

第三者に対する行政処分の執行停止申立と「法律上の利益」：関連して、無瑕疵裁量行使請求権の法理に論及

手島, 孝
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1567>

出版情報：法政研究. 35 (1), pp.117-131, 1968-06-30. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

第三者に対する行政処分執行停止申立と「法律上の利益」

—— 関連して、無瑕疵裁量行使請求権の法理に論及 ——

（高知地裁決定昭和四二年九月三〇日
行裁例集一八卷八・九号一二五七頁）

手 島 孝

【事実】 申立人X（仁淀川砂利採取協同組合）は、被申立人Y（四国地方建設局長）が昭和四二年七月一八日申立外Aおよび同月一九日申立外Bに対してなした砂利採取許可処分の効力を本訴（それら処分の取消しの訴え）高知地方昭和四二年行ウ第三号）の判決確定に至るまで停止する決定を求める申立（行訴法二五條二項）を行なった（高知地方昭和四二年行ク第一号）。事実関係は、要約すればほば次のとおりである。

1 Xは、建設省の「河川砂利基本対策要綱」および「砂利等採取許可準則」に基づく砂利採取業の協同化および自主規制のためのYの行政指導により、従来から仁淀川流域で砂利採取を行なっていた六業者（A、B、Cを含む）を構成員として、中小企業等協同組合法に準拠し昭和四一年一月七日に設立された協同組合である。

2 ところで、Xは、従来の採取区域においては砂利枯渇の恐れがあるため、未採取の河口区域を組合で協同採取することを計画し、それに必要な採取船を発注した。その際Yは、採取量増大防止の見地から、採取船が稼動した場合において既存の採取機四台のうち三台を廃棄すべきことを指導した。Xに対しては、なお、従来の採取区域につき、昭和四一年一月三日より昭和四二年三月三十一までは採取機四台で、同年四月一日より同年六月三〇日までは採取機二台で採取することが、Yにより許可された（Xの主張では、この採取許可申請は、昭和四一年一月末頃から始めた河口区域砂利採取許可申請手続の準備が手間取ったため、その手続が完了するまでの暫定措置であった、とされる）。

3 その間、昭和四二年三月三〇日Xに対し組合員Bから脱退申入れがあったが承認されず、さらに同年四月組合員AおよびCからも脱退申入れがあり、Cは自主規制により遊休中の採取機を使って勝手に操業を始めたので同年五月一二日除名されたが、Aは脱退を承認されなかった、とXは主張する。

4 同年七月四日、XとYは協議し、従来の採取区域につきYはXに採取許可を出すことが決められ、また、河口区域での採取許可申請については前記許可期間中に調整を進めることがYからXに対して助言された（Xの主張によれば、その際、A、Bに対しては許可しないことも決められた、とされる）。

5 Xは、Yから、従来の採取区域につき同年七月八日より同年八月二四日までの四八日間採取機二台による採取許可を得た。

6 しかるにYは、（Xの主張に従えば、4の協議に反して）Aに対し同年七月一八日付、Bに対しては同月一九日付をもって、従来の採取区域につき、Xの場合に比し長期間の採取許可（以下、本件許可処分という）を与えた。

以上の事実に関し、Xは、次のように、(一)本件許可処分の違法性、(二)本件許可処分の取消しを求めるについてXの有する「法律上の利益」、(三)および執行停止の決定を求めるための「緊急の必要」の存在を主張して、本件許可処分

