利の保護を以て其の目的及び存在理由と見做されていた。²⁾しかし行政法の区域に於ては、「権利」なるものの範圍は甚だ不明確で、就中、公権の觀念に至つては不確定甚だしきもので、行政訴訟の實際に於ては、必ずしも一般に「権利」と認められない多くの法によつて保護された利益が出訴事項となるべきであるとする考えが次第に有力となつた。³⁾こゝに於て行政訴訟は必ずしも権利の存在を必要とせず単に法を維持し、法規秩序を保護するが為に存するという説が広く行われるようになった。この傾向を更に極端に押しすすめたのがオット・マイヤー等の学説である。⁴⁾

先ず、これらの人々は行政訴訟に於ける行政裁判所の判決を所謂能動的な (aktivem) 行政であると觀念した。⁵⁾オット・マイヤーによれば、行政訴訟は全く行政の範圍に属する作用であつて、其の司法の区域に於て發達した或る法律上の形式を準用することによつてその名称は正当であるけれども、之に依つて其が行政の範圍に属することを妨げるものではない。そして、行政訴訟は唯法の宣言に相当する場合にのみ行うことを得ると定めることは出来るけれども行政訴訟は唯法の宣言だけを行い、裁定だけを發するということは決して其の必要な要素でないとした。そして、行政訴訟、行政裁判所、行政争訟手続、行政裁判の判決をそれぞれ次の如く定義した。即ち「行政訴訟—当事者手続に於て行政行為を發する官憲的行為。行政裁判所—当事者手続に於ける行政行為を發することをもつて任ぜられている行政部に属する官庁。行政訴訟手続—行政事件に於ける当事者手続。行政裁判の判決—当事者手続から生ずる行政行為」⁶⁾

と。この学説にとつては行政官庁と行政裁判所の間に行爲の本質から来る如何なる差別も対立も認められない。大体に於てプロイセンの国土の上に成長したこの学説は多くの学者によつて支持されて来た。これらの意見によれば、行政裁判所によつて取扱われる行政訴訟事項並びに解決さるべき事件の種類及び範囲は立法者の自由な選択によつてきめられる⁷⁾。それ故にその結果、一般に行政裁判所によつて自由裁量の問題の判決も許されるということが、このように把握された行政裁判所の本質に合致すると考えられる⁸⁾。しかし乍らこの理論をドイツの行政裁判所の地位及び本質に普遍的に適用することの可能性は疑わしい。というのは一連のドイツの法律の實定法上の規定に於ては、行政裁判所の機能は、一義的に、法的コントロールに限られていたからである⁹⁾。従つて第二の学説はこのような見解に反対する。

第二の学説を代表するのがオット・フォン・ザルグワイである¹⁰⁾。彼は行政訴訟の本質を、行政裁判の方法で、国家が、行政とは分離せられた行政裁判所によつて公権の侵害に対して国民を保護する点にあると見る。この学説にあつては、行政訴訟を行政機関による国民の権利の侵害に対して国民を保護する点にあるとする点から、必然的に抗告訴訟提起の要件として権利の侵害のあることが前提とされる。しかし、前にも述べた如く、行政法の区域に於ては「權利」なるものの範囲は不明確で、就中、公権の觀念に至つては甚だ不確定で、行政訴訟の實際に於て、この理論を貫くことは困難であつた。そこでこれらの学説は、或は、イエーリングの説く所に従つて、苟くも法の秩序で以て利益を保護せられた場合は、常に権利が成立するものであるとし、権利の觀念を広く認めることにより、このように實際上起り来る困難を克服せんとした。この学説はレーニンゲなど行政裁判所の初期の時代に於て多くの支持者を發見するのである¹¹⁾が、近くにあつては、フリードリッヒ・ギーゼ¹²⁾やフランツ・イエルサレム¹³⁾がその支持者である。ゲ・イエ

リネークも、「公権論」に於て、「行政訴訟を提起する者は自己の権利の保護を欲するか、或は国家の権利の保護を欲するか。健全な法学上の認識は、只自己の権利の保護の為にのみ行政訴訟を提起するものであることを是認する」とい¹⁴⁾、行政訴訟を権利の保護にあると考へていたこの説を支持するものと考えられる。

