

論
說

損害賠償法における素因の位置(三)

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

一 極端な形で現れた素因

二 一般生活上の危険による免責

三 仮定的因果関係による減免責

四 裁判例の分析

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

第四章 ドイツ法における素因の考慮場面

第五章 素因減責論再考

(以上、六二卷四号)

(以上、六二卷五号)

(以上、本号)

二 一般生活上の危険による免責

【D-22】 BGH一九七六年二月六日判決 (BGH NJW 1976, 1143) では、原因関係を否定するのではなく、損害＝素因の発現に対する加害者の予見可能性を否定することにより責任充足的因果関係を否定し、加害者の免責を図ったのに対し、学説は素因競合事例における予見可能性による加害者の責任制限について批判的であった。⁽¹⁾ それでは、学説が批判するように、予見可能性による免責が積極的意義を有しないということになれば、素因競合事例においては加害行為と損害との間に原因関係が認められる限り、競合した素因がいかなるものであるものでも加害者は全責任を負担することとなろうが、この結論が妥当性を欠くのはいうまでもないであろう。したがって、予見可能性に代わる免責根拠が求められる。そこで判例・学説では、予見可能性に代えて（あるいは併用して）、一般生活上の危険⁽²⁾の観点からの免責が導入されている。

(一) 一般生活上の危険の現実化

裁判例が一般生活上の危険の観点により加害者の免責を図る場合、加害行為によって法律が保護を目的とする危険が実現されたわけではないことを論ずる。すなわち、BGB八二三条一項⁽³⁾が保護を予定する危険領域には含まれないとするのである。次に挙げる【D-23】BGH一九六八年六月七日判決では、加害者の責任が相当因果関係の観点から基礎づけられるか否かではなく、むしろ、被害者の損害が被侵害規範の保護範囲に含まれるか否かも問われなければならないとされている。

① 【D-23】 BGH一九六八年六月七日判決 (BGH JZ 1969, 702)

一九六一年四月一日、勤務後帰宅していたX（ドイツ連邦鉄道の踏切保安係）が、補助エンジン付き自転車で優先通行道路を走行していたところ、Yが軽オートバイで優先通行権を違反しXの走行していた道路へ進入してきて、Xと

衝突した。Xはその際前頭部を道路に打ち付けた。Xは、同月二一日まで病院で治療を受け、同年六月二七日に職務に復帰したが、その日以降、目眩、頭痛がするようになり、一九六二年一月三日から同年二月一三日まで稼働不能となった。ドイツ連邦鉄道は、Xの長期稼働不能を理由として、一九六三年五月一日付でXを解雇した。以上の事実関係のもと、Xは、本件事故により頭部に挫傷を負い、脳自体も損傷を受け、そのために五四歳で早期に退職することとなったとして、一九六三年五月一日以降の年金及び公務員としての総支給額の賠償をYに対して請求した。これに対してYは、Xの退職が早められたのは、Xの脳の血管が事故以前から硬化していたことによるものであり、事故に起因するものではないと主張した。

本件控訴審は、事故とは無関係のXの脳動脈硬化症は、事故によって、事故がなかった場合より早く発見され、そのために一九六三年五月一日以降この運命的な病氣のために退職させられたということに対して、Yは責任を負わなければならないとして、Xの請求を認容したが、本件BGHは、この控訴審の判断は法的には是認されないとして、Xの請求を棄却した。BGHは、確かに、Yの不法行為とXの早期退職及びそれに基づく損害とは条件関係（*conditio sine qua non*）があり、Xの早期退職の条件「脳動脈硬化症」は事故がなかった場合よりも早期に発見されるということはよくあることであるが、それだけではYの賠償義務を肯定することはできないとする。なぜなら、相当因果関係の観点（4）は、あらゆる場合に、公正な責任制限の問題を適切な方法で解決するのに適当であるのではないからである。そしてBGHは、加害行為の結果が被侵害法規の保護範囲にあるか否かも問われなければならないとして、保護範囲の観点から責任制限を論ずる。ここでBGHは、エッサー（J. Esser）の主張する「違法性連関」を引き合いに出す。すなわち、行為者には、規範の命令及び禁止の目的により阻止されるべき結果のみが帰責されるべきであり、責任規範はあらゆる損害結果を包含することを予定しているものではなく、違反された禁止によりどの程度が無視されたのかのみを予定し

ているとする見解である。⁽⁵⁾ その上で、BGHは、「違法性連関」そのものではなく、その趣旨から保護範囲につき言及し、Yの免責を図る。

「……、主張された損害が被侵害規範により防止が予定されているか否かを明らかにするためには、被侵害規範の意味及び射程が審理されなければならない。BGB八二三条一項は、……、ここで顧慮される部分においては、身体及び健康の不可侵性を支えるものである。同規定は、法益を他者が侵害することを禁止すること、及び、身体及び健康に対する有責な侵害と結びついた賠償義務により、法益侵害から生じる危険から保護することを目的としている」、「本件Xのように、ある者が事故により侵害された場合、治療費のみならず、被害者が被った収入減損の賠償もまた、被害者は事故の傷害のために仕事または所得をもらはなくなることのできなくなったのであるから、BGB八二三条一項が奉仕する保護目的の内にあるということに疑いはない。同じことは、被害者が事故により被った健康損害のため退職が早まったことにより被った不利益の補償 (Ausgleich) に妥当する。このことはすべて、BGB八二三条一項が防止を目的とする身体侵害の結果である。したがって、身体侵害の結果は法の保護範囲にあるのである」、「しかし、Xが請求する損害については事情が異なる。身体侵害の禁止は、その時点まで隠されたままであった病気が発見され、その後年金つき退職することになることからの保護を予定するものではない。その限りでは、法が防止を目的とする危険は事故により現実化されていない。病気にかかるということは、人にいつでも起こりうる運命 (Geschick) なのである。これは、一般生活上の危険に属するものであるが、しかし、BGB八二三条一項が保護を目的とする危険領域にはなく」、「StVG七条が請求権の基礎として顧慮される限り、同じ考慮が妥当する。本件においても、Xが賠償を請求する事実の結果は、法規定の保護範囲にはない」。⁽⁷⁾

本判決は、素因が介在した場合については、もはや相当因果関係による予見可能性によっては責任範囲を確定するこ

とはできないことを明言し、その代わりとして、規範の保護範囲によって責任制限を図ったものと解される。本判決は、これを一般生活上の危険の観点から説明する。ある損害が規範の保護範囲に含まれるか否かにつき、本判決では、一般論として、被害者が素因を有していない場合には、全ての損害はB G B八二三条一項が防止を目的とする身体侵害の結果であり、保護範囲に含まれるとされる。しかし、本件のような被害者が加害行為時以前から素因を有しており、当該素因が一因となり損害の発生が早められたという場合には、事情が異なるとする。すなわち、法は、加害行為の結果である身体侵害から生ずる損害については保護を予定するのであるが、加害行為の結果、被害者の素因が顕在化されたが故に生じた損害については、被害者の潜在的疾患が発見されたことは一般生活上の危険の顕在化にすぎないため、B G B八二三条一項の保護の対象とならず、したがって、潜在的疾患の顕在化により退職が早められたこともまた、一般生活上の危険の顕在化にすぎないので損害として保護されないとするのである。これは、本判決によれば、「いつでも起こりうる運命 (Geschick)」なのであるからである。これは、人は素因という自らの権利領域内の出来事に対しては自らが責任を負わなければならないという趣旨であると解されよう。⁽⁸⁾しかし、本判決では一般生活上の危険の指標として、まさに「運命」という表現を用いたが故に、一般生活上の危険と特別の危険との境界、すなわち加害者の責任制限の限界は依然として曖昧なものとして残される。⁽⁹⁾

②【D-24】K G一九八五年五月二日判決 (KG VersR 1987, 105) は、最善の観察者による予見可能性と共に一般生活上の危険を併用して最終的に加害者を免責したものである。この二重の責任制限は、前掲【D-23】B G H一九六八年六月七日判決で指摘されているように、相当因果関係の観点からの責任制限のみでは、加害者の責任限定の根拠づけは不十分であるという理由から生ずる。では、本判決が二重の責任制限につきどのような判断を下したのか、考察しよう。本件の事案の概要は次のようである。自動車教習所のオーナーであるXは、一九八二年四月一日にYの教習の際、Yと口

論となり、その後心筋梗塞を起こしたことによる健康損害につき、Yに対して損害賠償を請求した。原審はXの請求を棄却。Xが上訴、上訴棄却。KG（ベルリン高等裁判所）は、次のように述べ、Xの心筋梗塞の発症を一般生活上の危険の影響であるとして、加害者の帰責性を否定する。

「Xの主張する一九八二年四月一日の口論の際の出来事によると、Xに生じた興奮が心筋梗塞を生ぜしめるであろうということは考慮されるべきでなかった。Yも最善の観察者も、そのような結果を考慮することができず、また、その結果を考慮する必要はない。Xの心筋梗塞の健康侵害とYによる強要（*Notigung*）そのものとの結びつき（*Anknüpfung*）は偶然であると思われる。Xは、Xを興奮させ結果として心筋梗塞を惹き起こすこととなったXに対する強要であったのは、オートバイの妨害と腕力による脅しによってもたらされた森林の駐車場での運転教習の不履行であったのだと主張しているのではない。Xは次のように述べている。すなわち、Yの「乱暴な振舞い」とそれにより表される軽蔑（*Missachtung*）及び軽視（*Geringschätzung*）がXに怒りと恐怖の感情を抱かせ、この精神状態がXに心筋梗塞を引き起こすこととなったのだと。その限りにおいてXは、一九八二年四月一日の出来事の際のYの全行為に、とりわけYの「乱暴な」態度に焦点を合わせており、Yの態度それ自体並びに強要はBGB八二三条二項の意味における保護法規定反の内容を持つものではない。それゆえ、出来事によりXに生じたあらゆる興奮は、実際の強要がなければ、適切な方法でより小さくなったであろうし、かつ、心筋梗塞を惹き起こさなかったであろうということを出発点とすることはできない」、「Yがオートバイの前に立ったり暴力を振るったりしたのではなく、森林の駐車場で、強く「乱暴な」言葉で運転教習を非難したに過ぎなかったとしても、Xの興奮は全く取るに足りないものではなかったであろうし、また、事物の経過も異なるところはない。当事者間の領域で激しい口論が生じることは、稀ではなく、またおそらく、既存の相違する利益及び観念とそれらの貫徹のための社会生活と結びついている。その際には、また、そうすることで個々の当事者

に後まで尾を引く興奮状態となることは、異常ではない。しかしこのことは、一般的に、そのことに基づき例えば結果として生じる心筋梗塞が理由で損害賠償責任を負わなければならないということを意味し得ない。なぜならば、そのような健康損害は、こうした事情の下では通常、責任法上の意味における帰責可能性 (Zurechenbarkeit) が原則として否定されなければならない一般生活上の危険の影響と異ならないからである⁽¹⁰⁾」。

本件では、XはYの行為に対して興奮し、その興奮のためXがもともと有していた心臓病が顕在化したのであるが、最善の観察者によっても、こうした事態は予見することはできず、予見する必要もないとする。しかし、予見する必要がないからといってYが免責されるわけでない。なぜなら、Yの行為によるXの興奮は全く取るに足りないものではなく、興奮状態が後々まで継続するということに関しては、異常な事態ではないからである。そうすると一見、Yは責任を負わねばならないかのように思えるが、本件KGは、そうであるからといって、Yが責任を負うべきではないとして、Yの責任を否定する。本件KGは、これを一般生活上の危険の観点から結論を導く。すなわち、Xが興奮しそのために心筋梗塞を発症するに至ったという事態は、一般生活上の危険が現実化したにすぎないからである。本件におけるYの損害（心筋梗塞による健康損害）は、いわゆる後続損害であるが、本件ではXが素因を有していたが故に生じた後続損害である。本判決では、当該後続損害の帰責の当否が問題となっているのであり、これを一般生活上の危険の観点から否定したものと解される。

③前掲【D24】KG一九八五年五月二日判決は、予見可能性と共に一般生活上の危険の併用により加害者の責任限定を行なったものであったが、次の【D-25】OLG Karlsruhe一九九二年三月二二日判決(OLG Karlsruhe MDR 1993, 29)もまた、この枠組みを踏襲する。本件の事案の詳細は未掲載であるが、判決文によると、心臓に疾患を抱えていたXの飼犬とYの飼犬がけんかとなったため、飼犬を引き離そうとしたXが興奮し、後に心筋梗塞を発病したという事案において、X

がYに対し損害賠償を請求した事案である。

本件につき、カールスルーエ高等裁判所は、Xが飼犬を引き離そうとした際に興奮したことが、Xの心筋梗塞の原因であるとし、こうした興奮状態を引き起こすような動物の危険の現実化は法的に帰責可能な場合があるとするが、本件では、事情が異なるとして、次のように述べ、Yの責任を否定した。

「確かに、ある人が犬の行為に基づいて恐怖と驚愕に陥り、そのために損害となるか、それとも、本件のように、犬のけんかを見て全ての自分自身に関する実際の危険や予想されるにすぎない危険もなく興奮状態に陥り、これが心筋梗塞をもたらすこととなるのか、ということは重要なことである。犬の行為と同時にYの犬の行為とが、自然科学上の意味でも論理学上の意味においても健康損害に対する前提条件であるとしても、しかし、犬及びYの犬の行為とXの心筋梗塞との因果関係は相当性を欠くという理由から否定されうる。このことは、本件において出来事が現実化したがゆえに、特別かつ特異で予見不可能な、異常な事件経過によると考慮されない事情の下でのみ予期されなければならない。したがって、やはり同様の事例の判例において（脳出血あるいは、口論ないし侮辱と暴力行為に基づく興奮により引き起こされた心筋梗塞—BGH aaO: KG, VersR 1987, 105 [前掲 **【D-24】**])、⁽¹¹⁾ 帰責関係は否定されている。本件の場合、これから逸脱する評価を正当化することのできる特別事情は存在しない。」

本判決は、前掲 **【D-24】** KG一九八五年五月二日判決を引用し、その判断構造をそのままではめ、一般生活上の危険の実現にすぎないとしてYの責任を免除するものである。本件は、犬が襲ってくることに對して恐怖感を抱いたのではなく、犬を引き離そうとしたことによる興奮であり、前者の場合であると動物の危険の現実化として責任を問うこともありうるが、本件のような後者の場合、犬に對して恐怖を抱いたのではなく、ただ単に引き離そうと興奮してしまっただのである。このようなことは、日常生活においても起こりうる事態であるため、Xの興奮による素因の発現は一般生

