

# 損害発生に被害者が意図的に関与した場合の 損害賠償責任の減免に関する序論的考察

—— ドイツ法における自己危険に基づく行為の概念の  
解消に関する議論を手がかりに ——

神 澤 真佑佳

## 第一章 はじめに

- 1 問題の所在
- 2 検討対象と本稿の課題

## 第二章 ドイツ法における自己危険に基づく行為の概念

- 1 通説的な学説の理解
- 2 BGH1961年判決以前の学説・判例
  - (一) BGH1961年判決以前の学説
  - (二) BGH1961年判決以前の判例：「被害者の承諾」構成
  - (三) 「被害者の承諾」構成への批判
- 3 現在の判例の立場：「協働過失」構成
  - (一) リーディングケース：BGH1961年判決
  - (二) 1960年代から1970年代の裁判例
  - (三) 小括

## 第三章 自己危険に基づく行為の概念と加害者の保護義務という観点

- 1 序
- 2 シュトル：類型に分ける立場
  - (一) 序
  - (二) 「真正」な自己危険に基づく行為
  - (三) 「不真正」な自己危険に基づく行為
- 3 シーマン：類型に分けることを批判する立場
- 4 学説のまとめ
  - (一) 加害者の保護義務という観点
  - (二) 次稿への示唆

## 第四章 むすびに

- 1 本稿の成果
  - (一) BGH1961年判決の意義
  - (二) 加害者の保護義務という観点
- 2 今後の課題

## 第一章 はじめに

### 1 問題の所在

民法709条は、加害者が故意または過失によって被害者に損害を発生させた場合、被害者に生じた損害について加害者に損害賠償責任を負わせることを規定する。このとき、被害者が、加害者の過失によって自身に損害が発生するおそれがあることを認識して、あえてそこに近づいた場合、被害者は、加害者に損害賠償を請求することができるのだろうか。こうした「損害発生への被害者の意図的関与」は、加害者に対する損害賠償責任の追及との関係で、どのような意義を有するのだろうか。

こうした問題を扱った日本の裁判例として、最判平成2年11月8日判時1375号65頁<sup>(1)</sup>（以下では「スキークレバス事件」という）がある。この事件は、クレバスに転落して負傷した被害者が、スキー場の管理に過失があったとして、スキー場の管理・運営者に対して民法709条に基づいて損害賠償を請求した事案である。この事件が発生した経緯には、次のような特殊な事情があった。具体的には、ベテランスキーヤーである被害者が、5月中旬というゲレンデ状態の悪い時期にスキー場を訪れ、前方にクレバスが見えているにもかかわらず、あえてその付近を滑降したところ、クレバスに転落し（第一事故）、翌年も5月中旬に同じスキー場を訪れてクレバス付近を滑降したところ、同様にクレバスに転落した（第二事故）という事情である。

この事件について、最高裁とその原審判決<sup>(2)</sup>とで結論が異なっている。

最高裁は、シーズン末期に、前方にクレバスが見えているにもかかわらず、あえてその付近を滑降した被害者自身の過失によって損害が発生した

---

(1) この判決の評釈として、窪田充見「スキー場における転落事故と管理者の過失」民商法雑誌104巻5号668頁〔1991年〕、および梅津和宏「スキーヤーがクレバスに転落して負傷した事故につきスキー場の管理者の過失を否定した事例」判例タイムズ790号〔平成3年度主要民事判例解説〕80頁がある。

(2) 東京高判昭和60年1月31日判時1143号80頁。

損害発生に被害者が意図的に関与した場合の損害賠償責任の減免に関する序論的考察として、加害者の過失の前提となる注意義務違反を否定するためにこれらの事情を持ち出して、損害賠償責任を否定した。それに対して原審は、加害者に過失の前提となる注意義務違反があったとして、加害者に損害賠償責任を負わせたうえで、被害者が滑降に際してクレバスの確認・回避に十分注意を払わなかった点に被害者の過失があるとして、これらの事情を民法722条2項における被害者の過失として位置づける<sup>(3)</sup>。しかしながら、この両者の結論に対しては違和感を覚える。

というのも、現在の日本法における不法行為法の枠組みにおいて、損害賠償責任の成否の問題と賠償範囲の調整の問題は、異なる枠組みとして理解されているはずである。にもかかわらず最高裁は、加害者の過失の前提となる注意義務違反の有無といった損害賠償責任の成否の問題としてこれらの事情を検討するのに対し、原審は、加害者に注意義務違反があることを認めたとうえで、賠償範囲の調整の問題としてこれらの事情を検討する。

