

ドイツ民法典上の共働過失規定 (§ 254) の歴史的考察

— Nils Jansen教授の見解から —

谷 口 聡

Historische Betrachtung der Besitmmung des Mitverschulden (§ 254 BGB)

— Von der Ansicht von Professor Nils Jansen —

Taniguchi Satoshi

Zusammenfassung

Der Zweck dieser Abhandlung liegt in der historischen Betrachtung des Mitverschuldens entsprechend Paragraph 254 des Bürgerlichen Gesetzbuches(BGB). Die Bestimmungen der Verschuldanrechnung im japanischen Zivilrecht können auf den Entwurf des BGB und auf das römischen Recht zurückverfolgt werden. Eine hitorische Betrachtung wird deshalb als sinnvoll ansehen. In Japan gibt es jedoch schon hervorragende frühere Studien zu diesem Thema. Da aber seit disem Studien schon mehr als 20 Jahre vergangen sind, hält der Verfasser neue Betrachtungen vom heutigen Standpunkt her nicht für nutzlos. In dieser Abhandlung bezieht sich der Verfasser auf die Ansicht von Professor Nils Jansen als eine Ansicht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz von 2002 ist. Der Verfasser untersucht dann, ob für den logischen Zusammenfassung mit der "Presdisposition der Geschädigten" , woran der Verfasser schon von früher her interessiert war, Hinweis für die Diskussion in Japan erhalten werden können.

要旨

本稿の目的は、ドイツ民法における共働過失の規定である254条を歴史的に考察することである。わが国の民法の過失相殺の規定はドイツ民法草案、そして、ローマ法へと系譜をさかのぼることができる。したがって、そのような歴史的考察には意義があると考ええる。しかし、このようなテーマに関しては、わが国ではすでに優れた先行研究が存在している。しかしながら、それらの研究からすでに20年余りが過ぎようとしていることから、今日の視点で改めて考察することも無駄ではある

まい。本稿では、ドイツにおける2002年の債務法現代化法施行後の見解の一つ、Nils Jansen教授の見解を参照する。そして、筆者の従来からの関心事項である「被害者の素因」との理論的關係においてわが国の議論に示唆が得られないかを探る。

目次

- I はじめに
- II Jansen教授の問題意識
- III ローマ法から近代における共働過失理論—Jansen教授の視点から
- IV ドイツ民法典生成における共働過失理論—Jansen教授の見解から
- V 総合的検討とわが国への示唆

I はじめに

ドイツ民法254条は、損害発生において被害者に過失がある場合に、加害者の賠償する範囲を縮減する可能性を規定している。この場合の被害者の過失を「共働過失」(Mitverschulden)という。わが国では民法418条が債務者の過失の相殺について、また、722条2項が被害者の過失の相殺について規定している。したがって、ドイツ民法典(BGB)における共働過失規定の生成過程をローマ法に遡って考察することは一定の意義がある。しかしながら、そのような共働過失規定の歴史的考察に関しては、既に優れた、しかも、詳細な分析が複数の論稿によって発表されている¹。

そのような優れた先行研究の存在にもかかわらず、筆者が本稿であらためて共働過失規定の歴史的考察を試みることは以下の理由による。一つには、詳細な先行研究である長谷川貞之論文の発表からすでに25年が経過しようとしており、また、橋本佳幸論文の発表からも20年が経過しようとしている。その間、2002年にはドイツで債務法現代化法の施行があり、同規定に対する歴史観が若干なりとも変化した可能性もないとは言えない。今日という新たな視点から改めてBGB254条の生成過程を見つめなおしてみることもまた全く無駄なものであるとも言えないと思われる。さらには、筆者は、わが国で「被害者の素因」に関して民法722条2項の類推適用を認めている判例理論とそれに関わる学説の動向に関心を寄せている者であり、そのような観点から共働過失規定254条を被害者の素因斟酌に適用していないドイツ法理論を再検討したいと考えている。

以上のような理由により、歴史的観点からドイツ民法の各条文の問題点を中心に解説している注釈書、“Historisch-kritischer Kommentar zum BGB”の254条を担当執筆しているNils Jansen教授

1 BGB254条に直接焦点を当てた論文だけでも、例えば、我妻栄「損害賠償理論における『具体的衡平主義』」『民法研究VI』(有斐閣 1969)193頁、長谷川貞之「法典編纂から見た『被害者の過失』(一)」駿河台法学2号(1988)93頁、「同(二)」3巻1号27頁、「同(三)」3巻2号57頁、「同(四・完)」4巻1号145頁、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(1995)16頁、「同(二)」137巻4号1頁、「同(三)」137巻5号1頁、「同(四)」137巻6号1頁、「同(五)・完」139巻3号1頁など。

の見解²を、その論稿の一部分につき、参照しながら、わが国の過失相殺の議論および被害者の素因の議論に示唆を得ることはできないかを探りたい。

II Jansen教授の問題意識

Jansen教授は、まず初めに、ドイツ民法254条における問題について、大まかに以下のように述べている。

すなわち、損害についての責任は加害者のみではなく、同時に被害者もまた負担する。加害者のみならず、被害者もまた、契約外の注意を払うべきものであり、被害者が注意深い行動をとっていたなら、損害は防止されたかまたは最小限に縮減されるであろう。民法典（BGB）は、この事例を被害者の「共働過失」として規定した。この専門用語は、その専門用語がそれ自らに対して被害者の義務違反の要件を満たしているように思われる範囲において、そのような被害者の共働責任は被害者の損害賠償請求権に効力を及ぼすのかどうか、および、どの程度及ぼすのかという問いが容易に想起される。その際には、あるいはあり得る被害者の過失のみならず、第三者の關係の帰責（254条2項2文）が問題であり、そして、どれくらいの範囲で被害者が共働して高めた危険による損害発生について帰責させられなければならないかという問いについての問題である³。このような大まかな視点を与えた上で、以下、3項目に分けて問題を設定している。

