



<論説>抗告訴訟の訴訟物

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/10.24729/00002376

抗告訴訟の訴訟物

村上義弘

一

戦後行政事件訴訟が行政裁判所の廃止にもなつて一般の民事訴訟と同じように、通常の裁判所の管轄となり、又その手続も行政事件訴訟特例法による外、民事訴訟法により、裁判されることになった。このようなことから行政事件訴訟に關しても、出来るだけ民事訴訟の訴訟理論に平行な理論によつてこれを把握しようとする試みかなされつつある。行政事件訴訟特に抗告訴訟（取消訴訟）の訴訟物は何かという問題提起も正にそのような試みの一つとみることが出来る。

このような試みは、抗告訴訟の、より高度の理論化又は体系化に非常に役立つと思われるが、それはそのような理論の問題のみならず、最近特に問題となりつつある抗告訴訟の訴訟追行権能の問題並びに判決の効力の問題等と密接な関係をもつ。しかし、私の問題意識からすれば、逆に、抗告訴訟の訴訟追行権能の問題並びに判決の効力の問題等は、抗告訴訟を訴訟物概念によつて理論づけ体系化することによつてより根本的、實際的な解決の手掛りを得られるのではないかと考えるといった方が妥当かも知れない。従つて私の立場からすれば、抗告訴訟の訴訟物は何かという

問題は、理論的な問題よりも、右に述べた実際的な問題により関心があるのであるが、研究を段階的に進めるために、ここでは問題を主として理論的に取扱ってみたいと思う。

我が国に於ては抗告訴訟は形成訴訟の一種であるとするのが通説である。しかし一步進んで形成訴訟の訴訟物は一体何であるかということについては、現在民事訴訟法学に於ても議論の多い所で、かつて我が国の通説であった「形成訴訟の訴訟物は、形成権である」という考え方は漸次その地位を退きつつある。しかし反面、かつてのこの通説を批判する立場に立つ学説も、尚右に代る新たな通説というべき確たる定説を確立していない。しかも最近、民事訴訟法学者によって抗告訴訟の訴訟物は何かということが問題にされつつあるが、しかしそのような抗告訴訟の訴訟物に對する関心も抗告訴訟そのものに対する真正面からのものでなく、いわば形成の訴の訴訟理論に関する各学説の実験材料として取上げられているに過ぎない。

右のような事情から我が国の民事訴訟法学の学説を基盤として、これにパラレルに抗告訴訟の訴訟物理論を立てようとする試みは訴訟法に不案内なものにとっては甚だ困難である。又不案内を承知で、早急にそのような試みをころもみてみても、偏狭なドクマに陥る危険なしとしない。そこで本稿に於ては、ドイツに於てこの問題について論じられている所論を紹介し、それらに對して若干の私見を述べることによつてこの問題解決の手掛りとしたい。

二

抗告訴訟の訴訟物が何であるかについては、西ドイツに於ても、種々学説の対立がある。

先ず第一はバノハオーフ及びアイエルマンフレイラー等の考え方である。これらの人々はVGG四五条、即ち「取消の訴の對象 Gegenstand des Anfechtungsklage は不服の目的となつてゐる行政行為、異議決定であり…」

の規定を素直に解釈して、抗告訴訟の対象乃至は訴訟物(Streitgegenstand)は、行政行為であると説く。¹⁾そして原告の権利侵害の存否の問題は、訴訟要件の問題であるとする。²⁾アイエルマン³⁾フレイラーはVGG二三条「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できる」との規定を解釈して次の如く説明する。「二三条の文言から次のことが結論できる。即ち、ZPOに於ては、学説判例によれば、主観的請求原因 *sudjektiver Klagegrund* を請求の当否 *Begründetheit* にかぞえているのに対し、VGGはそれを特別な訴訟要件として取扱おうとしている。しかし、明らかに、VGGに於ても、何ら変則的な原則が導入されるべきでなくて、ただ民衆訴訟が除外されるべきなのである。それ故、自己の権利を追及せず、第三者の代理人或は公共そのものその代表者として訴を提起した場合のみ、訴は許容されない」と述べている。そして特に取消訴訟に関して規定しているVGG三五条一項(「取消の訴は何人が行政行為によって自己の権利を侵害されたと主張する場合に認められる」)の規定に於ても右の説明がそのまま妥当すると述べている。⁴⁾これらの考えを約言すれば、抗告訴訟の訴訟物は行政行為そのものであり、権利侵害は訴の提起に当たっての訴訟要件をなすと考えるのである。従来我が国の学説に最も近い考え方であるといえることができる。

