

講演

ヨーロッパ私法の過去と現在における自由と責任

テイルマン・レプゲン[※] 著
 屋敷二郎^{※※} 訳

- I 私法における自由と責任——一つの例
- II 1900年頃の私法の性格
- III 現代の私法における自由と責任
- IV 結論

I. 私法における自由と責任——一つの例

1888年のドイツ民法典（BGB）第一草案193条の規定には、権利を基礎付ける事実は当該の法的効果を主張する者によって示されねばならないが、相手方は権利を阻害し無効にする事実の証明責任を負わねばならない、とありましたが、後に、この条文は自明のことを述べており、それは教科書に書くべきことで、法律に書くことではない、と考えられるようになりました。

この第一草案193条の規則は、一般に認められた古典的ないわゆる規範理論において、今日でも原則的に妥当します。それは、民事訴訟を支配する弁論主義が意味するものを、実体法的に表現しています。それは私的自治原理の一つの反映で、「法律関係の個人による自己の意思に従った自己形成」と理解されます。私的自治は個人の自由な自己決定を実現する卓越した手段です。契約の自由、遺言の自由、所有権の自由は、私的自治の本質的構成部分です。個人の自由は、さらにまた、責任原理と対応します。形成する者が、この自己形成の結果をも引き受けねばなりません。さもないと、ある自由な行為の諸効果が、行為者ではなく、第三者によって決定されることになるでしょう。これもまた自明と思われれます。

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第8巻第3号2009年11月 ISSN 1347 - 0388

※ ハンブルク大学法学部教授

※※ 一橋大学大学院法学研究科准教授

以下においては、まず1900年頃の私法の性格描写を試みた後、近年の幾つかの発展をこの理念に照らして評価しましょう。

II. 1900年頃の私法の性格

1. 自由と責任の諸原理

BGB（1900年1月1日施行）にみられる私法の性格は、三つの自由によって特徴付けられます。すなわち、契約の自由、所有権の自由、遺言の自由です。BGBは、プロイセン一般ラント法とは異なり、最も重要な契約類型の規制だけを行っています。立法趣意書は、債務法全体を支配する契約自由の原理によって、このことを正当化しました。もちろん、この原理が妥当するのは、

「一般的ないし個別的な強行規定に反しない限り」

です。物権法は自由な所有権から出発します。BGB903条は所有権自由の表現です。そこにもまた、

「法律または第三者の権利に反しない限り」

との留保があります。遺言自由の根拠はBGB2064条以下です。遺言自由は特に、被相続人の子供に少なくとも価値に応じた一定の相続分を保障したBGB2303条の遺留分によって制限されます。

この三つの中心的な私法上の自由には、責任原理が対応します。自由な者だけが、自己の行為に対する責任を負うのです。責任原理から、例えばBGB145条に示される契約申込の拘束力が導かれます。人が引き受けた義務の履行を強制されることを、BGBの起草者は自明と考えました。このことは、自己の行為に対応する責任を引き受ける自由な人間から出発する場合にのみ、説明可能です。行為結果の主観的帰責を保証し、この帰責可能性にとりわけ損害賠償請求を依存せしめる過失原理もまた、民法ではほぼ完璧に貫徹されています。危険責任は例外です。2002年の大規模な債務法改正ですら、この点で何も変更しませんでした。例えばBGB280条に明らかのように、過失それ自体は構成要件の前提として、それゆえ責任原理に基づいた帰責基準として保持されています。これに対して、同条では客観的証明責任の回帰が生じたようです。この点については後述しましょう。

BGBの本래の姿は、私法思想を完全に表現し、自由と責任の原理を具体化した法典ですが、これらの原理は、個人の尊厳を頂点とするキリスト教的西洋の人間像の基礎に属するものです。

このような見方は、法典施行から100年を経た現代の視点だけでなく、同時代の見解にも適ったものです。例として、ここではルドルフ・ゾームの議論を挙げましょう。ゾームはBGB編纂のための第二委員会の構成員として、また帝国議会議員として、法典の成立に直接的な貢献をしました。当時、ベルリンのトイブナー社は「現代文化」叢書の一環として法学全体の体系的叙述を刊行しました。執筆陣は、ルドルフ・シュタムラー、カール・ガライス、ヴィクトール・エーレンベルク、ルートヴィヒ・フォン・バル、ローター・フォン・ゾイファート、フランツ・フォン・リスト、パウル・ラーバントなど、著名な法学者ばかりです。ゾームはそこで1906年に刊行された民法の叙述を担当しました。

ゾームはまず「私法」の非常に一般的な考察から始めました。彼はそれを社会秩序の基礎として把握しました。私法は個人の所有権関係や家族関係を規制するからです。それゆえ、私法は法全体の最も重要な部分だとされました。私法の歴史的生成は、集団から個人が出現したことに由来する。文化の発展もまた、人格の展開に基づく。私法は所有権と家族によって個人に「自由な活動のための」空間を創造した、このようにゾームは述べます。ゾームはさらに、国民国家の強い影響のもとで、

「個人の所有権なくして、国民的生活のために働きうる個人の人格はない。そこに私法の正当性が存する…フォルクの生活が前進し、精神的財産がその輝きを国民生活の上に広げ、フォルクが存在の充実と活力を増すために、私法は必要なのである。私法は一群の個人を上へと導き、彼らによって獲得されたものが再び万人を益するようにする…現代の私法は現代の文化にとって不可欠の前提である」

と続けました。このゾームの言葉には、私法思想の核心が含まれています。すなわち、人格の展開のための自由の保障です。ゾームはここで、この目標を再び共同体ないし社会の利害に結びつけようとしていますが、この点は後で論じなければなりません。まず先に、BGBそれ自体の特徴づけが興味を引きます。ゾー

