

## 権利論とその限界

原島, 重義  
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1703>

---

出版情報 : 法政研究. 42 (2/3), pp.265-294, 1975-12-25. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 権利論とその限界

原島重義

- 一 本稿の意図
- 二 権利論の変質
- 三 権利論の放棄（その四まで本号）
- 四 権利論の承継と限界の打開
- 五 むすび

## 一 本稿の意図

一 本稿は、わたくしがさきに発表した「民法理論の古典的体系とその限界」（山中康雄教授還暦記念「近代法と現代法」所収）の続編であつて、とくに、その一部をなす権利論を補完するものである。

みぎの論文で、わたくしは、大要、つぎのようなことを述べた。すなわち、民法解釈上の個別的諸問題を解決するには、それぞれの解釈問題が生じて来る場所・位置をはっきりすること、言い換えるなら、それらの諸問題を民法の一般理論との関連で位置づけ、解決の方法を見出す、という道筋をとらないわけにはいかない。一例を挙げるならば、解釈上の問題が法の欠缺による規範（C）の発見というかたちで解決されねばならない場合に、そもそも法の欠缺があるかどうかを確認するには、発見さるべき規範（C）の周辺にある規範群（B）、つまり類推適用の前提をなす

規範群 (B) の位置と性格が明らかにならなければならない。さらにそのためには、これらの規範群 (B) が民法の骨組みを構成する基本的な規範群 (A) がないとその基礎をなす一般的な法命題とどのような関連にあるかが当然に問われねばならないことになる。しかし実際には、B 規範群はしばしば A 規範群との関連性が明らかでなく、いわば一般的な法命題にはなじまない (Trend) が故に、B 規範群じたいが、ばらばらに相互の関連性をまったく意識することなく設定されており、このため、それぞれの規定の性格を明らかにすることは困難なことが多い。このために、これら既存の法規範 (B) から類推して、あらたな法規範 (C) を発見することもまたむずかしい、ということにもなる。つまるところは、個別的な問題の解決も、つねに、民法の骨格をなす一般的な法命題とこれに貫かれた基本的な規範群 (A) の性格規定に立ち帰らざるをえない<sup>(1)</sup>。しかも、これはたんに論理整合性の問題ではない。法律構成のしかたによってたんに説得技術の巧拙を争うことでもない。それは、法規範の根底にある価値基準、ヘック流に言うならば、法規の原因をなす「利益」を明らかにすることに關わる事柄である。<sup>(2)</sup>

こうしてわたくしは、とりあえず、ドイツ民法の骨組みがサヴィニー段階に形成された、とみた。ここでは、個々の人格が支配する自由領域を画定する権利、自由な人格の意思力によって形成され、権利の複合をなす法律関係、自由のない手、自律的人格として権利者たりうる法的主体、<sup>(3)</sup> というように、民法の骨格はドイツ古典哲学の「自由」という基本的価値によって裏打ちされている。この価値基準によって貫かれている基本的な規範群 (A) を、わたくしは、いちおう民法理論の古典的体系と名付け、とくにその権利論と法律行為論に即して、現在における限界を見ようと試みたのであった。

(1) たとえば駐車場事件 (Parkplatzfall, BGHZ 21, 319) に例をとると、有料駐車場に自分の自動車を駐車しながら、駐車料を支払うつもりはないと言った被告に対し、原告からの駐車料請求を認容するについては、いわゆる事実的契約関係の

理論をとれば(判例、ラレンツ)、法の欠缺をまったく新しい規範創造により充填することになる。他方、事實的契約關係を信賴責任の一種と解するとすれば(クラウスハール)、関連する規範群(B)との類似性を明らかにする必要がある。これに対し、法律行為論で処理し、有償で用意された給付の請求に当る、とする立場(フルーメ、カナリス)もある。いずれにせよ、基準をなすのは法律行為論であり、これとの関連・異同を明らかにする作業を欠かすことはできない。原島・前掲論文一五二頁以下参照。

(2) Vgl. Philipp Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), S. 17, 59, 63. この意味は、たんに訴訟当事者両方の利益をくらべるわが国のいわゆる利益衡量論とはまったく異なる。

(3) サヴィニーにあっても、随所にこのような自由の価値基準が述べられている。「人間は外的世界の中に在る。人間の周囲のもっとも重要な要素、それは、その性質と規定とによって同じであるもの、人間との接触である。自由な存在が相互にかような接触をする。相互に促進的に、妨げず、自由を發展させる、とするなら、自由な存在は、ただ目に見えぬ諸限界を承認することによってのみ可能である。この諸限界の内部で存在各人の活動が、確かに自由な領域を獲得する。かような諸限界を決め、この限界によって、この自由領域を決める規則が法である。ここに同時に、法と道徳(Sittlichkeit)との類似性と差異がある。法は道徳に奉仕するが、それは、法が道徳の命令を実施することによってではなく、道徳の、各人の意思に内在する力の自由な展開を保障することによってである。」 Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, § 52, S. 331f. 「法規による法律關係の規定は、個別意思に、他人の意思から独立して支配すべき領域を指示する、とらうことにある。」 Savigny, a. a. O., Bd. 1, S. 333. 「法律關係の本質は、個別意思の独立支配の領域として規定された。」 Savigny, a. a. O., Bd. 1, § 53, S. 334. 「これまで権利はそれじたい、自由な存在の共同生活の必須条件とみなされた。法規によって支配される生活の中に、自由によって産み出され、維持されるところの法秩序が存在する。しかしわれわれは、法秩序の本質を自由の中に置くことによって、同時にわれわれは、それに対する自由な反作用の可能性を、かくて、かの法秩序の侵害であるところの権利侵害の可能性を考えねばならぬ。」 Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, 1841, § 204, S. 1.

二 とくに権利論に関しては、みぎの論文においてわたくしは、新たな法的保護の問題、すなわち、一般的な予防的

不作為の訴、商号権・商標権などの無体財産権、いわゆる営業権、一般的人格権などの諸問題を概括的にとり扱った。これらの諸問題はそれぞれに社会的意味において異なっている。しかし、つぎの点では共通する。すなわち、組織されて強大な力をもつ企業の存在は、もともと古典理論の予想しなかったもの、といえる<sup>(4)</sup>。したがって、企業の活動を保護する法的な手段と、その力に対して個人を保護する手段とは、この意味でも新しい問題を提起したのであって、これらの手段による法的保護の前提に、古典的な権利概念と同じような権利を想定することができるかどうか、当然に問題となった。そして、みぎのいずれの問題においても、その法的保護の前提に権利(das subjektive Recht)を措定することに反対する、有力な見解があることを、わたくしは指摘したかったのである<sup>(5)</sup>。そこには、論者の意識すると否とにかかわらず、あらたに問題となった法的保護の性格規定の基準となるべき(古典的)権利論が生きている、といわざるをえない。権利論不在の状態になってすでに久しいわが国での学界常識からは、法的保護を与えながら、しかもその者に権利を認めない、というのは、おそらく理解に苦しむところであろう<sup>(6)</sup>。しかし、西ドイツでは、権利概念に一定の内容を前提するが故に、これらの法的保護を、権利侵害を理由に認めるわけにはゆかない、とする議論があるのである。すなわち、具体的な解釈論上の問題がすぐれて一般理論との関連で、古典的権利論の限界というかたちで現われているのである。こうしてまた、これらの法的保護の理由づけは、古典的権利論を捨て去って、まったくあらたな観点へと移ってしまうか、それとも、古典的な権利論を承継しながら、その限界領域を見極めるとともに、これとの関連で、あらたに補完的な観点を導入するか、という民法解釈論上のきわめて基本的な態度決定を迫られるものとなっている<sup>(7)</sup>。

わたくしは本稿で、このような問題をふたたび取り上げたい。そのさい、検討の主たる素材をカメラ・ライnhルト論争に求め<sup>(8)</sup>、問題を主として営業侵害に限定することにする。というのは、カメラの主論文「不法行為の変

