



行政の不行為に対する司法的救済

| | |
|-------|--|
| 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 | https://doi.org/10.24729/00002448 |

行政の不行為に対する司法的救済

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（以上本号）
- 五 西ドイツに於ける行政の不行為に対する司法的救済（以下後号）
- 六 むすび

序 説

今日國民の生活は、多方面に互つて國家機關の活動に依存しなければならなくなつてゐる。國家機關の活動はあらゆる分野に於て強く要望される。しかも國家機關は國家目的遂行の為に法規に従つて活動する。しかし適法なる國家機關の活動はその反面必ず違法なる「不行為」の可能性を有するものであり、國家機關が何等かの事由によつてその活動をなさないという事實は、常に存在する。特に我々の日常生活に於て屢々經驗されるのは、行政官庁の怠慢や責

行政の不行為に対する司法的救済

任回避である。この様な事例は、判例集に見る多くのこの種の訴の提起を見ても知り得る所である。

従来はこの様な国家に対する行為を為す事の請求は、請願時には訴願という形に於てのみ認められて来た。しかし我が国に於ては戦後、一切の法律上の争訟が裁判所に訴え得るものとされる様になつた。この様な制度の下に於て、この種の国家に対する行為を為す事の請求に関する司法的審査は認められぬものであろうか。これに対する我が国の学説判例の態度は甚だ消極的である。

米国に於ては、早くからマンデイマスによつてかかる事態に対して最終的な司法的救済が与えられている事は周知の事である。又フランスに於ても一九〇〇年七月十七日の法律第三条に於て、行政の沈黙に拒否と同様な意味を擬制する事によつて、実質的に行政の不行為に対する司法的救済が与えられて居り、又戦後西独に於ても、義務訴訟或は不行為訴訟として、行政官庁の拒否処分或は全くの不行為に対して司法的救済が与えられている。

以上の様な諸外国の例に照らして、独り我が国のみが消極的な態度をとるのは如何なる理由によるものであろうか。単に制度上の欠陥のみによるものであろうか。以下我が国の判例及び各国の制度を検討してこの点を明らかにしてみたいと思う。

成が国の学説及び判例

一、旧行政裁判所法時代に於ける学説及び判例

旧憲法下に於ける行政裁判訴訟は、行政部に属する独立の機関に於て、正式の手續を以つて行つて、行政事件に関する争訟とされていた。この当時の行政裁判所は、国家権力を権力分立の立場から、立法、司法、行政、に分けて、こ

ここでは行政裁判所は行政権に属する機関であると考えられていた。現行制度と比較してこれが第一の特徴であるが、今一つの特徴は、行政訴訟事項が列記主義によるものであり、行政裁判所に提起し得るものは法律により定められているものに限られていた。即ち、(イ)一般法の規定によるもので「行政ノ違法処分ニ関スル行政裁判ノ件」と題する法律（明治三三年法律一〇六号）に依り列挙された五種の事件。(ロ)個々の法律の規定により特に行政裁判所に訴えられると規定されているもの、である。

この中、行政庁の拒否及び不行為について明示的に規定しているのは、法律第一〇六号に於て、拒否処分に関して、「営業免許の拒否又は取消に関する事件」と唯一つ規定しているのみで、不行為については何等規定する所がない。

実際に判例に於ては、行政庁の拒否処分については、厳格な列挙主義による限られた範囲に於てのみ違法な拒否処分を取消し、行政庁に新たな行政処分を命ずる判決を為し、不行為については、一貫して消極的な態度がとられて来た。これらを判例について見ると、

先ず違法な拒否処分については、漁業免許請求の訴について、

「原告カ大正四年二月五日ヲ以テ被告ニ対シ為シタル神奈川県某地先ニ於ケル定置漁業鮪大謀綱免許出願ニ対シ被告カ同年四月十六日付ヲ以テ為シタル拒否処分ハ之ヲ取消ス被告ハ原告ノ該出願ヲ許可スヘシ」（大正五、三、二八判決、行政判決録廿七輯一八二頁）

営業免許拒否取消の訴について、

「被告カ大正七年二月十日附原告ノ毒物劇物製造販売許可願ニ対シ与ヘタル同年四月九日付ノ拒否処分ヲ取消ス被

告ハ原告ニ対シ粗製沃度製造販売ノ許可ヲ為スヘシ」(大正七、七、四判決、行判決録廿九輯六一頁)
又鉱業不許可処分取消請求の訴について、

「被告カ原告ニ対シ為シタル大正七年九月二十七日附東鉱七年第三五八五号石炭試掘出願不許可処分ハ之ヲ取消ス
被告ハ大正七年六月十七日付原告ノ出願ヲ許可スヘシ」(行政裁判判決録、第三十六輯、七一七頁)

以上は被告の請求を認め、拒否処分を違法なものとして新たな処分を命じた判例であるが、これに反して同じく拒否処分を違法なものとして取消す事を求めた訴を不適法としたものについては、
工事竣工期限伸長の不許可に對する訴について、

「輕便鐵道ニ依ル鐵道敷設ニ付テ、内閣總理大臣ノ指定シタル竣工期限伸長ノ認可申請ヲ排斥スル処分ハ鐵道營業
ノ免許ヲ拒否スルモノニ非ス之ニ對シ行政訴訟ヲ許可シタル法令ノ規定ナシ」(大正八、一一、一二、行美濃部公
法判例大系上、五七〇頁)

同種の訴につき、

「電氣事業開始期伸長ノ不許可ニ對シテハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ス」(大正十四、九、五、行、同右)
又診療所開設不許可処分の訴につき、

「醫師法四条ノ二ノ許可ハ營業ノ免許ト謂フヲ得ス」(昭和十、三、二〇判決、行判決録四十六輯一五一頁)
以上の判例から、旧行政裁判所法時代に於ては、行政庁の拒否処分に対する訴は、明治二十三年法律第六号に所謂
營業免許の拒否に関する場合、その他特別法例えば鉱業法(八十九条)漁業法(五十五条)等に於て特に規定されて
いる場合に限つて出訴が認められて居た。そして被告の請求が認容された場合は、拒否処分の取消と同時に、適法な

処分を為すべき事を行政庁に命ずる判決が為されていたという事が出来る。

次に行政庁の不行為に対して処分を求める訴については、学説判例共に行政訴訟を提起するには、先ず行政庁の処分がなければならぬという事が疑問の余地なき事とされていた。これに関する判例についてみると、官民有地の境界査定処分を求める訴について、

「国有林及民有林ノ境界査定ヲ為スヘシトノ訴ハ法律勅令中出訴ヲ許シタル条規ナキヲ以テ受理スルノ限ニ在ラス」(大元、一一、一八、行、美濃部、公法判例大系、六二六頁)

又「一定ノ土地カ登記簿備付ノ土地台帳ニハ官有地トシテ掲ケアルモ、税務署並ニ村役場備付ノ土地台帳ニハ原告所有地トシテ掲ケアリテ官民有ノ区分明ナラサルカ故ニ右官民有地ノ区分ノ査定アランコトヲ求ムト云フカ如キ官民有区分ノ査定ニ関スル行政処分ナキ場合ハ明治二十三年法律第六号第五号ニ包含セス」(大正五、三、一三、行、同右書)

又「境界査定処分ハ大林区署長ニ於テ之ヲ為スノ意思ナキ限り之ヲ為シ得ヘキモノニ非ス、從ツテ其ノ意思ナキニ行政裁判所ニ対シテ境界ノ確定ヲ求ムル如キハ許スヘキ限ニ在ラス」(大正五、五、二四、行、同右書)

右の判例の如く法律に規定されている土地の官民有区分の査定に関する事件についても、その処分を求める訴は認められなかつたのであるから、勿論その他の一般の行政庁の不行為に対して行為を求める訴は全く認められなかつた。例えば、都市計画画受益者負担金を既に納めたものが、もしその益を得る事なく、又その受益の程度が負担金額に達せぬ場合には知事は工事竣工後一年以内にその負担金の全部或は一部を一年以内に返還すべき事が内務省令により規定されているにもかかわらず、返還しなかつたのに対して、右の金額を返還すべき事を求めた訴に対して、

「未夕行政処分ナキニ提起セラレタル行政訴訟ハ不適法ニシテ却下スヘキモノトス」(昭和十四年判決、行判決録五〇輯六一頁)

として却下している。

又学説もすべて一致して行政訴訟提起の要件の一つとして「行政行為の存する事」を掲げている。この事について美濃部博士は次の如く述べて居られる。「行政庁の不行為に対しては行政訴訟を提起することを得ない。行政行為が行われて後に其の行為を違法として出訴する事が出来るのであつて、未だ行政行為の行われない前に其の行為を要求するために出訴することは少くとも現行の我が国法としては許されない。理論上は人民からの出願に対し相当の期間を経て行政庁が何等の措置をも取らず遷延して居る場合は出願の拒絶のあつたものと看做して、これに対して出訴する事を得せしむる事が合理的であるが、それには法律の特別の規定を要し、而して此の如き規定は現行法上存在しないのであるから、行政庁の不行為に対し其の行為を求むるために訴訟を起す途は、全然開かれて居らぬと見るの外はない。」²⁾

