

西ドイツにおける犠牲補償の展開

——Aufopferungsanspruchの研究——

沢
井
裕

目次

- 一 はじめに
- 二 一九世紀までの国家補償論
- 三 判例理論の發展の方向
- 四 適法な主権的侵害に対する補償理論の發展
—— 公用収用と犠牲の關係 ——
- 五 違法な主権的侵害に対する補償理論の發展
—— 収用類似的侵害と犠牲の關係 ——
- 六 間接的侵害に対する補償理論の發展
—— 公法的危険責任と犠牲の關係 ——

一 はじめに

犠牲補償請求権 (Aufopferungsanspruch) の研究をはじめた動機、目的については、前稿沢井「西ドイツにおける国家補償序説」関大論集一二巻一号七九頁、(本稿で単に前稿といふ場合はこれを指す) のはじめに詳しく述べた。すなわちドイツにおいて、大工場からの煙、ガス、騒音などいわゆる「近代的大イミシオン」について古典的な相隣法を適用することに反省が加えられ、その結果、公法上発展した犠牲の法理——公共の福祉のため特別の権利・利益を犠牲に供することを強制された者に国家は補償すべきであるという法思想——を適用することが主張され、それがドイツ民法の条文の改正までひきおこした(一九五九年改正ドイツ民法九〇六条、もっとも、この条文は新たに補償義務を付加しただけで、それが学説のいう犠牲補償なのか、判例のいう相隣共同体的顧慮義務にもとづく補償なのか条文だけでは決定できない)

しかし、わが国では民法の領域ではもちろん公法においても詳しい紹介は見出せない(もっとも今村・国家補償法(法律学全集)が論じられるなど、近時公法学の関心が向けられつつあるが)。ドイツでも多くの民法学者が、近代的大イミシオンに犠牲の法理を適用すべきことを強調しながら、その説明は通り一べんのものに終って、本質を明らかにしていない。したがってわれわれはこの法理が本来発展した公法上の基盤を見るほかない。しかしここでも学者によって説明が異なり、全体としても体系的整理は十分でなく、ただ長い歴史的伝統と結果の妥当性に依存している状態である。第一、犠牲補償の認められる根拠というもつとも根本的問題でさえ、普通法あるいは慣習法あるいは判例法さらには憲法上の規範あるいは自然法的規範が、ばらばらにもち出されて、帰一するところを知らない。第二に、広義の犠牲の法理に含まれる請求権の種類も、公用収用補償をはじめとし、収用類似的侵害あるいは犠牲類似的侵害にもとづく補償があり、これら相互間および狭義の犠

性補償請求権との関係が明確でない。第三に、これらの犠牲補償制度と他の国家補償制度、例えば国家責任(公務責任ともいう。公務員の職務違反にもとづく
国家をの他公法団体の責任)

との関係に至ってはさらに瞬昧であり、不合理な点さえある。本稿の目的の第一は犠牲の法理の歴史的発展過程を通じて、私なりの整理を試み、日本への比較法的可能性を作り出そうとする点にある。

本稿の第二の目的は、いわゆる民事的犠牲補償の法理の出現の可能性を示唆することにある。すなわち本稿で、犠牲の法理がもともと個人の・公共とくに国家に対する・犠牲の代償という点から出発しながら、判例の発展を通じて、漸次被害者の被害の実情の重視に傾き、加害者すなわち国家の側の事情の考慮を減少してゆく過程が示されるだろう。このことはやがて、犠牲補償請求権から国家行為たる本質的要件が捨象せられ、民事責任上の地位をも獲得する必然性を示している。

前稿「西ドイツにおける国家補償序説」がその制度そのものの忠実な模写を目指したのとはことなり、本稿ではかなり卑見をも加えて、日本への理論的移入の準備を念頭においた。御叱正を賜われれば幸である。

本稿は

Schack, Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln? (Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag)

を基礎としてゐる。なおとくに危険責任については

Esser, Schuldrecht, 2. Aufl, 1960.

Meisner = Stern = Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet, 3. Aufl, 1956.

に教えられるところが大きい。なお全体としては前稿同様

今村・国家補償法（法律学全集）

Forsthoft, Lehrbuch des Verwaltungsrecht I, 6Auf, 1958.

に負っている（以上の文獻は著者。個々の判例に当れなかつたのは遺憾だが、資料として連邦裁判所大法廷判決を末尾に付す。これで研究の序論的検討を終え次稿ではいよいよ本来の目的たる民事的犠牲補償理論に迫らなければならない。

二 一九世紀までの国家補償論

国家補償の歴史は一九世紀の市民的法治国家の成立とともににはじまる（Forsthoft, S. 230）。この時代の国家補償の特徴は次のように、まとめることができる。

(1) 適法な主権行為による侵害についての補償⁽¹⁾。当時の学説・判例の支配的な見解によれば、ドイツ普通法は国家権力の適法行為による加害から生じる包括的賠償請求権を知っていない。むしろ賠償請求権は原則としては否定され、ただ特別に法律が認めた場合——土地所有権その他の物権の・特定企業への・公益のための強制的移転（いわゆる古典的公用収用概念）の場合——にのみ存在する。

プロイセン一般ラント法序章七五条⁽²⁾（以下第11条と略示）はすでに存在したが、一八三二年二月四日の内閣閣令⁽³⁾にてらして、大して意義を認められず、単に行政行為によって特別の私的権利・利益が奪われまたは制限されるときに、補償が与えられるという意味をもつにすぎなかつた。

(2) 違法な主権行為による侵害についての補償⁽⁴⁾。職務または公権力の行使について、第三者に与えた損害に関する公務員自身の責任はすでに普通法時代に認められていた。しかし国または地方自治体が、その公務員による第三者

への侵害について責任を負うかどうかの問題は一九一八年ワイマール憲法(二三一条)の制定まで長い間の烈しい論争の的であり、ばらばらの諸法律が制定される期間を要した。

要するにこの時代は適法・違法を問わず主権的侵害に対する補償についての一般理論は存在しなかった。

注(1) この説明は Schack, S. 9f. に於ける。Schack は当時の理論を表示するものとして、Anschutz: Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt, Verw Archiv. Bd5 (1897) S. 1ff. によつてゐる。

(2) §74 Einl. ALR (一七九四年) 国民の個々の権利・利益と、共同体の福祉増進のための権利・義務との間に現実の矛盾(衝突)を生じたときは、前者は後者にゆずらねばならぬ。

§75 Einl. ALR. その代り、国家は、公共の福祉のために特別の権利・利益を犠牲に供せしめられた者に対し、補償義務を負う。
 (3) Allerhöchste Kabinettsordre von 4. Dezember 1831 「国民全体の利益が、個人の私的所有権を危険ならしめる行政措置を必要とするとき、全体財産から補償が給付されるべきである。……これに反しランデスヘル(ラント君主)がラント行政措置を直接立法行為によつて規定することが必要と認めるときは、そしてその結果私的利益にそなえる必要があったときは、常に国家財産からの損害賠償義務がとくに確定された」(テキストは Forsthoft, S. 288. による)。要するに侵害行為が個別法規に根拠をもつ場合には補償の要否は当該法規によつて判断すべく、七五条の適用は法規に根拠をもたない行政行為(例えば一般的権限根拠による警察権の行使)による財産権侵害の場合に限られる(今村・一二頁注②)

(4) Schack, S. 28f.

三 判例理論の発展の方向

右でのべたような一九世紀のばらばらの国家補償制度に統一的な基礎を与え、発展せしめたのは判例である。ライヒ裁判所ならびにこれをついだ連邦裁判所の判例理論の発展は大きく分けて三つの方向をとった。

第一は、適法な主権行為による侵害の領域におけるものである。すなわちライヒ裁判所は一九世紀の終りから二〇世紀はじめにかけて、それまでばらばらであった古典的公用収用制度を、§75 Eml. ALR に表現された犠牲補償の法理を普通法とみなすことよって、適法な加害についての一般的補償制度への道をひらいた。これは一九一八年のワイマール憲法の包括的一般的公用収用制度（一五三条）に実を結んだ。そしてライヒ裁判所はこのワイマール憲法一五三条の解釈を通じて、公用収用制度を發展せしめ、現在のボン基本法一四條に導いたのである。

第二は、§75 Eml. ALR およびこれにもとづく犠牲補償の一般思想を基礎としながら、本来は適法な主権的侵害を本質としたこれら犠牲ならびに公用収用の補償理論を、違法な主権的侵害についてまで拡張し、収用類似的侵害（*Entziehungsgeldern*）についての補償理論を確立した。しかもこれは、はじめは違法・無過失の加害に限定したが、後に連邦裁判所は違法・過失の加害の補償まで認めるに至った。したがってこの点では職務違反にもとづく国家責任を實質上無意味にするに近い機能を果たすことになった（本稿五）。

