

賠償責任の割合的軽減と公平の理念（二・完）

——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	
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——	
第一節 割合的減責を主張する諸学説	
第二節 割合的因果関係説の理論的問題点とその本質	
小括	
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	
第一節 ドイツ法アカデミー草案における議論	
第二節 一九六〇年代の減責条項をめぐる議論	
第三節 減責条項の導入をめぐる議論の後退	(以上二七六号)
小括	
第三章 ドイツ協働過責制度における公平の意義	
はじめに	
第一節 ドイツ民法二五四条の基本的枠組み	
第二節 損害分割の衡量基準	
第三節 協働過責制度の要件における公平の意義	
第四節 協働過責制度の法的効果における公平の意義	
小括	
むすびにかえて	(以上本号)

第三章 ドイツ協働過責制度における公平の意義

はじめに

前章で概観したように、ドイツ損害賠償法は、公平の観点から裁量により賠償責任を軽減する制度の導入を断念した。そこで次に問題となるのは、相当因果関係や規範目的の審査の後において割合的減責を可能ならしめるという意味では減責条項と同じであるがドイツ民法典に従前より規定を有している協働過責制度が、いかなる構造のもとで割合的減責を導出するのか、そして同制度において公平はいかなる意義をもつて受け止められているのか、である。このような問題を扱うことには次のような意義があると言える。すなわち、参事官草案二五五a条に代表されるような減責条項が学説における様々な批判を受けて導入を見送られたことは前章で概観したとおりであるが、公平条項としての性質を有する減責条項という観点に着目した場合、そのような性質をもつ減責条項において本質的に何がドイツ損害賠償法に受け入れられなかったのか、ということは前章では十分に明らかにされなかった。参事官草案二五五a条の文言である「著しい不公平」に対しては裁判官の恣意的判断への警戒があったことは前章で述べたとおりであるが、減責条項導入論の衰退の根本原因に迫るためには、このような警戒感の背後にいかなるものへの拒絶があったのか、明らかにされなければならないと思われる。そこで本章ではドイツ協働過責制度の検討を通じて、ドイツ損害賠償法が割合的減責という場面において両当事者間の公平という要請をどのようなものとして受け止めそれを実現させているのか、という問題を検討し、減責条項導入論においてドイツ損害賠償法が本質的に何を拒絶したのかを明らかにしたい。

第一節 ドイツ民法二五四条の基本的枠組み

協働過責制度（ドイツ民法二五四条——本章ではドイツ民法は条文の番号のみを記す）は被害者の過責をもつて被害者の賠償責任を割合的に軽減するものであり、わが国における過失相殺制度に対応するものと言える。協働過責制度に関しては、二五四条の成立前史、成立史、成立後の学説の諸動向について、既にわが国においても紹介があるが、¹⁾同制度における公平の意義の解明という本章全体の目的から、以下ではドイツにおける通説的理解を中心に同制度の基本的枠組みを把握することにしたい。

(1) 二五四条の要件

二五四条一項は、「損害の発生において被害者の過責が協働する場合、賠償義務ならびに給付されるべき賠償の範囲は当該事情、とりわけ損害が一方または他方当事者によつてどの程度著しく惹起されたのか、によつて決まる」と規定している。次に同条二項第一文は、「被害者の過責が、債務者が知らずまた知る必要もない異常に大きな損害の危険に対して彼に注意を喚起することを怠ったことや、もしくは、損害を防止しまたは軽減することを怠ったことにとどまる場合にも」第一項と同様の法的効果が生じると規定している。一部の学説においては、二五四条一項と同条二項一文とを、前者を責任を根拠付ける事実における被害者の過責の協働、後者を損害事件発生後の損害の展開過程における被害者の過責の協働、として区別する見解もあるが、²⁾むしろ第二項を、不作為の態様によつても被害者は自らの過責につき抗弁を提出されうる、ということの特に明らかにしたものであるとし、協働過責制度の要件としては、³⁾第一項の「損害の発生において被害者の過責が協働する場合」に一本化されると理解するのが一般的であると言える。

しかし今日の学説においても、両項の適用事案の振り分けの問題とは別に、損害発生時における被害者の過責の協働と、損害事件発生後の損害の展開過程における被害者の過責の協働とを区別して考えること自体は放棄されているわけではない。このような区別は、後者の場合において二五四条の効果規範をどのようなものとして考えるか、という点で問題となるが、これについては後述する。

また、二五四条は被害者の過責の協働のみを問題にしているが、被害者に、過責ではなく単に、一定の行為によって生じた危険(業務上の危険(Betriebsgefahr))や、保有する物から生じた危険(物の危険(Sachgefahr))の協働があった場合に、このような危険が二五四条による減責を生ぜしめるかどうかについては、民法典制定直後より議論があった。この点につきライヒ裁判所は、加害者に動物保有者の危険責任(八三三条)が問われた事案において、被害者が保有する動物による危険の協働を考慮して被害者に責任の一部を負担させた⁽⁴⁾。これに対し、連邦通常裁判所の時代に入って以降今日に至るまでの判例は、加害者の負う責任が過失責任である場合においても、被害者における物の危険又は業務上の危険の協働をもって二五四条による減責を認めている⁽⁵⁾。被害者は、もし彼が他人への加害という状況にあったならば危険責任を負っていたであろうような危殆化を行なった場合には、そのような危険につき二五四条によって責任の負担を課されるのである⁽⁶⁾。二五四条が専ら被害者の過責を問題にしている以上、判例・通説によるこのような立場は立法のレベルで法の欠缺を自覚させることになる。この点、幾度かその補充の試みがなされたが⁽⁷⁾、立法化はいまだ実現されていない。なお、学説のなかには、このような危険責任に関連する危険にとどまらず、被害者の領域にある単なる一般的な危険をも減責を生ぜしめるための因子として考慮しようとする見解もあるが、この点については、二五四条の要件面における公平の意義との関係で後述することとする⁽⁸⁾。

(2) 二五四条の法的効果

二五四条はその法的効果につき、「賠償義務ならびに給付されるべき賠償の範囲は当該事情、とりわけ損害が一方または他方当事者によってどの程度著しく惹起されたのか、によって決まる」と規定している。また、同条二項の場合においても第一項の法的効果が生じると規定されているため、条文上は損害の割合的分割という効果は二五四条全体に関わるものであるとされている。しかし前述の要件における二つの類型、すなわち、損害発生時における協働過責と、損害発生後の損害の展開過程における協働過責という分類を前提にすると、このことは当然ではなくなる。すなわち、一部の学説は、損害発生後の協働過責を念頭におき、二五四条を、被害者が回避しえた損害部分につき賠償請求が完全に排除されることを可能にするものとして考えているのである⁽⁹⁾。しかしこのような発想に対しては、二五四条の条文に適合していないとの批判が提出されている⁽¹⁰⁾。本稿では協働過責の効果を、被害者の過責が協働する時期に関わりなく、専ら同条一項に規定されている割合的損害分割であるとする見解に沿って概観することにした⁽¹¹⁾。

二五四条一項は、損害分割につきまず「当該事情」を斟酌すべきであるとし、そしてその際にとりわけ着目すべき基準として、両当事者の損害惹起の度合いを問題にしている。学説においては、ここでの「当該事情」をどのようなものとして捉えるのか、あるいは二五四条の効果をいかなる構造において把握するのか、をめぐって争いがある。

まず一部の学説は、条文の文言に従い、両当事者の公平を実現するため、損害分割においては個々の事案の事情を広く考慮すべきであるとする⁽¹²⁾。このような見解に共通しているのは、損害分割の衡量においては、惹起(Verursachung)や過責(Verschulden)や物の危険(Sachgefahr)又は業務上の危険(Betriebsgefahr)といった帰責要素以外にも、両当事者の財産状況⁽¹³⁾、保険による保護の有無⁽¹⁴⁾、行為の好意性⁽¹⁵⁾、一方当事者の悪い性格⁽¹⁶⁾といった諸事情を広範に考慮すべきであるとしている点である。なかでもシュリーフ(Schlieff)は、二五四条の底流にある

とされる信義則（二四二条）とその下位命題としての矛盾行為禁止（venire contra factum proprium）の原則から、行為の好意性ないし無償性、当事者の加齢、両当事者の財産状況、当事者間にある血縁関係や当該生活共同体（bestehende Lebensgemeinschaft）といった要素の広範な斟酌を主張している。⁽¹⁷⁾

これに対し通説の見解は、二五四条の効果規範において挙げられている「当該事情」につき、これとは異なった理解をしている。すなわち、損害分割の衡量においては、「当該事情」それ自体ではなく、両当事者の損害分担を基礎付ける帰責要素としての惹起や過責や物の危険又は業務上の危険のみが基準とされるべきであり、そして二五四条において「当該事情」が挙げられていることについては、裁判官はこれらの基準にもとづいて衡量を行なうに際しては広く当該事情を考慮しなければならない、ということの特に明らかにしたものであると理解している。⁽¹⁸⁾ よってこのような通説の見解においては、当事者の加齢、当事者間の血縁関係、行為の好意性、といったものについては過責の考慮のなかで一定程度問題とされうることになる。⁽¹⁹⁾ なお、このように衡量基準を限定して衡量を行なうべきであるとする通説の見解も、二五四条の被害者側において八二九条（責任無能力者の公平責任）が準用される場合には、例外的に当事者（責任無能力者である被害者）の財産状況をはじめとする公平の観点からの広範な事情の考慮を認めている。⁽²⁰⁾