以上の如く旧行政裁判所法下の行政訴訟に於ては、法律に定められた事項についてのみ訴訟を許すという厳格な列举主義の故に、拒否処分については、営業許可の拒否、その他法律の特に定められた拒否処分についてのみ訴訟上の救済が与えられていた。不行為については、行政訴訟が認められるのは行政庁の行為が存する事が大前提であるとして、右の如く、この様な訴は制度上認めて居らぬものとして排斥されていた。

(1) 「法律勅令ニ別段の規定アルモノヲ除ク外左ニ掲クル事件ニ付テ行政庁ハ違法処分ニ由リ權利ヲ毀損セラレタリトスル者は行政裁判所に出訴スルコトヲ得……五、土地ノ官民有区分ノ査定ニ関スル事件」

二、新憲法下に於ける学説、判例

新憲法を貫く基本原理の一つとして法治主義の原理を挙げる事が出来る。裁判が法律によつて行われるべきは勿論、行政も亦法律に基き法律に従つて行われなければならない。この原理からすれば、法律に違反する行政に対しては、常に法律の適用を保障する作用が存しなければならない。その作用が新憲法の下においては司法権の権能に属せしめられる様になつた。憲法三十二条に「何人も裁判所において裁判を受ける権利を奪われない」と規定しているのは、すべての法律上の争訟について、それが民事であれ行政事であれ、通常裁判所に出訴し得べき事を示しているものと解すべきである。この事は新憲法は英米法に倣い、行政法規の適用についても、司法権による保障を原則として認めるに至つたものと見るべきで、ここに従来の制度の根本的轉換をもたらしたものといふ。

更に新憲法と同時に施行された裁判所法（昭和二年法五九）第三条には「裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する」ことを規定し、憲法の精神に基き、行政事件もすべて、原則として普通裁判所の管轄に属すべき事を一層明かにした。この事は旧憲法下に於ける如く、単に法律に列挙された事項についてのみ行政訴訟が認められるのではなく、「法律上の争訟」いかえれば、当事者間に於いて法律問題に関して争があり、具体的な法の適用が問題となつてゐる限り、一切裁判所に訴を提起し、審判され得る事になつたのである。

この様な行政訴訟の一大変革の下に、行政庁の拒否処分或は不行為に対する、訴訟上の救済はどの様に変化したであらうか。¹⁾

次にこれらに関する判例を検討してみよう。先ず行政庁の作為を命ずる裁判を求める訴の適否については判例では「裁判所は新たな行政処分を命ずる裁判を為し得ない」(鹿児島地方二三(行)、二七、23・11・30月報一二(183))
又「凡そ行政訴訟に於ては或事件に関し、被告たる行政庁に対し積極的に或行為を為すべき事を命ずる裁判を為すべき事は出来ぬと解する」(盛岡地方二三(行)一〇九、24・7・12月報1111(375))

等ただ漫然と新たな行政処分を命ずる裁判を為し得ないとする判例がある。又

「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、行政庁に対し、行政処分をすべき事を求める訴は許されない」(東京地方二三(行)六三、25・11・15、行政裁判判例集一の一〇(190))

として行政処分を為すべきか否かは自由裁量に属するとしてこれを否定する判例がある。更に又、

「裁判所が行政庁に代りある行政処分をしたと同様の効果を生ずる判決をしたり、行政庁に処分を命じたりする事は、ひつきよう裁判所が行政権を行使しあるいは行政庁を監督する結果となるので三権分立の原則に反するから許されない」(高松高裁二五(ネ)七九、26・1・16高裁民事判例集四の一(1))

「行政庁に作為を命ずる裁判を求める訴訟は、憲法の三権分立の原則上許されないものであり、行政庁に作為を命ずると同様の結果を生ずる様な行政上の確認訴訟もまた行政庁に於て行政処分を求める申立を受理し乍ら漫然日をすごしてなんらの処分をもしないと云う様な特殊例外の場合を除き許されないと解すべきである」(福岡地方二七(行)一六二一、28・3・11・例集四の一〇(270))

等と三権分立を理由に否定するものがある。又、

「行政訴訟は違法な行政処分により権利を侵害された者が、国又は行政庁に対して右処分の取消変更を求める事を

本旨とし、従つて、行政訴訟の提起については、行政処分^の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こととなるから、行政庁^に対していまだ行われ^{ない}行政処分^をすべき事を要求することにひとしい公法上の義務存在確認の訴は許されない」(静岡地方二三(行)二〇、26・9・6・例集二の一〇(219))

「行政庁が行為、不行為を問わず何らの行為をしない間は具体的な個人の権利義務についての紛争は存在せず、単に行政庁の一般的・抽象的な法規上の義務の存否について争いが存し得るにすぎないと考えられるところ、裁判所はかような争いについては裁判権を有するものではないから、外務大臣に対する旅券下付申請に対してなんらの処分がなされない前に右下付義務の確認を求める訴もかような抽象的義務の確認を求める不適法な訴として却下を免れない」(東京地方二八(行)二五、28・9・9・例集四の九(233))

等と行政庁の不行為の間は権利の保護の利益のない故に訴が認められないとし、又かかる場合は単に抽象的義務の確認を求める訴であるから不適法であるとしている。

次に拒否処分或はある行政処分を取消すと同時に、行政庁に対して一定の行為を為すべき事を命ずる訴については如何。行政処分の変更を求める訴の適否について、

「行政処分の変更を求める訴とは、行政処分の一部取消を求める訴の意味であつて、行政庁に対し新たな行政処分(積極的意思表示)を求める訴の提起を許す趣旨ではない」(佐賀地方二三(行)一〇、23・11・1月報七(106))

又「いわゆる変更とは行政処分の一部を取消し、よつてその処分の内容が変更せられる場合を云うのであつて、原処分と異つた特定の処分を裁判所自らがなし、または行政庁に命ずるがごときを云うのでない」(徳島地方二二(行)

三四、23・11・18・月報八(129))

等と消極的である。漁業権免許申請、鉱業権免許申請等の拒否処分についても単に拒否処分を取消すのみにて、旧法時代に於ける如き、新たに行政処分を命ずる事は一切差控えられている。すべて行政庁にある行為を為すべき判決を為す事は蓋し三権分立の原則に反すると云う趣旨である。

これらの点に関しては学説もほぼ判例の主旨と一致する。行政庁の不行為に対して訴訟を認められぬ事を、例えば田上教授は次の如く説明して居られる。「第一に、法律が行政処分の要件について一義的な規定を設ける場合でも、これに該当すべき事実認定については裁量の余地があるのであつて、もし行政処分が単純な法律の執行作用であり、裁量を伴わないものとするれば、その法律的效果は直接に法律の規定によるべく、処分を要しないことになる。すべて行政処分は法規を補充するもので、具体的法規という事が出来る。：第二に、行政庁の法規裁量に属する処分は、自由裁量と異り、その裁量の過誤が司法的審査に服することで、行政庁の自主性が認められないが、行政庁による裁量の行使は裁判所において適法性の推定を受け、その結果行政庁が決定した処分内容を事後に訴訟で争う場合と、行政庁の処分に先だつて裁判所が処分内容を決定する場合は必ずしも同一の結論に達しない。ここに法規裁量の処分についても行政庁のイニシアティブを尊重する必要がある、かかる処分を行うにつき給付訴訟を提起することが権力分立に反するのである。」又田中教授は同じ趣旨を次の如く説明される。「従来の制度の下においては、俸給請求権とか歳費請求権の如きは裁判所に出訴しえないものと考えられていたが、現行制度の下においては、国を相手方として、これを請求し得るものと解すべきであらう。これに反して、行政処分を為すべき旨の請求は、法律上、特に、これを認めている場合は別として、原則として、裁判所に対しては、これを為し得ないものと解する外はない。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からであり、一定の場合に一定の処分をなすべき旨の羈束の存

する場合に於ても、まず行政庁に対しこれを要求し、拒否されてはじめて、それに対する抗告訴訟を提起するのが通例で、直接に、行政処分をなすべき旨の訴を提起する法律上の利益を有しないからである。」

