資 料

契約に基づかない損害賠償責任（２）

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

(S. 358)

4 法律体系の補完と突破

a) 制定当初から、BGBは不法行為法上の**人格保護**にあまりにわずかな余地しか与えていないということが、批判されてきた。事実、BGBは人格保護に対して非常に限られた可能性しか与えていない。すなわち、〔BGBにおいて〕考慮されているのは、主に、例えばBGB12条の氏名権のような明確な輪郭を有する個別的人格権をBGB823条1項の意味における「その他の権利」として組み込むこと、及び、ドイツ刑法典〔以下、StGBとする〕185条以下と関連するBGB823条2項を通じて名誉を保護することだけである。判例及び学説は、BGB823条1項の意味における「その他の権利」として「一般的人格権」を承認することによって、そのBGBが構想していたものをはるかに乗り越えていった。(S. 359)しかし、この一般的人格権承認は、次のような理由から正当化される。すなわち、基本法が公布されたことにより、根本的な、不法行為法に対しても影響を及ぼす価値の変化が法秩序全体に起こり、またさらに、最新技術やマスメディア等によって人格の危殆化が増大したことにより、実際上も、「規範状況」に根本的な変化が生じたからである（下記§80 I 2を参照）。つまり、ここで問題となっているのは、事後的に発生した〔制定〕法の欠缺であって、制定時から元々あるような〔制定〕法の欠陥ではない。BGBの人格権についての構想は、その施行当時には、完全に受け入れることのできるものであった。

b) ライヒ裁判所〔以下、RGとする〕は、一般的人格権に対しては常にそ

の承認を拒んできたが、その一方で、不法行為法上の財産保護については**営業権 (Recht am Gewerbebetrieb)**を創り出し、これをBGB823条1項の意味における「その他の権利」に組み入れることで、その狭隘さをすでに非常に早い時期に突き破っていた。したがって、今日では疑いのないことであろうが、RGはBGB823条以下の体系を押し破ってしまったのである。なぜなら、この権利と称されるものは、構成要件に関して必要な明瞭性及び確定性を有していないため、これを侵害したことの違法性は、BGB823条1項の「古典的な」権利の場合と異なり、常に法益及び利益の衡量の方法で積極的に確認されなければならないからである。それゆえに、営業権は、——一般的人格権と同様に単なる枠の権利 (*Rahmenrecht*) と呼ばれている⁽²³⁾。そこでは、制定法に反した (*contra legem*) —それも、理論上だけでなく、とりわけ実際上の理由からも—許されない法創造がおこなわれているのである。なぜなら、営業権を用いることで獲得された結果は、一部は異なる方法で根拠づけられるべきものであるし、一部は不適切なものだからである (下記 § 81IV を参照)。つまり、この裁判官による法創造は、BGB823条以下の体系が非常に狭いことを表すものでは決してない。実際には、それどころか制定法の構想の方が、この点に関しては判例の構想よりはるかに優れているのである (詳細については下記 § 81III を参照)。

c) BGB823条以下は、「万人の責任」 („Jedermann-Haftung“) を根拠づけており、それゆえに、まず第一に、「結び付けられていない」法主体間の関係に適用される。これらの法主体が、法律行為上の関係又は法定債務関係によって「結び付けられている」場合は、補充的に、**契約締結上の過失 (*culpa in contrahendo*)** 及び**積極的債権侵害 (*positive Forderungsverletzung*)** に関する準則が適用される^{訳注1}。それは、とりわけ以下のことを意味する。すなわち、債務者は、**第一次的な財産損害 (*primäre Vermögensschäden*)** についても賠償をしなければならず、また、BGB278条により、**債務者の履行補助者の有責性を債務者自身で**、つまり、BGB831条〔使用者責任〕による場合と異なり免責証明の可能性なしに、負わなければならないということである。このような補完においてさえも、決して、現行の不法行為法体系の脆弱性が露呈したわけではなく、(S. 360) 単に、ひとたび法における**特別な拘束**の内にある場合、「結び付けられていない」人々の間の場合とは異なるという、問題の構造

