HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	損害賠償法における素因の位置（二）
Author(s)	永下, 泰之; Nagashita, Yasuyuki
Citation	北大法学論集, 62(5), 35-89
Issue Date	2012-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/48234
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR62-5_002.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

損害賠償法における素因の位置（二）

永下泰之

目次

序章　素因減責論の課題
第一節　問題の所在
第二節　外国法との比較

第三節　本稿の目的・構成
第一章　わが国の判例・学説の到達点
第一節　はじめに
第二節　被害者の素因の類型とその意義
第三節　判例の状況
第四節　学説の状況
第五節　小括
第二章　ドイツ法における素因不考慮命題の意義
第一節　序
第一款　はじめに
第二款　ドイツ法における素因不考慮命題の再検討の必要性
第二節　素因不考慮命題の形成過程
第一款　ＲＧ一九三七年四月二六日判決
第二款　ＲＧ一九三七年四月二六日判決の背景
第三節　被害者の素因の取り扱いに関する判例・学説の展開
第一款　素因に関する裁判例の展開
第二款　素因不考慮命題の限界―帰責性の否定
第三款　学説による素因不考慮命題の評価
第四款　小括
第三章　被害者の特別な精神的脆弱性
第四章　ドイツ法における素因の考慮場面
第五章　素因減責論再考

（以上、六二巻四号）

（以上、本号）

第二章　ドイツ法における素因不考慮命題の意義

第一節　序

第一款　はじめに

ドイツ法では、損害の発生または拡大に共働する素因に関して、身体的素因であれ、精神的素因であれ、原則として加害者の免責を否定していることは、すでに多くの先行業績が指摘するところであり、周知のことである。[1] これは、ライヒ最高裁判所（以下、「RG」とする。）により「虚弱な者に対して加害をなした者は、健康な者に加害をなした場合と同様に扱われることを主張し得ない」[2]という命題（以下、素因不考慮命題とする。）として表され、連邦通常裁判所（以下、「BGH」とする。）により現在に至るまで変更されることなく引き継がれている。学説においても、この素因不考慮命題は、ほとんど異論の余地がないほどに支配的な見解となっている。

もっとも、素因不考慮命題自体がある種の法政策的判断を表したものであると考えられるところ、[3] 法律構成のレベルでは見解の相違が見られる。また、同命題に一定の理解を示しつつも、加害者の減免責を認めるべきであるとする見解も散見されるところである。[4] 立法論としても、一九四〇年のドイツ法アカデミーの損害賠償法改正草案、一九六〇年の第四三回ドイツ法曹大会、一九六七年の参事官草案等において、被害者の素因は、損害賠償の軽減事由として位置づけられていたこともあるなど、[5] 被害者の素因の取り扱いについては、なお異論の余地はあるのである。

このようにドイツ法では、一見すると矛盾するような議論が存在するのだが、被害者の素因を理由とする減免責を否

定する判例・学説は、その結論を現行法の解釈としてやむをえず承認しているというよりは、むしろ積極的にこれを支持する態度をとっている。[6] これは、わが国の状況と比較して、極めて対照的であるように見える。[7] わが国の学説においても素因不考慮命題の有する価値判断は有力に支持されている[8]にもかかわらず、わが国の実務においてはほとんど顧みられることがない。「あるがまま判決」[9]が否定され、その後同様の裁判例が出てこないことが、その証左であろう。

第二款　ドイツ法における素因不考慮命題の再検討の必要性

本稿は、ドイツ法における素因不考慮命題を比較の対象として考察を試みるものであるが、同命題については先行業績があることから、本稿において同命題を再検討する必要性をここで若干敷衍しておきたい。

わが国における素因の取り扱いに関して振り返ってみると、素因減責論で問題とされているのは、加害者と被害者との間のリスク配分のあり方である。すなわち、被害者の素因というリスクは、加害者が負担すべきであるのか、被害者自身が負担すべきなのか、あるいは両者で按分すべきであるかが問われているのである。その際、被害者の素因というリスクの割り当ては、基本的には二段階で判断される。[10] 第一段階は、被害者の素因が競合したことで因果関係は中断されるか否か、つまり加害者は免責されるか否か、についての判断である。ここで、因果関係は中断されず、加害者は免責されないとしても、第二段階として、加害者は素因というリスクによって発生・拡大した損害の全てに対しても責任を負うか否か、つまり加害者の減責の可否及び程度についてが判断されることとなる。

しかしながら、わが国では、もはや、素因の競合によって因果関係が中断されるか否かというレベルで問題は設定されていない。わが国の素因減責論は、素因により発生・拡大した部分の損害について、加害者への帰責を肯定した上で、

賠償範囲ないし賠償額算定において、素因の寄与した部分について減責ないし減額を図ることに議論の焦点がある。以上の日本法の状況に対して、本稿で考察するドイツ法における素因不考慮命題に関しては、まさに、素因が競合したことによって加害者は免責されるか否かという点、つまり、素因の寄与した部分についての加害者への帰責を肯定し得るかが問われているのである。このように見ると、素因不考慮命題に関する議論そのものは、わが国の議論に対する直接の応答とはなっていないように思われる。

そうすると、ドイツ法における素因不考慮命題は、帰責後の素因のリスク分配という意味においても、素因を不考慮とするという射程をも有しているのであろうか、という疑問が生じよう。すなわち、同命題は、素因による部分の損害を加害者へ帰責するだけでなく、当該部分について賠償範囲の縮減ないし賠償額の減額を否定しうる法命題として解されるのかが問われなければならない。そうであるならば、素因不考慮命題について、再度検討する必要があろう。そこで、本稿は、素因不考慮命題につき、その意義及び射程を正確に把握することを目的とし、ドイツ法における素因に関する判例・学説の見解を考察し、日本法への手がかりとしたい。

なお、ドイツ法でも、日本法と同様に、「素因」に関してなんらかの定義があるわけではない。「素質」や「体質」、「傾向」を意味する“Anlage”、“Veranlagung”又は“Disposition”、あるいは、「脆弱性」を意味する“Anfälligkeit”などの用語が用いられることが多い。素因という意味をより明確にする際には、“Krankenheitsanlage（病的素因）”、“Schadensanlage（損害素因）”または“Schadensgeneigtheit（損害傾向）”など、病気・損害に対する脆弱性であることを明示する表現が用いられることも多い。このようにドイツ法では、多様な表現がされることから、本稿では適宜原語を補足する。

第二節　素因不考慮命題の形成過程

第一款　ＲＧ一九三七年四月二六日判決

ドイツ法では、損害の発生の際、加害行為と共に別原因が共働した場合であっても、原則としては、加害者の責任は別原因の共働によって免責されるものではない、とされている。なぜなら、ある事柄がたった一つの原因に起因するということはほとんどないからである。[11] また、民法は、社会福祉法とは異なり「不可欠の条件」に限定することはないので、[12] 別原因がよほど異常な事態でない限り、加害者の責任は原則として広く認められている。

そして、このことは、別原因が被害者自身の領域（Bereich）に由来する場合であっても同様であるとするのが通説的見解である。[13] 被害者自身の領域に属する別原因としては、第一に被害者の「共働過責（Mitverschulden）」が想起されるが、共働過責はドイツ民法典（以下、「ＢＧＢ」とする。）二五四条[14] により規律される。この共働過責以外に被害者自身の領域に属する別原因として問題となるのが、被害者が不法行為時以前から抱える体質的または精神的脆弱性といった素因（Schadensanlage）である。素因は、それ自体としては「行為」を伴わないため、ＢＧＢ二五四条による規律対象とはなり得ず、[15] 責任設定的因果関係（Haftungsbegründendezusammenhang）または責任充足的因果関係（Haftungsausfüllendezusammenhang）において問題となる。この場合、素因が共働したことで責任要件が充足されないとして、加害者の責任を免除するか、あるいは、部分的に免責するという手法がありうるが、ドイツ法においては、被害者の素因が共働した場合であっても原則として加害者の減免責を拒否している。【D-1】ＲＧ一九三七年四月二六日判決は、このことを端的に表明したものである。

一　ＲＧ一九三七年四月二六日判決の事案と判旨

【D-1】ＲＧ一九三七年四月二六日判決（RGZ 155, 37）は、詳細な事実関係は明らかではないが、判決文よると、一九三一年六月一二日にＹの運転する自動車に轢かれたＸが、Ｙに対して、治療費及び逸失利益の賠償を請求したという事案である。本件控訴審の事実認定によると、本件事故によりＸに神経障害が生じたことが認められている。この神経障害の発症に関して、Ｘは、本件事故当時、双子を妊娠していたこと、Ｘには本件事故以前から神経質的素質があったこと、Ｘの神経質的素質とＸの欲望観念（Begehrensvorstellung）がこの神経障害に対して共働したことが認められている。この点に関して、控訴審で尋問された鑑定人は、次のように述べ、事故と損害との間の原因関係を認めている。すなわち、事故によって精神的かつ身体的に弱った婦人が双子を妊娠している状況になったことから特別な負担を感じてしまうという可能性はしばしばあることである。か弱い体質（Konstitution）を有する婦人が妊娠していなかったとすると、その場合にはすべての事故の結果は緩和されていた蓋然性はある。しかし、本件では、婦人は双子を妊娠していたので、本件の状態となったのである、と。控訴審は、この鑑定人の見解を受け、次のように述べ、加害行為とＸの状態との原因関係を肯定した。すなわち、事故とＸの状態とは関係がある。たしかにＸが妊娠しているという状況は、Ｘの健康状態に影響を及ぼしたが、しかし、今日のＸの状態は事故がなければ生じなかったであろう。事故とＸの状態との原因関係は、Ｘが妊娠していたという事情では中断されない。Ｘの状態は、事故により惹起されたのである、と。しかしながら、控訴審は、原因関係を認める一方で、神経障害の根底にあるＸの特別な精神的性質に対して事故には責任を負わせられないとして、神経障害の治療費の一部しか賠償責任を認めなかった。

この控訴審の判断に対して、ＲＧは、全損害に対するＹの賠償責任を認めた。

「この見解は法の錯誤に基づく。健康面で衰えた（geschwächten）者が事故に遭い、その者の健康状態が故にこそ、事故の結果が強いものとなり、今では被害者の労働能力が侵害されたという場合には、法的意味でこの侵害は全範囲に

おいて事故の結果である。換言すると、虚弱な者に対して加害をなした者は、健康な者に加害をなした場合と同様に扱われることを主張し得ない[16]」。

二　RG一九三七年四月二六日判決の意義

本件は、交通事故後、Xが身体的損傷のみならず、神経障害を発症し、その神経障害のために労働能力が制限されたことにつき、Yの加害行為との原因関係の有無が問題となった事案である。本件Xは事故当時双子を妊娠していたという事情に加え、もともと精神的に脆弱でもあったという、X固有の特殊な事情の評価が問題の核心である。

本件では、Xは神経障害を発症し労働能力も制限されたのであるが、Xがそのような状況に陥ったのは、Xが事故以前から特殊な事情を有していたためである。それゆえ、加害行為とXの神経障害発症及び労働不能という損害との原因関係が問題とされたのである。この場合、原因関係については、二通りの評価が可能である。一つは、通常の経過によればXの特殊事情がなければ損害として顕在化しなかったのであるから、原因関係は存在しないとする評価であり、今一つは、Yはまさに特殊事情を抱えたXを侵害したのであるから、そこから生じた結果はYの加害行為の結果なのであり、原因関係は存在するとする評価である。換言するならば、加害行為の対象者を評価するに当たり、特殊事情のない標準的な健康人を基準とするか、あるいは、特殊事情を抱えた者そのものを基準とするかについて評価が別れうるところであった。RGは、本判決において、後者の評価が法的に正当であるとして、加害行為と損害との間の原因関係を肯定したのである。

本判決は、加害者は、被害者が病気または病的素因ないし異常のために特別に脆弱であったであろうという理由から、損害が生じた又はさらに拡大したと主張することでは免責されない[17]、ということを宣言したものである。被害者につき、

健康な者とそうでない者（素因を有する者）との比較を積極的に否定するものと解される。しかも、RGが強調するのは、法的意味において全範囲が損害であるということである。すなわち、責任設定的因果関係のみならず、責任充足的因果関係についての考慮であるということが明らかである。

しかしながら、本判決が述べる命題は、かなり抽象的な表現であり、いかなる射程を有するのか不明確なところも多い。そこで以下では、まず本件以前の裁判例を考察し、本判決の述べた命題が出された経緯を考察する。

第二款　RG一九三七年四月二六日判決の背景

一　原因関係肯定例

裁判例においては、【D-1】RG一九三七年四月二六日判決が出される以前から、被害者の素因を理由として原因関係は中断されないとする立場がとられていた。そこでは、被害者の素因と損害との関係について、因果関係の観点から説明し、そこから直接に結論を導いている。つまり、加害行為と素因とを共働原因とみなし、素因が関与したことにより、加害行為と損害との因果関係が中断されるか否か、という判断を行っている。例えば、以下のような事例が挙げられる。

