

現行取消訴訟制度の非主観訴訟性

山
岸
敬
子

目次

- 一、はじめに——本稿の目的
- 二、主観訴訟とされる現行取消訴訟制度
- 三、現行取消訴訟制度の客観訴訟的判決
- 四、現行取消訴訟制度における公益性の優先
- 五、まとめ——現行取消訴訟制度の非主観訴訟性

一、はじめに——本稿の目的

行政事件訴訟法三條二項・三項が定める取消訴訟制度は、主観訴訟であるとされている。すなわち、「当事者の権利益の保護を第一次的目的とする訴訟」⁽¹⁾であり、「個人的利益の主張を基礎として運営されるべき訴訟手続」⁽²⁾である。そうであるならば、当該訴訟では、主観的権利益の保護を全うしうるような仕組みが制度的に整えられていなければならない。行政事件訴訟法が採る取消訴訟手続は、訴訟へのアクセスにおいて、審理の仕方において、判決のあり方において、真に、そのような要請を充足しうるもののだろうか。

現行取消訴訟制度の主観訴訟性について、改めて検討してみることが有益である⁽³⁾。それを試みるのが、本稿の目的である。

(1) 雄川一郎「行政訴訟の客観化の傾向と原告適格法」『行政争訟の法理』三八二頁（有斐閣、一九八六）。

(2) 小早川光郎「非主観的訴訟と司法権」法学教室一五八号九七頁（一九九三）。

(3) 「現行法における抗告訴訟は基本的に主観訴訟の制度であると解される。…ただし、そこにいう抗告訴訟の主観訴訟性が厳密には何を意味するのかなど、さらに考察を深める必要がある」小早川光郎「抗告訴訟と法律上の利益・覚え書き」成田頼明先生古稀記念『政策実現と行政法』四五—四六頁（有斐閣、一九九八）。

二、主観訴訟とされる現行取消訴訟制度

(1) 第二次世界大戦の後、日本国憲法の制定に伴う裁判制度の改正にあたって、「行政庁の違法な処分⁴の取消又は変更に係る訴訟」を、どのように位置づけるかについて議論がおこなわれた。

大日本帝国憲法六一条は、同憲法下の行政裁判制度の基礎法をなしたが、同条は、行政訴訟を「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスルノ訴訟」と定義し、それを「違法の行政処分に対し人民の権利を保護する手段⁴」として主観訴訟と性格づけていた。行政裁判は司法裁判と分離され、「これを裁判するのは性質上行政に対する監督作用であり、それ自身行政作用たる性質を有する⁵」として、行政裁判所の審理に委ねられていた。

日本国憲法七六条は、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」(一項)とし、「特別裁判所は、これを設置することができない。行政機関は、終審として裁判を行ふことができない」(二項)として、行政裁判所を廃止し、行政訴訟を司法裁判所の管轄事項とした。行政訴訟は、司法裁判所の管轄とされるに際して、その審理は、司法作用とされ、その訴訟手続の基本は、民事訴訟法であるとされた。「もとより行政裁判制度の廃止は、論理必然に行政訴訟の民事訴訟化をもたらすものではないけれども、このような考え方が強かった⁶」。「これからは、個人と行政庁が対等の立場に立って争う⁷」ことができるように、「行政事件も民事訴訟と等しい扱いをするのが新憲法の理想であり、司法国家の理念に即するとの見方⁸」が有力だった。

行政訴訟を司法作用とし、その法理法制度の基本を民事訴訟によらしめるとする改正は、行政訴訟を主観訴訟として構成していた、旧行政裁判制度との技術的な連続を許容した。戦後から日本国憲法の発足に際してなされた裁判制度改革は、行政裁判所の廃止から出発したものの、旧行政裁判制度から脱皮できず、「技術的には、行政裁判所時代

の行政訴訟法理を受け継いだ面が多い」と回顧されている。

日本国憲法の下において、行政訴訟は、伝統的な権利保護の制度として、主観訴訟体系を基本として設けられることとなった。行政訴訟制度は、私人の権利保護という見地からして、最も発達した民事裁判制度の基本構造を基盤として構築されることとなった。これが、戦後の「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律」(昭和二三年法律七五号)そして「行政事件訴訟特例法」(昭和二三年法律八一号)の立法であった。現行の行政事件訴訟法は、形式的には、行政事件訴訟を民事訴訟の一範疇とは考えていない(一条・七条参照)が、しかし、行政事件訴訟法の実質的内容は、行政事件訴訟特例法を継承し、これを発展させたものがその中心となっている。¹⁰⁾

(2) 戦後から日本国憲法の発足に際してなされた裁判制度改革時において、取消訴訟制度が客観訴訟すなわち「公益の保護ないし行政の適法性の保障を第一次的目的とする訴訟」¹¹⁾とされる契機は、全く存しなかったのであるか。この疑問について、以下に示す、改革を巡る、総司令部側と日本側との利益状況を知れば、その調整の過程で、取消訴訟が、裁判所による行政監督作用として、客観訴訟とされる契機が全く無かった訳ではないように思われる。

すなわち、第一に、行政裁判所による旧行政裁判制度は、行政監督としての性質を強調されていた。「行政裁判もまたその実質においては行政権の行為が法規に適合するや否やを争いの内容とするもので、これを裁判するのは性質上行政に対する監督作用であり、それ自身行政作用たる性質を有する」¹²⁾との見解が、わが国では、伝統的に、採用されていた。

昭和二一年に、司法大臣の諮問に依じて「憲法改正に伴う司法関係諸法制の改正に関する重要事項を審議する」(司法法制審議会規則一条)のために設置された司法法制審議会の行政訴訟に関する小委員会¹³⁾において、法案の起草委員であった田中二郎は、「今までは、行政裁判は監督作用的なものであった」ことを認め、「法の適用の面からは、裁

判所が行政庁を監督するとも考えられる」、「三権分立といっても、裁判所が行政庁にその限りにおいて干渉する」、それ故に、「行政訴訟の性格を変えずに、司法裁判所に取り込むということも考えられる」とし、さらに、「司法裁判所が行政事件を扱う場合にも、「普通の部とは別に行政部を設けて、行政部判事には、行政官の経歴者を加へるを可」と思考する」との意見を述べていた。この見解は、初期の検討の場で、採決され支持されたいた。

第二に、戦後のわが国の司法改革を指揮した連合国総司令部は、当初、民事訴訟に対する行政訴訟の特殊性を指摘する日本政府の意図について消極的だったが、しかし、民事応急措置法が立法されて後、昭和二三年に、周知の平野事件¹⁶が起り、この事件を契機として、連合国総司令部も、行政事件と民事事件を同様に処理することには問題があることを認めるに至った¹⁶。