その一つ目については、「被害者の共働責任」という項目で以下のように述べられている。

254条は、損害についての加害者と被害者の共働の責任の要件に基づいている。そこにおいては、この問題の視点が現代の法の観点から自明のことであるように見えるのであれば、歴史的考察において問題はそれほど多くはない。ローマ法においてはおそらく比較可能な問いが萌芽的および例外的に投げかけられた。つまり、今日の問題提起は、以下のことを前提とする。法律家が、少なくとも観念上は—複数の利害関係人の独立した行為寄与を確認し、そして、この基礎において、この論題について責任があるかどうか、あるいは、責任の範囲を設定する。それに対して、ローマ人は、比較可能な損害事例において、加害者は損害の責任を負わなければならないかどうかという問題を、最終的に、提起した。それについては、責任は、一般に、ただひとり加害者にのみ存在しうるのか、または、ただひとり被害者にのみ存在しうるのかということが、この問題の視点において前提となった。被害者の可能的な共働責任は論題とはされなかったのである⁴。

そして、ローマ法における法状況を以下のように紹介している。

自らの過責によって被った損害が当然に重大な損害として適用されるべきではないところにおいて、確かに、*regula iuris* は、責任を排除する被害者の共働過失を伝承するものである（D. 50,17,203）。

2 Nils Jansen, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, 2007 S.655ff.

3 Jansen, aaO, S.656 Rn.1.

4 Jansen, aaO, S.656f. Rn.2.

—後の法の発展にとってこの規定は非常に重要なものとなる。しかしながら、この規定は、責任法ではなく、遺贈法に由来する。学説集成 (Digesten) においては、この規定はその遺贈法の起源の前後関係から剥がれ落ちた。それに対して、責任法においては、ローマ人は、(決定的な) 過責を規則的に一方当事者においてのみ追及した。落ちて転倒した者は、穴で転んだ被害者が自分自身では注意しなくてもよかったという範囲においてのみ、保護される。同様に、槍投げの投てきで奴隷を殺してしまった槍投げの選手が、彼がスポーツフィールドでトレーニングをしていたという限度において、責任を負わない。検査の上で購入した去勢された雄牛が奴隷を突き飛ばした場合、奴隷の自らの責任か、あるいは、動物の瑕疵かのいずれかのみが存在するべきでとなろう。同じように、騎手または船の衝突において、どちらの当事者に決定的な過責が存在するののかという的を射た質問がなされる。同じことは、正当防衛、あるいは、過剰防衛にも当てはまるであろう。追奪担保責任においては、買主が追奪を回避することができた場合には、最終的に、売主はまったく責任を負わない。一般的に、ローマ法は有能な者について記述する。商取引における不注意は、拡張した自己責任を自らもたらす。信頼できない取引相手を選んだ者は、それを理由として、そのことから結果として生じるリスクを自ら負わなければならない。その結果、賠償請求権は排除される⁵。

そして、Jansen教授は、さらに、ローマ法では割合的な解決が図られていなかったことについて詳細に解説している。

上述の判断の根拠は、簡素な世界観に基づくローマ人にとっては両当事者の過責は最初から考慮されないというところには、ほとんど見出されることはない。すでに旧約聖書は反対の観念を提供している。ローマ人においてもまた、—もちろん別の関係においてであるが—両当事者の過責について話し合われた。ここでは、共働責任の問題について後に到達する、その都度の過責の相殺の思想もまた浮かび上がった。しかし、責任法については、ローマ人は少なくとも両当事者の責任を考慮するという重大な兆候が存在した。それにもかかわらずローマ人は—その都度異なった表現によって—責任が結局一人の利害関係人に割り当てられる場合には、配分に応じた賠償義務をはじめから考慮しないと言うことを、ローマ法の手続法の背景によって一方当事者のみに宣告しなければならなかった。不法行為法においては、ローマ人にとっては公平な損害の分配あるいはリスクの分配は第一義的な問題ではないという事情が加わる。それは、今日のわれわれにとって自明のことであり、両当事者の過責の考慮についての基礎を形成するものであるのだが。むしろ、ローマの不法行為法は被った違法行為に対する相応な制裁の思想に方向づけられていた。そのような制裁を指向する出発点においては、加害者が非難可能な何らかの間違いを犯したかどうか、または、加害者に被害者の行為に直面して非難がなされなくてもよいかどうかという問いにのみ、一般的には、到達するのである⁶。

5 Jansen, aaO, S.657f. Rn.3.

6 Jansen, aaO, S.658f. Rn.4.

中世の状況についても以下のように言及している。

中世になって初めて、新たな問題の視点を生じた。すなわち、すでにビザンティン帝国の法律家および注釈学派（Glossatoren）は、衡平法（lex Aquilia）についての文献資料の一部をはじめから、それらが両当事者の過責の規定に該当すること、および、注解学派（Kommentatoren）が繰り返し culpa communis（共同の過失）あるいは culpa admixta（混合の過失）から語られていることの前題の下に、読解していた。確かに、中世の法律家は、損害賠償の義務付けをさらに引き続き刑法上の制裁として理解した。したがって、彼らにとってもまた、損害の公平な分配は、未だ重要ではなかった。しかしながら、中世においては、明らかに共働過失もまた、清算調整請求権の拒否によって制裁されうるところの非難可能な行為の瑕疵としてみなされた。その結果、被害者の共働過失は、第一に、可能な法律問題として見られるようになった。公平な損害の分配をめぐる後の議論は、そのことに関係づけられ、かつ、その上に積み上げられていくことを可能とした⁷。

