

講演

ドイツ不法行為法の発展と債権法の改定

クリスティアン・フォン・パール

浦川 道太郎 訳

A ドイツ債権法改定作業の動因

ドイツ民法典の年齢は既に八五歳を数えるに至っており、御承知の通り、民法典は五つの大きな部分(Bücher)と呼ばれている、総則・債権法・物権法・親族法および相続法から成っていますが、親族法が何度も著しい変更を経験している——特に、一九七七年の大改革は全ての人がなお記憶するところ——のに対して、その他の領域では単に周知的な条文上の変更が加えられたにすぎません。総則・物権法・相続法において従来明確な改革の圧力をもたらさなかった状況は、法典化された債権法をかなりの範囲で古色蒼然としたものとさせる結果

ドイツ不法行為法の発展と債権法の改定

果をもたらしました。私のみるところでは、この事実を正しく評価しまして、一九八〇年に当時の連邦司法大臣であった(現在は野党指導者ですが)ハンス・ヨッヘン・フォーゲルは、幾人かの学者に、従来それらの学者の専門としていた法領域の現状についての鑑定意見書を——半年内に——提出するように、依頼しました。その鑑定意見書におきましては、判例と学説による法の発展が俎上に載せられ、これらの発展のうちのどれが可能性の問題として法典化するのに熟しているか、法典化する価値があるかを検討すべきであるとされたのであります。また、鑑定者に対しては、その際に、条文形式の——純粹に個人的な——法律案で以てその学問的な分析を締め括るように、

依頼されました。全体で約二〇の債権法のテーマ領域についての鑑定意見書の全ては、一九八一年と一九八三年に連邦司法大臣により大部の三巻の本として公表されました。⁽¹⁾連邦司法大臣は、この本の題名に債権法の「改定」という語を選び、「改革」という語を選択しませんでした。^{*}これは、完全に新たな法を定めるという意味ではないことを明らかにしようとしたからであります。一般的目標もまたそれに合わせて設定されておりました。この目標設定は後任の連邦司法大臣の下でも変更されておられません。

一、目標設定

つまり、次の四項目が改定作業の課題であり、それが可能か否か、また、その方法について検討されるべきであったのであり、また、現在もあるのです。

- ①多くの法律の中に分散している債権法法源を民法典に統合することが出来るか、
- ②債権各論を現代の民事法上の取引における実際の需要に適合させることができるか、
- ③継続的に裁判官の手により形成された法制度と判例によるその他の主要な発展を民法典に編入できるか、
- ④「民法典第二編の法文の中で無視されている私法の社会的

関連性を、自由にして社会的な法治国家の価値体系に従って、強化することが出来るか。⁽²⁾

二、時代遅れになった債権法法典の内容的な貧困

以上の課題について詳細に眺めると、ここでは、時代遅れになった債権法法典の内容的な貧困について対策を講じる必要性が問題になっていることが明らかでありましょう。実際上の問題についていうならば、三つの中心的な課題がその場合に表面に現れます。つまり、裁判官の手になる法発展の成果を民法典に組み入れること。民法典の多くの規定を単純化し且つ現代的な表現とするように試みること。そして、殆どが特別法の中に散在している債権法の特別規定を民法典に編入すること、であります。しかし、この計画の成功についてみるならば、そこには別の種類の課題もあります。一つの課題は、なぜ法典が既にそれだけで高い価値あるもののかを立法者たる政治家に理解させることであり、また、第二の課題は、近年の多くの拙劣な法律によって法改正に冷淡になっている実務法曹に彼らが気に入って・慣れ親しんでいる実定法規を最新の状態に書き直すことに意味があると分らせることであります。

- (1) 特別法上に規定された債権法法源の民法典への編入
- (a) 私もそうですが、法典の理念を擁護する者は、債権法の改

定作業が必要だとの見解を否定しないでしょう。といいますのは、この改定作業は、ドイツ債権法の法典の理念を救済し、ドイツ財産法のコルネ部分を終末を迎えようとしている二〇世紀の判例と学説の水準まで押し上げようとしているからです。つまり、この改定作業は、民事法の形成課題の維持に係わり、また、ドイツ民法典債権法の諸規定を不正確な法を広範に含む状況に代えて、現実の法状況を写した規範構造に再構成せんとするものなのです。法典から現行債権法の諸原則がもはや確実なものとして引き出せないとするならば、法典は正にその名に値しないものであります。

(b)民法典第二編が過去において僅かながら重要でない、かつ——旅行契約法において——さらに加えて旨くなかった変更を受けた(BGB一三八条二項、二〇九条、二一三条、二八四條、四七六a條の変更、「雇用における男女平等に関する法律」によるBGB六一一a・b條、六二二條、六一二a條、六一三a條、六一六條、八三三條、八五二條二項の変更、そして、旅行契約法によるBGB六五一a—k條の導入)のに対して、民法典外の四〇を超える法律や命令が債権法に変更を加え、また、債権法を新たに形作っております。それらは、まさに重要な出来事であり、約款規制法、損害賠償法規定の変更に関する法律、仲介業者・建築受託業者に関する命令、運送規則改正規

ドイツ不法行為法の発展と債権法の改定

定⁽⁷⁾、建築家・技師の報酬に関する命令⁽⁸⁾、通信教育受講者保護法⁽⁹⁾および連邦データ保護法⁽¹⁰⁾に具体的に示される例は、殆どは公法的ないし消費者保護的強行法を民法典外に規定する方法を採用しております。この方法は確かにドイツでは長い伝統を持つものですが、第一に、今日では内容的に正当化しがたいものとなっており、また、第二に、その能力の限界に達しているものでもあります。

後者の点については、約款規制法についての過去の作業において特に明瞭に示されています。連邦司法省の委託を受けた作業グループは、既に一九七六年に、民法典自体が一般的な評価基準であるべき——約款は原理的に民法典の「実質をなす基本思想」に反することは許されません——なのに、民法典がそれに関する規定を何ら含んでいないという法的生活の諸現象について現代的な法律を形成するという克服しがたい困難の前に立っております⁽¹¹⁾。その実例として、例えば、約款規制法一〇条三号および一一條一二号を挙げることができます。約款規制法は既に民法典、特別法および裁判官の手になる法発展の成果の混合状態の背景の下で形成されねばならなかったものであり、そのことは、その起草者達を解き難い問題の前に置いたのです。それゆえ、彼等は当初は強く契約法全体の改定を要求しました⁽¹²⁾。しかし、さしあたりは、——またしても——特別法で甘んじる

こととなったのです。この民法典の外に徐々に特別法を分散させるというここ数十年間継続している立法実務の第二の局面は、審議過程で誤った判断を下した立法者が社会的関連性、いわば「第二級の法規範」ともいふべきものから民法典を切斷しておくべきだとの見解を常にとっていたことに、その理由があります。一九世紀に生じた割賦販売上の欠陥を民法典の中で処理すべきか、特別法で対処すべきかとの問題をめぐる審議の中で、既にこの考え方が認められ、当時は第二の途（特別法での処理）が選択されたのです。⁽¹⁵⁾そして、このことに關しては、民法典起草者達が割賦販売法の中に認めた契約自由の制限から民法典は解放されているべきであったからだ、といわれております。多くのその他の対象についても、多数の個別法律の中でまったく同様の取扱がおこなわれました。ここに、今日の民法典と特別法における二元主義的な債権法の発展の原因が存在しております。⁽¹⁶⁾この際言わせていただくならば、政治的動機からではなく、自らの教科の対象がいかに公法へ流出しつつあるかを継続的・日常的に経験している民法学者の視点に立つて、この二元主義は悲劇であると思えます。オットー・フォン・ギールケは、ほぼ一〇〇年前にこのことを既に予言し、そして彼の予言は的中してしまいました。フォン・ギールケは、ウィーン法曹協会において、一八九九年四月五日に次のように述べており

ます。「課題を排除することで負担を軽減し、一般私法を純粹に個人主義的に形成しようと思つて、社会的な要素を特別法に任せてしまふべきだと考えるならば、それは致命的な誤りであります。——そしてこの誤りをドイツ民法典草案は犯したのであります」。今や、まったく異なる精神により支配された二つの体系を我々は持つことになりました。一方は、『純粹』私法が閉じ込められている一般私法の体系であり、他方は、公法により濁らされ、公法と混合した私法の支配する体系であります」と。

このフォン・ギールケの見解が如何に正しかったかは、我が国の債権法規定の分散を眺め、また、法政策的に爆発的發展力をもった領域が經濟法へ流出し、労働法における如く、公法と密接に關連をもつ中で私法の核心から失われていったことを見るならば分るでありましょう。私法は、自己規制をすることによって、圧迫され、これに対して、公法は今日では殆どすべての領域を把握するに至っております。⁽¹⁸⁾ヴィーアッカーはこの事態を次のように表現しています。「重要な問題は社会的憲法、行政法、經濟法および社会法へ移行しようとしており、それに対応して伝統的私法の最も内側の核心部分に確實な荒廃が生じているのである」と。⁽¹⁹⁾我々はこの荒廃に對策を講じるあらゆる動機をもっていることになります。

