

資 料

契約に基づかない損害賠償責任（８）

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. 392)

４ 「その他の権利」の侵害

a) BGB823条 1 項の構成要件上の保護領域には、「その他の権利」も含まれる。この概念は、その言葉だけをみると非常にあいまいかつ広汎であり、制限解釈を必要とする—〔このことについては〕「自由」の概念と全く同様であり、「自由」の概念と同一の理由による（この点につき上記2aを参照）。すなわち、「その他の権利」を、あらゆる法的に保護された利益と解釈するならば、生命、健康および所有権のような明示された法益との類似性は失われるし、その上、実際の結果として、BGB823条 1 項以下の体系と相容れない、かの「大きな」一般条項になってしまうだろう（上記§75 I 3を参照）。それゆえ、BGB823条 1 項の意味における「その他の権利」は、法的に保護された地位が、この規定に該当する〔生命、健康、所有権のような〕法益と権利のその外のものであることを刻む特徴を示す場合に、かつ、その限りで認められうる。すなわち、割当内容と排他的機能である（上記 I 1cを参照）。

したがって、**財産**と**一般的行為自由**は、一般に認められている通り「その他の権利」に属しない。これに対して、「その他の権利」の典型例は、一方では不動産および動産担保権、用益権および役権のような**制限物権**、他方では著作権、特許権、営業権のような**絶対的に保護される無体財産権**である。なぜなら、それらは物権的あるいは絶対的であるがゆえに、割当内容と排他的機能を有するからである。それゆえ、例えば土地の所有者が、BGB892条に基づき善意者の利益のための処分を行い、不動産担保権を消滅させる場合は、構成要件

上不動産担保権の侵害となる（このような場合は、もちろん、登記簿に登記されておらず、にもかかわらず、法的に確定効を有する場合のみ起こりうる）。担保権が設定された土地上の建物の取り壊し、あるいは BGB1120条に基づき共に担保の範囲に含まれる従物の分離のような事実上の侵害もまた、BGB1134条および1135条の基礎にある価値判断からも明らかであるように、BGB823条1項の構成要件を充足する⁽⁶⁰⁾。〔不動産担保権の侵害と〕同時に所有権の侵害が問題となる場合については—それは例えば、所有権者が従物の分離に同意しているような場合にはあてはまらないが—、2つの不法行為請求権の競合は、加害者は、BGB1281条を類推して、所有権者（S. 393）および抵当権者に連帯して給付しなければならないとすることで解消できるだろう⁽⁶¹⁾。無体財産権の侵害については、著作権法97条、特許法139条、実用新案法24条という特別な請求根拠が顧慮されなければならないが、BGB823条1項はこれらと並んで〔請求根拠を〕補充するものである⁽⁶²⁾。その保護範囲については専門の文献が参照されなければならない。

b) 物権的期待権も同様に BGB823条1項が意味するところの「その他の権利」にあたる⁽⁶³⁾、なぜなら、割当内容と排他的機能を有するからである。争いがあるのは、所有者の不法行為請求権との関係である。支配的とされているのは—正当にも—加害者は原則として所有権者および期待権者に連帯して給付しなければならないというものであり⁽⁶⁴⁾、そのために BGB432条、1077条、1281条の法思想、あるいはこれらの規定のうちの一つの類推が引き合いにだされている。この問題は、ここでは、詳細に述べることはできない⁽⁶⁵⁾、というのも問題の重点は不法行為法ではなく物権法にあるからである。

(60) 例えば、BGHZ 65, 211, 212; 92, 280, 292およびその指示するその他のものを参照。

(61) 正当にも、*Medicus* SchR II §140 I 1。

(62) *Hubmann/Rehbinder* Urheber- und VerlagsR⁷ §8 I 3; *ders.* Gewerbl. Rechtsschutz⁵ §26 III のみを参照。

(63) 例えば、BGHZ 55, 20, 25f (留保買主の期待権に関するもの); BGHZ 114, 161, 164 (アウフラッシング (所有権譲渡の物権的合意) の仮登記権者の期待権に関するもの); *Baur/Stürmer* SachenR¹⁶ §59 V 5a; *Soergel/Zeuner* §823 Rdn. 50f. を参照。

