論説

損害賠償法における素因の位置（五）

永下泰之

目次

序章　素因減責論の課題
第一節　問題の所在
第二節　外国法との比較

第三節　本稿の目的・構成
第一章　わが国の判例・学説の到達点
第一節　はじめに
第二節　被害者の素因の類型とその意義
第三節　判例の状況
第四節　学説の状況
第五節　小括
第二章　ドイツ法における素因不考慮命題の意義
第一節　序
第二節　素因不考慮命題の形成過程
第三節　被害者の素因の取り扱いに関する判例・学説の展開
第一款　素因に関する裁判例の展開
第二款　素因不考慮命題の限界―帰責性の否定
第三款　学説による素因不考慮命題の評価
第四款　小括
第三章　被害者の特別な精神的脆弱性
第一節　被害者の心理的反応
第二節　ノイローゼ事例における素因の位置
第三節　被害者の体験の不適切な精神的消化
第四節　小括
第四章　ドイツ法における素因の考慮場面
第一節　素因不考慮命題と諸法理による現免責の可能性
第二節　逸失利益算定における考慮

（以上、六二巻四号）

（以上、六二巻五号）

（以上、六三巻一号）

第三節　逸失利益算定における割合的控除
第四節　素因と共働過責
第一款　ドイツ法における共働過責について
第二款　共働過責による素因の考慮
第三款　素因と共働過責に関する小括
第五節　ドイツ法における素因の考慮場面についての小括
第五章　素因減責論再考
第一節　ドイツ法における議論状況の総括
第一款　素因不考慮命題の意義
第二款　素因不考慮命題の限界
第三款　素因不考慮命題に関する法律構成
第四款　素因不考慮命題の問題点
第五款　仮定的因果関係論による減免責
第六款　素因に対する統制義務を媒介とする共働過責
第二節　日本法への示唆と検討―素因の位置・再考
第三節　残された課題―結びに代えて

（以上、六三巻三号）

第四章　ドイツ法における素因の考慮場面

第四節　素因と共働過責

（以上、本号）

体質的素因であれ心因的要因であれ、被害者のいわゆる「素因」が不法行為と競合した結果、損害が発生・拡大した場合には、加害者は全損害に対して賠償責任を負うものとする素因不考慮命題が広く妥当しているドイツ法においても、体質的素因を有する被害者がこれを認識しながら危険な行為をなした場合には、BGB二五四条の共働過責の規定が適用される可能性があることは一般的に承認されている(1)。また、心因的要因とりわけノイローゼ事例についても、従来から、損害発生後の展開の問題として、「損害軽減義務」の観点からの減責が認められているところであり(2)、また、今日ではより客観的かつ柔軟な解決が模索されているところである（後述第二款二）。

ところで、BGB二五四条において規定される共働過責制度は、被害者の過責（Mitverschulden）をもって加害者の賠償責任を割合的に軽減するものであり、わが国における過失相殺制度に対応する。しかしながら、被害者の過責に関して、通説・判例は、被害者に過責があるというためには、その者に責任能力（Zurechnungsfähigkeit）がなければならないとしており(3)、また損害軽減義務が文言上明示されているというように、わが国の過失相殺制度とは所々異なるところがある。したがって、ドイツ法の共働過責制度における被害者の素因の考慮場面を考察する前提として、まずは共働過責制度について概観し（第一款）、それを踏まえて被害者の素因と共働過責との問題を検討することとする（第二款）。

第一款　ドイツ法における共働過責について

一　共働過責制度の概要

共働過責制度の基本思想は損害の分配である(4)。ドイツ法が完全賠償主義を採用していることは周知のことであるが(5)、共働過責はこれを破る。というのも、被害者にも過責がある場合に、加害者に全部の責任を負わせるのは、信義則（B

ＧＢ二四二条[6]）に照らして、妥当ではないと考えられたからである。共働過責制度においては、被害者の過責が損害の発生・拡大に共働した場合、加害者の賠償義務が制限されることになるのであるが、このとき加害者の賠償義務は、被害者の過責の程度に応じて割合的に制限される。そして、その結果、法的効果として被害者の損害賠償額が割合的に減額されるという仕組みとなっている。

わが国の過失相殺は、民法七二二条二項において「被害者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができる」とのみ規定しているが、ＢＧＢ二五四条は、第一項において、損害発生時の被害者の共働過責を規定し、続いて第二項において、損害の警告義務、損害防止義務及び損害軽減義務の三つの義務を規定している[7]。この第一項と第二項との関係につき、前者を責任を根拠づける事実における被害者の過責の共働、後者を損害事件発生後の損害の展開過程における被害者の過責の共働、として区別する見解もあるが[8]、むしろ第二項を、不作為の態様によっても被害者は自らの過責につき抗弁を提出されうる、ということを特に明らかにしたものであるとして、要件としては第一項の「損害の発生に際しての被害者の過責」に集約されるというのが、一般的な見解であると言えよう[9]。とはいえ、損害発生時における被害者の過責と、損害事件発生後の損害の展開過程における被害者の過責とを区別して考えることは、学説も承認するところである。これは、第二項第一文に規定される三つの義務の境界線として理解される。

先に述べたように、ＢＧＢ二五四条第二項第一文は、被害者についての警告義務、損害防止義務、損害軽減義務の三つの義務を規定する。これら三つの義務は同じ第二項第一文に規定されているのだが、警告及び損害防止義務と損害軽減義務との間には明確な境界が存在する。すなわち、警告及び損害防止義務は、損害が生じることを防止すべき義務であるのに対し、損害軽減義務は、すでに損害が発生しているときにこれが拡大しないようにすべき義務であるという境界が存在する[10]。このようにＢＧＢ二五四条では、損害発生時の過責と損害発生後の過責との相違が明確に意識されてい

るのであり、素因競合事例で特に問題となる心因的要因の競合事例では、とりわけ後者の損害軽減義務が問題とされている。

ここで、損害軽減義務について、少し説明しておきたい。いわゆる損害軽減義務とは、債務不履行ないし不法行為によって生じた損害が被害者自身の過責によって拡大・悪化するのを回避すべき義務である。[11] ドイツ法における一般的見解によると、損害軽減義務の内容は、被害者は分別のある注意深い人間にとって期待される限りにおいて、損害が不必要に拡大しないようにしなければならない、とされる。[12] また、被害者が損害軽減義務を怠ったときには、発生した損害が分配されるのではなく、被害者がその義務を尽くしていれば避けられたであろう損害の部分を加害者は賠償することを要しない。その際には、初めから賠償請求権の主張が許されないのではなく、初めから請求権が一部縮減されていると考えられている。[13] その結果として、被害者の損害賠償額の割合的減額という法的効果が生じるのである。

二　BGB二五四条の立法過程

BGB二五四条の基本的枠組みは前述のとおりであるが、完全賠償主義のドイツにおいて、損害賠償額の割合的軽減という法的効果がいかにして生じたのであろうか。これにつき、立法過程から見ていこう。その際には、法的根拠及び理論構成に焦点をあてると同時に、わが国とドイツとの大きな相違である損害軽減義務についても注目したい。なお、BGB二五四条の成立前史、成立史、成立後の学説の諸動向については既に詳細な検討がなされているため、[14] 本稿では概略的な考察に留める。

（一）部分草案一三条

被害者の過責に限っての割合的斟酌という現行法二五四条の骨格は、一八八二年に提出された部分草案の段階で既に

完成していた。債務法の部分草案はキューベル（von Kübel）の担当であった。

部分草案一三条「損害が同時に生ずる他人の過責（Verschulden）と被害者自身の過失（Fahrlässigkeit）により惹起された場合、被害者は、裁判官の裁量によりその割合に応じて、損害賠償請求権を有する。」[15]

起草理由によると、キューベルが起草に際して意図したことは、事件の個々具体的な事情を考慮した公平かつ妥当な処理であり、そのために、裁判官に自由な裁量を与えるということである。[16] その際、被害者の過責は、損害賠償請求権の否定に至るとする伝統的ローマ・ドイツ普通法とは決別せざるを得ないと考えられたようである。[17] キューベルは、その背後にある法思想を、違法な行為を行う者に何らかの権利を与えることということは有り得ないのであり、したがって、違法行為者のために被害者に損害の発生を回避するような義務を負わせることは認められない、という点に求める。[18] 他方で、被害者が何らかの行動を取り、注意を払うことにより損害の発生を回避し得たとしても、不法行為がなければそのような関係は生じなかったのであるから、被害者の損害回避可能性を理由に、各人は自己の不注意による結果について責任を負わなければならないというものではない、という趣旨も明らかにしている。[19] 一般的命題を定立することを断念するとともに、裁判官に具体的事件の判断に際しできる限りの自由を認めることを意図した結果との評価がなされよう。[20] また、部分草案一三条では、事後的な損害の拡大について言及されてないが、これは考慮されなかったのではなく、いずれにせよ裁判官の裁量の範囲とされていたのである。

部分草案一三条は、完全賠償原則の修正として、被害者の過責に限っての割合的斟酌という方法を構成した点に重要な意義を有する。しかし、被害者の過責の性質については、具体的な議論はなされず、これも裁判官の裁量の範囲に属

していると考えられていたようである。

（二）第一草案二二二条

部分草案一三条に対しては、プランク（Planck）委員（ツェレの上級控訴裁判所判事・プロイセン代表）より、加害者に故意のある場合はともかく、たとえ加害者が生ぜしめた損害であっても、被害者に「普通の注意（gewöhnliche Sorgfalt）」を払うことにより回避できた損害については、損害賠償請求は排除されるべきではないか、という動議が出された[21]。委員会における多数が、部分草案一三条を正当と認めるが、被害者に損害回避の不作為があったことが証明されたような場合にこの規定の適用を否定することは衡平ではないとして、動議に従った形での修正を決定している[22]。その後修正された第一草案二二二条が一八八八年に公表された。

第一草案二二二条「他人が惹起した損害の発生につき、被害者の過失（Fahrlässigkeit）がたとえ損害回避に問題となるに過ぎないにしても共働した場合、裁判所は、事件の事情に従い、他人が損害賠償の義務を負うかどうか、および、その負うべき義務の範囲の如何を考量すべし。とりわけ、裁判所は、判決をなすにあたり、他人の過責（Verschulden）と被害者の過失（Fahrlässigkeit）のどちらか重大かどうか、および、その重大なる範囲を評価すべし[23]」。

第一草案二二二条の特徴は、損害の回避の不作為が証明された場合の当該規定の適用を認める点と、賠償責任軽減の手法として、ドイツ普通法および一部のパンデクテン法学で採られていた因果関係を基礎とする「損害控除」の理論、つまり、「因果関係の中断」の理論をあきらめ、生じた損害を法的に全体として一個のものと評価する「単一損害」の概念を前提に、それを過責の程度を考量して当事者間に分割するという「損害分割」の理論をもって構成されている点

が挙げられる。[24]

しかし、過責の程度と賠償されるべき損害との間に確定できる数学上の関係を識別していないこと、つまり、賠償義務の消滅に至る可能性のあることを定めていることからすると、ローマ・ドイツ普通法の原則が払拭されないで残っていることがうかがわれる。[25]