民法典の脇を通り過ぎていった発展をはっきり示すために、多くのものの内⁽²⁰⁾で一つの重要な事例を挙げてみましょう。それは危険責任です。既に民法典の審議の過程で、一八七一年六月七日のライヒ損害賠償法の私法規定を民法典に収容するとともに、その責任を汽船や物理力で作動する動力機を利用、あるいは爆発物を製造・使用するその他の企業に拡張することが提案されておりました。しかし、この提案は圧倒的多数で否決されたのです⁽²²⁾。産業国家にとって特徴的な、個人の力では殆ど支配できない危険に根拠をもつ純粋な危険責任は、民法典にその占めるべき場所を持ちませんでした。危険責任には労働者保護を目的とする、つまり、「社会的」なものがあるとの疑いがあり、我が国の慎重な法曹が当時も現在も好まない理論的な怪物であるかのようにそれは感じられたからです。それゆえに、一九〇〇年以後も危険責任の拡充は個別的な特別法により推進されました。すなわち、一九〇九年の自動車交通に関する法律、一九二二年の航空交通法、一九四〇年の物的損害賠償法、一九五七年の水利規制法、一九五九年の原子力法および一九七六年の薬事法⁽²³⁾がそれです。この危険責任では、「あっちに出窓、こっちに木彫⁽²⁴⁾」というように当たりばったりのやり方で法律の建て増しがおこなわれているわけです。そして一層悪いことは、立法者が「産業社会の中で規制を必要としている事実関係

ドイツ不法行為法の発展と債権法の改定

の爆発的増大⁽²⁵⁾」に特別法の手段で対応しきれないでいることがあります。立法者はいつも負けた棋士のように時間不足に陥っていましたし、また、時間不足となっています。我々は、民法典成立時の考え方から引きつってきた重しに今日に至るまで苦しめられているのです。とくに、この危険責任の欠点⁽²⁶⁾としては、ドイツにおける危険責任に慰謝料が認められておらず、また、存在する特別法は類推可能なものとみなされていない事情が注目されるべきでありましょう⁽²⁸⁾。

(2) 裁判官の手になる法制度の法典化

債権法典改定のさらに優先的な関心事は、間違いなく、部分的には実定法を超えて、また、部分的には実定法に反してまで判例によって展開されるに至った重要な基礎的な法制度を民法典に統合することでありましょう。かような法制度は多く存在しており、その発生はディーデリクセン⁽²⁹⁾がかつて「立法者の政策的責任からの逃避」と呼んだ現象と関連しています。官僚と議会が個別問題において道に迷い、基礎的判断を判例に委ねてしまうということは毎度のことながらドイツでは経験するところであり⁽³⁰⁾ます。従って、現在おこなわれている法を民法典に集中する場合には、最終的には判例法を見渡して、継続的に利用可能と認められる限りで、その成果を書き留める作業をしなければなりません⁽³¹⁾。

ここで私が触れることのできるこの種の重要な法制度として、まず第一に契約交渉から生じる法定債権関係を挙げることでできよう。⁽³²⁾この契約締結上の過失 (culpa in contrahendo) の主たる目的は、行為義務の設定における不法行為法の躊躇、使用者責任内部での免責証明の可能性 (BGB 八三一条)⁽³³⁾、BGB 八二三条⁽³⁴⁾ 一項の保護法益からの「財産」法益の除外、および、BGB 八五二条に定める短期の時効に現れた不法行為法の欠陥を補正することにあつたのであり、また、現在もそうなのです。これらの不法行為法上の制約は、(表向きいわれる) 契約の前段階に保護義務と説明義務を形成し、それを不法行為法よりも柔軟な契約法の規定のもとで処理することによって、全て回避されました。⁽³⁵⁾このような手段により、契約締結上の過失は、衡平法的な一般条項として、過去において債権法の中に常に新しい転移を形成してきたのであります。そして、最近においては、それは会社法まで侵しており、そこで、新会社形態、いわゆる大衆投資会社 (Publikums-KG) における投資者保護の最も重要な手段となっております。⁽³⁷⁾

ところで、「契約締結上の過失」よりも日常的な法実務にとってもっと重要なのは、民法典に規定されていないが、実質的に契約上の給付障害法と関係をもち、そこで最も意義ある道具となっている積極的契約侵害の概念です。といいますのは、民

法典の立法者はただ不能と遲滞を規定し、——最重要であるとしても——若干の契約類型 (売買契約・使用賃貸借契約および請負契約) についてのみ担保責任規定を置きました。これに対して、その他の殆ど全てといつてよい契約についての不完全履行に関する規定を、立法者は、——信じ難いことのように聞こえますが——簡単に忘れ去ってしまったのです。これは法典の名に値しない状態といえます。それゆえ現在、実定法上の給付障害法が判例法上の給付障害法と結合される中で、付随義務違反をも含む契約侵害という統一的概念が展開可能か、まずもって、注意深く検討されようとしております。⁽³⁸⁾この場合、契約に基礎を置く付随義務 (＝保護義務) についていうならば、同時に不法行為法に対する関係が解明され、この関係を次第に最新の立場にまでもっていかなければ、給付障害法についての作業も考え抜かれた結論に達しないことも明らかであります。その点では、当然のことながら、不法行為法と時効期間が調整されねばならず、使用人・補助者の過失に対する責任の最終的な形が明らかにされ、また、慰謝料問題が解決されねばなりません。というのは、現在のドイツ法では、慰謝料は、単に有責な身体侵害 (BGB 二五三条、八四七条)⁽³⁹⁾ の場合にのみ与えられており、所有権侵害、契約侵害、契約締結上の過失および危険責任においては認められていないからです。

今、私は、ドイツ法上慰謝料は実質的にはただBGB八四七条によって与えられるだけだ（なお、BGB一三〇〇条参照）⁽⁴⁰⁾と言いましたが、正確には、それは法典を見た限りではと言った方がよいかもしれません。というのは、名誉毀損の領域では、戦後の判例が法典の限界を遵守しなくなっているからです。戦後の判例は——いま一度それについては触れますが——、いわゆる一般的人格権を展開しただけではなく、「アマチュア騎手事件」⁽⁴¹⁾以後、名誉毀損に対する補償としての慰謝料を与えております。この領域ほど現在のドイツで高額の慰謝料が認められているところはなく、このことは、また、いかに中心的な諸問題が民法典の債権法の脇を通り過ぎてしまっているかを改めて示しております。

(3) 現代化と簡素化

しかし、債権法改定の基本問題は上述の点に尽きるものではありません。なぜならば、専門家にとってさえ迷宮となってしまうその他の法領域が簡素化され、かつ、明確な規定に書き換えられるべきであり、また、そうあらねばならないからです。これについては、不当利得法がその第一の実例を提供し、故人となったハイデルベルク大学のケーニヒ教授⁽⁴²⁾が見事な鑑定意見書を提出しています。さらに、日常生活上の取引に關係して、比較法に携わる者にとって理解し難い程複雑な仕方

ドイツ不法行為法の発展と債権法の改定

関わっている、その他の領域も存在しております。この典型ともいふべきものは、個々の契約類型、特に売買契約の担保責任規定により補充されている一般的給付障害法です。さらに、ドイツ法には、（老人）ホーム居住者契約のような微妙にして困難な領域はともかく、銀行法とか、また、急速に発展した医師責任法のように、日常的に重要であり、また、全ての市民に関わりのある領域についての使用に耐える実定法上の制度が欠けております。

三、改定作業の現状

以上、改定作業の必要性について述べてきましたが、それにもかかわらず、ひょっとして生じるかもしれない誤解に対して警告を発しておく必要があります。それは、改革への意欲の点で限定されている債権法法典の改定の目標は法曹に理解できる法の形成であって、民衆に親近性ある法を作ることでは決してないということです。自らの作為や不作為の法効果について完全な情報を得るために素人が必ず頁を捲ってみる法典というような観念は、一つの夢想でありましょう。法典について習熟した法曹の演繹的思考方法に再び使用に耐える基礎を与えるという努力をこの夢想の領域に追放してしまうことは許されません。それはまた妥当性の要求でもあります。というのは、恒

常的に更新される・事例類型により十分に構成されていない一般条項は、法律に携わる職業が常に判例法の流動によって日々の実務の中で過重な負担を負わされているのと同じく、法的安全性を害するものだからです。それゆえ、民法典からの訣別ではなく、民法典への復帰が債権法改定のスローガンなのです。

従って、債権法改定作業から当初の活力が失われたように現在みえることについては、私はあまり心配しておりませんが——もっとも、それについては、反対者は歓迎しています——。