さらに、原審のように賠償範囲の調整の問題としてこれらの事情を検討するにしても、その前提には、加害者の過失の前提となる注意義務違反が加害者にあるという判断がなされているはずである。その成否の判断を基礎づける事情が民法722条2項における被害者の過失を基礎づける事情として扱われることは、損害賠償責任を発生させるための判断を希薄化させるのと同時に、賠償範囲の調整の問題とされる民法722条2項における被害者の過失の射程を拡張させているおそれがある。この違和感を、どのような形で理論的に説明し、乗り越えることができるのだろうか。

## 2 検討対象と本稿の課題

「損害発生への被害者の意図的関与」を加害者の損害賠償責任との関係で、どのように扱うべきかについては、ドイツ法に手がかりがある。

---

(3) その結果、原審は、第一事故については9割の過失相殺を行い、第二事故については7割の過失相殺を行った。

ドイツ法では、自己危険に基づく行為〔Handeln auf eigene Gefahr〕の概念の意義について古くから議論されていた。

自己危険に基づく行為の概念は、元々は危殆化責任〔Gefährdungshaftung〕を基礎づける意味で用いられたものである。それが、被害者の承諾という加害者の抗弁の形で用いられるようになり、最終的には、日本法における過失相殺の規定と同様の規定であるドイツ民法 254 条の問題に解消され、<sup>(4)</sup>独自の意義を失ったと評価されている。

この概念がドイツ民法 254 条に解消されるまでの流れは、前田達明によってすでに紹介・分析されている。<sup>(5)</sup>しかし、そうした紹介を受けた日本法では、この概念に独自の意義を認めないとする結論だけが先行し、この概念がドイツ民法 254 条に解消された理論的背景については十分に検討されていない。この理論的背景について検討することは、ドイツ民法 254 条によって加害者の損害賠償責任が減免される根拠の違いを明らかにすることに繋がるものである。

そこで本稿は、ドイツ法における自己危険に基づく行為の概念が、ドイツ民法 254 条に解消された経緯を整理することとしたい。この概念がドイ

---

(4) ドイツ民法 254 条【共同の故意・過失】

- (1) 損害の発生に被害者の故意・過失〔Verschulden〕が寄与しているときは、損害賠償の義務及びなされるべき損害賠償の範囲は、諸事情、特に損害がどの程度に主として一方又は他方の当事者によって引き起こされたのかに依存する。
- (2) 被害者の故意・過失が、債務者が知らず、かつ、知り得べきでなかった著しく高い損害の危険性に債務者の注意を喚起する行為をしなかったこと、又は被害者が損害を回避し若しくは減少させる行為をしなかったことに限定されるときも前項と同様である。第 278 条の規定をこの項に準用する。

(訳は、山本和人『ドイツ民法Ⅱ（債務関係法）（調査資料 2015-1-a：基本情報シリーズ②）』（国立国会図書館調査及び立法考査局、2015 年）による。)

- (5) ドイツ法における議論を紹介したものとして、前田達明「Hans Stoll 著『自己の危険に基づく行為』（Das Handeln auf eigene Gefahr, 1961）」法学論叢 85 巻 4 号〔1969 年〕68 頁以下〔同『判例不法行為法』（青林書院、1978 年）231 頁以下に所収〕がある。
- (6) 潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第 2 版〕』（2009 年、信山社）435 頁、吉政知広「被害者の意思的な関与による不法行為規範の変容——契約における不法行為責任に関する規律、被害者の同意、危険の引受け」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題』（商事法務、2015 年）59 頁以下〔68 頁〕。

損害発生に被害者が意図的に関与した場合の損害賠償責任の減免に関する序論的考察  
ツ民法 254 条に解消された経緯を整理することを通じて、「損害発生への被害者の意図的関与」を日本法の不法行為法の枠組みに整合する形で今後検討するための手がかりを得たい。

## 第二章 ドイツ法における自己危険に基づく行為の概念

### 1 通説的な学説の理解

ドイツ法における通説は、不法行為の被害者が、故意に、かつ正当な理由もなく、差し迫った危険に近づく行為を、自己危険に基づく行為だと説明する<sup>(7)</sup>。そして、通説によれば、被害者が差し迫った危険に近づくことは、損害発生に向けた被害者の過失であるとして、ドイツ民法 254 条に基づいて損害賠償責任の減免が判断される<sup>(8)</sup>。

ドイツ民法 254 条は、損害賠償責任を減免することを規定する。具体的には、損害の発生に際して被害者の過失が協働した場合には、被害者の過失が、加害者の損害賠償責任の存否、および賠償範囲を定めるにあたり考慮されることを規定する。したがって、ドイツ民法 254 条によれば、差し迫った危険に近づく行為は、加害者の損害賠償責任の存否、および賠償範囲を定める際に考慮されることとなる。

しかしながら、こうした理解が一般的になったのは、連邦通常裁判所が

---

(7) Hartmut Oetker, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2016, § 254 Rn. 64 (以下では「MünchKomm/Oetker」として引用); Jens Ekkenga u. Thilo Kuntz, in: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begründet von Soergel, Bd. 3/2, 13. Aufl., 2014, § 254 Rn. 68 (以下では「Soergel/Ekkenga u. Kuntz」として引用); Arndt Teichmann, in: Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 16., neubearbeitete Aufl., 2015, § 254 Rn. 14, 17 (以下では「Jauernig/Teichmann」として引用); Gottfried Schiemann, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, 2017, § 254 Rn. 62 (以下では「Staudinger/Schiemann」として引用).

