慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	抗告訴訟の訴訟物
Sub Title	Über den Streitgegenstand der Anfechtungsklagen im Verwaltungsprozeß
Author	金子, 芳雄(Kaneko, Yoshio) 木村, 弘之亮(Kimura, Kōnosuke)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1972
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.45, No.2 (1972. 2) ,p.81- 104
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	峯村光郎教授 退職記念論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19720215-0081

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

抗告訴訟の訴訟物

金子芳雄
木村弘之亮

一、序
二、行政行為説
三、違法性説
四、（実体的）取消判決請求権説
五、権利主張説
六、純訴訟的訴訟物説
A　二元的訴訟理論
B　一元的訴訟理論
七、むすび

一、序

本稿は、行政訴訟における訴訟物をこれから研究していくための覚え書きである。わが国においても、民事訴訟法学上、

西ドイツの論争を前提としながら、訴訟物論争がはなやかに展開された時期もあつた。訴訟物をいかにみるかは、既判力の客観的範囲を決定するために（ただし、この問題は本稿において意識的にほとんど除外した—別稿でまとめて論じたいため）、あるいは、訴えの変更ないし併合等においていろいろ問題の生ずること、周知のごとくである。

行政訴訟の関係でこれをみると、田中二郎最高裁判所裁判官が、その判決の少数意見において重大なる指摘をされている。[1] しかし、行政訴訟における訴訟物論は、行政事件訴訟法成立の前後に、民訴法のそれとは別の角度より、雄川教授、[2] 市原教授、[3] 白石判事、[4] 村井教授[5]等々により論ぜられたが、その後は、主たる論議の対象となつていないようである。これにたいし、西ドイツにおいては、民訴学界における旧訴訟物理論・新訴訟物理論の影響をうけ（あるいは、これら論争にひきづりまわされという方が適切かもしれないが）、民訴法学者・行政法学者による行政訴訟における訴訟物研究が盛んのようである。新旧訴訟物理論を克服した訴訟物論を、などは筆者の望みえない高嶺の花であるので、本稿では、従来、発表されてきた西ドイツにおける学説の代表的なものについて概観をこころみる。

（1）最高裁昭四二・九・一九三小法廷判決、最高民集二一巻七号一八二八頁。
（2）雄川一郎・行政争訟法六二頁以下。簡単ではあるが、ニーゼ、メンガー、ベターマン等につき鋭い論評がくわえられている。
（3）市原昌三郎・「抗告訴訟の本質と判決の効力」（一橋論叢三七巻三号）
（4）白石健三・「公法関係の特質と抗告訴訟の対象」（岩松裁判官還暦記念「訴訟と裁判」）
（5）村井正教授・「抗告訴訟の訴訟物」（法学論叢・七一巻六号）

二、行政行為説

ドイツ連邦共和国行政裁判所法七九条一項は、「取消訴訟の対象は、つぎの行為である。一、異議の決定によつてえられた形における原行政行為（二以下省略）」と規定する。この規定は、バイエルン行政裁判所法および南ドイツ行政裁判所法の各

四五条における取消しの訴えの対象は、不服ある行政行為および異議の決定であり、取消しの訴えが直接許される場合には、不服ある行政行為であるとの規定、および、連邦行政裁判所法草案八〇条に由来する。そして、クリンガー(H. Klinger)は、かかる条文の表現を根拠とし、取消訴訟の訴訟物を、取消請求された行政行為という。[1] たゞ、かれの場合、右の主張にたいする説明とし、その註釈書に、「(行政行為説は)種々の側面から反対されている。しかし、反対陣営において、訴訟物について見解の統一がみられない」[2] とのべるのみで、とくに積極的な理論構成をこころみない。

つぎに、訴訟物をこのように解すると、訴訟物と訴えの併合、訴えの変更の関係はどうなるであろうか。

連邦行政裁判所法四四条(訴えの客観的併合)[3] において、かれは、いわゆる、並列的・選択的・予備的併合について解説をくわえている。[4]「複数の独立の判決要求(Klagebegehren)が一つの訴えのなかで結合されるとき、一つの訴えの客観的併合が成立する。」「裁判所が主たる請求権が存在しないとみとめる場合を考慮し、原告が主たる請求とならんで一つもしくは複数の従たる請求を提起するときも訴えの併合が成立する」と。このように、クリンガーは、訴えの併合をみとめるや否やの基準とし、判決要求もしくは請求をあげる。しかし、これらと訴訟物たる行政行為との関連はあきらかでなく、[5] このため、訴訟物は、訴え併合の判定基準とし機能しない。

つぎに、訴えの変更にかんする連邦行政裁判所法九一条[6]につき、かれは、「訴えの変更は判決要求の変更か、もしくは、請求原因の変更、すなわち、訴えを理由づけるため主張された事実の変更のいずれかである」[7] と、訴えの変更のみとめられる場合を解説する。そして、訟えの変更の場合も、かれのいう訴訟物は機能しない。そして、右の結果とし、かれは、「このように争われている訴訟物概念の問題は、取消訴訟そのものにとつてほとんど意義をもたない」[8] と結ぶ。

しかし、かれの主張にたいし、多くの疑問がなげかけられている。

訴訟物は、一般に、特定の権利または法律関係の存否と理解されている(いわゆる旧訴訟物理論)。しかるとき、行政行為自

体は、権利でも法律関係でもない。行政行為によつて、一定の権利や法律関係を理由づけ、取消し、変更し、あるいは、これらを確認・公証することはできる。しかし、行政行為は、これによつて確認もしくは形成された権利または法律関係と同一にはならない。法律関係は、あくまでも行政行為の客体にとどまる。ベターマン（K. Bettermann）は、このように行政行為と訴訟物のちがいを強調する。[9]

さらに、クリンガーは、訴えの併合、訴えの変更の認定基準を判決要求の同一性にもとめる。そして、「判決要求は、まず第一に訴えの申立てから推測さるべきだ」[10]という。したがつて、クリンガーの説によるかぎり、訴訟法上の諸制度（訴えの併合、訴えの変更等）にかんし、訴訟物は重要な機能をはたしえない。換言すれば、道具概念として訴訟物にたいしいだいている訴訟法学説上の期待は、行政行為説によつて充足することはできない。