(23) *Fikentscher Schuldrecht*, 8. Aufl. 1992, Rdn. 1054を参照。

の相違が明らかになっているにすぎないのである⁽²⁴⁾。

とりわけ、契約締結上の過失や第三者保護効を持つ契約 (der Vertrag mit *Schutzwirkungen zugunsten Dritter*) のような制度は、強固な先入観とは違い、決して、まずもって BGB831条1項第2文の免責証明の可能性があるから存在しているわけではない。仮に、BGB831条1項第2文による免責証明が廃止されたとしても (この免責証明については下記 § 79III6を参照)、BGB278条による履行補助者についての債務者の責任 (Gehilfenhaftung) は、BGB831条による使用者責任と比べて、依然として被害者に有利であろう。なぜなら、「独立した」履行補助者は (正当な理由から) BGB831条の規定に含まれないが、しかし、BGB278条の規定には含まれるからである。したがって、保護義務違反を理由とする補充的な責任を求める必要性は、(確かに弱くはなるであろうが、しかし、) この点でも、なくなることはないだろう⁽²⁵⁾。いずれにせよ、BGB831条1項第2文が廃止されたとしても、第一次的な財産損害に対する賠償義務負担についての相違は、まったく影響を受けないだろう。その上、まったく一般的に妥当することだが、そもそも不法行為責任と契約責任との間に相違が存在する限り、このような〔法〕形態は、常に一しかも、正当なものとして!一存在するだろう⁽²⁶⁾。契約責任が、例えば BGB538条1項第1選択肢^{訳注2}の場合におけるように、有責性に左右されない場合、ただちに、それに対応した (賃借人の妻及び子供等のための) 第三者保護効を求める必要性が生じる。そして、ご存じの通り、判例も BGB538条の枠内においてそれに従っているのである (BGHZ 2, 94, 96f.; BGHZ 49, 350, 354を参照)。もっとも、法的に重要なのは、現行法によれば、一たとえ間接的でしかなくとも一法律行為上の接触到起因するか又は法定債務関係に起因する上述のような特別な拘束だけである。つまり、単なる社会的な接触では不十分なのである⁽²⁷⁾。なぜなら、単なる社会的な接触は、BGB278条の (類推) 適用及び第一次的な

(24) 詳しくは、議論状況について包括的な論証をおこなっている *Canaris Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten*, 2. Festschr. für Larenz, 1983, S.33f., 84ff., 102ff.を参照。;この点について類似の見解をとるものとして、*Picker AcP* 183 (1983) 460ff. 及び *JZ* 1987, 1053f. がある。*Picker* は、異なる理論上の根拠に基づき (それについては上記3bの最後を参照)、同様に特別な拘束という基準に中心的な意義を認めている。;これについては、その他にも詳細なものとして、*J. Schmidt Gedächtnisschr. für D. Schulz*, 1987, S. 341ff. がある。

(25) 詳細は、包括的な論証をおこなっている *Canaris aaO* S.85ff. を参照。

(26) 詳しくは、*Canaris Festschr. für Kitagawa*, 1992, S.90ff.を参照。

(27) 同程度に詳しいものとして、例えば、BGHZ 66, 51, 54f. がある。;別の見解をとるものとして、とりわけ、*Dölle ZStW* 103 (1943) 67ff.を参照。;より新しい時期のものとして、例えば、*Bälz Zum Strukturwandel des Systems zivilrechtlicher Haftung*, 1991, S. 48ff., 60f. がある。; *Paschke* の「共同体法上の社会関係」 („gemeinschaftsrechtlicher Sozialbeziehungen“) という概

財産損害に対する一般的な賠償義務負担を正当化するために十分なほど、法律行為上の関係とも類似性を有していないし、法定されている関係とも類似性を有していないからである⁽²⁸⁾。むしろ、法律行為上の関係の範囲外で、法創造によって「不文の」法定債務関係を認めることができるのか、また、どのような要件のもとでそれを認めることができるのかは、今日までほとんど明らかにされていない。それについての模範例となるのは、「相隣法上の共同体関係」 („nachbarrechtliche Gemeinschaftsverhältnis“) に関する議論である。隣人同士の間にはひとつの法定債務関係が存在し、それゆえに、(BGB831条だけが適用されるのではなく) BGB278条が適用されるべきであるということは⁽²⁹⁾、例えば、所有者と無権限の占有者の間や、所有者と用益権者の間等には、疑いの余地なく(「明文の」)法定債務関係が存在することを考慮すれば、第一印象とは違って、それほど大胆な命題というわけではないのである。

(田中宏明)

