

行政法判例与学说

[日] 久保茂树* 杜仪方**译

目次

- | | |
|---------------------|--------------------|
| 一、缘起 | (二) 民法理论还是行政法理论? |
| 二、判例与学说关系的变迁 | (三) 法治主义思维与民法思维的对立 |
| (一) 判例与学说——相互作用及法文化 | 四、原告资格的“缓和”判例和学说 |
| (二) 战后行政判例的作用 | (一) 原告资格“缓和”的现状 |
| (三) 审判实务与学说的脱节 | (二) 判例中的行政诉讼观 |
| 三、判例的民法思维与学说 | 五、结语 |
| (一) 民法思维 | |

一、缘 起

本文以“行政法判例与学说”为题展开讨论。由于行政法不存在总则性的规定，因此判例与学说对于行政法理论的形成都起到了非常重要的作用。就判例和学说之间的关系，行政法领域既有针对个别论点所展开的讨论，也存在概观性的反思。

追溯过往，早在 1985 年，作为本学会会员的原田尚彦教授和室井力教授就曾分别在学会作了题为《行政判例的变迁与探讨》和《公法中的判例与学说》(发表于《公法研究》第 48 号)的报告。前者讨论了现代型行政诉讼中存在的问题，后者则关注基本人权和民主主义等相关问题。两篇论文均指出了判例和学说之间存在脱节的情况。而上述所言的脱节，在当下无论是得到了缓解还是有所加剧，至少依然继续存在。^{〔1〕}

* 日本青山学院大学法务研究科教授。本文日文原稿参见久保茂樹「行政法判例と学説」日本公法学会『公法研究』第六十六号(有斐閣)，二二二二二四頁。【为了避免日文汉字与中文汉字的混乱，本文在全部注释中的日文部分添加了下划线。】

** 复旦大学法学院副教授、法学博士。

〔1〕 就行政诉讼判例和学说的对立，在此之后本学会进行了多次讨论。公法研究五二二(一九九〇年)、同六三三(二〇〇一年)参照。

当然，判例与学说的脱节也并非行政法所独有的问题。其他部门法领域的研究可参见ジュリスト七五六号(一九八二年)、法学教室一〇〇号(一九八九年)的各特集。前者收录了原田尚彦「行政法における学説と実務」，后者收录了三辺夏雄「行政法における判例と学説」。

本文也将研究聚焦于判例与学说脱节的问题,同时鉴于该问题又往往与“行政法解释”这一主题密切相关,因此本文的考察重点将会对于判例和学说两者的解释方法和思维方式进行对比。本文结构如下:(一)对于战前至今有关判例和学说二者之间关系的变迁作概览性的梳理;(二)相对较新的两个论点——判例中的民法思维;以及(三)原告资格“缓和”的判例;(四)在(二)、(三)的基础上,对判例和学说在进路上的不同进行讨论。

二、判例与学说关系的变迁

(一) 判例与学说——相互作用及法文化

与在其他实定法领域一样,在行政法学中,判例与学说也有着各自不同的社会功能。一般来说,判例的作用在于运用公权力解决现实中发生的纠纷,并通过确立面向将来的纠纷解决标准确保法的安定性;与之相对,学说的作用则重在实现知识的创造、体系化以及传承,从而为审判实务提供准则并为立法改革指明方向。^{〔2〕}因此,即使就同一对象进行法解释时,判例思维着重于实现结论的妥当性及保障法的安定性,而学说思维则更为侧重于实现学问的先进性以及理论的一贯性。

从这一视角而言,判例和学说在法解释上确实会存在不同,而这种不同正是由其各自的性质所决定的。更为重要的是,在法解释上确实会存在不同这一前提下,判例和学说又会相互影响,进而对可预期之未来的法律发展产生久远的影响。

判例和学说相互作用的方式在不同的国家各有特点。例如在法国,由于法国行政法的主要原理都是在判例法的主导下所形成的,因此学说的作用主要在于为判例所创造的法提供理论上的说明。^{〔3〕}鉴于此,学说研究的主流就是对判例进行分析,即使要批判,该批判也多是在既存判例法的路线内所做出的。^{〔4〕}由此可以认为,法国的法文化应属于判例主导型。而类似的法文化在英美法系这样的判例法国家就更为常见。

