

ゲルハルト・ヴァーグナー 「法定債務関係」(1)

河野 憲一郎 訳

【訳者前注】

本稿は、*Gerhard Wagner, Gesetzliche Schuldverhältnisse*, in: Dietmar Willoweit (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert: Mit Beiträgen zur Entwicklung des Verlages C. H. Beck*, 2007, S. 181-252 の全訳である。

原論文は、ドイツ民法における不法行為・不当利得・事務管理といった「法定債務関係」(わが国では、一般に「法定債権」の用語の方がなじみがあるかもしれない。)の分野での学説史的な展開を整理したものである。ところで、この論文が収録された論文集は、ベック社 (C. H. Beck) のハンス・ディーター・ベック (*Hans Dieter Beck*) の75歳の誕生日を祝い、献呈されたものである。こうした性格から、本論文中に引用される文献についてはベック社の出版物に重点が置かれてはいるものの、法定債務関係の分野におけるドイツの学説史についての信頼のできる鳥瞰を示すとともに、現在のヨーロッパにおける問題状況を踏まえて、比較法的観点からの鋭い分析が随所で試みられている。わが国の議論にとってもきわめて有益な論攷と考えられるので、ここに全文を紹介する次第である。

* * *

A. 序

B. 不法行為法

I. BGB の不法行為法の基本構造

II. 社会生活上の義務

1. BGBにおける不作為についての責任
2. 判例による社会生活上の義務の展開
3. 1945年までの学説
4. 第二次世界大戦後の展開：直接侵害と間接侵害
5. メルテンスによる不法行為法：BGB 823条1項の立法上の概念と判例上の概念
6. 統一的に構造化された不法行為への道

III. 人格権侵害

1. 自己の肖像に関する権利の立法上の承認
2. RGの静観主義からBGHの行動主義へ
3. 人格権侵害についての金銭賠償
4. 財産的価値のある人格権

IV. 純粋財産損害（純粋経済損失）

1. 法律の出発状況
2. 不正競争防止法（UWG）による修正
3. 設立され稼働中の営業に関する権利
4. 契約責任のインフレーション
5. 優れた解決：他人の財産を保護するための社会生活上の義務
6. 不法行為による財産保護の展望

V. 危険責任

1. BGBの過失責任ドグマ
2. 立法者の活動
3. 改善の試み

VI. 製造物責任

1. 契約と不法行為の間の製造物責任
2. 製造物責任法

VII. 不法行為法のヨーロッパ化（以上本輯）

C. 不当利得法

D. 事務管理

A. 序

ドイツ民法典(以下「BGB」とする。)の起草者たちは、債務法を契約法と不法行為法という伝統的な二区分に分割せず、これを不当利得法のために三区分別へと拡充した。それにもかかわらず、債務法総論と債務法各論との間では区別がなされており、契約法総論の部分は、第1編・総則を指示されており、不法行為法ならびに不当利得法は、第2編第8章の終わりに置かれ、それは「個別的債務関係」に充てられている。事務管理は、再びたしかに実際上不当利得法の付属品であるが、それはやはり委任法に接続して規律されている。なぜなら、BGB 677条以下においては、比較的頻繁に同661条以下が準用されているからである。かくて事務管理(*negotiorum gestio*)に関する規定と不当利得法に関する規定の間には125か条^(訳注1)があることが問題となるが、それらはまた個々の契約類型に充てられており、それらには寄託、社團、組合、保証および債務約束が属している。

BGBの規律技術は、要するに、不法行為法と不当利得法を法典化するのが容易ではなかったということを顕在化した記憶を呼び起こさなくてはならない¹⁾。BGBの体系のコンテキストにおいては、不法行為法が寄託契約と同等の位置におかれている場合には、たしかにこれに対して異論を唱える余地はないのだが、やはり実際上の諸問題とこれに属する解決の構造が、そのような規律技術によって解明されるというよりも、むしろ隠ぺいされている。ひょっとしたら、それゆえにまた、20世紀が進む中で「法定債務関係」という概念が、その3つの法領域を括るもの(Klammer)として確立したのかもしれない。Beck-Verlagの図書におけるこのような展開に関してのもっとも

(訳注1) BGBの事務管理に関する規定は、677条から687条までに置かれている。

1) BGBの規律技術およびいわゆる「パンデクテン方式」につき、詳細は、Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1990/1993, S. 29 ff.; 不当利得法を整理することの困難性については、a. a. O., S. 837 f.

明らかな現われは、*JuS 叢書 (JuS-Schriftenreihe)* の中に現れた「法定債務関係」についての**メディクス (Medicus)** の著作と姉妹出版社において公刊された**シュヴァルトツ=ヴァント (Schwarz/Wandt)** の浩瀚な教科書である²⁾。言わずもがな、多くの学部が、債務法をもはや「債務法総論」と「債務法各論」の講義の中で取り扱うのではなく、「契約債務関係」と「法定債務関係」についての授業を提供するように移行したので、このことは教授法上の必要に対応している。そのような大学教育の編成は、契約法を一体で提供しようという評価できないぐらいの長所をもつが、やはり法定債務関係の領域におけるこれに対応した長所を提供していないということが看過されてはならない。事務管理法、不当利得法および不法行為法は、それらが契約によらないという消極的な事情以上の共通性を相互に持つことはない。たしかに事務管理と不当利得法の間関係、および一方で侵害不当利得に対する、他方でBGB 687条2項による準事務管理 (Geschäftsanmaßung) に対する不法行為の関連は存在する。しかし、3つの区分についての統一的な規範的かつ解釈学的な基礎は存在しない。一例を挙げると、給付不当利得は契約法に近接し、不法行為法にはそもそもかかわりがなく、したがって不法行為法は、なおほとんどもっぱらBGBの外に見出されるところの危険責任の構成要件との関係において観察されなくてはならない。

メディクスの前記著作を別とすれば、Beck社の図書の中にも法定債務関係を対象に持つさらなるタイトルを見出すことはできない。その代わりに、関係資料は、それらが全ての法曹にとってよく知られているように、多数のBGBないし特別債務法の叙述と注釈の中で共に取り扱われている。さらに、この出版社は20世紀のうちに、特に不法行為法ないし損害賠償責任法 (Haftpflichtrecht) について — 狭い範囲において不当利得法についてもまた — 多数の専門の出版物を世に出した。その点では出版社のポリシーは徹

²⁾ *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 1. Aufl. 1977; 5. Aufl. 2007; *Schwarz/Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 2006.

底的に所与の法的構造と連関に対応していた。これら（＝所与の法的構造と連関）に従うということは、それゆえ以下の叙述に関しても要求されなくてはならず、したがって不法行為法、不当利得法および事務管理法がそれぞれ別々に叙述される。

B. 不法行為法^(訳注2)

I. BGBの不法行為法の基本構造

BGBの不法行為法は、周知のごとく、フランス民法典1382条、同1383条というモデルによる不法行為の一般条項と、たとえ実務においてアクイリア法（*lex Aquilia*）にもとづく責任が前面に出ていたとしても、古典期ローマ法にとってもまた、普通法に関してと同様に特徴的であったところの、個々の不法行為類型の列挙の間の綱渡りを試みている³⁾。フランツ・フィリップ・フォン・キューベル（*Franz Philipp von Kübel*）の債務法についての準備草案は、フランス・モデルに従おうとして一般条項を導入し、したがって第一委員会もまたこのアプローチに従った⁴⁾。第一草案704条、同705条は、BGB 823条、同826条にきわめて類似してはいるが、やはりその類似性はあてにはならない。なぜならば、第一草案は一般の不法行為による過失責任を絶対的な主観的権利に限定することを知らなかったからである。たしかに第一草案もまた、その704条2項において今日のBGB 823条1項に対応する規

^(訳注2) ヴァーグナー教授の不法行為論については、ハイン・ケッツ＝ゲルハルト・ヴァーグナー（吉村良一＝中田邦博監訳）『ドイツ不法行為法』（法律文化社、2011年）がある。同書は、ドイツで最も定評のある不法行為法の教科書の一つである *Kötz/Wagner, Deliktsrecht*, 11. Aufl., 2010 の翻訳であり、本稿における翻訳作業の過程で多くのご教示を得た。

³⁾ 詳細は、*MünchKommBGB-Wagner*, Bd. 5, 4. Aufl. 2004, Vor § 823 Rn. 7 ff.; *ders.*, in: Zimmermann (Hrsg.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, 2003, S. 189, 201 ff.

⁴⁾ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Bd. II, 1896, S. 725.

律を含んではいたが、やはりこれは過失の関連性を法的財貨の侵害へ移すことによって被害者を優遇するという機能しかもたなかった。決定的なことは、後の BGB 823 条 2 項に対応する第一草案 704 条 1 項が、いずれにせよ法規範に対するあらゆる侵害で満足し、したがって保護法規には限定されていなかったこと、それに加えて、今日の BGB 826 条の対応規定に故意の要求が欠けていたことである。第一草案 705 条によれば、「一般的自由によってそれ自体としては許された行為であっても、それが他人に損害を加えしかもそれを為すことが善良の風俗に反するときには、違法」であった。

第一草案の不法行為法は、第二委員会によって広く及びすぎると感じられた。第一草案の他の部分とは異なり、第二委員会はその不法行為法に「社会的油」を付加せず⁵⁾、それをたっぷりと抜き取った。フランス・モデルにしたがった一般条項の導入は退けられ、直接に自己の権利を侵害された者へと不法行為請求権を誘導する努力がなされ、あらゆる財産損害についての一般的な過失責任は排除された⁶⁾。「一般的な過失訴権 (*actio culpa*) の創出は、大きな濫用となりえ、取引生活の重大な危険となりうる」と第二委員会の審議録の中では述べられている⁷⁾。この規律目標を容易にするために、第二委員会は、法的財貨の侵害という構成要件を不法行為法の先頭に配置し (BGB 823 条 1 項)、法規違反という構成要件を保護法規という要件で補充し (BGB 823 条 2 項)、BGB 826 条を故意の加害に限定することによって、責任限定機能へと切り替えた。

誇張なしに、20 世紀の不法行為法は、その問題提起の大部分を第二委員会の介入に負っているということが言われている。不法行為法の領域における過去 100 年の法的発展は、BGB 823 条以下に定められた制限を再び元に戻

⁵⁾ *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 13 参照; このメタファーにつき, *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 470; *Repgen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 2001, S. 4.

⁶⁾ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, 1898, S. 570 ff.

⁷⁾ Prot. II (Fn. 6) S. 574.

す、すなわち BGB 823 条 1 項, 2 項, 同 826 条という 3 つの「小さな」一般条項を, 全体においてまさにやはり「大きな」一般条項が出てくるように継続形成するという努力の歴史として現れる。このことがドイツの司法の伝統において特に強調されている裁判官の法律への拘束に鑑みて完全には成功していなかったということは, 明白である。それにもかかわらず, 20 世紀のうちに大きな一般条項への重要な橋渡しが構築されている。すなわち, 一般人格権 (これにつき後記 B. III), 設立され稼働中の営業に関する権利および BGB 826 条の故意要件の緩和 (これにつき後記 B. IV. 3, 6 f.) である。BGB の準備に関与した全ての委員会は, それが明らかになっていたにもかかわらず, 責任法の領域においてはその時期の押し寄せてくる社会問題を無視してきたという非難がなされなくてはならない。すなわち危険責任である (後記 B. V.)。まず第一に, いずれにせよ BGB の中には置かれなかったが, 解釈論によってはじめて呼び起こされなければならなかった問題, すなわち社会生活上の義務 (Verkehrspflichten) が取り上げられなくてはならない (後記 B. II.)。

公平を期すために予め言えば, 前述された概観は, 過去の世紀の不法行為法の発展によって, 危険責任についての例外を伴って, 多かれ少なかれ **フォン・ケメラー** (von Caemmerer) がドイツ法曹大会 100 周年祝賀論文集の中の「不法行為法の変遷」についての彼の論考の中で行ったその道に沿って歩いたということを述べておく⁸⁾。ドイツ法曹大会の鑑定意見と会議報告書は C. H. Beck 出版において公刊されたにもかかわらず, このことはこの祝賀論文については妥当せず, 法曹大会はその点で C. F. Müller 出版に依頼をした。

II. 社会生活上の義務

1. BGB における不作為についての責任

BGB 第一草案 704 条 1 項では, 「違法な行為」という概念は, 括弧書きに

⁸⁾ von Caemmerer, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, S. 49 bis 136. [紹介として, 徳本伸一「ケメラー『不法行為法の変遷』」法学 (東北大) 31 卷 4 号 (1968 年) 107 頁以下がある。]

よって、行為に際しての「作為又は不作為」が問題たりうるということが、その通りに説明されている。この説明は、「作為または不作為に際して、他人の法的に保護された利益を、適切な注意を払うことによって、これがそれによって危殆化されうるということを認識しなければならない〔限りにおいて顧慮しなければならない〕」ということを当然だと考えた第二委員会によって削除された⁹⁾。不作為についての責任の射程は、BGB 823 条以下においては未確定のままであるが、そもそも立法者は不作為責任を詳細に規律することにはなお取り組んでいなかった。現代的な、「明文の法によらなければ刑罰はない (*nulla poena sine lege scripta*)」を義務づけられた刑法でさえ、StGB 13 条^(訳注 3)においては一般条項で満足している。

2. 判例による社会生活上の義務の展開

こうした背景から、いわゆる社会生活上の義務は、それが 20 世紀前半にドイツ大審院 (以下「RG」とする。) の判例の中で展開されたように、ほとんど誰にも注目されなかったということは不思議ではない。1902 年 10 月 30 日のリーディング・ケースにおいて、RG は、BGB 836 条からの反対解釈を退け、したがって所有者ないし建物としての他人の物の占有者に、第三者の法的財貨の保護のための安全措置に対する義務付けを課した¹⁰⁾。この裁判が責任法の実務に与える計り知れない意義は、**ガイゲル** (*Geigel*) の責任法についてのハンドブックの中に見通しを示しているのだが、同書は 1934 年に初めて『損害賠償責任訴訟 — 実体的損害賠償責任法を含めて』というタイトルで C. H. Beck 出版で公刊された。著者は、当初は「BGB 823 条 1 項の適用事例」を叙述するに際して、規範の解釈学的構造または法的財貨の侵害の様々な事例群の検討に従事することはなく、直接に「社会生活上の義務」の検討を開

⁹⁾ Prot. II (Fn. 6) S. 569.

(訳注 3) 不作為犯についての規定である。

¹⁰⁾ RGZ 52, 373, 375 ff.

始した¹¹⁾。解説の冒頭で、著者は、後の文献ではもはやこの明瞭性においては発見できない、ある命題を立てている。すなわち、「全ての者は、この者に属し、またはこの者によって利用される動産または不動産が、秩序に適った人間の社会生活を危殆化しないということについて責任を負っている」。著者は、説明を付け加えている。すなわち、「人は社会生活上の義務という名前を与え」、その結果、不動産の場合に人はこの法命題を、ある不動産について社会生活を開始する者は、その社会生活上の安全性につき責任を負わなければならないという言葉でも表現しているということをつけ加えている¹²⁾。

3. 1945年までの学説

ガイゲルの労作は、損害賠償責任に関わる実務家のためのハンドブックであるが、それは今日まで大変な好評を博している¹³⁾。今日の編者**シュレゲルミルヒ** (*Schlegelmilch*) 自身によって執筆された BGB 823 条 1 項にもとづく責任の叙述は、いまだなお直接に「社会生活上の義務」で始まるが、**ガイゲル**の手短な命題の代わりに社会生活上の義務の正統性と法的性質についての比較的浩瀚な叙述ならびに BGB 823 条の 1・2 項の構造の中でのその基礎づけがなされている¹⁴⁾。事実上、社会生活上の義務は、1945 年より後になって初めて問題として発見された。たしかに既に 1929 年には**ホーフアッカー** (*Hofacker*) の『社会生活上の治安義務』についてのポレミックが公刊されているが、著者は、**RG** が公道の管理に際しての国家の懈怠した行態は BGB 823 条 1 項の意味での違法な行為として性格づけられると「僭越にも述べた」ことで、単に不満を述べているにすぎない¹⁵⁾。いずれにせよ**ヨーゼフ・エッサー** (*Josef Esser*) が、1941 年に公刊された『危険責任の基礎と展開』

¹¹⁾ *Geigel*, Der Haftpflichtprozeß, 3. Aufl. 1939, S. 74 ff.