他方ライヒ裁判所は加害を直接の侵害に限定せず、イミシオンなど間接的干渉にもこの犠牲法理を適用することによつて、實質的に、公法上の危険責任の原則を確立した（本稿六）。

かくてこの第二の方向が、犠牲法理の發展にもつとも重要なものであり、終局的には民事的犠牲補償の検討を志すわれわれにとつてももつとも興味をひくところである。

第三は、違法な主権的侵害に対する補償についての本来の法理たる「職務違反による国家責任」の分野でも判例は重要な役割りを演じた。しかしこれは結局公務員概念、公務執行の概念の拡大にとどまり、国家責任は民法八三九條の要件充足を前提するという旧来の基礎理論、換言すれば行為者の故意過失の要件から脱することはできなかつた

(前稿八九頁以下参照)。そのため実際上は国家責任は犠牲の法理によってその意義を失いつつあると云って過言でない。この各々の方向について以下で詳論する。

四 適法な主権的侵害に対する補償理論の発展

— 公用収用と犠牲の関係 —

一 ライヒ裁判所は一九世紀の終りから二〇世紀の初めにかけて、それまでばらばらの制度にすぎなかった公用収用制度に内在する補償の一般の原理——犠牲補償の意味における公法的補償——を判例上確立した。しかしその根拠づけは統一的でなく、§75 Einl. ALR を挙げることは少なくむしろ、「普通法」を根拠とすることが多く、あるいはばらばらに他の根拠を求めている⁽¹⁾。これについてメーヤーとフォルストホッフは補償原則の一般的適用の根拠を慣習法に求めるが、シャック⁽⁴⁾あるいはエッサー⁽⁵⁾は、「単にランツ法として制定された規範 (§75 Einl. ALR) をライヒ法の「慣習法的」部分とみなすことについての疑念は、これについての判例を「普通法」とみなすことによってすでに早く克服され⁽⁶⁾、さらに後には、§§74, 75 Einl. ALR の犠牲責任の「法思想」は、「公的侵害責任の基礎であり、公用収用と、収用類似的」措置についての責任の側面として法治国憲法に内在するというより妥当な見解が行なわれた⁽⁷⁾」としている。

二 シャックにより判例の流れを概観しよう。⁽⁸⁾

〇一八八六年・RGZ 16, 161 (ごわゆる「国家高権 (ius eminentis)」、*「既得権 (Wohlerworbene Rechte) を喪失するとき補償が与えられるべきだ」という、一般国法上の原則 (Allgemeine staatsrechtliche Grundsätze)」、*「そのべきが指示される」*) 〇一八九八年 RGZ 41, 142ff (補償請求権を普通法によって与えられたものとみなしつゝ、ある範囲でのみ認めている)*

○一八九八年・RGZ 41, 193 (公用収用について確立してゐる補償義務を類推適用して補償を認める) ○一九〇二年・RGZ 49, 252 (“§75 Einl. ALR の規定に相応するところの、普通法”に存在する補償義務原則に基礎をおく) ○一九〇六年・RGZ 64, 186ff (§75 Einl. ALR にラント法領域外でも効力を与へつつ、警察の収用類似的侵害について犠牲補償請求権の法理を引用する) ○一九〇九年・RGZ 72, 85 (一八三一年の内閣閣令を引用して——これは新プロイセン領域でも適用される——立法による侵害については補償は給付されるべきではないが、既得権を侵害する警察措置に対しては補償義務が、普通法により、存在すると認められることを指示した。(しかしここでは警察は、既得権を侵害したのではなく、単に所有権から生じる制限を実施したにすぎないので補償請求権は拒否された) ○一九一八年・RGZ 94, 71 (多くの判例を引用して、何人かが公共の利益において彼の既得権を犠牲にすることを強制されたとき、国の賠償義務は、普通法において認められた、ものとして肯定されている) ○一九三四年・RGZ 145, 111 (以上のふたつの判例をよむHamb. OLG vom 6. 6. 1921 in Seuff Arch. Bd. 77 S. 50 を引用し、普通法においては、犠牲補償請求権は議論の余地があつたが、確かな地歩を占めたことを指示する)。

二 ドイツにおける公用収用の包括的原則は一九一八年のワイマール憲法一五三条にはじめて規定された。そしてライヒ裁判所は、この一五三条の適用において、単に土地とその物権のみでなく一般にすべての財産的価値ある権利が公用収用の目的たりうることを、そして企業への移転のない所有権剝奪あるいは単なる所有権制限さえ公用収用たりうるという広い解釈をとつたために、適法な主権的侵害はほとんど公用収用となり、したがつて犠牲補償請求権独自の適用領域は狭くならざるをえなかつた。⁽⁹⁾ さらにライヒ裁判所は、公用収用(要する所有権制限)と、補償の必要のない所有権制限と区別するために、個別侵害説をとり、公用収用の概念を個人または個人の狭いサークルに対する公共のための特別犠牲を課す侵害に限定したが、これはすなわち犠牲補償のものにはかならず、したがつて犠牲補償はすべてワイマール憲法一五三条に包括されるような観を呈した。⁽¹⁰⁾ しかしライヒ裁判所はこの見解を拒否し、現在の支配的

見解も、適法な加害事件における犠牲補償請求権につき公用収用補償（現在はボン基本法一）以外に独自の存在意義を認めている。¹⁰² もっともその存在の余地は公用収用概念につきいかなる見解をとるかに従って広くも狭くもなる。すなわち右のように個別侵害説をとれば犠牲補償に残された余地は少ない。しかし個別侵害説をとる連邦裁判所は、犠牲補償を「権利にあらざる利益」に対する侵害について認め、公用収用以外の領域において犠牲の独自の領域を認めた。

さらに公用収用概念を現実の所有権剥奪に限定し、「剥奪」にあらざる所有権制限を犠牲補償の分野にゆだねるか、¹⁰³ 古典的収用概念と同様、公益のための企業への権利移転を要件とすれば、犠牲補償の範囲はいちじるしく広くなる。

犠牲補償独自の領域を広く残すか狭くするかということ、日本における比較法的価値は余りない。補償を要する所有権制限を、公用収用と犠牲のいずれに属せしめようと、補償の面では全然同じであり、ただドイツにおける個別侵害説と権利剥奪説の対立は、要するに後説がボン基本法一九条一項の Junktim Klausel（損失補償の規定を欠く収用法を無効とする）の厳格さを免れようとする点に、その根本がある。したがって厳格な Junktim Klausel をもたない日本国憲法の下では論争の意義がない。

われわれがこの発展課程で教えられるのは、實際上殆ど公用収用法によって解決しうる適法な主権的侵害についても、啓蒙的自然法思想、慣習法、普通法あるいは憲法上の規範と理由づけは様々であるにせよ、なお犠牲の法理を背後に保持し、「いずれにせよ公用収用法が否認する場合は、常に犠牲の制度にさかのぼりうる」という被害者保護の基本理念である。

注(1) Schack, S. 11 以下。

(2) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 34aufl, 1924 Bd. 2, S. 999f. 但し Forsthoff, S. 311 以下。

- (3) Forsthoft, S. 311.
- (4) Schack 全体を通じて。このようにして S. 38, S. 55, S. 60「犠牲補償は不文の・連邦法的しかも連邦憲法的規範」という。
- (5) Esser, Schuldrecht, 1960 §59, 6 S.225.
- (6) Esser のように RGZ 41, 142; 49, 252; 72, 85; 94, 71 を挙げる。
- (7) Esser の RGZ 64, 186; 72, 85; 145, 111. を挙げる。
- (8) Schack S. 12. 個々の判例はわたって検討する余裕がなかったことを遺憾とする。
- (9) 拙稿九八頁以下参照。
- (10) Schack, S. 12 参照。
- (11) 犠牲補償は十分にマナーン憲法一五三条に含まれるとの説(シヤマン S.12 Anm 30)によれば Stödter, Öffentlich-rechtliche Entschädigung 1933 S.239; Giese, Deröffentlichrechtliche Aufopferungsanspruch 1936 S.28
- (12) Schack, S. 12. シヤマンによれば(Schack, S.13 Anm. 32) LVG Berlin-Zehlendorf NJW 1947/48 S.496; OLG Hamm MDR 1948 S.495, BGHZ 6, 270 (278), Forsthoft S.267f. (ただし(註)) Weber, Grundrechte II 1954 S.344 mit Anm 23; Dürig JZ 1954 S.6 Anm. 11; Scheuner in Reinhardt-Scheuner Verfassungsschutz des Eigentums(1954) S.105, 106; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht 2. Aufl. Bd II (1954) S.36, 37 を挙げる。このように BGHZ 6, 270 (278) や Forsthoft は精神的意義を認めてくる程度である。
- (13) BGHZ 8, 273「単に一定の交通状態から生ずる利益の存在について、道路沿いの住民は権利をもつものではない。しかし共同使用の剝奪または制限が、それによって住民からその利用可能性 (Verwertbarkeit oder Benutzbarkeit) をうばうことにより、ある権利の存続自体を侵害し、あるいは事情によって特別犠牲が認められるほど利用可能性が著しくしるしく侵害されるときは犠牲補償請求権が与えられる」しかしこの事案につきフォオルストホッフはこれを権利とみなす(S.304)そしてフォオルストホッフおよび判例は犠牲の法理を絶対必要とする領域として予防接種の副作用を挙げるが、実は後にのべる危険責任に外ならない。
- (14) Schack, NJW 1954, S.577f, Haas, MDR 1952 S.650. Dürig, DZ1954, S.455, Staudinger = Seufert, Kommentar zum BGB Sachenrecht S. 361. = 前稿一〇四頁以下参照。

- (15) もっとも日本国憲法の下でも補償規定を欠く公用収用法の効力については争がある。この点については今村・七〇頁以下が詳し。
- (16) BGHZ 6, 270 [278] (前稿一一八頁参照) なお慣習法を根拠とするのは Otto Mayer (右注 2) Forsthoft (右注 3) BGHZ 13, 88 [91] (本稿一四九頁参照) であり、憲法的規範だというのは Schack (右注 4) である。
- (17) Forsthoft, S.311.

