

取消訴訟理論から見た手続瑕疵（一）

——ドイツ取消訴訟学説を手がかりにして——

小 山 正 善

はじめに

本稿は、表題に掲げたとおり、行政法上の手続瑕疵が取消訴訟理論のなかでどのように取り扱われるのかということ、ドイツで唱えられる諸学説を手がかりに、検討しようとするものである¹⁾。このような企ては、筆者にとって、以下のような意味をもつ。

今日、行政手続法規定の整備・充実や一般行政手続法の制定の機運が盛り上がるのに伴って、これらの手続法規定の履践確保ということが、ありうべき手続法規定の内容的な検討と並んで、行政法学上重要な課題をなすに至った。その際、手続法規定の履践確保ということは、いささか逆説的にいうなら、手続法規定ないし手続法原則に違背して行なわれた手続瑕疵

1) ドイツとの関連で、すでにこの問題を扱うものとして、例えば、山田洋「行政手続への参加権の訴訟による保護（上）（下）」西南学院大・法学論集15巻4号93頁以下、16巻1号77頁以下(1983)、池村好道「行政手続上の瑕疵の法的効果」(2)～(3・完)早稲田政治公法研究14号187頁以下、15号133頁以下(1984～85)、同「取消訴訟における行政手続上の瑕疵・序説——西ドイツVwVfG制定前の議論を参考にして——」雄川先生献呈論集『行政法の諸問題・中』55頁以下(有斐閣、1990)、梶哲教「手続的瑕疵ある行政行為の裁判による取消(一)」法学論叢129巻2号64頁以下(1991)、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』167頁以下(東大出版会、1983)など。

ある行為を行政訴訟法上どのように取り扱うべきか、ということの意味する。そしてこうした問題に関わって、わが国で一般的に注目され²⁾、筆者もまた注目したのは、七六年に制定されたドイツ行政手続法の四六条の規定——以下、行政手続法規定については四六条 VwVfG などと記す——であった。そこで、筆者は、「手続瑕疵ある行政行為の法的効果について」の問題として、四六条 VwVfG に関するドイツの諸議論をまとめ、これを紹介した³⁾。もっとも、そこでは、手続瑕疵を理由とする行政行為の裁判的取消の問題を念頭に置いていたにもかかわらず、結論の一つとして、手続瑕疵ある行政行為の違法確認訴訟についての検討の重要性を指摘することとなった⁴⁾。

次いで、こうした認識に基づいて、その活用が予定される行政裁判所法——三条一項四文——以下、行政裁判所法規定については——三条一項四文 VwGO などと記す——をめぐる若干の問題を、「遂行的確認訴訟」について」と題して、論ずることとなった⁵⁾。ここでは、本稿に関連づけていえば、この訴訟の「補充的」性格⁶⁾から、逆に、取消訴訟についての考察の必要性を生ぜしめるに至った⁷⁾。このことは、そもそも、最初の拙稿がその考察対象を四六条 VwVfG に直結する議論に限定し、取消訴訟理論そのもの

2) 前掲注(1)に挙げるもののほか、例えば、高木光「西ドイツ行政手続法(2)」自研64巻3号79頁以下(83頁以下)(1988)、塩野宏『行政法I』224頁注1(有斐閣, 1991)、成田頼明「行政手続の法典化の進展」田中古稀記念『公法の理論・下I』1645頁以下(1697頁)(有斐閣, 1977)、阿部泰隆『行政裁量と行政救済』156頁(三省堂, 1987)[初出, ジュリスト598号49頁以下(1975)], 高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』228頁, 249頁以下(弘文堂, 1990)など。

3) 拙稿「手続瑕疵ある行政行為の法的効果について(1)～(3・完)ー西ドイツ行政手続法四六条を中心としてー」山口経済36巻3・4号49頁以下, 36巻5・6号55頁以下, 37巻1・2号113頁以下(1987)。

4) 拙稿・前掲注(3)「(3・完)」151頁以下。

5) 拙稿「遂行的確認訴訟」についてー西ドイツ行政裁判所法——三条一項四文の解釈をめぐってー」山口経済37巻5・6号341頁以下(1988)。

6) 取消訴訟に対する確認訴訟一般の「補充性」については、拙稿・前掲注(5)364頁。

7) 拙稿・前掲載注(5)394頁。

にはほとんど配慮を欠いていたことにも関係するところであった。

もっとも、ドイツの取消訴訟制度およびそれに関する諸議論は、すでにわが国では十分に周知のところであり、本稿が屋上屋を重ねる必要もなかろうかとも考えるが、敢えてその愚を冒すのはもっぱら上記のような次第であることを、予めお断りして置きたい。

一 原告適格

周知のように、ドイツの行政訴訟法制は、主観的権利保護¹⁾の要請を不可欠なものとするところから、行政の客観法的統制の排除、民衆訴訟(Popularklage)の排除²⁾を当然視するものとなっている。そしてそのような排除機能は、一般に、訴えの許否を定める四二条二項 VwGO³⁾で営まれるとされ、

1) 主観的権利保護につき、クレプスは、行政の客観法的統制と対比させながら、次のように述べる。すなわち、行政の客観法的統制は法的に正しい行政決定を指向するもので、行政決定に関係するあらゆる法規範に基づく包括的な審査の傾向を有するのに比べると、主観的権利保護制度は、主観的権利が統制基準とその対象の選択における目安となることで、特徴づけられる。ここでは、客観法規範は、主観的権利を与えたり、少なくともそれとの機能的連関を与える限りにおいてのみ、統制基準となるのである。したがって、主観的権利保護は客観法的統制に対して「制限的な権利保護」であり、また、これと同様のことは統制対象に関してもいえる、と。Walter Krebs, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: Erichsen/Hoppe/v. Mutius (hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschr. f. C. -F. Menger z. 70. Geburtstag, 1985, S.191ff. (191ff.)

ただ、この場合でも、何が主観的権利かの問題もあるが、概括的な特徴づけとしては適切かと思われる。

2) 直ぐあとの本論で述べる②説を除いて、定説である。民衆訴訟の排除については、差し当たり、Franz Geist-Schell, Verfahrensfehler und Schutznormtheorie, Die verwaltungsprozessuale Handhabung verfahrenfehlerhaften Verwaltungshandelns, 1987, S.206 Fn.29に掲げられた諸文献を参照。

3) 本論でも垣間見るように、四二条二項 VwGOの規定は種々の解釈を生むに至っているが、法改正の動向のなかでも維持されているようである。Vgl. Bundesminister der Justiz (hrsg.), Entwurf einer Verwaltungsprozeßordnung, 1978, S.45 (§74 Abs.3), S.225 (Begründung zu §74 Abs.3).

そのために原告適格(Klagebefugnis)概念が構成されてきたといえる。もっとも、その四二条二項 VwGO には別段の定めに関する留保が付されている。したがって、本稿の関心からすれば、手続瑕疵を理由として行政行為の取消を求める訴訟につき、かかる法規定が存在するか否かを論じなければならないが、目下そのような法規定は見当たらない⁴⁾。それゆえ、以下における考察も一般的な次元において行なわざるを得ないのである。

一 原告適格に関する諸説(1) —— 批判的見解

主観的権利保護の要請の下、四二条二項 VwGO による民衆訴訟の排除、そのための原告適格概念の構成なる枠組みは、なお仔細に検討するとき、異論なくはない。

そもそも、四二条二項 VwGO に関する諸説は、それを通じて民衆訴訟を排除する説(①説)とこれを認めない説(②説)とで区別でき、更に前者においては、民衆訴訟を排除するために「格別な」原告適格概念を構成するもの(①-I説)とこれを拒絶するもの(①-ロ説)とに分かれるのであって、②説が比較的近年に至って説かれはじめたとすれば、①説は在来のもので、なかでも①-I説が通説的な地位を占めてきたといえる⁵⁾。

4) この点に関しては、Geist-Schell, aaO. (注・2), S.14参照。

5) ドイツにおける原告適格論を論ずる邦語文献として、差し当たり、原田尚彦「行政行為の取消訴訟制度と原告適格(訴えの利益)——ドイツにおける判例の動向を中心にして——」『訴えの利益』245頁以下(弘文堂, 1963) [初出, 国家77巻3・4号44頁以下, 77巻9・10号1頁以下(1963~64)], 同「訴えの利益」『訴えの利益』1頁以下 [初出, 『行政法講座・3』253頁以下(有斐閣, 1965)], 同「行政事件訴訟における訴えの利益」『環境権と裁判』270頁以下(弘文堂, 1977) [初出, 公法37号79頁以下(1975)], 雄川一郎「訴の利益と民衆訴訟の問題——主観的訴の利益の拡大とその限界に関する一般理論への試論——」田中古稀記念『公法の理論中』1259頁以下(1310頁以下)(有斐閣, 1976), 同「行政訴訟の客観化の傾向と原告適格法」『法学協会百周年記念論文集1』633頁以下(642頁以下)(有斐閣, 1983) [以上, 『行政争訟の理論』所収, 287頁以下, 380頁以下(有斐閣, 1986)], 小早川光郎『行政訴訟の構造分析』(東大出版会, 1983), 宮崎良夫『行政訴訟の法理論』128頁以下(三省堂, 1984), 三吉修「西ドイツの行政訴訟における原告適格(Klagebefugnis)について」和歌山大・経済理論198号46頁以下(1984) 参照。

(1) 四二条二項 VwGO が民衆訴訟を排除せず、原告適格論そのものが無益だとする②説は、先頃ギールツ (Karl Gierth) によって主張された。論稿・「原告適格と民衆訴訟」の冒頭で、彼は、「行政裁判上の原告適格なる法的仕組み (Rechtsinstitut) は、民衆訴訟の排除という、自らに想定される目的を果たしておらず、民衆訴訟提起者は本案判決で一層有意義かつ平易に (allgemeinverständlicher) に退けられる。このことを法律の改正なくして行なうには、判決が……訴訟要件審査の絶対的優先の原則を破棄すべき」だ⁶⁾、とする基本的な立場を明らかにした。

原告適格は訴訟要件として有効に機能せず、現に民衆訴訟の提起が妨げられていない。このように、「現行訴訟法の装置では民衆訴訟が『排除』できず、訴訟提起、同時に訴訟開始が四二条二項 VwGO において決して頓挫するわけではないので、正しくは、『民衆-本案判決』 (Popular-Sachurteil) のみが議論となろう。行政訴訟法は、かかるものを妨げるために、四二条二項 VwGO の規律をもって実体法を頼み」とし、「少なくとも実体法との関連による以外、民衆訴訟提起者は一般的に阻止できない⁷⁾。」

ギールツが「民衆-本案判決」にのみ問題の所在を見出し、訴訟要件審査の優先原則を緩和することにより、民衆訴訟を排除するための原告適格論を敢えて必要としない⁸⁾のに比べると、次の①-口説は四二条二項 VwGO に民衆訴訟の排除機能を付与するが、同時に本条項の理解において、二で言及する①-イ説とも相違する。

(2) 四二条二項 VwGO が民衆訴訟を排除するとしながら、そのことが行政訴訟に「格別な」原告適格概念を正当化することにならないと解する①-口説は、ルップ (Hans Heinrich Rupp) においてその早期の例を見出すことができる。

6) Karl Gierth, Klagebefugnis und Popularklage, DÖV 1980, S.893ff. (893).

