

日本公法译丛



行政诉讼的构造分析

[日] 小早川光郎 著

王天华 译



中国政法大学出版社

日本公法译丛



行政诉讼的构造分析

[日] 小早川光郎 著

王天华 译



中国政法大学出版社

2014 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

行政诉讼的构造分析/（日）小早川光郎著；王天华译. —北京：中国政法大学出版社，2014.4
ISBN 978-7-5620-5156-5

I. ①行… II. ①小…②王… III. ①行政诉讼—研究 IV. ①D915.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第045705号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址	北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址	http://www.cuplpress.com （网络实名：中国政法大学出版社）
电 话	010-58908524（编辑部）58908334（邮购部）
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	9.75
字 数	220千字
版 次	2014年4月第1版
印 次	2014年4月第1次印刷
定 价	32.00元



序

本书由我过去发表的论文选编而成，论题集中于行政诉讼制度在与实体法的关系中所呈现出来的构造。全书分为两部分。第一部分是“撤销诉讼中的实体法观念”，这是我提交给东京大学法学部的助手论文，原刊于《国家学会杂志》（第86卷第3=4号、第7=8号、第9=10号、第11=12号，1973年），编入本书时略有修改。第二部分是其后的短篇，包括发表于《法学协会杂志》（第93卷第4号、1976年）的“撤销判决的拘束力”，报告于日本公法学会（当年该会的主题为“战后30年间日本公法学界的潮流”），后发表于《公法研究》（第40号，1978年）的“集团诉讼”。另外，作为补充，本书还收录了“介绍·原田尚彦著《诉之利益》”（《国家学会杂志》第88卷第3=4号，1975年）和“无瑕疵裁量行使请求权”（*Jurist* 附刊《法学教室》第2期第4号，1974年）两篇论文。

上述论文的体裁、对象各有不同，但都与行政诉讼制度的构造这一视角有关。至少对于我而言，这些论文之间有着密切的关联。另外，这些论文都发表于若干年前，但其中就行政诉讼制度的构造所提示的认识，对于行政法学而言至今仍有一定的意义。这是我选编本书的动因。

就表述和构成而言，这些论文中的很多地方，如果我现在



再阐述同样的问题可能会采用其他的表述方法。但在本书的编辑过程中，我克制了这种拘泥，采取了保持原貌的方针，只对形式进行调整。不过，第一部与原来相比还是有一些更动，除了对章节的安排加以调整、对若干基本用语进行替换之外，还对稚拙或晦涩的文字进行了改写。第二部分基本上保持了发表当初的原貌。

另外，这些论文所涉及的某些问题，其后在立法或判例的状况方面发生了变化，或者出现了新的优秀研究成果。但本书对这些问题没有进行改写，只是就必要的事项添加了若干“补注”。

1969年进入研究室以来，我受益于不可多得的师友，能够在优越的研究环境中度过研究生活。但学问之路对我而言绝非坦途。对我艰险的学问之旅一直严加护持，时而施以温暖纠正的是雄川一郎先生。第一次出版这样一本论文集，我自感未熟而有所踌躇，不禁想起当年提交助手论文时先生对我说过的话：既然已经尽力，就任世人评说吧。我还从已故田中二郎先生处获得过望外的亲切指导，但现在已经无法将本书呈现给先生，领受他的批评。如果没有上述两位先生，以及以盐野宏先生为首的东京大学和各种研究会中的各位先辈、同僚诸兄的提携，本书乃至我的行政法研究是无法想象的。借此机会，谨致谢忱。