の効力の停止を求めた。すなわち、(一)本件許可処分は、河川管理者の砂利採取許可にあたっての裁量権の基準を示した前記要綱および準則の趣旨（砂利採取業の協同化、自主規制の推進および採取許可の場合の配慮）を逸脱し、裁量権の濫用にあたるものであること。(二)河川法による砂利採取の許可制は、河川の管理・保全という公共の福祉の見地から設けられたものではあるが、他面、業者の濫立による砂利採取経営の不合理化の防止が公共の福祉のため必要であるとの見地から被許可者を保護する意図をも有しているものであり、したがって、本件許可処分の結果砂利採取業の健全な運営を阻害され且つその存立そのものも危殆にひんせしめられることになるXは、既存砂利採取業者として本件許可処分を取消すにつき法律上の利益があること。(三)また、Xの採取船建造にあたってのYの行政指導により、Xは採取船による採取許可を得るためには採取機三台を廃棄できる実績を保有していなければならないところ、YがA、BをXから脱退したものと認めて本件許可処分をなした以上、A、Bが使用中の採取機二台の実績はXが実績として自主規制により遊休させていたにかかわらず右許可によりA、Bに移ったことになり、Xの採取能力の実績は採取機二台となつて、Xは、将来採取船による砂利採取許可処分を受けうる期待的利益を本件許可処分により侵害されたものといふべく、本件許可処分の取消しを求めるにつき法律上の利益を有すること。(四)Xの従来の採取区域での採取許可は昭和四二年八月二四日で期間が満了し、以後は河口区域での採取船による採取のみになるが、後者についてもXは本件許可処分により実績不足となつて許可申請資格を喪失し、Y管轄区域内における一切の砂利採取の途をとざされることとなるから、本件許可処分の効力停止を求め、従前Xが有していた本件許可処分にかかる採取機二台の実績を回復して、すみやかに河口区域における許可申請をなすことが、Xの存立できる唯一絶対の途であり、これはまさに本件許可処分により生ずる回復の困難な損害を避けるため緊急の必要がある場合に該当すること。

【判旨】 申立却下。

「まず、Xに本件許可処分効力停止を求めるにつき、法律上の利益があるか否かにつき判断する。

Xは、本件申立において、Yが申立外AおよびBに対してなした本件許可処分が違法であるとして、その効力の停止を求めているのであるが、行政事件訴訟法第九条にいう、『当該処分の取消しを求めるにつき、法律上の利益を有する者』とは、これを一般に第三者に対してなされた行政庁の許可処分の取消の訴についていえば、当該処分によって、直接自己の権利ないし法律上の利益が侵害されたか、あるいは将来において、かかる権利ないし法律上の利益を受け、機会を喪失せしめられ、右処分を取消すことによって、その侵害あるいは機会の喪失が除去され、権利ないし法律上の利益を回復しうる地位にある者をいうと解すべきである。従って、単に当該処分によって、事実上の不利益を蒙るにすぎない者は、右にいう法律上の利益を有する者に該当せず、右処分の取消の訴えの原告適格を有しないものである。そして、右処分の取消の訴を本案とする効力停止の申立は、申立人が右取消訴訟につき、原告適格を欠くときは、右の申立もまた法律上の利益を欠くことになり、不適法として却下を免れないものである。

ところで、河川管理者が、河川法第二五条、第二七条に基づいてなす砂利採取の許可は、河川が国民生活の維持安全、産業経済の進歩発展等の上で欠くことのできない社会公共性を有することにかんがみ、もっぱら、河川の管理、保全上の社会公共の福祉の見地から、治水および利水上支障が生じない場合に限り、砂利採取業者にこれを与えるものであって、右許可により、砂利採取業者に独占的地位を付与して、濫立による経営の不合理化からこれを保護するとか、あるいはその一定の営業上の利益を保護するとかの目的を有するものではないと解するのが相当である。〔本段、判示事項一〕

なお、河川法（昭和三十九年法律第一六七号）の施行に際してなされた昭和四〇年六月二九日付『河川法の施行につい

て」と題する河川局長通達によれば、砂利採取の許可等の方針につき、通商産業省軽工業局長建設省河川局長共同通達『砂利採取法第一条運営要領について』の趣旨が河川法の施行後も継続されることになっているところ、同通達10、によれば、『砂利採取業の健全な協同化を促進するため、協同組合または企業組合の採取許可申請に対しては、特別に配慮すること』とあるので、これより考えれば、砂利採取業の許可には、砂利採取業の健全な協同化を促進させる方向においては、砂利採取業者を保護する趣旨が含まれているようにも一応うかがわれるが、更に、同通達によれば、同法第一条は、砂利採取業の許可方針は、河川等の公共物の管理に支障を与えない限度において、同法の趣旨——砂利採取業者の保護育成を目的とする——に沿った許可をすべきものであるから、これと前記10、とを総合して考えれば、砂利採取等の許可は、前述のとおり、河川の管理、保全上の社会公共の福祉の見地からのみ与えられるものと解するのが相当である。

従って、本件許可処分に基づき、申立外AおよびBが砂利採取をなし、その結果Xが事実上、営業による利益が著しく減少し、あるいは、Xの存立そのものが危ういにひんするに至るとしても、その営業利益は、右に述べたとおり、法律によって保護される利益ということはできない。