(64) これについて、例えば *Baur/Stürmer* aaO; *L. Raiser* Dingliche Anwartschaften, 1961, S. 82がある。

(65) *Müller-Laupe* JuS 1993, 531ff. で詳細な考察がなされており、彼自身は期待権を優先的な債権とすることに賛成する。さらに *Donath* AcP 193 (1993) 378ff. 参照。

c) 判例と支配的な見解は、**営業権と一般的人格権**も BGB823条 1 項が意味するところの「その他の権利」に位置づける。しかしながら、そこでは伝統的な BGB823条 1 項の構成要件上の枠組みを突き破り、別途説明されなければならないところの、複雑な法形成が問題となる（下記§80および81参照）。

d) 個別的人格権は、それが構成要件上に明確な形を持つ限りで、かつその範囲で「その他の権利」の概念に含まれる。このことは **BGB12条に基づく氏名権**⁽⁶⁶⁾ にもあてはまる。氏名権は確かに、法律の明確な文言に従うと、氏名の保持者が氏名を使用する権利を否認されること、あるいは他人が無権限に同じ氏名を使用することに対してのみ保護を与える。保護範囲の詳細については総則編に譲る⁽⁶⁷⁾。BGB823条 1 項の要件を満たすその他の人格権は、**芸術著作権法22条による肖像権**である⁽⁶⁸⁾。ここでももちろん構成要件上の保護領域は制限される。というのも構成要件上の保護領域は、法律の規定により肖像の頒布および公の展示（die Verbreitung und die öffentliche Zurschaustellung des Bildes）だけを含むからである。しかし、他の方法による侵害について、とりわけ権限なく肖像を入手する場合には、一般的人格権まで遡って補充することができる（下記§80 II 4d および f を参照）。それに加えて、一般的人格権の発展により、同法22条に違反した場合の非財産的損害の賠償請求権が、BGB847条^{訳注 I}に肖像権が明示されていないにもかかわらず認められている（下記§80 I 6b を参照）。構成要件の面では、同法22条は特別法として一般的人格権に優先する⁽⁶⁹⁾、というのもそうでなければ同法23条による制限が僭脱されるだろうからである。

この規定は、**現代史**の領域に属する肖像の頒布は、原則的にその人物の同意がなくても許されるという、とりわけ重要な制限を含んでいる。ここには、公的生活におけるその地位—例えば政治家、芸術家、スポーツ選手等—により現代史に属する人物の肖像のみならず、支配的な見解によれば（S. 394）、単に、特別な出来事—例えば大災害、犯罪等—により情報に対する利益（Informationsinteresses）の対象となった者（現代史と「関係」を持つに至った人物）も含まれる⁽⁷⁰⁾。すでに法の評価から明らか

(66) MünchKomm.-Schwerdtner³ §12Rdn. 151およびその引用するもののみを参照。

(67) Larenz Allg.Teil §8 I を参照。

(68) MünchKomm.-Mertens §823Rdn. 134のみを参照；さらに *Dasch Die Einwilligung zum Eingriff in das Recht am Bild*, 1990, S. 13ff. を見よ、彼は保護される利益の具体性と構成要件の実現における違法性の徴表を説得的に論じつくしている。

(69) 結論において同じものとして、*Helle* S. 65f.

(70) *Newmann-Duesberg* JZ 1960, 114f. ; *Schriker/Gertenberg* UrheberR, 1987, §60/§23KUG Rdn. 9ff. および同判例の引用するもの；*Helle* S. 146ff. ；反対の意見として MünchKomm.-Schwerdtner §12Rdn. 174ff. ；同じく批判的な意見として *Engau* Straftäter und Tatverdächtige als Personen der Zeitgeschichte, 1993, S. 170ff. を参照。