遷」においては、営業侵害の問題はいわゆる一般的人格権の問題とともに、もつとも具体的に、力を入れて扱われている、と思われ、一方またラインハルトの論文は、営業侵害について大半をさいているからである。さらにまた、権利論を権利侵害論の側面から、つまり民事違法論としてとり上げる場合、不法行為だけでなく、物権的請求権（ないし差止請求権）を無視しては、この問題を正当にとり扱うことにはならないようにおもわれる。<sup>9)</sup> わが国において、次のような状況があることを見れば、このことはいっそう重要であろう。すなわち、物権的請求権は相手方に対する行為請求権か忍容請求権かが争われている。<sup>10)</sup> つぎに、物権的請求権と不法行為による損害賠償請求権の区別が明らかでない。<sup>11)</sup> そればかりでなく、差止請求権を不法行為の中に吸収しないし解消しようとする傾向すら見られる。<sup>12)</sup> さらに、同じ事案では、不法行為に基づく損害賠償請求権が認められることがあっても、差止請求権が認められるのはより困難である、とする考え方が、<sup>13)</sup> かくべつ明確な理由もなく普及している。これらの問題についても、本稿が多少の照明を当てることができれば、よい。さいごに環境権の主張をわれわれはどう受けとめるべきであろうか。まったくあらたな段階における権利論の復興である。環境権論は、裸の利益衡量を排除して差止請求の貫徹を目指す点において、古典的権利論につながるように見えながら、他方、そのいうところの環境共有の法理の側面では、実体において当然のことながらそれとは異質のものを含んでいる。本稿がいわゆる環境権の法律的構成についても、何がしかの前提を示唆することがないだろうか、とわたくしはおもっている。

しかし、権利論、ないし民事違法論はあまりにも大きい問題である。前述のように問題と素材とを限定しながら、検討を進めるほかない。

(4) サヴィニーは、自然人だけが権利能力をもつのであって、社会的組織体は当然に権利能力をもつものではない、と考えていたようにおもわれる。「すべての権利は、道徳的な、個々の人間各人に内在する自由のためにある。それゆえ、人格も

しくは法的主体の本来の概念は人間の概念と合致する。そして両概念のこのような本来の同一性はつぎの定式で表現される。すなわち、個々の人間の誰もが、そして個々の人間だけ (*nur der einzelne Mensch*) が権利能力をもつ。にもかかわらず、人格のこの本来の概念は、実定法により二通りで、立てられた定式にすでに暗示された変更を受けることができる、制限的な変更と拡張的な変更とを。かくて第一に、個々の人間の多くに権利能力が完全にもしくは部分的に拒まれることがありうる。第二に、権利能力が個々の人間以外の何かあるものに委譲されうる、すなわち法人が人為的につくられる (*künstlich gebildet*) ことが出来る」Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 2, 1840, § 60, S. 2. これに関して、コイニングはつぎのように解する。このサヴィニーの態度は、啓蒙主義ないしフランス革命の社会理論におけるいわゆる中間団体 (*corps intermédiaire*) に対する嫌悪とパラレルをなしている。サヴィニーの私法体系は、自律的個人の総体としての社会を国家に対置する基本モデルに対応しており、これはまさに啓蒙主義すなわち一七、一八世紀の自然法理論のモデルである。もっとも、サヴィニーがこのような関連を意識していたかどうかはきわめて疑わしい。フランス革命、とくに平等思想の公然たる敵であった彼がこの体系をドイツ私法に支配させたということから、たんに、啓蒙主義によって展開されたモデルが彼の時代において強さと自明性をもって示す、とだけ解してよいかも問題である。しかしいずれにせよ、事実上、これらの社会組織体の中でもっとも重要なもの、すなわち有限会社と株式会社は、私法体系ができあがった後にはじめて、成立したか、もしくは個別的に法律的形成をとげたのである。Vgl. H. Coing, *Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem*, *Festschrift für Hans Dölle*, 1963, S. 29, 31. なお、おみぎのような理解の前半については、つぎの説が出されている。ALRの後見的要素は、その「封建性」のあらわれではなく、むしろ身分制社会構造の解体に奉仕し、一般住民制、さらに進んで一般公民制の前提を与えようとするものであった。同様に、結社の自由はまさに国家の許可に保護によって、身分制的特権に対する自由として成立したのである。サヴィニーにあっても、ゲマインデと国庫以外のすべての法人の設立について国家の承認を要件とし、それによって諸団体を国家権力の前に平準化した。そのような「平準化」がまさに「市民社会」の要請だったことはいままでもない。村上淳一「ドイツ『市民社会』の成立」法学協会雑誌八六卷八号九一九頁、九二三頁註(12)参照。しかしなお、本文のような規定は許されよう。

(5) わたくしは前掲論文では、とくにラレンツ、ライザイ、ケメラ、エッサーなどの所説をとり上げた。しかし、もちろん

これらの学者の権利論が同じだというわけではない。後註(7)参照。

(6) 一九五四年の判決 (BGHZ 13, 334) 以来、いわゆる一般的人格権 (das allgemeine Persönlichkeitsrecht) を認めるのが確定した判例といえるのに、なおわたくしがこれを権利 (das subjektive Recht) と見ない反対説をとり上げたことに對し、人格権否定は問題という批判を受けた。その法的保護の必要性をみとめないもの、と誤解をうけたらしい。

しかし、そもそもドイツ民法八二三条一項においても、生命・身体・健康・自由は所有権その他の権利と同様、絶対的保護を受けることを明示したとしても、それが権利 (das subjektive Recht) である、といったわけではない。理由書にもつぎのように述べている。「生命・身体・健康・自由および名誉の侵害も七〇四条二項の意味での権利の侵害とみなす規定が必要である。何故ならば、これらのより上位のもの (diese höheren Güter) を権利とよぶことができるかどうか、たしかに疑問のあるところ (mit Grund bezweifelt werden kann) であるけれども、加害 (Schadenszufügung) をより狭くとらえるところらのものにはしばしば欠くこととなった保護をも、これらのものはまさしく必要とするからである」  
Motive, Bd. 2, S. 728.

人格を他の諸権利とは性質の異なった、より高次のものとする考え方は、すでにサヴィニーにもあった。第一に、人間の自分自身と自分の諸能力に対する正当な力 (die rechtmässige Macht des Menschen über sich selbst und seine Kräfte) は疑いえないところである。それ以上に、この力は、たとえば所有や債務のような真の権利すべての土台であり前提である。これらの権利は、たんに、われわれの固有の人格的力の人為的拡大 (künstliche Erweiterung)、われわれの自然存在に人為的に付け加えられる新しい器官として、われわれにとって意味と価値をもつにすぎない。かの、われわれ自身に對する力には、実定法による承認や限定を必要としないのであって、かの自然の力 (jene natürliche Macht) をその力の人為的な拡大と同一視するのは不当である。第二に、この人間の自己自身に對する自然の力を他人の干渉に對して保障することが、多くの個々の実際上の法制度の出発点である。これらの制度に属するものとして、大部分の刑事法、さらに民事法では、名誉毀損・詐欺・暴力に對する保護を目的とする多数の権利、なかでも占有上の法的手段などがある。人格の不可侵性はたしかにこれらすべての権利の究極の根拠 (der letzte Grund) である。にもかかわらず、これらの権利はこの不可侵性の純粋な展開 (reine Entwicklung) とみなさるべきではない。むしろ、これらの権利は全く実定的な法制度であって、その特殊な内容はかの不可侵性じたいとは全く異なったものである。もしかの不可侵性を自己の人格に對



する権利 (Rechte an der eigenen Person) と表現しようとする。この表現によって、その眞の性質がただ曇らされてしまっただけである。こうしてサヴィニーはプファタの人格権論を批判している。Vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, § 53, S. 336f. なお、みぎの後半部分における、名譽毀損などに対する保護を目的とする権利、とサヴィニーが言っているのは、現在では、請求権の意味に解すべきであろう。

