

ドイツ裁判例における氾濫被害の補填構造

下 山 憲 治

- 一 はじめに
- 二 氾濫被害にたいする損害賠償責任について
 - 1 水体の保存と整備との相違
 - 2 水体の整備と道路通行の安全確保
 - 3 保存・整備義務違反（とくに水体の規格設定の不備）と賠償責任
 - 4 小括
- 三 無過失責任における氾濫被害の補填について
 - 1 収用法的補償と相隣法
 - 2 氾濫被害の調整と犠牲の限界
 - 3 小括
- 四 おわりに

一 はじめに

わがくにおける氾濫等による水害訴訟では、主として、大東水害訴訟最高裁判決⁽¹⁾および多摩川水害訴訟最高裁判決⁽²⁾を通じて、多くの問題点がかんり浮き彫りにされてきている。高知落石事故訴訟⁽³⁾に代表される道路災害事案と河川水害事案との異同、改修完了河川と改修途上河川における瑕疵認定にあつての財政制約論の異同、行政の裁量が争点となる場合の瑕疵の認定などがそれである。これら問題点の究極にあるのは、公の営造物になんらかの危険性がある以上、物的安全性の面からすれば河川部分全体の形状は不完全であるといえるものの、その安全性の程度が「通常有すべき」ものかどうかの法的評価である。それゆえ、これらの問題点は、結局、瑕疵責任、ひいては国家賠償責任における違法性が議論されてきている⁽⁴⁾。この論点については、行政事件訴訟制度と国家賠償制度との異同、ひいては国家補償法・行政救済法の体系的把握に関連するため、容易に、この議論に加わることはできない。したがって、瑕疵責任（ひいては国家賠償責任における違法性）の総合的検討の準備作業として、本稿では、ドイツにおいて氾濫被害がいかに補填されているのかについて分析することを目的とする。

つぎに、本稿における分析対象とその範囲を明確化しておきたい。わがくにでのドイツ国家責任にかんする理論的研究は、従来から、かなり詳細になされてきている⁽⁵⁾。しかし、ある事件類型にかんする全般的な研究はいまだ十分にはなされていない状況にあるといえる。このような、ある事件類型を全般的に分析することによって、わがくにおける解釈論および立法政策論への有益な示唆が得られるといえる。それゆえ、従来からの研究を基礎に、ある事件類型の被害が国家によっていかに補填されているのかを分析するというアプローチ方法も、比較法研究の一環として必

要である。本稿では、国家賠償法二条の瑕疵責任との関連で、わがくにの氾濫等から生ずる水害の補填方法がいかにあるべきかの、さらなる検討のための作業として、ドイツにおける氾濫被害 (Überschwemmungsschaden) にたいする補填のあり方を分析する。また、その範囲については、高権的作用にかかわる国家責任 (Staatshaftung) に限定しない。なぜなら、国家賠償法二条を請求根拠とするわがくにの水害訴訟で争われる管理作用が、制度上の違いから、ドイツでは、私法上の不法行為責任⁽⁹⁾または私法上の犠牲補償請求権 (bürgerlich-rechtlicher Aufopferungsanspruch) の対象として処理されることもあるからである。そして、有責 (Verschulden) を一要件とする、ドイツ基本法 (以下、GGと記す) 三四条およびドイツ民法典 (以下、BGBと記す) 八三九条に基づく職務責任 (Amtshaftung) ならびにBGB八二三条に基づく私法上の不法行為責任という損害賠償と、有責を要件としない収用類似侵害 (enteignungsgleicher Eingriff) または収用的侵害 (enteignender Eingriff) に基づく補償および私法上の犠牲補償については、それらを一体的に分析することで、前者の限界と後者の存在意義とが明確化され、有益であるといえる。したがって、以下では、賠償請求事案と補償請求事案とを分けて、ドイツにおける裁判例の分析を中心に氾濫被害とその補填法の構造について論じていく。

まず、賠償責任の認否において有責が問題となる職務責任と私法上の不法行為責任について論ずる。第一に、損害を惹起した行為が職務責任の対象となる「公務」か私法上の不法行為責任の対象となる行為かの区別基準を明確化する。また、わがくにおいても問題となっている道路災害事案 (とくに落石事故) と氾濫被害事案とにおける違法性認定の異同、および財政上の制約論、そして、その制約論と関連して、主に、水体 (Gewässer) の規格設定 (Dimensionierung) の違法性 (職務義務違反) の判断にかんする裁判例の分析を行う。つきに、無過失責任としての、収用類似侵害または収用的侵害に基づく補償および私法上の犠牲補償について分析する。わがくには、空港騒音な

どによる損害賠償の、とりわけ、違法性の認否が受忍限度のいかんにかかわるものとして取り扱われてきているが、その被害利益は異なるものの、ドイツでは、氾濫被害も、相隣法的解決方法がとられていることに着目して、裁判例の分析をすすめる。さいごに、以上の分析のもと、それぞれの小括において、わがくにおける問題点の指摘と、国家賠償法二条の解釈論への示唆、そして今後の検討課題などについて論及する。

- (1) 最判昭和五九年一月二六日民集三八卷二号五三頁。
- (2) 最判平成二年二月一三日民集四四卷九号一一八六頁。
- (3) 最判昭和四五年八月二〇日民集二四卷九号二二六八頁。
- (4) この点にかんする詳細は、拙稿「災害と国家賠償法二条の瑕疵責任（一）」早大法研論集六四号二九頁（四四頁以下）において、検討しているので参照されたい。
- (5) たとえば、「責任に関する法」と「適法性に関する法」とを区別して検討するものに遠藤博也「行政法スケッチ」（一九八七年）一一七頁以下がある。これに対し、行政事件訴訟上の違法と国家賠償訴訟上の違法とを截然と区別せず、その連続性を強調するものに、たとえば、阿部泰隆「国家補償法」（一九八八年）一四七頁以下、西笠章「国家賠償責任と違法性」（一九八七年）四九頁以下がある。
- (6) 水場川水害訴訟（名古屋地判平成三年七月一九日判タ七六六号九六頁）および河口湖増水災害訴訟（甲府地判平成四年四月二〇日判時四二四号三頁）においては、前掲大東水害訴訟最高裁判決を援用しながら、行政の裁量に違法性はなかったとして、賠償責任を否定している。このような事案における瑕疵認定・瑕疵責任のあり方がいかにあるべきか、が本稿における分析の中核的問題意識である。この点につき、拙稿「災害と国家賠償法二条の瑕疵責任（二）」早大法研論集六五号八三頁（九五頁以下）において、検討しているので参照されたい。
- (7) たとえば、近年では、秋山義昭「法治国家的国家責任論（公法と経済法の諸問題 上）」（一九八一年）三三三頁以下所収、宇賀克也「国家責任法の分析」（一九八八年）がある。
- (8) ドイツにおける国家責任の類型としては、たとえば、①職務責任、②犠牲補償請求権、③公用取用、④違法な財産権侵害（取用類似侵害）に基づく請求権、⑤取用的侵害、⑥不作為・結果除去・原状回復を求める基本権保護請求権、⑦行政法上の債務関係に基づく損害賠償請求権、⑧危険責任、⑨計画担保責任、⑩公法上の利得返還請求権が挙げられている（Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl., 1991）。本稿では、このうち、公権力の行使の有責性を一要件とする①と、犠牲補償を基本思想におく財産権侵害にたいする補償である④⑤について論じる。なぜなら、

まず、氾濫被害では、基本的には、財産上の被害が洪水等により生じるから、生命・身体・健康等の非財産的被害を補償する②は、分析対象とならない。また、氾濫被害は、それ自体を直接の目的として財産権を侵害するものではないから、③が、さらに、本稿の目的が、計画変更などを伴わず、既に発生した氾濫被害の補填法を分析することにあるから、⑥⑨⑩が、分析対象から外れる。⑦については、下水道からの逆流水によって地下室などに被害が生じ、それに対する賠償を請求した事案がある。この点は、BGB二七六条および二七八条に基づく公法上の債務関係から生ずる賠償請求が問題となり、連邦通常裁判所の判決では、この種の請求は認容される傾向にある（BGH-Urtel v. 17. 3. 1983 (Vers 1983, 588) und v. 7. 7. 1983 (BGHZ 88, 85), Vgl. BGH-Urtel v. 17. 12. 1992 (NWZLR 1993, 337)）。しかし、この点は、必ずしもわがくにの水害訴訟に対応していないため、別稿で分析する。⑧について、ドイツでは、②④⑤という裁判官定立法に基づくほぼ確立された制度があるため、一般的な公法上の危険責任を提唱することに消極的な見解が主流である（vgl. Ossenbühl, a. O. S. 310ff.）。また、実務をみても、一般的な公法上の危険責任に基づき氾濫被害を補填する裁判は、筆者が調査した限り存在しない。ただし、氾濫被害に関連して、下水道開口部からの溢水による被害が生じた場合は、危険責任立法である *Haftpflichtgesetz v. 4. 1. 1978* (BGBl. I S. 145) の二条一項一文に基づく作用責任 (*Wirkungshaftung*) が認められる [BGH-Urtel v. 14. 7. 1988 (NJW 1989, 104)]。⑧にかんする学説および実務状況からすれば、危険責任を基底とする瑕疵責任の対象として争われているわがくにの水害事案との比較にあたって、④⑤を分析する意義があるといえる。

(9) ドイツにおいては、国家責任の一類型である職務責任もBGB八三九条に規定されている。本稿では以下において、便宜上、この職務責任以外の不法行為責任を「私法上の不法行為責任」とあらわすこととする。

(10) BGB九〇六条二項における相隣関係上の金銭による調整 (*Ausgleich in Geld*) は、BGB九〇四条と共に、私法上の犠牲補償にかんする実定法規定である。

(11) たとえば、大阪空港訴訟最高裁大法廷判決（昭和五六年二月一六日民集三五卷一〇号一三六九頁）がある。

二 氾濫被害にたいする損害賠償責任について

ドイツではわがくにの国家賠償法二条に該当する条文は存在しない。それゆえ、氾濫被害にたいする賠償責任も、職務責任または私法上の不法行為責任の問題として取り扱われることになる。ここで重要なのは、GG三四条における「公務の遂行 (*Ausübung eines öffentlichen Amtes*)」およびBGB八三九条一項二文の補充性 (*Subsidiarität*)、そ

して、同条三項における行政訴訟という第一次的権利救済手段との関連における第二次的な損害賠償の補充性である。すなわち、公務遂行に起因する損害は職務責任の対象となりうるが、その損害発生につき、公務員に過失があるにすぎないときは他の方法で賠償を得ることができず、かつ、行政訴訟を提起して損害防止手段等を講じたが損害が除去されなかったまたは過失なくしてその手段を講じなかった場合に限り、職務責任を追及するという責任制限・排除規定が問題となる。これに対し、私法上の不法行為責任（BGB八二三条）では、職務責任におけるこのような賠償責任の制限・排除規定がない。それゆえ、いかなる行為が「公務の遂行」に該当するかが、氾濫被害の補填法を考察するうえで、まず問題となる⁽¹⁾。さらに、ドイツの私法上の不法行為責任として展開してきた道路通行安全確保義務（Straßenverkehrsicherungspflicht）と本稿での中心的な分析対象である水体の保存義務または整備義務とが、その性質上相違するのかも、わがくにでの道路管理と河川管理の異同論との関連で、重要な分析対象である。さらに、わがくには、行政による河川管理施設の構造にかかわる規格設定の適否を争点とする水害事案もあるが、ドイツでもこの規格設定（Dimensionierung）の適否が違法性の存否の判断の際にとりあげられる。この点にかんし、裁判所によつていかなる審査がなされているのかを分析する。これらの点につき、以下では、連邦通常裁判所（以下、BGHと記す）の判決を中心に分析していく。

1 水体の保存と整備との相違

BGHの裁判例を分析する前に、水体（Gewässer）の保存（Unterhaltung）と整備（Ausbau）の意義を確認しておく必要がある⁽²⁾。連邦水管理法（以下、WHGと記す）の対象は、「継続的若しくは一時的に河床（Bett）を流れ、若しくは停滞している水、又は泉から自然に流出する水」〔以下これらを地表水体（Oberirdisches Gewässer）とす〕、

「内陸海 (Meer) であつて、平均的高水 (mittleres Hochwasser) 時の海岸線と海洋との間のあるもの又は地表水体と海洋との間にあるもの」〔海洋水体 (Küstengewässer)〕および地下水 (Grundwasser) である (WHG 一条一項)。このうち、本稿で論ずる保存または整備の対象は、地表水体である。

WHGにおける水体の保存とは、流水の秩序ある状態を維持すること (Erhaltung eines ordnungsmäßigen Zustands) であり、また、運河等の可航水体についてはその可航状態の維持をも含む (WHG 二八条一項)。この場合の水体は、地表水体であつて、水床 (Gewasserbett) およびその沿岸 (Ufer) を含む。たとえば、河床の土砂の除去、安全な水流を阻害する河床内の植物の除去、毀損した堤防の原状回復、石による沿岸の補強などが、水体の保存であるとされている⁽⁴⁾。WHGにおける水体の整備とは、水体もしくは沿岸の設置 (運河の設置、捷水路または排水管の敷設など)、除去 (たとえば、三日月湖の埋立) または本質的な (wesentlich) 改造 (ショートカット工法を施すこと、取水堰の設置・除去、洪水調節池 (Hochwasserrückhaltebecken) の設置または水体の暗渠化など)、および洪水の流下に影響を及ぼす堰堤または堤防の建造をいう (WHG 三一条一項)。理論上、この水体の保存と整備 (とくに「本質的な改造」との区別基準は、水体の保存が秩序ある水体の維持に限定されるのに対し、水体の整備は「水体の保存を越える措置」であると説明されている⁽⁵⁾)。それでは、このような相違が、損害賠償責任の成否にとつていかなる影響を及ぼすのかについて、つぎに分析する。

【1】堤防からの越流により牧草地に冠水損害が生じたため、その所有者がその賠償を被告市に求めた事案がある。本件では、公共水体 (Öffentliches Gewässer) の整備計画確定裁決に基づく堤防保存義務の違反があったとき⁽⁶⁾訴求しうるのは、私法上の不法行為責任か職務責任かが争点となつた。B, G, Hは、つぎのように判示した。