生活上の危険に割り当てられ、Yの責任が否定されるのである。ただし、素因保有者の一般生活上の危険であり、健康な者のそれではないことを前提としていることは重要な点として示唆されよう。

④【D-26】 OLG Braunschweig 一九九六年二月一九日判決 (OLG Braunschweig VersR 1996, 715) では、一般生活上の危険を媒介とした保護範囲の観点から加害者の責任を判断すべきことが強調されている。本件の事案の概要は、以下のとおりである。アルコール依存症を患っていたA（おそらく公務員）が、Yの惹起したなんらかの事故により入院治療を受けることになったところ、入院期間中にアルコールの摂取を禁じられたため、Aは譫妄^{せんもう}症状を呈し、そのために長期間入院することとなった。X（ブラウンシュヴァイク市）は、Yに対して、Aの治療費の補償及びAに支給した俸給の補償を請求した。当該請求に対して、ブラウンシュヴァイク高等裁判所は、XのYに対する損害賠償請求権は存在するが、請求額の全額というわけではないとして、次のように述べた。

「確かに、その限りでは、相当な事故の結果が問題となる。なぜなら、病院の規則でアルコールの摂取を禁じたときに、アルコール依存症の者が入院期間中に禁断症状に襲われるというのは、あらゆる人生経験の外にあるのではない。再度病院に入院させることは、相当因果関係的に、事故によりもたらされたのである。それにもかかわらず、賠償義務は免除される。なぜならば、相当性の審理とならんで、次のことも問題とされるからである。すなわち、賠償に対して要求される行為結果が被侵害規範の保護範囲に含まれるか否かである。この問いは、第一審で否定されている。Xの法的見解に反し、その点に関し、以前に肯定された相当原因を理由とする異議はない。なぜなら、相当性の審理及び保護範囲の審理は、相関的に排除しあうのではなく、独立の審理点である」、「規範の保護範囲の確定は、具体的賠償請求権を基礎づける規定の目的から導き出される。被害者は、そのために規範が生み出された危険領域に陥った損害の賠償のみを請求することができる。その際には、最終的に、請求規範の目的論的解釈が重要である」、「ここで決定的なBGB八二

三条一項の規定は、とりわけ身体及び健康が無傷であることを保護するものである。同規定は、この法益の他者による侵害を禁止すること、及び、身体及び健康に対する有責な侵害と結びつく賠償 (Wiedergutmachtung) 義務を課することによって、これらの法益を侵害することから生ずる危険から保護すべきものとする。こうした危険に属するのは、治療費及び侵害による稼働不能に基づく損失 (Einbuß) のために為した被害者の支出であることは疑いがない。これに反して、身体侵害の禁止は、被害者のアルコール依存症のために治療が困難なものとなることから保護しようとするものではない」、「例えば血友病のために治療が困難なものとなることの他に、Aのアルコール依存症のための合併症は、事故による不可避の結果ではなかった。断酒は、事故により生じた傷害の治療のためにやむを得ないほど必須のことではなかった。断酒により生じた譫妄症状は、上位の理由から指示される禁酒の結果であった。病院にて行われた禁酒を顧慮しなければならぬという必然性は、Aにとっては典型的な事故の危険ではなく、アルコール依存症患者の一般生活上の危険の実現であった。しかし、一般生活上の危険は、B G B 八二三条一項が保護しようとする危険領域にはない」¹²。

先に述べたように、被害者の素因が介在した場合については、相当因果関係理論による予見可能性基準では、加害者の責任の当否を判断することは困難である。なぜなら、加害行為による因果経過は蓋然性がないということとはほとんどないからである。これはむしろ相当因果関係理論の問題であるが、あらゆる事象に蓋然性が及ぶ以上、素因競合の事例についても、予見可能性基準は有効ではないことが明らかとなる。そのため、裁判所は、一般生活上の危険というタームを用いて、実質的には、被害者の損害が規範の保護範囲にあるか否かによって加害者の責任の当否を判断するのである。本件では、被害者はアルコール依存症であったため、断酒は被害者固有の問題であるといえる。この場合、被害者が自らの固有の危険を犯した結果発現した損害は、他者に転嫁することは許されない。本判決はこの点を明示して、「アルコール依存症患者の一般生活上の危険の実現」としている。このような完全に自らの支配統制がおよぶ固有の危険は、

自らが責任を負わなければならないのは、当然であろう。BGB八二三条一項は、こうした完全な個人的領域から生ずる損害の保護を目的としていないからである。

(一) BGH一九八九年六月六日判決

【D-24】KG一九八五年五月二日判決及びそれを踏襲する【D-25】OLG Karlsruhe 一九九二年三月一二日判決は、予見可能性の観点からも加害者の責任限定につき言及し、*nein*【D-26】OLG Braunschweig 一九九六年二月一九日判決では、相当因果関係が成立する場合であっても、一般生活上の危険の観点から加害者の責任制限しうるというものであった。他方、ここで取り上げる【D-27】BGH一九八九年六月六日判決(BGHZ 107, 359)は、予見可能性による基礎づけを明示的に否定し、保護範囲の観点から一般生活上の危険について言及する。その際には、BGB八二三条だけでなく、ドイツ刑法典及び道路交通法の保護目的の観点から保護範囲が判断されている点が注目される。

本判決は、素因が競合した場合について、最善の観察者の予見可能性によっては、加害者の責任の当否を決することはできず、むしろ保護範囲に含まれるか否かが問題であることを明示する。事案の概要は次のとおりである。高血圧症を患うXは、Aの運転する自動車と交通事故を起こした。事故後XとAとその同伴者(以下、Aとする)は口論となり、AらはXに対して侮蔑的な態度をとった。また、Xは、警察による事故調査を受けることになったのだが、その際、Aらは、Xはアルコールの影響下にあると虚偽の告発をした。Xは、事故調査後、卒中発作を引き起こした。Xは、一命は取り留めたが、そのため稼働不能となり、定期金の給付を受けることとなった。このような事実関係において、Xは、Y(Aの責任保険者)に対して、所得減損の賠償、Yの将来的賠償義務の確認及び慰謝料を請求した。Xは次のように主張した。すなわち、本件事故後の警察による事故調査において、Aの自動車の同乗者がXはアルコールの影響下にあると嘘の主張をしたため、Xはアルコールテストを受けることになり、Xはそのことに興奮したため卒中発作を引き起

こしたのであると。第一審はXの請求を棄却。原審もまた次のように述べてXの請求を棄却した。①Xが賠償を請求した損害は、Aの自動車の運行によって生じたものではないため、PavG三条⁽¹³⁾に基づくYに対する直接請求を基礎づけられない、②また、同じ理由から、StVG七条及び一八条⁽¹⁴⁾に基づく責任が除外される、③BGB八二三条一項に基づく補償義務 (Einstandspflicht) ではAの過責 (Verschulden) が基礎づけられないので成立しない、④BGB八二三条二項に基づく損害賠償義務は、保護法 (StGB 一六四条及び一八五条、一八六条)⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾ 違反が認められたとしても、最善の観察者であっても、Xに損害結果として卒中発作が発生することを考慮する必要はなかったので認められない。以上の原審の判断に対して、Xが上告、上告棄却。本件上告に対して、BGHは、Xの後続損害 (卒中発作とそれによる稼働能力の喪失) につき、一般論としてYの責任を排除することはできないが、Yが最終的に責任を負担すべきか否かは規範の保護目的として、本件では道交法上の責任規範から一般生活上の危険の現実化にすぎないとしてYの責任を否定する。

「……、原審の見解に反して、Aには認識不可能であったがXが高血圧症を患っていたためXの健康損害があるいは生じたに過ぎないのかもしれないということは、損害法上のAの責任範囲にとって重要でない。なぜならば、確定判決によると、加害者には加害者自らの違反行為による影響の責任をも負わされるべきであるからである。その影響とは、被害者はすでに身体的損害ないしそのような体質的脆弱性を有していたために初めて「結果として」生じたものである。優先通行権を違反された道路使用者が高血圧の人でありうるということを、加害者は常に考慮しなければならない。被害者がそういった理由で事故についての興奮から健康損害を被る可能性があるということは、加害者にとっては全く予見可能性がないというわけでもない。〔しかし〕詳細な事件経過及び加害者によって置かれた危険が最終的に傷害という結果でどのように現実化したかへと、予見可能性は延長されてはならない。

Xの健康損害とAによる優先通行権違反との責任法上の結合は、しかしながら、この損害が実際には事故後のA及び

その同行者の行為並びに警察の事故調査によつてはじめて引き起こされたということと矛盾する。なぜならば、Aが違反したStVO八条⁽¹⁸⁾の交通法規は、本交通法規の無視によつて惹起された事故が、Xの主張するように、被害者が実際には事故調査との関係における興奮によつて初めて受けるストレスによつて卒中発作をもたらすということに対する保護を与えることを望まないからである。

確定判決によると、BGB八二三条から導かれる損害賠償請求権についても、損害賠償のために要求される行為結果が法の保護範囲に含まれるかどうか、したがつて、侵害された行為規範が防止するであろう、その「行為結果の」危険という形で現実化したのかどうか、ということが審理されなければならない。」

「結論として、原審は正当にもPVG三条一号に従つてYの責任となつているStVG七条一項及び一八条一項に基づくXの損害賠償請求権をも否定している。そのような請求権は、StVG一条⁽¹⁹⁾に基づく、いずれにしても財産的損害の賠償請求にしか向けられえないものであるが、Xの健康の侵害はAの運転する自動車の運行によつて実現されたこと、及びXの主張する損害はこの運行に由来する危険に帰せられるべきものであることを要件とする。原審の見解に反して、確かに、第一の要件は肯定されるべきではあるが、しかし第二の要件は充たされていない。

損害が自動車の「運行によつて」生じたものであるといえるのは、自動車自体に由来する危険が損害の進展に影響をもたした場合であり、したがつて損害の経過がこのようにして自動車によつて影響を与えられた場合である。その限りにおいて必要な評価を考察すると、民事部の判決によると、「運行に際して」の責任のメルクマールは、StVG七条一項の広い保護目的に依じて、原則としては広く解釈されるべきものである。

本件では確かに、BGB八二三条に基づく責任に関して上述のごとく詳述されたように、Aの交通違反の走行方法によつて惹起された事故は、高血圧症を患うXの精神状態にAがストレスを与えたことにより卒中発作に寄与したのであ

り、その結果として、身体の完璧さに対する侵害は、Aが運転していた自動車の「運行によって」生じたのである。しかし、不法行為責任と同様に、StVG七条及び一八条に基づきXが主張する損害に対するAの補償義務もまた、この損害がここで挙げられた法規の保護目的の範囲内にあることを要する。しかしながら、これらの損害に対するAが操縦していた自動車の運転の危険の帰責性は、AによるStVO八条の有責な違反との責任法上の結合と同じ理由から否定されるべきものである。なぜならば、StVG七条に基づく責任は、いわば道路交通上認められた方法での自動車の利用によって危険原因が生まれたことに対する対価を意味するので、そのことに基づく保有者と運行供用者の責任範囲は、まさに自動車自体に由来する危険が現実化した損害に限定されるからである。しかし、そのために必要な運転の危険と損害との内的関連は、Xの卒中発作及び卒中発作から生じた損害結果について問題にならない。この点ではむしろ、道路交通法上の危険責任に対しても、道交法上の責任基準によると一般生活上の危険に属する独自の危険領域が実現されたのである。⁽²⁰⁾」

本判決の述べる結論に従えば、あらゆる交通参加者は、交通事故に対して責任を負う加害者がその者（交通参加者）を警察の前で本当の罪人であると見せかけようとし、その者がアルコールテストを受けなければなくなることも、交通参加者の一般生活上の危険として甘受しなければならないことになる。⁽²¹⁾しかしながら、この本判決の述べる一般生活上の危険の内容については、例えばシーマンが、事故の惹起自体はXの卒中発作の危険を惹起者へ転嫁する起点 (Schwelle) 以上のものではないということについてはBGHの判断は正当であるが、卒中発作もまた保護範囲に十分含まれるため、Yらの罵詈雑言及び虚偽告訴は保護法違反となりうるとして本判決の判断に対し否定的な見解を示すように、⁽²²⁾学説からは異論が多い。それでは、本判決に対して学説はどのような評価をなしているのだろうか。また、そこでは素因不考慮命題との関連性はどのように評価されているのであろうか。以下、検討してみたい。

(三) BGH一九八九年六月六日判決の学説による評価

①エメリッヒの見解

エメリッヒ (V. Emmerich) は、本判決の理論構成を基本的に支持する見解を示す⁽²³⁾。彼は、本件においても次のように述べ、素因不考慮命題が妥当することを認める。すなわち、「Xが高血圧症であったという理由だけでYの行為が実際に生じた非常に重大な結果を惹起しえたということは、因果関係を承認する妨げとならない。なぜなら、行為者はまさに極めて健康な犠牲者に遭遇することを要求することはできないからである」⁽²⁴⁾。こうして彼は、特別に脆弱な者も不法行為法の保護の対象となることを認めるのであるが、本判決において相当因果関係理論に基づく予見可能性基準による判断が否定されたことに対して、予見可能性基準によって判断したとしても因果関係は認められるとする。なぜなら、「本件のような因果経過は全く蓋然性がないわけではない」⁽²⁵⁾からである。

彼はこのように、相当因果関係の観点から、本件において因果関係は認められるとするのであるが、本判決が最終的に加害者の責任を否定したことについて、保護範囲の観点から説明をする。すなわち、本件のような場合には、「損害が規範の保護目的に含まれる限界はどの程度であり、当該損害は賠償されるか、及び、どの損害が規範の保護目的から脱落し、当該損害はもはや賠償されないか」が審理されなければならないとする⁽²⁶⁾。彼は、この観点から、本件で損害が保護範囲にあるか否かは、StVO八条の保護目的が問題であるとする。この点について、彼は、StVO八条は、事故の危険のみを防止することを目的としているのであって、事故の経過による被害者の精神的負担の保護を目的としておらず、それゆえ、Xの卒中発作はYの行為の責任とすることはできないとしてする本判決の判旨に従う⁽²⁷⁾。また、本判決で検討されたStVG七条及び一八条に関しても、構成要件自体は充足されるが、両規定の保護範囲は本判決のとおりであるとして、Xの卒中発作は素因を有していたが故の一般生活上の危険が現実化したにすぎず、Yの免責を認めるので

