

# ナチス時代の民法学における実質的判断 要求と規準構成

——不法行為法改革論を素材として——

中 村 哲 也

- 第一章 序 論
- 第二章 ランゲの損害賠償法改革論
- 第三章 シェトルの不法行為法改革論
- 第四章 ドイツ法アカデミーの損害賠償法改革案
- 第五章 エッサーの不法行為法改革論
- 第六章 まとめ

## 第一章 序 論

本稿は、ナチス時代における民法学のなかで、実質的判断要求と規準構成がどのような姿をとり、その基礎には

どのような評価視点が存するのかわ、不法行為法<sup>(1)</sup>改革論を素材として検討しようとするものである。改革論議の法的特点である、一般条項の扱い・裁量の主張が検討の対象となる。

ナチス時代の民法学による解釈論・立法論また方法論の多くは、形式的規準批判・実質的判断要求を共通にしている。一般条項・裁量の主張に最も明確にこの方法的特色が現われる。ここでいう一般条項の主張というのは抽象的であれ規準の提示であるもの、裁量の主張というのは規準提示がないものである<sup>(2)</sup>。たしかにこの両者は実際的には流動的である。一般条項として提示されるものが規準として機能しないものであるために、裁量を求めることと同義となる場合もある。しかし、一般条項にはなお再構成操作を通じて、規準として働きうる可能性が抽象的には存しているという点で、一応の規準が提示されているか否かで両者を区別することが有用であろう。その場合には、明示的な裁量の主張以外は一応一般条項論にとり入れて、その内部で、規準としての機能の確保が図られているかを検討することになる。

この時期の一般条項・裁量の主張には二つの性格がある。一つは、既に BGB 制定当時から存在していた、BG 批判・実質的判断要求の主張の継続・発展という性格である<sup>(3)</sup>。これは、形式的規準が市民社会的法的保護の要請に対応できないという主張であって、ここには、ナチス時代ということを超えた問題の一般性がある。もう一つの側面は、ナチス政治権力による非訟的処理への要請<sup>(4)</sup>との密接な関係である。この要請には、国家の政策目的の優先ということと、それを根拠付けうるような法的評価基礎の変更の要請が含まれており、民法学による一般条項・裁量の主張・その根拠付けには、このことへの明示的・黙示的対応という性格がある。もちろん各論者において評価基礎の変更が完全な姿をとるとは限らないし、また、評価視点がつねに自覚的に設定されるというわけではない。ナチス前との連続的性格をもつ社会適合的側面と評価基準の変更の側面は結びついて現われる。それぞれの主張の

なかでこの両者はどのような関係にあるのか、最終的にナチス時代の民法学のこれらの側面はどのような推移をたどるのかということが問題となる。実質的判断要求の基礎的視点の所在ということは、前述第一の側面をより広い領域でかつより強い社会的要請への対応としてもつ現代民法学にとっての問題でもある。

不法行為法改革論を素材とすることは、BGB規定のもつ高度の形式性に対して、基本的な点での立法的改革が主張され、そこでは、一般条項・裁量の主張が中心になったということ、及び、わが国の現代民法学において、一般条項・裁量問題が大きな問題となっているのが不法行為法領域であるということによる。

(1) 危険責任を不法行為責任から区別するということが改革論議のなかで行なわれる主張であるが、ここでは、危険責任論も含めて、不法行為法改革論とする。ただし、不法責任というときは、危険責任と対置されたものである。

(2) 一般条項と裁量のこの区別は、別の表現をすれば、前者における解決の唯一性の要求と、後者における同等の複数の解決可能性の選択の自由ということになる(このことにつき、とりあえず、Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1959, S. 309)。なお、本文での定義付けは、行政法学上の法規裁量・自由裁量の概念とは拘わりをもたない。

(3) 例えば、改革論の中に出てくる、過責と賠償義務の比例ということも、この時期において出てきたものでなく、イエーリング以来くり返し現われる主張である(斎藤修「スイス法における損害賠償額の決定」『民商七八巻二号(一九七八)二〇五頁、二〇九頁註③参照)。ここでの問題は、改革論のなかでのこれらの主張の根拠付けとなる視点である。

(4) Frank, Nationalsozialismus im Recht, ZAKDR., 1934, S. 1. Freisler, Einige Gedanken zur Erneuerung des deutschen Gemeinrechts, DGBR., 1937, S. 92. derselbe, Richterarbeit—Lebensgestaltung, Festschrift für Bumke zum 65. Geburtstag, 1939, S. 31ff. 拙稿「ナチス民法学的方法的分析(下)」『法学四二巻一号(一九七八)六一頁以下。

## 第二章 ランゲの損害賠償法改革論

ナチス期に入ってから、まず、ランゲによって、不法行為法の改革が主張された。彼にとっては、「正義が硬直した法律に優越すべきならば、賠償義務の要件及び範囲は、民法の硬直した有か無か (Entweder-Oder)」、全部が無か (Alles oder Nichts) から解き放たなければならない」ということが関心であった。ランゲにおいては、効果論での、適切な補整 (billiger Ausgleich) の主張が中心になるが、それと関連をもって、成立要件の点でも、BGB及び従来の民法学による概念構成への批判が行なわれた。

一、成立要件に関して、ランゲは、「あらゆる有責な (verschuldet) 侵害は、賠償を義務付ける」という一般条項を主張する。「新しい国家は、刑法の整備において、あえて一般的なそれ故計算可能でない構成要件に進んだ。それ故、ますますもって、不法行為法においては、裁判官による形成への個人主義的懸念と決別しなければならない<sup>(3)</sup>」ということが根拠付けである。

ランゲにとって、この一般条項の主張は、BGBの個別構成要件の否定が関心であって、一般条項を明確化して、それらに代わる規準としての機能を確保するという試みは存在しない。「計算可能でない」ことが正面から承認されているのである。有責の要素たる過失の判断について次のようにいう。「新しい法は、……過度に精巧な段階付けとは明白に決別しなければならない。注意義務を、すべての者は、他者とのいきき (Verkehr) において、他者及び共同体に適切な顧慮を払う義務を負う」と一般的に形造らなければならない。そして、必要な注意の程度を決めることは、個々の事件の評価に委ねることができる<sup>(4)</sup>」と。たしかに、これだけの叙述からは、個別事件での決

定が、「適切な顧慮」という規準の具体化と考えられているのか、全くの個別事件での衡平判断が考えられているのかは明確とはいえない。しかし、かりに、「適切な顧慮」が一般的規準と考えられていたとしても、規準として機能するためには、その内容を明確にする志向が存しなければならぬ。彼の主張には、むしろ、「適切な顧慮」の規準としての働きを確保することへの否定的態度が窺われる。彼には、一般的規則 (Regel) の機能への懷疑があった。ここでの一般的規則というのは、注意義務が段階付けされたものである。「責任尺度の一般的段階付けは、既に従来法でもほとんど意味をもたなかった。いききにおいて命じられる義務の重大な違反即ちすべてのものが知っていることを知らないこと (id nescire, quod omnes sciunt)」、いききにおいて要請される注意を払わないこと、善良な家父の注意義務の違反、これらはすべて、個別要件事実をはなれては、ただ慣用句、内容のない形式であるにすぎない。個別事件の評価、他の諸事件との比較によってはじめて判決が下される。<sup>(5)</sup> ここには、個別事件での評価の存在の認識を基にして、従来規準の機能への批判がのべられている。しかし更に、彼においては、評価を規準と関連させて考えること自体への懷疑が存する。即ち、評価がすべての出発点をなしている、その他の手続は正当化としてのみ存するとみる。彼は、裁判実務の現実についての認識を、「かくて、一般的規則の個別事件への適用という幻想が維持される」と結ぶ。この「幻想」に対しての彼自身の主張が、「必要な注意義務の程度の決定を個別事件の評価に委ねる」ということであった。ここでは、裁判所によって行なわれるとされる個別事件の評価内容そのものを批判することは行なわれていないで、「一般的規則の適用」の外観を必要とすることへの批判がある。かくて、「一般的に形造くらるべき」とされた「注意義務」ということは、それ自体「一般的規則」として働くことを予定されていないと同時に、そのように機能するための再構成を予め拒否するということを表わすものであった。

このような過失責任の規定の仕方と共通して、危険責任についても、「新しい法は、……ここでも、個別事件の柔軟な形成を過度に技巧的な規制より優先させなければならぬ」と、明確な成立要件構成への消極的姿勢を示す。

たしかに、ランゲの主張するような不法行為法における一般的構成要件は、それとしてナチス的であるというわけではなく、法的保護の拡大への社会的要請に対応するものとして、一般的現象として生ずるものである。しかし、彼は、この一般条項の内容的明確化作業を否定し、更に、ナチスによる罪刑法定主義の否定と類比させて、成立要件が「計算可能でない」ことを承認する。彼自身自覚的であるかとは別に、この類比には、彼の一般条項の主張が上述の一般的現象に留まるものではないということが表現される。即ち、罪刑法定主義の否定は、国家と私人の間での国家の刑罰権発動に対して、私人の側の人権の存在という拘束的な判断前提とされたものを取払って、国家による・秩序維持・形成についての政策的判断を全面化するという意味をもつ。ランゲの一般条項の主張は、これに対応して、私人と私人の関係においても、国家による判断に対して拘束的な・私人間の（人格・財貨帰属の相互承認といった）権利義務関係を前提とした規準を取払って、私人の賠償を求める地位の存否を国家による政策的衡平判断に依らせるという意味をもつ。この要件論は以下のような効果論と結びつくことが予定されていて、それによって全面的衡平判断要求という性格を明確にする。

