



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ドイツの不法行為法の新たな発展
Author(s)	ハーガー, ヨハネス; 藤原, 正則 / / 訳
Citation	北大法学論集, 75(3-4), 403-424
Issue Date	2024-11-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/93695
Type	departmental bulletin paper
File Information	10_Hager_lawreview_75_3-4.pdf



ドイツの不法行為法の新たな発展

ヨハネス・ハーガー

藤 原 正 則 (訳)

I. ショック損害に関する新判例

ショック損害とは、第三者が損害を蒙り、その被害状況を同時に体験するか、被害の知らせを受けた者が、精神的、身体的な健康上の被害を受けることである。

1. これまでの判例では、ショック損害に関しては、疾病に関する特別な定義がされていた。つまり、例えば、悲嘆、精神的苦痛などの精神的動揺があっても、それが当然には健康の侵害とはならない。精神的障害は、具体的に病理学上その存在が確認され、かつ、それが近親者の死亡または重傷で当事者が普通は蒙るだろう障害以上のものであるときに始めて健康侵害と認められる、というのである¹。
2. このようなBGH（連邦通常裁判所）の判例は、特に学説の激しい批判²を受けて現在は変更されている³。ある父親がその娘が性的暴行を受けたことを聞き知って、抑鬱状態に陥った⁴。これはショッ

¹ BGH Z56,163,164ff.以後の確定判例だった。BGH NJW 2015,1451f.; 2015,2246,2247 Rn.9、最近では、BGH Z222,125 Rn.7を参照。

² MünchKomm/Wagner, Münchener Kommentar zum BGB, 8.Aufl. 2020, §823 Rn.218; Soergel/Spickhoff, BGB, 13.Aufl. 2005, §823 Rn.45; Staudinger/Hager, BGB, 2017, §823 Rn.B33; Bischoff MDR2004,558.

³ BGHZ 235,239 Rn.14ff.

⁴ BGHZ 235,239 Rn.3.

ク損害としては、精神的な健康侵害に当たる⁵。裁判所の考え方では、評価矛盾の恐れもある。故意の刑事犯罪では、間違いなく重大な侵害の恐れがあり、それに応じた反応があるのが当然だが、軽微な犯罪では通例ではそうではないというのが、裁判所の見解である。ただし、軽微な犯罪でも、個別のケースでは、重大な侵害もあり得るから、その場合は健康侵害を肯定できるだろう、というのである⁶。とはいっても、やはり侵害が疾病と評価できることが必要だとされている⁷。

3. 以上の歓迎すべき判例変更の帰結は、以下のようになる。

- a. これまでの判例とは反対に⁸、被害者が事件の目撃者である必要はない⁹。これは筋のとあった考え方である。もちろん、侵害を同時に体験すればよりひどいことにはなるが、侵害を聞き知るだけでも精神的な疾患につながることもあるからである¹⁰。
- b. BGHのケースでは、直接の被害者である娘に対する精神的影響ははっきりとは認定されていない。しかし、そうであっても、精神的な障害を受けた父親に対する犯人の責任が否定されることにはならない¹¹。これも得心のいくことである。なぜなら、問題は、父親の健康侵害であり、第三者の被害による後続損害ではないからである。そう考えると、自動車が子供を轢きかけたが、運転手または子供が最後の瞬間に事故を回避したという教室設例も解決できる。それ以外のBGB（ドイツ民法）823条1項の要件、つまり、故意・過失が具備されれば、運転手は母親への侵害に対する責任を負う。他人の精神疾患を惹起した者は、責任を負うということである¹²。なぜショック損害ではそうではないと考えるのか

⁵ BGHZ 235,239 Rn.15.

⁶ BGHZ 235,239 Rn.16.

⁷ BGHZ 235,239 Rn.17.

⁸ BGHZ 172,263 Rn.14. BGH NJW 1986,777も同じ。

⁹ BGHZ 235,239 Rn.29.

¹⁰ BGH NJW 2015,1451,1452 Rn.11.

¹¹ BGHZ 235,239 Rn.28.

¹² 具体例が、以下の判決である。BGH NJW 1983,340,341; 1986, 777,778f.;

に関しては、その理由も分からないし、もしそうなら説明が必要であろう。

- c. 判例の要求する「近接関係 (Näheverhältnis)」¹³も説得力があるとはいえない。それは、健康侵害の概念からも明らかであろう。最初の被害者とショックの被害者に人的な結合がないときでも、健康が害される可能性はあるからである。
- d. 重要な意味を持つのが、職業である。医師は、血を見たくないとは言えない。救命隊員、警察官、消防士に関しても同じである。このような職業の人間は、ストレスのかかる状況に置かれるが、それを我慢すべきなのは当然である。例外は、例えば、精神疾患に罹った者が故意に犯罪を犯したときくらいであろう。これは、もはや職業上のリスクの一部とはいえない。
- e. 帰責については、従来と同じく特別な問題がある。いわゆる些細な損害のケース (Bagatellfall) は、問題外である。ノイローゼに関しては、一般的なルールによって、その内容で区別されている。明白な症状を伴うノイローゼ (Konversionsneurose) に関しては、加害者は責任を負う。しかし、いわゆる無い物ねだりのノイローゼ (Begehrungsneurose)、つまり、日常生活の困難から逃れるために、ショックの被害者が精神疾患に逃げ込むケースでは、責任を負うことはない。ただし、これはショック損害の特殊性ではなく、全ての健康侵害に当てはまる一般的なルールである。
- f. 被害者は自己防衛すべきである。好奇心から事故現場で前に出て行ったときは、その光景を見て被害を受けたとは主張できない。その場合には、請求のほとんど、ないしは、全額の排除につながるような、過失相殺 (Mitverschulden) が可能となる場合も考え得る。

1991,2346,2347; 1991,2347,2348.

