

ドイツ不法行為法における「殺害による 第三者の損害賠償請求権」に関する一考察

—損害賠償請求における素因論に関連して—

中 村 忠・谷 口 聡

Eine Betrachtung in „Ersatzansprüche Dritter bei Tötung“ von Deutschen- deliktsrecht

Tadashi NAKAMURA・Satoshi TANIGUCHI

目 次

はじめに

- 1 はじめに
- 2 判例・学説の動向
 - (1) 判例の動向
 - (2) 素因考慮の学説
 - (3) 素因不考慮の学説
- 3 素因説に関する私見
- 4 「殺害による第三者の損害賠償請求権」の考察
 - (1) 概観
 - (2) 学説の状況
 - (3) 判例の状況
 - (4) 素因不考慮原則の再評価
- 5 おわりに—これまで「素因考慮」を主張してきたことについて—

1 はじめに

本稿は、不法行為において被害者が身体的素因を有していた場合における損害評価に関する論稿である。被害者が身体的素因を有していた事案で如何に損害を評価するかという考え方について、

ドイツ不法行為法の「殺害による第三者の損害賠償請求権（BGB § 844）」が、わが国における身体的素因の問題を考察するにあたって参考となるので、これを紹介し、その一助とするものである。

身体的素因の考慮・不考慮の議論は、最近では完全に停滞状態と言える^(注1)。学説では過失相殺の類推適用という構成による身体的素因の考慮を肯定する見解もあるが、わが国では、全体としては比較法などの検討を背景にした素因不考慮説が有力であると言える。判例においては、最高裁が昭和63年に心因的素因について過失相殺の類推適用を認め^(注2)、さらに、平成4年に被害者の身体的事情についても同様の理論構成により身体的素因考慮の立場を採ってきたと言ってよい^(注3)。しかし、その後、平成8年に「個人差」という概念の中に入らない身体的特徴は斟酌すべきでないとする判決が出された^(注4)。これについてはいくつかの判例評釈が提示されたが^(注5)、以降、この議論は停滞の一途をたどってきている。

しかし、学説では不考慮が有力であるにもかかわらず、判例では素因考慮という構図が定着してしまった感がある。しかしながら、議論が硬直しているだけであって、問題が解決したわけではない。ところで、学説において特に問題になると思われるのは、身体的素因考慮の立場にしても不考慮の立場にしてもそれぞれの積極的根拠が提示されていない点にあると思われる。もっとも本稿ではそこまで踏み込む余裕はないが、課題は未だ多いと言える。

ところで、わが国では、身体的素因の問題に関しては、すでにドイツ法、イギリス法、アメリカ法、フランス法などの検討はなされているが、ドイツ法の検討が未だ十分であるとは言えない。特に、「殺害による第三者の損害賠償請求権」に関しては課題が残されていると言える。ところで、ドイツ法においては、被害者死亡の場合にわが国のように相続的構成は採用しておらず、扶養利益の損害賠償が認められるのみである（BGB § 844）。このため、被害者は第三者という間接被害者という構成で扶養利益の喪失や葬儀費用などが損害賠償できるとされている^(注6)。このような理由もあってか、これまでのわが国のドイツ法の状況を紹介した論稿には、被害者死亡の事例が十分に検討されてこなかった。

そこで本稿では、ドイツ法の「殺害による第三者の損害賠償請求権」に関する議論が如何に素因不考慮の考え方にとって有効であるかを検討してみようとするものである。

2 判例・学説の動向

(1) 判例の動向

まず、わが国の判例のこれまでの動向について概観する。わが国の下級審においては昭和40年代半ば頃から被害者の心因的素因を斟酌する判例が出始めるのとはほぼ同時に、被害者の身体的素因についてもこれを考慮して斟酌し、賠償額を減じる判決が出始めた^(注7)。この後、被害者の身体的素因を考慮する判決は増加の一途をたどった。この件に関する判例の事案としては、身体的素因の斟

酌を過失相殺の類推適用により認めた平成4年の最高裁判決が出るまでに、最高裁民事裁判例集、下級審民事裁判例集、判例時報、判例タイムズおよび交通事故民事裁判例集に掲載された身体的素因考慮の範囲に入ると思われる裁判事例を拾い上げてみると全部で57件に達している。

心因的素因の斟酌についても判例は同様の傾向にあり、同じく、判例集に登場した斟酌事例は昭和63年の心因的素因考慮の最高裁判決が出るまでの間に32件を数えることができた。ところで、平成4年の身体的素因考慮の最高裁判決の基盤となったとも言える昭和63年の最高裁判決は以下のようのものであった。すなわち、加害行為と損害との間に相当因果関係がある場合で、被害者の心因的要因が損害の拡大に寄与しているときには、民法722条2項の過失相殺の規定を類推適用して、その拡大に寄与した被害者の事情を斟酌することができると解するのが相当であるというものである^{（注8）}。

