

ヨーロッパ不法行為法原則および 共通参照枠草案（DCFR）と「被害者の素因」

谷 口 聡

要 旨

本稿は、民法の不法行為法における一つの論点である「被害者の素因」について、「ヨーロッパ不法行為原則」および「共通参照枠草案」の関係条文を検討して、わが国に示唆をうることを目的とする。

「被害者の素因」という議論は、被害者が加害行為以前から自らの身体に有している脆弱性を考慮して損害賠償額が減じられるべきか否かという争点である。わが国において学説は減額を認める説と認めない説が対立してきた。また、認める場合の法的構成についても議論される。最高裁判所は1996年に2つの判決を下し、「被害者の疾病」は考慮され減額されるべきであるが、「被害者の身体的特徴」は減額されるべきではないとの立場を示した。

ヨーロッパでは、不法行為法の領域に関して、著名な2つのモデル法典が存在している。一つが「ヨーロッパ不法行為原則（PETL）」（2005）であり、もう一つが「共通参照枠草案（DCFR）」（2009）である。どちらもヨーロッパ各国の有能な民法学者がその英知を結集して編集した法典である。PETLには損害賠償について加害者の「責任の範囲」に関する規定があり、DCFRには「被害者の素因」の文言を直接用いた条文が存在している。

筆者は、これら2つのモデル法典における「被害者の素因」に関する条文とそのコメントおよび注釈を参照して検討し、わが国における議論に示唆を得たいと考える。

I はじめに

本稿は、民事損害賠償法上の一つの論点である「被害者の素因」の問題について、ヨーロッパにおいて研究者がモデル法典として策定した「ヨーロッパ不法行為原則」と「共通参照枠草案（DCFR）」の関係条文を検討し、わが国の議論に示唆を得ることを目的としている。

不法行為の加害者が被害者の身体に対して侵害をなした場合、その結果生じる損害を賠償すべきというのは一般的なルールである。では、この被害者が自らの身体に疾病などの脆弱性を有しており、そのことが要因となって、そのような疾病を有しない健常者

に加害をなした場合よりも大きな損害が発生してしまった場合、加害者は、その被害者の脆弱性を根拠として損害賠償額の減額を認めらうべきであろうかという問題が、いわゆる「被害者の素因」の問題である。このような事例で、加害者の賠償額減額を認めるべきという考え方を「素因考慮説」と言い、認めるべきではないという考え方を「素因不考慮説」という。

わが国では、昭和のモータリゼーションの時代から交通事故が増大し始め、それに伴って、そのような交通事故の被害について民事損害賠償請求を提起するという訴訟も増大した。「被害者の素因」論はそのような訴訟の下級審における裁判例の中から生じた論点であった。以降、後述Ⅱで簡略的に考察するとおり、体質的な素因に関しては、最高裁判所において平成8年（1996年）の判決が下されるまで、裁判例・学説上の非常に活発な議論と素因考慮説と不考慮説の激しい対立を経験した。

そして、最高裁平成8年判決を経た現在では、活発な議論は影を潜めたが、筆者は、法理論的な問題が解決したとは考えていない。最高裁が構成した判例理論についても未解決な部分は存在するし、学説においても、価値判断および法解釈における決着をみたとは到底言えない状況にあると考えている。

そこで、ヨーロッパにおいて法律学の研究者が作り上げた2つの不法行為法モデル法案を検討して、現時点におけるヨーロッパの「被害者の素因」論の到達点を見渡すとともに、わが国の議論に示唆が得られないかを検討する。一つ目としては、「ヨーロッパ不法行為法原則」といわれる不法行為法に限定したモデル法典であり、二つ目としては、「共通参照枠草案」、いわゆる「DCFR」といわれるモデル民法典である。これら2つのモデル法典において、「被害者の素因」に係る条文はどのような規定となっているのか、また、その条文制定の背景にはどのような議論があったのかを条文の「コメント」ないし「注釈」における記述を参考にして探ってみたい。

なお、本稿では、2つのモデル法典を検討するにあたり、筆者は主に「体質的素因」に視点を当てている。また、筆者はこれまで約30年にわたり、「被害者の素因」の問題に検討を重ねてきた¹。したがって、後述Ⅱでは、わが国の議論を詳細に検討することを目的としていないため、紹介できない論文・見解が多数あることをお許しいただきたい。

Ⅱ わが国における「被害者の素因」論の到達点

1 概観

上述のとおり、不法行為法の一大論点になった「被害者の素因」の議論は、わが国の

1 拙稿「寄与度減責理論の展開と本質的課題」明治大学大学院法学研究論集5号（1996）185頁、同「素因考慮の本質と法的構成」同9号（1998）193頁、「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55巻1号（2012）15頁ほか現在に至るまで約15編ほどの論稿を発表する機会に恵まれてきた。

モータリゼーションに伴って増加を始めた交通事故による損害賠償訴訟の中から生じてきた。後述2で簡略的に示すとおり、下級審において素因考慮の裁判例が徐々に増加を始め、そのための法的構成をどのように考えるべきかという学説が登場し始めた。当初は民法709条の要件である因果関係を割合的に考えるという「割合的因果関係論」が主張された。続いて、民法722条2項の過失相殺の規定を類推適用するという構成や、手続法上の問題と捉えて、証明度に応じた賠償額を認容するという確率的心証論などが提唱された。これに対しては、素因を考慮すべきでないという価値判断から、不考慮説がこれら学説を批判した。学説の対立は顕著となったが、最高裁判所は、素因を考慮した下級審裁判例の圧倒的な数の積み重ねの上に、心因的素因につづき、被害者の「疾患」も考慮すべきとの立場が採られた。しかし、その後まもなく、最高裁は、被害者の「身体的特徴」は考慮すべきでないとの立場を示して、判例理論が確立されたように思われる。

以下2節と3節において、判例の展開と学説の展開に分けて簡略的に内容を示したい。

2 判例理論の確立

裁判例においては昭和40年代から素因を考慮するものが見られるようになった。潜在的結核病巣を考慮した東京地判昭和46年2月18日(判時626号68頁)、慢性卵巣欠落症状としての神経症を考慮した東京高判昭和46年8月10日(判時643号40頁)、変形性脊椎症を考慮した東京地判昭和46年8月28日(交民4巻4号1238頁)、動脈硬化を考慮した東京地判昭和46年11月30日(判時657号69頁)などといった裁判例が初期のものに属する。

このような下級審の裁判例は多数に上り、蓄積を重ね続けた。そして、最高裁判所は、昭和63年(1988年)に被害者の心因的要因について、民法722条2項を類推適用するという法的構成により考慮して賠償額を減額することを判示した(最判昭和63年4月21日(民集42巻4号243頁))。

しかし、これは心因的要因考慮の判例であったため、その直後の裁判例では、被害者の体質的な素因について不考慮とするものが存在した(横浜地判平成2年7月17日(判時1381号76頁)、東京地判平成元年9月7日(判時1342号83頁))。

このような下級審裁判例の存在にもかかわらず、最高裁判所はさらにその後、被害者の加害行為以前からの「疾患」についても民法722条2項の類推適用という構成で考慮して減額するという判決を下した(最判平成4年6月25日(民集46巻4号400頁))。

そして、最高裁判所平成8年(1996年)に同一日、同一小法廷、同一裁判官において、2つの判決を下した。一つは、前掲最判平成4年判決を維持して被害者の「疾患」を考慮して減額を図ったものであり(最判平成8年10月29日[平成5年(オ)1603号](交民29巻5号1272頁))、もう一つは、それとは逆に、被害者の「身体的特徴」は考慮してはならないという判決(最判平成8年10月29日[平成5年(オ)875号](民集50巻9号2474頁))であった。ここにおいて判例理論は一応の確立を見たと考えることもできよう。

この最高裁の平成8年の2つの判決は、体質的素因に関しては、素因原則不考慮という立場を示したものと解釈することが一般的なようにも思えるが、「疾患」の考慮が認められる以上、そのような解釈には疑問が残ると考えざるを得ない。また、その他にも問題点が残されていることについて筆者は別稿において指摘した²。

3 学説上の到達点

(1) 素因考慮説に立つ学説と法的構成論

上述のような昭和40年代の下級審の素因考慮事例登場に呼応して、最初に登場した法的構成論は、野村好弘教授の割合的因果関係論であった³。民法709条の要件としての因果関係を割合的に捉えてその割合に応じた賠償額を認容とする見解であった。小賀野晶一教授もこの見解を肯定的に捉えていた⁴。また、証明度に応じて賠償額を認容しようとする確率的心証論が倉田卓次判事によって提唱された⁵。その後、民事訴訟法の研究者であった中野貞一郎教授は、民法722条2項の類推適用によって素因を考慮するという構成を提唱された⁶。後にこの見解は、四宮和夫博士⁷によっても支持され、また、橋本佳幸教授はドイツ学説の詳細な分析を基にしてこの構成を支持した⁸。そして、この説は主流となり判例理論となった。また、このような見解とは別に、山本矩夫判事⁹や大橋堅固判事¹⁰、さらには、林田清明教授¹¹や澤井裕教授¹²は、損害賠償額の算定のレベルで素因を考慮して減額するという構成を主張した。

(2) 素因不考慮に立つ学説

被害者の素因は考慮すべきではないという価値判断から、素因考慮説を批判するとともに、その法的構成論についても批判を加える素因不考慮説も、昭和40年代から主張され始めていた。最初に考慮説に批判的な立場を示したのは西垣道夫弁護士であった¹³。窪田充見教授もドイツ法と英米法の詳細な検討を基にして不考慮説を主張した¹⁴。平井宜雄教授¹⁵、北河隆之教授¹⁶も素因不考慮を主張した。また、前田陽一教授も、素因考慮説が拠り所としていた「公平な損害の分担」という概念にメスを入れて、素因考慮が

