

第三者の債権侵害にかんする一考察 (一)

——ドイツにおける学説史の一端——

- I はじめに
- II 議論の概観
- III ドイツ民法八二三条一項の趣旨と債権
- IV 結果不法理論から行態不法理論へ (以下次号)
- V 新たな学説
- VI 総括

I はじめに

債権の法的保護をめぐる問題は、我国において、これまでたびたび議論の対象とされてきたところである。すなわち、古くは、第三者の債権侵害により不法行為が成立するかどうか⁽¹⁾が、さらに、それに続いて、賃借権にもとづく妨害排除請求が認められるか否かが⁽²⁾、好んで論議されてきた。今日、前者については、債権の不可侵性を肯定することによって⁽³⁾、あるいは、権利侵害が民法七〇九条の不可欠の要件ではないと解することを通じて⁽⁴⁾、不法行為の成立可能

赤 松 秀 岳

性自体は一般に承認されている。しかし、ここでも、果たしていかなる場合に第三者の債権侵害が違法なのかという問題になると、なおも、疑問点が少なくないのであり、また、後者においても、いまだ、問題解決をみたとは言えない状況のようである。ところで、これらの論争は、さまざまの意味でドイツの議論に負うところが大きかった。例えば、民法七〇九条の「他人ノ権利」に債権が含まれるかという問題提起の仕方自体が、ドイツ民法八二三条一項の「その他の権利」をめぐる議論に影響されていたとともに、⁽⁶⁾ 権利の不可侵性を提唱された末弘博士の見解もまた、ドイツの学説をその典拠とするものに他ならなかった。⁽⁷⁾ さらに、賃借権にもとづく妨害排除を扱う論稿のいくつかは、考察を進める前提として、債権の法的保護にかんするドイツの議論の紹介に多くの頁数を割いている。⁽⁸⁾ 本稿は、以上のような我国の状況にかんがみ、ドイツ民法八二三条一項と債権をめぐる議論を、いま一度、新たな視点から追跡してみようとするものである。従来、この議論は、権利の絶対性、相対性をめぐるそれとして我国に紹介されてきた。⁽⁹⁾ しかし、本稿では、もう一つの論点、つまり、第三者の債権侵害による不法行為の成立を肯定した場合に生ずる実際上の結果をめぐる論議に焦点をあててみたい。このような視点から眺めると、それぞれの見解が、ドイツ民法典の不法行為法の基本構造、趣旨を軸として、いかなる位置を占めているかが明らかとなる。さらに、一九五〇年代後半から六〇年代にかけての民事不法論争との関連性が浮かび上がってくるとともに、その後に登場したいくつかの見解を学説史的に位置づけることが可能となる。以上のような形で、ドイツにおける学説史の一端を明らかにすることが本稿の目的なのである。

- (1) 判例、学説を概観するものとして、三島宗彦「第三者の債権侵害」総合判例研究叢書民法(18) (昭和三七年) が詳しい。
- (2) 三島・前掲、古山宏「不動産賃借権の対外的効力」総合判例研究叢書民法(1) (昭和三一年)。学説の概観については、舟

第三者の債権侵害にかんする一考察(一)

同志社法学 三四卷一号 一〇八(一〇八)

橋諄一『物権法』法律学全集18(昭和三五年)二七頁以下に要を得た叙述がなされている。

(3) 末弘巖太郎「第三者ノ債権侵害ハ不法行為トナルカ」法曹記事二四卷三、五号(大正五年)、我妻栄『新訂債権総論』民法講義IV(昭和四七年〔第一〇刷])八頁以下、加藤一郎『不法行為(増補版)』法律学全集22-II(昭和四九年)一一六頁、大判大正四年三月一〇日刑録二二輯二七九頁、大判大正四年三月二〇日民録二二輯三九五頁。

(4) 川島武宜『債権法講義(総則I)』(昭和二三年)一〇三頁以下、前田耕造「第三者による債権の侵害(一)」愛知大学法経論集一六(昭和三一年)一三三頁。なお、権利侵害を違法性におきかえた、といわれる末川博士の『権利侵害論』(昭和五年)においては、債権侵害は「権利侵害のある場合」の一つとして扱われている(『権利侵害と権利濫用』末川博法律論文集II)(昭和四五年)四九二頁以下)。

(5) 例えば、債権侵害においては、故意が主観的違法要素なのかどうか。広中俊雄「不法行為論の新しい動き」法学セミナー一九六六年一月号三六頁以下、沢井裕「不法行為法学の混迷と展望」法学セミナー一九七九年一月号九〇頁、四宮和夫『相関関係理論』に関する一考察——不法行為における違法性の構造——加藤一郎編『民法学の歴史と課題』(昭和五六年)二七四頁参照。

(6) 平井宜雄『損害賠償法の理論』(昭和四六年)三六一頁以下参照。

(7) ノイナー(C. Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (1866))' シタタンプ(H. Staub, Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte, Archiv für Bürgerliches Recht 5 (1891) S. 17ff.)の学説に依拠する。末弘・前掲法曹記事二四卷三号八一頁参照。

(8) 好美清光「債権に基く妨害排除についての考察」一橋大学法学研究二(昭和三四年)一七二頁以下、中井美雄「不動産賃借権にもとづく妨害排除(一)——財産権体系と権利保護制度についての一つの視点——」立命館法学五九号(昭和四〇年)三七頁以下。

(9) 例えば、中井・前掲。

II 議論の概観

一 ドイツ民法八二三条一項は、「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、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う⁽¹⁾」と定めている。この規定にいう「その他の権利」の中に債権が含まれるかについては、ドイツ民法典の成立の直後からくり返し議論がなされてきた。そして、そこでの中心論点は、特定の債務者のみに一定の給付義務を課すにすぎない相対権たる債権が、果たして債務者以外の第三者によって違法に侵害されるのか、という問題であった。判例、多数説は、債権の相対性を堅持し、従って、第三者による債権侵害の可能性それ自体を、あるいは、その場合の違法性を否定する。また、ドイツ民法八二三条一項が「その他の権利」を生命等の人格的法益や所有権と並列して規定している点から考えて、ここに該当するのは、権利者以外のすべての人がそれを侵害してはならないという義務を負う権利、すなわち、絶対権に限られる、と解している⁽²⁾。それゆえ、これによれば、相対権である債権は「その他の権利」には含まれないことになる。