7) Ebenda, S.894f.

8) 例えば、Norbert Achterberg, Die Klagebefugnis — eine entbehrliche Sachurteilsvoraussetzung?, DVBl.1981, S.278ff. (280 u. 283: Ergebnis); Meinhard Schröder, Die Klagebefugnis bei Anfechtungs- und Normenkontrollklagen, Jura 1981, S.617ff. (617)は、原告適格概念が不要か否かの問題を措けば、簡単ながら、これを支持するものようである。

なお、アハターベルクの所説については、三吉・前掲注(5) 57頁。

法体系的および解釈史的に見ると、原告適格をめぐる争いは、取消訴訟が主観的非違追及訴訟 (subjektive Beanstandungsklage), つまり、民衆訴訟を回避するため、自己の利益が関係せしめられるときだけ許される訴えを意味したとする「歴史的な概念の、弱体化した結末であることを示すに過ぎない。しかしながら、この……思考式が一旦誤りと証されるや否や、民事訴訟と同様、行政裁判上の個人訴訟 (Individualklage) でも実体的主観的権利主張を見る見方にとって代わられたとするなら、最後まで一貫して考えると、格別な訴訟的原告適格には本来もはやいかなる余地も存しない⁹⁾。」(下線、原文・イタリック)

ルップは、主観的非違追及訴訟、すなわち、基本としての行政の客観法的統制の採用と民衆訴訟の排除のなかに「格別な」原告適格の存立根拠を認める一方、そこからの転換を図った現行法の下ではこの根拠を否定し、民事訴訟におけると同様の訴訟追行権 (Prozeßführungsbefugnis) をもって民衆訴訟の排除に対応しようとするのである¹⁰⁾。そしてその限りにおいては、ヘンケ (Wilhelm Henke) が一層の展開を企てる。原告適格に関するヘンケの議論というのは、その主観的公権論とともに、通説的見解に対する広範な批判の試みと解されるので、いくらか詳しく再現してみよう。

ヘンケによれば、人が民事訴訟において訴訟追行権を語り、原則として実体的権利者にこれを認めるのに、行政訴訟では個別に根拠づけねばならぬと考えるとき、この思考の背後には、訴訟できうる者が行政に対して権利をもつとの観念が存在し、実体的請求権が原告適格を根拠づけるというより、後者が訴訟上の請求権を根拠づけることになる¹¹⁾。

9) Hans Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S.250f.

10) この点、ルップは最近も次のようにいう。すなわち、行政の客観法的統制の手續とされる行政訴訟観の下では、この統制を際限なく拡張しないために、原告の主観的要素を訴訟要件として求めざるを得なかったが、行政訴訟が主観的権利の実行、それゆえ個人的権利保護の手續とされる今日では、「格別な原告適格のかかる機能は、訴訟上の先決問題が訴訟の実体的本案となり、原告の『主観的権利』が行政の裁判的統制の要件からその対象へと変わった、その瞬間、片づいた」と。Hans Heinrich Rupp, Kritische Bemerkungen zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, DVBl.1982, S.144ff. (145). ルップについては、三吉・前掲注(5) 57頁以下。

11) Wilhelm Henke, Das subjektive öffentliche Recht, 1968, S.133.

そこでは、主観的公権に民衆訴訟の限定としての意義が与えられ、原告適格が「行政に対する市民の個人的法的地位の真の中身となる。なぜならば、それが民衆たる地位を主観的権利へと個別化するからである¹²⁾。」

原告適格が原告の実体的法的地位を構成し、実体的請求権と並んで訴訟法上の資格 (prozeßrechtliche Befugnis) も問題にされるなら、ヘンケにとって実体法は訴訟法から区別できず、権利は客観法的統制を起動さす可能性のうちに存在し、原告適格そのものにほかならなくなる¹³⁾。

しかし今や行政訴訟も、民事訴訟と同様に、実体的請求権の補助手段であり、「原告適格は民事訴訟におけるごとく理解されねばならぬ。その民事法では、アクチオが実体的要素と訴訟的それとに解消されてこの方、実体的請求権は訴訟的要素から解放されるので、訴訟可能性はもはや請求権の表徴であり得ず、訴訟追行権は請求権の有無に無関係な単なる訴訟要件となり得た。他方、主観的公権が訴訟的要素から解放されるなら、行政訴訟においても同様のことが生じ、原告適格が問題とはならなくなるが、概括条項の導入はまさにそうしたことを現実のものにした。

要は、主観的公権が法律上の請求権であれば、それは訴訟的要素から解放されるし、行政訴訟を請求権実施の補助手段と見れば、訴訟可能性はこの請求権の表徴たり得ない。「そのとき、原告適格はここでも単なる訴訟要件としての意義に退きうる。それが原告の法的地位の中身でなく、……実体的請求権がであり、客観法は個々に根拠づけられる原告適格により請求権へと個別化されるのでなく、……法律自身の内容を通じてである。」訴訟ではこうした請求権が問題であり、原告適格ではないのである。なぜならば、原告適格は、「概括条項により、あらゆる実体的請求権に自ずと与えられているから¹⁴⁾。」

大意このように論じるヘンケの帰結の一つは、原告適格概念の放棄であり、行政訴訟への訴訟追行権概念の導入¹⁵⁾である。また、あと一つは、原告適格の概念によりすでに訴えの許否の段階で把握されてきた問題を、実体

12) Ebenda, S.133f.

13) Ebenda, S.134f.

14) 以上, Ebenda, S.133ff. 行政訴訟におけるアクチオ法思考については、小早川・前掲注(5) 51頁以下。

15) 行政訴訟への訴訟追行権概念の導入につき、ヘンケは、「状況は民事訴訟法におけるのと同じのものであり、概括条項の導入以来、原告適格なる特殊行政法的仕組み (Institut) はもはや決して存在しない。それゆえ、人はこの概念を放棄すべきであり、前提される主観的権利を訴訟において主張する資格としては、民事訴訟法におけるがごとく訴訟追行権を語るべきだろ」う、という。Ebenda, S. 135.

法ないし主観的権利の問題として、本案審理領域に明確に配置し直そうとすることである¹⁶⁾。

同じような見解は、更に、近年にあっても見出される。

例えば、ノイマイヤー (Dieter Neumeyer) は、上記の論者と同一の史的考察に立って、訴権 (Klagerecht) すなわち原告適格が主観的権利の存否を決し得たのは、引きつづき行政法を支配したアクチオ法思考に由来するのであって、「この思考式に従ってのみ、主観的権利の問題は、原告適格とともに、訴訟法および訴訟上の実施可能性の問題」となり得たが、そうしたことはもはや受け入れることができない¹⁷⁾、という。

現在の行政裁判所法は、権利侵害を訴えの根拠に留保することにより、「主観的権利を……実体的権利として行政訴訟についても承認し」たにもかかわらず、通説は未だかの歴史的な概念に根を下ろし、行政裁判所法後に生じた変遷をほとんど顧みない。

しかるに、原告適格と民事上の訴訟追行権とを比較すると、後者の必要性に関する諸原則が前者にも移行できるということが、明らかになる。したがって、「訴えは、四二条二項 VwGO によると、原告がその——實際上または推測上の——権利侵害を理由に侵害の除去を目指して行政行為を争うとき、それゆえ、自己のために権利保護を求めるとき、許容されねばならず、「そのとき、彼は自己の権利侵害を主張するのである。」「四二条二項 VwGO で独り決定的なことは、原告が訴えでもって自己の権利を追求せんとすることを認識せしめうるか否か」であり、原告がその権利を追求しようとするのか、他人の権利をか、は

16) この点は、以下に掲げるヘンケの叙述から明らかになるであろう。

原告適格の下で扱われる問題は、すべて「実体法の問題」であり、「市民が行政に対し法律上の請求権をもつ要件如何の問題」だ。四二条二項 VwGO は、訴訟追行権が実体的権利者だけに存する意にほかならず、「原告は『その権利を侵害される』ことを主張するのでなく、行政に対する法的請求権を、しかも自己のそれを主張しなければならない。その際、……主張される法的請求権の存在が訴訟追行権の審査にとって仮定されるのである。原告が、……訴えでもって提起される請求権との関連で、正しい訴訟提起者 (Kläger) か否かが審査される。」本条項は「民衆訴訟を排除するとされる。しかし、それは、行政裁判上の概括条項とともに、主観的公権の概念を明確に実体法の上で定義づけることにより、すでに排除される。それゆえ、四二条二項 VwGO は行政法におけるアクチオ法思考の、今日余分となった残滓としてのみ理解されうる。」Ebenda, S.138.

17) Dieter Neumeyer, Die Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, 1979, 94ff. (insbes. 96).