「堤防保存義務は、確かに、公法を根拠とするものであり……、今日の理解によれば、公衆に対して負う公法

上の負担 (öffentlich-rechtliche Last) であるが、そのような公法上の負担は、直ちに、一定の第三者に対する職務義務を根拠づけるものではない。……堤防保存義務は、堤防隣接者に対してのみ課される義務ではなく、むしろ、公衆に対する公法上の負担または義務である……。第三者は、保存義務者 (Unterhaltungspflichtige) に対し、民事裁判所を介してこの義務の履行を求めることはできない」。利害関係人は、必要な場合には、行政裁判所に訴を提起して、監督庁 (Aufsichtsbehörde) に対して必要な処置を義務の担い手に命ずるよう求めることができ。それゆえ、保存義務にかんする規定は、この保存義務が大衆に対してのみ向けられているから、BGB 八二三条二項にいう保護法規 (Schutzgesetz) ではない。したがって、BGB 八二三条一項の個々の要件を充足しない限り、この義務の有責な違反も、損害賠償請求権を基礎づけるものではない。「およそ保存義務は、私人に限らず、行政庁または公法上の法人をも義務づけるものである。しかし、法律は、義務を負う者に応じて、その義務違反の区別を設けていない。……それゆえ、公衆に対して負う公法上の保存義務の違反は、BGB 八二三条一項に基づく損害賠償責任のみを根拠づけるものである」。

【1】では、当時のプレーメン公共水流の整備に関する法律⁽⁷⁾には整備後の保存義務にかんする規定がなかったが、WHGが過去のプレーメンにおける法的展開も加味しているため、WHGの規律内容を基礎に、BGBは右のように判示している。この【1】以後、水体の保存から生じた氾濫被害は、BGB 八二三条一項に基づいて争われることになった。ただし、プロイセン水法下での事案⁽⁸⁾には三級水流から生じた氾濫被害にかんし【1】と同様の判示をしたものもあるが、ノルトライン・ヴェストファーレン水法⁽⁹⁾にかんする事案では、保存が隣接ゲマインデの義務であると規定されていたため、職務責任の対象であるとした事案⁽¹⁰⁾がある。このように各ラント水法における水体保存義務を負担する者の相違に応じて、その義務違反から生じた損害の賠償の根拠につき、職務責任か、私法上の不法行為責任かの

問題が生じた。⁽¹¹⁾そして、このような問題を解決する判決が、つぎの【2】である。

【2】I川に隣接する土地を賃借して家具調度品店を経営していた原告は、同川が氾濫し、倉庫への浸水によって生じた損害の賠償を被告水利・土地利用組合 (Wasser- und Bodenverband) に請求した。原告によれば、I川の下流部を改修しないまま、上流部を改修したこと (戦争のため下流部の改修が大幅に遅れた)、上流部の改修と同時に洪水防止 (Hochwasserschutz) のため新たな調節池 (Rückhaltebecken) の建設等の措置を講じなかったことなどから、被告はその定款に定める義務、すなわち、洪水から組合区域内の土地を保護し、流水を規律する義務を懈怠したと主張した。原審は、被告の講ずべき措置のうち保存義務に基づくものを取りあげ、私法上の不法行為責任の対象であるとし請求を認容したが、BGHは、つぎのように判示し、原判決を破棄し、差し戻した。⁽¹²⁾

「公法上の団体である被告組合の洪水防止義務は、公法にその基礎がある。本件で問題となる洪水防止措置、とりわけ、河川の整備および調節池の設置は、公的主体 (öffentliche Hand) に義務づけられた生活配慮 (Daseinsvorsorge) の領域に属し、したがって、高権的行政 (hoheitliche Verwaltung) の領域に属する」。「本件における流水の整備および貯水池の建設という行政任務の実施は、単純高権的行政 (schlicht-hoheitliche Verwaltung) である」。「保存措置の実施が公的主体に義務づけられている限り、その義務が公法的性質を有するにもかかわらず、……国または他の公法上の団体であっても、財産管理 (Vermögensverwaltung) の一部とみなされるから、保存措置の実施は、私法的性質をもつといわれる。しかし、本件で問題なのは、既存施設の保存またはこの施設から生じうる危険の防止ではなく、むしろ、未だ存在しない洪水防止施設の設置、すなわち、高権的作用であり、それは、……民法上の安全確保義務ではなく、職務義務に基づく作用である」。

【2】は、水体の整備に起因する氾濫被害の賠償責任が職務責任の対象領域であることを示したリーディングケース

スである。また、**〔2〕**は、**〔1〕**の判示事項、すなわち、水体の保存は私法上の不法行為責任の対象となることを確認し、既存施設の保存またはこの施設から生じうる危険の防止（水体の保存）と未だ存在しない洪水防止施設の設置（水体の整備）とを区別し、後者は職務責任の対象であることを明らかにした。

学説では、①水体の保存と整備という区分に、その責任請求根拠の相違を求めるものと、②損害が作為に起因するか不作為に起因するかによって、職務責任か私法上の不法行為責任かを区別するものがある。⁽¹⁴⁾

①説は、**〔1〕**で判示されているように、保存義務にかんしW H Gはその義務の担い手による区別をしていないから、水体の保存による損害は、私法上の不法行為責任の対象となる。これに対し、洪水防止に属する行為、すなわち、水体の整備は、**〔2〕**判決が示しているように、それが単純高権的行政であるから、義務違反の不作為と瑕疵ある作為との区別なく、職務責任の対象となるとする。問題なのは、各ラント水法で、水体保存義務は「公法上の義務」であると規定されていることである。しかし、この義務の不履行または不完全履行の場合、この義務が既存の状態の維持という限定された内容のもの（Beschränkter Inhalt）であるため、職務責任ではなく、私法上の不法行為責任の対象であるとされている。⁽¹⁵⁾

②説は、つぎのように区分する。本来減少させるべき洪水の通常（normal）の危険をそのまま放置したり、河床に土砂が堆積したり雑草が繁茂することにより洪水の危険が増大したにもかかわらず、なんらの除去措置も実施しなかった場合のような、保存・整備を実施する法律上または条例上の義務に違反する違法な不作為については、B G B 八二三条一項に基づいて団体はその責を負う。団体が整備または保存作業の実施に際し直接損害を惹起した場合や団体が不適切な整備または保存作業を実施したため下流域の住民に対し「通常の」洪水の危険を高めた場合のような違法な作為については、G G 三四条およびB G B 八三九条に基づいてその責を負うとする。⁽¹⁶⁾

これら学説の相違は、道路通行安全確保義務と水体の整備義務の異同とかわる。また、水体の整備については、職務義務の第三者相関性 (Dritbezogenheit der Amtspflicht) が一定範囲で認められる⁽¹⁷⁾。しかし、保存義務は、それが個々の国民のための義務ではないため、WHG二八条一項がBGB八二三条二項の保護法規ではなく、また、かりに保存義務が職務義務であるとしても、職務義務の第三者相関性は否定されることになる。①説は、この点を考慮し、保存措置による損害の賠償を私法上の不法行為責任の対象としている。

いずれにせよ、①説でも、保存義務がすべて私法上の不法行為責任の対象ではなく、水体監督 (Gewässeraufsicht) は水利行政庁のみがその義務を負うから職務責任の対象となる⁽¹⁸⁾⁽²⁰⁾ことと、例外はある。また、整備は、通常、事前に計画確定 (Planfeststellung) 手続を実施するものであり (WHG三二条一項)、利害関係人の権利変動を伴うものである。このような点に着目し、また、職務責任の対象たる「公務」につき、一般的には、その行為形式をもとに判断される⁽²¹⁾から、本稿では、この①説に従って以下分析をすすめる。

2 水体の整備と道路通行の安全確保

ドイツでは、氾濫被害と同様、落石事故についても、わがくにの国家賠償法二条に相当する規定がないため、私法上の不法行為責任ないし職務責任請求訴訟によって争われる⁽²²⁾。その際、問題となるのが、道路管理者の道路通行安全確保義務 (Straßenverkehrsicherungspflicht) 違反の存否である。そして、この道路通行安全確保義務と水体の整備義務とがいかなる点において異なるのか、とくに財政上の制約論の根拠にかんして、ここで分析する。

まず、**[2]**では、つぎのように判示している。「一定の安全確保義務、とりわけ、水路を含めて公道にかんする通行安全確保義務は、判例では私法上の義務とみなされているが、その義務の根拠は、通常は、公法によって規定され

ている要件の中にある。……道路通行安全確保義務は、その他の公法上の義務（通行規律義務（Verkehrsregelungspflicht）、道路建設義務および道路保存義務ならびに道路建設負担（Straßenbaulast）の枠外に法的に独立した義務である。……それに対し、判例によれば、通路の設置および管理（Verwaltung）は、公法に基づいて存立し高権的活動をする国家およびその他の団体の任務であり、したがって、行政の一部であるとともに高権的作用である……。本件で問題なのは、義務の担い手によって産み出された危険状況ではなく、むしろ、自然現象によってもたらされる危険の除去である。社会生活上の安全確保義務がその基礎とした一般的法思考、すなわち、危険源を産み出した者が、他者の被害を可能な限り防止するため、期待しうる事前措置を講ずべきであること、および、……BGB八二三条にかんする社会生活上の安全確保義務違反に基づく請求を正当化する一般的法思考は、自然による危険を防禦するという本件で問題となっている事柄につき、原則として妥当しない。洪水防止の用をなす施設によって、とくに危険の源泉が産み出されるときは、確かに、社会生活上の安全確保義務が存在しうるし、それにより安全確保措置が必要となりうる。しかし、本件では、この点は問題にならない。本件では、GG三四条およびBGB八三九条に基づく職務義務違反の存否が検討対象となるのである」。

道路通行安全確保義務は、わがくにの民法七一七条の占有者責任に相当するBGB八三六条では所有者責任規定がないため、BGB八二三条一項に基づく義務として導き出された。²³⁾それゆえ、BGB八三六条にあらわれた私法上の一般的法思考をもとに、「危険源を産み出した者が、他者の被害を可能な限り防止するため、期待しうる事前措置を講ずべきである」という義務がでてくる。これに対し、【2】では、水体の整備義務につき、整備が氾濫等の自然的危険の防止を目的とするから、整備方法の適否について道路通行安全確保義務のような思考方法は妥当しないこと、くわえて、洪水防止施設が危険の源泉を産み出すときには、WHG二八条による可航状態の保存義務違反ないし通行

安全確保義務違反の問題が生じうることを指摘している。⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾このように【2】は道路通行安全確保義務と水体の整備（とくに洪水防止）義務の相違を強調しているが、義務違反の認定における考慮要素は、落石事故の限界事例の考慮要素と大きな相違のないことを【3】の分析を通じて明確化する。

【3】高さ一五メートルで四五度の勾配の道路右斜面から、原告が運転していた自動車に直径二五センチの石が落下し、同自動車の使用が不能となった。原告は、右斜面には安定しない石が多く、わずかな影響で落石する状態であり、同所は落石の危険をはらんでいたこと、被告ラントは七から八週ごとに巡回し落石の危険のあるものを除去していたが、保護柵や警告標識を設置していなかったとして、BGB八二三条一項に基づき、その損害の賠償を求めた。被告ラントは、本件斜面からはかつて落石が生じていなかったこと、灌木や喬木があり地盤支持が安定していたことから、落石の危険性を認識しえず、また、原告が主張している措置は期待可能ではないと主張した。原審は請求を棄却し、BGBはつぎのように判示し、原告の上告を棄却した。⁽²⁶⁾

「道路通行安全確保義務の担い手に義務づけられたこの落石の危険の防止には、発生する損害や危険を認識し、その後必要な保安措置を講じるために、絶え間ない観察および点検を要する」。しかし、その義務の存否につき、「当時の経験および技術状況に応じて適切かつ十分なものと認められる保安措置であって、思慮ぶかく、理知的で良心的な人の理解に応じて認識しうるものが考慮されるべきである」。実際、すべての道路を常に完全に瑕疵や危険のない状態に維持することは不可能であるから、道路には理性的な通行参加者が期待しうる安全性を要する。それゆえ、義務者は「危険の除去を客観的に必要とし、客観的基準に従って期待しうる措置を講じるべきである。道路通行安全確保義務については、もっぱら、期待可能性が考慮されなければならず、したがって、道路通行安全確保義務の担い手に対する要求が過度になつてはならない。費用 (Kosten) および達成しようと努めら

れた結果は、危険の規模と切迫の度合いを考慮にいれるが、道路通行安全確保義務の担い手が公的主体として常にさまざまな任務を果たさなければならぬことも顧慮して、適切な割合でなければならぬ」。それゆえ、運転者は、自然力による考えられるあらゆる危険と作用から行政庁が保護してくれるとは、考慮しえない。落石は、頻繁に生じるものではなく、道路利用者は、自然作用に対する完全な保護を期待しえないから、持続的に、斜面や山の石すべてに対し、柵（Zäunen）、格子（Gittern）などの事前措置によって、あるいは、保安パトロール（Schutzstreifen）などによって備えておくよう要求することは、過度の要求である。

このようにBGHは、落石に対する認識可能性がないから、本件不作為につき道路通行安全確保義務違反はなかったと判断している。⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾この判決で注目すべき点は、まず、道路通行安全確保義務違反の認定においても、資源配分の限界のため費用便益分析が用いられていることである。判断の基準となる道路状態の安全性とは、期待可能な安全性、すなわち、理性的な通行参加者が期待しうる安全性である。この期待可能性を越える危険は、通行参加者である道路利用者自らが通行を回避するなどして防禦しなければならぬ。さらに、この義務の負担者が講ずべき回避手段としては、当時の経験および技術状況に応じて適切かつ十分なものと認められる保安措置であって、思慮ぶかく、理知的で良心的な人の理解に応じて認識しうるものが考慮されることを要するとしている。

【2】では、この点にかんし、つぎのように判示している。「責任の根拠となる行為は、その必要性を認識でき、実施可能で経済的に過大ではない洪水防止措置の不実施もしくは実施の遅延、または、誤った措置が企図されたこと、および、社会生活上必要な注意（die im Verkehr erforderliche Sorgfalt）を払わなかったために有責となることを要件とする」。被告は、本件区間の整備を戦争のため延期したが、「建設措置の延期が被害者に甘受されなければならぬのは、その延期が正当事由に基づくときである」。そして、作為義務の存否を認定する際に、つぎの事項を考慮す

るべきである。すなわち、「洪水の危険を除去するには包括的で先見的な計画策定が必要であり、その際、同組合の管轄区域内での、将来の開発、とくに広範な建設による影響が考慮されるべきである。そのためには、安全に流下すべき水量を算定し、危険防止技術上可能な手段を調査することのみならず、講ずべき措置の法的・経済的実現可能性が考慮されなければならない。そのため、とくに、懸念されうる損害と防禦措置の費用との比較衡量を要する。この費用は、防止されるべき危険と理性的判断に基づく (vermutlich) 経済的な割合をもつものでなければならず、その割合に応じて初めて、被告組合に作為義務が生じうる」。

