

松 山 大 学 論 集
第 34 卷 第 3 号 抜 刷
2 0 2 2 年 8 月 発 行

ドイツ民法 832 条生成史(2)

—— プロイセン一般ラント法における監督義務者責任 ——

銭 偉 栄

ドイツ民法 832 条生成史(2)

—— プロイセン一般ラント法における監督義務者責任 ——

銭 偉 栄

- 一 はじめに
- 二 ドイツ民法典編纂制定前史

(以上, 31 卷 7 号)

三 ドイツ民法典編纂前の諸法典等における監督義務者責任

1 序論

18 世紀末からドイツ民法典編纂前までの間にドイツの諸領邦において民法草案の編纂作業が行われていたこと、1871 年ころのドイツ領内に妥当する法がきわめて多様であることは前述二のとおりである¹⁾。これらの立法成果をどのように扱うべきか、当時通用している多様な法をいかに統合するかが、ドイツ民法典の編纂に際して解決しなければならない重要な課題であった。ミーケル・ラスカー法の成立（1873 年 12 月）を受けて設置された準備委員会（Vorkommission）は、ドイツ民法典起草の計画と方法についての鑑定意見（1874 年 4 月 15 日付²⁾）を連邦参議院に提出した³⁾ が、その中で次のように指摘した。

1) 拙稿「ドイツ民法 832 条の生成史(1)」松山大学論集 31 卷 7 号（2020 年 3 月）105 頁以下参照。

2) Gutachten der Vorkommission vom 15.4.1874, in: W. Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB: Einführung, Biographien, Materialien, Berlin und New York 1978 (Die Beratung des Bürgerliches Gesetzbuchs), S. 170-185. なお、本稿における鑑定意見の翻訳は、おおむね平田公夫「〔翻訳〕準備委員会答申『ドイツ民法典起草計画・方法について』岡山大学法学会雑誌 35 卷 2 号（1985 年）201-217 頁に依拠した。

3) W. Schubert, a. a. O. (Fn 2), S. 36.

「将来の法典はドイツ国民の当然の願望と、すべての支邦国 (Einzelstaaten) の利益および学問と法慣行 (Rechtsübung) の要請に応えるべきものであろう」という、将来の民法典像を実現するためには、「ドイツ帝国内に存在している民事法諸体系中の実証された共通の諸制度・諸命題を堅持し、相違ある場合には、第1に必要性和目的性を顧慮して、第2に法的・論理的な首尾一貫性に従って決定すること」が必要不可欠な前提条件である、と⁴⁾この前提条件を満たすためには、「ドイツ帝国内で現在通用している私法規範の全存立を、その合目的性、内在的な真実性および実施の一貫性を顧慮して調査すること」と、「いわゆる普通法 (普通民事法とドイツ私法) の共通の基礎とは異なる、近時の大民事立法、ラント法および場合によってありうる帝国法の諸規定をどの程度維持するべきか、または調整を試みるべきかどうか、試みるとすればどのような調整をすべきなのかを慎重に検討すること」が解決されなければならない重要な課題であると述べた上⁵⁾、既存の法典および草案の取り扱いについて次のような方針を示した。すなわち、「草案は、現行諸法典ならびに、諸支邦国により、およびかつてのドイツ連邦の委託に基づき、個別の法分野に関して作られた法律草案を顧慮しつつ、ドイツ帝国の全体状況⁶⁾に適合する民法を、現代の学問の要請にかなう形で編纂して統合すべきである」⁷⁾という。換言すれば、「立法委員会は、帝国内の既存の諸法典および個々の法律、同じく諸草案を——それが実務の証言として考慮に値する限りは——、普通法の理論と慣行とともに、ドイツの法典の土台として利用すること」⁸⁾ができるが、「ドイツ帝国内で通用している民事諸法典の一つまたはドイツの一支邦国もしくはかつてのドイツ連邦の領域のために作られた諸法律草案の一つを、直接に将来の法典またはその主要部分の基礎とすることは許されない」⁹⁾というのである。

4) Gutachten, in: W. Schubert, a. a. O. (Fn 2), S. 170. 平田・前掲注2) 203頁参照。

5) Gutachten, in: W. Schubert, a. a. O. (Fn 2), S. 170f. 平田・前掲注2) 203頁参照。

6) 本文中イタリック体になっている個所を斜体で表した。

7) Gutachten, in: W. Schubert, a. a. O. (Fn 2), S. 182. 平田・前掲注2) 214頁参照。

8) Gutachten, in: W. Schubert, a. a. O. (Fn 2), S. 172. 平田・前掲注2) 205頁参照。

実際に準備委員会委員の1人であって、のちに第1委員会委員にも選任され、債務法部分草案の起草を担当したキューベル (v. Kübel) が監督義務者責任を定めるキューベル草案15号9条を起草する際に参照したものを拾ってみても、プロイセン一般ラント法、フランス民法典 (Code civil)、オーストリア一般民法典 (ABGB、以下「一般民法典」という。)、ヘッセン民法典草案、バイエルン民法典草案、チューリッヒ民法典、ザクセン民法典、ドレスデン債務法草案、スイス債務法など、ドイツ帝国内および周辺国の既存の諸法典または諸法典草案を参照したことが分かる。

以上述べた理由から、ドイツ民法 832 条の沿革および立法趣旨を正確に把握するためにも、編纂過程における議論の考察に先立ち、キューベルが参照したとされるドイツ帝国内の各領邦および周辺国における既存の法典ないし草案における監督義務者責任を検討することとしたい。

2 プロイセン一般ラント法

(1) プロイセン一般ラント法について

プロイセン一般ラント法¹⁰⁾ (ALR、以下「一般ラント法」ともいう。)は1794年6月1日に施行されたものの、プロイセン王国が戦争による領土の喪失と獲得を繰り返したため、施行時からドイツ民法典の施行に伴いその効力を失う時までの約100年あまりの間、王国の全域に通用することはなかった¹¹⁾ とりわけ、1794年にフランスの占領下に入った¹²⁾ ライン川左岸地域に導入されたフランス民法典は、同地域がウィーン会議 (1814-1815年) の決定でプロイセン

9) Gutachten, in: W. Schubert, a. a. O. (Fn 2), S. 171. 平田・前掲注2) 204頁参照。

10) 本稿におけるプロイセン一般ラント法の条文は、H. Hattenhauer [Hrsg.], Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, 3. erweiterte Aufl., Neuwied und Berlin 1996. および Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (01. 06. 1794), <https://opiniojuris.de/quelle/1622> に依拠して訳出した。