第二はニーゼの説である。彼は基本的には右に述べた説と同様な立場に立つのであるが、より訴訟理論的に次の如く説明する。即ち「取消を求められている行政行為、より正確に云えば、取消を求められている行政行為が違法であるということの確認を求める原告の請求を訴訟物と考える。しかも取消訴訟の原告は確認を求めているのではなくて、取消を求めているのである。従って取消訴訟の本来の訴訟物は、すべての形成訴訟に於けると同じように、事実及び法的地位 *Sach- und Rechtslage* —それが、判決されることによって、求められている形成に導くことになるのであるが—の確認である⁵⁾」。

これらの説に對称的な立場をとっているのは、ベントマンである⁶⁾。彼は抗告訴訟を極めて忠実に民事訴訟とレベルに考え理論構成を試みようとする。そして、行政裁判が客觀的な法の維持でなく人民の權利を保障するものであるという原則に立ち、取消対象と訴訟物を區別し具体的に個々の実定法を検討して、抗告訴訟の訴訟物は原告の主觀的取消権であるとする。

更に今一つはメンガーの主張する見解である。彼は抗告訴訟を上訴手続との比較に於て考える。上訴の場合上訴人の主張は第一審の法的主張と、第一審の判決が実体法並びに手続法に違反して違法であつて、不利益を受けているという法的主張の二面をもっているが、抗告訴訟の場合に於ても、國民の申請に基づいて行政行為が為された場合は右と全く事情が同じである。しかし、行政手続に於ては、多くの場合、國民の申請を待たずに行政行為がなされるのが通常であるから、抗告訴訟に於ては第一の面は背後に隠れ、後者の面が前面に現れるのであると説き、上訴が取消を求められている原判決を取消変更するからといって控訴又は上告が形成訴訟でないように、抗告訴訟も当然に形成訴訟でなく、一般に取消訴訟が勝訴の場合には（消極的）形成判決になり、敗訴の場合には（消極的）確認判決になるという事実によつて、取消訴訟そのものの性格を決定すべきではない。その性格は訴訟に先行する行政手続に於ける原告の地位如何によつて異なり得るといふ。例えば、行政庁に対する申請を拒否する行政行為（消極的行政行為）の取消の場合には、給付訴訟が問題となるであろう。しかし、行政手続に於ける「法的主張」は、行政手続と行政訴訟手続が嚴密に分離されているために、行政訴訟手続に於ては背後にかくれる。その結果、結論として行政官庁の取消を求められている決定が、違法であるために原告の法的地位を侵害しているという法的主張が取消訴訟の訴訟物をなすと説いている⁷⁾。

