

Title	大権令状prerogative writsについて
Sub Title	The prerogative writs in English law
Author	金子, 芳雄(Kaneko, Yoshio)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1955
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.28, No.5 (1955. 5) ,p.31- 48
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19550515-0031">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19550515-0031</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 大權令狀 Prerogative Writs に關して

金子 芳雄

- 一 序
- 二 令狀概觀
- 三 移送令狀・禁止令狀
- 四 職務執行令狀
- 五 結び

## 一

英國には從來より司法的統制 (Judicial control) と稱せられる手段が存在し、司法部が執行部乃至行政部に一定の拘束をくわえてきた。この司法的統制は廣義において、實體法的統制と手續法的統制の兩者をふくむ。しかし、本稿において、とくにとりあげようとする大權令狀 (prerogative writs) 制度は後者たる手續法的部分の一を形成する。このため、本稿では大權令狀制度が他の司法的拘束手段にくらべ如何なる差異をゆうするか、また、大權令狀制度には如何なるものがあり、かつ、その各々は如何なる役割をはたしてきたかを明かにしたい。

司法的統制にかんする手續を整理すると、大別して、第一、普通法系統のもの、第二、衡平法系統のもの、第三、制定法系統のもの、の三にわけうる。このうち、第三の場合は個別的な制定法により行政部の行爲にたいし上訴をみとめるものゆ

え、問題は比較的少い。第二の衡平法系に屬するものに、差止命令（または禁止命令）(Injunction) 等がある。<sup>(1)</sup> この差止命令は、一定の行爲をなすことを防止したり、あるいは、一定の行爲を繰返しおこなうことを防止するため裁判所の發する命令である。而して、裁判所は訴によりかかる命令を行政部にたいして發し、司法的拘束をくわえる。大權令狀手續とこの種手續が如何に異なるかを明かにするため、この差止命令の發せられた具體例（それは地方公共團體の行爲にたいし發せられたものであるが）をあげる。この命令は地方公共團體の行爲が、いわゆる、公的不法妨害 (public nuisance) を形成するとき多く發せられた。すなわち、これは公道の交通妨害等公衆の權利・利益を侵害する場合に多く發せられている。もちろん、地方公共團體の行爲が純然たる私權の侵害の場合に發せられた例もそんなる。而して、裁判所にたいし差止命令を請求する者は、原則として公益の代表者としての法務長官である。この原則は、もちろん、判例により明かにせられたものであるが、この點を、ケルムスホード卿 (Lord Chelmsford) は、「當該行爲がたとえ制定法によつて授權せられた範圍を越えるものであつても、個人が未だ具體的な損害を蒙つていないか、あるいは、切迫しまたは償うことのできない結果を生ずるにいたらない場合、公益のため裁判所に訴え、この越權行爲を防止しうる者は法務長官以外にないとかんがえる。もし、個人が未だ損害を蒙らず、また、將來かならず損害を蒙るであろうという理由もそんないならば、たとえその者が公衆一般より損害を蒙る可能性が多いとしても、この理由だけからして、ただちに、その者に特別の地位をあたえることはできないし、公益侵害の救済をもとめる權利もあたえられえないし、また、制定法違反の訴訟をなす權利もあたえられぬ」(Ware v. Regents' Canal Co., 1838)。<sup>(2)</sup> もつとも、かかる訴訟において法務長官が原告となるといつても、この點多分に探制的な要素がそんなる。すなわち、特定の者が法務長官にかかる行爲をなすよう請求し、法務長官がこの請求を容認すれば、この者が法務長官の名において具體的な訴訟手續を進める。ただこの場合、法務長官がこの請求を受けられるか否かは全くの自由裁量行爲であつて、この同意のいかんにより、この種訴訟の濫用を防止するのである。<sup>(3)</sup> このような原則にたいする例外とし、個人が直接裁

判所に差止命令を求めうる場合を、バークレイ (Burckley) 判事が判例中 (Boyce v. Paddington Corporation, 1903) でおきらかにしている。これを要約すると、①公益侵害であるとともに、それが私権の侵害となる場合、②私権の侵害ではないが、原告がその公益侵害行為の結果、特別の損害を蒙る場合、この二つの場合には、私人が單獨でこの種請求を裁判所にもとめうるという。<sup>(4)</sup>

しからば、この種命令と大権令状とのあいだに、いかなる差異がそんずであるうか。具體的な差異については、後述大権令状を概観することによりおのずからあきらかとなる。そこで、ここでは大綱のみのべると、差止命令は行為の結果に重点をおき、結果の不当性を問題とする。これにたいし、大権令状の場合は行為自體の違法性を問題とする。<sup>(5)</sup>