ムの眼に映ったBGBは、この自由を保障するという目標に適うものだったでしょうか？別の言い方をすれば、BGBはゾームの意味での「私法」でしょうか？

ゾームはBGBを何よりもまず市民的な法典と捉えました。というのも、それは法律行為に基づく取引の要求を覆うからです。指導思想としての取引の安全は、例えば善意取得の保護に示されている。取引が「営まれる」ように、善意取得には既存の所有権でさえ譲歩せねばならない。ゾームにとって、法典はこのように「自由主義的」でした。

「民法典は権利能力の区別を知らない。身分の区別、性や国籍の区別も知らない。権利能力だけでなく、自己の行為を自分で処理する能力（行為能力）においても、女性は男性と原則的に対等とされている。…自由と平等は民法典に含まれる人法の基本思想である。」

続いてゾームは前述の三つの私法的自由を列挙し、次のようにBGBの性格描写をまとめました。

「民法典の一連の法命題を指図した社会的思想は、自由の思想と重なり合う。民法典の私法は現代的な様式である。それは今日の文化生活の偉大な諸目標を表現している。」

それゆえ、ゾームはBGBを先に述べた私法思想と完全に一致するものと考えました。そして、私法思想の内容について常に合意が存した訳ではないにせよ、このような見方は20世紀の全体を通じて支配的なものでした。

1900年に民法典の国民経済的意義に関する連続講演を公刊したパウル・エルトマンも、ゾームと同じような評価を下しています。エルトマンは、この法律を19世紀における法発展の大きな文脈に位置づけた後、BGBの内容とその社会的意義を問題にし、何よりも法統一の創出に社会的意義を見出しました。エルトマンは、社会問題の解決には法典編纂よりも特別立法の方がずっと良く貢献できるが、それでも法典は社会的内容を有しており、決して時代遅れではないと考えました。彼は

「時代に先んじて社会的発展に新たな道を示すことに寄与した個々の立法作品の天才的なチック症〔意図しない効果—訳者注〕が、それ〔BGB〕には欠けているかも知れないが—我々は、法典が全体として現代的・社会的・自

由主義的精神に満ちているという賞賛を惜しまないだろう」

とまとめました。さらに彼は、BGBの最も重要な目標の一つは、取引の容易と安全への配慮である、と述べています。彼はこれを「個人主義的でいわゆるマンチェスター主義的な原理」と呼びましたが、しかしそれは社会的諸利益のために個人的諸権利の制約に踏み込まないではありませんでした。個人主義的な法益に対する是正の完成を、エルトマンは、彼によれば「極めて重要な」シカーネ禁止(BGB226条)に見出しました。

ゾームやエルトマンのような学者たちはBGBの自由主義的な基本性質におお長所を見出していました。この評価はすぐに、この法律が施行前からすでに時代遅れだという当初から存した見解に優位を奪われました。すなわち、法典は時代の諸要請に答えておらず、個人に非社会的な強い地位を保障した19世紀の古い観念に固執しているというのです。

最後にBGBの個人主義的社会モデルに関する「博士たちの共通見解」は、フランツ・ヴィーアッカーにも影響を与えています。彼は、この法律を「パンデクテン法学および国民民主主義的な、その限りで1848年以来自由主義に率いられてきた運動の、遅れて生まれた子供」と呼びました。自由主義的性格を、彼はすでに述べた私法の三つの基本的自由と、18世紀まで効力を有してきた数多くの具体的倫理的規則の欠如から導きました。

2. 社会的含意

ほんの少数の者だけが、この一面的だが支配的な見方に疑問を差し挟み、重要な状況に注意を向けました。すなわち、法典を特別法による諸措置と「隔離して」考察することで、法典編纂の課題に関しても立法者の意図が正しく把握されていない、という状況です。割賦販売法、営業法、社会保険法などが、合わせて考察されねばならないのです。したがって、法秩序「全体」の社会モデルについて語る方が、より適切でしょう。しかし、BGBそれ自体に関しても、有名になった「社会主義的油の一滴」を欠くというオットー・ギールケの第一草案批判が当てはまらないことに気づかざるをえません。

自由主義的で非社会的なBGBという古い固定観念が歴史的に把握しうる現実

に適合しないのは、それが法秩序全体との関連を度外視しているだけでなく、評価基準が非歴史的だからです。もちろん、法典が（余りにも）自由主義的だと評価する人々が、評価基準を明確に宣言することは滅多にありません。ヘルムート・ハインリクスは、代表的なBGBコンメンタールに、立法者が弱者保護のために「確かに余りにも何もしなさすぎた」としても、「1896年の保守的・自由主義的立法者」に期待しうるのは「保守的・自由主義的な民法」以外の何ものでもない、と記しました。ヴィーアッカーは、BGBには例えば莫大損害のような実質的正義に基づく多くの法制度が欠けているとしました。18世紀の自然法論がなお提示していた実質的正義の諸価値に対して、自由主義的な19世紀は鈍感である。概念法学を伴った実証主義的パンデクテン法学において—このようにテーゼは極端に繰り広げられがちなのですが—そのような思想の居場所はもはや存しなかった、というのです。ここでギールケの情熱的で、彼の立場からは首尾一貫してもいた第一草案批判を想起しましょう。彼は草案を「パンデクテン法教科書」と称しました。こうして全てが一つの美しい像に組み合わせられます。一方には、概念計算とやらにかまけて私法の正義の諸価値を忘れてしまったパンデクテン法学があります。私法の法典編纂は、複製か影のように、それと同列に置かれます。他方には、他の批判者たちを従えた、法典ないし法典草案の偉大な批判者であるオットー・ギールケとアントン・メンガーがいます。