ある。⁽²⁸⁾

②ドゥンツの見解

ドゥンツ (W. Duntz) は、本判決のXにつき、Xは交通事故の際に「一般的な興奮」状態になったにすぎず、これは人間の生理的反応であると解する。そして、このような生理的反応の危険は原則として被害者自身が負担すべきものであるとする。というのも、彼はこのような生理的反応は被害者が自制することにより回避しうる危険であり、一般生活上の危険に他ならないと解するからであり、その際には、被害者が高血圧症患者であつたということは問題とならないとする。⁽²⁹⁾

他方で、Xが事故によって (Yによる虚偽告発及び侮辱等によるものではない) 興奮したことが、脳の血管の損傷に影響を与えていたであろうという場合について検討する。彼は、この場合には個別的な予見可能性がなくともこのことは事故の結果として帰責されうることを認めている。しかしながら、この場合にも、事故の際にXが高血圧症患者であつたことは問題とならず、純粋な危険責任の観点から「最善の観察者」にとつての予見可能性が重要であるとする。⁽³⁰⁾ 以上のことから、彼は、Xが事故の際に興奮したことは純粋な生理的反応であり、これはその後の因果関係の要素からは除外されなければならないのが原則であるとして、本判決を正当化するのである。⁽³¹⁾

③フォン・バールの見解

フォン・バール (C. von Bar) は、本判決の一般生活上の危険の判断要素を厳しく批判する。⁽³²⁾ 彼は、本件のXの損害を精神性の健康損害 (psychisch vermittelte Gesundheitsschaden) であるとして、この場合の被侵害規範はBGB八二三条一項のみであるので、Yの行為により生じたXの卒中発作は他の関連規範を援用することでは排除されないと⁽³³⁾ する。したがって、Yを免責するには、社会的に相当な正当化根拠が必要なのであるが、StVO⁽³⁴⁾ 一条は道路交通の参加

者すべてに他者への迷惑行為を回避、配慮することを要求しているので、Yの行為は適切であるとはいえない。また、Yの行った告発及び脅迫は無害ではなく、伝統的にも許容されたものではないので、なおさら正当化することはできないとする。本件では、例外的な規則もないので、脅迫は構成要件を充たしYは違法かつ有責である。それゆえに、XはBGB八二三条一項に基づく損害賠償請求権を有するとして、本判決に反対の見解を示すのである。⁽³⁵⁾なお、彼は、本判決の示す一般生活上の危険による評価は、法政策的判断と異ならないと理解している。⁽³⁶⁾

④ベルガースの見解

ベルガース (M. Böggers) もまた、フォン・バルと同様に、StVO 一条の観点から本判決を非難する。⁽³⁷⁾彼によれば、本判決で言及されたStVO 八条は、Mが惹起した事故がXが事故調書作成との関連で興奮したことによって初めて被った精神的負担により卒中発作を引き起こしたことに対して保護することを目的としていない。なぜなら、StVO 一条二項によれば、StVO 八条は、他者の身体の不可侵性の保護を目的としているからである。⁽³⁸⁾また、StVO 八条の保護目的は、事故の危険の予防及び生命、健康に対する事故の危険の脅威と内的に関連する健康損害にも拡張されるのではあるが、本件では、Xの損害は事故後のYらの行為と事故調書作成によって「初めて実際に」生じたものであるから、内的関連性を欠くとして、StVO 八条の保護目的のみに着目した場合にはYは免責されてしまうことを指摘する。⁽³⁹⁾しかしながら、本件においては、このように評価することは適切ではないという。確かに、上述のように評価するならばYの責任は否定されるが、本件では事情が異なるのであるとする。彼は、ここで、法益の危殆化と最終的に生じた侵害の結果の種類との関連性が重要であるとする。すなわち、行為者 (Y) 自身の因果系列における侵害行為が重要なのであり、また、諸事情の組み合わせが重要なのであるとする。⁽⁴⁰⁾こうした観点から、彼は、次のように述べ、Yの責任を肯定する。すなわち、事故自体によりXは興奮状態に陥った。確かにその興奮状態は単独では卒中発作を引き起こすのには十分でなかっ

たであろうが、Xが高血圧症を有していたという事情を考慮すると、Xにはその時点で既に潜在的な健康上の危険が生じているのである。そして、Yらの事故後の行為によって、Xはさらに精神的負担を強いられたのである。つまり、Yらの行為により完全に新しい危険が生じたのである。⁽⁴¹⁾ このように彼は、加害行為後の一連の経過を相互補完的に捉えて保護範囲を評価すべきとするのである。

⑤リップの見解

リップ (M. Lipp) は、フォン・バルが指摘した精神性の健康損害という点に着目して、本判決を批判的に検討し、理論面においても、結論においても本判決を批判する。⁽⁴²⁾ まず、本件原審も本判決も認めてはいないが、相当因果関係理論の意味における責任関係につき言及する。すなわち、事故に巻き込まれた高血圧症を患う交通参加者が、加害者の不当かつ攻撃的な誹謗によって激しく興奮し、そこから健康損害が生じうることとは、最善の観察者にとっても予見可能性がないと。⁽⁴⁴⁾ しかしながら、このような評価方法では、本件の本質的問題を考慮することはできないとして、最善の観察者による予見可能性に疑問を呈する。すなわち、それがなければ特に困難な健康損害 (卒中発作) が生じなかったであろうところのXの病的損害素因 (krankheitsbedingte Schadensdisposition) ⁽⁴⁵⁾ に対する偶発的な危険をYは引き受けなければならぬのか、という問題である。⁽⁴⁵⁾ この問題を考える上で、彼は、まず、体質的脆弱性は責任設定的因果関係 (侵害) ではなく、責任充足的因果関係 (損害) に関わることを確認する。これによると、Yの過責はXの素因 (Disposition) により生じた損害へと拡張されえないのであるが、本判決でBGHは、Yは常に高血圧症患者を侵害することを考慮しなければならないとしている。彼は、この点は誤解を招くと批判する。彼は、仮にそのような損害素因をだれも考慮しなかったとしても、過責の欠缺は加害者を免責しないとして、⁽⁴⁶⁾ 素因が過責判断と無関係であることを指摘する。

次いで、責任充足的因果関係と素因との関係について検討する。ここで彼は、BGB二五二条第二文⁽⁴⁷⁾において、賠償義務が一般的な人生経験によると全く蓋然性がない逸失利益にも拡張されていることを示し、⁽⁴⁸⁾それゆえに、病的素因は偶発的損害要素として責任縮減的に考慮されることは許されないとする。⁽⁴⁹⁾ただし、それに反して損害素因が相当性の審理に対して影響を与える可能性がある二タイプの事例を示す。第一に、一般的な人生経験によれば、具体的な権利侵害が損害素因を一般的に惹起するのに十分であったということについて、全く蓋然性がなかったという事例（侵害と損害素因の共働が不相当である事例⁽⁵⁰⁾）であり、第二に、損害の拡大が生じたのだが、所与の素因を考慮しても損害の拡大を予期することができなかった場合には責任充足的相当性を欠く事例（素因により不相当な損害が生じる事例⁽⁵¹⁾）である。その上で、本件はそのいずれにも該当せず、責任制限の可能性がないとする。⁽⁵²⁾しかしながら、Xの精神的負担は、一般的な交通参加者の誰もが考慮すべきことを超えていないため、Xの損害賠償請求権は疑わしいといえろとし、三つの賠償義務の制限の可能性を検討する。第一に、健康「侵害」の否定の可能性、第二に、責任規範の意味及び目的による損害の否定（一般生活上の危険）、第三に、Yの行為の違法性の否定、である。⁽⁵³⁾

第一の点に関して、本判決が、事故により一般的な興奮が引き起こされたにすぎないとしてXの健康侵害を否定することについて、「侵害」が否定されるならば、重大な影響をもつ損害をもはや責任法上把握できないとして、健康「侵害」の否定の可能性を否定する。⁽⁵⁴⁾

第二については、本件のような精神性の健康損害は、加害行為との関連性が偶然であり、客観的帰責関連性がない場合には、通例、賠償されず、被害者は甘受しなければならないことを示すが、やはり本件では事情が異なるとする。本件では、XはYから直接に侵害（誹謗）され、精神的な打撃を受けたからである。⁽⁵⁵⁾それゆえに、彼は、一般生活上の危険によるYの免責の可能性を否定する。さらに、Yの行為が適法な行為であっても損害は同じく予期されたであろう

としても、一般生活上の危険とすることは正当化されないとする。なぜなら、BGB八二三条一項の規範は、原則として、違法に惹起されたあらゆる損害の防止を目的としているからであるとする⁽⁵⁷⁾。

最後に、Yの行為の違法性に関して、結果不法と行為不法の観点から論ずる。彼は、本件のような精神性の健康損害に関してBGB八二三条一項の範囲において結果不法に固執すべきであるか、という点を問題とする。事実行為が被害者の人格に直接的に向けられている場合には、通説は違法性を肯定しているが、本件のような精神性の健康損害の場合には、事実行為は被害者の人格に対して直接的に向けられたものではないため、当然に健康侵害をもたらすものではないことを指摘する。にもかかわらず、結果不法の観点からもXの健康侵害は肯定されなければならないのだが、その際には行為不法の観点から補足される必要があるとする。つまり、Yの行為が特別な行為規範(SGB一六四条及び二四〇条)に違反している、あるいは、社会的に相当な行為ではないという場合には、Yの行為は違法であるとして、この観点からすると、本件においても、既にYの行為の違法性は確認されるので、違法性の欠缺という理由での加害者の免責の可能性を否定する。

このようにリップは、過責、因果関係及び違法性のいずれの検討からもYの免責は不当であると考えてるのである。

(四) BGH一九八九年六月六日判決の分析

さて、このような本判決に対する学説の評価を検討すると、被害者の素因について、相当因果関係から加害者の責任を判断することが困難であることが示唆されよう。このことは、①道路交通に参加する者が高血圧症を患っているということは全く蓋然性のないわけではないこと、及び②事故及び事故後の経過に対して被害者が興奮し、その者が高血圧症であったが故に健康損害が生じるということは、加害者にとって予見可能性がないとは言えないことから明らかである。もつとも、この帰結は、裁判所が予見可能性につき「最善の観察者」という基準を採っていることから生ずる問題

でもある。このように予見可能性基準がすでに加害者の責任の限定という役割を果たしえなくなっている以上、他の基準によって加害者の責任を制限する他なく、一般生活上の危険の法理を持ち出したに過ぎないといえるであろう。フオン・パールが本判決の一般生活上の危険は法政策的判断であると評するのは、⁽⁵⁹⁾こうした理解があるからであろう。

また本判決からは、一般生活上の危険による加害者の責任制限も、保護範囲の判断に他ならないことが明らかである。本判決では、BGB八二三条の保護範囲を決する際、加害行為を事故による直接の加害行為に制限して評価している。このように加害行為を制限的に考えれば、被害者の素因の顕在化は、本判決の述べるように、事故の直接の結果ではないため保護の対象から除外されうるのである。しかし、既にみたように、このような評価は、学説から激しく批判されている。素因の顕在化は、リップが適切に述べるように、責任設定的因果関係、すなわち加害者の過責ではなく、責任充足的因果関係に関わる問題⁽⁶⁰⁾なのである。責任充足的因果関係で問題となるのは、いかなる範囲において損害と認めるか、である。その際には、一連の因果関係の連鎖が問題となるわけである。一連の因果関係の連鎖は、予見可能性によって判断されることが相当因果関係理論であるが、上述のように、すでにその責任制限機能は、素因が関与した事例では役に立たないことが明白である。それゆえ本判決及び各論者は、保護範囲の観点から検討するのである。

本判決の構造は以上のように理解し得るが、最後に素因不考慮命題との関係について検討すると、本判決は被害者の素因を加害者の免責の要素として考慮した判例であると理解されるのが通例である。⁽⁶¹⁾しかし、上述で考察した学説の評価からすれば、このような場合であっても素因不考慮命題は広く妥当しうることが示唆されるのである。本判決及び本判決に対する学説の評価からは、むしろ、素因不考慮命題の射程の広さが鮮明となって現れてくるように思われる。

三 仮定的因果関係による減免責

ドイツ法においては、上述本款⁽⁶²⁾一及び二で考察した加害者の免責の他に、仮定的因果関係理論により加害者が減免責されることが認められている⁽⁶³⁾。「素因事例 (Anlagefälle)」と呼ばれるものであるが、この場合、被害者の素因を仮定的原因と見て、加害行為時点において既に存在する素因が理由で、被侵害客体の別の毀損 (Schädigung) が確・実・に予想される場合⁽⁶⁴⁾、加害者の責任は時間的に修正される。

(一) 加害者の免責 (損害の無価値)

仮定的原因たる素因を顧慮して加害者を免責したものとしては、例えば次の裁判例が挙げられる。

【D-28】 RG JW 1911, 319 (判決年月日不明) では、身体侵害がもとで精神病を発病するに至ったが、その精神病はいずれにせよ発病したであろうとして、加害者は免責されている。この場合、加害行為がなくともいずれにせよ同じ状態になっていたとして、加害者を免責するのであるが、この場合、加害行為がなくとも同じ状態になっていたということをもって、損害自体が「無価値⁽⁶⁵⁾」と評価されるのである。つまり、損害自体が賠償価値があるものと見なされないため、加害者は賠償義務がないのである。

(二) 責任の時間的制限

加害行為がなくとも同じ状態になっていたため、損害が無価値となるとする判断は同様であるが、事故後のい・ず・れ・か・の・時・点・に・お・い・て・同・じ・状・態・に・な・っ・た・で・あ・ろ・う・こ・と・が・事・実・認・定・と・し・て・確・認・さ・れ・る・場・合・に・は、加害者の責任は時間的に制限される。

例えば、前掲【D-9】 RG 一九四二年四月二九日は、素因不考慮命題を引用して加害者の責任を原則として肯定しているが、しかしながら、「素因が進行する年齢と同じように時の経過において、病気を特別に要求する現象の発生がなくとも、Xの労働能力を減少させ、それによって損害の程度に影響を及ぼすという限りにおいて⁽⁶⁶⁾」加害者の責任は制限