第二節 損害分割の衡量基準

既に述べたように通説の見解によると、二五四条の法的効果である損害の割合的分割は、惹起、過責、物の危険又は業務上の危険、といった基準によって行なわれることになる。しかしこれらの基準がそれぞれいかなるものであり、それらが互いにどのような関係にあるのか、については学説上、必ずしも意見の一致が見られていないというのが現

状であると思われる。そこで以下では、これらの基準に関する学説の議論を概観することにより、この点を明らかにしたい。

(1) 惹起

損害分割の衡量基準のなかでも、二五四条一項の条文に挙げられている損害の惹起はその中核となるものであり、各当事者の損害の部分的負担が過失責任に基づく場合にも、危険責任に基づく場合にも、広く問題とされることになる。⁽²¹⁾ この惹起概念をめぐっては学説上、様々な理解があるが、少なくともこれを各当事者の設定した原因と結果との条件関係として理解する見解は皆無であると言ってよい。なぜなら、各当事者の行為寄与と結果との関係を条件関係において把握するとき、各々の行為寄与は全ての結果に対して同価値になるため、損害分割のための量的判断の余地はないからである。⁽²²⁾ そこで学説は、惹起を損害の部分的負担を基礎付けるための量的概念として把握しようとするのである。

① 経験的な観点から惹起概念を捉えようとする説

学説の多くは惹起概念を量的判断が可能な概念とするため、これを経験的な観点から把握しようとする。例えば、ヴェルナー（Werner）は、結果に対する各当事者の行為寄与ないし原因を、「事態の通常の経過のもとで結果の惹起が非常に高い蓋然性をもって期待されるような条件」であるとして、ラレンツ（Larenz）も、衡量にあたって、「客観的な危険性（Gefährlichkeit）と事件経過の典型的な性質」を問題にしている。⁽²³⁾ しかしとりわけこの点につき後の学説に影響を与えたのはヴェンツマー（Venzmer）の見解である。⁽²⁴⁾

ヴェンツマーは、二五四条の法的効果である損害分割の衡量においては、「最善の観察者の視点から、いかなる蓋

然性の程度をもつて具体的な結果の発生が促進されたのか」が審査されなければならないとする。つまり彼は、惹起概念を結果発生への蓋然性という次元で把握することにより、原因の量的分割を可能にしよつとするのである。また彼は、行為寄与の損害への一般的な傾向の審査は当該行為の時点——すなわち事前判断——を基準とするべきであるとしている⁽²⁵⁾。更に彼は、自らの主張する蓋然性による惹起の衡量を相当因果関係理論における相当性判断と同様のものであるとしたうえで⁽²⁶⁾、この蓋然性判断をあくまでも専ら事実問題に属するとしている⁽²⁷⁾。

次に、同じく惹起概念を結果発生⁽²⁸⁾の蓋然性あるいは危険性として把握するものとして、ドゥンツ (Dunz) の見解がある。ドゥンツは、フェンツマーが二五四条の惹起概念を相当因果関係理論における相当性と同様のものと考えている点を批判する。すなわち彼は、相当性という要請は責任の程度にはなく責任根拠に属するものであり、よつて、オールオアナッシング原則が妥当するかぎり、当事者間の責任負担割合の調整の領域においては相当性の程度 (Intensität) は問題にされてはならないのであつて、フェンツマーによる基準は結局は客観的過失あるいは帰責可能性の衡量にほかならないのである、としている。そしてドゥンツ自身は、惹起の衡量につき次のように考える。すなわち彼は、蓋然性の評価ないし算定とは偶然の仕業を見破ろうとする試みであり、偶然とは特定の観察者が因果経過を完全に見通すことができないといふことを前提にしているのである。としたうえで、「結果発生がどの程度、協働している因果寄与の一方あるいは他方に属していると推定されるか」は「我々が因果経過につきもはや具体的に知覚できないところ、すなわち、我々には見通すことができない複数の因果寄与の競合の地点において」「評価されるべきであるとしている。つまり、それぞれの行為の時点⁽²⁹⁾を基準に結果発生⁽³⁰⁾の蓋然性を判断するフェンツマーの見解に対し、ドゥンツは判断の時期を諸寄与の競合の時点に移し、「パーセンテージによつて表現される互いにぶつかり合う因果系列の危険性の程度を相互に比較する」といふ方法を採用するのである⁽³¹⁾。

このようなドゥンツの見解に対し、ランゲ (Lange) は次のように批判する。彼は、自動車保有者が自動車を施錠しなかつたために泥棒に盗まれ、この自動車泥棒が乱暴運転のすえに交通事故を起こしたという例を挙げ、このような事例においては、賠償義務者である自動車保有者の惹起寄与を諸寄与の競合の地点を基準にして判定することはできないとする。そして、諸寄与の競合の時点において顕在化したそれぞれの行為寄与の危険性を問題にするのでは狭すぎると考え、むしろ、因果経過全体を視野に入れたうえで、それぞれの作為あるいは不作為としての行為寄与に内在する危険性、すなわち「危険の潜在性 (Gefährlichkeits)」が衡量されるべきであるとする。なおランゲによると、軽微なスピード違反や、優先通行権がないゆえに待つ義務がある者が視界状況が悪いにもかかわらず十分に注意をしなかつたといったことよりも、信号無視や優先通行権の無視のほうが、「危険の潜在性」が高いものとされる⁽³²⁾。このことである⁽³³⁾。

②惹起概念に規範的判断を内在させる説

前述のフェンツマーとドゥンツとランゲの見解は、各当事者の損害惹起の度合いを、損害発生⁽³⁴⁾の蓋然性ないしは危険性という次元で、経験的な観点から捉えよつとする点で共通している。二五四条の法的効果における惹起をこのよつなものとして捉え衡量の基準とすることについては多くの学説が支持しているが、他方で一部の学説は、このよつな惹起概念の捉え方に対し、各当事者の損害の部分的負担を結局は正当化していないとして批判し、惹起概念に規範的判断を内在させることを主張している。

クラウザー (Krauser) は、危険性の程度あるいは損害傾向 (Schadensgenegtheit) を衡量基準とするといふ学説の多数意見に対し、次のよつな例を挙げて疑問視している。例えば経験的な観点からすると、道路交通に参加する者は、道路の合流地点において右から来る者が優先通行権をもつているといふ原則に無頓着である。そこで「事件経過

の典型的性質」からは、右から合流地点に進入して来て自分に優先権があると信じていることは危険なこととなるのである。しかしこのような一般的な危険性を損害分割の基準に据えらると、一般的に行なわれている悪習である相手方の過誤行為（優先通行権無視）をもつて被害者（優先通行権者）に負担を課すということになって問題である。またクラウザーは、一定の行為の損害発生についての蓋然性の程度を確定するとすると、これは裁判官の仕事ではなく専門家の仕事になってくるが、本来的には損害分割というものはまず何よりも特殊法的な視点に基いてなされるものであるとする。すなわち、裁判官は二五四条の損害分割においては、喧嘩へと他人を挑発した者と挑発された者、飲食店が危険な階段に照明設備を施していないということとそのような暗い階段を利用する客の不注意、などといったことにつき評価問題に決定を下さなければならぬのである。⁽³⁰⁾

以上のような学説の多数意見に対する批判を前提として、クラウザーは、二五四条における「著しい惹起」を損害原因の「不当性 (Sachwidrigkeit)」という概念によって把握しようとする。すなわち彼によると、「不当性」による衡量とは、加害者と被害者が責任を引き受けなければならない事情、つまり賠償義務または協働責任 (Mischuld) を根拠付けることができる事情を考慮し、よつて当事者によつて惹起された許された危険や、危険責任に関係しない危険は考慮されてはならない、加害者の義務違反による因果系列と被害者によるそののいずれがより不当 (sachwidrig) であるかわれるかが評価的な観点から量的に決定される、というものである。そして裁判官は、損害分割において個々の違反された義務の序列を試みるに際しては、一般社会生活における価値観や社会秩序に関する諸原則といったものへも必然的に目を向けなければならないとしている。⁽³¹⁾

同じく損害分割の衡量基準である惹起を規範的な概念として捉えるものとして、ローシェルダー (Looschelders) の見解がある。彼が提唱する「具体的規範違反性 (konkrete Normwidrigkeit)」という基準は次の

