

論 說

純粹財産損害とドイツ不法行為法

——他人の財産の保護のための

社会生活上の義務論をめぐって——

中 村 哲 也

第一章 問題の所在

第二章 BGH 諸判決

第三章 財産への論の特色と問題点

第四章 財産への批判説の意義と問題点

第五章 むすび

第一章 問題の所在

BCBは、純粹財産的利益を、八二三条一項の絶対權(財)と異つて、そのものとしては一般市民として保護を享受しうるものではなく、八二四条を別として、一定の形式(八二三条一項、八二六条)にあてはまると判断される行為による侵害であることを要件として保護されるものとしていた。この下での様々な保護がそれぞれ、機能上、市民社会のどのような基本的制度と関連をもつものなのか、或いは、それとは関係をもたない私人間の利害調整であるのかは、勿論、規定から窺うことはできない。しかし、少なくとも、BCBは、これら要件をみたさない過失による純粹財産損害の不法行為法上の保護は基本的制度をなすものではないとみたと解しうる。この姿勢はまた、その後、一方、一定の人格的利益や営業活動の不法行為法上の保護が、その中での法的構成上の争いは別として、判例・学説上定着しているのに対し、他方、判例のみならず学説上も、なお圧倒的に、次章でみるような純粹財産損害の諸事例を不法行為法上の問題としないという、不法行為法の展開の中での対照に現われるものとして続いている。

契約関係にない者の間での過失による純粹財産侵害は、その代表的事件である情報責任について既に紹介されているとおり、判例・学説上、契約類似責任ないし準契約(Quasi-Vertrag)責任という構成(以下あわせて準契約説とよぶ)によつて処理されてきた。これに対し、一九七〇年代の後半から、他人の財産の保護のための社会生活上の義務(以下、財産Vpとする)違反という構成による不法行為法上の処理を主張する学説が登場してきた。⁽³⁾そ

ここでは、単に法的構成上、一定の純粹財産損害に保護の可能性を開くというにとどまらず、その不法行為法上の保護を現代社会における重要な意味をもつ制度の一つとして根拠付けることが行われるようになる。そして、それは、不法行為法の基本的な性格の変更の主張を伴っていた。即ち、BGB不法行為法の要件構成は、純粹財産損害に關してもまた、一般市民として享受しうる法的保護の規準として市民法の一部であるという性格を表現するものと解されうるものであったが、財産論は、論者によって相違はあるが方向としては、不法行為法を、市民法の一部であるという基本的性格を後退させたいうえで、新たな役割をもつものたらしめるという主張に根拠付けられていた。このことによつてまた、この後に現われる財産論批判説において、自らの不法行為法像があらためて根拠付けられ、Vp説に對置させられることになつた。⁽⁴⁾ たしかに、財産論による準契約構成への批判がはじまるには、契約關係のないところで契約類似の効果をみとめるためにとられる法的構成の不自然さに対しての批判ということも大きくあづかつていたが、とくに準契約説による反批判を通して、實際的及び体系的論点が前面に出てきた。即ち、⁽⁵⁾

④判例に現われたような事案の処理の規準としての適否、⁽⁶⁾ ⑤財産論違反を違法性の一つの基本的な型とするような不法行為法の考え方の適否、更には、⁽⁷⁾ ⑥BGB不法行為法をそのような構造の不法行為法に変えることの、法繼統形成の方法というレベルでの対立である。この故にこそ、この論争が、「法律論上 (dogmatisch) 目下最も争われている債務法上の問題の一つ」とか、「新たな (違法性論争と) 同様に損害法の根本問題にふれる議論であるという声がある」ともいわれることになる。財産論説は、行為義務違反を中心にして不法行為法をくみ立てていく点で、違法性論争における行為不法論の一層の展開とみることができると、八二三条一項の財の保護の構造を論じていたそこの行為不法論と異つて、不法行為法全体の機能を拡大し新たな方向付けをより明確に行なおうとする

ものであり、新たな論点⁽⁸⁾が加えられている。

本稿の関心は⑨の対立にあるが、⑩は、この種純粹財産損害問題を、財産 \triangleright が説が唱えるような不法行為法の枠組の中に位置付けることで、主として成立要件について、適切な規程が導出されるかという問題として①と結びつき、①は財産 \triangleright をもつ不法行為法の構造の選択と現実には結びついている。①レベルでの財産 \triangleright が説批判は、議論を BGB 不法行為法規定との密着から離すと、民法解釈学の方法論の基本的問題に触れる論点を含んでいる。

従って、⑩を中心としつつ当然①をそれとの連関でみるとともに、①も——法解釈学方法論の一般論レベルで議論することには立入れないが——⑩とかわるかぎりでふれることにする。以下では、まず、純粹財産損害という概念の下で、具体的にどのような問題が考えられ、解決を要請しているかをみるために、BGH 判決を紹介、検討し(第二章)、それを財産 \triangleright によって解決しようとする Bar, Mertens, Brüggemeier 説の不法行為法の考え方の特色と問題点を(第三章)、次いで、その批判説である、Stoll, Canaris の不法行為法の考え方の意義と残された問題を検討する(第四章)。

わが国の不法行為法は、一定の段階の資本制社会に共通して私法上の処理を要請する諸問題——製造物責任・自動車事故・公害・更には、人格的利益の侵害等——によって、大きな展開を示してきた。本稿での主たる素材となるドイツでの取引上の損害についての第三者責任問題も、その存在は共通性をもち、わが国においても、判例・学説⁽¹¹⁾に現われはじめている。しかしながら、この問題をドイツでの財産 \triangleright が説やわが国の現在の状態におけるように、上述の諸問題と同様不法行為法の展開(更には構造の変化)によって対処すべき一問題とみるべきであるかどうか、その位置付けが解決のための規程構成にとって適切か、更には、この位置付けが不法行為法の財産法の中で

の機能にいかなる影響を及ぼすかについて慎重な検討を要すると考える。わが国民法学には、この問題を含めて、不法行為法の機能領域の一層の拡大傾向がみられるが、財産⁽¹²⁾をきつかけとしたドイツ不法行為法学の議論はむしろ、BGBの規定への密着ということこそえて、不法行為法の構造・機能類型のあり方という一般的レベルで、このような傾向への有意義な反省材料たりうると思つてゐる。⁽¹³⁾

- (1) 純粹財産的利益 (reines Vermögensinteresse) 侵害は、また、第一次財産損害 (primärer Vermögensschaden) ともよばれてゐるものである。具体的には、第二章で紹介・検討する諸判決の事実関係が示すものであるが、この概念の説明は、奥田昌道「契約責任と不法行為責任の交錯」をめぐる西ドイツ民法学の近時の動向」比較法研究四五号(一九八三)一五九頁註3参照。
- (2) 松本恒雄「ドイツ法における虚偽情報提供者責任論」(三)民商七九卷三号(一九七八)三八〇頁以下、四号(一九七九)五四八頁以下、岡孝「情報提供者の民事責任」私法四一号(一九七九)三三三頁、「情報提供者の責任」『現代契約法大系・第七卷』(一九八四)三〇九頁以下。
- (3) 財産^vの萌芽は*Deutsch, Haftungsrecht*, Bd. I: *Allgemeine Lehren*, 1976, S. 130にみられるが、本格的な展開は、Huber, K., *Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens*, in: *Festschrift v. Caemmerer*, 1978, S. 359に始り、v. Bar, Mertens, Brüggeleierによつて、それぞれの不法行為法像の中での根拠付けが行なわれた。v. Bar, *Chr., Verkehrspflichten*, Richterliche Gefahrsternungsgebote im deutschen Deliktsrecht, 1980 (Bar ①), Deliktsrecht, in: *Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. II, 1981, S. 1681 (Bar ②), Urentgelt-

- liche Investitionsempfehlungen im Wandel der Wirtschaftsverfassungen Deutschlands und Englands, Rabelsz 44 (1980), S. 455 (Bar ③), Vertragliche Schadensersatzpflichten ohne Vertrag, Jus 1982, S. 637 (Bar ④), Vertrauenshaftung ohne Vertrauen, ZGR 1983, S. 476 (Bar ⑤), Mertens, Deliktsrecht und Sonderprivatrecht—Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen, ACP 178 (1978), S. 227 (Mertens ①), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 3/2: Schuldrecht, Besonderer Teil, 2. Tlbd. §§ 657—853, 2. Aufl. 1986 (Mertens ②), Brüggemeier, Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht, ACP 182 (1982), S. 385 (Brüggemeier ①), Vertrag—Quasi-Vertrag—Sonder-Delikt—Delikt, AG 1982, S. 268 (Brüggemeier ②), Judizielle Schutzpolitik de lege lata-Zur Restrukturierung des BGB-Deliktsrecht, JZ 1986, S. 969 (Brüggemeier ③), Deliktsrecht, 1986(Brüggemeier ④)° 441, 'トロピクタン責任を母種 Vp 説で模範化するのメソッド' Assmann 43, 98 'Assmann/Kühler, Das gescheiterte Gastronomie-Projekt, in Walz (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Zivilrecht, 1983, S. 205, Assmann, Prospekthafung, 1985, ders., Prospekthafung als unerlaubter Haftungsdurchgriff? in FS der Juristischen Fakultät zur 600 Jahr-Feier der Universität Heidelberg, 1986, S. 107, Assmann におおては、プロミスバクト責任そのものの研究であり、不法行為法の考え方としては独自の Vp 論というよりも、主として Mertens の法的構成上は Bar の影響下にあるので、本稿ではとくにはとりあけない。また Hopt の職業責任論も、財産 Vp 説と基本的には同じ傾向に属するものがあるが、不法行為法の問題として論じられてくるわけではなないので、本稿の分析対象としない。Vgl. Hopt, Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich, ACP 183, 1983, S. 608, 'メービ' S. 657 ff.
- (4) 不法行為法像を新たに提示して財産 Vp 説を批判するのメソッド, Stoll 及 Canaris 46, 98 'Stoll, Bar ①書誌, Rabelsz, 46, 1982, S. 591 (Stoll ③), Richterliche Fortbildung und gesetzliche Überarbeitung des Deliktsrechts, 1984 (Stoll ④), Brügg-

- gemeier ④書誌, AcP 1987, S. 505, (Stoll ⑤), Canaris, Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, in: II. FS für Larenz 1983, S. 27 (Canaris ③)。⁹ 『わがや』文獻に關連して、Stoll, Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte, AcP 162 (1963), S. 203 (Stoll ①), Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen, Festschrift für Flume, S. 741 (Stoll ②), Canaris, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971 (Canaris ①), Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981 (Canaris ②)。¹⁰
- (5) なお、ごく少数ながら、保護の範囲と必要性について異論をのべて、判例及びVp説をめぐり批判する説がある。Litbarski, Die Berufshaftung eine unerschöpfliche Quelle richterlicher Rechtsfortbildung? NJW 1984, S. 1667, Honsell, 判註, JZ 1985, S. 952。この説は不法行為法論を展開してゐるわけではないので本稿ではとり上げないが、本稿の関心から一言すると、この説は、この種財産保護を一つの基本的制度とする財産Vp説とは正反対の立場であるから、判例・多数説への批判が叙述の中心にあつても、基本的には、準契約説と同じ基礎の上に立つてゐる。
- (6) Brüggemeier ④, Rz. 455.
- (7) Lorenz, Verkehrspflichten zum Schutze fremden Vermögens?, VersR, Beiheft 1983, S. 48.
- (8) 従つて、行為不法論者でも、財産Vp説にはくみしな者も多い。例えば、Fikentscher, Schuldrecht, 7 Aufl., 1985, S. 739 ff. Soegel/Zenner, Bürgerliches Gesetzbuch, 11 Aufl., Bd. 4, Schuldrecht III, 1985, Rz. 42 §823, Münzberg, AcP 1983, S. 604。尚、Kötzは、財産Vp説に好意的ながら、結論的にはまだ支持には至つてゐない。Kötz, Deliktsrecht 3. Aufl., 1983, S. 414, 84f.
- (9) 勿論、契約責任——準契約責任——不法行為責任の関係をめぐる法解釈学上の問題においては、成立要件だけでなく、①使用者責任における免責とBGB二七八条、②過失の証明責任、③時効、④慰謝料の可否、⑤免責（責任額制限）条項の効力といった問題がある。一括して請求権競合問題とよびうるこれら諸問題は、契約締結前や無効な契約の当事者間だ

けでなく、契約（類似）関係の第三者への拡大（Vertrag mit Schutzwirkung für Dritter-VSD, 第三者の *cic* 責任）においても同様である。この問題については、奥田正道「契約法と不法行為法の接点」『民法学の基礎的課題・中』（一九七四）二一六頁以下参照。このうち、①③は、八二三条一項の財の侵害例で準契約構成が生み出されるきっかけとなったものであるが、その後の議論の展開において、①は、不法行為法学の中で使用者による免責立証は強く制限する方向にあり（例えば、Brüggenier ④ Rz. 123 ff. Bar ①, S. 239 ff.）準契約論者の中にも、残るのは独立履行補助者の場合だけとされるようになってきている（Canaris ③ S. 89 f.）。③については、判例はともかく、準契約論者にも、八五二条の類推の主張があり（Canaris ③ S. 108 f.）また例えば、Vgl. Medicus, Bürgerliches Recht 13. Aufl. 1987, Rz. 199）②については、財産 *Vp* 論者においても立証責任の緩和・転換が図られ（Bar ① S. 276 ff. Brüggenier ④ Rz. 156 ff.）④は純粋財産損害では問題とならない。⑤は成立要件に附随した問題とみることができ。純粋財産損害の場合の準契約説と財産 *Vp* 説の対立においては、八二三条一項の財の場合に問題となりうる。しかし実際には学説上は相違が狭められた①―④でなく、まさに「単なる過失による侵害に対する純粋財産保護は、『特別な結びつき』に基づいてなのか、不法行為法上もあるのか」ということと自体が成立要件問題として、ここでは請求権競合を語りえないから、準契約構成にまつわる諸問題のうちでの焦点となっている。なお、準契約構成を八二三条一項の財でなく、純粋財産利益保護のために機能させようとする説もある（Kamer, Rz. 72 ff. 81 Einleitung, Münchener Kommentar, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1985, Medicus, aa.O. Rz. 199.）

(10) 財産 *Vp* を支持しない説は多いが、不法行為法像を積極的に対置するものは少ない。Picker は「全く異った前提から結論的には、『法的な特別な結びつき』の存在の場合に純粋財産損害の賠償責任を肯定する『Forderungsverletzung und culpa in contrahendo, AcP 183, 1983, S. 369, 489 ff. Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, JZ 1987, S. 1041.）これは、その場合を違法なものとする故ではなく、適法視される目標遂行とどう一定の場合を除く（JZ 1987, S. 1050 ff.）

原則としてあらゆる加害を違法としたうえで、賠償責任の発生を限定していくという考え方である。従って、準契約説に對しても、財産 \triangleleft △説に對しても、それらが違法性の根拠を求めるものであることを批判する。従来の説においては、これも、違法性概念は、計算可能性の一定の判断も含めて、責任成立規準を根拠付ける機能をもっていたのに対し、Pucker説はこの機能を奪う。しかし、なぜ違法なのかの説明をやめて、原則的違法を前提としたうえで責任成立がなぜ合目的かの説明を行うという法律論上の説明の転換は、實際上、準契約的構成の結論との相違には導びかないようにみえる。

- (11) 浦川道太郎「東京地判・昭六〇・六・二七判批」判例タイムズ六一九号（一九八六）六七頁、松本・判例評論三三七号（一九八七）一八八頁、長尾治助「広告関与者の不法行為責任(上)(下)」NBL三九四号（一九八八）六頁以下、三九五号（一九八八）一八頁以下及びそれらにあげられた諸判決参照。なお、以前よりある、信用照合についての銀行の責任に関する判例（すべて否定例）については、吉田邦彦「第三者の債権侵害」に関する基礎的研究(9)「法協一〇四卷七号（一九八七）一〇八三頁及び一〇九三頁註（一四〇）参照。

