

# ドイツにおける国家責任法としての結果除去請求権 および結果除去負担に関する一考察

—— 日本国憲法 53 条後段訴訟に寄せて ——

太 田 照 美

## 【目次】

はしがき

- (1) これまでの研究
- (2) バイロイターの基本権の三変化（さんへんげ）論と結果除去負担の理論
- (3) 基本権に基礎づけられる結果除去請求権（Folgenbeseitigungsanspruch）や結果除去負担（Folgenbeseitigungslast）
- (4) Duerfen（してよい）から Muessen（義務）への憲法構造の変化
- (5) 我が国の憲法 53 条後段訴訟の考え方

## 第一章 結果除去請求権および結果除去負担の意義

### 第1節 結果除去請求権と結果除去負担の法律問題

- (1) 家無し人（Obdachlose）のための住宅指定事件（多数当事者）
- (2) 公務員志願者の違法な不採用事件（授益的行政の違法な拒否）

### 第2節 「法律の留保（Vorbehalt des Gesetzes）」と結果除去請求権ならびに結果除去負担

- (1) 結果除去請求権と「法律の留保」
- (2) 結果除去負担と「法律の留保」
- (3) 本質性留保理論または重要性留保理論と結果除去請求権や結果除去負担
- (3-1) 議会留保説について

- (4) 「法律の留保」との矛盾の解決策としての結果除去負担

### 第3節 国家責任法のシステムにおける結果除去負担の位置づけ

第4節 平等原則と結果除去負担

第5節 信義誠実の原則と結果除去負担

第6節 ドイツ行政手続法と結果除去負担

(1) ドイツ行政手続法 40 条（裁量の目的適合性）と結果除去負担

(2) 判断余地と結果除去負担

第7節 結果除去負担と訴訟手段の諸問題

(1) Ivo による考察

(2) 我が国の憲法 53 条後段訴訟とドイツの結果除去負担

(3) 我が国の憲法 53 条後段訴訟における訴訟手段の考え方

第8節 実体法としての原状回復請求権の展開

(1) 実体法としての原状回復請求権の発展

(2) 再びバイロイターの基本権三変化論

(3) ヘーベルレ（Haeberle）教授の両足理論（Zwei-BeineTheorie）と実体法としての法関係論

第9節 基本権に基づく結果除去請求権や結果除去負担

第10節 我が国の「違法性の承継」理論と結果除去負担の比較

第二章 結果除去請求権と結果除去負担との相違

第1節 主要な権利保護か副次的権利保護か

第2節 結果除去請求権（消極的原状回復請求権）と、裁量で復善（Wiedergutmachung）を図る結果除去負担

第3節 結果除去請求権（一段階性）と結果除去負担（二段階性）

第三章 我が国における憲法 53 条後段訴訟と訴訟手段

(1) 一般的視点

(2) 議員の主要な権利としての臨時国会召集要求権（憲法上の権利）に基づく訴訟

(3) 議員の原状回復請求権（結果除去請求権）に基づく訴訟

(4) 結果除去負担に基づく訴訟

(5) 内閣の召集決定を公権力の行使と考える場合の対応策

(6) 信義誠実の原則の重要性

おわりに

## はしがき

### (1) これまでの研究

筆者は、京都産業大学の紀要に、「日本国憲法 53 条後段訴訟と行政事件訴訟法 4 条の実質的当事者訴訟<sup>(1)</sup>」と題して論説を公表した。そこにおいて筆者は、憲法 53 条後段によれば、衆議院・参議院のいずれかの国会議員（4 分の 1 以上）が臨時国会の召集を求めて内閣に要求した場合、内閣は召集決定をしなければならないと義務が定められているにもかかわらず、内閣が合理的期間を過ぎても召集決定を行わない場合、当該議員には、どのような救済手段があるかについて論じた。

結論として、議員に召集決定を求める主観的公権があること（主観的公権自体については古くから美濃部達吉博士が認められているところである<sup>(3)</sup>）、また、内閣の行う召集決定は、宮沢俊義博士によれば、天皇にたいする「助言と承認」と同じであること、それゆえ内閣の召集決定は行政法学的には非権力的行為とみることができること<sup>(4)</sup>、従って救済としては、行政事件訴訟法 4 条の実質的当事者訴訟により訴訟を提起できることを論じた。

さらに筆者は、令和 5 年の最高裁判決における宇賀克也裁判官の少数意見（行訴法 4 条の公法上の確認訴訟につき、即時確定の利益を認め、国家賠償をも認容されている）に加えて、奇想天外でかつ的外れとの批判承知で、ドイツの公法上の原状回復の理論、すなわち公法上の結果除去請求権または公法上の復善としての結果除去負担の理論を、日本国憲法 53 条後段訴訟に応用できないかどうかを論じた。筆者の見解は、ドイツでは議会の召集に結果除去請求権や結果除去負担を適用するケースや学説を見かけないので、いわゆる「出羽の守理論」ではけっしてないつもりである。そして、英国では近年、議会開会中に首相が突然閉会宣言を行ったところ、英国の最高裁判所で、憲法違反との判決があった<sup>(6)</sup>。このことは日本の場合は、開会を求めて、実質的には拒否されたところであるが、日英の問題は、本質的には同じものの表裏の法律問題とを感じる。

今回の筆者の論説は、先の論文では、実体法のレベルの問題として、公法上の結果除去請求権と結果除去負担による救済の可能性を論じた次第であるが、本稿では、ドイツにおいて学説・判例で認容されている公法上の結果除去請求権と、結果除去負担<sup>(7)</sup>とはいったい何なのか、どのような法的内容なのか、それぞれの法的特色について、解明してみたい。したがって、本稿は、ドイツにおける、原状回復を志向する公法上の結果除去請求権および行政の裁量決定で復善を図る結果除去負担の理論そのものを分析することを狙うものである。これらの結果除去請求権と結果除去負担の理論が、はたして日本の憲法 53 条後段訴訟に、特効薬としてぴたりと効能があるかどうか、あるいは少しは効き目があるのかどうか、それどころかまったく効能のない薬と笑止千万と無視されると予想されるが、たとえ僅か 1 % でも効能があると感じていただけるならば、そのこと自体望外の幸せである。

ところで、ドイツの結果除去請求権や結果除去負担の理論は、第三者がかなり法律関係に登場している（複効的關係または多数当事者関係）。けれども、日本国憲法 53 条後段訴訟には、第三者は登場してこない。しかしドイツの結果除去請求権や結果除去負担の理論には、第三者が関係せず、単に行政庁が、国民にたいする授益的行為を違法に拒否する問題が含まれている。この場合には、日本国憲法 53 条後段訴訟と、ドイツの理論との間に共通の接点が存在しているように感じる。

以上の理由で、筆者は、彼我の理論に何か接点があると考え、以下、まず結果除去請求権とは何か、併せて結果除去負担とは何かについて、論じてみたい。

## (2) バイロイターの基本権の三変化（さんへんげ）論と結果除去負担の理論

バイロイターは、基本権は、第一に、迫りくる侵害に対しては予防請求権（不作為請求権）、すなわち防御権としての性格を有していること、第二に、しかし、もし侵害されたならば原状回復請求権を有すること、第三に、原状回復が不可能な場合には、補償請求権を有すると説く。すなわち、基本権が、三つに変化することを説くのである。

ドイツにおける国家責任法としての結果除去請求権および結果除去負担に関する一考察

しかし、原状回復請求権としての結果除去請求権は、違法な行政により、その結果、継続的に侵害状態が続く場合、結果的に生じている侵害状態を排除し、元々あった法状態を回復させる請求権であるが、要件や内容および効果の点で非常に厳格であり、実際にはあまり適用されない。そこでバイロイターは、結果除去負担の理論を提起し（1968年）、先行の違法な行政決定が個人の基本権を侵害し、その結果、なんらかの不利益な状態が残存する場合に、後の行政決定の裁量によって、復善（Wiedergutmachung）を図る制度理論を提唱したのであった。

### （3）基本権に基礎づけられる結果除去請求権（Folgenbeseitigungsanspruch）や結果除去負担（Folgenbeseitigungslast）

以上のように、結果除去請求権も、結果除去負担の理論も、同じく基本権に基づいている。<sup>(8)</sup> そのことはある意味で、公法独自の制度であり、民法から離れる側面を色濃く有している。しかしそのことは、決して民法を排除するものではなく、民法を参照しながら、公法学として権利保護救済の目的を達成しようとするものである。<sup>(9)</sup>

### （4）Duerfen（してよい）から Muessen（義務）への憲法構造の変化

第二次世界大戦後、ドイツ行政法学（公法学）において、いわゆるコペルニクス的転回が生じたとされる。ルップ（Rupp）の説く説である。<sup>(10)</sup> ルップによれば、ドイツ帝国の憲法下にあつては、君主はいわば、法律によって給付を与えることを許される（Duerfen）のであったが、ボン基本法においては、国家に、法律により給付を国民に与える義務が課せられるようになったとされている。<sup>(11)</sup> 別の文言で捉えると、君主や行政府も含めて、機関として把握され、権限を有する組織として性質づけられ、権限を行使することが許される（Duerfen）とも考えられていた。国民の社会保障についても、保護、援護することが法律によって許される（Duerfen される）時代から、国家は、とりわけ社会国家的法治国家にあつては、国に国民の生活を保障する義務（Muessen）があるとされる時代になったのである

る。既にワイマール期において、著名なフライナー（Fleiner）教授は、国家的給付の配分について、議会在パンを切って国民に与えるのと、行政がパンを切って国民に与えるのは大きな違いがあると記述されている。<sup>(12)</sup>社会保障など、かつてのように、君主が恩恵的に給付を与えることがDuerfenされ、許されると考えるのではなく、国民代表者としての議会在、財貨・サービス行政であれ、法律で定める義務があるとされるべき時代となったのである。

別の言葉で言うと、生存配慮（Daseinsvorsorge＝給付行政の柱）は、国家の義務として行わなければならないのである。日本国憲法で言えば、憲法 25 条の生存権の問題でもある。今日、日本国政府は、予備費を予算に計上しており、その予備費から、災害発生後の救援措置に莫大支出している。それは、あたかも政府専属のサービスのごとくに運用されている。しかし筆者は、しっかりと法律による根拠を規定し、義務として社会保障行政を推進すべきと考える。高田敏博士の社会権留保説を、その意味で強く支持するところである。<sup>(13)</sup>

