HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ドイツの不法行為法
Author(s)	ハーガー, ヨハネス; 藤原, 正則//訳
Citation	新世代法政策学研究, 9, 249-277
Issue Date	2010-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45055
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP009_013.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

ドイツの不法行為法

ヨハネス・ハーガー（Prof. Dr. Johannes Hager）
藤原　正則（訳）

［1］序論

Ⅰ．不法行為法の機能

1．ドイツの不法行為法の機能とは、当然のことながら、被った損害の填補（Ausgleich）である。それ以外にも、不法行為法の機能の一部は満足機能（Befriedigungsfunktion）だともいわれている。被害者は権利保護を期待できると安心してよい。だから、不法行為法は、権利追及（Rechtsverfolgung）と満足（Genugtuung）という考え方を含むが、それだけに止まらず、特に、危険責任（Gefährdungshaftung）と社会生活上の義務（Verkehrspflicht）の分野では、補償（Kompensation）という考え方も含んでいる[(1)]。最後に、権利の継続、つまり、損失補償（Kompensation für die Verlust）も問題となる。

2．以上の不法行為法の機能に、織り込まれているのが、予防機能（Präventionsfunktion）である。個々人は、可能な限り損害賠償請求を受けないように、行動する必要がある。このことは、保険保護による損害賠償責任の転嫁はあっても、特に、填補不可能な利益が侵害された場合には、十分な意味を持っている。損害賠償請求を生産コストだと理解するなら、損害賠償請求を回避するよう努めるか、又は、損害賠償より安価な支出に

(1) STAUDINGER/J. HAGER (1999) Vorbem.9 zu §§823ff. 反対が、LARENZ/CANARIS, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.II, 2.Hbd. (13.Aufl., 1994) §75 I 2i で、不法（Unrecht）と不幸（Unglück）を区別している。

よって損害賠償額を低下させるべきことになる[2]。

３．もちろんある程度の懲罰的な影響（pönale Effekte）は避けがたいが、不法行為法の目的は、決して刑罰機能（Straffunktion）ではない[3]。それどころか、不法行為法と行為者の行為の自由との間には、はっきりした緊張関係が存在する。被害者が強く保護されればされるだけ、それに応じて加害者の自己実現の自由が制限されることになる[4]。他方で、あまり注目はされないが、被害者の行為の自由も問題である。損害賠償責任のリスクが増加すれば、そもそも行為が全く行われなくなるか、行為の代価は高くなる。行為者が責任の負担を免れようとすれば、被害者が自身の行為の自由を制限されることも希ではない。例えば、事故を防止するために、水浴びをする場所への通行が制限される場合もある。

４．不法行為法は関係者の行為を統制する。例えば、社会生活上の義務が厳格に構成されればされるほど、社会生活上の義務により保護を受ける人間には、用心を欠いた振る舞いが許されることになる。他方で、損害賠償責任のリスクが高まれば、結局は被害者の行為の自由が制限される可能性があることは、上述したとおりである。

５．以上に対して、不法行為法の経済分析に際しては、その他の分野でも同じだが、抑制が相応しい。例えば、被害者と加害者が同一人であるように、行為に際しての注意義務の程度は定められねばならないという提案がそれである[5][1]。間違いなく、このような提案に従って問題を考察しても、即座に限界に突き当たる。まず、重要なデータの獲得は、しばしば困難だからである。さらに、割当（Allokation）は配分に関して中立的ではない。しかし、配分（Verteilung）について判断するのは、経済学の課題ではない[6]。

[2] STAUDINGER/J. HAGER (1999) Vorbem. 10 zu §§823ff.; KOLLER VersR1980, 3.

[3] STAUDINGER/J. HAGER (1999) Vorbem. 11 zu §§823ff.

[4] STAUDINGER/J. HAGER (1999) Vorbem. 12 zu §§823ff.

[5] ADAMS, Ökonomische Analyse der Gefährdungs-und Verschuldenshaftung, 1985, 165, 167.

[6] STAUDINGER/J HAGER (1999) Vorbem. 17f. zu §§823ff.

Ⅱ．ドイツ民法（BGB）823条以下の体系

１．BGB823条１項は、そこに列挙した法益（Rechtsgüter）と権利（Rechte）を保護している。さらに、慣習法的に、人格の保護、および、一部では未だに見解の対立はあるが[7]、営業の保護が認められている。823条２項による保護は、保護法規（Schutzgesetz）の存在、つまり、それ以外の分野から不法行為法に入ってきている行為の要請に依拠している。最後に、ある行為が法倫理的な最低限の要請に抵触しており、その結果、その行為が特別な不法性を示している場合が、826条の守備範囲である。ただし、純粋の財産上の損害（primäre Vermögensschäden）が問題となっているときは、不法行為による保護は与えられず、一般的な行為の自由はサンクションの対象となっていない。同様に、自身の法益又は権利に累が及ばない限りは、間接被害者（der mittelbar Geschädigte）には原則として不法行為法による保護は与えられない。だから、そのパートナーが事故で傷つけられたときも、女性のフィギアスケート選手は、パートナーと一緒に演技できなくなったからといって、加害者に対して損害賠償を請求することはできない[8][2]。

２．以上の立場は、批判に対して[9]、これまでは貫徹されてきたが、とはいっても相当の妥協をしている。というのは、問題の多くの部分は、契約法による解決を与えられ、結論は全く変わらないからである。通説は、例えば、顧客と助言を与えた銀行の間の契約関係を認定したり[10]、専門家との契約では[11]、対立する利害関係にある第三者にまで保護効を拡大している[12]。

[7] LARENZ/CANARIS §81IV; 少なくとも保護権の警告に対しては、否定的なのが、BGH NJW 2004, 3322, 3323f. であり、又、違った見解を示すのが、BGH GB BGHZ 164, 1ff.

[8] BGH NJW 2003, 1040, 1041. BGH NJW 2001, 971, 972f.; 2004, 356, 358 も参照。

[9] 例えば、MünchKomm/Wagner §823 Rn.216; BRÜGGEMEIER, Deliktsrecht (1986) Rn.457 を参照。

[10] BGH NJW 1979, 1595, 1596.

[11] BGH NJW 1984, 355, 356; 2001, 3115, 3116.

[12] BGH NJW 1987, 1758, 1759; 2001, 1196, 1197.

Ⅲ．不法行為責任と危険責任

１．不法行為責任の成立には、823条以下の要件の満足だけでなく、違法性（Rechtswidrigkeit）と故意・過失（Verschulden）が必要である。823条以下のルールは、例えば、競争法のように、具体的な法律が完結的な場合を除いて、民法上、及び、民法以外の不法行為にも適用される。反対に、例えば、122条１項［無効又は取消した意思表示の表意者の信頼利益の賠償義務］、179条１項［善意の無権代理人の信頼利益の賠償義務］のような特別な関係から発生する責任はそうではない。

２．例えば、製造物責任法のような危険責任は、故意・過失の要件を要求しておらず、多数説によれば、違法性に関しても同様である(13)。その理由は、利益と危険の一体性（Zusammengehörigkeit von Vorteil und Risiko）である。それと同時に、予防と付保可能性が一定の役割を果たしている。これまで判例の基礎となっていた予防原則は、危険責任の規定が類推可能かという問題を提起している。ただし、通説は、全面的に危険責任を類推することには反対である。反対に、個別的な類推は、十分に可能だと解されている。危険責任と過失責任は、相互に競合関係に立つ可能性がある。ただし、253条２項の改正以来、同条は不法行為法の適用される場合以外でも非財産的損害（immaterielle Schäden）の賠償を規定しているから、以上の問題はその重要性をほとんど失っている。

