

西ドイツ国家補償理論における

Folgenbeseitigungsanspruch(「FBA」)思想の展開(三・完)

平 井 孝

一 は し が き

- 二 西ドイツ国家補償理論における Folgenbeseitigungsanspruch(「FBA」)思想の成立
 - (一) Folgenbeseitigungsanspruch 思想成立におけるハッホフの地位(以上第三卷第一号)
 - (二) ハッホフ「Folgenbeseitigungsanspruch」の論理的構造とイデオロギー性
 - (1) ハッホフ「Folgenbeseitigungsanspruch」の論理的構造
 - (イ) 序 説
 - (ロ) ハッホフ「FBA」の根拠論
 - (ハ) ハッホフ「FBA」の内容論

(以上第四卷第一号)

d. バッホフ「FBA」の損害填補機能論

(2) バッホフ「Folgenbeseitigungsanspruch」のイデオロギー性

三 西ドイツ国家補償理論における Folgenbeseitigungsanspruch 思想の展開

(一) バッホフ「FBA」と国家責任法

(二) バッホフ後の「FBA」の損害填補機能論の展開

(1) 序説

(2) メンガー、ハース、メーツェンの Wiedergutmachungsanspruch (WGMA) (復善請求権) 論

(3) フランケの Folgensatzungsanspruch (FEA) (結果補償請求権) 論

(4) ヴアイロイターの Folgersatzungsanspruch (FEA) (結果賠償請求権) 論

(三) バッホフ「FBA」論批判の系譜——障害除去機能論から原状回復・復元機能論への発展

(1) 序説

(2) 一九七三年以前におけるバッホフ「FBA」論批判の系譜

(3) 一九七四年以後におけるバッホフ「FBA」論批判の系譜

四 むすび——西ドイツ「FBA」論と Aufopferungsanspruch 思想の交錯

(以上本号・完)

付録【関係条文】

(イ) バッホフ「FBA（結果除去請求権）」の内容論（続）

d. バッホフ「FBA」の損害填補機能論

(一) バッホフによれば、行政行為が行政裁判上違法取消しをうける以前に、すでに執行され違法結果が発生している場合、この結果の除去を執行行政庁に要求しうる実体法上の請求権⁽¹⁾が存在する。行政行為の事後結（効）果が被処分者において損害発生的なものである場合、その行政行為の結果除去請求は、その本質からみて、“無損害状態維持・保持要求（ein Verlangen auf Schadenshaltung）”⁽²⁾となしうる。問題は、損失補償法が、結果除去請求権の法根拠・内容にかんする詳細を与えてくれるかである。これについては、次のようなバッホフの問題解明の手がかりが特徴的である。

「現在の西ドイツ法制では、損害賠償（Schadensersatz）と損失補償（Entschädigung）との間に厳格な差異が認められていない⁽³⁾」ということ。彼によれば、損害賠償概念は、民法上、加害事件前にあった、あるいは、かかる加害事件なかりせばありえたであろう状態と同等の状態に回復すること（die Herstellung）を包摂している。かかる意味において、損害賠償は実的原状回復（Naturalrestitution）である。つまり、損害賠償すなわち損害除去、損害除去すなわち実的原状回復⁽⁴⁾ということである。

というのは、過去におけるものの実際・現実的な回復は困難または不可能である以上、いかなる損害除去も“賠償（Ersatz）”⁽⁵⁾であるしかないから。

これにたいして、損失補償はどうか。

損失補償概念は、可能なかぎり、従前の状態をとり戻す・回復・復元という意味における除去は問題でない。おおむね法規によって意欲され、したがって適法な、既存の権利にたいする侵害・干渉（der Eingriff）が問題とさ

れる際に、右の損失補償概念が使用される。

この概念に基礎づけられて、いわゆる公法上の損失補償（die öffentlich-rechtliche Entschädigung）——公用収用補償（Enteignungsentchädigung）がその代表的なものである——がある。⁽⁹⁾

ところで、右の公用収用と若干異った場合、公権力の違法無過失（または無過失違法）の侵害にたいする損害填補はいかに考えられるべきか。⁽⁷⁾

バッホフによれば、損失補償と損害賠償がある程度、相対化・近接化しているが、これは西ドイツの法制——適法の公権的侵害には損失補償、違法の公権的侵害には損害賠償、の現状からみるならば、おそらく、あまり歓迎されることではないとされる。⁽⁸⁾ 損害賠償のみが、少くとも原則のうえからであるが、従前の状態の回復・復元、つまり、損害の現実的効果的な除去をめざすものとされる。

ここで、さきに予告した問題にたち帰る必要がある。加害的事件が、その損害を、法規の意思に則した行動によって生ぜしめなければならぬ場合——つまり、適法な侵害の場合に——、一般的に価値の調節的補償のみがなされるにとどまる。⁽⁹⁾

(二) バッホフは、結果除去請求権（「FBA」）を、一応、損害填補請求権に近いところで構想していたようにおもわれる（その理由は後述する）。とすれば、バッホフにおいては、損失補償請求権と損害賠償請求権の相対化現象（西ドイツ連邦裁判所の判例思想）、つまり両者の近接化が、彼の損害填補請求権とのかかわりにいていかに説明されうるであろうか。

バッホフもたしか、両者の区別の相対化の傾向を指摘している。いわば、人権尊重型の基本法採用を国是とした西ドイツにおいては、基本法の Menschenwürde（一条）（個人の尊厳）保障を価値最高法規範となし、そのもと

で、国家の諸組織・諸作用が体系的に整序されているであろう。したがって、公権力の発動に起因する特別犠牲・損害の結果を除去することは、実質的法治国原理（二〇条・二八条）公的負担平等原理（三条・一四条）の要請である。今日の行政法関係は、かつての国家对国民の関係から、政府・執行部対市民の關係に、視座の変革を行ないつつある。行政法が、憲法の特別法であるならば、憲法の変革は行政法原理の変革でなければならぬ。民主・人權の二大柱を憲法に樹立した西ドイツは、行政法を市民の権利保護の法体系と観念する傾向が強い。国家補償法体系の整備の嚮導原理はつねに近代憲法原理とりわけ人間の尊厳原理である。かかる意味において連邦最高裁一九五二年六月一〇日判決が、適法、違法の区別にこだわらず、公権力行使に起因する特別犠牲の救済・補償（損害填補）を是認していることは、注目しなければならないであろう。¹²

これは、特別犠牲概念を、理念上、統一的な国家補償請求のメルクマールとして採用する連邦最高裁の意思を、われわれに理解させるものである。この意思は、人權保障のカタログの豊富化・質的高度化を押しすすめようとする、ヨーロッパの合理主義精神・人間尊厳原理思想に裏うちされたものであること、論をまたないであろう。

西ドイツ連邦最高裁の国家補償法における法創造的機能として顕著な「公用収用類似の侵害に起因する特別犠牲的損失の補償」は、今日、法的定着をみている。公用収用類似の侵害は、多くの教科書においても公用収用と並べて記述されている。

以上の「特別犠牲」型近接化論と比較するとき、パッホフの両者近接化論ないし統一化論は、その消極的な姿勢ないし立論において、右の場合から相当な隔りのあることを認識せしめるであろう。しかし、彼の有名な「執行行政庁の側で違法性を買いとるための損失補償請求権としての「FBA」」論¹³において、われわれは、パッホフの主観を超えた処において、後述するように、右の近接化・統一化論の可能性を見出しうるとおもわれるのである。

(三) バッホフによれば、行政庁は、行政行為が確定力を生ずる前に、もっぱら、優越的な公共の利益を理由に、その執行権能を認められている。たとえ、その執行が、ある私人の私的利益に直接及ぶものであっても、かかる行政上の権能の承認は、右の執行によってまた公共の利益が促進されうることを理由とする。⁽¹⁴⁾

「執行行為は、みずからのうちに、特別な瑕疵を保有していないかぎり、適法である。しかし執行された行政行為の、ありうる違法性は、いかなる方法をもってしても妨げられない。同様に、違法の行政行為の適法な執行によって作り出された状態は違法である。ただし、それは、適法な執行行為にのみ基づいているからでなく、また第一次的に違法の行政行為に基づいてすらいから。したがって、かかる状態を暫定的な適法と呼んで差し支えない。この場合、この違法の行政行為は、どのみち、執行された行政行為の確定力ある取消によって違法となる……が、この状態は当初から実体法上違法である。」⁽¹⁵⁾（傍点筆者）かくて、「行政庁は、事後の取消しをうける危険をおかして、自己の決定 *Entscheidung*（⁽¹⁶⁾裁断）を執行する場合、これに因って生じた損害の賠償責任を負担する。この賠償責任は、違法無過失の行政責任である。」

このようにバッホフの論理を徐々に辿ってゆくと、彼は、行政の結果が予測不可能にせよ、その行政が市民の重大な権利・利益の侵害・特別犠牲をもたらしている場合、被害市民は加害行政庁にたいして、結果除去的賠償請求権を主張しうる、と説いているように思われる。

つまり、行政行為執行の時点では違法の予測が不可能、事後的にその違法が確定し、しかもその執行結果が現に続いている（存続状態の）場合、その状態は違法な状態である。例えば、犯人追跡中、通行人を傷害した事件における国・自治団体などの行政責任—国家責任はいかになるのか。この傷害は、もちろん、法規も警察官も意欲していない。いいかえれば、法規も警察官も傷害結果の発生を予想も意欲もしていない場合がある。しかるに、その結

果としては、重大・違法の人権侵害・傷害なる特別犠牲が発生したのである。かかる場合の警察官の職務行為は違法といふべきである。

バッホフが前述の箇所、手続の適法も、………実体法違反によって、違法化すると指摘したのは、大いに注目してよい。そして、このバッホフの論理は、本件、すなわち、警察職務行為中の第三者傷害の行政—国家責任論にも妥当し、基本的には、客観責任主義に接続するといえよう。

(四) 要するに、バッホフの「執行行政庁の側で違法性の買いとりのための損失補償請求権としての「FBA」」の論理は、次の論理を予想せしめるのではなからうか。

つまり、公用収用は、公益目的のもとで、意図的・意欲的・計画的に、法所定の手続（適法手続）において、一方では私人の財産権の剝奪を、他方では起業者にその財産権の原始取得を可能ならしめる形成的行政行為である。この収用処分において、私有財産の特別犠牲的剝奪そのものは、違憲違法（基本法一四条違反）となる。したがって、行政の側にかかる違法性を事前に買い取り合法化する方式として、損失補償が考えられるのではなからうか。ところで一九六八年のドイツ法曹会議公法部会シンポジウムにおいて、バッホフは自己の「FBA」論の一部修正を宣言している（彼のハビリタチオンシュリフトの第二版も同じ）。彼による修正的「FBA」は、内容上二つのものを含む。ひとつは、違法の行政行為が取消されて後もなお存続する違法な侵害・障害の除去請求権（Beseitigungsanspruch）。他は、それ以上に、違法な行政行為の執行なかりせば存在したのであろう状態の原状回復・復元請求権⁽¹⁷⁾で、これはさらに、その原状回復・復元が不可能な場合に、これに代わる、またはこれを補充する意味において、金銭補償、つまり、独自の損害填補請求権に転化する⁽¹⁸⁾。

ここに、われわれは、バッホフ「FBA」の損害填補機能論を認めうるのである。

かつてデュリッヒが「技術的意味の責任形式」⁽¹⁹⁾と評した、バッホフの「違法性の買い取り」論による損失補償の見直しの解剖のためには、結局のところ、上述の、原状回復・復元請求を本来的に否定することによつてはじめて論理上も成立しうるとされる公用収用において、その収用損失の原状回復・復元請求の代替物・補充機能、つまり、いわゆる特別犠牲・損失結果除去機能に着目して、これをあらためて広義の「FBA」の統一的論理に包摂・吸収することの学的体系上の価値と必要性の認識が前提ないし先行されなければならないとおもわれる⁽²⁰⁾。

さらに若干の臆測の危険をあえて冒すことが許されるならば、右のバッホフの「違法性買い取り」論は、「行政行動の結果の違法性の買い取り」論に接続されなければならないであろう。この違法性買取論の発想が、バッホフにおいて、いかなる予測のもとで得られたのか、勿論わからない。それは、あたかも、バッハの最晩年の傑作、「フーガの技法」が、その一九曲目の第二三九小節でブツと切れ、その先は永遠に誰にもわからない謎に包まれた世界であるように……。しかし、われわれは、この謎の世界を解明する勇氣とロマンチズムをもって、バッホフの未開の世界に立ち向かってゆかねばならないであろう。この努力の彼方に、われわれは、国家責任とりわけ、公法上の危険責任・無過失責任法理の構築の可能性に富む広大な世界を見出すことができようから。

- (1) Wolff=Bachof, Verwaltungsrecht I; 1974, S. 478, Heidenhain, Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungs-handelns, J Z 1968, S. 492
- (2) Bachof, a. a. O. S. 114
- (3) Bachof, a. a. O. S. 115
- (4) Bachof, a. a. O. S. 115
- (5) Bachof, a. a. O. S. 115

- (6) Bachof, a. a. O. S. 115
- (7) 公用収用類似の侵害に起因する損失の補償とする連邦最高裁一九五二年六月一〇日判決については、秋山義昭「ドイツにおける国の無過失責任(Ⅱ)」北大法学論集二六卷二号一—三頁以下参照、平井孝「西ドイツ損失補償理論における Aufopferungsanspruch 思想の展開」公法研究二六号参照。
- シュテッターが、公権力の違法無過失的侵害にたいする補償を否定する立場を採っていたことは有名な事実である(Stöcker, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, 1933 S. 44; Bachof, a. a. O. S. 115 Anm. 3)。おそらく、法実証主義的法解釈学の視点から、違法・無過失の公権的侵害にかんする実定法の飲欠・不備を理由として、この問題の解決は立法政策の課題にとどまり、実定法の問題外としたためであろう。
- (8) 西ドイツ基本法一四条の解釈をめぐって連邦最高裁判決を批判する第二次大戦後のシュテッターの態度にも看取できよう。すなわち、シュテッターによると、戦後の判例は、ライヒスゲリヒト判決の不断の積み重ねによって発展せられてきたプロイセン一般国法前文七四条・七五条の犠牲請求権なる法原則を、そのまま基本法一四条の法原則として承認踏襲しているにすぎないこと、したがって、連邦最高裁もまた、基本法一四条の文言・意義・目的から解釈構成したうえで、同一四条を違法・無過失の公権的侵害に拡張適用することの可能性・必要性につき特段の証明をしていないこと、が問題であると指摘される(Stöcker, Über den Enteignungsbegriff, DÖV 1953, S. 139 ff. 秋山義昭・前掲論文・北大法学論集二八卷三号二〇頁二頁註(7)参照)。(8) バッホフは、たしかに、かかる実定法状況にたいする批判ないし挑戦の意味をこめて、市民的権利保護推進的な国家補償理論体系上の新機軸である「FBA」の創唱をなしたのであるが、これをもって積極的に、損失補償と損害賠償とに理論的架橋を企図したわけではなかった。
- (9) Bachof, a. a. O. S. 115
- (10) Menger, System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 1

このメンガーの教授資格請求(認定)論文は、ハッホフの Vornahme-Klage の論文に影響されているようにおもわれる。とりわけ、人權論と行政法の連関性の自覚的展開において、Bachof, Menger は、Ule と区別されよう。

(11) 西椋章・公法上の危険責任論八八頁。秋山義昭「前掲論」一〇二頁以下。

(12) Schack, Verhandlungen des 41 DJT, 1955 (Gutachten); Heinz Wagner, Die Abgrenzung von Enteignung und enteignungsähnlichem Eingriff, NJW 1967, S. 2333. 特別犧牲と違法性の図式は西ドイツ連邦最高裁の判示するところである(BGHZ 36, 379 (391); 45, 58 (81)). Bernd Bender, Staatshaftungsrecht, 1971, S. 37

(13) Bachof, a. a. O. S. 126

(14) Bachof, a. a. O. S. 132

(15) Bachof, a. a. O. S. 127

(16) Bachof, a. a. O. S. 129

(17) Wolff, Bachof, a. a. O. S. 477

(18) Bachof, a. a. O. S. (Vorwort XIII, XIV, XV); derselbe, Verhandlungen des 47 DJT (Sitzungsbericht) 1968, S. 57, 74.