II 不法行為の一般的要件

「許されない行為〔不法行為〕」から生じる責任は一いかにも無内容に聞こえるかもしれないが何よりもまず、そもそも「行為」が存在し、なおかつ、その行為が「許されない」ことを要件としている。後者の指標それ自体が〔さらに〕、伝統的に、構成要件該当性、違法性及び責任の三段階に区分される。それに加えて必要とされるのは(BGB249条以下により賠償可能な)(S. 361)損害の発生である。さらに、行為と当該行為によって惹起された構成要件に該当する侵害との間の因果関係と、当該侵害とそれから生じた行為者に法的に帰責されるべき損害との間の因果関係とが必要となる⁽³⁰⁾。

1 行為概念

a) 不法行為法上の意味における「行為」と見なされうるものは、意思によって支配可能と考えられ、かつ、この意味で人に「帰責」されうるあらゆる容態である⁽³¹⁾。つまり、その「行為」〔という概念〕は、感覚を通して知覚し

念もまた、社会的接触説への一定の近さを示している。AcP 187 (1987) 60 ff., 81ff. を参照。

(28) それを適切に述べるものとして、Larenz MDR 1954, 515がある。；その他にも、詳しくは、Canaris 2. Festschr. für Larenz, 1983, S.107f. を参照。

(29) そのように述べるものとして、例えば、Westermann/Pinger SachenR⁶ § 79 I 3がある。

(30) それについては、Larenz SchR I § 27 III を参照。

(31) 詳細については、目的的行為論を分析する Larenz Rechtswidrigkeit und

うる世界における出来事を表すのみではなく、ある意味づけを前提としている。我々は、その意味づけ〔の作業〕を通じて、「行為」〔というもの〕を、原則として自らの行動につき責を負うべき主体の現れと理解する。このとき、この主体は確かに意思の担い手として想定される。しかしながら、この者には、彼によって意欲された結果に意図的に向けられた行いだけではなく、およそその支配しうる行いであれば、それらもまた全て、行為として帰責されうるのである。そのため、そのような〔ものとしての〕行為は、たとえば、ある者が意図的でない、自分でまったく意識していない動作によって会話中に花瓶をひっくり返す場合にもまた存在する。これに対して、絶対力 („vis absoluta“) の影響下での動作、統御し得ない反射に基づく動作、睡眠中の動作、またはそれ以外の一たとえば、心筋梗塞による⁽³²⁾一意識不明の状態における動作は、不法行為法上の意味における行為ではない。というのもまさしく、このような場合には意思による統御の可能性が与えられていないからである。その場合には、すでに基礎としての行為が欠けているため、構成要件該当性、違法性及び責任の問題ははじめから成り立たない。とはいえ、幼児や精神病患者であっても、原則として、不法行為法上の意味において「行為する」ことができる。BGB827条及び828条によるこれらの者の答責可能性の問題は、有責性の局面に属するのである（これについては、*Larenz* SchR I § 20 VI 3を参照）。

行為の存在に疑いの余地がある場合、権利〔損害賠償請求権〕をその行為から導き出そうとするのは被害者であるから（また、その限りにおいて）、一般原則に則って被害者が証明責任を負担する（BGHZ39, 103及び106以下を参照）。ただし、加害者が、自分は意思を欠いた状態で損害を煮起した、と主張した場合、ドイツ連邦通常裁判所〔以下、BGHとする。〕の見解によれば、BGB827条第1文の表現・内容に鑑みて、その証明責任は例外として当該加害者に負われる（BGHZ98, 135, 138及び139を参照）。

b) 作為という意味での行為と同様に扱われるのは、法的作為義務が課されている場合の不作為である。その詳細については損害賠償法総論に譲る⁽³³⁾。不作為が不法行為法特有の問題を提起するのは、とりわけ社会生活上の義務との関連においてである（これについては下記§ 76 III 3を参照）。

(S. 362)

Handlungsbegriff im Zivilrecht, Festschr. für Dölle S. 176ff. を参照。その他に、刑法における行為論の今日的状況に関しては、代表的なものとして、*Roxin* StrafR A. T. Bd. I, 1992, § 8を参照。

