



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	監督者責任の再構成 (10)
Author(s)	林, 誠司; HAYASHI, Seiji
Description	論説
Citation	北大法学論集, 57(6), 45-85
Issue Date	2007-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/20554
Type	departmental bulletin paper
File Information	57(6)_45-85.pdf



監督者責任の再構成（十）

林
誠
司

序論

第一章 監督者責任に関する従来の学説・裁判例の問題点

第一節 わが国の立法者の見解及び学説の検討と位置付け

第二節 わが国の裁判例の紹介と分析―監督義務の構造の視点から―

第一款 責任能力者たる未成年者による加害行為に関する裁判例

第一項 一六歳以上の責任能力者に関する裁判例

第一目 故意の犯罪に関する裁判例

第二目 未成年者同士のけんかによる事故に関する裁判例

第二項 一六歳未満の責任能力者に関する裁判例

第一目 故意の犯罪に関する裁判例

第三項 まとめ

(以上五六卷二号)

第二款 責任無能力者たる未成年者による加害行為に関する裁判例

第一項 七歳以上の責任無能力者に関する裁判例

第一目 故意の犯罪に関する裁判例

第二目 遊戯・スポーツ事故に関する裁判例

第三目 いたずらによる事故に関する裁判例

第四目 未成年者同士のけんかによる事故に関する裁判例

第五目 いじめに関する裁判例

第六目 交通事故に関する裁判例

第二項 七歳未満の責任無能力者に関する裁判例

第三項 まとめ

(以上五六卷三号)

第三章 わが国の裁判例と学説との齟齬

第二章 ドイツ民法八三二条一項に関する学説・裁判例

第一節 ドイツ民法八三二条一項の構造―立法史・学説を中心に―

第一款 ドイツ民法八三二条一項の立法史

第二款 ドイツ民法八三二条一項の概観と七一四条との相違

(以上五六卷四号)

第二節 裁判例の紹介と分析―監督義務違反のメルクマールと監督義務の構造の視点から―

第一款	責任能力ある又は責任能力の有無が不明な一六歳以上の未成年者に関する裁判例	(以上五六卷五号)
第二款	責任能力ある又は責任能力の有無が不明な一二歳以上一六歳未満の未成年者に関する裁判例	
第三款	責任能力ある又は責任能力の有無が不明な七歳以上一二歳未満の未成年者に関する裁判例	
第一項	故意の犯罪に関する裁判例	
第二項	遊戯・スポーツ事故に関する裁判例	
第三項	いたずらによる事故に関する裁判例	(以上五六卷六号)
第四款	七歳未満の未成年者及びその他の責任無能力者に関する裁判例	
第一項	故意の犯罪に関する裁判例	
第二項	遊戯・スポーツ事故に関する裁判例	
第三項	いたずらによる事故に関する裁判例	(以上五七卷一号)
第四項	交通事故に関する裁判例	(以上五七卷三号)
第五款	まとめ	
第三章	B G B 八三二条における「監督と教育の分離」	
第一節	社会生活上の義務としての監督義務	(以上五七卷四号)
第二節	帰責構造の振り分け―法律上の社会生活上の義務の段階的機能―	
第一款	社会生活上の義務の成立根拠	
第一項	フォン・バルの見解	
第二項	カナーリスの見解	
第三項	シュテフェンの見解	
第四項	メルテンスの見解	
第五項	事案グループを列挙する見解	
第六項	小括	

第二款 社会生活上の義務の機能の監督義務における段階的作用

第三款 責任保険とBGB八三二条

第四章 日本法への示唆

(以上本号)

第三章 ドイツ民法八三二条一項と社会生活上の義務

第二節 帰責構造の振り分け―法律上の社会生活上の義務の段階的作用―

以上のように、一般的監督義務違反に基づく帰責が有責性原理の枠組みにおける「抽象的危険」についての帰責として位置付けられ得ると解されとしても、既に第二章第二節で見たように、ドイツの裁判例においても一般的監督義務違反に基づく帰責と具体的監督義務違反に基づく帰責は振り分けられて用いられている。そこで、いかなる場合に一般的監督義務違反に基づく帰責が行われ、いかなる場合に具体的監督義務違反に基づく帰責が行われるのかという帰責構造の振り分けの基準が問題となろう。

この点について、前節で見た「有責性関連の短縮」に関するドイツの学説は、これが認められる場合と認められない場合という振り分けを行ってはいない。例えば肯定説は、社会生活上の義務が問題となるときには常に「有責性関連の短縮」が認められるとするようである。従ってこれらの学説から直接に帰責構造の振り分けについての手がかりを得ることはできない。

しかし、既に述べたように、問題の本質は、事案の状況に依じてどのような場合に、「同種の侵害の一般的予見可能性」或いは抽象的危険があるとされ、行為者に責が負わされるのか、言い換えれば、いかなる場合に社会生活上の義務が成立するかという点に存在しよう。そこで、BGB八三二条一項を社会生活上の義務と解することの意味を、社会生活上の義務の一般的解釈論から導き出すことが再び問題となる。

第一款 社会生活上の義務の成立根拠

社会生活上の義務がいかなる場合に成立するかを一般的原理として表わすことは、ドイツの実務においてこの義務が非常に広汎な領域に及び、さらにこの義務が事案の状況に応じて決定されることから、極めて困難である。⁽⁶⁷⁹⁾しかし、既に前節で見たように、社会生活上の義務には危殆化責任の思考が流入しているとの認識がドイツの学説では一般的である。⁽⁶⁸⁰⁾そこで、「危険」という概念がこの成立根拠において重要な役割を果たす。勿論、この成立根拠はそれだけに汲み尽くされるものではなく、その他の様々な要素をその中に取り込む。ここでは、幾つかのドイツの学説を手がかりとして、この成立根拠とされるものが何かを探っていききたい。

(679) Vgl. Larenz, a. a. O. (Fn. 573), §72 I d. S. 615 ; Fikentscher, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 1233, S. 760 ; Medicus, a. a. O. (Fn. 599), Rz. 756, S. 285.

(680) 既に挙げたものと他は、vgl. Deutsch, a. a. O. (Fn. 600), Rz. 636, S. 407.

第一項 フォン・パールの見解

社会生活上の義務について、危殆化責任との思想的背景の共通性に着目し、それ故、「危険」概念を中心としてその成立根拠を探ったのはフォン・パールである。

パールは、社会生活上の義務の成立根拠として第一に、危険の創出と維持を挙げ、以下のように述べる。危険（悪いことへと変化し得ること）が異常な状態にあり、その状態から専門的判断をすれば容易に想起される侵害の可能性が生じるとき、その危険は義務を設定する。危険が成立した理由、人的危険か物的危険かは原則として重要ではない。義務の履行のためにはその危険について言わば因果的なゼロ状態がもたされることが必要であり、例えば犠牲者の自己危殆化が加わるときにはより大きな義務が生じることがある。さらに、安全義務は危険と損害傾向の程度に応じて強くなるという原則が極めて重要であり、この原則を貫くと究極的には過責に左右されない保証義務に至る、と。パールはこれを「危険増加理論（Gefahrerhöhungslehre）」と呼ぶ。⁽⁸⁸⁾

さらに、パールは、この「危険」概念に基づいて、危険の支配可能性、危険からの利益享受という要素を社会生活上の義務の成立根拠として挙げる。これらについてパールは以下のように述べる。義務負担者及び義務範囲の確定のために危険の制御可能性という規準が必要である。社会生活上の義務を負うのは自己の領域に現に存在する危険を制御し得る者である。これは危険物の所有権や占有、使用賃借権等の所在に左右されるものではなく、危険の事実的支配可能性及び法的支配可能性を有する者が義務を負う。⁽⁸⁹⁾ また、危険から利益を得る者はその危険の管理もしなければならない。

利益は、経済的利益及び精神的利益を意味することがあるが、建物の芸術的形態や子どものための冒険児童遊園（Abenteuerspielplatz）が許されることを考えると、芸術的または教育的要素を共同体的利益という形で活性化させる

こともある。⁽⁸⁴⁾さらに、危険領域から利益を得ることが義務を基礎付けるだけでなく、義務者の経済的能力及び危険除去費用が期待可能性の考量に流れ込むことにより義務を限定することがある。但し、その物が利用者の生命にとって危険であればあるほど費用の観点は背後に退く。⁽⁸⁵⁾

パールは以上のように、危殆化責任との思想的背景の共通という認識に基づいて、「危険」という観点から社会生活上の義務の成立根拠を展開するが、それだけにとどまるのではない。彼はさらに、危殆化責任の思考とは別個の成立根拠として、信頼保護に言及する。すなわち、信頼という事実の創出は、どのようにして成立したのであれ本来の危険源を依然として支配することができ或いは公衆の自己責任のための準備を低めた者の社会倫理的拘束に至る。それ故、社会生活が特別な危険のないことを信頼しているか又は信頼することが許される場合に社会生活上の義務が成立し、物的危険か人的危険か、また、その危険がどのようにして生じたかはどうでもよい。この原則は社会生活上の義務違反に基づく責任と契約締結上の過失に基づく責任の類似性を明らかにし、職業上の義務の承認の支えとなり、さらに証明責任の分配に作用して義務違反と損害との因果関係の証明責任を義務負担者に転換する。特に子どもにおいては、その遊戲衝動や知識衝動等の故に「何も起こらない」との信頼が生じることからこの原則が強く働き、義務者は子どもをその未熟さの結果から守らなければならない。また、契約により義務を引き受けた者の責任も、必要な安全措置を講じるために既に指定されその危険群に影響を及ぼすことができる者もその措置を講じると信頼することが許されることに基づくのであり、契約が有効に成立したか否かには左右されないが、一般的成立根拠が引受人自身にも当てはまることが必要である。⁽⁸⁶⁾

以上、パールの見解は、社会生活上の義務の成立根拠を危険の設定、危険の事實的・法的支配可能性、危険からの利益享受、信頼保護という四つの要素に求めるものである。

(681) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 113ff.
 (682) Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 138, 143.
 (683) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 122ff.
 (684) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 125ff. バールはついで例として、冒険児童遊園での事故について、その児童遊園の設置者であり、被告となった市は、身体的・人格的教育という目的に鑑みて、見通すことができ且つ予め認識される危険は甘受されることから責任を負わないとしたBGHの判決(VersR978, 524)を挙げる。この例からは、バールの挙げる「原理」は、加害者側に関わる原理と共に、後のメルテンスの見解に明白に見られるような被害者側に関わる原理を含むものと思われる。

(685) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 125ff.

