

ドイツにおける国の無過失責任論 (三)

秋 山 義 昭

目 次

| | |
|-------------------------------|--|
| 序 | |
| 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) ワイマール憲法一五三条と § 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 | |

第二五卷三号

第二章 ボン基本法下における判例理論の確立

第一節 「収用類似の侵害」概念の形成

第一款 序説

第二款 判例理論の展開

第二節 「収用類似の侵害」の内容

第一款 要件(以上本号)

第三章 わが国法上の問題点

第二章 ボン基本法における判例理論の確立

第一節 「収用類似の侵害」概念の形成

第一款 序説

一 ワイマール憲法下で経験した収用概念の拡張は、ボン基本法一四条の下においてもひきつがれ、その一層の徹底がはかられた。すなわち、連邦最高裁判所の解釈によれば、収用(収用的侵害)とは、概念的には、「財産権あるはその他の財産的価値ある権利に対する法律上許された、それ故に適法な、公権的強制的侵害であって、相手方にとって他の者と比較して不平等に行なわれ、特別な、他の者には要求されない公共に対する犠牲を強要する」ものである。⁽¹⁾従って、意図された侵害であるかどうか、法律によって行なわれるか個別の行政処分によって行なわれるかを問わず、相手方に「特別の犠牲」を課する、財産権として保護された権利の適法な公権的侵害は基本法一四条にいう「収用」であり、その場合にのみ、収用は損失補償の支払いを含めた効果を生ずることになる。

他方、ボン基本法三四条にひきつがれた職務責任は、一般的な注意義務の拡大、⁽²⁾第三者に対する職務義務の要件の拡張解釈、さらには、基本法三四条とドイツ民法八三九条との解釈的分離等⁽³⁾によって、公務員の不法行為責任における過失原理が相当程度無過失責任のそれに近づいてきているとはいえ、なお、ドイツ民法八三九条を前提とした

過失責任主義に立脚していることには変りがない。

二 従って、違法・無過失の侵害に対する損失補償の分野をカバーする実定法上の基礎を欠くことは、制度の建前の上では、特別の立法を別とすれば、ボン基本法の下に置いても基本的には変りがない。

しかしながら、違法・無過失の侵害に対して補償を認める途をひらいたのは、連邦最高裁判所の判例であった。ワイマール憲法下において、ライヒ裁判所は、この分野に対し、§ 75 EUNALR の法思想を依り拠として犠牲思想に基づく損失補償請求権を認める判決を下したのであるが、連邦最高裁判所は、むしろこの問題を基本法一四条の下で把握し、収用理論によって損失補償を肯定するにいたった。なかでも、財産権として保護された法的地位に対する違法な侵害を、損失補償の観点からは適法な収用的侵害と等しいとみなした一九五二年六月一〇日の連邦最高裁決定⁽⁵⁾、犠牲補償請求権に関し、法律に基づく侵害においても犠牲が要求される限り補償を認め、また身体傷害についてもそれを肯定して従米のライヒ裁判所の判例を放棄した同一九五三年二月一九日の判決⁽⁶⁾、過失ある違法な財産権の侵害に対しても収用の原則に従って判断される損失補償請求権を認めた同一九五四年四月一二日の決定等は、いずれも、違法・無過失の侵害に対する国の損失補償義務の問題を、ライヒ裁判所とは異なる観点の下に包摂しようとする段階的時期を画するものであった。

三 確かに、違法な公権的侵害をも、基本法一四条にいう「収用」に準じたもの—収用類似の侵害 (enteignungs-gleicher Eingriff) —として扱う最高裁判所の判例は、損失補償体系にとっては大きな貢献をしたものといえる。今日、いかなる財産的侵害も、適法であるか違法であるかを問わず、基本法一四条によって判断される。財産権の社会的義務の具体化とはみなされない公権力による全ての財産的侵害は、いわば広義の「収用」であり、従って基本法一四条の規定するところにより損失補償義務を生じさせる。その限りで国家補償の体系は、大別して、(1) 公用収用に

基づく損失補償、(2)違法・無過失の侵害に対する補償、(3)職務責任に基づく損害賠償、に分類せられ、(2)の部分を含めるための一般的な損失補償法理として、「収用類似の侵害」概念を判例上うちたてた連邦最高裁判所の功績は少なかつたといわなければならない。⁹⁾

四 そして、かかる法状態の下にあっては、損失補償にとって主として論ずべき問題は、一は財産権の概念、すなわち、いかなる法的地位が基本法一四条の意味における財産権であるといえるのか、いかえれば、財産権として保護される法的地位の限界如何の問題であり、¹⁰⁾二は、収用と財産権の社会的拘束の区別、すなわち、社会的義務の見地から許容される補償を要しない財産権の拘束(基本法一四条二項)と損失補償請求権を生じさせる収用要件の境界線をどこにひくかの問題にしぼられることとなった。¹¹⁾

しかし反面、前述の最高裁判所の判例の展開は、国家補償法体系の上にあつた問題を投げかけるにいたつた。

第一は、犠牲補償請求権の客観的な領域の問題である。従来の伝統的な補償制度であるところの、§ 75 EinlALRに由来する犠牲補償請求権は、ライヒ裁判所の判決によってその適用範囲が拡張せられ、公権力による違法無過失の侵害に対する救済の思想的・理論的基礎とされてきたことは先に見てきた通りであるが、連邦最高裁判所の判例の展開は、犠牲補償請求権の主たる適用の場をも、収用の法思想の中に吸収・同化してしまつた。確かに、犠牲の法思想は、その内容上・本質上、収用の法思想と重複しあうものであり、その限りでは両者はほとんど同一であるといつてよい。しかし、学説の多くは、犠牲の法思想に、今日もなお、国家に対する損失補償請求権の規範的な基礎を与え、それに、法適用上の直接的・実際の意義を認めようとしているし、連邦最高裁判所の判例は、前述のように、§ 75 EinlALRを慣習法上全連邦領域でなおも通用しうるものとした上で、¹²⁾一八三一年の内閣命令によって行なわれた縮小化を解除し、非財産的な権利、特に身体的な完全と自由に対する侵害に犠牲補償請求権を肯定するにいたつた。そ

ここで、基本法の体系の下でもなお、この犠牲補償請求権がいかなる存在意義と客観的な適用範囲を有するのかを、犠牲要件と収用要件の関連の中で理論的に明らかにすることが必要となる。