右に述べた學説の他シュバープの「訴訟物とは訴の申立 Klageantrag の中に示された判決の要求である」との新

訴の対象と同一である。即ち正に訴訟物の意義が就中、確定力の客観的範囲の確定に存する如く、確定力の客体と同一である。このことは確認・給付・形成訴訟並びに判決に等しく妥当する。何故なら各判決は少くとも同時に確認判決であり、常に確認作用を有しているからである。しかも判決の機能は当該訴訟事件に於て何が合法的かの判定である。訴訟物はそれ故常にただ権利、法律関係或は法律効果のみであらねばならない。しかし乍ら、行政行為は権利でも法律関係でもない。なるほど行政行為はかかるもの（権利又は法律関係）を基礎づけ取り消し、或は変更することができ。しかし、それをもって行政行為はそれによって確認され、形成される権利或は法律関係と同一視されない。権利或は法律関係はむしろ常に行政行為の対象である。それ故、取消訴訟の訴訟物は原告の取消権か、取消を求められた行政行為であるかという設問は誤っている。私の、取消訴訟の訴訟物は違法な行政行為の取消に対する権利又は請求権という理論に対する真のアンティテーゼは、むしろ、訴訟物は取消を求められている行政行為の違法性であるという考えである。

要するに右のベントナーマンの見解は、訴訟物は権利乃至法律関係でなければならぬという立場に立って先の見解を批判しているわけである。従って、彼の理論に対するアンティテーゼとして認めている訴訟物は取消を求められている行政行為の違法性でなければならぬという見解は必ずしも明確ではないが、取消訴訟は行政行為の違法性を主張して、行政行為によって形成された法律関係の効力を消滅せしめることであるというならば、彼の批判した見解と殆んど差異はないと思われる。何故なら、なるほど取消の原告の立場からいえば、原告は当該行政行為の確認を求めて、その効力を維持することでもなければ、新たに法律関係の形成を求めるのでもなく、その違法なことを主張して、その行政行為によって、形成されている不利益な法律関係を消滅せしめることである。従って、原告の立場からいえば訴訟物は行政行為であるというより、行政行為の違法性であるといった方が妥当であるかも知

れない。しかし、被告の立場からすれば、反対に行政行為が有効に成立していることを確認して、その行政行為によって形成された法律効果を維持しようと努めるわけである。そうとすればこれを客観的に見れば、訴訟物は、当該行政行為であると見るのも、行政行為の違法性であるとみるのも、本質的には、差異はないと思われる。(従って、バハオーフ等の見解とニーゼの見解は基本的には同一視してよいのでないかと思われる。)

又もしベントターマンが、彼の基本的立場、即ち、訴訟物は権利又は法律関係でなければならぬという命題にこだわって、権利又は法律関係を訴訟物としなければならぬとするならば、この場合行政行為によって形成された法律関係乃至法律効果を訴訟物とする外はないであろう。しかし、行政行為によって形成された法律関係乃至法律効果を訴訟物とすることは結局取消訴訟を無効確認訴訟と同一視することになる。しかし、取消訴訟を無効確認訴訟と同一視することは、行政法全体の立場から云って必ずしも適當ではない。

何故なら公法関係に於ては、行政行為によって一方的に法律関係を形成せしめる権限を行政庁に与え、行政上の法律関係を有権的に確定し、その行政行為によって形成された法律関係乃至法律効果に公定力或は執行力を与える。従って、かくして形成された法律関係は、その有効、無効を争う余地は原則としてない。ただ行政行為が違法に発せられた場合には、その行政行為の違法性を裁判所によって有権的に確定し、その行政行為の効力(行政行為によって形成せられた法律関係乃至法律効果)を消滅せしめるのである。³⁾かかる論理構成が正しいとすれば、取消訴訟は必然的に形成訴訟となり無効確認訴訟とはなり得ない。³⁾

右に述べた所はベントターマンの、訴訟物は行政行為なりとする説に対する彼の批判、並びにその批判に対する私の見解であるが、ベントターマン自身はこれらと全く異なる理論的根拠によって、取消訴訟の訴訟物の理論構成を試みるのであって、次には彼自身の訴訟物理論をその説くところに随ってみてみよう。