+
+

とおりである。まず彼は、具体的な損害のかたちで実現される危険の創出を両当事者間の損害分割における共通の基準として考える。そして損害分割の衡量においては、各当事者の行為の危険創出との関連（責任法上の関連と協働過責法上の関連）の程度、つまり規範違反性の程度が問題となるとする。すなわち惹起概念の下で、「規範の名宛人の行為がどの程度、当該状況において法的に期待される——つまり規範に適合する——行為から逸脱しているのか、そして、このような逸脱に具体的な損害にとつていかなる意義が認められるべきか」が衡量されるべきことになるのである。なおこのような基準の適用につきローシェルダーは、次のような具体例を挙げている。まず、親がごく僅かに目を離れた瞬間に子供が道路に走り出し重大な交通事故に遭った場合、親の惹起寄与の評価においては、子供による損害発生危険の創出ではなく、子供による危険の創出という危険（「危険創出危険 (Gefahrschaffungsfahr)」）を創出したということが考慮されることとなり、ごく僅かな規範逸脱が損害分割において重大な規範違反行為——すなわち著しい惹起——とされる可能性は十分にあるということになる。また行為の具体的な危険の創出との関連が問題とされるため、自動車運転者のひどい泥酔も、もし当該交通事故が飲酒をしていない正常な運転者にとつても回避が困難である場合には、著しい惹起を基礎付けないということになるのである。⁽³²⁾

(2) 過責

損害分割において有責任 (Schuld) の程度を考慮することは、完全賠償原則の観点からドイツ損害賠償法の体系に反しているとの指摘もあるが、⁽³³⁾ 過責も二五四条の衡量基準であるということについては広く認められている。しかし衡量基準としての過責については、とりわけ同じ衡量基準である惹起との関係においてどのように理解すべきかにつき、ドイツの学説においても必ずしも意見の一致を見ているとは言えない状況にある。なお連邦通常裁判所はこの

+

点につき、「両当事者の行為の因果的作用の程度が一方当事者による著しい惹起を問題にすることを正当化しない」⁽³⁴⁾ ような場合にはじめて過責の程度が基準とされる、との見解を表明している。

まず、ローター (Rother) の見解は、損害分割にあたっては過責のみによって衡量がなされるべきであり、惹起は基準にはならないという——条文に反する——主張を展開しているという点において特異なものである。彼は、損害分割において通説が惹起を衡量しているという場合、実際は過責の衡量がなされているのであると指摘し、損害分割の衡量における実質的側面を重視するのである。なお、ローターがここで言う「過責」は通常の意味よりも広いという点は注意を要する。すなわち彼は、危険責任は単なる原因責任 (Verursachungshaftung) ではなく危険支配や報償責任といった観点からその正当性が認められているのであり、危険責任においてもより一般的な意味における「非難可能な行為についての責任」としての非難可能性が存在しているのである、との考えから、当事者の一方または双方につき危険責任が問題となるような場合にも衡量において「過責」の程度を問題にしようとしているのである。⁽³⁵⁾ これに対し学説の大方の見解は、二五四条の条文に従いあくまでも惹起を第一の衡量基準としたうえで、過責をそれに次ぐ重要な基準として位置付けている。しかし以下で見るように、惹起の割合に対し過責の衡量がどのような関係にあるかについては、学説上必ずしも意見の一致を見ているわけではない。

ランゲは、両当事者の惹起の割合が半分ずつのような場合には過責の程度が重要になってくるとしているが、⁽³⁶⁾ において、前述の連邦通常裁判所の考えと同じであるが、両当事者の惹起の割合が同じでない場合にも過責の程度を考慮すべきであるとしている点において、過責衡量の領域をより一層広く考えようとしている。しかし惹起と過責という二つの基準から最終的にどのような割合をはじき出すべきかという点について、ランゲは必ずしも明確にはしていない。そこでは、惹起が一对一で過責が一对二である場合に過責割合である一对二において損害分割がなされるので

はないこと、また、惹起が一对二で過責が二対一のとときには一对一で損害分割がなされるわけではないこと、といったことが述べられているのみである。ランゲは、過責の衡量においては客観的過失のみならず主観的過失にも配慮すべきであると考えており、最終的にいかなる割合で損害分割を行うかについては個々の事案ごとに裁量に委ねていくほかないと考えているようである。⁽³⁶⁾

これに対し、フェンツマーとクラウザーとダウンツは惹起割合による損害分割を重視し、過責衡量の余地を制限しようとする。まずフェンツマーとクラウザーは、前述の連邦裁判所の見解に対し、両当事者の惹起のいずれも著しいとは言えない場合は責任負担割合は半分ずつになるに過ぎないのであって、このような場合に直ちに過責が問題となるのではないとしようとして、⁽³⁷⁾ 過責衡量の意義を、両当事者の惹起割合が過責割合と著しく異なっている場合に惹起割合を修正するところに求めている。次にダウンツは、例外としての過責の衡量が行なわれる範囲を、次のような具体例を挙げてより厳密に限定しようとしている。彼はまず、自動車保有者が駐車するに際してドアをきちんと施錠したが換気小窓を十分に閉めていなかったところ、自動車泥棒が小窓をこじ開け、点火装置をショートさせることによりエンジンをかけ、無謀運転を行い、交通事故を惹き起こした、という例を挙げる。彼はこのような例においては、保有者と交通事故被害者との責任負担割合は専ら惹起によって決せられるべきであって、保有者の不注意が軽微であるとしても、彼には、自動車泥棒が起こした重大な事故につき、惹起割合によって把握された責任が課されるべきであるとしている。次にダウンツは、札付きの危険地帯とされている場所で二台の自動車のスピードの出しすぎによる衝突事故が発生したが、一方当事者はそこが危険地帯であることをよく知っていたのに対し、他方当事者はそのような事情を知らなかった、という例を挙げる。このような例においては彼も過責の衡量を許容し、事故現場の事情に精通していた当事者により多くの責任負担が課されるべきであるとしている。ダウンツは、二つの例における取り扱いの

違いにつき、次のように説明する。すなわち、第一の例では、保有者の軽微な不注意は、損害調整の相手方である交通事故被害者がその作用を知覚しうる時点においては、既に外界において客観的に確定可能な危険に転化しているのに対し、第二の例では、事故現場の事情に精通している当事者の軽率さは、衝突事故の直前まで客観的な危険に転化していないのであって、損害分割においては、後者のような場合にのみ主観的な非難性が考慮できるのであり、かつそのような場合にのみそれは許容されるべきであるとしている。⁽³⁸⁾

(3) 物の危険又は業務上の危険

惹起と過責のほか、物の危険又は業務上の危険も、損害分割の衡量基準となることは学説上広く認められている。しかしこれらの危険は、衡量基準として惹起や過責と同等の地位を与えられているわけではない。すなわち、既に述べたように、学説の大方の見解が惹起概念を各当事者による行為の結果発生への蓋然性あるいは危険性として把握していることから明らかのように、各当事者による危険の創出それ自体は惹起の割合の問題として扱われているのである。そういうわけで、危険が惹起と過責に次いで第三の衡量基準として独立して取り上げられる意義はむしろ、一方または双方の当事者において制定法上の危険責任規定に該当する危険化がある場合には、そのような当事者における損害負担割合は——過責を問題とすることなく——専ら危険化の度合いによって決定されるのである、ということ⁽³⁹⁾を特に明らかにするところにあると言える。

第三節 協働過責制度の要件における公平の意義

二五四条は、同条一項が規定するように、「被害者の過責」の損害発生への協働をもって賠償責任を軽減する。ま

た、既に述べたように、被害者はもし加害者の立場であれば危険責任を負っていたであろうような危険化を行なった場合には——条文上の根拠はないが——過責がなくても二五四条により損害の一部を負担しなければならいとされている。このような協働過責制度の要件において公平がいかなる意義を有しているのか、という問題には様々な角度からのアプローチが可能であると思われるが、本稿では以下のような視角からこの問題に迫りたいと思う。すなわち、協働過責制度が、その要件である「被害者の過責」や危険責任規定に該当する危険化の存否とは別個に、公平の観点からの個別事案の評価を許容し、場合によってはそのような要件が充足されなくとも割合的減責を生ぜしめるということを認めるのか、それとも、公平にはそのような要件レベルでの独立した意義はなく、それは協働過責制度の制度趣旨ないし基本理念のレベルにのみ位置付けられるべきものなのか、という点がここでは重要であると思われる。前章で検討した条文に「著しい不公平」を挙げる減責条項においては、公平は前者のような意義を獲得していると言えるが、同じく加害者の帰責範囲の画定のあとに割合的な調整を可能にする協働過責制度においてはこの点につきどのようなになっているのかがこの問題である。

(1) 減責要件を緩和する一部の学説の動向

協働過責制度が、「被害者の過責」や危険責任規定に該当する危険化がない場合にも、被害者側にある何らかの事情を考慮することによって割合的減責を認めるものかどうか、という問題は理論的には次のような内容を含むものである。すなわちまず、ドイツにおける協働過責制度の構造に関する通説的理解によると、二五四条は生じた損害に対し、一方で加害者による責任を問題にし、他方で「被害者の過責」を問題とすることによって、被害者側に過失責任の一般規定を想定しているのである。つまり協働過責制度においては、加害者と被害者は、責任要件および帰責