【3】では、落石の頻度が極めて低かったために、落石の防止ないし落石による事故の防止措置を常に講ずることは、資源(人的資源・物的資源)配分に限界があることから、費用便益分析を用いて、費用と防除すべき危険とが適切な割合を有しなければならぬとされている。これと同様に、【2】では、作為義務および有責性の存否の認定につき、懸念される損害と防禦措置の費用を比較衡量するものとし、本件区間の整備の遅延が終戦後の他国への賠償・戦争被害者への配慮等による財政上の制約という正当事由に根拠をおくものであることを強調している。また、道路または河川の安全性の程度については、【3】では、自然力による不可抗力を除き、理性的な通行参加者が期待する程度であるが、【2】では、この自然力による不可抗力よりも、財政上の制約に重点を置き、【3】よりもかなり低い程度の安全性をも許容している。

わがくにの水害訴訟における財政制約論は、およそ、【2】と同様である。つまり、安全性の程度にかんする判断では、自然力等による不可抗力に該当する場合を除き、損害発生を防止しうるかがその判定基準にあるのではなく、財政上の制約を考慮して、個別具体的にいかなる程度の安全性が妥当かを判断し、その結果が決定的な瑕疵認定の基準となっている⁽²⁹⁾。しかし、前述したとおり、【2】では戦後の混乱期の氾濫被害にたいする賠償が問題となっていたが、

財政上の制約を理由として損害賠償責任が否定されたとしても、三で分析するように、氾濫被害は、ドイツでは、財産的損害にたいする補償によつて補填される余地もあることも見落とすことができない。財政上の制約を理由として国の責任がすべて否定されているわがくにおける裁判例の状況とは、この点でドイツのそれと大幅に異なるのである。

3 保存・整備義務違反（とくに水体の規格設定の不備）と賠償責任

ドイツにおける氾濫被害にたいする賠償請求訴訟では、さまざまな行為にかかわる有責な義務違反の存否が争われている。たとえば、保存義務違反については、保存義務者が巢穴を埋めなかつたため堤防が決壊して生じた氾濫被害の賠償を認容した事案⁽³⁰⁾、第三者の施設である道路下の流入口格子 (Einlaßgitter) が閉塞したためその上流部で流水が滞留し、養殖池に氾濫被害（泥や石の流入）が生じたが、本件氾濫が突発的な豪雨によるものであつたため、被告市町村組合には閉塞状態の除去を命じまたは自らが除去する義務の違反はなかつたとした事案⁽³¹⁾がある。また、職務義務違反については、たとえば、適時の河川巡視によつて暗渠部分の横断面が少なかつたことを認知し、その障害を除去しうる可能性があるとして、暗渠部分からの溢水による被害にかんし原審の氾濫被害にたいする賠償請求棄却判決を破棄差戻した事案⁽³²⁾、道路整備に際し河川の流路変更がなされ土塁が除去されたために氾濫被害が生じたが、道路整備後その整備前の状況に戻すという被告ラントの職員の言明が虚偽であつたことにつき信頼保護に反するとした事案⁽³³⁾がある。

また、不可抗力にかんするものとして、【4】豪雨により堤防が破堤したことで生じた損害の賠償を求めた事案⁽³⁴⁾では、異常豪雨によりほとんどすべての堤防が決壊し、多量の水がすべての道路および地域全体に氾濫したため未曾有の損

害が生じたのであるから、河川の保存または整備と本件氾濫被害との間の事実的因果関係が中断しているとして、原告の請求を棄却した。この不可抗力にかんする事案のほか、規格設定 (Dimensionierung) の適否を争う事案もある。

【5】二級水体からの氾濫により生じた損害の賠償を求めた事案⁽³⁵⁾では、被告は、絶対的な洪水防止を実施するよう義務づけられず、被告に対して―財政的にも―期待可能な洪水防止により利害関係のありうる近隣住民を保護するよう、計画を策定し、五〇年に一度繰り返される洪水という統計学的な判断を基礎に洪水防止措置を講じたが、本件降雨はその頻度を下回るものであり義務違反はないとして、賠償請求を棄却した。

【4】では、周辺のひとつすべての堤防が決壊したことなどのため、天災Ⅱ不可抗力であるから、賠償責任は生じないと判断している。それとは異なり、【5】では、五〇年に一度という被告ゲマインデの策定した計画上の規格設定基準値を基礎に、その義務違反の存否を判断している。それゆえ、重要なのは、いかなる程度の流量を安全に流下しうるように地表面を整備するか、規格設定基準値等にかんする裁判所による審査における取り扱いとその適否の判断要素である。これらの点につき、【6】【7】でBGHの判決を中心に分析する。

【6】原告は、窪地に事業地所を有していたが、豪雨による洪水のため河川が氾濫し、同所で損害が生じた。原告は、この損害の賠償義務が被告市にあることの確認の訴を提起した。原審は、本件河川の暗渠部分を毎秒一〇から一五立方メートルで水が流下したのは二〇〇年から二五〇年に一度の頻度で生ずる現象であり、被告市が水利計画事項⁽³⁶⁾ (wasserwirtschaftliche Plänen) において念頭に置かなかつた百年現象 (Jahrhundertereignis) であるとして、被告市の責任を否定したが、原告は、原審の採用した統計上の蓋然性算定値 (Wahrscheinlichkeitsberechnungen) は、当局側が当日の雨量を逆算して得た値であり、この程度の降雨量は、過去何度も経験しており、しかも、通常の高水値よりも二から三立方メートル多いにすぎないなどと主張して上告した。BGHはつぎのように判示し、原審に差戻し

た。⁽³⁷⁾ すなわち、天災的流量であると原審は認定したが、その判断は不十分な流量を基盤に判断しているから支持しえない。さらに、天災的気象の場合であっても、専門的に妥当な埋管がなされていれば、被害を可能なかぎり軽減させる結果となったか、が決定的判断要素である。そして、差戻し後の事実の取り扱いにあたって、①被告は、本件区間における暗渠化にあたって、水利工事技術を駆使して (wasserbautechnisch) 被害を可能な限り軽減するよう尽力しなければならぬこと、②その際、被告は、洪水防止の要請も考慮しなければならないこと、③それゆえ、被告は、①のあるべき整備基準につき、水利工事技術上望ましくかつ財政上負担しうる限りで、本件区間の整備基準にかんし必要に応じて変更を加えることができることを考慮すべきであると判示した。

規格設定は、通常、W H G 三一条一項により、水体の整備にかんする計画確定裁決において具体的に示される。そして、その規格設定の適否は、計画裁量に対する統制法の一つである比較衡量要請 (Abwägungsgebot) の問題である。⁽³⁸⁾ その際考慮すべき事項について、【6】では、水利工事の技術水準、財政上の負担、そして、洪水防止の要請を挙げる。つぎに、この洪水防止の要請では、いかなる事項が考慮されるべきかを明確にする必要がある。

【7】被告市の公共下水道路であるM川が、二日に渡る豪雨により生じた急激な増水を迅速に流下しえず、原告事業地所に氾濫し、かなりの損害が生じた。原告はその損害の賠償を求めたが、原審は、一年算定降水量（一ヘクタールあたり毎秒一三五リットルの降雨が一五分間続いたもの）を流下しうるよう設計されていさえすればよかつたと推定し、請求を棄却したが、B G H は、およそつぎのように判示し、差し戻した。⁽³⁹⁾

原審は、導管が敷設された市の排水路の規格設定では、河川の整備・保存義務の射程にかんする問題も重要であり、水路に隣接する者の利益となる措置も重要であるから、必要な容量とその容量から判明する横断面を究明する際は、地域の状況も考慮すべきである。しかも、かなり短期間に二度集中豪雨が発生し、原告の被害が発生したという事情

を十分考慮する必要がある。必要な排水路の横断面を究明する際、気象統計から判明する降雨量とその他の滞留水および流水の量、さらに、河川流域の事情、すなわち、河川の機能、貫流地域における流れ方および特性並びに標高(Höhenniveau)、水の流動(Wasserführung)を顧慮すべきである。防止措置の実現可能性とそのコストに応じて、水の秩序ある流下のために既に講じられた措置と将来的見通しをもった広範な事前措置が持つ効果とを、危惧される損害の程度とその蓋然性にかんすると同様に熟慮する必要がある。また、原告の地所にあるM川は、宅地を貫流しているから、被告市の高度化された義務を考慮しなければならず、加えて、M川は市の下水路として利用されているため、豪雨の際はまさに、その目的に即して多量の水を流下しなければならない。隣接住民は、河川に接している自己の土地について頻繁な氾濫を受忍しているとき、十分保護されているとはいえない。そして、危険防止のため認められうる必要な措置を顧慮したうえで、原告の土地での現実的な氾濫防止可能性、被告の財政上の負担能力、および、ゲマインデの全体計画を考慮した防止措置の期待可能性も、重要である。また、原告の主張によれば、この措置は、本件豪雨に類似したその後の豪雨があった際、原告の主張によれば氾濫を防止したとされる、本件氾濫後被告が実際に講じた措置も、考慮の対象に取り入れるべきである。

【6】【7】双方とも、【2】で示された「財政上期待可能な事前措置」であれば足り、経験上非常に長期の間隔において生じうる天災的百年現象をも考慮して規格設定をする必要はないとしている。⁽⁴⁰⁾ 規格設定にとって決定的な考慮要素は、具体的事案における経済的事情、技術水準、そして、地域の地形等である。また、規格設定にとって重要な流出量の確定については、防禦措置の実施可能性とその経済性と共に、地域的事情、とりわけ、地域の標高および水の流動、懸念される損害の蓋然性と程度等を総合考慮しなければならぬとされている。これら事情は、流出量の確定にあたっての予測決定(Prognoseentscheidungen)の問題でもある。⁽⁴¹⁾ このような事情を総合的に考慮して確定され

た流出量は、通常の流下能力以上のものであることを必要とする特段の事情がなければ、変更しなくとも義務違反とはならないとされている。⁽⁴²⁾このように、諸般の事情を総合考慮し、いったん確定された流出量については特段の事情がない限り変更せずとも義務違反は生じないと判示する点は、わがくにの水害訴訟でもみられるところである。

4 小括

ドイツでは、水体の保存作用に基づく損害については、監督権限の行使にかかわる場合を除き、私法上の不法行為責任の対象となり、生活配慮の領域に属する水体の整備のそれについては、職務責任の対象となる。また、水体の保存と道路通行安全確保とはほぼ同様の性質を有する。しかし、水体の整備は、もともと氾濫による被害発生危険を是らんだ水体を、徐々に安全な形状をもつ水体へと形成する作用であるが、道路通行の安全確保は、自然界に存在しないものを作り出すことから、危険責任的発想のもと、可能な限り危険のないよう道路を設置しまたは維持する作用である。このような点は、大東水害訴訟最高裁判決⁽⁴³⁾にみられるようなわがくにおける裁判例とさほど相違しない。しかし、ドイツにおいては、【3】の落石事故の場合のように、道路通行安全確保義務違反の存否の限界事例では、合理的な通行者が期待しうる安全性を要するから、資源配分の限界を考慮し、費用便益分析を用いて、財政上の制約が説かれる。高知落石事故訴訟最高裁判決⁽⁴⁴⁾における、「予算措置に困却するであろうことは推察できるが、それにより直ちに……賠償責任を免れうるものと考えすることはできない」とする判示部分とはかなり相違する。わがくにおける瑕疵責任が危険責任を基底とし、無過失責任として位置づけられていることと、ドイツにおける危険責任的発想に近い道路通行安全確保義務違反を争う私法上の不法行為責任が過失責任のもとで説かれていることとの相違が、ここに現れているといえる。これに対し、水害の場合は【2】が確固たる先例として、その後の裁判例に影響を及ぼし、

「財政上期待可能な事前措置」を講じていれば、整備義務違反は生じないと判断していることにみられるよう、わがくにおける財政上の制約による瑕疵責任の否定論と類似している。しかし、三で分析するように、WHG三一条一項に基づき、整備計画の確定に際し、他人の権利に対する不利益な影響を避ける施設と共に、それによっても防止しえないまたは防止するためには過度な負担を要する場合に、損害の調整 (Ausgleich von Schäden) が図られる。このような制度上の大きな相違を無視して、ドイツの状況とわがくにのそれとを同列に扱うことはできない。

わがくには計画高水位の設定が工事実施基本計画でなされ、その基準値が改修後の形状を決定する。そして、この計画高水位の適否が水害訴訟で争われることも多い。⁽⁴⁵⁾ ドイツでは、水利大綱計画を考慮したゲマインデなどの水利計画あるいは水体整備計画上の規格設定基準値の適否の判断においても、財政上の制約がかなりの比重を占めている。

【6】【7】 いずれも、計画裁量の統制原理である比較衡量要請の問題であり、水体隣接者の財産権等を保護するという洪水防止の要請があるため、とりわけ地域的な事情を考慮して判断すべきであるとする。ドイツにおける氾濫被害の賠償責任では、違法性とともな有責性も問題となり、さらに職務責任では責任制限・排除規定が問題となる。それゆえ、わがくにおける危険責任を基底とする瑕疵責任との相違が強調されなければならない。そして、つぎの三において分析する補償による氾濫被害の補填方法と一体的に把握して初めて、ドイツにおける氾濫被害にたいする賠償という補填方法の位置づけとわがくにの問題状況とが明確化されるといえる。

(1) この区別の基準は、三で分析する取用的侵害・取用類似侵害に基づく補償の対象となるのか、あるいは、私法上の犠牲補償の対象となるのかの区別のメルクマールでもある。

(2) ドイツ水管理法制について、とりわけ、本稿で分析対象となる水体の保存および整備についての邦語文献としては、ヴェストホッフ著(板橋郁夫訳)『ドイツ水法概論』(一九七一年)がある。