又行政の違法な拒否処分については単にその違法な処分を取消すのみにて、新たに行政処分を為す事を命ずる事が許されないことについても通説は判例と同趣旨である。即ちこれに関して田中教授は又次の如く述べられる。「司法裁判所が、行政事件に関する裁判権を有するに至つたといふのは、三権分立の原則を否定して、司法裁判所が行政権に対する一般的監督権を有するに至つたとか、自ら行政権を行使する行政機関となつた事を意味するものではない。司法裁判所は、司法権の機関として、原則として法の具体的適用を保障するという限定的消極的な機能を有するに止まることは、むしろ当然としなければならぬ。この意味において、前に述べたように、法律に別段の定めのある場合（地方自治法一四六条、二四三条の二）を別として、裁判所に対し新たな行政処分を求める為の訴を提起することを得ず、

又、違法な行政処分の取消又は変更を求める訴についても、その訴の理由あるときは、その処分の取消又は一部取消の意味における処分の変更をなし得るにすぎないと解すべきである。例えば営業免許の拒否に対する不服の訴において、若しその訴に理由があるときは、判決で、その拒否処分の取消をなし得るに止まり、裁判所が自ら行政庁に代つて営業免許をなし、又は、行政庁に対して営業免許をなすべきことを命ずることは許されない。法適用の保障を任務とする裁判所としては、拒否処分が違法なりや否やの判断をなしうるとはいえ、具体的に処分をなすや否やは、権限ある行政庁がその処分をなす時の具体的諸条件を考慮して決すべき問題で、三権分立の趣旨からいつて、これは行政権の判断に専属するものといわねばならぬ」と。而して学説上これと同様の見解をとるものとして、兼子一・行政事件の特質（法律タイムズ通巻一五号一八頁）、同・新行政訴訟の基礎理論（自治研究二四卷一二号一〇頁以下）、熊

野啓五郎・新しい行政訴訟一〇九頁以下、雄川一郎・行政救済の基本原理解（国家六三卷六号五一頁）等を挙げられる。⁵⁾そして「ともかく、司法裁判所は、行政事件に関しては、積極的形成判決乃至は給付判決をなし得ないとするのが、多数の学説・判例の認めるところである」とされる。⁶⁾

以上の様な我が国の学説判例に対して、諸外国のこの問題に関する制度、判例、学説は如何であろうか。以下主として米・仏・独の制度、学説を調べることによつてこの問題を比較検討してみたいと思う。

(1) この変化については以下に述べる如くであるが、それとは別に注意すべきことは旧行政裁判所法時代に於て認められなかつた当事者訴訟即ち行政事件訴訟特例法にいう「公法上の権利関係に関する訴訟」が新制度の下に認められる様になつたことである。従つて旧法時代に於て全く認められなかつた、国家に対するある種の請求が、公法上の権利関係として認められる様になつた。例えば公務員の給与請求権或は議員の歳費請求権である（田中二郎・行政争訟の法理三〇頁、浅賀栄・行政訴訟の諸問題二一一―二二頁）

この様な通説を押しすすめて行くと、ここに問題とする行政の不行為は勿論行政庁が行政処分を行うについて自由裁量をもたないときが当事者訴訟として訴え得るのではないかという疑問が生ずる。事実この様な主張も存在する（山田準次郎・行政事件に於ける司法権の限界」法律論叢二十四卷四号一七頁以下）。しかし通説は、当事者訴訟をここまでおしすすめることには反対である。例えば田上教授は「行政事件訴訟特例法第一条にいわゆる公法上の権利関係の訴訟には、行政処分を行うことを求める給付訴訟、処分を代るべき判決を求める形成訴訟、及び処分を行う義務の存否についての確認訴訟は含まれない」（司法権に対する行政権の独立」公法研究八号一〇七頁）と述べられる。又後に述べる外国の制度に於ても、行政の不行為を当事者訴訟の形式で救済しているものは殆んどない。

しかし当事者訴訟の概念の未だ明白でない我が国に於ては前者の様な給付請求と後者の場合の様な行政の不行為に対する行政処分の請求となどの様に区別するか明白でない。この点は当事者訴訟の問題として別の機会に考察してみたいと思う。

- (2) 司法権に対する行政権の独立（公法研究第八号一〇六頁）
- (3) 行政争訟の法理三〇頁―三一頁

| | | |
|-----|---|-----------|
| (4) | 同 | 一〇九頁—一一〇頁 |
| (5) | 同 | 一一一頁 |
| (6) | 同 | 一一二頁 |

米国に於ける職務行為の不行為に対する司法的救済（マンデイマス）

一 概 説

州及び連邦の各々の裁判管轄に於ては、行政行為のコントロール及び匡正の為に、種々の段階に於て、有効な司法的救済の体系がある。同じ行政行為は、或州に於ては特別法の規定により、或州に於てはサーシオラライ *certiorari* で、或州に於てはマンデイマス *mandamus* で、或州に於てはインジャンクション *injunction* でコントロールされることがある。又一つの州に於てはそれらは互に補足的であり、補充的であつて、サーシオラライが利用出来ぬ時はマンデイマスが、両者が不可能のときはインジャンクションが適当な司法的救済方法であり得る¹⁾。

従つて米国に於て、マンデイマスのみが行政の不行為に対する救済方法であるといひ得ないし、又マンデイマスは行政の不行為に対してのみ発せられるものでもない²⁾。しかし行政の不行為に対しては、主としてマンデイマスによつて救済されるというとはいひ得る。

かくしてマンデイマスは、今日米国に於ては、実質的にも、形式的にも、司法的に、行政の義務履行について審査する行政訴訟手続である。しかし英国に於けるマンデイマス手続の発生当時の機能は、一般に「司法」と理解されるものと稍趣を異にしていた。それ故この手続は今日でも司法的機能として我々には理解し難い点（例えば、裁判所が

行政庁にある行為をなすべき義務があると認められた場合、判決が職務執行命令として為される（を有しているし、又往々誤つた理解を生む原因ともなつてゐる。従つて以下、その由来を簡単に見てみたいと思う。

マンデイマスは最初、団体の行為、或は団体の、もしくは教会の職務に関する紛争を決定するために用いられることもあつたが、その名前が示すように、それは元来、元首からそれに服する国家機関に対して発せられる法上の義務を為すことを要求する命令であつた。ブラックストンはマンデイマスを次の如く定義している。「King's Benchの裁判所から、国王の名に於て発せられる、国王の支配下にある人、団体、或は下級裁判所に向けられる命令であり、そしてそれは、公義務に關係ある、ある特別のことを為すことを要求している命令である」と。又ロード・マンズフィールドはマンデイマスについて *Rex v. Barker* (3 Bur. 1265 (1762)) 事件に於て、「それは裁判官の誤りと、行政官の欠陥から生ずる混乱を避ける為に始められた。それ故、それは法律が如何なる特別の救済方法も設けていないところ、そして又公平と善政が行われるべきところに於て、すべての場合に用いられるべきである」と述べている。

マンデイマスの当初のこの様な機能に対して、その手続方法は次の如くである。最初、令状の申請者からの国王に対する請願が認められると、事件は国王（英国に於ては国王に代つて King's Bench）と、その事件に關係ある官吏との間に成立する。事件が成立すると、申請者から異議を申立てられる対象となつてゐる官吏は職務に忠実であつたという報告書 (return) を国王或は King's Bench に提出しなければならぬ。しかしその職務行為に関する報告書は真実として受入れられる。この結果、この官吏は自らの報告書に基いて審査されるということになる。これは或点に於て、今日侮辱罪訴訟手続に於て行われる慣例に似てゐる。しかし、後には、令状を求めた申請者 (relator) は

報告書の真実性を問題とすることを許される様になつた。しかし、それは報告書を提出した官吏に対する別の訴訟によつてのみ許された⁴⁾。

その後、論理的、必然的な発展の結果として、マンデイマス手続は、報告書の真実を争う訴訟を別個にしていた点に於て、緩和される様になつた。この緩和は、英国に於て、アン九世の法律によつて限定された範囲で、更にウイリヤム四世の法律によつて一般的に為された。

その後、英国裁判官の發達せしめたシステムを受けついで米国に於ては、更にこの傾向を顕著にした。そして現在殆んどどの州に於て見られる様に、マンデイマス手続は、實質的にも、形式的にも、事實問題或は法律問題を審査してマンデイマスを求める権利があるかどうかを決定するという形、即ち普通の民事訴訟と同じ様な形で行われる様に發展した⁵⁾。

- (1) L. Jaffe: *Administrative Law*, P. 490.
- (2) 例えは *United Public Workers V. Mitchie* (330 U. S. 75, 100 (1947)) ではネグロであるが故に政府職員から解雇されたということを訴えてマンデイマスが求められている。
- (3) *Comentaries III*, 110—*Encyclopedia Of The Social Science*, Vol. X. P. 84.
- (4) この手続方法は現在でも猶アメリカの数州に於ては法律となつている。
- (5) *Encyclopedia Of The Social Science*, Vol. X. P. 85.