さらに、第三に、行政訴訟特例法案の起草作業に際して、総司令部側が、訴願前置主義の必要性を主張していた。総司令部側は、「原則として先ず訴願の方法をとらせ、然る後裁判所に出訴させることとし、若し訴願の方法によっては救済を受ける見込のないことを当事者が疎明したときは、直ちに出訴できること」にすべきであるという、訴願前置主義を原則とする建前を崩さなかつたといわれる¹⁷。すなわち、総司令部は、行政権に対して、その非の訂正を、「自己」の操縦のきく行政府を通して行なわしめる¹⁸ことを意図していた。行政救済は行政権の自主的な解決に期待する。訴願前置主義の存在理由、すなわち行政権による行政救済を尽くして、しかる後に、出訴しうるとすることは、行政権に対する司法権の干渉の後退を意味している。訴願前置制度は、行政事件の行政権内部での処理を可能とし、行政権への司法権の介入を減少せしめる。連合国総司令部の考えによれば、それは、三権分立の理念からしても、行政事件の専門的技術性の見地からしても、望ましい行政救済のあり方であった。

連合国総司令部は、訴願に基づく行政救済を強く主張していた。訴願を契機とする、行政権による自己の非の自主

的解決は、行政監督の作用である。総司令部は、行政監督としての行政救済を意図していた。わが国の伝統的行政法理論は、行政に対する監督作用としての行政救済だった。日本の司法制度改革を指導した総司令部の担当官は、いわゆる一九三〇年以降のニューディール政策を経験してきた人達で占められていた。「これらの担当官は、アメリカにおけるいわゆる一八、九世紀的な考えをもつ裁判所が二〇世紀の複雑な社会、経済、財政問題の処理をいかに阻害していたかを知っていた」¹⁹。それ故に、彼らは、日本の司法制度改革においては、行政的問題に対する、それを理解し得ない裁判所の干渉を減少せしめることを望んでいた。

行政監督の作用としての行政救済は、行政事件の特殊性に馴染む。民事事件と比べた行政事件の特殊性は、その解決に際して、行政に関する専門技術的能力を必要とし、公益性への配慮を要請する。日本側は、行政事件の特殊性から、行政官の経歴を有する判事を加える裁判組織の構成を強く要望していた。²⁰ 総司令部側は、母国アメリカに行政委員会制度をもち、行政事件に詳しい専門技術的な知識を十分に備えた者が行政救済に携わることの有益性を認識していた。

行政監督は、行政活動の客観的な適法性の維持を監視する作用である。それ故に、行政監督作用としての行政訴訟は、客観訴訟を採ることに親しむ。そうであるとすれば、戦後から日本国憲法の発足に際してなされた裁判制度改革に際して、総司令部側と日本側との利益状況の調整において、行政的能力をも伴う裁判所による行政監督作用として、取消訴訟制度が客観訴訟とされる可能性の契機が全く存しなかった訳ではないように思われる。

(3) 戦後の司法制度改革は、行政裁判所の廃止から出発した。旧行政裁判は、天皇主権の絶対性に貫かれた警察国家的裁判制度であり、²¹ 天皇の官吏たる評定官がつくりだす行政裁判所の雰囲気は、「官権偏重の思想」に支配され、「官権偏重の愚民観」に満ちていた。国民の権利利益の保護に欠ける不快な記憶に基づく、人々の行政裁判所に対す

る不信任感が、その存続を固く拒絶させた。行政裁判所は、“日本政府の意思で” “簡単に” 廃止された。²²⁾ 行政裁判所の廃止を契機として、行政訴訟が民事訴訟化へと向かったこと、それ故に、行政事件訴訟は、主観訴訟体系を基本として構成されたことについては、先に述べたとおりである。

(4) 日本国憲法の発足に際してなされた行政訴訟制度改革において、取消訴訟は、主観訴訟として、可能な限り民事訴訟化された。それが、新憲法の理想であり、司法国家の理念に即すると説かれた。「行政訴訟の特徴を論ずること自体が反民主・反人権的なものと受けとられることとなり、行政訴訟をできるだけ民事訴訟に同化することが要請されることとなった」。²³⁾

ところで、取消訴訟制度を可能な限り民事訴訟化したことは、真に、日本国憲法の価値たる基本的人権の尊重に適っているのだろうか。

民事訴訟制度は、自由主義を基調とする。したがって、現行の取消訴訟制度は、すぐれて自由主義的な内容を有している。²⁴⁾ しかし、行政事件における自由主義の徹底は、概ね、強者たる行政主体に有利であって、私人には不利である。自由主義は、強者を利することを忘れてはならない。

行政事件訴訟法は、七条に明記して、民事訴訟法準拠主義を採る。民事訴訟は、私的自治の原則に基づくところから、元来、その訴訟手続は、当事者主義が基調である。当事者主義は、争う両当事者の形式的対等・公平の原則を前提としている。²⁵⁾ 取消訴訟は、戦う両当事者の形式的対等・公平の原則を前提としない。双方が対等に戦える地位にあると予定することは許されない。取消訴訟は、原告たる私人が、行政庁を被告として国あるいは公共団体と争う訴訟である。行政主体と私人とは、戦う能力において対等ではない。前者は強者であり、後者は弱者である。前者は特別な専門的知識を有し、情報を蓄積して独占し、強大な費用負担能力をもって、後者に対して圧倒的に有利

な地位に立つ。

行政事件訴訟法においては、当事者主義の採用により、資料・証拠の収集に関しても、弁論主義の原則が守られる。弁論主義によれば、勝訴・敗訴は、立証における当事者の努力の差がもたらす結果であり、敗訴は自己責任に帰せしめることが可能である。

日本の戦後の、とりわけ、最近の行政事件訴訟の実務は、民事訴訟手続に極限まで接近し、結果として、行政事件訴訟手続における、行政主体の優位性を放置している。現行取消訴訟制度における過度の民事訴訟法準拠主義は、私人の権利利益の保護を目的とする、主観訴訟としての当該制度の趣旨を全うすることを、むしろ阻害しているとさえいえる。

(5) 取消訴訟制度が主観訴訟として構成されることも、必ずしも、基本的人権の尊重に適う訳ではない。

主観訴訟は、個人の権利利益を救済する必要がなければ、違法な法律行為に無関心である。主観訴訟たる取消訴訟は、違法な行政処分に対して、自己の権利利益の保護を求める者だけが提起することができる。主観訴訟は、その性質上、裁判へのアクセスを限定する。

自己の権利利益の保護を目的とする主観訴訟の訴訟費用は、当事者が負担する。資料・証拠の収集も自費でしなければならぬ。敗訴すれば、相手方の訴訟費用も負担しなければならない。勝訴しても、弁護士費用は自己負担である。とりわけ、行政事件の訴訟の維持には、しばしば、多額の経費を要する。他方、相手方たる行政主体の費用負担能力は、強大である。主観訴訟たる取消訴訟においては、権利ある者が、経済的理由によって、裁判を断念するリスクが多分に在る。

