



Title	ドイツにおける国の無過失責任論（四）
Author(s)	秋山, 義昭
Citation	北大法学論集, 28(3), 1-35
Issue Date	1977-12-26
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16243
Type	bulletin (article)
File Information	28(3)_p1-35.pdf



[Instructions for use](#)

ドイツにおける国の無過失責任論 (四)

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 マイヤーの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 EnlALR ——

(2) § 75 EnlALRの適用範囲

(3) ワイマール憲法一五三条と § 75 EnlALR

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(以上第二六卷第二号)

第二款 損失補償

第三節 犠牲補償請求権 (Aufopferungsanspruch)

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(以上本号)

第三章 わが国法上の問題点

第二款 損失補償

一 収用類似の侵害の法的効果としての損失補償についても、判例は、原則的にはその収用的性格を維持してきた。したがって、この場合にも、損失補償は基本法一四条の定めるところにより与えられる。ただ、この場合に、違法な侵害の相手方は、損失補償の種類と範囲に関して、適法だとすれば特別法が認めたであろう請求権に制限されるものではない。というのは、違法な侵害においては、それを実施することについての特別の公共の利益が一般的に認められないのであるから、この場合の損失補償を、適法な侵害に対して実定化され、恐らく公共の福祉を斟酌して、相手方の利益を完全には考慮していない基準にしたがって与えらるるとする理由がないからである。特別法による損失補償は、いわば最低限の補償にすぎない。それ故に、違法な侵害における損失補償請求権は、その範囲に関しては、特別法で規定された請求権をこえることがありうる。このことは、収用類似の侵害に対する損失補償は、原則として、相手方の蒙った価値の喪失 (Wertverlust) 以下では確定されないことを意味する。それ以外では、収用類似の侵害に

における損失補償は、適法な侵害の場合における損失補償に対して、特別な地位が認められるわけではない。⁽²⁾ 以下、特に判例・学説上問題視されてきた点のいくつかを挙げることにする。

二 損失補償の範囲 取用類似の侵害に基づく損失補償請求権は、取用の場合におけると同様に、侵害の客体自体に生じた損失の調整に向けられたものであるから、職務責任請求の場合とは異なり、補償は、得べかりし利益 (entgangener Gewinn) をも含めた完全な賠償というのではなく、実体の喪失分 (Substanzverlust)、すなわち、相当な補償にとどまる。⁽³⁾ したがって、機会を逸したり、収益の可能性が失なわれたことに対しては補償は支払われない。物あるいは権利が剥奪された場合には、この対象の価値のみ、侵害の場合には、対象自体の侵害の結果として生じた損害のみが補填されることになる。補償額の確定は、原則として、通常の価格 (gemeiner Wert) による。

商品の喪失の場合には、通常期待される収益の可能性は、取引価格の中に含まれているから、特に補償を要しないともいえるが、営業上利用される不動産、動産、特に、現に設置され稼働している企業に対する侵害においては、その侵害のために収益が通常の営業利益以下に減ずる損失は、補償されるべき損害とされている。⁽⁴⁾ その限りでは、連邦最高裁判所の判例上、営業に対する侵害については、部分的には得べかりし利益にも及ぶことになる。⁽⁴⁾

三 共同責任 (Mitverschulden) 取用類似の侵害に基づく損失補償請求権においては、被害者は、他の責任規定におけると同様に、共同責任を負わなければならない。このことは、今までに判例上明確に述べられたわけではないが、自明のこととされている。けだし、相手方が損害を自ら有責にひきおこしたのに、彼に損失補償を認めることは、一般的に通用する信義誠実の原則を定めたドイツ民法二四二条、被害者の有責について定めた同ドイツ民法二五四条の法思想よりみて、適当ではないからである。⁽⁶⁾

更にまた、このような場合には、ドイツ民法八三九条三項の準用が問題になるが、連邦最高裁判所は、職務責任に

基づく損害賠償請求権と取用類似の侵害に基づく損失補償請求権の間に存する本質的な相違として、前者においては、法的手段を尽くさない場合には責任が生じないことをその特徴の一つとして強調している。⁸⁾したがって、判例は取用類似の侵害の場合に、この規定を準用することは許されないといい、⁹⁾この点に關しては学説は必ずしも判例に同調しているわけではない。

四 請求権の競合 取用類似の侵害に基づく損失補償請求権と同時に、民法上の所有者—占有者の關係に基づく損害賠償請求権、民法上の不当利得返還請求権が生ずるかどうかに關しては、判例はこれを否定的に解している。¹⁰⁾というのは、取用類似の侵害に基づく損失補償請求権の基礎は、常に、財産的価値ある権利に対する違法な高権的侵害であって、そのことが民法上の請求権との競合的成立を排除するからである。

それに対して、判例は、有責・違法の高権的な侵害においては、取用類似の侵害に基づく損失補償請求権と、基本法三四条およびドイツ民法八三九条による職務義務違反に基づく損害賠償請求権とは、競合的に成立しようと解している。¹¹⁾両請求権は全く別の法領域に根源を有し、その要件・内容・権利追求保護の可能性に關する関係者の地位が異なり、両者が並存しようというのがその根拠である。その際に、損失補償請求権の債務者は直接の受益的団体であり、職務責任の主体は職務を委託した団体であるから、互いに競合しようる両請求権が、公法上の別の法人格に対して向けられることがおこりうる。その場合に、職務責任に基づいて請求される団体は、相手方に対して、他の方法による賠償の可能性(ドイツ民法八三九条一項二段)として、取用類似の侵害に基づく損失補償請求権を指摘することができない。¹²⁾

取用類似の侵害に基づく損失補償請求権にドイツ民法八三九条一項二段が一般的に準用されるかどうか、すなわち、その請求権は、相手方が他の方法による賠償を得ることができないということを当然に前提とするかどうかの問

題は、判例上いまだ明確に解決されているとはいいがたい。⁽¹⁵⁾

五 消滅時効期間 この請求権の消滅時効期間は、特別法で別段の定めをしていないかぎり、ドイツ民法一九五条の規定により三〇年である。⁽¹⁴⁾ この損失補償請求権は、民法八五二条の意味における損害賠償請求権とは異なるから、⁽¹⁶⁾ 同条に定める不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効期間（三年）は、特別法とはみなされていない。⁽¹⁵⁾

(1) BGHZ 6, 270 (291) : 13, 395 (397~399) : 23, 159 (171 f.).

(2) BGHZ 23, 157 (171~172).

(3) 連邦最高裁判所の判例は、その点で一貫している。BGHZ 6, 270 (296) : 11, 156 (164) : 13, 395 (398) : 15, 23 (26) : 29, 217 (227) : 30, 338 (351 ff) usw.

(4) たとえば、判例は「販売会 (Verkaufsveranstaltung) の開催が禁止された場合 (BGHZ 32, 208) 宣伝の可能性が違法に侵害された場合 (BGH NJW 1960, 1959) 現存する商品の賃貸が妨げられた場合 (BGH NJW 1965, 1912, 1913) に「得々かりし利益が問題になってくるにかかわらず、補償の支払いを命じている。また、難民のための宿泊所の徴用においては、賃貸料の不足額、収入の損失 (客に賃貸できないし、備えの商品が売れない)、建物の過度の消耗のための損失の補償が認められている (BGH Ⅲ ZR 89/53 v. 10. 6. 1954)。しかし、連邦最高裁判所の最近の判例は、支店による企業の拡張の機会が失われたことに対しては補償を認めない (BGHZ 57, 359, 368 ff; BGH NJW 1972, 1574 D)。ただ、以前は、業務の近代化が妨げられたり (BGH NJW 1959, 1959) 企業のものとして定められた土地の建築が禁止された場合 (BGH NJW 1965, 2101, 2104) 補償は認められた。」

(5) Aufopfungsanspruch に関して、共同責任を認めたものとしては、BGHZ 45, 290 (294) がある。

(6) この法思想は、§ 93 Ⅲ Bundeshaushaltsgesetz の「財産上の損失の発生の際に、被収用者の責任が共同して作用した場合には、ドイツ民法典二五四条の定めるところによる」との規定の中で具体化されている。同様の規定は、§ 32 Bundesleistungsgesetz, § 13 Ⅱ Schutzbereichsgesetz にもみられる。

(7) ドイツ民法八三九条三項「被害者が、故意または過失により、法的手段を行使することによって損害を防止することを怠った

ときは「賠償義務は生じない」。

(8) BGHZ 13, 88 (97).

