資 料

契約に基づかない損害賠償責任（５）

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. 375)

2 不法行為法の中心規範としての BGB823条 1 項

a) 実際の観点から眺めるとき、BGB823条 1 項は、他の規定に抜きんで、最も重要な不法行為法規範である。なぜなら、大多数の事案はこの規定により判断されるからである。また、理論的に見ても、それは中心規範である。というのも、この規定は、最も重要な権利と財貨とに**包括的な保護**を与えているためである。(S. 376) BGB823条 1 項による保護は、まず、〔同条項が〕過失による侵害も一般的に損害賠償義務を発生させる、としている点で包括的である。これに対して、BGB826条によると、〔人は〕故意〔行為〕について責任を課せられるに止まる。また、BGB823条 2 項も、しばしば故意行為にのみ適用される。なぜなら、多くの保護法規が—しかもまさに實際上、特に重要なものが—故意による行為にのみ制裁を加えており、その場合には、一般に認められているように、このような〔制裁対象の〕限定は BGB823条 2 項の領域内においても効力を有する〔同条項に基づいて私人の損害賠償責任の成否を判断する際にも、右限定を前提としなければならない〕からである（下記 § 77IV 2 a を参照）。さらに、BGB823条 1 項による保護は、その構成要件の客観面に関してもまた、基本的に包括的なものである。というのも、この規定に定められている権利や財貨の侵害は、それが〔当該権利または財貨の〕割当内容を害するものである限り、常に〔BGB823条 1 項の〕構成要件に該当するためである。

もっとも、以上に述べた事柄がどこまでそのまま妥当するか、については疑問があ

りうる。しかしながら、そうであっても、BGB823条1項による保護が包括的であることに何ら変わりはない。そのような疑問が生ずるのは、単に、当該権利が〔割当内容につき〕限界を有するためである—この限界の範囲は、ある権利においては〔その他の権利に比して〕より広く、他の権利においてはより狭い—。したがって、例えば、〔所有物自体には何らの影響を及ぼさずに〕物の利用目的〔のみ〕を阻害する一定の行為^{註1} 或いはある物の写真を撮影する行為が BGB823条1項の〔適用領域の〕下には入らないこと（下記II3c及びeを参照）を指摘して、この規定による所有権の保護の持つ包括的な性格に対して疑問を唱えたとすれば、それはまさに不合理であろう。〔右包括的性格に対する〕このような異議は、理論的には本質を捉えていないものと思われる。なぜなら、今述べたように、〔所有権の保護に関する〕これらの制約には、まさしく、単に割当内容の限界が現れているに過ぎないからである。また、実際に、上記の異議は的を完全に外していよう。というのも、そこで取上げられているものは周辺問題と限界事例とであり、これらには、BGB823条1項が適用されることにつき疑問の余地のない、圧倒的多数の所有権侵害の事例が対置されるからである（下記II3a及びbを参照）。これに対して、純粹財産損害^{註2}に関する議論の出発点は、正反対〔のもの〕となる。すなわち、ここでは、〔我々は〕まず BGB823条2項の意味における保護法規を探さなければならない—その上、それが存するか否かは、しばしば立法上の偶然に係っている—。或いは、BGB826条の意味における良俗に対する違反という要件を積極的に根拠付け、合わせて〔同条の適用に〕必要とされる故意の存在を証明しなければならない。それゆえ、一方において、財産それ自体は原則として、例えば詐欺、背任、契約違反への不正な方法による唆しなどの個別の、特に悪質な行為態様に対してのみ、したがっていわば個々の的に保護される。他方、これとは反対に、所有権はその絶対権としての地位及び構造に鑑みて、BGB823条1項により、その中核において一般的であり、周辺領域においてのみ限定された保護を与えられる。なぜなら、所有権は、原則としてあらゆる直接侵害に対して保護されており、さらに、間接侵害及び不作為による侵害から〔も〕保護されるべく、社会生活上の義務という厚い網に囲まれているからである（この点につき下記IIIを参照）。そのため、ときおり、BGB823条2項を中心規範とし、BGB823条1項をその下位形式或いは特別規定と見る学説が主張されるものの⁽⁴⁾、これは、同条の2つの項の外見上の関係をその反対の形に置き換えるだけではなく、それらの実質的意義までも見誤るものであ

(4) とりわけ、Rödiger „Erfüllung des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB durch Schutzgesetzverstoß“ (1973) S. 56ff., Karsten Schmidt „Kartellverfahrensrecht-Kartellverwaltungsrecht-Bürgerliches Recht“ (1977) S. 348 f.

