

## 〔論 説〕

## 取消訴訟における「取消権」について

武 田 真一郎

## はじめに

行政事件訴訟法（以下「行訴法」という）は取消訴訟中心主義をとっているといわれるように、処分の取消訴訟は同法が定める訴訟の中でもっとも重要な役割を果たしている。それではなぜ原告は取消訴訟によって処分の取消しを請求することができるのであろうか。原告が処分の取消しを請求できるのは何らかの「取消権」に基づくはずであり、伝統的な学説は「一般的に国民が有する違法な行政行為の取消を国家に対して請求する権利ともいうべきもの」が存在するとしているが<sup>(1)</sup>、この取消権が何であるかが論じられることはあまりなかったように思われる。

もっとも、最高裁は取消訴訟の原告適格について法的保護利益説をとり、処分の根拠法規が具体的に保護していると解される者に限って取消訴訟を提起することができるとしているのであるから<sup>(2)</sup>、上の意味での取消権は実務上は処分の根拠法規によって付与された権利だということになる<sup>(3)</sup>。ところが処分の根拠法規は取消権を明記しているわけではなく、だれに取消権があるのか、つまりだれに取消訴訟の原告適格があるのかを明らかにするためにはかなり複雑困難な解釈が必要である。

このように処分の根拠法規だけが取消権の根拠となり、しかもその取消

---

(1) 雄川一郎・行政争訟法（再版、有斐閣、1967年）58頁。以下、本書を「雄川・行政争訟法」という。

(2) 例えば、主婦連ジュース事件の最判昭和53・3・14民集32巻2号211頁参照。

## 取消訴訟における「取消権」について

権が明記されているわけではないということは、民事訴訟の給付訴訟では様々な実体法上の権利あるいは解釈上の権利が請求権の根拠となり、形成訴訟では実体法が形成権を明記していることと大きく異なっている。

その結果として、民事訴訟ではこれらの請求権や形成権を有すると主張する者に広く原告適格が認められ<sup>(4)</sup>、訴訟の中心的な論点はこれらの請求権や形成権の主張が認められるかという本案の問題となるのに対し、取消訴訟ではだれに原告適格つまり取消権があるのかという訴訟要件が主たる論点となり、本案審理に至らないまま却下される事例も少なくない。

このような民事訴訟と取消訴訟の違いが生じるのは、民事訴訟の根拠となる請求権の内容はかなり明確であるのに対し、取消訴訟の根拠となる取消権の内容は不明確だからである。もし、取消権の根拠と内容が明らかになれば、取消訴訟の原告や勝訴要件を解明するための大きな手がかりとなるはずである。そこで、本稿では民事訴訟と取消訴訟を比較しつつ、取消訴訟における取消権について考察を試みることにしたい。

### 1 問題の所在—具体的事例の検討

まず始めに本稿の問題意識を明らかとするために、海の埋立を争う場合を例として、民事訴訟の請求権と取消訴訟の取消権にどのような違いがあるのかを具体的に検討する。

干拓事業や工業用地造成のために海面の埋立をしようとする者は、公有水面埋立法（以下「埋立法」という）に基づいて都道府県知事が付与する埋立免許を受けなければならない（埋立法2条1項）。埋立によって漁業に重大な影響を受けると考える漁民（本稿では、「漁民」とは埋立海域または周辺海域に漁業権を有する漁業協同組合の組合員で漁業を営む権利を有する者を意味するものとする）が訴訟を提起して争うとすれば、行訴法に基づいて埋立免許の取消訴訟（事前に差止訴訟を提起することも可能で

---

(3) 現在では行訴法9条2項により、根拠法令の解釈に際しては当該法令の趣旨・目的、関係法令の趣旨・目的、被侵害利益の性質等を考慮することとされているので、根拠法令の文言の解釈のみで原告適格が決まるわけではない。しかし、それは根拠法令を解釈する際の考慮事項が広がったことを意味するのであって、原告適格が根拠法令の解釈で決まることには変わりはない。

(4) 伊藤眞・民事訴訟法（第4版、有斐閣、2011年）181頁。以下、本書を「伊藤・民事訴訟法」という。

あるが、本稿では既に免許が付与された場合を想定する)を提起するか、通常の民事訴訟として埋立工事の差止訴訟を提起することが考えられる。

まず、取消訴訟については、最高裁は処分の根拠法規が具体的に保護していると解される者に限り取消訴訟を提起できるとしているのだから、本件では処分の根拠法規である埋立法が本件の漁民を保護しているかどうか問題となる。

埋立法4条1項は埋立免許を付与する場合の要件を規定しているが、同条3項は、都道府県知事は埋立に関する工事の施工区域内の公有水面に関して権利を有する者がいるときは、第1項の要件のほかに、その者が埋立に同意したとき(同項1号)でなければ免許を付与することができないと規定している。そして、公有水面に関して権利を有する者は同法5条1号から4号に列挙されており、同条2号は権利を有する者として「漁業権者又は入漁権者」を規定している。さらに、第6条は、埋立免許を受けた者は政令の定めるところによって第4条第3項の権利を有する者に対して損害の補償をするか、又は損害を防止する施設を設置しなければならないと規定している。

埋立法のこれらの規定によると、本件漁民のうち、「工事の施工区域内の公有水面」に関して漁業権または入漁権を有する者<sup>(5)</sup>は公有水面に関して権利を有する者とされ(5条2号)、さらに補償の対象とされているから(6条)、同法によって保護されていると解される。よって埋立免許の取消しを求める原告適格を有するといえる。

しかし、それは「工事の施工区域内の公有水面」に関して権利を有する者であるから、工事の施行区域の周辺海域、極端なことを言えば施行区域から一歩(海の上ではあるが)でも踏み出した水面で漁業を営む漁民は同法によって保護されておらず、原告適格を有しないことになる。実際に、