たまた公益かの確認は、通常、直ちに可能である¹⁸⁾。(下線, 原文・イタリック)

以上、①—口説¹⁹⁾は、第一に、行政訴訟にのみ「格別な」原告適格概念の否認²⁰⁾と相俟って、その概念とともに論じられてきた核心的な問題につき、訴えの許容性の段階からその根拠の段階へと、審査の場を移そうとする。また、そうして生ずる残滓、殊に民衆訴訟の排除に応えるには、民事訴訟におけると同義の訴訟追行権概念をもってする²¹⁾、というものである。

第二に、その場合の訴えの許容要件としては、基本的に、「原告自身のためにする実質的な主張」で足りるという。したがって、実体法ないし主観的権利の問題は訴訟要件審査の枠を越え、加えて、権利侵害を齎す原因行為が違法か否かの問題もそこに帰属しない、と理解する。

第三に、このような理解は、四二条二項 VwGO の文言そのものからというよりも、行政裁判所法規定の体系的な解釈に負うところが大きい。そうして、四二条二項 VwGO に関して体系的な解釈を語るなら、一一三条一項一文 VwGO との関係がもっとも問題となろう。ただ、このことについては、原告適格概念の機能の問題として、のちほど検討するに止めたい(後述, 一・三・(3))。

二 原告適格に関する諸説 (2) —— 通説的見解における問題の指摘

四二条二項 VwGO の訴訟要件を「原告適格」と称し、これにより民衆訴訟を排除する前述の①—イ説は、いまだ支配的と目される。とはいえ、「権

18) 以上, Ebenda, S.96 u. S.111.

19) あと一例を引けば、「人は、原告適格を民事訴訟上の訴訟追行権の意味で理解するという考えを吟味すべきであろう。これによると、原告が訴えでもって明確に自己の権利を追求せんとするとき、それで足りる。許されない民衆訴訟を防ぐには、これで充分だろ」う。Rüdiger Breuer, Baurechtlicher Nachbarschutz, DVBl. 1983, S.431ff. (439).

20) 但し、ノイマイヤーのみはこの例外をなす。後出・注 (60) に該当する本論参照。

21) 基本的に同様の見解はわが国でも、例えば山村恒年教授によって唱えられると解される。参照, 山村恒年「訴えの利益の諸問題」公法37号130頁以下(1975), 同「『法律上の利益』と要件法規」民商83巻5巻57頁以下(1968)。

利侵害」(Rechtsverletzung)の主張の程度やその具体的な内容に関しては、議論の余地を残している。すなわち、四二条二項 VwGO が行政行為²²⁾による自らの権利侵害を主張すべしとしたことから、原告はかかる陳述上の負担を負うものとされるが、それは果たしていかなる程度なのか、権利侵害は具体的に何を意味するかが、議論されるのである。

(1) 最初の問題をめぐっては、わが国でも周知の議論が交わされてきた²³⁾。そしてそれらは、単なる口頭の主張で足りるとする「口頭による主張」(Verbalbehauptung) 説を除けば²⁴⁾、通常、「論理性説」(Schlüssigkeitstheorie) と「蓋然性説」(Möglichkeitstheorie) との二つに大別される²⁵⁾。いうまでもなく、前者は原告の「論理的な」(schlüssig) 主張を、後者はその「ありうべき」(möglich) 主張を説くものであって、今日これらの間では原告の負担に緩やかな後者が大勢を占めてきており、前者はほとんど採用されなくなっている²⁶⁾。また、判例も今日では²⁷⁾蓋然性説を容れるこ

22) 本稿では、取り敢えず、取消訴訟のみを念頭に置くため、行政行為の拒否またはその放置による場合は措くので、行政行為とだけ記す。同じような理由から、一一三条 VwGO についても一項のみを狙上に載せる。

23) 参照、三吉・前掲注(5) 54頁、雄川・前掲注(5)「訴の利益と民衆訴訟の問題」1310頁以下。

24) 「口頭による主張」説が採用され得ないことに関しては、差し当たり、Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, 9.Aufl. (1988), Rdnr.200 (S.85) (以下、本稿では、Tschira/Schmitt Glaeser, VwPR と記す)；Eyeramnn/Fröhler/Kormann, Verwaltungsgerichtsordnung, 9.Aufl. (1988), §42 Rdnr.121 (以下、本稿では、Eyeramnn/Fröhler/Kormann, VwGO と記す)；Ferdinand O. Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 7.Aufl. (1986), §42 Rdnr.98 (以下、本稿では、Kopp, VwGO と記す)；Redeker/v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 9.Aufl. (1988), §42 Rdnr.15 (以下、本稿では、Redeker/v. Oertzen, VwGO と記す)；Otto Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, Bd. I, 3.Aufl. (1966), S.202. 参照。

25) 一層詳細な諸説の整理については、Neumeyer, aaO. (注・17), S.25ff. 参照 (この紹介として、三吉・前掲注(5) 54頁以下)。また、より古い諸説の整理については、Hanns Engelhardt, Zur Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, JZ 1961, S.588ff. (589)。

26) 今日もはや数少ない論理性説のなかでは、その代表例として、Carl Hermann Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 9.Aufl. (1987), §33 II (S.202) (以下、本稿で

とが再三指摘されている²⁸⁾。しかし、かかる記述には若干の補足が必要だろう。

例えば、ギールツは、蓋然性説に当たる諸論者を「蓋然性」(Möglichkeit)、
「実質性」(Substantiiertheit) および「明確性」(Plausibilität) をそれぞれ主張する三つの説に細分し²⁹⁾、併せて判例との異同を問いながら、かの各説が「漏れなく積極的な標識を指向す」とすれば、行政裁判所の立場³⁰⁾は、「消極的な画定」を利用することにより、「積極的に言い表される四二条二項 VwGO の許容要件を二重に消極的な定式に鑄改め」ようとするのである、という。この後者の点については、ガイスト・シェル(Franz Geist-Schell)

は、Ule, VwPR と記す) がある。それによると、「訴えを許容するには、行政行為が……客観的に違法と判明する場合に、……行政行為……によりその権利を侵害されるとする原告の論理的な主張で足りる。」とされる(下線, 原文・イタリック)。同様に, Engelhardt, aaO. (注・25), S.589, 593.

なお、論理性説の問題点の指摘として、Karl Augst Betteramnn, Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozess, in: Kütz/Naumann (hrsg), Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II(1963), S.449ff. (469); Tschira/Schmitt Glaeser, VwPR, Rdnr.211 (S.86); Kopp, VwGO, §42 Rdnr. 100; Karl Heinrich Friauf, Anmerkung, DVBl.1969, S.368ff. (369)などを参照。
27) 六三年判決(後出注(30)参照)以前の連邦行政裁判所が論理性説の立場に立脚するものであったことについては, Geist-Schell, aaO. (注・2), S.44; Neumeyer, aaO. (注・17), S.26 Fn.6.

28) このように指摘するものとして, 例えば, Hans-Uwe Erichsen, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, 2. Aufl. (1984), S.28f.; Giemulla/Jaworsky/Müller-Uri, Verwaltungsrecht, 4. Aufl. (1991), Rdnr.811 u. Fn.11 (S.358); Hans D. Jarass, Die Gemeinde als »Drittbetroffener«, DVBl. 1976, S.732ff. (733); Neumeyer, aaO. (注・17), S.25; Edger Bosch/Jörg Schmidt, Praktische Einführung in das verwaltungsgerichtliche Verfahren, 4. Aufl. (1988), S.105.

29) Gierth, aaO. (注・6), S.894.

なお、ギールツの分類が、例えば、「原告は、係争行政行為によりその権利を侵害されることがありうべき(möglich)ものと思わせる諸事実を申立てねばなら」ず、「この意味で、原告の申立てはもっともな(plausibel)ものでなければならない(下線, 原文・ゴシック)とする見解(Tschira/Schmitt Glaeser, VwPR, Rdnr.212 (S.86f.)) にどのように妥当すべきかは、問題とならない。このような見解での用語法とともに、彼の分類が「蓋然性」の多義性を明らかにしていることこそ、ここでは重要なのである。

もまた、蓋然性説を唱える諸論者が「原告適格の欠如の原則から出発し、適切な申立てがある場合にのみ原告適格を首肯する」(積極的)蓋然性説であるのに対し、判例の特徴は、「原則的に原告適格があることから出発し、『いかなる考察法によっても明白かつ一義的に』存し『ない』(自己の)権利という『極端な場合』にのみ、これを排除する」(消極的)蓋然性説にある旨³¹⁾、指摘する³²⁾。

30) この関連でしばしば引用される著名な判決として、六三年の連邦行政裁判所判決がある (BVerwG, Urt. v. 30.10.1963, DVBl.1964, S.191f.)。事案は、原告 (= 重度身体障害者) が所得能力55%減として申告できる重度所得制限者証明書 (Schwererwerbsbeschränktausweis) の交付を求めたところ、被告 (= 地方郡 Landkreis) は所得能力50%減とする証明書を交付したので、これを争ったというものである。第一審は、前置手続を経なかったとして、却下。原審は、たとえ前置手続を欠くことから訴えが許されなくはないとしても、原告が権利侵害を主張しなかったり、所得減の記載変更後の法的利益 (rechtliche Vorteile) を述べないことが、四二条二項 VwGO に反するとして、控訴を棄却。これに対し、連邦行政裁判所は、以下のように述べて、原審判決を破棄、差戻した。