まず彼は、行政裁判の目的は第一次的には行政のコントロールにあるとするニーゼの見解（後述）を批判して彼の基本的立場を次のように述べる。

法治国及びその制度の機能、特に行政の法適合性の原理の機能は、個人の自由及びその権利、特に基本権の保護である。既に、ワイマール憲法一〇七条は行政官庁の命令及び処分に対する個人の権利保護のために行政裁判所を創設することを約束している。又基本法一九条四項によれば、「何人も、その権利が公権力により侵害されたときは、訴訟を起すことができる」と規定している。しかも、基本法はそれが基本権に関する節において権利保護の保障及び裁判の保障を規定したことによって一層このことを明白ならしめた。国家が行政に関する権利保護（Verwaltungsrechtsschutz）を取消訴訟或は義務づけ訴訟の形において保障しているのは、これも国家自身のためでなく、原告のために保障しているのであり、国家はそれによって個人の権利保護を保障しているのである。行政裁判を行政に対するコントロールの為に設立されたとする理解の仕方は、独裁的・全体主義的国家組織に通用するにすぎないのであって、歴史的並びに理論的理由から、自由主義的、個人主義的、自治的色彩の強い憲法には合致しない。

以上のような基本的立場に立って、彼独自の訴訟物理論を私法との比較検討に於て次のように展開する。

右に述べたような立場からすれば、取消訴訟は原告の権利或は法によって保護された利益を違法に侵害されたことに対する妨害の訴 *Abwehr Klage* なのである。それ故 *Resolutorische Klage* 或は *Negatorische Klage* を争って、債権を害する主張或は違法行為を構成する主張の取消を求めることができるように、行政裁判の取消訴訟をもって、違法な行政行為によって侵害されたもの、即ちそれによって害を受けたものは、取消を請求することができるのである。ここで行政訴訟を民法一二条、八二三条、八六二条、一〇〇四条等に対比させることは決して許容されないことではない。何故なら不法行為は決して民法に特殊な概念でなく、ほとんどすべての法領域の基礎をなしている。

それ故、防禦の訴 *Abwehrklage*、原状回復の訴 *Restitutionsklage* 及び不作為を求めたる訴 *Unterlassungsklage* は民事訴訟の特殊な訴訟或は権利保護の形式ではなく、一般訴訟法の訴訟或は権利保護の形式であつて、行政訴訟以外にも、憲法裁判及び国際法に於てもこのような訴訟形式の余地と必要が存する。

右のようにベントーマンは取消の訴を一種の防禦の訴 *Abwehrklage* として把握するのであるが、然らば取消訴訟は給付訴訟であるか、形成訴訟であるかという疑問が生ずるのであるが、これに対して彼は次の如く説明する。

一般に行われているように取消訴訟を形成訴訟のカテゴリーに入れても、取消訴訟を防禦の訴 *Abwehrklage* として理解することを妨げない。防禦の訴 *Abwehrklage* と形成訴訟とは決して対立物でないからである。又逆に、通説に反して取消訴訟を給付訴訟と理解しても一向に差支えない。即ち取消訴訟を認容する、それ故行政行為を取消す判決の取消の性格は、この判決を給付判決として理解すること、即ち被告官庁に取消を求められた行政行為の取消を命ずるものであるとして理解することを妨げない。民事訴訟法などに於ても、八九四条（意思表示を命ずる判決）などに於てその判決の法的性格が争われているように、給付訴訟と形成訴訟の区別は流動的ではつきりしていない。

かくしてベントーマンは取消訴訟の訴訟物を取消を、求められた行政行為の、裁判所による取消に対する原告の権利であり、（形成訴訟として理解した場合）、或は又行政行為の、行政庁による取消に対する行政庁に対する原告の請求（給付訴訟と理解した場合）であるとしている。このように理解すると行政行為の違法性は訴訟物でなく、その前提問題 *Vorfrage* とする。

更にベントーマンは右のような理論的立場に立って、一般に訴訟要件を規定していると考えられている MRVO 165 二三条及び VGG 三五条について、彼独自の次のような解釈を示している。