Jansen教授は、二つ目の問題設定として、「責任設定および責任充足」という視点を掲げている。

共働の責任は、被害者が損害の発生に自ら寄与したことの結果生じるか、あるいは、被害者の行為が場合によってはありうる損害結果についてはじめて共働の原因となったことの結果生じるかのいずれかである。254条2項の草案は（「…または、債務者が損害を回避するために若しくは縮減するために中止したこと」）、両方の事例群を支配的な原則の下位事例として組み込んだ。ローマ法においては、この事例群は明らかに相違するものであった。つまり、個別の結果損害は原則的には責任のある加害者には時々帰責しなかった。というのは、加害者ははじめから被害者の責任範囲の中にはないからである。例を挙げると、買主は、売主に、買主が自らその物の所有者の所有権に基づく返還請求権（rei vindicatio）に異議を申し立てることができたであろうところの物における消費について、追奪担保責任の範囲の中において責任追及をすることができない。結果として、そのことは、確定した損害の分割を導く。買主は、彼の損失の一部についてのみ賠償を受け取る⁸。

そして、加害者の帰責と共働過失との関係について、以下のように分析している。

民法典（BGB）の支配的な開始点にもかかわらず、もちろん、比較可能な規定は現代ドイツ法においてもまた見出される。それは、損害賠償は結果損害の帰責可能性を前提とするからである。このことから、一般的に加害者に帰責可能ではない結果損害 – 不必要な弁護士費用が一例である – は、共働責任の問題領域に帰属しない。したがって、一般的に、被害者の自らの責任が加害者のあらゆる責任を最初からすでに排除しない場合にのみ、254条は関係するものとなる⁹。

教授の三つ目の問題設定は、「損害の予見可能性」と共働過失との関係という視点に基づくものである。

被害者の責任設定的および責任充足的共働責任の問題と並んで、民法典（BGB）は最終的に損

7 Jansen, aaO, S.659f. Rn.5.

8 Jansen, aaO, S.660f. Rn.6.

9 Jansen, aaO, S.661. Rn.7.

害の予見可能性を共働責任の問題領域に帰属させた(254条2項草案)・・・債務者が知っておらず知らなければならないということもなかったところの非日常的高額な損害の危険に注意深くなることを中止した場合)。そこにおいては、特定のドイツの、最終的に成果を指向した問題の視点に関わる問題である。契約の債務者が本当に予見不可能な損害についても責任を負うべきかという問題が第二委員会および連邦参議院において極めて議論の余地のあるものとして議論されたことに加えて、ライヒ議会委員会は、被害者が共働責任を負担しうる場合にのみ、予見不可能な損害について責任の縮減を企図するという妥協をした。しかし、これと同時に、それにもかかわらず、歴史的および比較的な観点からは、それに応じてこの注釈書において損害法総論の範囲で論じられたところの帰責に関わる問題である¹⁰。

Ⅲ ローマ法から近代における共働過失理論—Jansen教授の視点から

上述Ⅱで掲げた諸問題について、ドイツ民法典(BGB)制定以前において、どのようにその解決が模索されたのか、その過程がJansen教授によって以下のように簡潔に論じられている。

その論述の冒頭において、悉無律による解決と分配の解決という大まかな視点が、以下のように、与えられている。

共働責任の問題の解決については2つの道が観念的には考えられうるように思われる。すなわち、一つには、オール・オア・ナッシングであり、もう一つは、加害者と被害者の間における損害の分配である。いうまでもなく、そのような区分はいまだきわめて大雑把なものである。ローマの起源の後長い時間、オール・オア・ナッシングの解決が与えられてきた。しかしながら、そこにおいては、どの範囲で加害者または被害者にこの責任を負担させなければならないか、および、どのようにそのような解決を根拠づけるのかということについて未解決のままであった。考えられうることの一つには、加害者が最後または決定的に損害について原因づけたところと結びついた帰責のレベルを明らかにすることである。しかし、両当事者に帰責可能であるところの損害を一方の当事者の側に配分するとこの配分の解決もまた問題をもたらす。このような配分の解決は、一つには、被害者が全体として共働過失を与え、または、その都度の過責あるいはその他の状況の比較考量に依拠して決定がなされるところの純然たる事実に適合しうるものである¹¹。

分配の解決についてもまた多数の解決の方法が考えられる。法が個別の損害項目をそのつど全体として一方当事者に配分しうる(例えば、直接損害を加害者に、また、結果損害を被害者に)、または、法が全体の損害を一半分ずつもしくはそれぞれ具体的に確定している割合によって一両当事者に分配しうる。その際には、分配は、全く異なる基準により行われる。とりわけ、一方当事者の過責によりまた他方当事者の損害惹起により。これらの解決のほとんどすべては、とりわけ19世紀

10 Jansen, aaO, S.662f. Rn.9.

11 Jansen, aaO, S.663. Rn.10.

の学説においてしばしば様々な開始点が、そのつど異なった事例群を明らかにするために、相互に組み合わせられたところにおいて、一度は適用された法であった。そこにおいては、これらのあらゆる開始点は、共働責任の問題における一定の—明確なあるいは不明確な—規範的な視点に基づいている。このことから、共働責任の議論が常に同時にその規範的な組み入れの議論をもまた意味したということは不思議なことではない¹²。