であるように、人物の他に、撮影された事象も現代史の「領域」に属する。それは例えば、ある政治家が水泳パンツ姿でいるところを、具体的な理由もなく撮影されるような場合にはあてはまらない⁽⁷¹⁾。写真の撮影が情報に対する利益ではなく、第一にあるいはもっぱら、撮影者の営業利益 (Geschäftsinteresse) だけに資するものである場合、例えば宣伝目的で使われる場合は、目的論的な制限解釈に基づき、同法23条1項1号は適用できない⁽⁷²⁾。というのも、この規定で定められた人格権保護の制限は、自由な情報の伝播を通じてのみ正当化され得るのであって、他人の人格価値の商業的評価に関する利益を通じては正当化され得ないからである。さらにその上、同法23条2項による真正な情報に対する利益は、原則として撮影された者の正当な利益の背後に隠れていなければならない。この理由により、例えば最も重大な犯罪の、既に逮捕されている犯罪者の撮影は、通常、原則として許されない⁽⁷³⁾。

e) さらに、原則として「その他の権利」の一つに数えられるのが社員権である⁽⁷⁴⁾。そのための根拠は、社員権が支配権に資格づけることができ⁽⁷⁵⁾、それ自体として割当内容も排他的機能も有することである。それゆえ、例えばその法的地位の譲渡、投票、持分に応じた配当の享受等のような、社員たる地位と結びついた権限を行使する資格は、もっぱら当該社員だけにある。第三者が

(71) それゆえ、この理由により、ライヒ大統領エーベルト (Ebert) と国防相ノスケ (Noske) の水泳パンツ姿の写真の頒布は認められると判決した悪名高いアーレンスベック (Ahrensböck) の区裁判所判決 JZ 1920, 596は誤っている。

(72) 基本的なものとして BGHZ 20, 345, 350 (「パウル・ダールケ事件」) がある；もちろん時としてその境界は非常にあいまいであり、例えば、一方では BGHZ 49, 288, 293f. (「サッカー選手写真集事件」) と他方では BGH GRUR 1979, 425, 426 (「サッカーカレンダー事件」) がある。

(73) 結論において同様のものとして MünchKomm.-Schwerdtner §12 Rdn. 174；反対の意見として、例えば *Helle* S. 155ff およびその包括的に引用するもの；*Engau* aaO S. 439ff., 451ff. を参照。

(74) RGZ 100, 274, 278；BGHZ 110, 323, 327；*Mertens* Festschr. für R. Fischer, 1979, S. 468ff. と MünchKomm.-Schwerdtner §823 Rdn. 131；*Soergel/Zeuner* §823 Rdn. 55；*Erman/Schiemann* §823 Rdn. 41；*Deutsch* Rdn. 196；*Karsten Schmidt* JZ 1991, 158f.；反対の意見として *Hadding* Festschr. für Kellermann S. 104f.；BGB の組合に関するものとして同様に *Reuter* Festschr. für Lange S. 712f. 参照。

(75) 正当にも *Karsten Schmidt* JZ 1991, 158；反対の意見として *Reuter* Festschr. für Lange S. 711f. がある。この意見は第一に社会典型的な公知の事実に関心を合わせたものである。しかし、支配権としての性格は、確かに必要不可欠ではないが、BGB823条1項の意味での「その他の権利」と認められるための十分要件であることを見誤っているように思われる。

その資格を侵害した場合、その者は原則として BGB823条 1 項に反する。これは以下のことを考えればわかることである。すなわち例えば彼が不法に組合に対する持分を強制競売⁽⁷⁶⁾し、これにより組合員からその地位を奪う、あるいは組合員の代わりに議決権を行使する等である。これに対して、組合の損害が発生した場合は、構成員の権利の侵害は生じない⁽⁷⁷⁾。なぜなら組合の財産は、それ自体（S. 395）場合によっては合手的な結合のもとに全組合員に帰属し、個々の組合員には帰属せず、したがって、社員権の割当内容には含まれないからである。このことはもちろん、この権利がその価値の減少について、およそ保護を享受することができないということを意味するものではない。例えば株式取引所勤務の者が、ある株式会社について不適切な情報を流布した場合、その点で社員権の侵害がありえ⁽⁷⁸⁾、この侵害により BGB823条 1 項に基づく株主に対する損害賠償義務が生じる。確かに、問題となるのは間接的な侵害のみであるが、その不法の中に、社会生活上の義務違反、したがって違法性の徴表を原則として伴う瑕疵も存する（上記§75II3b-dを参照）。もちろんこの責任は BGB824条 2 項の類推により生じないことがあり得る。