つぎに、普通法系統の司法的拘束手段とし、大権令状による方法と、一般の普通法の原則にしたがつて私人が訴を提起する方法、および、行政部の行為を起訴 (indictment) し刑事裁判をおこし行政部の行為を拘束する方法、の三がある。

司法的拘束は手續自體を中心にかんがえても、前述のごとく複雑に分化している。さらに、拘束の客體たる機關についても、その性質により取扱いを異にせねばならぬ場合がある。英國には Rule of Law の法原理とともに、*The king can do no wrong.* という國王ならびに國王の官吏と稱せられる者にたいする免責條項が存在する。この免責規定は訴訟等において種々の點で例外的結果をしようずる。このため従来より行政關係の訴訟をとりあつかう場合は、國王および國王に直屬する機關と、制定法により創設せられた機關とを區別した。そして、後者は (その典型とし地方公共團體をあげうるが)、その權限が制定法により授權せられ、かつ、法人格があたえられるため、私人と同様のとりあつかいもでき、さらに、その制定法で授權せられた範圍を基準とし、越權を理由とし裁判所がかかる機關の行為を審査しうる。これにたいし、前者は上述免責規定のため、本來裁判所は何等關與できない。このため、英法特有の官吏の法的責任の個人責任への轉化がおこなわれる。ただ一九四七年の *Crowin Proceeding Act* により一九四八年よりこの免責規定は修正をうけ、國王についても一般類似的訴

訟がみとめられるようになった。

- (1) 衡平法系統に屬するものとし、差止命令のほかは、宣言的判決 (declaratory judgment) がある。これは行政機關や國王を代表する法務長官を被告とし、それ等の行爲が違法なる旨の宣言的判決をもとめ、よつて行政廳の違法行爲を抑制せんとする方法である。
- (2) I. W. Jennings, Principles of Local Government Law, 3rd ed. (1947), p. 289.
- (3) Hart's Introduction to the Law of Local Government and Administration, 4th ed. (1949), p. 362.
- (4) Jennings, op. cit., p. 290.
- (5) 高柳賢三・英米法の基礎・一七二頁以下、田中和夫・英米法の基礎・九〇頁以下、綿貫芳源・英國地方制度論・一九四頁。

## —

英國には前述のごとく The king can do no wrong. という法諺がせんするため、公的機關にたいしその行爲の救済をもとめる場合、普通法的一般原則を利用するのは非常に困難であつた。そこで、手續等において可成り複雑な過程をふまねばならぬが、大權令狀をもとめるといふ救済手續が發達してきた。而して、この大權令狀は一九三八年の the Administration of Justice (Miscellaneous Provision) Act により手續が簡易化され、その名も大權命令とあらためられた。<sup>(1)</sup>

現在、この大權命令にぞくするものとし、もつともよく知られているのは、Habeas Corpus (人身保護) Mandamus (職務執行) Prohibition (禁止) Certiorari (移送) の四命令である。しかし、かつて大權令狀とよばれていたものは、たんにこの四種に限定されるわけではなく、すでに廢止され、または廢止されたと同様のものをもあげれば、Quo Warranto (權限開始) ——如何なる權限により官職乃至權利の保有を主張するかを證明するよう命ずる令狀。地方公共團體その他の權限審査、および、不法に地方公共團體の官職についている者を訴追する場合に利用されたが、現在ではこの令狀のかわりに Injunction が使用されている。——Seire Facias (告知) ——國王の認可・特許等を取消す目的で發せられる令狀で、相手

方に特許等を取消しえない理由を證明せしめる形式をとる。——*No Execat Regno* (雜國禁止) —— 裁判判決の執行・防衛等、一定目的確保のため、臣民が王國外にいづるを禁止または制限する令狀——*Non Procedendo Rege Inconsulto* (裁判取下) —— 一定事件につき國王が利害關係をゆうすることを理由に、この事件を普通法裁判所の管轄より除外せんとする令狀——等がある。

これ等諸令狀は、その創設のときより大權令狀の名をもつてよばれていたわけではなく、一般の令狀體系と密接な關係をもつて發達してきた。そこで、大權令狀の起源・變遷を明らかにするには、令狀體系一般を研究せねばならぬ。したがつて、本稿においても以下に簡單にこれらを概觀する。

令狀という言葉の本來の意義は、國王の手紙であり、國王がその政策を遂行するにあつて發した命令書をいう。令狀の起源については、アングロ・サクソン法にこれを求め、あるいはノルマン慣習法にこれを求める等、かならずしも一定した説はない。<sup>(3)</sup>

