

日本公法译丛



诉的利益

[日] 原田尚彦 著

石龙潭 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（C I P）数据

诉的利益/（日）原田尚彦著；石龙潭译. —北京：中国政法大学出版社，2014. 6

ISBN 978-7-5020-5283-8



Ⅰ. ①诉… Ⅱ. ①原… ②石… Ⅲ. ①行政诉讼法—法的理论—研究
* ①D971.401 * 书

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第106850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 11.25
- 字 数 260 千字
- 版 次 2014 年 6 月第 1 版
- 印 次 2014 年 6 月第 1 次印刷
- 定 价 33.00 元

诉的利益

UTTAE NO RIEKI

by HARADA NAOHIKO

Copyright © HARADA NAOHIKO

Original Japanese language edition published by Koubundou
Publishers Inc. in 1973.

本书由原田尚彦授权中国政法大学出版社出版

版权登记号：图字 01 - 2014 - 1020 号



前言

在《日本国宪法》下，当有人因行政权的违法行使而受到权利利益侵害时，其通过审判来获得救济的权利可得到保障。由此，行政活动就应该被广泛地置于司法控制之下，对国民的救济也应该是确凿无疑的了。但当我们审视现实的行政诉讼判例时则会发现，实际情况却是：作为审理行政处分妥当与否之前的问题，即围绕是否具有诉的利益、是否存在作为抗告诉讼对象的行政处分等产生争议，并且在这些问题上耗费了诸多时间和精力，很多诉讼请求最终因缺乏诉的利益而被驳回。 i

那么，以何种原理、原则来判定行政案件诉讼的诉的利益以及抗告诉讼的对象，才最符合现行宪法所采纳的司法国家宗旨呢？笔者在这一朴素的问题意识之下，对诉的利益作出考察。后来，以此为契机对行政诉讼产生了兴趣，并在近几年间陆续发表了一些有关行政诉讼的论文。本书收录了这些论文当中精选出的十篇，并且作为资料还收录了笔者当初整理发表于《国家学会杂志》上的“行政行为的撤销诉讼制度与原告适格”。这些内容以诉的利益研究为起点，涉及无名抗告诉讼、公权与诉的利益的关系、作为抗告诉讼对象的处分性问题与行政行为的关系、行政过程实体审理的应然方式等问题。虽然在题目上稍显不统一、也缺乏体系性，但皆为基于应排斥概念式、教义式



的考察方法，从权利救济的目的出发对行政诉讼进行功能性的考察这一基本理念之上，对自己意见的坦率陈述。尽管在内容上不无破绽百出之感，但若能以此给学界以及实务界或多或少带来一些启发并成为今后讨论的引子，笔者将深感荣幸。

- ii 不过，对于把这些稚嫩的论文以论文集的形式编辑出版，笔者曾经犹豫再三。即使是现在重新阅读校正样稿，依然感到文章的生硬、逻辑的不充分等问题仍很突出。而且，从内容上看，一方面，鉴于后来判例和学说的动向应作修改之处不在少数；另一方面，应充分强调但却强调不够的地方也并非不存在。不过，尽管本书是一件不能令人满意的平庸之作，但皆为笔者对各个执笔期间问题意识的大胆披露，尚属尽心尽力而作。因此，除个别错别字以及印刷错误外，笔者并未作出修改，均保持其原样收录其中。由于发表时间不尽相同，因此在内容上稍有矛盾和重复，尚请读者海涵。

本书为笔者的第一本论文集，因此本应把它敬献给曾经对我谆谆教诲的恩师田中二郎先生以表谢忱。可是，把这种落第生不合格的考卷献给老师，只能说太过无礼了。在本书付梓之际，请允许我再次许下重新学习的诺言，恳请得到恩师的宽恕。另外，这种经济上并不划算的书籍之所以能够得以出版，完全仰仗弘文堂的厚意。在此，请允许我向该出版社以及曾给予大力支持的该社编辑部丸山邦正先生深表谢意。

