

## 行政處分と司法的規制

田上穰治

一

司法が法の實現そのものを目的とするに反して、行政は、法を手段として公益を實現することを目的とする、といわれる。これは、實質的意義の司法と行政を區別する從來の通説<sup>(1)</sup>であるが、立法と廣義の行政との區別が、國權の發動に關する新たな基準を定立することと、この基準に従つて國權を發動すること、いかえれば、國の作用の性質による區別と考えられるのに對して、廣義の行政ないしは法の執行に關する、司法と行政との區別が、國の作用の目的による區別と考えられることは、傳統的な君主を背景とする行政府が強く司法部からの干渉を拒否する政治的要請によつて、影響されているようにみえる。立憲政體における法律の支配 (Rule of Law) の原理によれば、國權は法に拘束されることを要するから、根本規範ないしは憲法の下にあつて二次的な法規範を定立する立法と、これを執行すなわち具體化する廣義の行政とが區別され、さらに、後者について、比較的嚴格に法規範によつて拘束される司法と、法規範の限界内において執行機關の意思決定につき選擇の自由が認められる行政とが、區別される。この意味の三權

の區別は、國會、裁判所および政府の組織上の分立とは直接の關係がない。また、このような實質的意義の權力分立は、相對的なものに止まり、法的段階が指摘するように、<sup>(2)</sup>法論理的には三權の區別が認められない。これに反して、國の作用を目的によつて分類することは、事務處理の能率化のための組織法的ないしは行政學的原理である。行政組織の内部、たとえば各省を、外政・財政のような國家そのものの存立と維持のためにする部局、社會公共の利益を實現する内務行政の部局、法務行政の部局等に區分し、また、裁判所の機構を民事と刑事の作用によつて區別し、或いはこのほか、行政事件を擔當する部門を認めることは、いずれも、窮極において國民の權利の保護を目的とする法律の支配の原理と、直接の關係はない。たとえば、内務行政の領域においても、嚴格に法に拘束される行政と自由裁量が認められる行政があり、また、行政事件に關する特別な裁判所を設けても、それが通常の裁判所と上訴によつて結びつき、裁判組織の一體性が確保されるかぎり、法律の支配の原理については、現行のわが法制と變りがない。けれども、行政權または司法權のそれぞれの内部組織の問題と異なり、行政組織の擔當する國の作用と司法組織の擔當するそれとの限界を決定することは、單純な技術的問題ではない。ことに、十九世紀の大陸法系のように、司法組織に行政裁判權を認めず、國會に對する關係でも、行政權の自主性あるいは行政權に固有な領域を許す場合には、國の作用の目的によつて行政組織の權能の範圍を明らかにすることが、政治的に重要な意味をもつのである。

このように、國の作用の目的によつて行政と司法を區別することが、司法權により行政事件の裁判を行う現行憲法にあつて重要性を減じたほか、それが作用の性質の差異に基ずく實質的意義の權力分立を示すものでないのは、明らかである。法を超越する立場からすれば、國の作用はすべて、法を手段として公益を實現するものとなり、また、法

に内在する立場からすれば、すべては法を執行する作用とみられる。ところで、行政権の作用は、それが窮極において憲法に基づくという意味で、司法とともに、法の執行であるが、憲法の規定は、自然法の宣言的規定とみられる自由権の保障のほかは、原則として行政権の限界を定めるに止まり、特別な立法がなければ、具體的な場合に行政を行うか否かは行政機關の自由である。國の具體的な作用が法によつて拘束されるか、否かによつて、實質的意義の司法と行政とを區別するときは、行政機關の行爲であつても、法律要件に包攝さるべき法律事實を認定し、これを理由とする法律効果を發生させる場合は、法の適用の性質をもち、その限度で司法として裁判所の審査がおよぶのに反し、行政機關の一般的權限に關する法規があるに止まり、具體的な場合において行爲をするか否かについて法規がないときは、純然たる行政と解することができる。

