

資 料

契約に基づかない損害賠償責任（6）

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. 377)

II BGB823条 I 項により保護される法益及び権利とその保護範囲

1 生命、身体及び健康の侵害

a) **生命**の侵害は容易に定義され得る。すなわち、それは人を殺すことである。これに基づく請求権は BGB844条から846条に従って生じる（これについては下記§ 83 IIを参照）。**身体**の侵害と見なされ得るのは、身体の不可侵性を害することである⁽⁵⁾。その侵害は、病気に値する必要もなければ、身体の実質への介入を内容とする必要もない。それによると、周知のとおり、たとえば一発の平手打ちも構成要件上ひとつの身体侵害である。**健康侵害**と理解されなければならないのは、人間の肉体的、心理的又は精神的状態の、病的特徴をともなう障害である⁽⁶⁾。というのも、健康の反対は病気であるから、したがっ

(5) 同じ又は類似したものとして、たとえば BGH NJW 1980, 1452, 1453（しかし、下記 f）も参照）；MünchKomm.-Mertens § 823 Rdn. 54；Soergel/Zeuner § 823 Rdn. 16；Medicus SchR II § 137 II 2aがある。

(6) 類似のものとして、たとえば、MünchKomm.-Mertens § 823 Rdn. 55；Medicus SchR II § 137 II 2b；Deutsch Karlsruher Forum S. 93がある。これに対し、BGHは度々病気という判断基準の利用を避けた。BGHZ 114, 284, 289を参照。これによると、健康侵害概念には、「通常の身体の機能から逸脱する状態の惹起又は亢進であればどのようなものでも含まれる」—この定義のもつ不確定性は、〔本件が〕エイズ AIDS の感染、つまり病気について疑いの余地が一切ない事例であるだけに、いっそう不可解な感を与える。

て、この概念を BGB823条 1 項の具体化に用いるという考えが自ずと浮かぶのである。

〔健康〕障害が病気の程度に達するか否かは何よりもまず医学の見地から判断されなければならない、それというのも、被害者は BGB823条 1 項の保護目的に基づいて医療費の賠償請求権を有しており、かつ、当該医療費の必要性は原則として医学上の諸判断基準にしたがってのみ決定され得るからである。それゆえに、BGH の不適当な定式化に反し、侵害が「社会通念にしたがっても身体又は健康の侵害とみられる」⁽⁷⁾のか否かが決定的な意味をもつわけではない。もっとも、BGH の見解は次の点に関する限り正しい核心を含んでいる。すなわち、BGB823条 1 項の意味における「健康」がひとつの法概念であり、その法概念の充足は、いうまでもなく、医学—そして、医学において学派の争いがあればその争い—に全面的には委ねられ得ないという点である。それゆえ、仮に医学において従来の言葉の用い方から著しく逸脱する病気概念が浸透するという場合であっても、その病気概念が BGB823条 1 項の解釈に関連するのは、それが、損害賠償法上も思考を改めざるを得なくなるところの、新しい洞察に基づくときだけであろう。特に BGH は (S. 378)、「まだ通常の反応の範囲内にある、痛み、悲しみ及び落胆という現象」を BGB823条 1 項の意味における健康侵害として承認することを拒否するという点で、まったく正しい。〔それというのも、〕それらの現象が医学上も「把握され得る」かもしれず、また、事情によっては治療可能でさえあるかもしれない場合であっても、しかしそれでもそれらの現象はそれ自体としては病気に値せず、かつ、治療の必要がない〔からである〕。むろん、他方で、治療の必要性をまさに健康侵害の概念的指標に高めるほどに行き過ぎることもあってはならない⁽⁸⁾。たとえば、ある者が他者を有責に腸疾患に感染させ、その結果、その他者が、相当長期間、家に留まっていなければならない場合、この者はそれによって生じている収入の欠損を、たとえ医師を呼ぶことが必要なかったときであっても、その他者に BGB823条 1 項に基づいて賠償しなければならない。それゆえ、治療の必要性は、その判断基準を用いることにより BGB823条 1 項の適用にとって最も重要な「通常的事例 (Regelbeispiele)」が獲得され得るところの、模範例を作り出す判断基準に過ぎない。

b) 身体侵害と健康侵害の関係についていえば、その関係は、非常に大きな共通の領域をもつ、交差する二つの円という像がふさわしい。一方で、平手打ち、毛髪の切断 (BGB847条!) などのような、健康侵害をともしない多数の身体侵害があり、他方で、とりわけ精神疾患の場合のようにそれが逆になることもあり得る。そうはいっても、身体侵害とも健康侵害とも解し得ることは頻繁にあるだろう。そうだとすると、裁判官だけでなく、私の考えでは、学生も、〔身体侵害と健康侵害の間の〕境界

