

ヨーロッパとの関係で見るドイツ不法行為法

ウルリッヒ・マグヌス

(翻訳 若林三奈)

I. はじめに

本日のテーマを扱うに際して、今日、そもそもヨーロッパとの関係において (im europäischen Kontext) 何が理解されているのかについてまず明らかにしておこう。20世紀の半ばまでは、ヨーロッパとの関係と言えば、ある国内法とその他のヨーロッパ諸国の法秩序との関係を意味するものであることが自明であった。このことは、比較法という分野においては、まったく揺るぎのないものと見られていた。この場合の比較法とは、とりわけ「指導的」な法秩序の規定——ドイツ法やイギリス法、フランス法——を相互に比較することであって、今日においてもなお広くそのような形で行われているものである。

しかし、この間、ある規定のヨーロッパとの関係と言えば、しばしば、いやおそらくすでに大方の場合、その規定の共同体法的な関係、特殊ヨーロッパ法的な関係として理解されている。EUは、私法のほぼ全ての領域において立法者としての地位を築き上げた。その立法は各国内法に浸透し、持続的な影響を及ぼし、そして徐々にではあるが、ますますより強

1 例えば、Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996) 314 ff.を参照。

く各国法を統一法に向けて変容させている。ヨーロッパにおいて長きにわたってその独自性や特殊性を掲げ、その対立によって数え切れないほどの争いを引き起こしてきたそれぞれの民族国家は、たしかにまだ解体されるには至っていない。しかし、EUでは、国家の位置づけが変更されたのである。国家はより大きな統一体の一部に過ぎない。したがって、今日、この意味においてヨーロッパとの関係とは、国家法とヨーロッパレベルでの各規定との関係を示す。現在、この関係は、EUが立法者的な活動を行うことの帰結として、常に流動的なものとなる。どのような叙述をしても、ある時点でのいわば瞬間的な説明としかなりえないのである。

以下では、ドイツ不法行為法が、この二重の意味でのヨーロッパとの関係においてどのように立ち現れるのかについて詳しく述べていくこととしたい。その際、共同体法との関係を重視する。これに対して、EU内外のその他のヨーロッパ諸国の不法行為法との比較は少し簡略に扱うことにする。これについては、ウィーンのコツィオール教授から、ごく最近、皆さんに対してヨーロッパの多くの国々における不法行為法改革計画に関する報告が行われたところであり、扱う必要がないからである。

まずはドイツ不法行為法について、またその基本的方向性と展開について概観することから始めることにしたい。

II. ドイツ不法行為法

1. 概観

ドイツ不法行為法は、ドイツ民法典（BGB）の規定と、数多くの個別法規からなる。後者の多くは、たとえば自動車の保有といった特定のリスクに富む活動に関する危険責任に関するものである。

不法行為請求権の根拠として、BGBには、主要な責任規定を定めた3つの中核となる規定がある。

- 特定の列挙された法益を少なくとも過失によって、かつ違法に侵害したことによって生じた損害に対する責任 (BGB823条1項)
- 被害者を損害から保護することを目的とした法規に、少なくとも過失によって違反したことによって生じた損害に対する責任 (BGB823条2項)
- 故意に、かつ良俗に反する方法で惹起した損害に対する責任 (BGB826条)

加えてBGBには、加害者の有責性が推定される一連の特別な責任が規定されている²。そこでは、被害者が行為者の有責性を証明しなければならないという一般原則はとられず、むしろ加害者が自らに有責性がないことを証明しなければならない。これに加害者が成功しないかぎり、加害者は責任を負う。BGBの不法行為規定における唯一の危険責任は、動物保有者の責任である³。このように、なおBGBは、広く過失責任の原則に依拠している。現代の危険責任は、その道をBGBの外で切り開いてきたのである。

BGBの不法行為法は、自らは不法行為の直接被害者とはならない第三者の損害について、結局のところ、極めて僅かな例外的状況にかぎってのみ、それを賠償相当なものとしている。たとえば、とりわけこのような間接被害者に法律に基づく扶養権限があり、なおかつその者が不法行為に

2 § § 831, 832, 833 S. 2, 834, 836 – 838.

3 BGB 833条。

よって扶養者を失った場合である⁴。そのような、いわゆる第三者損害は、BGBによれば、これ以外の場合には、賠償されない⁵。たとえばロマン法系の国々とは異なり、サッカークラブに雇用され、報酬を得ていた選手を死亡させた者に対して、そのクラブが損害賠償を請求することはできない⁶。

これらの責任規定全体を要約するならば、損害および帰責根拠が要求されているといえる。前者は、その原因において加害者の行動に帰責されるべき損害であり、後者の帰責根拠とは、保護法益の違法かつ有責な侵害や、有責な保護法規違反、故意の良俗違反、特別な危険の創出において見出すことができる。

2. 法政策上の基本的方向性とドイツ不法行為法の機能

BGBの不法行為法は、その法政策的な基本的方向性において、責任の発生を、禁じられた方法で特定の法益や特定の法規ないし良俗を侵害する、あるいは他人に特別のリスクを創出する損害発生的な行為によるもの限定している。しかし、たとえばイギリス法とは異なり、ドイツでは、特定の行為を禁止するという目的が何よりも重視されているというわけではない⁷。むしろ、ドイツ法は、特定の行為の結果、つまり、法益侵害あるいは

4 BGB844条（扶養者の死亡）を参照。これと並んでBGB845条は、賠償相当な第三者損害の事例を規定している（家事または事業において法律上労務を給付する義務を負っていた者の死亡や傷害について）。そのような労務給付義務を、子は、両親に対して、両親の生計に属し養育あるいは扶養されているかぎり有する（BGB1619条）。

5 しかしいわゆる第三者の賠償請求権は契約領域からのいくつかの事案類型については認められている。

6 フランスの判決として、Colmar D. 1956, 723 mit Anmerkung Savatier; 同じくイタリアの判決として、Corte di Cassazione, Foro it. 1971 I 342 und 1285を参照。

7 このことを示すのは、たとえばトレスパス、ネグリジェンス、名誉毀損、ニューサンスといった個別の行為態様にしたがってイギリスの不法行為法の構造だけではない。イギリスのコモンローによれば、権利侵害そのものに対する名目

法令違反や良俗違反さらには創出された危険によって惹起された損害を防止することを目的としている。行為者の行為よりも被害者に生じた結果により強い関心を払っているのである。こうしたことから、ドイツでは不法行為に、損害を補償する機能をその主たる任務として割り当ててきた⁸。このような特徴付けは、一部で「規範的に空虚」なものとして批判されている。たしかに不法行為はあらゆる損害を補償しようとするものではないし、またとりわけ社会法や私保険法が、こうした損害補償の任務を引き受けてきたからである⁹。言うまでもないが、損害補償機能は簡略化された言い回しにすぎない。それが意味するのは、不法行為法は賠償根拠ある損害原因と賠償根拠に欠ける損害原因とを区別しなければならないということである。それと同時に、不法行為の任務は、いかなる要件のもとで損害原因者が被害者の損害を引き受けるべきかを確定することに見出される¹⁰。こうしたことから、不法行為法は、広範囲に保護領域を形成する一方で、ある社会において個人が享受する自由の領域をも形成している。同時に、不法行為法は、社会全体を形成するという重要な任務を追求している。不法行為法自身、このような機能を、被保険者に損害を与えた第三者に対して、社会保険者や私保険者に求償権を与えるという範囲でなお引き受けている。なぜなら、この場合も、どの程度までなら加害者がサンクションを

的損害賠償の形での（たとえば1ポンドの象徴的損害賠償）損害賠償があり得るといった状況もある。たとえば、他人の土地へのトレスパスの場合（他人の所有地への不法侵入）にもそれはあり得る。たとえここでは被害者が具体的な損害を被っていない場合であっても、行為者は自らの行為によって他人の権利を侵害したのであり、それゆえに、少なくとも象徴的な賠償を与えることとなる。これについては、たとえば、Winfield and Jolowicz on Tort (17. Aufl. von Rogers, 2006) Rn. 22-7を参照。