(8) MünchKomm/Oetker, a. a. O. (Anm. 7), § 254 Rn. 65; Soergel/Ekkenga u. Kuntz, a. a. O. (Anm. 7), § 254 Rn. 70; Jauernig/Teichmann, a. a. O. (Anm. 7), § 254 Rn. 17; Staudinger/Schiemann, a. a. O. (Anm. 7), § 254 Rn. 62.

1961年3月14日に判例変更してからである（以下BGH1961年判決として引用する）。本章では、BGH1961年判決以前における自己危険に基づく行為の概念に対する理解の変遷をみていく中で、BGH1961年判決の意義を明らかにする。

## 2 BGH1961年判決以前の学説・判例

### （一）BGH1961年判決以前の学説

#### （1）自己危険に基づく行為の概念の起源

自己危険に基づく行為の概念は、1891年にウンガー〔Josef Unger〕が危殆化責任を基礎づける意味でこれを用いたことに起源がある。すなわち、ウンガーは、加害者が危険を発生させる物を持ち込み、それを支配し、または管理していることを理由に、その危険から生じた結果について加害者が損害賠償責任を負うことを基礎付けるためにこの概念を用いた<sup>(10)</sup>。しかしながら、自己危険に基づく行為の概念をこのように理解することは、今日の通説的な学説の理解とは異なるものである。

その後、ドイツ民法 833 条に基づく動物占有者責任〔Haftung des Tierhalters〕の制限が検討された第 28 回ドイツ法曹大会〔28. Deutscher Juristentag Kiel, 1906〕<sup>(12)</sup>において、動物の危険と結びつかない危険によつ

---

(9) Urteil des BGH vom 14. 3. 1961 (VI ZR 189/59), BGHZ 34, 355.

(10) 例えば、鉄道の操業による危険から生じた損害については、Josef Unger, *Zugleich ein Beitrag zur Kritik des deutschen Entwurfs.*, 1891, S. 49 を参照（なお、書籍が入手できなかったため、<https://books.google.co.jp/books?id=D-oMAAAAYAAJ> で閲覧した（2018年4月23日最終確認））。

(11) ドイツ民法 833 条【動物占有者の責任】

動物により人が殺害され、人の身体若しくは健康が侵害され、又は物が損壊されたときは、動物を飼育する者は、被害者に対し、これらのことから生じた損害を賠償する義務を負う。損害が、動物飼育者の職業、営業活動又は生計のために資するよう定められた家畜から生じ、動物飼育者が、動物の監督に当たり取引上必要な注意を遵守したか、又はこの注意を払ったとしても損害が発生したであろうと思料されるときは、損害賠償義務は生じない。

（訳は、山本和人『ドイツ民法Ⅱ（債務関係法）（調査資料 2015-1-a：基本情報シリーズ ⑳）』（国立国会図書館調査及び立法考査局、2015年）によった。）

(12) Warwitz, *Verhandlungen des Achtundzwanzigsten Deutschen Juristentages Bd. 2.* 1906, S. 98.

損害発生に被害者が意図的に関与した場合の損害賠償責任の減免に関する序論的考察  
て生じた損害に対する損害賠償責任を否定する意味で、自己危険に基づく行為の概念が使われるようになる。さらに、ライヒ裁判所が1909年3月29日判決<sup>(13)</sup>で、被害者による加害者に対する黙示の責任免除の意思表示の意味でこの概念を用いて損害賠償責任の免除を行った。

以上のような経緯から、自己危険に基づく行為の概念は、加害者の危殆化責任を基礎づける事由から、特殊不法行為の文脈における被害者に対する加害者の抗弁を基礎づける事由に位置づけられ、さらにライヒ裁判所によって一般不法行為の文脈における被害者に対する加害者の抗弁として位置づけられるようになった。

## (2) 「被害者の承諾」による違法性阻却

### (a) 序

前述の通り、ライヒ裁判所は、1909年3月29日判決で、被害者による加害者に対する黙示の責任免除の意思表示の意味でこの概念を用いた。その後、いわゆる好意同乗の事例において、場合によっては生じうる侵害に対する被害者の承諾の意味でこの概念を用いるべきだとフラート<sup>(14)</sup>〔Flad〕が主張した。このフラートの見解に依拠したライヒ裁判所1933年6月19日判決<sup>(15)</sup>は、BGH1961年判決で変更されるまで維持される。