五 違法な主権的侵害に対する補償理論の発展

—— 収用類似的侵害と犠牲の関係 ——

一 ライヒ裁判所はすでに一九世紀の終りにおいて、§75 Einl. ALR の補償請求権が §74 Einl. ALR によって適法な侵害の場合に限られるということは、主権的侵害についての一般的補償思想としての犠牲補償請求権にとって本質的ではないとし、単に個人が公益のために、自分に課せられた特別な犠牲的侵害を受忍しなければならぬとき、侵害が違法であっても、犠牲補償を与えた。しかし違法な侵害については、適法な侵害の場合にライヒ裁判所が用いた「普通法」を根拠とすることはできず、まして §75 Einl. ALR は適法な侵害の場合に限定しているから実定法的根拠とすることはできない。かくてライヒ裁判所は深い根拠を示すことなく、(たゞは左記一九三三年 RGZ 146, 276 参照) 違法・無過失の主権的侵害について一般的犠牲補償請求権を認めるに至った。⁽²⁾

二 シヤックの論述を借りて判例を展望しよう。⁽³⁾

- 〇一八九〇年・RGZ 26, 269 (建築許可の不法な拒否による加害) 〇一八九〇年・JW 1890 S.260 (警察が老朽家屋の取壊しを不必要に指令し実行したことによる加害) 〇一八九四年・RGZ 33, 233 (法律によらない建築線確定 (Fluchtlinienfestsetzung) による加害) 〇一九一二年・RGZ 79, 427; RGZ 102, 390 及び Gruchot Bd. 56 S.1119. (軍政により知らずになされた特許侵

害の結果たる加害) 〇一九二二年・RGZ 104, 18 (一八七三年六月一三日の戦事徴発法にもつき軍事目的のためのホテル徴発による加害) 〇一九三三年・RGZ 140, 276 (JW 1933, S.2001) (建築許可の違法・無過失の拒否「公共の福祉が個人の権利への侵害を必要とし、それゆえ侵害が公法上許容される場合について、まさに §75 Einl. ALR は補償義務を導入した。しかし当局がその法律上の権限ありと誤信したのだが、その行使が国またはその他の公法団体に所期の利益をもたらしたとき、当局によってその権力にもつき公共の福祉のため権利の犠牲を強制された被害者に対して、補償を与えないことは不合理な結論となるだろう。……§75 の意義と目的にかなった見解は、公共の福祉のための個人の権利への違法な侵害を、被害者は受忍しなければならず、したがって被害者は公共の福祉のためその財産から犠牲を供することを強制されるかぎり、適法な侵害と同一視することである。)」

三 これらの判例は、違法な侵害への補償責任の拡張をプロイセン一般ラント法の準用によつて見えるが、シャックは、ライヒ裁判所は §75 Einl. ALR をあくまで適法な場合に限定し、これを違法な加害に直接に適用乃至類推適用したのではなく、犠牲の法理を国家共同体において効力をもつ一般的法思想 (§75 はこの一つの表現) と解したのだとしている。⁽⁴⁾

さて第二次世界大戦後、連邦裁判所は、適法な主権的侵害のみでなく違法な主権的侵害についても国家補償を与えたこのライヒ裁判所の判例を踏襲した。

〇一九五二年 BGHZ 6, 270 (事実については前稿一一五頁以下参照。「個人の権利領域への国家権力の違法な侵害がもし、それが法律上許される場合ならば、その内容ならびに効果にてらして公用収用とみなされるはずであるとき、かつその実際の効果において、被害者に特別犠牲を課したときは、公用収用のごとく取扱うことが必要である」)

しかしここで連邦裁判所は、「もし法律上許される場合ならば公用収用とみなされるべき違法な侵害」を、もはや犠牲という一般的用語でなく、「収用類似的侵害 (Enteignungsähnliche)」と名づけたことに注意しなければならぬ。そして

一九五四年の連邦裁判所大法廷判決 (BGHZ 15, 88 詳細) は、公用収用法は慣習法たる犠牲法の特別法としての地位にあり、財産権侵害の場合は、一般法たる犠牲法は特別法たる公用収用法によって排除されるとし、したがって、収用類似の侵害 (公用収用についての適法性の要件を欠くが、被害者に) は犠牲法ではなく、公用収用にてらして判断すべきだと理論づけた。 (対する事実上の効果において、公用収用に匹敵する)。

三 連邦裁判所はこの収用類似的侵害を、さらに違法・過失ある侵害にまで拡張した。まず一九五二年・BGHZ 7, 296 において認められ、さらに多くの判例がこれに従った。その理論は簡単であって、要するに公用収用を違法侵害まで拡張した理由すなわち「適法な侵害も違法な侵害もともに、被害者にはまったく同様な特別犠牲を課する。したがって適法な侵害に収用補償が与えられるなら、違法な侵害にはなおさら収用補償が与えられるべきだ」という論法を応用して、「被害者の事情からみるならば、違法・無過失侵害に収用補償が与えられるなら、違法・過失侵害にもなおさら収用補償が認められねばならぬ」という趣旨であった (BGHZ 10)。

四 しかし違法・過失ある侵害にも収用補償が与えられるならば、直ちに職務違反にもとづく国家責任 (基本法三四条) と抵触することになる。これまで学説・判例ともこの点については突込んだ考察はしなかったが、連邦裁判所は一九五四年四月一二日の大法廷判決 (BGHZ 15, 88 詳細) において、延々十頁にわたって収用類似的侵害と国家責任との関係論じ、両者が請求権競合にあることを判示した。これを簡単に整理、対象させると次のようになる。

(1) 個人の権利領域への国家機関の適法な侵害および違法な侵害がともに、被害者にはまったく同様に、特別犠牲を課す点に、補償法上の同じ取扱いを要求する基本思想があるが、侵害の違法性に行為公務員の故意過失が付加しても被害者のこの犠牲状態は何ら変らない。

(2) 違法な侵害の場合には、個人に課せられた特別犠牲が実際に公共の福祉に役立つかどうか疑わしいこともある

が、これは無視してよい。法治国家的原則によれば、被害者の犠牲状態が補償請求権についての唯一の決定的基準である。

(3) 職務違反による国家責任と犠牲補償（公用収用・収用類似的侵害をも含めて）とは要件、効果を異にし、しかも賠償額以外の点ではすべて被害者に有利であつて、競合を認めるに十分な根拠がある。判旨を整理すると

国家責任	公用収用・収用類似的侵害・犠牲による責任
不法行為としての性質をもつ	国家補償（犠牲補償）としての性質をもつ
完全な損害の賠償	相当な（公正に評価さるべき）補償
違法性の存在を要件とする	違法・適法を問わず（しかも加害が公共の利益になるか否かを重視せず）
過失主義	原因主義
公務員自身の人的責任の国への転嫁	国の直接責任
行為者の過失による職務違反のさいの責任の第二次的性格 (\$839 Abs1 Satz 2 BGB)	上記二つの免責理由なし （そもそもこれらの免責は公務員の保護を目的とするか） ら、国家についてはむしろ不必要であるとする。
被害者が法的手段をとることを怠ったときの責任消滅 (\$839 Abs 3 BGB)	
三年の時効 (\$852 BGB)	三〇年の時効 (\$1004 BGB の請求権の代償)