- (4) 美濃部達吉『行政裁判法』一二頁(千倉書房、一九二九)。
- (5) 美濃部達吉著・宮沢俊義増補『憲法概論(新版)』一八三頁(有斐閣、一九六五)。
- (6) 雄川一郎「行政事件訴訟立法法の回顧と反省」『行政争訟の理論』一九七頁(有斐閣、一九八六)。
- (7) 後掲注(13)の小委員会における兼子一委員の発言(高柳信一「行政訴訟法制度の改革」東京大学社会科学研究所編『戦後改革4司法改革』三二三頁(東京大学出版会、一九七五))。
- (8) 原田尚彦『行政判例の役割』六頁(弘文堂、一九九一)。
- (9) 雄川・前掲注(6)一九七頁。
- (10) 雄川・前掲注(6)一九八頁を参照。
- (11) 雄川・前掲注(1)三八一頁。
- (12) 美濃部・前掲注(5)一八三頁。
- (13) 当該小委員会について、高柳・前掲注(7)二九二頁以下を参照。
- (14) 前掲注(13)の小委員会における田中二郎委員の発言および採決について(高柳・前掲注(7)二九八頁および三一五頁)。
- (15) 東京地決昭二三・二・二行裁月報二号八三頁。平野事件について、宮崎良夫「平野事件」ジュリスト九〇〇号『法律事件百選』三四頁(一九八八)を参照。
- (16) 平野事件こそが、行政事件訴訟特例法制定の直接的動機であり、この事件を契機として、「行政訴訟は、民事訴訟を基底としつつも、行政の自律性を尊重して司法関与を限界づけるところにその特徴があるとみる、行政国家的な行政訴訟観が復権することになった」(原田・前掲注(8)六六頁)。
- (17) 高柳・前掲注(7)三四二頁以下を参照。
- (18) 高柳・前掲注(7)三四四頁。
- (19) 田中館照橋「連合国総司令部と行政裁判法制」『行政裁判の理論』三六六頁(有斐閣、一九八七)。
- (20) 高柳・前掲注(7)三二九―三三〇頁を参照。
- (21) 旧行政裁判制度の性格に関して、拙稿「主観訴訟として構成された旧行政裁判制度」中京法学三〇巻四号一八一頁以下(一九九六)を参照。

(22) この経緯に関して、高柳信一「行政国家制より司法国家制へ」田中二郎先生古稀記念『公法の理論 下Ⅱ』二一九五頁以下(有斐閣、一九七七)を参照。

(23) 原田・前掲注(8)三六頁。

(24) わが国の取消訴訟は、侵益的な行政処分を受けた者が、自己の自由と財産を擁護するために、当該違法処分の排除を求めるといふ、すぐれて自由主義的な手段として構成されている。

(25) 当事者主義を強調する近代民事訴訟制度は、市場の自律的な法則を基礎とし、取引当事者相互の立場の互換性を前提とした市民社会を基盤としているが、そのような市民社会においては、市民間の紛争を処理する場合にも、両当事者が市民であるということだけから、双方対等に戦える地位にあると予定することが許される(新堂幸司「現代型訴訟とその役割」芦部信喜ほか編『岩波講座 基本法学8紛争』三一九頁(岩波書店、一九八三))。

(26) 木佐茂男「人間の尊厳と司法権」三五二頁(日本評論社、一九九〇)。

三、現行取消訴訟制度の客観訴訟的判決

(1) 主観訴訟とされる取消訴訟制度においては、とりわけ判決のあり方が重要である。主観訴訟を提起する原告は、自己の利益のために、裁判を負担する。それ故に、当該利益にとって適切な救済となりうるような判決の形態が用意されていなければならない。

現行の取消訴訟が、仮に、客観訴訟であれば、裁判官の権限は、違法な行為を排除することに限定される²⁷⁾。客観訴訟は、法的秩序を維持するための訴訟であり、適正な法的秩序を妨害しようとしている、行政主体の行為を攻撃することを目的としている。適正な法的秩序を妨害する違法な行為を攻撃する訴えは、当該行為を排除すれば、それで完

全に終結する。したがって、裁判官の権限が当該違法行為の排除に限定されることは、客観訴訟の重要な論理的帰結である。²⁸⁾ 客観訴訟の世界における関心は、あくまでも、客観的な法的秩序であり、判決の効果も、客観的にとどまる。裁判官は、原告の主観的利益を最終的に保護する権限を有する要はない。

主観訴訟において、原告が訴訟を提起する目的は、ただ、個人的利益のためである。主観訴訟の原告は、自己の利益のために、裁判を負担する。それ故に、原告は、自己の目指す利益の最終的な実現を求める。主観訴訟における裁判官は、そのような原告の要求に応えうるような権限を有しなければならない。裁判官は、当該利益の保護のために、必要な権限を行使し得なければならない。裁判官は、原告の権利に基づいて、在るべき状態を実現するために、必要な諸措置を命ずることができなければならない。

(2) 現行の取消訴訟制度において、裁判所は、原告に対して、どのような救済をなしうるのであろうか。裁判官は、違法な処分に対して、取消判決を下す。取消判決は、行政処分を取消し、同時に、その処分が違法であることを確定する。取消判決には、既判力・形成力・第三者効・拘束力が付与される。²⁹⁾ これら諸効力は、取消判決の実効性を担保するための制度である。行政事件訴訟法は、三二条一項で、取消判決は、「第三者に対しても効力を有する」、三三条一項で、「その事件について、当事者たる行政庁その他の関係行政庁を拘束する」と明示する。当該諸規定は、当事者たる行政庁を中心に関係者に対して、取消判決の趣旨に従って行動する実体法上の義務を定める。実際に、違法な処分を取り消すのみでは、原告の利益の救済を充たさないことがある。取消判決の実効性を確保し、原告の利益を最終的に実現するために、例えば、先行処分の取消判決により、行政庁に、後行処分を取り消す義務いわゆる不整合処分の取消義務を課さなければならぬ場合がある。あるいは、違法処分の取消しにより、行政庁に、違法となった現状に対する原状回復義務を課さなければならぬ場合がある。民事訴訟法の原則によれば、判決は、当該訴訟に当事

者として参加した者の間でのみ有効なのであるが、取消判決は、原状回復義務を第三者にも課さなければ、原告の利益を保護し得ない場合がある。

また、原告が取消判決を得ても、行政庁が、同一事情の下で、同一理由に基づく、同一内容の処分を繰り返すことが許されるならば、勝訴にもかかわらず、原告の地位は極めて不安定なものとなる。それを救うために、取消判決には、同一事情の下での同一内容の処分の反復禁止効が与えられている。ただし、申請拒否処分が取り消された場合には、³⁰⁾行政庁は、同一事情の下でも、違法とされた処分とは別の理由による拒否処分をすることができる（行訴三三二条二項）。また、手続上の違法を理由として処分が取り消されたときも、³¹⁾行政庁は、改めて適法な手続に従って処分をやり直すべき拘束を受ける（行訴三三二条二項・三項）が、同一事情の下で同一内容の処分を繰り返すことが許される。

(3) ところで、行政事件訴訟と並ぶ、もう一つの行政救済制度である行政不服審査制度は、その第一の目的を、「簡易迅速な手続による国民の権利利益の救済を図る」（行審一条）こととするが、その趣旨を全うするために、主観争訟に相応しい決定・裁決の制度を整えている。³²⁾

