ドイツ民法における重要判決 (landmark cases) ——判例による法形成——

円谷 峻

目次

- 1 はじめに
- 2 成功した判例による法形成
 - (1) 成功した法形成のための3つの要件
 - (2) 成功した法形成の具体例——culpa in contrahendoの場合
- 3 財産の保護
 - (1) 営業権（設立され、かつ稼働中の営業企業の権利）の保護
 - (2) 第三者のための保護効を伴う契約構成による財産の保護
- 4 一般的人格権と民法典改正による欧州法との調和
 - (1) 概説
 - (2) 連邦通常裁判所判決
 - (3) 民法典改正による欧州法との調和
- 5 製造物責任訴訟および医療過誤訴訟における立証責任の転換
 - (1) 連邦通常裁判所判決
 - (2) 重大な医療過誤（重大な不手際）の法理判決
- 6 私的自治と不公正な契約からの保護
 - (1) 若年保証人事件判決

- (2) 連邦憲法裁判所判決
 - (3) その後の連邦通常裁判所による諸判決——原則として無効
 - (4) 例外が認められる場合
- 7 差額説 (Saldotheorie) と二請求権対立説の再評価
- (1) 二請求権対立説
 - (2) ライヒ裁判所判決
 - (3) 中古メルセデス事件判決
 - (4) 中古 B M W 事件判決
 - (5) 整理
- 8 予定外の子どもの誕生に対する損害賠償——「損害としての子ども？」
- (1) 連邦通常裁判所判決
 - (2) 連邦憲法裁判所判決による連邦通常裁判所判例の再検討
 - (3) 遺伝情報事件連邦通常裁判所判決
- 9 おわりに

1 はじめに

ドイツ私法の領域における判例は、我々がドイツ法に対してまずは抱くかもしれない狭隘性、硬直性とは反対に実り豊かな成果をあげている。そこで本稿では、今後のドイツ判例法研究の参考にすることを目的として、ドイツの連邦通常裁判所によって下された判例法上重要な判決を回顧することを目的とする¹⁾。その場合、どのような判決がドイツ判例法での重要判決である

1) 本稿は、2016 年 3 月 19 日に明治大学で開催された国際取引法研究会および明治大学民法研究会主催の合同研究会での円谷報告「ドイツ民法における landmark cases」を論文の体裁に加筆、修正したものである。また、同報告と同様に、加筆、修正された本稿でも関連文献等の詳細な引用をせず、円谷の関連する論文を回顧するという観点から付言するにとどめた。

かが問題となる。本稿では、フライブルグ大学名誉教授である Günter Hager が、その著書“Rechtsmethoden in Europa” (Mohr SIEBECK, 2009) で große Urteile として列挙した諸判決を取り上げることとする²⁾。なお、これらの諸判決は、連邦通常裁判所による判決であり、戦前のライヒ裁判所による判決ではない。従って、本稿ではライヒ裁判所による判決については、原則としてこれを検討の対象外とする³⁾。

Hager が取り上げた判決は、第一には財産の保護に関する判決、第二には一般的人格権、第三には製造物責任、第四は不公正な契約からの保護、第五には差額説 (Saldotheorie) の修正、第六は予定外の子どもの誕生に関する判決である⁴⁾。

2) 本稿では、表題として「重要判決」という文言を用いることにしたが、ここで取り上げる判決とは、民法典では規律されていない法律問題を判例法として形成した判決を指しており、「重要判決」という多義的な文言ではその内容を正確に言い表しているとは言いがたい。ちなみに、Hager は、本稿でいう意味での諸判決を本文で述べたように große Urteile という文言で記述する (Hager 前掲書)。しかし、むしろ、コモン・ローでいう landmark case という文言が適切のように思われる。そこで、landmark case という用語を併せて用いることとした。

3) ライヒ裁判所による重要判決としては、たとえば、契約締結上の過失に関する諸判決、行為基礎論に関する諸判決などを指摘することができよう。von Caemmerer は、前掲論文で、ライヒ裁判所時代における判例法の活発な法形成について、アメリカ合衆国の学者 John P. Dawson が“The Oracles of the Law” (1968年) でドイツにおける法の展開について“Germany’s Case-Law Revolution” とさえ評していることを指摘する (Ernst von Caemmerer, Verwirklichung und Fortbildung des Rechts durch den Bundesgerichtshof, Gesammelte Schriften III, 1983, S. 140.)。

4) 戦後のドイツ判例法による法形成を比較的容易に理解することができるものとして、たとえば、Karl Larenz, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung 1965.; von Caemmerer 前掲論文; Hager 前掲書などがある。また、ドイツ版の民法判例百選ともいえる Haimo Schack=Hans-Peter Ackmann, Das Bürgerliche Recht in 100 Leitentscheidungen, Mohr Siebeck 2011 も参考になる。

2 判例による法形成

(1) 成功した法形成のための 3 つの要件

検討対象とする諸判決を回顧する前に、成功した判例法とは何かについて明らかにしておくことが必要であろう。これについては、Karl Larenz による『成功した判例による法形成の特色』(1965 年)が参考になる⁵⁾。Larenz は、判例による法形成は、それが以下の 3 つの要件を充たすときには、成功したものとと言える、とする⁶⁾。

- ① 類型的な諸場合に等しく適用される原則が設けられなければならない。判決を検証することが可能なように、事案の類型は特色づけられなければならない。——「全く堪えがたい結果」とか「全く期待できない」というような言い回しによって——規則 (Regel) の要件をその時々判断の主観的裁量に委ねることでは十分ではない。
- ② その法律効果とその要件を結びつけることは、まさに法的な衡量に基づいて根拠づけられなければならない。規則は、実体法上の法原則を現実化し、この法原則から規則が明瞭なものとなさなければならない。規則は、たんなる定めという性格を担うだけのものであってはならない。
- ③ 規則は、既存の法秩序全体のなかに破綻なく接合されなければならない。従って、法秩序における内的な一致が維持されていなければならない⁷⁾。

5) Larenz 前掲論文 (注 4 引用文献) 参照。また、culpa in contrahendo に対する連邦通常裁判所による判例法を分析、評価するものとして、Rudolf Nirk, "culpa in contrahendo – eine richterliche Rechtsfortbildung- in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes", in: Festschrift für Philipp Möhring zum 65. Geburtstag (1965) S.385ff.

6) Larenz 前掲論文 13 頁。

7) Larenz は、成功した法形成とは言い難いものの一つとして、譲渡担保 (Sicherungsübereignung) を挙げる。彼はいう。「私は、譲渡担保が長きにわたって固定して根づいた法構造物になって

(2) 成功した法形成の具体例——culpa in contrahendo (契約締結上の過失) の場合

(i) culpa in contrahendo における特定した事実

Larenz は、上述の 3 要件を充たす法形成として、culpa in contrahendo を指摘する⁸⁾。彼によれば、ここには、十分に特定された事実、すなわち、契約交渉または法律行為上の接触の着手という事実が存在する。

(ii) culpa in contrahendo の法律効果

(Larenz はおよそ次のようにいう。) この事実は、法律効果として、注意義務

おり、その除去はもはや考えられないが、これを成功したものとはみなさない。」(6 頁)。彼は、次のようにいう。「譲渡担保が許容されたものと評価され、判例によるさらなる取扱い、疑いなく取引における必要に迫られた需要に応じたものである。最近の研究が示すように、譲渡担保は、今日の経済生活において欠かすことができない動産抵当 (Mobiliarhypothek) という機能を充たしている。問題は、ただ譲渡担保がこの機能を法技術的、法解釈学的に異論のない方法で充たしているかどうかということである。周知のように、民法典は占有を伴わない担保権を許さなかった。従って、所有権移転のためには許容された占有改定を経済的にただ担保的な性格を有するにすぎない保全所有権 (Sicherungseigentum) のために利用したが、それは、実際のところ法規に反したもの (contra legem) であった。このことを根拠づけるために、私は、次のことを加えなければならない。Phillip Heck の研究以来、確かに法規の文言に合致してはいないが、おそらくはその法規の基礎にある評価には合致している判決は、法規に反していないことについて、ほとんどの者は、強く疑いを抱かないであろう。しかし、その場合、我々は、当然のことながら、次のことをも認めなければならない。すなわち、これとは逆に、確かに法規の文言には矛盾しないが、法規の認識可能な評価に矛盾する判決は、法規に反したものである。民法 930 条 (占有改定) に定められた方法で『所有権』が移転され得る限りで、譲渡担保は、法規の文言に矛盾しない。しかし、移転された『所有権』は、ここでは、当事者の意思に従えば、所有権の通常の法的な効力を認めるのではなく、所有権よりも効力の劣る担保的な効力を認めるのである。法規は、占有の合意を所有権移転の手段としてのみ許容するが、担保権設定の手段としてはこれを許していない。このことから、当事者の意思によって、担保的な効果を有するという内容的に修正された所有権が用いられている。譲渡担保を認めることで示される法規の目的に対する違反により、譲渡担保権者の権利は、人々がいくら望むように眺めても、解釈的には明瞭ではないという結果を導いた。」(6 頁～7 頁)。

8) Larenz 13 頁～14 頁。

を発生させる。この注意義務、詳しくは、説明義務、通知義務、監督義務または双務的な配慮義務であり、これらの諸義務に共通する理由は、Ballerstedt がすでに示したように⁹⁾、交渉当事者の一方が相手方に一定の法益を信頼してこれを託する点に、あるいは、相手方は自分に示された信頼を裏切らないと信用する点にある。信頼が寄せられたり、または、それが求められたりすることにより、適切な行為をすることが義務づけられるのである。これにより、義務の範囲が画される。そして、この義務に故意・過失で違反した場合、契約上の義務の違反の場合と同様の法律効果が発生することは、契約上の責任もその基礎を信頼に見出すことによって正当化される。そして、各契約当事者は相手方の契約上適切な行為に信頼を寄せるのである。この信頼は、契約締結上の過失理論のまさに中心的な考えであり、契約の締結ではじめて始まるのではなく、契約交渉の開始で、すなわち、法律行為上の接触の着手によって生じるのである。

(iii) 法秩序との破綻なき接合

この法律行為上の接触は、少なくとも一方当事者の意図によれば、契約関係の用意 (Anbahnung) となる。Larenz はいう。「このことにより、この理論は、破綻なく契約法上の規律のなかに組み込まれる。この理論は、我々の責任法全体に楽々と集成される意味のある発展である。」。

(iv) 立法化

culpa in contrahendo の法理は、上述 (i) (ii) (iii) により成功した判例法と評価されてきたが、2002 年の債務法の現代化による民法改正に至るまで、

9) Kurt Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151. S.501, 950/1951. 本論文で Ballerstedt は、契約前の債務関係からの諸義務が信頼関係 (Vertrauensbeziehung) に基づくとの見解を本格的に論じた。従って、彼の見解は、culpa in contrahendo の理論構成を考える際に欠かせない内容となっている。

それは立法化されなかった。今回の民法改正により、culpa in contrahendo が問題となるいくつかの局面が 311 条（法律行為上および法律行為類似の行為による債務関係）として規律された。判例法による成功した法形成の最終的形態が判例法に基づいた立法化にあることを認めるならば、culpa in contrahendo の法形成は、この点からも成功したものと評価することができる。ただし、新たな 311 条が culpa in contrahendo で問題となるすべての場合を規律しているわけではない¹⁰⁾。この点については、311 条に対する政府案理由が強く指摘するところである¹¹⁾。

-
- 10) 311 条（法律行為上および法律行為類似の行為による債務関係）は、次のとおりである。「(1) 法律行為による債務関係の設定ならびに債務関係の内容変更のためには、法律が別段の定めをしなかり、当事者間の契約が必要である。(2) 241 条（債務関係に基づく諸義務）2 項による義務を伴う債務関係は、以下によっても生じる。1. 契約交渉の着手、2. 交渉当事者の一方が何らかの法律行為的な関係を考慮して、相手方に対し同人の権利、法益および利益の展開の可能性を与えたこと、または、同人にその可能性を委ねる契約締結の用意 (Anbahnung)、または、3. 法律行為によって生じる接触。(3) 241 条（債務関係に基づく諸義務）2 項に基づいた義務を伴う債務関係は、自らは契約当事者とはならない者に対しても生じる。そのような債務関係は、とくに、第三者が、特別な程度に自らへの信頼を求め、それにより契約交渉または契約締結が重大に影響を受けるときに生じる。」。
- 11) 政府草案理由はいう。「政府草案は、culpa in contrahendo という形成物をすべての個人的な事柄について条文を設けるつもりではない。これを実現しようとしても、考慮すべき諸義務の範囲が大変に広く多様であり、これらの諸義務によって保護された利益が異なっているので、実現することは可能ではあるまい。むしろ、——民法典における規定を設ける際の伝統に応じて——、判例を通じた個別化と持続的な発展が可能な規定が設けられなければならない。もちろん、規定は、種々に受け入れられた場合には鋭い輪郭を有していなければならない。」(Schuldrechtsmodernisierung 2002, Zusammengefasst und eingeleitet von Claus-Wilhelm Canaris, 2002, S.720f.)。

