

ドイツにおける国の無過失責任論 (五)

秋 山 義 昭

目 次

序	第三款 国家的利得の返還理論(以上第二五卷一号)
第一章 国の無過失責任の理論的基礎	第四節 犠牲補償請求権の思想とその展開
第一節 ドイツにおける問題の展開	第一款 序 説
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	第二款 犠牲補償請求権思想の成立
第一款 検討の前提	(1) 警察国家時代の補償理論 —— § 75 EinlALR ——
第二款 公法上の損失補償の制度	(2) § 75 EinlALR の適用範囲
第三款 「特別の犠牲」概念の二面性	(3) ワイマール憲法一五三条と § 75 EinlALR
第四款 公法上の危険責任の法理	第五節 ライヒ裁判所の判例
第五款 マイヤー的補償理論の意義と限界	第一款 序 説
第三節 ワイマール学派の補償理論	第二款 公益事業と国の無過失責任
第一款 序 説	第三款 公権力の行使と国の無過失責任
第二款 法治国家的補償理論	第四款 ライヒ裁判所の立場——その意義と限界——(以上

説論

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(以上第二六卷二号)

第二款 損失補償

第三節 犠牲補償請求権 (Anfechtungsanspruch)

第一款 序説

第二款 犠牲補償請求権の要件と効果

第四節 判例理論に対する学説の反応

第一款 序説

第二款 無過失責任否定論

第三款 批判的学説の動き

第四款 収用類似の侵害と職務責任(以上第二八卷三号)

第五節 無過失責任立法化への動き

第一款 序説

第二款 立法の動機—現行制度の欠陥

第三款 国家責任の根拠づけとその性格(以上本号)

第三章 わが国法上の問題点

第五節 無過失責任立法化への動き

第一款 序説

一 戦後の最高裁判所の判例により、収用の制度が、最初は無過失違法な侵害に、後には有責違法な侵害にまで拡張され、いわゆる「収用類似の侵害」の法理が国家補償体系の中に定着するに至ったことは、以上にみてきた通りである。違法な公権力の行使に基づく国の責任を一括して「国家責任」と呼ぶとすれば、結局のところ、現在、西ドイツには、国家責任として、(1)民法八三九条と結びついた基本法三四条による職務責任、(2)収用類似の侵害、(3)犠牲類似の侵害、(4)公法上の結果除去、の四種の制度が存在することになる。しかし、これらの諸制度は、それぞれその根

源と歴史的な発展を異にし、国家責任の全体を支配する内容的に一貫した法理・法原則がその基礎にあるわけではない。その結果、現行国家責任法は、制度相互間で様々な矛盾・不統一をきたしているばかりではなく、個々の制度においても、責任の基礎・責任の要件等につき、著しく時代錯誤を思わせるものや奇妙な不合理を生じてきているものがある。このことは取用類似の侵害の制度についても例外ではない。過失責任主義によって支配された代位責任の構成をとる職務責任の欠陥を埋めるものとして、戦後の判例の中に独自の発展をとげた取用類似の侵害ではあったが、それが基本法一四条の取用理論の上に構成されていたがために、それに伴う諸々の制約を免れなかった。また、他の国家責任制度との不整合性も目立ち始めてきていた。

二 現在、西ドイツでは、これらの諸矛盾・不合理を一举に立法的に解決すべく、従来の多様で混乱した国家責任制度に代え、統一的な体系によって貫かれ、国家責任と行政上の権利保護との調和的關係の実現を意図した法律の制定、及び、それに伴う基本法の改正を準備中である。もっとも、その機運は古く、すでに一九五五年の第四一回ドイツ法律家会議(DJL)⁽²⁾は、国の損害賠償義務に関する基本法三四条、民法八三九条が再検討すべき必要のあることを確認していた。⁽³⁾さらに、一九六八年の第四七回ドイツ法律家会議では、テーマは主として結果除去、結果補償に関するものであったが、公法部会は、国家責任の様々な領域を相互に、そして現在の権利保護規定と調和する包括的な連邦法を制定すべきことを提案した。⁽⁴⁾連邦政府は、直接にはこの提案に促され、一九七〇年、そのために設置された独立専門委員会に包括的な立法作業の準備を委託、同委員会は、一九七三年審議を終えてその結果を要約し、同年一〇月九日、連邦司法大臣・内務大臣の連名で、「国家責任法及び基本法改正の理由書つき草案」(以下「委員会草案」と略)として公表した。委員会草案の公表後、各方面からの意見を徴し、これに寄せられた声を参考にして、一九七六年、「報告者草案」⁽⁵⁾が出された。さらに、これに検討が加えられ、最終的に連邦政府によって決定された「国家責

説
任法案⁽⁶⁾」(以下「政府草案」と略)は、一九七八年五月二六日、基本法七六条二項の規定に基づき、連邦首相より連
邦参議院 (Bundesrat) 議長あてに提出された。連邦参議院での審議⁽⁷⁾の後、同草案は、現在、連邦議会 (Bundestag)
で審議中である(一九七九年九月現在)。

三 草案にもられた改革の内容は多岐にわたり、しかもそれぞれが国家責任法のあり方に大きな示唆を与えるもの
である。しかし、同草案は、従来の伝統的な職務責任が前提とする、職務執行者の個人的な不法行為責任に基づいた
代位責任の構成を根本的に改め、さらに、過失責任主義を明文上放棄した点で、まさに画期的な意義を有する。そし
てまた、新たな国家責任の観念を根底から支え、過失責任主義の放棄を理論上可能にしたのは、憲法上の法治国家の
原理であった。法治国家の原理は、すでにワイマール憲法の時代にも、違法・無過失の公権力の行使に対する国の責
任を根拠づけるものとして学説上一部主張されることはあったけれども、国家責任を根拠づける基礎理論として、全
面的に法治国家の原理から演繹する試みはかつてなかったことである。そればかりではなく、今回の国家責任法の改
革は、国家責任を法治国家制の憲法原則における特別な刻印と理解し、新たな国家責任の思想を憲法上の制度として
保障すべきことを提案している。しかしながら、法治国家制による国家責任の根拠づけは、今までにも十分な理論的
深化の過程を経ておらず、そのために、過失責任主義放棄の不徹底、責任成立要件の特殊性に至りうる安易な妥協的
論拠を提供したことも事実である。

四 本節は、ドイツにおける無過失責任論展開の締括りとして、この国家責任法案を素材にし、過失責任主義放
棄の理論的・政策的・实际的背景、なかんずく、新たな国家責任の内容を直接規定した法治国家の原理の意義・性格・
限界を明らかにすることを目的とする。その際に、国家責任法案の内容と性格を理解するために、改革を余儀なく
し、新たに国家責任法を制定する動機となった現行制度の欠陥について一瞥しておく必要がある。