なお、この意味の司法は、行政法學の對象であり、司法審査がおよぶことを示すが、當然に憲法第七六條の司法權の實質となるのではない。この司法權は、内閣の指揮監督と責任の下に民主的コントロールに服することに適せず、獨立な裁判所によらしめる必要がある作用に限られる。民事、刑事の作用であつても、非訟事件、刑の執行のように性質上獨立な機關によることを要しない作用は、民事、刑事の裁判その他の獨立機關によるべき作用に直接の影響を與えないかぎり、むしろ行政機關の權限とすることが國民主權の原理に適する。國家そのものの利益または社會公共の利益のためにする行政機關の作用であつても、違法に關係者の權利を侵すときは、基本的人權尊重の原理により裁判所の司法權を認めなければならぬが——憲法上、特別な行政裁判所が許されるならば、格別であるが——、關係者の權利について争がないかぎり、法の適用の性質をもつ司法的作用は、行政機關によつて決定されるべきものとする

ことが、國民主權の要請である。このように、裁判所の一般的な権限を示す司法權と、法の適用を意味する實質的意義の司法とは、異なるのであり、したがつてまた、内閣の一般的権限を示す行政權と、具體的に法の拘束を受けない實質的意義の行政とは、區別されるのである。

(1) Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 7; Giese, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1952, S. 13

(2) Kelsen, Hauptprobleme, 2 Aufl. Vorrede S. 12f.; Thoma, Grundbegriffe und Grundsätze (HDSR, II) S. 140f.

(3) Forsthoft, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 1953, S. 4f.; Christian-Friedrich Menger, System des Verwaltungsgewerlichen Rechtsschutzes, S. 25f., 28f.

## 二

西ドイツ連邦行政裁判所法第一五條は、裁量の踰越 (Ermessensüberschreitung) または濫用 (Ermessensmissbrauch) があつたと主張する場合にかぎり、裁量處分の取消を求めることができる、と規定し、一九五四年の草案<sup>(1)</sup>第一一四條第五項にも、裁量の法律上の限界を越え、または裁量權が付與された目的に添わない方法でこれを行つたときは、行政行為を違法とする、と定めている。現行法は裁量の踰越または濫用を、訴の成立要件として行うようにみえ、このことは、バイエルン行政裁判所法第三六條、イギリス地區行政裁判令第二三條でも同様であるが、連邦草

案はこれを、取消請求を理由あらしめる實體的行政法の問題として、判決の規定の中に移している。草案理由書によれば、行政裁判権は法的規制を行うだけで、裁量の限界内における合目的性、不公正、適當性の問題におよんではないが、このことは、連邦および州の現行規定が廢止された後にも、明文で規定する必要があるとされる。

行政廳の自由裁量處分であつても、裁量の踰越または濫用によつて違法の處分となすれば、原告が處分の違法であることを主張するかぎり、裁判所が係争處分を自由裁量處分と認めても、直ちに訴を却下することができず、本案の審理によつて裁量の踰越または濫用がなければ、請求を棄却することにならう。却下できないことで、自由裁量と法規裁量とは變りがないことになる。また自由裁量と法規裁量とは、許される裁量の量的廣狹の差異にとどまり、裁量の誤りによつて裁量の法的限界を越える場合にかぎり、違法となることは、兩者に共通とみられるようである。<sup>(2)</sup> たしかに、この區別は行政機關の作用が法によつて拘束される程度之差であるが、上に掲げた西ドイツ法の規定は自由裁量處分に關するものであつて、法規裁量處分と區別されなければならない。

まず、法規裁量の處分は、法律要件に包攝される法律事實に基ずいて一定の處分をすべき効果が法規範によつて定まる場合である。それは要件のみならず、效果についても法がこれを特定する場合であるから、純然たる法の適用(Rechtsanwendung)であり、實質的意義の司法といふことができる。けれども、これを單純な羈束處分と區別する理由は、主として、法律要件に含まれる不確定概念(unbestimmte Begriffe)の解釋および法律事實の認定が必ずしも容易でないこと、ならびに、自然法の宣言的規定とみられる自由權の保障によつて、法律要件を解釋する基準が示され、法律效果の規定が補充されることにある。法の用いる不確定概念が、經驗的事實、狀態等に關するものであ