（三）第二草案二一七条

第一草案二二二条に対してはかなり異議が唱えられたが、それは形式的なものにとどまり、大方の見方は好意的であった。[26]その後第一草案二二二条は、異議に答える形で修正され、ライヒ司法省準備委員会決定民法草案二二二条が公表された。[27]本草案は、被害者の過責が損害の主たる原因とみなされる場合、賠償請求権は、被害者に与えられるべきではないという意見を採用した形となっている。また本条では、裁判官の裁量の働く余地をできる限り抑制したいという考慮もうかがえる。[28]すなわち、ライヒ司法省準備委員会決定民法草案二二二条に対しては、第二委員会において、同条の削除という動議を除いて、①「賠償請求権を排除する（Ersatzanspruch ausschliesst）」の後に、「あるいは制限する（oder Beschränkt）」という文言を挿入すること、②「回避（Abwendung）」の後に、「あるいは軽減（oder Minderung）」という文言を挿入すること、③「過失（Fahrlässigkeit）」を故意の意味も含む「過責（Verschulden）」に置き換えること、の三つの動議が採択された。[29]これら三つの動議を採択した第二草案二一七条は一八九二年に公表された。

第二草案二一七条「損害の発生につき、被害者の過責（Verschulden）が、たとえ損害の回避または軽減の不作為によるにすぎないにしても、共働する場合、賠償の義務および給付すべき賠償の範囲は、その事情によって、とりわけ、損害がいかなる範囲において主として何れの当事者により惹起されたかによって定まる」。[30]

第二草案二一七条の特徴は、賠償の範囲が必ずしも明言されていない裁判所の裁量による損害への原因確定という点にある。したがって、損害への原因確定として何を基準にするのか、すなわち、因果関係なのか、過責なのかという点が問題となる。[31] 文言からは明らかではないが、原因の確定は、両者の過責ではなく、依然として因果関係に依存していたようである。

また、被害者の損害回避の不作為と並んで、損害軽減の不作為についても配慮することを規定として表明した点が注目される。「軽減」という言葉を挿入することにより、過失相殺を全損害の展開に際して適用することが可能となるとされる。[32] この段階においてようやく、損害の拡大に際しても、共働過責の斟酌がなされることが条文に明記されたのである。

ライヒ司法省準備委員会決定民法草案二二二条から第二草案二一七条への変遷を見ると、「被害者の過責」という問題を、損害の軽減および損害回避の不作為という二つの点から積極的に評価しようとする姿勢がみられる。

（四）現行法二五四条

第二草案二一七条は、一八九五年に連邦参議院に提出され、連邦参議院提出法案二九四条としてまとめられた。その際、現行法二五四条のごとくに一項と二項とに分割され、さらに二項において二七四条（現行法二七八条）の準用が定められた。[33] その後、連邦参議院から送付された第三草案を審議した帝国議会の委員会において、二項に警告義務が付け加えられ、[34] 現行法二五四条の形式が整ったのである。

（五）小括

ＢＧＢ二五四条は、被害者の過責に限って競合原因の割合的斟酌を認める共働過責制度を置く。立法過程によると、立法者は、厳密な射程・法的構造を検討したうえでこの制度を置いたわけではないようである。そのため、被害者の過

責という要件の具体化も図られていない。立法者がＢＧＢ二五四条を置いたのは、競合原因の斟酌を被害者の過責に限定するという原則的立場を表明したに過ぎないのであろう。具体化、理論化は以後の課題とされたのである。

また、損害軽減義務は、第二草案二一七条においてようやく条文として規定されたものである。損害の展開全てにおいて被害者の過責を斟酌する点で、立法者の積極的な評価の姿勢をうかがい知ることができるが、被害者の損害軽減の作為とはいかなるものであるか知ることはできない。理由書によると、単に明確化のためと表現されたに過ぎず[35]、前述のように損害軽減義務の具体化は図られず、議論の余地が残されたのである。

三　共働過責の法的性質

前述の立法過程の考察から明らかになったが、ＢＧＢ二五四条の共働過責制度は、ドイツの完全賠償主義を修正するために損害賠償額の割合的縮減という法的効果を定立することが最大の目的であった。しかし、被害者の過責の法的性質の問題は立法過程では未解決のまま残され、立法後は、被害者の過責の法的性質をめぐる議論が盛んとなったのである。

以下、被害者の過責の法的性質について、ドイツにおいて代表的な学説を考察してみたい。この過責の法的性質をめぐる議論においては、過責（Verschulden）という文言から出発して、被害者の非難可能性というアプローチから多数の構成が試みられている。以下、順に概略的に見ていこう。

（一）被害者の過責の法的性質に関する学説

被害者の過責の法的性質に関する代表的な学説としては、①自分自身に対する過責（Verschulden gegen sich selbst）説、②法的義務違反説、③矛盾行為禁止の原則説（信義則上の義務違反説）、④オプリーゲント違反説が挙げられる。

①自分自身対する過責（Verschulden gegen sich selbst）説

ツィテルマン（E. Zitelmann）は、BGB二五四条の被害者の「過責」を「自分自身に対する過責」という概念を用いて説明する[36]。彼によれば、「過責」には、他者に対する過責と自分自身に対する過責とがある。前者においては、法が他者の利益のために課する法的義務の違反に、法的不利益もしくは法的利益の排除が結合されている。これに対して、後者においては、反対給付すべき法的義務は課されていない[37]。自己に対する過責の主たる効果は、損害賠償請求権の排除であり、BGB二五四条やBGB一二二条二項がその例である[38]。

自己に対する過責と他者に対する過責とは、価値判断の種類において相違する。自己に対する過責の事例においては、法的義務がないために、行為は客観的にも主観的にも違法足りえない。しかし、「過責」をいうためには、行為が拒否されねばならない。自己の法益を侵害することは、法的義務には反しないが、自らに不利益を加えないという自己に対する（倫理的）義務の違反とみなされ、自己の利益の見地から拒否されるのである。

判例もかつてはこの見解をとったが[39]、多数の反対説が生じた。例えば、ラーレンツ（K. Larenz）は、この見解に対して、「自分自身に対する過責」という言葉は法的義務の侵害を示唆するがゆえに、避けるべきであるとする[40]。

②法的義務違反説

この見解は、上記ラーレンツが批判する法的義務の侵害を正面から認め、被害者の行為を真正の義務違反とする見解である。自己加害行為に加害者の利益の侵害を見出し、加害者に対する法的義務の違反と構成する見解である。この議論に関して比較的詳細であるのはフェンツマー（K. Venzmer）の見解である[41]。共働過責事例においては、現に生じた結果は加害者・被害者双方の惹起によってのみ生じえたのであり、加害者に結果が帰責されるのは被害者が共働惹起したがゆえである。ところが、BGB二五四条がないものと考えれば、被害者が関与しなければ結果は生じなかったとい

うこのような事情は顧慮されず、加害者は完全な賠償義務を負う。ここに加害者の損害が存在する。そのため、ＢＧＢ二五四条における自己加害は、加害者の法領域への侵害と法必然的に結合している。しかし、共働惹起に伴う他者の権利領域への侵害は自己の利益からも正当化されないのであるから、この損害の基礎にある結果実現は、被害者の観点から違法とされる(42)。

またフェンツマーは次のようにも述べている。ＢＧＢ二五四条一項は、被害者が結果全体について共働答責的であると宣言し、加害者の責任を同じ範囲で免除する。すなわち、違法な結果の招来に被害者が関与したことから、法律によって一気に、損害賠償義務の賦課および、その即時の強制的な履行という帰結が引き出される(43)。つまり、彼は、被害者の行為を違法とし、しかも、賠償額の縮減を被害者の損害賠償責任（過失責任）と把握するのである（したがって、被害者についても責任能力を要求する(44)）。

これに対して、加害者に対する義務を構成することの妨げとなる事情が多数指摘された。例えば、加害者は初めから縮減された損害賠償義務を負うに過ぎないのであるから加害者に損害が生じることはない(45)。また、不法行為上、他者の損害を阻止すべき一般的義務が存在するわけではない(46)。他人の権利領域に侵入し、法秩序によって拒否される不法行為者のために、被害者の義務が生じると考えることはできない(47)、といった指摘がなされる。つまり、被害者に対して、強制履行をも可能とする法的義務を賦課することへの批判である。

③矛盾行為禁止の原則説（信義則上の義務違反説）

共働過責制度を矛盾行為禁止の原則から説明し、自己加害行為とは別の平面・時点において被害者に許否を加える見解である。アドリアーニ（H. Adriani）がフィッシャー（Fischer）の所説を発展させている。

アドリアーニは次のように論じる(48)。法は自己の法益を軽率に危殆化することを禁じていない。法が拒否するのは、自

己の利益の命令を無視したことそれ自体ではなく、このような場合における損害賠償を請求するという自己の先行行為との矛盾のみである。BGB二五四条の基礎にあるのは、自己の行動に反して振舞うことは許されない（venire contra factum proprium）という法思想である。すなわち、BGB二五四条は信義誠実の原則の具体的発露である。BGHが、BGB二五四条は信義誠実の原則（BGB二四二条）とりわけ矛盾行為禁止の原則（venire contra factum proprium）の特別の表出であるという見解を示すに至り[49]、学説においても支持を得た。今日では、通説および判例となっている。

他方で、ラーレンツは、この見解に対して、次のように述べて批判する[50]。信義誠実は業務上取引における誠実期待、所与の文書への誠実さ及び要求された信用を正当化することと関わりあう。それゆえ、取引関係がすでに存在する、あるいはこれから開拓されるというところでは信義誠実が妥当するはずであるが、BGB二五四条には該当しない。むしろ、法秩序の別の根本原理が問題である。自らの行為に対する責任とは、責任を負うべき損害に対し共働責任を負う形での責任である。〝信義誠実〟に還元する必要はない、と。

④オプリーゲンハイト違反説

BGBにおいては、通常の義務とは異なる一群の「義務」の存在が指摘されていた。シュミット（R. Schmidt）はこれらに「オプリーゲンハイト（Obliegenheit）」[51]という名を与え、基礎的かつ包括的研究を行っている[52]。なお、この見解は、今日の有力説であり、多くの概説書、注釈書がこの立場にたっている[53]。

シュミットは、法義務には、真正義務（Verbindlichkeit）とは別に、より強度の弱い義務（Pflicht minderer Intensität）の一群があるとして、これを、保険法の概念である「オプリーゲンハイト」と名づける。彼によると、これらの義務は、「権利者」に履行請求権、訴求・執行可能性、損害賠償請求権もなく、違反時には損害賠償請求権の縮小というサンクションが加えられる、という特徴を有するものであり、BGB二五四条もこの一群に属するとされる[54]。

またシュミットは次のようにも述べる。自己の権利領域における危険回避を命じる一般的法義務はない。しかし、自己加害に結びつけられた法律効果からは、自己加害しないという、より強度の弱い義務が生じる。自己加害はそれ自体としては違法ではないが、損害賠償請求権の主張という観点から、法秩序によって拒否される。このような拒否の基礎にあるのは、自己の行動に反して振る舞うこと、つまり矛盾行為禁止（venire contra factum proprium）という法思想である。帰責可能な行為によって自己加害する者は、この損害を他者に転嫁してはならないというわけである。[55]