（一）【D-2】RG一八八一年一一月一六日判決（RGZ 6, 1）は、Yの工場に勤務していたXが、一八八〇年三月二一日、転落事故により鼠径ヘルニアを発症し、重労働ができなくなったため、Yに対し損害賠償を請求した事案である。本件第一審、控訴審ともにXの請求を棄却。控訴審では、Xの鼠径ヘルニアと転落事故との間には因果関係が存在しないとして棄却されたのであるが、それは次のような医師の証言に基づく。すなわち、Xは一八八〇年三月三一日に診察を受け、そこで鼠径ヘルニアを発症していることが判明した。Xは転落のために発症したのだと述べたが、証人は、そうと

は考えず、むしろ、転落事故は鼠径ヘルニアに影響しなかったと確信した。ヘルニアが、外傷のため、とりわけたった一度の傷害によって生じるということは、一般的に見て極めて稀であって、むしろヘルニアは次第に生じていくものである。Xが転落以前は完全に健康であった、つまりヘルニアになりやすい素質（Anlage）又は素因（Disposition）がなかったのであれば、または転落が原因（Verursachung）でヘルニアが生じたものと推測されるならば、転落により生じた傷害は非常に重大なものであったといわなければならないが、三一日の診察ではそれは認められていない。むしろ、ヘルニアになりやすい素因、つまり腹壁の筋肉の隙間が既に以前から存在していたと推測される場合には、ヘルニアの発症は転落が誘因（Veranlassung）となって発生したものと考えられる。しかし、証人は、そのことも蓋然性があると評価することはできないとする。なぜなら、三一日の診察の際、ヘルニアの開口部は既に非常に大きくなっていたからである。これに対してXが上告。上告破棄差戻し。

本判決において、RGは、鑑定書の見解は法的には意味がないとして、次のように述べ原因関係を肯定した。

「……鑑定では、鼠径ヘルニアの原因（Verursachung）とその誘因（Veranlassung）が区別されている。Xはそれ以前は全く健康であった、つまりヘルニアになりやすい素質又は素因を有していなかったのであれば、ヘルニアは転落が原因となり発生したものというべきである。鑑定と（控訴審の）判断は—後者は前者に従う—このことをありえないものと見なした。反対に、ヘルニアになりやすい素因、つまり腹壁の筋肉の隙間がすでに以前から存在していたのであれば、ヘルニアは転落が誘因となり発生したものと言うべきであるとする」、「しかし、そのような原因と誘因との区別は、YがXに生じた損害に対してそもそも責任を負うか否かという問題に関しては法的に意味がない。なぜならば、その時までヘルニアの発症のないままXがそのような素因を有していたとしても、また、今そのような既存の素因によるヘルニアがXの転落により発生したとしても、YがXの転落を惹起した又はその他にXの結果に対して責任を負わなければ

ならなかったということを前提とすると、Yは鼠径ヘルニアになりやすい体質から鼠径ヘルニアが発生したことにより生じたXの財産状況上の差を賠償しなければならない[18]」。

本件控訴審では、鑑定意見を採用して、原因と誘因とが区別されていた。控訴審によれば、Xが鼠径ヘルニアを発症したのは、X自身の素因（腹壁筋の隙間）が原因なのであり、転落事故はあくまでも鼠径ヘルニア発現の誘因にすぎないため、原因結果の関係が成立しないと評価されている。これに対して、RGは、原因と誘因とを区別することは、加害者が損害の責任を負うかという「帰責」の判断に際しては、法的に意味がないとする。確かに、二つの事実（加害行為と素因）は結果に対する影響力という点では軽重があり、一方は誘因と評価することによって因果関係は中断されると解することもできようが、RGは、むしろこれを積極的に否定したものと解される。RGの意図は、法的評価としては、二つの事実が競合している以上、その影響力の軽重を問わず、競合原因として損害との間の因果関係を認めることが適切だとするところにあろう。その意味において、素因が介在したとしても因果関係は中断されないのである。本判決の述べる、帰責判断に際しての原因と誘引との区別は法的意味を有さないとの評価は、次の裁判例にも見られる。

（二）【D-3】RG一九一〇年五月三日判決（RG JW 1910, 650）は、詳細は不明だが、判決文によれば、事故によりXが鼠径ヘルニアを発症し、そのため労働不能となったとして、Yに対し損害賠償を請求した事案である。RGは、【D-2】RG一八八一年一一月一六日判決[19]を引用し、ある事実状況が生じた損害の唯一の原因である必要はなく、単なる共働原因で十分であることを確認した上で、事故とXのヘルニア発症との関係について、原審が事故はきっかけ（Gelegenheit）にすぎないとするのに対して、次のように述べ、事故とXのヘルニア発症との間の因果関係を認めた。

「事故は、Xの身体的傷害の直接的原因であり、同時に就業不能の直接的原因である。このことは、両者の因果関係の推定に十分である。Xがヘルニアになりやすい素質（Anlage）、いわゆる素因（Disposition）を有していなかった

のであれば、事故のためにヘルニアが生じることはなかった、ということはこの点を変更するものではない。なぜならば、その場合、損害発生はまさに二つの原因によるものであるからである。二つの原因はいずれも共働しているとして考慮に値する。そしてそれにはまさにXの遭遇した事故であったということで十分である。それゆえ、〝きっかけ（Gelegenheit）〟と〝原因（Ursache）〟の区別は、鑑定人及びそれに従う原審の区別とは異なり、本件のような状況では正当化されない[20]」。

本件は、【D-2】RG一八八一年一一月一六日判決と同様に、不法行為により被害者が鼠径ヘルニアを発症した事案である。本件控訴審では、加害行為は「きっかけ」にすぎないと、【D-2】RG一八八一年一一月一六日判決の控訴審の判断と類似の判断をしている。しかしながら、RGは【D-2】RG一八八一年一一月一六日判決を引用し、控訴審の判断を否定する。本件でRGが強調するのは、加害も素因もいずれもが原因であるという点である。本件控訴審は、加害行為を「きっかけ」と評価して、因果関係は中断されているとみなしたのであるが、RGは、二つの事実（加害行為と素因）が競合した結果初めて損害が生じたのであると評価する。すなわち、このような場合に、一方を「原因」、他方を「きっかけ」とみなすことは、法的評価として適当ではないという。したがって、加害行為も素因もともに競合原因と見なされるので、素因がなければ損害が生じることはなかったという仮定的推論は、正当化されないと述べているものと解される。

以上の裁判例からは、損害への因果系列に二つ以上の要素が介在した場合、一方を原因、他方を誘因（又はきっかけ）として区別することが否定されるものと理解することができる。法的評価としては、いずれもが共働「原因」なのであり、素因もまた、同等に扱われる。損害の発生に関して、事実的には素因が主たる影響を有していたとしても、加害行為が素因の発現に関与した以上、加害行為の原因性は失われないのである。

（三）上述の二例によると、損害の発生に被害者の素因が介在したとしても、加害行為の原因性を否定しないことで、加害者の賠償責任を肯定するのであるが、それがただちに加害者の全面的賠償責任を帰結するわけではない。それでは、素因を有する被害者はなぜ保護されうるのだろうか。この問いについては、「被害者」の基準、すなわち、標準的な健康人を基準とするか、あるいは脆弱な者（素因を有する者）その者を基準とするかによって、結論が異なりうる。この点につき、RGは、後者の見解を採ることを明言する。

【D4】RG一九一四年一〇月二七日判決（DJZ 1915, 207）は、いわゆるショック損害の事案である。Xが、コーヒーショップ（Y経営）でアイスを注文したところ、少し食べた後、提供されたアイスの中にガラスの破片を発見した。Xは、アイスを食べた時に少なくとも一片のガラスの破片を飲み込んでしまったと信じ込み、そのことによって重い胃疾患を患い、その疾患が故に労働不能となったとして、Yに対し、損害賠償を請求した。控訴審は、ガラス片がアイスに入っていたことを発見したことを認めたが、Xがガラス片を飲み込んだことは証明されたとはみなさなかった。にもかかわらず、次の理由から相当因果関係を肯定した。すなわち、Xは、神経質でヒステリックな素質を有する者であり、そのような者にガラス片を含んだアイスが提供されたという事情のため、Xは自分がガラス片を飲み込んでしまったと信じ込んだ。このように信じ込むことは、Xの現在の疾患（一般的な神経衰弱、神経性の胃痛を伴う）を一部共働して惹起したのである、と。これに対してYが上告。上告棄却。

Yの上告につき、RGは控訴審と同様に相当因果関係を肯定する。

「……鑑定人の鑑定書によると、……、Xは最初からガラス片を飲み込んでしまった可能性があるため、不安になり興奮したのである。この不安は、Xの神経質な素質に広く影響し、それゆえ同時に—現実には出来事と無関係であるが—、Xは胃疾患を発症し、また、Xは飲み込んだガラス片のせいで胃疾患になったに違いないと信じ込んだ。こうした

信じ込みにより一般的神経衰弱が、神経性の胃痛を伴い共働して惹起されたのである。それによると存在する因果関係は相当でもある。なぜならば、ガラス片を含む食べ物がある者に提供され、それを食べている際にその者がガラス片を口にすることにより、通常の事物の経過によれば、ガラス片を飲み込んでしまったと信じ込んでしまったことにより神経性のショックが発現する可能性があり、また、そう信じ込んでしまったことにより発現した胃痛は一般的に高められ、促進されるからである」、「YがXにガラス片を含んだアイスを提供したという事実は、Xをしてアイスを食べたことによりその健康が損なわれる危険に晒したのである。むろん、Xはガラス片を飲み込んではいないが、しかし、Xはアイスを食べる際、ガラス片を口に入れたのであり、なお別のガラス片をアイス中に発見したのである。このことは、通常の事物の経過によれば、神経質な素質を有する者が、実際にガラス片を飲み込んでしまったと信じ込んでしまい、それゆえに消化器官の神経障害の可能性を高めるのに適当である。これによると、実際に生じた障害は、Xにガラス片を含んだアイスを提供したYの行為と相当因果関係がある」[21]。

本件では、まず、一般論として、ガラス片を飲み込んでしまったと信じ込んでしまった者は、神経性のショックを起こす可能性があり、そこから胃疾患を発症・悪化させる可能性を高めることを認める。そして、この理は、本件Xのような神経質な者についても同様に当てはまることを認めるのである。ここから読み取れるのは、RGは相当因果関係理論の適用の際、素因を有する者、すなわち、健康面で衰えた者についても、「その者」を基準として評価するという姿勢である。換言するならば、健康上劣っている（素因を有する）ことを帰責について消極的要素とは評価しないのである。この段階において、【D-1】RG一九三七年四月二六日判決の素因不考慮命題の萌芽がみられる[22]。

（四）素因を有する者もまた保護の対象となるということは、裏返すと、因果関係の範囲が拡張されるということでもある。この点については、次の事例において言及された違法性関連と素因との関係が参考になろう。

【D-5】RG一九一七年一二月二一日（RGZ 91, 347）は、警察による禁止命令に違反したとして逮捕されたA（Xの配偶者）が、釈放後心臓発作により死亡したという事案である。Aを逮捕した警部は、Aの襟首を掴んで揺さぶり、別の警察官もAの連行の際乱暴に扱った。その際、Aは心臓病のため急いでいけない旨意思表示をしたが、これが無視された。釈放直後、Aは突然の心停止のため倒れこみ、死亡した。死後解剖の結果、Aは心臓胼胝を有していたことが判明した。XがY（市）に対して、職務上の義務違反に基づき、損害賠償を請求した。これに対して、Yは、Xに損害賠償請求権のないことの確認を求める反訴を提起。第一審、控訴審ともYの反訴棄却。Yが上告、上告棄却。

RGは、Yの行為については、逮捕の仕方はもちろんのこと、逮捕自体が違法であるとしてYの職務上の義務違反を認定し、その上で、当該義務違反とAの死亡との間の因果関係につき、次のように判示し肯定した。すなわち、Aが釈放直後に道路上で死亡したことは、突発的で、かつ、精神的興奮による心停止によるものであり、逮捕及びその後の暴行がなければAは死亡しなかったであろうし、死体解剖の所見によっても、心臓胼胝を有していたとしても、なおあと約一〇年は生きられたであろう、と。また、因果関係の問題については、上告の陳述は、逮捕は違法ではなく、かつ、Xは警察官による〝乱暴な〟扱いがなければ死亡しなかったであろうことを立証しなければならなかった、というのであるが、上述の説明によると、すでに逮捕自体が有責な職務上の義務違反を基礎づけるため、死亡が逮捕かあるいはその実行の際の乱暴な仕方のいずれに起因するかは判断にとって取るに足りないものであったので、理由がないとした。また、逮捕の仕方がA死亡の本質的共働原因であったという推定がされている。(23)

過責と素因との関係につき、本判決は、義務違反が認定される限り、因果関係は切断されないとする。なぜならば、逮捕の仕方（襟首をつかみAを揺さぶったこと、乱暴に連行したこと）が、Aの死亡の本質的共働原因だからである。Aは遺体解剖の結果、心臓胼胝という素因を有してはいたものの、あと一〇年は生きられたと推測されるが、逮捕およ

びその後の乱暴な扱いがなければ、Aは興奮しなかったであろうし、そのために死亡することもなかったとされている。つまり、本件では、加害行為が素因の発現（心停止）を惹起したのである。この場合、加害行為の態様を問わず、違法性関連（Rechtswidrigkeitszusammenhang）が認められる限り、加害者はAの素因の発現というリスクを負担しなければならないのである。また、RGでは述べられていないが、Aが素因に関する意思表示をしている点もポイントとなろう。本件Yは、公権力であり、本件加害行為はその行使であったという事情に鑑みると、仮にAの意思表示がなければ、違法性関連が及ぶか否かを検討する必要があったものと解されるからである。