Ⅳ．不法行為と契約

１．契約責任と不法行為責任には、幾つかの違いが存在する。不法行為は万人に対して負担する義務への違反を要件とし、契約上の義務は契約当事者間だけで基礎づけうる(14)。純粋の財産上の損害は、契約又は契約類似の関係が存在する場合に限って賠償が可能である。特別な関係がある場合は、履行補助者（Erfüllungsgehilfe）と法定代理人の義務違反と故意・過失は、278条によって本人に帰責される。これに対して、831条［使用者責任］は選任の過失を要件とし、それが推定されているが、同条は使用者の指揮命令に服すことを前提としているから、被用者（Verrichtungsgehilfe）の概念は履行補助者より狭い。加えて、使用者は免責証明が可能である。確かに、不法行為法でも幾つかのケースでは証明責任は軽減されてはいるが、280条１項２文の証明責任の転換は、契約責任の分野にだけ適用される。非財産的損害の賠償と時効期間の違いは、438条、634条の瑕疵担保責任が特別であることを度外視すれば、ほとんど除去されている。

２．通説は不法行為責任と契約責任の請求権競合を認めている(15)。不法行為責任は契約責任によって排除されるという少数説(16)に従うことはできない。なぜなら、加害者と契約関係にある被害者が、却って不利な扱いを受けることになるからである。

３．とはいっても、契約上の合意、つまり、責任制限が、不法行為に影響を与える可能性もある(17)。その際には、いくつかの制限規定に注意すべきである。具体的には、309条7a号、307条、および、責任法（HaftPflG）７条、強制保険法（PflVG）8a条２項、航空運送法（LuftVG）49条[3]である。もちろん、法律行為の要件、例えば、行為能力は存在する必要がある。責任制限の推定は、原則として否定されるべきである。例外が、例えば、後の加害者が自動車を運転しようと被害者に申し出たなどの事情で、責任制限が話題にされた場合は、これを被害者が拒否しなかっただろうというケースである(18)。同じことが当てはまるのが、被害者が保険契約を締結し、それが契約で示されていた場合(19)、被害者が自動車の試乗をし、付保可能だったのは被害者だけだった場合である(20)。ただし、責任の放棄が可能なのは、軽過失の場合に限られる(21)。548条のような短期消滅時効の目的は、不法行為の請求権にも適用される可能性がある(22)。

(13) STAUDINGER/J. HAGER (1999) Vorbem. 30 zu §823ff.

(14) BGH NJW 1992, 1511, 1512.

(15) BGHZ 116, 297, 300; 123, 394, 398; 162, 86, 93 を参照。

(16) STAUB/HELM, Handelsgesetzbuch (4.Aufl., 1993) §429 Rn.292.

(17) BGHZ 123, 394, 399.

(18) BGH NJW 1979, 414, 415.

(19) BGHZ 131, 288, 298.

(20) BGH NJW 1979, 643, 644; 1980, 1618, 1682; 1986, 1099.

(21) BGH NJW 1979, 643, 644.

(22) BGHZ 71, 175, 179f.; 98, 59, 64; 135,152, 156; BGH NJW 1968, 694, 695; 1993, 2797, 2798; 2006, 2399f.

Ⅴ．（予防的な）差止請求（Unterlassungsanspruch）と妨害排除請求（Beseitigungsanspruch）による拡張

１．侵害の危険がある場合に、BGB の数多くの規定は差し止め請求を認めている。例えば、12条［氏名権］、862条［占有権の保護］、1004条［所有権に基づく妨害排除請求］である。以上に共通するのは、これ等の具体的な規定がおかれた権利以外の823条１項の規定する権利、および、823条２項の規定する保護されるべき法的地位にまで拡大された権利の思想である[23]。損害の予防は、損害の分配の規律に優先する[24]。だから、社会生活上の義務の侵害が具体的なら、差止請求権が発生する。

２．妨害排除請求を損害賠償請求とどう区別するのかは問題である[25]。その実際上の意味は、823条１項の故意・過失の要件の意味を失わせないためである。

Ⅵ．憲法と不法行為法

１．BGB の立法者が基本権に拘束されていることは、基本法３条１項から帰結され、これは連邦憲法裁判所の確定判例である[26]。間接的な拘束力を支持する反対説[27]は、基本法３項１項の規定を無視している。

２．だからといって、憲法上の基本権、さらに他の法分野、例えば、公法、刑法の基本権が、多くの機能を有していることと、以上の問題が混同されてはならない。これらの基本権は、国家が行為者に行為を禁じている場合は、防御権である。反対に、犠牲者が第三者、つまり、加害者に対する保護を要求するときは、その機能は保護の命令である。行為者に都合のよい原則的な不対称を避けるために、その射程は防御権、保護の命令で同一線上で決定されるべきである。保護命令が法律の施行によって具体化される必要があるという前提は、823条以下の規定によって十分に満足されている。

[23] BGHZ 99,133, 136; BGH NJW 1997, 55.

[24] STAUDINGER/J. HAGER (1999) Vorbem.63 zu §§823ff.

[25] WENZEL NJW 2005, 243 を参照。

[26] BVerfGE 97, 125, 145f.; 97, 157, 164; 更に、例えば BVerfGE 108, 82, 99 を参照。

[27] 最もはっきりしているのが、DIEDERICHSEN Jura 1997, 57ff.

３．今ひとつ区別が必要なのが、連邦憲法裁判所による審査の厳密性である。その定式は、基本権の意味と射程が不当かつ不十分に決定されているか、その重要性の評価が不当な場合は、裁判所は審査する必要があるということである[28]。

４．以上の適用領域は、著しく増加している。その結果、人格権は憲法の条件下で細部にわたって形成されてきている。営業権に関しても、憲法上の条件の考慮は不可欠であり、その例としては、企業の製品に対する適切な批判を考えてみるとよい。胎児への侵害に対する保護を最も説得力をもって論証できるのは、基本法によってである。医師の責任に関しても、患者の同意の必要性は基本法２条２項で根拠づけられている。さらに、憲法は訴訟法でも、証明責任の分配で意味を持っている。

［２］保護される法益と権利

Ⅰ．生命の保護

１．生命侵害と殺害は同義である。特に、移植医療の分野では、何時死亡したかが決定的である。死亡以前に移植が行われれば、民法上も殺人に当たる。刑法と同じく、民法でも脳死が人の死であろう[29]。自殺幇助は損害賠償責任を発生させない。ただし、被害者が自殺に追い込まれたとき[30]、または、加害者の引き起こした悪夢のようなノイローゼが自殺の原因だったときは話が別である[31]。

２．死亡後の損害賠償請求権者の人的範囲は、844条、845条が列挙している。出生前の加害行為に823条が適用されるように、通説とは反対に、加害者の故意・過失が惹起した死産にも同条が適用されてしかるべきである[32]。それが意味を持つのは、埋葬費用の賠償であるが、死産した子が1923

[28] BVerfGE 18, 85, 93; 97, 391, 401; 101, 361, 388; BVerfG NJW 2005, 3272; 2008, 358.

[29] OLG Köln NJW-RR 1992, 1480, 1481; OLG Frankfuhrt NJW 1997, 3099, 3100.

[30] BAG NJW 2009, 251, 254, Tz.51; DEUTSCH/AHRENS Rn.177.

[31] BAG NJW 2009, 251, 254, Tz.51.

[32] STAUDINGER/J. HAGER (1999) §823 Rn.B3; SOERGEL/SPICKHOFF §823 Rn.31; 反対が、BGHZ 58, 48, 50 (傍論).