MRVO 二三条一項によれば「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かぎり認められる」。訴を基礎づけるのは請求の原因である。ところで請求の原因に属するものはすべて実体法と考えられる。法律が原告に、原告は彼の訴をどのような主張に基づいて支持しなければならぬか又どのような主張に基づいて支持することができるかを規定しているとき、それはただ、原告に主張することを求めている要件は、原告が勝訴すべき場合には、その要件が充たされねばならないということを表示しているにすぎない。MRVO165 二三条は、取消訴訟に勝訴する要件に関する、訴訟的衣服に扮装した規定にすぎない。行政行為が違法であるが故に、その行政行為が原告の権利を侵害しているとき、行政行為が取消訴訟によって取消されるという客観的表現が原告の主張に主眼をおいたMRVO165 二三条の規定形式の故に、主観的表現の背後にかくれている。このように見るとき、この規定は—その取消が法律行為によってでなく、訴訟行為によって行われねばならないとしても—実体法 materielles Recht に属する。

このことは同じくVGGにも妥当する。その三五条によれば「取消の訴は、何人かが行政行為によって自己の権利を侵害されたと主張する場合に認められる」。これはMRVO165 二三条の今一つの表現形式にすぎない。それ故VGGに於ても亦、取消を求められている行政行為の違法性のみならず、取消を求められている。いわゆる違法な行政行為によって原告が権利を侵害されていることが、請求の原因に属する。

いずれにせよ、法律が原告にその訴を支持するために提出することを課しているすべてのものは、請求の原因、そしてそれ故に訴の請求の当否 Begründetheit に属するということは何ら疑が存しない。訴が基礎づけられるためには、原告は、その事実関係が存在するならばその訴が認容される、即ち勝訴するであろう、その要件を主張しなければならぬ。それ故に、MRVO165 二三条及びVGG三五条が、訴を支持するため、即ち基礎づけるために行政行為が彼の権利を侵害しているということ由原告が主張することを求めているならば、それによって、立法者は明らか

に原告の権利侵害が、取消訴訟の許容 Zulässigkeit の要件ではなくて、訴を基礎づけるための要件であることを表現したのである。⁶⁾

或はもっと正確にいえば、取消訴訟の原告と取消を求められている行政行為の間の実体的関係の問題、それ故原告の権利侵害の問題は何ら訴訟追行権の問題でなく原告適格の問題である。このことは、私法に於て、損害賠償の訴及び不作為を求める訴に際して、原告の損害或は障害が訴訟要件でなくて請求の原因であるのと正に同じである。

以上がベントターマンの取消訴訟の訴訟物に関する学説の要点である。この理論に対する批判は後にして、次に彼と対照的立場に立つニーゼの理論を簡単にみてみたいと思う。

取消訴訟の訴訟物に関して支配的な意見はそれは取消を求められている行政行為、より正確にいえば、取消を求められている行政行為が違法であるということの確認を求める原告の主張であると見做す。一方ベントターマンは、取消訴訟の訴訟物は、取消を求められている行政行為ではなくて、原告の「主観的取消権」[das subjektive Anfechtungsrecht]である。と主張してこいる。この点についてベントハオーフも、取消訴訟の訴訟物は何であるべきか、原告の主観的取消権か或は行政行為の違法性であるか、一度はつきりさせねばならない。それによって将来の B V G O をいずれかに適合するようにせねばならぬと述べた。⁷⁾ しかし、この重要な結論に面して、立法者は取消訴訟の訴訟物をいずれかにきめる自由を有するであろうか。換言すればそれは完全に実定法上の問題であるかどうか非常に細心に検討しなければならぬ。⁸⁾ 右のように述べて、ニーゼはベントターマンの考え方を批判して次のように彼の考え方を明らかにする。

実体法である民法は、法規によって許されている枠内に於て、原則として、自らその法律関係を形成する力を法律間 Rechtsgenossen に与えている。その手段は意思表示である。私法上の法律関係に於ては、法律上のある要件が満たされるならば、法律の規定する或は台意された可能性に依りて、自己の意思によってそれを変更し、或は取消す

