

ドイツにおける国の無過失責任論 (二)

秋
山
義
昭

目次

第一章 国の無過失責任の理論的基礎

第一節 ドイツにおける問題の展開

第二節 オットー・マイヤーにおける公法上の損失補償の理論

第一款 検討の前提

第二款 公法上の損失補償の制度

第三款 「特別の犠牲」概念の二面性

第四款 公法上の危険責任の法理

第五款 マイヤー的補償理論の意義と限界

第三節 ワイマール学派の補償理論

第一款 序説

第二款 法治国家的補償理論

第三款 国家的利得の返還理論（以上第二五卷一号）

第四節 犠牲補償請求権の思想とその展開

第一款 序説

第二款 犠牲補償請求権思想の成立

(1) 警察国家時代の補償理論——§ 75 EinlALR ——

(2) § 75 EinlALR の適用範囲

(3) ワイマルル憲法一五三条と§75 EinlALR

第五節 ライヒ裁判所の判例

第一款 序説

第二款 公益事業と国の無過失責任

第三款 公権力の行使と国の無過失責任

第四款 ライヒ裁判所の立場——その意義と限界——（以上本号）

第二章 ボン基本法下における判例理論の確立

第三章 わが国法上の問題点

第四節 犠牲補償請求権の思想とその展開

第一款 序説

一 ワイマルル憲法下における国家補償体系から派生した違法・無過失の公権的侵害に対する補償の問題状況を、ライヒ裁判所も深刻に受けとめていた。

一七九四年のブライセン一般ラント法 (Das Allgemeines Land Recht für die Preussischen Staaten v. 1. 6.

1794—ALR—) 序章七四・七五条(以下、§ 74, § 75 EinlALR と略)は、警察国家時代の補償理論を実定化したものであったが、その補償理論を支えていた自然法思想、社会契約説が、啓蒙期に入って放棄せられるとともに、§ 75 EinlALR の適用領域も多かれ少なかれ制約を受けることとなった。ワイマル憲法一五四条の財産権と公用収用に對するライヒ裁判所の広い解釈は、§ 75 EinlALR をほとんど失効せしめるに到り、その規定に由来する「犠牲補償請求権」(Aufopferungsanspruch) の本来有していた意義は、全く消滅したかのように思われた。

二 しかしながら、ライヒ裁判所は、第五節において検討するように、むしろ、§ 75 EinlALR の規定を適用ないし準用し、あるいはそこに存する法思想を手掛りとして、国の無過失責任を認める判決を下した。このライヒ裁判所の判決は、新たに展開せられた憲法構造の中で直面した § 75 EinlALR の解体現象に押し流されることなく、当該規定に別の活路を見出そうとしたことで注目されるが、戦後の連邦最高裁判所による判例理論との脈絡において把握する時、国の無過失責任の問題を損失補償理論に結びつけていたという先駆的意義を見落すことはできない。

この意味で、本節では、国の無過失責任をめぐるライヒ裁判所の判決を紹介・検討するに先立ち、その補償理論の中枢に据えられた犠牲補償請求権の展開過程、特に、その適用領域の縮小化の過程をとりあげることにする。

第一款 犠牲補償請求権思想の成立

(1) 警察国家時代の補償理論—— § 75 EinlALR ——

一 § 74, § 75 EinlALR に由来する犠牲補償請求権⁽¹⁾は、一八世紀を通じての国家補償理論と結びついた国家高権 (ius eminens) の思想を根底として「既得権」(iura quaesita, wohlverworbenes Recht)⁽²⁾の侵害に對する国家の補償義務を要求するものであった。

自然法理論によって根拠づけられた既得権は、前国家的な自然法上の権利であったから、国家的な干渉、国家的な

処分の及びえない領域であった。従って、自然法上の理解では、個人は、社会契約 (Sozialvertrag) において、社会目的の促進 (＝公共の福祉の増進) に必要な限りにおいてのみ、その権利・権能を放棄していると考えられていたけれども、この既得権についてだけは、国家を代表する領主 (Landesherr) といえども侵すべからざる領域であった。⁽³⁾

しかしながら、領主が、国家権力が強化されるに伴ない、より高度の国家的必要性が生じ、その任務を十分に達成しようとする場合に、この自然法的解釈は一つの理論的な障壁となった。かかる個人の既得権と国家的利益が衝突した場合に、原則的に不可侵の個人的領域は背後に退かなければならないとする認識を前提として、やはり自然法上根拠づけられ、領主すなわち国家に認められていた国家高権は、領主に対して、衝突する場合には、個人の既得権であってもそれを侵害する権限を付与したのである。⁽⁴⁾

二 しかし、その場合にも、契約上の放棄は必要最少限にとどまるとされていた。すなわち、既得権の原則的不可侵性の主張は放棄されたけれども、既得権の経済的な価値まで放棄されたわけではなかった。国家の側からすれば、国家は、個人の既得権・財産権をその機能に従って利用することができるのみであって、その価値まで剥奪することは許されなかった。そして、そのことは、既得権が国家によって要求される場合といえども、所有者にはその価値が残存していること、いいかえれば、所有者には剥奪されたもの (Wertverlust) に対して補償が支払われなければならないことを意味した。この損失補償義務は、あるいは既得権の意義に根拠を有する自然法思想により、あるいは衡平を理由として、またしばしば両者を援用して根拠づけられた。⁽⁵⁾

三 § 74, § 75 EInLALR の規定

「国家構成員の個々の権利・利益と公共の福祉増進のための権利・義務の間に現実の矛盾 (衝突) が生じた時には、前者は後者に譲らなければならない」

「それに対して、国家は、特別な権利・利益を公共の福祉のために犠牲を余儀なくされた者に補償しなければならぬ」は、かかる既得権の侵害によって自然法上直ちに生ずる損失補償義務の警察国家時代における集約的な立法であった。その意味で、包括的な警察権 (*ius polittiae*) の形成によって国家概念の展開を完成させた警察国家も、既得権の不可侵性に基づく損失補償義務の自然法的な根拠づけに変更を加えるものではなかった。

全ての権利に優位する主権的な国家権力の下で、国に対する損失補償請求権の実現を可能にした理論的基盤は、警察国家時代に行なわれた国家と国庫 (*Fiskus*) を区別する法理論、いわゆる国庫理論 (*Fiskustheorie*)⁽⁶⁾ であった。すなわち、当時においては、国家権力の発動に法規の制約がなく、国家は、その高権的活動の故に裁判所に訴えられることはなかったのであるが、国家権力の主体としての国家と並んで、独立した財産権の主体としての国家を設定することにより、国家権力による既得権の侵害については、国庫に対し補償義務を負わしめる道をひらいたのである。⁽⁷⁾

(2) § 75 EinlAR の適用範囲

一 既得権を侵害する国家権力の全ての侵害の際に一般的な損失補償請求権を認めることは、古い個人主義的・自由主義的理念に立脚するものであったが、§ 75 EinlAR のその後の展開は、その理念が理念通りに運用されてこなかったことを示している。

警察国家から自由主義的法治国家への移行は、既得権についての理解にも根本的な変化をもたらした。

既得権理解に関する変遷を促したのは、一七八九年にフランスで宣告され、一九世紀の後半には、ドイツその他のヨーロッパ諸国の憲法典で保障されるに至った人権の承認であった。絶対君主の権力は、行政が国民議会の制定する法律に拘束されることになり、憲法上保護を受けるところとなった自由・平等・財産権は、法律上の根拠なくしては侵害しえない保障を得た。しかし、それによって、自然法的な国家理論の後退と共に、人権は国家に対する堅壁とし

て憲法上の実定化によりはじめて生じたものだとする解釈が一般化せられ、前国家的な権利の存在を認める自然法的な理解、実定法を超越した法秩序、前国家的・外国家的・超国家的な権利としての既得権の理論も放棄されるに至った。この自然法理論の放逐、「憲法以前の人間の権利」から「憲法によって与えられた自国民の権利」への変質は、実定法のみから出発する方法をとる法実証主義の力をかりて、ますます実定法への沈潜の傾向を強めていった。⁽⁹⁾ 全ての権利の源泉は法律であるとす理解によって、不可侵の人権及びそれに依拠した既得権も、結局は国家によって造られたものでしかなく、両者共に、立法者の措置に委ねられてしまった。

