

資 料

契約に基づかない損害賠償責任（１）

カール・ラーレンツ
 クラウス・ヴィルヘルム・カナーリス
 ドイツ不法行為法研究会 訳

《翻訳にあたって》

本稿は、ドイツ不法行為法研究会による、カール・ラーレンツ＝クラウス・ヴィルヘルム・カナーリス『債務法教科書〔第13版〕』（1994年）の一部「契約に基づかない損害賠償責任」（Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil 2. Halbband, 13. Aufl. 1994, S. 349ff.）の全訳である。

早稲田大学大学院法学研究科の授業「民法研究」（藤岡）の補講として、ここ数年間、ドイツ民法の原書購読を基に総則を中心とした研究を進めてきたが、この補講は2005年度から正規の授業科目「民法特殊研究」として開講されることになった。これを機会に、研究の対象を不法行為に絞ることにした。不法行為は契約と並ぶ法制度の基礎でありながら、その全体像は必ずしも十分に把握されておらず、新しい不法行為現象への対応を支える基礎理論もどのような方向に進むべきか、模索状況から脱しえていないように思われる。このような状況にかんがみると、いまなおわれわれが外国法から学ぶべきことは多い。そのため、「民法特殊研究」では、ドイツの不法行為法を理論的にまとめ上げた代表的な教科書として上記著作を取り上げ、これを逐語訳し、日本の法状況と対比しつつ、日本不法行為法の比較法的位置づけを明らかにし、基礎理論を構築するための裾野を豊穡なものとすることを考えた。

この教科書はラーレンツの原著をカナーリスが補訂したものである。補訂とはいえ、カナーリスの基本思想と法解釈学が随所に躍動し、現今のドイツ

不法行為法学の水準を一読して了解することができる。憲法と民法との関係というわが国で関心を集めつつあるテーマについても、カナリスは発信源というべき代表的論者であり、そのような背景をもつ民法研究者が不法行為法を体系的に叙述したのが本書である。わが国の不法行為法においては、平成16年民法改正により、民法709条の被侵害利益の表記が、従来の「権利」侵害から「権利」又は「法律上保護される利益」の侵害へと修正された。この修正のもつ意義についてはこれからの研究にまたねばならないとしても、類似の規定をもつドイツ民法典は、学ぶに値する法典となるのではないか。そこから何を汲み取るべきかは、われわれ自身の問題である。少なくとも、ドイツ不法行為法は、英米法やフランス法に劣らず、さらには、EU 法やアジア法とともに、学ぶべき対象であり続けるものと思われる。この目的を達成するためのささやかな試みとして、本書の翻訳に取り掛かることにした次第である。本翻訳が、ほんの小さな一石であらうとも、読者の参考に供するものとなれば幸いである。

本書の翻訳には、「民法特殊研究」の受講者から有志を募って組織された「ドイツ不法行為法研究会」が共同で当たることにした。分担者を決めて仮訳を作ってもらい、それを全員が討議して、決定訳とすることにした（分担部分のさいごに訳出者名が記されている）。全員の討議によるとはいえ、仮訳者の考えは尊重せざるをえず、文体に多少の違いがあることについて予めご理解をいただきたい。

(藤岡 記)

2006年4月1日

(S. 349)

第3部 契約に基づかない損害賠償責任

第1章 不法行為責任

§75 理論的基礎

(S. 350)

I 法律上の規律を支える基本思想

訳注1

不法行為法は、3つの基本的構成要件をその基礎とする。すなわち、ドイツ

民法典〔以下、BGBとする。〕823条1項によれば、損害賠償義務を負うのは、「故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者」である。また、BGB823条2項によれば、同様の義務が、「他人の保護を目的とする法律に違反した」者に課される。そして、BGB826条によれば、「良俗に反する方法で他人に故意に損害を与えた」者が損害賠償の責めを負うのである。

1 法益領域及び自由領域の境界付けとしての不法行為法

およそあらゆる不法行為秩序の根本問題は、**法益保護と行動の自由との間の緊張関係**の中に存する。すなわち、加害者が被害者にその被った損害を賠償しなければならないということが被害者の立場から望まれれば望まれるほど、それ〔損害賠償責任の負担〕による加害者の人格的及び経済的發展のための活動領域に対する制限もより大きくなりうるのである。責任を負わされる単なる可能性があるだけで、市民は、このリスクの評価に伴う不確実性のゆえに、適法な或いは完全に社会的に望ましい活動をも控えかねないため、そこに潜む危険はよりいっそう重大なものとなる。それゆえ、憲法の観点から見れば、ここでは常に基本権が、一特に被害者の側のドイツ連邦共和国基本法〔以下、GGとする。〕2条2項または14条〔に基づく基本権〕と加害者の側のGG2条1項及び14条〔に基づく基本権〕とが⁽¹⁾衝突する。そのため、目標とすべきは、「最も慎重な調整」(„schonendste Ausgleich“)または「実際上の一致」(„praktische Konkordanz“)の基準^{訳注2}によってこのような衝突を解消することである。法哲学の見地からすれば、不法行為法は、「或る人の意思（つまりは自由）が他人の意思と自由の普遍的法則に従って調和させられうるための諸条件の総体」⁽²⁾というカントによる法の定義にとつての、まさに1つの範例

