

# 賠償責任の割合的軽減と公平の理念（一）

——ドイツ法との対比において——

石橋 秀 起

## 目 次

第一章 わが国における問題状況	第三節 減責条項の導入をめぐる議論の後退
はじめに	小 活（以上本号）
——割合的減責論をめぐる今日の状況と本稿の視角——	第三章 ドイツ協働過責制度における公平の意義
第一節 割合的解決を主張する諸学説	はじめに
第二節 割合的因果関係説の理論的問題点とその本質	第一節 ドイツ民法二五四条の基本的枠組み
小 括	第二節 損害分割の衡量基準
第二章 ドイツにおける減責条項の導入をめぐる議論	第三節 協働過責制度の要件における公平の意義
はじめに	第四節 協働過責制度の法的効果における公平の意義
第一節 ドイツ法アカデミー草案における議論	小 括
第二節 一九六〇年代の減責条項をめぐる議論	むすびにかえて

## 第一章 わが国における問題状況

はじめに —— 割合的減責論をめぐる今日の状況と本稿の視角 ——

被害者の体質的素因や自然力が不法行為と競合したような場合、今日の実務においてはしばしば、生じた損害の全てについて賠償責任を認めることが問題であると考えられている。例えば交通事故における被害者の素因の取り扱いにつき実務は、昭和四〇年代を境に、これを民法四一六条における予見可能性の問題として処理することを断念し、「寄与度」や過失相殺規定の類推適用や「損害の公平な分担の理念」といった論拠を前面に押し出すことによって、割合的解決を図ってきた<sup>1)</sup>。また、自然力の競合事例においても、飛騨川バス転落事故の第一審判決(名古屋地判昭和四八年三月三〇日判時七〇〇号三頁)が、国の営造物責任を不可抗力と目される自然力が寄与した部分を除いたものに制限することが妥当であるとしているほか、公害訴訟の分野において、西淀川大気汚染第一次訴訟第一審判決(大阪地判平成三年三月二十九日判時一三八三号二頁)が、被告企業十社による西淀川地域における大気汚染への寄与度を個々の原告における賠償額の算定に反映させている。

学説においては、このような実務の動向を概ね好意的に受け止めたとうえで、割合的解決を妥当であるとするものがある一方で、そもそも割合的解決という発想、あるいはその底流にある「公平」の理念に対して批判的なものも有力である。とりわけ素因競合事例に関しては、判例批評も含め数多くの論稿が公表されているが、ここでは素因斟酌肯定説、素因斟酌反対説といったかたちでの明確な対立が見られる<sup>2)</sup>。このように割合的減責論をめぐる今日の状況は、理論的問題もさることながら、結果の当否というレベルでの対立が前面に押し出されており、損害賠償における公平

とは何かという点に関する、いわば神々の争いの様相を呈しているというのが現状である<sup>3)</sup>。

本稿は、そのような現状認識を前提に、割合的減責論の混迷状況を打破すべく、今後のこの問題における解釈論の進むべき道を模索することを目的とするものである。なお叙述に際しては以下の点に留意したいと考える。まず第一に、本稿は割合的減責が問題となっている個々の事案類型において減責の当否を直接扱うものではない。すなわち本稿では、多くの学説の蓄積のうえに、減責すべきかどうかということについての賛成票、あるいは反対票をさらに一票投じようとするものではない。本稿の狙いはむしろ、割合的減責論においてしばしば問題にされる公平が、損害賠償法体系においていかなるかたちで受け止められるべきかを問うことにより、素因競合事例等における割合的減責の問題が体系のどの部分において処理されるべきかを検討するところにある。第二に、本稿においてはこのように減責の当否に関してニュートラルな立場を維持しつつ割合的解決を主張する諸学説を検討の対象とするが、その際、それらのなかで理論的に一貫していないと思われるものについては、その問題点を指摘することにする。ただしこのことは、本稿が減責反対説に与することを意味するものではない。第三に、本稿においては比較法研究の対象としてドイツ法を参照する。ドイツ法を参照する理由については本章の最後に詳しく述べるが、ここではさしあたり、本稿におけるドイツ法の参照がドイツの学説をわが国の解釈論に技術的に導入するという目的をもってなされるものではない、という点のみを強調したいと思う。

## 第一節 割合的解決を主張する諸学説

割合的解決を主張する学説としては、これを事実的因果関係のレベルで問題にする割合的因果関係説と、損害の金銭的評価のレベルで問題にする過失相殺類推適用説、更に、同じく損害の金銭的評価の問題とする「寄与度減責」説

が代表的な見解である。前二者は実務においても広く普及した考え方であり、他方、後者は学説による法政策的提案である。以下において各説の概要を示したいと思う。

### (1) 割合的因果関係説<sup>(3)</sup>

割合的因果関係説は、「寄与度」というかたちで割合的に把握された因果関係を賠償額に反映させるというものである。<sup>(4)</sup> 同説については、下級審の交通事故事案において被害者の素因を「寄与度」概念を用いることによって斟酌する数多くの判決が概ねこの見解に従ったものであるとされているほか、一九九〇年代以降においては、公害訴訟分野でも、被告企業による汚染物質の排出の被害地域における寄与割合を個々の原告への賠償額の算定に反映させるいくつかの事案がこのような発想を採用していると考えられている。<sup>(5)</sup>

割合的因果関係説の提唱者である野村好弘教授は、平井宜雄教授が『損害賠償法の理論』において提示した、*but for test* (「あれなければ、これなし」)としての事実的因果関係、保護範囲の画定、損害の金銭的評価、という三つの段階を踏む体系を、「ひとつの相対的な座標系ではない」として斥け、因果関係概念を、“*but for test*”ではなく、量的判断を可能なしめる“*substantial factor test*” (「重要な要素」基準)として把握すべきであるとす。そしてこのように割合的に把握された因果関係 (「寄与度」) を、あくまでも事実的因果関係の問題とした上で、賠償額に反映させることを主張している。<sup>(6)</sup> また野村教授は、このような「寄与度に基づく割合的責任」の問題を、体系的には責任成立要件の問題として位置付けている。<sup>(7)</sup>

次に野村教授は、因果関係がはつきりしない場合に心証の度合いを賠償額に反映させるいわゆる確率的心証論に触れ、これを割合的因果関係論と精神を同じくするものであるとして評価している。<sup>(8)</sup> その上で教授は、確率的心証論も

最終的には寄与度的処理に吸収されていくべきであると考えているようである。このことは例えば、原告らの健康被害の中に有機水銀曝露の影響によるものが含まれているとされる可能性の程度を賠償額に反映させることが妥当であるとした水俣病東京訴訟第一審判決 (東京地判平成四年二月七日判時平成四年四月二五号)<sup>(9)</sup> の評釈において、教授が、むしろ証明対象自体 (すなわち因果関係) が割合的、確率的なのである、と批判しているところからも明らかであると言える。

なお野村教授は、割合的因果関係説の意義につき、賠償医学の分野における寄与度算定基準の成果を実際の訴訟において生かすための理論的な受け皿となりうる点を挙げている。<sup>(10)</sup>

### (2) 過失相殺類推適用説

過失相殺類推適用説は、倉田卓次判事 (当時) が確率的心証論を展開した東京地判昭和四五年六月二九日 (判時六一五号三八頁、交通民集三巻三号九六三頁) の判例評釈において中野貞一郎教授が主張したのをはじめ、<sup>(11)</sup> 平井教授や齋藤修教授<sup>(12)</sup> といった論者たちによって有力に主張されている。同説は、因果関係を「あれなければ、これなし」の問題に限定したうえで、素因競合事例などにおける減責を専ら損害の金銭的評価のレベルで考慮しようとするものである。ただしここで注意すべきは、同説は、過失相殺法理の構造を吟味した上で同法理の射程を厳格に画定し、素因競合事例の処理のための法的枠組みを創出しようとするものであるというよりは、むしろ、「金銭評価の創造的・裁量的性格」 (平井教授) から減責のための裁量を裁判官に与え、そのうえで、裁判官の裁量による公平にかなった事案処理に条文上の後盾を与えるために過失相殺規定が類推される、という色彩が濃い点である。<sup>(13)</sup> 民法七二二条二項の類推適用による素因競合事例の処理が二つの最高裁判決を契機に実務において一般化したことは、一九九〇年代に

入って学説が過失相殺法理の構造の探求へと向かうひとつのきっかけとなったが、<sup>(16)</sup>ここでの過失相殺類推適用説は、このような流れとは一線を画するところで展開されているのである。なお、素因競合事例において減責すべきかどうかについては、同じ過失相殺類推適用説を唱える論者のなかでも、平井教授はこれに消極的であるのに対し、齋藤教授はむしろ積極的である。このような結果の差異が生じるのも、この説がそれ自体としては、過失相殺の衣をまといながらも、実質的には、公平妥当な解決をめざす裁判官に割合的減責のための自由な領域を与える、ということ以上の積極的内容を有していないことを示していると言えよう。

### (3) 「寄与度減責」説

「寄与度減責」説は、過失相殺類推適用説と同様に、損害の金銭的評価のレベルで賠償責任の割合的軽減を問題とする見解であるが、ひとつの法政策的提案としてこれとは独立した意義を有するものである。

まず提唱者である能見善久教授は、従来、寄与度と言われてきたものには事実的因果関係としての寄与度（「事実的寄与度」）と法的価値判断としての寄与度（「評価的寄与度」）の二種類があることを指摘する。<sup>(17)</sup>そして前者の寄与度については、事実的因果関係の問題であるから原告が証明しなければならず、証明しえた範囲において当然に被告が責任を負うのに対し、<sup>(18)</sup>後者の寄与度については、事実的な寄与だけでなく行為者の過失の程度やその他諸般の事情が考慮されるが、当然には減責という効果をもたらすわけではなく、減責するかどうかは損害の金銭的評価のレベルでの裁判官の裁量に委ねられているとする。能見教授による「寄与度減責」説は、後者の意味における寄与度が微小な行為者に対し公平の観点から裁量によって賠償責任を一定程度軽減することを、不法行為法の一般ルールとして主張するものである。なお能見教授は、「寄与度減責」という発想が要請される場面として、責任要件が緩和された領

域における効果面での減責による調整（「責任要件の希薄化と減責による調整」）の問題を視野に入れている。すなわち、過失の客観化が進み無過失責任に近づいている領域や、因果関係の相当性につき以前は否定されたが肯定されるに至っている領域（例えば交通事故被害者の自殺の事例）や、事故と損害との因果関係の認定が微妙な領域においては、要件の充足により責任を肯定する一方で損害の金銭的評価のレベルで減責するのが公平にかなっていることが指摘されているのである。<sup>(19)</sup>

また能見教授は、責任保険が完備しているところでは被害者の素因を減額事由とすることを否定するのが適当であるとして、通常は保険が付いている交通事故のような場合には基本的には素因減額をすべきでないとしている。<sup>(20)</sup>

### 第二節 割合的因果関係説の理論的問題点とその本質

割合的因果関係説は、被害者の素因や自然力が競合する事例における割合的解決を導出する法的枠組みとして、広く実務に浸透しているとされているが、学説においては理論的な視点から批判を受けているのもまた事実である。このような批判が提出されるのは、この説が、その論者の説くところによると、要件レベルにおいて事実的因果関係を割合的に把握するという、従来の事実的因果関係概念への重大な修正を迫るものであるという点に原因があると言える。本稿が割合的減責論における解釈理論を検討するものである以上、これらの批判を踏まえ、割合的因果関係説を解釈理論として採用し得るものなのかどうかにつき、検証する必要があると考える。そこで以下では、割合的因果関係説に対する代表的な批判を取り上げ、併せて同説の側からの再反論をも視野に入れることにより、同説の解釈理論としての問題点を浮き彫りにし、更に、そこで明らかとなった問題点を踏まえて、同説の実像ないし本質に迫りたいと思う。

## (1) 学説における割合的因果関係説に対する批判

まず平井教授は、訴訟の場で原告が寄与度としての因果関係を通常の証明度において証明することは実際には不可能であり、因果関係の認定が安易になるのを避けるのであればむしろ、事実の平面において常に問題とされる因果関係については「あれなければ、これなし」でよいとして、あとは損害の金銭的評価のレベルで処理するというのが適当であると主張する。<sup>(21)</sup> このような平井教授による批判に対し、野村教授は、そもそも因果関係概念の捉え方（「座標系」）が根本的に異なっているのだから平井教授による批判は批判たりえていない、と再反論を提出している。<sup>(22)</sup> しかしこのような再反論が反論たりえているかもまた疑わしいと言わざるを得ないであろう。