このように、判例、多数説が主として債権の相対性を理由にそのドイツ民法八二三条一項への該当性を否定してきたのに呼応して、これを肯定する少数の学説は、もっぱら、債権もまた債務者以外の一般第三者に対して対外的効力を有することを論証しようとしてきた。例えば、次のような趣旨が説かれるのを見る。債権者に対して義務を負うのは特定の債務者だけである、とは、給付義務に着目して債権の対内関係についていうことである。対外関係では、こゝでも、すべての者が債権者の権利を侵害してはならないという義務を負わされている。そして、現行法上もこのように考えられうる。例えば、債務者が破産した場合、債権者は、他の共同債権者の有する債権の存在を当然の前提として、按分比例額の満足を受けうるにとどまる。このことから明らかなように、現行法は債権にも対外的効力を承

認しているのである、と。⁽³⁾ それでは、このように債権が対外的効力をもつことを論証すれば、判例、多数説を論駁するに充分であろうか。答は否である。

二 判例、多数説は、さらに別の論拠として、少数説の説くように債権を絶対的に保護された権利の一つに数え、これをドイツ民法八二三条一項の「その他の権利」に該当させた場合、実際上は耐え難い結果に至るということを挙げる。少数説に従えば、他人の債権を侵害する第三者の行為は、正当防衛等特別の違法性阻却事由が存しない限り、すべてが当然に違法であることになる。⁽⁴⁾ また、ドイツ民法八二三条一項によれば、不法行為責任が生ずるためには過失をもって足りる。ところが、このように解すると、実際上さまざまな不都合を生じる、というわけである。さらにこの点をやや詳細に説明すれば、次のとおりである。

(ア) まず、判例、多数説の中には、第三者の不法行為責任の成立する場合が著しく拡大することに対して危惧を表明するものが見受けられる。⁽⁵⁾ 例えば、所有権その他の物権の侵害においては、損害賠償請求権を取得する者の数は明確に限定される。これらの権利は物に対する直接的支配をその内容としている。そして、かかる直接的支配関係を侵害された者のみが、ドイツ民法八二三条一項によって損害賠償請求権を取得するのである。⁽⁶⁾ それゆえ、たんに、所有権その他の物権に伴って享受している利益を害されたというにすぎない者は、この規定にもとづいては損害賠償の請求をなしえない。例えば、道路工事に際し、誤って地下の送電線を切断する行為は、電線の所有者である電力会社に対する不法行為のみを構成する。これに伴って引き起こされた停電によって自分の所有する電気器具をその期間中使用できなかつた者は、⁽⁷⁾ 自己の所有権の侵害を理由として何らの不法行為責任をも問うことができない。ところが、債権は特定人に対する行為請求権であり、そこには、何らかの客体に対する直接的支配関係は存しない。だから、こ

ここでは、債権侵害とは債権者としてある人が有する利益を害することであると解さざるをえない。他方、一定の利害関係を共通の前提として、これをめぐって無数の債権が成立しうる。従って、一つの行為が極めて多数の債権を同時に侵害する可能性が生じてくるのである。例えば、アルコール蒸留器を製造している工場が、注文されていた蒸留器をアルコール工場に納入しなかった結果、後者は操業停止を余儀なくさせられたとする。この場合、前者の行為は、アルコール工場と取引関係にあるあらゆる商人やその工場のすべての労働者の債権をも侵害することになる。⁽⁸⁾ドイツ民法八二三条一項は有責性要件として過失で充分であるとしている。それゆえ、この規定を債権侵害にそのまま適用すれば、第三者は予期しなかった無数の損害賠償義務を負わされる危険にさらされるのである。⁽⁹⁾

(イ) 前述のように、判例、多数説に反対する少数の学説は、債務者以外の第三者も債権を顧慮する義務を負わされることを肯定し、これを論拠に債権が「その他の権利」に含まれると説く。しかし、契約の当事者によって自由にその内容が決定される債権について、契約に参与しなかった第三者にもこれを顧慮する義務を負わせることに対しては、多数説の側から疑問が呈示されている。ドイツ民法八二三条一項の掲げる生命等の人格的法益や所有権については、すべての人がこれを侵害してはならないという義務を負わされていることに争いはない。ここでは、これらの法益や所有権の内容は、法律以前の所与の事実や法律の規定によって厳格に定められている。従ってまた、一般人が負う義務の内容もこれらによって明確に限定されていることになる。ところが、債権、とくに契約にもとづいて成立する債権においては、その内容は当事者が任意に定めうるものだから、第三者に課せられる義務の内容もまた一定ではありえない。それゆえ、かかる性質の債権をドイツ民法八二三条一項に該当せしめることは、その債権の内容いかんによっては、第三者にとって実際上好ましくない結果をもたらすことになる。⁽¹⁰⁾ かつて、この問題との関連でしばしば

論じられたのが価格拘束契約 (Preisbindungsvertrag) である。これは、我国で再販売価格維持契約と呼ばれているものに対応する。つまり、ある商品の製造元が、その販売店との間で、後者はその商品を定価で販売し、または、それを他の販売店にまわすときには、さらに同様の定価販売の義務を負わせなければならぬとの内容の契約を締結した場合がその一例である。ここでは、例えば、消費者がかかる販売店から定価以下で当該の商品を購入する行為、また、アウトサイダー (Außenseiter) たる販売店が、拘束を受けている販売店から定価販売の義務を負うことなくこの商品を取得し、それを廉売する行為等は、それぞれ製造元が価格拘束契約上有する債権を侵害することになる。第三者のこれらの行為は、債務者 (販売店) をして価格拘束契約に違反させるか、あるいは、少なくともそれに手を貸すものだからである。それでは、第三者は、これによって製造元に対して損害賠償責任を負わなければならないだろうか。しかし、これを肯定することは、第三者に、自己が当事者として関与していない契約によって、一定の価格で購入する義務、販売する義務を負わせることを意味しよう。このように、債権の内容のいかんを問わずこれにドイツ民法八二三条一項を適用すれば、場合によっては、私的自治の原則を否定することにさえなりかねないのである。⁽¹¹⁾

