



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ドイツにおける国の無過失責任論（1）
Author(s)	秋山, 義昭; AKIYAMA, Yoshiaki
Citation	北大法学論集, 25(1), 1-41
Issue Date	1974-08-10
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16166">https://hdl.handle.net/2115/16166</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	25(1)_p1-41.pdf



ドイツにおける国の無過失責任論 (一)

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（以上本号）

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——

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

序

一 本稿は、公権力の行使が違法ではあるが、行為者たる公務員に故意・過失の帰責事由がない——すなわち、違法・無過失の公権力の行使に基づく国又は公共団体の損害補填義務（国の無過失賠償責任）の問題を扱うものである。

二 周知のように、行政作用によって国民に損失が加えられたとする場合、その損失を補填する法制度として、わが国においては、従来から、二つの異なる法形態——行政の違法な行為に基づく損害賠償（国家賠償）と適法な行為に基づく損失補償——が存在した。そして両者は、従来、その沿革を異にし、その性質を異にする制度として把握され、実定制度上も別個のものとして發展してきた。ごく一般的にいえば、行政上の損害賠償の制度は、個人的・道義的責任主義の観念を基礎として構成され、元来、私法上の不法行為制度と共通の基盤を持つものとして、実定制度の上でも、行為の違法性と並んで、行為者たる公務員の故意・過失が、国・公共団体の責任発生要件とされてきた。そして、一方、適法行為に基づく損失補償の制度の方は、団体主義的思想を根底に、社会的負担平等主義を基礎原理として、構成・發展せしめられてきたのである。

三 しかしながら、一九世紀後半以降の資本主義の高度の發展に伴う国家機能の拡大、市民生活に対する国家の積極的関与の傾向は、必然的に、行政作用による国民の権利・利益侵害の機会を増大せしめ、また、日本国憲法の制定・施行が、国民の基本的人權を高度に保障するにいたった結果、もはや、こうした伝統的な損害賠償・損失補償といった制度や理論のみでは、国民の権利・利益の救済としては、著しく不十分であることが自覚されてきた。すなわち、両制度の沿革上・性質上の差異を前提として、損害賠償については、憲法一七条の規定を受けた国家賠償法は、先に述べたように、国・公共団体の責任発生要件として、公務員の故意・過失を規定している（同法第一）から、公務員の行為が違法であっても、故意・過失が認められない場合は、被害者は、国家賠償法上の救済を求め得ないことになる。また、財産権を公共のために用いる場合の正当な補償を定める憲法一九条三項及びそれを中心とした諸法令は、適法な侵害行為に基づく財産上の損失を補償するものであるから、侵害行為が違法である場合には、損失補償制度の適用はない。

従つて、違法な行為ではあつても、公務員に故意・過失の要件が充足されない限り、特別な個別的立法による場合は別として、わが国の正面の法制度としては、被害者は、一般的に、その救済を受け得ない立場にある。そして、この国家補償制度の上に存する間隙的領域は、国の活動に基因する国民の権利侵害の機会が増大し、それだけますます、国民の権利救済の必要性が痛感されている今日、一つの重大な制度的欠陥となつていゝといわざるを得ないのである。

四 行政上の損害賠償・損失補償制度に関して、比較的古い伝統と歴史を有するフランス・ドイツ等の大陸法系諸国においても、また、つい最近まで国家無責任の原理が支配していたアメリカにおいても、国家補償制度の体系から生ずるこの間隙的部分の存在の問題に直面したことは、わが国の場合と事情は同じであつた。ただ、それらの諸国、殊に、フランス・ドイツでは、この問題が相当古くから意識され、しかも、長年にわたる判例の蓄積によつて、行政上の無過失責任に関する法理が発展せられ、無過失賠償責任の認められる範囲が、著しく広げられてきている。

まず、フランスにおいては、コンセイユ・デタの判例を通して、行為者個人の主観的な故意・過失から切り離された役務作用の瑕疵、すなわち、衡平の理念を基礎とするいわゆる「公役務の損失」(faute du service public)の觀念が、国家賠償制度の全体を支配するものとされ、「公の負担の前の平等」を思想的基盤として、「危険責任」(responsabilité pour risque)の法理が定着するにいたつた。そして、その結果、公務に従事中的職業的な危険、暴動等の社会的危険、相隣関係における異常な危険、判決の執行拒絶、といった各分野について、広汎に、國の無過失賠償責任が認められていゝのである。<sup>3)</sup>

ドイツにおいても、この違法・無過失の侵害に対する國の賠償責任の問題は、すでに二〇世紀初頭から、法学者・裁判所をおおいに悩ませてきたのであるが、ドイツでは、その問題は、判例法上、主として、公法上の損失補償の理

論による解決の試みがなされてきた。殊に、本稿で後に考察するように、ワイマール憲法下におけるライヒ裁判所の判決の実績を踏まえ、第二次大戦後の連邦最高裁判所の判例は、基本法一四条に定める「公用収用」(Enteignung)の概念を拡張し、また、それを基礎とする補償の適用を拡大して、いわゆる「収用類似の侵害」(enteignungsgleicher Eingriff)の概念を構成することによって、違法・無過失の公権的侵害に対する補償の途が拓かれるにいたっている。ドイツの判例は、近年、それに止まらず、違法・有過失の公権的侵害についても、収用類似の侵害に基づく損失補償を認め、国に対する損害賠償請求権との競合的成立すら可能とされた。<sup>(4)</sup>

同じく大陸法系国に属するスイスでは、近年、国家責任法を改正し、無過失賠償責任を導入することによって、この問題の立法的解決を図ったことで注目に値する。<sup>(5)</sup>すなわち、スイスにおいては、国家机关の不法行為に対する第一次的国家責任を原則的に認めていなかった一八五〇年の連邦法を改正した一九五八年の「連邦責任法」(Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten v. 14. 3. 1958) 三条一項が、「連邦は、公務員が、職務執行中不法に加えた損害に対して、公務員の過失の有無を問わず責任を負う」と定め、国の責任は、無過失責任とされている。<sup>(6)</sup>

国の不法行為責任に関しては、比較的新しい歴史を有するアメリカにおいても、公務員の過失なしに蒙った損害について、国の責任が否定されることは、一つの重要な法制上の欠陥として意識されている。しかし、アメリカでは、連邦使用者責任法 (Federal Employer's Liability Act) の実際の運用として、実質的には無過失責任と目すべき事例がみられ、また、判例法上、公用徴収 (Eminent domain) の範囲が広げられる傾向にあることが指摘されている。さらに、英米法に特有の制度である私法律 (private) によって、政府が過失の有無に関せず責任を負うことがしばしばあり、次第に無過失責任を発展せしめつつある。<sup>(7)</sup>

五 上にみてきたように、諸外国の国家補償制度は、その対象領域を著しく広げてきているが、そのことは、国の活動に基因して、国民が、その責任に帰すべき事由がないにも拘わらず、損害を蒙る場合の増大してきていることにも対応する。他面、補償領域の拡大化現象は、国家補償体系の上にも、制度上の変化を与えてきている。というのは、損害賠償と損失補償の二個の法制度は、伝統的に、一応対立する基礎の上に成立し、相異なる法形態として生成・発展してきたのであるが、両制度は、結局共通の基盤をもち接近かつ融合する傾向にあるということが出来る。私法上の不法行為理論においても、産業の飛躍的な発展と損害保険制度の発達に伴い、すでに個人主義的道義的責任としての意味を失ないつつあるが、本来、私法の分野以上に、個人的道義的責任との関連が稀薄な国家賠償において、一層その傾向が強いのは当然であろう。しかも、現代においては、国家の活動範囲がますます拡大化されて、国民が、公権力の行使によって惹起される損害を回避しえない立場に置かれ、あるいは、国が作り出す危険状態に基づき国民に損害を生ぜしめるとすれば、そこで生じた損害は、社会全体によって分散・分担されなければならないという主張——いわゆる危険責任論——は、特にフランスで顕著な如く、この両制度の接近を、より強く押し進めるものとなっている。

そうである以上、今日、もはや行政上の損害賠償と損失補償とは、厳格に分離・峻別されるべきものではなく、むしろ、国の活動により惹起される損害の補填、被害者の救済ということに重点を置いて考えるならば、「負担平等の原則」の観点から、損害の社会全体による共同の負担、損害配分の合理的な社会的調整こそが、国家補償制度全体を支える統一的な指導理念であらねばならない。<sup>(8)</sup>かかる国家補償制度の全体的・統一的把握によって、従来の損害賠償・損失補償の二元的理論では必ずしも充分に蔽うことのできなかつた分野に、救済の道を与える指導理念を提供し、国家補償制度の発展への方向性を見出すことができると思われる。

六 本稿は、以上に述べたような問題意識の上に立って、伝統的な二個の法制度の中間的領域を占める違法・無過失の公権的侵害に対し、その損害補填の法理を、公法上の損失補償の理論の中に見出していったドイツの判例法理論、思想的基盤、その形成過程を検討することによって、国家補償法体系の統一的把握への手掛りを得んとするものである。

もとより、わが国においては、ドイツとは制度の基盤を異にするから、同一の発展は期待しえないとしても、損害賠償の制度が、厳格に分離され、別個の経路をたどって発達し、実定法の構造も比較的類似したドイツの法理に学ぶことの意義は少くない。判例法の発展によって、ドイツにおいては、負担平等の原則が国家補償に関する法制度の全体を貫く理念とされているが、その理論と法制度を正しく理解することは、わが国法上存する問題点を一層鮮明にし、未だ充分に体系的に発展しているとはいえないわが国の無過失責任を定める立法を、国家補償制度の中に位置づけて、その存在理由を明らかにすることになろう。

ただ、その際に、わが国における実定制度上の両者の区別を無視して、一足飛びに、統一的な法理論・法制度の形成を提言するものではない。現在の段階では、それぞれの制度において可能な救済の範囲を明確にしつつ、無過失責任の領域を統一的な法理論の下で拡張してきた諸外国の基本的方向性を、わが国の立法や解釈の上に生かしていくことが必要であらうと思われる。