権利が当事者に帰属する。その私法上の形成権（取消、解除、解約、告知、相殺等）はその折々の法律關係に内在しており、その關係者に―そしてその關係者のみに―実体法の規定に合致する状態にある時に与えられる。この形成権は基本關係に潜在的に含まれており、その基本關係から生ずるすべての個々の権利或は請求権と同じように、その基本關係に關係するもののみを帰属するそのために、私法關係に於ては、誰によって、誰に対して形成権が行使されるかという問題は殆んど疑問がない。これは Sachlegitimation の問題であり、私法上の形成権に於ては自明の問題である。そのために、民事訴訟に於ては、既に意思表示によって行使された形成権に関して、確認訴訟に於て争われている時も、原告が、判決によって始めて実現されるべき形成に對する形成権を主張している時に於ても同様に、訴訟物はこの形成権である。後者の場合には、自身で形成する法力 *Rechtsmacht* が法仲間 *Rechtsgenossen* から取り上げられて裁判官に移讓されている。民事訴訟に於て、常に実体的形成権 *materielle Gestaltungsrecht* のみが訴訟物であり得るのは、それがここでは對等者間に於ける私権の行使に關することであるという点にある。それが個人の意思表示によって行使され、紛争ある場合には、裁判官はそれが法律に適合しておこなわれているかどうかを確認して宣言しなければならぬ。裁判官自身が形成を行わなければならない場合には、裁判官は、同様に、前以て原告によって主張されている形成権について法律上の要件が存在しているかどうかを確認しなければならない。民事訴訟は、実体法上の私権の実現に奉仕しており、又私権の存在不在は、對等の地位に立つ当事者が、常に相對立して主張するのみであつて自己の権限に基づいて決定することはできない。

しかし、事は公法關係に於ては全く異なる、ここでは公権力がその特権をもって國民に立向う國家の要求の実現のため、前以て裁判所に訴える必要はなく、自ら行政行為によって何が合法的であるかを決定することができる。優越的關係に基づいて発せられた行政行為は常にそれ自身拘束力ある決定を含んでいる。それ故取消訴訟に關しては、その

基本構造を民事訴訟との比較において独断的に解決するあらゆる試みは挫折しなければならぬ。何故なら、民事訴訟に於ては、何が合法的であるべきかに関し、判決を導いてくることが問題なのである。対等の地位におかれた当事者は、裁判所の外では、実体法上の法的地位に関する衝突を自身で決定することはできない。公法関係にあっては、国家権力は高権的権威によって、権力に服している者に対する関係に於て、先ず、一方的に何が合法的であるべきかに関して決定を下す。そして然る後、違法な場合には取消訴訟に於てこの決定が争訟の対象になる。

行政行為がその違法の場合に取消され、又その取消が訴をもって得られるということは、原告によって主張されている取消権を訴訟物と見做すというように誤ってはならない。何故なら取消訴訟に於ては民事訴訟に於てと同じように、決して個々の法律関係を形成することが問題ではないからである。それは恐らく、国家と個々の命令せられた国民との間に行政行為によって既に存在してしまっているであろう。むしろ行政訴訟就中、取消訴訟に於ける主な関心事は、法治国そのものの福祉と繁栄のために、公の共通の利益に於て、行政の法適合性即ち法律に適合した高権力の行使そのものを保証することである。行政訴訟は法と権力との間に潜在する緊張状態に於て、「法が貫徹され」公共の福祉が何ら損害を受けないということを達成すべきである。

