

ドイツ損害賠償法における素因に関する一考察

谷 口 聡

Eine Betrachtung von der Schadensanfälligkeit im Deutsch-Schadensersatzrecht

Taniguchi Satoshi

Zusammenfassung

Diese Abhandlung handelt über das Problem, ob die Schadensanfälligkeit des Geschädigter berücksichtigen können, wenn man Entschädigungsbetrag bemisst. Über das Thema hat viele wissenschaftliche Theorie in Deutschland für Japaner kennen werden. Und auch in Japan hat es die Diskussion über das gegeben. Aber die Debatte über das ist jetzt nicht lebhaft.

Übrigens hat das „Schuldrechtmodernisierungsgesetz“ in Deutschland in Kraft in 2002 gesetzt, und Umstände von das Schuldrecht haben sich groß verändert. Daher braucht es zu untersuchen, ob das Problem der Schadensanfälligkeit von Einfluß der Veränderung erfahren.

Durch diese Abhandlung habe ich der Umstand der Lehre über das Problem von Schadensanfälligkeit in Deutschland nach 2002 gezeigt, und sie untersucht.

目 次

- 1 はじめに
- 2 ドイツにおける2002年以前の学説の状況
- 3 ドイツにおける2002年以降の学説の状況
- 4 まとめ

1 はじめに

侵害行為を被った者が以前から自らの身体に何らかの素因を有していた場合、加害者が受ける損害賠償請求においてそのような事情が何らかの形で考慮され、賠償額に反映されうるかという問題が存在する。いわゆる「被害者の素因」といわれる問題である。

わが国では、最高裁判所が平成8年に同日に2つの判決¹を出して以来、被害者の以前からの「疾患」に関しては民法722条2項の規定の類推適用をなしうろということ、学説上も、一応の決着をみているなどといわれているところである。

この問題について、ドイツ法の状況はどのようにになっているか検討がなされてきた²。最近では、永下泰之助教による研究もなされている³。

ところで、ドイツでは、民法の分野において、2001年に大きな立法がなされ、この法律が翌年に施行された。「ドイツ債務法現代化法 (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)」といわれるものである⁴。このドイツ債務法現代化法では、被害者の素因の考慮・不考慮に係る条文は存在していない。しかし、大きな影響力をもつ立法であることから、その後の様々な領域への影響が考えられる。

そこで、本稿では、「被害者の素因」の問題について、ドイツ債務法現代化法が施行された2002年の前後で、学説に何らかの変動があったか否かを検証することとする。

なお、本稿では、被害者の「身体的な素因」に関する検討を中心に行うものであり、その他の部分の検討は、これに付随するものとして、必要に応じて採り上げることとするものである。

2 ドイツにおける2002年以前の学説の状況

ドイツには、古くから素因考慮不原則というものがあり、上級審判例および多数学説において存在している。いわゆる「脆弱な者に対して不法行為をなした者は、健康な者に加害をなした場合と同様に扱われるべきことを主張しえない (Wer unerlaubt gegen einen gesundheitlich geschwächten Menschen handelt, hat keinen Recht, so gestellt zu werden, als ob er einen gesunden Menschen verletzt habe.)」というものである。

第1章で掲げたドイツ法の状況に関する諸分析のほかに、筆者も論稿を発表している⁵が、そこ

1 最判平成8年10月29日(民集50巻9号2474頁)および最判平成8年10月29日(自動車保険ジャーナル第1173号 平成8年11月14日)。なお、労災事例として、最判平成20年3月27日(判時2003号155頁)も重要であるので参照されたい。

2 窪田充見「被害者の素因と寄与度概念の検討」判タNo.558 37頁、同『過失相殺の法理』(1994 有斐閣)、角田光隆「損害賠償の軽減—被害者の体質的素因」早稲田大学大学院法学研究論集52号141頁ほか、能見善久「寄与度減責」『民法・信託法理論の展開』加藤一郎・水本浩編(昭61 弘文堂)、橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程(1)」法學論叢137巻2号16頁、同以下「同(5)」まで、などがあげられる。