- (9) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 9. Aufl. S. 331 には「損失補償請求権に対しては、ドイツ民法八三九条三項は適用がない。権利者は単にドイツ民法二三四条による共同責任を申し立てられるにすぎない。」と述べられている。しかし Konow, Zur Anwendung des § 839 Abs. 3 BGB bei den Ansprüchen wegen rechtswidriger enteignungsähnlichen Eingriffe, DÖV 1966, S. 327 は「この場合にドイツ民法八三九条三項の準用を認めるべきことを主張している。その根拠とするところは、(a)ドイツ民法八三九条三項は、共同責任の特に明確な場合を定めたものであり、その立法趣旨、政策的考慮からすれば、取用類似の侵害に基づく損失補償請求権の場合にもあてはまる一般的な法原則だといえること、(b) BGH は、ドイツ民法八三九条一項二段の準用を拒絶しているが、それは損害に対して責任を有する複数の者は、連帯債務者として責任を負うという原則を被っているのであるから、一般的な不法行為法上の異物 (Fremdkörper) であるのに対して、八三九条三項は、損害の關係者は何人も損害を減少する義務があるという一般的な法思想の帰結であって、両者には本質的な相違があること、(c) 八三九条三項が、ドイツ民法の他の責任規定との関連で準用を許さない特別規定であるとしても、国家賠償給付を目的とした他の規定との関連ではそうではないこと、(d) この請求権と職務義務違反に基づく請求権における利益状態が同一であること、等である。また同様に、イエーニケ (Jaenicke) もこの場合に準用を認め、「結果除去請求権と結びついた違法な国家行為の取消しと損失補償の規定とは、統一的な権利保護体系の二つの部分である。従って、損害が救済手段を尽くすことによって避けられるであろう場合には、その限りで請求権を認めないことは正当であろう」と述べている (DVBl 1961, S. 916 (917) These Nr. 7)。ベンダーは、「法政策的には、まさに直接的な過失から独立した国家責任の領域では、ドイツ民法八三九条三項にいくぶん沿った規定が適切であろう」と述べて、「自らの見解を必ずしも明確にしていない」(Bender, Staatshaftungsrecht, S. 215)。
- (10) BGH III ZR 153/55 v. 4. 2. 1957; BGH III ZR 176/55 v. 28. 2. 1957.
- (11) BGHZ 13, 88 本稿『北大法学論集』十六卷二号一〇九頁参照。
- (12) B.JHZ 13, 88 が、明確にそのことを述べた。
- (13) 一九五八年一月一〇日の判決 (BGHZ 28, 310) は、判旨の中で「取用に基づく請求権は、相手方が他の方法で賠償を得ることができない場合にのみ生じうる」と述べたが、判決理由中ではかかる原則が必ずしも確立されているとはいえない。

- (14) ドイツ民法一九五条「普通の消滅時効期間は三〇年である」。
- (15) BGHZ 9, 209; 13, 88.
- (16) Kröner, Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, DRIZ 1961, S. 46.
- (17) ただ、違法な加害であっても、無過失の場合には過失ある場合に較べて、請求権の消滅時効期間があまりにも異なりすぎ、均衡を失するところ判例はある (Kessler, Der enteignungsgleiche Eingriff in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DRIZ 1967, S. 375)。

第三節 犠牲補償請求権 (Aufopferungsanspruch)

第一款 序 説

一 一七九四年のプロイセン一般ラント法序章七五条に由来し、伝統的な損失補償制度の実定法的基盤を提供してきた犠牲補償請求権は、ワイマール憲法における財産権・収用の概念が判例により拡張的に解されるようになって、その存在意義があらためて問い直されることとなった⁽¹⁾。学説の中には、犠牲補償請求権の適用領域が消滅してしまつたとみるものや、公法上の損失補償を öffentlich-rechtlicher Aufopferungsanspruch と呼ぶものがあつたが、なお、判例・学説は収用と犠牲補償請求権の区別を認めてきた。収用は、公権力による違法・無過失の財産権に対する侵害行為にまでは及びえなかつたから、ライヒ裁判所は、この分野に犠牲補償を認める判決を下し、犠牲補償請求権は、ワイマール憲法下ではむしろこの点に、その唯一の存在価値を見出してきた。しかし、ボン基本法の下においては、先にみてきたように、連邦最高裁判所の判例は、収用類似の侵害の法理により、犠牲補償請求権に残されたこの適用領域すらも収用補償の制度の中に包摂してしまつたのである。

二 ボン基本法下における収用概念の徹底的な拡張は、再び収用・収用類似の侵害・犠牲補償請求権の相互関係に

関する学説上の論議をまきおこした。たとえば、シャックは、収用を権利の剥奪あるいはそれに相当するような適法な侵害行為に限定し、加害が相手方に対する侵害に基づくかないとか、軽微な財産権の制限であるとの理由により収用とはいえない場合、および収用に関する規定を準用することが不可能であるとする立場から、違法な侵害の場合を、犠牲補償請求権の問題であるとしている。⁽⁵⁾ ヴォルフも同様に、違法・無過失の加害の場合は、むしろ公用収用法の基礎をなしている一般的な法思想、すなわち犠牲補償請求権の問題であるとみている。⁽⁶⁾ ホルストは、侵害行為の適法・違法とは無関係に、財産的権利の剥奪を収用とし、非財産上の損害および剥奪にいたらぬ財産権の制限を犠牲補償請求権として扱っている。⁽⁷⁾ ヤンセンは、それに対し、侵害行為の目的性と非目的性を基準にして、収用の場合は目的的作用であり、犠牲補償請求権は行政活動の意図されない結果であるとしている。⁽⁸⁾

しかし、この問題は、結局のところ、ボン基本法一四条の解釈をめぐり、収用の概念をどのように定めるかにかかっているものであり、財産権に対する適法ないし違法の侵害行為に基づく損失補償を、収用・収用類似の侵害・犠牲補償請求権のいずれで認めるかは、用語上の問題でしかない。⁽⁹⁾

三　ところで、収用概念がいかに拡張されようとも、補償を必要とするにかかわらず収用概念に含まれない特別な種類の損害は存在する。ライヒ裁判所は、一貫して、公権力の行使によって生じた身体的損害 (Körperschaden) に対しては、損失補償を認めてこなかった。⁽¹⁰⁾ 生命・身体・健康・自由といった非財産的権利 (nichtvermögenswerte Rechtsgüter) に対する侵害は、結果として財産的損害を生ぜしめるのであるから、この損害は当然補償されるべきとする学説はすでに当時から存在していたが、連邦最高裁判所は、従前のライヒ裁判所の判例をくつがえし、このような非財産的権利の侵害に基づく損害に対して、犠牲補償請求権を認めたのである。⁽¹¹⁾ ボン基本法の下でのこの判例の展開は、犠牲補償請求権に新たな役割を期待することになり、個人の権利保護の体系における重要な間隙が閉じられ

るにいたった。⁽¹⁰⁾

本節では、この身体的損害の場合をカバーする犠牲補償請求権について、主として判例をもとにしてその具体的内容をみることにする。

- (1) 犠牲補償請求権思想の成立とワイマール憲法下におけるその適用領域の問題については、すでに、本稿(二)北大法学論集二五巻三号六四頁以下で触れた。
- (2) RGZ 140, 276 (281 ff.).
- (3) Schack, Der für Aufopferungsanspruch neben der Entgeltungsentschädigung verbleibende Raum, JZ 1956, S. 425 ff., 427.
- (4) 西塾章「公法上の危険責任論」一一五頁。
- (5) 西塾・前掲一〇、一一頁。
- (6) Janssen, Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, S. 161, 166 ff. なお、西塾・前掲書一一頁以下。シテナイデンもヤンセンと同様に、収用は基本法一四条によって保護された財産権に対する適法な意図された侵害 (gesetzliche Eingriffe) であり、犠牲補償請求権は、生命・自由・健康に対する全ての適法な侵害および財産権に対する適法な意図されない侵害(たとえば、軍隊の射撃訓練により演習地内の材木が破壊された場合)であるとしている (Schneiden, in: Krefl, Aufopferung und Enteignung, S. 31)。
- (7) 収用と収用類似の侵害に關し、Krefl, aaO. S. 16, 収用と犠牲補償請求権に關し、Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 81: BGHZ 13, 88.
- (8) RGZ 72, 85 (88); 103, 426; 122, 301; 144, 325 (333); 156, 305. なお、この問題については、本稿(二)北大法学論集二五巻三号九一頁参照。
- (9) もっとも、連邦最高裁判所の判例は、当初は必ずしも厳密ではなかったようである。たとえば、BGHZ 8, 273ff. では、沿道住民の侵害において、本来は収用類似の侵害に基づく請求権を認めるべき場合であるにかかわらず、犠牲補償請求権を援用してい

る。BGHZ 13, 81 ff. では、誰が廃墟の片づけ行為によって利益を受けたかの考察において、取用類似の侵害と犠牲補償請求権とが争われた。同様に BGHZ 16, 366 ff. では、蜂の毒殺による養蜂家の損害が、犠牲補償請求権で判断されている。NJW 1956, S. 468 では、経済行政庁の指導によって生じた損害において、取用および犠牲に基づく損害賠償請求権が検討される。BGHZ 16, 366 ff. LM Nr. 2 zu Verwaltungsrecht-Allgem. T. では、輸出禁止に基づく損害において、犠牲補償請求権が認められるかどうかを検討されている。また DÖV 1956, S. 581 では、業務についての不当な不許可に基づき公証人に生じた損害に対する賠償請求権として、犠牲ならびに取用類似の侵害の観点が検討されている。しかし、結局、連邦最高裁判所は、BGHZ 23, 157 で BGHZ 8, 273 ff. の判決を、取用類似の侵害によって一般的な犠牲の原則は、財産的な権利の侵害が問題になっているかぎり、排除されてしまっていると説明した。その後の判例は、この区別を正当だとしてきている。BGHZ 23, 235; 26, 10; 28, 310; 30, 241; 31, 1; 32, 209; 34, 188; MDR 1958, S. 587; DÖV 1959, S. 752; DÖV 1960, S. 917.