るときは、經驗律によつて解釋し、具體的事實が法律要件に包攝されるか否かを判斷しなければならない。これに反して、不確定概念が價值概念 (Wertbegriffe)<sup>(4)</sup> に屬するときは、當該條項が屬する法律の目的、あるいはさらに憲法において客觀化された民主主義、自由主義ないし社會國家的な世界觀によつて目的論的に解釋することを要する。事實の認定が立證責任を行政機關に負わせるか否かによつて、著しい影響を受けることは、課税標準たる所得金額の決定についてみれば、明らかであろう。このような法の解釋は、行政機關の判斷または認識の作用であつて、法論的に裁量が否定されるようであるが、それは單純な推理の作用でなく、價值判斷ないしは立證が當該行政機關によつてなされるか、利害關係人または裁判機關によつてなされるかにより、結論が必ずしも一致しないのである。そしてこの場合の行政機關の判斷が、統治權によつて關係人を拘束し、また、責任政治の原則と専門技術的知識、經驗によつて訴訟上、適法性の推定を受けることは、裁量權の範圍 (Ermessensspielraum) 内における自由裁量處分と比較することができる。

行政機關が一般的な權限の範圍内で、自由に處分をするか否かを決定できる場合は、自由裁量處分であるが、違法として争われることは稀である。これに反して、法律要件に結びつく法律効果が特定せず、行政機關が一定の範圍内で選擇の自由をもつ場合には、自由裁量處分について違法となるものが豫想される。すなわち、處分が行政廳の權限の規定に違反するとき、または、處分が法律要件に該當しないときは、いずれも裁量の限界を越えて違法となるのであり、處分がその根據となる法の内在目的に明らかに反するときは、裁量の濫用によつて違法となるが、法律効果の選擇については裁判所の審査が及ばない。ただ、處分の根據となる法規が、行政廳に法律効果の選擇を許す不確定な

法規 (materiell unbestimmte Rechtsätze) であるか否かは、規定の字句のみでは決定されない。いわゆる自然の自由がすべての人に平等に保障され、行政権によつて規制するには公共の福祉のため必要な最小限度に止まるべきことは、超實定的法原理として憲法の確認するところであるから、公共の福祉の必要、ことに治安の維持の目的は、自然の自由を規制する處分の要件を補充するものであるのみならず、平等の原則と比例原則は、このような處分の内容を特定することになる。たとえば、風俗營業者が善良の風俗を害する虞のある行爲をしたとき、公安委員會は營業の許可を取消し、若しくは營業の停止を命じ、または違反行爲を防止するため必要な處分をすることができるが、この風俗營業取締法第四條は各種の處分について處分廳に選擇の自由を認めるものでなく、風俗を害する虞の程度に比例して處分の内容が定まるのであつて、違反行爲の防止のための處分の内容が法律で明示されないことは、自由裁量處分を認める理由とならない。また、滯納者のいかなる財産を差押えて公賣するかは、行政廳の裁量に委ねられるが、税金額、滯納處分費等に比較して著しく多くの財産を差押えることは、比例原則に反して違法となるから、國稅徵收法第一〇條の財産差押は、法規裁量の處分である。なお、訴願法第八條において、宥恕すべき事由があると認めるとき、期限の經過後であつても訴願を受理することができる、と規定することは、自然の自由を規制する場合でないのみならず、同條に期限經過後は訴願することができない旨の規定があるから、行政廳に受理するか否かの選擇の自由を認めるもので、自由裁量の處分である。<sup>(6)</sup>

(1) ドイツ連邦共和國行政裁判所法草案 (最高裁判所事務總局、行政裁判資料第二〇號)

(2) 東京地方、二八年四月二七日判決 (行政事件裁判例集第四卷第四號九七事件)

- (3) O. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 27 ff.; W. Jellinek, Gesetz, Gesetzsanzwendung und Zweckmäßigkeitserwägung S. 37 ff.; Edward Jöhr, Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung des administrativen Ermessens, S. 76 ff. 園部逸夫、行政法上の不確定法概念（法學論叢第六二卷第二號所載）
- (4) W. Jellinek, a. a. O. S. 61 ff.; Forsthoft, a. a. O. S. 71 ff.
- (5) 不確定概念の適用の問題を、法規裁量の法理から區別すべきものとする學說につき Menger, a. a. O. S. 126 n. 3, 127.
- (6) このほか、拙稿、行政廳の裁量處分、（渡邊博士還曆記念、公法學の諸問題、所收）