二、賠償義務の内容決定の方法について彼は次のようにいう。「とりわけ、硬直した賠償義務は柔軟に形成され、それによって、協同体思考が実現されなければならない。硬直した損害賠償は、かくして、適切な補整に道を譲らなければならない。」<sup>7)</sup>「ここでの問題は、柔軟であることの具体的内容、柔軟ということが共同体思考と関連させられることによってもつ意味である。ランゲは更に次のようにいう。「自由主義の皮相な正義思考にとっては、加害

者或いは被害者が富んでいるか貧しいか、加害者が賠償義務によって破滅することになるかどうか、被害者が損害の一部を易々と自身で負担しうるかはどうでもよいことであった。"これらの偶然的"な個人的事情の顧慮は、自由主義の皮相な正義思考にとっては不正義であった。共同体思考にとっては、これらの事情の顧慮は、共同体義務の実現、硬直した法的安定性に対する正義の勝利を意味する"<sup>(8)</sup>と。ここでは、適切な補整は両当事者の財産状態の顧慮を主として内容とするということが示されているが、それらの顧慮は、一定の内容をもって原理的に存在する損害賠償請求権を前提として、その政策的修正を行うという方途(請求権内容の例外的修正の規準を構成する、或いは、実体法上の請求権の内容には触れないで執行法上の手当をするというような)を予定しているのではない。適切な補整ということ以外の決定方法は示されず、一般的に「厳格な賠償義務は、適切な補整に道を譲らなければならぬ」とされているのであって、むしろ修正的規準構成の方途を拒んで、財産状態の顧慮(それらはいくまで例示的なものである)をはじめとした総合的考慮によつてはじめて賠償義務内容が決定されると考えられていた。<sup>(9)</sup>「適切な補整」ということ自体は規準として働くものではなく、また、「適切さ」を判断するための規準の構成は予定されていない。「適切な補整」は、それまでの決定方法を否定するという意味を強くもつものであったが、新たな衡平判断要求は、私人の一定の内容をもつ請求権の存在を判断の拘束的な前提とすることを排して、共同体|| 国家の裁量による賠償義務の形成を求めるという意味をもった。

「適切な補整」が裁量を意味するということは、更に、ランゲが、適切な補整のための手掛りがBGB八二九条において既に実定法上端初的に存在していることにも現われている。「ここでは、賠償義務の範囲、根拠、額について、衡平・当事者の事情の顧慮が決定する。この考え方が賠償義務全体に拡大されなければならない。その場合には、裁判官が、個別事件の状態を衡量し損害を算定するだけでなく、その負担可能か否かも決定する可能

性をもつ」と。八二九条は、損害賠償請求権が、例外的に加害者の責任能力の不存在の故に、成立を阻止されている場合に、裁量によるその部分的な成立（実質的には復活）を、きわめて限定された範囲で承認するものである。これに対して、八二九条を全損害賠償法に拡張するという主張は、八二九条の前提—損害賠償請求権の成立・効果は本来的には裁量に委ねるものではないという—を否定することであって、従来とは全く異った原理・視点を導入することを意味する。

また、この適切な補整による賠償義務の内容決定は、相当因果関係概念を不用にするものであった。彼はこの概念の機能を、その下で行なわれる衡平判断のためのかけつけ（Deckmantel）であるとみている<sup>(12)</sup>。彼にとっては、衡平判断は適切な補整によってより完全に行なわれるのであって（相当因果関係の下では、全部か無かである）、相当因果関係概念に代わる画定規準を設定することは関心にはなかった。

このような適切な補整は、前述の成立要件の一般条項化とそれに伴う帰責根拠の不明確化と結びついて、不法行為全体を衡平判断の領域とすることになる。「裁判官は、寛大さと厳格さを組み合わせ、無過失或いは過失ある行為の場合の適切な補整を、故意の侵害の場合には完全な賠償そして厳しい償い（harte Buße）に高めることができる」とする。

三、ランゲにおいては、その諸主張は、多面にわたるBGB批判を、適切な補整更に共同体思考に結びつけるという側面をもち、衡平判断の全面化を、法的操作をへた政策的体系として提示することが行なわれているわけではない。そのために、裁量の必要性を、（過失・無過失、また後者のなかでも種々ありうる）諸問題に即して論じるのではなく、衡平判断一般が共同体思考によって正当化される。ランゲは、「一つの判決のみが正しい」とする考え方を、「自由主義的法思考」であると批判する<sup>(14)</sup>。ランゲは、同等の複数の解決可能性の存在の場合の、判断者に

よるありうる相違を意識していたが、この問題は、「新たな国家は、民族と結びついた (volksgebundener) 裁判官による形成は、恣意でなく、正義を意味する」ということを知っている<sup>(16)</sup>」として、いわば回避される。この回避は、実際には、判断者による相違の黙示的認容である。

そして、更に、全面的衡平判断要求、即ち、市民社会において生成する私人間の権利義務規範を基礎にして裁判所の判断にとつて拘束的規準を構成することの否定を次のように共同体思考によつて根拠付ける。「個人を共同体の下にくみ入れ、従属させ (ein-unterordnen)、個人々の中に紛争対立者でなく、法仲間をみる考え方は、個人主義的・物質主義的思考様式より、より正当性をもつて、個人及び全体の法的平和のために、個人に犠牲を要求しうる<sup>(16)</sup>」と。

かくして、ランゲの不法行為法改革論の特色は、形式性批判—実質的判断の要求が同時に一般的規準のない、個別事件における具体的評価—衡平判断の全面化であるということにある<sup>(17)</sup>。そして、この考え方の基礎は、一定の内容をもつた損害賠償請求権の原理的存在というところにある。ランゲのこの時期の諸論稿は、素描的性格をもつが、そのいわばアピールとしての効果において、衡平判断要求の潮流を造ることに力があつた。

たしかにランゲの主張には、ナチス前からの実質的判断要求の傾向を促進するものという側面がある。ランゲは、ナチス前の判例の実質的判断の内容への批判を行なわな<sup>(18)</sup>い。また、自らの主張を、「諸外国の法が既に歩んでいる途」とのべている。ここでは主としてスイス債務法が念頭におかれてい<sup>(18)</sup>ると思われる。しかし、ナチス前の判例が尚維持していた一般的規則の適用ということ自体を批判することを通して、彼の不法行為改革論は全面的衡平判断要求の意味をもつ。更にこの時期において実際の意味をもちうる形で共同体思考によつて根拠付けられる。これらのことによつて、彼の反形式的主張は、市民社会の権利義務規範を規準構成の基礎とすることの排除という点

で、連続面だけでない、「新しい」法の主張となった。

- (1) 正確にいえば、債務法全体の改革の主張のなかの一部である。また、ランゲは不法行為法を独立して論じているのではない。彼によれば、「義務＝共同体思考が個人を結びつけなければならない程、ますます不法と契約法の対置は消え、両者は相互に重なりあう」。このことによつて、「不法と契約違反の分離が消滅する(Lange, Heinrich, Vom alten zum neuen Schuldrecht, 1934, S. 79, 91)」。この同一化は、それぞれの領域の規制のあり方から帰納的に導かれたのではなく、顧慮義務の性格付け、契約の共同体思考からの把握によつている。「顧慮義務は、一定の他者に対して自ら欲して服従するということに根拠をもつものではなく、共同体に服しているということから既に出てくるものであり、特別な結びつきなしでも、すべての者に対して存する(a. a. O., S. 79)」と。このことから契約から区別された不法行為における顧慮義務が根拠付けられるのではなく、契約・不法行為の分化が導びき出される。この一体化の主張は、その後には影響力を持たなかった。一九四三年に Michaelis, Beiträge zur Gliederung und Weiterbildung des Schadensrechts が、契約・不法行為の対立を克服しようとしていると批判(Lange, Hermann, Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, 1960, S. 23) が、現在まで同論文を入手できていない。
- (2) Lange, Heinrich, a. a. O., S. 80.
- (3) Lange, edenda. なお、以下、ランゲに関してだけでなく、Verschuld を、それが、故意・過失と違法性をあわせたものであるとき、「有責」とし、同じ言葉でも、故意・過失を指すときは、「過責」と訳すことにする。
- (4) Lange, a. a. O., S. 81.
- (5) Lange, ebenda. 註(1)にのべたように、契約違反と不法行為が同一の規準で考えられているので、Verkehr を取引としない。

- (6) Lange, ebenda.
- (7) Lange, a. a. O., 82.
- (8) Lange, ebenda.
- (9) Vgl. Baur, *Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts*, 1935, S. 50f.
- (10) ランゲの考え方は、北川善太郎『損害賠償論序説(一・完)』法学論叢七三卷三号(一九六三)四六頁に、「損害賠償額を一般条項により制限する考え方」としてあげられている。しかし、ランゲにおいては、既に存在するものの制限というより、そのような請求権の原理的存在を前提とすることの否定という方向が(自覚的か否かは別にして)窺がわれる。なお、第四章註(11)参照。
- (11) Lange, a. a. O., S. 82.
- (12) Lange, ebenda.
- (13) Lange, ebenda.
- (14) Lange, *Entscheidung oder Ausgleich im bürgerlichen Recht*, DJZ, 1934, S. 1297. ところで「調整(Ausgleich)」は、判決||形式的思考と対置された非訟的裁判を指している。そこでも八二九条が一つの典型とされており、ランゲのいう「適切な補整(Ausgleich)」は、「損害補償」というだけでなく、「調整」という意味も含んでいると思われる。
- (15) Lange, *Vom alten zum neuen Schuldrecht*, S. 80.
- (16) Lange, DJZ, 1934, S. 1302. この「犠牲」の要請は、また「相互的讓歩」の要請とも表現されている。
- (17) なお、このようにいうことは、彼が、民法法全般に亘って一般論として、また明示的に、そのような方向を主張するとうことを意味するのではない。彼は次のようにのべている。「新しい法は、厳格な法命題だけを知っているということではなならないし、一般条項だけを知っているということでもいけない。もっぱら法的安定性という考え方に基づくことも、個別事件

