

論 説

西ドイツ国家補償理論における

Folgenbeseitigungsanspruch(「FBA」)思想の展開 (一)

平 井 孝

一 は し が き

二 西ドイツ国家補償理論における Folgenbeseitigungsanspruch (「FBA」) 思想の成立

(一) Folgenbeseitigungsanspruch 思想成立におけるハッホフの地位 (以上第三卷第一号)

(二) ハッホフ「Folgenbeseitigungsanspruch」の論理的構造とイデオロギー性

(1) ハッホフ「Folgenbeseitigungsanspruch」の論理的構造 (以上本号)

(2) ハッホフ「Folgenbeseitigungsanspruch」のイデオロギー性

三 西ドイツ国家補償理論における Folgenbeseitigungsanspruch 思想の展開

四 む す び

二 バッホフ「Folgenbeseitigungsanspruch」

の論理的構造とイデオロギー性

(1) バッホフ「Folgenbeseitigungsanspruch」の論理的構造

(イ) ハイデルベルグ大学教授資格認定論文 (Habilitationsschrift) となったバッホフ「職務行為要求の行政裁判的訴訟」(一九五一年初版・一九六八年再版)は、「Folgenbeseitigungsanspruch (FBA) (結果除去請求権)」をいかに構想しているだろうか。これが、ここでの問題である。ただし、一九六八年「第四七回ドイツ法曹会議・公法部会」の副報告者の一人、ベンダーの指摘しているように、「FBA」といっても、その内容の理解の仕方は、論者によって異っているからである。⁽¹⁾この点については、シュパンナーも感想を同じくしている。

「FBA」の議論にあたっては、——それは普通のこととなっているのだが——、バッホフの研究「職務行為要求の行政裁判的訴訟」から出発しなければならない。なぜなら、ここには、基本的に、つぎのような内容、つまり、概念および適用範囲が最近拡大されているにもかかわらず、「FBA」と言われたし、現に言われているものの本質が描かれているからである。⁽²⁾

要するに、バッホフの「FBA」論は、精緻な理論的構造をとる最初の「FBA」論であったということである。

では、彼の「FBA」は、いかなる論理的構造を備えているのか、これをその根拠・内容において、以下、若干

の考察を加えたい。

- (1) Heidenhain, Der 47 deutsche Juristentag (Die Verhandlungen der öffentlichen Abteilung), J. Z. 1968, S. 756
- ハイデンハインによれば、結果除去請求権はほぼ固まってきた概念であるが、それにしても、これを物権的除去請求権、つまり妨害排除的除去請求権 (ein negatorischer Anspruch auf Beseitigung) と理解するのか、それともむしろこの除去請求権以上の賠償請求権として理解するのか、に問題が分かれる」と。また、この結果除去請求権は、論者によっていろいろな言葉を冠せられている」と。例えば、リンゲは「妨害排除的除去請求権 (ein negatorischer Beseitigungsanspruch)」トーマは「公法上の反作用 (反撃) 権 (Reaktionsrecht) (著者としてはトーマのこの用語は、Celsus の *actio* の定義すなわち、訴権とは権利侵害によって生じた裁判上の保護を求める権利、すなわち、ある権利が侵害されるとこの侵害に対する反撃 (Reaktion) として転換するところの権利である (江南義之「物権・債務の概念分類について」)」、民商法雑誌・六三卷三号三一八頁) 〃という説明に由来してはいないかと推測している)」、ヴォルフは「回避請求権 (Abwendungsanspruch)」メンガーは「公法上の *actio negatoria* (妨害排除請求権)」、ベッターマンは「準妨害排除的原状回復請求権 (quasinegatorischer Wiederherstellungsanspruch)」、ヴァイロイターは「結果除去負担 (義務) (Folgenbeseitigungslast)」とそれぞれ呼んでいる (Heidenhain, Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns, J. Z. 1968, S. 491
- (2) Hans Spanner, Gesetzliche Regelung des Folgen-beseitigungsanspruchs?, DÖV 1968, S. 619
- (d) バッホフ「FBA (結果除去請求権)」の根拠論
- バッホフの前記論文の「序文」は、彼の「FBA」論展開の動機を説明するうえで、きわめて示唆に富んでいるように思われる。彼はいう。
- 「一九四六——五〇年の行政裁判法、ラント諸憲法ならびにボン基本法は、ドイツ連邦共和国の領域において、公法上の権利保護の本質的な拡大を導いている」。

彼は、この拡大の理論的基盤を一九二五年にまで遡らせる。すなわち、彼は、同年のライプツィヒ会催「ドイツ国法学者会議」の席上で発言したW・イエリネックの「将来は概括条項（概括主義）に進むにちがいない（Der Generalklausel gehöre die Zukunft）」という言葉に今日を象徴させているのである。

もっとも、この点については、戦後（一九四九年）に第三七回ドイツ法曹会議においてツインが、「ボン基本法下の司法」というテーマの下で触れている。しかし、後年一九五五年のドイツ国法学者会議においてさらに明瞭な評価を与えたルンプの次の言葉はとくに注目されてよい。

「第二次大戦終結後のドイツ再建によって、私の知るかぎりでは、いまだいかなる国も所有していないほどの権利保護の技術的完成（Perfektion der Technik des Rechtsschutzes）が、わが西ドイツの各占領地帯においてみられた。すなわち、行政裁判所の独立、概括主義、不行為訴訟、法律に対する司法審査、いわゆる国王条項といわれる基本法一九条四項の形式的主要基本権（formelles Hauptgrundrecht）がそれで、司法国家（Rechtswegstaat）の構造的特色をなしている。」⁽¹⁾

ともあれ、すでに、バッホフは、第二次世界大戦後の西ドイツ行政裁判制度の画期的な特色を、概括主義の採用に見出し、その憲法的根拠を基本法一九条四項に求めている。彼はこの条項を次のように説明・評価している。

「個人は、もはや超個人的な国家目的達成のための道具ではない。自由主義的民主主義国家では、逆に国家が市民の利益の充足のための組織と化している。したがって、各個人は個人的利益の充足に役立つ法規の維持を求める請求権をもつべきである。基本法一九条四項は、まさに、この見解を確認し、従来の意味における公権の保護に限らず、法規が個人的利益のために、公権力に一定の義務づけをしている場合には、つねに、受益者にその義

務の履行を求める意思力を付与するという、権利形成的機能をもっている……………

要するに、基本法一九条四項の出訴可能性の問題は、今日では、客観法上保護された利益、法秩序によって保護され意図された受益の主張で充分である。ただし、かかる保護利益、つまり、意図された受益は、憲法規定によって権利となっているからである」⁽²⁾

(1) Hermut Rumpf, VVDStRL 1956 (H.14) S. 136

(2) Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung (以下 Vornahme-Klage と略称), 1951 S. 84 (和田英夫・反射的利益論・法律時報四一巻一号六一頁)

しかし、彼は、「FBA」の実定法上の根拠については、基本法二〇条三項ならびに各ラント憲法規定に包含されている「行政の合法性(法律適合性)」原則で足りるとしている。⁽³⁾ このことは、いかに理解したらよいのか。それには、まず、次のことを確定しておく必要がある。つまり、基本法一九条四項の「概括主義」を「FBA」の根拠とすること、同法二〇条三項「社会的法治国家主義」を「FBA」の根拠とすることは、いかなる点において異なり、またその意味はどこにあるのか、ということである。この点については、さらに、バッホフ・公権論の概観を必要とするであろう。