七 ところで、従来の国家補償制度によって必ずしも充分にカバーされなかった領域として、今村成和教授の「国家補償法」によれば、

(ロ) 適法行為に基づいて、不法な結果を生ぜしめた場合

(ハ) 違法行為に基づいて、不法な結果を生ぜしめた場合

(9) 原因行為の適法性の如何を問わない場合、が挙げられている。

このうち、(9)の典型的な場合として考えられる刑事補償法上の不当拘留に対する補償等は、適法な行為に基づく損失補償の特別な場合と理解して、また、(9)は、行為者の故意・過失はもとより、侵害行為ないし行為の違法性をも責任要件としない、いわゆる危険責任 (Gefährdungshaftung)<sup>(10)</sup>をその典型とするが、ドイツの判例・学説上、いまだ危険責任論は明確に固まっているとはいい難いという理由で、本稿の考察対象から除外する。

依って、本稿の直接の考察範囲を、違法・無過失の公権力の行使に対する国の責任、すなわち、右の分類によるところの、結果責任の一類型として掲げられた、違法行為に基づいて不法な結果を生ぜしめた場合<sup>(12)</sup>とし、その他の分野については、必要な限りにおいて触れることにした。

- (1) 田中二郎「行政上の損害賠償及び損失補償」五頁以下、及び三九頁以下。
- (2) 今村成和「国家補償法」(有斐閣法律学全集) 二二八頁以下、下山英二「国家補償法」(現代法学全集)四三一頁以下を参照せよ。
- (3) フランスにおける国家賠償制度、危険責任の法理について、わが国で紹介されたものとしては、雄川一郎「行政上の無過失責任」(損害賠償責任の研究・下)一九五頁以下)、同「フランスにおける国家賠償責任法」(比較法研究九・一〇号四九頁以下)、神谷昭「フランス行政法における危険責任」(フランス行政法の研究)三五一頁以下)、松島諄吉「危険責任論」(法学教室・第二期・一)一四八頁)等がある。
- (4) ドイツにおける国家賠償法、特に、無過失賠償責任論について触れたわが国の研究としては、山田華次郎「国の無過失責任の研究」、須貝脩一「西ドイツの国家賠償法」(比較法研究)六号一四頁以下)、雄川・前掲「損害賠償責任の研究」二〇〇頁以下等がある。
- (5) Schauer, Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff, Korreferat. Jus 1961 s. 249
- (6) ただ、その場合にも、公務員の過失が全く問題とされないわけではない。たとえば、被害者自身にも過失があり、賠償義務を下げるかどうかという過失競合の場合には、職務執行者の過失が考慮される(スイス国家責任法四条)。

- (7) 雄川・前掲「損害賠償責任の研究」二二一頁以下。なお、アメリカにおける国の不法行為責任の問題に関する研究としては、古崎慶長「国家賠償法」五八頁以下、下山英二「英米における国家賠償責任について」(比較法研究六号一頁以下)、成田頼明「英米法における国の賠償責任」(公務員法研究一〇九二頁以下)等がある。
- (8) 今村・前掲書は、かかる観点から、国家補償法の体系的把握を試みたものである。更に同種の提言は、雄川一郎「損害賠償」(「行政法講座第三卷」九頁)、田中二郎「新版・行政法上」一八五頁等にもみられる。
- (9) 同書三頁以下。
- (10) 今村・前掲書二九頁註(三)参照。
- (11) ドイツにおける危険責任論については、山田・前掲書八九頁以下に詳しい。
- (12) 敵密にいえば、国の無過失責任の問題は、国の不法行為責任が過失責任主義を採っていることの例外としての国の無過失賠償責任のカテゴリーにも属する。しかし、これも結果責任に他ならないから、本稿では、両者を区別することはしていない。

## 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

一 行政作用によって、個人が受忍する理由のない損害を蒙った場合の損害補填の制度として、行政作用の適法性・違法性を基準とする二個の体系——損失補償 (Entschädigung) と損害賠償 (Schadensersatz) ——が存し、それらが性質の異なるものとして、異なった発展の仕方をしてきたことは、ドイツにおいても、わが国の国家補償制度の展開と事情を同じくする。

二 絶対主義の時代において、個人に対する国の損失補償義務の思想的基盤を与えたのは、近代自然法思想に支えられた「既得権」(iura quaesita, wohlverwahrtes Recht) の理論であった。既得権の理論は、社会契約論と結びついて、国家権力といえども侵害しえない個人の所有権の存在を根拠づけるものであったが、公益上の必要性がある場

説  
論  
合には、その例外として、領主の発動する国家高権 (ius emiens) によって、補償を条件に、その侵害が承認せられていた。一七九四年のプロイセン一般ラント法序章七四・七五条は、かかる警察国家時代における補償理論の、いわば立法的表現であった。それに続く市民的法治国家は、公共の必要という団体主義的原理に基づいて、私有財産の交換価値を、補償の形式で確保することにより、所有権の不可侵性を保障し、一九一九年のワイマール憲法は、その一五三条において、財産権の不可侵と、公用収用 (Enteignung) ・損失補償の図式を、憲法的次元で実定化したのであった。

三 一方、違法な国家作用に基づく国の損害賠償責任は、絶対主義のもとで支配的であった国王主権免責の觀念に阻まれて、近代に入ってから、容易に確立されなかつた。

ドイツ絶対主義の一八・一九世紀を通じて、領主と官吏の法律関係は、ローマ法の觀念の影響を受けて、私法関係であると解されていた。<sup>2</sup>すなわち、当時にあつては、領主と官吏の関係は、私法上の契約関係、就中委任契約 (Mandatskontrakt) と理解されており、その結果、官吏が委任に反して行為すれば、その職務違反の行為は、官吏個人に属することとなり、従つて、第三者に違法に加えられた損害に対しては、原則として、私人としての官吏が個人的に責任を負うものとされていた。<sup>3</sup>そして、その場合の國家の責任については、一九世紀を通じて賑やかに争われた問題であつたが、國家責任の理論的な根拠、責任の性質、責任の範圍等に関して見解が分かれ、結局、一八九六年制定のドイツ民法典 (Bürgerliches Gesetzbuch-BGB) は、基本的に従來の法状態を変えず、公務員の個人的な不法行為責任の原理をそのまま実定化した (BGB 八三九条)。BGB は、その際、國家責任の問題を、各ラントの立法に委ねることとし (BGB 施行法七七条)、各ラントは、二、三の例外を除き、國家責任法を制定し、あるいは民法典施行法の中で、國の責任を認めるにいたつた。各ラントの立法及び後にライヒで制定された國家責任法 (Gesetz über die

Haftung des Reichs für seine Beamten v. 22. 5. 1910) は、いずれも、原則的に、私法上の不法行為責任の法理を基礎として、行為者たる公務員の故意・過失に基づく損害について国に責任を負わせる（いわゆる国の代位責任）建前を採用した。ワイマル憲法一三一条は、ライヒのかかる状態を集約し、職務責任 (Amtshaftung) として、公務員の違法行為に基づく国の責任の原則を、全ドイツに及ぼしたのである。

四 このような二〇世紀初頭における国家補償制度の立法への定着は、一九世紀以来のドイツ行政法学の展開に決定的影響を与えてきたオットー・マイヤー (Otto Mayer) の意図に正面から反するものであった。O・マイヤーは、彼の「ドイツ行政法」(Deutsches Verwaltungsrecht) 第一版第三版を通して、一貫して、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の体系を構成し、「特別の犠牲」(besonderes Opfer) の観念を基軸にすえた補償理論の確立を提唱したのであったが、当時の学説は、その理論に対しては、どちらかというと冷淡な態度であったし、先に述べたように、遂に立法の採用するところとはならなかった。

しかしながら、注目すべきことに、O・マイヤーの主張した補償理論は、主として、後に展開された判例理論の中に蘇生することとなった。すでに、ワイマル憲法の下で、古典的収用概念が放棄され、ライヒ裁判所が、収用概念を著しく拡張するための理論的な根拠を提供したのが、彼の確立した「特別の犠牲」説であった。そしてまた、戦後の連邦最高裁判所の判例が、「収用類似の侵害」概念をうちたて、違法・無過失の公権的侵害に損失補償を認めた時に、O・マイヤーの唱えた公法上の損失補償の理論は、その法理の中に、全面的に再登場したといつてよい。実際、行為の適法性・違法性を問わず、加害公務員の過失・無過失を問わず、全ての加害行為を補償理論の中に包摂することができた、O・マイヤーの体系は、戦後の判例による「収用類似の侵害」概念と、それを支える法理に、著しく近似している事実を発見するのである。

その意味で、ドイツにおける国の無過失責任論を検討するにあたり、現在の判例理論の根底を支えていると思われるO・マイヤーの体系を、今時点で再度問い直し、思想的基盤の一をそこに求めることによって、法理形成の脈絡をみてゆくことにしたい。

五 国家補償制度が、憲法上の結実をみるにいたったライマール憲法の妥当する下で、この国家補償体系に存する「すぎ間」を早く自覚していたのは、当時のライマール学派 (Weimare Lehre) であった。彼らは、適法な侵害に基づく損失補償を規定するワイマール憲法一五三条と、BGB八三九条と結びついて、違法・有過失の侵害に対する国の責任を規定する一三一条の間——すなわち、公用収用と職務責任の間——に、違法・無過失の公権的侵害に対する国の責任という空白的領域の残されていることを認め、その間隙的部分を充填する法理論を模索した。<sup>(5)</sup> 大体の傾向としては、何らかの根拠づけにより、違法・無過失の侵害に対して、損失補償を肯定しようとするものであったが、学説の上で支配的地位を占めることができず、判例理論の上にも大きな影響力をもちえなかつた。