の衡平な解決という考え方の上にだけ構築されてもならない。この両者は、相互に結びついて正義の思考に奉仕しなければならない(Lange, Von athen, S. 45)」と。また、「一般論において、「調整」を共同体思考によって根拠付ける際にも、それは、「判決と並んで」の可能性を示すという叙述である(Lange, DJZ, 1935, S. 1302)。このことは次のように説明されよう。

第一に、明示的に、裁判官の一般的な判断自由を承認することは、ナチスの評価を一般的に解釈・立法の方向として掲げることと矛盾する。市民社会からの拘束を取払って国家権力発動の自由を促進することと、それを、個々の裁判官の判断自由として明示的に表わすことは必ずしも一致するわけではない。第二に、一般的に裁判官の判断自由を全面的に主張するということは、実体法学としては、自己の存在意義を否定するに等しい。従って、個々の領域での主張は、一般論(勿論それ自体の機能もあるが)との関連の下で、それぞれの領域における判断がなされなければならない。第三に、不法行為に限定せず一般的にいえば、ナチス下においてもナチス前と同様の解決を要請する社会関係が基本的重要性をもつて存在するのであり、ナチス前からの規準は有用性を全く失うということはない。異った評価基礎に基づく一般条項(新たなそれ或いは既存のものという意味変更によって)の存在が承認されれば、一般論として形式的概念をすべて否定する主張を行う必要はない。

なお、念のためにいうと、衡平判断要求の性格をもつということは、法律忠実(ナチス前の法律の明示的な適用拒絶の禁止)の主張(Von athen, S. 41)と矛盾するものではない。

(81) Lange, a. a. O., S. 82.

(19) ランゲの場合、過失・無過失、損害の種類を問わず、すべての問題を適切な補整に委ねる点で、過失による財産損害についてのスイス債務法四三条一項より広い領域である(問題は、その時期での提案のもつ意義、評価の視点であって、裁量範囲の広狭だけにあるのではないが、このことが機能のうえで重要なことであることは変わらない)。また、スイス型のような、損害の範囲と額の算定を別にして、後者を裁判官の裁量に委ねるといふものではない。ランゲの提案がスイス債務法四三条一項よりも「より大きな裁量の余地を与える」という指摘を Hermann Lange, a. a. O., S. 22 が行っている。なお、スイ

ス法について、「生じた損害は原則として完全に賠償されなければならないと觀念されて」おり、四三條一項の運用における裁判所の態度には「慎重と自制」が存在するとみられているという指摘がある（斎藤・前掲二〇四頁、二二三頁、ただし、斎藤氏がこのことを強調するというコンテキストではない）。

### 第三章 シュトルの不法行為法改革論<sup>(1)</sup>

一、一九三六年に表わされたシュトルの改革論には、法学的操作を通して、共同体思考に基づく視点からの新たな不法行為法の体系を提示するという志向がみられる。彼の改革論は効果論を中心とする<sup>(2)</sup>。

シュトルにおいても、BGBの形式的規程に対して、個別事件における具体的判断の要求が主張の中心におかれる。ランゲが衡平判断要求を前面に出し、それを一般的に共同体思考によって根拠付けたのと異り、シュトルは、不法責任（Unrechenschaft）と事故責任（Zufallshaftung）を峻別し、求められる具体的判断の原理が異なるとする。彼は次のようにいう。損害という結果の内部で次のような二種類の場合が区別されるべきである。加害者の正しい行為によれば回避され得た・また回避されるべきであった諸事件と、損害結果がくり返し一定の活動の行使の直接的結果として起こりうる諸事件とが。第一のグループを不法責任、第二のグループを事故責任という表現を用いたい<sup>(3)</sup>と。彼にとつてこの区別が重要なものは、「損害賠償義務という視点の下でそれらを統一的に規制することはもはや可能とは思われない」<sup>(4)</sup>からである。「損害填補（Schadloshaltung）といふことなかで、厳格な損害賠償（Schadensersatz）請求と、適切な補償（billige Entschädigung）を、不法行為においては損害賠償義務が、事故責任においては適切な損害分配（eine angemessene Schadensverteilung）が問題となるといふことを強調するため

に、原理的に区別すべきでないかが検討されるべきである」と。<sup>(5)</sup>

二、シュトルは、不法行為責任を損害賠償の問題であることは、裁量が排除されるということではない、とする。「現行法に対して、裁判官の裁量の拡大が是非とも必要である」。<sup>(6)</sup>「損害賠償の種々の目的、利益補整の困難は、法律の基本的態度を表現する確固たる規則と並んで、個別事件の衡平と法的感情を考慮に入れるために、裁判官による裁量の拡大を要請する。この種の一般条項はBGBには欠けている」と。<sup>(7)</sup>この一般条項の導入による裁量領域の創出、及びこの裁量に予定される機能、その根拠付けが彼の改革論の一つの特色となる。

彼にとって、損害填補一般の問題となりうる加害は、「我々の法を支配している共同体の思考からは、共同体秩序のかく乱或いは民族財産にとっての損失である・民族仲間の人格或いは財産の侵害のみ」である。<sup>(8)</sup>そして、法秩序は、そのような侵害が生じた場合には、秩序の侵害が回復され、被害者の損失が償われるということに努めなければならぬ（補償目的）。「侵害された秩序は、加害に対しての、法的感情に合致した反作用（Gegen-und Rückwirkung）が確定されることによって回復される」。<sup>(9)</sup>そして続けて、損害填補が行なわれても、当事者間の財貨の移動であって、民族財産の損失は償われない。全体にとっては、賠償給付は民族財産の増加ではなく、異った分配にすぎないとする。このことから、損害賠償が共同体にとって新たな傷を造り出すことにならなければならないということが導き出される。<sup>(10)</sup>

不法責任における、秩序回復のための「法的感情に合致した反作用の確定」が、損害賠償義務の内容の決定である。シュトルによれば、このことは、三つの視点の下で行なわれるべきものとされる。①損害賠償は、被害者に対して被った不利益を填補すべし〔補整目的（Ausgleichszweck）〕、②しかし、被害者にとって利得になってはならないし、また、債務者を不当に圧迫してもならない（損害制限の原理）、③債務者は、第三者或いは被害者の負担

で自らの責任から免れることはできない(責任思考)<sup>(11)</sup>。

①については、「債務者が蒙った全損失を賠償してもらおうことが補整目的にあう」とされ、このことを「確固たる規則」で表現するという点でBGBが積極的に評価される。「BGBは、……侵害結果が生じなかつたら存したであろう状態を指して(損害を)除去することによって補整目的を正しく強調した」と<sup>(13)</sup>。

そして、不法責任における裁量は、被害者の側に要因の存する過失相殺・損害相殺と並んで、②の視点の下で考えられている。彼は、完全賠償を故意(或いは重過失)に限るべきであるとし、その他の場合をこの裁量領域とする。そこでは、「損害賠償請求権は、すべての事情、ことに原因の態様・過責の程度に従って、そのときどきに個々に形成されなければならない、このようにして個別事件の真の状況に適合されなければならない」とする<sup>(14)</sup>。この裁量の主張は、刑法上の処罰と類比して語られる。「刑法において、心情の名譽を欠くこと(Ehrlosigkeit)、行為者の性格全体、行為の重大さが一緒になって刑罰に影響を与えるのと同様に、ますますもって、損害填補がすべての事情によって判断されなければならない」とされ、前述の賠償義務の段階付け、過失における裁量による内容決定が、「刑法においては、原則的には、故意に關してだけ責任が負わされる。それに対応して民法においては、……」と導き出されるのである。

彼において、賠償義務の決定の三つの視点(とくに①②が重要)が示されていたが、実際的には、①と②は、原則と例外という関係にはない。賠償義務の制限ということのなかで同列におかれている過失相殺・損益相殺がそれぞれ働いたための一定の要件が考えられているのに対して、(加害者の)すべての事情を考慮しての裁量判断については、そのような限定(①を原則とすることに矛盾しないような構成)がない。加害者を経済的に圧迫しないという政策的要請が示されているが、他方では、そのことにふれることなく、過失責任という不法行為法の中心的領

域で、「すべての事情が……顧慮されなければならない」とされるのである。

彼の裁量概念が実際的には例外的修正に留まるものでないということは、更に、それが相当因果関係概念を無用なものとする<sup>(15)</sup>とされることにも現われる。

このように広い裁量の領域が考えられている場合には、彼のいう完全な損害補整という一つの視点は、彼がBGBの規定が正しくこれを表わしているとするもの、実際的には、BGBと異って、請求権内容の原則的形態を表現するという意味をもつものではなく、裁量による賠償義務内容の形成において、個人の損害の完全な填補が一つの判断素材（それは判断の基礎的素材ではあるが、拘束的なものとして現われるのではない）ということになる。裁判によって賠償義務内容が形成されるのであって、それ以前に、原理的に（社会的に承認された規範に沿った）一定の内容をもった私人の請求権が存在しそれを確定するということではないという考え方がそこにはある。また法秩序の回復というときの法秩序は、個人の人格・財貨帰属（及びそれから派生する諸利益）の相互的承認という社会的規範を基礎にしたものではない。共同体∥国家が直接に利益・損害を分配する主体として登場することになる。彼がここでの裁量を、量刑と類比することもこれらのことを間接的に表わす。