右にのべたごとく、令狀は司法と行政 (*executive*) の未分離のころより、兩目的達成のために發せられていた。しかし、その後、司法が分離獨立するにおよんで、國王裁判所に訴訟を提起するためには、かならずこの令狀をうるを要するようになった。その後、十二世紀頃には令狀に慣行的な一定の型が生じ、この型に合致する訴訟のみが國王裁判所で審理された。換言すれば、國王裁判所で審理しうる事項の形式・範圍は令狀により一定の限界が設けられていた。一方、この種令狀は形式が合致するかぎり、令狀發給申請者の申請はいれられ大法官より發せられたので、當然令狀または定型令狀 (*writ of course, brevia de cursu*) とよばれた。これにたいし、十三世紀なかば頃には前述定型以外の事件についても令狀を發給する権限が大法官にみとめられていた。而して、この種令狀は定型令狀にたいし、特別令狀 (*brevia magistratia*) とよばれた。この特別令狀はその發給につき大法官の裁量がともなつた、すなわち、恩惠の令狀 (*writs of grace*) たる點で前述定型令狀

と異なつていた。<sup>(4)</sup> つぎに、現在大權令狀とよばれるにいたつた令狀が、當時この *brevia magistratia* に屬していたか否かは不明であるが、エリザベス時代後期にはこの兩者の間にある程度の共通性をゆうするにいたつたといわれている。<sup>(5)</sup> したがつて、この *brevia magistratia* が大權令狀の起源である、と一應いうことができよう。このように、大權令狀は、その發給が國王の恩恵によつている點、定型令狀と區別される。しかし、恩恵の令狀たる特別令狀のうちより、特定のものが何故大權令狀なる名を冠してよばれるにいたつたか。この點種々の見地より説明されているが、あまり明確な説明はそんなない。たとえば、大權令狀は國王の名において發せられるゆえ、大權なる言葉が用いられたという。しかし乍ら、國王の名において發せられる令狀はこれのみにつきない。ゆえに、かかる説は大權令狀の大權たる理由を充分に説明していない。また一説に、大權令狀は當初國王のための訴訟にのみ發せられ、後にいたつて臣民のために發せられるにいたつた。すなわち、大權令狀の大權たる理由をここにもとめんとする説もある。<sup>(6)</sup> しかし、人身保護令狀や禁止令狀は、最初より臣民のために發せられた令狀であるが、なお、大權令狀とよばれていた。また、職務執行令狀や移送令狀も司法令狀たる性質をゆうするにいたつてからは、臣民にくわえられた不正、違法の救済のため行使せられている。ゆえに、このような例外を承認したうでなければ、この説はとりえない。そこで、あえて大權令狀の大權たる由來を説明せんとすれば、その基準は不明瞭であり、かつ、その差異は程度の差に歸着するが、大權令狀は比較的國王に利害關係の深い訴訟について發せられてきたものであるゆえ大權なる言葉が使用されたというほか、説明しえないであらう。

(1) 従來の *Prerogative Writ of Mandamus* が *Prerogative Order of Mandamus* と改稱された。したがつて本稿においても、この法令の施行を境とし、令狀と命令の名稱をつかいわけるときであるが、必ずしも嚴格にこの區別を行わず、概ね、令狀という言葉も多く使用している。

(2) S. A. de Smith, 'The Prerogative Writs,' *Cambridge Law Journal*, Vol. 11, No. 1, 1951, p. 41.

(3) 高柳賢三・前掲書・八五頁以下、'Writ,' *Encyclopaedia Britannica*, Vol. 23, p. 809.

(4) 大法官の特別令狀發給の權限は封建諸侯の反對のため——自己の封建的裁判管轄權が國王裁判所に侵害されるのを防止するため——一二五六年のオックスフォード條例 (Provisions of Oxford) により大法官は國王乃至 Council の許可なくして新令狀に捺印することを禁ぜられた。しかし、一二八五年のウェストミンスター第二條例 (the Statute of Westminster II) は一方では chancery clerk にすでに發せられた令狀の事件と類似の事件にたいし令狀發給の權限をみとめると同時に、新形式の令狀を作ることを暗黙裡に禁止し、それを國會の權限とした。しかし、clerk は從來の令狀發給事件を廣義に解し、新しい狀況に應ずる令狀を作成したため、このような制限は有名無實となった。

(15) Smith, *op. cit.*, p. 43.

(9) Stephen's Commentaries of the Laws of England, Vol. III, p. 573.