二、行政庁に義務の履行を命ずる行政訴訟手続としてのマンデイマス¹⁾

米国ではマンデイマスは現在でも猶団体の構成員の権利を強制するために用いる手続として有効であるが、しかしこれは、その機能の中の小さい従属的な部分に過ぎない。現在主に利用されるのは、公的或は私的な利益に係る

行政の不行為に対する司法的救済

て、官庁の行為が要求される場合、法律に従つて官吏の行為を強制することである。²⁾ もし公益に関係があるならば、その手続は、法務総裁又は他の行政官によつても始められる。私的な利益に於てのみ、官庁の行為が要求されている場合は、手続を始めるのは、悩まされている当事者 (the aggrieved party) である。マンデイマスはかくして、例えば、許可、同意、認可がそれを受けるべき権利を有している私人に与えずに置かれた場合の有効な救済方法である。³⁾ この様な場合、官吏が職務行為を誤つた責任上、上司から解任されることによつても、又それが、官吏に対する損害賠償を求める訴訟原因とすることが出来ることによつても、これらはマンデイマス以外の方法によつては救済され得ないからである。

三権分立とマンデイマス⁴⁾ 米国の法律には、明示的に、或は黙示的に行政庁の決定は最終的であり、如何なる裁判所或は他の機関によつても取消され、変更されないと規定している場合がある。司法的審査をこの様に除外することは或は違憲として攻撃されるかも知れない。しかし裁判所は、一方ではその法律の合憲性を認めながら、他方これは裁判所が手続上の合法性を監督する為に、行政機関の管轄或はその違法の行為を司法的に審査するのを除外していないと主張している。⁵⁾ 何故裁判所は立法者が除外していると思われるところまで介入するのであろうか。それは、法律が除外しているのは、行政機関に政策の内容の窮極的な判断を為さしめるということを意図しているのみで、それ以外の何物も、その法律は目的としていないと解釈されているからである。一般に、裁判所は、行政機関の決定を "review" しない。しかし、それにも拘らず、裁判所は、その行政機関が手続上の要求を遵守したかどうかを調査する。⁶⁾ そして更に議論の多い点であるがその行政機関が一体その様な事項を決定する何らかの権限をもつていたかどうかを調査する。行政機関にその権限があるとの条件を明確に判断するのは裁判所である。そしてその判断は、行政機関の

為した行為の目的によつて決定される。或法律には、司法権の介入のすべてを除外している場合がある。しかし、その様な場合でも裁判所は、行政機関はその下に生じた紛争を最終的に決定出来るとは軽々しく考えていない。それ故、司法権 (jurisdiction) の概念は不正確であるけれども、裁判所は、普通には、司法的 (jurisdictional) と主張される問題を決定する権限と義務があると考へている。この様な考への内には、勿論裁判官は、法律の最終的な保障者であり、その故、司法的コントロールは原則である。そしてこの原則は例外を排除するものであるという大前提がある。

この前提は、米國自身の中に於てよりも、英國の憲法の歴史の中に堅くその基礎をもつてゐる。英國に於ては、國王は、形式上行政官と裁判官の権限の拠つてもつて來るところの源であつた。そして現在も尚そうである。それ故、國王は裁判官に、彼の行政が法律を遵守して行わらるべき様に監督することを命ずることが出来た。米國に於ける権限分立の体系の下では、司法部と行政部は同等 coordinate である。それ故司法権に行政をコントロールする権限を有するか否かについて、疑を有してゐた。そして彼等のこの疑問は、いくらかの判例の中に根跡を残してゐる。これは特にマンデイマスの領域に於て顯著である。しかし、全般的に、米國の裁判所、特に州裁判所はいろいろの根拠によつて、それらは、すべての権限に関して、英國裁判所の後継者であると思つてゐる。米國の裁判所は、多くの場合、國王の裁判所であつたアメリカ植民地裁判所をそのまま承継したものであつた。憲法は司法権を裁判所に与えた。しかも、その司法権の内容は、大部分、十八世紀に、英國裁判所の制度に於て作り上げられていた。かくしてアメリカ裁判所は、大權令狀 (Prerogative Writ) を、國王が監督するという形よりも、私人に有効な司法的救済方法として考へることが出来た。

しかし十九世紀の中頃では、尚、マンデイマスに関する事件の或ものに於ては、特に連邦裁判所に於ける事件に於て、マンデイマスを発することは、米国の三権分立の主義と両立しないという考え方に拘泥していた様に思われる。当時ターニー最高裁判所長官がこの様な考えを有していた。

これに反してマーシャル判事は *Marbury v. Madison* 事件⁹⁾に於て、三権分立とマンデイマス令状の關係に言及して、官吏が個人の絶対権に影響する様な或行為を為す様に法律によつて命令されているときはいつでも、裁判所は官吏にその行為を為す様に命ずることが出来ると述べた。しかしマーシャル判事は注意深く次の点を指摘した。即ち、政治的な性格を有する職権の行使、或はその職権の行使に関して自由裁量の存する場合は、それを強制することは出来ない。

この様にしてマンデイマスは、行政庁が行為すべき明かな義務 “clear duty to act” がある場合に発せられるという原則が行われる様になつた。

羈束義務と自由裁量行為 右に述べた様に、マンデイマスは、命令さるべき行為が羈束的であるか、自由裁量の如何なる要素も含んでいないときのみ発せられる。換言すれば、裁判所は「はつきりした法的義務」が存在するときのみ官吏に命令することが出来る。

そこで、「マンデイマスに関して行政法の主要な問題は自由裁量の問題である¹⁰⁾」とさえ云われている様に、マンデイマスが如何なる場合発せられ得るかは、如何なる場合、行政庁の行為が羈束され、行政庁が自由裁量を有しないかの問題である。従つて、次には、羈束裁量と、自由裁量の問題が明らかにされねばならない。

羈束義務と執行行為（裁量行為）の區別は、executive という言葉の意味が、いろいろの事情によつて影響される

複雑な行政の方向を決定する様な行政官庁の機能を表現する、と解して為される場合がある。又行政官庁の決定は、専門知識、便宜、適切さについての官吏のセンスに従つて到達せられるという意味で、自由裁量的であると考えられる場合がある。¹¹⁾ この様な場合、裁判所が決定を命ずるということは、行政的機能を奪うことになるだろう。そしてこれが、マンデイマスが行政の自由裁量をコントロールしないという理由である。

しかし具体的な事件については、この区別は非常に困難である。無制限の自由裁量は私権の上に権限を行使する官吏には殆んど与えられていない。官吏は一つの方法を決定するか、他の方法を決定するか、自由であるけれども、事件を審査し、或決定に進み、えこひいきなしに公正に決定し、法的なすべてのものを考慮に入れなければならない。そしてその自由裁量を適法な裁量に限定することが、官吏の明確な義務である。裁判所は、その自由裁量の中に入らない、他のすべての点を司法的に審査することが出来る。更に自由裁量が、多くの事実の斟酌に基いて決定されたものであつて、それらの事実が争いの余地のない程に明確なものであつたならば、官吏の裁量権は、その事実によつて拘束される。それ故、巧妙な弁論によつて、官吏に対して、裁量に關係のある事実を認めるか、或は拒否するかを強制することが出来る。そこで官吏は自らの裁量権を証拠立てる根拠は拘束されない故、彼自身の裁量の最少限度をなす、或決定的なファクターを機敏に持出して、この裁量権の存在を証拠立てねばならないということとなる。¹²⁾ この様なことから、一見裁量権が存在すると思われたものが、全く裁量権がないということに帰着することが屢々である。殆んどすべての自由裁量の問題は、又、法律問題、即ちある選択の動機となつた要素が、法律に關係あるか否かの問題として取扱われる。裁判所は各々の場合によつて、自由裁量が何であるかを決定する。そしてその決定は法律の解釈或は構造によつてゐる。如何なる権限によつて、裁判所は正当に、敢てこの様な決定を為すことが出来るか、そ

れは米国の憲法及び普通法の伝統の下に、裁判所は、行政行為の合法性を決定する権限、即ち行政行為に関連して「法の支配」"rule of law" を決定すべき権限をもつていると考えられるからである。憲法が司法的審査を保証していないところでさえも、立法者は、普通、普通法の一部として、司法審査の存在を予想している。しかし、一度裁判所が、一つ或はそれ以上の要素が、裁量によつて選択され得ると決定したならば、裁判所はこれらの要素に基いた行政庁の選択には干渉しないであろう。これは、マンデイマスは自由裁量の行為をコントロールする為に存在するのではないという命題の、唯一の重要な意味である。これは、もし法律が官吏に選択を為すべき権限を与えているならば、その選択の範囲内の行為は、法的には、弾劾出来ないということである。しかし、これに対してさえ、裁量の濫用という言葉によつて現わされる例外がある。酪農場の許可について例をとつてみると、許可するかどうかの決定に於て、許可を与える官吏は、その清潔であるかどうかを問題とすることが出来る。しかも、窓ガラスの上のごくわずかの汚点は、不清潔に基く、拒絶の理由とはなり得ない。¹³⁾

