

資 料

契約に基づかない損害賠償責任（３）

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

(S. 364)

３ 結果不法および行為不法

a) 長い間、「因果的な」行為論の帰結として、次のことが出発点とされてきた。すなわち、BGB 823条 1 項の意味における構成要件に該当する「侵害」として、それとともに違法性の徴表に関する基礎として判断されるべきなのは、この規定において挙げられている法益および権利の一つの侵害に関して原因となった全ての容態であるということが出発点とされてきた。これに関する本質的な根拠は、そのような侵害が当事者にとっての否定的な結果ゆえに厳に有することになる結果無価値に見出されてきた。この構想の欠点が明らかになるのは、とりわけ次の二つの問題領域である。すなわち、とりわけ民事大法廷〔Großer Zivilsenat〕BGHZ 24, 21の判決（これについては後述§79III 2 cを参照）を契機として激しく議論された「社会生活上正当な」容態の事例と、単なる「間接的な」侵害である。例えば、完全に正しい行動をとった機関士が列車に飛び込んだ自殺者を轢いた場合、実際に、BGB 823条 1 項の意味における構成要件に該当する生命侵害を認め、そして、正当化事由（！）が現れることを期待するべきであろうか？ また、自動車、武器およびナイフなどの製造者は、それらを流通におくことの一事によって、その場合に、これらの目的物によって人が死に至る — 相当因果関係がある、それどころか予見可能性がある！ — という理由だけで、構成要件に該当する、つまり正当化を必要とする（！）生命侵害行為を犯しているのだろうか？（S. 365）とりわけ、このようなおかしな結論こそが、対立する立場の発展をもたらしたのであった。それ

によれば、不法判断の基礎は、否定的な結果それ自体ではなく、容態命令または容態禁止に対する違反である⁽³⁷⁾。この学説に基づくならば、言及された具体例においては、機関士または製造者はたしかに行為義務を侵害していたわけではないから、彼らが違法に振る舞っていたはずがないということは自明である。

b) この論争についての態度決定をするためには、最初に、結果不法論の支持者にとっても行為についての判断が問題となっているということを明確にする必要がある。行為が違法として評価されるのであって、結果それ自体が違法と評価されるのではない。その結果、後者はけっして違法性の徴表の対象ではなく、違法性の徴表の根拠である。それゆえ、法秩序が、意味をなすものとして、結果および状態などではなく、人間の容態だけを不法として評価することができるとする論拠によって、結果不法論を批判するならば、そのような批判はあまりにも単純すぎる⁽³⁸⁾。さらに、法秩序は権利主体への命令を「命令理論」に従って決定規範の形式においてのみ表現することができるから、行為の評価としての違法性は決定規範の違反から生じなければならないという命題は、結果不法論に対する決定的な反論ではない。というのも、結果不法論の支持者は、決定規範に評価規範を対置し⁽³⁹⁾、そして、否定的な結果を後者の基礎としてみなすことによって、十分な根拠をもってまさにこのことを否定するからである。

(37) 行為不法論を代表する主なものとして、詳細については様々な相違があるが、*Enneccerus/Nipperdey* Allg. Teil des Bürg. Rechts¹⁵ §209, *Wiethölter* “Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens” S.33 ff., *Münzberg* “Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung” S.109 ff., 201 ff.およびその至る所, *Esser/Schmidt* §25 IV 1および *Esser/Weyers* §55 II 3, *Kötz* “Deliktsrecht, 5. Aufl.” Rdn.101 ff., *Bürgermeier* “Deliktsrecht” Rdn.106 ff. がある。同様のものとして、さらに、例えば, *Stathopoulos* “Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit im Zivilrecht” 2. Festschrift für Larenz S.631 ff., 642 がある。

(38) それゆえ、少なくとも, *Esser/Weyers* §55 II 3c における問題設定は誤っている。それに対して、正当なものとして、例えば, *Deutsch* “Unerlaubte Handlungen und Schadensersatz, 2. Aufl.” Rdn. 87 a. E. がある。

(39) この相違については、唯一, *Münzberg* “Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung” S. 8 ff., 62 ff. を参照。命令理論に対する批判については, *Larenz Methodenlehre*⁶ S. 253 ff. を参照。