11) H. Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 10. Aufl., Heidelberg 2005, S. 124. F. ヴィーアッカー (鈴木祿弥訳) 『近世私法史——特にドイツにおける発展を顧慮して——』(創文社, 1961年) 415頁参照。なお、シュロッサーの前記著書(第6版)の翻訳、H. シュロッサー (大木雅夫訳) 『近世私法史要論』(有信堂, 1993年) も参照。

に返還された後も廃止されることなく、1900年までその効力を有し続けていた¹³⁾ フランス支配下の約20年の間にナポレオン主導のもとで、貴族の特権の廃止、身分制の打破、人格の自由と法の下での平等の承認、ユダヤ人の解放や農民の封建的賦課からの解放、ナポレオン法典をはじめとするフランスの法律の適用など¹⁴⁾ 国家・社会体制の近代化のための改革を断行し、ライン川左岸地域を当時の「ドイツで経済的に最も先進的な地域」に押し上げた¹⁵⁾ これらの改革の成果の多くがプロイセンによる同地域の領土回復後もなお残されたのは、「この近代化過程で最大の利得を得た... この地の商工業市民」¹⁶⁾ からフランス民法典の廃止を含めてそれらの成果を奪うことは躊躇せざるを得なかったからであろう¹⁷⁾ 1866年の普墺戦争でオーストリアに勝利してハノーファーとヘッセン・カッセルを獲得して以来、プロイセンの法領域は一般ラント法、普通法およびフランス法の3つに大きく分けられるに至った¹⁸⁾

一般ラント法はフランス民法典や一般民法典と並ぶ三大自然法的法典の1つとされる¹⁹⁾ しかし単一民法典たる後兩者とは異なり、一般ラント法は、「改革者たちが法素材を公法と私法に分離することを断念した」²⁰⁾ ため、私法と公法

12) フランスによる同地域の領有は、バーゼルの和約(1795年)およびカンポ・フォルミオの和約(1797年)を経てリュネヴィル条約(1801年)で最終的に確定された(木村靖二編〔阪口修平〕『新版世界各国史13』ドイツ史(山川出版社, 2001年)168-169頁, メアリー・フルブルック(高田有現・高野淳訳)『ドイツの歴史』(創土社, 2005年)142-143頁)。

13) H. Hattenhauer, Einführung zu ALR, a. a. O. (Fn 10), S. 24; Mitteis/Lieberich, Deutsches Privatrecht, 6. Aufl., C. H. Beck, München 1972, S. 17; H. Schlosser, a. a. O. (Fn 11), S. 124. なお, ミッタイスの前記著書(第3版)の翻訳, ハインリッヒ・ミッタイス(世良晃志・廣中俊雄共訳)『ドイツ私法概説』(創文社, 1994年)も参照。

14) 林健太郎編〔坂井榮八郎〕『世界万国史3』ドイツ史(増補改訂版) (山川出版社, 1993年) 229頁, 木村編〔坂口〕・前掲注12) 178頁。

15) 末川清『近代ドイツの形成——「特有の道」の起点——』(晃洋書房, 1996年) 79-80頁, 成瀬治ほか編〔坂井榮八郎〕『世界歴史大系』ドイツ史2——1648年~1890年(山川出版社, 1996年) 188-190頁。

16) 成瀬ほか編〔坂井〕・前掲注15) 189頁。

17) フランス法はのちに、とくに王政復古(Restauration)の間、ライン川左岸地域の住民にとって国家後見(staatliche Bevormundung)に対する防波堤にもなった。H. Hattenhauer, Einführung zu ALR, a. a. O. (Fn 10), S. 24.

18) W. Schubert, a. a. O. (Fn 2), S. 27.

を分離しない総合的な法典となった。「フリードリヒ大王の国家の基本法 (Grundgesetz des friderizianischen Staates)」²¹⁾とも称されたように、「プロイセン国家の全体的な法秩序」ないし「国家とその市民を包含する包括的な法秩序」の構築が意図されていた²²⁾ 2部 (Teil) 構成を採用した同法は、その第1部および第2部の冒頭では私法が取り扱われ、第2部の後半には、憲法 (第13章「国家の権利と義務一般」以下) に関する規定が置かれ、刑法 (第20章「犯罪と刑罰」) がその末尾をなし、そして、憲法と刑法の間に「後見 (Vormundschaft) と保佐 (Curatele)」 (第2部18章)²³⁾ が置かれていた。このような配置は、「18世紀末の典型的な警察・福祉国家のために作られたもの」であり²⁴⁾「共同体 (Gemeinschaft) と個人 (Einzelnen) の福祉の促進」が国家に定められた目的の1つである²⁵⁾ という同法の性格を体現し、後見および保佐について国家 (Staat) が最終的な責任を持つということを意味するものだろうか (第2部18章1条, 12条, 109条参照)。

「妥協の法典 (Gesetzbuch der Kompromisse)」²⁶⁾といわれているように、18世

19) Vgl. H. -J. Becker, Das Rheinische Recht und seine Bedeutung für die Rechtsentwicklung in Deutschland im 19. Jahrhundert, JuS 1985, 338. 自然法的法典の1つとして、バイエルンのマクシミリアン・バヴァリア市民法典 (Codex Maximilianeus Bavaricus civilis [CMBC]) も挙げられているが、ALR, Code civil および ABGB を並べて比較するのが一般的である。vgl., F. C. v. Savigny, Vom Beruf uns[e]rer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 54ff. (サヴィニー (大串兎代夫訳) 『法典論争』 (世界文学社, 1949年) 67頁以下参照), B. Dölemeyer, Einflüsse von ALR, Code civil und ABGB auf Kodifikationsdiskussionen und -projekte in Deutschland, in: IUS COMMUNE VII (1978), S. 179ff.

20) H. Schlosser, a. a. O. (Fn 11), S. 122.

21) H. Conrad, Das Allgemeines Landrecht von 1794 als Grundgesetz des friderizianischen Staates, Berlin 1965, S. 6.

22) H. Conrad, a. a. O. (Fn 21), S. 4, 26.

23) ALR 第2部18章の規定は、1875年7月5日の後見令 (Vormundschaftsordnung, Vom 5. 7. 1875 (GS 1875, 431)) の施行に伴い、そのほとんどが効力を失った。vgl., C. F. Koch, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten: unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen Bd. 4, 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1886, Anm. 1 zu II. 18.