---

(5) 共同漁業の漁業権は漁業協同組合に帰属し(漁業法6条8項)、個々の組合員が有するのは漁業権に基づく漁業を営む権利である。漁業権者(漁協)と漁業を営む権利を有する者(組合員)は異なるとも考えられるが、実際に漁業権を行使するのは個々の組合員であり、両者は実質的に同視できると考えられる。よって、埋立法5条2号の漁業権者には漁業を営む権利を有する者(組合員たる漁民)が含まれると解される。後掲の伊達火力事件(最判昭和60・12・17)では、漁協ではなく組合員が原告となっているが、同号により保護されるのは漁協であって組合員ではないという考え方はとられておらず、むしろ両者を同視できることが前提とされている。

伊達火力事件の最高裁判決<sup>(6)</sup>は、埋立区域の周辺海域で漁業を営む権利を有する者は埋立免許の取消しを求める原告適格を有しないとしている。

このように、埋立工事が行われれば周辺海域の漁業にも影響が及ぶ蓋然性は高いにもかかわらず、周辺漁民が取消訴訟を提起してもこの点については何らの審理をすることなく、根拠法規の解釈だけで訴えは却下されてしまうのである。また、「工事の施工区域内の公有水面」に関して漁業権ないし漁業を営む権利を有する者は原告適格を有するが、これらの者に対しては同法6条による補償が行われ、漁業権を放棄するのが通例であるから、もはや「工事の施工区域内の公有水面」に関して権利を有する者は存在せず、実際にはだれも埋立免許の取消しを求めて出訴することはできない可能性がある。

次に、民事訴訟については、漁業法23条1項は漁業権を物権とみなすと規定しており、個々の漁民が有する漁業を営む権利も物権であると解されているので<sup>(7)</sup>、工事の施工区域内の漁民に限らず、周辺海域の漁民は漁業を営む権利に基づく妨害排除請求として埋立工事の差止訴訟を提起することができる<sup>(8)</sup>。しかも、工事の施工区域に隣接する海域の漁民だけでなく、ある程度離れた海域の漁民であっても原告適格が否定されることはない。

よって、争点は埋立工事によって原告らの漁業を営む権利が侵害される蓋然性があるかどうかという本案の問題となり、その主張・立証は容易でないとしても、原告は訴えを門前払いされることなく本案審理を受けられることになる。

裁判例を見ても、埋立工事の差止訴訟ではないが、諫早湾開門請求訴訟の福岡高裁判決<sup>(9)</sup>は、有明海一帯の漁民が提起した漁業を営む権利に基づく妨害排除請求としての潮受堤防の開門請求につき、干拓事業と漁業被

---

(6) 最判昭和60・12・17判時1179号56頁、判タ583号62頁。

(7) 漁業法研究会・逐条解説漁業法（時事通信社、2005年）66頁。

(8) 埋立免許の公定力を理由として民事訴訟は不合法であるとする議論もあり得るが、公定力とは処分を争うときは抗告訴訟によらなければならないとする効力に過ぎないから、埋立工事の差止訴訟を不合法とする効果があることは公定力概念の不当な拡張というべきである。

(9) 福岡高判平成20・6・27判時2014号3頁。本件の評釈として、武田真一郎「諫早湾潮受堤防撤去請求事件」自治研究88巻4号116頁（2012年）参照。

害との間に因果関係が認められる漁民に対して請求を一部認容し、漁業被害との因果関係についてさらに調査を尽くすために5年間の開門調査を命じている。本件の原告には諫早湾の潮受堤防から30キロメートルほど離れた海域の漁民を含む有明海一帯の漁民が含まれていたが、いずれも原告適格は肯定され、訴えが適法であることは当然の前提となっている。

このように埋立を争う事例を考えると、埋立の契機となる埋立免許を取消訴訟で争う場合には取消権を有する者、つまり原告の範囲はきわめて限定され、実際にはだれも争えないという事態も生じ得る。訴訟の審理は原告適格の判断にとどまることが多くなり、その結果として原告は本案審理を受けられないまま訴えが却下されて訴訟は終了する。

これに対して民事訴訟で埋立工事の差止請求をする場合には、訴訟要件の判断に労力が費やされることはほとんどなく<sup>(10)</sup>、本案の審理が行われて少なくとも原告は漁業を営む権利が侵害されるかどうかについて裁判所の判断を受けられることになる。

仮に、諫早湾で干拓地の拡張が計画され、新たな公有水面埋立免許が付与されることになり、埋立工事の施工区域内に漁業権を有する漁協が漁業権を放棄したとすれば、隣接海域の漁民が埋立免許の取消訴訟を提起しても原告適格がないとして訴えを却下される可能性が高いが、埋立工事の差止を求める民事訴訟を提起すれば、隣接海域はもちろんある程度離れた海域で漁業を営む権利を有する漁民についても原告適格は認められるであろう。

取消訴訟と民事訴訟のこのような違いは、原子炉設置許可処分と原子力発電所の建設、都市計画法の開発許可と開発工事などの事例をめぐっても生じるはずである。以下、このような違いが生じることを踏まえて取消訴訟の取消権について検討する。

## 2 訴訟類型からの検討

前記1の例において、工事の差止を求める民事訴訟は差止という不作為

---

(10) もっとも、漁業を営む権利を有しない沿岸の一般住民が環境権の侵害のみを根拠に工事の差止を請求したような場合には、訴えが却下される可能性がある。豊前環境権訴訟の福岡地裁小倉支判昭和54・8・31判時937号19頁、福岡高判56・3・31判時999号33頁、最判昭和60・12・20最高裁判所民事裁判集146巻399頁参照。

## 取消訴訟における「取消権」について

を請求する給付訴訟であり、その訴訟物は漁業を営む権利に基づく差止請求権であると解される。前述のように漁業法23条1項により漁業権は物権とみなされており、漁業を営む権利も物権的性質を有すると解されているので、漁業を営む権利に基づく妨害排除請求のための差止請求権が導かれることに異論はないと思われる。