六 もちろん、ワイマール憲法下のライヒ裁判所も、この問題に無関心であつたわけではない。ライヒ裁判所は、ワイマール憲法一五三条の公用収用概念を極度に拡張的に解釈する一方、先に述べたプロイセン一般ラント法序章七四、七五条に由来する「犠牲補償請求権」(Aufopferungsanspruch) を、違法・無過失の侵害作用についても適用することによって、問題解決を図ろうと試みてきた。ライヒ裁判所は、当初、公益事業の遂行から生じた住民に対する損害について、犠牲補償請求権ないしその法理から、国の無過失責任を認める判決を相次いで出し、遂には、違法・無過失の公権力の行使についても、同じくプロイセン一般ラント法序章七五條ならびにそれに存する法思想を適用して、国の補償義務を肯定する判決を下した。ここで、本来適法な侵害作用を対象にしていた犠牲補償請求権の適用範囲が拡大されたことは事実としても、一般的に、公権力による違法・無過失の侵害に対して補償が認められるべし

とする法原則が確立されたか否かの評価の仕方は、学説によって必ずしも見解の一致するところではない。しかし、犠牲補償請求権の法理とその思想が、ワイマール憲法下での判例の中で、事実上、問題解決のために果たしてきた役割には無視しえないものがある。

七 以下においては、戦後の国家補償体系の統一化現象を、すでに今世紀変わり目に先取りしていたO・マイヤーの理論を、いわば先駆的役割を担ったものとして振り返り、しかる後、問題展開の契機を与えたワイマール学派の学説から、そのいくつかを採りあげて、当時のそれに対する学説・判例の反応と評価を通して、ドイツにおける国の無過失責任論の系譜をみてゆくことにしたい。そして最後に、ライヒ裁判所が、無過失責任の理論的手掛りを求めようとした「犠牲補償請求権」の法理とその展開過程を検討することによって、ドイツ無過失責任論の思想的基盤を探りたいと思う。

(1) プロイセン一般ラント法序章七四条「国家構成員の個人的権利・利益と共同体の福祉増進のための権利・義務とが現実には矛盾するときは、前者は後者に譲らなければならない。」七五条「これに対し、国家は、その特別の権利・利益を共同体の福祉のために犠牲に供せしめられた者に補償する責に任ずる。」なお既得権の法理及びこの規定に由来する「犠牲補償請求権」(Aufopferungsanspruch)の思想については、本稿第四節以下。

(2) Heidenhain, *Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsähnlichem Eingriff* s. 15 ff.

(3) プロイセン一般ラント法序章八八条八九条は、官吏の過失ある職務義務違反の行為によって第三者に損害が生じた場合に、被害者に損害賠償請求権を認めているが、それは専ら、行為者個人に対して向けられたものであった。そのことは、領主と官吏の関係が私法上の委任契約関係と解されていたことの立法的投影でもあった。また、同旨の規定は、一八六五年のザクセン民法典(sächsisches BGB)一五〇七条にもみられる。

(4) 国家責任の根拠、責任の性質等に関する議論の対立と国家責任論形成の過程については、雄川一郎「損害賠償」(行政法講座第三卷三頁以下)、下山英二「国家賠償」(「日本国憲法体系」第六卷二〇九頁以下)、Dock, *Die Haftung des Staates* aus

- rechtswidriger Handlungen seiner Beamten. Archiv für öffentliches Recht 16, s. 244. ff. Heidenhain, aO. s. 15 ff.
- (5) 損失補償否定論 *von Furtler*, Das polizeiliche Notrecht und die Entschädigungspflicht des Staates. VA 33 (1928) s. 406 ff. Tschakusch, Entschädigungspflicht des Staates. s. 40 ff. W. Jellinek, Verwaltungsrecht. s. 328 ff. Katzenstein, Entschädigungspflicht des Staates bei rechtswidrig-schuldloser Ausübung öffentlicher Gewalt. s. 80 ff. Schack, Die Anwendungen des § 75 Einl. pr. ALR auf schuldlos rechtswidrige Eingriffe der öffentlichen Gewalt in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. VA 40 (1935) s. 426 ff. ders., Reichsgericht und öffentlich-rechtliche Entschädigung im neuen Staat. VA 44 (1939) s. 97 ff. 損失補償肯定論 *von Stöder*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung s. 44 ff. *von Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht. 8. Aufl. s. 289 ff. <sup>2)</sup>この問題は全く明白なものである。

## 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

一 正義公平の原理を媒介とした統一的法原理による「公法上の損失補償の制度」(System der öffentlich-rechtliche Entschädigung) を構成し、「行為の適法性・違法性」加害公務員の過失・無過失を問わず、全ての公権的行為によってもたらされる「特別の犠牲」を、補償体系の下に包括しようと試みたのは、一九世紀以来のドイツ行政法学の発展に決定的影響を与えてきたといわれるオットー・マイヤー (Otto Mayer) であつた。<sup>1)</sup>一九世紀終りから二〇世紀初めにかけて公刊された彼の「ドイツ行政法」第一版第三版を通じて、一貫して主張されている「公法上の損失補償」の制度は、それまで主流を占めていた、違法な職務行為に対する公務員の個人的責任、及びそれを前提とした国の私法的不法行為責任の理論に、真向から対立するものであつた。彼は、公権的侵害に対する国の責任を、公平負担の原則を中核とする「特別の犠牲」説によって統一的に構成しようとするものであつたから、国の責任は、行為の違法性、加害公務員の過失とは無関係に成立しえた。<sup>2)</sup>さらに、国の無過失責任成立の第二の可能性を示唆する「公法上

の危険責任」(öffentlichechrechtliche Gefährdungshaftung)の法理は、フランスにおいてすでに判例上確立していた、国が異常特別の危険状態を作り出したことに基づいて生じた損害に対して負担する国の賠償責任(危険責任 *responsabilité pour risque*)の理論<sup>(3)</sup>を、精力的にドイツ行政法の中に摂取しようとするものであった。

二 しかしながら、O・マイヤーの学説は、当時の学説によって、ほとんど顧みられることはなかった。ただ、わずかに、補償義務を伴う侵害作用を、それ以外の侵害作用から区別する一般的な基準として、ワイマール憲法下のライヒ裁判所が、彼の唱えた「特別の犠牲」説を、収用概念の解釈理論の中に取れることにより、それ迄狭く限定されていたいわゆる「古典的収用概念」崩壊の端緒が与えられたにすぎなかった。

しかも、不幸にして二〇世紀以来の立法、特に、一九一九年のワイマール憲法は、O・マイヤーの意図に反し、適法な高権的侵害に基づく損失補償(一五三条)と、公務員個人の不法行為責任を前提とする国の損害賠償責任(一三条)という性質の異なった二個の国家補償体系を突定制度化した。そして、そのことは、マイヤーの損失補償の論理を、決定的に挫折させてしまったかの様に思われた。

三 ところが、ワイマール憲法の下で体験した古典的収用概念の崩壊過程を経て、戦後のボン基本法下において、連邦最高裁判所が、違法・無過失の加害行為(後には、違法・有過失の加害行為をも含めて)に対して損失補償を認めるための法理として、いわゆる「収用類似の侵害」(enteignungsgleicher Eingriff)の概念をうちたてたとき、一度は葬り去られたO・マイヤーの損失補償の理論は、姿を変えて、判例理論の中に再登場することとなった。そのことを、連邦最高裁判所が意識していたかどうかはともかく、収用類似の侵害の法理とマイヤー的補償理論は、その論理構造を対比してみるならば、内容的に、両者に著しい近似性のあることを認めざるを得ない。

すなわち、O・マイヤーの公法上の損失補償の制度(特に、違法な侵害に対するそれ)も、判例法上の収用類似の

侵害に基づく損失補償も、共に、特別の犠牲が高権的にひきおこされたことに基づくものであり、共に、加害公務員の過失に依存することなく、共に、現存する財産的価値ある権利の侵害たることを要し、共に、共通する価値の調整を包含し、共に、受益者が損失補償義務ある者としている。さらにまた、両者共に、損失補償義務の法的根拠として「国家は、それが課した特別の犠牲に対して損失補償の責任を有する」<sup>(4)</sup>ものであることを挙げている。そして、この事實は、O・マイヤーの公法上の損失補償の制度が、すでに当時にあつて、ボン基本法下で展開せられた収用類似の侵害に基づく損失補償の法形態を、あたかも先取りしていたかのような印象をすら与えるのである。

四 O・マイヤーの理論は、かくして、今日、全く異なった方法で彼の意図した結果に到達し、ある面では、彼の予想しなかつた地点にまで到達したのであるが、他方において、今日の判例理論は、現在の実定法的基盤から著しく離反しているとの批判の声もきかれる。また、彼の示した類型のひとつとしての危険責任は、今日に到るも、遂に判例法を形成するまでにはなっていない。

このような、今日の判例法形成を押し進める上に多大の寄与をしてきていると思われるO・マイヤーの公法上の損失補償の理論を、以下において、できるだけ客観的に検討することに努め、その時点までの役割を評価しつつ、それに加えられた学説上の批判を通して、マイヤー的補償理論の有していた限界を明らかにしておきたい。

(1) オットー・マイヤー行政法学の生成過程、理論的基盤、その意義、限界についての総合的研究としては、塩野宏「オットー・マイヤー行政法学の構造」がある。

(2) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. II, 1. Aufl. 1896 s. 345 ff.; 2. Aufl. 1917 s. 516ff.; 3. Aufl. 1924 s. 295 ff. 以下、本稿において本書を引用するにあたっては、それぞれ 1. Aufl., 2. Aufl., 3. Aufl. ののみ表示する。

(3) フランスにおける危険責任の法理については、神谷昭「フランス行政法における国の危険責任」(自治研究三五巻四、五、六、八号)参照。

(4) 1. Auhl, s. 349. 後にみるように、O・マイヤーの苦心は、この命題を実定的基盤の上に基礎づけることにあった。従つてこの点が、最も当時の学説から反撃を受ける理論的弱点であったが、今日は、連邦最高裁判所の判例に従えば、基本法一四条三項によつて、憲法上の根拠を有するものとなつた。