賠償責任の割合的軽減と公平の理念（二・完）（石橋）

につき過失責任主義の下で同等の立場に置かれるべきとされているのである(同等取り扱い原則 (Gleichbehandlungsgrundsatz))⁽⁴⁵⁾。その「均」の基本的枠組みを越えて、被害者側の何らかの事情を斟酌することとは、被害者側の責任要件の緩和を意味することになる。すなわちここでは、被害者に「過責」がない場合に、判例・通説が承認する制定法上の危険責任規定に該当する危殆化という枠を越えて、被害者における一般的な生活上の危険を減責要件のなかに取り込むべきかどうかということが問題となるのである。

一部の学説はこれを肯定する。すなわち、ヴァイトナー (Weidner) は、加害者側においては法律上の基礎がない限りは誰も生じた損害につき過責なしに責任を負わないが、二五四条は柔軟な一般規定であり、被害者側においては立法者による介入がなくとも自己への危殆化につき損害を負担しなければならないとして、通説が主張する同等取り扱い原則を批判する⁽⁴⁴⁾。そして制定法上の危険責任規定において把握されていない自己危殆化の例として、モーターボートの運行やスキーの滑降における危険を減責要件に取り込むことを主張している⁽⁴⁵⁾。またリュスマン (Rübmann) は、危険ではあるが禁止されていない業務や物について利益を享受する者はそのような業務や物による特別な危険が他の原因とともに加害において作用した場合には彼の損害賠償請求を縮減されなければならない、との一般論を提示し、責任根拠の領域において危険責任の一般規定を認めることは類推の禁止よりできないが、これによって被害者における自己の保全 (Selbstbehalt) が妨げられるべきではないとする。そして彼はこのような一般論のもとで、いまだ危険責任規定が立法化されていないモーターボートや線路上のクレーンからの危険の斟酌を主張している⁽⁴⁶⁾。更にドイチュ (Deutsch) は、二五四条の被害者側において危険責任に関する列举主義 (Enumerationsprinzip) を適用することにつき疑問を投げかけ、被害者の自己への危殆化を広く斟酌することによって二五四条の適用領域は理想的なものとなるとしている。そして斟酌されるべき自己危殆化の例として射撃や高飛び込みやスキーを挙げている⁽⁴⁴⁾。

これらの諸学説は、被害者に過責がなくしかも制定法上の危険責任規定に該当する危殆化もない場合においても減責を認めるという意味において、減責要件を緩和するものであり、協働過責制度を前章で検討した減責条項と同様の機能を果たすものに近づける可能性を持っていると言える。すなわち、減責条項は素因競合事例などにおいて異常に大きな損害が発生した場合に公平の観点から減責を行なうものであり、そこでは被害者に減責を説得する根拠は希薄である(あるとしてもせいぜい被害者側の事情が「損害の異常性」に係しているという程度のものである⁽⁴⁷⁾)。ここでの減責要件を緩和する説も——素因斟酌を主張するものではないにしろ——被害者側の事情が損害発生に危険なものと関係しているということをもって二五四条の適用領域にあるとし、減責を認めようとしている点で、減責条項に理論的に近いものとなっているのである⁽⁴⁵⁾。

(2) 被害者の自己危殆化に関する実務の取り扱い

既に述べたように、学説の大方の見解は被害者の自己危殆化を、それが危険責任規定に該当する限りにおいて二五四条の要件に組み入れるのであり、減責要件を緩和する前述の諸学説はドイツにおいてはあくまで少数説にとどまっているのが現状である。そこで以下では、ドイツの実務がこの点につきいかなる態度をとっているのかを検証するため、被害者の自己危殆化の問題を扱った判決をいくつか取り上げたいと思う。

① カールスルーエ上級地方裁判所一九五九年三月二五日判決⁽⁴⁶⁾

スキー場で原告と斜面の山側から滑降してきた被告が衝突し、原告が靱帯切断と胸部の打撲傷を負った。裁判所は衝突事故に際して被害者である原告に何らの行為義務違反はなかったとしながらも、次のように述べて原告の請求のうち四分の一を減責した。すなわち、「原告は年配のスキーヤーとして、シュヴァルトヴァルト北部の数少ない斜面

として日曜日には非常に多くのウインタースポーツを楽しむ人々が訪れるスキー場を、自らの自由意思で利用し、そこでの危険を認識していた。彼のスキーへの参加は、公平の観点から被告の損害賠償義務の制限を帰結すべき原告の自己に対する過責として評価されるべきである」。

本件は、被害者にスキーの滑降上の注意義務違反がない場合でも、混雑したスキー場に自ら赴いたという事実それ自体をもって協働過責を基礎付け得るとしたものであり、その意味ではあくまで被害者の過責の存否を問題にしているものであると言えるが、他面、被害者の過責を滑降上の行為義務からスキー場への参加という次元に移すことで、実質的には被害者の自己危殆化そのものを減責要件に取り込むのと同様と変わらない結論を導き出したとも言える。

② 連邦通常裁判所一九六一年三月一四日判決⁽⁴⁸⁾

運転免許証を持った第一被告人が原告と第二被告人らに乗せて自動車で行っていたところ、運転免許証を持っていない第二被告人の再三の執拗な要求に屈して、第二被告人が第二被告人と運転を交替した。そして交替した直後に、車はカーブを曲がりきれずに木に激突した。裁判所は、危険なスポーツの競技中の事故のように、被害者の法益侵害への同意が技巧的にこじつけられることなしに承認されるような場合を除けば、通常は自己の危険に基く行為は協働過責の問題として処理されるべきであるとし、二五四条においては、「被害者が正当な理由なしに認識された危険状況に身をさらしたということが損害責任においていかなる影響を有するのか」が検討されなければならないとしている。そしてその際には信義則（二四二条）とりわけ、被害者が先行する自らの損害への寄与を考慮せずに加害者に対して責任を主張することはできないという矛盾行為禁止の原則に依拠すべきであるとしている。

本件は、好意同乗の事案において、自己の危険に基く行為（Handeln auf eigene Gefahr）につき被害者の黙示の同意を承認して違法性阻却とする従前の判例の立場を変更し、これを協働過責制度による割合的解決に結びつけたと

+ +

いう意味で、重要な判決である。協働過責（無免許運転の容認）の成否につき、「正当な理由なしに認識された危険状況に身をさらした」という基準を挙げている点に注意すべきであろう。

③ シュトゥットガルト上級地方裁判所一九六三年一〇月一七日判決⁽⁵⁰⁾

被害者が（本件において原告は社会保険の保険者である）ゆつたりとしたスピードでスキーをしていたところ、加害者である被告が速いスピードで後方からやって来て被害者に衝突した。前述の判決①と同様、裁判所は前方を滑降していた被害者に滑降上の注意義務違反はないとしたがうえで、被害者の自己危殆化と協働過責につき次のような見解を示し、減責を否定した。すなわち、「今日におけるスキーのような広く普及したスポーツに参加することは、様々な危険状況を伴う道路交通への参加と同様に、日常的な事柄なのである。そしてそのようなものに参加するためには何らの正当な理由が必要ではないのである。よってスキー参加者は、それ相応の場所でスキーに専念する場合には、正当な理由なく危険状況に身を置いたことにはならないのである」。

本件において裁判所は、自己危殆化における協働過責の成否に関する判決②で示された「正当な理由なしに認識された危険状況に身をさらした」という基準に依拠しつつ、「日常的な事柄」としてのスキーへの参加においては被害者がスキーの危険を認識して参加したとしても正当な理由がないとは言えないとしたのである。

④ 連邦通常裁判所一九八一年九月二二日判決⁽⁵¹⁾

飲食店のウェイターである原告が店内において被告の保有する犬に腹部を噛まれたところ、戦争で負った原告の傷（瘢痕組織の損傷）が影響して、二つの大がかりな手術と三ヶ月の入院という重大な結果に至った。裁判所は、原告から問題となっていた原告のコールセットまたは腹巻の装着義務違反につき、次のように述べてこれを否定した。すなわち、例えば雑踏において不注意な第三者と接触したような場合においては、コールセットあるいは腹巻を装着してい

+

+

+

なかつたことは原告の協働過責となりうるが、本件では、損害事件は専ら被告の責任領域に属しているものであり、被告は原告の自由な決定の領域にある予防措置を原告が講じていないとの抗弁を提出できないのである。なお、本件では、このような協働過責の成否の判断を信義則（矛盾行為禁止の原則）にかからしめている。すなわち裁判所は、被害者が彼の責任領域に属する損害回避を特別な方法において困難にしたにも関わらず、賠償請求を完全な範囲において主張しようとするのが、加害者と被害者との関係において不公平と感ぜられる場合に、二五四条が適用されるべきである、との見解のもとで、個々の具体的状況を吟味して協働過責の成否を決するべきとの考えを示している。⁽⁶²⁾

本件においても、結論としては、私人の一定の危険を伴う社会への参加それ自体は原則的に協働過責を構成しないとしている。ただ、協働過責の成否の判断を信義則、とりわけ矛盾行為禁止の原則にかからしめることにより、一定の場合（本件では、腹部に素因を抱える者が雑踏に赴くという例が挙げられていた）には被害者の自己危殆化が協働過責を構成する余地があることを示唆している点特徴的である。また、本件は協働過責の成否の判断のレベルにおいて公平にも言及しているが、これは、二五四条の要件面における公平の意義という本節のテーマにとって重要な点である。