(32) これに関しては、BGHZ 98, 135を参照。

(33) より詳しくは、*Larenz* SchR I § 27 III c を参照。

2 不法行為の三段階の構造

a) ある行為を「許されない〔不法な〕」ものであると判断するまでの過程は、通常、三つの段階に区別される。すなわち、構成要件該当性、違法性及び責任〔の各段階〕である。この構造は、刑法に明らかな対応物を見出すものであるが⁽³⁴⁾、BGB823条1項の文言及び構成からも容易に想起される。というのも、BGB823条1項は、そこに列挙されている法益或いは権利のひとつに対する侵害、違法性、及び故意または過失〔という要件〕を、請求権の相異なる要件として並列的に、或いは順を定めて立てているからである。この構造はBGB823条2項にもまた当てはまり—そこでは、これは特に円滑に「機能」しさえする—、そしてBGB824条、825条及び831条以下の補充的構成要件にもまた当てはまる。これに対して、この構造は、BGB826条にはそもそも、或いは非常に制限された範囲でしか適合しない。というのも、そこでは「良俗違反」という指標において、構成要件該当性の要素と違法性の要素とを切り離すことができない、或いは少なくともその他の場合と同じようには明確に切り離すことができないからである。そしてそこでは、刑法もまた、いや刑法でさえもがごく稀に個別的に有しているような—たとえばStGB240条の強要の場合のような—「開かれた」構成要件が問題とされているのである。

訳注 3
論理的にみれば、三つの基準は明確な順序で連続して並べられている。すなわち、構成要件に該当する行為のみが違法となりうるのであり、違法である行為のみが有責となりうる。これらのカテゴリーは行為概念と同一局面上に立つものではない。むしろ、これらはまさに行為に付された徽章、或いは—もしそう言いたいならば—まさに行為の法的「属性」である。すなわち、人の行為は—それが作為であれ不作為であれ—構成要件に該当し、違法であり、かつ有責であると評価される。つまり人の行為はこの判断の対象であり、それゆえ、思考上厳格に判断そのものから区別されなければならない。

b) 構成要件該当性の段階では、まず第一に、因果的要因として損害発生に寄与したところの人の様々な行為から、不法行為責任の基礎及び違法性判断の対象として特に考慮に値する行為を取り出すことが問題となる。たとえばある者が、不法な手段を用いずに、自らの競争相手に損害を与える場合、その者

(34) Roxin 前掲書 § 7 Rdn. 54ff., 75ff. 及び § 10 Rdn. 16ff. を参照。同書はそれに加えて以下のことを適切に強調する。すなわち、行為というものはそれにもかかわらず「常に、分離することのできない単一のものである」ということである (§ 7 Rdn. 76)。

に故意が存在するときでさえも（！）不法行為は既に構成要件該当性の段階で存在しない。というのも、そのような行為を現行不法行為法の規定は把握していないからである。同様のことは、たとえばある者が不注意から他者に誤った道教える場合にも当てはまる（上記 I 3 b を参照）。

さらに、当該行為が（場合により）関連しうる規定の**保護範囲**に入るか否かも構成要件該当性のひとつの問題である。他人の物が破壊される、または奪取される場合には、それが他人の所有権の「侵害」であることは確かである。しかし、たとえば他人の物が写真に撮られ、その写真が営業のために流布される場合にも、それが他人の所有権の「侵害」であるといえるだろうか？ 同じように、BGB823条 2 項の意味における保護法規違反の場合には、(S. 363) 損害を惹起する行為が侵害された規範の保護目的に含まれるか否かが中心的な問題である。当然のことながら、そのために必要な保護範囲の分析は、あらゆる不法行為構成要件に対して一般的に同じ方法で行なわれうるものではない。それゆえ、各構成要件の個別の検討において当該分析を行うことにしよう。しかしながら、ここでの問題との関連においては、保護範囲の分析が法解釈上構成要件の段階に属するということが留意されなければならない。

これに対して、**損害**の存在は構成要件の要素ではなく、〔損害賠償〕請求権の追加的要件である。したがって、たとえば身体侵害は、たとえそれが些細なためにいかなる損害をも惹起しなかった場合でさえも、BGB823条 1 項の意味における構成要件に該当する。**因果関係**もまたひとつの要件であるが、それは構成要件該当性の外にあり、そしてそれゆえに、この構成要件該当性と混同されてはならない。なぜなら、因果的でなければならないのは行為だからである。行為は構成要件該当性の評価を付す対象であるから、したがって、構成要件該当性は論理的に因果関係と同一局面上にはない。このことは、実際の意味をもたないわけではないにもかかわらず、ときとして誤解されている（詳細については § 77 III 3 d を参照）。

c) **違法性**の段階では、伝統的な見解によると、原則として**正当化事由の存在のみが吟味されるべきものと**されている。通常、このことは、**構成要件該当性は違法性を徴表する**という命題によって表される。この命題によっていわれていることは、違法性は積極的に根拠づけられる必要はなく、単に消極的に阻却事由の欠缺が確認されれば足りるということである⁽³⁵⁾。個々の**正当化事由**は**全法秩序**に同じように通用しており、それゆえに不法行為法に特殊なものがあるわけではない。それゆえ、個々の正当化事由についてここでは詳述せず