されるところ、この点につきさらに審理を尽くさせるため破棄差し戻している。同様に前掲【D-13】BGH一九六八年一〇月一五日は、被害者が素因を有していたために、「事故とは無関係のある時点において、いずれにせよ所得損害を被っていたであろうことが確認できた場合にのみ」、加害者はその範囲において賠償を要しないとして、責任が時間的に制限されうることを示している。さらに、前掲【D-15】OLG Frankfurt aM 一九八三年七月七日判決では、事故の発生時点において、被害者に内在する、加害行為がなくとも後に同程度の損害に至ったであろう損害素因 (Schadensanlage) が被害者に存在していたということを出発点としなければならず、そのような場合には、前の損害発生に由来する不利益の賠償義務は制限されるとする。その上で、事故がなくとも一年後に同様の不利益があったことの根拠が明らかではないので、裁判所に予測可能な範囲において、事故がなくとも同様に生じたであろう不利益に制限される⁽⁶⁸⁾として、被害者の請求の一部のみを認めている。

(三) 分析

以上の裁判例によると、素因不考慮命題は、仮定的因果関係理論により、修正されたものと評価することもできよう。とはいえ、上述(二)から明らかなように、加害行為と損害との因果関係の判断においては、同命題が適用され、加害者の責任は全範囲において認められている。それでは、素因不考慮命題と仮定的因果関係による加害者の責任の制限とはいかなる関係に立つのか。素因不考慮命題により加害者の責任が認められていることと、仮定的因果関係による加害者の減責が共存しているところからすると、両法理は互いに排斥しあうのではなく、連続した関係にあるといえる⁽⁶⁹⁾。

ここで仮定的因果関係について述べておくと、ドイツ法における仮定的因果関係論は、その対象を「因果関係」として責任について論ずるのであるが、ドイツにおける損害概念が「差額説」によって理解されていることに注意しなければならない。仮定的因果関係により責任を時間的に制限することは、実質的には賠償額の制限の機能を果たしており、

責任設定的因果関係及び責任充足的因果関係の判断とは、次元が異なるのである。このように理解されるのであれば、両法理が相互排斥的ではないのはむしろ当然のことであろう。また、仮定的因果関係が賠償額算定の機能を果たしていると理解すると、素因不考慮命題は、その射程が修正されたとはいえず、むしろ固く維持されているものと解することができる。

この点は、仮定的因果関係の判断において、予備的原因の証明度に确实であること又は确实な証明を要求していることからそうであるということが出来る。上述の裁判例で言及された仮定的因果関係は、确实であると証明できた場合に限り適用されることを明らかにしている。すなわち、加害者は、被害者の素因を理由として同じ損害がいずれかの時点で生じたことを、确实に立証しなければならず、その可能性があった程度では責任が制限されることにはならないのである。⁽⁷⁰⁾したがって加害者は、「确实」という程度まで証明しない限り、素因不考慮命題に基づき、全責任を負うことになるのである。⁽⁷¹⁾

なお、「素因事例」では、証明の确实性が要点となっているが、この确实性自体が問題を生ぜしめている。すなわち、确实に証明できた場合には、場合によっては加害者は免責されるのに対し、それが失敗した場合には素因不考慮命題により加害者は全責任を負うこととなり、帰責に関してかなりドラスティックな変化をもたらすことになる。この点については、後に考察する加害者の責任の割合的制限に関わる点であるので、別途改めて検討する(第四章)。

四 裁判例の分析

以上、素因不考慮命題に関する裁判例を考察してきたが、ここで、判例における同命題の意義及び射程について分析を試みる。

素因不考慮命題を適用するにあたり、第一に問題となるのは、加害行為自体が共働原因と見なされうるか否かである。責任要件における判断であるが、前掲裁判例【D-2】【D-3】で確認したように、被害者が素因を有していたことを理由として、加害行為を誘因と評価することによる責任要件の否定は原則否定されている。例外的に、取るに足りないような、そもそも加害行為とは評価しえない出来事が生じた場合にのみ、原因性は否定される。逆にいえば、そのような場合でない限り、責任要件レベルでは素因不考慮命題を排除することはできないといえよう。

また、素因不考慮命題は、稀な素因の事例や非接触事例においても妥当するとされているように、その射程は極めて広範なものと理解される。これらの事例においては、責任充足的因果関係をかなり広く認めることにより、加害者の責任を肯定している。この点は、すでにリップ⁽⁷²⁾が指摘するように、被害者の素因は、責任充足的因果関係において問題となる。では、責任充足的因果関係において素因はどのように判断されているか。当初裁判例は、相当因果関係に基づき予見可能性によって、被害者が素因を有していること及びその素因が顕在化することにつき、「最善の観察者」という基準を用い予見可能性を拡大することにより、素因不考慮命題を説明していた。しかしながら、被害者の素因を予見可能性によって説明することは、いたずらに予見可能性を拡大するだけであり、責任充足的因果関係で審理されるべき責任制限の機能を果たしえない。なぜなら、最善の観察者であれば、全ての事柄につき予見可能性を認めることは不可能ではないからである。この点から、素因不考慮命題を相当因果関係理論から基礎づけることは、理論としては不適當であろうし、説得力に欠けると思われる。ゆえに、保護範囲の問題であると捉えるのが適當であろう。素因不考慮命題は、保護範囲の判断の際の規範的評価と位置づけられよう。

被害者の素因を考慮し加害者の免責を認める一般生活上の危険の観点も、この点を明らかにする。裁判例では予見可能性によって基礎づけるものが多いが、その実質は素因により発生・拡大した損害が、規範の保護範囲に入るか否か

を判断していると解される。素因によって損害が発生・拡大した場合について、規範の保護目的を考慮することにより、当該損害が保護の範囲に含まれないとすることにより、素因不考慮命題を修正しているものと解することができよう。

仮定的因果関係理論による加害者の減免責の例からは、素因不考慮命題は時間的に修正されうることが示唆される。ただしこれは、素因不考慮命題そのものの修正として理解するのは妥当ではない。素因不考慮命題は、責任充足的因果関係における原則であり、他方、仮定的因果関係論は、賠償額算定の機能を果たしているからである。その意味では、素因不考慮命題は、依然として修正されていないものと解することができる。これは、ZPO二八七条の意味⁽⁷³⁾における確実性の立証を加害者に要求していることから明らかであろう。加害者は抗弁として仮定的因果関係の成立を確実に立証しえない限り、素因不考慮命題に立ち戻り、全責任を負わねばなくなるからである。

以上の通り、裁判例においては、「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えない」という命題は、固く保持されていることが明らかである。

第三款 学説による素因不考慮命題の評価

ドイツの学説では、かなり早い段階から素因不考慮命題に関して見解が一致している⁽⁷⁴⁾。同命題は、被害者の素因を理由として加害者の賠償責任を免責することを一貫して否定するものであるが、その理論的根拠は変遷を遂げており、相当因果関係説、保護目的説などから同命題を理解するものが多い。以下、各説がどのような観点から素因を論じ、どのような解決を主張しているのかに注目して検討したい⁽⁷⁵⁾。

一 相当因果関係説の見地から

(一) 相当因果関係説の説明の前に、その前提となった条件説 (Äquivalenztheorie) について述べておこう。侵害と損害発生は、通常、多くの原因を有する。原則的に、すべての原因は同等のものと評価される。すべての因果的な要素の同等の取り扱いを基礎におくゆえに、これを条件説 (等価説) という。自然科学的にみるならば、条件説は適切なものである。原則的に、効果の発生にとってすべての原因は同等の意味をもつのである。しかしながら、法律学では、たえず、帰責の視点から非本質的な原因から本質的な原因を区別しようとする試みがなされてきた。相当因果関係もひとつの原因を評価的に選び出したものである。⁽⁷⁶⁾

相当因果関係説は、一九世紀末に心理学者のフォン・クリース (J. v. Kries)⁽⁷⁷⁾ により主張されたものであり、彼は、この理論でもっていわゆる結果加重的な刑法の構成要件を制限しようと企てたのである。刑事裁判例において追従されなかった相当因果関係説は、民事法の中では認められた。これは、リューメリン (M. Rümelin)⁽⁷⁸⁾、トレーガー (J. Traeger)⁽⁷⁹⁾、エンネクツェールス (J. Enneccerus)⁽⁸⁰⁾ に遡ることは周知のことである。⁽⁸¹⁾ 民事法でも、相当因果関係説は、純粋な因果関係が莫大な自己負担を負わせることになる、つまり、有責性関連 (Verschuldensnexus) のない損害の範囲の場合に意味をもった。相当因果関係説の確立した適用領域は、責任充足的因果関係にある。侵害が有責かつ違法に惹起されたならば、その侵害により相当因果関係をもつて生じた損害が賠償されなければならない。相当性には二つの定式がある。ひとつは、積極的定式であり、ひとつは消極的定式である。積極的定式では、高められた可能性が要件となり、消極的定式では、低められた可能性が因果関係から除外する根拠として認められる。学説では、例えばラーレンツ (K. Larenz) は、「賠償義務者により惹起されたが有責性のない隔たった結果について、賠償義務者の責任は、その結果が一般的な人間の生活経験上予期しえないほどに異常であり、またかけ離れたものとなったところで限界を見い

だす⁽⁸²⁾」のであり、そのようなかなり異常な結果は、純粹に偶然の損害として損害を被った被害者が負担する、とする⁽⁸³⁾。他方で、判例は、高度に技術的な定式を用いる。すなわち、「ある事件が結果の相当な条件であるのは、それが発生した結果と同種の結果の客観的可能性を一般的に少なからぬ程度に高めた場合である。そこでの評価においては、(a) 事件の発生時点において最善の観察者 (optimal Beobachter) にとって認識可能なすべての事情、(b) 条件の設定者〔行為者〕にとって (a) を超えて判明していた事情、この検討は判断時に利用できるすべての経験知識を用いて行わなければならない」とする⁽⁸⁴⁾。

(二) 裁判例では、素因競合の事例において上述の「最善の観察者」の観点から相当因果関係理論による加害者の免責を基礎づける試みがなされていたところ、ラーレンツは、裁判例の詳細な分析を通じて、素因不考慮命題を相当因果関係論との関係から論じる。以下、彼の見解を見てみよう。

ラーレンツは、裁判例が相当因果関係の判断に際して「最善の観察者」という非常に広い賠償範囲画定基準を採っているという分析をして、その具体例として被害者が既に病気であった場合や健康において脆弱性があつたり抵抗力がなかつたりした場合にも相当性が排除されない、とする⁽⁸⁵⁾。しかし、彼は、この「最善の観察者」という基準を不当であるとする。すなわち、「最善の観察者」にはわからないことなどほとんどないも同然である、つまり、最善の観察者はほとんど全知 (allwissend) なのであり、全知の者にとっては、現実の事象の経過は、異常なものであつたとしても、常に予見可能なのである。したがって、最善の観察者の基準を採るならば、相当性の基準が賠償義務者の答責範囲を限定するという適性を失ってしまうとする⁽⁸⁶⁾。その代わりに、彼は、「経験のある観察者 (erfahren Beobachter)」という基準を提唱する。そして「経験ある観察者」による予見可能性の例として、被害者の素因について言及する。すなわち、「経験のある観察者は、賠償義務者が認識し、かつ他方でそのような観察者がその時点で認識可能である事情を認識し、

かつ、例えば、被害者が病気である又は脆弱であるというそれほど遠くない可能性を考慮する」として、この基準においても素因競合により発生した損害が加害者に帰せしめられるべきという考えを示す。⁽⁸⁷⁾

ラーレンツが指摘するように、判例のいう「最善の観察者」基準を採る限り、いかなる事態も常に予見可能なのであり、被害者の素因の競合により損害が発生・拡大した場合にも同様に、当該損害の発生・拡大は常に予見可能であることとなり、加害者の免責の余地はないものと解されよう。つまり、競合した被害者の素因がいかなるものであろうとも、常に加害者は全責任を負担しなければならないわけであるが、このような帰結は明らかに不当であろう。そこで彼は、「経験のある観察者」として予見可能性を制限的に捉えるのであるが、すでに裁判例の検討で明らかとなったように、素因が競合した場合において加害者の責任を限定するためには、相当因果関係理論による予見可能性基準のみでは不十分であるという問題が残されており、彼のように「経験のある観察者」としたところでこの問題が解消されるものでもない。この点につき、彼は、相当因果関係理論は相当性の必要条件を判例よりも厳格に理解したとしても、後続損害に対する責任を適当に制限するには常に十分ではないことも指摘するように、⁽⁸⁸⁾彼もまた相当因果関係理論によつては、素因競合事例における加害者の責任制限をなしないことを認識している。ラーレンツは、このような場合においては、因果経過の相当性は別の基準と並存してのみ存在するのであり、かつ、それによつて賠償義務者の答責範囲はさらに制限されるところ。その別の基準とは、次の規範の保護目的による帰責である。⁽⁸⁹⁾

二 保護目的説の見地から

(一) ファイケンチャーの見解

ファイケンチャー (W. Fikentscher) は、保護目的説の代表的論者であるが、彼は相当因果関係説の項目において素因

競合の問題を例示する。すなわち、AがBを平手打ちしたとし、Bが異常に薄い頭蓋冠を有していたために、死亡してしまつたという例を示し、この事例におけるBの死亡は、条件説の意味においてAにより惹起されたものであるが、相当因果関係説の意味においてもそうであるとする。なぜなら、誰もが異常に薄い頭蓋冠を有し、平手打ちが理由で死亡へ至るということは、まったく異常なことではないからである。⁽⁹⁰⁾ 特別な身体的体質が存在するのであり、そして、それは相当因果関係説の意味における因果関係を中断しないとして、**[D-1]** RG一九三七年四月二六日判決⁽⁹¹⁾を示す。⁽⁹²⁾

他方で、彼は、「素因事例 (Anlagefälle)」においては、素因の斟酌に対して否定的な態度を示す。すなわち、「加害者が予見しえない異常な身体的または精神的素因 (Veranlagung) により後続損害が生じる場合、当該後続損害はそれでもなお原則として加害者が責任を負わなければならない。加害者は、そのような素因 (Veranlagung) の危険を引き受ける」とし、具体的には血友病の事例やノイローゼの事例 **[D-20]** BGH一九五六年二月二九日判決、RG JW 15, 28⁽⁹³⁾ を挙げている。⁽⁹⁴⁾

以上によれば、フイケンチャーは、素因不考慮命題は相当因果関係説からも説明することはできるが、前述の相当因果関係説における「予見可能性」が問題となるとき (予見可能性がないとき) であっても、「加害者は素因の危険を引き受ける」⁽⁹⁶⁾ として保護目的説の観点から素因不考慮命題を理解しているものと解される。しかしながら、彼は、予見可能性の点からの説明でしかないため、なにゆえ素因を理由とする後続損害が保護の対象となるのかについては説明としては不十分であると思われる。⁽⁹⁷⁾ この点につき、ドイツ (E. Deutsch) はより積極的な言明をする。