ちなみに、末川博「権利侵害論」(末川博法律論文集Ⅱ「権利侵害と権利濫用」五〇〇頁以下)においても、人格権なるものを前提する必要なし、としているのは注意されてよい。少し長いが、重要なので引用してみよう。「勿論、人の意思支配というようなものは、外界に存在する客体についてのみ認められるのではなくて、自分自身についても認められ得るであろうが、それについて積極的に許容するという如き態度は、今日の法律制度の採っているところではない。即ち生命を保有し、健康を維持し、自由に活動するというのが如きことについて、一般的に法律が積極的な内容を示して許容する態度を採っていることはなく、ただ消極的にそれを侵害してはならぬという方面から、刑罰を科するというような方法で、命令しているにとどまっている。だから、私は、少なくとも、各種の物権や債権と同じような意味で生命権、身体権、自由権という如き権利を認めることはできぬと思う。否、生命、身体、自由、名譽の如きは、いわば権利以上の存在であって、人が人として法律の世界において人格を認められている以上、当然に保護されるものであって、寧ろ権利の発する根源でありまた権利の帰する幹流であると観なければならぬ」ここには、その後わが国で一般に誤解されたように「権利侵害を違法性に置きかえ」て権利論を放棄したからではなく、一定の嚴密な権利概念をとるが故に、人格権なるものを否定することが明らかに示されている。すなわち、「……私は、権利は許容的法規との関係において与えられる積極的な独立のものであると考え、法律によって——殊に所謂一般的不可侵義務の反面において——保護されているものが総て権利であるというようには観ないから、また不法行為の成立には必ずしも権利侵害があることを要するとは解しないから、生命権、身体権ないし信用権というようなものを一々権利とする必要はないと思う。だから、後にも述べるように、例えば、詐欺によっていかなる権利が侵害されたかを究明しようとするが如きは要らざる詮索であるかと思う」と述べられている。末川教授の「第七百九条に所謂権利侵害は加害行為の違法性の徴表たるにとどまる」という主張は、その後の学説に受け入れられたが、末川教授の「法律によって保護されているものが総て権利であるとは考えない」という、もう一つの命題は忘れられている。これでは、末川教授の権利論そのものは継承されていないことになる、とわたくしにはおもわ

れる。

(7) わたくしは前掲論文では、このような二つの立場にまで言及しなかった。その中で、ケメラーは本文の前者の方向を目指し、エッサーはやや前者の立場寄り、ラレンツは中間、ライザーはまさしく後者の方向をとる、といちおう図式的に位置づけることができよう。前掲論文でわたくしは、そのケメラーですら古典的な権利概念を捨ててはいない、ということを目指したかったのである。

(8) v. Caemmerer, Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB, Karlsruher Forum 1961; derselbe, Wandlungen des Deliktsrechts, Deutsche Juristentag-Festschrift II, 1964. Reinhardt, Die subjektiven Rechte in § 823 Abs. 1 BGB, Karlsruher Forum 1961.

ケメラーについては、すでにわが国でもたびたびその不法行為論が紹介されている。例えば、柳沢弘士「ケメラーの民事不法理論」日本法学三一巻一号・二号・四号、徳本伸一「ケメラー『不法行為法の変遷』」法学三一巻四号、乾達明「不法行為法についての一考察」法学論叢八二巻一号七二頁以下、などがある。しかしわたくしは、これらの紹介とは異なった視点からこれを取り上げる。

(9) 末川「権利侵害論」は不法行為のみを扱い、その他の論文でも、どうしてか物権的請求権がほとんど取り上げられていない。しかし、末川教授の権利論は、物権的請求権との関連においてさらにより具体的な意味をもちえたのではないかとわたくしにはおもわれる。

(10) たとえば、忍容請求権とするものに、「……過失責任の一般原則(七〇九条以下)にしたがい、被告に責任がない場合には被告の義務の内容は単に原告のなす原状回復行為を受忍することにとどまり、被告に責任がある場合にのみ被告は彼の費用で積極的に原状を回復すべき義務をおう」(川島武宜・民法I総論・物権一〇八頁)。同旨、舟橋諄一・物権法四六頁。こうなると、相手方に(その負担において)妨害排除を求めることは、不法行為責任の追求と異ならない、ということになってしまう。

(11) いずれも、過去あるいは現在の侵害に対する現状回復請求権と解されることがある(前註(10)の川島・同所、舟橋「いわゆる物権的請求権について」私法二九号三七九頁。なお、これに対し妨害予防請求権だけは「侵害予防現狀保持請求権」となる。舟橋・前掲同頁)。そうだとすると、飼われていたうさぎが生垣の間を抜けて隣地の菜園を荒した場合、菜

園所有者が生垣の修繕を請求する場合はどうなるのか、これは過去の侵害なのか現在の侵害なのか。損害賠償はなくなった野菜をもとの状態に戻す（この場合は金銭で）、つまり現状回復である。これに対して妨害排除は、侵害の原因（Quelle）の除去である、と解することの方が明確であろう（妨害予防請求権も、将来ありうべき侵害原因の除去である）。  
Vgl. Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl. 1966, § 36, III, S. 180. 同旨、好美清光「物権的請求権」注釈民法(6)四九頁。

(12) たとえば、加藤一郎編・公害法の生成と展開四〇四頁以下（野村好弘担当）、同四三九頁以下（竹内保雄担当）。

(13) たとえば、差止請求がどこから認められるかにつき、「被害がゼロのところから出発して、だんだん被害が大きくなっていくと、それがある一定の限度をこえたところから、損害賠償が認められるようになる。しかし差止請求が認められるのは、それよりかなり高いところで、どうしてもとめなければ困るという場合に限られることになるであろう」と説かれる（加藤編・前掲書一三頁―加藤一郎担当）。

## 二 権利論の変質

一 古典的な権利概念がくずれ、その内容があいまいなものになって来たのは、判例による法的保護の拡大に伴うものであった。つまり、判例は権利侵害以外の法律要件で違法を認定するのではなく、保護さるべき対象を権利だとすることによって、目的を達しようとしたからである。

この意味で重要なのは、一九〇四年の企業権（das Recht am Unternehmen）承認判決（RGZ 58, 24）であった。これは、実際は保護資格を欠いている登録意匠を根拠に、他の競争者に対して問題の製品の製造中止を要求した事件であった。この要求に従った側が、あとで理由がないことを知って損害賠償を請求したのである。これに対して裁判所は、これは、違法な・直接に営業に対して加えられた侵害であり、ドイツ民法八二三条一項の権利侵害であって、

被告の過失によって不法行為責任を生ずる、とした。

それまで、BGB施行後の状況は、営業侵害に対する保護は、もっぱら競争法 (Wettbewerbsgesetz) の諸規定 (この時期はまだ一八九六年不正競争防止法 UWG の時代) によるか、さもなくば、名誉毀損・信用侵害について八二三条二項の保護法規 (Schutzgesetz) 違反でゆくか、さらにまた、八二四条の信用侵害規定、なかでも八二六条の良俗違反の方法による侵害ということにカバーする外なかった。こうしてこの判例は、営業侵害に保護を拡大する後続の判例に大きな影響を及ぼしたのである。その後の展開については、あとで詳しく述べることにする。

もうひとつ、権利論の様相に決定的な影響を与えたのは、ずっと時代が下がって、一九五四年の人格権 (Das Persönlichkeitsrecht) を認めた、いわゆるシャハト書簡事件 (BGHZ 13, 334—Schacht-Brief-Urteil) だといってよからう。この事件では、シャハトをある訴訟で代理していた弁護士が、この依頼人の要請で、ある新聞に新聞紙法上の訂正要求を手紙に書いた。ところが新聞はこれに応じないで、弁護士の手紙を、真意をそこなうような省略をしたうえで、「読者だより」の欄に発表した。それは侮辱的だとはいえなかったが、ために、弁護士について、政治的な立場でも、また人間的にも、まったくちがった感じを読者に与えることになった。裁判所は、弁護士の釈明 (Klarstellung) 要求を認めたのである。その根拠を、人格権を権利 (das subjektive Recht) だとして八二三条一項からひき出した。

