

ハンス・ハイน์リッヒ・ルップ 行政法学と日本行政法学

村上武則

はじめに

第一章 ルップ学説の概要

第二章 ルップ学説と法律の留保

第三章 ルップ学説と法関係理論

第四章 ルップ学説と status 及び主観的公権

第五章 ルップ学説と法律履行請求権 (法律執行請求権)

第六章 ルップ理論と日本の行政法学

第 1 節 ルップ理論と藤田宙靖博士の理論

第 2 節 ルップの実体法上の権利論と遠藤博也博士の理論

第 3 節 ルップの実体法上の権利論と、太田匡彦教授による「小早川光郎実体法」と「山本隆司実体法」および「高木光実体法」の若干の考察

第 4 節 ルップの全部留保理論と大橋洋一教授の本質性留保理論

あとがき

はじめに

H. H. Rupp (1926 ~) は、1965 年に『今日の行政法学の根本問題 (Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre)』(以下、Grundfragen 又は『根本問題』)を発行している⁽¹⁾。戦後およそ 20 年経って、すなわち憲法としての基本法制定後 20 年くらい経過した状況下で、戦前の立憲君主制下で誕生した自由主義的国家観に基づくドイツ行政法学が、どのように変わったのか、あるいは変わっていないのかを含めて、根本的に理論分析して、民主主義的・法治主義的国家の下で、行政法学は如何にあるべきかを論じたのであった⁽²⁾。そして、1991 年の第二版 (以下、第二版)において、初版に取り上げられなかった章 (第 III 部「違法性、帰責および国家責任」)を追加し、その他の部分はそのままの形で、しかし、はしがきで、初版で示されたルップの理論のうち、学界で

どれが取り入れられ、どれが取り入れられなかったのかを示したのであった。

ルップ理論の特徴点は、古い憲法下でのドイツ行政法学に対して、新しい基本法の下、憲法原理に基づく、具体化された憲法としての行政法、活動する憲法としての行政法を構想する理論であった。別言すれば、憲法は消える、されど行政法は残るとした、Otto Mayer のドイツ行政法学の構造を詳細に分析して、それを批判し、憲法に如何に接近すべきかの行政法学理論を提唱したのであった。

年代的にみると、ルップの前掲書初版の発行される3年前の、1962年に我が国の塩野宏博士が既に、著名な『オットー・マイヤー行政法学の構造』(1962年、有斐閣)を出版されている。同書において、塩野博士は、マイヤーの行政法学の根本構造を緻密に分析され、マイヤーの理論のなかに、現代に通じる、企業的国家観があると分析され⁽³⁾、また本源的な法律関係⁽⁴⁾に基づいている等、行政法研究者に無限の学問的インパクトを与えられたのであった。

同じく年代的にみると、1966年にバズーラ (Peter Badura) 教授が、『自由主義国家における行政法と社会的法治国家における行政法』を発刊され、国家観の変化にともなう行政法学の構造を分析されたのであった⁽⁵⁾。

また、同時期に高田敏博士が全部留保理論または社会留保理論の基盤を提示されるが、年代的には1962年であり、ルップ説より、一步早いのである⁽⁶⁾。また、杉村敏正博士は、ルップ理論とほぼ同時期に、しかもルップ理論とほぼ同様に、公行政は一般的な権利・義務関係に関する限り法律の留保に服するとの全部留保論を説かれているのである⁽⁷⁾。法律の留保に関する限り、杉村理論および高田理論は、我が国では最もルップ説に近い理論である。本研究は、ルップの理論を基軸に分析しながら、我が国の行政法学がルップ理論をどのように受け取ったのか、あるいは批判しているのか等を考察する。もちろんルップの理論との関わりでドイツの行政法学の理論をも必要な限りで考察する。この比較の方法によって、逆にルップの理論を理解し、かつ我が国の行政法学の理論をより深く理解したいのである。

ところで、ループ理論の最大の特徴点は、立憲君主制下での行政法学においては、国民の自由・財産を侵害する行政、すなわち侵害行政のみ法律により留保されるとする「侵害留保理論」が唱えられていたが、基本法の下では、国家と国民との間の一般的な権利・義務関係は、およそ全部が法律に留保されるべきとする「全部留保理論」を唱えられる。と同時に、国家と国民との間は、権力関係のなかで上下関係として捉えられていたが、基本法の下においては、国家と国民は対等な法関係として理解されるべきとされるのである⁽⁸⁾。

さて、かつての侵害留保のもとでは、法律自体は、君主の自由を前提に、自制としての「柵」(Schranke)として捉えられ、柵の彼方にいる国民に、相応の status が与えられると理解されたのであった⁽⁹⁾。しかし基本法の下では、法律は、国民に権利・義務を設定するように、国民に対して権利を与える場合も出てくるのであって、その場合、国民は法律履行請求権を持つと理解されるのであった⁽¹⁰⁾。このようにループ理論においては、法律を軸にして理論が構築され展開されているのが最大の特徴点である。すなわち全部留保理論を前提にした理論であるので、当然、我が国の行政法学がループ理論をどのように受け取るか、ドイツ行政法学と同じような問題が我が国においても起こってくる。したがって、このような観点で行政法学をみると、我が国の行政法学の特徴点も、その理論だけを見ていると気付かなかった問題点が、ループ理論と比較すると、見えない点が、鮮やかにではないにせよ、見えてくるのである。このような観点で、本稿を著し、ささやかながら、横山信二先生に捧げたいと思う。

第一章 ループ学説の概要

1965年の初版の Grundfragen は、大きく分けて、内部関係と外部関係の章に分けられる。本稿は、後者の外部関係理論に限定して論じたい。

立憲君主制の下では、前述のように、法律は柵として理解されていた。とりわけ、シュタール (Friedrich Julius Stahl) は、君主の自由を前提に、たと

え法律が作られても、それは君主の自制のための柵であって、Duerfen（許容）の枠付けとしての法律にすぎなかったとされる⁽¹¹⁾。

転機が訪れるのは、ゲオルグ・イエリネック（Georg Jellinek）の status の理論であったとされる⁽¹²⁾。すなわち、その地位に権利性が認められる場合もあり得るということであった⁽¹³⁾。しかし、依然として、この status が主観的公権なのかどうかは不分明であった。しかし、ルップは、status と主観的公権を明確に分離し、status 自身は主観的公権ではなく、もし国家が法律に違反してこの status を侵したときに、反作用権・対抗権としての主観的公権が発生すると捉えたのであった⁽¹⁴⁾。この点について、シュテルン（Klaus Stern）博士は、ルップの発見であるとして高く評価されるのであった⁽¹⁵⁾。すなわち、憲法学において、基本権が防御権として強く保護されるようになるわけだが、防御権だけでは強い力をもつわけではなく、補助手段を必要とするが、まさしくルップが、法律違反の行政があったとき、反作用権あるいは対抗権としての主観的公権が発生するという理論のなかで、対抗権としてルップは結果除去請求権を説くのであったが、この結果除去請求権が、主要な防御権の補助的手段として防御権に結合し、防御権そのものが強力になったとされるのである。その限りにおいても、ルップ理論は、憲法学にも貢献するのであった。

さて、ルップ理論の特徴点のなかに、主観的公権理論がある。ルップ理論において、この実体法上の権利としての主観的公権は、訴訟との関わりで重要な問題となる。すなわち、取消訴訟等の訴訟手段があるとき、たとえば、訴訟法が、権利を侵害されたる者に原告適格を与えるとの規定があるとき、その訴訟規定から、実体法上の権利が保障されてくることになるのかどうか。ルップ理論によれば、けっして訴訟法によって作り出されるものではなく、訴訟手段の背後に、既に権利、主観的公権が発生していると考えるのである。たとえば、我が国において、行政事件訴訟法 33 条において、取消判決の拘束力が認められており、その規定から、国民にたいして、実体法上の原状回復請求権が与えられると訴訟法的に解するのではなく⁽¹⁶⁾、既述のように、法律

違反により行政権が国民の利益を侵害したときに、対抗権として取消請求権あるいは結果除去請求権が国民に与えられていると解するのである。この結果除去請求権すなわち原状回復請求権が、行政に対して、原状回復を求める権利として既に与えられているとルップは考えるのである。

このように、ルップ理論によれば、実体法上の権利は、訴訟法から生ずるのではなく、訴訟法の背後に既に存在しているのである。もちろん、訴訟法の規定があれば、その背後に、実体法上の権利があることが、推測されうるのである⁽¹⁷⁾。これは、ルップ自身が言っている *Glossatoren* (注釈法学) の思想なのである。しかし、ルップの理論、すなわち主観的公権は、常に訴訟法上の規定と関係づけられて、たとえば煙 (訴訟法) のないところには人 (実体法上の権利) はいない式となるのかということ、訴訟法の規定とは関係なしに、実体法上の主観的公権が発生する場合もルップにおいては存在する。

すなわちこれが法律履行請求権である。この権利は、基本法の下で大転換期を迎えるのである。たとえば、年金法におけるように、国民に権利を、そして国家に義務 (*muessen*) を課す時代となるのである。法律が国家に義務を課すのである。義務の時代が到来したのである。まさにコペルニクスの転換が訪れたとされるのである⁽¹⁸⁾。立憲君主制時代には、法律は国家に「*Duerfen*」が認められたにすぎなかったのが、まさしく強い義務が国家自身に課せられるようになってくるのである。そうすると、国民は法律履行請求権を有するようになるのである。このことを、たとえば、給付の請求権の申請を行政にしたときに、それを行政が拒否した場合、*status* が侵害されたとして、反作用請求権あるいは対抗的権利が初めて発生すると捉えることは、法構造、法関係を間違っているとされるのである⁽¹⁹⁾。この法律履行請求権は、ルップにおいて、さらに、警察介入請求権へ、あるいは行政介入請求権へと発展するのである⁽²⁰⁾。

すなわち、個人は、年金法においては、直接に規範執行の意味において、法律によって与えられた権利に基づいて、すなわち既に法律によって切られ

たパンをよこせというのであり、それを行政が拒否すれば、初めてそこに侵害活動が発生し、そこで反作用請求権としての権利が発生するというのではなく、むしろ行政を強制して、行政に給付させ、かつそれゆえ拒否を放棄させるのは、逆にただ法律執行請求権自身であるとルッパは説くのである⁽²¹⁾。法律が国民に権利を与え、かつ行政に義務を課すということは、塩野宏博士によれば、フライナーが引用され、法律が、すなわち議会が国民にパンを与えるのと、行政がパンを裁断して国民に与えるのは大きな違いがあると称されるのであり⁽²²⁾、法律がまさに国民に権利を、行政に義務を課す、新しい時代が到来するのである。

ただし、注目される点は、ルッパの場合、侵害行政と給付行政の区別をしないことである。すなわち、給付行政には様々な侵害行政の要素があり、侵害行政の典型とされていた警察行政も、公共の安全のための国家作用が、別の意味では個人の利益、すなわち給付行政（生存配慮）になっているというのである⁽²³⁾。ある人への警察許可が、別の人には侵害行政に、ある人への給付行政が別の人への侵害行政になりうるので、第三者に警察介入請求権が、あるいは行政介入請求権が与えられるべきとされるのである。要するに、ルッパ説においては、警察介入請求権あるいは行政介入請求権は、根底には自由権が関わっているのである。この点、原田尚彦博士の行政介入請求権の根拠は福祉国家思想に基づいているので、ルッパ説と大きな違いがある。

さらに、ルッパ理論においては、主観的公権は、法律履行請求権のように、*status* + 請求権思考、からのみ捉えられるものではない部分もあるといえよう⁽²⁴⁾。

それゆえ、ルッパ説で大きな特徴点といえるのが、主観的公権そのものとのとらえ方である。主観的公権は、訴訟規定から生ずるものではないとするルッパ理論の特徴点として、さらに次のことが指摘できよう。すなわち、訴訟上の規定により、裁判官が取消判決を言い渡すのであるが、裁判官が取消権限を独占しており、そのため、国民からの権利の請求に対して、裁判官が行政に対して違法な行政を取り消せと命ずることはけっしてないと、誤解しては

ならないとされるのである⁽²⁵⁾。我が国でも、取消訴訟の排他的管轄とよく言われるが、ループ理論によれば、裁判官が取り消すのは、訴訟・執行経済上の配慮からであって、元々は国民に取消請求権、行政に取消す元来的な固有な権能があるが、取消を行わない状況にあるだけなのであって、初めから裁判官だけが取消権能を有していると解釈してはならないとされる⁽²⁶⁾。あくまでもループ説においては、国民に実体法上の請求権ありと解されるのである。そうでないと、国民の権利を貶めることになるだろうにとされるのである。この点も、ループ理論の、実体法上の権利の特徴点である。

さて、以上のようにループ理論は、法律による行政の捉え方が、ポイントになっている。さて、このループの法治主義の理論は形式的法治国家理論と位置づけられている。山本隆司教授のとらえ方である⁽²⁷⁾。すなわち、山本教授によれば、シュミット・アスマン (Schmidt-Assmann) 教授による理論は、手続的観点を含め、多様性・複合性・多層的・多面的・多極的な、いわば立体的に様々な要素を分析する意味で、実質的な法治主義、法治国家理論であるように思われる⁽²⁸⁾。それに対して、ループ理論の法治主義理解は、形式的に法律を基軸に考察する理論という意味では形式的法治国家理論である。

たしかに、現代社会・国家は複雑な利益、複雑な過程を辿っており、複眼的な視覚を備えないと合理的な決定がなされ得ない。けれども、法治国家理論で重要なのは、法的安定性であろう。この意味においてはループ理論は、明白性に富んでいる。そのうえ、かつての立憲君主制時代においては、たとえ基本権侵害の法律であっても、形式的に法律の形態をとれば合法的とされたけれども、基本法下においては、基本権が実質的に保障されなければならないゆえ、まさに実質的法治国家になっており、ループの理論はその意味で、十分に実質的法治国家理論といえるのである。

以上がループの初版の『Grundfragen (根本問題)』の概要である。1991 年に発刊された第二版において、はしがきで、ループは、彼の理論の多くが承認されたこと、たとえば彼の全部留保理論、特別権力関係批判理論は、受容

され通説となったこと、しかし多くの点が議論中であることも述べられている。たとえば、ルップの裁量理論は受容されておらず議論中とのことである⁽²⁹⁾。

第二章 ルップ学説と法律の留保

前述のようにルップ理論においては、法律の位置づけが基礎に置かれている。国家と国民との間の一般的な権利・義務は必ず法律に留保されなければならないのである。それは基本法 80 条 1 項の趣旨に合致するのである⁽³⁰⁾。

したがって、ルップによれば、給付行政にも法律の留保が拡大されなければならないのである。まさに全部留保理論である。ところが全部留保理論ではイエッシュ（Jesch）の理論がむしろ名高いところである⁽³¹⁾。しかし、ルップはイエッシュ理論は妥当ではないとする。それはイエッシュが、全部、議会の授權を必要とすると説くとき、法律の留保のいう留保と、授權の意味は歴史的にはまったく異なるとされるのである。すなわち、立憲君主制憲法構造においては、君主が全能を有しているのであるが、国民の自由・財産を侵害することは我慢ならないことであり、君主から立法権を奪うことがまさに法律の留保であった⁽³²⁾。けっして、授權したということではなかったとルップは説くのである。したがって、Jesch が、基本法下において、法律の留保を語るときに、授權を必要とするというのは、ルップにとってはおかしいとされるのである。