これらの学説に対して第三説は、行政裁判の課題を行政に規準を与える客観的な法の維持と、行政機関の侵害に対する個人の権利の保護の兩者にあると見る。即ち行政訴訟は公法の区域に於ける請求及び羈束に関する争を決定するもので、行政裁判の作用は法の宣言であると考え¹⁵⁾る。行政裁判の作用を「法の宣言」としたベルナツィツク、行政裁判の対象として「法的争訟」(Rechtsstreitigkeit)であることを挙げているワルター・イエリネーク、更にフライナー、ゲオルグ・マイヤーがこの学説に属する¹⁶⁾。フライナーは行政裁判所の任務を法の宣言であるとして、次の如く述べている。即ち「行政法を宣言することを委託されているその機関(即ち行政裁判所)は、たとえ外観上の地位は行政に属し、普通裁判所に属さなくとも、それはドイツの法律の明確な規定によれば、法的な機能を行う。即ちそれは争訟に際して、司法的に、即ち何が法律上正しいかを確認する¹⁷⁾」と。ゲ・マイヤーは又次の如く述べている。「行政裁判の目的は行政法規の維持である。行政裁判は行政行為(客観的な)法、即ち行政法規の命ずる通りに行われているという保障を与えるべきものである。行政裁判所がこの課題を充すことによつて、それは又同時に権利の保護の役割を果たすこととなる。何故ならずすべての権利は個々の法規から流出するものであるし、それ故に権利の侵害の場合にはすべて、又、法の規定に対する違反を含んでいるからである。更に又、権利の保護が行政裁判所の唯一の課題ではない。行政裁判所に於ては、それによつて権利が設立されるのではなく、たゞ権利について規定せずに公益のために命令を与えているにすぎないような多くの法原則が審理される。このような規定の維持も亦行政裁判所に委ねられているの

である。¹⁸⁾しかし、彼は行政庁の自由裁量の行為の審理は行政裁判所の管轄から除外する。¹⁹⁾これらは畢竟比較的広い範圍の意味を含む法の宣言の觀念に歸する。各個の場合に何が法なるかを宣言するには、或は権利が基礎であることが出来るし、或は法律行為その他どんなものでも宣言を羈束するものは法の宣言の基礎となり得る。従つて行政訴訟をこのように理解する見解にあつては、行政訴訟を権利の保護とする見解と異つて、必ずしも国民の「権利」がその根拠となる必要のないばかりか、原告に具体的な訴の利益の存在することの必要もないことを意味する。しかし、このような立場では理論的に民衆訴訟も広く認めなければならないこととなる。この傾向をフライナーは次の如く述べている。即ち「ドイツに於ける行政裁判の創設は、国民の権利（私権、公権（所有権・自由権・選挙権）を行政官庁の過誤（Irrtum）や濫用に対して保護すべき努力に端を發している。その為、今日、猶、すべてのドイツの行政裁判所法には、行政訴訟の重なる課題として、国民の権利の保護についていつている。しかし、（實際上の必要から）徐々にその信念は血路を開いて、objektivな法規の保護が正に重要な行政裁判の関心事でなければならぬということになつた。しかも、行政裁判手続に於ける公の利益の代表者の許容、即ち民衆訴訟を承認することによつて、そして遂に（列挙的な方法によつて為された法律の枠内で）国民の如何なる権利にも基づかない、法規の保護に対する、行政裁判所の権限の明確な拡張によつてこの考え方は現実のものとなつた²⁰⁾」と。

〔註〕

- (1) Christian-Friedrich Menger : System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954, S.17.
- (2) Otto Mayer : Deutsches Verwaltungsrecht, 2 auf. Bd I S. 134.
- (3) 同 右
- (4) この学説に属する者として、メンガーは次の人々を挙げる。Otto Mayer : Deutsches Verwaltungsrecht, 3 auf. Bd I, S. 131

ff., Otto Mueller : Die Begriff der Verwaltungsrechtspflege und des Verwaltungsstreitverfahrens, Berlin 1895, S. 11f., 27f., 39, Karl Friedrichs : Verwaltungspflege Bd I, Berlin 1920f., S. 3ff., Paul Schoen : Deutsches Verwaltungsrecht in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, herausgeg. von Franz von Holzendorf und Josef Kohler, 7. aufl. Muehen, Leipzig u. Berlin 1914, Bd. 4 S. 193-317 (293f.), Philipp Zorn : Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtbarkeit, VerwArch. 2 (1894) S. 74-47, Rudolf von Gneist : Verwaltung Justitz Rechtsweg, Staatsverwaltung und Selbstverwaltung nach englischen und deutschen Verhältnissen, Berlin 1896, insbesondere S. 171-190. Vgl. Menger : a.a.O.S. 17.