一九八一年に公表された二巻の鑑定意見書に対する学界の態度表明の第一波は、まさしく批判的なものであり、民法担当教員集会の特別大会も態度保留ないし拒絶という傾向でありました。⁽⁴⁾債権法改定のシンフォニーになると思われたものが、レクイエムが根底の調べとなって始まってしまいました。そして今ではボンからも、用心深い音が聞こえてきます。一九八三年に公刊された第三巻の紹介において、連邦司法大臣エンゲルハルトは、現在まで公刊された調査研究によると民法典が「いくつかの部分で」弱点をもっている、なお述べておりました。しかし、「立法者の用心深い関与がまず考えられるべきことである」とも彼は思っております。⁽⁴⁵⁾つまり、プランは続行しようとしていますが、当初の計画よりも控え目な範囲でまず実施されようとしています。我が国に広まっている現代の立法の能力に対す

る懷疑がここに影響を与えているものといえましょう。多くの法曹にとっては民法典は聖典のようなものであり、それに触れることは彼らには不敬罪のように感じられるのです。それを心理学的に理解することはできませんが、私はそれを肯定したくはありません。我々は法典を精神的な自己卑下の状況下で死に至るまで世話するような消極的態度であってはなりません。そして、まだ事態がそこまで至っていないことを私は喜んでおります。というのは、一九八四年の半ば以来、給付障害つまり、売買・請負契約における担保法を含む契約上の不履行や不完全履行を検討する専門家会議が開催されているからです。その外に、そこでは時効法も検討されようとしております。^{**}

私の見るところでは、しかし、債権法の体系への大きな介入は、範囲的に局限化できるものではありません。そのような介入はその他の領域にも波及していくでしょうから、一定の部分に限定できる性質のものではないのです。例えば、不法行為法における社会生活上の義務違反の体系との比較検討を加えなければ、契約締結上の過失、第三者に保護効をもつ契約、またさらには積極的契約侵害に関する法典的な意味での立場を決定することはできないでありましょう。私の感じでは、どの法領域であるかにかかわらず、いかなる領域にでも介入を始めさえすれば、債権法的全構造に確実に影響を与えるはずだと思います。

それゆえ、現在は立法的に不法行為法で何ら作業がおこなわれていませんが、この関連からすると、不法行為法の現状を法典の視点から点検することは決して意味のないことになってしまったとはいえないのです。⁽⁴⁶⁾

B 不法行為法の発展

一、テーマの限定

鑑定者から現状分析と純粹に個人的な法律提案を得るにあたって、ドイツでどのような方法が採られたかを明らかにするため、ここで私に対する不法行為法に関する委託を言葉通り引用したいと思います。連邦司法大臣は、以下の問題について鑑定意見を示すように私に依頼しました。

「一、変化した法的現実および判例と学説における変遷を配慮して、不法行為法の要件を新たに規定し直すことは、推奨に値することか。

二、特に、BGB八二三条一、二項、八二六条を拡張ないし補充することが適切と考えられるか。」

かくして、責任原因に関する範囲で、民法の契約外過失責任が私の鑑定意見書の対象となったのです。危険責任——それとともに製造物責任——ならびに損害法については、それぞれ別個の鑑定意見書が提出されております。これからその理由を明

ドイツ不法行為法の発展と債権法の改定

らかにしようと思いますが、私に提示された問題については、私自身は肯定的に答えました。予め述べておいた方がよいと思いますが、保険的保護により責任を置き換えることは、真剣な議論の対象とはなりませんでした。

二、判例と学説による法発展の成果の主要点

民法典に書かれた不法行為法は、アクイリア法時代に不法行為法の確固たる内容を構成していた以上のものを基本的には含んでおりません。それゆえ、この立法者の無為に直面して、判例が救済手段を講じ、学説の助けを借りつつ不法行為法を発展させたことは、当然のことでありました。この不法行為法の発展は、法典に欠陥があるか、あるいは、法政策的な決定に関して一般的な法感覚ともはや一致しない表現を法典が与えているところで、生じております。⁽⁴⁸⁾ 現行法における発展の重要なものは、人格権保護、使用者責任を含めた間接的な権利・利益侵害、第一次的財産利益の保護の領域において、また、予防的権利保護の領域においておこなわれております。問題はさらにそれらを超えて、刑法と並行した展開の上に固定されたままになっている未成年者・責任無能力者の責任、また、連帯債務者たる多数不法行為者間の清算の規定についても存在しておりますが、私は、ここでは時間的制約を考え、最初に述べた四つの問

題に限定して話を進めたいと思います。

(1) 人格保護

現行不法行為法の第一の、対策を講ずるにあまり困難を感じない発展の領域は、名誉保護に関する領域です。BGB一二条、八二四条、八二五条を超えて民事法上の一般的な人格保護に関する規定を採用しないとの民法典成立時の決定は、一般的人格権は必ずや明確な限定づけを不可能とするものになるだろうとの表面的な法政策上の議論に基づくものでありました。⁽⁴⁹⁾さらに、ヴァイルヘルム皇帝時代のドイツの支配層が——今日では理解に困難なことでありますが——自明のこととして、名誉毀損を損害賠償によって「贖わせる」ことを不可能と感じていたことにもその原因があります。⁽⁵⁰⁾この消極的態度は今日では明白な法の欠陥をもたらししました。なるほど既にライヒ裁判所は、部分的な対策として、不当利得法の手を借り、造形美術著作権法二二条の肖像の概念を拡張解釈し、また、刑事罰を課しうるような差し迫った名誉毀損の場合に長い熟慮の後に予防的不作為請求権を承認し⁽⁵¹⁾あるいはBGB八二六条でもってこの欠陥に対処するなど、してきました。だが、ライヒ裁判所は、法典の忠実な適用をおこない、決してこれらの個別的な要件の背後に隠れた包括的な人格保護の思想を形成することはいたしませんでした。その時代にはそれで差支えなかったのかも知れませんが、民主的に組

織されたメディア社会の段階に発展した国においては、どのような法状況はもはや耐え難いものとなっております。ラジオ・テレビや映画のない、録音機・盗聴機・望遠レンズのない、麻醉分析・嘘発見機や筆跡鑑定学のない、そして、百万部も印刷されるようなテキストのない世界では、包括的な名誉保護は際限がなくなるとの——それ自体単に形式的と思われる——議論も、実質的に時代の精神に相応した価値判断を含んでいたかもしれません。しかし、高度に文明化された産業国家の中での個人を疎外する生活条件の中においては、それは、次第に権利の拒絶に等しくなります。たしかに、一九五〇年代の終わりに、立法者はこの問題を規律せんと作業を始めましたが、ドイツ連邦議会内の強硬な出版ロビーの反対に遇って惨めにも挫折してしまいました。一般的な人格保護が法に規定されたならば、「出版の保護」が危機に瀕すると人は思ったのです。しかし、この場合の問題は「出版の保護」ではなく、「出版からの保護」が実際のテーマであったはずで、このテーマに立ち向かう勇氣をもった者は、連邦通常裁判所のみでありました。連邦通常裁判所は、いわゆるシャハト事件⁽⁵²⁾とそれに続く確立した判例⁽⁵³⁾の中で、「一般的人格権」を形成いたしました。この一般的人格権は、見通せない程多くの個別的判断の中で、裁判所に常に新たな支点を提供し、その助けを借りてあらゆる新たな技術や自然科学

の展開に模範的な仕方であらうことを許してきまして。ここでは、裁判所による立法権限への介入は一目瞭然であります。司法が法の利益のために存在する権力の真空状態を補充しなければならなかったことも明白であります。連邦憲法裁判所はこの問題性を幸運にも連邦通常裁判所と同様に認め、そうでなければこの大胆な裁判官による法発展の成果を権力分立原則の視点から抑圧したのでありましょうが、考え抜かれた理由づけをおこなうことにより、この問題を回避いたしました。

我々は、立法者が将来においてこの間に既に慣習法ともなった一般的人格権の法制度をそれが本来所属すべき場所においても明文的に規定する力を示すように願っております——すなわち、その本来所属する場所とは、民法典の確固たる条文としてであります。

(2) 社会生活上の義務

人格権保護と並んで、ドイツ不法行為法に現代的な発展を刻しているものに社会生活上の義務があります。⁽⁶¹⁾ 社会生活上の義務は、大きな、外見上から見て最も重要な領域です。そして社会生活上の義務によって、書かれた法に場所をもたない、それゆえにそこではやむをえず（連邦裁判所の一裁判官の言葉によれば）「⁽⁶²⁾ いかかわしい存在」となっている法制度を判例は書かれた法に接木したのです。社会生活上の義務違反による責任と

は何かを手短に説明することは、私にとって容易になしうることではありません。一般的にいいますならば、次のように言えるかもしれません。つまり、社会生活上の義務に基づく責任は、近代の技術化された日常生活での危険の増加に危険責任の一步手前でありながら、一般的過失責任の強化によってドイツ不法行為法が対応した領域であると、一応言えるかもしれません。社会生活上の義務による責任は現代的な事故補償法に関わっているのです。

