

ドイツ危険責任法の基礎

——ドイツ民法典の成立と危険責任の展開——

浦川 道太郎

はじめに

前稿「ドイツにおける危険責任の発展」⁽¹⁾において、私は、ドイツにおける民事不法行為法の展開を危険責任の側面からながめ、ドイツの不法行為法がその帰責原則において、「複線性」⁽²⁾に立つことを確認した。すなわち、不法(Unrecht)に対する過失責任⁽³⁾と事故(Unglück)に対する危険責任である。⁽⁴⁾そして、その二つの「線」が原則・例外の関係ではなく、併存する原理として承認されていることも明らかにした。⁽⁵⁾

この併存する「複線」の存在は、ドイツにおける理論においても全く異議なく承認されている。⁽⁶⁾だが、現実 realistically 法上の対応をみるならば、「私法の一般法」たる民法の第二編第二章「不法行為」⁽⁷⁾には過失責任の規定があふれており、危険責任は過失責任と併存する帰責原則でありながら、特別法においてカズイスティシュ(列举主義的)に規定されるにとどまっている。⁽⁸⁾

では、なぜ民法典の「不法行為」規定において過失責任が勝利をおさめたのであろうか。危険責任に対する民法典編纂者・立法者の考え方は、どのようなものであったのか。

前者の間に対する答は、すでに一応明らかにされている。すなわち、なぜならば一九世紀的自由主義の世界観に基づく個人の自由を保障するためであり（倫理的動機⁽⁹⁾）、そして、産業の拡大の保障を求める経済界の要求に応じるため（経済的動機⁽¹⁰⁾）である、と。⁽¹¹⁾

私もこの解答に反対するものではない。⁽¹²⁾しかし、この解答は「過失責任原則」の優位を根拠づける動機ではあるが、民法典を過失責任により形式的には、一元化させた動機としては単純に並列できない面がある。つまり、倫理的動機は「個人」の自由の保護に結びつくものであり、経済的動機はドイツ民法典編纂期においてすでに「個人」の自由と相容れない要素を露呈しはじめた「企業」活動の保護と結びつくものだから、である。このような一見相矛盾する動機は、きわめて政治的な作業である具体的な民法典の「不法行為」規定の編纂という過程に、どのように影響し合っただろうか。後者の問はこのことを明らかにする中から答えられるであらう。

さらに、上記の二つの問題を明らかにすることは、単なる認識の問題にとどまらない。それは、不法行為の「複線」の内の一つたる危険責任の民法典上の「欠缺の類型」（ラーレンツ）を明らかにすることにつながり、⁽¹³⁾ドイツ民法理論の影響下にあるわが国不法行為法における危険責任を解釈する上での参考を提供するであらう。⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾

そこで本稿では、ドイツ民法典編纂の基礎である第一草案の基本思想を指導したパンデクテン法学における過失責任原則の優位性確立過程から考察をはじめ（第一章）。つぎに、パンデクテン法学がほとんど無視したその時代の社

会的背景と不法行為法に対する社会的要求をながめ(第二章)、パンデクテン法学の過失責任主義と社会からの不法行為法への要求の対立が収斂した民法典の成立過程を考察する(第三章)¹⁶⁾。

- (1) 拙稿「ドイツにおける危険責任の発展」(1)―(3)民商法七〇巻三一五号(一九七四年)。
- (2) 複線性＝*Zweiseitigkeit*. Esser, J., *Zweiseitigkeit unseres Haftpflichtrechts*, JZ, 1953, S. 129 ff.
- (3) *Verschuldenshaftung*. 有責任とするほうが妥当と思われるが、ここでは一般的な慣用となっている「過失責任」としておく。
- (4) 拙稿・前掲②六一五頁、③七九三頁。
- (5) 拙稿・前掲②六一五頁。
- (6) Kötz, H., *Haftung für besondere Gefahr*, AcP, Bd. 170 (1970), S. 20 ff.
- (7) *Unerlaubte Handlungen* (§§ 823—853)
- (8) このことから、「複線性」を承認する理論は、危険責任が過失責任と法的形式においても対等な地位を占めるべきだと主張している。その最も先鋭な現われは、危険責任の「一般条項」の作成の提案であった。拙稿・前掲②六二三頁、③七七三頁以下。
- (9) Stoll, H., *Rezension zu J. G. Fleming The Law of Torts*, AcP, Bd. 166 (1966), S. 383 ff.
- (10) Esser, J., *Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts*, AcP Bd. 148 (1943), S. 121. Fleming, J. G., *The Law of Torts*, 3 ed. (1965), p. 8, 289.
- (11) 私は前稿においてこの点について問題のあることを指摘しておいた。拙稿・前掲①四六八頁及び注99)。

(12) 一九世紀における過失責任主義の勝利の原因が経済的動機にあるか倫理的動機にあるかについては一元化しえないであろう。(Kötz, aa. O., S. 4 Anm. 7. 山田「過失責任と無過失責任」損害賠償法講座(1)(一九七六年)五九頁)。しかし、本文にも述べるように、民法典編纂における過失責任の貫徹の原因については、「一元化しえない」というだけではなく、どの原因がどのような関係で影響を与え最終的に民法典の「不法行為」規定を成立させたかを検討する必要がある。

(13) ドイツ民法典に過失責任のみが規定され危険責任の直接的根拠が欠落していることが、産業革命以後の危険事業の社会的意義を当然認識していた立法者が、全不法行為領域を明確に過失責任原則で整序する「計画」のもとに意識的にした結果(ラーニングのいう「法政策的欠陥」(rechtspolitischer Fehler: Larenz, K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (1975), S. 358))であったならば、少なくとも、ドイツ民法典成立時においては、実定法上「単線(過失責任主義)」であったことになる。そうとするならば、特別法の出現により形式的に「複線性」が成立したとしても、「私法の一般法」の民法との関係では、実質的にはいわば「一・五線(過失責任の線が太く、危険責任の線は細い)」であるといえなくはない。そして、そのことは常に解釈(特に、類推解釈)を規定するであろう(立法者が全く危険事業の社会的意義を理解しないで過失責任原則を採用したとするならば、危険責任の不在は「法制度の欠缺」(Rechtslücken: Larenz, aa. O., S. 360))であろうが、いずれにせよそれは明らかにされなければならない)。だが、危険責任に関するこの問題をあまり意識することなく、ドイツの理論は「複線性」を承認している。なお、Bauer, M., Erweiterung der Gefährdungshaftung durch Gesetzesanalogie, Festschrift für Kurt St. Ballerstedt zum 70. Geburtstag (1976), S. 318 ff. の若干の問題点は示されていない。

(14) ドイツ不法行為法を研究することのわが国不法行為法研究に与える意義については、拙稿・前掲(1)四六一頁、前田「不法行為法の構造」(於保先生還暦記念「民法学の基礎的課題」(下)・一九七五年)一六二頁。

(15) 日本法においても注(13)の問題は成立する。そして興味深いことに、それはドイツ民法典の編纂過程と全く同様の様相を示す。本稿一二〇頁注(4)参照。

(16) この時代のドイツ危険責任の動向は、すでに拙稿・前掲(1)第一章・第二章で触れたが、本稿では、危険責任が民法典に欠落した「意味」という側面から検討を加える。

第一章 一九世紀パンデクテン法学と過失責任

現代技術を応用した危険な事業・施設より生じる社会的（抽象的）危険に対するその危険支配者の「無」過失責任である危険責任は、危険な事業・施設が一般化した産業革命期以後にその固有の歴史をもつものである。⁽¹⁾しかし、危険責任が「無」過失責任であり、過失責任に不法行為法を一元化しようと試みた一九世紀パンデクテン法学の主流に抵抗して形成されたことを考えるならば、「民法典と危険責任」を考察するにおいても、まず、一九世紀初頭のパンデクテン法学が達成した不法行為法における過失責任原則の優位性確立の過程を一瞥しておく必要があるであろう。そして、この一九世紀初頭のパンデクテン法学の成果こそ、本稿で問題にする民法典編纂過程における第一草案の「不法行為」規定の基礎を与えたものである。

(1) 一九世紀初頭のパンデクテン法学と過失責任

不法行為法の歴史を通観するならば、⁽³⁾帰責原則は主観主義（過失責任主義）と客観主義（無過失責任主義）の常在的併存であり、一方が他方の優位に立つことはあっても、完全に排斥しつくしてしまうことはなかった。⁽⁴⁾

一九世紀初頭に歴史法学派によってパンデクテン法学が再興される以前の近世自然法論においても、この併存状況は顕著である。アルトゥジウス（一五五七—一六三八）⁽⁵⁾は、ローマ法の準不法行為（Quasi-Delikte）と動物訴権（actio pauperie）を「delicta aliena」の概念のもとに統合し、狭義の不法概念に包摂されない過失責任以外の一群の責任を承認していた⁽⁶⁾。また、グローティウス（一五八三—一六四五）⁽⁷⁾も、過失責任以外の帰責原則を認識している⁽⁸⁾。