一九世紀ドイツにおける自由主義的公法学の先駆者、⁽⁴⁾ G・イエリネックの「公権論」(System der objektiven öffentlichen Rechte, 2Aufl, 1905) 以来、ドイツの伝統的公法学は、個人の国家に対する法的地位に依じて、自由権、参政権・特別権 (abgesonderte öffentliche Rechte) (私人の利益のために賦与されたる公権) の区別を認

め、これからさらに自由権・受益権・参政権・社会権と発展させている。しかし、一九二四年には、O・ビューラーの教授資格認定論文である「公権およびその行政裁判的保護 (Ottmar Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914) の大著が公刊された。これはまさに行政裁判実務の見地から公権の包括的体系化を意図しており、公権には手続的(formell)と実体的(materiell)の二種が存在するとする。このビューラーの行政裁判例の研究に裏うちされた公権論は、W・イエリネック、そしてその弟子とされるバッホフに多くの影響を与えている。すなわち、バッホフは、公権を意思力の付与によって実体的利益が保護される範囲を基準として、実体的と手続的との二種に区分している (Endlich kann man die subjektiven öffentlichen Rechte nach dem Umfang, indem das materielle Interesse durch Verleihung einer Willensmacht geschützt wird, in materielle und formelle subjektive Rechte einteilen)⁽⁵⁾。前者は、実体的利益が完全な範囲で保護される場合 (例えば法定要件を具備した建築希望者の建築許可請求権) であり、後者は、許可手続に関与する利益にかぎって保護される場合 (例えば建築希望者の隣人——相隣者の聴聞請求権や、行政庁がその裁量に画された法的限界を無視して決定をなさないことを求める無瑕疵裁量行使請求権)⁽⁶⁾ である。

(3) Bachof, a.a. O. S. 128

(4) G・イエリネックのO・マイヤー「ドイツ行政法」に対する次の書評において、彼の学問的視点におけるO・マイヤーとの差異ないしニュアンスが見出されよう。「マイヤーの根本観念は、むしろフランス法の影響の下に形成されている。それは、しばしば成功裡にドイツ法にも適用されているが、しかし、多くの場合には、ドイツの法的発展に異質的な諸観念を我々の法の中にとりいれようとするものであった。特に、国家の高権的性格の誇張——それは多くの点について私法の領域を全

く狭め、従来の觀念に従えば自由な社会的活動の存在するところでもなおかつ国家的な支配權の行使を見出すのだ——は、通説的見解によつて、多くの点に關して排斥されなければならない」(塩野宏「オットーマイヤーの行政法學の構造」一八頁参照)。

(5) Bachof, a.a.O. S. 67, Bühler, Die subjektive öffentliche Rechte, S. 232, 301

(9) Bachof, a.a.O. S. 67, 68 手島孝・無瑕疵裁量行使請求權の法理(法律時報三九卷一四八頁)、田村悦一「自由裁量とその限界」昭和42・一九八頁以下を参照。手続的公權と區別される実体的公權につき、田村教授も以下のように説明される。「建築許可を申請した者は、法上の要件を遵守完備した計画につき、その許可に対する請求權を持っている。この許可申請書が違法に拒否された場合は、彼の權利はすでにこの違法な結果によつて侵害されているのであるから、それは、拒否の手続や理由とは關係がない」。なおバツホフの無瑕疵裁量行使請求權と結果除去請求權との區別については本稿五〇頁(4)参照。

バツホフは、「FBA」の根拠を、もっぱら、基本法二〇条三項の「行政の合法性(法律適合)」の原理に求めているが、その理由は、おそらく、基本法一九条四項の「概括主義」が実体的基本權を訴訟手続上保障する形式的公權としての裁判權をもつ基礎づけるのに対して、基本法二〇条三項は公權力の發動に対してその限界を画し、これを嚮導する意味をもっているからであろう。すなわち、基本法一九条四項の手続的權利の保障の意義は、公權力の行使により自己の權利・利益を侵害されたとするいずれの者に対しても、その保護を裁判上認めることにある。これに反して、実体的權利保障の意義は、公權力がその公法上の権限内で惹起した違法狀態そのものを適法な狀態に復元ないし回復することにある。⁽⁷⁾このような違法狀態を当初の適法狀態に復元することの義務——結果除去義務、したがって、これに対応すべき結果除去請求權は右の違法狀態の直接的被害者が有するもので、基本法二〇条三項「行政の合法性(法律適合)」の原理から演繹されうるものである。⁽⁸⁾

以上のように、結果除去請求権の本質を実体的権利と考える見解（実体権説）は、バッホフをはじめとして支配的見解であるが、そのいきさつについて、例えば J・シュリーは最近の論文（一九六七年）で次のように言っている。「FBAは、おそらく、元来、実体法上の請求権として作られたものではなく、その存在は、形式的な訴訟制度の隙に（die Lücken des formellen Klagen-systems）依存している。この形式的訴訟制度は、なるほど行政法の特殊性全体を模写しているが、しかし、やはり見たところでは、なんらかの補充なしには済まないものである。」⁽⁸⁾この隙の補充こそ、実体的権利性の成立の契機であったのではなからうか。

(7) Klaus Obermayer, Zur Rechtsstellung des Nachbarn im Baurecht und zum Folgenbeseitigungsanspruch, Juristische Schulung 1963, S. 111

(8) Bachof, Vornahme-Klage, S. 99; derselbe, Anmerkung zum Urteil des BVwG v. 18. 8. 1960, DVBl. 1961 S. 129f. しかし、バッホフはまた次のようにいう。「行政の合法性（法律適合性）の原理は、たしかに違法の行態（Verhalten）を予防（verwehren）する。だが、にもかかわらず生じた違法の結果に対して、何をすべきかに関して、何ら触れていない」（Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht (B.J.) 1964, S. 261）。この考え方は、彼 Vornahme-Klage の再版（1968）の「序文」においても述べられている。M・ホフマンは、この点のバッホフの態度は、あきらかに、初期の態度と比較してみると、「FBA」の根拠を「行政の合法性（法律適合性）」の原則に求めることに矛盾を認めた結果であるだろう」と評価している（Michael Foffmann, Der Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte, 1969, S. 45（註）10）。たしかに、一九六八年の「Vornahme-Klage」再版の「序文」において、バッホフは右の矛盾を告白している。しかし、次のような言葉で、依然として従来の立場の基本を貫いている。「私は「FBA」を法治国原理、とりわけ法律適合原則（Grundsatz der Gesetzmäßigkeit）から演繹することを止めない。もちろん、だからといって、この原則だけでは、FBA の理由づけが充分でなくという批判が誤まっていると思わない。なぜなら、私自身も他の箇所（憲法・行政法

