

資 料

契約に基づかない損害賠償責任（7）

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. 385)

2 自由の侵害

a) BGB823条1項の意味における自由の意義を、支配的見解は、正當にも、**身体的な活動の自由**のみに理解している⁽³⁵⁾。純粹に言葉の問題として考えるならば、この概念を非常に広く解釈し、そして、さらに一般的行為自由さえその下に包摂することも可能であろう。けれども、そのことが正しくないということは以下のことだけからも明らかである。すなわち、一般的行為自由は、法律が自由と並べている生命、身体及び健康とは、その法倫理上の地位の高さに関しても、社会典型的公知性に関しても比肩しうものではない、ということである。さらにそして何よりも、〔もし一般的行為自由を BGB823条の意味における「自由」に含めるとすれば〕それによって三つの「小さな」一般条項（上記§75 I 3 参照）をもつ法律上の体系が打ち破られてしまうであろう。なぜなら、行為自由という範疇を用いるならば、侵害されたと主張される利益がどのようなものであってもほとんどすべて〔そこに〕取り込まれうるからである。その結果、過失の場合にそれだけで利益侵害の責任を負わせるであろうし、そして、そのようにして、結果において、「大きな」一般条項へと至ってしまうことだろう。

ある一定の形態の**決定の自由**も BGB823条1項の自由の保護に含められるべきではないであろう⁽³⁶⁾。このように解することは、同様に、法律の体系性と矛盾するとい

(35) たとえば、*Deutsch* Rdn. 185; *Kötz* Rdn. 56; *Esser/Weyers* §55 I 1c; *Soergel/Zeuner* §823 Rdn. 27を参照。

うことが、たとえば BGB825条において明らかになる。それによると、性的決定の自由さえも一般的にはではなく、(S. 386) この規定において定められている一定の要件の下でのみ不法行為法上保護される。さらに、今日、一般的人格権という範疇を用いることができるのであり、いずれにせよ、それによって、決定の自由の保護を柔軟かつ慎重に構築することが可能となる(下記§80 II 6 参照)。

b) 活動の自由の侵害は、何よりも、**監禁することによって生じる**。たとえば、ある人がその中にいる部屋に鍵をかける者は、BGB823条 1 項の意味における、その人の自由を侵害する。〔また、〕活動の自由は、原則として、間接的な攻撃によっても侵害されうる。それについては、たとえば、建物の出入口が適切に作られていないために通行できなくなること、あるいは、エレベーターが保守上の不備により「動けなくなったままになる」ことを考えれば容易に理解されるであろう。

以下のような場合も BGB823条 1 項に該当しうる。すなわち、ある者が公権力による自由の剥奪を一たとえば、不当な告発や間違った鑑定人による鑑定書によって一誘発した場合である。もっとも、裁判上の鑑定人の場合には、BGH は重過失を要求しているのであるが⁽³⁷⁾、しかし、ここではこの問題を深く論じることはできない。なぜなら、その重点は、不法行為法ではなく、むしろ訴訟法上の考量にあるからである。それに対して、ある者が、交通渋滞の中に巻き込まれて動けずにいる場合は、構成要件上ははじめから自由の侵害の保護範囲には入らない⁽³⁸⁾。なぜなら、そのような場合には、その者はまさに自動車を置き去りにして立ち去ることができるため、その者については身体的活動の自由ではなく、せいぜい、所有権を侵害されるという構成がありうるにすぎないからである(これについては下記 3 C 参照)。

[小野寺倫子]

3 所有権の侵害

BGB903条が所有者の権限をかなりの程度明確に輪郭づけているにもかかわらず、所有権侵害の構成要件は、多くの点で鮮明ではない。この概念の中核領域にまず第一に疑いなく含まれるのは、無権限で**所有権を剝奪すること及び所有権に負担を負わせること**による、所有者の法的地位への侵害である。これらは、とりわけ、以下のことによって行われる。すなわち、ある者が他人の物を