既得者の侵害に起因する国の損失補償義務に関していえば、法律は個人の権利を廃棄し侵害することができるのであるから、国家の損失補償は、自然法理論のように、もはや論理的な帰結ではない。従って、立法者としての国家は、既得権の侵害・制限に関しては、損失補償義務という自明かつ必然的な効果を伴った国家高権を主張するのではなく、むしろ、法律上の侵害・制限ある場合に、法律自体が規定する限りにおいてのみ損失補償義務が生ずるとされたのである。⁽¹⁰⁾ ただその場合にも、自然法理論の余波は残っており、実務上は、法律が侵害の損失補償上の効果に関する定めをしていない時は、立法者の意思として、補償の支払いが推定されると解されていた。⁽¹¹⁾

二 既得権についてのこのような解釈を踏まえて発せられた一八三一年二月四日の「プロイセン内閣命令」(Preussischen Allhöchste Kabinettsordre)⁽¹²⁾ は、かかる観点から、§ 75 EinALLRの適用範囲を大きく制限する第一歩であった。すなわち、プロイセン内閣命令によれば、(1)立法行為によって行なわれ、あるいは法律上の命令に基づく侵害は、法律自体が損失補償を規定していない限り損失補償請求権を生じさせない、(2)個別的な措置、つまり、個人の主観的な権利を侵害し、他の同じ状態にある者には課されない犠牲を特定の者に要求することになる行政の個別行為が問題となる時にのみ、一般ラント法の通常原則に従って、損失補償義務が認められる。⁽¹³⁾ 従って、それ以来、損失

補償義務を生じせしめる § 75 EinlAR の要件は、——警察上の緊急状態 (Notstand) の場合のように——適法な⁽¹⁴⁾、法律上の命令に基づかない行政の個別行為によって、市民の財産権が侵害されたものであること、個別行為が、それによって、特定の市民に不平等に行なわれる特別の犠牲をもたらしたものであること、に限定されてしまった⁽¹⁵⁾。

プロイセン内閣命令は、このように、当時の実務上採られていた考え方に反し、§ 75 EinlAR の本来の適用領域から、立法による侵害に対する損失補償を排除するものであったが、その後制定された特別法は、特別の領域の行政処分を § 75 EinlAR の直接的な適用からはずして、その特別法の下に置いたがために、§ 75 EinlAR の適用範囲は、ここに著しく縮減されることとなった。

三 一方、自然法思想とともに、社会契約説も否定されてしまったけれども、それに基づいた自由・平等・財産権の一般的な人権の観念は生きており、これらの人権は、基本権としてほとんど全ての法治国家的憲法の中に採択せられた。一八五〇年のプロイセン憲法 (Preussische Verfassung v. 31. 1. 1850) も第九条で、「財産権は不可侵である。それは、公共の福祉に基づいて、法律の基準により、事前の補償とひきかえにのみ、制限・剥奪することができ」と規定し、財産権不可侵の原則は憲法上の保護を受けることとなった。しかし、そこでいう「財産権」の概念は、本来の広い内容を有するものではなく、土地所有権その他の物権的権利を意味すると解され、また補償義務ある「収用」の概念も、「高権的行為によって行なわれるところの、公共の福祉に役立つ特定企業への権利移転」と制限的に理解されていた(いわゆる「古典的収用概念」)⁽¹⁷⁾。

§ 75 EinlAR の要件及び収用の要件が、このように狭く限定されていた結果、前者は専ら警察上の緊急状態の場合にのみ意味を持ち得ていたし、後者に基づく損失補償は、財産権を制限・剥奪し、それを国家その他の企業に移転することを内容とする特別な収用法上の行政行為によってのみ認められるものであったから、両者の射程範囲は自

説
ずと相違していたとすることができる。⁽¹⁸⁾

(3) ワイマール憲法一五三条と § 75 EinlALR

論
一 § 75 EinlALR の一般的な適用領域の廃止は、学説・判例が、ワイマール憲法一五三条の財産権概念と収用概念に対して与えてきた広い解釈によって徐々になされてきた。

ワイマール憲法一五三条二項によれば、公用収用は、公共の福祉のために、且つ法律に基づいてのみなされ、しかもライヒの法律に別段の定めのない限り、相当な補償の下に行なわれると規定し、文言上は従前の収用法上の規定と大差はない。しかし、第一次大戦の体験により、土地以外の財産権、特に工業原料品、生活必需品等の調達と配分の必要性に直面し、ライヒ裁判所は学説に一致して、この規定を極度に拡張的に解釈した。すなわち、ライヒ裁判所は、憲法上の財産権の概念を「債権を含む全ての私権」にまで拡張し⁽¹⁹⁾、収用概念についても、立法者自身による個人あるいは特定グループの財産権に対する直接的侵害をも収用とみなし⁽²⁰⁾、他方、公共の福祉に役立つ企業のために権利の移転・負担の限定的なメルクマールを放棄して、高権的な個別的行為による私権の単なる剥奪・制限をも収用概念の下に置いた⁽²¹⁾のである。

二 ライヒ裁判所の判例によって財産権概念、収用概念が著しく拡張解釈されるに及んで、§ 75 EinlALR の存在意義がここに問い直されることとなった。

ライヒ裁判所は、最後まで、犠牲補償請求権は広義に理解された「財産権」の場合にのみ認められるという解釈を棄てなかつた⁽²²⁾から、ワイマール憲法と § 75 EinlALR によって保護された客体は、それ故に一致していた。また、犠牲補償請求権の認められないとされていた立法行為による侵害にも収用補償が可能となったために、§ 75 EinlALR の本来の適用領域が、ほとんどワイマール憲法一五三条に吸収せられる結果となったのである。ただ、判例は学説⁽²³⁾に

従って、「警察権による私的支配権の排除 (Verdrängung Privater Herrschaft)」は憲法一五三条の技術的な意味における取用にはあたらないことを認めてきたが⁽²⁴⁾、それも、一九三一年に制定されたプロイセン警察法 (PPrVG v. 1. 6. 1931) によって、警察的侵害の際の損失補償義務が一般的に規定されたので、§ 75 EinALLR に残された適用領域はほぼ消滅するに至った。⁽²⁵⁾

この点に関する学説は分かれており、後にみるように、ライヒ裁判所の判決が、§ 75 EinALLR の本来の適用領域を離れて、違法・無過失の高権的侵害にこの規定の活路を見出した立場に賛同する見地から、両法の要件をなおも區別する説と、「ワイマール憲法一五三条が、今日では、法律あるいは適法な行政行為による国家の損失補償義務の一般的な基礎を為す」ことを理由に、§ 75 EinALLR の失効を主張する説とが対立していた。⁽²⁶⁾

- (1) 「犠牲補償請求権」に関しては、沢井裕「西ドイツにおける国家補償序説——Aufopfungsanspruch 研究のために——」(関西学院大学・法学論集一二巻一号七九頁、特に九六頁以下)、平井孝「西ドイツ損失補償理論における Aufopfungsanspruch 思想の展開——とくに判例を中心として——」(公法研究二五号一八九頁以下)がある。
- (2) クレフトによれば、この「既得権」とは、自然状態の自由や平等と並んで、譲渡することができず、従って国家にとつても不可侵で、国家的処分に委ねることのできない権利であり、単に自然の自由の結果ではなく、自然法上根拠づけられた取得権原 (Erbesitz) に基づくものである。そして、物権的意味での財産権 (Eigentum) のみならず、財産権秩序に根ざす全ての主観的権限であつて、個人に天性のものではなく獲得されたものと理解されていた (Kreft, Aufopferung und Eigentum, S. 6)。なお、この既得権に関しては、そのほか、Stödter, aaO. S. 52 f, Fleiner, aaO. S. 29, 柳瀬良幹「既得権の理論」(「行政法の基礎理論」一二二頁以下)。
- (3) Bender, Staatshaftungsrecht, S. 2
- (4) Kreft, aaO. S. 6
- (5) 沢井・前掲論文九七頁。