⑤コブレンツ上級地方裁判所一九八六年五月五日判決⁽⁶³⁾

友人の小型バイクの後部に同乗した被害者が、夜間にデイスコから帰る途中、交差点での優先通行権を無視した被告の車との衝突事故に遭い、下腿部を複雑骨折した。被害者が血友病患者であつたため、原告である地域健康保険組合は、被害者の健康回復のため高額の出費を余儀なくされた。被告は、被害者が自ら回避可能な危険状況に身を置いたとして、原告に対し五〇％の協働責任を主張した。これに対し裁判所は、被害者の協働過責につき、次のような見解を表明してこれを否定した。すなわち、今日においては道路交通への参加は、それがいかなる形態においてである

うと常に、人間の通常の生活形態に属するのであり、血友病患者に対して小型バイクに乗ってはならないと要求する場合、それは一般的な行動の自由の制限となるであらう。

本件では被害者の住む地域において事故のあつた時間帯にバスなど公共交通機関がなかつたということも考慮されたのであるが、血友病患者である原告の若者が夜間に友人の小型バイクの後部に同乗してデイスコへと出掛けるという本件のような場合をも含め、私人の道路交通への参加をいかなる形態においても「通常の生活形態」に属するとしている点で、同じ被害者の素因に関する事案でも、前述の判決④の場合より一層、協働過責を否定する方向を明確に打ち出したものと言える。

⑥連邦通常裁判所一九九六年一月五日判決⁽⁶⁴⁾

原告の自動車が優先通行権のある道路を交差点で左折した際、交差する道を左折しようとしていた被告の自動車の左側面と接触した。原告は事故の前に慢性的な背中の故障の治療として腰椎を補強するための金属を埋め込む手術を受けていたが、事故後の検査で金属に緩みがあることが確認された。そこで新しい金属を埋めなおす手術が行なわれたが、この手術により合併症が惹き起こされた。原告は訴訟のまえに既に八三〇〇マルクを受け取っており、本件訴訟においては被告に対して慰謝料の支払いを求めた。当事者間では金属の緩みが本件事故によるものなのかどうか争われていたが、裁判所はこれを肯定した上で、原告が請求していた慰謝料を全額については認めなかつた。裁判所は一般論として次のような見解を表明している。すなわち、「確かに、一般的な道路交通への参加はいかなる者にとつても一定の危険を伴うものであり、よって結局はいかなる交通事故においても文明社会における危険（Zivilisationsrisiko）を実現させている」のであるが、「ある者がそのような危険に自ら赴いたという事情だけで民法二五四条の協働過責を基礎付けることは適当ではない」。しかしその一方で裁判所は、「加害者による損害を生ぜしめ

る行為が、既に存在している被害者の体質における損害傾向を実現させたに過ぎず、健康が損なわれたことが被害者の虚弱さの結果であるような場合、このようなことは慰謝料の算定においては考慮されることが要請される」として、⁵⁵⁾ 腰椎に金属を埋め込んだことによる原告の損害を被りやすい体質を慰謝料算定においては斟酌した。

本件では、私人の道路交通への参加自体が協働過責を構成しないとの一般論が明確に提示された一方で、慰謝料算定においては八四七条により公平の観点から被害者の素因を斟酌して減額を行なうことが妥当であるとされたのである。

(3) まとめ

被害者の危険責任規定に該当しない危険化を二五四条の減責要件に取り込もうとする一部の学説の見解は、通説ではないがドイツにおいて有力に唱えられていることは事実である。しかし本節において概観した実務の動向からこのような見解を評価するとき、ドイツにおいてはこれらの主張は実務において相容れないものとして受け止められているのではないかと思われる。

すなわちまず、被害者の自己危険化と協働過責の成否に関しては、判決①が、危険を伴うスキーへの参加それ自体を協働過責と関連付けたが、これは、何らかの具体的な行為義務違反の次元でのみ協働過責を捉えるならば、実質的には、過責を問題とせず単なる自己危険化をもって二五四条の要件とする、ということとほとんど同じことになる。しかし、後の判例の動向はこのような立場に批判的であったと言えるのである。判決②は、被害者の危険の認識と正当理由の欠如を問題にすることで、自己危険化が協働過責に関連する範囲を絞り込んだと言えるが、そのすぐ後の判決③はその線上で、同じスキーへの参加が問題となつた事案でありながら、判決①とは対照的な結果を導出したので

ある。また被害者の素因に関する判決④⑤⑥は、一般論として素因保持者の社会参加それ自体を協働過責とすることはできないとの立場をとつた。判決④は、信義則(矛盾行為禁止の原則)から、一定の行為態様のもとでは素因保持者の行為が協働過責を構成しうるとの見解を表明したわけではあるが、判例⑤に見るように、素因保持者においても行動の自由という要請がかなり広範に妥当するものとして承認されているように見受けられる。このようにドイツの実務は、被害者の一般社会への参加という次元で協働過責を問題にする(既に述べたように、これは実質的には、過責のない単なる自己危険化を二五四条の減責要件に取り込む、ということとほとんど同じと言える)ことには——問題となる危険が外界の状況にあつても、被害者の素因にあつても——概ね否定的であり、⁵⁶⁾ 協働過責の成立のためには、それを越える何らかの具体的なし積極的な行為義務の違反を要求しているものと言える。⁵⁷⁾

なお、学説においては、本節で挙げた減責要件緩和説とは別に、協働過責制度の柔軟な運用という視点から、二五四条を、被害者の人的領域にある事情を広範に衡量することを可能にする制度として理解しようとするものもある。このような発想はウィルブルク(Wilburg)によつて最初に主張されたが、これを解釈論として継承したのがヒッペル(v. Hippel)である。彼は、いわゆるショック損害が発生した事例において、賠償範囲を一定程度制限するため⁵⁸⁾ に二五四条の「類推適用」を主張している。また立法論としては、シュトル(Stoll)が、二五四条を、過責にとらわれず被害者の素因や異常な高収入等の斟酌を可能にするルールへと一般化することを提案している。⁵⁹⁾ しかしこれらの見解はドイツの学説においてはさほど大きな影響力を持つてはいないと言える。

本節で概観した実務の動向によると、ドイツ協働過責制度は、その要件において、「被害者の過責」の成立のため被害者に一般社会への参加を越える何らかの具体的な行為義務違反を要求するのであり、危険責任規定に該当しない被害者の単なる自己危険化の事実をもつて減責を認めるものではない。そして、そのような構造を有する同制度にお

いては、公平は協働過責の成否の判断のなかに内在しているのである。このことは例えば判決④が、当該事案における被害者の具体的な行為義務の違反があったかどうかという次元で信義則（矛盾行為禁止）に依拠し、公平をそのなかで問題としていることから明らかである。⁽⁶¹⁾ このように、同等取り扱い原則を採用する通説の見解と実務における被害者の自己危殆化の取り扱いに見る限り、協働過責制度の要件面において公平は、あくまで個別事案における具体的な行為義務違反としての協働過責の成否に関わって問題となるだけであり、それを離れて、減責すべきかどうかという次元で独立した意義を有しているのではないということが明らかである。

第四節 協働過責制度の法的効果における公平の意義

本章第一節で触れたように、通説の見解によると、二五四条の法的効果である損害の割合的分割は、惹起、過責、物の危険又は業務上の危険、といった衡量基準のもとでなされることになる。また、本章第二節で概観したように、これらの衡量基準についてはとりわけ、惹起概念をどのようなものとして把握するのか、そして惹起割合に対し過責割合をどのように関係付けるのか、といった問題において様々な理解があった。損害分割の衡量において公平がどのような意義を有しているのかは、このような協働過責制度の法的効果における規範構造との関係において把握されるべきものであると言える。

そこで改めて第二節で概観した諸学説について振り返ると、そこには協働過責の法的効果における損害分割の量的判断と加害者の帰責範囲の問題との理論的な同質性があると見ることができると言える。すなわち、惹起の衡量においてフェンツマーやドゥンツァランゲは、行為の結果への蓋然性、危険性、潜在性といったものを経験的な観点から具体的事案において把握し、これを損害分割に反映させようとするのに対し、クラウザーとローシエルダースは、各当事者の

