HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	損害賠償法に関する現下のドイツでの議論
Author(s)	シーマン，ゴットフリート；藤原，正則//訳
Description	講演
Citation	北大法学論集，58(3)，445[1511]-472[1538]
Issue Date	2007-09-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/29650
Type	departmental bulletin paper
File Information	58(3)_445-472.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

講　演

損害賠償法に関する現下のドイツでの議論

ゴットフリート・シーマン
（チュービンゲン大学教授）
翻訳：藤原　正則

一．一見すると、損害賠償法は、問題の少ない、純粋に技術的、したがって、非政治的な分野であるように見える。ドイツでは民法典のルールを一瞥すれば、以上の印象が確認できる。すなわち、ドイツ民法（以下、民法）二四九条から二五四条までは、極めて単純な体系によって構成されている。以上の体系を支配する大原則とは、被害者に対する完

全賠償（Totalreparation）、すなわち、被害者への完全な補償（民法二四九条一項）であるが、他方で、唯一の例外であるもう一つの原則によって緩和されている。つまり、帰責可能な行為による責任の根拠づけ、又は、法律が規定する危険責任の根拠づけの反面として、加害行為に対応する被害者の行為態様、又は、被害者の側の危険の可能性は、「共同原因（Mitverursachung）」として考慮されている。つまり、共同過失の割合の分だけ、損害賠償は減額される。

だから、損害賠償法が注目するのは、被害者の損害と加害者への帰責である。帰責を根拠づける責任の構成要件要素が充足されれば、損害賠償法は機械的に適用される。例えば、誤った行為に対する適正な懲罰、予防、あるいは、より一般的にいえば、行為の統制といった正義の観点が機能する余地は存在しない。

とはいっても、施行以来最初の一〇〇年を経て、民法典の損害賠償法も発展を遂げており、立法者も二〇〇二年八月一日の「第二次損害賠償法改正法（2. Schadensersatzrechtsveränderungsgesetz）」によって民法二四九条以下の法規定を改正するに至っている。(1)(2)

まず第一が、精神的損害に対する金銭賠償の適用領域が拡大されたことである。精神的損害に対する賠償は、損害賠償法の規定としては、一般的に民法二五三条二項がおかれており、民法八二三条以下の「不法行為」の規定と比べて特に違ったところはない。そのことが実際に意味するのは、法改正以後は、危険責任の要件が充足される場合、および、契約責任の場合でも、特に、身体・健康侵害による損害が発生したときには、「慰謝料（Schmerzengeld）」の賠償が命じられることである。ただし、上述した一般的な損害賠償法の基本的な性格は、それによって変更されたわけではない。却って、その反対である。つまり、被害者保護と帰責を指針とする損害賠償法に、精神的損害の賠償も含まれるという自明の理に、現在では、損害賠償法の一般的な規定によって、正当な位置が与えられたのである。法改正以前は、当該の民法典の規定は、精神的損害に対する金銭賠償を定める具体的な条文がない場合には、精神的損害の金銭賠償を定め

た規定を類推適用しないという消極的な制限を加えることだけを定めていた。もちろん、同趣旨の規定は、民法二五三条一項として現在も残されてはいる。その点で、金銭賠償の適用領域は広げても、精神的損害に対する賠償には一定の制限を加えようという立法者の意図を見て取ることができよう。以上の考え方は、立法当初から民法典の目指していた法政策、つまり、損害賠償を（必ずしも経済的な不利益にだけ限定するものではないが）現実に発生した不利益の填補に関してだけ規定をおくという法政策を確認したものである。

同様の考え方は、損害賠償法の第二次の法改正でも、その方針の基調となっている。なぜなら、損害賠償法の冒頭で規定されている「原状（in Natur）」回復の実現は、賢明にも被害者自身に委ねられているから、かねてから損害賠償の実行は民法典では「複線的」に行われていた。つまり、被害者は通常は損害の「復旧（Reparatur）」のための金銭賠償（民法二四九条）、又は、自己の財貨に発生した価値の減少に対する損害賠償を請求できる（民法二五一条）。二〇世紀の最後の三〇年間の判例によって、論理必然的ではないにもかかわらず、復旧の費用はどんどんと高額化し、最後には、「不法労働者の割増金」にまで拡張される始末であった。立法者は特別法で不法労働を禁止し、しかも、禁止の効力が民法典の契約にまで及ぶと規定したにもかかわらずである（民法一三四条を参照）。このような状況を二〇〇二年に立法者は反対の方向に持っていこうと考えた。それが、売上税の賠償を、現実に課税される限度に制限した理由でもある。言い換えると、支配的な判例に依れば、被害者は加害者、及び、多くの場合には被害者の保険会社に、「鑑定を基礎として」復旧費用を請求できる（民法二四九条二項一文）。反対に、売上税では、「計算を基礎とした」場合だけ、被害者は損害賠償を請求できる（民法二四九条二項二文）。この局面でも、立法者は、少なくとも部分的には、損害賠償を被害者に現実に発生した不利益に減額している。

もちろん、二〇〇二年の法改正は、現下の要請の全てに着手したわけではない。特に目につくのが、人格権侵害に対

する金銭賠償に関しては、新しい損害賠償法でも従来の民法典の条文と同様に殆ど規定がおかれていないことである。しかし、おそらくは、それはそれで良いのであろう。というのも、「モナコのカロリーネ」判決や「マレーネ・ディートリッヒ」判決によって、人格権侵害の分野は新しい局面を迎えてはいる。[3] そうはいっても、やはり、将来の判例による検証が必要な分野だからである。

二．伝統的な損害賠償法とは遠くへだったところで、最近は全く違った損害賠償法の法政策が構想されている。それが、前回のドイツ法曹大会の損害賠償法部会で、ボン大学教授のゲルハルト・ヴァグナー（Gerhard Wagner）が鑑定意見を提出する契機となっている。法曹大会の標語は、商業化、懲罰的損害賠償、集団損害の三つであった。[4][5] もちろん、以上のテーマが本当に法政策的な活動に相応しいかに関しては、疑念を呈する余地はあるだろう。商業化のテーマは、損害賠償法学者の間では、自動車の使用利益の賠償に関する一九八六年の大法廷判決以後は、すでに克服済みと評価されている。懲罰的損害賠償に関しては、連邦通常裁判所の判例では、アメリカの懲罰的損害賠償の形では、抵触法の公序（Order Public）に反するとされている。それでは懲罰的損害賠償は、ドイツでの立法に際しては、どう議論されるべきなのか。

最後が、集団損害である。実は、集団損害の概念自体が既に多義的である。例えば、公共財の損害が問題なのか。それなら集団損害の討議には、法曹大会の公法部会が適任であろう。はたまた、拡散損害が問題なのか。それなら、集団損害は、損害の問題というよりも、手続法で対処するのに適している。もちろん、その理由は違っているが、最後に大規模損害に関しても話は似たようなものである。およそ損害賠償請求の行使が可能かということと、大規模損害の問題は殆ど無関係である。大規模損害と大いに関係するのは、司法の負担が重すぎることである。