(ウ) ドイツ民法八二六条は、「善良の風俗に反する方法で他人に対し故意に損害を加えた者は、その他人に対し損害を賠償する義務を負う⁽¹²⁾」と規定している。債権にドイツ民法八二三条一項を適用することを否定する判例、多数説によれば、第三者の行為によって債権者が損害をこうむった場合には、もっぱらこの規定にもとづいて債権者の救済がなされることになる。⁽¹³⁾ これらの判例、多数説は、債権が相対権であることを堅持し、従って、第三者が本来有している活動の自由は、他人の債権の存在によってはいささかも制限されないものと考ええる。ただ、第三者がかかる自由を濫用することによって、すなわち、「善良の風俗に反する」行為をなすことによって債権者に損害を加えた場合

には、例外的に不法行為の成立を承認するのである。そして、第三者の行為の態様が自由の濫用に、すなわち、良俗違反にあたるか否かの判断に際しては、その行為の目的、用いられた手段等の諸般の事情が総合的に評価される。⁽¹⁴⁾ 他方で、前述の少数説に従えば、他人の債権を侵害する第三者の行為は、特別の違法性阻却事由が存しない限り、その態様のいかに問わずすべてが当然に違法とされる。従って、判例、多数説の立場からは、第三者の債権侵害をこのようにドイツ民法八二三条一項によって画一的に処理することは適切でないことになる。何故なら、これによって第三者の自由が不当に制限されるからである。判例、多数説の背後には、また、このような配慮が存するのである。

以上の(ア)(ウ)を要するに、判例、多数説は次のように解していることになろう。債権を絶対権の一つに数え、これをドイツ民法八二三条一項の「その他の権利」に該当させると、第三者が他人の債権を有責に侵害した場合、第三者の行為態様やその債権の内容いかんにかかわらず、自己の債権を侵害されたすべての者が損害賠償請求権を取得することになる。しかし、これは実際の見地から適当ではない。何故なら、これによって第三者の不法行為責任が成立する範囲は著しく拡大し、また、第三者の自由が不当に制限されるからである、と。判例、多数説は、債権が相対権であることのほかに、さらに以上のような理由にもとづいてドイツ民法八二三条一項の債権への適用を否定しているのである。

三 判例、多数説がこのような立場に立つものであれば、これに反対する少数説としても、以上の問題について何らかの解決を示さなくてはならない。つまり、債権が対外的効力を有することを論証するだけでは、判例、多数説に対していまだ充分な説得力をもちえない。それでは、実際に、少数説の側からこの点について満足のいく解決が示されてきたらどうか。残念ながら、一部の例外を除いてそうは言えないようである。

筆者がここで例外と考えるのは、債権の帰属の侵害に限ってドイツ民法八二三条一項を適用しようとする学説⁽¹⁵⁾である。この見解は、相對權である債権といえども、一個の權利としては特定の債権者のみに帰属しており、他のすべての者はこの帰属から排除されているのだから、少なくともこの観点においては絶対的であると⁽¹⁶⁾する。そして、無権限の第三者が債権の準占有者として善意の債務者から弁済を受領したために債権が消滅する場合、その他、他人の債権につき法の特別規定によって債権者に対しても例外的に有効な処分を行った場合(ドイツ民法四〇七条―四〇九条、七九三条、八〇八条、八五一条、二三六六条、二三六七条等参照)に限って、ドイツ民法八二三条一項の適用を肯定する。従って、債務者を殺傷したり、給付の目的物を毀滅する行為等は、それが債務者の責に帰すべからざる履行不能をもたらし、債権を消滅せしめる場合でも、不法行為を構成しない⁽¹⁷⁾。以上のように、この見解に従えば、処分権や弁済受領権等本来は債権者のみに留保されている権限を第三者が無断で行使し、それが法の特別規定によって債権者に対しても例外的に効力を生ずる場合に限って、ドイツ民法八二三条一項の適用をみることになる。それゆえ、ここでは、第三者の不法行為責任の成立する範囲の不当な拡大を回避できるのである⁽¹⁸⁾。

ところが、そのほかの、ドイツ民法八二三条一項を帰属の侵害に限らずより広く債権にも適用しようとする学説は、不法行為責任の生じる範囲を限定することについては、極めて不十分な対応しか示してこなかった。例えば、債権をも絶対権の一つに数える学説のいくつかは、⁽¹⁹⁾まるでこの問題点の存在を意識していないかのように、これに論及することさえない。また、この問題に触れているものがあったとしても、そこで示された解決は、必ずしも納得のいくものではない。一例を挙げれば、ある学説⁽²⁰⁾によると、債権侵害とされるのは、労務の供給等の人的な給付をなす義務を負っている債務者を故意で重ねて雇い入れる行為、あるいは、これに類するものに限られる。その他、すでに売却された物

を二重に譲り受ける行為等は、債権侵害にはあたらない。しかし、このような区別を設ける根拠、基準は必ずしも明らかではない。のみならず、一方で、債権が絶対性を有し、「その他の権利」に該当することを肯定しておきながら、他方で、債権の内容いかに従ってこのように異なって取り扱うことは、ドイツ民法八二三条一項についての伝統的な理解とはあいまいに思われる。これによれば、そこに挙げられている権利等を侵害する行為は、特別の違法性阻却事由が存しない限り、直ちに違法であり、従って、それが故意または過失によるものである以上、当然に不法行為とされるはずだからである。このように、上述の学説によってもまた、判例、多数説の提起した問題に対して満足のいく解答を与えることはできないのである。

四 ドイツ民法八二三条一項への債権の該当性をめぐる議論は、おもに、債権は相對権にとどまるか、それとも絶対権の一つなのかという論点を中心に展開されてきた。そして、従来、我国へこの議論が紹介される場合にも、もっぱらかかる論点に注目するのが通常であった。しかし、「その他の権利」から債権を除外せんとする判例、多数説は、さらに、少数説に従うと第三者が不法行為責任を負わされる場合が著しく拡大し、その活動の自由を不当に制限することになる、という実際上の難点を論拠に挙げているのである。他方で、債権の帰属の侵害だけにドイツ民法八二三条一項を適用する学説を除けば、少数説は、この問題点に十分な解決を与えていない。そして、今日まで判例、多数説がその優勢を誇りえているのは、一つには以上のような事情にもとづくものと推測されるのである。

(1) ドイツ財産法研究会「ドイツ不法行為法——仮訳と解説(1)」判例タイムズ三七二号(昭和五四年)三〇頁による。

(2) RGZ 57, 356; 95, 284; BGH v. 21. 10. 1969 in NJW 1970 S. 138; A. v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 1 (1910) S. 209; T. Kipp, Über den Begriff der Rechtsverletzung, in Festsache für O. v.