24) H. Schlosser, a. a. O. (Fn 11), S. 122.

25) H. Conrad, a. a. O. (Fn 21), S. 21. vgl., ALR II 13 §§ 3f.

26) H. Hattenhauer, Einführung zu ALR, a. a. O. (Fn 10), S. 17.

紀の啓蒙された絶対王政 (absolute Monarchie) に合わせて作られた一般ラント法²⁷⁾には、近代的家父長制が保留されていた²⁸⁾。それによれば、夫は「婚姻共同体 (Gesellschaft) の長」であり、「共同体的 (gemeinschaftlich) 事項について決定権を有する (第2部1章184条)。夫が妻を扶養する義務を負う (第2部1章185-186条) 代わりに、妻は「夫の意に反して、自己のために特別の事業を営むことができない」 (第2部1章195条)。妻の資産は、妻の管理が法律または契約によって明示的に留保されない限り、婚姻をすることによって夫の管理下に移る (第2部1章205条) ばかりでなく、「妻が婚姻中に取得するものは、通常、夫のためにそれを取得する」ものである (第2部1章211条) とされた。妻の持参財産に対しては、「夫は、用益権者 (Nießbraucher) が持つ全ての権利を有し義務を負う」 (第2部1章231条) とともに、持参財産が動産であるときは、夫は自由にこれを処分することができる (第2部1章247条) こととなっていた。親子関係においても同様であった。子の教育方針を決めるのは主に父であり (第2部2章74条)、子は両親に対して「畏敬と服従の義務を負う」が、「しかし特に父権 (väterliche Gewalt) に服する」 (第2部2章61条・62条)。したがって、後述する一般ラント法における監督義務者責任は近代的家父長制の上に構築されたものであることをまず確認しておこう。

(2) 監督義務者責任

(ア) 一般ラント法では、行為の自由ないし行為に向けた意思の自由な実現は、その行為から権利や義務が発生するための要件である (第1部3章1条、3条)²⁹⁾ とともに、行為者が自己の行為およびその行為によって惹起された直接の結果に対して常に責任を負うべきこと、すなわち帰責 (Zurechnung) の要

27) H. Schlosser, a. a. O. (Fn 11), S. 122, 124.

28) 「自由・平等」の理念を高く掲げた世界初の近代民法典たるフランス民法典の原始規定においても同様である。これについて、星野英一『民法のすすめ』(岩波書店、1998年) 147頁以下および中村敏子『女性差別はどう作られてきたか』(集英社、2021年) 117頁以下参照。

件でもある(第1部3章7条)³⁰⁾したがって、自己決定能力および行為の結果を弁識する能力を欠く者はその行為の結果について責任を負わない³¹⁾自由の行為の反対は無意識な行為——たとえば7歳未満の幼児および知的障害者の行為³²⁾——であり、それによって惹起された損害は行為者の責めに帰することができない(第1部6章39条)。

一般ラント法における人の行為能力は主として年齢の区分に応じて定められ、精神障害者等の行為能力は特定の年齢区分に準じて取り扱われたにすぎない。すなわち、一般ラント法はまず24歳未満の未成年者(第1部1章26条)³³⁾を、7歳未満の幼児(Kind)³⁴⁾7歳以上14歳未満の児童(Unmündige)とそれ以外の者の3つに区分した(第1部1章25条)。意思表示の効力に関しては、精神障害者は7歳未満の幼児と同視され(第1部1章29条、4章23条)、その意思表示はすべて無効とされた(第1部4章20条)。他方、知的障害者は14歳未満の児童と同視され(第1部1章29条、4章26条)、その意思表示は

29) C. F. Koch, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten: unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen Bd. 1, 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1884, Anm. 3 zu I. 3 § 3.

30) F. Förster/M. E. Eccius (bearb.), Preußisches Privatrecht Bd. 1, 7. Aufl., Berlin 1896, S. 145; C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 6 zu I. 3 § 7; H. Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts Bd. 1, 2. Aufl., Halle 1879 (Google Books), S. 249.

31) F. Förster/M. E. Eccius (Hrsg.), Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts Bd. 1, Abt. 2, 4., veränderte Aufl., Berlin 1881, S. 634f.

32) C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 6 zu I. 3 § 7. 一般ラント法で使われている白痴(Blödsinnige)という用語(1部6章41条)や、狂人(Rasende)および精神錯乱者(Wahnsinnige)という用語(ALR 第1部1章29条)は現代では差別的な表現に当たる可能性があるため、本稿では、原典を引用する場合を含め、前者を「知的障害者」と訳し、後者を「精神障害者」と訳し、両者を併せていうときは「精神障害者等」と訳すことにした。

33) 同条は、成人年齢を21歳と定めた成人年齢に関する法律(Gesetz über das Alter der Großjährigkeit vom 9. 12. 1869 (GS 1869, 1177))の施行に伴い、削除された。1875年の成人年齢に関する法律(Gesetz, betreffend das Alter der Großjährigkeit vom 17. 2. 1875 (RGBl 1875, 71))は、1869年法を廃止してその適用範囲をドイツ帝国全土に広げた。vgl. C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 24 und 25 zu I. 1 § 26.

34) 原語「Kind」は、7歳未満の幼児という意味で使われる場合と、年齢にかかわらず親に対しての子という意味で使われる場合がある。本稿は、場合に応じて訳し分けた。

単に利益を得る場合に限り有効とされた(第1部4章21条)³⁵⁾

(イ) 監督義務者責任に関しては、一般ラント法は単に加害者が7歳未満の幼児および精神障害者等である場合とそれが7歳以上の未成年者である場合に区別しただけであった。

子はその加害行為(Verbrechen)によって他人に損害を加えたときは、たとえその子がまだ父権に服している場合であっても、その父親は自己の財産をもってそれにつき責任を負うことはないとするのが一般ラント法の原則である(第2部2章139条)³⁶⁾ この場合において、加害者たる子自身が単独でその特有財産(eigenthümliche Vermögen)をもって損害賠償責任を負わなければならない(第2部2章146条)³⁷⁾ 特有財産には父の用益権(Nießbrauch)に服さない自由財産(第2部2章147条)と、父権の続く限りにおいて父親がその管理権および用益権を有する非自由財産(第2部2章168条, 204条)とがあるが、加害者たる子はまずその自由財産をもって損害賠償の責めに任じ(第2部2章167条)、自由財産がないときは、その非自由財産をもって、直ちに、損害賠償の責めに任じなければならない(第2部2章203条)³⁸⁾ ここにいう「直ちに」とは、「父の用益権の終了を待つことなく」³⁹⁾「父の用益権を顧慮することなく」、すな