説
論

- (6) 「国庫」理論については、山内一夫「国庫説の歴史的発展」(国家学会雑誌五五巻四号・五号、五六巻五号)参照。
- (7) Bohlen, Der Aufopferungsanspruch, Entwicklungsgang und Geltungsbereich des § 75 EinlALR und des Art 153 RVerf. JW 1933. S. 2251, Krefz, aO. S. 8, Bender, aO. S. 2
- (8) Bender, aO. S. 3
- (9) ラーベント (Laband)、ゲルバー (Gerber)、ツォルン (Zorn)らに代表される法実証主義の基本権観、さらにそれを徹底したポルンハック (Bornhak) の基本権否認論「一九世紀後半から二〇世紀はじめにかけての「特殊ドイツ的」な基本権の概念については、奥平康弘「ドイツの基本権理念——その成立にかんする若干の考察——」(「基本的人権」三二四三頁以下)参照。
- (10) Krefz, aO. S. 8
- (11) RGZ 12, 1: 16, 159: 49, 241 (252)
- (12) この命令が発せられた背景には次のような事情があった。すなわち、一八二八年にシレジアの都市は国庫に対し、一八〇六年一八〇七年の戦争で、プロイセン要塞司令官 (Festungskommandat) の命令に基づいて行なわれたプレスラウ郊外の焼き払いによって、その火災保険基金 (Feuerversicherungsfond) が蒙った損害の賠償を請求し、他の都市もこの例に従った。それに対して内閣は、一八三一年一月二六日の王に向けた鑑定書で、国家権力の適法な行使による財産的加害に基づく損害の賠償請求権は、「国家住民の全体の利益が、個人の私的財産権を危険にする行政上の措置を必要とする時にのみ、訴訟で達成することができると」いう解釈を主張した。それが法律にまで高められたのが、一八三一年の内閣命令であるが、それは、公共に対して害となる § 75 EinlALR の適用を、かなり広範囲に制限しようとする「制限命令」(Restriktionsordre)にはかならなかった。Bohlen, aO. S. 2252
- (13) Krefz, aO. S. 9
- (14) 適法な個人の財産的領域に対する侵害のみが損失補償の義務あることは、プロイセン内閣命令の「住民の全体の利益が、個人の私的財産権を害する行政上の処置を必要とする時には、全体の財産から損失補償が支払われなければならない」という文言からよみとれる。
- (15) 従って、損失補償の問題にとって決定的なのは、まず、侵害が法律によって行なわれたか個別行為によって行なわれたかという点であり、前者の場合には、法律自体が損失補償の定めをしていることを要する。その沈黙は、補償の否定とみなされていない。

- た。Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts 9 Aufl. S. 304
- (16) たゞえなび 鉱業法 (AllgBergG v. 1865) 屠殺場法 (SchlachtG. v. 1868) 土地収用法 (Ges. über die Enteignung von Grundigentum v. 1874) 建築基準線法 (FluchtltG. v. 1875) 等の特別法。
- (17) 古典的取用概念のこころは Stödter, aaO. S. 100, Fleiner, aaO. S. 308
- (18) Krelt, aaO. S. 10
- (19) 一九二三年三月三日の判決では、また「私的土地所有権を憲法の保護と保障の下に置くことがワイマール憲法一五三条の立法目的である」といわれたが (RGZ 104, 137) 二年後の一九二四年三月一日の判決は、「財産権」の概念は、物権及び人格的請求権をも含むことが妥当であるといわれた (RGZ 107, 370)。その直後の一九二四年十二月には、憲法上の財産権は、物権的意味の財産権のみでなく、債権を含む全ての私権を包括すると宣言した (RGZ 109, 310)。
- (20) RGZ 102, 161 (165) ; 103, 200 ; 109, 310 (317 f.) ; 111, 320 (325) ; 116, 268 (272) ; 128, 165 (171 f.) ; 129, 146 (148 f.) 等の判決。
- (21) RGZ 116, 268 (272) ; 128, 165 (171) 等の判決。
- (22) 後述九一頁参照。
- (23) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, zu Art 153, Anm. 10, S. 716 f.
- (24) RGZ 118, 26 ; 120, 208 ; 126, 360
- (25) Bohlen, aaO. S. 2252. ただ、ホーレンは、「ノロイセン憲法下にあつては憲法九条が、単なる立法上の指針を定めたものであつて、法律に明示の規定のない限り憲法上の規定から直接請求権が生じないと解されていたから、損失補償請求権が、九条のいう「法律の基準によつて」(nach Maßgabe des Gesetzes)「すなわち、§ 75 EinlARの基準によつて発生するとされていた限りで、§ 75 EinlARは基準となる一般的な規範としての存在意義をもちえていたことを認める。
- (26) アンシュッツは、「ワイマール憲法一五三条と § 75 EinlAR が重複しあう限りにおいて後者の失効を認めるが、後者の方が実際上はより広範囲に及ぶとする見解がある (Anschütz, aaO. zu Art. 153, Anm. 15)。
- (27) Furler, aaO. S. 393, Schilling, Art. 153 RV. und die Entschädigungspflicht bei der Bandbeschränkung durch Fluchtlinienfestsetzung, Fischers Z. 67/287 Stödter, aaO. S. 237 ff.

(28) 違法・無過失の高権的侵害に § 75 EinlALR を適用して損失補償を認めた一九三三年のライヒ裁判所の判決 (RGZ 140, 276) 以前は、§ 75 EinlALR 失効説が有力であったが、この判決は、学説のかなりの支持を得、これを境に有効説が支配的となった。

第五節 ライヒ裁判所の判例

第一款 序説

一 ワイマール憲法一五三条の収用概念の変化に伴ない、適法な国家的侵害による損失補償のほとんどの場合は、この憲法規定、プロイセン警察法二一・七〇条、その他の特別法の規律するところとなり、その限りで、§ 75 EinlALR の本来の適用領域は、それらの規定の中に吸収・同化せられてしまったとみることも充分の理由があった。

しかしながら、ライヒ裁判所は、§ 75 EinlALR の犠牲思想を拡大して、被害者が受忍せざるを得ない違法・無過失の行政作用に対して損害賠償請求権を根拠づけるために、度々 § 75 EinlALR の規定を援用してきた。

二 ライヒ裁判所は、一方において、相当早くから、特別法上の規定によって公の利益のために行なわれる侵害であるが故に被害者の側にその差止請求権が否認されている場合には、加害者に過失なき場合にも賠償請求権が認められるべきとする原則を確認してきた。そしてその場合に、ライヒ裁判所の判決は、所有権の保護に対する一定の制約を認めたドイツ民法九〇四条等の民法上の規定と並んで、§ 74, 75 EinlALR の規定をひきあいに出し、それらの規定に存する基本思想から国の無過失責任を肯定したためであって、そこで認められた損害賠償請求権の法的性格に關しても、必ずしも公法的性格のものとはいえない難い側面を有している。従って、これに関する判決は、違法・無過失の

公権的侵害⁽²⁾に対する国の責任の問題に正面から関連するわけではないが、ライヒ裁判所が無過失責任の理論的基礎を § 75 EinfallR に求め、また、少なくとも、ドイツにおける危険責任論発展の有力な手掛りがここに存することも事実であるから、ライヒ裁判所の判例の一環として以下で概観することにした。

三 他方、ライヒ裁判所は、違法な公権的侵害に対して、加害公務員に過失が認められない場合にも損失補償請求権を肯定する判決を下した。この判決は、財産権あるいは財産権類の権利の無過失・違法の侵害には、取用補償は否定されるけれども、§ 75 EinfallR の規定を適用して犠牲補償請求権を認めようとするものであった。もともと警察国家の時代においては、公権力の発動について現代的な意義での適法・違法の区別をしらなかつたといつてよかつたのであるから、犠牲補償請求権の要件を厳格に「適法な侵害」に限定せず、「違法な侵害」にもその適用の道をひらくことにはそれなりの理由があつたのではあるが、この種の事案に関するライヒ裁判所の判決は微妙な動搖を示しており、また犠牲補償請求権を明確に肯定した判決自体の論理にも一貫性を欠いている。事案によっては、侵害の適法性・違法性に関する判断も学説上分かれていたために、違法・無過失の公権的侵害に対して犠牲補償請求権が認められるべしとする判例法が確立していたとわかに断定することもできない。しかし、犠牲補償請求権の要件としての「適法性」を放棄し、違法な侵害をも包括しうることを明言したライヒ裁判所の判決 (RGZ 140, 276) は、動搖と「ためらい」を示してきたそれまでの判決に「一応の決着」を迫ろうとしたものとして、ライヒ裁判所の判例史上、大きな意義を有するものであることを失なわない。

