

論
說

損害賠償法における素因の位置（四）

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減免責の可能性

第二節 逸失利益算定における考慮

(以上、六二卷四号)

(以上、六二卷五号)

(以上、六三卷一号)

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

第五節 小括

第五章 素因減責論再考

(以上、本号)

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

前章で考察した素因不考慮命題は、被害者が精神的に脆弱であり、それゆえに健康上の損害が発生・拡大した場合であつても、妥当することが認められている⁽¹⁾。これを明示的に示したのが、【D-20】BGH一九五六年二月二九日判決⁽²⁾であつたのはすでに確認したとおりである⁽³⁾。ところが、当該事件は定期金ノイローゼ事例であつたところ、加害者の帰責性の判断に際し特殊な判断がなされ、素因不考慮命題に反して、例外的に加害者が免責されている。そして、本判決以降、定期金ノイローゼ事例についての加害者免責の判例法理が確立することとなつた。そこで、本節では、まずは、定期金ノイローゼの事例を除き、一般的に素因不考慮命題が妥当するとされている被害者の心理的反応が競合した場合につき確認しておく。

一 事故に起因する精神状態の悪化から健康損害へ

不法行為によって被害者に精神的苦痛が生じるだけでなく、不法行為の後に被害者の精神状態が悪化し、その健康状態も悪化することがあるのは、よく知られたことであろう。そして、その悪化は、被害者の精神的脆弱性（心因的要因）が一因となった心理的反應であるとされることが多い。ドイツ法においては、こうした被害者の心理的反應から生ずる健康損害もまた、加害者が賠償責任を負うべきであるとされている。例えば、【D-29】BGH一九五九年一月二日八日判決（BGH VersR 1960, 225）の事故に基づく性格変化の事例が挙げられる。一九五五年九月一九日、Yがガソリンスタンドへ入ろうと左折した時に、オートバイを運転していたXに衝突した（これを第一事故とする）。本件事故によりXは、頭蓋底を骨折し、脳挫傷を負った。その後Xは、一九五六年六月二十九日に卒倒し頭部を打ち、脳震盪を起こしたことがある（これを第二事故とする）。後にXは精神障害を発症し、精神病院への入院命令が出され入院、入院先でXは性格変化を起こしていることが判明した（判決文からは正確な年月日は不明であるが、精神病を発症したのは第二事故以降であると推測される）。Xに対しては、一九五八年五月二十八日までの一部補償が行われたが、Xはさらなる損害賠償を請求した。第一審及び控訴審は、Xの請求を認容。Yが上告、上告棄却。

本件では、まず、Yは、Xの精神障害は第二事故により生じたものであり、第一事故とは無関係であるとして、その原因性を争ったが、BGHは、次のように述べ、Yの行為の原因性を肯定した。「鑑定人は、感情生活の深刻な変化もまた体質的要因又は外因性の要因—むろん特筆すべきものでもない—によって色づけられているであろうという場合には、Xの性格変化は、第一事故に帰せしめられうるとの結論に至っている。それに対して、もっぱら第二事故のみが—第二事故は第一事故によって生じたものではないとする—入院命令を要する性格変化を惹起したと認める理由はない」。(4) 次いで、【D-20】BGH一九五九年二月二十九日判決を引用して、Xの精神障害についてYの責任が制限されることはない」と明示した。「なぜならば、単にある種の態度が心因性の反応であると解釈されるという理由だけでは、損害

をもたらす出来事と労働能力及び抵抗力を妨げる状態との責任設定的関連性は否定されないからである⁽⁵⁾。

この他にも妄想性障害の事例が挙げられる。【D-30】BGH一九八二年九月二一日判決 (BGH NJW 1983, 340) は、次のような事案である。一九七〇年に一度鼠径ヘルニアの疑いのため手術を受けたことがあったX (当時は職業軍人) が、一九七二年に鼠径ヘルニア再発の診断を受け、手術を受けたところ、その際に、ヘルニアはなかったがヘルニア環の拡大が所見されたため、右睪丸への精索が絞扼された。その結果、右睪丸が萎縮し、後に手術により摘除されたのであるが、手術後にXは職務に復帰することができず除隊された。Xは、医師が重大な治療ミスを犯したために、睪丸を失うこととなり、また生業不能になったとして、Y (病院責任者) に対して損害賠償を請求した。第一審は慰謝料のみを認容。X、Yの両者が控訴、控訴棄却。Xが上告、Yが附帯上告。Yの附帯上告棄却、Xの上告破棄差戻し。

本件で問題となったのは、睪丸喪失と生業不能との関連性であるが、本判決ではこれを「誤った展開 (Fehlentwicklung)」と表現する。この誤った展開については、控訴審では、Xは既に加害行為時以前から妄想性の精神病質の素因 (Veranlagung) を有しており、それによって誤った展開が生じたとする鑑定書が附されている。この点につき、BGHは、Xの睪丸喪失とその後の勤務不能及び生業不能との間に原因関係は「少なくともXの潜在的な異常な精神的素因 (Veranlagung) が損害事件により明らかにされたという点では」存在するという控訴審の確信は排除されないとして、Yの帰責性を認める。その理由として、BGHは、【D-20】BGHZ一九五九年二月二九日判決を引用し、なぜならば、「Yは、その医師らの加害行為の結果が、被害者が以前から有していた傷害 (Vorschädigung) に起因するような遠い (entfernt) ものであっても責任を負わなければならない」からであるとする⁽⁶⁾。

以上の他、精神状態の悪化から健康損害としてノイローゼ (神経症) を発症することもある。うつ病⁽⁷⁾が典型的な例であるが、その他にも現実神経症や災害神経症⁽⁸⁾、不安神経症⁽⁹⁾、転換神経症 (転換性障害)⁽¹⁰⁾、心因性の痛覚障害・協調

障害、機能障害・集中障害⁽¹¹⁾などの事例においても加害者の責任が原則として認められている。なお、このようなノイローゼ事例については、定期金ノイローゼ事例との関係が問題となる。すなわち、【D-20】BGH一九五六年二月二九日判決では、被害者が定期金ノイローゼを発症したが故に加害者は免責されているのであるが、他方で、上記の諸ノイローゼ事例では加害者の責任が認められており、同じノイローゼであるにもかかわらず、正反対の結論が導かれているのである。そうすると、定期金ノイローゼとその他のノイローゼとの違いはどこにあるのか、また、そうした相違は正当化されうるかという点が問題として生じる。この点については、別途考察する（本章第二節）。

二 ショック損害における素因

被害者の病的素因につき、非接触型事例、すなわち被害者が直接的に侵害を受けたわけではない場合に、被害者の抱えていた疾患が顕在化した結果、損害が生じたとしても、加害者は免責されないことが既に述べた通りであるが、同様の間接的侵害の場合において、被害者が特別に精神的に脆弱であったために損害が生じた場合にも、やはり加害者は免責されないものとされている。いわゆるショック損害 (Schockschaden) に関する問題であるが、ドイツ法では、一般的な観点から、ショック損害もまた BGB 八二三条一項の健康侵害の法益に包摂されるものと認められている。すなわち、ショック損害の原因は精神的なものであり、近親者のショックに対する感受性により媒介される⁽¹⁴⁾。ショック損害については、精神的な特殊性ゆえに、ショックによる侵害を原因として近親者の喪失を特に感じる者だけが保護されている⁽¹⁵⁾。次の事例でこれを確認しよう。

【D-31】BGH一九七一年五月二一日判決 (BGHZ 56, 163 = NJW 1971, 1883) は、次のような事案である。一九六五年三月六日、当時六四歳であったXの夫がYの自動車に轢かれ死亡した。事故当時五〇歳であったXは、その夫の突然

の死の知らせを受けたことにより深刻な精神的ショックを受け、うつ状態 (Depression) となった。そのためXは、労働不能となり、これまで行ってきた家政婦としての仕事を行うことができなくなったとして、Yに対して損害賠償を請求した。第一審はXの請求を認容。Yが控訴、控訴審はXの請求を一部認容。Yが上告、上告破棄差戻し。

本件では、まず、Xの主張する健康損害がB G B八二三条一項の保護範囲にあるか否かが問題となった。というのは、Xの主張する健康損害は、直接的身体的侵害の結果ではなく、その夫の死亡報告を聞いたことによる精神的ショックに起因するからである。判決では、「遠隔作用 (Fernwirkung)」による健康損害もB G B八二三条一項の保護範囲にあるか否かという形で問われている。この点について、B G Hは、従来からの判例¹⁶⁾を引用し、B G B八二三条一項の意味での健康損害は、被害者の身体に対する身体的な影響を要件とせず、心理的に媒介されるもので十分であるとす。その上で、本件のような場合については、「……相当な原因が存在する場合には、第三者の侵害行為又は殺害行為が直接的損害の誘因である限り、賠償を要求する者自身が、自ら目撃せざるを得ないこと (Mitansehenmüssen) によって侵害されるかそれとも、精神的にショックを与える、報告によって侵害されるかは重要ではない。そのような「遠隔操作」のみから生じる健康侵害もまた――控訴審が正当に認めるように――健康状態への直接的侵害であり、本来の意味において「間接的」損害ではない。

妻がその夫の事故死という突然の報告を受けることでそのような健康侵害を被ることがありうる、ということについてはより詳細に理由づける必要はない。このことは、確かに比較的稀なことではあるが、しかし、この結果を加害者の責任とすることが許されないというほど常に遠く離れるものではない¹⁷⁾として、一般論として、ショック損害の原因関係を肯定する。そして、本判決では、被害者が精神的に不安定であったことについても、次のように述べ、原則として損害賠償請求を認める。「……この異常な体験に対する反応が個々の場合においては以前から有する器質的又は精神的

不安定さ (Labilität) に基づいてのみ起こりうるものであった、つまり、事故体験には作動的な影響しかなかったという事情もまた、……損害賠償請求権を承認する妨げとならない。Stoll (Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag, 1964, S.20) の反対の提案は、既存の損害傾向 (Schadensbereitschaft) に基づく異常な反応もまた通例は加害者の影響力の行使のみならず、被害者のそれ「影響力の行使」からも逃れるという理由からすでに従うことができない⁽¹⁸⁾。

本件では、被害者がもともと精神的に不安定であったことが素因として考慮されるべきであるか否かが争われたのである。Y側の主張は、被害者がもともと精神的に不安定であるが故にうつ状態にまで陥ったのであるが、「通常」の者の精神状態であれば、そこまでの事態にはなりえず、つまり損害は生じなかったであろうから、本件で原因とされる被害者の夫の死亡報告と被害者の健康損害(うつ状態)との原因関係は存在しない、というものであったが、BGHはこれを否定しXの損害賠償請求の成立を認めている。また、本判決では、シュトル(H. Stoll)の見解が引用され、検討されている。シュトルは、本件のようなショック損害において被害者の完全な賠償請求権を認めることに否定的な見解を示しているが⁽¹⁹⁾、しかし、BGHは、この点についても採用を否定している。以上のように、本判決では、明示的に素因不考慮命題が述べられているわけではないが、素因不考慮命題と同様の考慮がなされていることを読み取ることができよう。

三 自殺、自傷の場合

わが国においても問題となる事例であるが、加害行為を受けた被害者が、その後自傷ないし自殺することがある⁽²⁰⁾。ドイツ法では、このような場合につき、被害者の特別な精神的脆弱性が関与したため、被害者の精神的反応が生じ、その結果自傷ないし自殺に至った場合であっても、原則として、加害者の帰責性が肯定されている⁽²¹⁾。

例えば、事故後の被害者の自殺については、次の事例が挙げられる。【D-32】 B G H 一九五八年六月一〇日判決 (B G H NJW 1958, 1579) は、事故後に被害者がうつ病に罹患し、自殺したという事例である。Yの運転するオートバイと衝突し重傷を負ったAは、Yの損害賠償義務の確認請求については勝訴し確定したが、額については未決定であった。Aはその後額の決定前に拳銃により自殺してしまった。Aの死後、Aの経営していた会社が倒産したため、X₁ (Aの配偶者) 及びX₂ (Aの母親、会社の共同所有者) が、Yに対して扶養権喪失による損害の賠償を請求した。第一審はXらの請求を認容。控訴審は、第一審判決を変更し、事故と自殺との間には原因関係がないとしてXらの請求を棄却。Xらが上告、上告認容。

本件でB G Hは、控訴審が、事故と自殺との間には原因関係がないと判断したことについて、二点を批判する。第一点は、被害者の人格的特性 (Persönlichkeitsartung) を考慮しなかった点である。この点につきB G Hは次のように述べる。「……しかしながら、事故結果の医学的評価に対して、侵害の原因としての意義を既存の器質的所見のみに従って評価するのは不適當であるということが法的地見地から考慮されるべきであった。むしろ、鑑定人が確認した身体的及び精神的健康損害が、事故及び病気の時点における被害者の人格的特性及び具体的な生活状況を考慮すると、どのよう被害者に影響を与えたのが問題とされなければならなかった。侵害結果が、特別な、しかし相当な関係にある事情によって悪化させられたのであるならば、こうした加重的事情 (Erschwerung) も考慮されなければならなかった。なぜならば、法的地見地からは加害者が責任を負うべき諸事情が加害結果に対する共働原因であることで十分であるからである。それゆえ、具体的な、Aの人格並びに生活状況及び労働状況にある特殊性が考慮されず、そのことによって「当該特殊性が」損失の程度の評価に際して考慮されないのは、是認することができない⁽²²⁾」。

第二点は、被害者の事故後の心理的負担についてである。「さらに不適當であるのは、器質性の病的所見が心因的に

積み重なったということは、まさに脳傷害の際にしばしば起こることなのであるが、あっさりとして、評価にとって不相当であるから重要ではないとされたことである。当審は、医学的決定に反して、RGの確定判例⁽²³⁾を強調して、次のことを固く保持する。すなわち、損害賠償義務は器質的に確認することができる損害に限定されるのではなく、能力の減少に作用する全ての損傷も賠償されるのであり、それは、事故及び身体な健康上の障害に対する被害者の精神的反応から明らかとなり、また、そう理解されるものがそうである⁽²⁴⁾。……その結果として、控訴審は、法的評価に際して排除することが許されない要素を考慮しなかったことにより、はじめから法的意味における原因関係の評価に関する正当な視点を誤っている。控訴審の見解によると事故とは無関係と（説明）されている自殺の説明可能性を控訴審が認めたとはい評価もまた上述の法的に誤った観察方法によって影響を受けている⁽²⁵⁾ことは明らかである」。