（五）因果関係の範囲といえば、相当因果関係における予見可能性が問題となるが、それでは被害者の素因とそれに対する予見可能性との関係はどのようなものであったのだろうか。被害者の抱える素因は、大抵の場合、加害者には未知の事柄である。それゆえ、素因競合事例では、予見可能性基準の有効性が問題となる。次の事例では、素因に対する予見可能性につき言及がなされている

【D-6】RG一九三五年六月二五日（RGZ 148, 154）は次のような事案である。Xの配偶者A（係争中に死亡）はY（新聞社）の購読者であったが、Yが一九三〇年一二月一二日の朝刊でAの資産状態につき支払困難状態にある旨の報道をしたところ、これは誤報であった。Yの編集部員Cが同名他者と取り違えてしまったのである。そのため、AはY及びB（業務取扱者）に対して抗議し、Yは同日の夕刊で報道を撤回した。その後Aは胆嚢炎を発症し、同月二〇日に胆嚢の摘出手術を受けた。その手術の際、Aは腹膜炎を発症していることが判明した。同月二六日、Aが死亡したため、Xが単独相続人として、Yに対して共同行為者責任に基づく損害賠償を請求した。Xの主張は次のとおりである。すなわち、Aが胆嚢炎を発症し摘出手術を受けたこと及び後に死亡したことは、Yの誤報に起因する。Bは、誤報の当日の夜、Aに対して三度報告を行ったが、そのいずれにもAは憤慨した。そのため、胆嚢炎が発症したのである。Aは当時、胆

嚢炎の兆候はなかった。仮にAが以前から胆石を有していたとしても、Bの報告による憤慨によって胆嚢炎が発症したのである。第一審及び控訴審ともにXの請求を一部認容。Xが上告。破棄差戻し。

RGは、Yの不法行為（誤報）とAの胆嚢炎および死亡との間の因果関係について、大要次のように述べる。すなわち、過責（Verschulden）は、なんらかの損害が発生することに対する予見可能性を要求するが、損害の結果の予見可能性を要求するものではない。後者の予見可能性は、行為者が相当因果関係のない結果を賠償する必要がなく、全く蓋然性のない、通常の事物の経過によると顧慮されえない状況の下でしか生じえないような結果に対しては賠償する必要がないという点で、法的に意義がある。[24] しかし、「そのような相当でない因果関係はここでは受け入れられない。なぜならば、少なくとも、まさにAのような事業者が、名声のある、広く普及した新聞で自らの不利な資産状態について誤って報道されること及びその出版の阻止の試みが失敗したことに関して、非常に興奮してしまい、そのためAが身体的に病気にもなり、かつ、その病気がもとで死亡する、ということはまったく蓋然性がないからである。[25]」としながら、自然的原因関係を肯定し、Yの賠償責任を認める。

本件では、「蓋然性」につき問題が呈される。すなわち、Y－A間においては、Yによる誤報とAの死亡は蓋然性がないとする。誤報→興奮→発病→死亡と因果系列は進行するが、Aの死亡はAの有していた素因（胆石）もまた一因となっているため、予見可能性は、死亡までは及ばないと評価するのである。ゆえに、YBCを共同行為者として、自然的原因関係の観点から誤報と死亡との関係を論ずる。それによると、Aが素因を有していたがゆえに、Bが惹起したAの興奮のいずれが直接の原因となったかは不明であるが、いずれもが損害（死亡）を結果としてもたらすのに適切なのである。共同行為者Cとの因果関係が肯定されるため、Yも責任を負うのであり、素因により発現したリスクも同時にYが負担するとの結論が導かれている。

本件からは、予見可能性基準が、とりわけ素因が介在した場合には、機能不全に陥ることが示唆されよう。

（六）【D-7】ＲＧ一九三六年五月二二日判決（RGZ 151, 279）は、加害行為がなければ損害は生じなかったという点を改めて強調するものである。事案の概要は次のとおりである。Ｙ（ライヒ鉄道会社）の列車に乗車していたＸは、客車の連結が外れた際、客車がガクンと停止したことにより、座席の羽目板に後頭部を酷く打ちつけ、重い脳震盪を起こし、意識を失った。Ｘは今なお後遺症に苦しんでいるとして、Ｙに対し治療費の賠償を請求するとともにその他の損害に対するＹの賠償義務の確認を請求した。ＬＧは、事故の結果は四週間以内に消失し、また、ＸはＹの支払った1,000DMの補償を十分受けているとしてＸの請求を棄却。控訴審は、Ｘの確認請求を認容。Ｙが上告。破棄差戻し。

本件では、控訴審が、「すでに事故以前からＸに神経症的徴候が存在していた可能性があったとしても、事故がこのような状況に少なくとも共働した[26]」として、加害行為と損害との間の因果関係を肯定したことに対して、上告では、Ｘの精神神経症はまさに別原因（神経症的徴候）によって発現したのであり、事故に起因するものではないと主張された。これに対し、ＲＧは次のように述べ、Ｙの主張を認めなかった。

「控訴審は直前に、Ｘは事故によって身体的な衝撃を受けたのみならず、精神的にも衝撃を受けたのであると述べている。最終的に控訴審は、事故がなければ〔現在の〕状況は生じなかったであろうことを認めているのである。かつ、さらに前には明確に、精神神経症も事故の結果とみなされうると述べている。控訴審は後に再び、事故自体がＸの神経症に共働したかあるいはそれを悪化させたと述べ、同様のことを認めているのである[27]」。

本件では、素因の存在の可能性につき、その可能性があったとしても加害行為が共働したことで、因果関係は充足されるとする。ＲＧが重視するのは、加害行為がなければ、Ｘの素因（神経症的徴候）が影響を受けることはなく、損害として顕在化することはなかった、という点である。つまり、素因が存在していたのであれば、加害行為は当該素因に

対して影響を及ぼしたのであるから、加害者はその結果について責任を負うべきなのである。本判決からも、RGは健康な者を基準として帰責の問題を考えているわけではないことが明らかである。

二　原因関係否定例

上述の原因関係が肯定された事例では、加害行為と素因とを共働原因と評価することにより、素因が介在した場合であっても、原因関係は中断されないとされるのであるが、他方で、原因関係を否定した事案では、加害行為の原因性自体が問われている。代表的な例は、次のものである。

【D-8】RG JW 1908, 41（判決年月日不明）は、事案の詳細は明らかではないが、Yの保有する犬が吠えて飛びかかってきたことに驚いたXが、驚きのあまり転倒し、負傷、そのために生業不能となったとして、Yに対しBGB八三三条の動物保有者責任[28]に基づき損害賠償を請求した事案である。

RGは、判例によれば、本件のように、犬が吠えて走ってくるという行為は、他者を危険にさらしており、またその危険にさらされた者は危険に立ち向かうことを試みることによって、損害を被っていると評価される場合があることを認めるが、本件では事情が異なるとして、次のように述べ、Yの責任を否定した。

「……、現在の法律事件において、控訴審裁判官の認定は、犬の行為とXが申し立てた身体傷害との間には法的意味において間接的であるにすぎない原因関係が存在したという推定を排除する。Yの犬は、……おとなしく、危険のない遊びをする傾向のある動物であった。犬は吼えただけであり、吼えながらXの方へと走ってきたのではない。それゆえ、Xは、犬の挙動によって実際の危険に陥ったのではない。このことは、……、Xに対して吠えた場合であっても異ならない。日常的な人生経験によると、むしろ、そのような人に馴れたおとなしい犬が吼えたこともまた、危険のない出来

事であった。しかし、Xの人格において、－客観的に観察すると当該出来事が安全であるにもかかわらず－身体傷害の発生を可能ならしめたXの神経の弱さという異常な条件が存在しうる場合、純粋理論的な見解によると、場合によってはありうる、犬が吼えたこととXの転倒及び例えばその際に被ったXの傷害との間の因果的結合（Kausalverbindung）は、法律適用に対して考慮されない。なぜならば、その因果的結合は、法律の意図する規制（Regelung）の外にあるからである」[29]。

犬が吠えかかってくるという出来事は、場合によっては、他者に損害をもたらすことはありうるのであるが、本件では、そもそも、犬は吠えただけであるとの事実認定である。しかも、当該犬は大人しい犬であったとのことである。このような場合に、犬に吠え掛られたものは、確かに、驚くことはあろうが、転倒し、生業不能に至るほどの出来事ではない。それゆえ、Xの転倒・生業不能は、まさにX自身の精神的脆弱性に原因があるのである。つまり、犬が吠えかかるという出来事は、日常生活においても全く取るに足りない出来事であり、「加害行為」とは評価されないのである。そのような取るに足りない出来事に驚愕するXの精神的脆弱性は異常なものであると評価され、犬が吠えたことの原因性自体が否定される。加害行為が取るに足りないものである場合には、法は保護を予定していないのである。

三　小括

これまで考察してきた裁判例から、【D-1】RG一九三七年四月二六日判決の述べる「虚弱なものに対して加害をなした者は、健康なものに加害をなした場合と同様に扱われることを主張しえない」という命題は、次の意義・射程を有していることが明らかとなる。すなわち、第一に、原因と誘因（きっかけ）との区別は、法的には正当化されず、いずれも共働原因と評価され、因果関係は中断されない。第二に、帰責判断に際しては、「標準的な健康人であったならば、

損害は発生したか」という評価はなしえない。あくまでも、被侵害対象そのものの状態を基準として評価するのである。第三に、加害行為との違法性関連が認められる限り、素因というリスクは加害者が負担することとなる。第四に、素因発現のリスクは、予見可能性がなくとも加害者が負担する。第五に、素因の異常性が高い（加害行為の異常性が低い）場合には、そもそも加害行為の原因性を否定することにより責任要件の充足を否定するのである。

第三節　被害者の素因の取り扱いに関する判例・学説の展開

上述で検討したように、素因不考慮命題の意義は、①原因と誘引との区別の否定、②帰責判断に際し「標準的な健康人」ではなく、被侵害対象そのものを基準とすること、③加害行為と素因発現との違法性関連が問われること、④素因発現のリスクに対する予見可能性を問うことは困難であること、⑤素因の異常性が高い場合、加害行為の原因性が否定されることであった。この準則は、現在まで維持されているが、本節では、【D-1】ＲＧ一九三七年四月二六日判決以降の判例・学説の展開を検討することで、現在における素因不考慮命題の意義を明らかにしたい。以下の裁判例の検討では、いくつかの類型に分類して考察する。

第一款　素因に関する裁判例の展開

一　別原因としての被害者の病的素因

上述で考察してきた裁判例からも明らかなように、素因不考慮命題の述べる「虚弱な者」とは、第一に、不法行為時

以前からなんらかの疾患を抱えていた被害者が想定されている。つまり、疾患を抱えている被害者に対して加害行為を行った結果、当該疾患が顕在化し、損害となった場合、加害者は当該素因の顕在化のリスクを負担すべきか否かという点について、素因不考慮命題は、加害者が負担すべきことを命ずる。以下では、被害者が不法行為時以前からなんらかの病的素因（Krankenhaitsanlage）を有していた場合につき見てみよう。

（一）【D-9】ＲＧ一九四二年四月二九日判決（RGZ 169, 117）は、Y_1が運転するトラック（Y_2所有）に追突され、重症を負ったＸが、慰謝料、逸失利益及び定期金の賠償を請求したという事案である。本件第一審は、Ｘの請求を慰謝料を3,000RMとする以外に全て認めていた。そこでＹが控訴したのであるが、控訴審は、Ｘには変形性関節症及び関節炎という素因があったため、一九三八年末までＸの病状は約五〇パーセントが素因に、残りは事故に由来するとし、また、その期間以降に対しては、その期間においてＸの関節の痛みは沈静化したのではあるが、鑑定に基づきＸの状態は七五パーセントＸの素因に、二五パーセントを事故に帰せられるとした（慰謝料と一九三八年六月三〇日までに対する賠償を二分の一、しかし一九三八年七月一日から一九三八年一二月三一日までの月々の定期金を50RM、一九三九年一月一日から一九四〇年六月三〇日までに対して17,50RM、一九四〇年七月一日から一九四〇年一一月三〇日までに対して10,50RM、一九四〇年一二月一日以降に対して17,50RMとした。）。これに対してＸが上告したところ、ＲＧは、控訴審のパーセンテージによる認定を次のように述べて否定した。

「……控訴審は、法理論及び判例で形成されている因果関係概念を見誤っている。因果関係の問題を裁判所は、単に医師の鑑定の見解に従ってではなく、当然にそのために考慮される法的要件を考慮して答えたのである。その際、医学的見解からは相違している。次のことは一般に認められた権利である。すなわち、被害者が既に病的素因を有していたという理由のみから事故によって生じた病状は、法的意味において、全範囲において事故の結果である。つまり、