条２項により先に死亡した父親の相続人だった場合も同様である。

３．ここでは、例えば、父親が母親に対して差止請求を行うなどの堕胎に対する予防的な不作為請求が可能かという問題が存在する。通説は、差止請求を認めていない。連邦憲法裁判所は、第２の妊娠堕胎判決で、妊婦の行為に対して第三者が胎児のために緊急救助を行うことはできないとしている[33]。

Ⅱ．身体と健康

１．身体と健康という法益は、全く同様の保護を受けるから、両者を厳密に区別する意味はない。それでも区別したいなら、身体損傷とは外的な完全性の侵害であり、健康侵害とは身体的、心理的、精神的な機能の妨害である。

ａ）身体損傷の例は極めて豊富である。臓器の摘出[34]、身体損傷から身体の培養にまで及ぶ。加害行為は間接的でもよい。その重要な例が、被害者の自傷行為を加害者が惹起した場合である。このことは、いわゆる追跡事例（Verfolgungsfälle）では、特に意味を持つ。つまり、加害者が逃げ出して、後の犠牲者にその後を追跡する気にさせ、その際に被害者が損害を被った場合である。決定的なのは、このような自己を危険にさらす行為に被害者が挑まれて誘引されたと感じたといえるかである[35]。

ｂ）スポーツによる傷害は、もちろん身体損傷である。スポーツのルールを遵守すれば侵害の違法性が阻却されるのか、されるとしたらどの程度でかという問題が、ここでの議論の中心となっている。通説は、ルールが守られていたか[36]、ルールへの違反が軽過失による場合は、違法性はないと解している[37]。

２．ａ）技術水準に則した医師の治療行為が身体損傷となるのかという

(33) BverfGE 88, 203, 279f.
(34) BGHZ 105, 215, 217.
(35) BGHZ 132, 164, 166; BGH NJW 2002, 2232, 2233.
(36) BGHZ 63, 140, 145.
(37) OLG Oldenburg VersR 1995, 670, 671; STAUDINGER/J HAGER (1999) Vorbem. §50 zu §§823ff.

問題には、依然として争いがある。通説によれば、治療に過誤があるときだけでなく、患者の同意を欠く場合も、身体の不可侵性が侵害されている[38]。以上のケースでは患者の自己決定権、人格権の侵害があるにすぎないと考えて、通説に反対する見解[39]には、結論として賛成できない。なぜなら、医学的には適切でも、苦痛を伴う処置を執るか否かの決定は、最終的には患者だけが下すことができるからである。手術が医学的には絶対に必要な場合でも、医師は患者の同意なしには手を下せない。決定権は患者にある。

ｂ）不妊手術と堕胎の失敗のケースでは、特別な問題が発生する。原則は、不妊手術の失敗では身体損傷が肯定されることでは、見解の一致がある[40]。これと区別すべきなのが、身体損傷が子の扶養料の請求の根拠となるのかという問題である。請求は原則として否定されるべきである。その限りで、可能なのは契約上の請求権である[41]。堕胎が失敗した場合は、区別が必要である。堕胎が医学的見地から処置された場合は、間違いなく満額の損害賠償が可能である[42]。他方で、母親は堕胎を助言されたが、その理由が母親の側が原因の堕胎の指示ではなかった場合には、違った判断がされるべきである。このケースでは、判例は823条１項の請求を退けている[43]。

ｃ）身体から切り離された肉体の一部は、物であり、所有権として保護される。ただし、自己血液の輸血のように、もう一度身体に戻されることが予定されていた場合は別である。保存精子が破壊された場合も同様である[44]。

１．ａ）喫煙が重度の健康損害を発生させることには争いがない[45]。さらに、受動喫煙も明らかに健康損害を発生させる性質を持っている[46]。

(38) BGHZ 106, 391, 394.
(39) LARENZ/CANARIS §76 II 1g.
(40) BGH NJW 1984, 2625.
(41) BGHZ 76, 259, 261.
(42) BGHZ 149, 236, 239.
(43) BGHZ 149, 236, 245f.
(44) BGHZ 124, 52, 56.
(45) BVerfGE 95, 173, 184; BGHZ 124, 230, 235.
(46) BAGE 90, 316, 327.

b）疾病の感染も健康侵害と評価されている[47]。感染の可能性によりショックを受けた場合も、それだけで健康侵害と評価できる要件を具備している。例えば、保存血液の輸血を受けた者が、供血者がHIV感染していたと知った場合である。

c）判断の困難なケースが、いわゆる心理的な起因である。もっとも、この場合は、事例を細かく分けて考える必要がある。

(1) 精神的な疾患が引き起こされた場合は、健康侵害の要件は間違いなく充足されている[48]。もちろん、病理学的に治療の必要な状態の存在が前提である。単に興奮したというのでは、間違いなく不十分である。

(2) その他では、心理的な原因が疾病を惹起しうることも間違いはない[49]。例えば、事故によるショックが心臓麻痺につながったり、興奮して卒中になったりするケースである[50]。連邦通常裁判所の見解では、交通事故の無実の犠牲者に対する誣告と強迫だけでは、十分ではない[51]。しかし、この見解には賛成できない[52]。以上のケースの一環が、犠牲者の自傷行為にきっかけを与えることであり、例えば、自殺に駆り立てた場合である。

(3) 最後に、心理的な傷害行為は、何らかの形で惹起された第一次的損害が、二次的損害として現れるという場合もある[53]。ただし、心理的な反応が過剰で理解不可能なときは例外だと、判例は考えている[54]。

(4) 最も厄介なのが、第三者のショック損害のケースである。その具体例が、近親の死亡、又は、傷害、又は、事故の知らせや、直接に事故を経験することで侵害が惹起されることである。判例によれば、原則として、加害者はショックに基づく損害を賠償する義務がある[55]。ただし、判例は、

[47] BGHZ 114, 284, 289; 163, 209, 212.
[48] BGH NJW 1976, 1143, 1144; 1991, 2347.
[49] BGHZ 107, 359, 363.
[50] BGH NJW 1976, 1143, 1144.
[51] BGHZ 107, 359, 364f.
[52] SOERGEL/MERTENS (12.Aufl.1990) vor §249 Rn.137; STAUDINGER/J. HAGER (1999) §823 Rn.B28.
[53] BGHZ 132, 341, 343f.; 137, 142, 145; BGH NJW 2000, 862, 863.
[54] BGHZ 132, 341, 343f.; 137, 142, 145; BGH NJW 1998, 813, 814.
[55] BGHZ 107, 359, 363; 132, 341, 344; BGH NJW 1989, 2317.

請求の制限に腐心している。だから、健康侵害が肯定されるのは、心理的な治療の必要な侵害が重大で、ある程度は継続することである[56]。最後に、侵害がショックを引き起こしたと理解できる状況だということである[57]。賠償権利者の範囲も極めて制限されている。つまり、多くの場合は、被害者の近親だけが、保護の対象となる[58]。ただし、その中には、非婚姻的共同体のパートナー、ないしは、婚約者も含まれる[59]。結論としては、直接にショックを引き起こす事故に巻き込まれた被害者に限られている[60]。とはいっても、この考え方は問題であり、その理由は近い関係にある人間の死亡の通知がショックを与える可能性はいくらでも考えられるからである[61]。加えて、判例の考え方では、最初の被害者の過失の割合で、ショック損害も過失相殺される。被害を受けた近親自身の過失も同時に考慮される。最後に、被害者が死亡を自身で惹起したときは、ショック損害を受けた者は我慢する必要がある[62]。

d）胎児の傷害への責任という問題は、多くの点で難問を投げかけている。受胎の後の加害は当然だが、両親の生殖が既に阻害されている可能性もある。

(1) 被害者は1条の意味で権利主体ではないという理由で、判例は最初は責任を否定していた。しかし、間もなく連邦通常裁判所は判例を変更して[63]、新しい出発点を確定判例で深化させた[64]。加害者は受胎以前も受胎後も責任を負う。ただし、その理由付けは、若干難解である。加害行為の後に損害が発生[65]したという理由づけでは不十分である。なぜなら、その場合には、加害の瞬間に既に権利主体が存在しているはずだからである。

[56] BGHZ 172, 263, 266; BGH NJW 1989, 2317, 2318.
[57] PALANDT/HEINRICHS vor §249 Rn.71.
[58] OLG Stuttgart NJW-RR 1989, 477, 478.
[59] PALANDT/HEINRICHS vor §249 Rn.71.
[60] BGHZ 172, 263, 266.
[61] 例えば、BGH NJW-RR 2007, 1395 を参照。J. HAGER JA 2007, 813 も参照。
[62] BGHZ 56, 163, 170f.
[63] BGHZ 8, 243, 246ff.
[64] BGHZ 86, 240, 253.
[65] LARENZ/CANARIS §76 II 1h.