- (5) Menger : a.a.O.S. 18.
- (6) O. Mayer : a.a.O. (2 aufl.) S. 141.
- (7) Menger : a.a.O.S. 18.
- (8) 同 右
- (9) 同 右
- (10) Otto von Sarwey : Das öffentliche Recht und die Verwaltungspflege, Tübingen 1880, S. 73ff. (inshes. 79). Vgl. Menger : a.a.O.S. 19, Anm. 16.
- (11) Menger : a.a.O.S. 19.
- (12) Friedrich Giese : Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8. aufl. 1931. Art. 107 Anm. I, Vgl. Menger : a.a.O.S. 19.
- (13) Franz W. Jerusalem : Das Verwaltungsrecht und der neue Staat, Festschrift für Rudolf Hubner, 1935, S. 124ff. (149) ; 参見理 ders. : Grundriß des Verwaltungsrechts, Frankfurt/Main 1947 S. 100. Vgl. Menger : a.a.O.S. 19.
- (14) Georg Jellinek : System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 80.
- (15) Walter Jellinek : Verwaltungsrecht, 2 Aufl. S. 291.
- (16) メンガーなどの他のこの学説に属する人として次の人々を挙ぐる。
Karl Frhr. von Stengel : Die Verwaltungsgerichtbarkeit und die öffentlichen Rechte, VerwArch. 3 (1895) S. 177 ff. (202, 207), 参見理ヒヤンシヨフ Meyer-Anschütz : Staatsrecht II S. 787f., Rudolf Hernritt : Österreichisches Verwaltungsrecht, Wien 1925 S. 131ff. (133). 参見 Ernest Forsthoff : Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I : Allgemeine Teil, 2 aufl.,

München und Berlin 1951 S. 403. Vgl. Menger : a.a.O.S. 19, Anm. 21.

- (17) Fritz Fleiner : Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 3 aufl. S. 237.
- (18) Georg Meyer : Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Erster Teil, 4 aufl. München und Leipzig 1913 S. 79.
- (19) G. Meyer : a.a.O.S. 80 Anm. 4.
- (20) F. Fleiner : a.a.O.S. 243.

(2)第二次大戦後の西ドイツ

戦後の西ドイツに於て、行政裁判制度に起つた大きな変化は、行政裁判が司法権の一部とされる様になつたこと、又行政訴訟事項について一般条項が採用せられるようになったことである。¹⁾行政訴訟が司法権の一部と考えられたことによつて、行政訴訟をオット・マイヤーの述べた如く理解することは全く不可能であり、行政訴訟の作用は法の宣言として理解されるべきことは、司法の本質からして当然のことと考えられる。しかし、行政訴訟をあくまで国民の権利保護の制度と見做すか、広く「法の宣言」と見做すかという点に於ては如何であろう。先ず法律の文言を見てもよい。抗告訴訟について規定すると解釈されている基本法第十九条四項は次の如く規定する。「何人かが、公権力により権利を侵害されるときは、法的救済が与えられる」と。又ヘッセン憲法第二条第三項は、同じく、「何人かが公権力により権利を侵害されたと信ずるときは、法的救済が与えられる」とし、又ヴェルテンベルグ州バーデン憲法第九〇条は「害をこうむつたとする人に属する権利の侵害またはその人に属しない義務の負担を理由として行政官庁の命令及び処分に対し」行政裁判所に訴え得ると規定している。又行政裁判所法に於ては、バイエルン行政裁判所法第二十条は、「法律に別段の定めのないかぎり、自己に属する権利を主張する者、または、自己に義務を課せられたことを争うもののみが訴を提起することが出来る。公の団体の団体員としての地位及び個人の人的の法律上の地位は権利と

同視される」とし、ヘッセン、ブレーメン及びヴュルテンベルグバーテンでも「自己に属する権利を傷けられ、または自己の負うべきでない義務を課せられたと主張するとき」に抗告訴訟を提起出来るし、又 MRVO 165 (英地区) 軍政命令は「行政行為の取消を求めることは、その行政行為が違法であるが故に原告の権利を侵害している」ということを理由とする場合にかぎり認められる」とする。

