



## 行政の不行為に対する司法的救済(続)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2009-08-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 村上, 義弘 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.24729/00002441">https://doi.org/10.24729/00002441</a>

# 行政の不行為に対する司法的救済（続）

村 上 義 弘

## 目 次

- 一 序 説
- 二 我が国の学説及び判例
- 三 米國に於ける行政の不行為に対する司法的救済
- 四 フランスに於ける行政の不行為に対する司法的救済（以上二号）
- 五 西ドイツに於ける行政の不行為に対する司法的救済（以下本号）
- 六 む す び

## 五 西ドイツに於ける行政の不行為に対する司法的救済<sup>(1)</sup>

### 一、西ドイツ行政裁判制度の概観

ボン基本法による行政上の法的救済は、独立の、すべての審級に於て行政官庁から分離した、包括的管轄権を有する裁判所によつて行われる。それ故、それは、憲法上、行政裁判と司法裁判との間に存した従来の區別を殆んど廃止してしまつてゐる。行政上の法的救済は、司法裁判所と同等の地位を有している。すなわち、基本法は、普通、行

行政の不行為に対する司法的救済（続）

政、労働及び社会の裁判管轄の領域に対し、同等の連邦上級裁判所の設置を規定し、これらの裁判所の上に、連邦の統一を保持する為に連邦最高裁判所をおき、これらの裁判所と相並んで、連邦憲法裁判所が存在する。国民相互間の関係のみならず、立法及び行政として現われる国家制度の全体が、司法に服するのである。即ちこれは、司法の各部、普通裁判所、憲法裁判所及び行政裁判所が、それぞれ独立の司法機能としてでなく、一体として理解される統一の司法権の一部として見らるべきものである<sup>(2)</sup>。

このことは、箇々の条文にその根拠を認めることはむづかしいが、基本法（二〇条二項・九二条・九五条及び九六条）、法治国の本質、及び基本法第一九条第四項によつて保障された包括的な法的救済<sup>(3)</sup>から総括的に結論される<sup>(4)</sup>。これを要するに、行政裁判管轄は、従来のように、行政の枠内にある法的救済制度でなく、統一的な司法権の一部であるという<sup>(5)</sup>ことである。

戦後西ドイツの行政裁判制度の今一つの革新は、右の行政裁判の司法権としての独立と相並んで、行政裁判所の職務権限の拡大である。それは一般条項の採用によつて包括的権限が与えられることになつたのである。

一般条項により、行政裁判所は行政行為の取消ならびに公法上のその他の争訟に関して裁決する<sup>(5)</sup>。米地区行政裁判所<sup>(6)</sup>（VGG）第二二条によれば、普通行政裁判所は、特別の行政裁判所、仲裁裁判所または民事裁判所が裁決すべきでないかぎり、行政官庁の処分その他の行政行為の取消ならびに公法上のその他の争訟に関して裁決する。従来<sup>(7)</sup>の法により、或行政官庁が終局的に決定することにより訴が除外されることはない。英地区軍政命令第一六五号（MRVO 165）第二二条によれば、行政裁判所は、憲法争訟及び法律により、普通裁判所または他の現存裁判所に委ねられた事項を除き、行政行為の取消並びに公法上のその他の争訟に關し、裁決し、或行政行為がドイツの法規により終局的で

あるかまたは裁判所において争われ得ないとするにより、訴が除外されることはない。

このような行政裁判所法は、その後の法律によつて行われる除外及び制限に対し、絶対的な保障を提供するものではないが、一般条項に関する規定が、ラントの憲法によつて規定されるなどして、普通の法律によつて改廃出来ない強い保護が与えられている。バイエルン憲法第九三条は、「行政上の争訟は行政裁判所が決定する」とし、ヴュルテンベルグ・バーデン憲法第九〇条第一項は、害を蒙つたとする人に属する権利の侵害、またはその人に属しない義務の負担を理由として行政官庁の下命及び処分に対し、行政裁判所に訴えることを認め、ヘッセン憲法第二条第三項は「何人かが公権力によりその権利を侵害されたときは、法的救済が与えられる」とし、ブレーメン憲法第一四一条は行政官庁の下命及び処分または義務に違反する不行為に対し、個人を保護する為に、普通裁判所または行政裁判所に於ける法的救済を規定している。バイエルン及びヴュルテンベルグ・バーデンの憲法の右の規定そのものは、不十分に思われるかも知れないが、他の憲法規定、殊に法治国及び行政の法律適合性に関する規定と共に読まれて、広汎な解釈を受ける。

更に一般条項に対して、ラントの憲法よりもはるかに進んだ保護を与えるものとして、基本法第一九条の規定がある。即ち「何人かが公権力によりその権利を侵害されたときは法的救済が与えられる。他の裁判所の権限が存しないかぎり、普通裁判所手続が存在する。」この規定の目的とする所は、ラントの立法者により、行政裁判管轄の廃止または制限が行われようとも、公権力の干渉に対して、何らかの法的救済を与えようということにある。<sup>(7)</sup><sup>(8)</sup>

以上のことから結論されることは戦後のドイツ行政裁判制度は、行政裁判所が司法権の一部として理解されること、行政訴訟事項については、概括主義が採用されていること等、根本的な点に於ては、我が国の行政裁判制度と殆んど

一致するところとある。

〔註〕

(1) 西ドイツの行政裁判制度及び行政の不行為に関しては主として Bachof: Die Verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung. C. Menger: System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz 及び須員教授「西独行政裁判制度の発展」(法学論叢 59 巻第 4 号)を参考にした。

(2) Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrecht, Bd. 1, 4. Aufl., S. 423.

(3) 基本法第一九条第四項、七五頁参照。

(4) Forsthoff: a. a. O., S. 424.