たしかにこの類比において、直接にシュトルの関心にあったのは、スイス債務法四三条・オーストリア民法典一三二四条・仏民法典一一五〇条が指示されていることからみても、裁量という考え方が特異なものではなく、現実的なものであるということを示すことであつたと思われる。しかし、この時期における裁量の導入に際しての量刑との類比は、諸外国法との共通性をこえた意味をおびる。即ち、刑法上の処罰に関しても、刑の上限及び種類・免除・必要的減輕・裁量的減輕等々の規準は存しうる。しかし、本質的意味をもつ量刑上の裁量の行使において、国家の判断を拘束的に制約するものを私人はもたない。国家对私人の関係での政策的判断がそこでの視点をなす。こ

れに對して、國家が直接の當事者でなく私人對私人の争いの處理に登場する場合、私人が私人に對して一定の損害賠償請求權を（國家以前の規範に基礎をもつ）規準に沿つてもつということは、國家の判斷にとつて拘束的前提が存在するということを意味する。現実には、社会的レベルにおける法意識の分裂に規定されて、請求權として法的に構成されるものの存否・内容が一義的なものでなくなることはあるにせよ、近代國家の民事上の判斷の基本的な形態は、私人のこのような請求權（その基礎をなす權利義務關係）を前提とする。シュトルが、裁量を量刑に近付けて考えることは、私人の側でもちうる、國家の政策的判斷にとつての拘束的前提の存在を考えないということである。

既に見たように、ランゲにおいて成立要件の構成に關して刑法改革との類比が語られていた。ここでは衡平判斷の基礎付けが、罪刑法定主義の否定という、近代刑法の基本的な原理から離れた現象に近付けて考えられていた。これに對して、シュトルにおいては、裁量による効果決定が、量刑という一般性をもつ法現象に近付けて考えられているという点で、彼の主張は、より一般的性格をもつことになる。

三、さきに見たように、シュトルは、損害填補のなかに性質の異なる二つのものがあるとして、不法責任・損害賠償に對置させて、事故責任・適切な補償を考えた。そして後者において裁量が明示的に基本的な意味を与えられる。ここでは既に、不法責任における損害賠償義務の内容決定における一つの重要な判斷素材の意味をもつた・被害者の損害の完全な填補ということは全く問題として登場しない。そこにあるのは、「すべての事情、とりわけ兩當事者の行態の顧慮の下での」裁量による「適切な損害の分配」<sup>(16)</sup>である。

彼は次のように事故責任を特色付ける。事故責任には違法性 (Rechtswidrigkeit) が欠けている。この責任は、責任者の行為が共同体によつて非難されるということなしに生ずる。共同体は、この加害を非難はしないが、残念

には思う (bedauern)。それは、ある活動の行使が、その過程で侵害が不可避的結果として現われることがあるとしても、第三者に生ずる何らかの損失よりもより高次のものであると共同体によって評価される場合である。それ故、この活動に対しての不作為の訴は認められない。しかし、被害者が損害を最終的に負担しなければならぬか、惹起者が彼によって或いは彼の利益において生じた損害の全部或いは一部を賠償すべきではないかが検討すべきである<sup>(17)</sup>と。

ここでは、加害が「違法でない」とされることが、活動の適法性を承認するという機能に留まらず、不作為訴訟の否定とともに、補償内容決定の裁量を根拠付ける。事故責任の場合に存する「共同体秩序のかく乱」は、共同体から非難されるものでなく、「残念に思う」とされるのであって、侵害された秩序を回復するための損害填補の内容である。「加害に対する法的感情に合致した反作用」の決定においても、共同体が「残念に思う」程度<sup>||</sup>政策目的が、補償の「適切さ」の判断にとって決定的な役割をもつ。このような裁量による「損害の分配」は、私人対私人の間での補償請求権（とされうるものの）存在を法的に確定し構成するということとは対立的である。たしかに彼は同時に、「適切な補償が全く裁判官の裁量に委ねらるべきというのではない」とする。「(立法者は)適切な補償に関しても、補償の仕方・範囲についての一定の原則を設定すべきである。……事故責任の種々のグループの特質が考慮されなければならない」と<sup>(18)</sup>。ここでは、原則・グループ分けについては、その必要性の指摘だけで、それ以上の上のことはのべられていない。しかし、グループ分け作業の機能にとつては、その基礎となる視点が重要である。彼にとつては、すべての事情を顧慮した裁量による衡平判断が本質的な意味をもつ。そして、原則の定立・グループ分けは裁量を本質的なものとする<sup>(19)</sup>と必ずしも常に対立するものではない。彼のいう原則の設定・グループ分けが実質的規準としての機能を果たすものとするための志向は彼には存在しない。

しかし、シュトルがこのような指摘を行っているということは、不法責任・事故責任の分類と同様、ランゲの主張に比して、彼の主張が法学的作業としての性格をよりもつことを示している。

四、シュトルにおいて、裁量は、不法責任においても、事故責任においても重要な位置をしめる。しかし、責任の種類分化に従って、存在根拠及び判断要素として提示されるものを異にする。従って、ランゲのような衡平判断一般を共同体思考で根拠付けることは行なわれない。シュトルにおいては、損害填補の共同体の視点に基づく一般的構成を出発点として、それぞれの責任類型の効果論・裁量論が展開される。これは、不法行為法を基礎から変更して、新たな体系を提示する試みという意味をもった。このことは、ランゲによって主張された方向の、法学的精密化による、支持・促進という位置にある。

(一) ランゲとシュトルの提案の間に、パウルの改革論が出されている(Baur, *Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts*, 1935)。提案内容にはランゲとシュトルの影響がみられ〔発表はパウルのものの方が早い。これは、チュービンゲン大学にディセルタイオンとして提出されたもので、シュトルが審査に当たっている。また、パウルは自らの方法をヘック・シュトルに代表される利益法学に依るものであるとしている(S. 8)〕。また、改革の法的根拠付け作業の少なさということから、ランゲ、シュトルと並べて独立に取上げる必要はないと思われる。パウルの主張には、既にランゲに対する批判が存することともに、にも拘わらず、ランゲの主張と同一の方向に属し、それを促進するものという意味があるといえよう。彼の効果論は次のようなものである。「法律は、当事者に、損害補整(Schadensausgleich)ここでは損害填補という意味である(筆者)の遂行のために、その下になるべくすべての考える法生活の諸例がもちこまれうるような、厳密に考え抜かれ定式化された一連の諸規定を与える。……これらの規定に連結して、一般条項が法律に採用される。この一般条項は、原則的に法律上の特別規定に拘束されている裁判官に、法律規定に従った法的紛争の解決が民族の法的意識・衡平と矛盾する場合に、この規定か

ら離れることを許す(a. a. O., S. 19)。「この考え方から、「故意行為の場合には完全賠償がなされるべき。過失の場合には、損害給付(Schadensleistung)を軽減しよう。その際には、両当事者の財産関係並にすべてのその他の事情を考慮に入れなければならない(a. a. O., S. 51)」という裁量条項が提案される。

(2) 成立要件については、「有責違法な侵害の領域に関して、個別構成要件と並んで、あらゆる有責な不法行為において損害賠償請求の訴を許す一般条項の導入が望ましく」とする(Stoll, Schadensersatz und Unrecht, JAKDR., 1936, S. 149)。しかし彼は、この一般条項を故意・重過失の場合に制限することも衡量されるべきとのべる以外には、この一般条項についてのおらず、主張の内容は明確ではない。尚、事故責任については、列挙主義をよしとする。

(3) Stoll, a. a. O., S. 146.

(4) Stoll, a. a. O., S. 148.

(5) Stoll, a. a. O., S. 149.

(6) Stoll, ebenda.

(7) Stoll, Vertrag und Unrecht 2. Teil, 1936, S. 202.

(8) Stoll, Schadensersatz und Unrecht, S. 143. この定義付けは、「個々の民族仲間に、共同体のより高次の目的のために課される介入」を、填補が問題となるという意味での加害でなく、犠牲・公的負担であるとして、両者を区別するために用いられている。また、この時期における損害填補のこのような定義付けは、裁量に入る前に、問題となる損害ではないという形で、ナチスの評価を貫徹する可能性を開くという意味をもつ(シュトルがこのことを求めているかにかかわらず、一つの現実対応であり、また現実を促進させる)。

(9) Stoll, a. a. O., S. 144.

(10) Stoll, a. a. O., S. 145. Vertrag und Unrecht, I. Teil, S. 8.

- (11) Stoll, Schadensersatz und Unrecht, S. 152. また 'Vertrag und Unrecht 2. Teil, S. 202. この両者では細部に相違があるが本稿にとって重要でないので立入らない。また、本稿では、①②の関係、後者における裁量の扱いが重要なので、③については、次のような説明が行なわれているということに留める。「債務者は、利益補整 (Vorteilsausgleichung) が、第三者の給付又は債権者の給付 (金銭又は労務給付) に基づくときには、それによって有利にされてはならない。」
- (12) Stoll, Schadensersatz und Unrecht, S. 152.
- (13) Stoll, Vertrag und Unrecht, 2. Teil, S. 202.
- (14) Stoll, Schadensersatz und Unrecht, S. 150, 152.
- (15) Stoll, a. a. O., S. 153. 彼は、この概念の明確化のためのドグマ的努力がそれに対応した結果を獲得していないとしても、法政策的には、裁判官の裁量に影響を及ぼすという点で、損害賠償請求権の制限のための有用な道具であったと述べている。これは、裁判官が、完全賠償を規定する BGB の規定にも拘わらず、それを制限する方向で事実上裁量を行うということに、この概念があなかったとして積極的に評価しているものである。彼は、明示的に裁量の権能を与えることによって、相当因果関係はその機能を失うと考えたのである。
- (16) Stoll, a. a. O., S. 147, 149.
- (17) Stoll, a. a. O., S. 146. 彼はここで、賠償する (ersetzen) という言葉を使っている。損害賠償と適切な補償との区別とどういふとは一貫していなく、ersetzen は、損害賠償という概念とは別に、動詞として用いられたとみうるのだろうか。
- (18) Stoll, a. a. O., S. 149f.