原田尚彦

1973年9月



目 录

前 言	1
第一章 诉的利益	1
一、诉的利益的意义 /1	
二、撤销诉讼的基本理念 /4	
三、围绕诉的利益的个别问题 /12	
四、撤销诉讼以外的抗告诉讼与诉的利益 /22	
第二章 行政法上公权论的反思	27
——兼论公权的意义	
一、引 言 /27	
二、国法学上的公权论 /28	
三、从前行政法学上的公权论 /36	
四、作为要求发动公权力的请求权的公权 /49	
第三章 行政上的预防诉讼与课予义务诉讼	60
一、引 言 /60	
二、第二次世界大战前的行政诉讼观	
——作为上诉程序的抗告诉讼 /62	
三、第二次世界大战后主要学说的推移	
——司法权制约论的展开及其克服 /67	
四、事前诉讼的必要情形 /74	



五、新公权的出现与课予义务诉讼 /80

六、结 语 /86

第四章 行政行为的“权力性” 88

一、问题的提出——权力性的意义 /88

二、传统行政行为理论中权力性的根据 /92

三、实定法上行政行为的权力性及其界限 /103

四、作为特权性法律行为的行政行为 /111

五、结 语——现代行政与行政行为 /116

第五章 反对人行天桥案的诉讼要件 119

——以 1970 年 10 月 14 日东京地方法院法庭决定为中心

一、问题的所在 /119

二、法庭决定的要旨——处分性与原告适格的认可 /120

三、本法庭决定的意义

——重视抗告诉讼的救济功能 /122

四、对扩大撤销诉讼的批判与反批判 /129

五、地方法院决定与今后的展望 /133

第六章 抗告诉讼的对象 135

——处分性的扩大要因与缩小要因

一、抗告诉讼的对象仅限于行政行为吗？ /135

二、抗告诉讼与不可争性之间的关系 /144

三、抗告诉讼与其他诉讼形式之间的关系

——抗告诉讼的补充性 /152

四、结 语——处分性的缩小要因与扩大要因 /163

第七章 行政过程与司法审查 165

——行政诉讼实体审理的应然模式

一、问题的提出——诉的多样化与实体审理方式 /165



二、自由裁量论的展开与实体审理方式之间的关系	/169
三、全面审查（代为判断）方式的界限	/175
四、行政过程的司法审查	/181
五、结 语——有效利用事后审性	/189
第八章 行政型审判的司法审查	191
——与实质性证据法则相关联	
一、全面审理原则与实质性证据法则	/191
二、对具体论点的考察	/192
三、对判例理论的评价与展望	/203
第九章 强制驱逐临时救济的问题点	205
一、强制驱逐的特殊性	/205
二、判例的应对情况与问题	/207
三、行政的应对状况与问题	/212
四、《出入境管理法案》的问题	/214
第十章 对行政案件诉讼的期待	218
——以行政过程的审理方式为中心	
一、救济利益的扩大与公益诉讼的出现	/218
二、行政机关的激烈反驳	/220
三、国民生活对行政依赖度的上升与行政结构的嬗变	/221
四、滥诉之弊（？）	/223
五、集团诉讼	/226
六、行政诉讼实体审理的应然模式及其反思	/228
七、行政行为的审理与行政过程的审理	/230
八、程序性审理的展开及其界限	/232
九、程序性司法审查的具体方法	/235
十、让法庭化为市民论坛	/239



十一、结 语——成为被行政机关所讨厌的法院 /242

附 论 行政行为的撤销诉讼制度与原告适格

(诉的利益) 244

——以德国判例的动向为中心

引 言 /244

第一节 德国行政审判的各种始源性形态 /247

一、司法国家观 /248

二、普鲁士型行政审判 /253

三、南德型行政审判 /269

第二节 公权与诉的利益 /280

一、公权与反射性利益——G. 耶利内克 /282

二、具体公权概念的形成——弗莱纳与布勒 /285

三、魏玛时代的判例 /294

四、纳粹的行政审判论与公权论 /298

第三节 德国基本法下撤销诉讼的地位与功能 /302

一、新法制的诞生及其理念 /302

二、第二次世界大战后判例的总趋势 /313

三、现代行政中撤销诉讼的功能 /330

结 语 /343

译后记 346



第一章

诉的利益

一、诉的利益的意义

常言道，“无诉则无判”，诉乃发动审判权的本质性前提。¹然而，是不是只要诉具备了法定形式并符合程序，也就是说具备了形式上的诉讼要件，实体审判就一定能够得以实施呢？其实，绝非如此。诉最终能否获得审理判决取决于诉的内容，即当事人的请求是否足以具有利用国家审判制度加以解决的实际价值或者必要性^{〔1〕}（着重号由作者所加，下同）。关于这一点，无论是民事案件还是行政案件都相同，只为满足个人情感或者学问上的欲求是无法发动审判权的。这也是人们之所以讲“没有利益就没有诉权”的理由所在。在日本，这个意义上的利益，一般被称为“诉的利益”（诉的利益也被称为实体诉讼要件）。