¹²⁾ *Geigel* (Fn. 11) S. 74 ff.

¹³⁾ 最新は、*Geigel*, Der Haftpflichtprozeß, hrsgg. von *Günter Schlegelmilch*, 24. Aufl. 2004 参照。

¹⁴⁾ *Geigel-Schlegelmilch*, (Fn. 13) Kap. 14 Rn. 1 ff.

¹⁵⁾ *Hofacker*, Die Verkehrssicherungspflicht, 1929, S. 14 und passim.

の中で現代の議論にとっての嚆矢を放ったのだが、C. H. Beck からの初版の大部分は戦争の出来事で滅失し、1969年に第2版非改訂版で出版された¹⁶⁾。このような論争的で、血沸き肉躍るエッセーの基本的な考え方は、判例によって「あらゆる免責の可能性をもっとも広範に排除して打ち出された『社会生活上の治安義務』は、損害賠償責任法の外に存在する営造物の危険(Betriebs- und Anstaltsgefahrung)を不法の確定という方法で新奇物の著作者と利用者に分配するための一つの形態〔にすぎない〕』というテーゼである。それゆえ社会生活上の義務は、不法についての責任を理由づけるのではなく、不運、「抗弁できない『不可抗力(casus fortuitous)』』についての責任である¹⁷⁾。エッサーの見解によれば、これはたしかに BGB 823条1項の実際上もっとも重要な分野ではあるが、「野生の根に由来する不義の子」である。なぜなら、それは實際上、民法上の過失要件の枠内における無過失責任の突破口を意味しているからである¹⁸⁾。

4. 第二次世界大戦後の展開：直接侵害と間接侵害

フォン・バルハビリタチオニス・シュクリフト(*von Bar*) がそのよく考えられた教授資格論文において定式化したように、RG によって「厳密に言えば、制定法に反して (contra legem)」展開されたという、このように定式化された違法テーゼに¹⁹⁾、ラーレンツ (*Larenz*) は、その — Beck の「大教科書」シリーズに公刊された — 全ての学生世代に影響を与えてきた有名な債務法の教科書の中で従わなかつ

¹⁶⁾ *Esser*, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. Aufl. 1969, S. V.

¹⁷⁾ *Esser* (Fn. 16), S. 28; 同じく, *ders.*, JZ 1953, 129.

¹⁸⁾ *Esser*, JZ 1953, 129, 132; また, *ders.*, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, S. 866 ff. も参照。

¹⁹⁾ *von Bar*, Verkehrspflichten, 1980, S. 25. [本書の紹介として、浦川道太郎「クリスティアン・フォン・バル『社会生活上の義務 — ドイツ不法行為法における裁判官により形成された危険防止命令 —』(1)(2・未完)」早稲田法学 57 巻 1号 (1981年) 119頁, 2号 (1982年) 261頁がある。]

た²⁰⁾。その代わりに、彼は社会生活上の義務を BGB 823 条 1 項の構成要件の中に入れることを試みた、すなわち、故意による侵害と直接的な過失による侵害を一方に、また単に間接的に侵害結果を惹起するにすぎない過失不法行為を他方に、の間の区別の助けを借りることによってである²¹⁾。この不法行為の解釈論の二分割によって同時に、**ニッパーダイ** (*Nipperdey*) が NJW に公刊された伝統的な不法行為法に反対する論稿の中で行った攻撃²²⁾ は、妨げられた。**ヴェルツェル** (*Welzel*) の目的的行為論から出発し、**ニッパーダイ** は民法にも行為不法への転換、したがって故意・過失が既に不法構成要件を構成し、それが責任をはじめて構成するのではないという見解へ転換することを求めた。それへの反論の中で、**ラーレンツ**は、結果不法での解釈論的な出発点を放棄することなく、社会生活上の義務を伴う行為不法に不法行為法の獅子の分け前を委ねる直接侵害と、間接侵害の間の区別を展開した。この妥協によって、彼は、1945 年以降、この点につき通説となった。特に — 両方も *Beck* で公刊された — 法曹教育において非常に好まれた**ブロックス** (*Brox*) と**メディクス**の教科書が**ラーレンツ**にしたがひ、直接損害と間接損害の区別をより若い法律家たちの公共財にした²³⁾。

5. メルテンスによる不法行為法：BGB 823 条 1 項の立法上の概念と判例上の概念

誇張なしに、社会生活上の義務が、研究対象、また激しい学問的議論の対象として、その絶頂を *Beck* 社からの BGB についての最初の大量積書の出現によって達成したということが確認される。1980 年に最初に公刊されたメ

²⁰⁾ このことはいずれにせよ FS Dölle (Fn. 21) における「筆の走り」を度外視する場合に当てはまる；これについては、後記 B. IV. 5) ならびに注 110)。

²¹⁾ *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, Besonderer Teil, 12. Aufl. 1981, S. 607 f.; *ders.*, FS Dölle, Bd. I, 1963, S. 192 ff.

²²⁾ *Nipperdey*, NJW 1957, 1777；行為不法と結果不法をめぐる争いについて、詳細は、*MünchKommBGB-Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 5 ff.

²³⁾ *Brox/Walker*, Besonders Schuldrecht, 30. Aufl. 2006, § 41 III Rn. 47 ff.; *Medicus*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 13. Aufl. 2006, Rn. 748 ff.

ルテンス (Mertens) による BGB についてのミュンヘナー・コンメンタールにおける不法行為法の注釈が、一つの「ティンパニー打ち」であった。というのは、ここでは解釈学的伝統が、不法行為法上の現代的取扱いと咬み合わされているからである²⁴⁾。この目的のための手段が、BGB 823 条 1 項の立法上の概念と判例上の概念の区別であった²⁵⁾。名前がして既に知らしめているように、BGB 823 条 1 項の立法上の概念は、歴史的立法者の観念を表している。これは、「この規定さえないとすれば違法にはならないような 823 条 1 項の意味における構成要件該当の違法行為は存在しないという」前提にもとづいている。この意味における構成要件該当性は、当該行為が、さらなる行為がなされるということなく、侵害結果を惹起したということを要求すべきであるという²⁶⁾。このことが当てはまるのであれば違法性が推定され、その結果、その徴表は正当化事由によってのみ除去されるが、その際に民事大法廷によって展開された「社会生活上適切な行態という正当化事由」は考慮されない²⁷⁾。これに対して、BGB 823 条 1 項の判例上の概念は反対であり、したがって裁判所が構成要件から創り出したものである。この概念によれば、構成要件は法的財貨の侵害の惹起、したがって結果の発生と因果関係の両因子に還元される²⁸⁾。この種の還元された構成要件には、その場合、ある程度は違法性の徴表に対する規範的な力が欠けている。不法は、ここでは積極的な理由づけが必要であり、その結果、再び社会生活上の義務が、その場合に生じる理由づけ責任を負担する²⁹⁾。解釈学上の基本的な争いの文言に表現されているように、立法上の概念は BGB 823 条 1 項での違法性を結果不法の意味に

²⁴⁾ MünchKommBGB-*Mertens*, Bd. 3, 2. Hbd. (§§ 657-853), 1. Aufl. 1980.

²⁵⁾ MünchKommBGB-*Mertens* (Fn. 24), § 823 Rn. 13 ff.

²⁶⁾ MünchKommBGB-*Mertens* (Fn. 24), § 823 Rn. 13.

²⁷⁾ MünchKommBGB-*Mertens* (Fn. 24), § 823 Rn. 13; これは BGHZ 24, 21 に對してである。

²⁸⁾ MünchKommBGB-*Mertens* (Fn. 24), § 823 Rn. 15.

²⁹⁾ MünchKommBGB-*Mertens* (Fn. 24), § 823 Rn. 16.

において特定し、これに対して、判例上の概念は行為不法論に従っている³⁰⁾。

メルテンスによって提案された BGB 823 条 1 項についての解釈論の分解は、カナリス (*Canaris*) により明示的に拒絶された³¹⁾。[次のように言う。]立法者が、間接侵害を BGB 823 条 1 項の規範のプログラムから除外しようと欲したということを立法者に帰するのは、ほとんど説得力がない。ある人が毒の入ったビール瓶をあちこちに置き、あるいは手榴弾を子供の遊び場に放置するならば、合理的に考えて当然のことながら、不法行為法上の中心的規範の基礎への責任は疑われえないかもしれない。どれだけの広狭において歴史的立法者が不作為に関する責任を意図しようとしてきたにせよ、RG は上で引用された裁判において、「方法論上完全に正しいやり方で」保障人義務 (*Garantenpflichten*) を自律的に決定してきた、という³²⁾。かくてカナリスは、既にラーレンツによって基礎づけられた直接的な法的財貨の侵害と間接的なそれとの間での区別を維持している。すなわち、直接的な法的財貨の侵害については結果不法が妥当し、侵害結果の惹起はすなわち違法性を徴表する。注意義務の侵害は、過失の枠内においてはじめて役割を演じる。不作為および単に間接的に侵害結果を惹起する行為は、これに反して、行為不法の理論の領域である。それは加害者が注意義務——まさに社会生活上の義務——に違反してはじめて違法である。社会生活上の義務は、いずれにせよその侵害が BGB 276 条 2 項において過失とみなされる注意義務と一致するのではなく、これ以上に拡張されているという。当然の結果として、行為の注意違反を過失の枠内において新たに審査し、その際に減縮された基準が設定されなくてはならないのではなかろうか。

6. 統一的に構造化された不法行為への道

BGB に対するミュンヘナー・コンメンタールの第 4 版において、本報告の

³⁰⁾ MünchKommBGB-*Mertens* (Fn. 24), § 823 Rn. 21 f.

³¹⁾ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, S. 404 ff.

³²⁾ *Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. 404.

筆者は、BGB 823 条 1 項の 2 つに区別された概念というメルテンスによって提案された解釈論も、カナリスによって磨きをかけられた一つの体系において提供された直接的な侵害行為と間接的侵害行為の区別も放棄した³³⁾。メルテンスの意味における立法上の概念に対する主たる異論は、これがまさに立法資料に基礎を置いているのではなく、1970 年代に現れたフランケル(Frankeル)^ルのボン大学の博士論文によって裏付けられるという点にある³⁴⁾。そこで展開された BGB 823 条 1 項についての「通説」に対する論難は、結果不法と行為不法に対して同じように向けられており³⁵⁾、BGB の資料においても、立法者たちに明らかであり、その間にクラインディーク(Kleindieク)^クによって『不法行為責任と法人』^ルについての教授資格論文において取り扱われた普通法実務においても³⁶⁾裏付けられることはない。

実際、19 世紀の判例を一瞥すると、われわれが今日「社会生活上の義務」と呼び慣わしているところのものは、既に普通法実務において完全に展開されていた。アクイリア法による責任は³⁷⁾、木材の伐採作業に際して通行人が勢いよく落ちてくる木によって損害を受けた場合³⁸⁾、壁の取り壊しに際して石が隣接不動産に落ち、そこで損害を引き起こした場合³⁹⁾、爆発物が建設業者の手に委ねられ、この者が知らせを受けていない第三者に宛ててさらに引き渡した場合⁴⁰⁾、または家屋の所有者が、表玄関と階段の間を照明することを怠った場合⁴¹⁾に肯定される。BGB の立法資料の中には、起草者がこれらの裁判を除去し、または完全に基礎から取り去ろうとしたということを示す手がかり

³³⁾ MünchKommBGB-*Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 51 ff.

³⁴⁾ MünchKommBGB-*Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 56 参照。

³⁵⁾ *Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, 1979.

³⁶⁾ *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, 1997, S. 41 ff.

³⁷⁾ MünchKommBGB-*Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 52 参照。

³⁸⁾ *Obertribunal Stuttgart*, SeuffA 15; Nr. 129 (1862).

³⁹⁾ *Oberapperrationsgericht München*, SeuffA 30 Nr. 144 (1868).

⁴⁰⁾ *RG SeuffA* 42 Nr. 299 (1887).

⁴¹⁾ *OLG Darmstadt*, SeuffA 46 Nr. 96 (1890), *OLG Celle*, SeuffA 55 Nr. 399 (1899). さらに, *BGH NJW* 1994, 945, 946; *NJW-RR* 1990, 409, 410; *VersR* 1961, 1119, 1120 も参照。

は何もない。全く正当にも **RG** は、社会生活上の義務についてのそのリーディング・ケースの中で、ローマ法による責任が、今や主張されているほどには決して限定的ではなかったということ、ドイツ不法行為法を 19 世紀において既に達成していた基準よりも後ろへ後退させることが「最新の立法の意味ではありえようはずがない」ということを指摘していた⁴²⁾。**カナリス**が適切にも定式化したように、「それゆえ判例に対して押し付けをしたわけではなく、判例は社会生活上の義務の展開に伴って、不法行為法の制定法体系を多かれ少なかれ革命的に突き破ってきた」⁴³⁾。

しかしまた、社会生活上の義務の正当性から完全に独立して、BGB 823 条 1 項の 2 つの異なった概念の区別は、直接侵害と間接侵害の区別と全く同様に決別に値する。いかなる具体的な理由から違法性が引き伸ばされた因果の経過——間接侵害——の場合には注意義務違反によって左右されるべきであり、直接侵害の場合にはそうでないのかは、簡単には説明できない。作為と不作為の区別によって、この種の広範囲に及ぶ解釈学的帰結は、いずれにせよ説明されない。けれど、社会生活上の義務の機能は、不作為を行為義務による責任の理由づけの目的で基礎づけることをはるかに超え出ているからである。すなわち、「ある危険な状況を惹起する行為が禁止されるということもまた問題となっているからである」⁴⁴⁾。直接差し迫った侵害のためのみの特別の解釈論は必要ではなく、また**ラーレンツ**によって挙げられた、患者に死亡するように作用する毒薬を、このことを認識することなく投与するのに居合わせた情を知らない看護婦の設例⁴⁵⁾もまた必要ではない。**ラーレンツ**によって全く正当に求められた、患者またはさらには第三者も看護婦の手から注射器を叩き落とし彼女をその際に傷つける権限があるという結論は⁴⁶⁾、全く無

⁴²⁾ *RGZ*, 52, 373, 378 f.

⁴³⁾ *Canaris*, FS Larenz II, 1983, S. 27, 79; *Larenz/ders.* (Fn. 31), § 76 III 2, S. 404 f.; *MünchKommBGB-Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 51 ff.

⁴⁴⁾ *von Caemmerer*, FS DJT II (Fn. 8), S. 74.

⁴⁵⁾ *Larenz* (Fn. 21), S. 610.

⁴⁶⁾ *Larenz* (Fn. 21), S. 610.