加えてもう一つの難しい問題は、BGB823条 1 項は、**会社の機関による措置**にも適用されるかという点である⁽⁷⁹⁾。例えば、社団の理事会が不法に社員を除名した場合⁽⁸⁰⁾、あるいは瑕疵ある行為により定款に従った業務の執行を妨げた場合、社団の理事会が社員に対し、「**その他の権利**」の侵害を理由に損害賠償義務を負うのだろうか？ しばしば論争された快速ヨットの事件 BGHZ 110, 323において、後者が問題となる。この事件では、特定のクラスのヨットとその持主の支援を任務とする社団の理事長が、レガッタの主催者に、その社員のヨットはクラス規則に合致しないという間違った説明をし、この説明によりヨットはレガッタに参加が許可されなかった。BGH は BGB823条 1 項に基づく、社員権の侵害を理由とする理事長に対する請求を原則として肯定した。不法行為法上もこの見解は妥当である⁽⁸¹⁾。つまり、瑕疵ある説

(76) RGZ 100, 274, 278参照。

(77) これについてはおそらく争う余地がない。RGZ 158, 248, 255のみ参照。

(78) *Reuter Festschr. für Lange* S. 719も参照。

(79) 肯定するものとして BGHZ 110, 323, 334f. およびその引用するもの；議論状況について *Karsten Schmidt* JZ 1991, 160f.; 否定するものとして例えば *Reuter Festschr. für Lange* S. 721ff.

(80) 肯定するものとして *Karsten Schmidt* JZ 1991, 160f.

(81) 結論において同じものとして、*Deutsch VersR* 1991, 841; *Reuter Festschr. für Lange* S. 713ff.; 反対の意見として *Karsten Schmidt* JZ 1991, 160f.; *Hadding Festschr. für Kellermann* S. 102ff. がある。

明により、社員は、本来彼のヨットでレガッタに参加することを容易あるいは完全に可能にするという、彼の社員権の本質的な目的を達することが全く不可能な状態にされたのである。これは社団の社員たる地位を剥奪するのと同様に重大な侵害であるし、所有権侵害と比較すると、船の閉じ込めのように物の使用が完全に妨げられる事例との明らかな対比が可能である（これについて上記3cを参照）。快速ヨットが、当該ヨットのクラスに属することの承認が拒絶されたことは、ヨットの所有者の社員たる地位を「その核心において」侵害した（前掲S. 334）、というBGHの判示は、あわせて、文献上でなされた批判に対し、本質的な見解を徹底して述べたものである一概念的というよりもむしろ比喩的な表現ではあるが。もちろん組合法上は、機関社員がBGB823条1項に基づき、各々の瑕疵について、個々の社員から一社団あるいは組合それ自体からだけでなく一釈明を求められ、そしてこの責任リスクゆえにその能動性も奪われ、団体内部の秩序も乱されうであろう危険は否定できない。それゆえ、各々の、義務違反による社員利益の侵害に際して、BGB823条1項へ立ち戻ることが一例えば占有の侵害も、BGB823条1項の意味での所有権侵害であるといった表面的な論拠によって一難なく許されてはならない。よって社員権の不法行為法上の保護の射程については、なお、より厳密な彫琢を要する。その際、快速ヨットの事件のように、第三者との対外的関係における措置が問題となっているのか、例えば除名や社員総会の有力者による投票の拒否等の、純粋な団体内部の法上の手続が問題となっているのかということが役割を果たすこともあるだろう。前者の種類の事例群においては（S. 396）、機関による不法行為責任は、後者の種類の事例群に比べてそれほど困難な疑いに遭遇しないだろう。