35) 「Kind」と「Unmündige」の区分に対して、コッホは、未成年者の一般的な行為能力にとってはあまり意味がないものだと批判する。C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 23 zu I. 1 § 25. なお、ALR 第1部4章20条と21条は、Gesetz, betreffend die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und die Aufhebung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Minderjährigkeit. Vom 12. 7. 1875 (GS 1875, 518)によって廃止された。同法によれば、未成年者は単に7歳未満の者と7歳以上の者に分けられ、前者は法律行為をする能力がなく(第1条)、後者は父、後見人または保護人(Pfleger)の同意を得ないで義務を引き受け、または権利を放棄することを内容とする法律行為をする能力がない(第2条)、とされる。vgl. C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), S. 142.

36) F. Förster/M. E. Eccius (bearb.), Preußisches Privatrecht Bd. 4, 7. Aufl., Berlin 1897, S. 158; W. Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts Bd. 2, 2. Aufl., Berlin 1842, S. 189, Note 5.

37) F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 31), § 90 Anm. 24.

38) F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 36), S. 158; W. Bornemann, a. a. O. (Fn 36), S. 184.

39) C. F. Koch, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten: unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen Bd. 3, 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1886, Anm. 57 zu II. 2 § 203.

わち「父は、その用益権に服する財産に対する強制執行（Zwangsvollstreckung）を忍容することを求められうる」こと⁴⁰⁾を意味する。

もっとも、子の不法な行為によって引き起こされた損害について親、とりわけ父親が賠償責任を負う場合もある。不法な行為を指示した場合や例を見せてそそのかした場合、不法な行為を事後承認して当該行為を指示したと推定された場合および損害を防止することができたのにそれを防止しなかった場合には、父と母が損害賠償責任を負う（第2部2章140-142条、144条）。子に対する訓練（Unterricht）、教育（Erziehung）および監督（Aufsicht）を著しく怠ったために不法な行為が行われた場合には、まず父がその責任を負い（第2部2章143条）⁴¹⁾父の死後、子の教育を任された母がその教育義務を怠った結果として発生した子の不法な行為について父と同様の責任を負う（第2部2章145条）⁴²⁾上記各場合における親の責任は、被害者との関係では、加害者である子と連帯して負うものである⁴³⁾が、加害者たる子との関係では、給付をした親が子に対して償還請求をすることができる（第2部2章146条）ことから、一種の補充的な責任であると考えられていた⁴⁴⁾

(ウ) 他方、7歳未満の幼児および精神障害者等がその客観的不法な行為によって他人に損害を加えたときは、当該加害者を監督する義務を負う者が、自らの重大な過失または通常の過失（mäßigen Versehen）によってその監督義務を怠った場合に、その損害につき一次的な（principaliter）責任を負うことになる。加害者本人は、被害者がその監督者または親の財産から賠償を得ることができない場合に限り、補充的な、または二次的な（subsidiarisch）責任を負う（第1部6章41-44条、57条）に過ぎなかった⁴⁵⁾

40) F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 36), S. 158; § 222 Anm. 53.

41) F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 36), S. 158; W. Bornemann, a. a. O. (Fn 36), S. 189.

42) F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 36), S. 158; a. a. O. (Fn 39), § 90 Anm. 54.

43) W. Bornemann, a. a. O. (Fn 36), S. 189; C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 54 zu I. 6 § 57; F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 36), S. 158.

44) F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 30), § 90 Anm. 54.

「具体的に正しい法を細大もらさずに創造することが可能だ」と考える歴史的な自然法論を立法の根底に据え、⁴⁶⁾ 19,000を超える条項を有し、中にはカズイステイシユな規定が数多く含まれる⁴⁷⁾ 一般ラント法だが、こと精神障害者等が他人に損害を加えた場合における監督義務者責任に関する規定（第1部6章57条）に限っていえば、抽象的・概括的なものであった（BGB第832条参照）。

第1部6章第56条 他人がその意思によらないでした行為によってその者自身又は第三者に損害を与えた場合において、故意、重大な過失又は通常の過失によってその行為を誘発した者は、それによって生じた損害について責任を負う。

第1部6章第57条 重大な過失又は通常の過失によって精神障害者及び知的障害者又は7歳未満の幼児を監督する義務を怠った者は、同様の責任（*Verbindlichkeit*）がある。

(a) ALR第1部6章57条に基づく責任の帰責根拠は、監督義務者の有責の責任共同負担に求められていた。一般ラント法によれば、不法行為を指示する者はそれによって生じた損害につき主たる責任を負う（第1部6章58条）が、損害惹起行為を防止する義務を負い、かつそれを防止することができたにもかかわらず当該行為の発生を放置した（*wissentlich Geschehen lassen*）者もまた自らそれを指示したのと同様の責任を負う（第1部6章59条）。損害惹起行為の発生を放置することが有責の責任共同負担（*schuldhafte Teilnahme an der*

45) W. Bornemann, a. a. O. (Fn 36), S. 189; C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 54 zu I. 6 § 57. なお、1875年後見令の施行までは、精神障害者の保護監督（*Bevormundung*）を手配する義務を負う精神障害者の近親者（*Verwandte*）は、その義務を怠ったことにより、精神障害者が第三者に損害を与えたときは、その賠償が一般に行われるものであり、かつ、被害者が他の方法では救済されえない場合には、第三者に対して責任を負うものとされていた（第2部18章97-99条）。

46) H. Schlosser, a. a. O. (Fn 11), S. 122. ヴィーアッカー（鈴木訳）・前掲注11）416頁。

47) これは、「裁判官をこの法典に縛りつけ、自己の裁量に基づく自由な解釈の余地を、できるだけ残さないように」し（*Mitteis/Lieberich*, a. a. O. (Fn 13), S. 15f.）、もって裁判官の「恣意から臣民の自由と権利を守る」ためである（久保正幡先生遷暦記念出版準備会編『西洋法制史料選Ⅲ近世・近代』（創文社、1979年）194頁（石部雅亮解説））。