これに対して、埋立免許取消訴訟の訴訟類型と訴訟物はどのように考えるべきであろうか。ここではまず訴訟類型について検討する。

取消訴訟の訴訟類型については形成訴訟説と確認訴訟説がある。形成訴訟説は取消判決によって処分の効果が生じた時に遡って消滅するという形成的効果が生じることに注目した考え方であり、通説とされている<sup>(11)</sup>。確認訴訟説は、行政庁の判断に一応の妥当性（公定力）を認めたことに対応して適法要件の存否を確定する訴訟であるとする考え方である<sup>(12)</sup>。

取消判決は処分の適法要件の存否を確定（確認）するだけでなく、処分の効力を消滅させるという形成的な効果を生じる。そして取消判決は処分庁や関係行政庁を拘束し（行訴法33条1項）、その効果は第三者にも及ぶ（32条1項）ことにより、処分が取り消されたことを前提として法律関係を画一的に変動させる。これらは形成訴訟の特徴であり、この点に着目すれば取消訴訟は形成訴訟にあると解される。

民事訴訟法の学説をみても、形成の訴えとは「判決によって訴訟の目的たる権利関係の変動、すなわち発生もしくは消滅または変更を生じさせる宣言という権利保護形式での判決を求める訴えの類型である」<sup>(13)</sup>とされている。取消判決はいちおう有効なものと扱われている処分の効力の消滅を宣言することにより、処分の効力そのものや処分を前提とする事実行為（埋立工事など）によってもたらされる権利利益の侵害から原告を保護するものである。取消訴訟はこのような判決を求める訴えであるから、やはり形成訴訟にあると解される。

また、形成の訴えは「法律によって個別的に規定される」ものであり、「法は、団体の法律関係や人事法律関係のように、その性質上画一的に法律関係の変動を規制する必要がある場合について、形成の訴えを規定す

---

(11) 塩野宏・行政法Ⅱ（第5版、有斐閣、2010年）89頁。以下、本書を「塩野・行政法Ⅱ」という。

(12) 阿部泰隆・行政法解釈学Ⅱ（有斐閣、2009年）61頁参照。

(13) 伊藤・民事訴訟法160頁。

る」<sup>(14)</sup>とされているが、取消訴訟は行訴法によって個別的に規定されたものであり、それは行政処分効力とこれに基づく法律関係の変動を画一的に規制する必要があることによるといえよう。取消判決には前記のような処分庁や関係行政庁に対する拘束力と第三者効が認められているが、それは法律関係の変動を画一的に規制する必要があるからである。

よって、取消訴訟は形成訴訟であると解されるが<sup>(15)</sup>、取消訴訟は二つの点で他の形成訴訟とは大きく異なっている。

第1は、当事者のうち原告がきわめて不明確なことである。形成訴訟は前述のように法律関係の変動を画一的に規制するために法律によって個別的に規定されるものであるから、通常は、だれの、どのような法律関係を、どのように規制するかということは法律の規定から明らかである。

具体的にみると、例えば人事訴訟法2条が定める訴えは形成訴訟と考えられるが<sup>(16)</sup>、同条1号が定める婚姻の無効または取消しの訴え、離婚の訴え、協議上の離婚の無効および取消の訴えならびに婚姻関係の存否の訴えであれば、当事者である夫婦の婚姻関係の取消し、無効または存否の確認であり、同条2号が定める嫡出否認の訴え、認知の訴え、認知の無効確認および取消しの訴え、民法第773条の規定により父を定めることを目的とする訴えならびに実親子関係の存否の確認の訴えであれば、当事者の実親子関係等の取消し、無効または存否の確認の訴えであることは明らかである。

会社法が規定する会社の組織に関する訴えも形成訴訟とされているが<sup>(17)</sup>、取消訴訟の形式をとる同法831条1項が定める株主総会等の決議の取消しの訴えは<sup>(18)</sup>、株主等（同法828条2項1号が定義している）が当該株式会社（同法834条17号）に対して当該決議の取消しを請求する訴えであることは明らかである。

(14) 伊藤・民事訴訟法160頁。

(15) 伊藤・民事訴訟法161頁は、形成の訴えの一つとして取消訴訟を挙げている。

(16) 人事訴訟法2条柱書きは「次に掲げる身分関係の形成又は存否の確認を目的とする訴え（省略）に係る訴訟をいう」と規定しており、無効確認を含む存否の確認の訴えを対象としているが、確認の訴えであっても確認訴訟ではなく、形成訴訟と理解されている。伊藤・民事訴訟法161頁参照。

(17) 伊藤・民事訴訟法161頁参照。

(18) 東京地方裁判所商事研究会編・類型別会社訴訟〔第2版、判例タイムズ社2008年〕356頁は、この訴えは形成訴訟であるとしている。

これに対して、取消訴訟については、どのような法律関係を、どのように規制するかということは明らかであるものの（処分効力を取り消すということである）、「だれの」法律関係を規制するかということは明確ではない。被告については行訴法11条1項1号が原則として処分庁が属する国または公共団体であると規定しているので明確であるが、原告については9条1項が処分の取消しの訴えは当該処分の取り消しを求めるにつき「法律上の利益を有する者」に限り提起することができるものと規定しているだけである。「法律上の利益を有する者」という文言は抽象的であり、実際にもその解釈は困難であって、裁判所がかなりの労力を費やすことがあることは周知の通りである。

このように原告が不明確であるのは、取消訴訟の性質に起因すると考えられる。他の形成訴訟では夫婦や親子、株主と会社というように当事者は自ずから特定されるのに対し、行政処分によって影響を受ける者は処分の相手方のほか、かなり広い範囲の第三者が含まれる。このため原告となり得るのはいわば不特定多数の者であり、行政法規が予め原告を明確に規定することは不可能である。よって原告適格に関する規定は行訴法9条1項のような抽象的な文言とせざるを得ず、その範囲を画するための解釈が必要となる。