例えば、行政不服審査法四七条三項では、「処分についての異議申立てが理由があるときは、処分庁は、決定で、当該処分の全部若しくは一部を取り消し、又はこれを変更する」と規定する。審査請求の場合についても、審査庁が処分庁の上級行政庁である限り、同様の権限を認めている（行審四〇条五項）。行政不服申立てに対する裁決・決定においては、裁判判決の場合と異なり、一定の場合、原処分の取消のみならず、その変更も可能なのである。さらに、主観争訟では、自己の利益のために争訟を負担した当事者にとって不利益となる変更を許すことは、制度の目的を無意味なものとするが故に、行政不服審査法四〇条五項および四七条三項ただし書が、異議申立人あるいは審査請求人の不利益に当該処分を変更することを禁じている。不利益変更禁止の原則は、行政統制を後退させて、主観争訟性を

優先する制度である。

また、例えば、不作為についての審査請求において、理由があるときは、裁判判決の場合と異なり、当該不作為の違法性の確認にとどまらず、「審査庁は、当該不作為に対しすみやかに申請に対するなんらかの行為をなすべきことを命ずる」(行審五一条三項)。不作為の異議申立てを受けた不作為庁は、「異議申立てがあった日の翌日から起算して二十日以内に、申請に対するなんらかの行為をするか、又は書面で不作為の理由を示さなければならぬ」(行審五〇条)。

(4) 裁判官が、係争処分を変更しうる権限を有すること、行政庁に対して必要な行為を義務づけうる権限を有することは、主観訴訟の制度目的たる救済機能の全うにとって、極めて有用である。しかし、行政事件訴訟法は、裁判官に、原則的に、そのような権限を与えていない。

ドイツは、わが国と同様に、取消訴訟制度 (Anfechtungsklage) を主観訴訟として構成するが、裁判官は、原告の主観的利益を最終的に保護するために、どのような権限を行使しうるのだろうか。ドイツ行政裁判法 (Verwaltungsgerichtsordnung) によれば³³、まず、裁判官は、「取消しの目的となる行政行為が金銭またはその他の代替物の給付または確認に関するときは、異なる額の給付を確定し、または別の確認をもってこれに代えることができる」(一一三条二項) 権限を有している。また、取消訴訟に付帯して、義務づけ訴訟 (Verpflichtungsklage 四一条) あるいは結果除去請求訴訟 (Folgenbeseitigungsklage) などを整備している。後者は、学説・判例上で認められており、「行政行為が違法として取り消されまたはその他の違法な職務行為が行われ、それによって権利侵害の結果が生じた場合に、被害者に認められる結果除去請求権 (Folgenbeseitigungsanspruch) の主張の訴え」である³⁴。「結果除去請求権は、行政行為の取消訴訟において行政行為が違法であったとして取り消されたとしても、行政行為の執行が引き起こ

した事実上の影響は除去されない場合の救済をはかるものとして登場した³⁵⁾。結果除去請求権の目的は、適法な状態の回復、つまり、原状の回復にある。結果除去の訴えに対して、裁判官は、取消判決の中で、「行政行為がすでに執行されている場合には、申立てにより、行政官庁が執行を取り消すべきこと、およびその方法を、あわせて宣言することができる」(一二三条一項)。

義務づけ判決の請求に対して、裁判官は、「行政行為の取消しのほかに給付が求められているときは、同一手続において、あわせて給付を命ずることができる」(同条三項)。さらに、「行政行為の拒否またはその放置が違法であり、かつ、これにより原告の権利が侵害される限り、裁判所は、事件が裁判をするに熟しているときは、行政官庁が申請に係る職務行為をなすべき義務があることを宣言する。その他の場合には、裁判所は、原告に対し、裁判所の法解釈を顧慮して決定をなすべき義務があることを宣言する」(同条四項)。

ところで、裁判官が係争処分を変更する、あるいは、行政庁に対して必要な行為を義務づける権限を有することは、行政裁判所制度と親しみやすいと理解する傾向がある。確かに、行政事件に詳しい専門技術的な知識を十分に備えた者が構成する裁判組織、とりわけ、行政権に属する裁判組織において、それは与えられ易い。それ故に、行政事件を司法裁判所で扱う、わが国では、裁判官に、そのような権限を認めることは困難であるとの主張がなされうる³⁶⁾。

しかし、わが国と同様に、行政事件を司法裁判所で扱うアメリカにおいても、行政庁に対して、一定の場合、終局的差止命令 (Permanent Injunction) がなされうる³⁷⁾。終局的差止命令とは、「一般的に被告に特定の方法での行為を命じたり、行為を禁じたりする裁判所の命令のこと」³⁸⁾をいい、「被告の後の行為が命令に違反する場合には、この行為は命令を発した裁判所に対する侮辱罪とみなされる」³⁹⁾。「さらに裁判所は、終局的差止命令の対象になる当事者を継続して監督しよう命ずることもある」⁴⁰⁾。裁判所の政策問題に対する介入の射程範囲をめぐって、「裁判官は、行政

官と同じように、政治的、社会的、経済的な理由を考慮しながら判断を下す場合があることが指摘されている。⁽⁴¹⁾

日本国憲法において、統治機構の中で、アメリカ憲法との系譜をたどりうる規定は、「司法」の章にめだっているといわれる。⁽⁴²⁾ 同じ統治機構でも基本的人権を保障する司法制度には、アメリカ憲法の影響が強く見られるという。わが国の司法裁判所は、アメリカ憲法を継受して、日本国憲法七六条および八一条の両規定により、大日本帝国憲法の下では想像することもできなかったほど強大な権限を与えられることとなった。アメリカ憲法の影響を摂取したのであれば、アメリカの司法制度で認められる裁判官の権限は、わが国でも実現しうるはずである。確かに、わが国では、現行の司法制度の組織構造の理論的基盤であるべき「法の支配」、そして、その具体化としての「司法権の優位」を確立しなかった。⁽⁴³⁾ しかし、日本国憲法は、七六条・八一条の両規定と共に、一三条で「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と定める。日本国憲法に表明される、これら諸規定の要請からすれば、裁判官は、基本的人権の尊重に必要な権限を行使しうるはずである。そうであるとすれば、現行の司法制度に基づく行政事件訴訟において、裁判官に、一定の場合、係争処分を変更する、あるいは、行政庁に対して必要な行為を義務づける権限を認めることは、十分に可能であるといえる。⁽⁴⁴⁾

(5) 主観訴訟の原告は、自己の利益のために、裁判を負担する。主観訴訟において、原告が訴訟を提起する目的は、ただ、個人的利益のためである。それ故に、原告は、自己の目指す請求の最終的な実現を求める。したがって、裁判官は、原告の主観的利益を最終的に保護しうる権限を要する。しかしながら、現行の取消訴訟制度で、裁判官は、原告の権利に基づいて、在るべき状態を実現するために、必要な諸措置を命ずる権限を十分には有していない。取消判決に認められている、その実効性を担保する現行の諸効力だけでは、原告の利益の救済を、制度として、終極的には

充たし得ない。その意味で、現行の取消訴訟制度における、その判決は、むしろ、客観訴訟的であるといえる。

行政事件訴訟法は、取消訴訟を、主観訴訟と性格づけることにより、訴訟要件を絞って、国民の裁判へのアクセスを限定し、民事訴訟法準拠主義を採って、紛争解決における行政庁の優位性を放置する。現行の取消訴訟は、主観訴訟でありながら、しかし、自己の利益の救済を求めて裁判を負担した原告には、客観訴訟的判決を与える制度である。

(27) 客観訴訟としての取消訴訟については、フランスの越権訴訟 (recours pour excès de pouvoir) を巡る議論が参考となる。

(28) R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 4e éd., 1993, p. 149.