それまで主として八二六条を大中に利用するにとどまっていた。しかし、八二六条の要件である、良俗違反のふるまい、という非難が当るようなものでなければならなかった。この判決は、たんに過失にもとづく侵害にも広く保護を与える決定的な転換をもたらした。<sup>15)</sup> この転換の背景には、以前には考えられなかった状況がある。第一には、望遠写真レンズ、小型カメラ、盗聴装置、テープレコーダーなどの技術の発展によって、ひとの私的領域への侵入を可能

にし、新聞、映画、ラジオ、テレビなどのマスメディアは、その広汎な影響力によって、人格侵害の結果を深刻なものとしたこと。第二には、一九四九年基本法の制定がある。その第一条第一項は「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し保持することは、国家権力すべての義務である」とし、第二項は「他人の権利が侵害されず、憲法秩序または道徳律に反しない限り、人格の自由な展開は保証される」と宣言した。これを根拠に、コーピング、ニッパードイなどが、一般的人格権を八二三条一項の意味での権利として承認することを主張したのであった。<sup>(16)</sup>

(14) Vgl. Caemmerer, Wandlungen, S. 84.

(15) Vgl. Caemmerer, Wandlungen, S. 108f.

(16) Vgl. Caemmerer, Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nach deutschem Recht, Festschrift für v. Hippel, 1967, S. 31.

二 ドイツ民法の不法行為規定は三本の柱から成り立っている。第一は、八二三条一項であって、他人の生命・身体・健康・自由の侵害を違法とし、あわせて、所有権その他の権利の侵害(*die Verletzung des Eigentums oder eines sonstigen Rechts*)を違法としている。第二グループは、八二三条二項の保護法規違反 (*Verstoß gegen Schutzgesetze*) を代表として、その他、信用侵害(八二四条)、特定の監督義務の違反(八三二条、八三三条、八三四条、八三六条ないし八三八条)、さらには不正競争を違法とする不正競争防止法(*UWG*)の諸規定などがある。第三は、故意にもとづく良俗違反の加害 (*die vorsätzliche sittenwidrige Schadenszufügung*) を違法とする八二六条である。つまり、ドイツ民法は、権利侵害のみを不法行為としたわけではない。権利侵害は、保護法規違反および反良俗行為と並んで、加害行為の違法性を決するひとつと標準たるにとどまっている。<sup>(17)</sup> もっとも、フランス民法一三八二条が「自己の過誤 (*faute*) によって、損害を加えた者」、オーストリー民法一二九五条一項が「過誤 (*Verschulden*) により、与え

た損害」、さらにはスイス債務法四一条一項が「違法に、(widerrechtlich) 損害を与えた者」、と規定するのに比べて、より具体的な規範を設定している。<sup>(18)</sup> たしかに立法者も、フランス民法のような不確定な原則に満足せず、裁判に確固たる法律上の根拠を与えるため、要件をより厳密に限定することを意図したことがうかがわれる。<sup>(19)</sup> そして権利侵害と並んで規定され、一般条項として機能する可能性をもっていた第一草案七〇四条一項の「禁止法規違反」(Verstoss gegen ein Verbotsgesetz) は捨てられた。<sup>(20)</sup> しかしながら、ドイツ民法の不法行為規定は一般条項だけ、あるいは個別的な法律要件だけ、のいずれでもなく、その中間の道をとった、と解することができよう。すなわち、八二三条二項の保護法規違反の規定、同一項の「その他の権利」の指示によって、なお展開の余地を残した法律要件を設け、一種の一般条項を創造した、と見ることもできる。<sup>(21)</sup>

しかし、法的保護拡大の要求にこたえるために、その後は、もっぱら、問題の利益が八二三条一項の「その他の権利」であるかどうか、という方向で議論されることとなった。この概念をめぐる論議は必ずしも生産的なものではなかった。営業に対する権利は所有権類似のものであるとか、人格権は明文の規定を欠く故に八二三条一項の権利ではないとか、いわれることもあって、あたかも権利侵害でなければ不法行為にならないという前提をとるような状況を生じた。みぎの二つの判決はこの線上で一応の結論を下したのであった。

(17) 末川・前掲三七三頁は、このことを早くから強調したのであった。

(18) オーストリー民法一二九五条二項、スイス債務法四一条二項は、ともに良俗違反の加害行為を規定し、いずれも二本の柱を立てた。この意味では、フランス民法は一般条項の性格がより強い。

(19) Protokolle II S. 571, Denkschrift S. 97 (Mugdan II S. 1267).

(20) Motive II S. 725f.

(21) Reinhardt, Die subjektiven Rechte in § 823 Abs. 1 BGB. S. 3.

三 このような状況に加えて、さらに権利論を混迷に導く判例の展開があった。すなわち、予防的不作為の訴 (*vorbeugende Unterlassungsklage*) に関してである。<sup>(22)</sup>

第一に、実際に侵害がこれまで生じたことがなくても、そのおそれがあれば、予防的不作為の訴をみとめるのに充分、とする判例が確立した (RGZ 101, 335; 151, 239)。これに加えて、第二に、判例は、権利侵害の場合だけでなく、これを超えて、八二三条二項の保護法規違反、ならびに八二六条の良俗違反によって、違法な侵害のおそれある場合にも、一〇〇四条を類推適用して予防的不作為の訴を認容することとなった (RGZ 116, 151; 150, 372)。

このような状況では、もはや予防的不作為の訴は権利侵害を要件とする、とはいえなくなった。強いていうならば、予防的不作為の訴を起こすことのできる者は「たんに保護されるべき法的地位」 (*die bloss geschützten Rechtspositionen*) をもつ、といえるにすぎない。そこで、この拡大された予防的不作為の訴の法的な根拠について、権利侵害でないとすればそれは何であるか、論議をよぶことになるのは当然であった。<sup>(23)</sup> これもまた、わたくし流にいうなら、権利論の限界についての重要な問題のひとつである。しかし一部にはニッパードイのように、なおこの場合にも権利侵害を想定して、「法律要件該当の違法侵害に対し不作為を求める権利」 (*ein subjektives Recht auf Unterlassung des tatbestandmässigen rechtswidrigen Eingriffe*) が侵害されることにより予防的不作為の訴が生ずる、とする構成が現われた。<sup>(24)</sup> しかしこうなると、いかなる場合に不作為の訴が認められるべきか、という問に対して、不作為を請求しうる権利があるときにこの訴は認容される、と答えるものであって、一種の *Tautologie* にすぎない。しかもこの「権利」なるものは、水でうすめて内容稀薄となったものであって、その「権利」の侵害あるが

故に違法、不作為の訴を生ず、というかたちで機能することができないものとなっている。ここでも、およそ法的保護が与えられるからといって、必ずしもその前提に権利 (das subjektive Recht) があるとはいえない、ということが想起されてよい。<sup>(25)</sup>

いずれにしても、権利概念の機能に対する不信、さらにはとくに不法行為要件から権利概念を完全に捨て去れ、という声が高くなる。

(22) この点に関して問題の所在を指摘するものに、中井美雄「ドイツにおける権利侵害予防制度の一考察」立命館法学昭和三九年五六号四二七頁以下がある。中井教授はこれが、不法行為責任発生要件をめぐる「権利侵害」、「違法性」理論の再検討、BGB八二三条一項の保護領域の具体化、更に、不法行為による損害賠償請求権と物権的妨害排除請求権の関係等、基本的な問題にかかわることを指摘して、論文を結んでいる(同・四二九頁)。

(23) 学説の紹介につき、中井・前掲四一八頁以下参照。原島・前掲二二〇頁以下も、この問題を権利論との関連でとり上げた。また、わたくし自身の考えは後述する。

(24) Nipperdey, *Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 1959, § 72 I 3 S. 436.