(35) BGH もまたこのことを基本的に出発点としている。たとえば、BGHZ 24, 21, 27f.; BGHZ 90, 255, 257f.; BGH NJW 1993, 2614を参照。

に、簡単に思い起こすに止める。最も重要な正当化事由は以下のものである。すなわち、正当防衛 (BGB227条及び StGB32条)、緊急避難 (BGB228条、904条及び StGB34条)、自力救済 (BGB229条及び859条)、正当な利益の擁護 (StGB193条)、被害者の (現実的或いは推定的) 同意、並びに子どもに対する両親の懲戒権のような一定の強制権限である。

むしろ今では、違法性徴表という法的仕組みは、判例によって新たに発展した「枠の権利」の場合には十分に機能していない。なぜなら、一般的人格権については頻繁に、営業権については常に、個々の事件に関連づけられた法益衡量及び利益衡量という方法で積極的に違法性を根拠づけなければならないからである (下記 § 80 III 1 b 及び § 81 I 3を参照)。それにもかかわらず、そのことから、違法性徴表モデルに対する原理的異議は生じていない。というのも、そこでは、まさに [BGB の想定していなかったような] 新たに創造されたものが扱われているからである。それに加えて、この場合、論の立て方を逆転させ、まさにそれらが違法性徴表モデルの適用を許すほどには構成要件として固められていないという理由により、これらの「枠の権利」それ自体を批判することができる (下記 § 81 II 1を参照)。これに対して、この違法性徴表モデルに対するひとつの重大な異議を示しているのは、その違法性徴表モデルが BGB823条 1 項の「古典的な」場合、つまり身体侵害及び所有権侵害の場合にもまた、広い範囲で機能しないという主張である。これは、直ちに次の 3 でより詳しく検討されるひとつの独自の問題領域であり、(S. 364) そのため、そのような検討を経てはじめて、違法性徴表モデルの機能的有効性に関する最終的判断を下すことが可能となる。

d) 支配的学説によれば、私法においては—刑法と異なり—故意と過失 (Fahrlässigkeit) は有責性に含まれる⁽³⁶⁾。たとえこの見解に従わないとしても、それでもこの有責性の段階には、その解釈論上の固有の意義を是認するのに十分な観点が残されている。だから、たとえば、StGB35条の意味における責任阻却の緊急避難^{訳注 4} 及び回避不可能な禁止の錯誤^{訳注 5} は、周知のごとく、不法行為責任を排除する。というのも、そのようなときには、不法行為責任に必要な有責性が欠けているからである。BGB827条及び828条の責任能力の欠如もまた、解釈論上、大半は—つまり、[意思能力がおよそない等の理由で] 帰責しうる行為がすでに排除されていない限り—有責性に関連する。それだけ

(36) Larenz SchR I § 20 II 及び III を参照。

でなく、有責性が、厳密には、不法行為の構造に対してどのような意義を有するものであるのかという問いに関してもまた、以下で詳細に扱われる結果不法と行為不法の問題が重要である。したがって、〔違法性徴表モデルの有効性に関する考察と〕同様に〔後で〕ここにもう一度話を戻す必要があるだろう（下記3 dを参照）。三段階モデル全体の持つ意義もまたその後ではじめて包括的に正当に評価されるのである（下記3 eを参照）。

（谷本陽一）

訳注1 BGBの給付障害法の欠缺ゆえに判例によって補完されていた契約締結上の過失と積極的債権侵害の制度は、2002年1月1日施行（2001年11月9日制定、同11月29日公布、2002年6月28日修正法制定、同8月1日修正法施行）の債務法現代化法によって、遂にBGBの規定として法文化された。まず、BGB280条1項が、債務関係と義務違反という一般的な構成要件によって損害賠償請求権を規定したことから、上記両制度に基づく損害賠償請求権をも基礎付けることになった。契約締結上の過失については、さらにBGB311条2項および241条2項が、280条1項の要件である義務を伴った債務関係が契約商議の開始または契約の勧誘によっても生じることを定めている。