与之相对,在我国的行政法学中,传统学说一直发挥了很大作用。日本自明治时期开始就借由学说的引入而继受了德国行政法的诸多内容,另一方面,战前的行政判例又基于严格的列记主义而不作充分展开,也就是说学说主导了日本行政法的形成。在这一背景下,日本形成了学说主导型法文化,也就是由学说基于独立的立场对于法进行讨论。^{〔5〕}而日本真正开始对学说和判例之间的关系进行研究,则始于战后日本国宪法下行政诉讼制度的改革。

(二) 战后行政判例的作用

以前文所提及的原田教授论文为代表的诸多研究成果都对战后行政判例的变迁进行了梳理,在此不再重复。本文仅就战后行政判例的作用以及判例与学说之间关系中的两、三个小点进行展开。

首先必须要指出的是,战后的行政判例基于不同角度针对传统学说中的特殊公法理论,提出

〔2〕 竹下守夫「民事訴訟における学説と実務」民事訴訟法雑誌四六号(二〇〇〇年)二〇頁参照。

〔3〕 法国行政法中判例与学说的相互关系,参见兼子仁「現代フランス行政法」(一九七〇年)一頁以下、橋本博之「行政法学と行政判例」(一九九八年)、同「行政訴訟改革」(二〇〇一年)一六七頁以下。

〔4〕 兼子・前掲書二三—二五頁。

〔5〕 例如,美濃部達吉「行政法判例」那篇著名的序言(大正14年执笔)指出,当时的学说充满了不满足于判例的危机感。

了诸多值得重新思考的点。^{〔6〕}虽然在有关公法私法的区别以及特别权力关系等领域,判例并没有呈现出一贯性和明确性,但是其有别于既有理论的做法也为战后新的学说潮流提供了绝好的讨论素材。^{〔7〕}

第二,与上述论述相关联的,判例一改以往概念演绎的进路,而多是采取利益衡量以及现实主义的视角对于已有的理论框架进行修正。^{〔8〕}行政裁量的相关判例不再纠结于传统学说中的羁束行为与裁量行为的二分论,而是立足于二者的相对化,开启有关裁量逾越和裁量滥用的讨论。另外,就行政行为无效的原因,相较于原有的重大明显说,判例更倾向于采取利益衡量的进路(最判昭和 48.4.26)。

第三,战后的行政判例还就传统学说未涉足的新兴问题进行了讨论,从而推动了行政法学的新发展。其典型是在行政程序领域,判例在制定法准据主义的基础上,推动了正当程序理论的产生,而这一成果已体现于现行的《行政程序法》中(最判昭和 46.10.28,最判昭和 50.5.29 等)。不仅如此,判例还对于法的形成发挥了积极的创设作用。举例来说,判例创设了政策变更中的信赖利益保护理论(最判昭和 56.1.27)、行政指导的界限理论(最判昭和 60.7.16)等。此外在下级审判中,尽管判例没有做出像上文那样的开创性贡献,但其也对学说产生了重大冲击。著名的判决例如个人出租车判决(东京高判 38.9.18)、日光太郎杉判决(东京高判昭和 48.7.13)、药害等涉及的规制权限不行使责任的判决(东京地判昭和 53.8.3 等)、预防接种损害涉及的国家补偿责任判决(东京高判昭和 59.5.18 等)等。在上述事件中,同样也可以发现判例和学说之间已经达成了某种协调关系。

综上所述可以认为,战后的行政法判例结合战后新的行政法学说,共同推动了日本战后行政法学的发展。而另一方面,自昭和四十年代中期开始,随着民事禁止诉讼的限制、处分性/原告资格/诉的利益等严格诉讼要件的设定、广泛行政裁量权的确认等,行政诉讼领域中判例的僵化现象也逐渐出现。大多数学者一般认为,上述现象是由于判例对于现代性诉讼的不适应所导致的。^{〔9〕}

然而,判例与学说之间的对立和脱节并非是行政诉讼领域所独有的。以裁量权界限为代表,判例与学说在实体法上甚至出现了一些观点上的严重对立。^{〔10〕}然而在现代,当与学说关系不大的判例开始主导法的形成时,过去的学说主导型法文化已逐渐丧失影响力。在去年的学会上,高木光教授针对“怎么说也不听的法官”这一现象指出,学说确实陷入了“疲于解释”的状态,^{〔11〕}但是这一状态也是由于学说和判例之间欠缺本应有的健全的“对话”所导致的。从另一方面说,该状态也与审判实务的现有状态密不可分,下面就这个观点进行展开。