三．ところが、それを国内法化する法律によって、最近では既にドイツの法適用者によっても達成されている、ヨーロッパでの二つの法発展に特に注目すると、また違った評価も可能である。ここで問題にしているのは、差別の禁止に関する指令、および、精神的所有権の保護に関する指令である。いずれの分野でも、指令の目的は伝統的な損害賠償法の課題の克服ではない。その法政策的な意図は、損害賠償法を手段として利用することである。つまり、損害賠償法はもはや個人の権利を保護する制度ではないということである。反対に、損害賠償法を利用しての、一般的な社会政策に左右される法政策的な目的の達成が問題となっている。こう見てくると、損害賠償法というテーマは、私法全体に関する現下の法政策的な議論につながってくる。損害賠償法は社会統制の役割を果たすのか、言い換えると、私法が将来はその機能を強化するべきなのか。

四．法曹大会以外でも、ヴァグナーは以上の問題に対して立場を明らかにしたことがある。つまり、「私法は予防の課題を手放しで受け入れるわけではない」というのである。特に損害賠償法では、その理由を説明するのは簡単である。パンデクテンの現代的慣用では、損害賠償法に関しては極めて多様な区分を施した分類が行われていた。つまり、惹起された損害の種類と当事者の種類によって、全く違った損害の賠償が与えられていた。その結果、一九世紀初頭のある観察者は、「全ての法理論の中でも、利害関係（Id. quid interest）に関する理論ほどの難問はない」と定式化している。それに対して、損害填補の考え方を基礎とした一九世紀の損害理論、特に、フリードリッヒ・モムゼン（Friedrich Mommsen）のそれは、問題を極めて単純化したものだった。それは法倫理的にも法理論的にも最上の部類に属する。一般的な自然法・理性法に基礎をおく加害行為の禁止に相応するのは、現在では、加害行為の禁止の実現のための填補思想である。

一九世紀の終わりから責任法が作り上げてきた構築物からも、以上の傾向は確認できる。責任法は、被害者に注目し、被害者の生活手段の欠缺、つまり、損害填補の欠缺を発見してきた。それゆえにこそ、我々は危険責任を発展させ、さらに、社会生活上の義務、および、それに類似した法制度を創設し、最後には、証明手段の助けを借りて損害賠償を与えることで、不法行為の基本的な構成要件を作り上げてきた。

以上の発展のメインストリームの底流には、ヴァグナーが鑑定意見で適切に指摘しているように、もちろん、反対の潮流を見て取ることができる。その重要な例が、慰謝料の発展と無体財産権の分野である。一八九六年の一般的な損害賠償法の立法者ですら、損益相殺の理論を判例・学説の発展に委ね、明文で慰謝料を与えることが妥当だとされた場合以外では公平の考慮に依拠する可能性を残すことで、以上の反対潮流をある程度は捕捉していた。

このような反対の潮流を観察すると、本当のところは、体系の全体を損なうことはない細部が問題になっているにすぎないのか、それともパラダイムの転換の時が来ていることを告知しているのかという問題に直面することになる。

五．その結果、このような現象に注目した観察者の何人かは、パニックを引き起こしている。例えば、以下の箴言はフランツ・ビドリンスキー（Franz Bydlinski）に由来する。つまり、「刑罰と損害賠償を十分に区別している全体的な法構造が、正当な理由もなく、擬古的な法の時代に逆行させられている。しかも、同時に、刑事罰の構成要件および刑罰の威嚇が予め確定している必要があるという極めて十分な理由のある法治国家の要請が放棄されている。あたかも刑法が全く恣意的な方向に向かっているかのように、既に自己矛盾に陥っている懲罰的損害賠償によって、事理にかなった損害賠償の制限が恣意的に破壊されている」。

ところが、それ以外の人々には、このような批判は不当に映る。なぜなら、損害賠償法が予防的機能に対して開かれ

ていることと、懲罰の考え方とは、区別されてしかるべきだからである。損害賠償法が予防に対して開かれているという態度はそれ自体が、新しさという魅力を有しており、しかも、同時に、それはヨーロッパとアメリカの傾向とも合致しているからである。

損害賠償法に予防の要素があることは否定できない事実である。新たな潮流に従うなら、予防は被害者に対する損害の填補だけには止まらない。加害者の矯正、又は、もっと適切には、法を犯した者の矯正にも、視線が向けられることになる。確かに、法を犯した者に刑罰が加えられることはなくとも、そうはいっても、やはり、例えば、侵害による利益は剥奪されてしかるべきであろう。なぜなら、行為の統制のためには、個々の被害者の不利益が正確に填補される必要はないが、惹起した損害の不利益を加害者に償わせる必要があるからである。以上のような考え方を基礎にすれば、他人の法財産の侵害によって利益を上げることへの威嚇、及び、現行法の認める損害賠償請求から生じる損害填補の欠缺を補充するために、予防を目的として、被害者に生じた損害以上の賠償請求が要請されることになる。以上を極めて単純に表現するなら、昔から言われている「犯罪は引き合わない（Crime must not pay）」から、現在では「不法行為は引き合わない（Tort must not pay）」ということになる。

古典的な利得禁止の原則の代わりに矯正的な利得禁止が予防機能の基礎となっていると考えれば、予防機能の強化に対する恣意的だという非難を回避することも可能であろう。古典的な利得の禁止とは、何人も自己を被害者とする損害事件から利得してはならないということである。矯正的な利得の禁止とは、何人も他人への侵害から利得することは許されないという内容を持っている。以上の禁止は、いずれも、矯正的正義（iustitia correctiva）の範疇には止まっている。ヴァグナーによれば、もっぱら行為の統制の目的に収斂するなら、アメリカ式の懲罰的な損害賠償とは一線を画すことが可能である。なぜなら、経済分析が明らかにしたように、予防的な損害賠償に関しては、理性的な規範の範囲内

で、確実かつ予見可能性のある評価基準に依存することが可能だからである。だから、故意の侵害により多くの利益をあげうる非財産的な利益に対する侵害では、予防目的をもっており、適切な方向づけを伴ったサンクション、つまり、利益の剥奪が用意されてしかるべきである。同様の理は、他人の財産への故意の侵害に関しても同様に当てはまる。

六．実際に、他人の権利の無権限の利用による利益の返還は、ドイツの法実務では極めてよく知られている。例えば、特許権、商標権、著作権といった無体財産権の侵害に関する判例は、一世紀以上も前から被害者に対して、自分の損害を利益の減少として損害賠償請求するにとどまらず、原則として、更に二つの方法、すなわち、ライセンス料、及び、侵害者の利益を損害として主張することを認めている。