しかしこのように違法・有責な主権的侵害にまで収用類似的侵害による補償を持ち出すことに対しては強い批判が

ある。フォルストホッフは「国家の個人に対する侵害の強度が増大するにつれて被害者保護の必要も増大しなければならぬ」というこの承認はたしかに正当である。しかし被害者の権利保護にこりかたまったかかると結論は、有責の導入によって、構成要件は別物になるということを見逃している。クレフト (Kreft S. 519) が妥当にも公式化したように、過失の出現とともに、構成要件は「法律で定められた犠牲要件への法的類似性」を失い、この構成要件を犠牲要件にはめこむことは「はや正当とされえない」のである。補償という結果をとまなう収用類似的侵害のためには、これが権利保護の体系における間隙をうずめるということ、引合いに出しうが、他方かかる有責な侵害を同じ地位におく場合、かかる場合については公務責任の法制度が長く用いられて来たがゆえに、右の理由を引合いに出すことはできないだけに、ますますクレフトの考えに賛成すべきである⁽⁷⁾とされている。しかし地面において、シャックのように現行公務責任法の欠陥を自覚し、収用類似的侵害(シャックは犠牲類似的侵害という)の概念を用いた裁判所の是正だけでは不十分とし、さらに現在犠牲補償と公務責任の不均衡を生じている点からも、公務責任法の改革を要求する⁽⁹⁾学者もいることを見逃すことはできない。

五 わが国の比較法上の見地からいえば、フォルストホッフの考えをとらず、連邦裁判所が職務違反にもとづく国家責任の意義を動揺させてまで、犠牲あるいは収用類似的侵害の理論を拡大したその実質的意味——被害者の救済を図ろうとする社会の要請——を重視し、しかしその理論的矛盾を是正するために、公務員の違法・無過失行為についての国の直接責任を指摘すべきであろう。したがって日本の国家賠償法一条の解釈論はどうであれ、方向としては、国の自己責任に向うべきものである。

適法な主権的侵害と違法な主権的侵害についての補償と損害賠償との関係は——立法論的には——次のように理解

できないだろうか。適法な主権的侵害すなわち公用収用における補償は、当該財産権の買取りの対価（したがって公用収用はあらかじめ補償規定をもつ必要がある）、対価は損害の填補でなく原則として交換価値であり、相当な額でよく、物権的請求権の代償であってドイツなら三〇年の時効にかかるとある。違法な主権的侵害の場合は、ドイツの判例・学説がいうように、被害者は適法な侵害のときと同様に受忍せざるをえないが、それは違法とわかるまで事実上そうなるだけであって、（したがって初めから違法とわかっておれば市民は一方的に受忍する必要はない）法律上は財産権の買取り（公用収用）は有効に成立しておらず、原状回復請求権が存在する。すなわち物権的請求権を行使して原状を回復し、なお残る損害は不法行為賠償請求権によればよい。現物が消滅するなど物権的請求権の現実的行使が不可能ならその代償（適法なら公用収用の補償となるべきもの）と不法行為による賠償ということになる。訴のときに理論的にも物権的請求権がない場合（BGHZ 6.270 575）をはじめ多くの収用類似的侵害に関する判例がそう）不法行為請求権だけが残る（この場合三〇年の長い時効を認めることは実質的にも疑問）。したがって、不法行為責任をどのように要件づけたらよいかの問題が残る。国家の責任に関するかぎり、端的に無過失主義をとるのがよいと思う（公務員自身に対する求償は重過失の場合のみ）。無過失責任にふみ入れることはかなり勇気が要るけれども、ドイツで犠牲乃至収用類似的侵害についての理論が、これだけ混乱したのは、一にかかって国家の不法行為責任が有責主義をとっているためであることを考えなければならぬ。この欠陥を克服すれば、適法行為即収用、違法行為即不法行為という構成が理論的に明快であり、実際上も妥当である。

注(1) この節は Schack, S. 145. に負うところが大きい。ただシャックは違法・無過失の侵害による責任と危険責任を一まとめにして論じているが、私はフォオルストホフなどと同様、意欲された侵害でない危険責任は、それ自体一つの独立の類型をなすべきものだと思う。したがってこの節では危険責任は論じない。

(2) Schack, S. 16.

- (3) Schack, S. 16f.
- (4) Schack, S. 20.
- (5) BGHZ 6, 270 (前稿二二六頁) / BGHZ 13, 88 (本稿資料二四九頁)
- (6) この大法廷判決は財産権侵害の場合においては、公用収用法に従っても犠牲法に従っても、補償義務の要件、程度および内容と同じこと——いずれもボン基本法三条の平等原則に服するから——で、いずれの法に従うかは実益はなく単に法的説明のためにすぎないという。そしてただ犠牲は財産権以外をも含む(たとえば本稿二注⑬のように権利に至らぬ利益あるいは予防接種の副作用のような身体傷害をも含む)なお詳細は Schack, S.13 Anm 33 参照) から到達範囲が広いとしている。本稿資料一四九頁以下参照。
- (7) Forsthoff, S. 312f.
- (8) Schack, S. 57.
- (9) Schack, S. 60.
- (10) これについては今村・九三頁以下に詳しい。国家賠償法一条が国の自己責任を規定したものであるという解釈は今村教授だけらしい。これは解釈技術面ではかなり困難を伴うが少なくとも国家責任の本質をついた議論であることは確かである。

六 間接的侵害に対する補償理論の発展

——公法的危険責任と犠牲の関係——

一 国家の主権活動による被害の中には、以上に述べて来たような、個人の財産権に対し、直接に、その加害を目的として侵害するのではなく、別の目的をもつ主権活動から間接的に、個人の財産権への加害もたらされることがある。いわゆるイミシオンに関する事件がその典型である。しかしまた、警官が人の稀な路上で、逃亡する犯人に対し義務的に発砲したところ、突然現われた第三者を傷つけた場合とか、官庁の命令により不潔な場所で労働を強制され、そこで流行した伝染病にかかった建築家の場合もこれに属する。フォルストホッフやシャックはこれらを「個

人が免れえない危険状態が国家機関によって作り出され、そしてこの危険状態において個人が損害を受けた⁽⁸⁾。点に共通性を認め危険責任の下に総括する。そしてプロイセン一般ラント法の類推は侵害⁽⁹⁾（侵害に類する）の存在しないこれらの場合には不可能だが、「個人が公共のために犠牲を強制されるとき、公共は、補償しなければならぬという一般法的思想は、個人が公共のために犠牲を避けえないとき公共は補償しなければならぬという法思想に拡大される。そしてここでもそのとき犠牲補償を担う。個は全体のため全体は個のため」という命題が妥当する……したがって犠牲補償の承認は正当とされる⁽¹⁰⁾。判例はこれに対し危険責任という独自の法領域を認めず、§75 Binn. ALR と §204 BGB の基本思想と §26 GewO⁽¹¹⁾ を総合して、所有者が民法の原則によれば保持しうべき防御権を例外的に公益のために奪われた場合には、加害が無過失でも補償が与えられるべきだという形で、犠牲補償の法理を適用した。既に述べた適法あるいは違法な直接侵害における犠牲の法理における「特別犠牲の受忍」も結局は私法的防御権⁽¹²⁾（行政法上の抗告⁽¹³⁾がある）が与えられないことの結果であり、意味は同じだが、これらイミシオンなど間接侵害の場合には、事実の性質上、その民法理論との関連がより明確に自覚されたといつてよいだろう。しかしフォルストホッフ、シャックなどの公法学者あるいは判例のように、理論的裏づけこそ異なれ、本来は防御権はありうるがそれを抑制された場合（侵害責任）と、初めから存在しない場合（危険責任）を一括して語る立場とは別に、これらの諸事案は二つの類型に分けるべきことを主張するマイスナー⁽¹⁴⁾、ステルン⁽¹⁵⁾、ホーデスの見解がある。エッサーも侵害責任と危険責任を峻別している。私もこの分析にならつて、表題を間接的侵害とした（もっともエッサーもマイスナー⁽¹⁶⁾、ステルン⁽¹⁷⁾、ホーデスもこの二つを総括した間接的侵害という概念を用いているわけではない。間接的侵害の用語はスイスのイミシオンについて用いられているものである⁽¹⁸⁾）。

二 間接侵害には二つのグループがある⁽¹⁹⁾。まず第一は、右の判例理論が実際にあてはまる場合、すなわち被害者が

具体的に、加害を訴によって——すなわち防衛請求権が公益のために特別法規によって奪われていないならば——防衛しえたであろう事件である。例えば、鉄道業の煤と煙^(W 10)、気送郵便業^(Rehrpost)の騒音^(W 86)、軍射撃物からの流れ弾^(Grendt 48, 1008)、家の下の鉄道トンネル^(W 12)などによる継続的加害である。この場合の補償は受忍せしめられた防衛請求権の代償として、犠牲補償の性質をもっている。厳密な意味では危険責任というべきではない。

第二のグループは被害者は被害のときにおいて、民法上もこの加害の防衛請求権をもたない場合である。例えば一回的な機関車の火の粉^(W 10)あるいは飛行機の墜落^(RGZ 100, 2)などがこれに属する。判例はこれらの場合にも民法の防衛権を擬制あるいは沈黙して、右にのべた判例の公式に結びつけて補償を認めた。マイスナー^(M 1)ステルン^(S 1)ホーデスは、これらをはじめの加害については民法上防衛権は認められていないから、この理由づけは不十分であるが、結論は合理的であり経済的にも必要であり、全ドイツ裁判所の一致した長年月の判例により慣習法となったと考える⁽⁶⁰⁾。そしてその正当性の根拠を無過失賠償責任が認められる構成要件全体から引き出すべきだとし、結局それは衡平⁽⁶¹⁾な危険^(Billigkeit)にあるとする。慣習法の内容は、公共に危険を及ぼす営業の経営者は、その営業と結びつきその営業に固有な危険^(diesem Betrieb gegenüber)の結果、惹起された財産権の加害につき、無過失の損害賠償責任を負う⁽⁶²⁾とする。

危険責任と侵害責任については次稿でさらに詳しく検討しなければならない。

注(1) Forsthoff, S. 315.