(19) Günter Dürig, Grundfragen des öffentlichrechtlichen Entschädigungssystems, JZ 1955, S. 521, 524

(20) なお、事前確定的な侵害を内容とする公用収用の損失補償においては、収用の事前払の場合、損害回避ないし予防的な結果除去、収用の事後払の場合、原状回復ないし賠償・慰謝的な結果除去が区別されよう。いずれにしても損失補償を結果除去によって構成する試みであることに変わりはない。

(2) バッホフ「Folgebeseitigungsanspruch」のイデオロギー性

バッホフの教授資格認定論文が公刊された一九五一年から一七年目に、すなわち、一九六八年、西ドイツ学界では珍らしい、彼のこの処女作は江湖の期待のなかで再版されたのである。

「法学のモノグラヒーが、一九五一年にあらわれたこの教授資格請求（認定）論文のように、このような反響がみられたことは稀なことだ。」

「バッホフのこの業績は、行政裁判に価値ある寄与をなしている。……」

「バッホフのこの論文は、いつまでも何か重要なことを語ることができよう。……」

「バッホフの仕事は多くの学問上ならびに実務上の刺激を与え、疑問の余地なく行政法の文献としてだけでなく法学全般にも決定的な利益を与えている。……」

以上のバッホフ評は、いづれも彼の研究が世に出された直後または翌年にわたる時期においてなされた。新聞、法律雑誌等において、彼のこの論文が高い評価を受けていたことを物語っている。

しかし、彼の研究のセンスの新鮮さについては、今日においても、なお評価してしすぎることはないであろう。彼の今日に至る研究の大道は、われわれに、彼の憲法・行政法研究における初心のなんたるかを暗示させる。

バッホフのこの「ハビリタチオン」によって、彼は、名誉あるドイツ大学教授の地位を獲得し、長年チュービンゲンの田舎町で暮らし、教授、学部長、学長と、徹底した大学人であった。

彼の学問、とりわけ公法学研究の原点はなんであろうか。その思想的基盤はなにか。

まず、第一に注意しなければならない点は、西ドイツ公法学界の、現在ですでに長老として敬愛されている六

○歳世代及び七〇歳世代の学者が、バッホフをも含めて、おおむね、あの激烈な第二次世界大戦の経験者であったこと。かつて、ハイデルベルク大学に訪れた某国立大学の長老教授の言によれば、かれらは日本よりも先に降伏したことを、深く記憶していたということである。このことは、積極的に、日本より早く敗れてよかった——民主的原理あるいは人権思想からすれば、ナチス政權の崩壊の時期が早く訪れることの意味は大ききろう、——ということなのか、それとも、消極的に、祖国愛、民族感情の微妙なニューアンスを、公式的な歴史的・政治的・経済的・文化的価値原理によって、斬り捨てておくべきでない、戦争に敗れたことの意義をそう手放しに喜び祝う気持ちになれないと、素朴な感情で訴えられることも考えられうるであらう。

とにかく、苛酷な戦争体験によって、日常的なものが非日常的に、非日常的なものが日常的にならされた、強大な権力機構装置としての軍事国家のなかにおいて、人間らしさの感情を学問の、生活の原理として設定可能な条件は乏しかったと思われる。バッホフ世代の共通的な土台は、この戦争とのかかわりをいかに自己の中において、内実化するか、ということであった。人権抑圧型の統治機構の悪を憎悪する平凡な人間性・人間感情こそが、バッホフの学問研究の出发点であつたのではなからうか。

このように考えるときに、われわれには、バッホフの学問のバックボーン、確固たるものの姿がはっきりと見えにくるようにおもわれるのである。

一九五一年の彼の活動において注目すべき点は、バッホフが自然法思想・人権思想を彼の確固たる学問的基盤としてと評価しうる一書が公刊されたことである。

題して「違憲の憲法規範」⁽²⁾。

この書は、彼、若きバッホフの清新な情熱を感じさせるものがある。しかし、一九五一年以前にまとめ、公刊の

機を待っていたと解される「ハビリタチオン」論文にも、苦い戦争体験を伏せて、もっぱら法の論理の組立てに立ち向かう若き学徒バツホフの内面の軌道が看取されうる。

「個人はもはや超個人的な国家目的達成のための道具ではありません。」⁽³⁾

国家—国民から政府—市民の関係への転換は、今日の行政法学では常識化しつつあるが、これを、いち早く宣言したのが彼である。

「職務行為要求訴訟」「行政権にたいする行政措置請求」「反射的利益論」⁽⁴⁾など、彼の視点は、つねに、ドイツの真の意味における近代化で、その中核を人間性の尊厳を明定した憲法理念に求めているのである。

行政権に対する給付訴訟は、いわゆる義務づけ訴訟であるが、これは伝統的行政法学における行政官庁優先の理論ならびに司法権にたいする行政権の独立論——行政国家主義的統治構造の基盤としての権力分立論のもとでは、予想もつかない発想を必要としていたにちがいない。

しかし、ともかく、バツホフは、西ドイツ基本法の自然法論と融合するデモクラシー、良くも悪くも、戦争体験と同棲する生活を続けてゆかなければならないであろう。

第二に留意すべきは、第一とかがわる部分をもちながら、独自の問題として考えられることがある。それは、ドイツの法学史、ないし法思想とのかかわりにおいて、バツホフを研究する必要があるのではなからうか。

バツホフの研究を、右の視座において進めるとき、われわれは、彼がある意味において自然法学派に属しているのではないか、という結論にごく自然に達しうるのである。バツホフの言葉によって語ろう。

「一九四九年から五〇年にかけて仕事をしていた頃は、文献上、とりわけ判例上、今日（一九六八年）とくらべてもなおバランスがとれないほど、実証主義的な論議が多かった。」⁽⁵⁾

このように、バッホフは悪しき法律実証主義の弊風がまだ根強く法曹人を支配していた頃の苦闘を回想している。つまり人権理念の公法における具体化、内実化に献身した、その意味では、彼こそ、西ドイツにおける人間尊重型新憲法のまぎれもない申し子であったといえないであろうか。

かかる思想（人権理念）につき動かされた彼の「FBA」論は、国家補償請求権に新分野を開き、その純粋な無過失・客観的な行政責任請求権への展望を可能ならしめる法理論となっているであろう。あるいは実定法上の根拠の曖昧さとか、伝統的法システムとの競合の無益性とかの批判を浴びつつも、彼が人権理念の実質化への努力、とくに闘いを休みなく続けてゆけるのも、案外、そんなところに、秘密があるのかもしれない。

- (1) 一九六八年再版のバッホフ・ハビリタチオンシュクリフトの表紙カバーに掲載されている。
- (2) Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen? Recht und Staat, Heft 163/164 Tübingen 1961
- (3) Bachof, Vornahme-Klage, 1951, S.84, 139ff.
- (4) Bachof, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht (Jellinek-Gedächtnisschrift) 1955.
- (5) Bachof, Vornahme-Klage, 1968, Vorwort XV

三 西ドイツ国家補償における Folgenbeseitigungsanspruch 思想の展開

(一) バッホフ「FBA」と国家責任法

(一) バッホフによって展開された「FBA」の法的根拠は、「西ドイツ基本法二〇条三項に基づく」法律による行

政” “法治行政” “行政の法適合性” の原則ないし “実質的法治国” の原理に求められており、また、その内容は違法の行政行為が取消された後もなお存続する、違法な侵害結果の除去請求権および違法な行政行為なかりせば存在したであろう状態の原状回復・復元請求権ないし右の回復・復元が困難または不可能な場合にこれに代えて、またはこれを補充する意味における金銭補償（損失補償）請求権であること、しかも、後者の金銭補償請求権は、“行政執行機関の側での違法性の買取り” に根ざす一種の損害填補請求権であることを主要特徴とする結果除去請求権である。

(二) 西ドイツ国家補償法の体系は、今日、国家責任法の体系へと拡大発展的再編成の軌道を進んでいる。結果除去請求権（「FBA」）ならびに結果補償請求権（Folgenschadigungsanspruch）（「FEA」）の立法化の是非をめぐって討議した、一九六八年の第四七回ドイツ法曹会議公法部会は、あるいは、国家補償法から国家責任法への軌道修正、いな軌道転換の、偶然の——しかし国家補償理論史からみれば必然的な——重大なチャンスとなったのである。

すなわち、結果除去と結果補償の規律は、広義の、全国家責任法の包括的な法律による規定と体系化の枠内においてのみ、なされるべきである。かかる新規律は、必要であれば、基本法の改正によってなしうる、という決議が満場一致で採択されたのである。この決議は、さらに、「国家の不法責任にかんする中心的思想は、それが違法性そのものと結びついていることでなければならぬであろう。それは、責任形態・範囲に応じた制限と個別化とを締め出すものではない。ここでは、国家机关の過失と関係人の行動とが一つの役割を果すであろう」という勧告を伴っていた。かかる第四七回ドイツ法曹会議の決議に基づいて、連邦司法、内務両大臣は、一九七〇年一月、独立の委員会に、国家責任法と騒擾損害にかんする総合的な新法の立案を委託するに至った。⁽²⁾

この委員会所属メンバーは次の者である。(議長) ハンブルク高等通常裁判所副長官W・ライマーズ博士、(委員) 連邦通常裁判所裁判官F・クレフト博士、連邦行政裁判所裁判官F・ヴァイロイター博士、チュービンゲン大学教授O・バッホフ博士、ハンブルク大学教授A・ベッターマン博士、ハイデルベルク大学教授H・ヴァイトナウアー博士、ハンブルク枢密顧問官D・ハース博士、弁護士フライブルク大学教授(称号) B・ベンダー博士。

これらのメンバーは、大学教授三名、裁判官三名、弁護士一名の割合をとっているから、いわば各界の専門家の見解を公正に反映させる意味をも担っているであろう(弁護士が少ないとする見解もありうるが、大学教授、裁判官はいずれも、弁護士の発想、人権的感觉に富むものと考えられよう)。周知のとおり、右メンバーは、いずれも、国家補償法の研究に従事し、それぞれ、その研究成果をもって学界に貢献してきた人たちであった。以来、同委員会は、一九七三年一〇月公刊の、いわゆる、「国家責任法委員会草案(Reform des Staatshaftungsrechts)」に結果をみるためには、三年余の歳月を要したのである。この「委員会草案(Kommissionsementwurf)」に加えて最近(一九七六年九月)、いわゆる「参事官草案(Referententwurf)」なるものが、連邦司法大臣・内務大臣の手によって公表されている⁽³⁾。

著書・論文においても近年、「国家責任(Staatshaftung)」を冠するものが多くなっている。

例えば、一九六八年刊行のThomas Rösslein, *Der Folgenbeseitigungsanspruch* の巻末に掲載されている参考文献表(Literaturverzeichnis)にはゼロであったが、翌一九六九年刊行のMichael Hoffmann, *Der Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte* の文献表によると、一九六八年発表論文が一つ載せられている。すなわち Wolfgang Rüfner, *Zum gegenwärtigen Stand des Staatshaftungsrechts* (BB 1968, 881—886) がこれである。右のリュフナーの論題は「国家責任法の現状」であるが、彼が「FBA」をも含めて、国家補償の全領域

を通過していることからすると、あきらかに、すでに指摘したような、国家補償法の国家責任法への拡大発展的再編成の学問的意欲を、彼に見出しうるであろう。一九七一年刊行の Bernd Bender, Staatshaftungsrecht は、おそらく、「Staatshaftungsrecht」を冠した西ドイツ最初の体系書（二五五頁からなる）であったとおもわれる。一九七六年刊行の Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht は、ベンダーの国家責任法の発展と考えてよからう。

(三) このように国家責任法を考察してみると、バッホフの「FBA」は、あらためて問われなければならないであろう。すなわち、彼が提示した、結果除去→原状回復→金銭補償はまた、違法な行政行為の結果除去→賠償的原状回復・復元であり、上の図式はさらにまた、公用収用→私有財産侵害（特別犠牲）違法の買い取り→損失補償（予防的結果除去の機能）の図式へと発展接合すべきものであったのではなからうか。

要するに、違法な行政行為の結果除去は、いわば事後的、賠償的損害除去の性格をもっているのにたいして、損失補償は、いわば、事前・予防的損害除去の性格をもっているといえよう。

したがって、予防的結果除去概念の導入をもって、バッホフの「FBA」論を批判的に読みこむときに、彼の消極的かつ不徹底な、損失補償と損害賠償の統一的認識が可能かつより明瞭となるであろう。

ともあれ、バッホフの「FBA」論は、国家責任法の地平へと拡がる国家補償理論において、いかなる理論的展開をとげているのか。

以下において、とくに、彼の理論的特色を示す損失補償請求権としての「FBA」を軸に、その肯定または批判の論理を系譜的に捉えてみたい。

- (2) Prodromos Dagoglou, Zur Reform des Staatshaftungsrechts, 1974, Verwaltungsarchiv, S. 348
なお、同論文には、阿部泰隆教授の翻訳がある（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—三三頁）。
- (3) Martin Oldiges, Staatshaftung für den Vollzug verfassungswidriger Gesetze durch die Verwaltung, DÖV 1977, S. 75

(二) バッホフ後の「FBA」の損害填補機能論の展開

(1) 序説

(一) バッホフの結果除去請求権の重要な内容として特筆されるべきは、既述のように、“執行行政庁の側での違法の買い取りのための補償”つまり、損害填補機能であった。かかる意味において「FBA」は、彼においては、まさに、予防的結果除去請求権ではなくして賠償的結果除去請求権であったといえるのである。バッホフは、上述の損害填補機能を、損失補償法の発露として捉え、これを、彼の「FBA」論の中心に据えたのである。この点は、ルツプのつぎのようなバッホフ評によっても知ることができよう。

「あきらかに、バッホフは、除去請求権 (Beseitigungsanspruch) の当初の形体に従っていない。除去請求権は—既述のとおり—すでに、抗告訴訟 (Anfechtungsklage) によってみずから主張されている。バッホフにとっては、それゆえ、かかる除去請求権が結果除去をも包含しているかどうか、問題でない。それどころか、損失補償法から結果除去請求権 (「FBA」) を法体系上独自に展開している。その場合、彼は、行政の法適合性の法

原則と、民事訴訟上の執行債権者補償責任の法思想の助けをかりているのである。⁽¹⁾ (傍点筆者)
 シュパンナーも、バッホフ「FBA」の損失補償請求権性を認め、つぎのように強調している。