マンデイマスについての主要な問題は右に述べた様であるが、最後に、マンデイマスの職務管轄、或は執行等について簡単に述べてみたいと思う。

合衆国の最初の議会に於て、連邦最高裁判所にマンデイマスの第一審管轄権を与えることが試みられたが、裁判所は *Marbury v. Madison* 事件に於て、連邦最高裁判所の第一審管轄権は、もれなく憲法によつて規定されている故に、これは為さるべきでないと言われた。州に於ては、歴史的に、マンデイマスの第一審管轄権は州最高裁判所の裁判権に属している。憲法の規定によつて、それを発すべき権限も、亦屢々最高裁判所に与えられている。巡回裁判所又

は地方裁判所のマンデイマスを発すべき権限は、連邦の法律によつて、それらの裁判所が、裁判権を行使するために必要である場合以外は、保留されている。しかし、これらの裁判所は、マンデイマスを発しないことが、公正に対して重大な欠陥となると考えるときは、その目的のために、インジャンクションを発することが出来る。例えば American School of Magnetic Healing v. McAnnulty に於て、裁判所は、郵便物を配達する様にとのマンデイマスを発する代りに、Postmaster に対して Postmaster general の配達をするなという命令に従うことを禁ずるインジャンクションが発せられた。

裁判所は、時に高官に対して与えられている権能は、自由裁量であるという理由で、司法的コントロールを越えているとして取扱う傾向がある。例えば Decatur v. Paulding の事件に於ける裁判所の見解がそうであつた。¹⁴⁾ 又元首であるが故に、如何なるマンデイマスも大統領に対しては用いられない。更に、一九二〇年の Transportation Act の下に於ける州際通商委員会の同意権は、今日まで殆んどマンデイマスのコントロールから免除されている。しかし、個人の財産に対する連邦の行政権の発達と共に、その救済方法は少くなるより、多くなりがちである。

或る州に於ては、その問題が法律問題のみであるか、事実問題も存するかによつて“peremptory”(強制的)か、alternative(二者択一の)かいずれかの令状を請願、許容するという慣例を守つている。その他の訴訟手続は、一般に、弁論も含んで、民事訴訟に同化されている。事実の審理は、ある州に於ては裁判所によつて、ある州に於ては、陪審員によつて為される。マンデイマスを求めて訴えられる職務行為は羈束的である故、裁判所によつて、全く独立の決定が為される。令状の申請が請願 (Petition) と考えられる州があるが、その様な州では、その許容は政策的な考慮によつて左右される裁判所の自由裁量であるという主義の名残がある。しかし、この自由裁量の行使は、控訴

判所 (appellate courts) によつて審査出来る。

マンデイマスが発せられて、官吏がそれに従わない場合は、法廷侮辱罪として取扱われる。又その官吏は、損害賠償の訴訟に訴えられる。しかしこの責任が行政と司法の間の政治問題となると重大となる。というのは、執行部の長は、官吏を特赦権の行使によつて、法廷侮辱罪から護ることが出来るからである。しかし、それでも、執行部の長は、その官吏を損害賠償の判決から保護することは出来ない。

(1) 米国に於ける行政の義務を命ずる訴訟手続として著しく発達したマンデイマスは、—その手続は英国から継受されたと云われているにも拘らず—却つて英国自身に於ては、米国に於ける程発達しなかつた。それ故、英国に於ける行政の不行為が司法的に救済されることは甚だ稀である。英国に於けるこの種の司法的救済のけんけんをロブソンは近代国家にふさわしくないと次の如く非難している。「英国の執行部には一つの特権が与えられている。それは、市民は執行部に対して彼等の義務を履行するように、法律によつて強制され得るけれども、執行部が社会に対して負うべき積極的義務を履行するように強制すべき有効な法上の手段が欠けていることである。……英国に於ける司法的救済は、この点に於て、実に近代国家に於ける市民の必要に應ずる様に発達するには、著しく不適當であつた。ultra vires (権限踰越の) と natural justice の主義が結びついて、行政に対して市民を司法的に救済するための主な法的手段となつている、現在の不法行為 (torts) に関する法律は二十世紀に於ける個人の権利を保護するためには不適當である」と (Robson : Justice and Administrative Law, P. 440)。しかし英国に於ても公権力の義務に關する觀念が全く存しないわけではない。例えば、次の様な場合、マンデイマスが発せられた事例がある。不明確の病因で死んだ夫の死を理由に年金を未亡人が請求した。年金省は右病氣に關する鑑識を持つために、それを無視した。彼女はそれ故、彼女の請求が、何故保留されているかを知らなかつたので同省に彼女の請求を取扱う様強制するためマンデイマスを裁判所に求めた。その結果その請求が年金省に取上げられることとなつた (cf. A. Denning : Freedom Under The Law, p. 125) しかし米国と比べ、英国に於てマンデイマスが適用されることは非常に稀である。

(2) Encyclopedia Of The Social Science, Vol. X. P. 85.

(3) 同右

- (4) この点は井上博士 L. Jaffe : Administrative Law (P. 491 以下) の見解を参考とした。
- (5) Lowell Woll By-Product co. V. War Contract Price Adj. Board, 192F. 2d 405 (D. C. cir. 1951) ; Air Line Dispatches' Association V. NMB, 189 F. 2d 685 (D. C. cir. 1951) ; Chambers V. Robertson, 183F. 2d 144 (D. C. cir. 1950)
- (6) L. Jaffe 前掲書四九二頁
- (7) 同右 四九二頁
- (8) 5 U. S. 137 (1803)
- (9) しかし尚細部に於て反対の判例もある。後の Kendall V. United States, 12 Peters 524 (1838) と Decatur V. Paulding 14 Peters 497 (1840) の事件に於ては、マンデイマスを発するのに更に用心深かつた。それは Postmaster が計算書を決めることは羈束行為であるという理由でマンデイマスによつてそれを命じた。しかし長々と三権分立について述べマンデマスは議회가 Presidential control に従わない限定された権力を官吏に与えている場合にのみ発することが出来るとした。
- (10) Encyclopedia Of The Social Science, Vol. X. p. 85.
- (11) 同右 (12) 同右
- (13) L. Jaffe 前掲書四九九—五〇〇頁
- (14) 註(9)参照。

フランスに於ける行政の不行為に対する司法的救済

一、フランス行政裁判制度の概観¹⁾

フランスでは通常裁判所は行政作用には全然関与しないし、又行政官吏の行為に関する訴は之を行政裁判所即ち国参事院 (Conseil d' Etat) 及び府県参事院 (Conseil de Prefecture) に於て一切関与するというのがその原則となっている。そしてこの行政裁判所に出訴せられるべき事項は次の原則によつて決定せられる。

第一、法定訴訟事項 (Contentieux par détermination de la loi) 法律がその訴を行政裁判所に提起すべきか、通

行政の不行為に対する司法的救済

常裁判所に提起すべきか明示している場合。

第二、法律に規定なき場合何れの裁判所の権限に属するかを法律は何等規定していない場合は、其の事件が公共事務の処理に関係を有しているものであるならば、行政裁判所へ訴えられる。事件が何れの裁判所に属すべきか分明ならざる場合は、権限裁判所が裁判する。尚法律に規定なき場合にして事実上行政機関の行動であつても、其が公共事務の処理でないもの、例えば行政の私的財産に関する処理又は法律違反或は権利濫用のために、私有財産を侵害した場合の如きは、通常裁判所へ訴求せられる。

これらの事項については、国参事院が事として第一審にして、しかも終審の裁判所として裁判を行う。府県参事院は、主に、官営事業 (*travaux publics*) に関する係争及び直接税及び選挙、国道に関する規則違反及国有財産の売却等についての訴に関して裁判を行うが、これらは必ず法律によつて規定されたものでなければならない。又国参事院はこの府県参事院の控訴審としての裁判権を有する。

行政裁判所即ち国参事院及び府県参事院の訴訟事項は以上の様であるが、その機能—即ち行政の監督機関であるか或は司法機関であるかという点—については如何。国参事院はその歴史的発展をみると、これは明かに行政権の一部として発展して来たのであり、現在も尚往々その様に理解されている。しかも、国参事院は行政事務に関する諮問機関として政府に意見を呈するところの機関としての職務と、行政裁判所としての職務を有する。しかしこの二つの機関は明確に区別しなければならないものである。これらの中、決して一つの機関が、又同一の構成員が異つた職能、即ち諮問に答申したり裁判を行つたりする性質のものとして解してはならないのである。