なお、この行政行為説に属するものとし、シュンク＝デ・クレルク（Schunck/De Clerk）およびバァホフ（J. Bachof）の両旧説、シェーン（X. Schoen）、フーフナーグル（F. Hufnagl）、ザント（T. van de Sandt）などがある。[11] しかし、行政行為説は、すでに克服され、現在、歴史的意義をゆうするにとどまるといいうるであろうから、これ等諸説については詳述しない。

（1）H. Klinger, Verwaltungsgerichtsordnung, 1 Aufl. 1960, § 79. „B 1" S. 307.
Vgl, ders. VwGO. 2 Aufl. 1964, § 79A S. 381f.; ders. Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britisch Zone, 3 Aufl. 1954, § 54 Anm. A 2.

（2）Klinger, VwGO. 2 Aufl. § 79A S. 382.

（3）法四四条　原告は、数個の請求が同一の被告に向けられ、互に関連を有し、かつ、同一の裁判所の管轄に属するときは、一の訴えでこれを請求することができる。（昭三六・法務省訟務局訳）

（4）Klinger, VwGO. 2 Aufl. 1964, § 44 B1. S, 240f.

（5）クリンガーは、バウムバッハ、ローゼンベルクおよびシェンケを引用して自説を展開するが、訴訟物概念を異にするかれらの説をそのまま引用しうるか、甚だ疑問である。

（6）法九一条　1. 訴えの変更は、他の関係人が同意するとき、または裁判所が変更を適当と認めるときは許される。

2. 被告が訴えの変更に異議を述べることなく、書面または口頭弁論において、変更された訴えに応訴したときは、被告は、訴えの変更に同意したものとみなす。

3. 訴えの変更がない旨の裁判または訴えの変更を許すべき旨の裁判に対しては、独立して不服を申し立てることができる（前掲訟務局訳）

(7) Klinger, VwGO. 2 Aufl. §91 Bl, S 442.

(8) Klinger, VwGO. 2 Aufl. §79B, S. 363.

(9) Bettermann; Wesen und Streitgegenstand der Verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, DVBl, 1953, 163 u. 202.

(10) Klinger, VwGO 2Aufl. §88B, S. 434. なお、クリンガー説によれば、裁判所は、訴えをもつて取消しを求められた行政行為のみを裁決する。したがつて、訴訟係属後に、同一事件につき発せられた行政行為を裁判所は裁決すべきでない。しからば、後者の行政行為が係属中の訴訟に持ちこまれたとき、訴えの変更が成立するのだろうか。訴訟物は変更したが判決要求は依然として変らないことがありえよう。

(11) Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung zugleich eine Untersuchung über den öffentlichrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, 2 Aufl. 1968 SS. 39, 49.
Schunck／De Clerk, Das Landesgesetz über die verwaltungsgerichtsbarkeit für Rheinland-Pfalz, 1952. Anm 16cc zu §41 u. Anm 36bb zu §70 VGG. Rh.-Pf.
Schoen, Das Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Spiegel von Rechtsprechung und Schrifttum 1946～1949, DöV 1950. 65, 106 u. 138.
Hufnagl, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone, 1950, §45 (S. 97f), §84 (S. 291f).
Sant, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 1949. §54 Anm 7 (S. 119f) usw.

三、違法性説

ニィーゼ（W. Niese）は、クリンガーらが、抗告訴訟の訴訟物を、「取消請求された行政行為」と主張するのにたいし、より厳格にいえば、抗告訴訟の訴訟物は、取消請求された行政行為が違法であるとの確認をもとめる原告の要求であるという。[1]

そして、このような主張にたいする根拠とし、かれはいう。「なるほど、取消請求をなす原告は、行政行為の取消しを申し立てるのであつて、確認をもとめているのではない。しかし、それにもかかわらず、あらゆる形成の訴えの場合と同様、固有の訴訟物は、申し立てられた形成へと判決によつてみちびくところの事実状態および法律状態の確認である。[2]」

このように、違法性説の理論的根拠は、「あらゆる形成の訴えと同様」に、いわゆる形成原因にもとめられている。この点について、ニィーゼはさらに説明をくわえる。

「取消しの訴えが確定判決によつて棄却されたとき、当該行政行為が、その発令のさいに基礎にあつた（もしくは基礎とされた）事実関係が合法であると、既判力をもつて確認される。棄却判決は一般に積極的確認判決となる。[3]」

他方、「取消しの訴えが、確定判決によつて認容される場合、まず、形成効によつて当該行政行為が排除され、しかも、その効力はすべての人におよぶ。しかし、これは、既判力によつて生ずるものではない。[4]」

「既判力は、たとえば、取消請求された行政行為によつて生ぜしめられた損害にかんし、勝訴原告が追加的に職務責任訴訟(Amtshaftungsklage)を提起したとき、はじめてその効果を発揮する。すなわち、既判力は、民事裁判所によつて、当該取消請求された行政行為は違法であつたということが、拘束力をもつて確認されるからである。このことより、既判力は、形成判決の場合にも確認効のみということが明らかにされる。[5]」

このことは、結局、「違法な行政行為が、あたらしい権利形成を生じさせ、そして、このような行政行為が、かかる事実状態の場合には違法であるという確認が、前訴判決の既判力の結果として、民事裁判のさい作用してくるのである。[6][7]」

要するに、行政庁によつて生ぜしめられた権利形成は、未だ確定的に有効なものでなく、一応有効の域をでない。そして、裁判所が当該行政行為の違法性を確認することにより、一応有効の名の下にもつていた浮遊状態が固定化され、形成効を生ずる。これにたいし、確認効は、後訴においてのみ作用する。そして、右の理論構成より、権利形成の主導権は、もつぱら行政庁にあること、かつこの権利形成が継続的になされなければならないこと――換言すれば、判決時までこの権利形成が撤回・取消し・変更されてはならないこと――、かつ、裁判所は、ある法律状態もしくは事実状態の確認だけにその任務がかぎられ、これにより行政権への越権がさけられることが、違法性説によつて企図されている。