有无诉的利益，是法院判断是否承认国民的具体请求足以具有利用审判制度的价值或者必要性的过程，因而，这种判断当然不能任由法院主观专断。法院应该参照设立诉讼制度的宗旨与目的这一客观尺度，对原告的具体请求作出评价，以判断

〔1〕 兼子一：《民事诉讼法体系》，酒井书店1954年版，第152页；三月章（三ヶ月章）：《民事诉讼法》，有斐阁1959年版，第55页。



有无诉的利益。一言以蔽之，诉的利益问题与如何认识诉讼制度的目的密切相关。

诉的利益，通常从以下三个侧面来加以判断：①请求的内容是否适合作为审判的对象（诉讼对象的问题）；②当事人对于请求是否具有正当的利益（当事人适格的问题）；③从周围情况看，是否存在足以使法院对请求作出判断的具体实际利益（具体利益或者必要性的问题）^{〔1〕}。不过，当我们在狭义上使用诉的利益时，有时仅指③之意，其意义与①的诉讼对象论和②的当事人适格论不同^{〔2〕}。然而，上述三个侧面，即便在观念上可以分离，但由于本来是同一个问题，即只不过是以不同的角度来判断具体请求是否具有发动审判权的价值或者必要性而已，因此我认为，在理论上应该按照同一指导理念加以统一判断。况且，现实中也有不少问题都是三个侧面相互关联在一起的。因此，本书为方便起见，把广义的诉的利益通盘作为考察对象。

当起诉事项依据列举主义时，诉讼请求与起诉事项相符是受理诉讼的第一要件。只要满足这个要件，一般就倾向于在事实上推定该诉具有诉的利益。因而，在日本旧行政审判制度之

〔1〕 在立足于权利保护请求权说的民诉理论的用语例当中，①被称为权利保护的资格，②被称为当事人适格，③被称为权利保护的利益。另外，有些学者主张，由于②追究的是当事人利益的正当性，所以称其为主观诉的利益。而与此相对，由于①和③是就有关请求自身的利益正当性所实施的判断，因此将两者并称为客观诉的利益（参见兼子一：《民事诉讼法》（1），有斐阁1968年版，第85页以下；须贝侑一：“作为抗告诉讼要件的权利侵害（抗告訴訟の要件としての権利侵害）”，载《公法研究》第10号。

〔2〕 例如，参见《行政案件诉讼十年史（行政事件訴訟十年史）》，最高法院事务总局1961年版第111页以及雄川一郎《行政争讼法》，有斐阁1957年版第185页的用例。



下，诉的利益实际上成为重要论点的情形反倒较为罕见^{〔1〕}。

与此相对，对起诉事项采用概括主义的现行诉讼制度中，在不少情况下，有无诉的利益都将成为认定诉正当与否的唯一决定要素。而且，行政案件诉讼，尤其是在行政处分的撤销诉讼当中，诉一旦遭到驳回，即使系争处分违法，其效力基于公定力也将全面波及相关人民。因此，诉的利益的意义，不管你喜欢也好讨厌也罢，无论是在理论上还是在实际中，都将不得不成为行政诉讼的最重要论点之一。第二次世界大战后的判例中，以此为争点的案例之所以居多，其理由也正在于此。但若从判例的现状来看，非常遗憾的是，诉的利益的认定基准，在理论上未必一致，以致呈现出众说纷纭、莫衷一是的局面^{〔2〕}。

下面，我想以作为行政案件诉讼之典型的抗告诉讼^{〔3〕}，尤其是“处分的撤销诉讼”（以下简称为“撤销诉讼”）为中心，先对学说以及判例的动向加以概览，再就诉的利益的客观认定基准进行探讨。

〔1〕 参见三月章：“权利保护的资格与利益（権利保護の資格と利益）”，载《民事诉讼法讲座》第1卷，有斐阁1954年版，第120页。另外，美浓部达吉博士过去曾经指出，在采用起诉事项概括主义的诉讼制度下，有时救济人民的大门，反而会因法院对诉的利益的认定陷入专断与恣意而被关闭，因而他表示反对起诉事项的概括主义化，主张维持列举主义（参见美浓部达吉：《行政审判法（行政裁判法）》附录，千仓书房1929年版，第21～22页）。