+ +

損害の部分的負担を法的に正当化するため、惹起概念のなかに規範的判断を内在させるのである。このような対照性は、加害者の帰責範囲の問題における相当因果関係説と規範目的説との関係に類似していると言える。また過責も損害分割の基準として挙げられているが、これも惹起とともに各当事者への帰責という次元で問題とされたのである。⁽⁶²⁾ 協働過責制度は、加害者の帰責範囲が画定された後に、「被害者の過責」を斟酌することにより減責を可能ならしめるものであり、その意味で制度として、加害者の帰責範囲の問題から独立した意義を有するものであると言える。しかし他方で、同制度の法的効果である割合的損害分割が加害者の帰責範囲を画定する理論と同質性を有する原理に基いてなされることもまた事実である。⁽⁶³⁾ よって、二五四条の適用により、一旦画定された加害者の帰責範囲は修正を迫られることになる。そういうわけで、協働過責制度における損害分割の衡量において公平がいかなる意義を有しているのかは、加害者の帰責範囲の画定において公平がどのような意義を有しているのかということと基本的には同じであると考えることができる。すなわち、損害分割は、惹起、過責、物の危険又は業務上の危険、という衡量基準に基いてなされるのであり、公平はそのような基準を個別の事案に適用するなかに反映されているに過ぎないのである。裁判官は、損害分割においては、「純粹な公平による衡量へと逃げ込む」ことなく、惹起や過責や物の危険又は業務上の危険といった基準の具体化に努めなければならないのである。⁽⁶⁴⁾

小 括

本章では、前章において概観した減責条項導入論の後退という現象との対比において、ドイツ協働過責制度における公平の意義について検証してきた。そしてそこで明らかとなったのは、ドイツ協働過責制度が要件と効果を通じて一貫して厳格なルールを形成しているということであった。すなわち、同制度の要件においては、制定法上の危険責

+

+

+

+

+

任規定において把握されている一定の危殆化がある場合を除けば、被害者は何らかの具体的なし積極的な行為義務違反がある場合にのみ減責を甘受しなければならないのであり、法的効果においては惹起、過責、物の危険又は業務上の危険、といった帰責に関わる要素に基いて損害分割が実現されるのである。そして同制度において公平はこのような規範構造に内在しているものであり、それは同制度の適用範囲を拡張させ、あるいは柔軟にするためのものとして機能していないのである。このような検証結果から一九六〇年代に盛んになった減責条項導入論を改めて振り返るとき、更に次のことが明らかとなる。

第二章で概観したように、第四三回ドイツ法曹大会において導入論が提起され一九八〇年代に議論が衰退していった減責条項は、完全賠償原則を緩和し、過責の程度を斟酌してこれを賠償義務に反映させるものとして特徴付けられてきた。しかしここでの過責の程度がいかなるものかについては注意すべきである。なぜならば、本章で概観したように、二五四条の協働過責制度においても、その法的効果である損害分割の場で過責の程度が斟酌されるからである。よって減責条項をめぐる議論の流れを単純に、過責の程度の斟酌を可能にする制度を導入する議論とその衰退という側面で捉えるのは、歴史的評価としては事態を正確に把握しているとは言いがたい。むしろ本質的には次のように理解すべきではなからうか。すなわち、「賠償義務を基礎付ける事情」との関係において異常に大きな損害が発生したとされる場合に、加害者の過責の程度を斟酌して減責することを可能にする、減責条項(参事官草案二五五a条)は、条文に「著しい不公平」という文言が置かれることにより、裁判官に個別事案の事情それ自体への直接的な関わりを要求する。そしてそこでの過責は、規範を前提とした思考が欠落しているという意味において、帰責基準としての積極的意義を失っているのである。つまり減責条項における過責の程度の斟酌は、単に、個別事案の事情を公平感覚によって評価し賠償の程度を調整する、という意味にまで希釈されているのである。これに対し二五四条の衡量におけ

る過責は、本章で明らかになれたように、一貫して帰責構造のなかに組み込まれており、惹起(因果関係)とともに当事者の部分的な過責負担を法的に正当化するのである。つまり、減責条項導入論においてドイツ損害賠償法が拒絶したものは、過責の程度の斟酌それ自体であるところよりは、むしろ本質的には、帰責理論と切り離された場における個別事案の事実への無媒介的な顧慮であったと見るのが適切であるように思われる。

- (一) 橋本桂雄「過失相殺の構造と整理」(一)『法学雑誌』三十三巻一冊一六頁(一九七五年)。
- (二) Vgl. Josef Esser/Eike Schmidt, Schuldrecht, Bd. 1 Allgemeiner Teil, Teilband 2, 5. Aufl., 1976, S. 224ff.; Kurt J. Venzmer, Mitverschuldung und Mitverschulden im Schadensrecht, 1960, S. 66, 177; Ulrich Weidner, Die Mitverschuldung als Entlastung des Haftpflichtigen, 1970, S. 62f.; Reinhard Gregor, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 3. Aufl., 1997, 9 StVG Rn 69.
- (三) Vgl. Hermann Lange, Schadensersatz, 2. Aufl., 1990, S. 535; Dieter Medicus, Schuldrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1998, Rn. 675; Richard Alf, BGB—RGKR, 12. Aufl., 1976, § 254 Rn. 37; Hans-Joachim Mertens, Soegel Kommentar zum BGB, 12. Aufl., 1990, § 254 Rn. 62; Dieter Medicus, Staudingers Kommentar zum BGB, 12. Aufl., 1983, § 254 (2) Staudinger/Medicus, Vgl. Rn. 33, 40, 41 ff. 四条の四と五の構成要件のうち第一の要件は第二の要件と同等である。Werner Rother, Die Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965, S. 130ff.; Wolfgang Grunsky, Münchener Kommentar zum BGB, 2. Aufl., 1985, § 254 Rn. 38; Helmuth Heinrichs, Palandt Kommentar zum BGB, 55. Aufl., 1996, § 254 Rn. 32.
- (四) RG, 22. 11. 1907, RGZ 67, 120.
- (五) 1954年の場合を以てした最初の訴訟で、BGH, 9. 6. 52, BGHZ 6, 319.
- (六) Vgl. Lange, a. a. O., S. 560f.; Grunsky, a. a. O., § 254 Rn 10; Mertens, a. a. O., § 254 Rn. 25; Staudinger/Medicus, Rn. 11.
- (七) 一九六七年に立法府から公表された「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」は、その一条の二以下の新しい規定を提案している。すなわち、「二五四条第四項 損害の発生において、その債務者に損害が発生したことから被害者に過責がなかつても債務者に対する賠償義務を基礎とする原因が協働の場合、第一項の規定が適用される」(Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, I Wortlaut, 1967, S. 1.)。また一九八〇年の四下ドイツ債務法改正論議は、この「二五四条第四項第四項」の規定を「二五四条第二項の規定と同様である」として、Gerhard Hohloch, Allgemeines Schadensrecht, Dmpfeler賠償責任の過失的軽減と公平の理念 (一・版) (七七頁)

sich eine Neufassung der gesetzlichen Regelung des Schadenrecht (249-255 BGB) ?; in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd I, 1980, S. 475.)

(8) 本論第三編参考文献

(9) 被繼承人の遺言が遺囑執行後の課題を提起し得るべき範囲は、相続人が被繼承人の遺産を相続するに当たって、その遺産の範囲を限定するに過ぎない。Thomas Honseil, Die Quorentteilung im Schadensersatzrecht, 1977, S. 111ff. 11 G.の範囲を限定するに過ぎない avoidable consequence rule であること (Vgl. Hans Stoll, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, 1993, S. 250ff.; Dirk Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 102f.)

(10) Karl August Klausner, Abwägungsgrundsätze zur Schadensverteilung bei Mitverschulden und Mitverursachung, NJW 1962, 372; Venzner, a. a. O., S. 193f. 40の共同行為者、あるいは共同行為者が被害を受けた車の代車を借り入れたため収入が減少したなどの例を挙げ、自己（本論第三編参考文献）と被害者との間の因果関係を断ち切るべきとする。被繼承人の100%の責任を負った場合、avoidable consequence rule であることである。

(11) avoidable consequence rule である遺囑執行後の課題を提起し得るべき範囲は、相続人が被繼承人の遺産を相続するに当たって、その遺産の範囲を限定するに過ぎない (Vgl. Lange, a. a. O., S. 623f.; Looschelders, a. a. O., S. 561f.; Staudinger/Medicus, Rn. 107 43)

(12) Vgl. Emil Böhmner, Zum Begriff der „Umstände“ i. S. des § 254 BGB, MDR 1962, 442; Erwin Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., 1996, Rn. 583; Herbert Schliefl, Abwägungskriterien bei der Schadensausgleichung nach § 254 BGB, NJW 1965, 676f.

(13) Böhmner, a. a. O., S. 442; Deutsch, a. a. O., Rn. 583.

(14) Deutsch, a. a. O., Rn. 583.

(15) Schliefl, a. a. O., S. 677.

(16) Böhmner, a. a. O., S. 442 45 因果関係 (Verkehrswort) の因果関係を断ち切るべきとする。

(17) Schliefl, a. a. O., S. 676f.

(18) Vgl. Looschelders, a. a. O., S. 566 Fn 40.

(19) Lange, a. a. O., S. 616.

(20) Vgl. Lange, a. a. O., S. 556.

(21) 遺囑執行の結果、相続人が相続した遺産を相続し、その結果、1100条に規定する相続人の地位を継承するものとする (Vgl. Rother, a. a. O., S. 46f.)

(22) Vgl. Looschelders, a. a. O., S. 569.

(23) Alfred Werner, Staudingers Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 1959, § 254 Rn. 71.

(24) Karl Larenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1990, S. 149.

(25) Venzner, a. a. O., S. 133.