III

イギリス地區行政裁判令第二五條は、行政行為を定義して、公法の領域において個々の場合を規制するために行政廳が行うすべての處分、命令、決定またはその他の措置をいう、としている。慣習法的な效力を認められるウェルテルンベルヒ行政法典草案第六一條もまた、行政廳が公權力を行使して、個々の場合の特定關係を規制するために行う處分と決定をいい、特別權力關係の内部における處分と決定を除くもの、と定義している。行政裁判令の定義が、統治權的要素を示さず、かつその他の措置という不明確な作用を加えていることから、バハオフは行政行為の概念を擴張したものと解しているが、通説は、從來の定義を法律の規定によつて確認したのに過ぎないとして<sup>(1)</sup>いる。ところで、ドイツ法の行政行為の概念は、これについて抗告訴訟の提起を認める實定法の概念であるから、わが國の行政行為が民法における法律行為の法理を公法關係に類推した法學上の用語であるのと異なり、むしろ行政事件訴訟特例法等に

用いられる行政處分と比較さるべきものである。明治憲法の下では、訴訟事項に該當しないかぎり、行政處分を違法として取消を訴求することができなかつたが、現行憲法は行政事件訴訟につき概括主義をとるものと解されるから、行政處分の意義は、反對の規定がなければ行特法の用語と同様に解さなければならぬ。したがつて、行政處分の效力を争う訴訟が、ドイツとわが法制によつて格別の相違がないならば、ドイツ法の行政行為とわが法制の行政處分は共通な性格をもつものといえる。

右に掲げた行政裁判令の定義において、個々の場合の規制 (Regelung eines Einzelfalles) とあるのは、特定の相手方に限られる個別的處分を意味せず、一般的處分を含むのであつて、むしろ具體的規制というべきものであるが、關係人に對して少くとも拘束力をもつ可能性ある決定 (mindestens potentiell verbindliche Entscheidung) を含むものでなければならぬ。<sup>(3)</sup> オットオ・マイヤアは、行政行為と行政判決が本質的に共通性あるものとし、メルクルは行政行為を個別的な法規とみているように、<sup>(4)</sup> 行政権によつて法を適用し、關係人の權利義務を確認しまたは形成する作用である。判決に確定力が認められるように、行政行為には公定力が認められ、取消原因たる違法性が裁判によつて確認されるまで、關係人は行政行為の效力を否認することができない。そうでなければ、行政處分の效果として生ずる法律關係を争う當事者訴訟のほかに、とくに行政處分の取消を訴求する法律上の利益がないからである。したがつて、行政廳の通知および受理は、法律により關係人の權利義務を確定しまたは形成する効果が附着せしめられなにかぎり、行政處分でなく、公證もまた、その認識された事實または法律關係の存否が反證によつて覆えすことができるかぎり、同様に解される。

直接に實體的な法律關係を形成しまたは確定する、通常の行政處分と異なり、同一手續における前行の行政行爲、あるいは即時強制の作用、さらに處分の執行作用のような、形式的行政行爲(formelle Verwaltungsakte)が行政處分と認められるか否かは、問題である。行政代執行法による戒告について、東京地裁は、單に義務履行の催告的なものに止まり、既存の義務になら新たな變動を生ぜしめるものでないから、行政處分でないとし(二八年二月二八日判決)、反對に旭川地裁は、單なる通知行爲でなく、代執行の前提要件となる準法律行爲的行政行爲であるから、行政處分に準ずるものとして取消訴訟の対象となつてゐる(二九年一月二〇日判決)。代執行をなすことにより權利義務に變動を生ずる可能性があるから、その前提要件たる戒告は行政處分と解すべく、ニイデル・ザクセン公安秩序法第三七條第五項は(3)この法理を確認している。一般に行政處分の執行自體は、積極的にも消極的にも形成的效果なく、また確定效果もないが、現行法が代執行および滯納處分を行政處分と認めてゐることは、これに對して取消訴訟を許すことから明らかである。即時強制は事實的作用であつて、裁判を請求する餘裕のないことが多いが、相手方の自由を侵害するもので受忍の義務を生ぜしめるから、行政處分に準じて扱うべきものと解する。これを事實上の行政行爲(factsächliche Verwaltungsgakte)と(4)とがある。ニイデル・ザクセン公安秩序法第三四條、一九三一年プロイセン警察行政法第四四條は、警察上の即時強制を處分と同様に扱うものと規定している。東京地裁は、土地收用法第一一條による調達局長の土地等に對する立入權の行使が、公權力の行使にほかならないから、この立入權の行使を阻止することを目的とする假處分の申請は、行特法第一〇條第七項の趣旨に照らし、不適法として却下を免れない、と決定した(三〇年七月二日)。これは行特法第一〇條第二項による執行停止の方法によるべきものとするのであつて、公法上の實力の行使について抗