8 たとえば AnwK/Katzenmeier (2005) Vor § § 823 ff. Rn. 54; Palandt/Sprau (70. Aufl. 2011) Einf v § 823 Rn. 1; Staudinger/Hager [1999] Vorbem zu § § 823 ff. Rn. 9 およびそこに掲載の文献を参照。

9 MünchKomm/Wagner (4. Aufl. 2004) Vor § 823 Rn. 33.

10 同様にMünchKomm/Wagner Vor § 823 Rn. 32も参照。

課されずにすまされるのか、また、どの時点から加害者が自らの行為について賠償義務を負うのかということについて、間接的に決定することになるからである。さらに、補償機能は、補償義務があるかぎり損害はすべて填補されるべきであるという原則として置かれている。他方で、被害者もまた、そのような補償以上のものを得ることは許されない。

不法行為法は、以上のように理解されている補償機能と並んで、同時に損害予防にも有用である¹¹。実際、損害賠償が課されるとの警告が、損害を発生させないように行動する上で、きわめて効果的な経済的インセンティブとなることもまれではない。これ以外にも、同様のことは、協働過失があれば、賠償請求権を減額される潜在的被害者についても妥当する。ときおり、このような予防機能こそが、不法行為法のあらゆる適用領域にとって唯一の、中心的機能としてみられることがある¹²。しかしながら、予防機能が唯一の根拠であるとする、なぜ損害が発生した場合にしか賠償給付が与えられないのか、そしてあらゆる損害を防止する予防的措置に対してあらかじめ一般的に給付を認めることができないのかの説明でなくなる¹³。

他方で、予防機能は、不法行為法を、法の経済分析の意味における経済効率に限定することと同等に扱うことはできない。たしかに、責任法が損害回避の点で正当な経済的インセンティブをもたらすであろうことに反論

11 AnwK/Katzenmeier Vor § § 823 ff. Rn. 56; Palandt/Sprau Einf v § 823 Rn. 1; Staudinger/Hager Vorbem zu § § 823 ff. Rn. 10 およびそこに掲載の多数の文献を参照。

12 MünchKomm/Wagner Vor § 823 Rn. 35.

13 これについても詳細は、Koziol, Grundfragen des Schadensersatzrechts (2010) Rn. 3/4 ff.

の余地はない¹⁴。加害者に報奨金を与えるべきではなかろう。ここでは経済的分析が非常に役に立つ。しかし、責任法は、これのみに制限されるものではない。責任法の社会的コントロールという任務から、場合によっては、経済的には無価値となり得る、またそれを保護することが社会全体としては非効率と思われ得るような項目についても、保護を与えることがあり得る。たとえば労働能力を欠く者が侵害された場合、意識を失った昏睡状態の患者に慰謝料が認められる場合、あるいは使い古しのほぼ無価値といつていい衣類が毀損された場合などである。

以上に対して、不法行為法の刑罰的機能は、つまり一般予防的な威嚇機能を超えて個別加害者にも特別予防的に影響を与えることを意図することは、ドイツ法では広く否定されている。この機能を否定する根拠は、とりわけ当事者主義や証明責任の分配を定める民事手続きにおいては被疑者に対する手続保障に欠けること、また刑事手続きに委ねられかつ法治国家として要請される公的な訴追可能性にも欠けることにある¹⁵。とはいえ、刑罰機能への共鳴はドイツ法でも得られている。たとえば、被った痛みに対する賠償や慰謝料の算定において、加害者を「罰する」ように見えることは、被害者の満足に役立つとされ¹⁶、また最近でも、人格権保護の領域において強化されてきている¹⁷。この場合、損害賠償から「真の抑止効果」が引き出されるというのである¹⁸。この点については、——もちろんいずれにせよ困難で、おおよそでしか算定できない——被害者の損失はさほど重要ではなく、むしろ加害者への印象づけ、威嚇効果がより重要な位置を占めて

14 これについて詳細は、Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts (4. Aufl. 2005) 121 ff.

15 とくに BGHZ 118, 312; AnwK/Katzenmeier Vor § § 823 ff. Rn. 59.

16 BGHZ (GS) 18, 149.

17 BGHZ 128, 1; これについては、たとえば Wagner ZEuP 2000, 200 ff.

18 BGHZ 128, 1 (16).

いる。それにもかかわらず、ドイツ法にはアメリカ型の懲罰的損害賠償があると言うことはできない。これまでのところでも、ドイツ法は、財政的なインセンティブを与えることによって個人に民事法の枠組みで「私的檢察官」の役割を担わせ、自己の利益に基づいて公益に関与することを促進するアメリカ法の傾向には追隨してこなかった¹⁹。

加えてドイツ民法典によれば、一つには、責任を根拠づけるにあたっては、様々な段階の有責性が必要となる。それには、過失の証明が必要な場合や過失が推定される場合もあれば、果ては故意を要件とする場合まである。他方で——ドイツ民法典の中ではなお極めて未熟な状態にある——有責性とは切り離された危険責任体系もある。ここでは、行為の違法性も有責性も問題とならない。むしろ重要なのは、大規模なあるいは多数の損害リスクを必然的に伴う活動であって、それゆえにその結果をその原因者が負担すべきような活動である。過失責任と危険責任との併存、いわゆる不法行為法の二元論によって、ドイツ法では、二つの責任可能性は相互に排斥されず、両者は被害者のもとで自由に選択できることとなる。なお、フランスの非競合説による場合とは異なり、ドイツでは、契約責任の存在によって不法行為責任が排除されることはない。

ドイツ不法行為法では——たとえばオーストリア法とは対照的に²⁰——、原則として賠償範囲が有責性の程度によって区別されることはない。極めて軽い過失の場合にも、加害者は完全な損害賠償を給付しなければならない。単に協働過失や慰謝料の算定に際して、裁判所が有責性の程

19 これについては、Magnus JETL 2010, 102 ff. (105, 121, 123) を参照。

20 § 1324 ABGBを参照。故意または重大な加害の場合には、逸失利益を含む全損害が、対して単純過失の場合には逸失利益を除く損害のみが賠償される。これについて詳細は、Danzl, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg.), *Kurzkomentar zum ABGB* (3. Aufl. 2010) § 1324 Rn. 1.

度を考慮するにすぎない。加害者に故意ある場合、あるいは格別に思慮を欠く場合に、ここでは、そのことによって、被害者の協働過失割合の低下をもたらす可能性がある一方²¹、他方で、慰謝料の満足機能を考慮するべく、慰謝料が高額化する可能性もある²²。

3. ドイツ不法行為法の狭量な点と批判ポイント

ドイツ不法行為法の体系全体は一般に受け入れられ、またおよそ全てにわたって保険による解決に置き換えられていくべきではないにしても、その基本決定のいくつかには、かねてより多くの法政策的批判がある。重要なのは、以下の点である。

——BGB823条1項の保護法益カタログの狭さ：この規定は財産そのものを保護していない。したがって純粋財産損害はBGB823条2項（少なくとも過失による保護法規違反）あるいは826条（故意による良俗違反）の制限の中でしか賠償されることはない。それゆえに、数多くの状況において、不法行為法は純粋財産損害の賠償を規律してこなかった。たとえば過失により過った鑑定書が作成された場合、あるいは直接の契約の相手方以外の者も信頼を寄せ、その誤りによって損害を被ることが予見し得る情報や目論見書の提供や発行がなされた場合である²³。

——BGB831条が規定する特定の者に対する制限的な不法行為責任：

21 Staudinger/Schiemann²⁰⁰⁵ § 254 Rn. 121 ff.およびそこに掲載の多くの文献を参照。反対に、被害者が格別に思慮を欠く場合、被害者の協働過失割合を高めたり、被害者の損害賠償請求権を完全に失わせることもありうる。

22 これについては、Staudinger/Schiemann § 253 Rn. 31, 40。

23 このような事例の取扱については、下記の第三者保護効を伴う契約の箇所を参照されたい。

使用者およびそれゆえに特に企業についても、たしかに、特定の者が引き受けた活動の範囲内において犯した不法行為に対して、基本的に責任を負う。しかし使用者は、それらの者について十分に選任および監督の義務を果たしたことを証明することにより、その責任を免れることができる²⁴。