確認の訴えのみならず、本件のような訴えも、権利保護利益に欠けるなら、それが許されないのはいうまでもない。また、四二条二項 VwGO が独立の許容要件か、特に規定された権利保護利益の一つかは、未決定でありうる。いずれにしても、四二条二項 VwGO によると、「原告が係争行政行為による自己の権利侵害を生ぜしめうる事実を申し立てるとき、訴えは許されなくはない (下線①とする、引用者)。本規定によれば、訴えは、原告の主張する権利がいかなる考察法に従っても明白かつ一義的に存しないとか、彼に帰属し得ないときのみ、許されないのである (下線②とする、引用者)。」しかし、本件の場合、原告は本件証明書に関する諸ラント合意による指針の不遵守を攻撃しており、また、かかる指針がすでに一九条四項一文 GG, 四二条二項 VwGO および一一三条一項一文 VwGO の意味の主観的公権を生ずるか否かにかかわらず、当裁判所の判例によると、市民はそのために発せられた指針の遵守を三条一項 GG の平等原則に基づいて求めうるのである。原告は、上記指針の不遵守による平等原則違反を明確に攻撃する。かかる申立ては四二条二項 VwGO の要件を全面的に充たすのである。

なお、本判決については、評価が分かれるようである。その原因は、多分、下線①を重視するか、下線②をかによると思われ、前者の場合には学説上の蓋然性論と同一視することになる (前掲注 (28) の諸論者)。

更に、本判決以降の連邦行政裁判所の裁判例については、Geist-Schell, aaO. (注・2), S.251f. Fn.322; Kopp, VwGO, §42 Rdnr.39; Eyermann/Fröhler/Kormann, VwGO, §42 Rdnr.122などを参照。

かくして、「格別な」原告適格を首肯する通説的見解は、一つに、権利侵害に関する主張の程度という点で、論理性説と蓋然性説とに分かれ、後者をもって圧倒的としながらも、「蓋然性」の理解において自らもなお多様であるといえる。二つに、等しく蓋然性を指向するとされる判例の立場³³⁾との比較では、「消極的な」蓋然性に甘んじるか否かで、無視し得ない差異があり、両者をまったく等置することは少なくとも厳密さに欠けることになる。

(2) 次に、原告は「権利侵害」の下で何を主張すべきか。この問題に関する第一説は、権利侵害のなかには二つの要素が含まれると考える。

四二条二項 VwGO の「権利侵害概念は、二つの要素で構成される。すなわち、法的地位の削減 (Schmälerung) または縮減 (Beeinträchtigung) が何よりもまず前提だ。しかし、それのみではいまだ権利侵害とはならない。なぜならば、縮減は適法でもありうるから。権利の縮減は違法な行政行為……に還元されて……はじめて権利侵害となる。こうして、一つに、行政行為が法的地位を縮減する (beeinträchtigen) ということが、そうしてその行政行為が違法であると

31) Geist-Schell, aaO. (注・2), S.45.

32) ほとんど同様に、シュミットは、「判例は、それ[学説上の蓋然性説……引用者]に代えて『非蓋然性説』(Unmöglichkeitstheorie)の結論を定式化する——念のために、このような命名は皮肉と思われるということ、また、広く流布するのを勧められないということ、直ちに書き添えよ」と述べる。Walter Schmidt, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, S.110 Fn.16.

更にまた、シュテルンも、連邦行政裁判所の「非常に弱められた『論理性説』」は、「どちらかという、たとえ取るに足りないに過ぎぬとしても実質化している『口頭による主張説』に照応する」と。Klaus Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 6.Aufl. (1987), S.154.

因に、判例がかかる消極性に甘受する理由として、上記のシュミットは、「使用できうる画定標識を展開せんとする苦心の諸々が、挙げてうまく行かなかった」ことを指摘する。Schmidt, aaO. (本注), S.110. 適切な指摘と考える。

33) 判例分析は本稿のなしうところではないが、それでも判例について次のように指摘されることには注意を要す。すなわち、そうした指摘によれば、判例は概して「消極的な」蓋然性で満足するが、「それにもかかわらず、……以前と同様に今日も、第三者の訴えの場合には保護規範審査を許容性の段階で包括的に着手する傾向にある。」Geist-Schell, aaO. (注・2), S.49. また、別の指摘によると、判例では、「近時、実質化された陳述負担の意味での原告適格の存否に強化された要求を置く傾向が際立つ。こうしたことは、主として、いわゆる大規模工業施設の許可手続に関する判例についていえる。」Stern, aaO. (注・32), S.155. ともかく、本稿では指摘するだけに止めざるを得ない。

いうことが、主張されなければならない³⁴⁾。」(下線, 原文・ゴシックまたはイタリック)

通例, この説³⁵⁾が同時に蓋然性説を支持する³⁶⁾とすれば, そこでは, 原告の権利縮減と行政行為の違法とにおける蓋然性を主張すべきことになる³⁷⁾。

第二説は違法性に関する主張を不要とするものであり, 二つの見解からなっている。一つは, 主張の程度については蓋然性説を採りながら, 内容的には違法性の主張を度外視するものである。

「権利侵害の主張は単なる主張を越え出でる。つまり, 原告は, それまでの経緯 (Geschehenablauf) を叙述するとともに, この叙述を用いてそこに示される権利に通用力を与えようとすることを認識させねばならない。それゆえ, 行政行為……が客観的に違法と判明するであろうことを前提に, 彼の申立てから権利侵害が導かれなければならない。二項 [四二条二項 VwGO……引用者] の, 一一三条 VwGO との比較から明確に生ずるように, 行政行為の違法性それ自体を原告が主張する必要はない³⁸⁾³⁹⁾。」(下線, 原文・ゴシック)

他の一つは, 論理性説の立場から, 同一の結論に至る。ここでも一例の

34) Eyermann/Fröhler/Kormann, VwGO, §42 Rdnr.148 (auch §42 Rdnr.185).

35) あと一例だけ掲げよう。原告の「主張は, [彼の主観的権利との……引用者] 関わり (Betroffensein) にも行政行為の違法性にも関係しなければならぬ。それというのも, 二つ揃ってはじめてありうべき自己の権利侵害を生ずるからである。それゆえ, 権利侵害の主張は二つの要素を包摂する。すなわち, 原告は, 係争行政行為がまさにその権利圏に押し入るということを, 次いでこの侵害 (Eingriff) が違法であるということを主張するために, 真っ先に申立てねばならない。通例, 権利の減少 (-minderung) の申立てだけで, 訴えが許されることにはならない。なぜならば, すべての侵害が違法であらねばならぬものでもないから。」(下線, 原文・イタリック) Tschira/Schmitt Glaeser, VwPR, Rdnr. 208 (S.85)。

36) Vgl. Eyermann/Fröhler/Kormann, VwGO, §42 Rdnr.121; Tschira/Schmitt Glaeser, VwPR, Rdnr.212 (S.86f.)。

37) こうした理解が可能なものとして, 更に, Otto Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, Bd. II, 1967, S.224; ders., Bd. I (注・24), S. 202; Klaus Obermayer, Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, 3.Aufl.(1988), S.202f.; Stern, aaO. (注・32), S. 154 参照。

38) Redeker/v. Oertzen, VwGO, §42 Rdnr.25.

39) このような見解を示すものとして, 更に, Hans Peter Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1982, S.351; Giemulla/Jaworsky/Müller-Uri, aaO. (注・28), Rdnr.811 (S.358)参照。

み掲げよう。

原告が権利侵害の主張を提示できない場合、訴えは許容性の段階で退けられるが、行政行為の適法が訴訟のなかで判明するなら、理由なしとされる。したがって、許容性に関する「論理性審査は……全般的に原告の申立ての上に置かれてはなら」ず、行政行為が違法か否かは「原告適格審査の枠を越え」、「自明のように、それとの関連で審査されるべきでな」い⁴⁰⁾。(下線、原文・イタリック)

したがって、ここにおいて指摘すべきことは、原告によって主張される「権利侵害」の中身においても、通説的見解は必ずしも一致していないということである。以下、節を改めて検討を加えよう。

三 通説的見解における問題の検討

(1) 前記の二・(2) で指摘した第二の問題は、「権利侵害」概念の如何という問題に置き換えることができる。そしてそれについては、ベッターマン (Karl August Bettermann) の所論が言及に値し、これによるとき、次のように簡潔にいえるだろう。すなわち、抵触 (Berührung) や関わり (Betroffenheit) といった概念は、原告と行政行為とに存する関係を標すのみで、その関係の内容には及ばない「もっとも中立的な」概念であるとすれば、不利益 (Beschwer) および縮減 (Beeinträchtigung) は内容的に不利益な (nachteilig) 関係まで含意する。それでも、当該行為についての法的評価を含まない点で、依然それらも「法価値から自由な」(rechtswertfrei)、「法中立的な」(rechtsneutral) 概念をなす。したがって、権利縮減も違法の評価を免れるのであって、違法の評価を含んだ権利侵害はこれと区別されねばならない⁴¹⁾、と。

以来⁴²⁾、権利侵害概念はしばしば二つの要素から把握され、違法の要素を

40) Ule, VwGO, §33II (S.202).

41) 以上, Bettermann, aaO. (注・26), S.452, 461.

42) もっとも、権利侵害概念と権利縮減のそれとの意識的な区別という点では、恐らく、エンゲルハルトがその嚆矢かと思われる。Engelhardt, aaO.(注・25), S.589 u. Fn. 27.

通じて権利縮減概念と区別されるのである⁴³⁾。そこで、こうした概念規定または用語法に倣うと、権利侵害の主張を説きながら、違法性に係る主張を求めない先述の第二説は、異論の余地を生ぜしめる⁴⁴⁾。概念に関していえば、このことは第一説の論拠たりうる⁴⁵⁾。

他方、違法か否かの判断は訴えの根拠の場に留保され、訴えの許否の審査には服しない⁴⁶⁾。目下の多数的見解が、取消訴訟の訴訟物として、行政行為の違法性とこれによる原告の権利侵害に関する主張を挙げるのも、その証左の一つといえる⁴⁷⁾。したがって、行政行為の違法における蓋然性が主張されねばならないとしても、許容性の段階ではあらゆる審査を免れる。第一説にあっても、違法性に関するもっともな(plausibel)申立てを欠いたり、

43) 例えば, Geist-Schell, aaO (注・2), S.16; Neumeyer, aaO. (注・17), S. 93; Eberhard Schmidt-Abmann, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Lerche/Papier/Randelzhofer/Schmidt-Abmann, Grundgesetz, Bd. II, 24. Lieferung (1985), Art.19 Abs. IV Rdnr.153; Erichsen, aaO. (注・27), S.27f. 但し, 今日でも, 「権利との関わり (または権利縮減) + 違法性 = 権利侵害」という「等式は, 誤りである。というのは, 主観的権利の適法な縮減は決して存しないから, とする見解も見られる。Jürgen Schwabe, Verwaltungsprozeßrecht, 2.Aufl. (1984), S.27.