Gierke Bd. 2 (1910) S. 13f. 及び多数。

- (3) P. Oertmann, Zur Struktur der subjektiven Rechte, AcP 123 (1924) S. 143ff. 及びホルマン等 註(後述註(5)) 多数説を支持した。 Vgl. auch derselbe, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, Jherings Jahrbücher 66 (1916) S. 157ff.

- (4) Vgl. O. C. Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung (1905) S. 153.

- (5) RGZ 57, 358; Oertmann, Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten, in Festgabe für H. Dernburg (1900) S. 87ff.; Fischer, a. a. O., S. 149f.; G. Bohmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung 2. Buch 1. Abteilung (1951) S. 172f.

- (6) Fischer, a. a. O., S. 149.

- (7) R. Krasser, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter (1971) S. 167.

- (8) Fischer, a. a. O., S. 149.

- (9) Fischer, a. a. O., S. 152ff.

- (10) Fischer, a. a. O., S. 86ff. 「フィッシャーが、物権が原則として作為によって侵害されるのに対し、少数説に従えば、第三者の不作为が債権侵害による不法行為を構成するものになりかねない」とする。 Vgl. auch P. Heck, Grundriss des Schuldrechts (1929) S. 459.

- (11) N. Plassmann, Preisbindung durch die Gerichte?, JZ 1962 S. 463ff.; Die Bindung des Außenseiters, JZ 1963 S. 273ff.; Bündnisverträge gegen den Wettbewerb, JZ 1964 S. 670ff. (これらにおおつては「ドイツ民法八二六条、不正競争防止法 (Gesetz gegen den unerlaubten Wettbewerb) 一条の問題として論じられたる」)。西ドイツにおおつては「一九五七年に競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung) が制定されたのちも、しばらくの間は、比較的広い範囲で価格拘束契約の有効性が認められていた。そして、実際にこれが利用される例もかなり多かったようである (長谷川古「欧米の再販売価格維持(3)」公正取引一八五 (昭和四一年) 二五頁以下参照)。本文に紹介した問題は、この時期に議論されたものである。ところが、競争制限禁止法の一九七三年の改正によって、出版物 (Verlagserzeugnisse) 以外のものについての価格拘束契約は一律に無効とされるに至った (同法一五条、一六条。なお、砂田卓士「再販売価格維持制度に関する

一考察」専修大学法学研究所紀要六『民法法の諸問題Ⅱ』（昭和五五年）一二頁以下参照）。従って、今日では、価格拘束契約をめぐって本文に述べた問題は、以前ほどの重要性をもつものではない。しかし、後に明らかになるように、本稿は、一九七〇年代初頭に至るまでのドイツの学説史を追跡しようとするものである。だから、今日それが実際上も重要であるか否かにかかわらず、歴史的な事実としてかつてなされたこのような議論に論及することが許されよう。のみならず、本稿が価格拘束契約に触れるのは、それが一般第三者の自由に多大な影響を及ぼす債権の一例だからである。本文に述べた事柄は、価格拘束契約から生ずる債権以外にも、債務者が第三者に対して特定の容態をなすことを給付内容とする債権（例えば、製造元と販売店の間で、後者は特定の第三者に対してはその製品を販売してはならないとの内容の契約が締結された場合等）に広くあてはまるであろう。

- (12) ドイツ財産法研究会・前掲(8)判例タイムズ三八九号（昭和五四年）三四頁による。
- (13) もちろん、ドイツ民法八二三条二項による救済が可能な場合もある。
- (14) K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 2 11. Aufl. (1977) S. 563.
- (15) Oertmann, AcP 123 S. 143ff.; F. Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB (1929) S. 63ff.; H. Stoll, Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte, AcP 162 (1963) S. 212; W. Fikentscher, Schuldrecht 5. Aufl. (1975) S. 618; Larenz, a. a. O., S. 534f. など。
- (16) Larenz, a. a. O., S. 534.
- (17) Oertmann, AcP 123 S. 146.
- (18) 例えば、レオンハルトは、第三者の不法行為責任の不当な拡大を理由として、債権侵害一般へのドイツ民法八二三条一項の適用を否定するが、他方、帰属の侵害の場合にはこれを肯定している。Leonhard, a. a. O., S. 63f.
- (19) H. Staub, Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte, Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 5 (1891) S. 16ff. (ただし、第一草案に対する批判を参照); F. v. Listz, Deliktobligation im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs (1898) S. 21.
- (20) J. Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 2 (1906) S. 525ff.

III ドイツ民法八二三条一項の趣旨と債権

一 前章で示したように、判例、多数説は、第三者の不法行為責任の発生する場合が著しく拡大し、また、活動の自由が不当に制限されることを実質的な論拠として、債権を「その他の権利」に含めることに反対する。ところで、判例、多数説によってこのような議論が展開される原因は奈辺に存するのであろうか。おそらく、これは、一方で、判例、多数説が前提としているドイツ民法八二三条一項の一定の構造に、他方で、債権の権利としての特質に由来するものであると推測される。それゆえ、本章では、ドイツ民法八二三条一項の本来の趣旨を確認し、債権を「その他の権利」に含めた場合にこれが全うされるかを検討することによって、以上の問題に若干の考察を加えてみたい。

二 ドイツ民法典の立法時の資料を振り返ってみるとき、ドイツ民法八二三条が、立法者の、不法行為責任についての一般条項(Generalklausel)を法典に採用しないという態度に裏打ちされた規定であることが、我々の目を引く。⁽¹⁾ 一般条項とは、法律の規定において法律要件の意味内容をあらかじめ詳細に確定しておくことをせず、これをもっぱら裁判官に委ねようとする立法例をいう。⁽²⁾ 不法行為法におけるその典型の一つが、スイス債務法四一条一項である。それは、「他人に違法に損害を加えた者は、それが故意によるか過失によるかにかかわらず、その他人に対して賠償をなす義務を負う」と定めているにすぎない。従って、例えば、違法性という要件の意味内容は、規定そのものからはまったく明らかではない。結局、その確定は全面的に裁判官に委ねられているのである。あるコンメンタール⁽³⁾は次のように述べる。「違法なのは、法的に行動する人間が一般に行わないであろうすべての行為である」。そして、基準となるのは、「裁判官が自らの生活経験から想定した仮定的通常人」である、と。ところが、立法時の資料からは、