——通常、間接被害者は賠償請求をすることができないという極めて狭量な原則：とりわけ、ある者が、他人の死や重大な侵害に接してあるいはその事実を聞き知り——とくに精神的な——損害を被るといった、いわゆるショック損害の事例では、ドイツ法は極めて狭い範囲でしか損害賠償を認めていない。間接被害者は、直接被害者と密接な家族法上の関係に立ち、なおかつその者自身が医学上証明可能な（ショック）損害を被っていなければならない²⁵。

以上の点で、ドイツ法は、明らかに他のほとんどのヨーロッパ法秩序とは異なっている。他の国々では、それぞれについて、被害者にとってより寛大な規定が置かれている²⁶。

4. BGBにおける条文の展開

BGBの不法行為法規定やその法政策的な基本決定は、BGBが施行された1900年以来の時を経て²⁷、あらゆる技術的かつ社会的、政治的、経済的

24 むろん判例は、会社の執行役員（Führungspersonal）の不法行為については免責立証の可能性を排除している。したがってこれらの者にはBGB831条ではなく、免責可能性のない31条を適用している。参考として、たとえばBGH NJW 1952, 538; BGH NJW 2003, 1445。

25 たとえばBGH NJW 1971, 1883; BGH NJW 1989, 2317を参照。

26 またKoziol/Schulze, Conclusio, in: Koziol/Schulze (Hrsg.), Tort Law of the European Community (2008) 6589 ff (603 ff.)を参照。

27 BGBは1900年1月1日に発効した。

な変化にもかかわらず、これまで表面的にはほとんど損なわれることなく維持されてきた。その条文は、この110年間に於いて、限定的な介入を受けたに過ぎない。実質的な変更としては、とくに農場主のように職業上の動物保有者に対する無過失の動物保有者責任を排除したことがある(1908)²⁸。これらの者は、改正以後、有責性がある場合にのみ責任を負うこととなった。むしろその有責性は推定される²⁹。加えて、以下に補足すると、係争中の審判の場合の時効停止 (1978)³⁰、道路および鉄道交通に関する不法行為に関する不法行為能力の10歳への引き上げ (2002)³¹、さらには故意または重大な過失によってなされた鑑定から生じた損害に対する司法専門家の責任がある (同じく2002)³²。その他の変更については、不法行為法規定からその他の規定場所への移動が問題となったに過ぎない。たとえば狩猟権者の無過失責任について固有の狩猟法への移行 (1935)³³、慰謝料責任についてBGBの一般損害賠償法への移行 (2002)³⁴、時効規定のBGB総則への移行である (2002)³⁵。時効規定は現在基本的には総則にまとめられている。実際、このような変更は、それまでの規律からかけ離れるものではない。最終的に失敗に至ったのは、国家責任法を新たに規定するこの間の試みである (1981)³⁶。ドイツではその大半がBGBの不法行為法の下に置

28 BGB833条の変更。

29 動物保有者に関する危険責任は、それ以来、職業や生業活動、さらには動物保有者の維持に寄与しない、いわゆる愛玩動物 (ペット) についてのみ適用される。たとえば盲導犬は愛玩犬ではない。Palandt/Sprau § 833 Rn. 17を参考。

30 BGB852条の補完。

31 BGB828条の変更。

32 BGB839a条への挿入。

33 BGB835条を狩猟法に移行させた。今日の1952年連邦狩猟法である。

34 BGB847条をBGB253条に移動。

35 不法行為法上の時効規定を含むBGB852条1項をBGB195条、199条に移動。さらに2002年に、損害および加害者の認識によらない時効期間について、人身損害以外については、30年から10年に短縮した (現行のBGB199条3項)。

36 1981年6月26日の国家責任法による (BGBl. 1981 I 553)。

かれている³⁷。連邦憲法裁判所は、この新たな規定を含んだ法律を、これに関する連邦の権限が——当時は——欠けていたため、憲法に反するとして破棄したのである³⁸。それ以降、従来の規定のままである。その他の改革にかかるいくつかの試みについては、草案止まりである³⁹。

以上をまとめると、BGBの不法行為法規定には、驚くべき延命能力があることがわかる。たしかにBGBは、その限りで、およそ100年もより歴史のあるフランス民法典と張り合うことはできないであろう。フランス民法典の不法行為規定は、言わんとすることを極めて一般的に規律し、とりわけそういった理由から1804年以来、僅かな補足で対応することができてきた。しかしBGBの不法行為法も、このような堅牢さに負けないよう努力している。いずれにせよ、ドイツの立法者は、これまで不法行為法の根本的な変更は必要のないものと見てきた。もちろん、BGBの外におかれている数多くの個別規定において、より厳格な責任をもって技術的な発展やそれに伴って発生するリスクに応える特別な規定の数が増していることは考慮すべきである。この点については、さらに以下で言及しよう。加えて、ドイツの判例は、上述した問題のある不法行為法の基本決定を、当該事案を解決するために、BGBの他の領域にすり替えることによって避けてきた。それゆえ、BGBの不法行為法規定の堅牢さが、ドイツ不法行為法の実際の展開について欺き、そして表面的には変わらない規範の下で、著しい変化を遂げてきたことを覆い隠してきたといえる。

37 BGB839条。

38 BVerfGE 61, 149.

39 このことは、とりわけ国家社会主義時代の間にドイツ法アカデミーにおいてなされた提案について言える。しかしたとえば1967年の報告書案にといったものもある。

5. BGB不法行為法の判例法上の展開

ドイツの判例は、BGBの不法行為法の解釈および適用において、BGBの文言通りに、その本来の法政策的な判断を非常に広範に維持している。そうでなければ基本法20条3項における裁判官の法および法律への拘束という憲法上の要請に基づけば、極めて憂慮すべきことなのかもしれない。

もっとも文言を内容的に修正した注目すべき変更もある。むろん、そのような変更はもっぱらBGB823条1項に関するものである。この不法行為法の中心的規定は、すでに述べたように、絶対保護法益のカatalogを定めたものである。これには、「他人の生命、身体、健康、自由、所有権およびその他の権利」が含まれる。列举された法益の一つが侵害された場合にのみ、被害者は賠償請求権を行使することができる。「その他の権利」として、判例は、ここでは、——たとえば無体財産権のように——万人に対する排他的効力を伴って人に割り当てられる、絶対的に保護される項目のみを認めてきた。しかし、判例は、前世紀の内に、このような保護法益の範囲に2つの絶対権を付け加え拡充してきた。一つは、設立され稼働中の営業の権利（1904）であり⁴⁰、もう一つは一般的人格権（1954）である⁴¹。この2つの権利は、いわゆる梓権利と呼ばれるものであり、侵害の違法性が包括的な衡量の中で積極的に確認されて初めて、その侵害について賠償義務が問われることとなる。この2つの梓権利は、上述したBGB不法行為法の問題点のうち2つを一定程度補正するものである。

設立され稼働中の営業の権利は、事業者に純粹財産損害しか発生していないような場合に有益である。たとえば加害者が電線を切断したため、ある企業が製造を中断せざるを得ない場合である。判例は、ここでは、その

40 初判断として RGZ 58, 24。

41 初判断として BGHZ 13, 334。

侵害が当該営業やその存続に直接向けられたものであって、またそれゆえに「営業関連的な」ものであった場合、賠償請求権を認めている⁴²。とりわけある企業について評価を下げる表現があった場合、またある企業に対して禁じられた労働争議の措置がとられた場合にも、衡量のうえ、その侵害の違法性が認められるかぎり、設立され稼働中の営業の権利は侵害されているといえる⁴³。他方、設立され稼働中の営業の権利は、企業に向けられた正当かつ場合によっては厳しい批判を抑えることには役立たない。

一般的人格権の承認は、1949年に成立した基本法に基づいて初めて実現され⁴³、BGB823条1項の法益カタログにおける不足が埋められた。なぜなら人の尊厳やプライバシーは本条の法益には含まれていないからである。氏名権⁴⁴あるいは自己肖像権といった人格の個別的な観点だけが保護されていた。

一般的人格権の承認が、判例法上なお許されるBGB823条1項の法益カタログの補充を意味したとすれば——形式的には「その他の権利」概念が解釈されたに過ぎないが——、連邦通常裁判所は、重大な侵害の場合には、人格侵害による非財産的不利益に対する金銭賠償をも認めたことにより⁴⁵、裁判所は現行法を踏み越えたことになる。非財産的損害に対する金銭賠償は、BGB253条1項により法律上明文で定められた場合にしか認めることが許されないからである⁴⁶。一般的人格権が立法上忘れられていたた

42 これについては、たとえば Kötz/Wagner, Deliktsrecht (10. Aufl. 2006) Rn. 430 ff.