(36) しかし、このような方向性を示すものとして MünchKomm. - Mertens §823 Rdn. 64 がある。

(37) BGHZ 62, 54 さらにこの点について制限的な態度をとる BVerfGE 49, 304を参照。

(38) Medicus SchR II §137 II 3 は傾向として反対の立場をとる。

善意の第三者に有効に譲渡するか、善意の第三者のために物権を課すること—このことは BGB932～936条、892条・893条及び2366条に従って可能なのであるが—によって、または、ある者が他人の物を BGB946条以下に従って、付合、混和もしくは加工によって—自分自身の物としてであれ、第三者の物としてであれ—他の者の所有物にすることである。一般的に認められているように、そこに構成要件上、BGB823条1項の意味における所有権侵害が存在する。もっとも、しばしば BGB990条以下が特別規定として BGB823条1項に優先する、ということに注意が払われなければならない⁽³⁹⁾。善意取得者が、その者の立場において、従前の所有者に対し、BGB823条1項に基づいては、責任を決して負うことがないのは、法律上の善意者保護規定が、その者の行為から違法性を阻却するからである。

BGB823条1項に基づく請求権と並んで、多くの場合、不当利得返還請求権—とりわけ BGB816条あるいは951条及び812条に基づく—が成立する。不当利得返還請求権と比べて、不法行為請求権には、請求額の大きさという点でより広い範囲に及ぶという長所がある。すなわち、不法行為請求権は、一方では、BGB818条3項に基づく利得を喪失したという抗弁にさらされず、また他方では、BGB252条により逸失利益を含むからである。それに加えて、不法行為請求権が被告適格に関して所有者に利益をもたらすことも稀ではない。(S. 387) その範例として、有限会社の事業執行者あるいは被用者が、他人の一たとえば、所有権留保に付されている—物を権限なく善意者に譲渡することや、第三者の家屋の構成部分とすること（BGB946条！）などがある。その場合、その者ら自身が（有責性がある場合には）BGB823条1項に基づいて責任を負う⁽⁴⁰⁾。その者らは所有権を直接に侵害したからである—このことは、その者らが、たとえば問題となっている物を破壊してしまったような場合と何ら異ならない。このことが、とりわけ所有者にとって有益であるのは、その有限会社に対する請求権が、その会社の支払い不能のために貫徹されない場合である。もっとも、事業執行者あるいは被用者のためには、その占有法上の地位についての解釈論上の性質決定と関わりなく、BGB990条以下の責任法上の特権及びそれと結び付けられた不法行為に基づく請求権の部分的排除が役立てられねばなるまいが⁽⁴¹⁾、しかし、関連する事例においては、通常の場合、他主占有者の逸脱が問題となるのであるから、ほとんどの場合、すでにこのこと〔BGB990条以下の責任法上の特権及びそれと結び付けられ

(39) これについては、他のすべてに代えて *Baur/Stüner SachenR*¹⁶§11B II を参照。

(40) たとえば、BGHZ 56, 73, 77 ; 109, 297, 302 ; *Medicus Festschr. für Lorenz S.* 168 を参照。

(41) たとえば正当にも *Staudinger/Gursky*¹² Vorbem. zu §§ 987 ff. Rdn. 6 があ
る。BGHZ 56, 73, 78 f. においては、未解決のまま残されている。

た不法行為に基づく請求権の部分的排除]はその者らにとって何の役にも立たない。単に間接に—たとえば必要な組織的予防措置をとらないことによって—その物の無権限での譲渡やその構成部分化等を可能にしたにすぎない者も同様に BGB823条 1 項に基づいて自ら責任を負うかどうかは別の問題である（それについては下記 III 5 d を参照）。

強制執行の措置も所有権の喪失をもたらすことがある。確かに、BGH は、そのような手続きを進める者に対して、BGB823条 1 項に基づいて保護される法益が侵害される場合も、つまり、純粋な財産的侵害の場合ばかりでなく所有権侵害の場合にも、「錯誤権」を承認し、そして原則として「単なる過失により法律状態について誤った評価をすること」の結果について、その者に不法行為に基づく責任を負わせない。なぜなら、そうしなければ「国家の司法手続きの自由な利用可能性が憂慮されるべき仕方