#### (5) 我が国の憲法 53 条後段訴訟の考え方

さて以上の観点のもと、問題は、一定数の議員が臨時国会召集決定を内閣に要求したにもかかわらず、合理的期間を越えても不作為状態が続くとき、行訴法 4 条に基づいて、速やかに公法上の当事者訴訟としての給付訴訟を提起して、裁判所に内閣が召集決定を行う行為を請求する。同時に民事保全法に基づいて仮処分を請求する。補助的に併せて、行訴法 4 条の公法上の確認訴訟を提起して、召集決定を求めることの出来る地位の確認訴訟を提起する。その際、議員の実体法上の権利として、基本権あるいは基本権類似の権利として、職業選択の自由、職業活動の自由、議員としての表現の自由、最高裁判所宇賀裁判官の説かれる手続的権利、議員としての配分参加請求権（Teilhaberecht）、憲法 13 条の幸福追求権等に基づき訴訟を提起する。その上、それらの基本権または基本権類似の権利の両脇に存在するところの、（消極的）原状回復請求権としての結果除去請求権や、

ドイツにおける国家責任法としての結果除去請求権および結果除去負担に関する一考察

復善請求としての結果除去負担に基づいて、訴訟をいっそう強化させる。すなわち、もし合理的期間を徒過しても内閣の決定がない場合、継続的に不作為による権利侵害が存することを訴えて、結果除去請求権を前面に出して不作為状態を除去する訴えを提起する。もしこれが不可能な場合には、なんらかの不利益が残存していることに基づいて、復善を求めて、内閣の不作為を続ける裁量を拘束して、むしろ、召集決定すなわち「助言と承認」を行う裁量決定へと拘束することを求めることとする。

このような発想は、あたかも STAP 細胞を、十分な検証のないまま説くようなものなのかもしれない。しかし、我が国では、憲法学者が、まるで花火のように、美しい基本権、そして防御権を説くだけで、内閣の権限という消火剤を散布されると、花火の美も一瞬にして消えるのではなく、宇賀裁判官のように、基本権を認め（手続的権利）、かつ確認訴訟の即時確認の利益も認め、そのうえ国賠訴訟も認める理論の、まさしく脇を固めるべく、原状回復請求権（結果除去請求権）、あるいは内閣の裁量を拘束させる結果除去負担の技法を提起して、憲法上の義務としての、臨時国会の要求にたいする召集決定義務を、より強く要求できることを主張したいのである。

その際、内閣の召集決定は、憲法上の義務だとして、召集決定自体は、裁量権は「0」に収縮しているとか、召集決定は内閣の最終的「判断余地（Beurteilungsspielraum）<sup>(14)</sup>」であると断定するのではなく、内閣の召集決定には、「時の裁量」があることを認め、その裁量を結果除去負担によって拘束することにより、復善させたいのである。

## 注

- (1) 太田照美「日本国憲法 53 条後段訴訟と行政事件訴訟法 4 条の実質的当事者訴訟」（産大法学 58 巻 3 号〈2024 年 10 月〉）1 頁以下。
- (2) 独文のタイトルは、“Beitraege zur Erklaelung sowohl ueber die Rechtsprobleme der Klage aus dem Art. 53 Satz 2 der japanischen Verfassung als auch ueber den Rechtsschutz durch die dem materiellen Sinn entsprechen-

- den Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien aus dem Art. 4 der japanischen Verwaltungsgerichtsordnung”
- (3) 美濃部達吉『憲法講話』（岩波文庫、2018年11月）280頁以下参照。
  - (4) 宮沢俊義『日本国憲法』（日本評論社、1955年）386頁から387頁参照。
  - (5) 最判令和5年9月12日第三小法廷、民集77巻6号1515頁、判タ1517号59頁。
  - (6) 上田健介「イギリスの最高裁判所は議会の閉会をなぜ審査し違法と判断できたのか」（同志社法学72巻4号、2020年）939頁以下参照。宇賀克也「英国における国会閉会の適法性の司法審査」（自治研究100巻5号、2024年）3頁以下参照。
  - (7) 結果除去負担については、山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000年）286頁、350頁、特に394頁以下に詳しい分析がある。
  - (8) 但し、結果除去請求権や結果除去負担が、パイロライターのように、基本権から導き出すことができるかどうかについては、議論のあるところである。
  - (9) たとえば、ドイツ民法162条の信義誠実の原則を、直接に公法にも適用していることである。このことを本稿で論じたいのである。
  - (10) これはルップの説く言葉である。Vgl., Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 231. また、村上武則「ハンス・ハインリッヒ・ルップ行政法学と日本行政法学」（広島法学42巻3号、横山信二先生退官記念、2019年）230頁参照。
  - (11) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 231.
  - (12) Fleiner, Institution des deutschen Verwaltungsrechts, 3. Auflage S. 154 f. この点、塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』（有斐閣、1962年）150頁参照。
  - (13) 周知のように、そして多くの教科書に引用されるところの高田理論、すなわち、社会保障の権利義務は必ず法律で定めなければならない。そうでないと、社会保障は、権利としてではなく、恩恵として給付されるように感じ、かならず国民は卑屈な態度をとるようになり、それは日本国憲法の国民主権ならびに個人の尊重の原理に違反するとの学説である。
  - (14) ここには裁判所は介入できないとされている。



## 第一章 結果除去請求権および結果除去負担の意義

### 第1節 結果除去請求権と結果除去負担の法律問題

先ず、結果除去請求権の問題が最初にドイツで学説上議論された裁判例を取り上げて説明したい。

#### (1) 家無し人 (Obdachlose) のための住宅指定事件 (多数当事者)

戦後ドイツで、最初に結果除去請求権が学説上問題とされたのは、三角関係、すなわち、多数当事者間の問題であった。たとえば、第二次世界大戦後東方から多数のドイツ国民が本国に帰還したとき、住宅がなかった。そこで行政庁 (X) は、私人としての住宅所有者 (甲) に住宅指定処分を行い、そこに難民同様としての帰還民 (乙) が住むことになったとする。その後、入居期間が経過したとする。あるいは、甲から指定処分にたいする取消訴訟が提起され、それが認容されたとする。ところが乙が退去しない場合、甲にはどのような救済手段があるのだろうか。

この場合、日本では、すぐに甲が乙を相手取って、私人間同士で、民法上の権利侵害、退去の民事訴訟を起こすということになろう。ドイツもそのことは同じである。しかし民事法による退去を求める救済は、明渡を求める正当な理由や信頼関係の破壊などを立証する責任が甲にあることになる。このことは甲にとってやっかいな仕事となる。それにたいして、甲は、違法な行政を行った行政庁 (X) に対して、原状回復請求として、違法な結果を除去する行為を求めて、行政裁判所に対して、結果除去請求権を行使することができないか。その場合、裁判官は職権で証拠調べができるのである。甲にとって民事訴訟を提起するより、かなり有利である。これが結果除去請求権の意義であるともいえる。しかし、乙にとって、甲の結果除去請求権に基づいて行政が訴えられ、行政から強制退去を求められることは大きな不利益である。

このような場合、行政庁 (X) が乙に対して強制退去することは、行政法では侵害行政となる。当然、すぐさま、いわゆる「法律の留保 (Vorbehalt des Gesetzes)」の問題が解決されなければならない。この問題に

関して、結果除去請求権（あるいは結果除去請求権の根拠となる法律）こそが、行政に対して、退去強制をさせる根拠となりうると考えることもできる。しかし「法律の留保」は必ず直接に授權法としての法律の根拠を要求する理論である。そのためドイツでは、個別授權法律としての警察法規（各ラントの警察法）こそが行政庁に退去強制をさせる根拠法律とする説が多い。しかし、このような状況のもと、結果除去負担が、「法律の留保」の問題と関係なく、いわば行政庁の行政裁量に基づいて、復善（Wiedergutmachung）を図ろうとするのである。

このような多数当事者間で発生する問題につき、ドイツでは、結果除去請求権や結果除去負担の問題が数多く起こっているのである。

## (2) 公務員志願者の違法な不採用事件（授益的行政の違法な拒否）

しかし結果除去請求権や結果除去負担の問題は、すべて多数当事者間で生じる問題ではなく、行政と個人の二者間でも、数多く発生する問題である。それは授益的行政の違法な拒否において生じる場合である。以下その例を指摘したい。

たとえば、ある人（A）が、公務員の任用を志願した。しかし、Aは、行政の違法な行為により、間違って撤回留保付きの官吏関係のまま、高等学校教諭に任ぜられたとする。本来はAは、試用（仮採用）官吏として任命されなければならなかったにもかかわらずであった。しかし撤回留保付きであったために、Aは、撤回留保付きの官吏に適用される規定に従い解雇された。その際、撤回留保付きの官吏の免職の理由根拠は充たされていた。しかし試用中の官吏の免職理由は規定では充たされていなかったのである。この事件につき、Aは取消訴訟を提起したが、連邦行政裁判所は、原告は主観的権利を侵されたのではなく、客観法が侵害されたにすぎないとした。ところが、そのこと自体、連邦行政裁判所は、暗黙のうちに、結果除去負担が、主観的権利の侵害がもしあれば成立できることを前提としていると受け取られたのであった。<sup>(15)</sup>

かくして、授益的決定の違法な拒否に対して、結果除去負担が提起され、後続の決定における裁量によって復善がなされるべく行政を拘束する理論

ドイツにおける国家責任法としての結果除去請求権および結果除去負担に関する一考察が提唱されるのである。もちろん、その復善は、後の結果決定において復善される場合に限り存在しうるものであって、代償措置（たとえば金銭給付）によって調整されることはできないとされたのである。まさに、その後に行われた罷免に関する決定においてこそ、裁量で、最初になされた違法な、撤回付き任命行為による侵害を、裁量によって衡量することができたのである。しかし、後の決定による復善と言っても、当該事例において、最初に受けた違法な権利侵害を、昇任・昇格の考慮で復善することは出来ないであろうとされるのである。<sup>(17)</sup>