その後、下級審において、身体的素因を考慮することに反対する判決が2件ほど見られた。しかし、これは今考えると、身体的素因不考慮の観点からは非常に重要な判決であったように思われる。そのうちの1件は東京地裁平成元年の判決である^{（注9）}。ここにおいては、被害者が「精神的打撃を受けやすい類型の人間であること」が問題となったが、『加害者は被害者のあるがままを受け入れなければならない』のが不法行為法の基本原則であり、肉体的にも精神的にも個別性の強い存在である人間を基準化して、当該不法行為と損害との間の相当因果関係の存否などを判断することはこの原則に反するから許されない」と判示した。この判示の内容で重要な点は2つあると言える。1つは、後述する比較法的見地からの不法行為法の原則、すなわち、「被害者は加害者のあるがままを受け入れなければならない」というコモン・ローにおける原則が採用されていたということである。もう1つは、これも後述するが、後において橋本佳幸教授によって提唱された人間の「個人差」の概念を、人間を標準化するもので受け入れられない考えだと判示している点である。続いて、横浜地裁は平成2年の判決で^{（注10）}、同じく『不法行為者はその被害者をあるがままに引き受ける』というのが不法行為法上の原則である」と判示して被害者の身体的素因の斟酌を否定した。この判決においてもやはり「あるがまま」の原則という比較法から取り入れられた考え方が採用されていたのである。

しかし、平成4年にはついに被害者の身体的素因の斟酌を認める最高裁判決が登場する。「被害者に対する加害行為と被害者のり患していた疾患がともに原因となって損害が発生した場合において、当該疾患の態様、程度などに照らし、加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失うときは、裁判所は、損害賠償の額を定めるに当たり、民法七二二条二項（ママ）の過失相殺の規定を類推適用して、被害者の当該疾患をしんしゃく（ママ）することができるものと解するのが相当である。・・・」というものであった。以降、判例上は一応の決着を見た判断されたようである。この判決を境に判例時報および判例タイムズから被害者の身体的素因が問題とされる事例の掲載がなくなった。

しばらくして、平成8年に被害者が普通の人比べて首が長いという身体的特徴は斟酌の対象と

はならないという趣旨の最高裁判決が出された^(注11)。しかし、平成4年の最高裁判決の立場を改めるものではなかった。

(2) 素因考慮の学説

心因的と身体的とを問わず、そもそも「被害者の素因」なるものに割合的な解決方法を提唱したのは有名な野村好弘教授の見解、「割合的因果関係論」である^(注12)。この見解は、バイズ理論なるものを基にして、成立要件たる事実的因果関係を割合的に捉え、責任の縮減を図ろうとするものであった^(注13)。被害者の素因を割合的に斟酌するという意味においては、その提唱は先駆的なものであったが、事実的因果関係のレベルで割合的な責任縮減を行うという理論には、後述する素因不考慮の立場からのみならず、素因を考慮することに肯定的な見解からも批判が出され^(注14)、その理論自体は衰退していくことになった。

素因を考慮しようとする見解において、次に登場した著名な解釈論は中野貞一郎教授の見解である「過失相殺の類推適用」であった^(注15)。この見解は相当因果関係の割合的認定を支持した上で、「過失相殺の規定（民法七二二条二項（ママ））の類推適用というかたちで被害者の（ないし事故以外の）事情の因果系列における加功ある場合にいわば原因相殺（因果減殺）を認めるほうが適当である」としてこれが過失相殺の損害の公平な分担の制度理念に適うものであると主張した^(注16)。この見解は当初それほど支持を集めたというものではなかったが、野村説である割合的因果関係論に対する批判が強まるにつれて徐々に素因考慮説の支持を得るようになり、その後、素因考慮説の主流となった。

後述するとおり、その後学説においては素因不考慮の見解が有力になり始めるのであるが、そのような中であって、中野説である過失相殺の規定の類推適用説を強力に支持し、主張したのが橋本佳幸教授の見解であった^(注17)。橋本教授の論文においては、過失相殺の規定を法制史的にローマ法にまでさかのぼり検討して同規定の立法者意思を分析すると同時に、現在におけるドイツ法の学説も紹介し、検討して、素因考慮の立場を再構築しようと試みたのであった。具体的には、ドイツ法において協働過失の規定はすでにパラレル理論を失っているという趣旨の主張をされる。すなわち、責任能力のない幼児が被害者となる交通事故においても過失相殺はなされており、過失相殺における相殺の対象は、被害者の過失にもはや限定されるものではないと主張される^(注18)。その上で、被害者の身体的素因の考慮を肯定するドイツの少数学説を紹介する。さらに、「個人差」に属さない身体的特徴が素因考慮の対象となるという見解を展開されるのである^(注19)。この橋本教授の見解はドイツ法を詳細に検討したもので、過失相殺の規定の類推適用を身体的素因の斟酌にあたり認めさせようとする上で大きな功績があったと言える。しかし、膨大なドイツ法の検討から皮肉にも浮かび上がったのは、被害者の身体的素因を肯定する学説が僅かなものに過ぎないという事実であったということも付け加えさせていただきたい。

学説における素因考慮説は、平成4年の最高裁判決と同様に、その根拠として、常に、「公平な

損害の分担」を掲げるのであるが、一体何が「公平」といえるのかという点について後述する不考慮説に対しての反論がまったく見られないのは残念なことであり、不考慮説が多数・有力説となる要因となっていると言えよう。

（３）素因不考慮の学説

身体的素因について不考慮説を唱えた最も初期の見解は西垣道夫弁護士の説であった^{（注20）}。西垣弁護士の見解における素因考慮への最も強力な批判は、損害の発生には被害者の身体的事情は勿論、自然条件などあらゆる因子が関係しているものであるにもかかわらず、そのうちの「素因」という一つの因子のみをとらえて減責の事由とするのはおかしいという趣旨のものである^{（注21）}。この批判は後述する谷口の考え方と共通するものである。