f) 占有は、それ自体としては、判例や多くの論者⁽⁸²⁾の見解に反して、BGB823条1項の意味における「その他の権利」ではない。また、類推によっても〔「その他の権利」と〕同列に扱うことはできない⁽⁸³⁾。つまり、BGB854条によれば、占有は純粋な事実上の支配関係であり、それゆえ権利（subjektives Recht）ではないからである。それどころか、そのような権利とは全く反対のものである。確かに、占有はBGB861条および862条に基づき、一つの権利のように広く保護されているが、この保護は、例えば盗人のような無権限の占有者の利益にもなるものであり、かつ、この保護によっても、占有にはいかなる割当内容も、したがってBGB823条1項の適用のために不可欠な要件も欠けているということに変わりはない。

物の使用賃借人および利益賃借人、（所有権が移転する前の）その物の買主およびさらに多くの契約上の権限を有する占有者の、占有に対する債権⁽⁸⁴⁾に

(82) 例えば、RGZ 91, 60, 65f., BGHZ 62, 243, 248, *Deutsch Rdn.* 192を参照。

(83) 正当にも、例えば、*Medicus AcP* 165, 117f, *Soergel/Zeuner* §823 Rdn. 53およびその引用するところのものがある。

関する限りは、全く異なる。というのも、彼らには物の使用が帰属し、彼らは、その占有に基づき、占有に影響を及ぼす第三者を原則として排除することができるので、占有の獲得時点から、その法的地位に割当内容が当然与えられるのである。その割当内容は、制限物権—例えば用益権あるいは地益権—の内容と実際の結果において本質的に区別されるものではない。確かにこの権利は、それ自体としては、第三者に対する予防権限を、その債権的性格ゆえに〔権利者に〕与えない。しかし、この権利の保有者の地位を一体のものと見ること、したがって BGB861条および862条、1007条に基づく占有法上の請求を、ここでとりあげた占有に対する債権に関して、ともに考慮することは妨げられない。他の多くの点でも、正当権限ある占有者は—例えば BGB571条、986条2項に基づく承継に対する保護に関して—物権の保有者と同様に保護される結果、その地位は広範囲に「物権化」されている⁽⁸⁵⁾。それゆえ当然の帰結として、占有に対する債権は、BGB823条1項の意味での「その他の権利」として認められなければならない⁽⁸⁶⁾。

これと密接に類似した解決策は、占有に対する債権の代わりに、**正当権限ある占有**を「その他の権利」と同列におく、というものである⁽⁸⁷⁾。しかしながら、この見解には、一方では、事実上の支配が再び過度に前面に押し出されるという点が不利にはたらく。また、他方では、損害賠償法上、割当内容は、第三者に対する予防権が認められることに比べて一層重要であるという点が不利にはたらく。(S. 397) なぜなら、割当内容のみが損害とその額の算出のための根拠を形成するからである。一定の例外的場合、例えば、物を有償で取得した者が、〔その物の返還を〕訴えられておらず、かつ善意であるために、BGB987条、988条、990条および993条によってその利益の保持を認められる場合に、**無権限の占有**でさえ、BGB823条1項に基づき保護するというに至っては余りに行き過ぎである⁽⁸⁸⁾。というのも、この場合、この占有者の地

(84) この根拠について、*Diederichsen* Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, 1965がある、これは、占有に対する債権の（相対的な）支配権としての特徴を浮き彫りにする。aaO S. 87ff. 参照。

(85) 詳細について *Canaris* Festschr. für Flume S. 392ff. を参照。

(86) *von Caemmerer* DJT- Festschr. S. 81f.; *Canaris* aaO S. 401およびその引用するところのもの；*MünchKomm-Mertens* §823 Rdn. 123；*Soergel/Zeuner* §823 Rdn. 53；*Haas* BB 1986, 1448；類似のものとして *Esser/Weyers* §55 I 2 b の末尾を参照。

(87) そのようなものとして、とりわけ *Medicus* AcP 165, 136f.と148および *BürgR* Rdn. 607；これに従うものとして例えば *MünchKomm-Mertens* §823 Rdn. 125。