ドイツ民法八二三条がこれとは正反対の趣旨のものであることが明らかになる。

ドイツ民法八二三条は、第二草案七四六条にもとづくものであり、後者はさらに、第一草案七〇四条にその系譜をもつ。この第一草案七〇四条は、次のように規定していた。

「ある人が、故意または過失にもとづく違法な行為——作為または不作為——によって、その発生を予見しまたは予見すべきであった損害を他人に加えたときは、その損害の範囲を予見しえたか否かにかかわらず、その行為によって生じた損害をその他人に賠償する義務を負う。

ある人が、故意または過失にもとづく、違法な行為によって他人の権利を侵害した場合においては、損害の発生を予見しえなかったときといえども、権利侵害によってその他人に生じた損害をその人に賠償する義務を負う。生命、身体、健康、自由及び名誉の侵害は、本条の意味での権利侵害とみなす。」

このように、第一草案七〇四条一項は、「違法な行為によって」他人に損害を加えることを不法行為の成立要件の一つとしていた。ところが、何が違法な行為であるかについては、それ以上明確に示されていない。従って、第一章案七〇四条を、一項で一般条項を定め、二項で権利侵害の場合につきそれを補足しているものとして理解する余地があるようにも思える。⁽⁴⁾しかし、このように解してよいかどうかは争われているようである。何故なら、第一草案の理由書からは、七〇四条一項のこの要件が、もっぱら刑法典の諸規定等明文の禁止法規に違反する行為のみを念頭に置いていたかのように読みとれるからである。⁽⁵⁾

この点の疑問はさておくも、引き続き第一草案を検討した第二委員会⁽⁶⁾は、不法行為責任の限のない拡張のおそれを懸念して、一般条項の採用には反対する態度を明瞭に示していた。例えば、同委員会において、「第一章案——

筆者註——)七〇四条を『他人に違法に損害を加えた者は、それが故意によるものであれ、過失によるものであれ、その人に賠償をなす義務を負う』という規定とすべきである⁽⁷⁾との提案がなされた。この提案は、その理由として次のように述べる。「賠償義務の要件をここで法律の中に確定しておくことは、実際問題として不可能であり、個々の事案において(賠償義務の成立する範囲を——筆者註——)適当に限定することは、これを裁判官の衡平感覚(Takt)に委ねざるをえない⁽⁸⁾」と。しかし、委員会は結局この提案を否決して次のように言う。「この提案は——筆者註——)不法行為から生じた損害を賠償する義務についての原理を定めておけば、義務が生ずるための要件を規定しておかなくともそれで充分であると考え、従って、存在するさまざまな問題を明らかにするだけで、自らその解決を示さず、これを裁判官に委ねて自らはその負担から免れようとする。……しかし、法律によってなされるべきこれらの課題の解決を裁判所に任せることは、草案の方針にかなうものでもなければ、裁判官という官職に対するドイツ国民の一般的な考え方もあいられない。裁判官にこのような権威ある地位を与えた場合にどのような帰結に至るのか、ドイツの判例もまたフランスの裁判所の判決にみられるのと同様の弊害をもたらしはしないか、これらについては何らの予測も立たない。このような疑念にかんがみ、あらかじめ法律において、裁判官に判断のための一定の客観的基準を定めておいてやる⁽⁹⁾ことが望ましい⁽¹⁰⁾」と。以上のような経緯のうちに成ったのが第二章案七四六条であった。

「故意もしくは過失により他人の権利を侵害し、または、他人の保護を目的とする法律に違反した者は、それによって生じた損害をその他人に賠償する義務を負う。法律の内容によれば過失(Verschulden)なくしてそれに違反することがある場合においては、賠償義務は、過失(Verschulden)があるときに限り生ずる。(第二項省略)」

そして、これが、その本来の内容を変えることなく、議会の審議、議決を経て法律となったものが現行法八二三条

である。

「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、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。」

他人の保護を目的とする法律に違反した者も、前項と同様である。法律の内容によれば過失がなくとも違反が生ずる場合には、賠償義務は、過失があるときに限り生ずる。⁽¹¹⁾

このように、ドイツ民法八二三条は、「あらかじめ法律において、裁判官に判断のための一定の客観的基準を定めておいてやることが望ましい」という趣旨にもとづく規定である。従って、この規定は、同条の外で既に客観的に妥当している法規範を、裁判官の判断の基準として自らの内へ取り入れるという構造をもつ。一項では、それは、この規定の外で既に固有の实在を有する「所有権又はその他の権利」である。二項では、個人的法益に対する罪を定める刑法典の諸規定等の「保護法規」である。裁判官は、かかる既存の権利の侵害の有無、および、「保護法規」への違反の有無を「客観的基準」として、行為の違法性を判断すべきものとされているのである。⁽¹²⁾

ところで、ドイツ民法八二三条の以上の趣旨は、また、「その他の権利」の内容をも規定せずにはおかない。結論から言えば、「その他の権利」に該当する権利は、その直前に置かれていた所有権と同様の性質のものに、つまり、違法性判断のための「客観的基準」を内包しているものに限られなくてはならない。所有者は、所有権を有していることの反射としてある一定の利益を享受している。ところが、社会生活においては、通常、極めて広範囲にわたる他人の行為が直接間接にこの利益を侵害する可能性をもつ。例えば、誤って送電線を切断することによって、付近一帯の家庭では電気器具を使用できなくなり、その電気器具の所有者は皆利益を害される。また、交通ストライキのため