歴史叙述は、細部に拘泥して大局を見失うのでなければ、必然的に出来事の「解釈」ないし単純化に依存します。しかし、それには限界があります。省略と要約が過去を歪められ隠された仕方ではしか認識させないとき、その限界に到達するのです。そのとき、人は、より繊細な感覚の思考方法に踏み込まねばなりません—あるいは、歴史的評価を断念せねばなりません。1896年に採決されたBGBの社会モデルを評価する際、一般に行われている見方は、この限界をとっくに踏み越えています。すなわち、より厳密に観察すれば、法秩序全体もBGB自体も別の顔を示しているのです。しかし、私がより重要だと考えるのは、社会モデルに関する問題設定が「自由主義的」および「社会的」の概念を余りにも大雑把に扱っていることです。実に注目すべき仕方です。ギールケやメンガーのような批判者は、自分流の「私法の社会的使命」の解釈を押し通しました—なお、彼らの解

積がしばしば互いに同一だと考えられているのも、全く不当なことです。まさに私法の社会的使命に関するギールケの観念は、同時代人をほとんど納得させなかったのです。ここから導いてよい結論は、立法者が、ギールケが非難したように、マンチェスター主義的な自由主義を正面から受け入れたという訳ではない、ということだけです。当時の議論では、「社会的」私法に関する少なくとも四つの見解が流布していました。それゆえ、ギールケとは異なる社会モデルが貫徹されていても、それが自動的に自由主義的なものであるとは限らないという可能性を、少なくとも考慮せねばなりません。

BGBの原始規定を正当に評価したいのであれば、まず、特別法も合わせて考察せねばなりません。例えば労働法では、すでに第四身分の保護や福祉がかなり多く含まれていました。また、当時そもそも私法の社会的使命が何に見出されたのか、その要請が満たされたのかが問われねばなりません。

すでに引用したBGBの20世紀の最初の10年間における私法理論的分析を研究すると、BGBの自由主義的性格を鋭く強調することで、BGBのもう一つの、社会的な側面を見失ってはならないことが分かります。ゾームはこのことを明確に述べました。

「自由主義思想と社会的思想は一致する。」

四つのトポス

本質的に、ゾームが延べた「社会的思想」について歴史的に区別せねばならない側面は、四つあります。すなわち、弱者保護、社会的自由、共同体思想、そして社会的安定性です。これらのトポスは、法典編纂事業の間、強まったり弱まったりしつつ、私法の社会的使命をめぐる議論を支配しました。これらの内容は互いに区別可能ですが、互いに対立する訳ではないので、同じ議論が複数のトポスに属することもあります。

弱者保護

今日に至るまで、私法の社会的使命には、「弱者の保護」に配慮せねばならないという観念が結びついています。これはすでにBGB成立期の理解と完全に一致します。プランクは、次のように書いています。

「…個人の権利の制約とその結果の緩和は、他人の正当な利益の妥当な顧慮

ならびに経済的弱者の保護がそれを要請する限りで、BGBがその規定において常に念頭に置いてきた社会的観点である。」

実際、法典のあらゆる部分から、プランクの主張の正しさを裏付ける規定を引用することができます。ここでは若干の例を挙げれば十分でしょう。BGB6条3項は、飲酒癖を理由とする禁治産宣告の可能性を示していますが、これは特に家族構成員（通常は妻と子供）を虐待や横暴から保護する役に立ちました。しかし、時効のように一見「中立的」で技術的な規定もまた、債務者保護という社会的意味を有しました。

「時効の重点は、債権者から適切な権利を奪うことよりもむしろ、債務者に案件に立ち入ることなく不適切な請求から予め身を守るための保護手段を与えることにある。」

債務法の分野では、6%を超える利息の解約権の保障（BGB旧247条）、違約罰に関する裁判官の緩和権（BGB343条）、「売買は賃貸借を破らず」規則の導入（BGB旧571条＝現566条）、担保不可能物の除外などによる貸主担保権の制限（BGB旧559条3段＝現562条1項後段）、健康被害を理由とする住居賃貸借の即時解約権（BGB旧544条＝現569条）、短期間の服務義務の支障における賃金継続支払（BGB616条）、雇用契約における五年経過後の解約権による長期拘束に対する保護（BGB624条）、被用者の健康に配慮した雇用主の保護義務（BGB618条）などが挙げられます。

家族法における弱者保護の例として、夫婦財産法から、妻の労働賃金を留保財産とし、夫の管理用益から除外したBGB旧1367条を挙げることができます。これは特に下層階級で実際的な重要性を持ちました。別の例として、BGB旧1626条に基づいた成人年齢到達による親権の自動的終了が挙げられます。これは、単なる期間の経過によって完全な市民的自由に到達できるため、子供の保護に役立ちました。

相続法からは、BGB1931条1項の配偶者相続権を例として挙げましょう。BGBは、普通法やフランス法とは異なり、被相続人の血縁者とならんで生存配偶者に法定相続分を与えたのです。

社会的自由

最後に挙げた家族法・相続法の例はまさに、第二のトポスである「社会的自由」へと導きます。これに関してゾームは、自由と社会的思想は一致すると述べました。この考察は、私法思想を上述したゾームの意味で捉えるならば、理解することができます。それによれば、自由な人格の展開は、単なる自己目的ではなく、社会的連関のうちにあります。社会はその全体的進歩のために人格的發展を必要とするからです。それゆえ私法が個人に自由の空間を保障すれば、それは共同体にとっても有益ですから、社会的使命を果たしたことになります。人法の領域では、特にこのことは明らかです。19世紀の社会問題は、労働者の状況や住居賃貸借と並んで、女性の法的地位に関するものでした。いわゆる婦人問題は、第一義的には男女同権や女性解放、すなわち自己実現のための法的な自由の空間の生成が問題であったにもかかわらず、「社会」問題の対象でした（ある意味では、現在も変わりません）。妻の労働賃金を夫の干渉から保護したり（BGB旧1367条）、母を親権の自立した担い手とみなしたり（BGB旧1665条、1685条）することで、BGBは「社会的」自由を生み出しました。同様のことは、例えば雇用契約における強行法の導入についても妥当します。私法がここで境界を画するとすれば、それは個人の自由の制約ではなく、その拡大なのです。