健康上脆弱な者に対して不法をなした者は、完全に健康な者を侵害した場合と同様に扱われる権利を有しない（RGZ. Bd.151 S. 283〔前掲【D-7】〕, Bd.155 S.41〔前掲【D-1】〕; SeuffArch. Bd.95 Nr.9）。加害者の行為と損害との原因関係は、加害行為によって生ぜしめられた同一の損害が、後に確実に起こったであろう別の現象によっても生じたであろうということによっても排除されない。Y_1の加害行為がなくとも控訴審が鑑定書にならってその発生が確実であるとしたところのあらゆる別事象（風邪およびその類のものの発症）は、Y_1の行為から損害に対する原因関係を取り去るものではなく、むしろ、Y_1の加害行為は、他方では損害に対する原因となりえたであろう、第二の事象全てを阻んだのである。Xの事故は、Xの病気を惹起したものであり、したがって生じた損害に対して次の場合であったとしても全範囲において原因ありと見なされうる。すなわち、結果が、事故がなくともXの素因が理由で風邪又はその類のものによって生じえたであろうという場合であり、その発生を控訴審は安易に考慮に入れている。〔しかし〕Xの素因は、進行する年齢と同じように時の経過において、病気を特別に要求する現象の発生がなくともXの労働能力を減少させ、それによって損害の程度に影響を及ぼすという限りにおいてのみ意義がある。このような制限は、事故によって惹起せられた病状につき、加害者は、事故に起因するものであるが、素因に起因するものではない事故の結果の一部に対してのみ責任を負わされうると控訴審裁判官が考えた場合に、正当であるにすぎない。百分率による事故結果の分配は、被害者の共働過責に関する場合とは異なり、そのような場合においてはそもそも不可能である[30]」。

本件では、被害者は事故以前から変形性関節症という疾患を抱えていた。控訴審は、鑑定に依拠して、加害行為と疾患との労働能力に対する原因力を割合的に評価したのであるが、RGは、この評価を素因不考慮命題を引用して否定し、「全範囲」において加害者の責任であるとする。RGはさらに、加害行為がなくとも、後に生じうることが確実な別の事象が、同一の損害を惹起したと考えられても、原因関係は中断されないと述べる。なぜなら、加害行為が行われたこ

とで、後の事象の発生（の可能性）はなくなったからであり、そのような仮定的展開を顧慮することはできないのである。ゆえに、被害者が加害行為時以前から疾患を抱えており、加害行為によって当該疾患が顕在化した場合には、加害者は全範囲において責任を負うのである。損害の「全範囲」が加害者に帰責されるため、当該疾患の原因力を割合的に評価し、それを因果関係に転用することは許されないのである。なお、RGは、仮定的因果関係での素因の考慮についても言及しているが、この場合においても損害の割合的分配には否定的である。

（二）【D-10】BGB一九六二年一月九日判決（BGH VersR 1962, 351）では、疾患を抱えていた被害者（ただし、被害者自身に疾患の認識はない）が、加害行為の結果、手術を受けることになったという事案であるが、当該疾患は自然に治癒するものではなく、いずれにせよ手術を受けなければならないものであった。加害者はこのことを理由として、加害行為と損害との間の原因関係は存在しないと争った。事案の概要は以下の通りである。一九五七年一月一一日にYの過失による交通事故で顔面を負傷したXが、事故以降、腹部に慢性的な痛みを訴え、同年四月に病院に入院し検査を受けたところ、腎臓に腫瘍が発見されたため、同月一二日、Xは腫瘍除去手術を受けた。当該手術は成功したが、同月二四日、Xは卒中発作を起こした。またその後に、肺塞栓、腸閉塞を併発し、最終的にXには言語障害が残った。そこでXがYに対して、損害賠償請求をしたところ、Yは、手術とその後の併発疾病により生じた損害は本件事故とは原因関係がないので責任を負わないとして争った。第一審は、本件事故とXの損害との原因関係を肯定し、Xの請求を認容した。Yが控訴、控訴棄却。両当事者が争ったのは、Yの賠償義務が腎臓手術及び手術後に生じたXの健康損害にも及ぶか否かである。控訴審はこれを肯定した。事実認定によれば、Xは、本件事故の時点では、すでに素因による腎臓変性を患っていたが認識しておらず、Xの健康状態にも影響を与えていなかった。Xは手術を受ける必要もなかった。控訴審はこのXの腎臓変性は本件事故により顕在化したのであるから、原因結果の関係にあることを認めたのである。こ

れに対しYが上告。上告においてYは、Xは事故当時すでに腎臓変性を患っていたのであり、いずれにせよすぐに手術を受けなければならなかったであろうから、原因結果の関係はないと主張した。BGHは、この上告の主張につき、次のように述べ、加害行為と損害（ただし手術のみ）との間の因果関係を肯定した。

「……事故と損害との間の原因関係を肯定するための法的要件が誤っている。上告は、事故が手術の不可欠条件（conditio sine qua non）であるか否か、換言すると、Yは事故を起こしたことにより手術を条件づけたか否か、が問題となるに過ぎないということを見落としている。控訴審は、このことを法的に誤りなく肯定したのである。控訴審の認定、……、によると、Xの腫瘍は、自動車の衝突の際に受けた衝撃により顕在化し、痛み出したという理由だけで手術することになったということが明らかである。したがって、手術は事故がなければ行われなかったであろうし、いずれにせよ、その時点では行われなかったであろう。しかし、その間に真の条件関係という意味における因果関係が存在するということは疑う余地がない」、「Xが事故の時点ですでに多発性嚢胞を患っていたことは、異なる判断を正当化しない。RG及びBGH判例によると、……、事故により、被害者の病的素因がすでに存在していたという理由のみで発生した病気は、法的意味において全範囲において事故の結果である。すると、同じことが、争われている事案でも同様に、素因による病気がそれ自体では苦痛をもたらさず、事故により現実化し、痛み出した場合にも妥当するというべきである。そのような場合においても、健康上脆弱な者を侵害した者は、完全に健康な者を侵害した場合と同様に扱われるよう要求することはできない」、「控訴審は、正当に、手術を事故の相当な結果であると見なした。事故の激しい衝撃が被害者の病気を顕在化させたのであり、手術が必要になったということは、……、特別に特異な、全く蓋然性のない状況の下のみならず、一般的に考慮されうる。その際、上告の見解に反して、BGHがBGHZ 25, 86ff. = VersR 57, 535f. において、手術の結果がこの結果に対する責任の観点の下加害者に帰責されうるための要件として要求した、事故の侵害との内的

関連性は欠けるところがない」、「当時の事案では、ＢＧＨは、手術の結果に対する加害者の責任を否定した（当該事案では、事故とは全く関連性のない病気が併発した、それゆえ、内的関連性がなく、相当因果関係がない）。……しかし、本件では事情が異なる。確かに、手術で除去された腫瘍は、すでに事故以前からＸに存在していた。しかし、腫瘍は事故により初めて顕在化したのであるから、事故が腫瘍の手術による除去に対する要因及び原因であったということが判明したのである。そのような場合、手術は非常に密接な目的関係にあり、手術が事故の結果として加害者に帰せられることは正当化される[31]」。

他方で、Ｘに生じた言語障害については、卒中発作が原因であるが、Ｘは長期間高血圧症を患っていたため、本件腎臓手術の結果生じたものであるか否か明らかではないとして破棄差し戻した。

先に述べたように、そもそも本件では、被害者の抱えていた疾患は、手術を要するものであったのであったのであり、加害行為がなくとも同時期において被害者は手術を受けなければならなかったであろうことが推測される。さらに本件では、被害者は、加害行為によって手術が必要となるような傷害を被っているわけではない。こうした場合、被害者の疾患を理由として同時期に同一の手術が必要となったとすると、手術自体は損害とは見なされない[32]。しかしながら、本判決で重視されているのは、疾患が加害行為により「初めて」顕在化したということである。本件では、まさに加害行為が被害者の疾患の顕在化を誘発したのであり、そのために手術を要することとなったのである。このような事実関係が認められる以上、加害行為と手術（損害）との原因関係は中断されず、素因不考慮命題に従い、加害者は手術に対する責任を負うのである。

（三）上述【D-10】ＢＧＨ一九六二年一月九日判決では、被害者は疾患を抱えてはいたが、痛みもなく、疾患の存在自体についても無自覚であった。素因不考慮命題は、まさに不法行為がなければ、素因は顕在化しておらず（疾患が未発症）

日常生活には何の支障もなく、そういう意味では被害者は「健康」であったといえる。わが国では、こうした場合についても、最判平成八年一〇月二九日（頸椎後靭帯骨化症事件判決）[33]により、疾患に伴う症状が未発症である場合（それゆえ被害者の生活面では健康な人と異ならない場合）でも、疾患の斟酌が許されることが指摘される[34]。他方、ドイツ法においては、この場合にも、不法行為により素因が「初めて」顕在化したことを理由として、加害者の責任を認めるものである。この点についてより明確に述べたのが、【D-11】ＢＧＨ一九六五年二月五日判決（BGH VersR 1965, 491）である。

Ｘ（当時四三歳の女性）は、事故当時、家政婦をしていたが、一九五七年五月一八日から一九日にかけての夜間、Ｙの運転する自動車と衝突し、傷害を負った。Ｘは本件事故により、稼働できなくなったとしてＹに損害賠償を請求したのが本件である。本件でＸは、本件事故の際、左肩打撲及び挫傷を被り、また同時に脳震盪と脳挫傷を被り、そのために頭痛とめまいに苦しんでおり、また健忘症にもなり、しばしば興奮状態に陥るため、稼働能力が制限されていると主張した。これに対して、Ｙは、Ｘは本件事故により脳震盪を起こしただけであり、脳挫傷を被ったわけではない、Ｘの稼働能力が制限されたのは、本件事故によるものではなく、Ｘの素質（Anlage）および個性（Persönlichkeit）によるものであると主張した。本判決では、素因は具体的に示されていないが、控訴審判決によれば、少なくとも更年期障害が共働し、脱落症状（Ausfallerscheinungen）[35]が生じていることが指摘されている。こうした場合につき、ＢＧＨは、加害行為が潜在的素因を顕在化させた場合にも、加害者は責任を負うとする。

「控訴審は、適切にも、確認されたＸの脱落症状がＸの体質（Konstitution）に起因し、かつ、事故により単に惹起されたにすぎない場合であっても、事故は（相当な）原因であった、ということを出発点としている。被害者が既に病的素因（Krankenheitsanlage）または身体的損害を有していたことから初めて生じた、侵害行為の加害的影響もまた加害

者に帰せられる（BGHZ 20, 137 [139] = VersR 56, 305 [306 li. Sp.]〔後掲【D-20】〕; BGH vom 22. 10. 1963 VI ZR 187/62 VersR 64, 49）」、「それゆえ、上告の見解に反し、このことを確認するためには、Xの脱落症状が直接的に、事故の傷害かあるいは素質に由来する原因かのいずれに帰責されるのか、また場合によっては一部帰責されるかということは重要ではない。Yが責任を負わなければならない事故が（潜在的）素因を単に惹起したにすぎなかった場合であっても、Yには事故の結果が帰責される。損害の原因となるXの苦痛が、別の方向性の医学的意味において、場合によっては一部、あるいはそれどころかほんの些細な部分しか事故と関連性がなかった場合であっても、原因関係に矛盾はない」、「同じ理由から、この関連においては、脳震盪及び肩の傷害の後遺症が一九五八年末までに消失したか否かは重要ではない。それに関しては、事故と関連する原因経過は終了しなかったであろう。決定的であるのは、事故とは無関係の既存の病気がなくとも苦痛は存在するか否か及び場合によってはどの程度であるか、ではなく、当該苦痛が事故がなくとも生じたであろうか否か及びそれはどの程度であるか、である」[36]。

本判決は、素因不考慮命題は、本判決が述べるところによると、潜在的素因であったとしても同様に適用されるとし、当事者の素因が加害行為以前に顕在化していたか否か、日常生活に支障をきたしていたか否かという点を問わない。素因不考慮命題の適用に際して決定的であるのは、加害行為がなくとも素因が顕在化するか否かということのみなのである。また、本判決では、二種類の仮定的展開の相違が強調される。本判決は、「事故とは無関係の病気がなくとも……」として、被害者が素因を有していなかった場合、すなわち健康であった場合の仮定的展開を決定的なものとはみなさない。素因によって加害者が免責されるか否かは、加害行為がなければ生じたであろう仮定的展開によるのである。

（四）【D-12】BGH一九六六年五月一〇日判決（BGH VersR 1966, 737）においても、また、加害行為によって「初めて」損害として顕在化した点が争われている。本件は、一九五六年一〇月二一日に遭った交通事故の際、重傷、とりわけ大

腿部粉砕骨折を被ったXが、不法行為により生業不能となったとして、Yに対して損害賠償請求をしたという事案である。ただし、当事者間では、YがXに対し事故によって生じた損害の四分の三を賠償しなければならないとことについて争いはなかった。第一審は一九六二年の一部判決で、Y敗訴判決を下した。Yが控訴。控訴に際してYは、自らの責任は、事故と関係のないXの病気、特に脊椎症とは無関係に発生し、又は発生するであろう損害にのみ制限されると主張し、このYの主張は一部認容された。これに対して、Xが上告、Yが附帯上告した。BGHは、控訴審が損害を加害行為に起因する部分とXの疾患に起因する部分とを割合的に評価したことに対して、次のように述べ、割合的認定を否定し、加害者の全責任を認めた。