なお、ニィーゼの学説上の特色は、取消訴訟を刑事訴訟とパラレルに考えるところにあるといわれている。たしかに、かれは、抗告訴訟の本質を、民事訴訟のそれと同視せず、刑事訴訟と同様の考え方を採用する。換言すれば、かれは、抗告訴訟の第一の目的を、行政の法適合性にもとめる。違法な行政行為により、法規により意図された公益の保障が侵害されると、かかる侵害は是正されなければならない。そして、この是正のために、法規にしたがった行政がそこで要求される。かれのこのような考え方は、かれの抗告訴訟における原告適格の説明においてもっともよくしめされている。すなわち、刑事訴訟の場合の原告は、公益代表者としての検事である。そして、かかる公益代表者としての地位に誰がつくかは、立法政策的見地より決せられる問題である。抗告訴訟における原告も、右のごとき公益代表者と考えるかぎり、具体的に原告となる者は、検事のごとき特定の国家機関、その他特定の者の場合も、広く一般国民の場合も、あるいは、当該行政行為により権利利益を侵害された者の場合もありうる。このような種々の可能性のうちから、いずれを選ぶかは立法政策的に決せられるとする。

ニィーゼのごとき前提にたつかぎり、右の論理は正当であろう。しかし、このことは、訴訟物にかんする民事訴訟上の諸理論を排斥することを意味するか。否、訴訟物は、種種の訴訟法の下で技術的・道具的な概念としての観点より、定立されればそれで十分であろう。したがつて、抗告訴訟の本質なり目的なりを、公益目的維持のための法適合性とみても、私人の権利救済とみても、そのおのおので論ぜられる訴訟物論は、必ずしも、両者相対立するものではない。さらに、ニィーゼの場合、基本的考えにおいて、刑訴パラレル説をとりながら、訴訟手続における各部分の説明において、民訴諸説の活用ないし対比は、右の事情にもとづくゆえであろう。したがつて、刑訴パラレル説のニィーゼも、訴訟物についてみれば、従来の訴訟物諸説とそれほど異るものではない。

(1) Niese, Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklagen im Verwaltungsprozeß, JZ. 1952, 353.

(2) Ibid., 353-4.
(3) Ibid., 354.
(4) Ibid., 354.
(5) Ibid., 354.
(6) Ibid., 354.
(7) 「ニィーゼは、判決の形成効と確認効とを明瞭に分離することを選び、たんに裁判所による確認効のみが既判力を生ずると明らかにさせた。」として、メンガーは、この点につきニィーゼを評価する。Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 159.

四、（実体的）取消判決請求権

この説に属する論者とし、ベターマン（K. A. Bettermann）、ナウマン（R. Nauman）、ルップ（H. Rupp）、ウーレ（C. H. Ule）などの名をあげることができるが[1]、本稿では、ベターマンの見解を中心として検討する。

ベターマンはいう。「取消しの訴えの訴訟物は、取消請求された行政行為が、裁判官により取消されることをもとめる原告の権利、もしくは、行政庁が当該行政行為を（自主的に）取消すことを求める原告の請求権である[2]」と（この定義の後段は、被告行政庁による請求認諾にそなえのべられたものであろう）。かれが、このようにのべる法的根拠は、とくに、イギリス占領区令一六五号の二三条一項にもとめられる。すなわち、行政行為の取消しは、当該行政行為が原告の権利を違法に毀損しているということにのみ、その根拠をもとめうる。また、判決の機能は、当事者間でのこの紛争において、なにが権利であるかの言渡しである。したがつて、訴訟物は、つねに権利・法律関係もしくは法律効果のみである。このため、取消請求された行政行為の違法性は、取消しの訴えの訴訟物ではなく前提問題たる点、なんら疑いの余地はないと[3]。

さらに、ベターマンは、ニィーゼ等の取消訴訟を刑訴法とパラレルに考えることにたいし、取消訴訟の真のパラレルは民事法上の損害賠償請求および不作為請求にみられるという。すなわち、取消しの訴えは、原告の権利もしくは法的に保護さ

れた利益への、不適法な行政侵害にたいする防禦の訴えの一形式であり、それにより、この権利もしくは利益の毀損の排除が要求される。そこで、原状回復の訴えもしくは否認の訴えによると同様に、虚偽の主張、信頼を損う主張、その他不法行為の要件事実を意味する主張の撤回を要求しうる場合、行政裁判上の取消しの訴えにより、違法行政行為により権利利益を侵害されたと称する者は、職権取下げ、すなわち撤回を意味する行政行為の（遡及効ある）取消しを要求する――このため、必ずしも行政庁が取消しをおこなうものではない――と、かれは説明する。[4]

このほか、ベターマンは、訴訟物は判決のなかでなされる確認の対象、すなわち、既判力の客体と一致するという。そして、あらゆる判決は、それが判決としての性格をゆうするためには、少なくとも確認判決としての性格を保持していなければならない。また、このゆえに、あらゆる判決はつねに確認効をおよぼし、不可争力の成立後には、実質的確定力をおよぼすという。[5]

なお、取消請求棄却判決の場合、裁判所は取消請求権の不存在を確認することになる。一方、取消請求認容判決の場合、裁判所は、原告に帰属する取消（判決）請求権を確認する。

このように、ベターマン自身は、取消請求権の確認を判決の本質的作用と理解し、これにより裁判を確認作用とした。しかし、かれの理論の他の一面には、裁判の形成作用が秘められていることは否定できない。ベターマンの訴訟物概念によれば裁判所（もしくは行政庁）によつてのみ形成が実現される。そして、これを裁判官のゆうする形成権限の効果としてとらえる。しかも、この形成権限は、原告の取消請求権が確認されたときはじめて生じると理解されている。したがつて、私人は権利形成をする権能をゆうさない。このため、原告は、その取消請求権を確認されても、それのみにては自己の権利利益を直接に保護されない。請求権の確認は、原告の権利保護の前提要件の一つにすぎないといいえよう。