- (一)「国家責任」(Staatshaftung)の語は、最狭義には、職務責任(公権的な職務義務違反に対する賠償責任)のみを指し、狭義にはそれにとらち、その他の有過失・無過失の違法な公権力の行使に対する責任(特に、取用類似・犠牲類似の侵害に対する損失補償、結果除去)を含め、広義には、さらに、公法上の債務関係に基づく責任や適法な侵害(取用・犠牲)に対する責任をも含めて理解されている。後述の国家責任法草案は、狭義の国家責任を規律の対象にしており、ここでも、一般に「国家責任」というときは、狭義の意味で用いられる。
- (二) Verhandlungen des 41. DJT 1955, Bd. 1, I. Hb., S. 233 ff.
- (三) Beschluß der öffentlichrechtlichen Abteilung des 47. Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 47. DJT 1968, Bd. II, S. I. 145.
- (四) Reform des Staatshaftungsrechts, Entwürfe eines Staatshaftungsgesetzes und einer Grundgesetzänderung mit Begründungen -Kommissionsbericht-, 1973 = KE-SHG
- この草案の内容については、すでにわが国でも二・三の紹介がある。たとえば、西楚章「西ドイツ国家責任法草案について」(東邦大学教養紀要七号四五頁以下)、阿部泰隆「ダクトトロウ・西ドイツ国家責任法の改革について」(自治研究五一巻七号三頁以下)、等。
- (五) Reform des Staatshaftungsrechts, Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes Staatshaftungsgesetz, -Referententwürfe-, 1976 = RE-SHG
- (六) Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Staatshaftungsgesetzes, 1978 = E-SHG
- (七) 連邦参議院では、委員会での詳細な審議の後、満場一致で、現行国家責任法が不十分で責任概念も不明確なので改革が必要であり、国家責任法の統一化と調和が、法的明確性及び法的安定性のために要求されるとの見解に達している。

第二款 立法の動機—現行制度の欠陥

一 現在、西ドイツ国家責任制度の一つの柱とされている職務責任は、公権力を行使する職務執行者が、故意・過失によってその職務義務に違反した場合に、国が、依って生じた損害を賠償することを保証するものである(基本

説 法三四条、民法八三九条)。すなわち、国の賠償義務は、民法的に根拠づけられた職務執行者の個人的な自己責任 (Eigenverantwortlichkeit des Amtswalters) に依拠し、それを前提としている。職務責任は、国がこの職務執行者の個人的不法行為責任を自ら引き受けることにより、職務執行者をこの責任から解放せんとするものであった。したがって、代位責任の構成をとるこの伝統的な国家責任制度の下にあっては、国の責任はつぎのような個人的責任に付着したいくつかの制約を免れなかった。第一に、職務責任が個人的責任に立脚した結果、国に転嫁せられる責任は、責任を根拠づける要件として個人的な過失の存することを要求した。しかし、現代のように、非常に細分化された労働

分担、機能分担の体制をとる行政システムの下で、被害者に違法性のほかに加害公務員の過失を立証させることは、非常に難かしくなってきた。第二に、職務責任請求権は原則によって金銭賠償によってのみ実現され、通常は、職務作用の着手が必要な場合でも、その意味での自然回復 (Naturalrestitution) に向けられることはない。何故なら、職務執行者が権限外の行為をするときは、彼は私人として扱われるのであり、私人の資格では決して自ら職務作用をもちたることができず、⁽¹⁾それ故に、国もまた職務執行者に生じた金銭賠償義務のみを引き受けることになるからである。第三に、民法八三九条二項二段のいわゆる指示特権 (Verweisungsprivileg 被害者に対し全ての賠償の可能性を指示し、それがない場合にはじめて責任を負う) は、もともと個人責任の下で、職務執行者の決断の欣然性を担保するためのものであった。しかし、国が職務執行者の責任を引き受けることになって以来、この規定はその本来の意義を失なってしまう、専ら国の財政的利益のみ奉仕するものとなっている。⁽²⁾第四に、一九世紀以来の国と官吏の内部的な委任契約を出発点とする職務責任は、職務執行者と国の内部関係に存する「職務義務違反」(Amtspflichtwidrigkeit) をその要件としている。しかし、職務義務違反は時として矛盾した結果をもたらした。たとえば、市町村職員の公権力の行使が、国の監督官庁の拘束力ある指示に従って(したがって職務義務に反することなく)行なわれた場合、少

くとも市町村に職務責任の問題は生じない³⁾。逆に、職務義務に反して行なわれた行為であっても、処分自体に客観的な理由があるとされる場合には、行為が適法であるにかかわらず職務責任が認められる結果になる⁴⁾。

二 収用類似の侵害の制度は、公権力による財産権の違法な侵害においては、違法な侵害によって利益を受ける公権力の主体が、過失の有無を問わず（後には過失ある場合にも）、直接・第一義的に被害者に対し責任を負うとする補償理論である点において、職務責任の制度とは全くその性質を異にする。この制度が、職務責任制度の不備をカバーし、無過失の公権的侵害についても、広く被害者に一般的に救済の途を拡げたことの意義は否定できない。しかしながら、収用類似の侵害が、基本法一四条を中心とした補償理論の上で構成されていたことの結果、つぎにみるような、補償理論に固有の問題点をそのまま持ち合わせている。まず第一に、適法な侵害の場合にもそうであるように、収用類似の侵害は、基本法一四条によって保護された権利を侵害する場合にのみ問題となり、しかも、そこにいわゆる「財産権」ないしそれに類似の法的地位の範囲を画することはしばしば困難であった⁵⁾。第二に、判例は、当初、収用類似の侵害といいうるためには侵害行為が意図されたものであることを要する（目的性の要件）としてきたが、後にこの見解を棄て、この要件に替えて、侵害行為の「直接性」(Unmittelbarkeit)を要求するにいたった⁶⁾。しかし、この「直接性」について判例は明確な基準をうち出しておらず、法的安定性を害する⁸⁾。第三に、行政庁の不作为による財産的損害は、いかなる意味においても、「取りあげた」ことにはならないとの理由で、収用類似の侵害によって補償されない⁹⁾。第四に、違法に課された公法上の義務、あるいは違法な執行処分に対しては補償は認められない。第五に、損失補償請求権についても、判例は、原則的にその収用的性格を維持しており、具体的な価値の喪失分のみの相当な補償がなされるにとどまり、得べかりし利益は補償されない¹⁰⁾。

三 収用類似の侵害に基づく責任の一側面として、連邦最高裁判所の判例は、一定の非財産的な権利（生命・健康・

身体的不可侵・個人的活動の自由)の違法な侵害による犠牲を補償すべきとする、いわゆる「犠牲類似の侵害」の制度を發展させた。これは、専ら、侵害される対象によってのみ収用類似の侵害と区別されるもので、したがって収用類似の侵害にみられる欠陥がそのままあてはまる。さらに、この制度に固有の問題点としては、職務責任とは異なり、特別の規定のないかぎり、判例は、無形の権利に対する侵害においても、生じた財産的損害のみを補償し、蒙った精神的損害に対しては補償を認めていないこと、⁽¹²⁾それによって保護される範囲が基本法二条二項に定める保護領域に限られること、⁽¹³⁾を挙げることができる。

四 最初は学説によって主張され、後に連邦行政裁判所の判例によって承認された公法上の結果除去の法制度⁽¹⁴⁾は、違法な公権力の行使によって権利侵害がなされた場合には、侵害以前に存在した事実状態の回復を求める請求権を保証するものである。この請求権は、行政裁判所で主張される直接的な請求権で、職務執行者の過失の有無に依存しない。しかし、この場合にも不明確な「直接性」の概念が請求権の要件に一定の役割を果たすとされているばかりか、判例によれば、被害者に過失ある共同寄与が相当程度考慮されるときには、結果除去請求権は認められない。⁽¹⁵⁾