これらの規定は、行政訴訟に、権利、殊に公権の主張を要するかという、戦前に於て争われていた問題を再燃せしめた。

これを判例についてみると、行政裁判所の判例では、行政訴訟の要件としての権利の問題に対して、正面から態度を明かにしたものは少く、多くの判例は「原告の権利」、「原告に属する権利」、「請求権」などというのみで、これらが権利を意味するものであることは、その理由からうかがわれるのみである。²⁾ しかし一九四九年三月八日の判決は次の如く述べている。「原告の利益を有する事項について、行政裁判所法によりその毀損が行政裁判所に訴えられるとされる事により新につくり出された権利でなく、却つて、裁判上追及される権利が、別の諸法規において定められていることを前提とする」と積極的に権利の毀損が存在することを要件とすることを明らかにしている。これに反して、ヴュルテンベルグバーデン上級裁判所の判例は、権利の主張を原則とするが行政訴訟の必須要件としていない。

一九四七年三月二五日の判決は、不行為訴訟の適法と、身分と権利との同視前掲(一九二〇頁法文参照)から結論して行政訴訟による救済は「もはや従前の意味に於ける権利に対してのみにかぎられるものではなく、その者の利益の範囲の全部に及ぶものでないとしても、法的範囲の全部に拡張される」とし、又一九四七年五月二三日の判決は「原告に負担せしめられるべきでない義務の賦課を理由とする抗告訴訟は、原告がその権利において傷けられることを要件

とするものでなく、法の違反が存すれば足る。しかし、このような場合を除いては、権利が訴訟の要件である」とした。しかし又、一九四八年四月二九日の判決は、行政裁判所法第三五条と第三六条の関係について、「抗告訴訟原告の権利の毀損が主張され得ない場合においては、常に、その争われる処分が抗告訴訟原告の法的に保護せられた利益に干渉するものであることを要する。もしも、純経済的な利益の毀損だけで足りるとするならば、結局民衆訴訟を適法とする事となるだろう」と判示している。

学説に於ては、クラインは基本法第十九条四項（前掲一九頁）の解釈として、「抗告訴訟の要件としては、権利を必要とせず、同条項にいう『レヒテ』はまた、『法的に保護せられた諸利益及反射権』を含む」とし、行政裁判所法の一般条項についても同じ解釈をとる。³⁾ 又ウイツテンも、抗告訴訟には権利の主張を必要とせず、不行為訴訟についてのみこれを要するとし、不行為訴訟については、実体的権利のみが問題となるとする。⁴⁾

又バッハオフは、とにかく個人的利益がある法規によつて保護せられておるとみとめられるときに、その者は、この利益の主張をなすべき意思の力が与えられている。いかなる法規がもつばら公益に奉仕し、いかなる法規がもつばらまたは公益と並んで、狭いまたは広いグループの個人的利益に奉仕することを目的とするかを決定することは、行政裁判所の主な対象であつたし、また将来もそうであろうと述べている。⁵⁾ 又メンガーは次の如く述べている。

「権利 (Recht) の下に何を理解するかの問題は非常に争われて来た。若干の裁判所及び学者は、こゝに公権 (ein subjektives öffentliches Recht) を要求する。⁶⁾ 目下非常に支配的な学説はこの見解を拒否する。この点については、一九五〇年、フランクフルト／マインに於ける三八回法律家會議の行政法部会に於て既に消極的な一致が存する。しかし乍ら重大な差異は、公権の代りに何が要求さるべきかという問題に関してである。法律の条文の解釈に使用されて

いる表現では、或は、『法の保護に値する個人的利益』(ein Rechtsschutz verdienendes Individualinteresse)、『正当な利益』(ein berechtigtes Interesse)、『法によつて承認せられた生活範囲』(ein von Recht anerkannter Lebenskreis)、『被害者の法的範囲』(die Rechtssphäre des Betroffenen)等いわれて居り、一様に不明瞭である。：我々はハンス・J・ボルフの、権利を、被患者 (Betroffen) の法的地位 (Rechtsstellung) 即ち法から生ずる権利義務の総体と理解する見解に従う。法的地位は、法治国に於て常に保護される資格がある。それは(ゲ・イエリネークの)所謂 status negativus 或は status libertatis 即ち明かに法原理的に保護されている自由権の総体である」と。

更に、又、ホルストホッフはこの点につき次の如く述べている。「個人はかくの如くして、行政に対して権利を侵害されたということを主張するのみならず、その法的利益を毀損されたということを主張出来る。：しかし権利と利益のこの区別は実行するのに必ずしも容易でなく、正に近代行政法にとつて、未解決の問題となつてゐる」と。

以上概観したところから見ると、戦後のドイツに於ては、行政裁判所が司法の一部と理解されている点に於ては争いはないけれども、訴の要件特に権利の毀損が必要か否かという点については甚だ見解が分かれているということが出来る。

〔註〕

- (1) Ernst Forsthoff : Lehrbuch des Verwaltungsrecht, Bd. 1, 4 Aufl., S. 423. 拙稿「行政の不行為に対する司法的救済」(続)、『経済研究第三号七一頁以下参照。
- (2) Otto Baerhof : Die Verwaltungsgewaltliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951, S. 81-82.
- (3) Friedrich Klein : Leitsätze des auf der 9. Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer erstatteten Berichts. DV 1949 S.612f.
- (4) Witten : Subjektives Recht und Ermessen. DV 1949. S. 342.