「Xが生業不能となったことに対する事故の影響の原因性（Ursächlichkeit）は、別原因との共働作用によって初めて具体的損害となったというだけでは、排除ないし制限されない。虚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（BGHZ 20, 137 = VersR 56, 305〔後掲【D-20】; BGH vom 5. 5. 1956 — VI ZR 26/58 — VersR 59, 752）。それゆえ、その影響が健康な者に対するものであったならば、加害的な影響は全くなかった、あるいはわずかなものに過ぎなかっただろうという理由では、病気または虚弱な被害者に対する加害者の責任は縮小され得ない。控訴審が医学的鑑定の原因概念を無批判に法的判断に基づき借用し、原因作用を抽象的に算出されたパーセンテージで分配することで、法的に判断される帰責の観点が欠けている。たとえ、損害が、加害者が惹起した原因と素質（Anlage）としてもともと有する脊椎症の展開（Entwicklung）との共働によって初めて生じる場合であっても、Yは、原則として、すでに第一審が適切に述べたように、全責任を負わなければならない」[37]。

本件控訴審では、上述【D-10】BGH一九六二年一月九日判決とは異なり、被害者の疾患が加害行為によって「初めて」顕在化したにすぎないという点が、加害者の責任縮減の効果面で考慮されていた。「初めて」顕在化したにすぎないので、

加害行為の原因力は全損害には及ばないとする割合的認定である。しかしながら、BGHは、素因不考慮命題を引用して、これを否定する。その際には、原因力の比較の点に関して、同命題をより明確に表現している。すなわち、被害者が健康な者であったら影響は全くなかった、あるいはわずかなものに過ぎなかったとしても、加害者の責任は縮小されず、加害者は全責任を負うとする。素因不考慮命題に関して、健康な者とそうでない者（素因を有する者）との比較を拒否する点が、より明らかにされていると解されよう。また、本件BGHは、上述【D-9】RG一九四二年四月二九日と同様に、割合による損害の分割を積極的に否定する。これは、素因不考慮命題が損害の「帰責」のレベルでの評価基準であることを意味するものと解される。「帰責」、すなわち、加害者に責任があるか否かの評価であるので、原因力による割合的認定はありえないのである。そうすると、「帰責」以外の場面では、素因不考慮命題はいかなる影響力を有しているのか明らかではないという点もまた指摘することができよう。

（五）【D-13】BGH一九六八年一〇月一五日判決（BGH VersR 1969, 43）は、【D-10】BGH一九六二年一月九日判決と同様に、被害者の疾患が潜在的なものであった場合にも、素因不考慮命題が妥当することを表明する。また、上述の裁判例で加害者側が主張していた、事故がなくとも同様に損害は生じたであろうから、加害者の責任は限定されるとの点につき、その「蓋然性」を要求している。事案の概要は以下のとおりである。

Y_1の運転する自動車（Y_2所有）がXの運転する自動車と衝突し、Xが負傷したという事故に関して、Y_2の保険会社は、Xに対する損害賠償を認めXに2,277DMを支払ったが、両当事者間では、逸失利益及び慰謝料の額について争いがあったため、Xが提訴した。第一審は慰謝料を一部認めたが、その他のXの請求を棄却。Xが控訴。控訴審はYらを連帯債務者として、Xの請求を一部認容。Xがこれを不服として上告した。なお、事実認定により、Xには事故以前から頸椎柱に損耗現象があったことが認定されている。BGHは、控訴審が損害を割合的に分配したことに対して、次のように

述べ、控訴審の割合的認定を否定した。

「控訴審は、適切に、Xの事故とXに生じた苦痛との間には相当因果関係がある、ということから出発している。Xが、その頸椎柱の損耗現象のため、同様の苦痛を被る素因（Veranlagung）を有していたことは、このことと矛盾しない。重要であるのは、本件苦痛が、……、事故により初めて惹起せられたということである。そのような場合、被害者に病的素因（Anlage zu der Krankenheit）が既にあったという理由のみから事故により生じた病的症状は、法的意味において、全範囲において事故の結果であるということは、確定判決と一致する。それゆえ、加害者に対しては、そのような、被害者が既に病的素因（Krankenheitsanlage）又は身体的損害を有していたことから初めて生じた、侵害行為の有害な影響もまた帰責されうる。事故が（潜在的）素因（Anlage）を惹起したに過ぎなかった場合にも、上述のことは妥当する（とりわけ、BGH vom 5. 2. 1965 — VI ZR 239/63 — VersR 65, 491〔前掲【D-11】〕）。そこから明らかとなるのは、Xの所得損害を賠償すべきY_1の義務は、Xが現に生じている苦痛に関する素因（Veranlagung）を有していたという理由では、免除されえないということである」、「同様に、事故がなくとも同じ又は類似の苦痛が生じたであろうという単なる可能性では、賠償義務を軽減することにはなりえない。控訴審は、本件では仮定的出来事が重要であると判断している。その仮定的出来事とは、仮定的出来事が実際に生じたであろう及び同じ損害を発生させたであろうと裁判所が確信した場合に考慮されるにすぎないものである。Xが既に頸椎柱から生じる苦痛の素因（Veranlagung）を有していたために、事故とは無関係にある時点において、いずれにせよ所得損害を被っていたであろうということが確認できた場合にのみ、損害はこの範囲においてY_1の賠償を要しない。しかし、そのようなことは本件では確認することができない。控訴審は、この点に関して、同じ時にまで、事故とは無関係に、同じ又は類似の苦痛が生じたであろうという可能性はあるが、蓋然性はないという鑑定人の見解を採用した。この見解によると存在する疑義は、全範囲におい

て、立証責任のあるY$_1$の負担とされなければならない。それゆえ、控訴審の見解に反して、Xに対しては事故に基づく収入損失の賠償を示談という方法で一部しか与えないということは適当ではない[38]」。

本判決においても強調されているのは、損害が加害行為により「初めて」惹起せられたという点である。逆にいえば、加害者が免責されるためには、加害行為は、疾患の顕在化に対して全く無関係でなければならないことになろう。この点は、【D-10】BGH一九六二年一月九日判決と同様に、当該疾患が潜在的なものであっても異ならないとして補強される。また、加害者の減責の可能性についても、事故がなくとも同様の状況になったという「可能性」では賠償義務の軽減の理由とはならず、「蓋然性」を要求する。疾患という別原因によって後に同じ状況になったことを「蓋然性」をもって証明できない限り、素因不考慮命題に従い、加害者に全責任が帰責されることになろう。このように、素因不考慮命題は、一面では、加害者に高度の証明責任を課すことにより、原則として加害者の全責任を肯定しているものと解される。

二　稀な素因に関する裁判例

非常に稀な素因を有している者に対して加害行為をなした結果、当該稀な素因が発現したという場合、加害者からすれば当該素因の稀有さ故に、被害者がそうした素因を有していることに対する予見可能性も、素因が発現する予見可能性も及ばず、自然科学上の因果関係（条件関係）はともかくとして、法的意味における因果関係は否定されそうなものである[39]。しかし、ドイツ法では、こうした稀な素因の場合であっても、原則として素因不考慮命題は当然妥当するものとされている[40]。以下の三事例がその代表的なものである。

（一）【D-13】OLG Frankfurt aM 一九七九年四月一一日判決（OLG Frankfurt aM VersR 1980, 564）は、Xが自分の自動車を運転していたところ、Y$_1$が運転するトラック（所有者Y$_2$、保険者Y$_3$）に衝突し重傷を負ったという事案であ

る。本件でXは、Yらに対して本件事故を理由とする損害賠償及び慰謝料を請求した。一部判決により原審は物的損害の支払と確認の請求を一部認容した。Y_1及びY_3に対して引き続き請求された慰謝料請求に関して、原審は最終判決によって棄却した。Xが控訴。

控訴審は、次のように素因不考慮命題を引用し、加害者の責任を認めた。

「神経科の診断書は、診断された複合型多発性硬化症と事故の経過（Unfallgeschehen）との時間的関連性を明らかにしている。確かに、この病気の病因は今日もなお不明である。しかし、病院の経験は多数の周知の刊行物において十分な蓋然性をもって次のことを明らかにする。すなわち、重大な事故による傷害と事故の結果による負担が、長期の治療期間のうちに、この神経症の発症に対する共働原因的な発現要素を意味する。……それゆえ、神経科医師の診断書によると、Xはすでに事故以前から複合型多発性硬化症の素因を有していたということが出発点とされなければならない。しかしながら、被害者の体質と加害者が惹起した事故が被害者の発病に関して共に作用した場合、このことは加害者を免責しないということは承認されている。なぜならば、被害者が既に病的素因を有していたという理由があって初めて生じる、そのような侵害行為の結果もまた事故加害者に帰責されうるからである。それゆえ、全損害結果はこれら両方の原因のどちらにも起因するものである（*Geigel*, HaftpHichtprozess 17.Aufl. Kap.1 Nr.12; *Palandt/Heinrichs*, BGB Anm.5dcc vor §249; BGB－RGRK 12.Aufl. 1976 Rdz. 16 vor §249 BGB; BGH LM Nr.2 zu §249 [Bb] BGB = VersR 53, 401; BGHZ 20, 137 [139]〔後掲【D-20】〕; BGH LM Nr.10 zu §287 ZPO = VersR 58, 547ff.; BGH VersR 69, 43; 70, 814参照）。そのため、Xの整形外科の病気を悪化させた神経症はY_1に帰責されうる」[41]。

（二）【D-14】OLG Celle 一九八〇年七月一八日判決（OLG Celle VersR 1981, 1057）は、詳細は不明であるが、Yの飼犬の攻撃により、Xの飼犬が噛みに行こうとするようになったという事案である。Xは、自分の飼犬の綱を引っ張り噛

みあいを終わらせようと試みている時に滑って転倒し、脚と手に擦過傷を負い、転倒の一〇日後に乾癬を発症した。それは、Xが転倒以前から有していたものであった。以上の事案において、XはYに対して、動物保有者の責任（BGB八三三条一項）に基づき損害賠償請求をした。

本判決においても、控訴審は、次のように述べ、素因不考慮命題は稀な素因であっても妥当することを明らかにする。「擦過傷と尋常性乾癬の突発は、相当因果関係もある。病気が既にXの転倒以前から潜在的に存在していた場合であっても、判例においては、犠牲者の損害を被りやすい体質という特別の危険は加害者が引き受けなければならないということが承認されている（確定判例 RGZ 169, 117, 120〔前掲【D-9】; BGH VersR 74, 1030 = NJW 74, 1510〔後掲【D-16】; OLG Celle VersR 78, 947; OLG Frankfurt VersR 80, 564）。加害者が侵害に際しての加害行為により特異な者の特異な体質が故に重大な結果が生じる場合に加害者が特権を有するというのはなぜか、ということは理解できない[42]」。

なお、本判決では、被害者の共働過責についても問題となっているが、その部分については別途考察する。

（三）【D-15】OLG Frankfurt aM 一九八三年七月七日判決（OLG Frankfurt aM NJW1984, 1409）は次のような事案である。A（警察官）が同僚と共に事故調査をしていた時、その付近でY_1（Y_2・Y_1の責任保険者）が惹起した交通事故が生じた。その交通事故により、Y_1の相手方の自動車がAの方へと横滑りしてきたので、Aは飛び退き、自動車に巻き込まれずにすんだのであるが、その後まもなくAは警察署で意識を失った。Aは大学病院で通院治療を受けていたが、次第に腕に強い痛みが生じ、両腕、特に左腕に運動制限が生じた。その後の診察の結果、Aの頸椎に砂時計神経鞘腫（Sandulrneurinom）が発見され、それは手術により除去された。この事故に関して、X（ヘッセン州）は、Yらに対してAの治療費の補償及びAに対する俸給の補償を請求した。本件で、Xは、事故当時Aが既に潜在的に有していた病的素因（Krankenheitsanlage）が原因で本件事故がなくとも後に同様の痛みが発現したのだとしても、本件事故が砂

時計神経鞘腫の発症に寄与したのであるから、相当性のある結果である、と主張した。これに対してYらは、本件事故がなくともAの砂時計鞘腫は約一年後にはおのずから発現したであろうから、相当性のある結果とはいえないと主張した。原審はXの請求を一部認容。Yらの控訴及びXの付帯控訴は一部認容。

OLG Frankfurt aMは、素因の稀有さは、因果関係の判断に関しては問題とならないことを明示する。

「さしあたり、砂時計神経鞘腫が極めて稀な病気であるということは、相当因果関係の妨げとならない。なぜならば、一般的に認められた判例によると、相当因果関係は、発生した損害に関して、加害事件が損害を受けやすい体質（Konstitution）に衝撃を与え、かつ、通常の状況であれば重大な結果は生じなかったであろう、ということによっては排除されない。そのような加害行為の影響もまた、被害者が既に病的素因（Krankheitsanlage）又は身体的損害を有していたという理由によって初めて発生した、法的意味での結果として加害者の責任とされうる（BGHZ 20, 137 [139] = NJW 1956, 1108〔後掲【D-20】〕; BGH, VersR 1969, 802; 1970, 814〔後掲【D-18】〕; NJW 1974, 1510f.〔後掲【D-16】〕; OLG Frankfurt, VersR 1980, 564f.〔前掲【D-13】〕）。既に一九七六年一二月七日の事故以前から存在した当事者間で争いのないAの発病は、発生した身体傷害はその病気に由来するのであるが、その発病が発生した損害に基づくY_1の責任を変更することは許されない。場合によってはありうる砂時計神経鞘腫の発病の並外れた稀有さ（Seltenheit）を顧慮しても、―Yらはこのためにさらに説明することなく、〝ひょっとすると一〇万人未満の人間が〟罹患しているかもしれないと主張しているが―何か別の事柄が認められえない。つまり、被害者が、比較的よくある、とりわけ高齢の被害者によくある病気に罹患する場合に、損害を受け易い体質に関する前述の判例が適用されるに過ぎないというYの見解については、Yに従うことはできない」[43]。