五 国家責任の各制度が相互に無関係に發展してきたことの結果として、制度間に矛盾・不統一を生じ、そのことが国家責任体系の一貫性を失なわせ、制度を全体として複雑にする原因となっている。たとえば、すでに触れたように、責任の性質とそれに伴う過失の果たす役割が一定ではない。すなわち、職務責任は代位責任の構成であり、法律も過失責任主義を採るのに対し、残りの三制度は国の自己責任的構成であり、無過失責任としての判例法上の發展をみてきた。また、被害者自らが損害回避のための法的手段を講ずることを怠った場合には、職務責任、結果除去は認められないが、残りの請求権を排除するものではない。さらに、職務責任請求においては、責任ある職務執行者に職務を委託した法主体が給付義務を負う⁽¹⁶⁾(したがって被告適格を有する)のに対し、残りの請求権においては、直接

利益を受ける公権力の主体が給付義務を負う。しかし、制度間の不調和を示す決定的な点は、訴訟の分裂である。現在、基本法一四条三項、三四条三段は、それぞれ公用収用に基づく損失補償請求権と職務責任請求権につき、通常裁判所の管轄権を指定している。また、行政裁判所法四〇条二項は、犠牲補償請求権につき、やはり通常裁判所の管轄指定がなされている。その結果、違法な行政行為の取消訴訟や結果除去請求権は行政裁判所で主張され、残りの請求権は通常裁判所で主張されることになり、同一の行政行為に関する二つの訴訟が別々の裁判管轄に属し、両者は一括審理されることがない⁽¹⁷⁾。この訴訟の複線性によって、被害者に訴訟遅延、出費の増大、判決の矛盾といった負担が課せられ、権利救済制度の大きな障壁となっているのである。

- (1) BGHZ 34, 99 (105).
- (2) KE-SHG S. 38. 判例・学説はともにこの規定がすでに時代遅れだとみている。
Scheuner, Probleme der staatlichen Schadenshaftung nach deutschem Recht, DÖV 1955, S. 548.
- (3) BGH NJW 1959, S. 1629. この場合は、判例は損害賠償の請求を拒絶した。
- (4) たとえば、「逆に、撤回留保の下で自由裁量で与えられた許可の撤回(たとえば地下水の汲み上げに関する水道法七条による許可)は、それがたとえば水道法の上級行政庁の監督的な指示に反している場合には、職務義務違反となりうるにかかわらず、客観的な動機づけがある場合には適法である」(Bender, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl. 1974, S. 180).
- (5) 本稿⑤ 北大法學論集二六卷二号三二二頁参照。
- (6) BGHZ 12, 52 (57); BGHZ 23, 235 (240); BGH NJW 1960, S. 924; BGHZ 31, 1.
- (7) 明示的には、BGHZ 37, 44 (47).
- (8) 判例では、正しく設置され管理されていたにもかかわらず故障していた信号機によってひきおこされた交通事故は、信号機が「直接」原因となったものではなく、せいぜい、損害をひきおこす危険状態を作り出したにすぎない、との理由で、損失補償は認められていない。BGHZ 54, 332. しかし、それに対しては学説の批判が多い。たとえば、Bull, DÖV 1971, S. 305 ff.; Ossens-

bühl, Jus 1971, S. 575 ff.; Berger, VersR 1972, S. 715 ff.

(6) しかし、不作為によつて基本法で保護された財産権の利用権を侵害しているのであるから、同様に補償されるべきとするもの。 BGHZ 32, 208 (211); BGH DVBl 1971, S. 464.

(10) 詳しくは、本稿四、北大法学論集二八卷三三六頁以下参照。

(11) たとえば、刑事補償法 (Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen v. 8. 3. 1971) の如き。

(12) BGHZ 45, 290.

(13) たとえば、児童が違法に高学年に進級されなかったり、採用許可が違法に拒絶されたような場合には、損失補償請求権は考慮されな。 KE-SHG S. 44.

(14) 本稿四、北大法学論集二八卷三三六頁以下。

(15) BVerwG DÖV 1971, S. 837 (839).

(16) BGHZ 53, 217.

(17) 憲法上、法律上の管轄指定規定の歴史的・実際の沿革及びその問題点については、拙稿「西ドイツ行政裁判所における一般概括主義と行政裁判所の管轄権(一)」(北大法学論集一八卷三三三、四号)参照。

第三款 国家責任の根拠づけとその性格

(1) 法治国家的国家責任論

一 試行錯誤の末、最終的に国家責任法政府草案にまとめられた立法の作業は、結局、以上に述べてきたような制度固有・制度相互間に存する矛盾・不合理を解消し、これらを一個の完結した原理によって支配された統一的な金銭賠償ないし適法な状態の回復を求める、全体として権利保護体系上調和のとれた国家責任法の中に統合することを意図したものであった。その基本的な骨子は、委員会報告書の中で示された四つの基本決定、(1)過失責任か

ら不法責任へ、(2)金銭賠償の個別的算定、(3)公権的不法に対してのみの責任、(4)裁判管轄権の統一化、にほぼ明らか
にされている。⁽¹⁾しかし、基本法の改正を伴ったこの国家責任法の改革において際立った特徴を示しているのは、国
家責任をトータルに根拠づけ、国家責任法を根底で支える指導原理として使用されたのが、憲法上の法治国家の原理
であったことである。そしてそれが草案における独自の国家責任観を構成し、最も中心的な改革点である過失責任主
義の放棄も、この国家責任観にその理論的基礎が求められている。

二 法治国家の原理による国家責任とは、一口にしていえば、「毀損された法治国家制 (Rechtsstaatslichkeit) を復
旧の方法によって治癒すること」⁽²⁾を意味する。これを、いまま少し敷衍して説明すれば次のようになる。すなわち――
全ての国家権力の行使は憲法秩序に、執行権・司法権は法律と法に拘束される (基本法二〇条三項)。この拘束の中
に表現された法治国家の原理は、基本法一九条四項において、行使された公権力の行使の適法性に関する裁判所のコ
ントロールが憲法上保障されることによって担保されている。しかし、違法に行使された公権力を取消すことのみ
よっては、国民の権利保護、法治国家の原理の保障は必ずしも十分ではない。単に適法な状態の実現によっては除去
しえない損害を生じたとすれば、法治国家の原理は、損害補填の方法で、適法な状態にできるだけ近づけさせること
を要求する――⁽³⁾というのである。しかも、この国家責任法の改革によって、従来のワイマール憲法一三一条、基本法
三四条が、公権力を委託された職務執行者の法律上根拠づけられた個人的な責任を単に国が引き受けることを保障す
るものであるのに対し、国の違法な権力行使によって蒙った損害回復を法治国家的な義務として、憲法上の原則にま
で高めることを意図している。国家責任の種類・要件・範囲といった本質的な部分を憲法自体が定め、立法者が個別
法の中で制限・修正することを許さないという意味で、いわば憲法制度的に保障しようとしているのである。⁽⁴⁾