¹³ 例えば、OLG Stuttgart NJW-RR 1989,477,478 (「特別な人的結合 [personale Sonderbeziehung]」)。

Ⅱ．人格権に関する新たな発展

人格権に関しては、ここ数年の間に劇的な展開があった。これに関する幾つかのトピックについて説明したい。

1. 報道の瞬間には未だ真実は明らかになっていないというのが、嫌疑の報道 (Verdachtsberichterstattung) である。そのような報道を行う際には、幾つかの前提条件を守ることが要求されている。報道については、公益に関するものであることが必要である。つまり、政治家、および、公共の関心のある人物の行動、加えて、重大な犯罪の嫌疑がある人間に関する報道の場合である。いわゆるプレスに要求される注意も必要である。その意味するところは、プレスが、ある程度は証拠を探究したことである。非難が重大ならそれだけ、証明はより広範囲に及んでいる必要がある。プレスも無罪の推定 (Unschuldsvermutung) を尊重すべきであり、有罪判決が確定するまでは何人も犯罪者だと決めつけられてはならない。BGHの判例によれば、関係者に意見表明の機会 (Gelegenheit zur Stellungnahme) を与えることも、プレスに必要な注意の一環である。

a. 弁護士で税理士の男が自分の事務所の夏祭りで事務所に勤務する女子事務員に性的暴行を働いたというケースでは、以上の理が意味を持った。プレスはこの事件を名前を公表して報道した。くだんの弁護士はプレスを訴えたが、民事裁判の最中に刑事裁判で有罪とされた。それを受けて、原告は一方的に本案完結 (die Klage für einseitig erlegt) を宣言した (erklären)。そこからBGHが引き出した結論は注目に値する。刑事判決によって、刑法190条1文の真実の証明はされたものとみなされる。その結果、差止請求に必要な反復の恐れはもはや存在しなくなった、というのである¹⁴。

b. これは、嫌疑の報道の重要な部分を誤解している。

(1) 真実を主張し流布することは許される¹⁵。例外が、それが私生活 (Intimsphäre) に関する場合である。第三者の性的自己

¹⁴ BGHZ 222,196 Rn.24ff.

¹⁵ BGHZ 221,196 Rn.21; BGH NJW 2013,790 Rn.12; 2019,1881,1882 Rn.12.

決定を侵害する犯罪では、この例外は存在しない¹⁶。判例の論拠は、このような犯罪と犯人の私生活とは無関係だということである¹⁷。

- (2) これは結論としては正しいが、根拠づけとしては十分な説得力があるとはいえない。確かに私生活は関係はしているが、犯行の重大さと被害者の私生活への不当な干渉ゆえに退けられるべきである。これはわかりやすい説明であるが、連邦憲法裁判所 (BVerfG) の私生活の保護は絶対であるというテーゼ¹⁸は破棄を余儀なくされる。これに関しては、憲法裁判所は、日記の私事の記載は私生活ではないとして、結果的には抜け道を認めている¹⁹。つまり、結論としては、BGHは従来の考え方を改めて、性犯罪について報知した犠牲者に対する性犯罪を犯した者の訴えを退けている。その際に、BGHは、自身の父親の性的な侵害を報知した女子の叙述に関して、同様の決定を下している憲法裁判所の判決を引き合いに出している。被疑者の日記の公表も許される。なぜなら、これは高度の公的利益が問題となっており、それを報道することは言論の自由によって保護されており、非公表の公訴の公表を刑罰に処する刑法353d条の刑法規範の要件に当てはまるのかとは全く無関係だからである。確かに、BGHは、要件に該当することを否定したが、すでにBGH自身が強調していたように、仮に要件を充足していても、結論は変わらないだろうとしている。基本法3条1項の規定する基本法〔憲法〕以外の法律への基本法の優先を考慮すれば、それ以外の刑法の規定の解釈は、基本法5条1項1文の言論の自由に抵触して憲法違反になるであろう。

c. この事件からは、嫌疑の報道のルールは精緻化が必要なことも

¹⁶ BVerdG NJW 2009,3357,3358 Rn.26; BGHZ 199,237 Rn.12; 221,196 Rn.56.

¹⁷ BVerdG NJW 2009,3357,3358 Rn.26; BGHZ 199,237 Rn.12; 221,196 Rn.56.

¹⁸ BVerfGE 80,367,373f.