（四）上述の三事例から明らかなように、稀な素因の場合であっても、素因不考慮命題は固く維持されている。前掲

【D-14】OLG Celle 一九八〇年七月一八日判決では、加害者が特権を有するのは、すなわち原因関係がないため加害者は免責されるという特権を有することは「理解できない」とされるほどである。あくまでも、被害者の「あるがまま」を加害者は引き受けなければならないことが強調されるのである。この点に関して、前掲【D-15】OLG Frankfurt aM 一九八三年七月七日判決では、加害者は、素因不考慮命題が妥当するのは比較的よくある素因に限られると主張したのである。わが国での、「疾患」と「身体的特徴」の区分に類するものと解されるが、ドイツ法はこれを否定する。したがって、そうした区分は加害者が責任を負うべきか否かという帰責の判断に関しては問題とならないとするのが、ドイツ法における素因不考慮命題であると理解することができよう。

三　非接触型事例

上述一、二では、被害者が身体に対して直接的に侵害を受けた結果、疾患が顕在化された事例を考察してきたが、身体的に直接に侵害を受けずとも、侵害行為に対する反応として疾患が顕在化する場合がある。この場合においても、ドイツ法では、原則として加害者の責任が認められている。

（一）【D-16】BGH 一九七四年六月一一日判決（BGH NJW 1974, 1510）は、次のような事案である。一九七〇年二月一〇日、A（X_1の配偶者、X_2及びX_3の父親）は、X_1を乗せて自動車を運転していたところ、トレーラー（Y_2運転、Y_1所有）と出くわした。この時トレーラーが跳ね飛ばした石がAの運転する自動車のフロントガラスを粉砕した。事故後、Aは、六km先へと自動車を進めたところ、気分が悪くなり救急車を呼んだが、事故の約四〇分後に搬送中に死亡した。Xらは、Yらに対して、扶養権喪失を理由とする損害賠償（BGB八四四条二項[44]）を請求した。第一審及び控訴審は、定期金請求権を道路交通法（StVG）の範囲内で正当であるとしてXらの請求を認容。Yらが上告。Yらは、次

のように主張して事故とAの死亡との間の因果関係はないと主張した。すなわち、フロントガラスの粉砕はあまり大したものではなく、そうしたことで人が死亡するというのは典型的な事物の経過ではない。本件ではAが重度の心臓病患者であったために起こったのであると。上告棄却。

上記のYらの上告に対し、BGHは大略次のように述べて、Yらの主張に理由はないとした。

「……フロントガラスの粉砕は確かである。しかし、そのような出来事は、人生経験によると、自動車運転手に関して多かれ少なかれ強い恐怖体験をもたらすのももっともである。反応もまた、素質（Anlage）、素因（Dispositon）次第で異なるのであれば、事故ショックにまで増大することは、いずれにせよ当該脆弱性について、異常ではない。ショックから生じうる健康の結果に関しても事情は同様である。その際には、Aがすでにかなり以前から医者にかかっていたか否か、病気がその後心不全に至るショックの誘発に寄与したか否かは重要ではない。なぜならば、そのような侵害行為の影響もまた、被害者が以前から病的素因（Krankenheitsanlage）ないし健康的損害を有していたという理由から初めて生じる結果として、法的意味において、事故加害者に責任を負わせるべきであるからである（BGHZ 20, 137, 139 = NJW 56, 1108〔後掲【D-20】〕; 確定判例、BGH, Urt. v. 29. 5. 1969 – Ⅲ ZR 143/67 = VersR 69, 802 m. w. Nachw.; zuletzt Senatsurt. v. 19. 5. 1970 – Ⅵ ZR 8/69 = VersR 70, 814〔後掲【D-18】〕）」「それゆえに、この場合にAに恐怖体験がなくとも心臓死が生じたかどうかが決定的であった。控訴審は、これについて、異論を唱えられない方法で確かめることができなかった」[45]ため、Yらは責任を負うとした。

本件で、Yらは、フロントガラスの粉砕から心臓停止という経過は典型的な事物の経過ではないため、Xの心臓停止はもっぱらXの素因に原因があると主張したのであるが、BGHは、もともと心臓病を持っていない者でも心臓停止を起こすほどのショックを誘発したか否かということを問題としていない。重要なのは、強い恐怖体験が生じたというこ

となのである。そして、この強い恐怖体験によりXの心臓病という素因が顕在化されたのだとしても、恐怖体験に対する被害者の反応は素因次第であるので、全く異常な展開ではないとするのである。ここからは、被侵害対象のもともとも状態（本件では心臓病を有していたという状態）を基準として加害行為を評価するという点を見て取ることができよう。さらに、以前から医者にかかっていたか、素因が心不全に至るほどのショックの誘発に寄与したか否かも重要ではないとする。素因不考慮命題につき、被害者が素因を有していたか否かは、「帰責」に関しては問題とならないのである。この「帰責」を破るためには、「加害行為がなくとも生じたであろう」ということが立証されなければならないである。

（二）【D-17】OLG Düsseldorf 一九九二年一一月一五日判決（OLG Düsseldorf VersR 1992, 1233）は、前掲【D-16】BGB一九七四年六月一一日判決と同様に、被害者が心臓病を有していたのであるが、本件ではそもそも「事故」にもなっておらず、あやうく「事故」になりそうになったことに興奮した結果、心不全を起こし死亡したという事案である。本判決は、このような場合にも、素因不考慮命題が妥当することを認めた。本件は次のような事案である。一九八六年一二月二五日、以前から心臓病を患っていたAが自動車を運転していたところ、B（当時二歳六か月）が道路に飛び出してきたので、Aは自動車を急停止させた。AはBを轢かなかったが、この出来事に関して警察により事情聴取が行われた。事情聴取の後、Aは突然意識を失い、緊急病院に運ばれたが、心筋梗塞で死亡した。X_1（Aの配偶者）及びX_2（Aの子）が、Yら（Bの両親及び兄弟ら）に対して、監督義務者責任（BGB八三二条）[46]に基づき、扶養利益の賠償を請求した。原審はXらの請求を認容。Yらが控訴、控訴棄却。

本件の控訴審は、「この事故経過と約四二分後に生じたAの突然死との間の原因関係については、一応の証明（Beweis des ersten Anscheins）が妥当しない。そのような証明が妥当するのは、型どおりの典型的な事故経過に関してのみであり、その事故経過に関しては、人生経験によると、ある原因またはある経過が指摘される、確実な事情が存するとい

うものである。しかし、緊急ブレーキにより第三者または子供の侵害を阻止し得た者は誰でも短時間の内に突然死亡するということは、一般的な人生経験ではない[47]」として、一応の証明では原因関係は肯定されないとするが、しかし、本判決では、「……、誰にでも典型的な事故経過が重要なのではなく、一般的人生経験によると異常な事故経過が重要なのである[48]」として、異常な経過が因果関係にあるか否かが問われなければならないとする。そして、次のように述べ、本件においては相当因果関係は認められるとした。

「Aの死は、Yの息子Bが惹起した〝事故経過（Unfallgeschehen）〟の相当因果関係のある結果とみなされうる。その事故経過により生じたAの興奮状態またはストレスは、確かに単独ではないが、しかし、別原因との共働においてのみ、死をもたらした。しかし、このことは、損害の帰責を排除しない。加害者が設定した原因が損害に寄与することだけが必要であり、原因は、主たる又は本質的原因である必要さえない」、「結果が相当であるのは、争われている原因が生じた結果の可能性を一般的に不相当に高めた場合である。この結論は、一般的に、生じた性質の結果をもたらすことで十分である。結果は、特別に特異な、蓋然性のない、通常の事物の経過によると予想し得ない事情のもとでのみ生じうる場合にのみ顧慮されない。しかし、本件では、この例外要件は、所与のものではない。幼児の前で急停止しなければならず、その際に驚愕した心臓病を有する自動車運転手が、第三者に対する死の危険を回避しなければならないこと、そのような興奮状態に陥り、そのことにより損害がその者の健康に生じる又は死亡してしまうということは、決して異常で全く蓋然性のないものではない。ここで原因となっている要因全ての共働もまた、異常であり、そのために発生した死は、もはや、最初の事故経過の相当な結果だとはみなされえないということは決してない」、「ここで生じている損害は、BGB八三二条の保護範囲にもある。なぜなら、親権者に要求されるその幼児に対する監督〔義務〕は、第三者の身体及び生命に対する危険を回避することも目的としているからである[49]」。

本判決は、Yの帰責性を肯定するに当たり、三点に言及する。一つは、Aの有していた素因（心臓病）である。Bの行為が主たる原因であるかが問題なのではなく、Aの素因との共働によって初めてAの死亡という損害が生じたのであるから、Aの素因を理由として帰責性を排除することはできないとする。二つは、蓋然性についてである。本件のように、自動車を急停止したことでその者が死亡にまで至るという事態は、通常の事物の経過によればほとんど予想されないようなものである。しかし、本判決は、Aの素因の共働という事態についても蓋然性を認める。蓋然性については、かなり広範な概念を想定しているものと解される。最後に、Aの死亡は保護範囲にもあるとして、Yの帰責性を強化している。素因が共働して初めて生じた生命に対する危険（死亡）もまた、法は保護を予定しているとするのである。

四　二つの不法行為の競合事例

時に不法行為は、時間的にずれて共働することがある。ある不法行為により被害者が損害を被り、その損害（ないし後遺症）が残存した状態で第二の不法行為の被害にあう場合である。この場合、第一不法行為により生じた損害を残した被害者を後に加害した第二不法行為の加害者は、第一不法行為による損害により発生・拡大した損害についても責任を負うべきか、として問われる。ドイツ法においては、第一事故により生じた損害（ないし後遺症）を被害者の素因と見なし、素因不考慮命題により第二不法行為者は、全責任を負うことが認められている。例えば次の事例がそうである。

（一）【D-18】BGH一九七〇年五月一九日判決（BGH VersR 1970, 814）の事案の概要は次のとおりである。一九六三年一月一七日午後、知人と飲食店で酒を飲んでいたXは、ケンカにまきこまれ、飲食店のオーナーによりゴムの警棒で頭を殴打された。病院で応急処置を受けたところ、Xには頭部のたんこぶと歯が二本欠けていることが判明したが、その他の影響は見られなかった。その後Xは、同月一八日〇時三〇分頃、同伴者を伴い別の飲食店へ行った。そこでX

らは、同じ時間に当該飲食店にいたYらと口論となり、YがXの顔面をグラスで殴打した。その結果、Xは、多数の深い刺創を顔面に負い、意識衰退状態となり、床に倒れ、ミュージックボックスとテーブルの角に頭を打ち付けた。その切り傷の処置を受けた後Xは帰宅したが、翌朝、Xには言語障害と右半身の麻痺症状が生じ、そのため稼動不能となった。Xは、Yに対して、後遺症及びそこから生じた損害はYが為した殴打のみに原因があり、以前に別の飲食店で受けたゴム警棒による打撃によるものではないとして損害賠償を請求主張した。これに対してYは、Yのなした打撃が、Xの主張する後遺症をもたらしたか否かを争った。第一審は、慰謝料を認めたが、その他の請求を棄却。Xが控訴。控訴審は、Xの請求を認容。Yが上告、上告棄却。

本判決で、BGHは、第一加害行為（とそれによるXの負傷）と第二加害行為が共働原因と認められる限り、素因不考慮命題が妥当し、第二加害者は責任を免れ得ないことを判示した。

「控訴審は、以下のことをありうると判断した。すなわち、Xは、彼が以前にMの飲食店で受けたゴム警棒による殴打のためよろけてしまったこと及びYにビールグラスで殴られた後に転倒したことは、よろけてしまったことにも原因があると。控訴審の見解によると、ビールグラスによる殴打がXの転倒の直接の原因であるかどうかが問題である。おそらく、ゴム警棒による殴打とYが為した殴打の二つの出来事がそれらの共働作用によって転倒をもたらしえたのであろう。そうであるならば、二つの出来事のいずれもが損害の原因であろう」、「上述の見解に法令違反は認められない。二つの原因がある結果が生じるのに主要なものである場合、全結果もまた本質的にこれら両原因のいずれにも基づくものである。適切にも控訴審は、人がその身体的弱さのため他者より不安定であり、それゆえに殴打で容易に転倒するということは、人生経験によると、全く蓋然性がないわけではない、と指摘した。そのような者を加害した者は、健康な者を加害した場合と同様に扱われる権利を有しない。むしろ、次のことが確定判決に合致する。すなわち、加害者には、