で制限されるであろうからである（BGHZ74, 9, 15ff.及びこれについては下記 78IV4b も参照）。けれども、このことは、訴訟の相手方との関係においてのみ妥当し、これに対して、無権限での執行法上の第三者の所有権への侵害の場合には、BGB823条 1 項の不法行為上の保護が制限なく貫徹する（BGHZ118, 201, 205f. を参照）。必然的に、そのような事例においては、手続きを進めた弁護士は、侵害された所有者に対し、あらゆる段階の過失について、責任を負う（上記 BGH [の判決] を参照）。

b) BGB823条 1 項の意味における所有権侵害は、さらに、**物への事実的な作用**によって生じうる。その際、823条 1 項の保護範囲は広く解釈されなければならない。なぜなら、BGB903条によって、「所有者は、他の者を（物に対する）そのあらゆる作用から排除することができる」ということが、所有権の本質を決定する指標に属するからである。典型的な例は、物の破壊及び毀損のような物質的侵害、占有の侵奪及び占有の引き渡し拒否、他人の土地に立ち入ることのような占有の妨害、廃棄物を捨てること、ならびに、特に BGB1004 条に該当するすべての侵害である⁽⁴²⁾。

さらに⁽⁴³⁾、たとえば集合状態の変更がこの関連に入れられるべきである。〔ただし〕その都度物の不可侵性への侵害が問題となるのであるから、木が灰に、氷が水に、液体の金属が固体に変化させられたかどうかでは、区別できない。さらに、この視点の下では、たとえばコンピュータ・プログラムの消去や、コンピュータ・プログラムにウイルスを侵入させることが所有権侵害となる。同様のことは、タイヤから空気を抜くことにも妥当する。物を貼り紙で覆うことは、一様に不可侵性の侵害の観

(42) 同旨のものとして、Stoll AcP 162, 219; von Bar Eigentumsverletzungen S. 8; Staudinger/Gursky¹² § 1004 Rdn. 121; MünchKomm. - Medicus² § 1004 Rdn. 76がある。

(43) 次の例については、Plum AcP 181, 93 ff.; von Bar Eigentumsverletzungen S. 26 ff.; MünchKomm. - Mertens § 823 Rdn. 90 も参照。

点か、あるいは、少なくとも占有妨害の観点かのどちらかの下で一同しく所有権侵害となる。カードファイルあるいは公文書集等を〔順番を入れ替えたり散乱させたりなどして〕無秩序にする者も、(S. 388) 所有権侵害を犯している⁽⁴⁴⁾。なぜならば、動産の場所の無権限での変更もそれに該当するからである。確かに、動産については、その侵奪の場合が所有権侵害の際立った適用事例なのであるが、しかし、決して、その場合が所有権侵害の唯一の適用事例なのではない。最後に付け加えると、所有権侵害の構成要件は、動物の飼料に許されない仕方で薬物的成分が混入され、もしかするとそれを摂取してしまったかもしれない動物が、その疑いのために一時的にせよはや売却できない場合にも充足される（BGHZ105, 346, 350 を参照）。その動物が当該餌を摂取するという危険にともかくさらされた以上、この場合にも、なお、客体への事実的な作用が問題となっているのであるが、とはいえ、この事例は次にこれから検討されるべき問題領域との限界範囲にある。

c) 困難でそして争いがあるのは、物それ自体への作用のない、純粋な**利用目的及び使用目的の妨害**の取り扱いである。たとえば、水門が閉められることによって船の通過が不可能となる場合、自動車が事故によって生じた渋滞の中に巻き込まれたままである場合、土地の出入り口が封鎖される場合あるいは工場の機械が地方自治体の（kommunalen）エネルギー供給企業の電線の毀損のために停止する場合にも、BGB823条1項の意味における所有権侵害が存在するのであろうか？