(5) VGG 第二三条、MRVO 165 第二二条、ラインランド・プファルツ法第十五条。

(6) 西ドイツが占領国から独立した今日、米地区行政裁判所法、英地区軍政命令云々の用語は妥当でないかも知れないが、これらは占領中、ラント会議によつて採択され、各ラントによつて殆んど修正せられることなく、ラントの法律として公布施行されたので、これらを一括して説明するのに便利であるのでそのまま用いた。

(7) この法文の規定からは、普通裁判所が、原則としてこれらの事項について裁判管轄権を有するように読めるので、ベターマンは、この基本法の規定により普通裁判所と行政裁判所との関係が顛倒されて、普通裁判所の管轄が広い推定を受けることとなり、行政裁判所は他の特別裁判所と同じように日陰に立つことになるという (MDR 1949, S. 394)。しかしバッハーフは、この見解は第一九条第四項が司法の章ではなく、基本権の章中におかれていること、後段の規定が議会の委員会で編纂上後から挿入され、原案は前掲ヘッセン憲法に倣つたものであること、第九六条との関連などから見るとき、誤つてゐるという (Bachof, a. a. O., SS. 12—13.)。

(8) 更に第一九条第四項の一般条項に関して注意すべき点は、この規定の目的とする所は、公権力による権利毀損、即ち抗告訴訟のみにかぎる。ところが行政裁判所の管轄は、公法上の争訟、殊に当事者訴訟を包括するものであるが、基本法のこの規定は、後者のような公法上の争いに関するものでなく (Bachof: a. a. O., SS. 13—14.)。

### 三、職務行為要求訴訟 (Die Klage auf Vornahme einer Amtshandlung)

(一) 基本法第一九条第四項 基本法第一九条第四項は次の如く規定する。「何人かが公權力によりその権利を侵害されるときは、法的救済が与えられる。他の裁判所の権限が存しないかぎり、普通裁判手続が存在する。」この規定が広汎な行政裁判上の一般条項の保護を目的としたものであることは、前に述べた通りである。しかし、更にこの規定より導き出される、今一つの行政裁判所に与えられる新規の権限は、行政の不行為の訴に関する裁決である。これは、或職務行為の違法な不行為を対象とするもので原告が請求権を有する職務行為の行為を官庁に対して命ずることに関する訴訟である。この新規の権限について、バツハオーフは次の如く述べている。「無制限の行政裁判上の一般条項の採用は、学界に於てそれ相応の評価を受け、よく知られていると考えてよい。これに反して、認められること少く、その意義影響を知られていないのは、権力による権利侵害に対する訴訟——所謂抗告訴訟——に関して、これまでの列挙方法が一般条項に代つただけでなく、行政行為が単に覆審的行為に限定されていたのが、国家机关その他の行政主体に対して、職務行為を為すべきことを求められる様になつた<sup>(1)</sup>という事実である。これによつて始めて、強大な国家に対する個人の権利が完全になつた」と。

この不行為の訴に関して、VGG第三五条第二項は「抗告訴訟は、申請者がその職務行為の行為に対して権利を有すると主張するときは、或申請された職務行為の不行為に対しても許される。官庁が職務行為の行為の申請を充分の理由なく、決定しないときは、不行為と見做される。不行為はこの場合拒否と同じく見なければならぬ」と規定する。MRVO 165 第二四条は「(1)或申請された行政行為の行為の訴は、原告がその行為の請求権を有し、行政官庁がその申請を拒否するか、または充分な理由なくして二箇月以内にその申請に対する決定をなさなかつたことにのみ、基礎づけられる」と規定する。

しかし、この様な不行為の訴に関して、ラントの行政裁判所法も、ラントの憲法も明示の規定を欠く場合には基本法第十九条第四項によることとなる。基本法のこの規定は、職務行為の行為に対して権利を有する申請者は、官庁の不行為によつて、官庁の積極的な行為によると同じように権利を毀損せられ得るからである。尤も、基本法第十九条第四項は、権利の毀損に対し、如何なる救済が与えられるべきかについては、何も規定していない。然し、損害賠償を認めるだけでは不十分であり、しかもこの考え方は、公権力に対して直接の攻撃方法が権利を毀損された国民に許されていない場合は、財産法上の補填のみを認めるという警察国家的な国庫理論の残存物である。それ故、法治国に於ける解釈としては、第十九条第四項に、国に対して向けられた職務行為を求める訴の形で職務行為の不行為又は拒否に対して、直接の攻撃方法を認めるべきであると解釈される。<sup>(2)</sup>

(一) 不行為訴訟 (Untätigkeitsklage) VGG並びにMRVO<sup>165</sup>は職務行為(VGG)または行政行為(MRVO)<sup>(4)</sup>の行為(Vornahme)を求める訴について二種を認めている。即ち、或職務行為(又は行政行為)の明示の拒否に対する訴と、或職務行為を申請したにも拘らず、官庁の全くの不行為に対する訴とである。両者に共通の点は、請求が認容されたときは、申請された行為を行うべき官庁の義務が、裁判所によつて宣言されることである。両者ともに、不行為訴訟と呼ばれる。しかしこれは不正確である。官庁の不行為は後者の場合にのみ存するからである。官庁が拒否する場合には、申請された行為は行われぬが、全くの不行為が存するわけではない。正確には、不行為訴訟という名称を、申請に対する決定なき場合に限るのがよいであろう。明示的拒否に対する訴は、拒否異議の訴(Weigerungsgegenklage)とでも呼ばれるべきである。<sup>(5)</sup>

それ故抗告訴訟としては、(一)為された行政行為に対する取消訴訟と、(二)為されない職務行為を為すことを求める訴

(広義の不行為訴訟。義務訴訟 Verpflichtungsklage 又は行為要求訴訟 Vornahmeklage とも云われる)とがあり、後者は更に拒否異議訴訟と不行為訴訟に分けられることとなる。

(1) 拒否異議訴訟 (Weigerungsgegenklage) VGGはその第三五条(前掲七五頁参照)に於て狭義の不行為訴訟を抗告訴訟として規定するのみで、拒否異議訴訟については特に規定するところがない。これは行政行為の拒否そのものが、行政行為であり、抗告訴訟に出来るからである。しかし、その第七九条第三項は次の如く規定している。「裁判所が或職務行為の拒否に対する抗告訴訟が正当であり、かつその事件があらゆる点に於て判決に熟するときは、拒否を取消すと共に、申請にかかる職務行為を行うべき行政官庁の義務を宣言する」と規定する。