本书的主题研究获得了松永纪念科学振兴财团的资助。特此感谢。

在本书的出版过程中，我承蒙东京大学出版会各位的关怀。特别是羽鸟和芳氏，从强烈建议本书出版至今，如果没有他的鼓励和帮助，本书恐怕不会面世。在此恭谢。

最后，还要感谢我的父亲，是他开启了我关怀行政之目；感谢亡兄，他以行政官的热忱教给了我很多东西；感谢我的妻



子，她支撑了我常常迷失于思索的日常生活，并给予我激励。

如上所述，本书的成立依存于众人的帮助。最后，我希望获得读者各位直率的批评，将本书的刊行作为今后研究的一个新的出发点。

小早川光郎
1983年7月



目 录

序	1
---------	---

第一部分 撤销诉讼与实体法的观念

前 言	3
序 论 两种撤销诉讼观	7

第一章 撤销诉讼中的实体法观念的探求	19
--------------------------	----

序 说 权利毁损要件及其性质 /19

第一节 行政统制与纠纷解决 /31

第二节 诉讼法思考与实体法思考 /45

第一款 列举主义下的诉讼法思考 /45

第二款 概括主义与实体法思考 /54

第三款 所谓的公权三要件 /65

第三节 实体请求权的自由权构成 /71

第一款 自由权理论的古典形态 /71

第二款 沃尔夫与霍夫曼的法原则论——自由权理论的重构（一） /86

第三款 门格尔的恢复原状观念——自由权理论的重构（二） /91



第四款 鲁普的公权论——自由权理论的 重构（三） /95	
中间总括 实体法思考的意义与课题 /102	
第二章 撤销诉讼中实体法观念的适用	107
序 说 法地位及其违法侵害 /107	
第一节 请求权规范的基本形态 /110	
第一款 基于一般自由权的请求权 /110	
第二款 侵害的目的志向性 /113	
第三款 基于私益保护规范的请求权 /122	
第四款 行政行为第三人的法地位 /130	
第二节 自由权构成的变质 /138	
第一款 一般自由权的扩张 /139	
第二款 程序上的瑕疵与自由权构成 /154	
第三款 基于制度上的地位的撤销诉讼 /165	
补 论 基于法律的不作为请求权——亨克的公权论 /176	
结 语 /184	

第二部分

I 撤销判决的拘束力——对越权诉讼中的撤销观念的 一个考察	193
一、绪 论 /193	
二、撤销与恢复原状 /196	
三、禁止反复与既判力（一） /201	
四、越权诉讼的诉讼物 /206	
五、禁止反复与既判力（二） /214	
六、结 论 /222	



II 集团诉讼——行政上的集团纠纷与诉讼理论	226
一、前 言——本文的对象 /226	
二、集团诉讼与标准行政诉讼观 /228	
三、集团诉讼与各种新观点 /234	
四、结 语 /238	
附 论 介绍·原田尚彦著《诉之利益》	240
一、前 言 /240	
二、各篇论文的内容介绍 /241	
三、诉讼利益理论的介绍与若干检讨 /250	
四、结 语 /272	
附 论 无瑕疵裁量行使请求权	274
索 引	280
西文人名日译、汉译对照表	291
译后记	294

第一部分 撤销诉讼与 实体法的观念





前言

一、一般而言，撤销诉讼制度的主要功能在于^{〔1〕}，法院以 3
依法律（或法）行政原理为基础对行政活动的法律（法）适合
性进行审查。这可以说是一个自明的命题。“依法律行政”观念
在此被理解为，主要是指一定的行政活动作为确定具体之法的
一个程序阶段受抽象之法的羁束。由此，通常认为撤销诉讼制
度的意义就在于保障这种法的羁束。

但是，无须赘言，各国实定撤销诉讼制度所应发挥的功能
并不仅仅规定于上述观点。与撤销诉讼的“主观诉讼”构成或
多或少相关的种种问题由此而发生，如原告适格、诉讼利益、
撤销理由的限制、作为撤销诉讼对象的行政活动的样态（依日
本用语为“处分性”）与权利侵害的关系，等等。^{〔2〕}

所以，第一，如果实定法被认为采用了“主观诉讼”构成，
那么将撤销诉讼理解为行政活动法律（法）适合性保障的撤销

〔1〕 这里仅讨论所谓大陆法系各国的撤销诉讼制度。

〔2〕 特别是日本的法律解释理论关于撤销诉讼原告适格以及诉讼对象的问题状况，
有如下特征。一方面，总体方向是扩展原告适格，因为行政行为具有所谓的第三者效。但
这种总体方向在很多时候仍然会受到批判，理由是以权利或法律上的利益侵害这种观念来
确定原告适格仍然过窄。另一方面，常用的解释技术是，对那些不发生积极且直接的法律
效果、因此是否属于学说上的行政行为概念存疑的行政活动，特别是拒绝处分和事实行为
性行政活动，至少在日本，应当肯定其处分性。因为可以认定，该行政活动对关系人的权
利或法律上的利益造成侵害（西德的问题状况有所不同，因为其广泛认可课予义务诉讼
和作为当事人诉讼的“一般给付诉讼”）。所以，主观诉讼构成的具体意味因问题而异。



诉讼观与实定制度的构成之间的不调和，往往会引发解释上的问题。如，撤销诉讼的所谓“客观诉讼”理解成立与否的争议。第二，作为实定法的认识问题，由于制定法、解释学说和判例在各种场合从各种观点对撤销诉讼的功能范围加以限定——要么强调“主观诉讼”性要么强调“客观诉讼”性^{〔3〕}，对依法行政这一抽象原理与撤销诉讼制度的具体运用之间的关系，
4 有关认识已经失去体系明晰性。这使得我们在各个场合下的解释，已经难以获得超越情境式考量的坚实基础。