(三) 审判实务与学说的脱节

相较于以前,行政法学说在当今审判实务中的影响力确实已大大减弱。原因有以下几点。

第一,通过战后半个世纪的累积,行政判例在很大范围内已经相对成熟。在判例成熟的领域,即使存在非常优秀的学说,法院在审判的时候也还是会优先尊重已有判例,而不再过多关心该领域内学说的发展。当然,此时有必要对于判例的意义和射程进行反思,但是即便如此,学说能够起

〔6〕 田中二郎「行政法における判例の意義」別冊ジュリスト・行政判例百選(新版)六頁以下参照。

〔7〕 就公法和私法区别的相关判例分析可参见塩野宏『法治主義の諸相』(二〇〇一年)六九頁以下。

〔8〕 就这点可参见園部逸夫『裁判行政法講話』(一九八八年)中所列的判例及解读。

〔9〕 原田・前掲報告一三〇頁参照。

〔10〕 室井・前掲報告一三八頁以下参照。

〔11〕 高木光「司法の現状分析——公法学の影響——行政訴訟——」公法研究六三号(二〇〇一年)一〇三頁参照。

到的作用依然不大。毕竟在日本实务界,遵循先例有着支配性的地位,当下级审判存在着强烈的追随已有判例的倾向时,学说能起到的作用就微乎其微了。^[12]

第二,随着行政判例的不断累积,法院自身也开始积极着手进行判例的收集、分析以及体系化等理论活动。^[13] 实务理论活动已成为当下行政审判实务工作不可欠缺的一部分。然而遗憾的是,大多数的实务理论仅限于对判例进行整理和解读,除了少数调查官所做出的解读外,一般来说其并不能如学说那样形成宽广的视野。由于实务理论基本以判决内容为前提,因此其多仅对判决中的法律判断进行讨论,而缺乏对于超越判例内容的问题的讨论以及对判例本身的反思。^[14] 尽管保障判例的柔韧性发展是学说与其进行“对话”的必要前提,然而事实上,学说与实务在理论层面几乎没有任何交流。^[15]

第三,在行政案件的审理过程中,行政案件的处理会受到法官对于行政法的熟悉程度、法院体制等因素的影响。然而从事行政审判的法官,又并非都接受过完整充分的行政法教育,因此在很多时候也并不能很好地处理行政案件。^[16] 实践中,很多审理行政案件的法官还需要处理大量的民事案件,确实也没有时间去充分研究学说。最高院的调查官倒是对于学说有一定了解,但如果下级法院在审理案件时并未作充分讨论,最高院此时介入可能会造成种种影响。

以最近一个令人印象深刻的案件为例。在宝冢市弹珠店等的规制条例事件的上诉审判决(最判平成 14.7.9 民集 56 卷 6 号 1134 页)中,自治体基于条例的规定下令停止施工,然而对方并不停止,自治体由此提起民事诉讼要求其停止。最高院以“国家或者地方公共团体作为专门的行政权力主体,在对国民提起诉讼要求其履行行政上的义务时,该诉讼不符合裁判所法第 3 条 1 项所规定的法律上的争讼”为由,认为该请求不符合法律规定。将停止施工这一民事执行问题提升到是否属于“法律上的争讼”高度,此前的学说和判例中都从未有过,更没有进行过任何深入的讨论。^[17] 暂且不论该案结论是否合适,但是本案中关于“法律上的争讼”这一事关司法权基础的根本性问

[12] 伊藤正巳『裁判官と学者の間』(一九九三年)四三頁以下指出,日本法院尊重先例的思维方式,甚至比判例国家更加明显。另外,就水害诉讼和原告资格的判断,也有实务人士认为下级法院过于强调尊重最高法院的判决。谷口正孝『裁判について考える』(一九八九年)八八、九四頁、岩淵正紀『最高裁判所判例解説民事編平成元年度』三一頁等参照。