このようにシュミットは、被害者が加害者に対して、損害賠償義務以外の弱いサンクションしか有さない弱い義務を負っているとするが、しかし、加害者に対する被害者の義務という構成が既に問題視されていたので、オプリーゲンハイトという新たな概念を導入するシュミットの見解は、当初支持が乏しかった。ここで反対説が指摘するのは、保険法における本来のオプリーゲンハイトが問題になる状況と共働過責が問題になる状況との相違、すなわち不法行為事例では、加害者・被害者の間にはもともと特別の法的関係が存在しないという点である。[56]

その他にも多数の異論が存在する。例えば、オプリーゲンハイトを一定の義務と理解した上で、オプリーゲンハイトを「強度の弱い義務」として理解してはならず、またそのようなものが存在するわけでもないという批判がなされることがある。[57] また、これと主旨は類似するが、ヴィーリンク（H. Wieling）は、オプリーゲンハイトを「自己利益における行為の要請」と呼んでいる。[58] さらに。エッサー（J. Esser）に至っては、オプリーゲンハイトという言葉を用いることも認めていないのである。[59]

（二）小括

以上概観してきたように、被害者の過責の法的性質をめぐっては、「過責（Verschulden）」という文言から出発して被害者の非難可能性を論じるための様々な構成が試みられた。ここで、被害者の過責の法的性質について一度整理して

おこう。

まず現れたのが、自分自身対する過責説である。ツィテルマンによると、自己に対する過責は、法的義務がないために、その行為は客観的にも主観的にも違法足りえないとされる。この指摘は正当であろう。しかし、自己の利益の侵害がなぜ損害賠償請求権の「割合的」縮減という法的効果を生じるかについて、説明がなされていない。

一方、法的義務違反説は、被害者の自己加害行為を、真の法的義務違反であるとする。この見解は、被害者の過責は自己の利益の見地からも正当化されないとする点で、上述の自分自身に対する過責説と共通している。しかし、フェンツマーは、自己の利益の見地から被害者の過責を違法として[60]、ツィテルマンの見解とは正反対の結論を導き出す。そこからフェンツマーは、損害賠償義務の賦課とその即時の強制的な履行という帰結を導くのであるが、この帰結には、批判が多い。

今日の通説・判例は、矛盾行為禁止の原則説を採用している。この説は、BGB二五四条の基礎を矛盾行為禁止の原則（venire contra factum proprium）に求め、BGB二五四条は信義誠実の具体的発露であるとする[61]。学説においてもこの説は通説となっている。

今日の有力説であるオプリーゲンハイト違反説は、法的義務性を否定するために、より強度の弱い義務として保険法のオプリーゲンハイトを用いて被害者の過責を説明する。シュミットが指摘する、加害者に履行請求権、訴求・執行可能性、損害賠償請求権がないこと及び被害者に損害賠償請求権の縮小というサンクションが加えられるに過ぎないということは、BGB二五四条の法的効果を的確に捉えたものと評価することができる。なお、シュミットは、強度の弱い義務と構成するが、その根拠を矛盾行為禁止の原則に求める。この点において、オプリーゲンハイト違反説は矛盾行為禁止の原則説と相違せず、むしろ、オプリーゲンハイト違反説は、矛盾行為禁止の原則説の一種であると考えられよう。

四　BGB二五四条における損害軽減義務

BGB二五四条は、第一項において共働過責に関する一般原則を規定し、第二項においてその特別適用について規定する。特別適用とは、既に述べたように、警告義務、損害防止義務、損害軽減義務の三つである。この三つのうち、損害軽減義務は、わが国の過失相殺には明記されてはいないが、定着しつつある法理である。

後に見るように、素因競合事例においては、損害の発生に際して被害者の素因が競合する場合のみならず、損害が生じた後に被害者の素因が競合する場合すなわち、損害の展開過程がとりわけ問題となるのであるが、後者については、損害軽減義務の問題である。よって、ここでドイツ法における損害軽減義務につき、概観しておかなければならない。なお、損害軽減義務は、契約関係にも不法行為にも適用される法理であるが[62]、本稿の目的に鑑みて、今回は人身損害に限っての紹介にとどめる。

（一）損害軽減義務とは

損害軽減義務の特徴は、損害が既に発生していることを前提としている点にある[63]。警告義務、損害防止義務及び損害軽減義務は、前二者が損害の発生を防止することに向けられたものであるのに対し、損害軽減義務は発生した損害を拡大させないことに向けられたものであるということによって区別される。例えば、交通事故により身体傷害を被った者は、その傷害がそれ以上悪化しないように治療を受けることが要請され、これを怠った場合、損害軽減義務違反であると見なされる。すなわち、損害がすでに生じてしまった場合、被害者は、分別のある注意深い者に期待されうる限りにおいて、損害が不必要に拡大しないよう尽力すべきものとされ[64]、また、被害者が損害軽減義務に違反した場合には、被害者がその義務を尽くしていれば回避しえたであろう部分の損害を賠償義務者は賠償することを要しない[65]。その結果として、被害者の損害賠償額が減額されることになる。前述の設例でいえば、被害者が治療を怠った結果、傷害が悪化し

た場合、治療を怠る行為は損害軽減義務違反と見なされる。そして、治療を受けていれば悪化しなかったであろうと評価される部分の損害について、損害賠償額から控除されることになる。

ＢＧＢ二五四条の共働過責制度を理解する上で注意しなければならないのは、損害軽減義務をはじめとするＢＧＢ二五四条第二項一文について、法的義務違反を前提としてない点である。[66] したがって、ＢＧＢ二五四条が想定する被害者の「義務」の違反は、損害賠償請求権を縮小するという法的効果しか持ち得ない。損害軽減義務違反についても同様であり、この義務違反により拡大した分の損害については、損害賠償請求権の縮小というサンクションが加えられるに過ぎないのである。

（二）具体的義務

それでは、次に具体的な損害軽減義務の内容について見てみよう。当然のことながら、具体的損害軽減義務の内容は、ＢＧＢ二五四条二項一文の規定からは明らかではない。そのため、立法後から個々の事例によって義務内容が蓄積されてきたのである。人身損害に関する損害軽減義務としては、①医療行為、②労働力の利用が挙げられる。これらの場合、被害者にはいかなる行為が期待され、それが損害軽減義務として想定されているかのにつき、ここで概略的に見てみよう。

①医療行為

傷害を受けた被害者は、全く取るに足りない身体傷害でない場合には、医者の治療を受けなければならない。[67] また、医師の指示にも従わなければならないことも指摘される。[68] 学説からは、食養生を遵守しなければならないこと[69]、場合によっては精神科にかかることも義務づけられることが指摘されている。[70]

また、被害者は、手術を受けることも期待されうる。[71] 手術が期待されるのは、労働能力を回復して、所得の減損を低く抑えるためである。ただし、当然のことながら、手術に関しては、「手術は、危険がなく、特別な苦痛を伴わず、か

つ治癒あるいは少なくとも回復への確実な見込みを示すものでなければならない」という定式で表されるように[72]、限られた条件付きで要請されるものであり、一般的な手術受忍義務のようなものではない。

②労働力の利用（就労義務とも呼ばれる）

不法行為にあった被害者といえども、そのまま事態をも漫然と放置して、いたずらに不労状態に留まるではなく、被害者は、所得の減損を軽減するために、期待される限りにおいて残存する自己の労働能力を有用に活用しなければならないとされる[73]。場合によっては、再訓練をすることや[74]転職することも期待される[75]。なお、就労義務における期待可能性は、個別具体的事案の事情が決定的な役割を果たしている。これにつきランゲ（H. Lange）は、以前勤めていた仕事の種類、年齢及び被害者の基礎能力、新たな仕事を見つける際の困難さが決定的であるとする[76]。

以上概観してきたように、損害軽減義務は、被害者の過責を判断するに際して、当該行為が被害者にとって期待されうるか否かを評価する。この「期待可能性（Zumutbarkeit）」という基準は、個々の事案における被害者側の事情による。その際には、客観的事情のみならず、主観的事情も考慮される。すなわち、「期待可能性」は、通常人を基準として判断するのではなく、あくまでも具体的被害者を基準として、具体的被害者の事情に応じて個別的に判断するのである。したがって、「期待可能性」という基準は、ドイツ法における素因不考慮の原則と同様の価値観を内包していると理解される。後述の素因競合の問題に関しても、こうした価値観がベースとなっているものと考えられる。このことは、通常のノイローゼや定期金ノイローゼの場合に関して、被害者が不適切なノイローゼの展開を克服するために、被害者にとって可能かつ期待されうる措置を講じたかどうか審理されなければならない[77]、と指摘されるところである（後述第二款二）。

第二款　共働過責による素因の考慮

さて、以上を前提として、いよいよ被害者の素因と共働過責との関係について考察を進めていこう。

一　体質的素因に関する見解

ドイツでは、被害者の体質的素因（病的素因）の取り扱いに関して、「虚弱な者に対して不法行為をなした者は、健康な者に加害行為をなした場合と同様に扱われるべきことを主張しえない」という命題が、判例・学説により早い時期から形成されており、これが確立した判例法理となっていることは既に述べたとおりである。

このような立場を採るドイツにおいても、体質的素因を有する被害者が、それを知りながら危険な行為をなした場合、判例・学説においてＢＧＢ二五四条の共働過責の規定が適用される可能性が指摘されているところである。(78) この場合、判例・学説は、被害者に非難可能性のあることを前提としている。すなわち、自分の体質的素因を認識していたかどうか、従前に有責な事故があったかどうか、という観点から被害者の共働過責を問題とするのである。では、ここで代表的な例を見てみよう。

（一）裁判例

【D-40】OLG Celle 一九八〇年七月一八日判決（OLG Celle VersR 1981, 1057）

【事実】Ｘのダックスフントがｙのテリヤに攻撃され噛みあいに巻き込まれた。以前から潜在する乾癬を認識していたＸがそれを止めようと綱を引っ張った際に転倒した結果、手と足に擦過傷を負い、一〇日後これが発現したという事案である。

【判旨】ツェレ高等裁判所は、Ｘの犬にもかみ合いの原因があり、Ｘの対応も不適切であったという点で共働過責が斟

酌されるとし、さらには、「その他の共働過責の要素は、Xが自身の病気を知っていたという事実である。それゆえにこそ、Xは行動を自制しなければならなかった。Xの損害を被りやすい体質がYの責任根拠に影響を与えない場合、Xが自身の体質を顧みずに危険を冒すことの代償として、Xの重大な共働過責が考慮されなければならない。なぜならば、Xはより良く危険を評価しうるからであり、この観点からすると、行動を自制するという特別の義務はXの責務である」[79]として、Xの共働過失を認め、加害者の責任を縮小した。

【D-41】ＢＧＨ一九八一年九月二二日判決（BGH NJW 1982, 168）

【事実】飲食店のウェイターであるXが店内においてYの保有する犬に腹部を噛まれたところ、戦争で負ったXの傷（瘢痕組織の損傷）が影響して、二つの大掛かりな手術と三ヶ月の入院という重大な結果に至ったという事案である。第一審はXの請求棄却。Xより控訴。控訴審は、慰謝料の支払を認容したが、治療費及び収入減損の賠償を棄却。Xより上告。上告一部認容。