### (b) フラートの見解

フラートは、被害者が決闘〔Zweikampf〕や試合〔Wettkampf〕を行った事例を挙げ、場合によっては生じうる侵害に対する被害者の承諾の意味で自己危険に基づく行為の概念を用いる<sup>(16)</sup>。フラートが、差し迫った危険に近づく行為を、加害行為の違法性を阻却する被害者の承諾の意味で用いる理由は、被害者が差し迫った危険に近づくことが、自己の責任で危険を意図的に引き受けたと評価できることに基づく<sup>(17)</sup>。

(13) Urteil des RG vom 29. 3. 1909 (VI ZR 163/08), Recht 1909, 1680.

(14) Flad, Handeln auf eigene Gefahr. Zugleich ein Beitrag zur Beurteilung der sogenannten Gefälligkeitsfahrten., Recht 1919, 13.

(15) Urteil des RG vom 19. 6. 1933 (VI ZR 74/33), RGZ 141, 262.

(16) Flad, a. a. O. (Anm. 14), S. 16.

(17) Flad, a. a. O. (Anm. 14), S. 16.

さらにフラートは、自己危険に基づく行為の概念とドイツ民法 254 条における被害者の過失は、その評価基準において全く異なる概念であると指摘する<sup>(18)</sup>。すなわち、ドイツ民法 254 条における被害者の過失と評価するためには、被害者が社会生活上必要な注意義務に違反していることが必要であるが、危険を意図的に引き受けたことに基づいて被害者に危険負担をさせる自己危険に基づく行為の概念とは、評価基準が全く異なる<sup>(19)</sup>というのである。

そこでフラートは、差し迫った危険に近づく行為を、加害行為の違法性を阻却する被害者の承諾の意味で評価するためには、被害者が有効な承諾をしていることが必要だと述べる。具体的には、法律行為の有効性を判断するための一般的な原則によって承諾の有効性が判断されるとして、①被害者が行為能力を有していること、②被害者に意思の欠缺がないこと、および③意思表示の内容が公序良俗や強行規定に違反していないことなどを<sup>(20)</sup>列挙する。

そのうえでフラートは、差し迫った危険に近づく行為を有効な承諾として評価できない場合には、こうした被害者の行為がドイツ民法 254 条における被害者の過失に当たるか否かについて検討されるべきだと主張する<sup>(21)</sup>。

## (二) BGH1961 年判決以前の判例：「被害者の承諾」構成

### (1) BGH1961 年判決以前の判例

以上のようなフラートの見解に依拠して、ライヒ裁判所は、1933 年 6 月 19 日判決<sup>(22)</sup>で、場合によっては生じうる侵害に対する被害者の承諾の意味で自己危険に基づく行為の概念を用いた。そして、連邦通常裁判所も 1951 年 5 月 17 日判決<sup>(23)</sup>でこのライヒ裁判所判決を踏襲している。そこで以下では、ライヒ裁判所 1933 年判決、およびこのライヒ裁判所判決を踏襲

(18) Flad, a. a. O. (Anm. 14), S. 15.

(19) Flad, a. a. O. (Anm. 14), S. 18.

(20) Flad, a. a. O. (Anm. 14), S. 17.

(21) Flad, a. a. O. (Anm. 14), S. 19.

(22) Urteil des RG vom 19. 6. 1933 (VI ZR 74/33), RGZ 141, 262.

(23) Urteil des BGH vom 17. 5. 1951 (III ZR 57/51), BGHZ 2, 159.



損害発生に被害者が意図的に関与した場合の損害賠償責任の減免に関する序論的考察  
した連邦通常裁判所 1951 年 5 月 17 日判決を紹介する。

### 【1】ライヒ裁判所 1933 年 6 月 19 日判決<sup>(24)</sup>

未成年であった X は、Y に誘われて、Y が所有・運転するオートバイに無償で同乗した。X を同乗させてオートバイを運転していた Y は、カーブを曲がりきれず、オートバイを道路脇の樹木に衝突させる事故を起こした。この事故で X は、重傷を負った。X は、Y の過失によって当該事故が発生したとして、Y に対して損害賠償を請求した。

他方 Y は、X の請求を棄却するよう求めた。その理由として、X との間で、免責されることが黙示に取り決められていた、もしくは X には自己危険に基づく行為があった、または X の過失が当該事故の原因であったなどと Y は主張した。

これについて原々審と原審は、X の請求を認めた。これに対して Y が上告したものの、Y の上告は棄却された。その理由としてライヒ裁判所は、以下のように判示した。

ライヒ裁判所は、本件において X が未成年であったことを理由に、承諾の有効性が否定されるとして、ドイツ民法 823 条<sup>(25)</sup>に基づく Y の損害賠償責任は否定されないと判示した。<sup>(26)</sup>

その理由としてライヒ裁判所は、フラートの見解を引用し、差し迫った危険に近づく行為を、場合によっては生じうる侵害に対する被害者の承諾の意味で捉え、この承諾に加害行為の違法性を阻却させる法律効果を認め

---

(24) Urteil des RG vom 19. 6. 1933 (VI ZR 74/33), RGZ 141, 262.