多数の者が自己の所有地に赴くことができなかつた場合、このストライキはこれらすべての土地所有者の利益を害することになる。しかし、以上のような利益侵害行為は常に所有権侵害として違法である、との結論を支持する者はいないだろう。⁽¹³⁾ 所有権は物に対する直接的支配をその内容とする権利である。それゆえ、かかる直接的支配関係を侵害する行為、すなわち、物の毀滅、占有の侵奪等だけが所有権侵害として違法と評価される。⁽¹⁴⁾ ここでは、被告の行為が所有者の有するかかる直接的支配関係の侵害と因果関係に立つか否かが、違法性判断の「客観的基準」なのである。

換言すれば、法は、所有権者に物の直接的排他的支配を許容しているのに対応して、当該の物の毀滅、その無断の使用等々を他のすべての人に禁止している⁽¹⁵⁾のであり、かかる禁止規範への違反の有無が、裁判官にとって違法性判断の「客観的基準」とされるわけである。⁽¹⁶⁾ また、ドイツ民法典は所有物返還請求権や妨害除去請求権について詳細な規定を置いている(九八五条、一〇〇四条、一〇〇五条⁽¹⁷⁾)。そして、これらは上述の禁止規範の違反を要件として生ずる請求権に他ならない。⁽¹⁸⁾ 従って、裁判官は、被告の行為がかかる請求権を定めた規定の要件を充たすか否かを一つの「客観的基準」とすることもできる。⁽¹⁹⁾ 「その他の権利」に該当する権利は、以上と同様に、権利者の利益を害する多種多様な行為の中から違法とされるべきものだけを選び出す「客観的基準」を内包していなければならないのである。⁽²⁰⁾

三 それでは、債権はこのような条件をみたす権利であろうか。言い換えれば、債権にドイツ民法八二三条一項を適用した場合、果たしてこの規定の趣旨は充分に実現されるだろうか。

債権者が有するさまざまな権能の中で最も重要なものが請求権と擲取権である。

請求権能を有することによって、債権者は、債務者の一定の意思活動 (Willensbetätigung) を、つまり、一定の作為、不作為等の給付行為を求めることができる。⁽²¹⁾ そして、債権者は、通常、給付行為によってもたらされるはずの

将来の利益に対し現在の期待を有している。ところが、この期待もまた、第三者の多種多様な行為によって害される。例えば、給付目的物の毀滅やこれを二重に譲り受けること、さらに、債務者を監禁したり殺傷することによって。また、送電線を誤って切断することによって、電力会社から電力を供給してもらった債権を有するすべての者が、価格拘束契約の下にある販売店から消費者が安価でその商品を購入したり、あるいは、アウトサイダーたる販売店がそれを販売することによって、その製造元が、それぞれ契約から生じるべき利益への期待を妨げられる。しかし、債権者の有する期待を害するこのようにさまざまな行為の中から、違法とされるべき一定範囲のものを限定して選り出す「客観的基準」は、債権の概念そのもの内には存しない。前述のように、所有権においては、客体に対する直接的支配関係の侵害の有無がかかる「客観的基準」であった。しかし、債権者は、自ら給付内容を実現することが不法な私力の行使として禁じられていることから明らかのように、給付目的物や債務者の人格、意思に対して何らの直接的支配関係をも有していない。⁽²²⁾従って、給付目的物の毀滅や債務者の人格の侵害等は、給付行為から生じる利益に対する期待を妨げるという点において、上述の他の行為とまったく同視されるべきものであり、そこに質的な差異をみいだすことは不可能である。⁽²³⁾

また、例えば、ドイツ民法八二三条一項に該当することに争いのない所有権その他の物権の内容は、法律の規定によって厳格に定められている。それゆえ、いかなる行為がこれらの侵害として違法であるかという問題についても、逆に、法律の規定（例えば、ドイツ民法九〇三条、九八五条、一〇〇四条、一〇〇五条等）の中にその「客観的基準」を求めることができるのである。⁽²⁴⁾他方で、契約にもとづいて成立する債権においては、強行法規や公序良俗に違反しない限り、契約当事者が任意に給付行為の内容を決定できる。だから、ここでは、それぞれの債権についてその

給付の内容は千差万別であることになる。従って、このような性質の債権が、所有権等にみられるのと同様の違法性判断の「客観的基準」をその概念中に内包していないのは、あるいは当然のことであるとも言えるだろう。

ところで、債権者の期待を結果において妨げる第三者の行為は、それが間接的原因として作用したにすぎない場合でも、また、被侵害債権がいかなる内容であろうとも、有責になされた以上は常に不法行為を構成する、との命題はとうてい容認しえないものと思われる。前述したように、同一の利害関係を共通の前提として無数の債権が成立する。また、債権の内容は、物権とは異なって法律により厳格に限定されていないから、価格拘束契約にみられるように、第三者の自由により多大な影響を及ぼしかねない内容の債権も契約によって有効に成立する。このような事情を想起するとき、上述の命題が一般第三者の行動の自由を著しく制限し、通常⁽²⁵⁾の社会活動や経済活動にとって重大な障害となりかねないことが明らかになる。しかし、他方で、債権自体には不法行為の成立を一定の範囲に限定する「客観的基準」が欠けている。それゆえ、債権を絶対権の一つと考え、ドイツ民法八二三条一項の適用を肯定するにしても、裁判官は、第三者が損害賠償義務を負うか否かを、個々の事案での諸般の事情の考慮のもとに、衡平の観念に従って判断しなくてはならないことになる。しかし、このように裁判官の裁量の余地を認めることは、この規定を本来の趣旨に反して一般条項化することを意味する。結局、その本来の趣旨⁽²⁶⁾に忠実であろうとすれば、ドイツ民法八二三条一項を債権に適用することは、これを断念せざるをえないのである。

次に、観点を請求権能から擱取権能へ移してみよう。上述したところは、また、ここにもあてはまる。なるほど、擱取権は、請求権が債務者の意思に向けられているのとは異なり、債務者の責任財産を直接にその客体としている。しかし、ある時点で債務者に帰属している財産の総額は、やはり、その減少をもたらす第三者の行為の違法性を判断