(25) たゞえば Raiser, *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht*, *Juristenzeitung*, 1961, S. 467, 472f.; Caemmerer, *Wandlungen* S. 55, 89. なお、わが国では、むしろ稀釈された権利概念の方がなじみがある、といえるのではないか。すでに指摘したように、たとえば末川教授の「権利侵害論」は、権利侵害の違法性による置き換え、の理論としてだけ受け入れられた。もはや違法性こそが問題であって、権利侵害がともに問われることはなくなった。末川教授にあっては、不法行為における違法性が「権利侵害のある場合」(前掲四八二頁以下)と、「権利侵害のない場合」(前掲四九九頁以下)に分けられていることも、したがってまた、前提をなす末川「権利論」の核心的な部分も、その後においてまったく忘れ去られた観がある。



## 三 権利論の放棄

一 判例は、すでに見たように、法的保護を拡大するために人格権と営業権をみとめた。判例が法的保護を拡大したことは積極的意義を認めても、その法的構成に関して論議がわいた。人格権については、賛成論だけでなく、いぜんとして反対論がつづいた。<sup>(26)</sup> 営業権についてはもつとはげしい反対説がみられた。<sup>(27)</sup> これらの反対説からは、判例の権利論はもはや古典的権利論とはまったく異なったものに変質したと受け取られた。いずれにせよ、これを契機に、古典的権利論に対する反省や批判、さらには不信が表面化した。同様に、判例によって、権利侵害でなく、保護法規違反や良俗違反に予防的不作為の訴が与えられたことは、もつと端的に、権利論とはまったく別の違法論を可能にするようにみえた。

このような展開の行きつくところは、もつとも顕著な流れのひとつとして、刑法における目的的行為論の民事法への導入であった、といってもよい。この流れは、つまりは権利論の廃棄であり、一般に結果不法 (Erfolgsrecht) から行為不法 (Handlungsrecht) への移行、といわれるものであった。<sup>(28)</sup> バウアーにしたがい、この行為不法論をとる代表的な学者として、たとえば、H・A・フィッシャー (Fischer)、エンギッシュ (Engisch)、ニッパード (Nipperdey)、エッサー (Esser)、ヴェルツェル (Welzel)、ケメラ (Caemmerer)、ヴィートヘルター (Wiethölter) などを挙げるべきであろう。<sup>(29)</sup>

すでに述べた理由により、わたくしはとくにケメラをとり上げたい。彼においては、綿密な判例の追求と比較法的な視野に特色がある。しかし何よりも、営業侵害論で彼の行為不法論がどのような関わりをもつのか、そして見通しのきかぬ錯雑したこの問題にどのような視点を開いてくれるのか、これをわたくしは具体的に確かめたい。そのために

は先ず、彼の不法行為論の基本的な立場を、ごく要約的に確認しておく必要がある。同時に、その問題点と批判の道筋を明らかにしておくことは、とくに意味があろう。

- (26) たとえばケメラーは生命・身体・健康・自由は絶対権ではなく、許されない (unzulässig) 方法で危うくするな、という客観的注意義務に違反したときにのみ、違法とし (Karlsruher Forum, S. 21) 他方、健康・身体を絶対権侵害と同じ次元に置く (Wandlungen S. 131) など、明らかでないところがあるが、賛成論である。Caemmerer, Karlsruher Forum, S. 23. 「この人格保護の領域では、人がそこで伝統的な権利の意味で利益割り当て (Güterzuweisung) についても語らうるほどに、一定の人格的利益が確定した」 derselbe, Festschr. f. F. v. Hippel, S. 39. しかしケメラーはもともと、人格権の構成とは関係なく肯定するのである。「わが私法体系における権利の意義をすべて承認しても、それを不法行為法の中心概念にすることは、いぜんとして極端にすぎる、と考へる。」 derselbe, Festschr. S. 39. しかし判例の構成に反対する有力な考え方もある。いわゆる人格権とは、人格の不可侵性・尊厳の現われであって、支配権のような意思的力 (Willensmacht) の現われではなく、ここでは利益の割り当て (Zuweisung) が問題ではない、として八二三条二項の適用を主張する。この反対論は、実質的な一般条項化を警戒している。Vgl. Raiser, a. a. O., S. 370f.; Larenz, Schuldrecht II S. 333, 336ff. なお、エッサーも、ここでは保護をつける地位の束があるのであって本来の権利ではない、と云う。Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. § 107 II S. 401f. なお、前註 (9) 参照。
- (27) たとえばケメラーもこの場合には、レーマンの規範詐取 (Normenerschleichung) だという痛烈な批判に同意する。Vgl. Caemmerer, Wandlungen S. 89; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 12. Aufl. § 228 I 1 b S. 769.
- (28) 前註 (8) の柳沢・前掲ならびに乾・前掲は、いずれもこの流れを紹介し、そこから積極的な意義を見出そうとするものである。それはおそらく、次のような状況から来るものであろう。すなわち、わが国でいわれる「利益衡量論」は具体的に、民事違法論における受忍限度論の中に見られる。これは権利論の廃棄という点で、西ドイツでの行為不法論と共通性をもつ。しかも後者は、のちに述べるようにヘックの利益法学とは異質の、いわば裸の利益衡量論を骨子としている点でも類似性をもつ。このような両者の親近性が、わが国の民事違法論をして、それも不法行為論に限って、西ドイツのこの流れに接近させる理由ではないだろうか。

(29) Vgl. Baur, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP 160 (1961), S. 467f. なお、フィッシャー以後の展開については、乾・前掲(法学論叢八一巻六号五七頁以下)参照。

二 ケメラリーの基本的な視点は、判例の展開をつぎのように受けとめるところにある。すなわち「実務が営業権の承認と一般的人格権に関する不法行為保護の実現で創造したところの一般条項は、ドイツ民法八二三条一項に定着した(angesiedelt)。この限りでこの法発展を逆転(unkehren)しようとする何の理由も存在しない」<sup>(30)</sup>また、「判例は八二三条一項でその間に慣習法的に承認された一般条項を創造したのである」ともいつている。<sup>(31)</sup>それではどのような一般条項か。たとえ権利侵害にあたらなくても、法秩序が個人に課すところの不文の注意義務(die ungeschriebene Sorgfaltspflichten)に違反することによって、BGB八二三条の意味での違法な侵害がありうる。実務はすでにこのような注意義務を多くの・いわゆる社会生活上の義務(Verkehrspflichten) という要件事実として具体化して来た。事物の本性からいって当然に、ドイツ法においても、他人への加害を避けるために各人は合理的に期待される注意をなすべし、という一般条項があるのである。<sup>(32)</sup>このような注意義務の確認と、注意義務違反、すなわち、いかなる場合に違法か、という判断は利益衡量(Interessenabwägung)の方法で行なわねばならない。しかしこのことは、裁判官がこの一般条項の枠内で、フランスの裁判官がフランス民法一三八二条および一三八三条の適用で、またスイスの裁判官がスイス債務法四一条の適用でなすこととちょうど同じことをすることである。<sup>(33)</sup>

以上がケメラリーの基本的な立場である。つまり彼は、判例に対して、とくに営業権については、八二三条一項の適用による法的保護の拡大には賛成するが、これを権利(das subjektive Recht)とすることには反対する。したがって判例による八二三条一項の適用については、それなくしてはこの規範が意味をなさぬ権利侵害とは異なって、これとはまったく別の違法判断規準を内容とする一般条項が慣習法的に成立した、とかなり無理な構成をすることにな