「要するにバッホフは、原則的にはこの損失補償義務を限定しつつ、行政庁は損失補償義務の見地から確定力の生じないうちに執行された違法な行政行為の直接結果だけの除去それも、実的原状回復 (Naturalrestitution) による除去を義務づけられる、と述べ、補充的に返還請求権 (der Erstattungsanspruch) を「FBA」の一種と考えている。これは正しい。⁽²⁾」

(二) このように、バッホフ「FBA」にみられる損失補償・損害填補機能論は、別章において述べられるように西ドイツ学界の強力な批判に遭っている。しかし、メンガー、ハース、フランケ、ヴァイロイターなど、その立論上の差異は否定しえないにしても、巨視的にみるならば、バッホフ「FBA」の損害填補機能論の系譜をなすとみられる一群の学者の存在を忘却してはならないであろう。何故ならば、国家責任法発展の歴史は、まさに、そのことの確認をわれわれに要求するであろうからである。

(1) H. H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S.259

もっとも、ドイツ民事訴訟法九四五条の、未確定名義の執行、仮差押等における執行債権者の無過失補償責任原則は、バッホフの論敵、ベッターマンによって、行政、つまり未確定行政行為の取消・結果除去請求権への類推適用を斥けられている。ベッターマンの反対理由は、民訴上の仮差押と租税仮差押には差異があること、一九三三年一月六日のライヒ裁判所判決 (RGZ 108, 253) は、民訴法九四五条を違法な租税仮差押による損失補償請求事件に類推適用することを認めていないことであった。しかし、西ドイツ連邦最高裁の一九五九年五月二五日判決によって、右ライヒ裁判所判決は変更され、バッホフ学説が支持されるに至った。なお、右の判決理由の要点は、無効な課税命令のための差押は収用類似の侵用として公益上の特

別犠牲を生み出すから、補償を要するということである(RGHZ 30, 123)(山田華次郎「行政行為未確定執行の責任」・公法研究二七号二二八頁以下参照)。

(2) H. Spanner, Gesetzliche Regelung des Folgenbeseitigungsanspruchs, DVBl. 1968, S.622

(2) メンガー、ハース、メーツェルの Wiedergutmachungsanspruch

「WGMA」(復善請求権)論

A. メンガーの「WGMA」論

(1) クリスチアン・フリードリッヒ・メンガー(Christian Friedrich Menger)は、一九五五年刊行のワルター・イエリネク記念論文集寄稿論文「国家責任訴訟の法的根拠の同一性と若干の行政争訟事件について」⁽¹⁾において、バツホフの「FBA」を、彼メンガーの創唱する復善請求権(Wiedergutmachungsanspruch(以下、「WGMA」と略称)に発展的に解消することを主張している。

(2) メンガーによれば、国またはその他の公権力担当者(統治権の主体)は、その機関を通じて、公的な職務活動を行なう。そして、かかる行政その他の統治活動によって、何人であれ、その法的地位が違法に侵害された場合には、その侵害なかりせば存続していたであろう状態の回復義務を右公権力主体は負う。行政行為またはその発令を内容としない行政活動による侵害を理由に、その回復(Wieder-)Herstellung²がなされるべきときは、その正当な権利者は、行政行為または行政活動の除去または発動(Vornahme)を請求しうる。行政行為または行政活動の除去または発動が不可能とか、その関係当事者に生ぜしめられた損害の賠償・填補が満足するものでないかぎり、賠償義務者は、金銭または同等の物を右権利者に給付しなければならない。⁽²⁾

(三) この公法上の賠償・原状回復の根本規範 (Restitutionsgrundnorm) は、妨害排除請求 (actio negatoria) もしくは不法行為法上の損害賠償請求などの、さまざまな類型によって、民法上の Wiedergutmachung (Ausgleichs-) ansprüchen 復善—調節補償請求権と、法解釈論上、平行する地位にある。⁽⁶⁾

ホフマンは、メンガーが、違法に侵害された市民の原状回復ないし損失補償請求権全体を、唯一の、不文の根本規範に求めている点に、⁽⁴⁾ また、レスラインも、「違法な高権的侵害にたいするすべての除去請求権・損害賠償請求権を包摂する」とする、一般的な Wiedergutmachungsanspruch (復善請求権) を認めている⁽⁵⁾ 点に、それぞれ、メンガーの創見を見出している。

メンガーは、結局、かかる「不文の、公法上の復善請求権の実体法規範」から、⁽⁶⁾ 「公けの手による違法の侵害にたいする損失補償請求権ならびに損害賠償請求権を、取消訴訟ないし義務づけ訴訟と同様に、基礎づけているのである」⁽⁷⁾ したがって、メンガーにとって、もはや、バッホフの「FBA」は、「WGMA」(復善請求権)の亜種にとどまっている。

このようなメンガーの根本規範は、一部、民法八三九条と結合している基本法三四条ならびに、「事後的」かつ「始源的」な行政争訟事件にかんする西ドイツ行政争訟手続法にも、その実定法的沈澱をえているとされる。⁽⁹⁾ つまり公法上の(官吏)職務責任請求権 (Amtshaftungsanspruch) と抗告訴訟とが前面に出てくるのである。

(四) 結局、メンガーの「WGMA」論の狙いは何であったのか。レスラインによれば、⁽¹⁰⁾ それは、職務責任 (Amtshaftung) と違法な侵害行為にたいする犠牲補償 (Aufopferungsentschädigung) の伝統的な制度、ならびに結果除去請求権の総合・総括にあったとされる。そして、無過失違法の侵害や危険責任を理由とする、完全賠償に向けられるいわゆる準犠牲補償請求権 (Quasianaufopferungsanspruch)⁽¹¹⁾ は、無過失の法侵害の場合に、これにたいして、

民法八三九条、基本法三四条による国家責任は、故意・過失の有責な法侵害の場合に、それぞれ損害填補請求権の法根拠として役立っている⁽¹²⁾のである。

④ メンガーの「WGMA」は、既述のように、行政救済実体法の根本規範的役割を担っていたといえよう。しかし、そのような包括的な救済根拠法は、はたして、実定性を具有しうるものであろうか。この点につき、早くも一九五五年には、ベッターマンの批判論文が登場している。

「この公法上の「WGMA」の根本規範は、メンガーが、解釈論のドグマによって、設定したものである……が、メンガーの、公法上の「WGMA」にかんする根本規範は、わたしの（示した）除去請求権よりも広く適用される。「WGM」（復善）は完全補償と同一のものであり、違法の侵害の除去による以前の状態の単純な回復に限定されていない。……このようなことは、国家がその職務担当者の違法な行態（Verhalten）のために、その過失の有無を顧慮することなく、関係（被害）者に完全な損害賠償を支給すべきこと以外の何ものをも意味していないのである。それは、現行法と一致しないものである。それゆえ、メンガーにたいしては、結果除去請求権（FBA）にかんするバツホフ論文に対するのと同じような異議をさしはさむものである。」⁽¹³⁾（傍点筆者）

右の痛烈なベッターマンの批判は、以後のバツホフ、メンガー論文の評価に少なからざる影響を与えているとおわれる⁽¹⁴⁾。例えばホフマンはメンガー批判をつぎのようにしている。

「いかなる方法によって、彼（メンガー）は、民法、行政法の Restitution 規範を唯一の Restitution の根本規範に総合しようとしたのか、まったくわからない。」⁽¹⁵⁾

ホフマンにとっては、メンガーの根本統一法規範としての Wiedergutmachungsanspruch 原則の演繹方法が問題であった。

付 以上、メンガーの「WGMA」概念は、各種の問題を抱えたものであるが、その損害填補機能論において、いみじくもベッターマンの批判において示されたように、バッホフの流れを汲むものといえよう。つきにわれわれは、メンガーと同様「WGMA」(復善請求権)を主張するハースの見解を検討する必要がある。

(1) C. F. Menger, Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen : Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 347—359

- (2) Menger, a. a. O. S. 347, 358f.
- (3) Menger, a. a. O. S. 347, 350f.
- (4) Michael Hoffmann, Der Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte, 1969, S. 40, 41
- (5) Thomas Röslein, Der Folgenbeseitigungsanspruch, 1968, S. 43
- (6) Menger, a. a. O. S. 350
- (7) Röslein, a. a. O. S. 43
- (8) Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 135 ff.
- (9) Röslein, a. a. O. S. 44
- (10) Röslein, a. a. O. S. 44
- (11) ユオルフの説明によらず、憲法に課せられた特別犠牲にどうなる補償をどう (H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 1968, S. 413, 453)° この特殊犠牲補償請求権は完全な損害賠償であるわけである (Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1973, S. 334)°

- (12) Rösslein, a. a. O. S. 44
- (13) Karl August Bettermann, Zur Lehre von Folgenbeseitigungsanspruch, DÖV 1955, S. 536
- (14) レスライン、ホフマンなどの批判はこの系譜に属するといえる。
「メンガーの見解は批判に遭っている。メンガーは、無過失違法の行政活動にかなする包括的な損害賠償請求権を公けの手
にたいして行使することを認めている。このことは「現行法と一致しないのではなかろうか。」(Rösslein, a. a. O. S. 45)
- (15) Hoffmann, a. a. O. S. 40。同様な批判をするものとして B. Bender (Staatshaftungsrecht, 1971, S. 85) Scheuner
(DÖV 1955, S. 545, 549) Jaenicke (VVDStRL 20, S. 135, 136) Heidenhain (Amtshaftung und Entschädigung aus
enteignungsgleichem Eingriff, 1965, S. 132 ff.) Weyreuther (Gutachten, 1968, S. 35) などがある。

B. D・ハース「WGMA」論

(一) ディーター・ハース (Dieter Haas) の学界登場を決定したのは、「System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, Karlsruhe 1955」の博士論文であった。

ハースは、メンガーの「WGMA」論を全面的に支持している。⁽¹⁾

「適法行為は、基本法に適合し、公共の利益のために行われる。基本法三条の平等原則はすべての市民にたいして同等の価値、同等の権利・義務を保障し、もって国家的共同体の基本としている。かかる原則に適法行為は基礎づけられている。これにたいして違法行為は、基本的に、つねに憲法違反を意味している。基本法は違法行為にたいして憲法への復帰を要求し、原状回復(復善)を命じているのである。」⁽²⁾

このように、ハースは、メンガーの復善請求権(「WGMA」)を継承しつつも、その根拠の認識においては、憲法原則(具体的には西ドイツ基本法三条「平等原則」)を重視しているのである。

(二) もちろん、ハースの「WGMA」も、違法な公権的侵害にたいする伝統的な制度、官吏の職務責任請求権、犠牲補償請求権（プロイセン一般国法前文七四・七五条に由来するライヒ裁判所以降の判例によって確認された不法の法原則または憲法慣習法）と「FBA」とを、統一的に認識する目的を内包させていることはいうまでもない。⁽⁶⁾

しかし、ハースにおいては「WGMA」の憲法原則、それも具体的には、平等原則条項（基本法三条）を価値最高規範として定立し、そのもとで価値体系的に憲法諸規範（一九条・二〇条・二八条・三四条等）の統一的認識を企図していたように理解されうる。とすれば、メンガーが「WGMA」の一般的な *Restitutionsgrundnorm*（原状回復の根本規範）の着想を、もっぱら、伝統的な官吏の職務責任（現行法としては民法八三九条）不法行為にもとづく損害賠償請求権と連結する基本法三四条（官吏の不法行為責任＝職務責任）ならびに犠牲補償と西ドイツ連邦行政裁判法一一三条の取消訴訟ないし義務づけ訴訟制度から得て、その体系的原理の構成に成功していることと比較して、相当な立論上の差異を認識しうるであらう。

(三) それでは、何故に、ハースは右のような「WGMA」の理論的認識を求めたのであろうか。ハースはつぎのように述べている。

「かかる請求は直接国家に向けられるものである。⁽⁵⁾ かかる請求はその根拠を基本法に発見しなければならぬ。けだし、法違反問題の解消こそが、近代の法治国の本質的なものであり、かつ、憲法の重要なミニマムの事柄に属するからである。」⁽⁶⁾

このように、ハースによれば、伝統的な犠牲補償、官吏の職務違反の損害賠償など、損害填補請求権能は、そのまま、あるいはこれを普遍化させて「WGMA」に化体せられているのである。

- (1) Rösslein, a. a. O. S. 45
- (2) Dieter Haas, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, 1955, S. 144
- (3) Rösslein, a. a. O. S. 45
- (4) Menger, a. a. O. S. 355. なおメンガーによれば Quasitaufopferungsanspruch (準犠牲) は、違法無過失の侵害、危険責任入実定法上の存在でなく、不文法とされる√の加害にたいする救済法理とされる (a. a. O. S. 355)。
- (5) Haas, a. a. O. S. 59
- (6) Haas, a. a. O. S. 63

C. W・B・メーツェルの「WGMA」論

(一) 一九六八年、当時連邦裁判官の職責にあるメーツェル (Wolf Bogumil Maetzel) は「WGMA」にかんする自説を展開した。⁽¹⁾彼の説明によれば、⁽²⁾つぎのとおりである。

「この、メンガー、ハースに触れつつ「WGMA」を述べると、一切の考えられうる原状回復＝復善給付 (Wiedergutmachungsleistungen) の統一的な法根拠へメンガー√ないし、完結体系へハース√の存在の可能性が位置づけられる。」「結果除去」「結果補償」のスローガンは専門術語のうえて誤解されることがあるから、できうることなら、そのようなことのないようにすべきだ。」「ところで、ここでは、すべての行政不法 (Verwaltungsunrecht) にたいして考えられる「Reaktionen (反作用・反撃) が考察されるべきである。私の考えでは、この反作用・反撃の全体が、Wiedergutmachung (原状回復・復善) なる上級概念である。この概念は、二つの下級概念を含む。ひとつは、行政法領域における行政不法の結果除去であり、Restitution と呼ばれるもの、他は、調節補償的給付で、Kompensation と呼ばれるものである。」「後者の Kompensation は、損害賠償であ

るか、損失補償であるか、を問題としていないのである。」

要するに、メーツェルは「Restitution」としての「WGMA」と「Kompensation」としての「WGMA」を構想し、ともに国家の不法に対する反撃権の内容としているのである。このメーツェルのKompensationは「われわれの損害填補」概念とほぼ同じ空間を占めているようである。メーツェルは「Restitution — 「WGMA」を、現実・現在の侵害そのものの除去となし、また Kompensation — 「WGMA」を、存続的不法結果へ損害の除去＝損害填補としている。⁽³⁾

(二) このようなメーツェルの「WGMA」の法根拠は何か。彼は、これを、法治国家における市民の法的地位——それは自由・財産・人格の核心的部分の不法侵害からの防禦を内容とするものである。メーツェルはいう。⁽⁴⁾

「要するに、市民は基本法によって始めて作られる。その場合、いわゆる国家にたいする積極的身分 (Status positivus) が出てくる (基本法一条三項は「このことを明示している」)。「市民は、また、基本法一条四項によって、能動的身分 (Status activus) を得ている。したがって、私法によって長い間保障されているものは、公法によっても保障されなければならない。」「民法一〇〇四条の防除請求権が、絶対権性を承認されているように」、「憲法上の実体的基本権へ実体的公権」によって保護される法益は、不法の侵害にたいして絶対的に擁護されなければならない。」