この事故補償法の問題性に関しまして、かつて連邦通常裁判所は、次のように判示しました。すなわち、「交通の技術的發展と交通の危険の増大とともに、現代の大量交通が法秩序に提示した問題が顕著になった。立法者は、次第次第に詳細になっていく法規（交通規則・営業規則）によって危険発生の可能性をできる限り減少させるように交通参加者の義務を規定せざるを得なくなった。また同時に、現代的交通から必然的に生じる危険をその経済的影響の点で社会的に適切に分配するために、危険責任に関する法規定が拡張された⁽⁶³⁾」と。この考え方で以て、連邦通常裁判所は確かに一定の真実を言い当てております。しかし、現代的な事故問題の克服について判例が如何に損害賠償法上で寄与したかについて見るならば、連邦通常裁判所のこの言葉は謙譲に過ぎたものといえます。といえますのは、産業国

家における危険の増大に対する損害賠償法の対応の中で、なるほど保護法規（BGB八二三条二項）と危険責任構成要件の数の増加は主要な部分を占めるものではありましたが、決定的な部分を占めたわけではないからです。常に新たに生じる避けられない危険を社会的にコントロールしつつ許容するためには、この保護法規と危険責任だけでは十分ではなかったでありましょう。当然のことながら、保護法規の増加も危険責任の制定も立法者の独占権のものにあってのことであり、また、現在もあるからです。そこで、判例は自らの手になる「保護法規」を形成しなければならなかったのです。つまり、判例は、一定の避けられない危険を支配の下に置き、その他の避けられる危険は決しておこなってはならないという内容をもつ抽象的な危殆化規範を拡充しなければならなかったのです。かくして、裁判官の手になる行態命令と安全命令が成立したのですが、その命令の厳しさは支配されるべき危険の程度と相関をなし、また、その場合の過失はたんに危殆化規範の個人的な認識可能性と危険の現実化の個人的な回避可能性に関わることになったのです。この理論的な結接点に収束している考え方とこの法制度の歴史については、私は別の場所で述べておりますので、それに任せたいと思います⁽⁶⁴⁾。しかし、民法典が被用者（BGB八三一条）、子供（同八三二条）、動物（同八三三条と八三四条）および建造物

（同八三六―八三八条）から生じる危険についてだけ配慮している事実を思い浮かべるならば、社会生活上の義務による責任がドイツ不法行為法の中で引き起こした摩擦をお分かりいただけるでしょう。しかし、この民法典上の限界は司法の前に何ら永続性をもたなかったことも事実です。なぜならば今日では、既に確立した判例によって、法的生活上なにかしら危険源を生ぜしめ、あるいは、継続させた者は、他人を保護するために事物の状態に従って要求される全ての安全措置を講じなければならぬとされているからです⁽⁶⁵⁾。この義務は——この点が最も重要ですが——法律によって特に規定された行態命令が存在するか否かに関わるものではありません。誰によって社会生活が脅かされ、また、被害者が直接に誰によって侵害されようとも変わることではないのです。つまり、人によろうとも、動産・不動産によろうとも、変わることはないのです。不動産による加害が出発点ではありましたが、当初のいわゆる交通安全義務（Verkehrssicherungspflicht）と呼ばれたこの領域を大きく超えて、この拡張にまったく適切であるとは言い難い Verkehrspflichten（社会生活上の義務^{***}）という表現を刻ずることになったのです。

社会生活上の義務は、現在では四つの根拠から肯定されております。①危険源を創造・危険を維持した者、②危険源を事実

上支配する者、③その者が危険に対策を講じると社会が信頼しうる者、および、④危険より精神的乃至経済的な利益を享受する者が、その危険を制御する義務を負うことになるのです。この四つの指針の助けを借りて、判例は利益衡量判断によって義務を具体化し、それは内容的に完全に異なる義務類型ともなるのです。例えば、危険支配義務、選任義務、監督義務、組織義務、報告義務および保護義務等々を考えることができます。⁽⁶⁶⁾その場合、潜在的な事故犠牲者に自ら直面せざるをえない危険についての認識を与えるか、安全義務者自らによる危険源への直接的な働きかけをするかのいずれかが必要になるのですが、そのどちらの義務が生じるかは、実際上は、危険の程度と種類によって異なることになります。

ところで、これら社会生活上の義務について何ら法規定が存在していない事態が良くないことははっきりしているように、私には思われます。とりわけ、不作為責任の拡大という機能と危険責任の考え方を過失責任に移し替えるという機能の二重の機能を持った現代の社会生活上の義務に基づく責任の発展が、民法典の条文やその起草者の意図と整合しえないものであることを考えたとき、そのことは一層明瞭です。注意義務は民法典にとつては異質なものです。民法典は注意を為すべき義務を知らず、知っていたのは、法律上特定された義務に関する注意だ

けなのです。しかし、ドイツ法の発展はこの原則を転換してしまいました。この社会生活上の義務の展開を法文に置き換える最初の・従つて限界をもつ試みは、皆様のもとにある私のBGB改定提案の八二四条に示されております。⁽⁶⁷⁾この間さらにシュトル教授は、次のような内容をもつ条文化のための第二の提案を示しております。

「(1)他人の生命、身体、健康、又は物を許容できない仕方で侵害し、あるいは毀損した者は、損害賠償の義務を負う。
(2)その侵害又は毀損が責任者の有責な行為に基づくものであり、又は責任者が被害者を社会的要請上保護すべき自ら創出・維持した危険にその侵害又は毀損に基づくものである場合には、その侵害又は毀損は許容されないものである。状況に応じて要求されるあらゆる注意を尽くしたと、並びに、その侵害又は毀損が責任者の支配できる状況に由来しないものであることを証明できた場合には、責任者は免責される。」

(3) 使用者責任

BGB八三条の使用責任⁽⁶⁸⁾に規定された過失を要件とする責任が、さらに一つの問題群を形作っています。この規定は、今日では不法行為法において最も頻繁に迂回されている規定といつてよいでしょう。相当以前より、BGB八三条は欠陥の

ある、いや、ライヒ裁判所がかつて書き記したところによれば、「我慢できない」ものなのです。この規定に対して従来おこなわれた全ての改革提案が立法者によって現在に至るまで実現されていないために、⁽⁷²⁾ここでも、判例のあらゆる修正措置がそのまま維持されております。

この修正措置の一つは、BGB八三一条を超越した帰責規範を利用可能とする契約責任に同二七八条⁽⁷²⁾を利用することによって逃げることであります。契約規範を利用可能と思わせるために使用された手段は、契約締結上の過失、第三者に保護効をもつ契約、積極的契約侵害の広範な領域、および契約終了後に効力をもつ契約上の義務でありました。⁽⁷³⁾今日では、これらの法制度は、いづれにせよ、BGB八二三条一項に掲げられた権利や法益の存在保護に関わる・法律により設定された・法律行為により設定されたのではない債権関係の形態であり、それが特別の信頼の要求や保証から生じるものであるということについて、大方の一致が存在しております。⁽⁷⁴⁾すなわち、このいわゆる保護義務関係ないし信頼関係は、実際上は純粹な不法行為法の問題なのです。しかし、ここでは、自立的な法律上の債権関係を「契約と不法行為の間のどこか」で民法典に編入して、表面的に契約に近似した位置からその債権関係を契約法の履行補助者責任の規定の下に置くことが構成上必要であったのでありま

す。だがそうはいっても、すでに相当以前より第一次的な財産利益の保護を除いて、現状利益の侵害の枠内では前述の制度の著しい意義の衰退を我々は確かに認めております。なぜならば、契約締結上の過失と付随的な契約義務違反による責任は以下の諸点で決定的な弱点を示しているからです。つまり、それは、知っての通り、精神的な損害の賠償を認めておりません。⁽⁷⁵⁾その他に、それは、BGB二五四条二項二文⁽⁷⁶⁾、二七八条の枠内で不愉快な異を設けております。そのために、判例は、現在では、営業保護を除いて純粹の財産損害に賠償が認められていないという不法行為法上の限界を回避するために、この法制度を主に使用しております。そして、投資会社の設立者や発起人が最近ではその判例の展開に特に敏感になっております。

使用者責任自体については、信頼責任は現在に至る迄なお採用されております。しかし、BGB八四七条の適用の条件を作るために、不法行為法はこの間に自ら助ける術を発見しました。つまり、人から生じる危険をコントロールの下におくべきであるとの包括的な社会生活上の義務の発展がこのために必要な手段——BGB八三一条を超えた八二三条による責任——を提供したのです。判例は監督義務や組織義務の網を設定するに至り、殆どの使用者は既に相当以前からこの網の目から逃れることはもはやできなくなっております。このテクニックは比較

法に携わる者にとっても極めて興味深いものですが、その個別的内容にここで立入る余裕は残念ながらありません。⁽⁷⁷⁾ 私は、ここではそれに代えて、いわゆる「第一次的」な（つまり、所有権侵害によって媒介されない）財産損害の保護について次に述べてみようと思います。