MRVO 165 第二四条は「(1)或申請された行政行為を求める訴は、原告がその行為の請求権を有し、行政官庁がその申請を拒否するか、または充分な理由なくして二箇月以内にその申請を決定しなかつたことにのみ、基礎づけられる。(2)第二三条第二項及び第三項の規定(行政行為の取消に関する)が準用せられる」と規定し、又同じく第七五条第三項は「裁判所が拒否またはその他の、或職務行為の不行為を違法であり、かつその事件が如何なる点に於ても判決に熟するとみとめるときは、その申請にかかる職務行為を行うべき行政官庁の義務を宣言する」と規定している。これらの規定から、国民に行政行為を要求する権利が認められているときは、その行為の申請が拒否された場合、例えば法律で一定の場合許可が行われるべきことを定め、その許可の申請に対して違法に不許可の処分があつたときは、権利保護の問題として行政裁判所に訴え、行政庁に一定の行為を為すべき義務の宣言を得ることが出来るのである。

この点に関して従来の制度は非常に異つていた。例えばハンブルグ一九二一年十一月二日の行政裁判所法第二章第



四二条及びブレイメン一九二四年一月六日の行政裁判所法第二章第四八条は明かに職務行為の拒絶に対する訴を規定していた。しかし、裁判所は職務行為が不当に拒否されているということを確認した場合は——当事者訴訟手続に於ける給付訴訟は之を措き——拒絶された行政処分を唯取消することが出来るに過ぎない。しかも官庁は職務行為に対して義務づけられなかつた。<sup>(7)</sup>

現行制度の行政行為の請求の拒否に対する抗告と、その行政行為を求める行為要求との關係については、メンガーは次の如く説明している。「拒否処分によつて実質的に事件の処理上の決定が行われたとすることは正しい。そしてその決定、即ち拒否処分は、先行手続に於てまず審査されることが必要であり、その先行手続に於て否定的な結果に達した際は、行政裁判所によつて取消されねばならない。しかし、原告の異議申立は、普通は拒否処分が除去されるだけでは満足せしめられない。原告は大抵は行政官庁によつて拒否された申請を貫徹することを裁判所に求めるであろう。そしてもし彼等が行政行為を為すことを求める権利を有し、かつ事件がすべての点に於て判決に熟しているならば、その結果を得ることが出来るであろう。その際行政行為を為すべきことの申立と同時に、拒否処分取消の申立が為される必要はない。この申立を原告の申立の中に含まれていると解することは裁判所の *nobile officium* であり得る。原告が行為要求の申立をしないで、単に取消の申立（拒否処分取消の訴）をしたとしてもまた法律上同様の結果となると思われる。即ち事件がすべての点に於て判決に熟しているならば、拒否処分を取消すと共に、VGG 第七九条第三項又は MRVO 165 第七五条第三項によつて、申請された行政行為を為すべき行政庁の義務を宣言しなければならぬ。<sup>(8)</sup>」或は又、「ミユンスター高等裁判所が適切に説明しているように、この種の事件においては、拒否された行政行為を取消しただけでは役に立たない。何故なら出訴人は彼の求める請求権に適應した行動を行政庁が為すべきこ

とを要請するからである。それ故、立法者は個々の場合について裁判所が宣告で命じなくても、行政庁は原則的に行政裁判所の判決の文字及び意思に拘束されるということに満足出来なかつた。MRVO 165 第七五条第三項の規定は、裁判所の法律に従う態度が問題であり得るかぎり、すべての訴訟について適用される。……従つて、行政庁の義務の宣告は特別の申立がなくとも、義務宣告の前提が存在することを裁判所が確認した自然の結果として行われるべきである<sup>(9)</sup>と述べている。

(2) 不行為訴訟(狭義) VGG 第三五条第二項は「抗告訴訟は、申請者がその職務行為の行為に対して権利を有すると主張するときは、或申請された職務行為の不行為に対しても許される。官庁が職務行為の申請を充分な理由なく決定しないときは不行為と見做される。不行為はこの場合拒否と同じく見なければならぬ」、又同じく第七九条第五項は「裁判所が申請された職務行為の不行為に対する抗告訴訟(第三五条第二項)を正当とみとめるときは、申請に対して決定を為すべき行政庁の義務を宣言する。第三項が準用される」と規定する。MRVO 165 に於ける規定については、拒否異議訴訟に於て記した通りである。

VGGは「不行為は拒否と同じく見なければならぬ」と規定しているが、バッハーフによれば、これは官庁の不行為が拒否処分と擬制されるのではない。拒否についてのみ取消が行われるが、不行為については取消は行われぬ。判決の書き方が異なる。申請が充分の理由なくして決定されなかつたときに不行為があるとみなされる。ヘッセン、ブレーメン及びバイエルンでは「相当の期間内に」„angemessene Frist“ という言葉を補足しているが、このような文言をもたないヴェルテンベルグ、バーデンにおいても当然同じ趣旨である。MRVO 165 は二箇月の固定期間を定めていて、申請がこの期間に決定されないと、不行為があつたと見做される。その他の点では、拒否異議訴訟

と不行為訴訟とは殆んど異なるところがない。

(3) 不行為訴訟(広義)の性質 すべてこの訴訟は、その求められる判決の内容に従つて三つのグループに分類される。即ち確認判決、給付判決、形成判決である。民事訴訟に於けるこの分類は、行政訴訟についても同じである。これらの分類に従つて、不行為訴訟はどの形式の訴訟と考えられているであろうか。以下パツハオーフに従つてこの訴訟の性質をみてみよう。<sup>(10)</sup>

不行為訴訟の中、拒否異議の訴は、拒否する行政行為を攻撃するものであるから、形成訴訟であり、拒否が違法であれば取消されるから、その判決は消極的形成判決である。しかし取消が真の目的でなく、法的形式が本質的なものでなく、その訴でもつて義務の宣言を求めることの第二次的結果にすぎないといえるから、拒否異議の訴も訴の本質は狭義の不行為訴訟と異なるものではない。

狭義の不行為訴訟に於ては、訴にもとづいていかなる行政行為も取消されるものでなく、何物も形成されるものではない。VGG(前掲七九条三項)、MRVO<sup>165</sup>(前掲七五条三項)において、法律の文言は慎重で「義務を宣言する」となっているけれども、これは、その宣言が確認をあらわすという意味ではない。確認訴訟は、広義の不行為訴訟の他に、これと並んで認められて居り、VGGに於ては、別の手続、即ち当事者訴訟手続によることになっているので、義務の宣言は給付判決と考えられる。