- (12) この傾向に懐疑を示すものとして、椿寿夫「取引法における二極分化的な思考と志向」法律時報六〇卷二号（一九八八）二頁

- (13) 第三・四章で検討する論者の議論の前提となっている・或いは批判の対象となっている準契約責任論の展開と現状については、既にわが国でも多くの研究がみられる。本稿は、財産 \triangleleft △論の登場によって新たに生じてきた、不法行為法のあり方をめぐる対立を対象とするので、準契約説そのものの検討には立入らない。準契約説は、その内部での相違は残しつつも、財産 \triangleleft △説に對する批判においては、共通した立場をとることになる。

第二章 BGH 諸判決

純粹財産損害の責任についての判例のかつての主流をしいめた契約成立を認めるものと八二六条の適用によるものは除外⁽¹⁾、契約関係のないことを前提とし、かつ、八二六条によることのない諸例を紹介する。事例は多様であるが、プロスペクト責任をまとめて、それ以外をそこで中心的に論じられる法的構成に即してわけて紹介したのち、事案の特色・法的保護の内容についての傾向をさぐることにする。以下、被害者をX、加害者とされる者をY、X ないしYと一定の関係にあるものを、A・B……とする。

Ⅰ VSD によらぬもの。VSD は、第三者を、履行請求権を与えるものではないが、契約上の保護関係の中に入れて、という構成であり、人損・物損についての第三者保護の拡大に用いられてきていた⁽²⁾。その要件として、一般に、①第三者と契約上問題となっている債務者の給付の関係の近さ、②債権者が第三者に対し一定の配慮 (Fürsorge) を行う関係⁽³⁾、人法的関係にあること、③そのような第三者の存在が債務者に認識できることという三つがあげられている⁽³⁾。純粹財産損害諸判決の中で、②の緩和が顕著になってくる。

(1) BGH, 1965. 7.6. VI, NJW 65, 1955 (JZ 66, 141), 遺言事件とよばれている⁽⁴⁾。原告の同席の下で、被告(弁護士)が原告の父と遺言の内容を話し合い、日付・処分意思を記録した。それによれば、原告が単独相続人となり、被相続人の孫に他の不動産と一定の金額が遺贈されることとされていた。その後、原告及び被相続人の数度の依頼にかかわらず、公証人を伴っての被告の再訪が遅れ、その間に被相続人が死亡し、遺言は完成されることなく、原告と

被相続人の孫が共同相続人となった。原告は被告に対し、遺言不作成によって生じた損害の賠償を請求。第一審は原被告間に契約の成立を認め、第二審はVSDにより、ともに原告勝訴、被告の上告は棄却された。BGHは、被相続人は、原告を、被告に明らかな範囲で、契約関係にひきこんだ、原告を単独相続人にすることは、配慮の表現・目的である。被相続人の契約の締結及び被告によって引き受けられた義務の即時の履行は、とくに、原告の利益のためにあった、このことは、被告にも明白なことであった、とした。⁽⁵⁾

(2) BGH, 1972. 12. 5. VI. NJW 73. 321. 第三者の情報責任をVSDで承認することを否定した判決である。⁽⁶⁾ Y（会計士—Wirtschaftsprüfer）は、A会社から年次決算報告書の作成を依頼されていた。YはAに、完全な年次報告書と並んで、その希望に応じて有料で、貸借対照表・損益計算書のみを含む複本を渡していた。これら複本にはYによる会計士印が与えられていた。Aはこの複本をX銀行に提示して融資をうけるが、二カ月後支払停止となった。Xは、証明印のある誤った貸借対照表を信頼し貸出しをしたことによって損害を蒙ったと主張。第一審は過失相殺を行いつつXの主張を認めたが、第二審で逆転。BGHもXの主張を認めなかった。八三一条⁽⁷⁾（（実際には作成したのは、Xに雇われている別の会計士））・八二三条二項・八二六条による不法行為責任の主張を拒けたあと、「契約上の原則による責任」とくにVSDについて、YA間の契約にXのための保護効は与えられないとする。即ち、原審が、AとXの間には、BGH判例がVSDの要件としているような配慮義務の関係はなく、むしろ、融資を求める者と与える者との間には、求める者の信用についての叙述に関して、利益の明確な対立がある、とのべたのを支持した。⁽⁸⁾

(3) BGH, 1977. 2. 18. II. BGHZ 69. 82. 借方記入手続（Laschriftverfahren）事件。Xは、継続的供給契約に基づき、F会社に石灰砂岩を引渡していた。代金はFの口座のあるY銀行における借方記入手続によって取立てるこ

とにされていた。Yと取引をもたないXは、A銀行に取立てのための借方記入証書を提示した。Fの口座の預金が不足のため、Yはそれらの借方記入証書を償還しなかったが、それら証書がしばらくYの処に留めておかれたため、償還されないことをXが知るのが遅れ、その間にFに供給したものの代金が、Fの破産のために回収できなくなった。Xは、Yが証書を遅滞なくAに送り戻して、非償還を知っていたら供給しなかったであろう物の代金を損害賠償請求した。第一審・二審ともにXの訴えを棄却したが、BGHは次のようにのべて破棄差戻した。即ち、借方記入手続の遂行の際に生ずる関係銀行間の法的関係から借方記入債権者のために導出される保護義務の違反という視点の下で、原告の損害賠償請求権は正当に示された(Schlussig vortragen)。三二八条の要件をみたさなくても、契約目的・信義誠実から、第三者が保護範囲に入れられる場合がある。この種の請求権が計算不可能にまで際限がなくなることを避け、そこからさきは第三者保護が不法行為法に限定される境界を確保するため、判例はくり返し債権者と第三者の内的関係が人法的要素をもち、債権者が第三者に配慮することが認識可能であることを必要としてきたが、この人法的要素ということは、統一的な取扱いをする一定の型の大量取引においては狭すぎる。手続がその利用者にとって一定の定型的风险を含み、遂行を任された手続当事者にこのリスクを小さくすることが期待される場合には、信義誠実上第三者を債務関係の保護領域に入れることが可能である、としたうえ、Yが証書をどめたことについての事実関係の解明及び損害額の確定のために差戻した。⁽⁹⁾

(4) BGH, 1977. 11. 1. VI, NJW 1977. 2073. Y(弁護士)は、Xの父の合意のうえの離婚訴訟における代理人であった。Yの関与の下でなされた、Xの父母の離婚の合意書には、家屋の母の持分を名義変更し、離婚成立後ただちに公証人の下で契約を締結するという条項があった。母は離婚成立後履行を拒み、財産を処分してしまった。Xは、

Yが父に合意書による義務付けの公正証書を少なくとも既判力をもつ判決前につくるべきであることを説明しなかったことを理由として損害賠償を請求。第一審原告敗訴、第二審は原告勝訴、BGHもXの主張を認めた。弁護士契約は、依頼者と弁護士間の信頼関係に基づくという性質上、直接的に損害賠償請求権を与えるような第三者をひき入れることは例外的な事例でのみ許容するとし、第三者の存在が弁護士に知られているときでも、一般的には、第三者が弁護士の活動に対してもつ利益は弁護士の責任の拡大に導くものではない、という。しかし、一定の権利を委託者ではなく、その契約で示された第三者のみが得ることになるような契約書を弁護士が作製する場合には、この原則からの例外が考えられなければならない、とくに、本件のように、第三者が委託者によって代理されている場合には、とする⁽¹⁰⁾。

(5) BGH, 1982. 4. 28. IV, NJW 1982, 2431. Y（不動産鑑定士）は、建築会社Pの依頼で、建築計画のあるP所有土地の鑑定を行った。その後、デンマーク領事が電話でYに対し、融資のためにYの資格について問い合わせが来ていることをつけ、あわせて、内容が現在でも妥当するかを質問。Yは領事の要請で、正しい旨の文書を送る。X（デンマークの民間銀行）は、Yによる誤った鑑定書と領事への情報によってPに融資し、回収できなくなったとして損害賠償請求。第一・二審ともX敗訴。BGHは、VSDに基づいて、Xが、領事とYの間の情報契約の保護範囲に入れられるとする考え方を指摘し、この視点の下での再検討が必要であるとして破棄差戻した。

(6) BGH, 1983. 11. 2. NJW 84, 355. Y（不動産鑑定士）はSからA所有不動産の取引価格及び取得後の収益の鑑定を依頼された。この依頼の際、Sは、X及びB（銀行員）を伴っていた。その後Sは購入から手をひき、Xがこの不動産を購入したが、実際には収益がはるかに低いことが判ったので、Aと合意解約した。XはYに対し、その

間の費用（購入代金のための利子、仲介手数料、固定資産税、公証人費用）の賠償を請求、第一・二番ともX敗訴。BGHはXの上告を容れ、破棄差戻した。原審がS・Y間に第三者のための契約の成立を否定したことは正しいが、Xが契約の保護範囲に入れられなかったかが検討されなければならない。Yにとって、S以外の買主グループがいること、それらにとって鑑定書が購入判断の基礎になることはわかっていた。保護義務はその契約相手（Y）に名前が知られていなかった者に対してのそれも設定されうるとし、ただし、客観的に面定可能であることが必要であるとしてこの点の審理を原審に求めた。更に、原審がS・X間に保護・配慮義務関係が存しないことを理由にVSDを否定したことに對して、BGH判例がもつぱらこれらの要件の下でこの契約類型の法的許容性を肯定しようとしたと理解されるべきではない、この要件は、いかなる前提の下で、客観的利益状況に基づくだけで、明示的な当事者の表示或いはその他の当事者の行動における具体的手掛りなしに、第三者のため保護義務の黙示の合意が認めらるべきかという問題に關している。個々の事件での事情の故に、契約当事者を越えた保護範囲の拡大が認めらるべきかは、（この要件とは）別の問題である、本件では一定のグループの決定のための基礎として鑑定を委託する者は、通常、自己の利益だけでなく他のグループ構成員の利益をも守りたいという意思をもっているということが衡量されるべきであろうとし、結局、個々の事件で第三者が契約の保護範囲に入れられたかは契約の解釈の問題であり、事実審裁判官によって判断されるべきである、とした。⁽¹⁾

(2) BGH 1985. 1. 23. IV, JZ 1985. 951, DB 1985. 1464, WM 1985. 450. (5) 事件の再上告審。(5)によって差戻された原審は再び原告の控訴を棄却、BGHは原告の上告を容れ、再度破棄差戻した。まず、X・Y間の情報契約成立の可能性について、表示の外的形式から領事がXの代理人であったかが判断されるべきであったとする。次いで、原

審のとおり領事が代理人とはいえないとしても、原審が、領事・X間に「人的配慮——保護義務・社会的依存の關係」がないことを理由に、VSDを否定したことに對し、契約内容の形成は原則として当事者に委ねられており、保護範囲についても同様であるとし、配慮關係要件につき(6)の論旨をひき、当事者は、保護範囲をどの第三者にも及ぼすことができるとする。そして、原審がVSDを否定したその他の諸論点を批判し、⁽¹²⁾原審は、電話での領事の表示から、彼がそこで名前はあげられていないXの利益を視野に入れていて、Xを不十分な担保の結果から守ろうとしていた、ということがくみとらるべきであったかを検討すべきであるとする。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾

(8) BGH 1986. 3. 19. IV, VersR 1986. 814, NJW 1986. 180. Aが建築のための融資をX（銀行）に申し込み、Aの委託によりY（会計監査会社）がA及びA關係不動産の封印付目録を作成しXに送付した。そこでは、一七の土地のうち六つについて担保が記入されていなかった。Xはこの目録に基づいてAに融資したが、建築中にAが破産。Xはそれら不動産上の担保の存在を知っていたら融資をしなかったであろうとしてYに損害賠償請求。第一・二審とも原告敗訴、BGHは、破棄差戻した。即ち、原審判決は、A・Y間でXのための保護効付契約が締結されたかについて、AがXの「辛・不幸 (Wohl und Wehe)」のために責任をもつことを要件としているが、この考え方は当法廷のVSDについての判例と一致しないと、原審は、保護効に関する判例上の原則(5)(6)(7)等を指すに従って、契約締結者の外に現われた意思を、BGB 一三三条・一五七条によって確定しなければならぬ、とした。⁽¹⁵⁾

二 「法的な特別な結びつき」に基づく義務違反——(9) BGH 1979. 5. 15. VI, BGHZ 74. 81 勤務証明書事件。
Y（商社会社）はかつての被用者Aの勤務証明書を発行。その後、AがYにおいて横領をしていたことが判明、AはYに弁済、その後でYの顧問弁護士が既にAを雇っていたXに証明書を変更するために返還を求めた。Xが調べ

たところ、AはXにおいても横領を行い、その一部はYへの弁済に使われたことがわかった。Xは、Yが弁済のための金銭の由来を知っていたとして、Yに行ったとする金額を請求。第一審は約九割、第二審は約六割について認容、Yが上告したが、BGHは上告棄却。原審はYの顧問弁護士士の行為を八二六条違反としたが、BGHはそれに対しては八三一条によるYの免責可能性があることを指摘したのち次のようにのべる。外不法行為的性格の法的な特別な結びつきに基づく義務違反の故にYはXに対し責任を負わないかが実際上問題となる。そして、勤務証明書に特徴的なことはその信頼約束的な証明であり、法律行為的要素が、その発行によって表示された責任引受け、最少限の保障にある⁽¹⁶⁾。と。そしてこのことは、重大な客観的な誤りがあとからわかり、特定の第三者が重大な損害を蒙るおそれがあり、その第三者への警告に困難が存しない場合にもあてはまるとする。他方この種証明書発行の責任の引受けの認定には、誤りが重要なものであることを必要とし、また、発行の際過失によって誤りが生じあってもわからなかった場合には及ばないとする⁽¹⁷⁾。

三 第三者の*cic*責任構成によるもの。(10) BGH 1971. 4. 5. VII, BGHZ 56. 81. 建築施行主Aが資金不足に陥り、債権者会議の結果、Y(金融・不動産業者)に融資・管理を委ね、建築統行はYの同意の下でのみ行なわれるべきこととされた。AはX(金属加工業者)に建築の統行を申し出、Yはそれを知りつつAに契約に署名させた。Xは請負代金を得られず、Yに損害賠償請求。第一審はX敗訴、第二審はX勝訴、BGHはYの上告を棄却した。BGHは、*cic*に基づく代理人の自己責任についての判例上の原則——代理人は例外的に、特別な個人的信頼を利用した場合或いは、取引に自己の経済的利益をもつ場合に説明義務違反の責任を負う——は、本件のような管理人にも妥当し、本件は自己の利益の場合ではなく、YがXに対して、特別な程度に個人的信頼を利用し、それによって(XA間の)

契約交渉に影響を及ぼしたかが問題となるとして、本件でこれを肯定する⁽¹⁸⁾。

(11) BGH 1975. I. 21. III, BGHZ 63. 382. Xは、Y（中古車販売業者）の店頭で、A所有の中古車を購入。Aは事故車であることをYに黙っていた。この車が使い物にならず、XはYに対して信頼損害（締結費用、代金の利息、検査費用、不使用の損害）の賠償を請求、第一・二番、BGHを通して、Xの主張が容れられる。BGHは、専門業者が、中古車の販売において、仲介者、締結代理人として売主のために無制限の管理者の地位（Sachverwalterstellung）をしめるときには、彼は原則として、契約締結における義務違反に関して、彼を信頼した契約相手方に対し、信頼損害の賠償の責を負うとし、義務違反についても、自らの検査によって容易に事故車であることを発見できたとする原審の判断を肯定した⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾。