被害者が好んで用いる方法が、ライセンス料を求めて訴えを起こすことである。この請求権それ自体は、理論的には必ずしも損害賠償請求の一環だと位置づける必要はない。そうではなく、他人の無体財産権の利用は、被害者の権利の侵害、つまり、加害者の利得だとみなすことが可能である。そうなると、民法八一二条一項一文第二の選択肢［その他の方法による不当利得の要件］、八一八条二項［不当利得の価値賠償］により、加害者は被害者の権利の使用価値を賠償する義務を負うことになる。権利の使用の市場価値とは、契約相手方なら支払ったであろうライセンス料である。

しかし、加害者の「計画を台無しに」してしまおう、およそ加害行為を行わせないようにしようというなら、ライセンス料の支払いはそれに適した手段ではない。加害者がライセンス契約を締結せず、無断で利用した場合、加害者は合理的に行動したことになってしまう。侵害が発見されなければ、加害者は大いに利益をあげる結果となるからである。仮に、侵害行為が発覚した場合も、加害者はライセンス契約を締結したときと比べて、とりわけ不利益を受けるわけではない。だから、ヨーロッパの立法者は、精神的所有権、つまり、無体財産権の保護に対する「施行指令

(Durchsetzungsrichtlinie)」で、侵害の際に支払うべきライセンス料を高額化させる可能性を規定している。以上はもちろん、各国の立法者が必ずしも受け入れる必要はない「最大限の」手段であり、現在のところ、連邦司法省は、例えば、ライセンス料を二倍とする規定をおくことに全く関心を示してはいない。

以上のような損害賠償の高額化を、不当利得法が根拠づけることは不可能である。それは、立法者が予防思想に基づいて、損害賠償法との関係で現実化すべき改革である。填補思想が定着する以前は、比較法的、法史学的にも、損害の高額化はごく普通の現象であった。加えて、現在ドイツ法の実務が認めている、いわゆるゲマ（ＧＥＭＡ（ドイツ音楽著作権協会））判決は、その見本を提供している。つまり、例えば、ジャズバンドの演奏を録音したものを宣伝企画やパーティーで利用するといった、ゲマの「小さな」音楽演奏権への抵触の場合には、判例はゲマに二倍額のライセンス料の請求を認めている。

以上の判例を、一般的な損害賠償法学者の多くは、残念な「逸脱者」とみなしており、現在のところ現実の立法化の可能性は存在しない。しかし、だからといって、そのことは、立法者が倍額の請求を損害賠償の特殊な形式として規定することの妨げにはならない。連邦通常裁判所の理由付けは、法政策的には極めて説得的である。連邦通常裁判所の説示で妥当なのは、さもなくば、この分野の多くのケースで、権利保護のために必要なルールに従った実施の許可を取り付けるインセンティブがなくなるだろうという指摘である。

とはいっても、ゲマの請求は、特別な論理によっている。二倍額のライセンス料は、実施権者自身ではなく、立法者から使用の独占を許されたゲマに帰属する。これは、ライセンス料のシステムをおよそ機能あらしめるために必要とされた、特殊な市場規制である。以上のシステムの実効性は、その製品に相応しい音楽提供に対する重要な条件である。だから、二倍額のライセンス料による「利益」は、音楽制作者自身には直接には帰属せず、全ての制作者の集団に帰属

することになる。その結果として、ルールに従った場合に徴収されるライセンス料はそれよりも低く計算されるから、回り回って正直な演奏の利用の促進にもつながることとなる。

だから、正義の観点からは、ライセンス料の二倍化は、十分に正当化が可能である。二倍額のライセンス料は、権利者を利得させないが、他方で、侵害者に関しては、団体のルールを尊重せず、団体の成果から侵害者が取得した分を返還する義務を負うのだから、侵害者の負担は適正だということになる。侵害者は全く同情には値しない。団体への寄付を強制されたものは被害者に帰属するわけではない。被害者の下で、「不幸な事件」の損害が、望ましい「幸運な事故」や「良い商売」になるなどという倒錯した事態を招来することにはならないから、加害者が追加的な被害者となるわけでもない。

七．例えば、工業所有権（商標権、特許権など）の分野には、ゲマのような利用協会という形での、権利者と加害者の間を調整する、集団的利益の管理者は存在しない。そうなると、先ほど紹介した正義の考慮は、ここでは妥当しない。したがって、そこでの権利者と侵害者の間の個人的関係には、利益の剥奪が適切な予防手段であろう。先述の鑑定意見でヴァグナーが提示した立法提案の文言は、以下のとおりである。すなわち、「賠償義務者が被害者の権利を故意に無視したときは、被害者は損害賠償に代えて、賠償義務者があげた利益の返還、及び、以上の利益に関する計算書を請求することができる」というのである。

ヴァグナーの提案に関して注目に値するのが、利益の剥奪を故意の侵害に限定していることである。以上に関するヴァグナーの理由づけは、故意の侵害の場合に限って、行為の統制の有効性が期待できるからである。しかし、そうすると、当然ながら問題となるのが、それなら、およそ立法案が必要なのか、しかも、一般的な損害賠償法（民法二五一条三項）

による必要があるのかということである。なぜなら、同様の法効果は、同条の正しい理解では、既に民法六八七条二項の準事務管理によって達成可能だからである。

確かに、以上のような事例での民法六八七条二項の適用可能性に関して争いはある。特に、その要件である「他人の事務」は、財産権の内容を持つ権利に対する侵害があった場合にだけ問題となるという反論が存在する。しかも、そういった見解によれば、特にシリアスな侵害の事例である一般人格権は、そのような内容を持った権利には当たらないというのである。しかし、以上の点は、私には得心がいかない。なぜなら、およそ返還可能な利益が収取されたときには、当該の侵害による利益それ自体が、一般人格権も財産権の内容を持っていることを、決定的に証明しているといえるからである。

無体財産権の故意の侵害者が収取した利益の返還請求を民法六八七条二項を根拠に基礎づけることが可能なら、当然に民法六八一条二文が適用され、加害者の計算報告義務を認めることができる。被害者が返還請求を計算する際には、計算報告義務は不可欠の前提となる。当然のことだが、以上の可能性だけで、利益の返還を求める訴訟の難点が、完全に克服されたわけではない。そこで残された問題は、（おそらくは、事業秘密の開示をさけるために中立的な研究者に対してであろうが）加害者はどの範囲で計算に際して自分の事業内容を明らかにする必要があるのかという点である。今ひとつ問題状況が極めて困難なのが、侵害による利益の配分、又は、単に報道機関の売上や部数が増加した場合の利益の配分である。連邦通常裁判所はようやく最近になって、「共通費用判決」で利益の返還を極めて強化した。つまり、利益の計算の際には「通常の」固定費用は（割合的に）控除してはならない。利益を上げるための侵害の特別な費用だけが控除されるというのである。