なお, 簡単ながら, この問題に触れるものとして, 小早川・前掲注(5)10頁注13。

44) 一一三条一項一文 VwGO の文言に比較して, 四二条二項 VwGO に「違法」の語が使用されていないことから, 違法性に係る主張を不要視することも考えられる。しかし, 本論で記したように, 権利侵害概念にはすでに原因行為の違法性が内包されるのであれば, 「違法」の語の欠如は, その主張を不要視する第二説の論拠たり得ない。

45) 更に, 第一説の論拠として明示に語られるのは, 四二条二項 VwGO の文言である。つまり, 四二条二項 VwGO では, 行政行為の違法性と自己の権利侵害の「二つの要素を別異に扱う何らの可能性も見出せ」ず (Bachof, aaO. (注・24), S.202), また, 「原告の申立て (『主張する』) を一義的に関わりと違法性とに向けさせる規定の明確な文言 (『侵害される』) に反して, これら二つの要素を異なって取り扱う」のは, 「許されない (Tschira/Schmitt Glaeser, VwPR, Rdnr. 211 (S.86)), というのである。

46) Vgl. Neumeyer, aaO. (注・17), S.93; Stern, aaO. (注・32), S.154; Ule, VwPR, §33 II (S.202); Jörg Mössner, Die öffentlichrechtliche Konkurrentenklage, JuS 1971, S.131ff. (135); Engelhardt, aaO. (注・26), S.589; Bachof, aaO. (注・37), S.224.

「違法の蓋然性が完全に排除されるのは、ほとんどありそうにもない」と記述する者⁴⁸⁾は、これによって問題の顕在化を和らげる意図をもつものと理解できよう⁴⁹⁾。

更にまた、今一つ憶測しうるのは、権利侵害の内容に関する論議の中心が「権利縮減」の問題にこそ置かれる、ということである。しかも、権利縮減の演繹の方法の問題として、重視されると思われる。このことを通説的見解に即していえば、権利縮減の蓋然性をどのようにして認識するのか、単なる口頭の主張で満足し得ないとき、いかなる主張方法が権利縮減の蓋然性を申し立てるものと看做されるのか、ということになる。むしろ、それは実体法または主観的権利の問題としてのみ考えることもできるところであり、いずれにしても、二における考察に委ねられる。ここでは、一・(2)で略述した批判的見解(①—口説および②説)が問題をもっぱら訴えの根拠の枠内で捉えるのに対して、通説的見解は、許容性の問題としても扱うことにより、「格別な」原告適格の意義を見出そうとすることを指摘

47) 取消訴訟におけるこのような訴訟物観が「通説」であることについては、Eyermann/Fröhler/Kormann, VwGO, §121 Rdnr.10c; Ule, VwPR, § 35 II 3 (S.217); Neumeyer, aaO. (注・17), S.65. 南博方編『条解・行政事件訴訟法』248頁 [宮崎良夫] (弘文堂, 1987) 参照。また、取消訴訟の訴訟物に関する各説につき、Eyermann/Fröhler/Kormann, VwGO, §121 Rdnr.10a; Ule, VwPR, § 35 II 2f. (S.216f.); Neumeyer aaO. (注・17), S.64f.参照。

更に、参照、ゲルハルト・リュケ (中野貞一郎訳)「行政訴訟における訴訟物と判決の効力」民訴13号20頁以下 (1967), 雄川一郎『行政争訟法』62頁注1 (有斐閣, 1966), 金子芳雄・木村弘之亮「抗告訴訟の訴訟物」法学研究45巻2号81頁 (1972)。

48) Tschira/Schmitt Glaeser, VwPR, Rdnr.215 (S.87).

49) 論理性説と蓋然性説との違いについて、ノイマイヤーは、前者によれば、原告の申立てからその権利侵害が生ずる必要はないが、「その権利の縮減はすでに生じていなければならぬ」一方、後者に従うと、かかる権利縮減が「可能でありさえすればよい」と認識する。Neumeyer, aaO. (注・17), S.27. 次に、エンゲルハルトは、蓋然性説において、権利侵害が原因行為の違法性を含んだ厳格な意味に解されるなら、論理性説との違いは「それほど大きくな」いが、違法性を前提としない単なる権利縮減の意味であれば、その違いは「本質的に拡大され」る、と理解する。Engelhardt, aaO. (注・25), S.589.

するだけに止め、つづく(2)では原告適格概念を構成する法的意義の問題を取り上げてみよう。

(2) 通説的見解において、原告適格概念は民衆訴訟を排除する機能を与えられる。つまり、主観的権利保護の要請から本案審理への途をチェックし、もってこれに値しない訴えを早期に退けることにより、「訴訟経済」ないし「裁判所の負担軽減」に資すべき機能⁵⁰⁾が与えられるのである。しかし、また、論者によっては、停止的効力 (aufschiebende Wirkung od. Suspensiveffekt) や実体的確定力 (materielle Rechtskraft) の問題と関連して、原告適格概念の有用性を説く者もある。そこで、これら二点を先に吟味したあとで、「訴訟経済」ないし「裁判所の負担軽減」について検討しよう。

さて、停止的効力は取消訴訟 (および異議審査請求) に関して定められているが(八〇条一項一文 VwGO)、それが許容される訴えに限られるか否かで、争いがある⁵¹⁾。差し当たり、問題を肯定し、許容される訴えに限定されるとするなら、原告適格概念は停止的効力の有無を決することになる。というのは、原告適格は訴えの許否を規定するから。

第一説は、訴えの許容性が停止的効力の発生に必須であると考え。というのは、より効果的な法的救済という停止的効力の目的からすると、法的救済が可能な場合、すなわち訴えが許容される場合に限られるからである⁵²⁾。

これに対し、より一般的な見解⁵³⁾は許容されない訴えの停止的効力をも原

50) 原告適格概念のこのような機能について、Giemulla/Jaworsky/Müller-Uri, aaO. (注・28), Rdnr. 810. (S. 357); Rupp, aaO. (注・9), S. 145; Jarass, aaO. (注・28), S. 733; Schröder, aaO. (注・8), S. 617など参照。

51) 訴えの許容性と停止的効力の関係に関する学説・判例の状況については、Eyermann/Fröhler/Kormann, VwGO, §80 Rdnrn. 14ff.; Redeker/v. Oetzen, VwGO, §80 Rdnr. 16; Kopp, VwGO, Rdnr. 29. 参照。

52) 例えば、Eyermann/Fröhler/Kormann, VwGO, §80 Rdnr. 146

53) ここで述べる見解をもって多数説とし、第一説をもって少数説とすることについては、Tschira/Schmitt Glaser, VwPR, Rnnrn. 399, 341 (S. 137f.). 同様に、Geist-Schell, aaO. (注・2), S. 53参照。

則的に首肯する。というのも、停止的効力の発生は訴えの許否についての結末に左右されるべきでない⁵⁴⁾からであり、訴えの許否の決定がしばしば詳細な審査を必要とするからである⁵⁵⁾。ただ、挙げられる類の理由からして、訴えの不許容性が「明白」(evident)であるならば、例外として停止的効力を否定することも容認できるところであり、学説上ではこの見解がもっとも有力である⁵⁶⁾と解される。そしてそのような例外としては、取消が本来認められていない行為を争うとか、取り消すべき行為が存しなかったり、出訴期間の明白な徒過のケースのほか、いかなる視角の下でもあり得ない権利侵害のゆえに訴えが明らかに許容されないケース⁵⁷⁾が、想定されている。

このように、より一般的な見解は、訴えが許容されない場合でも停止的効力を肯認するか、明らかに許容されない場合にのみ例外的に排除するか、のいずれかである。とすれば、停止的効力の有無を決すべき必要性をもって原告適格の意義に充てるとするのは、どれほどの意義ある議論といえようか⁵⁸⁾。

一方、実体的確定力にとっての原告適格の意義は、次のように説かれることがある。

確定力ある判決は、決定された訴訟物につき、関係人や承継人を拘束するが(一二一条 VwGO)、何が訴訟物かは争われる。通説は行政行為の違法性とこれによる権利の侵害(eingreifen)に関する原告の法的主張と理解する。したがって、ここでは、権利侵害の問題が判決の実体的確定力に影響し、権利侵害の欠如に基づく訴訟判決の実体的確定力が権利侵害の欠如に基づく本案判決のそれ

54) Ule, VwPR, §66 I 1a (S.367).

55) Tschira/Schmitt Glaeser, VwPR, Rdnr.341 (S.138).

56) 例えば, Tschira/Schmitt Glaeser, VwPR, Rdnr.341 (S.138); Redeker/v. Oertzen, VwGO, §80 Rdnr.16; Kopp, VwGO, §80 Rdnrn.28f.; Obermayer, aaO. (注・37), S.241など。

57) Vgl. Klaus Finkelnburg/Klaus Peter Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 3.Aufl. (1986), Rdnr.518ff. (S.194ff.); Tschira/Schmitt Glaeser, VwPR, Rdnr.343 (S.139); Redeker/v. Oertzen, VwGO, §80 Rdnr.16; Kopp, VwGO, §80 Rdnr.29.

58) 結論的に、このように述べるものとして, Kopp, VwGO, §80 Rdnr.29; Rupp, aaO. (注・10), S.146; Geist-Schell, aaO. (注・2), S.53; Giertz, aaO. (注・6), S.895.