筆者（円谷）は、culpa in contrahendo が問題となる局面は多様であり、culpa in contrahendo の要件や効果を固定して把握することはできないという観点から、culpa in contrahendo という文言を見出し、あるいは契約締結上の過失が問題となる諸場合を包み込む風呂敷と理解すればよいとの見解であり（円谷峻「契約締結上の過失」『現代民法学の基本問題 [中]』[内山尚三＝黒木三郎＝石川利夫先生選暦記念] 第一法規出版、1983 年、183 頁以下）、ドイツの政府草案理由に共感する。

3 財産の保護 (Vermögensschutz)

(1) 営業権 (設立され、かつ稼働中の営業企業の権利) の保護

(i) 財産 (Vermögen) に対する法的保護

ドイツ民法典は、財産 (Vermögen) 上の損失 (ここでは、これを英米法でいう economic loss と理解してもよいであろう) を過失で被害者に生じさせた場合、一般的な不法行為法による保護は条文上認められていない¹²⁾。すなわち、民法 823 条 (損害賠償義務) 1 項に列挙された保護されるべき権利 (絶対権) には、財産は含まれていない。民法典の起草者は、同条 1 項に列挙された絶対権が侵害された結果、財産上の損失が生じた場合にのみ、被害者は財産上の損失の賠償を不法行為者に請求できると構成した。

(ii) ジュート繊維事件判決 (ライヒ裁判所判決 RGZ 58, 24 : 1904 年 2 月 27 日)

しかし、この構成は、民法典施行後、早々に崩れた。それを崩したのが、ライヒ裁判所による 1904 年 2 月 27 日のジュート繊維事件判決である。同判決は、「設立され、かつ稼働中の営業企業の権利」(営業権) という権利を 823 条 (損害賠償義務) 1 項所定の「その他の権利」として承認することによって財産上の損失 (すなわち、economic loss) に対する保護を承認した¹³⁾。

12) 823 条 (損害賠償義務) : 「(1) 故意または過失によって他人の生命、身体、健康、自由、所有権またはその他の権利を違法に侵害する者は、その他人に対しそれから生じた損害の賠償をする義務を負う。(2) 同じ義務は、他人の保護を目的とする法律に違反する者にも認められる。法律の内容に従えば法律に対する違反が帰責なくとも考えられるとき、賠償義務は、帰責のある場合にのみ生じる。」

13) RGZ 58, 24. なお、連邦通常裁判所は、民事大法廷 (Großer Senat für Zivilsachen [なお、山田晟編『ドイツ法律用語辞典 改訂増補版』は民事大部と訳す (山田・292 頁参照)]) でこのライヒ裁判所の判決を確認している (BGHZ 164, 1)。民事大法廷 (民事大部) は、

事実の概要は、次のとおりである。ジュート繊維から作られた絨毯などについて3つの実用新案 (Gebrauchsmuster) を登録した被告会社 Y は、同業者の原告 X および同社の2名の親方職人に対し損害賠償および刑法上の措置を講じる覚悟もあるとして、同年9月2日付けの文書で同社の実用新案の模造の中止を文書で通知した。このために、X は同社の営業活動で行っていたジュート布地の生産を中止した (X には絶対権侵害がないことに注意)。1901年9月15日、Y は X を刑事告訴した。これにより、予審 (die Voruntersuchung : 1975年1月7日の刑事訴訟法改正まで認められていた制度。予審が終結して公訴が提起される。) が開始された。しかし、この予審が終結する前に、X は、本件では実用新案の解消について Y が同意している (Y が当該実用新案を登録申請した時点ではそれはすでに公知のものになっていた) とし、本件絨毯類の製

民事部が法的問題について他の民事部または民事大法廷の判決と異なる判決を下そうとするとき、民事大法廷が判決を下す (これについては、裁判所構成法 [Gerichtsverfassungsgesetz] 132条2項)。また、判決を下そうとする部は、法の継続または統一的な判例の確保のために必要であるとき、原則的な意味を有する問題を大法廷に提出することができる (同条4項)。連邦通常裁判所の通常の部 (Senat) は5名の裁判官で構成されるが、民事大法廷は、所長と各民事部の1名の裁判官によって構成される (同条5項)。

本件では、連邦通常裁判所第一民事部が、「登録商標権 (Kenzeichenrecht) に基づくとする根拠のない警告は、それが有責な行為の場合、設立され、かつ稼働中の営業企業の権利に対する違法な侵害として、823条 (損害賠償義務) 1項により損害賠償を義務づけるのか、それとも、826条 ((善良な風俗に違反する故意による加害)) が問題とならない限り、不正競争に対する権利に基づいてのみ損害賠償義務が生じるのか」という問題を民事大法廷に提出した。これに関する2005年7月15日付け民事大法廷の判決要旨は、次のとおりである。「登録商標権に基づくとする根拠のない警告は、設立され、かつ稼働中の営業企業の権利への違法かつ有責な侵害という観点のもとに、その他の不当な保護権に基づく警告と同様に、損害賠償を義務づける。」民事大法廷は、判決理由16において、この結論はライヒ裁判所のジュート繊維事件判決以来の確定した判例であるという。

826条 (善良な風俗に違反する故意による加害) : 「善良な風俗に反する方法で他人に故意に損害を加える者は、その他人に損害の賠償をする義務を負う。」

造禁止および刑事告訴という威嚇のために X に生じた損害の賠償を求めた。第一審、原審が X の請求を認容したために Y が上告した。ライヒ裁判所は、原審判決を採用した法律構成を破棄し、自判した。なお、ライヒ裁判所が原審判断を破棄した二つの理由のうちの 하나가、本報告に係る。以下で、これを中心に紹介する。

ライヒ裁判所は、原審が 823 条 (損害賠償義務) 1 項の適用を否定し、本件実用新案権が保護されていないということを Y が知っていたと証明された場合にのみ、Y の責任を認める可能性があると判断するが、これは法的に誤っていると、次のようにいう。「(設立され) 現に営業活動が行われている場合には、営業活動を行う者の自由な意思活動が重要であるだけでなく、すでに彼の営業活動が具体に行われていることによって、この営業に対する権利 (subjektives Recht) を承認するための確定した基礎が認められる。従って、直接的に営業活動に向けられる侵害および妨害は 823 条 (損害賠償義務) 1 項で受け止められる権利侵害と見なされる。」、(侵害者によって)「主張された保護権が実際には存在しないときには、この侵害は違法である。何故ならば、この場合には、許容された競争が問題ではないからである。」。

(iii) 本判決の評価

本判決で権利の侵害が認められたが、この場合の権利とは、823 条 (損害賠償義務) 1 項所定の「その他の権利」と位置づけられることは明らかである。Hager は、ライヒ裁判所の実質的な根拠づけは、「(設立され) 現に営業活動が行われている場合には、営業活動を行う者の自由な意思活動が重要であるだけでなく、すでに彼の営業活動が具体に行われていることによって、この営業に対する権利を承認するための確定した基礎が認められる。」との文言に尽くされるが、結局は、設立され、かつ稼働中の営業活動の権利の様相をただ記述しているにすぎない、と指摘する。そして、ライヒ裁判所は、設立され、かつ稼働中の営業活動に対する権利 (営業権) のように民法典に列挙されなかった絶対権の創設をもっ

て余りにも広く進み、その結果、その後の判例が創設された営業権構成を再び制限することに取り組みなければならなくなった、という (Hager131 頁)。

(iv) 連邦通常裁判所判決 (電線事件判決 BGHZ 29, 65 : 1958 年 12 月 9 日)

この指摘をよく示すものとして、連邦通常裁判所の電線事件判決がある。建築会社 Y による電線切断により、営業損失がその電線を引いている企業 X に生じた。第一審および原審は、設立され、かつ稼働中の営業活動に対する過失による侵害という観点のもとに建築会社 Y に対する X の損害賠償の訴えを認めた。しかし、連邦通常裁判所は、これを否定した。

本稿に関連する本判決の判決要旨 (公式) は、次のとおりである。「判決要旨 1 電線の損傷により本件企業には属さない土地への送電が中断したことは、一般的には、設立され、かつ稼働中の営業の権利への侵害ではない。判決要旨 2 この権利の保護領域は、本件のような送電中断およびそれによりもたらされた一時的な企業活動の停止により生じる損害には及ばない。」(「公式」の意味については注 21)。

連邦通常裁判所は、設立され、かつ稼働中の営業活動の保護を直接的な侵害の場合に限定した¹⁴⁾。そして、そのような限定の目的は、ドイツ法の不法行為法体系と調和しない財産保護が創設されないようにするためである、という。連邦通常裁判所は、これに続いて、営業に関係する侵害については直接的な侵害が重要だと解した。しかし、連邦通常裁判所によれば、本件ではそのような侵害は認められない。

実際、本件では、原告企業は間接的にのみ損害を被った間接被害者であった。

14) 連邦通常裁判所は、この点について、次のようにいう。「連邦通常裁判所の判例によれば、設立され、かつ稼働中の営業活動への権利の侵害に対する 823 条 (損害賠償義務) 1 項の保護は、その侵害が営業活動領域への直接的な介入である場合に認められ、そしてそれも競業および営業上の保護権の範囲外でも認められる (BGHZ 3, 270; 8, 142; 8, 387; 24, 200; vgl. Auch BGHZ 23, 157)。」。

直接的に法益を侵害された者は、建築会社がケーブルの所有権を侵害した A 工場であった。連邦通常裁判所は、直接性という要件のもとで営業活動への侵害に対する責任を制限したのである。

(v) さらなる制限 (名誉毀損と営業権侵害 : BGHZ 45, 296, BGHZ 65,325)

設立され、かつ稼働中の営業活動に対する保護は、さらなる制限を受けている。そのような場合として、企業の保有者が取引を害する表明に対し防衛をし、侵害者が意見の自由を主張することができる場合を挙げることができる。たとえば、ある教会新聞がある新聞社を侮辱したために、侮辱された新聞社が教会新聞に対し法的手段をとった事件での判決 (BGHZ 45, 296.)、または、企業が商品テスト財団発行の雑誌に対して、後者が前者の製品を否定的に評価したとして、法的手段をとった事件に対する判決がある (マルカー事件判決 BGHZ 65,325.)¹⁵⁾。ここでは、侵害の違法性は、保護された営業活動と同時に保護された意見の自由との比較衡量により結論づけられる。これによれば、営業権侵害が絶対権侵害であるとして直ちに違法性が認められるというよりも、わが国における違法性論と近似した利益衡量論により違法性が判断されることになる。

15) ドイツの商品テスト財団 Y に対して権威のあるスキーペンディング業者 X が業権侵害を理由に商品テストの公表差し止めおよび損害賠償を訴求した。原審は X の請求を認めた。連邦通常裁判所は原判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。本判決で、連邦通常裁判所は、Y の行為が許容されるためには、①調査が中立的なものであること、②調査が客観的なものであること、③調査が専門知識に基づいてなされたものでなければならない、という。本件では市場透明化という観点からの企業名公表が、問題であったが、今日のわが国では、むしろ、罰則としての企業名公表が重要であろう。この問題は、わが国における消費者行政における問題点の一つでもあった。すなわち、消費者行政機関が悪質業者の企業名公表をしようとするとき、業者は営業権侵害を理由として公表を阻止しようとする。この問題は消費者行政上で克服すべき課題である。これについて、ドイツの前述判例等を紹介し、わが国の参考にしようとするものとして、円谷峻「消費者行政と損害賠償請求 (上) (下)」国民生活平成 2 年 6 月号 68 頁、7 月号 66 頁。

(2) 第三者のための保護効を伴う契約構成による財産の保護

(i) 第三者のための保護効を伴う契約とライヒ裁判所判決 (ガスメーター事件判決 ; RGZ 58, 24 : 1904年2月27日)

この契約は、ドイツ契約法、不法行為法を觀察するとき、今日、欠かすことができない契約概念である。この契約概念は、まずは不法行為法における被害者救済の不十分さのために展開された。すなわち、この契約は、831条 (執行補助者のための責任) 所定の使用者責任においてしばしば認められる使用者の免責を回避するために、履行補助者責任を定める278条 (第三者に対する債務者の責任) を用いるという目的で用いられた¹⁶⁾。ライヒ裁判所のガスメーター事件判決がそのための基本判決である¹⁷⁾。

甲住宅を賃借した者Aが、同住宅への引っ越しをするに際して、ガスメーター設置会社Yにガスメーターの設置を委託した。同会社の取り付け工のミスによって、ガスが漏れたため、ガスが自然発火し、引っ越しのために雇われた掃除婦Xが負傷した。ライヒ裁判所は、賃借人と設置会社間の請負契約は、掃除婦のための保護効を含んでいると解し、結果的に、設置会社は組み立て工につ

16) 278条 (第三者に対する債務者の責任) : 「債務者は、その法定代理人およびその債務の履行のために用いる者の故意・過失について、自らの故意・過失と同じ範囲で責任を負わなければならない。276条 (債務者の責任) 3項の規定は、適用されない。」。

831条 (執行補助者のための責任) : 「(1) 他人を事業のために選任する者は、事業の執行中における第三者に違法に加える損害の賠償をする義務を負う。その賠償義務は、使用者が被用者の選任にあたり、および、使用者が器具または道具を用意しなければならないか、または、事業の執行を指示しなければならないかぎり、その用意もしくは指示にあたり取引に必要な注意が払われたとき、または、この注意が払われても損害が発生したであろうときには、発生しない。(2) 同じ責任は、使用者のために前項2文で掲げられた行為を契約により引き受ける者にも認められる。」。

17) RGZ 58, 24.