また、自傷行為に関しては、【D-33】BGH一九六八年一月二六日判決 (BGH VersR 1969, 160) において、示唆されている。本件は、交通事故により脳に損傷を受けた被害者が、事故後統合失調症を発症し、自ら目をつぶし盲目となったという事案である。本件では、被害者が事故前から統合失調症の素因を有していたか否かも争点となっていたが、BGHは、事故により生じた統合失調症及びそれに起因する自傷行為（目をつぶしたこと）に対する加害者の責任を認め⁽²⁶⁾ている。

第二節 ノイローゼ事例における素因の位置

以上確認したとおり、ドイツ法においては、被害者の精神的脆弱性を理由とする心理的反応もまた一般的に素因不考慮命題の妥当領域に含まれるものとされている。ところで、定期金ノイローゼもまた被害者の心理的反応に他ならない

のであるが、先に述べたように、定期金ノイローゼ事例であった【D-20】BGH一九五六年二月二九日判決²⁷⁾では、加害者の責任は否定されており、素因不考慮命題が妥当しないとされている。このとき、一般論として精神的脆弱性についても素因不考慮命題が妥当する（つまり、加害者は全責任を負担する）とされたにもかかわらず、特殊な判断によって加害者の責任が否定されている。しかし他方で、その他のノイローゼ（現実神経症、転換神経症（転換性障害）等）の場合には、素因不考慮命題が妥当し、加害者の責任が認められるところである。そうすると、定期金ノイローゼ事例とその他のノイローゼ事例とで判断が異なるのであれば、両者は何が異なるのが問題となろう。また、定期金ノイローゼ事例では加害者の責任を否定するに際してかなり特殊な判断がなされているのであるが、定期金ノイローゼの特殊性とはいかなるものであるのかも問題となろう。さらには、定期金ノイローゼ事例とその他のノイローゼ事例とは加害者の帰責性という点で本質的に異なることがあるのであろうかが問われることとなる。

そこで以下では、第一に、損害賠償法におけるノイローゼの問題点を確認した上で（第一款）、定期金ノイローゼ事例において形成されている素因不考慮命題の例外準則を確認することとする（第二款²⁸⁾）。

第一款 ノイローゼの問題点

ノイローゼ（神経症）は、交通事故などの外傷的加害行為の後に生じる被害者の精神的症状であり、この精神症状は不安、強迫、恐怖、抑うつ、離人、焦燥、無気力などの症状を呈する²⁹⁾。そして、これらの精神的症状のため、心身に機能障害が生じ、通常の生活を送ることが困難となる。場合によっては、稼働することも不可能となる。ノイローゼは、特に、不法行為などの外傷的体験を伴う場合には、外傷性神経症とも呼ばれる。

第一次大戦後の時期にドイツの指導的精神医学者ボンヘッファー (Bonhoeffer) らは、外傷性神経症は社会的疾患であり、社会的治療によつてのみ治癒するという主張を掲げた学派を築いた。しかし、社会的治療は社会的状況の改善を目的とはしておらず、そのため、彼らが、彼らの外傷性神経症の患者すべてが実際に遺伝的な素因を持つていたと結論づけると、患者の遺伝的脆弱性を扱う方が、その窮状の防止や改善よりも、決定的な問題だと考えられるようになった。彼らは、自分たちの患者に見られた外傷性神経症の真の原因は補償の適用の如何にあると信じていた。すなわち、*“Das Gesetz ist die Ursache der Unfallneurosen”*。法が外傷性神経症の原因である、と。この見解によると、外傷性神経症は病気ではなく、保険システムの人工的産物、つまり「賠償性神経症 (Rentenneurose)」であるとされていた。そしてこの賠償性神経症は、まず素因のある個人に発生すると考えられたのである。ドイツでは、一九二六年の国家健康保険法 (Reichversicherungs Ordnung: RVO) において、外傷性神経症は患者が年金かその他の補償が与えられない限り治らな⁽³⁰⁾いと⁽³⁰⁾する立場が固定強化された。しかし、被害者の問題が長引いた場合には、それは、素因、体質、墮落傾向、補償などの相互作用がその理由であるとされた。

第二款 定期金ノイローゼの場合における素因不考慮命題の例外準則

定期金ノイローゼ (賠償性神経症) は、一般に、生活上の苦痛から逃れたいという気持ちから、事故を理由に賠償を得ることを無意識の中に欲し、ノイローゼ症状から、実際に働くことができなくなるような場合を意味する。すなわち、定期金ノイローゼは、ノイローゼによる不平の多い誤った態度であり、そうした態度で、被害者は自らの被害を (精神的に) 消化し克服することを避け、もはや自ら生計を立てることができず、生活保障を加害者に転嫁することができ、

またそうしなければならぬという観念にとらわれている場合であると理解される。⁽³¹⁾ このような定期金ノイローゼについて、当初RGでは加害者の責任が認められていた。いみじくも、素因不考慮命題を示した【D.1】一九三七年四月二六日判決がそれであった。しかしながら、【D.20】BGH一九五六年二月二九日判決(BGHZ 20, 137)は、RG判決に反して、賠償神経症のうち定期金ノイローゼに関しては、加害者は免責されると判示した。その際、BGHは、因果関係を否定するのではなく、法政策的観点から加害者の責任を否定している。

一 法政策的観点からの免責

(一) BGH一九五六年二月二九日判決の意義

本判決は、既に確認したように、被害者が特別に精神的に脆弱であり、それゆえに健康上の損害が発生・拡大した場合であっても、素因不考慮命題が妥当する旨を述べたものであった。すなわち、被害者の健康上の障害が、身体又は精神的脆弱性のいずれに由来するかは法的には重要ではないとして、加害行為と損害との因果関係は否定されないのである。しかしながら、本件では被害者が定期金ノイローゼを発症したと認定されており、定期金ノイローゼはまさに法が被害者に賠償を与えるが故に生じるものである。そのため、BGHは、因果関係の観点から加害者の免責することができないのであれば、なお別の観点からの責任制限が必要であるとして、次のように述べた。

「……Xの精神状態、特にその無為(Untätigkeit)は、主として、—無意識的な場合も含む—Xにとって好都合であると思われる生活保障を求め努力又は想像上の法的地位への執着によって説明される—そこでは事故が生活闘争の困難さを避けるための誘因とされている—、という結論に鑑定が至るのであれば、当然そのような結果はもはや加害者には法的に帰責されてはならない。なぜならば、単に被害者の身体及び精神の回復に不利となるにすぎない状態の固定化

(Verfestigung)への寄与は加害者には要求されえないからである。こうした理由から、権利ノイローゼ及び定期金ノイローゼ患者の請求権は制限されなければならず、その制限は、因果関係の欠如からではないが、損害填補の意義及び衡平(Billigkeit)の理念から導き出されうる……⁽³²⁾」。

本判決によれば、被害者の精神疾患が定期金ノイローゼの場合には、損害賠償を与えることによつて、かえつて被害者の身体的及び精神的な状態の回復が困難なものになるため、加害行為と損害との間に因果関係が存在しようとも、損害賠償を認めること自体が否定されるのである。この判断につき、本判決でBGHは、責任制限の根拠を損害填補の意義及び衡平の理念を媒介とした被害者の救済に求めているところからして、極めて法政策的な判断であると解される。

本判決の述べる損害填補の意義及び衡平の理念については、ヴォルフ(J. G. Wolf)が適切に指摘する。すなわち、彼は、本判決が定期金ノイローゼの場合において素因不考慮命題の適用を排除したことについては同命題の適用の範囲を狭めたとして批判的であるが⁽³³⁾、本判決が「損害填補の意義」を持ち出したことについて、(正しい)判決に到達するための重要な方向付けであることを認めている。しかし、同時に、これを具体化する際には、治療上の考慮及び各々の心情解から離れなければならないと注意を喚起する。なぜならば、法秩序は損害賠償請求権を認めているが、それは法秩序が被害者を救済しようとするからではなく、損害を被害者から加害者へ転嫁することが公正(gerecht)であると思われるからである⁽³⁴⁾。彼の見解を換言するならば、損害賠償の意義及び衡平の理念は、損害の転嫁がその第一目的なのであり、損害賠償の意義及び衡平の理念という名を借りた、法政策的な被害者救済を過度に強調することに対する警鐘であろう。

また、ヴォルフは、定期金ノイローゼの場合における損害の転嫁についても言及する。すなわち、被害者が、器質性のものでなく、ノイローゼによる誤った態度(Fehlhaltung)としか説明のつかない労働不能状態によつて生じたところ

るの所得喪失の賠償を請求したのであれば、損害賠償請求権がノイローゼ、すなわち損害を惹起する状態を継続させてしまふであろうという理由付けでは、訴えは棄却されない。こうした理由づけは、現実的には適切であろうが、しかし、医学的・治療的視点に過ぎない。法的評価としては、被害者の救済ではなく、専らこの損害をも加害者に転嫁することが公正 (gerecht) か否かが問題なのである。そして、その判断に際しては、法秩序が「異常な」心理的反応を心理的に「正常に」克服することを期待するため、異常な心理的反応によって彼の状態に生ずる損害は行為者に帰責されるべきではないという理由づけだけで、治療を免れなかった被害者の請求は棄却されようとする⁽³⁵⁾。

本判決以降、定期金ノイローゼ事例について賠償を認めないという命題自体は引き継がれていたが、その根拠は完全に一致しているわけではなかった。当初は、【D-20】 B G H 一九五六年二月二十九日判決の示した、「単に被害者の身体及び精神の回復に不利となるにすぎない状態の固定化への寄与が加害者には要求されえない」という見解が支持されていたが、別の観点から加害者の帰責性を否定するものも見られる。

(二) B G H 一九六五年九月二十八日の意義

【D-34】 B G H 一九六五年九月二十八日判決 (B G H N J W 1965, 2293) は、一般予防的な医学的目標設定について言及する⁽³⁶⁾。すなわち、「欲望ノイローゼ及び権利ノイローゼについても賠償義務を肯定することは、それに加えて、法の社会的機能に反するであろう。なぜならば、……まさに、定期金ノイローゼの誤った態度 (Fehlhaltung) に対する補償義務 (Ausgleichspflicht) を寛大に法的に承認することは、そのようなノイローゼを増強し、かつ、この観点では虚弱な者が再び労働生活に適合する努力が無に帰するという結果をもたらすからである」⁽³⁷⁾。

また、本判決は、【D-20】 B G H 一九五六年二月二十九日判決とは異なり、損害賠償請求を否認することで被害者が自らの不全状態を克服することができるものとは認められない場合であっても、損害賠償を否定する⁽³⁸⁾。【D-20】 B G H 一

九五六年二月二九日判決は、被害者が自らの誤った態度を、損害賠償請求を断念することで克服することができたであろうという場合にのみ妥当すると解されるものであるところ、本判決は克服可能性が認められるか否かに判断は左右されないという。なぜならば、被害者の誤った態度を賠償義務者の負担とすることは許されないからである。⁽³⁹⁾

これに対して、メディクス (D. Medius) は異議を唱える。すなわち、本判決は損害賠償の目的の論拠が機能しない場合であるが、このような場合においては、さしあたりBGB二五四条が考慮されるべきであり、次いで帰責性関連が完全に否定されるのは極端な損害素因の場合に限られるとするのがより当然である。⁽⁴⁰⁾ BGB二五四条の適用が考えられているところからすると、メディクスは克服可能性を重視した見解であると解される。

また、シュテフェン (E. Steffen) は、本判決は【D-20】BGH一九五六年二月二九日判決の示す損害賠償の承認が被害者の不全状態を固定化させるだけであるという理由から離れていると解する。すなわち、【D-20】BGH一九五六年二月二九日判決の示す理由によると、被害者は、療養することを法的に命ぜられることとなる、つまり賠償を得るためには自ら積極的に症状克服の努力をしなければならなくなるのであるが、しかし、こうした要請は、医学的には根拠がなく、また責任法の責務とも矛盾することとなってしまおうとして批判する。そこで、彼は、定期金ノイローゼにつき、加害者への帰責が否定される根本的理由を、不法な侵害との違法性関連の欠如に求める。その際、彼は、違法性関連の欠如につき、結晶化点 (Kristallisationspunkt) と表現される、原因の交換可能性の観点から説明する。⁽⁴²⁾ それでは、次に、原因の交換可能性の観点からの加害者の免責について考察してみよう。

二 原因の交換可能性からの免責

【D-20】BGH一九五六年二月二九日判決の示した例外準則は、被害者の身体的・精神的状態の回復のためには損害

賠償を承認することはかえって被害者の不利益であるとする被害者救済を前面に出した極めて法政策的な判断であったところ、【D-34】BGH一九六五年九月二八日判決は、損害賠償請求を否認することで被害者が自らの不全状態を克服することができるであろうとは認められない場合であっても損害賠償を否定することで、BGHとしては法政策的な判断から離れていったものと解される。そして、【D-35】BGH一九七九年五月八日判決(BGH NJW 1979, 1936)は、さらに法政策的判断から離れ、目的的関連性及び侵害行為の交換可能性から帰責を否定する。

本判決の事案は次のとおりである。X(一九三〇年生、ギリシャ国籍保有者)が、一九七〇年に外国人労働者としてドイツに入国し、先に入国し職業を得ていたXの妻及び子とともにドイツに滞在していた。Xは、一九七二年三月二一日にY病院にて脱腸手術を受け、同年三月二七日から四月一日までMegacilin(ペニシリンの一種)注射を大臀筋に受け続けたところ、左足不随の障害を被り、以降稼働不能となった。そのためXは、Yに対して所得喪失の賠償並びに慰謝料を請求したのが本件の事案である。第一審及び控訴審ともにXの請求を棄却。Xが上告。本判決においてBGHは、定期金ノイローゼの意味での欲望觀念に起因する所得喪失は賠償されないとする判例を離れるわけではないが、その理由づけを上述の二判決と異にする。