2 拙稿「交通事故訴訟における『被害者の身体的特徴』概念の現況」地域政策研究（高崎経済大学紀要）21巻1号（2018）13頁、同「交通事故訴訟における『被害者の身体的特徴』概念の最新状況」同21巻2号（2018）35頁など参照。

3 野村好弘・交通事故民事裁判例集1巻索引・解説号（1968）226頁。

4 小賀野晶一「むち打ち症被害者の適正救済と割合的判断」判タ674号44頁。

5 倉田卓次「被害者の素因との競合」交通法研究14号103頁。

6 中野貞一郎「相当因果関係の蓋然性と損害賠償額」『続民事訴訟法判例百選』168頁。

7 四宮和夫『不法行為』（青林書院1983）456頁以下。

8 橋本佳幸「『過失相殺法理の構造と射程（一）』法學論叢137巻2号16頁<以下「同（五）」迄の分割掲載論文>。

9 山本矩夫「責任および損害の割合的認定」ジュリスト526号124頁。

10 大橋堅固「割合的認定」『交通事故判例百選第二版』75頁。

11 林田清明「判批」判時（判例評論）1253号201頁

12 澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣1993）245頁

13 西垣道夫「『鞭打症』における損害賠償算定上の諸問題」『現代損害賠償法講座7』（日本評論社（1974））309頁。

14 窪田充見「被害者の素因と寄与度概念の検討」判タ558号37頁。

15 平井宜雄「因果関係の適用をめぐる問題点」『現代損害賠償法講座1』（有斐閣1976）110頁。

16 北河隆之「素因減責論の現状と課題」『交通事故訴訟の理論と展望』（ぎょうせい1993）113頁。

「公平」とは言えないという見解を示された¹⁷。そして、吉村良一教授は、民法722条2項の「類推適用」による素因考慮はすべきではなく、本来の「被害者の過失」要件を満たす場合にのみ賠償額減額が図られるべきとの見解を示された¹⁸。

(3) 最高裁平成8年判決以降の主な見解

最高裁判所の平成8年の2つの判決に関する判例評釈および判例研究は多数に上るが、そのような文献の出稿が一段落すると、「被害者の素因」論は落ち着きを見せた。学説の対立は残されたままであったが、判例理論が確立されたように思われる以上、少なくとも議論の実務上の実益はなくなったと言えるであろう。

そのような中でも筆者が目にしたのは、新美育文教授の見解である¹⁹。この見解は、素因考慮・不考慮に関する問題は、「因果関係」(原因)の問題なのか、それとも「帰責性」(被害者自身の責任)の問題なのかという視座を提供した。これまで混沌としてきた学説上の諸見解がこの視座により明快に整理される思いがした。

また、ドイツにおける学説・判例をさらに詳細に行った永田泰之教授の論文²⁰も功績が大きいと言えるであろう。さらには、フランス法を分析した遠藤史啓教授²¹や竹村壯太郎教授²²の研究も高く評価されるべきものである。

しかしながら、敷衍すれば、学説においては、未だ素因考慮・不考慮の価値判断の対立にさえも決着がついたとは言い難い状況である。以下に掲げるヨーロッパのモデル法典の考察を試みたい。

Ⅲ ヨーロッパ不法行為法原則における「被害者の素因」 関連条項の検討

1 「ヨーロッパ不法行為法原則 (PETL)」の法典構成と概観

「ヨーロッパ不法行為法原則 (Principles of European Tort Law)」は、ヨーロッパ各国かの出身者からなる民法の不法行為研究者のグループ (European Group on Tort Law) によって編纂されたモデル不法行為法典である。2005年にその諸条文と注釈が付された出版物とが発行された²³。その巻末には、各国の言語による条文のみの翻訳が付

17 前田陽一「不法行為における『損害の公平な分担の理念』と素因減額論に関する一考察『星野英一先生古稀記念論文集』893頁。

18 吉村良一『公害・環境私法の展開と今日的課題』(法律文化社2002) 314頁以下。

19 新美育文「過失相殺規定において類推適用で処理されてきた問題を正面から規定すべきか」椿寿夫ほか編著『民法改正を考える』(日本評論社2008) 373頁。

20 永田泰之「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 (2011) 25頁<以下「同 (二)」以下における分割掲載論文>。

21 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」神戸法学雑誌61巻1・2号 (2011) 79頁。

22 竹村壯太郎「素因減責の理論的課題 (1) -フランス法との比較検討から」上智法学論集 55巻2巻 (2011) 69頁<以下「同 (2・完)」における分割掲載論文>。

23 European Group on Tort Law, "Principles of European Tort Law Text and Commentary" 2005, it's indicated as "PETL" down below in this paper.

されており、日本語訳はKiyooki Fukudaの手によって施されている²⁴。以下では、「ヨーロッパ不法行為原則」を「PETL」と称することもある。

不法行為法典PETLは、大きな編構成は、「第一編 基本規範」「第二編 責任の一般的要件」「第三編 責任の基礎」「第四編 抗弁」「第五編 多数の不法行為者」「第六編 救済手段」の6編となっている。本稿本章Ⅲでは、このうち、「被害者の素因」と関係のあると考えられる「第二編 因果関係」の2つの条文Art.3:106およびArt.3:201と、寄与過失のとの関係からあるいは関係する可能性のある「第四編 抗弁」におけるArt.8:101、そして、賠償額において減額を図ることを趣旨とする「第五編 救済手段」におけるArt.10:401の条項を採り上げて検討することとする。

2 PETLにおける成立要件としての因果関係と素因

最初に検討する条文は、「第二編 責任の一般的要件 (Title II General Condition of Liability)」²⁵、「第三章 因果関係 (Chapter 3 Causation)」²⁶、「第一節 必要不可欠条件と原因適格性 (Section 1 Conditio sine qua non and Qualifications)」²⁷における「第3:106条 被害者の領域内の不確実な原因」²⁸である。なお、本条文に続いて述べられている「コメント (Comments)」はJaap Spierの担当執筆である。

(1) 条文の翻訳²⁹

Art.3:106 被害者の領域内の不確実な原因 (Uncertain Causes in the Victim's Sphere)

損失が被害者の固有領域内で或る行為、出来事またはその他の状況によって引き起こされたかもしれない蓋然性に対応した範囲で、被害者は、その損失を負担しなければならない。

(2) 概観

以下に、本条文に関して、Jaap Spierによって述べられた「コメント」を掲載しつつ、検討を行うこととする。

Jaap Spierは、コメントの冒頭で次のように述べている³⁰。

「Art.3:106は、一人もしくはそれ以上の責任のある第三者によって引き起こされたまたは被害者の領域に存在する損失について規定している。そのような場合、被害者は、

24 Kiyooki Fukuda, PETL *ibid.*, pp.230-236

25 PETL, *ibid.*, p.19f.

26 PETL, *ibid.*, p.43f.

27 PETL, *ibid.*, p.43f.

28 PETL, *ibid.*, p.56

29 See, PETL, Japanese Translation, Kiyooki Fukuda, *ibid.*, p.231

30 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.56 para.1

原因が被害者自身の領域に存在しうる範囲でその損失を負担しなければならない。この条文の意味において被害者の領域における原因とは、それが実現した事例における損失の「あれなければこれなし」の条件であるべきであることを留意すべきである」としている。

次に、第8:101条「被害者の寄与的な態度または行為」と本条との関係について、以下のように述べている³¹。

「被害者の行為によって損失が引き起こされる場合には、第一の場面で被害者の領域に原因が存在している。そのような事例はしばしばArt.8:101によっても適用されうる。しかし、われわれが後述において強調するように、本条文は、それらの事例にも同様に適用されうるものである」。また、「Art.8:101 para.3においては、被害者の補助者が寄与している場合にも、原因が被害者の領域に存在するとしている」としている。

そして、寄与過失のような被害者の行為などとは異なる場合について次のように述べている³²。「第三に、Art.8:101とは異なり、地震や嵐のような自然現象、心臓発作もしくはその他の疾病のような第三者の行為とは無関係なことは、そのようものとして分類されうる」。「これらの行為、(自然現象を含む)出来事もしくは諸状況のうちの一つが損害を惹起したかもしれない場合には、被害者は、そのような原因が被害者自身の領域内に存在しえた範囲において被害者の損失を負担しなければならない。これはArt.8:101に従うものではなく、この種の問題はこの章で取り扱う。Art.3:106はArt.3:103³³の補充規定である」としている。

そして、以下のような具体例を挙げて説明している³⁴。

「登山家が落石により負傷した。同時に、第二の落石がもう少しでその登山家に当たるところであった。一方の落石はDのネグリジェンスによって引き起こされた。もう一方の落石は野生のカモシカによるものであった。どちらの岩が登山家に当たったのかは不明確である。われわれのグループは、ほとんどの法制度はそのような事例において因果関係を否定するに思われるにもかかわらず、この類型の事例においてArt.3:106が適用されることに適合していると考ええる。Art.3:106は、誰かが責任を負う原因と「被害者の領域内」の原因を区別しておらず、とりわけ、誰も非難されることができない原因とそうでない原因を区別していない。それは誰か他の者の領域に属するものであり、これらの原則または他の適用可能な準則に合致している」としている。

(3) 「割合的責任」という考え方

続けて、コメントにおいて、Jaap Spierは、次のように割合的責任という概念を持ち

31 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.56 para.2.3

32 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.56f. para.4.5

33 See, Art.3:103[alternative cause]

34 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.57 para.6

出してその説明をしている³⁵。

「Art.3:106は、被害者の領域に属する（「かもしれない」）潜在的原因を取り扱っているので、部分的には機会の喪失の概念（*perte d'une chance*）を基礎としている。すでに前述したように、いくらかの範囲において我々の原則は割合的責任を基礎としている。その割合的責任は、我々のグループが理想的な解決とは思っていないもの、この事例の類型に対して最も有用なものと考えているものである。しかし、我々は、因果の關係のすべての可能性を実用的ではないという評価を行っている」。