(7) BGHZ 56, 163, 165; これを確認するものとして, BGH NJW1989, 2317, 2318; ショック損害が問題となっている。これについては下記 e) を参照。

(8) しかし、そのようなものとして (少なくともその定式化からすると) MünchKomm.-Mertens § 823 Rdn. 54; Kötz Rdn. 50がある。

付けの問題を未解決のままにしておいてよいのである⁽⁹⁾。

c) たとえば、鬱病、神経症、精神病などのような**精神疾患**も BGB823条 1項に該当するということには、今日、原則として争いがない。その論理必然的な帰結として、精神疾患が器官に媒介されているか否かは問題とならない。それゆえ、精神疾患は、それが**ある肉体的侵害の結果損害として発生するとき**だけでなく、損害をもたらす出来事—たとえば事故—により直接的に惹起されていたときも、賠償可能である⁽¹⁰⁾。むろん、精神的な障害の場合には、それが病気の程度に達しているか否かという問いが度々特別な困難をもたらす。病気の程度に達していることが肯定され得る場合、そして、そのことは必要とあれば鑑定人の助力のもとで明らかにされなければならないが、しかし、精神的な障害のときにも違法性は徴表される⁽¹¹⁾。というのも、その場合、法的な無価値判断は身体的な侵害のときとは異なり得ず、特に被害者の特別の精神的な不安定さは、原則として、加害者の負担にならなければならないのであり、それは、周知のとおり、特別の身体的脆さと同様だからである。

いうまでもなく、顧慮されなければならないのは、賠償請求権が構成要件に該当する健康侵害の存在にもかかわらず BGB254条 2項の**損害軽減義務**のために挫折し得ることである。比較的軽度の鬱病や不安による心理的圧迫の度に直ちに精神科医に行くわけではなく、それを自分で克服しようとするからである—なにしろどんなインフルエンザや腸疾患の場合でさえも内科医の助けを求めないほどなのだから。

d) **精神疾患とはっきりと区別されなければならないのは精神を介した健康障害**である。その場合に問題となるのは、因果連鎖を構成している環のひとつが不安、驚愕、憤懣、悲しみなどのような精神的な反応にあるということである。これに対し、加害結果が終始身体的な性質であり得るのは (S. 379)、たとえば、心筋梗塞、脳卒中又は激昂による発作の場合である。それ〔つまり、因果連鎖の環のひとつが精神的な反応にあるということ〕によって侵害の帰責可能性が原則として排除されないということには疑いの余地がない⁽¹²⁾。

(9) これと異なる見解として、*Deutsch Karlsruher Forum S. 96*^{註1}がある。彼は上級裁判所に「一律には身体侵害と健康侵害を一緒に挙げない」ように要請している。

(10) たとえば、BGH NJW 1991, 747, 748 ; 1991, 2347, 2348および同判例の指示するその他のものを参照。

(11) これと異なる見解として、*Deutsch Karlsruher Forum S. 96*がある。

(12) BGHZ 107, 359, 363には〔他の〕指示される判例もあるが、〔さしあたり〕本判例のみを参照。

むろん、顧慮されなければならないのは、行為者の過失は健康侵害に関連がなければならないということであり、なぜなら、責任設定の因果関係 (haftungs auslösende Kausalität) が問題だから (かつ、その限りにおいて) である⁽¹³⁾。それゆえ、たとえば、重い心臓病の人に冗談から文字どおりの意味における死の恐怖を起こさせる者が (BGB844条及び845条との関連において) BGB823条 1 項により責任を負うのは、確かに、その者がその病気を知っていた、又は知らなければならなかった場合であって、これとは逆に、その者がこの病気を少しも知り得なかったし、かつ、健康な人ならばその恐怖を十中八九損害なしに乗り越えていたであろう場合には責任を負わない。これに対し、責任充足の因果関係 (haftungs ausfüllende Kausalität) に関しては別である。たとえば、事故の犠牲者がその際に受けた侵害のために死ぬという不安から心筋梗塞に陥る場合には、行為者に当該事故の惹起及びそれと結び付けられた身体侵害に関してのみ過失ある行為が存在する必要があるが、それに対して、更なる結果に関しては「客観的な帰責可能性」で十分である⁽¹⁴⁾。