(25) ドイツ民法 823 条 【損害賠償義務】

- (1) 故意又は過失により、他人の生命、身体、健康、自由、財産その他の権利を違法に侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。
- (2) 他人の保護を目的とする法律に違反した者も同様の義務を負う。当該法律の内容上、これに対する違反が故意・過失がなくても可能な場合には、損害賠償義務は、故意・過失のあるときにのみ発生する。

(訳は、山本和人『ドイツ民法Ⅱ（債務関係法）（調査資料 2015-1-a：基本情報シリーズ②）』（国立国会図書館調査及び立法考査局、2015 年）によった。)

(26) RGZ 141, 262, 263.

<sup>(27)</sup>る。しかしながら、こうした承諾を有効なものとして評価するためには、ドイツ民法 111 条<sup>(28)</sup>に基づいて、一方の受領が必要とされることから、被害者が未成年である本件の場合には、被害者が有効な承諾をしているとは評価<sup>(29)</sup>できないと判示した。

## 【2】連邦通常裁判所 1951 年 5 月 17 日判決<sup>(30)</sup>

亡 A は、Y の父が所有し、Y が運転するトラックに有償で同乗していた。亡 A と Y は、しばらくの間、亡 A の取引先に滞在し、そこで亡 A が持ってきた数本のワインを他の参加者らと一緒に飲んだ後、Y が亡 A を同乗させてトラックを運転した。ところが Y は、カーブを曲がりきれずにトラックを樹木に衝突させる事故を起こした。この事故で亡 A は死亡した。事故後に警察が行った Y の血液検査から、事故当時、Y は著しくアルコールの影響を受けていたことがわかった。

亡 A の相続人である X らは、Y の過失によって当該事故が発生したとして、Y に対して損害賠償を請求した。他方 Y は、請求を棄却するよう求めた。その理由として Y は、亡 A との間で、免責されることが黙示に取り決められていた、または亡 A に自己危険に基づく行為があったなどと主張した。

これについて原々審は、X の請求を全部認容した。他方原審は、X の請求を 3 分の 2 の限りで正当であるとして、X の請求を一部認容した。

---

(27) RGZ 141, 262, 265.

(28) ドイツ民法 111 条【単独行為】

未成年者が法定代理人の必要な同意なく行った単独の法律行為は、効力を発生しない。未成年者が、この同意を得てかかる法律行為を他人に対して行った場合において、未成年者が同意を書面で呈示せず、他人がこの理由から遅滞なく法律行為を拒絶したときは、その法律行為は効力を発生しない。代理人が他人に対して同意について知らせていたときは、拒絶することはできない。

(訳は、山本和人『ドイツ民法 I (総則) (調査資料 2014-1-d : 基本情報シリーズ⑨)』(国立国会図書館調査及び立法考査局、2015 年) によった。)

(29) RGZ 141, 262, 265.

(30) Urteil des BGH vom 17. 5. 1951 (III ZR 57/51), BGHZ 2, 159.

損害発生に被害者が意図的に関与した場合の損害賠償責任の減免に関する序論的考察  
これに対して Y が上告したものの、Y の上告は棄却された。その理由として連邦通常裁判所は以下のように判示した。

まず、連邦通常裁判所は、有償で同乗した場合であっても、被害者の自己危険に基づく行為を理由とする責任免除は否定されないと判示する。ただし、被害者が有償で同乗した場合には、承諾の有効性が、より厳格に判断されるべき<sup>(31)</sup>として、事故の原因となる事情から、自身が危険に晒されることを被害者が現に認識していること<sup>(32)</sup>までも要求する。

そこで連邦通常裁判所は、本件において、亡 A が危険に晒されることを現に認識していたか否かについて検討を行う。これについて連邦通常裁判所によれば、自己危険に基づく行為を理由とする責任免除は、債務関係法〔Schuldrecht〕の中で有効な諸原則によれば、両当事者の申込みと承諾の意思表示の合致が必要だとされる。したがって、後に事故に遭う乗客が、適切な意思表示を行っていることが必要であるとともに、それが原則として明示に行われている必要があると述べた。<sup>(33)</sup>ただし、被害者が特に異議を唱えなかったなどといった被害者の行為態様から、加害行為の違法性が阻却される場合もあるとして例外を認める。<sup>(34)</sup>しかしそれは、加害運転者が運転を開始する際にすでに存在する事故の原因となる事情により、被害者自身が危険に晒されることを現に認識していることまで要求されるべき<sup>(35)</sup>だと判示する。

これについて本件においては、Y が運転を開始する前に飲酒をしていたという事情を亡 A は認識していたものの、Y が自動車を安全に運転することができる状態ではないと、亡 A が現に認識していたとまではいえないという原審判決を支持し、Y の上告を棄却した。<sup>(36)</sup>

---

(31) BGHZ 2, 159, 160.