「確かに、当審は判例を離れない。所得喪失は、身体的損害によって惹起された定期金ノイローゼという意味における欲望觀念のみに結びついている限り、賠償されないとする判例である。この関係では、上告が批判する、単に被害者の身体及び精神の回復に有害な状態の固定化に寄与することは加害者には要求されえないという命題が根拠として存続するか否かは未決定であつてよい。当審は、すでに、損害賠償が被害者の誤った態度(Fehlhaltung)を改善する望みがない場合にも命題は損害賠償を否定することから、この命題を離れる。しかしながら、本件では、次のことで十分である。すなわち、身体侵害の不法の内容(Unrechtsgehalt)とそれを端緒とする欲望觀念との間に理解できる目的的関

連性が存在せず、損害事件が、むしろ、その本質によれば交換可能であるところの、欲望ノイローゼにとつての「結晶化点 (Kristallisationpunkt)」、を構成するにすぎない場合には、加害事象と定期金ノイローゼとの帰責関連は肯定されない⁽⁴³⁾」。

本判決では、加害行為は被害者が欲望観念を抱くに至った「結晶化点」にすぎないとして帰責性が否定されているが、ここでいう「結晶化点」とは、当該侵害行為とは別の「適切な」行為であったとしても、同様に被害者は欲望観念を抱くに至ったところの行為であり、被害者の精神損害は、別の「適切な」行為であっても生じ得たわけであるため、本質的に交換可能であることを意味する⁽⁴⁴⁾。この場合、侵害行為と損害との相当因果関係が否定されることとなるのであるが、それは侵害行為が無価値ではなく（侵害行為とは見なされないのではなく）、事実上の原因関係は存在するが、被害者の一般生活上の危険が現実化したものとして交換可能な⁽⁴⁵⁾であり、侵害行為と損害との違法性関連が存在しないため帰責性が否定されるのである。

三 帰責されうるノイローゼー現実神経症・転換神経症（転換性障害）

これまでは定期金ノイローゼの場合に関する賠償義務の免除について考察してきた。ところで、同じ「ノイローゼ（神経症）」であっても、加害者の帰責性が肯定される場合が判例において認められている。次の現実神経症と転換神経症（転換性障害）である。これら二つのノイローゼは、定期金ノイローゼと異なり、欲望観念により形成されていないノイローゼとして帰責関係が肯定されている⁽⁴⁶⁾。

（一）現実神経症

現実神経症 (Aktual Neurose) とは、現実成果におけるフラストレーション (欲求不満) や現実不安が蓄積して大

きな精神的ストレスがかかることによつて発症する、すなわち、「現実的・外部的な原因」によつて発症する神経症である。⁽⁴⁷⁾

この現実神経症の場合については、判例上、加害者への帰責が認められている。⁽⁴⁸⁾ 上述の定期金ノイローゼの場合には、「現実的・外部的な原因」(侵害行為)が「結晶化点」に過ぎない場合には帰責性が排除されていたが、現実神経症の場合には、被害者の人格形成上もともと備えていたノイローゼが発症するに至つた「現実的・外部的原因」である侵害行為は、「結晶化点」に過ぎないのではない。むしろ、被害者の精神的損害は、侵害行為の際に精神的ショックを受けたことにより、主要かつ直接的に与えられたものであり、それゆえ、幾重にも侵害行為と密接に結びついているため、帰責性は排除されないのである。⁽⁴⁹⁾

(二) 転換神経症 (転換性障害)

転換神経症 (転換性障害) は、以前はヒステリーとも呼ばれていたものであり、精神的・心理的なストレスや葛藤が原因で発症する神経症である。患者はそうしたストレスや葛藤を、無意識のうちに身体症状へ「転換」するため、転換神経症 (転換性障害) と称される。

転換神経症 (転換性障害) は、被害者が事故及び事故による身体的結果を精神的に消化することができないという点では、定期金ノイローゼと同様であるが、それは、定期金ノイローゼの場合のように将来的に加害者又は公共 (Allgemeinheit) が被害者の生計を立てなければならぬという観念にとらわれているわけではなく、被害者が自らの内的葛藤を抑えることができず、自尊心を失うことによつて生じ、無意識的に事故を潜在的な内的葛藤を補うきっかけとして利用してしまうという事故経過の誤つた消化である。そのため、定期金ノイローゼとは異なるものとして、帰責性は排除されない。⁽⁵⁰⁾

もつとも、転換神経症(転換性障害)は、ほとんど取るに足りないような誘因(Anlass)によっても発症する場合がある。そのような場合には、被害者の一般生活上の危険しか実現しなかったとして違法性関連が否定されることがある。⁽⁵¹⁾しかし、そのような場合は例外的に認められるにすぎず、通例は、加害者は「有害な素因」を有する被害者を引き受けなければならぬとして、帰責性が認められるのである。⁽⁵²⁾

四 精神的脆弱性に関する素因不考慮命題の例外準則

(一) 以上、考察してきた精神的脆弱性に関する素因不考慮命題の例外準則を敷衍するならば、次のとおりである。

第一に、被害者が定期金ノイローゼの場合には、素因不考慮命題は破られ、加害者への帰責は排除される。定期金ノイローゼの場合に加害者が免責される理由は、①損害賠償の意義及び衡平の理念に反し、賠償を与えることでむしろ被害者の損害の回復が困難になる、または、法の社会的機能に反し、賠償を与えることで社会復帰が困難になる、という被害者救済を目的とした法政策的な判断をするものから、法政策的判断から離れ、②損害賠償を否定したとしても、被害者が自ら不全状態を克服する可能性がなくとも、被害者の誤った態度 (Fehlhaltung) を加害者の負担とすることはできないということに求めるものや、③侵害行為は、欲望観念の「結晶化点」を構成するに過ぎず、本質的には交換可能である、すなわち、偶然的な原因に過ぎないため、被害者の一般生活上の危険が現実化したものであり、侵害行為と損害との違法性関連が存在しないとして、帰責性が否定される、などとその理由は変遷をとげている。

他方で、ノイローゼと呼ばれるものであっても、現実神経症と転換神経症(転換性障害)は、賠償観念によって形成されていないノイローゼとして定期金ノイローゼとは区別され、原則として加害者は免責されない。

第二に、精神的損害の発生が一般生活上の危険の現実化と見なされる場合には、帰責性は否定される。すなわち、被

害者の精神的損害を惹起した原因（侵害行為）が、取るに足りない、任意の別の原因と交換可能なものであるのであれば、被害者の精神的損害は、むしろ、一般生活上の危険の現実化であり、被害者は自らそれを引き受けなければならず、帰責性が否定されるのである。

(二) 以上のような定期金ノイローゼの場合における素因不考慮命題の例外準則は、学説では異論の多いところであった。とりわけ、被害者救済という法政策的な判断の下で帰責性が否定されることについては、医学的評価にすぎないと⁽⁵³⁾の批判がなされるところである。そのため、判例は、被害者救済の観点から離れて、一般生活上の危険の観点からの責任制限を試みるものが一般的になってきたものと思われる。

また、学説では、ランゲ (H. Lange) が、定期金ノイローゼなどの場合における被害者の誤った態度 (Fehlhaltung) につき、加害者の負担とされるべきでなく、帰責性が排除されることについて、次のような見解を示す。すなわち、欲望観念 (原文では欲望ノイローゼ) は、何人も自分自身で責任を負うべき内部領域に属するものである。⁽⁵⁴⁾ この欲望観念が現実化し、精神的損害が生じた場合というのは、被害者に最低限の精神的抵抗力が欠けているからである。⁽⁵⁵⁾ このようにランゲは、最低限の抵抗力という基準により、それを下回った場合に限って定期金ノイローゼの場合の精神的損害の発生を一般生活上の危険に割り当てるという見解を示している。ランゲは、定期金ノイローゼの場合において、帰責性が否定されるのはあくまでも例外であるにすぎないと考えており、原則は帰責性を肯定する。他方で、帰責性が認められたとしても、被害者が自分自身の欲望観念に逃げ込むことを避けることができたか、被害者がその観念から再び逃れるために期待されうることを全て尽くしたか否かは、別途審理されなければならないとする。⁽⁵⁶⁾ この審理は、すなわち、BGB二五四条の共働過責の成否の審理である。

しかし、学説は、共働過責の成立についても消極的である。なぜならば、被害者の共働過責を問うためには、被害者

にノイローゼの克服可能性を要求することとなるが、しかし、「加害者は、適切に体験を精神的に消化⁵⁷」することのできる被害者を侵害したであろうと期待することは許されない⁵⁷」からである。そして、このように解するならば、素因不考慮命題のいう「虚弱な者」には、「適切に体験を精神的に消化することのできない者」もまた含まれると解することができよう。

第三節 被害者の体験の不適切な精神的消化

第一款 加害者免責の定式

原則として、被害者の特別な精神的な脆弱性が素因として損害の発生・拡大に寄与した場合であっても、素因不考慮命題が妥当し、加害者は責任を免れないことは、既に確認したとおりである。しかしながら、被害者の特別な精神的脆弱性については、定期金ノイローゼの場合においても言及されていた、被害者の「誤った態度(Einhaltung)」、すなわち、「体験の不適切な精神的消化」が問題とされる。つまり、被害者が精神的に脆弱であるが故に、不法行為体験を適切に精神的に消化しきれず、損害として顕在化してしまった場合に、加害者は責任を負うべきか否かという問題が生じるのである。この場合、判例上は、一定の場合に限り、加害者は責任を負わないことが認められている。このとき判例では、上述した定期金ノイローゼの場合における素因不考慮命題の例外準則が修正され、「加害事象が全くとるに足りないものであり、かつ、被害者の精神的反応が具体的場合において誘因に比して重大な不均衡となるため、もはや全く理解できない」として定式化⁵⁸されている。この定式化に重要な役割を果たしたのが、【D-37】BGH一九九六年四月三〇日判

決と【D-38】一九九七年一月一日判決である。⁽⁵⁹⁾

一 B G H一九九六年四月三〇日判決

(一) 事案と判旨

【D-37】B G H一九九六年四月三〇日判決(BGHZ 132,341)の事実の概要は、大要次のとおりである。X(当時四六歳)は、一九八三年八月二五日に交通事故に遭い、頸椎脊柱管の鞭打ち症を伴う頸椎脊柱管及び胸椎脊柱管の打撲症などの傷害を被った。なお、Xは、すでに一九六五年から一九八二年までの間に八回交通事故に遭い傷害を被ったことがあった。Xは、事故日以降複数の病院に入院しても、その状態に明らかな改善はなかった。その後、Xは、嘱託医から、最終的に就労不能であるとの診断を受け、一九八五年一月一日付けで退職させられ。そこでXは、逸失利益の賠償と少なくとも25000DM程度の慰謝料、並びにその全ての損害に対する賠償義務の確認を請求した。第一審は請求を棄却。控訴審は、37500DMの慰謝料と主張された財産的損害に対する賠償、並びに逸失利益を一部認容し、確認の訴えも認容した。これに対して、Yが上告。上告棄却。

B G Hは、本判決において、精神的脆弱性に関する素因不考慮命題及びその例外準則につき、以下の三点に言及する。

第一に、被害者の損害に対する特別な脆弱性は責任法的に加害者の責任とされるところという素因不考慮命題は、原則として、通常は被害者の特別な精神的脆弱性から生じる精神的損害についても妥当することを確認した上で、ノイローゼによる体験の誤った精神的消化を理由とする後続損害⁽⁶⁰⁾についても、「精神性の後続損害に対し加害者は、その後続損害が以前からあった精神的な病気またはそのようなノイローゼの消化に由来する場合であっても、責任法上、原則として、責任を負わなければならない」として、原則として帰責性を認めることを明言する。⁽⁶¹⁾

第二に、ノイローゼによる体験の誤った精神的消化を理由とする後続損害の帰責性が認められるとしても、定期金ノイローゼの場合には、依然として、加害者の責任は否定される⁽⁶²⁾。

第三に、精神的損害についても、身体的損害の場合と同様に、極端な損害素因に由来するものである場合には責任が制限される。この場合、「加害事件が全く取るに足りないものであり (Bagatell)、かつ、被害者の損害素因に特別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」に限られる⁽⁶³⁾。

そして、本件においては、Xが定期金ノイローゼに罹患していたことは確認されず⁽⁶⁴⁾、また、Xは、本件事故において自動車が全損するほどの衝突をしており、その際脳震盪、頸椎のむちうち症並びに身体他の部分に挫傷、打撲等の傷害を被っており、事故は取るに足りないものではなかったため、帰責性は排除されないとされた⁽⁶⁵⁾。

(二) 本判決の意義

BGHは、現代医学における精神身体医学的方向性を反映しており、本判決において、精神的損害の取り扱いを広範に身体的損害の取り扱いに適合させ、素因不考慮命題を拡張する方向にある。本判決では、その一環として、素因不考慮命題は、被害者の単なる精神的脆弱性だけでなく、ノイローゼによる誤った精神的消化を理由とする後続損害にも妥当するものと定式化し、素因不考慮命題を拡張させている⁽⁶⁶⁾。

もっとも、本判決では、上述第二で見たように、依然として、定期金ノイローゼの場合には帰責性が否定される⁽⁶⁷⁾との立場が堅持されている。ただし、責任設定的帰責性(因果関係)については、厳格な帰責性が要求されており、定期金ノイローゼに関する例外準則は、責任設定的因果関係の厳格さという点で、例外性が強調されたものと解される。

また、BGHが、素因が極端なものである場合について、加害事件が全く取るに足りないものであり、かつ、被害者

の損害素因に特別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限られるという、新たな例外準則を定式化したところに重要な意義がある。この例外準則は、一般生活上の危険の現実化による責任制限を定式化したものと解されるところである。⁽⁶⁸⁾