¹⁹ BVerfG NJW-RR 2010. 加えて、最近では、限られた範囲の人間についての日記に関する BGHZ 237,111 Rn.35がある。

明らかになる。報道の対象者の私生活への侵害ゆえに排除されるべきでないときは、事実の主張が真実に合致していれば、報道は許される。しかし、対象者は性的な侵害で有罪とされているから、この事件はそのケースではない。だから、嫌疑の報道の厳格な要件は、適用されない。そのことは結果からもすでに明白である。真実に合致する事実を主張する者は、プレスに必要な注意を遵守しなかったときでも、差止め (Unterlassung) や撤回 (Wiederruf) の請求で敗訴することはない。真実に合致した事実の主張の差止めや撤回が命じられることはあり得ない。嫌疑の報道のルールが適用されるのは、主張が真実ではないと明らかになったときに限られる。調査義務の実行という嫌疑報道の要件が守られていれば、とりあえずその主張は違法ではない²⁰。差止請求に関しては、反復の恐れは存在しない²¹。とはいっても、その主張が繰り返されてはならない²²。

- d. その結果、そうと分かった上で真実に合致しない主張をすることは違法だという具合に、嫌疑の報道のルールの定式は精緻化されることになる²³。ただし、それが説得力があるのは、主張が真実に合致しないときに限られる。意見表明する者が、それは真実ではないと信じているだけでは、主張が真実に合致しないわけではない。だから、その場合に主張は違法ではない。
- e. 以上から同時に明らかになるのは、BGHは不当にも本案完結 (Erledigung der Hauptsache) を出発点としていることである。その前提は、訴えは本案が片付くまでは許容され根拠があるということになる²⁴。しかし、本件はそうではない。性的な干渉の事実は、証明可能だったはずである。なかんずく、刑法190条1文は、

²⁰ BVerfG 99,185,197; BVerfG NJW-RR 2010,470,471 Rn.62; BGH NJW 2013,790f Rn.13.

²¹ BGH NJW 1997,2593,2595; VersR 29016,938,942 Rn.45.

²² BGHZ 31,308,318; 90,113,126.

²³ 例えば、BGH NJW 2013,790 Rn.12.

²⁴ BGHZ 155,392,395; 184,128 Rn.18; BGH NJW 2019,2544,2545 Rn.8; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO,44.Aufl. 2003, §91a Rn.33.

刑事判決が既判力を有する前、または、刑法上の決定前なら主張には意味があるということになる²⁵。

2. 確定判決で、BGHは、いわゆる医師の玄関口（Ärztzteportale）という患者が医師を評価する活動を承認しており、ごく最近も今一度これを確認している。しかし、これは疑問である。なぜなら、プラットフォームは監督機能を全く持ち合わせていないし、批判者が真実に反する主張をしており、しかも、それ以上の問題が持ち上がる恐れがあるという理由で監督義務が発生したときは、プラットフォームは妨害者になってしまうからである。それに加えて、少なくとも、関係する医師は金銭を支払って医師の推奨に影響を与えているという印象を惹起するからである。評価の対象とされた医師は決定的に不当な扱いを受けたわけではないし、不当な扱いは決して許されない、というのが、BGHの論拠である。しかも、プラットフォームを利用する者が匿名でいられる権利を持つという状況は、言論の自由の一環とはいえない。意見表明する権利はあるが、その責任をとるべきである。
3. 死後の人格権の侵害の効果に関して、判例は注目に値するが、しかし、説得力を欠く区別をしている。
 - a. 判例によれば、人格権の財産的利益は死後も保護され、相続人は賠償請求が可能である。例えば、死亡した女優の肖像の宣伝のための利用である²⁶。
 - b. 反対に、非財産的損害の賠償請求は相続されない。しかも、刑事事件または民事事件が訴訟係属していても、BGHの見解では同じである。金銭請求は満足機能（Genugtuungsfunktion）のためのものだというのである。そのことは、予防思想（Präventionsgedanke）を考慮しても同じであり、分配も不可能

²⁵ MünchKomm-StGB/Regge/Pegel, Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2021, §190 Rn.12および、そこでの引証。

²⁶ BGHZ 143,214,224; BGH NJW 2000,2201f. (いずれも、マレーネ・ディートリッヒに関する判決)。

である²⁷。仮執行の宣言付の判決があっても、だめである。事態が変わるのは、当事者がその死亡前に既判力のある判決を取得していた場合に限られる²⁸。これは人間の尊厳とその保護の要請も賠償を必要としていない。人格の切り下げなどという話ではない、というのである²⁹。

c. しかし、以上の判決の考え方は、説得力を欠く。

(1) まず立法の歴史がその証左である。BGB旧847条1項2文は、それが契約で承認されるか、訴訟継続していた場合には、慰謝料請求は相続されると規定していた。しかし、同条は削除され、BGB旧847条1項2文を承継したBGB253条2項でも同様の規定は置かれなかった。つまり、慰謝料請求権は相続可能である。BGB253条で人格権に関して明文の規定が置かれなかったのは、賠償義務を直接に基本権から基礎づけたBGHの判決がその原因である³⁰。このBGHの判決に依拠して、立法者は、人格権をBGB235条2項のカタログに加えなかったのである。人格権が同条で規定されていたら、人格権侵害による請求権は相続可能だったであろう。しかし、基本権から直接に基礎づけられる権利がそれ以外の権利に劣るとするのは、明らかな評価矛盾であろう。

(2) 加えて、人格権の財産法的な構成部分と非財産的な構成部分は、相互にクロスしている。アマチュア騎手事件では被害者の許可なしでその肖像が強精剤の宣伝に使用された。BGHは、非財産的損害の賠償を肯定した。原告は控訴審で、自身の肖像を使用に供する用意があり、その補償を請求すると主張していた。財産的、および、非財産的構成部分を区別することはできないから、その侵害が死後か生前かで違った扱いをすることも

²⁷ BGHZ 232,68 Rn.10f.,14ff. 憲法異議申立は、いずれも受け入れられなかったのが、BVerfG NJW 2023,755; 2023,757,758.