(三) さらに、メーツェルは、右の「WGMA」の訴訟手段については、損害填補請求訴訟を民事事件としている。つまり、連邦行政裁判法四〇条は、公法上の義務違反による損害賠償請求は通常裁判所の管轄としているからである。

これにたいして、人格・財産にたいする行政不法＝侵害の除去は、行政事件 (取消ないし義務づけ訴訟) とな

る。メーツェルによれば、侵害客体が生命・自由・財産など基本権であるからではなく、その侵害を是認する行政上の権限の有無が、訴訟の目的訴訟物であるから、公法事件になるのである。⁽⁵⁾行政裁判法一一三条がこれを規定している。

④ 以上、メーツェルの「WGMA」論は、Kompensationのかたちを採ってインツェン「FBA」損害填補機能論を継承しているといえよう。

- (1) W. B. Maetzel, *Rechtsfragen zur Folgenbeseitigung*, DÖV 1968, S. 515-520
- (2) Maetzel, a. a. O. S. 516 レスラインも反作用・反撃権としての「FBA」を主張する (Rösslein, S. 77)。
- (3) Maetzel, a. a. O. S. 516
- (4) Maetzel, a. a. O. S. 517
- (5) Maetzel, a. a. O. S. 518, 519

D. 小 括

以上、われわれは、メンガー、ハース、メーツェルの「WGMA」を検討した結果、これをつぎのように評価することができるとおもわれる。

第一に、彼らの「WGMA」論は、ミクロ的には、バッホフの創唱「FBA」の損害填補機能論の系譜をなす位置にあるとみることが可能なこと。

第二に、彼らの「WGMA」論は、マクロ的には、行政救済実体法体系の最高法規規範性を通じて、国家責任法体系の頂点原則たることの可能性を主張していると解されること。

とりわけ、第二の点は、西ドイツ憲法の価値体系的な認識構造と大きく関係することから、多くの問題を喚起することになるであろうが、基本的には、かかる方向において、国家補償法原理から国家責任法原理への再構築が必至とみられる今日、意味深いものとおもわれる。

(3) フランケの Folgenentschädigungsanspruch (「FEA」) (結果補償請求権) 論

(一) バッホフの提唱した「EBA」は、執行結果除去請求権の意味を超えた、特殊な損失補償請求権を内容とし、その法根拠を、ドイツ民事訴訟法三〇二条・七一七条とりわけ九四五条の未確定執行・仮差押における執行債権者無過失補償責任原則や基本法二〇条の行政の法適合性の原理から抽出されている。このバッホフ「EBA」の損害補機能論は、ドイツの裁判判決にもしばらくは影響を及ぼしていた。⁽¹⁾

ベンダーによれば、かかる「EBA」の損失補償請求権に対応する、国の(公法上の)損失補償義務の統一原理・根拠の法理的究明は、メンガー、ハースの「WGMA」において開始されたといわれる。⁽²⁾

しかし、第四七回ドイツ法曹会議公法部会におけるヴァイロイターの報告における結果除去義務・結果賠償請求権の主張は、多くの共感を出席者に与えたが、⁽³⁾この報告のなかで、Folgenentschädigung (結果補償) の積極的根拠づけを行なっているフランケ (Franz-Josef Franke) の「結果補償請求権 (Folgenentschädigungsanspruch) (「FEA」) が問題とされたことは、重要である。ベンダーも、今日の法状況に則して、結果補償請求権「FEA」なる特殊の内容を有する公法上の損失補償請求権と公法上の結果除去請求権との関係は、まだ明確な説明をうけて

いない、とこの問題の理論的研究の出現を待望している。⁽⁴⁾

(二) ところで فرانケ によれば、裁判判決によって確認されている「FBA」は、障害除去請求権として理解されているにすぎない。したがって、かかる意味における「FBA」と並ぶ独立の結果補償請求権（「FEA」）が考慮されてよからう、と彼は考えるのである。

「バッホフの考察によれば、公けの手（die öffentliche Hand）は、基本法二〇条三項（法治国原則）を参照するまでもなく損失補償を給付しなければならぬ。けだし、公けの手は、公益のための即時執行において、違法の買い取りが許されるからである。かかるバッホフの考察も、しかし、『違法無効な行政行為の結果が存続している場合に、立法者が公法上の損失補償請求権とは別個・独立の結果補償請求権を排除しなければならない理由は何なのか』の問題を示していない。⁽⁵⁾」

右のような、フランケの問題意識は、彼をして、独特な「FBA」論、つまり「FEA」構想を着想せしめ、「結果補償請求権—損失補償による結果の除去」（一九六六年）の論文として結実をみせるのである。

フランケはなんらかの意味において、結果補償請求権に肯定的となしうる学者として、バッホフ、Rath, Lerche, Dürig, Menger, Eyermann=Fröhler, H. J. Wolff, Haas, Redeker などを挙げている。⁽⁶⁾

(三) しかるば、フランケの構想する「FEA」の法根拠・理由、内容はなにか。

a 「FEA」の法根拠。

フランケによれば、「FEA」は、いわゆる「社会的法治国原理（das Prinzip des sozialen Rechtsstaates）」において論証されるべきものとされる。もちろん、この社会的法治国原理は、学説判例において、公法上の損失補償請求権の基盤として適切な評価をえている。⁽⁸⁾

フランケもまた、「社会的法治国原理は実質的に正しい社会的諸関係の樹立を行政に義務づけている」という、ヴォルフ⁽⁹⁾の見解に賛意を示しながら、かかる行政の義務づけはとりわけ、行政庁の行態の違法な結果生じた損害について成立するという。しかし、社会的法治国原理に対立する社会的義務 (die Sozialpflichtigkeit) の原則があり、これは、国家がその国民に犠牲を賦課することを許容する。したがって、行政は実質的に正しい状態を樹立しなければならぬと行政を義務づけるのは、いわば理想を語ったものである。この理想と社会的義務との緊張関係は、結局、比較衡量の問題でもあり、この視点から、損失補償請求権も考察されなければならぬ。したがって、フランケによれば、「社会的義務の実現の限界は、平等原則であり、これにより行政当局にたいして限界線が引かれる。立法者の国民にたいする負担の賦課は恣意的配分であってはならない。それゆえ、「FBA」は、社会的法治国原理からひき出されている。」すなわち、

「立法者は、自己を、平等原則に羈束することによって、社会的義務の実現として「FBA」を排除、制限してはならない」場合が、これである。フランケは次の総括をする。

「FEA」は、平等原則、行政行為の性質、行政行為にたいする仮の権利保護、公用収用類似の侵害・犠牲に因る請求を顧慮する議論の助成をうけて、社会的法治国原理から推論可能である。⁽¹⁰⁾

b. 「FEA」の内容⁽¹¹⁾

「FEA」の内容は、「適正な補償 (angemessene Entschädigung)」であり、「FEA」の請求要件として、第一に、無効の行政行為の違法な結果が存在していること、第二に、行政行為の相手方のための仮救済が、公益を理由に占め出されていることが請求理由であること。

さらに、「FEA」の請求の相手方は、その利益 (公共の利益) のために被害者の仮救済を占め出した公行政主

体であること。

「FEA」は、一般の公法上の損失補償請求権と競合関係を認められ、その請求は行政手続で主張でき、受益的行政行為の遅延交付にも準用できること。

④ 最後に、フランケは、次の三点を重視すべきである、と指摘する。⁽¹²⁾

第一に、「FEA」は、裁判の、結果除去への発展から生まれた必然的な結論であること。損失補償を通じての結果除去は異論の余地なき理由がある以上、この「FEA」形態は、今日の裁判の常用的な「FBA」つまり障害除去請求権と並ぶ独自の請求権たること。第二に、「FEA」は、公用収用類似の侵害・準犠牲から生まれる損失補償請求権の不可避的な補充であること。これら両請求権は、それ自体としては意味がないこと。つまり、適法でなくて違法に惹起された損害にたいする損失補償給付であり、侵害行政にたいするよりは給付行政にたいする緩和された損失補償法上の保護である。第三に、「FEA」の承認は、それゆえ、外国法の発展傾向につながるドイツ損失補償法の近代化——国家責任の客観的な原理の確立に奉仕するものであること。

⑤ 以上、要するに、フランケの「FEA」は、その法根拠を基本法二〇条・二八条の「社会的法治国原理」に求め、その要件・内容につき、独自の形式をもったものである。

フランケ「FEA」論の意義は、結局、何であるのか。彼自身、「FEA」の成立の成果を、侵害・給付行政上、各種多様な損失補償法上の保護の緩和を促進することに置いているが、むしろ、すでにショイナーによって指摘され⁽¹³⁾、フランケ自身も確認しているように、国家責任の客観主義・無過失責任主義の導入であらう。しかし、それは、単なる国家補償法から国家責任法への転身ではなからう。むしろ、ドイツ官僚主義法学の結晶たる官庁主義行政法理論から人権尊重の民主主義法学理論の成果たる信託行政法理論への脱皮を通じての、近代化でなければなら

ないであらう。

以上のようなフランケ「FEA」の検討によって、われわれは以下の点を指摘できるかとおもう。

彼の「FEA」の狙いは、基本法の平等原則違反の公行政の違法結果の除去、すなわち、損害填補機能の確保にあること。

したがって、彼の「FEA」論は、一方では、ベンダー、バッチスなどによるきびしい批判に遭いながらも、他方では、実務家、ハウアイゼン、ポエッターらの賛同を受けつつ、⁽¹⁵⁾ 結局、バッホフ「FBA」の損害填補機能論の有力な論証となりうる性格を有するものであること。

- (1) Bernd Bender, Zur Problematik der durch Staatsunrecht begründeten öffentlich-rechtlichen Kompensations- und Restitutionspflichten, DÖV 1968 S. 157
- (2) Bender, a. a. O. S. 157; (B. Bender, Staatshaftungsrecht, 1971, S. 85 ff.)
- (3) Verhandlungen des 47 DJT, 1968 Bl. 110 報告によつて、ヴァイロイターは、国家責任法起草委員会のメンバーに選ばれたことになったとおもわれる。
- (4) Bender, a. a. O. S. 157
- (5) Franz-Josef Franke, Der Folgenshädigungsanspruch, Verwaltungsarchiv 1966, S. 365
- (6) Franke, a. a. O. S. 359—362
- (7) フランケは「FEA」の論証の大前提として、法源論、権力分立論の考察の必要を指摘している (Franke, a. a. O. S. 364 註 (38))
- (8) フォルストホッフ、メンガー、バッホフの「社会的法治国原理」の行政法における積極的評価のほか、今日、西ドイツ公

法学界の憲法構造・機能原理としての評価は重要であろう。

- (6) H. J. Wolff, *Verwaltungsrecht I*, 1955, §11, I b 3 S. 37; 7. Aufl. § 11 I b 3 S. 53f.; Wolff—Bachof, *Verwaltungsrecht I*, 1974, §11, I b S. 138
 - (10) Franke, a. a. O. S. 372, Spanner, a. a. O. S. 620
 - (11) Franke, a. a. O. S. 372, 373
 - (12) Franke, a. a. O. S. 375, 376
 - (13) 「加害行為にたいする国家の給付の拡大は国家責任の客観的原理への発展でなければならない。かかる発展は、ドイツ法の近代化である。過失責任主義はますますメカニクに作用する行政においては、その重みを失いつつある。」(Ulrich Scheuner, *Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff*, Jus 1961 S. 243, 249)
 - (14) ヘンダーはいう。「現行法によれば、いわゆる結果補償ないし結果賠償のいかなる請求も、独自の請求権として通用してはいないだろう。その理由は、例えば、職務責任請求でもなければ、公用収用類似の侵害または犠牲類似の侵害から生ずる請求でもないような、この種の結果補償請求は、容易に認めがたいからである。」(Bernd Bender, *Staatshaftungsrecht*, 1. Aufl. 1971, S. 51, 52.) の批判は、多くの学者に共通しているようである。ハッチスも次の理由から、フランケの「FEA」が「Aufopferungsanspruch」と別箇のものとする見解は、あまり説得力がない、と批判している。
- 「Janssen, Krefz の支配的見解における犠牲補償請求権 (Aufopferungsanspruch) (「Aa」) は、フロイセン一般国法前文七四条の明文上適法行為に限定されている。したがって「FBA」ないし「FEA」は、違法行為に限定される以上、「Aa」から区別される。だが、犠牲、収用類似の侵害及び違法の高権的形態は、一般的な犠牲原則の反映たる侵害である。」(Ulrich Battis, *Erwerbschutz durch Aufopferungsentschädigung*, 1969 S. 18)
- (15) 一九六六年二月二日、ドイツ弁護士連合会主催、行政法にかんする研究会席上において、「公法上の損失補償——違

法の行政行為による——」のテーマのもとで報告した、Wilhelm Pötter (ミンンスター高等行政裁判所長官) が、フランケの「結果補償請求権」の示唆をうけて、明瞭に述べた点は、「ここに結果補償請求権の新大陸が開かれた」ということである。彼は、国家補償請求基盤として、違法有責の職務義務違反(損害賠償)、公用収用乃至犠牲(Aufopferung)(損失補償)公用収用類似乃至犠牲類似の侵害(損失補償)、不慮の場合によつては特別法上損失補償が認められるもの(例えば一九〇九年六月二六日の家畜伝染病法六六条の損失補償規定)、結果除去請求権、危険責任を挙げ、そのなかから、とくに、 فرانケの結果補償請求権を損失補償による結果除去として注目したのである。(Günter Janssen, Entschädigungsrechtlicher Adhäsionsprozess in der Verwaltungsgerichtsbarkeit? DVBl. 1967, S. 190, 191)° 一九七三年一〇月の「ドイツ行政雑誌」に寄稿した、Fritz Hauelsen (連邦社会裁判所長官) も、結果除去(結果補償)の積極的適用の傾向によつて、収用類似の侵害から生ずる損失補償請求の需要の後退の可能性を強調している(Hauelsen, Folgenbeseitigung und Amtshaftung, DVBl. 1973, S. 739)°

(4) ヴァイロイターの Folgeersatzanspruch (「FERA」)(結果賠償請求権) 論

(一) 一九六八年の第四七回ドイツ法曹会議公法部会報告⁽¹⁾において、ヴァイロイターは、はじめて、「FBA」の体系的叙述を公開した。

彼の「FBA」論は詳細をきわめ、一八七頁に及ぶ大部の報告となっている。

彼の「FBA」の根拠論、内容論の紹介・検討を通じて、彼の「FBA」の核心ともいふべき「FERA」(結果賠償

償請求権）が、バッホフ「FBA」といかなる関係にあるのか、とりわけバッホフ「FBA」の損害填補機能論の系譜に属すると評価して差支えないものであるが、以下の叙述の目的である。

(一) ヴァイロイター「FEra」の紹介。

A. ヴァイロイターの「FBA」論⁽²⁾

ヴァイロイターによれば、「FBA」の法的根拠は、西ドイツ基本法二条一項（人格の尊厳）、一四条一項（財産権の保障）に求められる。すなわち、レスライン⁽³⁾と同じく、消極的地位侵害説に立つ。

(1) 国家またはその他公権力の主体が高権行為によって自由権の基本権または、これと同格の不作为請求権を侵害する場合、および、かかる侵害が、干渉・侵害を超えて継続的な違法状態となる場合、国家またはその他公権力の主体は、かかる違法のV状態を除去すべき義務を負う。