そこでこの行政裁判所としての国参事院の機能については別に考察されねばならない。この点ド・ラ・ロックはそ

の著 *L' inertie des pouvoirs publics* に於て多くの学説判例を検討した上、次の如く述べている。「行政裁判官の存在は、その特殊な性格によつて彼等が行政に関する行為の適宜の権能を有していると期待せられるかも知れない。しかし行政は、司法官から独立していると全く同じ様に行政裁判官からも独立している」と述べ、「かかる行政裁判官は裁判官であればあるだけ行政官でないとされて居る」又「司法官であれ行政官であれ、行政に対して命令 (*ordres*) を与えることの無力は同じである」と述べている。このことは、フランスの行政裁判所が行政に対して殆んど完全に実質的司法機関としての作用を実現していることを示している。

(1) フランス行政裁判制度については高橋貞三「フランス行政裁判制度について」(公法雑誌二卷二号)及び渡辺宗太郎「行政法に於ける全体と個人」(フランスに於ける行政裁判制度の沿革) 参照、猶この行政裁判制度は一九五三年九月三〇日の政令に於て若干の点に於て重要な改正がなされた。(篠原辰美・「戦後フランス行政裁判制度について」法学論叢六十卷第三号一一六頁以下)しかしここでは新制度に基づく細部、特に後に述べる行政の不行為についてこの制度上の改正によつてどの様な変化があつたか、詳しい資料が手に入らなかつたので従来通りの制度に依ることとした。新しい資料が入り次第改めたいと思う。

(2) *de la Roque* : *L' inertie des pouvoirs publics* p. 391.

(3) *de la Roque* : *op. cit.*, p. 381.

二、行政の拒否処分

フランス法に於ては、行政の違法な拒否処分に対する救済は、我が国の通説・判例と非常に類似している。行政の拒否処分は他のすべての違法な、又は権限踰越の行為と同様に取消訴訟に於て、取消されるのみである。フランスに於ては、行政裁判官の存在は、一見その特殊な性格からして、行政機関に対して適宜な権能を有している様に思われる。しかし前述した如く、行政裁判官と雖も決して行政官ではない。代行権や変更権の如き上級官庁に認められてい

る強力な権限を直接的に有しない。判例はすべて行政裁判官の代行権や変更権を否認している。

それでは、違法な拒否処分を取消されるだけで、積極的な行為を為すべきをことを申請した人民は実質的に如何に救済されるであろうか。¹⁾ そうすると、判決がどの様に執行されるかが重要な問題となつてくる。しかし、行政機関が、悪意や怠慢によつて自らに対して為された判決を執行しない場合に於ても、判例は「国参事院によつて言渡された取消判決の結果として、一定の手段方法を規定することは、国参事院の権限に属せず」という形で表われ、命令を拒否する明確な態度をとる。それ故行政処分は、取消判決の結果、たとえ行政機関の義務が如何に明確になろうとも、その判決により一定の執行を行政機関に課することにはならない。そこで、ここで取上げられるのは移送 (renvoi) の手続である。命令権を認められぬ裁判官は、判決に於て法規に基き、法の原則を鮮明にして、行政機関にその範囲を認めさせるに止まる。判決の執行に関しては、判決の趣旨に適合した方法がとられる様に、当該行政官庁に事件を移送して、行政道徳に訴えるのである。もし行政機関が判決の実現に適した方法をとらなかつた場合は、関係当事者は新たな訴を起し得る。しかしその場合に於ける裁判官の権限も、行政機関がなすべきところを示すのではなく、そのなすべかりしところを非難し得るにすぎない。結局裁判官は、法の欲するところを宣言するに止まり、裁判官の欲するところを宣言し得ないのである。²⁾

ここで、以上の様なフランスに於ける拒否処分に対する取扱いと、ドイツに於けるそれとを比較すると著しい差異のあることを発見する。後に述べる様にドイツに於ては、このような場合、行政庁の義務が明白となつたときは、違法な拒否処分の取消と同時にその義務を宣言しようとする。勿論フランスの行政裁判所が行政に対してある行為を命ずることの判決を為さないのは、三権分立の原則から行政の独立を尊重するからである。しかしドイツに於ても三権

分立の原則が無視されているわけでもないし、又フランス同様、行政裁判所は司法権の一部であるとされている。それでは、この差異は何処から生ずるのであろうか。この点の詳しいことは後に述べるが兩國に於ける行政法の本質の理解が異ると考えられる。即ちフランスに於ては原則として行政法規にたとえ行政庁に一義的にある行為をなすことを定めている場合でも、これによつて人民が国家に対してその行為を為すことを要求し得るとは認めないのである。即ち国民は行政に対しては、「行政の法律適合性」に対する要求しか有していないのであつて、ドイツに於ける如き、行政庁に対する積極的な行為を為すべき請求権などは原則として認められないと考えるからである。

(1) 我が国に於てはこの点について営業免許の拒否処分を例として田中教授は次の如く述べられる。「営業免許の拒否処分を違法として取消す判決があつたときは、行政庁はこの判決に拘束され、同一の事情の下においては免許を為すべき拘束を受けるから結果に於ては（営業の免許を為すべきことを命ずる判決がなされたのと）同一に帰するのが通例である」とされる。（行政訴訟の法理一一〇頁）

(2) de la Roque, op. cit., pp. 395.

三、行政の沈黙

フランスに於ては、行政の不行為は行政の違法な沈黙という形でとらえられる。即ち一定の期間の人民からの申請に対する行政庁の沈黙は拒否と見做され、それが前述の明示の拒否処分があつたときと全く同じ様に行政裁判所に訴えられるのである。しかしこの様なフランスに於ける特有の制度は、フランスに於ける行政裁判制度の歴史的な発展に基づくものである。以下この国に於ける行政の不行為を行政の沈黙という形に於て、主として、ド・ラ・ロツクの前掲書 *L'inertie de pouvoirs publics* によつてその救済制度を見て行きたいと思う。

行政の不行為に対する司法的救済

そこでフランス法に於て、行政の沈黙に対する救済制度を理解するには、まず先行決定の原則の存在と、その意義を知らねばならない。それ故最初にこの原則の意義について述べてみたいと思う。

(一) 先行決定の原則 (*La règle de la décision préalable*) 先行決定は、すべての最終的である司法的な訴訟の前に、行政部が為さねばならない決定である。裁判官は先行決定の不存在の前では、裁判を拒絶することが出来る。しかもこの拒絶は裁判の拒絶にはならない。裁判所は行政部が前以て決定しない問題を受理すべき権能を有しないことにより、その要求を受理出来ないことを証拠立て得るからである。

しかしこの原則は、国、各省、市町村に關係するあらゆる請求のために、国参事院に訴訟を起す場合に於てのみ絶対的である。この決定は当然に係争中の事件について、権限ある官庁によつて為されねばならない。大臣、知事、市長、市町村会といったものが権限官庁である。

先行決定の原則は、司法裁判所が行政事件に権限あるときには要求されない。一般的手続による府県参事院に於ても同様である。しかしながら府県参事院が先行決定に対して規定を設けねばならないときがある。例えば財政問題に關する争訟、或は地方公務員の地位に關する争訟である。

実際にこういう原則は又私法の分野では全く存在しない。又この原則は、国参事院以外の行政裁判所に於ては例外的である故、これが公法の特徴であるということも出来ない。

先行決定のこの変則的な態度は必然的にその必要性を正当化する説明が要求される。しかし学説は必ずしも一致しない。

ラフエリエールはこれについて次の如く説明する。「訴訟を起す為には権利の侵害だけでは充分でない。当該事件

に対して権限ある官庁の明示の決定が為されねばならない。何故なら争いあるところにのみ訴訟が存するからである。¹⁾」この見解は幾分修正はされたが、他の多くの学者によつても採用されている。これらの見解は争いを訴訟手続に結合するための根本的な要件を先行決定の原則の中に認めたのである。争いが二つの意見の対立という事実で既に生じていることを充分承認するが、しかしその事実が行政部によつて受け容れられなければならないということを主張する。従つて、先行決定が仲裁手続とか、初期の訴訟手続とかの協約 (compromis 仲裁契約とかそれに類似の約束で裁判権発生の根拠となつたもの) と同様の方法でもつて、争いと訴訟手続との結合 (liaison) を得させていると説明する。

オーリウー学長の主張は次の様である。「先行決定は一方ではそれ自身では訴訟を形成しない行為に対して、訴訟を拒絶する権能を行政部に対して与える。又他方ではこの原則は行政訴訟は行政部の人ではなくして、行政部の行為に対して為される訴訟であるから、この先行決定が行為として現われる唯一のものである故、この様な理由から、この原則は必要である。結局先行決定は訴訟への行為の傾向を明かにし、この意味で訴訟は執行力のある (exécutoire) 決定をもつてのみ存在出来るのであり、この決定は執行部の機関の行為及び行動という国家による裏付けを意味し、この裏付けなくしては、訴訟は有効に開始されない。²⁾」