続けてさらに詳しく説明を述べている³⁶。

「科学調査における進歩は、しばしば大昔からなされてきた（いわゆる「新たなリスク」と呼ばれる）特定の損失と行為の間の可能性「あれなければこれなし」關係をより一層類繁に立証することを可能にする。我々は、Art.3:106（より特定のには機会喪失の原理）がそれらの事例に適用できるか否かという問題について視座を表明しない。しかしながら、我々のうちのほとんどの者は、この領域に、少なくともいくらかの注意を払うことに賛成している。科学の専門家の見解が分かれている間は、我々は、一般的な準則としてArt.3:106を適用することに承諾しがたい気さえする。多くの科学の専門家がその見方に異議申し立てをする一方で、一部の科学者が因果關係は立証しようとする見解を示す場合、損失が第三者が責任を負う行為によって引き起こされたかどうかの論争がオープンになるように思われる。そのようなことはすべて大昔におこなわれたものである。しかしながら、数人のメンバーは、この領域においてもまた、予防の原則の重要性を強調することについてより情け深いアプローチに賛成している」としている。

Jaap Spierは、本条文のと「割合的責任」の考え方の關係について以下のように述べている³⁷。

「上記Art.3:103で言及したように、Art.3:106のアプローチは、しっかり確立された蓋然性の比較衡量の原理として基礎とされるコモンローの一つのステップであると認識している」。「境界線上の事例における蓋然性の比較衡量の原理の困難さとは別に、我々のほとんどの者は異なったアプローチを選好する。結局、我々は以下のような視点に立っている。不法行為者が全損失を引き起こしたか否か少なくとも非常に不確実である場合不法行為者が100%の支払をしなければならないということを我々のほとんどの者に主張しない一方で、同じく49%の機会がある場合に被害者にまったく賠償額を認めないのは非常に苛酷である。ヨーロッパの視点で見た場合、蓋然性の比較衡量の原理を支持する共通の柱はほとんど存在していない。その上、コモンローの世界においてもそれについてはいくらかの議論が存在しているように思われる。最終的に、この原理の採用は、その原理を知らないほとんどのヨーロッパ諸国－非コモンローの諸国－にとって深刻な

35 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.57 para.7

36 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.57 para.8

37 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.57f. para.9,10

困難を創出するであろう。この関係において、このコモンロー原理は手続法／証拠法において研究調査されることを留意しなければならない。しかし、後者は、すべてを移植することをより困難とさせるほとんどヨーロッパの法域において異なっている」としている。

(4) 「割合的責任」の具体的な該当事例

割合的責任による解決が妥当する実際の具多的な事案について、Jaap Spierは次のように述べている³⁸。

「住民10,000人の小さな町の1%の住民(P1-100)は非常に危険な疾病に罹患した。0.05% (すなわち、5人)が通常であるので、このパーセンテージは極度に高い。罹患者の甚大な増大は隣接する工場Dによるネグリジェントな放出により引き起こされたものであるかもしれない。時間的な一致もまたほとんどないようであった。—証拠の問題として—裁判所が高いパーセンテージは時間的一致の問題ではないと十分に確信した場合には、本条文が適用される。それぞれの被害者の観点からは、被害者の疾病がDによって引き起こされたか否かは証明することができない。結局、(より小さな5%という例において)工場の存在がなかったとしてもとにかく存在したであろう統計的な機会が存在する。Art.3:106に一致して、後者のリスクは被害者自身により生み出されたものでなければならない。したがって、理論的には、P1-100は被害者それぞれの「損失」の95%について賠償される」としている。

さらに続けて³⁹、「しかし、Art.3:106は注意して適用されなければならない。すべての統計上の蓋然性の超過において責任を発生させるべきではない。例えば、我々の例において、パーセンテージが0.05ではなく0.06 (または、たぶん0.09)であった場合、そのようなパーセンテージは因果の関係というよりもむしろ無作為の変化域の結果の(科学的証拠を基礎とした)事例でありうる。例えば、通常のガンの割合は、1000人に2人であることを想起してほしい。この通常の数値ではなく、3人が罹患した。これはDのネグリジェントな放出によるかもしれないが、統計の「通常の偏差」でもありえる。因果の関係が重要ではないということは絶対的ではないことが称賛される。一般的な準則として、単なる危険—すなわち非常に小さな—機会は十分ではないであろう。したがって、この条文の適用への注意は、いくつかのヨーロッパの法制度における法状況の線に全体として沿ったものである」とする。

また、医療過誤の事例にも以下のように触れている⁴⁰。「さらなる例は、医療過誤の事例である。患者が深刻な病気に罹患した。しかし、その疾病は「自然な」原因を有するものであった。その医師は、その過誤が疾病を引き起こした範囲について責任を負

38 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.58 para.11

39 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.58 para.12

40 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.58 para.13

担する」としている。

また、「機会の喪失」事例として、次のような例を挙げて説明する⁴¹。

「機会の喪失とは関係の無い一つの例はすでに、前掲Art.3:104⁴² para.1 (地震)において述べたとおりである。さらなる例は以下のようなものである。Pは、Dにより引き起こされた自動車事故により深刻な負傷を負った。Pは彼の仕事に復帰するために十分には回復しなかった。病院において、彼は心臓発作を起こしたが、それは自動車事故とはまったく無関係なものであり、あるいは、だれか他の者が責任を負う別の原因であった。その事故が無かったならば、Pは残りの人生の間働くことができなくなっただろうかもしれない。収入喪失に対するPの請求に関しては、Art.3:104 para.2(b)の観点からArt.3:106が適用される。心臓発作による収入喪失に対するPの請求は、彼自身の領域、すなわち、心臓発作における発生という理由でおそらく50%減額されるであろう」としている。

最後に、割合的責任を生じうる因果関係の寄与が非常に僅少である場合について以下のように説明している⁴³。

「可能性のある寄与が非常に小さい（ゼロに近接する）かまたは非常に大きい（100%に近い）のどちらかという場合の事例においてArt.3:106が適用されるべきかどうかという論争はオープンなものである。同様に、上述No.13で議論した事例において自然的原因により疾病に罹患する機会が言わば98%であるような場合、裁判所は、過誤によって引き起こされたかもしれない小さな機会を無視するであろう。そして、それとは逆に、自然的原因による罹患の機会が言わば2%であるような場合、医師は完全な責任を負うものと判示されるであろう」としている。

(5) 筆者による若干の検討

この条文の見出しは「被害者の領域内の不確実な原因」である。「被害者の素因」の考慮を価値判断として肯定するのか否定するのかに関しては、「被害者の領域内の原因」という概念は非常に重要な意味を持っている。被害者の素因とは、被害者の身体に宿るものであるから、そこはまさしく「被害者の領域」となる。ドイツで寄与過失の規定を素因減額の根拠条文とすべしとする少数の学説は、この発想を拠り所としている。しかし、本条文のコメントにおいては、医療過誤事例が提示されたものの、被害者の素因一般論には言及されておらず、PETLの研究者グループは、この条文を根拠とした素因減額を念頭に置いていないように思われる。

そして、第二には、この条文は、成立要件としての因果関係を規定する諸条文が組み込まれた第二編の中に置かれたものであることから、割合的に責任を減じて、賠償額を

41 Jaap Spier, PETL, *ibid.* p.58f. para.14

42 See, PETL, *ibid.* 3:104[potential cause]

43 Jaap Spier, PETL, *ibid.* p.59 para.15

減額するという考え方は、わが国の「割合的因果関係論」に通じるものがあると考えられる。しかし、著者も認識しているとおり、そのような考えはヨーロッパにおいて主流とは言い難いものと言える。

ある意味においては、このような発想が真正面から論じられることは画期的であろうが、成立要件を割合的に把握するという発想は、未だ挑戦の域を出ていないようにも見受けられる。

3 PETLにおける「賠償の範囲」規定と素因

次に検討する条文は、「第二編 責任の一般的要件 (Title II General Condition of Liability)」、「第三章 因果関係 (Chapter 3 Causation)」の「第二節 第一節 責任の範囲 (Section 2 Scope of Liability)」⁴⁴における「第3:201条 責任の範囲 (Section 2 Scope of Liability)」⁴⁵である。なお、本条文に続いて述べられている「コメント (Comments)」もまたJaap Spierの担当執筆によるものである。

(1) 条文の翻訳⁴⁶

Art.3:201 責任の範囲

行為が本章第1節の意味における原因である場合に、損害が或る者に帰責されうるか否かおよびどの程度帰責されうるかは、次のような要因により決まる。

- a) 特にその損害をもたらす行為と結果との間の時間的もしくは空間における近さと、またはそのような行為の通常の結果との関係で損害の重大性を、考慮に入れた上での、行為の時点における合理人にとっての損害の予見可能性、
- b) 保護される利益の性質と価値 (第2:102条)、
- c) 責任の基礎 (第1:101条)、
- d) 生活の通常のリスクの範囲、および、
- e) 違反された規則の保護目的

(2) 概観

本条文において、「被害者の素因」と直接関係するコメントが登場する。「エッグ・シェル・スカル (Egg Shell Skull)」準則とは、コモンローの伝統的な素因不考慮準則のことである。すなわち、「卵の殻のように薄い頭蓋骨」という表現は、被害者の身体的な脆弱性の比喩表現である。コモンローにおいては伝統的にこの準則により、被害者の素因は不考慮とする価値判断が採用されてきた。

44 PETL, *ibid.*, p.59f.

45 PETL, *ibid.*, p.59f.

46 See, PETL, Japanese Translation, Kiyooki Fukuda, *ibid.*, pp.231-232

以下に、Jaap Spierのコメントの「1 導入」という小項目の冒頭の記述を参照する⁴⁷。

「実務的な目的を理由から、すべての（ヨーロッパ）の（後掲）法制度は次のことを受け入れている。すなわち、損失と行為の間の「あれなければこれなし」の関係が立証されるという事実のみではすべての損失の結果が責任を負担する者によって賠償しなければならないということを意味するものではない。すでに上述しとおり、このことはベルギーおよびフランスにおいてさえも真実であるように思われる。結局、両国における事件の裁判の結果は、後掲のその他の国と比較しても大差はない」。