- (c) Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz - WHG) vom 27. 7. 1957 i. d. F. der Bekanntmachung vom 23. 9. 1986 (BGBl. I S. 1529), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. 2. 1990 (BGBl. I S. 205) 及び WHG 第 6 条第 5 号に基いて行われる大綱的的法律 (Rahmengesetz) によるため、以下に示す場合、必要に応じて、各本条の不法 (Wassergesetz) をも参照しよう。
- (4) Vgl. Giesecke/Wiedemann/Czychowksi, Wasserhaushaltsgesetz, 6. Aufl. (1992), §28 Rdnr. 18.; Breuer, Öffentliches und privates Wasserrecht, 2. Aufl. (1987), Rdnr. 644
- (5) Vgl. Giesecke/Wiedemann/Czychowksi, (Fußnote(4)), §31 Rdnr. 9.
- (6) BGH, Urteil v. 13. 2. 1964 (VersR 1964, 534 [535]). 【一】以前にも、下水管の閉塞のため生じた汚染水の逆流によって農地の被害が生じた事案において、公法上の除去義務 (公共水体の維持・除去義務) を有責に懈怠したため水流の阻害 (Hemmung) が生じたとき、BGH 八三三一条一項に從いて、除去義務者であるプロントザインマンはその責を負うとした判決がある [BGH, Urteil v. 17. 5. 1961 (VersR 1961, 728)].
- (7) Das brennisches Gesetz über dem Ausbau öffentlicher Fische vom 17. 7. 1931 (GBl. S. 189).
- (8) BGH, Urteil v. 27. 1. 1967 (MDR 1967, 827) この判決では、雨水排水管の過剰滞留につき、「プロイセン水法一一四条に基づく保存義務は、放流水 (Vorlauf) の維持を包含し、それゆえ、その放流にあたって、同管渠の収容力を、可能なかぎり秩序ある流出状態で維持する」べきであるから、本件滞留による雨水管渠の閉塞状態は許されず、保存義務違反によって生じた土地の氾濫被害は、BGH 八三三一条一項の意味での違法であると判示した。プロイセン水法 [Das preussische Wassergesetz vom 7. 4. 1913 (GS S. 53)] 一一三一条一項によれば、水流およびその沿岸の保存は公法上の義務であるが、一一五条三項および四項では、三級水流および人工水流は、水流所有者または沿岸地所有者がその保存義務を負う。この判決は、これら双方の規定の調和を図ろうとしたものと見える。
- (9) Wassergesetz für Nordrhein-Westfalen vom 2. 5. 1962 (GV. NW. S. 325) Vgl. §846.50.
- (10) OLG Dusseldorf, Urteil v. 17. 4. 1969 (ZfW 1971, 54) しかして、【2】をこけて、最近の例 [LG Aachen, Urteil v. 14. 3. 1990 (VersR 1992, 241)] では、水体の整備は洪水防止措置であるから職務責任の対象であり、水体の保存義務の不履行・不完全履行は私法上の不法行為責任の対象であると判断している。
- (11) この点に関連して問題となるのは、道路通行の安全確保がラント法によって「公法上の任務」と位置づけられているために、この義務違反については職務責任の対象であるという議論が旧来からなされている点である。公道の場合には、道路管理者がこの義務が向けられているため、道路通行安全確保義務は職務責任の対象であるとする学説が有力に唱えられている (vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1, 10. Aufl. (1973), S. 389ff.; Dağoglu, Die Staatshaftung Sonderausgabe aus dem Bonner Kommentar, 1971, Rdnr. 134ff.; Papier, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. III, 2. Halbband, 2. Aufl. (1986), §839 Rdnr. 151ff.; Osenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl. (1991), S. 27ff.)。こ

かし、これに対し、水体の保存義務は、水体所有者や沿岸住民にも向けられている点で相違することに注意を要する。

(12) BGH, Urteil v. 1. 6. 1970 (BGHZ 54, 165 = ZfW 1971, 45 [46f]).

(13) Vgl. Gieseke/Wiedemann/Czychowski, (Fußnote(4)), §28 Rdmrn. 59f; Breuer, (Fußnote(4)), Rdmrn. 767, 774 und 777.

(14) Salzwedel, in: Erichsen/Martens, Allg. VerwR, 9. Aufl. (1992), §47 Rdnr. 20.

(15) この「限定された内容」についての明示の説示はないが、水体の保存とは、整備後の状態を維持することも包含し、秩序ある「現状 (status quo)」の維持である (vgl. Kippels, Wasserrecht, in: Keteeler/Kippels, Umweltrecht, 1988, S. 131)。それゆえ、私人の新たな権利変動を伴わないため、私法上の不法行為責任の対象となる。これに対し、水体の整備は、新たな水体の形状を創造する作用であるから、私人の重大な権利変動を伴い、かつ、その内容はその時々に応じてかなり広範に及ぶから職務責任の対象となり、責任制限・排除規定も適用されうることになる。

(16) Salzwedel, Rechtsfragen zum Hochwasserschutz und zur Gewässerunterhaltung, ZfW 1971, 1 [6f]。ギルンヴェル教授は、「このような区分に先立ち、このことを指摘している。高権的作為 (hoheitliches Tun) と国庫的不作為 (fiskalisches Unterlassen) との区別は困難であるが、まず、出発点は、自然によって与えられている地理的状況であり、その地理的状況が自然的洪水の危険 (das natürliche Hochwasserrisiko) を決定する。この自然的洪水の危険は、自然を改造することによって影響を受ける。流水は、増大する建設、排水施設および下水道により、広範囲にわたって変更される。計画確定手続を前提とする水体の整備により、あらたな放流関係 (Vorflutverhältnisse) が形成される。これらフアクターから、整備および保存にとって常に決定的な「通常の水状態は、「通常の」洪水の危険を伴っていると推測される」と。同教授の基本的な構想は、道路通行安全確保義務違反から生ずる責任が職務責任か私法上の不法行為責任かの区別から導かれている。

(17) 【2】では、原告が土地所有者ではなく、借地人であるため、BGB 839条一項の「第三者に対して負う義務」の存否も争点となった。当局者側は、この義務は借地人に対して存在しないと主張した (vgl. Witzel, Haben Grundstückspächter Ersatzansprüche bei Schaden infolge eines Gewässerbaus?, ZfW 1963, 230 [231])。この点に関連し、「Kaiser/Linckelmann/Scheiberger, Wasserverbandsverordnung, 3. Aufl. (1967), §8 Anm. 3b (S. 109) 以下、水利・土地利用組合法 (Erst-Verordnung über Wasser- und Bodenverbände v. 3. 9. 1937 (RGBl. I S. 933) geändert durch Verordnung v. 29. 4. 1941 (RGBl. I S. 224)) 九六条以下の規制権限の行使に際し第三者 (非組合員) に対して負う義務の違反がある場合には職務責任を問うる旨解説されている。BGHは、このことから被告組合の権限が非組合員である借地人に対しても一定程度及びうると判示し、加えて、「被告組合の任務は同組合区域における洪水の防止であるが、その任務は、一般公衆の保護に役立つのみならず、洪水によって財産および生命を危殆化される個々の市民を保護する目的もある」から、一定の非組合員もBGB 839条一項にいう「第三者」にあたる」と判断した。

(18) Vgl. Gieseke/Wiedemann/Czychowski, (Fußnote(4)), §28 Rdnr. 55; Papier, Recht der öffentlichen Sachen, 2 Aufl. (1984), S. 60ff; Breuer,

- (Fubnote (4)), Rdnr. 767.
- (19) したがって、この批判は、vgl. Salzwedel in von Münch, Bes. Verw.R. 8. Aufl. (1988), S. 768, und dets. Gedanken zur Fortentwicklung des Rechts der öffentlichen Sachen, DOV 1963, 241 [243].
- (20) Geseke/Wiedemann/Czychowski, (Fubnote (4)), §28 Rdnr. 62, und §29 Rdnr. 39.
- (21) Vgl. Papier, (Fubnote (11)), §839 Rdnrn. 123–131, Ossenbuhl, (Fubnote (11)), S. 24–27.
- (22) この道路通行安全確保義務は公法上の義務であるから、職務責任の対象であるとの主張が行政法学者からなされている（前注(10)の各文献）。そして、氾濫被害の賠償との関連でいえば、道路脇の側溝で雪が凍結し、水の流下を阻害したため氾濫被害が生じた事案において、道路管理者の公法上の道路通行安全確保義務違反を職務責任の対象とし、同時にその側溝が二級水体であったため、水体保存者の保存義務違反を私法上の不法行為責任の対象として、賠償を認めた事案がある(BGH, Urteil v. 17. 3. 1983 (ZfW 1984, 217 = VersR 1983, 639))。
- (23) Vgl. BGH, Urteil v. 30. 4. 1953 (BGHZ 9, 373 [376ff]).
- (24) したがって、学説も支持する。Vgl. Geseke/Wiedemann/Czychowski, (Fubnote(4)), §28 Rdnr. 61.
- (25) 関連して注意を要するのは、【2】では、道路事故、とりわけ、道路建設時の瑕疵、路面の良好な状態の維持や道路凍結時の滑り止め剤の散布にかかわる事故の場合、作爲または不作為の結果として秩序ある道路状態にないときは、一応の証明 (Beweis des ersten Anscheins) の原則がはたらくが、氾濫被害の場合には、洪水防止が洪水の危険の防禦または除去という困難かつ複雑な任務であるから、そのような措置に起因して生じた損害は典型的な事象の流れの中になく、一応の証明の原則ははたらかないと判断してゐる点である (vgl. LM §839 (Cb) BGB Nr. 14 mit Ann von Kretz.)。しかし、道路事故の場合において、【3】のような落石事故の場合には、【2】と同様の思考方法がとられる。
- (26) BGH, Urteil v. 16. 10. 1967 (DVBbl. 1968, 336 = VersR 1967, 1196).
- (27) この点は、わがくにの高知落石事故訴訟最高裁判決（最判昭和四五年八月二〇日民集二四卷九号二二六八頁）などと大きく相違する。拙稿「災害と国家賠償法二条の瑕疵責任（二）」早大法研論集六五号八八頁以下参照。
- (28) 【e】は、物損につき賠償を求めた事案であるが、これが人損、とくに死亡事故の場合に、同内容の判決になつてゐたかは微妙である。なぜなら、死亡事故の場合につき、たとえば、RG, Urteil v. 27. 9. 1943 (DR 1944, 111) では、農夫が洪水を観察するために橋の上にとつた橋が崩壊し死亡したため、遺族が埋葬の費用等の賠償をラントに求めた事案につきライヒ最高裁判所はつぎのように判示している。「道路建設義務者の通行安全確保義務は、一般に、安全な利用を可能にする道路の性状において通路を維持することを含む。自然力による危険に対する道路の安全確保は、通行安全確保義務に属する。自然力による路面の破損を防止する措置を講ずることのみならず、落石や雪崩のような自然現象に対する道路上の通行を保護する措置を講ずることも、通行安全確保義務に含まれる。公共の通行のために道路を開設する者は、公共の通行に

供する(こと)で、その性状に応じて道路自体に危険がないことのみならず、道路上の通行にも危険がないことを明らかにする。この道路の安全性が……一時的に保障されない場合には、道路上の通行を中止すべきである。」「洪水の危険があるため歩哨を置いたり警告看板を設置することややむを得ない場合に橋の通行を遮断することは、……建設義務を負う地区がメインテの管轄事項である。」「3」では、落石原因の詳細は不明だが、かりに豪雨中ならしその直後であれば、通行遮断措置等を講ずべき義務があったと判断しうる余地もあったといえる。

- (23) Vgl. Salzwedel, (Fußnote (16)), ZfW 1971, 1 [9ff]
- (24) OLG Koblenz, Urteil v 20 5 1987 (ZfW 1988, 246)
- (25) OLG Koblenz, Urteil v 13 5 1987 (ZfW 1988, 245) Vgl. OLG München, Urteil v 16 1 1992 (VersR 1993, 320).
- (26) BGH, Urteil v. 19. 6. 1972 (VersR 1972, 980).
- (27) BGH, Urteil v. 17. 1. 1985 (NVWZ 1986, 76 = VersR 1985, 492 = ZfW 1985, 167).
- (28) OLG Karlsruhe, Urteil v 13 3 1974 (VersR 1975, 59)
- (29) OLG Celle, Urteil v 19. 5. 1987 (VersR 1989, 484).
- (30) 三年、五年、一〇年、五〇年、百年現象とらった流出量は、国土整備計画とともにその下位の対外的法効果のないWHG三六条の水利大綱計画 (Wasserwirtschaftliche Rahmenpläne) と整合性をめつてメインテの水利計画等たよって規律される (vgl. Breuer, Wasserrecht, in: Handbuch für die öffentliche Verwaltung, Band II, 1984, Rdnr. 95, Gesecke/Wiedemann/Czychowski, (Fußnote(4)), §36 Rdnrn. 3a und 6ff.)。)
- (31) BGH, Urteil v 28 1 1982 (LM §839 (F) BGB Nr. 66 = VersR 1982, 437)
- (32) Vgl. Bender/Sparwasser, Umweltrecht, 2. Aufl. (1990), Rdnr. 184; Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Aufl. (1999), §74 Rdnr. 22 [6] [7] 以後の点だが、連邦行政裁判所は、規格設定 たよって、各港の滑走路の長さ (BverwG, Urteil v. 30. 5. 1984, E. 69, 257 [271ff]; v. 5. 12 1986, E. 75, 214 [237ff]) と土地の経済的活用を図るための道路の線引き (BverwG, Urteil v 22 3 1985, E. 71, 166 [172]) とよって、部門計画の策定にかんする法律の設定目標に合致しているか否かを問題とする計画正当化 (Planrechtfertigung) とはなへ、比較衡量上の瑕疵のため過大な規格が設定されたかという比較衡量要請の問題である (本稿で挙げた事案は、逆に、過小な規格が設定されたかが争点となつてゐる)。比較衡量要請遵守の基準内容としては、比較衡量が実施されているか、案件にかんする諸般の事情から判断して、比較衡量の素材とるべきならなければならないなら利益 (Belange) のすべてが実際の比較衡量に取り入れられているか、そして、具体的な計画事業によつて影響を受ける公益および私益の意義 (Bedeutung) が誤つて認識されず、かつ公益と私益との調整 (Ausgleich) が個々の利益の客観的な重要度 (Gewichtigkeit) に相応つた (auber Verhältnis) と、③に述べた (BVerwGE 34, 301 [309]; vgl. Breuer, (Fußnote (4)), Rdnr. 697; Gesecke/Wiedemann/Czychowski, (Fußnote (4)), §31 Rdnrn. 63c, 63d)。) の比較衡量要請の全体像とかならず邦語文献とよって、たよ

えば、芝池義一「西ドイツ裁判例における計画裁量の規制原理」法学論叢一〇巻五号（一九七九年）一頁以下、宮田三郎「行政計画法」（一九八四年）一一六頁以下、田村達久「比較衡量要請の一考察」早大法研論集六〇号（一九九一年）一七三頁参照。

(39) BGH, Urteil v. 27. 1. 1983 (DVBl.1983, 1055). Vgl. BGH, Urteil v. 5. 10. 1989 (BGHZ 109, 8) und Urteil v. 11. 10. 1990 [BGHR, BGB §839 Abs. 1 Satz 1 (Hochwasserschutz 1)].