#### 第四章 ドイツ法アカデミーの損害賠償法改革案

一、シュトルの論文の後、不法行為法改革論として現われたのは、ドイツ法アカデミーの損害賠償法小委員会による「損害賠償法改革の基本問題」と題する報告書である。<sup>(1)</sup>この報告書は、ニッパードイによる「中心的命題」(Zentrale)の報告について、ヴァール「来たるべき損害賠償法における過失原理」、ニッパードイ「来たるべき不法行為法における一般条項」、ローエニング「来たるべき不法行為法における使用者責任」、ラインハルト「来たるべき損害賠償法における衡平原理」という四つの報告が収められ、最後に法律草案が提示されている。この報告書では、故意・過失責任の成立要件が対象となっている。効果については、衡平責任条項が間接的に関係するのみである。実質的判断要求と規準構成という観点からみた場合のこの草案の特色を現わすニッパードイとラインハルトの報告をとりあげ、その原理的方向を考えてみよう。この特色を了め概括的にのべると、ランゲ、シュトルによって示された衡平判断要求の傾向に対しての、規準構成の回復の志向として位置付けられる。しかしそこには、BGBの基礎の回復それに基づく社会適合的展開という側面が貫徹して現われるというわけではなく、ナチス国家の社会的安定化に適合的な不法行為法を造るといふことからの変形を伴うものとしてあった。

二、ニッパードイの成立要件論は、BGBの個別構成要件方式にかえて、一般的構成要件方式を採用しようとするものである。このこと自体は既に他の立法例にみられるし、また既にドイツでもBGB批判は行なわれていた。ナチス時代に入ってから改革論でも、既にみたように、ランゲ・(不明確さをもつが)シュトルにおいて、一般条項が主張されていた。また、ラレンツは、違法性概念の必要性を強調し、「法律上の不法構成要件は、法的いき

きにおける不法の特別な刻印(具体化)である」とする解釈論上の操作を示している。彼は、違法な行為とは「他民族仲間の法的に囲まれた(unfriedeter)生活圏への、現実の或いは客観的な全体性格上害となる侵害行為」と定義している。<sup>(2)</sup>しかしナチス時代のこれらの一般条項の必要性の強調には、この条項の規準としての機能を確保するための内容確定作業の志向は伴っていなかった。

ニッバーダイはまず、成立要件における一般条項化の必要性、個別構成要件システムに対する決定的異議を、「正義・民族共同体の正しい法的感情が行為者の賠償義務を要請するとき、欠缺をそのままにしておくことは耐えがたいことである」ということにもみる。このことへの対応として、一般条項、即ち「法律によるカズイステイクに對して、世界觀的主眼を前面におき、ドイツ的裁判官に、この重要な法領域で、彼にふさわしい位置を与えるという一般的方法展開に對應する」<sup>(3)</sup>手段が選ばれるのである。このような必要性の主張には特色というべきものはない。

彼の提案する一般条項は、「第一条(I)他人に對する・故意又は過失ある違法な侵害は損害賠償を義務付ける」というものである。そしてこれに続けて二つの条項をおく「(II)行為或いは不作為は、それらが、法的秩序によつて設けられた・被害者の人格・財産の保護を目的とする義務付けに違反するときは違法である。(III)民族的共同生活の承認された根本原則に重大に違反する者は、常に違法に行為する者である」<sup>(4)</sup>。

ここでの、(I)と(II)(III)の關係については、「1. 他者への過責ある違法な侵害に損害賠償を結びつける一般的定式がまず最初に置かるべきである。2. 常に、積極的(positiv)に確定されうる実質的違法の意味で理解されるべき、違法性という概念の明確化がそのあとに続かなければならない」という「要請」<sup>(5)</sup>に即したものであるとされる。

この「要請」の基礎には、「一般条項は、違法性概念を明確に規定し、それによつて、裁判官に確固とした手掛り(eine feste Handhabe)を、すべての民族仲間に法的安定性を与えることを決して排除するものではなく、むしろ

要請するのである<sup>(6)</sup>」という考えが存する。この考え方は更に、(Ⅱ)(Ⅲ)条項―それらは既に(Ⅰ)条項の類型化という意味をもつが―の内容的な説明を導く。

まず(Ⅱ)について。彼は、(Ⅱ)条項の内容に関して、四つの類型を提示する。そのなかで次の二つが中心的類型をなす。②保護規範による行態義務付けへの違反。ここでは、BGB八二三条二項の内容が考えられている。そして、この条項が違法性の中核的位置にあるとされる。「八二三条二項は、私法上の不法行為法における違法性の概念規定を含んでいる」と。具体的には、確固として画定された法律上の構成要件、とりわけ、民法・経済法・刑法・警察法等々の禁止的構成要件がこれらの保護規範たりうるとされる。そして、それらの構成要件は、判例によって慣習法的に展開されうるとされ、更に、それらと並んで、通路の開設・業務の遂行から生ずる諸義務（ここでは侵害行為は不作為であるとされる）<sup>(7)</sup>があげられている。③法的財貨の割り当てから生ずる義務の違反。「明示的な禁止規範でない一連の法規範から、承認された法的財貨の保護が生ずる。」これによって、「法的財貨の割り当てということから、この割り当てを尊重すべき義務が他者に生ずる。」法的財貨として、名誉及び自由、生命身体、氏名及び家名、所有権、占有及び諸物権、著作権及び営業上の保護された諸権利（*gewerbliche Schutzrechte*）があげられている<sup>(8)</sup>。

(Ⅲ)条項について。民族的（社会的）共同生活の一般的に承認された原則から生ずる諸義務への重大な侵害。これは、BGB八二六条に関する判例が造り上げた原理であるとする。そして、この問題の一つのグループだけをあげるとして、「我々の法的秩序は、人格の承認・共同体生活ことに経済的共同生活におけるその活動に基づいている」ということから、「他人の・保護に価するこの活動を阻げない」という義務付けが要請されるとする。この保護規範に、民族仲間の活動（業務の行使、競業、自らの労働力の利用等々）を保護し、しかも他の民族仲間にとつ

て進歩を阻げる制約にならないような内容を与えていくことは判例の仕事であるとされる。

ニッパードイの成立要件論は、一般的不法行為法への要請を前提として、その一般条項をこのような類型化作業を通して内容の明確性を確保することがまずこれまでの一般条項の必要性の主張と異なるが、更に、この類型化を、BGBの個別構成要件（八二三条一項・二項、八二六条）にあたるものを基礎的素材として、それを再編成することによって行っているということが特色である。これらのことから、不法行為法改革論の中心目標が、民法を、社会のナチス的変革に適合させるということから、価値的な一応の安定の下で、法的判断の安定性の要請に対応させるということに移ったということ、その社会で要請される保護の内容は、（なお同質の社会関係が基本をなしていることには変わりがないのであって）BGBの類型が示すものと同様のものを中心とするということが窺えよう。

しかしながら他面、実際の意味をもつということはないであろうとはいえ、彼の類型化が、BGB八二三条の一項と二項にあたるものの順序を逆に行っていることの意味を考える必要があるであろう。そこには、義務付け態様の分類の視点の相違が現われている。BGBにおいて、絶対権侵害がまずおかれ、次いで保護法規違反があるということとは、市民社会の基本をなす個人の人格・財貨の帰属への侵害に対して、それらの権利の延長として、回復のための賠償請求権が生ずるということが第一であり、国家が（社会の要請に対応して）保護法規によって与える保護を第二におくということである。そこには、BGBの依ってたつ基本的評価が表現されている。ニッパードイが、国家法（とくに経済法・刑法・警察法規）による禁止の違反が不法行為法上の違法の第一の類型とすることには、国家法による保護前の私人間の権利義務規範を基礎にして民事裁判規準を構成するのではなく、国家による政策的禁止・命令を法的保護の出発点とする視点が存在する。このことが、八二三条一項にあたるものに共同体思考を一つ

の根拠として権利という構成を拒む(Arbeitsberichte, S. 37f.)というだけでなく、その内容を体系的に第二順位におくことになるのである。ここには、ニッパードイの類型化作業のもちうる法的判断の安定化機能は、また、国家による秩序付けを優先させる国家における安定化であるということが表現されているといえよう。

三、アカデミー草案は、次のような規定を提案している。<sup>(10)</sup>

### 第七条、衡平に基づく責任

(I) 行為が違法であるが、第一条及び第六条によって賠償義務に必要な過責が欠けている場合で、責任を全く拒否することが、諸般の事情からみて、健全な民族感情に重大に反するときには、適切な補償が被害者に給付されるべきである。当事者の財産状態の結果、責任者に補償義務を負わせることがとくに軽微なことであって、他方、被害者に負担させることがきわめて重大に思われる場合には、このことがとくに顧慮されるべきである。

(II) 正規には認められることが必要である・行為との法的連関の外にある損害結果に関して、同じ原則に従い、例外的に補償が給付されうる。補償及びその額は、当事者の財産状態の他、主として、行為者の行為の態様によって決定される。意図的な或いは軽卒な侵害はより重い責任に値する。

### 第八条、責任の制限

行為が、行為者の個人的な知識及び能力に鑑みて、全く或いは極めて僅かしか非難されるべきでない場合において、当事者の財産状態及びその他の諸事情によれば、完全賠償を課することが健全な民族感情に重大に反するとき、責任の適当な軽減が行なわれる。

これらの衡平条項の特色は、成立要件がきわめて狭く構成されていることである。<sup>(11)</sup> この二つの条項は、ラインハルトによって、共通して例外性が強調されており、また、構成上も例外性が表現されているということで、広く衡