(2) この除去は、侵害以前に存在していた状態の回復によってか、あるいは、それと類似のありうべき同等の価値の状態の回復によって行われなければならない。

(3) 「FBA」の請求が認められない場合。

(a) 回復不能または回復の決定（Entscheidung）の時に妥当するV現行V法によって回復が許容されない場合。

(b) その除去が請求される状態は、不可争力を生じた行政行為によるものである場合。

(4) 回復が、回復決定時に妥当するV現行法Vによって許容されない場合または結果除去請求の貫徹が利害関係人に期待できない場合、かかる請求に代えて結果賠償請求権が生ずる。この「FEra」は、「FBA」と一致する範囲において金銭補償に向けられる。

(5) その除去を請求される状態が不可争力を生じた行政行為によるものであることを理由に、「FBA」がなくな

る場合、「F.E.R.A.」は発生しない。

(6) その他、民法二五四条が妥当する。

(7) 「F.B.A.」「F.E.R.A.」を対象とする争いには、行政裁判法四〇条二項一段によって、原則的に通常裁判所への出訴が開かれている。

(8) 結果除去が行政裁判法一一三条一項二段の基準によって申請されるか、または、有罪判決が公権的な行政任務の実現に適合するような場合には「F.B.A.」にたいして行政裁判所への出訴が許されるために、(7)は妥当しない。

B. ヴァイロイターの「Folgebeseitigungslast」(結果除去負担)論

ヴァイロイターの提唱する結果除去負担・義務は、国その他の公権力主体が、その高権行為(Handeln)によって個人の法的地位(Rechtsstellung)を違法に侵害する場合に自己に課せられる。結果除去負担は、それが権限ある行政庁の自由にまかされているかぎり、事後の決定における拘束として有効である。この拘束は、有効条件として、侵害の対象または効力と行われるべき決定との間に関連があることを要する。この拘束は、以下のようになる。すなわち、行政庁は、自己が関係当事者のために衡量するに当って過去(先行)の違法な侵害の事実を適切に顧慮する場合にのみ、自らの決定において瑕疵がないのである。

以上の「結果除去負担・義務」論にたいして、批判がないわけではない。例えば、ハイデンハインの次の批判は注目してよからう。

「ヴァイロイターの行政庁の『結果除去負担・義務』は、結局のところ、その時どきの改正法の通用意思(Geltungswillen)を無視したままになるおそれがあるから疑問だ。」⁽⁴⁾

しかし、オッセンビュールのような支持者がいることも忘れてはならないだろう。

「警察上の概括条項が欠陥ないし不充分的点を有しているときは、警察介入・干渉が行政庁の裁量とされることがある。行政庁の裁量は、個個の場合すら、まったく廃止され入つまりゼロにまで引き下げられ⁵⁾るわけでないが、結果除去負担・義務によって制限されうる。このように考量することによって警察上の概括主義は調節されうるだろう。」

C. ヴアイロイターの「FEA」論

シュパンナーはいう。

「ヴァイロイターによって、きわめて特徴づけられた「FEA」——それはただ内容を変えた「FBA」にすぎない——による補充は必要であるし、正当なことだ。」⁶⁾

ハイデンハイン、ヴォルフ・バッホフも、ヴァイロイターの「FEA」は実現不可能な「FBA」に代行する損失補償請求であるとして、容認されているようである。⁷⁾これにたいして、フランケの「FEA」と同様、ヴァイロイターの「FEA」に否定的なのはベンダーである。

「ヴァイロイターは、同じく独自の「FEA」を認めている。これは、ほかならぬ、無過失違法の高権行為の結果にたいする金銭的調節 (Geldausgleich) の保障に向けられたものである。……通常裁判所において主張されうべき「FEA」は、それゆえ、「FBA」と並んだものではなく、これの代りのものである。つまり、「FEA」は変化した内容をもった「FBA」の性質を有する。それは、基本権の価値維持 (Werterhaltung) の観点から相当とされている。しかし、かかる立法政策上の観念は、この Δ 「FEA」 ∇ 請求の規範的存在の証明を、いまだに果たしていないようにおもわれる。」⁸⁾

(三) 以上のヴァイロイター論文の検討によってわれわれは次のような点を認めうるであらう。

ヴァイロイターの「FEA」は、多くの学者によって、バツホフの「FBA」の変種とみなされていること、とりわけ、ハイデンハインがいみじくも指摘しているように、バツホフ→メンガー→ハース→フランケ→ヴァイロイターの流れにおいて、バツホフ「FBA」論の継受発展がなされていること。

したがって、バツホフ「FBA」論の特色たる固有の損害填補機能がヴァイロイターの「FEA」においても中心課題をなしていたということが可能であらう。

しかし、伝統的国家補償諸請求権に加えて、固有・独自の損害填補機能を「FBA」に承認することにたいする批判は根強い。次章において、バツホフ「FBA」論批判の系譜を考察することにした。

- (1) 主報告はヴァイロイター、副報告はハース、ヘンダーであった。
- (2) Verhandlungen des 47 DJT B. 1 (Weyreuther Gutachten) 1968, S. 185. 186. 187.
- (3) Rösslein, Der Folgenbeseitigungsanspruch, 1968 S. 97
- (4) Heidenhain, Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns, JZ 1968, S. 493
- (5) Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 1976, S. 201
- (6) Spanner, a. a. O. S. 624 f.
- (7) Wolff=Bachof, a. a. O. S. 480. 481.; Heidenhain, a. a. O. S. 493
- (8) Bender, Staatshaftungsrecht, 1971, S. 52
- (9) Heidenhain, a. a. O. S. 491

(三) バッホフ「FBA」論批判の系譜

——障害除去機能論から原状回復・復元機能論への発展

(1) 序 説

(一) バッホフ「FBA」の損害填補機能論にたいする批判の伝統は久しい。

K・A・ベッターマンは、その最初の人であった。

彼によれば、私法上、損害賠償には二形態あり、ひとつは損害の除去、他は損害発生前の状態復元である。ドイツ民法二四九条においてなされている原状回復・復元(Naturalrestitution)と金銭賠償(Geldersatz)の区別によつては、バッホフ「FBA」論上、同質的に扱われている“Restitution”と“Kompensation”の対立命題を解明するのには充分とはいえない。

「金銭賠償がよいのか、それとも現物賠償がよいのか、の問題は、損害が除去されるのか、それとも単に補償△調節▽されるだけなのか、によって決まらないことである。損害除去義務のもとでは、やはり、金銭賠償が問題になるし、単純な△調節▽補償義務のもとでは、現物給付(Naturalleistung)が問題となる。」⁽¹⁾

結局、ベッターマンは、「現物による原状回復(Naturalrestitution)△実的現状回復▽や金銭的損害填補(Geldkompensation)△金銭補償▽だけでなくて、また金銭的原状回復(Geldrestitution)や金銭的損害填補(Geldkompensation)があるのである」とする。⁽²⁾

(二) このようにベッターマンが *Restitution* と *Kompensation* の差異を問題にするのは、この区別が公法上の損害賠償義務にとって重要な意味があるからである。公用収用と犠牲 (*Aufopferung*) に対する補償 (*Entschädigung*) は、除去を惹起し目的としないで、国家的侵害の相手方に生じた損害の調節 (*Ausgleich*) へ補償へを結果し目的とさせる。公用収用補償、犠牲補償の法規定・根拠づけにおいて、被害者は決して、公けの手の加害 (*die schädigende Eingriff*) が復元されることを請求できるのではなく、ただ、その財産法上の侵害の結果が調節補償されることを要求することができるだけである。このことは、金銭支給によるばかりでなく、またその他の損害賠償給付例えば被収用物と同価値・同種類の物の譲渡・引渡しによる補償においても、行われるのである。したがって、公用収用と犠牲は、結果除去請求の法的根拠とは区別される。要するに、ベッターマンは「FBA」を文字通り「障害原因除去による原状回復・復元」(*Restitution*) と捉え、バッホフの主張する、違法の行政行為ならびにその執行結果の単なる損害填補 (*Kompensation*) = *Restitution* = 「FBA」で満足されえないとしている⁽³⁾。

(三) ベッターマンの「FBA」は、ウォルフが指摘しているように、障害除去請求権をその特色とし、その法根拠づけは、民法上の *actio quae in negotiorum* の「正義の要請」(「*Gebot der Gerechtigkeit*」) に求められるとする⁽⁴⁾。なぜなら、公法においても、右の要請は引きつがれ、広汎な承認を得ているからである。ベッターマンによれば、公法上の物権的請求権、ないし準物権的請求権の内容は、存続する障害原因の除去であり、それゆえ、将来にたいする侵害・影響 (*Einwirkung*) の廃止 (*Aufheben*) ではなく、従前の状態の回復である。

「民法上、損害賠償請求権のほか、過失から独立した特別の除去請求権が認められている。ドイツ民法一〇〇四条(所有者の占有収去、不法の留保・差し止め権)により、違法に侵害された所有者は、その侵害者に対して侵害除去の請求が可能である。氏名冒用による自己の氏名権侵害に対して、ドイツ民法一二条によれば、氏名保持

者は侵害除去を請求し得る。これは、典型的な「FBA」の場合である。かかる「FBA」はまた、ドイツ民法八六一条による占有剝奪者に対する占有の返還請求権でもある。以上の請求権はすべて、侵害者の過失と関係なく、侵害の違法があれば足りる。この規定から、違法の権利侵害の一般的除去請求権を演繹でき、また現に演繹されているのである。⁽⁶⁾

④ 以上は、レスラインが「準妨害排除的原状回復請求権 (quasinegatorische Wiederherstellungsanspruch) 説」と名付け、⁽⁷⁾ シュバンナー、メーツェル、ホフマンが私法規定類推適用説と説明したベッターマンの「FBA」論である。

⑤ われわれは、ベッターマンの「FBA」が純然たる除去請求権をもって構成されている点に注目しなければならぬ。なぜなら、彼の理論の出現——バッフ「FBA」やメンガー「WGMA」の損失補償請求権性の批判が動機であったにせよ——が、その「純粹除去権性のゆえに、以後の「FBA」論の一方の原点として位置づけられるからである。もちろん、後年（一九五九年）、ベッターマンは自説の欠点を修正するに至る。⁽⁸⁾

それは、彼の除去請求権をやはり民法上の制度の踏襲・引受けによって根拠づけなくなった点である。⁽⁹⁾ 彼はいう。

「違法状態ならびにその違法な継続的侵害の中止 (Unterlassen) の請求は、損害賠償、損失補償、刑事制裁とはちがって、なんら実定法上の根拠を必要としない。この請求は、すでに、法治国原理、とりわけ行政の法適合性の原則、つまり基本法二〇条三項から生じているからである。」⁽¹⁰⁾

⑥ このようなベッターマンの自説の修正にもかかわらず、彼の「FBA」＝「Beseitigungsanspruch」（除去請求権）論は、「FBA」を、公用収用補償、犠牲補償、公用収用類似的侵害補償などの、国家補償請求権につらなるい

いわゆる損害填補請求権と並存する、独自の実体権として構成することを否定する点において、一貫性が貫かれており、まさにこの点こそ、反面的には、彼の改説と相まって犠牲補償請求権が結果損害救済の根拠法として、官吏の職務責任請求権（基本法三四条、民法八三九条）とならんで、西ドイツの国家補償・責任請求権体系上の重要な地位を占めていることを、われわれに示唆しているといつてよからう。

われわれは、ベッターマンの「FBA」論がいかなる学説的系譜をもちえたか、を次章以下において通観し、とりわけ最近の標準的見解たるオーベルマイヤー、オッセンビュールの「FBA」論の紹介でこの稿を閉じたいと思う。

- (1) Bettermann, Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, DÖV 1955 S. 529
- (2) Bettermann, a. a. O. S. 529
- (3) Bettermann, a. a. O. S. 529; W. Schmidt, Der verwaltungsrechtliche Beseitigungsanspruch, JuS, 1969 S. 168
- (4) H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 1968, S. 374
- 「侵害以前 (6) …状態回復は…除去の内容に入る。」(Bettermann, a. a. O. S. 534f)
- (5) Bettermann, a. a. O. S. 535
- (6) Bettermann, a. a. O. S. 535; Bender, a. a. O. S. 65
- (7) Rösslein, a. a. O. S. 40
- (8) Maetzel, a. a. O. S. 515; Hoffmann, a. a. O. S. 31 f.; Spanner, a. a. O. S. 620
- (9) Rösslein, a. a. O. S. 42
- (10) Bettermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Die Grundrechte. B. II, 2. Teil 1959, S. 803

(2) 一九七三年以前におけるバッホフ「FBA」論批判の系譜

A. O・ケルロイターの「FBA」論

オットー・ケルロイター (Otto Koellheuter) は、一九五五年「行政法の基本問題」⁽¹⁾において、「FBA」を警察措置の無効・違法な結果の除去請求権として説明している。また彼は、行政裁判上の概括主義により、関係人は訴訟によって、行政行為の取消・廃止だけでなく、行政庁による実的、原状、回復・復元 (Naturalrestitution) を請求しうるとする。⁽²⁾

B. K・E・トゥレッグの「FBA」論

トゥレッグ (Kurt Egon von Turegg) も一九五六年の「行政法教科書」⁽³⁾で、「FBA」を客観的、法的地位の違法な侵害の回避請求にたいする公法上の権利とする。⁽⁴⁾その理由として、「かかる独自の「FBA」の存在を否定するならば、その時こそ、違法な、それゆえに除去されるべき行政行為の違法な結果は、損失補償の可能範囲内において、除去されなければならない。⁽⁵⁾」(傍点筆者) 彼はなお、公法上の不当利得返還請求の存在によって、「FBA」の不要を説いているが、これは注目してよいと思われる。⁽⁶⁾

C. H・J・シュロッホアウアーの「FBA」論

一九五七年、シュロッホアウアー (Hans-Jürgen Schlochauer) は、彼の体系的教科書「公法」において、「FBA」を説明している。

「FBA」は、行政の法適合原則に基づき、抗告(取消)訴訟の方法で実現されるべき、違法の行政行為の取消請求権に含められ、行政庁がみずから、その違法結果を除去しない場合に、通常裁判所にたいしてのみこれ

を主張しうる、損害賠償請求権でなく、当局の違法な措置を受けた相手方（人民）が、行政庁にその侵害の除去を請求しうる固有権である。⁽⁷⁾（傍点筆者）

D. G・ヤンセンの「FBA」論

(一) われわれは、すでに、バッホフ「FBA」の損害填補機能論が、バッホフ自身によって若干の修正をみていることを確認している（一九六八年第四七回ドイツ法曹会議公法部会シンポジウムにおけるバッホフの発言）。

「FBA」を単なる損害填補請求権とみることは、また、これを単なる「障害除去請求権」とみることに同じく、「結果除去・復元」請求権としての「FBA」を正當に理解したことにはならないであろう。しかし、ドイツ法の伝統が、損害賠償＝原状回復の原則をとっていることを想起するとき、これが公行政活動の違法な結果の除去請求権の法的性質の決定にあたつて、なんらかの影響を及ぼすであろうと推測することは、決して暴挙といえないであろう。いな、むしろ、法制度の発展は、それ以前の法文化・伝統の新しい型の確認であり、そこに生ける法としての連続性・統一性が担保されうるとすれば、そして、このような連続の思想は人間の生命の連続への希求を前提・内包しているものとすれば、けだし当然といつてよからう。