(29) 取消判決の効力について鳥瞰しうる文献として、塩野宏『行政法Ⅱ 第二版』一三八頁以下(有斐閣、一九九四)を参照。

(30) 「この場合には、法律自体が再度の考慮を行政庁側に明文で認めたものと解される」(塩野・前掲注(29)一四七頁)。

(31) 「この場合にまで同一内容の処分の反復禁止効を及ぼすとすれば、法律による行政の原理に正面から衝突することになると思われる」(塩野・前掲注(29)一四八頁)。

(32) もっとも、事情裁決・決定のような、主観争訟の趣旨と相反する制度も在る(行審四〇条六項・四八条)。

(33) 以下、本稿における、ドイツ行政裁判所法の条文は、南博方『高橋滋共訳に拠る(南博方編『行政事件訴訟法』一〇〇〇頁以下(弘文堂、一九八七))。』

(34) 折登美紀「ドイツ行政裁判所の訴訟類型(一)」民商法雑誌一〇七巻三号六二頁(一九九二)。

(35) 折登美紀「ドイツ行政裁判における結果除去請求権」民商法雑誌一一二巻二号一〇頁(一九九五)。

(36) 「ドイツの行政裁判所においては、行政事件に詳しい、専門技術的な知識を十分に備えた者が裁判官になっていると共に、その訴訟手続においても『職権主義』が広く採用されていて、複雑かつ技術的な行政事件についても充分適確な判断がなし得るようになっているので、行政庁の第一次的判断を待たず、行政裁判所が、行政行為を行うための要件の充足の認定・法解釈を行っても、実質的に不都合は生じないが、これに対し、通常裁判所が行政事件をも扱うことになっており、…行政訴訟

- 訟においても当事者主義・弁論主義が広く支配しているわが国の場合には、そのような条件が無い、と言うのである」(藤田宙靖『第三版 行政法I(総論)』(改訂版)『三七二頁注(1)』(青林書院、一九九五))。
- (37) 大沢秀介『現代型訴訟の日米比較』一一九頁以下(弘文堂、一九八八)を参照。
- (38)(39)(40) モリソン・フォースター法律事務所『アメリカの民事訴訟』六六頁(有斐閣、一九九五)。
- (41) 田中館照橋「アメリカの行政行為と行政裁判法制」『行政裁判の理論』一五二頁(有斐閣、一九八七)。大沢・前掲注(37)の著書が、このようなアメリカの裁判官の姿を描いている。
- (42) 木下毅『アメリカ公法』八五頁以下(有斐閣、一九九三)を参照。
- (43) アメリカ憲法は、「法の支配」の理念、すなわち、「権力者に対する法および通常裁判所の優位」の具体化として、「司法権の優位」を宣言し、「行政に対する法および通常裁判所の優位」を保障する。そうであるにもかかわらず、わが国では、今日でも、行政権に対する司法権介入の限界付けとして、権力分立に基づく、行政の第一次的判断権の尊重が、強力に主張され、それが、裁判官の権限の積極化を阻んでいる。しかし、そもそも、行政権の司法権からの独立は、明治憲法下において、権力分立の趣旨を逆用して、何人にも邪魔をさせぬ「自由な行政」を保障するために用いられた理屈である(この点について、拙稿・前掲注(21)を参照)。
- (44) 周知のように、わが国の行政事件訴訟は、裁判組織の構造において、アメリカ憲法の影響を受けながら、訴訟手続の面では、現行でも、戦前に継受したドイツの制度・理論に基づいている。しかしながら、当該組織構造の理論的基盤であるべき「法の支配」そして「司法権の優位」は確立しておらず、当該訴訟手続に適する行政裁判所は有していない。両法系の組織・制度・理論を「接ぎ木」したわが国は、どちらに徹底することもできずに、結果として、どちらよりも裁判官の権限を縮小している(藤田・前掲注(36)三七二頁注(1)参照)。

四、現行取消訴訟制度における公益性の優先

(1) 古典的には、行政庁は公益を代表し、行政庁は公益のためにのみ活動すると捉えられてきた。公益性は、行政関係の大きな特徴である。それ故に、行政救済制度においても、行政活動の公益性を配慮することが要請される。しかし、行政活動の公益性の優先は、その性質上、個人の権利利益の保護を制約し、取消訴訟の主観訴訟性を後退させる。

行政活動の公益性の配慮は、その名目の下に、行政主体を、法的紛争の当事者としても特別に保護し、これに優越性を認めようとする裁判制度と結びつき易い。行政主体と私人の法的当事者としての対等性を否認し、行政主体の優越性を保障し、行政主体の権力的行為に適法性を与えるような法的構造を採る訴訟制度と容易に結合する。明治憲法下の旧行政裁判は、そのような警察国家的裁判制度であった。⁴⁶⁾ 行政事件訴訟法の実質的内容は、行政事件訴訟特例法を通して、技術的には、行政裁判所時代の行政訴訟法理を受け継いだ面が多いとされるが、現行の取消訴訟制度において、行政活動の公益性は、どのように配慮されているのであろうか。

行政活動の公益性の配慮は、取消訴訟制度の法的構造において、行政権の優越性の保障を求めるものではない。もし、現行の取消訴訟法制が、行政権の優越性を承認し、その欲するところ、なすところの一切を、法の名において正当化し擁護する機能を果たすならば、それは、およそ主観訴訟と性格づけることはできない。個人的利益の保護を第一の目的とする主観訴訟での公益性の配慮は、極めて慎重でなければならぬはずである。

(2) 現行の取消訴訟制度が採る公益性の優先に関わる法的構造を検討するに際して、留意しなければならない重大な問題が存する。

そもそも、行政庁は公益を代表し、行政庁は公益のためにのみ活動しなければならない。すなわち、行政庁は、企業者や事業者の私益を規制して、公益との調整を図る任務を負う。それ故に、規制の受益者たる一般市民は、行政庁と一心同体であり、行政庁が代表する公益が、当該受益者集団の利益そのものであると理解されてきた。しかし、規制行政の展開につれて、企業者や事業者が許認可権を握る行政庁に「働きかける」行動が活発となり、それに「応えて」、行政庁は、次第に、各種の産業の利益を保護する組織へと変質していった。産業の保護育成は、国策とも一致した結果、行政庁は、当該姿勢を強めていった。その結果、今日、わが国で、「公益」は、企業者や事業者に利益を与えるための偽装的な用語と化しているといえる。行政庁は、「公益性」の概念を、企業者や事業者の利益を擁護する手段として使用する傾向を示している。⁴⁶