従前の法によつても、限られた範囲においてはであるが、給付判決がなされ得たのであり、新法は従前の行政裁判による法的救済を制限することを目的とするものでなく、むしろこれを拡張するものであり、従前の範囲における給付判決は相変らず認められることとしなければならず、これに対しても、VGG第七九条第三項及び第五項または、

MRVO 165 第七五條第三項の規定のみが適用されるのであるから「義務の宣言」であつても、履行命令が表現されるところという結論が引き出されねばならない。もつとも判決の文言は同じ言葉を用いる必要はなく、行政裁判官は事情に応じた文字を用いて差支えなく、行政裁判の実際においても、「命ずる」、「wird verurteilt」、「おこなわねばならぬ」、「hat vorzunehmen」または単に「義務づけられている」、「ist verpflichtet」など種々の表現が見られる。

しかしここで給付判決の概念が明かでなければならぬ。給付判決には履行命令が附随する。之に反して、執行力は給付判決の本質ではない。というのは執行出来ない給付判決もある。例えば独民事訴訟法第八八八條第二項、第八九四條等<sup>(11)</sup>である。確かに執行出来ない給付判決は単なる確認判決に非常に似てくる。履行命令が附随するにもかかわらず、給付判決も亦その本質はなお判決である。何故ならそれは結局、何が法たるかを宣言するにすぎないからである。<sup>(12)</sup>

〔註〕

(1) Bachof: a. a. O. Vorwort, S. VII.

(2) Bachof: a. a. O., S. 15.

(3) 職務行為の概念。職務行為の概念そのものは官憲的な個別的事件の規制のために行われる意思表示にかぎるべきでない。ドイツ公務員法第五條及び第七條にいう職務行為は、命令、勤務上の内部的指図、非権力的行為、及び職務の範囲内で、私法上の行為をふくみ、民法第八三九條の公務員の第三者に対する職務義務は、公権力の行使のみならず民事法上の行為を含む。

しかしVGGにいう職務行為はその様な広義のものではない。その拒否が所謂行政行為を為すような職務行為のみが第三五條(即ち不行為訴訟)の適用をうける。又同じ第八五條が、公法上の争訟は当事者訴訟手続に留保され、対等の地位は「双方の法主体による権利の主張又は拒否がその権利に関する拘束力ある決定を含むものでないとき」存すると規定する故に、その拒否が主張された権利に対する拘束力ある決定をふくむむごとき職務行為のみが抗告訴訟手続により要求され得るのであり、それ故にそのような行為のみがVGGの意味に於ける「職務行為」である。

(4) VGGと異りMRVO 165 は行政行為 Verwaltungssakt という語を用いている。そしてその第二五條第一項は行政行為の定

義をかかげている。即ち「行政官庁により公法の領域に於て行われるところの、すべての処分、下命、決定またはその他の措置、ただし民事訴訟、刑罰執行をふくむ刑事訴訟、非訟管轄及び非ナチ化手続の領域における行政行為を除く。」第二五条第二項はこれを補充して、「この命令の意味に於ける行政官庁とは、この命令の妥当地域において行政事務を委託されたすべてのドイツの官署であり、その段階または構成のいかんを問わないが、裁判所及び宗教団体の役所を除く」と規定している。ここにいう行政行為の概念は公法上のものであれば非権力的意思表示を含む点で却つてVGGにおけるよりも広い。

- (5) Bachof: a. a. O., S. 8.
- (6) この様な権利については公権のところに於て後述。
- (7) Urteil des Hamb. O. V. G. vom 17. 12. 1930, Entsch. III S. 150 ff., Bachof: a. a. O., S. 3, Anm. (3).
- (8) Menger: a. a. O., S. 196.
- (9) Menger: a. a. O., S. 196 f.
- (10) Bachof: a. a. O., S. 57 f.
- (11) 第八八条第一項は間接強制について規定し、第二項は「この規定は婚姻を為すべき判決の場合、夫婦の同居を命ずる判決の場合、及び雇傭契約に基く労務の給付をすべき判決の場合に之を適用せず」、又、第八九四条は婚姻の意思表示の強制を除外す。
- (12) Bachof: a. a. O., S. 55. 給付判決は裁判所が行政の監督機関として行う職務執行命令ではない。それは行政庁が給付判決を執行しない場合問題となるであろう。それ故我が国で云われる行政庁に義務を命ずることが三権分立に関して問題とならずれば判決に於てでなく、行政庁が判決を執行せぬ場合強制執行が可能か否かの問題としてである。

### 三、不行為訴訟の要件としての権利

今まで不行為訴訟の手続的な面を主として見て来たが最後にその実体的な面、即ちどのような場合官庁が行政裁判所の判決によつて、職務行為を行う義務を有するとすることが出来るか、又どのような職務行為を訴をもつて追及し得るか、ドイツ法及びドイツ法学のこの点の理解を以下検討してみたい。或意味ではこれが最も重要な問題である。これらの問題は、以前から我が国でも論じられている、一方では権利と法の単なる反射的利益の限界設定であり、又他

方官庁の自由裁量との限界設定である。そしてこれらは結局広い意味の公権の問題に帰する。(1)

権利と法の反射とは外面的な特徴によつて区別されるものでないから、公権を識別することは実際上は甚だ困難である。立法者が沈黙しているときは慎重な法律解釈によつて、各法律ごとに、権利が与えられているか否かをしらべなければならぬ。そのための一つの手懸りとして、誰の利益のためにその規範が定められたか、ということの考慮がある。特定の個人的利益の為に定められたものでないならば、その規範は権利を与えるものでない。しかし、その逆は必ずしもたしかでなく、個人的利益の満足のために定められた規範が、単に法の反射を与えるにすぎないことがあるからである。この点に関しては個々の法律規範の解釈のみならず、その法秩序全体における国家と個人の一般的关系、殊に憲法が問題となる。

公権は権利と異なるものでなく、ワルター・イエリネックは、意思主体に、その自己の利益に於て付与されている、公法に属する意思力とする。ヴェルテンベルグ行政法草案(一九三二年)第一〇条の定義は、公権をその機能の方面から表現したものである。即ち「個人の権利(公権を指す)は、個人が、公法により、公権力または第三者に対し、或特定の行為、受忍、または不行為を要求し得るときに存する」と規定している。