いて 278 条 (第三者に対する債務者の責任) によって責任を負うと判断した¹⁸⁾。

(ii) 連邦通常裁判所による同契約に対する別機能の承認

連邦通常裁判所は、第三者のための保護効を伴う契約による別機能によって財産保護の改善を図った。その出発点となった判決は、期待を裏切られた相続人事件判決 (BGH JZ 1966, 141) である。A が弁護士 Y に遺言書の作成を依頼した。しかし、Y の怠慢によって遺言書作成は行われなかった。遺言では単独相続人とされた娘 X が Y に対して損害賠償を訴求した。

連邦通常裁判所は、弁護士契約で保護されるべき者としてその効力を X に及ぼし、X が遺言の不作成によって被った損害の賠償を X に認めた。連邦通常裁判所は、そのような拡大を契約の意味と目的、そして、信義則で根拠づけた。Hager は、本来の諸事件とは対照的に身体的に侵害されないという利益の保護 (完全性利益の保護 Integritätsschutz) ではなく、財産保護が重要であることを連邦通常裁判所が認めたとと思われるが、これには問題がない、何故ならば、契約責任の枠内では完全性利益と財産は同じような方法で保護されるからである、という (Hager133 頁)。

(iii) 家屋鑑定書事件判決 (BGHZ 127, 378 : 1994 年 11 月 10 日)

連邦通常裁判所は、さらに家屋鑑定書事件判決で、第三者の財産保護という問題に取り組んだ。甲家屋の所有者 A とこれを購入し転売しようと考えた B

18) この観点からの第三者のための保護効を伴う契約については、円谷峻「第三者のための保護効を伴う契約」一橋研究 22 巻 (1971 年)。なお、831 条 (執行補助者のための責任) の免責証明を回避し、278 条 (第三者に対する債務者の責任) による契約法上の解決を図る手法は、連邦通常裁判所でも大いに用いられている。たとえば、1976 年 1 月 28 日の野菜屑事件判決 (BGHZ 66, 51) では、第三者のための保護効を伴う契約と culpa in contrahendo の法理が併せて用いられた。これについては、円谷峻『新・契約の成立と責任』(成文堂、2004 年) 60 頁以下。

は、いずれ現れるであろう潜在的な買主に提出するために、甲の価格鑑定を建築家 Y に委託した（委託契約の当事者は A と Y）。しかし、Y の鑑定書は誤っていた。何故ならば、それは、屋根の明瞭な損傷を指摘しなかったからである。甲の所有者 A の代理人は、この損害を認識していたが、建築家 Y にこの点を意識的に隠していた。その後に出現した甲の買主 X は、この鑑定書を信頼し、甲を購入した。そのため、X は、相当な修理をしなければならなかった。B に対する X の訴えは和解で結着した。そこで、X は、Y に対して鑑定書の誤った作成を理由にして損害賠償を訴求した。

連邦通常裁判所は、鑑定契約に第三者のための保護効を認めた。連邦通常裁判所によれば、Y には、彼の鑑定書が潜在的な買主にとって決定的であったことが認識されていた、という。

なお、連邦通常裁判所によれば、本件のような場合に X が第三者のための保護効という構成で救済されるためには、次の①②がクリアされなければならないが、これらは本件ではクリアされた、という。

① A（委託者）は甲の高い評価に利益を有し、X（買主）には甲について低い評価に利益がある。そこで、Y、A で締結された本件鑑定契約が Y、X 間にも拡張されるのかが問題となる。連邦通常裁判所は、買主の利益と委託者の利益の方向性が逆向きであるということは、契約の拡張を妨げるものでない、という。

② 本件では、委託者 A の代理人が Y に甲の瑕疵を悪意で黙秘していた。Y は X に対抗することができるかどうかという問題が生じる。第三者のための契約の場合でも第三者のための保護効を伴う契約の場合でも、334 条（第三者に対する債務者の抗弁）によれば、「契約に基づく抗弁は、約束者に対しても第三者に対しても認められる」からである。従って、Y の X に対する抗弁が根拠づけられたかのように見える。しかし、連邦通常裁判所は、本件をそれとは異なって判断した。

連邦通常裁判所は、第三者が鑑定書に寄せる信頼、それも、売主が売買目的

物の現実の性状偽装しようとする諸場合における信頼が 334 条（第三者に対する債務者の抗弁）を黙示に失効させた、と判断した。連邦通常裁判所によれば、334 条（第三者に対する債務者の抗弁）の規定は、加害者の契約当事者と第三者が同等の立場にある場合にのみ適切なものである。なお、連邦通常裁判所は、それに続いて、鑑定人に期待不可能な責任リスクを課せられないことをも付言する。専門家がその真実の内容を検討することができないが、それでも鑑定書に真実の内容を認識させなければならないとき、委託者の説明を考慮することが許される、という。

(iv) 整理

連邦通常裁判所は、被相続人事件および鑑定書事件において、これらの事件で問題となった契約は第三者のための保護効を伴う契約の性質を有していると判断した。Hager によれば、連邦通常裁判所の判断は説得力のあるものである、何故ならば、そのような拡張は契約の意味に即しているからだ、というのである。そして、第三者のための契約という構成によれば、334 条（第三者に対する債務者の抗弁）が担ぎ出されることになるが、それにより生じる第三者の法的地位の弱体化は、鑑定書事件においては適合せず、連邦通常裁判所は、334 条（第三者に対する債務者の抗弁）の黙示の失効ということで切り抜けた、という (Hager134 頁)。

4 一般的人格権と民法典改正による欧州法との調和

(1) 概説

一般的人格権の概説については、ディーター・ライボルト (円谷峻訳) 『ドイツ民法総論 第 2 版』補遺 I 「一般的人格権」(成文堂、2015 年) を参照されたい。

(2) 連邦通常裁判所判決

(i) シヤハト氏手紙事件判決 (Schacht-Brief-Urteil : BGHZ 13, 334 :
1954年5月25日)

弁護士Xは、第三帝国 (ナチス政権期のドイツ) における経済大臣であったシヤハト氏の依頼により、新聞社Yに記事の訂正を要請した。Yは、その要請を「読者からの手紙」欄において歪曲して公表した。Xは、Yの公表内容を取り消すように求めた。連邦通常裁判所は、人格権侵害に基づく訴えを正当なものとし、その根拠を基本法1条に求めた¹⁹⁾。

(ii) アマチュア騎手事件判決 (Herrenreiterurteil : BGHZ 26, 349 :
1958年2月14日)

人格権の保護は、アマチュア騎手事件判決でさらに進展した。被告Yは、原告Xの同意なくXの肖像を性的能力薬剤の宣伝のために利用した。連邦通常裁判所は、人格権侵害に基づいてXに対する慰謝料支払いを認めた。連邦通常裁判所が慰謝料を認めた点が重要である。当時の253条 (非財産的損害) および847条 (慰謝料) によれば、慰謝料は法律によって定められた諸場合にのみ認められたからである²⁰⁾。人格権の侵害に対する救済は、判例によって発展したので、人格権侵害による慰謝料請求は条文には定められてはいない。連邦通常裁判所

19) 基本法1条1項:「人間の尊厳は不可侵である。人間の尊厳を尊重し、それを保護することは、すべての国家権力が負う義務である。」。

20) 旧253条 (非財産的損害):「財産損害ではない損害に基づいて金銭による補償は法律によって定められた諸場合においてのみ求められる。」。

旧847条 (慰謝料):「(1) 身体または健康ならびに自由剥奪の場合、被害者は財産損害でない損害に基づいても適切な金銭による補償を請求することができる。慰謝料請求権は譲渡され得ないし、相続され得ないが、ただし、同請求権が契約によって承認されたとき、または同請求権が訴訟係属されたときは、この限りではない。(2) 重罪または軽罪が道義に反しておこなわれたか、または、術策、強迫もしくは従属関係の濫用のもとに婚姻外の性的関係の承認を取り決められる婦人は、同様の請求権を有する。」。

その後、847条は改正され、1990年以降では1項2文は削られた。さらに、2001年の損害賠償法規定の変更のための第二次法案により、2002年に847条が削られた。これについては4(3)に譲る。

は、823 条（損害賠償義務）に列挙された絶対権侵害（自由の剥奪）の類推という手法による解決を図った。すなわち、連邦通常裁判所は、次のように判断する。847 条（慰謝料）は、身体的自由の有責による剥奪に対する慰謝料請求権を認めるが、それに準じた方法（すなわち自由剥奪の類推）で自己の肖像に対する自己決定への侵害についても慰謝料請求権が認められなければならない、と。

（iii）朝鮮人参事件判決（BGHZ 35, 363：1961 年 9 月 19 日）

連邦通常裁判所は、その後の朝鮮人参事件判決で、アマチュア騎手事件判決では傍論で述べられていた憲法による保護という観点から慰謝料請求権を承認するとともに、人格権侵害を正面から認めた。本件の事情は、以下のとおりである。X はゲッテンゲン大学法学部の准教授で、国際法および教会法の講座を担当していた。X は、韓国に滞在したが、同国から帰国する際に何本かの朝鮮人参を持ち帰った。X は、研究目的で使われたいと、この朝鮮人参を友人の薬物学者である A 教授に手渡した。A は、朝鮮人参に関する研究論文で、X の親切的な援助で朝鮮人参を得たとの謝意を示した。ところが、この謝意が思わぬ事態を招いた。1957 年に刊行された雑誌に掲載された通俗的な記事「まか不思議な人参、新たに発見される」で、X は、A およびその他の科学者とならび、欧州における著名な朝鮮人参研究者として紹介されていた。強壮剤の販売業者である Y は、自社製品の宣伝にあたり、X が強壮剤の専門家として強壮剤を推奨しているとした。X は、アマチュア騎手事件判決で設けられた原則に基づいて、被った侮辱に対する補償として 1 万マルクを訴求した。

本判決の判決要旨（公式）は、「自己の人格権を違法かつ有責に侵害された者は、諸事情、とくに、侵害または帰責の程度により非財産的損害の補償が必要とされるときには、非財産的損害の賠償を請求することができる。」である²¹⁾。

21) なお、判決要旨（Leitsatz）には、公式の判決要旨（Amtlicher Leitsatz）と判例集編集者による判決要旨（Redaktioneller Leitsatz）がある。本文で引用した判決要旨は、公式

(iv) カロリー女王事件判決 (Caroline-Urteil : BGHZ 128, 1 : 1994
年 11 月 15 日)

連邦通常裁判所は、この判決で非財産的損害の賠償に適用される諸原則を精

の判決要旨である。また、本判決は、判決理由中で次のようにいう。「確かに、253 条 (非財産的損害) は、法律に明示的に定められた諸場合にのみ非財産的損害に対する補償を請求することができると定める。民法典がかような列挙主義 (Enumerationsprinzip) を設けたとき、人の人格およびその固有領域を法的に保護することについて高度の価値があることについては法秩序によってなお認識されておらず、その認識は基本法 1 条および 2 条 1 項によって法秩序に加えられたのである。民法典の立場からは、財貨の保護こそが全面に出されたのであり、人の人的価値は周辺領域で不十分にしか保護されなかった。」「とはいえ、人格権の侵害が非財産的な侵害に適した制裁を導かないであろうときには、基本法の価値決定の影響のもとに認められた民法上の人格保護の形成には欠缺があり、不十分であろう。不法行為法上の保護が人の特定の法益に制限されることは、基本法により要請された人格保護を担保するには狭すぎるものが明らかであるのと同様に、非財産的損害の賠償が個別的に列挙された法益が侵害された場合にのみ認められると制限することは、基本法の価値体系にもう適合しない。何故ならば、基本法は、1 条において、人の侵すことのできない尊厳を保護することを国家権力の最優先となる任務とするからである。そして、基本法 2 条 1 項は、その人格の自由な展開に対する人の権利を基本権のうちで最も重要なものとする。精神的な領域における人格権に対する不法行為法上の保護が「基本法 2 条 2 項に掲げられた特別な人的法益 (Persönlichkeitsgüter) の保護の背後に後退してしまうならば、私法は、基本法の価値決定を無視したことになるであろう。人格保護から非財産的損害賠償を除外するとすれば、それは、人の尊厳と名誉の侵害により本質的に価値あるものが損なわれた場合に、侵害者が被侵害者に加えた不法について補償の責めを負わなければならないとの私法秩序における制裁のないことを意味するであろう。そのようであれば、法秩序は、個人の人的価値という側面を確保するのに適した最も有効でしばしば唯一の手段を放棄することになるであろう。」。この判決理由は、基本法において決定された価値を私法秩序は制裁手段をもって具体的に保護する必要があると述べている。