二 B G H一九九七年一月一日判決

(一) 事案と判旨

【D-38】 B G H一九九七年一月一日判決 (BGHZ 137, 142) の事実の概要は次のとおりである。Xは、一九八六年二月三日、Yが付保する乗用車と衝突し、ドア枠に頭を打ち付けた。Xは、事故後外来診察を受けたところ、むちうち症であると診断され、医師の所見によると、五日間の労働不能であるとのことであった。しかし、Xはその後もさらなる身体侵害と麻痺症状とを訴えた。Xは、その苦痛を理由として、一九八七年に一九八二年以来営んできた家具店をたたんだ。そこでXは、月々支払われる定期金を控除した月336DMの生業損害の賠償、5,000DMの慰謝料並びに将来的損害に対するYの定期金義務の確認を請求した。

第一審及び控訴審はXの請求を棄却。Xが上告。上告破棄差戻し。

本判決でB G Hは、【D-37】一九九六年四月三〇日判決において示された新たな例外準則の本案への適用の可否とXの精神障害が定期金ノイローゼであるか否かについて、次のように判示した。

第一に、本件事故が【D-37】一九九六年四月三〇日判決において示された例外準則の意味における僅少事例 (Bagatellfall) として帰責が排除されるほど僅少であったか否かについて、B G B八四七条 (現二五三条) に基づく非財産的損害の賠償の否定につき発展させた原則が適用されるべきであるとして、「それによると、本質的な生活態度の

侵害及び持続的後遺症のない身体又は健康の僅少な侵害については、一時的な、日常生活において典型的かつ特別な損害事例とは異なる理由でもしばしば生じる身体的又は精神的健康の侵害が問題となる場合に賠償は否定される。つまり、第一次侵害の程度からも性質からも全く取るに足りないものであり、かつ、通常は被害者に持続的影響をもたらさない侵害が想定される。なぜならば、被害者はすでに他者との共同生活がゆえに比肩するような健康の障害にさらされているからである。

しかし、むちうち症を伴う頭部打撲症が日常生活にとって典型的ではなく、通例は特別な損害事件と結びついており、本件では侵害は明らかにXの複数日に及ぶ労働不能をも結果としてもたらしたということから既に明らかとなっているように、本件で確認されたXの侵害は明らかにそのような損害像 (Schadensbild) を超えている⁽⁶⁹⁾として事故の僅少さが否定された。また、「……一九九六年四月二〇日判決の原則によると、上述の意味における僅少な損害がある場合においても、場合によっては、加害事件がまさに被害者の特殊な損害素因を侵害し、ノイローゼの誤った展開に対する一般的な脆弱性のみを侵害したのではない場合には、精神的後続損害の帰責は正当化される。このことは、身体的損害と精神的損害とを同等に扱う原則から結果として導かれる。この原則により、加害者は同様に被害者の特別な損害素因を引き受けなければならない⁽⁷⁰⁾」のであるが、本件は僅少という点で責任が排除されていないので、本件では問題とならないとされた。

第二に、控訴審では、Xの人格障害、婚姻状況及び労働状況のため、他の日常生活で発生が避けられない出来事であったとしても同じ反応に至ったであろうから、本件事故は定期金ノイローゼの結晶化点に過ぎないとして、Yの責任は否定されたのであるが、本判決では、「Xのノイローゼ状態に関する鑑定人の説明に鑑みると、控訴審は、その精神異常が、むしろ、精神的葛藤が身体的障害へと変化した転換神経症 (転換性障害) を指し示していないのかどうかを審理しなけ

ればならなかった。そのようなノイローゼは、同様に、事故という出来事の誤った消化 (Fehlverarbeitung) に基礎を置くものである。その誤った消化は、欲望ノイローゼとは異なり、もはや働かなくともよいという願望を必ずしも願望しない場合であつても、無意識に潜在的的心理的葛藤を補うきっかけとして利用されるのであり、その結果、この場合には原則として因果関係の帰責が成立する。それによると、責任の判断にとって決定的であつたのは、Xのノイローゼ状態が決定的に欲望観念により形成されているか否かであつた。

鑑定人は、本件において、一方で、一確かに意識的に近い—Xの転換 (Konversion) を出発点としているが、他方では、ノイローゼ形成の構成要素として保障願望及び賠償願望についても言及したので、控訴審は、損害事件に関するこのノイローゼ状態の帰責を容易には否定せず、この状態を—例えば鑑定人の追加的尋問によって—包括的に明確化しなければならなかったはずである。

むしろ、この後さらに必要となる事実解明に際して、控訴審は、次のことを顧慮しなければならない。すなわち、新たな心理学上の知見によると、さしあたり定期金ノイローゼが発症した場合においても、定期金願望は確かに一つの症状であるが、しかし本質的又は単独で決定的な病原性の要因ではなく、むしろ、そのような精神的な誤った態度に関しても、被害者の人格構造並びに事故によって発現する可能性があつた誤った消化 (Fehlverarbeitung) 又は著しいストレスが本質的な役割を果たしたことが明らかとなつた、ということである」として、本件では、転換神経症 (転換性障害) 又は定期金ノイローゼあるいは欲望ノイローゼの観点からも帰責性は否定されず、むしろ、欲望観念に対するXの脆弱性がどの程度影響しているのかが問われなければならないとして、破棄差し戻されたのである。⁽⁷⁾

なお、本判決では、損害額の算定に関し、特別な精神状態やノイローゼの展開に協働する欲望観念といった被害者の素因が考慮されうることにつき言及されているが、⁽⁸⁾ 帰責性と別の論点であるため、別途考察することとする (本稿第四

(二) 本判決の意義

論

本判決では、【D-37】一九九六年四月三〇日判決において新たに示された「加害事件が全く取るに足りないものであり、かつ、被害者の損害素因に特別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」における侵害行為の僅少性は、慰謝料を否定する場合の原則に倣って、一時的な、日常生活において典型的かつ特別な損害事例とは異なる理由でもしは生じる身体や精神の侵害が問題となつていゝる場合であることが示されたという点で、ある程度の基準が明らかになされたものと考えられる。もつとも、具体的事案において、侵害行為の僅少性があまり認められないこととなつた場合には、保険料が値上がりする可能性が懸念されていゝる。⁽⁷³⁾

本判決でより重要なのは、定期金ノイローゼと認定する際には、ノイローゼ状態が決定的に欲望觀念により形成されているかどうかが決定的であるとされた点である。【D-37】一九九六年四月三〇日判決では、定期金ノイローゼの場合には依然として帰責性は否定されるとの姿勢が堅持されることを明言していたが、しかし、責任設定的因果関係の認定が厳格なものとなり、定期金ノイローゼとは認定され難くなり、それゆゑ例外準則の例外性が際立つたと解されるが、本判決の判旨もまたその延長線上にあるといえる。このように考えるならば、BGHとしては、現代の精神身体医学的知見を積極的に取り入れることによって、従来、いわゆる定期金ノイローゼと呼ばれ帰責性が否定されていた事例についても、原則として帰責を認める方向に舵を切つたものと解することは許されよう。そして、素因不考慮命題との関係でいえば、従来は素因不考慮命題の第一の例外として位置づけられていた定期金ノイローゼの場合も、原則として包含されるものと解される。すなわち、素因不考慮命題の拡張である。

ただし、素因不考慮命題を拡張していくと、次には、責任制限の手段がなくなり、加害者は過酷な状況に追い込まれるという弊害も発生するのは、想像に難くないであろう。この点につき、BGHは、本判決において、損害額の算定に關し、特別な精神状態やノイローゼの展開に協働する欲望觀念といった被害者の素因が考慮されうると判示していることに鑑みると、BGHとしては、加害者の責任の拡大にともない、賠償額算定において実質的な調整をすることを志向しているようにも思われる。

三 加害者免責の再定式

以上、判例により形成された加害者免責の定式を再定式化するならば、次のとおりである。

第一に、素因不考慮命題は、現代の精神身体医学の発展に合わせて、その適用範囲を拡張させ、被害者の単なる精神的脆弱性のみならず、ノイローゼによる誤った精神的消化を理由とする後続損害にも妥当する。

第二に、定期金ノイローゼの場合には帰責性が否定されるところの立場は変わらず維持されているが、責任設定的因果関係の厳格さやノイローゼ状態が決定的に欲望觀念で形成されていることが必要とされたことにより、その認定が困難なものとなった。⁷⁴ この意味では、例外性が強調されたものと解される。

第三に、あくまでも例外ではあるが、素因が極端なものである場合には、「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」に限って帰責性が否定される。

第二款 加害者免責定式に対する学説の評価

一 定期金ノイローゼに関する例外準則の問題点

学説では、BGHの例外準則において、素因不考慮命題の適用範囲が被害者の単なる精神的脆弱性だけでなく、ノイローゼによる誤った精神的消化を理由とする後続損害にも妥当するとして、素因不考慮命題を拡張することには取り立てて異論は見られないが、しかし、定期金ノイローゼの取り扱いについては、問題点が指摘されている。

定期金ノイローゼの認定にはノイローゼ状態が決定的に賠償観念（欲望観念）によって形成されていることが要求される点につき、ミュラー（Müller）は、次のことを指摘する。欲望観念は転換神経症（転換性障害）についても背景にはあり、しばしば心理学者によりノイローゼの構成要素として確認されている。そうすると、法律学者がかつては全責任を肯定していたあるいは全責任を否定していたというコンセプトに従い、定期金ノイローゼと転換神経症（転換性障害）との境界に依存する場合、法律学者はむしろ潜在的に被害者には無意識の欲望観念のノイローゼ形成への影響を専門的には完全に誤って判断してしまい、その範疇での鑑定を強要すると、心理学者には疑わしく、不明確又は不自然な結果が導き出されてしまう区別が生じてしまうのではないか、という問題が容易に想起される⁽⁷⁵⁾。

また、ヘス（Hess）は、BGHの示した基準に従って定期金ノイローゼの証明はどのように行われるのか未解決であるとして、訴訟における証明の問題を指摘する⁽⁷⁶⁾。

証明の問題に関連して、ファン・ビューレン（van Bühren）は、BGHの示した責任制限基準は、実務上利用可能ではないと批判する。すなわち、鑑定人は、事故事象の誤った消化が他の内的葛藤を補うためであるか、あるいは職業生活の負担から完全に逃れるためであるか、いずれに作用しているのかをどうやって確認するのであるか、として疑問を呈する。というのも、ドイツでは（も）むち打ち症は医学的検査によって客観的に確認することができないからである。また同様に責任制限基準である労働不可能性も証明することはできない。なぜならば、治療に当たる医師は、

その患者の主観的苦痛が客観的に診察できない場合でもそれを信用するからである。⁽⁷⁷⁾

二 定期金ノイローゼとその他のノイローゼとの区別の相対化

BGHの示した定期金ノイローゼに関する基準には、以上のような問題が生じるところであり、結局のところ、定期金ノイローゼとその他のノイローゼの医学的な線引きが微妙であり、専門家以外には確認することができないので、定期金ノイローゼによる責任制限からは事実上決別することになると、グルンスキー (Grunsky) が評価するところである。⁽⁷⁸⁾ 定期金ノイローゼとその他のノイローゼとの区別が困難となることは、**[D.37]** BGH一九九六年判決及び **[D.38]** BGH一九九七年一月一日判決が下される以前から、すでに指摘されていたところである。⁽⁷⁹⁾

定期金ノイローゼによる責任制限からの事実上の決別は、定期金ノイローゼとその他のノイローゼとの区別が相対化されることを意味する。この点につき、ミュラーは、定期金ノイローゼと転換神経症 (転換性障害) との扱いの相違に言及することから始める。⁽⁸⁰⁾ 従来、裁判例は、転換ノイローゼであれば賠償を認めるのに対して、定期金ノイローゼ及び賠償神経症の場合には賠償を認めないという立場を採ってきたことについて、新たな心理学的分析によると、定期金ノイローゼ・賠償神経症と転換神経症 (転換性障害) も本質的には同じであることを指摘する。定期金ノイローゼ・賠償神経症においては、欲望観念 (Begehrensvorstellung) が問題とされ、それが本質的または唯一の決定的病因論的要素であるとして、加害者は免責されたのである。しかし、欲望観念は、精神的に誤った態度として捉えられるが、その欲望観念についても、被害者の人格構造、精神的な誤った消化 (Fehlverarbeitung) 又は彼の人的領域内の相当のストレスが、症状の形成に本質的役割を果たしている。⁽⁸²⁾ 他方で、転換神経症 (転換性障害) は、被害者の精神的な誤った消化が症状発現の要因であると考えられている。そうすると、定期金ノイローゼ・賠償神経症も転換神経症 (転換性障害)

もまた、「精神的な誤った消化（精神的消化不良）」という点で共通であり、かつ、症状発現の本質は、被害者の個人領域（人格）にあるということができるので、両者の区別は相対化されることとなる。それゆえに、ミュラーは、いわゆるノイローゼの事例においては果たして責任の全か無かという原則は適当なのかということの問題とし、柔軟な解決を試みるべきであるとし、責任の調整方法として、【D-38】BGH一九九七年一月一日判決の示す、賠償額算定における特別な精神状態やノイローゼの展開に協働する欲望観念といった被害者の素因の考慮を支持するものである。⁽⁸³⁾

三 僅少な事例 (Bagatellfall) に関する例外準則について

僅少な事例に関する例外準則である、「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」とは、学説では、一般生活上の危険が現実化した場合であると解されている。⁽⁸⁴⁾つまり、僅少な侵害行為と損害との間には、違法性関連が欠如すると解されている。⁽⁸⁵⁾