したがって、ルップは国家と国民との間の一般的な権利・義務関係については、必ず法律に留保されるというのである。言葉を換えて言えば、国家と国民との間の権利・義務関係、すなわち外部関係においては、必ず法律で定めなければならない、そうでなければ違法とされる。いわゆる行政規則に外部効果を与えることも許されないことになるのである⁽³³⁾。我が国においては、かつては平等原則違反であれば憲法違反となり違法となると考えて、その限りで行政規則に外部効果性を与える解釈も含め⁽³⁴⁾、今日において外部効果を与える新しい理論が存在するが、それも許されないとされるのであろう。た

たとえば、行政規則に違反して不許可処分がなされた場合、合理的な理由が説明されなければ違法とされ、その限りで行政規則に外部効果が与えられるとする理論、また、今日行政手続法上パブコメ手続が定められ、事前に公表されている時代、行政規則を国民が信頼するのであり、信頼利益を侵害する場合は、行政規則違反の行政は違法とされる場合もあるという限りで行政規則に外部効果を認めることも、ループによれば許されないことになろう。行政規則に外部効果を認めることは許されないのである。

さて、法律の留保について、ループは既述のように、国家と国民との間の一般的な権利・義務関係はすべて法律の留保に服さなければならないと考え、多くの解釈理論がそこから出てくるのである。我が国においては、全部留保理論を説く説も多い。杉村敏正博士、高田敏博士など、戦後早い時期から全部留保理論を説かれた。しかし、原田尚彦博士、そして高木光教授も、権力行政留保理論を説かれている。高木教授は、教科書において、法律の留保理論のような、大上段に構える理論を避けると明言され、ご自身は訴訟法による救済をめざすのが合理的との趣旨の言葉を述べられている⁽³⁵⁾。ループの理論は、しかしけっして大上段に構えた理論ではなく、まさしく基礎理論であって、そこから様々な解釈理論が展開されてゆくのである。ループは、主観的公権の理論を訴訟法から見る理論ではなく、訴訟法の背後に存在する権利として考察するのである。実体法上の権利性は、行政関連法律から出てくるのであって、訴訟法から出てくるものではないのである。

このように、ループにおいては、法律の留保は基礎的な基盤的理論である。もっとも、法律の留保理論自体、立憲君主制下で生まれた概念であって、今日の民主主義・法治主義国家にあっては、その概念自体を持ち出すことに問題があるかもしれないが、ループ自身は、1991年の第二版のはしがきの最後に、行政は公権力であり、国民の権利・利益にとって今日尚、常に緊張関係に立っているのであるから、国民の権利・利益を保護するために、自由主義思想から生まれた思想ではあるが、今日の基本法の民主主義法治国家を、簡

単に捨てるべきではないと説かれるのである⁽³⁶⁾。

第三章 ルップ学説と法関係理論

第1節 ルップ学説と法関係理論

中川義朗教授の著書によると、ルップ理論には、ドイツの行政法関係理論の展開にとって、非常に重要な位置づけがなされている⁽³⁷⁾。

さて、ルップによれば、国家と国民との関係を法関係と捉える思想の、萌芽は、国家もまた法秩序に服し、法人格として、国民に対峙するということ意識したときとされる⁽³⁸⁾。そのきっかけは、ゲッチンゲン七教授事件の一人であるアルブレヒト (W. E. Albrecht) が、1837年に、マウレンブレッヒャー (Maurenbrecher) の『今日のドイツ国法概要 (Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts)』に関して公にした講評に端緒があると日付けられるのが普通であるとされている⁽³⁹⁾。また、ルップによれば、とりわけ1852年のゲルバー (C. F. von Gerber) の根源的な著作である『公権論 (Ueber öffentliche Rechte)』を受け入れるときには、国家を国民にたいする法関係のなかにあるものとして理解する可能性が開かれると指摘される⁽⁴⁰⁾。

しかし、この法関係をどのように捉えたのだろうか、とルップは問いかける⁽⁴¹⁾。

かのシュタール (Friedrich Julius Stahl) の構想によれば、行政関連法律は、ただ、自由な統治活動 (Regierungstaetigkeit) の客観的柵 (Schranke) にすぎず、行政関連法律の遵守 (Einhaltung) を監視することは、ただ政府 (Regierung) に属するとされるが、その構想は引き続く時代において承認されたのである⁽⁴²⁾。この客観的柵理論 (Schrankendoktrin) は今日まで維持されてきたとされる⁽⁴³⁾。

しかし、この理論は、直ちに、法治国家の考察のなかに根ざしている思想、すなわち、柵の踰越 (Schrankenueberschreitungen) においては、国家市民は裁判所の統制を求める権利を持たなければならないと、広く理解されたので

あった⁽⁴⁴⁾。

このまさに Stahl のテーゼにたいして、しばしば論争的に (polemisch) 経過する (verlaufed) 発展は、グナイスト (Rudolf von Gneist) およびベール (Otto Baehr) の名前と不可分に結びついているとされる⁽⁴⁵⁾。それでもって、基盤が、法律適合性原則の主観的な要素 (Komponente) にたいして用意され、行政関連法律の柵が同時に不法な強制から市民の自由を保護するものとして考察され、すなわち、単に客観法の「反射 (Reflexe)」として理解されるのではなくるのである⁽⁴⁶⁾。ただし、ルップによれば、この構想は、もちろん、グナイストにおいても、ベールにおいても、既に認識されていたわけではなかったとされている⁽⁴⁷⁾。

まさに、かのゲルバーにおいてすら、彼の公権に関する文献は主観的公権をめぐる議論の端緒 (Beginn) に位置しているのだが、ゲルバーは、法律適合性原則を、まったく客観的な柵 (Schrankenziehung) として理解していた、とルップは述べているのである⁽⁴⁸⁾。

個人の主観的な権利を保障することが、必然的に重要であるが、ルップによれば、法律適合性原則の主観的側面は、ドイツにおいて、初めて、個人権的な基本権理解にしたがい、あるいは外国に拠り所を求めて、新しく発展させられたということを認めることは、誤解であるだろうに、とされている⁽⁴⁹⁾。ルップによれば、ゲオルグ・イエリネック (の理論)こそ、主観的公権の新しい創設者なのであるとされている。しかし、ゲオルグ・イエリネックが発展させた主観的公権は、あらゆる国家権力にたいする基本権的な個人の自由ではけっしてないとルップは力説する⁽⁵⁰⁾。

というのは、ワイマール共和国憲法において、まったく当時の通説的な国法学と歩調を合わせて、ゲオルグ・イエリネックは、明瞭に述べることには、基本権は、「立法者に向けられた側面」との関連において、もっぱら、憲法の反射にすぎず、けっしてしかし主観的な権利ではないと。イエリネックは、このテーゼ、すなわち基本権からまさしくその基本権としての品質を奪い取

る（nimmt）このテーゼを支持するのであるが、なかんずく、憲法は、すくなくとも、コントロール機関（Kontrollinstanz）がないので、単純法律法にたいする優先を所持していないとするテーゼを支持するのであるが、その理解は、周知のように、ワイマール共和国憲法におけるまでなおも維持されたのであり、かつそこで新たなニュアンスを獲得するのであった⁽⁵¹⁾。

かくして、ルップによれば、個々の臣民のために、客観的な行政法律の単なる反射だけでなく、不法な強制からの個人の保護領域および自由の領域を創造し、ゲオルグ・イエリネックがそれに柔軟な名称である「地位（status）」を与えたことは、ゲオルグ・イエリネックの歴史的な功績である⁽⁵²⁾。法律適合性原則の主観的要素としての、この status の発展でもって初めて、ゲルバーの議論において尚欠けていた根本支柱が嵌め込まれたとされる⁽⁵³⁾。

初めて今や、可能となったのは、個人を、行政法規の対象としてばかりでなく、行政にたいする固有な保護領域が装備された主体として考えることが可能になった。この前提のもとにおいて初めて、法理論的な基礎が用意され、そこから、個人の行政にたいする、法律から導かれる主観的公権の発展へ向かう（herangegangen）ことのできる基盤が用意されたのであった。ルップによれば、ここから、個人の主観的公権の可能性を、考えることができるようになったとされるのである⁽⁵⁴⁾。

すなわち、ルップによれば、かつては、ただ客観的に理解されていた法律適合性原則の主観的な解明は、すべて、これからさらに研究するうえで、決定的に重要なのである。けだし、人が、以下の見方に到達するときに初めて、すなわち、法律適合性原則は、垂直的な規範ピラミッドの意味において理解されるべきでないこと、およびこの規範ピラミッドは、個々の国民（Rechtsgenossen）へ、行政との関係において、単に反射に類する陰を投げかけるばかりでなく、個人の自由の領域の保護壁（Schutzwall）を設置するのであるという見方に到達して初めて、法律適合性原則の毀損が、同時に個人の行政にたいする個人の保護砦（Schutzbastion）の毀損として理解され、かつ

主観的な公的な防御権の可能性が考えられることができるということの、要件が創設されるのである⁽⁵⁵⁾、と。

この「status negativus oder libertatis (消極的地位、あるいは自由としての地位)」の発展でもって、しかし、もちろん臣民はけっして、行政に課される積極的な義務の法的相応物のなかに持ち込まれなかった。すなわち、Duerfen の柵としての法律は、もっぱら主観的な刻印づけを、この Duerfen の踰越は、法律によって構成された自由の地位のなかへの侵害を意味し、かつ時には主観的な反作用請求権 (Reaktionsansprueche) を解き放つことができるという意味において、主観的な刻印を経験したのであった⁽⁵⁶⁾。

行政関連法律 (Verwaltungsgesetz) は、それゆえ、市民から見ると、防御的で、消極的な機能を持つということは、しかし、行政に向けられた、行政関連法律の規範が、同時に市民にたいして、積極的な法律履行を求める主観的な権利を賦与したのかどうか、したとすると何時なのか、に関してはまだ何も語っていない。そのような思考は、侵害留保の前提 (Praemisse) および行政関連法律の侵害的性格の理解から出発している時代には、まだ未知の段階に留まらなければならないことは、全く証明を必要としないとされるのである⁽⁵⁷⁾。

このように、前世紀の自立的な社会に重要であったのは、ただ、彼らの、市民的 - 自由主義的に理解された、自由への高権的な侵害が、法律の中にまったく根拠を持たない場合には最早我慢の必要はないということが重要なのであった⁽⁵⁸⁾。

ルップによれば、この展開の痕跡 (Spuren) を常に跡づけなければならぬのは、人が、今日尚も、行政関連法律の客観的な柵機能に向けられた、法律適合性原則をめぐる議論を理解しようとする時であるとされる⁽⁵⁹⁾。まさしく、この原点だけが、そしてその出発点は、オットー・マイヤーの出発点であったが、警察命令、行政行為およびその法の段階構造における、「客観的な」適法性を、実体行政法の支配的な中心点および核問題にさせることを可能にしたのであった⁽⁶⁰⁾。

このように、Otto Mayer の体系によれば、行政行為がすべて実体行政法を語るの、そこには内容を語る実体行政法的観念、すなわち主観的公権の観念が入り込む余地はなかったのであった。ルップによれば、そこで、主観的公権をこのシステムのなかに組み込むことは、今日尚実現されていないのであり、そのようなはめ込みは、ほとんど不可能なのであったとされている⁽⁶¹⁾。

ルップによれば、Otto Mayer の「ドイツ行政法」の二冊からなる第一版のなかでは、民事法から借りてこられた諸概念を選択し、かつ各論（im Besonderen Teil）である第二巻の第2章において以下の章題、すなわち「特別債務関係の法」を与えたときに妥当する。この章題が不適切な類似物（Parallelen）を呼び起こすということは、Otto Mayer 自身認識していたのであり、かつ後の版においてこの表示を、以下の表示で置き換えたのであった。すなわち、「特別の給付義務」という表示で置き換えたのであった⁽⁶²⁾。このことは、Otto Mayer の行政法体系において、主観的公権が入り込むことはなかったとされていた証左といえよう。

この Otto Mayer の行政行為が、周知のように、今日に至るまで、行政法学の中心的地位を占めているのである。したがって、ゲオルグ・イエリネックの思想は、実体行政法にとって、実りあるものとはされてこなかったのであった⁽⁶³⁾。Otto Mayer の行政行為論が全行政法を支配し、主観的公権は、行政裁判所の取消訴訟の問題が重要となるときだけ、考察された。すなわち、公権は、訴訟法のなかに追放されたのである⁽⁶⁴⁾。なぜなら、公権は実体法においては、けっして採用されることができなかつたからである⁽⁶⁵⁾。他方、他の極端として基本権が主観的公権として祝福（gefeiert）されるからである⁽⁶⁶⁾。しかし、そのワイマール憲法上の基本権も、単純法律により否定されることも可能とされるように、効力の弱いものであった⁽⁶⁷⁾。

したがって、国民に確固とした実体法上の権利性を保障する理論が必要とされるのであった。まさにそのための手掛かりは、ゲオルグ・イエリネックの Status 論にあるとルップは説くのである⁽⁶⁸⁾。

すなわち、出発点は、既述のように、ゲオルグ・イエリネックの Status 理論にある。その理論により、法律適合性原則は、まったく別の意味を獲得するのである。すなわち、以下の限りにおいてである。それは、行政関連法律および行政法の客観的性格が、個人の行政にたいする関係を、相互の主観的権利および義務を規律する規範によって支配されて、法関係として登場させる主観的解釈に所を与える限りにおいてである。この出発点 (Ausgangspunkt) から、ただ、以下のことが、さらなる歩みになるのである。すなわち、究極的に、柵理論 (Schrankendoktrin) が捨て去られ、かつ、行政関連法律が、「侵害許容 (Eingreifen-Duerfen)」の主観的な柵として理解されるばかりでなく、——メンガー (Menger) が非常に適切に展開させたように——行政の法的な「Muessen (しなければならない)」の内容的な尺度として、行政関連法律が、まさしく、純粹にその正当化として理解されるのである。純粹に「防衛的な」行政関連法律の機能は、基本法の支配のもとにあっては、広く、攻撃的な機能のなかへと、変化するのである⁽⁶⁹⁾。

すなわち、行政が、個人の自由の領域にたいする法律上の柵を、越えてはならないというばかりでなく、市民にたいして、法律の委託を、供与的で、扶助的な機能の意味において遂行するよう義務づけられている限りにおいて、根本的に変化しているのである⁽⁷⁰⁾。

第 2 節 ルップの法関係論と、他の法関係論

以上のように、ルップの法関係論の特徴点は、行政関連法律の位置づけに特色がある。かつてのシュタールの行政の客観的自己抑制のための柵理論から、国家と国民との間の関係を解明しようとする。そして、ゲオルグ・イエリネックの status 理論について、status のみでは、主観的公権とはならず、柵が越えられ国民の status が侵害されたときに、反作用権としてはじめて主観的公権が発生するとされる。まさに山本隆司教授の指摘されるように、ルップの説は、status + 請求権の思想であろう⁽⁷¹⁾。しかし、ルップは、後の行政