## 第二款 公法上の損失補償の制度

一 O・マイヤーにおいては、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と、適法な権利侵害に対する損失補償とは、公法上の損失補償という統一な法律制度に融合せられている。すなわち、彼の説くところによれば、公法上の損失補償の制度の中に、「国家作用の、国民に対する経済的作用の調整 (Regulierung) に関する大きな一般的法原理」を見出すことができ、しかも、それは、「公権力と個人の間を規制する全法秩序の結果」に他ならない。いいかえれば「全ての補償は、生じた財産的価値の減少を、それが存在しなくなるように、金銭をもつて再び補ない調整するということに基づくものであり」、その際「衡平 (aequitas) ・平等 (Gleichheit) ・正義 (Gerechtigkeit) ・公平 (Billigkeit) の原則は、個人に加えられた不平等な負担、すなわち、個人に不平等に行なわれ、同じ負担の課せられない他の者と区別する『特別の犠牲』(besonderes Opfer) に対して補償が為されるべきことを要求する」<sup>(3)</sup>。

要するに、国家が、公共の福祉のために、権利を侵害せざるを得ないが故に個人に生じた損害は、全体、つまり、それを担う国庫から補償されることが正当だとするのが、O・マイヤーの補償理論を支える基本思想であり、その考へ方は、彼の「ドイツ行政法」第一版から第三版迄の約三〇年間、全く変わつてはいない。

二 O・マイヤーの補償理論においては、公務員の違法な高権的侵害に対する国の責任も、公法上の損失補償制度の中に組み込まれており、その限りでは、侵害行為の適法性・違法性は問題にならない。

違法な侵害に対する公法上の損失補償は、マイヤーの見解によれば、「違法な加害行為に対する責任」ではなくて、適法な侵害に対する損失補償と同様、特別の犠牲に対する正当な調整である。<sup>(5)</sup> すなわち、公務員の違法な行為は、公務員個人ではなく、国家に帰属せしめられる。国家は、その「道具の失策」(Fehlgehen seiner Mittel)<sup>(6)</sup> に対して責任を負う」のであって、公務員個人に向けられた請求権を国に移転し、国が公務員に「代つて」(anstelle des Beamten) 責任を負うという方法で、国家責任が公務員の個人的責任に依存しているわけではない。O・マイヤーにあっては、国の責任は、むしろ、国と個人の間の直接的な公法上の法関係の上に構成せられている。

三 このO・マイヤーの違法な侵害に対する公法上の損失補償制度の論理的帰結として、一九世紀の後半以降有力に主張されていた国家責任論に対して、彼は強固に反対せざるを得なかった。

すなわち、一八・一九世紀の公務員関係を理論的に支えていた私法上の委任契約、及びその上に立論された違法な公権的侵害に対する公務員の個人的責任 (Beamtenhaftung)<sup>(7)</sup>、そして、それを前提とする国家無責任の原則は、国の責任を肯定する学説上の反撃を受けた。<sup>(8)</sup> 国家責任 (Staatshaftung) 肯定説は、国の責任の理論的根拠を、一方で、統治権の主体たる国家とそれに服従すべき国民の間の公法関係に求め、何らかの論拠により、公務員の違法行為を國家に帰属せしめるものであり、<sup>(9)</sup> 他方で、公務員によって第三者に違法に加えられた損害に対して、機関の不法行為に対する法人の賠償の如く、私法上の責任に求めるものであった。<sup>(10)</sup> 後者の国家責任の私法的構成に対して反対することは、国家責任を国家と個人の公法関係から導き出すO・マイヤーの論理からすれば当然であるとしても、彼は、一九世紀に主張された国家責任の公法的構成に対しても、同様に強い異論を唱えていた。その主たる批判点は、一九世紀の国家責任論が、国家責任の基礎を一応公務員責任とは別のものとしながらも、国家は、公務員も個人的責任を負う時にもみ(そして常に)責任を負うとしている限りで、<sup>(11)</sup> 国家責任の要件・内容が公務員責任によって規定され、結局

公務員責任に依存していることに向けられていた。O・マイヤーにおいては、国家責任と公務員責任とは全く独立した存在であり、国の責任は「公務員の不法行為責任とは無関係」ないし「民法の思想領域からでてくるものではない」のであった。

四 また、マイヤー的補償理論の観点からすれば、二〇世紀初頭以来の立法的解決——四〇四八三九条一項により公務員に対して向けられた請求権を国に移転し、国が公務員に代って責任を負う、いわゆる職務責任(Amshafung)——に対しても、それが私法的構成をとったことに関して、決定的には、職務責任を公務員個人の責任と結びつけたことに関して、反対の意を表していた。<sup>(13)</sup>加害行為は「勿論、国家の、それ故に公行政の意思に基づくものではなく、本質的には国家のために行政する人間の問題である。しかし、他方、その人間が、公行政が活動する手段としてみなされる限り、個人に損害を生ぜしめるのは国家それ自体である」<sup>(14)</sup>。従って、ここでも、二〇世紀初頭の立法は、「独立に判断すべき公務員の不法行為に対する国の責任の、不適切な民法的形体」<sup>(15)</sup>に他ならない。

- (1) 1. Aufl., s. 345
- (2) 2. Aufl., s. 516
- (3) 1. Aufl., s. 346
- (4) 1. Aufl., s. 355; 2. Aufl., s. 552; 3. Aufl., s. 309
- (5) 1. Aufl., s. 362
- (6) 2. Aufl., s. 543
- (7) 前出二〇頁参照。
- (8) 「国は、それによって雇傭された公務員が、故意又は過失により、第三者に違法に損害を加えた場合、責任を負うべきか否かそれが肯定されたとして、国の責任は第一次的なものかあるいは補充的なものか」の問題は、第六回(一八六五年)、最終討議

がもちこまれた第七回(一八六七年)、第九回(一八七一年)のドイツ法律家会議(Deutscher Juristentag = DJT)において

はやくも扱われている。しかし、ここでは明確な結論は得られず、第九回法律家会議で「ツァホアリヒ (H. A. Zachariae) の提案に基づき、単に立法上国家の責任を可とする旨の決議がなされるに止まった (Heidenhain, aaO. s. 29, Loening, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht. s. 3 f.)」。

- (9) ズントハイム (Sundheim) には「プアイプファー (Pfeiffer)」「ツァハリアヒ (Zachariae)」「ゲルバー (Gerber)」「ゾイフェルト (Seuffert)」「グ・マイヤー (G. Meyer)」らによって展開された国家責任の国家法的理論。それらは、いずれも、国の責任の根拠を、国家と個人との公法上の法関係の上に基礎づけようとした点で共通している。たとえば、国家の「代理人」としての公務員の職務違反の行為は、国家自身が行為したかのようにみなされる (Sundheim, Pfeiffer)、「公務員に委託された職権の違法な行使から生ずる結果に対して、国は黙示的な保証の引受けをしている (Zachariae, Gerber)」、国家は、「公務員を通してのみ行為するのであるから、公務員の不法行為については国が直接的責任を負う (Seuffert) らの私法学者」、国家の高権的行為においては、国民はそれに服従義務を負うから、そこで生じた損害は国が賠償すべき (G. Meyer) とする論拠である (Heidenhain, aaO. s. 22 ff., Loening, aaO. s. 3 ff.)。レーニング自身は、それを認める実定法が存在しないこと「公務員の違法な行為は、国家に帰属することがありえないこと等を理由に、国家責任に対しては強固に反対していた。

- (10) ギールケ (O. v. Gierke) に代表される国家責任の私法的構成。ギールケは、社会法上の団体は——私法上のものであれ、公法上のものであれ——現実的な法人格を有する有機体として、その機関の過失ある不法行為に対して、直接的な賠償責任を負う、何故なら、機関の行為と団体の行為とは法的には一致しているからであり、その際、職務執行者が国庫の領域で行為するか高権の領域で行為するかを区別すべきではないことを主張した (Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, s. 743 ff.)。

- (11) この点はさほど明確ではないが、「客観的な違法性と公務員の主観的な責任とは、違法に損害が加えられたことに基づき、国家に対する請求権が主張される場合には、勿論当然に存在していなければならない」ことは、常に暗黙の前提となっている (Loening, aaO. s. 122)。

- (12) 1. Aufl., s. 345 ; s. 361

- (13) 2. Aufl., 543 ff. O・マイヤーが「ドイツ行政法」第二版を公刊した時には、すでに「ドイツ民法典 (BGB)」は、従来の公務員の個人的責任の原則を踏まえて、八三九条で、違法な公権力を公使する公務員に対して個人的責任を負わせ、国の責任に

ついでには、ドイツ民法典施行法 (EGBGB) 七七条で、各ラントの立法に委ねる立場を採用した。それに基づいて各ラントで制定された法律、ラントの民法典施行法、さらに一九一〇年のライヒ国家責任法 (Reichshaftungsgesetz) は、公務員の不法行為責任に基づく国の責任を、公務員の個人的責任に対する代位責任として立法化した。また、ワイマール憲法一三一条の規定も、やはり、民法八三九条を前提とする国の代位責任を意味すると理解されている (塩野・前掲書二五九頁) から、その限りで、マイヤーの統一的損失補償の理論は、ドイツ実定法では遂に達成されなかった。

(14) 2. Aufl., s. 543

(15) 2. Aufl., s. 544, Anm 37

### 第三款 「特別の犠牲」概念の二面性

一 O・マイヤーの補償理論で注目すべき点は、その「特別の犠牲」概念である。彼が、違法な侵害に対する国の責任をも、公法上の損失補償制度の包括的体系の下で、統一的に説明しえた理論的基礎は「特別の犠牲」概念を、違法な侵害の場合にも応用する方法であった。

二 「特別の犠牲」概念は、自然法理論に基礎づけられて、所有権に対する救済<sup>(1)</sup> 既得権不可侵の理論においてすでに成立していた観念であるが、それは、公務員 (官吏 Staatsdiener) によって第三者に違法に加えられた損害に対する国 (領主 Landesherren) の責任の問題に答えるものではなかった。確かに、適法な高権的行為と違法な高権的行為の間に、厳格な境界がひかれていたわけではなく、臣民 (Untertan) の財産的価値ある権利に対する一定の国家的侵害が、その適法性・違法性を問うことなく、特別の犠牲として、国家の損失補償義務の下に置かれていた。<sup>(2)</sup> しかし、一九世紀を通して、適法な侵害に対する損失補償の問題は、公務員による違法な加害に対する国の責任の問題から厳格に区別されてきた。それ以来、補償義務ある特別の犠牲概念は、適法な侵害に限定され、それが、二面的な、すなわち、適法侵害と違法な侵害を包括する内容を有することはなかった。