理なくドイツ刑法(以下「StGB」とする。)34条から出てくるが、これは——正当防衛とは異なり——まさに「違法な」侵害を前提とはしていない⁴⁷⁾(訳注4)。最後に、故意もまた特別の取扱いを予定していない。けだし、間接的に法的財貨の侵害という結果になる因果の経過で、許された危険に属するものは、行為者が結果を予見する場合であっても、責任を基礎付けることはないからである。すなわち、オートバイを製造または販売する者は、それが死亡事故を惹き起こしうることをたしかに知っているが、それにもかかわらずこの者はそれが現実化したとしても責任を負うことはない⁴⁸⁾。

BGB についてのミュンヘナー・コンメンタールの第4版においては、**メルテンス**の判例上の概念ないし**ラーレンツ**によって不作為不法行為および間接侵害のために承認された行為不法論が、あらゆる不法行為類型について一般化されている⁴⁹⁾。この結論は、故意と直接的な過失による侵害ないし間接的な過失による侵害と不作為の間で区別することを必要とはせず、それによって言わずもがなヨーロッパの隣接法秩序への接続を見出している⁵⁰⁾。そのようなモデルにおいては、社会生活上の義務は、それがずっと前からそうであったように、すなわち不法行為上の注意義務として、すなわち「ルーチンな判例によって確認された276条(2項)の中で前提とされた一般的な注意義務の具体化」とみなされている⁵¹⁾。社会生活上の義務は、BGB 823条1項によって要求されており、かつBGB 276条2項において定義されている過失と同一であり、その結果、注意義務違反はBGB 823条1項の場合には、ただ1回だけ——行為不法の枠内において——審査されなくてはならない。通常(ordinär)不法行為による注意義務が問題なので、社会生活上の義務の成立

⁴⁷⁾ MünchKommBGB-*Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 12.

(訳注4) 緊急避難に関する規定である。

⁴⁸⁾ MünchKommBGB-*Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 21 f.

⁴⁹⁾ MünchKommBGB-*Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 4-24.

⁵⁰⁾ これについては、後掲注215)。

⁵¹⁾ *Esser/Weyers*, *Schuldrecht* II/2, 8. Aufl. 2000, § 55 V, S. 178.

は、「危険源」を作り出し、コントロールし、近づきやすくしたということによっても左右されることはない⁵²⁾。**ガイゲル**がその『損害賠償責任訴訟』において正しく見たように、それはむしろ独自の領域、とりわけ独自の客体をはじめから回避可能な危険が全く発生しないという状況を保つことを義務づける⁵³⁾。

III. 人格権侵害

1. 自己の肖像に関する権利の立法上の承認

BGB 823 条 1 項の法的財貨のカタログには「名誉」が欠けており、そしてまた、身体的な完全性には関係しないその他の人格的な利益も言及されていない。立法者自身は、1909 年に芸術著作権法（以下「KunstUrhG」とする。）を公布することによって、この判断を部分領域において修正しているが、それは今日まで継続して妥当する KunstUrhG 22 条以下において自己の肖像に関する権利（Recht am eigenen Bild）を絶対権として承認し、かくして BGB 823 条 1 項の枠内における不法行為による保護への道を開いた。肖像保護の諸原則は、今日、人格権保護のいかなる詳細な叙述においても欠けてはならない。BGB についてのミュンヘナー・コンメンタールにおいて KunstUrhG 22 条以下は詳細に注釈されているが⁵⁴⁾、それは Beck の著作権法についての注釈書とほぼ同じ程度においてであり⁵⁵⁾、また急ぎの読者は『パラント (Palandt)』の中に最近の判例についての信頼できる概観を見出す⁵⁶⁾。Beck-Verlag の雑誌の中に、最上級裁判所の新しい裁判が、頻繁に出版物の洪水を起こし、それによって判決が整序され、検証され、批判され、かつそ

⁵²⁾ MünchKommBGB-*Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 230.

⁵³⁾ 前掲注 11) 参照。

⁵⁴⁾ MünchKommBGB-*Rixecker*, Bd. 1, 5. Aufl. 2006, § 12 Anh. Rn. 30 ff.

⁵⁵⁾ *Gerstenberg/Götting*, in: *Schricker*, Urheberrecht, 2. Aufl. 1999 の KunstUrhG 22 条以下の注釈, Anhang zu § 60 UrhG を参照；さらに, *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 2004, S. 1541 ff.

⁵⁶⁾ Palandt-*Sprau*, 66. Aufl. 2007, § 823 Rn. 112a f.

の結論において射程が測られる。最近の事例は**カロリーネ・フォン・ハノーファー** (*Caroline von Hannover*) の事件における欧州人権裁判所の判決であり、それによってドイツにおいて久しい以前から KunstUrhG 23 条 1 項 1 号の枠内においてよく知られた現代史上の絶対的人物と相対的人物の区別は退けられた⁵⁷⁾。

2. RG の静観主義から BGH の行動主義へ

RG は繰り返し人格権保護の領域における BGB の欠缺と対決させられることとなり、例えば**フリードリヒ・ニーチェ** (*Friedrich Nietzsche*) の手紙には著作権法上の保護を保障し (RGZ 69, 401), しかし**リヒャルト・ヴァーグナー** (*Richard Wagner*) の手紙には不当にも認めず (RGZ 41, 43), または約 20 年前に遡る刑事裁判所の原告の有罪判決の報道を故意の良俗に反した加害と性質決定する場合に (RGZ 115, 416), 時折個別的なその場しのぎの解決策を見出してきた。しかし、一般的人格権の承認への糸口は、第二次世界大戦後に初めて、**BGH** が自然法的評価に基礎を置く議論に対して特に道を開き、基本法 (以下「GG」とする。) が、基本法は全ての国家権力にとって「直接妥当する法」であるという GG 1 条 3 項におけるその熱狂的な告示によって、以前は存在しなかった裁判官の法創造にとっての出発点を提供したときに見つかった。読者だより裁判 (*Leserbrief-Entscheidung*) において、一般的人格権は、GG 1 条 1 項, 同 2 条 1 項の保障として、同時に BGB 823 条 1 項の意味における不法行為上保護された法的財貨としても承認されている⁵⁸⁾。

学説は、どのくらい **BGH** の法創造に反応しているのか? **エッサー**と**ラーレンツ**は、彼らの債務法の教科書の中で、BGB 823 条 1 項の保護法益へと一般的人格権を引き上げることに對して非常に懐疑的である⁵⁹⁾。[次のよう

⁵⁷⁾ *EGMR* NJW 2004, 2647, 2650 Nr. 72 ff.; これにつき, *Heldrich*, NJW 2004, 2634; *Mann*, NJW 2004, 3220; *Mayer-Ladewig/Petzold*, NJW 2005, 15.

⁵⁸⁾ 断定的なのは, *BGHZ* 13, 334, 338; 明白かつ詳細なのは, *BGHZ* 24, 72, 76 f.

⁵⁹⁾ *Esser*, *Schuldrecht* (Fn. 18), S. 847; *Larenz*, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II,

に言う。)必然的に、対立する諸利益の衡量を目的とした一般条項は、その侵害が不法を徴表するところの、対象として把握することができ、容易に認識ができ、かつ十分に特定された BGB 823 条 1 項の諸権利の列挙には適さない。憲法は、司法秩序に単に方向づけをする力があるにすぎず、解釈論上の道を与えるという力はなく、その結果、正しい道は名誉および個人の秘密領域を顧慮することを求める権利のごとき十分に具体的な「特別」人格権をめぐる BGB 823 条 1 項の法的財貨のカタログを慎重に拡張することである、という。この批判は、1998 年の人権法 (Human Rights Act 1998) に続いて、一般的な「プライバシー権 (right of privacy)」の承認をめぐる現在イギリスでなされている議論にあきれるほどに似ている。すなわち —

「プライバシーを法の支配の存在の根底にある (そして法が発達すべき方向性を示すかもしれない) 価値とみると、それ自体において法の原理としてプライバシーを見ることとの間には、大きな違いが認められるように思われる。イギリスのコモン・ローは、その発展を方向付けるところの根底にある価値の観念 — もっとも広い意味における原理 — になじむものである。…… [同様に、] 誰も表現の自由がそれ自体において当該の具体的なケースにおいて適用される特別のルールを演繹することを可能にするのに十分な定義をする能力のある法原則だということを示唆してはいない。それは、コモン・ローが作用するやり方ではない」⁶⁰⁾。

拡大的なアプローチに有利なそのような弁明は、判例に影響を与える力はなく、その結果、それは今日廃れたものとされなくてはならない。カナリス

Besonderer Teil, 2. Aufl. 1957, S. 336 f.; ders., NJW 1955, 521; BGH は BGHZ 24, 72, 77 ff. においてこの批判に答えている。

⁶⁰⁾ Lord Hoffmann, in: *Wainwright v. Home Office* [2004] 2 AC 406, 424 (HL(E) 2003). プライバシーという名の新たな「包括的な不法行為法」には、原審の **マムマリー卿** (Lord Mummery) も反対する。すなわち、*Wainwright v. Home Office* [2002] 3 W.L.R. 405, 419 (C. A. 2001).

もまた、方法論的な熟慮に固執する場合には、この評価に与している⁶¹⁾。實際上、具体化が必要で利益衡量に開かれた「枠の権利 (Rahmenrecht)」としての一般的人格権と調整的な法原理としての一般的人格権との間の相違は、必ずしも大きいわけではない。特に、ドイツ法に関しては、人格権保護を全ての民事裁判所の最終審の裁判に関する背景原理へ引き下ろすに際しても、GG 1条1項、同2条2項の基準による憲法裁判所のコントロールというダモクレスの剣が吊り下げられているであろうということが、その点で考慮されなくてはならない——そうであればミュンヘナー・コンメンタールにおける人格権の叙述の脚注において、憲法裁判所（以下「BVerfG」とする。）の裁判がそれほど頻出していたりはしない⁶²⁾。この制度上の枠組条件に鑑みて、民事裁判所が、憲法が命じている保護を解釈学的歪曲なしに顧慮しうるために、一般的人格権を直接に承認するのがベターである。これに対して、法解釈学の任務は、これをよく定義された保護領域と反対利益の衡量のための具体的な特権で装飾するために、判例によって生み出されたケース素材から特別人格権を抽出するという点にある⁶³⁾。

3. 人格権侵害についての金銭賠償

周知のごとく BGH は、BGB 823 条 1 項の保護法益としての一般的人格権の承認に留まっていたのではなくて、さらに一歩を進み、被侵害者に一定の要件の下で金銭賠償請求権を保障した。この法創造は、なお著しく正当化することが難しかった。なぜなら、BGB 旧 847 条は一般的人格権を——当然——列挙してはおらず、BGB 旧 253 条は、非財産的損害を理由とした金銭賠償は、「法律により定められた場合に限り請求することが」できるということを明示的に明らかにしていたからである。最後に、BGB の立法資料に鑑みる

⁶¹⁾ *Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. 493.

⁶²⁾ *MünchKommBGB-Rixecker* (Fn. 54), § 12 Anh. 参照。

⁶³⁾ *Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. 498 f.; *MünchKommBGB-Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 172.

と、立法者もまた彼が述べていたことを考えていたという提出された疑念は存在しない。けだし、人は意図的に普通法上の人格権侵害訴権 (*actio iniuriarum*) という「厄介者」を除去しようと欲し⁶⁴⁾、侮辱を金銭によって買い取られるということをそもそも名誉あることではないと考えたからである⁶⁵⁾。さらにまた、まさに法史的観点から見れば、BGB の立場は徹底してラディカルであり、したがって**ラインハルト・ツィンマーマン** (*Reinhard Zimmermann*) が彼の、まずはじめに南アフリカの Juta という出版社で、それからまた Beck および最後に Oxford においてポケットブックとして出版された「債務法 (The Law of Obligations)」という大作の中で述べたように、それは継続して保持されてはいなかった —

「しかしながら、非常に厳格な規定は、時の試練に耐えることはなかった。人格権侵害訴権は、前方のドアから退去させられ、何とか後ろの窓から — 一般的人格権を装い、そこに隠れて — 入り込んできた⁶⁶⁾。

後方の窓からの帰還は、**アマチュア騎手判決** (*Herrenreiter-Urteil*) によって始まったのであり、そこで第 1 民事部は、あらゆる法律上および方法論上のハードルを跳び越えて、その肖像が精力剤の宣伝のために利用されたケルンの地方名士である原告に、被った非財産的損害の填補を求める請求権を金銭で保障した⁶⁷⁾。裁判所は、「『内心の自由』の保護は、非財産的な損害の賠償を求める権利なしには著しく効果がない」と述べ、したがってこの特権を解釈学上 BGB 旧 847 条の自由の概念で根拠づけようと試みた⁶⁸⁾。BGH は、も

⁶⁴⁾ Prot. II (Fn. 6), S. 641.

⁶⁵⁾ Kommissionsbericht, *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, Berlin 1899, S. 1297.

⁶⁶⁾ *Zimmermann*, The Law of Obligations, Kapstadt et al. 1990, München 1993, Oxford 1996, S. 1092.

⁶⁷⁾ *BGHZ* 26, 349, 354 ff.

⁶⁸⁾ *BGHZ* 26, 349, 356.

ちろん BGB 823 条 1 項, 同旧 847 条における「自由」では人身の自由 (Fortbewegungsfreiheit) のみが意味されていると見たにもかかわらず, 一般的人格権の侵害を「『精神における』自由の強奪」として特記し, かくして BGB 旧 847 条の類推適用を正当化した⁶⁹⁾。

この理由づけはもちろん, **ラーレンツ**が批評したように, 「決して説得的ではなく, 「方法論的に許容できず」⁷⁰⁾, したがってそれは **BGH** によっても繰り返されてはいない。高麗人参事件における第 6 民事部の最初の見解において, 裁判所は BGB 旧 847 条を援用することはせず, 直接に GG 1 条 1 項, 同 2 条 1 項を援用し⁷¹⁾, その後, 人格権侵害の場合の金銭賠償は「本来の意味では BGB 847 条による慰謝料ではなく」, GG 1 条および 2 条 1 項にもとづく保護任務にもとづく独自の請求権に還元される⁷²⁾ という命題に対しての手がかりが強固なものとされた。この理由づけもまた **ラーレンツ**を説得することはなく, 彼は **BGH** を非難し, **BGH** は法政策的に議論をし, そして「裁判官による法律の修正」をしている, という⁷³⁾。この批判は思慮のあるものであったが, しかし法律の修正は時宜にかなっており, 基本法によって変更された法的枠組条件に負っているだけでなく, マス・メディアの強化によって与えられた無体的人格的利益の危殆化によっても正当化される⁷⁴⁾。それはそれゆえ **BVerfG** の承認の判旨にも含まれており, **BVerfG** はその**ソラヤ**裁判

⁶⁹⁾ *BGHZ* 26, 349, 356.

⁷⁰⁾ *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, 5. Aufl. 1962, S. 369; *ders.*, Anmerkung zum *Herrenreiter*-Urteil, *NJW* 1958, 827, 829.

⁷¹⁾ *BGHZ* 35, 363, 367.

⁷²⁾ *BGHZ* 128, 1, 15 - *Caroline von Monaco*; これについて批判的なのは, *H. P. Westermann*, Geldentschädigung bei Persönlichkeitsverletzung - Aufweichung der Dogmatik des Schadensrechts?, in: *Koller/Hager et al.* (Hrsg.): *Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken*, Symposium zu Ehren von. C.-W. Canaris, 1998, S. 125, 132: 「相変わらず, 小銭として取引へ持ち込まれた基本権をカチャカチャ鳴らしている」という。

⁷³⁾ *Larenz* (Fn. 70), S. 370.