八・現在のドイツでの損害賠償法の議論を概観すると、以上で紹介した予防の促進のための考慮が目立っている。しかし、予防が議論の全体を決定しているわけでもない。そのことを証明するために、違った分野の問題にも言及しておこう。損害賠償を請求する訴訟では、常に重要な問題の一つが、責任を根拠づける構成要件である、侵害と侵害による損害との因果関係である。医師の責任に関しては、診断や治療と「損害」との因果関係が特に重要な問題である。患者は健康だと感じているときは、医師の治療を受けようとは思わない。つまり、治療を求める患者は既に損害を持参している。治療によって患者が良くならなかったり、却って病状が悪化すれば、医師の「行為」が原因の可能性が出てくる。しかし、それは医師の関与がなくてもそうなった、「自然な発展」の結果である可能性もある。実務は以上のジレンマに対して、訴訟法上の手段で対処している。つまり、一定の要件の下では、真実の因果関係に代えて、事態のインプットとアウトプットの単なる蓋然的な結合によって満足しているのである。正義の考慮から、連邦通常裁判所民事六部は、それ以上にまで踏み出している。医師の治療行為の過誤が重大なら、損害との関連は、殆ど確実だったり、おそらくそうだったり、典型的である必要はない。却って、医師による患者の健康損害を発生させる性質を過誤が一般的に有しているなら、過誤があっただけで十分だというのである。

現在でも判例の発展させた特別なルールの根拠づけは困難な問題を引き起こしている。第一に、裁判官による法規定からの大幅な逸脱が正当化されうるのかが、そもそも疑問である。法律自体も、損害賠償法では、過失の推定（特に、民法二八〇条一項二文、八三一条一項）を用いてはいる。以上の反対推論からは、因果関係の推定は不可能ということになる。しかし、いずれにせよ、過失の推定からの類推は問題外であり、現在までその試みが行われたことはない。もちろん、民法八三〇条一項二文は、特別な因果関係の推定を用意している。すなわち、一つの不法行為の要件を複数の加害者が満足させるが、実際に発生した損害と個々の行為の間の因果関係が証明されないときは、加害者は全員が共同

で連帯債務者として責任を負う。しかし、以上の条文の基礎となる考え方は、医療責任での因果関係の基礎づけには利用できない。民法八三〇条一項二文の場合に、法律が被害者の不利な扱いを回避しているのは、複数の加害者の誰かが加害を行っているが、誰が行ったかが正確には分からないからである。反対に医療過誤が問題となる加害では、損害と過誤との結合それ自体がそもそも疑わしい。因果関係の問題に関しては、医師と患者の関係は、因果関係が不明の他の事件と基本的には全く変わらないように見える。具体的な因果の推移が不明確な理由は、複数の「加害者」が存在するからではなく、患者自身の状態のゆえである。だから、判例の解決方法には、方法論上許されない方法で、望ましい法効果を密かに忍び込ませているのではないかという嫌疑が晴れないのである。

以上に関しては、判例は自身で二種類の反論を行っている。第一は、判例は、証明手段を利用した責任法のさらなる発展は、判例の固有の課題だとしている。第二は、意味深いことだが、正義の命じることが、方法論上も許されないはずはない（かつ、結局は基本法による三権分立に抵触するはずはない）と判例は言っている。

しかし、以上の理由はいずれも説得力に欠ける。証拠法で推定のルールを自ら立法するのは、例えば、議会の立法者の立法の裁量権が侵害されるという理由で、危険責任の構成要件を類推によって拡大し法形成することを判例が常に拒否してきたことと折り合わない。しかも、ともかくも、危険責任では、因果関係の不足を補うことではなく、過失の要件が問題になっており、加えて、この点では、一般的な私法は、先にも触れたとおり、類推可能な推定のルールを持ち合わせている。しかし、証拠法上の手段による因果関係の推定という方法は、やはり判例の立場と矛盾している。問題の事実関係では、責任を根拠づける因果関係が問題になっており、その場合に、民事訴訟法二八六条[自由心証主義]、二八七条[6]の立法者は裁判官に証拠法上の（法発展の）裁量の余地を与えていないというのが判例の立場だからである。

正義という論拠も説得力に欠ける。正義という論拠は全く具体的でなく、したがって、法的安定性、特に、裁判所の

決定の予見可能性に抵触する程度は甚だしいからである。もちろん、連邦通常裁判所が、多様な方法で正義の要請を具体化するよう努力していることを認めるにはやぶさかではない。連邦通常裁判所によれば、医師は医療技術のルールに対する極めて重大な抵触を犯し、通常の治療を行った場合に疾病の経過がどうなっていただろうかを認識できない状態を作り出した。したがって、医師は以上の事態の証明のリスクの負担に「より近い」。患者の証明責任の軽減は、治療の過誤の、及び、治療の過誤の意味の重大さゆえに、事態の解明を著しく困難にしたことと関係している。加害に関して視野に入ってくる原因の多様性は、まさに医師の過誤によって拡大されたか、又は、ずらされている。患者の証明の軽減は、その補償措置だというのである。

以上の根拠づけに対して繰り返し指摘しておくべきは、過誤の重大さによる治療過程の解明の困難化というのは、正義の訴え以上の意味はないことである。仮に連邦通常裁判所のいうとおりだとしても、証明責任の軽減という考え方が過誤の重大な場合に限られるというのでは説得力がない。なぜなら、単純な過誤によっても損害原因を探求する視点が拡大したりずらされたりすることは（しかも、単純な過誤の場合は、通常は目につきにくく、しかも、その影響は通常は確認しにくいがゆえに却って）、十分にあり得るからである。

医療水準の保持もその一環である、職業上の義務とは、一般的な社会生活上の義務に類似した概念である。かつ、社会生活上の義務に関していえば、フォン・バール（von Bar）が明らかにしたように、危険の支配可能性という社会生活上の義務の基礎となる原則は、危険の回避の義務を基礎づけるにとどまらず、却って、同時に最も重要な証明上の基準でもある。そこから、医師の治療行為（過誤）と損害発生の間の因果関係に疑念がある場合は、基本的な職業上の義務の遵守によって事件の推移を一般的に支配する可能性があれば、医師は因果関係の証明の責任を負担する必要があることが帰結されてきた。ところが、ここから論証は循環論法に陥る。健康損害を惹起した身体の過程が、本当に支配可

能だったなら、因果関係の解明は不可能とはならなかったであろう。他方で、事件の推移が本当に制御されていたなら、今度は反対に、「基本的な」医療水準の遵守だけでは、その遵守への違反が間違いなく「重大なもの」とは評価されるべきではなかろう。危険の「支配可能性」は、危険回避義務の前提である。そうだとすれば、義務違反の「重大さ」とは無関係に、危険の支配可能性が、一般的に証明責任の負担をも決定するのが当然ではないのか。