告訴の提起を豫想させるものである。行政代執行法第三條第二項により代執行の通知があるとき、これの取消を請求できるのに反して、同條第三項により通知せずして代執行をするとき、取消の請求を許さないとすることは、第七條の規定に反するのみならず、代執行による費用の負擔を免れない不合理を生ずる。

特別權力關係の内部の行爲が處分に含まれないことは、ウエルテンベルヒ草案と異なり、イギリス地區行政裁判令には明示されない。國または地方公共團體の内部的な意思決定の段階に止まるときは、個々の場合の規制でないから行政處分でない。訓令、職務命令のほか、機關委任事務について自治體の機關を國の行政廳が監督する場合の訓令もまた、行政組織の内部の行爲 (interner Akt) であつて、處分に含まれない<sup>8)</sup>。營造物利用關係の内部の行爲と一般の行政處分とは、特別權力關係たると一般統治關係たるとの程度の差に過ぎないから、前者を一種の處分とみることができが、學生または公務員の懲戒處分のように、契約に基づく特別權力關係にあつては、自由權の保障がはずされて裁量が廣く認められるのみならず、法規の解釋についても適法性の推定が強くはたらくから、處分を違法として争うことが困難である。なお、行政機關相互の關係における作用は、關係人の權利義務に直接影響する對外的效果 (Aussenwirkung) があるときも、行政處分とみることができない。舊自作農創設特別措置法第六條の三によつて都道府縣農業委員會が行う遡及買收の指示は、行政廳相互間の内部的な意思表示であつて、直接私人の權利義務に變動を及ぼすものでないとして、行政處分でないとした判決があるが<sup>(長崎地方一九九年四月一六日判決)</sup>、小作農が遡及買收を市町村農業委員會に請求したのに拘わらず、農地買收計畫がこの請求に従つて定められない場合に關係人から遡及買收の指示を請求するのであるから、訴願の裁決と同様に少くとも間接に關係人の權利義務に影響するのであり、これを處分とみて抗

告訴訟を認める判決は誤である(反對、新潟地方二四)。村農地委員會の定めた買收計畫に對する縣農地委員會の承認もまた買收の要件に止まり、行政處分と認めることができない(反對、廣島地方二四)。消防法第七條の消防長の同意についても、實質的に國民の權利義務に影響はあるが、建築許可廳たる都道府縣知事のみを拘束する内部的意思表示に過ぎないから行政處分でなく(福岡高等二九年三月二六日判決)、消防長がこの同意を自ら取消したことを處分と解して抗告訴訟を認めた福岡地裁の判決(三十二年三月二六日)は、誤りである。

- (1) Menger, a. a. O. S. 101; Franz Hufnagl, Die Verwaltungserichtbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone, S. 110 反譯註 Otto Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S. 35, 36.
- (2) Vgl. Ule, Die Lehre vom Verwaltungsakt im Licht der Generalklausel (Recht Staat Wirtschaft III) S. 260 ff.
- (3) 一般的處分がしはしは行政處分に含まれないとされるのは、それが特定人の權利を侵害しないため、取消の訴によつて争われなごが通常であるからである(Thoma, Polizeibefehl im Badischen Recht, S. 66 Anm. 19)。
- (4) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 131; Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 185.
- (5) Pioch, Das Polizeirecht, 1952, S. 305 ff.
- (6) Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1954, S. 188.
- (7) Bachof, Vornahmeklage, S. 21; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 258.
- (8) Bachof, Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung (Verfassung und Verwaltung) S. 285 ff.