(88) しかしながらそのように解するものとして *Medicus* AcP 165, 136と148, お

位は権利の根拠を何ら有しないため、BGB823条1項によって保護される権利との必須の類似性にも欠けるからである。しかし、迂回路として、少なくともBGB858条と結びつけられる823条2項に基づく請求権が⁸⁹⁾残されている(下記§77III1Cを参照)。

g) 支配的な見解は、債務法上の**債権**を、その相対的性格ゆえに、BGB823条1項の意味での「その他の権利」として認めない。これに反対する意見によれば、この規定は、第三者が債権の帰属を侵害した場合に適用できる⁽⁸⁹⁾。そのような場合とは、ある者が債権者に対して効力をもつ形で債権を回収する場合、あるいはその他の方法で債権を処分する場合であり、これらはBGB407条、408条、2367条のような規定により生じうる。理論的に見ると、少数意見の方にはるかに優れた有利な根拠がある。というのも、財物(Vermögensgegenstand)としての債権は、債権者に—そして彼のみ—法的に帰属し、この点において排他的機能と割当内容も有するからである。実際また、支配的な見解は、本質的には以下のような主張以上のものを対置するものではない。すなわち、関連する実質問題の全ては、とりわけBGB816条2項のような他の規定の助けにより既に解決されうるのであろうから、BGB823条1項を適用する実際の必要性はないだろう⁽⁹⁰⁾、という主張である。しかしながら、この理由づけは、およそ純粋に実用本位の議論に見られる、典型的な二重の機能不全に陥っている。それは、体系的な根拠づけに欠け、そしてただ一つの反証によって却下され得る。事実そのような反証を示すことは難しいことではない⁽⁹¹⁾。すなわち、例えば、有限会社の取締役が他人の債権を無権限に、BGB407条に

よびBürgR Rdn. 607;これに従うものとしてMünchKomm-Mertens §823 Rdn. 125; Soergel/Zeuner §823 Rdn. 53.

(89) *Larenz* は以前からこの教科書においてそのように解する、直近の12 Aufl. S. 604f. を参照; 同じものとして例えば *von Caemmerer Festschr. für Rabel*, 1954, Bd. I S. 355; *Stoll AcP* 162, 212; *Schwitalski* S. 223; 類似するが、さらに進めるものとして *Löwisch* S. 81.

(90) 詳細について *Otte JZ* 1969, 255ff.; 彼に従うものとして *Krasser* S. 196ff.; *Medicus BürgR Rdn.* 610; *Gernhuber Das Schuldverhältnis*, 1989, §3 II 8b; *MünchKomm-Mertens* §823 Rdn. 110; *Erman/Schiemann* §823 Rdn. 36; *Mincke JZ* 1984, 864, 彼は無論、続けて別の論拠を用いるのであるが、BGB823条1項に基づく債権の不法行為法上の保護を支持する。

(91) それにもかかわらず以下に論じる問題が、今日まで、明らかな限りで判例でも重要となっておらず、学説でも考えられていなかったことは、「純粋に理論的な」考察がただちに実際の重要性を獲得するかどうかは決して直ちに分かり得ないことの特に具体的な証拠となる。

基づき真実の債権者に対して効力をもつ形で回収し、かつこの有限会社に対する BGB816条 2 項に基づく請求が、その無資力ゆえに無価値となる場合には、BGB823条 1 項を適用する実際の必要性が存在するのである。この場合、取締役が、有責な行為について BGB823条 1 項に基づき責任を負わなくてよいということであれば、それはなぜなのであろうか？ この場合の利益状況は、彼が他人の物を有効に善意の取得者に譲渡した場合と本質的に異ならない（これについて上記3a を参照）。とりわけ、債権が所有権と異なり「社会典型的な公知性」に欠けるということは、決定的なことではあり得ない（S. 398）。なぜなら、問題となるのは債権への主観的・目的的な侵害であり、この場合以上に、取締役が物の処分に際しその権限がないことを容易に認識する場合は、基本的にはないからである。それゆえ、双方の事例類型を平等に取扱うことは、おのずから想起されるところであり、特に次の所有権留保の例においてよくわかることである。すなわち、取締役は、留保財産を譲渡することにより所有権留保を無視した場合、個人的に BGB823条 1 項に基づき責任を負うが、彼が「延長された」所有権留保^{訳註 2}において、留保財産を転売することにより生じる、所有権にとって代わる債権を違法に回収する場合は責任を負わないということは理解できない⁽⁹²⁾。したがって、以上を踏まえ少数意見に従うべきであり、債権者への帰属が侵害された場合は、債権に対する BGB823条 1 項の適用が肯定されるべきである⁽⁹³⁾。