割合的因果関係説に対しては次のような批判もある。吉村良一教授は、割合的因果関係説は事実レベルで因果関係を割合的に考えるため、論理的にはおよそあらゆる場合において常に減じられた賠償責任のみが成立するということになってしまっているのではないか、との疑問を提出する。この世の中の事象の生起には無数の因子が作用しているのであるが、損害賠償訴訟においてはそれら全てが考慮されるのではなく（あるいはそれは不可能である）、むしろ責任の帰属に係る「主要な原因」のみが考慮されるのであって、そこでは一定の法的判断が介在しているはずである。吉村教授の批判の核心はつまり、割合的因果関係説はそのような法的判断の枠組みを内在していないのではないか、という点にある。<sup>(23)</sup>

また、事実的因果関係としての割合的因果関係を承認するにしても次に、それではなぜ事実的因果関係の割合が直截に賠償額を正当化するのか、という問題が生じてくる。事実的因果関係としての割合的因果関係は文字通り事実的な概念であり、それ自体では違法性や過失のような規範的判断を内在していないはずである。しかし寄与度を賠償額に反映させるとするならば、それを法的に正当化する帰責の枠組みが必要であると思われる。<sup>(24)</sup> 割合的因果関係説に

するこのような疑問は、割合的因果関係をむしろ保護範囲のレベルの問題ではないかとする一部の学説の主張<sup>(25)</sup>の背後に存在していると思われる。この点につき野村教授は、割合的な事実的因果関係を金銭的評価に投影させたものを「一定の法的価値判断ないし政策的判断によって補充・修正することを否定しないし、むしろそれは必要なことと考える」としている。<sup>(26)</sup> しかしこれでは、結局は法的価値判断ないし政策的判断といったものが最終的に算出される賠償額を正当化することになってしまい、事実的因果関係を割合的に捉えこれを賠償額に反映させるといふ割合的因果関係説の意義が減退してしまつようにも思われる。結局ここでも割合的因果関係説は、学説による批判に対し、有効な再反論を提出しているとはいえないと言つほかない。

## (2) 割合的因果関係説の理論的問題点とその本質

以上で挙げた学説における割合的因果関係説に対する批判は、同説の理論的問題点を浮き彫りにしているものと思われ。

まず、平井教授による批判は、それを敷衍させると、割合的因果関係説が責任要件レベルにおいて事実的因果関係を割合的に捉えるということの意義を問うものになるのではないかと思われる。損害に寄与した割合を通常の証明度において厳格に認定することは、平井教授が指摘するように、ほとんど不可能に近い。よって割合的因果関係説が選択できる道は次の二つに限定されると思われる。すなわち一つ目は、平井教授による指摘にもかかわらず、原告は常に割合的な事実的因果関係をその存在と共に量（割合）においても立証し、裁判官はこれを認定しなければならぬ、という超然たる態度をとることである。しかしこの場合、因果関係の認定がある程度安易なものにならざるを得ないことを覚悟すべきであろう。二つ目は、事実的因果関係を割合として捉えると言いながらも、原告が立証すべき因

果関係を全損害についての因果関係(例えば「あれなければ、これなし」)でよいとして、原告の証明負担の緩和と事実認定の厳格化に配慮し、被告の抗弁等を踏まえて減責の問題に入るというものである。しかしこのように考えるとするならば、割合的因果関係説が責任成立要件において事実的因果関係を割合的に捉えたとすることの意義が正面から問われることになるであろう。割合的因果関係説がこの二つの道のうちのいずれを選択しているのかは必ずしも明らかではないが、あらゆる場合に原告は因果関係をその存在と共に量(割合)においても立証しなければならぬ、とは考えていないようである。<sup>(27)</sup>つまり同説は、割合的因果関係なるものを少なくとも原告が立証すべき要件事実としては捉えてはいないのである。しかしそうであるならば実際の訴訟における処理としては、過失相殺類推適用説でも割合的因果関係説でもほとんど同じであるということになりかねず、<sup>(28)</sup>よって、割合的因果関係説が理論的難点を抱えつつもなぜ敢えて、責任要件レベルにおいて事実的因果関係を割合的なものとして捉えるのか、という問題が露呈することになる。割合的因果関係なるものはフィクションなのであるから損害の金銭評価レベルで過失相殺の類推適用により処理するほうがよい、という淡路剛久教授による指摘<sup>(29)</sup>に対し、それでもなお責任要件レベルでの事実的因果関係の問題とする必要がある、との割合的因果関係説の側からの再反論が待たれるところである。

また、前述の二つの指摘、すなわち、事実レベルで因果関係を問題にするにしてもそれが法的概念である以上はいかなる原因に着目するのかという次元においてすでに法的判断が介在しているはずであるが割合的因果関係説はそのような法的判断の枠組みを内在していないのではないか、との指摘と、割合的因果関係説は事実的因果関係と賠償額との橋渡しをする帰責のための枠組みを欠いているのではないか、との指摘は、割合的因果関係説が次のような問題点を抱えていることを明らかにするのである。すなわちこの説は、事実的因果関係を割合的なものとして捉えなおし賠償額の問題に直結させるとしながら、このような理論的に重大な修正にもかかわらず、既存の枠組みとの関係を何

ら説得的に説明していないのである。事実的因果関係を“but for test”とすることを斥け割合的な事実的因果関係を主張するのであれば本来、不法行為帰責論全体の構造の見直しが迫られるべきであるが、割合的因果関係説はそのようなところまで考えを及ぼさず、単に原因競合事例などにおける割合的解決のための理論的根拠をどこに求めるのかという観点のみにおいて説を展開しているのではないか、と感じざるを得ないのである。<sup>(30)</sup>

以上において割合的因果関係説の理論的問題点が浮き彫りにされたが、このことはむしろ、割合的因果関係説の本質を明らかにするのである。

すでに概観したように、学説の諸見解が事実的因果関係を寄与度として把握することを批判する場合、そこでの事実的因果関係は責任成立要件としてのそれであり、また帰責の前提としてのそれである。これに対し、割合的因果関係説が割合的因果関係を事実的因果関係であると主張する場合の事実的因果関係は——論者自身は責任成立要件の問題としてしているが——必ずしもそのようなものとしては考えられていないのではなからうか。むしろ野村教授の主張の重点は、割合的減責の問題を専ら裁判官による「勘」<sup>(31)</sup>によって処理するのではなく、例えば賠償医学の成果としての寄与度判定基準や公害訴訟における自治体による地域総合シミュレーションのような客観的ないし科学的な尺度を手がかりにして、裁判官による賠償額の算定に一定の方向付けを与える可能性を探求すべきである、ということにあると言える。<sup>(32)</sup>つまり割合的因果関係説が事実的因果関係の問題であると主張する場合、そこでは客観的ないし科学的にはじき出された寄与度のデータにおける事実性を問題にしているのであって、そこでの事実的因果関係における「事実」は、訴訟において原告が証明しなければならぬ責任成立要件としての行為と結果との連結の事実とは別のものである。そのように考えると、結局のところ割合的因果関係説という学説は、責任要件レベルでの事実的因果関係を問題にすると言いながらも、実際はそのような理論構成は二次的なものとしてしか考えられておらず、む

しる「寄与度」ないしは「割合的因果関係」なるものをひとつのフィクションとして作り上げることによって、割合的解決における裁判官の裁量に一定の方向付けを与えることを主張するものであると理解すべきであると思われる。

賠償医学は、学際的見地から、事故で生じた損害にいかなる因子がどのような割合で影響しているのかを裁判官が実態として把握するための客観的資料を提供しようとするものである。そして裁判官が個々の事案の処理においてどのような資料をひとつの手がかりとして参照することには、何ら問題はないと思われる。しかし、このような資料を手がかりに裁判官が損害に対する諸因子の影響力を「寄与度」というかたちで認識し、実際の訴訟の処理においてこれに依拠するということは、責任要件として事実的因果関係を要求し、賠償範囲を画定し、そしてこれを金銭に評価する、という損害賠償法の体系に基づく思考の過程とは全く別の次元にある問題である。このような峻別は例えば、交通事故におけるいわゆる「過失相殺基準表」の実務における活用と、学説における過失相殺法理の構造の解明との区別に対応すると思われる。前者は裁判官が客観的な資料に基づき定型的にかつ迅速に事案を処理することを意味するが、このような資料それ自体は事案処理を何ら法的に正当化するものではない。むしろこれは後者の課題であると言える。<sup>(33)</sup> 論者の主張を全体として観察するならば、割合的因果関係説は前者の次元での主張であると理解すべきではなからうか。同説が「寄与度」を賠償額に反映させるということを正当化する法的な説明を欠いているということもこのことを物語っていると言えよう。しかしそうであるならば次に、後者の不法行為法理論の問題として、野村教授が主張される「寄与度に基づく割合的責任」をいかなる枠組みにおいて受け止めるべきか（因果関係概念か、保護範囲ないし規範目的の解明においてか、公平判断においてか、等々）が問われなければならないと思われる。そしてこのような問題の検討が欠落しているかぎり、割合的因果関係説も過失相殺類推適用説も、外見とは裏腹に、実質的にはさほど異なるものと考えざるを得なくなるように思われる。

いずれにせよ、本質的には割合的因果関係説とは前述の意味での実践的なレベルでの主張であるところ、説の名称に「因果関係」が挙がっていることや論者自身が責任成立要件の問題であると明言していることなどから、学説は同説を因果関係論の次元において批判していたというのが実態ではないかと思われる。よって、「寄与度に基づく割合的責任」という結論自体の是非はともかくとしても、責任成立要件の問題であるという主張部分を取り除いて考える場合、割合的因果関係説は本章で触れたような学説による理論的批判から概ね解放されるものと思われる。

## 小 括

本章では、素因競合事例や自然力競合事例において割合的解決を主張する代表的な諸学説を概観し、とりわけ学説において批判の多い割合的因果関係説についてはその理論的問題点についてまで立ち入って検討した。ここで再度これらの諸学説につき整理したいと思う。

まず、過失相殺類推適用説と「寄与度減責」説は、損害の金銭的評価のレベルで減責を行なうという点において理論的に共通している。交通事故での素因競合事例の処理方法として実務に定着している過失相殺類推適用説は、素因が被害者側にある事情であるという点から減責の根拠を過失相殺規定に求めつつも、実質的には公平の理念からの減責を直接的に要請するものであった。これに対し、「寄与度減責」説は、同様に損害の金銭的評価の場での減責を主張するものではあるが、公平の要請を「責任要件の希薄化と減責による調整」という視点からより積極的に意義付けさらに、責任保険による保護の有無をも念頭に置くことにより、裁判官による公平判断のための裁量の余地を慎重に限定しようとしている。いずれにせよ両説は、事実的因果関係と保護範囲の問題の後に——広狭の違いはあるが——裁判官の公平判断に基づく減責の余地を体系上において位置付けるといっ点で共通性があると言える。

また、割合的因果関係説は、提唱者である野村教授によると、責任成立要件のレベルで事実的因果関係を割合的に捉えこれを賠償額に反映させるといふものであった。しかし本章で検討した結果明らかとなったのは、この説が割合的な事実的因果関係を責任成立要件として厳密に構成しているかどうかは甚だ疑わしいということであった。むしろこの説が事実的因果関係を問題とする真の意図は、裁判官が賠償医学の成果である寄与度判定基準のような科学的ないし客観的な(ゆえに事実的な)基準に依拠するなどして「寄与度」を把握し、これを賠償額算定に生かしていくような方向に実務が向かっていくべきである、ということを主張するところにあると言えよう。このように考えると、割合的因果関係説が寄与度に基づく割合的解決を行なおうとしているのも、実質的には過失相殺類推適用説などと同じ帰責問題の後にある裁量の領域においてであると言えるのではなからうか。実務家が割合的因果関係説も過失相殺類推適用説も実際の訴訟での処理方法としてはほとんど同じであるとしているのも、このことを裏付けていると言えよう。<sup>34)</sup>すでに述べたように、割合的因果関係説は、確率的心証論が登場する背景となったような因果関係の認定が微妙なケースをも寄与度によって処理することを主張するのであるが、もしこのような場合においてまで広く寄与度に基づく割合的解決を推し進めるのであれば、諸原因が混在している因果関係の証明が困難な場合における裁判官による事実的な寄与度の発見も、裁判官に過失相殺規定の類推適用を決意させる公平判断も、実質的な差異はほとんどなくなるように思われる。

このように、本章で取り上げた割合的解決を主張する諸学説は、行為と結果との事実的因果関係を前提にその結果を賠償の対象とすることの規範的正当性を問う帰責のための理論的枠組み(不法行為帰責理論)とは切り離されたところで、裁判官に裁量の余地を認めることにより、減責すべきか否か、そして減責するとしてどの程度か、といった問題を取り扱おうとしている点において共通していると言える。しかし割合的減責の問題を専らこのような次元で捉