る。その理由としては、判例による法的保護の拡大は、もはやドイツ民法の三分法、つまり、人格または権利侵害、保護法規違反、および、故意の・良俗違反の方法による侵害、<sup>(34)</sup> によってはカバーできないものだ、という認識がある。しかし他方で彼自身も、多くの客観的注意義務は、たとえば交通規則、警察規定、食料品法等々で八二三条二項の意味での保護法に濃縮されており、その他についても、判例は注意義務を八二三条二項の保護法に近づけた、と述べている。<sup>(35)</sup> また、注意義務の領域は保護法規違反によっては不完全にしかカバーされなかった、<sup>(36)</sup> と言いつつ、営業侵害に関しては、一般的な社会生活上の義務の違反は同時に保護法規違反でもありうる、とも述べている。ここには、少なくとも質的には注意義務違反なるものが保護法規違反と同じであること、後者の解釈論の展開線上に法的保護の拡大が可能であることを、おのずから物語っている。しかもなおケメラが、一般条項の定立を言うのはなぜか、それは、彼の行為不法（Handlungsunrecht）の考え、これと結びついた利益衡量論が決定的な理由になっているからである。

- (30) Caemmerer, Karlsruher Forum, S. 19.
- (31) Caemmerer, Karlsruher Forum, S. 22.; derselbe, Wandlungen, S. 89.
- (32) Caemmerer, Wandlungen, S. 80.
- (33) Caemmerer, Karlsruher Forum, S. 22.; derselbe, Wandlungen, S. 91.
- (34) Caemmerer, Wandlungen, S. 70.
- (35) Caemmerer, Karlsruher Forum, S. 22.
- (36) Caemmerer, Wandlungen, S. 70, 74.

三 ケメラの根本的な立場は行為不法論とこれと結びついた利益衡量論である。この検討に入る前に、次のことを

確認しておく必要がある。

ケメラは実際にはなお、伝統的な権利論を捨てておらず、したがって、みぎの立場を貫いてはいない、ということである。<sup>(37)</sup> すでに見たように、ケメラは古典的権利論を前提として、とくに営業権をみとめる判例を批判し、そこから八二三条一項に権利侵害とは別の・一般的注意義務違反を内容とする一般条項を引き出したが、そのこと自体の中に矛盾がある。何故なら、行為不法論によれば、権利侵害行為があっても、そして行為者に侵害権限がなくても、かならずしも違法ではない。注意義務に違反する行為だけが八二三条の意味での違法となる。しかし、古典的違法論では権利侵害はただちに違法であって、その違法性は行為者が注意義務に違反したかどうかには関係がないからである。<sup>(38)</sup> この二つの命題は両立しない。

まず、判例による営業権承認に対するケメラの、ことの外きびしい批判を見ておこう。

彼は、判例が法的保護を拡大し、営業に対する不法な侵害について不作為の訴を、また、過誤 (Verschulden) あるとき、それがたんなる過失であっても、損害賠償請求をみとめても、そのことで決していわゆる営業権が真の絶対権 (ein echtes absolutes Recht) になったわけではない、と言う。そこでは、支配権の積極的核心をなすところの、割り当て内容 (Zuweisungsgehalt) が欠けている。もし営業に対する権利 (das subjektive Recht) を認めるならば、企業の利益保護を不当に拡大することになるだろう。企業の環境やチャンスの持続保護 (ein Bestandsschutz für Situationen und Chancen des Unternehmens) はおよそ問題にはならないのである。また、判例が企業権侵害という<sup>(39)</sup>ことで公用収用類似の干渉 (enteignungsgleicher Eingriff) につき正当な保護を与えた場合を検討してみると、<sup>(39)</sup> 実際には、免許 (Konzession)、独占権 (Monopolrecht)、所有権、賃借権、担保権、住民共同使用 (Anliegen-gemeinbrauch) などに対する侵害が問題になっている事例であって、企業に対する権利をいう理由は何もない。さ

らにまた、判例が正当でない請求を棄却しようとした場合には、企業権を認めているがために、困惑論議 (Verleihenheitsargumente)<sup>(40)</sup>か、さもなければ、実質的には何ももたらすことのない経済的観察方法 (eine wirtschaftliche Betrachtungsweise) の必要性を持ち出す<sup>(41)</sup>、というような破目におちいつている。<sup>(42)</sup>カメラはこのように述べて、営業侵害の問題を注意義務違反行為不法の観点からとり扱うべきだ、と主張するのである。

さきに、カメラが一方に古典的権利論を前提とし、他方、行為不法論を基本的立場とするのは、矛盾だ、といったが、彼においてこれが両立するのは、彼が折衷主義をとるからだ、といった方が正しいかもしれない。

すなわち、カメラは不法行為類型の二分法をとっているからである。<sup>(43)</sup>第一は、確定した配分内容をもつところの・所有権その他の絶対権に対する直接侵害 (unmittelbare Eingriffe in das Eigentum und andere absolute Rechte mit fixiertem Zuweisungsgehalt) の領域である。これには、身体・健康の侵害をも含む。この類型はローマ法のアキリア法 (Lex Aquilia) の伝統をうけつぐものであって、侵害によりただちに違法となる。第二は、生活上要求される一般的注意義務 (eine allgemeine im Verkehr erforderliche Sorgfaltspflicht) に違反するかどうかが、唯一の基準となるところの、たんに危険なふるまい (ein lediglich gefährdendes Verhalten) の領域である。この領域こそが行為不法の妥当する場面であって、第一類型は、古典的権利論の結果不法が妥当すること、いうまでもない。両者はカメラにあっては並列的な関係にある。わたくしが折衷主義というゆえんである。いまま少し、それぞれの中味を確認しておこう。

所有権その他の支配権侵害は、みぎの二類型に大別される。

第一類型に属するものに、故意に他人の所有権を侵害する場合。たとえば、他人の自動車の車輪に穴をあけること、窓ガラスをこわすこと、オートバイを奪うこと、などである。これらの場合には問題なく違法である。つぎに、故意

によらないでも、違法性が直接的に明らかでない他人の権利の侵害の場合。これには、所有権の配分内容 (Zuweisungsgehalt)、つまり、物の使用・収益・消費・処分という一定の行為が所有権者にのみ留保されており、これを侵害する場合である。たとえば、行為者が権限なくして、他人の畑を鋤返すこと、他人の土地を通行すること、他人の桃を収穫すること、他人の燃料油をたくこと、他人の自動車に乗ること、などはただちに違法となる。他の支配権に対する妨害も同様である。たとえば、企業内使用の雑誌論文をコピーすること (BGHZ 18, 44)、俳優の肖像をスクーターの広告に使うこと (BGHZ 20, 345)、あるメロディーを作曲者の承認なしに映画に使うこと、他人が特許をもつ商品を営業的に生産すること、他人の氏名を無権限で使用することなど、権利者にだけ帰属して他の者には禁じられている行為は、注意義務違反がかりになかったとしても、違法である。

第二類型に属するのは、他人の財産の使用をねらうのではなく、他人の財産に何らかの方法で危険を及ぼし (gefährden)、侵害する行為であって、違法性は一般的注意義務 (allgemeine Sorgfaltspflichten) に違背したかどうかによって決まる。この限りでは、八二三条一項は開かれた法律要件 (ein offener Tatbestand) をなす。たとえば、家庭用はしご・アイロン・包丁・斧・ガスレンジ等の生産・供給、水道などを使って掃除をしなければならぬ窓ガラスのとりつけ、などは侵害の相当な原因でありうる。また、灯用ガスの生産・供給もつねに中毒や爆発をもたらす。さらに、毒性をもった植物保護剤・火事のおそれのあるベンジン・場合によっては毒作用をもつゆえに処方義務づけられた薬・花火・まるのこ・武器などはくり返し事故や損害の原因となる。道路工事や建物の建築もそうである。しかしこれらの場合、所有権その他の支配権を侵害したからといって、すべて違法になるわけではない。八二三条一項は、他人の所有権を侵害しないよう必要な注意をせよ、という命令だけを内容とするからである。また、これらの物の生産・供給と発生した損害の間には相当因果関係があるが、それじたいで違法なのではない。あるのはただ必要