【判旨】「確定判例（s. BGHZ 34, 355 [363] = NJW 1961, 655; BGH, NJW 1972, 334 = VersR 1971, 1123; NJW 1978, 2502 = VersR 1978, 1070 [1071]; zuletzt NJW 1980, 1518 = VersR 1980, 675）によると、ＢＧＢ二五四条第一項に規定される損害発生時における狭義の過責の考慮は、ＢＧＢ二四九条の基礎にある信義誠実の原則（Treu und Glauben）の表れである。それゆえ、被害者が自らの責任領域に属する損害回避を特別な方法で困難にしたにもかかわらず、賠償請求権を全範囲において請求しようとすることが、まさに加害者と被害者との関係において不公平であると思われる場合には、ＢＧＢ二五四条が適用されるべきである」との見解を示し、例えば雑踏において不注意な第三者と接触したような場合においては、コルセットあるいは腹巻を装着していなかったことはXの共働過責になりうるが、本件では、損害事

件はもっぱらYの責任領域に属しているのであり、YはXの自由な決定の領域にある予防をXが講じていないとの抗弁を提出できないとして、Xの共働過責を否定した。(80)

【D-42】OLG Koblenz 一九八六年五月五日判決（OLG Koblenz VRS 72 (1987), 403）

【事実】友人の小型バイクの後部に同乗した被害者が、夜間にディスコから帰る途中、交差点での優先通行権を無視したYの自動車との衝突事故に遭い、下腿部を複雑骨折した。被害者が血友病患者であったため、X（地域健康保険組合）は、被害者の健康回復のため高額の支出を余儀なくされた。Xは回復費用の賠償を請求したところ、これに対してYが、被害者が自ら回避可能な危険状況に身を置いたとして、Xに対し五〇％の共働過失を主張した。

【判旨】コブレンツ高等裁判所は、前提として、被害者が血友病患者であった場合においても、被害者の特別な損害への脆弱性は加害者を免責しないという素因不考慮の原則を示し、その上で被害者の共働過責について、次のような見解を述べてこれを否定した。「確かに、オートバイの運転手とその同乗者が事故に遭うということは稀ではないということは正当である。しかし、このことは被害者にとって、『血友病患者』としての素因を理由として小型バイクの運転を断念するきっかけであるとは限らない。そのような乗り物は、道路交通で認められた、若者が好んで利用する交通手段である。当裁判所の知るところによると、被害者が住んでいる地域では、公共の近距離交通の便が特に良いわけでもなく、特に日曜日は良くない。このことからだけでもすでに次のことが推論される。すなわち、被害者は、他の交通手段を持っていなかったので、一定範囲において仲間との社会を手に入れるために、Sと共に走行せざるを得なかった。まさに被害者の健康上の障害が故に、被害者が社会生活に参加するということは有意義であると思われる。むしろ、こうすることが可能である限り、障害者が一般社会に参加するということは、障害者の融合（Integration）のために好まし

いことである。その他の点では、今日において道路交通への参加は、それがいかなる形態であろうとも常に、原審が述べたように、人間の通常の生活形態に属する。『血友病患者』に小型バイクを乗ってはならないと要求することは、一般的行動の自由の制限であろう」[81]。

ここで検討した裁判例を見る限りでは、被害者が体質的素因を有している場合において、被害者の共働過責が成立する可能性については考慮されているように思われるが、実際には、裁判所は共働過責の成立について極めて消極的であると思われる。確かに、理論的には、素因保有者が自己の体質的素因を認識している場合において、損害回避措置を講じなかったのであれば、自己危惧化行為として共働過責が成立することが認められている。しかしながら、一般論として、素因保有者の社会参加自体を共働過責とすることはできないとの立場が採られていることと、素因保有者の一般的行動の自由という要請がかなり広範に妥当するものとして承認されていることから、素因保有者の共働過責の成立は極めて限定的な場合であると解される。ここにおいても、素因不考慮命題の基本思想が強い影響を与えているものと思われる。すなわち、体質的素因を有する被害者の共働過責を認めると、そのような者は通常人（健康な者）に比べて社会参加の際に負担を負うことになり、場合によっては社会参加自体を自制すべきことになり、素因保有者の社会参加・一般的行動の自由を制限することとなる。しかしながら、前掲【D-42】OLG Koblenz 一九八六年五月五日判決で言及されているように、素因不考慮命題及び裁判所が比較として重視するのは、素因保有者の社会参加・一般的行動の自由である。したがって、体質的素因を有する者が自らのそれを認識していたことが直ちに共働過責につながるのではなく、当該素因が自らの支配領域内にあり、かつ、容易に損害回避措置を講ずることのできる場合に限り、共働過責が成立するのである。そうすると、裁判所が予定するのは、より具体的な行為義務違反、すなわち、被害者の側に非難可能性が

認められ、当事者間で明らかに不公平だと評価される程度の行為義務違反であると考えられる。

（二）学説

学説においても、被害者が自己の体質的素因に対して認識があった場合に共働過責の成立の可能性が考慮されている。[82] ここにおいても、裁判例と同様に、共働過責の考慮には消極的であると理解される。まず学説は、ＢＧＢ二五四条の観点から、被害者が自分自身の不健全な健康上の体質を考慮するよう要請されることを認める。[83] そして、この観点から被害者が自己の体質的素因に対して認識があった場合に共働過責の成立の可能性を承認する。とはいえ、先ほど述べたように、積極的に成立を認めるわけではない。なぜならば、前提として、被害者の体質的素因自体を共働過責として被害者に帰せしめてはならないからである。[84] また、被害者が自己の体質的素因を認識しかつ損害回避措置を講ずることが可能であることから、ＢＧＢ二五四条により共働過責が成立する可能性があるとしても、障害がある、又は虚弱な者の一般的行動の自由は、このＢＧＢ二五四条のオプリーゲンハイトによって過度に制限されてはならないとして、共働過責の成立に慎重である。[85]

以上のとおり、ドイツ法においては、被害者の体質的素因の競合事例においては、共働過責の考慮に際しても、被害者の社会参加・一般的行動の自由の保障が図られているものと解される。そして、これは、まさに素因不考慮命題の示す基本思想と同様である。

二　心因的要因に関する見解

体質的素因が競合した場合については、上述のとおり、被害者が自らの素因を認識し、かつ、損害回避ための措置を講ずることができるときに限り、共働過責が成立するとの枠組みであった。それでは、被害者の気弱な性格や悲観しや

すい傾向あるいはなんらかの精神的疾病といった心因的要因が競合した場合はどうであろうか。素因の認識及び損害回避措置といった体質的素因に関する枠組みは、心因的要因の場合にはそのまま妥当するものではない。そうすると、心因的要因の競合事例では、損害が発生したことについては素因不考慮命題によって全損害を加害者が負担すべきとなり、共働過責の考慮が入り込む余地がないのだろうか。

奇しくも、わが国で民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用することにより被害者の素因を斟酌することができるとした最高裁判決[86]は、被害者の心因的要因の競合事例であったように、ドイツ法においても、被害者の心因的要因が競合した場合における被害者の共働過責が問題となっている。このとき、ドイツ法において主に論じられているのは、損害発生後に心因的要因が寄与し、既発の損害を悪化・拡大させるという場面である。すなわち、損害軽減義務の問題である。

（一）定期金ノイローゼ

心因的要因と損害軽減義務との関連においては、とりわけ「定期金ノイローゼ（Rentenneurose）」の場合が問題とされていたところである。

当初RGは、定期金ノイローゼのような賠償神経症の事例において、加害者の責任を肯定していた[87]。例外的に、被害者が自分の欲望観念に抵抗しなかった場合において、BGB二五四条の共働過責による損害賠償の減額が考えられていたが、実際に共働過責が認められることはなかった。この傾向は戦後も基本的に変更がなく、共働過責を承認した判例は見られない。例えば、次の例を見てみよう。

【D-43】BGH一九八五年一一月一二日判決（BGH NJW 1986, 777）

【事実】一九七六年六月一〇日、訴外Aが乗用車を運転していたところ、サイドウィンドーから納品書が道路中央分離

帯へと飛んで行ったため、同乗者B（Y_1の夫、Y_2の父親）が徒歩で道路を横切り中央分離帯渡ろうとした。そこで反対車線を走行していたXは、ブレーキをかけ回避行動をとったが、Bを轢いてしまい、Bは即死した。Xは本件事故により、重傷を負い、繰り返し治療をうけなければならなくなり、一九八〇年六月一日には障害が理由で退職し、年金受給者となった（Xは当時四五歳）。そこでXはYらに対して、Bの相続人として、損害賠償を請求した。これに対してYらは、事故に起因する症状はすでに治癒しており、Xは病気へと逃げ込んでおり、いわゆる定期金ノイローゼを発症しているため、その結果に対してYらは賠償義務がないとして争った。

第一審は請求を棄却。控訴審は慰謝料及び将来的損害を理由とするYらの賠償義務を認めた。Yらが上告、上告棄却。

【判旨】BGHは、Xの損害軽減義務に関して、「XによるBGB二五四条二項に基づく損害軽減義務違反に対しては、あらゆる事実的根拠が欠けている。Xの精神的損害の素因に対して、Xは責任を負わない。精神的損害の素因は、BGB二五四条を超えて損害軽減的にXに対抗することはできない。加害者が体質的に特に脆弱な者に損害を与えるということは、加害者の危険である。同様に、Yは、Xがノイローゼを理由として回復の可能性があった医師の（おそらくは考えられうるであろう精神科医の）処置を有責に受けなかったという観点について、十分な事実申し立てをしなかった」と判示して、Xの損害軽減義務違反を否定した。

本件ではXの損害軽減義務は否定されたが、心因的要因と見なされる定期金ノイローゼを損害軽減義務の観点から考慮する姿勢が見られる。素因に関しては、素因そのものではなく、被害者の行為を斟酌できる可能性を示したものと考えられる。

なお、加害者が体質的素因を抱える被害者に対して損害を与えることは、加害者の危険であるとされている点には、素因不考慮命題と同様の考慮を見て取ることができる。したがって、損害軽減義務の観点から被害者の素因を実質的に

考慮する可能性は認められるのであるが、その成立にはなお謙抑的であるものと解される。

ところで、定期金ノイローゼについては、判例の展開により、BGH一九五六年二月二九日判決[88]などにおいて、加害者の責任が否定されるようになり、少なくとも定期金ノイローゼ事例における共働過責が問題とならなくなっていた。ところが、近年、判例が、いわゆる定期金ノイローゼ事例と呼ばれていたものにつき、素因不考慮命題の適用範囲を拡大し、原則として加害者への帰責を認める方向へと舵を切ったことから[89]、再び共働過責、とりわけ損害軽減義務が問題となっている。このときには、被害者の不適切な神経症の展開のいう観点から損害軽減義務が問題とされている。

（二）不適切な神経症の展開

ドイツ法では、被害者の特別な精神的脆弱性（psychische Anfälligkeit）は、身体傷害の共働惹起（Mitursächlichkeit）と同様に、加害者を免責することはできないとして[90]、被害者の心因的要因の斟酌は原則として否定される。しかしながら、被害者のノイローゼが誤った方向へ展開した場合、例えば、ノイローゼを理由として就労せず、所得減損といった後続損害（Folgeschaden）が生じたような場合には、もはやこの原則は妥当しない。この場合、被害者の不適切なノイローゼの展開は、加害事件によって偶然現実化された生命の危険として理解されてはならないとされる[91]。なぜならば、加害者が与えた危険は、後続損害という形で現実化されたのではないからである[92]。