三 しかして、法治国家原理によって根拠づけられた国家責任は、本質上つぎのような原則によって特徴づけられ

説たものとされる。第一に、法治主義が国家権力の行使に対して要請されるのであるから、国家責任も、公権力の主体としての国の直接的責任 (Unmittelbare Staatshaftung) である。したがって、それは、その請求権の要件上、個人的・民法的に根拠づけられた職務執行者の自己責任から完全に解放される。第二に、義務に違反した職務行使の加害的結果に対する職務執行者の個人的な外部責任はもはや行なわれず、国のみが責任を持つ排他的な責任 (Ausschließliche Staatshaftung) である。第三に、国の責任は、もはや単に不足を補う責任ではなく、国の本来的な責任 (Primäre Staatshaftung) である。そして第四に、国家責任は、公権力の主体が法治国家として個人に対して負っている公法上の義務違反に対する責任 (Staatshaftung als Pflichtwidrigkeitshaftung) であり、職務執行者の主観的な非難可能な行為にもはや依存するものではない。このように性格づけられた法治国家的国家責任は、基本法一九条四項に基づく公権力の行使の適法性に関する司法的コントロールが第一次の権利保護 (Primärer Rechtsschutz) だとすれば、いわばそれを補完する第二次の権利保護 (Sekundärer Rechtsschutz) としての機能を有し、両者相俟って法治国家制の強化を図ることがここで期待されているといつてよい。

四 公権力の違法な行使に対する国の責任を法治国家の原理によって根拠づけようとする考え方が、過去の学説の中に全くみられなかったわけではない。すでにワイマール憲法の下で、フルラー (Furler)、チャクシュ (Tschaksch) らは、当時憲法上空白部分だとされた違法かつ無過失の侵害に対する国の損失補償義務を、「法治国家の必然的な相関概念」と説明していた。⁽⁶⁾しかし、この学説は、法治国家にかかる要請を見出すことは誤りだとして、当時のワイマール学派、殊に、シュテッター (Stödter)、カッツェンシュタイン (Katzenstein) らによって厳しく批判されたのであった。ボン基本法の下においても、類似の見解は散見される。たとえば、犠牲補償請求権を、(適法な) 行政活動の意図されない結果及び生命・自由・健康に対する適法な侵害について認めるヤンセン (Janssen) は、違法・無過失の

侵害に対する国の損失補償義務を、「基本法が、一条三項、一九条四項、二〇条三項、二八条一項一段で国家形体として定める社会的法治国家に関する考慮」から導き出している。⁸⁾ そのほか、国家責任の拡大化の現象ないしその動機づけを法治国家の原理を引用することによって説明する見解もいくつか存在した。⁹⁾ しかし、従来、行政の法律適合性の原則ないしは一般的な法治国家の原理は、自由及び財産権に対する侵害が法律上の根拠に基づいて行なわれなければならないことを意味するにすぎず、これらは、それが害された場合にどうすべきかについてまで述べるものではない⁹⁾、との理解が一般的であり、法治国家的損失補償理論は十分な説得力を持ちえなかった。この度の国家責任法案にみられる法治国家的国家責任論は、従来の国家責任制度を解体した上での提言であり、過去の学説との連続性はないが、法治国家の原理に新たな意義を付与し、それを憲法的次元で制度的に定着させんとするものである点において、法治国家理論および国家責任根拠論の上に新たな問題提起を迫るであろうことは疑いない。

(1) KE-SHG S. 50.

(2) RE-SHG S. 14 ff., S. 16; E-SHG S. 17 ff.

この法治国家の思想に裏付けられた国家責任観は、Hans-Jochen Vogel, Die Verwirklichung der Rechtsstaatsidee im Staatshaftungsrecht, 1977 年 4 号, ders. Die Verwirklichung der Rechtsstaatsidee im Staatshaftungsrecht - Zur Reform des Staatshaftungsrechts-, DVBl 1978, S. 657 ff. に展開されており、この見解が、実際上は草案作成の上に指導的役割を果たしたものと想われる。

(3) RE-SHG S. 16; E-SHG S. 17.

(4) 基本法三四条は、現在、つぎのように改正すべきことが提案されている。三四条一項「他の者に対して負っている公法上の義務違反に対する執行権及び司法権の責任は保証される。故意あるいは重大な義務違反ある場合には、求償をさまたげない。争いある場合には、出訴の道が開かれる。」同二項「責任の内容・範囲に関する詳細は、連邦参議院の同意を要する連邦法が定める。」

(5) RE-SHG S. 16 ff., 65 ff.; E-SHG S. 17; Vogel, DVBl S. 661.

説論

(6) 本稿(一) 北大法字論集二五卷一三三頁以下。

(7) Janssen, Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, S. 125 f.

(8) 北大法字論集二五卷一三三頁以下。Janssen, Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, S. 125 f. ; Haas, System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten, S. 59; Reinhardt, Verhandlungen des 41. DJT, 1955, Bd. I, I. Hb., S. 248.

(9) Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, Teil II, S. 261.

(2) 過失責任主義の放棄

一 法治国家の原理に基づく直接的・排他的・本来的な国の義務違反責任は、国が自ら負担する外部的な義務に違反した自己の不法に対して負う責任(委員会草案等ではこの責任を「不法責任(Unrechthaltung)」と呼んでいる)である。このような責任は、責任の性質上、職務執行者の過失をもちや前提にしない。法治国家の原理によって裏づけされた国家責任の憲法上の保証は、職務執行者が有責に行為したか否かに係りなく、原状回復の方法で、毀損された法治国家制の復元を要求する。しかし、さらに、具体的に国家責任法案が過失責任主義を放棄するに至った背景として、つぎのような理論的・实际的・法政策的理由があげられよう。

二 職務責任では過失責任主義が妥当するとはいっても、近時の判例は、(1)過失の客観化、(2)過失の推定、(3)組織過失(Organisationsverschulden)の承認、(4)挙証責任の軽減ないし転換、等の方法により、過失の要件をかなり緩和してきており、過失の本來果たすべき意義が実際には相当程度相対化ないし減少してきている。また、判例は、収用類似の侵害、犠牲類似の侵害および結果除去の法制度を進展させ、この分野に国の直接的な無過失責任を定着させるに至った。

三 スイス⁽⁷⁾、ドイツ民主共和国⁽⁸⁾、ギリシア⁽⁹⁾、ユーゴスラビア⁽¹⁰⁾の諸国は、すでに立法上国家責任の成立要件としての過失を放棄し、いわば一種の「違法性責任⁽¹¹⁾」を実現した。他の過失責任主義を採用する国々においても、立法ないしは判例により、過失の相対化あるいは純粹な過失責任からの解放がはかられる傾向にある。たとえば、オランダ、イタリア、アメリカ合衆国などでは、行政作用の基準とされる法規範が十分明白であるのに法違反が行なわれた場合には、過失の推定がなされ、また、私人に適用される危険責任に関する一般的な規定を適用することにより（イタリア、イギリスなど）、および、特別法の規定により（フランス、ベルギー、アメリカ合衆国の各州など）、一定の分野に危険責任の法理を導入することによって、過失責任からの解放がはかられている。さらに、フランスの国家責任制度にみられる「役務の過失」(faute de service)に典型的なように、過失を個々の公務員の個人的な過失ないし瑕疵ある行為として把握するのではなく、それを専ら客観的に欠陥のある組織ないし行政の誤った作用として理解することが行なわれている。これらの国々と歩調をあわせるかのように、ヨーロッパ共同体において、ヨーロッパ裁判所は、一九七一年以降、職務上の誤りに対する共同体の責任に関し、請求権の要件として、もはや明示的に過失をあげておらず、純粹な違法性責任への傾向を示している⁽¹²⁾。