第2は、取消訴訟については取消請求の根拠となる権利、つまり取消権が何であるかが不明確なことである。形成の訴えを提起する根拠となる権利を「形成権」と呼ぶとすれば<sup>(19)</sup>、取消訴訟以外の形成訴訟のうち人事訴訟については民法が、株主総会等の決議の取消しの訴えについては会社法がそれぞれ形成権を明記している<sup>(20)</sup>。これに対して、取消訴訟につい

---

(19) 伊藤・民事訴訟法160頁は、訴訟物たる形成原因はそれに基づいて原告が判決による形成を求めることができるという趣旨から形成権と呼ばれることがあるが、この意味での形成権は実体法上の形成権とは区別されるとしている。本稿のいう形成権もこのような意味である。この意味での形成権は、契約の解除権のように一方的な意思表示によって法律効果が発生するのではなく、裁判上の請求が認容されて初めて効果が発生するのであるから、確かに解除権のような実体法上の形成権とは区別すべきであろう。

(20) 人事訴訟のうち婚姻の無効または取消しについては民法742条、743条、離婚については民法770条、父を定める訴えについては民法773条、嫡出の否認については民法775条、認知については民法787条であり、株主総会等の決議の取消しの訴えについては会社法831条1項である。



ては実体法が形成権を明記しているわけではなく、むしろ伝統的な通説は形成権としての取消権は存在しないとしている<sup>(21)</sup>。

とはいえ取消権が存在しないのに取消請求ができるというのは奇妙なことであり、取消訴訟が形成訴訟であるとすれば、他の形成訴訟と同様に何らかの形で形成権としての取消権は存在しているはずである。次に、訴訟物の観点からさらに検討を進めることにしたい。

### 3 訴訟物からの検討

民事訴訟法学説は、形成訴訟の訴訟物は法律関係とその変動の原因となる法律要件すなわち形成原因であるとしている<sup>(22)</sup>。例えば、離婚の訴えであれば民法770条1項各号が定める離婚原因が訴訟物となる。また、民事訴訟法学説は、給付訴訟の訴訟物は実体法上の請求権であるとした上で<sup>(23)</sup>、形成訴訟の訴訟物についての考え方も「給付訴訟における請求権を形成訴訟における形成を求める法的地位に置き換えれば、形成訴訟についても妥当する」<sup>(24)</sup>としているから、形成訴訟の訴訟物は一種の請求権として理解することもできる。ここにいう請求権は形成訴訟を提起し、形成的な効果の発生を求める権利であるから、形成権と呼ぶことができるはずである<sup>(25)</sup>。実際に、取消訴訟以外の形成訴訟については請求の根拠となる請求権ないし形成権が実体法によって規定されていることは前述の2で見た通りである。ここで見た民法770条1項もその例であり、離婚の訴えを提起する根拠となる形成権（請求権）を明記している。

したがって、民事訴訟法理論によれば、取消訴訟以外の形成訴訟の訴訟物は形成的な効果の発生原因である形成要件であり、実体法は形成要件の存在を主張して形成訴訟を提起する権利を規定しているから、訴訟物は形成訴訟を提起する権利としての形成権として理解することもできる。訴訟物は実体法が定める形成要件ないしそれを主張する根拠となる形成権によって特定され、実体法が複数の形成要件なし形成権を規定していれば、訴訟

(21) 雄川・行政争訟法59頁。

(22) 伊藤・民事訴訟法160頁。

(23) 伊藤・民事訴訟法198～199頁。これは旧訴訟物理論による場合である。本稿は、実務で支配的とされる旧訴訟物理論を前提とする。

(24) 伊藤・民事訴訟法205頁。

(25) 伊藤・民事訴訟法160頁もこのような考え方を是認している。

物も複数存在することになる<sup>(26)</sup>。

これに対して取消訴訟の訴訟物はどのように理解できるのであろうか。学説上は様々な考え方が示されているが<sup>(27)</sup>、取消訴訟の訴訟物は処分の違法性であるという考え方が通説である<sup>(28)</sup>。その理由は、筆者の理解によれば、取消訴訟が形成訴訟であるとすれば他の形成訴訟と同様に形成要件が訴訟物となるが、この場合の形成要件とは処分の取消事由となる違法性であり、それは具体的には処分の根拠法規が定める処分要件に違反することである、ということであろう。処分の根拠法規が定める処分要件を形成要件と見れば、取消訴訟の訴訟物は形成要件であるという点で取消訴訟以外の形成訴訟の訴訟物と一致している<sup>(29)</sup>。

では、原告はなぜ処分の違法性を主張して取消訴訟を提起できるのであろうか。他の形成訴訟の場合は民法や会社法などの実体法が形成権を明記しており、これによって訴えを提起して形成要件の存在を主張することができるわけであるが、取消訴訟については処分の根拠法規などの実体法が形成権としての取消権を明記しているとはいえないであろう。むしろ有力な学説は、「行政行為の取消権なる実体法上の権利の存在は疑問であるので、訴訟物は端的に行政行為の違法性自体に求められる」<sup>(30)</sup>としており、取消権の存在を疑問視している。

取消権が存在しないのになぜ取消訴訟を提起できるのかという疑問は深まるばかりであるが、この問題についての手がかりとしては次のような考

---

(26) 離婚を求める訴えの場合、民法770条1項1号から5号までの各要件が別個の形成権を定めていると解すれば訴訟物は5個存在するが、全体で一つの形成権を定めていると解すれば訴訟物は1個となる。これは実体法の解釈で決まるということになる。