(1) 後者〔自己の人格を自由に発展させる権利及び所有権〕には介入禁止として機能する基本権が妥当し、前者〔生命への権利、身体を害されない権利及び人身の自由若しくは所有権〕には保護要請として機能する基本権が当てはまる。より詳しくは、Canaris JuS 1989, 162f. 及び167ff. を参照。同旨として、例えば、Isensee Handbuch des StaatsR Bd.V, 1992, §111 Rdn.128.

(2) Kant Metaphysik der Sitten, 1797, Einleitung in die Rechtslehre § B a. E.=Ausgabe der Kön. Preuß. Ak. d. Wiss., Bd. VI, 1907, S. 230を参照〔訳注：邦訳は、加藤新平＝三島淑臣訳「人倫の形而上学〈法論〉」野田又夫責任編集『世界の名著32 カント』（中央公論社、1972）323頁以下、354頁による。但し、括弧にくくられた部分は、ラーレンツまたはカナーリスがカントの文に

となる。また実際に、全く正当にも、立法者は不法行為法の使命を「その中でそれぞれが自らの個人的自由を発揮し、各自の利益を追求することを許されているところの個々人の権利圏 (Rechtskreis) を相互に境界付けること」に見ていた (Mugdan II S. 1073 を参照)。この問題を立法者は主に〔不法行為法の〕**基盤に関する 2 つの基本的な態度決定**によって解決しようとした。すなわち、有責性主義 (Verschuldensprinzip) の採用と (S. 351)、内容が相当程度に固定され、また明らかな責任要件の構築とによってである。

2 有責不法に対する賠償義務負担の原理

a) 損害の賠償を他人に求める者は、そのために常に特別な根拠を必要とする。なぜなら、そのような根拠がなくては、その者の請求は恣意的なものとなり、いかなる権利保護にもそもそも値しないであろうからである。というのも、責任を負わせることは賠償義務者の自由及び財産への侵害を意味し、したがって、それが正当であると認められることを要するためである。それゆえ、**事変には所有主が責任を負う (casum sentit dominus) という原則**が出発点を成す。これによれば、偶然の出来事の結果は、それに遭遇した者によって負担されなければならない。この格言は、広く流布している誤解に反して、単なる便法ではなく、反対に、1 つの基本的な正義の内容を示すものである。なぜなら、この格言には、各人はその「一般的な生活上のリスク」を自ら引き受けなければならない、それを他の私法上の主体に容易に転嫁することはできない、という自明の事柄が現われているからである。

b) 損害賠償義務〔発生〕の 1 つの根拠は、BGB によれば、被請求者の**有責性 (Verschulden)**にある⁽³⁾。法律技術の上では、このことは、何よりも、BGB823条 1 項が加害者の故意または過失を要件としている点に表わされている。その他の不法行為法上の諸規定もまた、部分的には異なるものの、有責性主義に基づく。法倫理上は、〔有責性主義を採用するという〕この解決は自己責任と自己決定の原理により正当化され、同時に現行私法の基礎と結びついている。すなわち、非難されうる方法で他人を害した者は、それに対して、人、つまりは法的な責任主体という自らの属性に基づいて責任を負わなければならない⁽⁴⁾。と同時に、〔そのような場合にも〕基本的に〔加害者の〕一定の自己

付加したと思われる (d. h. Freiheit) を根本が訳出したものである。]

(3) BGB 起草者によるこの決定の歴史的な基礎につき、詳しくは、Benöhr Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis XLVI (1978) 1ff. を参照。

決定は保たれる。責任非難は、加害行為が回避可能であった場合にのみ提起されうるものだからである（この点につき、より詳しくは、下記Ⅱ 3 d を参照）。

c) 有責性は、問題となる容態を法秩序が非とした場合にのみ意味を持つカテゴリーである。したがって、それだけでは十分な責任根拠を示すものではない。このことは、故意行為の事例において、特に明らかとなる。例えば、ある事業者が競争相手から、より有利な申出によって〔顧客の〕注文を「横取りする」場合、事業者は競争相手を意識的に、したがって故意に害するものであるが、しかし、原則として（すなわち不正競争防止法〔以下、UWG とする。〕に反する場合につき留保すれば）〔不法行為法上〕責任を負わされることはない。というのも、そのような容態は法的に許されないものではない（それどころか競争経済においては望ましいものである）ためである。かくして、有責性の前に違法性が横たわる。（S. 352）この違法性を欠いては不法行為法の安定した構造を考えることはできない。それゆえ、不法行為法は有責な不法に対する賠償義務負担（*Einstandspflicht für verschuldetes Unrecht*）の原理にその基礎を置くものである。この原理には、「何人をも害さないこと」（*neminem laedere*）という始原的な禁止⁽⁵⁾の精巧な変形或いは現代的な発展を見ることができる。右原理において、不法は責任根拠であり、有責性は従属的な帰責基準である。すなわち、前者より、一いづらか簡略に言えば—なぜ、そしてどのような要件の下で法律は被害者を保護するのか、が、後者からは、なぜ、そしてどのような要件の下で法律は加害者に相応の賠償義務を負わせるのか、が明らかになるのである⁽⁶⁾。