何度も言及した鑑定意見でヴァグナーは、重大な医療過誤の場合に証明責任の転換によって医師の責任に関する因果関係の問題を克服することへの批判を、「重大な義務違反という特別な場合には、因果関係は証明されていないにもかかわらず、被害者は完全な損害賠償を取得する（全額の賠償）。ところが、『通常の』事件、つまり、単純な過誤の場合には訴えは退けられている（賠償額ゼロ）。以上のルールは、多くの誤った判決を生み出している。なぜなら、通常の軽微な医療過誤は決して健康損害を発生させず、重大な医療過誤は不可避的に損害を惹起するという想定は、間違いなく非現実的だからである」と適切に要約している。

九．そこでヴァグナーは、フランス法でそう扱われているように、割合的責任（Propotionalhaftung）に逃げ道を求めている。ところが、ヴァグナーは割合的責任への移行を支持しながら、立法の必要を説かないにもかかわらず、割合的責任の理論的基礎の解明を怠っている。ヴァグナーは一括して民事訴訟法二八七条の規定の適用を指示するだけで、なぜ通説の考え方によれば同条が適用可能かを詳細に説明していない。しかも、ヴァグナー自身も、治療機会の喪失を「責任を充足する」因果関係だとは考えてはいないにもかかわらずである。現行の実体法との架橋を、ヴァグナーは民法八三〇条一項二文に見出している。しかし、この橋が通行不可能なことは、すでに若干言及しておいた。もっとも、ヴァグナーも強調するように、割合的責任は、私責任法の分野で増大する因果関係の問題に対処するためにヨーロッパ

不法行為法原則が用意した道具立てである。とはいうものの、現在のところ、ヨーロッパ不法行為法原則は、望ましい法政策的な評価への兆しという以上のものではない。(7)

以上の意味で、「仮定的な注意義務に即して医師が行為すれば健康損害が発生しなかっただろうことが確認された場合に、患者が満額の損害賠償を取得すべきことは、誰も疑わない。しかし、以上が確認できなかった場合も、子供を盥の水とともに流してしまい、損害賠償請求をゼロにするのではなく、注意義務を遵守して行為した場合に損害が発生しなかっただろう蓋然性の割合に応じて、患者に賠償を与えるべきだ」という限りでは、ヴァグナーはまったく正しい。しかし、以上を責任の根拠づけの問題と位置づけ、しかも、それにもかかわらず、民事訴訟法二八七条による解決を期待するというのでは、ヴァグナーは現行のドイツ法の理論的可能性にあまりに多くを期待しすぎていると考える。

一〇．確かに、ヴァグナーによる判例の批判は極めてわかりやすいから、独自の解決を指向するヴァグナーの思考経路にも賛成しないとは、なかなか言い難い。しかし、検討すべきは、論証の出発点の弱点が示された局面では、判例の解決方法に反対する説得力のある考え方を発見するために、論証の追完ができないのかということである。

医療過誤は、同時に多少とも説明の過誤も含んでいるのが普通である。患者が医師の所へ行くのは、当然のこととして、医師が過誤のない治療を施してくれると期待しているからである。だから、医師と患者の関係の基礎となる合意には、そもそも医師の問題のある行為は含まれていない。仮に、そう考えることが可能なら、その帰結は一つのはずである。つまり、医師が説明義務を怠り患者の同意がないときは、医療水準に合致した治療を施した場合でも、治療から発生した健康損害の責任を負担する必要があり、しかも、それがドイツの確定判例であるなら、治療水準に合致せず、かつ、患者の同意のない患者の身体の自己同一性に対する医師の侵襲があったときは、医師が責任を負う必要があるとい

うのは、あまりにも当然であろう。

さらに、既に一八八一年にライヒ裁判所が判決し、現在でも維持されている古い判例も参考になる。つまり、ライヒ裁判所自身の要約によれば、「健康の十分でない人間に損害を与えた者には、健康な人間を傷つけた場合と同じだと主張する権利はない」というのである。要するに、自身の疾病、抵抗力がないこと、その体質の異常性ゆえに、賠償権利者には、損害が発生したか、損害が拡大したと主張して、賠償義務者が責任を免れることはどう考えてもできないのである。

医師の治療過誤の場合には、話が違っているようにも見える。ここでは、医師は（交通事故の惹起者のように）いわば「外から」加害者として被害者に干渉したのではなく、また、以上の事態の推移に、被害者の体質（素因）が損害拡大の追加的要素として加わってきたわけでもない。却って、患者の体質こそが患者を医師にかかることを促し、（過誤のある）治療の後は、体質が影響を及ぼすか、場合によっては強められることになる。しかし、だからこそ、自身の過誤との因果関係が証明された場合は別として、損害は患者の体質に起因するから、患者の損害とは無関係だと医師が主張することは許されないのである。帰責の観点からは、以上と違った評価は不可能である。つまり、被害者の体質が重大な損害を発生させたことに、自分の自動車の運行が契機を与えたときは、自動車の保有者が責任を負うことは疑いもない。反対に、その体質ゆえに患者は医師を信頼し、医師は自身の治療過誤で患者の信頼を裏切った。そうだとすれば、医師が患者の体質に影響を与える可能性は、交通事故での自動車の保有者の被害者の体質に及ぼす影響よりずっと大きいのだから、医師の治療過誤を患者の体質の影に隠蔽することは決して許されるものではない。自動車の保有者に可能だったのは、加害行為「だけ」であるが、通常の場合は、医師には治療すらも可能だったのである。

事態の適切な評価のためには、説明義務違反に注目してみることが有益である。連邦通常裁判所は、医師の説明義務

を拡大し、説明が不必要なリスクに対しても責任があることを原則とし、責任を負わないのは例外だとしている。だから、現実化したリスクが説明の必要な人間と関係しており、問題となる種類のリスクと合致するときは、それだけで責任の肯定には十分である。それ以外にも多くの判決があり、侵襲の種類と重大さに関する基本的な説明がないときは、非典型的な、つまり、説明の必要なリスクから遠く隔たったリスクに関しても、医師は責任を負うことになる。しかし、そのようなリスクは限界までゼロに近いリスクだから、以上の判例の行き着くところは、関係する医療ハンドブックには全く記述のない責任である。健康のリスクの現実化は患者の体質に起因する可能性もあるから、治療過誤があったからには、患者自身の健康のリスクを全く視野の外におくなら、以上の厳格な判例は明白な矛盾に陥ることになる。説明義務違反があれば、説明が全く不必要だっただろうリスクに関しても、場合によっては責任を負わされるのなら、治療の過誤があった場合に、治療過誤が現実化させ得るリスクに関して責任を負わないというのは、理解しかねる話であろう。契約で特別な義務を引き受けた者は、義務違反があれば、通常は特別なリスクを負担することになる。つまり、医師が説明義務に違反した場合には、連邦通常裁判所は以上の理を深刻に受け止めているのである。反対に、医療水準に違反したケースでは、説明義務違反と比較可能なのは、「重大な」違反であり、しかも、衡平による証明責任の転換という「回り道」を経由することになる。