たとえば、侮辱、誣告などの場合には同様に決定されなければならない。ある者が面識のない者を侮辱し、後者がそれに対して、脳出血を被るほど、非常に興奮する場合、原則として、BGB823条 1 項に基づく損害賠償請求権は問題とならない。なぜなら、そのような結果は通常予期され得ず、それゆえ、健康侵害に関して過失が欠けているからである⁽¹⁵⁾。StGB185条〔侮辱罪^{訳注2}〕との関連における BGB823条 2 項に基づく請求権はいずれにしても問題とならない。なぜなら、StGB185条は健康の保護のための抽象的危険犯ではなく、そのため、その限りにおいて、必要な保護目的連関が存在しないからである (これについては下記§ 77 III 3 b を参照)。同様に、他者に虚偽の主張によって交通事故についての責任を押しつけようとする自動車運転手は、その他者がこれに対する興奮から被る卒中発作に対して責任を負うことはほとんどない⁽¹⁶⁾。ここでも健康損害に関して過失が欠けており⁽¹⁷⁾、その場合には、この過失が

(13) たとえば、BGHZ 93, 351, 357; BGH NJW 1980, 1452, 1453を参照。

(14) これについては、一般に、Larenz SchR I § 27 III b を参照。

(15) 結論において同じものとして、BGH NJW 1976, 1143, 1144がある。〔これに対し〕RG は (その後黄疽につながっていく) 胆石の事案に関して正反対に判決していた。GruchBeitr. 65 Nr. 73を参照。

(16) 結論において同じものとして、BGHZ 107, 359, 365がある。これに対し、RG は、〔取材を受けた者の〕思い違いによる被害者の支払困難についての誤った新聞報道によって惹起された (死という結果をとまなう) 胆嚢炎の場合に過失による BGB823条 1 項の違反を肯定した。RGZ 148, 154, 165及び166を参照。

(17) それに対して、当を得ていないのは BGH の根拠付けである。それによる

その限りにおいて有責性の要素としてのみ働くのか否か、又は、すでに構成要件に該当する義務違反が否定されなければならないのか否かはそのままにしておいてもかまわないのである（これについては一般に上記§ 75 II 3 cを参照）。

問題が困難になるのは、加害者が確かに相手方の健康上の不安定さを知っているが、しかし、原則として正当利益の擁護のために行動する場合である。模範例となるのは、次のおそれのある債務者に対する起訴又は強制執行の実行である。すなわち、これらの措置に対する興奮から自らの健康について損害を被るであろうというおそれのある債務者である。この場合には、債権者の利益は、場合によっては、比例原則により個々の事案に関連づけられた法益及び利益の衡量という方法において後退しなければならない（S. 380）、その結果、債権者には当該措置の不作為義務が生じ得る一たとえば、債権者の債権が取るに足らないもの、又は、疑わしいものであり、かつ、債務者に彼の健康に対する重大な侵害のおそれが高度の蓋然性をもって存在する場合がそうである⁽¹⁸⁾。

（谷本陽一）

e) 精神を介して生じた健康侵害の下位事例としてよく議論されているもののひとつが、いわゆる**ショック損害**である⁽¹⁹⁾。このショック損害は、確かに、ショック^{訳注3}が別途生じた第一の侵害の結果として現れている限りでは、つまり、侵害を被った後に死への恐れによって生じた心筋梗塞という上で論じられた事例と同様に、責任充足的因果関係の領域に含まれる限りでは、はじめからここでの関連にない。さらには、直接侵害と間接侵害の区別がなされるべきである。第一の状況〔直接侵害〕が存在するのは、ショックを惹起した知らせを伝えた人に対する請求権が問題となっている場合に限られる。すなわち、たとえば妻は、彼女の夫が山登りの際に滑落して死亡したと彼女に伝えた者に対して、彼女がそれにより興奮のあまり循環障害に陥り、医者による治療を受けなければならない場合に、BGB823条1項に基づく請求権を有するのか。この間

と、自動車運転手の行為は「なお違法ではない」。なぜなら、自動車運転手は「事故についての責任を相手側に押しつけることを試みる場合〔でも〕、その他の事情が加わらない限り、どの交通関与者も事故後に損害賠償請求権なしに甘受しなければならないものの限度をなお越えていない〔つまり、違法ではない〕」からである。

(18) これについては、BGHZ 74, 9, 15 (傍論) 及び19並びに20を参照。

(19) これについては、RGZ 133, 270; BGHZ 56, 163; BGH NJW 1984, 1405; 1986, 777; 1989, 2317; MünchKomm.-Mertens § 823 Rdn. 57ff.; Soergel/Zeuner § 823 Rdn. 25; Erman/Schiemann § 823 Rdn. 20; Kötz Rdn. 51 f.; E. von Hippel NJW 1965, 1890ff.; Karczewski S. 9ff., 324ff.