公権はその内容上、消極的権利または自由権(国家からの自由に対する権利、公権の違法な干渉の防止に対する権利)、参政権(国籍権、選挙権、地方公共団体の自治行政権)及び積極的権利(個人の利益の為にする国家活動請求権)に分類される。憲法上の基本権は、公権の中の重要な一部を為すものであるが、三種の権利のいずれかに属する。参政権は、法的状態又は身分と呼ばれる前段階に於て、積極的及び消極的権利から区別されるもので、行使の段階に於ては、多数の積極的及び消極的請求権に変化するものである。例えば、選挙権は、選挙妨害防止請求権と選挙

人名簿登録請求権とを生ずる。すべての自由権は、国家から違法の負担を課せられないという唯一の権利に帰着する。<sup>(2)</sup>

実質的利益が意思力の付与によつて保護される範囲の点において、公権は、実体的及び形式的権利にわかれる。当該利益が完全な範囲において保護せられるならば、実体的利益が存する。例えば、或建築出願人が建築警察上の諸規定に適合する或建築をなすについて、許可を受けることの請求権を有しているとし、許可が違法に拒否されるならば、その権利は、官庁活動のこのような違法の結果の故に、傷つけられるのであり、拒否の理由とか、出願審査の手續とかは問題とならない。これに反して、右の建築主の隣人は、多くのドイツ諸ラントの建築法規によれば、違法の建築を防止することに關し、建築許可官庁に対する請求権を有しない。しかし隣人は、原則として、建築出願に關し、聴聞せられ、隣人の聴聞なしに、許可せられるときは、隣人はその手續上の権利を侵害されたことになる。しかし、この権利は、隣地に違法の建築が許可されないことに対する実体的利益を保護するものでなく、ただその手續に参加する利益を保護するものである。隣地者の異議が規定に従つた手續に於て適法に却下されるならば、実体的権利を有しないが故に、その決定を争うことは出来ない。

ビューラーによれば<sup>(3)</sup>、形式的権利と、それが主張される手續によつて追求される利益との關係は、民事訴訟上の権利保護請求権と、実体的権利との關係にひとしい。然しながら、この區別は、公法上の権利については、殊に困難である。公法上においては、形式的権利と、実体的権利とは同一の相手方、即ち国家を有し、一方の種類の権利が他方の種類の権利に影響を及ぼすからである。例えば自動車運転免許の剝奪に対し、抗告訴訟において、官庁の書類を閲覧する権利は、その手續において追及される利益に対する關係においては、單に形式的性質のものである。これに反して、公務員がその身分に關する書類を閲覧する請求権は、既に進行中の手續とは、全く独立して主張され得る。<sup>(4)</sup> 後

の場合においては、書類閲覧そのものが実体的利益をなし、これに向けられる請求権は、実体的権利である。

不行為訴訟について、VGG第三五条第二項は「職務行為の行為に対する権利」„Recht auf Vornahme einer Amtshandlung“<sup>(5)</sup>と云い、又MRVO 165 第二四条は、「行政行為の行為に対する請求権」„Rechtsanspruch auf Vornahme eines Verwaltungsakts“と規定し、これは、この訴訟の要件が権利であることを要し、単なる反射権であつてはならない事を意味する。<sup>(5)</sup> 前述の基本法第一九条第四項に関する解釈によると、法がある職務行為を行うことを、個人の利益の満足のために、強行的に規定しているときは、その法規に適合する官庁の行態を求める意思力が付与され、権利が存在することになる。

不行為訴訟は、積極的行為に向けられたものであるから「積極的権利」„positive subjektive Rechte“を要件とするが、参政権は積極的権利を生じ得るし、消極的権利または自由権もまた、自由の侵害の場合に、侵害排除の積極的権利に転換し得る。

不行為訴訟は、単なる手続的（形式的）権利についても存する。職務行為の行われることを求める請求権中には、単に申請の審査及び決定を求めるのみで、官庁の行動につき、特定の結論を求めるのではない請求権も、ある手続における、聴聞、情報の供与、書類の閲覧に対する請求権とともに含まれる。

権利は、法規が義務者の特定の行態を規定し、その行態が個人的利益の満足に役立つものであり、利益者が義務者によるこの利益の満足を求める意思の力を有するとき存するが、権利の地位には、この三点に関し、強弱の差がある。これをバツハオーフは次の如く分類する。<sup>(6)</sup>



(a) 包括的な積極的権利 法がそのものの利益の満足のために、或官庁の積極的行動を命令し、かつ、官庁に対し、単なる行動のみならず、その者の欲する結果を伴う行動を要求し得る、完全な意思力をその者に付与するときに、権利者の地位は最も強い。これは実体的権利である。法律が、或行為に対する利益者の「請求権」または「権利」、または「要求し得る」と規定するとき、権利の存在は明らかであるが、そのような文言が存せず法律が官庁に対する命令のみを規定しているときにも、実体的権利を肯定すべきことが多い。裁判所が、当該法規の内容全体、沿革、他の法規との関係から、利益者にその様な意思力が与えられるべきか否かを決定する。例えば、自動車交通法《Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. 5. 1905》第一条及び道路交通法《Straßenverkehrs-zulassungsordnung vom 13. 11. 1937》第一〇条は、単に官庁に対する命令を規定するに過ぎないが、法律上の要件がそれであれば、運転免許を受ける権利が存するものとされ、また建築法規に請求権の規定がないにも拘らず、法律に適合する建築について、許可を受ける権利が存するとされた。これは建築法が建築の自由を基礎とし、これを公法上の制限に服せしむるにとどまるからである。

(b) 制限された意思力による制限された権利 法が官庁の行為によるその個人の利益の顧慮を命じ、官庁に対し特定の結果を生ぜしめることを請求し得る権利をそのものに付与するのではないが、聴聞、申立、実体的利益の部分の考慮などのごとき、官庁の手續に対する或影響力を認めるときには、個人の保護は前の場合ほどには強くはない。この影響力の強さの程度に従い、利益者の権限は、完全な実体的権利に接近し、その他の諸権限が加わることによつて、ついには完全な権利となる例がある。これに対するよき例は一九四九年三月八日のバイエルン上級裁判所の判決である。従来の通説は、要保護者の生活保護に対する請求権を否定していたが、この上級裁判所は別の結論に達し