平判断を求めるそれまでの傾向に対する批判という意味を持つものであった。七条は成立要件についての、八条は効果についての一般原則との関係が重要である。

ラインハルトは、衡平条項の例外性について次のようにのべる。損害賠償法は、適切な損害補整の包括的具體化の試みに他ならない。適切な損害補整という目標をまずなるべく実際のな規則で確保することが立法者の任務である。それ故、立法者は、可能なかぎり、合理的な即ち理解可能な概念の使用の下で、いかなる主体の間でいかなる状態において、損害補整が行なわれなければならないかを確定しなければならぬ。この基本的要請を前提としつつ、「しかし、あらゆる衡平要求を合理的な規則に分解しようとする試みは部分的にしかな達成され得ない」ということから衡平条項の必要性が根拠付けられる。そして、「立法者にとって、衡平条項は極めて便利である。しかも、それが一般的に述べられたものであればある程より便利である。それ故、素材への根本的な透徹があればより具体的な定式化が見出されるであろう処でも、そのような条項が使用されるようになるという危険を全く否定することはできない。……判例が実際のな定式に到るかもしれないときまで共同体がその構成員にもたらさざるを得ない犠牲はできるだけ少なくされなければならない。それ故、はじめから、そのような衡平条項はなるべく使わないようにすることが肝心であり、「使用する場合でも（筆者）」それらの定式化のなかで、法的安定性の思考から目を離さないことが必要である。あらゆる場合に、立法者は、裁判官が彼の裁量行使の際になさねばならない主観的衡量の程度が最少に制限されるように、なるべく多くの標準（*Reichlinien*）・よりどころを直接・間接に提供するよう努めなければならない」とされる<sup>(13)</sup>。また、彼においては、七条に関して、例外性を強調することが、「裁判官をして、過失責任規則を超えた責任が根拠付けられる特別な視点を、納得するに足るように明らかにすることを強い、（衡平責任条項の）作用が際限なくなることを防ぐ」という<sup>(14)</sup>実際効果も考えられていた。

このような姿勢は、七条・八条の要件構成において維持されている。彼は、七条が、一般的な・適切な補整という定式でなく、拒絶が「健全な民族感情に重大に違反する場合」とネガティブな構成であるということを、例外性の一つの現われであるとする。<sup>(15)</sup> このことと並んで、「重大な侵害」ということも衡平条項の作用可能性を狭くする方向を表現しているといえよう。また彼は、BGB八二九条の領域が狭すぎるとして、七条によってその拡張を行うものと考えているが、同じく八二九条に着目し、それを衡平判断の端初として全不法行為法に拡大することを主張したランゲとの相違は明らかである。八条は、「行為が、全く或いは極めてわずかしか非難されるべきでない場合」であることを必要とし、ランゲ・バウル・シュトルルによって、過失責任一般に裁量が要求されていたことに対して、要件を狭めている。<sup>(17)</sup>

かくて、七条に関しては、ニッバーダイによる構成要件の類型化と矛盾しない限りでのみ働くことが予定されている<sup>(18)・(19)</sup>ということが窺われる。また、八条に関しては、同条は直接に一般原則の内容を示すものではない(間接的には、過責の程度に応じた責任決定という一般的定式の拒否を含んでいる<sup>(20)</sup>)<sup>(20)</sup>が、ありうる原則に対して、「衡平根拠に基づく責任の制限においては、そのような措置が、基本規則に結びつけられた損害賠償の目的を無意味にし、明確性への傾向を奪うことになってはならない」という考えが尊重されなければならない<sup>(21)</sup>とされており、ともに、一般原則の機能を害さないものであることが求められている。このような性格の衡平条項は、権利濫用法理の不法行為法への特殊化という意味をもつことになる。この作業は、一面では、この存在自体、それまでの裁量化の強調の傾向への一つの対応・その影響のあらわれという側面もあることは考えられるが、そのような傾向に対する批判という意味を中心的にもつといえよう。

かくて、アカデミー草案は、ニッバーダイによる一般条項の類型化作業を中心として、全体として、ナチス社会

の法的安定性の要請に対応するものという性格をもった。

- (1) Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts, vorgelegt von H. C. Nipperdey, Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht Nr. 14, 1940. 紹介・批評として、川島武宜「ナチスの不法行為法改正論」法政五九巻四号（一九四一）六一四頁以下がある。また、浅井清信「ユリウス・フォン・ギールケ『損害賠償法の根本問題』法と経済一五巻四号（一九四一）二二〇頁以下。
- (2) Larenz, Rechtswidrigkeit und Tatbestand in der Lehre vom Unrecht im Rechtsverkehr, DGWR., 1934, S. 401ff. 以下 S. 407.
- (3) Nipperdey, Arbeitsberichte., S. 42.
- (4) Nipperdey, a. a. O., S. 49.
- (5) Nipperdey, a. a. O., S. 46. 「積極的」というのは、「違法性阻却事由がない」というだけの意味でなく」ということである (a. a. O., S. 43)°
- (6) Nipperdey, a. a. O., S. 43.
- (7) Nipperdey, a. a. O., S. 46. なお、同四四頁では、「違法は、『法秩序の保護規範』とりわけ刑法の財産犯罪構成要件によつて」確定せらるゝと表現せられてゐる。
- (8) Nipperdey, a. a. O., S. 46f. その他は、①法律上確定されている構成要件の当然の類推から生ずる保護規範。例として BGB 二二条を筆名・電信あて名・紋章へ類推適用すること。肖像の保護の劇場での上演・小説での描写への類推があげられらるゝ。②よつて、特別な法的規範 (spezielle Rechtsnormen) による保護とされているが説明はなし。
- (9) Nipperdey, a. a. O., S. 47.
- (10) Arbeitsbericht., S. 91f. 川島・前掲六二六頁以下の訳を参照した。なお、第六条は使用者責任の規定である。

- (11) 北川・前掲四七頁において、「ランゲにはじまる傾向」は、「一九四〇年のドイツ損害法草案に具体化している」とされているが、アカデミー草案の第八条の構成の特色は、その例外的性格にあり、ランゲの主張とは意義を異にしている。「ランゲにはじまる傾向」ということについては、第二章注(10)参照。
- (12) Reinhardt, Arbeitsberichte, S. 64.
- (13) Reinhardt, a. a. O., S. 66. \*da' derselbe, Die Erneuerung des Privatrechts, Mittl. d. Univers-Bades Marburg, Bd. 41, 1941, S. 45f.
- (14) Reinhardt, Arbeitsberichte., S. 81.
- (15) Reinhardt a. a. O., S. 82.
- (16) Reinhardt, a. a. O., S. 84f.
- (17) Hermann Lange, a. a. O., S. 21f. が諸提案における裁量の広狭を比較している。
- (18) 七条二項は、相当因果関係という原則的規準と同様の関係にある。もっとも、ラインハルトは、この概念の維持を主張するが、従来の運用を丸ごと是認するのではない。a. a. O., S. 67.
- (19) 七条に関して、その存在意義の説明において、危険責任への対処と読みうる部分があり(a. a. O., S. 75f.)。エッサーはよって激しく批判されることになった(Esser, Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, AcP., 148, 1943, S. 140ff.)。ラインハルトはこれに対して、危険責任問題の先取りをしようとするものではないと応えている。そして、過失責任・危険責任を一般則とした例外としての衡平責任の構成を示している(Reinhardt, Beiträge zum Neubau des Schadensersatzrechts, AcP., 148, S. 149, 187)。
- (20) Reinhardt, a. a. O., S. 148.
- (21) Reinhardt, Arbeitsberichte., S. 86.

## 第五章 エッサーの不法行為法改革論

一、エッサーにとっての関心は、内容的には、不法 (Unrecht) 責任と区別された災害 (Unglück) 責任の領域の存在を主張し根拠付けることであつた。<sup>(1)</sup> このことと結びついて、方法的には、ドグマ的拘束 (dogmatische Ver-binding) から事物に即した適切な枠 (sachlich angemessener Rahmen)<sup>(2)</sup> への転換ということが主張された。そのためには、民法学において、ドグマ的な「体系追求に夢中になって、我々の法意識の生きた展開—それはドグマティックの外で、またしばしばドグマティックの“濫用”の下でも行なわれるのである—が忘れられてはならない。ただし、この法意識を完全に形態化し (Durchgestaltung) 基礎付けることがはじめて体系形成に意味と内容を与えるのだから。……法律上の構成要件の中に時代の展開傾向を捕えることに努めれば、構成要件を放棄することなしにも、社会適合的 (lebensnah und lebensgetreu) に損害賠償法秩序が形成されうる。そのためには、第一に、この展開を観察すること、第二に、時代適合的に充填可能でそのうえに委曲を尽くした明確さをもつ概念によって、受容力のある、展開可能な (aufnahme- und entwicklungsfähig) 構成要件を造り出すことに努めることが必要である<sup>(3)</sup>」とされる。エッサーのこのような方法的主張は、二つの方向への批判を含んでいた。一つはBGBの形式的規準の不充分さ及びそれを固定的に考えその不備を安全保持義務 (Verkehrssicherungspflicht) 違反として処理することへのドグマ的拘束性批判、他方は、そのようなドグマ的思考にかわるものとして現われる、成立要件に関して、一般条項・裁量自由の強調への批判である。彼のドグマ的拘束性批判は、損害填補の機能の視点から、不法責任・災害責任の位置付けを行うということに導く。そこで問題は、この方法の下で、私人間の関係がどのように把

えられるかということにある。

彼は自らの主張を具体的に次のように定式化している<sup>(4)</sup>ので、それを手掛りとして、実質的判断要求と規準構成の彼における現われ方をみていこう。

第一条、不法責任、アカデミー委員会によって提案されたように（Nipperdey, Arbeitsbericht, Nr. 14, S. 49）定式化されるべし。同時に違法性の規定を含む。