(686) Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 112.

(687) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 117ff.

第二項 カナリスの見解

上述のフォン・バールが社会生活上の義務の成立根拠として、危険の設定、危険支配、危険からの利益享受、信頼保護を挙げるのに対し、それらを三つの「帰責根拠」に「濃縮」⁽⁶⁸⁸⁾するのがカナリスである。

カナリスは、不作為や間接侵害の不法行為において問題となるのは結果回避義務ではなく危険回避義務であることを重視した上で、⁽⁶⁸⁹⁾不作為不法行為での作為義務の成立根拠を検討し、ここで得られる洞察は作為不法行為についても、とくに不作為との境界事例で役立つとして以下のように述べる。すなわち、社会生活上の義務の古典的適用事案は交通

の開設又は認容であり、その限りで正義規準 (Gerechtigkeitskriterien)⁽⁸⁴⁾ は、危険の設定についての責任という考えにある。しかし、例えば道路沿い居住者の所有する木が腐っていることから道路を通行する者を危殆化する場合、交通を開設したのがその所有者であるとは限らず、従って危険の設定だけを重視することは視界を狭める。つまり、支配的原理は一定の領域の安全についての責任 (領域責任) にあり、その背後には責任と決定権の関連性という正義規準があり、この思考自体危険の制御可能性及び危険からの利益享受の可能性に基づくものである⁽⁸⁵⁾。

危険回避義務の第二の主要な根拠は任務の引受にある。この観点には領域責任に対して独自の意義があり、例えば、監視のない駐車場の持ち主がそこに駐車されている車両を、その車両が彼の領域内にあるにもかかわらず泥棒等から守る義務を負わないのは、その持ち主がまさに監視の任務を引き受けていなかったからである。この引受責任は職業責任で問題となるが、それだけに限られず、その他の多くの事案を含む (従って専門性は義務設定的要素ではなくせいぜい義務強化要素に過ぎず、「職業責任」という概念は避けられるべきである)。この引受責任の基礎には、領域責任におけるのと同様に、危険の創出、危険支配、利益とリスクの関係の緊密性という観点が存在するが、通常任務の引受は信頼の保証と結びついていることから、ここでは信頼思想の有意性が明らかになる⁽⁸⁶⁾。

さらに社会生活上の義務は先行行為から生じることがある。ここでも危険の設定と制御が背後に存在し、これらは当該行態が許されるか否かに関係しないことから、先行行為が違法か否かは重要ではない。但し、恣意的な責任の基礎付けに用いられないため、先行行為というカテゴリーはそれにより引き起こされる危険が特に大きな場合、つまり人間の社会生活への参加に伴って通常越えられる閾値よりも明らかに上にある場合に用いられるべきである⁽⁸⁷⁾。判例ではさらに家長の責任が一定の役割を演じているが、現実には以上のカテゴリーの一つに整除され得るので、それらの事案の根底には義務の基礎付けの統一的標識はなく、それらの事案は不作為についての責任の独立したグループを形成しない⁽⁸⁸⁾。

これらの「帰責根拠」が与えられている場合でも、危険防止義務はその都度個別事案に関連付けられて多数の規準の協働から展開されなければならない。それらの規準としてもっとも重要なのは、危険の程度（危険実現の蓋然性）、損害の範囲及び種類、損害回避費用であるところ、これらの媒介変数は動的システムによる比較命題を可能にするものでしかなく、危険が大きく、損害が重大であり、回避費用が僅かであればあるほど危険回避義務が存在するとしか言うことができない。被害者の自己保護の可能性により義務が否定されることがあり、反対にその欠如は危険増加を意味する。また、保険保護の獲得の可能性、さらに保険保護の存在は加害者に不利に考慮されてはならない。⁽⁹⁸⁾

以上のように、カナリスは、「領域責任」、「引受責任」、「先行行為に基づく責任」という三つのカテゴリーを生活上の義務違反の責任の「帰責根拠」として承認する。しかし、既に見たように、それらの「帰責根拠」を根底において支えているのは危険の設定、危険の支配可能性、危険からの利益享受、信頼原則という「正義規準」であり、これらはフォン・バルが社会生活上の義務の成立根拠として認めていたものと同じである点が注目される。そして、カナリスも、これらの「帰責根拠」の目的論的基礎及びそれら相互の關係に関してはウィルブルク（Wilburg）の意味での「開かれた」且つ「動的な」システムが問題となり、このシステムについては支えとなる正義規準が「総合的な（kombinatorisch）」形態で共同作用すると述べ、これらの「帰責根拠」の間に流動的な移行が存在することを認める。⁽⁹⁹⁾ このことから、カナリスがここで挙げる三つの「帰責根拠」とは、危険の設定等の「正義規準」から言わば「外的体系」を形成したに過ぎず、動的システムの基礎に置かれる「内的体系」或いはそれを構成する「原理」はバルと同一のものに求められていると言うことができよう。⁽¹⁰⁰⁾

最後に、カナリスが、家長の責任は三つの「帰責根拠」のいずれかに整除され、独立した不作為不法行為のグループを形成しないとしていることが注目される。

- (688) Vgl. Larenz / Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 III 3e Fn. 147, S. 412.
- (689) Vgl. Larenz / Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §75 II 3b, 76 III 1ed, S. 365ff., 401f.
- (690) 「正義規準 (Gerechtigkeitskriterien)」とはカナリスが「ヴィルブルクの動的システム論に対して、ヴィルブルクの言う「要素」ないし「力」に代る用語として用いるものである。」の点については、山本敬三「民法における動的システム論の検討―法的評価の構造と方法に関する序章的考察―」『法学論叢』一三八卷一・二・三号(平成七年)二五九頁註70参照(以下「動的システム」として引用)。
- (691) Larenz / Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 III 3a, S. 407f.
- (692) Larenz / Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 III 3b, S. 408ff.
- (693) Larenz / Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 III 3c, S. 410f.
- (694) Larenz / Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 III 3d, S. 411.
- (695) 「比較命題」については、山本(敬)・前掲「動的システム」(註690)一二三頁以下参照。
- (696) Larenz / Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 III 4, S. 413ff.; vgl. auch Canaris, "Die Verfassungswidrigkeit von §828 II BGB als Ausschnitt aus einem größeren Problemfeld", JZ1990, 680.
- (697) カナリスは「三つのカテゴリーを「帰責根拠」と呼ぶ」。Vgl. Larenz / Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 III 3e, S. 411.
- (698) ヴィルブルクの動的システム論については、山本(敬)・前掲「動的システム」(註690)参照。ここでカナリスの動的システム論も紹介・検討されている。なお、v. Bar, a. a. O. (Fn. 676), S. 72も「社会生活上の義務の前述の四つの成立根拠はヴィルブルクの「要素」を確認するものでしかなく」と言っている。
- (699) Larenz / Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 III 3e, S. 412.
- (700) 動的システム論における「外的体系」、「内的体系」については山本(敬)・前掲「動的システム」(註690)二五一頁以下参照。
- (701) 但し、カナリスは、領域責任等の三つのカテゴリーが事情によつては実体的な正義規準による具体化と範囲の確定を必要とするものの、不作為の事案では原則としてそれらの帰責根拠を手がかりとすべく、それらの背後にある「正義規準に直ちに直接に手出しする」とは許されなく」とする。Larenz / Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 III 4a, S. 412f.

(702) 動的システムの要素としての「観点ないしファクター」と「原理」が密接に関連することについて、山本(敬)・前掲「動的システム」(註690)二四八頁以下参照。v. Bar, "Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs) pflichten", JuS1988, 170では、「危険増加原理」、「危険支配原理」、「利益原理」という言葉が用いられている。

第三項 シュテフェンの見解

以上のように、危殆化責任の思考との共通性或いは社会生活上の義務が危険回避義務であることに重点を置き、この義務の成立根拠の探求に際して「危険」という概念を中心に置く見解に対して、保護利益の観点から社会生活上の義務の定立に際しての実務の「基本原則」を探ろうとするのがシュテフェン(Steffen)の見解である。

シュテフェンは、実務家の観点から、社会生活上の義務が八二三条一項の保護利益に関連付けられること、保護利益から規範への転換という社会生活上の義務の使命がネガトリア的な意義よりも損害負担の割当(加害者の行為自由の保証にも重点が置かれる)のための意義に見出されること、に実務が志向する目印(Orientierungspunkt)を見出し、そこから五つの「基本原則」を導き出す。そして、この「基本原則」についてシュテフェンは以下のように述べる。すなわち、第一に、存立保護は価値の保持に優先する。被害者の完全性請求権及び加害者の行為余地を適切に考慮するため、ハンドの定式を用いることはできず、金銭は原則として存立危殆化に対して決定的役割を演じてはならない。⁽⁷⁰³⁾

第二に、保護を受ける地位(Schutzpositionen)の等級は直接侵害に対しては等しいが、間接侵害では生命の保護が物的損害からの保護よりも早くに始まる考慮を要求する。判例は危険概念を操作しているため、この命題が述べられる

ことは稀でしかないが、判例で行われている事故統計等を用いた損害予測学 (Schadensprognostik) にも規範的評価が隠れており、例えば保護利益の等級も危険がどれだけ早く回避措置の合図を送るかを決定することがある。⁽⁷⁶⁾

第三に、危殆化の認定について、義務者が被害者の自己保護を信頼することが許されるか否かは最終的には加害者側の利益との考量という規範的考慮に左右される。この被害者の自己保護については、危殆化される者は、その者の自己保護に対する要請に関して、危険原因者又は交通開設者を前にして信頼の優位 (Vertrauensvorsprung) と損害転嫁のボーンスを有するとの基本原則が定立され得る。もともと、このボーンスは、被害者と加害者の役割が交換可能な程度で色あせ、例えば自動車での道路交通への参加の場合がこれに当たる。⁽⁷⁶⁾