実際には、両方の立場が正しい要素を含んでおり、その結果、これらの立場を結びつけることが重要である⁽⁴⁰⁾。その際に出発点とされるべきなのは、**直接侵害と間接侵害の区別**である⁽⁴¹⁾。—広く認められたこの出発点は、正確な区別についてもまだかなりの点で不明確であり、かつ、争いがあるが。間接侵害に関して模範例となるのは、自動車や武器などのような危険な物を流通におくことである。これらの物が具えるべき品質を有している限り—つまり、製造上の欠陥または設計上の欠陥などを示していない限り—、(S. 366) 当該行為が許容されていることに鑑みるならば、この行為と直接的には関係しないその後の（！）法益侵害の単なる可能性のみを顧慮して、この行為を事後的に、つまりいわば遡及的に不法と評価することは、まさに理に反しているであろう。それゆえ、ここでは不法の判断は行為義務違反に基づいてのみ行われ得る。つまり、例えば、誰かが欠陥のある製品を流通においたことに基づいている。法解釈上、ここで問題とされるのは、**危険回避義務**である。

これとは事情が異なるのは、BGB 823条 1 項によって保護されている法益および権利に対する直接侵害の場合である。この問題について模範例となるのは、看護婦が患者に致死量の薬を注射するという大いに議論された事例である。たとえ、その看護婦が最大限の注意を払っていたにもかかわらずその加害性を認識できなかったとしても、その看護婦はやはり構成要件に該当し、かつ、違法な（責任はないけれども）生命侵害行為を犯している。もちろんこの場合、根本的な理由は以下の点にあるのではない。すなわち、「結果があまりに行爲に近接するので、日常生活の視点に立つと結果が行為から分離され得な

(40) 基本的には、Larenz Festschr. Für Dölle S. 183 ff.がある。この関連において、Roxin aaO §10 Rdn. 88 ff., とりわけ Rdn. 98も参照。

(41) これについては、例えば、von Caemmerer “Wandlungen des Deliktsrechts” Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages Bd. II S. 77 f., 131 ff., Larenz S. 183 ff., Stoll AcP 162 (1963) 214 ff. および 227 f., U. Huber “Zivilrechtliche Fahrlässigkeit” Festschrift für E. R. Huber S. 276 f., Sourlas “Adäquanztheorie und Normzwecklehre bei Begründung der Haftung nach §823 Abs. 1 BGB “S. 117 f., von Bar S. 156, Stathopoulos “Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit im Zivilrecht “ 2. Festschrift für Larenz S. 641 f., G. Hager “Zum Begriff der Rechtswidrigkeit im Zivilrecht” Festschrift für Ernst Wolf S. 135 ff., Fezer “Teilhabe und Verantwortung” S. 510 ff. がある。〔ただし、〕
 掲るべき区別の基準に関しては様々な相違があるが。

いという点、または、行為がその客観的な性質によれば最初からそうであったところの本来の姿（……致命的な効果を及ぼす液体の注射）を結果が単に明らかにするにすぎないという点」⁽⁴²⁾にあるのではない。これはたしかに直接侵害についての巧みな説明を示してはいるが、法律上規範となる論拠として十分に満足させ得るためには、あまりに叙述的なままであり、さらに、あまりに存在論的に考えられすぎている。むしろ、決定的な観点は、行為者がこの容態を、法そのもののゆえに完全に止めなければならなかったということである。なぜならば、まさに、その直接的な結果が死の発生、つまり否定的な結果であったからである。というのも、看護婦が致命的な注射をしても「よい」ということは、法秩序の立場たり得るはずがないのである！ つまり、ここでもまさに、客観的に存在する行為義務が侵害されている。一より厳密に言えば、**結果回避義務**である。従って、一方では、次の点においても、結果不法論の支持者に結果において従わなければならない。つまり、危険の差し迫った患者のために第三者は正当防衛を（責任のない差し迫った危険の場合に妥当する特別な限度において⁽⁴³⁾）行ってよいということ、つまり、例えば看護婦の手から注射器を叩き落としてもよいという点である。このことは、論理必然的に、その患者が例えばペニシリンアレルギーのような特別な体質のために耐えることができないような、〔しかし、〕それ自体は危険のない薬がその注射器に含まれている場合でさえ妥当する。他方で、行為不法論の支持者に、彼らが次のことを堅持する限りにおいて賛成しなければならない。すなわち、不法が常に、つまり直接侵害の場合にも、行為義務の侵害に基づくということを堅持する限りにおいてである。行為義務が差し迫った否定的な結果から直ちに生じ得ることを、彼らは単に十分に考慮していないだけである⁽⁴⁴⁾。