#### 四

抗告訴訟の対象としての行政處分の中に、無効處分、拒否處分および却下の決定が含まれるかどうか。また、行政處分が相當な期間を経過しても行われないうとき、これを拒否處分があつたものとみなして、抗告訴訟を提起することができるか。

無効な行政處分は、行政機關の行爲が形式的に存在するに拘わらず、法理上、取消さるべき効力がない場合であるが、行政權の發動として有效な處分の外觀がある結果、これを除くための訴訟が、法律上の利益をもつと解される<sup>(1)</sup>。實體法上は存在が認められない行爲であるが、手續法上、存在するものとして取扱われるものである。ところで、イギリス地區行政裁判令第二三條は、行政行爲が無効の場合にも取消を訴求することができるものとし、さらに、第七五條第一項は、抗告訴訟が理由があると認められるとき、裁判所は行政行爲の無効を宣言できるものとしている。けれどもこのため、無効確認の訴をすべて禁止するものではない。同令第五二條で、確認訴訟の提起には、裁判による確認が即時になされることにつき正當な利益あることを要するから、無効處分に對して取消の訴が提起できる場合には、無効確認の訴が認められないが、出訴期間を徒過して取消の訴が許されない場合などは、無効確認を訴求することができ、これに反して、右の第二三條のような規定がないバイエルン行政裁判法やわが法制において、この條項を類推して取消の訴を許すことは、これによつて無効確認の判決をするならば、不告不理の原則に反する疑<sup>(2)</sup>があり、また、出訴期間を経過した後にも無効確認の訴を、常に確認の利益なしとして却下することは、贊成できない<sup>(3)</sup>。無効

處分は性質上、無効確認の訴で争うべきものであるが、ただ、取消原因と無効原因の區別がしばしば極めて困難であるため、取消の訴によつても無効處分を争うことを許す必要が考えられる<sup>(4)</sup>。けれども、無効處分に對する取消の訴を認めることは、無効確認の訴を提起することを妨げないのであつて、イギリス地區行政裁判令のような規定がないかぎり、この場合に即時確定の利益がないとすることはできない<sup>(5)</sup>。最高裁が、行政處分が無効であつても、當該處分の取消變更を求める訴については、出訴期間に關する規定が適用される、と解したことは<sup>(二八年一月)</sup>、處分が無効か否かは本案の審理によつて明らかになるもので、取消の訴については常に出訴期間の制限があるというに過ぎず、取消の訴において無効確認の判決をすることを認めるものではない<sup>(最高二五年一月一〇日判決)</sup>。

拒否處分を一種の行政處分と解して、抗告訴訟を許すことは、これまでの判例である。ただ、拒否處分の取消は拒否處分がなかつたのと同じ状態をつくり出すのに止まり、そのほかに拒否された處分が行われたのと同じ状態を發生させ、あるいは、行政廳にこの處分を命ずることを含まない。東京地裁は、旅券發給拒否の處分の執行を停止しても所管廳に旅券の發給を命ずることにならず、また、旅券なくして海外へ渡航できることにもならず、ただ旅券發給の拒否がなかつたと同じ状態が發生するに過ぎないもので、拒否處分により生ずべき償ふことのできない損害を避けるために全く役だたないから、その執行停止を許すべきものでない、として<sup>(二七年三月二十四日決定)</sup>。もとより、拒否處分の取消の判決があるときは、所轄廳が判決の趣旨にそつて積極的に處分をすることが期待されるが、裁判所が直接に處分を行う義務を宣言する判決が許されれば、原告の権利は十分に救済されるであらう。バイエルン行政裁判法第七九條第三項は、職務行爲の拒否 (Versagung) に對して提起された取消の訴が理由あるとき、裁判所が、その拒否を取消し

同時に行政廳に、申立にかかる職務行爲をすべき義務があることを宣言する、と規定する。イギリス地區行政裁判令第二四條は、申請にかかる行政行爲をなすことを求める訴(Klage auf Vornahme eines beantragten Verwaltungssaktes)を取消の訴と區別する結果、同第七五條第三項は、職務行爲の拒否(Ablehnung)が違法であるとき、裁判所が行政廳に、申立にかかる職務行爲をすべき義務があることを宣言する、と規定し、拒否を取消すとしていない。けれども、右の第二四條の訴は、原告が係争處分のなされるべきことを求める権利があることを理由とするから、拒否の取消の請求が含まれるものと解することができ、バイエルン法と格別の差異はない。これらの規定が給付判決でなく、義務宣言の判決を認めていることは、行政權の獨立を害さないために必要であり、また、なされるべき處分の要件に該當すべき事實が宣言判決のあつた時以後に變動するかぎり、所轄廳は判決の既判力を免れる。