(2) Zeitschrift f. Heimatwesen 1942 S. 164 同 Forsthoff S. 315.

(3) Forsthoff, S. 315f. 同 Schack, S. 25.

(4) Schack, S. 25f. 結局同 Forsthoff, S. 318f. (前稿 113頁参照) な Schack によれば Stödter, Katzenstein は反対⁽⁶³⁾。

- (5) §904 BGB (緊急避難の規定で民法上の侵害責任の代表的な一表現と考えられている)「物の所有者は、所有物に対する他人の干渉が現在の危険を防止するに必要にしてかつその急迫の損害が干渉により所有者に生ずる損害より不相当に大なるときは、所有物に対する他人の干渉を禁止する権利を有せず。所有者は干渉によって生じた損害の賠償を請求することを得る」
- (6) 一八六九年ラント営業法二六条「現行法が、土地から隣地におよぼされる有害作用の防御のために、隣地の所有者または占有者に私訴を許与する場合、当局の認可をもって設立された営業設備に対しては、営業停止を請求することはできず、単に有害作用を排除する設備の設置、またはかかる設備をなすことができないか、営業の適当な経営と両立しないときは損害賠償のみを請求することができる。」
- (7) §1004 BGB の妨害除去・停止請求権、§907 BGB の妨害予防請求権。
- (8) Meisner = Stern = Hodes, §43, DIII 2b S. 628.
- (9) BGHZ 13, 88 [93] 本稿資料一五一頁にこれを示唆する。
- (10) Meisner = Stern = Hodes, §43, DIII 2b S. 628ff 以下に詳論、次稿で検討する。
- (11) Esser, §59, S.221ff.
- (12) 沢井「スイスにおける相隣法」関大論集一〇巻二号七六頁参照。しかもこれはイミションを表現するためのもので、私のような分類内容を指してはならない。
- (13) Meisner = Stern = Hodes, §43, DIII 2b S.632f.
- (14) 現在では航空法(一九三六年)により賠償責任が認められている。
- (15) §1004 BGB「……引続き侵害せらるるおそれあるときは、その侵害の停止を請求することを得る……」。日本の妨害予防請求権は、引続き、でなくとも、おそれ、さえ確実なら認められる。したがってドイツの判例理論は日本では擬制と批難されえない。
- (16) Meisner = Stern = Hodes, S. 632.
- (17) Meisner = Stern = Hodes, S. 632.
- (18) Meisner = Stern = Hodes, S. 634, Esser, §59, 2 S. 222. によれば「分配的正義 (iustitia distributiva)」
- (19) Meisner = Stern = Hodes, S. 635.

参 考 資 料 (二)

前稿にひきつづき、連邦裁判所の重要判決を紹介する。前のBGHZ 6,270の連邦裁判所大法廷判決は、所有権の制限と公用収用の限界および収用類似的侵害の意義について詳論するが、今回の左記BGHZ 13,88の同じく大法廷判決は、犠牲法と公用収用法との関係および犠牲法(ならびにその特別法たる公用収用法)と職務違反にもとづく国家責任との関係を詳論し、判決の意義は極めて大きい(例によつて要約せず全文を紹介する)。

② 一九五四年四月二日連邦裁判所民事大法廷判決、連邦裁判所民事判例集一三卷八八頁 (BGHZ 13,88)

【判決要旨】

(1) 違法かつ有責の収用類似的侵害が存在する場合には、ワイマール憲法一三一条またはボン基本法三四条とドイツ民法八九条にもとづいて生じる損害賠償請求権 (Schadensersatzanspruch) とともに、収用法によって判断されるべき補償請求権 (Entschädigungsanspruch) が主張されうる。

(2) この場合において、職務違反にもとづいて責任を問われる公法団体は、収用類似的侵害にもとづく補償請求権を、ドイツ

民法八三九条一項第二命題による他の方法の賠償可能性 (Ersatzmöglichkeit) として、被害者に対し指示することはできない

(ドイツ民法八三九条一項第二命題は「公務員が過失の責あるに過ぎないとき」は、被害者が他の方法によって賠償を得ることができない場合のみ、賠償を請求しうる」旨を定める。本事実では市吏員の行為につき責を負うべき被告・市が、収用類似的侵害について責を負うべきラントに責任を転嫁しようとして失敗した。したがって収用類似的侵害にもとづく補償請求権が認められようとする関係なく、本件では被告・市が責任を負うべきことになる。狭義の判決理由と傍論が意識的に滅別され

【関連条文】 ワイマール憲法一五三条、ボン基本法一四条、ドイツ

民法八三九条、なおボン基本法三四条、ワイマール憲法一三一条

【問題提起】 民事第三法廷は §136, 137GVG により、民事大法廷に以下の問題を提起した。

1 違法かつ有責の収用類似的侵害が存在する場合、ワイマール憲法一三一条または基本法三四条とドイツ民法八九条にもとづく損害賠償請求権とならんで、なお特別な補償請求権が生じるか？

2 右の問題が肯定されうるとき、職務違反にもとづいて責任を問われる公法団体は、収用類似的侵害にもとづく補償請求権を、ドイツ民法八三九条一項第二命題による他の方法の賠償可能性として、被害者に対し指示することができるか？

【事実】

この問題には以下の事実が基礎になっている。

戦争被害の結果、原告の所有する倉庫の屋根と中天井が燃えた。建物は被告の命により、基礎まで取りこわされ、まだ利用できる建築材料まで取り去られた。原告には補償されなかった。

原告はこの事情にもとづき、また五八パーセントまで、保持し、再建可能であったこの建物の取りこわしは法律の根拠なしになされたという理由で、損害賠償を請求した。問題を提起した第三法廷は、被告は原告のために、その倉庫の不法な没徴 (die formlose Inanspruchnahme) から生じた損害につき——原告が他の方法

で賠償を取得する可能性のない限りで——(以下九〇頁)過失ある職務違反の観点により、完全な範囲で賠償を給付すべきであるという見解である。第三民事法廷の見解によれば他の方法の賠償請求権としては、取用類似的侵害にもとづく請求権のみが問題となる。この種の請求権は、提示判決 (Vorlagebeschluss) において主張された立場によれば、被告・市に対して向けられるのではなく、*Lon* + *Nordrhein-Westfalen* と向けられることになるであろう。問題は判決要旨の意味において答えられた。

【判決理由から】

A I 大法廷は一九五二年六月一〇日の判決 (CSZ 2/52, BGHZ 62/70) において、個人の権利領域への国家権力の違法な侵害が、もしそれが法律上許される場合ならば、その内容ならびに効果にてらして公用取用とみなされるはずであるとき、公用取用のごとく取扱うことが必要であると宣言した (大論集一巻一七号) 大法廷は公用取用法と犠牲法の適用領域を限界づけ、個人に不平等に課した・財産的価値ある権利に対する・あらゆる侵害は、公用取用的性格を持つべきであり、他方最も広

西ドイツにおける犠牲補償の展開

義の財産的価値ある権利以外の財産の侵害の場合には、判例が § 74, 75 Einl. ALR を準用して犠牲補償請求権にまで発展せしめた諸原則が関与するとした。この限界づけを堅持する。

さて本事案においては、原告の倉庫の取毀しと使用可能な建築材料の除去によって、——それが許される場合ならば、内容と効果に照して公用取用を意味するであろうところの——要件事実が実現されたということに疑の余地はない。それゆえこの違法な侵害が公務違反にもとづく請求権とならんで、特別な補償請求権を生じるかどうかの問題は、提起した第三法廷の見解とは逆に、犠牲法ではなく公用取用法にもとづいて答えられるべきである。(以下九一頁)

しかしながらこの限界づけは、単に法的説明に役立つに過ぎない。なぜなら違法な取用類似的侵害についての補償義務が、公用取用の法思想と犠牲の法思想のいずれから演繹されるかということは、提起された問題に答えるに結局、実益がないからである。このことは、公用取用は、たとい非常に重要なとしても、単に犠牲の特別な場合にすぎず、§ 75 Einl. ALR の犠牲の法理は慣習法的に広く適用されるが、平等原則 (ボン基本法三条) に支配され、したがって補償義務の要件、程度と内