有責な不法に対する賠償義務負担の原理〔の採用〕が不法行為法の統一的な基本的価値判断であるとしても、それは、それのみでは、不法行為法の基盤として十分ではない。すなわち、一方において、右原理は、あらゆる原理と同様に、それと対立する原理や価値と、したがって、この場合にはまず何よりも加害者の行動の自由の保護〔という原理ないし価値〕（上記 1 を参照）と調整されなければならない。他方、「不法」という観念は具体化と精密化を要する極度に曖昧な概念である。BGB は、この

（４） Larenz Allg. Teil §2Ⅱ c を参照。

（５） これにつき、またそれと不法行為法との関連につき、特に Picker AcP 183 (1983) 460ff. 及び JZ 1987, 1048ff. (Picker 自身の見解については下記 I 3b を参照), Schiemann JuS 1989, 345ff. を参照。

（６） より詳しくは, Canaris „Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht“, 1971, S. 469f. を参照。

課題—その解決は、常に、法技術上の問題であるのみならず、正義の基本的な要請でもある（この点につきより詳しくは、下記3bの終わりの部分を参照）—を区分された構成要件の体系によって克服しようと試みた（下記3を参照）。それゆえ、不当利得法におけるのと同様に（この点につき上記§67IV1bを参照）、不法行為法においても**原理の局面と構成要件の局面**とは区別されるべきであり、また、統一的な根本原理は、多くの様々な構成要件の中に、その法律的に洗練された形態を獲得したことに注意が払われなければならない。

d) 有責性主義は、責任を根拠付ける機能のみならず、**責任を制限する機能**をも一定程度持つ。例えば、自転車に乗る者或いはスキーヤーが他人と衝突した場合、その者は、BGB276条の意味における「社会生活上必要な注意」を守っており、それゆえBGB823条1項の意味での過失により行動したのではない限り、その他人に対して責任を負わない。したがって、自転車の走行及びスキーが「危険」であることは、現行法によれば、加害者の損害賠償義務を認めるには十分でない。他方、例えばBGB833条第1文によるペットの飼い主に関するものや道路交通法7条に基づく原動機付き車両の保有者に関するもののように、（純然たる）**危殆化責任**につき定めた一連の構成要件が存在する。これらの構成要件は有責性を、また正当な見解によれば違法性をも前提とせず（この点につき、下記§84I3aを参照）、それにより、理論的にも実際上も不法行為に対する賠償義務と自らとの間に一はっきりしない中間段階が存在するものの一明確に一線を画しているのである。それゆえ、一般に流布している用語法とは異なって、危殆化責任は、「不法行為」（„Delikts“）という共通の上位概念の下に、不法行為に対する賠償義務と共に統合されるべきではない。この言葉〔「不法行為」〕は、「許されない〔＝違法な〕行為」（„unerlaubte Handlung“）の同義語としてのみ使用されるべきである。危殆化責任〔の適用領域〕はより広範囲に及んでいくとしても、それでも過失責任主義の原理的な優位は揺るがず、そこに見出される責任制限〔機能〕は維持される。なぜなら、危殆化責任は**列举主義**に基づいて構成されているからである（下記§84I1bを参照）。

(S. 353)

e) **有責性主義**〔の持つ責任制限機能〕に対する1つの本質的な制約は、次の点に存する。すなわち、BGB823条によれば、故意または過失は〔侵害の対象たる〕当該法益の侵害〔行為〕にのみ或いは保護法規への違反〔行為〕にのみ係わるものであれば足り、それらにより進行を開始した因果経過や、なかなく発生した損害に向けられている必要はない、という点である。このことは、右規定の明確な文理から明らかであり、争いのないところであろう。以上