(二) ドイツの見解

ドイツは、犠牲者の特殊な性質 (Eigenschaft) と相当因果関係の項目において、相当因果関係説からではなく、保護目的説から素因不考慮命題を論じる。⁽⁹⁸⁾ 彼は、まず、確立した判例によると、例えば、薄い頭蓋骨、ガラスのような

脆い骨又は特殊なアレルギー体質などの損害の発生を高める犠牲者の特殊な性質は「損害発生にとって」相当性があるとする。彼は、その例として、騎手を落馬させ、特に細い骨のために著しい負傷を受ける結果を招いた者は、それに対して責任を負うとする事例を挙げる。判例と通説は、そのような侵害の発生確率が「1:10000以下である場合でも、そのような侵害を相当因果関係があるものと認めている。彼は、この点につき、それは一般的予見可能性としての基本命題に反するものであると批判する。なぜなら、通常人はそのような稀な結果を考慮に入れておらず、そのため、一般的に予見可能ではなく、したがって、相当因果関係はないからである。⁽⁹⁹⁾

彼がこのように非難するのは、先に指摘されたように、そのようなかなり低い確率での発生を相当因果関係あるものと認めると、相当因果関係理論が予定していた加害者の責任制限としての機能を果たしていないことになるからである。しかし、ドイチュは、相当因果関係はないとしても、やはりそのような結果は行為者により賠償されるべきであるとする。彼は、そのために、素因不考慮命題がドイツ法において妥当していることを挙げる。すなわち、素因不考慮命題を、犠牲者の特殊な個人的な体質により生じる相当因果関係がない損害も規範の保護範囲に含まれる、として保護範囲に位置付ける。そして、ドイツ法においてはこの素因不考慮命題が妥当しているため、例えば、傷害を受けた犠牲者が皮膚疾患になりやすい特殊な素因(Disposition)を有しており、そのため通常人よりも長く稼働不能となったときは、この素因が極めて稀なものであったとしても、行為者はその損害を賠償しなければならないとする。⁽¹⁰⁰⁾

なお、ドイチュは、素因不考慮命題においては、規範の保護範囲は、相当性を超えたところまで及ぶのであるとし、この場合には、立法者の予見は、通常人の一般的な予見可能性よりもさらに遠くまで達しているのであるとして、保護範囲を立法者の予見可能性から説明する点が特徴的である。⁽¹⁰¹⁾

(三) ケッツの見解

ケッツ (H. Kötz) もまた、素因不考慮命題に関して、相当因果関係の議論において言及する。彼は、不法行為の被害者が異常にもろい頭蓋冠を有しているとか被害者が精神的に極度に不安定であったり、すでに疾患により衰弱していた又は血友病患者であった等の例を挙げ、被害者の素因という非典型的な身体的素質によって損害が発生した、又は特に重大なものとなったという場合であっても、被害者に生じた健康損害に対する賠償は肯定されるとして、素因競合の事例を説明する。そして、このような素因が競合する場合に関して、その損害の現実化は全く蓋然性がないわけではないという蓋然性の程度によって加害者に帰責されるのではなく、むしろ、価値的な考慮 (評価) ⁽¹⁰²⁾ によって加害者に帰責されるのであり、その価値を表現するのが、素因不考慮命題であるとする。すなわち、ケッツは、素因不考慮命題は、ある種の法政策的価値を體現したものであるとして理解するのである。それゆえ、後述のシュトルが素因不考慮命題に反対の立場を採ることに關しても、これもまたある種の価値に支えられた観点であると評価している。⁽¹⁰³⁾

ただしケッツは、素因不考慮命題により、加害者の全責任が肯定されるとしても、BGB二五四条の共働過責を考慮し、加害者と被害者との間の損害の分配が問題となりうるとする。彼は、このBGB二五四条の考慮に關して、損害の発生に對して被害者が寄与する場合、つまり、彼の身体的異常を賢明に考慮して、まさに彼にさし迫っている危険を回避する目的でなされなければならない処置を怠った場合を念頭に置いているようである。⁽¹⁰⁵⁾ とすると、彼は、素因の認識可能性に着目し、これに共働過失を適用することによって加害者の責任制限を図ることを念頭に置いているようである。⁽¹⁰⁶⁾

(四) リュアーの見解

ケッツは素因不考慮命題をある種の法政策的価値 (評価) であると理解していたが、リュアー (H.J. Luer) は、被害者の社会参加の観点から素因不考慮命題を説明する。彼によれば、法律違反者 (Delinquent) が病人または脆弱な者を侵害した場合、不法行為の結果は健康な者に比してかなり重大なものとなりうるのであり、そのような場合には被害

者は全く異常な結果の負担からも解放されるという強い利益を有するとされる⁽¹⁰⁷⁾。というのは、病人または脆弱な者は、いずれにせよ健康な者と同じように社会秩序に参加するという大きな困難を負担しているからであり、法律違反者は、被害者の特別な脆弱性または病気によって特徴付けられる危険を負担するとして、素因不考慮命題を示す⁽¹⁰⁸⁾。

とはいえ、彼が意図する社会参加という観点は、被害者の有利に働く場面ばかりではない。彼は、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ぬとして、被害者自身の負担を要求するのである。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ない、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⁽¹⁰⁹⁾。彼はこれを法政策上の決定であると理解する。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、として、素因不考慮命題の限界を説明する⁽¹¹⁰⁾。なお、彼は明確には言及していないが、「最低限の抵抗力」、「認識できる危険」、「自己規律」という点からすると、彼も、BGB二五四条の共働過責の適用による加害者の責任制限を意図しているものと解されよう。

(五) ランゲの見解

ランゲ (H. Lange) もリユアーと同様に被害者の社会参加の観点から素因不考慮命題を説明する。

彼は保護目的説の観点から、賠償請求権者が病気又は異常な素因や疾病のために特別に脆弱であったという理由で損害が発生又は拡大した、ということをもって賠償義務者は免責されるものではない、とする⁽¹¹¹⁾。そして、この観点から、RGおよびBGHで判示された素因原則不考慮命題を支持する⁽¹¹²⁾。また、病的素因のみならず、精神的な欠陥 (psychische Konstitutionsmängel) に関しても何ら異なることはないとする⁽¹¹³⁾。

他方で、彼は、虚弱な者は、自分自身の行為において、期待されうる限りその危険を特に考慮しなければならないという点も指摘する⁽¹⁴⁾。ここでBGB二五四条が挙げられているところからすると、彼は、素因不考慮命題により、加害行為と脆弱な者に生じた損害との法的因果関係を肯定したうえで、BGB二五四条の共働過責の規定を適用することにより加害者の責任制限を図ることを意図していると解される。とはいえ、そのような虚弱な者であっても、道路交通又はそのような社会状況への参加から身を引くことが求められるべきではないとする。なぜなら、賠償義務者は法秩序によって承認されていない行為をやめることができるし、あるいは、賠償義務者は危険責任の場合に法秩序が責任根拠とみなした危険を生じさせたからであるとして、被害者の社会参加の自由を強調する⁽¹⁵⁾。

また、ランゲは、リユアーと同様に、犠牲者に最低限の身体的・精神的抵抗力が欠けている場合には素因不考慮命題は限界を示すとする⁽¹⁶⁾。ここで彼は裁判例を分析し、大抵の場合相当性が否定されているとするが、相当性の欠缺という理由では納得が行かない、なぜなら、統計的な蓋然性は加害者の責任制限に決定的なものではないからであるとして、批判する。彼は、むしろ、責任要件が審理されなければならない、この責任要件は社会通念により加害者の行為が絶対的保護法益の侵害とみなされない場合に否定されるとする⁽¹⁷⁾。すなわち、彼は、否定例については相当性以前の問題として理解しているのである。また、彼は、保護法益については、被害者に最低限の身体的・精神的抵抗力が欠けているか否かという点に限界を見出す。被害者の最低限の身体的・精神的抵抗力には被害者自身の危険領域の限界が想定されなければならない、この限界を超えた場合、もはや「保護法益」の侵害ではなくなる、すなわち、加害行為との違法性関連が欠如することとなるため、責任要件が充足されないという見解であろう⁽¹⁸⁾。もっとも、こうした限界づけによると、最低限の抵抗力を欠く被害者は、全く損害賠償が認められないという問題が生じることとなる。この点につき彼は、この限界づけにより抵抗力の最も弱い者の最も弱い点を見殺しにし、同時に社会福祉国家の原則に背くという異論がありうる

ことを認めている。そしてこの異論に対しては、損害賠償法の限界であるとし、むしろ社会法により対処すべきである⁽¹¹⁹⁾と考えている。

ここでランゲの見解を敷衍すると、素因不考慮命題は、被害者の社会参加の自由の保護を目的とする原則であると理解することができる。ついで、素因不考慮命題により、法的因果関係が認められた損害であっても、社会参加の自由があるゆえに、被害者にも期待されうる限り自らの素因という危険を考慮することが求められ、そこから逸脱した場合に、BGB二五四条の共働過責が考慮されうることを指摘するが、そもそも加害者は加害行為をやめるという選択肢があり、また法秩序に違反した者でもあるため、被害者の社会参加の自由が優先されるとして、共働過責の斟酌には消極的である。

また、彼は、被害者の最低限の身体的・精神的抵抗力の観点から素因不考慮命題の限界を見出すが、彼の見解によれば、「保護法益」とみなされるか否かが決定的なものであり、責任要件の問題である。とすると、結局のところ、責任要件が充足される限り、素因不考慮命題により法的因果関係は否定されないということになるうか。

三 一般生活上の危険の見地から

一般生活上の危険に先立ち、ケメラー (E. von Caemmerer) は、素因競合の場面につき、「生活領域 (Lebensbereich)」の観点から問いを立てる。すなわち、損害がその原因を被害者自らの生活領域に有する場合、被害者は自分自身で損害を負担する必要はないか否かという問いである。そして、この問いに対して、彼は次の例を挙げて答える。すなわち、他者を身体的に侵害した者は、被害者の特別に脆弱な又は虚弱な体質、例えば血友病の素因、結核、神経の不安定さ及び普通の平手打ちが完全に予見不可能な被害者の死亡をもたらした場合にも、その結果を引き受けなければならない⁽¹²⁰⁾。

それでは、以下では、この「領域」の概念を発展させた一般生活上の危険の見地からの責任の取り扱いについて考察する。

(一) フーバーの見解

フーバー (D. Huber) は、「危険領域」という考え方から、「一般生活上の危険」の概念による賠償範囲の画定を主張する。⁽¹²¹⁾ 彼はこれを「危険領域説」と称する。⁽¹²²⁾ 彼は、相当因果関係説のみならず、保護目的説に対しても、とりわけ後続損害の制限につき、疑問を呈する。というのは、身体侵害を禁ずる規定の規範の目的は身体侵害の結果から生ずるあらゆる損害から被害者を保護することであると理解されているが、このような規範目的では後続損害に対する有用な制限基準となり得ないからである、とする。この問題に対して、彼は、前掲【D-23】BGH一九六八年六月七日判決において言及された一般生活上の危険による適切な危険配分の観点が規範目的を後続損害の制限に対して有用なものとす、とする。すなわち、病気の発現や早められた退職は、被害者の「一般生活上の危険」に属し、かつ、被害者の固有の危険領域にあると考えるのである。⁽¹²³⁾ この観点から彼は、加害者の責任制限の基準を次のように定式化する。すなわち、法益が侵害された場合、損害は法益の回復のために必要な支出に限られず、むしろ被害者は当該法益侵害により別の財産的損害が生ぜしめられるという危険に晒される。加害者が違法かつ有責に他者の法益を侵害した場合、被害者自らではなく加害者がその後続損害の危険を負担するのが適切である。なぜなら、加害者は、被害者の権利をその意に反して危険領域内で侵害することによってその者を侵害したのであり、他方で加害者は侵害してはならなかったはずであるからである。それゆえに、加害者が設定した危険が現実化した場合には、加害者が補償義務を負う。まさしく、被害者がその法益侵害によってさらされている特別な危険のみが問題となるのである。他方で、事故との関連性が偶発的なものであり、被害者の一般生活上の危険が現実化した場合には、加害者はもはや補償義務を負わない。⁽¹²⁴⁾

フーバーは、以上の観点から、例えばある者が空港へ向かっている途中に交通事故に遭い、そのために次の飛行機に搭乗したところ、その飛行機が墜落した場合⁽¹²⁵⁾、実際に利用した飛行機の墜落は被害者の一般生活上の危険に属するとする。また、交通事故の被害者が手術を受けた際に発見された腸の異常を除去することは被害者の固有の危険領域に属するものであり、加害者は当該腸の異常の除去により生じた損害を賠償する必要はないとする⁽¹²⁶⁾。他方で、特別に脆弱な体質であった者が平手打ちをくらい、その結果死亡した場合には、一般生活上の危険に属するものではなく、身体侵害により高められた特別の危険に属するものである、とする⁽¹²⁷⁾。つまり、フーバーは、一般生活上の危険と加害行為によって生ぜしめられた特別の危険とを区別し、脆弱な者に対する加害行為の場合は後者に属するとして、素因不考慮命題を支持するものと解される。

なお、フーバーは、上述のように素因不考慮命題を支持するものであるが、重病を抱える交通参加者が危険のない侵害行為によって死亡又は重傷を負ったような場合については、BGB二五四条及び「自己危殆化行為 (Handlung auf eigene Gefahr)」の原則が検討されるべきであることも指摘している⁽¹²⁸⁾。

(二) メートリッヒの見解

メートリッヒ (M. Madrich) もまた、一般生活上の危険の観点から、素因競合の事例につき論ずる。彼は、実務にとつて最も意義あると同時に統一するのが最も難しい、一般生活上の危険の下位グループは、結果が身体的に又は精神的に損害を被りやすいことに起因するような事例に現れるとして、素因競合の事例を挙げる。同箇所では、血友病、異常に薄い頭蓋冠、重い心臓病などの被害者が身体的に脆弱な場合には、全額の賠償が認められたことを例として示す。彼は、こうした、ある者が体質に問題があつて損害を被りやすいために法的に重要な不利益を被った事例を利害衡量上より公平に取り扱うためにも、一般生活上の危険の觀念の基本的な意味を際立たせることで十分であるとする。そこで、[D-1]