被害者が以前から身体的損害を有していたために初めて生じた、加害行為の悪影響もまた帰せられるということであり、その際には、既存の損害素因（Schadensdisposition）によるか否かは重要ではないということである（BGH vom 22. 10. 1963 – VI ZR 187/62 – VersR 64, 49 [51] = LM BGB § 840 Nr. 7a und vom 10. 5. 1966 – VI ZR 243/64 – VersR 66, 737 [738]〔前掲【D-12】〕m. Hinw. auf die frühere Rechtsprechung）」、「控訴審は、医的鑑定人の主な及び補足的鑑定書を理由として、Yが為した殴打は、Xの転倒の少なくとも共働原因であり、かつ、Xが被った脳出血及び中心部分における不可視の脳障害は、Yの殴打にも原因があるという結論に達した。控訴審は、これらの健康損害は、ほぼ確実といってよい蓋然性をもって、Yの殴打後のXの転倒の結果であり、先行するゴム警棒による殴打は、いずれにせよ単独の原因として排除されるべきであるとする鑑定書に同意した」、「こうした事実認定は、上告により不当にも非難されている。控訴審が鑑定書を誤解したかは明らかではない。主な鑑定書が、ひょっとして不完全又はあいまいであったので、控訴審は鑑定人に補助的鑑定書を要求し、鑑定人がさらに答えた補助的鑑定書に指定された質問をしたのだろう。この時、鑑定人が説明したのは、脳障害は最初のケンカの際にゴム警棒で殴打されたことで被った傷害のみに原因があると、ほぼ確実といってよいほどの蓋然性をもって言うことはできない、ということである。当事者間での現実にケンカがなくとも、現存する程度まで脳障害が達したということは、ほぼ確実といってよいほどの蓋然性をもって排除されうる。控訴審は、この判断に従っており、この判断をその証拠評価において法的に誤りのない方法で基礎においている。確かに、ゴム警棒による殴打並びに高血圧又はアルコールの影響によりXが既に血管に損傷があったことが共働原因的要素であったということは、Yの有利となる。しかし、そこから導かれる推論、すなわち、それらの要素を考慮しても、YがXをビールグラスで殴打しなければ、損害は発生しなかったであろうという点に変更はない、ということは、同様に、法の錯誤はなく、それゆえ、Yは違法かつ有責にXを侵害したという控訴審の見解は、異議を唱えられない[50]」。

本判決の論理を整理すると次のようである。①第一加害行為がXに素因（本件では脳血管の損傷）を残した。②そこへYによる第二加害行為がなされ、Xが転倒した結果、素因が顕在化、後遺症が残存した。③当該素因の顕在化の原因は、Xの転倒であり、Yの行為はXの転倒の共働原因であり、それゆえにXの素因顕在化の共働原因とみなされる。④Yの行為がXの素因顕在化の共働原因と評価される限り、素因不考慮命題に従い、Yは後遺症に対する責任を免れないのである。この点につき、第一加害行為により素因が形成されていたということは、加害者の免責という点において、加害者の有利となりうることが言及されているが、第二加害行為がなくとも素因は顕在化したであろうことが確認できない限り、第二加害行為がなければ素因は顕在化しなかったであろうとして素因不考慮の命題は排除されないのである。

（二）前掲【D-18】BGH一九七〇年五月一九日判決は二つの不法行為の間にほぼ時間差がなかった事案であったが、【D-19】BGH二〇〇一年一一月二〇日（BGH VersR 2002, 504）は、第一加害行為と第二加害行為との間に一年の時間差があった事案である。本件の事案の概要は次のとおりである。Xは、一九八七年八月二日のY_1（運行供用者かつ所有者）との交通事故及び一九八八年八月五日のY_3（運行供用者かつ所有者）との交通事故の二つの事故を理由としてY_1およびY_2（Y_1の責任保険者）ならびにY_3およびY_4（Y_3の責任保険者）に対して損害賠償を請求した。Yらの全責任並びにY_1およびY_3の運行上の過失については争いがない。両当事者が争うのは、Xが主張する損害はどちらの事故の結果であるのか及び事故の結果はどちらの事故の帰責されるのかという点である。Y_2は訴訟前に6,000DMをXに支払った。Xは、Yら全員に対して、連帯債務者として別の財産的及び非財産的損害の賠償を請求した。第一審は、Yらを連帯債務者であるとして、慰謝料60,000DMの支払いを命じた。Xのその他の請求は棄却。Xが控訴。控訴審は、Xの控訴を棄却。Xが上告。本件でXは、第一事故でむち打ち症になり、第二事故がそれを侵害したという関係にある。控訴審は、第二事故により頸椎柱の神経遮断の再発及びそれによる稼働能力の減少が生じたことを認定している。第一

事故の加害者（Y_1及びY_2）と第二事故の加害者（Y_3及びY_4）との関係では、第二事故の加害者が第一事故の加害者が惹起した部分の損害までも責任を負うか、ということが問われたのである。破棄差戻し。

これにつきBGHは、Yらを共働加害者として、全責任を負うとするのである。

「責任関連につき疑うような動機もない。責任関連は、例外的場合に中断されうる。評価的に観察すると、第二侵害においてはもはや第一侵害の損害リスクが現実化したのではなく、むしろ、このリスクは既に完全に鎮静し、そのため両侵害の間には〝外見的な〟、いわば〝偶然の〟関連しかなく、そのため第一侵害者には正当に、被害者に対し第二侵害の結果に対しても責任を負うよう要求することはできない。しかし、このことは、第一事故が損害に対する脆弱性（Schadensanfälligkeit）までも残し、その脆弱性を第二侵害行為が傷つけ、第一事故が残したもの〔損害に対する脆弱性〕が特別に重い健康上の障害へと至りうるという場合には問題ではない」[51]。

本件は、一九八七年八月二日と一九八八年八月五日と、約一年後に生じた交通事故の結果について、分割しうるか否かという形で問われている。このとき、第一事故により被った損害が残存していたので、それが素因として第二事故による損害が発生したという関係にある。この場合も、第二事故の加害者は、第一事故による損害を抱えた者を侵害したのであるから、第二事故の加害者は、当然全責任を負うのである[52]。

五　被害者の特別な精神的脆弱性

これまで考察してきた裁判例は、被害者の疾患という、わが国における体質的素因に関する素因不考慮命題の適用例であったが、被害者が精神的に脆弱であり、それゆえに健康上の損害が発生・拡大した場合であっても、素因不考慮命題が妥当することが認められている[53][54]。既に【D-4】RG一九一四年一〇月二七日判決において、神経質な被害者がアイ

スの中にガラス片を見つけたため、ガラス片を飲み込んでしまったと誤信し、そのために胃の疾患を患い、労働不能となった場合においても、原則として加害者が責任を負わなければならないことが判示されている。同判決では、被害者の身体的素因と精神的素因とを特に区別することなく、加害者の有する脆弱性のリスクは加害者の負担となることが示されたわけであるが、これを明示的に示したのが次の事例である。

【D-20】ＢＧＨ一九五六年二月二九日判決（BGHZ 20, 137）は、一九四〇年にオートバイで鉱山鉄道に衝突し、脳震盪を被ったＸが、Ｙ（鉄道会社）に対して損害賠償を請求した事案である。なお、Ｘは、一九二三年（当時一二歳）、ポットで頭部を殴打され頭蓋骨骨折を負ったことがあった。第一審及び控訴審はＸの請求を棄却。Ｘが上告。上告棄却。

「……、原則として、神経症で不安定な素質（Veranlagung）のために、おのずと心に浮かんでくる目的観念ないし欲望観念に対して必要な抵抗を示すことができず、これによって労働能力が損なわれた者が事故にあったような場合にも、因果関係を認めたということを上告は付け加えなければならない。とりわけ、ＲＧは、身体的に確認しうる損害に基づく損害賠償義務を制限し、事故によって引き起こされた、神経質ないし精神的性質の障害を、その障害が被害者の特別な素質に基づくという理由によって損害賠償義務から除外することはできない、と繰り返し強調した。健康的にすでに脆弱な者に加害をなした者は、被害者が健康であった場合と同様に扱われるべき権利を有しない。既存の健康上の障害が、身体的欠陥ないし人格構造の内に存在する精神的脆弱性に由来するかどうかは、法的には重要でない[55]（RGZ 151, 279〔前掲【D-7】〕; 155, 37〔前掲【D-1】〕; 159, 257; 169, 117〔前掲【D-9】〕; JW 36, 1356; 38, 105; SeuffA 95, 23）」「……現にある苦痛及び抑制が、非常に高い蓋然性をもって、同様に、事故がなくとも生じたであろうということであれば、裁判官は民事訴訟法二八四条[56]により与えられている特別な自由な立場で、認識手段、特に医師の鑑定結果の評価において、因果関係をそもそも否定しうる。しかし、Ｘのためには次のことから始めなければならない。すなわち、事故とい

う出来事がなければ、まさにXが再び労働し始めるのを困難とする精神状態はなかったであろうというならば、因果関係は、Xの状態に本質的な間接原因がXの精神的に脆弱な人格にあるという場合であっても、否定されえない[57]」。

本件は、いわゆる定期金ノイローゼに関する事案である。既に述べたように、本判決の重要な点は、体質的要因に限らず、心因的要因についても等しく素因不考慮命題が妥当することを宣言したところにある。前掲【D-1】RG一九三七年四月二六日判決は、本件と同様に、被害者の心因的要因が関与した事案（しかも、定期金ノイローゼの事案）であったが、当時は体質的要因と心因的要因との区別については言及されていなかった。本判決のように、心因的要因について明示的に述べられるのは、本件で問題となった定期金ノイローゼに関して、特殊な議論状況があったからである。その様な中で、体質的要因と心因的要因とは原則として区別すべきでないとしたことで、素因不考慮命題の射程が明確にされたものと解される[58]。

なお、素因としての被害者の特別な精神的脆弱性は、ここで挙げた裁判例の他にも多数の裁判例で論じられているが、被害者の特別な精神的脆弱性は、被害者の意思的要素が強く関与するものであるため、ここでは、素因不考慮命題が妥当することを確認するにとどめ、後（第三章）に詳しく検討することとする。

第二款　素因不考慮命題の限界―帰責性の否定

上述本節第一款で考察してきたように、素因不考慮命題の射程は、およそいかなる素因に対しても妥当すると思われるほど広いものであるが、どのような原則にも例外は存在する。それでは、その原則が破られるのは、いかなる理由で、どのような法律構成であるのか。以下、検討を試みる。

一　極端な形で現れた素因

非常に極端な形で現れた結果及び被害者の反応については、素因不考慮命題は限界を呈する。この場合、素因は加害行為によって初めて顕在化したのではあるが、にもかかわらず、その顕在化の危険は被害者自身が引き受けなければならないのである。[59]

（一）まず、【D-21】OLG Karlsruhe 一九六六年一月二五日判決（OLG Karlsruhe VersR 1966, 741）が挙げられる。本件は、Y_1の衣料品店の店員であるY_2が、試着の際にXの右脚を踏み、両脚に重大な血液循環障害を患っていたXは、約三ヵ月後に右脚を大腿部から切断しなければならなくなったという事案で、XがYらに対して慰謝料を請求した。原審はXの請求棄却。Xより控訴。控訴棄却。

本判決において、控訴審は、素因不考慮命題を前提として述べた上で、次のように述べ相当因果関係を否定した。

「Xは一九六三年八月の時点において骨ないし骨膜の傷害も創傷も負っておらず、往来の雑踏や電車、映画館の中で単純に足を踏まれたに過ぎない。これは、往来の雑踏や電車、映画館の中や運動場などで日常的に数多く起こっているのと同様である。このことは、―少なくとも責任の厳格さに関して―容易に事故と同一視されない。電車の中で足を踏まれたり、歩道でうっかり肘を当てられたりした者は、一般的な見解によると、事故に遭っているわけでなく、また人生経験によると、損害を被っているわけでもない。Xの身体の全く異常な条件のみが……損害の発生を可能にしたのであり、その損害の発生の原因は原告に帰せられる」。[60]

本判決では、店員が足を踏んだことが一般的に見て事故とはいえないと評価し、加害行為の原因性そのものが否定されている。とすると、責任要件が満たされたかどうかの問題であり、責任要件の欠如を理由とする損害賠償の否定であ

ろう。素因取り扱いの原則以前の解決と評価することができる。[61]

（二）【D-22】ＢＧＨ一九七六年二月六日判決（BGH NJW 1976, 1143）は、「最善の観察者（Optimal Beobachter）」の観点から、結果の予見可能性を否定し、加害者の責任を否定するものである。本件の事案は次のようである。Ｙが、自己が所有する牧草地を歩いていたＡを興奮して叱責して牧草地から追い出した。その後Ａは自身の体調が悪くなったため、病院で検査を受けたところ、脳内の血管に損傷が発見され、やがて言語障害および肢体麻痺の原因となることが判明した。そのためＸはＡに対して保険金を給付した。Ｘは、Ｙの行為がＡを興奮させ、そのためＡには脳出血が起こり、脳幹を損傷する原因となったとして、Ｙに対して、Ａに対してなした保険金給付の賠償及びＹの将来的償還義務の確認を請求した。第一審はＸの請求棄却。Ｘが控訴。控訴審は、Ｙの行為に原因性は認められないとして、Ｘの請求を棄却。Ｘが上告、上告破棄差戻し。