(10) それ以前にも、特別法で身体的な損害に関して補償を認める例はあった。たとえば、種痘損害については Bundesentgeltgesetz v. 18. 7. 1961; nordrh.-westf. Impfschädengesetz v. 10. 2. 1953. 無罪判決があった場合の自由の剝奪については Entschädigungsgesetz v. 14. 7. 1904, v. 20. 5. 1898. 内乱による生じた損害については Tumultschädengesetz v. 12. 5. 1920. 適法な警察的侵害による損害については § 70 Preussisches Polizeiverwaltungsgesetz v. 1. 6. 1931. 判例は、これらの立法を犠牲補償請求権を定める特別法だとみなし、この場合には、一般的な犠牲補償請求権との競合を認めていない。(BGHZ 29, 95; 45, 58 usw.)

第二款 犠牲補償請求権の要件と効果⁽¹¹⁾

一 犠牲補償請求権の対象 生命・健康・身体への不可侵・人格の自由等の、非財産的な(無形の)権利に対する高権的な侵害⁽¹²⁾によって生じた損害について認められる。取用と犠牲補償請求権の決定的な相違点は、したがって、損害の種類(財産的損害であるか非財産的損害であるか)ではなくて、侵害される権利(財産権であるか非財産的権利であるか)の側に存する。学説上には、これらの非財産的権利以外にも、基本権として保護された人間の尊厳を含む一般的な人格権に拡張しようとする傾向がみられる。たとえば、基本法二一条一項に定める人格の自由な発展についての

権利として、児童の違法な進級停止のような場合⁽³⁾、あるいは名誉 (Ehre) のような人格権⁽⁴⁾、特に基本権として保護されていらない全ての自由、基本法一二条一項に定める職業選択の自由 (Berufsfreiheit)⁽⁶⁾ 等をも対象とすべきとする見解がある。⁽⁵⁾

二 高権的な強制 (Hoheitlicher Zwang) 判例によれば、強制は、法律・判決・行政行為といった古典的な強制手段にかぎらず、心理的な要求 (psychologisches Abfordern, psychischer Zwang, Gewissenszwang) で足りるとなっている。たとえば、法律上の義務ではないが、国家の勸奨に従って受けた種痘の場合⁽⁸⁾、患者が医師の治療に関する法律上の義務に任意に従った場合⁽⁹⁾、国家的な強制の直接の相手方と何らかの関連のある者について、判例は損失補償を認めている⁽¹⁾。現代の計画的・指導的・生活配慮的な社会国家は、その目的実現のために、法律上の命令・禁止といった正面的な法的強制のみならず、より人間性 (気質・名誉心・利己心・責任感等) に訴える手段を用いることが多いが、判例は、このような時代の傾向に敏感に反応したものだといえる。しかし、判例が、特に種痘損害の場合についてあまりにも寛大に補償を認めることに関しては、学説上、「保健所が、万が一の損失補償請求権を避けるために、そのような奨めを放棄するという好ましくない結果となるであろう」とする危惧の念がないわけではない。

三 特別の犠牲 非財産的権利の損害は特別の犠牲であることを要する。特別の犠牲とは、相手方に、他の者と比較して不平等に行なわれる、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こえた特別の負担であると定義されている⁽¹³⁾。しかし、国家といえども、適法に市民の生命を奪い、健康をそこなわせる当然の権利を有するわけではないから、生命あるいは健康に対する侵害によって直接課される特別の犠牲というものは、おそらくきわめて稀である⁽¹⁴⁾。したがって、種痘損害の場合をも含めて、通常は、市民が高権的措置によって適法に特別な危険に曝され、その危険が個別の場合に具体化し、そうすることによって相手方に特別の犠牲を課することになる場合か、適法な作用

の偶然的結果である場合か、あるいは（取用類似の侵害におけると同様）生命・健康等の非財産的権利に対する違法な侵害の場合に問題になりうるといえる。

一般的な犠牲の範囲をこえた特別の犠牲といえるかどうかの判断は必ずしも明確ではないが、判例によれば、両者を区別するために一応つぎのような基準がとられているといつてよい。

(a) 法律によって意図され、何人にも要求される犠牲は特別の犠牲とはいえない。ただし、この場合にはその限りで負担平等・犠牲平等の原則は維持されているからである。⁽¹⁸⁾したがって、種痘後の不快感や熱のような通常の種痘反応 (Impfreaktion)、⁽¹⁹⁾ 体操の授業の際の偶然的衝突事故や捻挫、⁽¹⁷⁾ 兵役による損害等は、いわば一般的な強制と必然的かつ典型的に結びついた一定の損害であつて、法律上各自に不可避的に要求したともいえるものであるから、特別の犠牲ではないとされている。特別の犠牲は、一般的な強制に通常随伴する程度を越えた損害であるところのみ認められる。⁽¹⁸⁾

(b) 明示的な法律上の規定が欠け、あるいは、特別の犠牲の限界を画する規定が解釈によつても得られないときは、⁽²⁰⁾ 事柄の性質^々 または^々 公平と正義の思想の理性的な判断^々 によつて決するほかない。すなわち、この場合には裁判官が、利益状態と危険状態とを見定め、立法者によつて明確な基準が立てられたならばどのような限界を設けたであらうかを判断して、いわば「立法的方法」(Legislatorische Methode) によつて解決しなければならない。

(c) さらに、連邦最高裁判所は、責任の限界を、何人も宿命的に担わなければならない一般的な^々 生命の危険^々 (Lebensrisiko) の中に求めている。その考え方の根底には、国家的な侵害がこの一般的な生命の危険を顕在化するにすぎないという場合には、損害は、個人的な、固有の、相手方の宿命に基づくものであつて、他の者と比較して不平等に扱ふことに基づくものではないとする思想がある。⁽²¹⁾

(d) 連邦最高裁判所の判例の中には、取用法においては、「違法な侵害は原則として、法律上の一般的な犠牲の範囲を越えているものとみなされ、それ故に通常はその相手方に対する特別の犠牲となる」とする原則をのべた一九六〇年四月二五日の判決の趣旨を、犠牲補償請求権の場合にもあてはめたものがある。

四 損失補償 蒙った損害に対しては、相当の補償が金銭で支払われる。ただ、犠牲補償請求権においては、無形の損害が補償されるのではなく、非財産的権利に対する侵害と結びついた財産的損害（たとえば、治療費、入院費、看護料等）が補償されるのである。したがって、判例によれば、職務責任の場合とは異なって、非財産的権利を違法に侵害した場合といえども、精神的苦痛その他の無形の損害に対する調整、すなわち慰謝料（Schmerzensgeld）は考慮されない。しかし、この点に関しては、学説上、民法の不法行為法の現状および慰謝料の性格を指摘して、批判する声が少なくない。

- (1) 犠牲補償請求の法的基礎を何に求めるかに関しては解釈がわかれており、(a) (不文の) 法治国家的な憲法原理としての憲法的地位を有する原則（負担平等の原則）とみる（Wolf-Bachof, Verwaltungsrecht 1, S. 535）(b) § 75 Einl. ALR の慣習法上の適用とみる（RGHZ 9, 83；13, 88）(c) 一般的な法原則として性格づける（RGZ 102, 390；113, 301）説がある。
- (2) この侵害を適法な場合にかぎるか否かについても学説は分かれる。犠牲補償請求権を違法な場合をも含めて理解する立場（Bender, aaO. S. 34）と、それを適法な侵害の場合にかぎる立場（Kreft, aaO. S. 17, Schneider, aaO. S. 31）とがある。後者の説は、取用と取用類似の侵害という連邦最高裁判所の判例上の用語にならって、違法の侵害の場合を「犠牲類似の侵害（aufopferungsgleicher Eingriff）」と呼んでくる（Kreft, aaO. S. 17）。しかし、この問題も結局、取用と取用類似の侵害の場合にもさうであったように、侵害の適法性を犠牲補償請求権の本質に属するとみるか否か、すなわちその範囲の定め方いかんにかかっている。判例上は、まだこの区別をする必要に迫られておらず、「犠牲類似の侵害」の語は用いられていない。

- (3) von Pötter, zit. bei Hoppe, DVBl 1967, S. 195 f.
- (4) Hubmann, JZ 1968, S. 66 f.