自明のことながら、このことは以下の帰結を導くものではない、すなわち、無権限者に給付し債務を免れた債務者も、BGB823条 1 項に基づき債権者に責任を負う、したがって BGB407条および408条、2367条に基づくような積極的認識のみならず、単純な過失によっても責任を負わなければならないという帰結である⁽⁹⁴⁾。これらの規定は、体系整合的に考えると、例えば BGB932条以下や892条および893条が周知のとおりそうであるように、BGB823条 1 項に対し優先する。さらに自明のことながら、債権の対象物—例えば売買目的物—の侵害は、債権者に BGB823条 1 項に基づく請求権をもたらさない。というのも、債権は、債権的な法状況と物権的な法状況を区別する限りでは、まさに割当内容を有しないからである。最後に、BGB823条 1 項による保

(92) この際、評価矛盾の回避のため、主観的要件は BGB990条をしかるべく類推して決定するのがよいのではなかろうか（この規定を、ここで問題とした種類の事例に一般的に適用する限りにおいて。これにつき上記3a を参照。）。

(93) Larenz の見解に反して、侵害された権利は、帰属ではなく債権それ自体とみなされなければならない。

(94) そのため、この点につき支持されている *Medicus* BürgR Rdn. 610による反論は適切でない。

護に、「債務〔の内容〕に合致した方向に意思を向けることに対する〔債権者の〕権利」を含めることも行き過ぎである⁽⁹⁵⁾。したがって、債権は人に対する支配の権利をもたらさず⁽⁹⁶⁾、債務者の給付行為に対する支配の権利ももたらさないという抗弁を説得的に排除することはできない。まず第一に問題となるところの、契約違反の峻しという問題は、それゆえ BGB823条 1 項によってではなく、BGB826条によってのみ解決されなければならない（これについて下記§78IV1を参照）。

h) 債権の占有権、および債権さえも原則として823条 1 項の適用対象となるならば、少なくとも**仮登記**に対する不法行為法上の保護を、支配的な見解のいうところの、仮登記権は真正の物権でないだけでなく、ある「固有の性質を有する保全措置」である、という理由で直ちに否定することはできない。事実、仮登記権者には、正当な、かつ目下全く支配的な見解によれば、少なくとも仮登記後の土地の取得者に対する BGB823条 1 項に基づく請求権を認めることができる⁽⁹⁷⁾。なかでもこのことを支持する根拠となるのは、そのような〔仮登記に劣後する〕土地取得は、BGB883条 2 項に基づき、仮登記権者に対して（相対的に）無効であり⁽⁹⁸⁾、また、それゆえ、その限りで仮登記は仮登記権者に、割当内容と排他的機能を伴う、広く（S. 399）「物権化された」法的地位をもたらすということである。したがって、仮登記権者は、仮登記に反した不動産取得者が、例えば土地上にある家を取り壊すとか、仮登記権者の計画に適合しない方法で建物を建設する等した場合には、損害賠償請求権—必然的にそれに対応する、BGB1004条の類推による妨害排除請求権と不作为請求権も同様に一を取得する。このような手段は仮登記権者の地位を、不動産の処分と同じように重大な方法で侵害し得るものであるから、BGB823条 1 項に基づく請求を認めないとすれば、仮登記権者の保護はそれ自体不完全であり、法律の規律が最後まで一貫して行われておらず、それゆえ補充を要する欠缺を有するということになろう⁽⁹⁹⁾。このことは、譲