では、不適切なノイローゼの展開が、加害事件によって偶然現実化したに過ぎない生命の危険の発露（Ausfluss）として理解されうるであろうか。この点について、前掲【D-37】BGB一九九六年四月三〇日判決は、「加害事件が全く取るに足りないものであり、かつ、特別に被害者の損害素因に影響を与えたわけでもなく、具体的事案における精神的反応が誘因との重大な不均衡があるが故にもはやまったく理解できない」場合にのみ帰責性が否定されるとする[93]。この

ようにドイツ法では、被害者の心因的要因は、一定の場合に限って斟酌されるに過ぎず、原則としては斟酌されえないのであるが、むしろ、被害者のノイローゼが誤った方向へ展開した場合には、損害軽減義務違反が問題とされる。例えば、次のような例が挙げられる。

【D-44】ＢＧＨ一九六九年一二月四日判決（BGH VersR 1970, 272）

【事実】Ｘは、天然痘の予防接種を受けた際に、脳傷害と癲癇の発作を起こし、癲癇発作により後にノイローゼ状態に陥り、生業能力が減退したという事案である。ＸはＹ（国）に対して、生業能力の減退に基づく収入喪失の損害賠償を請求。第一審はＸの請求認容。Ｙが控訴。控訴棄却。Ｙより上告。ＢＧＨは、定期金の減額を認容。その他については棄却。

【判旨】ＢＧＨは、予防接種によるノイローゼに関して、素因不考慮の原則を示し、原則として加害者が責任を負わなければならないとした上で、生業能力回復のためのリハビリテーションに関して、次のように述べＸの損害軽減義務であるとし、定期金を減額した。「Ｘの健康状態の回復が可能であると思われる期間に対して、定期金は、さしあたり認められない、あるいは、いずれにせよ控訴審裁判所で算定された額で認められることはない。

しかし、例えば必要な処置がＸないし法定代理人の過責によりなされなかった、又はなされないために、可能性のあった回復が生じなかった、又は生じないという期間についても妥当しなければならない。Ｘは、―既に述べたように―例えば原状回復や、あるいはここでは適切なリハビリテーションに参加すべきものである。Ｘが、Ｙと自分自身に対して負うこの義務を有責に違反するのであれば、そのために生業能力が回復され得ない範囲において、Ｘの定期金はＢＧＢ二五四条二項にしたがって減額されなければならない(94)」。

本件は、リハビリテーションに関する事例であるが、ノイローゼのような心因的要因が損害の発生後に寄与して当該

損害が拡大した場合について、被害者の損害軽減義務が考慮されることを判示したものである。本判決によれば、素因不考慮命題が妥当する場合にも、回復の可能性があれば、そのためにリハビリテーションなど有益な措置を講じる必要があるとされ、これが損害軽減義務違反を構成する。すなわち、被害者は、精神的損害の素因に対して責任を負うべきではなく、それゆえBGB二五四条によっても法的不利益を課されないのであるが[95]、しかし、被害者がノイローゼの誤った方向への展開を克服するために、被害者にとって可能であり、かつ、期待されうる措置を講じたかどうかが審理されなければならないとされ[96]、これを怠ったときには損害軽減義務違反に問われるのである。

（三）学説

以上見てきたように、心因的要因が競合した場合については、被害者にとって可能であり、かつ、期待されうる措置の懈怠が損害軽減義務違反とみなされるのであるが、これは一体どのような内容のものなのであろうか。これにつき、学説では、以下の通りに解されている。

①内面の抵抗力

第一の見解として、被害者の内面の抵抗力を問題とする見解がある。体質的素因についてであるが、すでに、抵抗力の問題が指摘されていた。すなわち、リュアーは、病気または脆弱な被害者であっても、社会秩序の中で行動するのであれば、何人も最低限の身体的抵抗力を奮い起こさなければならないとして、被害者自身の負担を要求し、具体的には、病人は、彼が病気に相応な理性的な態度に相応しく振舞わなければならず、仮に、彼が軽率に認識できる危険に身を晒した結果生じた損害については、彼自身が引き受けなければならない、とする[97]。すなわち、法秩序は、被害者にも最低限の抵抗力および自己規律を要求しているのであり、法律違反者は、不法行為にも関わらず被害者の全危険を引き受けるのではない。被害者には、運命を自ら克服する責務が残されているのである、とする[98]。

以上の理は、心因的要因についても同様である。すなわち、何人でも社会秩序の中で行動するのであれば、最低限の精神的抵抗力を奮い起こさなければならないと言えるのである。したがって、不適切な度を越えた精神的反応がＢＧＢ二五四条の領域に入るとし、また、神経症を克服する可能性をもっている場合には、ＢＧＢ二五四条が適用されるのである。[99] また、ランゲも同様に、賠償神経症に関連して、事故の不適切な消化がＢＧＢ二五四条の領域に属すると主張する。[100] ここで注目されるのは、事故の不適切な消化とその克服の可能性についてである。すなわち、事故体験を適切に消化できていないということは最低限の精神的抵抗力を奮い起こすことに失敗し欲望観念に屈したものと見なされる、つまり、被害者は欲望観念を克服するために期待されうる全ての措置を講じてはいないので、ＢＧＢ二五四条に基づいて被害者が損害軽減義務に違反したかどうかを審理しなければならないとされるのである。[101]

なお、この見解に対しては、共働過責が成立するためには、神経症にかかった者が自分の意思で自分の状態から生ずる要求を制御し、欲望観念に有効に抵抗することができなければならないが、実際上これは存在しない、という批判がある。すなわち、被害者は最低限の精神的抵抗力を奮い起こし、欲望観念を克服すべく措置を講じなければならないのであるが、これは被害者自身が意思的努力により自らの素因を統御する可能性があることを前提としているものと解される。そうすると、そもそも「最低限の精神的抵抗力」を欠いている者にはおおよそ自らの素因を統御し克服のための措置を講ずることなどは期待することができず、また、ノイローゼが発症した後には、ノイローゼのゆえに精神的抵抗力が損なわれているのであり、損害軽減の措置を実施する能力が奪われているのである。[102] また、そもそもとして、「適切に体験を消化できる」被害者を侵害したものと加害者が期待することは許されないとも批判されているところである。[103] 以上の批判に鑑みると、克服可能性を要件とすると、心因的要因競合事例において被害者の損害軽減義務違反を認めることは困難であろう。

②法益に対する無関心

そこで今日注目されるのは、シーマン（G. Schiemann）の見解である。シーマンは、被害者自身の法益に対する無関心という点に非難可能性を認め、こうした態度こそが自分自身に対する客観的過失であるとする。(104)

シーマンは、被害者自身の態様（Verhalten）が病気とみなされる者に対しても総じて共働過責の非難が唱えられ得るか、という問題を提起する。この点に関して、まず、前掲【D-37】ＢＧＢ一九九六年四月三〇日判決(105)が示した「加害事件が全く取るに足りないものであり、かつ、特別に被害者の損害素因に影響を与えたわけでもなく、具体的事案における精神的反応が誘因との重大な不均衡があるが故にもはやまったく理解できない」という帰責の限界ルールは客観的な社会生活上の尺度を基準としたものと理解する。そして、この客観的な社会生活上の尺度という観点からすると、被害者の不法行為体験の精神的に誤った消化は被害者自身の個別的利益をなおざりにしているとして非難可能であるとする。(106)すなわち、シーマンは、こうした態様は、病気に分類されるとしても、自分自身に対する客観的過失という非難を免れないと解し、ＢＧＢ二五四条により損害の分割が可能となると主張するのである。このシーマンの見解によれば、ノイローゼを発症したことは、常に何らかの意思的努力の怠りとして、克服可能性を問題とすることなくＢＧＢ二五四条を適用することが可能となろう。(107)

三　学説の小括

ドイツ法では、体質的素因の取り扱いに関して、一般命題が早い時期から形成され、原則として病的素因は斟酌しないという立場は現在においても変わりがない。病的素因の取り扱いに関する諸学説は、予見可能性や蓋然性、あるいは特別の危険の問題として説明するが、被害者の帰責性という点に共通点がある。諸説は、その根底に、病的素因を有す

る被害者には、病的素因を有するだけでは何ら非難されるべき点がないという思想が見受けられる。

しかし、病的素因を有する被害者が、自己の素因を認識していながら、あえて危険な行為をした場合には、ＢＧＢ二五四条の共働過責が成立する可能性が考慮されている。判例は、自己の素因を認識していたという点に有責性があるとする。ただし、判例・学説は共働過責の成立にむしろ消極的であり、一般的には素因保有者の一般的行動の自由が強調されている。判例・学説は、体質的素因自体が斟酌の対象となるのではなく、素因保有者の自らの素因に対する認識可能性に着目して、素因保有者の行為・態度を斟酌の対象のすべきことを指摘しているものと解される。

一方、被害者の心因的要因に関しては、加害行為により生じたノイローゼの問題として、とりわけ定期金ノイローゼの問題として議論されている。ここにおいても、被害者の心因的要因は、体質的素因と同様に、原則として斟酌されないとされる。被害者の特別な精神的脆弱性自体には非難されるべき点がないからである。しかし、心因的要因がノイローゼとして誤った方向へ展開してしまった場合、例えば、ノイローゼを理由として就労しなくなった場合に、結果として生じる所得減損などの結果損害に対しては、この原則は妥当しない。この場合には、むしろ損害軽減義務違反が問われるのである。なぜならば、被害者が、欲望観念を克服するために、「期待されうる」措置を講じたかどうが問題となるからであり、このとき、現実化した被害者の行為・態度が斟酌されるのである。

上述の損害軽減義務に基づく素因の考慮においては、結果の「回避可能性」及び結果回避行為の「期待可能性」が重要な役割を果たしている。そして、そのように解すると、克服可能性や意思的努力といったものが問われることとなるが、このとき、克服可能性を要求する限り、被害者の損害軽減義務違反を認定することは非常な困難を伴い、実際に認められることは難しいであろう。しかし、過失をより客観化し、損害軽減義務の射程を拡大することもできよう。すなわち、素因保有者は、自らの法益については自分自身で第一に責任を負わねばならず、それゆえに自己の法益に対して

は無関心でいることは許されない。そうすると、心因的要因によって損害が発生・拡大した際には、素因保有者自身の個人的法益をなおざりにしているとして非難可能な場合もありうる。そのような場合には、自分自身に対する客観的過失という非難が免れないと解され、また克服可能性を問わない形で損害軽減義務を判断することができよう。

第三款　素因と共働過責に関する小括

本章では、ドイツ法における共働過責制度及び共働過責と素因斟酌との関連について考察してきた。最終的に、ここまでで明らかになったことを総括してみよう。

一　ドイツ法共働過責について

（一）ＢＧＢ二五四条は共働過責制度の規定である。この制度の基本思想は損害の分配である。完全賠償主義の修正のための条項であると理解される。

また、ＢＧＢ二五四条は、第二項第一文に、警告義務、損害防止義務、損害軽減義務を規定する。そのうちの損害軽減義務は、損害がすでに発生していることを前提とする点に特徴を有する。損害軽減義務は、損害の拡大を回避すべき義務として理解されている。その法的効果は、損害賠償請求権の割合的縮減である。