以上の考え方に医事法の専門家は反対であり、そのようなリスクの帰責が行われれば、治療に過誤があっただけで、医師は自分の治療の結果責任を取らされてしまうと批判している。医師は治療結果の責任を負うべきものではなく、医療契約は雇用契約であって請負契約ではないというのである。しかし、このような批判は真実に合致しない。以上の私の提案でも、医師が過誤のない医療水準に合致した治療を行った場合は、医師は治療の結果責任を問われることはない。治療行為に過誤があって損害が発生した場合は、これとは話が違う。医師が医療水準に合致した治療を行っていれば、

医師はリスクを犯してはおらず、反対に、合致しない治療を行えば、リスクを引き受けたことになる。以上のようなリスクを選択したがゆえに責任を負わされる場合は、その理由は、治療効果が上がらなかったからではなく、危険の回避を有責に怠ったからである。

一一．以上で紹介したドイツでの損害賠償法の議論の例は、損害賠償法の問題が激しく争われていることの証左である。不法行為法の分野は、法倫理的にも法理論的にも活発な動きの中にある。数年前に、私自身も「現在の損害賠償法を研究すれば、どの理論も実務も等しく、混沌とまでは言わずとも、見通しのきかない状況に、誰でも苦情を言いたくなる。そこに見て取れるのは、その基礎となり方向づけを与える原則を、損害賠償法が説得的に析出できず、法規定が用意しているわずかなルールを前に必要とされる思考図式や理解の道具を、学問と実務に与えていないということである」と確認せざるを得なかった。ごく最近、シュレヒトリームも短いが含蓄のある言葉で、「損害とは何かは、誰でも知っているが、間違いなく法律家だけは分かっていない」と定式化している。本講演での話が、若干でもその混沌を整理し、法律家の正義感を通常人のそれに若干でも接近させる効用を果たすかも知れないと期待している。

【訳者注】

（1）要するに、ドイツ民法二五三条二項の改正と、旧八四七条が削除されたことである。以下に、旧規定と新規定を対照しておく。

二五三条（旧）　財産的でない損害については、法律により定められた場合に限り、金銭による賠償を請求することができる。（椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』［今西康人］（三省堂・一九八八年）による）

二五三条（新）　（一）従前の二五三条と同じ。
（二）身体、健康、自由、又は、性的自己決定の侵害による損害賠償が必要とされるときは、非財産的損害の場合も、適切な金銭賠償が請求できる。
八四七条（旧）　（一）身体又は健康の侵害並びに自由を剥奪した場合においては、被害者は、財産的損害でない損害についても金銭による衡平な賠償を請求できる。
（二）女子に対し風俗に反する重罪若しくは軽罪を犯し、又は偽計、強迫若しくは従属関係を濫用して婚姻外の関係を承諾させたときは、女子は、同一の請求権を有する。（椿寿夫・右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為』〔青野博之〕（三省堂・一九九〇年）による）

（2）以上のドイツの不法行為法の改正に関しては、仮屋篤子「ドイツにおける慰謝料請求権―第二損害賠償法改正法の解説―」関東学院法学一二巻三号（二〇〇三年）七九頁以下、小野秀誠、武井亜矢子「非財産的・人格的損害と損害賠償～ドイツ民法典二五三条の改正」国際商事法務三四巻六号（二〇〇六年）七六五頁以下、特に、七六八頁以下を参照されたい。

（3）ドイツでの人格権侵害と懲罰的損害賠償の問題に関しては、窪田充見「ドイツ法における人格権侵害を理由とする損害賠償請求権の役割―BGHのカロリーヌ・モナコ王女事件をめぐる状況」ジュリ一一九九号三三二頁以下を参照されたい。

（4）Gerhard Wagner, Neue Perspektiven im Schadenersatzrecht-Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden (Gutachten) ; in Verhandlungen des sechsundsechzigsten deutschen Juristentages, Beck, 2006, A1ff.

以上の鑑定意見（ゲルハルト・ヴァグナー「損害賠償法の新たな展望―商業化、懲罰的損害賠償、集団損害」）の全てをここで紹介することはできないが、その一端を示すために、ヴァグナーが鑑定意見の末尾に提示したテーゼを訳出しておく(A132-A135)。

一．ドイツの損害賠償法は、今日、ヨーロッパ全体との比較、国際競争、経済分析による検証に直面している。以上の要請に正面から向き合うべきであり、伝統的な立場に立てこもってはならない。

二．理念化された利得禁止原則の下で、損害賠償法を填補原則に制限する考え方は、相対化が必要である。予防の要請による行為の統制は、副次的効果ではなく、填補原則と同等の損害賠償法の中心的課題である。

三．民法二四九条二項一文によって、被害者が精神的損害を原状回復の方法で財産的損害に転換する権利を持っていると

きは、費用のかさむ原状回復をあきらめる誘引が与えられるべきである（「節約割増金」）。以上の目的のために、不利益が金銭的か非金銭的なものかにかかわらず、原状回復の断念による不利益が、金銭支払によって賠償されるべきである。

四．それに応じた財貨とサービスに支払われるべき市場価格で、享楽の要求を換算することは推奨できない。そうではなく、失われた人生の喜びは、民法二五三条二項の枠内で賠償されるべきである。

五．金銭により保護される領域、これまでは、例えば、一般人格権の保護のような、非財産的な法的地位の承認は、このような保護の対象となった財産の事実上の商業化を、適切に考慮したものである。但し、人格権の金銭化は、その財貨の処分が本来禁じられている局面で、超えがたい限界に突き当たる。したがって、身体又は分離された身体に存続する人格権の金銭的保護を、承認することはできない。

六．人間の労働能力は、商業的価値を有する。しかし、そうであっても、就業損害の計算は、具体的に行われる必要がある。継続的な障害を被った場合に、就業損害に続く「心理的損害」は、非財産的な性質を持っており、民法二五三条二項の枠内で填補が与えられるべきである。継続的な障害に対する賠償額の決定に際しては、裁判所は年齢も考慮すべきである。つまり、被害者の年齢が若ければ若いだけ、賠償額は高額となる。

七．契約責任の保護範囲は、非財産的な給付利益にも拡張されるべきである。

八．それに相応しい事案類型では、損害賠償の範囲をオールオアナッシング原則に厳格に縛り付ける規定は、期待値による損害計算に譲歩すべきである。その例が、重度被害者の就業損害や差別の犠牲者の財産的損害である。

九．治療機会は財産的損害ではない。但し、因果関係の証明の困難を重大な治療過誤があった場合に証明責任の転換によって克服する、現行の医療責任法は、やはり満足のいくものではない。軽度の治療過誤でも利用可能ではあるが、事故惹起の原因の割合的な蓋然性に賠償額を制限する、割合的責任を優先すべきである。

一〇．私損害賠償法での生命の評価は、将来も考えるべきではなかろう。遺族への精神的損害賠償の支払いは、第一義的には新たな人生の出発への援助であり、現在のヨーロッパの水準にも合致している。近親慰謝料を導入する緊急の要請は存在しない。