の規則は通常、次のように定式化されている。すなわち、有責性の要件は責任惹起的な (haftungsauslösende) 因果関係にのみ適用され、責任充足的な因果関係 (haftungsausfüllende Kausalität) には必要とされない、と。したがって、例えば他人により引き起こされた事故が原因で被害者がその足を曲げることでできない状態となり、その後、右被害者がこの障害のために階段から落下したという場合には、加害者は、原則として落下事故により生じた損害をも一自らそれ〔損害〕自体を引き起こしたわけではないが—賠償しなければならない⁽⁷⁾。このような解決の背後にある正義の観念とは、加害者は、加害行為の違法性及び帰責可能性のゆえに、ほとんどあらゆる損害の中に合わせて含まれている「不運」という〔損害の〕一部分につき責任をとるべき立場に、原則としてなお被害者よりもより近いところにいる、というものである。それゆえ、上記一連の結果は BGB によって「事変には所有主が責任を負う」(casum sentit dominus) という原則の意味における「事変」とは評価されない。そして、それは正当である。というのも、実際のところ、右一連の結果には一般的な生活上のリスクではなく、特別な侵害のリスクが具体化しているためである。

f) BGB823条1項の規定の仕方からも明らかとなるように、加害者の有責性に関する証明責任は原則として被害者に課される。しかしながら、一連の事例においては、それは加害者の負担に転換される。BGB831条から838条までの場合のように既に法律によって転換が行われていることもあれば、特に不法行為法上の製造物責任（これについては、Larenz SchR II/1§41aを参照）に関する場合のように判例による法の継続形成によって転換されることもある。ここに有責性主義に対するさらなる重要な制限が認められる。なぜなら、加害者は、〔証明責任が自らに転換される〕その限りで、事実関係を解明しえないというリスクを負担するからである。しかし、〔このとき〕有責性の要求を部分的に破ること或いは完全にそれを排除してしまうことは全く問題となりえない⁽⁸⁾。というのも、その要求が過度に重いものであるがゆえに、免責の証明が加害者にとって實際上不可能となる—その場合には制定法に反する、許されざる裁判が行われていることとなろう—のではない限り、この原理の根本的な放棄ではなく、単に、領域理論及びリスク理論 (Sphären- und Risikogedanken) との結びつきによる右原理の緩和が問題とされるに過ぎないからである。確か

(7) この問題について、より詳しくは、Larenz SchR I §27III bを参照。

(8) しかしながら、そのように解するものとして、Laufs „Deliktische Haftung ohne Verschulden? – eine Skizze“ Festschr. für Gernhuber (1993) S. 253f. これに類似の見解として、例えば、von Bar „Vkehrspflichten“ (1980) S. 104.

に、〔加害者による〕有責性の不存在の証明が失敗した場合には、実際の結果において有責性なき責任を認めることになる。しかし、証明責任の転換が行われなかった場合の法状況はこれと同じ程度に望ましくないものである。なぜなら、その場合には加害者は、事情によっては、有責であるにもかかわらず、—それ自体としては発生している—賠償義務から事実上自由であり続けることになるからである。このようなリスクは被害者によって引き受けられるべきである、ということは有責性主義から必然的に導かれるものではない。そのため、もし解明不可能のディレンマが証明責任の転換によって解決されるとしても、それはなお有責性主義の枠内に止まるものである。

g) 最後に、リスク負担 (Risikohaftung) の要素は、通説によって用いられる「客観的な」過失基準⁽⁹⁾にも含まれている。というのも、それによれば、およそ加害者は「自らの能力が」「平均以下の」能力「であるために生じた損害についても責任を負わなければならない」というリスクを、責任無能力の場合を除き原則として負担するためである。しかし、そこに見られる過失責任主義に対する制限は、広く行き渡った先入観に反して、過大評価されてはならない。なぜなら、大多数の人々は幸いにも常に「平均的な」能力を発揮するものであり、したがって、主観的には責任がないが客観的には「平均以下の」「能力しか持たない」加害者の損害賠償責任というものは、(S. 354) 希有な例外にとどまるからである。

h) BGB829条による責任無能力者の衡平責任における場合のように、有責性の要求が完全に放棄されるならば、その帰結として、もはや不法行為責任ではなく、危殆化責任（これにつき下記§84Ⅶを参照）が問題とされることとなる。

i) 機能的に見れば、不法行為法の使命は、第1に、発生した損害の調整 (Ausgleich) にある⁽¹⁰⁾。このように言うことの意味は、損害は賠償されなければならない、ということではなく—そのような説明は全くありきたりのことであろうし、全ての損害賠償請求権の自明の法的効果である—、むしろ、不法行為責任は調整的正義または iustitia commutativa の1つの現象形態である、ということにある。なぜなら、不法行為責任は第一義的には「不法」を矯正するものであり、危殆化責任のように配分的正義または iustitia distributiva（これにつき詳しくは、下記§84 I 2c を参照）の基準により「不運」の転嫁を行うものではないからである。当然のことながら、既に述べたように、有責性主義〔の妥当する領域〕が押し戻されリスク配分 (Risikozurechnung) という要因によって修正されることから、またその限りにおいて、後者の基準も不法行為法に影響を及ぼす。これらの正義の基準に加えて、もっともそれらよりも重要度のかなり低いものであるが、予防 (Prävention) 思想もまた不法行為法