するための「客観的基準」たりえない。何故なら、例えば、責任財産を構成する物を債務者から譲り受ける第三者は、債権者が詐害行為取消権を行使する場合を除いて、完全な所有権を適法に取得しうるからである。ところで、詐害行為取消権については、次のように考える学説がある。すなわち、第三者と債務者との間の行為が詐害行為取消権の対象となる場合、例えば、債務者が詐害の意思をもってその法的行為をなし、相手方たる第三者もこれについて悪意であり、さらに、債権者の擱取が妨げられることが少なくとも予見されうるとき（「破産手続外における債務者の法的行為の取消にかんする法律」二条、三条一号）、この行為は違法である。それゆえ、第三者は、債権者による当該の行為の取消を甘受しなければならぬのである、と。⁽²⁷⁾ 本稿では、債権者取消法の要件を充たす行為を違法と解することの当否自体は問題としない。しかし、仮にこの場合に違法性を肯定するとしても、かかる行為に違法性を付与するのは債権者取消法の当該の規定であることに注意しなくてはならない。つまり、違法性判断の「客観的基準」とされるのは、この場合、かかる法律の規定なのである。決して、擱取権の概念の内にこのような「客観的基準」が存するのではない。それゆえ、前述の学説に従うとしても、ここでは、債権者取消法の規定を「保護法規」として、ドイツ民法八二三条二項の不法行為が成立しうるにとどまることになる。この学説によっても、擱取権の概念中に違法性判断の「客観的基準」が存し、債権がこの観点においてドイツ民法八二三条一項の「その他の権利」に該当すると考えることはできないのである。⁽²⁸⁾

このように、請求権能、擱取権能のいずれに着目してみても、債権の概念には、侵害行為の違法性を判断するための「客観的基準」が欠けている。ところが、これに対してあえて例外を求めるとすれば、それは、権利者への債権の帰属という観点であろう。債権の帰属の侵害に限ってドイツ民法八二三条一項を適用しようとする学説があることは、

すでにIIで示したとおりである。これによれば、第三者が、債権についての処分権や弁済の受領権等、債権者のみに留保されている権限を無断で行使し、それが法の特別規定により債権者に対しても有効とされる場合に限って、ドイツ民法八二三条一項の適用が問題となる。このように、この見解は、債権者の利益を害する多種多様な行為の中から違法と評価すべきものだけを選び出す明確な「客観的基準」を一応示しているとみてよいであろう。⁽²⁹⁾ また、以上のような点に「客観的基準」を求めることは、債権の帰属という事柄の性質に照らしてみても、それなりの合理性を有するように思われる。一たん有効に成立した債権は、その財産の一つとして当該の債権者のみに帰属している。そして、その処分権、および、その債権の弁済としてなされた給付を受領する権限をもつのは、やはり、当該の債権者のみに限られる。従って、本来は無効だが、法の特別規定により債権者に対して例外的に効力をもつ処分、弁済受領がなされ、これによって債権者からその財産の一つである債権自体が奪われた場合、この行為を違法と評価することには十分な理由が存するように思われるのである。そして、このことは、あたかも、債権自体を一個の有体物と考へ、これと債権者との間に、所有者が物に対して有する直接的支配関係と類似の関係を想定し、ここに違法性判断の「客観的基準」を求めることを意味しよう。⁽³⁰⁾ 第三者の債権侵害による不法行為の成立を肯定するために「債権の上の所有権」なる観念を認めようとした学説⁽³¹⁾の真意も、このように考えることによってよく理解できるのである。しかし、以上に述べたことは、帰属という観点に着目すれば、ドイツ民法八二三条一項の本来の趣旨を害することなく、債権を「その他の権利」に該当させることが一応可能であるというにとどまる。他方で、ドイツの判例、多数説が、債権の帰属の侵害が問題となる事案では、不当利得(ドイツ民法八一六条)、不真正事務管理(同六八七条二項)等によって既に十分な救済がなされうることを理由に、ドイツ民法八二三条一項の適用には消極的であることも忘れてはな

らない。⁽³²⁾

四 ドイツ民法典の不法行為法は、故意または過失により違法に他人に損害を加えた者はこれを賠償する義務を負う、という一般原理に還元される。しかし、立法者は、この原理をそのまま、すなわち、一般条項として定めておくことには消極的であった。法律要件の意味内容の確定を全面的に裁判官に委ねることによって、不法行為責任が際限なく拡大することを懸念したからである。結局、ドイツ民法八二三条によって上述の原理を可能な限り具体化し、以て、裁判官のために明確な判断基準をあらかじめ定めておくという途を選んだ。つまり、同条一項についていえば、そこでは、法（成文法もしくは慣習法）によって厳格に限定された支配領域を権利者に割り当てる権利だけが念頭に置かれている。⁽³³⁾そして、この支配領域の侵害と因果関係に立つ行為がなされた場合、裁判官はそれを違法と評価しなければならぬのである。ドイツ民法八二三条一項にかんして、たんに他人に有責に財産的損害を加えるだけでは足らず、同時に、所有権等の権利が侵害された場合に限り、損害賠償義務が生じる、と説かれることがある。⁽³⁴⁾これは、この規定が一般条項を採用しなかったという上述の事情を示すものに他ならない。

ところが、債権者への帰属を度外視するならば、債権は、法によって厳格に限定された支配領域を権利者に割り当てる権利ではない。請求権能に着目すれば、それは、当事者によって任意にその内容を定められた給付行為を請求しうる権利にすぎない。また、擱取権能の観点でも、債権は、上述の条件を充たすものではない。それゆえ、ここでは、債権者に財産的損害をもたらす多種多様な第三者の行為の中から、違法と評価されるべき一定の範囲のものを限定して選り出すことができない。そのため「客観的基準」が存しないのである。従って、このような性質の債権を絶対権の一つに数え、これを「その他の権利」に含めた場合、債権者に有責に財産的損害を加える第三者の行為は、すべ

て、一応、ドイツ民法八二三条一項の要件を充たす可能性を有することになる。そして、その後は、裁判官が個々の事案においてその裁量によって第三者の損害賠償義務の成否を判断していかざるをえないのである。しかし、これは、不法行為責任の拡大に対する危惧から民法典に採用されなかったはずの一般条項が、形を変えて復活することを意味しよう。前述のように、ドイツの判例、多数説は、第三者の損害賠償責任の生じる範囲が著しく拡大すること等を実質的な論拠として、債権を「その他の権利」に該当させることに反対する。判例、多数説のこのような立論は、以上のようなドイツ民法八二三条一項の趣旨、構造、および、債権の性質にかんがみるならば、一応首肯できるように思われるのである。

(1) E. v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentags Bd. 2 (1960) S. 65ff.; R. Reinhardt, Das subjektive Recht in §823 I BGB, JZ 1961 S. 713; R. Krasser, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter (1971) S. 159f., 163f.