Jansen教授は、ローマ法が責任の分配という解決を採らず、悉無律による解決を図っていたという状況から、上述、分配の解決が図られるようになるまでの過程を以下の3つの視点から項目に分けて述べている。

まず、第一に、*compensatio culpa*¹³という概念について、これが共働過失による解決の開始点であるとして、その概念の説明から、以下のように、始めている。

分配の解決についての支配的な開始点は*compensatio culpa*（過失の相殺）という概念に基づいている。すでに早期の注釈者は、社員同士の下における相互の義務違反の「相殺」の全く別の思想を槍投げ選手の事例の解説に参照するように指示した。そして、それ相応して、今では、責任を排除する共働過失について*regula iuris* (D,50,17, 203) もた、衡平 (*aquilisch*) 責任に関連付けられる。そのような開始点は帰責において置かれるものではなく、直接的に責任負担に関連するものである。損害は、加害者の行為同様にまた被害者の行為もまた帰責可能なものであるということが前提とされる。それゆえ、共同の責任が法律問題となる。その解決は、以下のような一般的な衡平の思慮に基づいている。比較可能な非難がそれ自体なされなければならない者である他人の過責は主張されなくてもよい。このことは、自らの過責と他人の過責を帳消しにする、という法則を導く。19世紀のうちまでは、それは有効な法として描き出された。法律家は、もちろん、常にその説明を相殺の思想に援用するのではなく、ときどき、また、端的に、D.50,17,203 における*regula iuris*を参照するように指示した¹⁴。

過失の相殺 (*Kulpakompensation*) の学説は、共通法に関して、ついに、支配的なものとなった。それに相応する始まりは、例えば、マクシミリアン・バイエルン民法典 (*Codex Maximilianus Bavaricus Civilis*) およびプロイセン普通国法 (*ALR*) に見出され、かつ、ザクセンBGBおよびドレスデン草案においてもまた基礎を置いている。それどころか、イングランドにおいては類似する絶対的な学理が1945年まで適用された。そこにおいては、明らかに、完全な責任の排除はまったく一般的に、説得力があるものと思われていた。それどころか、19世紀においては、ドイツの学説はしばしば、すでにあらゆる加害者の責任の軽過失は故意による行為の範囲まで排除するということを出発点とした。判例もまたしばしば、この著述された硬直的な立場を支持した¹⁵。

12 Jansen, aaO, S.663. Rn.11.

13 以下、本稿においては、「過失の相殺」という訳を当てるが、ローマ法にいう「相殺」は、「相対立する当事者がそれぞれ相手方に対して向ける有責任ないし非難可能性を相互に相殺することにより、双方の訴権を消滅させるもの」（前掲注1長谷川「法典編纂から見た『被害者の過失』(一)」124頁）であることから、この意味での「相殺」の効果は加害者の責任全部の免責を意味することであり、現在の「過失相殺」による「割合的損害分配」という効果をもたらすものではないことに注意が必要である。

14 Jansen, aaO, S.664. Rn.12.

15 Jansen, aaO, S.665f. Rn.14.

その間に、過失の相殺 (*kulpakompensatio*) の思想は全ての場合において責任排除の基礎についての隠喩的な観念を共働過失において与えることが、もちろん明らかに増大するものとなった。自明の行為が違法なものとして責任づけられるという思想はすでに問題なしとはされなかった。そして、今では、それに相応して、加害者が、責任の非難に対して基礎づけられうるところの真正正銘の注意義務がどの範囲で義務付けられるのかという問題が大きくなった。しかし、どのような場合であっても、真正正銘の相互の過責の「相殺」は問題にはなりえない。その上、過失の相殺 (*Kulpakompensation*) は、危険責任の構成要件に対する - 殆ど至る所で指示された - 責任排除を説明することができなかった。この困難に直面して、責任排除を端的にD.50,17,203による *regula iuris* に落とし入れ、それによってクラシックな根源が過失の相殺 (*Kulpakompensatio*) に受け継がれることがより自然であった。しかしながら、その結果、同時に、請求権縮減の法を規範的に作ることが問題となった¹⁶。

そして、第二の視点は帰責の問題として共働過失にアプローチが図られたという経緯についてである。教授は以下のように述べている。

全く別の解決の道が帰責の平面において指し向けられた。ローマ法において、大抵の場合、問題となったのとは異なって、そこにおいては、確かに、重大な過責は概して一方当事者にのみ存在しうるということを全く前提とはしないが、被害者の共働過失は加害者の責任設定的行為についての帰責関係を中断すべきである。この帰責に相対的な開始点は、19世紀のイギリスの *last clear chance test* において特別に具象的な表現を見出した。それによれば、当事者の両方に過責がある事例において、損害の除去に対する最後の機会を逸してしまった者が損害を負担すべきであるというものである¹⁷。

教会法上の帰責の学説は、間接的原因および直接的原因 (*causa remota* および *causa proxima*) の区別によって、構造上の比較可能な思想をより詳細に述べてきちんと整理している。直接的原因 (*causa proxima*) のみが加害者の責任を導く。被害者の行為が - 例えば優位なあるいは時間的に後続する自己の過責に基づいて - 決定的な行為寄与であると判断されるという理由により、このことが加害者の行為によってひとり間接的原因 (*causa remota*) を設定する場合には、加害者は結果として、どのような責任をも負担しない。その場合、加害者がその損害に関して原因を設定したにもかかわらず、その損害は加害者に帰責しない。この理解においては、帰責の規定としての教会法大全 (*corpus iuris canonici*) におけるD.50,17,203による *regula iuris* を改正することを唯一論理的に筋の通ったものであるとした。そして、過責の規定へと修正することは、この思想が最終的に共通法における始まりをも見出した。そこにおいては、その思想は、過失の相殺 (*Kulpakompensation*) の学説をより一層明確に規定した¹⁸。