行政手続法」(一九六四年)で主張しているように、法律適合原則はこれがあるにもかかわらず違法な場合が起りうるし、またその違法な場合に生ずるものの何たるかを、説明していないし、少くとも、これに直接触れていないのである。しかし、法治国原理は、他の、国家——市民関係にかかわる基本法の諸規範に関連して、とくに、今日自由的基本権を通して憲法上強く要請されている。また、法治国原理は、法律によらない(違法の)強制に関連して、また基本法一九条四項から援用さるべき効果的な権利保護の観念に関連して、「FBA」のグルントを支えている。それゆえ、次の命題はなお正しい。#暫定的(仮の)執行可能性は、黙示的にせよ、行政行為が事後に取消された場合の結果、除去義務を含んでいる。さもなければ、上の暫定的(仮の)執行可能性は、行政の法律適合原則と一致しないであろう。このような出発点に立つとき、私は、自分の見解がきわめて重要な見解に一致しているに気がつくのである。そのなかでも、とりわけ Bettermann が、彼の初期の論文において、法治国原理からFBAを根拠づけることに反対しているが、彼はその後の論文においては、その反対部分を削っている。これ以外の点については、Bettermann の批判が正しい。(Vornahme-Klage, 2 Aufl. XIV)。

バッホフ、クノールは、「FBA」の実際の意義を次のように見ている。つまり、行政庁というものは、「FBA」一般を長時間論議する前に、さっさと、違法な行政行為の結果そのものをひき出してしまおうのが常なのである。そのために、すべての問題をより詳細に掴むチャンスがない。とりわけ裁判の場合にそうだ(Spanner, a. a. O. S. 619)。

(8) Jörg Schleeh, Zur Dogmatik der öffentlichen Folgenbeseitigung (Archiv des öffentlichen Rechts, Vol. 87 Heft 1 S. 59) ルップも、取消訴訟の訴訟物は侵害除去を求める公法上の(原状)回復請求権という実体法上の公権主張であると主張する(Rupp, Grundfragen, S. 250 f.)。

すでに、バッホフ「FBA」の実定法上の根拠が、基本法二〇条三項の「行政の合法性」の原則に見出されていることについて、論述したが、では、そこである「合法性」の意義はいかなるものであろうか。彼は、「FBA」を、「合法性」の原則ないし「法律による行政」の原理(das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)

に“inhärent sein soll”(固有・内属・内在すべきもの)として、⁽⁹⁾とらえている。しかし、基本法二〇条三項の「合法性」にいう「法」とは法律・憲法(条理)を含むものであり、「合法性」とは、より高次の社会的正義の原則に従うべきことと解している。⁽¹⁰⁾基本法二〇条は二八条とともに、社会的法治国家の原則を定めているが、それはとりもなおさず、法治国家性と社会国家性との対立的協調を通じて、社会的正義の樹立・保障ならびに国家的な生存配慮による社会的必要性の充足という統一目標に到達しうることを意味しているとされる。⁽¹¹⁾

(9) Bachof, a.a. O. S. 127f.

(10) Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen, 1951, S. 27, 43, 45ff.

(11) Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates — Der soziale Rechtsstaat in Verwaltungsrecht.

licher Sicht, VVDStRL 1954 (H. 12) S. 37ff., derselbe, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Band II, 1967, S. 19ff.

以上のバツホフ「FBA」の根拠論は、フランケの評価に示されているように、⁽¹²⁾少数の強力な支持者を得た。たとえば、リーナー(Rahl, SKV 1959, S.312ff.)、レルヒエ(Lerche, RiA 1959, S. 9ff.)、シュロッホアウア(Schlochauer, Öffentliches Recht)、H・ヴォルフ(H. Wolff, Verwaltungsrecht I S. 269)などである。しかし多くは、むしろ、バツターマンの全面的反論(バツホフの「法律適合」原則からはならぬ違法性という結果⁽¹³⁾ der Folge einer Gesetzwidrigkeit)を帰結することができない⁽¹⁴⁾に至らないまでも、⁽¹⁴⁾少くとも右の原則からは「FBA」を曖昧にしか推論できないとして、バツホフの立論を基軸に独自の「FBA」論を展開している。⁽¹⁵⁾

たとえば、「地位侵害(Statusverletzung)」根拠説(Röslein, Rupp)⁽¹⁵⁾、自由権(Freiheitsgrundrechte)」根

抛説 (Weyreuther)⁽¹⁶⁾「比例 (適量超過禁止) 原則」根拠説 (Lerche)⁽¹⁷⁾「一般的原状回復 (復善) 原則 (allgemeiner Wiedergutmachungsgrundsatz)」根拠説 (Menger, Haas)⁽¹⁸⁾「社会的法治国原理」根拠説 (Franke)⁽¹⁹⁾「私法 (類推) 適用」根拠説 (Bettermann, Janssen)⁽²⁰⁾など。

このような「FBA」根拠論の百家争鳴的な展開現象に対して、レスラインは次のような評価を与えている。「FBA」のすべての系列の問題は、決して、一義的な、いかなる場合においても承認され得るような解答を見出し得ない。それゆえにこそ、われわれは、請求権の根拠についても、決して一致していないのだ⁽²¹⁾と。ヴァイロイターも、第四七回ドイツ法曹会議の総括報告において、次のような事実を述べているが、正当であろう。「此処では、多くの不明な点がある。つまり、「FBA」の概念はほとんど何もじっくり論争されていないのだ。それに、「FBA」は「今なお、真に強固な伝統がない」⁽²²⁾と。

ともあれ、バッホフ「FBA」の根拠論は、前述のように、多くの論争軌道の起点としての役割を担っていると評価してよい。今日までのところこの根拠論の統一的な終着駅は見出し難いようであるが、この点については、稿をあらためて、詳論したい。

- (21) Franke, Der Folgenentschädigungsanspruch—Der Folgenbeseitigung durch Entschädigung, Verwaltungsarchiv 1966, S. 361

- (22) Karl August Bettermann, Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, DÖV 1955, S. 528, 531 ベッターマンは、基本法二〇条三項により結果除去請求権 (「FBA」) を一種の損失補償請求権とするバッホフの立論を否認し、その理由として、基本法二〇条三項からは特定の事件群に限定された損害補償請求権を演繹できない、と主張する。すなわち「(基本法二〇条三項の) この義務は、その義務違反のある場合に、損害補償給付を義務づけることを含んでいる。とすれば、この損

害補償義務は、一切の場合に出なければならぬ。つまり、行政が違法におこなわれ、かくして、その合法性の義務に違反する、一切の場合に、である。したがって、行政行為の執行によって損害が発生し、事後に、これが違法であるとして裁判による取消しを受ける場合——ハッホの論する場合に限定されなく」。

(14) Spanner, a.a. O. S. 361 ff. Franke, a.a.O. S. 361 u ff.