な注意をする義務だけである。したがって、たとえば、子供に花火を渡したり、防虫剤を注意書や使用法を表示せず  
に引渡したり、処方義務づけられた薬を処方なしに渡したり、建築工事や爆薬作業を、必要な予防手段や適当な  
遮へい物を設置しないでおこなうときに、一般的客観的注意義務に違背し、損害を違法に惹起したことになるのであ  
る。

みぎの第一類型では、故意による侵害とそうでない場合に分けられているが、故意の有無は実際上かくべつの意味  
をもたない。違法性は絶対権の割り当て内容 (Zuweisungsgehalt) に反することからただちに生ずるのであって、  
注意義務違反の有無はいずれの場合にも問題とならないからである。これはまさしく古典的な権利侵害論に外ならな  
い。

また、この二分法は、一方に trespass と nuisance、他方に negligence をもつ英米法からの類推を背景としても  
っていることも指摘しておかなければならない。<sup>(4)</sup>しかし、そのことでもって、一方に古典的な権利概念、他方に行為  
不法論という折衷主義を見失うことはできないのである。  
つぎにケメラの行為不法論と利益衡量論の結びつきを見よう。

(37) この点については、すでに指摘がなされている。柳沢・前掲 (日本法学三二巻四号一一八頁以下) は、ケメラのこの部  
分は刑法学における近代学派から非難を受けるであろう、と批判する (一一二頁)。また、乾・前掲 (法学論叢八二巻一  
号七八頁) も、「もつと問題なのは、この『直接侵害』では、結局、『結果不法論』を採用することになり、彼の基本的  
テーゼ (容態規範違反の行為が違法である) と一致しないということである」と述べている。しかし、わたくしはむしろ、リアルな法学者ケメラがあえてこのような矛盾をおかざるを得ないところに古典的権利論の強みというものを感  
ずる。

(38) Vgl. H. Stoll, Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte, AcP 162 (1963), S. 205. なお、シュトールは、目



的的行為論の主観的な一面性を、また古典的行為論の生活から離れた抽象をも避けて、自然的行為概念（ein natürlicher Handlungsbegriff）を前提し、絶対権侵害の違法行為を明らかにしようと試みる。

(36) BGHZ 23, 157; BGH vom 24. 4. 1958 LM Nr. 76 zu Art. 14 GG.; Vgl. BGH vom 7. 7. 1960 NJW 60, 1995 が挙げられている。これらの判例の内容については、他の場合の判例と一括して説明することにする。

(40) BGH vom 26. 3. 1953 LM Nr. 5 zu BGB § 839 (C) が例示される。

(41) BGH vom 23. 1. 1961 MDR 61, 393 = NJW 61, 968 が挙げられる。

(42) Caemmerer, Karlsruher Forum, S. 22f.; derselbe, Wandlungen, S. 89.

(43) Vgl. Caemmerer, Karlsruher Forum, S. 19f.; derselbe, Wandlungen, S. 131ff.

(44) Vgl. Caemmerer, Karlsruher Forum, S. 20.; derselbe, Wandlungen, S. 79f. なお Stoll, a. a. O., S. 215, Bem.

53 は、社会生活上の注意義務を形成することによる法益侵害に対する不法行為法上の保護は損害賠償責任法の後期の発展段階に属し、英米法における、直接侵害 (trespass) と間接的権利侵害 (negligence) の区別もそうであり、今日も責任原理 (Schuldprinzip) は trespass にあってなお完全に貫徹していない、という。またたとえば、戒能通孝「権利濫用とニューサンス」法律時報二五巻二七頁が、英法では、ニューサンスのような個別的・特殊的な不法行為類型をうみ出すことにより、権利濫用というような思想をもたず、権利に関する古典理論を保持し、違法性の問題に置き換えてしまわず、権利侵害を不法行為の中核として維持した、という視点を設定しているのは、興味ぶかい。そこには、あらたな展開ごとに民事違法論の原則そのものを変質させて来たわが国の状況に対する批判が読みとれる。

#### 四 ケメラーが行為不法論からみぎの第二類型を立てたのは許された危険の考え方に立つからである。

ケメラーは次のようにいう。ガスは有毒である。その生産と利用とがくりかえし犠牲をもたらすことは日常的な経験に属する。にもかかわらず、ガスの生産・利用は許されている。同様のことは、たとえば樹木の伐採・建設作業その他通常の事業のリスク (Risiken) にも当てはまる。この場合に公衆のための危険はつねに不可避である。しかしこの危険によっても、ただ必要な防止手段を講ずるといふ義務があるだけである。そして、かような防止手段によつ

ても事故が完全に排除されないということがわかっていても、これらの活動をすべて禁止することができない。したがって、社会生活上の観点から (nach der Anschauung des Verkehrs) 注意義務があるかどうか、またそれに対する違反があったかどうかを確定することが必要である。<sup>(45)</sup>

つまりは許された危険の思想は次のようにも言い換えられる。ケメラの引用によれば、<sup>(46)</sup> スイス最高裁は、使用者の生命・健康に危険を及ぼすある道具の不完全な修理に関する事件の判決で言っている。<sup>(47)</sup> 現在社会では危険は避けられない (unvermeidlich)。ただし、法秩序によって認められた動因 (Anlass) の必然的随伴現象でないような危殆化 (Gefährdung) はちがう。第三者の身体・生命・法益を不必要に (unnötig) 危険におとし入れるというのが法秩序の一般的命令であって、かような危険をつくり出した者が違法に行為するのである。またケメラは、フランス法に関して、他人を傷つけ、危険におとし入れることなしには、誰も生きることとはできない、ということから出発するマゾー||タンクを引用し、さらにまた英米法について、negligence とは不当に (unreasonable) 大きな損害惹起のリスクをもったふるまいであり、その決め手は、いかなる防止手段をもって実際の (practicable) だとみなすべきか、ということにある、とする思想を紹介している。

利益衡量論は、この許された危険の思想とふかく結びついている。すなわち、行為がもたらす危殆化にもかかわらず、いかなる行為が許されるかという問題は、リスクの大きさと行為が役立つ目的、とくに一般公共のためのその意義との間の利益衡量の問題 (eine Frage der Interessenabwägung) である。たとえばそれじたい可能なガスの解毒のために高価な費用を払うべきかどうか、についての变化する考え、つまり、リスクと効用についての変遷する評価が、いかなる行為が許され、いかなる予防手段が講ぜられねばならぬか、そしていかなるリスクが分別をもって受忍さるべきか、という判断を決定する。そして、行為が他者にとって予見可能な危険と結びついているから、という単

純な理由でただちに行為を禁止することはできない。何が発生してよいか、いかなる方法で発生すべきか、はむしろ衡量の問題である。これによりいかなる行為規範が定立されるべきか、という判断の中に不法行為法上の注意義務の中心問題がある、と結論される。<sup>(48)</sup>

許された危険、リスクと効用の利益衡量、注意義務違反による行為不法、という関連が明らかになったと、おもわれる。<sup>(49)</sup>

このようなケメラの考えに対して、H・シュトールは、すべて今日の不法論は行為不法論 (Handlungsunrechtstheorien) である、とする点<sup>(50)</sup>で、また、社会生活上の義務 (Verkehrspflichten) に関する法の命令または禁止によって決め手になるのは、結果発生<sup>(51)</sup>の蓋然性だけでなく、むしろ危険の大きさと行為の社会的価値との利益衡量である、とする点<sup>(51)</sup>でも、比較的理解を示しうる位置にある、とおもわれる。その説くところの自然的行為概念 (ein natürlicher Handlungsbegriff)、あるいは客観的注意義務違反としての違法についてここで論ずることは措くとして、<sup>(52)</sup>彼がケメラを批判するところが、結果不法論者と大差ないのは、はなはだ興味がある。