同じく、比較的早い段階から身体的素因不考慮を主張していた見解に窪田充見教授の説がある。この見解は、ドイツ法、イギリス法とアメリカ法を比較法的に考察して、ドイツ法にもコモン・ローにも素因不考慮の原則が存在しており、判例上、完全に定着しているものであるという詳細な検討結果を述べたものであった^{（注22）}。この窪田教授の比較法的検討の功績はわが国における素因議論上最大の功績であり、現在に至るまで、このような比較法的検討は類を見ない。ドイツ法には「脆弱な者に対して不法行為をなした者は、健康な者に加害行為をなした場合と同様に扱われるべきことを主張し得ない」^{（注23）}という原則が、コモン・ローには「不法行為者はその被害者をあるがままの状態で引き受ける」^{（注24）}という原則がそれぞれ存在していることを強く指摘し、素因は考慮すべきでないと言う主張をされたのであった。なお、この論文においては、身体的素因をもつ被害者死亡の判例が２件紹介されているのみである^{（注25）}。

近時になって発表された前田陽一教授の見解は、これまで素因考慮説が拠り所としてきた「公平な損害の分担」にメスを入れ、もってついに素因不考慮説の集大成をなしたのであった^{（注26）}。前田教授の見解においては、わが国の「損害の公平な分担」概念を法制史的に検討し、素因考慮説が言う「公平」とは加害者の過失の大小を斟酌する「公平」であるとする。つまり、素因減額論は加害者間の「公平」を図るための理論であるという^{（注27）}。そして、そのような公平はスイス民法のみが採用しているものであり、わが国ではドイツ法、フランス法同様、採用されているものではないと主張されるのである^{（注28）}。この見解は理論的に素因考慮説にとどめを刺したものといっても過言ではなく、これ以後、素因考慮説から、この「公平」について、理論的な反駁はまったくないのである。

３ 素因説に関する私見（谷口）

谷口はこれまで素因考慮説の立場から被害者の身体的素因の問題を論じてきた。これまで発表した論文や未発表部分の見解も含めて、谷口の私見を整理すると以下のようになる。

まず、身体的素因の議論への認識であるが、身体的素因を議論する見解は考慮説も不考慮説両方とも、ほとんど全ての見解が「原因競合」概念または「寄与度」という概念^(注29)を用いて、それらの概念を基にして議論を展開してきたといえる^(注30)。しかし、谷口の考えはこれを批判するものであった。すなわち、「原因競合」概念においては「素因」という一つの原因を有責な加害行為と競合させるといふもの、すなわち、加害行為と同等の地位を与えるものである。しかし、「素因」は不考慮説である西垣見解において見られたように、損害発生に関係して無数に存在する事情・原因の一つに過ぎないものであり、これを有責な加害行為と同等な地位で取り扱い、「競合する原因」だと言い、これを成立要件においてあるいは過失相殺において減責の対象とするのはおかしいとするものであった^(注31)。そして、被害者の身体という被害者の「領域」に存在した危険は被害者自身が負担すべきだとして、その「領域」概念と軌を一にする「個人差」概念を非常に曖昧なものであると批判してきた^(注32)。何が「個人差」に属する原因力なのか、何が「個人差」に属しない原因力なのかについては、少なくとも判例や橋本佳幸教授の見解においてもまったくもって明確にされていないのである。この点においては、谷口はまるで素因不考慮の論者のような論理展開をした。しかし、谷口は、「原因競合」概念または「寄与度」概念による減責を批判する一方で、損害論において新理論を提唱して賠償額の減額を図ることを肯定してきた。それが、「リスク控除式賠償額算定理論」なるものである^(注33)。これは、素因を身体上有している被害者はすでにその時点において身体上、負の財産を「リスク」という形で有しているものであり、これは日常生活でも発現する可能性のあるものなのだから、その発現の「リスク」の大きさに応じて、賠償額を減じるべきであると言うもので、あくまで損害の算定の方法という段階において素因を考慮しようとする主張であった。

そして、比較法においては、やや無理のある主張を展開した。コモン・ローにおいては特にアメリカ法では圧倒的に素因不考慮の判例が確立されているにもかかわらず、この点は認めつつ^(注34)も、イギリス法における身体的素因を割合的に考慮した僅かな判例を取り上げて、コモン・ローにも素因考慮の事例は存在していると主張した^(注35)。

ドイツ法の検討においては、多数説が素因不考慮であるということを認識しつつも、少数説である考慮説を採り上げた。また、1960年のドイツ法曹大会が立法論として素因を対象とした責任減額条項を採択したことを取り上げた。その上で、能見義久教授の見解^(注36)を支持して、ドイツには完全賠償主義の原則が存在し、その原則のために責任減額などの柔軟な解決が図れないのだと主張した。ドイツの判例の検討もこれに沿ったものであり、下級審で民事訴訟法を適用して身体的素因を割合的に斟酌した判例が上級審に持ち込まれるに及んで、必ず素因不考慮原則の適用を受け、割合的減責が否定されるのはドイツの完全賠償主義を根拠とするものであり、立法論も含めて考えればドイツ法にも素因考慮の素地はあるのだという趣旨の主張をしてきた^(注37)。

以上がこれまでの私見であったわけであるが中村忠教授との共同研究をする過程で、これらの主張には客観的に考えて無理があることに気がついた。その最も重要な点は後述するドイツ法におけ