共同体思想

ギールケはBGB第一草案批判の中心に「共同体思想」を据えました。私法の社会的使命のこの第三のトポスは、私法のあらゆる法制度における共同体の見地の顧慮を目論みました。個人は常により大きな共同体の構成員としての身分において観察されるべきとされます。個人の法的地位は、したがって共同体に係留されています。ギールケはそこから、主観的権利は必然的に内在的制約を有する、と結論しました。ギールケはこの考えを何十頁にもわたって具体化しました。ほんの一つだけ例を挙げましょう。土地所有権の共同体の義務は、ギールケによれば、家族のために安定性を目指します。それゆえ債務超過や細分化は、農業用地に対する定期土地債務の導入および現実分割の禁止によって防止すべきとされました。ギールケの共同体思想は、BGBにほんのわずかしが採用されませんでした。個人の社会的諸連関への結合を顧慮することは、BGBの性格を決定づけなかったのです。

社会的安定性

最後に、第四のトポスとして「社会的安定性」について述べましょう。例えば、マインツの弁護士ルートヴィヒ・フルトは、私法の社会的使命は社会的安定性を含むことだ、と主張しました。この社会的目標によって、例えば農地信用のための唯一の信用保証手段としての地代債務の導入もまた根拠付けられました。社会の背骨とされた事業の債務超過が、それによって回避されるからです。

これまで描写してきた社会的トポスは、BGB編纂期において実際に議論され、多かれ少なかれ法律に採用されました。このように、BGBの社会モデルは最初から、単に「自由主義的」なものではなく、社会的要素を含んだものでした。

それゆえ、BGBの基礎にある私法思想は、四つのトポスに包括される私法の社会的使命を不可欠の構成要素として把握しない限り、完全に描いたことにはなりません。私法は、「単なる」個人的利益の秩序でも、「単なる」個人の社会的諸関係の秩序でもありえません。そうではなく、対立する利害を調和させるべき統一体なのです。それゆえ、私法の諸原理を絶対化する試みを行うのは、おそらく正しくないでしょう。人間の尊厳という絶対的原理は、私法の前に、あるいは私法の上に位置づけられるべきなのです。

Ⅲ. 現代の私法における自由と責任

1. 責任原理の制約としてのリスク転嫁?

これまでに描写した始原的な私法思想は、いまや現代の外見のないし現実的なブレイクスルーに直面しています。この点について、本節では責任原理を、次節では自由の原理を取り上げましょう。

徹底した個人主義的な私法体系であれば、個人に対して自己の行為の危険と責任を何ら例外なく課すでしょう。個人は、自己の行為から生じる利益を全て自分だけのものとして要求でき、逆に不利益もただ一人で負わねばならないでしょう。しかし、ドイツの法秩序は、当初から個人主義的私法にも社会的私法にも偏ることはなく、私法の非常に個人主義的な特徴を社会的要素と結び付けてきました。それゆえ、社会的理由から、ある特定の者が負うべき危険が、時として一人であれ複数であれ他の者に転換されることがあります。

これに対し、まさに昨今の世界的金融・経済危機において、企業のリスクを社会化する傾向が再び現れています。最も顕著な例として、いわゆる「不良債権買取機構 (Bad Bank)」創設をめぐる議論があります。これは、商業銀行の機能を維持するために、損失の大きな有価証券や債権を税金で買い取るべき機関です。あるいは2009年のドイツ企業史から例を挙げましょう。家族企業のシェフラーは、上場株式会社である自動車部品供給会社のコンチネンタルを2008年に買収しました。統合の提案がなされたのは、コンチネンタルの株価がまだ堅調だったときでした。ところが統合が実施される前に株価は急落し、いまやシェフラーは220億ユーロもの財務危機に陥りました。バイエルン州とニーダーザクセン州は、この企業を維持するために支援策に取り組んでいます。とはいえ、誰かがシェフラーに買収を求めた訳ではありません。それどころか、元のコンチネンタルの経営陣は、この買収を防ごうと試みさえしたのです。このような経済政策の意味と無意味について議論するのは、さておきましょう。興味深いのは、この効果が私法的手段で実現されようとしていることです。その限りで、経済政策の行動様式は「法」の次元で体系的整合性を保っています。国民経済学的な評価は、また別の話でしょうが。

しかし、私法秩序それ自体においても危険の社会化に関する幾つかの事例が見受けられます—しかも保険システムの彼岸で。このような場合、私法秩序はさまざまな装置を用います。

a) 「より強力な」債権者への危険の転換

BGB829条は、衡平を根拠に責任原理を逸脱して、ある人に責任を負わせることがあります。その人が必要な手段を有し、立法者からみて、財産的不利益をより容易に引き受けうる場合です。民事訴訟法 (ZPO) 811条の諸事例における強制執行の制約も、同様の方向を示すものです。そこにはBGB829条よりも法律の共同体的関係性が明確にみられます。差押の制約は、執行債務者の利益だけでなく、債務者の経済的存在の維持に関する公の利益からも妥当します。

b) 危険の社会化

個々の私的主体の間での危険の転換とならんで、ますます頻繁に危険の社会化が現れるようになりました。その際に問題なのは、それが責任原理のブレイクス

ルールを意味するのか、ということです。幾つかの例を挙げましょう。

(1) 製造物責任における証明責任の転換

取引安全の義務の思想ないしその根底に存する危険回避の一般的命令から、何であれ損害をもたらす製造物が彼の企業から出て行かないようにすべき、企業家の義務が導かれます。これは企業家にとって高度の要請ですが、私的自治の理想像とも、それに対応する責任とも完全に一致するものです。行為する者が、行為の結果の責任を取らねばなりません。製造物責任における特殊性は、被害者には企業家の義務違反の有責性の証明が通常は非常に困難であり、それどころか全く不可能なことさえある、という事情です。というのも、侵害行為が製造者の専門領域で発生するからです。これを被害者が理解することは、通常は出来ません。そこから司法が導いた結論は、具体的な証明責任の転換だけでなく、客観的証明責任の転換でした。