因此，有必要回到依法律行政原理与撤销诉讼制度的基本关系问题，重新展开讨论。作为展开这种讨论的一个路径，本文从撤销诉讼中原告的地位与依法律行政原理的理论结合^{〔4〕}是否可

〔3〕 法国很多学说认为越权诉讼是客观诉讼（recours objectif），但其与一般被理解为“主观性”诉讼的西德和日本的撤销诉讼有何差异并不明确。同旨，阿部泰隆・フランス行政訴訟論（1971）59頁注（27）。本文以下不使用这些用语。关于概念规定，参见雄川一郎・行政争訟法（法律学全集・1957）10頁及其所引文献。Auch vgl. W. Jellinek, Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, VVDStRL, Heft 2 (1925), S. 37f.

〔4〕 开头所提到的依法律行政原理的定式化，通常是以作为确定具体之法的一个程序阶段的，一定的行政活动特别是行政行为为系留点的。从这一视点来看，行政行为与其后的撤销诉讼判决属于同一程序过程的两个阶段，撤销诉讼的上诉类似性观点正是以此为基础产生的。关于上诉类似性说，参见兼子仁・行政行為の公定力の理論（第三版・1971）161頁以下，村井正「抗告訴訟の訴訟物」法学論叢71卷6号（1962）89頁以下。从这一观点来看，本文所谓“撤销诉讼中原告的地位与依法律行政原理的结合”问题扩展为“确定具体之法的程序中私人的地位与依法律行政原理的结合”问题。而且，这两个问题中，后者是在作为“一审”的行政行为程序中，而非在有着“上诉审”特殊性的撤销诉讼程序中以纯粹的形态呈现出来的。但是，正像上诉类似性说的主倡者之一所说过的那样，在行政行为程序中，“很多情况下，只要关系人不作出伴随‘Rechtsbehauptung’（法律主张——译者）的申请，行政机关就会自行完成行政行为”（Ch. -F. Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 163f. ——引号为原文所加，着重号原文为斜体）。因此，难以找到头绪，对行政行为程序中私人的——默示的——“Rechtsbehauptung”内容或私人的法地位本身加以特定。这个问题本身与本文的问题意识有所不同，以下仅在各自的关联内对上诉类似性观点略作涉及。



能,其结合的构造如何这一视点,对现在西德的学说加以理论分析和理解,对其学说所到达的原理性、抽象性构成对现实具体的解释论所发生的实际影响加以考察,并从实践角度对其原理性构成加以评价。

二、为了明确本文的意图,这里对一个方法性问题加以简单涉及。众所周知,行政诉讼制度的本质或目的存在争议——是行政统制还是权利保护?但一方面,不管论者试图从中推导出何种解释论上的归结,这种本质论其实并非实定法上的问题。实定法上的撤销诉讼制度是作为客观且现实的法规范的复合而存在的。另一方面,作为非实定法问题的撤销诉讼制度本质论,实际上是在赋予撤销诉讼以某种意味;且赋予其何种意味,论者在相当程度上是自由的。这种作为意味赋予的制度“本质”,在逻辑上不存在必须永远予以一元化把握的要求。

本文所设定的“实体法”范畴,有两个侧面:①以私人对行政的权利义务关系为构成要素;②与诉讼法相区别,而又以诉讼实现。本文的具体目标在于,探究这种实体法观念的构造与内容,探究其在撤销诉讼中能否成立,在西德现行法下是否具有妥当性。由于本文的对象如上所述,所以作为撤销诉讼制度目的推上前台的,当然只有上述意义上的通过诉讼的实体法实现。以原告的立场为基点来看,这种制度目的等同于私人所有之实体法上的权利保护。

但是,不能否定的是,撤销诉讼制度除了对特定私人施以救济外,还发挥着服务于一般公众对行政活动正确做出所间接具有的利益,通过保障依法律行政原理的实效性来确保国家作用的整合性等功能。由于撤销诉讼目的论有上述性质,所以,将撤销诉讼制度可以发挥的这些功能竞合性地设定为制度目的并不必然产生逻辑上的矛盾,相反,可以说,只有在个案解决