その意味で、ここでは国の無過失責任を認めてきたライヒ裁判所の裁判例を紹介しつつ、それらに加えられた学説上の評価を通して、無過失責任の理論的基盤を「犠牲補償請求権」に求めんとしたライヒ裁判所の限界を探りたいと思う。

- (1) たとえば、NotVO v. s. 5. Juni 1931
- (2) 今村・前掲「国家補償法」三五頁。
- (3) 雄川・前掲「行政上の無過失責任」二〇二頁。

第二款 公益事業と国の無過失責任

一 ライヒ裁判所が、公権的侵害とはいえない公益事業の遂行による損害に対し、国の無過失賠償責任を認めた例は相当古く一九世紀の後半にさかのぼる。しかし、初期の裁判例は一般的に普通法 (gemeines Recht) 上の原則に依拠している。⁽¹⁾

二 § 75 EinlAR の法思想が問題にされはじめたのは、二〇世紀に入ってからであり、特に二〇世紀以降の鉄道網の整備・拡張に伴って、機関車による火の粉、震動、煤煙、地下水の涸渇等により生ずる損害について、無過失責任を認める判決が相次いだ。

民法上の原則によれば、所有権者は、民法一〇〇四条の意味での所有権侵害に対し、侵害者に過失ある場合にのみ、民法八二三条に基づく損害賠償請求権を行使しうる。しかし、何らかの特別の理由により、⁽²⁾ 所有権者に差止請求 (Abwehrklage) が認められておらず、⁽³⁾ 所有権者がこの侵害を受忍せざるを得ない場合にも、過失の立証を前提とする損害賠償請求権以外の権利救済手段を与えないとする⁽⁴⁾ ことはいかにも不公平という他はない。そこで、このような例外的な場合に、ライヒ裁判所は、§ 75 EinlAR、⁽⁵⁾ 更には一九〇〇年の営業条例 (Gewerbeordnung v. 26. 7. 1900) 二六条、民法九〇四条等の規定を依りどころとして、所有権を侵害されたとする者に対し、過失の立証を要しない損害賠償請求権を承認してきた。

そのリーディング・ケースである一九〇四年五月一日の判決は、近くを通る機関車の火の粉によって原告所有の

建物が焼失した事件について、原告の主張を容れて次のように判示した。⁽⁵⁾

「……被告の損害賠償義務は、故意・過失の立証がなくとも、他の一般的な法原則から生ずる。個々の場合に、所有権者から、所有権の侵害を排除するという重要な権利が剥奪されているならば、原告にはこれに対し、当然に他の方法による調節的な賠償が支払われなければならない。そしてその賠償は、過失の立証によって条件づけられない生じた損害の補填を求める訴えの中に見出すことができる。これに向けられた立法者の意思は、*§ 25 Pr. eub. KleinbahnG., § 26 GewO, § 170a Pr. Art. 9 PreußV* の如き個別的规定からひき出すことができる……。」

また、鉄道の機関車車庫と石炭置場の設置によって、近くで旅館を経営する原告が蒙った損害の賠償を請求した事案につき、一九〇八年二月二日の判決は、

「……原告は、国家により認可された被告の事業に対して、民法一〇〇四条、九〇六条の差止訴訟を提起することができないが故に、許された程度を超えた加害作用に対し、被告に過失があるか否かを問題にすることなく損害賠償を請求することができる。」

と述べて、以前の判決に従っている。⁽⁶⁾ 同じく、原告の土地の下に鉄道トンネルが通され、地上の家が傾いた場合について、一九一二年五月二二日のライヒ裁判所の判決は、従来の判決例を踏襲し、被告の無過失賠償責任を肯定した。⁽⁷⁾

三 これら一連の判決によって承認せられた無過失損害賠償責任の原則は、一九二二年六月二二日の判決において、ライヒ海軍が軍艦を建造する際に原告の特許権を侵害したとする事案についても同様に認められ、ライヒ裁判所は次のように判示している。

「……更に、ライヒ海軍局が、原告の権利侵害を意識的には行なわなかったという事情は、ここでは特許法の特別の規定における程の困難性を提供するものではない。§ 75 EInlARにとっても、権限ある行政庁によって、公共の利益のために行なわれる措置により、實際上個人の権利の犠牲が要求せられるということに足りる、ということが承認される。」

全く同種の事案につき、一九二一年九月二八日の判決は、先の判決を確認し

「特許法に規定のないそのような場合には、後の損失補償に対して、たとえば § 75 EInlAR に表現されているように、何人もその私的な権利が、公共の福祉に犠牲に供するよう強要された程度において補償されなければならないという一般的な法原則の適用あることが公平に合致する。」

と述べて、§ 75 EInlAR からひき出される一般的な法原則から、国の無過失責任が肯定されることを明らかにした。

しかし、この原則を詳細な説明により決定的にしたのは、一九二六年四月二九日の判決であり、海軍によって海難

救助を命ぜられた小雷艇が、牽引中に原告の海底ケーブルに損害を与えた事案につき、ライヒ裁判所は、民法九〇四条に基づくライヒの私法上の責任を認めつつ、さらに本件事実関係とは一応無関係の次のことに付言している。

「……国家的高権によって個人の市民的権利領域が侵害されるとすれば、これは原則として、国家の公共の利益のために行なわれるのである。そのように、公共のためにひき起された損害が、それを回避することのできない個人にはなく、公の負担に帰せしめられるということは、法治国家に不可欠の正義と公平の原則に一致する。この思想はすでに § 75 Einfallr. に表現されており、それは後になって、特に一八三一年一月四日のプロイセン内閣命令によって制限された。しかしこの思想は、たとえば公務員に対するライヒの責任に関する一九一〇年五月二二日のライヒ法、職務義務違反による全ての加害の場合に関するワイマル憲法一三一条、更に、過失のない侵害の際の収用立法、及びライヒ営業法二六条といった最近のドイツの立法中に再び現われてきている。健全な法発展は、上述の場合にその原則を限定することを越え、国家機関の過失なくして、公益上、本来個人に属する権利に損害を加えるような市民の生活領域の侵害にもそれを適用するに到っている。そしてそのことが、公共の正当な利益と一致するのみならず、それと密接に結びついているのである。」

四 ただ、以上挙げた一連の判決は、損害を惹起する行為が必ずしも公権力の行使とはいえない場合に関するものであって、これらの判決で主張されている損害賠償請求権の法的性格については学説上見解を異にし、それを私法上の請求権とするものと公法上の請求権とするものに分かれる。

まず、シュテッターによれば、「ここで樹立された法原則は私法上の関係に限定されており、この損害賠償請求権の

要件は、特別な理由から差止訴訟をもって対抗されることのない他の私的財産権者による財産的妨害の存在である⁽¹¹⁾として、この請求権が私法上の損害賠償請求権であるとみているし、バフォッフも、シュテッターの見解に従って、「この請求権は、公権力の担い手に対してのみでなく、財産妨害の事実はあるが、差止請求によって対抗されることのない全ての人に対して向けられるのであるから、その限りで私法上の請求権である⁽¹²⁾」とみなしている。従って、これらの学説からすれば、以上のライヒ裁判所の判決は、§ 75 Einl.等の規定による適法な侵害に対する国の責任を違法な侵害の場合にまで拡張することを認めただけではなく、民法上違法性と過失を前提としている責任要件を、一定の条件の下でのみ、過失の要求を放棄するところまで拡張したものに他ならない。

他方、この損害賠償請求権を公法上の請求権として性格づけ、公法の分野において国の無過失賠償責任が認められたとする見解は、当時の「公營造物理論」を中心とする公法観と結びついている。すなわち、オットー・マイヤー、フライナーらによれば、鉄道等は「物的・人的に公行政の担い手の手中にあつて、特別な公の目的に継続的に奉仕すべく規定されている手段の総体⁽¹³⁾」つまり「公營造物」(öffentliche Anstalt)であるから、その公法的性格から差止訴訟が否認され⁽¹⁴⁾、従って、そこで生じた損害賠償請求権をも、その作用に無抵抗に服すべき法的効果として、公法上の請求権であると結論づけている⁽¹⁵⁾。