そのためになされた根拠付けは、法典編纂の出発点からの根底的な価値の変位を示す兆候です。すなわち、たまたま被害をこうむった顧客は大勢のうちの一人にすぎないかもしれず、顧客よりも製造者に対して損害の危険の負担を要求すべきだ。しかも、顧客とは全く違って、企業家には損害の危険に「保険をかける」ことができる。これによって責任リスクは企業家にとって計算可能になる。そもそも利潤の機会はこのような予防措置を講じうる企業リスクと対をなすものだ、というのです。BGB823条1項は原則として被害者に証明責任を要求していますが、このような実体法的に基礎づけられた証明責任の根本規範から解放されて、責任リスクおよび証明リスクが企業家に要求すべきものとされました。その際、決定的な重みを有したのは、このリスクには「保険がかけられる」ことでした。それゆえ、究極的には、責任リスクは企業家のもとにとどまらず、彼が保険をかけることで、リスクは保険者の共同体に転嫁されるのです。危険を社会化する方法が経済的に避けうるものかどうか、ここでは検討しません。いずれにせよ、これは責任原理からの離別を意味します。第一に、この証明責任の転換は、責任原理によって担われた規範理論の根本規則に違反するからです。もちろん、このようなブレイクスルーは最初からBGBに内在していましたが。第二に、損害に対する責任が、リスクを社会化する保険によって担われるからです。

(2) BGB現476条における法律上の証明責任の転換および求償権の廃止

保険へのリスク転嫁は、かなり公然とした社会化の形式です。しかし、私法思想にとってより危険なのは、例えば、消費財売買に関する規則（規則1999/44）5条3項に基づく新しいBGB476条のような、隠れた社会化です。BGB現434条によれば、売主は、売買物について当初の瑕疵担保責任を負います。BGB現476条によれば、売主には、最初の6ヶ月の間、当該物の当初の無瑕疵に対する証明責任が課されます。その根拠として、売主は、危険が移転する時点で、物が契約に合ったものか否か、自ら最もよく判断しうることが挙げられました。つまり、ここでも相手方の領域で事実を証明することの典型的な困難性が論拠なのです。この論拠で間に合わせるにしても、その説得力は疑わしいままです。すなわち、売主は、当初の無瑕疵をとりわけ検証や専門家の鑑定によって証明せねばならないが、もはや売主の影響範囲に存しない客体である売買物を扱わねばならない、という困難を有するのです。事後的な操作—例えば不適切な使用—を解明するのは、割の合わない費用をかけない限り、ほとんど不可能です。それゆえ企業家は、高額な証明リスクを恐れ、不当な請求に対する費用を価格に転嫁します。こうして瑕疵リスクだけでなく、濫用リスクも共同化されます。

いま問題にしているのは、変転を繰り返してきた発展の一つの極端な立場です。強化された売主責任は、決して伝統の断絶ではありません。BGB原始規定にある物の瑕疵担保責任がローマ法に由来することは、全く異論の余地がありません。解除と減額は、按察官（アエディリス）の法的救済手段を基にしたものです。こうした手段は、とりわけ家畜や奴隷など手中物の取引において、売主の優越した専門知識の結果として容易に生じえた暴行行為から、買主を保護する役目を果たしました。ここで売主に通常のように悪意に対する責任だけを課したとすれば、買主はほとんど必要な証明をなしえなかったでしょう。それゆえ、保証責任の構成は、買主にとって証明の軽減をもたらすものでした。このように考えるならば、消費財売買規則や債務法現代化法は、この売買法の始源と断絶するものではなく、基本思想の極端な形式にすぎないことが分かります。

その際にはしかし、顧客の全体が、強化された売主責任の経済的帰結を引き受けねばならないでしょう。というのも、売主は、高められた責任リスクについて、

保険をかけて保険料を商品価格に転嫁するか、直接的に損害を賠償してその費用を値上げで埋め合わせるかするからです。しかし、瑕疵リスクや証明リスクを最初から買主に負わせることは、BGB476条が(半)強行規定であるため、もはや不可能です。

いま述べたような危険の転換は責任原理に反するでしょうか。物の瑕疵を生じさせた者がこれを賠償すべきである限り、責任原理には反しません。売主ないし製造者が当初の瑕疵の責を負い責任を取らねばならないので、証明責任の転換による隠れた社会化と、製造者に対する償還請求は、この点で何ら変わりません。これに対して、濫用の可能性だけからは、何ら原理的な違反は導かれません。けれども、証明責任の転換それ自体は、規範理論に表現される私法思想に対する違反なのです。

(3) 瑕疵に対する貸主責任

BGB536a条1項によれば、住居の賃借人は、賃貸物の瑕疵によって生じた損害に対する賠償を請求できます。賃貸借契約書式には、過失と重過失に対する責任に限定することで、この貸主責任を緩和する条項がしばしばみられます。あるハンブルクの賃貸住宅の平屋根を通して、水が賃借人の住居に侵入し、賃借人の家具に約13000ユーロの損害が生じました。貸主は、屋根をきちんと維持していませんでした。しかし、貸主の重過失を証明することは出来ませんでした。連邦最高裁は、BGB307条1項(旧一般取引約款法ABGB9条)に基づき、過大な不利益を理由に本条項を無効としました。裁判所によれば、賃貸物の維持は貸主の主たる義務に属する。貸主に賠償責任の制限を許すならば、それは住居賃貸借契約の目的を害する、というのです。ここで重要なのは、賃借人は損害に対して自己を有効に守りえない。そのようなリスクに対する保険は提供されていない。家財保険は、建築上の瑕疵による損害を補償しない。これに対して、貸主は、建造物賠償責任保険によってリスクから自己を有効に守りうるし、その費用を賃借人に転嫁できる、という理由づけです。

この思考の筋道は、製造物責任における思考法に類似しています。損害リスクの「社会化可能性」は、自己の意思表示(一般取引約款による責任限定)に対する責任を破棄するという解決に至りました。この問題は確かにどんな裁判官の内