中与这种矛盾发生碰撞，解释论才获得了新的发展契机。要言之，撤销诉讼的制度目的当然应该与实定法的各个规定保持某种程度的整合性，但其本身并非从实定法的解释单义地演绎而成，毋宁说，它只是为解释、补充或批判实定法提供前提的一个坐标。所以，必须认为，以个别问题中的特定解释与解释者就撤销诉讼本身的制度目的所采取的立场是否调和为唯一基准，来决定是否采用其解释的做法，是过于性急的。将撤销诉讼制度的目的理解为实体法的实现或实体法上的权利保护，就是上述意义上的一个坐标设定，它不意味着个别场合下的解释论和立法论被封闭于这个单一的坐标。本文的目的即在于，对立足于特定坐标的特定撤销诉讼本质论加以分析和评价。



序 论

两种撤销诉讼观

一、西德（联邦）基本法^[5]第 19 条第 4 款第 1 句规定：⁷ “自己的权利被公权力毁损（in seinen Rechten verletzt）者可以起诉”，为行政行为撤销诉讼制度提供了宪法上的依据。众所周知，撤销诉讼制度乃至整个行政诉讼制度的目的，自行政法院创设以来就存在争议。^[6]对于这一争议，上述基本法规定的文本具有重要意义。就撤销诉讼制度而言，至少是行政诉讼法学^[7]中的多数说认为，撤销诉讼是“对受行政侵害的个人权利加以保护的手段”。^[8]尼泽所主张的那种将“为了一般利益而保障行政的法律适合性或者适法的高权行使”作为撤销诉讼制度

[5] Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) vom 23. 5. 1949, BGBl., S. 1.

[6] 关于行政诉讼制度目的的论争史，参见：Menger, System (oben Anm. 4), S. 17 ~ 25; C. H. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 5 Aufl. (1971), § 1 以及南博方·行政裁判制度（1960）8 ~ 26 页。另外，后面第一章第一节会尝试对这种目的论争的意义加以重构，这里只讨论作为事实的学说分布。

[7] 巴霍夫警告说，特别是诉讼法学者拘泥于诉讼法的文本，倾向于将行政诉讼的目的仅仅理解为权利保护，而忽视行政诉讼同时还具有“客观法的贯彻”和“行政的纪律维持”功能。但是，他也承认，“作为诉讼技术手段的诉讼上的系留点”只存在于“individuelle oder subjective Rechte”的保护，而非上述之点。O. Bachof, Aussprache, VVDStRL, Heft 14 (1956), S. 177. 另参照同一部分舒纳、福斯特霍夫以及易普森的发言。

[8] Ule, Zum Verhältnis von Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß, DVBl., 1954, S. 143.



目的的见解，^{〔9〕}被驳斥为“只有在权威主义或全体主义国家体制内才能找到栖身之所”。^{〔10〕}

- 8 二、尽管将撤销诉讼制度的目的置于权利保护的见解在今天的西德占有支配地位是一个事实，但对其意味加以如下限定还是必要的。第一，权利保护的语义是什么，其是否以真正意义上的权利观念为前提。第二，更实质性的问题是，论者将权利或法律关系的观念置于有关撤销诉讼制度的各种立法和解释的基础，其意图是巩固私人对行政的法地位，但是否会事与愿违，反而招致撤销诉讼救济范围的限缩，令人担忧。

首先看第一点。权利保护（Rechtsschutz）一词，一般而言，无疑意味着权利（subjektives Recht）的保护。但是，O. 迈耶在其教科书中，在“行政事件中的权利保护”一章的开头，将如下概念设定与权利保护的上述常识性观念对置。^{〔11〕}

“……关于行政的法秩序绝不像私法那般本质性地以权利为

〔9〕 W. Niese, Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklagen im Verwaltungsprozeß, JZ, 1952, S. 355.

〔10〕 K. A. Bettermann, Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, DVBl., 1953, S. 164. Auch vgl., G. Lüke, Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, AöR, Bd. 84 (1959), S. 190. 与之相对，迈耶则认为行政诉讼的权利保护功能无法否定，但其与以维持客观法为目的的行政统制之间的关系不过是一个“重音（accent）放在哪里”的问题。W. Meiß, Zum Verhältnis von Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß, ZZP, Bd. 67 (1954), S. 175. 关于尼泽所主张的那种将撤销诉讼制度理解为行政的法律适合性保障手段的见解，是否是一种“全体主义”，参见原田尚彦「行政行為の取消訴訟制度と原告適格（訴の利益）」（1963～1964）同・訴えの利益所収・309頁、344頁。另外，关于民事诉讼制度的目的，争论多以是权利保护还是纠纷解决的形态展开，而在撤销诉讼，情况则有所不同。关于此点，见后注77。

〔11〕 O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3 Aufl. (1932), S. 122. Auch vgl., S. 132; ders., Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen, AöR. Bd. 21 (1907), S. 2.