(95) 同様に解するものとして *Koziol Forderungsrechte* S. 152ff., 185. がある。

(96) *Larenz SchR I §2 II* を参照。

(97) 詳細について *Canaris Festschr. für Flume* S. 384ff.; 賛成するものとして *MünchKomm-Mertens §823 Rdn. 129*; *Soergel/Zeuner §823 Rdn. 52*; *Erman/Schiemann §823 Rdn. 42*; *Baur/Stürner aaO §20 IV 1e*; *Westermann/Eickmann SachenR⁶ §100 IV 4d*; 反対の意見として例えば *Staudinger/Gursky¹² §888 Rdn. 61*; *Kohler NJW 1984, 2857*; *Paulus JZ 1993, 555ff.* 参照。

(98) *Paulus JZ 1993, 556*の、民事訴訟法935条、938条、BGB136条に基づく裁判官による処分の禁止は、同様に相対的無効を導くが、にもかかわらず BGB823条 1 項の適用を認めることはできない、という反対意見は説得的ではない。というのも、登記簿に登録され、「登記簿上の占有」に根拠を有するところの仮登記と異なり、裁判官による処分の禁止においては、社会典型的な公知性に欠ける〔という点を見落としている〕からである。

(99) この点につき、仮登記権者の請求が、BGB281条に基づきどの範囲まで代償

渡人に有効な防御が期待され得ない場合に一層あてはまる一しかも、通常、取得者の行為は譲渡人と契約を締結することによって保護されているだけに、なおさらそのような期待はできない。契約外に立つ第三者との関係においては、不法行為請求権はまず第一に所有権者に帰属する。なぜなら仮登記はその保有者に、その第三者に対する特別の法的地位をもたらすものではないからである⁽¹⁰⁰⁾。しかし、それでも BGB869条の類推により、仮登記権者に、所有権者への（それ自体は補助的であるが）給付を求める請求権を与えることはできよう⁽¹⁰¹⁾。

i) 家族法上の地位もまた、BGB823条1項の意味での「その他の権利」として問題となる。このことは両親の監護権について広く承認され、また実際にも BGB1632条に基づく、その絶対効の観点から説得的である。それゆえ、例えば両親の一方は、その者から他方の親によって奪われた子供の滞在場所を調べるために依頼した私立探偵の費用の補償を、BGB823条1項に基づき要求できる（BGHZ111, 168, 172以下を参照）。婚姻に関して、BGHは「空間的一場所的領域」の侵害が問題となる限りで823条1項を適用するが、この点は争いがある。その詳細に関しては家族法の文献が参照されなければならない⁽¹⁰²⁾。

[植草桂子]

訳注1 慰謝料請求権について定めた BGB 847条は第二損害賠償法規定改正法（2002年1月1日より施行）により削除され、新法では、慰謝料請求権に関する定めは BGB253条2項においてなされている。

訳注2 延長された所有権留保とは、売主（商品や原材料等の供給者）が、その買主（商品仲介業者や加工者等）との間における売買契約において、売買代金の完済まで所有権を留保する旨の特約をする際に（BGB449条）、買主に転売授權をすることともに、自己の担保手段を確保するため、転売代金債権を先行譲渡する旨の契約を締結するというもので、ドイツでは、主に流通業界において、普通契約約款を媒介として広く採用されている担保方法である（詳細については、米倉明『所有権留保の研究』（新青出版、1997年）68頁以下、石口修『所有権留保の現代的課題』（成文堂、2006年）180頁以下参照）。

利益に転化できることになるのかという点については、*Paulus* JZ 1993, 556の見解に反するが、あとづけることができない。

(100) 仮登記権者の地位が物権的期待権にまで強まった場合、判断は逆になる。BGHZ 114, 161, 165f. 参照。

(101) より詳しくは *Canaris* Festschr. für Flume S. 387参照；賛成するものとして *Mertens und Schiemann* aaO. がある。

(102) *Beitzke/Lüderitz* FamilienR²⁶ §12 II 1d のみを参照。