なお、最後に、ベターマンの見解は、わが国において、取消訴訟を民訴法上の形成訴訟と同視するものといわれている。

しかし、右にみたごとく、かれの説は、民訴法における形成権説にならつて取消訴訟を理解しようとするのでない。かれの説は、民訴法における形成判決請求権説にならつてその訴訟物概念を構成しているとみるべきであろう。(6)

（1）Bettermann, Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs-Klage, DVBl. 1953, 163ff.
Nauman, Zum Stand der Beratungen über den Entwurf einer Bundes-Verwaltungsgerichtsordnung, DVBl. 1952, 584 (589).
Rupp, Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung; Gelöste und ungelöste Probleme, AöR Bd. 85, 149 und 301 (312f.).
Ule, Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, 1952 § 51 II 2a), § 26 III 2; ders., Zum Verhaltnis von Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß, DVBl. 1954, 137 (141f).
（2）Bettermann, op. cit., S. 163 u. 205 (165, 168).
（3）Ibid., S. 163.
（4）Ibid., S. 164.
（5）Ibid., S. 163.
（6）形成権説と形成判決請求権説につき、鈴木正裕・形成訴訟の訴訟物・民訴雑誌五号一三四頁以下。

五、権利主張説

メンガー（C. Menger）やワッケ（G. Wacke）(1)らは、取消訴訟を民事訴訟における上訴に類似したものとみる。

メンガーによると、抗告訴訟の訴訟物は、「取消請求された行政庁の裁決が、原告の法的地位を客観的違法性のため毀損しているとの権利主張(2)」として構成する。そして、「狭義の抗告訴訟（取消しの訴え）における訴訟物は、実際には単に再審査請求権（Überprüfungsanspruch）である」という。(3)

このような考え方の基礎には、抗告訴訟を形成訴訟とみる見解の否定がある。すなわち、取消訴訟の場合、国家もしくは他の高権担当機関によつて権利侵害が生じた場合、これによりその法的地位を毀損された者に、権利侵害の存しない状態への実体上の原状回復請求権をドイツ憲法はあたえている(4)」とし、原告のもつているものは、実体法上においては、主観的形

成権でなく、防禦権もしくは原状回復請求権であるという。[5]

さらに、メンガーは、訴訟物概念構成にあたり、民訴法におけるニキイシュ（A. Nikisch）の見解に同調するかのように思われる。[6] かれ、メンガーはいう。多くの行政訴訟の学説は、民訴法のなかで最もひんぱんに用いられている訴訟上の請求としての訴訟物から出発している。そして、このことは正しい。なぜならば、訴訟物の定立は、まず第一に、実質的既判力の問題に意義をゆうするからである。しかも、この請求の判決が既判力を生ずるという民事訴訟法三二二条七項に新行政訴訟法はならつているという。[7]

このようにみてくると、取消しの訴えの場合、訴訟上の請求とはなにかが中心的課題となるとともに、メンガー説の特色もここに顕著にあらわれてくる。すなわち、「民訴法において、訴訟物もしくは訴訟上の請求は、訴申立中になされた権利主張であり、必要なかぎりで、事実関係によつて基礎づけられる。[8]」

「この意味で、訴訟物は、原告の求める権利保護が、原告によつて申立てられた形式で付与せらるべきか否かの問題でなく、原告が権利保護の獲得のためになした権利主張が、適切であるか否かの問題である。[9]」ということになる。

しからば、右の権利主張と実体権とはいかなる関連をゆうするか。この点、メンガーは以下のごとく説明する。

存在する権利と単なる権利主張との相違は、後者の場合、権利の実在が未だ不確かであるという点につきるのではない。訴訟物を原告がその存否を主張する権利もしくは法律関係とのべるだけでは、訴訟物の本質を十分な明瞭性をもつて表現していない。このような区別をこころみるさい、まず、主張の対象のみを構成する権利は、実体法上の実在基盤（Existenzgrundlagen）から分離して考察しなければならない。このことは、訴えが適法もしくは理由ありや否やが問題となるとき、一層の意義をもつ。権利主張自体は、その申出によつて実在する。そして、内容的に、権利主張が、実体法秩序の範囲を逸脱することもありうる。特定の権利主張にささえられる訴えが適法か、理由ありやの問題は、権利主張の本質に関係しない。と

りわけ、権利主張は、実体的権利の実在条件に左右されないと。[10]

訴訟的権利主張説ともいうべきメンガーの主張は、実体法説のもつ理論的欠陥を克服する。詳言すれば、実体法説によると、訴えが棄却されたとき、訴訟物であつた実体権が請求棄却により存在しなかつたことになり、当該訴訟には訴訟物が存在しなかつたという結果を回避しうる。

また、「この権利主張は、法的性質決定の定まつていない、一定内容の請求をその対象とする」[11]から、取消請求の競合するとき、その効能をよく発揮する。

ただ、右は、民訴法におけるニキイシュの見解を、そのまま採用しているといつても、過言ではないが、メンガーは、右を基礎としながら、取消訴訟における権利主張概念を分析する。

メンガーは、取消訴訟の場合、潜在的拘束力ある被告の裁決にたいする原告の攻撃が問題であるとする。そして、もし、この攻撃がなければ、右の裁決により原告は終局的に拘束されることに着目し、上訴手続との比較をこころみる。すなわち、かれは、上訴人の権利主張を検討したのち、類似したことは取消しの訴えの場合にも存在するという。かれによると、取消しの訴えの基礎には二重の権利主張がある。一は、行政庁は客観的行政実体法にもとづいて、拘束力ある裁決として行政行為をおこなわねばならないとの、行政庁にたいする申請人の「権利主張」である。そして、二は、出訴の対象となつた裁決は、客観的法の侵害の下で宣告され、それゆえ、原告の不利益になつているとの、申請人と一致する現在の原告の「権利主張」である。ただ、訴訟の場合、この権利主張の第二の面のみがあらわれてくる、という。[12]