(26) Venzner, a. a. O., S. 139ff.

(27) Venzner, a. a. O., S. 154.

(28) Walter Dünz, Abwägungskriterien bei der Schadensausgleichung, NJW 1964, 2134f.

(29) Lange, a. a. O., S. 608ff.

(30) Klausner, a. a. O., S. 370.

(31) Klausner, a. a. O., S. 371f.

(32) Looschelders, a. a. O., S. 576ff.

(33) Klausner, a. a. O., S. 370. ただし、これは主観的過失の程度を考慮して置いたものであり、ウミナーは1100条の範囲において過責が考慮されるべきであること（注(35)参照）

(34) BGH, 29. I. 69, NJW 1969, 790.

(35) Rother, a. a. O., S. 78f. なお、ローターは1100条に規定する過責のものを過責とくみ取り、その方法を提議するに過ぎない (ders., Die „vorwiegende Verursachung“, VersR 1983, 798.)

(36) Lange, a. a. O., S. 612f.

(37) Venzner, a. a. O., S. 143f.; Klausner, a. a. O., S. 373f. なお、ウミナーが責任割合の修正として考慮されるべきであるのは、子供や責任能力が低い者の過責、被用者が故意で加害した場合における使用者の責任監督上の過責（使用者が軽過失の場合には被害者にも過失がある）、抗弁を提出できる）、交通事故における被害者側の保有者の過責（被害者側の運転者の過責と同視される）、及びあり保有者は過責がないか僅かづかかなどの抗弁を提出するものとする。

(38) Dunz a. a. O., S. 2135.

(39) Vgl. Lange a. a. O., S. 614ff.; Grunsky, a. a. O., § 254 Rn. 64ff.; Heinrichs, a. a. O., § 254 Rn. 48; Alf, a. a. O., § 254 Rn. 26ff.; Mertens, a. a. O., § 254 Rn. 113; Staudinger/Medicus, Rn. 95. ただしこのように、加害者や被害者の損害負担がいずれも過失責任主義と危険責任の列挙主義による基礎付けられるように強制過責制度の構造に関する通説的理解(同等取り扱い原則)を前提とした場合に限りて致害される。これに反して後述(本章第三節)のちびな減責要件緩和説を前提とするような等取扱いは創出された危険の衡量は、本文で述べたこと以上の意義を擁護するに及ぶ。

(40) Deutsch, a. a. O., Rn. 575; Josef Esser, Schuldrecht, Bd. I Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1970, S.326; Esser/Schmidt a. a. O., S. 220; Thomas Heinrichs, Die Berücksichtigung des Mitverschuldens bei der Haftung für Personenschäden im französischen und deutschen Recht, 1991, S. 24; Looschelders, a. a. O., S. 118f.; Egon Lorenz, Die Lehre von den Haftungs- und Zurechnungseinheit und die Stellung des Geschädigten in Nebenrterfällen, 1979, S. 36; Heinz Wendt, Konkurrerende Fremdschädigung und kombinierte Selbst- und Fremdschädigung, 1971, S. 26f.; Manfred Wechner, Einheitliche Schadenstreuungsnorm im Haftpflichtrecht, 1972, S. 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.

(41) Weidner, a. a. O., S. 34. なおパルムナーによる強制過責制度の独自の構造理解に関しては、橋本・前掲注(一)論文(11) 二十頁以上を参照。

(42) Weidner, a. a. O., S. 34, 52.

(43) Helmur Rühlmann, Reihe Alternativkommentare Kommentar zum BGB, 1980, § 254 Rn. 7.

(44) Deutsch, a. a. O., Rn. 581.

(45) 必ずしも本稿で挙げた減責要件緩和説を意識したものではないが、ローシェルダースは、協働過責制度における両当事者の同等取り扱いを無視しての適用領域を拡張するようになりつつ同制度を——減責条項のちびな——完全賠償原則から生ずる不都合を公平の観点から排除するための手段として用いられる。諸ごひびるを諸ごひびる (Looschelders, a. a. O., S. 170ff.)

(46) NJW 1959, 1589.

(47) スキー中の事故による同様の見解を示した判決として、OLG Köln, 14. 4. 62, NJW 1962, 1110.

(48) BGHZ 34, 355=NJW 1961, 655.

(49) RG 19, 6, 33, RGZ 141, 262.

(50) NJW 1964, 1859.

(51) NJW 1982, 168=VersR 1981, 1178.

(52) なおパルムナーは、本件のために具体的事案における協働過責の成否の判断を信義則に依存せしめることに反対し、被害者の協働過責(損害防止義務違反、損害軽減義務違反)を成文法規範や行政命令といった特定のな規範から導出しようとしている。(Greger, Mitverschulden und Schadensminderungspflicht—Treu und Glauben im Haftungsrecht?, NJW 1985, 1130ff.) しかして、他方で彼は、損害防止義務は不文の社会的義務から生じ、損害軽減義務は近接責任関係において具体化される。ともいえる (S. 1133f.) のであるが、これらが、協働過責の成否を信義則(矛盾行為禁止)の観点から近接事案における両当事者の関係において判断されるべきことと本質的に関与が違うのかについては疑問を持たなければならない。

(53) VRS 72 (1987), Nr. 145.

(54) VersR 1997, 122.

(55) なお被害者の体質的素因の規合が慰謝料算定において斟酌されるようになっている。既に連邦通常裁判所一九六一年一月十六日判決 (VersR 1962, 93.) における明白なところである。

(56) ただし慰謝料請求に関する事案であるが、ヴァルヘルムスハーフェン区裁判所は比較的最近、以下のように述べて原告による追加の慰謝料請求を拒絶した。すなわち、「今日の交通事情においては、自動車の運転は確かに社会的に認められているが高度に危険な行為である。そのような危険に直面の利益を満足するためには自分の身をさらす者は、それから生ずる苦痛につき制限された範囲においてのみ補償を受けることが出来るはずである。」(AG Wilhelmshaven 20. 6. 95, NJW 1996, 1901.) 慰謝料の配分に関すること、裁判所が「そのための見解を」民法1154条の法思想」から導き出していることには注意を要する。

(57) 例えは次のような事案においては被害者の協働過責が肯定された。

連邦通常裁判所一九八四年一月110日判決 (NJW 1985, 482=VersR 1985, 90.)

被害者である原告の夫が被告が経営するレストランを出て駐車場に向かう際に、路面が凍結して滑りやすくなっていったため(被告は凍結した路面に滑り止めの砂をまく義務を怠っていた)転倒した。そして彼はそのときに負った左大腿部の骨折が原因で死亡した。被害者の協働過責を否定した原審に対し、連邦通常裁判所は次のように述べて協働過責を肯定した。すなわち、「原告の夫のように意図的、かつ、車を取りに行くという目的のみで特に緊急の事態もなく、レストラン経営者に対し凍結した路面に滑り止めの砂をまくことを頼みもせず、そのような危険に赴く者は(中路)合理的な行為者が自らの健康と生命の保護のために払わなければならない注意義務に著しく違反しているのである。原告の夫は要求される注意を払うにあたっては、転倒した場合には重大な怪我を負うことがありうる」ということも認識していなければならなかったのである」。

本件において裁判所は、被害者が、特に緊急の事態でもなく、被告に対し凍結路面のために対策を講ずることもできたにもかかわらず、凍結した路面に身を置いた、という点に被害者の行為義務違反としての積極的意義を見出していると言える。これは判決②で提示された「正当な理由なくに認識された危険状況に身を置いた」という基準に対応していることも可能である⁽⁶²⁾。

(62) Walter Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, 1941, S. 40, 38.

(63) Elke v. Hippel, Haftung für Schockschäden Dritter, NJW 1965, 1890. 例えば、母親が子供が目の前で車に轢かれたのを見たことによりショック状態に陥った場合の加害者の責任範囲の問題が念頭に置かれている。Jeselerは、加害者の責任範囲につき「あらゆる蓋然性の外側になし」という相当性判断を基本に置きつつも、「遠い損害」の制限という観点から二五四条の類推適用を主張しているのであるが、わが国における過失相殺類推適用説によく似た考えもあると言えよう。

(64) Hans Stoll, Die Reduktionsklausel im Schadensrecht aus Rechtsvergleichender Sicht, Rabatz 24 (1970), 498, 502. なお、Jeselerはコメントによる提案が減責条項導入論の一環としてなされたことについては、前章で述べたとおりである。

(65) 実務」とりわけ連邦通常裁判所の判決においては、しばしば二五四条の協働過責制度には信義則(二四二条)が反映されていることが指摘されている。そこでは、当該事案における協働過責の成否を判断するに際して、信義則、とりわけその下位命題である矛盾行為禁止の原則が基準となる。というかたちで信義則が問題とされているのである。このような見解を連邦通常裁判所がはじめて表明したのは、本文で挙げた判決③であるが、判決④に見るように、それ以後の実務では、信義則とやらんで公平も言及されているのである(なお、網羅的ではないが、次に挙げる諸判決も同様である)。ちなむが、BGH, 21. 9. 71, NJW 1972, 324; BGH, 9. 5. 78, NJW 1978, 2024; BGH, 11. 7. 78, VersR 1978, 1070; BGH, 8. 10. 85, BGHZ 96, 98, 99, 100. 連邦通常裁判所の判決に見るべきは、公平は当該事案における被害者に協働過責があるのか

どうかという判断のなかで問題にされているに過ぎないのである。

(62) ただし二五四条の法的効果を帰責の問題として考えない見解もないではない。例えばホンゼルは、二五四条を帰責原理に基づく当事者間の損害分割ための規範とする通説の見解を批判し、同条を責任制限のための規範として捉えた上で、責任要件の緩和との関係で、拡大損害が発生した場合における困難な事例の解決策としての性格を同条の中核に据える(Honsell, a. a. O., S. 126f.)。ホンゼルによる二五四条のこのような理解は、同条の立法過程の検討に根ざしたものであるが、同等取り扱い原則が通説化している現在においては少数説であると言える。

(63) ただしこのことは、通説が採用する同等取り扱い原則を前提にした場合にのみ言える。

(64) Vgl. Looschelders, a. a. O., S. 610, 611f.