関連法律の変化により、国民に権利が、そして行政に義務が課されると、status + 請求権の思想とは関係なく、国民に法律履行請求権としての主観的公権が発生すると発展的に捉えるのである。すべてルップの場合、法関係は、行政関連法律の性質にかかっているといえよう。

ところで、ドイツ行政法学上の法関係論には、ルップのほかに、さまざまな観点にもとづく法関係論がある。以下、概略的にそれを取りあげておきたい。

① バッホフ（Otto Bachof）による法関係論

ルップの学問的師父である Otto Bachof 博士の法関係論も重要である。すなわち、バッホフは、かつての侵害行政における行政行為は決定の瞬間的要素を取りあげるのにたいして、給付行政における法関係は継続的・協働的關係であることを指摘する⁽⁷²⁾。また、バッホフこそ、結果除去請求権の発見者であり⁽⁷³⁾、防御権の法関係が解明されていくのであった。このバッホフの結果除去請求権をさらに深めたのがルップなのであった。

② ヘーベルレ（Haeberle）の「両足理論（Zwei-Beine Theorie）」と法関係論

ヘーベルレの法関係論は、法形式としての行政行為中心の行政法学に対して、法形式（行政行為や公法契約）が行使されて発生・変更・消滅される、内容としての法関係について、伝統的な行政法学が行政行為中心に構築され、内容としての法関係が等閑視される傾向があったことについて、すくなくとも、法関係を行政行為と対等において、行政法学を、行政行為だけでなく、まさに両足、両脚でしっかりと支えようとする法理論である⁽⁷⁴⁾。換言すれば、行政行為中心、すなわち抗告訴訟中心から、給付訴訟や確認訴訟、とりわけ確認訴訟を、すくなくとも補完性原理から解放して、行訴法上の救済手段として確立させようとする理論である⁽⁷⁵⁾。ヘーベルレの弟子であるヴォスニアコウ（Ekaterini Vosniakou）博士は、ヘーベルレ理論を継承して、法関係を解明するとともに⁽⁷⁶⁾、資金補助行政における法関係を分析し、この分野での確

認訴訟による救済理論を確立することを目指している⁽⁷⁷⁾。その問題意識のもと、ドイツやギリシャの判例等を分析・比較する⁽⁷⁸⁾。その分析は、我が国にも参考になるのではなからうか。

③多極的・多層的・多面的法関係論

早い時期からルップの主観的公権論を研究されている中川義朗教授は、とりわけ多極的・多層的・多面的法関係論を研究されている⁽⁷⁹⁾。この理論のドイツに於ける主唱者は、周知のように、シュミット・アスマン (Schmidt-Assmann) 教授であり、我が国では、同教授のもとで学ばれた山本隆司教授である。山本教授は、既述のように、ルップの理論を形式的法治国理論と呼び、シュミット・アスマン教授や山本教授の理論を、実質的法治国理論と称される⁽⁸⁰⁾。法関係を、行政手続等の観点を含め、多層的・多面的・多極的に、実質的に考察されるゆえんである。この理論の重要性は否定すべくもない。

山本教授は、しかしルップ学説を根本的に批判されている。しかし、形式的法治国とされるルップ学説は、法治国家理論で重要な分かりやすさの点では、行政関連法律を基軸に論じる点で、長所もある。また、法律履行請求権は、警察介入請求権、行政介入請求権に関連し、ルップ説は、原田教授に承継されている点も存在する。さらに、何よりも、status 論を解明し、それ自体は主観的公権ではなく、法律違反があって status が侵害されたときに、反作用権として主観的公権が成立し、VwGO 113 条とも相俟って、結果除去請求権が実体法上の権利として根拠づけられる。この解明がシュテルン博士によれば、ルップの業績として高く評価されている。憲法学の防御権を強力にさせる補助的手段としての結果除去請求権のルップによる解明は高く評価されているのである⁽⁸¹⁾。また、Glossatoren として批判される点もあろうが、結果除去請求権の根拠付けを見ても、実体法上の権利性の基礎的研究として評価されるべき点も多いように感じる。

④ヘンケ（Henke）理論とルップ理論との相違

ヘンケの公権論⁽⁸²⁾とルップの公権論⁽⁸³⁾については、既に中川義朗教授⁽⁸⁴⁾や石川敏行教授⁽⁸⁵⁾による詳細な分析・研究がある。ヘンケ理論とルップ理論両者の間には一致する点も非常に多いが⁽⁸⁶⁾、違う点は、ルップ自身が述べているように、ヘンケ理論で重要なのは公権を発生させる固有な利害事項（Angelegenheit）の理論であるが、ヘンケの実体法上の主観的公権は訴訟法上の訴権とは関係なくとも認められうると主張されているのであるが⁽⁸⁷⁾、ルップの理論は、訴訟法上の訴権の存在を前提にしての実体法上の主観的公権の解釈理論（いわゆる Glossatoren）であることに大きな特徴点がある。ヘンケは、ドイツ行政裁判所法（VwGO）42条以下、113条等は無視してもよいと主張されるが、それは実定法無視とのシュテルン教授による有力な批判があるのである⁽⁸⁸⁾。

神橋一彦教授は、ヘンケの理論を詳細に分析されているが⁽⁸⁹⁾、ルップ理論とどのように異なるのかの点も、多くの研究者の知りたいところであろう。

さらに、原田尚彦博士は、博士の行政介入請求権の出発時には、同様の理論としてルップの法律履行請求権を引用されていたが⁽⁹⁰⁾、一年後の著書においては、ルップは忽然として消え、代わりにヘンケの給付請求権の理論が引用されている⁽⁹¹⁾。我が国の行訴法9条の原告適格に関する議論で、周知のように、原田博士は裁判所で保護に値する利益も法律上（行訴法）保護される利益に該当するとの広い解釈をされるが、ヘンケと相通ずるものがあるのかもしれない。ただし、原田博士は、博士の行政介入請求権を妨げるものとして、自由主義的法思想と法制度と題されて力説されているが⁽⁹²⁾、ルップの行政介入請求権の解釈であれ、ヘンケの給付請求権の解釈であれ、どちらも法治主義的・自由主義的民主主義原理に立脚している理論であるので、福祉国家理論に基づかれる原田博士の行政介入請求権の根拠は、大きな原理論的な相違が存在しているように思われる。しかし、比喩的に表現することを許していただければ、原田理論には、Otto Mayerの本源的な法律関係説に勝るとも劣

らない解釈理論が存在しているのかもしれない。

第四章 ルップ学説と status 及び主観的公権

既述のように、ルップは、ゲオルグ・イエリネックの Status 論に基づいている。それは、君主主権制の下、立憲主義に基づいて、法律制定により、よしんばシュタール (Stahl) が、法律を、全能な君主の自制としての柵 (Schranke) として見なしても、すなわち法律を単に客観的な法と見なしても、ゲオルグ・イエリネックは、その柵の設置により、柵の背後に存在する国民の Status negativus あるいは Status libertatis が保護されていると考えられたのであった。しかしルップにあっては、その場合、status はけっして主観的公権とは未だ考えられないのである。しかし、その柵が、すなわち法律が、破られて、すなわち法律違反行為がなされて、status が侵害されると、国民は黙っておれず、国民には主観的な反作用請求権 (Reaktionsrecht) が認められるべきとされるのである。しかしその段階でも、その反作用請求権は、まだ確立した主観的公権とはなり得ず、反作用請求権が訴訟法によって、たとえば行政裁判所に於ける取消訴訟によって、確実に保護される、貫徹できる段階になってこそ、初めて主観的公権の存在が認められていると考えられるのである。この主観的公権は、しかし、取消訴訟制度によって創設されたものではなく、あるいは actio によって創設されたものではなく、むしろそれらの背後に既に存在する実体法上の権利として捉えられるべきなのである。別言すれば、取消訴訟制度の存在によって、その背後に実体法上の権利が存在することが強く推定されうることになるのである。このような考え方は、周知のように Glossatoren (注釈法学) と言われるが、ルップは明瞭に、Glossatoren に基づいていることを明言するのであるが、その趣旨は、訴権 (actio) の背後に、実体法上の明確な主観的公権が存在することを説くのである。

著名なシュテルン (Klaus Stern) 博士によれば、「とりわけ、行政行為という行為形式については、司法による取消しの可能性という純粹に客観法的視

点（R. グナイスト）が主観的公権をめぐる深刻な誤解へと導いた。このような誤解を、侵害された権利（または「地位」）とこの侵害から生じる除去請求権を明確に区別することにより初めて根底から一掃したのはH. H. ルップである。」として、ルップの理論を高く評価されているのである（井上・鈴木・宮地・棟居・前掲書 35 頁参照）。すなわち、ルップは、反作用請求権、すなわち法律違反の行政作用の除去を求める権利を主観的公権として確立するのだが、そのルップ説こそ、憲法学上の防御権、それだけでは未だ強力な実体を備えないのだが、反作用請求権としての、違法な行政の除去を求める実体法上の結果除去請求権の確立により、その結果除去請求権が、憲法上の防御権を援護する、補助する役割を果たすので、主要な防御権に、それを補助する実体法上の結果除去請求権が、たとえそれが副次的権利ではあれ、加わることで、憲法上の防御権がまさに強力化したとして、シュテルン博士はルップの主観的公権理論の成果を高く評価されるのであった（井上・鈴木・宮地・棟居・前掲書 35 頁以下参照）。

このルップの理論の様々な意義を、以下のように三点に亘って、述べてみたい。

まず第一に指摘したいのは、形成権および形成訴訟（取消訴訟）に関するルップの考え、第二は、結果除去請求権に関するルップの理論であり、第三点は、法律履行請求権に関するルップの理論（第五章において取り上げる）である。

第1節 ルップの形成権と形成訴訟に関する考え

ルップは *Glossatoren* の方法論を採っていることで、それを批判する見解も多いが、ルップは、訴訟権限の存在が実体法上の権利のあることの徴憑であると述べているだけで⁽⁹³⁾、ある訴訟権限があれば、必ずそれに対応する実体法上の権利が存在しなければならないことは何も述べていないように見える。たとえば、ルップによれば、取消訴訟は形成訴訟なので、背後に相応の

実体法上の形成権が存在しなければならないということを意味しないとされている⁽⁹⁴⁾。すなわち、ループによれば、そもそも行政法において、国家と国民との間には、民法のように形成権があると言えず、形成権は見当たらないので、形成訴訟ゆえ形成権を考える必要はないとされている⁽⁹⁵⁾。すなわち、民事法の離婚訴訟と同じように考えてはならないとされている⁽⁹⁶⁾。

ループの場合、そもそも法律違反がまず行政にあって、すなわち status 侵害が表れ、国民に実体法上の反作用請求権が発生し、その救済のために取消訴訟等があるのであるが、実体法上の反作用請求権自体は、行政権に対して向けられるところ、訴訟法上、裁判官が取消判決により、取消しという形成効が認められているが、それは訴訟・執行経済上の効果であって、そのことをもって、裁判官は、国民が行政に対して取消しあるいは除去を求めることに応じて、行政に対して取消を命ずることはけっしてないと考えてはならないとされている⁽⁹⁷⁾。それゆえ、取消権は、本来は行政権が有しているが、それを行使しないようになっているだけなのであって、裁判官が元来的に取消権を独占している、すなわち司法固有のものと考えてはならないとされている⁽⁹⁸⁾。

我が国において、通説によれば、取消訴訟制度は、排他的管轄、すなわち裁判官が排他的に行政行為の効力を排除する権限を有していると説明されている。その限りでは、訴訟法上は、我が国もドイツにおけると同様であろう。しかし、実体法上は、国民は反作用権を有しており、それは行政に対して向けられる権利であるので、それに対応して行政は是正する義務、法的責任を有しているのであるから、裁判官が行政に対して、取消を命ずることはけっしてないと考えてはならないとのループの説は、我が国にも理論的には当て嵌まるように見える。取消訴訟の排他的管轄の背後に、実体法上の権利・義務の問題が存在しているように思われる。その理論に基づけば、たとえば、取消訴訟の訴訟期間を過ぎても、国民は行政に対して、実体法上、是正等を求めることも、可能な余地も出てくるように見える。また、抗告訴訟においては行政と国民との間の和解は考えられないとする考え方が一般的であろう

が、実体法上の権利・義務が存在していることを考慮すれば、また別の考え方も浮上できるように感じる⁽⁹⁹⁾。

第2節 さて、ルップ理論で第二に考察したいところは、結果除去請求権に関するルップ博士の理論である。前述の第1節の論点、すなわち、訴訟権限と実体法上の権利との関係の論点と、根底的には同じ問題である。というのは、結果除去請求権自体、実体法上の権利の問題であり、かつ、行政の法律違反、status 侵害、反作用請求権（対抗的請求権）の問題であるからである。

ところで結果除去請求権を発見したのは、Otto Bachof であるが、1951年のことだった⁽¹⁰⁰⁾。Bachof 博士は、ルップの学問的師匠である。ルップの1965年の Grundfragen は、師匠の発見した結果除去請求権をさらに、行政法教義学上、分析・検討する労作であり、Grundfragen 自体、結果除去請求権のための業績と言っても過言ではないのである。そして、Habilitation（教授資格論文）として提出されているのである。と同時に、同書は、Bachof 教授の下で共に学んだ Jesch に捧げられているのである。この行政法学上の三巨頭の学問的労作は、共通するのは、立憲君主制のもとで生まれた Otto Mayer 行政法学を分析し、批判し、新しい行政法学を構築しようとする学問内容である。師匠が種を蒔き、弟子がそれを育てる学問上の発展であると言えようか。Jesch はとりわけ民主主義原理に基づいて、しかしルップは、民主主義・法治主義原理に基づいて、行政法学を、具体化された憲法として、あるいは活動する憲法として、すなわち憲法との距離を緊密にする理論を構築することを志向し⁽¹⁰¹⁾、国家と国民との間の権利・義務関係、実体法上の権利・義務関係を分析・構築することを目指すのである。

上記の意味で、ルップの Grundfragen のうち、これから考察する第2節の結果除去請求権に関する内容は、Grundfragen それ自身の研究内容ともいっていいように思われるのである。

さて、結果除去請求権は、一般的な学問上の分類からいえば⁽¹⁰²⁾、まず出発

点として最上位に、防御請求権 (Abwehranspruch) の確立があって、その下に、不作為請求権 (Unterlassungsanspruch) と除去請求権 (Beseitigungsansprüche) とに分けられていく。そして、この除去請求権が、さらにその下に、取消請求権 (行政行為の取消訴訟) と広義の結果除去請求権 (Folgebeseitigungsanspruch) とに分けられる。この広義の結果除去請求権が、さらに、二つに分けられ、一つは執行結果除去請求権 (Vollzugsfolgebeseitigungsanspruch) と狭義の結果除去請求権 (Folgebeseitigungsanspruch) とに分けられていく。執行結果除去請求権というのは、行政行為が執行されてしまった後の後始末的な結果除去請求権の問題である (VwGO113 条 1 項)。だからこれは、一つ上位の概念で登場した取消請求権と密接に関連する。狭義の結果除去請求権は、事実行為による権利侵害を前提として結果除去請求権が問題となり⁽¹⁰³⁾、訴訟法的には給付訴訟で救済の道が模索されていく。