四 契約締結後の第三者の責任という構成、(12) BGH 1977. 11. 19. II, BGHZ 70. 337. X（海運会社）は、A社とエジプト産原油の運送とAがXからタンカーをチャーターする契約を結ぶ。この締結には、Tのために銀行の保証の獲得などに働くY会社の取締役も同席していた。その後Yの要請で、第二のタンカーのチャーター（NからXがチャーター、TがXからチャーター）が行なわれた。しかし、港に積荷がないままYの要請で停泊し続けたため、XはNに対し停泊料、割増料その他のNの蒙った損害を支払った。Aが無資力のためXはYに対し、チャーター契約についてのc.c.責任、その後の停泊についての誤った情報によるp.v.v.責任を理由として損害賠償請求。第一・二番ともX敗訴、BGHは、契約上の義務違反であるp.v.v.とは区別された、締結後の第三者の義務違反・信頼責任が成立しうるとして破棄差戻した。即ち、Xの主張するように、Yは自己の（人的物的）装置を投入することを予期させ、特別な程度に予定通りの取引の進行への信頼をひきおこすことによって、Xをチャーター契約に動かし

のだとしたら、Yには締結後にもXの利益を顧慮する義務が生ずる。二当事者間の契約の遂行へ決定的影響力をもつという信頼をよせさせた者は、契約上の拘束を要することなく、契約締結後、生じそうな契約の遂行不可能にしているの重要な情報を当事者の一方に与えず、そのためにこの当事者が損害となる処分を行い或いは損害を防いだであらう措置をとらなかつた場合にも、損害賠償の責に任ずることがある。⁽²¹⁾

五 次に、⁽²²⁾構成によって純粹財産損害についての第三者の責任を認めるものとして、プロスペクト責任についての一連の判決がある。それらのうちの重要なものについては既に紹介があるので、以下では重複を避けアウトラインを示すことにする。プロスペクトとは有価証券の販売或いは社員権の募集に際して、事業内容の説明のために投資家に提供される文書であり、一定のものについては提供が義務付けられまた虚偽の場合の責任も規定されている。⁽²³⁾ 判例上問題となつたのは、それら法律の規定によらない非上場資本市場での、公開有限合資会社(Publikums-KG)の社員権募集に際してのプロスペクトの誤りについてである。⁽²⁴⁾ Publikums-KG(A)は、通常、無限責任社員たる有限会社(GmbH B)と有限責任社会||投資家(X)からなる。このBが事業を遂行するための資金をAという形で集めるわけである。この社員募集は更に、投資仲介会社(C)を通して行なわれたり、ある会社(D)が有限責任会社となり、投資家は直接にはDに信託投資して、Aへは間接的に加入するという場合もある。Aへの投資はたとえ無配当になつても投資分について税制上のメリットをうけることができることもあつて、リスクが大きいと思われるこの種の投資が増加した。Aが償却会社(Abschreibungsgesellschaft)と呼ばれるのもこの故である。しかし、場合によっては、実体のないもの、計画がズサンなものがあつて、出資金がもどらなくなる場合が出てくる。そこでXがプロスペクト作製者等を相手として損害賠償請求することになる。BGHは、第三者の

責任という構成で、請求を認める判決を続けて下した。そして、責任を負う第三者の範囲が序々に拡大されていった。(9) BGH 1978. 4. 24. II, BGHZ 71. 284 (破棄差戻) では、B の社員と取締役⁽²⁵⁾、(14) BGH 1978. 11. 16. II, BGHZ 72. 382 (破棄差戻) では、A 設立時の B の社員で、X らの投資時には B を脱退して A の顧問となっていた・プロスペクトに載っていた者⁽²⁶⁾、(15) BGH 1977. 3. 22. III, BGHZ 74. 103 (第一審 X 敗訴、第二審と BGH は X 勝訴) では、C とその無限社員⁽²⁷⁾、(16) BGH 1980. 3. 22. BGHZ 77. 172 (破棄差戻) では、プロスペクトに載っていた弁護士⁽²⁸⁾の責任が最終的に、或いは可能性として肯定された⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾。

六 判例に現われたこのような法的保護をどのように評価し体系的に位置付けるかが学説上の問題となり、それはまた、どのような不法行為法の姿をあるべきものとするかの対立と結びついていた。そこでまず、判例の特色をみることから、それとの関連で学説上の対立内容を探っていくと、第一に、上記裁判例をみると、破棄差戻事件が圧倒的に多いことが目につく。これらに、第一審での原告敗訴のうち第二審で逆転した(4)(10)(15)と、第一審では原告が勝訴しているが、第二・三審で敗訴した(2)を加えると、第一審から BGH まで結論が一貫しているのは(1)(9)(11)のみとなる。このことは、BGH による法形成が下級審に浸透していく過程であるからということもあるが、また、BGH のとる規準が第三者をどこまでカバーするのが必ずしも明確ではないということにもよると思われる。ここに、契約関係から離れて、第三者の行為に着目しようとする⁽³¹⁾説が登場する一つの因がある。しかし他方、破棄事件が多いこと、とくに再上告事件(7)は、第三者責任についての実質的評価上の対立の存在をも窺がわせる。それは、この種事件における X の保護の必要性及び範囲について自明のものとみられているわけではない、ということである。準契約構成は契約法の周辺で規準を求めていくということは共通していても、その内部で、保護の性格

及び具体的な成立要件の構成がわかれることになるのはこの故である。それだけに、これまでの議論をすべてV_D構成によって処理してしまおうとすることに対して、適切な規準を導びき出し得るか、更には、およそ規準による限定が取払われるのではないかという危惧が生じてくるのだと思われる。

第二に、BGHが準契約構成をとることから当然のことながら、問題となる損害はすべてXの抱く多様な契約上の期待と関連している。そしてこの点が学説上の対立にとって決定的意義をもつ。即ち、(1)(4)とその他の事件が次のような相違を示す。(1)(4)では、A・Y間でのYの給付内容が、A・X間での遺贈・贈与を可能にし又は実現することであった。またそこにはXの判断に起因する損害の招来はない。これは、他の事件において、Yの情報提供或いは不作為がX・A間の契約の成立或いは遂行の一つの因となるというのとは異なる。(1)(4)では、Xの利益は、自らの判断のリスクの転嫁可能性によって守られるものではなく、Y・A間でのYによる完全な履行にのみかかっていた。⁽³¹⁾このことからまず、(1)(4)とその他の事件を財産V_Dという道具で一括処理するか、相違をそのままにして契約解釈と準契約へのふりわけをするかの違いがある(Canarisの統一的法定債務関係論はいわばこの中間をいく)。しかし、第三責任の議論の中心にあるのは、(1)(4)でなく、判決の圧倒的多数をしめるもの、即ち、現実化したXの契約上のリスクをYに転嫁させる可能性と根拠である。この根拠をYの社会的地位・責任を基礎としたV_Dの違反に求めるか、Yの行為とXの契約期待との結びつきを維持させつつ、契約法の周辺にXの期待のうけ皿を求めるかが対立点となる。第三者責任問題のこの位置付けの相違は、X・Yの関係の性格付け、どの視点から何を責任にとつて重要な事実とみるかの相違であり、体系論上は、契約法のこのような補完が独立した基本的意味をもつものであるかについての、従つてまた、不法行為法と他の領域の関係如何についての対立となる。

その他に判例の事実関係から窺えることとして、Xからみて、契約相手とYの区別が明からでなかったと思われるものとして、(11)(12)(13)(14)があり、また、裁判所が認定しているわけではないが、プロスペクト責任判決及び(1)(3)(5)(9)(11)では、Yに故意又は重過失があつたのではないかと思われることである。このことは、この種損害の第三者責任にとって規定的意味をもつ諸事実を考えるうえで示唆的であると思われる。

(1) 松本・民商七九卷三号三九七頁以下、七九卷四号五四九頁以下、岡・前掲三一五頁以下参照。本章は、不法行為法上の議論の検討の前提とするためのものであつて、情報責任論の研究のためではないから、かつての判例と近時の判例の対比のうえで、この問題の解決をさぐるという作業を行うわけではなく、かつての諸判決はあげなくてよいであろう。

(2) 奥田・前掲二二三頁以下。

(3) 例えは、Medicus, a.O., Rz. 844 ff.

(4) 宮本健蔵「契約責任の再構成をめぐる最近のドイツ民法学の動向(一)」法学志林七九卷一号一〇二頁及び一〇九頁註四一参照。

(5) BGHは、VSDで処理することによつて、X・Y間での契約関係を認めるかには立ち入らな(dahinstellen)とした。Lorenz (JZ 66, S. 143 ff.)は、Xを共同債権者というると判例評釈でのべている。Stoll^③ S. 596も契約解釈の問題であるとする。他方、Bar^① S. 221 ff.はVSDを批判し、真の不法行為法が問題となつてゐることの例とする。Bruggemeierは(1)判決にとくにふれてゐるといふわけではないが、^④ Rz. 466の叙述からいって、当然Vpによることになる。また、

Mertens^② Ann. 808, §823.

(6) 岡・前掲三八一頁に言及がある。

(7) なお、この判例は、のちの *o.g.* 拡大による第三者責任の構成につらなる・第三者 (Y) の自らによせられた信頼の利用 (Inanspruchnahme) の問題をとりあげ、責任を根拠付けうるかを検討している。即ち、取引社会が会計士におく特別な信頼の利用ということによって、Y の発行した証明書の意義は強められる。信頼のこのような意識的利用が、取引上の不可欠な要求の顧慮の下、信義誠実という一般的に妥当する原則によって一定の範囲の受け取り手に対する証明書発行者の保証義務をひきおさないかという問題があり得るとするが、本件での X の主張では、意識的な不正な発行及びそれが損害の原因となっていることが明らかにされていないとして、この問いには答えなかった。この判決による、意識的な信頼の利用という表現は、*o.g.* 判決より要件が狭いことを窺わせる。なお本判決では *o.g.* という言葉自体現われてはいない。また本判決に批判的な Lammert, NJW 73, S. 700 の評釈においても同様である。

(8) *Vp* 説は、本判決の結論への反対は明示してはいないが、不法行為責任の問題であることに Y の責任の肯定の方角が窺える。Bar ① S. 232 f. Mertens, ② Anm. 303, 305 §826, ① S. 253. ④ K. Huber, FS/Gaemmerer, S. 364, 386. ⑤ 他方、Canaris ③ S. 95 Anm. 225 は、VSD でなく第三者の *o.g.* 責任の問題であるとしつつ、本件は、銀行提示用に監査が行なわれたのではなく、通常監査の複本を許したことの故であるから、情報責任で例外的にあらわれる不特定者への表示の責任においての限界事例であるとする (判決には批判的)。Stoll は、VSD に批判的ではあるが、本件の結論は、問題がなくはないとしつつも、Y に責任引受けがあったとみることはできないとする原審の認定からは、筋が通っているとす。Stoll ② S. 768. 専門家による保証表示説をとく Grunewald は、VSD 構成を批判するが、結論には賛成か。Die Haftung des Experten für seine Expertise, AcP 187, 1987, S. 292, 307 f.

(9) 財産 *Vp* 問題 *u. d. o. g.* Bar ① S. 224 f. ③ S. 473 f. ④ S. 642. Mertens ②, Rz 470, §823, Brüggenmeier ④, Rz 449,

- 453 ff.これに対し、Canaris^③, S. 99 ff.は、支払技術上の偶然性に由来する要保護性に仕える・VSDの新しい事例グループが承認されたものとして意義を認める。準契約説ではあるが、本判決の結論・構成ともに批判するものとして、Herrmann, Die Sachwalterhaftung vermögensorgender Betriebe, JZ 1983, S. 424.
- (10) 本判決は、とくに純粹財産損害についてのVSDによる責任拡大に対して懐疑ながら、本件の特別さを強調して責任を肯定したものと見えよう。Barは、Vp問題として、本判決の限定を実質的には既に破られているとする、Bar^①, S. 223.
- (11) 従来の配慮義務関係要件を不可欠なものではないとして、VSDの適用可能性を拡大したものの。本件は委頼がグループを代表してなされたかの判断によることになろうが、VSDへの学説上の批判にまた新たな批判対象を加えることになった。Vp説では、Mertens^②, Rz. 472, §823は、VSDにおける規準が不明になるに至ったものとする。Assmann, Grenzfall: le zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, Jus, 1986, S. 888 Anm 51は、意思に関連させることは狭すぎるとする。他方、Grunewaldは、保障表示説から、VSDには批判的ながら、本件は限界事例であるがこれでYのリスクが大きくなったわけではないとして支持する、ACP 187, S. 301 ff.これに対し、Litbarski, Honsellは本判決に反対する（第一章註5文献参照）。
- (12) このうち、Xの利害ともとの委頼者Pのそれが対立的であったということもVSDに障害とならない、とすること一般性をもつ。「委頼者が鑑定を自己の検討のためだけでなく、第三者に対して使用するために注文するということはしばしばあることであって、鑑定人がそのような使用を考慮しなければならない場合、そのグループが客観的に画面可能であるかぎり、第三者に対しても鑑定の正しさに関して責を負うことがありうる」と。ここには、(6)事件のグループの拡大がみられるが、本件ではこの論点は実際的には決定的意味をもつことなく、領事からの電話の時点で第三者の具体的使

用がわかったとしている。

- (13) この原審への指示の部分は、W.M. 1985, S. 452.
- (14) Vp 説 Assmann は、本判決にあるのは意思擬制であるとす、a.a.O. S. 891. Vp 批判説の中では、Grunewald が結論には賛成しつつ、領事の問い合わせを問題にする必要はないとす (a.a.O. S. 304)。¹⁾ Medicus は、契約責任が計算不可能なることを示す例であると批判的 (a.a.O. Rz 845)。²⁾ また、Honsell JZ 1985, S. 952 は本件への批判的評釈。
- (15) 本判決は更に続けて、八二六条及び X Y 間での黙示の情報契約及び cie 責任 (後にみる第三者の cie 責任とは異なる) の可能性の検討を求めている。
- (16) 判決は、一方的義務付け行為を考えないのであれば、この申込の推断的引受けは、名宛人が証明書を決定の基礎にしたことの中に見られる、とする。
- (17) Vp 説では、Bar が、本件評釈で、製造物責任における欠陥商品の回収義務と比較しつつ、「真の不法行為」の問題であるとす、JZ 1979, S. 729, Bar ① S. 226 Ann. 132, ② S. 1721 「相当に広く進められた証明書発行責任」という、③ S. 643. ただし、③ S. 483 では、つきすぎであるとし、その理由として、被用者 A のみがかつての使用者 Y に給付しており、X と A を責任問題で同列におくのは疑問であるとする。Mertens ②, Rz 178, §826 は、Bar JZ の評釈を支持する。Bruggemeier ④, Rz. 461, 473 は結論には賛成しつつ、Y の A と X への関係における役割葛藤の故に、重過失を要件とする。信頼責任論に立つ Canaris は、表示の方向性という要件は存在しており信頼責任に入れうるが、Y は表示を自らの利益と結びつけているわけではないし、自らのイニシヤティブによるものではないとして、重過失への制限を必要とする、Canaris ③, S. 96.
- (18) 本判決については、今西康人「ドイツにおける契約締結上の過失責任理論の展開(2)」六甲台論集一八巻三号(一九八二)

六四頁。本件をVp問題とするもG Mertens ② Anm. 809, 8823, Brüggemeier ④ Rz. 73, 77, 他方 Stoll ② S. 764は、判決が一般的に信頼をのべているのに対し、「原告の信頼が被告の自己の給付約束によってよせられることになった場合にのみ、責任を根拠付ける信頼拘束に至る」と限定を主張し、結論にも懐疑的。

- (19) 今西・前掲六五頁。BGHは、「この種事件にその後も同旨の判決を下している（BGH 1981, 2, 28, BGHZ 79, 281）」。⁽¹¹⁾ も一九八一年判決の事件でも、中古車販売業者は、付加価値税回避のために仲介者として現われていて、実質的には売主であるとみることもできよう（Hase, JR 1981, S. 325, Medicus, aaO, Rz. 200b）から、成立要件上の問題は小さいといえる。それに対し、第三者責任と離れて、売主の責任と同列においたとしても、cic責任とBGB一三三条及び四五九条以下の関係如何が、時効問題をかかえて現われてくる。この点の学説状況については、Medicus, aaO, Rz. 150参照。

- (20) (11)について、Brüggemeierは、「不法行為責任とし（aaO, Rz. 73, 77）」それによって免責条項が働かなくなるから、売主の契約責任より広くなりうるとする（Re 475）。Stoll ③ S. 769 f.は、「約束が存在するとみうるから、BGHが信頼責任を肯定したことは正しいとするが、BGHが代理人の責任は売主のそれより広くなるとしたことは反対し、代理人の責任は独立したものであるから、売主によって付けられた免責条項は代理人の責任に影響を及ぼさない」とする。両説はこの点では同じ結論になるが、一方は不法行為、他方は給付約束という成立要件の相違は勿論残る。

- (21) 今西・前掲六六頁。Barは、結論的には賛成しつつ、この判決は、「cic責任を延長することによって職業義務違反の不法行為責任にとって大いに興味をひくものであるとする」（① S. 228 f.）また、Barは本判決はCanaris ①から決定的刺激を受けているとどうう、Bar ③ S. 467 Anm. 66, また、Mertens ② Anm. 809, 8823, づれに対し、Canarisは、「勿論本判決に賛成し、とくにBGHの視点は、保護義務が契約上のものではない」といふこと、cic責任と同じく法定信頼責任であるということをも明らかにするものとして意義付ける ③ S. 103.