そして、この理は、右AおよびBのXからの脱退が法律上有効か無効か、即ち右両社がいぜんとしてXの構成組合員であるかどうかにかかわらないところであるといふべきである。

次に、本件許可処分によってXが喪失せしめられたと主張する河口区域での砂利採取船による砂利採取許可申請資格が、前記の『法律上の利益』といふるか否かにつき検討するに、河川法第二五条、第二七条の許可は、もっぱら、河川の管理、保全上の社会公共の福祉の見地からなされるものであって、砂利採取業者を保護する目的を有するものではないこと前段に述べたとおりであるところ、他にXの採取船による砂利採取許可申請資格が法的に保護された利益

であることを認めるべき行政法規は、何ら存在しない。なお、要綱、準則は、河川管理者が遵守すべき内部基準に過ぎないものであるから、これをもって、砂利採取業者の許可申請資格を保護すべき行政法規ということはできない。従って、本件許可処分の結果、Xの有する採取船では、河口区域における砂利採取許可申請資格が喪失するに至るとしても、その期待的利益は、右に述べたとおり、法律によって保護される利益とはいえない。〔本段、判示事項

二

そうすると、いずれにしても、Xは、本件許可処分の取消を訴求する法律上の利益を有しないものであるから、本件申立についても、またその当事者適格を欠くものといわなければならない。〕

【評釈】 申立却下の結論には賛するが、その理由づけは必ずしも十分とは思われない。

一 本決定は、申立理由三点のうち、(二)——申立人の有する「法律上の利益」——をのみ取り上げて判断を加え、これを否定することによって、申立却下の結論を導き出している。

先ず、その(イ)については、本件許可処分によって侵害されるXの営業利益は「法律によって保護される利益」ということはできないとして、その理由を「河川法二五条・二七条に基づく砂利採取許可は、もっぱら河川の管理・保全上の社会公共の福祉の見地からなされるものであり、砂利採取業者に独占的地位を付与して濫立による経営の不合理化から保護するとか、その営業上の利益を保護するとかの目的を有するものではない」との判断に求めている。

第三者に対する行政処分であっても、それによって自己の「法律上の利益」を侵害される者は原告適格を認められる(行訴法九条・一〇条)。判例によれば、新規の質屋営業許可によって影響を受ける既存の質屋業者の利益は単なる事実上の利益に過ぎない(最高判昭和三四年八月一八日民集一三卷一〇号二二八六頁)が、公衆浴場の新設許可に既設浴場か

らの一定最短距離を要件として定める公衆浴場法二条および関係の都道府県施行条例の下では、この要件に違反した営業許可によって害される既設業者の営業上の利益は法律上の利益であるとされる(最高判昭和三七年一月九日民集一六卷一号五七頁)。すなわち、「公衆浴場法が許可制を採用し前述のような規定〔設置場所の配置の基準についての都道府県条例への委任〕を設けたのは、主として『国民保健及び環境衛生』という公共の福祉の見地から出たものであることはむろんであるが、他面、同時に、無用の競争により経営が不合理化することのないように濫立を防止することが公共の福祉のため必要であるとの見地から、被許可者を濫立による経営の不合理化から守ろうとする意図をも有するものであることは否定し得ないところであって、適正な許可制度の運用によって保護せらるべき業者の営業上の利益は、単なる事実上の反射的利益というにとどまらず公衆浴場法によって保護せられる法的利益と解するを相当とする。」本件の申立理由(二)イは、恐らくこの後の判例に依拠するものと思われるが、しかし、公衆浴場営業許可と砂利採取許可とはかなり本質的な相違が存することを看過してはならない(そもそも、同じく許可とはいっても、前者が講学上いところの許可——一般的禁止の解除——であるのに対し、後者は公物使用权——独占的使用権ではない——の特許であるが、この点は、新規被許可者に対する既存被許可者の地位を考察する場合には、さほどのキーポイントではない)。

第一に、「法律上の利益」を本決定のように「法律によって保護される利益」と解する(今日の多数説——参照、原田尚彦「訴えの利益」行政法講座三卷二五七―八頁)として、両者の場合を比較検討してみると、最短距離制限によって享ける既設公衆浴場業者の利益は内容的に法令上きわめて具体化され明確化されたものであるのに対し、砂利採取業者の場合は、砂利採取法一条(「この法律は、砂利採取業の健全な発達に資するとともに、砂利の採取と河川の保全等との調整を図り、もって公共の福祉の増進に寄与することを目的とする。」——傍点筆者)および二一条(「河川法その他の法令(条例及び規