これらの請求権は、実体法上の権利として議論されている。最上位の防御請求権は、憲法学の主要な研究対象の一つとされる。その下に登場する実体法上の権利としての結果除去請求権の問題こそ、Bachof が発見した問題であるが、それを status 論、反作用請求権、Glossatoren の思想等を交えて、実体法上の主観的公権としての結果除去請求権を行政法教義学上確立したのが、ルップと言えるのである。

結果除去請求権をその後詳細に分析したピーツコによれば、ルップの上記の理論について、次のように紹介している⁽¹⁰⁴⁾。すなわち、

「ルップも又、1965 年の教授資格論文において、結果除去の法制度に取り組んだ。基本法 19 条 4 項 1 文を主として指摘しながら、かつ VwGO113 条 1 項 1 文と結び付けて、ルップは、実体法上の除去請求権を根拠づけたのであった。この権利は、Status 侵害からくる公法上の反作用請求権として、status 侵害の除去に向けられるものであり、かつ、BGB1004 条の民事上の請求権と、法システムの類似するものと捉えられるのである。その際、違法な行政行為の取消が、除去請求権の主要な攻撃対象とされ、他方、結果除去請求権は、

除去請求権と教義学上類似しているのであるが、二次的な結果の除去を狙っていくのである」と⁽¹⁰⁵⁾。

これらの発見や理論的構築により、防御請求権自体が強力になったことは疑いなく、そのため、憲法学のシュテルン博士は、防御権の補助的権利としての結果除去請求権の確立を法解釈学上成し遂げたルップの Grundfragen の学問的価値を高く評価されたのであった⁽¹⁰⁶⁾。

まさしくここにも、ルップを単に君主主義原理にどっぷり浸かった理論として揶揄されること⁽¹⁰⁷⁾は、まったくルップ理論にたいする侵害になる可能性もなきにしもあらずであろうに。

このように、ルップにおいては、国家の法律違反を契機として、主観的公権としての実体法上の結果除去請求権が分析される。行政行為の場合にはまず取消訴訟により、事実行為の場合には、救済手段として給付訴訟が考えられている。もちろん権利利益の存否の確認も、結果除去請求権と関わりうる。ただ、ルップにおいては、結果除去請求権に関する限りでは、確認訴訟にはそれほど大きな位置づけはなされていないようである⁽¹⁰⁸⁾。

さて重要な点は、行政行為の場合、取消訴訟の背後に国民の防御権が実体法上の権利として存在しているのであって、原状回復請求権すなわち結果除去請求権も、訴訟法の背後に既に存在していると考えられるのである。それはけっして訴訟法によって、たとえば VwGO113 条 1 項によって創設されるものではないのであって、むしろ VwGO113 条 1 項が前提としているのである。事実行為の場合の結果除去請求権も、既に実体法上の権利として成立しているものであって、訴訟手段としての給付訴訟によって創設されるものではないと捉えられる。給付訴訟は、権利侵害を訴訟法自体要求していないので、給付訴訟が主観的公権としての結果除去請求権を創設するとは、ほとんど考えられないのであろう。むしろ給付訴訟の背後に既に結果除去請求権が存在していると考えられるのであろう。

さて、ルップは、前述のように Bachof の発見した結果除去請求権の法構造

を、さらに分析する。すなわち、当初 Bachof は、結果除去請求権の法的根拠を、一時期、損失補償に求めたが、そもそも損失補償は公益と私益の利益衡量の結果としてなされるが、結果除去請求権はけっして利益衡量の思考を行うものではないのである⁽¹⁰⁹⁾。また損害賠償請求権とも異なるものとして考察されるのであるが、ドイツの損害賠償法において原状回復責任が語られる限りで、バッホフは請求権競合がありうることを認めるが、ルップは、そもそも国家責任は、官吏の責任を代位するものであるので、元来国家責任を問題とする結果除去請求権はそれとは、本来は、異なるものと把握するのである⁽¹¹⁰⁾。

さらに、メンガーの復善請求権の思想に基づく結果除去請求権理論があるが⁽¹¹¹⁾、ドイツの国家責任法の損害賠償は、前述のように代位責任説に立脚しており、公務員の責任をまず前提とするが、結果除去請求権は、元来国家責任を考えているので、その限りで、メンガーの復善請求権としての考察は、ルップによって取られていない⁽¹¹²⁾。

以上のような法教義学的根拠をルップは結果除去請求権について考察する。他説による結果除去請求権の根拠を論駁しながら、ルップ独自の根拠、すなわち Glossatoren の思想にもとづいてのみ、明確な法根拠を結果除去請求権に与えることが出来るとするのであった⁽¹¹³⁾。

その後、たとえばヴァイロイター (Weyreuther) は、1968 年に、周知のように、基本法の基本権自体に基づいて結果除去請求権を根拠づけるのである。基本権の統合性理論がこれである⁽¹¹⁴⁾。すなわち、基本権が侵されそうになれば、基本権が本来の不作為請求権として機能し、もし侵害されてしまうと、基本権が結果除去請求権に変化し、結果除去が不可能な場合には結果補償請求権に変化するとする理論を唱える。基本権自体が変幻自在に七変化ならぬ三変化するのである。この理論は時期的にはルップの後に説かれるが、ルップ自身は、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いのである。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)、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。

なおまた、結果除去請求権の法的根拠としては、その後、構成要件を明確化するために、BGB1004条を類推する理論⁽¹¹⁵⁾、民法とは異なるとしてBGB1004条を類推することを必要としない理論⁽¹¹⁶⁾、等がある。それから、結果除去請求権は、原状回復請求権として主張されるが、原状回復が不可能なときには結果除去請求権は成立しないとされるのが通常であるが、近年、結果補償請求権がその場合に成立すべきとする新しい理論が登場している。ヘンツラー (Henzler) の理論である⁽¹¹⁷⁾。ヘンツラーは、結果除去請求権が不可能のとき、当該権利を支えるものとして、結果補償請求権を考える。この結果補償は、損害賠償請求でもなく、また損失補償でもなく、原状回復が不可能なときであっても、結果除去請求権の補完として、金銭による補償をあくまでも可能にさせる理論である。結果除去請求権を支えるものとしての結果補償請求権を構想する点で独自性がある。上記のヴァイロイターの理論は、結果除去が不可能な場合、結果除去請求権が結果補償請求権に変化するとの理論であり、両請求権は並行して存在しないが、ヘンツラーの理論は、両請求権は潜在的に存在しており、その都度特定の出来事の成立において現実化すると捉えるものである⁽¹¹⁸⁾。

以上、Bachofが発見した結果除去請求権、そしてそれをさらに原理論的に発展させたルップ学説並びにその後の学説・判例により、結果除去請求権は今日、実体法上の主観的公権として、判例・学説により慣習法上の権利として広く認知されるに至っている。我が国では結果除去請求権自体、ほとんど一般的に認知される段階に至っていない。実体法上の権利としての結果除去請求権の道のりは遠い感がする。むしろ学説は、訴訟法上、行訴法33条1項に規定されている取消判決の拘束力、および同法41条1項による当事者訴訟への同33条1項の準用によって、すべて訴訟法上の効力によって原状回復は、拘束力をもって配慮されていると考え、実体法上の結果除去請求権の法解釈

上の構築の努力が軽視されている感がある。しかし、判決の拘束力による原状回復の、要件、内容および効果は、まったく不明確であり、実体法上の結果除去請求権の姿ははるか彼方にある点のように小さく、まったく法解釈上の眼に見えない状態である。それだけに、ルップの学説、訴訟法上の規定の背後には、実体法上の権利が存在することが推定されるとの理論に注目する価値は大きいように感ぜられる。憲法の防御権は、シュテルン博士の指摘されるように、補助的役割としての結果除去請求権があって初めて強力な権利となるのである。ルップ理論を軽視するのではなく、憲法学にとっても、注目すべき価値は大きいと思われる。

第五章 ルップ学説と法律履行請求権（法律執行請求権）

第1節 ルップの法律履行請求権について

第三に指摘したい点は、ルップの法律履行請求権の考えである。それは、*status negativus* あるいは *status libertatis* の次元の問題ではない。従来の立憲君主制下での *status* および当時の行政関連法律の観点から、全能な君主の自製の柵 (*Schranke*) を前提とするものであった。しかし、新しい憲法下での法律は、年金法のように、国民に法的権利を与え、行政権に法的義務を課すものとなってきたのである。

さてこのときに、従来の発想からすれば、国民が年金支給を申請して、拒否されたときに、請求権が侵害されたことになり、それは法律上保護された自由の *status* が侵害されたと考えて、反作用請求権が発生し、取消訴訟を提起して救済されうると考えられうる。このような発想は、従来の訴訟法からみた「権利侵害」の発想であり、訴訟法の排他的な防御的機能からの発想である⁽¹¹⁹⁾。

新しい法律は、もちろん *status* をも同一の法律の中に同時に含むことができようが、もはや内容は同一のものではないのである⁽¹²⁰⁾。すなわち、個人は、年金法においては、直接に規範執行の意味において、法律によって与えられ

た権利に基づいて、すなわち既に法律によって切られたパンをよこせというのであり、それを行政が拒否すれば、初めてそこに侵害活動が発生し、そこで反作用請求権としての権利が発生するというのではなく、むしろ行政を強制して、行政に給付させ、かつそれゆえ拒否を放棄させるのは、逆にただ法律履行・執行請求権自身であるとルップは説くのである⁽¹²¹⁾。

ここにおいては、すなわち年金法においては、請求権は、請求権に対応する義務に相応している。それは、法律命題自身が、一方で主観的な義務を、他方で主観的な権利を創設しているのである⁽¹²²⁾。この場合、法律自身は、*status* を根拠づけ、行政には控える義務のみを含むとして、その義務にたいしては、対応するのはただ不作為を求める主観的権利であるとする考えもできよう。それはしかしルップによれば防御権的発想であり、それは法律の履行義務には、適用できないと考えられている。法律履行請求権は、直接に行政の義務の履行に向けられているのであって、義務の侵害から初めて成立するものではないのである。要するに法律履行請求権は、*status* 侵害から生じる反作用請求権ではないのである⁽¹²³⁾。

このルップの理論のバックグラウンドにある理論は、メンガー（Menger）の理論である。メンガーは、給付行政の領域においては、行政の *Muessen*（ねばならない）を表現していると考えた⁽¹²⁴⁾。そこでは、初めて Stahl の柵理論（*Schranke*）の終焉が宣告されたのであった。ルップによれば、このメンガーの理論でもって、行政関連法律の機能を、不法な強制からの防御に汲み尽くされないうで、行政の規範的な義務の履行に向けられた主観的公権に近づくことができるようになったのであった⁽¹²⁵⁾。

さて、ここで想起されなければならないのが、ルップの法律の留保論である。すなわち、侵害行政のみならず、給付行政にも、一般的な権利・義務関係に関する限り、法律の留保が及ぶのである。問題はただ、何時、法律が、そしてその中に包含される規範的な行政の義務づけが、個人にたいして、主観的な履行請求権を賦与するかである。この問題については、ルップによれ

ば、すなわち、既述の、status を根拠づける行政法律と同じように答えることができる⁽¹²⁶⁾。しかしその内容が異なるのである⁽¹²⁷⁾。

その視野から、「供与的」な行政法律において、利益享受者の主観的な履行請求権が考えられ得るばかりでなく、侵害行政法律が重要となっても、第三者が、場合によれば、他者への侵害によって利益を受け、かつ、その限りで供与的な行政の領域と同じように考えられ得るということが示される⁽¹²⁸⁾。

そのことから既に明らかのように、ルップの場合においては、給付行政は、まさに指摘した観点（授益拒否や剥奪＝負担〈Belastung〉）から、同時に侵害行政として、侵害行政は同時に給付行政として解されうるとされる⁽¹²⁹⁾。ルップも、ベッカー説に基づいて、侵害行政も給付行政、給付行政にも侵害行政の性質があると考えて、法律履行請求権が、結論的には、警察行政にも表れると考えるのである。すなわち、警察履行請求権、警察介入請求権、行政介入請求権の発想がそこから生じてくるのである⁽¹³⁰⁾。

ルップによれば、注目すべきは、周知のように、法律履行請求権に関して、連邦行政裁判所の三つの判例で、明らかにされるとされた⁽¹³¹⁾。

まず第一の判例は、連邦行政裁判所の 1954 年 6 月 24 日の有名な判決⁽¹³²⁾である。この判決は、公的な扶助（Fuersorge）にたいする法的請求権に取り組み（befasst）、法律上の要件の下で、扶助を求める主観的権利を認めたのであった。すなわち、法律が扶助主体（Fuersorge）にたいして、要扶助者のために義務を課した限りで、要扶助者は主観的権利を持つのである⁽¹³³⁾。

第二の判決は、予防接種（Impfung）にたいする法的請求権に係わるものである⁽¹³⁴⁾。接種法において規定されている感染保護接種は、もっぱら疾患リスクに妥当する。裁判所は、強制接種から、接種にたいする主観的な権利を導き出したのであった⁽¹³⁵⁾。

第三に、連邦行政裁判所は、一般警察法が、依然として単に公益に奉仕するのか、かつそれゆえに、警察の法律上の任務の履行を求める主観的な権利は認められないのかどうかの問題は、そのままにさせられていたので、この

問題が明らかになるのは、1960年8月18日の判例においてであった⁽¹³⁶⁾。当該裁判所が、結論として、原告達に、隣接企業の侵害的な障害にたいして、警察の介入にたいする請求権を与える場合には、結論は肯定されるべきであるとされるが、それは、ただ、既に述べられた二つの他の判決の、すなわち、扶助および接種法の領域において主観的権利を首尾一貫して進展させることを意味するのであった⁽¹³⁷⁾。

ただし、ルップにおいて注目すべきは、以上の結論、すなわち、主観的公権の根本構造を、二つに分けて、反作用請求権および法律履行請求権として解明することにたいして、憲法の基本権からまた別の見方ができることをルップ自身述べていることである。すなわち、憲法の基本権から見ると、たとえば先の第三番目の警察介入請求権の例において、たしかに、法律の履行を求める主観的公権が議論されるが、憲法の人権から見ると、法律の履行を求める権利としてのみならず、同時に防御権として、すなわち建築の自由や財産権の自由からの主観的権利として理解できようとする結論にも注目しておきたい⁽¹³⁸⁾。

第2節 ルップの法律履行請求権と原田尚彦博士の行政介入請求権理論

以上のように、ルップの法律履行請求権は、行政関連法律の構造から、国民に権利、行政に義務を課す法関係が基盤になっている。行政権の法律不履行が問題とされている。

さて、原田尚彦博士は、行政介入請求権の思想の源流として、ルップの理論を紹介されている。すなわち、「違法な行政の作為によって実質的な不利益を蒙った国民には『違法排除請求権』が認められるべきであり、ちょうどこれと平行な関係において、違法な行政の不作为によって実質的な不利益を受けた国民には『公権力発動請求権』が認められるべきだということになるであろう。」とされて⁽¹³⁹⁾、ルップの Grundfragen の 262 頁以下を参照とされている⁽¹⁴⁰⁾。しかし、この場合、不作为（作為との対比で）との表現を原田博士