(27) 岡田正則「行政訴訟における取消訴訟の訴訟物」行政法と租税法の課題と展望（新井隆一先生古稀記念、誠文堂、2000年）3頁参照。

(28) 塩野・行政法Ⅱ90～91頁参照。

(29) 処分要件に違反してなされた処分が違法とされて取り消されることになるが、複数の処分要件が規定されていても1つの処分についての取消権は1つであり、訴訟物も1個であると解すべきであろう。よって、ある処分要件の違反を主張して敗訴した原告は、既判力によって他の要件の違反を主張して再度取消訴訟を提起することはできないと解すべきである。もっとも、通常は出訴期間の制約によってさらに出訴することはできないであろう。

(30) 塩野・行政法Ⅱ90頁。なお、ここでは雄川・行政争訟法59頁が参照されている。

え方がある。

一つの考え方は、取消権の根拠を法治主義の原理に求めるものである。上の有力な学説は、実体法上の取消権の存在は疑問であるとした上で、処分  
の違法性が取消訴訟の訴訟物となるのは「行政行為が違法であれば、法治主義の原則からしてそれは本来効力を有すべきでないという原則をより直  
截に表現したものといえるであろう」としている<sup>(31)</sup>。この考え方によれば、実  
体法上の取消権の存在は疑問であるが、処分が違法であれば法治主義の原則  
により、いわば条理上の権利として取消権が認められるということになるの  
であろうか。そうであるとしても、その条理上の取消権はだれに帰属し、だ  
れが処分の違法性を主張できるのかという問題が残される。

もう一つの考え方は、取消権の根拠を処分の根拠法規に求めるものである。最高裁は「法律上保護された利益」を有する者だけが取消訴訟や不服申立てをすることができるとし、「法律上保護された利益とは、行政法規が私人等権利主体の個人的利益を保護することを目的として行政権の行使に制約を課していることにより保障されている利益であって、それは、行政法規が他の目的、特に公益の実現を目的として行政権の行使に制約を課している結果たまたま一定の者が受けることとなる反射的利益とは区別されるべきものである」としている<sup>(32)</sup>。つまり行政法規（処分の根拠法規）を個人を保護する法令と公益を保護する法令に分け、個人を保護する法令によって具体的に保護されている者だけが取消訴訟の原告適格と行政上の不服申立てをする不服申立適格を有するということであり、この考え方は法的保護利益説と呼ばれている。

法的保護利益説によれば、行政法規のうち個人を保護する法令が取消権を付与しているということになる。この考え方によると、まず処分の根拠法規が個人を保護しているのか公益を保護しているに過ぎないのかを解釈する必要があるが、最高裁の調査官も「法律上の利益と判断された事例と反射的利益と判断された事例との各処分要件を比較して、その規定のみから両者の決定的な差異を明確に指摘することはきわめて困難である」<sup>(33)</sup>としており、処分の根拠法規から取消権を読み取ることは容易ではない。

---

(31) 塩野・行政法Ⅱ90頁。

(32) 最判昭和53・3・14民集32巻2号211頁、215頁。

(33) 越山安久・判例解説（最判昭和53・3・14）最高裁判所判例解説民事篇昭和53年75頁、89頁。

## 取消訴訟における「取消権」について

このことは取消訴訟以外の形成訴訟では実体法が形成権を明記しており、形成権の存在とそれを主張できる原告が明らかであることと対照的である。もっとも、それは前述の2で見たように、取消訴訟以外の形成訴訟と取消訴訟の違いによるものであろう。他の形成訴訟では当事者は自ずから特定されるのに対し、行政処分によって影響を受ける者は処分の相手方のほか、かなり広い範囲の不特定多数に及ぶため、行政法規が予め原告を明確に規定し、取消権を付与することはそもそも不可能なのである。

このように見ると、処分の根拠法規の解釈によって取消訴訟の原告適格を判断し、あるいは取消権を読み取ることは、処分の根拠法規があえて規定しなかった事項（あるいは規定できなかった事項）を解釈し、読み取ろうとしているのであるから、困難が伴うのは当然のことであると思われる。そうとすれば、根拠法規の解釈のみに頼らずに取消訴訟の取消権を導くことを考える必要があるだろう。

次に、裁判を受ける権利および法律上の争訟性という観点からこの問題を検討することにしたい。

### 4 裁判を受ける権利および法律上の争訟性からの検討

憲法32条は裁判を受ける権利を保障している。しかし、裁判所はあらゆる訴えを審理することができるわけではなく、「司法権は、具体的な争いが生じているとき、法を適用してその争いを解決する作用であるから、特定の者の具体的な権利義務についての争いが生じていること」がその発動の要件であるとされている<sup>(34)</sup>。

ここにいう「特定の者の具体的な権利義務に関する争い」は「法律上の争訟」といわれており、実定法上も裁判所法3条1項は、裁判所は「一切の法律上の争訟を裁判する」と規定している。よって、日本国憲法の下で司法権が発動され、裁判を受ける権利が保障されているのは法律上の争訟であるということになる。

また、民事訴訟法学説は、権利保護の資格が認められる訴え、つまり請求の内容が本案判決の対象となり得る訴えは法律上の争訟に限られるとしている<sup>(35)</sup>。法律上の争訟であるのに本案判決の対象にならない訴えは、

---

(34) 伊藤正己・憲法（第3版、弘文堂、1995年）563頁。

(35) 伊藤・民事訴訟法168頁参照。

統治行為のような例外を除けば実際にはほとんどないはずであるから、法律上の争訟は本案判決の対象になるのが原則といえよう。

以上を整理すると、法律上の争訟には憲法によって裁判を受ける権利が保障されており、民事訴訟法上は本案判決の対象となるのであるから、法律上の争訟には本案判決を受ける権利が保障されているということになる。

そこで法律上の争訟とは何かということが問題になるが、最高裁は、①裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに憲法およびその他の法律・命令等の解釈に関して抽象的な判断をすることはできないとし<sup>(36)</sup>、また、②法律上の争訟とは法令を適用することによって解決できる当事者間の権利義務に関する紛争をいう<sup>(37)</sup>と判示している。