さらに以下のように続けている⁴⁸。「様々な法制度の間の現実の相違は、数人の者は、因果関係の部としてのArt.3:201において取り扱う問題と理解するが、一方で他の者は、法的手段と無関係なものとして理解するということであるように思われる。しかし、(理論的に言えば)、わずかな例外は存在するものの、もちろん、すべての法制度は、空は限りないと認識している。したがって、実務的な理由に関しては、相違は非常に限定的である」。

そして、前節と本節との関係に簡潔に言及し、「我々は、第3章（因果関係）において並立に論じた「あれなければこれなし」(Section1)と責任の範囲（Section2）の間の区別によってこの種の議論を回避したことを認める」と述べている⁴⁹。

(3) 責任の範囲と「素因不考慮」

次に、Jaap Spierは「2 責任の範囲は一連の関係する要因に依拠する」という小項目において、以下のように切り出している⁵⁰。

「Art.3:201は、Section1の要件が満たされる場合に機能を果たすに至るのみである。潜在的、競合的もしくは択一的原因が十分でありうることを意味している（Art.3:102—Art.3:104参照）」。

そして次のように判例を採り上げて、責任の範囲がいくつかの一連の要因によって決定されるものであると説明する⁵¹。

「Art.3:201によれば責任の範囲は関係する一連の要因に依拠する。このことは決して革命的なものではなく、Blue Cross & Blue Shield of New Jersey Inc. v. Philip Morris Inc. において優れてかつ説得力をもって判示されている。『近因は、コモンローにおいてさえも不明確な概念である。Associated Gen. Contractors v. Cal. State Council of Carpenters, 459 U.S. 519, 537-37, 103 S. Ct. 897, 74 L.Ed.2d 723 (1983)を参照されたい』。『起こりうるであろう請求の無限の多様性は、すべての事例の結果を記述するであろう

47 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.59f. para.1

48 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.60 para.2

49 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.60 para.3

50 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.60 para.4

51 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.60 para.5

ブラック・レター準則の通知を実質的に不可能なものとするであろう。その代わりに、事前の判決の下された事例は、法が説く敵の状況における救済を許すかどうかを決定するに際して判断を実行することを制限しかつ導く要因を確認する。』⁵²とされている。

また、責任の範囲を決定する諸要因は、判例法から確立されていたものであるとして、次のように述べている⁵²。

「Art.3:201 a-e において言及される要因は、一連の諸事例から借用したものであり、国の判例法によって助長されたものである。このリストは、包括的なものではない。その理由により、我々は「そのような諸要因」と述べているのである」としている。

そして、本条文が規定している「諸要因」について、以下のように述べている⁵³。「ほとんどの事例において様々な要因が機能を果たすであろう。(a)、(b)および(e)はおそらく最も重要な要因である。大ざっぱな指針としては、責任は、損害が行為の時点で合理的に予見可能でなかった場合、容易には立証できないであろう。他方において、(e)の下で言及されている規準に合致しない場合、注意と帰属が要求されるであろう。しかし、意図的な事例においては例外が適用されうる。さらに、特に(深刻な)人身侵害の事例では、自由の帰属が、公正の要求に合致するために要求されうる」。

そして「エッグ・シェル・スカル」準則について明確に以下のように言及している⁵⁴。「後者はよく知られた「エッグ・シェル・スカル」事例によって描写されることができる。この事例の類型は、相対的に珍しいものであり、その上、現実には予見可能なものではない。しかし、損失は責任を負担する者に帰するであろう」として、被害者の素因は現実には予見不可能であったとしても、考慮・減額の対象とはならないという価値判断を支持している。極めて簡潔な著述であるものの「エッグ・シェル・スカル」準則の支持が表明されていることを見逃してはならない。

さらに、以下のようにJaap Spierは続けている⁵⁵。

「その関係する諸要因は異なる方向を示しうる。例えば、人身侵害は高度な保護に値する (Art.2:102 para.2)。厳格責任 (Art.5:101) は、非常に広い範囲の責任立証に際して、いくらかの軽減についての合理性がありうる。したがって、人身侵害がArt.5:101において言及された行為によって引き起こされた場合、同時に、注意と自由の帰属に関して合理性がありうる。それらの—および多くのその他の—事例において、それら関係諸要因は相互に比較検討されなければならない。上述欄外ナンバー 7 および 8 の考察は指導原則として役立つ」。

そして、この小項目の最後に、非常に簡潔であるものの重要なことを付け加えて述べている⁵⁶。「Art.3:201は裁判所に十分な自由裁量権を認めるものである」と。

52 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.60 para.6

53 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.60f. para.7

54 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.61 para.8

55 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.61 para.9

56 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.61 para.10

(4) 第三者の行為が意図的ないし重大な過失によるものである場合

次に、Jaap Spierは「3 第三者の意図的行為もしくは重大なネグリジェンスによる行為の介入」という小項目を設けて以下のように述べている⁵⁷。

「このグループは、いくらかの期間にわたって、第三者の意図的行為もしくは重大なネグリジェントにより行為の介入が別の者の責任の範囲を制限すべきか否かについて議論してきた。数人のメンバーはそのような準則に賛成であった。その他のメンバーはこの方法において裁判所のネクタイをより一層締めることに気が進まなかった。彼らの観点においては、そのような準則が適用される場合には認容される責任の範囲を超えるか否かは特定の事例の状況に大きく左右されるというものであった」とする。

さらに続けて以下のように述べる⁵⁸。「Art.3:106は、先のパラグラフにおいて議論された問題に取り組むための基礎として役立つかもしれない。そのような行為が被害者の領域内に存在する場合、被害者は対応する損失を負担しなければならない。したがって、その行為が十分な程度に被害者の領域内に存在している場合、被害者は責任を負う者からその損失の小さな一部のみを賠償請求することができる。特に、被害者の領域内に存在していない部分についてのみである」。

(5) 責任の範囲を決定するための「諸要因」各々についての議論

続いて、Jaap Spierは、本条が第a)号から第e)号において掲げている責任範囲決定のための5つの要素について、「4 関係する諸要因」という項目の中にさらに各々の小項目を設けて説明を行っている。

① 第a)号「予見可能性」

ここでは、冒頭において以下のように述べている⁵⁹。

「予見可能性は最も重要かつ最も適用される要因である。予見不可能な損失は、多かれ少なかれ、自動的に責任が帰属しないということは多くの法制度において認識されている。判断基準は客観的なものである（予見されたものではなく予見可能性である）」としている。

そして、具体例を挙げながらさらに詳しく論じている⁶⁰。

「一般準則として、損害の大きさのようなことは責任を負う者に損失を帰せしめることをやめる十分な理由ではない。例えば、石油精製所の爆発は非常に甚大な損失を引き起こしうる。Art.10:401⁶¹は、必要となった場合にそのような事例に取り組むための道具を提供する。しかし、大きさはその行為により通常引き起こされる損失を十分に超過する可能性がある。そのことはいくらかの責任軽減に対する理由となりうる。すなわち、

57 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.61 para.11

58 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.61 para.12

59 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.61 para.13

60 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.61f. para.14

61 See, PETL, *ibid.*, 10:401[Reduction of Damage]

自動車の衝突は通常その自動車および一人もしくは複数の乗客の人身侵害の損害を結果として引き起こす。いくらか不運な場合、いわばその損失は数百万ユーロという額にのぼりうる。Dはタクシーと衝突したとする。そのタクシーは、年収25百万ユーロをそれぞれ稼ぐ会社の社長を乗客としていた。その事故により、彼らは数年間仕事に従事することができなくなった。この損失はどちらかと言えば衝突の通常の結果によるものであるように思われる。したがって、他の関係諸要因にも依拠して、Dにすべての責任を帰せしめることができないということには議論がある」としている。

さらに別の具体例を挙げて以下のように論じる⁶²。

「事件後長期間を経て発生した(新たな)損失の場合、このことはいくらか注意の帰属を主張しうる。すなわち、Pは交通事故の結果として脚を失った。数年の後に、彼は家の火災から素早く逃れることができなかった。国の法制度はこの種の事例と明らかに格闘してきた。ある者は、異なったアプローチが採用されるべきであることを想像したが、他方においては、その結果もまたその損失の性質および責任の基礎に依拠するであろうと想像した」とする。

② 第 b) 号「保護利益の性質と価値」

この小項目では以下のことのみが述べられている⁶³。

「保護利益の性質と価値はArt.2:102⁶⁴で言及されている。その条文において、我々は「利益」の種類順位を提供した。ある価値に設定される価値が高ければ高いほど、より広い範囲の帰責性が一般的に認められる。薄い頭蓋骨の準則は、この一例に属するものであり、(ほとんど)すべての法制度においてそのように認識されている」としている。

ここにおいて、PETLは、「被害者の素因の問題」を「責任の範囲」において処理されるべき問題と位置付けていること、および、本条第 b) 号の適用を根拠として「被害者の素因」が考慮されるべきでないとの価値判断に立っていることが明白となった。

③ 第 c) 号「責任の基礎」

Jaap Spierはこの要素に関しては以下のように述べている⁶⁵。

「責任の基礎もまた、責任が厳格責任と比較した過失を基礎とする場合、広い帰責性がより妥当なものであるように思われることにおいて、役割を演じている。すでに前述したように、すべての関係する諸要因が考慮されるべきである」とし、さらに続けて、「過失もしくはArt.5:101(厳格責任)のどちらか一方を基礎とする責任が特定の利益の保護を目的としている場合、一般準則として、我々はそれらの損失は賠償されなければならないであろうと考える」としている⁶⁶。