た。要保護者は、生活保護上の住所に関する最初のライヒ法律によれば、権利をもたなかつたが、その後累次の法律改正により、官庁の裁量権が漸次狭められ、ついで全く排除せられ、強行法規がこれに代ることになり、今日は、生活保護の要件及び内容が正確に規定され（一九二四年二月十三日、保護義務に関するライヒ命令第六条第一項、ライヒ基準及び通牒）、要保護者は生活保護の拒否及び種類、金額の決定に対する訴願権により、「その請求権を、或程度、法的手続において追求する力が認められた」のであり、バイエルン憲法第三条第一項（バイエルンは法治文化社会国家である）及び第一六八条第三項（労働に堪えず、または仲介せられ得ない、すべてのバイエルン住民は、生活保護を求める権利を有する）により、結局、保護給付に対する権利が存するとした<sup>(7)</sup>。これに反して、ヘッセン上級行政裁判所は、ヘッセン憲法第二八条第三項前段（第三項「責なく失業した者は、自己及びその扶養親族の為に必要な生活費に対する請求権を有する。法律が失業保険を規定する」）にも拘らず、これを単なるプログラム規定として生活保護権を否定した。

(c) 官庁に裁量権の存する場合 個人の利益保護は、法が、その者の利益の満足のために、官庁の行為を規定しているが、官庁に行為の義務を負わせず、その決定を官庁の裁量に委ねるということによつて、制限され得る。裁量の範囲には広狭があり、官庁の行為を求める権利は全く、または或範囲に於て除外される。官庁の裁量の存否はしばしば問題となる。殊に営業免許について、需要の判断が裁量の問題であるか否かが争われた。生活保護に関しても、強行法規と裁量との限界が流動的で、累次の規定により、官庁の裁量が漸次制限され、ついに排除されるにいたつたことは、バイエルン上級裁判所の前掲の判決が示すところである。官庁の自由裁量を承認すべき場合に於ても、利益を有する者は、裁量の瑕疵なき行使を求める形式的権利を有する。しかのみならず、或法規によつて認められた裁量

は、更に他の法規、殊に平等の原則により、狭められ、利益者は、同様の事情にある他の者と平等の取扱を受ける権利を有する。形式的諸権利の結合により、実体的利益の保護が強められ、官庁がその利益を満足せしめるべき一義的強制が生じ、実体的権利の発生を見ることもある。また或個別的事件の具体的諸事情が、官庁の抽象的裁量権を排し、利益者に意思力の付与があることを前提として、結局、ここにも実体的権利が成立することもある。例えば、ハンブルグ上級行政裁判所は、或職務行為のおこなわれることを求める訴は原則としてこれに対応する権利にのみ基くことが出来るが、裁量的決定における原告は、なんらかの裁決あることを求め得るだけで自己に有利な特定の裁決を求めることは出来ないといひ、続けて「このことは(自己に有利な裁決を求めることが出来ぬこと)、情況が原告のために有利な決定を要求し、官庁が実際に行つた決定ならびにその他のすべての決定を、裁量権の濫用または踰越と見られるものたらしめる様な特殊の事情がある場合にのみ、存し得る<sup>(8)</sup>」とした。

以上が主としてバツハオーフの所論であるが、この公権の觀念に対しては種々細部では相反する学説、判例があり、甚だ複雑である。公権の問題は重要な問題であるが、しかし、ここでは、公権を詳しく論ずることが目的ではない。公権の詳しい問題の研究は別にして、ここでは、米・フランス行政法と比較して、ドイツに於ける特色ある行政法(公法)の理解の大体の傾向は明らかになつたと思われる。

## 【註】

- (1) 公法に於て古くから公権の觀念程不確定甚だしきものはない。ドイツに於てゲルネルはその著「Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht」3. Aufl., § 11 に於てその存在に疑をもつていた。ラバンテ、オットマイヤーは非常に制限した範圍に於てこれを認めた(Laband: Staatsrecht des deutschen Reiches, 4. Aufl. S. 137 ff.; O. Mayer: Theorie des französischen Verwaltungsrechts, S. 157 f.)。

これに反してゲ・イェリネックは System der subjektiven öffentlichen Rechte に於て公法全般に亘つて、この概念を認め、オートマール・ビューラーも広へこの概念を分析した (Die subjektiven öffentlichen Rechte)。しかしここでは公権を細かく論ずることは出来ない。簡単に不行為訴訟の要件としての権利として見てみたいと思う。

- (2) 公権のこの概念については G. Jellinek: System des subjektiven öffentlichen Recht. 参照。特に Besondere Teil, VIII (S. 94—114), IX (S. 114—135), X (S. 147—187)。
- (3) O. Bühler: Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 161.
- (4) Hess. V G H vom 2. 9. 1949, DV 1949, S. 658.
- (5) Bayer. V G H vom 7. 3. 1947. (Entsch. N. F. 1 S. 1 ff.)
- (6) Bachof: a. a. O., S. 89 ff.
- (7) Bachof は「この判決は無条件に是認すべきである。これのみが憲法が特に明白に反対の規定を為している場合を除いて、憲法は法社会の意思の最も強き表現として、単にプログラム規定ではなく、直接妥当する法と見做されねばならないという法治国的要求に合致する」という。a. a. O., S. 90 f.
- (8) Urteil vom 26. 7. 1948, D V 1949, S. 23.