²⁸ BGHZ 232,68 Rn.16.

²⁹ BVerfG NJW 2023,755,757 Rn.31; 2023,757,758 Rn.25.

³⁰ BGHZ 128,1,16.

妥当ではない。そうでなければ、肖像の死後の宣伝のための利用も賠償が許されないことになってしまうであろう。

4. 古くから、訴訟での意見表明をどう考えるのかは困難な問題だった。BGHは、原則として、訴えに対して法的保護を与える必要性を否定している。しかし、この考え方は、2つの点で妥当ではない。第1に、訴訟当事者には相手方を罵ることは許されていない。譏諷的な批判は、訴訟でも禁じられている。第2に、第三者は通常のルールで保護されている。このことをBGHは過去に一回は暗示している。現在では、BGHは、これに変更を加えることなく、従来の諸原則を確認している。それは、区分所有権の管理組合の区分所有者間での紛争のケースである。社団の内部での紛争でも、同様の判断がされている。
5. 大分以前の児童の誘拐事件が、新たにプレスの記事の対象とされた。BGHは、その事件の当時から成長していた児童の保護のために、報道は許されないと判示した。過去に犠牲者の発見のために写真が公開されたとしても、それで後の公表が正当化されるものではないというのである。
6. 差止請求の債務名義が取得されれば、内容が同じ意見表明に対しては、表現が変更されていても原則として効力を有する。つまり、〔表明された意見の〕骨格が同じ (Kerngleichheit) なら十分だということである。なぜなら、〔差止めによる〕禁止は、意見表明の内容それ自体に対して効力を有するのであり、具体的な言い回しに対してではないからである。そう解さなければ、人格権の保護と言論の自由との適切なバランスは保障されないだろう。もちろん、これは実際に内容が同じ主張に限ってである。だから、愛人関係の主張の禁止の後でいわゆる婚約の報道が問題にされたケースは、それには当てはまらない。BGHは、肖像に関しては意見表明よりも差止請求に関しては厳格である。BGHは、予見できない状況だからという理由で、骨格理論 (Kerntheorie) を退けている。とはいっても、すべては、反復の危険と違約罰を伴った不作為の意思表示による危険の排除という問題に対して影響を与えるにすぎない。反復の危険は、公表の場合には、同じ公表が流布されることだけが、主張では、

骨格の同一性も必要である。

Ⅲ. 社会生活上の義務の新たな発展

1. 最近になってBGHは、いわゆる侵食の瑕疵（weiterfressende Mängel）に関する判例を確認した。設計に欠陥のある水栓が、漏水被害を惹起したというケースである。不法行為責任は契約秩序によって排除されることはないという考え方を、裁判所は維持している³¹。これには、説得力がある。なぜなら、契約関係の存在によって、被害者が不利益な扱いを受けるのは不当だからである。漏水損害は本来の瑕疵と素材の同一性（Stoffgleich）はない。本来の瑕疵は、とりあえずは、水栓とだけ関係している。しかし、漏水損害は、欠陥を探してそれを修理すれば物の価値を保ちうるというケースではない³²。建築物の他の部分の保護に「瑕疵修補のための」給付が資するという状況があっても、その理は変わるものではない。全ての給付は他の建築の部分の保護に資するが、そのことで不法行為責任を免れるわけではない³³。
2. 社会生活上の義務の委任は紛れのないように行われる必要がある。社会生活上の義務を引き受けた者が自身で危険を認識し、自分で安全措置に着手した時にはじめて、社会生活上の義務を負っていた者の義務は終了する。以上に関して不明確な点があれば、本来社会生活上の義務を負っていた者、義務を引き受けた者の双方とも責任を免れることはできない。特に、その職務が規定に従って指名された代理人が選任されるべきときは、重要な監督義務を履行補助者に任せることはできない。このような代理人の選任の遅滞も責任を基礎づけることになる。
3. 販売業者が製造物に紛らわしい表記を付して買主の誤解を招いたときは、販売業者は製造者と同様に扱われる。
4. 人格権と病院、障害者・要介護者の施設の社会生活上の義務

³¹ BGH NJW 2021,1883 Rn.10.

³² BGH NJW 2021,1883,1384f. Rn.16.

³³ BGHZ 162,86と違う BGH NJW 2021,1883,1885 Rn.18.