3 永下泰之「損害賠償法における素因の位置(一)」北大法学論集62巻4号25頁、同「同(二)」同62巻5号35頁。

4 「ドイツ債務法現代化法」の内容および翻訳については、半田吉信「ドイツ債務法現代化法(邦訳)」千葉大学法学論集17巻1号41頁参照。

5 谷口聡「ドイツ不法行為法における素因不考慮原則の再検討」明治大学大学院法学研究論集8号171頁。

で、採り上げた学説の内容等を振り返ると以下ようになる。

Wolfgang Fikentscher、Karl Larenz、Hermann Lange、Dieter Medicus、Ulrich Huber といった学者は、それぞれ、相当因果関係説や規範目的説の観点から、素因の考慮を否定して、ドイツ法における素因不考慮原則を支持していた⁶。これに対して、Cristian Schulze は危険範囲の問題として扱い⁷、Hans Stoll は規範目的説の立場から⁸、また、Hein Kötz は協働過失の規定の適用により⁹、それぞれ素因考慮を肯定していた。以上のように、多数説は素因不考慮原則を支持し、素因考慮を肯定する説は少数説に止まっていた。

また、ドイツ民法249条と823条の規定の分析のみならず、筆者は以前、844条に関する検討も行った。ドイツ民法844条は「殺害による第三者の損害賠償請求権」に関する規定であり、ドイツ民法においては生命侵害についてその遺族などには、扶養損害構成によって賠償額が決められる。その際、当該生命侵害を受けた者に身体的素因があった場合に、それは考慮されるのかという観点から数人の学者の見解を採り上げた¹⁰。そこにおいても、やはり、素因不考慮というドイツ損害賠償法上の原則は貫かれていることを指摘した。

以上のように、ドイツ損害賠償法においては、2002年以前は、その学説について見ると、多数説は、不考慮原則を支持しており、これに対して、少数説が、考慮を肯定していたという構図になっていた。また、上級審判決も下級審判決にかかわらず、不考慮原則の立場を崩してはいなかったことが見てとれた¹¹。

3 ドイツにおける2002年以降の学説の状況

この章では、2002年以降に発行された債務法における10点のテキストおよび注釈書について検討する。“Schadensanlage”という用語については「損害の素質」という訳語を、“Schadensanfälligkeit”という用語については「損害についての脆弱性」という訳語をそれぞれ充てることにする。

① Drik Looschelders の見解

Looschelder は、債務法のテキストにおける仮定的因果関係の節の「損害の素質」という項目で

6 Wolfgang Fikentscher, Schuldrecht Auf7 1985 S.342ff, Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd I Allgemeiner Teil 1982 S.408ff, Hermann Lange, Schadensersatz, 1979 S.90ff, S.121ff, Dieter Medicus, Schuldrecht I Allgemeiner Teil 1993 S.263ff, Ulrich Huber, Normzwecktheorie und Adäquanztheorie, JZ 1969 S.676ff.

以上につき、前掲谷口172頁以下参照。

7 Christian Schulze, Die Haftung des Schädigers, 1984 S.28ff, 33ff. 前掲窪田「被害者の素因と寄与度概念の検討」40頁以下、前掲谷口175頁以下参照。

8 Hans Stoll, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deutschland, 1968. 前田達明「Hans Stoll著『不法行為における因果関係と規範目的』」法學論叢86巻4号53頁、前掲谷口176頁参照。Stoll, „The Wagon Mount“-Eine neue Grundsatzentscheidung zum Kausalproblem im Englischen Recht, S.398. 前掲窪田40頁、前掲谷口176頁参照。

9 Hein Kötz, Deliktsrecht, Auf7 1996 S.62. 前掲窪田40頁、前掲谷口176頁以下参照。

10 Karlheinz Boujong, RGRK BGB Kommentar Bd II Teil §§832-835, Rn 35, 81, 114, Ursula Stein, Münchener Kommentar BGB Bd5 §844 Rn 61, Karl Schäfer, Staudinger BGB §§833-853, §844 Rn 157, Heinz Thomas, Palandt BGB Bd7 S.1034ff. 中村忠・谷口聡「ドイツ不法行為法における『殺害による第三者の損害賠償請求権』に関する一考察」高崎経済大学論集47巻2号19頁以下参照。