- (5) Dürig, in: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 2 1, Rdnr. 27.
- (6) Battis, Erwerbschutz durch Aufopferungsschädigung, S. 98 ff.
- (7) しかし、犠牲補償請求権の対象を一般的な人格権にまで拡げることにはあまり意味がないと思われる。何故なら、一般的な人権の侵害が損害賠償請求権の対象になるのであれば、それを拡張することも論理一貫しているが、犠牲補償請求権では慰謝料 (Schmerzensgeld) が考慮されないから、ほとんどの場合慰謝料しか問題にならない一般的人格権の侵害については救済されないことが多いからである。
- (8) BGHZ 24, 45 : 31, 187.
- (9) BGHZ 25, 238 : 36, 379.
- (10) たとえば、天然痘種痘児の母親が身体的損害を受けた場合につき BGHZ 45, 290.
- (11) 種痘損害については、現在では、§ 51 Abs. 1 BSeucheng v. 18. 7. 1961 が、行政庁の勧奨による種痘の場合をも救済の対象にしており、立法的解決がなされている。
- (12) Forsthoft, aO. S. 328.
- (13) BGHZ 9, 83 (90) : 45, 58 (77) usw.
- (14) たとえば、負傷した兵士の治療を目的ではなく、薬剤の研究を目的に入院命令が出され、それによって健康上の被害を蒙った場合に、損失補償が認められている (トロトラスト判決, BGHZ 20, 61) のは、おそらくその数少ない例の一つである。
- (15) 判例では、*「法律の尊厳 (Wille des Gesetzes)」* (BGHZ 9, 92 : OLG Frankfurt NJW 1967, S. 633) や *「立法者の尊厳 (Wille des Gesetzgebers)」* (BGH, NJW 1963, S. 1830) 等と云われた。
- (16) 判例は、たとえば、種痘後の痲痺や麻痺等、通常の種痘反応をこえた損害に対して補償を認めている。たとえば、BGHZ 9, 83 (87) : 18, 286 (288) : 24, 45 : 25, 238 : 31, 187.
- (17) BGHZ 46, 327 だが、このよきな学校事故の場合については、*「Gesetz über Unfallversicherung für Schüler und Studenten sowie Kinder im Kindergarten v. 18. 3. 1971」* によって立法的解決がなされた。
- (18) 判例は、兵役義務法は、全く一般的に全ての男性に兵役義務を果たすことを要求しており、それと結びついた損害は各自で受

- 忍すべきことを理由に、犠牲補償請求権を拒絶した。BGHZ 20, 61 (64) ; BGH NJW 1970, S. 1231. しかし、これに対しては学説上異論が多いようである。
- (19) この趣旨は、§ 52 - BVerfGG 「種痘損害とは、種痘反応の通常の程度をこえた健康損害である」の規定において、実定的に確認されている。
- (20) 精神病者であることが知られていなかった囚人が、刑務所内で他の囚人を殺害した事案について、BGHZ 17, 175 は、この基準により特別の犠牲が認められないとして損失補償を否定した。
- (21) BGHZ 46, 327 は、学校の体操の授業で命ぜられた練習の機会に生じた事故による損害について、それは学校の内外では全く通常の体操練習であることを理由に損失補償を否定している。しかしこの点については学説上異論が多い。たとえば Mohrhaupt - Reich, NJW 1967, S. 758 ff ; Franz, JZ 1967, S. 573 ; Kötz, JZ 1968, S. 285 ff など、この判決に反対している。
- (22) BGHZ 32, 208.
- (23) 一九六二年二月一九日の判決 (BGHZ 36, 379) は、このように述べている。「……法律が全ての市民あるいはその一定範囲のものに対して、同じ義務状態を形成している限り、損失補償義務ある特別の犠牲は存在しない。それに対し、法律の意思によれば個人が受忍しなければならぬところのものを越えた損害のみが損失補償請求権を根拠づける特別の犠牲とみなされる。」「しかし……原告の場合には、犠牲が『違法』に要求されたということのために、一般的には受忍しなければならない『犠牲の範囲』、すなわち、法律が全ての市民に要求し、意図しているところのものを越えており、原告には違法に、法律の意思では個人が受忍すべき犠牲が課せられた限りにおいて、新たな、独立した『犠牲状態』が形成せられたということが考えられよう……」(Aao. S. 391)。しかし、この判決は、結論的には犠牲を要求した国家行為が裁判所の判決であり、他の全ての権利主体と同様だとを誤ったものであれ、既判力ある判決には服さなければならないことを理由に、「特別の犠牲が生じなかった」としている。(Aao. S. 393/394)。同旨の判決としては、BGH Urt. v. 31. 1. 1966 (BGHZ 45, 58)。これらの判決に対しては、損失補償を認むべきとする立場からの厳しい批判がある。たとえば、Schneider, Enteignung und Aufopferung, Eine fallrechtliche Darstellung der Entschädigungsansprüche, S. 107 ff. Lewald, Anmerkung zur BGH Urt. v. 19. 2. 1962.
- (24) BGHZ 7, 331 : 13, 91 : 20, 61 : 22, 43 : 45, 58.
- (25) BGHZ 20, 61 : 22, 43 : 45, 46 : 45, 290.

(26) この意味で、財産的価値ある権利の侵害であるか、非財産的権利の侵害であるか、すなわち、権利侵害の結果ではなく、侵害の対象によって、取用ないし取用類似の侵害に基づく損失補償と犠牲補償とが区別される(BGHZ 13, 88/91: 23, 16)。

(27) 批判的学説は、無形の損害を補償する方法による原状回復の必要性は否定できないこと、公法では民法二五三条を前提にすることができないこと、民法の不法行為の領域でも、民法二五三条の規定にもかかわらず、一般的な人格権の侵害に対して裁判上慰謝料請求権が認められていること(BGHZ 26, 349 以来)、民法八四七条に定める慰謝料請求権には、過失に依存した賠償的機能(Gemühtungsfunktion)のみならず、元來過失に関係のない調整的機能(Ausgleichsfunktion)があること、等を根拠にしている。

第四節 判例理論に対する学説の反応

第一款 序説

一 第一節以下で考察してきたように、連邦最高裁判所の判例は、財産権に対する違法・無過失の国家的侵害を「取用類似の侵害」とみなし、基本法一四条を準用して損失補償を認めた。後に判例はその趣旨を一步進めて、違法・有過失の侵害の場合についても、それを「取用類似の侵害」の中に含めるにいたった。判例は、無過失責任の法的基礎を、制度的には不法行為理論の側からというよりも、公法上の損失補償の理論の側から、それも損失補償法の基礎にある一般的な法思想を手がかりとして構成したのであった。このようなドイツにおける独自の判例理論の展開は、同様の問題をかかえる今日のわが国に対して、少なからず示唆を与えるであろうことは疑いない。

二 しかし、この判例理論は、ドイツ法学界自体に対してかなりの衝撃を与えたことも事実である。学説には、早くから国の無過失責任を認める制度的な基礎を欠くことを理由に全く否定的に解するものがあつたが、それを別とすれば、連邦最高裁判所の初期の判例に対しては、学説は概ね好意的であつたといふことができる。ところが、判例が違法・有過失の侵害に対しても、「取用類似の侵害」として損失補償を認めるにいたつて、学説には動搖の色が隠せな

かった。学説の一部は、この判例のために、伝統的な損失補償体系が崩壊して、収用、犠牲補償、職務責任の区別が全く不明確になったことを批難し、すでに「限界を踏み越えて」、「³実定法の基盤を

とを嘆いたのであった。

三 確かに、元来、成立史的にも全く異なった制度とされてきたところの、行為者の過失に根拠づけられてきた不法行為上の職務責任と、犠牲平等・負担平等の思想によって支えられた収用ないし犠牲補償の二個の体系は、西ドイツの判例理論の展開の中で、「収用類似の侵害」概念を媒介物として、今や急速に重なり合いはじめてきているといえる。しかも、違法・有過失の侵害の場合に、収用類似の侵害に基づく損失補償請求権と職務責任に基づく損害賠償請求権とが競合的に成立しうるというのであれば、⁵両者は全く融合してしまふものではないにしても、すでに中心点の異なる二つの交錯しあう円の如くに理解されているということもできよう。最近の有力な学説は、判例理論によって促された国家補償体系上のこのような傾向はそれ自体として認めながら、個別的な点に関して批判を加え、あるいは判例によって形成せられた法理に別の角度から新たな評価を加えんとしてきている。学説上の論点の一は、違法な侵害に対する損失補償の論拠を何に求めるかである。収用法であるのか、犠牲補償 (Aufopferung) であるのか、法治国家の思想であるのかに関して学説は分かれるが、近年、「結果除去請求権」(Folgebeseitigungsanspruch) の中に新たな公法上の基礎を見出そうとする試みもなされていて注目されている。論点の二は、違法な侵害に対する損失補償と特に職務責任との関係をどうみるかである。伝統的な国家補償制度への完全な立ち戻りは幻想であらうから、むしろ新たに再構成された収用、犠牲補償、職務責任が今日では問題にされなければならない。しかし、これらは国家補償の体系の中で、きわめて複雑に交錯しあっており、それぞれによってカバーされている領域や相互関係については学説上の主張は様々に分かれている状態にある。なかでも、収用類似の侵害に基づく損失補償と職務責任とは競

説
論
合的に成立するとされたこともあって、両者の関係、区別の実益、基準をめぐり、にわかにやかましく論じられるに
いたったのである。

本節では、以上のような事情を考慮に置いて、学界における判例理論に対する反応と動きとを考察することとする。

- (1) 本稿(北大法学論集二六卷一号一〇八頁以下参照)。
- (2) BGHZ 7, 296; 13, 88.
- (3) Scheuner Problem der staatlichen Schadenshaftung nach deutschem Recht, DÖV 1955, S. 547, 548.
- (4) Krefz, zum Verhältnis von Aufopferungsansprüchen und Amtshaftungsansprüchen, DÖV 1955, S. 519.
- (5) BGHZ 13, 88.
- (6) Lerche, Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff, JuS 1961, S. 240.