### 三

つぎに、移送令狀、禁止令狀および職務執行令狀の各々につき、その起源・變遷・現代的意義等をのべる。

移送令狀の本來の意義は、「一層明かにしらされる」こと、すなわち、國王がある事項について正確に知ることを希望するとき、この事項について記載した書類を國王のために作成し、提出するよう命ずる令狀である。而して、この種令狀はすでに一二六〇年 (Henry III) に發せられていたといわれているが、當時の令狀は上述意義のしめすとおり、國王自身のため發せられたものであり、かつ、發給目的も一般政治目的にわたり多方面に廣く使用されていた。ついで、この令狀が司法目的のため用いられた例とし、一二七一年の僧職推舉權回復訴訟 (carrein presentment)<sup>(1)</sup> にかんするものをあげうる。これは巡回裁判所の怠慢のためウェストミンスターの國王裁判所に事件を移送するさい、本令狀を使用した事例である。さらに、一二八〇年以降、この令狀はしばしば通常の訴訟にも用いられたが、當時は誤審令狀 (writs of error)<sup>(2)</sup> 的性質をゆうしていた。このように移送令狀は次第にその使用目的を變更してゆき、十四世紀頃より十七世紀にいたる間、この令狀は大體つぎのごとき目的に使用されるようになった。



(一) 特別管轄の下級裁判所——商事裁判所・海事裁判所等——の手續の監督、とくに、これら裁判所の行爲をして授權した範圍にとどめしめるため。

(二) 行政目的遂行のため、諸種の報告を要求するため。

(三) 諸目的のため、訴訟記録や文書を大法官や普通法裁判所に提出せしめるため。

(四) 検屍官 (Coroner) の調査書<sup>(3)</sup>や起訴狀 (indictment) を王座裁判所に移すため。

その後、前述目的のうち訴訟記録移送のための用法が擴張され、十八世紀には、「いやしくも制定法で設けられた court である以上、移送令狀はこの court にたいして効力をゆうする。」(1700, *Greenvelt v. Burwell*) という原則<sup>(4)</sup>、および、「制定法で明らかに禁止されぬかぎり、國王は移送令狀を發する權利をゆうする。これは普通法にもとづく國王固有の權利である。」<sup>(4)</sup>という原則が樹立された。この結果、王座裁判所は裁判官の權限行使の監督、ならびに、固有の裁判所以外の機關で court と考えられる機關の命令等の監督をもとめる移送令狀の申請で充満し、王座裁判所はあたかも大陸における高等行政裁判所の性格をゆうするにいたつた。<sup>(5)</sup>現在の高等法院は王座裁判所の管轄の大部分を承繼した。而して、移送令狀は普通法體系における公法上の機關にたいする監督權の缺如をおぎなうため、大いに利用せられてきたのである。

禁止令狀は上級裁判所が下級裁判所にたいし、管轄權のないことを理由に事件處理の禁止を命ずる令狀である。これは移送令狀とことなり、當初より司法令狀としての性格をゆうしていた。この令狀は、はじめ、もっぱら宗教裁判所の管轄權を制限するために用いられたが、その後、これを發しうる範圍が次第に擴張され、海事裁判所や衡平法裁判所等の特別裁判所にたいしても、普通法裁判所が自己の管轄權を擴張擁護するための武器として利用するにいたつた。さらに、この令狀は王權州 (County Palatine) の<sup>(6)</sup>とき、通常の裁判所の權限がおよびえぬ特殊の州の裁判所にたいしても發せられた。

つきに、この令狀は臣民の申立により發せられるが、令狀に記載される禁止文言に、「問題となつてゐる事件は、王冠と

國王の權利に關係するため……<sup>(7)</sup>」という句が挿入せられた。また、この令狀が前述のごとき特別な効力をゆうするのは、「これは國王の令狀であり、國王の權利でもあり、禁止令狀にしたがわぬ者は國王を中傷するものであり、國王を否認せんとするものであり、あるいは、國王の權利を制限せんとするものである<sup>(8)</sup>。」と説明されている。要するに、この令狀は臣民の請願をとおして、國王が國王自身の權威の毀損せられたるか否かを判断し、これを發する。これが禁止令狀發給の本來的目的であり、したがって、かかる見地にたつかがり請願者の權利救済はこの令狀の第二次的機能にすぎなかつた。

かくのごとく、移送令狀と禁止令狀とはその起源・沿革等若干の差異がそんし、また、令狀の發せられる對象も、禁止令狀が傳統的に裁判所にかざられていたのにたいし、移送令狀はかならずしも裁判所に限定せられなかつた。しかし乍ら、現在の司法令狀としての移送令狀はすでになされた行爲につき、高等法院の王座部において再審査の裁判手續をおこなう。一方、禁止令狀は權利・利益の侵害乃至越權のおそれのある具體的な行爲を未然に防止するため、かかる行爲を禁止し、あるいは、すでになされた行爲が繰返しなされることを禁止するために發せられる。現在の兩令狀にもかかる差異がそんす<sup>(10)</sup>。しかし、この点を除けば兩者はおおむね同一原則に支配せられるため、この兩令狀の現代的役割を論ずるにあたり、便宜上兩者同一にのべてゆく。