近代自然法論の影響下に編纂されたプロイセン一般ラント法（Allgemeines Landrecht, 1794）は、責任無能力者に対する責任⁽¹⁰⁾、愛玩動物に対する責任、奴婢・職工・見習い・同居人の違法行為に対する責任、他人の所有権に重要な制限を加える行為に対する責任⁽¹³⁾、収用手続による責任、相隣法における責任⁽¹⁴⁾、越境建築についての責任、斂業責任⁽¹⁷⁾その他、多くの無過失責任を承認していた⁽¹⁸⁾。そして、これは、私的自治を敵視する啓蒙主義的絶対主義の臣民に対する官憲国家的な後見的態度のあらわれでもあった⁽¹⁹⁾。すなわち、それは、成立しはじめた市民社会に外的な、損害配分に関する国家的公平原理に従って、被害者が甘受することが妥当でないと国家が思料する損害を加害者に転嫁しようとする官憲国家的な「おせっかい」のあらわれである。

さらに、この時代の過失（culpa）の理解において、通常 culpa lata—culpa levis—culpa levisima の三分法がとられていたことも注意する必要がある。この内、culpa levisima（最輕過失）の責任は「一〇〇〇の目をもつて家の隅々を調らべてはじめて眠りにつく」ほどの注意を要求されるものといわれていたことを考え合わせるならば、形式的に「過失責任」といっても、この時代の「過失責任」には多くの異物があつたことが知られるのである。

上記のように、近代自然法論および自然法的な法典編纂においても、過失責任と無過失責任は併存していた。この

併存状況を全く転換し、過失責任を原則として不法行為法を強度に一元化しようとする試みは、一九世紀の初頭にパ
ンデクテン法学を再興した歴史法学派のサヴィニー（一七七九—一八六一）にその起源をもつといわれる。そこで、
サヴィニーの私法体系と過失責任の関係を概観しておこう。⁽²²⁾

① サヴィニー⁽²³⁾

(一) サヴィニーの私法体系には、カント（一七二四—一八〇四）の影響がきわめて大きい。⁽²⁴⁾

カントは、その「人倫の形而上学」の第一部「法論の形而上学の基礎」において、つぎのように述べている。

「法とは、或る人の意思（Willkür）が他人の意思と自由の普遍法則に従って調和させられるための諸条件の総体である」と。⁽²⁵⁾

彼は、この法（権利）概念から出発して、「他人を義務づける法的根拠」としての権利を「生得的権利」・「取得の権利」に分けて「生得的権利」として自由のみを承認し、「取得の権利」を外的な或る物をもち、取得する仕方に関する「私のものと汝のもの」の法（私法）に帰属させる。⁽²⁶⁾そして、この個人の自由意思（Willkür）に基礎をおく彼の私法は、「取得の権利」を内在的原理によってのみ規定される権利（法）概念・権利（法）体系として析出させ、数学的精確さをもって構成しようとする。このため、帰責についても、彼は、自由意思に還元できるもののみを帰責しようとし、その結果、この帰責原則に従った不法行為法は全く主観的なものとなるのである。⁽²⁷⁾

現代の視点に立ってみるならば、このような彼の権利（法）論は、経済社会としての市民社会の法を私的自治にもとづく内在的な（経済原理にもとづく）ものとして構成し、旧来の政治権力や啓蒙的な官憲国家からの影響から自立

させようとする試みであつたと、評価できるであらう。⁽²⁸⁾

(二) サヴィニーは、このカントの権利概念とその権利(法)論のもつ意図を継承し、私法の体系を完成する。⁽²⁹⁾

その際、サヴィニーは、まずカントの意思(Willektur)概念に従ひ権利を「各個人に属している力(Macht)」、すなわち人の意思(Wille)が支配している——領域」として規定する。⁽³⁰⁾ところで、この権利はそれ自体孤立しているのではなく、他人(の権利)との関係(＝法律関係＝Rechtsverhältnisse)によって規定されている。⁽³¹⁾そして、この法律関係から「一般的法規(allgemeine Regel)」が引き出される。この法規が法(das Recht im objectiven Sinn)に外ならず、個別的権利に関する判断はこの法規に対する関係においてのみ可能なのである。⁽³²⁾さらに彼は、一般的法規は孤立的ではなくその有機的性格に従つて、契約・婚姻・代理等の法律制度(Rechtsinstitut)としてあらわれるという。⁽³⁴⁾かくして、彼の法律学は、この自由意思(私的自治)を中核とする自足的な権利(法)論を基礎として、ローマ法に素材を求めつ、⁽³⁵⁾その素材をその「有機的性格」に従つて類型(体系)化していく。⁽³⁶⁾

このため、サヴィニーの債権法は、契約を自由意思の発現として、不法行為を自由意思の濫用としてとらえ、この体系的整序に親しまない法的素材(例えば意思に還元できない事故責任)⁽³⁷⁾を例外として看過することとなる。⁽³⁸⁾そして、まさにここにおいて、これ以後明瞭な姿をあらわす過失責任主義による不法行為法の強度の一元化の試みは、その基礎を見いだすのである。

(三) ところで、「無」過失責任としての事故責任一般の側面からながめたばあい、サヴィニーにおいては、それは、自由意思に還元しえない異物として体系外に駆逐されるのであるが、さらにそのより強い無視は、サヴィニーの法律

学のもつづぎの二つの性格によって完成される。

その一つは、彼の法律学における、法の課題からの公益的・経済的・政策的判断の疎外である（法律学の中立性⁽³⁹⁾）。これは、彼の法律学が諸法概念・法制度を私的自治のもとに自足的体系化しようと意図したことから、ある意味では必然的に帰結したものである。サヴィニーは、つぎのようにいう。

「あらゆる法の一般的課題は、専ら人間性の人倫的な規定をおこなうことに帰着し、……それからはなれた国家的経済的目標をもつ必要はない⁽⁴⁰⁾」と。

第二は、歴史法学派としての彼が考察の対象としての法的素材を常に過去のローマ法源に向って求めたことである。

かくして、サヴィニーにおいては、まさに「現代的」社会問題になりはじめた無過失責任を要求する事故損害問題は、それが社会的公益的判断にかかるものとして疎んじられ、また、ローマ法源にはその処方の記載がないため取りあげられることがなかったのである⁽⁴¹⁾。

以上のことを確認するならば、彼の学者生活の最後を示す債権法教科書⁽⁴²⁾において、最後のわずかに二頁だけが、「債務者の自由行為 (freie Handlung) あるいは債務者の意思と無関係な事件に基づく」若干の債務成立原因を叙述していることに驚ろくことはないであろう⁽⁴³⁾。

(四) ところで、現代の視点に立ってみるならば、過失責任 (culpa と dolus に対する責任) のみをその体系上意味ある唯一の帰責原則としたこのサヴィニーの態度は、市民社会外の旧体制的論理を責任秩序から排除しようとしたも

のとして、個人の自由確立の基点を拓いたものと積極的に評価できるであらう。⁽⁴⁴⁾ また、その反面として、無過失責任としての事故責任（危険責任）を疎遠化し、その本質を考えなかったことも、彼の体系化のもつ意義を考え彼の主たる活動期が産業革命の開始される前の比較的単純な時代であったことをも考え合わせるならば、やむをえなかったといえよう。しかし、彼の築いた政治的・倫理的・社会的に中立な法学方法論はその後のパンデクテン法学（特にロマニステン）を規定しつづけ、その末期において、時代の動向に対立する過失責任主義による過度の一元化をもたらしたのである。

② ハッセ

(一) サヴィニーが私法の体系化において「哲学的」⁽⁴⁵⁾に過失責任原則を体系にとって唯一の意味ある帰責原則としたのに対して、特殊「過失（culpa）理論」⁽⁴⁶⁾の分野において、過失（culpa）の主観化を徹底させ意思（有責）的責任原理として確立させたのは、ハッセであった。⁽⁴⁶⁾

(二) ハッセは、ローマ法における culpa をきわめて詳細に研究し、culpa datum には、①それ自体違法（widerrechtlich）な加害としての客観的行為であること、⁽⁴⁷⁾と②帰責（Zurechnung）があること、の二つの構成要素があるとする。⁽⁴⁷⁾そして、①の客観的違法性（objektive Widerrechtlichkeit）と②の主観的違法性（subjektive Widerrechtlichkeit）が加わって実質的に違法（Widerrechtlichkeit）となり、その意味で、culpa と iniuria は同義であるが、⁽⁴⁸⁾後者の culpa は「言葉の純粹な意味」での culpa であり、それは Schuld（責任）にはかならないとする。⁽⁴⁸⁾このようにして、ハッセは、客・主観面が未分離であった culpa から、行為者にとって行為の道德的原因とみられるも