43 初判断として BGHZ 13, 334. この判決は、人間の尊厳やその行動の自由を憲法上保障する基本法1条および2条に依拠している。

44 BGB12条

45 初判断として BGHZ 26, 349.

46 BGHZ 26, 349での連邦通常裁判所の判断は、BGBの旧253条との関連でかつての847条を基礎とする。この847条は、今日のBGB253条2項に移行したが、実質的には何も変わっていない。非財産的損害（慰謝料等）の賠償に認められる場合と

め⁴⁷、BGB自体、その侵害に対する金銭補償を認めていなかった。しかし、連邦通常裁判所は、非財産的損害を含む金銭補償の可能性のない一般的人格権など効果がないという見解を示した⁴⁸。ここで連邦通常裁判所が実定法の外で、それどころか実定法に反して決定したことによって、このような方法で立法を修正する権限が民事裁判所にあるのか、あるいはこれによって民事裁判所は基本法が定める三権分立の原則や法治国家原理に抵触したのではないか、この点について徹底した議論がなされた。結果的にこの判断を託された憲法裁判所が、1973年のある有名な判決において⁴⁹、このような論争に終止符を打ち、一般的人格権に関する判例を承認するに止まらず、権利の創造のために明白な必要性があり、また立法者がその規律任務を適切に果たしていない場合には、民事裁判所には権利を創造する義務があるとした。

これに対して、BGBにおける財産に対する保護の欠落や不十分な使用者責任と折り合いをつけていく判例の努力は、非常に間接的であったし、今もなおそうである。これらについて、判例は、たしかに不法行為法規定の規範命令を文言通りに尊重している。内容的には、判例は、それらの規

して、以前と同様に人身損害が挙げられているが、一般的人格権は挙げられていない。

47 現在のBGBも一般的人格権を規定していない。しかし、BGB253条1項が人格侵害の場合に非財産的損害の賠償を妨げるものではないことは承認されている。連邦通常裁判所は、そのような請求権の根拠を基本法1条および2条と関連づけBGB823条に直接見いだしている。なお、BGH 128, 1 (15), Kötz/Wagner Rn. 424; Palandt/Grüneberg § 253 Rn. 10 およびそこに掲載の文献を参考のこと。

48 BGHZ 26, 349.

49 BVerfG NJW 1973, 1221 (これは、ベルシア王のかつての妻に関するゴシップ記事で、彼女は何も与えられていなかったというインタビューがまことしやかに報道された事件である。民事裁判所が、出版社に非財産的侵害に対する金銭賠償を認めていたところ、連邦憲法裁判所は出版社の憲法抗告を棄却した事案である。出版社はとくに言論と出版の自由を根拠としていた)。

範命令を契約法に逃げ込むことによってかわし、またそのような手段を不法行為法の欠損を修正するために拡充してきた。なぜなら、一つには、契約法領域では、あらゆる財産損害が基本的に賠償対象となるからである。もう一つには、契約関係あるいは契約前関係の領域では、使用者は補助者が惹起した損害について免責されないからである。したがって使用者責任は明らかにより厳格になる。不法行為事例において一般に欠ける契約上のつながりを、判例は、とりわけ第三者保護効を伴う契約という構成によって補ってきた。判例は、その根拠を、契約の射程を確定する補足的な契約解釈の中で見ている⁵⁰。このような手段によって、被害者は、他者が加害者と締結した契約の保護領域に取り込まれる。前提となるのは、これによって保護される者には、当該契約の債権者や給付と特段の近接性があることである。保護を受ける者に、契約の債権者自身と同様、当該給付との接点がないといけない。加えて、債権者が、保護を受けるべき者をこの契約に取り込むことに格別の利益を有する必要がある。さらに、契約上の債務者が、取り込まれる第三者の範囲に誰が含まれるのかを認識可能でなければならない⁵¹。たとえばある鑑定家が土地所有者に対して、ある土地の価値について、過失により誤った鑑定書を作成した場合、この所有者が信用を得るべくこの鑑定書を銀行に提出していた際には、銀行もこの契約の保護範囲に取り込まれる。銀行がこの所有者の信用にかかわって損失を被った場合、鑑定人と所有者との間にある契約の保護範囲が意味することは、銀行も鑑定人の契約義務に依拠することができ、鑑定人はその銀行の損失を

50 BGHZ 56, 273, BGH NJW 1984, 356; zustimmend Staudinger/Jagmann²⁰⁰⁹ § 328 Rn. 94. 学説上おそらく支配的と思われる見解は、これとは逆に、BGB242条に依拠する判例による法形成の中にその根拠があると見ている。vgl. etwa MünchKomm/Gottwald § 328 Rn. 110.

51 要件に関する詳細については、Palandt/Grüneberg § 328 Rn. 16 ff.; Staudinger/Jagmann § 328 Rn. 83 ff.

賠償しなければならないということである⁵²。

このような判例の逸脱とも言える行動に対しては、厳格に見れば、方法的な誠実さを欠くとの批判も可能である。判例は立法者による不法行為法上の基本的な決定——過失によって発生した単純な財産損害は賠償されない⁵³——を、「人目につかない」方法で修正しているからである⁵⁴。しかしその結果を見れば、純粋財産損害の賠償は全く一般的に認められているわけではなく、特別な状況において選択的にしか認められていない。そして、このことには十分に正当な根拠があるように見える。財産そのものをBGB823条1項の保護法益に数えようとするならば、理論的には、問題のない競争行為に基づく無数の損害をも賠償すべきこととなろう。それぞれ競争関係に立つ者は皆、最終的には競争相手の損害において商売をし、そして市場において競争相手を凌駕することを企図しているからである。その種の加害は、不法行為法上の一般条項の適用領域から除外されなければならない。しかし、過失によって生じたあらゆる賠償相当な財産損害の選別にとっては、場合によっては、契約法が、より一般的に把握する不法行為法と比べれば、より適切に役立つ可能性はある。判例は、ここでは補足的な契約解釈の方法で、このような選別を行う上で、細かな調整が可能な非常に柔軟な手法を用いている。損害が過失のみによって発生するかぎり、いずれにせよ賠償相当な財産損害と賠償に相当しない財産損害とを区別すべきこと、そしてそのような区別はおおよそ容易にはできないことは、このような問題をそれぞれの不法行為法の枠組みで第一義的に解決する法

52 BGH NJW 2004, 3035を参照。

53 過失による保護法規違反の場合にも賠償は考えられよう。関連する保護法規に、たとえば刑法263条（詐欺）があるが、通常は、故意を要件とする。

54 非常に批判的なものとして、たとえばKoziol, Erster Kyoto-Vortrag S. 4 und 5（「方法論的な違法性」）。

秩序が示すところである⁵⁵。

形式的に見れば、ドイツの判例は、財産そのものは絶対的に保護される権利ではないという不法行為法の原則を維持している。判例が、契約法領域においてこの原則の例外を構築することでもって、この原則に疑問がさしはさまれることはない。当事者がそのような契約保護の拡張について合意できることは明白だからである。したがってこのような補足的契約解釈に係る措置は大した問題ではない。もっとも、その際、契約の中に含まれている拡張というせめてものフィクションという一線を踏み越えることは許されない。

判例のさらなる逸脱は、契約開始に際しての契約締結以前の有責性に基づく責任、つまり契約締結上の過失の領域にも及んでいる。2002年の債務法改正において、このような法形象は現在のBGB311条2項1号および2号において明文で承認された。ドイツ債務法は、これを契約類似の関係と捉えるため、その他の契約責任によるメリット——純粋財産損害の賠償や厳格な使用者責任——も認められる⁵⁶。したがって契約締結上の過失も、ドイツ不法行為法の法政策的には不満の残る狭量さを克服するのに一役かっている。