⁷⁴⁾ 結論において *Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. 494 f. もこう述べる。

において、次のように述べた。すなわち――

「法は、書かれた法律の総体と一致するわけではない。〔……〕裁判官は、GG によって立法者の指示を、考え得る文言の意味の範囲内で個別事件に適用することを指示されてはいない。〔……〕裁判官の活動は立法者の判断の認識と言渡しにのみあるのではない。裁判 (Rechtssprechung) の任務は、憲法に適合した法秩序に内在する、しかし記述された法律のテキストには十分には明示されていない評価観念を、意思的要素も欠けていない評価された判決行為において明らかにし、裁判の中で実現することを必要とすることにありうる。その際に、裁判官は恣意に陥ってはならない。その判断は、理性的な論拠に依拠しなくてはならない。書かれた法律がある法律問題を正当に解決するという機能を実行しないということが、明らかにされなくてはならない。その場合に、裁判所の裁判は、この欠缺を実務上の理性と基礎づけられた共同体の一般的な正義の観念にしたがって推論する」⁷⁵⁾。

民法から人格権侵害に際しての金銭賠償請求権を切り離し、それを憲法という高みにおいて基礎づけること⁷⁶⁾は、なぜ立法者が BGB 旧 847 条を削除し、その規律内容をほとんど変更することなく、請求権に最終的に実定法上の基礎を与える機会を認めることなしに、BGB 新 253 条 2 項の中に移すことをやってのけたのかをも結局のところ説明している。立法資料によれば、それによって確立した判例については何も変更を加えられてはいない⁷⁷⁾。立法上の静観主義は、おそらくもっぱら、その抵抗が人格権保護の領域における改革プロジェクトを容易に阻止しようとするところのメディア権力に対する恐れに負っている。ここでは現代立憲国家の一現象、すなわち民主的なプロセスには個々の利益集団の抵抗に対する適切な規制を実現するための力が時折欠如

⁷⁵⁾ BVerfGE 34, 269 = NJW 1973, 1221, 1225.

⁷⁶⁾ 前注 72) 参照。

⁷⁷⁾ BT-Drs. 14/7752, S. 25; Wagner, Das neue Schadensersatzrecht, 2002, S. 135 f. の中にも採録されている。

しており、その結果、——不都合が十分に大きい場合には——裁判所が代わりに務めるということが示されている。このことを示しているのは、人格権保護についてのBGHの判例だけではなく、例えば租税法および社会保険法におけるBVerfGの判例もであり、その射程は、その憲法上の基礎の幅に反比例している。

4. 財産的価値のある人格権

人格権侵害の場合の金銭賠償請求は、初めから特に予防的な考慮によって理由づけられていた。すなわち、高麗人參裁判において、民法上的人格権の保護は、「人格権の侵害が観念的な侵害に適切なサンクションが与えられていないとすれば、欠缺があり不十分」であると述べている。金銭賠償請求権の予防機能は、カロリーヌ・フォン・モノコ〔の事件〕について下された判決において、特にいっそう強調されている。すなわち、伝統的な慰謝料の場合とは異なり、ここでは損害の填補ではなく、予防が表面に乗り出している。それゆえ、支払われるべき賠償の算定に際しては、それから原告の人格の不当な市場化にとっての「真正の抑止的效果」から出発すべきであるという⁷⁸⁾。その後、著名人たちが認容された賠償金額は明らかに高騰し、例えば前述したカロリーヌ事件におけるハンブルク高等裁判所の終局判決は180,000マルクに上った⁷⁹⁾。

人格権侵害についての賠償の高騰によって、「通常の」身体及び健康の侵害のケースとの矛盾が生じ、それはBGHに一連の批判的な意見と最終的には憲法異議をもたらした⁸⁰⁾。BVerfGは、BGHが身体の完全性への利益に対して、無体的人格的利益を優遇しているとの非難には従わなかった。身体および健康についての損害とマス・メディアによる一般的人格権の侵害との間に

⁷⁸⁾ BGHZ 128, 1, 15 f.

⁷⁹⁾ OLG Hamburg, NJW 1996, 2870.

⁸⁰⁾ Seitz, NJW 1996, 2848; Däubler, NJW 1999, 1639; Canaris, FS Deutsch, 1999, S. 85, 106.

は、「差別的取扱いが憲法上正当化されたものとして出てくる客観的に理由づけられた区別」が存在するかもしれない⁸¹⁾。— だが、どこにこの区別が存在するのであろうか？ 予防機能それ自体だけでは、識別基準としては不適當であると解される。けだし、何人も重大な身体侵害またはきわめて残酷な凌辱が繰り返されることによる苦痛の場合に、予防を放棄することはできるとは主張しようとはしないであろう⁸²⁾。カロリーヌ・フォン・モナコ／ハノーファーの訴えのモデルによるケースの決定的な特殊性は、むしろ侵害された人格的な財貨が、違法な侵害から利益を出すことのできる財産的価値を持つ点のみにある。しかしそうであるならば、著名人の人格権の不正な利用に際しては、非財産的損害の賠償 (BGB 253 条) だけを設定するのではなく、財産的損害の賠償 (BGB 249 条, 同 251 条) の枠内における解決を採求することが考えられる⁸³⁾。

そこへの道は、さらに有名な女性、すなわちマレーネ・ディートリヒについての第 1 民事部の裁判によって地ならしをされた。基礎になっているケースにおいて、マレーネ・ディートリヒの氏名、生涯および写真が、その娘かつ単独相続人の同意なしに、とりわけマーチャンダイジングおよび宣伝の目的のために利用された。BGH は初めて明示的に一般的人格権の財産的価値のある保護領域を承認した。たしかに後者は「第一次的には観念的な利益の保護、就中人格の価値と考慮の要求の保護に奉仕するが」、それを超えて「人格の財産価値上の利益をも」保護している、という⁸⁴⁾。一般的人格権の財産権上の保護が侵害される限りにおいて、侵害された人格ないしその帰属主体に 3 種類の損害算定手段へのアクセスを開いている無体財産権と同様に取扱われ

⁸¹⁾ BVerfG NJW 2000, 2187, unter 1b.

⁸²⁾ 例えば, LG Frankfurt/Main, NJW 1998, 2294 のショッキングなケースを参照。

⁸³⁾ 詳細は, Wagner, ZEuP 2000, 200, 220 ff.; ders., VersR 2000, 1305 ff.; 立法論は, ders., in: Verhandlungen des 66. DJT, Bd. 1, 2006, S. A 83 ff.

⁸⁴⁾ BGHZ 143, 214, 218 f. = GRUR 2000, 709 (Wagner の判旨賛成の評釈付き) = 2000, 1056 (Schack の判旨反対の評釈付き)。

ている⁸⁵⁾。財産的価値のある人格権が不当に利用される場合には、したがって具体的に被りかつ見積もられた財産的損害が要求されうるだけではなく、市場においてその権利を利用するライセンスを与えたならば得たであろう金額も要求されうる。結局、被侵害者には獲得した利得に関する情報と計算の提示を求めた上で、その吐出しを求める請求権が帰属する。非財産的な侵害の填補の場合とは異なり、財産損害の賠償請求権は重大な、異なっては填補されえない人格権への侵害を前提とはしていない⁸⁶⁾。

人格権侵害の場合の損害の填補にとってのマレーネ・ディートリヒ裁判の帰結は、いまだ完全には示されていない。無体財産権が侵害された場合の3種類の損害算定もまた、他人の法的地位の違法な搾取に際しての有効な予防を保障するという目的のために発明されたということに思いを至らすならば、ここで眠っている潜在性は、アマチュア騎手事件およびカロリーヌ・フォン・モナコ事件のモデルによる個別事件にとっても意味があるだろう。BGH第6民事部が、「抑止的效果」を著名人の人格権の故意による搾取に際して非財産的損害賠償の枠内において保障するのではなく、名誉侵害ともいわずれにせよ大幅に重なりうる、財産的価値のある人格権への侵害を承認することによって保障するならば、自身の判例に対する批判の機先を制している⁸⁷⁾。

IV. 純粋財産損害（純粋経済損失）

1. 制定法上の出発点

非身体的な人格権的利益の侵害と並んで、純粋な財産的利益もまたBGB 823条1項^(訳注5)による一般的不法行為上の過失責任からは除外されて

⁸⁵⁾ BGHZ 143, 214, 232 BGH NJW 2000, 2201, 2202; 既に同旨だが、自己の肖像に関する権利に限定するのは、BGHZ 20, 345, 353 ff. - Paul Dahlke.

⁸⁶⁾ BGHZ 143, 214, 228.

⁸⁷⁾ これにつき詳細は、Wagner, ZEuP 2000, 200, 223 f.; ders., VersR 2000, 1305, 1309 f.

(^{訳注5}) 原文は、BGB 823条2項となっているが、1項の誤り。

いる。さらにまた、不法行為による財産的利益の保護を保障しているのは、刑法(以下「StGB」とする。)263条以下、同266条以下による保護法規との結びつきにおけるBGB 823条2項ならびに——最後に——BGB 826条である。歴史的立法者が必要だと考えた唯一の補足は、いわゆる虚偽の事実主張からの信用の保護に関係しており、これについては、BGB 824条が過失責任を定めている。このことによって立法者は、虚偽の事実主張による個人の名誉の侵害は、事実が真実であるとの証明ができない場合にはStGB 186条で既にサンクションを課されるが、これに対してStGB 187条による取引上の信用の侵害の場合には、行為者が主張した事実が真実ではないと確信していたということは問題とならないという状況を顧慮しようとした。第二委員会の意思によれば、BGB 824条は、「私法上の効果に関してはStGB 186条を、ある程度、同187条にもとづいて補っている」という⁸⁸⁾。

2. 不正競争防止法による修正

さまざまな、ここでは詳細には述べられない理由から、法的財貨の侵害と純粋財産損害が相互に等置されなくてはならず、財産は、包括的に義務に違反した侵害から保護されなくてはならないということが、實際上考慮されてはいない⁸⁹⁾。財産的利益の保護が限定されているは、市場経済的に把握された経済秩序をまさに前提としている。けだし、競争は、誰もが自己の(財産的)利益を保護し、高めなくてはならず、その際にこのことが他者の(財産的)利益というコストの上のみ可能であるということを知り、または知りうべきだということに、まさに基づいている。しかし、まさにこの事例が、第二委員会が、今日のBGB 826条に故意の要件を加えたよりもさらに先を行ったということについての証左でもある。既にBGBの施行後9年の後、立法者自身ないし第二委員会は、不正競争防止法(以下「UWG」とする。)1条によっ

⁸⁸⁾ Prot. II (Fn. 6), S. 638.

⁸⁹⁾ これにつき詳細は、MünchKommBGB-*Wagner* (Fn. 3), § 826 Rn. 11 ff.; *ders.*, in: Zimmermann (Fn. 3), S. 230 ff.

て、実務上もっとも重要な財産保護——競争法——の領域について、第一草案 705 条を回復し、経済競争における純粋な財産的利益の侵害についての過失責任を打ち立てることによって修正をしたが、それはもちろん実際には良俗違反という放棄しえないフィルターを利用した⁹⁰⁾。2004 年の改正以来、競争法上の一般条項が UWG 3 条の中に存在するが、それによればいまや「良俗に反する」競争行為ではなく、「不正」競争行為がサンクションを課される。競争法についての Beck の標準的な注釈書におけるケーラー (Köhler) の記述に読み取ることができるよう、今日では古臭く作用し、誤った連想を呼び起こす良俗違反という概念を現代的な定式によって取り替え、かくしてヨーロッパ法との互換性を改善するために、文言を置き換えたのである⁹¹⁾。

3. 設立され稼働中の営業に関する権利

人格権保護の場合とは異なり、既に RG は「設立され稼働中の営業に関する権利 (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)」を宣言することによって、純粋財産損害についての過失責任への道を試み、発見した。パラントがこの判例を上手に記述し、かくしてその読者が、ここでは事実上 BGB 823 条 1 項の意味での「その他の権利」が問題となっていると信じ込んだのに対して⁹²⁾、ラーレンツは、手段の不特定性および一般条項的な広さに対する批判をし⁹³⁾、エッサーは、設立され稼働中の営業に関する権利は、結論において「構成要件の不法徴表の理論の放棄」へと導くと定式化した⁹⁴⁾。この批判は、フォン・ケメラールによって確認され、精確に援用された。すなわち、「いわゆる設立され稼働中の営業に関する権利は、真正の絶対権には、か

⁹⁰⁾ 競争法の歴史につき、Beater, Unlauterer Wettbewerb, 2002, § 3 insbes. Rn. 77 f.

⁹¹⁾ Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, § 3 Rn. 3; また, Schünemann, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 1. Aufl. 2004, § 3 Rn. 52 f. も参照。

⁹²⁾ Palandt-Pinzger, 2. Aufl. 1939, § 823 Anm. 6 g.

⁹³⁾ Larenz (Fn. 59), S. 338 ff.

⁹⁴⁾ Esser, Schuldrecht (Fn. 18), S.849.

くして当然になることはない。〔……〕人は、BGB 823 条 1 項によればあらゆる種類の過失による侵害に対して与えられていない保護を与えることができるようにするために、営業に対する〈権利〉を創り出した。しかし、この権利には、その他の支配権のあらゆるメルクマールが欠けている⁹⁵⁾。この否定的な言葉にもかかわらず、**フォン・ケメラー**は、設立され稼働中の営業に関する権利を一括して退けるところまでは突き進んではいない。むしろ彼はそのような「一般条項」を中心としたドイツ不法行為法の補充を必要または少なくとも擁護するものであったように思われる⁹⁶⁾。

学説はこの出発点に追隨しており、設立され稼働中の営業に関する権利をそれゆえに BGB 823 条 1 項の「その他の権利」の規準から引き摺り下ろすことなしに、それがしたがって限定された一般条項であるということを白日の下にさらした。例えば、**メディクス**の出発点がこのように述べられるが、ここでは彼が確信にもとづいているかあるいは一人の教科書の著者が服する強制のゆえなのかどうかは、未解決のままかもしれない⁹⁷⁾。不法行為法のこの辺境においてはじめて創造的な動揺をもたらしたのは**カナリス**であり、彼は**フォン・ケメラー**の分析に左袒したが、そこから別の帰結を引き出した。すなわち、設立され稼働中の営業に関する権利は「法制史のごみの山」に投棄されなくてはならないという主張をした⁹⁸⁾。実際、事態は 2004 年に**カナリス**が描いた方向へと変わったが、それはすなわち、**BGH**の第 1 民事部が BGB 823 条 1 項の事例による権限のない保護権にもとづく警告 (unberechtigte Schutzrechtsverwarnung) の代替物の承認を UWG 3 条のそれにおいて付与させようとするために民事大法廷を構成した時のことである。もし民事大法廷がこの要求に譲歩したならば、設立され稼働中の営業に関する権利が

⁹⁵⁾ von Caemmerer, FS DJT II (Fn. 8), S. 89.

⁹⁶⁾ von Caemmerer, FS DJT II (Fn. 8), S. 90.

⁹⁷⁾ Medicus, Schuldrecht II, 2. Aufl. 1985, § 141 III, S. 346 ff.; 12. Aufl. (Fn. 23) Rn. 818 ff. も同じ。

⁹⁸⁾ Larenz/Canaris, (Fn. 31), S. 545, S. 560 ff.