(9) これにつき、Larenz SchR I §20Ⅲを参照。

(10) 例えば、Deutsch HaftungsR §6Ⅲ1, MünchKomm.-Mertens Vor §823 Rdn. 41を参照。これらとは異なった考えとして、Blaschczok „Gefährdungshaftung und Risiko zuweisung“ (1993) S. 342f. しかし、これは iustitia commutativa の現われとしての調整機能の意義を誤解している。

において１つの本質的な、かつ正当な役割を果たすものである⁽¹¹⁾。

（根本尚徳）

３ ３つの「小さな」一般条項の体系と財産および行為自由の一般的不法行為法上の保護を退ける原則の決定

a) BGB 第一草案において、704条１項には次の規定が設けられていた。すなわち、「ある者が故意または過失による違法な行為によって…他人に損害を与えた場合、…その者は、その他人にその行為によって惹起された損害を賠償する義務を負う」。この「大きな」不法行為法上の一般条項は、ある程度1803年のフランス民法典1382条および1383条を手本としており、類似の形式で、一連の近代的法典においても採用されたのであるが⁽¹²⁾、これは、第二委員会によって退けられた⁽¹³⁾。この「大きな」一般条項に代わって、本質的により異なった体系が登場した。これは、BGB823条１項、823条２項および826条という３つの基本的構成要件に基づいて構築され、かつBGB824条および825条、831条以下の補充的構成要件によって完全なものに仕上げられている。BGBはその際、柔軟で具体化を必要とする判断基準と結びつくことによって、一歴史的にはより古い—厳格な個別的構成要件の体系への逆行から免れている。要するに、(S. 355) ３つの「小さな」一般条項の体系が問題となっているのである⁽¹⁴⁾。というのも、BGB823条１項では「過失による違法な侵害」と

(11) 例えば *Deutsch a. a. O.* §6III2, *Kötz* „Deliktsrecht“ (5. Aufl., 1991) Rdn. 126ff., *derselbe* „Ziele des Haftungsrechts“ *Festschr. für Steindorff* (1990) S. 643ff. を参照。

(12) これについては、たとえば *Stoll* S. 27ff. を参照、そこにおいて Stoll は、その他に正当にも、次の観点から区別している。仏民1382条、1383条のように、裁判官が違法性を「自律的に」事例の事情にしたがって決定することが許されているのか、それとも、スイス債務法41条の一般条項のように、裁判官が違法性を「他律的に」客観的・法的な規準にしたがって基礎付けなければならないのか、という観点からである。これら一般条項の両類型を対置させることは、たとえばギリシア民法典914条の一般条項の解釈にとって、一定の役割を演じている。これについて、啓発的なものとして *Georgiades* 2. *Festschr. für Lanrez*, 1983, S. 179ff. を参照。—不法行為法についての詳細な比較法的叙述は、*Zweigert/Kötz Einführung in die Rechtsvergleichung*² Bd. II S. 331ff. において、見出される。

(13) *Mugdan* II S. 1072ff. を参照；BGB823条の成立史についてより詳しくは（力点の置き方と結論がかなり異なっているが）*Fezer* S. 467ff.; *Schwitanski* S. 98ff.; *Börger* S. 69ff. を見よ。

いう指標において、BGB823条2項では「保護法規」という概念において、そしてBGB826条では「良俗違反」という要件において、高度に具体化を必要とする要素が示されているからである。

他方で、BGBは、その一般条項がほんの「小さな」ものにすぎないということによって、「大きな」一般条項よりも、判例および学説によるこの法律の具体化のための価値付けについての本質的により明確な規準を作り出しており、同時に、(潜在的)加害者の保護に値する利益をよりいっそう考慮に入れているのである(これについてはすでに上述1参照)。その際、BGBは、直ちに納得のいく正義の内容(Gerechtigkeitsgehalt)を有する基本的思想に基づいている⁽¹⁵⁾。すなわち、BGB823条1項において、生命、健康、所有権等のような特定の法益および権利(subjektive Rechte)が、包括的保護の対象とされている。つまり、これらは、現行法秩序において、特に高い地位を占めており、そのため、これらが保護に値しかつ保護を必要としていることは明らかなのである。これらの法益および権利は、解釈学上は(dogmatisch)、割当内容および排他機能によって特徴付けられている。そしてこのことは、これらの法益および権利に構成要件の観点において比較的明確な輪郭を与える。さらに、これらは、「具体化され」あるいはそうでなくても少なくとも「社会典型的な公知性」⁽¹⁶⁾を有している。そしてこのことによって、潜在的加害者は加害の危険を原則としてほかの法益または利益におけるのよりも容易に認識することができる、これに基づいて〔その危険を〕よりよく回避することができるのである(より詳しくは、§76 I 1を参照)。BGB823条2項において、不法行為法はほかの領域における法律上の行為規範の存在を利用している。このことが、法発見のための立法府による規準の存在を保証しているだけでなく、規範違反があり得ることを潜在的加害者にとってより容易に認識できるようにもする(より詳しくは、§77 I 1を参照)。BGB826条において、BGBは、「良俗」と関連させることによって法倫理および社会倫理的最低基準に属している行為標準(Verhaltensstandard)と結び付く。(§78 II 1を参照)。その行為標準が尊重されることを原則として万人が期待することが許される、つまりその尊重が潜在的