現在の禁止令狀や移送令狀の機能は、管轄權のないことを理由とし上級裁判所が下級裁判所における事件處理を禁止し(禁止令狀)、あるいは、(一)管轄權の缺如等を理由とし、(二)判定法の規定によりのみ上訴をみとめる制度の例外とし、(三)刑事事件における公正なる裁判確保のため、等の諸目的達成のため高等法院王座部が下級裁判所にたいし記録の移送を命ずる(移送令狀)點にある。したがって、この兩令狀は特定人にたいしなされた行爲につき同時に發せられる場合もある(さらに後述の職務執行令狀がこれにくわわることもありうる)。

つぎに、この令狀發給の對象となる行爲であるが、この令狀は司法的行爲(Judicial act)のみを制限しうる。したがって、

行政機關との關係においてこの兩令狀をみると、當該行政機關の行爲がはたして司法的行爲とみうるべきや否やにより、現實に兩令狀を發しうるや否やが決せられる。すなわち、當該行政機關が court とみなされうるや、この行政機關の手續が從來の judicial process と同一性質とかがえうるやが問題となる。また、この兩令狀は行政機關の行爲にたいし適當なる救濟手段（制定法により上訴をみとめる等）の設けられていない場合にのみ發せられる。このため、從來の判例は前述條件をなるべく廣く解釋し、兩令狀を廣範圍にわたり發せんとする傾向にある。この點につき、ブレット (Brett) 判事は、「今日における禁止令狀の權限について私の意見はつぎのごとくである。すなわち、裁判所はこの權限の行使について寛大であらねばならぬ。そして、議會が最高裁判所以外の機關にたいし個人に義務を課しうる權限を附與した場合、これら機關があきらかに授權された範圍をこえる行爲をなすならば、裁判所はこれら機關の行爲を統制するため、できるだけ廣い範圍にわたりこの令狀を發すべきである。」とのべている。<sup>(11)</sup> さらに、アトキン (Atkin) 判事は、「二つの大權令狀は越權行爲にかんずるものである。兩者とも從來は一般に司法裁判所とよばれていた機關の管轄權に關連して發せられていた。しかし、現在では、これ等はみづから司法裁判所と稱してもいいないし、また、一般に司法裁判所ともみとめられていない機關の手續を統制できるほど擴大された。ある機關が臣民の權利に影響をおよぼす問題を決定する權限をもち、かつ、司法的に行動することと義務づけられている場合、これらの法的權限をこえた行爲をなした場合には、いつでも二種の大權令狀により王座部の統制に服さねばならぬ。」とのべている。<sup>(12)</sup> この判例は、その後、各裁判所でうけつがれ、兩令狀は法的紛争を解決する機關すべてにつき均しく適用されるにいたるとともに、法の適用につき裁量權をゆうし具體的な命令（わが國でいう行政命令のごとき）を發しうる機關にたいしても發せられることとなつた。

要するに、移送令狀や禁止令狀はすべての行政機關の司法的な行爲にたいして發しうる。而して、ここで司法的行爲というのは、行政機關の行爲のうちより ministerial act すなわち、行政機關が行爲をなすにあたり法により羈束的にさだめら

れ裁量乃至選擇の自由をゆうさぬ行爲、をのぞいた行爲をいう。

このように、禁止令狀や移送令狀適用の範圍は次第に擴張され、裁判所が行政部の行爲を拘束するために用いうるにいたつた。しかし、缺點もそんする。たとえば、訴訟費用についてみても、一九三八年の法律により手續が簡易化されたが、なお、一般の訴訟にくらべ手續が複雑なため費用をおおく要する。この外、これ等令狀はすでに發せられた行政部の命令につき裁判所が制限をくわえるのであるから、長年現實におこなわれてきた命令もこれ等大權令狀により効力をうしなう場合がある。<sup>(13)</sup> このような事態は行政能率という點よりかんがえると望ましくない場合が少くない。このため、特定事項にかんしては大權令狀による救済の範圍を制限し、この代りに、制定法上、上訴等をみとめる方法を採用しようとする傾向があらわれてきた。<sup>(14)</sup> もちろん、かかる救済方法は對象となる行政目的により、また、濫訴の防止等の見地よりすべての行政行爲についてこれをみとめるのは不可能である。しかし、かかる救済方法はその後の單行法にもしばしばあらわれており、禁止令狀や移送令狀にかわるべきものとし注意する價值があるであらう。<sup>(15)</sup>

(1) 僧職推舉權をゆうする者の權限を無視し、他の者が推舉權を行使した場合、推舉權者が提起する訴訟。一八三三年廢止。

(2) 上訴裁判所が原審の訴訟記録の送付を命ずるものであるが、上訴審の審理はもっぱら記録上の瑕疵にとどめられ、その他の事項にはおよびえない。但し、記録上瑕疵があればそれがたとえ輕微なものであつても、原判決は破棄された。なお、これは民事手續につき一八七五年に、刑事手續にあつては一九〇七年に各々廢止された。

(3) 検屍官の本來的任務は、管轄区域内の變死人・在監死亡者の検屍であるが、この外、多くの司法上・行政上の義務もゆうし、かつ、執行官 (sheriff) が事務をとりえなくなつたとき、その事務を代行した。

(4) Smith, *op. cit.*, p. 48.