いは原則として否定されるべきである。確かに、直接侵害が問題となっており、そこでは負の結果が違法性を徴表しているのだが（上記§ 75 II 3b を参照）、とはいえ、ここでは通常は推定的同意という正当化事由が介入しているのである。というのも、この知らせは何せよともかく一度は誰かによって伝えられなければならないからであり、事柄の状況からして明示的同意を得ることは不可能だからである。これと異なる決定がなされるのは、稀な例外的事例においてである。たとえば、ある者が有責に誤った情報を伝えた場合、またはショックを許されないほど配慮に欠ける仕方での告知によって惹起した場合、若しくはその者は初めに別の者、すなわち彼の方で当事者をショックから保護するための慎重な処置ができたであろうと思われる者に対して情報を提供すべきであったということを確認すべきであった場合がそうである。

法状況が異なるのは、ショックを惹起した出来事につき有責な者に対する請求が問題となっている場合である。つまり、この者に対しては、たとえば夫の死亡事故の知らせを聞き循環障害に陥った妻が原則として BGB823条 1 項に基づいてそれによって生じた治療費の賠償を請求することができるのである。かつて時折主張されていた異論、すなわちここで問題となっているのは第三者損害に過ぎずそのようなものは BGB844条及び845条の範囲でのみ賠償対象となるという異論は、当を得ていない。というのも、妻は妻自身について自らの健康を侵害されており、したがってその点では彼女の人格において（も）BGB823条 1 項の構成要件要素が充足されているからである。むしろ問題は次の点にある。すなわち、彼女の夫に対する侵害は彼女の健康を単に（S. 381）危殆化させるものに過ぎない、つまり彼女の健康は間接的にのみ侵害されているという点である⁽²⁰⁾（この点については上記§ 75 II 3b を参照）。したがって、ここで重要となるのは、その行為者がその事故を惹起することによって妻に対しても社会生活上の義務に違反したのかどうか、である。これは原則として肯定されるべきである。なぜなら、近親者のショック損害は〔因果的に〕遠くに存在する結果ではないからであり且つ他人の身体及び生命（Leib und Leben）を保護すべき義務はこの法益の地位の高さと重要性に鑑みてその侵害の巻き添えとなる者の利益にも及ぶからである。

最後の視点から同時に明らかとなるのは、近親者だけでなく、死者と何らかの形で近接していた者はすべて社会生活上の義務の保護範囲に引き入れられる、ということである。まったく関係のない者についてのみ、これは否定される。なぜなら、彼らは

(20) この点については、適切にも既に RGZ 133, 270, 272.

犠牲者ともその行為とも何らかの関係を有しないからである。これに対して、心ならずも当該出来事の見撃者となった〔に過ぎない〕者ですら、その犠牲者と関係がなくとも、原則として保護されるべき者の圏域に属している⁽²¹⁾。ある者が、不法な銃撃戦に遭遇したために、たとえば恐怖により心筋梗塞になる場合、彼に流れ弾が当たった場合よりも要保護性が低いということはない。同様に、凄惨な事故を目撃してショックを被る者は、たとえばその者が衝突した自動車から飛び散った物によって負傷した場合よりも要保護性が低いということはない。他人の死を自ら惹起しそれによってショックを被った者ですら、賠償請求権を有している⁽²²⁾。このことは、たとえば自らの運転する列車等に自殺者が飛び込んだ場合における運転士に当てはまる。自殺自体が他人に対する法的義務に違反していないからといって、このようなやり方の自殺が列車運転手に対する義務に違反しており、それゆえ損害賠償をなすよう義務付けられることには変わりはない（この場合、この損害賠償は自殺者の相続人によって履行されなければならないが、その責任は相続財産に限定される可能性がある。）。