三 この特別の犠牲概念に、はじめて二面的性格を付与したのが、O・マイヤーであった。彼は、特別の犠牲を、「個人の不平等かつ不公平な分担」と把握し、その具体的な内容は、彼によれば、(1)全ての者に一般的に平等に行なわれる負担を超えた、他人と比較して、特別に個人に行なわれる負担、(2)違法な高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。このような二面的内容を付与された特別の犠牲は、両者の場合に、加害行為が同じように不平等・不公正であり、それ故に補償義務ある特別の犠牲とみなされることによって、統一的な一本の柱に結びつけられているのである。

それ故に、O・マイヤーの補償理論で特徴的なことは、侵害行為の違法性は、「公法上の損失補償にとつて、通常は問題とはならない」が、「違法性の立証は、公法上の損失補償の条件 (Bedingung) とはなりうる」ものとしての存在意義を持っていることである。

- (1) 「特別の犠牲」説の歴史的な考察については、Stödter, aaO, s. 78 ff.
- (2) Stödter, aaO, s. 61 ff.
- (3) 1. Aufl., s. 35 f. 従つて、ここでは、補償義務ある特別の犠牲は、何人によつても補償なしに受忍さるべき一般的な犠牲と対立し、それとは本質的に区別されるが、その両者の区別は論じていない。
- (4) 1. Aufl., s. 361 f.
- (5) 1. Aufl., s. 350 f.
- (6) 「違法性があつたことが明らかにされるや否や、加害行為の不公平な、特別の犠牲と思わせる客観的な違法性の故に補償義務が生ずるのである」(1. Aufl., s. 361 f.)。「違法性の立証は、負担的侵害が、国家が正義に一致するものとして、それ故に、補償義務なしに課せうとした侵害には属さないものであることを確定する」(2. Aufl., s. 546; 3. Aufl., s. 305)。

#### 第四款 公法上の危険責任の法理

一 国の無過失責任についての論拠を提供するO・マイヤーの第二の可能性は、フランス法の影響を強く受けた「公法上の危険責任」の法理であった。

たとえば、行政が結果を考慮せずに行為する場合（軍隊の演習によって生ずる危険、機関車の煤煙によって生ずる損害、パトロール中の警察官の職務上の発砲による流弾の危険等）に関して、O・マイヤーは、次のように述べている。

「行政は、いたるところで、危険な業務によってひきおこされた損害に対して補償を支払うことにより、その危険を担っている。それは、何らかの過失や違法性の立証によって条件づけられるものではない。結果として損失が生じたということのみで十分である。」

同じ意味において、公道や橋の瑕疵ある状態によってひきおこされた損害の補償の場合は、「ひき受けられた危険 (übernommene Gefahr)」（国家的企業の積極的活動から生じた損害ではなく、不作為の状態でおきた損害、いわば、営造物の管理の瑕疵に基づく損害）と表わされ、そこでも、請求権の発生のためには、違法性も過失も要しないとされている。<sup>(5)</sup>

二 この公法上の危険責任の理論が、一九世紀以来、フランスのコンセイユ・デタの判例によって、国が異常特別の危険状態を作り出したことに基づいて生じた損害に対する国の責任として確立しつつあった危険責任の法理の強い影響を受けていたことは否定できない。<sup>(4)</sup> O・マイヤーのこの理論は、その意味で、ドイツ行政法の経験的な法素材を基盤に据えて構成されたものとはいいい難く、ライヒ裁判所の判例の中には、鉄道によるイムミッションに関する請求権について無過失責任を認め、結果的にマイヤーの理論と結論を同じくするものもあるが、当時の判例・学説の上には、一般的にとり上げられるに至らなかった。<sup>(7)</sup>

- (1) 2. Aufl., s. 538f., 3. Aufl., s. 302
- (2) 3. Aufl., s. 303
- (3) 行政が結果を考慮せずに行為する場合と「ひき受けられた危険」の両者は、一九一一年の「ドイツ国家法・行政法辞典」第一巻では「意図されぬ特別の負担」(ungewollte Sonderbelastung)として統一的に論じられていた(O. Mayer, *Entschädigungspflicht des Staates*, in: Stengel-Fleischmann, *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, Bd. I. 2. Aufl., s. 731)。
- (4) O・マイヤー行政法におけるフランス行政法の影響については、塩野・前掲書六九頁以下、二五五頁。
- (5) Kaufmann, *Otto Mayer*, VA 30 s. 388
- (6) たとえば、鉄道事業より生ずる有害な作用に対して、差止請求権を剥奪された沿線住民の損害賠償請求について、RGZ 63, 374 : 81, 226 : 84, 298 : 100, 69 : 101, 102 しかし、この場合にも、それを私法上の請求権であるとみる説が有力である(Katzenstein, aO. s. 80)。
- (7) フランス法を詳細に検討することにより、ドイツ法とフランス法の「構造上の原則的、決定的相違」を強調し、その面からオートー・マイヤーの公法上の危険責任論に痛烈な批判を加えたのはカッツェンシュタインであった。彼は、フランス行政法においては、service public を中心概念にした範囲の広い公法理論がうちたてられており、コンセイユ・デタの判例理論により、除々にその分野に損失補償の法理が持ち込まれて、結果責任の考え方が形成せられてきた経過を説明することによって、国庫理論の長く支配したドイツ行政法に簡単にそれを転用することは「不可能である」と述べる(Katzenstein, aO. s. 30 f.)。シュテッターも同じく「危険責任の制度は、ドイツ公法には無関係である」として、強くO・マイヤーの理論に反対していた(Stöcker, aO. s. 47)。

#### 第五款 マイヤー的補償理論の意義と限界

一 ワイマール憲法の時代を通して、O・マイヤーの補償理論が遂に支配的地位を得ることのできなかつた最大の原因を、その実証法的基盤の論証に欠けていたことに求めることは容易である。O・マイヤーは、最初は、その法的

基盤を古い慣習法に求め、後に、自然法上の法原則、とりわけ、特別の犠牲説に求め、さらには、これらの原則を刻印している個別法<sup>(3)</sup>、及びそれと同時に、慣習法、法類推、判例法<sup>(4)</sup>に求めようとしていた。しかし、一九世紀後半及び二〇世紀初頭を支配していた公法学における法実証主義は、公用取用概念を中心とする適法行為に基づく損失補償の法制度と公務員の違法行為に基づく損害賠償の法制度の両者に共通する法原理をひき出し、そこに新たな法を見出すとするマイヤー的方法には追従しえなかつた<sup>(5)(6)</sup>。

二 確かに、O・マイヤーの公法上の損失補償の制度、特に、違法な侵害に対するそれは、国の損失補償義務が、公務員の個人的な責任から全く独立しているという点において、一九世紀に主張された国家責任の理論から区別することができ<sup>(7)</sup>。ただ、その場合にも、マイヤーによれば、違法な侵害にあっては、特別の犠牲の惹起に対する国の損失補償義務は、もっぱら、その違法性に依存している<sup>(8)</sup>。そうだとすれば、マイヤー流の違法な侵害に対する損失補償といい、公務員によって違法に第三者に加えられた損害に対する国の責任といい、事実上は、マイヤー自身が意識していたほどには大きな違いはないことになってしまう。しかもこの点は、違法な行為を公務員個人に帰属させ、その不法行為責任を国家が代位する職務責任に対する批判において一層明瞭である。

O・マイヤーにおいては、公務員の違法な行為は、公務員個人ではなく、国家に帰属すべきものであった。しかるに、彼は、国家責任と並んで——それとは全く別に——公務員の個人的責任を認めている<sup>(9)</sup>。そして、ここでは、公務員の違法な行為は、国家にではなく、公務員個人に帰属され、従って、その違法な行為に対しては、公務員も個人的に責任を負うとする伝統的な考え方に従っているのである。かかる意味において、O・マイヤーの国家責任の根拠づけと公務員の個人的責任のそれとは、相互に矛盾しており、マイヤー的補償理論を一貫するならば、彼は、職務責任のみならず、公務員責任をも否定しなければならなかつた。

三 ともあれ、O・マイヤーの公法上の損失補償の理論は、当時において、遂に通説的地位を占めるに至らず、実定制度の構造も、マイヤーの構成とは無縁のままに経過した。しかし、その理論が、暗に陽に、その後の法発展の上に与えた影響もみのがすことはできない。

ことに、ザクセン (Sachsen) においては、O・マイヤーの理論が、その行政実務、裁判所の判決の上にかんがりの支配力を及ぼして、それらが公平法による公法上の損失補償の思想に依存していた事実が窺えるし、一部ではあるが、学説判例の中にも無意識のうちにO・マイヤーの考え方を採り入れていると思われるものが存する。<sup>(11)</sup>

しかしながら、O・マイヤーの損失補償理論が、実際に目の目をみるに至ったのは、ワイマール憲法下での取用概念拡張過程におけるライヒ裁判所の判例理論と戦後の連邦最高裁判所によってうちたてられた「取用類似の侵害行為」概念においてであろう。O・マイヤーの包括的・統一的損失補償理論を可能にした、平等負担の原則に基づく公共の福祉のための「特別の犠牲」概念は、それまでの「古典的取用概念」の放棄とワイマール憲法一五三条の取用概念の拡張に大きく貢献したし、戦後の「取用類似の侵害」概念には、マイヤー的犠牲理論が、場合によっては、彼自身の意図していた範囲をはるかに超えて、投影していることが出来る。

その意味でも、ドイツにおける今日の無過失責任論の素地に、一九世紀から二〇世紀に提唱されたO・マイヤーの公法上の損失補償制度を位置づけ、今日的時点でのその功績を評価することが必要であると思われる。