自然権を持ち出しても、自然権の内容は良く分からないからほとんど説得力はない。もっとも事理に適っているのは、823条１項の憲法適合的な解釈であろう。立法者が人間の完全性を民法でも、しかも、民法上の手段で保護する必要があるなら[66]、この要請と、他人が故意・過失によって胎児に加えた損害の賠償を法律が認めないというのは折り合わないからである。

(2) 特別な問題が、両親自身による加害のケースである。この場合に、疾病を持った子が誕生するからといって、子をあきらめる法的な義務が両親にあるわけではないという点では、見解の一致がある[67]。子を堕胎する義務などは、両親の人格権と合致しない。反対に、例えば、父親が交通事故を惹起したときは、父親は一般的な民事責任を負担することになる。他方で、例えば、喫煙などの不健康な生活態度を止める母親の義務などは、受け入れ難い。

(3) 以上の中でもっとも面倒なのが、望まぬ生命（wrongful life）というキャッチフレーズを冠された問題である。このケースでは、胎児は第三者に侵害されるのではなく、障害児としての出生が予定されたり、妊娠期間に母親の疾病で既に傷害を受けている。以上の問題では、学説は一致して823条１項による子の医師に対する独自の不法行為による損害賠償請求を否定している[68]。子供に障害があることが予測されるからといって、子の出生を防止する不法行為法上の義務など存在しないことは確かである[69]。しかし、そうはいっても、子の固有の請求権を否定するという結論は、結局のところ説得力に欠ける。それゆえ、第三者に対する保護効を伴った契約による解決が十分に可能である。なぜなら、治療契約の目的は、障害児の負担を回避することだからである。治療契約は自己の利益のためだけではなく、医師には予見可能だが、子の経済的な困窮を防止するためにこそ

[66] BVerfGE 88, 203, 260.

[67] STAUDINGER/J. HAGER (1999) §823 Rn.B47. 反対説が、SOERGEL/SPICKHOFF §823 Rn.40.

[68] BGHZ 86, 240, 251.

[69] BGHZ 86, 240, 251.

締結されるからである[70]。医師が胎児の損害が現実のものであることを説明しなかった点で、医師に過失があるときは、まさに以上の理が当てはまる[71]。

Ⅲ．自由

１．通説は、自由の侵害を身体の可動の自由とだけ理解し、経済的発展の可能性を自由の侵害とは考えていない[72]。そう解さなければ、自由の保護によって純粋の経済的損害の賠償を認める結果になるから、これは論理必然的である。これを肯定するなら、経済的自由の侵害があれば必ず「加害者は」他人の経済的不利益を賠償する義務があることになってしまうだろう。

２．自由の概念は、今ひとつ制限が必要である。ある場所から退去する可能性が自由であり、反対に、ある場所への立ち入りが不可能でも自由の侵害ではない。

３．反対に、どのような手段で自由が制限されるかは問題にならない。特に、医学上の必要がない精神病患者の拘束[73]、不当な逮捕・収監は自由の剥奪である。自由の剥奪は間接的にも可能であり、誤った専門家鑑定によっても自由の剥奪が惹起される場合がある。もっとも、この場合には、839a条は、損害賠償義務を故意・重過失の場合に限定している。

Ⅳ．所有権

１．所有権として保護されるのは、動産・不動産であり、債権やその他の権利ではない。そうはいっても、所有権の保護の範囲は広い。例えば、ソフトウェア[74]やデータ保持者の蓄積した情報なども、所有権保護に含まれる。その侵害態様によって、財産と所有権は区別されている。通説によれば、物の利用を妨げるような物自体に対する影響を及ぼすことが、所有

[70] STAUDINGER/J. HAGER (1999) §823 Rn.B51.

[71] STAUDINGER/J. HAGER (1999) §823 Rn.B52.

[72] ERMAN/SCHIEMANN §823 Rn.23.

[73] OLG Freiburg MedR 1995, 411, 414.

[74] OLG Karlsruhe NJW 1996, 200, 201.

権の侵害の不可欠の要素である[75]。

２．権利自体が侵奪されたときは、当然に所有権侵害が肯定される。例えば、無権利者が他人の物を処分した場合である[76]。取得者自身は、通常は823条１項による責任を問われることはない。善意取得が取得者の悪意で挫折すれば、権利の侵奪による所有権侵害は成立しない。反対に、善意取得が成立すれば、善意取得の制度趣旨が823条１項によって無にされてはならないからである[77]。動産が不動産に付合して、不動産の所有権の一部となった場合にも、類似のルールが当てはまる。ただし、故意・過失を前提として責任を負うのは、新たな物を製作して付合させた人間であり[78]、反対に、付合を受忍しただけの注文者は責任を負わない[79]。もちろん、それは注文者が材料の由来を知らないか、重過失がない場合に限られる[80]。今ひとつの重要な事案類型が、債務者に帰属しない物の強制執行による換価である。この場合に、執行債権者に故意・過失があれば[81]、つまり、物の所有者から執行債務者の物ではないと通知されていたときは[82]、執行債権者は損害賠償義務を負う[83]。但し、注意が必要なのは、通説とは反対に[84]、民事訴訟法771条は執行法の観点からだけ985条を排除するにすぎないから、987条以下が優先し、民事執行法は効果とは無関係である。だから、侵害者は重過失の場合にだけ責任を負う。反対に、弁護士に過失があれば、278条によって責任を負うことになる[85]。

３．所有権侵害とは、当然ながら、物質に対する侵害、つまり、滅失・

[75] BGHZ 63, 203, 206; 86, 152, 154f.

[76] BGHZ 56, 73, 77; BGH NJW 1996, 1535, 1537; NJW-RR 2002, 516, 518; このことは、BGH NJW-RR 2005, 315, 316 では全く見過ごされている。

[77] BGHZ 37, 363, 368.

[78] BGHZ 77, 274, 279; 109, 298, 300.

[79] BGHZ 56, 228, 237f.; 102, 292, 309.

[80] STAUDINGER/J. HAGER (1999) §823 Rn.B68.

[81] BGHZ 58, 207, 210; 100, 95, 107; 118, 201, 205.

[82] BGHZ 100, 95, 107; 118, 201, 205.

[83] 例えば、BGHZ 58, 207, 210.

[84] BGHZ 100, 95, 107; 118, 201, 205.

[85] STAUDINGER/J. HAGER (1999) §823 Rn.B72-74 を参照。

損傷である[86]。保護されるのは、損害発生時の所有権である[87]。権利者が所有権に与えた内容と使用目的は保障される。だから、カード目録、図書館、文書館で整理されていたものを完全に散らかした者は、そこに保管されていた物自体を破損しなくても、他人の所有権を侵害していることになる[88]。ソフトウェアーは消去やコンピューター・ヴィールスによって侵害される。物質が凝集して、例えば、氷が水になったり、液体が固体になったりして、その変化によって所有権が侵害される場合もある[89]。最後に、成長などの発展が阻害された場合も、所有権侵害を意味する[90]。無権利者が所有権を主張すること（Eigentumsberühmung）も所有権侵害となりうる[91]。反対に、通説は、自損のきっかけを与えることを所有権侵害とはみなしていない[92]。

４．第三者が無権限で他人の物を使用した場合も、所有権侵害に当たる。窃盗や横領では、これは当然である[93]。物を十分に安全に保管せず、窃取を可能にした受託者、運送業者も責任を負うことに変わりはない[94]。無断の写真撮影が行われた場合の権利状態は、困難な問題である。連邦通常裁判所の判例は何度も揺れ動いた後に、他人の物の写真撮影は、公道から撮影された場合は所有権侵害ではないという結論に落ち着いた[95]。反対に、写真撮影が違法な侵入、例えば、住居侵入や、少なくとも占有侵害によって行われたときは、話が違ってくる[96]。今ひとつの問題が、所有者が立ち入りは許可したが、写真撮影は許していない場合である。この場合には、

[86] BGHZ 41, 123, 125f.; 105, 346, 350.

[87] BGH NJW 1993, 655, 656f.

[88] BGHZ 76, 216, 219f.

[89] LARENZ/CANARIS §76 II 3b.

[90] BGH NJW-RR 1993, 793.

[91] BGH NJW 2006, 689.

[92] LARENZ/CANARIS §76 II 3.

[93] BGHZ 75, 230, 231.