のへ法的効果を帰属させる⁽⁴⁹⁾、「帰責」としての主観的側面を明瞭に抽出した。

さらに、彼は、この主観的帰責原因としての culpa をより、実質的に意味あるものとするために、それ以前の学説でとられていた culpa lata (重過失)——culpa levis (軽過失)——culpa levissima (最軽過失)の分類を否定する。⁽⁵⁰⁾

すなわち、学説上「一〇〇〇の目をもって家の隅々を調べて眠りにつく」⁽⁵¹⁾ことを要求するような culpa levissima (最軽過失⁽⁵²⁾)を固有の過失段階ではなく、culpa (過失)と casus (事故)の間の思考上の限界にすぎないと主張する。そして、過失 (culpa) 責任において意味あるものは culpa levis (軽過失)であって、それは勤勉な人間が通常払う用心以上のものを要求するものでなく、それを超えるものは casus (事故)であって損害結果に物理的原因を与えた者にも帰責しえないものであると結論づけた。⁽⁵³⁾

(三) かくして、ハッセは、狭義の culpa (過失)を客観的違法性の側面から切り放すことで過失 (culpa) 責任に現代的意味での過失責任 (Verschuldenshaftung) の性格を与えるとともに、⁽⁵⁴⁾行為者の意思の緊張を要求する注意基準を「通常の人間」程度とすることで、行為主体への帰責を自由意思を中核とする道徳的非難をもつ責任原理 (主観的責任)として真に意味あるものとしたのである。⁽⁵⁵⁾その意味で、このハッセの過失 (culpa) 論によって、一九世紀の過失責任主義は、はじめてその十全なる内容をもつことになったといえよう。そして、彼以後のパンデクテン法学者たるマダイ、⁽⁵⁶⁾パンゲロウ、⁽⁵⁷⁾ゾイフェルトは、⁽⁵⁸⁾ハッセの学説を骨格において承継していくのである。

(2) その後のパンデクテン法学と過失責任

(一) 前述したように、サヴィニーは、その権利(法)論に従った体系において、自由意思(私的自治)に基づく主観的

な帰責原則だけを意味あるものとして、それになじまないものを無視しようとした。さらにハッセは、過失 (culpa) 論において主観的 culpa (Schuld) を分離し、それを「通常の人間」程度の注意基準に結合して一般人の日常生活上の注意を尽しても避けられない出来事 (casus) を行為 (原因) 者に帰責しえないものとした。つまり、個人の意思への帰責を実質的に確立したのである。一九世紀中葉以降のパンデクテン法学 (教科書) における不法行為法論は、この両先駆者の立場に従って展開する。

その際、これらのパンデクテン法学者は、サヴィニーによって確立された法学方法論⁽⁵⁹⁾に規定され、社会的・経済的利益衡量を法学の中から排除しようとし、法体系の一層の完備と、新たな問題に対しては体系に内在する法概念をもって構成してそれを体系内にとりこむことに努力した。⁽⁶⁰⁾このパンデクテン法学の学問的実証主義の考え方は、サヴィニーの弟子のプフタ (一七九八—一八四六)⁽⁶¹⁾やパンデクテン法学の集大成者であるヴィントシャイト (一八一七—一八九二)⁽⁶²⁾のつぎの言葉によくあらわれている。

「法的視点は体系内にはめこまれていなければならず、内的に基礎づけられていなければならぬ」⁽⁶³⁾

そして、「倫理的・政治的および国民経済的衡量は、法律家 (Juristen) 自身の任務ではない」⁽⁶⁴⁾と。

(二) このような法学方法論 (学問的実証主義) にもとづいて、サヴィニーにより確立されハッセにより個人意思への帰責としての内実を与えられた過失責任は、パンデクテン教科書の中で、不法行為法における唯一・無二の帰責原則に発展する。すなわち、一九世紀中葉以降のパンデクテン教科書は、体系原理 (過失責任原則) からの演繹をするために、ローマ法以来の無過失的責任類型をも過失責任に引き直すこととなり、⁽⁶⁵⁾ゲルマン法的起源をもつ無過失責任類

型を無視し⁽⁶⁶⁾、さらに、自然法的法典編纂の成果である多くの公平責任を体系外的利益衡量にかかるとして冷遇無視することになるのである。また、この体系に引きこめない流出・投下物訴権 (actio de dejectis et effusis) 等については、主観的責任に基づかないゆえに不法行為責任ではないという主張すらおこなわれるのである⁽⁶⁸⁾。そして、この個人意思への帰責たる過失責任主義による不法行為法の一元化は、一八六〇年代の終り頃までに完成するのである⁽⁶⁹⁾。

(三) このようにして確立した過失責任原則による不法行為法の強度の一元化は、カントにはじまる自由意思(私的自治)に基づく「体系」化の試みを学問的・抽象的に推し進めた結果であったと評価できよう。しかし、学問性・抽象性による体系は当初において社会を把握していたとしても、社会が変化したばあいには社会からの遊離のおそれを含むものであった。事実、このおそれは現実化し、過失責任主義による一元化確立の過程の間にも、その崩壊がはじまっていたのである。

この崩壊の原因は、過失責任主義による不法行為法の一元化確立過程と同時に社会で進行していた、産業革命である。社会の産業(技術)化にともなって、過失責任によっては原因者たる事業者(企業)に帰責しえない事故が増加し、過失責任体系への社会の非難も増大していくのである。

この産業革命の進展と不法行為法に対する社会の要請は次章に述べるが、ここではつぎのことを確認しておきたい。それは、産業革命の進展にともない危険事業により利潤をあげる企業が多数成立し、労働者・市民と企業(家)との等質(互換)性がくずれるとともに、過失責任を体系的に形成したパンデクテン法学の根底にある形式的自由平等が、その担っていた「個人」の自由と対立する「企業」にとっての特権にはかならないことが明らかになっていく事⁽⁷⁰⁾

実である。そして、このような社会との「摩擦」に直面して、パンデクテン法学（主としてその影響下の実務家）の中から、政治的・経済的に中立な体系から必然的に流出する過失責任主義の優位性の主張ばかりでなく、それを無過失責任より時代に適合的な積極的な法政策的意味をもつものとする主張がうまれてくるのである。つまり、発展しようとする危険（「無」過失）責任を政策的判断に基づいて排斥せんとする主張が、パンデクテン法学の周辺からさげられるのである。

例えば、ヴァイスケの法学辞典の「culpa」の説明の中で違法性のみにとづく責任を拡大することに関して、つぎのようなツイルクラーの主張があらわれる。⁽⁷³⁾

「（この他人を貧しくしてはならないというような）高められた市民の義務は、……産業の一般的発展を不可能にするであろう。」⁽⁷⁴⁾

また、レオンハルトは、第一七回ドイツ法曹大会において、使用者責任を使用者の選任監督義務違反に結びつけておく考え方を擁護して、つぎのようにいう。

「なるほど、国家は、危険企業を圧迫することもできようが、繁栄する産業の存在から生じる一般的利益は財産と生命の安全に生じる不利益よりも著しく大きい（それゆえ、事故損害は、天災の如く被害者が甘受すべきである）」⁽⁷⁵⁾

これらは、産業保護という政策的判断を過失責任主義の貫徹と結びつけるものであり、政治的・経済的中立性を標榜するパンデクテン法学の自己否定でもあった。そして、一九世紀末においては、過失責任主義の貫徹は、もはや理

論的にも「産業」保護という政策判断なしには語られなくなり、同時に他の政策判断と同一の場に立った競合妥協が生じるのである。

- (1) 拙稿(1)前掲四六二頁。
- (2) ここでは、主として普通法 (*gemeines Recht*) を研究したドイツの法学を総称してハンデクテン法学と名づける。
- (3) 帰責 (*Zurechnung*) とは、或る人を或る行為の創始者とみなし、行為に向けられた法的効果を帰属させる判断である。
Vgl. Kant, I, *Metaphysik der Sitten*, I Teil (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*) (カント「人倫の形而上学」[世界の名著22]五三一頁。以下この翻訳で引用する)。
- (4) ローマ法以来の主観主義と客観主義の変遷を興味深く論述するものとして、Hübner, H., *Subjektivismus in der Entwicklung des Privatrechts*, *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag* (1976), S. 715 ff. (734)
- (5) アルトゥシウス (Althusius, J.) によつて、Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. (1967) (= PRG), S. 286.
- (6) Hübner, aa.O., S. 737 Anm. 100.
- (7) グローティウス (Grotius, H.) によつて、Wieacker, PRG, S. 287 ff.
- (8) Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres*, Bd. 2 cap. 1 § 2 n. 1 (一又訳「戦争と平和の法」一卷二四五頁)。ただし、彼は後に Bd. 2 cap. 17 § 21 (一又・前掲二卷六五六頁) でこれと矛盾する考え方を示している。Hübner, aa.O., S. 738.
- (9) 注釈法学派以来キリスト教の影響下に、道徳的非難としての損害賠償義務の考え方が、*culpa* の主観化と不法行為法を *culpa* のもとに統合する試みを促進していたことは事実であるが、その *culpa* には *culpa levisima* も含まれるのであり、

「現代的」意味での「過失責任」とは大きな相違があった。また、啓蒙主義に裏うちされた近代自然法論は、損害賠償義務に「公平」の考え方を導入することで culpa 責任による一元化には阻止的に働いたといえる。Hübner, a.a.O., S. 737.