第二は、収用ないし収用類似の侵害に基づく損失補償と職務責任との関係の問題である。殊に、一九五二年一〇月一六日の連邦最高裁判決¹⁴⁾が、違法・無過失の公権的侵害の場合のみならず、違法・有責の公権的侵害の場合にも収用類似の侵害に基づく損失補償請求権を認め、同一九五四年四月一二日判決¹⁵⁾が、その立場を確認するとともに、かかる場合において、基本法三四条による損害賠償請求権との競合的成立を認めるにいたって、この問題はにわか活発に論じられるようになった。違法な侵害をも、「収用類似の侵害」の概念によって包括し、損失補償を肯定する裁判所の立場は、学説上かなりの賛成を得て迎え入れられたのであるが、判例がそれを一步踏みこえ、過失ある侵害にも損失補償を認めるに及んでは、さすがに、損害賠償と損失補償の伝統的な国家補償体系を根底からつきくずし、実定法の基盤から大きく離反するとする批判の声も少なくない。従って、このような判例の傾向と学説上の批判的見解を、基本法の国家補償体系の中でいかに評価すべきかの問題を、つぎに検討する必要があるように思われる。

五 以上のような連邦最高裁判所の判例理論の展開を踏まえ、第二章では、そこで生起するにいたった問題点をおさえつつ、「収用類似の侵害」の概念と法的性格、犠牲要件との関連、収用ないし収用類似の侵害に基づく損失補償と職務責任との関係、そして更に、基本法下における国家補償体系のあり方について考察を加えることにしたい。

(一) Kröner, Begriffe und Grundprobleme der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Eigentumsgarantie, DVBl 1969 S. 157., BGHZ 6, 270; BGHZ 13, 265/316; BGHZ 15, 268; BGHZ 27, 15.

(二) 西塾章「ドイツにおける公権力の無過失違法侵害行為に対する損失補償の展開」(東邦大学教養紀要第五号 五五頁以下)は、無過失・違法の公権的侵害に対する損失補償法理の拡張に対し、基本法三四条の解釈論として民法八三九条との結合を否定する

説論

ライオンナー (Leisner, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Heft. 20, S. 185 ff.) の所説を紹介しよう。

- (3) Reinhardt, Verh. d. 41. dt. Juristentages, Bd. 1 S. 233f.
- (4) ただし、国の無過失賠償責任を認める若干のラント法は存する。たとえば、ノルドライン・ヴェストファーレンの Ordnungsbehörden (J. d. F. v. 28. 10. 1969) 四一条の「何人も警察の措置によつて受けた損害は、警察に過失があるなしにかかわらず、それが違法な措置によるものである時は賠償される。」と定め、また、Polizeigesetz (V. 28. 10. 1969) 三九条も同趣旨の規定を置いている。
- (5) RGZ 140, 276. なお拙稿「ライオンにおける国の無過失責任論」(北大法律論集二五卷三号八四頁)参照。
- (6) BGHZ 6, 270
- (7) BGHZ 9, 83
- (8) BGHZ 13, 88
- (9) 行政法教科書における國家補償の体系的説明にあつては、ほほこの分類に従い、それぞれの國家補償制度が様々な法技術によつて構成されていることを前提として、その相互関係を明らかにすることを努めようである。たとえば、Forsthoff, Verwaltungsrecht, 1～5 Aufl. 以下 §16 ; Die Staatshaftung, § 17 ; Die Entschädigung für rechtsmäßige Eingriffe, § 18 ; schuldl. rechtswidrige Eingriffe, 以下 6 Aufl. 以下 §17 ; Enteignung und Aufopferung 以下 1 章 4 回 4 節 4 級以下の基本的には変わりがない。Wolf, Verwaltungsrecht, §§ 61, 62 ; Entschädigung für rechtsmäßige Eingriffe, § 63-65 ; Haftung für schuldhaft-rechtswidrige Eingriffe, § 66 ; Haftung für schuldl.-rechtswidrige Eingriffe, Turegg-Kraus, Verwaltungsrecht, 10 kapitel, Ziffer 2 ; Ersatzleistungen für rechtmäßiges hoheitliches Handeln, Ziffer 3 ; Entschädigung für schuldl. rechswidriges hoheitliches Handeln, Ziffer 4 ; Entschädigung für schuldhaft rechswidriges hoheitliches Handeln, 以下 Schnack, Verh. des 41. dt. Juristentages, Bd. 1. 1. Halbbd. S. 9 ff. Betermann, GR III/2 S. 779 ff, Bechhof, Vornahmekegale, S. 117 f. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II S. 34. 37f. 等参照。
- (10) 以下 Kröner, Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, DRiZ 1961 S. 10 ff. S. 38 ff. S. 75 ff.

- (11) たとえば、Leisner, Sozialbindung des Eigentums.
- (12) BGHZ 6,270 ; BGHZ 9,83/86 ; BGHZ 11,248/249
- (13) BGHZ 7,296
- (14) BGHZ 13,88

第二款 判例理論の展開

(1) 最初の概念定立—BGHZ 6,270—

一 連邦最高裁判所がはじめて「収用類似の侵害」(enteignungsgleicher Eingriff⁽¹⁾)の概念を用いて、伝統的な国家補償の体系では包括しえない違法・無過失の公権的侵害に対して損失補償請求権を認めたのは、一九五二年六月一日の決定⁽²⁾である。

本決定の事実関係は次の通りである。

a 原告の所有に属する住宅に、違法に賃借人が割りあてられたが、住宅は行政裁判所による割りあて処分取消まで空き屋の状態であった。そこで原告は、その間に蒙った家賃の欠損分の補填を求めた。

b 原告に属する住宅に賃借人が割りあてられたが、その賃借人に支払能力がなかったので、蒙った賃料不足分の補償を求めた。

c 原告によって賃借されていたがまだ引越をしていなかった住宅に、他の賃借人が違法に割りあてられた。そのために原告は家族とわかれて生活せざるを得なくなり、世帯を分離したがために蒙った失費の補償を請求した。

以上三つの事実関係について、連邦最高裁判所は次の原則を述べた。

「……個人の権利領域に対する国家権力の違法な侵害行為は、もしもその侵害行為が法律上許される場合には、

その内容上及び効果上収用とみなされるであろう場合、および、それが実際上の効果において、相手方に特別の犠牲を課した場合には、収用と同様に取り扱わなければならない。ワイマール憲法一五三条、基本法一四条において、収用の要件を国家の適法な侵害に限定しているのは、その意義によれば、そのような侵害が許される前提の制限であって、決して損失補償請求権の承認を制限するものではない。損失補償請求権を承認する決定的な基本思想は、効果において、相手方にとって収用と等置されるような違法な国家的侵害においては、少なくとも、適法な、それ故に法律上許された収用と同じ程度に認められる。その限りで、ライヒ裁判所が、§ 75 FinalLRを違法な侵害の場合に準用する必要性を説き、同じく、収用的性格を有する違法な侵害の場合に、ワイマール憲法一五三条、基本法一四条を準用する必要性をも根拠づけることになる…… RGZ 140, 276 (383) の説得力ある説明を引用することができる……」