11 前掲窪田37頁以下、前掲谷口171頁以下参照。

以下のように述べている。「加害の時点において、予備的原因が、侵害された人間もしくは殺害された人間、あるいは、破壊されもしくは毀損された物に『内在して』おり（いわゆる損害の素質）、かつ、短い時間の間に同じの損害を引き起こしたであろう場合には、予備的原因を顧慮することを、判例および学説は正当であると認めている。ここにおいては、つまりは、『差額説』による一貫した損害の算定に関わる問題である。特にこのことは、物的損害において明らかである。そこで、毀損あるいは破壊された物が、加害の時点においてすでに損害の素質の以前からの存在するときは、相当の減額がなされるのである。しかし、人身損害においてもまた異なることのない判断がなされている」。そして、その例として、以下の事例を掲げる。「家族の父親の事例においては、G（被害者）の妻と子供が第844条第2項による扶養損害の賠償をS（加害者）に対して請求した。賠償義務は、『被殺害者が推定の生存期間に扶養をなす義務が存在してたであろう間』の範囲においてのみ認められる。つまり、S（加害者）の抗弁が顧慮されるのである」¹²。

② Jacob Joussen の見解

Joussen は、以下のように、テキストの中において端的に「損害の素質」について述べるのみである。すなわち、「これらの帰責において、すなわち、現存する予備的原因において、注目すべきものとして評価される最初の事例群は、いわゆる、損害の素質の事例群である。医事法の範囲による特別な事例群が把握される」。そして、その例として、「患者の手術において医師が治療過誤を起こした。その治療過誤の結果として、胃がひどく傷害を被った。まもなく行われた検査において、その胃は、いずれにしろ、胃粘膜の異常により、同じやり方において、後に傷害を被ったであろうことが判明した」。という事例を挙げる¹³。

③ Hans Brox / Wolf-Dietrich Walker の見解

Hans Brox と Wolf-Dietrich Walker は、損害の「帰責」という節の「仮定的因果関係」という項目において、さらに「以前から存在する予備的原因の顧慮（損害の素質）」という小見出しを付けて以下のように述べている。「侵害の時点においてすでに損害の素質を有しているところの人間や物を加害者が侵害した場合には、仮定的な出来事の考慮が同様に提供される」。「例：AがBの重病の犬を射殺する」。「損害の可能性をもつ素質は、損害の帰責において重要である。加害者は、損害の素質をとまなっている目的物の価値のみを賠償すればよい。このことは、事情によっては、損害賠償義務を免除することを導きうる。しかし、『予備的原因』の考慮が受け入れられるやっかいな諸事例においては、しばしば、証明困難により不成功に終わることがある。その場合、加害者は、仮定的な損害の事件が置かれたこと、および、現実にもその出来事が発生したであろうことを証明しなければならない」¹⁴。

12 Drik Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil 2008 Aufl.6 S.291

13 Jacob Joussen, Schuldrecht I Allgemeiner Teil 2008 S.354 Rn 1032

14 Hans Brox / Wolf-Dietrich Walker, Allgemeines Schuldrecht 33 Auflage 2009 S.337ff Rn 20

以上①から③の見解は、“Schadensanlage”というキーワードについて示唆している。すなわち、これら見解の中で述べられている“Schadensanlage”は、仮定的因果関係が顧慮される場合の予備的原因となるものである。それは、わが国で被害者の素因の問題となっているような「素因」ではなく、損害結果の後に必ず（蓋然性をもって）同じ結果を引き起こすであろうと考えられるところの予備的原因であり、Looschelder が指摘するようにドイツ損害賠償法における差額説の帰結なのである。