四 民法上の損害賠償責任とは異なり、ここで過失を放棄することが許されるのは、公権力の、それに服従する市民に対する事実上・法律上の優位性 (Überlegenheit) の故である。すなわち、公法上の従属関係においては、通常の私的取引における場合よりも市民をより大きな危険にさらすことになり、それだけ強く市民を保護する必要がある。他方、公権力は、その優位性・支配力・権力の独占の故に、権力行使の適法性に対するより高められた責任を負担しなければならぬ⁽¹³⁾。

五 過失責任主義の放棄によって国家責任が際限なく拡大し、財政支出が著しく増大する危険はない。そのこと

は、すでに今日責任の歯止めとしての過失の役割が後退してしまっていることのほか、つぎのような根拠に基づく。まず第一に、草案自体が種々の制限規定を設けており、それによって国家責任の異常な拡大が抑制される。⁽¹⁵⁾ すなわち、(1)全ての加害的違法に責任が生ずるのではなく、国は被害者に対して負っている義務の違反に対してのみ責任を負う、(2)適正条項 (Adäquanzklausel) により、異常に高額な損害賠償が回避される、(3)被害者の過失の共同寄与、共同原因も、賠償請求権を減少ないし排除しうる、(4)被害者が裁判所による権利救済の機会を逸したときには、責任は生じない、(5)裁判所の判決に基づく責任については、国は故意の場合にのみ責任を負い、立法上の不法については、憲法裁判所による不法の確定後、一定期間内に、改正された基本法三四条の保障に反しないかぎり、責任を制限・排除することができる。⁽¹⁶⁾ 改正された基本法三四条の枠内では、連邦立法者は、裁量により責任を制限することができるといった、責任を限定する一連の予防手段が講じられている。第二に、財政負担の増大に対する懸念⁽¹⁷⁾ については、以下のような資料ないし見通しの下に、それがきわめてわずかなものに止まるとの判断がなされている。一つは、すでに立法上無過失責任を導入した国、殊にスイスにおける統計資料である。スイス連邦では、一九六九年から一九七三年にかけて、国家責任に基づく財政支出は、平均して、全支出額の〇・〇一八%であったにすぎない。また、スイスの州についてみると、一九六九年の法律により、それまでの公務員責任から州の違法性責任に移行したチューリッヒ (Türing) では、一九七二年度でこの数値が約〇・五%であるにとどまり、なおも過失原理を採用しているベルン (Bern) の〇・三%と比較しても、二倍にも満たない。⁽¹⁸⁾ 二つは、現行制度に基づく国家責任支出の実績を基礎とした財政支出増の予測であり、草案は、いずれも、改革に伴って生ずる財政負担増が必ずしもさほど大きくならないものと見込んでいる。⁽¹⁹⁾

六 西ドイツにおける無過失責任主義の導入は、このように、決して唐突なものではなかった。過失原理からの解

放は、すでに職務責任に関する判例によって暗示されており、収用類似・犠牲類似に関する判例は、それを先取りしたものであった。それに加え、諸外国の実情、財政負担における楽観の見通しが、外的条件として、その立法化を促す要因となった。草案における無過失責任主義の立法化は、その意味で、いわば、ドイツの法発展史の延長線上にある必然的な結果であったといえることができる。

(1) 主として委員会草案で用いられている「不法責任」の概念は、やや明確性を欠く。不法責任は、一方で、「高められた危険に対する国の一般的な補償義務」ではないし、また「社会的損失補償法」でもない (KE-SHG S. 63 f.)。しかし、他方、草案では「原因責任」(Verursachungshaftung)とも呼ばれており (KE-SHG S. 63 f.)、それはスイスでの用語例と一致する。ところが、従来、危険責任の問題として扱われてきた技術的な行政上の装置 (信号機、コンピューターなど) の故障に対する責任を不法責任に含めて扱い (草案一条二項)、また、責任成立要件としての違法性を、公法上の義務違反としている点で、純粋な原因責任とも異なるようである。

(2) 法治国家的国家責任が、その論理的帰結として原則として無過失責任であるべきことは、委員会草案でも (KE-SHG S. 18, S. 67) 報告者草案でも (RE-SHG S. 46 f.) かなりはつきり述べられているのに対し、政府草案での説明では、「職務執行者が、(職務の執行の際に) 注意義務に違反したかどうかは、にもかかわらず意味がないわけではない。国にとってはむしろ要求された注意が払われていた場合には責任の回避が可能となる。もちろん、過失は責任の要素としてのその性質においては意義が減少する。」(傍点筆者) となっており (E-SHG S. 26) このあたりに過失の扱いに関する微妙な違いが感じられる。

(3) 具体的な加害者の人格から解放された一般的・抽象的な行為期待義務を定立し、客観的な行為基準を設定する。職務責任の場合には、理念的な「義務に忠実な平均的公務員」の行為が過失の基準とされる。RGZ 156, 34 (51); BGHZ 2, 209 (214); 4, 302 (313); 22, 258 (263)。

(4) RGZ 125, 85.

(5) 過失が個別的な具体化された人格に関連するものではなく、行政装置自体の職能ある作用とされる。

(9) いわゆる Prima facie-Beweis に関する規定を援用して、行政庁に釈明を義務づける。RGZ 130, 358; BGH NJW 1951

- (7) Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten v. 14. März 1968.
- (8) Gesetz zur Regelung der Staatshaftung in der DDR v. 12. Mai 1965.
- (9) Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch v. 1941, Art. 104, 105, 106.
- (10) Verfassung v. 21. Feb. 1974, Art. 199, 388.
- (11) ただ、これらの諸国においても、「違法性責任」だとはいえ、違法性の範囲が定義・解釈によって制限され、また、過失が全く考慮されていないわけではない。たとえば、スイスでは、行政庁の裁量処分が、後に監督行政庁により合目的でないとの理由で取消された場合にも損害賠償請求権を生じさせることはなく、また職務義務に従った行為が違法であっても国家責任法上は違法とは扱われなく(Zur Reform des Staatshaftungsrechts, Rechtsvergleichendes Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1975 S. 5 ff.)。更に、国家責任法上、裁判官は、死亡・身体傷害の場合に、公務員の過失がこれを是認するかぎり、賠償として相当な額を判決することができ(同法六条)、被害者の過失寄与(Mitverschulden)を考慮する範囲内で、公務員の重過失を被害者の軽過失とつりあわせ、それに応じて賠償請求権の減額を排除することができる(同法四条)点で、過失原理に依っているほか、責任ある職務執行者の人的範囲も制限され(同法一条、二条一項、九条)、形式的既判力ある処分、決定、判決の適法性を責任手続の中で審査することはできない(同法一二条)。
- (12) ヨーロッパ共同体の不法行為責任は、「ヨーロッパ石炭・鉄鋼共同体設立条約」(Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl v. 1951 = EGKS) 四〇条一項、「ヨーロッパ経済共同体設立条約」(Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v. 1957 = EWG) 二二五条二項、「ヨーロッパ原子力共同体設立条約」(Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft v. 1957 = EAG) 一八八条二項にそれぞれ定められている。これらの規定からは、文面上、共同体の責任が過失責任であるかどうかは明確ではないが、ヨーロッパ裁判所は、一九六五年十二月九日の判決で、まず EGKS の規定に関し、それが過失責任であることを認め(Sammlung, Bd. XI, 1965, S. 1197 ff.)、後で、その他の規定についても、それが過失責任であるとみなした(Urtell v. 14. 7. 1967, Bd. XIII, 1967, S. 331 ff.; v. 30. 11. 1967, Bd. XIII, 1967, S. 385 ff.)。しかし、一九七一年以降の判決では、主観的な行為の要素が問題となるかぎり、それは専ら違法性の範囲内で扱われ、過失の問題としては処理されてこなく(Urtell v. 28. 4. 1971, Bd. XVII, 1971, S. 325 ff.; v. 2. 12. 1971, Bd. XVII,