## 第2節 「法律の留保（Vorbehalt des Gesetzes）」と結果除去請求権ならびに結果除去負担

### (1) 結果除去請求権と「法律の留保」

この問題（前述の第一章第1節の家無し人〈Obdachlose〉事件）について、ある説によれば、前述のように、結果除去請求権を認める法的根拠が、同時に、X（行政）が乙を強制退去させる法的根拠となると考えることもできるとされる。しかし「法律の留保」は、侵害にたいする法律の根拠としては、特別の法律の制定を要求するものである。そこで、多くの説は、特別の法律である警察法規（各ラントの警察法）に基づくことを要求する。しかし特別の法律としての警察法は、警察の権限として、公共の安全と秩序の維持の規定に基づいて、Xが乙にたいする強制退去をすることができると定める。したがって、結果除去請求権を認める根拠法ではなく、「法律の留保」原則を満たす特別の法律としての警察法の規定に基づいて明渡を命ずることが出来るとされるのである。ところが、その場合、行政には、公共の安全と秩序の維持に関する裁量を有することが認められることになる。しかしこれでは、強制退去は、行政により命ぜられることはない場合も生じ得るのである。

### (2) 結果除去負担と「法律の留保」

ところが、結果除去負担にあつては、違法な行政を前提にするが、後続の決定に存する裁量にしたがって、救済をすること、すなわち復善をする

ことであるから、直接には侵害行政にならないので、いわゆる「法律の留保」の対象にはならないとされるのである。<sup>(18)</sup>

### (3) 本質性留保理論または重要性留保理論と結果除去請求権や結果除去負担

今日ドイツでは、「本質性留保理論 (Wesentlichkeit-Vorbehalt Theorie)」が説かれている。この理論は、基本権にとって本質的なことは法律で定めなければならないとする理論である。我が国では、重要性留保理論 (Wichtigkeit-Vorbehalt Theorie) が説かれているが、ドイツにあっても何が本質的かよく分からないとする批判が強い。まして況や重要性留保理論となると、何が重要か一層不分明である。ドイツの本質性留保理論によれば、委任立法さえ許されないとされている。日本の重要性留保理論は、委任立法も許さないとされるのかどうか、よく分からない。とにかく、結果除去負担においては、後続の決定により、しかも裁量により復善を図る制度理論であるゆえ、本質性留保理論も、重要性留保理論も、結果除去負担には該当しないと思われる。結果除去負担は、単に、「法律の留保」との関連で議論すれば必要十分であろう。すなわち結果除去負担の根拠として既に基本権尊重があげられていることを指摘すれば足りよう。

他方、結果除去請求権は、基本権に基づく理論であり、かつ慣習法あるいは裁判官法 (判例法) として、今日、学説・判例で承認されている法制度である。法源のなかに慣習法や裁判官法 (判例法) が入ると考えることができれば、本質性留保理論や重要性留保理論からしても、結果除去請求権については問題はないとされ得るであろう。

#### (3-1) 議会留保説について

村西良太教授の研究によれば、ドイツの議会留保説について、以下のよう  
<sup>(19)</sup>  
な重要な指摘がある。すなわち、「デモクラシーの観点から、あるいは基本権保障の観点から、国内議会の権限確保にひときわ留意されるべき政策領域ないし規律事項を画する試みが目に留まる。たとえば軍事、財政、または科刑をはじめとする重大な基本権制約がその代表例であり、これらと関わって国内議会が枢要な決定権までも手放してしまうことには最大限の警戒が必要とされる。すなわち、そうした権限喪失をかなりの確度でも

ドイツにおける国家責任法としての結果除去請求権および結果除去負担に関する一考察

たらず条約をそれと知りつつ承認したり、欠くべからざる議会関与の拡充に仕える国内法の整備を怠ったりすることは、議会に留保されるべき権限の違憲な放棄として許されないというのである（議会留保の理論）。」、続いて、「かくして議会留保の成否にとって、裁判所の役割はまことに大きいといわなければならない。現にドイツにおいてこの理論を先導したのは、連邦憲法裁判所であった。<sup>(20)</sup>」と。

この村西教授のドイツの議会留保の分析は、本質性留保理論に当てはまると思われる。なんとすれば明白に村西教授においては、基本権に関する関連で単に重要性という程度を越えているように感じるからである。村西教授は、「これらと関わって国内議会が枢要な決定権までも手放してしまうことには最大限の警戒」あるいは「重大な基本権制約」と述べられておられるように、単なる重要性を越えているように感じる。

#### (4) 「法律の留保」との矛盾の解決策としての結果除去負担

ここで問題が発生する。すなわち、結果除去請求権が発生する場合には、裁量権はゼロに収縮すると考えるのが普通である。結果除去請求権は権利であるので、それを承けて、前述の事例で考えると、かならず行政は、原状回復、すなわち乙を退去させる義務が発生しているのである。

したがって、強制退去は、裁量の余地がないことになり、ここにおいて、「法律の留保」=ラント警察法（裁量を認める）と結果除去請求権（裁量を認めない）が大きな緊張関係・対立関係、すなわち矛盾関係に入ることになる。

このような場合に、矛盾を解決するために、実務の世界から、したがって、實際上の解決の発想から、パイロイターによって結果除去負担の理論が提唱されることになったのである。この理論によれば、違法な行政（違法な授益的行為の拒否も含む）がなされ、それによって、何らかの不利益的影響が残存しているとき、その後の行政の決定に基づいて、そしてその場合行政の裁量に基づいて、復善を図るというのが、結果除去負担の根本的発想である。それゆえ、結果除去負担はそれ自体請求権ではけっしてないのである。

### 第3節 国家責任法のシステムにおける結果除去負担の位置づけ

今日、ドイツでは国家責任法の体系において、結果除去請求権は、正式に認知されるところとなっている。そして、社会法の分野においては、社会法上の回復請求権（sozialrechtlicher Herstellungsanspruch<sup>(21)</sup>、実現請求権とも称される）が連邦社会裁判所を中心に認知され、行政による誤った（あるいは不十分な）教示などによって、元々貰えていたはずの社会給付が貰えなくなったとき、権利を回復させる権利であるが、この社会法上の回復請求権も、しっかりと国家責任法の一員として認知されている。結果除去負担は、いまだドイツでは国家責任法の正式のメンバーには位置づけられておらず、結果除去請求権の亜種のように扱われているが、イヴォ<sup>(23)</sup>（Ivo）が説くように、結果除去負担は、結果除去請求権と根本的に異なるものであり、独自の法制度であると位置づけられ、今後、独自の法制度として、ドイツの国家責任法の一員として正式に認知されることが目指されているところである<sup>(24)</sup>。ただしブランケ（Blanke）は、結果除去負担の意義を積極的に評価しつつも、この法制度が、社会法上の回復請求権と同等の価値あるものとして発展するかどうかについては、疑問を呈している<sup>(25)</sup>。

ところで、1980年に、ドイツで実定法としての国家責任法が連邦議会で可決され、そのなかで結果除去請求権が規定されるところとなっていた。けれどもドイツの参議院を通過せず、連邦憲法裁判所で違憲との判決が言い渡された<sup>(26)</sup>。もしこの国家責任法が成立していたとすると、結果除去請求権は特別の法律上の権利となっていたところであるが、今日、学説・判例により、法源論でいえば、慣習法的な、あるいは裁判官法（判例法）的な権利として承認・認知されている<sup>(27)</sup>。ただし、承認された結果除去請求権自体が、「法律の留保」原則を充たすものかどうかについては、別途考察されなければならないとIvoは説いているのである<sup>(28)</sup>。

### 第4節 平等原則と結果除去負担

ドイツの建築法関係の問題であるが、好んで問題とされるケースがある。それは、無許可建築（Schwarzbau, 腹黒建築）の場合、行政庁は、裁量で

ドイツにおける国家責任法としての結果除去請求権および結果除去負担に関する一考察

除却命令を出すかどうか決めることができる。ところが許可を貰って建築した者がいて、隣人が取消訴訟を提起して許可処分が取消され、許可が違法とされた場合、しかも隣人が結果除去を行政に求めてきた場合、少しおかしいことになる。というのは、無許可建築の場合には、除却命令は行政の裁量決定に委ねられる。しかるに、違法な許可とされた場合には、結果除去負担により、除却命令の裁量は拘束されることになる。これは不平等ではないか、基本法3条（平等原則）に違反するのではないかとの問題が発生する。たしかに、無許可建築の場合、除却命令が裁量で発布されることになる、ひょっとして除却命令が出ないかもしれない。しかし、違法であったとはいえ、かりそめにも許可を貰って建築した者に対しては、裁量が拘束され、除却命令が出るかもしれない。このような事態は、たしかに不平等取扱いになる。基本法3条違反の問題が生じうる。しかし、このような区分と差別は、合理的な理由があるのだろうか。一つの考え方は、「不法の前に平等なし（keine Gleichheit im Unrecht）」<sup>(29)</sup>と考えることができる。たしかに、無許可建築も違法、違法な建築許可を得て建築することも違法、両者ともに違法とされると、違法の前に平等なしとされるかもしれない。したがって、たとえ違法な許可であっても、それを信賴して建築した者も、違法とされ、無許可建築も違法で、お互いに違法な建築であるから、違法の前に平等なしで、許可を信賴した建築主が、無許可建築者と比べて不利に取り扱われ、不平等取扱いをされても、違法の前に平等なしで、切り捨て御免とされるかもしれない。しかし、これに対して、違法な建築許可であっても、許可はなされたのであるから、それを信賴して建築した者は、無許可建築者とは違って、保護に値する要素もあるのではないか、すなわち、両者ともに、平等に、建築行政庁の裁量で決定されるべきではないかということになる。さらに、行政庁は違法な許可を行っているのであるから、寄与過失があるので、結論的には、違法な建築許可ではあれ、一応許可を得て、許可に基づいて建築した者に対して、結果除去負担の理論により、後の行政決定における裁量で、除却命令をだすかどうか決めることができると考えることもできよう。結果除去負担により裁量が拘