1904年のユテプリュージュ (*Juteplüsch*) の事件でのRGの裁判以来依拠している2つの柱は⁹⁹⁾、折り取られていたかもしれない。しかし民事大法廷は、第1民事部の問いを完全に否定し、その代わりに権限のない保護権にもとづく警告の特殊な地位を確認し、設立され稼働中の営業に関する権利をこのやり方で新たに承認した¹⁰⁰⁾。目下のところ、それがしたがって現状に、すなわち法的財貨に関連した、それゆえまさにBGB 823条1項の「小さな」一般条項の枠内における純粹財産損害についての過失責任の飛び地にとどまっている。

4. 契約責任のインフレーション

設立され稼働中の営業に関する権利を除外しても、判例は、一目ただけでは契約責任を認めることはできず、われわれの隣接法秩序も契約責任を認めないであろう事例群へ契約責任を拡張させることによって、BGB 826条における過失責任のさらなる突破口を作った。ある弁護士が依頼者の死亡する前に適時に遺言を作成することを怠ったり、裁判所による検認に耐えないか、遺言者によって意図された結論をもたらさない遺言を立案した事例が、これについての好例を提供している。目的を達成しえなかった推定相続人たちの問題は、この者たちがその当事者になってはいないので、弁護士契約に依拠することはできず、故意が欠けているのでBGB 826条が彼らにとって何の役にも立たない点にある¹⁰¹⁾。この法状況は、その義務違反がサンクションのないままにとどまり、せいぜいその信用の失墜のことを憂慮しなければならないという結果でもって、実際に、その相続人にもたらされた受益にはいかな

⁹⁹⁾ RGZ 58, 24, 29 ff.

¹⁰⁰⁾ BGH (GS), BGHZ 164, 1, 5 ff. = NJW 2005, 3141; また, BGH (X. Zivilsenat), BGHZ 165, 311, 314 ff. も肯定的; これに対して批判的なのは, Wagner/Thole, NJW 2005, 3470.

¹⁰¹⁾ 無効と証明され、または適時に作成されなかった公正証書遺言の場合には、事実状況は同一であるが、法状況が異なる。すなわち、連邦公証人法 (BNotO) 19条によれば、公証人はBGB 839条を模倣した公的義務の違反に関する責任が生じるが、その保護範囲は公務の「関係人」に限定されることはなく、場合によっては、推定相続人のような第三者をも含んでいる; BGHZ 27, 274, 275; Hirte, Berufungshaftung, 1996, S. 84 を参照。

る種類の弁護士に対する請求権も成立しないという結果になるとすべきであろうか？ **BGH**はこの問いを否定し、推定相続人たちを弁護士契約の保護領域に含め、かくて法的財貨の侵害と純粋財産損害の間で区別をしない契約責任という避難所において救済をした¹⁰²⁾。イギリスの裁判所は、「ドイツの経験」を完全に評価することにより自らの結論に至ったが、しかし〔それは〕不法行為法という方法によってであり、ネグリジェンス (*negligence*) の構成要件を *Hedley Byrne* [事件] における原則の基礎へと拡張することによってであった¹⁰³⁾。

目的を達成しえなかった相続人は、BGB 826 条の領分を減縮し、適切な財産保護を提供するために契約責任を拡張するための裁判所の保護によって利益を得る唯一の人物ではない。もう一つの事例は、顧客の信用状態についての銀行の情報提供であり、BGB 675 条 2 項 (BGB 旧 676 条) においてはっきりと、他者に助言または勧告を与える者は損害賠償の責めを負わないと述べているにもかかわらず、**BGH** は確立した判例の中で、推断によって成立した情報契約を肯定し、銀行にまさに同様に損害賠償義務を負わせた¹⁰⁴⁾。裁判所は、BGB 826 条における故意の要件が存在しない場合にも、同じように手続を進めるであろうか？ 同じような問題は、不動産、企業またはさらに美術品の取引価値を過大に評価し、ないしは過大に評価したデータを提供し、したがってまさに依頼人ではなく、不動産、美術品または企業の取得者に財産損害を与えた不動産鑑定士、評価人 (*Wertgutachtern*) および公認会計士の責任を考慮して問題となる¹⁰⁵⁾。ここでもまた **BGH** は、第三者のために保護

¹⁰²⁾ *BGH* NJW 1965, 1955, 1956 f.; 1995, 51, 52; 1995, 2551, 2552; 1997, 2327, 2328; *MünchKommBGB-Gottwald*, Bd. 2, 4. Aufl. 2001, § 328 Rn. 134; 反対は, *Kegel*, FS Flume, Bd. I, 1978, 545.

¹⁰³⁾ *White v. Jones* [1995] 2 A. C. 207, 262 ff. (H.L.(E.) 1995); *Ross v. Caunters* [1980] Ch. 297, 302 ff. (1979); おそらく賛成は, *Zimmermann*, ZEuP 1996, 672, 676 ff.

¹⁰⁴⁾ *MünchKommBGB-Wagner* (Fn. 3), § 826 Rn. 55 ff. m. w. N.

¹⁰⁵⁾ この事例群につき, *MünchKommBGB-Wagner* (Fn. 3), § 826 Rn. 58 ff. m. w. N.

効を有する契約によって行動をしているが、裁判所が被告である専門家に、その契約の相手方、すなわち譲渡人に対して犯された詐欺を援用することを否定する場合には、やはりこの不法行為に近接した法律構成が意図されていることは、全く明らかである。自らが選んだアプローチのコンテキストにおいて、BGHはそのような抗弁を受け入れなければならないだろうが、裁判所はBGB 334条^(訳注6)を「推断的に排除された」と考えた¹⁰⁶⁾。

5. 優れた解決：他人の財産を保護するための社会生活上の義務

インフレ化した契約法、BGB 823条2項による保護法規を越えた断片的な財産保護および設立され稼働中の営業に関する権利で無理やり包摂したBGB 823条1項内での財産保護の飛び地からなる複雑な混在耕地は、メルテンズとともに他人の財産の保護のための社会生活上の義務を受け入れる用意ができていたのであれば、ある程度は一挙に片づけられてしまう¹⁰⁷⁾。この広範囲に及ぶ提案にとって決定的なことは、BGB 826条があまりにも狭すぎ、それゆえ判例は、純粹財産損害に関する過失責任を理由づけうるために、あらゆる手段を試みかつ見出したという——適切な——理解であった¹⁰⁸⁾。他人の財産の保護のための社会生活上の義務を受け入れることは、BGB 826条のためのあらゆる抜け道を余計なものとし、BGB 823条1項の枠内での不法行為による財産保護に確固たる地位を創り出すであろう。

しかし、単なる拡張された財産保護の必要性は、いまだ請求権基礎を創り出すわけではない。そのようなものとして、場合によってはBGB 823条2項が考慮されるかもしれないが、同条の機能はまさに、選り抜かれた財産保護

^(訳注6) BGB 第334条（第三者に対する債務者の抗弁） 諾約者は第三者に対しても契約上の抗弁を主張することができる。

¹⁰⁶⁾ BGHZ 127, 381, 385 ff.; 批判につき, *Canaris*, ZHR 163 (1999), 206, 220 ff.; *ders.*, JZ 1995, 441, *ders.*, JZ 1998, 603; *Hopt*, AcP 183 (1983), 608, 658 ff., 710 ff.; *Picker*, FS *Medicus*, 1999, S. 397, 400 ff.; *Schäfer*, AcP 202 (2002), 808, 827 f.

¹⁰⁷⁾ MünchKommBGB-*Mertens* (Fn. 24), § 823 Rn. 469 ff.

¹⁰⁸⁾ MünchKommBGB-*Mertens* (Fn. 24), § 823 Rn. 471 ff.

のために BGB 823 条 1 項による法的財貨の保護が補充されるという点にある¹⁰⁹⁾。実際ラーレンツは、**デレ** (*Dölle*) の祝賀論文集のための論攷において社会生活上の義務を BGB 823 条 2 項で基礎づけ、したがって裁判官による行態命令と立法による行態命令とを相互に等置するというアイディアを示したが¹¹⁰⁾、このアプローチを彼の教科書に受け入れることはしなかった¹¹¹⁾。しかし、**フォン・パール**はこのテーゼを彼の教授資格論文^{ハビリタチオニス・シュリフト}の中で掘り下げて検討し、裁判官法による保護法規としての社会生活上の義務を BGB 823 条 2 項の構成要件の中へと移した¹¹²⁾。かくしてそれは請求権基礎を入れ替えただけではなく、BGB 823 条 1 項の法的財貨の保護という制限をも脱して、その結果、他人の財産の保護のための社会生活上の義務を可能にした¹¹³⁾。

さて、BGB 823 条 1 項・2 項の間での社会生活上の義務のやりとりが、不法行為による財産保護の範囲を超えて決定できないということは、いまや明白ではなかろうか。この中心的な問題は、規範的に説得力のある形で回答がなされなくてはならず、概念(保護<法規>)および体系にかかる解釈体系上の作業によって解答されてはならない。これに対応して**メルテンス**は、BGB 823 条 2 項を財産に関する社会生活上の義務の基礎として解体することを全く真面目には試みず、彼の考えを全くあからさまに「記述にない 823 条 3 項」にもとづいて裏付けた¹¹⁴⁾。方法論的正当性のためのこの告白もまた、他人の財産の保護のための社会生活上の義務に対する中心的な異議をいづれにせよ取り除くことはできない。すなわち、**フォン・ケメラ**が、彼の、裁判官によって展開された社会生活上の義務の適切な分析を、われわれは「そ

¹⁰⁹⁾ *Canaris*, FS Larenz II (Fn. 43), S. 27, 47 ff.; *Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. 431 f.; *MünchKommBGB-Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 319.

¹¹⁰⁾ *Larenz*, FS Dölle (Fn. 21), S. 169, 189 ff.

¹¹¹⁾ *Larenz* (Fn. 21), S. 611 ff.; さらに、*Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. 405 を Fn. 119 とともに、ならびに前掲注 20) 以下も参照。

¹¹²⁾ *von Bar*, *Verkehrspflichten*, 1980, S. 415 ff.

¹¹³⁾ こう述べるのは、*von Bar* (Fn. 112), S. 204 ff.; 同じく、*K. Huber*, FS von Caemmerer (1978), S. 359, 377 ff.

¹¹⁴⁾ *Mertens*, AcP 178 (1978), 227, 231 ff.

れによって他人の損害を回避するために全ての人が合理的に期待されなくてはならない注意が払われなくてはならないという一般条項をドイツ法にも持つに至ったのかもしれない」という言及によって結ぶならば¹¹⁵⁾、はじめから誤解であった。一般条項への言及は、すなわち判例が BGB 823 条 1 項の法的財貨にかかる社会生活上の義務を放棄し、または単に緩和するにすぎないときには示唆的であろう——そしてまさにこれはこの事例ではない。裁判所は徹頭徹尾、財産は BGB 823 条 1 項の保護法益ではないという原則を堅持しており、一度も他人の財産の保護のための社会生活上の義務を立ててはいない¹¹⁶⁾。社会生活上の義務は、危険のコントロールの可能性を持ち、危険源について責任を負った者に注意義務を課することによって、危険状況における法的財貨の保護を保障する機能を有している。BGB 823 条 1 項における列举された法的財貨のカatalogの拡張ないし無視とは、何一つ関係するところはない。

またドイツ不法行為法のコンセプトと体系を完全に破壊することなしに、人がどのようにして財産を BGB 823 条の保護範囲へ含めうるかも認識されえない¹¹⁷⁾。したがって、第二委員会が今日の BGB 826 条を多かれ少なかれ無反省に故意行為に限定したということを非常に後悔しなければならないとしても、この過ちが財産を事実上 BGB 823 条 1 項の法的財貨に関する構成要件へこっそりと挿入することによって修正されてはならない。

6. 不法行為による財産保護の展望

このような冷静な所見によれば、不法行為による財産保護の展望には何が残っているか？

一つには、ドイツ法における財産の保護は、第一次的には立法者の任務で

¹¹⁵⁾ von Caemmerer, FS DJT II (Fn. 8), S. 80 (強調体は原文による)。

¹¹⁶⁾ RGZ 51, 92, 93 以来の確定判例；MünchKommBGB-Wagner (Fn. 3), § 823 Rn. 176 m. w. N. を参照。

¹¹⁷⁾ MünchKommBGB-Wagner (Fn. 3), § 823 Rn. 177 f.

あるという認識。もしこのことが意識されていなかったとしても、裁判所を優先するが、しかし議会には最終的な決断を委ねるという判例と立法の間の任務の分配はうまく行った。これについての古典的な例はカルテル法であり、**RG** は著名な**ベンラート・ガソリンスタンド事件** (*Benrather Tankstellenfall*) においてなお BGB 826 条にとどまらなければならない¹¹⁸⁾、それは立法者が 1957 年までに自ら行動するようになり、市場支配力の濫用によって損害を受けた個人の損害賠償請求権を競争法（以下「GWB」とする。）の中に（今日の GWB 33 条以下参照）規律するまでであった。最近では全くよく似た展開が資本市場の領域において明らかに見られる。すなわち、**BGH** には、各役員
の虚偽のアド・ホックな情報の結果として *Infomatec AG* といわゆる新市場のその他の企業が倒壊したことを理由として提起された損害賠償請求訴訟の処理に際して、BGB 826 条を援用する以外には残されてはいなかった¹¹⁹⁾。その限りにおいて **BGH** は、ミュンヘン高等裁判所が述べたように¹²⁰⁾、投資にはリスクがともなうという性格は意図的な詐術および他者のぼったくりに対する認可状ではないということ、BGB 826 条にとっては当然未必の故意 (*dolus eventualis*) で十分であり、本条はその他の点では加害者がその被害者を加害行為の前に識別・特定しているということは必要とはしていない¹²¹⁾ ということを正当にも明らかにした。この賛成に値する明瞭化にもかかわらず、連邦政府が虚偽の資本市場に関する枠組みについて、責任の法律上の規律を求める場合には歓迎されなければならないので、BGB 826 条にもとづく責任は、極端な事例を前提に作られているにとどまる¹²²⁾。もしこの規準が現実化

¹¹⁸⁾ *RGZ* 143, 342；これにつき、*Behrens*, in: *Kötz/Schäfer*, *Judex oeconomicus*, 2003, S. 78 ff. m. w. N. 参照。

¹¹⁹⁾ *BGH NJW* 2004, 2971; *NJW* 2004, 2664 sowie 2668；この3つにつき、*Fleischer DB* 2004, 2031.

¹²⁰⁾ *OLG München, NJW* 2003, 144.

¹²¹⁾ *BGH NJW* 2004, 2971, 2972 ff.; *MünchKommBGB-Wagner* (Fn. 3), § 826 Rn. 63.