- 1971, S. 975 ff.; v. 13. 6. 1972, Bd. XVIII, 1972, S. 391 ff.; v. 12. 7. 1973, Bd. XIX, 1973, S. 791 ff.; v. 24. 10. 1973, Bd. XIX, 1973, S. 1055 ff.; v. 13. 11. 1973, Bd. XIX, 1973, S. 1229 ff.; v. 2. 7. 1974, Bd. XX, 1974, S. 675 ff.).
- (31) KE-SHG S. 51 f.; RE-SHG S. 67 f.; F-SHG S. 26.
- (14) KE-SHG S. 52 f.
- (15) 政府草案では、司法権による国家責任については、義務違反が犯罪となり、判決が無効とされた時にのみ責任が生ずるとなり(五条)の責任が一段と制限されたものになつてゐる。
- (16) 立法権の不法に対する責任は、立法権に自由な活動の余地を与えるとの趣旨から、政府草案では規定されていない。
- (17) 草案の連邦議会における審議の過程でも、最も問題とされたのはこの点であつた。一九七九年五月二十八日付「ヴェルト紙」(Die Welt)は、連邦議会の法制委員会が開かれた公聴会において、草案の無過失責任規定は原則的に多くの関係諸団体の同意を得ることも、自治体中央連合、自治体保険組合などは、国家責任法の制定により、著しい支出増が予想されると主張したと報道してゐる。
- (18) スイスとの比較的検討については、Rehinder, Gutachten, Ein Vergleich der geplanten Reform des Staatshaftungsrechts in der BRD mit der Rechtswirklichkeit der Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz, 1955; Ders., Kann bei der Haftung des Staates für Fehlerhalten des öffentlichen Dienstes auf das Verschuldensfordernis verzichtet werden? Öffentlicher Dienst (Fachr. für C. H. Ule) S. 399 ff.
- (19) 委員会草案の記述によれば、連邦最高裁判所が下した国家責任判決のうち、専ら過失の考慮に基づいて拒絶された請求の占める割合は、一九五五年が二二・五%、一九六〇年が四・七%、一九六五年は一・九六%、一九六九年はただ一件だけであり、下級裁判所においても事情は似たようなものだという(KE-SHG S. 153 f.)。しかし、その後、新しく公法上の責任制度を形成するに際しては、現行法体系下での現状を把握することの重要性が認識され、一九七六年九月、報告者草案に先立ち、「国家責任事件における法的事実的認識」(Rechtstatsächliche Erkenntnisse in Staatshaftungssachen 1976)が連邦司法省によつて公にされた(一九七七年十二月には、この結果に、さらに公共団体での調査を加えた要約が出されている)。これは、現行法に基づく財政負担の状況を知るために実施された、連邦、ラントにおける国家責任に対する支出についての行政調査、およそ一五〇〇件の既判力を有する国家責任訴訟の訴訟記録の評価からなつてゐる。それを要約すれば、まず行政調査では、一九七二年の会計年度において、連邦、ラントでは、公権力の行使に基づく国家責任(狭義の国家責任)の領域で、総額一五九〇万マルクの請求がなされ、そのうち、

一九〇万マルクが支払われ(二二・五%)、一三九〇万マルクが拒絶されている。そして、そのうちの四五%が、公務員に過失がないとの理由で拒絶されている(ラントのみについては、この数値は三八・六%)。しかし、裁判所の訴訟記録では、狭義の国家責任請求事件の一〇・四%が加害公務員の無過失を理由に棄却されているにすぎない(しかも、このパーセンテージには、明らかに過失を欠くために、他の、より面倒な要件についての判断が回避されている場合を含んでいる)。報告者草案は、この数値を基礎に、無過失責任の導入によって、約一〇%の財政負担増を見込んでおり、その額は、毎会計年度、連邦・ラント・公共団体で、およそ四〇〇万マルクにならうと予想する(RE-SHG S. 68 f., 76 f.)。政府草案は、過去の国家責任に伴う財政支出の調査結果を基礎にし、それに、更に、補充条項の脱落(政府草案一条・二条)、技術的装置に対する責任(同一条二項・二条三項)、立証責任の転換(同二条一項二段)、基本権侵害の責任(同二条二項)といった制度改革によって見込まれる財政負担増を加えて、毎会計年度平均、連邦で六四五万マルク、ラントで二四四万マルク、自治体領域で四四三万マルクから五二六万マルク、多く見積っても、全体で一五〇〇万マルクを越えないとの見通しを立てている(E-SHG S. 29 f.)。

(3) 国家責任制度改革の問題点

一 民法的に構成された職務責任制度の数々の欠陥を是正し、調和ある統一的な権利保護体系としての国家責任制度を実現しようとしたこの度の制度改革は、基本法の改正案および国家責任法案の中に具体化された。この国家責任法案は、法治国家的国家責任観によって直接・間接に支えられて、直接的な国家責任の導入に伴う過失責任主義の放棄のみならず、本来的な国家責任の考え方から指示特権(補完条項)を除去し、損害賠償の効果を、単なる金銭賠償から現状回復へ拡張し、裁判管轄権を統一し、暴動損害(Tumultschäden)に関する法を改善しようとするものである。これらの改革が、国家責任の構造を根本的に変革し、被害者の権利救済を少なからず拡大し強化するであろうことは疑いない。殊に、単に法技術上の問題としてではなく、法治国家の原理によって導かれた直接かつ第一次的国家責任の理念と過失責任主義の放棄は、国家責任の本質的な理解の転換を迫るものである。戦後、「収用類似の

侵害」に関する判例を大胆に展開させ、制度として定着させた最高裁判所の精力的な努力を思えば、この改革は事実としてはむしろ遅すぎたくらいでもあろう。しかし、反面、この国家責任法草案は、重要な点で責任の制限を行なっている。しかも、これらの制限が、いずれも直接・間接に法治国家原理の論理的な帰結として、許容される範囲内の立法的投影として説明されているところに、法治国家原理に基づく国家責任の限界が窺われるように思われる。