第四に、保護を受ける地位は複数の者の関与する危険管轄領域に対して同様に価値を認められ得るものではない。複数の加害者間の損害管轄領域の水平的分配も規範的要素なしでは済まず、とくに社会生活上の義務はこの場合、責任と他の法的コントロール及び他の法的手続との調和という観点の下で明らかになる。従って、この場合、社会的従属性及び協力関係による信頼という観点、責任を経済的に消化するための能力も用いられるが、一般には、実質的に存在する危険克服の可能性や事実上の期待が裁判官にとっての規準である。⁽⁷⁶⁾

第五に、職業保証人の負担となる「規範的な」信頼の優位が存在するが、単に「規範的」であることが望ましい。裁判官は無評価に完全性利益のための尺度を DIN (ドイツ工業規格) 等から読取ってはならず、過度に発達した補償の期待に対し責任法への入口を封鎖しなければならない。⁽⁷⁶⁾

以上のようにシュテフェンは、社会生活上の義務の使命を、八二三条一項の保護利益をいわゆる間接侵害において利益衡量に基づいて一般的行態命令へと転換することに見出す。そして、保護利益の完全性の要求と規範名宛人の行為自由及び社会の発展に対する公衆の利益との間の緊張関係はその重要な点において保護利益の特別な意義により拘束され

ているとの認識を出発点として、⁽⁷⁰⁾ 価値の保持に対する存立保護の優先、保護利益の等級による安全要請の程度の段階付けを説く。さらに、保護利益の射程範囲の裏返しとして、加害者の行為自由との考量という観点から、被害者による自己保護の考慮とその限界を説く。

他方、シュテフェンも、第三乃至第五の「基本原則」に窺われるように、社会生活上の義務の成立根拠として危険や信頼保護を考慮しないわけではない。シュテフェンは、保護利益から規範への転換という社会生活上の義務の使命が、引き受けられるべき損害負担の選択と割当（「損害管轄領域の割当」）というより包括的な理解によって補充されることを認め、⁽⁷¹⁾ この損害管轄領域の割当に際しては、危険の創出、社会生活領域の支配、職業上の専門家的・保証人的地位の利用、保護・保管の引受、危険処理の可能性と事実上の期待という観点が有意であると述べている。⁽⁷²⁾ しかし、これらの観点を基礎として社会生活上の義務の定立に関する考量が行われるとき、上述のシュテフェンの見解からは、さらに被害者の権利・法益の保護という観点に重きが置かれよう。

(70) Steffen, “Verkehrspflichten im Spannungsfeld von Bestandsschutz und Handlungsfreiheit”, VersR1980, 409ff..

(71) Steffen, a. a. O. (Fn. 703), S. 410.

(72) Steffen, a. a. O. (Fn. 703), S. 411.

(73) Steffen, a. a. O. (Fn. 703), S. 411f..

(74) Steffen, a. a. O. (Fn. 703), S. 412.

(75) Steffen, a. a. O. (Fn. 703), S. 412. 上記の点以外での考量の規準に関するシュテフェンの見解についてはその他に、vgl.

RGKR-Steffen, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. 141ff..

(70) Vgl. RGK-Steffen, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. 141.

(71) Vgl. RGK-Steffen, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. 139.

(72) RGK-Steffen, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. 151ff. 但し、シュテフェンは、動的システム論の意味での「原理」の有用性については懐疑的である。Vgl. Steffen, a. a. O. (Fn. 703), S. 409.

第四項 メルテンスの見解

メルテンス (Mertens) は、社会生活上の義務の形成のための尺度に関する問題にいくらか厳密な解答を与える試みは、⁽⁷³⁾①考量に組み込まれるべき要因、②尺度となる考量規準、③考量の一般化のレベルを区別することにより容易になるとする。この③考量の一般化レベルの問題はもっぱら義務自体の尺度に関わる問題であるが、後述する期待範囲という考量規準にも関わるものであり、ここでまとめて紹介しよう。

上記の三点について、メルテンスは以下のように述べる。

①考量に組み込まれるべき要因は第一に行態の危険性、(費用を含めた) 潜在的加害者が用いることのできる危険除去の能力、潜在的被侵害者の保護の必要性、(費用を含めた) 潜在的被侵害者の自己保護の可能性、現に存在する社会観念 (Verkehrsanschauung) の意味における正常性からの逸脱である。特定の活動の社会的効用を考量に組み込むことができるのは、裁判官には利益と行為態様に関する社会的等級を定立する権限は与えられていないことから、立法者が裁判官に一義的に確定される明白な利益の形で考量の規準を予め与えていた場合だけである。⁽⁷⁴⁾

②考量の規準に関しては、大抵は法律又は裁判官法による社会生活上の義務に現われた一定の評価が見出され得る。

法律上の評価から解決を導き出すことができないときには、立法としての実現可能性及び国民経済的相当性の原則を頼りとしなければならない。⁽¹⁵⁾ その枠組における一般的規準としては、相当性の原則とそれを補う一般的期待範囲がある。前者は、一方の危険の実現の蓋然性及びさし迫っている侵害の重大さと、他方のこの危険を減少させるために必要な費用との間に相当な関係がなければならぬものである。⁽¹⁶⁾ 後者の規準は、潜在的加害者と潜在的被害者との間に危険の回避における役割分担に関してどのような期待が存在するのかという問題である。この関係で第一に尺度となる規準の意義が認められるのは社会観念であり、この社会観念は、上位の規範的観点から拘束性が否認されない限り、行為を指導する期待の事実上の尺度として裁判官にとっても有効な責任分配の規準である（例えばスポーツのルール）。また、被害者の期待範囲の決定には、その状況の特別な事情等も考慮され得るのであり（個別的期待範囲）、その信頼形成力は正当な期待形成というある種の規範的原理により評価される。さらに、原因主義及び報償主義を考慮して判断を下されるべきである、危険群の法的又は事実的物的管轄領域の問題、法的な又は事実上の責任又は保護の引受、危険支配、交通開設、不作為による危険状態の作出（Ingerenz）に関する問題、規則に従った職業上の行態の、危険回避を目的とする専門的水準に関する問題が、正当な期待範囲の決定の中で又は直接的な帰責規準として重要な意味を持ち、このとき様々な帰責規準が社会生活上義務の射程範囲を細分化し得る。⁽¹⁶⁾ この他に、国民経済及び保険経済という観点の下での責任リスクの負担可能且つ適切な分配も重要であることから、配分的要素も関わり合う。これらの規準は動的システムの⁽¹⁷⁾一部と見なされるべきであり、それらの重要さの判定は実定法上の評価と一定の社会領域の現実の機能条件に左右される。

③考量の一般化レベルの選択は法理論的公理により先決されるのではなく、それ自体正しいリスク分配の観点の下で取り組まれるべき評価問題である。社会生活上の義務の定式化は具体的加害者の個別の諸事情及び性質に完全には適合

し得ず、役割及び状況に特殊な諸事情を顧慮してこの義務を分配すべきである。この役割をどのように限定し、どのような要請をするかは一方では社会観念に、他方では不法行為法の社会制御機能が調和させられるべきところの公的利益の重要性にも左右される。例えば、生産の多様性と競争につき公的利益が尊重されるべきとき、自動ブレーキシステムのない自動車の利用を社会生活上の義務の違反と見てはならない。従って、一般化の尺度を可能な注意の技術的に最適な状態に適合させることはできず、最小限要求され得る技術水準だけを出発点としなければならない(もつとも、加害者の技術的装備によりより高度の安全水準を期待しうる場合はその水準が用いられる)。(78)

以上のメルテンスの見解は、社会生活上の義務の成立に関する考量に際して、そこに組み込まれるべき個別の要因がどのような規準に従って考量されるべきかを明らかにしようとするものである。(79) ここでは、行態の危険性、潜在的加害者の危険除去の能力(資力)、潜在的被害者の自己保護の可能性といった要因から、原因主義、報償主義、物的管轄領域、危険支配、法的又は事実的な責任又は保護の引受といった個別の、それ自体として独立した帰責規準が導き出され(80)ると見られる。しかし、メルテンスは、これらの要因が常にそれだけで帰責規準を基礎づけ得るとは限らないことを端的に指摘し、それらの要因から導き出される個別の帰責規準に枠をはめる一般的規準として、社会観念により基礎づけられる期待範囲、国民経済及び保険経済上有意なリスク分配等を承認する。社会生活上の義務を基礎づける考量要因に関してはパールやカナリスの見解と大きな隔たりは見られないものの、個別の帰責規準と一般的考量規準の関係をこのような形で捉える点にメルテンスの見解の特徴があるといえよう。また、保険を考慮してのリスク分配を承認する点はカナリスと対照をなしている。

- (712) Mertens, a. a. O. (Fn. 599), S. 401.
- (713) Mertens, a. a. O. (Fn. 599), S. 401.
- (714) 但し、この点についてメルテンスは、個別事案の安全性に関するミスは当該事案において損害賠償を生じさせるだけであり、安全システムを一般に完全にすることを要求せず、第三者の危殆化が加害に発展しない圧倒的多数の事案が存在するという意味での被害者と加害者の間の紛争の隔離 (Isolierung) と、そのような事情が保険計算上のリスク判断に現れる帰結として、対保可能性を含めて判断される個別事案の期待可能性は重要でなくなる等の意味での責任リスクの付保可能性という観点から、社会生活において必要とされる注意は広い範囲で経済的期待可能性を考慮することなく要求されなければならないとする。Mertens, a. a. O. (Fn. 599), S. 405f.
- (715) ここで言う「相当な (angemessen)」の意味は明らかではないが、おそらく、経済的理由から危険回避措置を講じないことが許されるのは、社会觀念に従って危険回避措置が期待されないほどに不相当な場合 (例えば路面が凍結した場合に直ちに砂等が撒布されない場合) であり、この場合だけであるという意味であろう。Vgl. Münch / Komm-Mertens, a. a. O. (Fn. 629), §823 Rz. 216. 同旨に「vgl. Stiefen, a. a. O. (Fn. 703), S. 410f.; RGRK-Stiefen, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. 150. この点に関してシュテフェンは、公法に言う相当性の原則を民事法、とくに不法行為法の対等な当事者関係に無条件に借用することの問題を指摘する。この問題についてのわが国の文献として、山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣・平成十三年) 二七〇頁以下参照。
- (716) ここで、メルテンスは、社会生活上の義務の糸口の例として、(1) 一定の物的領域の支配、(2) 交通領域の開設及び交通の主催並びに物を流通に置くこと、(3) 特別な危険状況の創出、(4) 職務上又は職業上の社会生活安全責任の四つの構成要件を区別することができるとする。Mertens, a. a. O. (Fn. 599), S. 402. しかし、このような「外的体系」としての事案グループについては本文後述 (第六項) 参照。
- (717) Mertens, a. a. O. (Fn. 599), S. 401f. 以上の点に「vgl. Vgl. auch Münch / Komm-Mertens, a. a. O. (Fn. 629), §823 Rz. 23ff.
- (718) Vgl. Mertens, a. a. O. (Fn. 599), S. 404.
- (719) 但し、メルテンスは、社会生活上の義務の形成のための利益考量にとって「有意な規準を包括的且つ最終的に列举する