(Verkehrspflicht) の競合に関しては、それが移動の自由の制限につながるから、しばしば面倒な衡量が必要となる。

- a. 後に死亡事故に遭った被相続人は、高度の認知症にも関わらず、施設の4階の部屋で暮らしており、その階の窓は固定されており、窓には簡単に近づくことができた。被相続人は窓から転落して死亡した。BGHは、被害者には自傷の恐れがあるという予見を要求した。その際には、患者は固定されていない窓のある部屋で1人で居住することが許されるのかが、明らかにされる必要があるというのである³⁴。
 - b. 今1つのケースでは、施設の居住者が熱湯でやけどした。その施設の水道設備は、ドイツ工業規格(DIN [Deutsche Industrie-Norm(en)])のルールに違反しており、過剰に高温の仕様のものだった。確かに、DINルールは法規定ではなく、推奨という性格を有する私的な技術上の規制ではあるが、一般的に承認された技術の水準を提供している。だから、社会生活上の義務の内容と範囲を確認する際には参照されることになる。DINの要請は時代とともに変化し、廃棄される場合もある。ただし、このケースでは、社会生活上の義務は強化されている。バクテリアの危険ゆえに水は強度に高熱化されるべき場合であっても、シャワー室では水温は熱すぎないように調整されるか、または、温度を監視するように注意すべきである³⁵。人格権を侵害することなく安全措置を講じることは可能なことから、結果は明白である。
3. 安全に関しては、危険を創出した者だけに責任があるわけではない。危険を創出した者は、監督義務を監督義務者、例えば、両親に委ねることも許される。土地所有者は児童が危険な領域に許可なく入り込む可能性を計算しておくべきだが、児童の両親の監督も考慮することはできる。もちろん、それは児童の年齢にもよるのだが。とはいっても、社会生活上の安全義務を負う者は、両親の監督を信

³⁴ BGH NJW 2021,1463,1464f. Rn.14ff.

³⁵ BGHZ 223,95 Rn.17ff.

頼することも許されている³⁶。具体的には、以下のような順序で検討すべきことになる。まずは、無権限で危険な領域に身を置いた人間のための社会生活上の義務は存在しない。これに関する以前のルールには、不合理な行動を計算しておくべき児童に有利な例外があった。児童の行動には基準などないから、その例外に制限が加えられないときでも、両親の責任には今1つの制限がある。児童が幼児だったときは、両親が責任を負うべきで、社会生活上の義務を負う者には責任はない。

4. 監督義務を負う者の救助の措置の遅れに関しては、BGHの評価は一貫性を欠く。浴場の管理人³⁷、ピンポンの指導員³⁸に関しては、BGHは、即座に断固たる措置を取ることを要求するが、スポーツの指導員に関してはそうではない³⁹。しかし、これは説得力を欠く。これらの人間は、それが可能な状況なら、救助措置を講じる義務があると考えるべきである。

IV. BGB829条の衡平責任

1. 日本でもドイツでも同じようなケースが問題となっている。責任無能力者が電車の前に現れたというケースである。日本のケースでは、残念ながら責任無能力者は死亡したが、ドイツでは、運転士が適時にブレーキを掛け生き延びた⁴⁰。いずれのケースでも損害は発生した。日本のケースでは、鉄道会社は電車の遅延を理由に未亡人と息子に損害賠償を請求し、ドイツでは運転士は精神疾患を蒙った。
2. 加害者、ないしは、その遺族の責任に関しては、2つの出発点がある。
 - a. ドイツ法には、BGB832条による監督責任の規定が存在する。
 - (1) 監督義務の前提は、ここで問題のケースに関しては、法規定

³⁶ BGH NJW 2021,1090,1091ff. Rn.13ff.

³⁷ BGHZ 217,50 Rn.18ff.

³⁸ BGH NJW 2021,1818,1828,1820ff. Rn.23ff. (契約責任の枠内で)。

³⁹ BGH NJW 2019,1809,1811f. Rn.21ff.

⁴⁰ BGH VersR 207,296,297 Rn.2.

の文言によれば、監督義務を引き受ける契約である。以上の監督義務に関しては、見解が対立している。学説の一部は有効な契約の存在を要求するが⁴¹、違った考え方の学説は事実上の引受で十分だと解している⁴²。後者の考え方は、誤解を招く余地のない合意が存在するときは、その限りで、契約の有効性を前提としないという⁴³、社会生活上の義務の移転に関する一貫したルールと一致している⁴⁴。ただし、現実にはこれが問題となることはない。合意の要求に鑑みて、通例では、法的拘束を基礎づける意思は存在する。しかし、一般的な保護規定、例えば、制限行為能力の法がこれに優先することになる。つまり、制限行為能力者は監督を有効に引き受けることはできない。

(2) 旧い判例では、家計・家族共同体 (Haus- und Familiengemeinschaft) による責任が提唱されていた。そこで、夫は精神障害者の妻⁴⁵が、父親は精神病の息子⁴⁶が第三者に加えた損害に対する責任を負うことになる。ただし、圧倒的多数の学説はこのような責任の拡張に反対である。

b. 日本法でも類似した議論がされている。問題となったのは、91歳の認知症の老人が鉄道線路に入り込んで惹起した事故である〔JR東海事件〕。日本の最高裁は民法714条の類推で責任が成立する可能性を肯定した。ただし、判決は同条の直接適用は否定し⁴⁷、類推適用の余地を検討している。とはいっても、判決は、具体的事案では、未亡人は85歳であり、遠隔地に居住する息子はたまに訪問するだけであるという事情を考慮して、類推適用もで

⁴¹ BeckOK BGB/Spindler, 1.11.2023, §823 Rn.13.

⁴² MünchKomm-BGB/Wagner, Münchener Kommentar zum BGB, 9.Aufl.2024, §823, Rn.23.

⁴³ BGH NJW 2008,1440,1441 Rn.9.

⁴⁴ BGH NJW-RR 1988,471f.

⁴⁵ RGZ 70,48,51f.

⁴⁶ RGZ RGZ 92,125,126f. 類似したケースが、BGH JZ 1954,259.

⁴⁷ Jap. OGH,1.3.2016 – 2014 (Ju)1434 Minshù 70 Nr.3 unter 4(1)B.