一方、上訴人は、上訴判決が形成効、すなわち、当該取消請求された判決の取消し、もしくは変更の効果をもつべきだと要求する。これは、かかる要求がなされなければ、取消請求された判決は、上訴人に不利益な既判力を生ずる。しかし、重要なことは、右にもかかわらず、上訴は、たんに形成の訴えとは理解されていないことである。

つぎに、既判力との関係で、かれの訴訟物概念をみると、かれは、その概念構成において、「客観的違法性のために」[13]（前出九〇頁）ということを強調する。これは、「訴訟物であったことがらのみが既判力を生じうる。したがって、判決理由それ自体が、訴訟物について主文と直接および関連をもつてみられる範囲において」[14]既判力を生ずる。したがって、かれの説によれば、取消請求された行政行為の裁判所による取消しの基礎にあった法的判断に、行政庁はあたらしい行政行為を発令するさいに拘束される。そして、このような拘束は、既判力からのみ明らかにされるという。[15]

(1) Wacke, Gegenstand und Rechtskraft bei der verwaltungsgerichtlichen klage, AöR Bd. 79, 158 (163ff).
(2) Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 164.
(3) Ibid., S. 164.
(4) Menger, Grundrechte, III/2, S. 733.
(5) Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 165.
(6) 正確には、ニキイシュとメンガーの権利主張概念はことなる。
(7) Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 161.
(8) Ibid., S. 161.
(9) Ibid., S. 161ff.
(10) Ibid., S. 162.
(11) Ibid., S. 162.
(12) Ibid., S. 163f. なお、この点にかんするメンガーの見解をやや詳しくのべるとつぎのごとくである。すなわち、多くの著者は、第一の側面を強調して、取消しの訴えが一つの形成の訴えであるとする。しかし、この結論は誤りである。なぜならば、行政手続上の「権利主張」（第一の側面）は、行政手続と行政訴訟手続とが、三権分立にもとづく区別のため、行政訴訟手続においては背後にしりぞくからであるという。
(13) Ibid., S. 164.
(14) Ibid., S. 164.
(15) 上述のところより、メンガーの権利主張概念と、ニキイシュのそれとの間には、かなりの差異があることがわかる。メンガーは、ニキイシュにならつて、訴訟上の請求（訴訟物）を権利主張と理解した。しかし、メンガーのいう権利主張に対応する—ニキイシュのいう意味での—実体権は考えられない。換言すれば、メンガーのいう権利主張が、裁判所によつて確認されたところで、訴訟上の請求権が裁判外の請求権に転化・実現されることにはなら

ない。さらにいえば、メンガーのいう権利主張が確認されれば、なぜ原告は権利保護を獲得できるのだろうか。

六、純訴訟的訴訟物説

A　二元的訴訟理論

リュケ（G. Lüke）は、「行政訴訟における訴訟物は、原告が一定の事実関係に基づいて申し立てた裁判の要求である。」[1]という。

リュケは、従来の取消訴訟における訴訟物の探求にたいし、訴訟物概念は、あらゆる種類の訴えにつき統一的概念として把握せらるべきであり、また、かかる目的達成にこそ、訴訟物の理論的・実際的価値があるという。このような観点にたつて各種の訴訟法を比較検討するとき、民訴法の訴訟物論が、行政訴訟の訴訟物研究にもつとも参考になるという。そして、このような前提にたちながら、かれは、訴訟物に二つの等価の構成要素のあることを指摘する。判決要求と事実関係がそれである。前者は、訴申立により表示され、原告の行政行為にたいする権利主張を包含する。この判決要求の同一性は、訴訟の同一性にとつて決定的ではあるが、判決要求は、訴訟物を特定するには向いていない。後者の事実関係は、問題とされている行政行為によつて規制されている。また、その事実関係が請求原因をなすとともにそれと一致する。そして、この請求原因が訴訟物を特定し、かつ、判決要求の理由づけにも役立つ。[2]

このようにみてくると、行政行為そのものは、訴訟物の一部分ではなく、判決要求の特定に役立つにすぎない。また、請求原因は、問題とされている行政行為によつて規制された具体的生活事実関係と一致するとともに、判決要求を正当化するのに適しているすべての事実である。

このような考察を前提としながら、訴訟上の請求権概念としての行政行為取消請求権が、固有の訴訟上の請求権として組

立てられなければならない理由を、つぎのごとくのべる。[3]

原告は、行政行為が違法であるということによつて、行政庁に向けられた請求権たる、行政行為の取消請求権をもつ。しかし、その場合、違法性が一つの瑕疵にもとづくか、多数の瑕疵にもとづくかは問題でない。一方、原告は、同一の目標に向けられたいくつかの実体法上の請求権を主張するような場合も考えられる。これは、とくに、行政に関する通常の給付訴訟（たとえば、国にたいし百万円を支払えという要求につき、公務員の地位確認を前提とした給料支払請求と、違法解職処分にもとづく損害賠償請求のごときであろう……筆者註）の場合に顕著にあらわれる。そして、このような可能性のみよりしても、行政訴訟の訴訟物を実体法上の請求権概念から解放する必要が生ずる。さらに、理由のない訴えの訴訟物、訴訟判決の既判力等を考えると、行政訴訟においても、訴訟物は、実体権とは本質的に異る訴訟法の要請に合わせて構成さるべき訴訟上の請求であらねばならない。

つぎに、取消しの訴えは、除去の訴えおよび不作為の訴えとしての制度上の機能をはたす。[4] 詳言すれば、原告は、取消訴訟によつて、行政庁による行政行為の除去をもとめ、併せて、事実状態・法律状態が変らぬかぎり、同一内容の侵害を将来もしないことを求める実体上の請求権をゆうする旨の主張をする。もちろん、訴申立の方式としては、形成訴訟としての取消訴訟の構成にしたがつて、形式上、行政裁判所による行政行為の取消しを主張する。しかし、この申立てには、同一の違法を将来もおこなつてはならないということを、行政庁に命ずることを求める要求をふくむ。したがつて、特定的・個別的な行政行為は、訴訟物の部分ではないということになる。[5]