しかし、今日の学説は、このような損害の発生が国家の公権的侵害に基づくのではなく、国家が特別な危険状態を作り出したことから生じた損害に対する国の責任として、「公法上の危険責任」(öffentlich-rechtliche Gefährdungshaltung)の呼び名の下に、体系的には無過失・違法の侵害に対する国の責任の場合とは区別している⁽¹⁶⁾。従って、ここで挙げた判例はほとんどこの危険責任の範疇に属するのであるが、今日の学説は、この危険責任の積極的な法的根拠に関して一致をみおらず、今日の裁判例も一般的にそれを認めるに到っていない⁽¹⁷⁾。ドイツの危険責任論は、なお

も今後の学説・判例の展開に待つ他はないが、いずれにしても、上述の一連の判決の中に、危険責任に基づく国の無過失責任に対する生産的な法的基礎が存することは確かであろう。

(1) ライヒ裁判所は、すでに一八八六年二月七日の判決 (RGZ 17, 103) で、機関車の火の粉によって建物が焼失した事件につき、普通法上の原則から「事業に固有の特別の危険によって、事業者が、事業の、およびその危険の可能な効果として予見することのできた損害が生じた時は、技術的な意味での過失の承認を度外視する」ことを認めた。しかし、この判決は、ラント法の適用領域外の事例であったから *§ 75 EinALR* を引用することはしていない。ライヒ裁判所は一九二二年の判決に到って、*§ 75 EinALR* をライヒ行政庁に対しても適用あるものと認め (RGZ 102, 390)、そこに内在する法思想を、プロイセン外にも適用した (RGZ 135, 308)。

(2) BGB 一〇〇四条「所有権が占有の侵奪又は留置以外の方法によりて侵害せられたる時は、所有者は妨害者に対し、その侵害の除去を請求することができる。引続き侵害せられる虞ある時は、その侵害の停止を請求することができる。」

(3) BGB 八三条「故意又は過失によりて他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害したる者は、その他人に対し、これにより生じたる損害を賠償する義務を負う。」

(4) 一八九二年の軽便鉄道及び接続私鉄法 (Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen v. 28. 7. 1892) によれば、鉄道の計画は公開され、利害関係人は、それに対し異議を申し立てることができる。行政庁は、附近住民を被害から守る設備の設置を要求することができる (*§ 17, § 18*)。その反面、最終的に認可された鉄道は、事業継続の義務を負い、附近住民は、そこで生じる損害の故に差止訴訟 (*actio negatoria*) を提起する¹⁾とすべきな²⁾ (*§§ 11 Abs II, § 42*)。Katzenstein, *a.a.O.*, S. 68

(5) RGZ 58, 130

(6) RGZ 70, 150

(7) JW 1912, 869

(8) RGZ 79, 427

(9) RGZ 102, 390

(10) RGZ 113, 301

- (11) Stöcker, aaO. S. 49
- (12) Bachof, Die Verwaltungsgerichtliche Klage auf Vorname einer Amtshandlung. S. 121
- (13) O. Mayer, Verwaltungsrecht, II S. 268
- (14) 「营造物の公法的、私法的性格の決定によって、その法的関係の全てが評価される。公营造物の中に具体化された公共の利益は、全てのそれに対立する私的利益に優先する。公法上の营造物の設置・営業は、私法上の手段によって妨げられることはない。一担創設された营造物に対しては、*actio negatoria* も否認される」(Fleiner, aaO. S. 328, 329)。
- (15) しかし、カッペンシュタインは、营造物の公的性格から、直ちに、全ての法的関係を公法的に基礎づけることに反対し、かかる請求権を「私法上の危険責任」の一種として考えている (Katzenstein, aaO. S. 69 f.)。
- (16) とりわけ、Forsthoft, Lehrbuch des Verwaltungsrecht, 9 Aufl. S. 332.
- (17) ドイツにおける公法上の危険責任の法理については、雄川・前掲「行政上の無過失責任」二〇五頁、今村・前掲国家補償法三四頁。

第三款 公権力の行使と国の無過失責任

一 一八九〇年五月八日のライヒ裁判所の判決は、違法な建築許可の拒否のために生じた損害に対する責任の有無が争われた事案につき、すでにそれを肯定して次のように判示していた。

「……原告の特別な権利とその公共の福祉を増進する義務との間に、實際上衝突が生じたか否かということは、当該事件においては意味がない。というのは、それに関連する §§ 74, 75 EinlARL の内容上、原告の損失補償請求権は、権限ある行政庁が、§ 75 EinlARL の前提となっているその衝突を存在するものと認め、これを認めたことに基づいて、それが正当であれ不当であれ、その特別な権利・利益を被告公共団体の利益のために犠牲に供するよう原告が強要せられた時にすでに成立したものと考えなければならない……。」

この判決は、行政庁が誤って § 75 EinlAR に規定する権利・利益と公共の福祉増進の義務の衝突を承認したとしても、それは公共の福祉のために行なわれたものと解釈することにより犠牲補償請求権の成立を可能とした点で注目されるが、このような理由づけは、一九世紀から二〇世紀にかけての判決に多くみられる。すなわち、一八九〇年六月一四日の判決は、家屋の倒壊の危険を除去するのに修繕で十分であるに拘らず警察行政庁が家屋の取りこわしを命じ、それを現実に実施した事例について、基本的に先の判決と同一の基盤に立って損失補償請求権を認め、また、違法な基準線の定立により公道に併合された土地所有権者からの損失補償請求につき、一八九四年四月一八日の判決は、いまだ具体的に所有権の変動をもたらすものでないことを理由に損失補償請求権（一八七五年七月七日の法律一三条に基づく）を否定しつつ、同一の理由づけにより、かかる事実上の負担については § 75 EinlAR の適用あることを示唆している。さらに、一九〇三年四月二四日の判決は、建築申請の違法な拒否による損害の補償が求められた事案について、§ 75 EinlAR による損失補償の根拠が警察処分⁽⁴⁾の適法性にあるのではなく、犠牲に対して補償が与えられるべき私権の侵害が行なわれたことにある旨を最も明確にうちだし、次いで一九〇四年三月二九日の判決も同一の事実関係から同一の結論を導き出している。

ただ、この時代にあつては、まだ公務員の違法な行為に基づく国の責任が、実定法上も判例上も認められていなかったから、国家補償の体系上存する間隙、すなわち違法・無過失の公権的侵害に対する国の責任の問題が観念されていたとはいい難い。従つて、上述のライヒ裁判所の裁判例は、違法・無過失の公権的侵害と違法・有過失の公権的侵害の区別を前提として、意識的に § 75 EinlAR の前者への適用を宣言したものとより、単に § 75 EinlAR を解釈上適法な侵害のみならず違法な侵害にも適用ありうることを示されたものとして受け止めることが

二 違法な公権力の行使に対する国の責任が憲法上も認められていた一九三二年七月二日、ライヒ裁判所は、建築警察が原告の提出した家屋の改築許可申請をすでに決定されてはいたがまだ公示されていなかった基準線計画を保全するために拒否した事案について、原告により補助的に主張されていた § 75 EinALLR に基づく請求権を、上級ラント裁判所がその管轄権のない事を理由に却下した点を非難して破棄差戻判決をした。この判決は、かかる場合について § 75 EinALLR の適用がありうることを示唆したものであったが、一九三三年一月二七日の判決も同様に、地方条例及び地方警察命令に基づく建築許可申請の拒否による損失補償の問題について、原審が § 75 EinALLR の審理を怠っていたという理由で破棄差戻判決をしている。

これらはいずれも破棄差戻判決で、はたして違法・無過失の公権的侵害に対し § 75 EinALLR を適用する趣旨か否かについては明瞭を欠くが、学説上は、これらの判決をもって無過失責任を認めた裁判例の有力な根拠とするものもみられる。しかし反面、これらの判決はいずれも適法な公権力の行使に関する場合であったとして、その見解に否定的な学説もあり、ここではいずれとも断定しがたい。