ＢＧＨは、Ｙの行為により生じた結果に対し、ＹはＢＧＢ八二三条二項により責任を負うか否かという点に関して、次のように述べた。

「……、ＢＧＢ八二三条二項の構成要件に関し、後続損害に対する答責性については、まさにこの結果に及ぶＹの過失によるのではなく、相当性の帰責基準－……－だけが責任制限を構成するのであるが、控訴審はこの判断を誤った。……本件では一つの出来事が現実のものとなったのであり、〝特異な、蓋然性がなく、かつ、事態の異常な経過によると無視されるべき事情〟が、考慮されなければならなかった。これについては、行為者の地位にある最善の観察者の見地を出発点とすべきであり、加えて、―本件では除外されているが―行為者がおおよそそれ以上に認める事情を出発点とすべきである」、「……そのような疑わしい結果は、いずれにせよ、一定の場合においては全く異常なものではなく、法的にも顧慮されうる。このことは、とりわけ、特別酷い侮辱及び全状態に対して特に不適当であることに妥当し、か

つ、他方では侮辱された者からすると、その年齢又は健康状態を理由として、あるいは、その他の事情に基づいて、特別な脆弱性が予期されなければならない。そのような場合、本質的に、規範目的又は違法性連関の概念のもと検討される観点のもとでも、帰責制限は肯定されえない」、「しかし、他方で、直接的保護法益についての損害結果が予見し得ない事情のため異常に重大なものとなる場合には（範例：異常に薄い頭蓋冠に打撃を与える場合）、他方の保護法益の間接的加害に関して（ここでは、名誉毀損により惹起された興奮に起因する健康）、通例、行為者の答責性を次の点から制限する必要がある。すなわち、そのような間接的結果は行為者にとっても、行為者の地位にある最善の観察者にとっても、全状況によると顧慮されえなかった、という点である。本件ではこの制限を越えているということを、控訴審は適切に確認した。原因の観点からではなく、正当な法的帰責可能性の基準に従い判明するこの制限は、次の理解からしても理由がある。すなわち、加害的影響に対する一定の蓋然性の限度を超えない場合、想定されるに過ぎない危険を理由として加害的影響を与える行為を断念するという義務は免除される、という理解である。むろん、保護法規違反（本件では口頭及び暴力での侮辱）は決して容認されない。損害結果の法的帰責性に対する制限は越えられており、そこでは違法行為を引き継ぐことは偶然であるように思われる。なぜなら、その損害結果は、許容された、状況にふさわしい行為に際して、同様に予期されたであろうからである[62]」。

前掲【D-21】OLG Karlsruhe 一九六六年一月二五日判決との相違は、加害行為の原因性そのものを否定するのではなく、予見可能性の観点から、責任充足的因果関係を否定した点にある。素因が寄与したが故に発生した結果が異常に重大なものとなった場合、その異常性は、「最善の観察者」の観点から検討されるとする。そして、最善の観察者にも予見できないような結果であると（法的に）評価される場合には、責任充足的因果関係が否定され、加害者は免責されるのである。

しかし、こうした「最善の観察者」の予見可能性については、学説から異論が唱えられている。例えば、ラーレンツ（K. Larenz）は、最善の観察者はほとんど全知であり、そのような全知の者であれば、異常な事態もまた常に予見可能であり、賠償義務者の答責性の範囲を限定するという、予見可能性の本来的機能を失ってしまうとして、「経験ある観察者」の観点が望ましいとする。[63] またランゲ／シーマン（H. Lange/G. Shiemann）は、素因が寄与した事例については、相当性を欠くという理由では説明がつかないとする。ランゲ／シーマンは、そもそも予見可能性による相当性が統計的蓋然性を前提としていることを問題とし、特に素因が寄与した場合については、統計的蓋然性は決定的なものではないとして、予見可能性による免責に否定的である。[64]

（1）代表的なものとして、窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣、一九九四）八頁以下、能見善久「寄与度減責」加藤一郎＝水本浩編『民法・信託法理論の展開』（弘文堂、一九八六）二三六頁以下等。

（2）【D-1】RGZ 155, 37, 41.

（3）能見・前掲注（1）二四五頁。

（4）*Stoll, Hans*, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968, S43ff.; *Schulze, Christian*, Die Haftung des Schädigers, 1984, S134ff.; *Kütemeyer, Jens D.*, Haftungsrechtliche Zurechnung psychischer Folgeschäden, 2003, S. 73ff, 91ff. などを参照されたい。

（5）減責条項をめぐる議論に関しては、能見・前掲注（1）二四〇頁以下、角田光隆「損害賠償の軽減―鑑定意見と報告―」早稲田大学法研論集四八号（一九八八）二六一頁、同「同―報告と討論―」同四九号（一九八九）五一頁、同「同―参事官草案―」同五〇号（一九八九）二七三頁、同「同―参事官草案に対する批判―」同五一号一〇三頁、石橋秀起「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―」立命館法学二七六号（二〇〇一）五一九頁以下が詳しい。

（6）能見・前掲注（1）二三七頁。
（7）能見・前掲注（1）二三七頁。
（8）窪田・前掲書（1）八頁以下、潮見佳男『不法行為法』（信山社、一九九九）三二四頁など。
（9）東京地判平成元年九月七日判時一三四二号八三頁。
（10）野村教授の割合的因果関係論は、これを段階で問題とする点に特徴がある。野村好弘「過失相殺の本質」『交通事故損害賠償の法理と実務』（ぎょうせい、一九八四）六二頁以下。
（11）*Schiemann, Gottfried,* J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, Buch 2, §§249-254, 2005, §249 Rn.35.
（12）*Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried,* Schadensersatz, 3.Aufl., 2003, §3 Ⅶ 3, S.97f.
（13）*Staudinger/Schiemann,* a.a.O. (Fn. 11), §249 Rn.35.
（14）ＢＧＢ二五四条〔共働過責〕（一）損害の発生に際して被害者の過責が共働したときは、賠償義務及び給付すべき賠償の範囲は、事情特に損害がいかなる範囲において主としていずれの当事者によって生ぜしめられたかによる。
（二）債務者が知らず、また知ることを要しない異常に高い損害の危険を被害者が債務者に注意しなかったこと、又は被害者が損害を防止若しくは軽減することを怠ったことに被害者の過責が限定される場合も同様である。この場合においては、第二七八条の規定を準用する。
（15）もっとも、被害者が素因を有し、かつ、それを知りながら危険な行為をした場合、ＢＧＢ二五四条が適用される可能性は、素因不考慮命題を有するドイツ法においても承認されている（窪田・前掲書（1）二七頁）。被害者の素因と共働過責との関係については、第四章で扱うこととする。
（16）RGZ 155, 37, 41.
（17）*Lange/Schiemann,* a.a.O. (Fn. 12), §3 X 1, S.128.
（18）RGZ 6, 1, 3.
（19）RGZ 23, 160; 42, 291; 44, 152.
（20）JW 1910, 650, 651.

(21) DJZ 1915, 207.

(22) もっとも、加害者の注意義務が、完全に健康な者のみならず、不安的な健康状態にまで及ぶと解されることから、経営者と顧客との契約上の注意義務はそこまで及ぶのかという点について見解の相違がみられるところである。*Rabel, Ernst,* Das Recht des Warenkaufs Bd.1, 1964, S.501f. 参照。

(23) RGZ 91, 347, 350,

(24) RGZ 133, 126.

(25) RGZ 133, 270.

(26) RGZ 151, 279, 283.

(27) RGZ 151, 279, 283.

(28) ＢＧＢ八三三条〔動物保有者の責任〕動物が人を殺害し、人の身体若しくは健康を侵害し、又は物を毀損したときは、当該動物を保有する者は、侵害を受けた者に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。損害が、動物保有者の職業、営利活動又は生計のように供するものとされている家畜によって発生し、かつ、動物保有者が動物の管理について取引に必要な注意をしたとき、又はこの注意をしても損害が発生したであろうときは、賠償義務は生じない。

(29) JW 1908, 41, 42.

(30) RGZ 169, 117, 120.

(31) VersR 1962, 351, 352.

(32) 仮定的因果関係論では、こうした損害は「無価値」と評価される。*Lange/Schiemann,* a.a.O. (Fn. 12), §4 IX, S.193. ただし、手術が「早められた」場合には別である。この点については、第三章第二款及び第四章で扱うこととする。

(33) 交民二九巻五号一二七二頁。

(34) 錦織成史・判批・『民法の基本判例〔第二版〕(法学教室増刊)』(有斐閣、一九九九)一九〇頁。

(35) 脱落症状とは、臓器または組織の一部または全部を除去したり、機能喪失をきたした場合に現れる症状をさすが、臨床的にしばしば問題となるのは、内分泌腺の機能低下、喪失や手術摘除後のホルモン機能低下による症状である。また神経系、特に脳・脊髄は神経解剖・生理が示すごとく、それぞれの局所で特別な神経機能が存在し、分業的働きを行っているために、

例えば大脳皮質に傷害を起こすと、その部位によって運動麻痺、感覚脱失や言語障害をきたすことがあり、この状態を神経機能の脱落症状という。「南山堂医学大辞典第一九版」（南山堂、二〇〇六）より。

（36）VersR 1965, 491, 492.

（37）VersR 1966, 737, 738.

（38）VersR 1969, 43, 44.

（39）実際、学説からは予見可能性について疑問が呈されている。例えば、*Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 12), §3 X 1, S.130.

（40）ドイツ法では、極端な事例（Extrem Fälle）として扱われることがある。例えば、*Oetker, Hartmut*, Münchener Kommtar zum Bürgerliches Gesetzbuch Bd.2, §§241-432. 5.Aufl., 2007, §249 Rn.135.

（41）VersR 1980, 564.

（42）VersR 1981, 1057, 1058.

（43）NJW 1984, 1409, 1410.

（44）ＢＧＢ八四四条〔殺害による第三者の損害賠償請求権〕（一）略。（二）死亡した者が、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、第三者が死亡の結果扶養を受ける権利を失ったときは、賠償義務者は、死亡し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、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。第八四三条第二項乃至第四項の規定は、この場合に準用する。侵害の当時、第三者が胎児であり、まだ出生していないときでも、賠償義務は生じる。

（45）NJW 1974, 1510, 1510f.

（46）ＢＧＢ八三二条〔監督義務者の責任〕（一）未成年又は精神的若しくは肉体的状態により監督を必要とする者について、監督を行う法定の義務を負う者は、被監督者が第三者に対し違法に加えた損害を賠償する義務を負う。監督義務者がその義務を尽くしたとき、又は相当の監督を行っても損害が発生したであろうときは、賠償義務は生じない。（二）略。

（47）VersR 1992, 1233, 1234.

（48）VersR 1992, 1233, 1234.

（49）VersR 1992, 1233, 1234.

(50) VersR 1970, 814, 815.

(51) VersR 2002, 504, 505.

(52) もっとも、本件では、連帯責任者として責任が問われているため、原因力による損害の分配は問題とはなっていない。なお、本判決では、第二加害者であるY_3（及びY_4）の責任について、Y_3による第二侵害が少なくとも後続侵害に対する共働原因であるか否かをＺＰＯ二八七条の意味における十分な蓋然性をもって確認することができるか否か新たな審理を要するとして差し戻されている。この問題に関しては、*Spickhoff, Andreas*, LM H.4/2002, §249 (Bb) BGB Nr.74 Bl.1を参照。

(53) *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 11), §249 Rn.39. なお、ドイツ法においては、素因不考慮命題が妥当するためには、被害者の心因的要因が寄与した結果、身体又は健康上の損害が生じていなければならない点に注意を要する。単なる精神的損害の場合には、慰謝料算定において、素因を考慮することが当然であると考えられている。例えば、*Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 12), §3X1, S.130参照。

(54) *Stoll, Hans*, Gutachten 45.DJT, S.20はこれに対して異論を唱える。

(55) BGHZ 20, 137, 139.

(56) ドイツ民事訴訟法二八四条〔証拠調べ〕証拠調べ及び証拠決定による特別な証拠調べ手続命令は、第五部から第一一部の規定により決定される。当事者間に合意がある場合、裁判所は証拠を、それに適当な方法で調べることができる。合意は個別の証拠調べに限定されうる。合意は、それと関連する証拠調べの開始以前に訴訟状態に本質的な変更がある場合に限り、取り消されうる。

(57) BGHZ 20, 137, 141.

(58) 本件では、最終的にXの請求は棄却されているが、定期金ノイローゼに関する特殊な判断がなされており、これについては第三章で詳しく論ずる。また、仮定的因果関係による因果関係の中断についても言及があり、これについては第三章第二款及び第四章で扱うこととする。

(59) *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 11), §249 Rn.35.

(60) VersR 1966, 741, 742.

(61) 窪田・前掲書（1）二五頁。

（62）NJW 1976, 1143, 1144.
（63）*Larenz, Karl,* Schuldrecht I, 14.Aufl., 1987, §27 Ⅲ b, S.438.
（64）*Lange/Schiemann,* a.a.O. (Fn. 12), §3 X 1, S.130.

※本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「損害賠償法における素因の位置」（二〇一一年三月二四日授与）を加筆・修正したものである。なお、本稿は、執筆にあたり、平成二一－二二年度科学研究費補助金（研究活動スタート支援）（二一八三〇〇〇二）の支援を得た。また、加筆・修正にあたり、平成二三－二五年度科学研究費補助金（若手（B））（二三七三〇〇七八）の援助を受けている。