二 戦後の国家補償理論にとって決定的な第一歩を踏み出したこの連邦最高裁判所決定の背後には次のような考慮が働いているとみてよい。すなわち、有過失・違法な行為は損害賠償請求権を根拠づけ、従ってそこでは収用ないし収用類似の侵害は本来問題にならない。一方、適法な侵害のみが収用とみなされるのであるから、無過失・違法な行為は収用ではない。違法な行為は、行政裁判手続で取消を求めることができるのは当然であるが、そのみでは、蒙った損害までが常に除去されるわけではない。しかし、無過失・違法の行為によって損害が生じた場合に、損失補償を拒絶することは、平等原則および基本法一四条三項の基本思想³⁾—それらは共に特別な損害の調整を保障するものである—に反することになる。従って、何らかの法類推の助けを借りて、国の損失補償義務が肯定されねばならない。

そして、本決定の表現によれば、「収用類似の侵害」は、「適法な場合には、収用とみなされるであろう」ような、

従って、「その効果において、相手方にとって収用と等置される」ような違法な侵害であって、これらの要件が満足される限り、収用的侵害の場合に準じて損失補償が与えられなければならない、というものである。

この決定の論理は、いかえれば、「収用類似の侵害」が、侵害の「違法性」(Rechtswidrigkeit)の点を除いて、公用収用において要求せられるその他の要件―財産的価値ある権利の直接的な侵害、特別の犠牲の賦課、意図された侵害―を全て充足していることを要求している。すなわち、ここでは、収用と「収用類似の侵害」は、形式的に侵害の「違法性」のみによって区別され、その他の収用上の要件が満たされていることをもって、連邦最高裁判所は、収用との類似性を認め、基本法一四条三項を準用すべきことを承認したのである。

三 ライヒ裁判所は、すでに一九三三年四月一日の判決で、違法・無過失の侵害に対して、§ 75 EinlARを準用ないしその法思想を抛りどころとして損失補償請求権を認めるべきことを強調したが、本決定は、この問題を犠牲補償請求権の下で扱うことをせず、むしろ基本法一四条の公用収用理論によって構成しようとした点で、ライヒ裁判所の判決とは趣を異にする⁽⁵⁾。しかし、基本法一四条の損失補償の法理を拡張し、適法な侵害に基づく損失補償を「収用類似の侵害」概念の形成によって違法な侵害にも転用しようと試みたこの決定は、国家補償体系上の「間隙」とされてきた国の無過失責任の領域に憲法上の手掛りを提供したものととして、その功績は高く評価されてよいであろう。学説上も、本決定の論理に同調するものが多くみられる⁽⁶⁾。

(2) 有責・違法の侵害への拡張―BGHZ 7, 296 : 13, 88―

一 連邦最高裁判所は、その後間もなく、一九五二年六月一〇日の決定で確立された収用類似の侵害に基づく損失補償を、有過失・違法の侵害に拡張するにいたった。

住宅が割りあてられた原告が引越をする以前に、被告(町長)が別の第三者にその住宅を割りあて、その職務義務

に違反する違法な住宅の割りあてによって、原告が世帯を別にすることにより生じた損害の補償を求めて出訴した事案について、一九五二年一月一六日の連邦最高裁判所判決は、原告の請求を認容して次のように判示した。

「……公共団体の公務員の有責・違法の行為に対しては、相手方に対し、職務義務違反の観点から、常に完全な損害賠償の義務が課されている。それ故に、賃借権に対する有責・違法の侵害がある場合には、相手方はそれに対して賠償の支払いを求めうることは疑いない。この疑いは、侵害が確かに違法ではあったが、過失がなかった時のみ生じうる。それは、民事大法廷の決定によって、違法であるが無過失の公権力による侵害が相手方の利益になるよう決定され、大法廷の決定の意義もここにある。しかし、すでに、無過失のそのような侵害によって損害を蒙った者が、取用の原則に従って損失補償請求権を有するのであれば、侵害が違法であったにとどまらず、有過失であった時には、そのことはますます (erst-recht) 妥当しなくてはならない……」⁽⁹⁾

連邦最高裁判所がここで採用した論理は、少くとも、無過失・違法の侵害がすでに基本法一四条三項によって補償されるのであれば、そのことは同種の過失ある侵害に対しては、「ますます」(erst recht) 妥当しなければならぬ (= „Erst-Recht-Ableitung“, „erst-recht-Logik“) というものであり、その前提の上に立って、取用類似の侵害のカテゴリを、無過失の場合のみならず、有過失・違法の侵害にまで拡張したのであった。

二 この判決は、損失補償の範囲を拡大するものとしてその後の最高裁判決をリードし、学界にも判決の趣旨に賛成するものが少くなかったが、これを契機として、公務員の過失に依拠した職務責任(基本法三四条、ドイツ民法八三九条)との接近現象がにわかに意識されるにいたった。つまり、表面的には、相互にかなりの距離を置いていると思われていた基本法一四条と三四条とは、この段階になって重複しあい、その結果、ただちに、一方が他方をとりこんでしまうことができる程に一方の引力が強力なのかどうか、あるいは、一方が他方を押しつけてしまう状態にある

のかどうか、あるいは、両者が全く並存した状態にあるのかどうか、といった問題が提起されることとなった。

三 ひき続いて、一九五二年一〇月一六日の最高裁判決の立場を確認し、そこでペンディングにされていた取用類似の侵害に基づく損失補償請求とドイツ民法八三九条に基づく職務責任との関係について詳細な理由づけにより態度を明確にしたのは、一九五四年四月一二日の連邦最高裁判所決定である。⁽¹⁵⁾

戦争によって、原告の所有する倉庫の屋根と天井とが火災にあい、その建物は、被告公共団体の命令に基づいて基礎を含めて取り壊された。しかし、まだ使用にたえ得る建材も取り除かれ、それがラントのために使われた。原告は、このような事実関係につき、再建可能な建物の破壊が法律の根拠なくして行なわれたという理由で被告に対し損害賠償を請求したが、連邦最高裁判所は、職務責任に基づく損害賠償請求権の他に、取用類似の侵害に基づく損失補償請求権の成立する余地を認めて、決定中で次のように述べた。

「取用類似の侵害が同時に有責の職務義務違反である場合には、取用法に従って判断すべき損失補償請求権の請求権基礎は、職務義務違反を理由とする損害賠償請求権の基礎となつてゐる法規によつて排除されることはない。損失補償請求権は、損害賠償請求権に対して、その順位において特別的地位 (Spezialität) にも従属的地位 (Subsidiarität) にも立つものではない。a 職務責任の規定と結びついた民法八三九条は、損失補償請求権の基礎になつてゐる規定に対して特別法と認めることはできない。何故なら、それは全く異なつた法領域に属し、有責の職務義務違反の事実が、同時に必ずしも取用類似の要件を満たすものではないからである。……b しかし法律の従属性または請求権の従属性は排斥されなければならない。一つの具体的な生活現象が複数の法規範の抽象的な構成要件のメルクマールを満足し、そしてその際、一つの法規範が請求権の基礎を直接構成するか類推に基づいて構成するか問題ではない場合には、原則として、統一的な要件に結びつけられた全ての法的な効果は同列に並存していると