きないとした⁴⁸。このケースでは、日本の学説は最初からドイツ法とは違った見解をとっている。一方で、このような監督責任を負うことになる要件が不明確であり、他方で、特に当事者のために腐心した者が責任を負うことになるというのである⁴⁹。

3. 仮に、以上の事案がドイツ法でどう解決されるのかを考えると、議論の重点は全く違ってくる。

a. 第1が、被侵害法益、つまり、権利である。ドイツのケースでは、事件が引き起こした精神的障害である。これは、最初に第三者が障害を受けたことによるショック損害のケースではない。反対に、日本のケースでは、どのような権利が侵害されたのかが、そもそも相当に問題である。鉄道会社が一定の区間を適時に電車を走行させられなくなったというなら、考えられるのは所有権の侵害である⁵⁰。ただし、所有権の侵害には、〔機能の侵害で十分であり〕物質的な侵害は要求されない⁵¹。

b. 反対に、ドイツ法では、相手方の配偶者の保護は別として、配偶者は保証人の地位（Garantenstellung）には就かない。保証人としての地位は、相手方の配偶者の法財産の保護に限定されており、反射的に第三者の利益に拡張されることはない。この理が、監督義務ないしは社会生活上の義務を認めることで潜脱されてはならない。そもそも配偶者に対して指示することは不可能だから、これは当然のことである。指示の可能性は、〔雇用関係では〕BGB831条から⁵²、〔未成年者と精神障害者に関しては〕監督の可能性と義務は、BGB832条から正当化することは可能である⁵³。だから、配偶者が世話人（Betreuer）となったときは、話が違ってくる。その場合には、世話人に委ねられた義務の範囲に法定の監

⁴⁸ Jap. OGH, 1.3.2016 – 2014 (Ju) 1434 Minshù 70 Nr.3 unter 4(2) B.

⁴⁹ Yamamoto, Grundzüge des japanischen Schadensersatzrechts, 2018, Rn.705f.

⁵⁰ BGH NJW 2022, 3789, 3790 Rn.10.

⁵¹ BGH NJW 1971, 886, 888; 1994, 517, 518; 2007, 1205, 1206 Rn.10; 2008, 406 Rn.8.

⁵² Staudinger/Bernau, BGB, 2022, §831 Rn.99.

⁵³ Staudinger/Bernau §832 Rn.2.

監督義務が含まれうる⁵⁴。以上の配偶者に関するルールは、当然に子供にも当てはまる。

- c. ドイツ法では、BGB829条が今1つの請求権の根拠を用意している。ただし、同条の考え方は、BGB832条の監督義務とは全く違ったものである。そこでの問題は、他人に監督義務が課されている者の義務である。BGB829条の文言とは反対に、同条は監督義務者が存在しない場合にも適用される⁵⁵。その基準は衡平（Billigkeit）である。つまり、加害者と被害者の間に経済格差があることが必要である⁵⁶。だから、同条の適用は、全国展開している企業〔JR東海〕が被害者の場合には否定されるべきである。それ以外では、どの程度で加害者の保険が意味を持つのか、ドイツ法では問題にされている。かつ、この問題は激しく争われている⁵⁷。その背景は、いわゆる分離原則（Trennungsprinzip）である。つまり、原則として、被保険者が責任を負うときに限って、保険者も責任を負う。BGHは、場合を分けて考えている。強制責任保険は主には被害者の利益のためのものだから責任を基礎づけるが、任意責任保険の場合はそうではない、というのである。これはどうも分かりにくい話である。なんとすれば、責任能力のない被保険者は、保険保護を受けないのに保険料を払っていることになるからである。保険会社は反対給付の義務なしで、保険料請求権を有することになる。これは、もはやBGB138条1項の意味での良俗違反ではないか。

V. 危険責任の新たな発展

1. 道路交通法（StVG [=Straßenverkehrsgesetz]）7条の危険責任に関しては、幾つかの判決が公表されている。

⁵⁴ Staudinger/Bernau §832 Rn.27.

⁵⁵ Staudinger/Oechsler, BGB, 2021, §829 Rn.39; BeckOGK BGB/Schneider, Stand 22.2.2024, §829 Rn.10.

⁵⁶ BGH VersR 2017, 295 Rn.10; Staudinger/Oechsler, BGB, 2021, §829 Rn.44

⁵⁷ その概観である Staudinger/Oechsler §829 Rn.45ff. を参照。

運行の概念は、とりあえず広く解されるべきである。

- a. その1つが、空にした後に路上で転がして元に戻された大型のゴミ回収器との衝突⁵⁸、事故後の自動車による市街電車のレールの封鎖⁵⁹、および、牽引会社の運営する倉庫での牽引された自動車の火災である⁶⁰。
 - b. これに対して、自動車が単に作業器具として使用されたときは、道路交通法7条は適用されない。例えば、自動車がブドウの収穫機として使用されて、ブドウがガソリンによって汚染されたケースである。その場合には、自動車は前進の器具として使用されていない⁶¹。今1つは〔自動車を〕草刈り機として石を除去したようなときである⁶²。
2. 製造物責任法1条は危険責任を規定している。最近の判決のケースは、セラミック・インレイの（義手、義足などの）人工装置の破裂に関するものだった（ceramic inlay、恐らく日本語では、「金継ぎ」）。製造物責任法による製造物責任の枠組みでも、設計上の欠陥（Konstruktionsfehlr）、製造上の欠陥（Fabrikationsfehler）、指示・警告上の欠陥（Instruktionsfeher）を区別する必要がある。使用された材料は確かに破損率は若干は高かったが、そうではあっても良好な可動性を示していたので、設計上の欠陥は否定すべきだった。同様に、指示・警告上の欠陥も存在しなかった。製造上の欠陥に関しては、顧客が証明責任を負担するが、その証明はされなかった⁶³。ところが、破裂から2年が経過して、材料に関する最初の問題が知られることとなった⁶⁴。製造物の監視義務（Produktbeobachtungspflicht）の違反は、確かに、製造物責任法ではなく、BGB823条1項の不法行為法での製造物責任の枠内では重要である。しかし、製造物監視義

⁵⁸ BGH NJW 2024,898f. Rn.13ff.