則を含む。)の規定に基き砂利の採取若しくは払下げの許可をし、又は許可の取消若しくはその効力の停止若しくはその条件の変更をするに当っては、当該行政庁は、河川等の管理上その他公益の保持の上に支障がある場合を除き、砂利採取業の運営を考慮してこれをするものとする。——(傍点筆者)の漠然たる規定によっては、上記公衆浴場業者の場合と同じ程度にまで(換言すれば、法律によって保護される利益といえるまで)具体的・明確にその利益が保護されているとは到底いえない。(なお、本決定では、通達「砂利採取法第一条運営要領について」10が協同化促進のため協同組合・企業組合の許可申請に特別の配慮をなすべきことを挙げていることをも考慮の対象としているが、通達はあくまでも法規ではないのであるから、この問題についてその必要はないというべきである。また、同様の理由から、本決定が、河川法二五条・二七条および砂利採取法二一条の法意を明らかにするのに、関係法条の客観的解釈を措いて、もっぱら右通達に よっているのも解しかねる。)

第二に、「法律上の利益」をより広く「法律上の保護に値する利益」と解した(参照、後出の盛岡地裁判決、原田掲二五八(九頁))としても、公衆浴場の場合、距離制限による濫立防止が経営を健全化し衛生設備の基準を確保することによって「国民保健及び環境衛生」という公共の福祉にスムーズに連らなることもあって、この点に關する既設浴場の利益は法律上の保護に値するまでに熟したものといえようが、砂利採取業の方は、一般に既存業者の漠然とした事実的利益が法律上の保護に値するまでに熟しているとはいえないか(それを保護することが、砂利資源枯渇防止・河川保全という公共の福祉にたまたま合致することもありえようが、それは必ずしも常態とはいえない)。

次に(口)について、決定は「Xの採取船による砂利採取許可申請資格が法的に保護された利益であることを認めるべき行政法規は何ら存在しない」ことを理由に、当該資格期待利益も「法律によって保護される利益」とはいえな

いとす。

この点の判示には特に異論を挟むまでもないが、なお、法律上の利益を「法律上の保護に値する利益」と理解したとしても、この場合の期待的利益を法律上の利益と見ることはできないであろう。けだし、判例には、地方公務員の昇給措置を受けうる期待的利益につき、地方公務員法二五条および関係条例の規定の主旨は「もとより任命権者の権限に属する昇給措置の基準を定め、公平と統一性を保障すること勿論であるが、一方職員の側からみれば、設定基準に該当する諸要件を具備するに至れば昇給措置を受け得るとの期待を抱くのは当然であり、事実職員の生活規模の拡大膨脹に伴い、かかる昇給による給与の増大なくしては生計の維持従って職務の遂行は不可能である点に鑑み、職員の昇給に関する利益は現行給与制度によって保障されている利益であり、法律上の保護に値する利益であると解するのが相当である」として、その侵害に訴えの利益を認めたものがある(盛岡地判昭和三十一年一月一日行裁例集七卷一〇号二四四三頁)が、本件におけるXの採取船による砂利採取許可を受けうる利益の場合、これが法律上の保護に値する合理的理由は見出しがたいからである。また、強いて「砂利採取業の健全な発達」(砂利採取法一条)の観点からそれが認められるとしても、この「法律上の利益」が本件許可処分によって害されたと主張するには、因果関係の上でかなりの無理が存するように思われる。

(一) 砂利採取許可そのものの性質は、このように「公物の特別使用の特許」であるが、現行法上は、砂利採取につき土地の形状を変更する行為を伴う場合(これが通例であろう。本件の場合もそうである)には、河川法二五条の許可すなわち砂利採取許可(特許処分)のほか、同法二七条の許可すなわち土地の形状を変更する行為についての許可(一般的禁止の解除)をも併わせ受けねばならない(この場合、両許可の申請は原則として同時に行なわなければならない——河川法施行規則三九条)ことに注意。参照、建設省新河川法研究会編『逐条河川法』昭和四十一年、二〇三―一三頁、二一九―二三頁。