〔2〕 参见《行政案件诉讼十年史》，第90页以下、第111页以下。

〔3〕 我认为，关于行政案件诉讼（《行政案件诉讼法》第2条）中的当事人诉讼的诉的利益，应适用民诉的一般原则加以解释，而无需采用行政诉讼的固有理论。同样，由于民众诉讼和机关诉讼的要件，是由具体的法律所界定的（《行政案件诉讼法》第42条），因此，就这些诉讼而言，在理论上围绕诉的利益的①以及②这两个侧面不会产生问题。不过，即便是民众诉讼和机关诉讼，诉的利益的③这一侧面也将成为问题（东京地判昭和38年4月17日行裁例集14卷4号898页），但对此点，我们只要比照撤销诉讼加以考虑即可。



二、撤销诉讼的基本理念

行政处分的撤销诉讼，是以系争处分是否存在违法性为诉讼物，通过排除该处分所产生的违法状态以向人民提供救济的一种制度。对此，恐怕并无异议的余地^{〔1〕}。但是，本应最为重要的是，如何认识撤销诉讼所应保护的人民利益（诉的利益）的范围^{〔2〕}，对此似乎至今尚无定论。

- 4 不过，《行政案件诉讼法》（1962 年法律第 139 号）就此新设了一条，“仅限对请求撤销处分或者裁决拥有法律上的利益者”，具有起诉资格（《行政案件诉讼法》第 9 条），以法律上的利益这一观念来统一把握撤销诉讼所保护的法益。而这种观念，看似比旧行政法院以来作为惯用语的权利毁损要宽，却比单纯事实上的利益要窄。但我认为，法律上的利益这一用语，不仅在一义性地确定撤销诉讼诉的利益的内容之际是不太明确的概念^{〔3〕}，而且，诸如这种本质性的事项，当然也不应该单靠对实定法规的技术性文理解释来进行处理，它应该依据如何认

〔1〕 参见雄川一郎：《行政争讼法》，有斐阁 1957 年版，第 58 页；田中二郎：《新版行政法》（上），弘文堂 1958 年版，第 279 页。

〔2〕 既然我们将撤销诉讼的终极目的定位为保护人民的个人权利利益，那么撤销判决对违法处分的撤销，就只不过是达成保护个人权利利益这一目的的手段而已。因此，我们不得不承认，撤销诉讼的本质与作为被保护对象的个人利益，即原告在提起撤销诉讼时所主张利益的性质及其范围密切相关。另请参见《行政案件诉讼十年史》，第 112 页。

〔3〕 关于法律上的利益的具体内容，据说在本条款的起草者之间也并非意见一致。顺便说一下，杉本良吉氏认为，“在何种情形下才是蒙受了法律上的不利？对此划界是困难的，只能交由学术与判例的发展。本条款之所以抽象地界定为‘拥有法律上的利益者’，其原因也正在这里”（“《行政案件诉讼法》解说（行政事件訴訟法の解説）”（1），载《法曹时报》第 15 卷第 3 号，第 392 页）。



识撤销诉讼的目的与功能加以界定。换言之，要解决这个问题，应该与国宪构造的基本问题联系起来，亦即如何评价司法控制在法治国家的各种行政合法性控制程序当中所处的地位，也就是说如何看待司法权对行政权的应然模式，进而如何评价国民相对于国家权力的地位。因此，在考察诉的利益的个别论点之前，这里需要先来概览有关撤销诉讼目的的各种见解。

先前判例和学说就撤销诉讼的功能与目的所采取的态度，不知是出于有意还是无意，似乎站在了截然不同的基础之上。在此，我先把这些态度大致划分为四种类型，然后逐一介绍一下各自的特征与论据。

（一）恢复权利享受说

此见解为旧行政法院以来判例和学说所秉持的传统观点，主张撤销诉讼的目的与功能，在于排除目前正妨碍人民享受权利的违法行政处分的效力，以恢复人民的权利享受。

这种观点的诞生，恐怕与旧《行政审判法》规定只允许 5
“因行政机关的违法处分而受到权利毁损者”（1890 年法律第 106 号）才可以提起撤销诉讼，以及过去的民诉理论立足于权利保护请求权说，主张审判的本质在于实体法上的权利保护密切相关。而且，在现行法之下，行政案件也接受司法权的统一管辖，三权分立下的司法权本质论也成为支持本学说的论据之一。即在权力分立的原则下，司法权对行政权并不具有一般意义上的监督权，而只是在当事人之间就权利义务关系产生争议时，保障其具有具体适用法律的权能而已。因此，司法权只不过是向国民提供具体权利救济的必要限度内能够对行政进行合法性审查罢了〔1〕。