- (一) 1. Aufl., s. 347
- (二) 2. Aufl., s. 525
- (三) 3. Aufl. s. 298 とうりわけブロイセン一般ラント法序章七五条の規定及び一九世紀の取用法。
- (四) 3. Aufl., s. 299

(5) 塩野・前掲書二五六頁。なお同書は、この点に加えて、「マイヤーの論理が、ドイツ行政法学に十分に受容されなかった実質的基盤を、行政の *Justizförmigkeit* の展開に象徴される公行政に一元的公法的把握の論理が、なお多くの抵抗にあっていたことの反映とみることができないのではないか(塩野・前掲書二五六頁)」と指摘し、ドイツ公法の拡張過程の挫折に、マイヤー的損失補償の理論の挫折の一因をみている。

(6) 代表的批判者であるシュテッターは「適法な侵害に対する公法上の損失補償と国家責任とは、国の賠償義務の独立した形態であり、その両者を等置することは、歴史的な発展にも、現行法にも一致しない」(Stödter, aO. s. 89) と反対し、同じく、アンシュッツも「公平の考慮は、それ自体もっともらしくひびこうとも、法規も法律上の請求も生じえないことは、今日一致した見解である」(Anschütz, *Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt*, VA 5, s. 19) と批判していた。その他、マイヤーの理論を批判する学説のほとんどは、その実証法的基盤の欠如を指摘するものである。たとえば、Feiner, aO. s. 289 f., Gierke, *Verhandlungen des 28. deutschen Juristentages*, Bd 1, s. 107

(7) 前出一〇頁参照。

(8) 前出二二頁参照。

(9) 職務義務違反の行為に対する公務員の個人的責任を認めるについては、O・マイヤーは、「一九世紀の一致した判例・学説に従って」(O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd 1, 1. Aufl., s. 226 f.; Aufl., s. 189 f.)

(10) サクセン内務省は、一八九六年の命令で「行政により、個人の権利領域の直接的侵害によって加えられた損害が、一般的な給付義務に根拠を有するものではなく、当事者自身の責に帰すべきものでもなく、公共の利益のために、個人に課せられる特別の犠牲である限り、取用におけるような明文の規定はなくとも補償が支払われるべきことは、学説・実務で承認せられている。ここには、正義の要求に必然的に根拠づけられ、不断の法適用で扱われ、それ故に、慣習法に基づく確信から生ずる一般的な法原則があるとするとオットー・マイヤーに関しては、疑いなく承認せられる」と述べている。さらに、サクセン上級行政裁判所も、「一般的な学説・判例によって認められた原則によれば、公行政の措置によって個人に生じた損害に対しては、それが、公共の福祉において個人に加えられた特別の犠牲である限り、補償が支払われなければならない」(Sachs OVG. 1 3. 2. 1904, 5. s. 118; 125. 4. 1908, 11. s. 197) と述べている時、O・マイヤーの説に従って「*Sachs OVG*」が *Stödter*,

an O. s. 86)。

- (11) たとえば、シエルヒヤーは、「国家が行政に個人の権利侵害の権限を与えている場合、その意思は個々の場合にここで生じた不平等、個人に課せられた特別の犠牲は、金銀補償によって再び調整されるといふことのみ存する。しかしまず、権利保障をその本質とする今日の法治国家においては、正義のこの疑いなき要求は、法自体の要求となる」[Schelcher, Die Haftung des Staates für Eingriffe in Privatrechte, Festschrz 52, s. 151]と述べるが、彼自身マイヤーの説に従うことができないと公言しつつも、その中にマイヤーの表現が入りこんでいることは明白であろう。また、シャックは「共同体は、個人が、その々権利・利益を、公共の福祉のために犠牲に供する々時にのみ存在しうる」とする一九世紀後半から現われたライヒ裁判所の判例には、O・マイヤーの導き出したと同じ法思想が混在していることを指摘している (Schack, Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, Bd 1, s. 20)。
- (12) これについては、今村前掲書九頁註四参照。

### 第三節 ワイマール学派の補償理論

#### 第一款 序説

一 第一節で考察してきたように、二〇世紀以来の法制度の展開は、O・マイヤーの学説に反し、統一的な、合法・違法の高権的侵害を包括する公法上の損失補償制度に至ったのではなく、並存しあう二個の国家補償体系——公用収用と職務責任——を形成した。この展開は、ワイマール憲法の中に反映され、その一五三条と一三一条とは、それぞれ、高権的権限の行使によって生じた損害に対する国家的な補償義務の実定的ドイツライヒ法上の基礎を為すこととなった。

ところで、一五三条によって認められる損失補償請求権は、公用収用を前提としており、公用収用にとって本質的なことは、侵害行為の適法性 (Rechtmäßigkeit) である。従って、違法な侵害は、一五三条の意味における公用収用にはあたらず、それは、ここに定める損失補償請求権を生じさせない。

一方、違法な公権力の行使に対する国の責任に関する規定を有していなかった若干のラントにも、国家賠償義務を導入することになったワイマール憲法一三一条の規定は、侵害行為の違法性 (Rechtswidrigkeit) を、その本質的メルクマールとしている。しかも、この規定は「過失」(Verschulden) ある違法な職務の行使に限り、国の責任を生じさせるものと理解されていたから、無過失の場合には適用がない。

従って、私権に対する違法であるが無過失の高権的侵害に関しては、若干の特別法を除いて、ライヒ法上、一般的な規定は存しなかった。

二 当時のワイマール学派は、かかるワイマール憲法の構成に直面して、この体系の予定していない間隙的部分を見届けていた。確かに、公用収用と職務責任は、公権力の行使に対する国家責任の憲法的根拠を有する確たる「隅柱」(Eckpfeiler) であったけれども、「有過失の職務義務違反と適法な侵害の中間的領域」の問題は残されていた。

違法・無過失の公権力の行使に基づく国家補償の問題について、学説の多くは、損失補償の理論においては、適法な国家行為を違法な行為と対置させ、その両者を区別して取り扱っていた結果、違法な行為、従って、違法・無過失の侵害をも意識的に補償理論の範疇外に置いていたから、そこから損失補償の生ずる余地はなかった。

他方、違法・無過失の侵害は、むしろ職務責任の範疇に近いとしながらも、国家責任法及びワイマール憲法一三一条は、無過失の行為には適用されないが故に、補償を認める実定法上の根拠を欠くとして、職務責任を拒否していた。

三 しかし、一方において、ワイマール学派は、違法・無過失の侵害に対して、様々な論拠をもって損失補償を肯定しようと試みたことも事実である。これらの学説にとって、適法な侵害によって損失を蒙った者が損失補償を受けるに拘らず、違法・無過失の侵害によって損害を蒙った者は結局何も得るものがないのは、不合理であり、不充分

説論  
であり、法秩序の意義にそぐわないものであり、理解しがたいことであつた。しかしながら、学説の多くは、違法・無過失の侵害に対する救済の可能性として積極的な論拠を示さず、結局は、漠然とした公平の思想 (Billigkeitgedanken) を指摘するに止まっていた。

その中であつて、学説上独自の論拠を主張していると思われるのは、フルラー (Furter)、チャクシヤ (Tschaksch) らによる法治国家的観点に基づく補償理論、イエリネック (W. Jellinek)、カツツェンシュタイン (Katzenstein) らによる不当利得の法思想に基づく補償理論である。これらの理論は、実定法上の根拠を欠く違法・無過失の侵害について、比較的積極的に損失補償請求権を論拠づけようとしたものであつたが、それぞれ、反対論者からの厳しい批判を受け、後にもみるようにその考え方が、学説上一部散見され、判例の中にも、ある程度の影響を受けているとみられるものがあるほかは、学説・判例を動かすまでには至らなかつた。

本節では、この補償理論を紹介し、それに加えられた批判的学説と判例の立場を検討することにした。

- (1) プロイセン一般ラント法序章七五条の規定からも、この損失補償請求権をひき出すことはできないとされていた。ただし、その規定は適法な行政行為による財産的損害の場合にのみ適用されていたからである。
- (2) 一三一条に、*「過失」* (schuldhaft) あるの語を補つて理解することはほとんど自明のこととされていた (RGZ 114, 199)。
- (3) たゞえば、Gesetz vom 20. 5. 1898 und 14. 7. 1904 über die Entschädigung unschuldig Verurteilter und unschuldig Verhafteter.
- (4) Katzenstein, aaO. s. 10
- (5) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, s. 328
- (6) Anschütz, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt, VA S. 4
- (7) 「無過失・違法の侵害は、その性質上、犠牲補償請求権よりも、職務責任に近い。違法性ということが両者に共通してゐる」

(Katzstein, aaO. s. 10)。「無過失・違法の侵害は、補償の問題に関しては、国家責任の制度に属せられる」(Stöcker, aaO. s. 45)。

(8) Stöcker, aaO. s. 51

(9) Wollfart, Das Herrschaftsgebiet des § 75 Einleitung zum Allgemeinen Landrecht. JurRdsch 35 s. 79

(10) Janssen, Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung. s. 118

(11) Peters, Verwaltungsrecht. s. 180

(12) Brandis, Aufopferungsanspruch und Enteignungsnotverordnung. DJZ s. 557

## 第二款 法治国家的補償理論

一 違法・無過失の高権的侵害に対する補償請求権を独立の問題として扱い、それを一般的な「法治国家」(Rechtsstaat)の本質から導き出したのは、フルラー<sup>(1)</sup>、チャクシュ<sup>(2)</sup>であった。