R G 一九三七年四月二六日判決による素因不考慮命題の定式と共に、英米法における「不法行為者はその被害者があるがままの状態で引き受けなければならない (a tortfeasor must take his victim as he finds him)」を引き、これらの思想は、社会福祉国家たることを義務づけられた法秩序が、心身共に最も弱い社会構成員を、時流にかなった生活様式の絶えず発展する諸要求に無防備のまま晒さないよう努力することを反映しているものと解する。

しかし、犠牲者が健康であつたか、それとも体質的に虚弱であつたか、ということは、B G Bにおける結果の割り当てにとつて原則として考慮されないという見解からしても、被害者は特定のケースにおいては彼の疾病体質から生じた損害を自ら負担しなければならないことを指摘し、身体的又は精神的に虚弱な者もまた一般生活上の危険を負担するのであるとする。というのは、そのような身体的又は精神的に虚弱な者も、健康な者と全く同様に、それに対して他人が法的責任を負わなければならない出来事とは無関係に、彼に不利益をもたらし得る数多くの危険に、彼の周囲の人々と日常的な出会いの中で晒されているからである。身体的又は精神的に虚弱な者は、健康な者よりもずっと多様な諸危険に晒されているのではあるが、しかし、彼はこの事情を自らの個人的運命として受け入れなければならないとして一般生活上の危険に割り振られるのであるとする。⁽¹²⁹⁾ この場合、上述した、心身共に最も弱い社会構成員を見殺しにすることになるが、損害賠償法の社会的機能は、限界に突き当たるのであり、⁽¹³⁰⁾ そのような者を法は保護しえないのである。まさに、個人的運命だからであり、その場合には、「事変は所有者が負担する (casum sentit dominus)」しかないのである。

四 反対説

ドイツ法では素因不考慮命題が判例・学説において支配的なものとなっている状況については上述のとおりである。しかしながら、支配的見解に対しても異論がないわけではない。ここでは、シウルツェとシュトルの見解を検討したい。

(一) シュトルの見解

規範目的説の論者として知られるシュトル (H. Stoll) は、素因が問題となる場合を、仮定的因果関係の問題との関連において言及する。素因が競合し損害が発生した場合における仮定的因果関係とは、不法行為がなくとも、予備的原因たる被害者の素因によりいずれ同等の損害が生じたであろうことが「確実に」証明される場合のことを言う。彼は、この仮定的因果関係の観点から、予備的原因たる素因が将来「確実に」発現したと証明される場合には顧慮されるべきことに肯定的態度を示す。⁽¹³²⁾ この見解は、前述の仮定的(凌駕的)因果関係による減免責に関する判例の立場と一致する。

それでは、素因の発現が「確実に」は証明されなかった場合はどのように考えるのであろうか。前述の仮定的(凌駕的)因果関係による減免責に関する判例の分析において確認したところによると、加害者は、素因がいずれかの時点で「確実に」発現したであろうことを証明しない限り、素因不考慮命題に基づき、全責任を負うことになる、というものであった。⁽¹³³⁾ しかし、シュトルはこれに対して、その発現が確実とは言えない予備的原因についても(素因競合の場合であると思われる)、人身損害の場合に、被害者自身の病気や病気になりやすい体質のため損害を受け易くなっていたということは評価されるべきであらう、とする。⁽¹³⁴⁾

シュトルは、上述の見解を論ずるにあたり、イギリスの判例、具体的には、*Smith v. Leech Brain & Co.* ⁽¹³⁵⁾ 及び *Warren v. Scruttons* ⁽¹³⁶⁾ を参照する。それら判例では、予備的原因たる素因の発現は単に蓋然的であるに過ぎなかったにもかかわらず、当該素因を顧慮し、損害軽減的に扱われている。前者では、素因の発現は高い蓋然性はあったが、確実であるとは証明されず、後者もまた、素因を基礎とする予備的原因がいずれ作用したであろうことは確実とは言えないというものであった。にもかかわらず、被害者の法益が既に以前から脆弱であったということが考慮され、加害者が賠償すべき損害が縮小されている。この結論は、ドイツ法における判断とは異なるものであるが、シュトルはこの結論が「衡平 (biling)」

であるとする⁽¹³⁷⁾。というのは、彼は、損害算定に際して、利益を期待させる被害者の法益の性質が、利益の蓋然性があるに過ぎない場合でも考慮され (BGB 二五二条)、これに対して、その性質が損失を確実に惹起したであろうとは言えない場合であれば、損失を含む性質は考慮されないのはなぜなのか、理解できないからであるとする。そのため彼は、BGB 二五二条に含まれる法思想を、加害者の有利となるように裏返して適用する必要があると述べている。

彼のこの態度は、続く一九六八年の著書においても堅持されている⁽¹³⁸⁾。同著書では、ドイツの判例の態度とフランスの判例とが対置されている。まず、ドイツについては、前掲 [D-21] OLG Karlsruhe 一九六六年一月二五日判決を参照する。当該判決では、Xの請求は棄却されているが、その際、異常な損害素因でさえも行為者 (加害者) の負担に帰するとする素因不考慮命題を出発点としている。シュトルは、この点につき異論を呈する。すなわち、被害者の損害素因のリスクをもっぱら加害者に帰せしめるということは正当であろうか、と⁽¹³⁹⁾。これに対して、フランスの判例では、責任設定的因果関係は肯定したが、損害算定の際に被害者の「病状 (état morbide)」が適当に考慮に入れられていることについて、説得的な解決であり、また、ドイツの態度に比してはるかに自由な態度であるとして、肯定的に捉えている⁽¹⁴⁰⁾。

シュトルはこうした理解から、前述の见解をさらに展開する。すなわち、被害者がその虚弱体質のせいでは発症したであろうという、加害者に課せられる立証を、BGB 二五二条の類推適用で軽減することが、一度は考慮されるべきであり、素因が発現したであろう蓋然性に応じて、将来的不利益に対する賠償が軽減されるべきであるとする⁽¹⁴¹⁾。

シュトルの见解を敷衍するならば、次の通りであろう。ドイツ法における素因不考慮命題は、その適用に当たり責任の全か無かという判断がなされるのであるが、こうした判断は硬直的すぎる。被害者は素因というリスクを抱えており、そのリスクは加害行為がなくとも顕在化した可能性はあると考えられる。しかし、そうした場合に、素因不考慮命題を貫徹することは、一度加害行為がなされると当該リスクは全て加害者が負担することとなってしまう、却って不当な結

論が導かれてしまう。そのため、素因の将来的展開を考慮に入れた、柔軟な解決をすべきであるとするのである。

(二) シュルツェの見解

シュルツェ (C. Schulze) は素因が問題となる場合を「典型的な素因事例」と「非典型的な素因事例」とに分類し、前者を仮定的因果関係論の問題として、後者を素因競合の問題であると捉える⁽¹⁴⁴⁾。そして素因競合の事例について危険範囲の観点から論じている。

彼は、病的素因については被害者が自ら負担すべきであると主張する。すなわち、不法行為損害賠償責任の制限に際しては、個人の一般生活上の危険と不法行為による特別の損害とが厳密に区別されなければならず、素因に関して、被害者の素因は不法行為時にすでに存在していたので、その素因を不法行為に特別な危険に配分することはできない⁽¹⁴⁵⁾。また、社会における人間共同生活から種々の環境要因の共同作用 (Zusammenspiel) によって生じる一般生活上の危険は、ちように個人の素因の程度分だけ拡大する。それは、ちように高度に個性的な被害者の特性の程度分だけ高められるのであり、加害者の外的な作用によって全く影響されない、として被害者の素因を一般生活上の危険に分類する⁽¹⁴⁶⁾。したがって、加害者は、被害者の特別な素質については責任を負わないのであり、厳密には、その被害者に対する侵害行為の結果として、(相当性の意味で) 予見可能であつたものについてのみ責任を負うのである⁽¹⁴⁷⁾。とする。上述フーバーとは正反対の結論に至っている。

シュルツェは、上述のように素因保有者が加害された場合には、一般生活上の危険を拡大して、素因の顕在化を一般生活上の危険に割り当て、他方で、予見可能であつたもののみ加害者は責任を負うべきとするのであるが、素因競合事例とはまさに素因が競合して一個の損害が生じる場合を表すのであり、そうすると、予見可能な損害部分と一般生活上の危険が現実化した部分とをいかに区別するかという理論的に非常に困難な問題が生じよう。そうであるならば、シュ

ルツエの意図するところが、素因競合事例について損害賠償を全て認めないとするものでない限り、⁽¹⁴⁸⁾ 彼の見解は採り難いと言わざるを得ない。

五 学説の分析

学説では、総じて、素因不考慮命題を法的意味における因果関係、すなわち責任充足的因果関係の問題として位置付けて論じている（それに対してシュトルは賠償額算定の問題に絡めて言及する）。つまり、素因不考慮命題は、素因により発生・拡大した損害についての帰責の原則であるということができる一方、賠償額算定のレベルではほとんどなにも述べていない原則であるともいえよう。

(一) 素因と予見可能性

学説を分析すると、第一に言えるのは、予見可能性基準では素因を考慮することはできないということである。なぜならば、被害者が素因を有していることは、加害者にとつてはほとんど予見することはできないからである。他方で、被害者が素因を有しており、そのために損害が発生・拡大するということは全く異常な出来事というわけでもなく、蓋然性が全くないとはいえない。このように考えると、予見可能性からでは素因不考慮命題をうまく説明することができない。相当因果関係説は、予見可能性を拡張することによりこれを説明するが、そうすると本来相当因果関係説が予定していた責任制限の機能が実質的に失われてしまうということは上述のとおりである。それゆえ、主要な学説は、保護範囲の問題として論じるのである。

(二) 素因不考慮命題の保護範囲への位置付け及びその背景

それでは、素因不考慮命題はどのようにして保護範囲に位置付けられるか。この点については、リユアーやランゲが

指摘する、被害者の社会参加の自由（被害者の行動の自由）の観点からの説明が説得的である。すなわち、素因を有する者が社会に参加することは、一定の危険領域に飛び込むことであり、健康な者に比して損害の発生・拡大の危険が大きい。しかし、そうであるからといって、素因を有する者の社会参加が阻害されてはならない。⁽¹⁴⁹⁾他方で加害者は、そもそも違法行為をやめることができると考えられるし、あるいは危険責任の観点からもその危険を創出しないことはできるのであるから、なおさら素因を有する者の社会参加の自由が尊重されるべきこととなる。

以上のように考えるならば、ドイツ法における素因不考慮命題は、被害者の社会参加の自由に支えられた原理であるということができる。

（三）素因不考慮命題の限界

素因不考慮命題を保護範囲に位置付け、これを貫徹することは、反対に加害者の行動の自由が制限されてしまうことになり、相当因果関係説が抱える責任制限の機能の喪失という同様の問題が生じることとなる。そのため、一定の限界を見出さなければならぬのであるが、これもまた被害者の社会参加の自由の観点から説明することができる。社会に参加するということは、ある程度危険を孕む領域に侵入するということである。この危険は社会に参加する者全てが等しく負担するものといえるため、素因を有する者といえども、それは覚悟しておかなければならないだろう。そうすると、素因を有する者は、自らの身体的・精神的状態に応じて応分の負担を課せられることとなる。すなわち、危険領域に侵入するからには、被害者には最低限の身体的・精神的抵抗力が求められることとなり、これを下回った場合には、その部分については自らが負担しなければならない。この最低限の抵抗力を備えなかった若しくは発揮しなかった者については、もはや法益侵害とは評価されない。法は、そのようなことまでも保護を目的としているわけではないからである。ここで素因不考慮命題の限界が示される。

しかしながら、このように限界づけたとしても、いずれにせよ責任は全か無かとして画一的になってしまふという問題点は残ろう。この点について次のことが指摘される。すなわち、被害者は、自らの状態を顧慮して、理性的・合理的に行動しなければならないということである。自らの状態に相応しくない方法で行動し、その結果、損害が発生・拡大した場合には、応分の負担が求められるのは当然であるといえる。この場合、BGB二五四条の共働過責が顧慮されることとなる。

(四) 素因不考慮命題と賠償額算定との関連性

シュトルが指摘する、素因ゆえの将来的不利益という点は重要である。素因不考慮命題により素因の危険を加害者が負担することになるろうとも、当該素因ゆえの将来的不利益は別の問題としてあり得るのであり、これは然るべく顧慮されなければならないと考えられる(この点については、後述第四章で検討する)。

第四款 小括

(一) 以上、判例・学説の動向を検討してきたところによると、ドイツ法における素因不考慮命題は、次のような原理であると解される。

第一に、素因不考慮命題は、被害者として健康な者と脆弱な者(素因を有する者)との比較を積極的に否定する原理である。つまり、損害の帰責判断に当たり、健康な者であれば損害は生じなかったであろう、あるいは拡大しなかったであろう、という考慮を否定すし、あくまで被害者そのものを基準とするのである。この点は、わが国の素因斟酌準則とは対照的である。

第二に、素因不考慮命題が素因保有者を保護するのは、被害者の社会参加の自由を保護するためである。素因保有者が社会に参加するに当たり、侵害された場合に素因によるリスクを自ら負担しなければならないとすれば、被害者の社会参加の自由が阻害されてしまう。他方で、加害者にも社会参加の自由が認められるが、そもそも加害者は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ため、一旦加害者の行為が違法であると認められた場合には、加害者の社会参加の自由との比較において被害者の社会参加の自由の保障が優越するのであり、その結果加害者は被害者の素因のリスクを負担しなければならないのである。

第三に、素因保有者は、素因不考慮命題により原則として素因が考慮されないとしても、社会に参加する以上、素因保有者であろうとも最低限の身体的、精神的抵抗力が求められる。そして、これを下回った場合には、もはや法によって保護されることはない。素因不考慮命題は、この点に限界が見出される。

(二) 法理論としては、素因不考慮命題は、損害の帰責、すなわち一般生活上の危険の現実化とは言えない素因のリスクの顕在化の加害者への帰責を肯定することに限られた法理である。素因競合事例について、素因による部分の損害の帰責判断を予見可能性に依拠すると、「最善の観察者」の予見可能性によりほとんどあらゆる事象に対して予見可能性が及びうるため、責任制限の機能を喪失することとなり、結果として素因不考慮命題の限界点も喪失してしまい、賠償範囲確定基準としては不適當である。また、「最善の観察者」基準を採らないとすれば、そもそも被害者の素因は加害者には予見可能性がないことが多いことから、素因による部分の損害について予見可能性がないとして賠償範囲が極めて狭小なものとなってしまう不都合が生じる。以上の理由から、素因による損害の帰責判断を、予見可能性の有無を問わず、法規範の保護目的の検討により決定するのが、素因不考慮命題であると解されている。