[94] BGH NJW-RR 2000, 330f.

[95] BGH NJW 1989, 2251, 2252.

[96] BGH NJW 1989, 2251, 2252.

通説は所有権侵害を肯定する傾向にある[97]。判例によれば、賃借人が合意に反してタンクに給油すれば、タンクの賃貸人の所有権侵害が肯定される[98]。

５．相変わらず、所有権侵害と823条１項が保護しない純粋の財産上の損害を惹起する処分の侵害の区別は、最終的には解決されていない[99]。被害者の絶対権が侵害された否かによって、ドイツ法の原則的な解決は、全く違った結論となる。

ａ）いわゆる孵化用卵のケースでは、後に被告となった者が樹木の倒壊により送電線を切断し、家禽飼育への電気の供給を停止させた。孵卵器には６時間も電気供給が停止され、卵は大部分がだめになってしまった。連邦通常裁判所は請求を認容した。送電の切断、これによる孵卵器の停止といった何段階もの過程を経て損害が発生したことは、意味がないというのである。原告の所有権は侵害されている。なぜなら、原告の所有権は、キチンとエネルギー供給がされるようセットされていたからである。送電線の切断による生産停止のケースとは違って、本件では結局のところ原告の所有権が滅失しているからである。以上のような所有権侵害も、823条１項の保護範囲を超えるものではないと判示されている[100]。反対に、単に送電線が切断されたに止まる場合は、判例は823条１項による請求を退けている[101]。しかし、どちらの事例も極めて類似したものである。だから、何か他の理由づけがないのかが、問題となる。その結果、およそ侵害があれば総てのケースで[102]、又は、規定通りの使用が著しく阻害された場合は[103]、所有権侵害を肯定するという提案がされている。

ｂ）それ以外の使用の侵害のケースの判例も安定していない。

[97] BGH NJW 1989, 2251, 2252.

[98] BGH NJW 2003, 3702; NJW-RR 2006, 270, 271.

[99] BGHZ 86, 152, 155.

[100] BGHZ 41, 123ff.

[101] BGHZ 66, 388, 393f.

[102] MEDICUS, Bürgerliches Recht (21.Aufl., 2007) Rn.613.

[103] STAUDINGER/J. HAGER (1999) §823 Rn.B97. 以上は、判例の定式にも合致している。例えば、BGHZ 55, 153, 159; 105, 346, 350; 138, 230, 235 を参照。

（1）権利者が物の利用を妨げられ、用法通りの使用ができなくなったときは、所有権侵害が存在する[104]。船舶が水路の通行を妨げられて通過できなくなったとき[105]、隣接地での爆発の危険で不動産の利用が妨げられたときも[106]、同様に所有権が侵害されている。以上の物の利用可能性の侵害という定式は、それ以外の判例でも使用されている。所有権の侵害には、必ずしも物の物理的な滅失・損傷は要求されていない。パイプを切断する際に、強い臭いのする資材を使用した者は、再度の使用のためにはパイプを洗滌する必要があり、洗滌には高額な費用を要する場合は、パイプの所有者の所有権を侵害していることになる[107]。

（2）他方で、判例が極めて謙抑的な場合もある。痛んだコルクのために、ワインの品質を損なわないようにワインを他の瓶に詰め替える必要があった場合[108]、又は、進入路が僅かな期間通行不能となり、自動車がある土地に到達できなかった場合は[109]、所有権侵害は存在しない。特に問題なのが、原告の港湾がその唯一の進入路がふさがれたためにアクセス不可能だったという状況である[110]。ただし、このケースは手厳しく批判されている。船舶の接近できない港湾は、その唯一の利用可能性を失っている。その結果、関係者の所有権は、その用法通りの利用はできず、結局のところは価値を奪われているからである[111]。

ｃ）不正確な助言に過失がある場合は、不法行為の課題ではない。なぜなら、これは純粋の財産損害のケースだからである[112]。不正確な故意・過失のある助言に従って、後に経済的には損失取引と判明した企画に投資しても、投資者の所有権が侵害されたことにはならない。

６．所有権侵害に関して最もよく論じられた問題は、いわゆる浸食する

[104] BGHZ 137, 90, 97.

[105] BGHZ 55, 153, 159.

[106] BGH NJW 1977, 264, 265.

[107] BGH NJW 1984, 517, 518.

[108] BGH NJW 1990, 908, 909.

[109] BGH NJW 1977, 2264, 2265; NJW-RR 2005, 673, 674.

[110] BGHZ 86, 152, 155.

[111] STAUDINGER/J. HAGER (1999) §823 Rn.B97.

[112] BGHZ 86, 152, 155.

瑕疵（die sog. weiterfressenden Mängel）である。浸食する瑕疵とは、瑕疵のある物が届けられ、しばらくしてから、瑕疵が物の滅失・損傷につながったというケースである。この問題の解決は、非常に争われている。

a）確定判例によれば、売買・請負契約の瑕疵担保による請求権は、不法行為による請求権と競合する(113)。つまり、瑕疵担保による契約上の請求権が存在しても、買主は不法行為による請求が可能である。以上の競合は、ほとんど不可避的である。なぜなら、そう解さないと、物の買主は全くの第三者より不利な扱いを受けることになる。そうなってよいはずはないからである。

b）他方で、完全に瑕疵のある物が供給されたときは、当然ながら不法行為による保護は問題外である。その例が、後に土地上の建物に亀裂が発生したが、その原因が土地に埋められた鉱滓が拡大したためだったときである(114)。このケースでは、専ら瑕疵担保による請求権が問題となる。ただし、ある面では、瑕疵担保責任の時効期間は不法行為より短いという弱点はある。

c）もっとも面倒なのは、給付された物に部分的に瑕疵がある場合である。かつて判例は、不法行為責任を認めていなかった(115)。しかし、後にセンセーショナルな判決で方向転換し、売主・請負人の責任を原則として肯定することとした。この事件で問題となったのは、高価な機械が加熱したときはスイッチを停止し、機械の破損を防止するはずの浮遊弁だった。ところが、この浮遊弁に欠陥があり、機械は焼失してしまった。以上のケースで、連邦通常裁判所は所有権侵害を肯定した(116)。ただし、問題があったのは、823条1項が保護する範囲を限界づけるための基準を示すことだった。なぜなら、物の瑕疵が所有権移転時に存在したときは、823条1項が適用されない点では、見解の一致があるからである。そこで、現在では判例は、素材の同質性で、瑕疵ゆえの物の減価と後に発生した損害とを区別している。素材の同質性が十分なら、不法行為責任は排除される(117)。車輪に瑕疵のある自動車が供給されたときは、車輪を除いた自動車は不法行為によって保護されるが、車輪はそうではない(118)。反対に、土地がその土壌ゆえに最初から建築に不適だったときは、所有権侵害は存在しないことになる(119)。

d）以上の判例は、以前と同じく学説に批判されているが、決して妥当ではない。供給された目的物のまだ欠陥のない部分に関しては、所有権侵害の要件が具備されていることは明白である(120)。例えば、第三者が加害者の場合と比較すれば、そのことははっきりする。この（一部に）欠陥のある製造物が第三者に損傷されたときは、第三者は所有権を侵害していないなどとは主張できない(121)。だから、当然のことながら、売主が自身で損傷を惹起した場合も、その場合と変わるところはない。同様に、損害はなかったなどと主張することもできない(122)。このことも第三者が加害者の場合と比較すれば判然とする。第三者の加害者は、目的物が欠陥にもかかわらず持っていた価額の賠償をする必要がある。ヨーロッパ共同体指令に基づく製造物責任法1条2項2文の論拠も、最終的には当てはまらない。確かに、同条では、欠陥のある製造物以外の物が損傷された場合にだけ製造物責任が適用されるとされている。しかし、製造物責任法1条1項2文の意味での製造物がどう区別されるのかが、そもそも問題である。ここで、欠陥のあるタイヤのケースを考えてみればよい。仮に、自動車が製造物だとすれば、現実には自動車は保護されないことになる。反対に、タイヤを製造物と考えれば、タイヤを除いた自動車は製造物以外の物である。結局のところ、以上の論拠はそれ以上のものではない(123)。売買法や請負法の

(113) BGHZ 66, 315, 317; 101, 337, 344; 162, 86, 93; BGH NJW 1985, 2411, 2412; 2004, 1032, 1033. 反対が、SCHWARK AcP 179 (1979) 64f.