- (10) ALR I 6 §§ 41—44
- (11) ALR I 6 § 72
- (12) ALR I 6 § 68
- (13) ALR I 22 § 3 ff.
- (14) ALR Einl. § 75
- (15) ALR I 8 § 105, § 108, § 129
- (16) ALR I 9 § 327 ff.
- (17) ALR II § 77, § 112, § 147, § 150
- (18) その他の自然法的な諸法典と異なる無過失責任については、Bienenfeld, R., Die Haftung ohne Verschulden, 1933, S. 21.
- (19) 村上「ドイツ法学」(碧海外編「法史学」所収) 一三一頁。Wieacker, PRG, S. 334.
- (20) Ogoreck, R., Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert, 1975, S. 38 ff.
- (21) Heineceius, J. G., Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionen, 1748, § 786 ff.
- (22) 本章を導くべきではない。Ogoreck, a.a.O., S. 9 ff. 44 ff. Benöhr, H. P., Zur ausservertraglichen Haftung im gemeinen Recht, Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag (1976), S. 694 ff. 695 ff. 696 ff.
- (23) ケンペリヤー (V. Savigny, F. C.) によれば、Wieacker, PRG, S. 381 ff.

- (24) Wieacker, PRG, S. 352 u. bes. 375 ff., derselbe, Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution (=P.u.I.R.), Juristen-Jahrbuch 1968/69, S. 6., Fikentscher, W., Methoden des Rechts, Bd. 3, 1976, S. 37 ff. 村上・前掲 1 四四頁。

- (25) カント・前掲「人倫の形而上学」三五四頁。
- (26) カント・前掲三五八、三六三頁。なお、村上・前掲一三二、一四四頁。
- (27) カント・前掲三五二頁。もっとも彼においてはこれは刑罰と未分離である。
- (28) その試みが完全には貫徹しえなかったことを含めて、村上・前掲一三二頁。
- (29) サヴィニーの権利論については末川「サヴィニーの権利論」志林二九卷一〇号（一九二七年）（同「権利侵害と権利濫用」一二頁以下所収）。また、Fikentscher, aaO., S. 61 ff.
- (30) Savigny, System des heutigen römischen Rechts (=System), Bd. 1, 1840, S. 7.
- (31) Savigny, System, Bd. 1, S. 33.
- (32) Savigny, System, Bd. 1, S. 9.
- (33) ここには権利と法の一種の循環論法がある。Vgl. Fikentscher, aaO., S. 62.
- (34) Savigny, System, Bd. 1, S. 9.
- (35) 歴史法学派としての彼の態度のあらわれである。
- (36) 市民社会に自足的な法を構成しようとしたカントの権利（法）論の意図するところに一致するとともに、その発展である。村上前掲一四五頁。
- (37) ローテ法の中での actio de effusis et dejectis（流出・投下物訴権）等の事故に対する責任があった。

- (38) Ogoreck, aa.O., S. 10.
- (39) Fikentscher, aa.O., S. 39 ff., Ogoreck, aa.O., S. 11, Wieacker, P.u.R., S. 8.
- (40) Savigny, System, Bd. 1, S. 53 ff.
- (41) Ogoreck, aa.O., S. 11 ff.
- (42) Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts (=Obligationenrecht), Bd. 1, 2, 1851—52
- (43) Savigny, Obligationenrecht, Bd. 2, S. 330—331.
- (44) 同上・前掲一四六頁。
- (45) チャーミール博士の著書『Wieacker, PRG, S. 384 ff.
- (46) Hasse, J. C., Die Culpa des Römischen Rechts, 2. Aufl., 1838 (1963, Scientia), (1. Aufl., 1815). なお、チャーミール (culpa) 論については既に乾「不法行為法と過失の一考察」(2) 論叢八一巻六号 (一九六七年) 二九頁以下に紹介されている。
- (47) Hasse, aa.O., S. 39.
- (48) Hasse, aa.O., S. 42, 63 ff. 上の文では、チャーミール (Löhr, E., Theorie der Culpa, 1806, 1808) を発展させたものと思われる。Vgl. Ogoreck, aa.O., S. 31.
- (49) Hasse, aa.O., S. 63.
- (50) Hasse, aa.O., S. 96 ff.
- (51) 本稿八六頁および注(21)。

- (52) culpa levisima のロー法における興味深い展開については、石本教授のきわめて詳細な研究がある。石本「無過失損害賠償責任原因論(一)(五)」神戸学院法学五卷二・三、四号、六卷一、二、四号(一九七五—七六年)。
- (53) Hasse, a.a.O., S. 72.
- (54) もていめ、狭義の culpa (Schuld) は彼ではうちは広義の culpa (違法性=Widerrechtlichkeit) を包括するものであつて、それを完全に分離するに至るのは、モムゼン (Mommesen, F., Die Lehre von der Mora nebst Beiträge zur Lehre von der Culpa, Beiträge zum Obligationenrecht, Abs. 3, 1855) ヲーレン (Thering, R., Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, 1867) にあつたのである。乾・前掲②三八頁参照。
- (55) 個別的人間の注意基準を基礎とした「帰責」ではない点では、いわゆる「客観的」過失論である。しかし社会での計算可能性を相互に保障し合う「帰責」としては、まさにこれこそ「自由意思」を中核とする責任原理である。また、人に「通常人」以上の注意義務を尽すことを要求しない点では、「主観的」責任なのである。
- (56) Mühlensbruchs Lehrbuch des Pandecten-Rechts, 4. Aufl. (herausgegeben O.C.v. Madai), Theil II, 1844, S. 306 ff.
- (57) Vangerow, K. A., Lehrbuch der Pandekten, 17. Aufl., Bd. 1, 1869, §106 ff.
- (58) Seuffert, J. A., Pandektenrecht, 4. Aufl. (herausgegeben E. U. Seuffert), Bd. 2, 1867.
- (59) 本稿八九頁参照。
- (60) Wieacker, PRG, S. 430 ff., derselbe, P.u.L.R., S. 8 の法学方法論に従つて展開されたのが「学問的実証主義」である。
- (61) フンク (Puchta, G. F.) といふのは、Wieacker, PRG, S. 399 ff.
- (62) ヲンテンシャール (Windscheid, B.) といふのは、Wieacker, PRG, S. 446 ff.
- (63) Puchta, Gewohnheitsrecht, Bd. 1, 1828, S. 166.

ドイツ危険責任法の基礎

- (64) Windscheid, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft, in: Ges. Reden. u. Abh., 1904, S. 101., Vgl. Wieacker, PRG, S. 431.
- (65) ローマ法において、肉体労働をする奴隷については加害者委附 (Noxal) 責任があり、その他多くの被用者についても無過失責任があつたにもかかわらず、その意義を捨象して使用者責任を一般的に使用者の選任・監督上の過失 (culpa in eligendo vel custodiendo) によつて整序しようとしたハッセ (Hasse, a.a.O.) にはじまる試みは、このあらわれといえよう。Vgl. Ogoreck, a.a.O., S. 68 ff.
- (66) 普通法 (gemeines Recht) 教科書という制約があるにせよ、鉄道法・鉱業法上の無過失責任を取りあげる教科書はほとんどない。
- (67) 責任無能力者に対する公平責任 (z.B. ALR §§ 41—46) によつては、インデクテン教科書はほとんど無視する。
- (68) Dernburg, H., Pandekten, 2. Bd., 1886, S. 346. 不法行為訴権を類推するという。従つてやはり Quasi-Delikt od. verwandte Delikt なのである。
- (69) Ogoreck, a.a.O., S. 86.
- (70) Wieacker, P.u.L.R., S. 7.
- (71) この中立的体系性自体が、企業家の繁栄を促進したことはいうまでもない。
- (72) 当然、結果的権利侵害を「違法」としてゐるのである。
- (73) Zirkler, W., "Culpa", in: Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten enthaltend die gesamt Rechtswissenschaft (redigirt. von J. Weiske), 1841, 83 ff. シェルクラーはチュービンゲンの裁判官である。
- (74) Zirkler, a.a.O., S. 105 ff., dazu Ogoreck, a.a.O., S. 35.