しかしこれら先行決定の原則の積極的な意義を説明しその存在理由を主張する見解に対して、この原則の意義を否定し、少くともその積極的な意義を疑う学説がある。例えばド・ラ・ロツク、ボナール学長等³⁾。しかしこの先行決定の原則はこれらの人々の非難にも拘らず、尚屢々立法者によつて強制される。従つて現在に於ては、この原則を完全に否定することは許されない。これら先行決定の原則の積極的な意義に疑問を抱く人々によつても次のことは認めら

れねばならない。「先行決定の原則は勸解 (conciliation) の前提条件の役割を為している。勿論その役割の為に先行決定の原則が設けられたのではないが、その役割が先行決定の *raison d'etre* になつてゐる。」⁴⁾

(二) 行政の拒絶 (行政の不行為)

一九〇〇年七月十七日の法律⁵⁾が發布せられぬ以前は、實際は国民は行政部の沈黙の前に救済手段を持たなかつた。もし行政部が要求に応じていたならば何事も生じないし、又行政部が請求を不当と考える様な拒絶を為すことによつて、その請求に答えたならば、正式の先行決定の存在する場合に、行政裁判官が判決しなければならぬと同じ様に、その拒絶は裁判官によつて審査され得る。しかし行政部が完全に沈黙を守つたならば、行政部の拒絶は確實なものととなり、従つて請求は、先行決定がなければ訴訟を起すことが出来なくなる。行政の不行為という唯一の力によつて行政部はあらゆる種類の請求を麻痺させるばかりでなく、請求者が裁判の管轄権内の人 (justiciable) とならぬ様に妨げる手段を有していた。

しかしこの不行為は、アルツールなどによつて主張される様に、「争訟となる為に充分な法律上の損害である。」⁶⁾もし訴訟が本質的に争いから生ずるといふことが認められるならば、この争いは単なる沈黙によつて根絶されることは出来ない。従つて行政部が請求に対して無解答のままにおく場合にも、裁判官に訴訟を提起することが出来る様にならねばならない。⁷⁾

かくして行政の沈黙の場合、その救済方法として裁判官によつて、直接その審理をとり上げるといふことが考えられる。しかしこの国に於てはこの様な方法は取られなかつた。この理由は前に述べた様にこの国に於ては先行決定の原則の存在すること、更により根本的な理由としては、行政法に行政の義務を課し、これに対応して国民の行政に対

する請求権を認めないこの国に於ては、理論的にその様な制度をとることは困難であつたと考えられる。この様に先行決定の原則を遵守し、しかも国民に損害を与える行政部の悪意又は怠慢を妨げ、国民をしてその要求に関して裁判官に訴えることを得せしめるために、沈黙を解釈して一つの意味をこれに与えることが為された。

この様にして一九〇〇年七月十七日の法律が立案された。そしてこの法律は、国民の申請に対して行政庁が沈黙を守つた場合、或条件の下に訴訟手続との義務的な結合を達成せしめ、これによつて殆んど大部分の違法な行政の不行為をその後は不可能とすることとなつた。

(三) 一九〇〇年七月一七日の法律第三条

この法律は、次の如く規定している。「行政決定に対して抗告訴訟 (recours) の形に於てのみ国参事院に提起せられる訴訟事件 (affaires contentieuses) に於て、何等の決定も為されることなくして四カ月以上経過したときは、関係当事者はその請求が拒絶されたものと看做して国参事院に訴を提起することが出来る。もし書類がその請求の寄託の前に作られたならば、その期間はこの書類の受理から起算する：」

行政部の沈黙は実際には国民にとつては、裁判官の前に抗告訴訟をすることの予期せざる障害にもならず、又それが行政の拒否にもならなければ大したことではない。ところでこの法律が廃止する目的で、一にその目指したのは正しくこの行政の拒否である。行政庁は公役務の作用を確保せねばならないし、又官吏は彼等の職務を履行せねばならない。この理由で、要求に答えないことを仮定することは正しく、これは要求された権利 (un droit) を拒絶することである。就中沈黙によつて国民が裁判所に訴え、その状態を審かにすることを妨げるのは、アブノーマルな業務執行である。そうしてみると沈黙は現実に拒否処分を受けた拒否そのものよりも、その結果であり、換言すれば行政の

拒否である。この行政の拒否は、ある欠点即ち手続上の間隙 (*une lacune de procédure*) に基因している。一九〇〇年の法律は明確な方式によつて、法の基本に触れるよりも、むしろ法的政策によつて救済することを欲した。それは何よりも行政部が忌避出来ない訴訟の義務的な結合 (*une liaison obligatoire du contentieux*) を実現した。

この手続的な面はすぐに理解出来る。この法律は国民が裁判官に訴えるのを、行政部がその怠慢によつて妙づけるのを避けるための完全な手続を建てたのである。しかしここに手続的な面に触れる二三の問題が存在する。

始めにこの法律は、先行決定の原則を訂正はしたが、廃止しなかつた。次にこの法律は「行政決定に対して抗告訴訟の形に於てのみ国参事院に提起せられ得る訴訟事件に於て：」と規定している。それ故先行決定の原則が国参事院以外の裁判官の前に於て課せられている場合、一九〇〇年の法律が国参事院の前に於ける訴訟のためにのみ規定されている故に、行政部はその沈黙によつて司法的訴訟を妨害出来ると解釈されなければならない。論理的であるがこの法律の目的を考え合わせると、この解釈は氣掛りである。立法に際しては、行政のすべての不行為に及ぼすことが望まれていた様に思われる。しかし判例は、この制限的な解釈を採用して、この法律の手続的な性格を十分に明かにした。⁸⁾ かくの如くして一九〇〇年の法律は行政の拒否のすべてを妨げることは出来ない。

又この法律は明かに国参事院が第一審裁判官の資格で審理する事件にだけ適用される。控訴或は破毀に関して国参事院の下級行政裁判所の沈黙を拒否と見做すことは許されない。この法律は行政の拒否を制止することを目的として居り、裁判の拒否を目的としているものではない。

最後にもし一九〇〇年の法律にいう *« affaire contentieuse »* が正しく *« affaire administrative contentieuse »* を意味するならば、この *« affaire administrative contentieuse »* が何を意味しているかが問題である。もし *« con-*

«contentieux»が非常に広い意味で解釈されるならば、一九〇〇年の法律は要求のすべてに対して行政庁が答えるべき義務を課しているという結論に達する。しかし、これについては、要求の多くは答えるに値しない。沈黙は、時に、公権力の作用の正常な行使であり得る、と答えることで充分である。ただその結果は危険である場合がある。というのは「«contentieux»の語が余りに制限的な解釈に陥る危険がないでもなく、決定は訴の前に予め争訟である様なものでなければならぬ」という危険がある。しかし「Ministre-Juge」の理論は今日完全に放棄され、更に国参事院は決定が存するところ、どんな行政当局の決定に対しても訴を受け入れている。

ラフエリエールは之について、「行政部が意思を表明することが義務づけられている様な法律が存在する場合のすべての要求に対して第三条の適用範囲を拡張することが正当である。」と述べている。¹⁰⁾この点について、グーテンヌワールは又次の如く云う。「形式を有する決定と同じ形で、黙示の決定に対して訴えることが出来る。それ故ある決定に対して訴えることが出来ない場合があるとき、行政部がある仮定の下に沈黙を守つたならば、国民は即ちその同じ仮定の下にある。個人は行政部が行為するときよりも、不行為に止まつているときに、より多くの救済手段をもつことは出来ない」と。¹²⁾

もし実際に一九〇〇年の法律が、行政部が要求のすべてに答えるべき責任を課しているのであれば、沈黙はかくして、一方では沈黙が為されたすべての事件を審査することを裁判官に強制し、他方では公権力にこの様な責任を附する根拠となる。しかし判例に於て、この様な考え方を為された事は一度もない。国参事院はすべての争訟とならない要求、換言すれば請求が権利も、侵害された利益も主張出来ないものを審査することを拒絶している。Durot de l'Isle¹²⁾の判決によれば、

「市長は公共の安全に関する危険を評価することが出来るから、裁判所はその要求に関して判定することが出来ない。それ故市長が答えなかつた警察許可の要求に関して判決することは出来ない」と決定している。