Schuld) とみられたのである⁴⁸⁾。そして、この原則を適用する具体的な場面の 1 つとして挙げられたのが監督義務者責任 (第 1 部 6 章 57 条) である⁴⁹⁾。

(b) ALR 第 1 部 6 章 57 条によれば、監督義務者は重大な過失 (grobes Versehen) および通常の過失 (mäßiges Versehen) について責任を負うとされ、軽微な過失 (geringes Versehen)⁵⁰⁾ (ALR 第 1 部 3 章 22 条・23 条) についてまで責任を負う必要がない。

19 世紀の普通法および諸法典、たとえばフランス民法典および一般民法典などでは、過失を重過失と軽過失の 2 つに区分するのが一般的である⁵¹⁾。しかし、一般ラント法制定当時の学説では、過失を重過失 (grobe Schuld) と軽過失 (leichte Schuld) に分けるというローマ法の 2 区分に満足せず⁵²⁾、過失の 3 区分、すなわち culpa lata, culpa levis, culpa levissima を主張するのが一般的であった⁵³⁾。一般ラント法もこれを受け入れ、過失 (Versehen) を重大な過失、通常の過失および軽微な過失の 3 つに区分したのである⁵⁴⁾。一般ラント法の定義によれば、通常の過失とは「通常程度の注意を用いれば回避できたこと」をいい (第 1 部 3 章 20 条)、そして「通常の知的能力をもつ家父を据え、この立場から過失の程度をはかっている」から、「通常程度の注意」は真面目な家父の

48) F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 30), S. 557f.

49) F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 30), S. 558.

50) 従来、geringes Versehen を「軽過失」と訳すものとして、前掲注 47) 西洋法制史料選 III 182 頁の ALR 第 1 部 6 章 15 条訳がある。また、geringes Versehen に相当する culpa levissima を「最軽過失」と訳すものとして、梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権編 [訂正増補 31 版]』(法政大学ほか、1910 年) 12 頁、ハインリッヒ・ミッタイス (世良晃志・廣中俊雄共訳)・前掲注 13) 279 頁、浦川道太郎「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」86 頁、同『ドイツにおける危険責任』(成文堂、2021 年) 11 頁および同頁注 (21)、深谷格「続・戸水寛人の民法学——債権法に関する研究に焦点を当てて——」同志社法学 61 卷 4 号 (2009 年) 74 頁などがあり、さらに、これを「極めて軽微なる過失」と訳すものとして、原田慶吉「民法七〇九条の成立する迄 (二・完)」国家学会雑誌 57 卷 10 号 (1943 年) 50 頁がある。本稿においては、一般ラント法で使われている「最軽微な過失 (geringste Versehen)」(後掲注 54) 参照) と区別するため、「軽微な過失」と訳すこととした。

51) F. Förster/M. E. Eccius (Hrsg.), Theorie und Praxis Bd. 1, Abt. 1, 4., veränderte Aufl., Berlin 1880, S. 163f.

52) H. Dernburg, a. a. O. (Fn 30), S. 252.

注意と同じ意味である⁵⁵⁾。通常の過失による責任はすべての者がこれを負うことになるが、軽微な過失による責任を負うのは法律が特別な理由からそれを義務付けた者だけである（第1部3章22条、23条）⁵⁶⁾。「注意と専門知識をもって行為をする義務が重ければ重いほど、その行為から生じうる結果に注意を払う義務も重くなる」（第1部3章9条）という考えがその根底にあると思われる。たとえば、後見人は、原則としては通常の過失による責任を負うが、「法律上後見を引き受けることができない事情を、裁判官の尋問等で、故意に隠匿したとき」は、軽微な過失による責任をも負うとされた（第2部18章276条、277条）。

(c) 一般ラント法は第1部6章1条に損害の定義規定を置く。それによれば、損害とは、「身体、自由、名誉、または財産を含めて、人の状態のあらゆる悪化」をいい、一般に現実的損害 (*wirkliche Schaden*) または積極的損害 (*positiver Schaden*) と呼ばれ、第1部6章5条に定める逸失利益 (*entgangener Gewinn*) と区別・対置され⁵⁷⁾ 逸失利益とともに全部の利益を構成するものとされた⁵⁸⁾

53) C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 18 zu I. 3 § 17. ドイツの学説が過失の3区分を受け入れた経緯について、シュトーベ (*Stobbe*) は次のように推測する。すなわち、ドイツ法が若干の場合において偶然の出来事 (*casus*) に対する責任を受け入れ、それを軽微な過失 (*culpa levissima*) として、ローマ法上の *culpa levis* および *culpa lata* と並んで規定したのだ、という。Stobbe, *Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts: drei Abhandlungen*, Leipzig 1855, Minerva 1969 (Nachdruck), S. 239. vgl., F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 51), S. 163. 石本雅男『無過失損害賠償責任原因論 (全4巻)』(法律文化社, 1983-93年)はローマ法における *culpa levissima* について詳細な考察を加えている。

54) コッホやデルンブルクらはこの過失の3分法に反対であった。C. F. Koch, *Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach Preußischen Rechte mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen* Bd. 1, 2. Aufl., Berlin 1858 (Google Books), S. 247; H. Dernburg, a. a. O. (Fn 30), S. 251ff. vgl., F. Förster/M. E. Eccius, *Preußisches Privatrecht* Bd. 1, 6. Aufl., S. 147. プロイセン一般ラント法は、いくつかの場面では、「最軽微な過失 (*geringste Versehen*)」(1部7章240条, 9章457条, 21章248条, 2部8章2460条など)、およびそれに対応する「万全な注意 (*sorgfältigste Aufmerksamkeit*)」(2部8章447条)が使われているが、過責 *Verschuldung* の4番目の区分を導入することはなかった。vgl., C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 18 zu I. 3 § 17.

55) F. F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 51), S. 162; C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 21 zu I. 3 § 20.

56) F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 51), S. 164f.

57) C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 12 zu I. 6 § 12.