えることは、裸の公平を問題することにつながり、減責すべきか否かという結果の当否に議論を収斂させてしまつことにつながりかねない。冒頭でも述べたとおり、本稿は、まさにこのような混迷状況を打破し、減責の当否につき中立的立場から今後の解釈論の進むべき道を模索することを目的とするものである。よって、本章で概観した諸学説による処理の可能性も留保しつつ、このような課題に取り組むとするならば、何をもって公平とするかという公平の意味の探求よりもむしろ、素因競合事例や自然力競合事例においてしばしば言及される「損害の公平な分担の理念」を損害賠償法体系においていかなるかたちで受け止めるべきかという、公平の意義の検討が必要であると思われる。<sup>36)</sup>そこで、このような視角から次章以降においては、一九六〇年代に議論が盛んになり後に衰退していったドイツにおける減責条項の導入をめぐる立法論の推移(第二章)と、ドイツ民法二五四条に規定されている協働過責制度における公平の理念のもつ意義(第三章)について検証することによって、ドイツ損害賠償法における割合的減責の法的枠組みと公平の理念との関係について明らかにしたいと思う。なお、比較法研究の対象をドイツ法に求めた理由は以下のとおりである。

第一に、帰責問題を離れて公平の観点から賠償責任を割合的に軽減する余地を損害賠償法体系上において承認すべきかどうか、という問題は、責任要件充足から賠償額の算定に至る体系全体において評価的思考をどのように位置付けるべきか、そしてひいては公平の理念をどのようなものとして損害賠償法体系のどこに位置付けるべきか、という観点からの検討を必要とすると思われる。これを前提としてドイツ法を見る場合、ここでは、完全賠償原則の採用により体系に評価的な視点が入り込むことにとりわけ警戒感をもつというドイツ損害賠償法の特徴が浮き彫りとなる。第二章ではドイツ損害賠償法において一九六〇年代に議論が盛んになった裁量による減責を可能にする制度の導入の動向を概観するが、当然ここでは、損害賠償法体系において割合的減責を導出するための評価的思考をどのようなか

たちで受け止めるのかという問題が、わが国以上に先鋭化しているとみることが可能である。このような視角から、減責条項導入をめぐってどのような議論が行なわれたのか、そしてそれがいかなる原因で衰退していったのか、を探ることは、公平の理念に基づく割合的減責を損害賠償法体系のなかでどう位置付けるべきかという本稿の問題意識から見て、興味深いものと言える。加えて第三章では、減責条項導入論が衰退していった結果、割合的減責の問題を受け止める既存の法理として残った協働過責制度(ドイツ民法二五四条)を取り上げるが、そこにおいて公平の理念がどのような意義を有しているかを検討することは、現行のドイツ損害賠償法において割合的減責における公平の理念がいかなるものとして捉えられているのかを明らかにすることになる。このような検討も損害賠償法体系のなかでの公平の理念のひとつの位置付けを明らかにするものであり、減責条項導入論の衰退現象の検討とあいまって、わが国における割合的減責論の今後の進むべき道を模索するうえで極めて興味深いものと言える。

第二の理由として、本章で概観した「寄与度減責」説がドイツにおける一九六〇年代の減責条項をめぐる動向を参照している<sup>(37)</sup>ということが挙げられる。すなわち、能見教授は、わが国において「寄与度減責」という発想を採用することが妥当かどうかにつき、ドイツにおける減責条項をめぐる議論との対比で、「完全賠償主義をとらないわが国では、寄与度減責に対して、少なくとも理論的な障害はない」と述べている<sup>(38)</sup>。しかし、裁量による減責条項の導入をめぐる議論が完全に下火になったと言わざるを得ない現在のドイツの状況からすると、一九六〇年代にドイツで起こった減責条項をめぐる議論が、わが国の損害賠償法において「寄与度減責」という発想を採用することにつき、示唆を与えるような事態であったのかどうかという点に疑問をもたざるを得ない。そこで、能見教授が参照したドイツの動向を再検証する必要があると考える。

なお、日本法とドイツ法との比較を行なう際には、両国の制度上の違いに配慮しなければならない。本章で概観してきた割合的減責論をめぐる諸動向は専ら不法行為法の領域での問題であり、例えば過失相殺類推適用説と言った場合、そこでの過失相殺とは不法行為法上の規定である民法七二二条二項を念頭に置いたものである。これに対しドイツ法は、契約法と不法行為法の両方に適用される損害法総則(ドイツ民法二四九条から二五五条)を有している。よって例えば、第二章で扱う参事官草案二五五a条も第三章で扱うドイツ民法二五四条も、契約法と不法行為法の両方に適用のある規定である。このように両国間には法制度上の違いがある。しかし第二章で扱う参事官草案二五五a条をめぐる諸議論は主に不法行為法を念頭においたものであるし、また、第三章では不法行為法の観点からドイツ民法二五四条を検討したいと考えている。よって、両国の法制度上の違いはあるが、本稿の視角からは、これらをわが国の動向と比較することは十分に可能であると考える。

(1) 実務における民法四一六条の予見可能性による処理の後退から「寄与度」による処理をはじめとする割合的減責論の登場へと至る経過については、能見善久「寄与度減責」四宮先生古希記念『民法・信託法理論の展開』(弘文堂、一九八六年)二二〇頁以下を参照。

(2) 素因の斟酌ないし斟酌反対を主張する各説については、橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程」(五)・完、法学論叢一三九巻三号(一九九六年)四頁以下が比較的詳しく紹介している。また、一九八七年以前のものであるが、原因競合事例における割合的解決を扱った論稿全般については、加藤新太郎「因果関係の割合的認定」判例タイムズ六三三号(一九八七年)四六―四七頁(注1)にほぼ網羅的に挙げられている。

(3) 同じく事実的因果関係を量的概念として捉えるものとして浜上教授による部分的因果関係説(浜上則雄「損害賠償法における「保証理論」と「部分的因果関係の理論」」(『民商法雑誌六六巻四号(一九七二年)一四頁以下)があるが、本稿では実務において広く浸透しているときを割合的因果関係説に焦点をしばって検討することとする。

(4) 野村好弘「因果関係の本質——寄与度の基づく割合的因果関係論」交通事故紛争処理センター創立一〇周年記念論文集『交通事故損害賠償の法理と実務』(ぎょうせい、一九八四年)六一頁以下。

(5) 少なくとも野村教授はそうに考えているようである(野村好弘「因果関係の割合的認定——西淀川大気汚染訴訟(第一次)第四次)第一審判決の考察」ジュリスト一〇八二号(一九九五年)三九頁以下)。

- (6) 野村・前掲注(4)論文六三頁。
- (7) 野村好弘「寄与度に基づく割合的責任」私法五〇号(一九八八年)一四〇頁。
- (8) 野村・前掲注(4)論文七二頁。
- (9) 野村好弘「確率的(割合的)因果關係論」判例タイムズ七八二号(一九九二年)五三頁。
- (10) 野村・前掲注(4)論文八〇頁以下。
- (11) 中野貞一郎「相当因果關係の蓋然性と損害賠償額」『統・民事訴訟判例百選』別冊ジュリスト三六号(有斐閣、一九七二年)一六九頁。
- (12) 平井宜雄「因果關係論」『現代損害賠償法講座1』(日本評論社、一九七六年)一一〇頁。
- (13) 齋藤修「損害賠償と被害者の体質的素因」神戸商科大学論集三七卷四号(一九八五年)二七頁、同「鞭打ち症における損害賠償減額の法理——体質的素因と心因性を中心として——」神戸商科大学論集四〇巻四一五号(一九八九年)五四七頁など。
- (14) 例えば、加藤判事は、過失相殺類推適用説を、寄与度による減額の根拠を過失相殺規定によって補強するものであるとしている(加藤・前掲注(2)論文五三頁)。これに対し倉田判事は、過失相殺規定のそのような使われ方自体に反対している(倉田卓次「被害者の素因との競合」交  
通法研究一四号(一九八五年)九三頁)。
- (15) 心因的要因の競合につき最判昭和六三・四・二二民集四二巻四号二四三頁、体質的素因につき最判平成四・六・二五民集四六巻四号四〇〇頁。
- (16) 代表的な研究として、窪田充見「過失相殺の法理」(有斐閣、一九九四年)、橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程」(一)(五)・完「法学論叢」三七巻二号一六頁、四号一頁、五号一頁、六号一頁、一三九巻三号一頁(一九九五―九六年)がある。ただし、窪田教授は素因保持者の行動の自由の不当な制限を問題にし、一般論としては帰責問題のレベルで素因減額に反対している(前掲書七六頁、七八頁以下。つまり過失相殺法理が素因問題一般を処理するのではない)のに対し、橋本助教は、過失相殺の法理構造の探求から、被害者は自己の危険領域内の特別の危険から生じた結果について保証責任を負うとの考え(領域思考)を抽出し、素因が個人差以上のものであるような場合の素因減額の余地を認め、これを「過失相殺の類推」と構成する(前掲論文(五)・完二二頁以下)。
- (17) 能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察」(八・完)「法学協会雑誌」一〇二巻二号(一九八五年)二〇頁以下。
- (18) 能見教授の言う事実的寄与度は野村教授による割合的因果關係とは別のものであるという点は注意を要する。本文中述べたとおり、能見教授による事実的寄与度とはあくまで、ある一定の結果について原告がそれを証明した場合——被告の抗弁がないかぎり——原則的にその結果に

ついて被告が責任を負うという意味での事実的因果關係であり、これは「あれなければこれなし」によって明らかにされるものである。

- (19) 能見・前掲注(1)論文二五〇頁。
- (20) 能見・前掲注(1)論文二五一頁。
- (21) 平井・前掲注(12)論文一一〇頁。また、同様の趣旨で割合的因果關係説への疑問を投げかけるものとして、淡路剛久「事故と再発症との因果關係につき、これを肯定する証拠が七〇パーセントあるとして、損害額の七〇パーセントを認定した事例」判例時報六二七号(一九七一年)一一六頁。
- (22) 野村・前掲注(4)論文七六頁。
- (23) 吉村良一「公害賠償における「割合的責任」論の検討」淡路・寺西編『公害環境法理論の新たな展開』(日本評論社、一九九七年)二五五頁。なお、窪田・前掲注(16)書二二三頁は、「裸の寄与度・原因力」を割合的減額のための衡量因子とすること、あるいはそもそもそのようなものを観念することに疑問を呈されるが、これと同趣旨であると言える。
- (24) このような視点から因果關係相殺という発想に疑問を投げかけるものとして、潮見佳男『不法行為法』(一九九九年)三〇九頁。
- (25) 森島昭夫『不法行為法講義』(有斐閣、一九八七年)二八五―二八六頁、「座談会・不法行為法の回顧と展望」LAW SCHOOL 六号(一九七九年)一八一―一九頁(加藤雅信教授の発言)。
- (26) 野村・前掲注(4)論文七八頁。
- (27) 「座談会・東京地裁及び大阪地裁の交通事故裁判について」交通民集一六巻索引・解説号(一九八三年)における野村教授による発言(三八九頁)。
- (28) 前掲注(27)座談会における福岡判事の発言(三八八頁)。
- (29) 前掲注(27)座談会における淡路教授の発言(三八六頁)。
- (30) 野村教授(野村・前掲注(7)論文一四二頁)は、割合的因果關係を既存の枠組みとの関係でどのように位置付けるのかといった法的構成は二次的な問題に過ぎないのであって、むしろ端的に「寄与度に基づく割合的責任」という説明の仕方が普及することこそ重要である、といった趣旨のことを述べている。
- (31) 平井・前掲注(12)論文一一〇頁。
- (32) 野村・前掲注(4)論文八一頁。

(33) 窪田・前掲注(16)書五―六頁、二四三―二四四頁。

(34) 注(28)を参照。

(35) なお、浜上教授による部分的因果関係説もこの点では同じである(浜上・前掲注(3)論文一八頁以下)。

(36) このような問題を扱うものとしては、既に前田陽一教授による研究がある(前田陽一「不法行為法における「損害の公平な分担の理念」と素因減額論に関する一考察」星野英一先生古祝賀『日本民法学の形成と課題』(有斐閣、一九九六年)八九三頁以下)。前田教授は素因減額の根拠としての「損害の公平な分担の理念」と過失の程度を賠償に比例させる思潮(過失比例主義)との結びつきを指摘したうえで、これと過失の程度を考慮しない主義(純粹過失主義)との関係をその国の裁判官への信頼の有無という視点で把握する。そして結論としては、わが国においては過失比例主義を採用するスイスのような裁判官への厚い信頼がない、という事情を重視して、素因減額に批判的な見解を主張する。しかし、それ自体極めて実証が困難な裁判官への信頼というファクターから直截に素因減額はか非かという解釈問題に決着をつけるということに対しては躊躇せざるをえない。このようなファクターはわが国における割合的減額論を考えるうえでひとつの背景的要因として考慮しうるものであると思つが、本稿ではむしろ、「公平」なるものを不法行為法の帰責理論とは別個に置く必要があるのだろうか、あるいは「公平」を帰責理論に内在させることはできないのであろうか、といった問題を正面から検討する必要があると考える。