(15) Thomas Rösslein, Der Folgenbeseitigungsanspruch, Dissertation, Tübingen 1967, (Spanner, a.a. O. S. 620)

Hans Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 254, 255. ハッホは次のように述べる。「結果除去は地位侵害から生ずる一般的反作用権 (das allgemeine Reaktionsrecht) の発露 (Ausfluss) にすぎず補償法 (das Entschädigungsrecht) とは無関係である (S.259)。……地位侵害に由来する公法上の反作用権は「地位侵害(状態)の除去に向けられ、(auf Beseitigung der statusverletzenden Beeinträchtigung gerichtet ist)」(S. 258)。

(16) Weyreuther, Gutachten, S. 105, 185

(17) Lönemann (Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, Köln-Berlin, 1961) によれば「個人の法領域(die Rechtssphäre des einzelnen)に触れる高権的措置は、その目的と手段の關係が適正でなければならぬ (S.19)。これには、比例原則と緊急性ないし必要性の原則とがあり、これを包括するものとして、適量超過禁止 (Übermassverbot) の原則がある。比例原則は、個々の自由権を通じてそのときどきに保護された個人の領域に対する適量超過の侵害を禁じる (S.29, 52, 210, 319)。

また、この原則は、基本法三条一項を支配する正義の觀念の特殊な形態であって、差別と適量超過という恣意の禁止を内容とする。「比例」の觀念は、個々の侵害そのものに妥当する。したがって具体的な關係をもたない比例原則は、平等原則とおなじく Leerformel である (S. 30)。この原則は基本法一九条二項の基本権の「本質内容」の侵害禁止の規定に特有な存在である (S. 79)。つまり、比例原則が危険にさらされるに依じて「本質内容の停止 (Wesensgehaltssperre)」がおこってくる (S. 243, 344)。この意味で、レルヒエが右の教授資格認定論文において「比例原則から展開した適量超過禁止・必要性の

原則が、「F.B.A.」を根拠づけようが (Spanner, a.a. O. S. 621) 同時に「パッホフ」行政の合法性」原則の具象化の性格を帯びよう。

- (18) Menger, über den Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungstreitsachen (in Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 350 ff.)。メンガーは職務責任 (Amtshaftung) 規定を取消訴訟規定 (聯邦行政裁判法一二三条) から一般的に不文の “Restitutionsnorm” (ヘルスマーによれば Restitutionschaden はたとえば、戦時中ドイツ本土へ占領地から送付消費された物 Sache (動産) の返還義務による損害である (Ulrich Eisner, Zum Entwurf eines Reparationschadengesetzes, DVBl. 1968 S. 290) を演繹する。ちひい、メーツェルによれば行政的不法の結果除去は “Restitution” 調節的給付は “Kompensation” とよばれる (Maetzel a. a. O. S. 516) ）。そしてこの Restitutionsnorm は Wiedergutmachungsanspruch (原状回復 (復善) 請求権) を保障するものとす。これに対してハースは次のように説明している。「適法行為は、基本法に適合し、公共の利益のために行われる。基本法三条の平等原則はすべての市民に対して同等の価値、同等の権利・義務を保障し、もって国家的共同体の基本としている。かかる原則に適法行為は、基礎づけられている。これに反して違法行為は、基本的に、つねに、憲法違反を意味している。基本法は違法行為に対して、憲法への復帰を要求し、原状回復 (復善) を命ずる」 (Diether Haas, System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten, Karlsruhe 1955, S. 144)。

(19) Franke, a.a. O. S. 372

- (20) 私法 (類推) 適用説には「ヤンターマン (a. a. O. S. 534) ヤンヤンが、(Günter Janssen, Entschädigungsrechtlicher Adhäsionsprozess in der Verwaltungsgeschichtsbearbeitung, DVBl. 1967) ヤンヤンは言ふ。「結局結果除去 (Folgenresektion) と結果補償 (Folgenrechtschädigung) は、民法二四九条の实的復元 (つまり物的原状回復) (Naturalrestitution) と同法二五一條の金銭賠償 (Geldersatz) に相当する (entsprechend) 」。統一的な公法上の損失補償請求権の二つの給付形態にすぎない」「これらの規定は……民法を超えて……一般的法思想たりうべ」 (S. 193) ）。これに対して「ヤンターマンの主張

はさらに明快である。「民法においてわれわれは、損害賠償法のほかに、過失から独立した特別の除去請求権のあることを認めている。民法一〇〇四条によって、その所有物が占有の収去または不法の留保・差し止め(Vorenthaltung)により、違法に侵害された所有者は、その侵害者に対して侵害の除去を請求できる。また、民法一二条によれば、氏名の保持者(Namensinhaber)、氏名の冒用(Namensführung)による自「氏名権(Namensrecht)侵害に対して、その除去を請求できる。これは……典型的な結果除去請求権(FBA)の場合である。かかる「FBA」は、同時に、民法八六一条による占有剝奪者(Besitzentzieher)に対する占有の返還請求権でもある。以上の請求権は、すべて、侵害者の過失と関係なく、侵害の違法があれば足りる。この規定から、違法の権利侵害の一般的除去請求権を演繹できるし、また現に演繹されている」(S. 534)。

(21) T. Röslein, Der Folgenbeseitigungsanspruch, 1968, S. 13 (Spanner, a.a.O. S. 618)

(22) Weyreuther, a. O. S. 15; Franke, a. a. O. S. 358; Spanner, a. a. O. S. 619; Bender, Zur Problematik der durch Staatsunrecht begründeten öffentlich-rechtlichen Kompensations- und Restitutionspflichten, DÖV 1968, S. 162 など
おハイデン・ハインは「FBA」の根拠説明の手がかりを判例研究に期待しているためである(Heidenhain, Folge rechtswidrigen hoheitliches Verwaltungshandelns, J.Z. 1968, S. 492)。

(イ) バッホフ「FBA(結果除去請求権)」の内容論。

a. バッホフが「FBA」の内容をいかに理解しているのかの考察は、シュパンナーの示唆する考察順序に従うことが適当であろう。彼は、言う⁽¹⁾。

「「FBA」の範囲(Umfang)については、法的根拠と同様、何ら一致は見られない。この問題は二重の観点から考察される。

第一に、バッホフによって初めて展開されたこの種の請求権「FBA」は、

1. 事後に違法が確定し、取消された行政行為(aufgehobener Verwaltungsakt)の執行(結果)についての

み考察すべきものか、

2. それとも、一般に、すべての違法な行政活動 (Verwaltungshandeln) について考察すべきものか、

第二に、「FBA」の資格 (Titel) において、いかなる請求が可能か」(〈 〉は筆者)。

右のシュバンナーの考察視点のひとづは、いわゆる、実体法的「FBA」内容論であり、他は、手続法的「FBA」内容論といってもよからう。しかし、厳密に言えば、前者は、「FBA」の成立要件と効力要件の問題で、典型的な内容、実質論つまり、公権本質論を含んでいるが、後者は、むしろ、前者の実効性確保のため「FBA」に許されたる訴訟手続論に止まる。⁽²⁾

本稿でも、以下、バッホフ「FBA」の内容を、広義の内容論において理解し、その成立・効果(内容)・訴訟手続の三点において考察したい。

b. バッホフ「FBA」の成立。

「FBA」(結果除去請求権)の成立は、同時に、「*Folgenbeseitigungspflicht*」(結果除去義務)⁽³⁾の成立でもある。このように、近代法においては、原則的に権利・義務が一对として法律関係を組織している。したがって、違法な公権力の行使がある場合、市民の包括的な防拒(差し止め)請求権(*Abwehranspruch*)としての「FBA」⁽⁴⁾は、第一に、市民の権利を妨害する行為そのものに対して、第二に、右の妨害行為の持続的状态・結果に対して、行使されなければならない。^(4*)

バッホフは当初、彼の「教授資格認定論文「第一版」」において、「FBA」成立の要件である行政権の(原始的)違法行使・違法状態を行政権の適法行使・事後違法状態から区別していた。しかし、その後、たとえば、憲法・行政法の体系的な判例研究「憲法、行政法、行政手続法」(一九六七年)においては、一応両者の区別は認めつつも、