¹²²⁾ 「資本市場情報責任法 (KapInHaG)」の最初の、再び撤回された草案を参照。これは *NZG* 2004, 1042 に採録されている。

されるならば、再びもう一度 BGB 826 条の事例群が一つの特別法へと再編成されるであろう¹²³⁾。

立法者の本来の領分は、もちろん BGB 823 条 2 項による保護法規違反に関する責任である。後者は、規制を徹底しあるいは過剰な規制さえなされた社会という枠組条件の下で、財産保護に対する顕著なレベルを保障するという性格を有する。たしかに法律自体が保護的性格を明示的には示していない——一例は有価証券取引法（以下「WpHG」とする。）旧 15 条 6 項 1 文（同様に WpHG 新 15 条 6 項 1 文）¹²⁴⁾——とか、旧証券取引所法（BörsG）88 条の事例におけるように¹²⁵⁾、立法資料の中にこの規範は保護法規ではないと述べられていることが見られるが、こうしたケースは稀である。通例は、自律的にある法規の保護法規の性格について判断することは、判例に委ねられている。BGH は、そこにある責任を全く意識し、確立した判例の中で BGB 823 条 2 項による規範の侵害に結び付けられた責任は「損害賠償責任法の全体システムに照らして受容できる」と思われると定式化した¹²⁶⁾。この意識的に几帳面なアプローチは極めて正当であるが、BGH が控えめに頻繁にそれを誇張しているかどうかは疑問である。ある最近の事例は建設業者に関わるものであり、業者は、ただちに道路工事作業を開始することができるように、管轄庁によるその旨の授権にもとづいて停車禁止看板を設置した。もし停車の禁止が道路沿いの住人によって無視され、道路工事に必要な空間が自動車によって占拠されたならば、建設業者は遅延によって被った、わずかとは言いがたい経済損失の賠償を、誤って停車をした者に請求しうるかどうかという問題が出てくる。もし道路交通令（以下「StVO」とする。）12 条 1 項 6 a 号、

¹²³⁾ BGB 826 条の事例群の移り変わりについては、MünchKommBGB-Wagner (Fn. 3), § 826 Rn. 42 aE.

¹²⁴⁾ これにつき、BGH NJW 2004, 2665, 2665.

¹²⁵⁾ BVerfG NJW 2003, 501, 502; BGH NJW 2004, 2664, 2665 (BT-Drs. 10/318, S. 45 f. への言及あり).

¹²⁶⁾ BGHZ 66, 388, 390; 106, 204, 207; MünchKommBGB-Wagner (Fn. 3), § 823 Rn. 318, 343.

同 45 条が保護法規と性格付けられるのであれば、このことが当てはまるかもしれない。今や StVO は一体として交通の円滑だけではなく、交通の安全とかくして生命、身体および所有権に対する損害の回避にも奉仕している¹²⁷⁾。しかしこれら全ては建設業者には何の役にも立たない。けだし、BGH の見解によれば純粋財産損害は StVO の実質的保護範囲の外にあるからである¹²⁸⁾。たしかに StVO の保護領域へ財産的利益を包括的に取り込むことは考えられない。けだし、そうでなければ、あるアウトバーンの上の交通事故の原因者は、事故現場の後ろに渋滞したたくさんのドライバーに生じる不利益について責任を負うからである。StVO 12 条 1 項 6 a 号という特殊な事例においていずれにしろ、なぜ BGH が交通法規を明らかに無視し、このような状況を考慮しないやり方で彼独自の都合に譲歩し、かくして第三者に——建設業者に——対してこの者は看板によるのとは異なり、保護されえない損害を与えた者を保護したのかが問題となる。

判例は、また学説からの要求の言いなりになることはなく、BGB 826 条における故意と良俗違反への要求を先鋭にしたといわれる¹²⁹⁾。良俗違反というメルクマールは、社会倫理的な非難可能性とは関連せず、むしろ潜在的に能動的事件適格を持つ個人の無限定のサークルに対する果てない責任、アメリカの裁判官カードーゾ (Cardozo) の意味における「限りない金額での、限りない期間にわたる、限りない人々に対しての責任」を回避することによって純粋財産損害の賠償を適切に限定することのみに奉仕する¹³⁰⁾。故意要件が要求されていることも民法学説においては時折過大評価されており、その際に、

¹²⁷⁾ BGH NJW 1983, 1326; 1991, 292.

¹²⁸⁾ BGH NJW 2004, 356, 357 f.; LG München I, NJW 1983, 288; 異説は, AG Waiblingen, NJW-RR 2002, 895 f.

¹²⁹⁾ Larenz/Canaris (Fn. 31), S. 454 f.; Honsell, JuS 1976, 621, 628; ders., FS Medicus, 1999, S. 211, 215 f.

¹³⁰⁾ *Ultramares Corp. v. Touche*, 225 N. Y. 174 = 174 N. E. 441, 444 (1931 Cardozo, C. J.) は、審査した企業の与信者に対する経済審査の責任を考慮する。良俗違反要件の機能的解釈についての詳細は, MünchKommBGB-Wagner (Fn. 3), § 826 Rn. 10 ff.

故意が害意を要求してはならず、現代の刑法上の理解によれば損害惹起の可能性の認識よりもわずかに多くしか要求してはいないということが看過されている¹³¹⁾。

難問を強引に解決するであろう優れた解決策は、立法者だけが提供することができるのであろうか。そのために文言の訂正は、すなわち BGB 826 条における「故意による」の文言の削除あるいは「又は過失による」の挿入で十分であろうか。もちろんこれによって特別不法行為法との内部的な調和は樹立されよう。けだし UWG 3 条によっても、GWB 33 条によっても純粹財産損害に対する責任は、公正な業績競争 (Leistungswettbewerb) の規律に対する故意による侵害に限定されないからである。

V. 危険責任

1. BGB の過失責任ドグマ

BGB 不法行為法の創造者としての第二委員会は、今日の BGB 833 条 1 文の動物占有者の責任をひとまず度外視するならば、例外なく過失責任主義を堅持すべきことを自負していた。過失責任主義は「より高次の文化的発展の結果」であり、「その中で個人がその個性を展開することが許される個人の権利領域の識別にとって決定的な意味をもつ」という¹³²⁾。——この言葉は聞こえは良いが、既に 19 世紀末の経済的・社会的現実には適合していなかった。労働災害は既に当時政治的に爆発するに至るまで切迫した問題であり¹³³⁾、鉄道は既に当時危険責任にもとづいて営業され、フォン・サヴィニー (von Savigny) が導入したよりもわずかではなかった¹³⁴⁾。それにもかかわらずイェーリング (Jhering) が 1868 年に、損害が賠償を義務づけるのではなく、

¹³¹⁾ 詳細は、MünchKommBGB-Wagner (Fn. 3), § 826 Rn. 19 ff.

¹³²⁾ Prot. II (Fn. 6), S. 569.

¹³³⁾ Stolleis, Geschichte des Sozialrechts, 2003, S. 52 ff.

¹³⁴⁾ Baums, SZGerm 104 (1987), 277; さらなる論証は、MünchKommBGB-Wagner (Fn. 3), vor § 823 Rn. 16.

有責性(のみ)がである¹³⁵⁾と、影響力のある形で指摘したならば、その他の場合には非常に「実生活に即し」ている法律家が、時代の兆候を大きく誤解していた¹³⁶⁾。したがって、フォン・ギールケ(von Gierke)は非常に激しくBGBに対する批判を展開した。すなわち、「損害賠償の全体秩序が不法行為概念の上に組み立てられるべきだとするのであれば、私法の社会的任務を見誤っている」。けだし、「権利侵害の原因者に独自の過失を負わせたくないとしても、被害者にはもっと責任はないからである」¹³⁷⁾。個人は、彼の財産の特別な危険性によって他者に生じた損害について責任を負わなくてはならない、そうでなければ「同胞を危険にさらす所有物からのあらゆる利得を、これに対応するリスクを負うことなしに、享受することが許容されてしまうことになるだろう」という¹³⁸⁾。

2. 立法者の活動

BGBの批判者は、全面的に正しいことが認められている。けだし、立法者は、彼が特別法の上に特別法を重ねたことによって、たとえ一步一步であれ、その要求にしたがったからである。かくして危険責任はさらに債務法の教科書の中に取り込まれはしたが、さらにそれ以上に特別文献の類を各特別法について確立し、それについての出版物が、それぞれの資料の実際の意義と、かくしてその都度の生じる事故の頻度と重大さによって左右される。以下では解釈論上および実務上もっとも重要な危険責任の領域のみが言及される。完全な記録と情報を求める者は、それを例えば前述のガイゲル原著の損害賠償責任訴訟についての解説書の中に見出す¹³⁹⁾。

¹³⁵⁾ von Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht (1867), in: ders., Vermischte Schriften juristischen Inhalts, 1879, S. 155, 199.

¹³⁶⁾ Diederichsen, in: Behrends (Hrsg.), Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken, 1993, S. 37, 65.

¹³⁷⁾ Gierke (Fn. 5), S. 33.

¹³⁸⁾ Gierke (Fn. 5), S. 33.

¹³⁹⁾ Geigel (Fn. 13), Kapitel 22 bis 32.

危険責任についての特別法は——前述のごとく——プロイセンの鉄道事業者に関する法律の25条によって皮切りとされるが、それによれば鉄道事業者は「軌道による輸送に際して」生じた全ての人的・物的損害の賠償を義務づけられた。この規律は1871年の帝国損害賠償責任法にとってのひな型となり、今日、損害賠償責任法（以下「HPflG」とする。）1条の中に見ることができる。この法律についての標準的な注釈書はBeckから出されており、**フィルトハウト**（*Filthaut*）の信頼できる著述の中に見ることができる¹⁴⁰⁾。

1908年に自動車所有者の負担になる危険責任が初めて導入された。「自動車の運行に際して」生じた人的・物的損害についての自動車所有者の損害賠償請求権についての自動車交通法（以下「KraftVG」とする。）7条における当時の規律は、今日道路交通法（StVG）7条の中に見出される。道路交通法についての標準的な解説書は、**RG**付き弁護士**フレーゲル**（*Floegel*）の原著にかかり、彼はその労作の第3版の序文において「1つの民族、1つの意思、1つの法！」と述べている¹⁴¹⁾。——第二次大戦後初めての——1953年の第8版に対する序文において、注釈書の新たな編者、退官した大審院顧問官**ハルトウング**（*Hartung*）は、「ロシアの強制収容所」での**フレーゲル**の死について読者に情報を与えている¹⁴²⁾。注釈書が一時**ヤグツシュ**（*Jagusch*）によって担当された後に、多年にわたって**ヘンツェル**（*Hentschel*）がそれに関して責任を持った。最近の第38版は2005年に出されており、ほとんどの他のBeckの『小コンメンタール（Kurz-Kommentaren）』と同様に、きわめて大部のものになっており、すなわち辞典判で1600頁超である¹⁴³⁾。注釈書の構成に関しては、責任法は叙述の最後から完全にはじめの位置に置かれている。この変化の中に道路交通事故の著しい数の増加、人々の絶え間ないモトリゼーションの進行および交通量の著しい増加にもとづいた増大も反映している。

¹⁴⁰⁾ *Filthaut*, HPflG, 6. Aufl. 2003.

¹⁴¹⁾ *Floegel*, Straßenverkehrsrecht, 3. Aufl. 1935. S. III.

¹⁴²⁾ *Floegel/Hartung*, Straßenverkehrsrecht, 8. Aufl. 1953. S. III.

¹⁴³⁾ *Hentschel*, Straßenverkehrsrecht, 38. Aufl. 2005.

したがって、ハルトウングが道路交通法の1954年の第9版についての序文の中で「いまだなお進歩している道路交通のモトリゼーション」に不平を述べているとすれば、ほとんど微笑を禁じ得ない¹⁴⁴⁾。振り返ってみると、1954年のドイツの道路状況は純粹に牧歌的であったように思われる。

あらゆる変化にもかかわらず、道路交通事故法の重要問題は、過去70年において広く変わるところはなかった。既にフレーゲルは、KraftVG 7条の解説において、法的財貨の侵害が自動車の「運行に際して」生じさせられなくてはならないという要件と取り組み、この要件を機械技術に注目した見解と交通技術に注目した見解の間で正当に意識して判断することがなかったRGの判例を叙述した¹⁴⁵⁾。ヘンツェルの場合はもちろんこの問題ではさらに多くの資料を取り扱ったが、「自動車の運転に際してのまたはその結果という侵害、より詳細に言えば、運転過程との時間的・場所的関連性または自動車の運行構造」であると定式化されるならば¹⁴⁶⁾、危険責任の限界は明確にはならない。法適用者にとっては、この定式ではうまくゆかない。引用された定式の中で見過ごされている「静止的な交通」の問題は、ついこの間、全く想定しなかった関連において、再び話題となった。すなわちBGHは、子供と適切に駐車された自動車との衝突にBGB 828条2項を拡張することを退け、かくしていずれにせよこの責任の優遇の枠内で機械技術に注目した見解へと立ち返った¹⁴⁷⁾。

1943年に当時のライヒ損害賠償責任法の中に、工場施設の操業者の危険責任による責任法的な環境保護にとってのモデルになるべき一つの規定が挿入された¹⁴⁸⁾。今日のHPfIG 2条の中に含まれた規律によると、エネルギー施設

¹⁴⁴⁾ *Floegel/Hartung*, Straßenverkehrsrecht, 9. Aufl. 1954. S. III.

¹⁴⁵⁾ *Floegel* (Fn. 141), § 7 KraftVG Anm. 3 a.

¹⁴⁶⁾ *Hentschel* (Fn. 143), § 7 StVG Rn. 10; また、a. a. O. Rn. 5 a ff. も参照。

¹⁴⁷⁾ *BGHZ* 161, 180, 183 ff.; *BGH NJW* 2005, 356.

¹⁴⁸⁾ これにつき、*MünchKommBGB-Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 624 f. による概観を参照；*Wagner*, in: *Handwörterbuch des Umweltrechts I*, 1994, Stichwort *Haftung*.

の保有者は「電気、ガス、蒸気又は液体の作用によって」生じた人的・物的損害について責任を負う。1957年の水利規制法（以下「WHG」とする。）の施行以来、物質の製造、加工、運搬、貯蔵または管送のために指示された施設の保有者もまた同様の義務を負い、WHG 22条2項によれば、施設の物質が水域——これには河川、小川、湖沼および海だけでなく地下水も含まれる——に流出し、それによって損害が生じた場合には、それについて責任を負う。さらにWHG 22条1項は、ある施設の操業から独立した危険責任を、水域へ水質を他人に損害が出る態様で変更する物質を投入または放流した者の不利益に定めている。この構成要件は、たしかに実務上極度に大きな役割を演じているわけではないが、理論的解釈学的見地からはそれほど過小評価されてはならない。なぜなら、ここでは厳格責任は技術的な危険源の保有に対する結び付きから解放されて、原理的には誰によってもなされうであろう危険な行為の上に拡張されているからである。この活発さに対応して、この規定は債務法の学説において議論がされている¹⁴⁹⁾。最近のWHGの叙述は、**チヒョヴスキー＝ラインハルト** (*Czychowski/Reinhardt*) の注釈におけるBeckの図書の中に見出される¹⁵⁰⁾。

危険責任による環境保護は、1991年1月1日の環境責任法（以下「UmweltHG」とする。）の施行によって、一時的に頂点に達した。この法律は、環境を脅かす施設の保有者に、いわゆる通常操業にもとづく損害の場合にも無過失責任を課し(UmweltHG 1条)、はじめて法律上の因果関係の推定を導入し(UmweltHG 6条)、被害者に許認可庁だけでなく施設操業者に対しての、また同様にその逆の情報請求権を挿入し(UmweltHG 8-10条)、そして最後に、一定の危険な施設に責任準備金を義務づけた(UmweltHG 19条)。この革新に鑑みれば、UmweltHGが豊富な注釈を——まさにC H. Beckの

¹⁴⁹⁾ *Larenz*, VersR 1963, 593, 603; *ders.* (Fn. 21), S. 731 ff.; しかし今や, *Larenz/Canaris* (Fn. 31), S. 631 ff. は異なる; *Medicus* (Fn. 23), Rn. 896 も参照。

¹⁵⁰⁾ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 8. Auflage 2003.