当然ながら、ショックをもたらず出来事は或る人の死亡をもたらずものである必要はない。自らの子供が重大な事故にあった母親は原則としてその子供が受傷したに「過ぎない」場合ですらショックが生じたことを理由として賠償請求権を取得する。動物または物の侵害によって惹起されるショックであっても BGB823条 1 項の保護範囲に含まれる場合がある。たとえば、ペットが轢かれたことや或る者が瓦礫と化した我が家を目の当たりにすることを考えてみればよい⁽²³⁾。〔このように、〕物の保護のための社会生活上の義務が人の健康の保護のための対応する義務によって側面援護されているということは、とりわけ次のことから導かれる。すなわち、現行の損害賠償法は流布している誤解とは違って原則として愛好利益をも保護している、ということである。このことは、とりわけ次のことから明らかになる。すなわち、BGB249条は（BGB251条 2 項の範囲で）非財産的（immaterieller）損害の原状回復についても妥当していること（たとえば、価値のない絵画の修復）、および BGB253条はこれとははっきりと区別されるべきところの原状回復が不能な場合の純粋な金銭賠償のみを排除していること^{訳注 4}、である⁽²⁴⁾。もちろん、何が主たる法益侵害かは、どうでもよいというわけではない。たとえば、サッカーの試合において或る観客が審判の誤審について興奮して心筋梗塞になる場合、確かに、これは相当因果関係があることには疑いないし、それどころかまさしく一般的に予見可能であろうが、そうであっても、審判は先の観客に対する社会生活上の義務に違反しているわけではない。というのも、一方では、審判をそのような責任リスクが脅かすならば、彼は自らの任務を必要とされ

(21) これは非常に争われている。反対の見解としては、たとえば、*Soergel/Zeuner* § 823 Rdn. 25; *Karczewski* S. 363.

(22) 正当にも BGH NJW 1986, 777, 778f. はそのようにいう。

(23) 若干狭く解しているが、類似の見解として、*Karczewski* S. 379f.; これに対して RGRK-Steffen § 823 Rnd. 11は狭く解しすぎている。

(24) *Larenz* SchR I § 29 I b 末尾を参照。

る果敢さをもって遂行することはもはやできなくなるだろうし、他方で、ある者が人身損害あるいは物的損害を伴う事故によって興奮するのかスポーツにおける出来事で興奮するのかは、特に後者から遠ざかっておくことはそれこそ容易なため、やはり基本的には異なるものだからである。しかしながら、保護される人的圏域の決定にとって決定的となる諸基準については、この問題の複雑性に鑑みると、大抵の社会生活上の義務の場合と同じく、ここでは、最終的確定はできないというべきであろう（この点については下記III4を参照）。

(S. 382) **健康障害の種類と程度**に関して、原則的に、ショック損害に特別なことが妥当するわけではなく、それゆえ、上述 a) にて展開された判断基準により決定されなければならない。このことは、結論においてBGHの見解と概ね一致しているといつてよいだろう。確かに、BGHは、まさにここでの問題点について上で批判された定式を使用しており、〔その定式のもとで〕健康侵害の構成要件は「一般的な社会通念 (Verkehrsanschauung)」にしたがって決定されるのであるが、BGHは、それによって、「通常の反応の範囲にとどまっている苦痛、悲しみおよび落胆といった現象」をBGB823条1項の適用範囲から排除するという正当な目的を追求しているにすぎない (BGHZ 56, 163, 167を参照)。この目的は、ここで主張される立場によれば、それらの現象が病気というに値しないという理由からして既に達成される—この観点は、まさにBGHがショック損害の問題に関する後の判決において明示的に採用したものである (BGH NJW 1989, 2317, 2318を参照)。これに対して、次の主張はかなり行き過ぎである。すなわち、「後遺症の残らない虚脱に至る一時的循環不全 (医学的意味における「ショック」) は、共同生活での浮き沈みにおける通常の負担であり、人はそのことを生きていく上で覚悟しておくべきもの…」⁽²⁵⁾ という主張である。〔しかし、〕近親者に死なれたことは、「共同生活での浮き沈み」 (!) とは何のかかわりもないのであって、それによって生じる循環系虚脱で、極めて重大な結果損害の危険のゆえに通常は医学的処置が必要となるものは⁽²⁶⁾、それに関して法秩序が「人がそれを生きていく上で覚悟す

(25) RGRK-*Steffen* § 823 Rdn. 11はそのようにいう。

(26) それゆえ、理解できないのは、「重篤だが、一時的 (原文通り! [原著者による付記]) 循環不全」あって、妊婦が自分の夫の命に関わるような事故についての知らせによって被ったものが、BGB823条1項の保護範囲に入るかどうか「疑わしい」としていることである (BGHZ 93, 351, 356を参照)。それどころか、BGHは、子供の、ショックに基づく胎盤への血流低下によって惹起された健康侵害が賠償対象となることの理由付けに苦勞したのだが、そうではあ