(114) BGHZ 146, 144, 152.

(115) BGHZ 39, 366, 367.

(116) BGHZ 67, 359, 363ff.

(117) BGHZ 86, 256, 259, 260ff.; 117, 183, 188; 138, 230, 237f.; 162, 86, 94, 97f.; BGH NJW 2005, 1423, 1425.

(118) BGH NJW 1978, 2241, 2242.

(119) BGHZ 146, 144, 148ff.

(120) 反対が、SCHUBERT JR 1977, 459; RENGIER JZ 1977, 346f.

(121) BGH NJW 1978, 2241, 2242; MünchKomm/WAGNER §823 Rn.125.

(122) 同旨が、REINICKE/TIEDTKE Rn.955ff.

(123) STAUDINGER/J. HAGER (1999) §823 Rn. B117.

ルールの優先[124]も説得力を欠く。なぜなら、その前提は、後に現実化した危険ゆえに、物は初めからその全部に瑕疵があったことだからである。欠陥が発見され、売買価格が切り下げられたときは、当然のことながら、これは欠陥とだけ関係している。しかし、価格は例えばゼロになるわけではない。つまり、最初からの瑕疵は、後に発生した損害と決して同じものではない[125]。

Ⅴ．その他の権利

１．823条１項は、その他の権利も保護している。823条１項のその他の権利が絶対権に限られることでは見解の一致があるが、純粋の財産的損害とどう区別するのかという困難に陥っている。絶対権の特徴は、所有権と同じく、割当内容と排他的機能を持っていることである[126]。絶対権は権利者に排他的に割り当てられているから、権利者は他人の権利の利用を排除できることになる。

２．823条１項の主な適用分野は、当然のことながら無体財産権（Immaterialgüterrechte）である。ただし、普通は無体財産権に関する特別法が、その都度で排他的に適用される。特別法の認めていない保護を与えるために、823条１項が適用されてはならない[127]。823条１項により絶対権とされているのが、狩猟[128]・漁労権である[129]。

３．会員権は原則として823条１項の絶対権である[130]。それが問題になるのは、例えば、有限会社の持分や株式が違法に換価されて、会員権が不適法に侵奪された場合である[131]。会員権の行使が妨害された場合も、同様に会員の地位が侵害されている。例えば、会員がスポーツなどの競技に

[124] GRUNEWALD Kaufrecht §9 Rn.30.

[125] STAUDINGER/J. HAGER (1999) §823 Rn. B119.

[126] OLG Brandenburg OLG-NL 1997, 127, 128; MünchKomm/WAGNER §823 Rn.136.

[127] BGHZ 5, 1, 9; 138, 349, 351; 147, 56, 60; 149, 191, 195f.; MünchKomm/WAGNER §823 Rn.156. STAUDINGER/J. HAGER (1999) §823 Rn.B137.

[128] BGHZ 84, 261, 264; 132, 63, 64; 143, 321, 324; BGH NJW-RR 2004, 100, 101.

[129] BGHZ 147, 125, 128; BGH NJW-RR 2007, 1319, 1320.

[130] RGZ 100, 274, 278; 158, 248, 255; BGHZ 110, 323, 334.

[131] RGZ 100, 274, 278; 158, 248, 255.

参加するのを妨害された場合がそれである[132]。団体の機関、および、問題の行為は団体に帰責されるから、団体自体も責任を負うことになる[133]。反対に、会員の地位の収益性だけが害された場合は、会員は損害賠償の請求権を取得しない[134]。それは純粋の財産的損害にすぎないからである[135]。

４．ａ）権利の成立のための要件が何段階か具備され、取得者の法的地位が売主の一方的な意思表示によって損なわれてはならないときは、通説は物権的な期待権の存在を認めている[136]。例えば、動産の所有権留保買主の法的地位である。所有権留保では、買主は代金を弁済して条件を成就させれば、物の所有者となる。不動産取引で登記の申請を行った所有権移転の意思表示の受領者にも、同じことがいえる。この場合にも、売主は買主の登記、つまり、所有権の取得をもはや妨げることはできない[137]。

ｂ）支配的な判例によれば、期待権は823条１項で保護され、それは動産でも[138]不動産に関する権利でも同じである[139]。しかし、期待権者は善意取得者との関係では保護されない。その根拠は、所有権は第三者による善意取得の危険に曝されているという所有権の性質からの当然の推論である[140]。

ｃ）面倒なのが、例えば所有権を留保して売却された物の半額が弁済されていた場合の請求権の分割である。判例は、買主の損害を、未だ支払っていない額を控除した物の価値に制限している[141]。学説の多数説は、432条の類推を提案している[142]。

[132] BGHZ 110, 323, 327, 334.

[133] BGHZ 110, 323, 334f. 反対が、ZÖLLNER, in: BAUMBACH/HUECK, GmbHG (18.Aufl., 2006) §43 Rn.65.

[134] RGZ 158, 248, 255.

[135] JAUERNIG/TEICHMANN §823 Rn.18.

[136] 例えば、BGHZ 37, 319, 322; 114, 161, 164 を参照。

[137] BGHZ 45, 186, 190; 49, 197, 200; 83, 395, 399; 114, 161, 166.

[138] BGHZ 55, 20, 25f.; BGH NJW 1970, 699.

[139] BGHZ 114, 161, 164f.

[140] OLG Celle NJW 1960, 967, 968; STAUDINGER/J. HAGER (1999) §823 Rn.B154.

[141] BGHZ 55, 20, 31f.

[142] BAUR/STÜRNER §59 Rn.45.

５．確かに、それと抵触する権利の登記簿への記載を仮登記で防止することはできない。権利者は仮登記に反する処分を行ったときも、有効にその権利を登記できる。外部者である加害者に対しては、仮登記に反する取得者（だけ）は積極的な権利を有する(143)。反対に、例えば、仮登記に反する中間取得者が、家屋を収去するなど不動産を根本的に改造しようとしたときは、通説は、仮登記権利者の地位を823条１項によって保護している(144)。

６．ａ）通説では、債権は823条１項の意味でのその他の権利ではない(145)。その結果、二重売買のケースで、その債権が無価値とされたという理由で、第一買主は第二買主に対して何も請求することはできない。第一買主が相手にできるのは、826条の例外、つまり、第二買主が故意の良俗違反の加害者である場合を除けば、債務者である売主に限られる。

ｂ）反対に、いわゆる債権の帰属が823条１項の絶対権かに関しては、大いに争われている。これを肯定すれば407条による債務者の保護が無になりかねないという理由で(146)、通説は否定的に解している(147)。反対に、少数説は823条１項による保護を肯定する(148)。この議論が重要なのは、有限会社の取締役が義務に反して、債権譲渡を明らかにせず、債務者が真の債権者ではない有限会社に弁済したが、有限会社が無資力となったケースである。

７．判例は、占有権すら823条１項の意味での絶対権として保護している(149)。このことが意味を持つのは、被害者が物の所有者ではなく、営業に支障が生じた場合のように、物の用法に則した利用ができなくなったと

(143) STAUDINGER/J. HAGER (1999) §823 Rn.B158.

(144) STAUDINGER/J. HAGER (1999) §823 Rn.B157. 違った考え方をとるのが、OLG München NJW 1963, 301, 303.

(145) BGHZ 29, 65, 73f.

(146) RGZ 57, 353, 354f.

(147) MEDICUS Bürgerliches Recht (21.Aufl., 2007) Rn.610.

(148) SOERGEL/SPICKHOFF §823 Rn.88; STAUDINGER/J. HAGER (1999) §823 Rn. B164; LARENZ/CANARIS §76 II 4g: J. HAGER, in FS für H. P. WESTERMANN (2008) 5.

(149) BGHZ 137,89,98.