(40) なお、この規格設定とは別に、監督権限の不行使に対する職務責任を争った事案がある。豪雨後、河川の暗渠化部分（以前は木製の橋が架かっていたが、戦後その部分が暗渠化された）を多量の水が疎通せず、溢水して原告らの土地および家屋に被害が生じ、その賠償をバイエルン等に求めた事案において、バイエルン最高裁判所は、流水の疎通阻害をもたらす状況を除去する監督権限の行使義務を認め、つぎのように判示して原審に差し戻した [BayObLG, Urteil v. 9. 10. 1988 (ZfWR 1990, 482)]。原審は、一九八三年前数十年間、本件のような洪水は生じていなかったことから、被告の過失を否定したが、本件洪水が統計上百年に一回しか生じないのかにかんする認定が不十分であるとともに、バイエルン水法 [Bayerisches Wassergesetz i. d. F. vom 3. 2. 1988 (GVBl. S. 33)] 六一条は、明文で百年洪水の安全な流下について規定しているわけではないが、「被害を生ずる異常な洪水は純粹に時間的にみれば頻繁に生じており、局地的なこの種の現象については、再三、さまざまな場所で被害が生じている」から、百年洪水の安全な流下を確保する措置を講ずべきであったと判示した。百年洪水より頻度の低い洪水は、通常、予見可能性が否定される。規格設定の適否においては、「百年洪水」が職務義務違反の存否の判断基準となりうるのに対し、本件では、過失—とくに予見可能性—の存否の判断基準として注目される。

(41) 予測決定は、事前の精確な判断を回避した、将来における現象の発生 (Eintritt eines Ereignisses) あるいは事態の展開 (Entwicklung eines Sachverhalts) にかんする蓋然性判断である (Schmidt-Abmann, Art. 19 Abs. IV GG, nr. Maunz/Durig, Kommentar zum GG, Lfg. 24 Januar 1985, Rdnr. 198)。この予測決定にあたって、行政庁は、利害関係などその決定にとって本質的な観点を注意深く探索しなければならない。また、その決定が予期すべき将来の展開などの予測に基づいている限り、裁判所は、行政庁が適切なメータや数値などを根拠としているか、学問的に支持しうる方法が用いられたかどうかのみを原則として審査しうる (Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, 5. Aufl. (1991), §40 Rdnr. 47)。水体の整備に「つづえは、所与の状況に基づき、および、具体的な認定事実に基づく予測の枠内」、損害発生の可能性が否定しえないときに初めて、水体整備の結果、他者の権利を危殆化すると同評価される (Breuer, Fußnote (4), Rdnr. 702)。この予測にかんする裁量ならし査定裁量 (Einschätzungsermessens) は、計画裁量と相互に関連する。それゆえ、その統制方法も、比較衡量要請と重複ないし一致してなされる (vgl. Schmidt-Abmann, a. a. O., Rdnr. 199; Kopp, a. a. O., §40 Rdnr. 43ff.; Sachs, nr. Stelkens/Bonk/Sachs, Fußnote (40)), §40 Rdnr. 108ff.)。なお、この点にかんする詳細は、別稿を検討した。

(42) Vgl. BGH, (Nichtannahme) Beschl. v. 22. 9. 1988 (BGHR, GG vor Art. 1/entgeltungsgleicher Eingriff (Hochwasserschutz 1), 54) の規格

設定の適否は、取用類似侵害に基づく補償請求の場合でも、それが違法性を要件とするため、請求認否の判断要素となりうる。

(43) 最判昭和五九年一月二六日民集三八卷一五号五三頁。

(44) 最判昭和四五年八月二〇日民集二四卷九号二二六八頁。

(45) たとえば、宇美川水害訴訟(福岡地判昭和五七年一月一九日判タ四八四号二一六頁) および水場川水害訴訟(名古屋地判平成三年七月一九日判タ七六号九六頁)がある。

三 無過失責任における氾濫被害の補填について

氾濫被害の補填法として、二の損害賠償の他に、取用類似侵害または取用的侵害に基づく補償(以下、双方を指す場合には、取用法的補償と記す)と私法上の犠牲補償がある。氾濫被害の補填は、近年、取用法的補償の対象としてとりあげられている⁽¹⁾。わがくにの water 訴訟では、無過失責任としての瑕疵責任で追及されているから、ここでとりあげる各種補償との関係を詳細に分析する必要がある。ただし、わがくにの国家賠償法二条における要件とそれら補償の成立要件とがかなり相違することにも注意を要する⁽²⁾。しかしながら、たとえば、取用法的補償の対象となる被侵害利益とは異なるものの、瑕疵責任にかんする大阪空港訴訟最高裁大法廷判決の論旨⁽³⁾にもみられるよう、犠牲補償的思考を双方が共通の基盤としていることも注目される。さらに、ドイツにおける氾濫被害の補填法では、相隣法の観点⁽⁴⁾がかなりとりいれられている。これらを合わせて考えるとき、わがくににおける「瑕疵」の解釈にも、かなり有用な示唆が得られるものと思われる。したがって、まず、1では、取用法的補償と相隣法との関係について論じる。水相隣法(Wassernachbarrecht)上の自然流水の流下を阻害した場合には違法と評価されるから、主として、取用類似侵害に基づく補償請求権が問題となる。2では、WHG三一条二項が水体の整備にかんする計画確定裁決の際に「損害の調整(Ausgleich von Schäden)」の定めをなすこととしており、それと関連して取用的侵害に基づく補償を主に

分析する。また、いわゆる状況拘束性や自然的立地条件と氾濫被害の補填法との関連を分析する際、重要となる犠牲の限界―受忍限度について、B G Hの判決を分析する。

1 収用法的補償と相隣法

まず、氾濫被害とは直接に関係しないが、道路工事等から生ずるイミシオンによる被害がいかに補填されるかを分析する必要がある。なぜなら、氾濫被害でも、後に分析するように、それと同様の考え方が妥当するからである。⁽⁴⁾

【1】道路工事による埃などのため収穫作業に要した余分な出費等に対し、農場の賃借人である原告が、被告連邦に補償を求めた事案において、B G Hは、相隣法における私法上の犠牲補償請求権と公法上の収用法的補償請求権との関連について、およそつぎのように判示している。⁽⁵⁾

私法上の犠牲補償請求権が生ずるのは、私経済的利用の枠内で、ある土地から他の土地に悪影響（Einwirkungen）が生じ、その悪影響が、非本質的（unwesentlich）ではなくしかも妨害地の利用が場所的慣行ではないためB G B九〇六条の規定に基づく土地所有者の無補償での受忍の程度を越えるが、その悪影響に対するB G B一〇〇四条に基づく妨害排除請求権が否定される場合である。これに対し、本件のようなイミシオン事案において公法上の収用法的補償請求権が生ずるのは、「高権主体による違法または適法な侵害によって財産権が侵害され、それによって権利者に、公衆のため、他者に期待されない特別の犠牲が課される場合である」。

同時に、収用法的補償請求権も、「さまざまにイミシオンが、種類および程度に応じて、B G B九〇六条に従って財産権者に期待される無補償の限度を越えることが必要である」。「これら双方の請求権の基本的な相違は、前者の請求権が土地の私経済的利用によって悪影響が生じた場合にのみ問題となるが、高権主体による侵害に基

づく悪影響の場合には、収用的侵害・収用類似侵害に基づく請求権が問題となる」ことである。

私法においては、BGB八二三条以下におけるよう、原則として、損害の惹起が違法な侵害に基づく場合にのみ賠償されるが、例外的に第三者の財産権を適法に侵害した場合にも、その補填について請求権が生じうる。それが、特別の犠牲に基づく私法上の一般的犠牲補償請求権である。その根源は、プロイセン一般ラント法序章七四・七五条であり、それに基づく、「権利保有者は、多くの他者の利益または公益のため個別的に侵害を受忍しなければならぬ」場合は、それによつて生ずる損害の賠償の調整を、公法においては補償を求めることができる」という慣習法(Gewohnheitsrecht)として、現在でも妥当している。⁽⁶⁾その原理を具体的に反映したものが、BGB九〇四条等の相隣法規定である。そして、これに対応するものは、公法では、収用法的補償請求権である。⁽⁷⁾⁽⁸⁾

BGB九〇六条における「悪影響(Einwirkungen)」には、**[3]**でみるとおり、各ラント法に基づく自然流水の流下阻害による隣地への悪影響(氾濫)が含まれる。⁽⁹⁾いずれにせよ、損害賠償請求の場合は、財政上の制約がその責任の成否を左右するが、補償請求の場合には、それが財政制約を踏まえたうえのものであるため責任否定事由としてその制約が考慮の対象とはならない点に注意を要する。氾濫被害では、通常、収用類似侵害に基づく補償請求権の存否が問題となるが、まずは私法上の犠牲補償請求について論じた裁判例から分析する。

[2]洪水防止用の堤防ではなく、後背地での建設工事の保護を目的とした暫定施設である盛土(Damm)がE川の氾濫などで浸食され、浸食の結果発生した石や土砂などの流入のため果樹園に生じた損害の賠償を被告市に求めた事案につき、BGHはつぎのように判示し、原審に差戻した。⁽¹⁰⁾

「たしかに、危険防止に必要な限りで、やむを得ない場合には、高額な費用の支出も受忍されるべきだが、他方で、諸般の事情を考慮し、期待を越える程度の措置は要求されない。……BGB八三六条には、一般的法思考、

すなわち、何人も他者の利益を正当に顧慮することで損害を防止しなければならなかったという限りで、自己の物から生じた損害につき経済的責任を負わなければならないという法思考が表されている」。その正当な顧慮にあたって、被侵害法益、すなわち、生命・身体への侵害かあるいは財産権の侵害のみが重要になる。本件では、財産権侵害のみが問題である。そして、既に被告は本件盛土部分に築堤する旨計画していたから、本件氾濫前に高額な費用を投じて築堤することは期待しえない。それゆえ、費用が高額にのぼる場合には、被告が事前措置を講じなかった点に違法はないから、B G B 八三六条に基づく請求は否定せざるをえない。しかし、B G B 九〇六条一項の悪影響に本件果樹園に流れ込んだ石による悪影響が包含されるならば、その悪影響は原告が受忍しなければならぬから、同条二項の金銭による相当な調整の対象となる。また、B G B 九〇六条の適用がないとしても、原告がB G B 九〇八条（危険防止措置の実施請求権）に基づく除去請求権を断念せざるをえないから、他者の利益のため犠牲を余儀なくされる者は、私法上の犠牲補償法（das bürgerlich-rechtliche Aufopferungsrecht）の基本思想に基づき、利益を得た者からの金銭による調整を受けるべきである。

【2】は、私法上の犠牲補償の観点から、氾濫被害の補償を事実上認めた事案である。【2】では、築堤が既に予定されており、本件氾濫前に高額な費用を投じて氾濫を防止しなかったことに違法はないが、発生した被害は私法上の犠牲補償の対象となりうると判断した。【2】の特色は、本件盛土の設置または保存作用に基づく氾濫被害、すなわち、一般には水の流入による氾濫被害自体にたいしB G B 九〇六条の適用がないため、盛土を構成していた石等による被害をB G B 九〇六条またはB G B 九〇八条を根拠として補填しようとした点にある。問題となる作用が、高権的な場合には、この私法上の犠牲補償請求権は排除される¹²⁾。それゆえ、つぎに、公法上の、収用類似侵害に基づく補償請求権の存否について論じた裁判例を分析する必要がある。

【3】豪雨の際、ダムによる水の堰き止めによって、自己の土地からの水の流出が阻害され、かつ、ダムの水が地下水として土地に流入したため氾濫が生じた事案では、B G Hはつぎのように判示している¹³⁾。

「当裁判所はその判決で、つぎのような場合であつても、収用類似侵害に基づく補償請求権を認めた。すなわち、……相隣法的請求権を生ぜしめる場合であつて、付加的な高権的措置 (eine hinzunehmende hoheitliche Maßnahme) の結果、被害者の土地に悪影響が生じた場合である。その場合、収用類似侵害に基づく補償請求権は、とりわけ、私法上の犠牲補償請求権の形で考慮される私法上の請求権に代つて生ずる。双方の請求権の要件は、本質的に同一である」。そして、その被害が補填されるのは、一定の犠牲の限界を越えたときに限る。私法上の犠牲補償請求権は、侵害に対する相当な調整を保障するが、それは、公衆の利益と利害関係人の利益とを公正に衡量して補償の額を決定する点でも、収用に基づく補償請求権に対応する。一般的、とくに収用法にとつて妥当する法思考、すなわち、被害者たる土地所有者は、損害の発生を防除するために他人が何らかの行為をすれば被害が回避しえたとき、軽微な不利益を受忍しなければならないという法思考があてはまる。

【3】では、【1】を援用し、高権的措置に基づく氾濫被害であつても、相隣法に基づく私法上の犠牲補償と同様の判断方法をもつて、収用法的補償請求権を肯定したところにその意義がある。また、【2】では河川等からの流入水の作用による被害の補填方法が問題となつたが、【3】では自然流水の流下が阻害されたことによる被害の補填方法が問題となつている。ここで注意を要するのは、【3】では、ニードーザクセン水法に自然流水の流下 (Abfluss des wild abfließenden Wassers) 阻害の禁止にかんする規定など水相隣法規定がなかったため、B G HがB G B九〇九条 (隣地に悪影響を及ぼす穿掘の禁止) および一〇〇四条 (妨害排除・不作為請求権) の規定に基づいて被害を受けた土地所有者は保護されると判示していることである。さらに、「軽微な不利益」については受忍しなければなら

ない旨を判示しているが、この犠牲の限界にかんしては、後に分析する。

つぎに、堤防や河川が直接かかわらずに氾濫被害が生じた場合について【4】【5】で分析する。わがくにでも、道路または住宅地の整備が氾濫を惹起ないし激化したことを争点とする裁判例があるからである。⁽¹⁵⁾

【4】道路の整備（路体変更）の際、不十分な排水施設が設置されたため、地表水の流下が阻害され、被害を受けた原告が、収用類似侵害に基づく補償を求めた事案において、BGHはつぎのように判示している。⁽¹⁶⁾