(14) *Canaris* S. 35; *Medicus* SchR II § 135 III; 同様に *Stoll* AcP 187 (1987) 506参照; *Fezer* S. 491は、力点の置き方がやや異なっている:「三分された一般条項」。

(15) 以下については、*Canaris* S. 30ff. und S. 48f. を参照。

(16) この基準については、*Fabricius* AcP 160 (1961) 289ff. を参照。

加害者を本質的には害さない場合に限り、このことは、調和的にその全体構想と一致する。さらに、この種の〔法倫理および社会倫理的最低基準に属している〕基本的義務の違反は特に高度の不法内容を示しており、特に BGB826条はこれに加えてさらに加害の故意（Schädigungsvorsatz）を前提としているのである。最後に824条および825条、831条以下の補充的構成要件に関して言えば、これらの補充的構成要件は、本質的に3つの基本的構成要件のひとつの有機的拡張と理解されうるものであり、そのため、これらは体系を破る効果をもたらすものではない（後述§79を参照）。

（S. 356）

b) 「大きな一般条項の拒絶」の意義がはじめて十分に理解できるのは、現行不法行為法が一般的にではなく、すなわち特別な要件の下でのみ保護しているものが明らかにされるときである。すなわちそれは、財産それ自体および行為自由である。このことは、前述2 aの終わりにおいて、競争における競争相手への故意による（UWGに違反しない）加害の例ですでに明らかにされている。同様に、たとえば原則的に自らの契約相手を故意に「出し抜く」ことは許される、つまりその際強迫、詐欺、窮迫に乗じること等のような不当な手段を用いない限り、その者の財産を害することが許されるのである。同じく、「社会生活上要求される注意」の違反に基づく、すなわちそれが違法であったならば「過失で」なされたといえるであろう、財産侵害は、当然には賠償義務はない。たとえば、ある者が友人に好意から間違った市場予想を与え、そのためその友人が大金を失った場合、またはある者が通行人に軽率にも誤った道順を教え、そのためその通行人が約束の時間にひどく遅れてしまい、有利な取引を結ぶことを逃してしまった場合、その者に何らの不法行為責任も課せられない。なぜなら、所有権はBGBの用語法によれば物に対してのみ存在するため、BGB823条1項の意味における所有権侵害が存在していないからである。同様に、BGB823条2項の意味における保護法規も違反されておらず、BGB826条も故意の不存在によりすでに排斥されるからである。もっとも、財産をBGB823条1項の意味における「その他の権利」と見ることが思いつかれるかもしれないが、正当にもそのような考えは一般には拒絶されている。というのも、そうでなければ、実際の結果において、再び「大きな一般条項」におけるのと同じ出発点に達することになってしまい、その上BGB826条の狭い要件—良俗違反性および加害の故意—が潜脱されるからである。それゆえ、BGB823条1項の意味における「その他の権利」としては、制限的解釈に基づいて、所

有権および健康のようなそこで明示的に挙げられている権利および法益に類似する法的地位のみが認められるべきである（より詳しくは、後述§ 76 II 4 aを参照）。同じ理由から、BGB823条 1 項の意味における「自由」という概念も限定的に解釈されねばならない。その結果、行為自由—これは、上記の例においていずれにも一貫して侵害されているとみられ得るものである—は、財産と同様にこの規定には当てはまらない（より詳しくは、後述§ 76 II 2 aを参照）。すなわち、BGB の不法行為法は、BGB823条 1 項を一方とし、BGB826条を他方とする区別から決定的に明らかなように、**法益保護のあり方を区別する** (eines differenzierenden Rechtsgüterschutzes) という考えに基づいているのである。この考えが BGB823条 2 項の具体化にとっても実りの多いものとなるうることが、明らかになるだろう（後述§ 77 II 4を参照）。