(2) Caemmerer, a. a. O., S. 50, 65; Krasser, a. a. O., S. 159.

(3) F. Fick, Das schweizerische Obligationenrecht, 1. Aufl. (1911) S. 99f.

(4) Caemmerer, a. a. O., S. 65; E. Deutsch, Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände, JZ 1963 S. 385; M. Löwisch, Der Deliktsschutz relativer Rechte (1970) S. 71 Anm. 33; 平井宜雄『損害賠償法の理論』(昭和四六年)三三九頁。

(5) Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Bd. 2 (1899) S. 405, 1074; Krasser, a. a. O., S. 159; 錦織成史「民事不法の二元性(一)」法学論叢九八巻一号(昭和五〇年)四〇頁註②。

(6) Caemmerer, a. a. O., S. 65.

(7) Mugdan, a. a. O., S. 1073 Antrag 6a.

- (8)(9) Mugdan, a. a. O., S. 1075.
- (10) 第一草案七〇四条一項によれば、禁止法規（公共の利益の保護を目的とするものも含む）に違反した者は、損害が発生することを予見し、または、予見しえた限りで、すべての被害者に対して損害賠償義務を負わなければならなかった。この点にかんして、第二委員会では、とくに、禁止法規違反の不法行為によって損害賠償請求権を取得する者の範囲をどのように限定するかが問題となった。本文に紹介した議論は、以上のような文脈においてなされたものである。そして、委員会の多数意見は、第一草案七〇四条一項の立場、および、それに代えて一般条項を採用すべきであるとの提案をもとに不当であると考えた。その結果、個人の利益の保護を目的とする法律に違反することによって、その法律が保護せんとしている当該の者だけが損害賠償請求権を取得する、と定める第二草案七四六条が採用されたのである。
- (11) ドイツ財産法研究会・前掲(1)判例タイムズ三七二号による。
- (12) Krasser, a. a. O., S. 165f., 170; Caemmerer, a. a. O., S. 66; Reinhardt, JZ 1961 S. 715f.; Deutsch, JZ 1963 S. 388f. これらはまた、有責性判断に際しても重要な意味をもつ。すなわち、「一項の法益、権利の侵害、二項の「保護法規」への違反についての、つまり、違法な行為をなすことについての故意、過失が要件とされているからである。錦織・前掲(一)法学論叢九八巻一号三二二頁以下参照。
- (13) Krasser, a. a. O., S. 167.
- (14) O. C. Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung (1905) S. 149; Krasser, a. a. O., S. 172, 189; Reinhardt, JZ 1961 S. 715f., 719; 錦織「ドイツにおける営業保護の法発展(下)」判例タイムズ三五三三号(昭和五四年)一七頁以下。
- (15) Krasser, a. a. O., S. 99 ff.
- (16) Krasser, a. a. O., S. 169.
- (17) これらは他の制限物権にも準用されている(ドイツ民法一〇一七条、一〇二七条、一〇六五条、一〇九〇条、一二二七条、地上権に関する命令(Verordnung über das Erbbaurecht)一一条)。
- (18) Vgl. A. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht (1878) S. 156, 178 ff.
- (19) Reinhardt, JZ 1961 S. 716; H. Stoll, Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte, AcP 162 (1963) S. 218 ff.

- (20) としてまた、違法な行為をなすことについての故意、過失の有無という有責性判断も、当該の権利が以上のような違法性判断の「客観的基準」を備えている場合にはじめて可能となる。Vgl. Krasser, a. a. O., S. 167, 176; Deutsch, JZ 1963 S. 189.
- (21) A. v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 1 (1910) S. 96, 110f., 140f., 240 ff.
- (22) Krasser, a. a. O., S. 104; R. Sohm, Der Begriff des Forderungsrechts, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 4 (1877) S. 460 ff.
- (23) Vgl. Krasser, a. a. O., S. 186 ff.
- (24) 「その他の権利」に含まれることに疑いのない特許権等の無体財産権においても同様である。しかし、かかる行為が権利侵害とみなされるかについては、法律は明確な基準(例えば、特許法(Patentgesetz)六条)を置いている。Vgl. Krasser, a. a. O., S. 173f.; Stoll, AcP 162 S. 216; 錦織・前掲(下)判例タイムズ三五三三号一九頁。
- (25) 例え、送電線を誤って切断することによって、電力会社から電力を供給してもらった債権を有する者が損害をこうむることは、通常、予見可能である。だから、少数説のように解した場合、行為者は、かかる債権を有するすべての者に対して損害賠償義務を負うことになりかねない。けれども、行為者の立場を考慮すれば、このような結論が實際上正当であるとは思えず。Vgl. Caemmerer, a. a. O., S. 94; Das Problem des Drittschadensersatzes, ZHR 127 (1965) S. 245 f.
- (26) Krasser, a. a. O., S. 167f., 186 f.
- (27) F. Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909) S. 277ff.; H. Koziol, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967) S. 90, 165ff. なお、下森定「債権者取消権に関する一考察(一)」法学雑誌五十七卷三・四号(昭和三五年)一九四頁参照。
- (28) Krasser, a. a. O., S. 187.
- (29) Vgl. Krasser, a. a. O., S. 135, 190f.
- (30) Krasser, a. a. O., S. 189.
- (31) F. Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB (1929) S. 63 ff.
- (32) Krasser, a. a. O. S., 196f.; Thur, a. a. O., S. 211 Anm. 21; T. Kipp, Über den Begriff der Rechtsverletzung, in

Festgabe für O. v. Gierke Bd. 2 (1910) S. 17, 23 f.; P. Heck, Grundriß des Schuldrechts (1929) S. 459; G. Otte, Schadensersatz nach § 323 I BGB wegen Verletzung der „Forderungszuständigkeit“? JZ 1969 S. 256; RGZ 111, 302 462^o

(33) Deutsch, JZ 1963 S. 388.

(34) K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 2 11. Aufl. (1977) S. 526.

—未完—