上述の定期金ノイローゼの場合における素因不考慮命題の例外準則において、帰責性が否定されるためには被害者の損害素因 (Schadensanlage) に特別に影響を与えたことを要するとされた点につき、シーマン (G. Schiemann) は、損害素因は仮定的因果関係の問題において予備的原因として考慮され、早められたことによる損害のみが加害者に帰責されるということと学説は一致していたにもかかわらず、BGHはこの損害素因の概念を正反対の機能で用いたとして批判する。すなわち、従来は、損害が被害者自身へ帰責される（加害者の帰責性が制限される）のは、取るに足りない要因 (Bagatellanlässe) に限られるとしていたにもかかわらず、【D-38】BGH一九九七年一月一日判決によれば、事故が被害者の損害素因に特別に影響を与えた場合には、加害者に帰責されることとなる。つまり、被害者の損害体質

(Schadensdisposition) 及び取るに足りない要因に関しては加害者に帰責されないが、被害者の損害素因に関しては加害者に帰責されることとなるのであるが、これは従来の学説と矛盾するように思われる。そこでシーマンは、同判決を、取るに足りない要因が損害素因に影響を与えた場合に（加害者の）帰責性は排除されるということを示したものと理解している⁽⁸⁶⁾。

また、キューターマイヤー (J. D. Kütermeyer) は、例外準則が、被害者の精神的反応と誘因との重大な不均衡がある場合という制限を附していることに関連して、誘因と反応との重大な不均衡による責任制限は、「何人も最低限の抵抗力を示さなければならぬ」という命題に基づくものである、最低限の抵抗力を下回った場合には、どのような事情によるかは取るに足りないことであるので、損害素因の種類を考慮することはできないとする⁽⁸⁷⁾。

第四節 小括

本章では、被害者の特別な精神的脆弱性と素因不考慮命題との関係を考察してきた。それによれば、素因不考慮命題は、被害者の特別な精神的脆弱性についても妥当することが確認されたところである。

ところで、ドイツ法では、定期金ノイローゼの扱いについては、特有の議論が展開されていた。RG時代には、定期金ノイローゼの場合であっても、加害者の帰責性は否定されていなかったが、BGHの時代になり、一変して帰責性が否定されることとなった。RG時代には定期金ノイローゼもまた素因不考慮命題の適用範囲にあったものが⁽⁸⁸⁾、【D-20】BGH一九五六年二月二九日判決により、定期金ノイローゼが、素因不考慮命題の例外として位置付けられるに至ったのである。その際、BGHは、当時の医学的知見を背景として、被害者救済を目的とした法政策的判断から、加害者の

帰責性を否定することとした。その後、被害者救済を目的とする定期金ノイローゼの場合の例外的取り扱いは、次第に、法政策的判断から遠ざかり、一般生活上の危険の理論により帰責性が排除されるものと構成されるようになったのである。

定期金ノイローゼは素因不考慮命題の例外として位置付けられており、他方でその他のノイローゼは、前者とは区別され、素因不考慮命題が適用されていたが、精神身体医学の発展により、両者には「体験の不適切な精神的消化」という共通項が認められるようになり、両者の区別は相対化されるようになった。現在においても、定期金ノイローゼの場合の例外性は維持されているが、区別が相対化されるに伴い、定期金ノイローゼの原因であるとされる欲望観念の認定には厳格性が要求されることとなり、実際問題としては、ほとんど利用可能性がないことが指摘されている。

また、定期金ノイローゼとは異なるノイローゼに関しても問題となっていた、「体験の不適切な精神的消化」については、「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」に限り帰責性が否定されるとして定式化されている。これについては、異論がないわけではないが、基本的には、一般生活上の危険の現実化として理解されている。

以上の通り、被害者の特別な精神的脆弱性については、「体験の不適切な精神的消化」をキーワードとして、素因不考慮命題の適用範囲が拡張されていたという経緯が観察される。しかしながら、他方で、素因不考慮命題の適用範囲が拡張されるということは、加害者の責任を制限する方法が失われ、加害者にとっては酷な状況が生じかねない。そこでBGHは、別の方法による責任制限を試みている。後掲【D-38】BGH一九九七年一月一日判決が示した賠償額算定における素因の考慮がそれである。BGHは、帰責の観点からの責任制限ではなく、加害者の帰責を認めた上で、

賠償額によって調整を図ることを志向しているものと解されるが、この方向性は、わが国の素因減責論と同じ方向を向いていると思われる。したがって、次章では、賠償額算定における素因の考慮について考察する。また、「体験の不適切な精神的消化」は、BGB二五四条の共働過責として把握されることがたびたび指摘されているため、BGB二五四条と素因との関係についても考察を試みる。

第四章 ドイツ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減免責の可能性

上述第二章及び第三章の検討から、ドイツ法における「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」という素因不考慮命題は、損害の帰責に関するルールであることが明らかとなったわけであるが、その点にこそ日本法との齟齬が見出される。すなわち、わが国における素因斟酌準則は、損害の加害者への帰責を認めた上で、素因の影響力（寄与度）を考慮（斟酌）しうるか否か、しうるとすればどの程度であるか、そしてその際の法律構成はいかなるものが適切であるかが議論の対象となっているのであり、この意味では、ドイツ法における素因不考慮命題と同等の判断は、損害の帰責というレベルでは、わが国においても行われていると考えられるところである。

それでは、本章では、素因不考慮命題が貫徹されているドイツ法における素因の考慮場面について考察してみたい。なぜならば、第二章及び第三章の検討において、素因が考慮される場面及び法理が組上に上っていたからである。ドイ

ツ法における素因不考慮命題の意義及びその射程を理解するためには、上述のような素因の考慮可能性を合わせて理解することが必要であると考えられ、また、わが国における素因斟酌準則との比較の上でも重要であろう。

さて、ドイツ法においては、被害者の素因が考慮される場面としては、具体的には、仮定的（凌駕的）因果関係による減免責として、逸失利益算定において素因の将来的影響が考慮されていた（第二章第三節⁸⁹）。さらに、後掲【D38】BGH一九九七年一月一日判決では、逸失利益の割合的認定の可能性が示唆されているところである。また、学説においては、BGB二五四条の共働過責の規定の適用の可能性が、素因不考慮命題を積極的に支持する論者からもしばしば主張されている。

よって、以下では、まず、逸失利益算定における考慮を検討し（第二節、第三節）、次いで、BGB二五四条の共働過責の規定の適用可能性について考察することとする（第四節）。

第二節 逸失利益算定における考慮

第一款 素因事例

一 素因事例と素因不考慮命題の相違

侵害時において既に存する素因（Anlage）が理由で、被侵害客体に別の侵害が確実に予期されえたという場合、ドイツ法では「素因事例（Anlagefälle）」と称されるが、この場合、当該素因は予備的原因として顧慮されうるとする点で判例・学説は一致している。⁹⁰

他方で、上述の意味における素因事例に属さないのは、損害素因 (Schadensdisposition) が原因ではあったが、当該損害素因がそれ自体単独では損害をもたらず、発生が確実には予見されることのない作動因との連関によってのみ損害が惹起されたであろうという事情であり、この場合には、素因不考慮命題が妥当し、加害者は免責されないとされる⁽⁹¹⁾。わが国では、素因競合の問題と仮定的因果関係の考慮との相違が強調されることが多いが、このように、ドイツ法においても、仮定的因果関係の考慮を意味する素因事例と素因不考慮命題とは法理論上明確に区別されている。

二 予備的原因の顧慮の効果

素因が予備的原因として顧慮されることの効果は、「早められたことによる損害 (Verführungsschaden)」のみの加害者への帰責である⁽⁹³⁾。つまり、加害行為がなければ存したであろう状態を基礎として、予備的原因たる素因の将来的展開を仮定し、その実現時までに限って所得喪失損害 (＝逸失利益) の賠償が認められるのである。例えば、加害行為がなくとも一年後には被害者自身が加害行為以前から有していた素因によっても確実に同じ状態へと現実化したであろうということが証明されるのであれば、残存稼働可能期間まで所得喪失損害を算定するのではなく、加害行為時から一年後までに限っての所得喪失損害を算定するのである (JD-15] OLG Frankfurt aM 一九八三年七月七日判決⁽⁹⁴⁾)。

「早められたことによる損害」のみの帰責は、予備的原因の実現時以降の賠償義務の完全な排除を意味する。このことにつき、学説では次のように指摘されている。予備的原因の実現時以降については、社会通念上、当該法益は無価値であると見なされる⁽⁹⁵⁾。もっとも、「無価値」という判断は、加害行為と原因関係がないという意味ではなく、差額説を基礎とする損害算定によると、予備の実現時以降については同じ状態であるとみなされるということは、法益としては同価値である、すなわち、損害としては「無価値」とみなされるということの意味する⁽⁹⁶⁾。

三 証明責任及び証明度

予備的原因の証明責任については、加害者は、存在する素因又は後発的に生じた事件が確実に加害行為によって生じたと同様の損害を惹起させていたであろうことを主張・立証しなければならぬとして、⁽⁹⁷⁾ 通説・判例とも加害者がこれを負担しなければならぬということ、結論はほぼ一致している。⁽⁹⁸⁾ なお、加害者が負担する予備的原因の証明の程度については、加害行為以外の方法による損害発生の可能性 (Möglichkeit) では十分ではなく、⁽⁹⁹⁾ 確実というに近い程度の蓋然性 (mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit) が要求される。学説では、この加害者に課せられる証明の程度が高度であることから、ZPO二八七条の証明度の軽減の規定の適用を認める見解もみられる (この点については、後述第三節参照⁽¹⁰⁰⁾)。なお、この証明に失敗すると、素因不考慮命題が適用され、全損害が加害者に帰責されるという帰結へと至る。

第二款 「早められたことによる損害」の帰責の意味

一 「早められたことによる損害」の帰責の意味と素因不考慮命題

素因が予備的原因として顧慮されることの効果は、「早められたことによる損害」のみの加害者への帰責であるが、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った。すなわち、加害者は、予備的原因たる素因が、ある「時点」において加害行為によるものと同様の損害を発生させたことを証明すれば、当該「時点」以降については賠償義務が完全に免除されることとなる。これは、見方によっては、賠償義務の時間的修正であり、素因不考慮命題が時間的要素により修正されたものと理解することもできる。⁽¹⁰¹⁾

この賠償義務の時間的修正は、素因不考慮命題による損害の帰責の全か無かの判断に対して、素因という被害者の領域に属するリスク・ファクターを評価するものとして理解しうるものであるが、しかしながら、この方法もまた柔軟性に欠ける解決であるといえる。なぜならば、予備的原因たる素因の実現時という「時点」をもって賠償義務が制限されるということは、つまり、「時点」の前後において賠償義務の有無が判断されることを意味するからであり、そうすると、依然として全か無かの判断がなされることを意味し、責任制限としては画一的であることから免れていないと考えられるからである。

二 証明責任及び証明度との関係

上述(第一款三)で確認したように、予備的原因の実現については加害者がその証明責任を負担し、かつ、确实というに近い程度の蓋然性が要求されるのであるが、加害者がその証明に失敗した場合には、素因不考慮の命題が適用され、結局のところ、責任は全か無かという判断がなされることとなる。

このような問題が生じるのは、加害者に求められる証明度が高いからであり、むしろ実際に証明が困難な場合が多いと考えられる。さらには、素因が元で後の加害行為とは無関係の侵害(Schädigung)が、确实ではないが、かなりの蓋然性をもって予期されえたる場合も⁽¹⁰⁾ありうる。このような場合についても、加害者の高度の証明を貫徹すると、証明可能性によって賠償責任が大きく変わることとなり、やはり柔軟な解決とは言えないであろう。それゆえに、学説では、ZPO二八七条の適用による証明度の軽減が認められるべき見解が提唱されていたのであろう。

こうした事情の中、近年、BGHは、BGB二五二条とZPO二八七条を併用することにより、加害者の証明の軽減を図る判断を下したのである。

第三節 逸失利益算定における割合的控除

仮定的因果関係論による責任の時間的控除という手法を用いても、「時点」をもって制限するという画一性があり、柔軟な解決であるとは言えないという問題点は、なお生じる。ところが、【D-38】BGH一九九七年一月一日判決は、逸失利益算定の場面において、加害者の証明の軽減を図るとともに責任の割合的控除を認める判断を下した。本判決は、加害者への帰責性を認めつつ、賠償額算定において素因の影響を考慮したものと理解することができる。その際、逸失利益の算定につき、素因を考慮する手法として、BGB二五二条とZPO二八七条を併用して割合的解決の可能性を示している点が注目される。⁽¹⁰³⁾⁽¹⁰⁴⁾

第一款 BGB二五二条とZPO二八七条の併用による割合的控除

一 BGH一九九七年一月一日判決 (BGHZ 137, 142)

本件は、いわゆる「むち打ち症」の事案であり、Xは、逸失利益の賠償及び慰謝料を請求した。BGHは、Xの被った損害については責任法上の帰責性は否定されえないとしたうえで、Xの特別な精神状態、ノイローゼの展開に共働する欲望観念は、ZPO二八七条に従い算定される損害額の算定並びに慰謝料額の範囲において、生業損害の場合も同様に重要であるということを顧慮しなければならないとして、次のように判示した。

「控訴審が、上述の法的根拠に基づき、かつ、他の適切な確認に従い、Xのノイローゼに由来する損害に対するYの責任を認めるに至ったというのであれば、Xの特別な精神状態及びその領域においてあるいはあり得るノイローゼの展

開においても共働する欲望観念は、慰謝料額の範囲においても生業損害についても、ZPO二八七条に従い算定される損害額の算定にとって重要であるということが顧慮されなければならない。衡平にかなった慰謝料額の算定に際しては、確定判決によれば、被害者の特別な損害に対する脆弱性は考慮されうる。このことは、被害者の精神的な素因(Veranlagung)についても、それに由来するリスクにも妥当する。

所得損失の算定に際し、裁判官は、あらゆる「後の任意の口頭弁論の時点での」観点を考慮に入れて、通常的事物の経過、素因は損害事件がなければどのように展開したのかを予想しなければならない(BGB二五二条)。その限りでは、偶発的な凌駕的因果関係の判断のみが重要なのではなく、将来的に明らかになったであろうところの事情に基礎を置く損害の算定自体が重要なのである。