法政策的に見れば、財産および行為自由の包括的保護の拒絶は、全面的に歓迎されるし⁽¹⁷⁾、まさにその通りである。人格の自由な発展をその至上の価値とし、競争に—経済だけでなく！—多くの領域において中心的意義を認めている法秩序が、それと同時に（S. 357）財産それ自体に包括的不法行為上の保護を与えないことは、必然的なことである。なぜなら、ある市民が他の市民の財産的利益を害することが—しばしば故意による場合であっても—許されているということも、競争と人格の自由な発展にとっても不可避なものだからである。これらの財産的利益が所有権にまで固まるときにはじめて、それらは、全ての者からの無制約な尊重に値することになる。本来は、加害者側の行為自由および財産的利益と被害者側の行為自由および財産的利益は原理的には同等で対峙している。そうすると一体なぜ、まさに他の市民の同格の利益を害しないようにするためだけに、ある者が自らの行為自由の制限を負わなければならないのか、あるいはそれどころか財産的損害を甘受せねばならないのか？！それゆえ、法益の性質ではなく、場合によりその侵害の態様が、この領域において不法行為上の保護の必要性を生じさせるのである—これは、BGB が完全に行為不法（Verhaltensunrecht）に基づいた823条 2 項および826条の構造を通じて見事に合致させている見方である。したがって、一般的不法行為法上の財産保護を退ける BGB の態度決定は、高度に、自由を擁護する性格を有するものである。それゆえ、この BGB の決定が「実質的な正義を有しておらず」、「責任制限の技術的手段に過ぎない」というのは、あたらない⁽¹⁸⁾。自由の領域を開放しておくことと行為自由を損害賠償のリスクによる

(17) 断固たる反対の意見として、たとえば *Hermann Zum Nachteil des Vermögens*, 1978, S. 143ff.

(18) ただし、*Picker JZ* 1987, 1057はそうように解している；同様に、aaO S.

過度な侵害から守ることは、むしろ、法秩序の基本的任務であり、その任務の解決の際には、決して「技術的な」合目的性の問題のみが重要なのではなく、むしろ、一貫してより高い尊厳を持つ正義の問題もまた重要なのである。なぜなら自由の保護も、(とりわけ) 正義の目的であり、まさに自由なしの正義は結局のところ全く考えられないことだからである。そうであるから、現行不法行為法は、一般的財産損害に対する、「本来的に」存在し、何人をも害しないこと (*neminem laedere*) という原理から帰結する賠償義務の制限としてではなく、紛争の¹⁾オリジナルな解決として、理解されるべきなのであり、その解決をまずもって見出すことが必要なのであって、それは決して「本来的に」正義の観点からすでに予め決定されて (*vorentschieden*) いるものではないのである⁽¹⁹⁾。

c) 同時に、純粋な財産損害が賠償適格 (*Ersatzfähigkeit*) を欠いていることから、導かれるのは、間接的被害者は、原則的に、加害者に対する不法行為請求権を有しないということである。その教室事例は、歌手に対する有責な傷害である。この傷害のために、その歌手が舞台に出られなくなった場合には、加害者は、確かに当然にその固有の財産損害—すなわち、医療費および入院費用、逸失したギャラなど—を賠償しなければならない。なぜなら、その場合には、身体損害という結果損害 (*Folgeschäden*)、すなわち第一次的な財産損害^{訳注 3}と対立する第二次的な財産損害が問題となっているからである。これに

1054 および *ders.* AcP 183 (1983) 470ff.; その限りににおいてこれと大幅に同旨なのが *Börger* S. 103.

(19) それゆえその限りににおいて *Picker* AcP 183 (1983) 460ff. および JZ 1987, 1051ff. の構想は説得的でない。この構想の短所は、そのほかに、次の点においても現れている。すなわち、その容態の法的評価がまずもってなされなければならないにもかかわらず、彼は何度も繰り返し当然のように「社会的に認められない」容態を前提としていること (たとえば, JZ 1987, 1054), そして、その種の行動の許容性および競争相手にとっての必然的な不利益が損害賠償法上重要でないことが原則的には純然たる自明ではないかのように、彼は競争による財産侵害を「特権的 (!) 行為権」に基づいて正当化しているのである (JZ 1987, 1050), ということである。そのほかに、ここで主張されている立場からは次のように強調する必要はほとんどない。すなわち、一般的財産損害について広く賠償義務を認めることを退ける BGB の態度決定は、*Picker* (JZ 1987, 1053) とは異なり決して、間接損害の場合において債権者の数が増大することを避ける目的のみに基づいているのではないということである。*Picker* に対する批判については、さらに、*Stoll* S. 43f. Fn. 75; *Schwitanski* S. 289ff.; *Börger* S. 103ff. m. w. Nachw. を参照。

対して、加害者は、第三者の損害—すなわちたとえばチケットを払い戻さなければならない歌劇場、クローク係の女性、取引を逃すなどした飲食店主またはタクシー運転手等の損害を、賠償しなければならないわけではない。このことは、現行法上、間接損害は、純粋なまたは第一次的な財産損害であり、それらの損害は、— (S. 358) ここでは存在しない—BGB823条 2 項、826条の諸要件のもとでのみ賠償されうる、ということから、当然に導かれる。この結果は、例外的に第三者損害に不法行為請求権を認める BGB844条および845条に基づく反対解釈によって確認され、強化される。「大きな」一般条項および包括的な不法行為法上の財産保護の拒絶は、したがってまた、第三者の損害に対する累積的な賠償義務負担による責任の氾濫を防ぐよう機能している。