きである(150)。通説では、間接占有も823条１項によって保護されるが、直接占有者との関係でではない。直接占有者との関係では、占有保護の規定が優先的に適用される(151)。

８．ａ）婚姻に対する不法行為による保護は、ドイツ法では極めて限られた範囲で与えられている。確実なのは、婚姻それ自体の空間的な対象の範囲に限ってである(152)。反対に、婚姻類似の共同生活は、外部からの侵害に対して不法行為による保護は受けない。以上の限りで、親族法が保護の決定的な基準となっている(153)。

ｂ）これに対して、親権（elterliche Sorge）は823条１項で保護される法益である(154)。ただし、1632条２項により面接交渉権が第三者に対して効力を有することで、両親の利益は十分に考慮されている。823条１項が重要なのは、子を連れ去ったりするなどの侵害に対する差止請求に関してである。面接交渉権も絶対権と位置づけられている(155)。

ｃ）例えば、被用者が退職して年金生活に入った後の完全雇用ではない労働時間（Altersteilzeit）に積み立てた労働価値の貸方（Wertguthaben）は、その他の権利ではない(156)。

(150) BGHZ 73, 355, 362; 79, 232, 237; 114, 305, 312; MEDICUS Bürgerliches Recht (21.Aufl., 2007) Rn.607 によれば、訴訟係属前は、その限度で排他的・使用機能があるから、善意・有償の不適法占有者も同様である。

(151) BGHZ 32, 194, 205; 62, 243, 248f.

(152) BGHZ 35, 302, 304; 37, 38, 41; BGH NJW 1990, 706, 708.

(153) BGHZ 57, 229, 232; 80, 235, 238; BGH NJW 1990, 706f. 823条１項による保護のために面接交渉権があるだけで、傾向としては、BGHZ151, 155, 158f. が同様である。

(154) BGHZ 111, 168, 172.

(155) 傾向として、BGHZ 151, 155, 158f.

(156) BAGE 116, 293, 299; BAG NJW 2007, 2573, 2574; NZA 2006, 1052, 1054; 2006, 1057.

訳注

[1] 注(4) ADAMS「だから、不法行為法によって、すべての当事者の社会の最も効率的な行為・注意水準を貫き通すことが、国家の責務である。このような権利・義務に対する国家の要請の推奨システムとしては、加害者と被害者が同一人だったときに典型的な人間がそうするであろう、行為・注意水準の命令とみなされるべきであ

※参照条文（BGB）

１条　出生の完了により人は権利能力を取得する。

12条　氏名の使用権に関して権利者と他人の間に争いがあったり、無権限の他人が同一の氏名を使用することで権利者の利益が侵害されたときは、権利者は他人に侵害の除去を請求できる。侵害が繰り返される恐れがあるときは、差止請求ができる。

122条（1）意思表示が118条により無効、又は、119条、120条により取り消され、相手方に対して意思表示が必要なときは、表意者は、相手方に対して、それ以外の場合は相手方以外の第三者に対して、相手方又は第三者が意思表示の有効性を信頼したことで被った損害を賠償する必要があるが、その範囲は意思表示が有効であることについて相手方又は第三者が有した利益の額に限られる。

（2）被害者が無効の原因、又は、取消しうることを知っていたか、過失により知らなかったとき（知るべきであったとき）は、損害賠償義務は発生しない。

179条（1）代理人として契約を締結した者は、自己の代理権を証明できない限りで、本人が契約の追認を拒絶したときは、相手方の選択に従って履行又は損害賠償の義務を負う。

（2）代理人が代理権の欠缺を知らなかったときは、代理権を信頼したことで相手方が被った損害の賠償の義務があるが、その範囲は、代理権の有効であることについて相手方が有した利益の額に限られる。

（3）相手方が代理権の欠缺を知り又は知るべきだったときは、代理人は責任を負わない。代理人が制限行為能力者のときも責任を負わないが、法定代理人の同意があったときは、この限りではない。

253条（1）非財産的損害は、法律に規定がある場合に限って、金銭賠償が可能である。

（2）身体、健康、自由、又は、性的自己決定の侵害による損害を賠償すべきときは、非財産的損害に関しても適切な金銭賠償を請求できる。

278条　債務者は法定代理人及び義務の履行のために利用した者の過失についても、自己の過失と同様の範囲で責任を負う。

280条（1）債務者が債務関係による義務に違反したときは、債権者はそれによって発生した損害の賠償を請求できる。債務者が義務違反の責に任じないときは、この限りではない。

（2）付加的に286条の要件が具備されたときに限り、債権者は、給付の遅滞による損害の賠償を請求できる。

（3）付加的に281条、282条又は283条の要件が具備されたときに限り、債権者は給付に代わる損害賠償を請求できる。

307条（1）普通取引約款の規定が信義誠実の原則に反して約款使用者の契約相手方に不当に不利益を与えているときは、当該の規定は無効である。規定が不明確で理解しがたいときも、不当な不利益に当たりうる。

（2）疑わしいときは、当該の規定が以下の場合は、不当な不利益を与えているとみなされる。

１．法規定とは異なった約款の規定が、法規定の中心的な基本思想と折り合わないとき、又は、

２．契約の本性から発生する権利・義務を、契約目的を危殆化させる程度に制限しているとき。

（3）第１項、第２項、および、308条、309条は、法規定とは異なった、又は、法規定を補充する準則が合意された普通取引約款の規定にだけ適用される。それ以外の約款の規定は、第１項２文と第１項１文によって無効となりうる。

309条　法規定との乖離が許される限度でも、以下の規定は普通取引約款では無効である。

７．（生命、身体、健康の侵害、および、重過失の場合の責任の排除）

a 号（生命、身体、健康の侵害）

約款使用者の過失、又は、使用者の法定代理人、もしくは、履行補助者の重過失に基づく生命、身体、又は、健康の侵害により発生した責任の制限又は排除。

407条（1）新債権者は、譲渡後に債務者が旧債権者に行った給付、及び、債権に関して債務者と旧債権者の間で行われた総ての法律行為の自分に対する効力を受け入れる必要があるが、債務者が給付又は法律行為の時に譲渡を知っていたときは、この限りではない。

（2）譲渡後に債務者と旧債権者の間で訴訟係属となった争訟で債権に関する確定判決があったときは、新債権者は判決の効力を受け入れる必要があるが、債務者が訴訟継続時に譲渡を知っていたときは、この限りではない。

る」（S.165）。「誰が単独で、又は、なんらかの関係の中で、損害を『惹起した』かという問題に対しては、どのような関係の中で当事者が社会的に効率的な行為の範囲から逸脱したかによって判断されるべきである。その際に、両当事者の行為の水準は、加害者と被害者が同一人であると想定した上で、行為と結びついた利益と事故により発生するコストとの関係で、この人間がその都度の行為をどの程度行うかを問題にすることによって探求すべきである」（S.166f.）。

[2] 注(8)NJW 2003, 1040f. 自分のパートナーの負傷により、スケート選手が自分も試合に出場できなくなったことで、被った損害（スポンサー料、試合の賞金）の賠償を求めた。損害賠償の可否は営業権の侵害の角度から論じられ、営業に関する侵害がないとされている。

[3] 責任制限を排除する航空運送法の規定は新法では49c条であり、参照条文はこれに改めた。

432条（1）複数の債権者が不可分給付を請求できるときは、債権者が連帯債権者でない場合は、債務者は全員に対して共同でだけ給付でき、各債権者は全員に対する給付だけを請求できる。各債権者は債務者が債務の目的物を総ての債権者に対して供託することを請求するか、目的物が供託に適さないときは、裁判所が選任した管理人への引渡を請求できる。