三 しかしながら、有名な一九三三年四月一日のライヒ裁判所判決は、疑いなく違法な公権力の行使に対し、§ 75 EinALLR の基本思想から国の無過失責任を正面から認めたものであった。

本判決の事実関係は次の通りである。

土地所有者である原告は、二度にわたって建築許可申請をなしたが、いずれも建築基準線法一二条一項に基づき制定せられた地区条例により拒否された。しかし裁判所の認定によれば、原告の土地に接する道路は、いわゆる旧来の「既成道路」(historische Straße)であり、判例上それに対しては建築基準法一二条一項の適用はないとされていたのであるから、本件拒否処分は違法とされた。原告の三回目の建築許可申請も、建築基準線法七条に基づき定立せら

れた計画において「空地」(Freiflächen)に指定されたという理由で拒否された。しかしそれも、空地が一般的な国民衛生的観点から利益となり、また道路や広場の造築を目的とするものでないが故に、やはり違法な処分と認定された。原告は、これらの違法な拒否処分によって蒙った損害の賠償を求めて出訴した。

ライヒ裁判所は、権限ある公務員には過失がなかったことを認め、それ故に民法八三九条、ワイマール憲法一三一条に基づく市の損害賠償責任の成立を否定したけれども、かかる場合に § 75 EinALLR の適用あることに言及し、大要次のように述べ、被告市の損失補償義務を肯定した。

「……認定された事実には、この法律の規定(§ 75 EinALLR—筆者注)を適用しようということは、その文言及び目的(Wortlaut und Zweck)から明らかとなる。§ 75 EinALLR によれば、国家は、特別な権利・利益を公共の福祉のために犠牲にするよう強要される者に対し補償を支払う義務を有する。その規定は、国家構成員の個々の権利・利益は、公共の福祉増進のための権利・利益との間に現実の衝突ある場合には、後者にゆずらねばならないとする § 74 EinALLR の規定と結びついている……。」

「原告は、警察の高権的侵害を最初は受忍せねばならなかった。これは被告の利益のために行なわれたのである。それが被告の利益になる限り、被告は § 75 EinALLR に規定された補償を支払う義務がある (RGZ 82, 81 ; 112, 98 ; 118, 26)。」しかし、公共の利益のために強要せられた権利の犠牲に基づく損失補償請求権に対しては、権限ある行政庁が侵害の際に適切な考慮を払ったかどうか……は決定的意義を有しない。§ 75 EinALLR に基づく請求権にとって本質的なことは、公共団体が警察権の行使において、公共団体の利益と被害者の特別な権利・利益との間に、現実の、あるいは思い誤りの衝突があることを理由に、後者に結果的に犠牲を強要したということの

みである。』

「§ 75 EinlALR は勿論、公共の福祉が個人の権利侵害を必要とする、それ故に侵害が公法上許容される場合に對して損失補償義務をとり入れたものである。しかし、当局により、その権限によって公共の福祉のために権利の犠牲を余儀なくされた被害者に、当局が法律上の権限に關し誤っており、しかもそれによって行なわれた措置が、国家その他の公共団体に利益をもたらした場合に、§ 75 EinlALR によって規定された補償を拒否することは不合理な結果とならう。」

判決理由中で詳細に説示されているように、この判決は、本件建築許可申請拒否処分が違法であり、かつ加害公務員に過失が存しない場合について、被告の損失補償義務を肯定するものであって、ライヒ裁判所の判例史の上で看過しえない重要な意義を有する裁判例であることは否定できない。¹⁰⁾

ただ本判決が、かかる場合について § 75 EinlALR を適用するに到る論理には明確でない点も存する。結果的に相手方に犠牲を強要したという事実にも § 75 EinlALR 適用の根拠を見出していると思われる部分もみられるが、反面、この判決が、「それ（違法な高権的侵害）が被告の利益になる限り」とか「それによって行なわれた措置が、国家その他の公共団体に利益をもたらした場合に」といった判決理由中の表現が示すように、国の損失補償義務の存否を、違法な侵害によって国等が何らかの利益を得たことに依存させている点で必ずしも明確ではない。従って、学説上も結論的にはこの判決の役割と意義を評価しつつ、個別的にはその点に批判の目が向けられていることも事実である。¹¹⁾

四 他方、理由づけは簡潔であるが、以上概観した裁判例とは逆に、違法な公権力の行使について § 75 EinlALR

を適用することに消極的な判決、あるいは明確にその適用を否認した判決も結構少なくはない。

ライヒ裁判所一九二二年一月二六日の判決は、地方公共団体によって、原告である製革業者が業務に必要な措置をとることが禁止され損失補償を請求した事案であって、直接には当該請求権の成立が争われたものであるが、

「……§ 75 EinlALR に基づく請求権においては、損害が生ずる強制は違法行為であってはならない。何故なら、強制することがまさに法律 (§ 74 EinlALR) によって許容せられ、しかもそのことが命ぜられているからである。」

と述べて、§ 75 EinlALR を違法処分¹⁶⁾に適用することについては消極的な見解を示した。

同じく一九二五年一月一三日の判決は、警察署長の徴用処分に基づいて武器と弾薬を引渡した原告が、国家に対しその損失補償を請求した事案につき、

「§ 75 EinlALR に基づく損失補償義務は、しかしながら侵害の行なわれる命令を発した行政庁あるいは公務員が、その権限をも有していたことを前提とする。というのは、それ以外の場合には、国家あるいはその他の公共団体が一九〇九年八月一日のプロイセン国家責任法の基準にのみ従って賠償すべき職権濫越があったことにならう。」

と述べ、侵害行為が当時の国家法上適法であったことを認定して、原告により補助的に主張されていた民法上の規

説 定と結びついた国家責任法上の完全な賠償を請求する損害賠償請求権を排斥した。

さらに、ラントの内務大臣が、高電圧施設の設置と運転に必要な承認を拒絶したために原告の蒙った損失につき、
収用及び § 75 EinALLR の法思想に基づく犠牲に対する損失補償が求められたが、一九三二年二月二七日の判決は、
先の判決とほぼ同趣旨のことを述べている。

一九三二年六月二五日の判決も、次のように判示して § 75 EinALLR を違法な侵害に適用することに同意していない。事案は、警察署長が原告の有する土地を住居地とするための認可を拒絶したものであるが

「§ 75 EinALLR 及びワイマール憲法一五三条二項の適用は、一定の人あるいは一定の限界づけられた人的範囲に対して向けられた国家的高権によって、第三者のために主観的権利が剥奪・制限されることを前提とする。しかし、その主観的権利の侵害においては適法な国家行為に関するものでなければならぬ。そうでなければワイマール憲法一三一条の要件が問題になるであろうが、原告は請求権をその規定の上に根拠づけようとはしていない。」

として、損失補償義務の要件として、ここでも「適法な侵害」が要求せられている。

- (1) RGZ 26, 269
- (2) JW. 1890, S. 260
- (3) RGZ 33, 233
- (4) JW. 1903, S. 252. 一九〇四
- (5) 「決定的なのは、全体の利益のために役立てようとする意図 (Tendenz) である。」(RGZ 57, 215)
- (6) 従って、これらの判決は、§ 75 EinALLR を違法・無過失の場合に適用しているのではなく、単に違法な場合に適用したにすぎ