もっとも、この解決の裏側には、第三者損害の清算 (Drittschadensliquidation)^{訳注 4} という標語のもとで常々論じられているある種の困難さが存在している⁽²⁰⁾。しかしながら、そこには、本質的により小さな害が存在している〔に過ぎない〕。なぜなら、さもなければ、いっそう困難な問題が克服されなければならないからである。すなわち、その問題とは、その時々侵害された義務がその保護目的によれば間接的に過ぎない被害者にも利するように作用しているのか、そしてそれはどのような場合か、というものである。

d) 3つの「小さな」一般条項という体系を1つの「大きな」一般条項の体系と法政策的観点から比較するとき、前者がより大きな〔行為者側の〕自由〔の確保〕およびより高い構成要件の明晰さという長所を有していることは疑いない。「大きな」一般条項の主要な短所は、それが法発見のための価値適合的な規準を全く含んでいないこと、またはそうでなくとも少なくとも、違法性の指標が大幅な具体化を必要としていることにある。さらにまた、違法の具体化に関しては、—このことは、不思議でもなんでもないが！—法益保護、保護法規の違反および基本的な良俗的要請 (Anstandsgebote) の違反の区別が、中心的役割を演じている。つまり、BGB823条 1 項および 2 項並びに826条の基礎にある判断基準においてそうなのである⁽²¹⁾。それゆえ、立法者は、法発見のための内容上の方向付け基準 (Orientierungsmaßstäbe) を確定し、可能なかぎり「平均的射程」を持つ規範を作り出すという自らの任務を、BGB823条以下の仕方に従った体系による方が、輪郭のない「大きな」一般条項への

(20) これについては、Larenz SchR I § 27 IV b を参照。

(21) これについて、比較法的指摘を伴った von Caemmerer S. 69f. が適切である；さらに、ギリシア民法典914条の一般条項の具体化に関する Georgiades 2. Festschr. für Larenz, 1983, S. 184ff. は啓発されるところが多い。

月並みな逃避によるよりも、はるかに良いと考えたのであった⁽²²⁾。もっとも、このことは、ドイツ不法行為法が、部分的に補充または修正が必要であるように思わせる体系制約的（systembedingte）瑕疵および欠缺が存在しないということではない。

（内山敏和）

訳注 1 訳文全体をとおして、〔 〕にくぐられた部分は訳者により補われたものである。また、（ ）内に示された頁数は、原著の該当頁の開始部分を表す。

訳註 2 C-W. Canaris „Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip im Privatrecht“ JuS 1989 S. 161ff., S. 163によれば、これらの基準に従って、衝突し合う基本権のどちらか一方が他方のために犠牲にされることなく、「そのいずれにも可能な限り実効的な適用領域が創り出され、或いは確保されなければならない」。また、「實際上の一致」（„praktische Konkordanz“）の基準につき、より詳しくは、vgl. K. Hesse „Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland“（16. Aufl., C. F. Müller, 1988）S. 27 Rd. 72.

訳注 3 本文からも分かるように、第一次的な財産損害は、純粋な財産損害、そして間接損害に対応し、第二次的な財産損害は、結果損害に対応する。不法行為法における第一次的な財産損害の賠償適格の問題は、第三者損害の問題を念頭において議論されることが多いが、英米法において議論される「純粋な経済的損失」の問題と類似する問題である。この点については、Werner Lorenz, Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer Unrichtigen Auskunft, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 575ff.を参照。なお、英米法における「純粋な経済的損失」とは、「人身および財産権に対する物理的侵害に随伴しないで発生する単なる金銭的損失」（松田健児「イギリス法における純粋な経済的損失とネグリジェンス責任—Hedley Byrne 準則の基礎づけをめぐる（一）」創価法学26巻2＝3号82頁）をいう。

訳注 4 第三者は、原則として、被害者に対する違法行為によって自らに生じた損害について賠償請求権を有しない（この点については本文を参照）。他方、その被害者が請求しうる損害の範囲は、自らの損害のみに限られる（債権者利益のドグマ）。しかし、特別な事情によって（たとえば信託関係）、損害が第三者に及ぶとき、このドグマに拘泥することは、加害者を不当に利することになる。そこで、

(22) まさに著名な比較法学者がドイツの不法行為体系の基礎について相当程度肯定的に述べているのは、注目すべきである、たとえば、*Rabel Deutsche Landesreferate zum ersten internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung*, 1932, S. 13f und S. 27; *von Caemmerer* S. 65ff. und S. 113; *Stoll* S. 31f.を参照; *von Bar* も自らの改革提案において決して「大きな」一般条項の導入に賛成はしていない、*Gutachten* S. 1681ff. を参照。

その賠償請求権の債権者は、第三者の損害について、あたかも自らの損害のように、請求できる場合が認められている。これが、第三者損害の清算である。以上については、Dieter Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., München 2002, Rn. 609ff. に拠る。