この問題は、有名な掘割事件（BGHZ55, 135）によって、適切に、具体的に説明し、議論することができる。そこでは掘割、すなわち水路が管理義務者の社会生活上の義務の侵害により、船にとって通行が不可能なほど遮断されていたものと考えられる。原告は、掘割によって港と接続していた製粉所の所有者と、運送のための船倉の提供について契約を締結していた。掘割の封鎖によってそれらの船のうちの3艘が製粉所に行くことがもはや不可能になり、別の1艘は製粉所の積込み口に係留され掘割から出ることがもはや不可能になった。BGHは、締め出された3艘については所有権侵害を否定し、それに対し、閉じ込められた1艘についてはそれを肯定した。この区別は一見して非常に技巧的な感じを与えるかもしれないが、それにもかかわらずその区別は結局のところ全く正当なのである⁽⁴⁵⁾。確かに BGB903条に基づき、所有権は、「物を任意

(44) BGHZ 76, 216, 219 f. 及びこれについて適切な von Bar Eigentumsverletzungen S. 11を参照。

(45) 同旨として一異なる理由によるものではあるけれども—Möschel JuS 1977, 2 f.; Zeuner Festschr. für Flume S. 782 ff.; Kötz Rdn. 60; von Bar Eigentumsverletzungen S. 31; MünchKomm. —Mertens § 823 Rdn. 93; Erman/

に扱う」権限を与えるが、しかし、所有権は、当然ながら原則として、この目的のために、まさに第三者の物を利用する権利を含まない⁽⁴⁶⁾。したがって、まさにこの掘割を航行する可能性は、所有権の割り当て内容には包含されない(水路の「公衆利用 (Gemeingebrauch)」)によってのみこの可能性が開かれるが、BGH の妥当な見解によるならば、公衆利用は BGB823条 1 項の意味における「その他の権利」ではない)。それに対し、船を閉じ込めることは、事実として、所有権の侵害として性質決定されなければならない。なぜならば、所有権は、疑いなく原則として、動産の場所をどこにするかを決定する権限を含んでいるからであり、そして (S. 389), 所有者が、自由に使用でき、それどころか場合によっては所有者自身に帰属する水路をその船で航行することをも妨げられたので、ここではこの権限が所有者から完全に奪われているのである。このことは、つまるところ、船が所有者から奪い取られてしまっているであろう場合と本質的に異なるものではない。必然的に、とりわけそれによる利用可能性の剥奪からの特別な損害は、まったく把握されえないのであるから、そのような事例におけるのと同様に、占有妨害等の場合に、閉じ込めの期間、あるいはさらに、当該物の市場価値の低下はあまり問題とならならない⁽⁴⁷⁾。さらに付け加えると、BGB823条 1 項に基づく活動の自由の保護との比較によって、閉じ込めることと締め出すことの間で区別をすることは、間接的に承認できる。閉じ込めることが、活動の自由の侵害の構成要件とほとんど一致するのに対し (上記 2 b 参照)、誰かが入れない場合、つまり締め出されている場合は、同様に活動の自由が侵害されているとみなすことは不当であろう。確かに、発生した損害が、保護目的関連の範囲にあるかどうかについては、より詳細な検討が必要である。このことは、閉じ込められた船が製粉所の所有者との契約を履行できないということから生じる損害が問題となる限りにおいては、否定されなければならない⁽⁴⁸⁾。なぜなら、その点で、損害が考慮されないわ

Schiemann § 823 Rdn. 31がある。反対の立場をとるものとして、*Brüggeheimer* Rdn. 321がある。

(46) それゆえ、結論においては、BGH VersR 1991, 105, 106も正しい。

(47) 意外にも同旨のものとして、MünchKomm. —*Mertens* § 823 Rdn. 91 ff., それに従う *Kötz* Rdn. 60がある。