両者は、法治国家原理、特に、行政の法律適合性の原理を、その理論的基盤に据えており、そこから導かれる補償理論について、フルラーは次のように述べている。

「民法からも、公法上の特別の規定からもひき出すことのできない、無過失・違法の警察処分による財産的加害に対する国家の損害補償義務は、明示的な法規がなくとも存在する。この結論は、公平の考慮(Billigkeitserwägung)からではなく、むしろ法治国家の原理からでてくる。法治国家は、立法者の全能(Allmacht)と、行政の法律に対する拘束を要求する。自由や財産権を侵害する行政行為が全て、法律上の根拠を要するということから、法律上の根拠がなくても生ずる損失補償義務は存しないという推定が導き出されてきた。この推定は、違法な行為にあてはめることはできない。何故なら、ここには、侵害の適法性という出発点がないからである。違法な警察処分によって、国家は自ら設定した限界を越えている。国家は、基本的な規範に反して行為している。国家は、違法な強制を受けないという(個人の)きわめて重要な権利(Anschütz, VA 5/24)を侵害している。この権利侵

害から、損失補償義務が生ずるのである。いかなる場合にも、適法な侵害の忍耐を要求する立法者は、法律上根拠のない違法な強制が行なわれることを欲しない。この意思は、違法な、自由や財産権を侵害する行政行為に結びついた損失補償義務の中に実体化されている。この損失補償義務は、法治国家の必然的な相関概念 (Korrelat) である。……公平の考慮もまた、法治国家の原理から導き出された損失補償請求権の正当であることを証明するものである。……財産権を侵害する適法な警察処分の場合には、ワイマール憲法一五三条 (以前は、§ 75 Einfallr 等) に基づいて損失補償が与えられ、他方、警察が公益のために、彼に過失なしに行なった違法な行為の場合には、それが拒否されるということは理解しがたい。国家は、その種の公権力の「失策」 (Fehlgehen) に対して責任を負わなければならないのである。」

このフルラーの説明からも明らかのように、法治主義の本質、法律による行政の原理の当然の帰結として、違法な加害に対する国の損失補償義務をひき出しているところに、この理論の特徴がみられる。

チャクシュの説くところも、フルラーのそれとはほとんど同一であり、請求権を、「法治国家の本質」の上に構成し、以前の公平の考慮をひきあいに出し、一般的な、特別法上の根拠なしに認められる補償請求権に反対していたアンシュツの論証を拒否していた。ただ、フルラーが、損失補償請求権の要件と内容を、プロイセン一般ラント法序章七五条の犠牲補償請求権からひき出しているのに対し、チャクシュにあっては、それを民法上の損害賠償に関する規定 (特に民法二四九条) に求めていることと、チャクシュが、法治国家原理、公平の考慮に加えて、ワイマール憲法一〇九条の規定を同時に引用する点において相違がみられるのみである。

二 この法治国家の観点からする補償理論は、当時の判例・学説にほとんど影響を持ちえず、逆に、当時の学説からは、手厳しい攻撃を受けることとなった。

その大部分は、一般的な法治国家の原理、法律適合性の原則から、違法な侵害に対する損失補償請求権を、直接、

その効果としてひき出すことの誤りを指摘するものであるが、たとえば、その代表者ともいうべきシュテッターは、次のように述べてこの理論を批判している。

「……その（国家の損失補償義務＝筆者註）中に、法治国家の必然的な相関概念をみることは誤りである。そのような解釈は、ワイマール憲法一三一条の規範的機能を正しく評価するものではない。ここで、違法な高権的行為に対する国家責任の内容と限界が余すところなく規定されている。この実定法上の規定のために、立法者の別の意思の々実体的形体を求めるとは無意味である……」<sup>66)</sup>

シュテッターによれば、「現行憲法（ワイマール憲法）は、私人の権利の高権的侵害に損害の調整を、一三一条と一五三条で規定しており」<sup>65)</sup>、「この両者の規定に、公権力の行使に対する国家責任の全体系が基づいているのである」<sup>67)</sup>から、違法・無過失の侵害に対する補償は、立法政策の問題でしかないことになってしまふ<sup>68)</sup>。

カッツェンシュタインも、この理論が、「法政策的要求を現行法として扱っている」ことが、「O・マイヤーと同じ誤りに陥っている」ものとして批難する<sup>69)</sup>他、彼は、フルラーらの使用している「法治国家」の概念自体に批判の目を向けている。すなわち、カッツェンシュタインにあつては、上述の理論が基礎にしている法治国家は、「法治国家一般、あるいは、理想型 (Idealtypus) のそれではなく」<sup>70)</sup>まして、「純粋な法治国家概念は考えられない。」<sup>71)</sup>そして、今日の法治国家が「法律国家」(Gesetzesstaat) でしかないことはすでに常識で、「行政の法律適合性の原則も、権力分立の廃止によって、自由や財産権に対する行政侵害のコントロール的性格、保全機能を失ってしまった」<sup>72)</sup>。その原則は、もはや、個人の権利に対する保護の機能を果たすものではなく、「一つの組織上の秩序原則に変わってしまった」<sup>73)</sup>のである。従つて、彼によれば、「法治国家の原則が、単に形式的にしか存在しないことを無視して、そこから、国に対す

説  
る個人の請求権の論拠をひき出すことはできない」のであった。<sup>(10)</sup>

論  
三 その後においても、この法治国家的補償理論は、学説の一般的に採用するところとはならなかった。<sup>(11)</sup> 此の理論と類似の見解が、時折、学説中に見出されることがあり、<sup>(12)</sup> 戦後の連邦最高裁判所の判決の中にも、「取用類似の侵害」に関する説明中で、わずかに触れられているにとどまっている。<sup>(13)</sup>

(1) Furter, Das Polizeiliche Notrecht und die Entschädigungspflicht des Staates. VA 33 (1928) s. 406 ff.

(2) Tschaksch, Die öffentlichrechtliche Entschädigung bei schuldlos rechtswidrigen Verwaltungsakten, Dissertation Marburg.

(3) Furter, aaO. s. 413, 414

(4) 無過失・違法の侵害を、適法な侵害と同視するシュルヒヤーの見解も、彼自身「……しかし、まず権利保護がその本質である今日の法治国家においては、正義のこの疑いなき要求は、同時に法自体の要求となる」(Schelcher, Die Haltung des Staates für Eingriffe in Privatrechte. FischersZ 52 s. 151)と述べる限りで、フルラーの補償理論と似た響きを持つている。

(5) Stödter, aaO. s. 47

(6) Stödter, aaO. s. 45

(7) Stödter, aaO. s. 45

(8) Stödter, aaO. s. 51

(9) Katzenstein, aaO. s. 41

(10) Katzenstein, aaO. s. 42, 43

(11) たとえば、バフォフは、次のように述べ、フルラーの理論を排斥している。「適法な侵害においては、国家は、損害をひきおこす意思を有し、それ故に、これは、専ら国家自身に帰属せしめられる。他方、国家は、過失であるか無過失であるかを問わず、違法な行為においては損害をひきおこす意思を有しない。ここにおいては、根本的に国家が加害するのではなく、国家意思の実施の際に誤りを犯す職員が加害するのである。そして、いかなる要件の下で、いかなる範囲で、この職員の行為を国家に帰属せしむべきかは、実定法の問題である」(Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung. s. 118)。

- (12) たとえば、クレフトは、「しかしながら、公権力による無過失・違法の侵害をも含めることによって、犠牲の要件を拡張することは、法律の文言を越えた損失補償義務ある要件の拡張によってしか考慮することができない法治国家的な要求であるかも知れない」と述べる (Kreft, Zum Verhältnis von Aufopferungsansprüchen und Amtshaftungsansprüchen. DÖV 1955 s. 519)。  
ハースにも、それに似た説明がみられる。Haas, System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten. s. 59
- (13) BGHZ 13, 88 (93, 96, 97)

### 第三款 国家的利得の返還理論

一 不当利得の基礎にある基本思想は、正当な理由なくして財産的利得をなし、これによって他人に損害を及ぼした者に対して、その利得の返還を命ずる制度であるが、違法・無過失の公権的行為により、国家に財産的利益が生じたとする場合についても、この不当利得の法思想を手がかりとして、国家の損失補償義務（＝利得の返還義務）を肯定しようとする学説が存する。

二 この理論の代表的主張者であり、それをワイマール憲法一五三条の類推適用によって根拠づけることを試みたのは、カッツェンシュタイン (Katzenstein) であった。

カッツェンシュタインは、まず、過失責任 (Verschuldenshaftung) が、職務責任にのっての本質的な要素たりうるか否かを検討するために、公法上の損失補償と職務責任が同一の法思想にその根源を求めることができるかどうかを問題にしている。<sup>(1)</sup>彼の基本的立場からすれば、「公権力」概念が、ドイツ公法の中心にあるから、両者はいずれも公法に属する点で共通性を有するけれども、「そこに、公権力による違法・無過失の加害に対しても、補償請求権を認めるに足るだけの共通の思想が、根底に存するかどうか」については否定的である。すなわち、彼によれば、前者の法的基礎を為すのは、原理的に平等原則 (Gleichheitssatz) であり、ある者が他の者より多くのものを国家の利益のために犠牲に供したがために補償が為される。それに対し、批難性 (Vorwurf) を基礎とする民法上の不法行為法を支

配している過失原理は、公権力の行使においても異なった扱いをすべきいわれはなく、それ故に、原則として機関の過失ある場合にのみ賠償が支払われるとする職務責任の構造を支持している。その結果、彼は、O・マイヤーの公法上の損失補償の制度とは異なり、両制度に共通の法原理を見出して、そこから、違法・無過失の国家的侵害にも国の損失補償義務を結びつける可能性はないという結論に到達している。

しかしながら、カツェンシュタインの説で特徴的なことは、次のように述べて、公法上の損失補償の制度に民法上の不当利得の法思想をみている点である。

「公法上の損失補償は、民法上の不当利得と関連せられている。公法においては、受け取り、与える者が常に國家であるが故に、民法上の原則を単純に公法に転用することは可能でないとしても、それと結びついた思想は存する。國家が何かを得たが故に、それで私権を犠牲にすることによって國家に利益が生じたが故に、國家に損失補償義務を課することは正当である。その場合には、勿論、正義は、通常を越えて個人の負担となる全体の利益は、また全体の費用で、調節的な補償により相殺されることを要求する……。」<sup>(2)</sup>