16 Jansen, aaO, S.667f. Rn.15.

17 Jansen, aaO, S.668. Rn.16.

18 Jansen, aaO, S.668f. Rn.17.

Friedrich Mommsenは、D.50,17,203による責任排除を未だ、責任充足の範囲においてひとり因果関係の問題の規定の特有の例外であるとして描き出した。19世紀において過失の相殺(Kulpakompensation)の思想が問題を増大させた時、それに対して、フランスの契約法においてすでに徐々に問題となったのと同様に、共働責任は損害の帰責の問題として議論されることが自然なこととなった。すでに Windscheidは、共働過失の事例において加害者の行為の因果関係に反論するために、Mommsenの利益の学説(Mommsen Lehre vom Interesse)の評論において因果関係の規範的な実質的内容の概念を引き合いに出した。おおよそ支配的な学説はそれに従った。しかも、ここにおいてもまた、「因果関係」の概念が規範的な評価を覆い隠すということが明らかになった。もちろん、同時に、そのことは、柔軟で実務の公平な判断についての有益な糸口を提供する。「優位な原因」の思想によって、図式的な過失の相殺(Kulpakompensation)の硬直性が回避される。とりわけこの理由から、判例もまた、共働過失を因果関係の問題として繰り返し判決を出した¹⁹。

それらのような開始点はとりわけ個別の結果損害について特別な関連性がある。すでに学説集成(Digesten)において、以下のような判決が見出される。確かに一方において加害者の責任法上の責任の要件が満たされるが、他方において、同様に、個々の損害項目の責任を被害者の共働過失に基づいて排除するというものである。そして、プロイセン普通国法(ALR)は、後に、更に進んだ、比較可能な規定によって確かな損害の分配を可能なものとした。このことから、この源に引き続いて、18世紀および19世紀において一般的な規定が形作られた。そこにおいては、被害者が加害者の責任義務に依拠することなく、どのような場合であっても、被害者が過大ではない固有の注意によって適用されうるあるいは回避されうるどころの結果損害を自ら負担しなくてはならないと言うものである。加害者が、被害者が回避することが責任であるところの損害項目について、責任を負担しなくてよいということは、今、明白であるように思われる。少なくとも、全体損害の分配が示される範囲においては。解釈学的には、そのことは、被害者の共働過失にもとづく「因果関係あるいは帰責関係」の中断を意味した。その結果、体系的、構造的および目的論的には、責任充足的共働責任は、損害発生における共働責任から分離された²⁰。

以上のように、教授は、2つの被害者の過失考慮の視点からの展開を分析した上で、第三番目として、ついに、加害者と被害者による責任ないし損害の分配の学説の登場とその発展について論じるのである。

共働過失の問題についての分担額の現代の思想は、後期の自然法学者Christian Wolffの純粋な法律の「発見」とみなされている。たしかに、自然法的な原状回復の学説は、侵害された平等性の回復の思想における賠償の方針によって両当事者の有責性の事例における損害分配の開始点を提供した²¹。しかし、それにもかかわらず、後期スコラ哲学者も後の著作におけるのと同様に、Rufendorf

19 Jansen, aaO, S.669f. Rn.18.

20 Jansen, aaO, S.671f. Rn.19.

21 Christian Wolff, Ius naturae methodo scientifica pertractatum, pars II, Halle 1742. §580, vgl. Jansen, aaO, S.674. Fn.120. S.672 Fn.105.

またはDomatのように、被害者の共働過失を、簡単に、帰責を排除する状況であるとして扱った。それについては、規範的な正義信念としてのローマ法の準則は、あまり決定的ではないかもしれない。本質的な共働責任が被害者に彼の喪失を帰せしめる場合には、それに加えてドイツ法上の評価にも相応するところのフェアで適切な結果としての完全な責任排除は、明らかにひとり、自然法学説に当てはまるものである。同様に、そのような事例において被害者に請求権を認めることは、相互に損害を与える事例のように、不当なものであるように思われる²²。

それに対して、別の関係において、二当事者の責任の事例における損害の分配についてのより早期の開始点が確認される。特に、そのことは、沖合での責任なく惹起された衝突および相互の動物毀損が当てはまる。ここでは動物の単独の責任が証明されない限りにおいて、教会法大全（*corpus iuris canonici*）と同様に、いくつかの地方の諸法もまた、損害の分配を規定した。そして、その結果、ローマ法に反する判決がなされた。被害者は単独で彼の損害を負担することもなく、また、被害者が他方の動物の所有者に完全な損害を責任あるものとしてなされることはなかった。とりわけ、共通法の文献および実務は、共働過失についてもまたそのような分配の解決を考慮に入れた。ただし、相応する判決は散発的なものであった²³。

原則的な別の評価に関して、Christian Wolff は、初めて、抽象的にはではなく、明白にいくつかの個別事例に関して問題を取り扱って、述べた。そこにおいては、両当事者の過責の事例において、その都度、両当事者の過責の比例をもって損害の分配を実現されるべきものとしている。その理由の一つには、Wolffにとって、すべての者が自らの法益を保護する義務を自らに対して免れないということが自明のことであり、自己の危険な行為は純粋な違法でありかつ責任負担が義務付けられるということが自明であったということである。もう一つには、Wolffはすでに彼の道徳哲学において段階的な帰責学説を的確に述べていた。それによれば、責任は比例的に意思あるいは過責に整序されるべきものである。その際、過失においては、すべての個々人の注意違反が問題である。それゆえ、全部まとめると、加害者の行為に対する損害の帰責は被害者の行為に対する損害の帰責としてもまた可能である。この分担の解決はその承認に直面してまさしく論理的帰結として現れるようである。より古い衡平の考量によって、その論理的帰結は、－両当事者の平等な処遇の中心的な思想を度外視して－、何もしなかったのである²⁴。