違法状態そのものに対する「FBA」の成立に差異はないとしているようである。⁽⁵⁾

この点は、バツホフ「FBA」成立論の中心に位置する重要な問題なので以下に詳論しよう。

すでに簡単に触れたように、バツホフは、「第一版」の「FBA」論の冒頭において、次のように問題を立てている。

「行政行為が確定力ある判決によって取消しまたは無効の言渡しを受けた場合、しかし、その取消しを受けた行政行為が拒否（*Ablehnung*）、確認（*Feststellung*）または形成（*Gestaltung*）で終結し、それ故に執行を要しないとするならば、法律上の争訟は、これをもって終局的に解決される。命令的ないし禁止的行為でそれ故にそれ自身執行可能な、しかし未執行の行政行為は、取消しによって同様に問題が解決される」（*Fragstellung*」）。⁽⁶⁾

つまり、行政行為を執行必要行為と執行不要行為の二種に分類し、ともに、未執行である場合は、判決による取消しを受けて失効・消滅しても、「FBA」を成立させる違法状態は存在しない。したがって、「FBA」の成立は、かならず「執行」、すなわち「執行必要的行政行為」に限定される、とする。このように、「すでに執行された行政行為の裁判判決による取消し」のみが、初期バツホフ「FBA」の成立要件であったのである。

要するに、メーツェルの指摘するようにバツホフは、いわゆる執行結果の除去（*Vollzugsfolgenbeseitigung*）、換言すれば、「既に執行済みの違法な行政行為の取消し後の執行結果の除去（*Beseitigung der Vollzugsfolgen nach Aufhebung des bereits vollzogenen rechtswidrigen Verwaltungsaktes*）」を「FBA」という技術的概念で表現しているのである。⁽⁸⁾

同様に、フランケも、無効な行政行為の違法の結果を、確定力を生じない執行行政行為（未確定執行行政行為）が原始的に違法（*ursprüngliche Rechtswidrigkeit*）であることによって取消し・廃止される場合に限って

いる、と要約している。^(*)

(1) Spanner, aa. O. S. 622

(2) G・イエリネック以後の帝国憲法時代における、最も詳細な「公権論」との評価をうけたビュラー「公権およびドイツ行政裁判例におけるその保護」(塩野「前掲書」一五〇頁)は、公権論の可能性を一応前提とし、重点を専ら行政裁判所の実務のための概念の実用化においていたこと、従って公権本質論に特に寄与するところがなかった、点の指摘は、注目に値しよう(Niederhäusern, Zur Konstruktion des subjektiven öffentlichen Rechts, 1955, S. 78) (塩野「前掲書」一五〇頁)。

(3) ヴァイロイターは「結果除去負担 (Folgebeseitigungslast)」と言っている (Weyreuther, Gutachten, S. 106 ff.)。

(4) Bachof, Anmerkung, DVBl. 1961, S. 123 なおハッホフは「違法な建築警察活動 (違法な許可など)」に対する防拒 (差し止め) 請求権 (Abwehranspruch) は学説・判例の承認するところとする。防拒 (差し止め) 請求権は違法な許可使用により隣人の建築法上保護された利益が侵害された場合に成立する結果除去請求権で、個人的自由に対する非法律的侵害は甘受すべきでない、つまり、行政の合法性の原則から演繹されるとする。しかし、この権利は、あくまでも、行政庁の違法な積極的行為 (前述の許可) による隣人の権利・利益の侵害の禁止と結びつくもので、警察違反状態に対する警察規制請求の場合 (Anspruch auf Einschreiten der Polizei gegen den Störer) と区別されるとする。後者は、義務に適合した裁量行使を求める権利、すなわち、無瑕疵裁量行使請求権である (Anmerkung, S. 123 f.)。さらに、ハッホフによれば、「結果除去請求権」は、妨害排除請求 (negatorischer Anspruch) を超えて「違法な行政行為の即時執行 (die sofortige Vollziehung) なかりせば存在していたであろう状態の回復 (Wiederherstellung des Zustandes) を向けられる」とされる (Bachof, Vornahme-Klage, S. 126; Heidenhain, aa. O. S. 493)。

(4*) Bender, aa. O. S. 162

(5) Bachof, Vornahme-Klage, S. 98; derselbe, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, S. 358. フイエルマン・フレーラーによれば、「FBA」が問題となる場合には a. 行政行為がすでに執行され、事後に無効と判明し、瑕疵を理由に、判決により確定力ある取消のある場合 b. 行政庁みづから瑕疵を理由に撤回する場合 c. 期限つき行政行為が期限を徒過した場合 d. 当初適法な行政行為が事情変更その他法的理由により取消された場合、がある、とされる (Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 3 Aufl. 1962, §80 Rdn. 54)。

(9) Bachof, Vornahme-Klage, S. 98, 127

(7) これに適法性の推定を与えるか否かは、公定力の本質論からではなく立法政策上判断される。兼子仁「行政行為の公定力理論」、遠藤浩「行政行為の無効と取消」参照。

(8) Maetzel, Rechtswegfragen zur Folgenbeseitigung, DÖV 1968, S. 517

(8*) Franke, a.a. O. S. 359

しかし、後年のバッホフは、右の立場を緩和して、「FBA」成立を執行不要的行政行為、当初適法事後違法の許可申請の拒否にも拡張している。彼のかかる変容は、彼の龐大な判例研究に現われているので、以下紹介しよう。⁽⁹⁾ 彼が最初にとりあげた問題は次のとおりである。

「戦争抑留者補償 (Kriegsgefangenenentschädigung) の請求申立に対する関係行政庁の Anerkennung (認定) 遅延を理由に、延滞利子 (Verzugszinsen) を請求するのは、「結果除去」の見地から許されるか否か」。これに対する判例は、バッホフの説明によると二種ある。その一方の判決によれば、

「利子支払請求 (Zinsanspruch) は、行政裁判法第一二三条一項二段・三段 (結果除去請求の根拠規定?) からは、生じない」。これに対して、他の判決は

「結果除去請求権は、争いとなっている行政行為がすでに執行されている場合にかぎって認められる。本件においては、右の事情はない。ただし、認定庁 (Feststellungsausschuss) による申立の拒否は、行政裁判法第一一三条一項の意味における「執行」といえないからである」。

この対立する内容をもつ二判決を手がかりにして、バッホフは次のような詳細な議論を展開している。

「右の確認処分は、行政裁判法第一一三条一項の実定法規定に係わるかぎり、これを争い得ない。

したがって、右処分をも取消さねばならぬとすれば、結果除去請求権は同条一項二段の場合に存在するに止まる、と解すべきではなからうか。この規定の下では、手続的規範が問題である。右の条項は、なるほど、手続的表現をとっているが、また、実体法規の承認をも含んでいる。換言すれば、このことは、行政法上知られていたことで、行政実体法の法典編纂の失敗に規定された現象にすぎない。……したがって、「FBA」は、第一一三条一項の場合を除き、他に、例えば以下の場合にも認められる。すなわち、当初から、期限を付された措置は、右期限の経過の場合。または、期限の定めなき間に行使される物的請求権が、その(前提)要件の消滅により、将来に(ex nunc)向って、再び取消(消滅)される場合。