一一．精神的利益を損害賠償法から排除する理由はほとんど失われている。とはいっても、損害の種類を問わず賠償可能

とする損害賠償法の一般条項は、すべての課題を裁判所に任せることであり、したがって、拒絶されるべきである。精神的損害を損害賠償法の保護範囲に取り込みうる、中間的な射程を持った構成要件が優先されてしかるべきである。

一二．罪と犯された不法に対する報復という狭義の刑罰目的は、私法には無縁であり、かつ、将来もそうであるべきである。但し、予防を目的とする行為の統制は、損害賠償法の古くからの課題である。行為の統制は、刑法、行政法に委ねられるものではない。以上の三つの部分的な法秩序は、行為の統制のために協働すべきである。

一三．全ての不利益の完全な補償の要請と理解される填補原則に則して損害賠償法を方向づけることは、通常のケースでは妥当な予防の要請にこたえている。填補を目的とする損害賠償法に、それ以上のものを付加することは、加害者の過剰な予防措置を促し、その結果、僅少な資源を浪費させることになり、非生産的である。

一四．利益を追求する故意の不法行為を禁圧するためには、加害者の上げた利益を剥奪すべきである。以上の要請は、財産権の侵害にも精神的な財貨の侵害に関しても等しく当てはまる。以上に応える構成要件（規定）が、民法二四九条以下に追加されるべきである。

一五．現実に成立した賠償請求権が行使されないのでは、損害賠償法は空虚となってしまう。損害賠償法上の注意義務を払うインセンティブは、それでは失われてしまうから、賠償額の二倍化または多重化によって障害が除かれるべきである。製造物責任、環境責任、および、消費者保護の分野での大規模損害と拡散損害では、賠償額の多重化原則は機能不全に陥るから、集団訴訟、団体訴訟に問題解決を任せるべきである。

一六．権利実現の体系的欠陥が予想される特別な分野では、予防の利益のために特別法で賠償額の二倍化または多重化を規定することが、立法者の課題である。なかんずく、無体財産権とカルテル法の分野には、以上の要請が存在する。

一七．それを個人で追行するのは被害者にとって計算にあわない小額訴訟の分野での拡散損害の決算の妥当な道具立ては、現行の不正競争防止法一〇条のような団体訴訟である。この考え方は消費者の全ての拡散損害で一般化されるべきである。

一八．不正競争防止法一〇条と異なり、過失不法行為にも団体訴訟は拡大されるべきである。但し、損害賠償の内容は、損害の賠償であり、利益の剥奪ではない。利益の剥奪は、故意に利益を追求した不法行為にだけ適している（テーゼ一四）。加えて、勝訴した団体には、勝訴額の多くの部分が委ねられるべきである。それにより、根拠があるように見え

る請求権を訴訟で追行するインセンティブが与えられる。以上の代償として、消費者団体への国家援助は後退することになる。

一九．大量損害では、多くの被害者が同様の形式で、しかし、それぞれ異なった程度で被害を受けている。司法を超過加重から保護し、効率的な権利救済を実現するためには、大量に提起された損害賠償請求を訴訟上ひとつにまとめる必要がある。株主代表訴訟法の採用する模範訴訟に比べて、集団訴訟は十分に考慮されたルールの出発点を示している。集団訴訟の方向で、株主代表訴訟は発展させられるべきであり、全ての大量損害で一般化されるべきである。

二〇．環境損害の金銭化による共同体の損害に対する環境責任の発展は、首尾一貫性があり、かつ、予防の有効性からは望ましいものである。ただし、これはヨーロッパ連合の立法者の課題である。

（5）以下のドイツでの損害賠償法に関する問題については、山本豊「西ドイツにおける損害（概念）論の動向」『西ドイツ債務法改正鑑定権の研究』（日本評論社・一九八八年）二五一頁以下を参照。さらに、損害賠償と制裁の関係については、窪田充見「不法行為と制裁」『民法学の課題と展望（石田喜久夫先生古稀記念）』（成文堂・二〇〇〇年）六六七頁以下を参照。

（6）民事訴訟法二八七条　（一）損害の発生、損害額、賠償されるべき利益の額に関して、当事者間で争いがあるときは、裁判所は全ての事情を考慮して自由心証によって決定を下す。証拠の採用の申立または職権で、専門家に鑑定を指示するのか、どの範囲で指示するのかは、裁判所の裁量にゆだねられる。裁判所は、証明を行う者に対して損害と利益について尋問することができる。四五二条一項一文、二項ないし四項が準用される。

（二）前項一文、二文は、財産権に関する訴訟では、当事者間で債権額が争われており、かつ、以上を決定する事情の完全な解明が、債権の争われている部分の意味とは無関係な困難と結びついているときは、それ以外の事例にも準用される。

（7）シーマン教授の指摘するように、ヴァグナーは割合的責任を提案するに際して、ヨーロッパ不法行為法原則の同様の提案をも参照している。前掲注（4）Wagner, aaO., A60f. Anm. 290 (Principles of European Tort Law Art. 3：106) を参照。ただし、現時点の、かつ、最終改訂版では、同条は削除されている。ペーター・シュレヒトリーム編『ヨーロッパ債務法の変遷』（日本評論社・二〇〇七年）三〇九頁以下の、「四　ヨーロッパ不法行為法原則　他人に引き起こされた損害から生じる非契約上の責任」（二〇〇六年一一月）（最終改訂版）［平田吉信訳］を参照。

【主な質疑応答の要約】

（質問） アメリカ式の懲罰的損害賠償と本日の講演で言及されたドイツの予防的な効果を伴った損害賠償とは、截然と区別できるものでしょうか。例えば、ドイツでも人格的な利益の侵害では、満足的機能を認めていますが、これは懲罰的な損害賠償、あるいは、その嚆矢であるとは評価できないのでしょうか。特に、損害賠償額が高額化すればするほど、そう評価することが可能とはいえないのでしょうか。

（答え） ドイツでも既に五〇年前から連邦通常裁判所は、慰謝料請求の満足的機能を認め、満足的機能（Genugtuungsfunktion）を強調していることはその通りです。もっとも、当時の裁判官が、満足的機能という言葉で実際に何を考えていたのかは正確には分かりません。ただし、それは懲罰的意味ではなく、理想的な損害賠償、又は、付加的な補償と考えるべきでしょう。やはり慰謝料は結局は計算不可能であり、かつ、損害賠償において付加的な機能を果たすに止まります。ただし、裁判官は、被害者の感情を真面目に受け止めたということです。そうはいっても、これは被害者の感情に注目したのであって、加害者の行為に注目して懲罰を認めたものではない。やはり、損害の填補であり、損害賠償の填補機能（Ausgleichsfunktion）の一環だといえます。