Wolffの自分自身に対する義務の自然法的学説は、さらなる法の発展について無意味であり続けた。しかし、一方において損害の分配の、また、他方において賠償義務および過責あるいは原因寄与の比例は、立法において、完全に全体として、通過した。ただし、プロイセン普通国法（ALR）においては、兆候が示されたのみであった。しかし、すでにオーストリア一般民法（AGBG）が理性の法の分担解決を損害法の一般規定として1304条において明示的に記述した。そして、そこにお

22 Jansen, aaO, S.672f. Rn.20.

23 Jansen, aaO, S.673f. Rn.21.

24 Jansen, aaO, S.674f. Rn.22.

いて、その一般規定を、損害分割に関する裁判官の裁量の承認によって同時に実務的に有用なものとしたのである。これ以降、Wolffの開始点は、ヨーロッパの立法において制定された。ザクセンのBGB（民法典）およびドレスデンの草案のみが過失の相殺（kulpakompensation）の学説を貫いた。19世紀にフランスの学説および判例が分担解決の思想を発展させ、そして、20世紀においてついにはイギリスの立法者もこの開始点に追従した後において、分割の解決は、今日、共通のヨーロッパ法を形成した。そこにおいては、分担解決は、まさしく「正義の認識における進歩」についての一例としてみなされる。もちろん、この思想の精確な意味および射程は統一されたものではない。とりわけ、この思想が、事後の共働責任の事例においてもどの程度適用できるかについては問題が残されている²⁵。

IV ドイツ民法典生成における共働過失理論—Jansen教授の見解から

Jansen教授は、ドイツ民法典立法過程における共働過失の規定の議論について「分担としての損害分配」と「責任設定および責任充足」の問題を論じた上で、ドイツ民法典における共働過失の規定として成立した254条における未解決の問題について述べている。

第一に、ドイツ民法典254条についての問題を概説している。

3つの構造形成のメルクマールが今日の規定である254条を特徴づける。理性の法の分担解決については、評価の判断が重要な位置を占める。共働責任は、一方当事者の損害割り当てを導くものではなく、損害の分配を導くものである。そこにおいては、分担の解決は共働責任のすべての事例に適用される。したがって、254条は、原則として共働責任のすべての事例を包括するところの包括的かつ統一的な規定を形成する。同じ規定が契約法および不法行為法にのみ適用されるのではなく、とりわけ、責任設定に際しておよび責任充足の範囲における共働責任にも適用される。その際には、民法典（BGB）は、最終的には、損害法、従って、損害賠償法の範囲についての規定の範囲の中において、共働責任の解釈学的な地位を判断している²⁶。

責任結果におけるそのような法は、19世紀末においては、まったく自然なものであった。すでに現代の慣習（usus modernus）において過失の相殺（Kulpakompensation）は、統一的な解決が適用されるところの、一般的な、契約法および不法行為法に跨る問題として議論された。そのことから、18世紀以降、共働責任は、利益の学説の範囲においてあるいは19世紀において、特定の—利益の学説に相応した—因果関係の問題として、ますます論究された。立法者もまたこの立場をますます我がものとした。したがって、民法典（BGB）の開始点は1900年にまさしく自明なものとして出現した。それにもかかわらず、以下のことがすぐに主張された。責任の範囲の問題にかかわる事ではなく、個人の責任範囲の境界づけの一般的な問題領域の一断面に関わる問題であると。この

25 Jansen, aaO, S.675ff. Rn.23.

26 Jansen, aaO, S.677. Rn.24.

ことから、今日では、民法典（BGB）の視点は、大抵の場合、受け入れられない。そして、ヨーロッパ不法行為法原則P（PETL）は、共働責任を責任構成要件の範囲において首尾一貫して規定している²⁷。

続いて、「分担としての損害分配」について以下のように述べている。

254条も起源の第一草案222条もまた、明示的には分担の解決の指示を含んでいない。歴史上の立法者の規定の意図は、相応して、今日まで、論争されている。確かなことは、ただ、オーストリア、フランスそしてスイスといった近隣の法秩序において既に認められていたように、共通の法の確固とした支配的な学説が柔軟な損害の分配に有利になるように克服したということである。そこにおいては、確かに、分担の形成が可能なのであった。

しかし、このことは、明らかに、共働過失事例全体についての唯一の相当な解決であるとはみなされず、そして、個別の損害項目の個々人の割当もまた許容されたままであった²⁸。

したがって、立法者は、波及した包括的な分担の解決を明らかに未だ見ていなかった。そして、学説の大多数は、起源である第一草案222条あるいは後の254条についてもまたその意味において理解していなかった。むしろ、以下のことが直ちに述べられた。この規定は、「現代の学問の分離が幸運にも成功したところの、2つの観点を同時にあまり幸運とは言えない方法で」混ぜ合わせたのである。すなわち、「因果関係の中断」と過失の相殺（Kulpakompensation）をである。したがって、一部の学説および判例もまた、まず第一にさらに、個別の損害項目の個々人への帰責の学説を優位な、因果関係の基準により、引き合いに出した。共働する過責の事例は、最初から、責任充足の範囲において、254条の適用範囲から例外とされたままである、または、その損害項目がひとり被害者に割り当てられるということで首尾一貫している²⁹。