すなわちシュトールは、目的的行為論者の基本的観点は、禁じられた、もしくは命じられた、と認識しうるようなふるまいだけを立法者は禁止し、もしくは命令しうるのだ、というにあるが、これは根本的なあやまりだ、とする。<sup>(52)</sup>ケメラも同様にあやまって、違法の本質を、同じ状態におかれた誰でもがそれによって方向を決めることができるような行為規範に反することだ、としている。しかし例えば、合法的に引渡しを受けたが、実際には他者から盗まれたものであった石炭を燃やす者は、将来も同じ状況では異なって行為することはないと言ふにちがいない。にもかかわらずこの石炭の消費は違法なのである。<sup>(53)</sup>このようなケメラ批判は、シュトールの立場からは、その行為規範観、そのところの法的行為規範の「三面性」(Die „Doppelgesichtigkeit“ der rechtlichen Verhaltensnormen) より出て来る。<sup>(54)</sup>

第一に、法的行為規範は、規範の名宛人にアップピールするだけでなく、第二に、その行為を受忍すべきか、すべきでないか、という、被害者を拘束する言明を内容としてもつ。第三に、さらに国家機関にとって、その行為を許容すべきか、それとも制止すべきか、ということにつき判断するさいの拘束的基準でもある。このような三面性は、行為規範の一面的な主観化(目的的行為論を指す)を排除し、規範要件事実の客観的把握を求める。そこでは、一定の状況で、分別もあり慎重な人でさえ規範侵害を認識することができないようなことでも、やむをえないこととする。

こうしてシュートルは、ドイツ民法一二条の氏名権侵害では行為者の注意義務違反は問題とする余地はない、とするほか、<sup>55)</sup>交通信号による停止命令でも、客観的事情のみが基準であつて、行為者もしくはより分別ある人がこの事情を認識できたか否かは問題とならず、健康をそこなう商品を流通させるなという規範でも、その危険性を知らうと知るまいと、その商品を流通に投ずれば違法であり、欠陥車の場合でも、欠陥を知らうと知るまいと、やはり違法であつて、認識は責任(Schuld)の問題であり、有害な作用をする睡眠剤の販売も、よしんば誰もがその危険性を知らなくとも、違法だ、とした。<sup>56)</sup>

シュートルの考え方の根底には、社会生活上の注意義務(Verkehrspflichten)は、BGB八二三条二項の意味での保護法規とも、さらに九〇七条ないし九〇九条の相隣関係規範とも本質的には何ら異なるところはない、とする視点が大いに関連をもつようにおもわれる。<sup>57)</sup>ことに、目的的行為論が、責任なき(schuldlos)侵害不法の場合に、例えば、過誤なくして自分の土地だと考えちがいで他人の土地を通行する場合に、これを適法とし、しかも他方では相手方は受忍する必要がない、というのは、正当防衛、および actio negatoria の規範と矛盾する、とシュートルが批判するのは、<sup>58)</sup>結論において殆んど古典的権利論と異ならない。

のちに詳細に述べるラインハルトの立場は、古典的権利論を承継するものであり、ケメララーの行為不法論に対して

も、結果不法の立場から批判を加えている。<sup>(59)</sup> そもそも、危険なふるまいであっても、それが他人の法益侵害に至らな  
 いかぎりにおいては、私法上の要件事実として意味がない。したがって関係者が一定程度注意をしたかどうかは、あ  
 るふるまいの許容性に関してまったく問題とはならない。立法者が一定の危険な行為様式を、これまで公法規定によ  
 りやって来たように、予防的に一般的に禁止する決定をするかどうかは、別の問題である。そしてまた、ラインハ  
 ルトは、一般的な法感情にこう訴えている。例えばある人が社会生活上からいって「正しく」(verkehrsrichtig) 運転  
 していたが、他人をひいた場合はどうか。とらわれない隣人は、その人は正しく行動した、と言うだろうか。彼は決  
 してそうは言わないだろう。彼はつねにこう言うだろう。その人は他人をひいてはいけない。彼がしたことは、だか  
 ら不法(Unrecht)である。しかし、彼はおそらく責任(Schuld)がない<sup>(60)</sup>と。

しかしラインハルトの、ケメラーに対するもつとも基本的な批判は、「八二三条一項の権利(das subjektive  
 Recht)が果たす役割を明らかにしたい場合に、必ずしも充分に重んじられないひとつの事態がまず注目に価する。  
 八二三条一項が関係するところの権利ならびに法益は、その法的承認を八二三条一項に負うのではない。それらは、  
 その固有の機能をすでに損害賠償法の外に持つのである」というところにある<sup>(61)</sup>。  
 権利論においてこの点は欠かすことのできない問題である。これを次節でとり上げねばならない。

(45) Caemmerer, Wandlungen, S. 62f, 77f.

(46) Caemmerer, Wandlungen, S. 79f.

(47) BGE (1938) 64 II 254 (259f.)

(48) Caemmerer, Wandlungen, S. 78.

(49) 許された危険の思想については、わが国ではすでに反省期に入っている、といえよう。新潟水俣病判決は化学企業の排水

に關して「およそ、化学工業を営む企業(以下「化学企業」という。)の生産活動においては、日進月歩に開発される化学技術を応用して大量に化学製品を製造するものである以上、その化学反応の過程において、製品が生成されるかたわらいかなる物質が副生されるかも知れず、しかもその副生物のなかには、そのまま企業外に排出するときは、生物、人体等に重大な危害を加えるおそれのある物質(以下「有害物質」という。)が含まれる場合もありうるから、化学企業としては、これらの有害物質を企業外に排出することがないよう、常にこれが製造工場を安全に管理する義務があるというべきである。」と安全管理義務(行為不法論では「注意義務」)の程度を示し、「最高技術の設備をもってしてもなお人の生命、身体に危害が及ぶおそれがあるような場合には、企業の操業短縮はもちろん操業停止までが要請されることもあると解する。けだし、企業の生産活動も、一般住民の生活環境保全との調和においてのみ許されるべきであり、住民の最も基本的な権利ともいふべき生命、健康を犠牲にしてまで企業の利益を保護しなければならぬ理由はないからである」(以上、傍点原島)とした。さらに熊本水俣病判決は、健康被害のおそれある場合にかぎらず、動植物や人体に対し、「その安全性に疑念を生じた場合には、直ちに操業を中止」すべきだ、として、水俣ですでに漁業紛争を生じた段階で操業を中止し、原因を調査すべきだ、とした。清水誠「新潟水俣病判決について」法律時報四三卷一四号一〇頁以下、沢井裕「公害判決における理論の進展」法律時報四五卷六号一八頁、参照。ここでは、人を傷つけることは不可避とは考えない。また、たとえ傷つけるリスクがあっても、効用次第ではそれとの利益衡量上、それもやむをえない、と肯定する思想はない。また、リスクと効用との衡量を排除するものとして、公害対策基本法一条における「経済調和条項」の削除があったのではないか。

- (50) H. Stoll, Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte, ACP 162 (1963), S. 209 Bem. 26.
- (51) Stoll, Unrechtstypen, S. 233.
- (52) Stoll, Unrechtstypen, S. 209 Bem. 28.
- (53) Stoll, Unrechtstypen, S. 207.
- (54) Stoll, a. a. O., S. 209f.
- (55) Stoll, a. a. O., S. 210.
- (56) Stoll, a. a. O., S. 232f.

- (75) Stoll, a. a. O., S. 162, 234.
- (76) Stoll, a. a. O., S. 230.
- (77) Reinhardt, Die subjektive Rechte in § 823 Abs. 1 BGB, Karlsruher Forum 1961, S. 8.
- (78) Reinhardt, a. a. O., S. 14.
- (79) Reinhardt, a. a. O., S. 6. 民法ニハトモトメテ之ニ對シテ。 Stoll, a. a. O., S. 219, Bem. 65.

(未  
完)