- (1) Laferriere : *Traité de la Jurisdiction administrative*, I. p. 322 ets.
- (2) Hauriou : *Précis de droit administratif*, 4 me edition, p. 248.
- (3) ド・ラ・ロックは次の如く述べる「先行決定の原則の積極的な意義を支持する中には、常に次の様なことが支持されている。つまり先行決定は司法的行為であり、第一審裁判官として大臣が判断し、上訴裁判官として国参事院が判断する。しかしこの見解はカド判決が行われて以来支持出来ない。というのはこの判決までは大臣は行政事件に於て一般法の裁判官として行政事件の第一審裁判官と考えられていたが、この事件に於て国参事院が一般法行政法の裁判官と自認して以来、大臣は異議に対して行政的に判断するのであり最早司法的に判断するのではないとされたからである。従つて先行決定の原則はこの昔の *Ministre-Juge* の理論の生き残りにすぎない。」(ドラ・ロック前掲書十三―十四頁)又ボナール学長はこの原則を「何らの効用も持たず、何等の不都合なくして無視されることが出来る錯雑物である」と述べている。(Précis de droit administratif, 4me edition p. 230)
- (4) Waline : *Manuel élémentaire du Droit Administratif*, 3 me edition 1945, p. 89.
- (5) 一八八頁参照
- (6) Arture : *Séparation des pouvoirs et des fonctions*, R. D. P. 160 T. 14, p. 474.
- (7) しかしこの様な問題の提起に対してラフェリエールの見解は消極的である。「沈黙の場合に於て、先行決定の原則を受け入れることを拒むことは、裁判官に対して争いの余地のない迄に禁止されているところのもの、即ち行政への介入を認めることとなるだろう。事実行政官庁の不行為に対して為される訴訟は、行政官庁が為さねばならぬ、又如何に為さねばならぬかを判断せしめること以外の何かを目的としているとしても、この様な訴訟を認めることは、行政強制又は行政行為の或部分を行政裁判所の支配内―換言すれば、公権力の直接の行使も又それに附せられている責任も存在しないところ―に置くことになるだろう」(Laferriere, op. cit., p. 249)。
- (8) 判例は第一に恩給に関する訴訟についてその見解を確定した。一九一九年三月三十一日の法律第六条及び第三八条に於て恩給の拒絶は大臣の正式の決定によつてのみ宣言されると規定している。それは先行決定の原則の適用である。請求者は一九〇〇年の

と異るとする。「これらの使用権者 (usager) は役務の供与を直接的、個人的に受けて居り、その役務の目的は、正しく直接個人的にその利益の満足を確保することである。それ故に、使用権者は役務の作用に対する権利をもつてい²⁾る」と。

しかし、国民が彼等のために公役務を要求するときには一方ではこの作用を要求することを許している様な状態にある筈だし、他方では、その役務は、法律又は規則によつて要求されている供与を彼等のために与える様に義務づけられている筈である。従つて行政庁は、その役務を義務的に執行せねばならない以上、換言すれば、その権能が羈束され、彼等が自由裁量をも主張出来ない以上は、その回避を正当化することは出来ない。このことについて、ジエーゾは次の様に云う。「この様な、公役務の作用に関する法律や規則によつて定められている条件を充している個人は、すべて、その役務が法律又は規則の定めている条件に於て、彼等のために作用することを要求することが出来る。∴行政官庁は公役務の担当者として、法律又は規則に定められた条件を充している個人の要求に対して、職務行為を為す職務上の義務を有している³⁾」と。

ところで、これに対する国民の権能の法的性格が問題である。これについてのポナール学長の意見は次の如くである。それに対する、「国民の権利は、*subjectif* な性質を有する。その権利 (*droit subjectif*) は、何よりも法 (*droit objectif*) の規定によつて、或人が或物を要求する権能から成つている。何故なら、国民はそれに関して利益 (*intérêt*) をもつて居り、そして訴訟によつて義務の内容を決定すべき法律 (*droit objectif*) を有しているからである。従つてそこでは法的行為或は事実行為に対する権利 (*droit subjectif*) が問題である⁴⁾。」

しかし、他の多くの学者はこの見解に対して反対である。ド・ラ・ロツクは「行政庁がある役務を義務的に執行せ

法律第三条を引用して、恩給の要求に対して四ヶ月答えないときは、黙示の拒絶の決定と見做して *les Tribunaux des pension* はその要求に対して判決を為さねばならないと主張した。国参事会は明確にこれに反対している。「思うに一九〇〇年七月十七日の法律は…*tribunaux* や *cours régionaux des pensions* の前に開始される事件には適用されない」と(*Conseil d'Etat* 8 mars 1929, *Aubgnac* 274.)。

(9) 註(3)参照。

(10) *Laferiere*, *op. cit.*, T. 2 p. 443

(11) *Gouttenoire* : *La carence des pouvoirs publics en matière administrative et fiscale*, p. 221

(12) *C. E.* 19 mai 1916. 178

四、公役務の作用に対する国民の権利

今まで行政の不行為を、行政の沈黙という形に於て見て来た。しかしこれを行政に対する国民の権利という面から見た場合、フランス法はどの様に考えるであろうか。特に、後に述べる、イツ法との比較に於て意義ある問題であるので、最後にこの点を見てみたいと思う。

ド・ラ・ロツクは行政法の一般的性格について次の如くいう。「一度創設され組織立てられた公役務の存在は、作用する (*fonctionner*) ことである。しかし個人はこの作用に対して権利を有するか」と問い、「公役務の作用の利益を受けるのは個人であるとしても、公役務はそれらの利益の個人的な満足を目的とはしていないし、又国民の個人的利益の直接的充足に向けられているのでもない。かくの如くして、その役務は一般的利益を満足させる為或は要求者のそれとは異つた利益の為に作用するに過ぎない。要求者は公役務の活動に対して権利を持たない、間接的受益者 (*un bénéficiaire indirect*) であるに過ぎない¹⁾」と。ただ水道、ガス、電気の如く契約性質的を有するものはこれ

ねばならず、その権能が羈束されていても、国民は決して債権 (*droit de créance*) を与えられているのではない」といい、オーリウ学長はこの様な場合にも、「国民は唯役務を受けるべき状態にあるのみである。国民は、法律又は規則によつて規定されているところの以外の物を要求することは出来ない。行政の内容やその義務を決定するのは国民の意思ではない。国民の意思の表示は、単に官庁による彼等の権能の義務ある行使に必要な条件であるのみである。それは単に役務を受けるものの地位に与えられている *acte condition* に対する権利である。行政庁の義務に関する限り、それは法律又は規則によつてのみ定められる。それは行政庁は法律を執行する形に於てのみ役務を執行せねばならないということである。役務の作用に対する権利は、法律の執行に対する権利と混合している。それ故、何よりも、行政の法律適合性に対する権利が問題なのである」という。

ド・ラ・ロツクは更に判例に依つて次の様にいう。「国参事院の判決を検討すると、それは常に要求を法律又は規則と比較することによつてその要求を審査している。そして、国参事院が、その要求を拒絶するときには常に、『如何なる法律、或は規則も』左様な行為をなすことを行政庁に課していないということを特に明かにする様注意している。これは、国民が権利をもっているのは、役務それ自身に於ける作用に対してでなく、法律又は規則によつて規定されている正確な行為を為すことに対してであるということを表している。この様にして行政裁判官は、行政の回避の正当性について判決することを自制している。それはその違法な拒絶を取消すだけである。これによつて、公役務の適法な作用に対する権利は *objectif* な性質を有するものであることを決論することが許される」と。

このようなフランス行政法の傾向に対して、古く、ゲ・イエリネツクはその著「公権論」に於て次の如く述べている。「フランス行政法の近時の発展にも拘らず、公権の觀念についての新たな研究は行われず、国家に対する個人の

各種の権利、官庁の権限等は、全く認められないのであつて、唯法があつて権利があることを知らないもの様である（原註、フランスの学者は、行政権に対して保護せられる個人の権利について論じているが、この権利の觀念は、公権の實際の系統的理解には、何の影響も与えなかつた）。この様な公権の欠如は、主としてフランス法学の性質によるものである。思うに、フランスの法学は、法理哲学の抽象的空理に走るか、或は実務上の実用のためにするものであつて、現実の法律現象に学理的な研究を試み、之から原理、原則を引き出す様なことは関知しなかつたからである⁸⁾と。

- (1) de la Roque, op. cit., p. 279.
- (2) 同右
- (3) Jeze : Principes généraux de Droit Administratif 3 me edit., cf. in R. D. P. 1911, p. 69-70.
- (4) Bonard : Précis de Droit Administratif, 4 me edit., p. 73ets.
- (5) de la Roque, op. cit., p. 298.
- (6) Hauriou : Principes du Droit Public, p. 94.
- (7) de la Roque, op. cit., p. 288.
- (8) G. Jellinek ; System der Subjectiven öffentlichen Rechte, p. 3

(附記) 雑誌編輯の都合により、五、西ドイツに於ける行政の不行為に対する司法的救済、六、むすび、は後号に掲載する。