19世紀の普通法は損害を単に現実的損害と逸失利益に分類するにとどまり、損害の範囲に応じて損害賠償の範囲を画定していた⁵⁹⁾これに対し、一般ラント法は、行為の結果を直接的、間接的および偶発的なものに分けて定める(第1部3章4-6条)⁶⁰⁾のと同様に、現実的損害をさらに直接損害、間接損害および偶発的(zufällig)損害(第1部6章2-4条)に細分化し⁶¹⁾その上、加害者の有責性のグレードに応じて損害賠償の範囲を画定することとした⁶²⁾そのうち、行為者がその行為の間接的結果について責任を負うべきものとされる場合において、通常は予見できた間接的結果についてのみ責任を負うものとされる(第1部3章8条)。予見できなかった間接的結果は偶発的結果とみなされる(第1部3章6条)、それについては責任を負わないとするのが原則である(第1部3章11条)⁶³⁾行為によって生じた偶発的損害は、その行為自体が禁止法令(Verbotsgesetz)に違反する場合——たとえば、可燃物が警察法によって禁止される方法で保管された場合⁶⁴⁾——、またはその違法な行為(Verhalten)によって、行為者自身が偶発的損害を惹起する行為を生じさせる状況に置かれた場合にのみ賠償されることがある(第1部6章16条。3章13条も参照)。

監督義務者の責任に即していえば、重大な過失によって監督義務を怠った監督義務者は、故意に他人に損害を加えた場合と同様に⁶⁵⁾被害者に完全な満足(vollständige G[e]nugtung)を得させなければならない(ALR第1部6章10

58) C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 2 zu I. 6 § 1; Anm. 12 zu I. 6 § 12; F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 30), S. 543; H. Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts Bd. 2, 2. Aufl., Halle 1880 (Google Books), S. 176.

59) F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 30), S. 542f.; F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 31), § 90 Anm. 58.

60) C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 3 zu I. 6 § 3.

61) 間接的結果と直接的結果という区別は実際に基づくものではなく、起草者が偶然に思いつき、恣意的に行ったものであると、コッホは批判する。C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 4 zu I. 3 § 5.

62) F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 31), S. 641.

63) 予見できたかどうかの判断は裁判官の裁量による。vgl., C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 5 zu I. 3 § 6 und Anm. 4 zu I. 3 § 5.

64) H. Dernburg, a. a. O. (Fn 30), § 121 Anm. 6.

条)⁶⁶⁾ ここにいう「完全な満足」には、全損害 (gesamte Schaden) と逸失利益 (第1部6章5・6条) の賠償が含まれる (第1部6章7条)⁶⁷⁾ 全損害は当然直接損害と間接損害を含むが、場合によっては、たとえば禁止法令に違反した場合には偶発的損害を含むこともありうる (第1部6章16条)⁶⁸⁾ これに対し、通常の過失によって監督義務を怠った監督義務者は一般にそれによって生じた現実的損害 (第1部6章12条) を賠償するとともに、侵害が生じなかったならば、侵害された物の通常の使用によって取得できたはずの逸失利益⁶⁹⁾ (第1部6章13条) の賠償をしなければならない。しかも現実的損害が評価不能な場合であっても、それを賠償すべきものとされている (第1部6章14条)。第1部6章13条に定める逸失利益は同章5条および6条に定める逸失利益とは異なる特殊なものであり、6条に定める逸失利益の範囲は13条に定めるその拡張だとされるが⁷⁰⁾ 両者の線引きは明らかでないという批判があった⁷¹⁾

(d) ALR 第1部6章57条にいう監督義務者は一般に、加害者の監督者 (Aufseher) または両親をいい (同章42条参照)⁷²⁾ 監督者には後見人が含まれ

65) 一般ラント法はローマ法と同様、損害賠償が問題である限り、重大な過失は故意と同様の効果を有することを通例とする (1部3章19条)。C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 20 zu I. 3 § 19.

66) F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 30), S. 561.

67) ALR 第1部6章1条および7条における損害の定義規定をみる限り、逸失利益は損害概念に入らないという解釈も一応ありうる。Eisenbahngesetz v. 3. 11. 1838の第25条によれば、鉄道会社は「全ての損害 (aller Schaden)」を賠償する義務を負うとされるが、同25条にいう「全ての損害」に逸失利益が入るか否かが争われた事例で、プロイセン上級裁判所は、第1部6章1条および7条における損害の定義規定を引き合いに出し、同25条にいう「全ての損害」という概念には、逸失利益が含まれないと解した (O. Tr. I v. 24. 4. 1854, Entscheidung 28 S. 270)。その後、ライヒ上級商事裁判所は、①一般ラント法における損害という用語は広義的にも (逸失利益を含む)、狭義的にも (逸失利益を含まない) 用いられていること、②積極的または現実的損害と並んで、逸失利益をも意味する「全ての損害」という表現は一般ラント法でも用いられていること、③1838年11月3日の法律は、一般ラント法の領域にのみ公布されたものではなく、当時の君主国の全範囲に公布されたものであることなどを理由に、反対の立場を採用した (R. O. H. G. v. 7. 5. 1872, Entscheidung 6 S. 9f.)。C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 7 zu I. 6 § 7.

68) F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 30), S. 561; H. Dernburg, a. a. O. (Fn 30), S. 253f.

69) 起草者スヴァレットはその例として、日雇い労働者の場合は通常の日給、賃貸人の場合には通常の賃料を挙げた。vgl., C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 13 zu I. 6 § 13.

る⁷³⁾ 一次的な監督義務者責任を負うのは父親である(第2部2章143条参照)⁷⁴⁾ が、母親もまた、父親の死後、子どもの教育義務を負う限りにおいて、自身の過失(Schuld)によって、おろそかにされた教育の結果として生じた子どもの加害行為について責任を負う(第2部2章145条参照)⁷⁵⁾

(3) 加害者本人の責任

前述のように、プロイセン一般ラント法においては、行為の自由ないし行為に向ける意思の自由な実現を帰責の要件とし、したがって、完全に行為能力なき者は帰責能力がないとするのが一般原則である。しかし、軽微な過失を含む過失(Schuld)なく損害を被った者の救済を図るため、その損害につき責任を負うべき者がほかにおらず、かつ、行為実行者の財産から給付可能な場合に限り、完全に行為能力なき7歳未満の幼児および精神障害者等に損害賠償責任を負わせたのである(第1部6章41条以下)⁷⁶⁾ 上記一般原則に反するものであるが、自然衡平(natürliche Billigkeit)を引き合いに正当化された⁷⁷⁾ 精神障害者がその相当な財産から容易に補償できるような損害を惹起した場合において、自己に何らの過失もなく、当該損害惹起行為によって財産状況が悪化した被害

70) 第1部6章6条にいう「逸失利益」を定めるときに、「事物の通常の経過や市民生活の営みに応じて、または既に着手したことやなされた準備によって合理的に期待することができた利益」が考慮される。同章13条にいうところの「逸失利益」、すなわち「侵害が発生しなかったならば、被害者が侵害を受けた物の通常の使用によって得たであろう利益」は同章6条中の「事物の通常の経過や市民生活の営みに応じて合理的に期待することができた利益」と異なるものではなく、前者は後者と同様、侵害を受けた対象と因果関係に立ち、単に逸失利益という同じカテゴリに対する表現の違いがあるに過ぎない。6条にいう「逸失利益」は、「既に着手したことやなされた準備によって期待することができた利益」をも含むという点においてのみ、13条にいう逸失利益を拡張しており、この種の利益のみが13条とかかわらない(O. Tr. I v. 11. 12. 1871, Striethorst Archiv 84 S. 152f.). vgl., C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 6 zu I. 6 § 6.