第二款 無過失責任否定論

一 違法・無過失あるいは違法・有過失の国家的侵害に対して損失補償を認めることに反対の学説は古くから存在していた。その筆頭ともいふべきシュテッター(Schütter)は、すでに一九三三年の「公法上の損失補償」(Offenlich-rechtliche Entschädigung)において、ワイマール憲法下でのこの問題を扱い、国の無過失責任を認めることについては一貫して強く反対していた。シュテッターの出発点は、ワイマール憲法が、損害の調整を生ぜしめる高権的な侵害を、類型的に、一五三条に基づく適法な侵害と一三一条に基づく違法・有過失の侵害とに分けているという基本的な理解である。すなわち、彼は、適法な侵害に対する損失補償と違法な職権行使に基づく損害賠償の制度(職務責任)とは、国の補償義務の「独立した形態」であって、この両者が「公権力の行使に対する国家責任の全体系」であ

ると考えていた。⁽¹⁾従って、憲法は、違法・無過失の国家的な侵害を、意識的に損失補償義務から排除しているのだから、違法・無過失の行為に対しては、憲法一三一条、ドイツ民法八三九条の要件の下では、特別法が賠償請求権を認めていない限り、国家は責任を負うことがないというのである。⁽²⁾シュテッターは、また、違法・無過失の侵害について、犠牲補償請求権の思想から損失補償を認めたライヒ裁判所の判例に対しても、「公権力の違法な侵害は、公共の利益のために行なわれるのではない。むしろ法秩序に従うという公共の利益には反するものである」⁽³⁾と述べて、厳しく批判した。そして、このようなシュテッターの考え方は、正義公平の原理を媒介とした統一的法原理による「公法上の損失補償制度」を構成し、行為の適法性・違法性を問わず、公権的行為によってもたらされる「特別の犠牲」を補償理論の下におこうとしたオットー・マイヤーの理論、⁽⁵⁾および国の無過失責任を根拠づけようとした学説上の試みに真向から対立するものであった。⁽⁶⁾

かくて、シュテッターは、戦後の連邦最高裁判所による判例の展開についても、当然に批判的な態度を変えてはいない。⁽⁷⁾やはり同様に、ドイツには、適法な侵害と違法な侵害とを等置するような法思想は存在せず、むしろその両者は区別されているのであって、基本法一四一条と三四条の複線軌道(Zweigleisigkeit)こそが、国家責任の全体系を現わすものであるとして、無過失責任を認めることには強く反対したのである。⁽⁸⁾

二 同様に、戦後の「収用類似の侵害」に関する連邦最高裁判所の判例に一貫して反対の立場を採っているのはデューリッヒ(G. Dürig)である。デューリッヒは、まず出発点として、ドイツの社会的法治国家は、保険国家(Versicherungsgesetz)ないし保険機関(Assekuranzanstalt)であるべきではないことを強調している。すなわち、社会的法治国家の「法治国家」的側面からすれば、自由あるところには常に危険もあるということが認識されねばならず、また、その「社会国家」的側面からしても、社会国家は、共同生活上の社会的な危険を自ら担う準備のできた市

説 民を前提にすることができるといっているのである。⁽⁹⁾ そうした上で、デューリッヒは、違法・無過失の侵害および偶然の危険状態 (*Zufallsrisikolage* : フォルストホフのいう危険責任の場合) は、意図された適法な侵害とは本質的に異なっているとみており、⁽¹⁰⁾ したがって、そこから生ずる請求権も、収用ク類似クとして根拠づけることを否定した。⁽¹¹⁾

さらに、違法・無過失の侵害に対して損失補償を要求する憲法上の前提を欠くことの論拠として、デューリッヒはつぎの三点を挙げている。⁽¹²⁾

a 違法・有過失の侵害に対する国の損害賠償義務が、基本法三四条、ドイツ民法八三九条の特別の狭い要件の下でのみしか認められないのであるから、違法・無過失の侵害の場合にはますます認められない。⁽¹³⁾ むしろ、(違法・無過失の侵害の場合に損失補償を認めると) 有過失にひきおこされた侵害においては、侵害の程度がク大クであるにもかかわらず、損害の補償がク小クとなる場合がある(たとえば、過失相殺の考慮、過失ある場合の危険の転換など)。

b 負担的な高権的行為それ自体の取消しと除去こそが、国家作用が誤っている場合に、現行法秩序が用意しているノーマルな制度である。

c 最近の立法者も、違法・無過失の国家作用の一般的な損失補償を要請する憲法原則に基づくのではなく、むしろ個別的な規制権限を用意しているということは、連邦憲法裁判所法七九条Ⅱ項、九五条の自主的な結果除去規定(違法な法律の財産法上の結果は回復しえない)にもあらわれている。

三 シュテッター、デューリッヒによる無過失責任反対論は、以上みてきたように、結局、実定法は、違法な作用に対する国の責任の唯一の形態として、職務責任しか認めてはいないということに尽きる。

(一) Stödter, Öffentlichrechtliche Eutschädigung, 1933, S. 45 ff.

(二) Stödter, aaO, S. 45.

- (3) RGZ 140, 276.
- (4) Stöcker, aaO. S. 44.
- (5) O・マイヤーの補償理論とその意義、限界等については、本稿(一)北大法学論集二五卷一号一四頁以下参照。
- (6) 同様に、シュテッターは、ワイマール憲法下において、違法・無過失の侵害に対する損失補償を根拠づけようとしたフルラー(Fuller)、チャクシュ(Tschaksch)らの法治国家的補償理論、カッセンシュタイン(Kalzenstein)、W・イェリネック(W. Jellinek)らの国家的利得の返還理論に對して、この観点から批判を加えた。
- (7) Stöcker, Über den Enteignungsbegriff, DöV 1953, S. 139 ff. シュテッターは、この論文の中で、戦後の判例は、ライヒ裁判所によって、§ 75 EinlARの領域について發展せられてきた法原則を、ただちに基本法一四条の問題として論じていること、すなわち、連邦最高裁は、ライヒ裁判所の判決(RGZ 140, 276)をただ引用するのみで、基本法一四条の文言、意義、目的上、それを違法・無過失の侵害に拡張することを許容し、必要とするという別個の証明に欠けているという点を批判している。
- (8) しかし、シュテッターのこのような見解に對しては、犠牲補償請求権においては、実際に侵害から公共の利益がもたらされたかどうか、現実の衝突(Kollision)があるかどうか、侵害が現実の優越する利益を得ようとしたかどうかは問題ではないこと、基本法およびワイマール憲法は、違法・無過失の侵害に對する國の損失補償義務については、それを排除しようとしているのではなく、沈黙しているにすぎない、という再批判がなされている。たとえば、Janssen, Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, S. 116 ff.
- (9) Dürig, Grundrissen des öffentlich-rechtlichen Entschädigung systems, JZ 1955, S. 525.
- (10) デューリッヒは、この点に關して、つぎのように述べている。「無過失違法の侵害および偶然的危険状態においては、国家もまた『当事者』である。適法な侵害においては、国家は、法秩序および公益と一致するがために、広い意味ではある程度授益者である。無過失違法の侵害は、国家的な法秩序に反しており、公益に反している。それはそれ故に、個人の負担のみではなく、國家の負担にもなるのである。」(Dürig, aaO. S. 524)
- (11) デューリッヒのこの見解に對して、ヴァイマル(Weimar)は、§ 75 EinlARによつて調整される犠牲状態は、本来は市民自身においてのみ存するのであつて、それは、意圖された適法な侵害、違法な侵害、偶然的加害においても本質的には同じであること、この犠牲状態にとつては、國家的な利益とはならないということとは決定的ではないこと、等を挙げて批判している。

Weimar, „Zufalls“Schädigungen durch die öffentliche Hand, DÖV 1963, S. 607 f. 608. BGHZ 13, 88 ff. (92) ㄹㄱㄱㄱ
 ようにいう。「個人に課された特別の犠牲が実際に公共の福祉に向けられているかどうかは、法治国家の原則によれば、専ら損
 失補償請求権にとって決定的となりうる相手方の犠牲状態に対しては、重要な意味をもたない。」

(12) Dürig, a.o. S. 524.

(13) これは BGHZ 7, 296 における「無過失の侵害による被害者が、取用原則による損失補償請求権を有するのであれば、この
 ことは侵害が違法であるのみならず過失ある場合にはますます妥当しなければならぬ(いわゆる „erst-recht“ Logik)」とす
 る論理の逆用であろう。

第三款 批判的学説の動き

一 違法・無過失の侵害を「取用類似の侵害」として損失補償を認めんとする最高裁判所の原則的な結論に関して
 は広く賛同を得ているというのが、学説の一般的な傾向であろう。⁽¹⁾否、むしろ、最高裁判所の判例理論があまりにも
 急速にかたまってしまったために、学説の多くは、違法な侵害に対する損失補償の根拠について深く検討を加えるこ
 となく、ほとんど異論なしに判例の見解を受け入れた上で、取用類似の侵害に基づく損失補償と職務責任との関係を
 明らかにしようとしているというのが現状である。

二 ただ、違法・無過失の侵害に対する損失補償の根拠についていえば、取用法に依拠する判例理論のほかにも、
 やや別の角度からの理論づけの試みもないではない。その一は、「違法・有過失の侵害および適法の侵害に基づく損
 害・損失を補填し、一方、違法・無過失の侵害に基づく損害を補填しないことは、法秩序の精神にそぐわないであ
 る」とする国家補償体系上の論拠をあげる説であり、⁽²⁾その二は、基本法一条三項、一九条四項、二〇条三項、二八条
 一項一段の規定の中に現わされた社会的法治国家の法思想にその論拠を求める説、⁽³⁾である。しかし、これらの説も、
 取用類似の侵害に関する最高裁判所の判例が定着してからは、判例の結論に原則的に従っている。