(5) *Ibid.*, p. 45.

(6) 王權州とは、當該州所有者がその州内において、あたかも、國王が王國內でもつごとき權限を行使しうる州で、司法にかんしても獨立の裁判所をゆうし、Chester, Lancaster, Durham の三州がこれにぞくしていた。

- (7) Smith, op. cit., p. 49.
- (8) Warner v. Suckerman (1615), reprinted in Smith, op. cit., p. 49.
- (9) たとえば、國王は裁判所になつて、その管轄権の範圍内で権限を行使するよう命じている。このため、この命令を遵守するや否や、換言すれば、管轄権内の行爲であるや否やが、國王の權威をみとめるや否やになる。
- (10) Jennings, op. cit., p. 300.
- (11) R. v. Local Government Board (1882), reprinted in Jennings, op. cit., p. 301.
- (12) R. v. Electricity Commissioners (1924), reprinted in Griffith, op. cit., p. 326 & Stephen, op. cit., pp. 577—8.
- (13) この例として R. v. Minister of Health (1919) 年來おこなわれてきた行政命令が一九二九年に移送令狀により失効した。
- (14) この例として Town and County Planning Act, 1932. がある。この法律の第十三條第四項に「前述せる告知(建物の取壊し、土地の明渡しその他)をうけた者が、その告知書の主張をあらそう場合、裁判所および當該地方團體の書記に最初の告知の通知をうけた日より二十八日以内に書面をもつて申立をおこなない、かつ、その告知に關係する所有物上に権限をゆうする刑事裁判所、または、その地方の即決裁判所に訴を提起することができる。この訴が最終的に決定するか、あるいは、訴が斥けられない間は地方團體は本條第一項(地方團體が都市計畫を實行するための必要なる権限)による行爲をなすことを禁ずる。」とある。
- (15) Jennings, op. cit., pp. 304—6.

## 四

職務執行令狀は公的機關に成文法上、または、普通法上の義務履行を命ずる令狀であるが、マンデーマスの本來の意義は、我々は命令する」ということである。したがつて、往時、國王はこのような言葉をふくむ命令書を各方面に發し、統治をおこなつたことは想像にかたくない。しかし、その後、このような令狀はとくに國王の歳入を増加させる目的のため、土地沒收官や執行官にたいし發せられ、臣民の權利、利益を救済するため發せられることはなかつた。ゆえに、かかる令狀は現代の司法令狀たるマンデーマス令狀と言葉の上において同一性をゆうするのみであつて、これをもつて、直ちに、司法令狀と

してのマンデーマス令狀の起源と斷ずることはできない<sup>(2)</sup>。

司法令狀としての職務執行令狀の沿革等についてはあまり明かでないが、現在と同様の性質をもつた令狀が一五七三年に發せられている。すなわち、本例は不法に剝奪せられたロンドン市民の選舉權回復のため、本令狀による命令の發せられたもので、一般に *Anable's Case* とよばれている事件である<sup>(3)</sup>。しかし、眞の意味における司法目的のため發せられた職務執行令狀は、一六一五年の *Begg's Case* にかんするものであるといわれている<sup>(4)</sup>。すなわち、この事件において職務執行令狀は不法な公民權剝奪にたいし、これを回復するため王座裁判所より發せられた。この事件以來、職務執行令狀は職務復歸や自由の回復のため發せられ、さらに、十八世紀のはじめにいたり、この復歸的性質は擴張され、廣範圍にわたり本令狀が發せられることとなつた。すなわち、職務執行令狀は權利侵害乃至不利益を蒙つた者の不服申立により、公義務および準公義務の履行を要求する令狀となり、令狀の發せられる對象もたんに司法機關にとどまらず公共機關にもおよびつた。なお、このような權限擴張は主としてホルト (*Sir John Holt, 1642-1710*。一六八九年より一七一〇年まで王座裁判所の首席裁判官として在職) の力によるといわれている。さらに、この令狀は *Mansfield's Case* (*Lord William Mansfield, 1705-93*。一七五六年より一七八八年まで王座裁判所首席裁判官) により大權令狀たることが明言せられた<sup>(5)</sup>。すなわち、*Mansfield's Case* はこの令狀を「國王自身によつて發せられ、國王の裁判所において政策を監督し、國の治安を維持する大權令狀」とよんだ<sup>(6)</sup>。つぎに、職務執行令狀の現代的役割はいかなるものであろうか。この點につき、現在では職務執行令狀にかんする古典的定義といわれているが、ボーエン (*Bowen*) 判事は、「職務執行令狀は周知のごとく高度の大權令狀であつて、訴訟制度の缺點をおぎなうために案出されたものである。國王が特定の者の裁判をうける權利を拒否したり、あるいは、裁判を遅延せしめるよう命ずることはマグナ・カルタにより禁じられている。このため、もし、裁判をうける方法がないならば、裁判をおこなうため職務執行令狀が發せられねばならない。」とのべてゐる<sup>(7)</sup>。