62 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.62 para.15

63 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.62 para.16

64 See, PETL, *ibid.*, 2:102[Protected Interests]

65 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.62 para.17

66 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.62 para.18

④ 第d)号「一般生活上の危険」

ドイツ法などではよく用いられる「一般生活上の危険」概念も本条の要素の一つとなっている。同じくドイツ法ではこの概念を根拠として素因考慮・不考慮に境界付けを使用とする判例・学説もみられるところとなっている。Jaap Spierは、この要素について以下のように述べている⁶⁷。

「一般生活上の危険はいくらか不確定な概念である。それは、PがDに責任のある自動車事故に巻き込まれた場合に機能するかもしれない。Pはわずかな傷害しか負わなかった。数日後彼は彼の医師に相談することを決めた。医師の所へ行く途中で彼は再び自動車に衝突された。後者の事故は一般生活上の危険の結果としてみなされうる。そこにおいては、誰もがそのような事故に巻き込まれることになるような危険を負担しているのである。第二の事故は、責任のある地位に置かれないことが適切であるべきという意味において、第一の事故とは完全に無関係であるように思われる。一方、第一の事故が第二の事故に巻き込まれる機会を増大させた場合（すなわち、その傷害が深刻であり、その被害者は高速度な運搬で病院に直送されなければならなくなり、その途中で病院の救急車が自動車と衝突したというような場合）、後者はもはや一般生活上の危険であるとみなされない」としている。

さらに、前掲Art.3:106との関係について以下のように触れている⁶⁸。

「一般生活上の危険」とArt.3:106はいくらか重なり合うことが明白である。上述の例では、第二の事故が被害者の領域内の原因として理解される場合には、Art.3:201(d)はもはや機能しない」としている。

⑤ 第e)号「規範の保護目的」

規範の保護目的に関しては諸外国で多くみられる判断基準であるといえる。Jaap Spierは以下のように述べている⁶⁹。

「規範の保護目的はむしろ帰責の範囲に関して重要な役割を果たすということは、上述(c)で述べてきたことに追従するものである。規範が明確に特定の損失に対する保護を目的としている場合、その損失は例外的にのみArt.3:201の範囲は入らないことになるであろう。規範が明示的に特定の利益のみを保護することを目的としている場合、それ以外の損失はArt.3:201の範囲には入らないであろう。しかしながら、後者の事例の類型においては、Art.3:201は、しばしば、おそらく結局は立証されないであろう責任として機能しないであろう」。

(6) 筆者による若干の検討

この「責任の範囲」に関する条文の検討によって、PETLが「被害者の素因」の問題

67 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.62f. para.19

68 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.63 para.20

69 Jaap Spier, PETL, *ibid.*, p.63 para.21

を個々に位置付けており、かつ、「エッグ・シェル・スカル」準則を適用・肯定して、素因不原則不考慮の価値判断に立っていることが明らかとなった。Jaap Spierのコメントの著述は簡潔なものであるが、研究グループの考えがここにあると捉えてよいであろう。

4 PETLにおける「寄与過失」規定と素因

次に検討する条文は、「第四編 抗弁 (Title IV Defences)」⁷⁰、「第八章 寄与的な態度または行為 (Chapter 8 Contributory Conduct or Activity)」⁷¹における「第8:101条

被害者の寄与的な態度または行為 (Contributory Conduct or Activity of the Victim)」⁷²である。なお、本条文に続いて述べられている「コメント (Comments)」はMiquel Martin-Casalsの担当執筆である。

(1) 条文翻訳⁷³

Art. 8:101 被害者の寄与的な態度または行為 (Contributory Conduct or Activity of the Victim)

- (1) 被害者の寄与的過失、および被害者が不法行為者であったとしたならば被害者の責任を根拠づけるかまたは縮減するに重要であろうその他の事由をまさに斟酌することによって考えられる範囲に、責任は、排除または縮減されうる。
- (2) 損害賠償が或る者の死亡に関して請求される場合、責任は、その死亡者の態度または行為により、本条(1)にしたがい、排除または縮減される。
- (3) 被害者の補助者の寄与的な態度または行為が、本条(1)にしたがって、被害者の回復されうる損害賠償を排除または縮減する。

(2) 筆者による若干の検討

いわゆる寄与過失による免責ないし減責の規定である。わが国では民法722条2項の過失相殺の規定の類推適用により「被害者の疾病」を考慮しようというのが判例理論である。

しかし、PETLにおいては、本条文の文言からも明らかなように、寄与過失の規定を根拠とした素因減額の一般論は存在していないと考える。前節3で検討した第3:202条のコメントが明確に述べているように、PETLは、「保護される利益の性質の価値」という責任範囲の判断基準を採用して、かつ、「エッグ・シェル・スカル」準則を採用して、

70 PETL, *ibid.*, p.120f.

71 PETL, *ibid.*, p.130f.

72 PETL, *ibid.*, p.130f.

73 See, PETL, Japanese Translation, Kiyooki Fukuda, *ibid.*, pp.233-234

素因不考慮とするのが原則的立場である。本条は、参考までに掲載した。

5 PETLにおける損害の減額条項と素因

次に検討する条文は、「第六編 救済 (Title VI Remedies)」⁷⁴、「第10章 損害 (Chapter 10 Damages)」⁷⁵、「第4節 損害の減額 (Section 4 Reduction of Damages)」⁷⁶における「第10:401条 損害賠償の縮減 (Reduction of Damages)」⁷⁷である。なお、本条文に続いて述べられている「コメント (Comments)」はOliver Moëtreauxの担当執筆である。

(1) 条文翻訳⁷⁸

Art.10:401 損害賠償の縮減 (Reduction of Damages)

例外的な事例において、当事者の経済状態を勘案して、完全な賠償が、被告にとって耐えがたい負担となるであろう場合には、損害賠償は、縮減される。縮減するかどうかを判断するに際して、責任の基礎 (第1:101)、利益の保護範囲 (第2:102)、および損害の重大性がとくに考慮に入れなければならない。

(2) 概観

本条のコメントを担当執筆しているOliver Moëtreauxは、コメントにおける「1 概観」という項目で以下のように述べている⁷⁹。

「この条文は以下のような例外的事例において責任を軽減することを裁判所に認めるものである。すなわち、家屋を全焼させてしまった14歳の少年の事件でその家屋の所有者に賠償する資力を有しないような場合である。この問題はいくつかの国々の法制度において報告されているものである⁸⁰が、他の国の法制度においても裁判官はそのような表明をすることなしに軽減する傾向があるものである。減額条項の認識は裁判官に注意深くかつよりオープンに以下のことを考慮することを招来させる。すなわち、当事者の財産的状况、責任の基礎、利益保護の範囲および損害の大きさである。保険の補償によって被害者に利益がもたらされるという事実は常に考慮される。この減額条項は、破産法に介入するものではなく、破産法が同様の解決を導く場合であっても関係は無い」としている。

74 PETL, *ibid.*, p.149f.

75 PETL, *ibid.*, p.149f.

76 PETL, *ibid.*, p.179f.

77 PETL, *ibid.*, p.179f.

78 See, PETL, Japanese Translation, Kiyooki Fukuda, *ibid.*, p.236

79 Oliver Moëtreaux, PETL, *ibid.*, p.179 para.1

80 Oliver Moëtreaux, PETL, *ibid.*, p.179 fn.1 : E.g. in Denmark (§19 Erstaningsansvarsolven), Finland(Chap.2 §1 para.2 Vahingonkorvauslaki), the Netherlands(Art.6:109 Nieuw Burgerlijk Wetboek), Norway (§5-2 Skadeserstatningsolven), Poland(Art.440 Codice civil), Spain(Art.1103 Codice civil), Sweden(Chap.6 §2 Skadestandslagen), Switzerland(Art.43 sec.1, Art.44 Obligationenrecht, see also Art.52 of the Draft Revision of Swiss Tort Law)

(3) 筆者による若干の検討

本条は損害賠償額の減額条項である。しばしば「被害者の素因」については、考慮しようとする論者は、その法的構成に頭を悩ませるように見受けられる。特に、わが国のような一般的減額条項を持たない民法典にとっては、難しい解釈論の展開を迫られることになる。本条はPETLの最終条文であり、減額条項としての一般性があると捉えることも不可能ではないかもしれないとの考えに基づいて検討対象としたものである。

しかし、本条の文言で「経済的弱者」といっているのは、「未成年者」のような者が典型的に念頭に置かれたものであることがコメントから明らかである。また、コメントの脚注1では、本条が参考とした各国の減額条項が引用されているが、コモンロー諸国が一つも挙げられておらず、また、一時期減額条項が立法論として議論になったドイツ法にも触れられていないことなどからも、本条はの設置に際して、立案者に「被害者の素因」は念頭に置かれていなかったことが明確にうかがえる。

PETLの研究者グループの意図としては、本条を根拠とした素因減額は念頭に置かれていなかったと判断することが妥当であると思われる。

IV 共通参照枠草案 (DCFR) における「被害者の素因」規定の検討

1 「共通参照枠草案」の法典構成と「被害者の素因」規定の位置づけ

「共通参照枠」とは、正確には『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則 共通参照枠草案 (Principles, Definitions and Model Rule of European Private Law Draft Common Frame of Reference)』のことである。ドイツ民法学者Christian von Barによって構想され、研究者グループが構成されてヨーロッパにおける英知が結集され作り出されたモデル民法典である。条文のみが掲載された「概略版」とそれにコメントや注釈を加えて掲載されている「完全版」があるが、「概略版」に関しては日本語訳の著書が窪田充見教授らによって出版されている⁸¹。本稿では、「概略版」の条文訳を参考としつつ、主として「完成版」に掲載されているコメントや注釈を十分に踏まえて検討することとしたい。

「共通参照枠草案の完成版」の「第4巻」⁸²に、「被害者の素因」に直接言及している条文が置かれている。「共通参照枠草案」の「第VI編 他人に生じた損害に基づく契約外責任 (Book VI Non-contractual liability arising out of damage)」は全6章から構成されており、「第1章 総則」「第2章 法的に重要な損害」「第3章 帰責」「第4章 因果関係」「第5章 抗弁」「第6章 救済手段」となっている。そして、「第4章 因果関係」の冒頭規定において「被害者の素因」について条文の文言で直接言及している

81 窪田充見ほか監訳『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則—共通参照枠草案 (DCFR)』(法律文化社2013)。

82 Ed, Christian von Bar and Erik Clive, "Principles, Definitions and Model Rule of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition VI.4, 2009; it's indicated as "DCFR" down below in this paper.