(32) BGHZ 2, 159, 161.

(33) BGHZ 2, 159, 162.

(34) BGHZ 2, 159, 162.

(35) BGHZ 2, 159, 163.

(36) BGHZ 2, 159, 163.

## (2) 小括

以上で紹介した2つの判決は、次のようにまとめることができる。まず、**【1】**判決では、フラートの見解に依拠して、自己危険に基づく行為の概念を、場合によっては運転中に生じうる侵害に対する被害者の承諾の意味で捉える。そしてこの概念に、加害行為の違法性を阻却させる法律効果を認める。

**【1】**判決は、加害行為の違法性を阻却するという効果を導く要件として、有効な意思表示を被害者が加害者に表示していることをあげる。もっとも、**【1】**判決では、被害者が未成年者であったことから、被害者が加害者に対して有効な意思表示をしていたとはいえないとして、加害行為の違法性が阻却されないという結論を導いた。

**【2】**判決でも、**【1】**判決の立場を前提に、自己危険に基づく行為の概念を捉える。そのうえで**【2】**判決では、有償で被害者が同乗した場合であったために、被害者の意思表示の有効性が**【1】**判決よりも厳格に判断されていた。すなわち**【2】**判決では、事故の原因となる事情により、被害者自身が危険に晒されることを現に認識していることまでも要求されていた。

## (三) 「被害者の承諾」構成への批判

以上の判決でみたように、自己危険に基づく行為の概念を被害者の承諾として解釈することは、少なくとも、危険に晒されるおそれがあることを被害者自身が認識していることを、加害者が立証する必要がある点で非常に限定されることとなる。学説の多くは、この点を含めて、自己危険に基づく行為の概念を、場合によっては生じうる侵害に対する被害者の承諾の意味で捉えるべきではないとして厳しく批判する<sup>(37)</sup>。この批判が背景となつて、連邦通常裁判所はBGH1961年判決で判例変更を余儀なくされた。

学説の多くがBGH1961年判決以前の判例を批判した理由は、①被害者が差し迫った危険に近づくことは、事実行為として評価されるべきであり、

---

(37) Richard Wangemann, NJW 1955, 85; Emil Böhrer, VersR 1957, 205; ders., MDR 1958, 77; Klaus Bemmman, VersR 1958, 583; Hans Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr: Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1961, S. 93f.

損害発生に被害者が意図的に関与した場合の損害賠償責任の減免に関する序論的考察  
法律行為として評価されるべきではないこと、および②差し迫った危険に  
近づく行為を、場合によっては生じうる侵害に対する被害者の承諾の意味  
で捉えることは、意思の擬制であることの2点にまとめることができる。

①の批判は、自己危険に近づく行為の概念を法律行為として評価すべき  
ではないという批判である。BGH1961年判決以前の判例・学説は、自己  
危険に基づく行為の概念を、場合によっては生じうる侵害に対する被害者  
の承諾の意味で捉える。しかしながら、ここで問題なのは、被害者が差し  
迫った危険に近づいたことに対する非難という評価であり、被害者が有効  
な承諾をしていることが問題なのではないという批判である。

②の批判は、自己危険に基づく行為の概念を被害者の承諾の意味で捉え  
ることは、意思の擬制であるという批判である。仮に、被害者が差し迫っ  
た危険に近づいたとしても、被害者自身は、当該危険が実現しないことを  
望んでいるはずである。にもかかわらず、被害者が危険を引き受ける意思  
があると評価することは、事実と反して被害者の意思を擬制していること  
になるはずだという批判である。

さらに、自己危険に基づく行為の概念を、場合によっては生じうる侵害  
に対する被害者の承諾の意味で捉えることは、結論の妥当性を欠くという  
批判もある。これは、被害者による加害者に対する責任免除を取り消す際  
には、ドイツ民法119条<sup>(38)</sup>に基づいて被害者が取消し<sup>(39)</sup>の意思表示を加害者  
にする必要がある。しかしながら加害者は、被害者が損害賠償責任を免除  
したと信頼するはずである。そうであれば加害者は、ドイツ民法122条に