その限りでは、具体的損害事件がなくとも被害者の精神的な出発状況(Ausgangssituation)のため、当該ノイローゼの展開が、比肩しうるほどの侵害による影響によって、より遅く効果を發揮したであろうか又はより遅く効果を發揮したであろうか、及び、場合によってはどれほどの蓋然性でもって効果を發揮したであろうかという問題のみが重大な意義を有するのではなく、むしろ、偶発的な無意識の、ノイローゼという形で明らかとなったのだが、被害者の精神構造に基礎を置く欲望観念によって、被害者の将来の職業状況について存在していたところの危険もまた考慮されうる。この危険を解明し被害者の予想される職業上の経歴の機会及び制約の判断に対する十分な事実的根拠を得るため、事実審裁判官は、鑑定人の助言を求めるところを要する。それゆえ、事実審裁判官は、これに関する問題を鑑定人と共に詳細に審議し、明らかにするよう試みなければならない。

このような事情評価に基づき、ZPO二八七条の適用に十分な蓋然性をもって重大なリスク、つまり、人生の幾重もの浮き沈みをノイローゼ的に誤って消化する被害者の傾向及び場合によっては、生存闘争から逃れるための無意識の

努力のためのリスクが生じ、長い目で見ると事故とは無関係にも職業上の可能性の相当な負担が危惧される場合には、事実審裁判官は、このことを生業損害に対して存する予測に際し考慮に入れなければならない。このことは、期間についても所得損失損害の額についても重要である。ほとんど構造化されていない所得生活のため予想が困難な場合と同様に、本件でも、そのようなリスクがなかったとしたら予期されうる所得収入のパーセンテージによる割引 (Abschlag) が考慮されうる⁽¹⁰⁶⁾」。

以上の本判決の論理を敷衍するならば次のとおりである。被害者の素因 (本判決では、体験の誤った消化をしやすい精神的傾向・脆弱性) は、長期的にみると職業活動の負担となることがある。そうすると、この点を考慮に入れた上で将来的な仮定的推移を予測しなければならぬ (例えば、六五歳まで労働可能であったとはいえないだろう等)。したがって、被害者の素因が、どの程度将来的損害 (逸失利益) に影響を与えるかを評価すべきである。

このようにBGHは、期間及び額について素因による将来的負担を考慮しなければならないとするが、このBGHの理論によれば、期間及び額の評価は次のようなものと捉える事ができる。すなわち、期間については、素因による将来的負担の可能性のため、就業可能年数までは就業可能ではなかったとして、労働可能期間を一定の限度で区切り、以降については損害と見なさない。額については、被害者が素因を有するが故に、素因を有しない者に比べて所得の増加は少ない、あるいは見込めない、それどころか所得が低下するという可能性を考慮することになるか。

本判決において理論的により重要であるのは、BGHはこの評価をZPO二八七条による損害の算定によって評価することができるとした点である。ZPO二八七条は、通説的見解によれば、証明度の軽減の規定であると解されるところ⁽¹⁰⁶⁾、期間及び額の認定に適用するということは、期間についてのY側の証明を軽減する、つまり、ある「時点」までしか労働可能ではなかったというところの「時点」の証明を軽減することになる。また、額についても、所得の増減の

証明が軽減されることになろう。なお、BGHは、場合によっては割合的に評価することも可能であるとしているが、この割合的評価は何を意味するのかは、本判決からは明らかではない。しかしながら、BGHの示したこの論理は、近時、下級裁判例においても採り入れられているものが散見される。例えば、【D-39】 OLG Schleswig 二〇〇六年七月六日判決ではまさに逸失利益の割合的控除が図られている。よって、以下では【D-39】 OLG Schleswig 二〇〇六年七月六日判決を通して、BGH一九九七年一月一日判決の示した「割合的控除」の内容を確認しよう。

二 OLG Schleswig 二〇〇六年七月六日判決の事案と判旨

【D-39】 OLG Schleswig 二〇〇六年七月六日判決 (OLG Schleswig SchHA 2006, 163 = NJW-RR 2007, 171) は、いわゆるむち打ち症 (HWS-Syndrom) の事案である。本件で、Xは、Yによる交通事故によりむち打ち症になり、早期に退職することとなったため、逸失利益の賠償を請求した。

シュレスヴィヒ上級地方裁判所は、本件事故とXの早期退職との間には因果関係があり、Yは賠償義務を負うが、Xには素因 (心身症) があり、その素因に由来する誤った消化が生じているので、賠償額を五〇%控除するのが正当であるとされた。そして、この五〇%の控除については、【D-38】 BGH一九九七年一月一日判決を引用し、Yは全損害に対して責任を負うとするが、賠償額は五〇%控除されるべきであるとして、次のように述べる。

「……Yらは、Xの事故による財産的及び非財産的損害に対して全範囲に責任を負う。しかしながら、程度に応じてなされるべき損害賠償給付を五〇%控除することが正当であるとする。なぜならば、鑑定人Eの鑑定書とそれに関する口頭説明に基づくと、Xには事故とは無関係の、素因 (Prädisposition) に由来する (決定的な) 事故体験の誤った消化 (Fehlverarbeitung) が生じていることが確かであるからであり、これがパーセンテージによる控除を正当化する

る。鑑定人Eの陳述によれば、Xについては、すでに事故以前から心身症であったという損害素因の人格が重要である。Xは、内心の欲求と抑制に高度に消耗しており、すでに以前からXについて精神的疲弊状態に至っていたのだろう。Xは、子供の頃及び若い頃、強力な精神的負担要素に曝されており、Xは職業領域では常に平均以上の働きによってその精神的均衡を保持しようと努めていたのである。

Xが—確認されたように—実際にむち打ち症を被ったということを出発点とすると、鑑定人は当審において、その場合適応障害の形での相応の誤った消化もまた考えられ得ると説明した⁽¹⁰⁷⁾。「被害者が事故の際に被った第一次侵害が全く取るに足りないものであったとしても、原則として加害者は、精神性の後続損害に対しても責任を負う。Xのむち打ち症は、確かに、軽度でしかないが、しかし、誰もが日常的に通常は影響なく被り得る侵害が問題であるという意味では、取るに足りない (Bagatell) という性質のものではない。この侵害は、上述の被害者の当該素因に打撃を与えたのである。その際事故により惹起せられた損害は、Xの精神的前損害により事故がなくとも、遅かれ早かれ生じたであろう。このことは、鑑定人Eの書面による叙述からもその口頭説明からも明らかであり、程度 (Höhe) に応じたパーセンテージによる控除を正当化する。

しかし、Yらの見解に反し、Xの損害賠償請求は時間的には制限されるべきではない。むしろ、—鑑定人Eが述べるように—診断マニュアルの基準値によれば、適応障害は最大でも1年継続するといえる。このような時間的制限は、医学的意味においては適切であろうが、実際には、事故により惹起せられた、Xの当該素因によっても助長されたとしても、事故の結果が継続しているのであり、—例えば定期金付き退職のように—事故によっても生じるので、医学的診断マニュアルの図式的基準値に従って時間的制限が顧慮されるのではなく、むしろ、引用された最高裁判例 [BGH NJW 1998, 810 [813] (D-38) B.G.H. 一九九七年一月一日判決] の意味におけるパーセンテージによる控除がなされな

ければならない⁽¹⁰⁸⁾」。

本判決では、Xは事故でむち打ち症となり、早期に退職することとなったのであるが、しかし、Xはもともと心身症という素因を有していたという事情があった。事故の体験を適切に消化することができなかつたため、早期に退職することとなったと評価し得るのであり、その誤った消化が割合的に認定できるので、逸失利益を割合的に控除し得ると判断されたのが本判決である。

また、本判決は、上述の論理を採るにあたり、時間的制限は不適切である旨を述べている。すなわち、時間的制限は、医学的には適切であるかもしれないが、素因により損害が助長されていることを（規範的に）評価しなければならぬので、不適切であり、むしろ、割合的控除が正当であると。

第二款 学説による評価

【D38】 BGH一九九六年一月二一日判決の示した、BGB二五二条とZPO二八七条の併用による逸失利益算定に際しての立証の軽減及び逸失利益の割合的認定（割合的控除）の理論は、下級裁判例レベルでは受け入れられていると見てよいであろうが、学説の評価はいかなるものであろうか。以下では、【D38】 BGH一九九七年一月二一日判決について評価している学説を検討する。

一 ミュラーの見解

先に見たとおり、ミュラーは、新たな心理学的分析によると、定期金ノイローゼ・賠償神経症も転換神経症（転換性障害）

もまた、「精神的な誤った消化（精神的消化不良）」という点で共通であり、かつ、症状発現の本質は、被害者の個人領域（人格）にあるということができるので、帰責性の区別は相対化されることを示す。それゆえに、いわゆるノイローゼの事例においては果たして責任の全か無かという原則は適当なのかということの問題とし、柔軟な解決を試みるべきであるとして、責任の調整方法として、**[D-38]** BGH一九九七年一月一日判決の示す、賠償額算定における特別な精神状態やノイローゼの展開に共働する欲望観念といった被害者の素因の考慮を支持する（第三章第三節二参照⁽¹⁰⁾）。

ミューラーによれば、欲望観念が別原因（加害行為）を完全に凌駕する場合には、帰責性は排除されるのであるが、しかし、別原因と併存している（例えば五〇％だけ関与している）と認定できるのであれば、その範囲において責任を制限し得る。すなわち、被害者の欲望観念のノイローゼ状態への影響が量化できる場合には、その程度に応じて責任制限を図ることができる⁽¹¹⁾と考えるのである。

上述の程度に応じた責任制限の判断に際しては、被害者のノイローゼ状態の仮定的展開を顧慮することが重要となる。すなわち、被害者の人的領域に由来する事故とは無関係の要素（素因を意図していると思われる）が、具体的な加害行為がなくとも、一定の蓋然性をもって同程度の精神的損害をもたらした場合には、仮定的展開を顧慮することによる責任制限の余地があるとする⁽¹¹⁾。そして、その仮定的展開の判断に際して、鑑定人は、労働不能状態は事故がなくとも生じたか否か、または事故がなければ、素因を有していたとしても依然として労働可能であったか及び労働可能であったとすれば、どの程度であるか、を明らかとしなければならない。この判断においては、鑑定人は、被害者の前毀損（Vorschädigung）、職業的問題、パートナーとの問題等の要素と並んで、被害者の欲望観念に対する脆弱性及びその傾向（すなわち素因）とそのノイローゼ状態への影響を考慮に入れるべきであり、その上で、事故がなかった場合の被害者の精神状態の仮定的展開を予測すべきであると主張する⁽¹²⁾。

ミュラーは、このようにして、欲望観念をそのノイローゼ形成に対する程度 (Gewicht) に応じて考慮されうるとし、ZPO二八七条を媒介として把握することができる被害者のノイローゼ状態の仮定的展開の予測と関連させて、責任の量的制限を図ることができるとし、これが柔軟な解決であり、また、公平 (gerecht) であるとする。⁽¹¹³⁾

以上によれば、ミュラーは、ZPO二八七条により事実認定の証明度を軽減することにより、素因の影響力(わが国で言えば寄与度にあたる)を定量的に把握することができると考えているようであり、そのように理解することができる。【D38】BGH一九九六年一月一日が傍論的に述べた逸失利益の割合的控除もまた証明度の軽減により把握することができることとなろう。しかし、ミュラー自身が認めているようにそもそも素因の影響力を定量化することができるかどうかは疑問のあるところであり、ZPO二八七条によってその証明度を低減したとしても問題は何も解決されておらず、割合的控除のための理論的基礎は明らかであるとはいえない。

二 ヘスの見解

ヘスは、上述ミュラーに対し異論を唱えつつも、逸失利益の割合的控除の理論自体には一定の理解を示す。⁽¹¹⁴⁾

ヘスによると、逸失利益は数年又は一〇年を超えることになるが、比較的軽微な傷害の場合においても無制限に加害者の責任を認めることは行き過ぎであるとBGHも認めているところであり、そのため、BGHは【D38】BGH一九九七年一月一日判決において逸失利益の割合的控除という理論を挙げたのであるが、この控除がどの程度であるかは予測しがたいものである。ミュラーは、この逸失利益の割合的控除という理論により、事実審裁判官に対して全か無かの解決の代わりに柔軟な解決可能性を示したものとするが、この方法は問題を孕んでいることを指摘する。すなわち、慰謝料に関してはBGB八四七条(現二五三条)の衡平 (Billigkeit) の原則があるが、逸失利益の算定に関してはその

ような原則・根拠が存在しないのであり、⁽¹¹⁵⁾ そのような原則・根拠が存在しない以上、割合的控除の理論自体の正当化は困難である。

また、鑑定書に従い、ある仮定的時点までしか労働可能ではなかったというのであれば、生じた損害はその仮定的時点までしか賠償されないという仮定的因果関係の問題となり、全か無かの原則は時間的に修正されることとなるのであるが、当該仮定的時点は裁判所が十分蓋然性があると認めなければならぬ。ここに問題が生じることとなる。すなわち、裁判所が仮定的時点以降について賠償請求権が消滅するとの確信に至るほどの将来に対する証言は具体的にはどの程度なされうるかという問題である。⁽¹¹⁶⁾ 換言すると、どの程度具体的な証言がなされれば、裁判所は仮定的時点について確信を持つか（「特定の」仮定的時点の蓋然性）という点が問題となるのである。この問題を踏まえ、ヘスは、BGHの割合的控除の理論を次のように理解する。すなわち、この仮定的時点の証明責任は、加害者及びその責任保険者が負うものであるが、加害者側にとっても「特定」の仮定的時点の証明は困難である。それゆえに、BGHはZPO二八七条を媒介として逸失利益の割合的控除をすることとしたのである。とはいえ、ヘス自身が指摘するように、割合（パーセンテージ）については原則というものがなく、そのため、割合の評価は、事実審裁判官の評価、すなわち裁量に委ねられたのである。⁽¹¹⁷⁾