## 六 む す び

最後に今一度、我が国の学説判例に立帰つて、これらを以上の諸外国の制度、学説等と比較して検討してみたいと思ふ。

その前に、先ず、行政の不行為に対する司法的救済制度は、同じ行政の不行為に対する救済を目的としながら、各国、その法的構成を異にしている故に、これを前述した各国の制度によつて簡単に比較してみたいと思ふ。

先ず行政の不行為に対する司法的救済制度に関連して、行政法の理解そのものが、仏・独に於ては対照的な形を為

している。前に少しく述べたように、フランス行政法に於ては、行政法が一義的にある行為を規定している場合でも、その法が、行政庁に対して、ある行為を為すべき義務を課し、それに対応する国民の権利なるものを設定しているとは考えていない。或は、少くとも、そのような理解の仕方が甚だ稀薄である。即ち、フランスに於ては、行政法は原則として、手続規定として理解されているようである。この事から、国民は、行政庁に対しては、ただ、行政の法律適合性に対する権利のみしか有していない事になる。それ故、ここでは、国民はただ違法な行為の取消を請求し得るのみで、積極的に行政庁にある行為を為すべきことを請求することは許されない。かくして行政の不行為は違法な行政の沈黙としてとらえられ、沈黙が拒否と擬制され、その拒否が取消されるといふ形をとる。<sup>(1)</sup>

これに対照的なのはドイツである。公法に於ける公権の觀念の發達しているドイツに於ては、行政法が一義的に行政にある行為を規定しているときには(又時には広く、自由裁量の存する時でも(八八頁参照)、国民は国家に対して、その行為を要求する権利があるとす。<sup>(2)</sup>しかし、ドイツに於ても、これは直ちに、公法上の権利義務に関する争いとして、当事者訴訟とはされなかつた。この場合、行政の不行為による権利侵害があるとされ、明示の拒否処分があつたときと同じ手続によつて、抗告訴訟が為される。ドイツに於ける不行為訴訟がこのような形をとつたのは——ハオーフが、この場合、不行為は拒否と擬制されるものではないと否定しているにも拘らず(七九頁参照)——不行為が、結果的には明示の拒否と全く同じであり、この両者が類似のものとして理解されているからと考えられる。しかし、国家に対する請求権という、公権の觀念を広く認めるドイツでは、判決は、フランスと異り積極的であり、行政の義務の宣言が為される。しかし、それは、執行命令としてでなく、あくまで法の宣言としてである。<sup>(3)</sup>

この両者に比して米法は又、稍異なる。ドイツと似て、行政に対して一義的にある行為を為すべきことを法律が規定

している場合、行政庁の行為すべき義務を認めるけれども、訴訟に於ては、(国民の)権利、(行政庁の)義務なる明確な観念をとらない。このように、ある行為が行政庁にある行為を為すべきことを定めている場合、更に広くは、行政庁に自由裁量の存せぬ場合、この争訟は法律問題である。従つて、裁判所は、これを司法的に審査し得るとなすのである。

我が国に於て、行政庁に対して、義務を履行すべきことを命ずる判決を為し得ないのは、わが法制では、原則として、英米のマンデイマス訴訟を採用していないからであると言われることがある。<sup>(4)</sup>成程、マンデイマス手続がイギリスに於て発生した当初は、顯著に特殊な性格を有していた。従つて、今日でも、マンデイマスに於て、当事者(被告)が当該官吏であること、又判決が職務執行命令という形で為されることなどの特殊な訴訟形式は、その固有な歴史的発展をみてのみ理解されることであり、普遍的なものでない。しかし、最も重要なこと、即ち、一定の条件の下に於て、裁判所は、行政の行為すべき義務が存することを司法的に審査し得るか否かという点は、米国に於ても、三権分立の原則との関係で充分論じられたのであり、義務が一義的に規定されている場合、即ち、行政の自由裁量の存しない場合は、それは法律問題として、審査され得るといふ原則が建てられたということが最も注意されねばならない。

次に、我が国の学説、判例との比較をしてみよう。「最初に掲げた様に、我が国の判例及び学説は、行政庁に対して、行為を為すべきことを命ずることの不可能な理由として、種々の理由を挙げている。

まず第一に、行政の不行為については、「行政処分<sup>の</sup>現に存することが必要であり、これを欠くときは、権利保護の利益がない」(静岡地裁、前号一六五頁参照)といい、或は又、「抽象的な法規上の義務の存否について争いが存するにすぎず」(東京地裁、同一六五頁参照)といい、更に又かかる場合、「訴の利益がない」(田中教授、同一六七頁参照)等と

いわれている。しかし、この点については、米、独に於ては勿論、フランスに於てさえも、アルツールが述べている様に、「このような不行為は争訟となる為に、充分な法律上の損害である」と考えられて居り、實際、このような場合、訴の利益がないとは到底考えられない。

次に「行政処分をするかどうかは、行政庁の裁量に属することであるから許されない」（東京地裁、同一六四頁参照）、或は「行政処分の要件については、一義的な規定を設けている場合でも、これに該当する事実認定については、裁量の余地がある」（田上教授、同一六六頁参照）、又「行政処分を為すと否とは、原則として、行政庁の裁量に属する」（田中教授、同一六六頁参照）といわれている。これらの趣旨は必ずしも明確ではないが、これらの説明の中に潜在的にフランスに於て理解されている如く、行政法規は原則として、手続規定であるという観念が存在するとすれば、或点に於て、正当である。しかし、我が国に於て行政法規をそのように理解することが正当であるかどうかは、又、別に考察されねばならない（後述）。

最後に、拒否処分に対する判決をも含めて、行政庁に対して、或行為を為すべきことを命ずる判決を為すことは、憲法の三権分立に反するから許されないという判例並びに学説がある（同一六四・一六七頁）。もしこの説が、行政法を原則として手続規定と理解するという前提の下に述べられているとすれば、ラフェリエールの言う如く（同一九〇頁註(7)参照）正当なものを含んでいる。しかし行政庁に対して、給付判決をなすことは、即ち三権分立に反すると考えられているとすれば、司法作用そのものの著しい誤解である。<sup>(5)</sup>

裁判所が、行政庁の監督機関として、行政庁の行為を審査し、その結果、直接に職務執行命令として、行政庁にある行為を命ずる場合がある。例えば、地方自治法第一四六条の国の機関としての地方公共団体の長の職務違反に対する