71) C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 13 zu I. 6 § 13.

72) W. Bornemann, a. a. O. (Fn 36), S. 189.

73) F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 30), S. 558.

74) F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 30), S. 558.

75) F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 30), § 90 Anm. 54.

者が一切の補償を奪われるとすれば、甚だしく酷であろうからである⁷⁶⁾

ALR 第1部6章41条 精神障害者および知的障害者、または7歳未満の幼児が他人に損害を加えたときは、直接損害の賠償のみをそれらの者の財産から請求することができる。

ALR 第1部6章42条 しかしながら、それらの者の財産につき責任が生じるのは、被害者がその監督者または親の財産から賠償を得ることができないときにおいてのみである。 (§. 57)

ALR 第1部6章43条 加害者は、それ(損害賠償=訳者注)によって加害者から必要な生活費が奪われず、さらに加害者が幼児であるときは、その身分にふさわしい教育を受けるための資金が奪われない範囲内においてのみ責任を負う。

ALR 第1部6章41条の適用がないとされる7歳以上の子⁷⁹⁾がその加害行為によって他人に損害を加えたときは、上記(2)(イ)で述べたように、たとえその子がまだ父権に服している場合であっても、加害者自身が一次的な責任を負わなければならないとするのが一般ラント法の原則である(第2部2章139条, 146条)。したがって、親が損害防止義務違反や重大な訓練・教育・監督義務違反により損害賠償責任を負うこととされる場合(第2部2章142条, 143条)には、加害者は親と一緒に被害者に対して連帯責任を負わなければならない。こ

76) F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 31), S. 634f. 7歳未満の幼児や精神障害者にも損害賠償責任を負わせるという考え方には、過失(Schuld)と帰責(Zurechnung)がまったく問題にされなかった古いドイツ法との類似性がわずかながら見出される(vgl., F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 31), § 90 Anm 27.)。ザクセンシュベীগエルなど中世法史料における子どもや心神喪失者の加害責任については、Wilh. Theod. Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des Deutschen Rechts Bd. 1, Göttingen 1835 (Google Books), S. 339f.; Ferd. Carl Th. Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts insbesondere die Lehre von den Anglücksfällen, Tübingen 1838 (Google Books), S. 118f. 久保正幡・石川武・直居淳訳『ザクセンシュベীগエル・ラント法』(創文社, 1977年)二・六五・一参照。

77) C. F. Koch, a. a. O. (Fn 54), S. 277f.; a. a. O. (Fn 29), Anm. 37 zu I. 6 § 41.

78) Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten. II. Theil, Berlin und Leipzig 1787 (Google Books), Anm. zu II. 3 § 34.

79) O. Tr I v. 14. 3. 1873, Entscheidung 69 S. 263. vgl., C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 37 zu I. 6 § 41.

れに対し、7歳未満の幼児や精神障害者等が加害者となる場合に負うべき責任は、二次的な責任または補充的な責任である。すなわち、被害者が加害者の監督者または親の財産から損害賠償を得ることができない場合にだけ、加害者はその財産をもって責任に任じることとされたのである(第1部6章42条)。被害者が加害者の監督者または親から損害賠償を得ることができない場合として、次の場合が挙げられていた。第1は監督者らに損害賠償に足りる資力が無い場合である⁸⁰⁾ 第2は監督者らに重大な過失または通常の過失による監督義務の不履行、すなわち監督者らに帰責性がなかった場合⁸¹⁾ 第3は加害者がその監督下にいない場合⁸²⁾ である。

精神障害者等が他人に加えた損害につき賠償責任を負う場合であっても、その責任は軽減されている。まずは損害賠償範囲の制限である。すなわち、賠償すべき損害は直接損害に限られ(ALR第1部6章41条)⁸³⁾ 間接損害および逸失利益を賠償するに及ばない。つぎは損害賠償額の制限である。すなわち、損害賠償の額は、加害者の生活必要費、および加害者が子どもであるときは、さらにその身分にふさわしい教育を受けるに必要な資金を奪われない程度に限られた(第1部6章43条)⁸⁴⁾

加害者に対して直接損害の賠償を請求することができるのは、いかなる過失をも有しない被害者だけである⁸⁵⁾ 一般ラント法では、損害の発生につき被害

80) Anm. zu II. 3 § 34 des Entwurf, a. a. O. (Fn 78); v. Kübel, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Recht der Schuldsverhältnisse, Teil I, Allgemeiner Teil, Berlin 1882. Unveränderter photomechanischer Nachdruck, hrsg. von W. Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldsverhältnisse, Teil I, Berlin und Newyork 1980, S. 693. [zitiert mit den Seitenzahlen des Herausgebers]

81) Anm. zu II. 3 § 34 des Entwurf, a. a. O. (Fn 78); F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 30), S. 145f.; v. Kübel, a. a. O. (Fn 80), S. 693.

82) C. F. Koch, a. a. O. (Fn 29), Anm. 38 zu I. 6 § 42.

83) 一般的には、軽微な過失につき責任を問われる加害者がその過失によって生じた直接損害についてのみ責任を負うこととされる(ALR第1部6章15条)。

84) H. Dernburg, a. a. O. (Fn 30), S. 249.

85) H. Dernburg, a. a. O. (Fn 30), S. 249.