(二) ところで、バッホフの修正的見解は、一九六七年におけるヤンセンの次のような発言においても、すでに、その先駆的な批判形態を見出ししているのである。

「公法上の犠牲事件の責任は、高権的侵害による特別犠牲の存否に制約されたる結果責任で……過失の証明からきり離された請求権を問題とする。⁽⁸⁾」

「 فرانケによって述べられた結果補償請求権は、単なる犠牲補償請求権の一面にすぎない……「FBA」や「FEIA」においては、統一的な原状回復請求権が問題なのである……それは、民法の損害賠償請求権と同じ

く、その実現には二つの給付形態、つまり、実的原状回復（民法二四九条一項）と金銭賠償（民法二五一条）が問題となる。……しかも右の二つは、相互に独立した請求権をあらわしているのではなくて、金銭賠償がなされるか、または、なされなければならないことをあらわしているにすぎない。要するに、狭義の結果除去たる障害除去は公法上の実的原状回復であり、犠牲補償は公法上の金銭賠償である。けだし、金銭賠償は、（私法上も）、公法上も、損害填補の二次形態にすぎないからである。したがって、「FBA」を犠牲補償請求権の一種とするのは、必ずしも正確でない。何故かといえば、犠牲にもとづいては行政行為の復元を請求しえないから。

しかし、これに反して、犠牲を「FBA」の一種とみるのはよい。もっとも、公法上の原状回復請求権として「FBA」を考える限りのことではあるが……⁽⁹⁾（傍点筆者）

ヤンセンは、フランケの「FBA」＝結果補償請求権の独自の存在性を不要となし、犠牲補償請求権で充分とする一方、「FBA」＝原状回復請求権＝障害除去・損害填補（犠牲補償）請求権の図式を描き、パッホフ「FBA」の独自の損害填補機能の批判のプロトタイプを提示しているのである。

E. W・シュミットの「FBA」論

一九六九年、ワルター・シュミット（Walter Schmidt）は、「FBA」を違法な高権的侵害の持続的結果・障害源泉の除去請求権とし、また、賠償と結果除去、原状回復の「アマルガム」的性格を「FBA」に見出している。⁽¹⁰⁾

「民法一〇〇四条の包括的な私法上の除去請求権の場合と異って、公法上の除去請求権は、その要件・範囲において、公法上の賠償請求権に、類推的にみると一致してくる。この賠償請求権から除去請求権を解釈論上導き出すことは、（民法の場合と異って）不要であり、……基本権損壊行為の防拒請求（Abwehranspruch）……、⁽¹¹⁾ 反作用・反撃（Reaktion）……は、行政裁判上一般的給付訴訟によって可能な、行政法上の除去請求である。」

「除去訴訟の理由づけのために、“一般的な公用収用法上の諸原則”にしたがって許容され、それゆえ適法な、かつ、損失補償を発生せしめ、なんら除去請求権を生ぜしめるものでない“収用的”侵害と、“公共の福祉のため”（基本法一四条三項一段）にのみ行われていない、それゆえ、違法な、かつ、附加的に損害填補・職務責任請求権へとつながってゆく除去請求権をも生ぜしめる“収用類似的”侵害とを、明確に区別する必要がある。」⁽¹²⁾

要するに、シュミットは、市民の受忍義務外の、違法な特別犠牲とその障害原因の除去を、行政法上の除去請求権の中心的機能とみて、これを、基本法上の *Reaktionsrecht*（反作用・反撃権）としているのである。

F. アイエルマン＝フレラーの「FBA」論

一九七〇年には、アイエルマン＝フレラー（Eyermann＝Fröhler）の「行政裁判法」（第六版）が公刊された。彼らによれば、「FBA」は、解釈論上、昔の状態（*alten Zustand*）の回復・復元請求として評価されるべきか、あるいは、単に、犠牲補償請求として評価されるべきか、未定である。

この著者達は、この自問につきのように答えている。

「高権的任務の実現にかかわっている「FBA」は、学説・判例上、狭義の *Restitution*（原状回復）として展開されている。」⁽¹³⁾

「「FBA」が通常裁判所に管轄指定されているかは、明文で定められるべきで、「FBA」はきわめてひんばんに抗告訴訟と結びつけられて主張されていることからすれば、犠牲補償請求とは区別してよい。」⁽¹⁴⁾

「「FBA」の一種の返還請求権（*Erstattungsanspruch*）は義務づけ訴訟によるべきである。」したがって、⁽¹⁵⁾

「「FBA」は、行政庁が適法に行動したならば存在しえた筈の法律状態（*de-jure-Zustand*）の原状回復に向けられるのであって、事実状態（*de-facto-Zustand*）の原状回復に向けられるものでない。」⁽¹⁶⁾

「しかし、『FBA』は『unrichtig（正當ならぬ）行政行動によって成立している損害（Schäden）に対する調節（補償）を含まない。』（傍点筆者）。」

G. K. H. ウーレの「FBA」論。

一九七一年のウーレ（Karl Hermann Ule）「行政争訟法」（第五版）においても、「FBA」について述べられている。

「行政庁が違法に（widerrechtlich）市民の権利・法領域を侵害したときは、行政庁は、その違法な措置によって惹起された結果を除去しなければならぬ。」（傍点筆者）

H. レーデカー＝エルツェンの「FBA」論

レーデカー＝エルツェン（Konrad Redeker＝Hans Joachim von Oertzen）著「註解行政裁判法」（一九七二年）によると、「FBA」は、実体的行政法であること。それは原理的に広く承認をうけているが、結果賠償請求権にまで拡張されるか、まだ明らかとなっていない。「FBA」の根拠は、連邦行政裁判法、一・三条一項二段・三段とする。裁判所は、連邦行政裁判所への再審手続によって、かかる行政行為の取消・廃止により結果除去を命じうる。原告の申立要件は二つある。①実体的、法的に「FBA」が存在していること。それは違法として取消・廃止された行政行為の執行の場合に、原則的として一般的に認められること。②行政庁は、結果除去が可能な状態にあること。法一・三条一項二・三段は、この要件の示すように、実的現状回復のみに向けられ、損害賠償に向けられない。

もしも、行政庁が実的現状回復をなしうる状態にないときは、かかる実的現状回復はありえず、少くとも、これを命ずることはできない。

実的原状回復に含まれるものとしては、行政行為にもとずいて支払われたる金額の返還請求がある。

I. G・レンケの「FBA」論

レンケ (Gerd Roellecke) が一九七二年に公刊した「行政法の基本概念」によると、

「行政行為が無効であることは、事実にはたいして眼を閉じよということではなくて、単に事実上の突発事件というものは別に評価されうるということを意味しているにすぎぬ。」⁽²⁰⁾

「無効の行政行為からは、それゆえ、損害賠償請求権と結果除去請求権が生じる可能性がある。」⁽²¹⁾ (傍点筆者)

「無効の行政行為は当初からゼロ、つまり存在していないものとして通用する。したがって、被害者は、その無効の行政行為が発せられなかったであろうように、調節(補償)されねばならぬ。つまり、被害者は、消極的利益 (negative Interesse) のみを請求しうるのである。」⁽²²⁾

「無効の行政行為は、外部にたいする法効果を客観的に有しないもので、何人もこれを無視しうる。いかなる要件効果 (Tatbestandswirkung) をも生じない。しかし、無効の行政行為は、損害賠償請求や結果除去請求を招く効果を有している。」⁽²³⁾

J. K・H・フリアウフの「FBA」論

フリアウフ (Karl Heinrich Friauf) は、一九七二年の「警察・秩序法」において、「FBA」を次のように述べている。

「『FBA』は法律に規律されていないが、行政上の一般原則であり、通常の場合、高権的手段をもって、従前の状態の回復・復元を求めて行使される。この『FBA』は、警察措置が法的に終結しているにもかかわらず、その事実上の効果が存続している場合にかかわる。」⁽²⁴⁾ (傍点筆者)

K. V. ゲッツの「FBA」論

ゲッツ (Volkmär Götz) の「一般警察秩序法」(一九七三年第二版)において、「警察上の緊急措置の要件がもはや存在しない時には、ただちに、この措置は廃棄されなければならない。しかし、その強行措置を受けた者は、従前の状態 (status quo ante) が十分に回復されていない場合、行政に対してその措置の事実上の結果の除去請求が認められる。ともあれ一般行政法制度たる「FBA」の萌芽は、放浪者住居割当処分⁽²⁵⁾にみられる」(傍点筆者)と述べる。

L. E. フォルストホッフの「FBA」論

西ドイツの行政法学者(故)フォルストホッフ (Ernst Forsthoff) によれば、「行政が、単に法形式上、(rechtlich) その瑕疵ある行政行為から離れていなければならないのみならず、また、かかる行為の事実上の結果を除去しなければならぬとき、行政の相手方は「FBA」を有する。」(傍点筆者)「裁判所は、無効な公用収用法規の執行行為を収用類似の侵害と説明し、これに補償を認めている。収用類似の侵害たる、かかる行動なしに、損失補償請求訴訟によって棄却されるべき当事者は、行政裁判所に、抗告訴訟や結果除去訴訟のみ起こすことであろうか」⁽²⁷⁾

M. 小 括

以上、ベッターマンの提起した「FBA」の障害除去・取消機能論の系譜を辿ってみた。その結果、ベッターマンの「FBA」の純粹取消機能論は、もはや中心から離れ、「FBA」＝原状回復請求権つまり、実的原状回復・復元機能論が有力となっていることが理解されうる。

この新傾向はそもそもなにを意味するのであろうか。

これを、一九七四年以降の主要文献を手がかりとする「FBA」の原状回復・復元機能論の展開において、再論するところである。

- (1) Otto Koellreuther, Grundfragen des Verwaltungsrechts, 1955.
- (2) O. Koellreuther, a. a. O. S. 48
- (3) Kurt Egon von Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1956,
- (4) Turegg, a. a. O. S. 177
- (5) Turegg, a. a. O. S. 178
- (6) フルター・インリネツクの公法上の不利得論 (W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 34 Aufl. 1931, S. 329) の影響を。
- (7) Schlochauer, Öffentliches Recht, 1957, S. 228
- (8) Günter Janssen, Entschädigungsrechtlicher Adhäsionsprozess in der Verwaltungsgerichtsbarkeit ?, DVBl. 1967, S. 191
- (9) G. Janssen, a. a. O. S. 193
- (10) 民法では「侵害の除去」と「従前の状態の(原状)回復」の一时的なアマルガム(混淆)化は、準物権的、準妨害排除的 (quasinegatorisch) → 物権的、妨害排除的 (negatorisch) → 原状回復的不行論訴訟 (wiederherstellenden Unterlassungsklage) へと順次移行する (Schmidt, a. a. O. S. 168, Bettermann, DÖV 1955, S. 534)。
- (11) Walter Schmidt, Der verwaltungsgerichtliche Beseitigungsanspruch, Juristische Schulung 1969, S. 169
- (12) W. Schmidt, a. a. O. S. 170
- (13) Eyermann=Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 1970, S. 176
- (14) Eyermann=Fröhler, a. a. O. S. 176

- (15) Eyermann=Fröhler, a. a. O. S. 227
- (16) Eyermann=Fröhler, a. a. O. S. 227
- (17) Eyermann=Fröhler, a. a. O. S. 227
- (18) Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 5Aufl., 1971 S. 125 など。ウーレは「行政に於いて、個別の問題を、公法規定に従って規律し、直接の法効果を外部に対し生ぜしめる行政上の一切の措置 (Maßnahme) である。」(a. a. O. S. 123) 措置とは、「法律規定において単に事例的に挙げられるような Verfügungen, Anordnungen, Entscheidungen ではなくて、考えられる一切の行政上の措置そのものを含む」(a. a. O. S. 123) としている。
- (19) Redeker=Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnungen, Kommentar, 3Aufl. 1971, S. 468—469
- (20) Gerd Roellecke, Grundbegriffe des Verwaltungsrechts, 1972, S. 115
- (21) Roellecke, a. a. O. S. 115
- (22) Roellecke, a. a. O. S. 115
- (23) Roellecke, a. a. O. S. 118
- (24) Friauf, Polizei-Ordnungsrecht, 1972, S.
- (25) Gitz, Allgemeine Polizei-Ordnungsrecht, 1973, S. 102
- (26) Ernst Forsthoft, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10Aufl. 1974, S. 261
- (27) Forsthoft, a. a. O. S. 364

(3) 一九七四年以後におけるバツホフ「FBA」論批判の系譜

A. F・O・コップの「FBA」論

一九七四年の公刊、オーストリー系の公法学者コップ著「註解行政裁判法」によれば、⁽¹⁾「FBA」は、行政庁にたいして、取消・廃止されたる行政行為の執行的・事後的結（効）果の除去、つまり、執行前に存在していた状態の回復・復元を請求する原告の実体法上の権利であるとみる。「FBA」の根拠につき、彼は、行政裁判法一一三条一項二・三段を、単なる訴訟上の主張の根拠となし、実体的には、むしろ、行政の法適合性原則とすべきであるとする。範圍・内容については、「FBA」は市民の国にたいする請求権で、第三者効を有する行政行為にあっては、原告の結果除去請求の受益の第三者にたいして実現可能性を与えている。訴訟は、抗告訴訟によって主張しうべき可能性を有する。要件として、回復・復元が可能なこと（法的事實的に）。請求が判決に熟していること。行政庁は回復・復元の方法につき裁量を有しないこと。

損害賠償請求は、連邦行政裁判法一一三条一項二・三段によっては認められることなく、原状回復または、その他の瑕疵ある行政行為と関連して原告に生ずる不利・損害・損費につき認められる。例えば、不法に差押えられた第三者に引渡された物件を返還せよと、その第三者になす命令のように、直接的結（効）果の除去が緊要な行政行為の交付に向けられた主張は認められる。

B. P・ダクトグロウの「FBA」論

一九七四年、P・ダクトグロウ・レーゲンズブルク大学教授は、「西ドイツ国家責任法の改革について」の論文において、「FBA」を以下のように位置づけている。

「結果除去請求権は、静的な基本的状況が前提とされ、したがって、すでに除去された状態の再建 (Herstel lung) が、時間の経過にもかかわらず、基本的に有意義で適正であることが期待されるところでのみ正当である、というところから（国家責任法起草）委員会（以下、委員会と略称）は出発している。しかし、委員会は、この種の静的な関係が、立法において、したがって、立法者の過誤との関係においては存在しないことがまれとはいえない、という見解をとっている。委員会は、このようにして、また、大量被害の場合に予想される行政技術的な困難さをもって、立法者の不法の諸事例にかんする結果除去請求権を一般的に排除することを根拠づけている。

報告書は、上記の「静的な関係」が立法の場合に存在しないことがなぜまれとはいえないのか、を説明していない。それはまた、この「まれならざる」状況がなにゆえに再建請求権の一般的排除に通ずるか、を同様に説明していない。ここでは、被害者にとつてのみならず高権主体にとつても具体的な場合においては結果除去が損害賠償より意味があることがありうる、ということが看過されている。必要不可欠な相当因果関係が最も早く存在するであろう違法な個別的法律の場合には、結果除去請求権の排除はまず正当視されえないであろう。⁽²⁾（傍点筆者）