(37) 能見・前掲注(1)論文二四〇頁以下。

(38) 能見・前掲注(1)論文二四九―二五〇頁。但し、能見教授は素因減額の是非は最終的にはわが国においていかなる立場をとるかといった純粋な法政策の問題であるとしている。しかし「寄与度減責」という説を展開するにあたって外国法研究としてドイツの減責条項をめぐる動向を取り上げていることはそれ自体、教授自身による自説の展開に何らかの示唆を与えているものと思われる。

## 第二章 ドイツにおける減責条項の導入をめぐる議論

### はじめに

ドイツの損害賠償法はいわゆる完全賠償原則を採用しており(ドイツ民法二四九条)、責任を根拠付ける事実が賠

償範囲の画定に際しては考慮されず、専ら因果関係がこれを画定するとされている。ドイツ法がこのような原則を採用した理由としては一般に、民法に道徳的ないし刑法的な観点からの考慮が入り込むことへの不信感や、権威的な裁判官像を前提として裁判官に広範な裁量の余地を与えることへの危惧感があつたことが指摘されている<sup>(1)</sup>。しかしこのような原則を採用するドイツ損害賠償法は、民法施行後、賠償額算定をも視野に入れた広い意味での賠償範囲の問題において、次に挙げる理論的に二種類の修正を迫られることとなつたのである。

第一に、帰責されるべき損害の範囲を画定するという狭義の賠償範囲の問題における規範目的説の台頭が挙げられる。ラーベル(Rabel)やケメラー(v. Caemmerer)らによつて提唱された規範目的説は、伝統的な差額説を前提とする統一的損害概念を批判し、個々の契約や事件ごとに承認される規範の目的から損害を把握すべきであるとした。そしてそこから、賠償範囲は因果関係概念ではなく責任原因から解釈によつて導き出されるべきである、との主張が展開されたのである。<sup>(2)</sup>

第二に、前述の意味における賠償範囲の問題の後に損害額の算定のレベルで裁判官の裁量により賠償義務を軽減することを可能にする規定を導入することが提案された。このような議論は、一九四〇年のドイツ法アカデミーによる「損害賠償法草案」においてはじめて立法論として登場し、一九六〇年代に第四三回ドイツ法曹大会をきっかけとして、再び議論が盛んになった。

前章で問題にしたわが国における賠償責任の割合的軽減の問題は、賠償範囲画定後に「寄与度」や過失相殺規定の類推適用や「損害の公平な分担の理念」といった論拠を持ち出して賠償義務を割合的に軽減するといつものであり、理論的には後者の問題に属すると考えられる。そこで本章ではこの後者の動向につき概観したいと思つ。

## 第一節 ドイツ法アカデミー草案における議論

ナチ政権下においてドイツ法アカデミー (Akademie für deutsches Recht) は損害賠償法の改正に着手し、一九四〇年に「ドイツ損害賠償法草案 (Entwurf einer deutschen Schadensordnung)」の第一部として全八条からなる「過失不法行為についての責任 (Haftung für verschuldete unerlaubte Handlung)」(以下、アカデミー草案とする)をその理由書とともに発表した。<sup>(3)</sup> この改正案は一連のナチ政権下での立法作業のひとつとして位置付けられるものであり、そこには民族主義や共同体思想が反映されているとされているが、実際には原因主義を採用するゲルマン古法への復帰は見られず、過失責任主義が維持されている。<sup>(4)</sup> 本稿のテーマからは「責任の制限」と題された草案八条が問題となる。草案八条の条文は以下のとおりである。

## 「第八条 責任の制限

行為が、行為者の個人的知識および能力によれば全く非難されるべきでない場合か、又は非常に僅かしか非難されるべきでない場合において、当事者の財産状況その他の事情により全額の賠償を課すことが健全な民族感覚に著しく反するときには、責任を適当に軽減する。<sup>(5)</sup>」

草案八条の理由書を担当したラインハルト (Reinhardt) は同条を、「責任の拡張」に関する草案七条とともに、公平条項として性格付けている。<sup>(7)</sup> そして彼は公平条項につき、それがどのような役割を果たすかは損害賠償法体系を支配する「基本原則」に依存するとしている。なおアカデミー草案における基本原則については草案一条が規定しており、これによると、「故意又は過失により違法に他人に損害を与えた者は損害賠償義務を負う」とされている。<sup>(8)</sup> そし

て、このような不法行為の一般規定のもとで、要件の一部が充足されていない場合でもなお公平の見地から賠償責任を認めるべき場合(責任の拡張)と、全ての要件が充足されているにもかかわらず公平の見地から責任を制限するべき場合(責任の制限)に、公平条項が問題となるとしている。<sup>(9)</sup>

責任の制限に関してはまず、「加害者の完全賠償の負担が当該事情、とりわけ財産状況に鑑みて、特に不公平である」ような場合が検討の対象とされている。ラインハルトは、加害者の財産状況に鑑みての賠償責任の軽減をあらゆる場合に及ぼすと、財産を有さない者に他人や他人の財産に対してあまり配慮しなくてもよいという特権を与えることになり不当であるとしている。<sup>(10)</sup> そこで彼は、賠償義務者の財産状況を鑑みての負担軽減の適用範囲を、行為に人的非難が加えられないかあるいは僅かにしか加えられないような場合、すなわち過失との関係では、「客観説においては過失が肯定されるが主観説においては否定されるような」場合に限定されるべきであると主張している。<sup>(11)</sup> つまりラインハルトによると、責任の制限を可能ならしめるための要件は、行為者に人的非難が課されないかあるいは僅かにしか課されないような場合であり、このような要件が充足される場合にはじめて公平の考慮がなされ、そこでの判断要素として加害者の財産状況が参照されるといことになるのである。

ところで、アカデミー草案八条が具体的にいかなる事案を念頭においているかについては、ラインハルトによる理由書の叙述からは明らかではない。このことは、草案八条が、何らかの具体的な事案の解決における困難に対処するものとして立案されたというより、むしろ、草案七条の「責任の拡張」とともに、公平の理念を広範に及ぼすことにより損害賠償法全体を紛争解決手段としてより一層柔軟なものにする、という要請のなかで必然的に生み出されたものであることを意味していると言ってよいだろう。なお、条文の文言として挙げられているように、草案八条の理由書において問題とされた公平は、実際の条文では「健全な民族感覚」という文言によって表現されている。この点に

つては、アカデミー草案全体をナチの法思想との関係においてどのように評価すべきかということが問題となるが、本稿のテーマとは直接の関係がないため叙述を控えることにする。

## 第二節 一九六〇年代の減責条項をめぐる議論<sup>(13)</sup>

### (1) 第四三回ドイツ法曹大会

アカデミー草案は戦後、ドイツ法アカデミーの解散にともない廃案へと追い込まれたが、裁量による賠償責任の軽減を可能にする規定の導入をめぐる議論は、一九六〇年の第四三回ドイツ法曹大会において再び取り上げられることになる。同大会のテーマは、「有責に惹起された損害についての責任を制限するのは妥当か？ 損害賠償義務の範囲につき過責の程度や被侵害規範の射程を基準とすべきか？」であったが、本稿の関心からは過責の程度の斟酌の問題が重要である。大会には事前にランゲ (Lange) による鑑定意見書<sup>(14)</sup>が提出され、当時はハウス (Haus) とウィルブルク (Wilburg) による報告<sup>(15)</sup>がなされ、種々の議論を経て過責の程度の斟酌による減責条項の導入が採択された。以下ではこの三者の見解を要約的に提示し、過責の程度を斟酌することにより賠償責任を軽減するということがドイツ損害賠償法においていかなる理論的意義を有するものなのか、そしてそこにおいていかなる事案類型が想定されていたのか、を明らかにしたい。

#### ①ランゲの見解

ランゲは、過責の程度を賠償範囲の画定において基準とすべきか、という問題の出発点として「損害と有責性の比例 (Proportionalität von Schaden und Schuld)」という発想について検討している。ランゲは、「損害と有責性の比例」という考えはドイツ法においても排除されていないと主張し、そのような発想が現行のドイツ法において反映し

ている例として、以下のようなものを挙げている。すなわち、ドイツ民法二五四条 (協働過責) における損害分割のための衡量要素として原因に対して過責が重要視されるようになっていくこと、同条の解釈論において損害分割の衡量要素として過責以外にも危険責任構成要件に該当する危険 (業務上の危険) を類推適用によって認めてきたこと、道路交通法一七条の領域において二台の自動車の衝突事故における各損害惹起者の賠償義務の範囲が過責と対応していること、八二九条 (公平責任) の二五四条への準用により比例原則が責任無能力者に対する侵害においても拡大されたこと、労働中の事故における労働者の責任が「損害賠償法より上位にある法思想」の下で軽減されること、仮定的因果関係の問題における仮定的事実の評価において過責が参照されていること、非財産的損害の賠償において連邦通常裁判所が過責の程度を斟酌しようとの見解を採っていること、などである。<sup>(17)</sup>

このような法的状況に基づいて、ランゲは過責の程度の斟酌を主張する。彼は、損害賠償法に改悛、贖罪、応報といった機能を負わせることにはこれを通俗化への道として非難しながらも、次のように述べて過責の程度の斟酌を正当化する。すなわち、全ての損害事件においては不法と並んで不運が競合しているであり、「不法がとりわけ取るに足らないもので、不運が大きい場合、不法にのみ目を向け損害惹起者に不運も負担させることは公平な負担分配ではない」とする<sup>(18)</sup>。ランゲは、過責の程度の斟酌による責任軽減の方法ないし枠組みについては、諸要件を賠償の程度と対応させ段階付けを行うプロイセン一般ラント法やオーストリア民法典の立場と、賠償の程度や方法を専ら裁判官による裁量に委ねるスイス債務法の立場との、中間の道を妥当としている。そして彼は、裁判官に一定の裁量の余地を認めつつも確定的な要素をそのなかに組み込むような枠組みが妥当であるとし、客観的な基準として損害が異常に大きいということを、主観的な基準として賠償義務者の過責が軽微であることを、それぞれ要求する。また、賠償義務者に故意または重過失がある場合には減責の可能性はないとする<sup>(19)</sup>。以上を踏まえて、ランゲは次のような減責条項

を提案している。

「損害賠償義務者に軽過失がなく、生じた損害が異常に大きい場合、賠償義務は、公平の裁量に基づき、その発生につき通常の状況下で通常の事実経過に従った損害事件において考慮されるような損害額まで軽減される」<sup>(21)</sup>。

またランゲは、賠償による賠償義務者の生計の破綻の問題に触れ、このような場合における賠償義務者の財産状況の考慮には消極的な態度をとっている。<sup>(21)</sup>

ランゲが減責条項を提案するに際してその拠り所としたのは「損害と有責性の比例」という発想であった。そしてすでに述べたようにこの発想は、一五四条の損害分割における過責衡量にとどまらず、同条における業務上の危険の衡量や、被害者側への八二九条の準用のようなものまで包含するものである。また労働中の事故における労働者の責任の制限の問題も扱われていることから、そこでの「損害賠償法より上位にある法思想」による責任の軽減のようなものもこの発想の下に置かれることとなる。つまりここでいう有責性 (Schuld) は、過責 (Verschulden) よりも広く、損害と関連させることで公平の理念それ自体を基礎付けるようなものとなっているように思われる。ランゲによる提案もそのような発想のもとで把握されるべきものとされており、そこでは、損害が異常に大きいことと賠償義務者の過責が軽微であるということとを前提としつつも、裁量による公平の実現が中心的な課題となっているのである。

## ② ハウスの見解

大会の当日の報告を担当したハウスも、「損害賠償の量的制限」の問題として、過責の程度を斟酌することにより減責を可能にするということに賛成しており、<sup>(22)</sup> 次のような減責条項を提案している。

「債務者が責任を負う行為に比して特別に大きなあるいは広範な損害が発生した場合で、債務者の完全な損害填補の負担が当該

事情のもとでは著しく不公平となる場合には、裁判官は賠償義務を軽減することができる。但し、債務者の責任が故意又は重大過失に基づく場合はこの限りではない」<sup>(23)</sup>。