二 まず、過失はもはや国家責任が成立するための要件ではないが、法治国家原理の枠内では、損害の算定に際して過失を考慮することは妨げないばかりかむしろ必要であるとされる。すなわち、政府草案によれば、「不法責任としての国の義務違反責任に対する原則的決定は、国が執行権、司法権の行使において、秩序に従った行政の枠内で、市民の損害および不利益を避けるために、その手に委ねられている手段・可能性を利用した場合にも、完全な利害調整を義務づけられることを意味するものではない。国が個別の場合のあらゆる事情を評価するにあたり、法治国家に要求される注意を尽したに拘らず市民の損害を避けることができなかつた場合には、国家を責任から免除し、市民に損害を自ら負担させることが妥当であるし、国家責任の財政的結果を適切に限界づけるといふ利益において、予算上も必要であるように思われる」というのである。¹⁾ このような前提に基づき、「一方で、従来²⁾の職務責任法との整合性を見出し、他方で、行政庁および裁判官により確実な基準によって賠償給付の正しい算定を達成させるために」、政府草案は、この趣旨を、「(公権力の) 主体は、損害を金銭で賠償しなければならぬ。執行権・司法権の行使の際に、状況により要求される注意力を持ってしても義務違反を避けることができなかつたであろう場合には、金銭賠償は行なわれない」(同草案二条一項、傍点筆者)、「義務違反が違法な基本権の侵害に存する場合には、一項で要求された注意を尽しても、基本権の保護のために、財産的效果をもつ損害が金銭で賠償されなければならない」(同二条二項)と規定した。この縮減条項(Reduktionsklausel)ないし適正条項(Adäquanzklausel)³⁾は、損害賠償額の算定に

際しては、原則的に全体賠償 (Totalreparation) の原理に立ちつつも、そこに比例性の原則を導入することによって、損害賠償の個別的な算定、損害の個別的な場合に相応しい配分を可能にし、「全てか皆無か」(Alles oder Nichts) の原理からの解放を意図したものであった。⁽⁶⁾ しかしながら、ここではすでに、国家責任を根拠づける際に放棄されたはずの過失が、体系に逆行する形で、責任を履行する際に、「状況により要求される注意力」の形で再登場してきているといわざるをえず、政府草案においては、憲法上保護された基本権とその他の権利を区別し、無過失責任の原則は、結局、前者についてのみしか貫徹されていないことになる。⁽⁷⁾ 法治国家の原理は、侵害される権利の種類・違法性の態様如何によって賠償義務に差異のあることを認め、結果的に「修正された過失責任」⁽⁸⁾ を是認したのであった。

三 法治国家的国家責任論は、国家責任成立の中心的な要件である「違法性」に関して、一定の限定された意味内容を要求した。過失から解放された国家責任は、直ちに国があらゆる加害的行為に責任を負わねばならないことを意味するものではなく、公権力の行使が違法であることをその要件とする。しかし、ここでいう違法とは、草案理由書の説明によれば、「執行権、司法権が、個人に対して負っている、それ故にその個人的な保護に役立つ公法上の義務に違反すること」⁽⁹⁾ を意味する。そして、違法性をこのように解すべき根拠として、以下に述べるような国家責任の第二義的権利保護機能が強調されている。すなわち、「公権力は、行政および司法の領域で、公権力の行使が法的根拠なくして、あるいは現行法規に違反している場合に違法となる。憲法上の法治国家の要請は、国家権力をして、憲法、法律および法を遵守すべきことを義務づける。したがって、違法な行為は、(法治国家的に義務づけられた) 客観的な義務違反の行為と同義である。しかし、単なる国家行為の違法性だけでは、国家責任を生じさせるべきではない。単に公共の利益のみならず、特定の個人(少くとも被害者)の保護を規定する公法法規は、公権主体に対して具体的な行為・不行為義務を根拠づけ、この個人は、反面、それに対応した一定の主観的な公権的地位を取得する。

本来の権利保護（公権力の行使の適法性に関する司法統制）は、民衆訴訟的な権利保護の意味ではなく、個人的な権利保護の意味において、法治国家的要請を保証しようとするものであるから、第二義的な権利保護（基本法三四条）が、本来の権利保護（基本法一九条四項）よりも、その及ぶ範囲が広がることはありえない⁽¹⁰⁾といった主観的な権利救済観である。換言すれば、ここでは、いずれの権利保護の段階においても、違法性の概念は同一のものとして観念され、政府草案も、その結果、国家責任成立の要件を、「執行権あるいは司法権が、他の者に対して負っている公法上の義務に違反した場合には、その主体は、この法律により依って生じた損害に対し責任を負う」（同草案一条一項）と規定した⁽¹¹⁾。国家責任法案で扱えられた「（直接には）被害者に対して負っている公法上の義務違反」の違法性の観念は、職務執行者の単なる規範違反を意味するのでもなければ、保護された権利・利益自体の中に侵害作用の違法性を見出そうとしているわけでもない⁽¹²⁾。法治国家の理念と国家責任の権利保護体系上の制度的位置づけによって、従来主として私法上の不法行為理論で論じられた行為不法説・結果不法説⁽¹³⁾のいずれとも異質の責任要件の表現となったのである⁽¹⁴⁾。

四 法治国家の理論に基づく国家責任は、立法の不法に対する責任の問題において大きな後退を示した。従来も、立法の不法に対し職務責任請求権が認められるかに関し、学説上争いがあり⁽¹⁵⁾、判例はこれを、「第三者に対する（議員の）職務義務が存しない」との理由で否定的に解してきた⁽¹⁶⁾。しかし、立法者も法治国家の要請を考慮しなければならず、基本法二〇条三項によって明示的に憲法秩序に拘束されているとの観点の下に、委員会草案、報告者草案は、ともに立法行為に対する国家責任を定めていた⁽¹⁷⁾。ところが、「違法な規範定立に対しても無制限の国家責任を認めることは法治国家における立法の機能をそこねることになり」、「立法権に十分その機能を果たさせるためには、決定の活動の余地が残されていなければならない⁽¹⁸⁾」との実際の配慮から、執行権・司法権とは異なり、立法権は、新たな基

本法三四条の憲法保障からはずされ、政府草案においても立法の不法に対する国家責任は全く排除されてしまつてい⁽¹⁹⁾る。

五 法治主義の要請として、公権力の行使に対する司法的コントロールのみならず、それによつてもたらされた損害の補填が憲法上の制度的保障を受けるといふのであれば、それは、確かに、権力抑制のシステムとしても、権利救済の制度としても、それ自体、大きな前進であるうことには違いない。しかも、この法治国家的に方向づけられた国家責任論は、従来、ドイツでばらばらの理念に立脚し、それぞれ固有の発展をとげてきた国家責任制度をトータルにまとめあげる指導理念としても、また、直接的な国家責任を根拠づけることによつて無過失責任主義の導入を論理的に可能にした点においても、まさに恰好の理論であつた。その意味で、今度の国家責任制度改革の基礎とされた法治国家的な国家責任論は、伝統的な損害賠償制度の依つて立つ論拠を全面的に改め、国家責任論に新生面を開くものとして、大いに注目すべき側面を持つていゝといえる。しかしながら、この理念は、それを具体化する国家責任法草案の中で、恐らくは、主として財政的な理由から、必ずしも生かしきられてはいない。すでにみてきたように、無過失責任主義は、いわゆる縮減条項によつて、ほとんどその機能の發揮が期待できず、違法性は第三者に対して負う義務違反と捉えられ、立法上の不法に対する責任は全面的に排除された。大上段にふりかぶつた大がかりな国家責任制度改革も、結果的には、従来の取用類似の侵害・犠牲類似の侵害の範囲を若干押し広げるものになつてしまつてゐる。しかも、草案にみられるこれらの責任の制限が、やはり同様に、それぞれ、法治国家制度の帰結として説明されてゐるところに、今回の改革に伴なう救済の難い問題点があるように思われる。法治国家の制度が、そこで行なわれた不法の結果を是正しようとするといふのであれば、不法の結果を安易に是認しようとするべきではないであらう。殊に、基本法上は、法治国家は少くとも社会国家に匹敵する。社会国家が、巨額の社会的福祉に要する費用を

提供するが、法治国家が財政的理由から不法を容認し、補償の費用を惜しむというのには理解できない。結局、国家責任制度の改革は、確かに一連の改善をもたらすものではあるが、最終的には、法治国家によって方向づけられた不法に対する国家責任の新しい理念を見失ってしまっている。

六 草案におけるこのような後退の現象とは別に、法治国家的国家責任の考え方が、制度改革の基礎理論として成り立っているかどうか、それが一般的な普遍原理としてどこまで通用しうるかといった問題の検討は、むしろ今後に残された課題であるというべきであろう。しかし、無過失責任立法の出発点とされた国の直接的責任の根拠づけには、わが国における国家責任性質論、無過失国家責任論についても、何らかの参考にすべき余地があるように思われる。西ドイツにおける今回の制度改革を一つの契機として、この問題に対する活発な論議が期待されるところである。

(1) E-SHG S. 26.