容に関する限り、基本法一四条の財産権保障（これも平等原則に支配される）に合致するということから必然的帰結である。犠牲補償原則は財産的価値ある権利の保護に限定されないかぎりにおいて、財産権保障より事物的にのみ、より広い到達範囲をもつ。しかし最も広義の財産権への主権的侵害が存在するかぎり、一般的犠牲原則は公用収用という特別規則によって排除される。このことは侵害が、公用収用についての適法性の要件を欠いているが、被害者に対する事実上の効果において、公用収用に匹敵する場合にも妥当しなげばならない。

II 提起した第三法廷の見解によれば、財産的価値ある権利を国家機関が有責に侵害するときは、適法な侵害と違法な侵害を補償法上同じ取扱をすることはできない。むしろ有責の存在によって、公的機関に対する損害調整請求権の法的根拠はその本質において変化し公的機関の責任は単に職務違反にもついでのみなお問題となりうることになるという。この見解は以下の理由で賛成されえない。

取用類似的侵害にもとづく公法上の補償請求権は、職務違反にもとづく請求権とは反対に、必ずしも完全な損害賠償に相当するとはかぎらず、事件の事情により、公正に(Gerecht)評価されるべき補償に相当し、(以下九二頁)その法的性質上、不法行為にもとづく損害賠償請求権とは異なっている。Wohlfahrt

(JR 1935, 73 [83])が妥当にも強調したように、これは平面を異にしている。補償請求権は原因主義(Verursachungsgeanken)に根拠をもち、不法行為請求権の如き有責主義(Veranschuldensgeanken)に根拠をもたない。職務違反にもとづく公務責任は、有責を要件とする他人の不法行為責任の転嫁によるが、公用収用法または犠牲法にもとづく補償請求権の請求権の根拠は、他人の責任の国家への転嫁ではない。むしろそのかぎり、個人の権利領域への主権的侵害の結果についての国の直接の保証(Binsetzen)に関する問題である。この主権的侵害は被害者に特別犠牲を課し、被害者は国家権力への従属の結果として、違法な侵害が有責に実行されたときにも、この侵害を受忍せしめられるのである。それゆえ有責という主観的標準は公用収用ならびに犠牲の法概念の外にある。

大法廷はRGZ 140, 276 [283]におけるライヒ裁判所の論述と一致して、個人の権利領域への国家機関の適法な侵害および違法な侵害が、被害者にはまったく同様に、特別犠牲を果すという点に、補償法上の同じ取扱いを要求する基本思想をみている(BGHZ 7, 296 [298])。侵害の違法性に、行為公務員の有責が付加することによって被害者のこの犠牲状態は何ら変らない

第三民事法廷は正当にも、一九五二年一〇月一六日の判決(BG HZ 7, 296 [2981])において、すでに無責の収用類似的侵害が被害者に、公用収用原則による補償請求権を与えるならば、このことはまさに侵害が単に違法なのみでなく有責であるときこそ妥当しなければならぬと強調した。

個人に課せられた特別犠牲が実際に公共の福祉に役立つかどうか——違法な侵害のさい、個々の場合には疑わしいことがある——は、法治国家的原則によれば補償請求権についての唯一の規準たる被害者の犠牲状態にとっては、些細な事柄である(以下九三頁)主権的行為への自己の権力的権能を公共の利益から引き出す国家は、国家机关の有責・違法な侵害のさいも、当事者が同等な地位にある私法的地盤においてではなく、主権的強制権力をもって個人に立向うということだけが決定的である。私法上の防御権能(Abwehrmöglichkeit)を与えられることなく、この主権行為を違法のさいも受忍することを強制される市民に、公用収用または犠牲の法理にもとづく補償請求権を、国家机关に有責の責めがあるというだけの理由で与えないことは不合理であろう。違法性または有責が、犠牲または公用収用の構成要件をなさないことに対応して、不法行為的損害賠

償請求権にとつてのみ本質的なこれらの標準は、不法行為的性質をもたない公用収用法または犠牲法にもとづく補償請求権の出現を排除しえない。なぜならこの補償請求権が基礎とする法思想は、被害者に有責違法な主権行為によって特別犠牲が課せられたとき同様に関与するからである。

犠牲補償請求権についてのライヒ裁判所の判例もまた、右の見解にのみ一致しうる。ライヒ裁判所はなるほど、国家机关の侵害が有責になされたときでも、適法な侵害と違法な侵害を補償法上同じ取扱いをすることが正当かどうかの問題について、明示的には態度を決定しなかった。RGZ 140, 276のライヒ裁判所判決は、補償義務については違法な主権行為を明示的に適法な主権行為と同列におくことによつて、この裁判でいわゆる適法説からの背反が決定的になったが、確認された事実によれば有責なき侵害に関する問題であった。しかしこの判決に含まれる命題は、その意味内容によれば有責違法な侵害を、同じ位置におく。(以下九四頁)ライヒ裁判所が犠牲法から補償請求権を承認しかつての判例において、大抵は違法と有責の問題を完全に未解決のままにしておき、個人に特別犠牲が課せられたというだけの理由にもとづいて、この請求権を判決したとい

うことが、右に一致する。事実、ライヒ裁判所はすでに一九九〇年の判決において、既に、§75Finl ALR にもとづく補償請求権の許容にとつて、公共の福祉と個人の権利の間の矛盾が誤って承認されたかどうかは関係がなく、当局の侵害が不法な法律適用にもとづくときにも、補償請求権は存在すると強調した(RGZ 26, 269 同じ意味で)おつて RG JW 1903, 252 No.42: RGZ 57, 219; 79, 427; 104, 18) ライヒ裁判所はしばしば犠牲法でもとづく補償請求権を、有責の立証に無関係な、請求権と特徴づけた。しかし違法な侵害の有責な実現のさいは、犠牲の法理は関与しえないということから出発すべきだとするならば(すなわち不法行為理論によるならば……沢井注)有責問題を明らかにしないでおくことは許されないだろう。このことから、ライヒ裁判所が、相当な補償の請求が問題になるかぎり、犠牲の要件への有責の付加に、何らの意義を与えなかつたということが、帰結されるべきである。公用収用法の背後にも §874, 75 Finl. ALR の一般原則が存在する(参照BGHZ 9, 83 [90])がゆえに、公用収用は犠牲の特別の場合とのみみなざるべきであるから、国家機関の有責な侵害によって収用類似の事実が作り出されたときも、同じことが妥当しなければならぬ。かくて、この場合において有責問題から完全に無関係な補償請求権が

公用収用の法思想から発生する。

III 収用類似の侵害が同時に有責な公務違反をなす場合、公用収用法によって判断されるべき補償請求権根拠は、職務違反による損害賠償請求権を基礎づける法規範のごときものによって、排除されるのではない。(以下九五頁)補償請求権は、この損害賠償請求権の特殊形態でもなく、またその第二次的なものでもない。

(a) §839 BGB は公務責任規定とともに、すでに次の理由で、補償請求権を基礎づける法規範の特殊法 (lex specialis) とみなされえない。すなわち異なる事情のある法領域からの法規範に関する問題であり、その上、有責な職務違反の構成要件は必ずしも収用類似の侵害の概念基準を充さないからである。しかし特殊性 (Spezialität) は一般規範の全基準を含み、そしてこれにその構成要件概念の構成のための特別の基準を付加するということを前提とする。

(b) しかし法律従属性 (Gesetzesabhängigkeit) または請求権の第二次性 (Anspruchsabhängigkeit) は問題外でなければならぬ。もし具体的な生活事件が、数個の法規範の抽象的構成要件を充たすならば——この場合一つの法規範が直接または類推を根拠として、請求権根拠をなすかどうかは重要ではない——単一の要件事実に関係があるすべての法的効果は、同じ地位において並存するということから原則的に出発すべきである。これによって同

じ目標に向けられた数個の請求権が生じるならば、請求権競合が生じる。もし特殊性によって、それらの法規範の上下関係

(Rangverhältnis)が確認されうならば、ある規範のまたはこれによる責任の後退は、明示的または黙示的な法律の命令によってのみ結論することができる。しかしかかる法律の命令は、職務違反による損害賠償請求権と、公用収用法または犠牲法にもとづく損害賠償請求権の共働に関するかぎり、法規から結論することはできない。