しかし、申立の不適法却下(拒否)もまた、「FBA」を成立させることになるのではないか、と思う。この理解の根拠は、Nr. 243 で引用されている B. Verw G E (NJW 61,1275) に求められる。

この判決によれば、「FBA」は、「法治国上の諸理由から——換言すれば、公共の福祉という抜き難い理由に對立する限度で——要請されている。職業的活動の許可申請者に対して、右の許可は、なるほど訴訟中に発効した法に従うならばもはや申請できない。しかし申請者は、従来の法の規律に適合した行為において、(bei ordnungsgemässer Handhabung des bisherigen Rechts) 新規定が発効した後にも、右の許可が与えられる

べきである。したがって、この場合、許可庁は、申請人に右許可を賦与すべき義務があるといわなければならない⁽¹⁰⁾（傍点筆者）。

やや長文の引用に過ぎたが、以上によって、バッホフの近年の傾向すなわち、執行不要的行政行為したがって執行できない行政行為に対しても「FBA」の成立を拡張していることを容易に察知できよう。

また、このことは、おそらく、バッホフが「Vornahme-Klage」第一版（一九五一年）の公表以来学界の賛否両論の嵐のなかで、自己の学問的軌道の修正を努力している証左ともいえよう。

しかし、この努力にもかかわらず、メーツェルの批判するように⁽¹¹⁾、「FBA」の成立を行政行為論との関連から把握するバッホフの態度に変化はみられないようである。したがって、彼の「FBA」は、いまだに、行政行為の他に事実行為をも含めて、行政権の一切の行政上の（積極的消極的）諸行動による直接的侵害的な現実結果の除去（Realfolgenbeseitigung）という上位概念に昇華することがない。換言すれば、行政不法（Verwaltungsunrecht）に対する人民の反作用（反撃）権⁽¹²⁾という戦斗的な意味での「FBA」論は、バッホフ「FBA」論においてはかならずしも徹底していないように思われる。

- (9) Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, S. 358 ff.
- (10) Bachof, aa. O. S. 358, 359, 360
- (11) Maetzel, aa. O. S. 517
- (12) Maetzel, aa. O. S. 516 ; Richard Bartlperger, Die Folgen von Staatsunrecht als Gegenstand der Gesetzgebung, N.J.W. 1968, S. 1697—1705 ; Michael Hoffmann, Der Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche

Realakte, 1968, S. 28. 確かに、ホフマンは、高権的事実行為の違法性を、法義務違反と捉える場合に、「FBA」は違法な高権的事実行為に対する反作用（反撃）として理解できる、とする。

c. バッホフ「FBA」の効果（内容）(一)

バッホフは、「FBA」に対していかなる効果を考えていたであろうか。

彼の「Vornahme-klage」「第一版」の目次をみると、「FBA」の論理的構造とその目的（効果）とが一体的に組成されていることが理解できる。以下彼の「FBA」論の目次項目を揭示する。

第二部

取消しを受けた行政行為の結果の除去に対する請求権（結果除去請求権）

第八章 結果除去請求権、とくに返還請求権（Erstattungsanspruch）としての結果除去請求権

（九八一—一〇六）

第一節 問題の提起（九八一—一〇〇）

- (i) 未執行的行政行為の取消（Aufhebung）における争訟の終局的解決
- (ii) 執行済みの行政行為の取消の必要としての適法状態の回復
- (iii) 一回かぎりの行為による執行または継続的な行動による執行
- (iv) 比較例としての刑の執行
- (v) 従来の諸見解の不統一性
- (vi) 各種の法的理由づけ

第二節 返還請求権

- (i) 実定法上の返還請求権
- (ii) 金銭給付に限定されないこと。
- (iii) 返還請求権の公法上の性格

- (ニ) ドイツ民法八一二条を直接適用しないこと。
 - (ホ) 通常裁判所への出訴は許されないこと。
 - (ヘ) 文献上、とりわけラッサール *Lassar* における本請求権
 - (ハ) 判例、とりわけプロイセン高等行政裁判所ならびに帝國裁判所の判例
 - (ニ) 新判例、とりわけヴェルテンベルグ高等行政裁判所の判例
 - (ロ) 第三者に対する返還請求のための通常裁判所への出訴
 - (ケ) 利得 (*Bereicherung*) は必要か。 (ハ) この請求権の利用への拡張
- 第九章 実的行為の復元請求としての (*als Anspruch auf Rückgängigmachung des Realaktes*)⁽²⁷⁾
- (イ) 一体としての行政行為と執行 (ロ) 実的行為としての執行
 - (ロ) 形式行為 (*Formalakt*) の取消の当然な結果としての実的行為の取消 (*Aufhebung*)
 - (ハ) いわゆる、復元 (原状回復) (*Rückgängigmachung*) (ニ) 返還請求に対する関係
 - (ヘ) 判例における復元 (ロ) 文献における復元 (ハ) 行政行為の利害関係人の権利
 - (ロ) とくに事後の事情変更による取消における、行政行為の利害関係人の権利
 - (ケ) 復元の問題性 (ロ) いわゆる適法な状態 (ハ) いわゆる行政行為の取消の反射効 (*Rückwirkung*)
 - (フ) 結果除去
- 第十章 損失補償の発露としての結果除去請求権 (一一四—一二五)
- 序 節 用語の説明 (一一四—一二五)
- (イ) 損害、損害賠償、損失補償 (ロ) 同一物、同一価値、同一状態の回復
 - (ロ) 実的復元 (物的原状回復) (*Naturalrestitution*) (ハ) 公法上の損失補償と違法無責の侵害に対する補償

第一節 公権力の適法行使から生ずる公法上の損失補償（一一五—一二六）

(イ) ワイマール憲法一五三条および西ドイツ基本法一四條

(ロ) 違法な侵害のいわゆる「甘受 (Hinnehmen)」

(ハ) 甘受しない意思表示としての行政行為の取消

第二節 職務責任請求権 (Amtshaftungsanspruch) (一二六—一二七)

(イ) ドイツ民法八三九条・ワイマール憲法一二一条、西ドイツ基本法三四条

(ロ) 通常裁判所への出訴 (ハ) 実的復元 (物的原状回復) と高権的職務行為 (hoheitliche Amtshandlung)

(ニ) バーデン州における行政裁判所への出訴の再禁止 (Wiederschaffung des Verwaltungswegs)

第三節 公権力の違法無責の行使から生ずる補償 (危険責任を含む) (一二七—一二八)

(イ) 違法無責の行動の責任および危険責任

(ロ) 帰責の問題としての国の違法の可能性 (die Möglichkeit staatliches Unrechts)

(ハ) 適法な侵害に対する補償と職務責任 (Amtshaftung) に対する補償との関係

(ニ) 行政行為に対する補償とその他の侵害に対する補償 (ホ) 文献上の請求権 (ヘ) 可能な法的基礎

(ハ) 慣習法 (Gewohnheitsrecht) (ニ) 公正 (正義) の原則 (Billigkeitsprinzip)

(ロ) 法治国概念からの抽象 (ハ) 原理としての危険責任 (Gefährdungshaftung)