ちなみに、連邦憲法裁判所は、この判決を承認した (BVerfGE 34, 265:1973 年 2 月 13 日)。これについては、この指摘にとどめる。

なお、基本法 2 条は、以下のとおりである。「(1) 何人も、他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序または道德律に違反しない限り、自らの人格の自由な展開を求める権利を有する。(2) 何人も、生命に対する権利および身体を害されない権利を有する。人身の自由は不可侵である。これらの権利は、ただ法律の根拠に基づいてのみ、侵すことができる。」。

密化した。連邦通常裁判所は、モナコ公国のカロリーン王女とのでっち上げインタビューの公表に対する判決で、金銭賠償の補償機能および予防機能を強調した。連邦通常裁判所は、人格権が無断で「強制的に商業化」された場合に金銭による補償が認められるときには、利得の掃き出しも考慮され、抑止の思想に基づく予防効果として(利得吐き出しによる)相当の金銭補償も認められる、という。この判決により、今日では、人格権侵害に基づく金銭補償請求権 (Der Anspruch auf Geldentschädigung) は、慰謝料請求権とは別ものになっている (Hager136 頁)。

(v) マレーネ・ディートリッヒ事件判決 (Marlene Dietrich-Urteil : BGHZ 143, 214 : 1999 年 12 月 1 日)

連邦通常裁判所は、人格権と結びついた商業上の利益の保護をこの判決で拡充した。音楽会社の単独業務執行者は、無権限でマレーネ・ディートリッヒの肖像、名前および自筆署名を使用した。彼女の単独相続人 (娘) にディートリッヒの人格権侵害に基づく損害賠償請求権の相続が認められた。本件では、死亡後の人格権 (postmortales Persönlichkeitsrecht) の法的位置づけが問題となった。連邦通常裁判所は、本判決で当該人物の人格権が同人の生存期間中にすでに財産的価値を有していたときには、人格権の財産的な価値部分は当該人物の死亡後も存続し、相続人に移転すると解した²²⁾。

発生した損害に対する賠償請求権は、具体的な逸失利益の証明によるほか、ライセンス料という基準または侵害された利得の吐き出しという方法でも算定される (BGHZ 60, 206²³⁾)。

22) 死亡後の人格権について詳しくは、ライポルト・前掲書 § 33 注 13 に譲る。

23) 本判決の判決要旨 (公式) は、「混同され得る名称の使用により氏名権または商号に対する権利が侵害されるとき、被侵害者は、逸失したライセンス料という基準により、または、侵害された利得により損害賠償請求権を算定することができる。」という。

(3) 民法典改正による欧州法との調和

(i) 一般的人格権に関連する民法典の改正

大陸法において判例法による法形成を論じる場合には、法形成の結果として法律の改正が実現したのかまで検討することが必要である。この観点から、一般的人格権に関連する民法典の改正について付言する。

連邦政府は、2001年12月7日付け損害賠償法規定の変更のための第二次法案を準備した。ここでは、とくに、従来の253条（非財産的損害）に第2項を加えることにより、従来の847条（慰謝料）を削除するとの提案であった。予定された第2項とは、「身体、健康、自由または性的な自己決定の侵害により損害が賠償されなければならない場合において、次のときには、財産的損害ではない損害に基づいて、金銭による相当な補償が求められる。1. 侵害が故意にひきおこされたとき、または、2. 損害がその種類と期間を考慮して軽微ではないとき。」である。

(ii) 改正の意図

連邦政府案は、すでに述べたように、削除を提案する847条（慰謝料）の1項を新たな253条（非財産的損害）2項へ移すことを提案した。847条（慰謝料）は、不法行為に基づく損害賠償規定の一つでしかない（注20参照）。これに対し、253条（非財産的損害）は、249条（損害賠償の方法と範囲）などと並んでドイツ損害賠償法における原則規定である。損害賠償法の原則規定である253条（非財産的損害）は、不法行為責任の場合だけでなく契約責任、無過失責任にも認められるべきことになる。連邦政府案に付せられた理由（Deutscher Bundestag, Drucksache 14/7752, S. 14）は、今日のドイツ法に存在する契約外の過失責任（不法行為責任）と危険責任・契約責任との間の溝を埋めることが改正の目的だという。これまでの規定では、身体、健康、自由および性的自己決定が侵害された場合に不法行為責任では慰謝料請求権が認められるのに対し、契約責任、危険責任のもとでは慰謝料請求権は脱落した。また、これまで

薬事法、製造物責任法、環境責任法、道路交通法などの無過失の損害賠償責任を定める重要な法律のもとでは、慰謝料請求は認められなかった。改正理由は、これは今日では耐えがたい溝であるという。連邦政府は、253 条(非財産的損害)の改正とともに、改正される同条が上述の特別法にも適用させるために、特別法の修正も提案した。たとえば、製造物責任法 8 条(身体侵害の場合における賠償義務の範囲)には、「財産損害ではない損害に基づいて相当な補償が請求される。」との第 2 文を付加することが提案された。

(iii) 連邦参議院の反対提案

連邦議会の提案に対し、連邦参議院は、むしろ 847 条(慰謝料)においては判例法により形成された一般的人格権を規律すべきだとして、同条を「一般的人格権が侵害された場合、侵害された者は、侵害がとくに重大であること、ならびに、故意・過失により、金銭による相当な補償が正当化され、他の方法による権利侵害に対する十分な調整が達せられないとき、金銭による相当な補償が求められ得る。」と修正すべきことを提案した。しかし、それは連邦議会の同意を得ることができず、政府提案が若干の修正のもとに実現した²⁴⁾。これにより、非財産的損害に対する慰謝料請求権は、他の EU 諸国と同様に契約責任、危険責任のもとでも認められることになったが、一般的人格権の取り扱い、依然として判例に委ねられることになった²⁵⁾。

5 製造物責任訴訟および医療過誤訴訟における立証責任の転換

24) 新たに制定された 253 条(非財産的損害)は、連邦政府案が若干修正され、「(1) 財産的損害でない損害に基づいた金銭による補償は、法律によって定められた諸場合にのみ請求される。(2) 身体、健康、自由または性的な自己決定の侵害に基づいて損害賠償がされなければならないとき、財産的損害でない損害に基づいても、金銭による適切な補償がされなければならない。」となった。

25) これについて詳しくは、円谷峻「ドイツ民法の変革」法の支配 150 号 5 頁。

(1) 連邦通常裁判所判決

(i) にわとりペスト事件判決 (BGHZ 51, 91 : 1968年11月26日)

本判決では、いわゆる危険領域説により、不法行為法に基づく損害賠償事件において、製造物責任が問題となるときには、帰責事由に関する立証責任の転換が認められると解された。養鶏業を営むXは、にわとりペスト対策としてY社製のワクチンを獣医Aにより接種してもらった。しかし、その後、にわとりペストが発生し、4000羽以上のにわとりが斃死した。使用したワクチンが汚染されていたのである。Xは、Yに対し被った損害の賠償を訴求した。

連邦通常裁判所は、直接の契約関係にないX Y間に契約法理に基づく損害賠償請求が認められるか否かを検討した後に、不法行為法に基づく損害賠償請求と構成することが適切だと解し、その場合には、判決要旨1のように製造者の帰責については立証責任の転換を認めた。本判決の判決要旨(公式)は、「判決要旨1 産業製品を定められたとおりに使用した場合に、欠陥のある製品が製造されたことによって人または物に損害が生じたとき、製造者はその欠陥に関して自らには故意・過失(帰責)がないことを証明しなければならない。判決要旨2 製造者がこの証明をしないとき、製造者は不法行為法の原則に基づいて責任を負う。中間取得者は、第三者のもとで発生した損害を契約法によって清算することはできない。」²⁶⁾である。

26) BGHZ 51, 91 (1968年11月26日)。危険領域説に基づく帰責事由に関する立証責任の分配について簡単に述べれば、次のようになる。不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において被害者である原告が、被告(製造者)の組織領域および危険領域において、それも取引に違反する瑕疵または状態によって被害者の損害が引き起こされたことを証明したならば、製造者は自らに義務違反がないことを立証しないかぎり、同人は責任を免れない。これについて、詳しくは、円谷峻「製造物責任と立証問題—積極的契約侵害との関連において—(上)(下)」一橋論叢 68巻2号、3号(1978年)。von Caemmererは、製造物責任法制定以前の判例法についてはあるが、連邦通常裁判所による製造物責任に関する判例法を重要な法形成であると指摘する。なお、警告・指示上の欠陥が問題となる場合には、危険領域説による帰責事由に関する立証責任の転換は認められなかった(BGH JZ 1981, 480 [1981年2月22日])。

本判決は、当時の EC による製造物責任指令 (1985 年 : Produkthaftung Richtlinie des Rates vom 25.Jul 1985 85/374/EWG) が出される以前の判決であり、今日では、無過失責任に基づく製造物責任法が制定されている。従って、現状では本判決の実務的意義は大きくはない。しかし、連邦通常裁判所が、所与の条件のもとで、種々の可能性を検討し、解釈学的に可能な解決の方途を探った態度は、我々にも参考となる。

(ii) レモネード・ビン爆発事件判決 (BGHZ 104, 323 : 1988 年 6 月 7 日)²⁷⁾

Hager は、本判決を重要判決 (landmark case) として挙げていない。しかし、本判決もそれに値する判決だと評価することができよう。本判決は、消費者の手元でレモネード・ビンが爆発したが、消費者がビンのかけらを掃除してしまった場合におけるビンの疵と負傷との因果関係に関する立証責任の転換を認めた判決である。

Y は、炭酸入り資料飲料水を製造し市場に出していた。その際、Y は、組合を作ってビンを利用して用いていた。当時 3 歳の X の両親は、Y 製造のレモネード・ビンのケースを販売業者 B から購入した。それから 2 日後、X が家の地下室に置かれていた右ケースの一つからレモネード・ビンの一つをとりだしたところ、それが爆発した。X は、ビンの破片で右眼を失明し、左眼の視力も弱まった。なお、事故後、ビンの破片は、片付けられた²⁸⁾。

同判決の判決要旨 1 (公式) は、次のとおりである。「製造者の責任領域において製品の欠陥が生じたという証明のためには、消費者の利益において製造者に課せられた社会生活上の義務を理由として製造者には製品が異議のない性

27) BGHZ 104, 323 (1988 年 6 月 7 日)。これについては、円谷峻「製造物責任訴訟における立証責任の転換 (上)」NBL446 号 12 頁。

28) 本判決について詳しくは、円谷注 27 引用論文および「製造物責任訴訟における立証責任の転換 (下)」NBL 448 号 26 頁。

状であることを調べ、調査結果を保全しておくことが義務づけられるが、製造者がこの義務を守らないときには、被害者のための特別な事情のもとに立証責任の転換が問題となり得る。」。

本判決は、製造業者に飲料用ビンの強度について製品を市場に出す前に個々のビンの状態をビンの破裂のない安全性という観点から調査し、傷ついているビンだけを用いるように確認すべき検査義務および調査結果を保全すべき義務が飲料製造業者に課せられるとする。この義務に違反した製造者は、ガラスの疵により飲料ビンが破裂した場合において、[A] 製品について認定された瑕疵が典型的に製造者の領域から生じるものであること、[B] 製造者は重大な損害の発生を回避するためにその種のリスクをできるかぎり排除しなければならないが故に、消費者の保護のために製品を市場へ出す前にそのような瑕疵のないことを確認する義務が製造者に課せられていること、[C] 製品が欠陥のない状態にあったことに関する『状況保全』を製造者が十分にしていなかったことを被害者が立証したとき、「Yによる反対事実の証明 (Beweis des Gegenteils) がされるまでは、『その疵がビンを市場に出す前にすでに存在していたこと、そしてその存在は定められた調査結果の保全がされていればわかっただろうということ』が推定されると解している。この推定を覆すためには、製造者 Y による反対事実 (特段の事情) の証明が必要であると述べている²⁹⁾。

29) 製造者 Y による反対事実 (特段の事情) の証明については、(これは)「本証 (Hauptbeweis) であり、推定された事実が不確実であることについて裁判官を完全に納得させなければならない」(Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 11 Aufl. 1974, S. 587f.) とか、「推定の結果、今度は、相手方が推定事実是不存在であるとの反対事実を主張・立証しなければならない立場に追い込まれる (この関係では、立証責任が転換する)。この相手方の立証は、一般の抗弁事実の証明となんら異なるところはない。すなわち、反対事実が独立の証明主題となり、これを直接証拠によって証明してもよいし、間接事実から推認させてもよい」(賀集唱「事実上の推定における心証の程度——いわゆる『推定の動揺』を考えながら——」民事訴訟法雑誌 14 号 53 頁) などと説明されている。