ハウスの提案において特徴的なのは以下の三点である。

まず第一に、責任要件の希薄化にともない効果面で減責によりバランスをとる、という発想が明確に打ち出されている点が挙げられる。すなわち彼はまず、過失については、交通事故を念頭に置き、「今日の判例ではごく僅かな落度でさえ過失の肯定を導く」ことになるが、「集中力の欠如の結果、注意を払わなかった事故の惹起者に生計を破綻させるまでに責任を負わせることは責任主義に反し行き過ぎではなからうか」と指摘している。また、責任能力については、その有無についての分かれ目の年齢の子供が遊びの最中に喧嘩などで他人に怪我をさせたような場合を問題にしている。更に相当性要件については、被害者の異常体質や自然力や第三者の不意の行動が介在したような場合において、加害者に責任のある寄与領域と損害との間の相当性がかるうじて存在する場合を問題にしている。<sup>(24)</sup>

第二にハウスは、当事者間に好意関係が存在する事案において、このような人的関係を考慮することにより減責をすることを肯定している。すなわち彼は、好意同乗事例をとくに取り上げ、運転者が軽過失の場合に損害発生の特性を考慮せずに非常に大きな損害賠償を請求できるというのは問題である、としている。なおハウスは、好意的な行為により責任が生じたような場合の減責においては「特別に大きな損害」の要件を問題にしないとしている。<sup>(25)</sup>

第三にハウスは、財産状況、すなわち加害者の賠償についての経済的負担可能性の問題や保険の給付との関係の問題について言及している。まず加害者の経済的負担可能性の問題については、このような事情を減責において考慮し得るとすると原状回復の理念が後退してしまうと述べ、ランゲと同様、財産状況の考慮に批判的である。さらに彼は、

保険による保護との関係にも触れ、保険がかかった事件とかがつていない事件を区別することに難色を示している。<sup>(26)</sup>

### ③ ヴィルブルクの見解

ヴィルブルクは、規範目的によって画定された賠償範囲を当該事案の事情から裁量により修正する際に裁判官が依拠すべき諸々の観点を明確に把握しようとする。そしてこのような観点として、過責の程度のほか、原因力の程度、被害者への好意性、両当事者の財産状況を挙げている。

まず、加害者の過責の程度の斟酌についてヴィルブルクは、前述のランゲやハウスのように賠償義務者の軽過失と損害が異常に大きいことを要求することには、裁判官の裁量の領域を狭く解するとして反対し、過責の程度が重大な場合でも侵害が軽微な場合は減責すべきであるとしている。<sup>(27)</sup> また被害者の過責も加害者の責任を否定する方向で重要であるとしている。<sup>(28)</sup>

次に、原因力についてヴィルブルクは、刑法学におけるように特定の行為に着目して原因を把握することを「法感情に適合する危険分配の道を閉ざす」ものとして批判し、これを、相当性説におけるような硬直した要件を構成するものではなく、様々な強度で効力を持ちつつ賠償義務の決定のために組み入れられる相対的な力を構成するものとして捉えている。そして原因力の程度の把握には危険の全体像を観察する必要があり、原因の種類につき、加害者の危険な業務や物の瑕疵、被害者の危険な業務や物の瑕疵、当事者のいずれにも属さない危険源の三つを挙げている。<sup>(29)</sup>

また、好意性については、損害が加害者から被害者に示された好意と関係の深い危険から生じた場合の賠償義務の軽減が主張されている。<sup>(30)</sup>

最後に、これらの諸観点のほか補充的な観点として、当事者の財産状況の考慮が主張されている。すなわち、過責

の程度が軽微な加害者や、被害者にとって、損害分担がとりわけ負担となる場合には、裁判所は両当事者の財産状況を考慮することができるとしている。<sup>(31)</sup>

### ④ まとめ

ランゲとハウスが考える減責条項が理論的にいかなる性質を有するものかについては、次のようにまとめることができる。まず、このような制度を正当化するものとして、「損害と有責性の比例」という発想が問題にされた。これは、ランゲが挙げた具体例からすると、かなり広範な領域を支配するものであり、公平の理念それ自体とも言えるものである。そしてこのことは、損害賠償法体系において裁判官の公平判断のための自由な裁量の余地を認めることを要請し、ひいてはドイツ民法二四九条が規定する完全賠償原則ないしオルオアナツング原則の緩和を余儀なくさせるのである。ただ両者とも、公平判断を無限定的に肯定することには慎重であり、賠償義務者の過責が軽微であることと、損害が異常に大きいことという、二つの要件によってこれを限定しようとしている。

これに対し、ヴィルブルクの見解をどのように理解するかについては慎重でなければならない。ここでは少なくとも、ランゲやハウスのような、既存のドイツ法の枠組みを緩和し、公平の観点からの減責条項を導入するといった主張は前面には出ていない。ヴィルブルクは大会当日の報告において、「私によって提案される試みは、賠償義務の範囲が責任にとって基準となる諸要素の共同作用から円滑に画定されるような、柔軟な形態を目指すものである。そしてそこでは、個々の事案において効果をもち諸要素の数と強度が問題となるのである」と述べている。<sup>(32)</sup> これは、規範目的による賠償範囲の画定と前述の諸観点の衡量によって最終的な賠償義務が明らかにされる過程を、「諸要素の共同作用」という視点から理論的に把握しようとすることを述べたものであるが、彼独自の損害賠償法体系の構造理解に根ざしたものであると思われる。<sup>(33)</sup> そして過責の程度の斟酌も、ヴィルブルクにおいては、そのような構想の一部と

して考えられているのである。その意味で、ランゲやハウスの問題意識と、ヴィルブルクのそれとは、若干次元が異なっていると見るべきであると思われる。

(2) 参事官草案

第四三回ドイツ法曹大会は、ランゲによる鑑定意見書と、大会当日のヴィルブルクとハウスによる報告のほか、大会当日の議論を踏まえて、次のような決議を採択するに至った。

「決議

- 1 (a) 法曹大会は、損害法における完全責任の原則を、裁判官に一定の場合に賠償義務の範囲を軽減する可能性を付与することによって緩和することを勧告する。
- (b) その場合、特に過責の程度が斟酌されるべきである。
- 2 立法者にはこの勧告の実施にあたって、特に専門家による鑑定意見、報告、議論においてなされた提案を考慮されることを要請する次第である<sup>(35)</sup>。

このような決議を受けて一九六七年に司法省は、「損害賠償法の改正および補充のための法律の参事官草案」(以下、参事官草案と略記する)をその理由書とともに公表し、その一条の二でドイツ民法典に二五五a条という減責条項を新設することを提案した。二五五a条の条文は以下のとおりである。

「二五五a条

第一項

損害が賠償義務を根拠付ける事情に鑑みて異常に大きい場合、裁判所は、賠償義務が債権者の正当な利益を考慮しても賠償義

務者にとって著しい不公平を帰結するかぎりにおいて、賠償義務を制限することができる。

第二項

賠償義務者あるいは組織法上権限のある賠償義務者の代理人あるいは第八三九条<sup>(36)</sup>の場合に職務に違反した者が故意又は重過失によって損害を惹起した場合、賠償義務の制限は許されない。

第三項

その他、賠償義務者が責任を引き受けるべき者の過責は、第一項の適用にあたって適当に考慮されるべきである<sup>(37)</sup>。

条文から明らかかなように、同条は第四三回ドイツ法曹大会におけるランゲやハウスの提案を踏まえたものとなっている。同条の理由書は、次のように述べて既存の法的枠組みの問題点を指摘する。すなわち、「『損害の潜在的可能性 (Schadenspotenzial)』は、現代の科学技術、交通の過密化、都市への人口の集中、人間によって支配される自然力に直面して高められ、その結果、全く些細な、しかしそれでも過責として評価されるような落度 (Versagen) やミス (Versagen) が異常に大きな損害結果を惹き起こす<sup>(38)</sup>ことがある。このような損害結果は相当因果関係説の意味において相当でないとはいえないものである」。

また理由書は、二五五a条の理論的性格については、これを「一般条項の性質をもつ一般的な例外」としている。すなわち、減責は「損害が賠償義務を根拠付ける事情に鑑みて異常に大きい場合」で「債権者の正当な利益を考慮しても賠償義務者によって著しい不公平を帰結する」場合にかぎられ (同条一項)、しかも故意や重過失の場合には減責可能性が失われる (同条二項) としているように、実際の法的生活に影響を及ぼす大多数の損害事件においては民法二四九条の完全賠償原則を守るべきであるとしている。そして、二五五a条が適用されるのは「限界事例」においてであり、そのような場面では「正義の極は不正の極 (summum jus-summa injuria)」となるオールオアナッシング

が原則を貫徹するよりも、公平の観点からの判断を行うほうが、一般的な法意識に合致するといふことが主張されている。<sup>(39)</sup>

なお、二五五a条の適用が想定される具体的な事案類型については、同条の要件である損害の異常性についての理由書の叙述において例示されている。ここでは、血友病などの被害者の体質的素因、死者の異常な高収入、事故と医療過誤の競合のような第三者の行為、環境の異常な影響または連鎖事故、被害物の特別の損害傾向、といったものが列挙されている。<sup>(40)</sup>

### 第三節 減責条項の導入をめぐる議論の後退

一九六七年に司法省から参事官草案が公表されて以降、二五五a条のような減責条項を民法典のなかに導入することに対しては、学説から様々な意見が提出された。そしてその多くは何らかの意味で同条に対し批判的であると言える。損害賠償法体系における公平の意義という本稿全体の問題関心に基いてドイツ損害賠償法が二五五a条を受け入れなかったという状況を概観するという本節の意図から、以下では、二五五a条の個々の内容にまで立ち入って既存の法的枠組みとの関係で同条を批判する代表的な見解を検討し、減責条項をめぐる議論の衰退の原因を検証することにする。

#### (1) 参事官草案二五五a条への批判

二五五a条の減責条項に対する学説の批判としては、同条一項の要件である損害の異常性に対するもの、同条二項によって故意と重過失の場合に減責可能性がないとされることから問題となる過責の程度の斟酌についてのもの、そ

して同条一項の文言にある「著しい不公平」に対するもの、の三つに整理することができる。以下、順を追って見ていくことにする。

#### ① 損害の異常性

二五五a条一項は減責のための要件として、「損害が賠償義務を根拠付ける事情に鑑みて異常に大きい」ことを挙げている。これにつき理由書は、「賠償義務を根拠付ける事情」を損害の異常な大きさに関連付けることにより、生じた損害の絶対的な大きさが基準とされているのではないといふことを明らかにしている。また理由書は、「減責の要件」と「減責自体の基準となる公平の斟酌」とを厳格に区別し、後者の領域において賠償義務者の財産状況が考慮されるのであって、減責の要件としての損害の異常性の判断においては決して加害者の財産状況が考慮されてはならないとしている。<sup>(41)</sup>

「賠償義務を根拠付ける事情」と関連付けて損害の大きさ(異常性)を判断するといふことについて学説は、「事情」という概念のもつ曖昧さを指摘している。例えば、交通事故で擦り傷を負った被害者がたまたま血友病患者であったために死に至ったというような場合、死という結果を擦り傷という事情と関連させると確かに異常性が認められることとなるが、他の事情と関連させるとこれは一貫して通常といえるものなのである、との指摘がある。<sup>(42)</sup> また理由書は、損害の異常性という要件に加害者の財産状況の考慮が入り込むことを拒絶しているが、この点につき、「事情」の意味を広く解すると異常性の判断に加害者の財産状況が考慮される恐れがあるとの指摘がある。<sup>(43)</sup> 損害は、加害者が無資力であり彼に損害の負担義務を課するのが著しく負担になる場合、しばしば異常に大きいとされるのである。<sup>(44)</sup>

また理由書は、二五五a条により相当因果関係の審査が不要になり公平の斟酌がこれに代わってなされるといふわけではないとしている。<sup>(45)</sup> このように理由書によると、二五五a条の減責の問題は相当因果関係における相当性の審査

の後にありこれとは区別されるべきものとされている。しかし学説による批判はまさにこの点に存するのである。すなわち、相当因果関係における相当性の審査の際の基準とされる損害の異常性と二五五 a 条において減責の要件とされている損害の異常性との関係をどのように理解するかにつき、困難な問題が生じることになるのである。<sup>(46)</sup> この問題につき学説は、損害の異常性を、損害惹起傾向 (Schadensbegünstigung) の判断<sup>(47)</sup> あるいは一定の業務 (例えば車の運転や医療行為のような) と経験的に関連付けられる危険性の度合いの判断<sup>(48)</sup> のなかで把握し、これを相当因果関係における相当性の問題に帰着させている。そして、二五五 a 条における損害の異常性という要件の撤廃を主張したうえで、<sup>(49)</sup> 同条のような減責条項の制度趣旨を、相当性の基準である損害惹起傾向の判断が微妙な場合にオールオアナッシングによる解決の硬直さを量的な段階付けによって緩和するといつところに求めている。<sup>(50)</sup>