「*ist zu bezeichnen*」とする。Vgl. Münch / Komm-Mertens, a. a. O. (Fn. 629), 8823 Rz. 207. この点が動的システム論に依拠すると見られるメルテンスの見解とどのように整合するのかは、筆者が見た限りでは、明らかではない。

(720) Mertens, a. a. O. (Fn. 599), S. 402 では事実上の管轄のみが言及されるが、Münch / Komm-Mertens, a. a. O. (Fn. 629), 8823 Rz. 25 では法的管轄にも言及されている。

(721) この点については、前註702参照。なお、厳密に言えば、潜在的被害者の自己保護の可能性のように、もっぱら被害者の側に関わる要因については、危険増加原理等の加害者側に関わる「原理」に対応する「原理」が想定されるべきかもしれない。山本(敬)・前掲論文(註690)二二六頁以下のヴィルブルクの見解参照。しかし、この点については、加害者の側に関わる「原理」の充足度の問題として捉えることも可能であろう。Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 114; auch ders., a. a. O. (Fn. 676), S. 69f. このことからすれば、正当な期待範囲という被害者側に関わる一般的な規律も信頼原理という加害者側に関わる原理の充足度の問題に還元できるように思われる。

第五項 事案グループを列挙する見解

最後に、社会生活上の義務の成立根拠又はその帰責規準として判例の集積から経験的に得られた事案グループを列挙する見解に触れておこう。

このような見解に属するものとして、例えばラーレンツ(Larenz)は、道路又は道の利用が招来する危険(交通危険)、物の状態に関連する危険(物危険)、ある活動から生じる危険(活動危険)という三つの事案グループを、社会生活上の義務を基礎づける根拠をなす事実のうちとりわけ問題となるものとして挙げる。⁽⁷²²⁾ また、メディクス(Medicus)は、社会生活上の義務の根拠として交通の開闢、危険物の支配、既に存在する交通への作用、特定の者に関する監督義務、

職業又は営業の遂行といった事案グループを挙げる⁽⁷³⁾。さらに、コンメンタールの学説から代表的なものとしてハーガー(Hager)は、社会生活上の義務の基礎づけという見出しの下、危険の創出、領域責任、交通の開設、物を社会生活に置くこと、任務の引受、家長の責任といった事案グループを列挙する⁽⁷⁴⁾。

しかし、他方で、これらの学説も、このような事案グループが取り上げるための規準(Aufgreifkriterien)としてしか役立たないことを認めており、さらにこれらの「成立根拠」の基礎に、以下のような責任の根拠が存在することを認める。すなわち、例えばハーガーは、領域責任では決定権及び危険源から利益を得る可能性が、交通の開設では事実上の責任の引受と交通開設者に与えられる信頼の保護が、任務の引受では引受人がその任務をきちんと処理するであろうとの期待が責任の根拠として存在するとする。また、ラーレンツは、危険状況を回避し又は除去する義務を負わされるのは法的且つ事実上必要な予防措置を講じることが出来る者であるとし、メデイクスは、職業又は営業の遂行が社会生活上の義務をもたらすことができるのは他人が具体的な遂行を信頼し、それゆえ自己の注意を欠く場合であるとする。これらの見解においては、社会生活上の義務の成立根拠又は帰責規準とされる事案グループの根底に危険増加原理、危険支配原理、信頼原理といった「原理」の存在を窺うことができよう⁽⁷⁵⁾。

従って、このように社会生活上の義務の成立根拠又は帰責規準として事案グループを挙げる見解においても、窮極的には危険増加原理、危険支配原理、報償原理、信頼原理といった「原理」にその成立根拠乃至帰責規準を求めることができよう。このとき、これらの事案グループは、経験的に得られた類型を端緒として、上記の「原理」の考量により支えられる「外的体系」を記述しているに過ぎない、ということもできよう。

- (722) Larenz, a. a. O. (Fn. 573), §72 I d. S. 612.
- (723) Medicus, a. a. O. (Fn. 599), Rz. 751ff., S. 285.
- (724) Staudinger-Hager, a. a. O. (Fn. 602), 8823 Rz. E13ff. 同様に社会生活上の義務の成立根拠として事案グループを列挙するその他の学説として、vgl. Esser, a. a. O. (Fn. 659), §108 II, S. 413f. (交通の開設計・持続又は交通への参加、物の支配、特別な専門的知識又は予め配慮を要求する活動) ; Esser / Weyers, a. a. O. (Fn. 230), §55 V 2a, S. 179f. (危険への対処可能性を伴う交通の開設計若しくは持続又は交通への参加、物の支配、特別な専門的知識を必要とし且つ公衆に作用する活動) ; Erman-Schimmann, a. a. O. (Fn. 616), 8823 Rz. 79 (交通開設計・既に存在する交通への作用、危険物の支配、製造物責任及び職業活動)。ゆえに、前述のシムテフエンの損害管轄領域の割当における観点やメルテンスの個別の帰責規準を参照。
- (725) Vgl. Esser / Weyers, a. a. O. (Fn. 230), §55 V 2a, S. 179 ; Staudinger-Hager, a. a. O. (Fn. 602), 8823 Rz. E12. Vgl. auch Fikentscher, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 1233, S. 760.
- (726) Staudinger-Hager, a. a. O. (Fn. 602), 8823 Rz. E16, 19, 21. ゆえにハーガーは、物を社会生活に置くことを交通開設計の類例又は領域責任の一部として把握する可能性を否定せず、また、家長の責任は任務の引受や領域責任に解消され得るとする。Staudinger-Hager, a. a. O., 8823 Rz. E20, 24.
- (727) Larenz, a. a. O. (Fn. 573), §72 I d. S. 612f.
- (728) Medicus, a. a. O. (Fn. 599), Rz. 755, S. 285. その他に、責任根拠としての事案グループの根底に「原理」の存在が窺われるものとして、vgl. Esser, a. a. O. (Fn. 659), §108 II, S. 413ff. ; Esser / Weyers, a. a. O. (Fn. 230), §55 V 2b, S. 180f. そもそも、類型論と動的システム論が密接に関連するものであることについて、山本(敬)・前掲「動的システム」(註690)二五六頁以下参照。

第六項 小括

以上に見たように、社会生活上の義務の成立根拠として事案グループを挙げる見解は少なくない。しかし、本稿の関心は、社会生活上の義務の事案グループの一つである監督者責任においてどのような根拠に基づいて一般的監督義務が親に課されるのかという点にある。すなわち、その事案グループという、社会生活上の義務では判例においてもつばら経験的に得られた「外的体系」を支える評価枠組み、そして、この評価枠組みを構成する「原理」とその充足度を測る「観点ないしファクター」の探求こそがここで問題とされるべき点である。そこで、ここではこの評価枠組み、つまり「内的体系」を構成する「原理」に着目して上述の見解を見ていこう。

このような観点から上述の学説を見ていくと、第一に、この「原理」を前面に出すフォン・パールの見解が注目される。ここでは、危険増加原理、危険支配原理、報償原理、信頼原理が社会生活上の義務の成立根拠として挙げられており、これらの「原理」はカナリスにおいても承認されている。他方、シュテフェンの言う損害管轄領域の割当の観点である職業上の専門家的・保証人的地位の利用、保護・保管の引受、メルテンスの言う直接的な帰責規程である規則に従った職業上の行態の専門的水準、法的な又は事実上の責任又は保護の引受の根底にも、カナリスの見解に見られるように、これらの原理、特に信頼原理の存在が窺われる。さらに、メルテンスの言う交通開設や不作為による危険状態の作出といった事案グループにおいてもその根底に「原理」が見出されることは既に述べたとおりである。このことからすれば、パールが挙げた社会生活上の義務の四つの成立根拠は、「原理」として一般に承認されていると言うことが可能であろう。⁽⁷³⁾

もつとも、社会生活上の義務の成否に関わる評価枠組みにおいて承認されるべき「原理」はこれらの四つに汲み尽くされるものであろうか。社会生活上の義務はドイツの判例法において、権利・法益保護の欠缺を補充すべく創出された行態規範であり、⁽⁷⁴⁾それ故、シュテフェンが社会生活上の使命を保護利益から規範への転換に見出したように、社会生

活上の義務の窮極の目的は被害者の権利・法益の保護に求められるべきであろう。そして、生命・身体についての完全性利益の保護は金銭的・経済的費用の観点からなおざりにされるべきではないとすれば、⁽⁷³⁾生命・身体への侵害の「抽象的危険」がある場合には経済的な効用という観点からの費用便益分析を待つまでもなく、義務者の立場にある合理的人間にとって可能であることの範囲内で危険回避措置を講じる義務が負わされよう。また、権利論的観点からの「危険便益分析」がなされるときも、⁽⁷⁴⁾潜在的な被侵害法益が生命・身体であるときには、侵害行為の追及する利益がそれに匹敵するものでない限り、やはり原則として危険回避義務が生じよう。このことからすれば、「被侵害法益が生命・身体である場合は、それ以外の権利・法益である場合よりも社会生活上の義務をより早く負う」、或いは、「被侵害法益の等級が高ければ高いほど社会生活上の義務がより早く定立される」との比較命題を、社会生活上の義務の成立に関する評価枠組みにおいて「原理」として承認することができるのではなからうか（以下これを「保護利益等級原理」と呼ぶ）。⁽⁷⁵⁾