容審査でも生じますが、特徴的なのは保険可能性を論拠としたことです。

2. BGB280条1項2号の過失推定

過失原理が、ある行為ないし結果の帰責を自由意思に結びついた主観的な要因に依存せしめるがゆえに「自由」の原理に奉仕する、というのが正しいならば、そしてさらに、証明責任の分配が証明リスクの分配によって自由と責任の原理を反映する、というのが正しいならば、2002年1月1日からドイツ債務法を決定的に支配している規定には、疑問を禁じえません。すなわち、BGB280条です。これは、たった一つの条文でほとんど全ての給付障害を扱い、その法的効果を規制する試みです。本条はとりわけ、これまで「積極的契約侵害」の見出しのもとで扱われてきた諸事例を解決しようとしています。債務者が債務関係に基づく義務に違反するならば、債権者による損害賠償請求が帰結されます。第二文は「但し債務者が義務違反の責を負わない場合を除く」と但し書きをしています。

それゆえ、この規範は、①債務関係、②義務違反、③損害、④義務違反と損害との因果関係、⑤帰責事由を前提にしています。帰責それゆえ帰責事由は、BGB276条でより厳密に規制されています。それによれば、人は原則として故意および過失の責を負わねばなりません。それゆえ法律は、損害に対する責任の帰責を、債務者が「有責に」行為したという事実にかからしめています。このこともまた自由を保障する過失原理に対応するものです。

ただし、BGB280条1項2号の回りくどい定式化には注意を要します。すなわち、二重否定が用いられているのは、それによって証明責任の転換を行うためなのです。通常、債権者は請求の諸前提をすべて提示し、証明せねばなりません。彼は証明責任を負わねばならないのです。けれども、一見して、債権者にはBGB280条1項2号の定める証明責任の転換が立ちはだかっています。通説は概ね無批判に法律に従い、原理への矛盾を甘受しています。

けれども、本規定の成立史および目的をより綿密に検討すれば、その構成要件の制限的解釈へと導かれ、それによって私法秩序の自由主義的基本姿勢との完全な一致も導かれます。立法者の議論の出発点は、時に予測が困難な積極的債権侵害(pVV)に関する裁判実務でした。この実務は、証明責任の配分を繰り返し「危

危険領域 (Gefahrenbereich)」への分類によって基礎づけていました。BGB旧282条によれば、不能の責を負うべきか否かに関して、債務者が証明責任を負わねばなりません。委員会草案 (BGB委員会草案280条) はすでにこの規則を拡張しようと望んでいました。けれども、委員会は同時に「しかし、これは従来行われてきた実務との絶縁を決して意味すべきでない」と強調しました。それゆえ、一方では例外のない規則を立て、他方ではそれを不統一と認められた法実務として保持しようとしたのです。法案に対する政府説明もまた、裁判所の危険領域論が保持されるべきことから出発しています。立法者が判決実務を何ら変更しようとしなかった、ということは確実です。

それゆえ、まず裁判所の「危険領域論」に目を向けねばなりません。それによれば、例えば旅客輸送のような「成果に関する義務」の侵害において、損害の原因が債務者の危険領域に存する場合には、債務者は責任を免れるべきとされます。危険領域論について、司法が決してpVVの全ての事例に統一的に証明責任の転換を適用してこなかったことは確実です。むしろ司法は個別事例を危険領域に応じて解決することを望みました。大審院は1935年6月18日の判決で初めて「危険範囲 (Gefahrenkreis)」という同義の概念を用いましたが、實際上、それを若干のより古い判決と結び付けています。原告女性は、被告の美容室でいわゆる「ウォーター・ウェーブ」(パーマメント) をかけさせました。美容師はそのために特別の櫛を用いましたが、当時それはセルロイドで作られていました。さて、原告がボンネット型ドライヤーのところに座って15分ほど後、櫛と髪が燃え始めました。美容師は部屋を逃げ出したため、原告は助けを得るのが遅れました。地方裁判所は美容師に損害賠償を命じましたが、控訴裁判所は被告の過失を否認し、訴えを斥けました。これに対して、上告審は美容師の行動を少なくとも過失ありと考えましたが、自ら最終的に確定することはできず、事案を事実審である控訴裁判所に差し戻さねばなりませんでした。燃えやすいセルロイドの櫛を電気式ヘア・ドライヤーを使用する際に用いることが法令で禁じられていなかったのが、考慮されました。損害を生じた出来事の原因が被告の「危険範囲」に存するならば、疑わしい場合に、彼がその責任を負うべきことが推定される、とされました。

この論証は、もちろん、危険領域による証明責任の分配の内的意味を覆い隠すものです。というのも、そもそもなぜこの事件で美容師に彼の危険領域に対する責任が課されるべきなのか、という疑問がすぐに浮かぶからです。大審院はこのウォーター・ウェブ判決でなお表見証明の帰結から被告の証明責任を根拠づけましたが、他の（一部はより古い）判決や文献では、証明責任転換の本来の根拠は「引き受けられた給付リスクの結果」であることが示されました。諸々の事例において、債務者は給付の成果に対する保証に類似した支払保証義務（Einstandspflicht）を負うようになりました。その場合—そしてその場合にのみ—帰責事由に対する証明責任もまた債務者に課されるとされました。この考え方を貫徹すると、危険領域判決が無理なく解釈されるだけでなく、それによって積極的債権侵害の他の個別事例もまた過失に対する証明責任の分配に関して確実に説得力をもって解決されうることが分かります。これに対して、債務者がまさにそのような成果に関する給付義務ではなく、単に行為に関する義務だけを侵害したならば、彼に証明責任を転嫁する理由は何らありません。

BGB 280条1項2号における証明責任の分配について、証明の困難性を理由に挙げることはできません。というのも、客観的証明責任の転換は証明の困難性の除去とは関係ありませんし、関係しえないからです。むしろ問題なのは責任リスクの契約的分配です。これは幾つか例を挙げて明らかにしましょう。