(75) Leonhard, R., in: Verhandlungen des 17. deutschen Juristentages, Bd. I, 1884, S. 337 ff. 389., dazu Ogoreck, aa.O., S. 36.

第二章 産業革命と不法行為法

前章で概観したところの、パンデクテン法学により不法行為法の過失責任主義のもとへの強度の一元化がこなわれた時代（一九世紀）は、ドイツ社会がこれまでになく大きく変化した時代でもあった。⁽¹⁾ その変化の原動力は、産業革命である。

ドイツ産業革命は、一八三〇年代（特にドイツ関税同盟の成立した一八三四年）に開始され、一八七〇年代初め（特に世界的恐慌勃発の一八七三年）に終了したといわれる。⁽²⁾ この産業革命の時代の前後でドイツ社会は一変する。一七八四年にデュッセルドルフ近郊にヨーロッパ最初の機械紡績工場ができたが、⁽³⁾ それは一八六〇年にはドイツ関税同盟内だけでも三二〇を数えるようになり、⁽⁴⁾ 炭礦での蒸気機関ポンプの利用は石炭生産を飛躍させ、⁽⁵⁾ コークス熔鉱（パドル法）と蒸気機関送風機は銑鉄生産を増大させ、⁽⁶⁾ それらの物資を運ぶ国道と鉄道を急速に延長させるとともに、さらに新たな機械工業を産み出した。農業に基礎を置いた社会は産業社会になり、一八〇〇年に二つ（ベルリン、ハンブルグ）だった一〇万人都市は、一八七一年には七、一九〇〇年には約三〇となり、⁽⁹⁾ それらの都市には、ガス灯⁽¹⁰⁾ ・電灯⁽¹¹⁾ がとまり、やがて市街電車が走るようになる。

このような都市への人口の集中とそこでおこなわれる技術革命に基づく産業化、および諸都市間を結ぶ交通機関の

発達は、「産業施設の発展と比例する事故」⁽¹³⁾を増大させた。そして、この事故の被害は、前述したパンデクテン法学の確立した過失責任主義と、ほとんどのドイツの諸邦で当時とられていた客観的（法定）証明理論⁽¹⁴⁾により、全く原因者に転嫁しえず、被害者の甘受するところとなった。この情況に直面して、危険な事業による事故損害におびやかされる市民（特に、産業労働者）は、パンデクテン法学のとする過失責任主義の事故責任への拡張の放棄（危険事業に対する「無」過失責任⁽¹⁵⁾の導入）と、訴訟上の証明責任の改善を求めるようになる。法律にまで結実したその最初のあらわれが、一八七一年に成立したライヒ責任義務法（Reichshaftpflichtgesetz）⁽¹⁶⁾である。

① ライヒ責任義務法と不法行為法

(一) 産業社会における事故に対する市民、特に労災事故の被害者たる労働者の責任法上の地位の改善の社会的必要は、一八六〇年代末までに一般常識にまでなった。⁽¹⁷⁾そして、この要求は、ルガウ（Lugau）等での大炭礦事故の遺族の損害賠償請求が不成功に終わったことを契機にして、ライプチヒの国民自由党委員會議長ビーダーマン（Biedermann, K.）が北ドイツ連邦議會に請願したことを通して、立法問題に發展する。請願書は、「北ドイツ連邦ライヒ議會」の決議により、「自己過失によらない事故損害について私人の損害賠償請求権の法律規定」を設けるようにという、内容であった。⁽¹⁸⁾この請願は、ドイツ帝国が成立した後になって、責任拡大を望まない産業界の反対にあいながらも、帝国（ライヒ）の法律として結実し、一八七一年六月七日に施行された。⁽²⁰⁾

(二) 本法の責任規定は、既に検討をしたこともあるので、⁽²¹⁾ここではその概要を述べるにとどまるが、一つは、鉄道経営者に人的鉄道事故についての純粋な危険責任を課したことである（第一条）。二つは、工・鉱業の企業者にその監督

的使用人の過失による人的損害の賠償義務（使用者責任）を課したことである（第二条）。

(三) 上記のように、このライヒ責任義務法は、頻発した巨大労働災害に法的保護を求める社会的圧力のもとに成立したため、全くの「緊急立法」であつた。⁽²²⁾このため、議事録上の議論は主として企業内の労働者保護の問題に限定され、法律上の要件は企業外の事故被害者保護をも含むにもかかわらず、その視点からの考察はなく、また、第一条と第二条の企業責任間の相違も明白な理由に基づくものではなかった。これらの問題点を含めて事故損害責任に対する法的なより十全な検討は、全て、——立法理由書も述べるように——一般債務法にゆだねられたのである。⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾

この点について、立法理由書はつぎのように述べている。

「産業施設の發展と同一割合で増加する事故を考へて、身体の完全性により高い法的保護を与えることをライヒ立法の課題であるとするならば、損害賠償義務に関する原則の一般的改革は、配慮しないでおくほかはない。このように広く定められた目標は、たんに債務法の全体系との関連でのみ達成されるであらう。現在は、非常な危険をもつた企業により肉体と生活を侵害された者およびその遺族に、蒙つた損害（の賠償）を確保するために、特別法の仕方規定を作ることのみが問題である」⁽²⁶⁾と。

しかし、「緊急立法」とはいえ本法が成立したことにより、被害を過失責任によっては加害者に転嫁できない社会に生じている事故損害に対処することが立法者の課題であると認識させたことは、きわめて重要である。この課題を果そうとしてこの後に繰りかえしおこなわれたライヒ責任義務法の改正の試みは、最終的には、ビスマルク（Bismark）の作成した労災保険法によって一時的に鎮静化する。⁽²⁸⁾だが、それらの過程においても、パンデクテン法学の過失

責任主義の強い貫徹が「企業」保護の政策にはかならず、事故損害についてはこの過失責任主義を修正する必要があるとの共通の確認が、立法者をはじめ国民の中にも成立していったのである。そして、この確認の上に立った不法行為（損害賠償）法の再構成は、本法の理由書のいう、一般債務法体系の形成の中でおこなわれるはずであった。

- (1) Pöls, W., Deutsche Sozialgeschichte, Bd. 1, 1973 表カバー裏面。
- (2) モテック「ドイツ産業革命」（大島訳）二九頁、九一頁。林「ドイツ産業革命」（一九六八年）四七頁（拙稿・前掲(1)四七三頁注(2)に引用）以下は、一八四〇年代とする。もっとも、この経済的分析は本稿と直接の関係はない。
- (3) モテック・前掲一七頁。
- (4) 林・前掲一九三頁。
- (5) 林・前掲二〇一頁によれば、関税同盟内の採炭量は一八五〇年の五、一八四（千トン）から一八七〇年には二六、三九八（千トン）に増大する。
- (6) 林・前掲二一〇頁によれば、関税同盟内の鉄鋼生産量は一八三四年の一一〇（千トン）から一八五〇年には二一一（千トン）に増大する。
- (7) 林・前掲二九四頁によれば、全プロイセンの舗装国道は、一八一六年の約三、一四〇キロメートルから一八六八年には約四、四八〇キロメートルに延長される。
- (8) 鉄道は、林前掲三〇七頁によると、一八三五年にわずか七キロメートルであるのが一八七〇年には一八、五六〇キロメートルにも延長される。
- (9) Pöls, aaO., 表カバー裏面。

- (10) 一八二六年一月一日よりベルリンにガス灯がとまる。Pöls, aa.O., S. 14.
- (11) 電灯がドイツの諸都市にとまるのは一九世紀末である。
- (12) 一八八一年にはベルリンに電車が走る。
- (13) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des deutschen Reichstages (=RTV), 1871, Bd. 3, Drucksache Nr. 16, S. 70.
- (14) この証明理論は実体法上の過失責任主義と同様に被害者にとって事故損害を加害者に転嫁しえない大きな妨害であった (RTV, 1871, Bd. 3, Drucksache Nr. 16, S. 68.) とはわれるが、⁹⁷⁾ これは検討が必要。Vgl. Ogoreck, aa.O., S. 87 ff., 97.
- (15) ライヒ責任義務法については、拙稿・前掲(1)四八一頁、および西村「ドイツ労働災害補償法の生成に関する一考察」(1)民法六五巻四号(一九七二年)五三三頁以下。
- (16) それ以前にフョイセン鉄道法 (das preuß. Gesetz über die Eisenbahn=Unternehmungen vom 3. 11. 1838.) 第二十五条により危険責任の基礎がおかれたが、これは、拙稿・前掲(1)四八〇頁にみるように、真の意味での危険責任の端初ではなかった。また、現実においても、鉄道企業が被用者・旅客に免責特約を契約上押しつけることで一八九六年の法改正迄はその意義は大幅に奪われていたといわれている(ただし、第三者損害については大きな意義はあった)。Benöhr, aa.O., S. 707.
- (17) この当時のドイツ法曹大会では、この問題がきわめて多く議論されている。
- (18) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, 1868, Drucksache Nr. 56, S. 188.
- (19) RTV, 1871, S. 467. 7「五五四の利害関係人の請願」がこの法律案に反対を表明していることが示されている。