メルテンスの言う潜在的被害者の保護の必要性という考量要因もこのような形で把握され得るものと思われる。但し、この保護利益等級原理は、その他の危険増加原理等がそれだけで社会生活上の義務の成立を基礎づけ得る「原理」であるのに対し、言わばそれらの「原理」を補充する「原理」である点に特色を有する。比喩的に言えば、危険増加原理等の他の全ての「原理」の充足度がゼロであれば、保護利益等級原理の充足度が高くとも社会生活上の義務の定立という効果は生じないことである。しかし、他方で、保護利益等級原理の充足度が低ければ低いほど他の「原理」の充足度はより一層高くなければならない（反対に言えば、生命のような高い等級の法益が危殆化されるときには危険増加原理等の充足度はより低いもので足りる）。その限りで、保護利益等級原理は補充的な「原理」ではあるが、危険増加原理等に優越するべき「原理」であると言うことができる。⁽⁷⁶⁾

最後に、カナリスの言う、「危険が大きければ大きいほど、さし迫っている損害が重大であればあるほど、そして

回避費用が僅かであればあるほど、より直ちに危険回避義務が存在する⁽⁷³⁷⁾」との比較命題につき付言しておく。この比較命題につき、社会生活上の義務の定立という効果発生のためにどの程度の充足が要求されるかは、「原理」の性質上当然のこととして、⁽⁷³⁸⁾それ自体からは明らかにならず、シュテフェンやメルテンスの相当性原則の理解⁽⁷³⁹⁾によれば、かなり低い充足度で十分だとされるものと思われる。この「回避費用」を金銭的・経済的に捉えた場合に、生命・身体⁽⁷⁴⁰⁾の危殆化が問題となるときにはこの原理の充足を待つまでもなく行態義務が行為者に課されることは上に述べた通りであるが、ここでは、この「回避費用」を権利・法益として捉えた場合、なおこの「原理」が承認され得ることだけを指摘しておく。その他に、保険経済の観点からの配分的要素をどのように捉えるかは後（第三款）に改めて検討する。

(729) Stoll, a. a. O. (Fn. 603), S. 212ff. は、それぞれの絶対権の保護領域に応じて目的的行為による侵害に対してだけ保護される権利、客観的直接侵害に対して保護される権利、間接侵害に対しても保護される権利を区別した上で、間接侵害の防止を目的とする周辺の防衛圏の拡張は「法政策的問題」だとする。しかし、ドイツにおいてはわが国と異なり、通説的な解釈方法論とも言うべき評価法学の立場からは、裁判官の解釈権限の限界が意識的に議論される。このような立場からは、「法政策的問題」についても裁判官の自由裁量に委ねられるのではなく解釈の指針が求められ、動的システム論はこのようなドイツ法学の態度に沿うものである。山本（敬）・前掲「動的システム」（註690）二二三頁。ドイツと日本の解釈方法論の相違については、能見能久「法律学・法解釈の基礎研究」中川良延他編『日本民法学の形成と課題（上）』（有斐閣・平成八年）四四頁以下参照。また、動的システム論を含む「新しい方法」がドイツ法学において果たしている役割については、藤原正則「法ドグマティクの伝統と発展―ドイツ法学方法論覚え書き」瀬川信久（編）『私法学の再構築』（北海道大学図書刊行会・平成一一年）三六頁以下参照。

(730) Vgl. auch v. Bar, a. a. O. (Fn. 676), S. 69ff.

(731) 但し、報償原理については異論が見られるかもしれない。というのは、とくに事案グループを列挙する見解において、

危険増加原理、危険支配原理、信頼原理の存在を窺うことのできる見解は多いものの、報償原理の存在を窺うことのできる見解は必ずしも多くないと見られるからである。このことは、社会生活上の義務に基づく責任が、危殆化責任の思考の影響を受けながらも、原則として有責性原理に基づく責任だと解されていることと無関係ではないであろう。しかし、この点については、本文で後述するように、監督者責任では報償原理は問題となり得ないことから、ここでは立ち入らないこととする。

(732) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 15ff. は、社会生活上の義務の歴史的意義を、不作為不法行為の拡張、法治国家的国家責任の承認、道路交通安全義務における B G B 八三一条一項二文の排除、災害損害の不法行為損害への社会国家的転換等に見出す。

(733) Vgl. Steffen, a. a. O. (Fn. 703), S. 411 ; Larenz / Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 III 4h, S. 417. わが国においてもこの点は度々指摘されるところである。例えば、内田・前掲書(註108)三二八頁、加藤(雅)・前掲書(註108)一八〇頁等参照。

(734) わが国における「危険便益方式 (risk-benefit methode)」の始祖テリー (Terry) がこの方式を権利論的観点から捉えていたことについて、瀬川信久「危険便益比較による過失判断—テリー教授から、ハンドの定式と大阪アルカリ事件まで—」中川良延他(編)『日本民法学の形成と課題(下)』(有斐閣・平成八年)八二三頁以下参照。

(735) もっとも、前註711参照。シュテフェンはこれをあくまで動的システム論の意味での「原理」とは異なる、実務での「基本原則」として捉えたと見られる。

(736) 動的システム論における「原理」間の優越関係の意味については、山本(敬)・前掲「動的システム」(註690)二六八頁以下参照。

(737) Larenz / Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 III 4b, S. 414.

(738) 山本(敬)・前掲「動的システム」(註690)二六五頁以下参照。

(739) 前註714参照。

第二款 社会生活上の義務の機能の監督義務における段階的作用

前款で見たように、社会生活上の義務一般について、その主要な成立根拠として危険増加、危険支配、信頼創出、利益享受の四つを、補充的な成立根拠として保護利益の等級を見出すことができる。次いで生じる問題は、これらの成立根拠がBGB八三二条の監督義務についてそもそも妥当するのか、そしてそれが妥当するものだととしてもそのいずれもが常に妥当するものであるのかという問題である。

前者の問題について結論を先取りして言えば、監督者責任については社会生活上の義務一般の成立根拠の全てが妥当するのではないということが言えよう。すなわち、利益享受（報償責任）という観点は監督者責任の場合にはこれを語ることができないからである。この点についてアルブレヒト・フックスは、以下のように簡潔に述べている。「今日の評価に従えば、両親はその子ども達により財産的利益を得ていない。集団的な高齢者保障体系が、子ども達による両親の高齢者保障を引き継いだ。むしろ国家は、教育をする両親が被る金銭的損失を子女手当（Kindergeld）、税制上の優遇措置等によって調整しようとしている」⁽⁷⁰⁾。さらに、グロースフルト・ムントは、以上の点に加えて、「子どもたちは両親のためだけではなく、公衆のためにも生まれているのである」⁽⁷¹⁾とする。

このように、利益享受という要素乃至報償原理はBGB八三二条の場面では問題となり得ないものの、その他の要素乃至原理である危険増加、危険支配、信頼、保護利益の等級は同条の親の責任に関しても十分に妥当しよう。⁽⁷²⁾例えば、親が子どもに危険物（例えば空気銃のような危険なおもちゃ）を手渡したり、親自身が常日頃子どもにそれ自体としては危険な行為（例えば、射撃練習）を行うようにそそのかしたりしていたような場合には、親自身が危険を創出したと言いうことができ、また、当該子どもが同年齢の通常の子どもが行わないような振舞いをし、その結果第三者が加害されたような場合には、潜在的被害者たる公衆の信頼が裏切られたと見ることができ。さらに、親が子どもの所持する危険物やその子どもの危険な振舞いを認識し得るにもかかわらず放置しておいたような場合、その親にとって危険支配が

可能であつたと見る事ができよう。そして、とりわけこの危険支配という観点はまさにBGBの立法者の見解に合致する。

既に第二章第一節第二項で見たように、ドイツ民法典の部分草案債務関係法の起草者であるフォン・キューベルは、BGB八三二条の前身たる第一章第二節第三款九条一項の責任が、「人は、その者と他人との間に損害の発生を防止することについて法的な義務を負い且つ防止できるような関係が存在するときにはいつでも、他人により引き起こされた損害により責任を負わされる」〔傍点筆者〕という命題に由来すると述べていた。⁽⁴⁵⁾ 其後の審議過程においてはもっぱら審議の対象とされた監督義務者の範囲に関して、ライヒ司法庁準備委員会は、第一草案七一〇条の規定は「両親又は後見人のように監督義務がその根拠を被監督者の特別な精神的又は肉体的状態に有する事案についてしか正当化されない」とし、また、第二委員会は、監督を必要とする者を任意に引き受けて「監督を行う者と被監督者の間には、監督の遂行が続いている間、事実上の関係しか存在」せず、「この場合に法的な義務を生ぜしめることは、現実の生活には全く馴染まない」とした。第二委員会ではさらに、被監督者が未成年者に限られる点に関して以下のように述べられた。すなわち、「未成年者及びその精神的若しくは身体的欠陥のために未成年者に同置される者は、その者ら自身のためにその者らに関する監督を不可欠のものとするその状態の故に、危険である。それ故、監督遂行は、被監督者の面倒を見る必要のない他人に被監督者からさし迫る危険を防止することにも及ばなければならないのである」〔傍点筆者〕。これに対し、兵役、国家及び教会において上司の部下に対する関係において、家庭における雇主の奉公人に対する関係において行われる、成年に関する監督は、たとえそれらの監督が被監督者の行状全般に及ぶものとしても、第三者を加害から保護するという目的を持つものではなく、他の利益に奉仕するものである。⁽⁴⁶⁾ これらの審議過程には、BGB八三二条の責任の根拠が、親こそが子の加害行為を防止することができ、そしてその任務を負うという点に求められていた

ことが示されている。⁽⁷⁴⁹⁾

但し、このように危険支配をBGB八三二条の責任根拠の中心と見なすことに対しては異論がないわけではない。危険支配を責任根拠の中心に置くことに反対するこれらの見解は、両親の責任について言えば、責任根拠として家族法上の身上の世話の義務(BGB一六三一条一項)を重視しようとするものである。例えば、ベリング・ボルゲスは、BGB八三二条では社会生活上の義務のその他の事案とは異なり、危険源の支配可能性だけではなく、とりわけ不法行為法前にある法定の又は契約上の監督義務から導かれ、この点に八三二条に対する八三二条の特殊性を基礎づける事情があるとし、また、アルビルトは、監督義務違反が莫大な損害賠償債務を招来することについての内的正当化が必要であり、その義務を課すことのできる人的領域の確定のために法定監督義務が必要であるとして、「不法行為の一般準則」から監督義務を導き出すことに否定的である。⁽⁷⁵⁰⁾