「歴史的な展開は、公法上の損失補償請求権が、損害の賠償請求権 (Schadensersatzanspruch) であって、利得の返還請求権 (Bereicherungsanspruch) ではないことを示している。その機能は、当該財産権者の側でのマイナスの調整であったし、今もそうである。……しかし、不当利得の思想をひきあいに出すことは取用にとっても正当で意味あることである。個々の場合に、補償の種類や額の問題に先立ち、何故、国家的侵害が調整的思想をひきおこすのか、何がそれを正当化するかといった問題のあることを思い浮かべらるべきである。……そして、これを正当化するモメントは、全体社会が国家的侵害によって有する利益に存する。……(補償の支払い) 筆者註) は、補償義務者である國家が、個人から何かを得たという考慮によってはじめ、その正当性を得るのである。……。」<sup>(3)</sup>

カツェンシュタインは、「一定企業への譲与」あるいは「公共の福祉のため」という一般的な目的規定の中に表現

せられた「財産権の移転」(Vermögensverschiebung)が不当利得の法思想の発現形体であるとし、犠牲補償請求権を、民法上の不当利得返還請求権の対照物とみなしている。<sup>(4)</sup>

しかも、彼は、ワイマール憲法一五三条の損失補償の本質的標識を「侵害行為の適法性」ではなく、「その基礎にある経済的關係」に求めようとするから、違法・無過失の侵害が、経済的に収用と同じ結果となる場合には、概念的には確かに「収用」とはいえないにしても、それが、「国家あるいはその他の公法上の団体に利益をもたらしたならば」<sup>(5)</sup>、一五三条を類推適用して損失補償が支払われるべきことを主張した。

三 国の損失補償義務を正当化するモメントとしての国家的利益を出発点とする限りにおいて、W・イエリネックの説も<sup>(6)</sup>結論的には同一である。W・イエリネックも、国が違法・無過失の行為によって利益を得たか否かを区別し、国が利益を得た場合には、損失補償義務を認めるのであるが、カツツェンシュタインの説と異なり、W・イエリネックの論拠は、フランスで判例法上発達した「間接収用」(expropriation indirecte, mittelbare Enteignung)の概念に依ったものである。

W・イエリネックは、次のように述べる。

「……国家あるいはその他の公共団体は、それらに何の利益をももたらさない無過失・違法の行為に対しては、通常責任を負うことはない。……ここでは、むしろ特別の立法のみしか役立たない。」<sup>(7)</sup>

「それに対して、国家あるいはその他の団体が、その違法な行為から利益をひき出したとすれば、その違法性がまさに損失補償義務を課された手続に違背したということにある場合には、その損失補償義務は特別の法律上の根拠を必要としない。国家は、補償とひきかえに土地を収用することができる。国家が収用手続を経ずして土地を侵奪する……とすれば、国家は、そのような違法な侵害によって国家に生じた利益を、損失補償なしに保有すること

ができないことは明白である。……フランス人は、そのような場合に対して、創造力豊かな間接取用の概念を考案した……。」

W・イエリネックの説明にも認められるように、この説は、国の無過失責任を根拠づけるものとして、コンセイユ・デタの判例が危険責任の法理と並んで創造してきた「間接取用」、すなわち、公共事業が、私人の土地を正規の手続を経ずに侵奪するに至った場合、私人の返還請求は認めないが損失補償は与えるとする制度と一致する。そして、ドイツ国法上、違法・無過失の行為により国家が利益を得た場合には、「特別の法律上の根拠を要しない」とするのであるが、一定の場合に、プロイセン一般ラント法序章七五条の適用あることを認めて次のように述べている。

「§ 74 EinlAR と対比して明らかなるように、その規定は、適法な侵害のみを扱い、上述の無過失・違法の侵害を扱うものではない。しかしながら、被害者は、そのような場合にも、彼が事実の平面に立つ限り、それ故に、行政行為の適法性を疑わない限り、§ 75 EinlAR<sup>9)</sup>を援用することができる。事情によっては、彼はそうすることにより、不法な行政行為の主張によるより多くのものを得ることになる……。」

四 建築行政庁によりなされた違法・無過失の建築不許可処分に対して、プロイセン一般ラント法序章七五条ないしその基礎にある法思想から、公共団体の損失補償義務を肯定した有名な一九三三年四月一日のライヒ裁判所の判決理由中には、「それ（＝違法・無過失の公権的侵害）が被告の利益になる限り」、あるいは「それによって行なわれた措置が、国家その他の公法上の団体に利益をもたらした場合に」といった限定が随所にみられる。この判決は、具体的に、客観的に公共団体に生じた利益を問題にすることなく、原告の蒙った損害に重点を置いて損失補償を認めている点で論理一貫性を欠くが、カツツェンシュタイン、W・イエリネックらの補償理論が、その判決の基盤にあるという

ことができる。

この判決を除けば、ライヒ裁判所は、国家的利得の返還理論に対しては一般的に否定的であり、補償を認めるについても、国家的利得の存否を前提にはしていない。<sup>10)</sup>

五 学説もまた同様に、この理論に対しては批判的である。

批判的学説の一は、損失補償請求権と不当利得返還請求権の相違を指摘する。たとえば、その代表者であるシュネッターの説明を借りるなら、ワイマール憲法一五三条第二項の収用に基づく損失補償は、「被収用者の権利喪失 (Verlust) を補償するものであって、収用する側の利得分を補償するものではない」、換言すれば、「損失補償にあっては、被害者に生じた損害調整こそが問題なのであって、(国家の側で) 不当に得られた財産的利得の返還が問題になるわけではない」というものである。<sup>11)</sup>

さらに、学説は、「収用の要件として、剥奪された対象の受益者の財産への移転を要求していた、いわゆる古典的収用概念がすでに放棄された」ことを、不当利得の法思想を否定する理論的根拠とし、あるいは、「公務員が、無過失・違法に、家屋の腐朽を認定し、違法にその取り壊しを実施させた場合には、国家に補償義務がなく、交通安全という利益のために、建築申請が、無過失・違法に拒否された場合には、国家が補償すべきとする理由が理解し難い」として、国家の損失補償義務を国家的利益の存否に依存させることの合理性を疑問視していた。

今日に至るまで、この国家的利得の返還理論はほとんど顧みられておらず、学説・判例上、今日のドイツの無過失責任論に何らかの影響を及ぼしたと認めるに足るだけの痕跡は見出し難い。<sup>12)</sup>

(1) Katzenstein, aaO. s. 10 ff.

(2) Katzenstein, aaO. s. 24

- (3) Katzenstein, aaO. s. 89
- (4) ドイツ民法典 (BGB) によれば、不当利得 (ungerechtfertigte Bereicherung) は、一、損失者の意思による財産の移転により (Leistungskondition) 二、損失者の意思によらない財産の移転が法律上の理由を欠くことにより (Eingriffskondition) 成り立たる (BGB 八一二条)。前者の原因に基づく不当利得は、学説・判例共に、早くから公法に転用することを認めており、公法上の返還請求権 (Erstattunganspruch) として承認せられているが、後者の原因に基づく不当利得は、一般的には直接公法関係に適用されていなかった。カッツェンシュタインの論文からは、この両者の区別は必ずしも明確ではないが、Eingriffskondition を問題にしているのであろうことは窺える。
- (5) しかし、カッツェンシュタインは、後に見解を改め、損失補償の法的根拠を、「国家の利得ではなく、国家的負担の配分における平等性を越えた個人の犠牲」に求め、「犠牲の目的とする結果の発生を損失補償義務の前提とすることは、必要条件の誇張であり、法体系的には認しがたい」と述べて、必ずしも国家的利益の要件にこだわってはいない。(Katzenstein, Die Entschädigungspflicht des Staates aus rechtswidrig-schuldloser Ausübung öffentlicher Gewalt. MDR 1952 s. 194)°
- (6) W. Jellinek, Verwaltungsrecht. 3 Aufl. s. 328 ff.
- (7) W. Jellinek, aaO. s. 329
- (8) W. Jellinek, aaO. s. 329
- (9) W. Jellinek, aaO. s. 330
- (10) RGZ 140, 276
- (11) 従って、カッツェンシュタインは、この判決に展開せられた原則的説明に結局は同意することはできても、国家ここでは公共団体が客観的にいかなる利益を得たのかを問題にしない点を批判していた (Katzenstein, aaO. s. 96)。しかし、後に彼が見解を改めてからは (註(5)参照)、「ライヒ裁判所の判決は、個人の犠牲が、国家に利益をもたらしたところでのみ補償を認めようとしていることを推定させる。しかし、そこまでは到ることはできないし、実際、ライヒ裁判所もそこまで到っていない」と述べて (MDR, s. 194)° 判決の理由に必ずしも正面から反対していない。
- (12) たとえば、一九〇四年三月二十九日の判決 (RGZ 57, 217) は、「犠牲補償請求権にとっては、行政庁が、——たとえ誤っていたとしても——個人の利益の間の衝突を認め、私的財産権の犠牲を強要したということだけで足りる」と判示し、また、一九〇八

年一月二十四日の判決 (RGZ 69, 50) は、より直截に「不当な命令によってひきおこされた損害は、補償義務ある者に、犠牲によって財産的利益が生じたか否かに関係なく賠償をねねばならない」(傍点筆者)と述べる。

(13) Stöder, aO. s. 47

(14) 批判的学説のほとんとは同一の見解を立つ。たとえば Bachof, aO. s. 123; Schack, VA 40, s. 442; Furler, aO. s. 411, Fischer, Verhandlungen des 41. Deutschen Juristischen Tages, Bd. II s. 39

(15) Fischer, aO. s. 39

(16) Furler, aO. s. 411

(17) ただし、不当利益の成立原因の一態様としての Eingriffskondition の場合が、損失補償の基礎に不当利得思想があるか否かの問題とは全く別に、公法関係にも適用するものと前提すれば(註(4)参照)、結果的には、違法な侵害行為により國家が得た利得の返還義務を認めることにならう。かかる観点から、ハイデンハインは、結局、カツツェンシュタイン、イエリネックに結論的に賛成している (Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsähnlichem Eingriff, s. 78)。