[13] 『行政事件訴訟十年史』(一九六一年)的发行可谓是划时代的大事,其和最高院判决调查官解读一起,成为了解行政判例动向所不可或缺的资料。另外,还有面向实务家的解说书和论文[例如最近的司法研究报告书『行政事件訴訟の一般の問題に関する実務的研究』(一九九五年)],以及不定时就重要论点召开法官会议后并经过编辑、发布后所形成的资料等。即使对外国法的研究,也不再是学说所独占的领域了(園部逸夫『最高裁判所十年』(二〇〇一年)三一二頁以下参照)。

[14] “撤销诉讼=公权力排除诉讼”的观点可以说是实务理论和学说缺乏“对话”的典型。该理论以较早期的判例为基础形成,而实体公权力概念的思维方式也早被当下学说认为已过时。但是实务书中却根据这一理论赋予了第三人原告资格。(前掲『行政事件訴訟の一般の問題に関する実務的研究』一〇七頁)但是由于第三人的原告资格与公权力是完全不同的两个问题,上述论述显得非常勉强。阿部泰隆『行政訴訟要件論』(二〇〇三年)一九八頁以下。

[15] 尽管也可以通过召集学者和法官一起进行演讲、召开座谈会等形式让法官和学者交换意见从而实现学说和实务的交流,但是这样的机会毕竟不多(后者例如『行政訴訟判例展望』ジュリ九二五号、前掲『行政手続法逐条研究』)。

在本学会中由在职法官进行报告和发言的场合也非常少,现在几乎可以说没有。而在法国,在和行政法无关的研究集会(colloque)中,大学的研究者和行政法官作为报告者交换意见的场面非常常见。尽管确实存在法文化上的差别,但是考虑到法的形成必然要借由理论和实务来共同推动,日本的现状可以说并不正常。

[16] 濱秀和『実務を通じてみた行政訴訟制度の問題点』公法研究五二号(一九九〇年)一八〇頁。

[17] 作为例外,大阪高判昭和六〇.一一.二五判時一一八九号三九頁直面了这一问题,并认为可以提起民事诉讼。

题,没有经过下级审和学说反复慎重的讨论而由最高院一小法庭直接做出了决定。从这点可以看出,当今判例的形成确实暗藏着一些严重的问题。

三、判例的民法思维与学说

(一) 民法思维

在就判例与学说的思维方式进行比较的时候,近年来常被提及的是判例中所呈现出的民法思维倾向。当然,这里所涉及的民法思维的内容究竟为何,也存在不同的学说。^[18]

例如阿部泰隆教授认为,现行行政诉讼法虽然仍保存着一方具有公法/公权力上优越性的观念,但由于该法其他方面依赖于民事诉讼的基本构成,这使得基于民事诉讼法而产生发展的行政诉讼制度在某种程度上会妨碍行政救济的实现。^[19]这不仅体现在管辖范围、举证责任、诉讼类型的选择等方面,在处分性、原告资格等问题上也是同样,在行政诉讼中引入民法上的权利义务观念可能会导致不恰当的民事诉讼思维模式,形成类似民事诉讼的行政诉讼观念。阿部教授同时指出,战后行政法学中官权优位的思想也可能会使得行政法本应有的特性无法被很好呈现,而这又进一步助长了法官的民法思维模式,进而将行政法推入更为贫瘠的深渊。^[20]

从上述梳理中可以看出,民法思维模式会遇到的主要问题在于,对行政法进行解释的时候究竟应在多大程度上承认行政法的特殊性。这一问题虽然不能作为连接判例和学说的桥梁,但是现实中,相较于探求行政法特性为使命的学说而言,沉浸于民法的法官确实更倾向于采用民法思维模式进行判决。^[21]

可以看出,阿部教授的上述观点主要是围绕于行政诉讼的制度设计和运用等问题所做出的,而最近桥本博之教授的研究则是以解释方法论为中心就民法思维的问题进行了阐述。笔者对此则更为关注。^[22]以下就以桥本教授的研究为线索,以判例特有的思维方式就民法原理及民法的利益衡量等问题进行展开。

(二) 民法理论还是行政法理论?