いうことから出発しなければならぬ。こうすることによって複数の同一の目的に向けられた請求権が生ずる場合には、それは請求権の競合 (Anspruchskonkurrenz) といわれる……」⁽¹⁶⁾

四 連邦最高裁判所は、右に引用したところからも明らかなように、まず、職務義務違反の要件は必ずしも常に全ての場合に収用類似の侵害の要件を包摂するものではなく、後者も必ずしも常に前者を包摂するものではない—それ故に決して一方が他方によって吸収せられてしまうことはない (Spezialität の問題) こと、そして更に、両請求権が重複しあう限り、一方あるいは他方の請求権が背後に退かなければならないとする明示的・默示的な法律上の要請はな (Subsidiarität の問題) ことを前提にして、両請求権の並存とそれらの同列性を承認したのである。しかる後に、当然生ずるであろうドイツ民法八三九条一項二段との関連に関して、最高裁は、両請求権がそれぞれ異なった法領域に属するものであることを前提にして、職務義務違反に基づき損害賠償を請求される公法上の団体は、被害者に対して、民法八三九条一項二段による「他の方法による賠償請求の可能性」として、収用類似の侵害に基づく損失補償請求権を援用することができない旨を宣言した。⁽¹⁸⁾ ここにおいて、違法な行為においては損害補填の根拠として職務責任のみが問題になりうるという理解は完全に退けられ、収用類似の侵害は独立した請求権の基礎として、民法八三九条に基づく責任と対置せられることとなった。

五 本決定が先の BGHZ 7, 296 の立場を確認し、収用類似の侵害を違法・有過失の侵害にも拡張する一つの論理的基盤を為していたのは、「相手方の犠牲状態の同一性」であった。すなわち、「個人の権利領域に対する公権力の適法な侵害と違法な侵害とを損失補償法上同視せざるを得ないという基本思想を支えているのは、両侵害が相手方に対して全く同様に特別の犠牲を課する⁽¹⁸⁾」ということであり、損失補償請求権を認めるにつき決定的となる基本思想—特別の犠牲の賦課—が、「効果の点で、相手方にとって収用と同等である違法な国家的侵害において、少くとも適法

な侵害の場合と同程度に認められるとすれば²⁰⁾、その場合には、特別の犠牲説を違法な侵害に転用することが可能であるし必要でもある、とみているのである。しかも本決定の見解によれば、「侵害の違法性に、行為する公務員の過失が加わったからといって、相手方のこの犠牲状態には何の変わりもない」²¹⁾。従って本件においても、最高裁は、この論理に立脚して、建物の違法あるいは適法な取り壊しは、相手方に「全く同様に」犠牲を課するものであって、その際、適法な取り壊しが特別の犠牲であるとするならば、違法・適法な取り壊しの相手方の利益状態は同一なのであるから、違法な取り壊しもやはり特別の犠牲である、という帰結に到達している。²²⁾

本決定が先の結論に達したいま一つの論拠としてあげているのは、一九世紀においてすでにみられる公権力に対する市民の服従義務である。この点について決定は次のように述べている。

「……決定的なことは、公権的な行為に対する権限を全体の利益からひき出す国家は、個人に対して公権力の有責違法な侵害にあっても、私法的な平等の立場ではなく公権的な強制権を持って対立しているということである。市民の側に私権の防禦の可能性なしに、この公権的行為を違法な場合にも受忍せざるを得ない市民から、国家の機関に過失があるという理由のみで、取用あるいは犠牲の法思想に基づく損失補償請求権を排除することは不合理であろう。違法性あるいは過失が犠牲あるいは取用の要件に属しないということは、これらの、不法行為上の損害賠償請求権にとってのみ本質的なメルクマールが、いかなる不法行為の要素もない取用あるいは犠牲法上の損失補償請求権の発生を排斥することはできない。けだし、この損失補償請求の基礎になっている法思想は、被害者に対して有責・違法の公権的行為によって特別の犠牲が強要せられた場合にも同様に適合するからである」²³⁾

犠牲状態と並んで、最高裁は、右に引用したように、行政行為を受忍すべき市民の服従義務を基礎にして、この服従義務に基づく加害の結果に対する国の賠償責任を導く糸口としたのである。

六 両請求権の競合的成立を認めた本決定の背後には、以上のような論理的基盤と並んで、次のような実際上の考慮が働いていたことも見のがすことはできない。

有責・違法の公権力による侵害に基づく被害者は、得べかりし利益を含めた完全な賠償に向けられた職務責任訴訟を起こすのが通常であって、蒙った損失の調整のみに向けられた損失補償請求権を主張することはまずないであろう。しかし、もし収用類似の侵害に基づく請求権が職務責任に基づく請求権の成立する場合に認められないとすれば、被害者はそのために訴訟上不利な状態に置かれることになる。すなわち、職務責任訴訟における公務員の過失の立証はしばしば困難である。²⁵⁾ 過失の存在が疑わしい場合はなおさらのことである。それに対して、損失補償請求権の主張の方が被害者にとっては有利なことも考えられる。たとえば、損失補償請求権の主張においては公務員の過失を要せず、損失補償請求権は、職務責任請求権が三年間の短期消滅時効にかかるのに対して、ドイツ民法一九五条の法思想により三〇年の消滅時効にかかり、²⁶⁾ さらにドイツ民法八三九条一項二段の規定は損失補償請求権に準用されないから、「他の方法による賠償請求」の可能性の生ずる余地はない。従って、被害者が相当の補償に満足する限り、過失ある公務員の行為が、同時に収用類似の侵害をも満たすかどうかを確定する方が、結果的に被害者の訴訟負担を軽減する意味において被害者に有利に働らくことになるのである。²⁸⁾

(3) 収用要件からの訣別—BGHZ 32, 208—

一 しかるに、一九六〇年四月二五日の連邦最高裁判所の判決は、以前の判例の趣旨を一步進めて注目すべき判例変更を行なった。

事実関係は次の通りである。移動営業の免許を有する原告が、被告市で販売会を開催したところ、被告市の警察署はこの販売会が一九三五年のライヒ経済相命令一条に定める「特別の催し」に該当するという理由でそれを禁止し