---

(38) ドイツ民法119条【錯誤による取消可能性】

(1) 意思表示を行うに当たり、その内容に関して錯誤に陥っていたか、又はその内容  
の表示を行う意思を有しなかった者は、その者が事態を理解し、かつ、事情の理性的  
評価を行ったとすれば意思表示を行わなかったであろうことが推認されるときは、  
意思表示を取り消すことができる。

(2) 取引において本質的なものとみなされるような人物又は物の性状に関する錯誤も  
また、意思表示の内容に関する錯誤とみなす。

(訳は、山本和人『ドイツ民法I(総則)(調査資料2014-1-d:基本情報シリーズ⑨)』  
(国立国会図書館調査及び立法考査局、2015年)によった。)

(39) ドイツ民法122条【取消しを行う者の損害賠償義務】

基づく信頼利益喪失の損害賠償を被害者に対して求めるはずである。そうすると被害者は、加害者によるこうした損害賠償請求を回避するために、加害者の損害賠償責任を免除しなければならないことになる。これでは、不法行為の被害者を、ほとんど完全に無防備にしてしまうという批判であ(40)る。

以上のような批判が背景となって、連邦通常裁判所はBGH1961年判決で判例変更を行うこととなった。

### 3 現在の判例の立場：「協働過失」構成

以下では、BGH1961年判決を紹介した後、コンメンタールなどで紹介されたものを中心に、1960年代から1970年代の裁判例を紹介することとする。

#### (一) リーディングケース：BGH1961年判決

##### 【3】連邦通常裁判所 1961年3月14日判決<sup>(41)</sup>

自動車整備工見習いとして働くX（16歳半）は、Y1（20歳弱）が運転する自動車に同乗させてもらい、週に1回、地方職業学校に通っていた。事故当日の昼休みに、Xは、Y2（17歳半）らと一緒に、Y1が運転する自動車に同乗して昼食に出かけた。彼らのうち、自動車の運転免許を持っていたのはY1のみであった。にもかかわらずY2は、自動車の運転を自分にもさせるようにY1にしつこく頼んだ。初めはそれを断っていたY1

---

、 (1) 意思表示が第118条の規定により無効である場合又は第119条、第120条の規定により取り消された場合において、表意者は、その意思表示が他人に対して行われたときは、この相手方に対して、それ以外の場合は第三者のそれぞれに対して、これらの者が意思表示が有効であることを信頼したことにより被った損害を賠償しなければならないが、損害賠償は、相手方又は第三者が、意思表示が有効であれば有したことになる利益の額を超えることを要しない。

(2) 損害賠償義務は、損害を被った者が無効若しくは取消可能性の原因を知り又は過失により知らなかった（知りうべきであった・kennen musste）ときは、生じない。

（訳は、山本和人『ドイツ民法Ⅰ（総則）（調査資料2014-1-d：基本情報シリーズ⑨）』（国立国会図書館調査及び立法考査局、2015年）による。）

(40) Stoll, a. a. O. (Anm. 37), 314.

(41) Urteil des BGH vom 14. 3. 1961 (VI ZR 189/59), BGHZ 34, 355.

損害発生に被害者が意図的に関与した場合の損害賠償責任の減免に関する序論的考察は、Y2 からしつこく頼まれたため、仕方なく Y2 に少しでも運転を任せることにした。

Y2 は、急な坂道を時速 60 キロメートルの速度で自動車を走らせ、200 メートルから 300 メートル先にある、緩やかなカーブをそのままの速度で走り抜けようとした。ところが Y2 は、カーブを曲がりきれずに自動車を道路左脇の樹木に衝突させる事故を起こした。この事故で X は、脳震盪を受け、それによって左視神経が圧迫されることで、左目の視力が 90 パーセント低下し、回復の見込みがなかった。

X は、Y1 および Y2 に対して損害賠償を請求した。他方 Y らは、X の請求を棄却するよう求めた。その理由として Y らは、Y2 が無免許であることを知りながら、Y2 が自動車を運転することに X は何ら反対しなかったばかりか、X 自身も運転しようとしたなどと主張して、X には自己危険に基づく行為があったなどと主張した。

これについて原々審は、X の請求を 3 分の 2 の限りで正当であるとして、Y らに対して損害を連帯して賠償することを命じた。他方原審は、X に自己危険に基づく行為があるとして、X の請求を棄却した。これに対して X が上告したところ、連邦通常裁判所は原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。その理由として連邦通常裁判所は、以下のように判示した。

第一に、連邦通常裁判所は、自己危険に基づく行為の概念に、加害者の加害行為の違法性を阻却するという法律効果を認めるべきではないと判示<sup>(42)</sup>し、以下の 6 つの理由から判例変更を行うことを明らかにした。すなわち、①運転者が自動車を安全に運転できる状態ではないことを認識していた同乗者が、運転中に、場合によっては自身に生じる侵害に対して承諾したと推定することは意思の擬制である<sup>(43)</sup>。②仮に承諾があったとしても、当該承諾が有効とされる範囲は限られており、身体侵害や死亡を導くのであれば、承諾が正当化される余地はまったくない<sup>(44)</sup>。③被害者が故意に差し迫っ

---

(42) BGHZ 34, 355, 360.