職務違反にもとづく責任とならんで、例えば公的機関の船主責任または危険責任ならびに公法上の寄託(Verwahrung)と信託(Treuhand)にもとづく国家責任が生じうるということが判例において認められた(例えば BGHZ 3, 321 参照)のみでなく、(以下九六頁)問題を提起している法廷は、犠牲の法理に根源をもつが実定法規をもっている補償請求権を、同じ生活事件から生じる有責な公務違反による損害賠償請求権とならんで、補助的性格なき独立の請求権として常に取扱った(例えば BGHZ 4, 101451 参照)。一般的法思想にさかのぼる・公用収用法または犠牲法にもとづく・補償請求権を、単にそれが特定の法規をもっていないという理由だけで別様に取扱うことは、それを正当化しうる実質的根拠が明白でない。個人に平等原則違反の特別犠牲性を課すところの国家机关の侵害につき——違法と有責に無関係に——相当な調整を与える法治国家的原則は、補償義務を個々の規範に実定的に確定することによって単に立法者的形成(Gesetzgeberische Ausgestaltung)をうけるに過ぎないからである。しかしこの原則は個別規範が存在しないことによって、その強制的・請求権

西ドイツにおける犠牲補償の展開

発生的性格を失わない。個別立法における犠牲原則の法律上の発展の背後にある正義の理念(Gerechtigkeitsidee)は、公用収用法と§75 Einl. ALR の犠牲補償請求権に表示されている理念である。したがって取用類似的侵害にもとづく補償請求権が、実定法規があれば職務違反にもとづく請求権とならんで存在するが実定的個別規則の欠けているときはなくなるべきだという理由を見出しえない。

違法な主権行為によって生じた補償請求権は、それが特別規定を見出さないかぎり、同じ事実適用しうる他の損害調整規定がないとき単に欠缺補償的性質をもつところの、衡平較量(Billigkeitswägung)による補助的請求権であるにすぎないという提起第三法廷の見解は適法説の立場からのみ主張されうものである。しかし適法説は、ライヒ裁判所の新しい判例と一致する連邦裁判所の大法廷によってすでにその一九五二年六月一〇日の判決において拒否された。(以下九七頁)提起法廷とは反対にこの大法廷判決の説明と一致して、この補償請求権を、その法的内容と地位(Rang)における被害者の犠牲状態の同等性のゆえに、侵害が適法な場合に生じる請求権と同一視するならば、この請求権の法的源を法治国原則にはなく純衡平較量に求め、そしてこの請求権につき、他の同じ事件のさい適法な侵害から生じる補償請求権に異論なく与えられるべきでないところの第二次的性格(Subsidiären Charakter)を結論することは、本質的に正当なところ。

提起法廷が考えるように、公的機関に対する・完全な損害の賠償を目指す・請求権がすでに他の法規によって根拠づけられるときは、それでもなお取用類似的侵害による特別の補償請求権を与えなければならない本質の必要性は存在しないというところが、もし正しいとするならば、このことは犠牲法理に由来し実定法的に規定されたあらゆる補償請求権に、同様に妥当しなければならないだろう。当該諸法規範ならびにこれらから生ずる諸請求権の、独立の同位的並存の本質の必要性は、いずれの場合(法規範の並存と請求権の並存……沢井注)にも、公務責任規定による職務違反の損害賠償請求権は、その要件と法的性質において、補償請求権と一致しないという点にある。職務違反による損害賠償請求権は、相当な補償にとどまらず完全な損害補償を目的とするから、一方ではたしかに補償請求権以上のものを被害者に与えるが、他方この請求権は過失ある職務違反の場合の公務員責任の補助的性格(§839 Abs 1 Satz 2 BGB)ならびに有責な懈怠によって法的手段をとることを怠ったさいの責任の消滅(§839 Abs 3 BGB)の結果、補償法または犠牲法による補償請求権に関するより以上に広範囲の防御可能性を公的機関に与えるがゆえに、被害者の法的地位を悪化せしめる。(以下九八頁)また支配的見解

によれば、補償請求権は三〇年の時効に服し、したがって職務違反による請求権が §862 BGB の三年の時効に服するのとは異なる (RGZ 167, 128; BGHZ 9, 209)

さらに職務違反による請求権は補償請求権とは反対に、大抵非常に困難な有責の立証を要件するということが付け加わる。職務違反についての不法行為規定が関与すれば補償請求権は排除されるということから出発すべきであるとすれば、その不可避的結論として、違法な主権行為による被害者は、公用取用または犠牲の法理にもとづく相当な補償を請求する前に、通常まず §839 BGB による損害賠償請求権の根拠をすべて使いつくすことを強制されることになる。このことは有責問題について疑わしい場合には、被害者の訴訟的地位のいちじるしい加重に導く可能性がある。被害者はこれらの請求権が別々の公法団体に向けられており、しかも処分の有責について十分な立証手段をもたず、そして完全な損害賠償の代りに、相当な補償で満足する気になっているときでさえ、公務責任訴訟を行なうことを強制されるだろう。彼は補償責任を負う団体に争訟を告知することによって、失敗した公務責任訴訟の費用危険に對し、確実には保護されえないだろう。何故なら職務違反にも

とづく訴訟は有責問題を調査することなく私法の平面における他の賠償可能性といったものが存在しないことを立証していないという理由で拒否されうるからである。このとき公務責任の訴が拒否されたにもかかわらず、訴訟告知された団体の補償義務は未決定のままである。なぜなら他の方法の賠償可能性が存在しないことが公務責任の要件ではあるが、第三者に対する賠償請求権が事実上結果として損害を填補しまたは被害者がこの賠償可能性を有責に利用しつくさなかったかぎりでのみ、職務違反による損害賠償請求権は消滅するからである。(以下九九頁)

したがって取用類似的侵害による補償請求権が、職務違反による損害賠償請求権によって排除されることを認めるならば、損害が明らかに無責に惹起されたか、有責問題が疑わしいということに依じて、違法な主権行為の被害者の損害填補請求権の訴追をいちじるしく困難にするおそれがある。しかしこのことは国家机关の違法な侵害を、有責を顧慮せずに補償法と同じ取扱いをする——これは犠牲状態の同等性によって必要となる——に矛盾することにならう。

ライヒ裁判所は一九一七年の判決(Gruch Beitr 61, 669)では犠牲原則を補助規範(Hilfsnorm)(第二次的法律(subsidiäres Gesetz))とみなすべきかまたは単に補助的責任(二次的請求権)

西ドイツにおける犠牲補償の展開

のみを生ずべきもか未決定のままにおいた。しかしライヒ裁判所は後の判決において、違法な主権行為による犠牲補償請求権を、被害者が行為公務員の有責を主張したにもかかわらず有責問題を解明することなく、これを認める判決をしたから、ライヒ裁判所は職務違反による損害賠償請求権によって犠牲補償請求権を排除することをその基礎としていないことが認められるべきである。そうでなければ、同じ事実から第三者に対する損害賠償請求権が生じうる場合または補償を請求されている団体が同時に行為公務員の公法上の使用者である場合のすべてにおいてライヒ裁判所は有責な職務違反が存在するかどうかの問題を、未解決のままにしておくことは許されな

いだらう。

基本法一四条の意味における所有権概念の広い理解ならびに公用取用と同一視されえない国家机关の侵害についても補償義務を認め、職務違反による請求権と補償請求権の独立の同位的並存を承認することが結果として、公務責任の補助的性格——完全な損害賠償と相当な補償が一致するかぎり——を多くの場合無意味にすることになるということはたしかに見逃せない。(以下一〇〇頁)しかしこのことは公務員責任の制限によって到達せんとした立法者の目的に矛盾しない。この不法行為責任の補助的性格は、一般的不法行為構成の知らないところのものである。この補助的資格には被害国民の権利の制限の存在が認め

られたから、§839 BGB についての議会審議のさい、法資料が明らかにするように、烈しく争われた (Magdan, Materialien Bd 2 S.461.) 民法典の制定のさいは、有責な職務違反についての原則的な公務員責任は存在しなかったがゆえに、立法者は公務員責任の制限によって公的機関の免責を目指すことはありえない。まさに当時、一般的国家責任条項の承認が拒否されたために、公共の利益において行為することを常に強制される公務員が、余りに広範囲の有責責任によって自由な意思決定を妨げられることがありうるという考量から公務員の第二次的責任で結局満足したのである (Bericht der 2. Kommission, Magdan Bd 2 Protokolle S.154, 156; なお RGZ 74, 250 [252] の参照)。

ワイマール憲法一三一条、基本法三四条によって公務員責任が公務員責任の代りになった後は、公務員の保護にのみ役立つべき法規定から、同位の請求権競合の承認が——補償請求権は公務員請求権と同じ制限には服さないがゆえに——公務員責任原則を骨抜きにするという結論を引き出すことは説得的ではない。

公務員の不法行為的容態の場合の国の責任範囲が §39 BGB から引き出されるかぎりでのみ、国の責任は損害賠償的性格をもつ (Ausfallcharakter)。確立せる判例によれば、職務違反責任