なお、後述の一元的訴訟論にたいし、この学説は、事実関係を訴訟物の構成要素の一に数えることに特色をもつ。そして、このことは、つぎのごとき利点をもつ。

①訴訟において、行政行為の理由の差しかえを制限する。[6] 訴訟物としての請求原因と異なる理由を、当事者双方は提出し

えない。もし、被告行政庁が異なる請求原因を主張できるとすれば、国民の法律生活の安定を欠くことになり、また、裁判所が釈明権の行使をとおして別の請求原因を演述させるなら、それは、裁判権の行政権への越権のおそれが生じる。したがつて、二元説によれば、国民の法律生活の安定に役立つとともに、裁判所による行政への過度の介入を防止することができる。

②係争行政行為の既判力ある取消しのために、官庁は、勝訴原告にたいして同じ行為をあらたに発することができない。そして、行政行為の同一性がここで問題となる。これは、処分原因をどの程度までことならしむれば、処分事項の同一の行政行為を、同一の国民にたいしておこないうるかの問題である。そして、この基準を請求原因にもとめようとするのが、この説の特色である。[7]

右のリュケの主張にたいし、つぎのごとき疑問が生じる。

①国民の法律生活の安定という見地にたてば、紛争の抜本的解決が望ましい。請求原因したがつて処分原因を訴訟物の構成要素として固定するかぎり、訴訟係属中のみならず取消判決の確定後でさえも、処分原因がことなれば、実質的にみれば同一の行政行為が繰返えされる（処分事項を同じくし、処分原因を異にする行政行為の繰返し）。請求原因を訴訟物とせず、攻撃防禦の方法とすれば、被告は、当該訴訟において、他の処分原因も主張でき、したがつて、原告もこれを防禦しえ、裁判官は、これらをふまえて法的判断を下しうる。これは、処分のなされるための、諸種の処分原因（事実審の最終口頭弁論時における明示的・黙示的）を、訴訟において捕捉し、解決しうることとなる（後述一元的訴訟理論参照）。

②リュケは、形成判決は既判力ならびに遮断効を生ずるという前提にたつ。そして、遮断効は、訴訟物の構成要素たる請求原因のひろがりに及ぶとするが、むしろ、遮断効のおよぶ範囲は、この請求原因によつて限界づけられるというべきであろう。換言すれば、請求原因の総和たる事実関係を訴訟物の構成要素とする必要はないようにおもわれる。

③請求原因は、判決要求を理由づけるのに役立つという。他方、判決要求を実体法上の権利が理由づける。したがつて、実体権は請求原因に包摂されることになる。しかるとき、請求原因は訴訟物の構成要素であるゆえ、実体法上の権利が訴訟物の構成要素の一となり、実体権が訴訟上の権利となる。そして、このことは、請求権競合の場合の統一的解決をはかろうとする、いわゆる新説的立場にたつ、リュケの理論と矛盾する結果となるであろう。

④行政行為の取消しをもとめる一つの一体的申立てのみがなされるときでも、二元説によれば、あるときは訴えの併合となり、あるときは訴えの変更となる。たとえば、「もしも取消請求原告が申立てをもつて旅館営業許可の取下げを再び取消すべしとの訴えを提起し、そして、かれがこの訴えを、拒絶のための事実が飲食店法二条一項二号および三号（同法一二条二項一号）によれば存在しないということ、および、その外に、代理人がその営業をおこなつてもよいという許可が趣旨どおりに付与されたことで根拠づけるとすれば、そのとき、この説はそのコロラリーとして訴えの併合をみとめねばなるまい」。しかし、「もしも、取消請求原告が、まず、飲食店法一二条二項四号の事実は存在しないということのみを演述し、そして、かれが口頭弁論において、もしくは書記官をとおして行政庁に飲食店法一二条二項一号にしたがつて手続をふむよう要求したところの事実が存在しなかつたということをあきらかにすれば、そのとき訴えの客観的併合が、訴えの変更の形で存在しなければなるまい」[8]

なお、この二元説に属する者とし、ベール（P. Bähr）をあげることができる。[9]

(1) 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」民商法雑誌一三号四六頁。なお、リュケには、Der Streitgegenstand im Zivil- und Verwaltungsprozeß, 1958 というハビリタティオン論文があるが入手していないので、リュケの見解は、右掲論文より引用した。

(2) リュケ、前掲三〇頁以下。

(3) リュケ、前掲二七頁以下。

(4) リュケ、前掲三四頁以下。

(5) 極端な例とし、取消訴訟の係属中、行政庁が同一内容の行政行為を改めておこなつても、判決要求は、自動的に第二の行政行為の上に拡がり、訴訟物は、第一・第二の行政行為にかんし同一である。したがつて、別個独立の訴えを提起する必要がない。同様に、行政庁が、既判力の発生する前または発生した後で、取消された行為をあらたにおこなつても、訴訟物の同一性は変らない（リュケ、前掲三五頁）。

(6) リュケ、前掲四四頁。

(7) 既判力の遮断効は請求原因の枠内において作用する。このため、既判力の範囲が行政機関の活動の邪魔をすることもなく、公の利益に役立つという。リュケ、前掲四二・四四頁。

(8) 設例は、Haustein, Der Gegenstand im Verwaltungsprozeß, 1954 S, 223 によつた。

(9) Bähr, Die massgebliche Rechts- und Sachlage für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten, 1967.