根据桥本教授的观点,判例的民法思维往往出现在结构化解释无法很好运作的领域。^[23]也就是说,在法律条文齐备且通过条文解释能体现法律制度结构的领域,学说和判例之间在解释上不会存在太大的差异。暂且不论上述观点是否正确,但在基于条文解释无法解决从而不得不借助于

[18] 除本文提出的问题外,审判实务中偏重实体审查这点也被认为属于民事进路或者说民事思维模式。小早川光郎编『行政手続法逐条研究』(一九九六年)一〇八、一〇九頁。

[19] 阿部泰隆「行政訴訟の基本的欠陥と改革の視点」公法研究五二号(一九九〇年)一三八頁以下(同收录于『行政訴訟改革論』(一九九三年)一頁以下)。

[20] 阿部泰隆「基本科目としての行政法・行政救済法の意義(一)」自治研究七七卷三号(二〇〇一年)九頁参照。

[21] 园部教授指出,由于战后行政诉讼的改革,由本来仅审理民事案件的司法法院来合并审理行政案件。因此在处理行政案件时,就可能会出现两种不同的处理方式:其一是将行政诉讼法作为民事诉讼法的一部分的民诉志向型思维,其二则是强调行政诉讼独立性的行诉志向型思维。这里显然就是第一种思维模式。[「現代行政と行政訴訟」公法研究四五号(一九八三年)一四五頁以下。同收录于『現代行政と行政訴訟』(一九八七年)。]

[22] 橋本博之「行政実務と行政法學說」『行政法の発展と変革・上巻』(二〇〇一年)三六一頁以下参照。

[23] 橋本・前掲三六四頁。就“结构化解释”,参见塩野宏「行政法と条文」『法治主義の諸相』(二〇〇一年)三二頁以下。塩野教授的论文指出,最高院的行政判例中经常适用“结构化解释”,从而说明在行政法解释中法结构解释的意义。

原理性的思维模式进行解释的领域,判例和学说二者在自身思维方式上的不同特点就会被鲜明呈现。法的一般原则的适用就是非常典型的领域。正如笔者所指出的,这一领域的判例有着强烈的适用民法基本原理的倾向,而对于法治主义理论、行政行为理论及其整合等则并不十分关注。

不仅如此,在法的一般原则中,行政法还有其独有的法律原则存在,例如信赖保护原则。如果一律适用民法法理,则甚至可能会产生与行政法理论相对立的结果。

例如在著名的由于不良债权而引发纳税返还的案件中(最判昭和 49.3.8 民集 28 卷 2 号 186 页),尽管最高院指出“基于之后发生的不良债权而做出溯及既往的课税处分当然是违法且无效的,应基于公平正义的理念对于课税处分的效力做出限制”,然而却实际上认可了不当得利的返还。基于既有学说,此处应该适用行政行为论(对之后发生之事所做出的处分无效、公定力的范围论等)的内容,但是判例却并未秉承该理念,而是将行政行为论看作是另一次元下民法原理的扩张。尽管上述判例确实适用了民法思维模式,然而如果考虑到法的一般原则也已经包含了行政法原则以及不当得利返还在法理上存在普遍性等,此案也不能百分百说就是适用了与行政法原理完全不同的民法原理。^[24]

另一个著名的案件是铁桩撤去案件(最判平成 3.3.8 民集 45 卷 3 号 164 页)。判例认为撤去铁桩是“不得不做的紧急措施”,因此根据“民法 702 条(紧急避险)的法意”判决认可这一费用的支出。尽管直至今日该判决也并不被认为违反了法治主义原则,但是此处援用民法理论却未免让人感觉唐突。笔者认为,上述事件适用紧急避险理论并不合适,将其作为公物管理的问题也许更为妥当。如果这样的话,今后学界可以通过对公物法理论的研究,为判例提供解决问题的途径。^[25]

对于具体案例的讨论到此为止,仅基于上述两个例子就能看出,就法的一般原则而言,判例和学说确实在立场上有着微妙的不同。至于说是否有向民法法理倾斜,则还是要基于各个问题类型分别进行评价。

(三) 法治主义思维与民法思维的对立

判例中采取民法思维模式的典型,就是有关国家赔偿法第 1 条第 1 项中的违法性问题。在类似学校事故那样不存在明示行为规范的案件中,判例往往会就教师的注意义务、损害以及行为样态等相关关系等进行考察从而得出结论。而学说在处理上述事件时,则一般不会采取民法的判断方式,而是基于比例原则等不成文规范,在行政的行为规范限度内做出判断。