第二条～第五条。過失概念・責任阻却等に関する・その他の過失責任に属する規定命題。ただし、使用者責任に（5）ついでのもの（a. a. O. S. 90）は含まない。

#### 第六条 災害事件の答責

(1) 過責非難なしでも、次のような場合には、自らの事業・施設・人員・動物によって生じた損害について責に任ずる。

① 災害が、組織・保安・監督・物の性状或いは機能における瑕疵によって生じた場合〔瑕疵危殆（Mangelgefahrung）〕

① 事業活動・催し・装置が、通常の状態及び操作においても、或いは、それらの性質上危険源である場合で、災害がそれらの態様及び操作に固有の危険から生じたとき〔持続的危殆（Dauergefährdung）〕。

(2) 裁判所は、責任を、一方において、危殆及び瑕疵の程度、他方において、危険に曝されること（Gefahrsetzung）の価値と根拠を段階付けし、損害を両当事者の原因の關係に従って分配しうる。

第七条、不法責任と災害責任の間で相互に有用な調整規範、有責と第六条の帰責根拠の間の相殺<sup>(6)</sup>。

第八条、間接損害・第三者損害に対する責任の範囲、必要ならば更に、法的（rechtserheblich）因果關係の確定。

第九条、第一条或いは第六条の諸要件が存在しない場合でも、裁判所は、(賠償の拒否が) 不当な場合に、損害結果及び両当事者の負担能力或いは付保可能性を顧慮して、適切な損害補償を全部或いは一部について判決しう。損害連関が第八条の要件にあたらぬ場合でも。<sup>(7)</sup>

二、不法責任について。彼のいう「事物に即した適切な枠」ということは、成立要件構成一般に関して、確固とした構成要件の主張となる。「帰責根拠の法律上の確定を我々は絶対に放棄することはできないしまたする必要もない。ただ、構成要件はより弾力性をもって表現されなければならない」ということは疑いない。社会的・技術的狀況のますます複雑化することに対応した、分化された損害分配を裁判官に可能にするために<sup>(8)</sup>と。ここでは、災害責任の成立要件が念頭におかれているが、成立要件の明確化という点では、不法責任についてもこのことは考えられている。

エッサーは、不法責任の成立要件の構成の課題を、「⊖ "不法行為" の有用な一般的構成要件を造ること、⊖ 不法という判断のための定式を見出すこと<sup>(9)</sup>」にみる。そして、⊖ についてアカデミー草案の第一条一項を支持し、⊖ について同条二項を支持する。エッサーがアカデミー草案を支持するということは、第一には、その類型化作業による明確化志向を支持するということであるが、更に、ニッバーダイが、刑法に重要な意味を与える形で、保護法規による義務付け違反を違法性決定の原理的位置におくことを支持することでもあった。エッサーは、一般条項による成立要件の構成について、「責任拡張の問題の故にだけでなく、裁判官・民衆にとつての法的明確さへの顧慮をもって、不法概念はまず一義的に規定されなければならない」とすることから、アカデミー草案の一条二項の「精確さ、実用性、平易さ」を高く評価する。<sup>(10)</sup> この二項の内容について、違法性は、「第一に法的秩序の保護規範、従つてことに刑法の構成要件によつて確定される<sup>(11)</sup>」と紹介する。エッサーにとつても、BGB八二三条一項の絶対

権構成は、保護の拡大というに関してだけでなく、「およそ権利からの、ことにおかすことのできないとする型からの出発」が、生活から離れた構成を強いることになることが批判されるべきこととされた。<sup>(12)</sup>しかし更に、八二三条二項にあたる規準の優先は、不法責任を損害填補の一型態であるとする把え方と関係していた。そこでは、不法責任の成立要件たる不法判断の規準構成は、この効果・不法贖罪による分配に備する場合の決定のためであつて、個人の人格・財貨帰属の相互承認が基礎なのではなくて、国家が決定する分配秩序を表わす・刑法を第一とする保護法規違反が、それらの利益の保護を内容としながら、原則的位置をしめるとされることになる。

彼は、不法責任の効果に関して、適正な損害分配を直接に裁量によって求める災害責任の効果決定と対比して、「不法の回復」<sup>(13)</sup>、「不法の贖罪」<sup>(14)</sup>であるとす。このことは、彼が不法責任を「刑法的視点」から出発してみるということを表わすものではない。彼は、過責なしでの損害填補の根拠付けの前提として次のようにのべる。現在の実定法は、贖罪・不法代償と請求権による損害分配という損害賠償の二重の機能によって、非不法行為法的損害のわりあて可能性の認識を困難にしている。損害填補一般の問題は、財貨秩序からみれば、それとしては、およそ非難の意味での「帰責(Imputation)」を含んでいない。このことは、多く前面に出る刑法的視点、ことに過責問題、災害からの境界画定の刑法的取扱いの優位によって容易に見誤られやすい。損害填補は、行態命令或いはそのような命令の侵害を前提とする不法結果の、それどころかおよそ行為・設備(Einrichtung)の評価の問題ではなく、諸事態の整序の問題なのである。そして更に、過責確定、および帰責可能性は、損害分配問題の本質的なものではなく、付加的なものである<sup>(15)</sup>ものべる。

この叙述は、過責を問わない災害責任の根拠付けのために、損害填補一般を損害分配機能から説明して、過責からきり離すことを目的としている。このことから、エッサーにおいては、損害分配・状態の整序ということを視点

として、不法責任はそのなかでの・過責という点をとらえた一つの型として位置付けられているといえる。従って、彼にとつては、前述のような成立要件の保護法規違反、また、効果における不法贖罪ということは、それらの「刑法的」色彩に意味があるのではなく、損害填補の一つの型をとり出し、その効果を特色付けるということに意味があった。

不法責任という型では、不法贖罪と請求権によって損害填補が行なわれる。それらは裁量に服すものではない。配分的正義に基づく裁量は修正的のみに関与するとされる。<sup>(16)</sup>そこでは、効果決定判断の前提となるものは、「過責問題に従って—比例的であれ、我国のように絶対的であれ—算定された賠償給付<sup>(17)</sup>」である。彼は過責との比例的決定をあるべき方向としているが、これが不法責任を特色付ける過責・不法贖罪ということにより適合しているとしたのだといえよう。<sup>(18)</sup>

不法責任を原則的なものと考えることをドグマ的であると批判し、損害分配の一つの型とする把え方は、他面、絶対権として構成されうる社会関係を前提として、それに基づく賠償請求権を体系の中心におく BGB の構造と離れるということであった。エッサーにおいては、私人の請求権は、不法贖罪に対応した・分配の一つの方法という位置におかれることになる。

三、エッサーのいう、「事物に即した適合的な枠」ということは、まず災害責任を不法責任から区別し、異った効果決定方法と結びつけるということに第一に現われる。しかしまた、災害責任領域内での、損害分配ということの成立要件の構成にもこの姿勢は現われる。「裁量による責任義務(Haftpflicht)は社会的に耐え難い」ものであるとされる。<sup>(19)</sup>彼の要件構成は、瑕疵危殆(六条一項一号)・継続危殆(六条一項二号)という類型分けによって行なわれる。これらの条項は実質的規準として機能することが予定されている。<sup>(20)</sup>成立要件についてのこの主張は、危険責

任論の発展という意味をもつとともに、何らかの損害填補が行なわれる諸場合の確定によって、また、体系上の不法責任との峻別のもつ政策的意味によって、この時期の法的安定性要求への一つの対応という意味をもった。

エッサーによる、不法—災害責任の区別の強調は、災害責任の場合の、直接に配分的正義に基づく効果決定方法を主張するためであった。彼は六条二項に損害分配の規定を提案している。そこでは諸要因はあげられているが、原則的な意味をもつ規準の設定は行なわれていない。彼は次のようにいう。「社会的に正しい損害分配という唯一の目的においては、所謂“衡平”が解決全体の基礎をなす。」この「具体的社会的正義への顧慮」は、「広く裁判官の裁量の自由を前提とする」<sup>(21)</sup>。そして更に、「危険諸責任、私法から離された (englittene) 補整方法は、付属としてでなく、基本的部分として共同法 (Gemeinrecht) に戻されるということが重要である」<sup>(22)</sup>ともいう。

エッサーによって、裁量の要素・手続として六条二項に提示されたものは、当事者間での損害惹起にかかわる事情である。従って、エッサーは、裁量を通して、国家が自らの政策的見地を介入させるということを求めるわけではない。彼はむしろ、国家的に重要である鉄道・大企業に関しては、義務保険・圧倒的財力の故に、「そのような衡平条項の適用がかなり制限される」<sup>(23)</sup>とのべる。従って、六条二項の定式化は、初期のランゲの一般的な衡平判断要求、シュトルの共同体秩序と関連させた「適切な補償」論に比して、裁量判断の要素があくまで当事者間の問題としてあるということを明らかにするという意味をもつ（裁量という形態でこのことが確保されうるかという問題は残るが）。

エッサーにおいて、求められる評価内容が原則的に当事者間の惹起にかかわる諸事情であることが明示されても、規準の構成を通して、それに沿った判断を求めるといふ方途はとられない。裁量による効果決定を原則とすることは、そこでの当事者間の関係が、裁量的判断によってはじめて内容がつくられるものとするのであって、一