「長い間広く行き渡った（報告書もまた数多くの場合に用いている）「結果除去」と「結果除去請求権」という表現はなにゆえに「再建」「再建請求権」という言葉によって置きかえられるべきであらうか。「結果除去」という言葉は原状回復という意味を完全には再現しないかも知れない。しかし、「再建」という言葉もまたこれをしておらず、むしろ工業生産物の製造を思いおこさせる。認識しうる目的に役立たない言葉の改正は不必要な混乱を惹起するにすぎない。……つぎのように……表現されるべきものであらう。……『権利侵害が、状態を被

害者の不利益に変更する公権力主体の違法な行為に存するならば、公権力主体は以前の、または等価値の状態を再建しなければならない。⁽³⁾」

以上、ダクトグロウの「FBA」は、改正草案の一つの原則、すなわち、損害賠償・結果除去とともに責任の効果として規定することを前提としながら、損害賠償とは別個、独自の請求権たる「FBA」の原状回復・復元機能を強調しているようにおもわれる。

換言するならば、ダクトグロウにおいては、「FBA」を障害除去・損害填補請求権の複合体とする把握の態度は不明である。これは、おもうに、結果除去と損害賠償の両システムの並記を、両者の統合的視点——人権の可及的救済の原理から解することによってはじめて解消されうべき性質の疑問であろう。第一次的に（可能な場合）、侵害原因・結果の除去を通じて原状の復元をはかる、これが不可能な場合、次善の救済として、第二次的に、代替物・金銭賠償を行なう、とする理解である。このように解するならば、結果除去と損害賠償とは、可逆関係は存せず、常に結果除去制度の補充者として損害賠償制度が位置づけられ、意味をなすといえよう。このような論理は、しかし、ダクトグロウの前掲文において、かならずしも、明瞭に、看取しうるわけではない。

C. K・オーベルマイヤーの「FBA」論

(一) 一九七五年、K・オーベルマイヤーも「FBA」を、基本法二〇条三項の「法治国原理」の保障をうけるもので、「違法な高権的措置 (Massnahme) の利害関係人たる権利主体にたいして、その違法な侵害行為が違法な事実状態を創出したときに、その状態の Wiederherstellung (原状回復・復元) の請求をなすべき可能性を与えるもの」と説明している。

オーベルマイヤーによれば、公権力の主体は、基本法二〇条三項によって、公権の義務として、適法な事実状態

への原状回復・復元に拘束されている。このことから、行政庁に対する右の原状回復請求権は、被害者の基本権となる。⁽⁵⁾

オーベルマイヤーは、ドイツ民事訴訟法九四五条の未確定執行債権者の無過失補償責任原則を、「FBA」の根拠としては、類推適用できないとする。その理由は、民法と異って公法は、法律適合原則によって拘束された、公共の利益にかかわるものであるからとする。

「FBA」の根拠づけに際して注目すべきことは、オーベルマイヤーによると、行政の合理性 (Rationalität)、⁽⁶⁾ 効果性 (Effektivität)、被害者の、所与の諸可能性の保護価値性 (Schutzwürdigkeit)、などの視点から、違法な事実状態の除去にたいする限界となるものは、第一に、違法な事実状態が合法化できる場合、第二に、違法な事実状態がカバーしている行政行為に確定力が生じた場合、第三に、適法な状態の回復が不可能な場合である、とする。

(一) つぎに、請求要件として、彼は、第一に、積極要件 (一)、違法な事実状態の発生。二、違法な事実状態は高権的行政の枠内でとられた措置によって惹起されたものであること (八) 除去されるべき違法の事実状態は、違法の高権的行為から惹起されたものであること (V)。三、違法な事実状態は、関係当事者にとって不利な、物理的・観念的侵害であること。第二に、消極要件 (一)、違法の事実状態はもはや合法化できるものであってはならないこと。

二、違法の事実状態は、有効な行政行為によって、カバーされてはならないこと。三、適法の事実状態の原状回復は、実現可能な範囲内にあるものでなければならぬこと。それは、まず、事実上可能かつ意味あること。つぎに法的に原状回復が許容されうること。⁽⁷⁾ を挙げている。

(二) 「FBA」の内容について⁽⁸⁾、オーベルマイヤーは、第一に、自由になしうる行政手段によって、適法な事実状態の回復・復元をはかること。第二に、原則的に、三〇年の一般的時効期間の適用をうけること。第三に、行政庁

は、とるべき結果除去措置についての、一般的な権限規定を考慮して、必要な専門上の、ならびに、行政組織上の要件を充たすとき、給付の義務を負っている。この権限は、「FBA」を根拠づける法文から、直接生ずるものである。結果除去は、権限規定のいかんによって、行政庁の職務となる性質のものである。その場合、行政庁は、違法の事実状態につき責任を負っている行政庁にたいして、上級庁の地位に立っているか、あるいは、下級庁の地位に立っているか、あるいは、まったく別の行政組織に属しているか、のいずれかである。一切の、行政法上の、相互に上下関係にある行政主体は、上位の行政主体の指示△訓令▽権を通して、相互に緊密な結びつきをなしている。したがって、それぞれの措置の範囲内で、行政主体は、統一的な公的権限の一部を組成する。この公的権限内で、全行政主体は、その行政庁とともに、違法な行政活動の事実上の諸結果の除去につき、責任を負う。

例 「FBA」は、職務責任請求権、違法取用ならびに取用類似の違法侵害、返還請求権と、請求の競合関係に立っている。「FBA」は、民法八三九条一項一段・二段のErstattungsanspruch（返還請求権）をいっていない。ただし、「FBA」は、損害賠償請求権でないからである。⁽⁶⁾

「FBA」は、違法の行政行為の執行のRückgängigmachung（復旧）をめざして行使される。ドイツ連邦行政裁判法一一三条一項二段によって、確実に、違法の行政行為の取消を対象とする訴訟手続において、提起しうる、訴訟上の隣接請求（prozessualer Annexanspruch）である。

当該行政行為が無効な場合、上掲の行政裁判法一一三条一項二段の法規定によって提出されるべき申請は、すでに発生している「FBA」を主張する意味を有している。⁽¹⁰⁾

「FBA」は、原則的に、一般的な給付訴訟の方法によって、行政裁判所に行なう独自の請求である。例外的に、義務づけ訴訟として提起されることがある。⁽¹¹⁾

(四) 以上、やや冗長なオーベルマイヤーの「FBA」論の紹介となったが、以上のなかから、本稿の主題をとり出すならば、次のようになる。

オーベルマイヤーは「FBA」を原状回復請求権となし、損失補償請求権、損害賠償請求権と区別して、これと競合的請求関係にあるとする。これは、既述の、ベッターマン的な「障害除去」請求権が「FBA」の除去機能に力点を置いているのに対して、障害の単なる除去から従前の法的地位の回復に至る中、広い結果除去・原状回復・復元請求権であるから、既述の、ダクトグロウの立場と共通する見解といえよう。この意味において、今日の西ドイツにおける標準的な見解のひとつである。

D. F・オッセンビュールの「FBA」論

(一) 一九七六年、F・オッセンビュールは、「国家責任法」なる体系書を公刊した。

彼の「FBA」を以下、紹介する。

彼は、「FBA」を原状回復請求権 (Restitutionsanspruch) として説明し、損失補償請求権性を否定している⁽¹²⁾。彼によると、「FBA」は、障害除去請求権であり、実的原状回復に向けて行使され、損害填補 (Kompensation) にたいして行使されない⁽¹³⁾。

では、高権活動に起因する損害填補はいかなる法理によってなされるのか。

オッセンビュールは、「公用収用」「犠牲」「職務責任」にもとづいて、それぞれ請求すれば足りるとする⁽¹⁴⁾。

(二) 市民は、「FBA」によつては、いかなる金銭補償 (損害の調節) をも追い求めることなく、ただ、損害を惹起した高権的活動以前に存在していた旧状 (原状) 回復・復元を得ようと、努めるのである。この要求は、金銭賠償請求権とは異質のもので、ドイツ民法二四九条一項一段において要求されている Naturalrestitution (実的原

状回復)に、いくぶん近い。ただし、後者の意味における実的原状回復は、違法な高権的措置・行態なかりせば存在しえたであろう状態の回復 (Herstellung des Zustandes, der ohne des rechtswidrige hoheitliche Verhalten bestehen würde) をいうからである。⁽¹⁵⁾ 「FBA」の対象は、しかしながら、ドイツ民法二四九条一項の「法学的」仮定状態でなくて、従前「以前」に存在していた地位・状態の回復なのである。つまり、「FBA」は、ドイツ民法二四九条一項より、やや狭められた実的原状回復・復元にたいする請求なのである。これは、以前の状態、または、それと同等の価値ある状態の回復・復元に向けられる請求である。⁽¹⁶⁾

(三) つぎに、直接的結果のみの除去であること。「FBA」は、違法な高権的活動の直接的損害のみを捉えている。「直接性」の尺度はなにか。これは、違法な行政活動の責任作用性を判定するうえで重要である。オッセンビュールによれば、それは当惑概念で、ケース・バイ・ケースに判定するしかないという。⁽¹⁷⁾

(四) 「FBA」の請求要件として、彼は以下の要約をしている。

「市民は、高権的活動によって、自己の権利 (Rechten) (法的なもの) を侵害され、これによって違法かつ法の根拠なき状態が作られる場合、その市民は、その行為 (活動) 中の高権担当者 (行政主体) にたいして、従前の状態への回避の請求権を有している。この請求権は、もしも、その回避が、法上、または、事実上、不能か、あるいは、期待可能性のない場合、または、その関係市民にとって無意味な場合、さもないければ、関係市民が違法状態の成立にとって重大な共同責任を負っている場合には、成立しない。⁽¹⁸⁾」

(五) しかし、オッセンビュールの次の説明は注意されなければならない。

「FBA」が排除される場合でも、補償・賠償の請求が認められる。結果除去に向けられた実的原状回復・復元は、損害填補になる場合があるが、それは、実的原状回復の可能性なきとき——つまり、不能な場合である。

除去にかわって登場してくるのが、結果賠償である。結果賠償請求は、延長されたる結果除去請求とみなされているにすぎない。それは、今まで、収用類似の侵害によってカバーされていた⁽¹⁹⁾問題である。

(4) 以上、オッセンビュールの述べるポイントは、結局、「FBA」を「実的原状回復・復元」請求権として、損害填補機能を排除することであろう。しかし、延長されたる「FBA」にしても、結果賠償を、本来的な「実的原状回復・復元」の不可能な場合に限定しながら、例外的に認めている。この一見矛盾的なオッセンビュールの「FBA」論は、バッホフ対ベッターマンの理論的というよりは実際のな架橋のニュアンスを帯びているようにみえる。しかし民事事件とくらべて、公共の福祉に仕えることを、本来的任務とする行政事件において、実的原状回復・復元の不可能な場合は、はたして、例外的、稀有といえようか。否、むしろ、例外こそが、通常となろう。もっとも、オッセンビュールの右の説明の動機は、人権救済の原理からすれば、実的原状回復・復元は第一次・原則的救済であり、その他の救済は二義的なものとして、例外的たりえたのであろうか。

E. 小 括

以上、コップ、ダクトグロウ、オーベルマイヤー、オッセンビュールを対象として、一九七三年の国家責任法案成立後の「FBA」論を考察してきた。これらの見解は、多かれ少かれ、バッホフ——ベッターマン論争の遺産を着実に継承し、ニュアンスの差異はあるにしても、「FBA」(実的)原状回復・復元請求権として理解する一方、損害填補機能を消極的に捉えている点に、その特徴を見出しうる。

要するに、伝統的な国家責任請求権たる、職務責任、公用収用、公用収用類似の侵害、犠牲などに起因する損害の填補請求権に依存する考え方は、国家責任法案成立以降の西ドイツにおいて、むしろ定着しつつあるといつてよからう。この意味において、右の考え方は、今後の西ドイツ国家責任法の形成において、主流的役割を演ずるで

- (16) Ossenbühl, a. a. O. S. 197
- (17) Ossenbühl, a. a. O. S. 197
- (18) Ossenbühl, a. a. O. S. 198
- (19) Ossenbühl, a. a. O. S. 201
- (20) 一九七三年一〇月公表された、西ドイツ国家責任法草案は、「FBA」を次のように規定している。

第三条（再建）

1. 権利侵害によって、被害者の不利益に状態が変更する場合には、公権力主体は、以前の、または等価値の状態を再建しなければならない。公権力主体によって創られた状態が事後的に違法となる場合も同様である。
2. 再建が可能でなく、適法でなく、または、受忍限度をこえている場合には、この義務は欠落する。
3. 被害者の守備範囲内にある状況もまた違法な状態を惹起する原因となった場合には、被害者は、彼が費用を適正に分担する場合にのみ、再建を請求することができる。彼の責任の方が大きい場合には、この請求権は欠落する。（阿部泰隆教授訳「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三二頁参照）

四、むすび——西ドイツ「FBA」論と Aufopferungsanspruch 思想の交錯

バッホフが、「FBA」論を西ドイツにおいてはじめて採りあげたのは、一九五一年である。それからすでに四半世紀の時間が経過した。

「FBA」のバッホフ流の理解は、もはや、古典の域にある。今日の西ドイツの公法学界は、「FBA」にたいして、冷静である。つまり、バッホフ「FBA」論は、既述のような多くの批判に遭って、昔日の影響力を失っている。しかし、少くとも、バッホフ提示の課題、すなわち、第一次世界大戦後ナチス・ドイツを支配した、悪しき形式的法治行政主義を清算すること、そして、英米、仏のような社会契約論的国家の再構築を通じて、国家を市民の人権（人間性の尊厳）の担保・保障機関たらしめることの問題は、西ドイツにおいてその意味を失っていない。国家は個人の集団そのものからなっているので決してこれから超越ないし独立した団体ではないこと、人権の実質化の典型として、違法な結果をもたらした公権力の発動にたいする反作用・反撃権（Reaktionsrecht）として「FBA」を構想するメーツェル、レスラインの見解は、いわば、バッホフ「FBA」論をのり越えようとする試みであると同時に、その課題克服の意義を担うべきものであり、憲法の人権条項「個人の尊厳」（一条）から直接、侵害排除的絶対権を構想している。このような見解は、西ドイツと同様、実質的法治国主義を採択しているわが国にも、参考となるところが大きい（例えは、予防権法による注射の後遺症被害など、違法権濫用の行政的侵害に対しては、現状回復ないし損害填補を内容とする特別賠償請求結果除去請求権の救済法理を憲法一三条・一四条・一八条によつて構成しうるであらう。）。

さらに、バッホフの「FBA」の損害填補機能論は、人権救済実体法の体系の完備・十全性、つまり、より多くの国家責任請求権のとりでを構築して、社会契約的公権力の違法発動を封じ込めるといふ視点に立っている。バッホフの「FBA」の、損害填補請求機能系譜論は、右の意味において、憲法の自然法的理念の実定化運動の機能を有しており、その憲法実質化における実践的価値は、それとして、高く評価しうるかも知れない。あまつさえ、ややもすれば、実定法・法実証主義の歴史・伝統の強いドイツにおいて、いうなれば、自然法の第二次、第三次的復活ともいいうべき、第二次大戦後の西ドイツの再生は、ベッターマン流のパンデクテン的法解釈論を必ずしも歓迎しないかもしれない。悪しき法実証主義に対する挑戦の歴史的意味を、バッホフ「FBA」論の系譜に見出そうと