(48) 請求された損害が何に基づくのかということは、BGHZ 55, 153=NJW 1971, 886=VersR 1971, 418 においてその判決を活字化したものからは明確に読み取ることができない。

けではないが、閉じ込めることはないものと考えるか、あるいは締め出すことへ考えを改めうるからである。これに対して、船の所有者が、閉じ込めの期間に、その他の任務（Aufträge）を履行できない場合には賠償を求める資格が肯定されうる。その結果、実務上の結果に関しては、結局のところ、閉じ込められた船は締め出された船と同様に扱われうる。

[大場浩之・小野寺倫子 共訳]

自動車が、〔他人の起こした〕事故により発生した交通渋滞などにつかまって、動けずにいる場合については、まさに船が閉じ込められている場合と同様に判断することが、一見したところ、当然の事柄であるように思われる。すなわち、当該事故を惹き起こした者には、BGB823条1項に基づいて、それにより生じうる〔右自動車所有者の〕利用損害（Nutzungsschäden）に関して責任を負わせる〔べきである〕、と。しかしながら、支配の見解は、正当にも、これとは反対の立場に与している⁽⁴⁹⁾。もっとも、その理由付けは様々に異なる。〔それらのうち〕正しい根拠とは、すなわち、〔自動車の所有者が〕場所を移動する可能性を失うことによって〔右所有者の〕所有権侵害という構成要件は確かに充足されるものの、しかし、発生した損害は、侵害された社会生活上の義務の保護範囲（これは、所有権の保護範囲とは区別されるべきである。上記I 2bを参照。）に含まれない、ということであろう。確かに、道路利用者に課された社会生活上の義務は、渋滞に巻き込まれた他の道路利用者の利益のためにも作用する。だが、右義務は、その意義及び目的からすれば、これらの他の道路利用者を、身体及び生命に関する損害並びに—とりわけ追突事故における⁽⁵⁰⁾—所有権の目的物に関する損害から保護するためにのみ設定されたものである。〔それに加えて〕（一時的な）使用目的の妨害から保護するものではない。なぜなら、この使用目的の妨害は—〔所有権の〕目的物に関する損害とは異なって—純粋財産損害に非常に近いものであり、それゆえ、この点において、純粋財産損害の賠償可能性を認めないというBGBの原則的〔態度〕決定を考慮して、当該社会生活上の義務の及ぶ範囲は制限的に解釈されるべきだからである（下記III6bをも参照）。したがって、渋滞に巻き込まれたトラック業者は、掘割に閉じ込められた船の船主よりも〔不法行為法による保護を受けうる可能性の点で〕劣後した状態に置かれることとなる。このことは、突き詰めるならば最終的に、社会生活上の義務の名宛人の違いという点にその内在的な正当性の根拠を見出すであろう。すなわち、道路利用者には、他者がその乗り物の移動可能性につき有する商業的利益〔を害さぬよう〕（S. 390）に配慮することを期待しない。しかしながら、当該（水）路を管理する義務を課せられ、そのため、いずれに

(49) Zeuner Festschrift für Flume S. 787, Münch Komm. — Mertens §823 Rdn. 93, Kötz Deliktsrecht (5. Aufl.) Rdn. 60を参照。さらに同じく, BGH NJW 1977, 2264の, 2265頁の2. a) の項に示された傍論を参照。

(50) これにつき, BGHZ 43, 178, S. 181f. を参照。

しても右（水）路を開放しておくことを自らの任務とする者には、これを期待することができるのである。これに対して、**自動車の出口を〔他の自動車を駐車して〕塞ぐこと（Zuparken von Autos）**⁽⁵¹⁾については、またもや事情が異なる。というのも、これは〔自動車の〕所有権に対する直接侵害に当る—この場合にも〔右所有権は〕自動車動けなくなること（Immobilisierung）によって侵害されている—ため、既にこのことより〔右行為の〕違法性が徴表される。その結果、その点において、社会生活上の義務を導き出し、その保護範囲を特定する必要性も、またその余地も存在しないからである（上記§75 II 3b 及び c を参照）。