- (20) より詳細な立法過程については、Ogoreck, a.a.O., S. 101 ff.
- (21) 拙稿・前掲(1)四八一頁。本法の条文の翻訳は、西村・前掲(1)五三四頁以下。
- (22) 立法過程に立ち合った議員の認識でもあった。RTV, 1871, S. 205.
- (23) RTV, 1871, S. 201 ff., S. 438 ff., S. 463 ff.
- (24) この考え方が、一八六一年に開始された一般ドイツ債務法編纂事業の成果たる「ドレスデン草案」(一八六六年完成)の再検討を意図していることは明らかである。
- (25) この一般債務法との無関係(緊急立法)性が、当時の学説から無視される原因ともなった。拙稿・前掲(1)四八一頁。
- (26) RTV, 1871, Bd. 3, Drucksache Nr. 16, S. 70.
- (27) 本法の責任について裁判所がきわめて厳格な限定解釈をとったことに触発されて、まず、中央党のガーレン(v. Galen)議員が、營業条例第三章の改正に関する議事の中で、本法の第一条の危険責任を全危険事業に拡張することを提案した(RTV, 1877, S. 503 ff.)。だがこれは強い反対にあつて議案にもならなかった。ついで、ヒルシュ(Hirsch)進歩党議員より、「①本法の損害賠償義務を木工所・建築・農業機械運転等での労働にも拡張すること、②本法に規定する全事例については、使用者は、その事故が不可抗力・被害者の自己過失を立証しえなければ損害賠償義務を負うものとする」という本法の改正提案がおこなわれた(RTV, 1878, Bd. 3, Drucksache Nr. 28)が、これは多くの議論をひきおこした。この議論が調整できないために、委員会を作って法律案を検討することにしたが、これがビスマルクの労災保険法となつてライヒ議會に返つてゐるのである。Ogoreck, a.a.O., S. 116, Benöhr, a.a.O., S. 708.
- (28) 労災保険法については、西村・前掲(1)五四八頁以下に詳しい。
- (29) ライヒ責任義務法は一般市民の事故災害に対しても法的保護を与えるものであつたが、市民の地位の改善は政治・社会問

題としての労災問題を推進力として労働者の地位改善と同時に改善されるかたちとなっていたため、労災の面が保険法により一応の解決をみた後は、推進力に欠けることになり、一般債務法の形成たる民法典の編纂まで、その議論は延期されるのである。

第三章 ドイツ民法典と危険責任

ドイツにおける法律行為と債務関係に関する一般法（一般ドイツ債務法）の制定の試みは、一八六一年のいわゆる「ドレスデン草案」作成（同草案は一八六六年完成^①）にはじまるが、この草案のドイツ諸邦での施行は、一八六六年の普墺戦争によるドイツ連邦の解体によって挫折する^②。その後一八六六年に成立した北ドイツ連邦および一八七一年に成立したドイツ帝国はいずれもその憲法で「ドイツ一般債務法」の制定を連邦・帝国の権限としていたが、その実現に至らなかった。このドイツ一般債務法は、一八七三年のいわゆる「ラスカー法（Lex Lasker）」によりドイツ帝国の立法権限が土地・家族・社团法に拡張されたことにあわせて、それらを包括する「ドイツ民法典」の一部として制定されることになる^③。それゆえ、前述したライヒ責任義務法において留保されていた事故損害の現実をふまえた「損害賠償義務に関する一般的改革」^④は、このドイツ民法典において達成されるはずであった。そこで、この事故損害の現実をふまえた「損害賠償義務に関する一般的改革」が、民法典編纂過程でどのように達成されたか（あるいは達成されなかったか）を検討してみよう^⑤。

(1) ドイツ民法第一草案と危険責任

(一) ドイツ民法典の編纂作業は、一八七四年の「準備委員会 (Vorcommission)」にはじまるが、その後の一八八一年に一人から成るいわゆる「第一委員会」において、第一草案が作成される⁽⁶⁾。この第一草案における不法行為法 (を含む債務法) は、キューベル (Kübel) の指導下に作成されるはずであったが、彼が草案の一部を作成後死亡したために、一八六六年の「ドレスデン草案」を下敷きにすることとして、マンドリ (Mandry) が作成することになった⁽⁷⁾。

このようにして出来あがった第一草案の不法行為規定には、過失責任主義による強度の一元化がおこなわれており、一八七一年に帝国政府の前身たる北ドイツ連邦政府の約束した「損害賠償義務に関する一般的改革」はその形跡すらなかった。すなわち、私自身が以前まとめたように⁽⁸⁾、第一草案は、使用者責任について使用者の被用者の選任・監督義務違反を要求し⁽⁹⁾、動物保有者責任⁽¹⁰⁾、建造物責任⁽¹¹⁾についても保有者・占有者の監督義務違反を要求し、さらに、それらについて義務違反の立証を被害者に課している。また、唯一立証責任を転換した流出・投下・据置・吊下物責任⁽¹²⁾においても無過失立証による免責の可能性を与えているのである。そして、民法施行法により一八七一年のライヒ責任義務法の存続を承認している⁽¹³⁾以外は、事故損害を考慮した危険責任に配慮は全くない。

(二) このような危険責任に全く疎遠な第一草案の「不法行為」規定の態度の原因は、ヴィーアッカーのいうごとく、「(この草案が) 良きにつけ悪きにつけ今や終らんとする学問的実証主義⁽¹⁴⁾のもっとも特徴的記録⁽¹⁵⁾」であったことに求められるであろう。つまり、不法行為法におけるこの結果は、「たとい實際上の理由から過失推定をおこなうとしても、……この原則 (過失責任主義) に依拠している。草案は、特別不法行為の規定においても決して不法行為の基礎

を見失なうことなく、それにより、純粹の不法行為ではないが不法行為に關する原則により処理されるべき構成要件から成るいわゆる準不法行為 (Quasidelikte) のカテゴリーを回避した⁽¹⁶⁾。という主張からもわかるように、サヴィニールにより確立した「体系」を完成すること、すなわち、不法行為法を過失責任主義で一元化するということにのみ努力がはらわれたためであろう。それゆえ、第一草案の基本思想に強い影響を与えたヴィントシャイトは立法者には倫理的・政治的・経済的衡量を禁じなかったにもかかわらず⁽¹⁷⁾、この第一草案は、衡量を拒否して学問的中立性のもとに、そのような衡量に基づく危険責任を不法行為法から排斥したのである⁽¹⁸⁾。

(2) ドイツ民法第二草案と危険責任

(一) 激動する社会に生じる問題に直面しながらも、社会に多大の影響を与える大法典の作成において、学問的体系性に過度に忠実であり現実的利益衡量をしないとすれば、それは一つの「反動」である。

第一草案の不法行為規定に対する非難は、まさに、この社会の現実を「体系性」の名のもとに無視せんとした点に集中して生じた。ギールケ⁽¹⁹⁾ (一八四一—一九二二)、メンガー⁽²⁰⁾ (一八四一—一九〇六) に代表される意見は、その明瞭なあらわれである。

ギールケは、つぎのようにいう。

「本草案は現代の生活活動とほとんど接触していないので、現代損害賠償秩序に対して純粹な不法行為的立場⁽²¹⁾が維持しえないとの確信や、古代的民族法に再度結合した改革立法の要求がどれほど社会に拡がっているかを、全く予想すらしなかった⁽²²⁾」と。

このような非難に対応し、政府も、第一草案は民法典の基礎にはなるがさらに「経済的要求とドイツ固有法」の考慮を要するとして、第一草案の練り直しを「第二委員会」に命じた。かくして、第二委員会は、第一草案への非難に答えるためにも二人の経済界名士から選ばれた「非常任」委員を含め、第一草案を基礎に社会の現実をふまえた検討をおこなった。⁽²³⁾この過程は、第二草案を整理してドイツ連邦参議院 (Bundesrat) に提出された際に付された「議事録 (Protokolle)」⁽²⁵⁾に明瞭に記録されている。そして、この「議事録」を読むと、ドイツ民法典編纂者が危険責任問題をどのように処理しようとしたかがよく理解できるのである。