〔1〕 例如，小泽文雄（小沢文雄）：“行政处分的司法审查（行政処分の司法審査）”，载《民事诉讼法讲座》第 5 卷，第 1399、1402 页。



但是，如果坚持这一解释，司法上所能救济的利益就将取决于如何界定权利目录的内容^{〔1〕}。而且，倘若法院把权利的意义严格限定在“人民要求享受具体且具有固定内容的利益的权能”[弗莱纳（Fleiner）]，那么法所保护的利益，就将不得被局限于所有权等物权以及其他相似的权利（如矿业权、水利权、渔业权等）。因此，过去行政法院的判例，努力扩大权利的范围，甚至将诸如自由权和用水权、河流使用权、流木权等习惯上的权利也纳入其中，以期扩大救济^{〔2〕}。然而，无论怎样扩大权利目录，在本学说之下，诉的利益都仍将受到下列因素的制约：首先，诉的对象必须是直接侵害人民具体权利的处分。那些对特定人的权利并不构成直接侵害的处分，即便对人民产生了不利影响，也将先验性地被否定诉讼对象的资格（例如，废止公道的处分就相当于这种情况）；其次，关于以第三人为对象的处分，除非该第三人拥有特别权利，否则原告适格几乎无法获得认可^{〔3〕}；最后，如果实际上已不可能恢复被毁损的权利，诉的利益就将难以获得肯定。因此，倘若基本权利的恢复在法律或者事实上已经不再可能，即便尚有恢复附随性利益的可能

〔1〕 指出此点的有：Thoma, Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten (Hdb. DSr II, S. 621)。另外，据说19世纪德国南部，特别是弗腾堡（译者注：Württemberg）行政法院采取了与本学说相近的立场（Vgl. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914.）。

〔2〕 原龙之助（原竜之助）：“作为行政诉讼要件的权利毁损（行政訴訟の要件としての権利の毀損）”，载《公法杂志》第1卷第11号。

〔3〕 对此，我们只要设想一下近邻在面对违反保护近邻规定的建筑许可时的地位即可。另外，也请参见《〈行政案件诉讼特例法〉逐条研究（行政事件訴訟特例法逐条研究）》第93页上的兼子一、田中真次两人的发言。



性，请求撤销处分的利益也将遭到否定^{〔1〕}。如此，本学说所容许的诉的利益，在任何一个层面都被限定在非常狭窄的范围之内。

（二）救济法律上所保护的利益说

本学说没有将撤销诉讼当作固有意义上的权利的实现手段，⁶而是把它理解为，当“法律为人民所保护的利益”受到违法处分的侵害时，当事人以此进行防卫的手段。因而，根据本学说的见解，当处分违反了旨在保护人民利益的强行性法规而给相关人民带来不利影响时，即使该利益不能称为权利，也照样允许提起撤销诉讼，因此，撤销诉讼所保护的法律利益，与上述恢复权利享受说相比要宽泛得多。例如，若行政机关无视《建筑基准法》就建筑许可基准所制定的旨在保护近邻采光、日照、通风等利益的规定，违法核发建筑许可，近邻的起诉（原告适格）就将获得认可^{〔2〕}。同样，既然法律所保护的利益或者权能受到违法处分的阻碍，那么就应予以恢复，因此，当纵然已无法恢复主要权利，但仍然可能以撤销处分来恢复附随性的次要权利和利益时，撤销的必要性就将受到肯定（如驾照吊销期满后，请求撤销驾照吊销处分的利益）。

就这样，本学说在较大地扩展了救济利益范围的同时，可以说也为我们提供了与《行政案件诉讼法》第9条（以及第10条第1款）最为协调的文理解释。因而，今天在学说上获得了

〔1〕 例如，如果被免职的公务员其地位已不可能恢复，那么就无法单独为请求薪俸而要求撤销免职处分。参见美浓部达吉：《公法判例大系》（上），有斐阁1939年版，第704页。

〔2〕 佐贺地判昭和33年4月4日行裁例集8卷4号729页。