(4) 財産保護の拡大

利得の極大化を限界まで追及しようとする相互の努力と競争に基づいて活動している自由な市場経済の下では、第一次的財産利益の保護の拡大の問題は、確かに、特別の注意をもって取り扱われねばならないものです。それゆえ、第一次的財産利益は常に特別の例外状況でのみ賠償可能であるとされ、また賠償請求が許容されております。民法典が収入見込みの減少をもたらし行為態様の違法判断に関してなした留保は、それゆえに、原則的には理解可能なものであり、今日でも承認できるものです。⁽⁷⁸⁾ しかし、それにもかかわらず、法的現実におけるいくつかの変化は、財産保護の領域でも判例と学説による法典の部分的な破綻が避けられない事態をもたしました。金銭と所有権は機能的な市場経済では等しい価値あるものとなり、決定的に重要な財産価値（「ノウ・ハウ」、顧客関係、年金等）が現在では次第に不法行為法上保護された所有権ではなく、「純粋な財産利益」として表現されるものとなってきたことが見逃され

てはなりません。このような背景の下でこの領域での判例による「法律上の革新政策」を見なければならぬでしょう。法典の破綻は、設立され且つ稼動中の営業の上の権利の承認、BGB八二六条における解釈上の緩和、そしてとりわけ契約締結上の過失と第三者に保護効果をもつ契約を第一次的な財産利益の保護のために用いたことにより生じました。

(a) 営業の保護 一般的人格権の場合に確認されると殆ど同様の理論的な破綻を伴って、判例は、営業をBGB八二三条一項の「その他の権利」として解釈上組み込み、営業の自由な発展の一定事例について不法行為法上の保護を与えました。そして、判例による保護は、法律上認められた保護を明らかに超えるものでありました。判例は、実質上次の三つの領域で営業上の保護の欠陥の補充を必要なものと認めました。⁽⁸⁰⁾ つまり、営業活動の事実的妨害の事例、あるいは営業活動の法的な妨害の事例、ならびに、声望を下げる表現行為による企業イメージの毀損の事例です。ボイコット、デモをおこなう権利の濫用の下に実施されたデモ行動、企業敷地の入口での過剰なバリケード、および、違法ストが、許されない営業の事実的妨害の事例に属します。⁽⁸³⁾ しかし、昔も今も営業に関する権利の主要な適用領域は、保護権に基づく不当な警告による営業の法的な妨害の領域にあります。⁽⁸⁴⁾ そしてここでは、過失による理由のない一部営業

停止の要求に損害賠償請求権が与えられることで、BGB八二四條⁽⁸⁵⁾の要件が拡張されることになりました。最後にまた、BGB八二四條を超える第三グループ⁽⁸⁶⁾が現れ、ここでは、度を超えた加害的な真実である事実の主張と価値評価の形式での侮蔑的な批判による営業イメージの低下⁽⁸⁷⁾が請求原因となっております。設立され且つ稼働中の営業に関する判例は、今日では慣習法的性格をもっております。しかし、この判例はBGB八二三條一項の権利の体系に異物を提供しました⁽⁸⁹⁾。というのは、ここでも、事例の比較的な検討により積極的な違法の確定が必要だからです。それゆえ、営業の保護は、行態規範の形を通して法典に採用されるべきなのです。

(b) 他人の財産を保護するための社会生活上の義務 以上は多分ドイツ法曹の多くの同意を得られると思われることですが、これに対して、他人の財産を保護するための社会生活上の義務⁽⁹⁰⁾の発展に関する極めて現代的な考え方が提示する問題は、未だ最終的には解明尽されておりません。それは、いずれにせよ、判例によってなお承認されておらず、その適用領域の必要とされる限定はなお満足すべき程度には達成されていないように思われます。しかし、最後にはあらゆる第一次的な財産損害に対する一般的な過失責任が出現するように法の発展を確保するために、その要件を書き記す作業は必要でありましょう。

さて、私は、学問の現状から見まして、情報提供者責任の領域のみが新たに法典化される不法行為法の中で明確な解決をおこないうる程に議論し尽くされたものになっていると思います。情報提供者責任では、情報を真実と信頼して受け取った者に財産上の不利益な処分をおこなう原因を与える広い意味での非対価的な——それゆえ契約によらない——、投資の推奨が問題になりますが、その中心には、例えば、目論見書であるとか、その他の会社の持分権取得に関する勧誘書であるとか、また、顧客でない者への顧客についての銀行の信用情報提供とかに関わる問題があります。さらに、——第三者の利益における清算に関する原則と比較できますが——一方では、請求権者が損害を被っており、他方では、現行法が被害者に何ら法的な請求原因を与えていないような事例も問題になります。そしてこの典型例は、不動産や貴重品についての買主の不利益となるように高く見積もりすぎた鑑定⁽⁹¹⁾の領域で見ることができま

す。判例によって強く推進された証明書発行者責任についても、同様の問題構造があります。といえますのは、ここでは、退社した労働者に関する弁解できないような褒め言葉を連ねた証明書が専ら新しい雇用主に損害を与えることになるからです。

以上の全ての事例については、最上級審裁判所の判例は、契約法の基礎の上に立った法定の信頼責任というような理論的に

不明瞭な概念の助けを借りて処理しております。といいますのは、かような問題を本来的に規律する場所である不法行為法は、袋行路となつてしまっているからです。この問題を特別な行態規範⁹²によつて処理するか、または所有権概念の中での新たな方向づけによつて処理するかは好みの問題であるかとも思いますが、いずれにせよ、この領域でさらに不法行為法上の保護について改良を加えなければならぬと、私は思っております。

(5) 予防的な権利保護

裁判官の手になる不法行為法の発展の成果から取り出したい最後の点は、「準妨害排除請求権」の問題です。BGB八二三条以下の過失責任は、行為以前の予防について無視しております。損害予防は損害補償よりもまだという古い法格言は、法典化された不法行為法の中には受け容れられません⁹³でした。

この原則が十分な理由づけをなら必要としない程に自明のものであるかは、確かに疑うことが可能でありましょう。なぜならば、この原則は潜在的な犠牲者の視点からのみ留保なく同意できるからです。しかし、損害賠償請求権の潜在的な相手方（賠償義務者）の視点からは異なるものに映ります。といいますのは、賠償責任保険が付保されているため、事情によつては損害予防が損害補償よりも賠償義務者にとって高くつくことを別として、専ら損害補償に立脚する体系では、損害を帰結しな

ために、危険かつ違法な作為や不作為が自己が禁止されることなく放置される望みが潜在的な損害賠償義務者には残されているからです。

しかしながら、予防措置についてBGB一二条、九〇八条および一〇〇四条以外では立法者が極めて控え目であることに法の欠陥が認められ、それは再び判例にその修正を委ねざるをえなくなりました。判例によるならば、BGB八二三条一項に掲げられた権利や法益——健康や生命保護については奇妙にも争われていますが——の保護についてだけではなく、名誉、企業イメージ、信用および職業上の生計の保護についても差止め請求権や妨害除去請求権を行使できるとされております⁹⁴。

予防的な権利保護は、その有責な侵害が損害賠償請求権をもたらす多くの義務を規範適合的な将来の行態の基準にまで高めてきております。我々が予防的な権利保護の拡張の中に認める法の発展の成果は、それゆえ、民事法の中で既に課されていた義務を独立して訴求可能な義務にまで強化することに外ならないのです⁹⁵。損害賠償をもたらす非独立的な義務が相手方に義務に則した行為を要求できるような独立的な義務にいつ転換するかについての信頼できる基準は、いずれにせよ、今日まで発見されておられません。法典がこのような細部について立場を明らかにする必要はないと思います。しかし、予防的な権利保護の

制度は、不法行為法上の手段として承認されるべきものなのです。

—注—

- (1) Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz (Gutachten); Band I, Köln 1981; Band II, Köln 1981; Band III, Köln 1983.
- (2) Gutachten, Bd. I, Einleitung, S. XI f.
- (3) 一九七七年にグロスフェルト教授の著した本の題名がこのようなものであった。
- (4) Vgl. Gutachten, Bd. I, Einleitung, S. XII. 判例法の法典化の問題点については、また、Diederichsen, Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts, AcP 182 (1982), 101, 106 f.
- (5) 一九七七年八月一六日の「損害賠償法規定の変更に関する法律」(BGBl. I 1577)°。
- (6) BGBl. 1975 I 1352.
- (7) 例えば、一九六一年三月二二日の「旅客運送法」(BGBl. I 241)°、一九七〇年二月二七日の「市街電車、トロリーバス並びに自動車による路線輸送に関する一般

的運送規則に関する命令」(RGBl. I 230)°、一九七五年六月二二日の「自動車旅客運送会社の営業に関する命令」(BGBl. I 1573)°。

- (8) 例えば、一九七六年九月一七日の「建築家と技師の仕事についての報酬に関する命令」(いわゆる「HOAI」)(BGBl. I 2805)°。

- (9) 一九七六年八月二四日の「通信教育受講者保護法」(BGBl. I 2525)°。

- (10) 一九七七年一月二七日の「連邦データ保護法」(BGBl. I 201)°。

- (11) 約款規制法の成立史については、Ulmer, in: Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Gesetz, Einleitung, Rn. 26 ff.