- (22) 今西康人「第三者の契約責任について——ドイツにおけるプロスペクト責任を手懸りとして——」(一) 神戸商大論集三六卷五・六号(一九八五)一二三頁以下、三七卷五号(一九八六)八九頁以下。
- (23) 取引所法(Börsengesetz)四五条、資本投資会社法(Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften)一九条、外国投資法(Gesetz über Auslandsinvestitionen)一二条。訳は今西・前掲(一)二二六頁による。
- (24) くわしくは、今西・前掲(一)二二六頁以下。
- (25) 今西・六甲台論集二八卷三号六八頁以下。
- (26) 今西・註(24)論文(一)二二二頁。
- (27) 今西・前掲一三三二頁。
- (28) 今西・前掲一三三三頁、岡・前掲三三〇頁。
- (29) なお、信託有限社員たるD社の責任を認めたBGH 1982. 5. 24. III. BGHZ 84. 141(破棄差戻)では、第三者のcic責任ではなく、X・D間の信託契約の履行補助者(A)による違反と構成されている。その他、プロスペクト責任判例では、時効に関して、一般のcic責任と區別して、「典型的な信頼」による責任の場合、資本投資会社法二〇条五号、外国投資法一二条五号にあわせて、記載の虚偽を知ってから六カ月、加入から三年としたBGH 1982. 3. 22. BGHZ 83. 222、人的範囲に関し、取引所法四五条との一致をとくBGH 1980. 10. 6. BGHZ 79. 337(今西(一)一三三三頁)が注目されるべきだろう。諸問題についての判例の整理は、Peyer/Hegel, Die Prospekt Haftung bei der Publikums-K.G. ZIP 1985. S. 1370 ff.
- (30) 本稿で検討の対象とする論者のプロスペクト責任判例への態度は次のとおり。Barは、一方では、判例の結論について広くみられる賛成が税回避的投資の要保護性に対するBGBの懐疑的姿勢の何がそんなに明白に正しくないのかを満足いくように説明できているというわけではないが、判例の投資家保護という法政策的傾向はもはや止められ得ないように思

える、といささかの懐疑をのべつつも、判例のとくくんでいる問題はすべて不法行為法の継続形成によって解決されるべしとする。Bar ⑤、S. 497, 510, については、基本的原理からの主張を貫徹くというのではない、「実際の」方法の一端がみられる。Mertens は判例による責任肯定を正当としつつ Vp 問題であるとする。Mertens ②, Rz. 182, 196, 8826. Brüggenmeier は、不法行為上の専門家責任・情報責任であるとする。Brüggenmeier ④, Rz. 498. 他に不法行為説は、Assmann (第一章註(3)文献参照) がある。これに対し、Canaris は、取引所法・資本投資会社法・外国投資法によるプロスペクト責任を、*cic* 責任のモデルによる信頼責任と考えるから、判例がプロスペクト責任を *cic* 責任としたことには賛意を示す(③, S. 93. また、②, Rz. 2294)。しかし、彼によれば、仲介者には、*cic*, P.V.V. 責任の実質をもつ商法九八条が適用され、それ以外の場合に *cic* の一般原理によることになる(②, Rz. 2293)。この義務内容は取引所法四五条以下の類推に支えられる(②, Rz. 2294) から、要件・効果をそれに調和させる必要があるとされ(③, S. 93)、とくに、成立要件については、実際の叙述には故意・重過失、不完全性には悪意(故意又は認識ある過失)を必要とする(②, Rz. 2280)。かくて、表示責任の中でも、プロスペクト責任は情報責任とは区別されている(③, S. 93, 95)。Stoll がプロスペクト責任について述べているものはみあたらない(④, S. 43の叙述がプロスペクト責任も含むかは不明)。

- (31) (4)では母の贈与不履行があるのでややリスク転嫁に近付く。第一番でのXの敗訴はこれに因るのかもしれない。しかし、Yの給付は、XないしAの判断の素材を与えるものではなく、そもそも母の不履行リスクを知らせ取除くものであったといえよう。

第三章 財産Vp論の特色と問題点

一 財産Vp説のなかでも、基本的方向は共通にしつつも、財産Vpの位置・根拠付け、更には不法行為法像には相違がある。この相違が財産Vp設定の具体的規準にも影響を及ぼしている。

財産Vpは、Bar①⁽¹⁾によって法的構成を与えられることによって、学説の中で議論の対象として無視できないものにされた。⁽¹⁾ Barにおいては、過失による財産損害惹起の第三者責任は、Vpの一種である職業上の義務の違反の責任とされる。そのような形で財産保護を一つの基本部分とする不法行為法は、Barによって、福祉社会理念という価値に基礎付けられ、判例法の整理という実地的「機能的」方法によって導き出された。この不法行為法の下では、(前置の符号を以下そのまま使おう) Xはたしかに一定の結合関係にはない社会の一般構成員としてこの純粹財産についての保護を享受できるとされるのであるが、それは、抽象的な法主体としてではなく、「福祉」理念の対象者≡非専門人という意味においてである。他方、第三者(Y)は、既に違法性決定段階において、市民という抽象的存在としてではなく、専門人という属性で扱えられる。そして、不法行為法を行為義務設定を出發として構成する場合には、加害者のこの扱え方が、不法行為法の機能・性格に規定的となる。しかしながら、Barにおいては、この福祉社会理念の実現であるという不明瞭さをもつ価値基礎の性格付け方、更にまた、実際の機能的考察という方法から、一定の価値理念が体系及び個別規準(そこで準契約構成との相違は勿論現われるが)に貫徹されるわけではない。同じく財産Vp論であるMertens, Brüggemeierに比べて、実際の・妥協的な論旨の展開になっている。

まず、Bar が、前章でみたような第三者責任を不法行為責任とするのには、そこには契約は存在しないこと、従ってまた維持利益 (Erhaltungsinteresse)⁽²⁾ が問題となつてゐることという、他の Vp 論と共通する・契約責任でないという意味で消極的な論拠の他、積極的論拠として、八二三条一項の財の保護の Vp についての判例との類似性の指摘がある。即ち、第一に、財産損害についての裁判上の第三者責任の肯定事例は、職業上の義務の違反が問題となつてゐるものであり、この職業上の義務は、八二三条一項の財のための Vp の一つのグループであること⁽³⁾、第二に、判例における財産保護のための要因——信頼保護・危険から利益をうけるこ——が、八二三条一項の財の Vp の生成根拠と同じである⁽⁴⁾ ということである。そして Vp は、判例上の Vp と保護法規の機能的比較に基づいて、八二三条二項に整序されるから⁽⁵⁾、このことから、財産 Vp と構成することが可能かつ容易にされる。かくて、Bar においては、BCB 不法行為法の三つの中心的構成要件は、①絶対権の直接侵害 (八二三条一項)、②絶対権及び純粹財産的利益の保護法規違反による侵害及び Vp 違反による侵害、③間接侵害及び不作為による侵害 (八二三条二項)、④故意の良俗違反による加害 (八二六条) と扱えられることになる。不法行為法をこのように扱えることは、本稿の対象である純粹財産損害問題に限つた場合でも、Bar は Vp として八二三条二項に整序することによる實際的変化は少ないと考へた⁽⁷⁾ にも拘わらず、いわば附随的に、理論的及び實際的問題が生じてきた。

不法行為法が、被侵害利益ではなく、侵害の仕方による分類を内容とするものにされることによって、財産法の他の部分との関係を切断されて独立した制度とされる。このことによつて、契約リスクの転嫁も、契約法の原理とは無関係に、行為義務設定を通してなされることになる (ただし Bp の場合、その方法と関連してのちにみるような限定がつく)。Bar において、財産 Vp が独立した類型でなく、八二三条一項の財の Vp と共通しつつ職業義

務というV_Dの「グループ」をなすとされているのは、財産V_D自体が第三者責任判例の事案とV_Dとの比較によって根拠付けられていたということとともに、基本的出発点においては、利益評価から切り離して行為評価を行うということを表わす⁽⁸⁾。これによって、私人対私人の関係での社会生活上の義務が、社会対私人での社会的義務に近づく⁽⁹⁾。Barが、八二三条一項の財も純粹財産についても同じく、「社会生活・職業生活の全体の中で、ぬきんでた役割 (exponentielle Rolle) からは高められた責任が出てくる」という考えが帰責基準となる⁽¹⁰⁾、とすることにこのことが窺える。かくして、勿論、Barにおいて純粹財産損害の第三者責任問題が、八二三条一項の財のV_Dとの比較を通して財産V_D問題とされ、また、財産V_Dが独立類型でなくV_D一般の中にあるということは、必ずしも、財産損害問題をただちに八二三条の財の侵害に近付けて位置させることを意味するわけではなかった。それは、不法行為法が行為義務違反を中心とするものに再編成され、この行為義務の設定という同一平面におかれるということであった。そして、この不法行為法の中では、この種第三者責任問題を解決する財産V_Dは、中心的柱であるV_D一般の一部分を担うことになる。

このような不法行為法の再編は、Barにおいては、①実質的価値としての福祉社会理念によって根拠付けられ、②法継続形成方法としての裁判官法思考によって可能にされている。③は、裁判官による政策的考慮を通して⁽¹¹⁾を導入するルートになるといふ機能と、逆に、原理を体系的に一貫させることに對しての、機能的考察・實際的理由付けの強調という機能をもっている。

まず、Barは第三者責任の判例の展開の原因として、職業責任の民主化⁽¹²⁾、責任義務保険の影響、レッセフェール国家から福祉社会国家への変化をあげ⁽¹³⁾、このうち最後の視点が「決定的な説明根拠」であるとする⁽¹⁴⁾。即ち、信頼保

護という考え方は、福祉社会を特色付ける状態思考 (Satusdenken) の発露であり、社会的安全に慣れた現代の人々の生活感情、全体にわたって危険がないという考えうるかぎりでの理想秩序 (Ideordnung) への志向が情報責任に入りこんだ、とする¹⁵⁾。また、とくにプロスペクト責任に関して、純粹な市場経済をもった初期資本主義国家にとつては、助言を無償で与えた者の責任を、投資推奨に對価を支払われた同業者の責任に近付けるといふことは、制度を損うこと (Systembruch) と思われたに違いない。今日しかしながら、投資と結びついた損失リスクは重荷である (drückend) と感じられるようになり、その結果かつてよりはるかに広い範囲において転嫁されている、とする¹⁶⁾。

準契約説と不法行為説の相違の出発点には、このように、まず契約リスク転嫁の根拠を契約法上の規則の延長・補完と把えるか、契約法とは異質の価値に基づくものと把えるかの相違がある。そして、後者に立った場合、BGB 不法行為法を、それがあくまで契約法と同じ価値のレベルで機能することに適した構造をもつとされるかぎりで、新たな構造のものに再編するという主張になるわけである。

しかし、Bar の財産 Vp 論の特徴は、それが、不法行為法に新たな価値を原理として貫徹することによって根拠付けられるというのではなく、裁判官の政策的衡量の結果の承認によるものであることに力点がおかれていることである。このことは、第三者責任判例と Vp 判例の比較という方法に、また、準契約構成への、「法に対して影響を及ぼしている政策的衡量・社会的・経済的衡量が、学説・実務の法学的技術的構成の中では不完全にしかみえてこない」¹⁷⁾、という批判に現われる。このことは、Bar のいう「機能的考察方法」によるのであるといふことができが、他方で、彼によって第三者責任の基礎にあるとされる福祉社会理念が、内容上貫徹されうるものではないと

されることにもよる。即ち、「情報責任事件における原告は、無償の推奨を自らの財産の一部を利益を求めて賭する」という決断の基礎にすることによって、へまな取引をしたのである。……責任法は、自由競争に介入し、責任義務保険に、投資者、企業間の取引リスクを負担させることに近付いている。社会的であれ、尚本質的に市場経済の法は、このことからとどまるべきではないだろうか」とし、福祉国家という考え方は、「情報責任に関する判例の功績についてと同時に危険についての試金石 (Pfeilstein) である」とする⁽¹⁸⁾。ここには、財産 Vp が契約法上の原則と対立するものであることが明らかにされている。しかし、Bar においては、この対立はそのまま残され、「市場経済の法」においては財産 Vp に限定が必要であるとされることになる。しかし、その限定のための基本的立場としては、福祉社会理念は役立たないのであるから、再び、実際に行なわれている衡量の整理と、更に Bar 自身と実際のと考える根拠によることになる。まず、「信頼責任」の具体化・諸義務の発生根拠・強さを明確にするという課題」は、準契約構成から離れて不法行為法の中で、Vp との対比のうえで行なわれるのであって、「とくに、グループわけ、義務範囲、これら義務の発生根拠に関してあてはまる⁽¹⁹⁾」という。そして、Bar は、財産 Vp としては、目下の処、一つのグループ、つまり、……職業責任のみが存在しかつ慎重に展開しうるものであるとする。そして、債務法改革鑑定意見書では、更に限定した内容の条文を提案している。八二八条一項として、「職業活動によって特別な信頼される地位をしめ、この信頼が受領者からよせられて当然であるに拘わらず、故意又は過失によって、一定の者に対しその財産上の問題において、誤った情報若しくは瑕疵ある推奨を与え、又は、これらを新たな知識に拘わらず訂正しなかつた者⁽²¹⁾」は、損害賠償の責に任ずると。Bar は、この責任要件に関し次のようにいう。この「信頼がよせられて当然である」ということは、現実によせられたというだけでなく、それが当然であるというこ

とを要求している。これによって、厳格な意味での有償性を求めるものではないが、ABGB 一三〇〇条の「報酬とひきかえで (gegen Belohnung) の行為」という要件に対応する規範的要件が加わった。推奨者がそれによって少くとも間接的に自己の経済的或いは特別な理念的目的を求めているときにのみ、推奨を信頼して構わないのである。また、請求権者たりうる名宛人は「特定」された者のみである⁽²²⁾、と。この限定規準は、責任発生が無際限さを防ぐためのものであるが、情報の名宛人の具体的特定性、なんらかの対価性といった、不法行為法とはなじみにくい要件となった。ここにも、Barの不法行為法が、基本的原理というより、実際の衡量に支えられているということが現われている。

Barにおいては、Vp 八二三条二項論も「機能的」に導き出されており、それは、行為義務設定を通じた政策衡量に開かれた一般条項に通じるとしても、社会構成員を抽象的市民と捉えるという意味で一般市民法たる性格をもつ BGB 不法行為法を、それとは異った原理に基づいて積極的に再編していくための道具としての一般条項化の主張ではなかった⁽²³⁾。しかし、Vp による財産保護が社会の基本的制度とされ、一般構成員が、しかし抽象的存在たる市民としてでなく非専門人として、福祉という社会政策的観点からのこの制度による保護を享受しうる、という内容をもつ不法行為法は、一般市民法の一部としてのそれから離れることの一步を大きくふみ出していた。