## ② 過責の程度

二五五 a 条は、賠償義務者に故意または重過失がある場合は減責を拒絶している (同条二項)。過責の程度を斟酌することについては、スイス債務法四三条がこれを正面から規定するのに対し、<sup>(51)</sup> 二五五 a 条では故意や重過失の場合に減責が拒絶されるとしてこれを消極的に規定しているのである。

理由は、故意や重過失は行為についてではなく、損害結果について必要であるとしている。<sup>(52)</sup> よって減責の可能性は、損害を惹起する行為自体につき故意または重過失があるということによって直ちに排除されないことになる。この点についてはまず、故意や重過失が損害結果について存する場合にはじめて減責可能性が否定されるとすると、既に二五五 a 条一項の要件が充足されないので二項の意義がなくなるのでは、との学説からの指摘がある。すなわち、相当性説の損害経過についての評価は事後的な視点から一定の結果への蓋然性を問うものであり、そこでは理想的観察者と並んで当該行為者が知っていたか知るべきであった事情が考慮されなければならないとされているが、当該行

為者が損害結果を知っていたか知るべきであったような場合、すなわち故意または (重) 過失に該当するような場合、もはや当該損害結果は相当であり、よって損害は異常ではなくなるのである。例えば、ある者が相手が血友病患者であることを知って殺す意図をもって軽微な侵害を加えたような場合、確かに死の結果は異常であるとは言えないのである。<sup>(53)</sup>

このように、二五五 a 条二項における故意や重過失を損害結果についてのものとして理解することに対しては問題も指摘されているが、いずれにせよ、二五五 a 条二項の故意や重過失が侵害行為についてなのか、それとも損害結果についてなのか、という問題は減責可能性の領域に大きな影響を与えることになる。そして当然のことながら前者の立場を採ればその領域は狭められることとなる。この点については学説上も争いがあり、理由書と同様に損害結果について故意や重過失がある場合にはじめて減責可能性が否定されるべきとの見解がある一方で、<sup>(54)</sup> ドイツ民法八二三条二項における通説の見解とのバランスを考えて、侵害行為について足りるとする見解もある。この説は、自動車の運転者が当該事情の下では何も起こらないということについての正当な信頼をもって (例えば夜に全く人気のない道で) 制限速度に違反し、彼にとつてほとんど予見できなかった事故を惹き起こした、というような場合を念頭に置き、賠償による制裁の機能のため、減責を否定し完全な責任を負わせるべきであると主張している。<sup>(55)</sup>

また、二五五 a 条における故意や重過失の場合の減責の否定という過責の斟酌の仕方自体に反対し、行為者への人の非難可能性 (persönliche Vorwerfbarkeit) を問題にする見解もある。行為者への主観的な非難可能性を問題にするという意味で、これは前述のアカデミー草案八条に近いものと言えよう。なおこの見解は、故意行為による場合や客観的過失において重過失となる場合でも人的非難可能性が低い (ないしは全くない) とされる場合があるとして、過責 (軽過失、重過失、故意) ではなく人的非難可能性という概念を用いるのであるが、そこでは、責任能力が低い

者（未成年者のほかにも、狼狽、興奮、緊急事態のもとで行った成人が念頭に置かれている）が加害者となった場合の責任軽減や、加害者が加害行為後に損害を軽減するための措置を講じた場合の責任軽減が念頭に置かれているのである。<sup>(56)</sup>

### ③ 著しい不公平

二五五a条一項の「著しい不公平」をめぐっては、加害者の財産状況を考慮することが妥当かどうかという問題が重要である。既に述べたように理由は「減責の要件」ではなく、「減責自体の基準となる公平の斟酌」の場においては、賠償義務者の財産状況も考慮の対象となるとしている。財産状況を考慮することについては、理由は、保険との関係を問題にしている。

まず、賠償義務者に責任保険による保護がある場合にも減責をすべきかどうかという問題について、理由は、「裁判官が賠償義務者のために賠償義務を制限することは必要ではない」として、これを否定している。<sup>(57)</sup> この点については学説も概ね支持を表明している。すなわち、「従前からの日常生活あるいはこれからの生活の計画を損なうことなく損害を賠償できる者、とりわけ責任保険に入っている者は、特別の例外的な恩恵とされる『減責』を何が何でも必要としないのである」<sup>(58)</sup>。

保険との関係については他にも、加害者の保険加入が通常でありかつ加害者にとって過大な要求とならないにもかかわらず加入していなかった場合に、それでもなお減責を認めるべきかどうか、という問題もある。理由は、このような場合に加害者が給付能力がないことを主張することは公平の観点からはできないとしている。<sup>(60)</sup> これに対し学説はこのような問題を、加害者の財産状況の考慮の問題ではなく、過責の問題であるとしたうえで、過大な要求とならない保険に加入していなかったことをもって減責可能性を否定することは過大な要求とならない保険に加入する義務

を一般的に承認することにつながり不当であるとしている。<sup>(61)</sup>

また「著しい不公平」に関しては、そもそもそのような文言を条文中に置くこと自体に対する根本的な批判がある。このような批判は第四三回ドイツ法曹大会の時に既にあったが、参事官草案公表後においても裁判官の恣意的な判断への警戒という観点から批判が提出された。<sup>(63)</sup> ただし、減責条項において「著しい不公平」という文言を置くことに批判的な見解が加害者の財産状況の考慮自体に反対しているわけではないという点は注意を要する。参事官草案公表後の学説の多くは、「著しい不公平」の文言には反対しているが、独自の修正案ではむしろこれを加害者の「経済的負担」や「窮迫」といった文言に置き換えて、加害者の財産状況を考慮する余地を明確に認めているのである。<sup>(64)</sup>

### (2) 学説における修正提案

学説は、前述のような二五五a条に対する様々な批判とともに、独自の減責条項を提案している。以下ではそれぞれの修正提案につき、特徴的な点を指摘したいと思う。

#### ① ラレンツ (Larenz) の提案

ラレンツによる提案は以下のとおりである。

#### 「二五五a条

生じた損害が異常に大きく、かつ賠償義務者に過責がないか僅かにしかない場合で、それが賠償義務者にとって全ての事情のもとで債権者の正当な利益を考慮しても不公平となる場合にかぎり、賠償義務者の申し立てに基づいて裁判官の判断により賠償義務を軽減することができる。第三二条の場合には組織法上権限のある代理人の過責が、八三九条の場合には職務に違反した者の過責が、それぞれ問題となる。賠償義務の軽減においては、当事者の財産状況や、現存する責任保険や、過大な負担となら

い責任保険の加入への可能性が考慮される。

手続は非訟事件についての法律の規定に基づいて行われる。債務者が賠償義務の軽減をその根拠と程度において承認し、もしくは、賠償給付についての判決が確定的に下され、判決において彼のために賠償義務の軽減が留保された場合にのみ、請求できる。判決を下す裁判所は、損害が異常に大きくかつ過責が僅かである場合、債務者のために賠償義務の軽減を留保しなければならない。軽減によって決定的であった事情がめまぐるしく変化した場合、各当事者は、判決の変更を請求することができる。

このようにラレンツの提案は参事官草案に反対するのではなく、むしろこれを基本的に支持したうえでさらに手続におけるルールについて言及したものとなっている。参事官草案理由書が減責を通常の訴訟における裁判官の裁量によって実現しようとしているのに対し<sup>66)</sup>、ラレンツの提案においてはこれを非訟手続に服せしめようとしている点が特徴的である。しかしいずれにせよ、参事官草案二五五a条の定式の恣意性を様々な角度から指摘し批判する他の学説の見解とは対照的に、ラレンツは参事官草案二五五a条の定式それ自体に関しては好意的な見解を採っているものと言えよう。

### ②ビドリンスキ (Bydliński) の提案

ビドリンスキによる提案は以下のとおりである。

#### 「二五四a条

その他の場合においては(協働過責に関する二五四条を受けて)筆者注(原則として完全な損害(二四九条)が賠償されるべきである。損害に対して賠償義務者の過責が僅かな場合、あるいは賠償義務者が過責なくして責任を負う場合で、損害が賠償義務者に責任のない事情によって圧倒的に惹起された場合、当事者の従来の生活状況の不都合な変更を可能な限り回避するために減責が賠償義務者と被害者の経済負担能力を考慮しても必要である限り、賠償義務は適当に軽減される。

賠償義務者に責任のない事情とは、異常な自然力、損害の発生を容易ならしめる被害者の人的属性または自己危殆化行為、被害物の一般に危険な状態または瑕疵、第三者の独立した行為、である」。

ビドリンスキの提案は彼の参事官草案二五五a条の各部分への批判を反映したものとなっている。ビドリンスキの提案において特徴的なのはまず、それを二五五a条でなく「二五四a条」としている点である。すなわち彼の提案は、参事官草案二五五a条のような、損害賠償法全体の公平の観点からの一般的な例外としての性質をもつものではなく、原因競合における割合的減責を規定するものとして、被害者の過責が協働した場合の損害分割を規定する二五四条と同じ条数が与えられているのである。

次に重要なのは、損害の異常性という要件を「困難を生ぜしめる妄想の産物」として排除し、自然現象や被害者の素因といった具体的な競合原因を列挙している点である。この点、参事官草案では個々の競合原因は損害の異常性という要件のなかで吟味されるかたちとなっていた。

最後に、「著しい不公平」の文言も彼の修正提案からは消えている。そしてその代わりに、減責が当事者の生活状況の不利な変更を回避するために必要な場合に限りなされるとして、明確なかたちで当事者の財産状況の考慮を肯定している。

### ③ローレンツマイヤー (Lorenz-Meyer) の提案

ローレンツマイヤーによる提案は以下のとおりである。

#### 「二五四a条

#### 第一項

損害の発生につき自然現象、被害者の特別な体質の弱さ、第三者の行為、その他これに類する加害者によって惹起されたので

はない事情が圧倒的な程度において協働した場合、賠償義務は適当に軽減され得る。

第二項

第三者の行為が協働した場合、賠償義務は加害者が第三者から填補を受けられない場合に限り軽減され得る。

第三項

賠償義務者が第三者の行為につき責任を引き受けなければならない場合、減責可能性の要件は第三者において存在していなければならない。

第四項

保険による保護がある場合、あるいは公法上の団体が賠償責任を負う場合には、本条は適用されない。

ローレンツマイヤーの提案は、「二五四a条」としている点、損害の異常性という要件を取り除く代わりに具体的に競合原因を列挙している点、「著しい不公平」という文言が取り除かれている点において、ビドリンスキのものと同じである。

その他、ローレンツマイヤーの提案において特徴的なのは第二項である。参事官草案理由は「異常に大きな損害についての賠償義務が連帯債務者の求償とこれにより可能となる損害の分担の方法で経済的結果において軽減される場合、異常性の判断において考慮されるのは、債務者が終局的に負担する額のみである」としているが、ローレンツマイヤーは、このような問題を裁判官による解釈に委ねるべきでないとして、第二項を提案しているのである。<sup>(72)</sup>

また、第四項も特徴的である。ローレンツマイヤーは当事者の財産状況全般の考慮については反対の姿勢をとるが、保険による保護については、参事官草案理由書と同様、考慮すべきとしており、第四項でこれを明文化している。また、参事官草案二五五a条においては加害者が公法上の団体であるような場合、同条二項により公務員が故意または

重過失のときのみ減責が排除されることになるが、ローレンツマイヤーは「国家は税金という手段によってその支出を社会一般から埋め合わせるのである」として例外なく減責可能性を排除している。<sup>(71)</sup>

④シュトル (Stoll) の提案

シュトルは前述の三人とは異なり、条文の形態での提案は行わず、自らの見解を四つの項目にわたって挙げて<sup>(72)</sup>いる。まず第一点目は彼による独自の減責条項の提案である。すなわち、「行為者が彼の行為につき人的非難をされ得ないかまたは僅かにしか非難され得ない場合、もしくは、彼の過誤行為が被害者に好意を示す行為者の意図またはスポーツや遊びへの参加といった特別の事情に鑑みて大目に見ることができる場合、裁判官には過責に基づく責任を適当に軽減する権利が与えられるべきである」。