④ Reiner Schulze の見解

Reiner Schulze は、「損害の帰責」という節の「個別の帰責問題」という項目で以下のように述べている。「支配的見解は、事例群により識別し、そして、とりわけ、2つの状況における『予備的原因』の斟酌をもって賠償を減じるものとする。いわゆる素質の諸事例（Anlagefällen）においては、加害者の行為がなかったとしても損害が引き起こされたであろうところの損害の素質が、人身が侵害されあるいは物が毀損された加害の事件の時点ですでに存在しているのである。ここにおいては、加害者の行為によって素質のある損害が追加的にいずれにしても発生させたところの損害だけを賠償すればよいのである。事故によりすでに病気に罹患している者に対する侵害においては、事故と関係のある損害の程度まで、賠償義務が縮減される。損壊させられる以前に僅かな間だけ存在した物の破壊は、賠償義務を免除または縮減する。極度に大きな負債を負っていることによりいずれにしろ清算しなくてはならなくなったであろうところの営業所への加害においても相当のことが妥当する。あるいは、すでに退職を申し出るところであったところの商法上の代理人の理由のない解雇においても相当のことが妥当する。しかし、このいわゆる素質の諸事例（Anlagefälle）は、厳格に、特別な損害についての脆弱性（besonderen Schadensanfälligkeit）と区別され、その脆弱性においては、加害の事件がはじめて損害の発生を引き起こすものである（例えば、相応する体質の被害が糖尿病を発現した場合、あるいは、すでに存在している健康上の損害が著しく悪化させられた場合である）。損害の発生が、被害者の健康上の素質により直ちに顕現した場合も、あるいは、身体上の以前からの損害と新たな加害との協働に基づく場合にも、以前からの損害の基準的な変更がなければ、賠償請求はすべての範囲におよぶものである。それは、相当性がまったく異例の経過により欠如することがない限りにおいて、あるいは、要求可能な予防措置の不作为という理由で被害者の協働過失が第254条により考慮されなければならない。加害の事件の結果、はじめて被害者の財産において間接的に発生したところの損害においても、『予備的原因』は考慮され、減額されなくてはならない（侵害された法益自体における不利な結果としての直接損害とは異なって、間接的な財産上の結果損害についてである）。ここにおいては、損害の発生と大きさは、加害の事件の時点においては未だ確定しているものではなく、『予備的原因』に基づくところの拡大した（損害の）発生によりはじめて明らかとなるのである。加害者の行為がなくてもいずれにしろ、後に損害が発生するであろう限りにおいては、第252条第2文、第844条第2項において表現されている法思想に

適合するところにより、被害者は、賠償を請求することができない」¹⁵。

①から③の見解と関係するが、この Reiner Schulze の見解においては、「予備的原因」を支配的な学説の見解として2つに分けて論じている。一つが、仮定的因果関係の顧慮を導くような“Schadensanlage”であり、もう一つが、本稿で主題とするいわゆる「被害者の素因」たる“besonderen Schadensanfälligkeit”（特別な損害についての脆弱性）である。また、後者においては、たとえそれが存在したとしても、加害者には損害すべてについて帰責が及ぶとするが、「相当性がまったく異例の経過により欠如する」場合には、254条の協働過失の適用がありうることも認めている点は注目すべきである。

⑤ Erwin Deutsch / Hans-Jürgen Ahrens の見解

Erwin DeutschとHans-Jürgen Ahrens は、その共著書の「相当因果関係」という節の「被害者の特別な性質と相当因果関係」という項目で以下のように述べている。「確立した判例によれば、損害を高める被害者の特別な性質、例えば、薄い頭蓋骨、ガラスのような骨、あるいは、特別なアレルギー素質は、相当性がある。特別に細い骨により重大な傷害を被ったところの騎手を落馬させた者は、そのことに対する責任を負う。判例および支配的学説は、1：100,000より少ない確率で発生する出来事であっても、そのような侵害には相当因果関係が認められるとしている。このことは、一般的な予見可能性としての相当因果関係の基本的命題と相いれない。通常人は、それほどまでの稀な結果を考慮に入れてはおらず、また、通常人には、一般的に、予見可能ではないことなのであり、したがって、相当因果関係がないのである。しかしながら、その結果は、行為者によって賠償されるべきである。ケーゲルの言葉によれば、犠牲者に対する同情の方が、行為者に対する同情よりも大きいということである。行為者は規則的に保険にかかっているのに対して、犠牲者はめったに規則的には保険にかかっていないということを付言することができる。これらの理由により、犠牲者の特別な個人的な性質により発生した相当性のない損害もまた、規範の保護の範囲にあると認識する命題が、ドイツ法においては有効である。従って、皮膚病の特別な素因において身体侵害の犠牲者が苦しみ、かつ、その理由により、より長い時間稼働不能となった場合には、その素因が極めて珍しい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。それゆえ、規範の保護範囲は相当性よりも広く及ぶものである。立法者の予測は通常人の一般的な予見可能性よりも広く延びているものである」¹⁶。