したがって、損害をどのような場合においても分担のやり方で配分することができるという思想は、その後の、20世紀初頭の10年の経過において、はじめて価値を認められた。以下のような推測は容易に成り立つ。この発展は、（少なくとも）単一の全体損害としての財産的損害のその間の自明の観念の結果を、全体の結果損害についての加害者の原則的責任と同様に形成した。というのは、254条は、全体損害についての加害者の責任にもかかわらず責任制限として理解されるべきであった場合には、個別の損害項目の個々人の帰責の思想は、ますます、体系に違背する異物として現れなければならなかったからである。したがって、今日の支配的な見解は、共通の法の実務を逸脱して、以下のところを出発点としている。254条2項による損害軽減義務の違反においても、追加の損害は、もっぱら被害者の責任となるというのではなく、それゆえ、分担のやり方で配分されなければならないということである³⁰。

そして、「責任設定および責任充足」については以下のように述べている。

27 Jansen, aaO, S.677f. Rn.25.

28 Jansen, aaO, S.678f. Rn.26.

29 Jansen, aaO, S.679. Rn.27.

30 Jansen, aaO, S.680f. Rn.28.

民法典（BGB）の規定の特定の特徴づけは、共働責任の全体形式の包括的かつ支配的な解決の中に存在する。というのは、損害の分割は、責任設定にも、また、責任充足にも同じように適用されるからである。そこにおいては、今日の見解によれば、共働責任の相違する形式は単一の支配的な規定を見出す。というのは、その規定は、単一問題の独立していない観点として理解されるからである。しかしながら、そのことは、1900年に自明のものとはまったく異なったものとなった。起源となる第一草案222条が一般に加害者の共働する過失においてのみ適用されるとされた。というのは、故意の自己への加害は帰責の因果関係を中断するということが出発点とされたからである。第二委員会が初めて、故意の自己への加害をもまた起源となる第二草案217条2項の適用範囲の中へ加えたのであった³¹。

しかし、そこにおいては、とりわけ、立法者はさらなる損害の拡張における共働責任についてもまた包括的な分担解決を明らかに指示しようとは欲しなかった。254条の単一の規定は、元々は、第一委員会が共働過失の相違する可能性のある諸事例その都度適当に規定することができる立場にないということに言及した。責任充足における（254条2項1文、2文草案）共働過失の既に第一草案222条への取り入れは、被害者に損害の軽減または適用をどの程度負担させるかという、議論の余地のある問題をひとり明確にした。法律効果についての具体的な言明はそのことと結びつかない³²。

それゆえ、不明確さが254条の構造的な理解に反映されている。そこにおいては、学説の一部は第一に以下のことから出発する。254条の規定は、責任設定的共働過失および責任充足的共働過失についての独自の相違する諸規定が該当するところの2つの区別された構成要件を含んでいるということである。ときとして、そのことから、本物の損害排除義務は損害が発生した後にはじめて発生するものであるということが結論付けられる。それに対して254条における支配的な見解は、すでに早期に、共働過失の全体の事例についての単一の且つ波及した規定を認めた。今日、この規定は支配的な見解によれば単一の構成要件としてみなされる。したがって、損害縮減についての義務の違反の結果もまた、分担のやり方で配分され、かつ、個々人には割り当てられない。したがって、第2項の事例は、特別な規定が単一の問いにおいてのみ適用されるところの第1項の特別な適用事例をひとり形成する³³。

Jansen教授は、この項目の最後に、「未解決の問題」として、254条が今日なお内包し続けている問題について指摘している。

全体として254条は未解決のまま規定された。したがって、すでに第二委員会においては、「この規定に解決についてのとにかくどのような手がかりも与えることなしに、この規定が問題の解決を探ることの要請にのみ本質的なものである」と適切に主張されたのであった。立法に際しては、個々の損害項目についてのその都度の個々人の責任に関わる問題であるのか、あるいは、単一の損害に

31 Jansen, aaO, S.681. Rn.29.

32 Jansen, aaO, S.681. Rn.30.

33 Jansen, aaO, S.682. Rn.31.

についての全体の責任に関わる問題であるのかという問いが未解決のままであった。相応して、この規定の射程が、つまり、特に、この規定が加害者に帰責可能な損害を要件としているのかどうか、あるいは、この規定が被害者に加害者が帰責可能な損害の責任を負わなくてよいという—それ自体平凡な—指示に該当するのかどうかということは、殆ど不確かである。しかし、その結果、最終的には、254条の法律効果、つまり、とりわけ、損害の分担と請求権縮減のその他の形態の間の判断は規定されなかった³⁴。

そうこうするうちに、この問いが、大部分について実用的な答えを見出した一方において、254条の規範的な根拠に関する疑義は今日まで、決定的なまでには取り除かれていない。とりわけ、そのことは、以下の問いに妥当する。被害者の過責の下において本質的に何が思い描かれるのか、および、相応する非難は何処に根拠を求めるのかというものである。それゆえ、同時に、何が立法者によって指示された請求権の縮減を本質的、目的論的に正当化するのかという疑問が投げかけられる。しかし、その結果、最終的には、以下のことも問題となる。損害分担における判決のどの比較衡量基準に基礎が置かれるのか、そして、具体的な事例においてどのようにその基準が重要性の程度を判定するのかというものである³⁵。