訳注2 本文中のBGB538条は旧法における条文番号である。旧BGB538条は、2001年9月1日施行の賃貸借改正法によって536a条へと条文番号が変更され、債務法現代化法施行後の現行法においても維持されている。旧BGB538条1項の内容は、2001年9月1日の賃貸借改正法によっては変更されなかったが、債務法現代化法によって、「不履行に基づく」という文言が削除されている。

【参照条文】

・旧BGB538条〔使用賃貸人の損害賠償義務〕

1項：537条に掲げる種類の瑕疵が契約締結の際に存在し、若しくはその後使用賃貸人の責めに帰すべき事情によって発生したとき、又は使用賃貸人が瑕疵の除去につき遅滞したときは、使用賃借人は、第537条に規定する権利にかかわらず、不履行に基づく損害賠償を請求することができる。

（条文訳は、右近健男編『注釈ドイツ契約法』171頁〔三省堂、1995年〕から引用。）

・BGB536a条〔瑕疵に基づく賃借人の損害賠償請求権および費用償還請求権〕

1項：536条の意味における瑕疵が契約締結の際に存在し、若しくはその後使用賃貸人の責めに帰すべき事情によって発生したとき、又は使用賃貸人が瑕疵の除去につき遅滞したときは、使用賃借人は、第536条の権利にかかわらず損害賠償を請求することができる。

訳注3 たとえばStGB240条2項の「非難すべきものと認められるときは」という文言は「開かれた」構成要件（規範的構成要件）であり、そこでは構成要件該当

性という要素と違法性という要素とを切り離すことはできない。

【参照条文】

・ StGB240条

1 項：暴力により、又は耐え難い害悪をもってする脅迫により、違法に他人に対し行動、受忍又は不作為を強要した者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。

2 項：求める目的のため暴力を使用し、又は害悪をもって脅迫することが、非難すべきものと認められるときは、この行為は違法である。

3 項及び 4 項（略）

訳注 4 責任阻却的緊急避難とは、他の方法では回避することのできない危険から自己を救助し、または、自己の親族または自己と密接な関係にある者を救助するため、犯罪を実行する場合をいう。この場合には、責任が阻却されるが、StGB35条は責任阻却的緊急避難をなしうる法益を厳格に限定し、生命、身体、自由のみその成立を認める。

【参照条文】

・ StGB35条

1 項：生命、身体又は自由に対する他の方法をもってしては回避することのできない現在の危険の中で、自己、親族又はその他の自己と密接な関係にある者をその危険から回避させるために、違法行為を行った者は、責任なく行為したものである。このことは、事情上、殊に、行為者がその危険をみずから生ぜしめたことを理由にして、又は行為者が特別な法的関係あったことを理由にして、その危険を甘受することがその者に期待しえた場合に限り、適用されない。ただし、行為者が特別な法的関係を考慮せずして危険を甘受すべきであったときは、その刑は、StGB49条1項により、これを軽減することができる。

2 項（略）

訳注 5 禁止の錯誤とは行為の違法性に関する錯誤である。StGB17条は回避不可能な禁止の錯誤と回避可能な禁止の錯誤とを規定しており、前者については行為者に非難を加えることができないとしている。というも、行為の不法を認識することができない者は、たとえ法に違反したとしても、非難に値する法的心情を示していないからである。それゆえ、回避不可能な禁止の錯誤は、常に免責されなければならない。

【参照条文】

・ StGB17条 行為の遂行に当たり、不法をなす認識を欠く場合において、行為者がこの錯誤を回避しえなかったときは責任なく行為したものである。行為者が錯誤を回避しえたときは、その刑は、StGB49条1項により、これを軽減することができる。

※ StGB の翻訳に当たっては、法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ刑法典』法曹会（1982年）を参照した。また、訳注 4 及び 5 の記述については、イエシュック＝ヴァイгент・西原春夫監訳『ドイツ刑法総論』第 5 版・成文堂（1999年）

及び平野龍一監修『ロクシン刑法総論 第一卷 [基礎・犯罪論の構造]（第三版）（翻訳第一分冊）』信山社（2003年）を参照した。