る」こと（！）を求めることの許される出来事ではないのである。責任の氾濫という危険は、まず医者による処置に着目し⁽²⁷⁾、付加的に BGB254条^{註5}を考慮する限りで、何の問題もなく回避される。たとえば、この〔254条の〕規定に基づけば、被害者が配偶者や子供などを失ったことによってアルコール依存またはその他の依存症になった場合、そのことは通常一しかし決して常にはない！—被害者自身に帰責されなければならないのである⁽²⁸⁾。

慰謝料請求の場合の法的効果に関して注意すべきなのは、現行法が近親者を失ったことの悲しみを理由とする慰謝料というものを知らないということである（下記§ 83 III 1bを参照）。（S. 383）それゆえ、慰謝料は次のように低く評価されることになる。すなわち、実際には健康侵害自体によって惹起された加害のみが顧慮され、迂回的方法であっても「近親者の慰謝料」は認められない。ある者が、近い人間の死によるショックによって生じた健康侵害のために、観光旅行に出発しなかった場合、キャンセル料、「没収された」旅行代金などのようなこの旅行の「無駄になった」費用は、損害賠償の対象とならない⁽²⁹⁾。というのも、死亡の知らせによって BGB823条 1項の意味における健康侵害を被らなかつた場合であっても、そのような旅行は、行われないうのが普通だからである。したがって、この侵害はなかつたものと考えうるから、損害—すなわち費用が無駄になること—があつたとしても、そもそも因果関係が存在しないか、そうでなくとも少なくとも違反された社会生活上の義務に関する保護目的の喪失の事例にも妥当する。つまり、その労働能力の喪失によって生じる損害は、被害者が、BGB823条 1項の意味における健康侵害を被らなかつた場合でも働かなかつたであろう期間—これは、確かに短く見積もられるべきであるが—については、損害賠償の対象とならないのである。

f) ある種の特別な問題を投げかけているのは、望まれない妊娠である。もっとも、これは、不法行為法の問題としてはほんのわずかな部分に過ぎない。子供—当該事例において通常重大な障害をもってこの世に生まれる子供 („wrongful life“) —

るが、最終的には BGH はこの問いを肯定した。AaO S. 355f. を参照。

(27) 同旨の見解として、MünchKomm.-Mertens § 823 Rdn. 58; Karczewski S. 342ff., 350; 理由付けに対しては批判的に留保しているが BGH に従うものとして、Fezer S. 534f.

(28) したがって、BGH NJW 1984, 1405判決は、(おそらく結論においては適当であるとしても) 理由付けにおいてはまったく満足するものではない。本件では、この種の事案において、BGB823条 1項の適用が、遅くとも RGZ 133, 270, 272以降は時代遅れとなつた「論拠」によって否定された。すなわち、BGB844条および845条という限界内においてのみ賠償対象となる「間接」損害が問題になっているに過ぎない、と。

(29) その限りでは、BGH NJW 1989, 2317, 2318では未解決である。

について、その出生を防止すべき不法行為法上の義務は存在しない。なぜなら、BGB823条1項は、生命の保護に向けられたものであって、その否定に向けられたものではないからである（正当にもBGHZ 86, 240, 251f. はそのように解する。）。[もっとも、]非常に争われている問題、すなわち契約に基づいてまたはその子供のための契約に準じる保護効に基づいてその子供の請求権が考慮されるかという問題は、ここで関連するものではない。これに対して、母親については、一たとえば、不妊手術の不正確な実施による一望まれない妊娠の惹起においてBGB823条1項の構成要件が充足されるといってよいだろう（BGH NJW 1980, 1452, 1453; 1984, 2625は、そのように解する。）。しかしながら、それを理由に母親に妊娠および出生についての慰謝料を認めることは（BGH 前掲はそうしている。）、極めて疑問である。というのも、子供の人間としての尊厳および生きる権利（この子供は、BGHによって判決された事案においてはその他の点では健康であった。）は、法秩序が母親に胎児が人として発達すること（Menschwerdung）（!）と結び付けられた負担を「金銭に換えることを許す」ことは、おそらく合致しないだろうからである（下記§ 80II6d 参照）。その子供が慰謝料の支払いについて知ることを、想像して見るだけよい！ もっとも、BVerfGは、この懸念を共有していないようである。それどころか、BVerfGは、論拠を示して事柄の問題性に取り組むことをしない点で、自らの立場を有無を言わず述べているに過ぎない（BVerfGE 88, 203, 295f. 参照）^{訳注6。}

g) 医療的な処置の過誤がBGB823条1項の意味における身体侵害または健康侵害にあたることには、争いはない。これに対して、同じことが、**専断的な治療のための侵襲、すなわち患者の身体の完全性への侵害をそれと結び付けているリスクについての十分な説明なしに行うことに当てはまるのか**については、激しい意見の対立がある。判例および通説はこの問いを肯定する一方で⁽³⁰⁾、反対説は、これに代わって、一般的人格権の侵害〔という構成〕を採用する⁽³¹⁾。とりわけこの見解の根拠となるのは、治療のための侵襲は、医師の意図からしてもその客観的な行為の意味からしても、身体への侵害に向けられているのではなく、健康の回復または疾病の緩和に向けられており、したがって、その不法内容の重点は、身体への攻撃にあるのではなく、患者の自己決定権の無視にある、ということである。