動産にとつての掘割事件に相当するものが、**不動産の利用可能性**にとつては、燃料貯蔵庫（Tanklager）事件（BGH NJW 1977, 2264）である。この事案では、不適切な措置を原因として火災が発生し、またそれにより、貯蔵庫が爆発する危険が生じた。そのため、警察は、隣接する事業用地から人を 2 時間ほど立ち退かせた。また、その後さらに 3 時間、警察及び消防隊の出動車両が〔右土地への〕進入路を塞いだ結果、この間もまた、当該隣接土地における企業活動が停止するに至った。BGH は、**進入路が封鎖されていた間**については〔その間の〕所有権侵害を否定し、〔人が〕隣接土地から立ち退かされていた間に関しては、反対に、それを肯定したのである。このような区別を行う点に関しても、結論において、BGH に賛成するべきである⁽⁵²⁾。進入路の封鎖に関しては、上述の結論は、やはり次の点から導かれる。すなわち、不動産に対する所有権は原則としてその周辺の道路を利用する権原を含まない、という点である⁽⁵³⁾—但し、これと異なつて、ごく例外的な事案においては、BGB917 条に基づく囲繞地通行権に関する規則を類推して判断するべきかもしれない⁽⁵⁴⁾—。これに対して、隣接土地からの立ち退き〔をさせること〕は、占有侵奪、或いは少なくとも占有妨害に当る。占有侵奪または占有妨害はそれ自体、所有権保護の中心領域に含まれるものであり、侵奪等の期間が短いことは、この点をなんら変更するものではない。以上に関して〔BGH の結論に賛成するに際して〕検討されるべき事柄は、せいぜいのところ、当該土地に対する所有権の侵害を、警察による右土地からの立ち退き強制を通じてただ単に間接的に引き起こしたに止まる近隣者の社会生活上の義務が、以上のような占有侵害からの保護にまで及ぶか否か、ということであろう。これは肯定されるべきである。なぜなら、不動産の所有者は、一般に、当該不動産から生ずる危険について責めを負うのであり（下記 III 3a をも参照）、したがって、その限りで、交通渋滞の事例における事故惹起者とはなく、掘割事件における

(51) これにつき、より詳しくは、Dörner JuS 1978, S. 666f. を参照。

(52) 同旨として、Zeuner Festschrift für Flume S. 778ff., Esser/Weyers § 55 I 2a. 他方、これに反対するのは、Kötz Deliktsrecht (5. Aufl.) Rdn. 60. また、同じく批判的なものとして、Medicus Bürgerliches Recht Rdn. 613.

(53) したがって、BGHZ 86, 152, S. 154f. („Elbe-Seiten-Kanal“ (「エルベ側方運河」事件)) もまた、結論において正しい。

(54) Zeuner Festschrift für Flume S. 780 を参照。

水路管理義務者と同じ立場に立っているからである。

営業の妨害 (Betriebsblockade) が直接のまたは真に目的的な侵害によってもたらされる場合、例えば新聞の配達がデモ参加者によって妨げられる場合、それが原則として不動産所有権に対する侵害に該当することには、疑いはない。というのも、不動産の所有権は、当該不動産の境界を渡ることより厳密に言えば、所有者自身の決定した方法で、それゆえ例えば、徒歩のみならず、原動機付車両を用いてでも、当該不動産の境界を横切ることに関する所有者の権原を当然に含むためである。したがって、〔上記の場合において被害者に不法行為法上の保護を認めるために〕営業権 (das Recht am Gewerbebetrieb) までをも持ち出すことは、判例の中に現れているそのような傾向⁽⁵⁵⁾に反して、必要ではなく、また、補充性の理論 (Dogma) のゆえに許されることでもない (下記§81 I 4a 及びIII3f を参照)。