は使われているが、ループ自身は、262 頁以下では、その節の題目は、「法律の履行を求める主観的公権」とあり、その内容は、既述のように、法律により国民に権利が、そして行政に義務が課せられる場合が前提にされており、国民の権利要求に対して、行政がそれを履行しないことを論ぜられているのである。したがって、国家が積極的に（作為により）拒否している場合も十分に含んでいるのであって、すなわち法律の義務の不履行を問題にしているのであって、けっして単なる不作為が問題とされているのではないと思われる。原田博士が、作為と不作為とに分けて論ぜられるとき、博士の言われる不作為とは、ループの不履行と同じ趣旨で使われているのであれば良いが、何か根本的に違うような感じがする。不作為として、ループの理論を引用される場合には、実体法上の権利・義務関係の構造を軽視する虞があるのではないかと思われる。不作為とあれば、法律が国民に権利を与えず、行政の裁量判断に委ねられ、行政がおよそ何もせず不作為のままにあることも含むと思われる。しかし、原田博士がループの理論を紹介されている、その節は、「法律の履行を求める主観的公権」を論じる個所であり、明らかに法律により国民に権利が与えられ、行政には義務が課せられていることを前提として論じられているのである。不作為との表現は、ループの主張する実体法上の権利・義務関係の存在を不明確にするものであろう。

しかも、原田博士の行政介入請求権においては、ループの理論と根本的に異なる点が存在している。それは、「行政介入請求権の承認を妨げるもの——自由主義的法思想と法制度」と題されて解説されている部分である⁽¹⁴¹⁾。その解説部分の直前に、原田博士の、前述の末川追悼論文が引用されているところから、ループの理論を引用されたままの理論的帰結と思われるが、しかし原田博士の理解は、ループの理論とまったく異なった内容となっている。すなわち、ループの法律履行請求権、ないし警察介入請求権、行政介入請求権は、あくまでも自由主義的観点に基づいている。すなわちループの場合には、法律の留保が侵害行政のみに妥当すべきものとされるのではなく、給付行政に

も妥当すべきこと、給付行政にも侵害行政の要素があり、侵害行政（警察行政、規制行政）にも生存配慮または給付行政の性質があること等の理論にもとづき、また憲法上の人権論から見れば自由権の要素を含んでいると明確にルップは指摘しているように⁽¹⁴²⁾、原田博士が説かれるように、行政介入請求権にとって自由主義は妨げるのではなく、逆にその基盤になっているのである。ルップ理論による行政介入請求権は、したがって元来法律が存在して、その法律の内部構造、実体的な権利・義務の構造を分析しているから、ルップの法律履行請求権、行政介入請求権は、法律の構造の問題である。ルップの理論は、作為と不作為とに分けているのではなく、法律が控える義務にとどまっているのか、それとも法律が行政に義務を課しているのかの区別に基づき、前者にたいして、*status* 侵害を問題とし反作用請求権としての妨害排除請求権を問題とされ、それにたいして法律の履行請求権は、法律が国民に権利を、行政に義務を課しているという、実体法上の内容の区別を前提にしており、けっして作為と不作為の区別ではない。したがって、その意味でも、原田説のように、その不作為のなかでルップを引用されるべきではないように感じる。繰り返しになるが、法律の構造の変化を基礎におく理論がルップの理論である。給付行政にも法律の留保を必要とした上での理論である。

しかし、原田博士の行政介入請求権は、一方で原田行政法学は、給付行政には法律の留保は妥当しないが⁽¹⁴³⁾、他方で権力行政には法律の根拠が必要という権力行政留保論を唱えられるから⁽¹⁴⁴⁾、行政介入に改めて個別の法律の根拠が必要なのか、それとも行政介入請求権が国民にあれば、法律の根拠がなくとも行政は介入できるのか、できるとしたら、権力行政留保論はどうなるのか等の問題がさらに生じてくる。ドイツの結果除去請求権についても、同じような問題が常に提起されているが、結果除去請求権があれば結果除去のための行政介入をその限りで要求できるとされるのであり、改めて結果除去のための行政介入につき個別の法律を要求するものではないのである。

原田博士の行政介入請求権に反対する意図はまったくないけれども、原田

博士自身が、博士の理論の出発点にあたり、ルップを引用されている関係上、実はルップの理論は、原田博士の理論とはかなり異なる内容が存在していること、それは実体法上の権利・義務の法構造の理解が違っていること、自由主義原理の理解が相当異なっていること、法律の留保の範囲がまったく異なっていること等を、基礎学問的に指摘したいだけである。

なお、付言すれば、行政介入請求権についてルップを引用された 1978 年の最初の論文（末川博士追悼論文）が、翌年の 1979 年の『行政責任と国民の権利』においては、ルップは一度も引用されず、代わってヘンケの理論が引用されている⁽¹⁴⁵⁾

ルップは、国家と国民との一般的な権利・義務関係は、すべて法律の留保に服さなければならないと説いている。それゆえ給付行政にも法律の根拠が必要であると説かれるのである。あるいはまた、ルップは、たしかにベッカーのように規制行政や警察行政も給付行政であると説くのであるが、ルップはしかし、給付行政も侵害行政の要素ありと説くように、けっして警察行政も給付行政であるとの理論で終わっているのではない。これらのことを見ても、原田理論とルップ理論は大きな相違があることに気付く。原田博士の最初の論文に引用されたルップが、一年後の論文には登場しない。原田博士自身、ルップ理論と根本的に異なることに気付かれていたのかもしれない。

さらに付言すれば、ルップは国家と国民との法関係を論ずるのであるが、法治主義を決して安易に捨て去るべきではないと説かれている⁽¹⁴⁶⁾。自由主義を安易に捨て去るべきではないと説かれているのである。ルップは、基本法を重視する理論を樹立することを目指しているが、けっして福祉国家、社会国家を強調する理論ではない。原田博士の行政介入請求権の最初の論文にルップが引用されながら、翌年の論文には忽然と消え去るのも、理論的な必然なのかもしれない⁽¹⁴⁷⁾。

最後に指摘されるべきは、法律の留保と法律の授権の関係の問題である。すなわち、ルップの同僚で、同じく Bachof 教授の弟子であった Jesch 教授が、

我が国においても著名な『法律と行政 (Gesetz und Verwaltung)』(1961年)を著され、その中で、法律の留保に代わって法律の授権概念を展開されるが、ルップはそれを痛烈に批判するのである⁽¹⁴⁸⁾。法律の意味がまったく変わってしまうことの危惧が理論的に指摘される。すなわち、立憲君主制下で誕生した法律の留保は、全能な君主から法規制定権を奪うことに主眼があり、授権の概念は元来ふさわしくなかったのである。それを民主主義憲法下で授権なる概念で捉えると、法治主義原則が不明確になるとの趣旨で、反対されるのであった。

ところが原田博士は、教科書等において、法律の留保概念は日本国憲法の民主主義原理にふさわしくないと断ぜられ、「行政はあらゆる領域で法律に反していないかぎり自由に活動しうるが、公権力を発動する場合にはそれを認める法律の定めが求められるといえは十分であろう」「行政庁が権力的な行為形式をとって活動する場合には、……法律の授権が求められる」とされている。このように原田博士は、法律の留保を捨てられ、代わって授権という言葉が使われる⁽¹⁴⁹⁾。

さて以上のように原田博士は法律の授権という概念を使用されるが、それは公権力の行使についてのみである。これに対して、Jeschは、既述のように、法律の授権という概念を使用しており、その限りでは原田博士と同様である。しかし、Jeschは周知のように全部の行政に法律の授権を必要とするのであるから、原田理論と異なるところが大きい。

しかし、ルップは、授権という概念を批判するのである。ルップは、法律の留保概念を残し、法治主義の原則を基本法のもとでも貫徹しようとするのである。この意味でも原田説とルップ理論との間には、大きな相違があるのである。なお繰り返しになるが、1991年のルップのGrundfragenの第二版によれば、ルップの全部留保理論はドイツにおいて認められたとのことである⁽¹⁵⁰⁾。

第六章 ルップ理論と日本の行政法学

第 1 節 ルップ理論と藤田宙靖博士理論について

ルップは、また、フォルストホッフとともに、法治主義理論の意義を強調することから、スメントの理論によるべきでないことを強調している⁽¹⁵¹⁾。この点、我が国において、スメントの理論の意義を藤田宙靖博士が強調されるところであるので⁽¹⁵²⁾、厳密な吟味を要することではあるが、他方で藤田宙靖博士は、ほとんどルップについて言及されない点が、反面気になるところである。

さらに言えば、藤田博士が最高裁判事であられた時、有名な小田急線高架化事業認可事件をめぐる議論で、補足意見を述べられ、そこにおいて周知のように、公益（集团的利益）は私益の集積であるとの趣旨の意見を述べられていた⁽¹⁵³⁾。浅学非才の私には、スメントの統合理論と関係あるなど即断してしまっていた。しかし、中川義朗教授の注目すべき、公権論に関する著書において、公権と反射的利益（法の反射）との峻別基準に関連づけられて、「フォルストホッフは、結局『規定の論理』によるべし、という。その際重視されるべきは、人間の尊厳を初めとする一連の基本権の保護・尊重を『すべての国家権力の義務』（一条一項）とする基本法の下では、『公益』は個人利益の集積に外ならないのであって、超個人的利益の謂ではない、という点である」⁽¹⁵⁴⁾とされている。中川教授は、ここで、公益は私益の集積であるとの命題について、フォルストホッフと関連づけられている。そうすると、藤田博士が、公益は私益の集積であるとの命題を提起されるとき、スメントと関係あるのかどうか、そして、スメントとは異なる見解を示す、フォルストホッフやルップもその命題を説いているのかどうか、学問的関心のあるところであるが、今後の研究課題としたい。

また藤田博士のシュレーである神橋一彦教授の貴重な研究においても、ヘンケの公権論の分析は詳細に検討されているが、ルップの検討が見かけられない⁽¹⁵⁵⁾。

第2節 ルップの実体法上の権利論と遠藤博也博士の理論

ルップの理論は、法律を基軸にして、実体法上の権利・義務を解明する理論である。我が国で実体法上の権利・義務関係を研究された遠藤博也博士は、その限りでルップ理論と共通する面が見出される。遠藤博士の理論を簡潔にまとめる紹介として、畠山武道「遠藤博也先生のご経歴と業績（遠藤博也著『行政法研究〈全4巻〉の刊行にあたって』（2011年、信山社）⁽¹⁵⁶⁾がある。畠山教授によれば、「従来の行政法理論体系のなかにあっても、せいぜい『私人の公法行為』なる範疇でしかなかった私人の地位を、理論上も実際上も重視し、さらには中心に据えて、行政法理論を作りなおすという構想は、・・・取消訴訟請求権をはじめとする請求権を中心とした行政法の体系」の構成を提案された・・・『実定行政法』⁽¹⁵⁷⁾は、その全体像を示したものである。」と⁽¹⁵⁸⁾。このように遠藤博士の理論は、ルップと基本的に同じであるように思われる。しかし、私の知る限り、遠藤博士の理論においてルップの引用は見当たらないので、ルップ理論との違い、同じ内容かどうかを含め、今後の課題としたい⁽¹⁵⁹⁾。ただし、遠藤博士は、国家論との関係で Jesch 理論を分析されておられるので、その限りでルップの既述の Jesch 批判が当てはまるように思われる。

第3節 ルップの実体法上の権利論と、太田匡彦教授による「小早川光郎実体法」と「山本隆司実体法」および「高木光実体法」の若干の考察

近年相次いで、太田匡彦教授は、行政法学上の実体法の観念の優れた研究を公にされている。その中に、太田匡彦「権利・決定・対価（一）－社会保障給付の諸相と行政法ドグマ－ティク、基礎的考察－」（1999年、法學協會雑誌116巻2号1～88頁）、「同（二）」（1999年、同116巻3号341～411頁）、「同（三）」（1999年、同116巻5号766～855頁、未刊）および、同「抗告訴訟における実体法の観念－あるいは行政法における実体法の観念、その現況」『小早川光郎先生古稀記念・現代行政法の構造と展開』（2016年、有斐閣、

217 頁以下) がある。太田教授の研究は、ルップの実体法上の主観的公権理論との関係において、極めて重要である。

とりわけ、後者の論考は、小早川理論、山本理論、高木理論を分析されるが、「小早川の議論は、請求権の体系という実体法理解というその前提および帰結(への対処)を示す議論という性格を、山本の議論は、請求権の体系という実体法理解と異なる実体法理解とその前提および帰結を示す議論という性格を、それぞれ強く示す。」とされ⁽¹⁶⁰⁾、「二つの実体法の観念—請求権と利益」があることを指摘されるのである⁽¹⁶¹⁾。実質的法治国理論を唱えられる山本教授は、実体法を利益にも視野を広げて考察されるのである。

しかし、太田教授はルップの理論の存在を紹介されるに留まり、ドイツの理論との考察の下での考察ではないことを述べられているが(前掲 226 頁参照)、それだけに、太田論文に描かれている小早川理論および山本理論を、改めてルップ理論と比較すると、太田教授により、明確に両理論(小早川・山本)が分析されているだけに、いっそう太田論文の分析をさらに鮮明に理解できるところがある。

小早川教授は、ルップの法律履行請求権(法律執行請求権)については、ほとんど触れられてはいない。小早川教授の挙げられる法律執行請求権は、まったく別の意味、すなわち、法に適合した行態一般を求める権利、の意味で解されている(小早川光郎『行政訴訟の構造分析』〈1983 年、東京大学出版会〉75 頁、166 頁)。しかし、ルップの説く法律履行請求権(法律執行請求権)は、明確に法律が行政に義務を、国民に権利を与えている場合の問題である。

また、ルップは行政行為の取消請求権について論じているが、Grundfragen における主たる研究対象としての、事実行為に対しての結果除去請求権は、取消訴訟の問題ではなく給付訴訟の問題としている。

ルップの主観的公権論については、シュテルン博士の指摘されるように、当時の学界の混乱、すなわち、status と主観的公権に関する大きな議論に対

して、ルップが反作用請求権の観点を提起すること等を通して、理論的な説明を行って、憲法上の防御権を強化したことがルップの功績として評価されているところである。小早川教授の分析には、この点に関してルップ理論の分析が欠如しているような感を受ける。

たしかに小早川教授の指摘されるように、ルップ理論が、主観的公権だけに限定する理論であるならば、法的な保護に値する利益を無視することになる。ただルップの場合には、Grundfragenの段階では、それまでのOtto Mayerの体系においては、主観的公権の入り込む余地がなかったために、主観的公権の確立に向けての議論となっていると善解すべきように思われる。法的保護に値する利益に関しては、しかしその後の法関係論が重要視する観点であるといえよう。

山本教授も、ルップを鋭く批判されるところであるが、山本教授の「利益」を基軸にされる実体法の観念は、本稿において紹介したVosniakou博士の研究に一脈通ずるところがあり、正当な利益をめぐる確認訴訟の活用を図る法関係論との関連で興味深いものである。ただし、Vosniakou博士は、特に資金補助行政において、正当な利益をめぐる競争者が提起する確認訴訟の意義を解明されるが、山本教授は多極的法関係を複眼的に考察されるものであり、行政法学全般に及ぶ新たな法解釈理論である。