規定が存在するので、本稿では、以下にその特定の条文のみを考察する。

なお、以下では、「共通参照枠草案」を「DCFR」と称することもある。

2 「共通参照枠草案」における「被害者の素因」規定の検討

「被害者の素因（“injured person’s predisposition”）」を条文の文言の中に直接とりこんでいるのは、「共通参照枠草案」「完全版第4巻（Volume 4）」において記載されている「第VI編 他人に生じた損害に基づく契約外責任」の「第4章 因果関係」の冒頭規定である「総則（IV-4:101: General rule）」⁸³である。

(1) 条文翻訳⁸⁴

IV-4:101:General rule（第101条 総則）

- (1) 損害が以下の結果であるとみなされる場合には、ある者が他人に対して法的に重大な損害を発生させたものとする。
 - (a) その者の行為、または、
 - (b) それに対してその者が責任を負う危険の源
- (2) 人身侵害または死亡においては、被った侵害の種類もしくは程度に関して被害者の素因を考慮してはならない。

(2) コメントにおける「総説」

本条文は第1項と第2項とから構成されるが、第1項では因果関係に関する原則規定を、そして、第2項において「被害者の素因」考慮されてはならないことが規定されている。契約外責任の要件である「因果関係」の冒頭規定第2項にこのような「被害者の素因不考慮」の趣旨が明確に規定されていることは大きな意義があると理解すべきであろう。

コメントの「総説」は第1項の内容も含めて以下のように記している⁸⁵。

「パラグラフ(1)は因果関係における一般準則を含んでいる。それは以下の両方の因果関係に関係している。人間の行為による損害の因果関係と、責務の根拠が人間の行為というよりはむしろ危険の源についてのある者の責任という事例の損害の因果関係である。後者においては法的に重要な損害は危険の源により引き起こされたものでなければならない。本条は、本編（法的に重要な損害と責務）の下に責任に対する3つ不可欠な大黒柱の一つ因果関係が構成しているところのVI-1:101（基本的準則）パラグラフ(1)に関係しているものである。本条のパラグラフ(2)は、身体的侵害に対する苛酷さに寄与す

83 DCFR, *ibid.*, p.3566

84 前掲注83窪田・258頁参照。

85 DCFR, *ibid.*, p.3567

る脆弱性と疾病に事故以前から罹患している者の身体侵害と死亡の事例に関する特別の準則を含むものである」としている。

(3) コメントの「各論」における「エッグ・シェル・スカル」準則に関する言及

本条文では、「被害者の素因」を不考慮とすべきとの趣旨が規定されているが、本条のコメントおよび注釈においては、この不考慮原則を指して、コモンロー上の概念である「エッグ・シェル・スカル (“Egg shell scull”）」という用語に置き換えて論じられている。

コメントの「各論」においては、この「エッグ・シェル・スカル」準則に関して、以下のように言及されている⁸⁶。

「パラグラフ(2)の下では、人身侵害または死亡の事例においては、被った侵害の種類と程度に関して被害者の素因は考慮されてはならない。原則として、他人を侵害する者は、被害者の健康が以前から不良であることを理由として、または、被害者が身体的または精神的に苦痛に罹患していたことを理由として免責されるべきではない。パラグラフ(1)と結合して(2)により把握される事例においては、身体もしくは健康の侵害および死亡は重大な行為の結果としてみなされなければならない。脆弱な健康状態の被害者を侵害する者は、被害者が健康であったとしたなら存在したであろう地位に置かれることを要求することができない。心理的な侵害の事例においてもまた、その侵害は、原則として、被害者の特定の傷つきやすい性質にもかかわらず、被害者を侵害した者に原因を帰することができるものである。しかしながら、それぞれの事例における状況に依拠して、いくらかの事前に存在した危害は、負担される損害賠償の額の減額をすることに関係するものとしてみなされるかもしれない」としている。

そして、続けて、「描写12」⁸⁷と「描写13」⁸⁸として2つの具体的事例が掲載されている。

「Illustration 12

Xに責任のある事故に後続して、被害者の脳の悪性の腫瘍組織が引き裂かれて彼女は3週間後に死亡した。とにかく、彼女の今まで知られていなかったガンの病気は致命的な終焉をもたらしたのである。しかしながら、その事故はそのプロセスを加速し、結果として、死亡は事故の帰結であった。喪失した扶養利益に関する被告に対する損害賠償は、その事故がなかったならば被害者が蓋然的に生存したであろう期間に限定される。死亡の結果として第三者により被った非経済損失の算定の場合、以前から存在したガンの病気もまた考慮されなければならない」。

「Illustration 13

両親に対する重大な侵害の結果として、子供が神経症ショックに罹患し、医療上の治

86 DCFR, *ibid.*, p.3573f.

87 DCFR, *ibid.*, p.3574; Cass.civ.28 November 1974, Bull. Civ.1974,II, no.317 p.261

88 DCFR, *ibid.*, p.3574; OGH 12 June 2003, JB1 2004, 111

療を要求した。その子供が以前から疾患を有していたという事実および遺伝的な苦痛さえも vis a vis の因果関係になんらの変更もなさない」。

(4) 注釈において分析されている各法域の状況

各国・各法域において、「エッグ・シェル・スカル」準則がどのように認識され、また、支持・反対されているのかなどの分析が本条文の「注釈」という項目でなされている。各法域の全体的な状況を見渡す上で有用な分析である。

A フランスの状況

フランス法における「エッグ・シェル・スカル」準則に関する議論は以下のようなものであるとされている⁸⁹。

「被害者の特定の素因は、フランス法の下における因果関係の鎖を中断する効果を有していない。傷つきやすい性質の原告が責任を導く行為なしに彼または彼女に存在している状況において終焉しなかったであろうならば、この行為もまたその損失を引き起こしているというのが一般的な前提である (Flour/Aubert/Savaux, Droit civil II, no.179 p.179)。しかしながら、被害者の素因は賠償可能な評価において効果を有するであろうことは考えられる (Cass.civ.28 November 1974, Bull. Civ.1974, II, no.317 p.261)。侵害の複数の原因が存在する場合、原告の素因はそれら複数の原因の一つであるという真実もまたの同じく主張される (CA Rouen 13 March 1986, GazPal 1987 Som.136: うつ病に罹患していた夫が事故による彼の妻の死亡に後続して自殺した事例)。事故に先立って障害に罹患していた被害者は彼らに以前から存在していた状況の悪化を基礎とした損害賠償請求権のみを一般的に有する (Cass.ass.plén. 27 November 1970, Bull.ass.plén. 1970, no.6 p.9)。しかしながら、狩猟の事故において残されていた良好な片眼を原告が喪失したことによってのみ発生した労働についての原告の無能力のすべての範囲に対する責任が被告にはあるといことが主張されてきた (Cass.civ. 19 July 1966, D.1966, 598)」。

B ベルギーの状況

ベルギーにおける判例・学説の状況は次のように分析されている⁹⁰。

「ベルギーで普及している法は、被害者の素因は因果関係の鎖を遮断しないというものである。予見可能な損害でありかつ実際に被っている損失の範囲で賠償をさせるものである (Ronse (De Wilde, Claeys and Mallems), Schade en Schadeloosstelling I 2, p.191 no.255; Cass. 14 June 1995, Pas. Belge 1995, I, no.298 p.630)。素因が、とにかく、

89 DCFR, *ibid.*, p.3588f. para.39

90 DCFR, *ibid.*, p.3589 para.40

被告の不法行為によって引き起こされたのと同じ侵害を引き起こした場合には例外が存在する。この事例では、被害者の損害額は減額される。雇われていた教員の古来の例に関して、法律の学説は以下のように主張する。すなわち、事故の結果として片腕しかなかった男がその片腕を失った事例で労働無能力となったことに配慮して100%の賠償が認められたというものである (Van Gerven (Stijns), *Verbintenissenrecht* II 8, 334)。逆の立場がフランスにおいて採用された。CFI Turnhout 8 November 1994, *Tum Rechtsl.* 1994-95, 40 が明るみとなって、このアプローチが裁判所によって採用されたものに対応したものであるかは明らかではない」としている。

C スペインおよびイタリアの状況

同様にスペインとイタリアの状況について次のように述べられている⁹¹。

「VI-4:101(2)に含まれる準則はスペインにおいて承認された準則にも現れている (see CA Madrid 4 April 2005, BDA JUR 2005/322667)。一致した位置づけはイタリアにおいても普及している。一般的準則として、事故に先立つ被害者において存在している悪い健康状態は重要なものではないとしてみなされる。この状況はそれ自体、損害に続く不十分な同時発生の原因に値すると考えられている (Cass.sez.pen. 1 March 1989, Cass Pen. 1990, I, 838; Cass.sez.pen. 24 March 1986, Cass, Pen. 1986, 1924=Riv.it.med. leg.1988, 612)。さらに、判事は損害額を減額することを排除した。その前提は以下のようなものである。全体として不十分な結果が支持されている (Busnelli, I 1 danno biologico, 202; Bona, *Danno e resp.*2005, 353)、すなわち、同時に、より大きな力 (forza maggiore) が責任の付加を排除する効果を有することを示すか、あるいは、被告が損害の全部の範囲を賠償するということである (Cass. 2 February 1991, no.981, *Giur.civ. comm.*1991, I, 797; Cass. 9 April 2003, no.5539, *Resp.cvi.e prev.*2003, 1074; Cass. 4 November 2003, no.16525, *Giur.it.Mass.*2003, fasc.11)」としている。