(二) この検討において、第二委員会は、まず過失主義 (Verschuldensprinzip) を完全に原因主義 (Veranlassungsprinzip) に置きかえようとするギールケ等の主張に対して、過失主義は個人の権利の自由発展にとり不可欠であり、原因主義は未発達の法の産物であるという理由をあげて、排斥する。⁽²⁶⁾しかし、同時に、「個々の事情のもとに正義と公平を考慮して、過失主義の一貫した貫徹から離脱することは許されないか」と第二委員会は自問し、その離脱は許されると答える。⁽²⁷⁾この基本点に立って、第二委員会は、推定過失責任 (いわゆる「中間責任」)⁽²⁸⁾の領域を拡大するとともに、愛玩動物保有者責任⁽²⁹⁾・野獣責任を無過失責任とし、過失責任不成立のばあいの公平責任をきわめて大幅に承認するのである。⁽³²⁾

過失のドグマも実際に即して修正できるとするこのような第二委員会の基本的立場は、ライヒ政府の前身が一八七一年に約束していた事故損害についての「損害賠償義務に関する一般的改革」⁽³³⁾(危険責任原則の確立・拡充) にとって有望な地盤を与えるものであった。

事実、第二委員会においては、第一草案の第七三四条（動物保有者責任）の後に新第七三四条bを、第七三五条（建造物責任）の後に新第七三五条cを設けるようにという主張として、その問題があらわれる。

第七三四条b、第七三五条cとして提案された条文は、つぎのようなものである。

「第七三四条b 可燃物または爆発物を保有する者は、その発火乃至爆発により人の生命・身体あるいは健康を損傷したばあいには、被害者に対してそれによって生じた損害を賠償する責を負う。但し、その損害が被害者の過失または不可抗力の結果として生じたばあいはこの限りではない。第七三四条二項（多数保有者間の連帯責任）三項（求償権）の規定はこのばあいに準用される。

② 第一項の規定は、陸軍および海軍の用に供するため陸・海軍当局により保管されている可燃物または爆発物について適用がない。⁽³⁹⁾」

「第七三五条c 蒸気または圧縮物質で作動する機械を運営する者は、機械が瑕疵ある構造、欠陥ある管理または誤った操作の結果爆発し、それにより人の生命・身体あるいは健康が毀損され、もしくは、物が破壊されたるばあいには、被害者に対してそれによって生じた損害を賠償する責を負う。但し、その者が爆発の危険を避けるために社会生活上に必要な注意を払ったときは、この限りではない。（② 略）⁽³⁶⁾」

この二つの提案は、現代技術による危険企業（物質）をほとんど全てカバーするものであり、第七三五条cの提案が推定過失責任の形式であったにせよ、これらが採用されていたならば、ドイツ民法典はまさに形式的にも完全な複線になったであろう。

しかし、第七三四条bの提案は、文章上ダイナマイトからマッチまで含み、産業上利用される危険物から日常生活上台所で利用するガスまで含むことになり、これらを無過失責任にするのでは広すぎるとの反対にあって否決された⁽³⁶⁾。また、第七三五条cの提案は、推定過失責任ゆえに問題は少ないが、しかし足場・電気施設等これと同様の危険をもつものに特別の規定をおかないのかかわらず、これだけを規定する意味はないとして否決された⁽³⁷⁾。

だが、これらの提案は、結果的に否決されたとはいえ、全くその必要がないとされたのではなく、無過失責任（あるいは「過失」責任からの分離）を要する危険物を適切に枠づけて一般法としての民法典に採用することがむずかしいとの主として立法技術的理由から、特別法として規定するように指示されたのである⁽³⁸⁾。つまり、このような「無」過失責任が民法典上に過度に拡張されて過失責任領域を圧迫する傾向があるばあいには、第二委員会の多数委員は、「取引の需要に応じるものではない」⁽³⁹⁾との経済的理由をあげてそれを阻止したのであるが、危険責任（Ⅱ「無」過失責任）の必要性そのものは否定しなかったのである。

このようにして形成された第二草案の「不法行為」規定は、若干の重要な修正を受けて連邦参議院・ライヒ議會⁽⁴⁰⁾で可決されて、現行ドイツ民法典として一八九六年八月一日に公布される（施行一九〇〇年一月一日）。

（Ⅲ）以上概観したように、ドイツ民法典編纂の場まで延期されていた事故損害における「損害賠償義務の一般的改革」（Ⅱ危険責任原則の確立・拡充）は、学問的実証主義による体系的な一貫性を維持した第一草案では、完全に無視された。だが「教授の作品ではなく行政・司法官僚の作品」⁽⁴³⁾であるため、社会的要求に現実的妥協をおこなった第二草案では、それは、一般法・特別法の管轄争いの犠牲になったため、民法典にこそとりあげられることはなかったが、必要

性が完全に認識され、結果的に民法典に「欠缺」を残して特別法が指示されたのである。そして、この特別法が指示された原因としては、危険責任を法文化することに技術上の困難を示したことにあらわれる編纂者・立法者側の準備不足⁽⁴⁵⁾とともに、危険責任の拡大に不安をもった産業界の圧力が過失責任主義の「一般的（一般法上の）」制限に消極的に働いたことをあげることができるとであろう。

- (1) Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, im Auftrage der Commission herausgegeben von B. Francke, 1866.
- (2) Wieacker, PRG, S. 463 ff.
- (3) Wieacker, PRG, S. 468.
- (4) 本稿一〇三頁。
- (5) ドイツ民法典成立と危険責任については、拙稿(1)前掲四六四頁以下に若干の記述があるが、ここではいくつかの補正をおこなうつもりで詳細を検討する。
- (6) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung (=EI), 1888.
- (7) Wieacker, PRG, S. 469.
- (8) 拙稿・前掲(1)四六五頁。
- (9) E I § 711.
- (10) E I § 734.
- (11) E I § 735.

- (21) E I §§ 729—733.
- (21) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2 (=Mot. 2), 1888, S. 746.
- (14) 本稿九二頁以下注(9)°
- (15) Wieacker, PRG, S. 469.
- (16) Mot. 2, SS. 744—745.
- (17) Wieacker, PRG, S. 431, derselbe, P.u.I.R., S. 11. またハントシャートがかなりな衡量を禁じつつあるのは法律家(Juristen)といふべきであらう。これは禁じつつある。
- (18) Esser, J., Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. Aufl., 1969, S. 61.
- (19) Gierke, O., Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht 1889, S. 259 ff. キーネルといふことは Wieacker, PRG, S. 453 ff.
- (20) Menger, A., Das bürgerliche Gesetzbuch und besitzlosen Volksklassen, 1890, S. 472 ff. またバーンといふのは Wieacker, PRG, S. 457, Anm. 77.
- (12) ハント「罪過なき罪に對する法律」(der reine Deliktstandpunkt) といふのは過失責任主義的立場をいふ。Vgl. Esser, Grundlagen, S. 60.
- (22) Gierke, a.a.O., S. 261.
- (23) Wieacker, PRG, S. 471.
- (24) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Zweite Lesung (=E II), これは逐次発表されていった。

- (25) der revidierte Entwurf zweiter Lesung, wie er unterm 22. Oktober 1895 dem Bundesrathe übersandt wurde. (=B) はその後の Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des BGB (=Prot.). 以下はともに一八九八年公表される。この過程については、乾・前掲(2)四七頁注(1)に詳しい。
- (26) Prot. Bd. II (=Prot. II), S. 568 ff. 来栖教授により「洵に見事な一節」とよばれた部分であり、私も既に引用したことがある(拙稿・前掲(1)四六七頁)。来栖「民法における財産法と身分法(三)」法協六一巻三号(一九四三年)三六八頁。
- (27) Prot. II, S. 565. 第二委員会は、ここで、過失責任により不法行為法を一元化しようとした第一章案の基本構想を放棄する。
- (28) 使用者責任 (E II § 754, B § 816) 建造物責任 (E II §§ 759—761, B §§ 821—823) 家畜保有者責任 (E II § 756 Satz. 2, B § 818 Satz. 2) 以下。
- (29) E II § 756 Satz. 1, B § 818 Satz. 1.
- (30) E II § 758, B § 820.
- (31) E II § 752, B § 814.
- (32) 拙稿・前掲(1)四六八頁、および注(2)—(3)参照。
- (33) 本稿一〇三頁。
- (34) Prot. II, S. 649 「カッホ」内は筆者)。スペインの一八八九年七月二四日の法律(民法典)第一九〇八条一号を模範にするといわれる。
- (35) Prot. II, S. 658. 同じくスペイン民法典第一九〇八条を模範にするといわれる。
- (36) Prot. II, S. 650.