- (12) 約款規制法九条〔一般条項〕

(1) 普通取引約款の規定が約款使用者の相手方である契約当事者を信義誠実の原則に反し不当に不利ならしめる場合には、当該規定は無効である。

(2) 約款の規定が次に掲げる場合には、疑いがあれば不当に不利ならしめるものとみなす。

一 法律上の規定と相違を設けるにあたって、その規定の本質的な基本思想と合致しない場合、又は、

二 契約の性質から生じる本質的な権利もしくは義務を、契約目的の達成が危険に瀕するほどに、制限する場合。

(13) 関連条文を以下に掲げる。

約款規制法第一〇条〔評価余地ある条項禁止〕

普通取引約款において、次の各号に掲げるものはとりわけ無効である。

三 (解除留保)

実質的に正当かつ契約所掲の理由なくして約款使用者が自己の給付義務を免れる権利についての合意、但し、継続的債権関係にはこれを適用しない。

約款規制法第一条〔評価余地ない条項禁止〕

普通取引約款において、次の各号に掲げるものは無効である。

一二 (継続的債権関係の存続期間)

約款使用者による商品の定期的引渡又は役務ないし仕事の定期的提供を対象とする契約関係において、

(a) 二年を超えて契約の相手方を拘束する契約の存続期間

(b) その都度一年を超えて契約相手方を拘束する契約関係の黙示の延長、又は

ドイツ不法行為法の発展と債権法の改定

(c) 契約相手方の不利となる、当初所定の契約期間又は黙示に延長された契約期間の満了前三ヵ月を超える解約告知期間。

(14) Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundes-

minister der Justiz, März 1974, S. 20; Löwe, in :

Löwe-Graf von Westphalen-Trinkner, Einleitung,

Rn. 22. 約款規制法の中でBGB大改革の予兆を認めている。

(15) その例証については、以下の文献を参照せよ。Benöhr,

Konsumentenschutz vor 80 Jahren, (zur Entstehung des Abzahlungsgesetzes vom 16. Mai 1894), ZHR 138

(1974), 492 ff; Schwark, Grundsätzliche Fragen

einer Überarbeitung des Schuldrechts des BGB, JZ 1980, 741, 742.

(16) Wolf, Alfred, Die Überarbeitung des Schuldrechts,

AcP 182 (1982) 80, 85.

(17) v. Gierke, Otto, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889 - Neudruck, herausgegeben von Erik Wolf, 1948, S. 12.

(18) Wolf, Alfred aO (N. 16).

(19) Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.

Aufgabe 1967, S. 624.

- (20) 債権法改定をめぐって鑑定意見書が求められたものとつづいて、明らかに、有効期間、損害賠償法（効果）、給付障害法、継続的債権関係、振替関係、医療契約、ホーム施設契約等々がある。
- (21) RGBl. 1871, S. 207.
- (22) その例証として、次の文献を参照せよ。Kötz, Gefährdungshaftung, Gutachten, S. 1779, 1792.
- (23) RGBl. 1909, 437; RGBl. 1922 I 681; RGBl. 1934 I 549; RGBl. 1940, 691; BGBl. 1957 I 1110; BGBl. 1959 I 814; BGBl. 1976 I 2445.
- (24) Schmidt, Eike, Von der Privat- zur Sozialautonomie, JZ 1980, 153, 154.
- (25) Diederichsen, Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe 114, 1974, S. 60.
- (26) Wolf aaO, AcP 182 (1982) 80, 91.
- (27) 以下、次の文献を参照せよ。Münch.-Komm.-Mertens § 847 BGB Rn. 13.
- (28) BGHZ 3, 298.
- (29) Diederichsen aaO (N. 25).
- (30) Wolf aaO, AcP 182 (1982), 80, 92.
- (31) H. J. Vogel, ZRP 1981, 1, 4; Wolf, ZRP 1978, 249, 253; Landermann, RabelsZ 45 (1981), 124, 128; Schwark, JZ 1980, 741, 745.
- (32) 以下に關しては、Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, Gutachten, S. 429; Wolf aaO.
- (33) BGB 第八三一条〔使用者責任〕
(1) ある事業のために他人を使用する者は、その他人が事業の執行につき第三者に対して違法に加えた損害を賠償する義務を負う。使用者が被用者の選任に際し、かつ、使用者が設備若しくは器具を供給し、又は事業の執行を指揮しなければならない限り、供給若しくは指揮に際し、取引に必要な注意をしたとき、又はこの注意をしても損害が発生したときは、賠償義務は生じない。
- (2) 契約により使用者の為に前項第二文が定める業務の管理を引き受け者も、前項と同一の責任を負う。
- (34) BGB 第八二三条〔損害賠償義務〕
(1) 故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。

(35) B G B 八五二条〔時効〕

(1) 不法行為によって生じた損害の賠償請求権は、被害者が損害及び賠償義務を知った時から三年で、これを知ったか否かを問わず行為の時から三〇年で、消滅時効にかかる。

(36) その詳細については、次の文献を参照せよ。v. Bar, Vertragliche Schadensersatzpflichten ohne Vertrag? Jus 1982, 637 ff.

(37) その概観については、v. Bar Vertrauenshaftung ohne Vertrauen, ZGR 1983, 476 ff.

(38) Huber, Leistungsstörungen, Gutachten, S. 647; vgl. auch Landfermann, RabelsZ 45 (1981), 124, 132; Schwarzk, JZ 1980, 741, 748; Wolf, ZRP 1978, 249, 253.

(39) B G B 第二五三条〔精神的損害〕

財産的損害に非ざる損害を理由とする金銭による補償は、法律に定める場合に限り請求することができぬ。

B G B 第八四七条〔慰謝料〕

(1) 身体又は健康の損傷並びに自由の剝奪の場合には、被害者は、財産的損害に非ざる損害を理由としても、金銭による衡平な補償を請求するものができぬ。この請求

ドイツ不法行為法の発展と債権法の改定

権は、譲渡又は相続することができない。但し、契約により請求権を承認し、又は訴訟係属になったときは、この限りでない。

(2) 婦女に対し風俗に反する重罪若しくは軽罪を犯し、又は偽計、強迫若しくは従属関係を濫用して婚姻外の同衾を承諾させたときは、婦女は、同一の請求権を有する。

(40) B G B 第一三〇〇条〔同衾〕

(1) 品行方正な女子がその婚約者に同衾を許し、第一二九八条あるいは第一二九九条の要件が存在する場合に、財産的損害に非ざる損害を理由としても、金銭による衡平な補償を請求することができぬ。

(2) この請求権は、譲渡又は相続することができない。但し、契約により請求権を承認し、又は訴訟継続になったときは、この限りではない。

(41) 下記の **B' II'** (1) を参照せよ。

(42) BGHZ 26, 349 ff.

(43) König, Ungerechtfertigte Bereicherung, Gutachten, S. 1515.

(44) 債権法改定に関する文献から、さらに次のものを参照せよ。Stoll, Richterliche Fortbildung und gesetzliche

Überarbeitung des Deliktsrechts, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe Heft 163 Heidelberg 1984; Bunte, Zur geplanten Überarbeitung des Schuldrechts, BB 1982, 685; Diederichsen, Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts AcP 1982, 101; Schmude, Schuldrechtsüberarbeitung - eine Herausforderung an den Gesetzgeber, NJW 1982, 2017.

- (45) Engelhard, Zu den Aufgaben einer Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts, NJW 1984, 1201.

- (46) この点に関しては、特に次の文献を参照せよ、Stoll aaO (N. 44).

- (47) ファン・パール提案については、「付録」を参照のこと。

- (48) v. Bar, Deliktsrecht, Gutachten, S. 1681, 1712.

- (49) BGB 第一二条〔氏名権〕

権利者の氏名使用の権利が他人により否定され、又は他人が権限なく同一の氏名を使用することで権利者の利益が侵害された場合には、権利者はその他人に侵害の除去を請求できる。将来の侵害のおそれがある場合には、

権利者は差止めを求めることができる。

BGB 第八二四条〔信用危殆〕

(1) 他人の信用を危うくし又はその他不利益を他人の生業若しくは生計に対して生じさせる事実を真実に反して主張し、又は流布した者は、その不実を過失によって知らなくときであつても、これによって生じた損害を賠償しなければならない。

(2) 伝達者又はその受領者が伝達につき正当な利益を有するときは、伝達者は、不実であることを知らない伝達によつて、損害賠償の義務を負わなう。

BGB 第八二五条〔同義の承諾〕

偽計、強迫により又は従属関係を濫用して婚姻外の同義を女子に承諾させた者は、これによつて生じた損害を賠償する義務を負う。

- (50) Vgl. KG JW 1928, 363.