- きない。その意味で、これらの判決を、違法・無過失の場合に § 75 EmlALR を適用した事例として引用する Schack, VA 40, S. 432 III Nr 2, 3, 5, 6. の部分はやや厳密性を欠く。
- (7) RGZ 137, 283
- (8) RGZ 139, 285
- (9) Bohlen, aO. ホーレンは「この」に一九三一年一月二四日の判決 (RGZ 134, 25)「一九三三年一月二六日の判決 (JW 1933 S. 133) 等を挙げ、これらの判決によって示された違法な公権力の行使に基づく § 75 EmlALR の請求権を、準儀性補償請求権 (Quasitaufpflerungsanspruch) と表現していることが注目される (AO, S. 2253)。
- (10) たとえば、カッセンシュタインは、判例上、建築警察は、基準線計画の公示以前に、すでに決定された計画の保全を考慮して建築申請を拒否する権限を有することが確立しているから、本文に掲げた判決はいずれも適法な建築申請の拒否処分に関するものであり、従って適法な公権力の行使に関する損失補償請求権をめぐる判決であったとする立場から、ホーレンによる判決の引用を不適切だと批判する (Katzstein, aO. S. 81)。ただし、違法説もあることは無視しえない。たとえば Stöcker, aO. S. 25。
- (11) RGZ 140, 276 など、この判決の全文は、山田準次郎「国の無過失責任の研究」五三九頁以下に、公権力の行使に対して無過失責任を認めたドイツのリーディング・ケースとして紹介されている。
- (12) シャックは本判決をもって「発展の頂点 (die Höhepunkt der Entwicklung) に達した」と評価し (Schack, Verhandlungen des 41. DJT, Bd I S. 16 Anm 46)「ホーレンも本判決の綿密かつ詳細な理由づけを持に有益である」ことを認め (Bohlen, aO. S. 2131)。
- (13) 本判決は、§ 75 EmlALR にとっては本質的な犠牲の強制があったという事実のみで足りるとする従来のライヒ裁判所の判決例 (RGZ 57, 215 : 96, 41) に対立するものであるが、本判決の理由づけはそれに言及していない (Heidenhain, aO. S. 84)。また、不当利得の法思想から国の無過失責任を根拠づけるカッセンシュタインにあっては (北大法学論集第一五巻第一号三五頁参照)、当然にこの判決の立場を基本的に妥当なものと評価しつつ、本件では具体的にいかなる利益が、国 (ここでは公共団体) にもたらされたのかの検討がなされていないことに不満の意を表している (Katzstein, aO. S. 94 f.)。
- (14) RGZ 78, 202

説

(15) RGZ 112, 95

(16) RGZ 135, 308

(17) RGZ 137, 163

論

第四款 ライヒ裁判所の立場——その意義と限界

一 こうして見てみると、ライヒ裁判所の判決の中には、一九三三年四月一日の判決にみられるように確かに違法な侵害に対して § 75 Einfallr を適用することにより損失補償を認められたものが存するとはいえ、違法な侵害か否かに關して必ずしも明確でない判決や、相互に矛盾抵触する判決がみられ、ライヒ裁判所の立場には一貫性がない。学説上は一九三三年の判決をはじめとする上述の一連の裁判例をもって、§ 75 Einfallr を違法・無過失の公権的侵害の場合に適用するという一般的な法原則が確立されたとみる見解もあるが、無過失責任を認める判決を評価しつつもその見解に対してはなお消極的な学説も少なくない。ただ、かかる法原則がライヒ裁判所の判例上確立されたかどうかの点はともかくとして、無過失責任を認める判決の存することは事実であり、しかもそれが § 75 Einfallr の基礎を為している一般的な法思想を抛り所として、すなわち、制度的には国の無過失責任の問題を主として公法上の損失補償理論の側から構成せんとする姿勢をうち出していることにおいて、ドイツの判例史上重要な意義を有するものといえよう。

二 ところで、§ 75 Einfallr の上に国の無過失責任を構成するについては、責任成立の要件や補償の範囲がこの制度によって画されることを意味する。違法・無過失の侵害に対して犠牲補償請求権を認めたライヒ裁判所の判決も、違法性を除いてこの補償理論に伴う制約を脱してはいない。この制度の建前に由来する限界は、戦後になって連邦最高裁判所の判例により除々に克服せられ、犠牲補償請求権にも新たな意味が付与されることになるが、ボン基本

法下における判例理論を検討するに先立ち、ここでこの点を若干明らかにしておく必要がある。

三 ライヒ裁判所は、犠牲補償請求権を、加害公務員の過失ある (schuldhaft) 行為においては認めない立場を堅持している。たとえば、前出一九二六年四月二十九日の判決が国家的高権に基づく適法・違法の侵害に対する国の損失補償義務を肯定しつつ、それを「国家機関の過失なしに (ohne Verschulden der Staatsorgane) 公益上個人に加害する侵害」に限定し、また違法な侵害を損失補償義務ある要件に含めることを明確に肯定した前出一九三三年四月一日の判決が、事実をまず職務義務違反の観点の下で審査し、過失がなかったことの故をもって職務責任の成立を否定した後犠牲補償請求権の成否を問題にしていることからその趣旨が窺われる。

そのことは、ライヒ裁判所が犠牲補償請求権を本質的には不法行為責任の制度としての性格を有する職務責任に基づく損害賠償請求権とは異なったものとみているためであり、その限りでは、一九五二年以降、違法・有過失の侵害に対しても損失補償を承認した連邦最高裁判所の立場とは逆に、両請求権の競合的成立の可能性は全く考慮されていない。

学説は、両請求権の競合がその性質上不可能であるとする見解⁽⁵⁾、あるいはその必要性がないとする見解等⁽⁶⁾、この点に関しては概ねライヒ裁判所の見解に好意的であったといえる⁽⁷⁾。

四 ライヒ裁判所の判決で次に注目すべきことは、それが § 75 EinlAR に基づく犠牲補償請求権を財産権の侵害の場合にのみ適用してきた点である⁽⁸⁾。従って、生命・健康等の財産権以外の身体的権利侵害に対しては、犠牲補償請求権は認められてはいなかった。

それに関する代表的なケースは、ライヒ種痘法 (Rimpfgesetz v. 8. 4. 1874) によって命ぜられた種痘の接種の結果、関係者の過失なくして被接種者に重大な健康上の損害が生じ、それに対する損害賠償請求権が提起された一九

三七年一月一六日のライヒ裁判所決定である。⁽⁹⁾ライヒ裁判所はその中で、一八三一年二月四日の「プロイセン内閣命令」⁽¹⁰⁾の趣旨を踏まえて、予防接種が固有の意味の行政行為によってではなく、直接強制的な法律上の規定に基づいて行なわれるものであること、行政行為によって行なわれたとした場合でも、§ 75 EinlARの適用領域は財産権侵害の場合に限定されなければならないことを理由に、身体又は健康上の毀損による損害に対しては § 75 EinlARの適用ないし準用の余地のないことを明らかにした。⁽¹¹⁾

しかし、ライヒ裁判所のこのような態度は、後に学説上の厳しい批判を受けるところとなり、一九五〇年代に至ってようやく裁判所も見解を改め、連邦最高裁判所は一貫して身体上の損害をも犠牲補償請求権の下に含めている。⁽¹²⁾違法・無過失の公権的侵害に対する財産的損失を「取用類似の侵害」の法理が全面的にカバーすることになってからは、むしろ犠牲補償請求権は、専らこの法理によって包摂されえないこの種の身体傷害の場合にのみ認められるのが実情だといえる。

五 適法な侵害の場合と同様に、違法・無過失の侵害を § 75 EinlAR ないしそれに対応する法思想の下に置くとしても、そこでの損害補填は被害者が公益のために受忍せねばならない財産権の制限に対する相对概念としてあらわれる。しかし、そこで支払われるべき損失補償の範囲如何が問題とならざるを得ない。というのは、§ 75 EinlAR の上に根拠づけられた損失補償請求権を一種の「損害賠償請求権」(Schadensersatz)としてみるのか、あるいは単に蒙った損害の調整 (Ausgleich) を求める請求権としてみるのかによって、そこで支払われるべき補償の額が異なってくるからである。⁽¹³⁾すなわち、前者であれば、損失補償は「得べかりし利益 (entgangener Gewinn)」(BGB 二五二条) を含むことになり(完全な補償 volle Entschädigung)、後者であれば、要求せられた時点で負担せねばならないもののみ、それ故に特別の権利・利益を放棄することによって現在の財産状態に生じた損失・不利益のみを含む

む(相当な補償 *angemessene Entschädigung*) となる。

この点は、財産権侵害の事実と「犠牲」の強要の事実のいずれを強調するかにより異なった結論に到達し、従って学説も分かれるところであったが、ライヒ裁判所は永らくこの問題に対する立場を明らかにしてはこなかった。ただ、判例上はつきりしていたことといえ、§ 75 EInALR に基づく補償請求権が国家の側に生じた利得の返還請求権と同一であるという思想ないし § 75 EInALR およびそれに先行する § 74 EInALR の「共同体の利益」[*Wohl des gemeinen Wesens, gemeinschaftliches Wohl*] の文言にひきづられて、国家が何か得たものに対してその等価物 (*Gegenwert*) を与えるべきだとする思想は、必ずしもライヒ裁判所の判例を形成するものではなかったということである。