ヘスの指摘する、加害者側の仮定的時点の証明の困難さという点は、確かにもっともであり、その仮定的「時点」の証明度を軽減するために、ZPO二八七条を適用したと理解するのであれば、それは正当な理解であると思われる。しかし、**[D-38]** BGH一九九七年一月一日判決は、同時に、ZPO二八七条を適用することにより逸失利益の割合的控除をも可能としたのである。これについてヘスは、裁判官の裁量に委ねられるとしているのであるが、しかしながら、いくら証明度を軽減したところで、割合的な評価の理論的根拠とはなりえず、ミユラーと同様の問題を抱えてしま

うことに変わりはないと思われる。

三 シーマンの見解

上述の、ミユラー及びヘスに関する問題点は、シーマンが適切に指摘する。

シーマンは、^[D.38]一九九七年一月二日判決において、定期金ノイローゼ・賠償神経症と転換神経症(転換性障害)の責任区分が相対化されたことにより、精神性の損害の帰責が原則として肯定されるのであれば、賠償範囲に関して特別な精神状況及びノイローゼ的な欲望観念を考慮することは結論として正当であるとしつつも、⁽¹¹⁸⁾BGHの理論構成には異議を唱える。すなわち、シーマンによれば、BGHはBGB二五二条に基づく逸失利益の算定に関して、ZPO二八七条を適用することで、最終口頭弁論時におけるあらゆる任意の観点を顧慮する予測を要求することで満足しているが、ZPO二八七条は裁判官に対して事実認定のみを軽減しているものであり、実体法規範による包摂の代わりではない。それにもかかわらず、BGHは実体法上の規範をZPO二八七条の衣をまとわせて適用している。⁽¹¹⁹⁾しかし、その実体法規範は、逸失利益賠償に関する仮定的損害事象の判断についての問題なのであるが、BGHは、明確に、具体的事案に対して行われる予測は凌駕的因果関係の判断が問題なのではないとしたのである。⁽¹²⁰⁾そうすると、BGHがZPO二八七条を媒介として実体法規範を適用する理論的根拠が乏しくなり、当該理論の正当化は困難となる。それどころか、いたずらにZPO二八七条の適用範囲を拡大することとなり、⁽¹²¹⁾かえって不当である。それゆえシーマンは、BGB二五二条に基づく逸失利益の算定に関してZPO二八七条を適用するのは理論的には正当化されないと批判するのである。

他方で、シーマンは、賠償範囲に関して特別な精神状況及びノイローゼ的な欲望観念を考慮することは結論として正当であるとしており、⁽¹²²⁾賠償責任の縮小に関して別の正当化理論を示す。シーマンは、賠償範囲を制限する実体

法上の根拠は、BGB二五四条の適用しか残されていないとする。すなわち、不法行為体験の精神的な誤った消化(Fehlverarbeitung)をBGB二五四条の共働過責(Mitverschulden)に位置づけるのである。⁽¹²³⁾従来の裁判例が採っていた、定期金ノイローゼ・賠償神経症の場合には加害者の責任を否定し、他方で転換ノイローゼの場合には加害者の責任を肯定するという、責任の全か無かの判断は、古めかしい効果なのであり、柔軟性がない。それゆえ、シーマンは、BGB二五四条による損害の分配が近代の柔軟な解決であると主張するのである。⁽¹²⁴⁾

第三款 小括—逸失利益の割合的控除が意味するもの

以上より、上述のBGH判決〔D-38〕一九九七年一月一日判決〕の示したBGB二五二条とZPO二八七条を併用した逸失利益の割合的控除の理論は、次の通りであると解される。

被害者の有していた精神的脆弱性という素因が共働して一個の損害が生じた場合、当該素因が存在すること及び当該素因が共働して損害が生じたことの証明責任は、責任の減免を求める加害者が負担することとなる。この場合、加害者は、抗弁として、仮定的推移における素因の影響を証明しなければならない。すなわち、加害者は、仮定的因果関係において、ある仮定的「時点」以降については、素因の影響によっていずれにせよ同じ状況になっていたはずであるから、自らは責任を負わないと主張し、またそれを証明しなければならないこととなる。この場合、加害者が証明を求められるのは、ある特定の仮定的「時点」である。しかしながら、この「時点」の証明は、加害者にとっても非常に困難である。したがって、ZPO二八七条の証明度の軽減の規定を適用することにより、加害者の証明を軽減することができることとなる。さらには、同規定により、「時点」ではなく、割合として認定し得るのである。

すでに確認したように、従来、判例・学説では、加害者によって惹起された損害が、被害者の素因によって、加害行為がなかったとしても確実に発生していたであろうという場合には、所得喪失等の継続的損害について素因を考慮（斟酌）することが認められていたが、その場合素因が考慮されるには、加害者があることを確実性に近い程度で証明する必要がある⁽¹²⁵⁾。【D-38】一九九七年一月一日判決は、ZPO二八七条の適用により十分な蓋然性⁽¹²⁶⁾で足りるとし、かつ、割合的控除も可能であることを示すことにより、加害者の立証を軽減した点に意義を有するものと解される。また、この証明度の軽減及び逸失利益の割合的認定という理論は、学説が指摘するように、責任の全か無かの判断から脱却することができ、また、割合的控除は近代の衡平であるという点においても評価することができる。

しかし、加害者による「時点」の証明の軽減についてはともかく、逸失利益の割合的認定については、シーマンが指摘する通り、理論面では大きな問題を孕んでいる。すなわち、BGH判決は、ZPO二八七条により逸失利益の割合的認定が可能であるとするのであるが、ZPO二八七条の有する証明度の軽減という機能が割合的認定と結びつくことのロジックは述べられておらず、その理論の正当化根拠が希薄である。この点につき、ヘスは、割合的認定は裁判官の裁量によるとするのであるが、証明度の軽減と裁判官の裁量とは論理的に整合性のあるものとは言えないであろう。というのも、シーマンが指摘するように、逸失利益の割合的認定は実体法規範によるものであるところ、ZPO二八七条は訴訟法規定であり、証明度の軽減のみを定めているため、ZPO二八七条を援用したところで、加害者の抗弁として提出される事実の証明が軽減されるのみであり、割合的認定とは論理的に結合することはないからである。この意味で、BGH判決によるZPO二八七条の併用による逸失利益の割合的控除の理論は、論理的に飛躍があると考えられ、⁽¹²⁷⁾ 解釈論として採ることは困難であろう。

とはいえ、上述の理論を排するならば、責任の全か無かの判断とならざるを得ず、柔軟な解決の道を閉ざすことと

なる。したがって、別の論理構成を試みなければならない。ここで注目されるのは、シーマンの提唱するBGB二五四条の適用による解決である。よって、次に、BGB二五四条と素因との関係につき考察を試みる。

- (1) Schiemann, *Gottfried*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2, § 8 249-254, 2005, § 249 Rn. 39. なお、ドイツ法においては、素因不考慮命題が妥当するために、被害者の心因的要因が寄与した結果、身体又は健康上の損害が生じていなければならない点に注意を要する。単なる精神的損害の場合には、慰謝料算定において、素因を考慮することが当然であると考えられている。Lange, *Hermann/Schiemann, Gottfried*, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 3 X 1, S. 130; kritik. Stoll, *Hans*, Gutachten für den 45. DJT, Verhandlungen des fünfundvierzigsten deutschen Juristentages Karlsruhe 1964, Bd. 1, Teil 1, 1964, S. 20.
- (2) BGHZ 20, 137, 139.
- (3) 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(二〇一一)七九頁以下。
- (4) VersR 1960, 225, 226f.
- (5) VersR 1960, 225, 227.
- (6) NJW 1983, 340, 341. もともと、本判決が、手術及び手術の結果である睾丸の摘除がなかったとしても、同様の不利益はXに生じなかったか否か、及び、Xの不相当な精神的消化はどの程度であるかという点についてさらに事実が審理されなければならぬとして破棄差し戻したことも重要である。この点は、仮定的因果関係の観点から問題となるものであり、後述第四章第二節で検討する。
- (7) BGH VersR 1966, 931.
- (8) BGH NJW 1986, 777.
- (9) BGH VersR 1970, 272.
- (10) BGH VersR 1970, 272.

- (11) BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425 (後掲【D-37】BGH一九九六年四月三〇日判決): 2000, 1523.
- (12) OLG Brandenburg VRS 107, 85.
- (13) 拙稿・前掲注(3)七〇頁以下。
- (14) OLG Freiburg JZ 1953, 704.
- (15) *Deutsch, Erwin/Ahrens, Hans-Jürgen*, Deliktsrecht, 5. Aufl. 2009, § 38 B III, Rn. 695, S. 215.
- (16) RGZ 133, 270; 157, 11; BGH VersR 1969, 373; OLG Freiburg JZ 1953, 704.
- (17) NJW 1971, 1883, 1884.
- (18) NJW 1971, 1883, 1884. Vgl. *Herberner, Walther*, Anmerkung zu BGH Urt v. 11. 5. 1971 – VI ZR 78/70, VersR 1971, 1140.
- (19) *Stoll*, aa.O. (Fn. 1), S. 20.
- (20) とりわけ自殺の場合、わが国では、基本的に事故と自殺との因果関係を認めたくえで、賠償額算定において、素因を斟酌し賠償額の減額がなされるのが通例である。櫻見由美子「事故と自殺との因果関係」民法判例百選Ⅱ(別冊ジュリスト一七六号)(有斐閣、二〇〇五)一六七頁。なお、事故と自殺との因果関係については、高崎尚志「交通訴訟における因果関係」交通法研究第五号一七二頁、福永雅彦「事故と損害の因果関係」ジュリ増刊総合特集八・交通事故一五三頁、本井巽「交通事故と自殺」交通法研究第七号一五四頁、加藤了「被害者の自殺と賠償範囲」『不法行為法研究会編・交通事故賠償の現状と課題』(ぎょうせい、一九九七)一一四頁、飯塚和之・鈴木潔ほか編・注釈交通損害賠償法(一九八二)三七七頁、徳本伸一・リマークス一九九五(上)五二頁、福岡右武「被害者の事故後の自殺」吉田秀文Ⅱ塩崎勤編・裁判実務体系(八)(一九八五)一四五頁、松本朝光「被害者の自殺と事故との因果関係」ジュリ増刊総合特集四二・自動車事故八四頁などを参照された。
- (21) *Staudinger/Schiemann*, aa.O. (Fn.1), § 249 Rn. 39; *Lange/Schiemann*, aa.O. (Fn.1), § 3 X 2, S. 136.
- (22) NJW 1958, 1579f.
- (23) RGZ 155, 37 (【D-1】RG一九三七年四月二六日判決): 159, 257; 169, 117 (【D-9】RG一九四二年四月二九日判決).
- (24) BGHZ 20,137 = NJW 1956,1108 (【D-20】BGH一九五六年二月二九日判決).
- (25) NJW 1958, 1579, 1580.

- (26) VersR 1969, 160. もともと、本判決では、加害行為と損害との間の原因関係がZPO二八七条に従い立証されたか否かという点が争点となっている。
- (27) BGHZ 20, 137.
- (28) 定期金ノイローゼ（賠償神経症）については、すでに、角田光隆「損害賠償の軽減—被害者の賠償神経症—」早稲田法学会誌四一巻（一九九一）二八七頁が詳細な分析を行なっている。本稿は、これに多くを負う。
- (29) 『南山堂医学大辞典第一九版』（南山堂、二〇〇六）より。
- (30) B. A. ヴァン・デア・コルク他編／西澤哲訳『トラウマティック・ストレス—PTSDおよびトラウマ反応の臨床と研究のすべて』（誠信書房、二〇〇一）七一頁以下。
- (31) *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn.1), § 249, Rn. 40.
- (32) BGHZ 20, 137, 142.
- (33) *Wolf, Joseph Georg*, *Der Normzweck im Deliktsrecht*, 1962, S. 51. 本論文の邦語訳は、U・フーバー他／吉田豊・吉田勢子（訳）『ドイツ不法行為法』（中央大学出版、二〇〇〇）一五三頁以下を参照されたい。
- (34) *Wolf*, a.a.O. (Fn. 33), S. 52.
- (35) *Wolf*, a.a.O. (Fn. 33), S. 52. なお、ヴォルフはこの観点から、被害者が治療行為を免れるとしたら、BGB二五四条により彼の請求権は縮減されるか、それどころか消滅しうるとして、共働過責の成立の可能性について言及する。*ders.*, a.a.O. (Fn. 33), S. 52, Fn. 179.
- (36) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 140.
- (37) NJW 1965, 2293, 2294.
- (38) NJW 1965, 2293, 2294; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 140; *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 249 Rn. 41; *Grüneberg, Christian, Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 70. Aufl. 2011, vor § 249 Rn.39; *kritik. Oetker, Hartmut*, *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch Bd.2*, § 241-432, 5. Aufl. 2007, § 249 Rn. 183.
- (39) NJW 1965, 2293, 2294; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), S. 140.
- (40) 本稿第二章第三節第二款一（拙稿・前掲注（3）八一頁以下）を参照。