「原告所有地への侵害はつぎの事情の中に認められる。すなわち、被告が不十分な排水施設しか備えていない連邦道一号線の最深部での路体変更（Verlegung）による道路整備の過程で、ノルトライン・ヴェストファールン水法七八条一項一文⁽¹⁷⁾に違反して、したがって、違法に、原告の事業地所に嵐の際氾濫をもたらすという悪影響を及ぼしたという事情である。この規定によれば、自然流水の流下については、深部の土地に悪影響を及ぼすような人工的変更が許されない。この規定内容は、公的主体によっても遵守されるべきである。本件整備以前には、豪雨の際、水は道路を越えてさらに西側に流れていたにもかかわらず、……路体変更⁽¹⁸⁾に設置の瑕疵がありそのため排水管から溢水し多量の水が原告の事業地所に流入し、同所地階に氾濫した」。「被告の高権的措置によつて、原告の保護されるべき法的地位、すなわち、その財産権は、直接侵害された。たしかに、豪雨が生じ、それと共に事業地所へ氾濫し、その結果、被害が生じたものである。しかし、連邦道の整備およびそれと関連した同道路の最深部での路体変更は、道路の排水システム全体と密接な係わりをもつ。したがって、本件氾濫は、本件高権的措置とは『なんら係わりなく（ganz ausserhalb）』生じた現象であるとはいえない」。

また、【5】十分な下水管への雨水枘が設置されていない道路から雨水が流入し、三〇から四〇センチの深さまで水が浸水したことによつて生じた氾濫被害の補償を求めた事案では、BGHは、補償義務を生ずる要件事実、ゲマ

インデの土地から他者の土地へ生じしかも水相隣法に基づき無補償で受忍しなければならない程度を越えない悪影響の場合には、考慮対象とならないと述べ、つぎのように判示している。⁽¹⁸⁾ヘッセン相隣法二一条二項に違反し、したがって、違法に、原告所有地への自然流水の流量を増大したときは、収用類似侵害の原理に基づく責任が考慮対象となるが、被告が本件雨水による氾濫を相隣法上の規定に違反せずに惹起した場合には、収用類似侵害に基づく補償請求は排除される、と。⁽¹⁹⁾【4】【5】では、収用類似侵害に基づく補償請求権の要件である違法性が、相隣法規定に違反する場合も含むこと、またそれに違反しなければ、収用類似侵害に基づく補償は否定されることを明言している。相隣法上の規定は、GG一四一条二文における内容・制限規定 (Inhalts- und Schrankenbestimmung) に属するか
ら、氾濫被害は、軽微である場合など水相隣法に基づき土地所有者が無補償で受忍しなければならない程度の場合を除き、⁽²⁰⁾収用法的補償の対象となりうる。

右のように、ドイツにおける氾濫被害は、私法上の犠牲補償と、収用法的補償によって補填される場合とがある。収用類似侵害に基づく補償の場合は違法性を要するが、その違法性の判断要素として、裁判例上、水相隣法規定の違反があげられている。⁽²¹⁾⁽²²⁾ここで注意を要するのは、BGB八三九条三項によって妨害排除請求等の他の第一次的権利救済手段を故意または過失によって講じなければ、その被害は賠償されないが、収用類似侵害に基づく補償の場合には、BGB二五四条の共働過失に基づき減責ないし免責されるに過ぎないことである。⁽²³⁾また、収用法的補償と私法上の犠牲補償との根源が同一であることから、ほぼ同様の判断方法が採られるが、⁽²⁴⁾2でみるよう、収用的侵害に基づく補償請求の場合にも、収用類似侵害に基づくものと同様、結局、いかなる場合が財産権に対する「他者に期待されない特別の犠牲」に該当するか、が重要な問題となる。そして、その財産権に対する犠牲の限界を越えたときには、ドイツでは、なんらかの方法で、その氾濫被害が補填されることとなる。⁽²⁵⁾

2 氾濫被害の調整と犠牲の限界

わがくにの水害事案では、河川管理における財政的、技術的および社会的制約論が説かれ、大河川では「災害の発生時に人命や財産に大きな危険を及ぼす可能性が高いことから、その整備を中小河川よりも優先」することには合理性があるとして、河川管理に瑕疵がない旨判示した判決がある。⁽²⁵⁾ 二の2・3で分析した賠償請求事案では、その違法性判断において「財政上期待可能な事前措置」が考慮され、資源配分の限界という観点に基づく財政上の制約が責任否定事由として考慮されていた。しかし、氾濫被害にたいする賠償請求事案では、損害の公平な配分が重視され、犠牲の限界、すなわち、受忍限度を越えるか否かが主たる問題点となる。

ここではまず、収用的侵害に基づく補償請求の場合に主に問題となるWHG三一条二項の規定について概観する。計画確定裁決それ自体は収用裁決を包含しないため水体整備に必然的に伴う財産権侵害は、別途、収用法により規律される。それゆえ、WHG三一条二項の「損害の調整」の対象は、地表水体の整備により生じる、隣接するための悪影響または社会的悪影響 (nachbar- und sozialschädliche Einwirkungen) であるとされている。⁽²⁷⁾

水体整備の計画確定手続では、「整備の措置の種類及び規模、並びに公益上必要な施設又は他人の権利に与える不利益な影響を避けるために必要な施設を確定すると共に、損害の調整について定めるものとする」とWHG三一条二項で規定されている。計画確定裁決においては、この損害の調整が絶対的比較衡量要請事項として位置づけられており、⁽²⁸⁾ その根拠および額についての定めを置くこととなっている。計画確定手続の段階において予見不能な不利益があった場合、または、この種の不利益が条件 (Bedingungen) または負担 (Auflagen) によって防止しない調整しえない場合には、被害者は事後に補償を請求しうる。⁽²⁹⁾ 整備により権利侵害を受ける者は、その不利益が何らかの措置や設備によっても回避しえない場合、WHG二〇条の一般的補償規定が損害の調整にも適用されるから、補償請求権を有

する。この調整にかんする規定は、整備によつて生じた水位変更のような継続侵害の場合のみならず、一時的あるいは断続的な不利益（氾濫被害）にも妥当する³⁰³¹。共働過失（BGB二五四条）も、たとえば、自己の土地からの放流が秩序ある状態でないため生じた氾濫被害による損害の調整の場合などには顧慮される³²。

水体の整備は、そもそも、技術上の制約や水利経済上の根拠（すなわち、公益の実現）を優先して実施することが多いから、計画確定事項の実施に際し何らかの損害が生じうることを前提にしているといえる。それゆえ、財産権の保障、平等原則や比例原則を根拠に、事実上の理由や経済上の理由で損害惹起を回避しえない場合に限り³³、補充的に、損害が調整される。その意味でG G一四条と相互関係を有し、水法領域における社会的拘束性（Sozialgebundenheit）が考慮されなければならない³⁴。この社会的拘束性および平等原則等の憲法原理に関連して、重要なB G Hの判決が³⁵つぎの【6】【7】である。

【6】防潮堤（Seedich）の天端を高めた結果、堤外地（防潮堤の河側）で木材の輸送を営んでいた原告の事業地所で高潮による被害が激化したことによる氾濫被害につき、原告は被告市に対し収用的侵害に基づく補償を求めた。原審は、被告による高権的洪水防止措置（天端の嵩上げ）によつて直接右地所に被害を生ぜしめたことは認定したが、右地所の立地条件から、本件のような高潮による被害が生ずる潜在的危険が顕在化した場合には無補償で受忍しなければならぬと判示して請求を棄却したが、B G Hはおおよそつぎのように判示して、原審に差し戻した³⁵。

被告の処置は、被告が公衆を保護するため、堤外地住民の財産権を高度な氾濫の危険にさらすことによつて、特徴づけられる。したがつて、被告は、原告も含めたこのような財産権者の利益（Interesse）を公衆（具体的に堤内地の住民）の利益（Belange）の背後に後退させている。双方のグループの財産権は、平等に保護するに値するものである。被告は、災害に際して、より保護される他の財産権者に対する洪水の危険を排除するため、

いわば、原告の財産権を犠牲にしたといえる。以上のような事実状況は、取用的侵害の要件事実の典型である。このような財産権者に対する一方的な不利益の賦課は、私有財産の社会的拘束性によっては正当化されない。平等原則も尊重されておらず、負担の公平 (Lastengerechtigkeit) の原則にも反する。たしかに、原告は、高潮による自己の土地への氾濫のリスクを負い、また、被告の洪水防止措置による軽微な被害は受忍しなければならぬ。しかし、GG一四一条一項の保障内容を考慮すれば、被告の措置に起因する水位の高度化によって生じた原告の被害は、犠牲の限界を越えるものである。

【6】では、数回に及ぶ高潮による本件堤外地における原告の被害額はおよそ五〇〇万ドイツマルクを越えるものであった。そして、BGHは、「所有者が防禦しえずしかも公的主体による損害防止のための施設および措置によっても回避しえないような不利益は、ハンブルク水法四八条四項三文で予定された補償によって調整される。たしかに、被告によって実施された生活配慮措置は、防潮堤の後背地住民にたいする効果的な危険防除のため、緊急を要したことは承認しうるが、被告は、公衆の大多数を洪水の危険から保護するために、原告に対し、少なくとも一時的にかなり高度な不利益を課したことを考慮すべきである」から、本件氾濫被害はその補填を要すると判断する。【6】では、取用によるのではなく、被告の防潮堤整備措置によって、隣接する原告の財産権が事実上侵害されている。この措置に対しては、WHG一一条一文およびハンブルク水法四八条八項の規定内容のため、妨害排除請求や防護施設設置要求が否定される。³⁷このような事情から、BGHは、取用的侵害に基づく補償請求、すなわち、本件では損害の調整による補償を認容している。また、水法における社会的拘束性は、従来、主に水質・水量の維持のための自然保護や景観保全等の環境保護に基づくものであり、³⁸本件のような氾濫被害の補償にあたってそれが直ちに妥当するわけではない。

【6】と関連するが、整備措置に基づかないため「損害の調整」がなされない、氾濫防止のための緊急措置による氾濫被害の補償請求にかんし、近年、つぎのような判決が出された。

【7】河川の水位より低位置にある牧場からの排水をポンプによって人工的に排水していたが、長雨の後、被告がメインデの職員が牧場とは別の近隣住宅地等を氾濫から保護するために、本件ポンプへの流入路を遮断し、それによって排水が不能となったため右牧場は氾濫被害を受けた。このような措置による被害が何度か生じたため、原告である牧場所有者が補償を求めたが、原審は請求を棄却した。これに対し、BGHは、本件においては、まず、わがくに河川法二二条三項に相当する規定であるシュレスヴィヒ・ホルシュタイン水法七一条四項⁽³⁹⁾の適用いかんが問題となったが、立法資料などを根拠に本件のような水害の場合に同項は適用されず、この種の補償請求は民事訴訟でなすべきであるとして否定し、また、BGB九〇四条は私法上の一般的な犠牲補償思想の実定法規であるが、本件措置は高権的措置であるためその適用は否定され、それゆえ問題となるのは収用法的補償請求権であるとしておよそつぎのように判示し、原審に差し戻した⁽⁴⁰⁾。

【6】に基づき当部が収用的侵害から生ずる補償請求権を承認するのは、洪水防止という公益の観点から、高権主体によって個々の財産権者に不公平なかなりの財産的損失を負わせ、それによって、公衆の大多数である他の財産権者の利益 (Belange) を保護する場合である。この原理は、被告の措置が (違法な) 収用類似侵害か、(適法な) 収用的侵害かが疑わしい場合にも妥当する。被告は、一般公衆のため、すなわち、近隣の居住地の居住者を洪水から保護するためポンプへの流入溝の閉鎖措置を実施し、それによって、原告にかなりの洪水の危険をあたえ、しかも、それが本件では現実化した。被告が主張するように、本件措置が近隣居住地などを保護するため緊急に必要とされたものであるとしても、一般公衆の保護が原告の一方的負担となった事実を変えられるわ

けではない。本件土地が、湖沼に近接するという自然的立地条件から、本件氾濫被害を被害者たる原告に甘受させるかどうかについては、つぎのように考慮すべきである。すなわち、被告によって講じられた本件閉鎖措置は、原告所有地の自然的条件による制約を越えた、多かれ少なかれ、永続的に高められた水の有害な作用を産み出すものであり、土地の従前の状況を変更するものである。原審の認定によっても、不十分な堤防のために、原告の所有地がかなり頻繁に氾濫にさらされた場合には、もはや、原告の土地は、その自然的制約に応じて、ゲマインデ内の他の土地を洪水から防禦する自然緩衝地であるとは評価しえない。

【7】での数回の氾濫による被害額は、およそ一二万ドイツマルクである。【7】では、【6】と異なり、水体の整備にかかわって被害が生じたわけではないから、損害の調整の規定が適用されない。また、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン水法では、その七一条以外に、緊急措置にたいする補償の規定は存在しない。したがって、【7】では、補償請求については、収用法的補償請求権の存否が重要な争点となった。また、自然的条件による制約などについては、たとえば、W H G 三二条の氾濫区域 (Überschwemmungsgebiete) においては、上流域の安全な水の流下のためのいわば「自然緩衝地」とも評価される余地があるが、その場合でも、氾濫による被害すべてにたいする責任が免責されるわけではない。⁽⁴⁾

右のように、補償請求権の存否は、「犠牲の限界」を越えるかどうかにかかっている。しかし、国家責任、とくに、従來說かれてきた収用補償または収用法的補償における「特別の犠牲」というメルクマールの意義を可及的に減退せしめようとする議論がある。⁽⁴⁾ しかしながら、収用的侵害に基づく補償は、収用類似侵害のそれと異なり違法性を要件としないから、「特別の犠牲」が、無補償で受忍されるべき被害か補償義務を生ずる被害かを区別する実際上唯一の判断基準であり、個別具体的な事情に応じて、被害がとりわけ重大であれば犠牲の限界を越えたとされている。⁽⁴⁾ いず

れにせよ、右にみたように、この種の補償の要件である財産権に対する「他者に期待されない特別の犠牲」の存否は、一定範囲の者の財産権よりも他の多くの財産権者の利益を優先させた結果生じた被害であり、憲法原理である平等原則、公平負担原則、財産権の保障等に基づき期待可能な不利益かどうか、すなわち、受忍限度を越えたかどうかの判断によることとしている。そして、注意を要するのは、収用法的補償を求める際、なんらかの作為によつて従前の被害状況よりも悪化したことなどの事情の存在が必要となることである。なんらの作為に起因せず、従前どおりの被害が生じた場合には、通常、この補償の対象とはならないが、一定の不作为については、収用法的補償の対象たる「侵害 (Eingriff)」にあたること⁴⁴とされている。

3 小括

右にみたように、ドイツ裁判例における氾濫被害の補償の構造として、非高権的措置に氾濫被害に基づく場合は①私法上の犠牲補償、高権的措置に基づく場合は②収用類似侵害または③収用的侵害に基づく補償がある。そして、主として、①②は、水相隣法の問題として取り扱われ、③は、WHG三一条二項の「損害の調整」として取り扱われる。ただし、【7】のような場合には、別途、②③の収用法的補償の問題となる。