(ル) 平等原則 (Gleichheitssatz) (ロ) プロイセン一般国法前文七五条——ワイマール憲法一五三条による類推

(ケ) 一般的法原則の表現としての特別法の諸規定 (ロ) 社会秩序 (Sozialordnung) の根本規範

(コ) 判例上、とくに帝国裁判所判例上の請求権 (ロ) ドイツ民法九〇四條と営業規則 (GO) 二六条

(セ) 犠牲補償請求権 (Aufopferungsanspruch) の判例上の限界

- (イ) フランス法上の行政危険 (risque administratif) に対する責任
- (ロ) この請求権の公法的性質
- (ハ) 通常裁判所への出訴、それとも行政裁判所への出訴

第十一章 継 続 (Fortsetzung)

執行の行政庁の側での違法の買取りのための補償としての結果除去請求権 (Der Folgenbeseitigungsanspruch als Entschädigung wegen Inkaufnehmens der rechtswidrigkeit seitens der vollziehenden Behörde) (三三—三六)

第一節 損失補償の法的根拠 (一二六—一二九)

- (イ) 法秩序による違法性の非難 (否認) (Missbilligung)
- (ロ) しかし、違法の危険があるにもかかわらず具体的な成果 (Erfolge) を是認すること
- (ハ) 執行せられたる行政行為が違法であるにもかかわらず執行行為が適法であること (Rechtmässigkeit des Vollzugsaktes trotz Rechtswidrigkeit des vollzogenes Aktes)
- (ニ) 法秩序のいわゆる三層性 ("Doppelschichtigkeit" der Rechtsordnung)
- (ホ) いわゆる相対的に違法であること
 - (イ) 執行行為が適法であるにもかかわらず執行せられたる行政行為が違法であること
 - (ロ) 裁判所の違法確認判決によって執行の基盤が廃止 (消滅) (Fortfall) すること
- (ヘ) 執行権限 (Vollziehbarkeitsbefugnis) に内在する内容としての結果除去義務 (Folgenbeseitigungspflicht)
- (ニ) 法の根拠としての行政の合法性 (Gesetzmässigkeit der Verwaltung als Rechtsgrund)
- (ヌ) 一般的な法思想の表現としての民事訴訟法三〇二条四項、六〇〇条二項、七一七条二項、九四五条
- (ル) 危険責任ではなくて、違法無責の行為に対する責任であること

第二節 結果除去請求権の内容・範囲 (一二九—一三三)

- (a) 実的復元 (物的原状回復) (Naturalrestitution) の原則 (一二九—一三〇)

- (イ) この原則適用の理由づけ (a) 目標としての自由権侵害の差し止め (Abwehr der Freiheitsbeeinträchtigung als Ziel)
- (イ) 経済的効果は第一義的であること (b) 権限行使結果 (Zuständigkeitsfolge) としての帝国裁判所による実的復元の拒否 (Ablehnung) (a) 財産的損害に限られないこと (c) 権利濫用の禁止によるこの原則(実的復元の原則)の制約

(b) 結果除去請求権の対象としての直接的損害 (Schaden) の除去 (一三〇—一三三)

- (イ) ドイツ民法二四九条二段による額推 (a) 民法八三九条一項二段の額推による行政庁の賠償義務 (Ersatzpflicht) の補充性 (Subsidiarität) (c) この原則は他の場合に拡大できないこと (b) 民事ならびに行政事件訴訟のための権利保護利益 (Rechtsschutzinteresse) (a) 間接損害と遺失利益 (mittelbarer Schaden und entgangener Gewinn) (c) 民事訴訟以外の利益衡量 (Interessenaabwägung) の成果 (b) 間接損害に対する賠償義務の否認 (a) 犠牲補償請求権の限界との比較 (b) 答：直接的損害の除去義務は、場合によっては、用益(収益) (Nutzungen) の弁償 (Erstattung) を通じて補充される

第十二章 結果除去請求権と第三者の権利、裁判管轄、職務責任請求権に対する関係 (一三三—一三八)

第一節 行政庁の第三者に対する権限 (一三三—一三七)

- (イ) 第三者に対する処置 (Vorgehen) の権限および義務 (a) DVO 三〇二条から RLG への一般化でないこと
- (イ) 成文の規範が欠けていること (b) 矛盾だらけの法秩序(法規)? (a) 結果除去義務の当然の帰結として
- の第三者に対する結果除去権 (c) 違法な授益行為 (Begünstigung) の保護か違法な課担行為か? (b) 裁判
- (a) 取消の対象たる行政行為の関係当事者に対する制限 (b) 原始的に違法な状態が事後に適法である場合の結果除去の消滅 (a) とくに民法上の権原 (Titel) の結果として

第二節 結果除去請求権の主張のための行政裁判権 (一三七)

- (イ) 結果除去請求権の公法的性格
- (ロ) 結果除去請求権を満足させる官憲的職務行為 (obrigkeitliche Amtshandlungen)
- 第三節 職務責任請求権に対する関係 (一三七—一三八)
- (イ) 請求の競合 (Anspruchskonkurrenz)、請求を相互に排斥することではない
- (ロ) 内容・範囲からする諸請求の交錯
- (ハ) 裁判所の第三者に対する請求承認の効果 (Auswirkung)
- 第十三章 結果除去請求権の訴訟上の主張 (Prozessuale Geltendmachung) (一三九—一四八)
- 第一節 明示の義務づけ請求権 (ein ausdrücklicher Verpflichtungsanspruch) の必要 (一四一—一四三)
- (イ) 純正の形成判決 (Gestaltungsurteil) は執行できなくない
- (ロ) (Aufhebungsurteil) 取消判決の外見的要素としての黙示の結果除去請求権
- (ハ) 給付判決が不確実 (Unbestimmtheit) なためこの見解を否認すること
- (ニ) 執行可能性の要件としての一義的な給付判決 (Leistungsausspruch)
- (ロ) 執行可能な債務名義 (Schuldtitle) と強制執行処分 (Vorstreckungsverfügung)
- (ハ) 強制執行処分による判決補充 (Urteilsergänzung) は許されなくない
- こと
- (ロ) 学説・判例の諸見解
- (ハ) 批判
- (イ) 取消と執行名義 (vollstreckbarer Titel)
- (ロ) 行政庁の承認 (Annerkennung) と民法上の債務の承認 (Schuldanerkenntnis)
- (ハ) 権利保護利益と義務づけ請求権
- (ロ) 明示の義務づけ請求の必要性
- 第二節 取消訴訟および義務づけ訴訟は、訴訟手続上総合かそれとも分離か (一四五—一四八)
- (イ) 結果除去請求権の起源
- (ロ) 取消判決の確定力をもっているか
- (ハ) すでに違法の行為が執行されていること
- (ニ) 民事訴訟における類似の諸請求の要約
- (ロ) 異議・訴願に内在する要素としての結果除去の要求
- (ハ) 訴訟経済上の諸考量
- (ロ) 総括は必要でないこととの了解
- (ハ) 結果除去請求権の判決とその理由
- (ロ) 請求のいわゆる判決に熟したる時期 („spruchreife“)
- (ハ) 結果除去を通じて課担せられる第三者の補助参加

(Beiladung)

右の説明項目を通観するとき、バッホフが「FBA」において窮極的に期待しているものは、その国家補償法理論体系への組み入れと、⁽¹⁴⁾これを通じての基本的人權——人格的自由と財産つまり現在の生活状態の維持——の確實・現実的 (real) な保障にあったということが、ほぼ了解できるのではなからうか。⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾

以下、項を分けて論ずる。

第一に、バッホフの問題提起においても明白なのが、従来の行政法学はもっぱら行政行為理論を中心として構築されている。例えば、違法な行政行為には瑕疵の態様・程度によって、取消しうべき行為と無効の行為の区別がある。この違法行為に対する人民の保護は、終局的には、権限を有する行政機関の取消か裁判所の取消判決によらなければならない。しかし、右の「取消」という行為は、バッホフによれば、単なる形式的行為 (Formalkakt) であって、法的な意思表示——消極的な法律効果の発生（したがって、これへの当事者の被拘束性）を意味し、それ以上を出ない。すなわち、依然として違法な行政の現実効果・結果は除去されていない。したがって、実質的法治国家主義のもとでの行政の合法性原則（基本法二〇条）は、かかる人民の実生活におよぼした実的行為 (Realkt)（事実行為）の取消・除去を命ずるのである、とする。バッホフの提唱した「法律上の行為の形式的取消以外の行為から発生した結果を現実除去する行為 (Realkt)（事実行為）」論は、先年、すなわち旧行政訴訟特例法下のわが行政法学界において論議された、いわゆる公法的事実行為の取消可否論にかなりの影響を与えていたのではなからうか。⁽¹⁷⁾

「FBA」の成立において触れたとおり、初期バッフは、右の「FBA」の場合を、執行可能の行政行為に限定した。その理由は、執行可能の行政行為の積極的效果を結果惹起の直接的現実的原因であると考慮したからであろう。したがって、右の違法行為の取消は、同時に執行行為そのものの取消、すなわち行為のなかった状態の復元ないし原状回復と結びつかなければならない。すでに触れたように、この点、バッフは、違法状態の成立という原因的側面つまり原因行為の明確なメルクマールを望むあまり、執行可能性の強調に傾斜していたのである。そのために、彼の「Realakt」論は、広く行政の違法状態の(人民の)権利・利益の侵害性に着目して、その侵害結果の除去を行政庁に義務づけ、したがってこれに対応する人民のかかる除去の請求権を一般的に演繹せしめる理論に発展することを、みずから限定していたように思われる。⁽¹⁸⁾

(13) Bachof, Vornahme-Klage, S. 99—40. なお Realakt の邦訳には山田氏の「実的行為」があるが(山田準次郎・行政上の権利保護と復讐請求権または結果除去請求権「法律論叢」三八号二号(二三頁)、同三八卷三号(三八頁)、同三卷四号(八三頁)、ホフマンは「事実行為」とほぼ同じもとの理解しているようである(M. Hoffmann, a. a. O. S. 14ff.)。

(14) これに反対するのは、ヘッターマン、シュリー、ハインデンハイン等である(Heidenhain, a. a. O. S. 493 (註) 87)。比較的早期に批判した者にシュロッホアウアーがいる。「FBA」は、行政の合法性原則にもとずいて、抗告(取消)訴訟の方法で実現されるべき、違法な行政行為の取消、請求権に含められるもので、行政庁がみずから、その違法の結果を除去しない場合に、通常裁判所にのみこれを主張しうる固有権である。「FBA」は、損害賠償請求権でない。当局の違法な措置をうけた相手方が、行政庁にその侵害の除去を請求しうる権利である」(Schlochauer, Öffentliches Recht, 1957, S. 228)。しかし、バッフ以外にも、「FBA」をAufopferungsentschädigung(犠牲補償)の生ずる場合とする見解がある。例えば、ヤンセン(Günter Janssen, Entschädigungsrechtlicher Adhäsionsprozess in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1967 S. 190—194) ノンンヤ(Franz-Josef Franke, Der Folgenentschädigungsanspruch—Der Folgenbeseitigung durch

Entschädigung—, Verwaltungsgeschichte 1966 S. 357—376) ヴンダー (Zur Problematik der durch Staatsunrecht begründeten öffentlich-rechtlichen Kompensations- und Restitutionspflichten, DÖV 1968 S. 156—163) ナイエンマン・フーラー (Eymann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl. 1965 S. 10) など。

- (15) バッホフは、その論敵ベッターマンの新公法私法同質性説を批判する立場をとる(藤田寅晴、公権力の行使と私的権利主張(五・完)、国家学会雑誌八〇巻十一・十二合併号六九九頁)。藤田教授によれば、オットー・ベールの「行政権による公権力行使と私的権利主張行為の同質性理論」には第二次大戦後の西ドイツやわが国において「行政権の紛争当事者化」、「行政行為の法律行為的構成」の思潮にきわめて類似した思考方法があるとされる(同一四三頁)。

- (16) たとえばコーノウは、財産的価値その他の権利に侵害がある場合には、自己の財産的損失を調節(補償)するために、一般的に、違法な基本権侵害による損害填補請求権が認められなければならない、とする。このような一般的な損害填補請求権は高権的侵害に対する国家的——賠償給付の体系に適合している。なぜなら、職務責任、公用収用、犠牲とならんで、基本権侵害の場合が立てられるから(Karl-Otto Konow, Zum allgemeinen Schadenersatzanspruch bei rechtswidrigen Grundrechts-Verletzungen, Juristische Rundschau, 1967 S. 245)。

- (17) 事実行為が抗告訴訟の対象として一般的に認められか否かにつき争いがある。抗告訴訟の基礎を行政庁の優越的地位においてなす作用に対する不服であると捉え、法行為のはかに工事その他の事実行為を抗告訴訟の対象と考える多数説(田中二郎行政訴訟の法理八六頁、田上稜治、行政法原論二六六頁)は、公権力の発動としての事実行為を抗告訴訟の対象に含めない場合、事実行為の差止めあるいは原状回復を求める民事訴訟法の形をとることになり、その結果仮処分で事実行為を止めることを認めることになる。これは、特例法が行政事件の特殊性(行政の円滑な運営・公益の保持)を認め、そのために定められた執行停止手続条項(同法十条)の趣旨に矛盾する、とする。これに対して雄川一郎教授は、第一に、特例法一条「取消又は変更」にいわゆる事実行為の取消は観念として無理があること、第二に、旧制度下で、公の行政としての事実行為が民事訴訟の

目的とならず行政訴訟を以てのみ争い得たのは、司法裁判所が行政事件について裁判権を一般的に有しなかったことによると考えられるのであるが、現在の裁判所はそうでなく、行政作用の違法性の問題を一般的に審理裁判する権限を有しているという理由から、現行法（特例法）上は事実行為は一般に形式上抗告訴訟の対象とならず、また公法によって規律された公の行政作用を直接対象とする限りでは、一種の公法上の訴訟であるとする（もっとも雄川教授は、右の場合を、行政権が始めから事実行為の形をとって発動した場合に限られ、行政行為の執行としての事実行為がなされる場合は、その行政行為に対して抗告訴訟を以って争うべきこと、また法行為としての性質を内包する事実行為（強制隔離・交通遮断等）は行政行為として扱うべきである、とされる）（雄川一郎「行政争訟法七六頁以下参照」）。

(18) ハイデンハインの批判は、まさに、この意味からであろう。つまり結果除去請求権（FBA）を、さしあたり執行されるが後に再び取消・廃止される行政行為と結びつけて理解しようとするパッホフの態度に対する批判である（Heidenhain, a. a. O. S. 491）。