二 そうすると、Xには何ら訴えの利益はないのか。本決定はここでとどまっているが、より緻密な考察は、恐らく進んでいわゆる「無瑕疵裁量行使請求権」の法理をも点検する必要を認めるであろう。すなわち、Xには、Yに対しその裁量権を瑕疵なく行使することを求める権利（＝手続的公権）が存し、Xは本件許可処分をこの権利を侵害するものと主張できる、とする理論構成がありうるのであり、これについてどう考えるかの問題である。（この場合、本件許可処分が瑕疵があり違法であることが前提になる。本件許可処分が果たして裁量権の濫用といえるかどうかは、なお委細の検討を要する問題であるが、ここでは一応それを仮定して論議を進めてみる。）

すでに他の機会に詳細に紹介・検討したように（手島「無瑕疵裁量行使請求権の法理について」法律時報三九卷一号・二号昭和四二年）、無瑕疵裁量行使請求権の法理は、現在の西ドイツの学説・判例では通説化している。^(二)そこで無瑕疵裁量行使請求権とは、裁量瑕疵の理論を前提に、「瑕疵（＝違法）のないよう裁量が行使されることを求める私人の手続的公権」を意味している。「この権利のレーゾン・デートルは、行政訴訟との関係において存する。……すなわち、瑕疵ある裁量行使に因る実体的な「権利」（固有の権利に限らず、「法的に保護された利益」さらには「法的保護に値いする利益」を意味するとしても——）の侵害は主張・立証が容易でないが、無瑕疵裁量行使請求権という手続的権利を認めれば、権利侵害の要件はきわめて簡単に認定される（客観的違法イコール主観的権利侵害となる）ことになり、ひいて瑕疵ある裁量行為に対する司法審査のチャンス（訴の利益）が大きく拡張されるに至る。」^(三)「この権利をもつのは、——学説・判例によって若干広狭の差はあるが——裁量にかかる処分の相手方を始め、それに何らかの関係をもつ或る範囲の者に限られる。したがって、この権利の承認が原告適格（訴の利益）をかなり拡張することは確かとしても、現行法の認めぬ「民衆訴訟」に導く恐れはないとされる。」（以上、手島前掲論文（二）六三頁）^(三)

一般的にこのような手続的権利を認める立場からは、具体的に本件の場合にも、Xには権利侵害があり、したがって

訴えの利益をもつ、との主張の可能性が出てくるのである。ただし、かりにこの権利そのものを承認したとしても、本件のような場合にXのような第三者(Xは本件許可処分の直接の相手方ではない)にまでそれが帰属するかどうかには異論がありえようが、この権利をできるだけ広く認めて行こうとする立場が問題を積極に解するであろうことは、先ず疑いない。たとえば、わが国ではこの法理は未ださしたる関心を惹くに至っていないが、その中での数少ない肯定論者の一人は、旧自作農創設特別措置法四一条一項二項および同法施行規則二八条の八に基づく知事の牧野売渡処分を第三者(当該牧野に利害関係が深く、且つ上記法令に規定された買受適格に該当する第三者)が争った事案(最高判昭和四二年四月七日民集二一巻三号五七二頁)に關し、「広く権利救済を認めるといふ観点から」当該第三者に無瑕疵裁量行使請求権ありと考うべしと論じている。^{三三}

しかし、そもそも、裁量瑕疵 \parallel 客観的違法にそのまま対応して主観的権利(法的利益)侵害を認めるこの無瑕疵裁量行使請求権なる理論構成は、原告適格の拡張による法治主義の徹底というその動機自体は是認できるとしても、現在の行政訴訟制度の根本的再編成を俟たずして理論的作業のみで果たして可能かどうか、甚だ疑わしい(その理由の詳細については、手島前掲論文(二)六四頁以下)。現行裁判制度を前提とする限り、一般的・包括的な無瑕疵裁量行使請求権を認めることは、理論的にも實際的にも大きな難点がある(詳しくは、同上六四、五頁)のであり、基本的には正しい法治主義の強化徹底という目標に接近するには、より具体的に、裁量瑕疵によって侵害される実体的或いは手続的な法的利益を丹念に探し出し構成して行くという地道な方法によるべきである。(無瑕疵裁量行使請求権という言葉が、単に、そのような諸種の具体的な—手続的—法的利益の総称としてのみ用いられるのであるならば、何も反対する理由はない。ただ、それが一般的・包括的な権利として抽象的に概念構成され安易に適用される—その帰属は第三者に拡張され易い—ことの危険を指摘し、特にわが国へのこの法理の導入に対しいわば \parallel 予防的不作為命令