（二）立法過程によると、共働過責制度は、完全賠償主義の修正を主たる目的としていたようである。これは現行法において、被害者の過責に基づく損害賠償額の割合的縮小という形で実現されている。もっとも、被害者の過責の具体化は図られておらず、具体化、理論下は立法後の課題であった。

損害軽減義務がはじめて規定されたのは、第二草案二一七条である。この時点で、損害の展開全ての段階において被害者の過責を考慮することが可能となった。しかし、この点についても何ら具体化は図られず、立法後の議論を待つことになったのである。

二　共働過責の法的性質

共働過責の法的性質は、被害者の過責の法的性質の問題である。法的性質に関する学説は、（一）自分自身に対する過責説、（二）法的義務違反説、（三）矛盾行為禁止の原則説、（四）オプリーゲンハイト違反説が挙げられる。諸説を概観すると、（二）法的義務違反説を除いて、いずれの説も被害者の行為を法的義務違反ではないとする。そのように構成することで、二五四条が割合的損害賠償請求権の縮小という法的効果しか持たないことと調和させている。この法的効果を的確に捉える説は、（四）オプリーゲンハイト違反説である。この説は、加害者には義務の履行請求権、訴求・執行可能性、賠償請求権がないこと、そして違反時には損害賠償請求権の縮小というサンクションが加えられるという点を整合的に説明するために、保険法の概念である「オプリーゲンハイト」という概念を導入する。しかし、提唱者であるシュミットが述べるように、根本思想は矛盾行為禁止の原則（venire contra factum propirum）にある。であるからして、結局のところ、（三）矛盾行為禁止の原則説と異ならないという評価が成り立ちうる。

また、諸説は、ＢＧＢ二五四条の「過責」という文言から出発して、被害者の非難可能性というアプローチから様々な構成を試みているが、現在のところ決定的な構成は見られない。また、被害者の過責と損害賠償請求権の縮小という法的効果を結合させて説明しておらず、両者の関連性は不明確のままである。

三　ＢＧＢ二五四条における損害軽減義務

損害軽減義務の特徴は、①損害がすでに発生していることを前提とする点、②回避可能な部分の損害について加害者の賠償義務を割合的に制限する点、③賠償請求権の割合的縮小という法的効果しか持ち得ない点にある。内容については、個々の事案の具体的な事情によって判断するしかないのであるが、判例の蓄積により、若干の具体的義務が構築されている。治療義務、手術義務及び就労義務である。その際の判断基準は「期待可能性」である。つまり、ドイツ法では、損害の拡大を防止するために被害者にとって何が期待されうるか、という判断基準を立てる。そして、「期待可能性」の判断においては、個々の事案の事情が決定的な役割を果たしており、その事情も、客観的事情のみならず、被害者の精神状態といった主観的な事情も考慮される。そのため、被害者の心因的要因の問題も、期待可能性を軸として考慮されるのである。

四　損害軽減義務と素因斟酌

（一）ドイツ法では、病的素因の取り扱いに関して、「虚弱な者に対して不法行為をなしたものは、健康な者に加害行為をなした場合と同様に扱われるべきことを主張しえない」という命題が、判例・学説により形成されており、病的素因は原則として斟酌されない。しかし、判例は、被害者が病的素因を認識しながら危険な行為をした場合に、ＢＧＢ二五四条により共働過責として斟酌されるとし、学説もこれを一般的に承認している。被害者が、自己の病的素因を認識している場合には、回避措置を講じるべきであると見なされ、自己危惧化行為として被害者の共働過責が成立するのである。

（二）被害者の心因的要因に関して、ドイツ法ではノイローゼの問題として論じられている。とりわけ定期金ノイロー

ゼの場合に論じられている。ここにおいても、体質的素因と同様に原則として斟酌されないとされている。しかし、被害者は、ノイローゼ症状を克服するために、被害者にとって可能であり、期待されうる措置を講じたかどうかが問題となることがある。この問題は、損害軽減義務の基準である「期待可能性」で判断される。したがって、被害者のノイローゼ症状は、主観的事情として期待可能性の判断に際して考慮されることとなる。このとき、期待可能性の判断に際しては、素因保有者の克服可能性や意思的努力が問題となるのであるが、今日では、被害者の主観的事情を個人的法益に対する無関心と解し、これを自分自身に対する客観的過失として共働過責を成立させる見解が注目される。

第五節　ドイツ法における素因の考慮場面についての小括

それでは、最後に、本章において考察してきたことを敷衍しておこう。

一　仮定的因果関係論による素因の考慮とその問題点

仮定的因果関係論において、素因を予備的原因として、加害行為がなかったとして、その将来的推移を仮定し、ある時点において素因が現実化したであろうことが証明されるならば、加害者の責任は時間的に修正される。これは、素因不考慮命題の責任の全か無か判断という硬直性を修正しうるものとして評価できる。

しかし、仮定的因果関係での判断でも、硬直性は免れていない。なぜなら、仮定的「時点」によって賠償義務を定めるものであり、仮定的時点以降については賠償義務が完全に排除されることとなる。すなわち、ある時点をもって責任の全か無かという判断がなされてしまうことになり、この意味でやはり硬直性が認められよう。

また、予備的原因の実現についての証明責任は加害者に課せられているが、その証明度は「確実というに近い程度の蓋然性」というように、非常に高度な証明が求められる。かつ、加害者が証明に失敗すれば、素因不考慮命題が適用され、加害者は全範囲において責任を負うこととなる。このように考えると、予備的原因として素因が考慮されうるとしても、加害者は非常に不利な状況にあったといえる。

もちろん、学説では、加害者側の証明の軽減を図るべくＺＰＯ二八七条の証明度の軽減の規定の適用が主張されていたところ、前掲【D-38】ＢＧＨ一九九七年一一月一一日判決[108]は、同条を適用することによって、加害者側の証明度の軽減を図る判断を示しており、加害者側の証明の困難という問題は、一応解消されたといえよう。

しかしながら、同判決は、加害者側の証明度の軽減を図るとともに、ＢＧＢ二五二条とＺＰＯ二八七条を併用適用することにより逸失利益の割合的認定も可能であることを示した。近時の下級裁判例において、この法理は採用されているようであるが、この法理は問題を孕んでおり、直ちに正当化することは困難である。というのも、ＺＰＯ二八七条を適用することにより証明度を軽減することが、直ちに割合的認定を正当化することにはならないからである。ＺＰＯ二八七条は、訴訟法規定であり、あくまでも証明度の軽減を定める規定であるところ、逸失利益の割合的評価は実体法上の規範的評価でなければならず、ここに理論的な飛躍が見られる。ヘス（R. Hess）[109]は、事実審裁判官の自由裁量に委ねられるとするが、仮定的事実の証明度をいくら軽減したところで、加害者側の証明の負担が軽減されるという効果が期待されるにすぎないのであるから、事実審裁判官が行う規範的評価に際して、ＺＰＯ二八七条を用いたとしても、実体法上の判断には何らの効果も期待され得ないと解される。やはり、決して逸失利益の割合的認定には理論的に結合し得ないのである。そうであるならば、別の解決方法を模索すべきであり、実体法上の規範としては、ＢＧＢ二五四条の適用が考えられるのである。

二　BGB二五四条の共働過責の規定の適用と素因との関係

前提として、体質的素因（病的素因）も心因的要因も、それ自体としては斟酌の対象とはならないことは、共働過責の議論において明らかである。その意味では、素因不考慮命題は、貫徹されていると言える。

その一方で、素因保有者の素因に対する認識可能性という観点から、共働過責が問われることは認められているところである。ただし、過度に共働過責を考慮することには消極的姿勢が見られる。なぜならば、共働過責を強調しすぎると、素因保有者の一般的行動の自由・社会参加の自由が阻害されることとなりうるからである。一般的行動の自由・社会参加の自由という観点からすると、共働過責の斟酌の場面においても、素因不考慮命題の基本思想が共通項として現れており、かえって、ドイツ法における素因不考慮命題の強さを伺い知ることができるであろう。

それでは、体質的素因（病的素因）と心因的要因とにおいて、被害者の共働過責が考慮される要件を考えてみると、体質的素因については、基本的に素因保有者の素因に対する認識可能性、そこから発生する素因保有者の行為統制義務という形で共働過責が認められることとなろう。この場合、「期待可能性」が問題となるが、一般的な健常人ではなく、あくまでも被害者その者、すなわち素因保有者として「期待可能性」が問われるということが注目に値しよう。健康な者と素因保有者との比較ではないのである。

次に、心因的要因については、損害発生に際しての共働過責ではなく、発生した損害を拡大させない損害軽減義務が問題となっている。というのは、心因的要因は、発生した損害に対する対応の不適合により損害が誤った展開をする一要因となるからである。ただし、心因的要因は多分に被害者の主観面に関わるものであり、共働過責としてどのように処理するかは問題となる。このとき、損害軽減義務の判断に際して、克服可能性や意思的努力が要求されることが多いが、克服可能性を要求する限りでは、損害軽減義務違反を認定することは困難である。

その点、シーマンの提唱する、素因保有者の自らの個別的法益に対する無関心という点に非難可能性を見て、客観的な社会生活上の観点から共働過責として斟酌するという理論が示唆に豊む。この理論によれば、自らの個別的法益に対する無関心という点において、意思的努力の懈怠が認められ、克服可能性を問うことなく、共働過責を客観的にとらえることが可能となり、かつ、その射程は拡大されうる。そうすることにより、素因不考慮命題とのバランスが図られることとなろうし、柔軟な解決も図ることができるものと考えられる。

第五章　素因減責論再考

本章では、これまでの検討の結果得られた知見をもとに、わが国の素因減責論の再考を試みる。その前提として、まず、第二章～第四章で考察したドイツ法における議論状況を総括し、次いで、わが国における素因減責論を各論点ごとに再考し、素因の取り扱いについて提言を試みたい。

第一節　ドイツ法における議論状況の総括

第一款　素因不考慮命題の意義

ドイツ法では、【D-1】ＲＧ一九三七年四月二六日判決が「虚弱な者に対して加害をなした者は、健康な者に加害をなした場合と同様に扱われることを主張し得ない」という表現で素因不考慮命題を打ち出して以来、ＢＧＨが引き継ぎ、

現在においてもなお判例法理として確立している。そして、判例・学説によると、素因不考慮命題は、病的素因のみならず精神的脆弱性についても妥当する原則である。

これまでの検討で確認されたのは、第一に、その文言からも明らかであるが、素因不考慮命題は健康な者と素因保有者との比較考慮を積極的に否定したものだということである。つまり、損害の帰責判断に際しては、「標準的な健康人であったならば、損害は発生したか、または拡大したか」という問いを立てることは許されないのであって、あくまでも、被侵害対象そのものの状態を基準として帰責判断を行わなければならないのである。

それでは、ドイツ法においては、なにゆえ素因不考慮命題によって健康な者と素因保有者との比較考慮を否定するのかというと、素因保有者の社会参加の自由（行動の自由）を保障するためであった。素因保有者が社会に参加する場合、その者は素因というリスクを抱えているため、必然的に健康な者よりも損害を被る可能性が高い。それどころか、健康な者に比べて損害がより大きなものとなることは容易に想起される。この場合、素因不考慮命題がなく、素因のリスクは素因保有者自らが全て負担しなければならないとすると、素因保有者の社会参加の自由は健康な者に比して阻害されることとなる。このような素因保有者にとって不利な状況を避けるという意味において、素因不考慮命題は意義を有している。