ドイツ法が契約締結上の過失を契約法に割り当てることは、理論的にみ

55 この問題について、たとえばコモンローについて、Markesinis and Deakin, *Tort Law* (6. Aufl. 2007) 157 ff.; Winfield/Jolowicz Rn. 5-35 ff.; フランス法について、Lapoyade Deschamps, *La réparation du préjudice économique pur en droit français*, in: Banakas (Hrsg.) *Civil Liability for Pure Economic Loss* (1996) 89 ff.; 比較法的には、van Boom/Kozioł/Witting (Hrsg.), *Pure Economic Loss* (2004); Wagner, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2008) 1015 ff.を参照。

56 Staudinger/Löwisch²⁰⁰⁵ § 311 Rn. 133, 137 ff.

れば、この間のヨーロッパ法とはもちろん矛盾している。2007年に採択された「契約外債務関係に関するローマⅡ規則」は⁵⁷、契約交渉に際しての有責性を、はっきりと契約外債務法に位置づけ、その準拠法上の接続を、のちに成立しあるいは成立を意図していた契約の規律に従わせている⁵⁸。

結局、契約上の付随義務や配慮義務の拡充がドイツ契約法では言える⁵⁹。これらの義務は、契約の主たる義務を補足的義務の緊密な働きによって覆い隠している。このような義務は、他の法秩序では本質的に不法行為法に含まれ、たとえば、コモンローでは、こういった義務は、不法行為に関する注意義務であるネグリジェンスが中心的な役割を果たしている⁶⁰。

上述した逸脱行動がはっきりと示すことの一つは、法典を基礎とする法体系では、狭すぎて法政策的には納得できない制定法規定の限界が、長い間に目に見えない変化をもたらし、そしてそのような変化は、たしかに各規範の文言に敬意を払いはしているものの、内容的には逸脱した解決をもたらしているということである。正当な解決のために、このことは一方では歓迎すべきことではあるが、他方で、内容的に条文の価値が損なわれることにより、その信頼性や制御機能が失われている。背景にあるのは、判例と立法との難しい関係である。判例が実質的に満足の行く解決を見つかるのであれば、立法者は、敬うべき法典にかかる修正について理論的な調整を行うのに、ほとんど必要とされていないようにも感じる。重要な領域において条文と条文の内容的な修正との緊張関係が過度になってはじめて、その規範からその内容がもはや認識されなくなり、それが法律上の修

57 ABI EU 2007 Nr. L 199, S. 40 ff. この規則は、2009年1月11日より適用されている。

58 Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Rom II-VO.

59 このことは2002年に導入されたBGB241条2項が今でははっきりと表している。

60 これについての詳細は、Markesinis/Deakin 113 ff.; Winfield/Jolowicz Rn. 5-1 ff.

正をもたらすのかもしれない。

6. 危険責任の展開

BGBの不法行為法規定は、今日の責任法全体からみれば不十分にしか描けていない。BGBの外におかれた数多くの法律に、その他の特別な請求権根拠が含まれている。これには一部、有責性原理を基礎とするものもあるが⁶¹、これと並んで、危険責任を規定する特別法規定がある。これらの規定は、有責性や違法な行為を要件とせず、ドイツ責任法に、過失責任と同等に並ぶもう一つの基本的な柱を補完するものである。たしかに過失責任が原則で危険責任が例外であるといった当初の見解は、現在でもしばしば広く言われており、BGBの不法行為規範は、このような見解をいまだはっきりと示すものである。しかし、危険責任の豊富さと意義に鑑みれば、もはや原則例外の関係として語ることはできない。

危険責任の基本構造は、今日、まさにある統一的なモデルを追求している。すなわち立法者が特別の危険の範囲、つまり危険が現実化し、損害を発生させる場合に責任ある行為者や操業者あるいはその他の原因者が過失の有無にかかわらず責任を負う範囲を定義する。たとえば不可抗力といった、これらの者のリスク領域外におかれる限られた理由でしか、その責任が免責されることはない。危険を負担すべき者の厳格責任は、人身損害や物的損害に限られ、純粋財産損害には及ばないが、これとは逆に、非財産的損害（慰謝料）の賠償責任は負う⁶²。責任には、原則として、金額に上限が設けられている。被害者の過失が競合した場合には、被害者の賠償請求権は減額される。

61 例えば、§ 9 UWG; § 97 Abs. 2 UrhG; § 33 Abs. 3 GWB.

62 ドイツの立法者はこの規定を2002年に初めて導入した。それ以前は、ほとんどの危険責任の場合、慰謝料は排除されていた。

危険責任について以上のような一般的な基本モデルがあるにもかかわらず、ドイツの立法者は、危険責任に関する一般的構成要件を採用してはいない。対照的に、たとえばフランス法では、フランス民法典1384条1項において、保管者 („gardien“) の監督および制御のもとで („des choses que l'on a sous sa garde“) 生じた損害に対する保管者の一般的な無過失責任を規定している。これまでドイツの立法者には、特別な危険を一般的に定義することは、極めて問題の多いことのように思われてきた。ドイツの立法者は、その代わり、無数の個別法を制定し、たとえば自動車の領域というように、それによって、まさに細かく線引き可能な危険領域について、その都度危険責任を導入してきた⁶³。また従来ドイツの判例は、これらの個別規定を他のカバーされていない危険領域に類推適用することを厳格に否定してきた⁶⁴。ここでは、判例は、立法者にその活動領域を委ねてきたのである。とはいっても、むしろ判例は、社会生活上の安全義務について、有責性を排除し危険責任との違いがほとんどないほどに要求される注意の程度を引き上げるなどして、過失責任の領域で、時に危険責任のそばに疑わしいほど近づけている。

法律上の厳格責任の分野は、交通リスクをはじめ⁶⁵、産業リスク⁶⁶、環境リスク⁶⁷、動物リスクの分野⁶⁸において体系化されている。このような厳格責任は、動物保有者責任や道路交通における保有者責任といった非常に伝統的な領域と同様に、原子力利用や遺伝子工学のような現代高度技術の危

63 Kötzt/Wagner Rn. 509 は、「特別法による継ぎ接ぎ」について述べている。

64 RGZ 78, 171 (172); BGHZ 55, 229 (233 ff.).

65 § 7 ff. StVG; § 1 ff. HPfG.

66 § 25 ff. AtomG; § 2 ff. HPfG; § 1 ff. ProdHG; § 84 ff. AMG.

67 § 1 ff. UmweltHG; § 89 f. WHG; § 32 GenTG.

68 § 833 S. 1 BGB; § 1 ff. BJagdG.

險領域をカバーしている。

7. 評価

ドイツ不法行為法の法律上の整理をまとめるならば、明快に秩序化された状態ともいえないし、すべての利害関係において法政策的に説得的な解決を与えているわけでもない。後者の欠点——とりわけ上述した弱点——については、判例が目立たないように広範に取り除いてきた。そのことがまさにこの領域の見通しを良くすることにはつながらなかった。このような状態で今後もやり過ごすことはできる。しかし、そこに、ヨーロッパの規定によって模範となる特性を求めることはできない。

Ⅲ. 不法行為法における「ヨーロッパ」

不法行為法の中でのヨーロッパという舞台について言えば、この間、EUレベルですでに通用している規定と、EUが目下準備し、場合によってはいつか有効なEU法となるかもしれない包括的な規定とを区別すべきである。すでに通用している規定には、規則や指令が含まれるし、また不法行為法上重要なヨーロッパ司法裁判所の判決も含まれる。将来的に考えられ得る包括的な規定としては、これまでに共通参照枠草案 (Draft Common Frame of Reference; DCFR) が提出されているが⁶⁹、その運命はなお未知数である。当事者が自主的な法秩序として選択できるといったオプションとしての有効性が、目下のところ、もっとも蓋然性があるように思われる。

ヨーロッパ不法行為法に数えられるものに、すべてのあるいはほとん

69 von Bar u.a. (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition (2009).