また、太田教授によれば、高木理論について、高木教授が「ある訴訟類型の存在は、その前提となる請求権が認知されていることの徴憑であるという議論は一定の説得力を持つと指摘する」ということをもって、ルップの「『注釈学的方法』と同手法と言ってよいと思われ」⁽¹⁶²⁾とされているところも重要と思われる。結果除去請求権を研究された高木教授であるから、その結果除去請求権を『注釈学的方法』により根拠づけた意義を、高木教授は間接的ではあれ評価されているものと思われる。

太田教授による行政法学における基礎的な実体法の研究は、ルップの目指した実体法研究の重要性の点から言っても、同じ方向であり、太田教授によ

る基礎研究の発展を期待するとともに、私も今後、実体法の研究を深めていきたいと思う。

第 4 節 ルップの全部留保理論と大橋洋一教授の本質性留保理論

大橋洋一教授によれば、ルップの法律の留保論を紹介され、ルップが「……法すなわち法律」によって、給付行政にも法律の留保を妥当させようとするとし⁽¹⁶³⁾、現代社会構造の変化から法概念の変遷を唱えたものであり、Jesch の方法論と全く逆であるとし⁽¹⁶⁴⁾、社会国家原則に対して態度を明確にせずして、伝統的概念の拡大を試みた点に彼の議論の弱点があるとされている⁽¹⁶⁵⁾。そして Jesch の授権概念に基づく全部留保論に対してルップからの批判が挙げられている⁽¹⁶⁶⁾。他方、次に「本質性留保論」を詳説される。大橋教授によれば本質性留保論も、全部留保論から多くの刺激並びに示唆を受けていると総括されている⁽¹⁶⁷⁾。非常に凝縮的にまとめられている。しかしそれではルップ理論の真意が掴めないように感じる。

ルップの捉え方は、大橋教授のとおりだが、先ず「法すなわち法律により」の部分、私は「権利および法律により」と訳すべきだと思っている⁽¹⁶⁸⁾。その理由は、大橋教授の指摘される部分は、ルップのいわば伏線であって、ルップの結論は、当時まで論争されていた status 論と、主観的公権 (das subjektive oeffentliche Recht) を論じ、さらに法律履行請求権 (die Rechte auf Erfuellung des Gesetzes) を説くのである。それらの Recht を暗示しているのである。それは権利の意味で使われている。Recht を単に法と訳したら客観法も入ってくる。しかし彼は主観法の法を確立しようとしているのである。単に法と訳されたら、その部分だけならそれで結構だが、それではルップの Grundfragen の全体の趣旨が掴めなくなってくる。

結局、ルップの Recht は、大橋教授の説明部分は、確かに「法 (Recht)」とすべきだろうが、ルップの Grundfragen の一貫した趣旨は、Recht は、主観法、主観的権利、主観的公権のように、権利の趣旨であろう。そしてルップの場合、

さらに Glossatoren 思想に基づいて、請求権の存在が証明できるのである。それがまさしくルップの Grundfragen において反作用請求権 (Reaktionsanspruch) および結果除去請求権 (Folgenbeseitigungsanspruch) となって結実するのである⁽¹⁶⁹⁾。したがって、大橋教授の説明されている部分の Recht は、すでにその遺伝子のなかに、客観法の遺伝子から、主観法の遺伝子に変化しているように思われる。したがって、法と訳されたら、その箇所だけで捉えたら、もちろん十分に妥当と思われるが、ルップの理論の方向、発展、結論といった角度から考察すると、Recht は、単に法ではなく、主観法、主観的権利、主観的公権そして請求権へと収斂してゆく意味なので、権利と訳したほうがルップの真意を表すことができると思われる。大橋教授の指摘される部分の Recht も、最後は権利としての Recht の問題になってゆくので、Recht を権利と訳すことも十分に可能であり、また、そう訳して理解するほうが、むしろルップの真意を掴むことができるのではなからうか。大橋教授の指摘される部分の直後にも、国民から乞食根性を捨てさせるとのルップの叙述もあり、権利性を既に窺わせるものであろう⁽¹⁷⁰⁾。その部分だけ切り離して、分離して文理解釈すると、ルップの Grundfragen の趣旨 (das subjektive oeffentliche Recht の確立の趣旨) がぼやけてくるのではなからうか。

次に、ルップはたしかに Jesch の授権理論を批判しているが、大橋教授が指摘されているように、ルップと Jesch はまったく異なるということではないように思われる。ルップは自身の留保理論と、Jesch の授権理論が重なる部分も多いことをルップ自身が認めているのである⁽¹⁷¹⁾。しかし、ルップが述べているように、授権思想で行くと、歴史を見誤るとされるのである。すなわち、ルップによれば、法律の留保は、全能な君主から、奪い取るのが、本質なのであり、けっして君主に授権するというのではなかったのである⁽¹⁷²⁾。

最後に大橋教授の紹介・分析される「本質性留保理論」だが、これは授権思想ではなく、まさに「留保理論」であり、「奪いとる」理論なのである。すなわち、「本質性留保理論」は行政へ委任すら許さない、したがって「奪い取

る」意味に通ずる「留保理論」と言えるのである。

従って、極端に言えば、ルップの留保理論は、「本質性留保理論」と絶対的に違う理論ではなく、相対的に違うだけの理論のようにもみえる。つまり、ルップの理論は、権利・義務関係における全部留保理論だが、それは委任は許容される理論（法規命令、Rechtsverordnung）である。しかしグローバルな委任は許されず、個別の具体的で明確な *spezifiziert* な授権でなければならないとされている⁽¹⁷³⁾。しかし、「本質性留保理論」は委任すら許さないのである⁽¹⁷⁴⁾。したがって、「本質性留保理論」は、ルップの理論を絶対的に否定する趣旨ではなく、奪いとるという意味では共通性があるように思われる。ルップは 1991 年の第二版において、自身の法律の留保理論は学会で認められたと述べている⁽¹⁷⁵⁾。それを前提にすると、その限りで、両者に共通する部分が感じ取れるのである⁽¹⁷⁶⁾。

あとがき

以上、私なりに重要と思われるところを取り上げて、ルップ博士の行政法理論と我が国の行政法学との関係について触れてみた。筆者の能力不足から、誤解している箇所が多々あると思われる。ルップの理論が必ずしも正しいとは限らない。とにかく比較してみることにより、双方の主張点がより深められると信じている。ルップの理論には難解な所が多く、私自身に不十分な理解が多いことを危惧している。今後の課題としたい。

私がルップに関心を持ったのは、昭和 42 年京都大学大学院法学研究科入学の研究成果である修士論文⁽¹⁷⁷⁾において、ルップの *Grundfragen* における法律の留保論（全部留保理論）を分析したときに始まる。しかし、ルップは、Otto Bachof 教授が法関係、結果除去請求権を発見されるが、バッホフ教授の弟子として、イエッシュとともに、Bachof 博士の理論をさらに深めるのであった。私自身、かつて塩野宏先生の企画（河中財団）により、Bachof 博士が 1977 年に来日されたとき、阿部泰隆教授ともども、関西で、もちろん私が広

島のご案内役を仰せつかった。広島大学で講演会⁽¹⁷⁸⁾を催したばかりでなく、広島宮島を訪れ⁽¹⁷⁹⁾、藤田博士の御母上よりご自宅で Bachof ご夫妻ともども大変なご歓待を賜った。私の法関係の研究、結果除去請求権の考察の始まりであった。続いて1978年に、バズーラ教授（Peter Badura）ご夫妻が広島を訪れた。広島大学での講演会は地方自治と生存配慮行政のテーマであった⁽¹⁸⁰⁾。それを契機に、Badura 行政法学、すなわち、自由主義国家における行政法学と給付国家における行政法学理論、とりわけ給付行政理論を学んだ。そのご縁で、1979年にフンボルト財団により二年間ドイツ留学することができた。ミュンヘン大学で Badura 教授の下で給付行政理論を研究したが、ふとしたご縁で、ミュンヘンの隣のアウクスブルグ大学のヘーベルレ教授のゼミに招かれ、毎週ヘーベルレ教授のもとに通った。ヘーベルレ教授から、給付国家論、法関係論を学んだ。また、留学中、ベルリンの国会議事堂で開かれたドイツ国法学者大会に招かれた際、当時学会議長だったシュテルン教授から、石川敏行教授ともども、学会において紹介していただくなど歓待を賜った。

本稿で学問的・理論的に啓発を受けたドイツ公法学者の先生方の、理論だけでなく、先生方の声が今でも聞こえ、お顔が今でも眼前に浮かぶ次第である。

広島大学では、就任早々（昭和47年頃）、優秀で真面目な学生が「我妻栄先生を一字一句読む会」、「ダイシー先生の Rule of Law を読む会」、「法社会学研究会」に集まってきてくれたが、その中に横山教授がおられた。法関係に関心を抱かれ、海の管理行政、災害行政、社会保障行政をはじめ多くの現代的に重要な行政領域を熱心に研究されていた。しかし、直接には憲法学の畑博行教授のゼミ生だったが、行政法学を当時から研究されていた。私の関心である「行政法は具体化された憲法である」式に、常に憲法と行政法とを見つめ法関係を研究されていた。そして何時も我妻栄先生の民法学を研究されていた。

その豊富な学問研究の結晶が、1996年の日本公法学会における横山教授の報告であった⁽¹⁸¹⁾。本稿との関連では、横山教授はフランスの全面審判訴訟の

法理を参考に、「全面審判訴訟は、わが国の『公法上の当事者訴訟』に該当するもので、法関係における当事者の原状回復請求権や損害賠償請求権の行使による権利利益の実現など、故遠藤博也先生が指摘するごとく、給付判決や義務づけ判決は、本来、当事者訴訟に属するものであって、給付訴訟や義務づけ訴訟を無名抗告訴訟と構成するのは例外的に考えられるものである。このように、わが国の実定法に即して、その社会保障行政上の法関係に基づく給付目的の実現手段を『公法上の当事者訴訟』として理論構成することは可能ではないか」と問題提起されたのであった⁽¹⁸²⁾。まさに、ループの実体法上の権利理論を考えると、横山理論は、ループ理論に通ずるところがあり、また法関係論から言っても、横山教授の理論は、非常に有益な問題提起となる基礎理論であるように思われるのである。

また、学会討論において、室井力博士が、「給付決定前の法律関係は具体的な法律関係なのか、それとも抽象的な法律関係なのか。解釈論として、給付決定前に、具体的な（公法上の）債権債務を根拠として、給付訴訟や義務づけ訴訟をすることは可能か否か。」と質問されたとき⁽¹⁸³⁾、横山教授は、当時日本で紹介され始めていた、ドイツの社会法上の回復請求権または実現請求権の判例・理論を紹介されて、可能であると答えられていた⁽¹⁸⁴⁾。当時の我が国の学会に対しては、かなりな衝撃だったと思われる。給付行政の法関係理論は、継続的關係を見出し、早い段階から法関係が始まることを、横山教授は学会に訴えられたのだった。我が国では、ようやく、たとえば大阪高裁判決（石井寛明裁判長）（平成 26 年 11 月 27 日判時 2247 号 32 頁）が近時、指導・教示は条理上、適切な指示を行う等の職務上の義務があるとして、違法となることを認め、損害賠償請求を認めているが、それは損害賠償であり、実体法上の権利そのものとしてのドイツの回復請求権の実現にはあと一步の感がするのである⁽¹⁸⁵⁾。

このように横山教授は、給付行政における継続的關係においては、早い段階から、すなわち、教示・指導の段階から、法関係が始まっていることを、

日本公法学会の記念大会にて提起され、我が国にも社会法上の回復請求権を認めることを訴えられたのであった。

最後に、横山教授は、フランスの行政訴訟⁽¹⁸⁶⁾、とりわけ越権訴訟の研究を深められるだけでなく、広島大学とフランスとの学術交流にも多大な貢献をなされている。横山教授の今後の研究の発展を心から祈念する次第である。

- (1) 同書は、同僚であった Jesch に捧げられている。Jesch は 1963 年 6 月突然の交通事故により亡くなられたとのことである。
- (2) すなわち、行政法は具体化される憲法である、あるいは行政法は活動する憲法であるとの見方から、行政法学を可能な限り憲法に近づけることを企図されたのである。換言すれば、Otto Mayer と異なり、憲法構造と行政法との間に離れがたい関係があることを前提に論ぜられるのである。Vgl. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, S.7.
- (3) 塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』（1962 年〈昭和 37 年〉、有斐閣）88 頁、132 頁、276 頁、349 頁、366 頁参照。
- (4) 塩野・前掲書 284 頁、
- (5) Vgl. Peter Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966. なお、バズーラ教授は、1967 年にも『自由主義的法治国家の行政法（Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates）』（1967）を出版されている。
- (6) 高田敏「オーストリアにおける『法律による行政』とわが国における問題点（1）」*広政経論叢* 13 巻 5・6 号（1964 年〈昭和 39 年〉）166 頁。ただし、ルップ理論は、その後の高田理論のなかにほとんど引用されることはなかった。
- (7) 杉村敏正『全訂・行政法講義 総論（上巻）』（1969 年〈昭和 44 年〉、有斐閣）42 頁以下参照。
- (8) Vgl. Rupp, a.a.O., S.176.
- (9) Vgl. Rupp, a.a.O., S.164.
- (10) Vgl. Rupp, a.a.O., S.262.
- (11) Vgl. Rupp, a.a.O., S.265.
- (12) 繰り返しになるが、ルップによれば、個々の臣民のために、客観的な行政法律の単なる反射だけでなく、不法な強制からの個人の保護領域および自由の領域を創造し、

ゲオルグ・イエリネックがそれに柔軟な名称である「地位 (status)」を与えたことは、ゲオルグ・イエリネックの歴史的な功績である。法律適合性原則の主観的要素としての、この status の発展でもって初めて、ゲルバーの議論において尚欠けていた根本支柱 (Grundpfeiler) が構築された。Vgl. Rupp, a.a.O., S.110.

(13) Vgl. Rupp, a.a.O., S.110.

(14) Vgl. Rupp, a.a.O., S.111.