る「殺害による第三者の損害賠償請求権」の存在にあることを指摘しておきたい。

4 「殺害による第三者の損害賠償請求権」の考察

（１）概観

BGB 844条は^(注38)、不法行為により人が死亡した場合の損害賠償請求権について規定している。わが国では被害者死亡による損害賠償請求権は、民法709条で財産的損害を、民法711条で非財産的損害（慰謝料）について規定し、それぞれについて被害関係者からの損害賠償請求権を保障している。そして、わが国の判例ではともに相続的構成が採用されている。しかし、BGB 844条は葬儀費用と扶養利益喪失による損害賠償請求のみを認めるものである^(注39)。

ところで、扶養利益の算定においては、被殺害者の収入がどの程度であったかということに加え、その扶養義務の継続期間がどれくらいの長さであったかということが求められなくてはならない。特に、継続期間に関しては、扶養義務者の生存期間が重要な考慮条件となるのであり、さらには、その仮定的な生存期間を求めるために様々な事情が考慮されることになる。これについては、ドイツの民事訴訟法（以下にZPOとする）287条^(注40)が関係することになる。この規定は、損害賠償の額について争いがある場合に、裁判官が自由な裁量によってその賠償額を決定できることを認めたものであり、被殺害者の生存期間を中心とした給付能力に関しては、この規定の助けが必要となる。

そこで、以下においては、そのような生存期間の認定に際して、被殺害者の身体的素因が考慮されるものであるのかどうかを学説・判例の検討を通して明らかにしたい。

（２）学説の状況

扶養利益喪失認定に関する学説については、損害賠償請求権者の立証責任とZPO 287条に関して、加害者の証明責任がどのように扱われているか、およびZPO 287条により被殺害者の身体的事情がどのように取り扱われているかという点に着目しつつ紹介する。それについては、ドイツ民法の注釈書に論稿を寄せている学者の見解を中心に見ていくことにしたい。

Boujongは、扶養義務者の将来予測一般に関して、「扶養損害の追及については、扶養義務者の殺害事故が起らなかった場合に、権利者の扶養請求権が一般的な生活経験により、蓋然的にどの程度発展したかが証明されなくてはならない。従って、扶養義務者を失った請求権者は、（いずれ死亡したであろう）扶養負担者による法律上の扶養義務の履行において推定的に生じたであろう状況を比較しなければならない。この問題に対してはZPO 287条が適用される」とし^(注41)、一般的な証明責任原則を示す。そして、扶養給付能力につき、「被殺害者の推定上の給付能力は判決の下される時点において知られているすべての生存の事情（年齢、健康状態、準備教育、生業能力など）を基礎にして判断される」としている^(注42)。さらに、「被殺害者の推定的な生存期間は、原則とし

て、扶養義務負担者に対する最大の時間的境界および加害者の賠償義務についても最大の時間的境界を形成する。余命は個別的な事情（年齢、健康状態など）の評価を基にしてZPO287条に従い、評価されるべきである」とする^(注43)。この見解で注目すべきところは、扶養義務者の生存期間の証明について、たとえ推定的にはあっても、やはり、因果系列をどの程度の長さとするかによってその期間を判断しようとしているところであり、たとえZPO287条の裁判官の裁量においても、賠償額が素因考慮のように割合的に導き出されるのではないという点である。

Steinも、推定的な生存期間による賠償額の確定について、「原則として、844条2項による損害賠償義務は、扶養義務者の死亡の時点における彼の仮定的な寿命により境界付けられる」とし、「その評価に際しては全ての個別的な事情、例えば、健康状態、生活習慣、被被害者の職業などが明確にされねばならない」としている^(注44)。この説においても、賠償額は生存期間をオール・オア・ナッシングで判断して割合的な斟酌の余地を与えていない。全ての事情を考慮の上であくまで悉無律で生存期間が区切られ、もって賠償額が決定されるとしているのである。

Schäferは、「定期金の期間は、原則として、被被害者の推定的な生存期間により最大限に限界付けられる。すなわち、その余命は、一面においては一般的に第一に年齢により特徴づけられる人的集団によるものであり、他面においては、特別な生活関係およびとりわけ健康状態が最大の蓋然性を示すところのものである」^(注45)として、賠償請求権者に有利に推定的生存期間が判断されるとし、「扶養能力という意味における生業能力の終了は、異なった確定に対する根拠の欠乏に際しては、65歳という満期が通例では受け入れられている。しかしながら、この場合には、反証を必要とする原則または経験則にかかわる問題ではなく、むしろ、扶養能力という観点の下における生業能力の問題がZPO287条に従い、個別的な全ての事情の評価の下で判断されるということである」^(注46)としている。

Thomasは、「定期金は死亡者の推定上の生存期間において、扶養義務を負担したであろう期間内に対してのみ請求しうる。死亡者の推定上の生存期間は健康状態、年齢、職業などを考慮して探り出される」とし、加害者の立証責任については、「被被害者が病気により事故がなくてもいずれにしろ死亡したであろうとか、健康上の理由により前の時点で生業能力がなくなったであろうとかいったこと（凌駕的因果関係）は加害者が証明しなくてはならないとする」^(注47)。この見解においても証明責任は被害者に有利になることが明らかにされている。また、死亡者の生存期間の推定について健康上の理由を考慮しようとするこのような見解においでも、被害者の身体的素因を割合的に考慮するような主張はまったく見られないのである。

以上が生存期間の立証責任の問題と考慮事由についての見解であるが、ここで、凌駕的因果関係の立証責任についての見解を若干紹介しておきたい。Klauserは、加害者による凌駕的因果関係の立証責任の問題について、一般論として、「予備的原因」がどの範囲において作用したか、また、作用したのか否かはZPO287条により評価されうるとして、ZPO287条の規定は加害者の賠償額減額の主張についても有利に適用されうると述べている^(注48)。また、Lemhöferは、BG B844条の