この点については、確かに、債務法の起草者であるキューベルの起草理由の中にも監督者責任の前提としての「法的な義務」の存在を見出すことができる。しかし、他方で、BGB一六三一条の制定過程の検討から明らかになったように、BGB一六三一条一項の「監督する(Beaufsichtigen)」義務は、BGB八三二条の不法行為法上の「監督義務(Aufsichtspflicht)」を繰返したものに過ぎず、それ自体として固有の意味を有しているわけではない。一六三一条の「監督する」義務に意味があるとすれば、それはせいぜい、八三二条の制定過程で明らかにされた、親こそが第一に子の加害行為を防止することができ且つ防止すべきであるという立法者の見解を明らかにした点に存在するにすぎない。⁽⁷⁵¹⁾そして、このことから、裏を返せば、立法者により子の加害行為を防止する事実上の可能性だけではなく、法的な可能性をも与えられるのが親であることが明らかになろう。上述のような責任根拠としての身上の世話の義務を重視する見解に対し、アーデンは、特別な危険源の存在や危険行為の傾向が両親に監督の根拠を与えるとした上で、BGB八三二

条の監督義務が親権自体からではなく、BGB八三条の不作為不法行為と同じ基礎から導かれるとしている。⁽⁷³⁾

そこで、以上のように危険増加、危険支配、信頼創出、保護利益の等級といった要素がBGB八三条の監督義務の成立根拠として認められるとしても、BGB八三条の責任が問われる事案ではこれらの要素が現実には常に協働していると言えるのであろうか。この点については、BGB八三条の監督義務が法律上の定めのある言わば「書かれた」社会生活上の義務（作為義務）であることに着目する必要がある。

BGB八三条の監督義務が法律上の社会生活上の義務（作為義務）であるということは、社会生活上の義務の実質的根拠、つまり上述の危険支配、危険制御、信頼創出といった要素が現実には充分に存在しないとしても、監督義務者という法律上の地位、すなわち両親の場合には親としての家族法上の地位、実親であればひいてはその地位を生ぜしめる生物学上の親子関係という事実が存在する限り、不法行為法上の作為義務が認められる余地が生じるということを意味する。すなわち、BGB八三条において監督義務が法律上の作為義務とされていることにより、作為義務の設定という社会生活上の義務の機能が、せいぜいBGB一六三条による危険支配の法的可能性が存在する限りで危険支配原理が充足されるに過ぎない場合でも、作用する余地が生じるということの意味する。しかし、社会生活上の義務の成立を基礎づける諸原理が充分に充足されることなくして「抽象的危険」を防止する一般的監督義務の違反の責を行為者に問うことはできない。ここに具体的監督義務と一般的監督義務の振り分けの契機が存在する。

第二章第二節第五款で見たように、BGB八三条についての裁判例から、一般的監督義務が問題とされる事案、又は、「特定化された行為」が現われていなかったにもかかわらず具体的監督義務違反が肯定される事案のメルクマールとして、①当該加害行為に使用された物の保管の不備、①そのような物の親から子への供与、②子の「特定化された行為」を誘発する環境の看過、②そのような環境の親自身による設定、③子の「特定化されていない危険」の存在、④道

路交通における乗り物の使用を析出することができた。そして、これらのメルクマールはまさに危険増加(①①②)、(とくに事実上の)危険支配(②③④)、信頼創出(②③④)といった要素に対応するものであると言うことができる。すなわち、これらのメルクマールが存在するとき初めて、BGB八三二条の監督義務は社会生活上の義務としての内実を獲得することができる。このように法律上の社会生活上の義務(作為義務)を定めるBGB八三二条においては、社会生活上の義務の機能(作為義務の設定と「有責性関連の短縮」乃至「同種の侵害の一般的予見可能性」に基づく帰責)が段階的に現われると考えることができる。

(740) A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 188.

(741) Grobfield / Mund, a. a. O. (Fn. 521), S. 1508. Vgl. auch Deutsch, Anmerkung zu BGH 2. 7. 1968, IZ69, 234; Schoof, a. a. O. (Fn. 230), S. 109; Staudinger-Belling / Borges(neubearb.), a. a. O. (Fn. 222), 8832 Rz. 3.

(742) 但し、経済的意味においてはなく精神的意味における両親の利益享受を語る余地は監督者責任の場合にも残される。しかし、子どもを持つことに対する「精神的利益」のあり方はそれぞれの両親において千態万状であり、慰謝料の場合の精神的苦痛と異なり、第三者による定型的判断に馴染むものか疑問に思われる。その他に、例えば、従来親子関係が円満であり且つ子どもが家庭外で問題を起したことがないというような場合にはそれだけ両親の「精神的利益」は大きく、その逆、いわゆる問題児の場合にはそれだけ小さいとすれば、前者の場合の方が後者の場合よりも親に責任を課すべきであるということになり、奇妙な結論ともなろう(もともと、このように単純に考えることは、俗な言い方として「出来の悪い子ほど可愛い」という言葉があるように、適切ではないかもしれない)。

(743) 危険増加、危険支配という要素乃至原理については、子どもを危険源と見ることになるとする批判が予想される。Vgl.

Albilt, a. a. O. (Fn. 244), S. 322; Schoof, a. a. O. (Fn. 230), S. 111, 116, 118 (但し、シェーフも、子どもたちが危険源に触れる場合には社会生活上の義務が生じることを認める) ; Niboyet, a. a. O. (Fn. 575), S. 182 (但し、ニボウェは子の加害行為についての両親の特殊な危殆化責任の導入を主張する)。また、樋口・前掲「子どもの不法行為」(註12) 四一四頁も参照。しかし、責任法上の観点からは、状況次第で子どもそれ自体が危険な存在となることは否定することができなく、むしろ思われる。Vgl. Larenz / Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §79 IV 1a, S. 485. この点に関して、樋口教授は、監督者責任を無過失責任と解することを前提とした上で、「子どもを生んだということに対してペナルティを課することになるように思われる」と述べるが、ドイツにおけるように監督者責任を過失責任と解するときにはそのように言うことはできないであろう。

(74) Vgl. Larenz / Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §79 IV 1, S. 485.

(75) Schubert, a. a. O. (Fn. 202), S. 696.

(76) Jakobs = Schubert, a. a. O. (Fn. 212), S. 940.

(77) Mugdan, a. a. O. (Fn. 212), S. 1090.

(78) Mugdan, a. a. O. (Fn. 212), S. 1089.

(79) Vgl. A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 190. さらに、フォン・キューベルが債務関係法起草に際して、ALR第一編第六章五条や第二編第二章一四二条ではなく、普通法の scientia 責任に基づく第一編第六章五九条を引用していたことを想起されたい。

(750) Staudinger-Bölling / Borges(neubearb.), a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 2. 但し、この「特殊性」が解釈論にどのような影響を及ぼすのかは明らかではない。

(751) Albilt, a. a. O. (Fn. 244), S. 18ff. Dahlgren, a. a. O. (Fn. 237) S. 37ff. は、加害者たる子どもが法定監督義務者たる両親と同居しているか否かで区別し、同居している場合には、BGB八三二条は責任根拠に関してBGB八二三条に対する固有の機能を持たないが、その他の場合には、八三二条に固有の機能が認められるとして、その場合の責任根拠を「両親としての(家族法上の)性質」、具体的には家族共同体の破棄とそれにより引き起こされる監督の可能性の制限に求める。このダールグリュンの見解は、BGB八三二条の「書かれざる」構成要件として親と子の同居を要求する見解に対し、親

と子が同居していない場合にも親が子の加害行為について責任を負うことを理由付けようとして主張されたものである。しかし、このような親子の別居のケースでも、後述（第三節第三款）の監督の委託に関する理論を介して、監督義務の成立根拠を危険支配等に求めて親に帰責させることは可能であり、この場合にだけ責任根拠として敢えて「両親としての（家族法上の）性質」を持ち出すまでもないであろう。

(752) ドイツでは、BGB八三二条一項は監督義務を基礎づけるのではなく、それを要件とするものであるとの言い回しがとまかり見られる。Vgl. etwa A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 151; Schoof, a. a. O. (Fn. 230), S. 87. 確かに、文理解釈をすれば、BGB八三二条一項に言う法律に基づいて「監督（Aufsicht）を行う」義務とは、親に関して言えば、BGB一六三一条一項の「監督する（beaufsichtigen）」義務であり、BGB八三二条一項は監督義務を要件としているという点に異論はない。しかし、右の言い回しが、BGB一六三一条こそが不法行為法上の監督義務を基礎づけるという趣旨であれば、それは適切ではなからう。なぜなら、BGB一六三一条からは、本文に述べたように、子についての第一次的監督義務負担者が親であることが導かれるに過ぎず、どのような場合に親に不法行為法上の監督義務が課されるかは、これも既に見たように、不法行為法固有の問題であって、BGB一六三一条が決定することではないからである。

(753) Aden, a. a. O. (Fn. 244), S. 11. 但し、アーデンは、「具体的危険」の予見可能性を要求するものと見られる。

第三款 責任保険とBGB八三二条

ここで、⁽⁷⁵⁴⁾ 監督義務の成立根拠との関連で、責任保険がBGB八三二条の親の責任に及ぼす影響について若干の検討をしておきたい。

ドイツでは古くから立法論として、子の加害行為についての責任に関して親の強制保険を導入すべきであるとの議論が盛んに行われてきた。⁽⁷⁵⁵⁾ しかし、このような議論と区別されるべきであり、ここで検討の対象とされるのは、現に存

在する私保険又はその付保可能性という要素が親の責任を基礎づけ得るか否か、言い換えれば、親が子の加害行為に関して現に任意責任保険をかけている又はかけることができたことを理由として親に監督義務違反の責めを負わせることができるか否かという問題である。もっとも、この問題は従来、B G B 八三二条による責任を念頭に置いて議論されるよりもむしろ、保険が不法行為責任に及ぼす影響というより広い観点から検討されてきた。従って、ここでも、必要に応じて、これらの広い観点からの議論に立ち入らねばならない。