するのは、あまりに拡大解釈であり、曲解であるといわれるであろうか。

ひるがえって、ベッターマン「FBA」論¹除去・取消機能限定論及びその発展形態たる原状回復・復元機能論の望外の価値はなにか。西ドイツの法的風土に歴史的に形成された「犠牲補償請求権」(Aufopferungsanspruch)思想を基軸に、職務責任²損害賠償(責任)請求権、公用収用ならびに収用類似の侵害にたいする補償請求権の充³分な活用によって、これらとは別個独自の「FBA」⁴損害填補請求権を積極的に否定する学界の支配的傾向の底流には、あきらかに「Aufopferungsanspruch」の積極的肯定の姿勢が看取されうるのである。しかし、そのこの意味は、まさに、ゆドイツ歴史法学時代の、「土に戻る」法思想、すなわち、固有的にして普遍的なるもの、いわゆるドイツ的なるものへの回帰を、単に、われわれに確認させるにとどまるのであろうか。この問題は、なお、今後の西ドイツ国家責任法の展開に関する歴史科学的考察において検証されるべきものであるかもしれない。

(1) リュフナーは次のように説明している。「収用類似の侵害や犠牲類似の侵害から生ずる請求を一層拡げることの理由に
して、特別な「FBA」の必要はなうと考へられる。」(W. Rüfner, Der Folgenbeseitigungsanspruch, eine materiell-rechtlicher oder ein prozessualer Anspruch?, DVBl. 1967, S. 186, 190)

ヤンセンも同意見である(本文五一頁参照)。

しかし、「FBA」不要論にたいする批判も根強い。詳論は、本文、三(一九七三年以前におけるパッホフ「FBA」論批判の系譜(四九頁以下))を参照されたい。ここでは、ハウアイゼン(連邦社会裁判所長官)の実務家としての見解を紹介しよう。彼はいう。「私見によれば、今日、むしろ以下の疑問を提起しうる。すなわち、広義に把握された「FBA」が次第に認められている現状を思うとき、公用収用類似の侵害から生ずる請求権への需要が、今後、なお、いかなる程度にあるのであろうか。」(Fritz Hauelsen, Folgenbeseitigung und Amtshaftung, DVBl. 1973, S. 739)

ハイデンハインの「収用類似の侵害の補償も結果補償も——国家責任の一形態として——新たな法創造を含んでいる。それは学説史的考察から生まれてくる」(Heidenhain, Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns, JZ, 1968, S. 493)の見解は、両者(「FBA」否定論・肯定論)の調整を歴史の審判に委ね、新しい国家責任法に包摂することの歴史の必然を説いているとおもわれ興味が深い。

付録〔関係条文〕

。プロイセン一般国法前文

第74条 ラントの構成員の権利・利益と共同体の福祉増進のための権利・義務とのあいだに現実の衝突が生じたときは、前者は後者に譲らなければならない。

第75条 このことに対応して、ラントは、公共の福祉のために、特別の権利・利益を犠牲に供せしめる必要のありたる場合には、その補償を行わなければならない。

。ワイマル憲法

第133条 1. 所有権は憲法によって保障される。その内容、限界は法律の定めるところによる。2. 公用収用は、公共の福祉のために、法律の根拠に基づいてのみ行われる。それは、国の法律に別段の定めなき限り、相当の補償を引き当てに行われる。補償額につき争いあるときは、国の法律に別段の定めなき限り、通常裁判所に出訴する途が開かれる。国によるラント、市町村その他の公共団体にたいする公用収用は、補償を引き当てにのみ行われる。3. 所有権は義務を伴う。その行使は、同時に公共の利益に役立つことを要する。

。西ドイツ基本法(京都大学憲法研究会編・世界各国の憲法典による)

第1条 1. 人の尊厳は侵されない。これを尊重し保護することは、すべての国家権力の義務である。3. 以下の基本権は、直

接妥当・通用する法として (als unmittelbar geltendes Recht)、立法、執行権及び裁判を拘束する（平井記）。

第2条 1. 何人も、他人の権利を侵害せず、且つ憲法的秩序又は道德律に違反しない限り、その人格の自由な発展についての権利を有する。2. 何人も、生命及び身体を侵されない権利を有する。人身の自由は侵されない。これらの権利は、ただ法律の根拠に基づいてのみ、侵される。

第3条 1. すべての人は、法律の前に平等である。

第14条 1. 所有権及び相続権は、これを保障する。その内容及び制限は、法律でこれを定める。2. 所有権は、義務を包含する。その行使は、同時に公共の福祉のためにすることを要する。3. 公用徴収は、公共の福祉のためにのみ許される。それは、補償の方法及び程度を規定する法律に依つてのみ、又は法律の根拠に基づいてのみ、行われる。補償は、公共及び関係者の利害を公正に考慮して、決定すべきである。補償金額に関し争あるときは、通常裁判所に出訴する。

第19条 2. 如何なる場合にも、基本権は、その本質的内容が毀損せられてはならない。4. 何人も、その権利が公権力に依り侵害されたときは、訴訟を起すことができる。他の機関に権限がない限り、出訴は、通常裁判所に対して、なされる。

第20条 3. 立法は、憲法的秩序に依り、執行権及び司法は、法律及び法 (Recht) に、拘束される。

第34条 すべての人が、その委託された公務の執行に当り、第三者に対して負う職務上の義務に違反したときは、その賠償責任は、原則として、その公務員を使用する国又は公共団体に属する。但し、故意又は重大な過失があった場合、求償 (Rückgriff) を妨げない。右の損害賠償の請求及び求償について、通常裁判所に出訴する権利は、これを排除しない。

。ドイツ民法（現代外国法叢書による）

第12条 他人が氏名使用権者ニ対シテ其ノ権利ヲ争ヒ、又ハ権限ナクシテ同一ノ氏名ヲ使用スルコトニ因リテ権利者ノ利益ヲ害スルトキハ、権利者ハ其ノ他人ニ対シテ侵害ノ除去ヲ請求スルコトヲ得。尚引続キ侵害ノ虞アルトキハ、不作為ノ訴ヲ起スコトヲ得。

第249条 損害賠償義務ヲ負フ者ハ、賠償義務ヲ生ゼシメタル事情ナカリセバ存在シタルベキ状態ヲ回復スルコトヲ要ス。身体ノ傷害又ハ物ノ毀損ニ基キテ損害賠償ヲ為スベキトキハ、債権者ハ原状回復ニ代ヘテ之ニ必要ナル金額ヲ請求スルコトヲ得。

第251条 原状回復ガ可能ナラズ又ハ債権者ノ賠償トシテ充分ナラザル範圍ニ於テハ、賠償義務者ハ債権者ニ對シテ金錢ヲ以テ賠償ヲ為スコトヲ要ス。

原状回復ニ不相当ナル費用ヲ要スルトキハ、賠償義務者ハ債権者ニ對シテ金錢ヲ以テ賠償ヲ為スコトヲ得。

第254条 1. 損害ノ發生ニ付キ被害者ニ過失アリタルトキハ賠償ノ義務及ヒ範圍ハ其時ノ事情殊ニ損害カ主トシテ何レノ当事者ニヨリ發生シタルカラ斟酌シテ之ヲ定ム。2. 債務者カ知ラス且知り得ヘカサル異常ナル損害ノ危険ニ付キ被害者カ過失ニ因リ債務者ニ注意ヲ与フルコトヲ怠リ又ハ損害ヲ防止シ又ハ之ヲ輕減スルコトヲ怠リタルトキ亦同シ。此場合ニ於テハ第二百七十八条ノ規定ヲ準用ス（東季彦・独逸民法による）

第255条 1. 故意または過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有權またはその他の權利を違法に侵したる者は、その他人にたいして、よつて生ずる損害を賠償する責めを負う。2. 他人の保護を目的とする法律に違反したる者は、同じ責めを負う。法律の内容上これにたいする違反が無過失であつても可能なときは、過失ある者のみが賠償の責めを負う（阿部泰隆訳・自治研究五一卷七号二九頁）。

第259条 官吏ガ故意又ハ過失ニ因リテ其ノ第三者ニ對シテ負担スル職務ニ違背シタルトキハ、第三者ニ對シ之ニ因リテ生ジタル損害ヲ賠償スルコトヲ要ス。官吏ガ過失ノ責アルニ過ギザルトキハ、被害者ガ他ノ方法ヲ以テ賠償ヲ得ルコト能ハザル場合ニミ、賠償ヲ請求スルコトヲ得。

官吏ガ争訟事件ニ於ケル判決ニ當リテ其ノ職務ニ違背シタルトキハ、其ノ義務違反ガ裁判所ノ刑事訴訟手續ノ方法ヲ以テ科セラルベキ公ノ刑罰ヲ受クベキモノナル場合ニ限り、之ニ因リテ生ジタル損害ニ付責任ヲ負フ。義務ニ違反シテ職權ノ行使ヲ拒絶シ又ハ之ヲ遅延シタルトキハ、本条ノ規定ヲ適用セズ。

被害者が故意又ハ過失ニ因リ法律的手段ノ行使ニ因リテ損害ヲ防止スルコトヲ怠リタルトキハ、賠償義務ヲ生ゼズ。

第1004条 所有権ガ占有ノ侵奪又ハ留置以外ノ方法ニ依リテ侵害セラレタルトキハ、所有者ハ妨害者ニ対シ其ノ侵害ノ除去ヲ請求スルコトヲ得。引続キ侵害セララルル虞アルトキハ、其ノ侵害ノ停止ヲ請求スルコトヲ得。

所有者ガ忍容スル義務ヲ負フ場合ニ於テハ前項ノ請求ヲ為スコトヲ得ズ。

○ ドイツ民事訴訟法(現代外国法叢書による)

第302条 4. 裁判ノ留保セラレタル相殺ニ関シテハ、其ノ訴訟ハ尚繫属ス。事後ノ手続ニ於テ原告ノ請求ノ理由ナカリシコトノ顯ハルトキニ限り、前判決ヲ取消シ、原告ノ請求ヲ棄却シ且訴訟費用ニ付別ニ裁判ヲ為スベシ。原告ハ、判決ノ強制執行ニ因リ又ハ其ノ執行ヲ予防スル為ニ為シタル給付ニ因リ、被告ニ生ジタル損害ヲ賠償スル義務ヲ負フ。被告ハ、繫属スル訴訟ニ於テ、損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得。其ノ請求ガ主張セラレタルトキハ、此ノ請求ハ、支払又ハ給付ノ当時ニ於テ、裁判所繫属トナリタルモノト看做スベシ。

第111条 2. 仮執行ノ宣言ヲ付シタル判決ガ取消サレ又ハ變更セラレタルトキハ原告ハ判決ノ執行ニ因リ又ハ執行ヲ免ルル為ニ為サレタル給付ニ因リ被告ニ生ジタル損害ヲ賠償スル責ニ任ズ。被告ハ繫属スル訴訟ニ於テ損害賠償ノ請求ヲ主張スルコトヲ得。請求ノ主張アルトキハ支払又ハ給付ノ時ニ於テ其ノ繫属アリタルモノトス。

第945条 仮差押又ハ仮処分ノ命令ガ当初ヨリ不当ナルコトガ判明シタルトキ又ハ第九二六条第二項若ハ第九四二条第三項ニ基キ命ゼラレタル処分ガ取消サレタルトキハ命令ヲ得タル当事者ハ命ゼラレタル処分ノ執行ニ因リテ相手方ニ生ジタル損害又ハ相手方ガ執行ヲ免ルル為ニ若ハ処分ノ取消ヲ得ル為ニ担保ヲ提供スルコトニ因リテ生ジタル損害ヲ相手方ニ賠償スルノ義務ヲ負フ。

○ 西ドイツ連邦行政裁判法(阿部教授「前掲論文」による)

第40条 行政裁判所ヘの出訴は、争訟が連邦法律によつて他の裁判所に明示的に指定されていないかぎり、憲法上の性質を有しないすべての公法上の争いについて認められる。2. 公共の福祉を理由とする犠牲および公法上の管理に基づく財産権上の請求

権、ならびに公法上の義務違反を理由とする損害賠償請求権については、通常裁判所への出訴が認められる。官吏法の特別の規定は影響を受けない（注・国家責任法施行により、四〇条二項は廃止される）。

第42条 2. 法律に別段の定めがないかぎり、訴えは、原告が行政行為、その拒否ないし不作為によってその権利を侵害されたと主張する場合にのみ適法である。

第113条 行政行為が違法で、原告がそれによって権利を侵害されているかぎり、裁判所は行政行為および場合によってはありうる異議決定を取り消す。行政行為がすでに執行されている場合には、裁判所、申立てにより、行政官庁が執行を原状回復しなければならぬことおよびその方法をあわせて宣言することができる。この宣言は、官庁がこれを行うことができ、この問題が裁判に熟しているときのみ、適法である。行政行為が取消その他の方法によりすでに解決されている場合において、原告がその違法の確認に正当な利益を有するときは、裁判所は申立てにより判決をもって、行政行為が違法であったことを宣言する。

4. 行政行為の拒否または不作為が違法で、原告がこれにより権利を侵害されるときにかぎり、事案が裁判に熟するときは、裁判所は行政庁が申立てられた職務行為をなす義務を負っていることを宣言する。その他の場合には、裁判所は、裁判所の法的見解を尊重して原告に対し決定をなす義務のあることを宣言する。

。国家責任法草案（阿部教授「前掲論文」による）

第1条 1. 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被害者に対し責任を負う（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）。2. 公権力主体はその技術的措置の故障によって惹起される権利侵害についても責任を負う。3. 公権力主体が権利侵害を犯すにあたり行為した人は被害者に対し責任を負わない。

第2条 1. 公権力主体は権利侵害から生ずる損害を金銭により賠償しなければならない。2. 賠償義務は、権利侵害の微弱性、あるいはあるかも知れない過失、損害の予測可能性の欠如ないしその異常な高額さ、または類似の理由により適当である場

合にかぎり、縮減する。賠償義務の縮減は、損害が故意または重過失により惹起された場合には、おこなわれない。3. 被害者の守備範囲内にある状況もまた損害を惹起する原因となった場合には、賠償義務と支払わらるべき賠償の範囲は、損害がどの範囲で主として被害者によって、または、公権力主体によって惹起されたか、ということにも依存する。

第3条 1. 権利侵害によって、被害者の不利益に状態が変更する場合には、公権力主体は、以前の、または等価値の状態を再建しなければならぬ。公権力主体によって創られた状態が事後的に違法となる場合も同様である。2. 再建が可能でなく、適法でなく、または、受忍限度をこえている場合には、この義務は欠落する。3. 被害者の守備範囲内にある状況もまた違法な状態を惹起する原因となった場合には、被害者は、彼が費用を適正に分担する場合にのみ、再建を請求することができる。彼の責任の方が大きい場合には、この請求権は欠落する。

第6条 権利侵害が立法者の違法な行動に存し、または、そのような行動に基因する場合には、第三条は適用されない。第二条の法効果は、憲法裁判所による違法の確定のち一八カ月以内に、立法者がなら別定めを置かないときに発生する。

第15条 公共の福祉を理由とする収用または犠牲から生ずる補償請求権は侵害の違法性によっては根拠づけられもしなければ排斥されることもない。補償請求権は侵害が違法である場合には、この法律に基づく請求権とならんで主張することができる。