- (51) 一般的人格権の歴史については、次の文献を参照せよ。Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung II (1969), S. 409 ff.; Lenz, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert (1962); Scheyling, Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert, AcP 158 (1959/60), S. 503 ff.

- (52) 詳細については、次の文献を参照。v. Bar, Schmerzensgeld und gesellschaftliche Stellung des Opfers bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, NJW 1980, 1724 f.
- (53) RGZ 45, 170 ff.
- (54) RG JW 1928, 263.
- (55) RGZ 156, 372 ff.
- (56) RGZ 115, 416 ff.
- (57) BT-Drucksache 1959, III, 1237; Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschutzes.
- (58) BGHZ 13, 334 ff.
- (59) 次の文献が包括的な例証を与えてくれる。Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., 1967 und Schwerdtner, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977.
- (60) BVerfG 34, 269 ff.
- (61) 社会生活上の義務に関しては、フォン・バー「社会生活上の義務」(1)(2)「早稲田法学五七巻一号一一九頁以下(一九八一年)」、五七巻二号二六一頁以下(一九八二年)および「フォン・バー」ドイツ法における社会生活上
- の義務の理論」(京都大学における講演)参照。
- (62) Steffen, Verkehrspflichten im Spannungsfeld von Bestandsschutz und Handlungsfreiheit, VersR 1980, 409.
- (63) BGHZ 24, 21, 25 f.
- (64) 前掲(52)参照。ただし Mertens, Verkehrspflichten und Deliktsrecht, VersR 1980, 397 ff.; ders., Münch.-Komm. § 823 Anm. 2.
- (65) BGHZ 5, 378, 380; 14, 83, 85; 34, 206, 209; BGH VersR 1961, 139; VersR 1966, 542, 543.
- (66) v. Bar, Verkehrspflichten, § 4, S. 83 ff.
- (67) v. Bar, Deliktsrecht, Gutachten, S. 1681, 1761.
- (68) Stoll aaO (N. 44) S. 17 f.
- (69) 前掲(53)参照。
- (70) RGZ 162, 129, 166.
- (71) 既に「ドイツ法ファクシーの損害賠償法改正草案」の六条がそれを規定していた。Nippelrey, Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts (1940), S. 91.
- (72) BGB第二七八条「履行補助者の過失」
債務者は、その法定代理人及びその義務の履行のために使用した者の過失について、自己の過失と同様の範囲

で責任を負う。第二七六条第二項の規定はこの場合に準用されない。

- (73) 例えば、以下の文献を参照せよ。Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151 (1950/51), S. 501 ff.; Dölle, Außergesetzliche Schuldpflichten, Z. f. d. ges. StaatsW 103 (1943), S. 67 ff.; Larenz, Schuldrecht I², § 9; Kreuzer, Culpa in contrahendo und Verkehrspflichten, noch unveröffentlichte Habilitationsschrift (Freiburg 1972); v. Bar, „Nachwirkende“ Vertragspflichten, AcP 179 (1979), S. 452 ff.

- (74) 前注(73)に掲げた文献の外に、以下の文献をも参照せよ。Canaris, Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, S. 475ff.; U. Hübner, Die Haftung des Gardien im französischen Deliktsrecht, S. 159; Thiele, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, S. 649 ff.; Gutachten Huber (Leistungsstörungen) C. II 10.

- (75) Larenz, Schuldrecht I², § 8 I 3; Fikentscher, Schuldrecht⁹, § 20 IV; Soegel/Zeuner, § 847 Anm.

6; Erman-Drees⁶, § 847 Anm. 1.

- (76) BGB 第二五四条〔共働過失〕

(1) 損害の発生に際し被害者の過失が共働したときは、賠償義務及び給付すべき賠償の範囲は、事情によって、特に、いかなる範囲においていずれの当事者が主として損害を惹起したかによって定まる。

(2) 債務者が知らず、かつ、知ることを要しない異常に高い損害の危険を被害者が債務者に注意しなかったこと、又は被害者が損害を防止若しくは軽減しなかったことと被害者の過失があるときも、前項と同様である。この場合においては、第二七八条の規定を準用する。

- (77) 詳細については、次の文献を参照せよ。v. Bar, Deliktsrecht, Gutachten, S. 1681, 1716.

- (78) v. Bar, Deliktsrecht, Gutachten, S. 1681, 1719.

- (79) BGB 第八二六条〔良俗違反の故意的加害〕
善良の風俗に反する方法で他人に損害を加えた者は、その他人に対し損害を賠償する義務を負う。

- (80) 営業に関する権利についての文献としては、以下のものを参照せよ。Buchner, Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz

(1971); Brecher, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand (1953); Isay, Das Recht am Unternehmen (1910); Katzenberger, Das Recht am Unternehmen und unlauterer Wettbewerb (1967); Schipfel, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (1956); Kötz, Deliktsrecht² (1979), S. 48 ff.; Preusche, Unternehmensschutz und Haftungsbeschränkung im Deliktsrecht (1974).

(52) この「親業」は「企業」の「権利」の保護のためである自由業を意味する。vgl. OLG München NJW 1977, S. 1106.

(53) RGZ 132, 311, 316; BGHZ 29, 65, 70.

(54) 個別的な例証として、次の文献を参照。Buchner, DB 1979, 1069, 1070 ff.

(55) Buchner, Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, S. 182 ff.

(56) 前注(54) 参照。

(57) BGHZ 8, 442; 36, 18 ff.

(58) BGHZ 3, 279 ff.; 45, 296 ff.

(59) v. Bar, Deliktsrecht, Gutachten S. 1681, 1716.

(60) Larenz, Schuldrecht II¹⁴, § 72 III b, S. 558 f.

ドイツ不法行為法の発展と債権法の改定

(61) この点については、次の文献を参照せよ。Mertens, AcP 178 (1978), S. 227 ff.; ders., VersR 1980, S. 397, 399 ff.; ders., Zur Bankenhaftung wegen Gläubigerbenachteiligung, ZHR 143 (1979), S. 174 ff.; ders., Die Geschäftsführungshaftung in der GmbH und das ITT-Urteil, Festschrift für Robert Fischer, (1979), S. 461 ff.; ders., Münchener Kommentar, § 823 An. 469 ff.; 475 ff.; 情報紙社発刊「ドイツの債権を参照せよ」Lammel, Zur Auskunftschaftung, AcP 179 (1979), S. 337 ff.; Musielak, Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1974); Lorenz, Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse - Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung, JZ 1960, S. 108 ff.; ders., Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft, Festschrift Larenz (1973), S. 575 ff., v. Bar, (N. 19), Rabelsz (1980), S. 455 ff. 國庫判例は日本の文献に掲載されていない。

(62) BGH JZ 1979, 725 m. Anm. v. Bar.

(63) この種類として、付録の「ハン・バーン提案の第二二六条第一二八条を参照せよ」。

- (93) 予防的権利保護に関しては、次の文献を参照せよ。⁹³ Rosenthal, Die Unterlassungsklage (1916); Ulmer, Die Widerrufsklage im Wettbewerbsrecht, ZAKDR 1936, S. 538 ff.; Geipel, Die vorbeugende Unterlassungsklage⁹⁴ (1938); Davignean, Die Entwicklung des Unterlassungsanspruchs als Instrument vorbeugenden Rechtsschutzes im Privatrecht (Diss. Hamburg 1969), rechtsvergleichend Kötz, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974), S. 145 ff.

- (94) Hohloch, Die negatorischen Ansprüche und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht (1976), S. 49 ff.; Larenz, Schuldrecht II⁹⁵, § 76.

- (95) Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974), S. 98, 112.