- (5) Bachof : a.a.O.S. 84f.
- (6) この見解に属する学者及判決例を次の如く挙げてゐる。
OVG Hamburg vom 26. April 1948, DV 1949 S. 69, VGH Kassel vom 16. März 1949, DV 1949 S. 439, Lehmann : Verwaltungsgerechtbarkeit, DV 1948 S. 134f., Hufnagl : VGG S. 131, Uie : BVGG S. 83, Werder-Labs-Ortmann : VGVO S. 65.
Vgl. Menger : a.a.O.S. 117 Anm. 9.
- (7) Menger : a.a.O.S. 117f.
- (8) Ernst Forsthoff : Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I Bd. 4 aufl. S. 411f.

米国に於ける行政事件訴訟

米国に於ける行政事件訴訟は、我が国及び欧洲大陸各国と異つて、古くから、司法裁判の一部として、原則的には民事事件と区別されることなく、発展して来た。従つて、米国に於ける行政事件訴訟提起の要件は何であるかの問題は、司法作用そのものがどの様に理解されるかの問題と、密接不可分の関連を有している。それ故、こゝでは、米国に於ける行政事件訴訟提起の要件は何かを正面から考察することなく、先ず広く、米国に於ける司法作用の概念を明かにし、その司法作用の概念から、行政事件訴訟はどの様に取り扱われているかを検討したい。

米国に於ける司法権を種々の判例は次の如く要約している。即ち「被告と、判決を求めて裁判所の前に事件 (case) を訴えた原告との間に、判断を決定し、そしてそれを宣言し、それを執行する裁判所の権能である」と。

連邦裁判所の裁判権を規定する米国憲法第三章第二条 (Article III section 2) は、司法権の権限を規定するに當つて、「cases」と「controversies」の用語を用いている。それ故、この「cases」や「controversies」に附せられている意味が司法権の限界並びに裁判所の裁判権能を決定する。そしてこの「case」の意味については、マーシャル判事は

次の如く宣言した。「司法権は、問題が case の形に於て提起された時にのみ行使される。そして case は当事者が法律によつて規定された形に於て (“in a form prescribed by law”) その権利を主張するときに於てのみ起る」と。又フィールド判事は case と controversy とを区別して、後者は私法的性質 (a civil nature) の訴訟のみを含む (これは刑事に対しての言葉であつて、行政事件はこの中に含まれると考えられる) としたが、同じく case や controversy を次の如く定義した。「case や controversy は権利の保護や強制、或は不法行為の防止、救済 (賠償)、懲罰の為に、法律又は慣習 (法) によつて定められた正規の手續によつて、判決を求めて裁判所の前にもたらされた訴訟当事者の主張の意味である」と。そしてこの事は「裁判所に対して、原告の主張に敵対して破棄宣告を求める様な、現に存する、或は可能な、相対する当事者の存在⁴⁾」を意味する。

マーシヤル判事とフィールド判事の定義は *Muskart v. United States*⁵⁾ に於ても、引用されて居り、ここでは、裁判所は司法権の行使は case と controversy に限定されるとし、「相対する訴訟当事者 (adverse litigants)」「相反する利害 (adverse interest)」「現実の争訟 (actual controversy)」を強調した。

(1) 相対する訴訟当事者 現実の利害関係をもつた、相対する訴訟当事者の必要性は、多くの事件に於て強調され、特に、連邦や州の法律の正当性を争うべき訴に於て強調されている。しかし、この相対する訴訟当事者の必要の問題は、一般的に法律の合憲性を争う場合などに屢々起る問題であつて、こゝに問題とする、行政事件訴訟には、稍関係が薄い。

(2) Substantial Interest Doctrine 現実の或は実質的な利益 (real or substantial interest) の概念は、case の本質的な要素として重要である。この概念の適用は、行政事件訴訟に於て特に重要であると思われるが、これを、判