与之相对,即使在处分要件非常明确的场合,最近也有判例认为违反处分要件并不直接构成国家赔偿法第 1 条第 1 项中的违法,从而有扩大职务行为基准说进路的倾向。在著名的奈良税务署上诉审判决中(最判平成 5.3.11 民集 47 卷 4 号 2863 页),法院判决认为,“尽管税务署长在所得税更改中认定的所得金额过大,但这并不直接构成国家赔偿法第 1 条第 1 项中的违法,就税务署长搜集资料以及在此基础上就课税要件事实所作的认定、判断而言,只有认定其并未尽到职务上通常应该尽到的注意义务而胡乱更改时,才符合上述规定”。^[26]

根据本案调查官的解读,国家赔偿诉讼中的违法性是指,“基于究竟应由谁来承担损害填补的责任才是公平的这一出发点,对行政处分的法要件以外的诸多要素进行综合判断。国家赔偿诉讼

[24] 民法和行政法就法的一般原则在进路上的比较,可参见宇贺克也、大橋洋一、高橋滋編『対話で学ぶ行政法』(二〇〇三年)一九頁以下(中田裕康 & 大橋洋一)。

[25] 橋本・前掲三七〇頁评论认为,“使得向行政法通则上法概念的向心力变得稀薄化”,为了提示结构性解释的边界领域上的解释论而让法结构化,这要在学问上追问指出“行政法通则上的概念”。

[26] 国家赔偿法中违法的判断,在住民票亲属关系记载事件的上诉审判决(最判平成一一・一・二一判例時報一六七五号四八頁)中也有类似判断。

中的违法性与行政处分效力要件中的违法性在性质上完全不同,后者主要考量对他人造成损害的行为是否在法律所容许的范围内,也即行为规范的违反性”。〔27〕

尽管在违反行为规范的的问题上上述观点与相关关系说在立场上有所不同,然而从该观点将国家赔偿法中的违法性要件与行政处分违法性要件相分离、并为利益衡量预留较大空间等方面,可以认为该观点更加偏向于民法思维。

当然,学说中也有观点赞成将违法性相对化。〔28〕如今,出于重视国家赔偿制度的违法性统制机能,不少学说都对于上述判例中就违法性的理解进行了批判。国家赔偿制度并不仅是单纯的损害填补制度,其也应具有与行政诉讼法相同的确保法治主义实施的功能。而在实践中,判决对于违法性的认定确实也能起到纠正行政活动的作用。〔29〕

在国家赔偿法第1条所涉及的领域,判例的民法化思维会使得国家赔偿制度发生变质,这也是重视法治主义的学说对此不满的原因之一。

四、原告资格的“缓和”判例和学说

本文的最后将对于最近判例中涉及的原告资格的“缓和”政策进行讨论。对于原告资格的判断标准,判例呈现宽松化的倾向,而判例的立论基础“法律保护的利益说”与学说大多支持的“法律上值得保护的利益”实际上非常类似,〔30〕然而这不代表着今后判例与学说之间的对立就能够得到消解。以下就以判例解释方法中所存在的问题为中心展开论述。

(一) 原告资格“缓和”的现状

众所周知,最高院通过新泻机场事件等一系列判决,对于原告资格判断标准做出了放宽。当下,行政法规是否包含着应将不特定多数者的利益作为个别的利益来进行保护,存在以下观点:

1. 基于“该行政法规的宗旨、目的以及保护利益的内容、性质等”来进行判断(文殊核电站事件);
2. 而且这一判断,“不仅仅包括处分所依据的法规,也包含相关联的法规”(新泻机场事件)。

尽管判例仍然坚持“法律保护的利益说”,但实质上其与“法律上值得保护的利益说”二者之间在方法上的对立已经大部分得到了消解。〔31〕然而,之后判例有显著进展的也仅限于有关人的生命、身体安全等案件,〔32〕在环境利益及消费者利益等案件中,判例对原告资格的扩大依然持消极态度。

例如在弹珠赌博店营业许可案件中,最高院基于对风俗营业取缔法的立法目的和设定许可基准规定进行解释,认为该法存在保护周边住民个别利益的目的。同时,法律规定限制风俗业在住