—解説と訳注—

本稿は、ドイツ連邦共和国オスナブリュック大学クリスティアン・フォン・バール教授が早稲田大学招聘外国人研究者として来日した際に、早稲田大学比較法研究所において一九八五年九月二五日に開催した講演会での報告の翻訳である。

ここで、クリスティアン・フォン・バール教授 (Prof. Dr. Christian von Bar) のプロフィールについて少し述べておく。

フォン・バール教授は、一九五二年ハノーファーに生まれ、一九七〇／七一年の冬学期より一九七四年夏学期までフライブルク大学、キール大学およびゲッティンゲン大学に学び、一九七六年に法学博士号を、一九七九年に教授資格をいずれもゲッティンゲン大学で取得し、一九八一年に二九歳という若さでオランダとの国境に近いニーダーザクセン州のオスナブリュック大学正教授に任命された (因に、二九歳での正教授任命は戦後における西ドイツの最年少記録だとのことである)。⁹⁶ 少壮有為の民法法研究者である。博士論文 (Territorialität des Warenzeichens und Erschöpfung des Verbreitungsrechts im Gemeinsamen Markt) が商標の国際的保護に関するものであり、また、教授資格論文 (Verkehrspflichten—Richterliche Gefährdungsgebote im deutschen Deliktsrecht) が社会生活上の義務 (Verkehrspflichten) に関するものであったことから分かるように、その専攻分野は無体財産法、債権法 (主に、不法行為法)、比較法ならびに国際私法に及んでいる。特に不法行為法については、本稿の中でも触れられているが、ドイツ連邦共和国で現在進行している債権法改定作業に関わって、不法行為 (過失責任) 法分野の鑑定意見書 (Gutachten)

の作成を連邦司法省から委託されており、その造詣の深いところを示している。

この度の来日では、損害賠償法・事故補償法分野での意見交換という招聘目的に合わせて、早稲田大学および御好意により講演・研究会を開催していただいた北海道大学、京都大学、広島大学での講演テーマが選択され、また、中央大学では国際私法に関する講演が予定されていた——これらの講演・研究会において報告されたものは、いずれ公表されるものと思われる。

なお、本稿の内容に関しては、法政大学現代法研究所が組織する現代債権法研究会においても報告され、その場でフォン・パール教授と研究会の参加メンバーとの間で意見交換がおこなわれた——この意見交換の内容を含め、債権法改定作業に伴いドイツ連邦司法省にフォン・パール教授が提出した鑑定意見書の詳細については、近日中に法学志林誌上で紹介する予定である——。

* Reform (改革) ではなく、Überarbeitung であるところなのである。この Überarbeitung という語は「見直し作業」という方がよいかとも思ったが、文中において使用される前後関係もあって、「改定」と訳すことにした（「改訂」の語も考えたが、法律の規定を改めるという意味で、

ドイツ不法行為法の発展と債権法の改定

「改定」の語を当てることにした）。拙稿「ドイツにおける契約法の発展」現代契約法大系九巻二頁以下においても、同様の考えで、「債権法改定」「債権法見直し作業」等の言葉を用いている。

** フォン・パール教授が来日直前にこの専門家会議に参加しているフライブルク大学のシュレヒトリム教授から電話で聴いたところによると、専門家会議はまだ十分な討議をおこなっておらず、報告書等を纏めてこの方面での作業をさらに進行させるには大分時間が掛かりそうだとのことである。

*** Verkehrspflicht(en) の訳語については、紹介「フォン・パール『社会生活上の義務』」早稲田法学五七巻一号二二頁注（2）において検討した如く、その法概念が現実因果している役割に最も適切な語を選択した。今回の来日の際にフォン・パール教授と話し合った結果でも、そのように訳すことが最も適切であろうとの結論に到達した。なお、既に、平井教授および前田教授は Verkehrspflicht(en) を「社会生活上の義務」と訳しておられる（平井宜雄『損害賠償法の理論』三四三頁外（一九七一年）、前田達明『不法行為帰責論』一一九頁外（一九七八年））。

〔付録〕

フォン・バル教授起草・民法典不法行為法規規定改定案

第八二三条〔權利又は法益の直接的侵害、保護法規違反〕

(1)故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有權又はその他の權利を違法に侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。

(2)他人の保護を目的とする法律に違反した者も、違反が過失なくして行われたのではない限り、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。

第八二四条〔義務違反〕

(1)他人の生命、身体、健康、自由、所有權又はその他の權利に対する自ら創造しあるいは自らの支配領域にある危険に、適切かつ期待できる範囲で対処しなかった者も、同様の賠償義務を負う。この賠償義務は、過失のない場合には排除される。責任者が危険に対処することを第三者に委ねたという事情は、被害者の不利益とはならない。

(2)特に以下の各号に掲げる者は、前項に従って危険に対処しなければならない、

一 他人を事業のために使用する者

二 法律・契約又は事実上の引き受けにより、人あるいは物

の上に監視の義務を負う者

三 商品を製造し、又は輸入する者

四 動物を保持する者

五 土地を占有する者

六 催し物を主催し、又は実施する者

七 道路交通に関与する者

(3)他人の身体、健康、所有權又はその他の權利の保護を自營的な職業の対象とする者は、これらの法益について、第一項に従って責任を負う。

第八二五条〔人格侵害〕

(1)故意又は過失により他人の人格を違法に侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。

(2)人格の侵害は、法益・利益衡量が違法性を明らかにするときに限り、違法である。この衡量においては、侵害の種類・原因および動機、並びに侵害の目的と侵害の程度の関係が考慮されねばならない。

第八二六条〔良俗に違反する加害〕

良俗に反する仕方では他人に故意又は輕率に損害を与えた者

は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。

第八二七条〔経済的に不利益となる事実の公表〕

(1) 故意又は過失により他人に経済的不利益となる事実を公表し又は広めた者は、その事実が真実であると証明できない限り、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。

(2) 正当な公益又は私益を相当な方法で図るための事実の公表の場合は、賠償義務は課されない。ありうべき侵害の重大性に相応した調査を行った者のみが、相当な方法で正当な利益を図ったと、主張することができる。

第八二八条〔営業取引におけるその他の加害〕

故意又は過失により、次の各号に掲げる行為を行う者は、損害の範囲を予見すべきであった限りにおいて、これによって生じた損害を賠償する義務を負う、

- 一 職業的活動により特別の信頼を得る地位を享受し、相手方がこの信頼を主張できるにもかかわらず、財産に関わる業務において、特定の人に不実の情報を与え若しくは瑕疵ある推奨を行い、又は新たな知識があるにもかかわらず報

ドイツ不法行為法の発展と債権法の改定

告を行わない者

- 二 保護権に基づく不当な警告、販売の事実に妨害、不法なストライキにより、又はその他違法な方法で他人の自由な営業的發展を直接的に侵害し、かつ、そのことにより他人の営業を完全又は部分的に機能停止に追い込む者
- 三 他人の職業上又は営業上の声望を不相当な価値判断により毀損する者

第八二九条〔責任の軽減と排除〕

(1) 年齢、発達、行為の種類、当事者の経済的状況及びその他の個別的事情から賠償義務を負わないことが衡平に合致する限りでは、一八歳未満の者は損害賠償の義務を負わない。経済的状況の査定においては、存在し又は社会生活上期待できる保険による保護を考慮することができる。

(2) 行為の当時に精神の働きに障害のあった者も、前項と同様である。麻酔作用を持つ物質に起因する一時的な精神的障害は、障害者が過失なくしてその状況に陥ったときを除き、損害賠償義務について考慮しない。

(3) 法定代理人が社会生活上期待される保険の保護をあらかじめ配慮していなかった場合は、法定代理人は、本人と並んで責任を負う。この場合、本人と代理人相互の関係では、代理人の

みが責任を負担する。第一六四条第一項の適用はない。

第八三〇条（本条については、変更の提案を行わない。）

第八三一条（使用者責任）

ある事業のために他人を使用する者は、その他人が事業の執行につき第三者に対して違法に加えた損害を賠償する責任を負う。被用者に過失がないときは、第一文による使用者の賠償義務は排除される。

第八三二―第八三八条（これらの規定は、過失責任の領域としては、代案なく削除される。ここに危険責任に関する新規定を挿入することを提案する。）

第八三九条（本条は、鑑定者の作業領域に属するものではない。）

第八四〇条（多数者の責任）

(1)多数の者が一つの損害に対して責任を負うときは、それらの者は連帯債務者として責任を負う。労働法の規定は本条に関わりなく、維持される。

(2)内部関係で損害が一人の加害者の負担に帰し、被害者に対

するその加害者の責任が排除され又は軽減される範囲においては、その他の加害者も責任を免除される。

第八四一―第八四三条（これらの規定は、鑑定者の作業領域に属するものではない。）

第八四四条（殺害による第三者の賠償請求権）

(1)人を殺害した場合においては、賠償義務者は、埋葬費用を負担する義務を負う者に対し、この費用を賠償しなければならない。

(2)殺害された者が、侵害の当時、第三者に対し法律上扶養義務を負い、若しくは負うべき可能性のある関係にあり、又は殺害された者が倫理的義務に基づいて継続的に第三者を介護し、かつ、第三者が殺害の結果右の扶養又は介護を受ける権利を失ったときは、賠償義務者は、殺害された者が推定生存期間中扶養又は介護する義務を負う限度で、第三者に対し、金銭定期金の支払いによって損害賠償をしなければならぬ。第八四三条第二項から第四項までの規定は、この場合に準用する。賠償義務は、第三者が侵害の当時懐胎されているが未だ出生していないときでも生じる。

第八四五条〔共働過失〕

第八四四条の場合において、第三者の受けた損害の発生に際し被害者の過失又は被害者が責任を負うべきその他の原因が共働したときは、第二五四条の規定は、第三者の請求権に適用する。

第八四六条〔差止め及び妨害除去〕

(1)他人に対し違法な侵害の脅威を与える者に対しては、その他人は行為の差止めを要求することができる。違法に侵害された者は、妨害の除去を要求できる。

(2)人間の共同生活における通念上受忍しなければならない侵害については、前項の適用はない。