問題も含めてすべてZPO287条の適用範囲としている^(注49)。

さて、本節における学説の状況を整理したい。まず、一般的には、被殺害者がどの程度生存したかについてのその期間については、蓋然性による証明が要求されるが、これは原則論であり、多くの見解の採るところはZPO287条の適用による証明責任の緩和を図っている。しかも、多くの見解は、生存期間については被害者に有利にZPO287条を適用しようとする。生存期間の問題については、あらゆる事情が考慮されるのであるけれども、重要な点は、被害者の身体的素因を考慮の対象とする見解は存在しないという点と、さらに、健康状態を考慮するにしても、生存期間は悉無律によって区切られるのであり、割合的な斟酌を主張する見解の存在しないという点である。

（３）判例の状況

殺害による第三者の損害賠償請求についての判例もほぼ学説と内容は一致している。３つほど判例を検討したい。

①BGH Urt. v. 25. 4. 1972 (NJW 72, 1515)

農場経営主であったAは、被告らに責任のある医療過誤により、精神分裂病となり、死亡した。Aの子供である原告らは被告らに扶養の損害の賠償を請求した。被告らの責任は争われず、扶養損害についてAの生業能力が争点となった。原審は、原告らにより扶養利益の損害が証明されていないとして、原告らの請求を棄却した。

本判決では、原告らは法益が侵害されたことを証明しなければならないが、損害の評価についてはZPO287条により軽減された立証責任のみを負い、裁判官は自由な裁量により損害を評価するとした。そして、変死によって喪失せしめられた生業能力がいずれにしろ遅かれ早かれ全部または一部を取り除いたかもしれない後の健康状態悪化が問題になる場合には、凌駕的因果関係の抗弁について一般に判例で認められている立証責任準則が適用されるべきであるとした。

この判決の内容は、学説において多数説が認めているところの立証責任理論^(注50)をそのまま適用しているものである。これは、決して完全賠償主義による硬直的な解決ではなくZPOの規定を被害者に有利に適用するものであり、問題の柔軟な解決を図ろうとするものである。このような判決を見るにつけ、谷口がこれまで主張してきた理論構造、すなわち、ドイツ不法行為法は素因割合的考慮の素地があるにもかかわらず完全賠償主義の硬直性ゆえ柔軟な解決が図れないでいる、という主張が瓦解するのが見て取れるのである。

②BGH Urt. v. 20. 2. 1979 (NJW 79, 1248)

夫の病気を心配した原告は、被告医師に往診を要求したが、断られ、翌日、原告の夫が死亡した事案で、原告は被告に扶養利益喪失による損害賠償を請求した。原審は原告の請求を棄却したが、本判決では被告の責任が認められた。しかし、事実につき証明が補われるべきところがあるとして、

破棄差し戻した。

傍論であるが、扶養損害の評価について、以下のように判示された。逸失した扶養が争いとなる場合には、死亡者の素質、相当な研究の進歩、死亡者の抑うつ性の精神状態を前提として、蓋然性をもってどの程度おおよびどれくらい長く、扶養が期待しえたかということが証明されなくてはならない。

扶養損害の証明について、この傍論はやや厳しい証明責任を要求しているように思われる。一般的な学説・判例からはやや異質といえる内容であろう。

③BGH Urt. v. 22. 9. 1992 (NJW 92, 3298)

飲食店からの帰宅途中、被告に殴打された原告の夫は、脳出血により死亡した。原告は被告に扶養の損害を賠償請求した。被告は、原告の夫は加害以前から血管の動脈が破裂する素質を有しており、加害を原因として死亡したものではないと主張して争った。原審は原告を棄却した。

本判決では、因果関係の証拠について新たな事実が事実審に差し戻されるべきであるとして、破棄差し戻しがなされた。

そして、次のように判示した。当部の不変の判例によれば、被害者がすでに有していた疾病または損傷によりはじめて生じうるような侵害行為の結果もまた法的意味における結果として加害者が負担すべきである。膨張血管の破裂が後の時点において、おそらく発生したであろうこと、および、そのことにより原告の夫の余命が縮減されることは、場合によっては仮定的なさらなる展開の範囲において、損害の賠償額—たとえば原告に扶養が権限づけられている場合において—に影響しうるものである。

ここで判決が指している「当部の不変の判例」とは、ドイツ不法行為法におけるいわゆる素因不考慮原則であり、被害者が障害を負った事案で「脆弱な者に対して不法行為をなした者は、健康な者に加害をなした場合と同様に扱われるべきことを主張し得ない」とされてきたものである。そして、この判決を本共同研究において見つけるに至り、ついに筆者は「素因考慮」の立場を再考しなければならないこととなった。素因不考慮の原則は、被害者が加害行為により傷病や障害を残したケースのみならず、殺害による第三者の損害賠償請求のケースにおいても適用されうる重要な原則であるということがここに明確にされたのである。

以上判例の状況を整理すると、次のようになる。まず、原則として、多数の学説同様に、殺害による第三者の損害はZPO287条の規定により賠償請求者に有利に適用される。凌駕的因果関係の証明による損害賠償額縮減が認められることも多数の学説と同様である。

また、ドイツ不法行為法は決して完全賠償主義による硬直的な解決しか図れないということはない。ZPOの規定の適用による柔軟な解決が上級審においても図られている点は明白である。