まず、任意責任保険が不法行為責任に事実上及ぼしている影響についてドイツの学説ではどのように捉えられているのであろうか。この点について古くはエーレンツヴァイク (Ehrenzweig) が、「責任保険は損害賠償法全体の発展に影響を及ぼすと思われる」と述べ、また最近では、フォン・バルが、B G B 施行後絶えず過失責任を拡張している判例は責任保険の絶え間のない拡張がなければ説明し得ないと述べている。さらに、任意責任保険がB G B 八三二条の親の責任に及ぼす事実上の影響という観点から見ると、学説の中には任意責任保険の普及がB G B 八三二条一項責任を事実上拡張しているとの評価が見られる。このようにドイツの学説では、その理論的当否は別として、任意責任保険の存在又は付保可能性が事実上不法行為責任の拡張に至っているとの評価が有力であると言えよう。このような評価を裏付けるかのように、B G B 八三二条一項についての裁判例の中には、既に見たように、主に火遊びの事案において、親が子に任意責任保険を掛けることができたことを明文をもって責任の理由付けの一つとする裁判例(301、303、308、330、331、397、398、399、400)が見られる。

それでは、任意責任保険の存在又はその付保可能性を加害者の責任の判断に際して考慮することは、学説において理論上どのように受け止められているのであろうか。この点については、B G B 八三二条の親の責任に限らず、不法行為責任全般に対する任意責任保険の影響という広い観点からの考察が必要となる。この問題について、任意責任保険の加

害者の責任への影響を積極的に評価する論者の筆頭に挙げられるのはフォン・バルである。バルは、責任保険の不法行為責任への事実上の影響を右のように捉えた上、責任保険の機能的変遷の過程を描き出し、責任保険が第三者（被害者）のための保険となったとの認識から、法定責任保険が不法行為責任の根拠に影響を及ぼさねばならないと説くと共に、任意責任保険についても以下のように述べる。すなわち、バルは、責任保険を掛けていたことを理由の一つとして被告の責任を否定したBGHの判決をも引き合いに出した上で、「なぜ責任保険が存在すること又は社会生活において通常に行われていることも、それが通常行われていないこと又は異常な保険料負担と同様に、責任根拠に厳格的に又は免責的に影響し得るとされないのか理解し難い」とし、さらに現に存在する保険保護のみならず社会生活において期待される保険保護をも考慮すべしとする点について、「誰も、その者が保険義務を履行したことから、又は、注意深い人間として実際に保険に入っていたことから冷遇されてはならない」とする。⁽⁷⁶⁾そして、彼のこのような考えは、一九八一年の債務法改正のための鑑定書のうち、彼の筆になる不法行為法に関する鑑定書において、子の不法行為責任に関して現に存在し又は社会生活において期待される保険保護を考慮することができ（八二九条一項二文）、「法定代理人が社会生活において期待される保険保護を調達していなかった場合、その者は本人と共に責任を負う」（八二九条三項一文）とした改正提案にも窺われる。⁽⁷⁶⁾彼は、この改正提案八二九条三項一文について、法定代理人は未成年者に対してだけではなく、公衆に対してもオプリーゲンハイトを負うことから、対外的責任が定められるべきであるとする。⁽⁷⁶⁾ここには、未成年者等について「衡平」という枠組みの中で保険保護が考慮されるのとは異なり、（ここでは他人を被保険者とする保険 Freundversicherung の付保可能性ではあるが）付保可能性が責任を基礎づけるとする彼の基本的な考えが現われている。なお、バルは、被害者の責任保険による責任法への影響のみを問題とするのではなく、被害者が高価な物を社会生活の危険にさらすことから被害者の自己保険がより実用的であるか又はより安価であるか又はより適

切である場合に、被害者側の保険による責任制限の可能性を認めている。⁽⁷⁶⁾⁽⁷⁷⁾

しかし、このような見解に対しては、「分離原則 (Trennungsprinzip)」を固持する立場からの厳しい批判がある。例えば、マクシミリアン・フックス (Maximilian Fuchs) は、犠牲者保護への責任保険の発展と変遷を認めるものの、責任保険が存在する場合に裁判所が容易に責任根拠を肯定する現象は「法、ドグマ的な観点からは承認され得ない」とし、⁽⁷⁸⁾ 加害者の現に存在する保険保護は「被害者にとって請求権を生じさせる要素たり得ない」とした上、その理由として分離原則、さらにはそれを破ることによる責任保険の事故保険 (Unfallversicherung) 化とそれに伴う保険料の増額を挙げる。⁽⁷⁹⁾ そして、さらに付保可能性について、「義務を負う付保可能性 (assurabilit  oblige)」という考えにはその普遍性において従うことができず、「一般的責任根拠としての付保可能性は拒絶されるべきであるということも確実である」とする。⁽⁸⁰⁾ また、ジーク (Sieck) は、責任保険による責任法への「反射効」は「論理に反し」、「許されざる循環論法」であるとし、⁽⁸¹⁾ 実際上の難点として、保険保護が責任訴訟の間まだ疑わしいか、又は、責任訴訟の終結後になつて保険保護が奪われ、そのことを誰も予期することができなかった場合どうなるのかという点を挙げる。⁽⁸²⁾

但し、分離原則を維持しながらも、責任保険の存在及びその付保可能性を責任問題に反映させようとの試みも見られる。上述のマクシミリアン・フックスも、責任保険保護の存在及びその付保可能性が直接に責任を基礎づけることには反対するものの、「責任保険保護の存在を法律行為による責任制限を認めることに反対する論拠として利用する判例には賛同し得る」として、⁽⁸³⁾ 責任保険保護の存在が法律行為による責任排除又は責任縮減を否定することを認める。⁽⁸⁴⁾ また、保管者等が、例えば特定の営業について責任保険の締結が通常に行われるようになった場合のように、リスクに対する万一の備えの可能性についての相手方の情報の必要を認識し又は容易に認識し得るときには、その保管者等に保険に関する説明義務が課されるとして、⁽⁸⁵⁾ 加害者の説明義務違反を介して付保可能性を考慮しようとする。⁽⁸⁶⁾⁽⁸⁷⁾ 以上のよ

うに、任意責任保険の存在又はその付保可能性を加害者の責任の判断に際して考慮することについてドイツの学説は、これを肯定する見解と否定する見解が対立する。これらの対立の中心点は、分離原則がドグマとして維持されるべきか否かにあり、ルールに代表される見解は、責任保険の機能変遷に基づく実態と法制度の乖離からこれを否定するのに対し、ジーク等に代表される見解は実際上の難点を挙げつつこれを肯定する。これに対し、さらに最近では、分離原則を維持しつつ責任保険を責任判断に取り込もうとする見解も見られる。このような見解はルールやジークの見解の折衷説とも見ることができよう。

ところで、これらの議論をBGB八三二条の親の責任に投影するところなのであるか。ルールやジークの見解についてはそれぞれ、親自身の責任保険保護又はその付保可能性を理由としてその責任を肯定し、或いは、それら保険保護や付保可能性を責任判断に際して考慮しないということとなり、この点について問題はないであろう。これに対して、マクシミリアン・フックスのように折衷的見解をとる場合には検討を要する。すなわち、例えばフックスが責任保険保護とその付保可能性を責任判断に際して考慮することを認めるのは、法律行為、すなわち当事者間の事前の取決めによる責任制限が問題となる場合、又は、特定の営業について責任保険の締結が通常に行われているようなときの説明義務が問題となる場合である。しかし、子の加害行為による親の責任が問われる事案では通常、事前の取決めや右のような説明義務を問題とすることは困難である。従って、このような見解に従うとき、BGB八三二条の責任については、結局、ジーク等のように分離原則を厳格に維持する見解に従うのと異ならないということになろう。それ故、BGB八三二条の親の責任としては、ジーク等のように分離原則を厳格に維持するか、それともルール等のように実態と法制度の乖離を理由としてこれを放棄するかが決定的だと言いうことができよう。

しかし、いずれにしろ、ドイツにおいて、社会生活上の義務を基礎づける原理として保険保護の存在又は付保可能性

が異論なく承認されているとは言いがたいことは明らかである。⁽⁷⁴⁾

- (74) 保険と不法行為責任の関係に関わる問題は、その論点が多岐にわたるところ、(75)では本稿の問題関心に即して議論の対象を限定し、従って求償等についての議論の紹介・検討は割愛する。
- (75) Vgl. E. v. Hippel, "Zur Haftung Aufsichtspflichtiger für durch Kinder verursachte Schäden", FamRZ1968, 574f.; ders., "Ruinsø Haftung von Eltern und Minderjährige?", FamRZ2001, 748; Bering / Vormann, a. a. O. (Fn. 226), S. 20; Schelfen / Pardey, a. a. O. (Fn. 251), Rz. 677; Niboyet, a. a. O. (Fn. 575), S. 192. 以下の主張は、親の危殆化責任の導入と結び付けられた主張である。否定的なものについては、vgl. Albilt, a. a. O. (Fn. 244), S. 322f.; Großfeld / Mund, a. a. O. (Fn. 521), S. 1507; Schoof, a. a. O. (Fn. 230), S. 136ff..
- (76) Albert Ehrenzweig, Deutsches(österreichisches) Versicherungsvertragsrecht, (Springer, 1952), S. 355.
- (77) Vgl. v. Bar, "Das 'Trennungsprinzip' und die Geschichte des Wandels der Haftpflichtversicherung", AcP181(1981), 292f. この論文の概要は、岩崎稜「ドイツ責任保険の「世紀」」『保険学雑誌』五〇五号(昭和五九年)一三頁以下に紹介されている。
- (78) 任意責任保険の普及がBGB八三二条による責任を拡張するとするものについて、R. Knüttel, Anmerkung zu BGH 18. 12. 1979, JR80, 463; M. Wolf, "Billigkeitshaftung statt unbezogener elterliche Aufsichtspflichten", VersR1998, 814. その可能性を指摘するものとしてE. Lorenz, "Billigkeitshaftung und Haftpflichtversicherung", VersR80, 700. ローレンスは「ドイツ法の現状は裁判所にとって、加害行為をした子に責任保険が掛けられている場合に「分離原則(Trennungsprinzip)」を固持してBGB八二九条の衡平責任を否定し、同時にBGB八三二条の過責を「気前よく」肯定する試みに逆らわなければならないという「不快感」をもたらすものだとする。ドイツにおいていわゆる「家族責任保険(Familienhaftpflichtversicherung)」が比較的普及していることからすれば、親子が共に任意責任保険に加入していることが多く、従って、子について任意責任保険保護が存在する場合に監督義務が拡張されるとの可能性は、同時に、親の任意責任保険が考慮に組み込まれる可能

性を意味しよう。以上のような見解に対し、任意責任保険が両親の責任を決定的に厳格化したということを確認することはできないとするものとして、vgl. A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 315, 318.