束されるとしても、裁量権が「0」に収縮すると考えることまでは言及されるわけではない。このように、違法な建築許可を得て建築した者について、無許可建築者に対する裁量に基づく除却処分<sup>(31)</sup>に比し、不利益に扱われるわけではないように思われる。

## 第5節 信義誠実の原則と結果除去負担

ところで、根本的な問題として、結果除去請求権や結果除去負担の理論について、さらに重要な問題が提起される。それは信義誠実の原則（信義則）である。すなわち、自己の利益のために、自分が行った不法に基づくことは許されないことであり、禁止されるとする思想である。<sup>(32)</sup>ドイツ民法162条と同242条からこの思想がでてくるとされている。そして、同162条が、矛盾する行動を禁止するという表現で現われるのであり、それによって行政は、自己の誤った行動を、自己の結果決定により考慮する義務を負うとされるのである。<sup>(34)</sup>

さて、この信義誠実というのは、行政法の一般原則として捉えるべきなのであろうか。それとも、法の一般原則として捉えるべきことがらであろうか。ドイツ民法で言えばBGB162条が直接に該当する問題であろうか。なんでもないような問題提起であるが、行政法の法源論に関する問題が起ころのである。すなわち、もしBGB162条の問題と捉えたと、特別法は一般法を排除するとの原理に基づき、BGB162条の適用問題となる。<sup>(35)</sup>我が国では、民法1条2項に、権利の行使や義務の履行は信義誠実に行われなければならないとの規定がある。もし彼我において、共に民法の規定に基づき、信義誠実の原則が直接に公法にも適用されるとすれば、法律の規定であるので、行政法一般原則や法の一般原則を持ち出すまでもなく、民法の特別の定めとして、それを根拠に結果除去負担を唱えることができること<sup>(36)</sup>になろう。



## 第6節 ドイツ行政手続法と結果除去負担

### (1) ドイツ行政手続法 40 条（裁量の目的適合性）と結果除去負担

したがって、このような結果除去負担の理論について、重要なことは、結果除去負担においては、後に行われる行政の決定の際に、裁量が認められることが、最も重要な事柄である。

この際、ドイツ行政手続法第 40 条によれば、裁量は、法律に定める「授權の目的に相応して行使しなければならない」と規定されている<sup>(37)</sup>。そして行政裁判所法 114 条によっても審査され得るのである<sup>(38)</sup>。さらに、基本法 20 条 3 項の規定する、行政の法律および法への拘束からも、行政の裁量は法律の授權の目的を考慮する義務が発生する<sup>(39)</sup>。これらの規定と結果除去負担が違反しないかが問題とされている<sup>(40)</sup>。

すなわち、結果除去負担は後に行われる行政の決定の際の裁量で復善を図るのであるが、そのことが、行政裁判所法や行政手続法に抵触しないかが問題とされる。この点、結果除去負担理論は、後の決定における裁量で復善を図るのであるが、その裁量は、違法な行政を是正する方向にあるので、個別法律の定める主要目的に合致するかぎり、行政手続法の規定に矛盾しないと考えられている<sup>(41)</sup>。

ところで、結果除去請求権や結果除去負担は、両者とも、究極的には、違法な行政を是正することにある。しかし、要件の厳しい結果除去請求権においても、最終的には、原状回復について「期待可能性がない場合」には、結果除去請求権は成立しない等の、「最終安全弁の濾過機能」(Filterfunktion eines “letzten Sicherheitsventils”) が用意されているので、結果除去請求権と結果除去負担の境界は流動的な面がある。

また、第三者が関与している場合で、その利益を保護することが正義であっても、その正義を是が非でも必ず守ることは、法治国家にとっては問題とならない。かつて「正義は絶対なり」という格言があったが、基本法の下においては、行政の原理としての正義万能原理は成り立たないとされる<sup>(42)</sup>。むしろ、より大きな視点に基づき、配分的正義の観点から、公共の利益を配慮して、現存の状態を維持し、公共の利益を尊重する結果除去負担

による解決を提唱する理論<sup>(43)</sup>が注目されうる。ここには、我が国の行訴法の事情判決の制度（31 条）との接点を感じ取ることができ、興味深い。

## (2) 判断余地と結果除去負担

ただし、たとえ結果除去負担により、後の行政決定により裁量で復善を図るとしても、今日ドイツの行政法学により認められる「行政の判断余地（Beurteilungsspielraum）」、すなわち、行政の最終決定に委ねざるを得ないような問題分野においては、たとえば科学的知識など専門的能力が問題となるような場合においては、結果除去負担の入り込む余地はないとされている。<sup>(44)</sup>

## 第 7 節 結果除去負担と訴訟手段の諸問題

### (1) Ivo による考察

この結果除去負担について、どのような訴訟手段で争うことができるのだろうか。Ivo によれば、次のように説明されている。

すなわち、ドイツ行政裁判所法（VwGO）113 条 5 項 1 文によれば、原告は、違法な行政行為の拒否あるいは不作為により、自身の権利を侵害され、かつ紛争解決に熟した（Spruchreife der Sache）時にのみ、義務付け訴訟を提起できるとされる。その他の場合、すなわち、原告に権利はなく、ただ裁量の瑕疵のない決定を求める権利があるだけのときには、裁判所は、行政裁判所法 113 条 5 項 2 文（Bescheidungsklage）<sup>(45)</sup>により、裁判所の法判断を顧慮させて、原告の要求に応答する義務を果たすよう、行政庁の判断で決定させる指令判決を言い渡すことができる。ただし、裁量がゼロに収縮していないとき、即ち行政の判断の余地が尊重されなければならないときを除くとされている。Ivo によれば、この行政裁判所法 113 条 5 項 2 文（Bescheidungsklage）に基づく決定指令訴訟が、結果除去負担について用いられるのが通常であるとされている。<sup>(46)</sup>

ただし、ドイツ行政裁判所法 113 条 5 項 1 文は、行政行為の拒否あるいは不作為を前提にしているが、非権力的行為の場合には、結果除去請求権および結果除去負担においても、行政裁判所法 43 条に基づく給付訴訟や

ドイツにおける国家責任法としての結果除去請求権および結果除去負担に関する一考察  
確認訴訟によることになろう。

## (2) 我が国の憲法 53 条後段訴訟とドイツの結果除去負担

我が国の憲法 53 条後段訴訟においては、内閣の召集決定において、内閣の裁量の入り込む余地があろう。しかし、この内閣の裁量を、結果除去負担の理論によって、かなりの範囲拘束したいというのが筆者の狙いである。<sup>(47)</sup>

ドイツでも、そして日本においても、裁量権の「0」への収縮の理論、あるいは適正な裁量を求める権利などが提唱されている。しかし、結果除去負担において説かれる裁量は、先行する違法な行政を前提とし、後の決定の裁量で復善を図るというのであるから、けっして裁量権の「0」への収縮を求めるものではなく、また単なる適正な無瑕疵裁量を求める権利とも異なるものである。さまざまな観点での裁量を駆使して、復善を図る制度なのである。

このような結果除去負担の理論は、我が国の場合、憲法 53 条後段訴訟だけでなく、日本学術会議の委員推薦候補の任命拒否をめぐる問題についても、一つの解決方法として考慮できるのではなかろうか。

## (3) 我が国の憲法 53 条後段訴訟における訴訟手段の考え方

このような結果除去請求権や結果除去負担の理論は、我が国にあっても、もし処分性が認められる場合においては、義務付け訴訟（行訴法 3 条 6 項）および無名抗告訴訟としての確認訴訟も、視野に入れることが可能であらう。ただ、結果除去負担の場合には、後の決定の裁量を認めるゆえ、一定の処分を求める義務付け訴訟は困難であるように感じる。ドイツにおいては、決定指令訴訟が明文で認められているところである。<sup>(48)</sup>

ただし憲法 53 条後段訴訟においては、内閣の召集決定は、非権力的行為であるので、我が国では行訴法 4 条の実質的当事者訴訟によることができる。その場合において、公法上の確認訴訟（地位確認訴訟）および召集決定を求める給付訴訟も可能であらう。その場合、民事保全法の仮処分も適用可能となろう。<sup>(49)</sup>

## 第8節 実体法としての原状回復請求権の展開

### (1) 実体法としての原状回復請求権の発展

ドイツでは、原状回復の精神は、結果除去請求権へと発展し、さらに社会法上の回復請求権も認知されている。社会法上の回復請求権 (sozialrechtlicher Herstellungsanspruch) の根拠には、法律の定める規定があまりに複雑で分かり難く、かつ不透視性が強いことが挙げられている。<sup>(50)</sup> 行政には正しい教示が求められるところとなっているのである。我が国では、申請主義という手続上の要件を理由に、国民が正しく申請しなければ権利は充足されない。日本国憲法 25 条に生存権が保障されていてもである。このような国家においては、国民の生存権は、真に保障されたものとはなっていない。元を正せば、原状回復の思想自体が公法学や憲法学・行政法学において乏しいと言っても過言ではないように思われる。<sup>(51)</sup> したがって、社会法上の回復請求権はおろか、公法上の結果除去請求権についても、ほとんど議論すらされない状況である。憲法学では、基本権の重要性や、基本権の防御権を説く憲法学者は数多く存在するも、シュテルン (Stern) 博士が説かれるところの、基本権の防御権の脇をかためる結果除去請求権が、我が国ではなぜか主張されない。他方、我が国の行政法学においては、行訴法 33 条は、「処分又は裁決を取り消す判決は、その事件について、処分又は裁決をした行政庁その他の関係行政庁を拘束する。」と規定する。周知の拘束力に関する規定である。理論的には、この拘束力があるから日本では、ドイツのように結果除去請求権がなくともよいとされ得るのかもしれない。<sup>(52)</sup> はたしてそうだろうか。訴訟法の規定によって、実体法の権利義務の関係がすべてこの拘束力によって解決されるのだろうか。たしかにルップは、訴訟法の規定を重視して、訴訟法の規定の背後には、実体法の存在が推定されるとの趣旨の説明をされている。<sup>(53)</sup> そしてルップは、訴訟法に取消訴訟があるからこそ、実体法としての結果除去請求権の存在を推定することができたとするのではなかろうか。我が国では行訴法に拘束力があるから、実体法はどうでもよいとするのは、訴訟法によって、実体法を捻じ曲げることになるのではなかろうか。実体法としての結果除去請求権