（2）それ以外では、債権者の一人につき生じた事由は、他の債権者には効力を及ぼさない。

438条（1）437条1号、3号の請求権が、

1．30年で時効消滅するのは、

a）売買目的物の返還を原因として請求できる第三者の物権に瑕疵があるか、又は、

b）土地登記簿に登記されたその他の権利に瑕疵があるときである。

2．5年で時効消滅するのは、

a）建築物に瑕疵があるとき、および、

b）その通常の用法に従って建築物のために用いられ、建築物の瑕疵の原因となったときである。

3．それ以外のときは、2年で時効消滅する。

（2）時効は、不動産では引渡時から、それ以外では物の引渡時から進行する。

（3）売主が瑕疵を悪意で黙秘したときは、第1項2号、3号、および、第2項は適用されず、請求権は通常の時効期間によって時効消滅する。ただし、第1項2号の場合は、そこに規定された期間が経過するまでは時効は進行しない。

（4）437条の解除権に対しては、218条が適用される。218条1項により解除が効力を有しないときも、解除によりその権利が与えられる限りで、買主は売買代金の支払いを拒絶できる。

（5）437条の規定する減額請求権には、218条および本条第4項2文が適用される。

548条（1）賃借物の変更又は損傷に基づく使用賃貸人の賠償請求は、6ヶ月で時効消滅する。時効は賃貸人が賃借物の返還を受けたときから進行する。賃借物の返還を求める賃貸人の請求権の時効消滅と同時に、賃貸人の賠償請求も時効消滅する。

（2）賃借人の費用償還請求又は設備の収去の許可を請求する権利は、賃貸借の終了後6ヶ月で消滅時効にかかる。

634条　仕事に瑕疵があるときは、以下に規定する要件が具備され、それとは違った合意がない限りは、注文者は、

1．635条により追完を請求できる。

2．637条により自身で瑕疵を除去し必要な費用の賠償を請求できる。

3．636条、323条、および、326条5項により契約を解除するか、638条により報酬を減額でき、かつ、

4．636条、280条、281条、283条、および、311a条により損害賠償請求するか、または、284条により無駄になった費用の賠償を請求できる。

823条（1）故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権、又は、その他の権利を違法に侵害した者は、他人に対してそれによって発生した損害を賠償する義務を負う。

（2）他人の保護を目的とする法律に抵触した者も、同様の義務を負う。その法律の内容によれば、法律への抵触が過失なしに可能なときでも、賠償義務が発生するのは過失があるときに限られる。

826条　良俗に違反する方法で他人に故意に損害を与えた者は、他人に対して損害を賠償する義務を負う。

831条（1）ある事業のために他人を使用する者は、他人が事業の執行について第三者に違法に与えた損害を賠償する義務を負う。使用者が被用者の選任に際し、かつ、使用者が設備若しくは器具を調達する必要があるか、又は、事業の執行を指揮する必要がある限りで、調達、又は、指揮に際して、取引上必要な注意を尽くしたとき、又は、注意を尽くしても損害が発生しただろうときは、損害賠償義務は発生しない。

（2）使用者のために前項2文の業務の処理を契約により引き受けた者も、同様の責任を負う。

839a条（1）裁判所の任命した鑑定人が故意又は重過失によって不正確な鑑定を作成したときは、鑑定に基づく裁判所の決定によって手続きに関与した人間に発生した損害の賠償をする義務を負う。

（2）839条第3項が準用される。

844条（1）人が殺害された場合は、賠償義務者は、埋葬費用の負担義務者に対して、埋葬費用を賠償する義務がある。

（2）殺害された者が加害を受けた時に、第三者に対して、法律により扶養義務を負っていたか、又は、扶養義務を負う可能性があるという関係にあり、かつ、第三者が殺害により扶養請求権を奪われたときは、賠償義務者は第三者に対して、殺害された者が推定生存期間扶養を与える義務を負っていたであろう限度で、定期金の支払いにより損害賠償の義務を負う。843条第2項から第4項の規定が準用される。第三者が加害時に懐胎されていたが、出生していなかったときも、賠償義務は発生する。

845条　殺害、身体又は健康の損傷、及び、自由の剥奪の場合は、被害者が法律上第三者に対して第三者の家事又は事業で労務を給付する義務を負っていたときは、賠償義務者は第三者に失われた労務に対して定期金の支払いにより賠償する義務を負う。843条第2項から第4項の規定が準用される。

862条（1）占有者が不法な自力救済により占有を妨害されたときは、妨害者に対して妨害の除去を請求できる。妨害の継続の恐れがあるときは、占有者は差止の請求が可能である。

(2) 占有者の占有が妨害者又は妨害者の前主に対して瑕疵があり、かつ、占有の取得が妨害の1年以内に取得されたときは、前項の請求権は排除される。

985条　所有者は占有者に対して物の返還を請求できる。

987条 (1) 占有者は所有者に対して、訴訟係属以後に収取した収益を返還する義務を負う。

(2) 占有者が訴訟係属以後に、通常の経済法則に従って収益を収取しなかったときは、故意・過失がある場合は、所有者に対して損害賠償の義務を負う。

1004条 (1) 所有者が占有の侵奪又は留置以外の方法で侵害を受けたときは、所有者は妨害者に対して侵害の除去を請求できる。侵害の継続の恐れがあるときは、所有者は差し止めの請求が可能である。

(2) 所有者が受忍義務を負うときは、前項の請求権は排除される。

1632条 (1) 身上監護権は、両親又は両親の一方に違法に引き渡さない者に対して、子の返還を請求する権利を含む。

(2) 加えて、身上監護権は、子を第三者と面接交渉させるか否かの決定権を含む。

(3) 第1項、第2項による事項に関する紛争は、両親の一方の委託で家庭裁判所が決定する。

(4) 子が里親家庭で長期間生活し、両親が子を里親から取り戻すことを希望したときは、家庭裁判所は職権又は里親の申立により、両親の引取によって子の福祉が危険となるとき、及び、危険が存在する限りで、子を里親の下に止める旨を命じることができる。

1923条 (1) 相続開始時に生存する者だけが、相続人となることができる。

(2) 相続開始時には生存しないが、既に懐胎されていた者は、相続開始時に出生していたとみなされる。

※基本法1条 (1) 人間の尊厳は不可侵である。人間の尊厳を尊重し保護することは、総ての国家権力の責務である。

(2) それゆえ、ドイツ国民は、不可侵かつ譲渡不可能な人権を、世界の総ての共同体、平和、正義の基礎として承認する。

(3) 以下の基本権は、立法、行政、司法を直接に効力のある法律として拘束する。

2条 (1) 他人の権利を侵害せず、憲法秩序又は道徳律に違反しない限りは、各人は自己の人格を自由に発展させる権利を有する。

(2) 各人は生命および身体の不可侵の権利を有する。人間の自由は侵害できない。以上の権利の侵害は、法律に基づく場合にだけ許される。

※危険責任に関する法律

責任法 (Haftpflichtgesetz) 7条　本法1条から3条による賠償責任は、人身損害に関する限りで予め排除又は制限することは許されない。本法2条による物損に関

しても同じである。ただし、責任の排除又は責任の制限が、施設の保有者と公法人、公法上の特別財産、又は、その商業活動の営業に属する契約の範囲内で商人の間で合意されたときは、この限りではない。以上に反する規定および合意は無効である。

航空運送法49c条 (1) 有償で営業上の航空運送では、本節の規定による航空運送人の責任を予め合意して排除又は制限することはできない。

(2) 前項の規定に反する合意は無効である。その合意の無効は、契約全体の無効を帰結する。

※製造物責任法1条 (1) 製造物の欠陥によって人間が死亡し、その身体又は健康が侵害されたときは、それによって発生した損害を被害者に対して製造物の製造者は賠償する義務を負う。損害が物損のときは、欠陥のある製造物以外の物が損傷され、かつ、損傷された物が通常は個人の使用・消費のための性質を有しており、主にそのために被害者が使用していたときにだけ、以上の責任が当てはまる。

※民事訴訟法771条 (1) 強制執行の目的物に競売を妨げる権利が自己に帰属することを主張する第三者は、強制執行を管轄する裁判所に強制執行に対する異議の訴えを提起する必要がある。

(2) 訴えが債権者と債務者を相手方とするときは、債権者と債務者は共同訴訟人とみなされる。

(3) 強制執行の停止、および、既に決定された強制執行の処分の取消に関しては、769条と770条の規定が準用される。強制執行の処分の取消は、担保供与なしでも可能である。