職務執行令狀は前述の移送令狀や禁止令狀同様に、一九三八年の法律により職務執行命令とあらためられた。而して、これは移送・禁止の二大權令狀の消極的作用に較べ、積極的に行爲を命ずる點特色をゆうし、かつ、これの活用される範圍も廣範におよぶ。すなわち、この令狀は個人・公共團體・下級裁判所にたいし、これらに課せられた義務の履行を命ずるために發せられるのである。そして、この命令の不履行にたいし裁判所侮辱罪が成立し、義務不履行者にたいし罰金が課せられ、あるいは、逮捕連行される。一方、裁判所はこの義務の履行を第三者に命じうる、すなわち、代執行がみとめられる。

なお、この義務は公的性質をもつものであらねばならず、かつ、この公義務は成文法、または、普通法により課されたものであることをようす。かくのごとく、職務執行令狀により命令される者は廣範圍にわたるが、國王の行爲にたいして、この令狀は發しえない。したがつて、國王の官吏が國王の利益のためなした行爲についても本令狀は適用せられない。しかし乍ら、國王の官吏や中央官廳の行爲であつても、これが公益のためなすべき義務として課せられた場合、これらの義務（公義務）違反にたいし、本令狀により正しき義務の履行を命ずることができる。なお、職務執行令狀により履行を命じうる義務は絶対的な義務、すなわち、義務の履行につき裁量の必要な義務たることをようす<sup>(8)</sup>。

つぎに、職務執行令狀を申請しうる者は誰であり、かつ、申請しうる場合はいかなる場合であらうか。この點、一應「權利を侵害される」か「職務の履行を請求する權利をゆうする」私人といひうる。しかし、具體的にいかなる權利の侵害（いかなる程度乃至種類の利益の侵害）の場合に本令狀を發すべきか。これにかんする判例の態度は未ださだまつていない。

最後に、職務執行令狀を發給しうるための條件を要約すると、

(一) 申請者が義務の履行を請求する權利をゆうし、かつ、この義務がたんに私權にもとづくものでなく、公的性質をゆうするものであること。

(二) この義務が違法に履行せられたか、故意に履行されぬ場合。また、履行さるべき義務は羈束的行爲にもとづくものに

かぎられるが、裁量的行為にもとづく義務であつても、不履行の場合には、適正なる判断をなし義務を履行せよと命ずる令状を申請しうる。さらに、申請者は正しき義務履行の要求を拒絶されたことを立證するをようす。

(三) 本令状發給は全く裁判所の裁量にぞくする。而して、裁判所が本令状を發すべきや否やを決定するにあたり、前述ボーン判事ののべた、普通法上例外的な救済手段であるから、他に救済手段のそんなぬ場合（訴訟・訴願をとわず——筆者註）にかぎる、<sup>(9)</sup>という言葉が基準となる。

右のごとき場合のほかに、職務執行令状の發給を容易にするため、成文法により本令状を發しうる場合を定めた例<sup>(10)</sup>があるが、この場合にはかならずしも前述條件を充す必要がない。

- (1) Griffith, op. cit., p. 229.
- (2) Smith, op. cit., p. 50.
- (3) Ibid., p. 50.
- (4) Ibid., pp. 50—1.
- (5) Ibid., p. 51.
- (6) R. v. Barker (1762), reprinted in *ibid.*, p. 51.
- (7) R. v. Commissioners of Inland Revenue. In re Nathan (1884), reprinted in Hart, op. cit., p. 370.
- (8) Hart, op. cit., pp. 370—2; Griffith, op. cit., pp. 229—31.
- (9) Hart, op. cit., p. 372.
- (10) § 299 of The Public Health Act, 1875.