(S. 384) それにもかかわらず、伝統的な見解がこれほど根強く維持されて

(30) たとえば、BGHZ 29, 46および176; 67, 48, 49; 106, 391, 394; *Deutsch Rdn.* 180; *MünchKomm.-Mertens* § 823 Rdn. 370ff., 421ff.; *Soergel/Zeuner* § 823 Rdn. 17を参照。

(31) たとえば、*Laufs VersR* 1972, 5f., *NJW* 1979, 1230および *ArztR⁴ Rdn.* 126 (ただし、証明責任について妥当でない帰結を伴っている。); *Esser/Weyers* § 55 I 1b を参照。

いることは、少なくとも民事法においてはとりわけ次のような実際の観
 点に基づいている。すなわち、この見解は、解釈論的な困難なしに患者にとっ
 て有利な**証明責任の分配**をもたらす、という点である。というのも、この見解
 によれば、治療のための侵襲は構成要件としては身体侵害にあたるから、この
 侵襲を行うためには正当化事由が必要となるが、その正当化事由が存在しうる
 のは同意が存在する場合なのであって、その帰結として、医師は同意の存在お
 よび、そのために必要とされる患者への説明をも証明しなければならないから
 である。これに対して、人格権侵害として位置づける場合には、必要とされる
 説明を行わないことは、構成要件に属する。なぜなら、そもそも、この要件に
 おいてのみ、患者の決定自由の侵害が存するからである。したがって、証明責
 任は、その限りにおいて患者に課せられるように見えるのである。しかしなが
 ら、目指している証明責任の分配を「横目で見ること」は、方法論的に誠実で
 はないし、さらに解釈論の今日の状況とも合致しない。つまり、この間にも、
 以前から多くの領域において、証明責任の転換が、すでに構成要件段階におい
 ても可能となり、とりわけ不作為不法行為の場合にも考慮されて、それどころ
 かBGB831条ないし838条から導かれるように、成文法もこれを認めていること
 が（この点については、特に下記§ 79IV1b 参照）、承認されているのである。
 したがって、ここでの関連において一結論においてはほとんど一般的に適
 当であると考えられる一証明責任の分配は、率直に指標となるべき正しさの基
 準によって基礎付けられるべきであろう。その意味で、決定的なのは、次の点
 である。すなわち、とりわけ患者は行われなかった説明についての消極的証明
 をすることは事実上ほとんど不可能であり、したがって〔そのような証明責任
 を課せられた患者は、〕ほとんど権利が実現できない立場におかれることにな
 るだろうが、これに対して、医師は、結果が自らの「領域」で生じているので
 あり、文書化などによる証明の確保を、医師についても（証明の）困難が存在
 しているにせよ、かなり容易になすことのできる状態にある、という点であ
 る。このようにして証明責任の問題が解決されるとき、専断的な治療のための
 侵襲を解釈論上身体侵害の代わりに人格権侵害であると性格付けるということ
 を妨げるものは、もはや何もないのである（下記§ 80 II 6c も参照）。

説明すべきリスクが現実化する場合、そこから生じる健康損害は原則として**説明義務の保護範囲内**にある⁽³²⁾。というのも、この説明義務は、自らの健康のためにどのよ
 うなリスクをとろうとするのかについての決定を患者自身に委ねることを、まさに意

(32) 異なる見解として、*Lauf* aaO Rdn. 125.