例えば、ある事例では、被告が試掘坑に探鉱ボーリングを下ろそうとしました。そのとき、ウィンチの固定具からロープが外れ、ボーリングが失われてしまいました。この場合は成果に関する給付義務が侵害されました。というのも、被告はまさにボーリングを正確に下ろすことに対して責任を有したからです。

専門的なコンピュータ会社が問い合わせに対して、故障したハードディスクのデータを復旧することはできない、という客観的に不正確な説明をした場合、会社はこの誤った回答が過失によるものではないことを主張し証明せねばなりません。というのも、照会をした人にとってまさに情報の正しさが重要なことは明らかだからです。

飛行機に燃料計を取り付けた請負人は、免責証明を行わねばなりませんでした。というのも、契約によれば、彼には委託者を誤った取り付けによって生ずる

損害から守るべき義務が存したからです。

競技用馬を宿舎で引き受ける者は、馬が傷んだ麦わらを食んだ場合、その馬の損害に対する責任をも引き受ける。ここで連邦最高裁が是認した支払保証義務が注目に値するのは、動物の世話が雇用契約法 (Dienstvertragsrecht) に分類されるからです。雇用契約において主要義務が何ら保証類似の性質を持たないとしても、付随義務に関しては区別されねばなりません。服務義務者によって容易に制御しうるリスクは支払保証義務に対応します。医師契約・病院契約・看護契約に関する膨大な判決はそのように示しています。まさに競技用馬判決もまた示したように、証明責任の分配は引き受けられた義務に依存します。債務者が自己の責任として引き受けた給付リスクが現実化したならば、債務者は自力で負担を免れねばならないのです。

この規則は、大審院判決の例が示すように、古くから効力を有していました。1908年2月13日に大審院は、ミネラルウォーターの代わりに苛性ソーダを供給したことに対する責を負わないことにつき、ミネラルウォーターの供給者に証明責任を課しました。というのも、「契約関係を機会とした」義務だけでなく「その履行を目的とした」義務が問題だからです。

積極的債権侵害の多くの事例における証明責任の転換は一流布した見解に反して一債権者の「証明の困難性を理由とするものではない」のです。確かに、債権者にとって過失の証明がしばしば困難であったり、不可能であったりすることは否定できません。けれども、それは個別事例の問題で、訴訟において具体的な主張・証明責任の変更によって対応されうるものです。つまり正しくは客観的証明責任の分配に関するものではないのです。

BGB 280条1項2号に基づく証明責任転換の有意義な理由づけは、立法者の「不変更の確信」ならびに積極的債権侵害に関する司法およびBGB 280条1項2号の雛形となったBGB旧282条に関する解釈論の分析を背景として、「証明責任転換を債務者によって引き受けられた給付リスクの表現として理解する場合」にのみ行うことができます。それゆえ、BGB 280条1項2号の適用範囲は正しくは「目的論的に縮小されるべき」です—それも「成果に関する給付義務」の侵害が問題となる場合だけに縮小されるべきです。これに対して、行為に関する義務の侵害

が問題であるならば、証明責任分配の基本原則にとどまるのです。その場合 BGB280条1項2号は適用されません。このように規範を読み取れば、私法思想と完全に調和します。私はかつて証明責任に関するBGB債務法総論コンメンタールにこう書きました。「自由意思でリスクを引き受ける者は、対応する責任を負わねばならない。それゆえ、この証明責任の転換は、結局は責任原理の適用から導かれたものである。」

3. 2008年のリスク限定法

現在の「金融・経済危機」は「リスクの社会化」の困難性を新たに顕在化させました。昨年間に繰り返し行われたように、破産状態の銀行を責任から解放するならば、その自由もまたまさに反射として終わらねばなりません。責任なしに本当の自由は存在しない—私はそう確信しています。というのも、責任を負わない者は、もはや自由ではないからです。賭けたコインは失われました。人はもはや反対側を真面目に受け止めていません—小さな子供のように、行為が法律効果を持たなくなるのです。危機を脱する道を示すのは容易ではありません。議論されている「不良債権買取機構 (Bad Bank)」は、「不良の」有価証券を銀行から—税金で—買い取るものですが、結局はリスクの共同体化に他なりません。このような解決は、自由と責任の理念に対して義務づけられたものではありません。

金融危機に対する立法者の対応の一つが、2008年8月12日の「リスク限定法」です。この法律はここで試金石として役立ちます。この法律は私法思想に従うものでしょうか？この法律では何が問題なのでしょう？

土地債務は権利者に所有権から分離された土地所有権の管理機能を付与します。土地債務は、抵当権と同様に、土地登記簿に登録され、登記土地債務ないし証券土地債務として生じます。しかし抵当権とは違い、土地債務は「附従的ではない」のです。つまりその存続は、保全すべき債権の存続から独立しています。それゆえ土地債務では保全された債権を交換することができます。これは、法的取引において土地債務が抵当権に対して有する決定的な利点でしょう。

とはいえ、物権の保全と保全された信用債権の間には「債務法的」保全の取決めによって結合が存します。しかしながら、債権なき土地債務は他主土地債務と

して存在できます。債務者にとって保全された債権に対する土地債務の独立性は「リスク」を意味します。というのも、土地債務の債権者は、土地債権の所持者であるという単純な条件のもとで、担保権を行使できるからです（BGB1147条、1192条1項）。土地債務の非附従性ゆえに、観念的には、所有権者は債務法的請求に対して何ら異議や抗弁を申し立てることができません。それゆえ彼は例えば、貸金債権の返済期限がまだ到来していない、という応答ができないのです。とりわけこの構成が問題含みとなるのは、担保権がさらに譲渡される場合です。