(42) そのようなものとして、Larenz S. 193がある。それに従うものとして、例えば、von Bar “Verkehrspflichten” S. 156がある。

(43) これについては、Roxin aaO §15 Rdn. 55 ff. を参照。

(44) もちろん、この認識は、体系構造上の意味を有するにすぎず（しかし、とにかく有してはいる）、内容上の意味を有してはいない。それにもかかわらず、批判的に留意されるべきなのは、結果不法論の多くの支持者が誤った時点に拘泥しているように思われるという点である。つまり、結果発生時点である。それに対して、行為の法的な評価にとって決定的なのは、加害者が結果を回避する可能性を最後に有していた瞬間だけである。一同様に、正当防衛にとっても肝心なことは、結果の発生ではなく、結果が間近に迫っていることである（これについて、的を射ているものとして、Deutsch HaftungsR §14 II 2が

(S. 367) 間接侵害と直接侵害の区別は、これまでの見方によれば決して必要にはならない。反対に、この区別は、法解釈上論理必然的に危険回避義務と結果回避義務の区別に置き換えられる。加えて、この区別は、実際にも重要である。すなわち、間接侵害の場合、行為者は予測できる否定的な結果にもかかわらず、原則として、まさに行為者がそうしたように行動することが許容される。一つまり、例えば、車や武器などを流通におくことが許容される。これに対して、直接侵害の場合には、行為者はその行為の（差し迫った）結果を考慮して、まさにこの否定的な結果を理由として、本来は違うよう^にに行動しなければならないだろう。一つまり、例えば、注射を断念しなければならないだろう。これに従って、間接侵害の場合には、危険から必ずしもいつも危険を回避することについての義務を導き出すべきではない（そうではなくて、例えば、製造物の欠陥のような「瑕疵」が存在する場合にのみ導き出すべきである）。それに対して、直接侵害の場合には、差し迫った否定的な結果は原則として直ちに結果を回避する命令を引き起こす。同時にこのことから、結果不法と行為不法の違いが十分に明確になる。すなわち、前者の場合には、当該法益の保護に値すること自体が決定的であり、これに対して後者の場合には、行為者が法益に関わる特別な態様が法的な無価値判断の中心である。さらに、直接侵害と間接侵害の区別は、実際の個々の問題の解決に関してさえ、本質的な役割を果たす。このことは、とりわけ損害賠償義務者が誰かという問題に際して現れる。すなわち、直接侵害を犯した者が不法行為法上の責任を負担することが原則として当然のことである一方で、間接侵害の場合には、まさに被請求者が侵害された義務の名宛人に属するためには特別な理由が必要である。それゆえ、例えば、被用者および会社の機関の場合にしばしば否定され得る（後述§76III 5 dを参照）。

〔しかし、〕特別なのは、轢かれた自殺者の場合のような事例である。結果発生阻止が全ての者にとって不可能であったという理由で（かつ、その限りにおいて）、この場合には、すでに、当該行為への帰責が否定されるべきである⁽⁴⁵⁾。例えば、運転

ある）。—それによれば直接侵害に際しても当然命題の違反が問題となり得る不法理論を、A. Rosenbachも、執筆中の不法行為法についての彼の博士論文〔=Arnim Rosenbach, Eigentumsverletzung durch Umweltsveränderung - zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des §823 BGB, 1997, München〕において発展させた。—ただし、ここにおけるのとは異なる思想的な基礎に基づくものではあるが。

(45) 結果において、同様に、Larenz S.187がある。しかしながら、異なる（大変

手にとって酔っ払いまたは子供が回避できない態様で車の前に飛び出してくる場合、同様のことは論理的に一貫して当てはめられなければならない⁽⁴⁶⁾。

(大場浩之)

一読に値する!) 根拠を用いている。

- (46) 反対説として、*Larenz S. 186*がある。しかしながら、この事例にとっても、*Larenz S.195*によって与えられた、自殺者の事例に関する以下の追加的な根拠が妥当する。すなわち、「ここではその物によって、つまり、作動中であってもはや阻止することのできない機関車によって、その危険は迫っているのである」という根拠である。