むすびにかえて

一九六〇年代にドイツにおいて立法化が議論され後に議論が衰退していった減責条項は、原因競合事例における割合的減責を裁判官による公平判断によって実現しようとするものであった。これに対し、ドイツ民法二五四条に規定されている協働過責制度は、減責すべきかどうかという要件面においても、減責するとしてどのように損害分割を実現するかという効果面においても、厳格なルールを貫いていた。つまりドイツにおいては、公平の理念は、わが国の割合的解決を主張する見解がしばしば援用する「損害の公平な分担の理念」とは異なり、直截に減責(減責すべきかどうか)という問題においても、どの程度減責すべきかという問題においても(を)を根拠付けるものではないのである。

また、過失(過責)の程度を賠償に比例しないし反映させるといふ制度との関係では、このような制度は一般にドイツ法には相容れないものとされているが(完全賠償原則)、協働過責制度における効果規範の構造を見るならば、ドイツ法にあっても、過責概念を量的に捉え、これを責任割合の決定にとって一つの基準としているという点は明らかである。責任負担を量的にないし割合的に分割するに際して評価的判断が不可避的に介在してくることは言うまで

もないが、しかしながら、このような場においてもドイツ法は、惹起（因果関係）と過責という帰責構造のなかで各当事者が負担すべき責任の範囲を決しているのである。つまりドイツ法に相容れないものは、過責を量的に捉えるということそれ自体であるというよりも、むしろ本質的には、減責条項において端的に見られるような、帰責構造を離れた場における当該事案の事実の公平の観点からの無媒介的な顧慮であると言えるのである。

このようなドイツの状況は、わが国における問題を考えるに際して一定の示唆を与えるものと思われる。

わが国における過失相殺類推適用説は、「損害の公平な分担の理念」を根拠として、裁判官の裁量により減責を行なうものである。またこの点、割合的因果関係説についても実質的には状況は同じであるということについては、第一章において指摘したとおりである。しかし損害賠償法体系において裁判官による公平判断の領域を広範に認めることは、柔軟な解決が実現される反面、素因競合事例における素因斟酌肯定説と素因斟酌反対説による対立のように、問題を、専ら減責すべきか否かについての結果の当否のレベルに収斂させてしまう恐れがある。また一部の学説が懸念しているように、責任要件論から賠償範囲論へと至る精緻な解釈論が賠償額の算定という場に至って台無しになってしまうのではないか、ということも念頭に置かれるべきであろう。⁽¹⁾ 損害賠償訴訟の非訟化という状況をどのように評価するかという問題とは別に、実体法の解釈論としては少なくとも、一切のルールを放棄して裁判官による公平判断に委ねる、といった主張は展開されるべきではないように思われる。そのような視点にたつて考えると、ドイツにおけるように、割合的減責の問題を帰責構造全体のなかで判断するほうが、各当事者への責任負担割合を法的に正当化するという意味においても説得的であるし、何よりも事案の処理がより安定的に行なわれるように思われる。

また、損害の金銭的評価のレベルで公平の観点から減責するという意味においては「寄与度減責」説に対しても前述のような指摘は妥当すると言えるが、同説に対しては更に次のことも言えるのではなからうか。すなわち、「寄与

+
+

度減責」説における中核的概念である「評価的寄与度」は、提唱者である能見善久教授によると、「法的価値判断としての寄与度」であるとされている。⁽²⁾ 原因競合事例において、生じた損害全体に対する加害者の行為の寄与が微小であることが法的価値判断によって明らかにされた場合に、損害の金銭的評価のレベルで一定程度減責を行なうというのが「寄与度減責」説の考えであると言えよう。しかしそこでの「法的価値判断」が、単に「責任要件の希薄化と減責による調整」という公平観の下での個別事案における価値判断以上の何ものでもないとするならば、そもそもそのような価値判断は「法的」であると言えるのであろうか。法的価値判断から加害行為の寄与度を明らかにしこれを賠償責任の程度に反映させる、ということこそその本来的な意味において行ない得るとするならば、それはむしろ不法行為帰責論全体の枠組みにおいてなされるべきではないかと思われる。

このように本稿では、割合的減責の問題を、直接的に価値を論ずる公平問題から、それ自体価値中立的な法的枠組みである帰責理論の問題へと引き戻すことにより、割合的解決を主張する説が念頭に置かれているとされる公平という要請と、その対極にあるとされる法的安定性という要請の、両者にこたえ得る事案処理が実現されるのではないかと、この示唆をドイツ法から得た。無論、ドイツ法の理論が日本法にそのままのかたちで受け入れられるものかどうかについては、ドイツ法と日本法との制度上の違いという観点で、なお検討を要するところである。しかし素因斟酌肯定説と素因斟酌反対説の対立に端的に見られるような混乱状況に直面しているわが国の解釈論において、ドイツ法がそのひとつの解決の手がかりを提示していることも可能ではないかと思われる。

そこで今後の課題としては、ドイツ法から得られた示唆を踏まえつつも、他方で、わが国においてこれまでに蓄積された不法行為法学の成果を見直すという作業が必要であると思われる。

具体的にはまず、不法行為帰責論全体の枠組みのなかで事案を処理すると言っても、違法性、過失、因果関係と

+

いった基本的な帰責要素をそれぞれいかなるものとして把握し、それらをどのように相互に関連付け構造化すべきかという、一般理論上の問題が重要になってくる。この点、従来の考え方のなかにも、予見可能性に重点を置く四一六条³相当因果関係説、平井宜雄教授らによる義務射程説³、四宮和夫教授らによる危険性関連説⁴などがあるほか、最近の動向として、一部の学説が因果関係論の側面から「事実的因果関係—保護範囲画定」という枠組みへの再検討を迫り、あらたな帰責構造を模索していることも視野に入れる必要がある。⁵本稿の問題にとってこれらの理論のうちのいずれが妥当かといったことについては今後の検討課題として残されるが、いずれにせよ、従来から賠償範囲に関する理論とされてきたものが、後続損害の賠償範囲を画するという視点にとどまることなく、加害行為に対し他原因が競合するような場合をも含め、より広い視点から帰責を正当化する枠組みとして再構築されることが望まれるのである。次に、帰責の一般理論の問題のあとには、個々の事案類型ごとの解釈論が展開されなければならない。一言に原因競合と言っても、競合する原因の種類としては、被害者の素因、第三者の不法行為、第三者の適法行為、自然力といったように様々なものが考えられる。個々の事案類型ごとの解釈論を展開するためにはまず、それぞれの競合原因の種類に基いた個別的な事案の特殊性を考慮する必要がある。また、重畳的競合や必要的競合といった競合の態様の違いも、競合原因の種類の違いとは別の座標軸において問題とされなければならない。更に、原因が混在して因果関係の証明が困難な場合の処理の問題や、いわゆる仮定的因果関係の問題も、これらを原因競合問題として一括して取り扱うべきかといったことを含めて、検討されなければならない。原因競合事例における割合的減責の問題は、このような次元の異なる問題を多角的に考慮することによってはじめて解決へと導かれるのである。

このように残された課題は山積している。本稿はこのような課題を認識するための序論に過ぎないものであり、個別の問題については、別の論稿において明らかにされなければならない。

- (1) 潮見佳男『不法行為法』（信山社、一九九九年）三〇五頁など。
- (2) 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。
- (3) 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂、一九九二年）二二三頁など。なお森島昭夫教授と加藤雅信教授は割合的減責の問題を保護範囲の問題として捉える（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—九頁（加藤教授の発言））。
- (4) 四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為中・下巻）』（青林書院、一九八三、八五年）四四八頁以下など。なお四宮教授は素因競合の問題を後続損害の帰責の問題として捉えている（四五六頁以下）。
- (5) 水野謙『因果関係概念の意義と限界——不法行為帰責論の再構成のために』（有斐閣、二〇〇〇年）。なお吉田邦彦教授は、同様の視点から素因や自然力の競合の問題を「因果関係」論において捉えるべきであると主張している（同『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、二〇〇〇年）二四—頁）。