1でみたように、②の場合であっても、違法性の判断材料として、水相隣法の規定が登場することは注目に値する。わが国には、いわゆる内水水害は、瑕疵と被害とにかかわる事実的因果関係の存否の問題からその瑕疵責任の成立を否定する傾向にあるが、下水道法一二条の二や二五条の七のような場合を除き、民法二二四条の自然的排水にかなる規定を排除するような明文の規定が存在しない場合に、違法事由の一つとしてそれが考慮対象となるかにつき今後検討すべき事柄である。

また、2でみたように、なんらかの作為に基づく、受忍限度を越えるような水害について、わがくにおける瑕疵責任で補填しうるかどうかがつぎに問題となる。公の营造物の利用者ではなく、第三者の被害につき、受忍限度を越えるような被害を違法と評価し、瑕疵責任を認める最高裁の裁判例がここで問題となる。たとえば、大阪空港訴訟⁽⁴⁵⁾最高裁大法廷判決では、空港の供用による便益は、「国民の日常生活の維持存続に不可欠な役務の提供のような絶対的ともいべき優先順位を主張しうるもの」ではなく、被害者住民が「空港の存在によって受ける利益とこれによって被る被害との間には、後者の増大に必然的に前者の増大が伴うというような彼此相補の関係が成り立たない」から、騒音による被害は一部少数者の特別の犠牲であり、看過できない不公平であるとして、違法性を認めている。そして、厚木基地騒音公害訴訟⁽⁴⁶⁾最高裁判決では、「本件飛行場の使用及び供用が第三者に対する関係において違法な権利侵害ないし法益侵害となるかどうかについては、侵害行為の態様と侵害の程度、被侵害利益の性質と内容、侵害行為のもつ公共性ないし公益上の内容と程度を比較検討するほか、侵害行為の開始とその後経過および状況、その間に採られた被害の防止に関する措置の有無及びその内容、効果等の事情をも考慮して、これらを総合的に考察して判断すべきもの」であるが、「原審は、本件飛行場の使用及び供用に基づく侵害行為の違法性を判断するに当り、……単に本件飛行場の使用及び供用が高度の公共性を有することから、上告人らの……被害は受忍限度の範囲内にあるとしたものであって、右判断には不法行為における侵害行為の違法性に関する法理の解釈適用を誤った違法がある」と判示した（傍点引用者）。ここで注意を要するのは、この「違法性」とは、不法行為上のもの、すなわち、原告と被告との関係における違法性であって、その違法と判断した効果が、直ちに、当事者以外に及ぶものではないことを明確にしている点である。差止を求める場合などは別に行政訴訟を提起することとして、既に発生している被害の補填について受忍限度を越えるかどうかを基準に違法性の存否を判断している。これら判決内容の当否は別にして、空港等の騒音

にかんする訴訟における一連の最高裁判決には、直接、作為に基づく日常的な精神的苦痛などの被害を、相隣法的思考方法を用いて、補填しようとする点にその特徴がある。

瑕疵の存否については、「公の営造物の構造、用法、場所的環境及び利用状況等諸般の事情を総合的に考慮して具体的、個別的に判断すべき」ものとされている。⁽⁴⁷⁾ 河川水害の場合には、「過去に発生した水害の規模、発生の頻度、発生原因、被害の性質、降雨状況、流域の地形その他の自然的条件、土地利用状況その他の社会的条件、改修を要する緊急性の有無及びその程度等諸般の事情を総合的に考慮」するものとされる。⁽⁴⁸⁾ 空港騒音と河川水害という公の営造物および被害態様の相違などから、右の考慮要素は若干相違している。この一般的考慮要素のうえでも、騒音公害訴訟とは被害の性質が異なることや、事業の便益および「彼此相補の関係」などにつき程度の差があることは否めないが、河川水害の場合にも、被害者が河川に近接する者であるから、相隣法的思考方法がまったく排除されることにはならない。1において、まずドイツ裁判例における氾濫被害の相隣法的補填法を分析したのは、この点が比較法的にも承認される余地のあることを明らかにしようとしたからである。

また、河川水害では、他河川の事情や下流域の事情から、あえて整備せずに従前の形状のまま放置したため氾濫が生じ、その被害の賠償を求める事案もある。たとえば、水場川水害訴訟⁽⁴⁹⁾では下流域での氾濫を防止するため、あえて新設ポンプを設置しなかったことに瑕疵はなかった、河口湖増水災害訴訟⁽⁵⁰⁾では他河川の改修の必要性や下流域の改修状況から河口湖周辺における改修の必要性はなかったとして瑕疵はなかったとされている。この種の事案では、他河川流域での被害を防止するため整備せず、また、下流域での氾濫を防止するためあえて氾濫させたものとらえ、⁽⁵¹⁾ 【6】と同様、受忍限度を越える被害が発生したとき、公平負担原則や比例原則にもとる財産被害の惹起として違法と評価すべきであるといえる。さらに、【7】で氾濫被害の場合には妥当しないとされている、洪水時における緊急

措置に起因する被害の補填について検討を要する。シュレスヴィヒ・ホルシュタイン水法七一条では、「防除作業に協力し、並びに労働機具、輸送手段及び建設資材を提供した」者の被害にたいする補償を規定している。わがくにの河川法二二条は、一項で土地の使用等を含め規定し、二項でその補償について定めている。したがって、【7】での判示事項が直ちにわがくににあてはまるとはいえない。また、積極的な使用・取用ではない場合や洪水の発生する危険のある現場ではない場合は、この規定に基づく補償は否定される余地もあるが、上流域であえて氾濫の危険を防除しない場合は、一時的な土地の使用等に該当すると評価し、同条の補償の対象となりうるかが今後の問題となる。

(1) Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4 Aufl. (1991), S. 198 und S. 229

(2) 取用類似侵害とは、高権力主体が、違法に、財産権として保護されている法的地位を直接侵害するものであって、財産権者が公衆のために他者に期待されない特別の犠牲を課されるものをいう（vgl. Krohn/Lowisch, Eigentumsgarantie, Enteignung, Entschädigung, 3 Aufl. (1984), RdRn 224ff; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8 Aufl. (1992), §26 RdRn 45, Nußgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987, RdRn 411; Ossenbühl, FuBnote (1)), S. 200ff; Papier, Art 14 GG, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Lfg. 22 September 1983, RdRn 597ff。これに対し、取用的侵害とは、財産権に対する侵害でもって、適法な高権的措置の、定型的でなく意図しない付随的侵害を生じるものをいう（vgl. Maurer, a. a. O., §26 RdRn 56, Ossenbühl, FuBnote (1)), S. 231ff。これら取用的補償にかんする制度は、GG 一四条を考慮しながら裁判官定立法として展開されている。しかし、一九八一年七月一日の連邦憲法裁判所の決定（BVerfGE 58, 300）がここで問題となる。本件は、自己所有地での砂利採掘の水法に基づく許可申請をした原告がそれを拒否されたため補償を求めたが、BGHはWHG 一 a 条三項等に違憲の疑いをもったため、GG 一〇〇条一項に基づき連邦憲法裁判所に決定を求めた事案である。連邦憲法裁判所は、それが法律によって裏付けられ、同時にその法律が補償の種類と程度について規律している場合にのみ許容されるが、そのような補償規定を欠く取用にかんする法律は違憲であり、その法律に基づく取用措置は違法であるから、被害者は補償を求めるとはならず、その取用行為の取消しを求めなければならないと決定した。これに対し、右決定後 BGHは、取用類似侵害に基づく補償は、それがGG 一四条三項を直接の根拠とするものではなく、プロイセン一般ラント法序章七四・七五条に示された犠牲補償思想をその基礎におく慣習法をその根拠とするとして、この補償制度を存続してゐる（BGH, Urteil v. 26. 1. 1984 (BGHZ 90, 17 [28ff]）。また、取用的侵害に基づく補償は、それが違法性を要件としないため、

妨害排除等の他の被害回避手段を講じないから、右連邦憲法裁判所の決定の影響を受けなくとする判決である (BGH, Urteil v. 29. 3. 1984 (BGHZ 91, 20) ; vgl. Schmidt-Alsmann, Der öffentlich-rechtliche Schutz des Grundigentums in der neueren Rechtsprechung, DVBl. 1987, 216 (218))。これらBGHの判決は、右の各文獻でも、おおむね支持されている。なお、右各裁判所の判示内容の差異は、連邦憲法裁判所が憲法に反する財産権侵害を防止すること、BGHが結果的に生じた損害の補償に重点を置いておること起因するとされている (Mauter, a. a. O., §26 Rdnr. 71)。本稿では、裁判例上、取用法的補償制度の大枠での変動はないものとして、以下で分析をすすめる (なお、以上につき宇賀克也『国家責任法の分析』(一九八八年)二八三頁以下に詳しい)。

- (3) 最大判昭和五十六年十一月二十六日民集三五卷一〇号一三三九頁。
- (4) Vgl. Ossenbühl, (Fußnote(1)), S. 238
- (5) BGH, Urteil v. 15. 6. 1967 (BGHZ 48, 98) や要件については、vgl. BGH, Urteil v. 22. 12. 1967 (BGHZ 49, 148)
- (6) Fikentscher, Schuldrecht, 7. Aufl. (1985), S. 793ff.
- (7) Vgl. Betermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Betermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, 3. Band, 1959, S. 779 [864ff.] ; Forsthoef, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, 10. Aufl. (1973), S. 329ff.; Papier, Staatshaftung, in: Lsensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 4. Band, 1989, Rdnrn. 57, 66f.; Ossenbühl, (Fußnote(1)), S. 102 und 186.
- (8) 本稿では、公法上の犠牲補償請求権に基づき氾濫被害の補償を求めた裁判例がみあたらないので、論及しない。しかし、高権的措置に基く氾濫にたいして、財産権以外の「生命・身体・健康」などの法益に対して被害が生じた場合には、この補償請求権の成立する余地はある。
- (9) Vgl. Breuer, Wasserrecht, in: Handbuch für die öffentliche Verwaltung, Band 2, 1984, Rdnrn. 76-79; Salzwedel, in: von Münch, Bes. VerwR., 8. Aufl. (1988), S. 748ff.
- (10) BGH, Urteil v. 8. 2. 1972 (BGHZ 58, 149=NJW 1972, 724)
- (11) Vgl. Breuer, Öffentliches und privates Wasserrecht, 2. Aufl. (1987), Rdnr. 741
- (12) Vgl. Papier, (Fußnote(2)), Rdnr. 627
- (13) BGH, Urteil v. 22. 2. 1971 (NJW 1971, 750)
- (14) Niedersächsisches Wassergesetz vom 7. 7. 1960 (GVBl. S. 105) 水相隣法にかかざる規定については、vgl. Niedersächsisches Nachbarrechtsgesetz vom 31. 3. 1967 (GVBl. S. 91) §8339ff.
- (15) たとえば、志登茂川水害訴訟 (名古屋高判平成元年三月二十九日判時二二二二号三頁) がある。
- (16) BGH, Urteil v. 29. 4. 1976 (VersR 1976, 985) ; Vgl. BGH, Urteil v. 6. 12. 1973 (VersR 1974, 365) .

- (17) Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 22. 5. 1962 (GV. NW. S. 235).
- (18) BGH, Urteil v. 13. 5. 1983 (NW. WZ 1982, 700)
- (19) Hessisches Nachbarrechtsgesetz vom 24. 9. 1962 (GVBl. S. 417). 同様の規定は、たゞ、Wassergesetz für Baden-Württemberg vom 25. 2. 1960 i. d. F. vom 1. 6. 1988 (GBl. S. 269) §81; Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 9. 6. 1989 (GV. NW. S. 384) §115; Wassergesetz für das Land Rheinland-Pfalz i. d. F. vom 14. 12. 1990 (GVBl. S. 11) §82 にみられる。
- (20) ノルトライン・ヴェストファーレン水法（前注(19)）一五一条一項又は「従前とは異なる土地の経済的利用のための水流の変更」の場合には人工的変更を許容している。道路工事も、この「経済的利用」のためのものであるとき、水流の人工的変更は違法と評価されず、被害者には受容義務が生ずる。しかし、工事に技術上の瑕疵がある場合には、取用類似侵害に基づく補償が認められる（Breuer, (FuBnote (11)), RdMn. 746 und 779).
- (21) 二の3で分析した規格設定に不備があり、整備計画確定判決が違法で、それに基づく整備措置によってかなりの氾濫の危険が生じたとき [BGH, Urteil v. 17. 1. 1985 (VersR 1985, 492-ZfW 1985, 167)] また、賠償の時効が成立しても、通行安全確保義務に違反し違法である場合 [BGH, Urteil v. 2. 2. 1984 (NJW 1985, 496)] には、時効期間が三〇年である取用類似侵害に基づく補償請求が肯定される。
- (22) この3で違法な指摘がある（vgl. Michaels, Zur Rechtswidrigkeit als Haftunggrund bei der Amtshaftung und beim sog. enteignungsähnlichen Eingriff, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 927 [947ff.]）。また、従来の学説が違法な高権的活動にたゞする独自の国家責任の要件として取用類似侵害をとらえるが、取用類似侵害を特徴づけるものは、侵害的措置自体の違法性ではなく、財産権に対する社会的拘束の観点からもはや正当化しえない財産権侵害であり、取用の場合の法的帰結との平等および保護対象の平等（Die Gleichheit der Schutzobjekte）を考慮したものであることが Kreft, Die Eigentumsgarantie und verfassungsrechtliche Entschädigungspflicht, in: Verantwortlichkeit und Freiheit, Festschrift für Willi Geiger, 1985, S. 399 [409ff.] の3点の詳細を、今後研究した。
- (23) Papier, (FuBnote (2)), RdM. 641, Nußgen Boulog, (FuBnote (2)), RdMn. 434ff.; Ossenbühl, (FuBnote (1)), S. 217.
- (24) たゞ、たとえは、わかくには、大東水害訴訟（差戻大阪高判昭和六二年四月一〇日判時二二九号一七頁）等に見られる上流部の宅地等の開発に伴い河川への流下量が增大するため開発地域下流部を改修する必要があるかを争う事案がある。この点に関連し、ドイツにおいても同様の事象を争点とする事案がある。すなわち、上流部での大規模な開発に伴う「土地の被覆（Bodenversiegelung）」によって、河川への流下量が増大し、その結果生じた氾濫被害の取用類似侵害に基づく補償請求では、①被告ゲマインデが計画し実施した開発行為の結果生ずる本件氾濫箇所の整備については訴外ゲマインデの管轄区域の事柄であるから、被告ゲマインデには答責性がないとして補償が否定され [BGH,

Urteil v.14. 5. 1987 (NVwZ 1987, 1115)]¹ において別訴の同一事案におおつて②被告が「ハント」した同様の補償請求事案 [BGH, Urteil v.23. 1. 1992 (VersR 1992, 835)]² によつて①の被告が「マインツ」の建設基本計画の策定 (Bauleitplanung) について義務違反がなく、さらに「その計画策定と本件被害との間には取用類似侵害に基づく補償の一要件である「直接性」がないとして補償が否定された。この事案については、わがくにの制度とドイツの制度の間に相違があるため、あまり比較する意義は多く言及しない。

(25) 水場川水害訴訟 (名古屋地判平成三年七月十九日判タ七六六号九六頁)。

(26) Vgl. Boujong, Die Umfang der Entschädigung in Geld nach dem WHG, ZNW 1983, 1 [6].