さらに、素因不考慮原則は被害者死亡のケースでも適用されることが明らかとなった。この点は

本共同研究の成果であろう。

（４）素因不考慮の再評価

以上のように、素因不考慮原則がドイツ不法行為法において意外にも広範囲に適用されているという事実の上に立って、窪田見解および谷口がこれまで取り扱ってきた被害者が死亡していないケースにおける素因不考慮原則の事例を再評価してみたい。特に、下級審でZPO287条が適用されて素因が考慮されたにもかかわらず、それが上級審で素因不考慮の原則により覆された3つの事例を検討する。

④BGH Urt. v. 22. 10. 1963 (VersR 1964,49) ^(注51)

原告は被告Y1に責任のある交通事故に遭った後、被告Y2に責任のある交通事故に遭い、右脚に重度の障害を残した。原告は両被告らに生業能力喪失による損害賠償を請求した。原審は原告の65%の収入損失のうち、50%がY1に、15%がY2による事故を原因とするものであるとして、ZPO287条に基づいて、それぞれの範囲でのみ賠償の責任を認めた。

本判決ではY2の責任につき、「素因不考慮原則」を引用して、第一事故において既に生じていた抵抗力低下を減責の理由とすることはできないとして、両被告に全額の賠償の支払いを命じた。

さらに、「第二事故とは無関係の第一事故の結果がある特定の時点において所得低下を引き起こしたであろうということの確証が可能である場合にのみ、その限度で、第二事故の被告は損害の責任を負わない」とした。

⑤BGH Urt. v. 10. 5. 1966 (VersR 1966, 737) ^(注52)

原告は被告に責任のある加害行為により、大腿骨骨折などの傷害を負い、生業無能力となった。原審は、原告の労働能力喪失は事故による右脚短縮、筋力低下、右股関節部分硬化の結果と、それと無関係な脊髄障害によるものの2つの独立した原因によりもたらされたものであると判示した。そして、双方の原因を対等なものと評価して、ZPO287条に基づいて、生業能力喪失による損害を50%に縮減した。

本判決では、「素因不考慮原則」を判示の上、被害者に素因が存在しており、加害行為と協働してはじめて損害が発生した場合でも、原則として被告は全責任を負担するとした。さらに、「事実審は、一定の評価されるべき時点において、事故の作用から独立して生業能力または収入減少がもたらされたと確信する場合にのみ、ZPO287条に従い、生業損害の賠償請求を制限しうる」とした。

⑥BGH Urt. v. 15. 10. 1968 (VersR 1969, 43) ^(注53)

原告は被告に責任のある交通事故により負傷し、障害を残して生業損害を蒙った。賠償額が争いとなり、被告は、原告に生じた頭部症候群は事故以前から存在していた原告の脊椎損耗を顕現した

ものであり、その種の素質を有していたと主張した。原審は、医学鑑定意見に基づいて、ZPO 287条により、事故後3ヶ月については40%が、次の12ヶ月については20%が事故を原因とするものであるとして、賠償額を縮減した。

本判決では、「病気に対する素因が侵害の時に既に存在していたとしても、事故によって出現した病気は、法的意味においては全てが事故の結果ということになるのである」として原審を退けた。さらに、事故とは独立した損害が、一定の時点において、いずれにしろ生業損害を引き起こしたであろうという確実性がある場合にのみ、その範囲において損害は被告により賠償されなくてよいものとなると判示した。

本節においては、④から⑤まで、これまで比較法的検討の既になされてきた判例を取り上げたわけであるが、これらの判決を改めて読み返すと、ZPO 287条の適用を否定しているわけではないことが分かる。特に⑤判決などがそれを示している。そうではなく、やはり、重要なのは、「素因不考慮原則」というものが上級審において堅固に適用されているという事実が読み取れるのである。柔軟な解決が図れないと言うのではなくて、それ以上に、「素因不考慮原則」というものが強く尊重されているのだということが重要な点であろう。

5 おわりに—これまで「素因考慮」を主張してきたことについて—

最後に、谷口がこれまで「素因考慮」を主張してきたことについて整理するとともに、「素因不考慮」へ考えを変更するに及んだ経緯をまとめたい。

素因原則考慮の見解は野村好弘教授の説に始まり、中野貞一郎教授の見解における提唱を経て、橋本佳幸教授の論文によりまとめ上げられたといえる。法的構成としては、最高裁が平成四年に示した過失相殺の規定の類推適用が未だ判例上維持されているとあってよい。素因不考慮説は、無数に存在する損害発生原因のうち、なぜ「素因」を競合原因として減責の対象とするのかという趣旨の西垣道夫弁護士の見解に端を発した。そして、窪田充見教授の論文による十分な比較法的検討を踏まえて、素因不考慮は有力に主張された。そして、前田陽一教授の見解において、「公平」の内容が明確にされ、素因不考慮は加害者間にとって「公平」であるという方向で分析が結論付けられたものである。

しかしながら、谷口は、このような中で、素因考慮の立場に立ちながらも、過失相殺の規定の類推適用という法的構成を批判してきた。この一点においては西垣見解を受け入れたのであった。その一方で、損害論において、身体的素因を有していた被害者の損害が減じられるのは被害者が身体的素因という「リスク」を負の財産として有しているからであるという独自説を主張した。このような独自説を立てる上でポイントになったのが、一つには比較法による諸外国の状況がほとんどと言ってよいほど「素因不考慮」であったことである。もう一つは、損害論における差額説的な思考