本判決は、「調査結果保全義務」という義務を製造者に課すことによって、従来の医事法の判例に依りつつ、片付けられてしまったビンに欠陥があるか否かという問題の解決策として、製造者側にビンに疵がなかったことに関する立証責任を課すという方法を採用している。なお、立法者は、製造物責任法 1 条 (責任) 4 項による責任について明示的に広く同じ規律を導入した³⁰⁾。

(2) 重大な医療過誤 (重大な不手際) の法理判決 (BGHZ 159, 48 : 2004 年 4 月 27 日)

(i) 医療過誤訴訟における因果関係の立証責任の転換

本判決も Hager によって重要判決 (landmark case) としては挙げられていない。しかし、重大な医療過誤 (重大な不手際) の法理 (ドイツでいう、グ

30) 製造物責任法 1 条 (責任) は、以下のとおりである。

「(1) 製品の欠陥によって人が死亡させられ、その身体または健康が侵害され、または、物が毀損されるとき、製品の製造者は被害者にそれから生じた損害を賠償すべき義務を負う。物の毀損の場合には、このことは、欠陥のある製品とは別の物が毀損され、この他の物がその種類によれば、通常、私的な使用または消費のためと定められ、このために被害者によって専ら用いられたときのみ適用される。

(2) 製造者の賠償義務は、以下のときには排除される。1. 製造者が製品を取引に持ち込まなかったとき、2. 事情に従えば、製品が損害を引き起こした欠陥を製造者が商品を出荷したときにはなお有していないことに基づくとき、3. 製造者が製品を売却または経済的目的でのその他の形態での販売も、製造者の商業的活動の枠内で製造または販売もしなかったとき、4. 製造者が製品を出荷した時点で製品が強行規定に従っていたことに欠陥に基づくとき、または、5. 製造者が製品を出荷した時点における科学および技術の水準によれば欠陥が知られ得なかったとき。

(3) 欠陥が組み込まれた製品の構造または製品の製造者の手引きによって引き起こされたとき、部品製造者の賠償義務は、さらに排除される。本項 1 文は原料の製造者に準用される。

(4) 欠陥、損害および欠陥と損害との間の因果関係について被害者が立証責任を負う。本条 2 項または 3 項による賠償義務が排除されるかについて争いがあるときには、製造者が立証責任を負う。」

ローバー・ベハントルングスフェラーの法理) を確立した本判決も重要判決 (landmark case) の一つと評価してよいと思われる。連邦通常裁判所は、本判決で重大な医療過誤 (重大な不手際) の法理の法律効果は、原則として、医療過誤と健康損害との間の因果関係に関する立証責任の転換と解すべきだ、という判断を下した³¹⁾。

31) 本判決を含むドイツ判例における因果関係に関する立証責任論については、円谷峻「重大な医療過誤と因果関係の証明」明治大学法科大学院論集7号223頁。なお、この法理は、昭和51年10月5日に刊行された(加藤一郎・鈴木潔監修)『医療過誤紛争をめぐる諸問題 一付・医療関係民事裁判例他資料』(法曹会)における座談会で竹下守夫教授によって本格的に紹介された。この座談会では、重大な医療過誤(重大な不手際)の法理について、次のように説明される。「ドイツでは、医療事故の因果関係の立証責任につきましては、かなり古くからのようですが、ともかく現在、確立した判例理論があるようです。それは、施術者側に重大な過失というのでしょうか、重大な不手際といったほうがいいのでしょうかけれども、グローバー・ベハントルングスフェラー(grober Behandlungsfehler)があって、当該事故から生じうる性質のものである場合には施術者側において、当該結果はその不手際なくとも生じたはずだということを証明しなければならないというものです。つまり、原告側が、被告たる医師に施術に対し重大な不手際があり、それが、その抽象的性質において、当該事故の原因たりうるものであることを証明すれば、因果関係についての立証責任が転換するというわけであります。」(竹下発言[293頁])。また、Leipoldは、「ある医師に重大な医療過誤があり、それが実際に発生した種類の損害を惹起するのが相当であるとき、(責任を根拠付ける健康侵害、いわゆる第一次損害のための因果関係に関して)立証責任の転換(Beweislastumkehr)が認められる。」と説明する(Dieter Leipold, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung 22.Auflage bearbeitet, Band 4, 2008, Rdnr.203)。さらに、医事法の教科書でも次のように説明されている。「医師が、故意に、または、重大な軽率さによって、諸事情によれば発生した損害を引き起こすのが相当である危険を患者にまさに引き起こしたとき、因果関係(Ürsachlichkeit)に関する立証責任は転換する。当該医師は、危害を発生した結果が自らの重大、軽率な行為(grob leichtfertiges Verhalten)に基因しないことを証明しなければならない。何故ならば、医師がそのような軽率にされた過誤によって、同人の不首尾が危害を発生した結果を引き起こしたのか、それとも、その他の原因がその結果を引き起こしたのかはもはや認識されえない状態を作出したことについて、医師に責任を取らせることが、公平の原則に適っているからである。」(Ehlers/Brogie, Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, 2008, S.216)。

(ii) 事実の概要

X は、オートバイ事故で Y らの医師が勤務する病院に搬送された。そこで肋骨、第三腰椎および肩胛骨の骨折が確認された。しかし、骨盤部分の骨折は見逃された。X は、Y らから治療を受け、入院から 1 ヶ月後、杖による補助なしでのリハビリを始めた。リハビリ開始の翌日、X は、歩行の際に痛みを感じたので、その旨を Y らに伝えた。Y らは、X を検査したが、その際にレントゲン写真を撮ることをしなかった。その結果、骨盤の骨折は確認されなかった。その後のリハビリでも杖の補助はなかった。リハビリ開始から 6 日後、X は退院した。X は、持続する痛みのために、他の病院で治療を受けた。この際に、X は、骨盤骨折と診断された。医療専門機関の鑑定によれば、骨折が正しく治らなかったため、偽関節（骨折部の骨の癒合が起こらず、異常な可動性がみられる状態）になった。

X は、Y らの医療過誤により偽関節が生じ、その結果、恒常的な痛みを感じ、正しく座れなくなるなどの被害を被ったとして、Y らに対し慰謝料の支払いを求めた。一番は X の請求を棄却した。原審は、X の請求を一部認容した。連邦通常裁判所は、X の上告に基づいて判決を破棄し、本件を原審に差し戻した。

(iii) 判決要旨

本判決の判決要旨（公式）は、「事実として発生した種類の損害を惹起するのが相当である重大な医療上の不手際（ein grober Behandlungsfehler）は、原則として、それと健康損害の間の因果関係について客観的立証責任の転換を導く。そのためには、重大な医療上の不手際が発生した損害を惹起するのがもつともであることで足りる。これに対し、過誤が損害を生じたと推測されるとか蓋然性があるというのでは十分ではない。」。

本判決は、「重大な医療上の不手際は、原則として、それと健康損害の間の因果関係について客観的立証責任の転換を導く。」という立場を明確にし、立証責任転換の要件として「そのためには、重大な医療上の不手際が発生した損

害を惹起するのがもっともであること」で足りるという。本判決は、「しかし、過誤が損害を生じたと推測されるとか蓋然性があるというのでは、(立証責任の転換を認めるのに) 十分ではない」と付言する。

本判決は、これまでの判例が「立証責任の転換に至るまでの立証軽減を導く」という構成の仕方をいろいろな場合に述べてきたが、しかし、立証責任の転換」ということには法的意味があるけれども、「立証軽減」にはあまり意味はないと述べている。この点について、本判決は、「立証責任の転換に至るまでの立証軽減」とは、自由心証主義の枠の中で裁判官が評価するだけの話だから、これには法的な意味を認めることができず、そういう「立証責任の転換に至るまでの立証軽減」などとの構成は、原則として取るべきではない、という³²⁾。

実際に発生したたぐいの損害が引き起こされるのも至極もっともであると思われるような重大な不手際があれば、その場合には原則としてその不手際と健康損害の間の原因関係、あるいは因果関係について、立証責任の転換が導かれると解すべきである、との立場をこの判決は採用した。

(iv) 法的安定性の維持と柔軟な解決

本判決は、「立証責任の取り扱いというのは、原則として訴訟前に確定され

32) 「立証責任の転換に至るまでの立証軽減」という構成によるものとして、1981年6月16日付け連邦通常裁判所判決 (NJW 1981, 2513) がある。同判決の判決理由は、「重大で責めのある医療過誤は、まさにある危険が現実となった場合において、その危険を配慮しなかったこと(本件では、心臓カテーテル検査後の早すぎる患者の退院)が重大な過誤とさせるときにかぎり、立証責任の転換に至るまでの立証軽減を導く。」である。これに対して、本判決は、従来の判例のような段階的な立証軽減、立証責任の転換に至る前の段階的な立証軽減というようなことは不適切であるという。すなわち、事実審の裁判官の裁量に委ねて、その場その場で、事案ごとにどういう形になるのか認めてしまうのは法的安定性に欠ける、そういうことがあってはいけなく、ということである。

ていなければならない、訴訟中に裁判官の裁量によって変更されるようなものであってはならない」のであり、事案ごとに段階的に考え、場合によっては立証責任の転換までいくなどと揺れ動くものであってはならないという。同判決によれば、特定の要件のもとにあるならば立証責任は当初から転換する。

しかし、その特定の要件が認められれば立証責任は常に転換することになると、硬直した結論が導かれてしまうのではないかとの危惧も生じよう。しかし、本判決は、「柔軟で適切な解決というのは、個別的な事案において、当該医療行為が重大な不手際として評価付けられるかどうかの判断によって柔軟な解決が図られる」という。同判決によれば、重大な不手際として位置づけられるという要件が認められるならば立証責任の転換は認められることになるが、重大な不手際ではないと評価されるならば立証責任の転換は認められないのだから、その評価をすることによって適切な結論が導かれるという。この判決の立場が、現在でも維持されている³³⁾。

6 私的自治と不公正な契約からの保護

(1) 若年保証人事件判決 (BGH NJW 1989, 1605 : 1989 年 3 月 16 日)

従来から、不公正な取引から消費者を保護することは、ドイツ判例法が強く関心を抱いてきたことであるが、連邦通常裁判所による若年保証人事件判決は、新局面を導いた判決である³⁴⁾。貯蓄銀行 Y は、A に 10 万マルクを融資するに際して、A の 21 歳の娘 X に保証人となることを求めた。その後、Y は、X に

33) すでに本文中で指摘したレモネード・ビン爆発事件判決は、重大な医療過誤 (重大な不手際) の法理判決で認められた法理を受け継いでいる。これについては、円谷・前掲 NBL 論文 (上) を参照されたい。

34) 本判決については、ライポルト・前掲書 329 頁以下。

対し保証契約の履行を求めた。保証契約締結時にXには財産はなく、職業教育も受けておらず、失業状態であり、月額 1150 マルクをアルバイトで稼ぐ程度であった。なお、Y の担当者は、この保証契約の締結を融資にあたり形式的に必要な旨の説明をしていたと認定されている。その認定によれば、担当者は、保証書への署名に際して、「どうぞ、ここにまずは署名してください。あなたが大きな負担を負うことはありません。私には、私の仕事としてそれが必要なのです。」と述べていた。その後、貯蓄銀行と保証人間で法的な争いが生じ、X は、本件保証契約の無効を確認請求した。Y が 10 万マルクならびに利息の支払いの反訴請求を提起した。

第一審は、反訴請求を認め、控訴審は反訴請求を棄却した。連邦通常裁判所は、本件保証契約が有効であると解した。その判決要旨（公式）は、次のとおりである。「保証契約の締結に際して保証人に提供された主たる債務者に関する支払い能力の情報が適切であったときには、その後に生じた主たる債務者の不都合な経済状態が展開された場合、契約締結の際の過失は情報から導かれ得ない。」。

(2) 連邦憲法裁判所決定 (BVerfGE 89, 214 : 1993 年 10 月 19 日)

基本法 93 条（連邦憲法裁判所の権限）4a 項によれば、何人も公権力が自らの基本権または第 20 条 4 項、第 33 条、第 38 条、第 101 条、第 103 条および第 104 条に含まれる自己の権利を侵害されたとの主張によって憲法裁判所に対して憲法異議の訴えを提起することができる。連邦憲法裁判所は、憲法異議の訴えに基づいて前述の若年保証人事件判決について判断した。

連邦憲法裁判所により前述判決における保証人 A に有利な結論が導かれた。すなわち、連邦憲法裁判所の決定主文 (Entscheidungsformel) は、次のとおりである。「決定主文 1 1989 年 3 月 16 日づけ連邦通常裁判所の判決 - IX ZR 171/88 - は、基本法 2 条（人格に自由、人身の自由）1 項に基づく基本権につ

いて憲法異議の訴えの提起者 A を侵害する。同判決は、破棄される。本件は、連邦通常裁判所に差し戻される。その他の憲法異議は、棄却される。ドイツ連邦共和国は、憲法異議の訴えの提起者 A に必要な出費を償還しなければならない。]。なお、決定主文 2 (憲法異議の訴えの提起者 B の憲法異議は却下される。)] は、別の民事判決に関するものであるので、ここでは説明しない。

連邦憲法裁判所は、第一に、基本法 2 条 (人格の自由、人身の自由) 1 項が「法的な生活における個人の自己決定」としての私的自治を保障することを強調した³⁵⁾。しかし、法的な取引においては、各人の自己決定は衝突する。そこで、連邦憲法裁判所は、衝突する基本権の立場は、それが両当事者にとって最適な効力を有するように整えられなければならない、という。そして、個別的事件では、もちろん、当事者の一方が契約内容を一方的に定めることができ、それにより相手方の自己決定にあらざる決定が導かれることはあり得る、このことは一定の限度まで法的安定性という観点から受け入れられなければならない、という。連邦憲法裁判所は、連邦通常裁判所の判決は憲法に反すると判断した。

(3) その後の連邦通常裁判所による諸判決——原則として無効

連邦憲法裁判所による上述の決定が下された後、連邦通常裁判所は、主たる債務者と家族関係のために強い人間関係を有する者が保証人になった場合において、上述連邦憲法裁判の判断を前提とした諸判決を下している³⁶⁾。

35) 基本法 2 条 (人格に自由、人身の自由) : 「(1) 何人も、他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序または道徳律に違反しない限り、自らの人格の自由な発展を求める権利を有する。(2) 何人も、生命に対する権利および身体を害されない権利を有する。人身の自由は不可侵である。これらの権利は、ただ法律の根拠に基づいてのみ、侵すことができる。」。

36) BGHZ 125, 206, BGHZ 132, 328; BGHZ 136, 347.