訴訟”を提起したのが、手島前掲論文の主旨にはかならない。）

かくて、本件の場合、無瑕疵裁量行使請求権の侵害という観点からも、Xの訴えの利益は問題にならない。ただ、ちなみに付言すれば、Xは、本件の時点においては何ら訴えの利益を有しないが、もし河口区域における採取船による砂利採取の許可申請が現実になされた段階においては今村教授のいわゆる「申請の権利」^(四)を得るに至り、当該申請が却下されるか若しくは申請どおりの許可がなされなかった場合には、この手続的権利を害されたものとして訴えの利益をもちうることになる（この権利は、上に述べた「裁量瑕疵によって侵害される具体的な—手続的—法的利益」の一種と考えることができよう）。

(一) この法理を肯定する西ドイツの学説は、近來ますます増えている。この点についての手島前掲論文(一)四七―五一頁の敘述を補充すれば、ウーレは、行政裁判所法四二条の註釈中、原告適格の説明箇所で、「個人はまた、法的に瑕疵のない裁量行使を求める公権 (ein subjektives öffentliches Recht auf rechtlich fehlerfreie Handhabung des Ermessens) を有し、これは平等則 (基本法三条) から導き出されうる。この権利の侵害も……〔四二条〕一項の要件を充たす」と述べ (Carl Hermann Ule, *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 2. Aufl. 1962, S. 120. なお参照 *ibid.*, S. 387)、「プファイファーは、瑕疵なき裁量行使を求める公権は「行政部がその——自由意思によるか義務に従うかの——活動に際して、あらゆる裁量を限界づけているところの法的諸原則を遵守する」ことに向けられるものであり、この意味で、その正体は「無違法請求権」 (Integritätsanspruch) にはかならない」と論じ (Herbert Pfeifer, *Streitgegenstand bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen*, DVBl. Jg. 78, 1963, S. 657, S. 658)、「オーブーマイヤーは、「裁量規範は、それに向けて裁量が行使せらるべきところの法主体に対し、或る公権を基礎づける」として、「諸種の可能な行動様式の中から (何らか) 或る行動を客観的考量に基づいて選ぶことを、権限ある行政機関に対して要求する権利」たる手続的な「瑕疵なき裁量行使を求める公権」を挙げ (例外的に、この手続的権利が実体的な「一定の行動を求める公権」に「凝縮」する場合があることにも

言及されるが)、この権利の侵害は当該裁量にかかる行政行為の違法(原則として取消し、甚だしい恣意の場合にのみ無効)を結果する、と説き(Klaus Obermayer, *Das Verhaltensermessen der Verwaltungsbehörden*, NJW Jg. 16, 1963, S. 1183. なお、Obermayer, *Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts*, 1964, S. 40)・シュターンは、上記プファイファーを援用しつつ、瑕疵なき裁量行使を求める公権を「行政の職務に從つた行動を求める権利」として理解し、「そのような行動を強制する権利を公民は有する。というのは、行政はそれ自らのためではなく公民のために行動するのであり、且つ憲法によって秩序づけられた法治国家においてはその職務領域を離れてはならない、或いは英法のいうところに従えば、^{ウルトラ・ザ・イレース}権限を逸脱して行為してはならないからである」と語つてゐる(Klaus Stern, *Ermessen und unzulässige Ermessensausübung*, 1964, S. 36f.)。この理論構成の戦後における唱道者バッホフは、今日これは「一般的に承認されており」、「学説と裁判の確固たる財産に属する」としてゐる(Otto Bachof, *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, Bd. I, 3. Aufl. 1966, S. 65, S. 223; Bd. II, 1967, S. 243)。彼の引くところによれば、最近の連邦行政裁判所の肯定判例として、BVerwGE 14, 84 (87); 15, 59 (61f.); 16, 190 (193f.); 16, 194 (197); 19, 149 (150, 152); 19, 252 (254f.) などがある(*ibid.* II S. 243)。なお、*ibid.* I S. 65f. は、「文献において稀れならず見出される、^{無瑕疵}裁量行使請求権」に対する攻撃は、「一方では、^{無瑕疵} (fehlerfrei) の概念——それが法的瑕疵(裁量の違法行使)にのみ関することは自明である——の誤解から、また他方では、当該請求権者——もちろん、連邦行政裁判所が検討請求権について正しく詳説したように、或る裁量規範からは、その利益が当該規範によって保護されるところの者のみが請求権を引き出すことができるのであり、このことは、しかし、強行規範から生ずる請求権の場合と異るところはない——に關する誤解から、明白に説明される」と、反対論を批判しているが、しかし、特に後段の議論については、もしそうとすれば「何もことさらに無瑕疵裁量行使請求権といった特殊の理論構成を持ち出すまでもなく、裁量瑕疵によって^{法的保護に値いする利益} (実体的なもののみならず手続的なものも含む) が害されたかどうか、を個別的にあたっていけば——すなわち、オードックスな基準の適用で——足りる」(手島前掲論文(二)六四頁)ことになり、誤解と誤用の恐れの大いこの概念を採る必然性はない、とさらに反論がなされねばならない。