かくして、今や立法者に対する問題は、行政の法適合性に対する公共の利益を訴の方法によって誰に実現せしむべきであるかということである。この課題を公益の代表者 *Vertreter des öffentlichen Interesse* に委任し、そうすることによって彼をして公を代表する原告として活動せしめるということが考えられ、又実行することができる。しかしこういう方法はこれまで行われなかつたし、将来も亦そういうことは行われなからう。他方、イギリスの刑事訴訟のように民衆訴訟を許すことも可能であろう。しかしこういう方法も亦行われなかつたし、行われるべきでないであろう。我々の現行法は、直接の關係者を公共の代表者 *Sachwalter der Allgemeinheit* にする方法を選んだ。何

故なら、この方法によって個人権利保護の欲求が、あたかも法律適合性に対する公共の利益を運ぶ車となるからである。このような考えは、訴訟上の訴訟資格の問題が重要であることを示している。原告は、民事訴訟に於ける形成権を有するもののように、唯彼に帰属する。正しく確定された実体的形成権を個人間の法律関係の対等の地位にある当事者に対して主張するのではなくて、原告が、彼の個人的法的地位に於て官憲の侵害に遇ったことを理由に、行政の法適合性に対する公共の利益を訴の方法によって主張することの法律上の資格を与えられているのである。⁹⁾

以上がニーゼが取消訴訟の訴訟物についてベッターマンの説を批判しつつ、民事訴訟との対比に於て論じている要点である。彼は更に主として前述の理論をおしすすめて、取消訴訟の訴訟追行権者について、刑事訴訟とパラレルに論じているが、¹⁰⁾私は後に述べるように既にニーゼが行政訴訟の目的を行政の法適合性を保障するためのコントロールにあるとしている点に稍懐疑的であるので、その論点を更にすすめた論述はここでは省略することにして、以下上述の諸説に対する若干の私見を述べて本稿を終りたいと思う。

〔註〕

- (1) Bettermann, a a O S. 163
- (2) 雄川一郎・行政争訟法（法律学全集9）五九頁参照。
- (3) ただこのような点については、ベントターマンは詳しく述べていないので、取消訴訟の訴訟物は行政行為の違法性でなければならぬとのべた理由ははっきりしない。
- (4) Bettermann, a a O S. 163f.
- (5) Bettermann, a a O S. 164
- (6) Bettermann, a a O S. 167f
- (7) 行政裁判制度研究のために作られた民訴法学会と公法学会各七人から成る Gemischtekommission に於ける発言。
Niese, a a O S. 354f
- (8)

- (9) Niese, a a O S. 385f.
 (10) Niese, a a O S 356 ff.

四

先ず第一にベントターマンの見解に対する私の批判であるが、彼の理論について次の諸点に関して疑問がある。

一つは取消訴訟の本質を行政行為による侵害の除去にあるとしている点である。彼が行政行為の性質をどのように考えているのか、—即ち単なる事実行為と考えているのか或は法律行為と考えているのか—疑問であるが、私は行政行為の性格並びに取消訴訟の本質を次のように考える。

行政行為は法律関係を形成し、法律効果を発生せしめる一つの法律行為的行為である。しかもこの行政行為によって生ぜしめられた法律関係乃至法律効果は次のような特徴を有する。即ちそれが無効でないかぎり、たとえ違法な行政行為によって生ぜしめられたものであっても、裁判所によって違法であると確認されなにかぎり、裁判所を含むすべての者に対してその効力を主張することができ、誰もその効力を否認することができない¹⁾。一方では行政行為の効力にこのような強い通用力を認めると共に、他方では法治国原理の要求から、もしそのような違法な行政行為によって不利益を受ける者があった場合、その不利益を受けた者が裁判所に対してその違法性の確認を受けその効力を消滅せしめることにする²⁾。これが取消訴訟制度の本質であると考ええる。従って私の考え方からすれば取消訴訟の目的の主眼点はベントターマンのいうように行政行為による侵害の除去にあるのではなくて、違法な行政行為によって生ぜしめられた法律効果の消滅にあるのである。