シュトルが減責がなされる場合として考えているのは、人的非難性がないか僅かな場合と、好意関係やその他の当事者間に存する人的関係を考慮する場合、の二つである。後者の場合においていかなる事案を想定しているかは、ある程度の具体性をもって提案に示されているため問題はない。むしろ前者の場合にいかなる事案が想定されているかが重要である。ここで注意すべきは、シュトルの提案における人的非難性が問題となる場合としては、参事官草案二五五a条や、ビドリンスキやローレンツマイヤーの修正提案において想定されていたような、諸原因の競合の事案が想定されていないことである。このことはシュトル自身が、偶然の事情の連鎖事例や偶然的に他原因が協働した事案を処理するのは因果関係理論や規範目的説の仕事である、とはつきりと述べていることから明らかである。<sup>(73)</sup> そこでシュトルが、行為者の人的非難性がないかあるいは僅かな場合として、どのような事案を想定していたのが問題となる。この点、シュトルは、故意行為による場合や客観的過失において重過失となる場合でも人的非難可能性の観点から責任を軽減すべき場合があると指摘し、具体的には、責任能力が低い者（未成年者のほかに）、狼狽、興奮、緊

急事態のもとで行った成人が念頭に置かれている)が加害者となった場合の責任軽減や、加害者が加害行為後に損害を軽減するための措置を講じた場合の責任軽減を念頭に置いているのである。<sup>(74)</sup>

第二点目には、「加害者と並んで加害者との内部関係において損害を補償しなければならない他の者も責任を負う場合」、あるいは「損害が他の供給源から補償される場合」における減責が提案されている。<sup>(75)</sup>そして、債務者が責任保険による保護を受ける場合や保険加入義務を負う場合、および損害が故意で惹起された場合においては、参事官草案理由書の見解と同様、減責可能性が排除されるとしている。<sup>(76)</sup>

第三点目には、ドイツ民法二五四条を、スイス債務法四四一条のような、危険領域を基準として被害者加害者間の損害分割を行う一般的なルールに拡張することが提案されている。シュトルは、諸原因が競合する事案類型のうち、原因が被害者の危険領域にある場合は二五四条がこれを処理し、その他の原因が協働する場合は、既に述べたように因果関係理論や規範目的説が処理するべきであると考えているようである。なお、被害者において過責はないが「引き受けなければならない」事情としては、「被害を受けた法益の損害を受けやすい性質」と「被侵害法益の異常に高い価値」と「被害者の異常に高い所得」が挙げられている。<sup>(77)</sup>

最後に第四点目においては、債務者が完全賠償給付によって窮迫に陥るか生計が著しく脅かされる場合に減責がなされることが述べられている。

### (3) 債務法改正論議 (一九八〇年)における減責条項

減責条項の民法典への導入という問題は、一九八〇年の債務法改正論議のなかでも取り上げられた。損害法総則の部分の鑑定意見書を担当したホーロッパ (Hohloch)<sup>(78)</sup>は、「二五四 a 条一項」という、文言上は参事官草案二五五 a

条一項に若干の補足をしたに過ぎない以下のような規定を提案している。なお、第二項と第三項に関しては、参事官草案二五五 a 条の条文がそのままのかたちで踏襲されている。

#### 「二五四 a 条一項

損害が賠償義務を根拠付ける事情に鑑みて異常に大きい場合、それが賠償義務者によって債権者の正当な利益を考慮しても著しい不公平、とりわけ経済的な窮迫を結果する限り、裁判所は賠償義務を制限できる。とりわけ当該事情の予測される展開も考慮されるべきである」。<sup>(79)</sup>

ホーロッパは、「特別の場合における公平の理由による減責」はドイツ民法典には相容れないものであるとしつつも、<sup>(80)</sup>このような減責条項を提案したのである。ただそこでは、「損害が賠償義務を根拠付ける事情に鑑みて異常に大きい場合」とはいかなる場合か、ひいては彼の提案する「二五四 a 条」がいかなる事案類型を想定しているのかについては、必ずしも明らかにされていない。参事官草案二五五 a 条が想定した原因競合事例や、シュトルが想定した好意関係が考慮されるような事例については、たしかに鑑定意見書における「賠償額と過失の均衡 (Balancing of damages and fault)」と題されたスイス債務法四三一条<sup>(81)</sup>をめぐるスイスでの動向を概観する個所において、記述を見つけることができる。しかしホーロッパは、自らが提案する「二五四 a 条」もそれらの事例に適用されるべきであると主張しているわけではなく、それどころか、スイス債務法四三一条はスイスにおいては極めて例外的な場合にのみ適用されるのであって、通常は完全賠償原則が貫かれるとして、「賠償額と過失の均衡」という発想自体に対して消極的な評価を下しているのである。いずれにせよホーロッパによる鑑定意見書からは、「オールオアナッシング原則」の例外なき実行がもたらす問題を緩和する」ということ以上の減責条項の積極的な意義づけはなされていない。<sup>(82)</sup>

ホーロッパの鑑定意見書が減責条項において問題にしているのは、財産状況の考慮の問題のみである。そこでは、

現在の経済状況だけでなく将来の展開についても目を向けなければならないこと、加害者の経済的な状況だけでなく被害者のそれも考慮されなければならないこと、経済状況の考慮による減責の可能性は加害者が故意または重過失のときは排除されること、がそれぞれ強調されている。<sup>(84)</sup> なお、このような両当事者の財産状況を考慮することによって減責を可能にする規定の導入が必要となる理由については、執行法における債務者の保護に関する現行の規定の不十分さが若干指摘されているが、<sup>(85)</sup> 具体的な問題の検討はなされていない。

このようにホーロツホの鑑定意見書を見るかぎり、一九八〇年の債務法改正論議における減責条項は、一九六七年の参事官草案二五五a条を文言上は大枠で踏襲したような外観を呈しているが、その実際上の意義につき不明確で説得性の乏しいものであったと言えよう。

なお、一九八〇年のホーロツホによる提案がなされて以降今日に至るまで、ドイツにおいては減責条項の導入に関する議論はほとんどなされなくなったと言える。<sup>(86)</sup> 第四三回ドイツ法曹大会において鑑定意見書を担当したランゲも、一九九〇年出版の損害賠償法の体系書において、減責条項に関しては僅か一ページ程のスペースを割いているに過ぎない。そこでは、確かに減責条項導入の提案の撤回が表明されているわけではないが、保険による保護の拡大がはかられることによりオールオアナッシング原則のために賠償義務者がごく僅かな落度から恒常的な経済的困窮に至るといような事態がかなり稀なものとなったとして、ランゲ自身、幾分論調を変化させている。<sup>(87)</sup> このようなことから、一九八〇年代における減責条項の導入をめぐる議論の衰退は明白である。ドイツ語 (Deutsch) の言うように、「ドイツの「損害賠償法において立法論として減責条項を導入する」ということは失敗に終わった」のである。<sup>(88)</sup>

## 小 活

本章で概観したように、ドイツにおける減責条項の導入をめぐる問題は、一九六〇年の第四三回ドイツ法曹大会と一九六七年に公表された参事官草案において議論が盛んになり、その後、学説から多くの批判を受け、一九八〇年の債務法改正論議におけるホーロツホの提案を最後に、ほとんど関心がもたれなくなった。ここでいま一度、本章で叙述した内容を振り返り、ドイツ損害賠償法が減責条項を受け入れなかった原因を理論的な観点から検証したいと思う。まず、第四三回ドイツ法曹大会と参事官草案において提案された減責条項がどのようなものであったかを、改めて確認しておく必要があるだろう。すなわち、減責条項とは、相当因果関係や規範目的の審査が終わってもなお、異常に大きな損害が発生している場合で、かつ、賠償義務者に故意や重過失がない場合で、かつまた、「著しい不公平」となる場合に、裁判官に賠償額を軽減するための裁量の余地を与える旨を規定するものである。そして減責条項の適用が想定される事案類型としては、主要には、異常に大きな損害が問題となる被害者の体質的素因をはじめとする原因競合事例が挙げられていた。また、異常に大きな損害の問題との関連性は希薄であるが、法曹大会では一部の見解において、当事者間の好意関係を考慮して減責することが主張されていた。<sup>(89)</sup> なお減責条項の理論的性格は、損害賠償法全体にとつての一般条項の性質をもつ例外とされており、その背後には「損害と有责性との比例」という発想があるとされたのである。

しかしこれらの点について、学説は当初から批判的であった。まず、ドイツで議論された減責条項においては、「損害と有责性との比例」という発想は、第四三回ドイツ法曹大会の当時からすでに、スイス債務法四三条のように、過責と賠償の比例を意味するものとしては受け止められていなかった。すなわち、ランゲとハウスによる提案におい

ては、過責の程度の斟酌は、行為者が故意や重過失の場合には減責されないというように、文字通りの「比例」という発想よりも、むしろ減責を排除する場合の基準としての意義を有するものであった。この点は参事官草案においても同様であった。また、一九八〇年のホーロッホの見解においても、「賠償額と過失の均衡」というスイス債務法四三条のような発想は、ドイツ法においては採用しえないものとして評価されたのである。

また、減責条項の、損害賠償法全体にとつての一般条項の性質をもつ例外、という性格付けについての批判は、ビドリンスキとローレンツマイヤーとホーロッホの提案において、それらに二五五a条ではなく「二五四a条」という条数が与えられていることから端的に明らかとなる。すなわち、減責条項は、一般条項ではなく、むしろ協働過責制度(ドイツ民法二五四条)の延長線上にある、原因競合事例一般を視野に入れた損害分割のための制度として性格付けられるべきである、との意見が有力であったのである。

さらに、参事官草案理由書は、「著しい不公平」の判断を「減責自体の基準となる公平の斟酌」の場において位置付け、そのような場において当事者の財産状況の考慮を認めている。しかし、裁判官の恣意的判断への警戒から、減責条項のなかにこのような文言を置くことに対しては批判が多かった。ビドリンスキもローレンツマイヤーもシュトルも、修正提案では「著しい不公平」という文言を排除し、その代わりに当事者の財産状況を考慮しうる旨を具体的に挙げている。

これらの点だけでも、第四三回ドイツ法曹大会と参事官草案における減責条項の提案に対する、ドイツの学説による反対の姿勢を見てとることができる。しかし、減責の要件である損害の異常性の観点から一九六〇年以降の動向を観察するとき、ドイツ損害賠償法が減責条項の導入を受け入れなかったことのより根本的な原因が浮き彫りとなると思われる。

まず最初に、第四三回ドイツ法曹大会と参事官草案において損害の異常性という減責の要件がいかなる性質のものであったかを再度確認することにする。ランゲによると、異常な損害とは、不運が競合することにより量的に拡大された損害であり、減責条項により公平の観点から通常の量にまで軽減されるべきものであるとされた。しかし参事官草案理由書では、損害の異常性は「賠償義務を根拠付ける事情」に鑑みて確定されるとしているので、結局のところ損害の客観的な量が問題ではなく、当該状況下において異常と思われ、ような損害を「異常に大きな損害」としていることになる。そして、参事官草案理由書によると、二五五a条の要件である損害の異常性が問題となるのは体系的には相当因果関係や規範目的の審査の後である。

参事官草案公表後の学説はまず、損害の異常性が「賠償義務を根拠付ける事情」と関連付けられることから生ずる恣意性を問題とした。すなわち、「事情」として何に着目するかによって、発生した損害の量が異常とされたり通常とされたりするのである。また、「事情」という曖昧な概念の下で当事者の財産状況の考慮が介在してくることに対する批判も見受けられた。しかし何よりも重要なのは、損害の異常性の問題の体系的な位置付けである。参事官草案理由書によると、二五五a条は、相当因果関係の審査の後、被害者の体質的素因などの原因競合事例において、「損害が異常に大きい」場合に減責を可能にするという規定である。しかし学説が適切にも指摘するように、ドイツ損害賠償法体系では、損害の異常性の問題は既に相当因果関係の審査において扱われているのであり、その上に更に損害の異常性を問題にするというのは、体系的に成り立ち得ないのである。学説による修正提案ではこのような観点から、減責の要件としての損害の異常性を置くのを断念し、これを損害惹起傾向、あるいは、一定の業務(例えば車の運転や医療行為のような)と経験的に関連付けられる危険性の度合いとしたうえで、相当因果関係の審査の問題に位置付けたのである。このような学説の対応はまさに、参事官草案二五五a条のような減責条項がドイツ損害賠償法の体系

に組み込み得ないものであることを物語っていると見えよう。

前章で述べたように、わが国における「寄与度減責」説はドイツにおける減責条項をめぐる議論を参照している。同説を唱える能見教授は、わが国において被害者の素因を減額事由とするのかどうかは最終的には「純粋に法政策的な観点から判断される」としているが、<sup>(9)</sup> 自らも唱える「寄与度減責」についての論稿において、ドイツにおける減責条項をめぐる議論を参照していることからすると、同教授が何らかのかたちでドイツの動向から示唆を受けていると見ることもあながち間違っていないであろう。しかし本章で検証してきたように、ドイツ損害賠償法における減責条項の導入への試みは失敗に終わったのであり、これを他国の同種の議論に対して肯定的な意味で「示唆を与え得るもの」と考えるのは難しいと言わざるを得ない。ただしこのことは能見教授による「寄与度減責」という発想それ自体の当否とはまた別の問題である。