⁵⁹ BGH NJW 2022,3789,3790 Rn.10.

⁶⁰ BGH VersR 2021,597,598 Rn.8.

⁶¹ BGH VersR 2024,321,322 Rn.13.

⁶² BGH NJW 2022,624,625 Rn.7f.

⁶³ BGH NJW 2023,3159,3161ff. Rn.25ff.

⁶⁴ BGH NJW 2023,3159,3162 Rn.34.

務の違反についてBGHは問題にしなかった⁶⁵。これは、同判決の基本的な問題性である。

VI. 展望

不法行為法は、いわゆるディーゼル事件（Dieselfälle）でも重要な役割を果たしている。一連の訴訟があって、BGHには新たな小法廷が創設された。この小法廷の判決にはすでに長い歴史がある。ヨーロッパ裁判所の介入後は、確かに、小法廷はヨーロッパ裁判所の準則を保護法規だと承認しているが、損害を受けた買主の賠償請求を少額に制限している。多くの者がこれは間違った事態の成り行きだと考えている。環境に優しい自動車を購入することを希望して損害を蒙った買主は、環境に害を与える自動車を購入する羽目になっているが、売買契約を解消することができず、しばしば使用賠償が補償されるにすぎない損害賠償額に制限されている。ただし、この小法廷が見解を改める可能性は少ない。なんとかするには、他の小法廷が大法廷に移送するという可能性であろう。ただし、それは他の小法廷でこの問題が取り扱われるのか、そして、その小法廷が判例変更を望むのかに係っている。だから、以上の誤った事態が訂正されるのかは、多少とも偶然に依存していることになる。

【引用されている条文】

ドイツ民法（BGB）

第138条（良俗違反の法律行為・暴利行為）

- （１）良俗に反する法律行為は無効である。
- （２）特に、他人の窮状、未経験、弁識能力の欠如、又は、著しい意思の虚弱を利用して、給付と明白に不均衡な財産上の利益を、自身若しくは第三者に約束させた、又は、供与させる法律行為は、無効である。

第253条（慰謝料）

- （１）財産的損害以外の損害に関しては、それを規定する法律が存在する場合に限って、金銭賠償の請求が可能である。

⁶⁵ BGH NJW 2023,3159,3164 Rn.44.

- (2) 身体、生命、健康、自由又は性的自己決定の侵害による損害賠償を支払うべき場合には、財産的損害ではない損害に対しても、金銭による衡平な賠償の請求が可能である。

第823条（不法行為の小さな一般条項・保護法規違反）

- (1) 故意又は過失によって他人の生命、身体、健康、自由、所有権またはその他の権利を侵害した者は、その他人に対して、これによって生じ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規に違反した者も、前項と同様である。法律の内容によれば過失がなくても違反を生じる場合には、賠償義務は、過失があるときに限って発生する。

第826条（良俗違反で故意の不法行為）

善良の風俗に反する方法で、他人に対して故意に損害を与えた者は、その他人に対して損害を賠償する義務を負う。

第829条（衡平責任による賠償義務）

第823条から第826条に規定されたケースで、第827条、第828条によって自身が他人に与えた損害に対して責任を負わない者は、監督義務を負う第三者から他人が損害の賠償を得られない限りで、事情によって、特に当事者の関係からは損害の補償を衡平が要請し、相応な生活及び法定の扶養義務の履行に必要な資力が失われない限りで、損害を賠償する必要がある。

第831条（使用者責任）

- (1) ある事業のために他人を使用する者は、その他人が事業の執行につき第三者に与えた損害を賠償する責任を負う。使用者が被用者の選任に際し、かつ、使用者が設備または器具を供給し、又は事業の執行を指揮する必要がある限りで、供給若しくは指揮に際して、取引上必要な注意をしたとき、又は注意を払っても損害が発生したであろうときは、賠償義務は発生しない。
- (2) 契約によって使用者のために前項第2文の定める業務の管理を引き受けた者も、前項と同一の責任を負う。

第832条（監督義務者の責任）

- (1) 未成年、又は、精神的若しくは肉体的状態が原因で監督が必要な者に関して、法定の監督義務を負う者は、監督を受ける者が第三者

に違法に加えた損害を賠償する義務を負う。ただし、監督義務者が監督義務を怠らなかったか、又は、適切な監督を行ったときでも損害が生ずべきだったときは、損害賠償義務を負わない。

(2) 契約によって監督義務を引き受けた者も、前項と同様の義務を負う。

旧第847条（慰謝料〔削除〕）

(1) 身体又は健康上の侵害並びに自由が剥奪された場合には、被害者は、財産的損害ではない損害に対しても、金銭による衡平な賠償の請求が可能である。この請求権は譲渡または相続はできない。ただし、契約によって承認されたとき、又は、訴訟係属となっていたときは、この限りではない。