る。

b) さらに、以上の分析によって、〔我々は〕今から解決されるべき課題をも既に視野に収めたことになる。すなわち、〔まず〕BGB823条1項に規定されている権利及び財貨の保護範囲（Schutzumfang）が明確にされなければならない。その後、一般条項としての性格を持つ「過失による違法な侵害」という指標が具体化されるべきである。その際〔権利及び財貨の保護範囲を明確化する際〕にも、〔規範の〕保護目的について考察することは有意義であろう。しかしながら、一この後の論述をより良く理解するように、予め強調しておくこと—これは〔権利等の保護範囲を明確にする作業とは〕その性質を異にする。したがって、例えば、船舶を〔積荷場などに〕閉じこめること、或いは〔積荷場などに近づけないように〕閉め出すことがBGB823条1項〔の適用領域〕の下に入るか否か、という有名な問題^{訳注3}は、所有権の保護範囲とその射程距離とに關わるものである。これに対して、この論点は、渋滞にはまり込んで動けずにいる後続車の運転者が〔そこから抜け出すべく〕グリーンベルトを横断する際に〔そのグリーンベルト等に〕発生させた損害についても、渋滞を引き起こした者が賠償しなければならないか、という—同じように有名な一問題（これについては下記III6cを参照）〔の解決〕に関しては（S. 377）本質的な役割を果たさない。なぜなら、右問題は古典的な、物の損壊に關わるものであるからである。すなわち、この場合に〔問題の〕核心を成すものは、むしろ、渋滞を引き起こした者によって害された社会生活上の義務の保護領域（Schutzbereich）内に当該損害がなお含まれるか否か、という点なのである。

（根本尚徳）

訳注1 例えば、ある水路がその管理者（被告）の不注意（過失）によって航行不能となったため、原告の所有する船舶Aがその水路に接続している積荷場に足止めされてしまったとする。また、原告の所有する船舶Bは、右積荷場に近づくことができなくなり、その結果、原告は、そこで依頼主から荷物を受け取り、それを他の場所に移送する契約上の債務を履行しえず、得べかりし利益を失ってしまった。この場合に、被告が原告による船舶A及び船舶Bの使用を妨げたことが、原告の双方の船舶に対する所有権の侵害に当たると言えるか否かが問題となる。すなわち、このとき、原告は、被告の行為が自らの所有権を侵害したと主張して、BGB823条1項に基づき、被告に対して、両船舶を使用しえなかったことにより被った損害を賠償するように請求することができるか。以上が、所有物自体には何らの影響を及ぼさずに物の利用目的のみを阻害する行為の一例、及びそれをめぐる問題点である。なお、後に本文（S. 388）にて詳しく紹介、分析され

るように、BGH は、以上のような事案において、結論として、被告が船舶 A を積荷場内に閉じこめた行為は原告の A に対する所有権を侵害するものであったと認める一方で、船舶 B を積荷場に近づけぬよう閉め出した行為は、原告の B への所有権に対する侵害には当たらないと判示した。Vgl. BGH Urt. v. 21. 12. 1970 BGHZ 55, 153.

訳注 2 純粹財産損害（純粹經濟損失）とは、人身被害（死亡・負傷）や物的被害（物の毀損・滅失）を伴うことなく生ずる經濟的な損失をいう。能見善久「比較法的にみた現在の日本民法—經濟的利益の保護と不法行為法（純粹經濟損失の問題を中心に）—」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年 I 全般的觀察』（有斐閣，1998）619頁以下，619頁。

訳注 3 この問題については、訳注 1 を参照されたい。