また、素因不考慮命題の限界は、最低限の身体的、精神的抵抗力に求められるところ、これは、法理論的には、素因

による部分の損害は保護範囲外である、あるいは、一般生活上の危険の現実化に割り当てられている。しかし、素因不考慮命題は、原則として責任の全か無かの判断となる法理であるため、これを貫徹することは、却って判断の硬直性を生んでしまいかねないことは問題となろう。それゆえ、柔軟な解決が試みられるべきであるとして、BGB二五四条の共働過責の成立可能性が問われなければならないとされているところである。

(三) ところで、本章の検討によると、素因不考慮命題は、主として被害者の体質的素因に関して問題となり、また議論されていた。とはいえ、被害者の精神的素因についても素因不考慮命題は妥当することが判例、学説上認められている。しかしながら、精神的素因の取り扱いについては、被害者の主観面に關わる問題であり、身体的素因の場合とは異なる考慮が必要となる。また、ドイツ法においては、精神的素因が關わる問題として、定期金ノイローゼの問題があるが、定期金ノイローゼに関して、ドイツ法では特別な問題が生じているところである。

また、ドイツ法における素因不考慮命題は、それに従うと、原則として責任は全か無かの判断となり、解決が硬直化するという問題を孕んでいる。この解決の硬直性は特にノイローゼ事例において問題となっている。そこでドイツ法では、ノイローゼ事例を中心として素因不考慮命題の修正が図られている。

以上の理由から、被害者の精神的素因については、定期金ノイローゼの問題を含めて、次章において検討を試みる。

(1) *Larenz, Karl, Schuldrecht I*, 14. Aufl., 1987, § 27 III b, S. 438; *Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried, Schadensersatz*, 3. Aufl., 2003, § 3 X 1, S. 130 以下。

(2) 一般生活上の危険については *Mädritch, Matthias, Das Allgemeine Lebensrisiko*, 1980 が詳細に論じている。邦語訳は、U・フーバー他／吉田豊・吉田勢子（訳）『ドイツ不法行為法論文集』（中央大学出版部、二〇〇〇）四〇七頁以下を参照。

(3) ドイツ民法第八二三条(損害賠償義務)第一項 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。

第二項 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責がなくてもこれに対する違反を生じる場合には、賠償義務は、過責があるときに限り生じる。

(4) BGHZ 27, 137.

(5) Esser, Josef, Schuldrecht, 2.Auf., 1960, § 61.

(6) ドイツ道路交通法第七条(自動車保有者の責任、無断運転)第一項 自動車の運行に際して人が死亡し、人の身体若しくは健康が侵害され、又は物が毀損されたときは、自動車の保有者は、侵害を受けた者に対して、それによって生じた損害を賠償する義務を負う。

第二項 事故が不可抗力により惹起されたときは、賠償義務は免除される。

第三項 自動車保有者の知らないうちに、その同意なく自動車を使用する者は、保有者に代わって損害賠償の義務を負う。…その者と共に保有者も、自動車の利用が保有者の過責により可能となったときには、損害賠償の義務を負う。自動車の運行のために保有者により使用者が任命されたとき、又は保有者により使用者に対して自動車の使用が任されたときには、第一文は適用されない。第一文及び第二文は、被牽引車の使用に準用される。

(7) JZ 1969, 702, 704.

(8) Hübner, Jürgen, Risikosphären, Schadenszurechnung nach Risikosphären, Berlin 1979, S.57は、「一般生活上の危険を」所有者が危険を負い casum sentit dominus」法理の具体化であると見なす。

(9) Mädrich, aa.O. (Fn.2), S.16は、「運命」という表現には、BGHによる一般生活上の観念の援用が、その曖昧さと予測不能さを反映していると指摘する。

(10) VersR 1987, 105.

(11) MDR 1993, 29.

(12) VersR 1996, 715.

(13) 義務保険法第三条 第一条に基づく賠償責任保険については、次の特別規定が保険契約法第一五八c条から第一五八f

条までの規定に代わって適用される。

第一号 第三者は、保険契約から生じる保険者の給付義務の範囲で、及び給付義務が存在しないときは第四号から第六号までの範囲で、保険者に対しても損害賠償請求権を行使することができる。保険者は、損害賠償を金銭で給付しなければならぬ。(なお、本稿では本号のみが問題となるため、他の号は省略する。)

(14) ドイツ道路交通法第一八条(自動車運転者の賠償義務) 第一項 第七条第一項の事例では、自動車又は被牽引車の運転者も第八条乃至第十五条の規定による損害賠償の義務を負う。損害が運転者の過責により生じたものでないときは、賠償義務は免除される。

第二項 第一六条の規定は準用される。

第三項 第一七条の事例で自動車又は被牽引車の運転者も損害賠償の義務を負うときは、他の関与した自動車の保有者と運転者、他の関与した被牽引車の保有者と運転者、動物保有者又は鉄道事業者に対する関係における当該運転者の義務についても、第一七条の規定が適用される。

(15) ドイツ刑法典第一六四条(虚偽告発) 第一項 他の者に対し官庁の手続又は官庁のその他の措置を開始させ又は継続させる目的で、確定的な認識にもかかわらず、官庁に対して若しくは告発の受理を管轄する公務担当者若しくは軍隊の上官に対して、又は、公然と、他の者について違法な行為又は職務義務違反の嫌疑をかけた者は、五年以下の自由刑又は罰金に処する。

第二項 同じ目的で、確定的な認識にもかかわらず、第一項に掲げる機関に対して又は公然と、他の者に対し官庁の手続又は官庁のその他の措置を開始させ又は継続させ得る事実的な性質をもつその他の主張を行った者も、前項と同一の刑に処する。

以上のドイツ刑法典の条文の邦訳は、「ドイツ刑法典」法務資料第四六一号(二〇〇七)による。以下のドイツ刑法典の条文の邦訳も同様である。

(16) ドイツ刑法典第一八五条(侮辱) 侮辱は、一年以下の自由刑又は罰金に処し、侮辱が暴力行為を手段として行われたときは、二年以下の自由刑又は罰金に処する。

(17) ドイツ刑法典第一八六条(悪評の流布) 他の者に関して、この者を侮辱し得る又は世論において貶め得るような事実を

主張し又は流布した者は、この事実が証明可能な程度に真実でないときは、一年以下の自由刑又は罰金に処し、行為が公然と又は文書（第一条第三項）の頒布により行われたときは、二年以下の自由刑又は罰金に処す。

(18) ドイツ道路交通令第八条(優先通行)第一項 交差点及び合流地点では、右から来る者が優先通行権を有する。このことは、次の場合には妥当しない。

一、優先通行権が道路標識により特別に定められている場合（標識二〇五、二〇六、三〇一、三〇六）又は、

二、農道又は山道から別の道路へ侵入する自動車に対して優先通行権が特別に定められている場合。

第一a項 循環交通における合流地点において、標識二一五（循環交通規則）が標識二〇五（優先通行を認める）により命ぜられるときは、循環道路への通行に優先通行権がある。そのような循環交通への侵入に際しては、方向指示器を使用してはならない。

第二項 優先通行を遵守する者は、右側で、その運転態度により、特に適切な速度により、待つことを承認しなければならない。その者は、自らに優先通行権があり、危険も重大な妨害もないと判断し得る場合に限り、継続走行することが許される。道路箇所が見通しがきかないため、これを判断することはできない場合には、優先通行権者は交差点又は合流地点において見通しがきくようになるまで中を注意深く探索しなければならない。優先通行権者が別の道路へと曲がる場合においても、待機義務者は優先通行権者を重大に妨害してはならない。

第三項（削除）

(19) ドイツ道路交通法旧第一条（身体侵害の場合の賠償義務の範囲） 身体又は健康の侵害の場合には、治療費、及び侵害の結果である一時的若しくは継続的な稼働能力の喪失若しくは減少、又は必要費の増加により侵害を受けた者が被った財産的損害が賠償されなければならない。

なお同条は、第二損害賠償法規定改正法に改正されているため、参考として現行法も挙げておく。

現第一条 身体又は健康の侵害の場合には、損害賠償は治療費並びに被害者が侵害により一時的又は永続的にその生業能力を喪失又は減少しることにより生じる財産的不利益又必需品の増加により生じる財産的不利益の賠償により行われなければならない。非財産的損害に関しては、金銭における公正な補償を請求することができる。

(20) BGHZ 107, 359, 363f. = NJW 1989, 2616, 2617f.

- (21) *Lange/Schiemann*, aa.O. (Fn.1) § 3X4, S.146.
- (22) *Schiemann, Gottfried*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2, § 249-254, 2005, § 249 Rn.35.
- (23) *Emmerich, Volker*, JuS 1990, 143.
- (24) *Emmerich*, aa.O. (Fn.23), S.143.
- (25) *Emmerich*, aa.O. (Fn.23), S.143.
- (26) *Emmerich*, aa.O. (Fn.23), S.143.
- (27) *Emmerich*, aa.O. (Fn.23), S.142.
- (28) *Emmerich*, aa.O. (Fn.23), S.143.
- (29) *Dunz, Walter*, JR 1990, 115.
- (30) *Dunz*, aa.O. (Fn.29), S.116.
- (31) *Dunz*, aa.O. (Fn.29), S.116.
- (32) *v. Bar, Christian*, JZ 1989, 1071.
- (33) *v. Bar*, aa.O. (Fn.32), S.1072.
- (34) ドイツ道路交通令第一条 (原則) 第一項 道路交通の参加者は、不断の注意と相互的な配慮を求められる。
第二項 道路交通の全ての参加者は、他者を毀損せず、危険を与えず、又は周囲の状況に応じて避けられる限り他者を
阻害せず、負担をかけないように行動しなければならない。
- (35) *v. Bar*, aa.O. (Fn.32), S.1072.
- (36) *v. Bar*, aa.O. (Fn.32), S.1072.
- (37) *Börgers, Michael*, NJW 1990, 2535.
- (38) *Börgers*, aa.O. (Fn.37), S.2537.
- (39) *Börgers*, aa.O. (Fn.37), S.2537.
- (40) *Börgers*, aa.O. (Fn.37), S.2537.

- (41) *Borgers*, aa.O. (Fn.37), S.2737.
- (42) *Lipp, Martin*, Jus 1991, 809.
- (43) OLG Köln ZfS 1989, 42.
- (44) *Lipp*, aa.O. (Fn.42), S.809.
- (45) *Lipp*, aa.O. (Fn.42), S.809.
- (46) *Lipp*, aa.O. (Fn.42), S.810.
- (47) ドイツ民法第二五二条(逸失利益) 賠償すべき損害は、逸失利益をも含む。事物の通常の経過に基づき、又は特別の事情、特に既になした措置及び準備に基づき、蓋然性をもって期待することができた利益は、逸失利益となる。
- (48) ハッペは、裁判例として、BGH NJW 1983, 758が引用され、また学説として *Lange, Hermann*, Schadensersatz, 2.Auf., 1990, §6X1, S.340ff. が引用されている。
- (49) *Lipp*, aa.O. (Fn.42), S.811.
- (50) OLG Augsburg Recht 1908, Nr.2822.
- (51) BGH NJW 1976, 1143ff. 及び OLG Nürnberg MDR 1978, 755.
- (52) *Lipp*, aa.O. (Fn.42), S.811.
- (53) *Lipp*, aa.O. (Fn.42), S.811.
- (54) *Lipp*, aa.O. (Fn.42), S.812.
- (55) *Lipp*, aa.O. (Fn.42), S.812.
- (56) ハッペは、逸失利益は、適法な選択的行為 (rechtsmäßige Alternativverhalten) と呼ばれる。Deutsch, Erwin/Ahrens, *Hans-Jürgen*, Deliktsrecht, 5.Auf., 2009, §6 D, S.33. 邦語訳として、E.ドイチュ／H.-J.アーレンス・浦川道太郎(訳)『ドイツ不法行為法』(日本評論社、二〇〇八) 四九頁以下参照。
- (57) *Lipp*, aa.O. (Fn.42), S.812.
- (58) *Lipp*, aa.O. (Fn.42), S.812ff.
- (59) *v. Bar*, aa.O. (Fn.32), S.1072.

- (60) *Lipp*, aa.O. (Fn.42), S.810.
- (61) *Staudinger/Schneemann*, aa.O. (Fn.22), § 249 Rn.35.
- (62) 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) 一一九一頁以下を参照されたい。
- (63) この点に関しては、谷口聡「ドイツ不法行為法における素因不考慮の原則の再検討―仮定的因果関係の顧慮という視点からの考察―」法学研究論集 (明治大学大学院法学研究科) 第八号 (一九九八) 一七二頁以下において検討されている。なお、窪田充見『過失相殺の法理』(有斐閣、一九九四) 四八頁以下及び能見善久「寄与度減責―被害者の素因の場合を中心として―」加藤一郎・水本浩編『民法・信託法理論の展開』(弘文堂、一九八六) 一三九頁などは、仮定的因果関係論は、別の問題であるとして、素因不考慮命題の考察からは除外するが、後述するように、素因を理由とする賠償額の時間的制限と見れば、素因不考慮命題との関係性は考察に値するであろう。
- (64) *Lange/Schneemann*, aa.O. (Fn.1), § 4 IX S.191.
- (65) *Lange/Schneemann*, aa.O. (Fn.1), § 4 IX S.193; *Oetker, Hartmut*, Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch Bd.2, § 241-432, 5. Aufl., 2007, § 249 Rn.204; *Grunsky, Wolfgang*, Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung, FS für Lange, 1992, S.469ff., 477f.
- (66) RGZ 169, 117, 120.
- (67) VersR 1969, 43, 44.
- (68) OLG Frankfurt aM NJW 1984, 1409
- (69) 谷口・前掲注 (3) 同旨。
- (70) **[D-12]** BGH VersR 1969, 43.
- (71) *Lange/Schneemann*, aa.O. (Fn.1), § 4 IX S.143.
- (72) *Lipp*, aa.O. (Fn.42), S.809.
- (73) ドイツ民事訴訟法第二八七条 (損害調査等) 第一項 損害が発生したか否か、及び損害額又は賠償すべき利益の額がいくらかにつき当事者間で争いがあるときは、裁判所はこれに関し、すべての事情を評価して、自由な心証をもって裁判する。申し立てられた証拠調べ又は職権をもってする鑑定人による鑑定を命ずべきか否か、及びその範囲如何については、裁判

所の裁量による。裁判所は、損害又は利益について立証者を尋問することができるが、この場合第四五二条第一項第一文及び第二項乃至第四項の規定を準用する。

第二項 財産法上の争いについて、当事者間に債権額について争いがあり、そのため基準となる一切の事情の完全な解明がその債権の争われている部分の価値に対して均衡のとれないような困難さを伴うとき、第一項第一文及び第二文の規定は他の場合にも準用される。

(74) MünchKomm/Oetker, aa.O. (Fn.65), § 249 Rn.133f; Soergel, Hans Theodor/Mertens, Hans-Joachim, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch Bd.2, § 241-432, 12.Aufl., 1990, vor § 249 Rn.157; Grunerberg, Christian, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Bd.7, 69.Aufl., 2010, vor § 249 Rn.35; Staudinger/Schiemann, aa.O. (Fn.22), § 249 Rn.35.