例によつて示すと次の様である。

連邦国庫の一般的財産に於ける納税者の利益は、この利益は、他の何百万の人と分たれるという理由で、公の財産の支出を争う為に、彼等に原告適格を与えるのに、不充分である。又国庫からの何れかの支出の中、将来の税に与える影響は、間接的であり、変動的であり、不確かである故に、衡平裁判所の preventive power に対する訴訟に如何なる基礎も与えない。⁶⁾ 又裁判所は、法律によつて、政府をして行政せしめることに於ける、市民の一般的利益は、政府の行為の正当性を争う為に、市民に対して、当事者適格を与えないと判決した。⁷⁾

又貸し主（連邦政府）は、その行為によつて不利益を蒙る者（電力会社）に、権限外の借金を為すことを差し控える如何なる強制的な義務を負っていないし、又借り主（地方自治体）は、法律によつて規定された形で、その資金の使用を抑制しなければならぬ、如何なる義務も負っていないという理由で、配電会社は、配電設備の建設又は購入の為に、地方自治体に対して、連邦政府が借款或は補助金を与えることを禁止する様にインジャンクション訴訟を提起する、実質的利益を有しないと判決した。⁸⁾

訴の利益の問題に關し、学校に於ける宗教の問題を含む最近の判例は、二つの異つた結果に達している。Illinois ex rel McCollum v. Board of Education⁹⁾ 事件に於て、裁判所は、訴訟当事者は、その school district（学区）の住民であり、納税者として、又学校に行くことを法律によつて要求されている子供の親であり、州の教育上の要求に応じているものとして、そのものの利益に於て、一週一時間半の教室の使用を含む、公立学校に於ける宗教教育の正当性を問題として、マンデイマス訴訟を提起するに必要な、資格を有していると判決した。

しかし、一九五二年に判決された Doremus v. Board of Education¹⁰⁾ に於ては、旧約聖書の五節を、公立学校に於

て、その授業開始前に読むことを要求している New Jersey 州法律の正当性を問題にしている事件では、その裁判管轄権を拒否した。そこでは、納税者として、原告の利益は、訴訟を提起するには不十分であるとされた。

い) 抽象的、仮定的問題 (Abstract and Hypothetical Questions) 相敵対する当事者と、実質的利益の要求に密接に関連して、純理論的、抽象的、仮定的ということと対照的な意味で、現実の問題 (real issue) であるという要求がある。Alabama State Federation of Labor v. McAdory¹¹⁾ 事件に於て、ストーン判事が述べた様に、抽象的、仮定的、将来起るかも知れない問題を判決しないということは、長く熟慮された後の裁判所の慣例である。Texas v. Interstate Commerce Commission¹²⁾ に於て裁判所は、この問題について、次の如く判決した。「法律の正当性が、原告によつて問題とされ、司法権の行使によつて決定されるのは、権利が法律の適用又は実施による結果、不利益に影響されて居り又正に影響されようとしている場合に於てのみである」。

現実の利益と、抽象的な問題に関しては、実に United Workers of America v. Mitchell¹³⁾ 事件に於て述べられている。こゝでは、多数の政府職員が、政治活動に対する Hatch Act の禁令を the civil service commission が強制するのを禁止する様、更に又、その法律が無効であるという宣言判決を得る様に訴えた。それらの職員の中の一人以外は、だれもその法律に違反していなかったが、彼等は禁止されている政治活動に従事することを望んでいると述べた。裁判所は、その法律を侵したものの以外のすべての当事者に関しては、如何なる司法的 controversy もないとして抽象的でない、現実の問題として提起せられた、具体的な問題が必要であると宣告した。

(二) 政治問題 Political question. 米国に於てある事件が、司法的審査に服するには、右に述べた意味に於て、case 或は controversy であることを必要とするのであるが、更に行政事件訴訟に於ては、裁判所は政府の執行或は行政に

關しては、如何なる一般的な監督権をもたないという原則から、political question が司法的審査から除外される。

海軍大臣に、年金を支払う様強制するようにと、マンデイマスを求めた、Decature v. Paulding¹⁴⁾ 事件に於て、最高裁判所は次の様に述べた。「政府の執行作用の、通常の義務の遂行に關して、裁判所が干渉することは、たゞ悪影響を生ずるだけであろう。この様な権限が裁判所に与えられる意図はなかつたということに、我々は充分満足している。」