なお、ドイツにおける「家族責任保険」の普及の程度については、Goecke, *Die unbegrenzte Haftung Minderjähriger im Deliktstrecht*, (Dunker & Humblot, 1997), S. 209 によれば、(やや古いデータであるが) ドイツ連邦共和国における一八歳未満の子の七〇%以上が親と共に責任保険を掛けられているとされる。

(75) Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 757), S. 318f.

(76) BGH NJW1972, 50.

事案の内容と判旨は以下のとおりである。

Xの妻がXの乗用車をYデパートの地下駐車場に停めた。この駐車場の最初の二時間の駐車料金は二マルクであり、利用者がYのところで買物をした場合には徴収されなかった。Yは監視員を車の出口のところに一人だけ配置し、駐車場の利用客が多いときだけYの従業員に巡回をさせていた。Xの妻はY等で買物をした後、およそ二時間後に戻ってきたところ、車のドアに傷がついていることに気づいた。Yは保険会社Zにおいてその地下駐車場の駐車車両に関する責任保険に加入しており、その保険契約に基づいて被害者はZに対して直接請求権を取得することとなっていた。妻のYに対する請求権を譲渡してもらったXは修理期間中の代車、専門家による損害認定の費用等から、Zより受け取った保険金額を控除した残額とその利息を、Yに対して請求した。原審は訴えを棄却し、Xの上告も棄却された。BGHは以下のように述べている。

本件のような地下駐車場ではYが講じた以上の措置を要求することはできない。利用者にとって、目的地まで遠い道のりを経ずに都心で買物をするができるような都合のよい駐車場所を獲得したいとの希望が重要であり、さらに本件では、駐車料金が低額且つYで買物をした場合には無料ということが付け加わる。「まさにこの報酬の規則は駐車客に、Yは無制限の監視リスクを負うつもりはなく且つ負うことができないということを明らかにした」。もっとも、Yの講じた予防措置が社会生活において必要とされる注意を尽すのに十分であるのは、デパートが地下駐車場の事業者として駐車客に十分な保険保護を調達している場合だけである。……その点で重要なのは、その「Zによる」保険保護が、この法律上の争いにおいてもっぱら肝心な車両の毀損については、営業的監視業について定められている物保険の最低条件に相当す

る点である。……Yの駐車客は損害全体、とくにいわゆる結果損害の完全なてん補を期待することはできなかった。駐車客の正当な利益は、通常の車両保険の場合と同様に、毀損された車両の原状回復の費用が、豪華な自動車るときでさえ達成されることが稀でしかない一五〇〇マルクの損害額まで賠償されるとき、充足されている」。「それ故、過失の非難がYに帰せられないとき、……Yは、契約に基づいても不法行為に基づいても損害賠償を請求され得ない」。

但し、岩崎・前掲論文（註75）三四頁は、有体物賠償責任保険はもともと他人の物の保険と同一の機能しかたず、責任保険特有の問題を發揮しないとして、パウルが上記の判決を不法行為論一般への影響力があるかのように重大視する点を過大評価だとする。

(761) v. Bar, a. a. O. (Fn. 757), S. 321.

(762) v. Bar, a. a. O. (Fn. 757), S. 326.

(763) Vgl. auch v. Bar, a. a. O. (Fn. 757), S. 324ff.

(764) Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 521), S. 1762. 但し、この提案に言う「保険保護」とは子どもの保険保護であり、親自身の責任保険への加入を問題とするのではない点に注意を要する。

なお、未成年者自身の賠償義務に関する改正提案八二九条一項は以下のとおりである（二項は行為時に精神活動に障害のあった者及びいわゆる原因において自由な行為に、三項二文及び三文は内部求償及び注意尺度に関する規定であり割愛する）。

八二九条（責任の軽減と排除）

一項 「八未満の者が賠償義務を負わないのは、この「賠償義務を負わない」ことが、彼の年齢、彼の発達、行為の種類、当事者の経済的状況及び個別の事案のその他の諸事情を顧慮して、衡平に適うときである。経済状況の認定では、現に存在する保険保護又は社会生活において期待される保険保護が考慮され得る」。

(765) Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 521), S. 1775.

(766) Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 757), S. 327.

(767) その他に、A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 320f. も、BGB八三二条について、被害者側の付保可能性を考慮すること条件として付保可能性を両親の責任の付加的な正当化事由と見る。また、Marschall v. Bieberstein, "Zum Einfluß von

Versicherungsschutz auf die Haftungspflicht", BB1983, 471ff. も被害者の側の現に存在する保険保護を考慮すると共に分離原則の放棄を認めるものの、その放棄が正当化されるのは、個別の被害者に生じた損害の必要な補償のために他の方法を用いることができない場合だけであるとする。

- (768) 「分離原則」とは、一般には、「保険は責任に従うが、責任は保険に従わない」との言葉により表わされ、Hanau, "Rückwirkungen der Haftpflichtversicherung auf die Haftung", VersR1969, 291 によれば、「責任保険に賠償請求権の根拠及び範囲への影響を認めることを禁ずる」原則であると考えられる。また、v. Bar, a. a. O.(Fn. 757), S. 295 Fn. 33によれば、厳密には「責任問題とてん補問題は別個の訴訟で解明されるべきである」との手續上の原則だけに関係する」。

- (769) M. Fuchs, "Versicherungsschutz und Versicherbarkeit als Argumente bei der Schadensverteilung", AcP191(1991), 338.

- (770) M. Fuchs, a. a. O. (Fn. 757), S. 326.

- (771) Vgl. M. Fuchs, a. a. O. (Fn. 757), S. 326. 但し、BGB 八二九条（衡平責任）及び八四七条（慰謝料）における分離原則の緩和を認める。

- (772) 「義務を負う付保可能性 (assurabilität oblige)」とは、Albert A. Ehrenzweig, "Versicherung als Haftungsgrund", JBl. 1950, 256 が、オーストリアの法学者ウンガー (Unger) の「義務を負う富 (richesse oblige)」にならって名付けたものであり、加害者が思慮分別に従い責任保険に入っているべきであったときには、その付保可能性が責任を基礎づけるとの思想を表わすものである。エーレンツヴァイクはこの思想を英米法を中心にした比較法的検討から導き出している。

- (773) M. Fuchs, a. a. O. (Fn. 769), S. 339.

- (774) Sieg, "Überlagerung der bürgerlich-rechtlichen Haftung durch kollektive Ausgleichssystem", VersR1980, 1090. 既に、Hanau, a. a. O. (Fn. 768), S. 293ff. が、任意責任保険と法定責任保険を区別した上で、任意責任保険について同様の論拠を提示し、分離原則の固持を主張していた。その他に、BGB 八三二条について分離原則を維持するものとして、vgl. Schoof, a. a. O. (Fn. 230), S. 133ff. 分離原則と異なる実際上の視点からBGB 八三二条一項での責任保険の考慮に否定的なものの一例として、vgl. Großfeld / Mund, a. a. O. (Fn. 521), S. 1507; M. Wolf, a. a. O. (Fn. 758), S. 813.

- (775) M. Fuchs, a. a. O. (Fn. 769), S. 339.

- (776) 確かに、この場合、責任保険の存在が責任を基礎づけるのではなく、責任保険の存在とは切り離された判断に基づいて

存在する責任の縮減又は排除が、責任保険の存在により否定されるという意味で、分離原則の緩和とはならない。しかし、このような見解に対しては、責任法への責任保険の影響が、立法者による責任構成要件の定式化の仕方に左右されるといふ批判が可能であろう。Vgl. Bernstein, "Fortwirkende Ausstrahlungen der Haftpflichtversicherung", JZ1982, 102.

(77) Vgl. M. Fuchs, a. a. O. (Fn. 769), S. 343f.

(78) さらに、マクシミリアン・フックスは、ボールと同様、被害者側の保険が加害者の責任に影響を及ぼすことを認める。フックスは、特別のリスクの軽減を請う者は、被保険リスクが実現した場合に請求権を立てるとき、venite contra factum propriumの異議を甘受しなければならず、また、典型的リスクが実現し、被害者が加害者よりも簡単且つ安価にそのリスクに保険をかけることができ、そのような保険が通常行われている場合、加害者に重過失のないときには、被害者に対して保険保護の欠如を理由としてBGB二五四条の抗弁に依拠することができるとする。この場合、「保険をかけるオブリーゲンハイト、……とりわけ自己のためでもあるが他人のためでもあるオブリーゲンハイトが認められるべきである」。Vgl. M. Fuchs, a. a. O. (Fn. 769), S. 337, 339ff.

(79) ローレンツが、保険契約者又は被保険者の責任を衡平とみなす契約条項を導入すべきとする「衡平の推定」も、衡平責任に関わるものではあるが、分離原則を維持しながら責任保険の責任法への影響を認めようとする同様の試みとして挙げることができよう。Vgl. Lorenz, a. a. O. (Fn. 758), S. 702f.

(80) Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 757), S. 311ff.

(81) BGB八三二条一項についての裁判例のうち付保可能性を考慮すべしとするものの多くが失火の事案にかかわるものであることの背景は必ずしも明らかではない。しかし、付保可能性の考慮の余地を認める学説が、既に述べたように、被害者側の付保可能性の考慮をも要するとしている点は示唆的である。なぜなら、これらの失火事案(裁判例301、303、308、398、399)では、原告たる被害者が火災保険によりてん補されなかった損害の賠償を請求しており、その限りで被害者の付保可能性は既に織り込み済みと言えるからである(なお、保険者による代位の事案である裁判例384は付保可能性よりもむしろ現実に付保されていたことを重視していると見られる)。