(2) ただ、その場合にも、「違法性が、専ら単なる法違反にある場合には、一般的な行為の自由の基本権侵害においては適用されない」(同草案二条二項二段)。

(3) この条項は、委員会草案以来規定の仕方を変えてきており、しかも徐々に内容的に厳しいものになってきている。すなわち、委員会草案では、「権利侵害、あるいは生ずるかも知れない過失の微弱性、損害の予測可能性の欠如、ないしその異常な高額さ、あるいは同様の理由により適当である場合にかぎり、賠償義務は縮減する」(同草案二条二項)となっていた(ただし、損害が故意、または過失により惹起された場合はこのかぎりではない)。報告者草案では、規定がやや漠然となり、「最大の注意力をもってしても義務違反を避けることができなかったであろう場合には、金銭賠償は行なわれぬ」(同草案二条三項)とされた(同様にこの規定にも、「ただし、生命、健康、自由、財産権の保護のための義務違反に対しては、このかぎりではない」との但書が付されている)。

(4) KE-SHG S. 55.

(5) この趣旨は、すでに、一九六〇年のドイツ法律家会議でも討論され、それは、損害賠償における全体賠償の原則を、賠償の範囲を特に過失の程度を考慮して公平な裁量により決すべき権限を裁判官に認めることによって緩和することを提案している Ver.

handlungen des 43. DJT 1960 Bd. I (Gutachten von H. Lange), Bd. II (C 3 ff. W. Wilburg, C 23 ff. F. Hans)°。翌一九六七年、連邦司法大臣によって公表された民法上の損害賠償規定の改正・補充に関する報告者草案 (Referententwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung Schadensersatzrechtlicher Vorschriften 1967) は、全体賠償の原則から出発し「いまだとりわけ」といえば「惹起された損害が異常に高く」なり、あるいは「完全な賠償が著しい不公平に至るであろう場合」には裁判官の形成法によって賠償すべき額を定めていた。

(9) Hesse, Zur Reform des Staatshaftungsrechts, BB 1975, S. 13.

(7) この発想は、基本法は基本的人権について、その国家的保護義務を、憲法裁判権における憲法訴願の保障によって特別に考慮しており、国家責任の第二義的権利保護も、この憲法上の価値序列を同様に考慮すべきとの見解 (E-SHG S. 40, Vogel, DVBl 1978, S. 662) に基づく。

(8) Ossenbühl, Der Regierungsentwurf eines Staatshaftungsgesetzes-Beginn oder Ende einer Reform? Jus 1978, S. 720.

(6) KE-SHG S. 74 f., RE-SHG S. 82 f., E-SHG S. 25 f.

(5) E-SHG S. 36, Bender, Zu den Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung nach dem Entwurf eines Staatshaftungsgesetzes, VersR 1975, S. 581 f.

(11) 当初の委員会草案では、当該規定は、「公権力がある人の権利を侵害する場合には、その主体は、この法律により責任を負う」ある人がその権利を侵害されるのは、「公権力が彼に対して負う公法上の義務に違反した場合である」となっていた。ここで、「権利侵害」の語を用いたのは、「基本法上の権利保護規定である基本法一九条四項、この憲法規定に対応する訴訟法上の権利保護規定」といえば、行政裁判所法四二条二項、一一三条一項・四項、財政裁判所法四〇条二項、一〇〇条一項、一〇二条、社会裁判所法五四条一項・二項の規定」との統一をはかるためであり、同時に、非常に広い内容を有する「権利」概念から生ずる混乱を避けるために、「カッコ書きを採用した」と説明されている (KE-SHG S. 76)°。しかし、多分に「主観法的」な響きをもつこの「権利侵害」の表現に対しては、「職務義務違反から違法性」という責任の根拠の提案をされている方向転換「こそぐわなご (Dagtolou, Zur Reform des Staatshaftungsrechts, Verwaltungsarchiv 1974, S. 345 ff., S. 357)°。また、この使用をめぐって「権利侵害」は、「一般的な法律学上の用語例と異なっており」概念構成上の混乱をまねく (Papier, Zur Reform des Staatshaftungsrechts, DVBl 1974, S. 573)° といった批判的な見解が多く寄せられた。この批判を考慮したためであろうか、その後の報告者草案、政府

草案では、「権利侵害」の語は用いられていない。

- (12) 職務責任における「職務義務違反」に関して、判例は、侵害する職務執行者の行為の違法性とは無関係に、すなわち、行為自体は職務義務に違反しているとはいえず、したがって職務責任が理論的には認められない場合について、客観的に違法な侵害に対する直接的な国家責任を根拠づけられた。その指摘は、*Michaels, Zur Rechtswidrigkeit als Haftungsgrund bei der Amtshaftung und sog. Enteignungsgleichen Eingriff (Feschr. für K. Larenz) S. 927 ff.*
- (13) 従来、私法上の不法行為理論においては、違法性に関して、保護された権利・利益の侵害が侵害作用の違法性を表わすとする結果不法説と、違法性を侵害する行為の法違反性に求める行為不法説の対立があり、通説は、古典的な権利・利益の侵害が問題になっている場合以外は、行為不法説に従っているようである (*Esser, Schuldrecht I, S. 64 ff.*)。
- (14) フッターは、国家責任においては、義務違反と違法性とは一致するものではないとの立場から、草案を厳しく批判した。Futter, *Zur geplanten Reform des Staatshaftungsrechts-eine kritische Besprechung des Kommissionsentwurfs vom Oktober 1973, JnR 1974, S. 357 ff.*
- (15) たとえば、*Dagglou, Ersatzpflicht des Staates bei legislativem Unrecht? 1963; Schack, Ersatzpflicht des Staates bei legislativem Unrecht, MDR 1968, S. 186; Haverkate, Amtshaftung bei legislativem Unrecht und die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, NJW 1973, S. 441.*
- (16) *BGHZ 56, 40 (46); OLG Hamburg DÖV 1971, S. 239.*
- (17) 報告者草案では、議会による形式的な立法と執行権による法定立(法規命令、規則)とが区別され、前者において、一定期間内に立法上の不備を再検討する余地が認められている(同草案六条一項)。
- (18) *Vogel, DVBl 1978, S. 661.*
- (19) 政府草案一条のタイトルは、「それに対応して」、「執行権・司法権の責任」となっており、立法権による責任を明示的に排除している。ただ、執行権による法定立(法規命令、規則)は、執行権の作用として扱われる。