(75) なお、慰謝料算定において素因を考慮することに関しては、通説判例において異論がないようである。Lange/Schiemann, aa.O. (Fn.1), § 3X1, S.130; MünchKomm/Oetker, aa.O. (Fn.65), § 249 Rn.133; BGH NJW 1997, 455. 例えは、BGH NJW 1962, 2435以下、旧BGB八四七条（現BGB二五二条）の衡平（Billigkeit）に従い、被害者の苦痛の程度・期間と並んで被害者の身体的・精神的素因が考慮に入れられ、次いで加害者の過責の程度及び当事者の経済状況が考慮に入れられるとされる。なお、この慰謝料算定における素因の考慮については、一個の論点となりうるが、慰謝料の扱いについては、ドイツ法と日本法ではその構造を異にするため、本稿では検討の対象外とする。

(76) Deutsch/Ahrens, aa.O. (Fn.56), § 5 D II, S.23ff.

(77) v. Kries, Johannes, Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie 12 (1888), 179ff, 287ff, 393ff; ders., Über den Begriff der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte, ZStrW 9 (1889), 528ff.

(78) Rümelin, Max, Der Zufall im Recht (Rektoratsrede) 1896, ders., Die Verwendung der Causalbegriff im Straf- und Civilrecht, ACP 90 (1900), 171ff.

(79) Traeger, Ludwig, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht 1904.

(80) Enneccerus, Ludwig/Lehmann, Heinrich, Recht der Schuldverhältnisse, 15.Aufl., 1958, § 15 III 2.

(81) 相当因果関係説の確立、展開および解体については、平井宣雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、一九七二）四八

頁以下を参照されたい。

- (82) *Larenz, Karl*, Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensersatzrecht, FS für Richard M. Honig, 1970, S.82.
- (83) *Larenz*, Schuldrecht, aa.O. (Fn.1), S.436. なお、Fn.32. に於いて「そのような損害について」“casum sentit dominus (事は所有者が負担する)”の原則が妥当であるとみる。
- (84) *Deutsch/Alvens*, aa.O. (Fn.56), S.23ff.
- (85) *Larenz*, Schuldrecht, aa.O. (Fn.1), S.437.
- (86) *Larenz*, Schuldrecht, aa.O. (Fn.1), S.437.
- (87) *Larenz*, Schuldrecht, aa.O. (Fn.1), S.440. *III Medicus, Dieter*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz Buch 2, § 8 249-254, 1980, § 249 Rn.45.; *Medicus, Dieter / Lorenz, Stephan*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 2008, § 55. 2. Rn.638.
- (88) *Larenz*, Schuldrecht, aa.O. (Fn.1), S.440.
- (89) *Larenz*, Schuldrecht, aa.O. (Fn.1), S.440.
- (90) 彼は具体的に裁判例を示しているが、彼の念頭にあるのは【D-23】BGH一九七六年二月六日判決であると思われる。
- (91) RGZ 155, 37.
- (92) *Fikentscher, Wolfgang*, Schuldrecht, 7. Aufl. 1985, S.312.
- (93) 裁判例については挙げられていないが、彼の念頭にあるのは後述【D-40】OLG Koblenz r+s 1987, 108である。
- (94) BGHZ 20, 137, 142, 143.
- (95) *Fikentscher*, aa.O. (Fn.92), S.342. なお、同書第八版以降は、この点に関する論述が削除されており、最新の *Fikentscher, Wolfgang/Hinemann, Andreas*, Schuldrecht, 10. Aufl., 2006では § 57 V Rn.629, S.314で【D-1】RG一九三七年四月二六日判決及びBGH一九九六年四月二〇日 (NJW 1996, 2425) を引用して、特別な身体的体質 (Besondere körperliche Konstitution) が存在する場合、それは相当因果関係説の意味における因果関係を排除するものではないとされている。
- (96) *Fikentscher*, aa.O. (Fn.92), S.342 (Fn.236).

(97) なお、フィケンチャーは、「素因事例」として素因不考慮命題を論じているが、彼のいう「素因事例」がいわゆる素因競合の事例であるのか、仮定的因果関係との関係において論じられる「素因事例」のことを指すのか判然としない。

(98) *Deutsch/Ahrens*, aa.O. (Fn.56), S.27.

(99) *Deutsch/Ahrens*, aa.O. (Fn.56), S.27.

(100) *Deutsch/Ahrens*, aa.O. (Fn.56), S.27. なお、ドイツ語は明示していないが、おそらく【D-14】OLG Celle 一九八〇年七月一八日判決が念頭にあると思われる。

(101) *Deutsch/Ahrens*, aa.O. (Fn.56), S.27.

(102) *Kötz, Hein/Wagner, Gerhard, Deliktsrecht*, 9.Aufl., 2001, S.62. なお、同書第一〇版（二〇〇五）以降は、ヴァーグナーにより同書第九版の内容が大幅に変更されており、ヴァーグナーは、帰責関連の縮減の項目の下で規範目的説的見地から素因不考慮命題を説明するにすぎず、同命題に対する彼自身の評価は不明である（*ders*, *Deliktsrecht*, 11.Aufl., 2010, Rn.210ff.）。ヴァーグナーによれば、八二三条一項の構成要件を充足し、そのことを根拠とする責任が加害者に生じた場合、加害者の損害の発生を予見しえたか否か、または予見すべきであったか否かは、損害帰責において重要ではなく（Rn.129）、加害者の義務違反は、「第一次侵害」にのみ関連づけられれば足り、「後続侵害」に関連づけられる必要はない。素因不考慮命題もこの後続侵害の帰責のルールであり、ここでは立法者の明確な意思による被害者救済が目されている（Rn.210f.）。ただし、エッグシエル・スカル・ルール（ドイツ法では素因不考慮命題）の例外、すなわち加害者が免責される場合については、規範目的説から説明することができる（Rn.218）。同書一一版の邦語訳として、ハイン・ケッツ／ゲルハルト・ヴァーグナー（吉村良一／中田邦博監訳）ドイツ不法行為法（法律文化社、二〇一一）を参照されたい。

(103) *Kötz/Wagner* [9.Aufl.], aa.O. (Fn.102), S.62.

(104) ドイツ民法第二五四条（共働過責）第一項 損害の発生に際し被害者の過責が共働したときは、賠償義務及び給付すべき賠償の範囲は、事情によって、特に、いかなる範囲においていずれの当事者が主として損害を惹起したかによって定まる。

第二項 債務者が知らず、且、知ることを要しない異常に高い損害の危険を被害者が債務者に注意しなかったこと、又は被害者が損害を防止若しくは軽減しなかったことに被害者の過責があるときも、前項と同様である。この場合においては、第二七八条の規定を準用する。

- (105) Kötz/Wagner [9.Aufl.], a.a.O. (Fn.102), S.62.
- (106) 国田親田・前掲書注(33) 10頁。
- (107) Lüer, Hans-Jochem, Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen, 1969, S.137.
- (108) Lüer, a.a.O. (Fn.107), S.137.
- (109) Lüer, a.a.O. (Fn.107), S.139.
- (110) Lüer, a.a.O. (Fn.107), S.140.
- (111) Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn.1), § 3 X 1, S.128.
- (112) Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn.1), § 3 X 1, S.130.
- (113) Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn.1), § 3 X 1, S.131. この場合に關してランゲは以下の判例を例として挙げる。RGZ DJZ 1915, 207; RGZ 170, 129; BGH NJW 1983, 340; BGH VersR 1983, 750.
- (114) Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn.1), § 3 X 1, S.130.
- (115) Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn.1), § 3 X 1, S.130.
- (116) ハリツ緒ぢひそくそそせ' RG JW 1908, 41; OLG Karlsruhe VersR 1966, 741; BGH NJW 1976, 1144; KG VersR 1987, 105; OLG Karlsruhe MDR 1993, 29; OLG Nürnberg ZfS 2000, 58.
- (117) Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn.1), § 3 X 1, S.130ff.
- (118) Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn.1), § 3 X 1, S.131.
- (119) Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn.1), § 3 X 1, S.131. Staudinger/Medicus, a.a.O. (Fn.87), § 249 Rn.54.
- (120) von Caemmerer, Ernst, Das Problem des Kausalzusammenhang im Privatrecht, 1956, S.18.
- (121) Huber, Ulrich, Normzwecktheorie und Adäquanztheorie, JZ 1969, S.676f.
- (122) Huber, a.a.O. (Fn.121), S.681.
- (123) Huber, a.a.O. (Fn.121), S.681.
- (124) Huber, a.a.O. (Fn.121), S.681.
- (125) Huber, a.a.O. (Fn.121), S.681.

(126) BGHZ 25, 86, 90ff. なお、当該判決は、一般生活上の危険の言及はなく、相当因果関係から加害者の責任を否定した事案である。Yのトラックに衝突され重症をおったXの夫が、事故後事故に起因する手術を受けた際にメッケル憩室がXがYに対して埋葬費用及び扶養料の損害賠償を請求したという事案において、LG及びOLGはXの請求を（一部）認容していたが、BGHは次の理由からYの責任を否定した。すなわち、どのような重傷もそれ自体としては、その治療のために行われた手術がさしあたり成功した場合であっても、事後的に塞栓症やその他の合併症により被害者が死亡するという危険を孕んでいる。Yは、Xの夫に重傷を負わせたことによりXが事故結果の除去のために行われた手術に持ちこたえられないという一般的な危険をXに与えたものではあるが、事故に起因する手術の際に事故に起因しない病気の除去のための手術が追加的に行われ、その後の合併症によりXの夫が死亡するという可能性を高めたわけではない。本件では、その除去がXの夫の死亡の結果として招いたメッケル憩室がすでに事故以前からわかつていたが、患者が自発的に手術を受けることを拒否し、後から事故に起因する手術の際にメッケル憩室の除去を望んだ場合と異なる判断をすることができない。この場合でも自然（科学）的因果関係は否定されないが、その原因関係は本質的ではない。なぜならば、被害者が、事故により必要となった手術の機会に事故結果と関係のない別の手術を受け、合併症のために死亡するということを予め考慮に入れておかなければならない加害者など存在しないからである。この意味で、Yによる事故の惹起は、偶発的原因であって、真の原因ではない。それゆえに、Yの惹起した交通事故とメッケル憩室除去のために生じたXの夫の死亡との間の相当因果関係（判決文では相当な原因関係という）が認められないので、Yの責任は認められない。

(127) Huber, aa.O. (Fn.121), S.681.

(128) Huber, aa.O. (Fn.121), S.681 Fn.40.

(129) Mädrich, aa.O. (Fn.2), S.53.

(130) Mädrich, aa.O. (Fn.2), S.53.

(131) ドイツ法における仮定的因果関係の学説・判例の全体的状況に関しては、櫻見由美子「不法行為における仮定的因果関係と責任の評価（一）」（二）、（三）、（四）、（五）「判時一二四号（一九八六）一七頁・一二二七号（一九八六）一七頁、一一三四号（一九八七）一二頁、一一五三号（一九八七）一七頁、一二六六号（一九八七）一八頁が詳しい。また、同「損

害賠償法における仮定的因果関係等をめぐる問題」『人身賠償・補償研究 第一巻』加藤一郎編集代表(判例タイムズ社、一九九一)一八頁、北川善太郎「損害賠償論序説」論叢七三巻一号(一九六三)三四頁以下も参照。

- (132) Stoll, Hans, "The Wagon Mound" eine neue Grundsatzentscheidung zum Kausal Problem im englischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, S.398f.
- (133) Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn.1), § 4 IX S.193.
- (134) Stoll, Wagon Mound, a.a.O. (Fn.132), S.398f.
- (135) Smith v. Leech Brain & Co., [1962] 2 W. L. R. 148.
- (136) Warren v. Scruttons, [1962] 2 Ll. L. R. 497.
- (137) Stoll, Wagon Mound, a.a.O. (Fn.132), S.399.
- (138) Stoll, Hans, Kausalzusammenhang und Normzweck in Deliktsrecht, 1968, S.43.
- (139) Stoll, Kausalzusammenhang, a.a.O. (Fn.138), S.44.
- (140) Mazeaud/Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 5e éd. II (1958), no. 1613, III, nos 2393-2395.
- (141) Stoll, Kausalzusammenhang, a.a.O. (Fn.138), S.44.
- (142) Stoll, Kausalzusammenhang, a.a.O. (Fn.138), S.43.
- (143) Stoll, Kausalzusammenhang, a.a.O. (Fn.138), S.43.
- (144) Schulze, Christian, Die Haftung des Schädigers bei besonderen Eigenschaften (Abnormitäten) des Opfers im deutschen und englischen Deliktsrecht—Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1984, S28f, S.33f.
- (145) Schulze, a.a.O. (Fn.144), S.134.
- (146) Schulze, a.a.O. (Fn.144), S.134f.
- (147) Schulze, a.a.O. (Fn.144), S.135.
- (148) 窪田・前掲書注(69)一一頁は、詳細にシュルツェの見解を紹介した上で、彼の見解の帰結するところは、むしろ素因事例についての賠償の全部否定になろう、と結論付ける。

(149) 窪田・前掲書注(63) 八三頁以下同旨。

※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。

※※校正の段階で、遠藤史啓「フランス不法行為法における被害者の素因の位置づけ―不法行為法における交錯問題に関連づけ―」神戸法学雑誌六一巻一・二号(二〇一一)七九頁、竹村壮太郎「素因減責の理論的課題(一)―フランス法との比較検討から―」上智法学論集五五巻二号(二〇一一)六九頁に接した。