(i) 連邦通常裁判所 1994年2月24日判決 (BGHZ 125, 206)

両親がXから借りた事業資金の返済について保証人となったYは、当時、国防軍の兵役中で月額1500マルクの収入を得ているに過ぎなかった。Xは、保証契約に基づいて貸付金の一部として50万マルクの返済をYに求めた。本判決は、本件保証契約を138条（善良な風俗に違反する法律行為、暴利行為）1項により無効だと判断した。

本判決の判決要旨（公式）は、以下のとおりである。「判決要旨1 保証人の債務負担の範囲と同人の給付能力の間に特別に重大な不均衡があり、保証人が取引に対する未経験から自らにとって本質的な利益なくして保証契約を締結したという理由により、保証はすでに無効となり得る。判決要旨2 両親が主に自らの利益から取引に経験のない子どもに、おそらくは同人の財政的給付能力を超える保証をさせるとき、両親は原則として家族法上の配慮義務（民法1618a条〔補佐と配慮の義務〕³⁷⁾）に違反し、善良な風俗に反して行為する。債権者である銀行がそのような行為を知っていたか、または、重過失で知らなかったときは、保証は民法138条（善良な風俗に違反する法律行為、暴利行為）1項により無効となり得る³⁸⁾。」。

(ii) 連邦通常裁判所 1996年4月25日判決 (BGHZ 132, 328)

Yの妻A（その後Y・Aは離婚）は、兄弟とともに料理店を営んでいる。AはX銀行から事業資金を借り受け、Yが保証人となった。本判決の判決要旨（公式）は、次のとおりである。「判決要旨1 契約締結の際に債権者に認識可

37) 1618a条（補佐と配慮の義務）：「両親と子どもは互いに補佐し、配慮する責めを負う。」。

38) 138条（善良な風俗に違反する法律行為、暴利行為）：「(1) 善良な風俗に違反する法律行為は、無効である。(2) とくに、ある者が他人の急迫、未経験、判断能力の欠如または意思の薄弱に乗じて自らまたは第三者に、給付と際だった不均衡にある財産的に有利な給付について約束または保証させる法律行為は、無効である。」。

能な諸事情に基づいて保証をした配偶者が相当な範囲で保証をしなければならぬ事態が生じたが支払いをする状態にはおそらくはない場合において、夫婦の共同生活が解消され、主たる債務者と保証人との財産移転が考えられないとき、原則として、契約の行為基礎は脱落する。判決要旨 2 保証当事者の給付能力に関する予測は、原則として、債権者が保証義務の履行を求めた時点で達成される。判決要旨 3 財政的に給付能力のない配偶者の保証について行為基礎が脱落したときは、債権者には原則として支払い請求権は帰属しない。』。本判決ではいわゆる行為基礎論に基づいて問題の解決が図られた。

(iii) 連邦通常裁判所 1997 年 9 月 18 日判決 (BGHZ 136, 347)

Y の夫 A が受けた融資金の返済について Y が保証人になった。本判決の判決要旨 1 (公式) は、次のとおりである。「判決要旨 1 保証をした配偶者または生活パートナーの責任の範囲と同人の経済的給付能力の間にはげしい不均衡があり、かつ、主たる債務者から保証人への財産移転から債権者を保護しなければならないという観点からみても、債務負担の範囲が正当化されない場合、保証契約は、原則として、138 条 (善良な風俗に違反する法律行為、暴利行為) 1 項により無効である。』。

(4) 例外が認められる場合

連邦通常裁判所は、近親者の一方が主たる債務者で近親者関係にある他方が巨額な債務について保証人となる場合に保証契約をすべて無効とするのではなく、保証契約が有効だとの例外をも認めている。

すなわち、連邦通常裁判所は、1995 年 1 月 5 日の判決で保証契約が無効にならない例外的場合を認めた (BGHZ 128, 230)。X の夫 A は、第三者と共に営業活動を行っており、Y 銀行と取引があった。A は事業を拡大することにして、Y から融資を受けたが、Y は X に保証人になることを求め、X はそれに応じた。X は、3 名の子どもを有する専業主婦であり、家計は専ら A の収入

によっていた。当時、X A 間の夫婦関係は破綻しており、その後に両者は離婚した。A は財産的に立ちいかなかった。Y は、X に対して保証人としての義務の履行を求めた。X は、本件保証契約は善良な風俗に違反するとして同契約の無効を確認するように求めた。

連邦通常裁判所は、本判決で、例外的に保証契約が無効とならない場合を認めた。本判決の判決要旨 2 (公式) は、次のようにいう。「判決要旨 2 取引に未経験の配偶者または生活パートナーが銀行の指示で与えた保証は、原則として、保証の債務負担と給付能力との間にはげしい不均衡があるというだけでは無効ではない。」

この判決理由は、抽象的であるが、本判決は、主たる債務者から債務負担が免除され得る可能性のある保証人に財産移転することから債権者を保護するという観点に基づいて、保証が善良な風俗に違反するとの判断からの例外を認めている。さらに、連邦通常裁判所は、保証人が共同相続人となるが、相続すべき相続財産を債務免除が認められるであろう他の相続人に取得させ、自らは債務を免れた場合に例外を認めた (BGHZ 134, 325 : 1997 年 1 月 23 日)。

7 差額説 (Saldotheorie) と二請求権対立説の再評価

(1) 二請求権対立説

双務契約の当事者間で、たとえば、甲自動車の所有者 A と購入希望者 B の間で甲の売買契約が成立し、甲の引き渡し、代金支払いが完了したとしよう。ところが、その後、この売買契約が無効となるか取り消されたとする。この場合には、売買契約の清算が問題となる。民法典の基本枠組みでは、売主 A が B に対し甲の返還請求権を有し、買主 B が A に対し代金返還請求権を有することになり、両債権は対立する。この点は、ドイツ法、日本民法のいずれでも変わらない。この場合に、A、B が自己の債権を保全するための手段としては、同時履行の抗弁権がある。

ドイツ民法は、同時履行の抗弁権を 273 条 (同時履行の抗弁権) に定める³⁹⁾。しかし、同時履行の抗弁権は強力な保全手段とは言い難い。たとえば、前述の例で、B のもとにある甲自動車は事故に遭い滅失したとする。ところで、AB 間の売買契約の締結に際して、売主 A は甲自動車がかつて事故に遭ったことがある旨を秘匿し、悪意 (Arglistig = この言葉は善意・悪意の意味での悪意とは異なり、背信性の込められた言葉) で B を欺罔したとする (民法上の詐欺)。B は A に対し売買契約を取り消すことができる (123 条 [欺罔または強迫に基づく取消可能性])。

この場合、812 条 (不当利得法における返還請求権) 1 項 1 文 1 選号により⁴⁰⁾、売主 A は買主 B から甲を、そして、買主 B は売主 A から代金の返還を請求することができる (二請求権の対立)。この二つの債権は同一の契約に基づいているのだから、それらの債権は、273 条 (同時履行の抗弁権)、274 条 (同時

39) 273 条 (同時履行の抗弁権) : 「(1) 債務者は、自らの債務を負担するのと同一の法的関係に基づいて債権者に対して期限の到来した請求権を有するときには、債務者は、債務関係から別段の効果が生じないかぎり、債務者に対し履行されるべき給付が実現されるまで負担した給付を拒絶することができる (同時履行の抗弁権)。(2) 目的物の返還について義務を負う者は、同人に目的物の使用に基づいた、または、同人にこの目的物により生じた損害に基づいた期限の到来した請求権が同人に帰属するときも、同様の権利を有するが、同人がこの目的物を故意による不法行為によって取得したときは、この限りではない。(3) 債権者は、担保の提供により同時履行の抗弁権の行使を妨げることができる。保証人による担保の提供は排除される。」。

274 条 (同時履行の抗弁権の効力) : 「(1) 債権者の訴えに対して、同時履行の抗弁権の主張は、債務者が同人にされるべき給付の受領と引き換えに (引き換え履行) 給付するとの判決が下されるとの効力をのみ有する。(2) その判決を理由として、債権者は、債務者が受領遅滞にあるときには、強制執行の方法で同人に義務づけられた給付が実現されることなく自己の請求権を行使することができる。」。

40) 812 条 (不当利得法における返還請求権) : 「(1) 他人の給付により、または、その他の方法により、他人の費用で法的な理由なく何かを取得する者は、その他人に返還を義務づけられる。この義務は、法的な理由が後に脱落するとき、または、法律行為の内容に従った給付で目的とされた効果が発生しないときにも存する。(2) 債務関係の存在または不存在に関して契約によって生じた承認も、給付とみなされる。」。

履行の抗弁権の効力)により引き換えで履行される。しかし、273条(同時履行の抗弁権)による保全は、本件事例の場合には役立たない。何故ならば、甲の滅失によって、通常は、この給付の受領者(すなわち、B)の返還義務は、818条(不当利得返還請求権の範囲)3項により消滅するからである⁴¹⁾。しかし、それにもかかわらず、売主は売買代金を返還しなければならないであろう。この結論は、二請求権対立説に沿ったものである。同説は、双方の契約当事者に相互に独立した2つの不当利得返還請求権を認めるのである。正確には、当事者の不当利得返還請求権は相手方の請求権にはかかわらないのである。結果的に、売主が滅失の危険を負担することになる⁴²⁾。

(2) ライヒ裁判所判決 (RGZ 54, 137 : 1903年2月23日)

ライヒ裁判所は、民法典施行から3年ほどして、二請求権対立説によらずに、いわゆる差額説に基づいた清算を認めた。本件屋敷を売主Yから購入した買主Xは、錯誤および詐欺を理由として売買契約を取り消し、売買に要した費用の賠償、支払った代金の返還を訴求した。これに対して、Yは、本件不動産を備品とともに返還すること、ならびに、Xが本件不動産を担保の対象として、備品の一部を転売し利益を得たとして、相殺および留置権を主張した。原審は、Xの請求を認容し、購入に当たり要した費用の賠償をYAに命じた(二請求

41) 818条(不当利得返還請求権の範囲):「(1) 返還の義務は、取得した利益、ならびに、受領者が、取得した権利を理由として、または、取得した目的物の破壊、毀損もしくは奪取に対する賠償として取得するものに及ぶ。(2) 取得したものの性質により返還が不可能であるか、受領者がその他の理由から返還をすることができないとき、受領者は、価額を賠償しなければならない。(3) 返還または価額賠償の義務は、受領者がもはや利得していないかぎり、排除される。(4) 訴訟係属の開始により、受領者は、一般的な諸規定に従い責任を負う。」

42) 差額説と二請求権対立説については、とりあえず、円谷峻『現代契約法の課題——国際取引と民法理論』(一粒社、1997年)319頁以下、円谷峻『不法行為法 事務管理 不当利得 第2版』(成文堂、2011年)340頁注34。

権対立説では、Y の X に対する請求権と X の Y に対する請求権は互いに無関係)。ライヒ裁判所は、原判決を破棄した。ライヒ裁判所によれば、不法行為法に基づく損害賠償請求の場合には、損害賠償は損益相殺により調整されるが、類似のことは不当利得に基づく損害賠償にも当てはまらなければならないのである。差額説によれば、たとえば、双務契約という同一の法的事情のもとでの積極項目と消極項目が相互に差し引き計算され、その計算の結果として残された残高 (Saldo) が返還されるべき利得なのである。このようにして生み出された差額説は、法技術的に進展した方式として機能しただけではなく、危険負担の役割をも担った。

(3) 中古メルセデス事件判決 (差額説の修正 1 BGHZ 53, 144:1970 年 1 月 8 日)

しかし、連邦通常裁判所は、中古メルセデス事件判決で差額説の修正を図った⁴³⁾。中古自動車メルセデスの売主 Y は、本件自動車がかつて事故に遭ったことを秘匿して、買主 X を悪意で (Arglistig) 欺罔 (悪意の欺罔 = 民法上の詐欺) して甲を X に売却した。X が甲を購入した後、甲は交通事故で滅失した。この事故に X には過失はなかった。X は、123 条 (欺罔または強迫に基づく取消可能性) に基づいて売買契約を取り消し⁴⁴⁾、売買代金の返還を Y に訴求した。本訴訟でかりに差額説が適用されたとするならば、甲の滅失は差額説の枠内における控除項目とされたであろう。この場合、買主 X は、せいぜいのところ売

43) BGHZ 53, 144.