これによると、法律上の争訟とは当事者間の権利義務に関する具体的な紛争であって法令の適用によって解決できるものであることになる。これを逆にいえば、当事者間の権利義務に関する紛争であって法令の適用によって解決できるものはすべて法律上の争訟であることになる。よって、ここにいう権利義務の内容はきわめて多岐にわたり、日本国の法体系によって法律上の権利義務とされるものはすべて含まれると考えられる<sup>(38)</sup>。

実際に、民事訴訟では法律上の権利義務とされるものはすべて審理の対象とされて本案判決がなされているはずであり<sup>(39)</sup>、正当な当事者が法律上の権利義務に基づいて提起した給付訴訟が却下されたり、正当な当事者が法律に定められた形成権に基づいて提起した形成訴訟が却下されることはあり得ないであろう。それは前述のように法律上の争訟には裁判を受ける権利の保障が及び、しかも裁判を受ける権利は本案判決を受ける権利であることの結果であるといえよう。

取消訴訟も民事訴訟の一つであるから、上に見たことは取消訴訟にも該当するはずである。それは、取消訴訟が法律上の争訟に当たる限りは原告の裁判を受ける権利が保障され、本案判決がなされなければならないことを意味している。それでは取消訴訟が法律上の争訟に当たるのはどのよう

(36) 最判昭和27・10・8民集6巻9号783頁参照。

(37) 最判昭和29・2・11民集8巻2号419頁参照。

(38) 物権、債権、人格権など解釈上確立された権利、その他法令によって付与された権利が含まれる。

(39) もちろん権利とはいえない「権利」を主張すれば訴えは却下されるし、権利を主張しても請求に理由がなければ棄却される。

## 取消訴訟における「取消権」について

な場合であり、あるいは法律上の争訟としての取消訴訟とはどのような訴えなのであろうか。

前述のように、民事訴訟では当事者間の権利義務に関する紛争であって法令の適用によって解決できるものが法律上の争訟であり、ここにいる権利義務には日本国の法体系によって法律上の権利義務とされるものがすべて含まれると考えられる。給付訴訟は法律上の権利義務に基づいて給付を請求する訴えであるからあらゆる法律上の権利義務が対象となるのは当然であり、形成訴訟は法律が定める形成権の行使であるから法律上の権利義務のうち形成権として構成されているものが対象となる。

これを訴訟物の観点から見れば、給付訴訟についてはあらゆる法律上の権利義務のうちのいずれかの権利ないしこれに基づく請求権が訴訟物となり、形成訴訟については法律が定める形成要件ないし形成権が訴訟物となる<sup>(40)</sup>。

これに対して、取消訴訟は給付訴訟のように法律上の権利義務そのものの実現を求めるものではなく、取消訴訟以外の形成訴訟のように法律で定められた形成権の実現を求めるものでもない。そうではなくて、取消訴訟は違法な行政処分の効力を消滅させることによって原告の法律上の権利義務に不利益が及ぶことを排除するための訴えであり、妨害排除請求としての性質を有するものと考えられる。そうとすると、取消訴訟は当事者間の権利義務に関する紛争ではあるが、ここでの権利義務は通常の民事訴訟のようにあらゆる法律上の権利義務を意味するのではなく、法律上の権利義務のうち妨害排除請求の根拠となるもの、つまり妨害排除請求権を意味しているのではないだろうか。これを取消権と呼ぶとすれば、取消訴訟の訴訟物は形成要件としての処分の違法性ないし取消権であり、取消権を有する原告はこれを根拠として処分の違法性を主張できることになる。

もっとも、民事の妨害排除請求訴訟（差止訴訟）で審理されるのは加害行為の違法性であるが、取消訴訟で審理されるのは処分の違法性であるから、妨害排除請求権と取消権の内容は異なっており、その意味で両者は異質なものである。しかし、取消訴訟の原告は行訴法10条1項によって自己

---

(40) 確認訴訟の場合は権利関係そのものや法律関係が訴訟物となる。その場合も権利義務に基礎付けられた権利関係と法律関係の確認が求められることになる。

の法律上の利益に関係のある違法性を主張しなければならないのであるから、原告は根拠法規の定める処分要件に違反して処分がなされることにより、妨害排除請求権（取消権）の根拠となる自己の権利が侵害されることを主張しなければならない。そうすると民事の妨害排除請求訴訟と取消訴訟は、いずれも原告の同一の権利（妨害排除請求の根拠となる権利）に対する妨害の排除を目的としていることになる。よって、取消権の根拠を妨害排除請求権と解することに不整合はないと思われる。

前述の1の例でいえば、民事の差止訴訟の目的は漁業を営む権利に対する妨害排除であり、取消訴訟の目的も同じである。差止訴訟では差止請求を認容しなければならない程度に埋立工事の違法性が高いことを主張・立証することになるが、取消訴訟では勝訴要件は処分が根拠法規の定める処分要件に違反していることであるから、原告は埋立免許が処分要件（この場合は主に埋立法4条1項2号の環境保全への配慮）に違反しており、それによって取消請求を認容しなければならない程度に漁業を営む権利が侵害されることを主張・立証しなければならない。

以上のように、法律上の争訟という観点から見ると、取消訴訟とは妨害排除請求権としての取消権に基づいて処分の取消しを請求する訴えということができる。念のため付言すると、妨害排除請求権ないし取消権は当事者の権利義務を根拠とする請求権であり、取消請求が認容されるかどうかは当該処分が処分要件に違反しているかどうかという根拠法規の解釈で決まるのであるから、取消訴訟は当事者間の権利義務に関する具体的な紛争であって法令の適用によって解決できるものに該当する。よって、上述の意味での取消訴訟が法律上の争訟に当たることは疑いがない。