(15) シュテルン博士がループ理論について述べておられる所を、長文だが重要なのでそのまま以下紹介しておきたい。すなわち、

「a) 行政作用への対抗：行政行為、事実上の権利干渉、行政契約

行政作用による妨害の場合、除去請求権に関わる問題性は、基本権に固有の問題設定をはみ出る。なぜならば、その基本権違反はしばしば法律違反と結びついており、それゆえに一般行政法および行政訴訟法のテーマと関係するからである。

とりわけ、行政行為という行為形式については、司法による取消しの可能性という純粋に客観法的視点 (R. グナイスト) が主観的公権をめぐる深刻な誤解へと導いた。このような誤解を、侵害された権利 (または『地位』) とこの侵害から生じる除去請求権を明確に区別することにより初めて根底から一掃したのは H. H. ループである。この実体的な除去請求権と法律により規定されている権利保護形式である形成訴訟とは対立するものではない。『というのも、行政裁判所法 113 条 1 項から自ずと推論されるように、この請求権は、争われている行政行為の〈取消し〉を目的としているからである。ただし、裁判官が直接に取消しそれ自体に言及するものの、請求の相手方である国または関係団体に対して——実体法上の請求権の内容に即して——当該行政行為を取り消すよう判示することはないと、誤ってはならない。裁判官による直接の取消しは、訴訟および執行経済上の視点に対応するにすぎず、それは民事訴訟においても一定の類似性が見出される』。

取消訴訟を違った形で構成しようとする W. ヘンケの試みは、権利保護形式とだけ関連づけられているため、どのみち実体的な除去請求権の存続を疑問に付しえない。加えて、この試みは、『行政裁判所法 42 条以下、113 条の〈その権利を侵害されている場合〉という時代遅れの定式から毅然として完全に袂を分かち』覚悟を前提としている。しかしながら、そのように考える手がかりは何ら存在しない。なぜなら、市民の (防御的) 権利が侵害された場合に、行政訴訟法の規律が取消訴訟を妨害排除的除去請求権の貫徹手段として用意しているときに、こうした規律は基本権資格の実体的な姿と完全に即応しているからである。

行政行為による侵害に関心が集中しているのは、訴訟法上の理由による。しかもこのことは、最近まで、権利 (基本権) への事実上の干渉に対する除去請求権についての問題をも規定してきた。たとえば、行政裁判所法 113 条 1 項 2 文のなかで法律上承

認められた執行結果除去請求権とは、行政法上のいわゆる結果除去請求権の1つの適用例にすぎないという認識は、なんとか漸次的に認められつつあるのである。今日では、法令違反を原因とする事実上の妨害の除去を求める請求権は、行政法において一般的に承認されており、それは、かかる妨害が行政行為によるものなのか、それとも行政の事実行為により生じたものなのかは関係ない。」と（井上典之・鈴木秀美・宮地基・棟居快行『シュテルン・ドイツ憲法Ⅱ・基本権編』〈2009年、信山社〉35頁以下参照）。

すなわち、シュテルン博士によれば、「基本権は、防御権としての性格があるが、防御権それ自体としては静態的なもので、自ら法的な変動を引き起こすものではなく、その変動のためには、防御権のわきを固める補助的な権利が必要であるが、それが除去請求権ということである」（井上・鈴木・宮地・棟居・前掲書 35頁以下参照）。

- (16) 事実行為による侵害があるとき、その結果除去請求については、行訴法4条による給付訴訟による救済が可能であろうが、同法41条により、同法33条1項が準用されているから、事実行為にたいする原状回復、結果除去請求権も、同法から生じると考えるのではなく、その背後に既に実体法上の除去請求権が認められていると考えるのである。
- (17) 私の勝手な比喩だが、煙（訴権）のあるところには、人（実体法上の権利）が存在することが推定されうるのであろう。
- (18) Vgl. Rupp, a.a.O., S.231.
- (19) Vgl. Rupp, a.a.O., S.262.
- (20) Vgl. Rupp, a.a.O., S.271.
- (21) Vgl. Rupp, a.a.O., S.263.
- (22) 塩野博士によれば、「市民に分与されるパンが法律自身によって与えられるか、或いは行政庁によって切り与えさせるかは、市民にとって別個の事柄に属する」とのフライナーの言葉が引用されている。塩野・前掲書 150頁参照。Vgl. Fleiner, *Institution des deutschen Verwaltungsrechts*, 3. Aufl., S. 164 f.
- (23) Vgl. Rupp, a.a.O., S.267 f.
- (24) その点、ルップには、法律履行請求権において、山本隆司教授の指摘を少し越える部分があるのであろうか。山本隆司『行政上の主観法と法関係』（2000年、有斐閣）207頁以下参照。
- (25) Vgl. Rupp, a.a.O., S.256.
- (26) Vgl. Rupp, a.a.O., S.256.
- (27) 山本・前掲書 208頁以下参照。
- (28) 山本・前掲書 242頁以下参照。
- (29) 第二版はしがき参照。
- (30) 同条によれば、すべての法規命令が法律により授權されなければならないと定めら

れている。

- (31) Dietrich Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, 1961. この書物は Otto Bachof 博士に捧げられている。
- (32) Vgl. Rupp, a.a.O., S.111, 132f.
- (33) Vgl. Rupp, a.a.O., S.118 f.
- (34) 塩野宏『行政法 I (第 4 版)』(2005 年、有斐閣) 97 頁。
- (35) 高木教授によれば、「理論的には『権力留保説』に親近感を有している。しかし、行政実務や最高裁判所の判例は、伝統的な『侵害留保説』によっているので、現状を変えるためには、『法律の留保論』というような『大上段の議論』に依拠するのはあまり生産的でない。そこで、裁判所による統制を強化すること、とりわけ、『比例原則』などの『原理・原則』を充実させることによって、議会による行政統制の不備を補完するほかない、と考えている」と述べられている(高木光『行政法』〈2015 年、有斐閣〉77 頁参照)。英米法の判例法主義に向かわれているのであろうか。しかし実体行政法の研究のためには、行政関連法律の分析の必要性は高木教授もけっして軽視されておられないように思われる。
- (36) また、vgl. Rupp, a.a.O., S. 128.
- (37) 中川義朗『行政法理論と憲法』(2018 年、法律文化社) 187 頁参照。
- (38) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 106.
- (39) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 106. アルプレヒトについては、塩野・前掲書 85 頁以下に緻密な分析がある。また、石川敏行教授も、アルプレヒトについては、彼は国家法人論の濫觴であると指摘されている。石川敏行「ドイツ公権論の限界 (一)」法学新報 86 卷 4・5・6 号 (1979 年) 143 頁、145 頁参照。山本・前掲書においては、Albrecht について、少なくとも索引にはその名前は出て来ない。
- (40) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 106.
- (41) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 106.
- (42) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 107. ; *Regierung* は、中川義朗教授によれば、政庁と訳されている。中川義朗『ドイツ公権理論の展開と課題』(1993 年、法律文化社) 23 頁、27 頁参照。本稿では、一応、政府と訳しておく。
- (43) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 107.
- (44) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 107.
- (45) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 107.
- (46) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 107.
- (47) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 107.
- (48) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 107.
- (49) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 108.

- (50) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 109.
- (51) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 109.
- (52) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 110.
- (53) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 110.
- (54) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 111.
- (55) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 111.
- (56) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 111.
- (57) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 111.
- (58) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 111.
- (59) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 111 f.
- (60) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 112. Otto Mayer は、周知のように、行政行為を定義して、それは、個別の場合において、国民に対して、何が法であるかを語るものとした。まさしく、法律はあらかじめ、全ての国民に対して、一般的・抽象的に何が法であるかを語ることによって、法的予測性および法的計算性を与え（一言で言えば法的安定性）、行政行為が、個別的・具体的にあらかじめ何が法であるかを語ることによって二重に法的予測性・法的計算性を与え、すなわち法的安定性を保障しようとしたのであった。まさしく、ルップが述べるように、Otto Mayer は、行政行為という形式的な法形式によって、警察行政、租税行政等を含め、全ての実体行政法を規律するのであった。法律のない給付行政にあっても、独立行政行為によって、何が法かを法形式としての行政行為が語る事ができたのであった。まさしく、法形式としての行政行為が、実体行政法をすべて語る法技術であるとルップは分析している。ルップは、Otto Mayer の行政行為が客観法を個別の場合に適用し、行政行為が個別の場合における内容を決定し実体的な法源としている（vgl. Rupp, a.a.O., S. 9.）。したがって、ルップは、以下のような今日の説を批判するのである。すなわち、今日の説とは、一般的に流布している説だが、行政行為は、訴訟法の純粹目的創造物であると主張する説があるが、ルップは、そのような説は、非歴史的な思考の証であるばかりでなく、同時に、従来の実体行政法基盤に関して自ら明確さを欠いていることを打ち明けているようなものだと批判するのである。Vgl. Rupp, a.a.O., S. 9 f. Anm. 31. なお、このことを指摘する論説として、vgl. Ekaterini Vosniakou, Beitrage zur Rechtsverhaeltnistheorie, 1992, S. 29. Anm. 134.
- (61) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 112.
- (62) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 112. 塩野博士は、「マイヤーにおいて、公権と私権との同質性が強調されていた」とされ（塩野・前掲書 151 頁参照）、註において、「マイヤーは、『ドイツ行政法』第一版で、公権の属性－国家による保護、処分可能性－を私権のアナロジーから説明するとともに、公権の分類に関しても請求（Forderung）と所持（Besitz）の二種をあげており、私法的観点を強く出している。第二版になると、処分可能性の原則

を否定し、「以上の点は、マイヤー行政法学の発展過程－私法的色彩よりの脱皮－を示す一例として興味深いものがある」とされている（塩野・前掲書 154 頁〈註 1〉参照）。ルップの指摘と個所は異なっているが、趣旨は同じであろう。ルップよりも先に、マイヤーの理論を解明されている塩野博士の眼力に驚嘆の限りである。

- (63) Vgl. Rupp, a.a.O., S.112.
- (64) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 112.
- (65) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 112.
- (66) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 112.
- (67) Vgl. Ekaterini Vosniakou, a.a.O., S. 29. Anm. 134.
- (68) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 112.
- (69) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 112f.
- (70) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 113.
- (71) 山本隆司『行政上の主観法と法関係』（2000 年、有斐閣）211 頁参照。
- (72) 周知のように、1971 年に行われたレーゲンスブルクでのドイツ国法学者大会におけるバッホフ教授による報告である。Vgl. VVDStRL 30(1972), S. 194 ff.
- (73) Otto Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshaftung. Zugleich eine Untersuchung ueber den oeffentlichrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, 1. Aufl., 1951. ; 2. unveraenderte Aufl., 1968, S. 98 ff.
- (74) Vgl. Vosniakou, a.a.O. S. 62; vgl. Haeberle, VVDStRL 45(1987), S. 252(Aussprache).
- (75) Vgl. Vosniakou, a.a.O. S. 63.
- (76) Vgl. Vosniakou, a.a.O. S. 3 ff.
- (77) Vgl. Vosniakou, a.a.O. S. 229 ff.
- (78) ドイツに於ける確認訴訟の諸判例について、vgl. Vosniakou, a.a.O. S. 153 ff. ギリシャの資金補助行政および判例について、vgl. Vosniakou, a.a.O. S. 253 ff.
- (79) とりわけ、中川義朗『行政法理論と憲法』151 頁以下参照。
- (80) 山本・前掲書 208 頁以下、242 頁以下参照。
- (81) 井上・鈴木・宮地・棟居・前掲書 35 頁以下参照。
- (82) Wilhelm Henke, Das subjektive oeffentliche Recht, 1968.
- (83) H. H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965.
- (84) 中川義朗『ドイツ公権理論の展開と課題』（1993 年、法律文化社）74 頁以下参照。
- (85) 石川敏行「ドイツ公権理論の形成と展開（4・完）」（1978 年、法学新報 85 卷 1・2・3 号）124 頁以下参照。
- (86) ルップとヘンケともに、法治国家的・自由主義的民主主義のもとでの国家と国民との間の法関係を論じている。

- (87) Henke, a.a.O., S. 57. この点、ルップによるヘンケの著書にたいする書評参照。Vgl. Rupp, DVBl. 10. Maerz 1969, S. 221.
- (88) シュテルン博士によれば、既述のように、ヘンケは、「行政裁判所法 42 条以下, 113 条の〈その権利を侵害されている場合〉という時代遅れの定式から毅然して完全に袂を分かち覚悟を前提としている」として批判されるのである。井上・鈴木・宮地・棟居・前掲書 35 頁以下参照。
- (89) 神橋一彦『行政訴訟と権利論 (新装版)』(2003 年、信山社) 121 頁以下参照。
- (90) 原田尚彦「公権力の発動を請求する権利」『末川先生追悼論集・法と権利 4』(1978 年、民商法雑誌 78 巻臨時増刊号〈4〉) 143 頁(註 3) 参照。
- (91) 原田尚彦『行政責任と国民の権利』(1979 年、弘文堂) 19 頁(註 1) 参照。
- (92) 原田・前掲書 79 頁以下参照。
- (93) 以下筆者の単なる比喩だが、ルップの *Glossatoren* の考え方は、喩えて言えば、煙(訴権)あるところには、人(主観的公権)ありと推定できる。ルップと *Glossatoren* の関係について、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』(1983 年、東京大学出版会) 109 頁参照。
- (94) 以下筆者の単なる比喩だが、煙(訴権)があるところでも、必ずしも期待通りの人(実体法上の形成権)がいるわけではないということであろうか。
- (95) 取消訴訟すなわち形成訴訟と形成権に関する問題について、小早川・前掲書 66 頁以下参照。
- (96) ルップによれば、「民事訴訟的な判決の手段においてのみ実現能力のある(典型的な例は離婚)問題に類似しているということではない」とされている。Vgl. Rupp, Grundfragen, S.255.
- (97) Vgl. Rupp, a.a.O., S.254.
- (98) Vgl. Rupp, a.a.O., S.255f.
- (99) たとえば、限定的に和解も認められるとする田中真次(元)裁判官は、取消訴訟の進行中、認諾を認めるべきことを肯定されるが、「取消訴訟の対象になるような問題については、本来、行政庁の単独行為によって権利関係が形成され確定されるべきであるから、当事者の意思の一致によって、権利関係が定められることは、もともと不合理であるのみならず、殊に、和解によって、行政処分が行われたことになったり、行政庁の義務が形成されることは考えられない」とされる。しかし、もしその行政処分が違法である場合には、反作用請求権としての主観的公権が成立できるのであれば、新たな視点で、和解の可能性も出てくるのではないだろうか。なお、金子春生「抗告訴訟における民事訴訟法上の原理・原則の修正～訴訟上の和解の許否をめぐる議論をもとに～」広島法学 40 巻 1 号(2016 年) 139 頁以下参照。なおまた、実体法上の権利・義務について、遠藤博士は、行政法大系全体に亘って実体法上の請求権の発想で論ぜられているが、和解についても、これを訴訟段階でやってなぜいけないのであろうか、

と、されている (遠藤博也『実定行政法』〈1989 年、有斐閣〉388 頁参照)。

- (100) Otto Bachof, a.a.O.
- (101) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 7.
- (102) 以下の分類は、vgl. Tobias Schneider, *Folgenbeseitigung im Verwaltungsrecht*, 1994, S.17. による。
- (103) Vgl. Schneider, a.a.O., S.17.
- (104) Gabriele Pietzko, *Der materiell-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch*, 1994, S. 45f.
- (105) Pietzko, a.a.O., S. 45 f. ピーツコの指摘のように、ルップは、Glossatoren すなわち、VwGO113 条 1 項 1 文と結び付けて、結果除去請求権を根拠づけている特徴が指摘されているのである。
- (106) 井上・鈴木・宮地・棟居・前掲書 35 頁以下参照。
- (107) 三宅雄彦『保障国家論と憲法学』(2013 年、尚学社) 193 頁参照。
- (108) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 255.
- (109) ルップによれば、結果除去は、ただ地位の侵害からの一般的な反作用権の流出物 (Ausfluss) にすぎないのであり、損失補償権とは何も関係ないとされるのである。Vgl. Rupp, a.a.O., S. 259.
- (110) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 260.
- (111) Christian-Friedrich Menger, Ueber die Identitaet des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen, in: *Gedaechtnisschrift fuer W. Jellinek*, 1955, S. 347 (350). メンガーは、ルップによれば、国家責任との比較から、取消事項 (Anfechtungssachen) の場合と同じようにその基礎となっている、公法上の「復善請求権 (Wiedergutmachungsanspruch)」に基づいて、結果除去請求権を発展させようと試みたと分析されている。Vgl. Rupp, a.a.O., S. 174. ピーツコも、ルップと同じことを指摘している。しかしピーツコは、さらに、結果除去請求権は、元々の状態の原状回復であるが、メンガーの復善請求権理論は、かなりの範囲でそれを越えているとしている。Vgl. Pietzko, a.a.O., S. 46 (Anm. 26).
- (112) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 174.
- (113) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 174.
- (114) Felix Weyreyther, *Empfiehl es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung, Folgenentschaedigung)*. Gutachten fuer den 47. Deutschen Juristentag, Band I(Gutachten), Teil B, 1968, S. 85f. なお、基本権の統合性理論については、vgl. Schoch, *Folgenbeseitigung und Wiedergutmachung im oeffentlichen Recht*, *Verwaltungs-Archiv* Band 79 (1988), S. 37f. ; また、ドイツの公法上の結果除去請求権については、太田照美『ドイツにおける公法上の結果除去請求権の研究』(2008 年、有信堂高文社) に詳細な研究がある。統合的基本権論についても、同・前