このような行政庁の企業者・事業者寄りの態度が、市民の行政に対する不信感を増大させ、今日では、規制者たる行政庁と当該規制の受益者であるはずの市民との一心同体関係は破綻している。市民は、行政庁の公益判断に、市民の真の要求を反映させるべく、行政参加を求めて、しばしば、取消訴訟を提起する。

行政救済における公益性の配慮は、当該公益判断の合理性を前提とするが、現行の取消訴訟制度が優先する「公益」は、必ずしも、本来の公益ではないことに留意しなければならない。

(3) 自己の利益のために取消訴訟を負担した原告が、まず、直面する行政権優先の法的装置は、執行不停止の原則であろう。⁴⁷ 行政事件訴訟法二五条一項は、「処分の取消しの訴えの提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げない」と定める。つまり、取消訴訟にあっては、訴えの提起後も、被告行政庁がおこなった行政処分によって変動した状態を基準として、法的関係が形成される。執行不停止原則は、「結局、係争の行政処分は適法と判示される。行政処分は公益に係わる。それならば、訴えの提起後も、行政の円滑な運営を保障することが公益に合致するの

ではないか”との考えに基づいている。当該原則は、行政処分⁴⁸の違法を主張する者（原告たる私人）とその適法性を主張する者（被告たる行政庁）との不平等性を前提としている。前者より後者の主張に信頼が置けるとの見方が根底にある。

執行不停止の原則に護られて、被告行政庁側は、既成事実をどんどんつくりだすことができる。係争処分の効力によって、原告の側には不利な状況が進行していく。被告行政庁側は、審理中に、係争処分に基づいて、世の中の法的関係および事実状態を既定してしまうことが可能である。既成事実を尊重する制度が、事情判決（行訴三一条）である。

例えば、執行不停止原則により、行政庁は、係争中の収用裁決（収用四七条の二、四九条）に基づいて、土地収用を進め、その土地の上に、大規模な公共施設等を建設してしまうことができる。建設を完了してしまってから、審理が終了し、当該収用裁決は違法であることが判明したとしても、もはや、実際問題として、多額の費用を掛けて、当該施設を取り壊し、被収用土地を原状に戻すことは困難である。したがって、このような場合、担当裁判官は、取消判決を躊躇することになる。担当裁判官の多くは、事情判決制度適用の主張を受け入れて、原告の請求を棄却することになる。そうであるとすれば、執行不停止の原則は、事情判決の制度と連動して、被告行政庁側の結果的勝訴の基盤となってしまう。敗訴を予感する行政庁が、それ故に、処分の履行を急ぎ、既成の状況をつくりだし、原状の回復を困難なものとして、事情判決を誘う作戦をとることが考えられる。

事情判決は、取消訴訟の主観訴訟性を著しく後退させる。事情判決は、処分の違法性を認めながら、原告の請求を棄却する。取消訴訟は、法律が正式に設けている、国民の権利救済のための制度である。その制度を頼って、裁判を負担して、処分の違法性の立証に成功した原告に対して、請求棄却の判決を下しうる訴訟が、いかにして主観訴訟と

されうるであろうか。事情判決は、もともとは、行政裁判所を前提として、公益と私益との調整を図る制度であったが、同裁判所の廃止によって、公益優先性を強めてしまった⁴⁹。私益への配慮について、行政事件訴訟法三一条一項は、ただ、「原告の受ける損害の程度、その損害の賠償又は防止の程度及び方法その他一切の事情を考慮したうえ」と記すのみである。

行政事件訴訟法の制定に際して、「(そもそも行政行為は)その取消により公共の福祉を害するときは、取消原因が存する場合においても、公共の福祉との調整が必要であって、自由にこれを取消することはできない」のであって、行政事件訴訟法三一条は、「この一般的な考え方を明示したものである」と説かれた⁵⁰。つまり、そもそも、はじめから、行政処分は、たとえ違法であっても、自由に取り消し得ないことが「一般的」だとされたのである。後述するように(四(7))、最高裁判所も、議員定数配分規定違憲訴訟において、この「一般性」を判示している。

(4) 行政事件訴訟法二七条は、裁判所の執行停止決定に対する内閣総理大臣の異議の制度を定める。すなわち、「第二十五条第二項の申立てがあった場合には、内閣総理大臣は、裁判所に対し、異議を述べることができる。執行停止の決定があった後においても、同様とする」(一項)。そして、「第一項の異議があったときは、裁判所は、執行停止をすることができず、また、すでに執行停止の決定をしているときは、これを取り消さなければならない」(四項)とする。行政事件訴訟法二五条二項以下に設けられている執行停止は、例外的に認められる、原告の利益のための仮の救済制度である。内閣総理大臣の異議は、それを骨抜きにしうる。内閣総理大臣の異議は、司法権に対する行政権の不合理な介入を認めるものとして違憲の疑いの濃い制度である。その存在理由は、裁判所の執行停止決定が、万が一に、「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれのある」ことを懸念し、公共の福祉の実現に直接の責任を負う行政権として、その防止のために有する、いわば伝家の宝刀としての最後の手段というにある。

内閣総理大臣の異議の制度は、平野事件を契機として、連合国総司令部の示唆により、行政事件訴訟特例法に規定された。⁵¹⁾ ニューディール政策を経験した総司令部の担当者が、当該制度に固執したのは、司法裁判所が公益判断に介入することに対する不信に、その理由があったといわれる。⁵²⁾ 「それは、司法裁判所がその時代の行政、経済、社会に敏速に対応できるような機能を有していないにも拘らず法律問題を理由にその分野に介入したことから、政治問題、経済問題に混乱が生ずることを恐れたことが原因であった」。⁵³⁾

取消訴訟を主観訴訟とするならば、権利保護の実効性を確保するために、仮の救済制度が重要であることはいうまでもない。しかしながら、行政事件訴訟法は、民事訴訟法準拠主義をとりながら、明文で、民事訴訟法上の仮処分を禁じている(行訴四四条)。すなわち、「公権力の行使に当たる行為」については、これを阻害するような仮処分は、その本案訴訟または態様のいかんを問わず、一切許さない趣旨であると喝破する。その代わりに認められた執行停止制度においても、「公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき」(行訴二五条三項)を消極要件とし、最後に、内閣総理大臣の異議を用意している。

現行の取消訴訟は、主観訴訟と謳われながら、原告に対する仮の救済を犠牲にして、徹底的に行政権の優位を保障する法的装置を採用している。行政権の優位は、原告に対してだけでなく、司法権に対しても保障されている。