大「金融危機」の情勢において、銀行は深刻な理由がなければ担保の原因事実（Sicherungsfall）において土地債務を活用しない、という想定が、多くの場合に事実無根であることが判明しました。ドイツのさまざまな銀行が事業遂行の過程で信用ポートフォリオを第三者に譲渡してきました—もちろんその名目価値で。驚くべきことに、返済請求がなされたり弁済期が到来した貸付が担保とともに売却されただけでなく、適切に用いられていた信用も部分的に売却されました。時として現在の土地債務債権者は、土地所有権者が自己の信用を規則に合った仕方で行っている場合ですら、土地債務を活用しようと思いついたのです。銀行と顧客の間での保全の取決めは物権的効力を欠くため、新しい債権者が善意で抗弁なく債権を取得した場合、土地債務の活用を阻止できませんでした（BGB1192条1項、1157条）。土地所有者が競売を回避したければ、彼は—容易なこととは限りませんが—土地債務の弁済をせねばなりません。しかも彼はそれによって何の経済的対価も得られないのです。これに対して、立法者は「リスク限定法」で対応しました。いまや所有者は「土地債務に対して既存の債権者との保全契約を基礎として認められる、または保全契約から生じる」「抗弁」を新しい債権者に申し立てることができます（BGB1192条1a項）。これまで可能だった善意の抗弁なき土地債務取得は廃止されました。さらに立法者は土地債務の返済請求を銀行にとって困難なものにしました（BGB1193条2項）。いまや返済請求と支払期限の間に「強制的に」最低6ヶ月の期限が設けられました。不法な執行がなされた場合には、新しい債権者に対し「無過失の」損害賠償請求権が認められました（ZPO現799a条）。最後に立法者は、執行手続において権利保護の仮処分が得られやすいようにしました（ZPO現769条1項2号）。

リスク限定法の制定後も、土地債務は保全債権から独立したままです。立法者は単に土地債務に若干の修正を加えただけです。すなわち、善意取得に対する抗弁排除が廃止されました。これは確かに法的取引にとって制約ですが、反私法的だと特徴づけることはできないでしょう。土地債務の行使に対する強制的期限は、全ての当事者にとって、私的自治に基づく形成可能性の喪失を意味します。しかし、この喪失は、土地債務にとって中心的意義を有する点に関するものではありませんし、そもそも即時の執行に関する土地債務債権者の正当な利益は認められません。これに対して、不当な強制執行における無過失賠償請求権の導入(ZPO799a条)は、原則的に意思に基づく行為に対してのみ帰責を行う責任原理に反します。いまや土地債務の抗弁なき取得が不可能になったことを前提とすれば、債権者が謂われなく即時の強制執行に踏み切るのは、稀な事例にすぎないでしょう。いずれにせよ理論的に民事訴訟法は、ここで私法の基本原則を犠牲にして、債務者保護を強化しています。この責任の拡大に対する公的理由づけは、執行債務者が特定の契約相手に対する信頼においてのみ即時の強制執行に服することを受け入れた、というものです。とはいえ、新しいZPO799a条は、古くからあるZPO717条2項の規定と類似します。こちらは仮に執行しようべきと宣告された判決の取消ないし変更に際して無過失損害賠償請求権を付与するものです。不当な執行のリスクは債権者の領域に属する、このように論じられています—これは「危険領域論」に関する裁判所の不明確な概念を想起させる議論です。そもそも問われねばならないのは、「なぜ」リスクが債権者の領域に属するといえるのか、です。これに関しては、簡単な答えがあります。故意に執行措置を開始したのは債権者であり、彼はその正当性を自分で検討しえなし、せねばならなかった、というものです。ここから無過失責任を規則的に導くことができるでしょう。これに対して、執行の不当性が予測しえない—それゆえ帰責しえない!—判決の変更に基づくものであっても、制定法によれば(de lege lata)執行債権者は責任を負うのです。これは新しいことではありませんが(ZPO727条2項参照)、だからといって首尾一貫しているとは限りません。ここでは一ちなみに強制執行法では珍しくありませんが—執行債務者に対して、本来は彼の領域ではなく司法の「公的」領域に属するリスクが課されています。それゆえ共同体リスクが執行債

権者に転嫁されています—目新しいことではありませんが、私法の基本原理と調和するものでもありません。

したがって、リスク限定法の印象は一義的ではありません。けれども、私法思想に反する強い傾向は否めません。

IV. 結論

民法典は、その原始規定において、共同体的考慮や債務者保護を欠いた純粋な私的自治を伴った「純粋な」私法社会を知りませんでした。立法者は、自由が社会的構成要素を有することを見逃しませんでした。しかしながら現代では、市民を綿にくるもうとする傾向が私法秩序においても否めません—自由のひとかけらを代償として。

法秩序全体の中心的価値は人間の尊厳です。人間の尊厳は、「人間の人格性」から帰結されるもので、基本法1条において他の全ての価値の前に置かれています。人格は発展すべき存在です。この発展のための最も重要な前提の一つが、あらゆる意思表示およびそれに対応した責任という形態を取った自由なのです。法的主体の自己責任の軽視は、人格としての人間に課された自己決定に対する違反でもあり、意思ひいては自由への暴力的な制約でもあります。

責任の次元は、近頃ようやく強く意識されるようになりました。意思表示やその他の意思的行為を責任から解き放てば、同時に人格の発展可能性に限界を設けることとなります。結局、有責な行為の責を負わせなければ、責任を無視するならば、自由を尊重しないこととなります。事情によっては行為者から行為の結果に対する責任をそらすことになるリスクの社会化は、非難されねばなりません。そのためには、社会的観点のみならず、責任から「解放された」個人の観点からも理由づけが必要でしょう。

ますます頻繁になる証明責任の転換は、自由の観点でも責任の観点でも憂慮すべきことに思われます。(具体的証明責任や二次的主張責任など)証明の困難性を克服するための洗練された手段を発展させている訴訟法学の傾向は、まさに私法原理の伝統に属する反対運動です。それが明らかに示すように、私法における自由と責任は過去のものにすぎない訳ではないのです。