者にも過失があるときは、共働過失（mit eintretende Verschuldung）の原理が働く⁸⁶⁾。その場合における加害者の免責範囲は当事者双方の過失を関連付けて定められるが、その際に考慮されるのはもっぱら被害者の重大な過失または通常の過失である（第1部6章18-21条）。したがって、精神障害者等の加害行為が被害者の過失によって誘発されたときは、たとえそれが軽微な過失であっても、直接損害についての加害者の賠償責任を免除すること（第1部6章44条）は、加害者の責任を軽減することを意味することになる。

ALR 第1部6章44条 被害者は、自分自身の過失によってそれらの者（同章41条の加害者を指す＝訳者注）の加害行為を誘発したときは、たとえそれが軽微な過失だけであっても、それらの者の財産を当てにすることができない。

（4）評価

一般ラント法に対する評価は、総じていえばマイナスがプラスを上回っている。発効時にすでに時代遅れになっていたこと⁸⁷⁾「教条的な性格、数多くの定義や区分、カズイスティックだ」⁸⁸⁾「形式的にも内容的にも雑な仕事」（サヴィニー（Friedrich Karl von Savigny）⁸⁹⁾のほか、一般ラント法が持つ総合法典的な性格もまた批判的になった⁹⁰⁾。そのため、フランス民法典および一般民法典と並び、自然法の3大法典の1つとして数えられる一般ラント法は、「近代的法典のモデル（Vorbild）として真剣に検討されることはほとんどなかった」、という⁹¹⁾。

しかし他方、「ロマネスク精神の産物」たるフランス民法典と並び称される

86) F. Förster/M. E. Eccius, a. a. O. (Fn 30), S. 562.

87) B. Dölemeyer, a. a. O. (Fn 19), S. 180; H. Schlosser, a. a. O. (Fn 11), S. 124.

88) B. Dölemeyer, a. a. O. (Fn 19), S. 189.

89) H. Schlosser, a. a. O. (Fn 11), S. 125; H. Hattenhauer, Einführung zu ALR, a. a. O. (Fn 10), S. 24.

90) B. Dölemeyer, a. a. O. (Fn 19), S. 189.

91) B. Dölemeyer, a. a. O. (Fn 19), S. 188.

「ドイツ精神の産物」たる一般ラント法⁹²⁾は「徹底した法律知識と良心的な勤勉さの産物」だとも評された⁹³⁾。その私法部分のはちにフェルスター (Franz Förster 1819-1878) やデルンブルク (Heinrich Dernburg 1829-1907) らの偉大な仕事⁹⁴⁾によって学問的にパンデクテン体系的に、プロイセンの私法として整理し直され⁹⁵⁾、ドイツ民法制定時に立法モデルの1つとして参考にされるに至ったのである⁹⁶⁾。

一般ラント法は、過失による加害行為だけが賠償を義務付けること、つまり過失責任の原則を維持しつつも、より高度な正義 (Gerechtigkeit) と公平 (Billigkeit) の観点から、例外的に責任無能力者によって惹起された損害の賠償をそれらの者の財産から請求することを可能にする規定 (ALR 第1部6章41-44条) を導入した⁹⁷⁾。それ以降ドイツ民法起草当時に至るまで、衡平責任に関するドイツ帝国および周辺諸国の民法典や民法典草案の態度が分かれていた。1804年にできたフランス民法典は、「不法行為から生じる損害賠償義務は行為者の過失を要件とし、幼児 (Kind) またはその他の責任無能力者 (Unzurechnungsfähige) によって惹起された損害の賠償はそれらの者の財産から請求することができない」、という制定当時の通説的見解 (communis opinio) に従い、過失責任の原則に固執して衡平責任を導入しなかった⁹⁸⁾。ザクセン民法典、ヘッセン草案およびドレスデン債務法草案も同様であった。他方、バイエルン草案 (65条)、チューリッヒ民法典 (1835条2項)、スイス債務法 (58条) および一般民法典 (1310条) は、理由の違いがあったものの、一般ラント法と同様に衡平責任を導入した⁹⁹⁾。キューベルは、「責任無能力者によって損

92) L. Arndts von Arnesberg, *Gesammelte Civilistische Schriften* Bd. 3, Stuttgart 1874, S. 155.

93) L. Arndts von Arnesberg, a. a. O., S. 136, 158. vgl., B. Dölemeyer, a. a. O. (Fn 19), S. 188.

94) Förster, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts* (4 Bde., 1865-1873); H. Dernburg, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts* (3 Bde., 1875-1880).

95) H. Schlosser, a. a. O. (Fn 11), S. 125. 小野秀誠「立法と法実務家の役割——ALRの変遷——」一橋法学13巻3号(2014年)914頁以下参照。

96) H. Hattenhauer, *Einführung zu ALR*, a. a. O. (Fn 10), S. 24.

97) v. Kübel, a. a. O. (Fn 80), S. 694. なお、前掲注77)78)参照。

害を被った者が、単に加害者が責任能力を有しないという理由だけでその損害を自ら負担しなければならないという場合は、まれではないが、自然な正義感の欠如と認識されなければならないという事実は、この草案でも考慮しなければならない¹⁰⁰⁾として、衡平責任の導入を決めた(キューベル草案15号8条)。本条は第1読会で多数意見によって削除されたが¹⁰¹⁾ドイツ帝国民法典草案第2読会帝国司法省準備委員会(Vorkommmission des Reichs-Justizamtes für die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich)にて復活され、その際に引き合いに出された立法例のうちの1つが一般ラント法であった¹⁰²⁾したがって、一般ラント法は、近代法において衡平責任(Billigkeitshaftung)の先駆をなすものであったといえよう。

98) v. Kübel, a. a. O. (Fn 80), S. 693f. 約150年後の1968年に行われた法改正によりフランス民法典に衡平責任が導入された。「他人に損害を惹起した者は、たとえ精神障害の支配下にあったとしても、やはり賠償義務を負う。」(489-2条)。同条は2007年の法改正により2009年1月1日から現行414-3条となっているが、文言に変更はない。福田伸子「精神障害者の民事責任と過失責任主義——仏民法典478-2条(1968年1月3日の法律)を中心に——」名古屋大学法政論集96号(1983年)442頁以下、廣峰正子「フランス民事責任におけるフォート概念の存在意義」立命館法学2009年1号(323号)28-30頁参照。なお、条文は廣峰・前掲論文28-29頁より引用。

99) v. Kübel, a. a. O. (Fn 80), S. 694.

100) v. Kübel, a. a. O. (Fn 80), S. 694.

101) Jakobs/Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs: in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III, Berlin und Newyork 1983, S. 916f..

102) Jakobs/Schubert, a. a. O., S. 919. 制定過程における詳しい議論については、別稿に譲る。