拒否處分を争う場合と區別しなければならないのは、申請者が處分のなされるべきことについて権利があるに拘わらず行政廳が充分な理由なくして相當の期間内に決定をしない場合、および申請に對してその實質にふれずに却下する場合である。イギリス地區行政裁判令第二四條および第七五條は單純な不作爲と却下の區別を明かにしていないが、バイエルン行政裁判法第三五條および第七九條は、却下(Unterlassung)といわゆる不作爲(Untätigkeit)を區別しながら、不作爲を右の條件の下に、却下とみなすことを規定している。フフナグルは、この却下を不作爲と區別せず、バハオフもまた、廣義の抗告訴訟(Aufrechnungsklage im weiteren Sinne)を狹義の取消の訴(Aufhebungsklage)と職務行爲を行う義務の宣言を求める訴(Verpflichtungsklage, Vornahmeklage)に分類し、後者をならに拒否に對する訴(Weigerungsgegenklage)と不作爲を争う訴(Untätigkeitsklage)とに分類するから、却下と不作

爲の區別は明らかでない<sup>(7)</sup>。けれどもウエルテンベルヒ・バーデン行政裁判法およびヘッセン行政裁判法と異なり、バイエルン法第三五條から却下と不作爲とを拒否と同様に扱う旨の規定を削除したことを、注意しなければならない。それは、却下および不作爲の場合には、所管廳が申請の内容について審理して意思決定または判断をするに至つていないから、拒否處分と異なり、判決によつて積極的な處分を命ずることは、司法權が行政權の獨立を侵かすことにならぬからである。バイエルン法第七九條が、拒否を争う訴では、行政廳に申請にかかる職務行爲を行う義務あることを宣言する判決を認めるのに反し、却下または不作爲を争う訴では、單に申請について行政廳に實質的な決定をする義務あることの宣言判決を許すのに止めたことは、このためである<sup>(8)</sup>。なお、行政處分の行われるに先だつて、行政廳にその處分を行う義務あることの確認を訴求することは、原則として、具體的な權利義務についての争でないから、確認の利益なしとするのが判例であり、また、このような確認判決は權力分立に反するのであるが、行政處分を媒介とせず直接に法律によつて人民の權利が侵害される場合には、行政法上の義務不存の確認判決により處分廳の決定を豫め拘束することが許されることは、英米の宣言的判決 (declaratory judgments) の制度によつても明らかである。たとえば、相續税または贈與税の納税義務は、相續または贈與により財産を取得した時に發生するから、更正または決定の取消請求が認められることは、更正または決定がなされる以前に租税債務の存否が争われるとき、確認の利益がないとする根據とならないのであり、また、このような確認訴訟が、行政處分のなされる前に公法上の法律關係を確定することにより、行政廳を拘束する結果となつても、三權分立の原則に反しない、とする判決がある<sup>(三〇)</sup> (東京地方裁判法)。拒否處分の取消の訴においては、積極的な處分をする義務の宣言は、確認の利益があるのみならず、權力分

立に反するものでなく、申請の却下の決定の取消訴訟においても、単に實質的な決定——拒否処分を含む——の義務を確認するのみであるならば、権力分立に反しない。これに反して、單純な不作爲に對して義務宣言の判決を求めることは、これを却下とみなすような規定のないかぎり、確認の利益なく、かつ権力分立に反するものと解する。

- (1) Forsthoft, a. a. O., S. 187, 188
- (2) 十九世紀以來のプロイセン高等行政裁判所の判例である。
- (3) Uie, Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, S. 86, 90; Forsthoft, a. a. O. S. 447.
- (4) Menger, a. a. O. S. 187 ff.
- (5) ドイツ連邦共和國行政裁判所法案第四二條理由參照
- (6) Menger, a. a. O. S. 195 ff. 山田準次郎、ドイツの行政訴訟における行爲要求訴訟（法律論叢第二八卷第五號）同、行政行爲要求訴訟は西ドイツ行政裁判制度に特別の制度であつて、我法制においては認められないか（法律論叢第二九卷第三三號）
- (7) Hufnagl, a. a. O. S. 166, 285; Bachof, Vornahmeklage, S. 7 ff.
- (8) Menger, a. a. O., S. 199.