図書の中にも——生み出したことは¹⁵¹⁾、驚くにはあたらない。しかし、実務は法律に追いつかなかつた。けだし、その施行の14年後、**サリエ** (*Salje*) は彼の注釈書の第2版においてたった4件の裁判所の裁判しか報告することができず、1件のみがBGHに由来し、かつ全くほとんど劇的でないケースに関連しているからである¹⁵²⁾。強制保険および損害賠償責任保険からもそのような気配が見えている。けだし、UmweltHG 20条による義務付けの手段のために命じられた責任準備金は、今日まで抛出されてはおらず、UmweltHG 19条1項の事故処理令 (Störfall-Verordnung) の指示が連邦イミシオン防止法 (BImSchV) 12条の改正によって御破算になった後は、おそらくまたもはや命じられえないからである¹⁵³⁾。この所見は、無条件に気を揉ませるようなものではなく、ひょっとしたら環境を脅かす施設が、ドイツにおいてその間にどれだけ安全になったかしか示してはいない。

2007年4月30日までに国内法化されなくてはならないECの環境責任指令は、もっぱら狭い意味での環境損害、ドイツの解釈学におけるいわゆる生態損害の防止と修復を取り扱っている¹⁵⁴⁾。それはUmweltHGにもとづく責任を全く手付かずに行っている。けだし同指令の3条3項によれば、「私人たる当事者は、本指令によって環境損害又はそのような損害の直接的な危険にもとづく損害賠償請求権を有するものではない」からである。同指令の3条1

¹⁵¹⁾ *Rehbinder/Hager*, Kommentar zum UmweltHG, in: *Landmann/Rohmer*, GewO, Bd. III; *Salje*, UmweltHG, 1. Aufl. 1993; さらに, *Landsberg/Lülling*, Umwelthaftungsrecht, 1991; *Schmidt-Salzer*, Umwelthaftungsrecht, 1992; *Paschke*, Umwelthaftungsgesetz, 1993 参照; また, *G. Hager*, NJW 1991, 134; *Wagner*, VersR 1991, 249 も参照。

¹⁵²⁾ *Salje/Peter*, UmweltHG, 2. Aufl. 2005, §§ 1, 3 Rn. 139 ff.; また, *Salje*, VersR 1998, 797 も参照。

¹⁵³⁾ *Salje/Peter* (Fn. 152), § 20 Rn. 2, § 19 Rn. 6 ff.

¹⁵⁴⁾ Richtlinie 2004/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden vom 21. April 2004, ABl. EG L 143/56; これにつき, *Wagner*, VersR 2005, 177. [環境責任指令は, 2007年5月10日の環境損害法 (Umweltschadensgesetz) として既に国内法化されている。]

項は、特に危険な活動のみを、とりわけ、しかしそれだけでないが、環境を脅かす施設の操業を考慮して危険責任の帰責原理に従っているが、他方でその他の点では過失責任にとどまっている¹⁵⁵⁾。同指令は公的な環境行政法のコンテクストにおいて国内法化されることが予定されており、例えば UmweltHG を当局の有利に補充することは予定されていない^{155a)}。

3. 改善の試み

19世紀の転換期に述べられたギールケの批判をエッサーは1940年代の終わりに再び取り上げ、既に述べた『危険責任の基礎と展開』についての彼のモノグラフィーの中で深めたが、それはこの法制度の強化のための燃え上がるような擁護とされている¹⁵⁶⁾。エッサーが過失責任をリベラルで自由な社会のコロラリーとして特徴づけることによって¹⁵⁷⁾、そしてこうするのは後者に分配的正義の樹立に向けられた危険責任を対立させるためにであるが¹⁵⁸⁾、この労作は特別な注意を得た。危険責任は、「社会的にここで割り当てられた者による、一定の必然的なリスクを回避すること〔による〕……一つの社会保護の方法」であり¹⁵⁹⁾、それは「人は自らが享受している特別の権利について、ここから生じた不利益を引受けることによって責任を負わなければならない」という「根本的見方」によっている、という¹⁶⁰⁾。

このような観点が危険責任では一定の役割を演ずるということに何人も異論をさしはさまないであろうにもかかわらず、エッサーがその言説の名宛人を挙げなかったことに帰せられるのは何かについて、この本の影響力はたし

¹⁵⁵⁾ Wagner, VersR 2005, 177, 180 参照。

^{155a)} Regierungsentwurf eines Umweltschadensgesetzes, BT-Drs. 16/3806, S. 7 ff. を参照。〔なお、注154)も参照。〕

¹⁵⁶⁾ Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. unveränderte Aufl. 1969; Gierke (Fn. 5), S. 16 f. からの引用を参照 (S. III)。

¹⁵⁷⁾ Esser (Fn. 156), S. 51.

¹⁵⁸⁾ Esser (Fn. 156), S. 80 ff.

¹⁵⁹⁾ Esser (Fn. 156), S. 90.

¹⁶⁰⁾ Esser (Fn. 156), S. 97.

かではない。彼が立法者を危険責任の方向に責任法の改革へと促すために立法者を対象としたのか、あるいは判例を、社会生活上の義務の過度の強調による「民法上の不法行為概念のさらなる解体」をやめて¹⁶¹⁾、その代わりに危険責任を拡張するように促そうとしたのかは、なお明らかではない。もし後者が**エッサー**の意図であったとしたならば、成果は認められない。けだし、**BGH**は常に、危険責任の構成要件は、明らかにそれに含まれないような危険源への類推適用には耐えないという、確立した**RG**の判例に従っているからである¹⁶²⁾。**BGH**は、当時多くの論者によって法創造の権限をこの領域においても利用することが要請されていたにもかかわらず¹⁶³⁾、1960年代および70年代を越えて、この立場を保持し続けてきた。特にこのような理由から、**エルヴィン・ドイチュ** (*Erwin Deutsch*) は、「一つの拒絶反応過程の歴史 (Die Geschichte eines Abstoßungsprozesses)」というタイトルでの危険責任についての**BGH**の判例の回顧を行った¹⁶⁴⁾。

振り返ってみると、判例の強欲さに関していくらかの理解を見出すようになる。危険責任の領域における類推適用を伴ったオーストリア法の経験は、迷いを覚ます。類推による責任の基礎付けがオーストリアでは適法と考えられているにもかかわらず¹⁶⁵⁾、〔オーストリアの〕**最高裁判所** (以下「**OGH**」とする。)はこの道をほとんど一度も歩んではない¹⁶⁶⁾。このことは驚くには当たらない。けだし、もし立法者が陸上の乗り物が軌道の上を走るか、道路の上を走るかによってこれを2つの異なる危険責任の規律に服させるのであ

¹⁶¹⁾ *Esser* (Fn. 156), S. 106, 23 ff.

¹⁶²⁾ *RGZ* 78, 171, 172; 99, 96, 98 f.; 147, 353, 355 f.; *BGHZ* 55, 229, 234 = *NJW* 1971, 607, 608 f.; *BGHZ* 63, 234, 237 = *NJW* 1975, 117, 118; *BGH VersR* 1958, 194; *NJW* 1960, 1345, 1346; *NJW* 1993, 2173, 2174.

¹⁶³⁾ *Kötz*, *Gefährdungshaftung*, S. 1785 ff.; *ders.*, *AcP* 170 (1970), 1, 41; *Deutsch*, *VersR* 1971, 1, 2 ff.; *von Caemmerer*, *Reform der Gefährdungshaftung*, 1971; S. 19 ff.; *Will*, *Quellen erhöhter Gefahr*, 1980, S. 277 f.

¹⁶⁴⁾ *Deutsch*, *FS 50 Jahre BGH*, Bd. I, 2000, S. 675 ff.

¹⁶⁵⁾ *öOGH JBl.* 1993, 113, 114; *Koziol*, *FS Wilburg*, 1975, S. 173 ff.

¹⁶⁶⁾ *Canaris*, *JBl.* 1995, 2, 10 ff. m. w. N.による概観を参照。また、*öOGH JBl.* 1993, 113, 114; *JBl.* 1996, 446, 449 も参照。

れば(HPfIG 1条, StVG 7条), **BGH** は川船¹⁶⁷⁾ またはスキー・リフトを堂々と一方でも他方でもない規律に服させなくてはならないからである¹⁶⁸⁾。例えば, 1700 頭以上の豚または 500 以上の養豚場を保有する施設は危険責任に服させられるが, 1699 頭の豚または 499 の養豚場を保有する施設はそうではないのであれば, とりわけ類推の問題性が, UmweltHG 1条の別表1による環境を脅かす施設のカatalogの全く恣意的な線引きに際して明らかになる¹⁶⁹⁾。

国際的な比較においては, 包括的類推¹⁷⁰⁾ または危険責任法上の一般条項という優先に値するモデルでさえ, 増加しているというよりもむしろ後退しているように思われる¹⁷¹⁾。「**ライランズ対フレッチャー (Rylands v. Fletcher) のルール**」で厳格責任の一般条項へ向かってまっしぐらに突き進んでいたイギリス法は反対の展開をし, 無過失責任を事実上隣接法という隅へと追い出した。最後に, フランス法は, たしかに民法 1384 条 1 項でそのような一般条項を自由に使えるが, **監督者責任**が, 具体的な損害をはらんだ対象が特別な危険の源とみなされなくてはならないかどうか完全に全くかわりなく, あらゆる事件について妥当し, その結果, 物の所有者の責任と危険責任とは, 部分的かつ偶然に完全に一致するにすぎない。反対に — あるいはそれどころか, したがって — フランス法は危険責任の本来の領域における特別法による責任の規律を免れてはおらず, そこでは交通事故に際しての損害填補についてのいわゆる「バダンテール法」がはるかに大きな意味を与えられた¹⁷²⁾。した

¹⁶⁷⁾ 航空機および陸上の乗り物について妥当する危険責任の構成要件をモーターボートへ類推適用することに反対するのは, *öOGH ZVR* 1986/59, 153.

¹⁶⁸⁾ スキー・リフトにつき, *BGH NJW* 1960, 1345, 1346 = *VersR* 1960, 642, 並びに *öOGH SZ* 39/69.

¹⁶⁹⁾ *MünchKommBGB-Wagner* (Fn. 3), Vor § 823 Rn. 23, また, *Salje/Peter UmweltHG*, 2. Aufl. 2005, §§ 1, 3 Rn. 45 gg) Nr. 64 も参照。

¹⁷⁰⁾ これにつき, *öOGH JBl.* 1996, 446, 449; 詳細は, *Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht*, Bd. II, 1984, S. 577 ff.

¹⁷¹⁾ 以下につき詳細は, *Wagner*, in: *Zimmermann* (Fn. 3), S. 277 ff.

¹⁷²⁾ これにつき, *Wagner*, in: *Zimmermann* (Fn. 3), S. 284 ff.; *von Bar, VersR* 1986, 620.

がって立法者の「助け」なしには、危険責任はどこにも出てはこない。イギリスの裁判官ゴフ卿 (*Lord Goff*) は、この考えを以下の言葉で述べた。

「私は、一般的なルールとしては、高度なリスクの作用に関して、厳格責任は、裁判所よりもむしろ議会によって課されるのが適切であるとの意見に傾いている。このような責任が制定法によって課される場合には、重要な行為が特定されうるし、関係者はそれがどこに成立するのかを知りことができる。さらに制定法は、適切どころでは、そのような責任の成立と範囲を設定するための、詳細な基準を示すことができる。」¹⁷³⁾

VI. 製造物責任

1. 契約と不法行為の間の製造物責任

製造物責任は、契約責任、不法行為責任および危険責任の間の定義の困難なグレーゾーンの中に位置づけられている。たしかに既に **RG** は、より多くの裁判の中で、商品製造者に不法行為にもとづいて損害賠償を命じてきたし¹⁷⁴⁾、また **BGH** はこの判例を引き継いできた¹⁷⁵⁾。しかし戦後に初めて、そして裕福さが成長するとともに、学説上製造物責任の正しい位置付けをめぐる議論が沸き上がった¹⁷⁶⁾。一時的な頂点は、1968年の第47回ドイツ法曹大会の民法部会であったが、それはジミティス (*Simitis*) の鑑定意見によって準備がなされ¹⁷⁷⁾、これに対してまた、その1年前に公表されたディーダリク

¹⁷³⁾ *Cambridge Water Co. v. Eastern Counties Leather Plc.* [1994] 2 A. C. 264, 305 (H. L. (E.) 1993, per Lord Goff of Chieveley).

¹⁷⁴⁾ *RGZ* 87, 1 - *Brunnensalz*; 163, 21, 25 f. - *Bremsen I*; *RG DR* 1940, 1293 - *Bremsen II*.

¹⁷⁵⁾ *BGH VersR* 1953, 242 - *Speiseöl*; *VersR* 1956, 625 - *Karusell*; さらなる論証は、*MünchKommBGB-Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 548。

¹⁷⁶⁾ それは、*W. Lorenz*, *FS Nottarp*, 1960, S. 59 ff. によって同じく提案された。

¹⁷⁷⁾ *Simitis*, Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch richterliche Fortbildung des Rechts geordnet werden? In welchem Sinne?, in: *Verhandlungen des 47. DJT*, Bd. I, 1968, S. C 1 ff.

セン (Diederichsen) の『商品製造者の責任』に関する教授資格論文が先行していた¹⁷⁸⁾。

ディーダリクセンは、包括的な比較法的、法社会学的かつ法理論的な考察によって、契約の相対性 (vertragliche Relativitätsprinzip) は移転されず、契約的な基礎にもとづく製造物責任の再構築をかくて排除するという結論に至った¹⁷⁹⁾。しかし不法行為法もまた、彼の見解によれば、問題の解決にとっては不適切であることが判明した。けだし、BGB 823 条の個人主義的な行為概念は、現代の大量生産の分業に向けられたプロセスには適合せず、さらに、商品の欠陥についての製造者の一般的な責任は、BGB 831 条 1 項 2 文の中で履行補助者責任について予定された免責証明のゆえに、不法行為法では理由づけられてはならず、過失責任もまた、いわゆるアウスライサー (不良品)、したがってそのよりわけが製造者にはどんなに努力をしてみても不可能である一連の欠陥品も捕捉しえないからである、という¹⁸⁰⁾。最後にディーダリクセンは、危険責任をも彼の考察領域から排除する。なぜなら工場生産された製造物が、ことごとく「高度化した危険の源」とは決してみなされてはならないからである¹⁸¹⁾。彼は問題の解決をむしろ信頼原則で基礎づけられ、かつかくして契約—不法行為の二分法の外に位置づけられた欠陥・危険のある製造物の結果についての法律上の保証責任に見た¹⁸²⁾。販売の関連性を越えた製造者に対しての実体的に関連した最終消費者の権利の実現は、複数の相互に連結された売買契約という瑕疵担保法上の土台によって正当化される。

この考察は、よく知られているように、普及するには至らなかった。ジミティスは、彼の鑑定意見においてこれに従うことはせず、不法行為による解

¹⁷⁸⁾ Diederichsen, Die Haftung des Warenherstellers, 1967. [本書の紹介として、植木哲「ディーダリクセン著『商品製造者の責任』」民商法雑誌 62 卷 6 号 (1970 年) 147 頁がある。]

¹⁷⁹⁾ Diederichsen (Fn. 178), S. 90 ff.

¹⁸⁰⁾ Diederichsen (Fn. 178), S. 49 ff., 81 ff., 187 ff.

¹⁸¹⁾ Diederichsen (Fn. 178), S. 194, 200 ff.

¹⁸²⁾ Diederichsen (Fn. 178), S. 297 ff., 347 ff.