味しているからである。このことは、生じた事故が、その程度ではなくその性質に応じてのみ、説明を要することとなった場合にも当てはまる。つまり、たとえば医者が患者に対して、特定の侵襲が或る感染症を事後に惹き起こす可能性があるという危険について指摘しなかった場合、医師は、その感染症が例外的に患者の死をもたらし、説明義務が合併症に及ばないほどその種の合併症が〔因果的に〕離れているときさえも、責任を負う (BGHZ 106, 391, 397ff. を参照)。これに対して、この例のようにいわば説明すべきリスクの「付加物」が現実化するのではなく、その「異種物」が現実化する場合、それは保護目的の連関の外にある。たとえば、これが当てはまるのは、患者が診断上の処置と結び付いた痛みについて説明されず、その後に腸穿孔のような全く別の損害が生じており、その腸穿孔については、その蓋然性が僅かであるために、説明義務が存在しないという場合である (BGHZ 90, 96, 100f. を参照)。

医療における説明義務の射程および内容は、特別な問題点を形成している。しかし、これについてここでは立ち入ることはできない。時としてこれらが裁判所によって行き過ぎることは、しばしば批判されており、その根拠は、しばしば次の点にある。すなわち、裁判所が処置の過誤を疑ってはいるが、そのことが証明されえない場合に、説明義務違反というむしろ法律家の能力の中にある領域を選択するという点である。

h) 周知のように、BGB823条1項は、**出産前の加害**においても適用がある⁽³³⁾。このことは、たとえば妊婦の事故の場合のように胎児 („nasciturus“) が侵害される場合だけでなく、たとえば、母親が梅毒または AIDS に感染し、その病気が子供に感染した事例におけるように、損害をもたらす出来事が子供の懐胎前に („nondum conceptus“) 存在する場合にもあてはまる。

その際、解釈論上問題となるのは、権利能力の問題ではなく、被害者が BGB823条1項に該当する侵害行為の実行の時点ですでに存在していたのでなければならないのか、という問いである⁽³⁴⁾。この問いは、BGB823条1項が「拡張された構成要件」にも適用されることからしてすでに否定されるべきである。たとえば、瑕疵のある工作物の倒壊の場合に、建設の時点ではまだ生まれていなかった子供が怪我をしたとしても、BGB823条1項の適用可能性につき疑いはない。もっとも、この問題点の特殊性は、子供あるいは感染事例においては胎児でさえも一度も健康であったことはないということにある。しかしながら、これを理由として〔この場合の〕健康の「侵害」を否定することは、まさに皮肉なことであろうし、BGB823条1項の保護目的には全く合致し得ないであろう。ある物がはじめから瑕疵を有している場合に、BGB823条1項の意味における所有権侵害が否定されることは、本質的には、契約上の担保責任法に対する限界付けと関連しているのであり (下記3g 参照)、このことは、その根拠からしてそもそも健康侵害には転用されえないのである—これは、たとえ被害法益の序

(33) たとえば、BGHZ 8, 234, 246; 58, 48, 50 ff.; 106, 153, 155 f.

(34) 詳しくは、Larenz Allg. Teil § 5 II; 基本的には、Selb AcP 166 (1966) 76 ff. を参照。

列が様々であることおよびそこから生じる保護の強度が様々な形を採るということを完全に度外視したとしても、そうなのである。

（内山 敏和）

訳注1 原文ママ。引用及び内容から推測すると、正確には、*Deutsch* Karlsruher Forum S. 95であると思われる。

訳注2 StGB185条（侮辱）侮辱は、1年以下の自由刑又は罰金に処し、侮辱が暴力行為を手段として行われたときは、2年以下の自由刑又は罰金に処する。

（法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』法曹会（2007年）129頁から引用）

訳注3 ここでいう「ショック」とは、医学上の意味のものであり、後述の循環不全と同じものである（厳密には、前者は後者の一種である。）。本文の記述からも推察できるように、何らかの要因によって血流が低下し、諸症状が惹き起こされることがあるが、これらを総称して「ショック」という。菊地浩吉〔監修〕吉木敬・佐藤昇志・石倉浩〔編〕『病態病理学』（南山堂、改訂第17版、2004年）226頁以下〔池田久實執筆〕を参照。

訳注4 柚木馨『（現代外国法典叢書〔2〕）独逸民法〔II〕債務法』（有斐閣、復刻版、1955年）61頁は、「損害が金銭価値に還元せられざる場合に於ては、原則として原状回復のみを請求し得べく、其の不能なるときは賠償請求権は消滅すると謂ふのが、本条の意義である。」と説明している（引用に際しては、漢字は当用漢字に改めた。）。

訳注5 BGB254条は、過失相殺（Mitverschulden）について規定している。

訳注6 本書は、1996年に刊行されたものであるが、wrongful lifeの議論については、上記連邦憲法裁判所第2部判決と対立する連邦憲法裁判所第1部判決（BVerfGE 96, 375）が1998年11月12日に出されている。この点に関するドイツの議論については中村哲也「Wrongful lifeとドイツ損害賠償法—民法における人の法の展開と課題について」法政理論39巻3号（2007年）265頁を参照。