ここにおける DeutschとAhrens の見解を見る限り、本章で採り上げる10点の見解の中で最も強く素因不考慮の立場を示している見解といえる。被害者への感情論、責任保険の問題などを採り上

¹⁵ Reiner Schulze, Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch 6 Auflage 2009 S.264 Rn 21

¹⁶ Erwin Deutsch / Hans-Jürgen Ahrens, Deliktsrecht 5 Auflage 2009 S.27 Rn 59. 浦川道太郎訳『ドイツ不法行為法』（日本評論社 2008）40頁以下参照。

げ、素因によって10万分の1の確率でしか起こりえない損害結果が生じたとしてもそれを加害者の責任に転嫁できるという見解である。また、特に、素因不考慮原則の限界事例などにも触れておらず、その点からも素因不考慮の立場が明確となっている。

⑥ Hein Kötz / Gerhart Wagner の見解

Hein Kötz と Gerhart Wagner は、その共著書『不法行為法』の中における「損害と責任充足的因果関係」という節の「帰責関係性の縮減」という項目において次のように述べている。「ここでは、立法者によって大いに働かされたまったく意図的な被害者の救済が存在している。それは、いわゆる、イギリス法の『卵の殻のように薄い頭蓋の準則（egg-shell skull principle）』に類似するものである。『被告は被害者をありのままに受け入れなければならない』。他人に、故意または過失により怪我を負わせた者は、被害者が以前からすでに、完全な健康状態ではない、例えば、血友病に苦しんでいたという理由をもって生じたところの特別に重大な結果に対してもまた第823条1項に従い、責任を負う。また、過失により鼠径ヘルニア生ぜしめた者は、被害者がはじめから相応の素因を有していたという呈示をもってしても責任を軽減されることはない。そのことについては、ドイツ法においても同様に認められている。『健康上抵抗力のない者を侵害した者は、健康な者を侵害した場合と同様に扱われるべきことを請求しえない。』」としている¹⁷。

さらに、Kötz と Wagner はその次の段落において以下のように続ける。「有責性関連付けの縮減は絶対的に設定されないというわけではなく、引き起こされた損害結果が、確定した因果関係を有しているにもかかわらず、法益侵害と多かれ少なかれ単に偶然に結びついているような極端な事例においては、修正が必要である」と¹⁸。

この著書において、Kötz と Wagner は、現在のテキストにおいて典型的に見られるように、まず、素因不考慮原則が存在していることを示し、その上で、その不考慮原則の限界を指摘するという論法を採っている。しばしば見られる見解の一つである。ただ Kötz は、以前の単著において、協働過失の規定である254条の適用による素因考慮を強く主張していた¹⁹にもかかわらず、この Wagner との共著においては、そのような主張はみられない。Kötz に関しては、若干、その主張の色合いを薄めたようにも受け止められる。

⑦ Dieter Medicus / Stephan Lorenz の見解

Dieter Medicus と Stephan Lorenz は、そのテキストにおいて、「損害の帰責についての個別の問題」という項目で、以下のように述べている。「相当因果関係説においても保護範囲説において

17 Hein Kötz / Gerhart Wagner, Deliktsrecht 2006 S.87ff Rn 210. 野々村和喜訳『ドイツ不法行為法』吉村良一・田中邦博監訳（法律文化社 2011）107頁以下参照。

18 Kötz / Wagner, aaO S.88 Rn 211. 前掲野々村・108頁参照。

19 前掲注9における Hein Kötz の引用を参照。

も、損害の帰責は非常に広いものである。それゆえ、賠償を義務付ける出来事とは別の、他の事が損害の発生に対して協働したということは、そのことをもって、規則的に、損害の帰責から除外されるものではない。そのことは、しばしば実務において以下の命題によって表現される。脆弱であったり、または傷つきやすい者を侵害した者は、健康な者、または、経済的強者を侵害した場合と、同様に扱われるべきことを主張しえない。まったくもって、究極的に、決して予測することができない損害の素質のみが帰責から除外されるべきである（例えば、OLG Karlsruhe, VersR 1966, 71：誤って足を踏んだことが被侵害者の動脈の障害により脚の大腿部切断をまねいた）。さらには、BGHZ 115, 84のケースである。豚の保有者は、ある事故によって引き起こされた騒音により、大量の動物飼育に起因する豚の家畜小屋におけるパニックの危険を、自ら負担しなければならない²⁰。