この基礎的問題の議論は、決して自己目的を形成しきったものではない。むしろ、その答えは、はじめから、その実務的な含意への視線で的確に述べられてきたものである。一つには、どの要件の下において一定の行為が「共働過失」として適用されるべきか、あるいはさもなければ、被害者の共働責任を根拠づけるのかという中心的な問いに関わる問題である。もう一つには、並行する単一の問いに答えがなされなくてはならない。すなわち、その重要な意義にもかかわらず実務について不明確または規定がなされないままであり、かつ、一部については今日まで論争され続けているところの単一の問いである。第三者の行為（254条2項2文）についての責任の要件、または、共働過失が827条以下の意味における帰責能力を要件とするかどうかの問題はここへ属する。異なった利害関係を有する多数の加害者における分担の形成もまた最終的には困難さをもたらさずにはおかないであろう³⁶。

V 総合的検討とわが国への示唆

本稿のまとめとして、始めに、Jansen教授の見解におけるドイツ民法典254条が立法されて施行されるまでの経緯を簡潔に整理したい。

教授の見解を筆者なりに解釈すれば、ドイツ民法254条には3つのルーツが存在しているように思われる。一つはローマ法から学説類集へと引き継がれた「過失の相殺（*compenpensatio*

34 Jansen, aaO, S.682f. Rn.32.

35 Jansen, aaO, S.683. Rn.33.

36 Jansen, aaO, S.683. Rn.34.

culpaе)」である。しかし、この法規範は、加害者の責任を被害者の自己責任の及ぶ範囲で免除するというものであり、悉無律の発想から抜け出すことはできなかった。学説類集には、遺贈法の規定（D.50.17.203）が存在したが、責任法に直接影響を与えることもなかったようである。このルーツは「因果関係の中断」による加害者の責任成立阻止理論へと繋がったものと思われる。二つ目は、加害者の帰責の範囲に属する問題として被害者の共働過失を問題とする発想である。Jansen教授は具体的には直接損害と間接損害という区分しか示していないものの、損害項目ごとに加害者の帰責が及ぶのかという問題について、被害者の自己責任を引き合いに出すという発想は、今日の損害賠償法一般理論に対しても重要な示唆を与えるものと考えられる。また、ドイツ民法の共働過失規定にそのような発想のルーツが存在したことが今日の254条の未解決の問題の一つとなっていることは興味深い。そして、この発想もまた、加害者の責任範囲という問題の視点であるがゆえに、悉無律という解決から発展することはなかったように思われる。三つ目に、しかし、Christian Wolffが1742年に著した論文によって、全体損害を割合的に分担するという発想へ発展を見たことは画期的な開始点であった。そして、このような大まかには3つの開始点に基づく発想を根として、現行ドイツ民法典254条は形成された見ることができそうである。ただし、そのような複数のルーツをもつ254条であるがゆえに、その本質をどのように捉えて解釈し、具体的な事例の処理に対処すればよいかという点については今日未だ議論の余地があるようである。

最後に、筆者の関心事である「被害者の素因」の問題に関して、本稿における検討の意義を踏まえつつ、考えるところを述べてみたい。

第一には、「因果関係の中断」による責任不成立という理論を導いた「過失の相殺（compensatio culpaе）」についてである。これは、被害者の共働責任が因果関係の問題として把握されるということに重要性があるように思われる。すなわち、過失相殺の問題は、端的に言ってしまえば、一面において「因果関係」の問題ないしは「原因」の問題として把握することが可能であるということであろう。その意味からは、わが国の民法722条2項の規定も沿革的に因果関係ないし「原因力」という問題を包含していると見るべきであろう。第二には、被害者の自己責任の及ぶ範囲においては、加害者の帰責範囲が縮減されるという発想は、損害賠償範囲一般に関する議論と重なり合っているということである。そのように考えると、ドイツ法では、被害者の素因考慮・不考慮の問題が、損害賠償範囲に関する理論との関わりで議論されており³⁷、また、わが国では、過失相殺の規定722条2項の類推適用により裁判実務における解決が図られているという状況自体に関しては、矛盾するものではないと言いうるのであろう。そして、そのことは、さらに、わが国でも、被害者の素因の問題を損害賠償範囲一般の理論上の問題と位置付けて考え直す余地のあることも示唆しているように感じられる。ただし、もちろん、理論上の可能性の問題であり、そのような位置づけが公

37 窪田充見「被害者の素因と寄与度概念の検討」判タ558号（1985）37頁、永下泰之「損害賠償法における素因の位置（三）」北大法学論集63巻1号（2012）103頁、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（1998）171頁など参照。

正な具体的事例の解決に結びつくかについては十分な検討が必要となるであろう。

以上を総合すれば、ドイツ民法254条の形成過程を検討した結果、ドイツ法においては被害者の素因の問題が損害賠償範囲理論の中で論じられているのに対して、わが国では過失相殺の規定の類推適用の問題として裁判実務が取り扱っているという事実状況は、不自然なことではなく、それぞれの国の理論体系に適した具体的解決方法であると言いうるものと思われる。さらに加えるなら、被害者の素因を過失相殺の視点で見た場合に、「因果関係」の問題なのか、それとも「非難可能性」の問題なのか、という視座は過失相殺規定の立法の沿革から根拠づけることができるものと思われる。

本稿の直接的な論点ではないので、詳述はしないものの、最後に以下の点を付言させていただきたい。ドイツ法においては被害者の素因は原則不考慮（例外事例は存在する）であるが、わが国では、かなり多数の裁判事例が素因を斟酌しているという事実状況にある、という相違は確認しておかなくてはならないということである。

(2015年4月4日脱稿)

(たにぐち さとし・本学経済学部教授)

<付記>

本稿は2014年度における筆者のミュンヘン大学での在外研究の成果の一部である。在外研究の機会を賜った公立大学法人高崎経済大学に記して謝意を申し上げたい。