定の内容の（他の規準或いは裁量によって修正をうけるものにせよ）補償請求を権利の関係として承認する規範を効果決定の規準構成の前提にするという考え方と対立的である（「共同法」が対象とする共同体構成員間の関係は、権利義務と構成されえない）。このことには、一つには、この時期は、エッサーにとつて、災害責任領域の存在可能性の根拠付けがまずなされなければならない段階であったということがある<sup>(24)</sup><sup>(25)</sup>。しかしより規定的なことは、損害填補についての体系的視点であった。即ち、損害填補を、社会的に正しい損害分配という機能を基本的なものとしてみる<sup>(26)</sup>ことが裁量論を導びくものであった。ドグマでなく・損害分配という機能から出発するというエッサーにとつて、請求権の承認による解決は、不法責任という一つの型での、「状態の整序」の方法であった。災害責任での損害分配は、ドグマ的に構成された拘束的なものの存在なしに、損害填補の本来的な姿で行なわなければならない。そこでは、当事者は、裁量の要素の提示以外には、国家の分配判断に対して拘束的なものを何ももたない存在となる。成立要件の規準化・明確化がなされることによる法的安定化は、当事者間の損害填補の可否に関するものであった<sup>(27)</sup>。

四、不法責任を固定的に考えることをドグマ被拘束的であるとし、「状態の整序」・損害分配問題一般の下で、不法責任・災害責任の区別を行い、とくに後者の存在を基礎付けるといふことがエッサーの方法であった。このような機能的思考（勿論、実際の機能だけでなく、法的根拠付けにも重要性が与えられるが）本章註（24）は、エッサーにとつては、現代社会の展開一般と適合したものと考えられていたのであり、彼には、ナチス的評価を表現する用語から距離をおくという姿勢がみられる。アカデミー草案の違法性概念について、第一条二項はそのまま引用するが、第三項は引用せずに次のようにいう。「民族的共同生活の承認された原則」といふことはたしかに粹条項として有用である。……しかしながら、健全な民族感情はそれだけでは、たしかな手掛りを与えるものではない<sup>(28)</sup>」

とする。また、アカデミー草案の衡平責任条項への批判のなかで、「健全な民族感情」を、「しばしばあらゆるもの接着剤として濫用される」概念であるとし、「この法的感情は、その本来はたしかに偽りないものであるが、その非合理性の故に容易に偽りのものになりやすく……」<sup>(29)</sup>としている。

このような脱ナチス的一般的人格をもって構成された彼の改革案は、私人の賠償（補償）請求権の位置を後退させ、或いは存在を予定しないということによって、ナチス国家における改革案としても、そこにおける法的安定化に比べ、損害分配を遂行することを求めるものとして存在した。

(1) Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 1941, S. 3（以下での引用は、2. unveränderte Aufl., 1969による）。浦川道太郎「ドイツにおける危険責任の発展（一）」民商七〇巻四号（一九七四）四一頁以下に紹介と危険責任の学説史上の位置付けの試みがある。

(2) Esser, a. a. O., S. 6.

(3) Esser, Theorie und System einer allgemeinen Deutschen Schadensordnung, DRW, 7, 1942, S. 80f.

(4) Esser, a. a. O., S. 79f.

(5) エッサーは、アカデミー草案が使用者責任を不法行為責任の枠の中で処理することを批判する Esser, AcP, 148, S. 136ff.

(6) 危険責任の場合に、被害者の過失が加わった場合のことが例とされている Esser, DRW, 7, S. 80.

(7) 効果については、災害責任についての六条一項の他には、提案されていない。単に「以下、損害精算に関する規定が統く」<sup>(30)</sup>とだけされている。

(8) Esser, a. a. O., S. 78. そして、「帰責定式的具体化を裁判官に概括的に委ねてしまうことは、必ずや訴訟の増大に導びくことにならう」といふ。

- (6) Esser, AcP, 148, S. 133.  
 (7) Esser, a. a. O., S. 134.  
 (8) Esser, ebenda.  
 (9) Esser, a. a. O., S. 132f.  
 (10) Esser, Grunlagen, S. 5.  
 (11) Esser, a. a. O., S. 106.  
 (12) Esser, a. a. O., S. 73f. 浦川・前掲五〇頁。  
 (13) Esser, a. a. O., S. 107. 関与の内容はのべられていない。  
 (14) Esser, ebenda.  
 (15) Esser, AcP, 148, S. 146. このことから、ナチス初期の効果論で好意的態度を示す (DRW., 7, S. 77)。  
 (16) Esser, DRW., 7, S. 78. この主張は、ウィルブルク批判である。ウィルブルク (Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, 1941) は、要件・効果ともた三つの責任要素 (①他人の権利領域への危殆、②原因性、③違法性) の強さの程度に従っての、裁量による組合せによって決定されるとするものであって、過失責任・無過失責任を統一した体系を示そうとするものである。この書はドイツにおいてただちに注目をひいた (Esser, DRW., 7, Reinhardt, AcP, 148 はこの書評である)。  
 ラインホルトは Esser, Grunlagen, とあわせて論じている)。しかし、ウィルブルクの作業は、そのなかに存するナチス的用語 (S. Ⅷ, S. 7, 29 等々) にも拘わらず、ドイツ社会の現実に対応する改革論という性格をもたない。その作業が、損害賠償法の一般的展開を基礎に、その統一的体系化を行うという色彩をもち、ドイツの民法学にも影響を与えるということはある。しかし、オーストリアの法学者である彼の主張は、実践的意味をもちうる形で法命題の姿でまとめられている (Wilburg, a. a. O., S. 283f.) としても、ドイツにおける改革論ではない。本稿での検討対象としないのはこの故である。

(20) 第一類型は、そのものとしては危険なものではない物等々において、過責には到らないとされる瑕疵の存在の故に、損害が惹起された場合であって、従来の判例上の安全保全義務違反とされたような諸場合が考えられている(DRW, 7, S. 79 Anm. 3a)。第二類型は、そのものとして危険なものであって、許された危険とされるものが考えられている(例は、Grundlagen, S. 78f. ただし、DRW, 7, edenda におけるような整理がされているわけではない)。本来的に危険な場合でも、通常の危険の発現でなく瑕疵による惹起であるとされる場合には、第二類型でなく、第一類型とされると考えられる。この二つの条項は内容的に区別されたもので、事象をゆるいわけける規準として構成されているといえよう。

(21) Esser, Grundlagen, S. 107.

(22) Esser, DRW, 7, S. 78. この共同法という表現は、普通法(das gemeines Recht)と異って、ナチス時代に、「民法」改革の方向の所在を、市民社会の法(“bürgerliches Recht”)でなく、共同体内での民族仲間間の問題に関するものとする」とにあることを表現するために用いられた。エッサーが「戻される(zurückgeführt werden)」という言葉を用いていることは、私法的思考でなく、共同法が本来のものであるとすることを表現しているといえる。そこでは、共同体が配分的正義の見地から政策的分配を行うという損害填補の原則が本来の位置をしめることになると思われるのである。

(23) Esser, Grundlagen, S. 107. Grundlagen, での衡平判断の要素は、また、DRW, 7 におけるように整理されていない。しかし、両者を整合的に考えようとすれば、両当事者における惹起の事情という要因による損害分配の決定という原則に對して、責任の制限を少なくするという方向での、その他の要因からの修正という位置になる。また、政策的見地からの規準の設定によって、最高額制限をあるべきものとす Esser, Grundlagen, S. 107f.

(24) 彼は、「損害の取扱いは、ドグマ的諸法則に従うものではなく、一方において、損害分配の必要性と可能性、他方において一定の帰責の根拠付けの能力と用意に、更にこれらのことをこえて、その時代の現実的或いはたてまえ上(ausgangspunktlich)の社会的経済的構造に依存する」といふ(DRW, 7, S. 71)。そして、Grundlagen, がこれらの現実的及び法論理可能性を示

すことに向けられる (S. 80ff. 84ff. 97ff. 浦川・前掲五一頁以下)。

(25) 更には、ナチス下での法的保護の拡大には、裁量によるものとすることが最も実現可能であるという実践的選択も考えられるが、重要な意味をもったとは思えない。

(26) 社会的に正しい損害分配ということが根拠にされているだけである。Grundlagen, 106f.

(27) 九条の衡平責任については、一条・六条の要件構成と矛盾しないかぎりのものが考えられていると思われる。ラインホルトの衡平責任条項と同様の位置付けができるであろう。

(28) Esser, Acq., 148, S. 134. エッサーは、一条三項にかわる、BGB八二六条にあたる類型を自ら提示しているわけではない。彼は、「生きた法的確信」(ebenda)、「法意識の生きた展開」(DRW, 7, S. 80)といった、それとしては無色な表現を多用しており、それらを構成要素とするものを考えていたのかもしれない。

(29) Esser, DRW., 7, S. 78. エッサーがナチスの色彩をもつ言葉(共同体・共同法といった)を用いていないというわけではないが、現実的意味を持ちうる形(「批判」された例は、ともに条文)では避けられている。

## 第六章 ま と め

ナチス初期の、ランゲ、シュトルによる一般条項の導入・及び裁量の主張においては、論者にもナチス前からの反形式的主張との連続という側面の存在が意識されると同時に、それらとは異った視点からの根拠付けがなされた。両者の主張は、法的操作の平面での相違はあるが、評価視点の変更によって、ナチスの変革に民法を適合させるという意味を共通してもった。後期の、アカデミー草案、エッサーの主張においては、保護の要請の多様性

に対応した成立要件の一般条項化のみならず、法的判断の安定化の要請に応える類型論が現われる。他面、その安定化がナチス国家におけるそれであるということが、（実際の意味と結びついてではないとしても）アカデミー草案の類型化作業に現われる（エッサーにおいては、より一般的機能的視点から同様の構成）。そして更に、エッサーの災害責任の裁量論は、社会的損害分配というより一般的性格をもった主張が、「私法から離れた」内容決定を根拠付けていた。アカデミー草案は法学専門的法的安定化、エッサーの主張は、機能的法的安定化作業とよびえよう。それらは、私人間での、国家前の、賠償（補償）をめぐる規範関係を規準構成の原理的前提とするものではないという点で、ナチス初期における評価変更と一つの部分を共通にしていた。