この事から、マンデイマスは、裁量を認めている、executive 或は political な義務と対照的な意味で、如何なる自由裁量もみとめられない羈束的義務を強制する為にのみ、行政官に対して発せられるということになる。この事は又 Marbury v. Madison¹⁵⁾ 事件に於て、マーシャル判事によつて次の如く述べられている。「裁判所の職分は、単に個人の權利について判決すること、執行或は行政官吏が、彼等が自由裁量をもつてゐる義務をどの様に為すかを審査することではない。political な性格の、或は憲法や法律によつて、執行権にゆだねられた問題は、決して裁判所によつて審査され得ない」と。

以上、米國に於ける行政事件訴訟に於ける司法審査を司法作用という面から見ても来たのであるが、右に述べた所から、米國に於ては、必ずしも、權利の侵害を訴訟提起の必須要件とみていないし、又その様な観点から、行政事件訴訟は理解されていない。ここでは司法作用の本質が問題とされ、その司法作用の性格そのものから、如何なる事件が司法審査に服するかが問題とされ、それには先ず、事件が case 又は controversy であることが要件とされ、その實質的内容としては、「相對する当事者の存すること」、「實質的利益の存すること」、「抽象的仮定的問題でないこと」、「政治問題でないこと」等が挙げられる。

米國に於ては、行政事件と民事事件の明確な區別もなく、更に、行政事件に於て、我が國やドイツに於ける如き意

味で、抗告訴訟と当事者訴訟の区別もない。従つて、右に述べた原則を直ちに我が国の抗告訴訟にあてはめて考察することは無理としても、先に挙げた判例からも知り得る様に、我が国に於ては、明らかに抗告訴訟となるような事件についての訴訟提起の可否が、上述の原則によつて判断の基準とされているのであり、しかも、現憲法下に於ては、英米法の司法権の觀念によつて司法作用が理解されるべきとされていることから、これらの原則は我が国の抗告訴訟の提起の要件として参考にするべきものと考えられる。

〔註〕

- (1) Miller : Constitution, 314. quoted in Muskart v. United States, 219. U.S. 346,356 (1911).
- (2) Osborn v. Bank of the United States, wheat. 738, 819 (1824).
- (3) In Chison v. Georgia. 2 Dall, 419, 431, 432 (1793)
- (4) In re Pacific Railway Commission, 32F, 241, 255 (1887)
- (5) 219. U.S. 346, 357 (1911)
- (6) Massachusetts v. Mellon, 262, U.S. 447. 487 (1923). William v. Riley, 280. U.S. 78 (1929)
- (7) Fairchild v. Hughes, 258. U.S. 126 (1922).
- (8) Alabama Power Co. v. Ikes, 302 U.S. 464,480-481 (1938).
- (9) 333 U.S. 203 (1948).
- (10) 342 U.S. 429 (1952).
- (11) 325 U.S. 450, 461 (1945)
- (12) 258 U.S. 158 (1922)
- (13) Ex parte Steele, 162F, 694 701 (1908)
- (14) 14 Pet, 497 (1840)
- (15) 1 cr. 137,170 (1803)

各国の学説及び實際と我が国の旧憲法下の行政訴訟とを比較してみる時、その制度は右に挙げた諸制度学説の中、ザルヴワイを代表とする学説と同じ理論的根柢を有していたと考えられる。しかしその制度及び實際上の困難は、先に挙げた旧行政裁判所の判例に於ても明らかである。しかし旧憲法下に於ては憲法並びに行政訴訟に関する法律が「権利の傷害」を明記していた点から考えて止むを得ないことであつた。

しかし、新憲法に於てはそのような成文規定の存せぬのみか却つて特別の裁判所を設置することを禁止し（第七十六條）行政に関する訴訟もすべて原則として民事訴訟の原理によつて民事裁判所の管轄に帰し、しかも裁判所は「一切の法律上の争訟」を審査し得ることとした。この事は行政訴訟の提起の要件、従つて原告適格も特別の法律の規定のないかぎり、伝統的な司法作用の觀念から決定さるべきものといふうる。

右に述べた立場は、一見行政裁判所の機能を「法の宣言」と見たワルター・イエリネーク及びフライナー等の説と近似するように見えるけれども、この学説は、客観的な法の維持、即ち民衆訴訟的なものを合せ理解する点に於て非常に異なる。従つて民事訴訟に伝統的な司法作用の観点から行政訴訟を理解する点に於ては、右に述べた我が国の現行制度は、米国の行政訴訟に理論的に最も近似しているといふうる。