三 これに関連して、最近では、個人の権利の違法な侵害から、侵害の除去を求める実体的な請求権の生ずることを認め、違法な侵害に対する損失補償をその請求権によって根拠づけ、あるいはそれを含めた包括的な公法上の請求権の中に位置づけんとする試みがなされている。近時の行政法学界および判例では、国民の権利保護を行政行為の取消しに止めることなく、その結果の除去を求める請求権（結果除去請求権 *Folgenbeseitigungsanspruch*）⁽⁶⁾、そしてさらに、違法な行政行為の執行以前の状態に戻すことを求める請求権（復元請求権 *Wiedergutmachungsanspruch*）の観念が認められてきている。結果の除去あるいは復元を求める請求権は、それが不可能である場合には、それにかえて蒙った損害の補償を国家に求めようとする限りにおいて、違法な侵害に対する損失補償としての機能を果たす。とくにこの場合の損失補償は、加害公務員の過失の有無を問わないのであるから、国の無過失責任と同一の理論的な基盤を形成しているといえる。

行政裁判所で取消されたが、すでにそれ以前に執行されてしまった違法な結果の除去を求める請求権を主張したものは、バフォッフ（*O. Bachtel*）であった。⁽⁷⁾バフォッフは、「いまだ形式的には確定していない行政行為を、その違法性の危険を冒しても執行する国家の権利には、執行された行政行為の違法性が後に明らかにされ、行政裁判所で取消された場合には、執行を解消すべき義務が対応している」という観念にその根拠を求め、結果除去請求権を「執行行政行為の側で違法性を買いあげるための損失補償請求権」として性格づけている。⁽⁸⁾しかし、バフォッフによれば、結果除去請求権は、内容的に二つの部分から成り、行政行為が取消されたにもかかわらず、なお存続し続ける違法な侵害の除去を求める請求権（*Beseitigungsanspruch*）と、それを越えて、違法な行政行為の執行がなかりせば存在したであろう状態の回復を求める請求権に分けられる。⁽⁹⁾そして、後者の場合に、原状に回復することが不可能であれば、原告には、原状回復にかえて金銭による補償が支払われなければならないとされる。このように、バフォッフにおいて

は、違法な侵害に対する損失補償は、結果除去請求権の一態様として説明されているのである。

このパフォッフの学説をひき継いで、後に、メンガー (Menger) は、取消訴訟、違法な侵害に対する損失補償、職務責任の三つから、その基礎に共通に存在する包括的な実体法上の請求権—公法上の復元請求権—を構成し、同様に、ハース (Haas) は、国家の適法な作用と違法な作用の混同を厳しく戒めつつ、発生的にも内容も異なる従来⁽¹²⁾の三つの制度—職務責任、犠牲補償請求権 (違法な侵害に対しても認められる限り)、結果除去—を結合させている包括的な復元請求権を導き出して、それを中心として公法上の補償体系を構成しようとしている。⁽¹³⁾ ベターマン (Bettmann) も、違法な侵害の除去を求める公法上の請求権を認めているが、彼はパフォッフとは異なり、むしろ民法への立戻りを強調している。すなわち、ベターマンは、ドイツ民法一二条、八六二条、一〇〇四条の基礎の上に立つところの差止請求権 (actio negatoria) に関するライヒ裁判所の判例⁽¹⁴⁾を手がかりにして、それが除去請求権を「正義の要求」 (Gebot der Gerechtigkeit) により根拠づけたこと、そしてこの要求が、公権力の主体としての国家にはより一層あてはまることを強調した。この考慮によって、市民は行政の違法な行為による継続的な侵害の除去を求める請求権 (Beseitigungsanspruch) —取消訴訟、取消された行政行為の結果の除去を求める訴訟、その他の違法な高権的⁽¹⁵⁾作用およびその結果の除去を求める訴訟の基礎にある実体的な請求権—をひき出したのである。⁽¹⁶⁾

四 違法・無過失の侵害に対する損失補償を認めることには基本的には賛成であるが、最高裁一九五二年一〇月一六日判決⁽¹⁷⁾および一九五四年四月一二日決定⁽¹⁸⁾が、有過失・違法の侵害に対しても、それを「取用類似の侵害」として損失補償を認めたことについては、批判的な見解を述べる学説が少なくない。これらの学説は、主として、職務責任との関連を問題にしている。たとえば、フォルストホフはつぎのように述べている。「取用類似の侵害のこの拡張に対する疑問は明らかである。取用規定を無過失・違法の侵害に拡張することは、公平がそれを要求し、それを禁ずる法規

がないということによって是認されよう。(しかし)ここでは、争いが無いわけではないが、取用規定は、法規範的にはまだ手のつけられていない分野にまで拡張せられているということをひきあいに出すことができよう。……職務責任の法律上の規定は判例によって本質的に変更せられてしまった。⁽¹⁹⁾クレフトも、同様に「BGH 13, 88(92, 93)の違法性も過失も犠牲の要件を排除するものではないとする解釈がとられているとき、私の考えでは、それによってもはや認しがたい方法で実定法の基盤をはなれてきている。……犠牲補償請求権を無過失・違法の侵害にまで拡張することは法治国家的要請 (rechtstatistisches Postulat) として不可避免的であるかも知れないが、それを有過失の侵害にまで拡張することは許されない。」⁽²⁰⁾として、最高裁の判例がゆき過ぎであることを批判している。このような見解に代表されるように、学説の多くは、判例理論がすでに実定法の許容する範囲を逸脱しており、取用、犠牲補償、職務責任という伝統的な損失補償の体系が不明確となつて、結局そのことが職務責任法の空洞化を招くことを批難しているのである。⁽²¹⁾

五 連邦最高裁の判例理論を詳細に検討して、違法な侵害に対する損失補償の論拠を、基本法一四条三項ないし特別の犠牲説を違法な侵害に転用することに求めんとした判例の立場を厳しく批判したのはハイデンハイン (M. Heidenhain) であった。⁽²²⁾ただ、ハイデンハインにあっては、判例理論を批判するに止まるのではなく、それを別の角度から理論化し、新たな意義をそこに見出すことによって評価し直そうとしたところに特色がある。

ハイデンハインは、まず、適法な侵害と違法な侵害とを損失補償法上同一に取扱うべきとする基本思想を、相手方の犠牲状態の同一性(両者ともに全く同じ方法で特別の犠牲を課する)に求めた最高裁一九五四年四月一二日決定に対しては、適法な侵害の相手方は、損失補償を受け、あるいは補償なしに、侵害を受忍しなければならないのに対し、違法な侵害の相手方には、その除去を求める請求権が認められる点で、両者の犠牲状態は同一でもないし、また

同一レベルで両者を単純に比較することもできないとして批判している。また、違法な侵害が適法であれば収用と異なるであろう場合には補償が与えられるべきとする一九五二年六月一〇日の決定に対しては、最高裁自体が、侵害が適法であれば所有権の拘束となるのか収用となるのかを明確に論じていない点、違法な侵害は、もともと、適法な侵害が法律上行ないえない場合になされるのが通常であり、それが可能な場合にも、所有権の拘束となるか収用となるかは、適法に行なわれるとされる際の法律上の根拠の構成の仕方にかかっている点を挙げている。最後に、侵害の違法性がただちに特別の犠牲を根拠づけるとした一九六〇年四月二五日の判決に対しては、適法な侵害の場合の特別の犠牲（一般的負担をこえた特別の負担）と、違法な侵害の場合のそれ（違法な侵害行為）とが、内容的に異なった概念として用いられているとして、その理論的な欠陥を指摘している。²³

このようにして、ハイデンハインは、違法な侵害に対する損失補償の根拠を、基本法一四条三項の準用や特別の犠牲に求めることには反対しているが、彼自身は、しかし、それを現行法と一致しないものとして拒絶しているわけではない。違法な侵害に対する損失補償請求権が、権利の違法な侵害によって個人に生じた、直接国家に対して向けられた実体的な公法上の請求権²⁴であることに着目して、ハイデンハインは、職務責任とは異なった国家責任（*Sachschuldung*）違法な高権的作用の結果を直接国家に帰属せしめる責任の形態）の法形態として積極的に評価せんとしている。すなわち、この国家責任の法形態は、一九世紀の後半に、ズントハイム（*Sundheim*）、プファイファー（*Pfeiffer*）、ツァヒャリヒ（*Zacharia*）らによって主張された国家責任の国家法的構成（国家と個人の公法的関係に基礎づけられた国の直接的責任²⁵）の再現に外ならない。当時の立法者は、違法な国家作用を公務員個人に帰属させるといふ職務責任を導入することによって、第六回（一八六五年）、第九回（一八七一年）、第二八回（一九〇五年）のドイツ法律家会議により提唱せられていた「国の直接的責任」の要求には従わなかったのだけでも、この要求は、ライヒ裁判所