(5) 取消訴訟を主観訴訟として構成するドイツ行政裁判所法では、執行停止を原則とする。すなわち、同法八〇条一項は、「取消訴訟は、停止の効力を有する。権利形成的行政行為においても、同様とする」と規定する。さらに、「裁判所は、行政行為が、裁判のときにすでに執行されている場合には、執行の取消しを命ずることができる」(同条五項)とする。義務づけ訴訟等の給付訴訟については、仮命令が許される。同法一二三条は、「現状の変更により、申立人の権利の実現が不能となり、または著しく困難となるおそれがあるときは、裁判所は、申立てにより、訴えの

提起前においても、係争物に関する仮命令を発することができ、仮命令は、それを定めることが、ことに継続的的法律関係の場合において、重大な不利益を避け、もしくは急迫な強暴を防ぐため、またはその他の理由に基づき必要と認められるときは、係争法律関係に関して仮の地位を定めるためにも、することができ」と定める。ドイツ行政裁判所法は、主観訴訟体系に相応しい仮の救済制度を整えている。内閣総理大臣の異議の制度は存在しない。執行停止に対する公益性の配慮は、同法八〇条二項に、停止の効力が生じない例外として、「一 公租公課および費用の請求、二 警察執行官の猶予することのできない命令および措置、三 連邦法律で規定するその他の場合、四 緊急執行が、公益または関係人の重要な利益のため、行政行為をした官庁または異議審査決定をなすべき官庁により、とくに命ぜられている場合」を設ける。しかし、この例外に対しても、停止効を命令・回復することが認められている（同条五項）。

ドイツ行政裁判所法には、事情判決の制度も存在しない。⁵⁴ 取消判決の効果による混乱を防ぐために、「権利救済制度の自殺⁵⁵」とまで批判されるような法的装置を用意する要はない。「このような制度は、それを特に必要とする限られた場合についてのみ特別法で規定すべきで一般的にこのように規定するのは、法治国家の制度としては考えられない権力国家的制度⁵⁶」であるともいわれている。

(6) たとえ、行政救済制度にあって、行政活動の公益性の配慮が不可欠であるとしても、個人的利益の保護を第一の目的とする主観訴訟での公益性の優先は、極めて慎重でなければならぬはずである。その意味で、ドイツ行政裁判法における公益性の配慮は、主観訴訟制度に相応しいものであるといえる。しかし、ドイツと比較して、わが国の現行取消訴訟制度が採る公益性の優先は、主観訴訟の制度目的を損なうほどに、あまりに個人の権利利益の保護を犠牲にするものではないだろうか。主観訴訟における公益性の配慮は、個人的利益の保護を第一とする、その制度

目的に相応しいものでなければならぬはずである。さらに、行政活動の公益性の配慮は、取消訴訟制度の法的構造において、行政権の優越性の保障を求めるものではないにもかかわらず、現行の取消訴訟では、公益性配慮の名目の下に、行政権の優越性を保障する法的仕組みが採られている。

現行の取消訴訟が設ける過度な行政処分優先性の根底には、やはり、先に(四③)述べた「行政処分は、取消原因が存するときも、公共の福祉との調整から、一般的に、その取消は自由ではない」との考え方があり得るであろうか。そうであるとすれば、当該「一般性」には重大な疑義が存する。当該「一般性」を原則とする訴訟制度は、違法な行政処分を有効とすることを法的に弁護し、主観訴訟としてのみならず、客観訴訟としても受け入れることはできない。当該「一般性」に基づいて違法な行政処分を有効とすることは、個人の主観的利益保護を犠牲にするのみならず、客観的な法的秩序をも破壊する。そもそも、およそ、法律をもって、訴訟制度を整えることと全く矛盾する。もし、行政事件訴訟法が、当該「一般性」を原則としているならば、それは、国民に権利としての裁判を保障するものではない。

(7) 現行の取消訴訟が採る公益性優先の法的諸制度は、慎重に運用されなければならない。裁判官は、当該制度の安易な拡大適用等を厳に慎まなければならない。この点で、議員定数配分規定の違法(違憲)を宣言した選挙無効訴訟⁵⁷⁾において、公職選挙法二一九条一項が行政事件訴訟法三一条を準用しないと明記しているにもかかわらず、同条には「一般的な法の基本原則」が含まれるとして、請求を棄却した⁵⁸⁾、最高裁判所の姿勢には大いに疑問がある⁵⁹⁾。とりわけ、公共の福祉との調整による違法な行政処分の取消制限を、「一般的な法の基本原則」とした最高裁判所の判断は問題である。違法な処分は、取り消されるべきことが一般的原則である。

行政事件訴訟法は、取消訴訟を主観訴訟とする。そうであるならば、およそ、取消訴訟に関する規定は、その制度目的を第一として、それに適合するよう、解釈され適用されなければならない。とりわけ、違法な行政処分を有効と

しうる法的制度の運用は、主観訴訟として許容可能な限度にとどめよう、極めて慎重でなければならない。

行政事件訴訟法の実質的内容は、行政事件訴訟特例法を通して、明治憲法下の旧行政裁判所時代の行政訴訟法理を受け継いだ。旧行政裁判は、行政主体を法的紛争の当事者としても特別に保護し、これに優越性を認めようとする警察国家的裁判制度であったが、現行の取消訴訟も、行政活動の公益性の配慮という名目の下に、行政権の優越性を保障する裁判制度となっている。その過度の保護のあり方は、取消訴訟を主観訴訟とするを得ないのみならず、国民に権利としての裁判を保障することにも反していると言わざるを得ない。

(45) この点について、拙稿・前掲注(21)を参照。

(46) 田中館・前掲注(41)一四六一一四七頁は、アメリカにおける同様の現象を指摘する。

(47) 行政事件訴訟法が採る執行不停止の原則の問題点について、詳細は、拙稿「係争当事者の法的関係としての執行不停止原則」阪大法學四三卷二二三号五五九頁(一九九三)以下を参照。

(48) 藤田・前掲注(36)四〇八頁。

(49) 事情判決の制度について、その発想は、一九三二年の行政訴訟法案一七四条および一七五条に溯るが、それは、行政裁判所制度を前提としていた。当該条文では、係争処分取消または変更の代わりに、裁判所自らが起業者や国等に除害施設や損失補償をさせることを判決し得るとされていた。すなわち、「原告の請求に理由のある場合、換言すれば、当該処分が違法であると認められれば、行政裁判所はこれを取り消し又は変更することが本則であることを前提として、既成の公共的な工事や施設などの事実上の状況によっては、当該処分が取り消されたためそれら既成の施設等がその基礎を失って履減されることが適当でない場合があり得る。他方で原告の救済のためには、必ずしも当該処分の取消のみが唯一の方法ではなく、除害施設を設けたり、損失補償をすることによって足りる場合があり得る。そこで、そのような場合には、当該処分を取り消し、公共施設等を取りこわさざるを得ない結果に至るのは不合理であると考えられる。このような意味で公益と私益との適切な調整を行政裁判所の裁量によってはかろうというのが、基本的な考え方であったと言ってよいであろう」(雄川一郎