戦後のドイツに於ては、我が国の現行制度と同じく、行政訴訟を行政の一部としてでなく、司法の一部として理解されるように至つたことは前に述べた如くであるけれども、尚行政訴訟の提起について「権利」の觀念に拘泥して見るように見られる。

最初に挙げた判例以外に、戦後の我が国の判例で、既に行政処分取消請求訴訟の原告適格を有するか否かを決定するに当つて、そのものの権利の侵害が存するか否かを問題とせず、たゞ単に、「訴の利益」を有するか否かによつて決定されているものが多い。例えば、

「自作農創設特別措置法第十七条により、農地の買受の申込みをしていない者は、農地売渡計画に対し、異議・訴願をすることができないが、異議・訴願の適格がないものでも、それだけで直ちに、右売渡計画取消の訴訟を提起するにつき適格を欠くものということはできない。自己が当該農地の売渡を受ける適格者であることを主張するものは、右買受の申込みをしない場合でも、売渡計画取消訴訟を提起するにつき、正当の利益を有する」(東京高等二六六一二七、26・6・4、例集二の七(145)。

又「農地委員会がいつたん農地買収計画を取り消す旨の異議決定をした場合、当該農地の小作人は、右買収計画が復活すれば、売渡の相手方となるべき適格を有するに至るのであるから、右の異議決定の取消を訴出する利益を有する」(広島地方二五行)25・5・18例集一の七(111)。

これらは主として、自作農創設特別措置法に関するものであるが、抗告訴訟提起の要件として、必ずしも権利の侵害をその要件としていない。更に農地法に関して以外に、次の様な判例がある。即ち、

「市街地建築物法は、保健、衛生、火災予防等の見地から、市街地建築物に行政上の規制を加えることを趣旨とするから、同法第二十二條が、同法上の処分に対する出訴権者として掲げる、いわゆる『違法な処分ニヨリ権利ヲ毀損セラレタリトスル者』とは、必ずしも、建築の不許可または不合理の処分によつて権利を毀損された申請者、届出者に限定すべきでなく、右にいう『権利』のうちには、所有権、地上権等の具体的権利のみならず、広く法律に

よつて保護せられた利益も含む趣旨と解すべきであるから、相隣関係に置かれて、他人の申請ないし届出に対する違法な許可ないし受理によつて、日常保健衛生上、不断の悪影響を受け、火災等の不測の危難を被るおそれある者をも包含するものと解すべきである」(東京地方二五行)27・6・25例集の二五(130)

又「さて裁判所は憲法に特別の定めのある場合を除いて、一切の法律上の争訟を裁判する権限を有し、行政庁の違法な処分、取消変更に係る訴訟その他公法上の権利関係に関する訴訟について裁判することが出来るのである(裁判所法第三条、行政事件訴訟特例法第一条)。もつとも、裁判所の性格や訴訟手続の機能から考えて、裁判所において適否の判断をすることが、不可能な事項もあるであろう。しかし、被告厚生大臣が国民公園の管理者としてした本件不許可処分のごときは、別に政治上の機微に属する事項を裁量して決定しなければならぬものでなく、裁判所の判断に苦しむ様な技術的裁量を要するものでないから、その法律上の効力について争いが生じたときに、これに対して判断を与えることは、当然裁判所の権限に属することであるとしなければならぬ。いわんや本件不許可処分のように、それが憲法の保障する基本的人権に係るものであるときは、単にそれは国民に特別の利益を与えることを拒んだ行為に過ぎないとして、裁判所の適法違法の判断の限界外にあるとする見解のごときは、とうてい採ることができない。裁判所は本件不許可処分の適否につき法律上の判断をくだすことができ、又くださねばならないのである」(昭和二十七年四月二八日東京地方裁判所民事第二部判決、最高民集七の一三、一五七八頁)。

以上見て来た所から、戦後の我が国の判例に於ては、抗告訴訟の要件としては、単に権利の侵害にとどまらず、個人的な利益が法律上の争訟として争い得るかぎり、即ち法律上の争訟であるということの大前提として、当事者が訴の利益を有する場合に原告適格が与えられ、その利害に影響を与えた違法な処分を争い得るようになったと考えられ

る。しかしこれをあまりに広く認めることは行政訴訟が、規範統制的、宣言判決的、或は民衆訴訟的訴訟にまで行き過ぎる危険があり、この点は常に司法作用の本質的な理解からその限界が決定されねばならない。更に具体的にこの問題を明らかにする為に、民事訴訟に於ける訴の利益の伝統的な理論を参照しつつ、訴の利益につき、別の機会に論じてみたいと思う。