および連邦最高裁判所の判例を通して形成せられた「収用類似の侵害に基づく損失補償」の形で、蘇えることになった⁽²⁹⁾というのである。

ハイデンハインによれば、この違法な侵害に対する損失補償という国家責任の法形態は、すでに存在する実定制度（収用あるいは犠牲補償）の延長として把えられるものではなく、実定法がそれまで認めてこなかった、まさしく実定法によって拒否されてきた全く新たな形成である。違法な侵害に対する損失補償の法的な基礎を敢えて問題にする⁽³⁰⁾とすれば、それは、彼においては、「裁判所による法創造の極端な場合」、ないし「判例法による法創造の最も注目すべき場合」に外ならない。

- (一) Wolff, Verwaltungsrecht, I. S. 349 ff. 353, 387; Forsthoft, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9 Aufl. S. 326 ff.; Bettermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, Bd. III, 2. Halbband, S. 855 ff. など。
- (二) 学説は、違法な侵害に対する損失補償の根拠として、判例と同じく、基本法一四条三項の準用、§ 75 EinlAR の直接適用なし準用、不平等な負担に対する損失補償の一般的な法原則のいずれかをあげ、あるいはそれらを同時にあげて説明している。
- (三) Wolff, a.a.O., S. 387.
- (四) フォルストホフも Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1 Aufl. から 6 Aufl. までは、「無過失・違法な侵害によって損害を蒙った者が結局何も得るところがなく、適法な侵害によって損失を蒙った者が補償を受けるといえるのはナンセンスである。」と述べている。
- (五) Janssen, a.a.O. S. 125 f. Kreft DÖV 1955, S. 519 f.
- (六) これらは、第二次大戦後、主として実務上の必要から、殊に O・パフォッフによって主張せられ、その後判例・学説によって展開され理論化されたものである。ただ、その法律上の根拠、請求権の要件、範囲、内容、法的性質、主張の種類に関しては判例・学説上一致をみていない。手続法上は、国家的活動の種類に応じて、取消訴訟（連邦行政裁判所法四二条）あるいは一般的

な給付訴訟（同四〇条）で主張することができぬ。

- (7) O. Bachof, Die Verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, S. 128 f. なお、ハフマンの結果除去請求権に関しては、山田準次郎「国の無過失責任の研究」二二八頁以下に紹介されている。
- (8) Bachof aaO., S. 126.
- (9) 実定法上の根拠としては、基本法二〇条三項の規定から導かれる行政の法律適合性の原則、民事訴訟法三〇二条四項、六〇〇条二項、七一七条二項、九四五条があげられている（aaO., S. 128）。しかし、註(7)掲載の第二版（一九六八年）では、むしろ、マクセントは、(1)法律によらない強制からの自由の要請（自由権）、(2)権利保護の実効性（基本法一九条四項）に置かれている。
- (10) Bachof, aaO., S. 126.
- (11) 学説・判例は、ハフマンに従い、結果除去請求権を承認しているが、ただ、判例は、結果除去請求権の内容を狭く解し、侵害の除去を求める請求権に限っている。たとえば、Bad.-Württ. VGH DÖV 1957, S. 217；VG Frankfurt DVBl 1960, S. 653；VG Hannover DVBl 1962, S. 454；OVG Lüneburg DVBl 1962, S. 418；Hers. VGH DÖV 1963, S. 389；BVerwG DVBl 1960, S. 255 u. S. 854；BVerwG DVBl 1962, S. 413.
- (12) Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, Bd. III, 2, Halbband, S. 717 ff. メンガーは、その実定法上の根拠を、基本法三四条および事後的な行政訴訟事件に関する行政訴訟上の規定の中に求めよう。
- (13) Haas, System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten, S. 54 ff. ハースは、基本法一九条四項、三四条、補完的三二〇条一項・三項、二二八条の規定を引用している。
- (14) Bettermann, Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, DÖV 1955, S. 528. ただし、Die Grundrechte, Bd. III, 2, Halbband, S. 803 ff. では、除去請求権は、「損害賠償、損失補償請求権とは逆に、実定法上の基礎を必要とするものではなく、法治国家の原理」とくに、適法な行政の原則、それ故に基本法二〇条三項から生ずるものである」と述べている。
- (15) RGZ 148, 114 (123).
- (16) Bettermann, DÖV 1955, S. 535.
- (17) BGHZ 7, 296.

- (18) BGHZ 13, 88.
- (19) Forsthoff, aaO. S. 331.
- (20) Krefl, aaO. S. 519.
- (21) ノオルストホフ、クレンフト以外にも、たとえば、Schauer, in Reinhard-Schauer, Verfassungsschutz des Eigentums, S. 106 ; Schack, DÖV 1961, 733 ; Lerche, Jus 1961, S. 240 ; Janssen, NJW 1962, 940 ; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 131 Anm. 64 ; Knoll, Verh. d. 41. dt. Juristentages, S. 100f. Anm. 14 など。この点については、第四款であらためて触れる。
- (22) Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff, 1965.
- (23) Heidenhain, aaO. S. 99—S. 122.
- (24) この点で、ハイデンハインは、違法な侵害の結果除去請求権、原状回復請求権とは共通の性格を有するとみている。しかし、これらが、即時に執行された違法な行政行為が、行政裁判所で取消された場合にのみ生ずる点、違法な侵害の除去さらには損害賠償(完全な賠償)にまで及ぶ点で、違法な侵害に対する損失補償請求権とは、要件・内容上、部分的には交錯してはいるが(もともとも結果除去請求権を狭く解し、それを違法な侵害の除去のみに限定し、損害賠償請求権まで認めないとすれば、全く交錯しない)、完全に重なり合うものではない。したがって、このことを踏まえて、ハイデンハインは、違法な侵害に対する損失補償請求権を結果除去請求権から根拠づけること、そしてその逆を誤りだとして、バフォッフ、メンガー、ハースらの学説(前述頁)を批判している(Heidenhain, aaO. S. 123—S. 146)。
- (25) 本稿(一)北大法学論集三二五卷一〇二頁註(6)参照。ただ、ズントハイムらの国家責任論は、公務員も個人的に責任を負う場合においてのみ(そしてその場合には常に)、国家が責任を負う限りにおいて、公務員責任に依存するものであった。ハイデンハインのいう違法な侵害に対する損失補償の法形態は、公務員責任とは全く無関係である点で、それとは異なるものである。
- (26) Heidenhain, aaO. S. 154 ff.
- (27) Heidenhain, aaO. S. 169.

第四款 取用類似の侵害と職務責任

一 先にも述べたように、判例が、「取用類似の侵害」として、違法・無過失の侵害に対して損失補償を認め、さらにそれを過失ある場合にまで拡張したことについては、学説上少なからず批判のあるところである。殊に、取用類似の侵害に基づく損失補償請求権と基本法三四条、ドイツ民法八三九条に根拠を有する職務責任の競合的成立を認めた連邦最高裁判決⁽¹⁾は、学説にとつてはかなり衝動的なものであった。判例は、その場合にも、取用類似の侵害と職務責任との相違までも放棄してしまっているわけではない。しかし、それによって、確かに、両者の境界線が不明確となり、両者の要件が相互に重なり合ってきていることは事実であらう。学説の多くは、判例が実定法制度と国家補償の伝統的な理解から離反したこと、および、それぞれの制度の有する限界が消滅してしまふ現象を嘆くに止まっているが、そこに存する問題は、ドイツ国家補償制度の体系の問題ともからんで微妙である。⁽²⁾

二 基本法一四条の意味における取用(いわゆる技術的取用)と職務責任の区別は明瞭である。前者が適法行為を前提にしていることは恐らく疑いのないところであり、⁽³⁾後者は、常に違法行為を前提にしているからである。しかし、侵害行為が違法の場合に、職務責任との関連が問題となる。ただ、それも、取用類似の侵害に基づく損失補償が、違法・無過失の侵害行為に限定されていた限りでは、職務責任との関連は、まださほど重大な問題にはならない。何故なら、違法・無過失の侵害に対する損失補償は、基本法一四条の取用と職務責任との間の「すき間」(Lücke)に存在していたのであり、その意味では職務責任とは嚴格に区別されていたからである。⁽⁴⁾

しかし、判例は、それに止まらず、侵害行為に過失ある場合にも、取用類似の侵害に基づく損失補償請求権を肯定し、しかも職務責任との競合的成立を認めるにいたった。このような場合に、被害者は、得べかりし利益をも含む完全な賠償に向けられた職務責任請求権を主張し、原則として実体の喪失分にのみ向けられた損失補償請求権を主張し

ないのが通常であろう。しかし、職務責任には、つぎのような法律上の制約があり、損失補償請求権の主張の方が被害者にとって有利な場合がある。

- a 職務責任請求権においては、加害公務員の過失の立証が、絶対的な必要条件であること。
- b 職務責任請求権の消滅時効は三年であるのに対し、損失補償請求権のそれは三〇年であること。⁽⁵⁾
- c 職務責任請求権は、ドイツ民法八三九条一項二段の規定により、相手方が他の方法による賠償を得ることができない場合にのみ認められる。

d 職務責任請求権においては、同法八三九条三項により、相手方が法的救済手段を尽くしたことが前提である。過失ある違法な侵害にも損失補償請求権を認めた連邦最高裁の判決は、これらの職務責任に要求された法律上の制限を、損失補償請求権が違法・無過失の侵害の場合に示す利益は、国家機関が過失によって行爲したことによつても失なわれるものではないという理由で、適用しないことを確認している。⁽⁶⁾しかし、反面、職務責任に要求せられた法律上の制限が、取用類似の侵害に基づく損失補償請求権を認めることによつて安易に回避されることがないためにも、両者を区別する実定法上の実益があるといえる。