- 「国会議員定数配分規定違憲訴訟における事情判決の法理」『行政争訟の理論』五七九―五八〇頁（有斐閣、一九八六）。しかし、「戦後、行政裁判所制度が廃止され、行政訴訟が通常裁判所の管轄に属することになったので、裁判所がその裁量により行政庁に対して除害施設の設置や損失補償を命ずることは、司法権の範囲を逸脱するおそれがないではないとの理由から、その旨の規定が削除された。その結果、事情判決後の利益調整の方法は裁判所により何ら示されなくなり、違法処分に対する権利救済制度としての行政訴訟の意義は、かなり減殺されることになった」（南博方編『条解 行政事件訴訟法』六七九頁〔岩崎政明執筆〕）。
- (50) 田中二郎『新版行政法上巻 全訂第二版』一五二頁（弘文堂、一九七四）。
- (51) 立法の経緯について、高柳・前掲注(7)三四五頁以下を参照。また、立法の趣旨に関して、田中二郎ほか「行政事件訴訟特例法逐条研究」三六三頁以下（有斐閣、一九五七）を参照。
- (52) 「結局この制度は、内閣総理大臣に代表される行政権に対する（通常の裁判所に対する以上に）深い信頼と期待とを前提としてでき上がっているもの、と言わざるを得ない」（藤田・前掲注(36)四二―二頁）。
- (53) 田中館照橋「行訴特例法の制定と訴願法改正の挫折・内閣総理大臣の異議制度の確立」『行政裁判の理論』三八七頁（有斐閣、一九八七）。
- (54) ただし、阿部泰隆『行政救済の実効性』二九三頁（弘文堂、一九八五）に拠れば、ドイツにおいても、わが国の事情判決に類似する制度は存在している。
- (55) 藤田・前掲注(36)二二―四頁。
- (56) 研究会「行政事件訴訟特例法改正要綱試案（小委員会案）をめぐる諸問題（下）」ジュリスト二二〇号三〇頁（一九六〇）の市原発言に紹介されているウレ教授等の批判。もっとも、「事情判決は単に反法治国家的なものとして一般的に排斥されるべきものではない」（阿部・前掲注(54)二九九頁以下）として、当該制度を積極的に評価する意見もある。同様の見解として、「事情判決制度は、単なる行政の利益を擁護するだけでなく多数の利害関係人の利益保護にも役立つことがある。また、事情判決制度は、その適正な運用によって訴えの利益を欠くことを理由とする門前払の判決を阻止したり、行政側に損害防止のための措置をとるように促すなど、原告側の利益保護の機能を果たすこともある」（園部逸夫『注解 行政事件訴訟法』三七五頁〔乙部哲郎執筆〕（有斐閣、一九八九））などを参照。

- (57) 昭和五一年四月一四日の最高裁判所大法廷判決（民集三〇巻三号二二三頁）が、最初の裁判例である。
- (58) 「この規定（行政事件訴訟法三二条一項前段）は法政策的考慮に基づいて定められたものではあるが、しかしそこには、行政処分取消の場合に限られない一般的な法の基本原則に基づくものとして理解すべき要素も含まれている」。もっとも、「行政事件訴訟法の右規定は、公選法の選挙の効力に関する訴訟についてはその準用を排除されているが（公選法二一九条）、これは、同法の規定に違反する選挙はこれを無効とすることが常に公共の利益に適合するとの立法院の判断に基づく」。しかしながら、「本件のように、選挙が憲法に違反する公選法に基づいて行われたという一般性をもつ瑕疵を帯び、その是正が法律の改正なくしては不可能である場合については、単なる公選法違反の個別的瑕疵を帯びるにすぎず、かつ、直ちに再選挙を行うことが可能な場合についてされた前記立法院の判断は、必ずしも拘束力を有するものとすべきではなく、前記行政事件訴訟法の規定に含まれる法の基本原則の適用により、選挙を無効とすることによる不当な結果を回避する裁判をする余地もありうるものと解するのが、相当である」。もとより、「明文の規定がないのに安易にこのような法理を適用することは許されず、殊に憲法違反という重大な瑕疵を有する行為については、憲法九八条一項の法意に照らしても、一般にその効力を維持すべきものではないが、しかし、このような行為についても、高次の法的見地から、右の法理を適用すべき場合がないとはいいきれないのである」（最判昭五一・四・一四民集三〇巻三号二二三頁、二五二―二五三頁）。
- (59) 雄川・前掲注(49)は、以下のように疑問を呈する。「行政事件訴訟法三二条の定めは、通常の権利保護の主観訴訟を眼中において、原告の利益と公益との調整をはかったものである」（五八一頁）が、「公職選挙法は、選挙訴訟等を客観訴訟の性格をもった民衆訴訟として構成しているのであるから、原告の利益と公益との調整という問題は、一応生ずる余地がないと考えられる」（五八二頁）。「当該訴訟を公職選挙法による選挙訴訟と認め（ながら）、…同法が選挙訴訟について準用を排除している行政事件訴訟法三二条の規定そのものに含まれる法の基本原則を適用するというのは、いかに『高次の法的見地』からとっても、いかにも無理な論理であって、解釈論としてはそのままには成立し得ないものと言わざるを得ないであろう」（五八四頁）。

五、まとめ——現行取消訴訟制度の非主観訴訟性

行政事件訴訟法は、取消訴訟を、主観訴訟と性格づけることにより、訴訟要件を絞って、国民の裁判へのアクセスを限定し、民事訴訟法準拠主義を採って、紛争解決における行政庁の優位性を放置する。現行の取消訴訟は、主観訴訟でありながら、しかし、自己の利益の救済を求めて裁判を負担した原告には、客観訴訟的判決を与える制度である。

公益性は、確かに、行政法関係の大きな特徴であり、行政救済制度においても、行政活動の公益性を配慮することが要請される。しかし、現行の取消訴訟では、公益性配慮の名目の下に、行政権の優越性を認める法的仕組みが採られている。その過度の保護のあり方は、現行の取消訴訟を主観訴訟とするを得ないのみならず、国民に権利としての裁判を保障することにも反していると言わざるを得ない。

訴訟の性質を決定する一つの要素として、立法・解釈・適用のそれぞれがもたらす利害状況が考えられる。すなわち、原則として、立法および解釈が及ぼす影響は一般的であり、したがって、立法および解釈を契機とする訴訟は客観訴訟として構成される理由がある。立法・解釈に対して、法規の適用行為が生む状況は個別的である。法規の適用に際しては、多く、個別的な裁量判断が介在する。それ故に、法規の適用行為を扱う訴訟が、個別的状況に対応しよう、主観訴訟として構成されることには十分に合理性がある。

今日、行政事件訴訟法の再検討の必要性が説かれているが、その際、取消訴訟制度は、個人的利益を保護する訴訟手続たる主観訴訟として相応しい内容に改められなければならない。