ここにいう妨害排除請求権ないし取消権は、取消訴訟も法律上の争訟であるからあらゆる法律上の権利義務から導かれるものであり、①所有権などの物権、②漁業権など物権とみなされる権利、③人格権など判例によって形成された権利、④債権のうち妨害排除請求が認められるもの、⑤その他行政法規などの個別法によって認められるものがある。このうち①、②、③は客観的に認定できるものであるが、④、⑤については判例や関連法令に基づいて認定する必要がある。

このように、取消訴訟における取消権の実質は妨害排除請求権であり、それは法律上の争訟において審理の対象となる法律上の権利義務から導かれるとする考え方を「妨害排除請求権説」<sup>(41)</sup>と呼ぶことができるであろう。

この考え方によれば、取消訴訟は形成訴訟であり、その訴訟物は処分取消しの形成要件である処分の違法性であって、原告は妨害排除請求権を根拠とする取消権（形成権）を有するから違法な行政処分に対して取消訴訟を提起できるということになり、取消訴訟以外の形成訴訟と整合的な理解が可能となる。

ここにいう妨害排除請求権説によると、取消訴訟の原告適格はどのように理解することになるのであろうか。本稿の最後にこの問題を考えることにしたい。

## 5 取消訴訟の原告適格の検討

民事訴訟法理論では、給付訴訟の原告適格を有する者は、「訴訟物たる権利関係の主体」であり、「より正確に言えば、訴訟物である権利関係の主体であると主張する者」であるとされている<sup>(42)</sup>。取消訴訟以外の形成訴訟では、通常は実体法が形成権を規定しており、当事者は自ずから明らかであるので（夫婦や親子、株主など、その形成権が帰属する者である）、だれに原告適格があるのかは通常は問題とならない。ただし、原告は訴訟物である形成権の主体であることには変わりがなく、前述の3で見たように、給付訴訟および形成訴訟の訴訟物は実体法上の請求権であるということが出来る。よって、形成訴訟においても訴訟物である権利関係の主体であると主張する者が原告となる<sup>(43)</sup>。

これに対して取消訴訟については、これも前述の3で見たように、処分の影響が及ぶ態様と範囲が様々であることから予め原告を特定して形成権を付与することができないため、取消訴訟以外の形成訴訟のように原告（形成権の帰属する者）は明らかでない。そこで、行訴法9条1項が原告

---

(41) ドイツでは取消訴訟の訴訟物を妨害排除請求権あるいは形成権として理解する学説があることが紹介されている。例えば、小早川光郎・行政訴訟の構造分析（東京大学出版会、1983年）139頁では「妨害除去請求権」、「侵害回避請求権」などの考え方が紹介されている。また、岡田正則「行政訴訟における取消訴訟の訴訟物」行政法と租税法の課題と展望（新井隆一先生古稀記念、誠文堂、2000年）3頁、9頁では、「違法な行政処分の取消しを求める権利ないし請求権」としての形成権説が紹介されている。

(42) 伊藤・民事訴訟法181頁参照。

(43) もっとも、夫婦の一方でない者が離婚の訴えを提起したような場合には、原告適格が否定されることになる。



として規定する「法律上の利益を有する者」の意味を解釈する必要があるが、前述の4で見た「妨害排除請求権説」によれば、「法律上の利益を有する者」とは「妨害排除請求権を有する者」<sup>(44)</sup>なのであり、取消訴訟の原告は妨害排除請求権ないし取消権を有すると主張する者であることになる。

ただし、原告の主張する取消権に実定法上または判例法上の根拠がない場合（前記4の①から⑤のいずれにも該当しない場合）や取消判決によって回復できる利益（訴えの利益）がない場合などは訴えは却下される。

いずれにしろ、妨害排除請求権説によると、妨害排除請求権ないし取消権を有すると主張する者が取消訴訟の原告となるので、処分の根拠法規によって保護される者だけが「法律上の利益を有する者」であり、原告適格を有するとする法的保護利益説よりは原告の範囲が広がることになる。この考え方をとった場合の功罪としては、次のような諸点が考えられる。

第1は、妨害排除請求権ないし取消権は法律上の争訟の対象となる権利義務の中でも強い効力を有する重要な権利であるから、少なくともこのような権利を有する原告に取消訴訟の原告適格が認められ、本案審理がなされることにより、国民の裁判を受ける権利の保障がより確実になることである。

前述のように、妨害排除請求権ないし取消権は、①所有権などの物権、②漁業権など物権とみなされる権利、③人格権など判例によって形成された権利、④債権のうち妨害排除請求が認められるもの、⑤その他行政法規などの個別法によって認められる。通説の法的保護利益説はこのうち⑤の場合だけに原告適格を認めているわけであるが、その結果として原告適格の範囲はかなり限定されており、行政法規（処分の根拠法規）によって保護されていないと解釈されると、処分によって①から④のような重要な権利が侵害される蓋然性が高くても本案審理を受けることができなくなってしまう。法律上の争訟であるのに本案審理を受けられない事例があるとしたら、それは裁判を受ける権利の制限となりかねないであろう。

妨害排除請求権説をとったとしても④と⑤についてはなお解釈と判例の蓄積が必要であることに変わりはないが、①から③の重要な権利を有する者には比較的簡明に原告適格が認められるはずであり、それはこの考え方

---

(44) 正確に言えば、妨害排除請求権の行使によって回復すべき利益を有する者ということである。

## 取消訴訟における「取消権」について

をとることによる大きなメリットであろう。

第2は、妨害排除請求権のうち、前記第1の①から③までの権利は客観的に認定できるので<sup>(45)</sup>、原告適格の認定が今よりも客観的かつ簡明になることである。

前述の2で見たように、行政法規が予め原告を明確に規定し、取消権を付与することは不可能であるため、法的保護利益説によって処分の根拠法規がだれを保護しているのかを解釈することはきわめて困難である。また、解釈の結果が妥当であるかどうか疑問が残る事例も少なくない<sup>(46)</sup>。妨害排除請求権説による場合には、上記の①から③ように特に重要なものは客観的かつ簡明に認定できるので、このような問題はかなり解消されるものと思われる<sup>(47)</sup>。