このような不法行為法論に対しては、一方において、実質的内容として、財産 Vp 制度が BGB 不法行為法の基本的な考え方にふれるとして、また、裁判のあり方として、具体的衡量を通しての Vp 設定を可能にすることになるとして、一般条項が中心的役割を果たすことに対しての批判が登場してくる⁽²⁴⁾。しかし他方では、Bar 説と並んで、更に、具体的規準にまで規定的意味を持ちうる形でより積極的に不法行為法を再編すること、及び、それを解釈的

に行うことの方法的根拠付けを伴った主張の存在がある。それが Mertens 及び Brüggemeier の財産 Vp 論であった。

二 Mertens の財産 Vp 論。Mertens は、財産損害の第三者責任問題を、経済法規を中心とした「特別私法」上の財産損害の責任と統一させて把える。そして、Vp 違反という考え方をこれら一連の財産損害責任の統一的な背景をなすものとする⁽²⁵⁾。従って、Mertens においては、Bar と異なって、財産 Vp は、八二三条一項の財の Vp から独立した存在となる。ここでの「一般私法」と「特別私法」の再統合は、特別私法の中に一般私法上の視点との関連をみることによつてではなく、行為義務設定というレベルで、特別私法上の要素を一般私法に及ぼすことによつて、この純粹財産損害の領域で、BGB 不法行為法をその一般性とは異つた視点で再編するということであつた。そして、Mertens においてこの統一的財産 Vp は、「動的体系」⁽²⁶⁾の考え方によつて導き出された。またこの体系は一層の法形成を容易にする内容をもつていた。ここでの法形成の方向付けは、経済諸法規からとり出され定式化された諸要素の共働による。基本的価値が実定法規との関連をもつて現われることによつて、Mertens の不法行為法の考え方は、個別「規準」にまで貫徹するものとなつた。

まず、「他人の財産的利益の不法行為上の保護の包括的民法体系」⁽²⁷⁾は次のようにして導出される。一方で、会社法・経済法規上の責任規定を手掛りとし、そこでの責任にとつて重要であるとされる要因が取り出される⁽²⁸⁾。即ち、加害者の支配的地位 (Machtposition) と被害者の依存的状況、加害者による一定の社会的役割の引受けとりわけ職業的地位に基づく公共的機能の遂行、公開的 (Öffentlich) 表示による或いは官庁への表示による自己拘束、加害者と被害者の間の特別な社会的コンタクト。そして他方、BGB 内での判例による一般財産保護の展開のなかに、

動的体系の要素・諸力を窺うことができる、とする⁽²⁹⁾。そして、「特別私法からとり出される責任要素を (BGB 不法行為法へ) 取り入れることが、動的不法行為法体系の継続的展開・充分な区分 (Ausdifferenzierung)」、その評価上の多様性と統一性にとって有用たりうるのではないか⁽³⁰⁾とする。特別私法上の責任と BGB 不法行為法を財産 V_p によって再統合⁽³¹⁾することを可能にする⁽³²⁾とされるのは、第一に、BGB 不法行為法内部の判例法と特別私法によってたつ評価の基盤が共通とみられることにある (「多くの特別私法上の責任においては、不法行為法との発生上の類縁性が明らかである。それらは八二六条の子供である」⁽³²⁾)。第二に、「判例の経済政策的機能、形成 (Gestaltung) 可能性……形成の限界は、BGB 不法行為法におけると、特別私法上の責任におけると異ならないように思われる⁽³³⁾」とする裁判官の任務の共通性の主張である。第三に、BGB 不法行為法全体⁽³⁴⁾が解釈によって動的体系化されることであり、それによって、要素を比較することによって、財産 V_p を導入することが、法的構成レベルで、行なわれることになる。即ち、「八二三条一項・二項、八二六条はそのもともとの内容上、構成要件の基礎杭ではなく、せいぜい、動的諸力の共働における比較的安定した要素及び支点にすぎない⁽³⁵⁾」と。

かくて、Mertens においては、BGB 不法行為法は、絶対権 (財) の直接侵害及び V_p 違反による侵害 (八二三条一項)、保護法規定違反による加害 (八二三条二項)、純粹財産の V_p 違反による侵害 (八二三条三項)、故意の良俗違反による加害 (八二六条) となる。このようにして導入された八二三条三項⁽³⁶⁾は、しかし、既に動的体系という導出過程から当然のことながら、厳格な意味での規準ではない。それは、財産損害についての、BGB 八二三条一項・二項、八二六条のうけ皿であって、その内容として、上記諸要素が共働する三つのグループが示される。(a) 経済的・社会的な支配的地位を、(市場) 機能攪乱的に或いは業績とは関係のない利益の獲得のために用いること、(b) 典型

的に第三者の財産の危殆化を含む・強力な行動の可能性を、相応の組織上の或いは情報上の予防を講ずることなく行使すること、(c)専門知識によるものであれ、依存的地位にある者の保護の必要性によるものであれ、他人の財産に関連した社会的役割の引受³⁸⁾。

Mertensは、財産Vp論を、一方では特別私法上の責任の体系化として展開しているが、他方、前章のような第三者責任判例に関しては、中心的には、判決理由の質(Begründungsqualität)を批判して不法行為責任にするという法的構成上の問題と考えていたが、その際既に「そのような構成から生じてくる一定の限界を相対化する」といわれているように、責任成立可能性の拡大も考えられていた。従って、上述の内容の八二三条三項をもつ不法行為法は、具体的「規準」(グループの提示)にも現われる特色——それは反対の立場からは問題点となるが——をもつものであった。

まず、Mertensにおおつては、財産Vpは、経済法との結合を通して、「私的なもの(Das Private)⁴⁰⁾」の一部とされる。それは、「個人の利益が個人の自由のためにだけ保護され、一般的自由のための全体の利益の保護が役割を果さない法⁴¹⁾」からの変化の主張である。従って、Mertensによって抽出される要素は、いわば「公序」といいうるものそれという性格をもち、不法行為法と「公序」の間が無媒介的になり、Vp設定を通して「公序」が形成され、個人の純粹財産はすべてこの視点の下で保護されるということになる。かくて、不法行為法は価値基礎において契約法と異つたものとなり、独立した機能を担うことになる⁴²⁾。この点が明確にされることによって、成立要件に不法行為法のそれであるという性格を貫徹することが可能となり、Barにおけるとは異つて、そこには、表示の名宛人の特定性とかなんらかの対価性といった要件はでてこない。次に、この不法行為法は、当然、新たに

任務とされたものを可能とする構造をもつ。Mertensによれば、不法行為法判決の最も重要な任務は、「拘束的役割期待の準法定的 (quasi-gesetzlich) な確定、それによる社会的コストの分配」にあるとされる。⁴³⁾そして、動的体系において示される責任要素を手掛りにして、役割期待が設定されていく。八二三条三項は三グループに限定されるものではなく、一般条項としての性格政策的機能の遂行——「私的なものをこえた私法」の形成に適合的である。

このような財産 Vp 論に対しては、まず、Mertens 自身も「個人的責任」でありうるとする事件を、経済法上の責任と統一することが実際の解決に適切な規準を導出することになるかが、具体的には、行為義務違反判断のみで（第二章での）Y の計算可能性が確保されうるかが問題となる。そして更に、契約法との関連を切断された、動的体系としての財産不法行為法は、前章での判例における第三者責任の不法行為法的処理に可能性をひらく反面、社会対個人での行為義務という性格をおびるものとなった役割期待の確定について、規準として機能しうるものであるかが問題となる。これは、Mertens において、Vp は個別事件をこえたという意味での一般性をもって設定されるものであることが要請されているが、その八二三条三項には、八二三条一項⁴⁵⁾におけるより一層、そうならないことへの歯止めが用意されていないのではいかの問題が生ずるということである。更には、一般性をもつ行為義務であるにせよ、明示的に BGB の基本的立場と異なるとしつつ導入することが、方法論の一般レベルで支持され得るかの問題も伴って出てくる。これらの問題点が財産 Vp 論批判を登場させるが、また他方で、Mertens においては、第二章での第三者責任問題について働くような財産 Vp は、「特別私法」と統一されているとはいえず、なお「一般私法」の一部分のものとして構成されていたが、これに対して、Vp 一般に関して、この意味での一般私法性を否定し、かつ、そのための一般条項化を積極的に主張していく説が登場する。Brüggenmeier 説である。

三 Brüggenier においては、前章の判例での第三者責任は、保護政策・一種の社会政策の問題として扱えられ、⁽⁴⁶⁾ またそこでの保護は不法行為法の機能の中心的位置をしめるものとされる。これは、不法行為法全体の機能変化という主張の一環をなし、またこの種の財産保護は、変化したとされる不法行為法の中での中心的意味をもつもの一つとなる、ということによる。これによって、不法行為法は一般私法の一部ではなくなり、そこでの保護は、抽象的存在としての市民が一般的に享受しうるものという性格をもつものではなく、個人はそれぞれの社会的従属的位置に着目して扱えられる。不法行為法を、一般財産法の原理とは異った基礎の上で、保護政策遂行のための独立した一装置とすることが主張される。

Brüggenier は、現代不法行為法の果たすべき機能を、高度に組織化された経済・国家と経済の複雑な相互関係の中で、社会保障という国家制度、私契約による保険上の保護と並んで、行為リスクの・状況に応じた柔軟な再定義・再分配によって、部分的な市場の失敗 (Marktwersagen) を補正し、きわめて多様な社会的不均衡状態を補正し均衡を回復することにある、とする⁽⁴⁷⁾。従って、不法行為法は、そのもともとの領域である事故法 (Unfallrecht) においては役割を減じ、「例えば、財産的利益の保護に新しい任務が課せられた」とする⁽⁴⁸⁾。

かくて、Brüggenier において、不法行為法は、古典的一般的不法行為法と、彼が特別不法行為法とよび中心的位置におく現代的不法行為法からなる。ここでいう一般的不法行為法とは、社会のあらゆる帰責能力をもつ構成員に向けられた一般性をもつ行為規則であるという意味である。⁽⁴⁹⁾ Brüggenier は、不法行為法を個別財の保護にその方向付けること (結果不法) とそれに対して加害者の非難される行為に対する保護 (行為不法) への変化をこの一般的不法行為法内のものとみて、更に今世紀の後半における第三の歩みとして、再び被害者の社会的な要保護的

地位への方向付けがあるとす⁽⁵⁰⁾。それが特別不法行為法であつて、それは、社会生活・職業・保護義務の裁判官による規範化によつて、個々の完全性保護 (Integritätsschutz) を行うものとされ、これらの義務は、一般的にすべての者に対してあてはまるのではなく、製造物責任・医師責任・プロスペクト責任・外契約的情報責任といった、一定の社会領域に関して妥当する⁽⁵¹⁾。この「一定の社会領域」は、そこでの社会的位置の関係即ち、保護・従属・信頼の位置という社会的状態の存在が特徴的なものとされるものである⁽⁵²⁾。Bruggemeier は、この特別不法行為法をかくして、方向付けが再び「契約から身分」に移つたものであるとして、これによつて、準契約責任とされていたものはすべて、それが機能的にあるべきところ即ち不法行為法に位置付けられるとする⁽⁵³⁾。

この二つの不法行為法は、「法的に保護に価する利益の(行為)義務違反に関する責任」という「一般的構成要件」にまとめられる⁽⁵⁴⁾。この一般条項化は、不法行為法の構成要件が、侵害の禁止を示す例外的規範でなく、 ∇p 設定による保護政策のための「裁判官の介入規範 (Interventionsnorm)」とされることとあらわれである⁽⁵⁵⁾。そして、この一般条項は、 ∇p 違反、保護法規違反・良俗違反はその様な型である⁽⁵⁶⁾とされることによつて、不法行為法全体をおおうものとなつた。このなかで財産 ∇p も、 ∇p が現代不法行為法のそしてまたその「帝王条項」としての八二三条一項の構成原理となつた⁽⁵⁷⁾とされることを通して、八二三条一項に位置付けられる⁽⁵⁸⁾。

このような構造をもつ不法行為法の特色と同時に問題点は次の点にある。まず第一に、損害損害の第三者責任についての実際的な帰結からみていくと、Bruggemeier において、この問題について、不法行為法が契約法から機能において独立したものであること、ここでの問題は国家的規制による保護政策であることが責任要件の構成に貫徹している⁽⁶⁰⁾。即ち財産 ∇p の「外契約的情報責任(専門家責任)」という例⁽⁶⁰⁾においては、職業活動行使に対しての義

務付けによって、市場における武器の平等を実現し、それによって社会として行う損害予防 (soziale Schadensprävention) が目標となる⁽⁶¹⁾。この目標に即して、責任成立要件として①職業上の役割による情報提供であること、②その情報が第三者にとって財産法上の意味をもつものであること、③名宛人の範囲が確定可能であること、④過失によって、情報が誤っていること、⑤原則として軽過失、役割葛藤のある特別な場合だけ重過失への制限がありうる、ということが挙げられる⁽⁶²⁾。まずこのうち③が実際のに重要である。Barにおいて名宛人の具体的特定が要求されたのに対し、ここで特定可能性で充分とされるのは、Barがこの第三者責任問題を、契約リスクをめぐっての「市場経済の法」とその福祉国家理念による修正従ってまた対立とみていたのに対し、Brüggenmeierにおいては、市場での従属・不均衡の回復のための国家的制度をみることによる。このことから、責任要件としては、情報が特定の契約とでなく、市場と関連していることのみたされるということになる。Brüggenmeierにおいても、この要件で、行為者の計算可能性の確保も考えられていることは推測されるが、それはBarにおける程には、規定的意味をもっていなかった。しかし、前章の第三者責任を民事法上も一貫して社会的役割の問題として把えることには、行為者の計算可能性を、契約リスクを第一次的に担うべき契約当事者におけるそれとの対比で考え確保するということが後退するという問題が残る。更に、⑤要件に関しては、プロスペクト責任を他の情報責任と同じレベルで過失責任とすることも⁽⁶³⁾、国家的規制とすることの帰結ではあるが、制定法上のプロスペクト責任との相違が問題であろう。

次に、この不法行為法は、BGB不法行為法とは異った特別不法行為法^{||}裁判官のVp設定による保護政策を内容とする一般条項として現われるが、その内容を確定していく基本的基準があるのか、契約によらない従属状況の存

在という実質的規準が不法行為法の内容確定に資するものたりうるかという問題がそこにはある。Brüggenier にとっては、この問題は、法的保護の可能性の根拠付けの予定外のこととしてあるのではなく、法律と裁判官の關係の逆転という彼の考え方から、正面から積極的に肯定されるものであった。即ち、まず法を適用する裁判官と法定立的立法者の間の分業という一九世紀の自由主義的法治国家への回帰の途はもはやない。私法・経済法領域では立法行為は、判決によって用意された（保護）地位の定式化である。また、経済法規は立法過程のち公布された時点で既に時代遅れになってしまっている、とする⁽⁶⁴⁾。そこで裁判官による保護政策が中心をなすとされることになるのであるが、これについては、社会適合的問題解決への諸要請は今日きわめて複雑であり、法政策行為の正しさと一貫性を確保する統一的な社会像は見えていない、従って、諸解決は、司法・官僚・取引界等々の間でのきわめて相互再帰的な学習・コミュニケーション過程においてのみ形造られうるように思われる⁽⁶⁵⁾、とする。ここで承認されていることは、別のいい方をすると、彼のいう諸保護政策を体系的に関連付け、その位置付けから Vp の存在・内容を決定していく視点は存在しないということである。前章での第三者責任問題で働くような財産 Vp を保護政策として契約法から離して設定していくことには、かくして、それに続けて、社会的従属状況を不法行為法問題とするための基準なしで、司法が保護政策を一貫性をもってなしうるものであるか、政策の位置付け視点をもちつことのできない学説が何をなしうるのか、といった問題が出てくる。