ドイツ損害賠償法における素因不考慮原則を最初に示した上で、「究極的に、決して予測することができない損害の素質のみが帰責から除外されるべきである」として、限界事例を挙げている。典型的な見解である。

⑧ Hartmut Oetker の見解

Hartmut Oetkel は、注釈書における民法249条の部分を担当執筆している。第一に、被害者の特別な素因についての脆弱性の問題の概略について「損害の起こりやすさ」という項目で以下のように述べている。

「確立した判例によれば、被害者の特別な損害についての脆弱性は加害者を、すべての損害を賠償しなければならないという義務から免除するものではない。加害者は健康な者を侵害した時と同様の扱いを受けることを主張しえない。したがって、加害者は、被害者に存在している病気の素質（Krankheitsanlage）が、加害の事件により現実化したことに対する責任をも負わなければならない。この先例は、人身損害に限定されるものではなく、物（例えば、土地）においても適用される」²¹。

そして、素因不考慮の原則について次のように述べる。「原則的に、被害者の個人的な事情により損害の大きさを決定するということは正しい。健康を害することと同様に、純粋な財産上の価値の諸権利についても妥当する。交通事故において豪華な自動車を完全に使用不能にしてしまった者は、その価値および平均的な自動車の価値だけではない賠償をしなくてはならない。同様に、極端に高額な収入の損失も無制限に補償しなくてはならない。さらには、加害の事件の結果としてもはや履行できなくなったり、あるいは、損害の状況により事情によってははじめて引き起こされるところの被害者の債務法上の義務が賠償義務の範囲において結果を現わす。被害者の債務の履行不能による被害者に対する消極的な結果が生み出される範囲において、これは、加害者によって賠償さ

20 Dieter Medicus / Stephan Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil 18 Auflage 2008 S.313ff Rn 641.

21 Hartmut Oetker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band2a Schuldrecht Allgemeiner Teil 2003 §§241~432 S.339ff Rn 133

れなければならない損害の郵便物なのである。規範の保護目的からも、賠償義務の制限は考慮に値するものとなる。規範目的は、被害者に、特別に、大きな損害を負担させることを要求しない。特別に大きな健康上の損害についての脆弱性における法的地位と、原則的に、異なるものではない（出血性素因者、極端に薄い頭蓋、異常に臆病なこと）。確かに、被害者の協働過失は、請求の減少を導きうるものである。慰謝料の額においてもまた、被侵害者の特別な損害についての脆弱性は考慮されうる」²²。

さらに、素因不考慮原則が適用できない限界の諸事例について詳述している²³。

「損害についての脆弱性の極端な事例においては、加害者の賠償義務に関する制限を与えようとする。この関係において、以下のことが判例により言及されている。害のない犬が吠えたことにより女性が驚愕し、重い侵害を被った（ケース）²⁴。通常の航空機の騒音が銀キツネに対してパニックを引き起こした（ケース）²⁵。軽微な追突事故による重い精神障害（のケース）²⁶。動脈の障害があったために、ほんの少しだけ足を踏んだことにより、脚を切断しなければならなくなった（ケース）²⁷。侮辱と軽微な暴力行為で興奮したことにより脳出血した（ケース）²⁸。口頭での論争による心筋梗塞あるいは卒中発作（のケース）²⁹。大量の動物保有と交通事故による騒音の結果高められた養豚の敏感さがその養豚のパニックを引き起こした（ケース）³⁰。すんでのところの事故が40分後に心臓死（を引き起こしたケース）³¹。倒壊した壁がすでに30年以上前に傾いていたことによる土地の損害についての脆弱性（のケース）³²。判例とは逆に、少なくとも、相当性は、すべての事例において否定されうるわけではない（犬が吠えることにより人が驚くことは、すべての蓋然性の外にあるわけではない）にもかかわらず、上述の責任の制限には賛同しなくてはならない。損害の惹起者の負わなければならない責任は、上述の諸事例においては、もはや、そのつど侵される規範の保護目的により補償されるものではない」。

この Oetker の見解は、まず、被害者の損害についての脆弱性という問題が存在していることを確認し、次に、ドイツ損害賠償法における素因不考慮原則がどのようなものか説明し、最後に、限界事例について諸事例を挙げて検討しているという、全体としては、典型的な論述となっている。