また、⑤の場合（通説の法的保護利益説に立てば⑤しかないことになる）に処分の根拠法規が原告を保護しているかどうかを解釈する際にも、根拠法規の解釈だけで原告適格を判断するよりは、原告の不利益は妨害排除請求が可能であるほど重大であるかという観点を取り入れることによって、より適切な判断ができるはずである。④の場合についても同様である。

第3は、妨害排除請求権ないし取消権を有すると主張する者に取消訴訟の原告適格が認められるとすると、原告適格の範囲が広がって裁判所の負担が増大する可能性があることである。

裁判所としてはやはり原告適格が無限に拡大してゆくことを懸念せざるを得ず、なるべく客観的な基準によって原告適格の範囲を画そうとすることにはもっともな面があるものと思われる。法的保護利益説が通説となり、実務では絶大な影響力を有しているのは、この考え方によると原告適格がかなり限定されるからであろう。

もっとも、前述のように原告が妨害排除請求権を有するかどうかは客観的に決まる場合も多いので、もっぱら根拠法規の解釈によるよりも原告適格の認定は簡明になるはずである。その結果として取消訴訟の本案審理を

---

(45) 例えば漁業権や漁業を営む権利は漁業法に規定されており、人格権に基づいて差止請求ができることは判例によって確立されている。

(46) 本稿1の事例についても、埋立区域の隣接海域の漁民が埋立法によって保護されていないと解することには疑問が残る。

(47) ただし、法律上保護される利益といえるかどうか客観的に決まらない場合には、行政法規の解釈によって判断する必要がある。

行う事例が増えるとしても、妨害排除請求権に基づく取消請求は法律上の争訟なのであるから、それは裁判所の本来の職責というほかはない。

また、原告適格を否定して取消訴訟を却下してみても、原告が当事者訴訟または民事訴訟を提起して同一事件を争ってくれば、結局、同じ地方裁判所の民事部が本案審理をしなければならない<sup>(48)</sup>。そうとすれば、当初から取消訴訟の適法性を認めて本案審理をしたとしても、裁判所の負担はそれほど増加することにはならないのではないだろうか。

## おわりに

以上の本稿の検討を前提にして、前述の1で提起した問題に自問自答すれば次のような結論となる。

漁業を営む権利を有する漁民が民事訴訟で埋立工事の差止請求をすると原告適格がほとんど問題とならず、しかも埋立海域からかなり離れた地域の漁民にも原告適格が認められるのは、差止請求は民事訴訟ではもっとも一般的な訴訟形式である給付の訴えであり、漁業を営む権利が実体法（漁業法）に規定されているからである。よって、漁業を営む権利ないしこれに基づく妨害排除請求権が訴訟物となるから、これらの権利を有すると主張する者が原告となる。そして、審理の中心は原告には本当にこれらの権利があり、その侵害を防止するために差止請求を認容すべきかという本案の問題となる。

これに対して、埋立免許の取消訴訟を提起すると、埋立区域の漁民以外の漁民には原告適格が認められず、原告適格の範囲がきわめて狭くなるのは、取消訴訟は形成訴訟として構成されているが、処分の影響が及ぶ態様と範囲は多様であるため、取消訴訟以外の形成訴訟のように実体法が形成要件を主張できる者（形成権を有する者）を規定していないからである。

通説である法的保護利益説は、処分の根拠法規が具体的に保護していると解される者に原告適格が認められるとしているが、処分の根拠法規はそれを保護するかをそれほど明確に（あるいは的確に）規定していない（あるいは規定できない）ため、原告適格の認定は困難となり、結果的に原告の範囲はかなり狭く限定されている。その結果として、この事例で埋立免

---

(48) 埋立免許処分の取消訴訟を却下された漁民が、民事訴訟で埋立工事の差止請求をするような場合である。

許の取消訴訟を提起できるのは埋立区域の漁民だけと解されている。

これに対して妨害排除請求権説に立つと、漁業を営む権利は物権とみなされる権利であり、これに基づく妨害排除請求権が認められるから、埋立区域の周辺海域の漁民も埋立免許の取消訴訟を提起できることになる。そして取消訴訟の中心的な論点は、埋立免許が埋立法が定める免許要件に違反しているかという本案の問題となる。

法的保護利益説はこれからも実務では支配的な地位を占めるであろうが、本稿の考察によると妨害排除請求権説という異なる考え方も可能である<sup>(49)</sup>。そして、それはより客観的な基準であり、請求権が訴訟物となるという日本の民事訴訟の構造および裁判所は一切の法律上の争訟を裁判するという日本の司法制度にも適合しているように思われる。

---

(49) 前掲の、越山安久・判例解説（最判昭和53・3・14）最高裁判所判例解説民事篇昭和53年75頁、83頁によると、行訴法9条1項にいう「法律上の利益」の範囲については、「（1）権利救済説（法律上権利と認められているものを侵害される場合に訴えを提起することができるとするもの）、（2）法的利益救済説（権利のみならず法律上保護された利益を侵害された場合にも訴えを提起することができるとするもの）、（3）利益救済説（法律上保護された利益でなく事実上の利益であっても救済に値する利益を侵害された場合には許されるとするもの）、（4）処分の適法性保障説（処分の適法性を保障するためもっとも適した状態にある者であれば訴えを提起することができるとするもの）の四説が対立している」が、このうちの（2）が通説の法的保護利益説であるとされている。妨害排除請求権説は、（2）の法律上保護された利益の範囲を処分の根拠法規が保護する利益に限定せず、妨害排除請求権の根拠となる権利利益に拡張する考え方であるから、（2）と（3）の中間に位置づけられる。