この損失補償の範囲の問題について態度決定を迫られた一九三三年四月一日のライヒ裁判所の判決は、次のように述べそれに対する一応の終止符を打った。

「……職務責任の訴えと犠牲補償請求権の間には本質的な相違がある。前者にあっては、第三者に対して有する職務義務違反の故意又は過失ある侵害、それ故に有責・違法の行為が、それが国家あるいは公共団体に利益をもたらしたか否かを考慮することなしに、完全な損害賠償を義務づける請求権の法的基礎をなし、一方、犠牲補償請求権は、相手方が当局によって公共の利益のために私権を放棄し、あるいは行使しないよう強要されたということにその法的根拠を有する。それは犠牲に供されたものに対する補償である……。それ故に、当局の命令によって犠牲に供されなければならないものに対する価値賠償 (*Wertersatz*) のみが支払われるのである。得べかりし利益をも含めた完全な賠償が支払われねばならないとする *Kammergericht* の見解は、過失がなくても、過失ある職務義務

違反の場合と同じ方法で、かつ同じ額で賠償されねばならないという維持しえない結果となるであろう。実際には賠償の義務はそれ以上に達するであろう。というのは、犠牲賠償請求権においては、損害の発生に対する権利者の共同責任 (Mitverschulden) を援用することができないからである。」

この判決は、Kammergericht が完全な賠償を認めている判決として引用する一九二一年九月二八日のライヒ裁判所判決を、事柄の性質上賠償すべき価値の喪失が得べかりし利益をもその中に含んでいる「特別な場合」に関するものとして評価し、また、ライヒ裁判所がかかる結論に到達した根拠として、犠牲賠償請求権が成立史的には本来の損害賠償請求権ではなく公法上の請求権であることを強調し、さらに、所有物を BGB 九〇三条に従って所有権者自ら意思により自由に処分する権限が第三者のために制限せられた場合に対し、相当な賠償として価値賠償のみが問題とされたライヒ裁判所の一連の判決を引用している。

結局この判決が損失賠償の範囲に関する解答を与え、以来、基本法下における同一の問題に関しても判例・学説上の対立は存しない。

(1) 特にシャックは、ライヒ裁判所は § 75 EInlAR から、違法・無過失の侵害に対する損失賠償の一般的な法原則を樹立してきてきたとみる (Schack, VA 40, S. 426, 427)。

(2) Stöcker, aaO, S. 44 f. Bachof, aaO, S. 121, 124, なおハイデンハインは「ライヒ裁判所の判決は、半世紀にわたって激しく動揺しており、何ら輪郭の明確な結論に到達していない。ライヒ裁判所が § 75 EInlAR を違法な侵害に適用することを肯定し、あるいは適用しなかった理由づけは簡潔で統一性に欠け、しばしば矛盾すらしている」(Heidenhain, aaO, S. 84) と述べている。

(3) RGZ 113, 306

- (4) 一九五二年一月一六日の連邦最高裁判所判決 (BGHZ 7, 296) は、違法・有過失の侵害行為に損失補償請求権を認め、職務責任との競合的成立の可能性を示した。更に、BGHZ 13, 88; BGHZ 32, 208
- (5) たとえばシャックは、ライヒ裁判所のように、犠牲補償請求権の中にその本質上不法行為上の損害賠償請求権とは全く異なった損失補償請求権をみることでできるとすれば、それを、違法・無過失の) 間隙的部分を満たすためにひきあいに出すことは不可能であると述べて (Schack, VA 40, S. 449)、「ライヒ裁判所の立場を評価している。
- (6) クレフトは、このように違法・有過失の侵害にも犠牲補償請求権を拡張することは「もはや是認しえない方法で実定法の基盤から離反してしまっており」、もしそれが認められるならば、「無過失の職務義務違反による加害にも国の損害賠償義務を肯定せざるを得なくなる」と批判し、両請求権の競合を認めない場合に生ずる損害賠償請求における過失の立証の困難性は訴訟技術によって相当程度緩和されるから、「私的権利の高権的侵害によって不平等に扱われる者の権利保護は、有責・違法の侵害に犠牲の要件を拡張することなしにも完全である」と主張する (Kreft, D&V 1955, S. 519)
- (7) 恐らくポールファルトのみが例外であろう。彼は、§ 75 EinlAR を「適法な侵害および無過失・違法の侵害の場合にその適用を限定するのは狭すぎるとみなし、それを、職務責任の規定の文言上被害者が賠償を請求することができない有過失・違法の加害の場合にまで拡張すべきことを主張していた (Wohlhart, Das Herrschaftsgebiet des § 75 Einleitung zum Allgemeinen Landrecht, JurRdsch. 35, S. 79 ff.)」。
- (8) Bachof, aAO, S. 123, Forsthoft, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1 9. Aufl. S. 327, 328
- (9) RGZ 156, 305
- (10) 「プロイセン内閣命令」の内容等については、前述第四節を参照。
- (11) ドイツにおいてかかる注射傷害事件を、適法行為による犠牲補償の問題としてみるか、違法無過失の侵害に対する責任の問題としてみるか、また危険責任の問題として把握するかは争いのあったところで、それに関しては、山田準次郎「国の無過失責任の研究」一七三頁以下に詳細に紹介されている。
- (12) 特に Weber は、この一九三七年一月一六日の判決評釈の中で、このように財産権侵害の場合にのみ犠牲補償請求権を限定することは、§ 75 EinlAR の文言上も、一八三一年の内閣命令でもその手がかりを見出し得ないとして判決の立場には反対の立場をとった (Weber, ZAKDA 1938, S. 135)。

- (13) 一九五〇年六月八・九日西部ベルリン高等裁判所は、注射傷害に対して犠牲補償を認め (StZ 1950 S. 819) について一九五一年一月二五日シュレースヴィヒ高等マント裁判所も同じく身体傷害に対して § 75 EimALR を適用した (NJW 1951 S. 605)。
- (14) BGHZ 7, 331; BGHZ 9, 83; BGHZ 18, 286; BG HZ 24, 45; BGHZ 25, 238
- (15) Schack, VA 44, S. 441, なら § 75 EimALR に基づく補償請求権を損害賠償請求権とみるか否かによって、補償額の範囲の問題の他にも、請求権が BGB 八五二条による短期消滅時効にかかるとか、あるいは BGB 一九五条による三〇年の消滅時効にかかるとか、の問題とも関連してくる。
- (16) 得べかりし利益をも含めた完全な損害の賠償を主張する見解としては、Fleischmann in Egers Eisenbahnrchtl. Entsch. 21, 313 ff. Friedrichs, PVR. (1) S. 55, Koelne, ArchBR 13, 570 等。しかことのほとんとは、単純に BGB 一二五二条「賠償せよ」と損害は得べかりし利益をもつれたに包含す」の規定を引用するのみである。相当補償説としては、Otto Mayer, Verwaltungsrecht I S. 355, Anschütz, VA 5 S. 127
- (17) 認めうる限りでは、一九一九年十一月二十六日の判決 (RGZ 126, 361) が、§ 75 EimALR とワイマル憲法一五三条の法思想とは同一であり、特に両規定上相手方は完全な損害の回復を請求しえず、受けた侵害に対する相当な補償に限定されるとする原審の見解に従い、簡潔ではあるが、§ 75 EimALR が単に「調整請求権」(Ausgleichsanspruch) のみを認めるものであることを明確にしたことである。
- (18) この思想に関しては、拙稿「ドイツにおける国の無過失責任論」(北大法学論集二五卷一三頁以下) 参照。
- (19) RGZ 122, 302, なら RGZ 140, 276 にまつれた似た響きはあ。
- (20) RGZ 140, S. 285
- (21) RGZ 102, 391
- (22) RGZ 112, 183; RGZ 114, 185; BGZ 116, 274
- (23) RGZ 140, 289 f.