一般条項問題へのこのような Brüggenier の積極的認識は、BGB 不法行為法を、立法者が予定したものと明示的に異ったとされるものに解釈上再編することにも共通する根拠であった。ここでは、個々の規定についてでなく基本的原理の変更であること、また、変更可能性が、一定の規則をたてての例外的なものとしてでなく、原則的な

ものとされることが特色である。立法者による価値判断を狭く把握することによって、その拘束を免れた広い領域を法の中心的なものにするという解釈（法継続形成）方法には、法解釈という作業の意義そのものを否定することにならないかという問題がある。

四 財産 ∇ 論は、論者によって根拠付け方・内容の広狭の相違をみせつつも、その共通性によって、不法行為法学の中で一つの大きな論点をつくり出した。その共通性とは、①不法行為法を機能上、一般市民法の一部としてのそれではなく、独立した制度とし、違法性決定において、法主体（加害者・被害者）を、抽象的市民という存在としてでなく、一定の実質的視点の下でその属性を把握すること、②事実上の一般条項化と裁判官法の強調、③この一般条項をBGB不法行為法と異った基礎のものとして根拠付けるといふ解釈方法上の特色である。財産 ∇ 論は、不法行為法のこのような再編を伴って、法解釈論として登場したのであり、それだけにまた、必ずしも支持を広げているとはいえない。⁽⁶⁶⁾これに対する準契約説には財産 ∇ が現行不法行為法上ないと前提して自説を展開するものも少なくないが、また、自らの不法行為法像を新たに根拠付けつつ、財産 ∇ による再編を批判する説が現われてきた。そこでは、第三者責任問題を市民法の展開としての準契約構成によって処理しつつ、また、不法行為法を、統一的な市民法の一部としてあらためて根拠付けること（勿論、論者はこのような表現を用いているのではない）が行なわれる。

(1) Barより前にVp \equiv 八三三條二項説によって財産 ∇ を提唱したものとしてK. Huber説がある（第一章註(3)参照、

永盛恒男「ドイツ不法行為法における一般注意義務の一面」比較法雑誌二〇巻四号（一九八七）四四頁以下に紹介がある。Barによつて、Vp判例全般の分析及び分類、彼のいう機能的方法によるVpと保護法規の比較によつて、財産Vp論の土台となるVp一般論が強化された。Huber説には先駆的意義を認めることができるが、財産Vp説は、Bar及びMertensの主張を経つてようやく力を得たといえよう。

- (2) Bar ① S. 236.
- (3) Bar ① S. 229 ff. 49 ff.
- (4) Bar ① S. 234. 彼によれば、Vpの生成根拠は、危険を高めること、危険の統御可能性をもつこと、信頼させること、危険から利益を得ることの四つであつて、それらが、相互に衡量によつて調和されるべきものとされる。Bar ⑤ S. 508.
- (5) Bar ①, S. 158 ff.
- (6) なお、財産損害の第三者責任の事例が不法行為法のうちのVp違反類型であるとする点については、Bar ①, S. 235.
- (7) Bar ①, S. 234.
- (8) 次章でみるように、この点が財産Vp論批判の一つの眼目となるStoll ④, S. 43, ⑤, S. 508.
- (9) Pickerは、財産Vp論一般に対して、そのような行為義務設定は、責任根拠付け問題を高権的 (hoheitlich) な社会形成の問題と捉えるべきであると批判するPicker, AcP 183, S. 504. この指摘は、財産Vp論の一つの側面をついてゐる。
- (10) Bar ② S. 1721, 464, ① S. 234. 同前 Mertens ① S. 241. これに対する批判として、Kondgen, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, S. 366 ff. 同書も財産Vp説批判の立場ではあるが、そこでは契約概念そのものの再構成による第三者責任問題の解決が目指されており、そのためにもしる準契約構成批判が前面に出ており、Kondgenの不法行為法像は積極的には現われてゐない。

(11) Bar は、イギリスにおける裁判官法を念頭において、法政策的衡量による新たな価値の実現を重視している。この点を不法行為法一般を素材としてのべたものとして、Bar/Marquesinis, Richterliche Rechtspolitik im Haftungsrecht——Eine methodenvergleichende Untersuchung——, 1981.

(12) これは、一定の高い社会的地位にあった身分の免責特権が廃止されるという意味

(13) Bar ③, S. 471 ff. はほぼ同じ内容のものが、八三三條一項の財の Vp 判例の展開の原因としてもあげられている、Bar ①, 39 ff. ②, 1687 ff.

(14) Bar ③, S. 481.

(15) Bar ③, S. 481.

(16) Bar ③, S. 481. また、第二章註 (30) 参照。

(17) Bar ③, S. 456.

(18) Bar ③, S. 482.

(19) Bar ③, S. 472. また、①, S. 236, ⑤, S. 501. なお、Bar において不法行為法の柱となる Vp のグループわけ (Fallgruppen) とは、Vp の生成根拠 (註 (4) 参照) がくみ合わさって現われる諸例を「数のうえで最もしばしば扱われる生活上の行動 (Lebensverhalten) に即して行なわれたもの」(①, S. 44) であって、一定の価値に基づくものではない。職業上の義務の他、グループとして、交通安全義務、製造・販売・廃棄上の義務、危険な装置・素材の取扱い上の義務、公共交通への参加上の義務、催物・集会に関する義務、上下関係に伴う義務、工場における Vp が挙げられてくる。

(20) Bar ①, 237. また、⑤, S. 507. なお、②, 1721 f. では同じ理由から、更に、職業上の情報責任に限定されている。

- (21) Bar ②, S. 1761.
- (22) Bar ②, S. 1772. なお、Bar ③, S. 483 ff. においては、「無償」である銀行の責任は否定され、会計士・税理士・弁護士がそれぞれの依頼者との間では有償の関係であることが一つの根拠とされていた（また、第一章註（17）参照）。②での説明はこの点をやや緩和しているようにみえる。いづれにせよ、この要件構成は一定の原則的基準に沿っているわけではないことが窺われる。
- (23) 従って Bar は、②において、大きな一般条項・一般的過失責任に反対している（②, S. 1721, 1751）。理由として、直接侵害と一括することへの批判とこれまでとかわって限定のための努力が必要になるだけであるということが挙げられている（②, S. 1751）。本稿との関連で意味をもつのは後者であるが、Bar にとっては、純粹財産に関しては、判例上の衡量が八二八条という条文にまとめられたのであるから、当面はそれ以上に開かれたものにする必要が減少したわけである。また、改革案としてのコンセンサスを得るということもあったかもしれないが、更に、完全に一般条項を導入した場合、それを限定していくための基本的視点が Bsp. にはないということも上述の反対理由の背後にあるのかもしれない。
- (24) Stoll ④, S. 42 ff. なお、Stoll において、Bar に対する批判である③④と、Bruggemeier に対する批判である⑤でトーンが異なるのは、前者が不法行為法を開かれたものに対すること自体への批判であるのに対し、後者は、そのような構造の不法行為を積極的に一定の、BGB とは異なるものとされる価値基礎から展開することに対する批判であるからであろう。
- (25) Mertens ②, Rz. 475, 8823.
- (26) Mertens ①, S. 234 ff. 以下は、動体系とは、Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, 1941, の展開である。のちにふれるように、財産 Vp 論に批判的な Canaris も、動体系の考え方によって不法行為法を構成している。従って勿論、動体系論が財産 Vp 論と結びついているというわけではなく、第三者責任問題を特別私法上の責任に近付けて把

えるというMertensによる評価が規定的である。それぞれの動的体系の理解がWilburgの主張などの側面と連関しているかといった方法論上の問題には立入れない。

- (27) Mertens ①, S. 255.
- (28) Mertens ①, S. 242 ff. 不法行為法上の要素にされたものについては、Mertens ②, Rz. 476 ff. §823.
- (29) Mertens ①, S. 234 ff. 239. また、② Rz. 470 ff. §823.
- (30) Mertens ①, S. 241. そして続けて、このようにして豊かにされたBGB不法行為法が逆に特別私法における責任問題の再検討を容易にするのではないか、という。①論文はむしろこの特別私法上の責任論の展開に力点があるともいえる。
- (31) Mertens ①, S. 261.
- (32) Mertens ①, S. 233. 恐らく、ここにMertensの考え方の出発点があるのだと思われる。しかし、良俗違反ということはそれ自体ではなぜ良俗違反なのかという違法性の実質的内容を示すものではない。従って、特別私法による分化は違法性内容の明確化の手掛りとなりうるものである。個別类推でなく、特別私法から、それらの機能上おかれる体系的位置付けを離れて、再び諸要素をとり出すということは、再びより大きな、違法性形式を示す一般条項を導入するということを意味する。
- (33) Mertens ①, S. 256.
- (34) 八二三条一項も動的体系の一部とされること、Mertens ②, Rz. 22, §823. また、Mertens, Verkehrspflichten und Deliktsrecht, VersR 1980, S. 402.
- (35) Mertens ①, S. 236.
- (36) Mertens ①, S. 232. たしかに、一方で、Mertensは、Barとは異なって、財産VpをBGBの規定のどこに位置付けるかは

重要な意味をもたないとする (Mertens ②, Rz. 152, 8823)。しかしそうであれなお Mertens が八二三条一項説をとらな
 いことには、八二三条二項の「法規」の意味の解釈ということもあるが、より実質的な問題として、Mertens の財産 Vp
 論はその導出からいって、八二三条一項の財の Vp とは独立したものであり、また、八二三条一項による例外的財産保護
 を単に拡大するということではない (② Rz. 152, 8823) と、いうことがあると考えられる。

- (37) 営業活動の保護 (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) が考えられている。
- (38) Mertens ①, S. 251 ff, 261 f.
- (39) Mertens ②, Rz. 475, 8823.
- (40) Mertens ①, S. 260.
- (41) Mertens ①, S. 256 ㄏた、 S. 257.
- (42) Mertens が、Canaris の信頼責任論を、表示行為についての個人的責任が問題であるかぎりにおいては妥当性をもつと
 しながらも、それは問題となる財産保護の一部であって、財産 Vp の他にあるべき領域をカバーしないこと (Mertens
 ②, Rz. 469, 8823) もこのことの現われである。なお、Bar は、Mertens の財産 Vp の内容であるグループについて、(c)
 を自己の主張である職業責任と同様であるとして、(a)(b)については、個人的損害回復 (der individuelle
 Schadensausgleich) には適当なものである (Bar ①, S.237, ㄏた、 ②, S. 1722)。
- (43) Mertens ②, Rz. 48 vor 8823, それらの任務のうち、前者が主、後者が従の位置にある、②, Rz. 54 ff, 8823.
- (44) Mertens ②, Rz. 59, 8823.
- (45) Steffen, Verkehrspflichten im Spannungsfeld von Bestandsschutz und Handlungsfreiheit, VersR 1983, S. 409 ff. S Mer-
 tens 批判は、八二三条一項についてのこの点を中心。

- (46) Bruggemeier ①, S. 447 f.
- (47) Bruggemeier ④, Rz. 174.
- (48) Bruggemeier ①, S. 447.
- (49) Bruggemeier ④, Rz. 9.
- (50) Bruggemeier ①, S. 446 ff.
- (51) Bruggemeier ④, Rz. 77, ①, S. 448.
- (52) Bruggemeier ①, S. 448. 法的構成に「*Bruggemeier*」は「*Bruggemeier*」④, Rz. 456 f.
- (53) Bruggemeier ①, S. 448. ②, S. 268 ff. ④, Rz. 457.
- (54) Bruggemeier ①, S. 450, ④, Rz. 176. 「*Bruggemeier*」は「一九四〇年のアカデミー草案の考え方と共通である」①, S. 450, ④, Rz. 86, 176.
- (55) Bruggemeier ④, Rz. 86.
- (56) Bruggemeier ④, Rz. 176. ④, Rz. 791 ff. 824 ff.
- (57) Bruggemeier ④, Rz. 178.
- (58) Bruggemeier ④, Rz. 456. ①, S. 424 では「財産 Vp」は「法的構成を早まるべきではないとして、条文への包摂は避けられていた。④において「BGB の条文の中に位置付けられたということは、八二三条二項・八二六条の Vp への包摂が行なわれたことによるとともに、法解釈論における条文との結びつけへの要請の強さの存在の現われといえるかもしれない」。
- (59) Bruggemeier ③, S. 972.

(60) 他の効果に関して、準契約責任を不法行為法に包摂するに際し、不法行為法のメリット——非財産的損害の賠償、免責の制限——と並んで、準契約責任構成の三つの目標——第一次的財産保護、履行補助者責任、有責立証の転換——が不法行為法においても実現可能であるとする(④, Rz. 77)。しかし、結局問題は、免責も含めて、第一次財産保護の要件の構成になる。

(61) Brüggemeier ④, Rz. 456 f.

(62) Brüggemeier ④, Rz. 459. 役割葛藤というものの例については、第二章註(17)参照。

(63) Brüggemeier ④, Rz. 495, 499. なお、時効に関して、それら法定プロセスと責任についての規定と異なる八五二条によることの理由はのべられている(④, Rz. 498——責任者の人的範囲が異なるという)が、強い理由とは思えない。

(64) Brüggemeier ④, Rz. 139.

(65) Brüggemeier ④, Rz. 139, Rz. 182, ② S. 445 に於くに学説も挙げられている。Brüggemeier の不法行為論には、彼の(法)社会学理論との結びつきがみられ、この学習過程という表現もそこから来ている。しかし、本稿ではこの基礎理論に立入ることはしない。

(66) Bar 説を以て支持するものとして、H.G. Leser, Zu den Instrumenten des Rechtsgüterschutzes im Delikts- und Gefährdungshaftungsrecht, AcP 1983, S. 595 f. 財産 Vp 論として論じているわけではないが、この方向に思われるもの。U. Huber, Leistungsstörungen, in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 737 f. など、Medicus ④, Bar の改革提案を以て法論として支持するが、(Verschulden der Vertragsverhandlungen, in Gutachten und Vorschläge..., S. 544) 〃 BGB 解釈論としては、Vp—八三三條—二項説にはまだくみっていない。Medicus, Bürgerliches Recht, 13. Aufl., Rz. 655, Anm. 46. なお、吉田・前掲(8)法協一〇四卷一号(一九八七)二二〇頁参照。

第四章 財産Vp批判説の意義と問題点

一 Stollは、第二章での第三者責任問題の処理には、一方的給付約束という契約類似の信頼責任構成を提案しつつ、財産Vp論とは異なった不法行為法の継続形成の方法を示して、財産Vp論批判を行う。Stollは、財産Vp論によって「BGBのシステムが根本的に覆される」と考えたから、彼にとっては、これを批判することに比べれば、準契約説内部での相違は第一次的なものであった。⁽³⁾以下では、まず、Stollによる新たな不法行為法論の意義を、自律的違法性決定という財産Vp論批判の中心的道具が財産Vp論の問題点の明確化に充分であるか、また、その概念を一構成要素とする不法行為法像に問題点はないかという角度から検討する。

勿論、Stollが財産Vp論批判を行うには、体系的理論的根拠からのみでなく、まずこの問題自体についての実際的理由がある。競争にさらされた職業人のリスクが計算不可能になるといふことである。⁽⁴⁾そのために、Stollは、情報の名宛人の特定を当然の前提として、「そのような責任の要件・効果は、情報・助言を提供する職業の者が、原則として、生ずる責任リスクについて自ら決定できるといふことにさるべきである」という理由で既に、私的自治の領域とさるべきである⁽⁵⁾とする。Stollが確保しようとする計算可能性と不法行為責任としての限定的要件構成を通して求められるそれとの相違は、とくに直接の依頼者との関係で、自らの計算でより細かなリスク判断を可能にするということにあらう。このことは別に表現すれば、行為者は、商品所有主体として自らの商品価値の判断を行いうるということがまず重要であって、それ以外の一定の職業上、社会上の地位は、表示として的一般性におい