どのEU構成諸国において通用し、かつ契約外責任の問題を規定している国際条約もある⁷⁰。これに含まれるのが、たとえば、原子力民事責任条約⁷¹や油濁民事責任条約⁷²の両条約である。1950年のヨーロッパ人権条約(EMRK)もここに分類される。たしかに、本条約は、とりわけ各構成諸国における人権保護を保障しようとするものである。しかし、この条約は、侵害を受けた当事者に対する賠償をも規定している⁷³。この損害賠償法については、ヨーロッパ人権裁判所(EGMR)の広範な実務が存在する⁷⁴。

以下では、とくにすでに適用されている共同体法上の不法行為法に焦点を当てることとしたい。

1. 不法行為法領域におけるEUの法設定

a) 権限

支配的な見解によれば、EUには、共同体における私法の平準化をなす一般的かつ無制限の権限はないとされる⁷⁵。最も包括的な平準化権限を認めているのは、EU機能条約114条と115条である(旧EC条約94条と95条)。同条によれば、平準化措置は「域内市場の創設および活性化の対象とな

70 「ヨーロッパ不法行為法」という概念にその内容が含まれるものとして、たとえば、van Dam, *European tort law: features of a diverse landscape*, in: Twigg-Flesner (Hrsg.), *European Union Private Law* (2010) 160 ff. (160).

71 核エネルギー分野での第三者に対する責任に関する1960年7月29日協定(パリ協定)、BGBl. 1976 II 310 ff. および原子力損害に対する民事責任に関する1963年5月21日協定(ウィーン協定)、UN-Treaty Series Vol. 1063, 266.

72 1969年協定

73 ヨーロッパ人権条約41条以下

74 これについての詳細は、Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention* (4. Aufl. 2009) § 15

75 例えば Oppermann/Classen/Nettesheim, *Europarecht* (4. Aufl. 2009) § 33 Rn. 1, 45; Reich/Micklitz, *Europäisches Verbraucherrecht* (4. Aufl. 2003) Rn. 1.20 ff.; Weatherill, *Competence and European private law*, in: Twigg-Flesner (Hrsg.), *European Union Private Law* (2010) 58 ff. (58).

る」にちがいない。平準化それ自体のための平準化をEU機能条約は認めていない。さらに、とくに消費者保護といった個々の領域における平準化を認める、特定の分野に限定する権限が無数にある⁷⁶。相応して、EUは——その権限を拡張することなく——不法行為法そのものの平準化にねらいを定めることはできず、EUは、別の目標の形でそれを追求しなければならない。しかし、不法行為法の平準化は、契約法とは異なり、従来、共同体立法者の関心の的ではなかった。とはいえ少なくとも現在において、次の問いを立てることはできよう。すなわち、私法に関する従来のEU立法は、この間、上記のように広範囲の対象を受け入れてきており、分野ごとに分割することによって見通しが悪くなっていることもある。それゆえ、私法領域でなお見通しの良さと論理的一貫性を確保するために、私法領域の平準化について固有の権限が発生しているとは言えないだろうか、という問いである。

b) 個別の領域

aa) EUの職務責任

第一義的な共同体法は、EU機能条約340条2項（旧EC条約288条）に含まれる不法行為法上の規定、つまり共同体の機関や職員的不法行為に対する共同体の責任規定である。EUは、これらの損害を「各構成諸国の法秩序に共通する一般的な法原則にしたがって」賠償する。これらの原則は、ヨーロッパ裁判所による比較法的な評価の中で展開すべきものである⁷⁷。とりわけ不法行為責任の基本要素——損害⁷⁸、因果関係⁷⁹、有責

76 Art. 169 AEUV (ex Art. 153 EGV).

77 GA Roemer in EuGH Slg. 1971, 975 (Rs. 5/71, *Zuckerfabrik Schöppenstedt ./Rat*); Oppermann/Classen/Nettesheim § 15 Rn. 5.

78 これについては、Vaquer, *Damage*, in: Koziol/Schulze (Hrsg.), *Tort Law of the European Community* (2008) 23 ff.

79 これについては、Durant, *Causation*, in: Koziol/Schulze (Hrsg.), *Tort Law of*

性⁸⁰、協働過失⁸¹——について、裁判所は、EUの職務責任法の領域を超える手がかりを与えうる判決を出してきた⁸²。

bb) フランコヴィッチ事件－構成国の民事責任

共同体法の効果的な実施のために、またEU機能条約340条2項に基づき⁸³、ヨーロッパ司法裁判所は——フランコヴィッチ事件において⁸⁴——共同体法違反に関する構成諸国の責任を取り上げ、構成国が、たとえば指令を国内法に転換しないなど、共同体法に対して十分に重大な違反⁸⁵を行ったことによって市民が損害を被った場合、その市民に賠償請求権を認めている⁸⁶。ここでも、裁判所は、その判決において、損害や因果関係といった中心概念について態度決定し、そして個別に確定している。たとえヨーロッパ司法裁判所がここで各国国内法の規定（あるいは各国裁判所の判例法）に責任充足を委ねているとしても、この裁判所が、国内法がそれを下回ることは許されない重要な指令を取り上げてきた。たとえば、ヨーロッパ司法裁判所では、賠償すべき損害項目には逸失利益なども含まれることや、基本的に排除されることは許されないといったことが判示されてき

the European Community (2008) 47 ff.

80 これについては、Lukas, Fault Liability, in: Koziol/Schulze (Hrsg.), Tort Law of the European Community (2008) 81 ff.

81 これについては、Magnus, Limitations of Liability under EC Tort Law, in: Koziol/Schulze (Hrsg.), Tort Law of the European Community (2008) 286 ff.

82 この判決の構成については、Magnus/Wurmnest, Casebook Europäisches Haftungs- und Schadensrecht (2002); これらの判例法の詳細については、Wurmnest, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts (2003).

83 Damals noch Art. 215 Abs. 2 EWGV.

84 EuGH Slg. 1991, I-5357 (verb. Rs. C-5/90 und C-9/90, *Francovich u.a.*).

85 EuGH Slg. 1996, I-1029 (verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pêcheur ./ Bundesrepublik Deutschland, The Queen ./ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame u.a.*) Rn. 51.

86 たとえばEuGH Slg. 1996, I-4845 (Rs. C-178/94, *Dillenkofer u.a.*) の事例を参照。

た⁸⁷。請求権要件として十分に重大な有責性が必要であることを除けば、損害の範囲が、有責性の程度に左右されることは許されない⁸⁸。また事案によってはその請求権を減額することとなり得る協働過失が考慮されなければならない⁸⁹。

cc) ヨーロッパ司法裁判所によるその他の不法行為法上重要な判例

不法行為法領域における責任根拠にかぎらず、責任充足の面で、損害概念に非財産的損害を含めるヨーロッパ司法裁判所の判決は意義深い⁹⁰。この事件では、——契約上の——旅行主催者の責任が問題となり、旅行主催者は、旅行者と一緒に予約をしたその娘がホテルでサルモネラ菌の被害を受けたことによる損害を負担すべきであるとされた。ヨーロッパ司法裁判所は、本件で非財産的損害の賠償をも認めた。これは身体侵害に対する補償に関わる事案であったため、この判決は、旅行契約法という限られた範囲に止まらず、不法行為責任にとっても重要である。

dd) 製造物責任指令

これまでで不法行為法上もっとも重要なEU立法は、1985年の製造物責任指令である⁹¹。この指令は指令ゆえにまずは構成諸国の国内法に転換さ

87 EuGH Slg. 1996, I-1029 (verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pêcheur ./ Bundesrepublik Deutschland, The Queen ./ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame u.a.*) Rn. 86 f.

88 EuGH Slg. 1996, I-1029 (verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pêcheur ./ Bundesrepublik Deutschland, The Queen ./ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame u.a.*) Rn. 79.

89 EuGH Slg. 1996, I-1029 (verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pêcheur ./ Bundesrepublik Deutschland, The Queen ./ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame u.a.*) Rn. 84 f.