⑨ Christian Grüneberg

Grüneberg は、注釈書の分担執筆箇所において、「損害の素質」という項目で以下のように述べ

²² Oetker, aaO S.340 Rn 134

²³ Oetker, aaO S.340ff Rn135

²⁴ RG JW 1908, 41 vgl.Oetker, aaO S.340 Fn 502

²⁵ RGZ 158, 34 vgl.Oetker, aaO S.340 Fn 503

²⁶ OLG Nürnberg VersR 1999, 1117 vgl.Oetker, aaO S.340 Fn 504

²⁷ OLG Karlsruhe VersR 1966, 741 vgl.Oetker, aaO S.340 Fn 505

²⁸ BGH NJW 1976, 1143 vgl.Oetker, aaO S.340 Fn 506

²⁹ BGHZ 107, 359 vgl.Oetker, aaO S.340 Fn 507

³⁰ BGHZ 115, 84 vgl.Oetker, aaO S.340 Fn 508

³¹ BGH NJW 1992, 2884 vgl.Oetker, aaO S.340 Fn 509

³² vgl.Oetker, aaO S.340 Fn 510

ている。まずはじめに、「損害を可能にしたり、あるいは、損害を本質的に高めたりしたところの被害者の損害に対する脆弱性の素質 (Konstitution) は、帰責関係を排除しない。病気にかかっている者あるいは脆弱な者を侵害した者は、健康な者を侵害したときと同様に扱われるべきことを主張しえない。このことから、加害者は、以下の場合においてもすべての損害賠償の責任を負わなければならない。血友病の者 (出血性素因を有する者) が被侵害者であり、そのことにより30万ドイツマルク以上もの治療費が高められた場合。契約の相手方の経済的脆弱性により契約侵害がその会社を倒産させた場合。自宅において世話をする家族の不十分な教育により被害者が妨害された場合。事故による障害者が、優遇された老齢年金の条件を満たす場合には、請求における加害者のこの責任はその障害者が引き受けることができる」として、素因不考慮原則について述べる。そして、不考慮原則の限界事例について次のように述べる。「以下の場合には、異なる判断が与えられる。非常に異例であり、決して予期することができない経過に関わる問題である場合、また、ほんの少しだけのあるは軽微な家族の交通事故が脳出血を招いた場合。すんでのところの事故が40分後の心臓死を招いた場合、交通事故についての口論が卒中発作を招いた場合、足を踏んだことが大腿部の切断を招いた場合、言葉での論争あるいは些細な殴り合い (Hunderaufeei) が心筋梗塞を招いた場合である。被侵害者のアルコール依存症により追加に発生した治療費もまた賠償しなくてよい。健康上脆弱な者が回避可能な危険に自ら身をさらしたときは、第254条が賠償請求を排除しうる。以前侵害されたことにより既往症を負う者が二度目の事故を被った場合には、最初の侵害が損害についての脆弱性を新しく創り出したかあるいは本質的に高めたときに、賠償義務者は拡大した損害に対する責任を負う。それとは反対に、最初の損害が素質 (Anlage) に由来した損害についての脆弱性を、発生した第二の損害 (neurot Fehlentwicklung) に対してほんのわずかだけ強めたときには、賠償義務者の責任は免除される」としている³³。

⑩ Gottfried Schieman の見解

Schiemann は注釈書の分担執筆箇所における「損害の帰責」という節で、規範目的説を項目として採り上げている。そして、その中で、以下のように、素因不考慮原則との関係に触れている。「保護目的説の問題性のある適用範囲は、第823条1項による責任である。保護される権利および法益に対する直接の侵害による事実状況が現実化したとき、そのような権利および法益に対する既存の侵害禁止の保護範囲の中に発生した損害が存在しているかどうかという問いは、ほとんど意味をなさない。とりわけ、帰責の境界付けに対しては、相当因果関係のある侵害結果は、一般的に、必要性が存在しない。それとは逆に、多数の事例においては、規範目的により、帰責が測られる。一方で、相当性は、正しいこれらの基準の把握において否定されるであろうにもかかわらずである。従って、例えば、『最善の観察者』にとってはそれ自体、異例の、予見不可能な犠牲者の抵抗力ないことが存在する。そのような事例において、判例は、以下のような形式を支えている。『脆弱な