た。この禁止処分は上級行政裁判所で違法と認定されたので、原告は被告市に対し、販売会の中止によって蒙った損害の補償を求めて出訴したものである。

これに対し前記最高裁判所は、先の BGHZ 6, 270 で樹立され、その後の判決で確認せられた原則を放棄して次のように述べた。

「……連邦最高裁判所の判例によれば、個人の権利領域の違法な侵害は、それが法律上許される場合にはその内容上、効果上取用となるであろう時には（そしてそれが実際上の効果において相手方に特別の犠牲を課する時には）、取用のように扱わねばならないのであるが、ここでは、侵害が―その適法性・違法性は別として―概念的に、その性質上、種類・効果に関して、取用的行為の要件を満足しようということ以外のことでも以上のことも述べられているわけではない」⁽²⁹⁾

「……しかし、単に違法性と適法性を取りはずし、違法な行為が適法に行なわれたならば、その時にも取用的な、相手方に特別の犠牲を課する処分となったかどうかを問題にするというやり方で、取用類似の侵害を取用行為と比較することは許されない。というのは、侵害が違法であると確定されれば、まさしく、侵害によって個人に課せられた犠牲が法律上の一般的な犠牲の範囲をこえており、従って平等原則の要求に従い補償されるべき特別の犠牲であるということが、取用類似の侵害に固有のこととして確定せられる。全く逆に、侵害の適法性は、侵害が相手方から特別の犠牲を要求しない一般的に行なわれる法律上の規制の具体化としてのみ行なわれるということにもなり得るのである」⁽³⁰⁾

この判決に到って、違法な侵害は全て―それが適法な場合には所有権の拘束でしかなく、従って損失補償の認められない時であっても―法律上の一般的な犠牲の範囲をこえており、それ故に特別の犠牲であるから、取用類似の侵害

として損失補償が認められるべきとする見解がはじめて表明せられたのである。⁽³⁾

二 この判決における特徴点の一つは、「特別の犠牲」概念の理解の仕方にある。伝統的な学説は、違法及び適法な侵害において一般的な犠牲と特別の犠牲とを区別しようとしてきたのであるが、本判決によれば、違法な侵害は相手方に常に特別の犠牲を課するものであり、違法な侵害の場合における一般的な犠牲と特別の犠牲の間の区別を度外視している。⁽⁴⁾むしろ、違法な侵害は——この判決によれば、——それが違法であるが故に特別な犠牲となる。従ってここでは、特別の犠牲の概念は、ある場合には「一般的な負担をこえた個人々々に対する特別な負担」と理解され、ある場合には「違法な侵害」と理解されていて、適法な侵害と違法な侵害とにおいて内容的に常に異なる「二重の特別の犠牲」⁽⁵⁾概念が前提にされているように思われる。

- (一) 連邦最高裁判所が「収用類、似の侵害」の表現を用いたのは、伝統的に収用概念には「適法な」侵害という要件が付着しているために、違法な加害の場合に「収用」の語を用いることに「ためらい」を感じたことによることと、基本法一四条三項一、二段が「収用は公共の福祉のためにのみ許され、補償の種類と程度を定める法律によつてのみ、あるいは法律に基づいてのみ行なわれ」——違法な侵害の場合には決して満たしえない要件——と定めて、基本法一四条三項(三)、四段は別として(を)、かかる場合に直接適用しえないことによる。ただ、シャックは、違法な侵害は、結果において収用と同じく、特別の犠牲を課する高権的侵害であるといえるのだから、両者には法的同質性(Gleichartigkeit)というよりも、法的類似性(Rechtsähnlichkeit)があるにすぎず、その意味では、より厳密には *verhältnismäßiger Eingriff* の表現の方が適切であろうと述べる(Schack, Der „ent-eignungsleiche Eingriff“ JZ 1960 S. 625)。
- (2) 本決定は、山田準次郎「国の無過失責任の研究」五六〇頁以下に全文が紹介されている。なお、本決定については、西塾・前掲論文五三頁以下、沢井裕「西ドイツにおける国家補償序説」(法学論集二二巻一号一一四頁以下)参照。
- (3) 以上のことは決定中に明確に述べられていないが、このような趣旨は決定の中に読みとることができる。
- (4) BGHZ 6, 290

- (5) これらの要件については、後述二二〇頁以下。
- (6) RGZ 140, 276
- (7) また、本決定自体、一九三三年のライヒ裁判所の判決を「説得力ある説明」(überzeugende Ausführung)として引用するが、ライヒ裁判所の判決は、本決定とは異なり、違法な侵害が適法な場合には一般的犠牲となるのか特別な犠牲となるのかを問題にしないし、逆に、本決定は、ライヒ裁判所判決とは異なり、侵害によって国家が利益を得たかどうかを問題にせず、専ら、相手方の犠牲状態(Opferlage)のみを考察している点が注目される。Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsähnlichen Eingriffen, S. 107 Anm. 106
- (8) たとえば、Fischer, Verh. d. 41. dt. Juristentages, Bd. II, Teil C, S. 47 ff, 52 ff; Battemann, a. O. S. 855 ff; Janssen, Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, S. 150 ff, なお、本決定の評釈は、いずれも決定の論理構成を詳細に検討することなく結論に賛成している。たとえば、Forsthoft, JZ, 1952 S. 627 f; Pagenkopf, NJW 1952 S. 1193, Haas, MDR 1952 S. 649; ただ、ハイデンハインは、連邦最高裁判所は、本決定で自ら定立した収用類似の侵害の要件を適格に適用していないとして批判する。すなわち、彼によれば、連邦最高裁判所は、三つのいずれの事案においても、賃借人の違法な指定処分の中に収用類似の侵害をみており、はじめの二つの事案では蒙った賃貸料不足額を、第三の事案では家事管理の分離から生じた失費分を、収用類似の侵害に基づく損失補償として原告に支払うべきことを命じている。しかしいずれの事案においても、違法な侵害が、それが適法である場合には一々それが法律上許される場合には一々所有権の拘束となるのか収用となるのかの問題を最高裁は確定していない。それどころか、最高裁は、所有権の拘束と収用の区別に関する詳細な説明(BGHZ 6, 276-289)の後、むしろ、支払能力と支払意思のある賃借人の適法な指定処分が収用ではなくて所有権の拘束にすぎないと述べている(a. a. O. S. 289)。この説明と三つの事案における損失補償の容認という結論は、収用類似の侵害の要件を基礎にする限り非論理的であり、この両者の関係は不明確である、と指摘する(Heidenhain, a. O. S. 107 ff)。
- (9) 本判決の全文は、山田・前掲書五八四頁以下に収録されている。
- (10) BGHZ 7, 298
- (11) BGHZ 6, 270 (290 f) もこの論理を前提にしているが、ここでは、適法な侵害の場合に基本法一四条三項によって相当な補償が為されるのであれば、違法な侵害がその他の点で収用と同じ特徴を示し、それ故に実際の効果において収用と同視される時に

は、損失補償の効果はますます無過失・違法の侵害に結びつかなければならぬというものであり、BGHZ 7,296 の場合とは意味は異なる。

(12) たとえば、一九五二年二月三日判決 (BGHZ 8,256)・一九五三年四月九日判決 (BGHZ 9,209)・一九五三年九月二八日判決 (BGHZ 11,248)・一九五四年四月二二日判決 (BGHZ 13,88)・一九五四年六月一〇日判決 (NJW 1954 S. 1362)・一九五四年九月三〇日判決 (NJW 1954 S. 1802) 等。

(13) Betermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, Bd. III, 2. Halbband, S. 856; Janssen, Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, S. 124 ff.