90 EuGH Slg. 2002, I-2631 (Rs. C-168/00, *Leitner ./ TUI Deutschland*).

91 欠陥製造物に対する責任に係る構成諸国の法律、規則及び行政規定の平準化に関する1985年7月25日のEC閣僚理事会指令 (Richtlinie Nr. 85/374/EWG) des

れる必要があったとはいえ、製造物責任法の変更をもたらした。フランスやドイツ、イギリスには、それまで欠陥ある製品によって生じた損害に対する、明文かつ正式な不法行為法上の危険責任はなかった⁹²。この指令によって、ヨーロッパでは、構成諸国の不法行為法に、初となる特徴が与えられたものの、むしろそれはさほど格別のものとはいえなかった。実務的な成果という意味では、この指令法は、各国の現行法に対して、ほとんど改善をもたらさなかったからである。この指令法は人身損害の場合にも妥当するものではあるが、物損の場合には、私的に利用されていた物に生じた損害であり、なおかつ500ユーロの価値を超える場合にしか認められない⁹³。さらに、指令は各構成国に対し、当該製品を流通に置いた当時の知見や技術水準に照らし、その結果を認識することができなかったという免責抗弁を製造者に認める余地を与えた（いわゆる開発危険の抗弁）⁹⁴。これらの選択肢をドイツをはじめとする各国が利用した⁹⁵。また非財産的損害を賠償するか⁹⁶、大量生産による損害について7000万エキュの上限を設けるのかということについても、この指令では各構成国に委ねられている⁹⁷。さらに伝統的な枠組みのもと、被害者に協働過失がある場合には被害者の請

Rates vom 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ABl. 1985 Nr. L 210, S. 29 ff., geändert durch Richtlinie Nr. 1999/34/EG vom 10.5.1999, ABl. 1999 Nr. L 141, S. 20 f.).

92 ドイツでは、立証責任の転換が行われていたにすぎなかった (BGHZ 51, 91); フランスではたしかに有責性と切り離された製造物責任があったが、契約法上、製造者に強硬手段をとる可能性と併せて規定されていた。イギリスでは、厳格な不法行為責任に関する唯一のリーディングとして、Rylands v. Fletcher (1868) L.R. 3 H.L. 330 があったが、これは自己所有の土地から発生した危険に対する責任にのみ関係する（これについては、Winfield/Jolowicz Rn. 15-5 ff.).

93 Art. 9 lit. b der Richtlinie.

94 Art. 7 lit. e und Art. 15 Abs. 1 lit. b der Richtlinie.

95 § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHG.

96 Art. 9 der Richtlinie.

97 Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie.

求権は減額され得る⁹⁸。この指令が完全平準化を意味しているにもかかわらず、この指令は、多数の選択肢と部分的に国内法を参照することから、EU法における統一をもたらすものとは全くなっていない⁹⁹。

特徴的なのは、ヨーロッパ司法裁判所が製造物責任指令の解釈についてこれまでに下してきた9つの判決のうち¹⁰⁰、5つは、指令の不適切な転換を理由とする構成国に対する条約違反をめぐる訴訟において出されてきた点である¹⁰¹。とりわけフランスは、それまでのフランス法の状況に応じて、被害者により有利な規定を導入しようとしたが、ヨーロッパ司法裁判所はこれを阻止した。同様のことは、スペイン¹⁰²やデンマーク¹⁰³からの先決手続でもあった。先んじてより高度の被害者保護レベルを保持する構成諸国

98 Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie.

99 Howells, *Is European Product Liability Harmonised?*, in: Koziol/Schulze (Hrsg.), *Tort Law of the European Community* (2008) 121 ff. も参照。

100 EuGH Slg. 1993, I-1 (Rs. C-293/91, *Kommission ./. Frankreich*); EuGH Slg. 1997, I-2649 (Rs. C-300/95, *Kommission ./. Vereinigtes Königreich*); EuGH Slg. 2001, I-3569 (Rs. C-203/99, *Henning Veedfald ./. Århus Amtskommune*); EuGH Slg. 2002, I-3827 (Rs. C-52/00, *Kommission ./. Frankreich*); EuGH Slg. 2002, I-3879 (Rs. C-154/00, *Kommission ./. Griechenland*); EuGH Slg. 2002, I-3901 (Rs. C-183/00, *González Sánchez ./. Medicina Asturiana*); EuGH Slg. 2006, I-199 (Rs. C-402/03, *Skov Æg ./. Bilka Lavprisvarehus A/S; Bilka Lavprisvarehus A/S ./. Jette Mikkelsen, Michael Due Nielsen*); EuGH, Slg. 2006, I-1313 (Rs. C-127/04, *Declan O'Byrne ./. Sanofi Pasteur MSD Ltd. u. a.*); EuGH 14.3.2006 (Rs. C-177/04, *Kommission ./. Frankreich*). この判決については、Magnus, *Die Entscheidungen des EuGH zum Produkthaftungsrecht*, in: FS Kerameus Bd. I (2009) 757 ff.

101 EuGH Slg. 1993, I-1 (Rs. C-293/91, *Kommission ./. Frankreich*); EuGH Slg. 1997, I-2649 (Rs. C-300/95, *Kommission ./. Vereinigtes Königreich*); EuGH Slg. 2002, I-3827 (Rs. C-52/00, *Kommission ./. Frankreich*); EuGH Slg. 2002, I-3879 (Rs. C-154/00, *Kommission ./. Griechenland*); EuGH 14.3.2006 (Rs. C-177/04, *Kommission ./. Frankreich*).

102 EuGH Slg. 2002, I-3901 (Rs. C-183/00, *González Sánchez ./. Medicina Asturiana*).

103 EuGH Slg. 2006, I-199 (Rs. C-402/03, *Skov Æg ./. Bilka Lavprisvarehus A/S; Bilka Lavprisvarehus A/S ./. Jette Mikkelsen, Michael Due Nielsen*).

にとって、それを切り下げるよう命じられることは苦々しい経験である。これを免れる唯一の道は、あらかじめ、あるいはすぐにでも立法過程における新たな試みにおいて独自の立場を貫くことである。

ee) 環境責任指令

EU環境責任指令は¹⁰⁴、その義務違反が私人に損害賠償請求権を基礎づける私法上の義務ではなく¹⁰⁵、所轄の国家機関が主張しうる公法上の義務である。また、この指令は、原因者原則あるいは「汚染者負担」原則によっている。環境損害の原因者は、それを除去し、なおかつそれに要する費用を負担せねばならない¹⁰⁶。したがって、この指令は、私法上の不法行為にとつては、重大な意味はない。せいぜい指令2条2号にある一般的な損害定義を、一般的な損害概念の確定において補助的に考慮に入れうるにすぎない。指令によれば、「この指令の意味では、この概念は次のように定義する・・・2.『損害』あるいは『加害』とは、直接あるいは間接に生じた確認可能な天然資源の不利益な変更あるいは天然資源の機能の侵害」である。実際、損害は、従前の状態の測定可能な不利益な変更として定義できる¹⁰⁷。

ff) EUのその他の不法行為法上重要な規定

さらに少なくとも2つ、言及に値するEUの規定がある。これらも同じく

104 環境損害の予防と回復についての環境責任に関する2004年4月21日のヨーロッパ委員会と理事会の指令（2004/35/EG, ABl. EU 2004 Nr. L 143, S. 56 ff.）;これについては、Hinteregger, *Environmental Liability*, in: Koziol/Schulze (Hrsg.), *Tort Law of the European Community* (2008) 103 ff.