ドイツにおける国家責任法としての結果除去請求権および結果除去負担に関する一考察

が日本では必要ないと説くのは、ドイツの結果除去請求権の創設者としてのバツホフ（Bachof）博士を冒瀆することにならないだろうか。この点、逆に、ヘンケ（Henke）博士は、訴訟法を無視してまでも、実体法上の権利利益を拡大したことについて<sup>(54)</sup>、シュテルン（Klaus Stern）博士から強い批判が寄せられていること<sup>(55)</sup>に注目したい。結論としては、実体法と訴訟法はバランスよく発展すべきように思われる。

## (2) 再びバイロイターの基本権三変化論

バイロイターは、基本権の統合性を説き、基本権は、まず侵害を予防するための不作為請求権を、そして、もし侵害されたならば、原状回復としての結果除去請求権を、さらに原状回復が不可能な場合には、補償請求権<sup>(56)</sup>が与えられると説いている。まさに基本権の三変化論である。この理論の後、ドイツでは、故意・過失を要件とする損害賠償ではなく、無過失であっても、原状回復としての機能を有する補償を求めることができる理論が登場しているのである<sup>(57)</sup>。バイロイターは、後に連邦行政裁判所の裁判官になるのだが、彼こそ、結果除去負担の理論の創始者とされている<sup>(58)</sup>ばかりでなく、結果除去請求権のなかに、損害賠償ではない補償を含むとする理論の提唱者でもある。この理論は結果除去補償あるいは結果補償と名称を与えるべきかもしれないが、この場合には、日本でいわゆる結果補償（損害賠償と損失補償の谷間補償と範疇づけられている）と混同しやすいので、本稿では結果除去補償と命名しておきたい。

## (3) ヘーベルレ（Haeberle）教授の両足理論（Zwei-Beine-Theorie）と実体法としての法関係論

ヘーベルレ教授の両足理論とは、伝統的な行政法理論においては、法形式としての行政行為中心であって、その法形式としての行政行為によって発生、変更および消滅される法関係は、おろそかにされていたのを批判し、法関係を行政行為と等置し、この法関係と行政行為の両足で行政法理論を樹立しようとする理論である。この理論によって、これまでの抗告訴訟中心主義から、当事者訴訟（給付訴訟と確認訴訟）へ、しかもその際、それまでは補完的に取り扱われていた確認訴訟の補完性原理を打破しようとする

る理論である。この理論によって、たとえば資金補助行政にたいする救済手段が拡大されるばかりでなく、我が国の行訴法4条の改正に伴う、公法上の当事者訴訟の活性化にも多大な影響を与える可能性があるであろうし、憲法53条後段訴訟にも、その権利救済のための理論にも救済手段につき大きな影響を与え得ることができよう。そのための理論、それがヘーベルレ教授の両足理論である。なお、ヘーベルレ教授の憲法・行政法の理論は、我が国にも大きな影響を与えており、憲法の畑尻剛教授、井上典之教授をはじめ、多くの公法学者がヘーベルレ教授の理論を我が国に紹介されている。

## 第9節 基本権に基づく結果除去請求権や結果除去負担

結果除去請求権や結果除去負担は、どちらもその根拠は基本権に基づいている。結果除去請求権の根拠としては、①正義、②法律による行政の原則、③基本権および④BGB1004条の類推が挙げられるが、今日基本権がそのなかでも最も重視されている。結果除去負担も、提唱者のバイロイター自身が述べている基本権の三変化論のように、基本権が侵害されたならば、防御権が原状回復請求権としての結果除去請求権に変化するのである。しかしその結果除去請求権は要件、内容および効果等が厳格であるゆえ、実務家としての、そして後に連邦行政裁判所の裁判官になったバイロイター自身の提唱で、結果除去負担理論が提唱されたのである（1968年）。このバイロイターの説く結果除去負担は、先行の違法を、しかもその結果、因果関係的に、その後なんらかの不利益が生じているのを、後行の行政の決定の裁量で除去して復善を図ることを目的としている。この理論は従って、基本権侵害にたいする救済の、しかも実効的救済を図る理論となっているのである。

したがって、結果除去請求権は、基本権そのものの存立を保護する意味で、主要な権利保護の役割を果たすが、結果除去負担は、副次的な権利保護の手段となっているのである。しかし、両者ともに、基本権自体の防御権は静態的なものに留まるゆえに、その脇を固める意味で、基本権を、直

ドイツにおける国家責任法としての結果除去請求権および結果除去負担に関する一考察  
接的（結果除去請求権）あるいは間接的（結果除去負担）に保護しようとするものである。

このようにして、基本権が、より強く司法権によって保護救済されうることになる。そのための理論が、結果除去請求権であり、また結果除去負担なのである。

## 第 10 節 我が国の「違法性の承継」理論と結果除去負担の比較

(1) ところで、ドイツの結果除去請求権も結果除去負担も、最初に行政の違法な行為が存在し、権利侵害の状態が継続して起こる場合には結果除去請求権が、継続的ではなく、何らかの影響が残存している場合には、結果除去負担により後行の決定の裁量で復善を図るというのであるが、日本では、「違法性の承継」の理論があって、先行の処分と後行の処分とは、原則としては違法性の承継は起こらないとして、二つの処分間の関係を断ち切る（切断する）発想に立ち、両者に不可分な関係がある<sup>(61)</sup>ときに例外的に先行の処分の違法性が後行の処分に承継されるとして、せいぜい取消訴訟の出訴期間経過後の救済を図る効果が認められる程度であるが、ドイツではむしろ、後行の決定により権利保護を図る点で、彼我にかなりの差を感じる<sup>(62)</sup>。

(2) 最近の我が国における「違法性の承継」に関わる一つの例を紹介してみよう。それは、あんしん財団事件と称される事例であるが、労災保険法をめぐる事件である。労災保険法は元々、実体法として、労働者の権利保護を速やかに達成しようとする法律であり、広義では憲法 25 条や 28 条に基づいて制定された法律である。労災保険給付決定もその趣旨に基づいている。他方、平成 16 年の法律改正により、行訴法 9 条 2 項が設けられ、処分の相手方以外の第三者に原告適格が拡大された。すなわち周知のように、法律の趣旨目的や、国民の利益の内容や性質を考慮すること、法律の趣旨目的を考慮するときは、関連法令があるときはその趣旨目的も考慮すること、そして国民の利益の内容や性質を考慮するときには、違法な処分により発生する損害の程度や態様を勘案することと規定された。この法律



改正により、俄然訴訟法学者が意気込むこととなる。前記あんしん財団事件で、先行の労災保険給付決定が為されると、その影響は、復善ならぬ復害となって、最終的には、使用者の労災保険料がアップすることとなり、使用者側はかなりの不利益となる。もちろん保険料がアップする決定を待って、その取消訴訟を提起することが出来るけれども、待っておられない使用者側としては、「違法性の承継」理論によらず、行訴法9条2項にしたがって、労災保険給付決定の取消訴訟を、第三者としての使用者が提起した。従来は、原告適格は使用者には認められていなかったが、平成16年の法改正により、第三者に原告適格が拡大されたのに乗じて、使用者が、労働者にたいする労災保険給付決定の取消訴訟を提起したのである。比喩的に言えば、労災保険法が、実体法として、労働者の保護のために、特別に用意した、大阪発東京行のノン・ストップの特急列車に、使用者が、あいや待て式に、名古屋あたりで、使用者は準名宛人だから乗車の権利あり式に、特急列車をストップさせ、使用者も乗車する権利あるいは法律上の利益あり式に、特急列車をストップさせる取消訴訟を提起する原告適格を主張したのである。第1審東京地裁は、労災保険法は、労働者のための特別の法律として、使用者ないし企業主の原告適格を否定するとともに、「違法性の承継」の理論を安易に適用することを躊躇した。しかし、第2審東京高裁<sup>(64)</sup>は、訴訟法である行政事件訴訟法9条2項の、第三者の原告適格を認容した。そのことは、暗黙のうちに、実体法としての労災保険法の趣旨を軽視する見方となっていた。最終的には、最高裁<sup>(65)</sup>は、令和6年7月4日に、第1審判決を支持し、労災保険法は、迅速な労働者保護救済を図る法律であることを重視し、行訴法9条2項に基づく第三者の原告適格を、使用者については否定した。

当該事件において、あんしん財団側、すなわち使用者側が、労災保険法で定められている労働者のための迅速な権利保護のための法律を、訴訟法の原告適格を梃子にして、争訟を提起することは、訴訟法を使って実体法を捻じ曲げる結果を招来させるものである。ここにも、本稿が主張するように、実体法と訴訟法の協働、協調、の必要を強く感じる。とはいえ、行訴



ドイツにおける国家責任法としての結果除去請求権および結果除去負担に関する一考察

法という訴訟法が、第9条2項において、実体法とも思える、利益の内容・性質を考慮せよとか、損害の態様・程度を勘案せよ等の規定のように、訴訟法自体のなかに、かなり実体法を取り込む折衷的な文言が混入しており、比喩的にいえば、ドイツのルップとヘンケの、足して二で割る式の文言が、訴訟法のなかにあることには注意を要するところであろう。かつて、旧行訴法9条の時代、取消訴訟の原告適格をめぐり、法律上保護された利益が狭すぎるゆえ、原田尚彦博士が、裁判上救済に値する利益も、行訴法9条の法律上の利益と考えるべきとの卓見を提示されていたが、その原田説が、現行行訴法9条2項に導入されたと解釈することも可能であろう。すなわち、原田説は、訴訟法と実体法を見事に調整されたと見ることも可能であろう。しかし、あんしん財団事件における、使用者側の思考、そして東京高裁の判決は、あまりに実体法における労働者の権利利益の重要性を軽視するもので、ある意味では捻じ曲げる理論であり、納得することはできない<sup>(66)</sup>。

ちなみに、付言すれば、あんしん財団事件は、単なる「違法性の承継」の事件ではない。違法性の承継は、普通に見聞する例としては、先行の処分と後行の処分の二者間の関係、すなわち二段階の調整の問題であるが、労災保険法のシステムは、二段階ではなく、三段階となっている。すなわち、後ろから捉えると、三段階めには、使用者にたいする保険料賦課決定処分、二段階めに、労災保険給付決定処分、そして最初の一段階めに、労災認定処分が存在するのである。この最初の一段階目の労災認定決定処分において、第三者機関も介在し、使用者も一定意見を提出する機会が与えられているのである。現行（事件当時）の制度が完全無欠のものであるとはいえないならば、実体法の仕組みや手続を、使用者側にも整備することが必要と思われる。

#### 注

- (15) Malte Ivo, Die Folgenbeseitigungslast (Schriften zum Oeffentlichen Recht Band 714) 1996, S. 56.