## 五

以上はなほだ簡單ではあるが、大權令状の沿革・機能をのべてきた。これらの歴史的變遷は不明な點が多く——殊に我々



外國にあるものにとり——、かつ、これらは普通法に由來するため、その機能の面においても理解しがたい點が多い。しかし乍ら、その反面、これらは學問的に興味を引く多くの點をゆうする。

令狀制度（大權令狀にかぎらず一般の令狀をもふくめて）は英法の中核をなしてきた。したがつて、令狀制度の變遷は英法の變遷の具體化でもある。さらに、大權令狀の變遷をみるとき、これは、はじめ、國王の權力に直結し中央集權確立をたすけ、統一國家の形成に重大な役割をはたしてきた。すなわち、中央政府機構の一たる國王の裁判所はこれを武器とし、一般國法の權限外にあつた封建諸侯の裁判所をも支配した<sup>(1)</sup>。しかし、中央集權國家が成立し國王の權力、ことに執行權が強化されるや司法權はこれを抑制する方法をとり、普通法の完成、法の支配の原則の確立等により英國獨自の司法的國家構造の基盤を樹立した<sup>(2)</sup>。而して、この司法的國家において司法權が執行權を抑壓するため採用したものこそ、大權令狀による救済と權限踰越の法理である。もちろん、大權令狀はかならずしも執行權抑壓の手段のみに使用されたわけでない。しかし、大權令狀により執行部と司法部が連繫する點、換言すれば、執行部にたいする司法部の普通法的支配という英國の國家構造につきぬ興味をかんずる。また、一方において、かかる裁判所の支配があつたからこそ、英國では專制的な行政權の行使が存在しなかつた。この點、大陸型行政法と專制的な行政部の權限行使とが對比されねばならない<sup>(3)</sup>。

大權令狀は、いままでのべきたつたごとく、過去において個人の人權尊重の手段とし、また、執行部乃至行政部の專制防止に役立つてきた。しかし、現在までに、裁判所は大權令狀を發しうる對象、および、範圍を擴張しつづけてきたにもかかわらず、大權令狀を發する事件は次第に減少しつづつある。一方、チューダー・スチュアート時代はしばらくおくとしても、往時に較べ行政權による臣民の權利侵害は決して減少していない。しかし、職務執行令狀は現在ほとんど發せられず、移送令狀もまた制定法による上訴制度がこれに代りつつある。これらの事實はいかなる原因にもとづくか。まずあげねばならぬことは令狀制度における手續の複雑さである。一九三八年の法律により手續は簡易化されたとはいへ、いまだ一般の訴訟手

續に較べると複雑である。このことは一面よりみると訴訟費用の點に難點を生ずる。ことに、行政訴訟等のごとく相手方が公的機關となると、終審まで争われることがおおい。この故、本來争われねばならぬ事件も臣民の側において不問にふする場合が多くなる。他面において、手續の複雑さは時期的にみて行政上の救済の實をあげえぬことがありうる。各國において、一般の訴訟手續さえ複雑にすぎるとし、特別な行政訴訟手續が採用されつつあるとき、大權令狀制度は現狀に合致しえぬとの非難をまぬがれない。しかし、このような缺點にもまして重要なことは、英國の國家構造上の缺點であらう。傳統的な司法手續のみにより行政機關の行爲を監督せんとするには、現在の行政機關の行爲があまりにも複雑、かつ、廣汎にすぎること、行政機關は一般の私人とことなり、故意に法にしたがわぬことは稀である。多くは法の規定の不正確なため、または、法の解釋の誤解にもとずき違法行爲をなす。このため、事後の司法的審査とともに、事前の行政監督が大いに必要となつてくる。また、最終的な司法上の權利救済のほかに、それ以前に迅速容易な訴願等の救済手續を必要とする。由來、司法と行政とはその作用の本質よりすれば異らないし、また、行政目的に反せざるかぎり、その手續をして司法手續類似のものたらしめることは好ましいことである。このため、行政機關をして準司法作用を行わしめることが多くなつてきた（正しくは、この準司法作用をおこなうため執行機關のほかに、行政機關なる概念が生じたのであるが）。而して、この準司法作用に公的機關ならびに臣民が充分習熟し、完全に活用すれば大權令狀の活動は次第に減少する。

要するに、大權令狀は私人の公法上の權利救済制度とし價值あるものであつたし、今日とて最終的救済手段とし存續せしめる必要性は充分そんする。しかし、現實の問題とし、普通法のほかに行政法がその適用範圍を廣めている現在、公法上の權利救済方法において、行政法的救済方法が次第に採用され、大權令狀制度は現實的な制度としてよりも、歴史的な興味とともにのこつてゆくのではなからうか。

(1) 英國における「國王の裁判所」については、高柳・前掲書・一三頁以下に詳述されている。

- (2) この間の事情につき、伊藤・前掲書・一頁以下、一六八頁以下。
- (3) 大陸型行政法が行政権を専制的ならしめるのに役立つたというわけではない。大陸型行政法は行政権の専制防止のための大陸的手段である。