とならんで、他の法的根拠から公的機関の責任が生ずる場合、この独立の責任根拠に対して、§839 Abs 1 Satz 2 BGB による抗弁 (Einwand) を主張することはできない。(これらについては一九五二年三月一三日の第三民事法廷判決、III ZR 61/50, NJW 931 を参照。(以下一〇一頁) 公用収用法または犠牲法による公的機関の責任は——下記 B I で詳論するよう—— §839 Abs 1 Satz 2 BGB の意味における損害賠償責任 (Ausfallhaftung) ではないという事情は、それゆえ補償請求権には公務員責任との関係において単に第二次的性質が与えられるにすぎないという見解を決して正当化しない。

公用収用法または犠牲法でもつく補償請求権は、有責の不存在を構成要件ともしないし、また有責な職務違反についての責任規定によって排除されることもないというここで主張した見解から、提示判決の第一の問題は肯定されるべきである。提起法廷に係属中の訴訟の裁判にとって、当該請求権が並列的に存在するかどうかだけでなく、それらが並列的に主張されるかどうかともまた意義があるから、大法廷はこの問題を提起法廷に係属する事実を顧慮して解決した。そして補償請求権の法的性質についての前述の説明の枠内で同時に、補償請求権による責任は公務員責任とならんで単に補助的にのみ生じるという見解を拒否した。したがって職務違反による請求権とならんで有責違法な収用類似的侵害がある場合は、公用収用法にてらして判決されるべき補償請求権を主張しようと、問題一に対

しては答えた。

B 公務責任を問われる団体が、同じ事実から生じる・公用取用法による補償請求権を、被害者に対して指示しうるかどうかという提起法廷の第二の問題は、関係のあるすべての場合について統一に決定されなければならない。補償請求権が一般的公用取用法と犠牲法の準用によるかまたはこの一般的法原則の実定法上の個別的形成に基礎をおくかによって、あるいはまた補償請求権が公務責任を問われている団体に対してか、その他の団体に対して向けられているかによって相違を来さない。(以下一〇三頁)

I 一部の学説が主張する見解が、違法な主権行為によって生じる補償請求権は、職務違反による損害賠償請求権と同種の補助的性情をもつということを結論しようとするならば、両方の単に補助的方法のみ責任を負う債務者は、時に応じて他人が義務づけられた賠償請求権を指示しうることとを認めることは不合理であるがゆえに、すでにそれだけの理由で指示権 (Verweissungs-Hoheit) は排除されねばならぬだろう。同じ思想にもとづいてライヒ裁判所は、数人の公務員によって共同になされた職務違反について責任を負うところの公法上の使用者の相互的指示を排除されたものとみなした (RGZ 51, 262; また RGZ 145, 257 [262], 165, 91 [105]; 169, 317 [320]; BGHZ 9, 45)。このことは共同不法行為にもとづいて生じる連帯責任 (§840 BGB) の結果といったものではなく、二つの上下関係のない並存的請求権の両方の補助的性情にもとづく不可避の結論である。

しかしながらこの方法では提起法廷の第二の問題は解決されない。なぜなら不法行為に根ざさず、完全に他の法分野における・

西ドイツにおける犠牲補償の展開

公用取用または犠牲要件事実にもとづく・請求権に、公務員責任の補助的性情を拡張することには、何らの機縁が存在しないからである。学説が、違法な主権行為による補償請求権が職務違反による損害賠償請求権の要件に同化することに賛成する場合、この同化は本質的には次のように理由づけられる。すなわち補償請求権は侵害の違法性の結果不法行為法に接近し、そして違法な侵害は公共の利益のために存在するのではないから、被害者は公的機関に損害補償を求める前にまず他の賠償可能性を使い尽すことが、彼に期待されるというわけである。(以下一〇三頁)しかし、主権行為の違法性はしばしば単に形式的な許容要件 (Formelle Zulässigkeitsvoraussetzung) の無視のみによるが、純粹に経済的にみるならば、法的には許容されない侵害が公共の利益にゆえに、違法または適法のいずれの侵害の填補が問題になるかに応じて、原則として公共の様々な利益状態から出発することは実際の事実と相応しない。被害者にとって自分に課せられた権利喪失が公共の利益に役立つか否かまったく関与しうるところでないから、すでにこのべたように、補償請求権の発生、種類と範囲については、被害者の現実の犠牲状態のみが決定的たりうる。

補償請求権を発生せしめた事実から、私的第三者に対する賠償請求権が生ずるならば、公権力に従属しているため、違法にもかわらず主権的書を受忍することを強制される者に、右の賠償請求権の追求をなさしめるよりも、§855 BGB に表現された法理を適用して、補償請求権を履行する場合、給付さるべき補償の額において賠償請求権を、補償義務ある団体に譲渡せしめることが妥

当である。この方法は職務違反による損害賠償の訴の枠内で用いえないが、このことは、補償請求権を譲渡すべき本質的必要性を何ら要求しないところの § 839 Abs 1 Satz 2 BGB の実定法規に帰因すべきである。同じ事実から、職務違反にもとづく損害賠償請求権が生じたかぎりでは補償訴訟において、§ 255 BGB の法類似的適用 (Rechtsähnliche Anwendung) がなされるかどうか、またはこの場合において § 242 BGB が、有責に行爲した公務員の使用者に対し、補償義務ある団体の求償権が生じうるかどうか、ここで説明する必要はない。

II ワイマール憲法一三二条、基本法三四条に基礎をおく公務責任の範囲は § 839 BGB からとり出されるべきであるから、(以下一〇四頁) 提起法廷の第二の問題は公務員責任につきこの法律規定に予見された指示特権 (Verweissungsprivileg) の意義と目的からのみ答えることができる。

すでに説明したこの法律規定の立法史が明らかにするように国家のために行爲する公務員のために、賠償義務ある第三者への危険転嫁が認められるのは、多数の規範によって行爲の自由を拘束される公務員をして、余りに大きい責任危険によって不安にし、優柔不断たらしめないだけのためである (RG Recht 1911 Nr 1717)。指示権能についてのこの立法者目的は、後にしたがう国家責任に対してはその意義を失った。公務員の代りになる公法団体の責任が処理される公務責任訴訟において、被害

者に他の賠償可能性を指示することは、単に公的機関のできるだけ広い責任免除は公共の利益になるという点にのみその実質的正当性を見出すことができるだろう。この場合国家が個人の権利領域に対し包括的なそして徹底的に侵害する可能性があるために、§ 839 BGB の責任要件事実是一般的不法行爲法と比較していちじる拡張されたということが重要である。公務員の有責な行爲につき公的機関が負うところの責任はこのように拡張されたがゆえに、完全な損害の賠償請求権につき——公用収用法または犠牲法による国家の自己責任にもとづく相当な賠償請求権と反対に——私法上の平面における他の賠償可能性を使い尽すことを要件とし、そしてこのように公的機関を免責することとは被害者の立場からも、期待可能に思われる。しかし有責に行爲した公務員の公法上の使用者が、同じく公法上の手段によって満足せしめらるべきとして被請求団体の公務員の不法行爲によってはじめて生ぜしめられた補償請求権を、被害者に指示なく公務員責任の補助的性格の立法目的に相応しない。(以下一〇五頁)

その種の指示権能は公務員ならびにその限りで経済的に完全なものとみなされるべき公的機関のいずれの免責もともなわないだろ

う。その上自己の公務員の不法行為によって、はじめて他の団体の責任を生ぜしめた団体が、両団体に對し請求する請求権者に、責任の一般的法原則によればここでは疑なく指示団体より遠い地位にある他の団体にまず向うべきことを指示することは、両関係公法団体の相互間ならびに責任を生ぜしめた事実への実質關係に相應しないだろう。さらに公務員責任にもついで請求されている公法上の当局が、それが——大低の場合がそうであるように——同時に取用類似的侵害の観点から責任を負う場合、被害者にまず、他の法形式すなわち取用補償の観点の下に請求すべきことを指示しうるとすることは当然同様に無意味だろう。これらの特別な場合には、利益状態を較量して、§839 Abs 1 Satz 2 BGBの指示特権を正当化しうる根拠はすべて貫かれえないから、有責な職務違反によって生じた・取用類似的侵害による・補償請求権は、この法規範の意味における賠償可能性とみなされえない。それゆゑ提起法廷の第二の問題は否定されるべきである。

両請求権が同じ団体に向けられない例外的場合において、行為公務員の使用者と、侵害の利益をうける団体との調整がなされるべきかとしての範囲でかは、個々の事件の特別な事情から引き出されるべきである。一般的方向は、ここでは可能性が多様なため定められない。(以下一〇六頁)しかし *Recht* §255, 426 BGBの法理にもとづくか、いわゆる不真正運搬債務によるかのいずれにせよそのときに公正な解決が提供されるだろう。ここでは、両請求権の債務者が公法上ことなる団体である場合も、*受益者*、として補償請求権につき責任を負うべき団体が賠償義務を負わされるかそしていかなる範囲でかということ、いずれにせよ被害者の負担

において、公務責任訴訟において顧慮することはできないということだけを明らかにすればよい。

(以上)