- (16) Ivo, a.a.O., S. 92.
- (17) Ivo, a.a.O., S. 92. それは、単に調整されることには、なっている、権利侵害にたいする復善にはならないとされるのである。違法に任命されなかった官吏志願者の場合のようなケースにおいては、Ivo によれば、優先的に考慮して、別の部署へ配置することも、復善として、結果除去負担でなしうるとされている。Vgl., Ivo, a.a.O., S. 85.
- (18) Ivo, a.a.O., S. 59.
- (19) 村西良太「議会制民主主義のいま——主権選挙代表を再考する（6）議会制民主主義の空洞化 国会の権限放棄を問う視角から」（判例時報 2523 号、2022 年）135 頁以下参照。
- (20) 村西・前掲 140 頁参照。
- (21) この権利については、Reimund Schmidt-De Caluwe, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht Band 111 (1992) に詳しい。
- (22) ここでいう国家責任法は、具体的な制定法としてののではなく、理論的体系的な意味で使われている。
- (23) Ivo, a.a.O., S. 139.
- (24) Ivo, a.a.O.
- (25) Blanke/Peilert, Die Folgenbeseitigungslast im System des Staatshaftungssystem, Die Verwaltung 31 (1988), S. 50 f.
- (26) 宇賀克也『国家責任法の分析』（有斐閣、1988 年）237 頁以下に、詳細な研究がある。
- (27) Ivo, a.a.O., 34 f.
- (28) Ivo, a.a.O., 34 f. すなわち、結果除去請求権があれば、法律の留保のいう法源としての法律のなかに組み込まれることができるかという点、その点は Ivo は否定するのである。従って、結果除去をするとき、他人の権利侵害になる場合には、結果除去請求権では足りず、正式の法律の根拠を別途必要とする Ivo は主張するのである。
- (29) これはオッセンビュール（Ossenbuehl）の言葉である。Vgl. Ivo, a.a.O. S. 108.
- (30) 無許可建築者の場合には、行政庁による除却命令は裁量に委ねられ、ひょっとしたら除却しなくてもよい可能性もあるのに比し、違法ではあれ許可を貰って建築した者は、行政庁の裁量が拘束されると、除却命令が出される可能性が高くなり、その場合には、建築主は、無許可建築者と比べて、不利益を蒙ることとなり、不平等取扱いになると主張されうるのである。
- (31) このことが、おそらく Ivo の主張であると思われる。Vgl. Ivo, a.a.O., S. 110.

- (32) Blanke/Peilert, aa.O., S. 36.
- (33) Blanke/Peilert, aa.O., S. 36.
- (34) Blanke/Peilert, aa.O., S. 36.
- (35) Ivo によれば、BGB162 条や 242 条に規定される信義誠実原則を、公法に類推して結果除去負担を根拠づける考え方に対しては、決して類推によるものではないとされ、BGB162 条は、法の一般原則として、公法に直接に適用されるものと捉えている。Vgl. Ivo, aa.O. S. 61 f. この点、我が国では民法 1 条 2 項の信義誠実の原則も直接に公法に適用されると考えることができよう。
- (36) Ivo, aa.O., S. 61 f.
- (37) Ivo, aa.O., S. 97.
- (38) Ivo, aa.O., S. 97.
- (39) Ivo, aa.O., S. 98.
- (40) Ivo, aa.O., S. 57.
- (41) Ivo, aa.O., S. 100 f.
- (42) Vgl. Blanke/Peilert, aa.O., S. 44. ブランケによれば、この格言は、Kaiser Ferdinand I の標語 (Wahlspruch) とされている。
- (43) Blanke/Peilert, aa.O., S. 44.
- (44) Ivo, aa.O., S. 140 f.
- (45) 山本隆司・前掲書 350 頁によれば、Bescheidungsurteil を指令判決とされている。
- (46) Ivo, aa.O., S. 139.
- (47) たとえば、(a) 内閣の召集決定の裁量を拘束し、合理的期間が過ぎると速やかに決定を行うこと、(b) また、合理的期間を過ぎると、その理由を説明し、何時決定を行うかについて、説明責任を果たすこと、等の決定を行うべく拘束することなどである。

このうち (a) については行訴法 4 条の当事者訴訟のうち、先ず給付訴訟により決定を求めることができると思われる。(b) についても同様であろう。ドイツで言えば前述の決定指令訴訟に近いと思われる。ただし、筆者の場合には、内閣の決定行為を非権力的行為と考えている。それゆえ、民事保全法の仮処分の適用を否定することは根拠に乏しいと思われる。

ただし、ドイツの場合、決定指令訴訟は、行政に判断余地が認められるときには、最終判断が行政に任せられ裁判所は介入しないという例外規定があるが、日本の臨時国会の召集は、憲法上義務付けられているから、少なくともドイツで言う判断余地では全くないように思われる。たとえ召集決定は内閣の判断余地とされても、何時決定するかは、時の問題であるゆえ、時の裁量であるにすぎないので、その裁量を拘束して、速やかに復善を図ることは可能であろう。裁判所も審査できると思われる。

- (48) §113 Abs. 5 Satz 2 VwGO Bescheidungsklage のことである。Vgl. Blanke und Peilert, a.a.O., S. 35.
- (49) 南博方原編著 高橋滋・市村陽典・山本隆司編『条解 行政事件訴訟法 第5版』(弘文堂、2023年) 山田洋「第4条当事者訴訟」156頁以下参照。
- (50) Blanke/Peilert, a.a.O., S. 50.
- (51) 我が国には、基本権とか社会権とか、基本権だけは主張されても、その脇を固める原状回復請求権や、社会法上の回復請求権が圧倒的に看過され、欠落している。
- (52) 拘束力は、あたかも「打ち出の小槌」のような感じかもしれない。
- (53) これは前述の Glossatoren の思想である。村上武則「ハンス・ハインリッヒ・ルップの行政法学と日本行政法学」(広島法学 42 巻 3 号、2019 年) 5 頁参照。
- (54) Wilhelm Henke, Das subjektive oeffentliche Recht, 1968, S. 57.
- (55) 井上典之・鈴木秀美・宮地基・棟居快行『シュテレン・ドイツ憲法 II・基本権編』(信山社、2009 年) 35 頁以下参照。
- (56) バイロイターの基本権の三変化論と、ルップの説の違いについて、ルップは、バイロイターのように、「基本権から直接に結果除去請求権が成立する」とは考えられていなくて、あくまでも法律違反、status 侵害、反作用請求権、VwGO113 条 1 項の存在 (Glossatoren) 等から、法解釈教義学を踏まえて確立される実体法上の権利としての結果除去請求権なのである。村上・前掲 218 頁以下参照。
- (57) Vgl. Katharina Henzler, Folgenbeseitigung und Folgenersatz als negatorische Leistungsansprueche 2015.
- (58) Felix Weyreyther, Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandels gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung, Folgenentschaedigung), Gutachten fuer den 47. Deutschen Juristentag, Band I (Gutachten), Teil B, 1968, S. 85 f. この論説が、結果除去負担の理論の端緒とされている。もちろんそれまでにも、ケースとしては以前から判例のなかに存在していたが、体系的に理論化されたのである。Vgl. Ivo, a.a.O., S. 15.
- (59) たとえば、ヘーベルレ教授のもとで法関係論を学び、その視点で資金補助行政の訴訟問題を解明した業績として、Ekaterini Vosniakou, Beitrage zur Rechtsverhaeltnistheorie, 1992 が、ヘーベルレ教授の両足理論および資金補助行政の法関係に基づく学説・判例を詳細に分析している。
- (60) 周知のように BGB1004 条は、所有権が妨害されたとき、先ず原状回復請求権が認められている。そこで私法で原状回復が認められているのに、公法で認められないのはおかしいとの発想が出てくるのである。しかも、BGB1004 条は、negatorisch な内容であるので、消極的な意味での原状回復

が、公法の結果除去請求権の内容として、類推されるのである。従って、今日のドイツの公法学では、結果除去請求権は、民事法の意味での「得べかりし利益」まで要求できるものではなく、ありのまま元々あった法状態を原状回復させるという内容とされている。その意味で、公法上の結果除去請求権と名称され、民事法の不法行為の理論からは離れているのである。その意味で、結果除去請求権は、かつてメンガー（Menger）が説いた復善（Wiedergutmachung）としての原状回復とは異なる内容である。