〔27〕 井上繁規『最高裁判所判例解説民事編平成元年度』三七七頁。

〔28〕 将国家赔偿的违法性建立在填补损害的必要性、公平性上的相关学说可参见遠藤博也『国家補償法上卷』(一九八一年)一六二頁以下。

〔29〕 代表性学说参见宇賀克也『国家補償法』(一九九七年)四二頁以下。

〔30〕 藤田宙靖『行政法Ⅰ・総論(第三版再訂版)』(二〇〇〇年)三九一頁以下参照。

〔31〕 小早川光郎『抗告訴訟と法律上の利益・覚え書き』『政策実現と行政法』(一九九八年)四三頁以下参照。

〔32〕 参见①最判平成九・一・二八民集五一卷一号二五〇頁、②最判平成一三・三・一三民集五五卷二号二八三頁、③最判平成一四・一・二二民集五六卷一号二四六頁(其中③承认了建筑物所有人具有原告资格)。其他肯定的判决还可参见最判平成六・九・二七判時一五八号一〇頁、最判平成一四・三・二八民集五六卷三号六一三頁。

宅集中地区进行营业,其目的是对一定范围的地域环境给予一般性的保护,这与限制特定设施进入特定地区有所不同(最判平成 10.12.17 民集 52 卷 9 号 1821 页)。然而,在通过地域限制实现营业管制的场合,尽管可以认为法律存在保护特定地域内居民的个别利益之目的,但判例却仍然抱着公共利益应与个别利益相区别的观念,以特定地区范围较大为理由,否定了个别利益。

为扩建环状六号线等而做出的城市规划认可处分导致了周边居民的不满。在该案件中,除去征收法律效果所及的土地所有者外,法院没有认可周边居民及经过此处上下班、上下学的人的原告资格(最判平成 11.11.25,判时 1698 号 66 页)。该案中无论是有关公害防止计划的规定还是决定听证会的规定,都被认定为是保护公共利益的规定。判决在对环境基准以及道路噪声等诸项制度所涉及的相关法规进行解读后,采取了消极的做法。

不仅如此,在因墓地经营许可纠纷所产生的案件中,最高院认为,虽然墓地埋葬法没有规定许可要件,但都道府县的知事应基于公益来决定是否颁发墓地经营许可。法院还指出,条例是针对一般性的设施为对象从而制定的,其目的不包含保护特定设施的个别利益(最判平成 12.3.17 判时 1708 号 62 页)。

上述判决中否定原告资格的论据有:1. 法律仅做出了一般性质的规定;2. 居民的利益其地域范围较广;3. 受害的程度并没有特别严重。判例维持了一贯立场,认为从利益的内容和性质上看,环境利益应有别于人的生命、身体等具体的利益。当然也有观点认为,保持良好的风俗环境、城市规划的确定、墓地所在地的环境等这些涉及城市发展的问題与每一个居民的具体利益均密切相关。然而问题在于,这些利益是否能与城市主干道沿线居民所遭到的废气、噪声、震动、地基沉降等不利以及弹珠赌博店周围居民所遭到的噪声、喧哗等不利相提并论。

(二) 判例中的行政诉讼观

尽管原告资格判断基础有所放宽,但是与以往相比,判决结论却几乎没有发生什么变化。上述判例所呈现的思维方式的背后,起主导的依然是行政诉讼制度设计者的诉讼观念,也就是将行政诉讼限定于保障权利以及法律上明确保护的利益(民事诉讼模式的行政诉讼观念)。^[33] 基于这一诉讼观念,不属于特定个人的地区居民所共通的利益也就不能被认为是“法律上的利益”。

为了弄清楚究竟什么才是行政诉讼的应有功能,近期的学说就判例所立足的传统行政诉讼观念进行了讨论。

例如,阿部泰隆教授认为,由于单靠民法无法对环境利益和消费者利益进行救济,因此必须要寻求行政法的保护,而当这些利益遭到侵犯时当然应赋予当事人通过行政诉讼寻求救济的可能。而这正是行政诉讼之所以存在的意义。阿部教授同时指出,基于上述思维方式,“当原告属于法律所要保护的范圍时,就应该认为其具有原告资格,而根本无须考虑‘个别具体的保护’这一要件”。^[34] 另外,亘理格教授认为,行政法规规定了防止大气污染以及保护环境等目的,多数住民基于此所享有的利益应被称为“共同利益”或“集团利益”,该利益应是有别于一般公共利益的一种独立的利益种类。保护这种“共同利益”应该是行政法的特质所在。^[35] 而将原告资格从“个别利益”