決を選び、立法者によって導入されなくてはならない危険責任を補充した¹⁸³⁾。またそのようになった。第6民事部は、**鷄ペスト**裁判において全ての契約的または準契約的な解決の試みを拒絶し、製造物責任を当時の実定法の基準にしたがって不法行為法にもとづいて確立した¹⁸⁴⁾。それに引き続いて、そこから堂々とした裁判官法の建造物が成立し、それは BGB 831 条をそこで予定された免責の可能性を含めて完全に排除し、企業責任としての製造物責任を BGB 823 条 1 項にもとづいて展開した¹⁸⁵⁾。今日では、不法行為による製造物責任は、ある個人の違反行為ではなく、「企業の」義務違反が問題となる限りでのみ、過失責任ないし義務に違反した行態についての責任である¹⁸⁶⁾。

2. 製造物責任法

ジミティスによって提出された提案の第2部、不法行為による製造物責任の危険責任を中心とした補完は、**タシュナー** (*Taschner*) の指導の下で製造物責任に関する EC 指令を作り上げた欧州委員会によって取り上げられた。欠陥製造物についての責任に関する加盟国の法規定および行政規定の調整のための 1985 年 7 月 25 日の EC 指令 85/374/EWG (以下「RL」とする。)は、ドイツの立法者によって 1989 年に製造物責任法 (以下「ProdHaftG」とする。)の公布により国内法化された¹⁸⁷⁾。それらの起草者の意図および今日有力な見解によれば、RL、そしてまた ProdHaftG も、危険責任であるが¹⁸⁸⁾、こ

¹⁸³⁾ *Simitis* (Fn. 177), S. C 30 ff., 35 ff., 97 f.

¹⁸⁴⁾ *BGHZ* 51, 91 = *NJW* 1969 (*Diederichsen* の評釈付き) = *JZ* 1969, 387 (*Deutsch* の評釈, *Rehbinder* の批評付き), *JuS* 1969, 208.

¹⁸⁵⁾ この構造は, *Foerste*, in: von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*, Bd. I, 2. Aufl. 1997, §§ 21 ff. によって叙述されている; *MünchKommBGB-Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 553 ff.; 批判的評価をするのは, *Diederichsen*, *NJW* 1978, 1281; *ders.*, *VersR* 1984, 797.

¹⁸⁶⁾ 不法行為による企業責任について, 詳しくは, *MünchKommBGB-Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 368 ff.; 特に, 製造物責任につき, Rn. 608 f.

¹⁸⁷⁾ Gesetz v. 15. 12. 1989, *BGBI.* I, S. 2198.

¹⁸⁸⁾ Präambel zur RL 85/374/EWG; Begründung zum ProdHaftG, BT-Drs. 11/2447 S. 8, 11, 13; 危険責任としての性質決定に固執するのは, 特に, *Ficker* (=

のことは危険源として、欠陥製品を見るときにはじめて正しいものであるにすぎない。そのような処置をとる者は、いったいいかなる基準によって製造物が欠陥を持っているかどうかを判明するのかを問われなくてはならない。この点については ProdHaftG 3条1項 (RL 6条1項) には、製造物は、それがあらゆる状況を考慮した上で、それが流通に置かれた時点においてそれに期待されうる安全性を提供しない場合に、欠陥を有すると書いてある。その上 ProdHaftG 3条2項 (RL 6条2項) は明示的に、製造物は後により良い製造物が市場に流通したことだけを理由として欠陥を有するわけではないと付け加えており、したがって最後に、ProdHaftG 1条2項5号 (RL15条1項) は、欠陥が製造物の流通におかれた時点における科学と技術の水準によれば認識されえなかった場合には、製造者に免責を認めている。これら全ての諸特権は、ひっくり返して、製造者は少なくとも設計上の欠陥および指示上の欠陥について、彼が取引において必要とされる注意を遵守しなかったという要件の下でのみ保証をさせられることになるという原則に集約される¹⁸⁹⁾。ProdHaftG の欠陥概念は、製造者に義務付けられた注意義務を「暗号化している」にすぎない¹⁹⁰⁾。

いかに調和のとれた製造物責任を解釈学的に位置づけようとも、それは製造物責任法にさらなる1章を付け加えなくてはならなかった。現代の製造物責任は三本立てで整備されており、したがって Beck から出された2巻本の製造物責任法ハンドブックのごとき出版物もこの状況を考慮しているが、こ

Taschner), FS von Caemmerer, 1978, S. 343 ff.; *Taschner*, NJW 1986, 611 f.; *ders.*, in: *Taschner/Frietsch*, Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, 2. Aufl. 1990, Art. 1 RL Rn. 1 f.; さらなる論証は, *MünchKommBGB-Wagner* (Fn. 3), Einl. ProdHaftG Rn. 15.

¹⁸⁹⁾ *W. Lorenz*, ZHR 151 (1987), 1, 13 ff.; *Hager*, JZ 1990, 397, 398; *Kötz*, FS W. Lorenz, 1991, S. 109, 113 ff.; *von Bar*, FS Hermann Lange, 1992, S. 373, 389; *Schlechtriem*, FS Rittner, 1991, S. 545, 547 ff.; *MünchKommBGB-Wagner* (Fn. 3), Einl. ProdHaftG Rn. 16.

¹⁹⁰⁾ 適切なのは, *Schlechtriem* (Fn. 189), S. 545, 546; *Brüggemeier*, ZHR 152 (1998), S. 511, 517; また, *Diederichsen*, NJW 1978, 1281, 1284 も参照。

の状況というのは、不法行為という責任基礎の叙述に限定されず、契約責任および ProdHaftG を等しくそれと並んで立てるものである¹⁹¹⁾。さらに製造物責任法ハンドブックは、ProdHaftG の解釈が RL と一致する解釈の要請のゆえに RL とのフィードバックを必要としており¹⁹²⁾、これが再び他の EU 加盟諸国の国内法化問題と適用問題の調整による成果の比較法的な保護を必要としている、という状況をも考慮している。したがってハンドブックは EU のその他の国の製造物責任法についての各国レポートを含んでおり、さらにはドイツ経済の輸出先である重要な取引国である限りにおいて、重要な第三国をも含んでいる¹⁹³⁾。

Ⅶ. 不法行為法のヨーロッパ化

ヨーロッパの私法はハーモナイゼーションの過程にあるが、その際、そもそもまたいかなる時点で BGB が統一的なヨーロッパ民法典によって解消されるであろうかは未だ見極められない。このプロジェクトにいかに向き合おうとも、ヨーロッパの基準での比較法は時代の要請である。けだし、ヨーロッパの域内市場によって強化された、生活条件を以前にも増して同化している加盟国間の経済的・社会的諸関係と国境を越えた法的争訟の数は成長しているからである。この展開は、一緒に、個々の法的諸問題に対して個別的な取扱いをするのではなく、隣接法秩序の経験を持ち込むことが差し迫っているように思われる。この諸特権を持ち込むために、ヨーロッパ不法行為法の領域におけるハーモナイゼーション(調和)の作業の状況が、BGB についてのミュンヘナー・コンメンタールの中では示されており¹⁹⁴⁾、したがってその注

¹⁹¹⁾ *von Westphalen* (Hrsg.), *Produkthaftungshandbuch*, Bd. I, 2. Aufl. 1997, 1. Teil, §§ 1 bis 17: Vertragliche Haftung, 2. Teil, §§ 18 bis 43: Deliktische Haftung; Bd. II, 2. Aufl. 1999, 6. Teil: Produkthaftungsgesetz.

¹⁹²⁾ *MünchKommBGB-Wagner* (Fn. 3), Einl. ProdHaftG Rn. 9 m. w. N.

¹⁹³⁾ *Produkthaftungshandbuch II* (Fn. 191), 9. Teil, §§ 130 bis 144: EU 加盟諸国; §§ 104 bis 118: アメリカ合衆国; §§ 145 bis 147: 重要な第三国 (ノルウェー, スイス, 日本).

¹⁹⁴⁾ *MünchKommBGB-Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 81.

積は、常にその限られたスペースが許す限りにおいて、適切な箇所と比較法的な経験を持ち込むことに努めている。したがって、例えば BGB 823 条 1 項の解釈学的構造の統一化をめぐる議論は比較法的な研究にも負っており¹⁹⁵⁾、同じことは法的財貨の侵害と純粋財産損害の間の区別の規範的な基礎づけに際しても妥当する¹⁹⁶⁾。さらに、ProdHaftG の注釈は、他の加盟国の判例と学説の持ち込み¹⁹⁷⁾、ならびに RL に合致した解釈の要請の恒常的な考慮¹⁹⁸⁾を必要とする。

1992 年以来 Beck-Verlag から出されているヨーロッパ私法雑誌（以下「ZEuP」とする。）は、既に多くのヨーロッパ不法行為法に関する論稿を公刊している。例を挙げると、ヤンセン（*Jansen*）の結果志向と行為志向の競合領域におけるヨーロッパ責任法の構造¹⁹⁹⁾、テュージング（*Thüsing*）の 2002 年ドイツ損害賠償法改革の現代ヨーロッパの議論への位置づけ²⁰⁰⁾、フェーンストラ（*Feenstra*）の不法行為の一般条項の起源²⁰¹⁾についての諸労作、純粋財産損害²⁰²⁾、株式会社の執行機関の人的責任についての論稿²⁰³⁾、ならびにドイツにおいてこれまで未知であった遺族の慰謝料²⁰⁴⁾および人格侵害の場合の防御請求権と金銭賠償についての²⁰⁵⁾より多くの労作と判例評釈である。さ

¹⁹⁵⁾ MünchKommBGB-*Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 24; *Wagner*, in: Zimmermann (Fn. 3), S. 215 f. 参照。

¹⁹⁶⁾ MünchKommBGB-*Wagner* (Fn. 3), § 826 Rn. 11 ff.; *Wagner*, in: Zimmermann (Fn. 3), S. 229 ff.

¹⁹⁷⁾ 例: MünchKommBGB-*Wagner* (Fn. 3), § 1 ProdHaftG Rn. 4 mit Fn. 6, Rn. 7 mit Fn. 19 f., Rn. 14 mit Fn. 36, Rn. 49 mit Fn. 142 usw.

¹⁹⁸⁾ MünchKommBGB-*Wagner* (Fn. 3), Einl. ProdHaftG Rn. 9 ff.

¹⁹⁹⁾ *Jansen*, ZEUP 2003, 490 ff.; 詳細は, *ders.*, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003.

²⁰⁰⁾ *Thüsing*, ZEUP 2003, 745 ff.

²⁰¹⁾ *Feenstra*, ZEUP 2001, 585.

²⁰²⁾ *Gómez/Ruiz*, ZEUP 2004, 908.

²⁰³⁾ *Coderch/García/Salguero/Puig*, ZEUP 2004, 644.

²⁰⁴⁾ *Ferrari*, ZEUP 1997, 1122; *Kadner*, ZEUP 2002, 834; *Karakostas*, ZEUP 2005, 107.

²⁰⁵⁾ *Smith*, ZEUP 1999, 303; *Wagner*, ZEUP 2000, 200; *Amelung/Vogenauer*, ZEUP 2002, 341.

らに、わが国の近隣諸国の上級審の裁判の叙述と評釈からは、ドイツにおいても不明確で争いのある問題、例えば契約と不法行為の間の情報提供責任²⁰⁶⁾、「不法行為による生命 (wrongful life)」を理由にした障害を持って生まれた子供の損害賠償請求権²⁰⁷⁾、履行補助者責任の限界²⁰⁸⁾ またはアスベストにさらされた結果としての健康侵害についての多数の加害者たちの責任²⁰⁹⁾ に対して、かなりの利益がもたらされている。もとより *ZEuP* は、『ヨーロッパ不法行為法グループ』の『ヨーロッパ不法行為法原則』を **コッィオル** (*Koziol*) の解説論文とともに公表しており²¹⁰⁾、**フォン・パール**が「ヨーロッパ民法典研究会」の不法行為概念の概要を紹介した²¹¹⁾。

しかし、**フォン・パール**の名前は、研究会というハーモナイゼーションの仕事だけではなく、もちろん2巻本で1996年および1999年に Beck から出され、「ヨーロッパ普通法」双書を基礎付けたヨーロッパ普通不法行為法についての記念碑的なモノグラフィーにも寄与している²¹²⁾。第1巻はある程度「地域的な」比較法に取り組んでいる。けれど、著者は、大陸の不法行為法、英国のコモン・ロー上の不法行為法 (common law of torts) およびスカンジナビアの不法行為法という大きなヨーロッパの法族を研究し、比較しているが、もちろんそれは常に道を示す標識となっているかのように、個々の興味ある問題について常に深く掘り下げていないわけではない。第2巻は、

²⁰⁶⁾ *Jansen/van der Lely*, *ZEuP* 1999, 229.

²⁰⁷⁾ *von Bar*, *ZEuP* 2000, 119; フランスのペリュージュ判決 (*Arrêt Perruche*) につき, *Rebhahn*, *ZEuP* 2004, 794.

²⁰⁸⁾ *Wicke*, *ZEuP* 2000, 637; *ders.*, *ZEuP* 2004, 783.

²⁰⁹⁾ *Fairchild* 事件における貴族院 (*House of Lords*) の有名な判決につき, *Scherpe*, *ZEuP* 2004, 164.

²¹⁰⁾ *ZEuP* 2004, 427 ff., 234 ff.; 前に既に, *Spier/Haazen*, *ZEuP* 1999, 469. [なお、ヘルムート・コッィオル著 (若林三奈訳) 「『ヨーロッパ不法行為法グループ』による『ヨーロッパ不法行為法原則』」龍谷法学 38 巻 2 号 (2005 年) 446 頁以下の翻訳がある。]

²¹¹⁾ *von Bar*, *ZEuP* 2001, 515 ff.; また, *Jansen*, *ZEuP* 2001, 30 も参照。

²¹²⁾ *von Bar*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Bd. I, 1996; Bd. II, 1999. [第1巻については, クリスティアン・フォン・パール著 (窪田充見編訳) 『ヨーロッパ不法行為法(1)(2)』(弘文堂, 1998 年) の翻訳がある。]

フォン・パールがここではヨーロッパの責任構成要件の基礎的な因子を明らかにし、比較法的に検討をしているので、より強く解釈学体系的な特徴を有している。その際に、損害概念、因果関係と帰責の構成ならびに自己の誤った行態についての責任——ドイツでは伝統的に過失責任が挙げられている——ならびに、この国では危険責任と呼ばれている、自己の誤った行態によらない責任の理論を明らかにした。第2巻の最後に——ドイツの解釈論者にとっては全く未知の——抗弁事由の叙述があり、その構想はイギリスの「抗弁 (defences)」理論に負っている。

イギリス貴族院は、好んでこれら2巻に依拠し²¹³⁾、そのことは1998年から2000年以來、イギリスの国内法化においても存在した²¹⁴⁾。ドイツの実務へのフォン・パールの影響は、これまでのところ認められてはいない。何はともあれ、今や具体的に意図された解決を比較によって確実なものとし、検討することを、関心をもった実務家と研究者に許容することを容易にしている比較の枠組を用意している。したがって、例えばドイツの直接侵害と間接侵害ないし結果不法と行為不法の区別は、ヨーロッパでは追随を見出すことはなく、オーストリアのOGHでさえ、ある行為をそれが侵害結果の原因であったとの理由のみから違法と特徴づけることを拒絶しているということ、ただちに知ることになる²¹⁵⁾。

〔未完〕

²¹³⁾ 例えば、*Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.* [2002] 3 WLR 89, 110 (HL(E) 2002).

²¹⁴⁾ *von Bar*, *The Common European Law of Torts*, Oxford/New York, Vol. I, 1998, Vol. II, 2000.

²¹⁵⁾ *von Bar*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Bd. II (Fn. 212), Rn. 215 m. w. N. 参照。