他方で、一般人格権の侵害、例えば、モナコのカロリーネ事件では、裁判所は満足的機能と予防的機能を正面から認めました。かつ、被害者の慰謝ではなく、加害者たる出版社の苦痛を目的とする賠償が与えられると、裁判長は明言しています。以上を懲罰、又は、最低限度で予防的効果を認めたものといえないことはありません。しかし、ここで問題となっているのは、利益をあげるために、故意に、あえて他人の人格権を利用した恥知らずな出版社の行為です。かつ、そこでも注目されているのは、出版社の利益です。このようなことを、出版社はしてはならないという社会的な要請で

す。しかも、他人の権利領域への故意の侵害には、ドイツでは準事務管理という法制度が用意されています。要するに、これは他人の権利の勝手な行使の結果の除去で、損害賠償が問題となっているケースではなかったはずです。

さらに、損害賠償法を改正した二〇〇二年の立法者は、一般人格権の侵害に対する金銭賠償の特別な規定はおきませんでした。かつ、慰謝料、精神的損害の賠償に関する規定を類推してはいけないというルールは保持されています。さらに、仮に、以上のような判例が発展しても、そこで問題にされているのは、被害者の損害ではなく、加害者の利益の剥奪です。つまり、損害賠償法に懲罰の要素が持ち込まれたことにはなりません。

（質問） 特に、名誉毀損に対する慰謝料などでは、賠償額が増えれば結果的に予防効果、懲罰的要素は強化されると思うのですが、日本でも損害賠償のそういう機能を強調する者はあまりおりません。フランスでも、大体は同じだと考えます。英米法と大陸法の違いは、双方での民事と刑事の分化の程度にも関係していると考えられるのでしょうか。

（答え） これは歴史的認識に関する質問で、完全な答えが可能かどうかは分かりませんが、お答え致します。一九世紀にドイツの民主主義の希求の下で、哲学、法律学は法治国家（Rechtsstaat）を追求しました。その際に、あるべき民主主義国家での法治主義は、刑罰は国家、損害賠償法は社会という民刑事責任の分化であると考えられました。つまり、私人の争う世界には国家は介入しないという、国家と社会の分離です。もっとも、一九世紀にはブッセ（「贖罪金」Buße）という刑罰と損害賠償の要素を兼ね備えた法制度が存在しました。ところが、ドイツで刑法典が施行されたとき、一八七〇年代の始めに有名な法理論家であるヴェヒター（Karl Georg Wächter）というライプツィッヒ大学の教授が、ちなみにヴェヒターは（民法典の父である）ヴィントシャイト（Windscheid）の先任者に当たる人物ですが、論文を書いて、これが決定的影響力を持ちました。それ以後は、ドイツでは民刑事責任の分離は定着しました。ところが、アメリカ社

会のメンタリティはだいぶ違っていると思われます。例えば、裁判所の構成でも、陪審員（Jury）は民事刑事の両方に関与します。さらに、ロー・スクールの先生が、刑事法と民事の不法行為法の両方を担当できる可能性もあります。

（質問）ドイツの不法行為法の要件は、故意・過失から始まって、最後に損害の発生があり、両者をつなぐのが因果関係だと思うのですが、先生が講演で何度か言及された「リスク（Risiko）」はどの部分に入っているのかをお教え願いたい。

（答え）確かに、一般条項である八二三条はもとより、それ以下の不法行為の条文でも、リスクについては規定していません。つまり、立法も法理論も、リスクを正面から問題にしてはいませんでした。リスクは危険責任という特別法の領域で問題とされてきました。しかし、本当にそうなのか。実は判例もリスク、および、リスクの政策と十分にかかわってきていたのではないでしょうか。現在では、損害の発生と加害者の関係は、もはや手にとって確認できる、可視的な因果関係ではなく、より強く、帰責の根拠としての義務違反に依存しているのです。その例が、社会生活上の義務（Verkehrspflicht）への違反です。つまり、加害行為と結果の因果的な結合、「あれなければ、これなし（conditio sine qua non）」ではなく、危険の回避と関係しています。もちろん、二当事者間の単純な不法行為では、リスクの上昇を考える必要がない点は現在でも変わりません。しかし、例えば、共同不法行為では、加害者不明の場合でも、損害賠償義務が肯定されます。この場合に、被害者がリスクを負担すべき人間ではないことは明らかです。他方で、加害者はいずれにせよリスクを増大させた人間です。伝統的に認められたリスクの上昇による責任として、（他人の物を侵奪し返還義務を負う者は、偶然の滅失などの責任を負うと規定した）八四八条をあげることもできます。要するに、因果関係の短縮がリスクの問題と考えることも可能なのです。

（質問） ドイツの判例では、原則的に被害者の素因は損害賠償額の算定に考慮されないことになっていますね。かつ、この態度は、責任保険の存在と関係するのでしょうか。

（答え） 両者の関係は、実は不明です。但し、交通事故などで素因を考慮しない理由は、責任保険が背後に控えているからだというのは間違いないでしょう。さらに、損害賠償請求を管轄する連邦通常裁判所民事七部は、保険があるから被害者の素因を考慮しないと明言もしています。ところが、素因を考慮しないという考え方は、実に古くからライヒ裁判所が、一八一八年に判示しています。他方で、ドイツで責任保険が本格的に普及し始めたのは、一八七一年のライヒ責任保険法からです。その意味では、両者が相関的であるということはできません。かつ、現在のところ、素因に関する新しい議論が発展しているとはいえない状況です。

※ゴットフリート・シーマン教授（Prof. Dr. Gottfried Schiemann）は、日本の成年後見学界の招待を受け、東京で講演の後、新井誠教授の紹介で札幌に立ち寄られ、昨年（二〇〇六年）一二月九日に北海道大学法学部（民事法研究会）で本講演を行った。本講演は、そのタイトルどおり、最近のドイツでの損害賠償法に関する議論がほぼ網羅的に言及されており、きわめて興味深いものといえる。本来は、講演に注を付して公刊すべきとも考えたが。個々の問題の調査には、シーマン教授は損害賠償法を研究の中心としており、Hermann Lange / Gottfried Schiemann, Schadensersatz (Handbuch des Schuldrechts, Bd. 1), 3. Aufl., Mohr, 2003 という大著もあり、引証・典拠に関しては、それに譲ることも可能と考えた。そこで、訳者が若干の参考資料を補充し、かつ、討論の要点を記すこととした。

なお、日本語に翻訳されている限りでは、シーマン教授の講演「現代ドイツの損害賠償法における法政策と法解釈学」（訳：高嶋英弘）川角由和他編『ヨーロッパ私法の動向と課題』三四三頁以下、及び、三六三頁以下の、ペーター・シュ

レヒトリーム「ヨーロッパにおける損害賠償と損害概念」（訳：若林三奈）（本講演の末尾のシュレヒトリームの引証も、その冒頭に発見できる）は、本講演と併せて参照すると問題の理解に資すると考える。