(14) Lerche, Antskafung und enteignungsgleicher Eingriff, JUS 1961 S. 237

(15) BGHZ 13,88 なお、この決定の全文も山田・前掲書五八九頁以下に紹介されている。

(16) BGHZ 13,94/95

(17) ドイツ民法八三九条一項「公務員が故意または過失によって、第三者に対して負担している職務上の義務に違反した場合には、第三者に対して、これによって生じた損害を賠償しなければならない。公務員に過失の責任のみしかない場合には、被害者が他の方法で賠償を請求することができない時のみ、公務員に賠償を請求することができる。」この規定の後段の「他の方法による賠償請求の可能性」(anderweitige Ersatzmöglichkeit) それ故に公務員責任の第二義的性格 (Subsidiarität) は、ドイツ民法が制定せられた一八九六年当時には、公務員の個人的な直接的責任 (Beamtenschaftung) のみを考慮に入れていたので、一定の場合に公務員を保護するいわば特権 (Privilegierung) としての意味を有していた。しかし、BGHZ 13,88 (100) は、国家に責任を移転することによって一九〇九年プロイセンに対し、一九一〇年ライヒに対し行なわれたこの規定の立法上の根拠は失なわれたとみている。

(18) BGHZ 13,101 ff.

(19) BGHZ 13,92

(20) BGHZ 13,90

(21) BGHZ 13,92

(22) しかし、この点についてハイデンハインは、この決定にいう「犠牲状態」の観念が不明確のみならず、適法な侵害の場合は、

- 相手方はこれに服従せざるを得ず、他方、相手方は違法な侵害を「受忍せねばならない」というものではなく結果除去請求権を生ずる限りにおいて、「犠牲状態」は決して同一ではないこと、適法な侵害の相手方の犠牲状態は、その程度 (Ausmaß) がはっきりしているが、違法な侵害の場合のそれは、侵害行為の除去を求める請求権を行使したかどうか、侵害行為が實際除去されたかどうか、どの程度除去されたか、に決定的に依存すること、単純に両者を比較することはできないこと、等を理由に、連邦最高裁判所のこの論理を批判している (Heidenhain, aa O. S. 101ff.)。
- (23) たとえば Pfeiffer, Praktische Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft, S. 316 ff.
- (24) BGHZ 13, 93
- (25) BGHZ 13, 98
- (26) ドイツ民法上、不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効期間は、被害者が損害および賠償義務者を知り得た時より起算して三年である (ドイツ民法八五二条) のに対して、通常の時効期間は三〇年である (同一九五条)。
- (27) Kuschmann, Die Abgrenzung der Enteignung und der Aufopferung von der Antzstaltung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1966 S. 575
- (28) BGHZ 13, 98/99 の趣旨。なお、同様の指摘は、Kuschmann, aa O. S. 574 f., Lerche, aa O. S. 238 にみられる。
- (29) BGHZ 32, 210/211
- (30) BGHZ 32, 211/212
- (31) この判決の立場は、その後の判決にも採用された。たとえば、BGHZ LM Art. 14 GG Ce Nr. 24 は「違法な建築禁止処分がそれが適法であれば所有権の拘束にすぎない場合にも取用類似の侵害とみなし、やむを得ず、BGHZ NJW 1963, S. 1915 (1916) は、違法な侵害は「それが違法であるが故にすでに原告に特別の犠牲を課する」と述べている。BGHZ 45, 58 も同旨。
- (32) 違法な侵害が一般的な犠牲であるか特別の犠牲であるかをひき出すために、前述 BGHZ 6, 270 は「違法な侵害が適法な場合には取用にあたるか否かを問題にし、BGHZ 13, 88 は、適法・違法の侵害の場合に相手方の犠牲状態が同一であることを問題にしていたが、本判決の立場からすれば、このようなまわりくどい手順は「無駄な試み」(Heidenhain, aa O. S. 115) ということになる。
- (33) すでに一九世紀の後半、オットー・マイヤーは、特別の犠牲を「個人の不平等かつ不公平な負担」と把握し、その具体的な内

容を(1)全ての者に一般的に平等に行なわれる負担をこえた、他人と比較して、特別に個人に行なわれる負担、(2)違法な公権的行為によってひきおこされる損害、の二側面を有するものとして理解していた(Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 1 Aufl. S. 361)。(34) このO・マイヤーの理論と、BGHZ 32, 208の立場とが著しい近似性を示していると指摘することは容易であろう(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頁、二二頁以下、西塾・前掲論文五四頁参照)。当時学説・判例上支持されるに到らなかったO・マイヤーの理論が、彼の死後四〇数年を経て最高裁の判例の中に蘇生することになったのは興味深い事実である。

(34) ハイデンハインは、このような二重の意味を有する特別の犠牲概念は、一方で単純な循環論法であり、他方で、特別の犠牲概念を専断的に無意味なものにしてしまうと批判している(Haidenhain, a. O. S. 115 ff.)。

第二節 「取用類似の侵害」の内容

第一款 要件

一 連邦最高裁判所の初期の判例に、「国家権力の違法な侵害行為は、もしもその侵害行為が法律上許される場合には、その内容上および効果上取用とみなされるであろう場合……取用と同様に取り扱わなければならない」と述べられているように、判例上、取用類似の侵害の要件は、侵害行為の「違法性」の点を除けば取用要件と一致している。⁽³⁵⁾ 取用類似の侵害の概念が、本来その違法性の故に取用によっては扱えきれない侵害をも損失補償制度の中に包摂しようとする必要の下に創造せられてきたのであるから、取用と取用類似の侵害の違いが、定義上「違法性」のみに存したことは当然であった。従って、侵害行為の違法性の要件を除き、取用類似の侵害といいうるためには、一般的に「財産的価値ある権利の意図的な積極的な侵害であり、それが公共の福祉のために行なわれ、かつそれによって特別の犠牲がもたらされたこと」という取用要件が満足されていることが必要である。⁽³⁶⁾ 基本法一四条三項の取用規定に関する判例の展開に伴ない、取用ないし取用類似の侵害の要件にも変遷の跡がみられるところであるので、以下