に一致する。このことが現に妥当するのは、許容性の段階ですでに権利侵害を審査し、蓋然性の欠如の確認で原告適格を否認する蓋然性説においてである。しかし、論理性説の場合は、一旦否定された権利侵害がのちの訴訟で改めて論理的に主張されるなら、最初の確定力ある訴訟判決は、裁判所が権利侵害に関して改めて根拠の枠内で審査することを妨げないのである⁵⁹⁾。

上のように述べる論者の意図は、蓋然性説と異なって、訴訟要件としての原告適格の意義を否認するとしても、実体的確定力にとっての有用性を首肯することにより、この概念を維持⁶⁰⁾できるとすることにある。それというのも、通説的訴訟物観の下で蓋然性説を主張するときのみ、原告適格概念は実体的確定力の問題と無関係であるというのが、その所見であるから。

そこで、この問題でいえば、確かに、訴訟判決についても実体的確定力を首肯するのが支配的⁶¹⁾と見られる。つまり、実体的確定力を生ずる「決定された訴訟物」とは、行政行為の違法性とこれによる自己の権利縮減に関する原告の法的主張⁶²⁾、すなわち権利侵害の主張と解されるので、裁判無管轄のごときはともかく、権利侵害を欠くゆえに四二条二項 VwGO に基づいて訴えを退ける訴訟判決は、一一三条一項一文 VwGO に基づいて権利侵害の欠如から訴えを退ける本案判決と、実体的確定力に関して、同一であると看做される。なぜならば、訴訟判決によっても実体的確定力に決定的な権利侵害の主張が決定されるからである⁶³⁾。しかし、かかる帰結は蓋然性のみ固有なものであろうか。

先の論者は、原告がのちの訴訟で改めて論理的な主張を提示しうるところから、論理性説における異なる帰結を導いたが、別の論者によれば、許容性の枠内でも職権探知原則（八六条一項 VwGO）が適用され、それが機

59) Neumeyer, aaO. (注・17), S.63ff. (insbes. S.64ff.).

60) Vgl. Ebenda, S.66.

61) Eyermann/Fröhler/Kormann, VwGO, §121 Rdnr.5; Tschira/Schmitt Glaeser, VwPR, Rdnr.146 (S.61); Geist-Schell, aaO. (注・2), S.52; Ule, VwPR, §59 I 1 (S.313); Rupp, aaO. (注・10), S.146 Fn.12; Obermayer, aaO. (注・37), S.255.

62) このような訴訟物概念が一般的であることについては、前注(47) 参照。

63) Vgl. Gierth, aaO. (注・6), S.896; Geist-Schell, aaO. (注・2), S.52.

能する限り、指摘されたような事態は理由を欠くことになる⁶⁴⁾。むしろ、通説的見解に批判的な原告適格観を容れながら、それが否定するところでこの概念の有用性を認識するというのは、回避すべき概念流用といってよい。それはともかく、実体的確定力の有無を決する必要性のゆえにのみ、原告適格概念の有用性を説く積極的な論者は、目下のところ、その同調者を見出し得ないでいるのである。

以上、停止的効力や実体的確定力の観点から原告適格概念を正当化する試みは、必ずしも有益なものとも解されない⁶⁵⁾。したがって、あと一つの問題は、「訴訟経済」または「裁判所の負担軽減」に照らして原告適格概念の法的意義を吟味することにある。

(3) 既述のように、通説的見解が原告適格の概念構成をし、これにより民衆訴訟を排除するのは、「訴訟経済」または「裁判所の負担軽減」を期すことにある。また、この見解は原告にその権利侵害の蓋然性 (= 「ありうべき」こと)、少なくとも彼の権利縮減のそれを主張せしめるので、ここでは、訴えの許容性の段階ですでに実体法ないし主観的権利の問題に立ち入ることになる。他方、「格別な」原告適格概念に否定的であって、四二条二項 VwGO を民事訴訟と同様の訴訟追行権規定と看做す批判的見解(①—口説)は、これにより民衆訴訟を排除しうると考えるだけでなく、主観的権利の問題をもっぱら訴えの根拠の枠内で審査しようとする。

ところで、主観的権利の問題が許容性の段階ですでに審査されるとしたら、一一三条一項一文 VwGO における訴えの根拠に関する審査との関係が問われなければならない。この点、通説的見解のように、主観的権利の「あ

64) Vgl. Gierth, aaO. (注・6), S.896 Fn.49.

もっとも、職権探知原則が原告適格の場合にも適用されるか否かについては、争いがあるようである。適用説, Bettermann, aaO. (注・26), S.464f., 否定説, Erichsen, aaO. (注・28), S.27.

65) 結論的に、このように述べるものとして、例えば, Rupp, aaO. (注・10), S.146; Geist-Schell, aaO. (注・2), S.53 (および ebenda, S.258 Fn.376に掲げられた文献も参照)。

りうべき」ことと現にあることとで区別する⁶⁶⁾としても、蓋然性に関する多様な理解からして(参照, 二・(1)), 許容性の際の広範な審査を支持するもの⁶⁷⁾から「消極的な」審査で満足するもの⁶⁸⁾まで存し得よう⁶⁹⁾。これに対し、批判的見解はそうした審査そのものに懐疑的であるといえる。

例えば、ヘンケによれば、通説的見解においては原告が「正しい当事者」かどうかを問うより、「正しい権利」が主張されるか否かが重要だとしても、それでもこの問題は許容性の領域にあるのではなく、「根拠の問題という実体法の領域に存在するだけに過ぎない⁷⁰⁾」のである。また、ルッフは、原

66) 一般によく知られている定式に従っていえば、主観的権利が「抽象的に」(in abstracto) 存するか、「具体的に」(in concreto) か、ということになる。例えば, Erichsen, aaO. (注・28), S.28. Vgl. auch Neumeyer, aaO. (注・17), S.25.

67) ある論者は以下のように述べて、許容性の段階での広範な審査の必要性を説く。

「行政裁判実務や入門書では、四二条二項 VwGO に従ってなされるべき許否の審査を能う限り簡潔に止め、……一一三条一項一文 VwGO に従って答えられるべき問題に重心を置く傾向が優勢である。時折、論拠として、さもなくば懸念されうる判決の『頭でっかち』(Kopflastigkeit) が指摘される。しかし、かかる判決の化粧法(-kosmetik) は法律にいかなる根拠も有しない。余りに広範な原告適格審査による『一一三条一項一文 VwGO の背理的空洞化』を指摘することも、納得させるものではない。原告の権利侵害については、根拠の枠内ではじめて確定的に判断される。このことは……本質的な点をすでに四二条二項 VwGO に関する確認において明らかにするときも、何ら変わらない。第三者の訴えはすべて他人、つまり行政行為の名宛人の法律関係への『介入』を目指すということ、人は常に眼前にしなければならぬ。他人の法律関係の具体化での、かかる協働への入口が余りに低く設けられるなら、協働の権利が出てくる実体法的地位を何ら保持しないような人々も行政行為の適法性を審査することを強要しうる危険が存する」と。(下線, 原文・イタリック) Joachim Martens, Die Praxis des Verwaltungsprozesses, 1975, S.54.

68) ここでは、すでに述べたように、「消極的な」蓋然性に甘んじる行政裁判所の立場を挙げることができよう。

69) このほかにも、四二条二項 VwGO において「ありうべき」権利が、一一三条一項一文 VwGO においては「現に存する」権利がそれぞれ問題になる限りで、許容性の領域と根拠のそれとの「厳密な確定は可能でない」と指摘するものもある。Bosch/Schmidt, aaO. (注・28), S.105. 似たような指摘として, Mössner, aaO. (注・46), S.134

70) Henke, aaO. (注・11), S.136f.

告の主観的権利を「いわば二重に——一つは訴えの許容性の視点の下、他の一つは訴えの根拠の視点の下——」審査する通説的見解は、訴えの許否の段階ですでにその根拠について決定する「危険」を冒かすのであり、その上、「裁判官がこの[権利侵害の……引用者]問題を二重に設定し、訴訟法領域で略式かつ大雑把にのみ審査し、実体法領域では余すところなく詳細に審査するなら、彼の作業は軽減されるのではなく、過重にされ⁷¹⁾と非難する。同様に、ブローアー (Rüdiger Breuer) も、「蓋然性説の意味での原告適格の解釈が、実体法問題を部分的に許容性の審査のなかに移行さすことにより、真のフィルター機能を果たすことなく、裁判官に回避可能な法解釈上の難問を課するという事は、多くの点からいって、証明され⁷²⁾と断定する⁷³⁾。

かくして、問題が二つある。第一は、原告適格の「訴訟経済」または「裁判所の負担軽減」機能につき、この機能を高めようとするれば、却って許容性の段階での裁判所の負担を増大さすところとなり、逆に、許容性の段階での負担を軽減しようとするならば、かの機能は損なわれ易くなる結果、こうしたことが果たして「訴訟経済」または「裁判所の負担軽減」に資する所以といえるのか、ということである。第二は、第一のこととも密接に関連しようが、民衆訴訟の理解の仕方であり、そのために生ずる許容されない訴訟類型に関する違いといえる。

そもそも、訴えの許容性の段階で民衆訴訟を排除すべきことは、ほとんど争われない⁷⁴⁾。しかるに、通説的見解に批判的な論者の眼には、民衆訴訟概念が通説的見解によって「酷使される」と映る。

権利侵害が抽象的に (in abstract) も考慮されない場合、常に民衆訴訟概念が首肯されるならば、それは「余りにも酷使される。というのは、民衆訴訟は、『任意の国民』 (quavis ex populo)、すなわち係争行政行為と何らの関係も有しない誰かが訴えることによってこそ、特徴づけられるからである。」確かに、

71) Rupp, aaO. (注・10), S.145.

72) Breuer, aaO. (注・19), S.439.

73) 更に、基本的に同旨の指摘として、Neumeyer, aaO. (注・17), S.93.