(二) 『ジュリスト』三六八号(一九六七年四月一五月号)一四二頁の「雑誌論文—批評と紹介」は、手島前掲論文を取り上げ

て、「筆者は、無瑕疵裁量行使請求権の性質を個人的権利利益と無関係な、市民一般の抽象的権利であると理解し」ているとし、「しかし、西独の判例や学説が『無瑕疵裁量行使請求権』を語るとき、それが手島氏の説くように『行政の一般的適法性維持請求権』とパラレルな、市民一般の抽象的権利を指す意味で用いられているのであろうか」と「疑問」を提示しているが、あにはからんや手島論文が無瑕疵裁量行使請求権の法理をそのように理解しているのでは全くないことは、以上に引用したところからでも——さらに論文全体（特に（二）六三―四頁）を精読すれば一層——明らかであろう。無署名の短評といえども、組上の論文を「キメ細かく」読み通した上でなされることを望みたい。

（三）高林克己、『判例評論』一〇七号（昭和四二年一月一日）一三二―一三三頁。本評釈一三三頁は、「本件判旨は、右の点につき直接には何も言っているわけではないが、被告告知事項の行為が裁量権の範囲をこえまたは濫用にわたることを主張・立証すれば原告人らの訴えは適法となることを言外に示すものであり、本件判旨は具体的事案に対する判示としてはかならずしも適当であるとはいえないが、右の点においてきわめて意義のあるものと評価して差支えないものと思う」と述べるが、このように当該判決が無瑕疵裁量行使請求権の肯定を言外に含むと解するのは無理ではなからうか。むしろ、本件に関する他の判批——滝川穀一、『民商法雑誌』五七卷四号六四四頁——が説くように、原告人らが「牧野売渡を受ける適格を有する者（農業に精進する見込のある者）であることが立証されれば原告適格を認めるべき」であり、換言すれば、この場合には「売渡を受けうる期待的利益」を侵害されたことが取消または無効確認を求めるについての法律上の利益を形作るものと考えうべきである。

（四）今村成和『行政法入門』昭和四一年一三四頁以下。「実体法上の権利の有無にかかわらず、国民は、適法な申請によって、行政庁に対し、適法な応答を求める権利を有しているのである。すなわち、法令が個人の申請を認めるということは、個人にそういう権利を与えているのである。これをもう少し詳しくいえば、申請は、行政庁に対し、(1)適法な申請であればこれを受理すべきこと。(2)受理した申請に対しては、相当の期間内に応答すべきこと。(3)応答は、法に定める手続に従い、かつ、法に適合した内容のものであるべきこと。を求める意思表示であり、行政庁は、これに対応する義務を負うこととなる。」（同上―三五頁）本件の場合、砂利採取許可処分は公物使用権の特許として自由裁量行為（これに附随する河川法二七条の許可も自由裁量行為。参照、前掲『逐条河川法』二〇七頁、二二二頁）であるから、申請者には、実体法上の請求権がないことはいうまでもないが、関係法令（河川法二五条・二七条、河川法施行規則（昭和四〇年建設省令第七号）一三条・

第三者に対する行政処分の執行停止申立と「法律上の利益」(手島)

一六条) によって、ここにいう「申請の権利」が与えられていることは明らかである。