B　一元的訴訟理論

ハウシュタイン（G. Haustein）は、訴訟物とは、一般的に表現すると、訴申立に表示された判決を求める要求であり、取消の訴えにかぎつてみれば、訴訟物は行政行為の取消しを求める要求、もしくは、一部取消し、変更を求める要求であるという。[1]

かれもまた、行政裁判所の主たる課題を、法秩序の妥当性の審査でなく、個人の権利保護と断ずる。そして、種々の行政裁判所法における訴訟物の表現を検討するとき、「請求」という表現が「訴訟物」と同義の概念であることが明らかになる。さらに、訴訟上の請求は、あらゆる訴えについて同じように妥当する内容をもつていなければならない。[2] そして、実体上の請求と訴訟上の請求とを同置すると、そこに不都合の生ずることを指摘し、訴訟物は、訴訟外の法（außerprozessualen Recht）に由来するものでなく、専ら、訴訟法上の制度であると結論する。[3]

つぎに、連邦行政裁判所法八二条は、「訴えには、原告、被告および訴訟物を表示し、かつ、一定の申立てをかかげることを要する。理由づけに役立つ事実および証拠方法をかかげなければならず、……」とある。この規定を中心とし、ハウシ

ュタインは、つぎのごとき説明をおこなう。すなわち、一定の申立てがあらゆる訴状の核心部分であり、訴申立は法的紛争の中心点である。また、訴申立は判決要求をふくんでおり、給付命令もしくは確認された権利変動の要求をふくんでいる。したがつて、訴申立は、要求によつて特徴づけられるのであり、権利主張によつて特徴づけられるものではない。[4] つぎに、権利主張がその基礎にもつているところの事実関係が請求原因であり、[5] この事実関係は、「訴訟物」概念の訴申立とならぶ等価の要素でないが、訴訟物を特徴づけるのに必要であるとともに、訴えを理由づけるために役立つ。それゆえ、訴申立が訴訟物にとつて決定的であり、この訴申立から判決要求が明らかになる。[6]

取消しの訴えの場合、複数もしくは単一の訴訟物について複数もしくは単一の訴申立が裁決される。取消請求原告が行政行為の取消しを要求するとき、かれはこの要求について一つの裁決のみをもとめるのであり、この目標に到達するために、かれが複数の事実関係を演述しようとも変るところはない。[7]

このように、一元的訴訟物説によれば、同じ訴申立（要求）は、一つの訴訟上の請求のみを生じさせる。訴えの客観的併合は、複数の訴訟上の請求（訴訟物）が一つの訴えにおいて結合されたときにおこる。そしてこの場合、一つの事実関係もしくは種々の事実関係が訴えの基礎にあるかどうかは問題でない。一方、複数の事実関係にもとづいていても、一つの訴申立であるかぎり、そこに複数の訴訟上の請求が存在するわけではない。例えば、行政庁が旅館営業許可を法定理由の一つにより撤回し、これにたいし取消訴訟が提起された場合、当該要求は、原告が一つの事実関係によつて理由づけても、二つ以上の事実関係において理由づけても、この場合、訴訟物は一つである。[8]

このように、事実関係は、訴訟物の部分でない。しかし、二元論のごとく、事実関係を訴訟物の部分と考えると、極端な場合、複数の事実関係は、複数の訴訟上の請求を生ぜしめ、しかも、これら請求のうちの一つについての独立の終局判決の可能性を生ぜしめ、[9] 甚だ奇異な結果をまねくおそれがある。[10]

つぎに、訴えの一部棄却判決は、一つの行政行為ではあるが、内容上独立な複数の規制がおこなわれる場合――たとえば、水路法上の許可処分に総計一〇個の負担が附され、原告がそのうち第二・五・八の負担を攻撃し、その取消しをもとめる場合――にのみおこりうる。すなわち、かかる場合、原告は、一つの裁決でなく、三つの裁決をもとめているのであり、したがつて、訴訟物は三個存在すると考えるべきである。(11)

また、訴えの変更は、訴訟物の変更であり、とくに、この一元論によるかぎり、訴申立が変更されるときにのみおこりうる。訴えの変更は、最初に提起された請求の代りに、もしくは、それとならんで一つの新らしい訴訟上の請求が提起された場合におこりうる。そして、後者の場合は、追加的な訴えの客観的併合の形をとる。しかし、この場合も、これらの間で、訴訟物が同一なりや否やが問題となり、新らしい訴訟物が古い訴訟物と同一であるかぎり、外形的に右の形をとつても、そこには、訴えの変更は存在しないことになる。したがつて、訴えの変更は、新らしい訴申立についてみると、最初の請求に別の請求がくわえられている場合、あるいは、最初の請求とは別個の請求にあたる申立てである場合にのみおこつてくる。

なお、この一元論者とし、ミュフェルマン（H. Müfelmann）、メルク（W. Merk）、スティーフル（Stiefl）、シュミット（H. Schmidt）などがあげられ、西ドイツにおいて、次第にその数を増加しているようである。(12)

(1) Haustein, Der Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß 1954, S. 163, S. 180.
(2) Ibid., S. 50f, S. 61f.
(3) Ibid., S. 66f.
(4) Ibid., S. 146, S. 149.
(5) Ibid., S. 143, S. 152.
(6) Ibid., S. 113.
(7) Ibid., S. 211.
(8) Ibid., S. 212.

(9) Ibid., S. 197.

(10) たとえば、A・B・Cの事実関係において、Aにもとづく請求につき判決をなすに熟したとき請求棄却の判決をなすと、請求認容の可能性をもつB・Cにもとづく請求はどうなるかという現実的矛盾が生ずる。

(11) Haustein, op. cit., S. 212.

(12) Müffelmann, Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft steuergerichtlicher Urteite, 1965, S. 197.
Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, 1970, S. 1966f.
Stiefel, Prozeßidee und Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß, NJW 1954, 1788.
Schmidt, Zum Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, DöV 1962, 492.