- (37) Prot. II, S. 658
- (38) Prot. II, S. 650, 658.
- (39) Prot. II, S. 650, 569, 585.
- (40) 拙稿・前掲(1)四六八頁。
- (41) ライヒ議会の第一二委員会でも、ライヒ責任義務法の私法規定を民法典に収容し、さらにそれを蒸気船、ボイラーやその他の動力で動く事業、および、爆発物を製造使用する事業に拡張する提案がおこなわれた。しかし、それは、将来発明される物をも考えて立法されねばならないとして否決された。Mugdan, B., *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 2, 1899, S. 1300. *以下*、危険責任を根底的に否定して危険事業をも過失責任主義で一律に規制しようとしたのではない「立法者」の意思が確認できる。
- (42) ドイツ民法典上は、さらにその施行法において、ラント法上の危険責任に大きな活動の余地を与えていることも注目されよう (EGBGB § 105)。
- (43) Wieacker, *Pu.I.R.*, S. 11.
- (44) Ogoreck, *aa.O.*, S. 134.
- (45) Ogoreck, *aa.O.*, S. 134.
- (46) Esser, *Grundfragen*, S. 121. *derselbe*, *Grundlagen*, S. 54 ff.

む す び

一、我々は、以上において、一九世紀初頭以来民法典編纂過程に至るまでのドイツにおける過失責任と危険（「無過失」）責任の変遷をながめてきた。以下、その確認点をまとめると、つぎのようにいえるであろう。

(一) 現、在、的、意、味、で、の、過、失、責、任、は、カントの「人倫の形而上学」の法論にその基礎を置き、サヴィニーによって体系原理として確立されたものである。（この点で、抽象的「自由意思」（＝私的自治＝個人の自由）に基礎づけられた責任原理であった）。そして、その過失は、ハッセの *culpa* の研究を通して法律上の主観責任としての内実を与えられた。一九世紀中葉以降のパンデクテン法学者は、このサヴィニーの体系に従い、ハッセによって内実化された「過失」をもとに不法行為法の強度の一元化をはかる。これが、一九世紀におけるいわゆる「過失責任主義の勝利」とよばれる現象である（第一章）。

(二) しかし、産業革命の進展による事故の増大は、このパンデクテン法学により確立されんとした過失責任主義の貫徹をゆさぶるに至るのである。そして、増大する労働災害等に法的保護を求める社会的要求にこたえて一八七一年に成立したライヒ責任義務法は、まさにこのパンデクテン法学における過失責任主義の貫徹が現実的には不可能であることを示した最初の例であったといえよう（抽象的自由意思にもとづく過失責任体系の崩壊）。このような社会に根ざす（危険事業）事故責任について過失責任主義を修正しようとする考え方は、ライヒ責任義務法が緊急立法であったため、民法典編纂の場で十分に検討をされ、それに対する答えが出されるはずであった（第二章）。

(三) 民法典編纂の場合において、学問的実証主義に規定された第一草案は、この問題を全く無視した。だが、その第二草案は、この問題を直視し、(危険事業) 事故責任の領域での「過失責任の修正」(危険責任) を必要と認識したが、立法技術上の準備不足と危険責任の一、般化を忌避する産業界の抵抗(産業保護を重視する編纂者・立法者の意識)により、一、般法化せずに特別法の道を割りあてることになった(第三章)。⁽¹⁾

二、このような確認をふまえるならば、「はじめに」に設定した問には間接的につぎのように答えることが許されるであろう。

すなわち、①一九世紀における「過失責任主義の勝利」は、特殊パンデクテン法理論上のものであり、現実社会の要求にあって(危険事業) 事故責任問題の側面ではその「勝利」を貫徹できなかったのである。それゆえ、②抽象的「自由意思」にもとづく過失責任体系の限界が明らかになっていた時代におけるドイツ民法典では、過失責任(BGB §823ff.)は(危険事業) 事故責任におよばない具体的にその原理の妥当する個人責任としてのみ成立し、③危険責任の対象とすべき領域は、立法技術上の準備不足と産業保護の要求が一般法化をきらったために、民法典上に当初より除外されていたのである。つまり、民法典編纂により個人責任たる過失責任は実定法化されたが、(危険事業) 事故責任たる危険責任は意識的・明らかな「欠缺」⁽²⁾として残されたのであり、民法典編纂上においても実質的には「複線性」⁽³⁾⁽⁴⁾は維持されたのである。

三、このようなドイツ民法典上の危険責任の「欠缺」を明らかにしたばあい、では、なぜドイツにおいてこの「欠缺」を判例が積極的に埋めることをせずに、「特別法」の限定解釈により逆に「欠缺」を過失責任の側にゆだねたのかとい

う疑問が生じてこよう。これについてはさらにより詳細な検討が必要であるが、その原因の一つとして、民法典成立後にあらわれた法律実証主義の影響をあげることができよう。つまり、具体的事件を実定民法典との関係でのみ解決しようとした態度が、判例によるこの「欠缺」の大胆な補充の試みを萎縮させたのである。⁽⁵⁾第二の原因としては、形式的な「一般法——特別法」原則から「特別法は拡張しえない」というドグマが生じ、判例による「特別法」側からの類推的手法による危険責任の拡張に制約をかけたためであろう。⁽⁶⁾

このような判例の消極的態度については、現在の西ドイツでは反省が生じており、危険責任の解釈的拡張の方法が検討されている。⁽⁷⁾この「類推による危険責任の拡張」については後日検討することとしたい。(一九七六・一〇)

(1) 拙稿・前掲(1)四六八頁における「(4)民法典と危険責任」の結論は不十分なものであったので、このように補正する。また、「ドイツ民法典の不法行為法は、産業革命以後の急速な社会生活の変化に基づく損害事件に対する法による権利の新たな保護の要請を十分に認識することなく、農業と手工業を中心にした古典的な市民生活における損害事件を念頭において、立法のプランが立てられたのである」(錦織「民事不法の二元性」論叢九八巻一号(一九七五年)三七頁)も第一草案段階についていえることであり、第二草案以後の段階については妥当しないであろう。

(2) ラーレンツによる「欠缺の類型」に従えば、「法政策的欠陥 (rechtspolitischer Fehler)」「法制度の欠缺 (Rechtslücken)」ではなく、明らかな (offenen)・原始的な (anfänglichen)・意識的 (bewußten)「実定法の欠缺 (Gesetzeslücken)」であるといえよう(本稿・「はじめに」注(13)参照)。Larenz, Methodenlehre, S. 358 ff. また、石田教授の類型に従えば、「明らかな欠缺」(「授権型欠缺」の一種(?)といえよう(石田「法律解釈方法の基礎理論」法協九二巻一—三号(一九七五年)、同「法解釈学の方法」三〇頁以下)。

(3) Vgl. Ogoreck, aa.O., S. 137.

(4) わが国の民法典編纂過程をながめるとき、このことと相似したきわめて興味深い議論をきくことができる。

すなわち、穂積八束委員が鉄道企業等の危険事業について過失責任主義をとることに疑問があるのではないかと質問したのに対して、穂積陳重委員（不法行為規定の起草者）は、つぎのように答えている。

「或營業ヲ為シ或生活ヲ為シマスルニ就イテ他人ニ特別ナル危険ヲ及ボシマスル場合ガ幾ラモアリマス夫レハ鉄道デアルトカ或ハ其他ノ運送業デアリマスルトカ製造業デアリマスルトカソソナモノニ就イテハ並ニ生活ヲ致シテ居ル者ヨリハ別段ノ有様ニ居ル者デアリマスカラ或ル場合ニ於テハ故意又ハ過失ト云フモノガ無クテモ苟モ其事業ヨリシテ損害ガ生ジマシタナラバ必ラズ賠償ヲシナケレバ往カヌト云フヤウニ特別法ヲ以テ義務ヲ負ハセルト云フコトハ吾々ニ於テモ少シモ反对デハナイ又サウ云フ場合ガアルジャロウト思フノデアリマス」（法典調査会民法議事速記録・學術振興会版四〇卷一五二丁）（既に前田教授が紹介されている（前田・前掲「不法行為法の構造」一六六頁）が、私もこの点について興味をもって検討したことがある〔拙稿「我が国における危険責任の現状」九六頁・一九七二年提出修士論文Ⅱ未刊〕）。

この点をさらに検討してわが国民法典と危険責任の関係を完全に明らかにすることも、別稿にゆずらねばならないが、私も、わが国民法典もドイツ民法典と同様に危険責任は明らかに・意識的に「欠缺」しており、前田教授のいわれるように、「無過失責任危険責任は、民法七〇九条の射程距離外である」と考えたい。この立場に立つたばあい、危険責任の「解釈」による拡充が問題になるが、この点では「工作物責任法」の展開が興味をひく。

(5) Esser, Grundlagen, S. 44.

(6) Baur, a.a.O., S. 310 ff.

(7) 拙稿・前掲(2)六一九頁以下に紹介した「参事官草案 (Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadenersatzrechtlicher Vorschriften, 1967)」の不十分なと不成立の現実にながされた動向であるといえよう。

例えど、Baur, a.a.O., S. 322 ff.