が現在では批判にさらされており、代って規範的損害概念が台頭してきているということであった。

前者について、谷口は何とか素因考慮に有利な資料を得ようと図り、ドイツ法やコモン・ローにおける再検討を試みた。コモン・ローの状況についてはアメリカ、イギリスのみならず、カナダやニュージーランドの事例も検討してみたが、結果は素因不考慮に有利な内容となり、右諸国の素因不考慮原則があまりに堅固であることに驚かされた。ドイツ法については、3でも述べたように、1960年のドイツ法曹大会の立法論が割合的な責任減額条項を素因を対象として採択したことなどを採り上げ、「ドイツ不法行為法には素因考慮の素地はあるが、完全賠償主義という伝統が重んじられ、割合的斟酌が図れずにいる」という論理を立てた。そして、今まで、わが国の素因不考慮の論者が比較法的な検討を十分にしていなかった「殺害による第三者の損害賠償請求」に目をつけて、ここにドイツ不法行為法における素因考慮の事例・学説などを見出そうと試みた。

ところが中村忠教授との共同研究の結果、そこに見出されたのは、反対の結論であった。ドイツ不法行為法ではZPO287条による柔軟な解決が図られてきており、完全賠償主義による硬直的な賠償額認定しかできないというのは誤りであったこと、また、健康状態を十分考慮する扶養損害における扶養期間の認定においてでさえも、「素因」の割合的な斟酌は認められておらず、被害者が疾病を残した場合に示された「素因不考慮」が同じように判例において明言されていたのであった。

なお、後者の規範的損害概念の問題については別稿を用意しているので近日中に発表させていたきたいと思っている。

以上により、谷口は「素因考慮」の拠り所を失うとともに、「素因不考慮」に有利な研究結果を受け入れざるを得なくなった。そして、素因不考慮への立場の転換を図るに至ったのである。

今後は「素因不考慮」の立場から残された課題に取り組む考えである。

最後に、本論稿は、谷口が、中村が学部時代指導した卒業論文の課題である損害賠償における「素因考慮説」に行き詰まりを見せていたので、それを脱却すべく取り組んだ中村との共同研究の成果である。谷口は、未だ、必ずしも素因不考慮説に確信を得ているわけではないが、一応、研究成果を公表するのも問題解決への一つの手がかりでもあるので、まとめてみるように薦めたものである。よって、そのほとんどは谷口の論によるものであるが、内容や文章構成の問題や説明に不十分な点がある部分については中村の手が加えられているものであることを付記しておきたい。なお、今後の研究課題についても許されるならば公表させていただく予定である。

平成16年6月30日脱稿

（なかむら ただし・本学経済学部教授／たにぐち さとし・東京都立短期大学非常勤講師）

(注)

- (注1) 後掲最判平成8年10月29日以後いくらかの判例評釈が発表されたが、素因考慮・不考慮の議論に新たな考察を加えるものはなかったと言える。最近の論稿として、窪田充見「過失相殺の基本的考え方」交通法研究30号12頁以下、2002年、有斐閣や松居英二「素因減責における公平」判タNo.1109、75頁などが散見されるが、いずれも被害者の身体的素因のみにフォーカスした論稿ではない。
- (注2) 最判昭和63年4月21日(民集42巻4号243頁)。
- (注3) 最判平成4年6月25日(民集46巻4号400頁)。
- (注4) 最判平成8年10月29日(民集50巻9号2474頁)。
- (注5) 浦川道太郎「不法行為による損害賠償額の算定と被害者の身体的特徴の考慮」私法判例リマックスNo.16 64頁以下、1998年 日本評論社、古笛恵子「いわゆる首長事件最高裁判決の問題点」判タNo.947、65頁以下、小賀野昌一「いわゆる首長事件最高裁判決の法的課題」判タ No.947、71頁以下など。
- (注6) 「相続的構成」とは死亡した被害者の損害をあたかも被害者自身が原告となり損害賠償請求をするかのような構成であり、死亡そのものに関する慰謝料なども死亡した被害者の立場から算定される。実際には、損害賠償請求権の相続人が損害賠償請求をするのである。他方、「扶養利益喪失の構成」は、死亡者の立場から賠償額が決定されるわけではなく、あくまで、死亡者から扶養を受けていた者らがそれを受け取れなくなる損害として、間接被害者という立場で損害賠償請求をするものである。
- (注7) 東京地判昭和46年2月18日(判時626号68頁)、東京地判昭和46年8月28日(交民4巻4号1238頁)など。
- (注8) 最判昭和63年4月21日「前掲」
- (注9) 東京地判平成元年9月7日(判時1342号83頁)。
- (注10) 横浜地判平成2年7月17日(判時1381号76頁)。
- (注11) 最判平成8年10月29日「前掲」
- (注12) 野村好弘「自動車事故」交民1巻索引・解説号266頁。
- (注13) 野村好弘「因果関係の本質」『交通事故紛争処理センター創立十周年記念論文集交通事故損害』62頁 昭和60年、ぎょうせいなど参照。
- (注14) 不考慮説からのこの批判としては、例えば、平井宜雄「因果関係論」『現代損害賠償法講座1』109頁～110頁 昭和51年、日本評論社がある。
- (注15) 中野貞一郎「相当因果関係の蓋然性と損害賠償額」『別冊ジュリスト36号 続民事訴訟法判例百選』169頁 昭和48年
- (注16) 中野「前掲」170頁。
- (注17) 橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程(1)」法學論叢第137巻第2号16頁以下、「同(2)」同4号1頁以下、「同(3)」同5号1頁以下、「同(4)」同6号1頁以下、「同(5)」第139巻第3号22頁以下。
- (注18) 橋本「前掲」「過失相殺法理の構造と射程(5)」36頁～37頁。
- (注19) 橋本「前掲」「過失相殺法理の構造と射程(5)」26頁以下。
- (注20) 西垣道夫「『鞭打ち症』における賠償額算定上の諸問題」『現代損害賠償法講座7』317頁以下 日本評論社 昭和49年。
- (注21) 西垣「前掲」318頁。
- (注22) 窪田充見「被害者の素因と寄与度概念の検討」判タNo.558、37頁以下。
- (注23) 窪田「前掲」39頁。
- (注24) 窪田「前掲」47頁。
- (注25) 窪田「前掲」41頁において、BGH Urt. v. 5. 10. 1959, (VersR 1959, 1031) および同じく42頁、BGH Urt. v. 11. 6. 1974, (NJW 1974, 1510) の2件が紹介されている。
- (注26) 前田陽一「不法行為における『損害の公平な分担理念』と素因減額論に関する一考察」『日本民法学の形成と課題』896頁以下 有斐閣 1996年。
- (注27) 前田「前掲」905頁。
- (注28) 前田「前掲」922頁～923頁。
- (注29) 「原因競合」概念とは、損害発生において加害行為とその他の損害発生に寄与した事情・原因など