三 学説は、そのために、両者を区別せんとし、方法論的には、取用類似の侵害には特有ではあるが、職務責任には特有ではないメルクマールが何であるかを探求しようとしてきた。しかし、その際に、両者を区別しようとする学説・判例の多くは、取用類似の侵害に基づく損失補償を基本法一四条三項によつて根拠づけようとしているから、結局は、取用ないし犠牲補償と職務責任の対比の形をとつてこの問題が扱われている。判例が、違法な侵害に対する損失補償と職務責任の競合を是認しようとする理由として、「取用・犠牲補償・職務責任においては、全く異なる法領域に属する法規範が問題になっている。⁽⁷⁾」⁽⁸⁾取用あるいは犠牲補償請求権の発生によつて専ら決定的である相手方の犠牲

状態は、それが適法であるか、違法・無過失あるいは違法・有過失にひきおこされたかに関係なく生ずる。⁽⁸⁾「違法性も過失も、取用あるいは犠牲補償の要件に属さないものであるから、この職務責任の要件にとってのみ本質的なメルクマールの存在は、取用・犠牲補償請求権の発生に影響を与えることはできない。」⁽⁹⁾と述べていることに、それは端的に表われている。学説も、取用・犠牲補償は原因原理 (Verursachungsprinzip) に基づき、職務責任は過失原理 (Verschuldensprinzip) に基づくとする説⁽¹⁰⁾、市民は、取用においては侵害を避けることができないとする説⁽¹¹⁾、取用においては侵害の目的性 (Finalität) を要するとする説⁽¹²⁾、同じく、侵害の直接性 (Unmittelbarkeit) を要するとする説⁽¹³⁾、など見解は分かれるが、いずれもこの点では基本的には変りがない。

クッシュマンは、かかる観点から、従来の諸学説を批判し、侵害意図の目的性 (Finalität des Eingriffszweck) ないし処分の目的志向性 (Zweckgerichtetheit der Maßnahme) に区別の標準を求めている⁽¹⁴⁾。クッシュマンによれば、この目的志向性とは、市民の権利侵害は公共の福祉のためにのみ行なわれねばならないことを意味し、その必要は、技術的意味の取用に対しては、基本法一四条三項に明示的に規定されているが、このことは取用類似の侵害においてもそのままではまるといふ。すなわち、取用類似の侵害もやはり個人の権利と公共の利益との間の緊張状態 (Spannungslage) に基づいていふ。ただし、国家は、市民の権利を保護する一方、優越する公益によって要求される行為を、それが市民の権利を侵害する危険と結びつきうるといふ理由で放棄するわけにはいかないからである。しかし、その場合に、負担平等の思想は、市民が具体的な公益追求のために行なわれた行為によって、したがって、公共の利益のために蒙った損害を補償することを要求する。ところが、このような緊張状態は、職務責任の要件の基礎にはない。職務責任は、むしろ義務違反の思想に基づいている。確かに公務員には、職務上の権限は公益のためにのみ与えられている。しかし、取用法にとって特徴的な緊張状態は、具体的に判断すべき行為が、客観的にも主

観的にも、公益の直接的な追求に向けられていたことを要求するのである。そして、具体的な公益追求が職務義務違反となる場合には、取用類似の侵害に基づく損失補償と職務責任に基づく損害賠償請求権が選択的に認められ、そうでなければ、被害者には、後者の請求権のみが認められることになる。

クッシュヌマンは、このように述べて、両者の請求権の競合的成立を認めた判例と職務責任のみを肯定した判例を挙げ、自らの見解の正当性を論証しようとしているのである。

また、違法・有過失の侵害に対する損失補償を、憲法的次元で理解することを放棄し、それを単なる犠牲法 (*Aufopferungsgesetz*) の拡張と捉えることによって、両請求権の憲法上の矛盾を回避しようとしたのはレルヒエ (*Lerche*) である。⁽¹⁶⁾レルヒエは、取用と職務責任の根源が、一方は客観的な負担の調整であり、一方は過失ある違法な作用からの保護である点で全く異なるものであることを前提にする。ところが、違法・有過失の侵害に関する最高裁の判例に直面して、憲法上保障された職務責任と取用補償とは大きく重なり合うことになり、前者を後者が侵蝕してしまう結果となるが、最高裁によって行なわれた拡張を、むしろ犠牲法に属せしめ、これをいわば「犠牲類似のもの」(*analogieferungsgleich*) とみなすことによつて、基本法三四条の一四条による破壊を阻止することができる⁽¹⁷⁾と主張している。

四 違法な侵害に対する損失補償を、基本法一四条や § 75 Einl ALR によつて根拠づけることに反対し、それを、違法な侵害に対する国家の直接的責任としての新たな法形態 (国家責任) と位置づけたハイデンハインは、職務責任との関連をどのように把握しているのであろうか。職務責任は、違法な公権的作用を公務員個人に帰属させ、公務員に対して向けられた請求権を国に転嫁するものである。すなわち、職務責任は、公務員の個人的責任を前提にしている。それに対して、ハイデンハインのいう国家責任 (違法な侵害に対する損失補償) は、違法な公権的作用を直接国に帰属させてしまうものである。ハイデンハインは、それ故に、職務責任と国家責任とは、公務員によつて第三者

に違法に加えられた損害に対する国の責任の、二つの相互に矛盾する形態であることを直載に認めている。⁽¹⁸⁾しかし、ハイデンハインは、両者に矛盾が存することから、何かある結論をひき出そうとすること、たとえば、職務責任と同時に存在する国家責任の放棄を要求するようなことはしていない。この矛盾は、ライヒ裁判所や連邦最高裁判所の判例によってはじめて生じたものではなく、一九世紀の国家責任に関する論争や⁽¹⁹⁾O・マイヤーの公法上の損失補償の体系にもみられるものであり、またどっちみち現行法の基礎にもこの矛盾があるとして、この矛盾の存在を指摘するに止められている。⁽²⁰⁾⁽²¹⁾

- (1) BGHZ 13, 88.
- (2) 「損失補償請求権は、職務責任請求権とは、その法的性質上相違しているのであって、それとは異なる領域にある」(BGHZ 13, 88, 92)。
- (3) ショイナールは、「収用が適法であらねばならないということは恐らく疑いなく」(Scheuner, JuS 1961 S. 247)と言っている。「行政手段としての技術的な収用は、適法な行為形態においてのみ可能である」(Janssen, aaO. S. 153)と述べている。判例としては、BGHZ 6, 270 (280)。
- (4) もっとも、職務責任は、公務員によって第三者に違法に加えられた損害に対する国家責任を確定的に規定したものだと理解すれば(たとえば、Stöcker, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, S. 45, 45 f., 47)「違法・無過失の侵害に対する損失補償も、職務責任と真向から衝突し、両者の関係が問題となる」。
- (5) 前述四三九頁参照。
- (6) FGHZ 7, 296 ff.
- (7) BGHZ 13, 88 (95).
- (8) BGHZ 13, 88 (92 f., 96).
- (9) BGHZ 13, 88 (93).

- (10) Weimar, „Zufalls“-Schädigungen durch die öffentliche Hand, DÖV 1963, S. 607; Scheuner, aaO. S. 244; BGHZ 13, 88 (97).
- (11) Schack, Gefährdungshaftung auf dem Gebiete des deutschen öffentlichen Rechts, DÖV 1961 S. 728f.; Weimar, aaO. S. 608.
- (12) Janssen, aaO. S. 161, 166 ff.
- (13) BGHZ 37, 44 (47); BGH, NJW 1964, S. 104; BGH, DVBl 1965, S. 83 (84).
- (14) Kuschmann, Die Abgrenzung der Enteignung und der Aufopferung von der Amtshaftung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1966 S. 574 ff.
- (15) Kuschmann, aaO. S. 577.
- (16) Lerche, Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff, Jus, 1961 S. 237 ff.
- (17) Lerche, aaO. S. 240 f.しかし、Lercheの見解に対しては、何故、違法・有過失の侵害に対する損失補償が、憲法上の基礎から引き出されるか憲法以下の法的基礎から引き出されるかによって、職務責任と一致しなかったりするのか、犠牲補償請求権は、完全に憲法上の地位を有するとする通説を、いとも安易に否定することができるのか、といった疑問が即座に提起される(Heidenhain, aaO. S. 150 f.)。
- (18) Heidenhain, aaO. S. 160 ff. S. 164.
- (19) 一九世紀に公務員の個人的責任を主張した学説(Mohl, Stein)が、その論理的帰結として、それと矛盾する国家責任を否定したのに対し、国家責任を主張した学説は、公務員の個人的責任を自明のこととして、ほとんどとりあげていない。
- (20) O・マイヤーにおける公法上の損失補償の理論と、その理論が職務義務違反の行為に対する公務員の個人的責任については、全く当時の支配的な見解に従っていることの矛盾に関しては、本稿(「北大法学論集」三五卷一、二五頁参照)。
- (21) 権利の違法な侵害から、公務員に対して個人的に向けられた損害賠償請求権と国家に対して向けられた侵害の除去を求める請求権とが同時に生じることを目指す。
- (22) Heidenhain, aaO. S. 167.