この要件を個別的にみてゆくことにする。

二 「財産的価値ある権利の侵害」 連邦最高裁判所は基本法一四条の意味における「財産権」(Eigentum) の概念を最初から非常に広く理解してきた。連邦最高裁判所は、一九五二年の決定で、私法に属するか公法に属するかを問わず、いかなる財産的権利も基本法一四条の財産権の保護に含まれると解したが、⁽³⁾ 他方、連邦憲法裁判所は、この解釈を明確に拒否して、この保護を特に公法によって与えられる法的地位に拡張できないとする立場を採っていた。⁽⁴⁾ しかし、連邦憲法裁判所は間もなく態度を改め、基本法一四条を適用しなければならぬ程財産権者の法的地位に近い公法上の法的地位であるかどうか、換言すれば、その法的地位が、基本法の法治国家の形態からみて、国家が補償なしに剥奪しうることを排除していると思われる程に強いものかどうかを問題にしている。⁽⁵⁾ しかも、連邦最高裁判所も後に、私法に基づくか公法に基づくかを問わず、財産権と同様に保護に値し、その必要がある権利・法的地位を全て財産権の保護に含まれると述べているので、⁽⁶⁾ この点に関する限り両裁判所の間にはそう大きな隔たりがあるわけではない。また、単なる財産取得の見込、期待、機会は財産的価値ある権利とはいえないが、⁽⁷⁾ 設置され現に稼働している営業が、憲法上の財産権保障の意味における財産権であることは判例上認められている。⁽⁸⁾

三 「意図的な侵害」 連邦最高裁判所は、当初、保護された権利の意図的な侵害 (gewollter oder gezielter Eingriff) のみを、収用ないし収用類似の侵害として評価することができるとする立場に固執してきた。⁽⁹⁾ 従って、この見解に依る限り、収用ないし収用類似の侵害というためには、侵害行為が特定の人あるいは物に対して意図的に向けられたものであることを要し、⁽¹⁰⁾ 他の者に向けられた公権的行為によって間接的に (すなわち偶然に) 損失を蒙る者は、損失補償請求権ではなく単に職務義務違反に基づく損害賠償請求権を有する場合があるにすぎない。⁽¹¹⁾

しかし、確かに意図された侵害はないのであるが、相手方にとっては財産権が侵害され、補償を要する「犠牲状態」

(Aufopferungstage) が存する場合に損失補償請求権を認めないとするのはいかにも不合理である。⁽¹²⁾そこで連邦最高裁判所はいくつかの判例で、「意図された侵害」の全く問題になり得ないような事案について損失補償義務を認め侵害が意図されたものでなければならぬとする要件を、⁽¹³⁾ 暗黙のうちに無視してしまった。その後、判例はこの要件をむしろ明示的に放棄し、その先鞭をつけた一九六二年三月一五日の判決は、「収用法上の意味における侵害を認めるにあたっては、公権的措置が収用法の意味における財産権に対して、直接作用したというだけで足りる……」⁽¹⁴⁾と述べている。この判決以降、連邦最高裁判所は、かかる観点から、意図的侵害の要件にもはや固執してはいない。⁽¹⁵⁾

ただ、ここで注意すべき点は、「収用類似の侵害」の表現を用いた最初の判決が、違法な侵害行為を対象にしていたがために、財産権に対する違法な侵害の場合のみを収用補償の下に置こうとしたとの印象を受けやすいが、適法な行政作用の結果、望まれない効果が生じた場合——イムミション等のような場合——(従ってその限りでは「意図されない侵害」であるが)をも、判例は「収用類似の侵害」として包摂させてきたという事実である。むしろ、連邦最高裁判所の初期の判例は、かかる適法な行政作用の反射的效果を、ライヒ裁判所の判決によって伝統的に行なわれてきたように、収用補償ではなく、§ 75 Einfallr.に基づく犠牲補償を認める傾向にあった。⁽¹⁶⁾しかし、後に判例はこのような場合をこそ「収用類似の侵害」というべきだと正している。⁽¹⁷⁾

そこで、学説によっては、判例の趣旨に従い、収用を適法な意図的な侵害に限定し、収用類似の侵害として、違法な意図的な侵害及び適法な意図されない侵害を挙げるものもあるが、⁽¹⁸⁾ それに対しては、収用として補償を認めるか収用類似の侵害として補償を認めるかは、結局用語上の問題でしかないとする批判の声もみられる。⁽¹⁹⁾

四 「積極的な侵害」判例は一貫して「不作為による収用」の形態を認めてはいない。従って、行政庁が公義務の

履行を怠り、あるいはある処分を維持したり変更を拒絶するに止まる場合は侵害ではない。⁽²⁰⁾しかし、積極的な行為であれば、裁判所の判決を別として、法定立行為（たとえば公共団体による建築計画の樹立）、行政行為、執行権力の事実行為（たとえば、道路・河川の工事、破壊工事、装甲車の運転等）の別を問わない。

五 「公共の福祉のための侵害」 侵害が公共の福祉のために、すなわち、特別な公の利益に役立つものでなければならぬことは、「公用収用は、公共の福祉のためにのみ許される」と定める基本法一四条三項一段の趣旨より導かれる。しかし、法治国家にあつては、違法な侵害が公共の利益に役立つものと評価することは困難であろう。⁽²¹⁾そのため、判例は、侵害が公共の福祉によって「動機づけられた」ことで足りるとして、この要件を緩和する傾向にある。従つて、広義の執行行為（破産手続、差押手続等）のように、公権的処分によって単に私法上の請求権が追求せられる場合はこの限りではない。⁽²²⁾

六 「特別の犠牲」 侵害によって直接もたらされる財産権の制限が、相手方に対して「特別の犠牲」となるものでなければならぬ。特別の犠牲とは、特定の個人あるいは一定の人的範囲に、他の者と比較して不平等に行なわれ、それ故に他の者には要求されない一般的な犠牲の範囲を越えた特別の負担と定義され、⁽²³⁾それ故に単に財産権の社会的義務を具体化する侵害は収用ないし収用類似の侵害とはいえない。しかし、特別の犠牲が存するか否かの審査は、請求権が、伝統的な意味での収用要件が満足されたということに基づく場合、及び侵害の適法性、違法性の判断が留保されている場合にのみ必要である。というのは、連邦最高裁判所の確定した判例によれば、⁽²⁴⁾違法な侵害は全て——それが適法な場合には収用とは認められず単なる財産権の社会的拘束にすぎない場合でも——平等原則の要求に従つて補償さるべき特別の犠牲であるというのであるから、侵害の違法性が確定されればこの要求は満足されることになる。