44) 123 条 (欺罔または強迫に基づく取消可能性): 「民法上の詐欺により意思表示をする者または違法な強迫により意思表示をさせられる者は、表示を取り消すことができる。(2) 第三者が欺罔を行うとき、相手方にされる表示は、相手方が欺罔を知っていたか知らなければならなかったときのみ、取り消すことができる。表示がされる者ではない者がその表示から直接に権利を取得したかぎり、この者が欺罔を知っていたかまたは知らなければならなかったとき、表示はこの者に対し取り消される。」

買代金と甲の価値の差額を請求することができるに過ぎないであろう。しかし、連邦通常裁判所は、本件では差額説は適用されないと判断した。

本判決の判決要旨1(公式)は、次のとおりである。「民法上の詐欺を理由に売買契約を取り消した買主は、売買目的物が同人のもとで滅失または毀損され、そのため、同人は目的物を売主に返還することができないか、または、低い価値でしか返還することができないときにも、売買代金の返還に対する不当利得返還請求権を有する。」。

本判決によれば、差額説とは公平を根拠としてなされた法規の修正であり、悪意で欺罔した売主、すなわち、民法上の詐欺をした売主には役立たないものである⁴⁵⁾。このことで、実質的に古い二請求権対立説への道が再度開かれた。この結果、受領した甲の運命を考慮することなく、代金返還請求権が買主Bに帰属する。

(4) 中古BMW事件判決(差額説の修正2 BGHZ 57, 137: 1971年10月14日)

連邦通常裁判所は、中古BMW事件判決でも差額説の修正を図った。事案は中古メルセデス事件と同様に中古自動車の買主による売主の民法上の詐欺を

45) 判決理由の17は、次のようにいう。「差額説は、結局は判例によって公平を根拠にして採用された法規の修正なのであり、その修正は、ある給付が他の給付のためになされ、従って、無効な契約のもとで生じる返還義務をも相互に依存し合うものとするを当然とみなす。従って、差額説とは異なって、特別な事案の場合、利得債権者が受領した目的物の滅失について利得債務者が危険を負担することになるよう調整することが正当化され、判例においてもそのように扱われてきた (vgl. dazu von Caemmerer aaO S. 387 [円谷注 = Festschrift für Rabel Band I])。この結果は、いずれにせよ、本件のような場合には正当で適正だと思われる。本件では、悪意で欺罔された(民法上の詐欺に遭った)買主が売買物を返還することができず、返還の客観的不能についての帰責が同人にあるとは証明され得ないのである。」。判決理由の番号は、JURIS Online (juris Rechtsinformationen) で検索された判決の判決理由に付けられた番号である。以下、JURIS Online で検索された判決を JURIS 版とする。

理由とする取り消しが問題であったが、本件では購入後の事故については買主 X に過失があった。また、本件中古 BMW はたしかに事故に遭っており、売主はこれを黙秘していたが、それによる自動車の瑕疵は軽微であった。本判決の判決要旨 (公式) は、「売買目的物である自動車はその買主自身だけに責めのある事故によって購入自動車が毀損された後に、買主が民法上の詐欺を理由に取り消した売買契約の巻き戻しについて (BGHZ 53, 144 の踏襲)」である。

なお、本判決は、不法行為と不当利得の観点から本件を論じているが、重要なのは後者である。連邦通常裁判所は、本判決で、まずは差額説の適用を否定する理由として公平を挙げる。これについて、判決理由 62 は、次のようにいう。「売主の欺罔行為が買主に責めのある売買目的物の喪失の場合における契約の巻き戻しにあたり、完全に無視されるわけではない、ということが公平に適っている。差額説が適用されるならば、売主の欺罔行為は、完全に無視されてしまうであろう。」。

しかし、本判決は、差額説の不適用についてたんに公平を指摘するにとどまらず、818 条 (不当利得返還請求権の範囲) 3 項でそれを根拠づける。判決理由 63 はいう。「(判決理由 62 で述べた) 見解は、818 条 (不当利得返還請求権の範囲) および 819 条 (受領者が悪意の場合および法律違反または善良な風俗に違反する場合における強化された責任) で挙げられた諸規定の結びつきからも根拠づけられる。すでに BGHZ 53, 144 において、民事部は、(同判決では未決定にされた) 『買主に対して行使された民法上の詐欺の場合に差額説に代わって二請求権対立説が 819 条 (受領者が悪意の場合および法律違反または善良な風俗に違反する場合における強化された責任) からは生じないのか』という問題を提起した (前掲 149 頁)。この問題は、今や、民事部によって肯定される。」。本判決によれば、差額説は、売買目的物の喪失にもかかわらず完全な売買代金を返還しなければならない売主を保護するのである (判決理由 64aa [前半部分])。

そのうえで、本判決は、次のように論じる。「もしも売主が、売買目的物の喪失にもかかわらず、売買代金全額を買主に返さなければならないとするな

らば、売主は、818 条（不当利得返還請求権の範囲）3 項の基本思想による以上に重い負担を負わされるであろう。差額説は、818 条（不当利得返還請求権の範囲）3 項に表現された法思想を給付と反対給付が両当事者によって意図された交換関係（Synallagma）にある双務契約に一貫して適用されるのであり、その結果、利得法に従って無効な契約の巻き戻しの場合に考慮されなければならない事情のもとでも適用されなければならないのである。」（判決理由 64aa [後半部分]）、「上述した差額説の基本思想は、その適用の限界をも示している。その限界は、いずれにせよ、818 条（不当利得返還請求権の範囲）3 項が始めから適用されない場合に認められるのであり、従って、利得が脱落した場合に法律により利得債務者（円谷注：売主）が全く保護されずに、818 条（不当利得返還請求権の範囲）4 項、819 条（受領者が悪意の場合および法律違反または善良な風俗に違反する場合における強化された責任）、292 条（返還義務の場合の責任）、987 条（訴訟係属後の使用）以下に従い『一般的な規定』によって同人は責任を負い⁴⁶⁾、本質的には不当利得規定によって責任を負う

46) 819 条（受領者が悪意の場合および法律違反または善良な風俗に違反する場合における強化された責任）：「(1) 受領者が受領の際に法的理由の瑕疵を知っているか、または、その瑕疵を後に知るとき、受領者は、受領またはその認識を得たときから、返還請求権がこの時点で訴訟係属になったかのように、返還を義務づけられる。(2) 受領者が給付を受領することによって法律上の禁止または善良な風俗に違反するとき、受領者は、給付の受領の時から同じ方法で義務を負う。」。

292 条（返還義務の場合の責任）：「(1) 債務者は、一定の目的物を返還しなければならないとき、訴訟係属の開始により、返還すべきものの毀損、滅失またはその他の理由により生じる返還不能による債権者の損害賠償請求権は、債務関係または債務者の遅滞からは債権者のために別段の定めが認められないかぎり、所有権に基づく請求権に関する訴訟係属の開始からの所有者と占有者の関係について適用される諸規定によって定められる。(2) 利益の返還または補償に対する債権者の請求権および費用の賠償に対する債務者の請求権についても、同じである。」。

987 条（訴訟係属後の使用）：「(1) 占有者は、所有者に対し、占有者が訴訟係属の発生後に得る使用利益を返還しなければならない。(2) 占有者が訴訟係属後には通常の経済原則によれば得ることができる使用利益得ないときには、占有者は、自己に故意・過失があるかぎり、所有者に対し賠償を義務づけられる。」。

のではない場合に認められる (vgl. Weintraut, Die Saldotheorie, S. 72ff; Larenz Schuldrecht 9. Aufl. Bd1 § 25 II b)。] (判決理由 64bb)。

ただし、本判決は、買主が完全な売買代金を返還請求することができるという二請求権対立説のもとに回帰するのではなく、同人の請求権を 242 条 (信義および誠実に従った給付) により縮減した⁴⁷⁾。同判決は、同条適用にあたり比較衡量が必要であり、その場合に衡量される事情は、売主の悪意による欺罔 (すなわち、民法上の詐欺) と事故に対する買主の故意・過失である、という⁴⁸⁾。

(5) 整理

本報告が指摘した二つの判決は、長い間、確立した通説として、あるいは慣習法とみなされてきた差額説を揺るがせにした判決だと言える。今日、学説においても、差額説の適用に対しては抑制的な見解が一般的である⁴⁹⁾。

47) 242 条 (信義および誠実に従った給付) : 「債務者は取引慣行を考慮し、信義および誠実が求めるように給付を行うことを義務づけられる。」。

48) 本判決の判決理由 73 は、以下のようにいう。「本件では、一方では被告の欺罔行為と他方では原告の事故発生に対する責めのある行為との衡量のもとに 242 条によって衡量がされなければならない。この衡量に基づいて、自動車の喪失がどのような範囲で原告または被告に負担づけられるかが区別される。」。

49) たとえば、Dieter Medicus, Schuldrecht II, Besondere Teil 12. Auflage (2004) は、差額説が一方では狭すぎ、他方では広すぎるという (欄外番号 694 以下)。ここでは、後者についてのみ紹介すると、彼は、次のようにいう。「しかし、他方で、差額説は広すぎる。何故ならば、差額説は、売買契約の無効をもたらす規範が基礎にする理由を無視するからである。このことは、104 条 (行為無能力) 以下による未成年者保護の場合に最も明瞭に示される。未成年者保護は、未成年者を同人の意思の結果から保護するのである。従って、未成年者が売買の無効にもかかわらず、同人が売買目的物を返還することができないときにも、売買目的物の価値を返還しなければならないことは、未成年者保護に適用されるべきではない。むしろ、ここでは、売買の無効から生じるリスクは売主だけに割り当てられる。すなわち、売主は、売買物がもう存在せず、同人に対してはそうでもなくても賠償されなければ (so Auch BGHZ 126, 105; BGH NJW 2000, 3562)、同人は売買代金を返還しなければならないことを、売主は考慮しなければならない。」。

8 予定外の子どもの誕生に対する損害賠償——「損害としての子ども？」

(1) 連邦通常裁判所判決

(i) 不妊手術事件判決 (BGHZ 76, 259 : 1980年3月18日) — ドイツ法における出発点

ドイツでは、「損害としての子ども」という問題は、1980年3月18日の双子出産事件判決で初めて取り上げられた。X 1は、Yによって運営されている大学病院で不妊手術を受けた。担当医師Aによる手術の失敗によりX 1は妊娠し、健康な子どもを出産した。Xら(X 1および夫X 2)は、慰謝料および損害賠償として子どもから生じる扶養請求権から解放されるための損害賠償を訴求した。第1審は、基本的に訴えを認めた(損害賠償およびX 1について慰謝料の認容)。原審(上級地方裁判所)は、損害賠償額を減額すると共に、慰謝料請求を認めなかった。Xらは慰謝料請求が棄却されたことに異議を唱え、Yは訴えが棄却されなかったことを問題だとして、X、Y双方とも上告した。連邦通常裁判所は、Xらの上告を認めた。

本判決の判決要旨(公式)の1は、「家族計画を理由として妻に不妊が望まれたが、医師の過誤により子どもが誕生した場合、夫が医師との契約に関わったかどうかとは関係なく、子どもの誕生による扶養義務の負担を負う夫の賠償請求権も生じる。」であり、判決要旨の3は、「(本件のように不妊手術の失敗により)夫人が望まざる妊娠をしたことは、民法823条(損害賠償義務)1項の意味における身体侵害である。」というものである。以下、判決要旨3について論じる。

本判決は、Aが不妊手術の失敗について帰責性があるとの原審による認定事実のもとに、YがAによる不妊手術の失敗について831条(執行補助者のための責任)1項所定の免責事由を証明していないとして⁵⁰⁾、823条(損害賠

50) 831条(執行補助者のための責任)については、注16を参照されたい。

償義務) 1 項所定の健康侵害について使用者責任を負うことを認める。従って、同条所定の絶対権 (健康) が侵害されたので、慰謝料請求も認められることになる (旧 253 条 [非財産的損害]、旧 847 条 [慰謝料] 参照)。X 1 の慰謝料請求は、ドイツ民法典の構造上問題なく認められることになる。