(27) Kornbacher, „Ausgleich von Schäden“ im wasserrechtlichen Planfeststellungsverfahren, DOV 1974, 552 [556]

(28) Vgl. Breuer, (FuBnote (8)), Rdnr. 700.

(29) Vgl. Geseke/Wiedemann/Czychowski, Wasserhaushaltsgesetz, 6 Aufl. (1992), §31 Rdnr. 48, Kornbacher, (FuBnote (28)), DOV 1974, 554, Breuer, (FuBnote (8)), Rdnr. 692.

(30) Geseke/Wiedemann/Czychowski, (FuBnote (29)), §31 Rdnrn. 46f und 49.

(31) たゞえば、つぎのような判決がある。原告は、被告市の区域内において、造園業を営んでいたが、同所は、周辺道路よりも五〇センチメートルないし数メートル低い位置にあり、P川は、上流部では箱型の一・五〇×一・二五メートルの横断面を持つ暗渠管が、下流部では直径一メートルの円形暗渠管が敷設されていたが、一九五四年から、原告の土地に二年に一度平均で氾濫しており、この氾濫の原因は、被告がP川上流部に講じた開発措置であった。さらに、この配水管の入口には、目の積んだちりよけ格子があり、水の流下を阻害した。原告は、被告市に対して損害の賠償ないし補償を求めた。さらに、この配水管の入口には、目の積んだちりよけ格子があり、水の流下を阻害した。原告は、被告市に対して損害の賠償ないし補償を求めた。原審は請求を棄却したが、BGHは、つぎのように判示して差戻した (BGH, Urteil v. 26. 2. 1976 (LM Art. 14 (Co)) GG Nr. 26=WM 1976, 568=VersR 1976, 760)。「被告の措置が適法であるなら、……取用的侵害に基づく請求権が検討対象となる。この場合には、……水法が適法な取用的侵害について定めている特別規定が考慮されるべきである」。P川における部分的暗渠化が、WHG III 一条およびニダーザクセン水法 [Niedersächsisches Wassergesetz vom 7. 6. 1960 (GVBl. S. 105)] 九八条の意味での「整備」であれば、その他の法律上の要件を充足しているかぎり、水法上の一般的な補償規定であるニダーザクセン水法一〇一条一項二文に基づき原告に補償請求権が与えられる。ただし、「ニダーザクセン水法一一条四項二文でも明文で規定されている、一般にも特別にも、取用法にとって適切な法的思考に基づき、利害関係を有する土地所有者は軽微な不利益は受忍しなければならない、とりわけ、所有者自身が損害防止のための措置を適宜に講じれば損害が回避しえたような不利益は受忍しなければならない」。本件では、原告所有地の周囲に被告市が堤防を築く旨申し出たが原告はこれを拒否したことから、共働過失が問題となった。しかし、鑑定人の鑑定結果では、被告が申し出た堤防では不十分であることが指摘された。この堤防が氾濫を防止ないし軽減しえた限りで、原告は、その請求の全部または一部を失う。同判決はさらに、氾濫被害の補填構造とし

て、それが高権的作用による場合であつて、有責であれば職務責任、無過失であれば収用法的補償が考慮対象となり、また非高権的作用による場合であつて、有責であれば私法上の不法行為責任、無過失であれば私法上の犠牲補償が考慮対象となると判示した。この判決は、損害の調整に際し、軽微な被害はその対象とならなかつた⁽³²⁾、および氾濫被害の補填構造を体系的に判示した重要な判決であり、本稿の構成の基礎にある。

(32) Vgl. Boujong, (FuBnote (26)), ZfW 1983, 13; Ossenbühl, (FuBnote (1)), S. 239. さらに、軽微な被害の場合にも、損害の調整ないし補償の対象とならなかつた(前注 (18))の判決参照。

(33) Vgl. Gieseke/Wiedemann/Czychowski, (FuBnote (29)), §31 Rdnr. 46.

(34) Kornbacher, (FuBnote (28)), DOV 1974, 557

(35) BGH, Urteil v. 5. 3. 1981 (BGHZ 80, 111=ZfW 1982, 218) und LM Art. 14 (Bc) GG Nr. 57 (mit Anm. von Boujong)

(36) Hamburgisches Wassergesetz vom 20. 6. 1960 (GVBl. S. 335)

(37) Vgl. Gieseke/Wiedemann/Czychowski, (FuBnote (29)), §11 Rdnr. III

(38) Vgl. Gieseke/Wiedemann/Czychowski, (FuBnote (29)), Einl. S. 52ff, §14 Rdnrn 26ff und §31 Rdnrn 24ff

(39) Wassergesetz des Landes Schleswig-Holstein vom 17. 1. 1983 (GVBl. Schl.-H. S. 24). 同法七一条の規定は以下のとおりである。

七一条 水による危険 (Wassergefahr)

(1) 洪水、流水、又はその他の現象に基づく水による危険を緊急に防除するため、すべての隣接するゲマインデは、自己に直接の危険がない場合であっても、水行政庁の命令に従つて協力しなければならない。

(2) 危険区域及びやむを得ない場合には隣接区域のすべての住民は、水行政庁の命令に従つて、防除作業に協力し、並びに労働機具、輸送手段及び建設資材を提供しなければならない。同行政庁は、必要な命令を即時に強制的に実施することができる。

(3) 危険が切迫しているときは、地域警察行政庁は、水行政庁に代つて、第一項及び第二項に基づいて必要な命令を実施することができる。…

(4) 援助を受けたゲマインデは、申請に基づいて正当な補償を支払わなければならない。争いある場合には、水行政庁がその補償額について決定する。

(40) BGH, Urteil v. 20. 2. 1992 (BGHZ 117, 240=DVB1 1992, 1089=NJW 1992, 3229).

(41) BGH, Urteil v. 17. 1. 1985 (NVwZ 1986, 96=VersR 1985, 492=ZfW 1985, 167). ただし、土地の自然的状況等のため、損害が発生しやすくない場合は、BGB二五四条に基づき減責ならしめ免責される。

(42) Schmitz-Kammler, Das „Sonderopfer“ an lebender Leichnam im Staatshaftungsrecht?, NJW 1990, 2512. ミュンヒッヒット・カムラー教授は、財産権の収用か、内容・制限規定からの区別になつて、平等原則を基礎におく「特別の犠牲」すなわち、一般的負担の賦課 (allgemeine und

generelle Belastung) と区別する意味での個別的負担の賦課 (spezielle Belastung) であるか否かではなく、財産権に対する国家的収奪の集中性 (Intensität) がそのメルクマールであり、柔和な収奪 (milder Zugriff) の場合は内容・制限規定であるとする。取用類似侵害の場合は侵害の違法性が「特別の犠牲」を位置づけ、[BGH, Urteil v. 25. 4. 1960 (BGHZ 32, 208)] Vgl. Ipsen, Entgeltung, enteignungsgleicher Eingriff und Staatshaftung, DVBl. 1983, 1029 [1032ff.]; Papier, (FuBnote (2)), RdNr. 603; Ossenbühl, (FuBnote (1)), S. 214ff.; Schoch, Haftung aus enteignungsähnlichen und enteignendem Eingriff, Jura 1990, 140 [147]; Rufner, in: Eriksen/Martens, Allg. VerwR., 9. Aufl., 1992, §52, RdNr. 56ff.] から、特別の犠牲を「の財産権に対する不法行為責任 (Eigentumsverletzung)」にも「含む」ことは「余計 (überflüssig)」であり「邪魔 (störend)」であるとする (前注 (22) 参照)。また、同教授は、取用的侵害については、取用の場合と同様であるが侵害の目的性を欠くこと、すなわち、偶発性に重点をおく。ただし、行為不法の観点にたらず、結果不法の観点にたつて取用的侵害に基づく補償を構成すれば、かなり、この全体的問題性は少なくなると指摘している。

(43) Vgl. Papier, (FuBnote (2)), RdNr. 617ff.; Ossenbühl, (FuBnote (1)), S. 232.

(44) Vgl. Papier, (FuBnote (2)), RdNr. 609ff.; Ossenbühl, (FuBnote (1)), S. 212ff. 原則はあくまでも作為による侵害でなければならぬが、単純不作為ではなく、建築許可の申請を拒否した場合のように、建築の自由を侵す不作為は、例外的に被害者の権利領域への侵害行為として資格付けられる不作為にとらえられ、取用類似侵害に基づく補償の対象となりうる (BGHZ 102, 350 [364])。また、将来的に建築許可をしない旨の言明があり、そのため事実上の建築禁止 (Bausperre) となった場合や建築許可付与が遅延した場合のような事実上の侵害 (faktischer Eingriff) も取用類似侵害の対象となりうると思われる (Fußgen/Boujoung, (FuBnote (2)), RdNr. 420ff.)。

(45) 昭和五六年二月一日民集三五卷一〇号一三六九頁。

(46) 最判平成五年二月二五日民集四七卷二号六四三頁。公益的措置の場合、ドイツでは、BGB 九〇六条二項の受刃義務を越えるにもかかわらず、BGB 一〇〇四条の防除請求権は否定される場合もある (Sackert, §906 BGB, in: MünchKommBZ zum BGB, Bd. IV, 2. Aufl., 1986, RdNr. 106ff.) が、その被害の補填はなされる。

(47) たとえば、多摩川水害訴訟最高裁判決 (平成二年二月二三日民集四四卷九号一一八六頁)。

(48) たとえば、大東水害訴訟最高裁判決 (昭和五九年一月二六日民集三八卷二号五三頁)。

(49) 名古屋地判平成三年七月一九日判タ七六六号九六頁。

(50) 甲府地判平成四年四月二〇日判時一四二四号三頁。

(51) このような上流域と下流域との整備の差を考慮にいたった考え方に対しては、「その程度の不公平は賠償の問題ではない」という批判もある (阿部泰隆「国家補償法」(一九八八年)二三—四頁)。筆者も、軽微な被害であれば受忍すべきであると考えるが、少なくとも氾濫等によって重大な

財産権上の被害が生じた場合には、国家賠償責任法の基礎にある負担の公平等の憲法原理にもとる不法なものとして評価し、賠償の対象になると考へる。

四 おわりに

ドイツにおける裁判例上、氾濫被害の補填法として、有責任を一要件とする職務責任もしくは私法上の不法行為責任に基づく賠償と、有責任を要しない収用法的補償もしくは私法上の犠牲補償とがある。職務責任または収用法的補償は、高権的措置に基づく氾濫被害の場合に、その他は、非高権的措置に基づく氾濫被害の場合に問題となる。いかなる措置が高権的かは、水体の保存と整備との相違に由来する。水体の保存は、W H G 上私人も保存義務を負担しうるから非高権的措置であるのに対し、水体の整備は、通常、事前に計画確定手続を実施しなければならず、私人の権利変動を伴うため、高権的措置であるとされている。それゆえ、水体の整備により氾濫被害が生じた場合は、職務責任または収用法的補償の対象となりうる。財政上の制約は、ドイツにおいても、規格設定の適否が争点となる場合または洪水防止措置の遅延が争点となる場合に主として問題となるが、資源配分の限界の観点に基づき、洪水防止措置にかかる費用、防除すべき氾濫の危険やその防禦可能性などを考慮して、主に職務義務違反の存否の判断の際に問題となる。このことは道路における落石事故にかんする限界事例についても、ほぼ同様のことが当てはまる。これに対し、氾濫被害にたいする補償請求の場合には、主として受忍限度を越えるかどうか、その認否を左右する。それゆえ、たとえば、財政上の制約により職務義務違反が認定されない場合であっても、氾濫による財産的損失は、収用法的侵害に基づく補償または私法上の犠牲補償によって補填されうる。この意味で、ドイツでは、違法・適法にかかわらず受忍限度を越える氾濫被害は補填される可能性が高く、そこに氾濫被害の補填構造の特徴が認められる。

わがくには、主に、水害訴訟では国家賠償法二条の瑕疵責任の存否が争われる。その際、河川法三条二項の「除去」施設としての形状を有している場合には、その形状の欠陥の存否や不可抗力が主たる争点となり瑕疵責任は比較的容易に認容される傾向にある。しかし、「軽減」施設としての形状を有する場合には、その形状は不完全であるものの、財政上の制約等の諸制約論を背景に違法性が阻却され、瑕疵責任が否定される傾向にある。本稿では、とくに、後者の「軽減」施設における氾濫被害の補填方法はいかにあるべきか、を検討する作業としての意味をもつ。国家賠償法二条は、騒音等による被害の賠償請求の根拠としてもとりあげられ、そして、精神的被害等につき受忍限度を越える被害には国の責任が認容されてきている。水害訴訟においても、その被害者は河川の近隣者であるから、少なくとも財産権に対する被害につき受忍限度を越える場合はそれを国家賠償責任法上の違法と評価し、瑕疵責任を肯定しうるものと構成すべきであるという筆者の問題意識と、ドイツにおける氾濫被害にたいする補償請求事案でのBGHの思考方法とがほぼ同様であることがあきらかになったと思われる。

さいごに、わがくにおいては、氾濫被害の補填につき、主に、国家賠償法二条の瑕疵責任で争われるが、その他、氾濫による財産上の被害については、財政金融措置として、たとえば、農林漁業関係融資、住宅金融公庫の融資があり、また、補償として農林災害補償や漁業災害補償等により補填される。これらからわかるように、とくに都市における水害の場合には、十分な補填措置が講じられず、保険制度は別にして、被害者は水害による被害と融資などによる債務とを同時に負担することとなる。訴訟を提起しても、早急な救済が困難であるから、立法論としては、三の2でみたように、わがくにおいても、工事実施基本計画策定時に、補償額に争いがある場合は別に訴訟を提起することとして、「損害の調整」を図るなどの制度上の整備が必要であると思われる。

(一九九三年九月三〇日提出・一九九三年十一月二七日一部補正)