電線或いはその他のエネルギー供給路が損壊された場合には、BGH 及び支配的見解に与して、所有権侵害を否定するべきである⁽⁵⁶⁾。なぜなら、この場合にもまた、所有権の割当内容は他の所有権〔所有物〕の供給能力を利用する権原を含むものではない、ということが妥当するからである。営業権 (das Recht am Gewerbebetrieb) に対する侵害も問題とはならない (下記§81 I 2c を参照)。〔しかしながら、〕法状況が異なるのは、エネルギー供給の消失によって〔所有権の〕目的物 (Substanz) に対する損害が発生した場合である。例えば、孵化卵事件 (BGHZ 41, 123) においては、熱の供給が中断されたために孵化卵が腐敗してしまった。このような目的物への侵害は、原則として、BGB823条1項の意味における所有権に対する侵害という構成要件を充足する (上記b を参照)。確かに、右侵害は間接的な態様によるものに過ぎない。だが、当該損害は、エネルギー供給路の損壊を回避すべき義務の保護範囲にお含まれている。(S. 391) というのも、右供給路の典型的な用途はまさに第三者に〔エネルギーを〕供給することにも、それどころか主としてその点にこそ定められているからである。このように、自らの物を傷つけられた或いは破壊された者は、単にその所有物の利用を妨げられた者に比して、〔不法行為法による保護を受けうる可能性の点で〕より良い地位に立つ。このことは、〔これに対する〕多くの批判的な声⁽⁵⁷⁾に反して、支持することの困難な評価矛盾を示しているわけではない。なぜなら、〔所有権の〕目的物に関する損害が所有権保護の中心領域に属するのに対して、利用

(55) BGHZ 59, 30, S. 34, BGH NJW 1972, 1571, S. 1572, 基本法9条所定の労働争議に関して, BAG AP Nr. 109を参照。

(56) BGHZ 29, 65, Zeuner Festschrift für Flume S. 784f., Schwitanski Deliktsrecht, Unternehmensschutz und Arbeitskampfrecht (1986) S. 356f., Kötz Deliktsrecht (5. Aufl.) Rdn. 61, Münch Komm. — Mertens § 823 Rdn. 95を参照。これらとは異なった見解として, Möschel JuS 1977, S. 2.

(57) Möschel JuS 1977, S. 2, Hager JZ 1979 S. 83ff., Löwisch/Meier-Rudolph JuS 1982, S. 243, Taupitz Haftung für Energieleiterstörungen durch Dritte (1981) S. 198ff. を参照。

損害 (Gebrauchsschaden) は純粹財産損害に非常に近似するからである。このような論拠は、既に〔見たとおり〕交通渋滞に関わる問題〔の考察〕においても核心的な意味を持つものであった。

d) 所有権の保護範囲に含まれるもう 1 つの事例群を成すのは、**第三者に対して為される物に関する虚偽の主張**である。その典型は、所有者の地位を否認することである。このような地位の否認が当該所有者自身に対してではなく、例えば〔当該所有物の〕購入に潜在的な関心を持つ者などの他人に向けて行われた場合には、一般に認められているように、それは BGB1004 条に基づく不作為請求権を発生させ⁽⁵⁸⁾、また合わせて、〔行為者に〕有責任が存するときには、原則として BGB823 条 1 項に基づく損害賠償請求権をも生じさせる (上記 b を参照)。以上の事柄〔の妥当性〕は、BGB12 条の類推 (適用) によって支持されうる。同条では、権利の否認は明らかに右権利の侵害に当るものとされている。〔さらに、〕ある物に関する虚偽の事実を広めることもまた、原則として〔その物の〕所有権に対する侵害と評価することができる。〔そのように解すべき例として〕例えば、ある者がある絵画を公に贋作と呼んだ場合を考えてみればよい。この場合に関しても、結論において、以下の点に疑念は存しない。すなわち、その絵画の所有者は原則として不作為請求権を有する、ということである。また、右不作為請求権〔が所有者に与えられること〕からの帰納的推論により、必然的に、BGB823 条 1 項に基づく〔損害賠償〕請求権〔も合わせて同人に認められるであろうとの帰結〕がもたらされる。さらに、当該所有権に対する保護は、BGB824 条によって認められる信用への保護に比してより弱いものであってはならない〔したがって、この点からも上述のように BGB823 条 1 項による保護が所有者に認められるべきである、と立論しうる〕のである。