74) 例外として、注(6)、(8)に挙げた論者がある。

権利縮減の欠如と民衆訴訟性との間には多様かつ広範な中間領域が認められる。しかしながら、「原告適格の意味は、個人的権利保護の制度たる行政裁判権の機能のために民衆訴訟を締出すことにあるので、……原告が訴えでもって自己の権利を追求し、もしくは自己の権利侵害を問おうとせんとするのを認識せしめるとき、いかなる民衆訴訟も存在しな」い⁷⁵⁾。(下線、原文・イタリック)

民衆訴訟とは、「任意の国民」、すなわち「係争の行政行為と何らの関係も有しない」誰か (jemand) の訴え⁷⁶⁾であり、かかる訴えこそ四二条二項 VwGO で排除されるべきならば、主観的権利の問題は直ちに許容性の問題を構成するには至らない。それにもかかわらず、訴えの許否の段階で主観的権利の問題に触れるのは、主観的権利ないし法的に保護される利益以外のあらゆる自己の利益——例えば、政治的、経済的、文化的もしくは宗教的利益——に根拠する訴えを四二条二項 VwGO によって排除することにほかならず、このために使用される民衆訴訟概念は上で与えられた定義を越えねばならないことになる⁷⁷⁾。

要するに、民衆訴訟概念は二つの意味で用いられる。つまり、「任意の国民」が提起しうる狭い意味の民衆訴訟であり、主観的権利または法的に保

75) Neumeyer, aaO. (注・17), S.113f.

なお、すでに早くから、主観的権利性の欠如と訴えの民衆訴訟性との間に存する広範な中間領域を指摘し、「なるほど原告と彼によって争われる行政行為との主観的な関係は存するが、この関係が行政裁判所法の求める高い濃度を得ていな」い訴えが存在するとして、まさにこうした訴えの正当化こそ問題とすべきだ、と説いたベッターマンの所論が想起されてよい。Bettermann, aaO. (注・26), S.456ff. (再度この旨を強調するものとして, ders., Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsgesetze und Gleichschaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeiten — oder Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach den Bedürfnissen der Gegenwart?, in: Detlef Merten (hrsg.), Die Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsgesetze zu einer Verwaltungsprozeßordnung, 1978, S. 91ff. (95ff.))

76) Bettermann, aaO. (注・26), S.457. Vgl. auch Geist-Schell, aaO. (注・8), S.11; Bachof, aaO. (注・37), S.226; Neumeyer, aaO. (注・17), S.17; Schröder, aaO. (注・8), S.617.

77) したがって、シュレーダーも、取消を求めるにつき、「たとい事実上のものに過ぎないとしても、自己の利益」が問題である限り、民衆訴訟は語られない、という。Schröder, aaO. (注・8), S.617.

護された利益以外のあらゆる自己の利益に根拠する訴えをも包摂した広い意味の民衆訴訟である。しかしながら、広義の民衆訴訟から狭義のそれを控除したもの、すなわち、「自らの権利を侵害されることなく、行政決定の廃止を求めるにつき、現在または将来の自己の実体的利益」を有する者の訴えは、より適切に、「利害関係人訴訟」(Interessentenklage)と称される⁷⁸⁾のである。

したがって、問題は、利害関係人訴訟を四二条二項 VwGO で排除すべきか、それとも一一三条一項一文 VwGO によってか、ということになる。その際、利害関係人訴訟が主観的権利者訴訟⁷⁹⁾ (Verletztenklage) から容易に区別できるならば、許容性の段階で利害関係人訴訟を排除するのが「訴訟経済」または「裁判所の負担軽減」に資するものといえるが、逆に、困難を伴ってはじめて区別できるのであれば、原告適格の機能も危うくなる。それゆえ、許容性の審査に当たって「消極的な」蓋然性に甘んじる見解が、実際的な見地からは穏当かと思われる。

他方、理論的ないし体系的見地からすると、批判的見解 (①—口説) に即して考えることができよう。すなわち、実体法の問題として根拠の領域に帰属すべき主観的権利の問題が、何ゆえ、訴訟法の支配する許容性の領域でも審査されるのか。また、許容性の段階ではいかなる自己の利益にも基づかない訴えだけを排除し、それ以外の訴えはもっぱら根拠の審査に委ねるのが、理論的ないし体系的な見地からは、却って「訴訟経済」または「裁判所の負担軽減」に資するのではあるまいか⁸⁰⁾。

78) Geist-Schell, aaO. (注・2), S.11. Vgl. auch Schröder, aaO. (注・8), S.618; Bettermann, aaO. (注・75), S.95ff.; Rüdiger Breuer, Wirksamerer Umweltschutz durch Reform des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozeßrechts?, NJW 1978, S.1588ff. (1561).

79) 用語については、差し当たり、Bettermann, aaO. (注・75), S.95ff.; Schröder, aaO. (注・8), S.618. 参照。

80) わが国でも、民衆訴訟の定義に関係して、遠藤博也教授は次のように適切に述べる。すなわち、民衆訴訟は、「本来原告適格について限定のないもの、すなわち、一般国民の資格で提起する訴訟をいう。これと客観的訴訟とは同義では

それはともかく、今日の取消訴訟理論では、主観的権利の問題を実体法の問題として訴えの根拠の審査に委ねる見解が増大しつつあることだけは、確認してよい⁸¹⁾。同時にまた、そのような意味では、原告適格概念の「過大視」こそ回避されなければならない⁸²⁾のである。

二 保護規範論

保護規範の問題を取り上げる場合、主観的権利の問題と区別すべきか否かを論ずることができよう。また、再三指摘したように、訴訟要件の問題としても捉えるかどうかも議論になる。しかしながら、ここでは、主観的権利の根拠づけに関する保護規範論をめぐっての考察を行なうに過ぎないので、後者の問題¹⁾についてはもはやこれに立ち入らない。

ない。市町村住民・納税者等の資格で提起する訴訟は、客観的訴訟ではあるが、民衆訴訟ではないから、自ら原告適格について限定がある。わが行訴法五条にいう民衆訴訟は、この意味での客観的訴訟の一種である。本来の意味での民衆訴訟は排除されるべきであるが、適当に限定づけられた客観的訴訟は特段の弊害をもたらすものではない。両者を混同してはならぬ^い、と。遠藤博也「取消訴訟の原告適格」『実務民事訴訟講座 8』74頁注 5（日本評論社、1970）

81) 例えば, Tschira/Schmitt Glaeser, VwPR, §§211, 212 (S.86); Neumeyer, aaO. (注・17), S.82, 96; Geist-Schell, aaO. (注・2), S.50; Rupp, aaO. (注・10), S.145; Schmidt, aaO. (注・32), S.109f.; Gierth, aaO. (注・6), S.893 ff.; Kopp, VwGO, §42 Rdnr.40f.; Henke, aaO. (注・11), S.136f.; Breuer, aaO. (注・19), S.439; Gunther Schwerdtfeger, Grundrechtlicher Drittschutz im Baurecht, NVwZ 1982, S.5ff. (6); Wolfgang Cloosters, Rechtsschutz Dritter gegen Verfahrensfehler im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, 1986, S.25.

82) 原告適格概念そのものには必ずしも否定的ではないものの、本文で述べたような視角からその法的意義の「過大視」を諫めるものとして, Geist-Schell, aaO. (注・2), S.54; Schwabe, aaO. (注・43), S.21.

なお, シュミットは, 「四二条二項 VwGO の文言をめぐる争いは, ……解決済みと見られうる。その現在の定式化において, 四二条二項 VwGO は適用できない^い、と断言する。Schmidt, aaO. (注・32), S.109.

1) この問題に関連して、ここでは、次のように説かれることに注目したい。す

他方、主観的権利概念の拡張によると否とを問わず、結論として訴訟上の救済を要請しうる「権利」が伝統的な意味での主観的公権に止まらず、少なくとも法規範によって保護される利益(=法的保護利益)を含むということでは、今日ほとんど異論がない²⁾。とすれば、主観的権利概念との区別という前者の問題は、理論的にはともかく、ここでは実際的な意味をほとんどもたないのであり、権利概念の外延を法規範の保護する利益で画定するというのが妥当か否かということが、肝要かと考える³⁾。以下、この点

なわち、「通説は権利侵害の蓋然性をすでに許容要件として要求する一方、少数説は権利侵害を実体法的考慮のなかに移行させる。このことが主観的公権論にとり直接の影響をもたないことは明らかである」と。Manfred Zuleeg, Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?, DVBl. 1976, S.509ff.(510).

2) 例えば, Norbert Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2.Aufl. (1986), §20 Rdnr.70 (S.392); Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Lerche/Papier/Randelzhofer/Schmidt-Aßmann, Grundgesetz Bd.II, 24. Lieferung (1985), Art. 19 Abs.IV Rdnr.119; Wolfgang Cloosters, Rechtsschutz Dritter gegen Verfahrensfehler im immissionschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, 1986, S.26 Fn. 103; Hans d. Jarass, Die Gemeinde als Dittbetroffener, DVBl.1976, S.732ff. (733 Fn. 15); Klaus Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 6.Aufl. (1987), S.155; Hans-Uwe Erichsen, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, 2.Aufl. (1984), S.26; Ule VwPR, 33III (S. 203); Jörg Mössner, Die öffentlichrechtliche Konkurrentenklage, JuS 1971, S.131ff. (134).など参照。一方, Tschira/Schmitt Glaeser, VwPR, Rdnr.217f. (S.88f.); Hans J. Woff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht I, 9.Aufl. (1974), §43 I c (S.326f.); Edgar Bosch/Jörg Schmidt, Praktische Einführung in das verwaltungsgerichtliche Verfahren, 4.Aufl.(1988), S.105.は、訴訟上の救済を要請しうる「権利」を主観的権利と法的に保護される利益とで構成するものと解される。

ただ、こうした両者の違いは、「過大評価されるべきでない。実質的には何ら変わりがない。というのは、ここでは、純粹に用語上の問題が問題であるから。」 Franz Geist-Schell, Verfahrensfehler und Schutznormtheorie, 1988, S.22.