- を比較・対照し、加害行為の原因力の大小を決定しようとする考え方である。「寄与度」概念も同様に、損害発生に加害行為という原因力がどの程度の大きさで寄与したのかを量ろうとする考え方である。
- (注30) 谷口聡「素因考慮の本質と法的構成」明治大学大学院法学研究論集9号 1998年 193頁～194頁参照。
- (注31) 谷口「前掲」200頁参照。
- (注32) 谷口「前掲」200頁。
- (注33) 谷口「前掲」199頁以下参照。
- (注34) 谷口聡「コモン・ローにおける被害者の身体的事情の斟酌」明治大学大学院法学研究論集10号 166頁 1999年。
- (注35) 谷口「前掲」164頁～166頁。
- (注36) 能見義久「寄与度減責」『民法・信託法理論の展開』249頁 弘文堂 昭和61年。
- (注37) 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 186頁 1998年。
- (注38) BGB §844の訳（民法典第844条「殺害による第三者の損害賠償請求権」）
- 1 人を殺害した場合においては、賠償義務者は、埋葬義務を負担する者に対し、この費用を賠償しなければならない。
 - 2 殺害された者が、侵害の当時、第三者に対し法律上扶養義務を負い、又は負うべき可能性のある関係にあり、かつ、第三者が殺害の結果扶養を受ける権利を失ったときは、賠償義務者は、殺害された者が推定生存期間中扶養する義務を負う限度で、第三者に対し、金銭定期金の支払いによって損害賠償をしなければならない：第843条第2項から第4項までの規定は、この場合に準用する。賠償義務は、第三者が侵害の当時懐胎されてはいるがまだ出生していないときでも生ずる。（訳：潮海一雄『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』椿寿夫・右近健男編 184頁より 1990年 三省堂）
- (注39) 潮海「前掲」184頁以下参照。
- (注40) ZPO §287の訳（民事訴訟法第二八七条[損害の調査及び評価]）
- 第一項 損害の存否及び損害の額若は賠償すべき利益の額が当事者間に争となりたるときは、裁判所は総ての事情を考量し、自由なる心証を以て此の点に関し之を裁判す。申立ありたる証拠調又は職権を以てする鑑定人の鑑定を命ずべきや、及其限度は、裁判所の裁量に依り之を定む。裁判所は、損害若は利益に付証拠者を訊問することを得。第四五二条一項第二段、第二項乃至第四項の規定を準用する。
- 第二項 第一項第一段、第二段の規定は、当事者間に債権の額に付争あり且つ之が憑拠となりたる一切の事情を完全に解明することが債権の争ある部分の価値に不相応なる困難を伴ふ限りは、他の場合に於ても、財産権上の争に付之を準用する。
- （訳：『現代外国法典叢書・ドイツ民事訴訟法①』を参考にしたもの）
- (注41) Karlheinz Boujong, "RGRK BGB Kommentar Bd II Teil § 832-853", Rdn.114
- (注42) Boujong, aaO., Rdn.. 35
- (注43) Boujong, aaO., Rdn.. 81
- (注44) Ursula Stein, "Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5.", '97 § 844 Rdn. 61
- (注45) Karl Schäfer, "Staudinger BGB § 833-853", § 844 Rdn. 157
- (注46) Schäfer, aaO., Rdn. 158
- (注47) Heinz Thomas, "Palandt BGB Bd. 7", S.1034ff
- (注48) Klausner, "Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadensschätzung", JZ 68, S.167ff
- (注49) Lemhöfer, "Die überholende Kausalität und das Gesetz", JuS 66, S.337ff
- (注50) まず、原則として、原告（被害者）が、被被害者の仮定的な生存期間につき、立証責任を負うのであるが、これが困難な場合に、ZPO287条による軽減された立証責任を負えば足りるとするのが多数説である。他方、被告（加害者）は、これを受け入れたくない場合には、抗弁として被被害者の生存期間がZPO287条による推定された生存期間より短いことを立証することにより、責任を縮減することができる。
- (注51) 窪田「前掲」41頁参照。
- (注52) 谷口前掲「ドイツ不法行為法における素因不考慮原則の再検討」183頁参照。
- (注53) 谷口前掲「コモン・ローにおける被害者の身体的事情の斟酌」167頁。