105 指令の提案理由（14）「この指令は人身損害や私有財産、経済的損失には適用せず、このような損害態様と関係する請求権には触れない。」

106 指令の提案理由（2）。

107 以下のオーストリア民法典1293条1文とかなり類似している：「損害とは、ある者が財産、権利、人格に被ったあらゆる不利益をいう。」

不法行為法において意味をもつものである。1つは、889/2002/EG規則である¹⁰⁸。これにより、1999年の国際航空輸送についての特定の規定の統一にかかるモントリオール協定を、現行のEU法および各構成国の国内法に転換し、それによって1つの国際条約を共同体法とした。本法はEU内ではすべての国内便と国際便に統一的に適用される¹⁰⁹。モントリオール協定の民事責任規定は、目下の航空輸送業者との契約の有無にかかわらず適用される。さらにモントリオール協定の規定は、ヨーロッパに限ったものでなく、世界規模で矛盾なく解釈可能である。したがって、ここではこの特定地域の統合は、グローバルな比較法と折り合ってきたといえる。

もう一つは、すでに先に挙げたローマⅡ規則を再度指摘しておくべきであろう。ローマⅡ規則は実体責任法ではない。しかし適用可能な法の決定という準拠法上の目的のために全ての責任法を分類することによって、責任法の統一的用語や把握にたとえ間接的ではあっても強く寄与している。製造物責任事例¹¹⁰、競争違反¹¹¹、環境損害¹¹²、知的所有権の侵害¹¹³、労働争議の措置¹¹⁴は、統一的に評価され、またそれによってEU内ではいずれにせよ統一的に定義される必要がある。このような統一化による効果を評価しすぎることはない。

これら2つの規定と並んで、その他の規則や指令にも、不法行為法に含

108 事故の場合の航空事業者の責任についての理事会規則（2027/97/EG）の変更に関わる2002年5月13日のヨーロッパ委員会および理事会規則（ABl. EG 2002 Nr. L 140, S. 2 f.）。

109 本規則の1条2号。

110 Art. 5 Rom II-VO.

111 Art. 6 Rom II-VO.

112 Art. 7 Rom II-VO.

113 Art. 8 Rom II-VO.

114 Art. 9 Rom II-VO.

まれるか、あるいは不法行為にとって意味のある個別規定がある。例えば2003年の目論見書指令における目論見書責任¹¹⁵や自動車責任保険に関する指令の中の規定である¹¹⁶。

2. 評価

EUがこれまで創りあげてきた現在通用しているヨーロッパ不法行為法の状態を考察すれば、それは限定的かつ個別的かつ非体系的な規定と非常な見通しの悪さを顕わにするものである。一部の学説は、現行ヨーロッパ責任法は構造や統一性を欠き、不完全なものであるとして全く考察の対象としない¹¹⁷。たしかに現行のヨーロッパ責任法から、とりわけヨーロッパ司法裁判所の判例から、おそらく1つの不法行為法体系を築き上げることはできる¹¹⁸。しかしそれには極めて著しい構造化の作業が不可欠である。このことは、DCFRや¹¹⁹ヨーロッパ不法行為法グループによるヨーロッパ不法行為法原則¹²⁰によって提出されているヨーロッパ責任法に関する提案でも証明されている。しかし、その活用については、なおはっきりとはし

115 証券公募時および取引市場への上場認可に際して公刊すべき目論見書に関する2003年11月4日の委員会および理事会指令（2003/71/EG）6条、および2001/34/EG指令の変更について（ABl. EU 2003 Nr. L 345, S. 64 ff.; 2010年11月24日の2010/73/EU指令によって変更された, ABl. EU 2010 Nr. L 327, S. 1 ff.).

116 自動車責任保険および当該保険義務の監督に関する2009年9月16日のヨーロッパ委員会および評議会の指令. 2009/103/EG (ABl. EU 2009 Nr. L 263, S. 11 ff.). この指令は以前の自動車責任保険指令に代わるものである（指令29条）。.

117 たとえばWidmer, Die Vereinheitlichung des europäischen Schadensersatzrechts aus der Sicht eines Kontinentaleuropäers, *Revue Hellénique de Droit International* 52 (1999) 99;これに賛同するものとして、Koziol/Schulze, *Conclusio*, in: Koziol/Schulze (Hrsg.), *Tort Law of the European Community* (2008) 601.

118 そのかぎりでは、Wurmnest, *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts* 343 ffを参照。

119 これについては上記を参照。

120 European Group on Tort Law (Hrsg.), *Principles of European Tort Law. Text and Commentary* (2005).

ていない。ここではヨーロッパに行き着くまでにはなお長い道のりがある。

IV. ドイツ不法行為法とヨーロッパ不法行為法との関係

単なる構成国の一例としてのドイツ不法行為法とEUの不法行為法との現在の関係を考察してみれば、明らかにおそらくもっとも簡単に言えるのは、ヨーロッパ不法行為法のストックが次第に増すことによって国内法への浸透がゆっくりと進むということである。直接適用可能な規則や転換すべき指令による共同体の直接的な影響は、不法行為法の領域では、たとえば契約法へのヨーロッパの影響と比較するならば、まだ僅かではある¹²¹。製造物責任指令を別とすれば、そのような影響はこれまでは未知のプロセスとしてほとんど認識されてこなかった。逆に、たとえばヨーロッパ司法裁判所の判例を通して、あるいはローマⅡ規則の間接的效果を通して受ける国内法体系への間接的な影響の方が、明らかにより大きいといえるかもしれない。たとえばヨーロッパ司法裁判所のフランコヴィッチ判決は、各構成諸国の国内での国家賠償責任法やその要件効果に、調整に向けた著しい圧力をもたらした。

ヨーロッパ不法行為法の間接的影響は、むしろ、あまり見通しのよいものではない。裁判官や弁護士にとって、関連するヨーロッパ司法裁判所の判決は本来日常的な実務で常に考慮されるはずではあるが、基本的に、これらの判決は彼らに、常によく知られているわけではない。またヨーロッパ司法裁判所の個別の判決の射程距離は、すぐさま認識し、評価できるものでもない。たとえば環境責任指令の損害定義などの個別規定など一般化

121 たとえばドイツでは、とりわけEUの消費財売買指令は、2002年の全面的な債務法改正へと至った。

しうるのかどうか疑わしいこともしばしばである。

もっとも、ヨーロッパ不法行為法と、再び構成諸国の法秩序に関する一例としてドイツ不法行為法とをとりあげれば、この両者は、全体として全く相容れないものではないことも認めうる。両者の一般的な基礎は、むしろかなりの範囲で一致している。

最後に確認しておくべきことは、EUによって生成されまた生成されるべき不法行為という意味でのヨーロッパ不法行為法は、各構成国の法にその根源を有しており、そしてたとえ排他的には言えなくとも、本質的にはそこに根源をもつものに違いない。構成諸国の法を統合し、また有効に補完することによって、ヨーロッパ不法行為法は生まれる。それによって、構成諸国の法が、発展するEU不法行為法に影響を与えるのと同様に、それがまた各国法秩序にも逆に影響を与える。その際、いずれの国内法もただ一つとしてそのままに維持されるものはないことは明らかである。

以上のことから、ヨーロッパは、現在、たとえば南アフリカやイスラエル、スリランカ、ケベック、ルイジアナあるいはスコットランドのような、いわゆる混合法秩序によって知られるプロセスを経験している¹²²。これらの国々では、その法は様々な源泉——コモンローや大陸法であり、南アフリカやスリランカでは一部ロマン法も含む——から組み立てられ、そして新しい「ハイブリッド」秩序へと結実している。同様のことが、目下ヨーロッパでも、ゆっくりと、しかし阻止しがたいプロセスの中で起こっている。EUとアメリカ合衆国を比較すれば、コモンローでは、アメリカ合衆国の（ルイジアナ州を除く）すべての州のために、米国の独立以来、

122 これについては、とりわけPalmer (Hrsg.), *Mixed Jurisdictions Worldwide. The Third Legal Family* (2001) を参照。

長きにわたってこれに共通する基盤を形成してきたのに対し、ヨーロッパでは、そのような共通の基盤についてようやく取り組みを開始したところである。

〔付記〕本稿は、科学研究費補助金（学術創成研究費）「ポスト構造改革における市場と社会の新たな秩序形成——自由と共同性の法システム」（研究代表者・川濱昇京都大学大学院法学研究科教授）の一環として、京都大学において招聘された（コーディネーター・山本敬三京都大学大学院法学研究科教授）ハンブルク大学のウルリッヒ・マグヌス（Ulrich Magnus）教授による連続セミナーの1つとして、2011年2月28日に、龍谷大学において「ヨーロッパとの関係で見るドイツ不法行為法（Das deutsche Deliktsrecht im europäischen Kontext）」と題して行われた講演の原稿を訳出したものである。本講演会の後、引き続き行われた質疑応答においては、中田邦博教授（龍谷大学法科大学院）が司会および通訳の労をとられ、多数の参加者のもと、活発な議論が展開された。

なお、本講演会の開催にあたっては、ヨーロッパ契約法研究会（代表＝川角由和龍谷大学法科大学院教授）および龍谷大学法学会からの支援を得たことをここに記して感謝したい。