本判決は、X 1 に健康侵害に基づく慰謝料請求権が認められるということが争点として重要であったが、望まれなかった子どもの誕生を損害としてではなく、扶養費の負担という観点から判断されるべきであるということも重要である (判決理由 36 など [番号は JURIS 版])。

(ii) 障害児誕生事件判決 (BGHZ 86, 240 : 1983 年 1 月 18 日)

連邦通常裁判所は、3 年後、重大な障害を負った娘の誕生事件で、望まれておらず、障害のある子どもの誕生という問題に取り組んだ (BGHZ 86, 240)。本件では重大な障害を負った娘が誕生した。母親は妊娠中に風疹に罹っていたのである。産婦人科医はこれを見逃していた。従って、望んでいた結果とはならなかった。両親と子どもは、産婦人科医に損害賠償を訴求した。両親の請求は認められ、子どもの請求は棄却された。

判決要旨 (公式) は、次のとおりである。「判決要旨 1 (妊娠初期の段階で母親が風疹に罹った) 胎児が障害を被る危険について母親がこれを知っておれば妊娠中絶したいとの希望が正当化されるであろう場合に、この危険について母親に助言する医師が認識しなかったことに帰責性があるとき、医師は障害による増加する費用の賠償に責任を負う (通常の扶養費用の賠償については判断されない)。判決要旨 2 医師に対する子どもの賠償請求権は認められない。」。

本判決は、本件医師が出産取り扱い契約の違反に責めがあること、および、健康侵害に基づいて母親に対し扶養のために通常の扶養費用以上にかかる出費分について損害賠償請求権を認め、また父親も、出産取り扱い関係の保護領域に含まれるとして同人の損害賠償請求を認め、「夫も損害賠償請求権者として認められるとの」不妊手術事件判決 (BGHZ 76, 259) での原則は本件の夫にも

適用される、という。

子どもの損害賠償請求権については、本判決はその請求を否定する。すなわち、本判決は、子どもが障害を持って生まれるだろうからとして胎児の出生を妨げるべき不法行為法上の義務を否定し、また医師と母親との間の出産取り扱い契約に基づいても生命誕生を妨げることに向けられた義務は導かれない、何故ならば、現行法は、母親の固有の利益が問題となる場合にのみ、妊娠中絶するか否かの決定を母親に委ねると明示するからである、という。

本判決によれば、本件では法秩序は限界に達し、広範な運命的で自然次第の経過について責任を法的に規制することはもはや無意味であり、とても耐えられるものではない。本判決は、それに続いて、自らの見解による不満足な結果（「重大な障害を持つ子どもの経済的保護は両親の死亡で終了する」）を指摘し、このことは公共社会によってのみ調整されなければならない、という。本判決の論理構造は、不妊手術事件判決の論理とは明らかに相違し、純粹に法的な議論は背後に後退し、比較法的、倫理的、歴史的そして法哲学的な理由が前面にでている。

(iii) ダウン症児出産事件判決 (BGHZ 89, 95 : 1983年11月22日)。

連邦通常裁判所は、ダウン症児出産事件判決で、両親に対する賠償義務の範囲を完全な扶養損害へ拡大し、障害児誕生事件判決 (BGHZ 86, 240) を補足した。本判決の判決要旨3 (公式) は、次のとおりである。

「判決要旨3 医師は、損なわれた子どものために扶養必要費を完全に賠償しなければならない。ただし、母親に刑法上の原則に従って妊娠中絶を認めたとすれば、除去可能ではない重大な子どもの障害が実現化しなかったときには、賠償請求権は認められない (BGH, 1983-01-18, VI ZR 114/81, BGHZ 86, 240 の補足)。」

判決要旨3について説明しておこう。本判決は、障害児誕生事件判決 (BGHZ 86, 240, 247f) で胎児の風疹感染という本件に比肩され得る事件のために損害

賠償として扶養費用の増加分 (Unterhaltsmehraufwand) を認めたと、損害賠償は増加分には制限されるべきではなく、自らの負う助言義務に故意・過失で違反し、損害賠償を請求された医師は、扶養費の全部を賠償しなければならない、と判断した⁵¹⁾。

(2) 連邦憲法裁判所判決による連邦通常裁判所判例の再検討

(i) 妊娠中絶連邦憲法裁判所判決 (BVerfGE 88, 203 : 1993 年 5 月 28 日)

連邦憲法裁判所は、1993 年 5 月 28 日、ドイツにおける妊娠中絶に対する新

51) 連邦通常裁判所は、本判決でその理由を次のように述べる (判決理由 20)。「両親が生まれてくる子どもに何らかの重大な出生前の障害があるかを確認するために、そして、そのような危惧が真実であると判る場合には妊娠中絶をするために、医師に助言を求めるとき、両親は障害を有し健康でない子どもの扶養のために必要となる余分な出費のみを避けようと望むのではない。両親はそのような障害を有する子どもをそもそも出産したくないと望む。それにもかかわらず、そのような子どもが生まれ、両親が医師の助けで対処しようと望んだ危険が現実のものとなったとき、この子どものために必要な完全な扶養負担はそもそも意図されなかった。扶養費は、健康だと仮定された子どもについて両親によって家族法上負担される費用と子どもの健康被害によって追加的に負担を余儀なくされた費用に分けられはしない。(家族計画外であったが)健康な子どもを出産した場合には、損害賠償責任法的にはそのために必要な経済的需要のみが本来の家族計画を妨害するものに加えられ、その他については、家族法上の扶養負担の問題として取り扱われるが (BGHZ, 76, 59, 266f)。この場合とは異なり、重大な障害を有する子どもの扶養の場合には、その子どもの生活および養育するために全出費が必要となるのである。そして、この全出費こそが回避されるべきものとされたのである。両親にとっては、加害者に転嫁することができないものを負担することで十分である。」「加害者に転嫁することができないものを負担すること」とは、たとえば、扶養上の出費を別として障害児を育てること自体と考えることが適切である。

本判決において医師が全額の扶養負担について全部について責任を負うという結論はともかく、その論理構成 (障害児の存在が損害賠償の対象となるという構成) については、今日感覚からすると憲法上問題がないのかという疑義も生じよう。本文で後述する連邦憲法裁判所は、連邦通常裁判所の判例の再検討を指摘した。これについては、本文で論じる。

たな規制に関して膨大な判決理由による判決を下した。同判決は、基本法、刑法等妊娠中絶に関するこれまでの法規制について連邦憲法判所の見解を示している。本稿に関する部分についてのみ指摘すれば、同判決の判決要旨 14 (公式) で、本報告の内容に関することを述べている。すなわち、同判決要旨は、「損害の原因として子どもの存在を根拠とすることは、憲法の観点から (基本法 1 条 1 項) 考慮されない。従って、子どものための扶養義務を損害として把握することは、禁止される。」である。

本判決は、助言義務および治療義務の不完全履行では、原則として契約法および不法行為法上の制裁が問題となるが (判決理由 268 [番号は JURIS 版])、当然のことながら、憲法上の観点という民事法とは異なった考察も必要だと指摘し (判決理由 269)、生まれてきた子どもの存在を法的な損害原因 (Schadensquelle) とみなすことは、憲法 (基本法 1 条 1 項) から許されず、すべての人をその存在において配慮しなければならないという国家権力の義務により、子どもに対する扶養義務を損害と把握することは禁じられる、という。そのうえで、判決理由 269 は、本報告で問題となる事件に対する連邦通常裁判所の判例については再検討が必要だと解した⁵²⁾。

(3) 遺伝情報事件連邦通常裁判所判決 (BGHZ 124, 128 : 1993 年 11 月 16 日)

連邦通常裁判所は、前述連邦憲法裁判所の指摘のもとに、連邦通常裁判所の判例を再検討した。なお、本件は、医師による遺伝に関する誤った助言のため

52) 連邦憲法裁判所は、この点について判決理由 269 で次のようにいう。「医師による助言の誤りまたは誤った妊娠中絶に対する責任に関する民事裁判所の判例 (妊娠中絶については、たとえば、BGHZ 86, 240ff; 89, 95ff; 95, 199ff; BGH NJW 1985, S. 671ff; VersR 1985, S. 1068ff; VersR 1986, S.869f; VersR 1988, S. 155f; NJW 1992, S. 1556ff; 不妊手術については、たとえば、BGHZ 76, 249ff; 76, 259 ff; BGH, NJW 1984, S.2625f.) は、この点に関して再検討を必要とする。」。

に、遺伝上障害のある子どもが誕生し、両親が助言契約違反に基づいて損害賠償を助言した医師に対し訴求した事案である。連邦通常裁判所は、前述の連邦憲法裁判所の見解（子どもの存在を損害として把握すべきでない、連邦通常裁判所の判例は再検討されるべき）を確認するが（判決理由 28）、すでに判決理由 37 で次のようにいう。「損害賠償法で必要な比較を、損害を発生させた事情のもとでの経済的状況とそのような事情がない場合の経済的状況とを比較すること、たとえば、子どもの不存在をプラスの財産要素として（als positiver Vermögensfaktor）評価し、これに対し、子どもの存在をマイナスの財産要素として（als negativer Vermögensfaktor）評価するという意味で子どもの存在をと不存在を比較することはできない。そのような比較は、基本法 1 条による人間の尊厳という視点のもとで憲法上の疑念を確実に生じさせるであろう。また、そのような比較は、損害賠償法の観点からも誤っている。むしろ、子どもの誕生により複雑となる生活関係の側面にだけ損害賠償法上の判断を限定し、その結果、たんに損害の算定の際に必要な比較のためには、扶養負担のある扶養義務者の経済的状況とそのような負担のない扶養義務者の経済的状況だけを対象としなければならない。」。本判決が損害賠償法の役割について明確にその立場を明らかにしたことは、我々にも興味深い。

さらに、本判決は、損害賠償責任の判断は子どもの人格権とその存在に否定的に影響を及ぼしてはならないし、損害賠償責任法はただ責任を負うべき医師が扶養負担を引き受けることだけを目的とすると論じ⁵³⁾、医師が扶養負担を損害賠償として支払うことは、障害のある子どもの経済的立場が改善され、家

53) 本判決は、判決理由 39 で、「医師との契約によって回避されなければならなかった場合にこの考察方法（円谷注 純粋に損害賠償法上の見方）で扶養負担の判断をすることは子どもの人格権と子どもの存在に否定的な影響を及ぼさない。すなわち、医師が経済的な負担を引き受けることは、損害賠償法の調整的任務に即しており、純粋に財産法による意義に制限され、恥ずかしい子どもとの烙印を押さないし、当該子どもの生命権を全く問題としないのである。」という。

族内での当該子どもの受け入れが場合によっては促進されるということに役立つ、という⁵⁴⁾。

9 おわりに

本稿で取り上げた諸判決は、「はじめに」で言及したように、ドイツの民法学者によって挙げられたものである。また、本稿ではほぼ2010年までの諸判決が対象になっている。それ以降の諸判決の考察も重要であるが、本稿ではこれを行う余裕はなく、次のことを指摘するとどめよう。今日では、欧州法がドイツ法に大きな影響を及ぼしていることに留意し、欧州裁判所の判例をも考察の対象としなければなるまい。その典型的な場合として、欧州裁判所のある判決 (EuGH NJW 2008, 1433) を指摘することができよう。同判決は、消費用品売買指令が国内法化された規定に基づいて消費者が撤回権を行使した場合に、販売業者が消費者に使用利益の返還を認めることができるとのドイツ法における伝統的な理解を否定した。この結果、ドイツ民法には474条 (消費用品売買の概念) 2項1文が導入され、この場合には使用利益の返還は認められないことになっている⁵⁵⁾。ちなみに、同条はさらに改正され、現在ではこれ

54) 本判決は、この点について判決理由41で次のようにいう。[本民事部は、本件のような場合に子どものために損害賠償を認めることは否定的な影響がないだけではなく、むしろ、子どもに利益となり得るとの見解によっている。何故ならば、それによって、子どもの経済的状態が改善され、場合によっては、家族内での子どもの価値評価がなお高められるからである。]。

55) 旧474条 (消費用品売買の概念) (2014年6月12日まで): 「(1) 消費者が事業者から動産を購入するとき (消費用品売買)、以下の諸規定が補充的に適用される。この定めは、消費者が個人的に参加することができる公の競売で販売される中古品には適用されない。(2) この款に規律された売買契約には、使用利益は返還されないか、または、価値での賠償は許されないとの条件のもとに、439条 (第二次履行) 4項が適用される。445条 (公競売の場合の責任制限) および447条 (送付売買の場合の危険移転) は適用されない。」。

は5項で規律されている⁵⁶⁾。

本稿では、ドイツ法のみを考察の対象としてきた。言うまでもなく、わが国においても現行法では十分な解決を図りがたい問題も多く、その場合、ドイツ法だけではなく、フランス法、英米法など諸外国の動向を検討することが参考になるであろう（たとえば、望まない子どもの誕生問題など）。そのような手法により、判例法による解決の可能性、立法論による解決の必要性など、望ましい解決の在り方を探ることが必要である。

56) これらについては、ディーター・ライポルト・前掲書 §4注13を参照されたい。