執行命令に関する裁判、地方自治法第二四三条の二により、地方公共団体の長、その他の職員のなす財産に関する不正行為の禁止又は制限を請求する住民の訴訟の場合である。これらの場合、その結果直接に職務執行命令が発せられることになり、それ故、これらの訴訟は特別の規定がないかぎり許されないであろう。しかし、法律の解釈の結果、法律が行政庁にある行為をなすべきことを規定していると裁判所が解釈した場合、裁判所が、法の宣言としてある行為を為すべき義務があると宣言するかぎり、裁判所による行政権の侵害になるとは思われない。ただ裁判所が、行政庁にある行為を為すべき義務があると宣言したにも拘らず、行政庁がその義務を履行しない場合が問題となる。その時に、裁判所が強制執行として執行命令を出し得るか否か、これが三権分立との関係に於て考えられねばならない。今まで、行政訴訟、特に抗告訴訟は殆んど消極的形成訴訟とされて来た。しかし、行政訴訟を形成判決にかぎらねばならない理由は殆んど見当らない。行政訴訟に於ても、必要があれば給付判決を認め、そして、その判決と、執行を分離して考えることは不可能ではない。

このようにして、最後に、我が国に行政庁の行為を命ずることの訴訟が許されるか否かの問題として、我が国に於て、行政法規そのものが如何に理解されるかの問題が残る。

この点については、今まで見て来た通り、米、独に於ては、一定の条件の下に、行政法規の中のあるものは、行政庁に対して、国民のために、行為を為すべき義務を課していると考えられている。特に、ドイツに於ては、行政のこの意義に対応する国民の権利、即ち公権の觀念まで認められている。これに反して、フランスに於ては、一般に、行政訴訟特に抗告訴訟は、行政の法律適合性に対する国民の権利としてのみ認められている。

これらの中、我が国の公法がいずれの立場をとるか、これは公法全体に亘る重大な問題で、軽々しくは決定出来な



い。バツハオーフが述べているように「この点に関しては、個々の法律規範の解釈のみならず、その法秩序全体に於ける国家と個人の一般的関係、殊に憲法が問題となる。」<sup>(6)</sup>

しかし、我が国に於けるこの様な問題の解釈に一つの手懸を与えるものがある。それは、旧行政裁判所における違法な拒否処分に対する判決である。この場合、最初に掲げた判例から明かな如く、拒否処分を取消すと同時に、積極的行為を命ずる判決が為されていた。これに対しては、今日、このように旧行政裁判所が積極的に行為を命ずる判決をなし得たのは、同裁判所が、行政権に属する、行政の監督機関であつたからであると説明されている(田中教授、行政訴訟の法理、一〇八頁参照)。しかし、旧行政裁判所当時於て、必ずしもそう理解されていたとは考えられず、却つて、これは、公権の觀念が認められていたが故であると解することを正当と判断せしめられる学説がある。即ち、美濃部博士は次の如く述べて居られる。

「特定の行政行為を要求する権利 或行政行為を為すと否とが行政権の自由裁量に任されている場合には、假令、人民の側から其の行政行為を出願することを得せしめていても、それは単純な願であつて、権利としての要求ではない。従つて、又、此の場合には、其の出願が拒否せられても権利を毀損するものであり得ない。これに反して、法令が一定の要件の下に、個人の利益のために、特定の行為を為すことを、行政権の義務として拘束している場合には、其の要件を具備した者は、其の行政行為を要求する権利を有するもので、この場合に於ける出願は権利としての要求たる性質を有する。この場合に於ては、行政庁は唯その要件が備わつてゐるや否やを審査し得るのみで、それが具備している限りは、当然其の出願に応じて其の行政行為を為すべき拘束を受ける。行政行為を要求する権利は、例えば許可を受ける権利、特許を求める権利、行政上の登録を求める権利、公の試験を受ける権利、公文書の閲覧を求

め、又は其の謄本の下付を求むる権利など挙げる事が出来る」と。<sup>(7)</sup>

かくして、我が国に於ては、ドイツに於ける如き公権の観念は、全く新しきものではなく、旧憲法下に於ても既に存したものである。しかも、新憲法は、国民の権利の保護及びその助長に關しては、旧憲法より数段進歩したものであつても、決して退歩したものではない。このように考えるとき、旧憲法下に存した公権の観念を、今日否定し去ることは決して妥当ではない。

最後に、もし、公権の観念を認めるのに更に慎重であらねばならないとしても、米法に於ける如く、行政庁に一義的に義務を為すべきことを法律が規定している場合、少くとも法律問題、即ち、裁判所法第三条にいう、「法律上の争訟」として、裁判所によつて取上げられるべき問題ではあるまいかと考えられる。

しかし、このような訴訟が認められるとすれば、抗告訴訟とすべきか、当事者訴訟とすべきか、或は又、一方の当事者は、国家か当該行政官庁か、更に行政庁が判決に従わない場合裁判所による執行命令が為さるべきか否かの問題が残る。そして、このような問題、特に前二者の問題が明確にされねば、この種の訴訟は直ちに取上げられることは出来ぬかも知れぬが、少くも、我が国の判例、学説は再検討の余地が存する。

〔註〕

(1) しかしこのように、行政の不行為を沈黙として救済することについても、フランスに於ては、反対の学説がある。即ち、前掲(前号一九〇頁註(7))、ラフェリエールの見解である。これは、行政法規を徹底して、手続規定と理解しようとするがためであるように考えられる。

(2) イエリネックは公法によつて構成保護せられる国民の利益を、反射的利益と権利に分け、直接に、国民個人の利益を目的として制定された法律は、行政に対する国民の請求権を与えるものとした。(G. Jelinek: System der subjektiven Rechte, Ss.

67 ff. u. SS. 114 ff.)。しかし、この請求権が如何に保護せられ、又如何に実現せられるかということについては、当時の公法に於ける訴訟的救済制度の不備もあつてか、単に、請願又は訴願がその権利の保護、実現手段であるとしたにすぎなかつた(Jellinek: a. a. O., SS. 128 ff.)。従つて現在から見ればこの様な保護、実現手段しか与えられていないものが「権利」といい得たかは疑問であるが、この様な公権の觀念が、戦後のドイツに於て、一般条項の採用により、形式的にも、実質的にも、「権利」として実現され得るものとなつたと考えられる。

- (3) Bachof: a. a. O., S. 55.
- (4) 田上穰治「司法権に対する行政権の独立」公法研究第八号一〇四頁。高知地裁二四年一〇月三日判決。
- (5) 浅賀栄「行政訴訟の諸問題」二七頁以下参照。
- (6) Bachof: a. a. O., S. 64.
- (7) 美濃部達吉「日本行政法」上巻、一二六頁—一二七頁。上掲書にはここに引用した以上に公権について詳しい説明がある。