(2) 女子に対して風俗に反する重罪若しくは軽罪を犯し、又は偽計、強迫若しくは従属の関係を濫用して婚姻外の関係承諾させたときは、女子は、同一の請求権を有する。

基本法（GG）

第1条（基本法の優先）

- (1) 人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し保護することは、全ての国家権力の責務である。
- (2) それゆえに、ドイツ国民は、不可侵で譲渡できない人間の尊厳を、人間社会、平和、正義の基礎であると認める。
- (3) 以下の基本権は、直接の現行法としての立法、行政、判例を拘束する。

第5条（言論・出版の自由）

- (1) 何人も自身の意見を、言語、文章及び画像によって自由に表明し、流布させ、公衆の知ることのできる出典によって妨害を受けずに報知する権利を有する。報道の自由及び無線放送、画像による報知の自由は、保障される。検閲は行われない。
- (2) 前項の権利は、基本法以外の法律、青少年と人格権の保護のための法規定によって制限を受ける。
- (3) 芸術、学問、研究、及び、教説は自由である。教説の自由は、憲法への忠誠を免除されない。

刑法（StGB）

第190条（刑事判決による真実の証明）

主張された事実又は流布された事実が犯罪行為の場合には、この行為を理由に被侮辱者が有罪判決を受け、その判決が確定したときは、真実の証明があったものとみなす。これに反して、事実の主張または流布に先立って、被侮辱者がその行為について無罪を言い渡され、その判決が確定したときは、真実の証明は許されない。

第353d条（裁判の口頭弁論の報知の禁止）

以下の者には、10年以下の禁固刑又は罰金が科される。

1. 法規定の禁止に反して、非公開の法廷での口頭弁論、又は、事件に関係する公文章を公開したとき
2. 法律に基づいて裁判所が守秘義務を課したにも関わらず、非公開の裁判での口頭弁論、又は、事件に関係する官庁の記録によって知ることができた事実を無権限で公表したとき
3. 公開の口頭弁論で取り上げられるか、又は、裁判手続が終結する前に、刑事裁判、科料、懲戒の手続に関する公文章の全部又はその重要部分を公表したとき

道路交通法（StVG）

第7条（自動車保有者の責任）

- （1）自動車又は自動車に牽引された被牽引車の運行に際して、人が死亡し、人の身体若しくは健康が侵害され、又は物が損傷されたときには、自動車の保有者は、侵害を受けた者に対して、それにより生じた損害を賠償する義務を負う。
- （2）事故が不可抗力によって生じたときは、賠償義務者は免責される。
- （3）自動車保有者の知らない間に、その同意なく自動車を使用した者は、保有者に代わって損害賠償の義務を負う。自動車の使用が保有者の有責性によって可能となったときは、その者ととも保有者も損害賠償義務を負う。自動車の運行のために保有者が使用者を選任したとき、又は使用者に保有者が自動車の使用を任せるときは、第1文は適用されない。第1文及び第2文は、被牽引車の使用に準用される。

製造物責任法（ProdhaftG）

第1条（責任）

- （1）製造物の欠陥により人が死亡し、その身体若しくは健康が侵害され、又は物が損傷された場合には、製造物の製造者は、被害者に対して、それによって生じた損害を賠償する義務を負う。物の損傷の場合には、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や消費に供される性質を有するものとされており、しかも主に被害者によって使用されていた場合に限り、賠償義務が生じる。
- （2）以下の各号の規定する場合には、製造者は賠償義務を免れる。
 1. 製造者が製造物を流通に供さなかった場合、
 2. 製造者が製造物を流通に供した時に、損害を惹起した欠陥を製造物が有しなかったことが、諸事情から明らかな場合、
 3. 製造者が販売又はそれ以外の経済的目的を有する配布のために製造物を製造しなかった場合、及び、製造者がその事業活動の範囲内で製造物を製造又は配布しなかった場合
 4. 製造者が流通に供した時には強行的な法規定に製造物が合致していたことで欠陥が生じた場合、或いは、
 5. 製造者が製造物を流通に供した時の科学や技術の水準によっても欠陥が認識できなかった場合
- （3）構成部分が組み込まれた製造物の設計、又は製造物の製造者の指示に起因して欠陥が生じた場合には、構成部分の製造者は賠償義務を免れる。前文の規定は、原材料の製造者にも準用される。
- （4）欠陥、損害及び欠陥と損害の間の因果関係については、被害者が証明責任を負担する。賠償義務が第2項または第3項によって免責されるか否かに関して争いがあるときには、製造者が証明責任を負担する。

※訳者付記

ミュンヘン大学のヨハネス・ハーガー教授（Prof.Dr. Johannes Hager）は、2024年4月26日、北海道大学法学研究科の「民事法研究会」で、「ドイツの不法行為法の新たな発展（Neue Entwicklungen des

Deliktsrechts in Deutschland)」という講演を行った。その主な内容は、ドイツでの不法行為に関する最近の判例の動向の紹介とその批判的な検討である。ハーガー教授の講演は、例えば、JR東海事件のような事件ではドイツ法ではどのような解決が考えられるのかなど、幾つかのトピックに関して、日本法の同様の問題に関して有益な手がかりを与えるものだと考える。