- (1) Vgl. Motive II S. 17f.
- (2) ラーメルやケメラーによる相当因果関係説への批判と規範目的説の提示については、平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、一九七一年）五七頁以下を参照。
- (3) Hans Carl Nipperdey, Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts (Arbeitsberichte der Akademie für deutsches Recht Nr. 14), 1940 (Zitat nach Arbeitsberichte des Rechtsanwalts).
- (4) 惹起者が責任を負担するといわれる原因主義の視点からマカドニー草案を批判するギールケ (Jurius v. Gierke) の見解については、川島武宜「ナチの不法行為法改正論」法学協会雑誌五九巻四号七五頁以下。なお川島教授自身は、マカドニー草案が物々しい復古主義の旗印にもかかわらず結局のところ過失責任主義を維持した点について、「要するにこの度の改正は、(中略) 何ら珍奇なものではなかったのである」と評している（八〇頁）。
- (5) Nipperdey, Arbeitsberichte, S. 92.
- (6) 草案七条は、その第一項において過責がない場合における公平責任を規定し、第二項において相当因果関係がない損害結果についての公平

+

責任を規定している（Arbeitsberichte, S. 91f.）

- (7) Rudolf Reinhardt, Die Billigkeitshaftung im künftigen Schadensersatzrecht, in: Arbeitsberichte, S. 64ff.
- (8) Nipperdey, Arbeitsberichte, S. 90.
- (9) Reinhardt, a. a. O., S. 67f.
- (10) Reinhardt, a. a. O., S. 86f.
- (11) Reinhardt, a. a. O., S. 87f.
- (12) なお、能見善久「寄与度減責」四宮先生古稀記念『民法・信託法理論の展開』（弘文堂、一九八六年）二四八頁はマカドニー草案につき「ナチスの思想の影響を受けているが、(中略) 大部分は社会の発展とともに必要となった改正であり、現在でも評価しうるものが多い」と述べている。
- (13) 本節と次節において取り上げる一九六〇年代を中心とする減責条項の議論に関しては、すでにわが国においても紹介がある。すなわち、一九六七年の参事官草案に関しては、大阪市立大学の外国法研究会による翻訳（本稿に関係する部分につき、「損害賠償法の改正および補充のための法律の参事官草案」(一)～(三)）、法学雑誌一五巻一冊一八頁、二冊一〇六頁、四冊一二七頁（一九六八年―一九六八年）があるほか、一九六〇年の第四回法曹大会以降の減責条項をめぐる諸議論の網羅的紹介としては、角田光隆「損害賠償の軽減」早稲田大学大学院法研論集四八号二六―二七頁、四九号五一―五二頁、五〇号一七―一八頁（一九八八年―一九八九年）がある。
- (14) Hermann Lange, Empfehle es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden? Gutachten für den 43. deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 43. DJT München 1960, Bd. I (Gutachten), 1. Teil, 1960. なおこの鑑定意見書の翻訳とドイツ語原道徳・齋藤修共訳『損害賠償法と損害認定』（信山社、一九九九年）がある。
- (15) Fritz Hauck, Referat anlässlich des 43. DJT, in: Verhandlungen des 43. DJT München 1960, Bd. II (Sitzungsberichte), 1962, S. C 23ff.
- (16) Walter Wilburg, Referat anlässlich des 43. DJT, in: Verhandlungen des 43. DJT München 1960, Bd. II (Sitzungsberichte), 1962, S. C 3ff.
- (17) Lange, a. a. O., S. 29ff.
- (18) Lange, a. a. O., S. 33f.
- (19) Lange, a. a. O., S. 35ff.

賠償責任の劃一的軽減と公平の理念 (一) (右欄)

+

- (20) Lange, a. a. O., S. 37.
- (21) Lange, a. a. O., S. 38.
- (22) Hauck, a. a. O., S. C 32ff.
- (23) Hauck, a. a. O., S. C 45.
- (24) Hauck, a. a. O., S. C 34ff.
- (25) Hauck, a. a. O., S. C 35f.
- (26) Hauck, a. a. O., S. C 40.
- (27) Wilburg, a. a. O., S. C 11.
- (28) Wilburg, a. a. O., S. C 12.
- (29) Wilburg, a. a. O., S. C 12ff.
- (30) Wilburg, a. a. O., S. C 12.
- (31) Wilburg, a. a. O., S. C 20.
- (32) Wilburg, a. a. O., S. C 11.
- (33) 大倉田の報告においてヴァルブルクは、自らが提唱する動的システム (Bewegliches System) について一切言及していない。しかしその発言内容からして、彼が報告において動的システムを念頭に置いていたと推測することは容易である。なお、山本敬三「民法における動的システム論の検討」法学論叢一三八巻一―二二三号 (一九九六年)二二七頁は、第四三回ドイツ法曹大会でのヴァルブルクの報告を、彼の動的システムに関する業績のひとつとして挙げている。
- (34) 大倉田の議論については角田・前掲注(2)論文四九号六〇頁以下を参照。
- (35) Verhandlungen des 43. DJT München 1990, Bd. II (Sitzungsberichte) 1992, S. C 121.
- (36) 現行ドイツ民法八三九条は公務員が第三者に対し職務上の義務違反を犯した場合における公務員自身の責任を規定したものとされているが、この条文に挙げられている「八三九条」は同じく参事官草案で提案された新規定のことである。なお参事官草案一条の九で提案されている八三九条の新規定は、高権的行為に従事する公務員の職務違反における固ないし自治体の責任を定めた規定になっている (後掲注(37) Wortlaut, S. 4f.)。

+

- (37) Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, I Wortlaut, 1967 (ゾル・ Wortlaut ヴォルテクト), S. 2.
- (38) Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, II Begründung, 1967 (ゾル・ Begründung ヴォルテクト), S. 33f.
- (39) Begründung, S. 41f.
- (40) Begründung, S. 44.
- (41) Begründung, S. 43.
- (42) Ulrich Lorenz-Meyer, Haftungsstruktur und Minderung der Schadensersatzpflicht durch nichtrechtliches Ermessen, 1971, S. 73.
- (43) Lorenz-Meyer, a. a. O., S. 74; Franz Bydinski, Zur „Reduktionsklausel“ des deutschen Referentenentwurfes für eine Novellierung des Schadensersatzrechtes, JBl 1988, 332.
- (44) Heinz Brenzel, Probleme des neuen Haftpflichtrechtes, VersR 1967, 1024.
- (45) Begründung, S. 44.
- (46) Lorenz-Meyer, a. a. O., S. 71f.
- (47) Bydinski, a. a. O., S. 392.
- (48) Hans Stoll, Die Reduktionsklausel im Schadensrecht aus rechtvergleichender Sicht, RabelsZ 74 (1971), 485.
- (49) 後掲(40)ゾル・ヴォルテクト「シヨムル ローレンツ・メーヤー」による修正提案は、これら賠償の無条件性を賠償の要件にはしなかった。
- (50) Bydinski, a. a. O., S. 392; Lorenz-Meyer, a. a. O., S. 72.
- (51) スイス債務法四三条一項は「裁判官は生じた損害についての賠償の方法と程度につきを決定する。その際、当該事情や過責の程度が斟酌されるべきである」と規定している。
- (52) Begründung, S. 48.
- (53) Lorenz-Meyer, a. a. O., S. 76f.
- (54) Bydinski, a. a. O., S. 392.
- (55) Lorenz-Meyer, a. a. O., S. 108f.

+

+

- (56) Stoll, a. a. O., S. 495f.
- (57) Begründung, S. 50f.
- (58) 後述注(53)のほか Stoll, a. a. O., S. 501; Lorenz-Meyer, a. a. O., S. 126.
- (59) Bydlinski, a. a. O., S. 333.
- (60) Begründung, S. 51.
- (61) Bydlinski, a. a. O., S. 333.
- (62) フルム (Werner Flume) は第四回ドイツ民法学大会前日の議論において、損害賠償義務の制限を裁判官の公平判断に委ねることは専断的な裁量行為の「カーネル裁判 (Kerndisziplin)」にながらむことが必要を表明したこと (Verhandlungen des 43. DJT München 1960, Bd. II (Sitzungsberichte), 1962, S. C 83.)
- (63) Bydlinski, a. a. O., S. 333; Lorenz-Meyer, a. a. O., S. 79f.
- (64) 後述のジュリンスキ、ローレンツマイヤー、シュトルにちなむ修正提案をそれぞれ参照。
- (65) レンツマイヤーは一九六八年のカルスルーフォーラム (Karlsruher Forum) において提案された「三五五条」は Bydlinski, a. a. O., S. 330 に譲渡されたこと。
- (66) Begründung, S. 46.
- (67) Bydlinski, a. a. O., S. 331.
- (68) Lorenz-Meyer, a. a. O., S. 129.
- (69) Begründung, S. 44.
- (70) Lorenz-Meyer, a. a. O., S. 117ff.
- (71) Lorenz-Meyer, a. a. O., S. 128f.
- (72) Stoll, a. a. O., S. 501f.
- (73) Stoll, a. a. O., S. 497.
- (74) Stoll, a. a. O., S. 495f.
- (75) Stoll, a. a. O., S. 501f. 本訂正案 第一の加害者が第二の加害者に対して内部関係において求償請求権を有している場合における第一加害者の減責や、被害者が損害保険に加入している場合における加害者の減責が念頭に置かれている。

+

- (76) Stoll, a. a. O., S. 502.
- (77) Stoll, a. a. O., S. 498.
- (78) Gerhard Hohloch, Allgemeines Schadensrecht, Empfiehlt sich eine Neufassung der gesetzlichen Regelung des Schadensrecht (§§249-255 BGB)?, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd I, 1980, S. 375ff.
- (79) Hohloch, a. a. O., S. 475.
- (80) Hohloch, a. a. O., S. 459.
- (81) 判(三)448参照。
- (82) Hohloch, a. a. O., S. 455.
- (83) Hohloch, a. a. O., S. 462.
- (84) Hohloch, a. a. O., S. 463f.
- (85) Hohloch, a. a. O., S. 459.
- (86) 一九八〇年代に入りからの減責条項を扱った研究として、ントマンによる転手論文 (Thomas Schwamb, Die schadensersatzliche Reduktionsklausel 255a BGB Referententwurf 1967, Eine vergleichende Untersuchung mit dem Schweizer Recht, 1984.) が有名であろう。
- (87) Lange, Schadensersatz, 2. Aufl., 1990, S. 20f.
- (88) Erwin Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., 1996, S. 403.
- (89) 一九八〇年の債務法改正論議にも関わらず減責条項をめぐって最後に残された当事者の財産状況の考慮の問題は、一九八〇年代以降、損害賠償法における減責条項導入の問題と同じくはなわ、憲法上の過剰禁止 (Übermaßverbot) ないし比例原則 (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) の問題と同じく、形を変えて議論されるようになった。例えば、シエロ上級地方裁判所は、完全賠償が未成年者の生計を脅かす場合に完全賠償義務を課すことが憲法違反に当たるという見解を表明したこと (OLG Celle, Vorlagebeschluß v. 26. 5. 1989, JZ 1990, 294.)、京都府高松地裁、例えは、カナリスが、完全賠償原則が、一般の場合には必ずしも違法違反に当たるという見解を表明したこと (Claus-Wilhelm Canaris, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 1001f. など) ほか、エヒルトが、いわれ好意的な見解を表明したこと (Deutsch, a. a. O., Rn. 633.)、また、最近になつてローシエルダースは、一九九九年施行の倒産法賠償責任の割合的軽減と公平の理念 (1) (右欄)

+

+

(Insolvenzordnung vom 5. 10. 1994, BGBl. I, 2876.) の免責 (Restschuldbefreiung) に関する二八六条以下により、過失による加害の場合には加害者の賠償についての経済的負担の問題はある程度解決されるものとする<sup>(90)</sup>の見方を示している (Dirk Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 172.)。このような議論状況の変化は、一九八〇年代以降に減責条項の導入が議論されなくなったこと<sup>(91)</sup>の背景的要因として考えられるであろう。

(90) 本稿では触れなかったが、当事者間の好意関係を考慮して減責するという考えについては、法曹大会以降、一九六七年の参事官草案の四条の三において、好意同乗事例における公平の観点からの減責を規定する道路交通法一六条二項の新設というかたちで立法化が提案されるに至った (Wortlautlaut, S. 18; Begründung, S. 222f.)。しかし二五五a条と同様、道路交通法一六条二項も結局は立法化へとは至らなかった。

(91) 能見・前掲注(2)論文三五〇頁。

+

+

+

+