- (61) 新宿狸の森事件（最判平成 21・12・17、民集第 63 巻 10 号 2631 頁）において、安全認定処分と建築確認は、安全確保という点で共通しており、違法性の承継が認められるなどが著名な例である。また、土地区画整理事業計画決定と換地処分の関係につき、最高裁（最大判平成 20・9・10 民集 62 巻 8 号 2029 頁）は事業計画の決定に処分性を与えたことで有名だが、近藤裁判官が補足意見を述べ、違法性の承継問題について触れられたが、両者の間の違法性承継は否定されている。けれども、処分性が認められない時代には違法性は承継されていたのが、法解釈で計画決定に処分性が与えられると、急に「違法性の承継」理論によって違法性の承継が認められなくなるのは、いくら法解釈とはいえ、事業計画決定そのものは同じであるので、おかしい話である。
- (62) なお、ドイツにおける違法性の承継問題について、人見剛教授の緻密な分析がある。人見剛「ドイツにおける行政行為の違法性の承継問題」（行政法研究 45 号、2022 年）23 頁以下参照。人見教授の研究は、日本の場合と同様、行政行為限定であるが、結果除去請求権や結果除去負担の問題は、最初の違法な行政について、必ずしも行政行為に限定されず、違法な非権力的行政も含む問題である。
- (63) 東京地裁令和 4 年 4 月 15 日判決（労経速 2485 号）3 頁以下参照。
- (64) 東京高裁令和 4 年 11 月 29 日判決（労経速 2505 号）3 頁以下参照。
- (65) 最高裁令和 6 年 7 月 4 日第一小法廷判決（令和 5 年〈行ヒ〉第 108 号、裁判所ウェブ）参照。
- (66) 太田匡彦教授も、「一般論として原告適格の拡張・承認は望ましいであろう。しかしそれも、基礎になる個別法の適切な理解に基づかなければならない。」とされている（太田匡彦「労災保険給付支給処分取消訴訟における事業主の原告適格」（ジュリスト 1585 号、2023 年）98 頁参照。太田論文は、前記東京高裁令和 4 年 11 月 29 日判決にたいする批判となっている。そして、太田論文は、同論文の末尾に、「最高裁は、労災保険法の目的と仕組みを忠実に解釈し、そのうえで徴収法も踏まえた解釈を目指すべきであり、令和 4 年東京高判を破棄する必要がある」とされている（太田・前掲 98 頁）。最高裁令和 6 年 7 月 4 日判決は、まさに太田論文の趣旨に沿ったものとなっている

る。太田教授の慧眼というより他ない。

## 第二章 結果除去請求権と結果除去負担との相違

### 第1節 主要な権利保護か副次的権利保護か

この結果除去負担は、後に連邦行政裁判所の裁判官になったバイロイターが提唱した理論である。結果除去負担は、請求権ではなく、違法な行政が行われた結果、後に、なんらかの不利益が残存する場合に、後に行われる行政の、裁量を含む決定を拘束して負担を負わせ、復善（Wiedergutmachung）を図る理論である。それは副次的権利保護とされる。

それにたいして結果除去請求権は、今日、ドイツ公法学および判例で認められる請求権としての権利である。その心髄には、基本法の最も重視する基本権が存在している。そして基本権自体は、ドイツ憲法学においては、防御権として位置づけられている。しかし防御権自体は静態的な存在である。そこで提唱されるのがルップなどが提唱する結果除去請求権である。この結果除去請求権が、静態的な防御権としての基本権の脇を固める役割を果たすのである。結果除去請求権は、比喩的に言えば、 $H_2O$  の H のように、ぴったりと O（酸素）に寄り添って、あるいは O（酸素）と結合した  $H_2O$  として、個人の生存（権利保護）のために重要な役割を果たすのである。このような意味で、結果除去請求権は、いわゆる主要な権利の保護の位置づけがなされるのである。<sup>(67)</sup> その意味では、損害賠償請求権は、副次的な権利救済の位置づけに留まっているのである。<sup>(68)</sup> それに対して、結果除去負担は、どのように位置づけられるのかと言うと、主要な権利保護を果たすものとはされず、広い意味では、副次的権利救済に近い位置づけとされている。<sup>(69)</sup>

### 第2節 結果除去請求権（消極的原状回復請求権）と、裁量で復善を図る結果除去負担

結果除去請求権は、決定的に結果除去負担と異なる要素がある。それは、

ドイツにおける国家責任法としての結果除去請求権および結果除去負担に関する一考察

結果除去請求権は、違法な行政がなかったならば、元々あった法状態を回復させる法制度である。この意味で、消極的 (negatorisch) な内容である。<sup>(70)</sup> まさしく基本権の防御権が侵されたときに、元来存在していた法状態を回復させる権利である。基本権の統合性から導き出すことができる内容である。それゆえ、結果除去請求権は、ハース (Haas) やメンガー (Menger) の述べるような原状回復、すなわち「元々あったであろう法状態」のような、積極的な変化を含むような内容ではない。今日のドイツ公法学においては、メンガーの説く原状回復理論は、少なくとも公法上の結果除去請求権の内容としては否定されている。

それに対して、結果除去負担は、違法な行政がなされて国民の基本権が不利益を受け、その不利益が、その後も何らかの形で残存している場合に、後の行政決定によって、しかもその裁量によって復善を図る理論である。それゆえ、結果除去負担の場合には、元々あった法状態の回復だけを図るもの、すなわち消極的で negatorisch なもの以上のものである。言葉を代えて述べると、結果除去負担の場合には、結果除去請求権以上のものを含む理論である。

関連して付言するならば、今日ドイツの国家責任法のシステムのなかで認知されている社会法上の回復請求権は、行政が社会法の分野において、間違った教示などをしたために、元々貰えたはずの権利が貰えなかった場合、その権利を回復させる内容であるので、厳密な意味では消極的な negatorisch な内容を越えているものである。とはいえ、社会法上の回復請求権は、結果除去負担のような後の行政の決定の裁量で復善を図る理論とも異なっているのである。このような意味で、結果除去請求権、結果除去負担および社会法上の回復請求権は、それぞれ独自の法的性質を備えており、ドイツの国家責任法上、独自の法制度といえるのである。ただし、結果除去負担については、Blanke によれば、国家責任法のシステムのなかへ、社会法上の回復請求権のように、正式に認知されるほど発展するかどうかについては、疑問視されている状況なのである。



### 第3節 結果除去請求権（一段階性）と結果除去負担（二段階性）

さて、結果除去請求権と結果除去負担に関する根本的な問題であるが、両者のそれぞれの違いについて、さらに述べておきたい。

すなわち、結果除去請求権の場合は、違法な行為は、原則は最初の一つだけ登場し、その結果、侵害結果が継続的に存在する。その意味で結果除去請求権は一段階性を帯びているとされる<sup>(71)</sup>。しかし結果除去負担の場合には、最初の違法な行政の行為があり、その結果として、何らかの影響が事実上残存する<sup>(72)</sup>が、その影響を第二段階の行政の決定の裁量で、不利益を除去することによる復善を図る制度である。そのような意味では、結果除去請求権の場合には、一段階性と見ることができるのであるが、結果除去負担の場合には、最初違法な行政決定があり、あるいは違法な授益の拒否があり、しかもなにかしらの不利益が後続しており、その不利益を後続の決定において、その裁量で復善（Wiedergutmachung）を企図するものである<sup>(73)</sup>のである。

## 第三章 我が国における憲法 53 条後段訴訟と訴訟手段

### (1) 一般的視点

結果除去負担のケースは、ドイツでは、多数当事者間ばかりでなく、行政対個人の二者関係にも存在する。たとえば、授益的決定の違法な拒否がその例である<sup>(74)</sup>。その限りで、結果除去負担の理論は、我が国の憲法 53 条後段訴訟の場合にも、すなわち議員の召集決定要求と内閣の召集決定の二者関係にも適用可能性が出てくると思われる。この場合、一定数の国会議員が臨時国会の召集決定を要求したけれども、合理的期間内になら決定が行われず、したがって実質的には拒否したに等しい場合には、速やかに議員は結果除去負担を求めることができると思われるし、また、次の臨時国会の召集要求がなされた場合に、内閣は、速やかに臨時国会の召集決定を行うかどうかの裁量権が拘束されると説くことが可能ではなかろうか。



ドイツにおける国家責任法としての結果除去請求権および結果除去負担に関する一考察

もちろん、召集要求をしたけれども、合理的期間を過ぎたときに、速やかに、結果除去負担の理論に基づいて、内閣の召集決定の時期に関して、裁量を拘束して復善としての召集決定を行うべく拘束させることも可能ではないだろうか。

そもそも、憲法 53 条後段の規定は、内閣に対して、臨時国会の召集決定を行わなければならないと規定している。内閣には憲法上の義務が課されているのである。この義務を履行しないことは、民法 1 条 2 項の信義誠実の原則に違反する。しかも、国民に対しては、もし国民が義務を履行しないときには、義務履行確保手段として、行政罰、行政上の強制執行ばかりでなく、公表、許可の撤回等、種々様々なサンクションが国の側に用意されている。また「空家等対策特別措置法」は、本来は行政指導と学問的には位置づけられうる勧告がなされると、法改正（令和 5 年）により、管理不全空家等や特定空家等につき、固定資産税の減免措置を大幅に打ち切るなど、国民主権の憲法のもとにありながら、国民にたいする義務については、そこまで義務の履行確保手段、すなわち行政の実効性確保手段を強めながら、他方、内閣の義務の不履行については極めて安易に看過することは、それこそ、内閣は法律としての民法 1 条 2 項の信義誠実の規定に違反していると思われるのである。内閣は憲法上召集決定をする義務が課されている。しかし、時期ないし時に関しては何も規定されていない。そこには時の裁量が認められている。しかし、合理的期間を過ぎて、客観的にみてあまりにも長期間決定しないことは、実質的には拒否したに等しい。そのため、救済手段が存在しなければならない。ここにおいて、時の裁量を、結果除去負担の理論によって拘束する意義は大きいと思われる。

## (2) 議員の主要な権利としての臨時国会召集要求権（憲法上の権利）に基づく訴訟

議員の要求がなされても、内閣が合理的期間を過ぎても召集決定を行わない場合、議員は、行訴法 4 条の公法上の当事者訴訟に基づいて、まず内閣の非権力行為として召集決定の給付を求めて、裁判所に対して、公法上

の給付訴訟を提起できる。次いで、議員は、同時に、行訴法4条の公法上の当事者訴訟として、公法上の確認訴訟として、内閣に対し召集決定を要求できる地位があることを求めることができる。繰り返しになるが、内閣の召集決定は、憲法上は「助言と承認」そのものであるので、行政法学上は非権力的作用であり、行訴法3条の抗告訴訟というよりは、行訴法4条の実質的当事者訴訟に親しむものであり、しかも、憲法53条後段は、議員に召集要求権、内閣に召集義務を課しているように、権利と義務の関係にある、すなわち法関係のなかにあるのであるから、行訴法4条の実質的当事者訴訟になりうるものである。この公法上の当事者訴訟により、議員個人の主観的な権利保護を裁判所に求めることこそ、先ず考察すべきであろう。