掲書 4, 11, 14, 29, 63, 293 頁参照。

- (115) Vgl. Pietzko, a.a.O., S. 45 f.
- (116) Vgl. Schneider, a.a.O., S. 40. 民法とは利益状況が異なっているとし、公法においては、公益が特別の考慮を必要とするとして、民法の類推を拒否するのである。
- (117) Vgl. Katharina Henzler, *Folgenbeseitigung und Folgenersatz als negatorische Leistungsansprüche*, 2015.
- (118) Vgl. Henzler, a.a.O., S. 22. 私はこのヘンツラーの結果補償請求権の理論を、『新・応用行政法』で紹介した。村上武則監修・横山信二編『新・応用行政法』（2017年、有信堂高文社）29頁参照。ただし、ドイツの結果補償請求権は我が国の結果補償とは異なる。ここで取りあげる結果補償請求権は結果除去請求権が不可能な場合の補償であって、あくまでも結果除去請求権の一貫である。我が国の結果補償は、それに対して損害賠償と損失補償の中間として位置づけられる。このようなことから、結果除去請求権を含め、結果補償請求権を、中間行政法として、問題提起してみた次第である。
- (119) Vgl. Rupp, a.a.O., S.262 f.
- (120) Vgl. Rupp, a.a.O., S.263.
- (121) Vgl. Rupp, a.a.O., S.263.
- (122) Vgl. Rupp, a.a.O., S.264.
- (123) 以上、vgl. Rupp,a.a.O., S.264f.
- (124) Vgl. Rupp, a.a.O., S.265: vgl. Menger, *DOEV*, 1955, S. 588.
- (125) 以上、vgl. Rupp, a.a.O., S.265.
- (126) Vgl. Rupp, a.a.O., S.263, 267.
- (127) Vgl. Rupp, a.a.O., S.263.
- (128) Vgl. Rupp, a.a.O., S.267.
- (129) Vgl. Rupp, a.a.O., S.267. 警察も給付行政として、Erich Becker, *VVDStRL* 14, S. 109 ff.
- (130) Vgl. Rupp, a.a.O., S.269.
- (131) Vgl. Rupp, a.a.O., S.269 f. 連邦行政裁判所（BVerwG）の三つの判決について、分析した研究として、中川義朗『ドイツ公権理論の展開と課題』256頁以下参照。
- (132) BVerwGE 1, S. 159 ff.
- (133) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 269.
- (134) Entscheidung vom 14. 7. 1959, BVerwGE 9, S. 78 ff.
- (135) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 269 f.
- (136) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 270: BVerwGE 11, S. 95 = *DVB1.* 1961, S. 125 ff.
- (137) Vgl., Rupp, a.a.O., S.270f.
- (138) Vgl., Rupp, a.a.O., S.272.
- (139) 原田尚彦「公権力の発動を請求する権利」民商法雑誌第78巻臨時増刊号（4）『末

川先生追悼論集・法と権利 4』(1978 年) 133 頁参照。

- (140) 原田・前掲 143 頁(註 5) 参照。
- (141) 原田尚彦『行政責任と国民の権利』(1979 年、弘文堂) 79 頁参照。
- (142) Vgl. Rupp, a.a.O., S.272.
- (143) 原田尚彦『行政法要論 全訂第七版〔補訂二版〕』(2012 年、学陽書房) 82 頁以下、とくに 86 頁以下参照。
- (144) 原田・前掲書 86 頁以下参照。
- (145) 原田『行政責任と国民の権利』19 頁参照。
- (146) Vgl. Rupp, a.a.O., 2. 1991, Vorwort.
- (147) なお、高木光教授の原田理論の緻密な分析においても、原田博士が行政介入請求権の理論の出発点において、ルップの理論を指摘されていたことについての考察は、私の知る限り高木論文において発見することはできない。たとえば、高木教授は、原田理論の展開過程において、1978 年論文および 1979 年論文を指摘されるが、ルップとの関係について触れられるところはない。高木光「行政介入請求権」(『法治国家と行政訴訟・原田尚彦先生古稀記念』〈2004 年、有斐閣〉132 頁参照。なお高木教授の述べられるように、原田博士の学説は、日々発展しているとのことで、私の指摘は、「空振り」となるであろうが、原田理論の出発時点の問題であるので、ルップとの関係を問題にただけのことをお断りしておきたい。高木・前掲 115 頁以下、124 頁参照。
- (148) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 131 ff.
- (149) 原田尚彦『行政法要論 全訂第六版』(2007 年、学陽書房) 92 頁参照。
- (150) 第二版はしがき、参照。
- (151) Vgl. Rupp, a.a.O., 1. Aufl., 1965, S. 140 f. フォルストホッフ理論やルップ理論が反対するのは、不確かな価値や価値システムの旗印の下に、古いけれども自由という確かな保護手段に置き換えようとする試みに対してである。Vgl., Rupp, a.a.O., S.140f.
- (152) 藤田宙靖『行政法の基礎理論上巻』(2005 年、有斐閣) 30 頁以下、119 頁以下、437 頁以下など参照。
- (153) 小田急線連続立体交差事業認可処分取消請求事件。すなわち、「周辺住民の利益が、『公益一般』に過ぎないのか、それとも『個人の利益』なのか、という問題について言えば、ここでいう『公益一般』とは、例えば土地収用の場合などのように、『私益』と対立する『公益』なのではなく、『個々の利益の集合体ないし総合体』としての『集团的利益』なのであるから、そこに『個人的利益』が内含されていることは、むしろ当然のことなのであって、そうでないというならば、むしろそのことについて法律上明確な根拠が示されるのでなければなるまい。」(最大判平成 17 年 12 月 7 日民集 59 卷 10 号 2645 頁)。
- (154) 中川義朗『ドイツ公権理論の展開と課題』(法律文化社、1993 年) 274 頁参照。
- (155) 神橋一彦『行政訴訟と権利論・新装版』(2005 年、信山社)。筆者自身は、今後、

Henke の法関係論、および資金補助行政に関する Henke の研究（Das Recht der Wirtschaftssubventionen als oeffentlichen Recht,1979）の考察を行ってみたいと思っている。その際、神橋一彦教授、そして詳細に理論的に分析された中川義朗教授および石川敏行教授並びに小早川光郎教授、山本隆司教授の、含蓄深く、優れたヘンケ研究、ルップ研究に改めて啓発を受けながら考察してみたいと思っている。

- (156) なおまた、畠山武道「遠藤博也先生のご経歴と業績」北大法学論集（（1992-11-10）43(3): 153-171）160 頁参照。
- (157) 遠藤博也『実定行政法』（1989、有斐閣）。
- (158) 畠山・本文前掲 9 頁参照。なお、太田匡彦教授によれば、「私人の権利と行政庁の決定との関係は、行政行為論の核心であるばかりではなく、行政法理論の核心をなしている」、「『不世出の理論家』遠藤博也がこう述べて約二〇年が経つ」と紹介されている。太田匡彦「権利・決定・対価（一）——社会保障給付の諸相と行政法ドグマティック、基礎的考察——」法学協会雑誌 116 巻 2 号（1999 年）1 頁参照。
- (159) ただここで一言すれば、遠藤博士が、実体法上の権利として取消訴訟請求権を語られるとき、「最終的には、訴訟上の請求権とならなければ、法的いみを欠くことになる」とされる（遠藤博也『実定行政法』〈1989 年、有斐閣〉52 頁参照）し、原状回復請求権についても、訴訟法の範囲内での問題提起に終わっている（遠藤・前掲書 110 頁参照）。ルップおよびドイツにおけるような、訴訟法の背後に、実体法上の権利として、防御権、反作用請求権そして結果除去請求権のような確固とした請求権の体系は遠藤博士にはみられない。ドイツにおいては、国家責任の体系のなかに、損害賠償や損失補償とならび原状回復請求権としての結果除去請求権が存在するが、遠藤博士の国家補償の体系のなかに原状回復請求権としての結果除去請求権の存在は見当たらない（遠藤・前掲書 205 頁以下、309 頁以下参照）。しかし、遠藤博士は、行政法体系全体に亘って実体法上の請求権を構想されており、その帰結として、和解についても、これを訴訟段階で可能とする理論を提起されている（遠藤・前掲書 388 頁参照）。しかし和解については、ルップにおいては、私の知る限り、Grundfragen 等で言及されていないようにみえる。
- (160) 太田匡彦「抗告訴訟における実体法の観念—あるいは行政法における実体法の観念、その現況」『小早川光郎先生古稀記念・現代行政法の構造と展開』（2016 年、有斐閣）226 頁以下参照。
- (161) 太田・前掲 226 頁参照。
- (162) 太田・前掲 219 頁参照。
- (163) 大橋洋一『現代行政の行為形式論』（1993 年、弘文堂）4 頁参照。Vgl. Rupp, a.a.O. S. 142.
- (164) 大橋・前掲書 4 頁参照。

- (165) 大橋・前掲書 4 頁参照。Vgl. F. Ossenbuehl, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, 1968, S.216(Anm.4). 大橋教授が引用されるオッセンビュールは、行政規則に法規性を与える理論を提起されている。しかしルップはそれに断固反対されるのである。それゆえオッセンビュールが鋭くルップを批判するのであろう。その点を留意しておきたい。なお、中川義朗教授は、ルップについて、「行政の法的任務履行を求める請求権」論は、説得力があり、現代の社会国家に対応する公権理論として積極的に評価されるべきであろう」とされている（中川・前掲書 258 頁参照）。私も同感である。
- (166) 大橋・前掲書 5 頁参照。
- (167) 大橋・前掲書 5 頁参照。
- (168) 村上武則「法律の留保と給付行政」政経論叢 21 卷 5・6 号 (1972 年) 448 頁 (註 25)。なお中川義朗教授も、「周知のように、ドイツの判例・学説は、侵害留保説に基いて給付行政においては『法律に基づかない、つまり無法な (rechtslos) 権力行使に外ならない権能』を行政に認めてきた。ルップによれば、これまでも『法治国理念』実現のため給付行政にも『法律の留保』原則を適用することによって憲法秩序の空洞化傾向に歯止めをかけることは十分可能であった。」(中川・前掲書 256 頁参照) とされている。しかし、この点、確かに中川教授の御指摘のとおりだが、すなわち給付行政においては無法地帯であったとされても構わないであろうが、ただし、Otto Mayer は、独立行政行為理論でもって、補助金交付決定を既に行政行為として構成し、たとえ法律がなくとも、個別的段階で、独立行政行為でもって、実体法関係を構成し、その限りで良く秩序づけられた法治国家を実現させていたのである。また給付行政の分野において営造物理論でもって Otto Mayer は給付的行政を形式的には法治国家的に秩序づけようとするのであった。給付行政は、したがって、けっして無法地帯ではなかったように思われる。この点、村上武則「給付行政とその法形式」(1971 年、法学論叢 89 卷 5 号) 47 頁～48 頁参照 (なお、この論文は、村上武則『給付行政の理論』(2002 年、有信堂高文社) 2 頁以下に収録している)。Otto Mayer は、塩野博士の分析のように、既に現代的な企業国家観に基づき給付行政のことを法的に考察していたように思われるのである。ただ Otto Mayer においては主観的公権、すなわち権利性の観点が稀薄だったと思われるのである。また、中川教授の御指摘の rechtslos に関するルップの叙述の、その前に、ルップ自身、大前提として、recht の定義をしている。すなわち、recht の意味は、ラーバンド・イェリネックの理論にしたがい、法律だけが法規を創造できること、すなわち国家と国民との間の意思領域を限界づける法の命題は、法律だけが作ることができること、その法概念に対応する規範だけが、純粹の主観的な履行請求権の根拠になりうるとして、ルップは法概念として、主観的な権利を認めるものを法と呼んでおり (Rupp, *Grundfragen*, S. 266)、そのような法がかつてはなかった、すなわち rechtslos と言っていると思われる。したがって、ルップの rechtslos は、純粹の無法地

帯ではなく、主観的な権利を認める法が無かったと言っているように思われる。したがって、Otto Mayer の場合においても、形式的には独立行政行為や営造物の法治国家の衣は着せたけれども（無法地帯を避けることは一応達成できたが）、中身としての実体法は、国民の主観的権利性は乏しかったと理解できる。ルップは、そこから、給付行政にも法律の留保を及ぼし、主観的な権利性を国民に与える法を思考しているように思われる。

- (169) Vgl. Rupp, a.a.O., S. 258ff.
- (170) Vgl. Rupp, a.a.O. S.142.
- (171) Vgl. Rupp,a.a.O. S. 132.
- (172) Vgl. Rupp,a.a.O. S. 132.
- (173) Vgl. Rupp, a.a.O. S. 143.
- (174) 大橋・前掲書 29 頁。
- (175) Vgl. Rupp, a.a.O. 1991, Vorwort.
- (176) 大橋教授によれば、本質性理論は、全部留保学説なしには考えられなかったとされている。大橋・前掲書 5 頁参照。また、議会の関与による「基本権保障」には侵害留保学説と本質性理論の間には、連続性を認めることもできるとされている。大橋・前掲書 32 頁参照。
- (177) 「法律の留保と給付行政」と題して、杉村敏正教授の指導のもと研究した成果（昭和 44 年提出）である。
- (178) テーマは、「ドイツ連邦共和国における行政手続法」であった。
- (179) 藤田宙靖「残照の中に・第 2 回 安芸の宮島（厳島）」（2015 年、書齋の窓 No. 642）19 頁参照。
- (180) 翻訳「ペーター・バズーラ『地方自治と社会国家的任務』」（1978 年、広島法学 2 巻 1 号）参照。
- (181) 横山信二「社会権の実現と行政法学－憲法学、社会保障法学、財政法学の狭間で－」（1997 年、公法研究 59 号＝日本国憲法 50 周年、回顧と展望、VI 社会権部会）323 頁以下参照。
- (182) 横山・前掲 333 頁参照。
- (183) 公法研究 59 号 367 頁参照。
- (184) 横山・前掲発言（公法研究 59 号 367 頁参照）。
- (185) この問題に関しては、村上武則監修・横山信二編『新・応用行政法』（2017 年、有信堂光文社）29 頁以下参照。
- (186) とりわけ、横山信二『行政の裁判統制と司法審査：行政裁判の理論と制度』（2017 年、有信堂高文社）参照。