他方で、素因保有者の社会参加の自由を保障するために、素因のリスクを加害者に転嫁することが許されるか、という問題も生じる。加害者もまた被害者と同様に、社会参加の自由は保障されるべきなのであり、ここで加害者の社会参加の自由と被害者のそれとが衝突する。この問題について、素因不考慮命題は次のように解される。すなわち、加害者の社会参加の自由が保障されるべきは当然であるところ、素因不考慮命題に従えば、加害者は素因保有者の素因のリスクを引き受けることとなり、この意味において加害者の社会参加の自由は阻害されることとなるが、法秩序に従えば、

加害者はそもそも違法行為をしてはならず、また危険責任の観点からも危険を創出しないよう振る舞わなければならないので、比較において素因保有者たる被害者の社会参加の自由が優先することとなる。素因不考慮命題は、被害者の社会参加の自由の保障に立脚した原理であると解されよう。

第二款　素因不考慮命題の限界

第二章第三節第二款で裁判例の検討において確認したように(110)、素因不考慮命題の適用範囲は非常に広いものであり、帰責性が否定されるのは、極めて例外的な場合に限られていた。本稿における裁判例の検討によると、その素因不考慮命題の例外は、最低限の抵抗力に求められていることが明らかとなった。すなわち、素因不考慮命題により社会参加の自由が保障されている素因保有者であろうとも、社会に参加する以上、最低限の身体的、精神的抵抗力が求められるのである。なぜなら、社会は完全に無害ではなく、かつ、加害者もまた同様に社会に参加しているため、被害者の社会参加の自由と加害者のそれは、最低限の抵抗力という点で調整されるからである。最低限の抵抗力を下回った場合には、その限りにおいて素因保有者は法的保護を与えられないこととなるが、ドイツの損害賠償法は、最低限の抵抗力を下回った場合についてまで保護を予定しておらず、「保護」法益の侵害とは見なさないのである。素因不考慮命題の限界はこの点に見出される。

第三款　素因不考慮命題に関する法律構成

素因不考慮命題は、法理論としては、損害の帰責、とりわけ責任充足的因果関係に関する法命題である。

当初、素因不考慮命題は、相当因果関係理論により構築されていた。素因によって発現した損害について、予見可能性の有無によって帰責判断が行われていたが、素因競合事例において、被害者が素因を有しているか、素因によって損害が発生・拡大するかということは、おおよそ予見可能性がありえないところ、予見可能性を延長する形で素因不考慮命題は説明されていた。しかし、予見可能性を延長することで相当因果関係理論の本来的役割である責任制限の役割が果たされなくなることから、今日では、保護目的説（規範目的説）によって基礎づけられるに至っている。そして、保護目的説によると、素因不考慮命題の限界である、最低限の抵抗力を下回ったことについては、保護範囲外である、ないし、一般生活上の危険の現実化として位置付けられる。

第四款　素因不考慮命題の問題点

素因不考慮命題は、損害の帰責原理である。つまり、加害者は責任を負うか否かの判断に際して妥当する原理であり、その判断は全か無かである。素因不考慮命題によると、素因というリスクは、加害者が全て負うかあるいは素因保有者自身が全て負担するかの二者択一的な解決となり、解決としては画一的なものとならざるを得ないという問題点がある。また、素因による損害について、保護範囲外ないし一般生活上の危険の現実化に割り当て、帰責性を排除したところで、素因競合事例においてはまさに競合故に一個の損害が生じているわけであるから、加害行為による部分と素因による部分との区分は困難である。

したがって、ドイツ法では、素因不考慮命題の適用を認めた上での別の考慮が試みられているのである。すなわち、

素因の将来的展開を考慮する仮定的因果関係論による時間的修正と素因に対する統制義務を媒介とした共働過責の考慮である。

第五款　仮定的因果関係論による減免責

ドイツでは、従来から判例・学説上、「素因事例」として、仮定的因果関係論において素因は予備的原因として考慮されることが認められていた。このとき、素因が予備的原因として考慮されることの効果は、「早められたことによる損害」のみの帰責である。これが意味するのは、予備的原因の実現時以降の賠償義務の完全な排除である。予備的原因たる素因が、ある時点以降において加害行為と同等の状態をもたらしたことが証明されれば、当該時点以降について賠償義務が免除される。この意味において、素因不考慮命題の硬直性は、時間的に修正されることとなる。

しかしながら、仮定的因果関係論は、時点をもって賠償義務の成否が判断されることとなるため、なお柔軟性にかけるといえる。また、予備的原因の実現についての証明度は確実というに近い程度の蓋然性が要求されることから、加害者の証明の負担は重い。そのうえ、この証明に失敗した場合には、素因不考慮命題が適用された結果と同様に加害者は全責任を負うこととなる。

こうした問題点があるため、近年【D-38】ＢＧＨ一九九七年一一月一一日判決は、ＺＰＯ二八七条の適用による証明責任の軽減を打ち出した。さらに、当該ＢＧＨ判決は、証明度の軽減のみならず、素因の将来的展開を考慮した逸失利益の割合的控除をも認めている。仮定的因果関係における加害者側の証明の軽減を図るという意味では、当該理論は正当なものとして評価し得るが、証明度の軽減により逸失利益の割合的控除を導く点については、理論的に飛躍があると

思われるし、学説も異論を唱えるところであった。ただし、方向性として、柔軟な解決を目指している点については、素因不考慮命題の硬直性に鑑み、正当であると思われる。また、学説において、シーマンが、BGHの示した証明度の軽減による割合的控除に代えて、BGH二五四条の共働過責による素因の考慮を展開したことが注目される。

第六款　素因に対する統制義務を媒介とする共働過責

判例・学説においては、素因不考慮命題に関連して、共働過責の成否が問われるべきであることが従来より指摘されていたところであり、法制史的には、結局頓挫したが、立法論として、被害者の素因を損害賠償の軽減事由と位置づけられることもあった。

学説では、素因に対する統制義務の観点から、BGB二五四条の範囲内で被害者の体質的素因を考慮しようとすべきことが主張されている。この見解は、自分の体質的素因を認識していたか、事前に有責な出来事（事故）が存在したかどうか、という観点から、共働過責の成否を通じて素因を考慮するものである。したがって、被害者が自己の体質的素因を認識している場合には、回避措置を講じるべきであると見なされ、自己危殆化行為として共働過責が成立すると解されている。

心因的要因についても、共働過責が考慮されるべきことが主張されている。この心因的要因は、ノイローゼとして問題になることが多いのであるが、その場合、加害行為と損害との間に著しい不均衡が生じるのはノイローゼ状態にある被害者の内面的要素が多分に寄与しているからである。この内面的要素は、ノイローゼによる体験の誤った精神的消化として表現されるが、これについて、被害者にはノイローゼ状態を克服することが要請される。これは特に損害軽減義

務からの要請である。被害者は、ノイローゼ状態を克服するために、被害者にとって可能かつ期待されうる措置を講じなければならないとされる。これに対して、シーマンは、被害者の内面的要素を自らの法益に対する無関心と捉え、これを自分自身に対する客観的過失と構成する。このように解すると、被害者の心理的状態をもって意思的努力の懈怠とみなすことができ、克服可能性を問うことなく、共働過責を客観的に把握することができ、その適用範囲も拡張されることとなろう。この見解によれば、客観性を伴った形での柔軟な解決が可能となり、また、素因不考慮命題とのバランスも調整されうるものと思われる。

なお、素因競合事例においては、被害者の共働過責の成立は積極的に認められているわけではない。共働過責の判断に際しては、素因保有者の一般的行動の自由が強調されており、この点において、素因不考慮命題の背景にある、素因保有者の社会参加の自由の保障との共通点が見出される。

（1）*Looschelders, Dirk*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 315f.; *Oetker, Hartmut*, Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch Bd.2, 6. Aufl., 2012, § 254 Rn. 50. 窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣、一九九四）二七頁。

（2）*Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 479f.

（3）MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 34.

（4）MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 1.

（5）平井宣雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、一九七一）二四頁以下参照。

（6）BGB二四二条〔信義誠実に適った給付〕「債務者は、取引の慣習を顧慮し信義誠実に適うように、給付を行う義務を負う。」条文訳は、椿寿夫『ドイツ債務法』（日本評論社、一九八八）七頁による。

(7) MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 68.

(8) *Esser, Josef /Schmidt, Eike*, Schuldrecht, Bd. 1 Allgemeiner Teil, Teilband 2, 5. Aufl., 1976, S. 224ff.

(9) *Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried*, Schadensersatz, 3. Aufl., 2003, S. 577; *Mertens, Hans-Joachim, Soergel*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1990, § 254 Rn. 62; *Grüneberg, Christian, Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl., 2011, § 254 Rn. 36; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 68.

(10) *Soergel/Mertens*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 76; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 68.

(11) 損害軽減義務は、英米法において“Avoidable Consequences”あるいは“Mitigation”の法理として多くの議論の蓄積がある。この点につき谷口知平教授がかつてアメリカ法を素材として損害軽減義務を考察し、過失相殺の法理の活用を主張されたのをはじめ、すでに債務不履行の分野においては、英米法損害軽減義務を題材として、多数の分析・導入が図られている。谷口知平「損害賠償額算定における損害避抑義務」『我妻先生還暦記念　損害賠償責任の研究（上）』（有斐閣、一九五七）二三三頁以下、二五五頁。また、齋藤修「過失相殺・損害軽減義務違反・損益相殺」法教二三一号（一九九九）一六、一七頁、大西邦弘「不法行為法における損害軽減義務―債権法（不法行為法）改正への基礎調査としてのイングランド法研究―」廣島法学三四巻一号（二〇一〇）一七頁、長谷川義仁『損害賠償調節の法的構造』（日本評論社、二〇一一）九七頁以下も参照されたい。

(12) MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 76.

(13) MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 76.

(14) 長谷川貞之「法典編纂から見た『被害者の過失』（三）」駿河台法学三巻二号（一九九〇）八三頁以下、橋本佳幸「過失相殺法理（一）、（二）」論叢一三七巻二号一六頁、四号一頁が詳しい。

(15) 部分草案一三条：Ist ein Schaden durch das Zusammentreffen fremder Verschulden und eigener Nachlässigkeit des Beschädigten verursacht worden, so hat der letztere nur insoweit Anspruch auf Schadenersatz, als dies nach richterlichen Ermessen dem betreffenden Verhältniss entspricht.

(16) *Jacobs, Horst Heinrichs/Schubert, Werner* (hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen: Recht der Schuldverhältnisse I［§ § 241 bis 432］, 1978, S. 114（以後

Beratung とする）.

（17）長谷川貞之「法典編纂から見た『被害者の過失』（四・完）―ローマ法からドイツ民法典の成立まで」駿河台法学四巻一号（一九九〇）八六頁。

（18）*Schubert, Werner* (hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommision zur Ausarbeitung des Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches: Recht der Schuldverhältnisse Teil 1〔Allgemeiner Teil〕, 1980, S. 58.

（19）*Schubert*, a.a.O. (Fn. 18), S. 58.