て扱われたものの内容の解釈において重要となりえても、それとして、義務・違法性の根拠とさるべきではない、ということになる。そのうえ、Stollは、のちにみるように、財産Vp論を個別事件での全体衡量に導くものとみるから、一層この実際の見地からの批判が重要となった。契約法の補完を、その周辺で、契約類似という要件で行うということは、不法行為法は契約上のリスク判断を攪乱する可能性をもつものであつてはならないという不法行為法についての考え方がある。

Stollは、財産Vp論を、「被害者のなんらかの主観的権能と無関係に、また、不法行為法の外にある法律上の規定によることなく、法律上の基礎を欠く・不法行為的不法の自律的 (autonom) 定立に他ならない」とする。ここで用いられる自律的違法性の決定という概念及びそれと対をなす他律的 (heteronom) 違法性決定という概念は、Stollの不法行為法の考え方の基本的概念である。⁽⁷⁾ Stollによれば、法定不法行為法システムの理解の鍵は、違法性概念にあり、BGBは八二三条一項で違法性という概念を特殊な技術的な意味で用いている。行為の違法性は法秩序が不法行為法の外でまた不法行為法と無関係に与えている権利保護の内容から明らかになるものでなければならぬ、ということが考えられている。これは、他律的に根拠付けられた違法ということができ、⁽⁸⁾ と。そして更に、八二三条二項の諸ケースでも、違法性は他律的に根拠付けられなければならない、なぜなら、そこでの違法性は、不法行為法の評価からではなく、不法行為法の外でそれに依ることなく定立される法律上の命令、禁止から生ずるものであるから、⁽⁹⁾ と。これに対して、「個別事件に依じての」、行状規範の自由な決定を許すのは、唯一、八二六条であるとする。⁽¹⁰⁾ このような立場からすれば、財産Vp論に対しては、「裁判所が、八二六条の外で……事例連関的利益衡量によつて、従つて不法行為法上自律的に不法の限界を決定すると、現行法の体系が無視されることになる」⁽¹¹⁾

という批判になる。

Stollは、BGB不法行為法が、彼のいう自律的違法性決定を例外的なものとすることを、法治国家的観点⁽¹²⁾からの、個別事件をこえたという意味で一般的な構成要件の要請によるものとし、次のようにのべて積極的⁽¹³⁾に是とする。すべての事情の全体的衡量に基づいて行状規範を自由につくりあげることは、法的安定性を害し、司法の權威を害する、なぜなら、そのような衡量は容易に反論しうるものであり、とくに、そのものとしては疑問の余地のあるように思われる個々の論拠・（事件の）部分の評価が具体的事件との連関から切り離されるととくにそうである、と。

Stollによる財産Vp論へのこのような批判は、次のような意義となお残される問題点がある⁽¹⁴⁾と考える。(一)、他律的違法性決定ということは、不法行為法の構成要件の内容のよって来る領域を指示するということで、それ自体はStollのいう通り形式的概念である。しかし、これによって、不法行為法の機能の中心が、民法の基本的市民法原理（人格・私的所有・契約）との連関を保って、決定されることが可能となる。従来事実上このことが行なわれていたといえるとしても、BGB不法行為法の内容を民法上の他領域と結びつけて決定していくという方法がどのように定式化されたのははじめてではないだろうか。不法行為法のこのような位置付けは、不法行為法の機能の画定を可能にするという点で、その出発点において、BGB解釈論を離れても、有用な発想である。しかしながら、他律的・自律的違法法という概念はなお次のような問題をもっていた。第一に、財産法部分だけに限定して考えても、BGB八二六条の存在が示すように、不法行為法の財産法の中心的他領域との関連は八二三条一項の財に限られず、また更に、この関連によっては把えられない機能も求められる。それら多様な機能の意義を把えていくには、他律的違法性の形式性⁽¹⁵⁾に對置された性格をもつ自律的違法性概念は、それら機能について規準を構成していく必要をみ

ないという点で、適合的ではないであろう。第二に、他律的違法性決定の形式性は、違法形式を示す八二三条二項の意義付けの点で問題をもつ。Soilは、もともと、不法行為法を具体的権利・財の侵害にかかわるものとみており、この見地から八二三条二項には、過失の有責連関の短縮についても否定する少数説として、その意義を限定する方向にあった。この点は④でも失なわれてはいないが、他律的違法性決定は、八二三条一項における違法性の根拠付けと八二三条二項でのそれを同列におくことになった。現在、ドイツ不法行為法学において、八二三条二項について、一方で、その意義を積極的に把握、不法行為法の中心にすえようとする方向と、他方、その意義を限定的に把握しようという方向の明白な対立がみられる。元来後者に属するはずのSoilではあるが、彼において不法行為法理解の鍵とされる他律的違法性決定は、この論争に参加する道具とならない。

〔I〕、Soilによる財産Vp批判は次の三点について行なわれていた。①Vp違反を独立した責任根拠とすること、これに対しての、不法行為法を「一定の権利・財・利益領域の保護から出発するもの」とみる立場からの批判⁽¹⁹⁾、②一般的構成要件によらない、その事件に関連させた利益衡量になるといふこと⁽²⁰⁾、③法律上の根拠がないこと、つまり、①②が可能であるのは八二六条においてであるがその外で行なわれること。財産Vpに対する自律的違法性決定という性格付けは、②を中心に論じられているが、①と結びつけても語られている⁽²¹⁾。そして、①は③とも共通性をもっている。これら三点の批判はそれぞれ財産Vp論のもつ側面をついているものであるが、しかし、Soilにおいてこれら三点の関係が明確にされていないことが批判の効果を減じたように思われる。まず②に関しては、Soilが自律的違法性決定を内容とするという八二六条が、規準のない解決という運用をされているものであるのか、そのように性格付けることがどのような意味をもつかが検討されるべきであるが、この概念がそれをへて提示されてい

ることを窺がわせるものはない。⁽²²⁾このことは、SoiⅢのいう他律的決定の手続にのらないものがただちに規準のないものということに結びつくわけではないであろうということである。このために、財産 ∇ pをただちに②の意味で自律的決定となすことには、なお説明するべきものが残る。このことを ∇ p論の内容の方からみてみると、そこで、規準がないという意味での自律的違法性決定が積極的に主張されているわけではない。むしろ、財産 ∇ p論は、①の側面が示すように、異った立場からの実質規準を持ちこもうとしている。従って、②という問題は、財産 ∇ p論の主張①には、財産法の原理との結びつきをきることによって、②が生ずることを回避する手だてが示されていないということにあるのだと思われる。

次に、①については、上記のように②との関連が問題となるが、その他にそれとして、財産 ∇ p論の基本的視点そのもの及びそれが不法行為法機能の新たな根拠付けをへて結果する個別的規準の適否が問題となる。SoiⅢの計算可能性の確保という見地からの財産 ∇ p論批判はそれとあたってはいると考えるが、この批判は財産 ∇ p論による不法行為法の基礎付けと個別規準の關係の解明を経たうえのものではない。SoiⅢにおいて、①での財産 ∇ p批判はこの点よりもむしろ、 BGB 不法行為法の立場と異なるという、③と共通する批判に傾いている。②がいわば消極的にありうる問題だとすれば、財産 ∇ p論は積極的に①を主張したのであって、これに対しては、他律・自律の形式性視点による違法性論に基づく③だけでは充分ではない。この①の論点は、他律・自律と(関連はあるが)異った実質的価値の平面にある。

③は、②と共通した、法治国家理念に基づく批判である。SoiⅢによる批判がむけられるとおり、財産 ∇ p論による裁判官法の強調は、Mertens においては動的体系の構成を通して法律上の評価との結びつきが図られているが、

Bar v Brüggemeier においては、法律上の評価の実現ということとの結びつきなしで行なわれており、大陸法上の制度を前提とした場合、法治国家理念との関係付けを欠いている点で問題を含んでいた。⁽²³⁾しかし更に、法解釈方法論のレベルでみた場合、我々が Stoll による③での財産 Vp 論批判の意義を判断するには、なお次の点での説明が必要となる。第一に、裁判官の判断が法律上の評価にそっていること、という場合の法律上の評価という意味についてである。財産 Vp 論も、八二三条一項説・同二項説・同三項説を、一種の客観的解釈として提示している。Stoll が主観的解釈論者であるのかは不明であるが、Stoll④での違法性論の展開の仕方は主観的解釈論のそれである。しかし、他方、一方的給付約束という構成にも、少なくとも直接に根拠となる条文はない。従って、主観的解釈が立論の出発点として意義をもつことは否定すべきでないとしても、財産 Vp と契約類似責任の（実際の結果・体系的な位置付けでなく）このレベルでの相違を説明しなければならないだろう（欠缺構成をへるか、客観的解釈とするかは第二次的なこと）。ここでは、財産 Vp が個々の規定の修正をこえた BGB 財産法に共通する原理を否定するものとして根拠付けられ登場しているのに対し、準契約構成はこの原理の延長・補完とされているという相違として説明があり得ようが、そうすると、ここでも、主観的・客観的解釈といういわば形式的基準と並んで、実質的な法的基本価値との関係による区別がでてこざるを得ないのではないだろうか。第二に、Stoll においては、法治国家的要請と法律の内容の是認が一致しているわけであるが、この一致は偶然なのか、結びついているものであるかという問題がある。例えば、BGB が自律的違法性決定のための一般条項であると Stoll のいう（それが認識として正しいかは判断できないが）フランス法型と仮定した場合、彼はやはりその内容を自律的違法性決定として主張するかというような問題になる。筆者はここでも、形式性の意義を実質的視点から評価するということが出てくる

のではないかと思っているが、尚細かな検討を要しよう。

Stoll による批判を通して、財産 V_P 論の問題は、不法行為法の財産法内部での機能・位置を維持するかの問題であり、また更に、方法論上の問題でもあることが浮かび上がってきた。Stoll が提示する自らの不法行為法の考え方は、不法行為法を他の法領域との関連の中におくことによってその機能を明らかにするという基本的発想において、注目されるべきものであった。しかし、BGB 解釈論であることから離してみた場合、他領域との結びつけ方が形式的であることによって、この手続にのらないものを、構成要件を欠くという意味での自律的違法性決定に委ねることになり、ここでの規準の具体化・確保という点で問題を含んでいた。

II Canaris は、第二章での第三者責任問題を、表示責任或いは VSD ととらえて、彼の信託責任論⁽²⁵⁾の中に位置付けたうえで、財産 V_P 論批判を行う。このうち中心となる表示責任については、この位置付けは、Canaris が、第三者責任問題を、契約の外ではあるが、取引の安全につかえる制度の一部として、契約法の周辺のものともみていることを意味する。このことは勿論、Canaris の不法行為法の考え方とくにその中で、純粹財産保護の仕方についての考えに関連をもち、そのことがまた、財産 V_P 説への成立要件をめぐる批判に導いている。

Canaris は、BGB 不法行為法を、契約・信託責任とともに、動的体系としての有責々任法 (Das Recht der Verschuldenshaftung) を形造るものとする。そのうえで、BGB 不法行為法による純粹財産保護の仕方を是とし、財産 V_P 論を批判するのである。即ち、まず、この有責々任法は、基本的には、三つの基本要素の上になりたっているという⁽²⁷⁾。それは、①区分された法益保護、②帰責原理、③契約責任・特別な結びつき⁽²⁶⁾における信託責任である。そして、①が自明の出発点をなしているとし、八三三条一項の財は有責な侵害に対し包括的な保護をうけ、

この保護は Vp の展開によって補充・拡張された⁽²⁸⁾、そして、不法行為法上は、八二三条一項以外の財には、八二六条二項・八二六条を通して減少された保護が与えられる。ここでは第二の基本要素が働く、BのBは附加的に「法の量」「有責の程度」によっても責任を区分するのである。⁽²⁹⁾ 第三に、有責々任の今日の状況は、特別な結び付きに基づく責任、とくに、積極的債権侵害と B の責任を視野に入れてのみ、完全に把握されうるとし、この責任は、契約違反の規則が適用可能であるという点で不法行為責任に対して独自の機能をもち、八二六条のようには有責の程度に依らないで、純粹財産についての責任を可能にする、⁽³⁰⁾ という。

Canaris は、このように性格付けた不法行為法を積極的にはとし、その根拠をとくに次の二点にみる。第一に、立法技術的に、八二三条以下のシステムは包括的一般条項に対して明らかにまさっている、それは、一方で、裁判官に対して、種々の法的財の区分した取扱いというような基本的評価を予め提示し、他方で、具体化を要する柔軟な構成要件（違法性・保護法規・良俗違反）によって、時代・状況にあった法継続形成の可能性を認めている。⁽³¹⁾ 第二に、具体的内容として、包括的財産保護の拒否は法政策にみて賛成に値し、まさに、素晴しなこと (eine Tat) である。「人格の自由な展開を重要な目標とし、競争原理に多くの生活領域で中心的意義を与えている法的秩序は、当然、財産そのものにすぎまなく不法行為法上の保護を与えることはできない。なんといつても、ある市民が他の市民の財産的利益を侵害してもかまわない——しかもしばしばまさに故意があつても——ということも、人格の自由な展開・競争ということの内容をなしているのだから。財産的利益は所有権に確定されてはじめて無限定の尊重をうけるのであつて、その前は、加害者側の行動自由・財産的利益と被害者側のそれは、原理上、同じランクで相對している。法的財の性質ではなく、場合によってその侵害の態様が、この領域での不法行為法上の保護の必要性

をひきおこす。BGBは、行為不法に方向付けられた八二三条二項・八二六条の構造によって、この考え方にかなっている⁽³²⁾⁽³³⁾。従って、財産Vp論には、一般条項と包括的財産保護に対するBGBによるこの拒否と一致しないという批判が向けられる⁽³⁴⁾。このうちとくに第二の批判には、Canarisが、第三者責任問題を一般市民法のレベルの問題として扱えていること、また、不法行為法は、まさにこの市民法の基礎の上において、この第三者責任問題を担当すべきものではないとしているということが現われている。

財産Vp論に対するCanarisの実際面での批判は、責任の成立とくに賠償権利者の人的範囲が無限定になるとすることである⁽³⁵⁾。この批判は、Canarisの表示責任論との対比から、次のような内容をもつと思われる。純粹財産の保護が、侵害態様によらずに、契約・「特別な結びつき」においてなされるのは、この関係に入ることによって純粹財産が競争の場からとり出されたものとなり、ここでは、市民間での行動の自由と財産的利益の同等が妥当しないものとなったということによるのであろう。行為者の側では、^(第二章の)Xの利益が特定方向性をもった表示⁽³⁶⁾への信頼によってこの関係に入っている利益であることによって、計算可能性が保たれる。表示責任は第三者のG・責任とされるから、責任根拠は独立でも、機能上はA・X間の契約とのつながりをもった責任であることが表現されている。この機能上のつながりは、Yの表示が特定の方向性をもつこと、即ち、その表示の目的・対象が特定されることで維持される。Canarisの見地からは、このような契約・信頼との関係付けを欠いた財産をVpによって保護することは、行動の自由と財産的利益の同等の場において第三者責任を承認することになる。

このような財産Vp論批判の中で現われるCanarisの不法行為法についての考え方は、次のような意義とまた残された問題点がある⁽³⁷⁾と考える。財産Vp論が、不法行為法を財産法の他の部分から独立させ、BGBの依る価値から