七、むすび

抗告訴訟をもつとも単純・素朴な形で表現すると、行政庁の拒否ないし積極的な処分により、自己の権利利益を侵害せられたとする者が、当該行政行為を取消せという請求を裁判所におこなう。したがつて、裁判所は、当該行政行為を取消すとか、原告の請求を棄却するとかの回答をおこなう。このため、請求の対象は当該行政行為だとする、素朴的な形の、行政行為説がまず誕生するであろう。

しかし、最高裁・昭四二・九・一九判決（前出八二頁）の例で問題を検討してみよう。本件事実は、某事業年度における原告会社の法人税確定申告における所得金額百六万六千七百円を、原告が他人に著しい低額で資産譲渡をおこなつた件につき、当該資産の価格との差額を贈与とみなしこれを寄附金として取扱い、昭和三三年三月三一日附で、右年度所得金額を二百四十二万三千百円とする更正処分をおこなつた（第一次更正処分）。この場合、更正処分たる行政行為を争うということは、従来の考え方によると、原告は、公定力ある行政行為によつて形成されている法律関係は違法（法人税法該当条項違反）だから、更正処分は効力なく、したがつて更正にともなう増加税額を払う必要なしという主張となる。

このように、紛争を理解すると、紛争の真の対象は、当該行政行為の背後にある違法性であり、ニィーゼ等の違法性説が登場してくる。そして、この学説は、わが国においても強力に支持された。しかし、この支持は、新訴訟物理論を意識しながら、なおかつ、違法性説を支持したというものではないようである。換言すれば、違法性説は、新訴訟物理論よりすれば、もつともよき攻撃目標となるべきはずである。わが国のこの説支持の理由は、権力分立論との関係、ならびに、民訴法における形成訴訟と抗告訴訟の差異の認識にある。この説によると、さきの例において、かりに寄附金とみることが違法として、更正処分が取消されたならば、他日、再び同一理由にもとづく更正処分（金額の異同にかかわらず）の繰返しは防止できる。また、裁判所のおこなうところは違法の判断にとどまり、権力分立のたてまえからいつても妥当であり、また、民訴法において通常考えられている形成訴訟と抗告訴訟における判決の形成力の差異をも十分に認識しているところが、わが国でもてはやされた理由であろう。ただ、一部には、ニィーゼは、抗告訴訟を刑事訴訟とパラレルに考えるという点を、特色としあるいは批判するむきもあるが、これは一種の比喩としてうけとめるべきであろう。むしろ、問題は、訴えの変更や併合のところにおこつてくるのではなかろうか。

ついで、ベターマン説は、わが国において、抗告訴訟と民訴の形成訴訟とを同視するとか、より根本的には、行政権と司法権の関係において批判をうけるようであるが、これらのうちには、ベターマンの真意と若干異るものがあるようである。ただ、この説は学説史的にみると、旧説に基盤をもちながらも、純粋訴訟法説へ移行するためには、是非通過しなければならない、一種の過渡的役割をはたすものとおもう。

メンガーの学説は、通常、抗告訴訟を民訴法における上訴になぞらえたものといわれている。かつて、わが国においても、旧憲法時代、抗告訴訟を上訴にたとえられたこともあつたが、これは、メンガーほどの深い意味をもつていたわけではない。また、メンガー説の特色は、抗告訴訟の形成訴訟性の否定にある。ただ、抗告訴訟を上訴とみると、第一審にあたるものが

行政行為ということになり、この点において、第一審判決（もちろん裁判所における）と、行政行為（行政庁における）とを等置しうるものかどうかに難点がないわけでない。一方、結果の成否は別とし、メンガーはニキイシュをある面において模範としているようであり、この点、実体法との関係で請求概念を再構成しようとするこころみとみることができよう。

最後に、純訴訟的訴訟物論について。民訴法においては、給付訴訟における請求権競合を契機とし、新訴訟物論が大いに宣伝せられた。一方、前掲最高裁判決においては、（第一次）更正処分を取消す第二次更正処分がなされ、さらに、原更正処分と同じ内容の第三次更正処分がなされた。そして、第一審、第二審は、寄附金取扱いは実体法的に違法でないとし請求棄却、上告審は、第一次更正処分はすでに取消され、現在第三次更正処分が存在しているとき、第一次更正処分を争うことは訴えの利益なしとし、上告を棄却した。しかし、ここで考えるべきことは、抗告訴訟は紛争の解決という形式により私人の権利救済をはかる。もちろん、裁判所のおこなうことであるから、法的紛争解決であり、私人の要求は、権利という姿にかえねばならない。しかし、かかる抽象化（あるいは法的表現への言いかえ）において、なまの要求が喪失されたのでは、極端な表現をすれば訴訟ゲームになりかねない。田中少数意見も実はこのところを指摘されるのであろうし、純訴訟的訴訟物論の真意もここに存するのであろう。しかし、わが国の行政訴訟法学において、本格的にこれをとりあげた論述はない（なぜ、かかる状況にあるかの理由探求は興味があるが、目下、これをなす余裕はない）。純訴訟的訴訟物理論には、二元論と一元論の対立があり、おのおの特色ならびに欠点を有している。判決要求と事実関係を結合せしめようとする二元論は、筆者の興味を引くところではあるが、結合せしめらるべき事実関係について、筆者は未だ深い理解に達することができず、また、場合によってはいわゆる新訴訟物理論の特質を没却せしめるおそれがないわけでない。

なお、既述諸説をわが国の事例にあてはめて一般的に検討すること、ならびに、わが国における諸説との比較検討が、本稿における真の結びであろうが、これらは、目下のところ、筆者に与えられた宿題とせざるをえない。

あとがき

本稿の筆者の一人、木村は本学大学院に在籍する者である。同人は、学部在学中、峯村先生の研究会に所属し、先生の教えをうけた一人である。大学卒業後、金子の下にあつて学究生活をつづけている。木村は、修士論文に抗告訴訟の訴訟物をテーマに選んだ。その後、金子と木村でこの論文を土台としながら共同討議をおこない、どうにか本稿をまとめた。若き学究・木村にとり、御在職中の恩師峯村先生に、「法学研究」誌上における論文を読んでいただけることは、このうえないよろこびとおもう。終りに、理由にならない理由を強弁し、制限枚数を全く無視したことを、本誌編集委員会にたいし深くおわびする。

（金子　記）