もっとも、上記虚偽の事実の主張が特定の物に関するものではなく、例えば、商品テストの公表における場合のように、ある企業の製品に一般的に関わるものである場合には、それはもはや所有権侵害の問題ではなく、BGB824 条の適用されるべき事例である (この点につき、下記 §79 I 2c を参照)。また、この他にも、当該主張は、BGB824 条 2 項、UWG14 条 2 項、StGB193 条の背後にある法思想に基づき、正当な利益の実現〔という価値〕に与えられた特権によって保護されうることには注意すべきである。これに対して、いわゆる〔登録意匠権等の〕保護権に基づく警告〔知的財産権者等が第三者に対して与える、その者の行為が右権利者の有する権利 (保護権) を

(58) 例えば、*Baur/Stürner Sachenrecht* (16. Aufl.) § 12 II 1a, *Staudinger/Gursky* (12. Aufl.) § 1004 Rdn. 17 を参照。

侵害する旨の警告）（これにつき、下記§81III 4を参照）は、構成要件の段階において、既にはじめから所有権侵害に該当しない⁽⁵⁹⁾。なぜなら、右警告は、警告を受けた者の所有権に直接に関わるものでも、真に目的的に関わるものでもなく、また、それゆえに、当該所有権をそれに対する間接的な侵害から保護すべき〔知的所有権者等の〕社会生活上の義務〔の存在〕を認めることはできないからである。

e) 「他人の所有物の」**写真**を撮影すること及びそれを営業に利用すること^{訳注1}は、原則として、当該物の所有権に対する侵害とはならない（BGH NJW 1989, 2251, 2252f.「フリース島様式家屋」事件を参照）。このことは、何よりも著作権法〔以下、UrhGとする。〕59条の価値判断から導かれる。それによれば、同様の事案において著作権による保護は与えられないのである。したがって、にもかかわらず、他方において、所有権という迂回路を通して、広範囲に及ぶ〔写真撮影等の〕否定権限を承認することは許されない。〔もっとも、被写体とされた〕当該物が自由に近づくことのできる状態ではなく、撮影者がその写真を撮影する際に、例えば住居侵入罪のような権利侵害を犯した場合には、以上とは異なった判断がなされるべきかもしれない（BGH NJW 1975, 778, 779 「テーゲル城」事件を参照）。

f) **所有者に所有権の譲渡或いは所有物の放棄を唆す**こともまた、原則として、BGB823条1項の意味における所有権侵害に当ると評価されるべきではない。というのも、この場合、当該攻撃〔唆し〕は所有権それ自体ではなく、(S.392)所有者の意思決定の自由と財産とに向けられているに過ぎないからである。それはまさに、一般に認められているとおり、詐欺や恐喝などが所有権に対する不法行為ではなく、財産に対する不法行為であるのと同様である。

g) 難しい特別の問題を生ずるのは、ある者がもともと欠陥を有する物を取得した場合、したがって一度も完全な物に対する所有権を有していなかった場合である。この場合には本質的に契約上の瑕疵担保請求権による調整が重要となる。そのため、右問題はその関連において検討される（Larenz SchR II/1 §41II e, §41aの終わりの部分及び§53II bを参照）。

[根本尚徳]

訳注1 これらをめぐる問題を扱った邦語文献として、田中康博「写真撮影に対する所有権保護について」京都学園法学2=3-74（1993）がある。以下の本文において言及される2つのBGHの判決についても、それぞれの事案及び判断内容が詳しく紹介されているので、参照されたい。

(59) これに反対の見解として、Schwitanski Deliktsrecht, Unternehmensschutz und Arbeitskampfrecht（1986）S. 356（しかし、説得的ではない。）。