の変化の主張によって根拠付けられたのに対し、Canarisは、第三者責任を、信託責任というBGBの価値の平面で継続形成された制度の中に位置付けつつ、不法行為責任をあらためてこれらBGB内の諸責任との連関・統一の中においた。信託責任が第三の車線（Spur）という体系性をもちうるかはともかくとして、不法行為法に限定した場合、この体系上の視点によって、法益の区分された評価から出発して、利益との対応で保護の方法が確定されるということがあらためて根拠付けられた。責任を統一的にとらえるという視点は基本的に有用であると考えられる。しかし問題点として、第一に、体系的に、不法行為法はこのように契約法と並列しておくべきであるかという疑問がある（この点でCanarisとStollとは異なる）。このことはまた、不法行為責任——信託・契約責任という有責責任の体系という視点で考えることは、物権法との連関が視野に入らなくなり、不法行為法の財産法全体の中の機能を把握されなくなるのではないかということにもつながる。第二に、八二三条一項以外の財の保護について、行為の態様が問題となること自体はよいとしても、更に、この態様が違法（保護法規違反・良俗違反）と評価される内容であることの実質的根拠を求めることが、BGBから離れてみた場合にはとくに、必要となると思われる。このことは、まず財産Vp論との関係でいえば、財産Vp論が主張する職業義務違反という構成も一つの態様を示しているが、これが責任を根拠付けうる態様ではないとすればそれはなぜかということの説明は、態様が積極的に示され分類されることによってはじめて可能になるのだと思われる³⁹。更にまた、一般的にいつて、純粹財産的利益に限ってみても、不法行為法は、一方で、契約法の原理と調和を保った機能を、他方で、財産法その他領域とは関連をもたない処での機能をも要請されるのであり、そのための具体化・法継続形成には、不法行為法の体系的位置付けに即した・主要な態様のとり出し・分類によって方向付けが可能になると思われる。

- (1) Stoll ②、また、③ S. 496 f. シュトル・安永正昭 (訳) 「比較法的見地からみた給付約束に対する契約外の信頼責任」 神戸法学雑誌二八巻五号 (一九七八) 一一三頁以下。この構成は、契約法の補完を、問題が契約法に近付けうるかぎりでのみ行うということを現わしている。従って、成立要件は、財産 Vp よりも狭く、また、Canaris 説よりも狭い。第二章註 (8) (20) 参照。なお、一方的給付約束説については、渡辺博之「契約締結上の過失責任をめぐる体系化の傾向と「信頼責任」論」 民商八八巻二号 (一九八三) 二七六頁以下に紹介と検討がある。
- (2) Stoll ③ S. 594. ニッピ BGB のシステムと云っているのは、前後の文脈からいって、BGB 不法行為法のそれである。
- (3) Stoll ④ S. 44.
- (4) Stoll ③ S. 596.
- (5) Stoll ④ S. 44.
- (6) Stoll ④ S. 43. ニッピでいわれている「なんらかの主観的権能」というのは、Vp 設定の一つの根拠たりうるものとしての、被侵害利益の絶対性を考えているのだと思われる。
- (7) Stoll ③では、このような表現、また、内容上もとくに自律的違法性決定という批判は現われていない。また、後註 (14) 参照。他の論者によつて、この自律的設定という表現が財産 Vp 論批判に用いられることはあるが (Pickert, JZ 1987, S. 1047) 「他律的——自律的違法性決定概念を用いて不法行為法を展開する説は他にみない。例えば、Fikentscher, a.a.O. S. 658 は「Vp 一般について、自由な行状規範」というが、この概念も基本的意味をもって用いられてはいない。また、Canaris ③, S. 83 ㉞。
- (8) Stoll ④ S. 25 f. Stoll は、ニッピで第一章案七〇四条についての理由書の叙述——行為の違法を絶対的禁止法規違反と他者に属する絶対権の侵害とするそれ——をひく (S. 26. Anm. 33)° BGB 起草者が、Stoll のいう形式的・実証主義的に考

えたということはありうることである。また、Stollは、このことを行為不法論批判にも用いている（S. 25）。 BGBの解
釈論ということとを離れて違法性論という一般レベルでみた場合には、ここでも、この形式性を支える実質的価値に立ち返っ
ての議論が必要になると思われる。

(9) Stoll④, S. 26. ここでは不法行為法の外ということで一項と同じに並べられているが、民法の外か内かの相違が重要で
あると思われる。この点もやはり実質的価値の視点にかかわる。なお、八三一条一項に関しての他律的違法ということの
他の問題点は更にのちにふれる。

(10) Stoll④, S. 26. Stollによれば、BGB第一草案の一般条項と現行法の列挙的構成要件の間には違法性決定についての原理
的相違はなく、現行法での個別的構成要件は明確化のためだけである（S. 27）。

(11) Stoll④, S. 30.

(12) Stoll⑤, S. 506. このことは、Bruggemeier に対しての、BGBの立場を「一定の経済・社会哲学的な基本姿勢に還元しよ
うとする」という批判になる。Stollが構成要件・法治国家性を強調することには共感をおぼえるが、Stollにおいてはこの
要請が形式性（それが重要であることは否定しないとしても）と直結しているようにみえる。この点が、BGBへの密着
から離れてみた場合の、自律的違法性決定従ってまた財産論批判の問題点につながる。

(13) Stoll④, S. 32. 既存の規準を適用する場合には、論拠は規準にとって重要かということであるにかけられるのに対し、
個別事件の全体的衡量によってその事件のための「規準」をつくり出すことに対しては、事件についての論拠はさまざま
な角度から出されるから、裁判所の判断に対しては、常に批判が生じうるということ、全体的衡量において重要とされ
る事柄は、それだけとり出すと容易に批判されうることになる、ということであろう。なお、ここでの司法の権威という
ことは、法治国家理念とおきかえうるものであろう。

- (14) Stoll ①及び Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ 1958, S. 142 には、既に他律的決定の方法が窺える。しかし、他律・自律概念が明確に形成されるのは、財産VP論従つてまた④の直接のきかけとなる Bar ②が、違法性論争と異なり、不法行為法全体に及ぶものであるということによるのだと思われる。
- (15) Stoll ③, S. 594 ならむ。
- (16) Stoll ④, S. 13.
- (17) Bar もこれに属す。この動きは、アカデミー草案以来くり返しあり、近時では、J. Rötig, Erfüllung des Tatbestandes des §823 Abs. 1 BGB durch Schutzgesetzverstöß, 1973 が代表的。
- (18) ヲベジ、F. Peters, Zur Gesetzestechnik des §823 II BGB, JZ 1983, S. 913. また、Canaris ③, S. 45 ff.
- (19) Stoll ⑤, S. 508.
- (20) Stoll ④, S. 30, 32, 42.
- (21) Stoll ④, S. 26, ⑤ S. 508.
- (22) 或いはこのことには、Stoll ④が講演であるということが理由になっているとも考えられるから、その後まお、といった方がよいかもしれない。
- (23) Bar の八二三条二項説は、法律上の評価の内容に関してはいいない。なお、Stoll は、ドイツの裁判官について、「感情司法 (Gefühlsjustiz) の危険は、ドイツの方が、英法系より大きい」としており (Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr, 1961, S. 276) Bar (第三章註 (11) 参照) と対照的である。
- (24) Stoll は、「財産VP論に対して、「法解釈ではない」という表現での批判はしていないから、主観的解釈のみを解釈としているわけではないであろう。」

- (25) Canaris の信頼責任論 (Canaris ①) の紹介・検討は、喜多了祐「カナリスの表見責任論について」、『企業と法』・西原寛一先生追悼論文集』(一九七七)二頁以下、高橋三知雄「表見代理と信頼責任」関西大学法学論集一六巻四・五・六合併号(一九七七)六五頁以下、渡辺・前掲二七二頁以下。第三者責任問題は、信頼責任のうちの中心である履行請求権を根拠付けるものではなく、法定保護義務論で扱われるものである。法定保護義務論については、奥田・前掲二四八頁以下。渡辺・前掲二七五頁以下、宮本・法学志林七九巻一号一一頁、田沼証「Canaris の統一的法定保護義務関係論」比較法雑誌一八巻三号(一九八四)七五頁以下など。
- (26) Canaris の不法行為法論については、また、田沼・前掲八五頁以下参照。
- (27) 以下は、Canaris ③, S. 30 ff.
- (28) Vp の評価は、Stoll (Canaris をひきつ) ④ S. 13) 及びその他の多くの説と共通し、財産 Vp 論者に共通する Vp 一般の性格付け(立法上の評価と異なる司法上の形成物とする)と対立する。なお、Canaris による、Vp と BGB 規定との関係付けについては、Canaris ③ S. 77 ff また 81 ff 田沼・前掲八八頁以下。
- (29) 八二三条二項のこの位置付けは、Bar 説に対する批判につながる(③ S. 80)が、また、Canaris による八二三条二項の適用範囲限定のための解釈論(田沼・前掲八六頁以下)に導びく。本稿ではこれには立入れないが、この解釈論は興味深いものではあるが、なお、後にのべる行為態様理解の問題点を免れていないと思われる。
- (30) Canaris ③, 33 ff. 契約責任の規準は、他に履行補助者についての二七八条、義務の強さについての二四二条の適用がのべられ、証明責任については、相違は後退しているとされる(③, S. 34)。なお、時効と慰謝料については、不法行為責任に近付けられる(③, S. 108 ff)。
- (31) Canaris ③, S. 35.

(32) Canaris ③, S. 36 f. 違法性論争における行為不法論は、八二三条一項の財についてそれを貫徹することが眼目であったわけであるから、Canaris は、この意味では、行為不法論には属さないことになる。なお、違法性論争が、八二三条一項を離れた場合、即ち当然に行爲不法とされている場にとって逆に、違法性内容の明確化のためにいかなる意味をもちうるものであったかは検討の余地があると思われる。

(33) とはいえ、Canaris は、BGB が純粹財産の不法行為法上の保護において不十分な点がないと考えているわけではなく（とくに、八二六条の故意要件）、ただ、その解釈上の解決は、「特別な結びつき」による責任に求めるべきとしている（③ S. 37 ff.）。この点は、第三者責任問題を「真の不法行為」とすることへの批判と結びつくものである（③ S. 90）。これは法的構成の基本的問題にふれるが、一定の社会的事実への法的接近の仕方は複数ありうるわけで、法的構成は、法律の規定との関係も含め、実際上の選択の問題であるといえようから、Canaris の指摘は有用である。

(34) Canaris ③, S. 83.

(35) Canaris ③, S. 37, 95. なお、Canaris は、この人的範囲についての批判に関連して、二度にわたって、原則として保護が否定されるべきであるとする間接被害者に言及している（S. 37, 38）。財産 Vp 論は、直接被害者について論じられており、Canaris もこの言及を Vp 論の内容として行っているわけではない。しかし Canaris の言及は、第三者責任問題を純粹財産一般の保護のための注意義務という次元で捉えると、間接被害問題に近付くと彼が考えていることを暗に示している。

この点はあながち的はずれとはいえないだろう。問題は、限定規準が間接被害に近い部分を切り離すことに適合的かという点にある。

(36) Canaris ③, S. 95.

(37) Canaris の不法行為法像が「実定法の解釈を基礎とした Dogmatik」（田沼・前掲九二頁）であることは（他の論者のそ

れと同じく）当然であるが、Canarisが積極的にこれを是と選択していることの意義は、BGBへの密着をこえて、検討に価する事柄である。

(38) 果して、契約法の周辺にある諸責任がそのように体系化されるべきものであるか、それらは体系をなすとみるより個々の契約との関係で意義付けらるべきものではないか、との感をもつが、この信頼責任論——継続形成の方法論とも深く関係しているそれ——の検討は本稿では行いえない。

(39) Canarisは、職業上の義務に関して、それは法的義務の内容に影響をもちうるということはいえても、現行法上、独立した責任根拠ではないとする(③, S. 83)。純粹財産に限れば、Canarisにおいて、Vpは八三三條二項・八二六・八三一條の一要素となるとされる(Canaris③, S. 81 f)ことから、職業上の役割はそこでの義務内容には意義をもちうるということであろう。現行法上独立の責任根拠でないということは、BGBによる責任根拠たる行為態様の要件とは異なるということであるが、Canarisによれば、まさにこの要件構成が、部分的欠陥は認めつつも、支持されるべき原理を表わしているとするのが、Vp説によって「現行法」の解釈として提示されているものを拒否する根拠となる。なお、更に實際的理由として、職業責任として以外の場でも情報責任がありうること、また逆に職業人であっても無償での「取引的領域」以外の行為では責を負わないということをあげている(④, S. 84)。前者は、責任根拠は、職業人としての属性によるのではないという意味で一般性をもった結合——信頼関係によるべきであるという主張につながる。後者は、異った原理に立っても、職業責任の構成の仕方によっては回避可能な批判であろう(Bruggermeier④, Rz. 292)。

第五章 むすび

財産V_D論においては、不法行為法がV_D違反を中心として構成され、その中でV_D違反による純粋財産損害責任が現代社会で一つの基本的意味をもつ制度をもつものとされることによって、判決の理由付けの批判ということに留まらず、その主張は、不法行為法の再編を内容とするものとなった。論者によって現われ方に相違はあるが、そこでは、抽象的存在としての法主体が一般市民として、いかなる利益についていかなる保護を受けうるかという視点で違法性が扱えられることはない。それとは逆に、不法行為法のくみだての出発点におかれる行為義務の主体は、V_D論ではとくに、市民としての一般性において扱えられるものではないということによって、不法行為法を一般私法の一部として位置付けることから離れる方向での継続形成が主張された。このことは、不法行為法を社会・経済政策の実現に広く開かれたものとすることに適合的であり、また、Mertens, Brüggemeierにおいてはそれが自覚的に目指された。これに対し、財産V_D批判説によって、一方、第三者責任問題を、市民として入りこむ結合関係のそれと性格付けて、そのための準契約構成を用意しつつ、あらためて、不法行為法を市民法の一部として位置付けることによって、画定された機能をもつものたらしめるという意味を持ちうる主張がなされている。かくて、財産V_D論とその批判は、不法行為法の体系的位置及びよってたつ原理をめぐる争いとなり、このことは具体的に法的な重要な事実は何であるかの視点の相違であって、それは、第三者責任の成立要件の個別規準の内容に結びついていた。更にまた、論争のなかでそれとしてとり出されてはいないが、これら争いの背後にある一つの要素と

して、法解釈方法論上の問題がある。即ち、BGB不法行為法に過失による純粹財産損害についての責任のための規定がないということをごえて、それをもたないことよって立つ考え方そのものと対立する法形成があるべきものであるか、ということである。判例・学説上の準契約構成も具体的内容においてなお多く争われているに拘わらず、財産 Δ の Δ 説が必ずしも大きくは支持を広げていないようであるのは、このような体系的及び方法的な基本的問題とのつながりの故であると思われる。

わが国不法行為法を考えてみた場合、第二章でのような第三者責任を七〇九条の下で要件構成することには、たしかに、しばしばいわれているように、BGB不法行為法の規定と異って、条文上の手掛りがないという意味でのいわば消極的な障害はない。しかしながら、いかなる機能をもつ不法行為法をもつべきであるかというレベルでは、ドイツでの財産 Δ 論をめぐる議論に現われてくる問題点はやはり同様に生じてくる。方法的に、体系思考を法律学にあるべきものとみるのではない場合には異ってくるであろうが、筆者は、民法学は、一方、違法性の明確化という方向で不法行為法の機能の確定をすすめ、よって立つ原理を具体化し、他方、第三者問題の実質的責任根拠をどこにみるかを説明しなければならぬと考えている。このいわば体系論の一部というる類型化及び位置付け問題は、個別規準構成と結びつき、また、ドイツにおけると同じというわけではないにせよ、やはり、法解釈方法論上の問題とも関係している。これらの点について、財産 Δ 論よりもむしろその批判説に、そしてとくにSoillの違法性論に、それをBGB解釈論であるという性格から離してみた場合、不法行為法の一般の実質的機能を把えて更に継続形成を行うということについてはなお充分なものとなっているとはいえないとしても、不法行為法の位置付けの基本的方向をあらためて示したという点で、わが国の七〇九条の具体化にとっても、くみとるべき有用な視

点が含まれていると思われる。

△付記▽脱稿後、Bar^⑤につき、浦川道太郎「不法行為法改正に関するフォン・パールの立法提議案」(下森定他編著『西ドイツ債務法改革鑑定意見の研究』(一九八八)所収)に接した。