[33] 塩野宏『法治主義の諸相』(二〇〇一年)三三一頁以下参照。另外也可参见小早川光郎『行政訴訟の構造分析』(一九八三年)二四六頁以下所提到的标准的行政诉讼观;高柳真一「行政国家制より司法国家制へ」『公法の理論(下Ⅱ)』(一九七七年)二二九一頁以下的分析。

[34] 阿部泰隆『行政訴訟要件論』(二〇〇三年)三七頁以下参照。

[35] 亘理格「行政訴訟の理念と目的」ジュリスト一三三四号(二〇〇二年)八頁以下参照。

这一坚固的外壳中解放出来并扩展至“共同利益”的思维模式和指导理念,则正是行政诉讼的改革方向。

基于上述战略性的法理基础,学说针对具体的案件类型通过解释论扩大了原告资格的范围。^[36] 在国立市公寓拆除命令诉讼的第一审判决中(东京地判平成 13.12.4 判时 1791 号 3 页),由于判决承认了地权者具有享受景观的利益而使得此案备受关注。而这正是受到山本隆司教授所提倡“互换关系论”的影响。^[37] 这可以说是学说影响判例的一个典型。

五、结 语

本文在聚焦判例与学说思维方式的同时,重点考察了两者在进路上的区别究竟是如何形成的。由于上述问题已经有不少学者进行过论述,因此本文并没有提出什么新的论点,而只是试图对之前的讨论进行整理并稍作评论。下面就站在笔者的立场对于学说所应当扮演的角色谈下自己的看法,聊作结尾。

从学说的视角出发,毫无疑问会对当下的判例存在诸多不满。而判例的形成绝非是某一案件主审法官的“偶然思考”,而是会受到已有先例、法官的思维模式、裁判实务的制约,并与学校教育方式等各种因素有关。如果想要试图填补判例和学说之间的沟壑,则需要进行多方面的改革。

因此更重要的是,就学说而言,解释论的重要性毋庸置疑。当然,学说在一如既往踏实地提倡解释论的同时,有时候也应对判例研究的方法进行考察。

例如,学说每年都会做出海量的判例评释,但是在这之中有多少是认真在对判例研究的方法和目的所进行的探讨?^[38] 学说基于其独立立场对判例所进行的批判(不“亲近”判例),也只是表明了其在学说主导型法文化中的基本姿态,要想摆脱判决实务中“脱离学说”的现实,就要有意识地以法解释论去影响法官的思维过程。这也是判例研究的其中一项意义所在。对学说而言,想要重新与判例实现“对话”,就一定要努力做到与法官进行真正平等的交流。

这些年行政法的环境已经发生了显著的变化。现如今改革行政诉讼制度的呼声逐渐兴起,而法科大学院也开始注重实践性的教学。上述制度改革无疑有可能改变判例和学说之间现有的胶着状态,但是这一可能性究竟是否能够被转化为现实,则有待于今后学说和判例的努力。

* 本文是在学会报告的基础上作成,并对于内容进行了一定修改,特此说明。

(责任编辑:蒋红珍)

[36] 芝池義一「取消訴訟の原告適格判断の理論的枠組み」『京都大学法学部創立百周年記念論文集』(一九九九年)九六頁中提到“法律保护的利益”与“法值得保护的利益”的区分并没有太大意义,学说在今后应该做的是形成判断原告资格基准理论的具体内容。

[37] 山本隆司『行政上の主観法と法関係』(二〇〇〇年)三〇五頁以下参照。另外,在高世三郎・時の判例(最判平成一四・一・二二)ジュリスト一三三八号(二〇〇三年)一一四頁以下所提到的“相互防波堤论”中,也对于都市空间的公益性问题进行了讨论。

[38] 基于与民法学的比较而对于行政法学中的判例研究方法所进行的讨论,参见太田匡彦「行政法学における判例研究の開始」『行政の変容と公法の展望』(一九九九年)六六頁以下。