- (41) *Medicus, Dieter, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* Buch 2, 1980, § 249 Rn. 56.
- (42) *Steffen, Erich, RGKR Bd. 2, 5. Teil § § 812-831, 12. Aufl. 1989, § 823 Rn. 12.*
- (43) NJW 1979, 1935, 1936.
- (44) BGHZ 39, 313, 317.
- (45) *Steffen, a.a.O. (Fn. 42), § 823 Rn. 12.*
- (46) *Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 141.*
- (47) 現実神経症と対置されるのは、精神神経症 (psychoneurosis) である。後者は、「内部的・無意識的な葛藤」に原因があると考え、かつては両者は「原因」によって区別されていた。しかし、現在の精神医学では、「内部的原因を重視する精神神経症」と「外部的原因を重視する現実神経症」を区別するとは無くなっており、DSM-IV (米国精神医学会発行『精神疾患の診断と統計マニュアル第四版 (DSM-IV)』(American Psychiatric Association, DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS, 4th Edition, TEXT REVISION, 1994, 日本語訳として、高橋二郎ほか訳『精神疾患の診断・統計マニュアル』(医学書院、1100011))とICD-10 (WHO (World Health Organization) 発行「臨床記述と診断ガイドライン」(World Health Organization, The ICD-10 Classification of Mental and Behavioral Disorders, Diagnostic criteria for research, 日本語訳として、融道男ほか監訳「精神および行動の障害 臨床記述と診断ガイドライン」(医学書院、一九九三))により客観的な分類・診断が行われている。
- (48) BGH VersR 1961, 597; 1963, 261; 1968, 396; 1970, 272.
- (49) *Stoll, Hans, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 1. 9. 1981 OLG Frankfurt aM, JZ 1982, 203, 204f.; Staudinger/Schiemann, a.a.O. (Fn. 1), § 249 Rn. 40; Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 141 (Fn. 371).*
- (50) BGH NJW 1986, 777, 779; 1993, 1523; *Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 141; Staudinger/Schiemann, a.a.O. (Fn. 1), § 249 Rn. 40.*
- (51) BGH NJW 1991, 2347, 2348.
- (52) BGH NJW 1993, 1523. なお、本判決では、ノイローゼの発症を一般生活上の危険に割り当てることについて、次のよう

に述べる。「被害者が自身の特別な人格構造を理由として事故を潜在的な内的葛藤を補うための単なるきっかけとして利用し、そして彼が、事故とはもはや内的関連がなく、この事象が任意の別の出来事によって交換可能な神経症の進展に対する結晶化点としての現れでしかないノイローゼに逃げ込むのであれば、被害者の精神障害をも加害者に責任を負わせることはBGB八二三条一項の規範目的に従って正当化されない。被害者の精神障害は、そのような場合において、全く偶然に事故によって惹き起されたにすぎず、同様あるいは類似の方法で、あるいは取るに足りない別の誘因 (Anlass) によっても生じうるかもしれない、それゆえに確定判例によると、賠償なく引き受けなければならない被害者の一般生活上の危険に属する」(NJW 1993, 1523) が、本件では、事故は偶然性が欠けており、交換可能性がなく(したがって、結晶化点ではなく)、同時に、ノイローゼの発症を一般生活上の危険に割り当てるための根拠もないとして、加害者への帰責が認められている (NJW 1993, 1523, 1524)。

- (53) *Wolf*, aa.O. (Fn. 33), S. 52. また、ランゲは、法は医学に対する補助機能を有しないとして批判する。 *Lange/Schiemann*, aa.O. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 140.
- (54) *Lange/Schiemann*, aa.O. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 140f. 同 *Stoll*, aa.O. (Fn. 49), S. 206.
- (55) *Lange/Schiemann*, aa.O. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 141.
- (56) *Lange/Schiemann*, aa.O. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 141.
- (57) *Staudinger/Medicus*, aa.O. (Fn. 41), § 249 Rn. 56.
- (58) *Palandt/Grüneberg*, aa.O. (Fn. 38), vor § 249 Rn. 38.
- (59) **[D-37]** BGH 一九九六年四月三〇日判決及び **[D-38]** 一九九七年一月二一日判決を中心とした判例・学説については、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) 一五八頁以下を参照されたい。
- (60) 判決文では、その例として、事故に起因する性格変化 (BGH VersR 1960, 225)、*パッ病* (BGH VersR 1966, 931)、*現実神経症*又は*災害神経症* (BGH NJW 1985, 777)、*転換神経症* (転換性障害) (BGH NJW 1985, 777) が挙げられている。現実神経症、*転換神経症* (転換性障害) の場合には帰責性が肯定されることについては、本章第二節第二款三を参照されたい。
- (15) BGHZ 132, 341, 346.

- (32) BGHZ 132, 341, 346.
 (33) BGHZ 132, 341, 346.
 (64) BGHZ 132, 341, 348.
 (65) BGHZ 132, 341, 349.
 (66) *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 249 Rn. 42.
 (67) *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 249 Rn. 42.
 (68) *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 249 Rn. 42. 塩原・前掲注 (59) 一五一頁。
 (69) BGHZ 137, 142, 147.
 (70) BGHZ 137, 142, 147f.
 (71) BGHZ 137, 142, 150f.
 (72) BGHZ 137, 142, 151f.
 (73) *van Bühren, Hubert W.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11. 11. 1997 – VI ZR 146/96, MDR 1998, 159, 160は、本判決及び同日付のBGH判決 (BGH MDR 1998, 159) において、被害者のノイローゼの誤った展開を第一次侵害に帰せしめ、かつ、第一次侵害の僅少性が否定されたことについて、保険の観点からすると、個別事例では被害者にとっては好ましいであろうが、被保険者は高額の保険料を支払い、保険給付に対して出資することとなるため、可能的被害者である被保険者全体にとってみれば、あまり好ましいとは言えないだろうとする。
 (74) なお、BGH一九九七年二月二五日判決 (NJW 1997, 1640) では、心因症状の原因を特定するための鑑定が要求され、以降、同様の事件では鑑定は必須となっている。塩原・前掲注 (59) 一四八頁。
 (75) *Miller, Gerda*, Spätschäden im Haftpflichtrecht, VersR 1998, 129, 133.
 (76) *Heß, Rainer*, Haftung und Zurechnung psychischer Folgeschäden, NZV 1998, 402, 403.
 (77) *van Bühren*, a.a.O. (Fn. 73), S. 160.
 (78) *Grunsky, Wolfgang*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11. 11. 1997 – VI ZR 376/96, LM § 249 (A) BGB Nr. 114.
 (79) シュテフェンは、現実神経症と定期金ノイローゼとの境界付けは困難である旨を指摘する。Steffen, a.a.O. (Fn. 42), § 823

Rn. 12.

- (80) Müller, a.a.O. (Fn. 75), S. 132.
- (81) Vgl. Foerster, Klaus, Neurotische Rentenbewerber, 1984, S. 97ff.; Nedopli, Norbert, Forensische Psychiatrie 1996, S. 125; Plagmann, Hermann, Medizinische Begutachtung im Sozialrecht 2. Aufl., 1995, Rn. 166; Bresser, Paul Heinrich, ZversWiss 74 (1985), 643ff.
- (82) Müller, a.a.O. (Fn. 75), S. 133.
- (83) Müller, a.a.O. (Fn. 75), S. 133.
- (84) Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 141.
- (85) Steffen, a.a.O. (Fn. 42), § 823 Rn. 12.
- (86) Schiemann, Gottfried, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11.11.1997 – VI ZR 376/96, JZ 1998, 683, 684.
- (87) Kütermeyer, Jens D., Haftungsrechtliche Zurechnung psychischer Folgeschäden, 2003, S. 111f.
- (88) 素因不考慮命題を表明した【D-1】RG一九三七年四月二六日判決は、まさに定期金ローゼの事案であった。
- (89) 拙稿・「損害賠償法における素因の位置(三)」北大法学論集六十三巻一号(二〇一一)一二四頁以下参照。
- (90) Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 1), § 4 IX S.191f.; Staudinger/Schiemann, a.a.O. (Fn. 1), § 249 Rn.97; Mertens, Hans-Joachim, Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1990, vor § 249 Rn. 157; Palandt/Grüneberg, a.a.O. (Fn. 38), vor § 249 Rn. 57; Lorenz, Karl, Schuldrecht Bd. 1, 14. Aufl. 1987, § 30 I, S. 526; Esser, Josef/Schmidt, Eike, Schuldrecht Bd. 1 Teilband 2, 8. Aufl. 2000, § 33 IV 2, S. 247f.; Deutsch/Ahrens, a.a.O. (Fn. 15), § 6 C II, S. 33 等。判例については、本稿第二章第三節二(拙稿・前掲注(88)一二四頁以下)を参照された。
- (91) Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 1), § 4 X, S. 193.
- (92) 窪田充見『過失相殺の法理』(有斐閣、一九九四)四八頁以下、能見善久「寄与度減責」加藤一郎Ⅱ水本浩編『民法・信託法理論の展開』(弘文堂、一九八六)二二九頁。
- (93) Lange/Schiemann, a.a.O. (Fn. 1), § 4 X, S. 194; BGH NJW 1981, 628, 1983, 1053.
- (94) NJW 1984, 1409.

- (95) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 4 IX S. 193; MünchKomm/Oetker, a.a.O. (Fn. 38), § 249 Rn. 204; Grunsky, Wolfgang, Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung, in: FS für Lange, 1992, S. 469ff., 477f.
- (96) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1) § 4 IX S. 193.
- (97) v. Caemmerer, Ernst, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, 1962, S. 20.
- (98) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1) § 4 XI, S. 198.
- (99) *Deutsch, Erwin*, Haftungsrecht, Bd. 1, 1976, S. 173.
- (100) *Soergel/Mertens*, a.a.O. (Fn. 90), vor § 249 Rn. 159; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 4 X, S. 194.
- (101) 本稿第二章第一款三(拙稿・前掲注(88)一一五頁以下)参照。
- (102) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 142.
- (103) この点に関しては、塩原・前掲注(59)一五八頁以下が詳しい。特に、ZPO二八七条の証明度の低減との関係については、一四二頁以下を参照されたい。その他、ZPO二八七条については、宮里節子「損害賠償訴訟における立証軽減—ZPO二八七条の意義について—」*琉大法学*二八号(一九八一)四四九頁、五十部豊久「損害賠償訴訟における訴訟上の特殊性—慰藉料算定における裁判所の自由裁量を中心として—」*法協七九卷六号*(一九六三)七二〇頁、倉田卓次「損害賠償における証明度」*判タ*二二二号(一九六七)一七三頁(『民事交通訴訟の課題』(日本評論社、一九七〇)一六五頁所収)、坂本恵三「ドイツ民事訴訟法二八七条について—民事訴訟法改正議論と関連して—」『木川統一郎博士古稀祝賀 民事裁判の充実と促進(下巻)』(一九九四)一二六頁など参照。
- (104) なお、ここで想起されるのは、シュトル(H. Stoll)の見解である。シュトルは、ZPO二八七条を適用する見解ではなく、BGB二五二条を類推適用することによって、加害者の証明を軽減し、かつ、素因が発現したであろう蓋然性の程度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主張していた(Stoll, Hans, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968, S. 43; 本稿第二章第三款四(拙稿・前掲注(89))一四二頁以下を参照)。シュトルの見解は、BGH判決と理論構成こそ異なるが、証明の軽減及び蓋然性の程度に応じた賠償額の軽減という点は、基本的視座として共通するものがあると思われる。
- (105) BGHZ 137, 142, 151ff.

- (106) *Pritting, Hanns*, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 3. Aufl. 2008, § 287 Rn. 3.
 (107) NJW-RR 2007, 171, 172f.
 (108) NJW-RR 2007, 171, 173.
 (109) *Müller, aa.O.* (Fn. 75), S. 133.
 (110) *Müller, aa.O.* (Fn. 75), S. 134. *「この場合、シユラー自身も、事実認定においてそのような定量化が確認されうるか否かに ついては消極的であり、確認がひかえるようになるまでその到来を待つべきである」との留保を付している。*

- (111) *Müller, aa.O.* (Fn. 75), S. 134.
 (112) *Müller, aa.O.* (Fn. 75), S. 134f.
 (113) *Müller, aa.O.* (Fn. 75), S. 135.
 (114) *HeB, aa.O.* (Fn. 76), S. 403f.
 (115) *HeB, aa.O.* (Fn. 76), S. 403.
 (116) *HeB, aa.O.* (Fn. 76), S. 404.
 (117) *HeB, aa.O.* (Fn. 76), S. 404.
 (118) *Schiemann, Gottfried*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11.11.1997-VI ZR 376/96, JZ 1998, 683, 684.
 (119) *Schiemann, aa.O.* (Fn. 118), S. 684. *Soergel/Mertens, aa.O.* (Fn. 90), vor § 249 Rn. 285によれば、裁判所は評価能力として 財産法上の規則を無視するべきではない。
- (120) *Schiemann, aa.O.* (Fn. 118), S. 684.
 (121) *Schiemann, aa.O.* (Fn. 118), S. 685.
 (122) *Schiemann, aa.O.* (Fn. 118), S. 684.
 (123) *Schiemann, aa.O.* (Fn. 118), S. 684. なお、シーマンによるBGB二五四条の適用の理論構成については後述本章第四節で 検討する。

(124) *Schiemann, aa.O.* (Fn. 118), S. 685.

(125) 櫻見由美子「不法行為における仮定的な原因競合と責任の評価(四)」判時一一五三号(一九八五)一七頁。

(126) ZPO二八七条の適用により証明度が低減されることにより、証明度は優越的蓋然性 (überwiegende Wahrscheinlichkeit) で足るとされる。MünchKommZPO/Putting, a.a.O. (Fn. 106), § 287 Rn. 17.

(127) 他方で、日本法における民法二四八条(損害額の認定)を実体法規定であると理解するのであれば(例えば、平井宜雄「民事訴訟法第二四八条に関する実体法的考察」『不法行為法理論の諸相 平井宜雄著作集Ⅱ』(有斐閣、二〇一一)二五九頁(初出:井原・庄子・渡辺編『現代企業法学の研究―筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集』(二〇〇二)四五五頁)、二八三頁以下)、わが国において、二四八条を適用した形の割合的認定の可否について論じうるかもしれないが、本稿の目的とは直接の関係がないため、本稿では立ち入らない。

※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。

※※校正の段階で、谷口聡「ドイツ損害賠償法における素因に関する一考察」高崎経済大学論集五五巻一号(二〇一二)一五頁に接した。

【訂正】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三五頁に左記の誤りがありましたので、ここに訂正いたします。

・七七頁九行目

誤: [D-19] BGH二〇〇一年一月一〇日 (BGH VersR 2002, 504) は

正: [D-19] BGH二〇〇一年一月一〇日 (BGH NJW 2002, 504) は

・八八頁注(51)

誤: (51) VersR 2002, 504, 505.

正: (51) NJW 2002, 504, 505.