### (3) 議員の原状回復請求権（結果除去請求権）に基づく訴訟

他方、一定数の議員が臨時国会の召集を要求したにもかかわらず、内閣が合理的期間を過ぎても召集決定を行わない場合、不作為の違法状態に入る。それゆえ、議員の憲法上の基本権、基本権類似の権利が侵害されることになる。それにより防御権が侵害され、原状回復請求権として結果除去請求権が発生する。すなわち継続的に、違法状態（内閣による召集決定が行われない状態）が続くとき、結果除去請求権に基づいて、内閣による召集決定の裁量権はゼロに収縮しているから、結果除去行為として、内閣には召集決定をするべき義務が発生する。その場合、議員は、裁判所に、違法な不作為が無かったならば憲法上存在していた法状態、すなわち召集決定そのものを求めて、行訴法4条の実質的当事者訴訟としての公法上の給付訴訟ならびに公法上の確認訴訟を提起できるとと思われる。

このような訴訟は、既述のように、主要な権利保護にたいして、その協を固めるべく、さらに強く権利の原状回復のために、原状回復請求権として提起されるべきものである。

#### (4) 結果除去負担に基づく訴訟

もし、上記 (2)、(3) の訴訟が許容できない場合、最終的手段として、結果除去負担による訴訟が考えられる。すなわち、議員は、臨時国会の召集要求をしたにも拘わらず、内閣が合理的期間を過ぎても召集決定を行わない場合、その場合には内閣による不作為の違法と考えることができる。しかもそれは憲法違反の行為である。そして、その不作為が、内閣の召集決定を行うかどうかについて、まだその裁量権がゼロに収縮していないと考えられる場合（時の裁量を認める場合等）においては、内閣の裁量権を拘束して、原状回復ではなく、復善行為としての、内閣がなすことの出来る決定行為である召集決定を、復善として求める訴訟を提起できると思われる。その場合にも、行訴法4条の公法上の当事者訴訟に基づき、給付訴訟として位置づけて訴訟を提起できるように思われる。

#### (5) 内閣の召集決定を公権力の行使と考える場合の対応策

ところで、内閣の臨時国会召集決定を公権力の行使と考える場合には、議員が召集要求をしたにもかかわらず内閣が召集決定をしない場合、まず行訴法3条5項に基づいて、不作為の違法確認訴訟を提起できる可能性がでてくる。次に、議員は、合理的期間を過ぎても内閣による決定が行われない場合、内閣の召集決定を行うかどうかの裁量権はゼロ（「0」）に収縮していると考えて、一定の処分としての召集決定の義務付け訴訟を提起できる可能性がある。その場合、仮の義務付け訴訟も想定できよう。

しかし、内閣の召集決定は、特段公権力の行使とは考えられないので、筆者としては、義務付け訴訟は可能ではないと考える。その理由は、内閣の召集決定は、憲法上、天皇に対する「助言と承認」そのものなのであるから、行政法学上、助言なる行為は、非権力的作用と考えられるからである。もし、それにもかかわらず、召集決定を公権力の行使と捉えるならば、助言ではなく、天皇に対しても、公権力の行使として規律力があることになり、強制力があることとされよう。しかし、それに対しては、想像するに、百地章博士からの反論が必然的になされることが予想されるように感

じる。なんとなれば、憲法上は、国会の召集は、正式には天皇の権能と憲法上規定されているからである。

宇賀裁判官も、臨時国会召集決定を会社の総会招集と同じと捉えられているのである。そのことは、とりもなおさず内閣の臨時国会召集決定を非権力的作用としてとらえられていることになろう。しかも最高裁法廷意見も、憲法 53 条後段訴訟を、裁判所法 3 条の「法律上の争訟」と認めており、その理由は、行訴法 4 条の公法上の法律関係に関する訴訟で争うことができることを前提にしているのである。ただ、最高裁法廷意見は、召集決定を権限の行使として位置付けているところから、確認訴訟の利益を否定したと推測されうるところである。しかし、もし行訴法 4 条の公法上の法律関係に関する訴訟として捉えるなら、最早それは権限行使ばかりでなく、法律関係に入っており、それは、権限のごとき一方的なものではなく、対等性を前提としているのではなかろうか。

筆者の構想によれば、結果除去負担により、行政の裁量により復善を図ること、たとえば、内閣の裁量（時に関する裁量）で、内閣自身が合理的な期間を提示して、臨時国会の召集決定を行う。その際、しかしその裁量を拘束して、行政手続法<sup>(75)</sup>の精神（手続的正義）に基づき、具体的な理由を示して、すなわち説明責任を尽くして、然るべき時に召集決定を行うということになろう。

## (6) 信義誠実の原則の重要性

信義誠実の原則が憲法 53 条後段訴訟で非常に重要である。結果除去請求権や結果除去負担においても信義誠実の原則が主たる根拠として登場する。すなわち、違法な行為（召集決定をしない憲法違反）をしておきながら、それを自己の利益のために利用する（不作為）こと、これは信義誠実の原則からして、到底許すことはできないのである。ドイツ民法（BGB）162 条がそのことを禁止しているのである。内閣が召集決定をしなければならないのに、合理的期間が過ぎると違法な事態が発生しているのに、それを内閣の自己の利益のため（継続的に召集決定しないことや、召集決定

ドイツにおける国家責任法としての結果除去請求権および結果除去負担に関する一考察  
しても国会の解散のためにだけ利用すること）に利用することは、あきらかに信義誠実の原則に悖る所為である。行政法の一般原則である信義誠実の原則、法の一般原則である信義誠実の原則に反するばかりでなく、実定法律である民法（日本では民法1条2項<sup>(76)</sup>）に違反している。このことは法治主義一般の原則に違反するばかりでなく、法律による行政の原則にも違反している。かくも沢山の違法な行為を、内閣が自己のために利用することは許されない。臨時国会の召集要求をした議員の主観的権利の救済が不可欠となる。法の番人としての裁判所は、必ず救済すべきと考える。

## おわりに

以上、結果除去請求権と結果除去負担について、それぞれの法的特徴点、それぞれの意義について述べ、我が国の憲法53条後段訴訟に應用できないか考察した。

これらの考察の結果、結果除去請求権においても、結果除去負担においても、根底には正義の観点があること、信義誠実の原則（民法の規定による。したがって単なる法の一般原則に留まらない）が適用されうること、それゆえ民法違反という法律による行政の原理が適用されうること、そしてとりわけ基本権（あるいは基本権類似の権利）が重視されなければならないことを強調した。そして、結果除去負担の場合には、諸般の事情を考慮して、とりわけ行政の裁量を考慮して、それを拘束することの意義を強調した。その際、実際的な解決を図ろうとすることをドイツの結果除去負担理論から学んだ。これらのことから、憲法53条後段訴訟においても、特に結果除去負担を内閣に課す方策を提案し、訴訟でどのように争うことが出来るかについて考察した次第である。その際、内閣の復善として、時の裁量の観点で、合理的な期間を徒過すると、時の裁量を拘束して召集決定を行うべきこと、もしさらに遅滞するときには、行政手続法の精神（手続的正義）に基づき、遅滞する場合にはその合理的な理由を提示する負担等を強調した。

結果除去請求権は、ドイツにおいては、既に確固とした権利であるが、要件や内容ばかりでなく法効果も厳しいため、実際には融通がきかない側面が存している。いわば律儀な法制度である。それに対して、結果除去負担は、応用が効く、すなわち融通の効く救済制度であり、行政の裁量が重視される。その裁量を、単なる裁量権の濫用理論ではなく、まだ国家責任法のシステムのなかに認知されていないかもしれないが、復善の思想に基づいて救済を図る理論を提案した。

本稿は、憲法 53 条後段訴訟において、最高裁で（令和 5 年）少数意見だが、宇賀克也裁判官の意見に賛成し、行訴法 4 条の確認訴訟を認めることや、損害賠償請求を認めることに、賛成するものである。しかし本稿は、さらに宇賀意見を発展させるべく、議員の権利を認め（とりわけ職業選択の自由、そして宇賀裁判官の手續としての権利）、さらにそれらの基本権あるいは基本権類似の権利の、防御権としての権利の脇を固めるべく、消極的（negatorisch）原状回復請求権としての結果除去請求権ならびに復善<sup>(77)</sup>としての結果除去負担の適用をさらに追加して、宇賀意見をさらに発展させる、宇賀裁判官の意見の脇を固める試みを提案した。従って、宇賀裁判官が判示された国家賠償を否定するものではさらさらなく、むしろそれに追加して（国家賠償請求はいわば二次的救済、副次的な救済手段であろう）、主要な権利（議員の基本権あるいは基本権類似の権利）を援護する手段として、結果除去請求権あるいは結果除去負担（結果除去請求権は主要な権利保護手段。結果除去負担は副次的権利保護手段）の適用可能性を提案した次第である。奇想天外な提案と感ぜられる人がほとんどだと思われる。

このように、本稿には、我が国では、これまで見たことも聞いたこともないような内容が含まれている。それだけに、本稿には多くの誤解や間違いが存在すると思われる。忌憚ない御批判や御教示を賜れば望外の幸せである。

注

- (67) Ivo, a.a.O., S. 84.
- (68) Ivo, a.a.O., S. 84.
- (69) Ivo, a.a.O., S. 85.
- (70) まさにその意味で、消極的（negatorish）原状回復は、元々あったありのままの（natural）原状回復とされ得る。
- (71) Ivo, a.a.O., S. 85.
- (72) Ivo, a.a.O., S. 85.
- (73) Ivo, a.a.O., S. 85.
- (74) Ivo, a.a.O., S. 15, 49 f.
- (75) それは正義に反する行為でもある。
- (76) この民法の規定は、公法にも直接に適用されるものであり、けっして類推適用ではない。
- (77) 繰り返しになるが、復善は厳密な意味では原状回復ではなく、違法な行政を、そして何らかの形で残存する不利益を、後の決定で復善を図る制度である。