D ハンガリーの状況

ハンガリーの状況については次のように述べられている⁹²。

「執筆時点において、VI-4:101(2)に固定された準則はハンガリーにおける時折の論説の課題であった。その問題はいくらかの懐疑論を伴って評価されているように思われる。したがって、例えば、以前に脳外科手術を実施した者が軽い顔への平手打ちにより死亡した場合、責任はないであろう。言い換えれば、不法行為者は、被害者の深刻な医療上の状況を認識することができない場合には、彼または彼女は損害賠償を支払う責任がないことになりうるのである。しかしながら、裁判所は、損失がネグリジェントな行為に

91 DCFR, *ibid.*, p.3589 para.41

92 DCFR, *ibid.*, p.3589f. para.42

起因する場合よりも意図的な行為の事例においては、より一層容易に予見可能性を推定するであろう。

E ポーランドの状況

ポーランドの状況については次のように述べられている⁹³。

「ポーランドの法律文献および事例法はこの問題に特別な注意を払うことに熱心ではない。何人かの学者は、ある行為が被害者の異常な素因により人身損害を引き起こした場合、その損害は、不可避であったとしても、法的に理由のある結果とはみなされないと考えている (Radwański (Dybowski), System prawa cywilnego III(1), 259)。この立場は事例法においても適用されていると思われる。SN 22 June 1972, OSNCP 1973, poz. 46 において裁判所は、疾病は被用者の特別な心理的素因の結果であることを理由として、解雇された被用者の精神疾患に対する使用者の責任を否定した。類似の立場は、SN 21 June 1976, OSPiKA 1977, poz. 106 において採用された。女子学生の自殺は、その自殺が被害者の精神的異常の結果でなければ、医師が彼女が性交によって感染した病気の疑いを表明した相談の通常の相談の結果を構成すると、裁判所は認識した。現在まで、ルーマニアの最高裁判所は、事故により被った甚大な神経症ショックにより原告に以前から存在した病気が悪化した場合、被告はこの出来事に対する責任がありうると判断してきた (Tribunalul Suprem, decision no.1589/1974, cited by Adam, Drept civil, 290)」とされる。

F ドイツの状況

ドイツにおける状況は次のように紹介されている⁹⁴。

「ドイツ法によれば、責任の帰属は、被害者が侵害の影響をより受けやすく、実際の損害を引き起こしたまたは拡大する体質において原因となった何らかの要素を負担することを妨げないであろう (Palandt (Heinrichs), BGB66, Pref. to § 249, no.67; MünchKomm (Oetker), BGB4 § 249, no.133; Erman (Kuchuk), BGB I 11, Pref. to § 249, no.51; Staudinger (Schieman), BGB 2005 § 249, no.35)。疾病に罹患している者もしくは虚弱な体質を有する者を侵害した者は、彼もしくは彼女が最善の健康状態にある者を侵害した場合と同様に責任が評価に関して扱われることを期待することができない (BGH 29 February 1956, BGHZ 20, 137, 139; BGH 30 April 1996, BGHZ 132, 341, 345; BGH 19 April 2005, NJW-RR 2005, 897, 898)。賠償の義務を引き起こしている義務とは切り離して、発生している損害に寄与している別の要因が存在することを理由として、責任の帰属は排除されない (Heinrichs, loc.cit.no.66 BGH 10 May 1990, NJW 1990, 2882, 2883)。

93 DCFR, *ibid.*, p.3590 para.43

94 DCFR, *ibid.*, p.3590 para.44

この事例は、出来事の過程が完全に予期しない展開をする場合には別である (BGH 3 February 1976, NJW 1989, 1143 [些細な悪口が脳溢血に至った場合], BGH 6 June 1989, NJW 1989, 2616 [交通事故に責任のある者による関係した口論の結果としての発作])。第一の事故を被り、侵害を被りやすく仕向けられかつ後続の事故において侵害を被った被害者の事例においては、第一の事故が被害者の脆弱性を構成しもしくは少なくとも原告の感受性を増大させた場合には、第一の事故に責任のある当事者が被害者が被った更なる損失に対して責任を負う (BGH 20 November 2001, NJW 2002,504; cf. also BGH 16 March 2004, NJW 2004, 1945)。一般的に、同じ理由付けは、以前から存在している心理的な状況を取り扱う場合にも用いられる (CA Ham 2 April 2001, NJW-RR 2001, 1676)。しかしながら、損害賠償の認容が被害者の拡幅を妨げることが予期される場合、すなわち、「賠償神経症」の事例については例外が存在する (BGH 29 February 1956, BGHZ 20, 137, 142; BGH 8 May 1979, NJW 1979, 1935, 1936)」としている。

G オーストリアの状況

オーストリアの状況については次のように述べられている⁹⁵。

「オーストリア法の基礎的な主義は、加害者は「被害者があるがまま受け入れなければならぬ」というものである。侵害がある者において行った健康状態に変化させる程度の結果を生じさせうるリスクは、不法行為者に配分される (OGH 19 June 1973, 8 Ob 110/72; OGH 12 June 2003, JBl 2004, 111,112)。たとえ確実にしている侵害の規模が原告の素因に帰属しうるものであったとしても、法律の専門用語において、その侵害は、不法行為者の行為に完全に帰せしめることができるものとして残される (OGH 7 February 1974, 2 Ob 6/74)。被害者の脆弱性は、いわゆる因果関係の中断原因に関係する適切な事例であるにすぎない。このことは、加害者が、関係している損害は加害者が行った行為が無くても生じたものであるという証拠の提出ができるということを意味として含んでいる (OGH 15 December 1992, JBl 1993, 663)。これらの事例において、加害者は全範囲の賠償を要求されず、その損害の拡大部分に対してのみ賠償が要求されるであろう (OGH 25 March 1999, SZ 72/55; OGH 22 May 2002, 7 Ob 86/02a)」としている。

H ギリシャの状況

ギリシャの状況については次のように簡潔に分析されている⁹⁶。

「一般的な準則として、ギリシャの裁判所は、被害者の脆弱性が因果関係の鎖を中断しうるという観念を拒否してきた (CA Athens 9835/1984, Arm 39 (1985) 118; ErmAK

95 DCFR, *ibid.*, p.3590f. para.45

96 DCFR, *ibid.*, p.3591 para.46

(Litzeropoulos), Pref. no.arts.287-298, no.60; Foudedaki, EllDik 35 (1994), 1230; Stathopoulos, Geniko Enochiko Dikaio A(1)2, 507)」とする。

I ポルトガルの状況

ポルトガルの状況については次のように分析されている⁹⁷。

「ポルトガルにおいては、職業上の侵害に係る法を除いて、IV-4:101(2)の原理はほとんど考慮されていない。肉体的または心理的な異常性を伴った者の侵害のリスクを加害者ただひとりが負担することは推定的な不公平であるとの何人かの法律学者による主張がなされてきた。CC art.570(1) (寄与過失) を理由として、原則として取引への参加とみなされる後者に関しては特別な注意が払われなければならない (Brandão Proença, *A conduta do lesado*, 192 and 199)。さらに、小さな侵害に由来する非常に重大な結果に対して加害者が責任を負担すべきではないという相当因果関係の一般的原理にそれは追従する (Galvão Telles, *Obrigações*, 404; Almeida Costa, *Obrigações*10, 764; Antunes Varela, *Obrigações em geral* 1 8, 629)。医療のネグリジェンスの事例では、被害者の素因は損害賠償請求額を減額するように扱われる。教職に従事していた古来の例は、被害者が機能を有していた片方の眼の喪失というものである (Esperança Pina, *A responsabilidade dos médicos*3, 125)。労働法art.287(1)および(2)は一般原則からの逸脱を表明しているものであり (STJ 4 June 2003, Proc.02S 3 304)、事故の被害者の病理的な素因は、そのような素因が潜伏していた場合を除き、完全な賠償を受ける権利を排除しない。事故に後続する侵害もしくは疾病が先立つ侵害もしくは疾病により悪化した場合、または、後者が事故によって悪化した場合、被害者が先立つ侵害もしくは疾病についての賠償をすでに受けていない場合は、稼働無能力はそれがすべて事故の結果であるかのように判断されるであろう。CA Coimbra 1June 2006, Proc. 478/06 は、art.278(1)に定着した例外を、糖尿病ショックを被っている機械によって負傷した被用者の損害に適用した」としている。

J オランダの状況

オランダの状況については以下のように説明される⁹⁸。

「通常の出来事の流れとは対照的に、被害者の一定の肉体的もしくは心理的素因による結果としての損害が拡大したというオランダの事例には、被害者が完全には賠償がなされてこなかったという過去のトラウマ的な混乱を主にもたらすものである。Hoge Raadの判決によれば、不法行為者は身体侵害の結果もたらされるすべてについて賠償しなければならない。例外的な出来事の展開を除いて、損害が被害者の一部における既

97 DCFR, *ibid.*, p.3591 para.47

98 DCFR, *ibid.*, p.3591f. para.48

存の状況によって部分的に惹起されたという事実は重要ではない。しかしながら、素因は損害の範囲にインパクトを有しているであろうし、かつ、認容される損害の額を制限するように運用されるであろう (HR 8 February 1985, NedJur 1986 nos.136 and 137 pp.497-514)。他のヨーロッパの法域の方法におけるのと同様には、オランダ王国で普及している原理は、不法行為者は被害者があるがまま受け入れなければならないということ、および、被害者の素因は因果関係の鎖を中断する効果を有しないということが維持している」としている。

K エストニアの状況

エストニアの状況についても簡潔に触れられている⁹⁹。

「エストニアには、IV-4:101(2)に対応した準則は、施行された制定法には認識されていない。しかしながら、法律学者はそのような準則に賛成している。執筆の時点においては、この問題に下された判例法は存在していなかった (Lahe and Tampuu, Training Guide for Judges 2006)」。