（20）長谷川（貞）・前掲論文注（17）八六頁。

（21）フォン・ヴェーバー（von Weber）委員（ドレスデンの上級控訴裁判所判事・ザクセン代表）は、「普通の注意（gewönliche Sorgfalt）」に代えて「通常の家父の注意（Sorgfalt eines ordentliche Hausevater）」を置くことに違いはあるが、プランク委員と同旨の動議を提出している。Beratung, a.a.O. (Fn. 16), S. 114.

（22）Protokolle der〔1.〕Kommission für Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1881-1889), S. 1022.; Beratung, a.a.O. (Fn. 16), S. 115.

（23）第一草案二二二二条；Hat bei der Entstehung des von einem Anderen verschuldeten Schadens eine Fahrlässigkeit des Beschädigten, wenn auch nur in Ansehung der Abwendung des Schadens, mitgewirkt hat, so hat das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermessen, ob und in welchem Umfange der Andere zum Schadensersatze verpflicht sei. Das Gericht hat bei der Entscheidung insbesondere zu würdigen, ob und inwiefern das Verschulden des Anderen oder die Fahrlässigkeit des Beschädigten hat.

（24）この点に関しては、*Honsell, Thomas,* Die Quotenteilung im Schadensersatzrecht, 1977, S. 69ff. を参照。

（25）長谷川（貞）・前掲論文注（17）八八頁。

（26）長谷川（貞）・前掲論文注（17）九〇頁。

（27）ライヒ司法省準備委員会決定民法草案二二二二条；Inwieweit eine Fahrlässigkeit des Beschädigten, welche bei der Entstehung des Schadens, wenn auch nur in Ansehung der Abwendung desselben, mitwirkt hat, den Ersatzanspruch ausschliesst, hängt von den Umständen des Falles, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem

einen oder (dem) anderen Theile verursacht (worden) ist.

(28) 長谷川（貞）・前掲論文注（17）九三頁。

(29) Beratung, a.a.O. (Fn. 16), S. 116f.

(30) 第二草案一一七条；Hat bei der Entstehung des Schadens, wenn auch nur durch Unterlassen der Abwendung oder Minderung desselben, ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze soweit der Umfang des zu leistenden Ersatzes von dem Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Theile verursacht worden ist.

(31) 長谷川（貞）・前掲論文注（17）九三頁。

(32) *Honsell*, a.a.O. (Fn. 24), S. 80.

(33) 連邦参議院提出法案一四九条；第一項 Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitwirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze soweit der Umfang des zu leistenden Ersatzes von dem Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Theile verursacht worden ist.

第二項 Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 272 findet entsprechende Anwendung.

(34) Beratung, a.a.O. (Fn. 16), S. 117f. 第一項は連邦参議院提出法案一四九条と変わりないので、ここでは第二項のみを掲げておく。第三草案一四八条の修正；第二項 Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gafahr eines ungewönlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 272 findet entsprechende Anwendung.

(35) *Mugdan, Benno*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für Deutsche Reich Ⅱ, 1979, S. 519.

(36) *Zitelmann, Ernst*, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs I : Allgemeiner Teil, 1900, S. 152f., 166ff.

(37) *Zitelmann*, a.a.O. (Fn. 36), S. 152f., 166.

(38) *Zitelmann*, a.a.O. (Fn. 36), S. 169.

(39) Z.B. RGZ 100, 42, 44; 149, 6, 7; BGHZ 3, 46, 49; 9, 316, 318f.
(40) *Larenz, Karl*, Schuldrecht Bd. 1, 14. Aufl. 1987, S. 540.
(41) *Venzmer, Kurt J.*, Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, 1960.
(42) *Venzmer*, a.a.O. (Fn. 41), 1. Kapital Ziff. 118ff.
(43) *Venzmer*, a.a.O. (Fn. 41), 1. Kapital Ziff. 58.
(44) *Venzmer*, a.a.O. (Fn. 41), 1. Kapital Ziff. 89.
(45) *Weidner, Ulrich*, Die Mitverursachung als Entlastung des Haftpflichtigen, 1970, S. 9; *Esser, Josef/Schmidt, Eike*, Schuldrecht, Band I Teilband 2, 7.Aufl., 1993, S. 258.
(46) *Weidner*, a.a.O. (Fn. 45), S. 9f. Vgl. auch *Esser, Josef*, Schuldrecht Band I , 4.Aufl., 1970, S. 329.
(47) *Rother, Werner*, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965, S. 82.
(48) *Adriani, Hans*, Der Schuldbegriff in § 254 BGB, 1939, S. 22f.
(49) ＢＧＨは、一九六一年の判決において、二五四条は、矛盾行為の効果に関する、二四二条に根拠を有する原則に依拠しており、損害賠償法についてこの原則をより詳細に表出していると判示した（BGHZ 34, 355, 363f. = JZ 1961, 602, 604.）。
(50) *Larenz*, a.a.O. (Fn. 40), S. 541.
(51) 奥田昌道『債権総論（上）〔現代法学全集一八Ⅰ〕』（筑摩書房、一九八二）二一一頁は、これに「間接義務」という訳語をあてるが、オプリーゲンハイトは義務とは異なる概念であるため、本稿ではこの訳語について留保する。
(52) *Schmidt, Reimer*, Die Obliegenheiten, 1953.
(53) Z.B. *Larenz*, a.a.O. (Fn. 40); *Soergel/Mertens*, a.a.O. (Fn. 9), § 254; *Schiemann, Gottfried*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2, § § 249-254, 2005, § 254; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254; *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 9), § 254, usw.
(54) *Schmidt, Reimer*, a.a.O. (Fn. 52), S. 168ff.
(55) *Schmidt, Reimer*, a.a.O. (Fn. 52), S. 105f., 109ff.
(56) Z.B. *Esser*, a.a.O. (Fn. 46), S. 329; *Esser/Schmidt*, a.a.O. (Fn. 45), S. 259; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 552.

(57) *Soergel/Mertens*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn.20.

(58) *Wieling, Hans Josef*, Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP 176, 1976, S. 347.

(59) *Esser*, a.a.O. (Fn. 46), S. 329ff.; *Esser/Schmidt*, a.a.O. (Fn. 45), S. 258, 261は、被害者自身の領域に対する危険責任という方法で、損害寄与についての被害者関与に対する根拠を認める。

(60) *Venzmer*, a.a.O. (Fn. 41), 1. Kapital Ziff. 58.

(61) *Adriani*, a.a.O. (Fn. 48), S. 22f.

(62) なお、ドイツ契約法における損害軽減義務については、吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務：履行期前の履行拒絶に関する考察』（東京大学出版会、二〇一〇）一六九頁以下が詳しい。

(63) MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 68.

(64) MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 76.

(65) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 576.

(66) BGHZ 4, 170.

(67) *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 53), § 254 Rn. 81; *Soergel/Mertens*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 68; *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 38; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 79.

(68) *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 38; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 79.

(69) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 577; *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 53), § 254 Rn. 81; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 79.

(70) *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 38. BGH NJW 1986, 777, 779 = VersR 1986, 240, 242.

(71) BGHZ 10, 18, 22 = NJW 1953, 1098; OLG Oldenburg NJW 1978, 1200, 1201; BGH VersR 1987, 408, 409.

(72) BGHZ 10, 18, 22 = NJW 1953, 1098. *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 578; *Esser/Schmidt* a.a.O. (Fn. 45), S. 284; *Larenz*, a.a.O. (Fn. 40), S. 543f.; *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 53), § 254 Rn. 83; *Soergel/Mertens*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 69; *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 38; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 80.

(73) BGHZ 10, 18 = NJW 1953, 1098; OLG Hamm VersR 1960, 859; BGH NJW 1984, 354 = VersR 1983, 488; BGH NJW 1991,

1412; OLG Karlsruhe VersR 1998, 1115; BGH NJW 1998, 3706. *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 578; *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 53), § 254 Rn. 84; *Soergel/Mertens*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 70; *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 39; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 82.

(74) BGHZ 10, 18, 22; *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 39.

(75) BGH NJW 1953, 1098; VersR 1961,1018; OLG Nürnberg VersR 2009, 1079. *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 9), § 254 Rn. 40.

(76) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 578f.

(77) *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 481; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 141ff.; *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 53), § 254 Rn. 42; *Stüner, Rolf*, Der Erwerbsschaden und seine Ersatzfähigkeit, JZ 1984, 416.

(78) *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 315f.; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 50.

(79) VersR 1981, 1057, 1058.

(80) NJW 1982, 168.

(81) VRS 72 (1987), 403,406.

(82) *Kötz, Hein/ Wagner, Gerhard*, Deliktsrecht, 9.Aufl., 2001, S.62; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 131; *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S.315f.; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 50.

(83) *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 316.; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 50.

(84) *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 315f.

(85) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), § 3 X 2, S. 131; *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 316; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 254 Rn. 50.

(86) 最判昭和六三年四月二一日民集四六巻四号二四三頁。

(87) 前掲【D-1】RGZ 155, 37.

(88) 前掲【D-20】BGHZ 20, 137 = NJW 1957, 1108.

(89) 拙稿「損害賠償法における素因の位置（四）」北大法学論集六三巻三号（二〇一二）七〇六頁以下、とくに七一二頁以下

を参照されたい。

(90) BGH NJW 1986, 777. *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 478.

(91) *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 478ff.

(92) *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 478.

(93) BGHZ 132, 341ff.

(94) VersR 1970, 272, 274.

(95) *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 479.

(96) *Looschelders*; a.a.O. (Fn.1), S. 479; *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 9), Vor § 249 Rn. 38, § 254 Rn. 39; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), Vor § 249 Rn. 71.

(97) *Lüer, Hans-Jochem*, Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig gebangenen unerlaubten Handlungen, 1969, S.139.

(98) *Lüer*, a.a.O. (Fn. 97), S.140.

(99) MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn.1), § 249 Rn. 191f.

(100) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 141ff. auch *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 53). § 249 Rn. 41f.

(101) *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 481; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 9), S. 141ff.; *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 53), § 254 Rn. 42; *Stüner*, a.a.O. (Fn. 77), 416.

(102) BGH NJW 1986, 777. *Looschelders*, a.a.O. (Fn.1), S. 479f.

(103) *Medicus, Dieter*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2, 12.Aufl., § § 249-254, 1980, Rn.56.

(104) *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 53), § 249 Rn. 42.

(105) BGHZ 132, 341.

(106) *Schiemann, Gottfried*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11. 11. 1997 - VI ZR 376/96, JZ 1998, 683, 684ff.

(107) 塩原真理子「心因的要因が競合して発生した損害の帰責と賠償範囲―最近のドイツ裁判例を素材として―」東海法学四〇号（二〇〇八）一四四頁。

(108) BGHZ 137, 142.

(109) *Heß, Rainer*, Haftung und Zurechnung psychischer Folgeschäden, NZV 1998, 402, 403f.

(110) 拙稿「損害賠償法における素因の位置（二）」北大法学論集六二巻五号（二〇一二）一一六五頁以下を参照されたい。

※本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「損害賠償法における素因の位置」（二〇一一年三月二四日授与）を加筆・修正したものである。なお、本稿は、執筆にあたり、平成二一－二二年度科学研究費補助金（研究活動スタート支援）（二一八三〇〇〇二）の支援を得た。また、加筆・修正にあたり、平成二三－二五年度科学研究費補助金（若手（B））（二三七三〇〇七八）の援助を受けている。