3) 本稿で取り上げることはしないが、主観的権利概念との関係で論議される問題として、主観的公権と私権 (subjektives Privatrecht) との別のそれがある。この問題は、例えば、公法領域に基づく権利のみが行政行為を四二条二項 VwGO や一一三条一項一文 VwGO の意味での違法となすので、私権もしくは私法上の地位を侵害するだけでは不十分であるとか (Kopp, VwGO, §42 Rdnr.45), 行

に関して支配的と見られる保護規範論に言及し、次いでそれに批判的な見解を取り上げ、もって若干の検討を加えてみたい。

一 保護規範論

(1) 現在においても支配的な保護規範論は、周知のとおり、ビューラー (Ottmar Bühler) の主観的公権論を戦後の基本法下で「洗練し」た⁴⁾バッホフ (Otto Bachof) の功績に負っている。五五年の論稿・「公法における反射的效果と主観的権利」のなかで、バッホフは、「客観法により与えられ、意欲される公法上の授益は、基本法の憲法秩序においてはすべて主観的権利とな」る⁵⁾ (下線, 原文・イタリック), とのテーゼの下、客観法の授益を主観的権利たらしめる法的契機を追求した。その際、主観的権利とは、「人の利益、それも原則的に……法的力を有する者の固有の利益」を充た

政行為は公法規範に基づいてのみ私権を制限できるので、私権は行政行為によって違法に侵されないとされ (Vgl. Jarass, aaO. (注・2), S.738; Erichsen, aaO. (注・2), S.26), その結果、これらの条項の権利は主権的公権だけを意味する、という形で議論される (更に, Klaus Obermayer, Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwalprozeßrechts, 3.Aufl. (1988), S.203. 参照)。これに対しては、権利侵害の「権利」は主観的公権に限られないとする見解も主張される。例えば, Redeker/v. Oertzen, VwGO, §42 Rdnr.103.

本稿では、問題の指摘だけに止め、権利、主観的権利および主観的公権の各語は、引用の場合のほかは厳密に区別せず、便宜上、主観的権利の語を使用することにした。

4) Walter Krebs, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: Erichsen/Hoppe/v. Mutius (hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschr. f. C.-F. Menger z. 70. Geburtstag, 1985, S.191ff. (201).

5) Otto Bachof, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Bachof/Drath/Gönnenwein/Walz (hrsg.), Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschr. f. W. Jellinek, 1955, S.287 ff. (299, 301). (ders., Wege zum Rechtsstaat, 1979, S.127ff. に所収)

なお、バッホフの所論については、Otto Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12(1954), S.72ff.も参照。また、詳細な紹介として、石川敏行「ドイツ公権理論の形成と展開 4・完」法学新報85巻1・2・3号115頁以下 (120頁以下) (1978)。

すため、彼に「客観法で認められる『意思力』ないし『法的力』」と解される⁶⁾結果、「意思力」ないし「法的力」の問題が提起され⁷⁾、主観的公権に関するビューラーの三要件⁸⁾に多少の修正を加えつつ、原則においてこれを受け入れるのである。

いかなる要件の下、客観法の授益は自らを主観的権利たらしめる「法的力」を与えるのか。これに対するビューラーの解答は、「一定の修正を伴っていまだ決定的と考える⁹⁾。」

こうして、バッホフによって吟味が加えられるとき、まずは第二要件に関連する叙述に注目しよう¹⁰⁾。

法秩序がその充足を命ずる「法的に保護される」利益は、「保護に値する」利益と区別されねばならず、保護に値するか否かは、一先ず立法者に委ねられる。しかし、彼のこの判断は必ずしも一義的でないので、「保護に値する」利益が法的にも保護されるか否かが、議論となる。この点、事実上の授益 (faktisch begünstigtes-) は、一般的見解 (allgemeine Auffassung) によって保護に値すると看做されるとき、法的にも保護されているということができ、「保護に値する利益が保護される利益でもあ」ることには、「推定」が存するのである。そうしてまた、このような利益の存在にとり「決定的なことは、法規が——もっ

6) Ebenda, S.292.

7) Ebenda, S.294.

8) 主観的公権の演繹に関するビューラーの三要件については、Ottmar Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S.21; ders., Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, in: Bachof/Drath/Gönnenwein/Walz (hrsg.), Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschr. f. W. Jellinek, 1955, S.269ff. (insbes. S.274). また、原田尚彦「行政法における公権論の再検討——公権を論ずる意義に関連して——」『訴えの利益』所収, 44頁以下 (有斐閣, 1973) [初出, 民商58巻2号165頁以下 (1968)], 安念潤治「取消訴訟における原告適格の構造3」国家98巻11・12号84頁以下 (1985), 小早川光郎『行政訴訟の構造分析』71頁以下 (東大出版会, 1983), 石川・前掲注 (5) 論文「3」, 法学新報84巻7・8・9号, 84頁以下 (1978), 宮崎良夫「(各国行政法・行政法学の動向と特色) 西ドイツ」『行政法体系1』245頁以下 (258頁以下) (有斐閣, 1983) [『行政訴訟の法理論』所収, 297頁以下 (三省堂, 1984)] 参照。

9) Ebenda, S.294.

10) なお、強行法規、すなわち自由裁量を排除する法規のみが主観的権利を根拠づけるという第一要件に関するバッホフの「補完」については、触れない。それについては、ebenda, S.294ff. また、原田・前掲注 (8) 46頁参照。

ばらというわけではないが——具体的に特定できうる個人的利益に——も——資するものと規定されているか否かである¹¹⁾。」(下線, 原文・イタリック)

それでは、客観法の受益者、「法的に保護される」利益主体は、なにゆえ法規を援用することができ、いつその利益のための「法的力」をもつのか。バッホフによれば、「法的に保護される」利益はかかる力を有してはじめて主観的権利といえる。そのために、彼は、「客観法の反射」が「意欲される」授益(=「法的に保護される」利益)か、「純然たる事実上の、意欲されない、多かれ少なかれ偶然」の授益かで区別し、基本法秩序全体に準拠する見解の上に前者の権利性を根拠づけんとする¹²⁾。

基本法一九条四項のみならず、人の人格と自由の至高性や国家利益に対するこれらの優位原則、社会国家原則ならびに国家権力の全般的な制限・統制を採用する基本法の全趣意から、これまで客観法上保護されたに過ぎないあらゆる個人的利益の法的保護が推論される。それゆえ、訴えを提起するには、客観法の保護する利益、法秩序の意欲する授益の主張で足りるのである¹³⁾。

第三要件に関わるこの論証に対しては、しかしながら、「法的力」の契機と「主観的権利のまったく異なる構造契機」、すなわち「個人的利益」との「混淆」が指摘されている。というのも、基本法一九条四項——以下、基本法規定については、一九条四項 GG などと記す——以外の諸理由は、客観法の反射を主観的地位に読み替えたり、その条件に関する類推を許すが、それが主観的防禦力をも備えるのか、いつ、どの範囲で備えるのかを、明らかにしないからである¹⁴⁾。同様にまた、「定義におけるトートロジー、主観的公権と原告適格との循環」も懸念される。なぜならば、バッホフは、基本法の全趣意から「法的力」すなわち原告適格を承認し、そしてそこから、原告適格の前提であるはずの主観的権利の存在を推論するからである¹⁵⁾。

11) Ebenda, S.296f.

12) 以上, ebenda, S.299ff.

13) Ebenda, S.301.

14) Hans Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S.171.

15) Wilhelm Henke, Das subjektive öffentliche Recht, 1968, S.3f. (参照, 石川・前掲注(5) 134頁以下)。また、ツレークも「バッホフは、基本法の全構想に避けることにより、それ[主観的権利と原告適格との循環……引用者]

第三要件に関するバッホフの「修正」は、これらの指摘から分かるとおり、必ずしも説得的とは看做されない。むしろ、彼の議論は、新しい憲法および法律状況——殊に、一九条四項 GG や出訴に関する概括条項の導入——に当面して、特別の「意思力」ないし「法的力」の証明を不要視することにより、却ってビューラーの第三要件を空にし、既述のような第二要件に決定的な重要性を与えるもの¹⁶⁾と解されている。とはいえ、その所論は、戦後において顕著になった「主観的公権から保護規範論へ¹⁷⁾」の展開を方向づけたのであり、権利保護に篤い基本法秩序の思潮とも照応し、広く受け入れられるに至ったと見ることができる。

(2) 今日有力に唱えられる保護規範論は、主観的権利を、「自らの利益を追求するために法秩序を起動さず、個人化され(personalisiert)、個別化された(individualisiert) 法的力¹⁸⁾」と理解し、行政義務づけ規範が少なくとも個々の市民の利益にも資すべきものと定められるとき、かようにして保護される人的範囲に含まれる者にそれを容認する、というのである¹⁹⁾。こうした見解によれば、保護規範論は、「法規(Rechtssatz)の主観的・法的内実を解き明かすべき方法および決まりの正典(Kanon)」を「総称」するものであり、「規範的アプローチ」と事実的なるものを排除しての主観的権利の探求をそのメルクマールにもつ²⁰⁾、とも説かれる。(下線、原文・イタリック)

から逃れようとするが、しかしながら、彼は主観的権利のもう一つの構成要素、つまり個人的利益でもって法的力を狭めるといふ異議に曝され」る、と指摘する。Zuleeg, aaO. (注・1), S.510.

なお、バッホフにおける「循環論」については、Rupp, aaO. (注・14), S.171も指摘するが、安念・前掲注(8) 96頁注8の評価は異なる。

16) 参照, Geist-Schell, aaO. (注・2), S.191f. 更に, 原田・前掲注(8) 46頁, 石川・前掲注(5) 122頁, 小早川・前掲注(8) 75頁(70頁はビューラー自身についてもこの旨を指摘する)。

17) Ebenda, S.19.

18) Schmidt-Aßmann, aaO. (注・2), Art.19 Abs.IV Rdnr.118.

19) Ebenda, Art.19 Rdnrn.134, 136, 140.

20) Ebenda, Art.19 Rdnr.128.

以下、保護規範論に批判的な若干の見解に考察の対象を移すが、その際はこうした方法上の問題にも留意しよう。

(脱稿 1991. 9 .25)