第二の点は訴訟理論特に形成訴訟の訴訟物理論に関して、古くから訴訟法学の重要な問題として論じられている点

に関連があるのであるが、ベトナムが訴訟物は法律関係乃至法律効果の主張でなければならぬという命題にこだわって、取消訴訟を取消権という実体権によって基礎づけようとしている点である。かかる考え方は、我が国の訴訟法学に於ても尚根強く存在するが、漸次このような考え方は克服されつつあり、形成の訴とは、形成原因（形成要件）の存在を訴をもって主張させ、これを確認する判決の確定をまって始めて、法律関係の変更・消滅・発生を生ぜしめる訴であるとされている⁵⁾。このように見て来ると取消訴訟を何ら主観的取消権というような実体権をもって基礎づける必要はないし、却って我が国の制度に照らして考えるならば、その実定法の規定の仕方（行特法一条）からして、後者のような理解が適しているのではないかと思われる。

次はニーゼの所論に対する批判であるが、私はニーゼの取消訴訟の訴訟物を行政行為の違法性にありとする点には賛成なのであるが、右の私の立場からすればニーゼが、民事訴訟の形成の訴に関する考え方に於ては殆んどベトナムと同じ考え方をとり、取消訴訟の訴訟物を説明するに当って公法関係に於ける行政行為による法律関係乃至法律効果発生の特殊性に根拠を求めてことさら特徴づけている点については必ずしも納得できない。勿論私も先に述べたように、公法関係に於ける行政行為による法律効果の発生並びにその効力の特殊性の故に取消訴訟制度が設けられたという点は認める。というよりはそれと同じ見解に立って取消訴訟の訴訟物は行政行為の違法性の確認でなければならぬと考えたのであった。しかし、この考え方は、先に述べた民事訴訟に於ける形成の訴の理解からすれば必ずしもそれと異質のものではなく、全く同質のものなのである。この点ニーゼと私とは形成訴訟の理解そのものに於て異なる。

ニーゼは先に述べたように民事の形成の訴と行政裁判の取消の訴の異質性を強調するのあまり、終には行政訴訟の目的が個々の私人の利益よりも、公共の利益の保護に第一次的目的があり、行政行為によって不利益をうけた私人に

訴訟追行権能を与えるのは、単なる手段であるが如き見解を述べた。しかし、先に述べたような私の見解からすれば決してニーゼのような結論は生れて来ないのであって、このような考え方に対して、ベッターマンがニーゼは行政裁判の目的が当事者の権利保護 *Rechtsschutz* にあるのではなくて行政の法律適合性の原理の保障にあるとしているがこのような概念把握は現行憲法にも、一般法治国家の憲法にも正しく一致しないと述べているのは正しく正当である。従って、取消訴訟についての右のような私の理解からすれば、如何なる場合に、如何なる利益を害された場合に、誰に訴権を認めるかが特に重要な問題になるが、それは恐らく、取消訴訟制度の目的と、個々のケースの関係法律の解釈から決定されるべきであろうと思うが、詳論は別稿に譲り度いと思う。

〔註〕

- (1) このほか自力執行力などの特徴を有するが、そのことはここでは左程問題でない。
- (2) 雄川一郎・行政争訟法五九頁も同様の考え。
- (3) 雄本朗造・民事訴訟法論文集一〇一二頁等参照。なお岩波、法律学辞典Ⅲ一六八頁以下参照。
- (4) 三ヶ月氏はかかる考え方を、「実体法のドクマティクの権利とするものを素朴に受容し、その権利の主張が即ち訴訟物たる訴訟上の請求にほかならないとする傾向が、ここではなお発想の根本において権利保護請求権説の訴訟物理論と同じ立場に立っている」とみられる面がある」と批判しておられる。民事訴訟法（法律学全集35）八二頁。なお四四頁、一一三―四頁参照。
- (5) 兼子一・民事訴訟法体系、一四五頁。中田淳一、民事訴訟法講義（上）六八頁等。
- (6) *Belermann, a a O. S. 163f.*