- (1) BGHZ 6,270 (292)
- (2) 従って、伝統的な意味での収用の要件が違法に形成せられ、補償義務ある適法な収用が存するのか、あるいは収用類似の侵害が存するのかが疑問に思われる場合には、侵害行為の法律適合性の問題は、往々判例上未確定のままにおかれてきた。ただし、結局損失補償請求権が認められるのであるから、そのいずれであるかは問題にはならないであろう。
- (3) BGHZ 6,278
- (4) BVerfGE 1,278 : 2,399
- (5) BVerfGE 4,240 : 16,111 : 18,397 : 24,225
- (6) VersR 1964,89,92 : BGH Warn 1967 Nr. 161
- (7) BGH LM Nr 5 zu § 839 (C) BGB : BGHZ 32,208
- (8) 現に稼働している営業行為が財産権として保護されるかどうかはライヒ裁判所の下でも争われてきた問題であったが、ライヒ裁判所がその存立 (Bestand) についてのみ保護を与えてきた (RGZ 129,148 : 139,185) のに対し、連邦最高裁判所は、当初競合法、営業保護法の領域で、後に不法行為の領域で判例上形成されてきたところの、営業に対する直接的侵害によって行なわれる全ての営業活動の制限からの保護を、財産権保障の領域に転用した (BGHZ 23,157)。なお、営業に対する侵害の問題については、Kroener, Begriff und Grundprobleme der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Eigentumsgarantie, DVBl 1969 S. 157,158.
- (9) たとえば、一九五三年二月二日の判決 (BGHZ 23,235/240) には次のように述べられている。「収用あるいは収用類似の侵害に基づく損失補償請求権の要件は、常に、財産権——広義に理解された——が、公権的処分によって直接的に侵害されるというところである。換言すれば、収用あるいは収用類似の侵害に基づく損失補償請求権を有するのは、その財産権に対して行政的行為が向けられており、それ故に行政が特別の犠牲の要求される相手方として眼中にしている者だけであって、他人に対して向けられた行政行為により間接的に損失を蒙ったとする者はそれを有しない……」最近公刊された西塾章著「公法上の危険責任論——公法上の補償体系に占める危険責任の地位——」一三七頁以下には、危険責任の概念として「侵害行為の欠如」が挙げられ、判例の傾向を検討するにあたり、「意識的・意図的侵害行為を固執している判決」として、BGHZ 12,52 : BGHZ 23,235 が紹介されている (同書一三九、一四〇頁参照)。なお、同旨の判決としては、NJW 1960, S. 924 : BGHZ 31,1.

- (10) この点は学説のほぼ一致した見解でもある。西楚・前掲書一三四頁以下参照。なお、ライスマミュラーは、BGHZ 31, 1 の判決評釈で、「財産権に対する公権的侵害の遠隔作用が全て潜在的に収用であるとするなら、収用の要件はそれによって限りなく広いものとなり、財産権の憲法上の保護が全く経済的に可能な範囲を越えてしまうということを甘受したくないと思えば、通常の場合の直接的な侵害の要件は肯定されねばならぬであろう」と述べて判決の立場を肯定している (Reifmüller, JZ 1960, S. 122)。この目的性 (Finalität) の要件は、技術的な意味での収用にとっては、基本法一四三項一段に定められている Junktim-Klausel (収用は損失補償の基準としての定めをもつ法律によりなくてはならぬ) から必要とされる (Kuschmann NJW 1966 S. 576)。
- (11) BGHZ 12, 52/57 : 23, 235/240 : NJW 1960, S. 924
- (12) この際に犠牲補償は認められない。何故なら、連邦最高裁判所は、その要件を「健康・生命といった非財産的権利の侵害の場合に限定したから財産的権利の侵害については補償の途はない」(BGH DöV 1965 S. 203) からである。しかし、学説上はこの場合に犠牲補償を認めるべきとするものがある。たとえば Schack, Der für Aufopferungsanspruch neben der Enteignungsschädigung verbleibende Raum, JZ 1956 S. 427
- (13) BGHZ 28, 310 : 30, 24 : LM Nr. 74 zu Art. 14 GG und LM Nr. 16 Art. 14 GG
- (14) BGHZ 37, 44
- (15) DöV 1964, S. 100 : DöV 1965, S. 203 : BGHZ 48, 46 : DVBl 1968, S. 212 : NJW 1971, S. 607. なお、西楚・前掲書一四一頁以下に「意識的・意欲的侵害行為に言及しないかあるいはそれを補償請求権の前提要件としないもの」として、BGHZ 37, 44 : DöV 1965, S. 203 : NJW 1971, S. 607 が紹介されている。
- (16) 交通規制のために道路欄が設置せられ、それにより公共利用の制限が問題となった BGHZ 8, 273 および地方公共団体の散布した殺虫剤により養蜂家の蜂に損害が生じた事案につき損失補償を認めた BGHZ 16, 366 においては、従来のライヒ裁判所の立場を踏襲して犠牲補償請求権 (Aufopferungsanspruch) を認めている。
- (17) 旅館の前にある道路上に販売小屋を一時的にたてるための許可処分によって旅館が損害を蒙った事案につき、BGHZ 23, 157 は、犠牲補償請求権ではなく収用類似の侵害に基づく請求権が与えられるべきだとしている。また、BGHZ 28, 310 : 30, 241
- (18) バグナーは、収用類似の侵害を、一、違法な侵害、a、違法な意図的な侵害、b、過失ある侵害、二、違法な行為が基礎には

説

論

ない作用、a、適法な作用の意図されない結果、b、事故の場合（危険責任の可能な場合）に分類する（Wagner, Die Abgrenzung von Enteignung und enteignungsähnlichem Eingriff, NJW 1967, S. 2337）。しかし、他方基本法一四条三項二段の Junktim-Klausel の関係での説のこの様な場合をむしろ Aufopferung の下に含める考え方を認める（Schack, JZ 1956, S. 425 ff.; Wolff, VR 1, § 60 IV）

(19) Krefl, Aufopferung und Enteignung S. 16

(20) BGHZ 12, 52 : 32, 208 ケヌラーは、「法律上規定された予防接種が、被接種者の損害となった場合には補償が支払われ、他方、規定された予防接種が無過失・違法に行なわれなかったために、予防接種を受けなかった者が相当重い損害を蒙った場合には損失補償の可能性がないというのには理解しがたい」として、判例の趣旨を批判する（Kessler, Der Enteignungsähnliche Eingriff in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DRiZ 1967, S. 374）が、結局立法による以外解決の途はないのであろう。

(21) BGHZ 50, 14 (19ff)

(22) BGHZ 23, 157 : 37, 44

(23) BGHZ 6, 270 (294) : 13 (88) (92f) : 13, 395 (398)

(24) BGHZ 30, 123 : 32, 208(210) : 32, 240(245) : NJW 1959, S. 1085

(25) BGHZ 6, 270 他〇不〇断〇判例

(26) 前述(一一四頁)一九六〇年四月二十五日の判決 (BGHZ 32, 208) の趣旨及び BGHZ 45, 150 : NJW 1963, S. 1915 : NJW 1965, S. 1908