L 北欧の諸法域における状況

「北欧の国々」との一括りの法域概念を用いてその状況と簡潔に説明している¹⁰⁰。

「北欧の国々では、「エッグ・シェル・スカル」準則は一般的に認容されており、時として、「人は原告をあるがまま見出す」として新造語を铸造する (Hellner and Raderzki, Skadeståndsätt, 208; von Eyben and Isager, Læbog i erstatningsret, 243; Saxén, Skadeståndsätt,143; Danish HD 20 August 1996, UfR 1996,1334; Swedish, HD 25 November 1992, NJA 1992,740 I and II; Finnish Supreme Court, HD 1950 II 240)」としている。

M コモン・ローにおける状況

この分析の最後の法域として、「コモン・ロー」についての説明が簡潔になされている。いうまでもなく、「エッグ・シェル・スカル」準則の母なる法域であり、多くの説明は不要であると考え¹⁰¹。

「コモン・ローにおいては、被告は「被害者があるがまま受け入れ」なければならないという原理が長きにわたり存在してきており、これと一致して、(通常の者である)原告へのいくらかの(僅少な)侵害を予見することが合理的である場合、たとえ深刻さが原告な異常な脆弱性に起因するとしても、被告は被害者が被った全ての範囲の損害に責任を負うとされてきた。Clerk and Lindsell (Jones), Torts16, para.2-132。したがって、

99 DCFR, *ibid.*, p.3592 para.49

100 DCFR, *ibid.*, p.3592 para.50

101 DCFR, *ibid.*, p.3592 para.51

過失において溶解した鉄鋼が跳ねかかることにより火傷した労働者を保護しなかった使用者は、(その火傷がなければ顕現しなかったであろう)素因によりその火傷が死亡を招く癌の増大を起こした場合には、その従業員に対してその使用者は責任を負う。Smith v. Leach Brain & Co. Ltd. [1962] 2QB 405。「エッグ・シェル・スカル」原則は、より最近に至るまでに原告の身体的脆弱性と同じく経済的脆弱性にまで拡張されてきており、これが貧乏な原告の行為の合理性に関係する場合には、(等しく因果関係の用語であるところの)義務を軽減するに関してもまた用いられうる。資金の不足を理由として、賠償を受ける権利を縮小することなく裕福な訴訟に役立つよりも高額な方法を採用することを許されるであろう。Lagden v. O'Connor [2003]UKHL 64; [2004]1AC 1067; contra Dredger Liesbosch v. Streamshp Edison [1993] AC 449 (HL)」としている。

3 筆者による若干の検討

本条第2項の規定について、第一に特筆すべきは、因果関係要件の冒頭規定において、明文の規定と特定の文言を用いて素因不考慮の立場が明確にされていることである。ヨーロッパの英知を結集した研究者グループがこのような価値判断を明文の規定で表明したことは大きな意義があるとみるべきである。

また、第二には、各々の法域における分析が示されており、大多数の法域では、素因不考慮の原則論が判例・学説で採用されているということである。ハンガリーやポルトガルは素因考慮に立っているようであるが、ポーランドなどの法域では、原則論自体がどちらであるのか未解明なところも存在する。しかし、コモン・ローの法域(一般的な理解に従えば、イギリス、合衆国、カナダ、オーストラリア、ニュージーランドなど)、ドイツ、オーストリア、イタリア、北欧諸国、エストニアにおいては素因不考慮準則が採用されていることが示されている。このような分析もまた重要なものである。

V 比較法的考察

Ⅲにおける「ヨーロッパ不法行為原則 (PETL)」とⅣにおける「共通参照枠草案 (DCFR)」の検討を踏まえて、わが国の状況を照らし合わせて比較検討をしたい。

PETLにおいては、DCFRのように条文上の明確な文言をもって素因不考慮が規定されているわけではない。しかし、Art.3:201の「責任の範囲」に関する規定における第b)号「保護利益の性質と価値」に関する「コメント」は、明確にこの責任範囲画定基準が「エッグ・シェル・スカル」準則、すなわち素因不考慮準則に該当するものであることを説明している。ここにおいて、PETLの研究者グループの価値判断は明確であると言えるであろう。また、わが国の学説で初期に提唱された割合的因果関係論と密接に関係すると考えられる割合的な責任分割による減額については、Art.3:106のコメントが挑戦的な主張を展開している。このような理論が素因考慮を導く可能性も考えられるが、上

記Art.3:201b) のコメントが具体的に「素因不考慮」を示しているのであるから、そのような一般論は「被害者の素因」には妥当しないと見るべきである。また、わが国では、判例理論によって民法722条2項の過失相殺の規定の類推適用という構成によって「被害者の疾病」が斟酌されうることから、寄与過失の規定であるArt.8:101も一応の検討をおこなったが、素因不考慮の立場を動揺させるものではない。併せて、一般的な減額条項であるArt.10:401も一応の検討を行ったが加害者が未成年者などの経済的に困窮している者を対象とした条文であることが明らかとなり、同じく、素因減額論を支持する根拠条文ではないことが判明したと言える。

そして、DCFRにおいては、直接的に、因果関係条文の冒頭規定IV-4:101(2)において、「被害者の素因を考慮してはならない」との特定の文言によって素因不考慮の立場が表明されている。また、その条文の注釈における諸法域の判例・学説の分析においても大多数の法域では、素因不考慮準則が支持されていることが説明されている。

もっとも、このような素因不考慮規定は、原則的な価値判断が示されたに過ぎないものとするべきであって、例外的、限界的事例が存在することも忘れてはならないであろう。IVのDCFRの注釈における諸法域の分析をみれば、素因不考慮準則はあくまで「原則論」であって、「例外事例」の存在が排除しえないこともまた同時に示しているように見受けられる。

さて、IIにおいて概略を掲げたわが国の「被害者の素因論」に立ち返ってみたい。学説においては、素因考慮と不考慮の価値判断の対立は未だ解消されたものではないように見受けられる。そして、判例においては、被害者の体質的素因と言われてきた領域については、最高裁平成8年の2つの判決により「被害者の疾病」は考慮することが認められ、「被害者の身体的特徴」は不考慮としなければならないという理論が定着している。最高裁の平成4年判決が「被害者の疾病」を考慮した事例であったことから、最高裁は体質的素因全般について、考慮可能とする立場を採ったかに見えた。しかし、上述平成8年判決により、体質的素因のうち「被害者の身体的特徴」に関しては不考慮との立場が示されたことで、体質的素因全般ではなく、その一部に位置付けられていた「身体的特徴」は不考慮となった。

筆者の拙稿においてもすでに分析したが、わが国では、最高裁平成8年判決が体質的素因に関して考慮事例を減少させたことは確かである。しかし、最高裁理論は「素因不考慮」を「原則的立場」として表明していると解釈できるかは大いに疑問である。最高裁が「疾病」として考慮を認めている素因の領域についてももう少し何らかの基準により不考慮とする領域を拡大しなければ、「原則論」として素因不考慮の立場に立っているとは考えにくいと思われる。欧米諸国の法域で素因不考慮の価値判断が採用されていることは、本稿でPETLおよびDCFRを検討したとおり、あまりにも明白である。そのような価値判断をわが国も採用すべきであるとの見地に立つとすれば、わが国においても素因論の再検討が必要であると考えられる。

Ⅵ 結語

最後に簡潔に本稿の結論を整理したい。PETLでは「責任の範囲」条項で、また、DCFRでは、因果関係条項の冒頭規定で、素因不考慮準則が規定されており、価値判断は明確に示されている。ただし、それはあくまで「原則論」であって「例外事例」が排除されないことには十分に留意すべきである。他方、わが国の判例理論は、「被害者の疾病」は考慮可能であり、「被害者の身体的特徴」は不考慮であるとの立場であるが、この「疾病」と「身体的特徴」という概念枠組みによる考慮・不考慮の振り分けは「原則論」としての素因不考慮に立っていると見ることは困難と言わざるを得ない。「素因不考慮の原則」という価値判断を実現する必要があると考える場合には、判例理論はまたさらなる理論の再構成を必要とすることになると考える。また、学説においては、「例外論」として素因を考慮する場合の法的構成について、未だ決着を見ていない現状においては、さらなる研究が求められていると考える。

被害者の素因の問題は法理論的に未解決の問題であるという筆者の認識のもとに、今後もさらなる検討をおこなっていきたいと考える。

(たにくち さとし・高崎経済大学経済学部教授)

"Victim's Predisposition" in the "Principles of European Tort Law" and the "Draft Common Frame of Reference (DCFR)"

TANIGUCHI Satoshi

Abstract

This paper aims to examine "victim's predisposition", which is one of the issues on the tort law of the civil law though discussion of the relevant provisions in the "Principles of European Tort Law (PETL)" and the "Draft Common Frame of Reference (DCFR)" to get suggestions to Japan.

"Victim's predisposition" is the issue whether a pre-existing vulnerable predisposition of a victim should be considered for reduction of damages caused by a tortfeasor. Theoretical controversies about damage reduction have arisen in Japan. The legal configuration for reduction also has become an issue. The Supreme Court in Japan made two decisions in 1996, one admitted victim's "disease" for damage reduction, and the other didn't admit the victim's "physical characteristics" for damage reduction.

In Europe, there exist two famous "model codes" concerning the field of the tort law, the "Principles of European Tort Law (PETL) (2005)", and the "Draft Common Frame of Reference (DCFR) (2009)". Both codes were the crystallization of the wisdom of excellent scholars in European countries. The PETL has the provisions about "scope of liability" of defendant for the damage, and the DCFR has the provision using the phrase of the "injured person's predisposition" intact.

The author tries to get the suggestions for discussion in Japan though reference and examination of the relevant provisions, comments and notes of the two code.