33 Christian Grüneberg, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Bd 7 69 Auflage 2010 S.277 Rn 35

者に対して不法行為をなした者は、健康な者に加害をなした場合と同様に扱われるべきことを主張しえない』。しかし、ここから、損害についての脆弱性における非常に極端な諸事例は区別されるべきである。他人に、即ち、誰に対しても帰責させることができない起因が、遅かれ早かれ、その結果をもたらす場合のような、誰もが容易に思い描くことができる（脆弱性とは区別しなければならない）のである。例えば、侮辱および軽い暴行での興奮による脳出血、危険のない犬が吠えたことによる過剰に神経質な反応に起因する転倒である。双方の事例群の間における相違は、蓋然性の不同一の程度により得ることを容認するものではない。むしろ、責任法の給付能力およびその範囲、一したがつて、主に、不法行為法の規範目的が問題である」³⁴。そして、同じ節の中で、素因の限界諸事例を本章⑧の Oetker 同様に詳細に列挙している³⁵。

この注釈書における Schiemann の著述は、損害の素質に関して、損害についての脆弱性を含めて長めのものであると見られるが、特に筆者の観点から注目すべき論述は見当たらない³⁶。規範目的説との関係で素因不考慮原則を説明し、また、その限界の諸事例についても列挙すると言った、この書においても素因の問題に関する典型的な著述が見受けられる。

4 まとめ

本稿の検討の結果をまとめたい。

2002年の前と後で、ドイツ法における被害者の身体的素因をめぐる学説に何らかの変化があったかについてであるが、その端的な結論は、「否」である。もちろん、ドイツ債務法現代化法においては、直接、被害者の素因に関係するような条文は全く置かれていない。ただ、実質的なドイツ民法の大改正であったから、その影響を探る必要はあったと言えよう。しかし、被害者の身体的素因の議論については、格別な変化は見られないと言うのが本稿の結論ということになる。

ただし、次の点是指摘しうるのではないと思われる。2002年という特定の基準時とは、かわりなく、抽象的に「以前の」、また、「近時の」という表現が許されるのであれば、以前のドイツ法における素因の議論は対立が若干鋭かったようにも思われる。第2章でも示したように、判例の上級審および多数説は素因不考慮原則を強く支持していたのに対して、少数説は、たとえば、Kötz の以前の主張などは協働過失の規定を適用することによる素因考慮を原則とする見解を展開していた。もっとも、それはドイツ法のわが国における紹介がそのように両極端な見解をわが国の論者の主張に沿う形でなされていたからかもしれない。しかし、本稿第3章で検討したように、④の Reiner Schulze の見解、⑥ Kötz / Wagner の見解、⑦の Medicus / Lorenz の見解、⑧の Oetker の見解、⑨の Grüneberg の見解や⑩の Schiemann の見解においては、いずれも、先ず、不考慮原則

34 Gottfried Schiemann, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2 §§249-254 2005 S.80 Rn 32

35 Schiemann, aaO S.82ff Rn 38

36 Schiemann, aaO S.81ff Rn 35, 36, 37

が存在しているという「原則論」を示した上で、その次に、「例外論」としての考慮限界事例を掲げるという論法を採っている。主だった見解の典型的な著述パターンであった。しかしながら、⑤の Deutsch / Ahrens 見解のように、未だ強く不考慮原則を主張するものも見られたことは注意すべきである。

そこで、第3章の検討を受けた筆者の個人的な全体の印象としては、多数説と少数説の対立というのが近時は薄れていて、素因不考慮と言う原則論の上に、限界事例として「例外論」が認められているというが、一般的な学説の傾向ではないだろうか。

以上のような分析をもって本稿を終えるものとするが、ドイツ法には「素因不考慮原則」が圧倒的に存在しているという筆者の以前の印象は弱まった感覚を受けている。紙幅の関係で、本稿では、素因考慮・不考慮という価値判断の検討で終わったことを反省しなくてはならない。

(2012年3月7日脱稿)

(たにくち さとし・本学経済学部准教授)

【追記】

本稿は、平成23年度高崎経済大学特別研究助成金の交付を受けた研究の成果の一部である。