(43) BGHZ 34, 355, 360f.

(44) BGHZ 34, 355, 361.

た危険に近づいていることを加害者が認識できたか否かによって損害賠償責任の免除を判断することは、不合理である<sup>(45)</sup>。また、そもそも、酔った状態の運転者に当該承諾についての受領能力があるかも疑わしい<sup>(46)</sup>。④被害者が未成年であっても、不法行為法上の責任能力がある未成年者にまで、法定代理人に、被害者自身に対する加害についての同意を求めることは不相当である<sup>(47)</sup>。⑤アルコールの影響に起因する交通事故において、同乗者が運転者に損害賠償を請求する場合、自身が危険に晒されることを被害者が認識していたか否か、あるいは重過失によって認識できなかったか否かによって、飲酒運転に被害者が同乗したことを形式的に捉えて損害賠償責任を免除する結論とドイツ民法 254 条に基づいて両当事者との間で責任負担を柔軟に行う結論とが異なる。しかし、こうした被害者の主観的要件を加害者が立証することは困難である<sup>(48)</sup>。さらに、⑥民法においては加害行為の違法性が阻却される場合であっても、刑法においては違法性が阻却されない場合があり、法秩序の統一が保てていない<sup>(49)</sup>。

以上のような理由から、自己危険に基づく行為の概念に、加害行為の違法性を阻却するという法律効果を認めるべきではないと連邦通常裁判所は判示した。

そのうえで連邦通常裁判所は、ドイツ民法 254 条がドイツ民法 242 条<sup>(51)</sup>で規定される矛盾行為禁止の原則を表した条文であるとして、自己危険に基づく行為の概念を、ドイツ民法 254 条における被害者の過失に当たるか否

---

(45) BGHZ 34, 355, 361.

(46) BGHZ 34, 355, 362.

(47) BGHZ 34, 355, 362.

(48) BGHZ 34, 355, 362.

(49) BGHZ 34, 355, 363.

(50) BGHZ 34, 355, 360.

(51) ドイツ民法 242 条【誠実及び信義に従った給付】

債務者は、取引慣行に配慮した誠実及び信義〔Treu und Glauben〕が要請するところに従って給付を行う義務を負う。

(訳は、山本和人『ドイツ民法Ⅱ（債務関係法）（調査資料 2015-1-a：基本情報シリーズ ②0）』（国立国会図書館調査及び立法考査局、2015 年）によった。)



損害発生に被害者が意図的に関与した場合の損害賠償責任の減免に関する序論的考察  
かで評価すべきだと判示する。<sup>(52)</sup> というのも、被害者が差し迫った危険に近づいた際に、加害者に損害を全て転嫁することに問題がある場合には、被害者には、ドイツ民法 242 条で禁止されている矛盾行為があると評価できるからである。<sup>(53)</sup> そしてドイツ民法 254 条は、そうした場合に、被害者が責任を負うべき自己の行為、特に被害者の軽率な自己危殆化に加害者の損害賠償責任に対する意義を与え、それどころか損害賠償責任を免責することすらある。<sup>(54)</sup> したがって、ドイツ民法 254 条に基づいて、①被害者に損害をもたらした方法、および②被害者に損害をもたらした加害者の過失の程度、ならびに③自身に損害が生じることを被害者がどの程度見込むことができたかを総合的に考慮して損害賠償責任の免責、および縮減を検討すべきだと連邦通常裁判所は判示した。<sup>(55)</sup>

## (二) 1960 年代から 1970 年代の裁判例

この BGH1961 年判決は、自己危険に基づく行為の概念に関する判決・裁判例の中で、この概念をドイツ民法 254 条における被害者の過失として評価する際の判断基準となった。こうした立場は、1960 年代から 1970 年代にかけての自己危険に基づく行為の概念に関する判決・裁判例の中で確立された。以下では、この年代の判決・裁判例を、裁判所が判示した結論別に分類したうえで、それぞれ紹介することとする。

以下で紹介する判決・裁判例は、飲酒運転に被害者が同乗したことが差し迫った危険に近づくことであるとして、被害者の承諾、またはドイツ民法 254 条における被害者の過失に当たるか否かが争われた事例である。

### (1) 損害賠償責任が縮減された事例

以下で紹介する判決は、飲酒運転に被害者が同乗したことが、ドイツ民法 254 条における被害者の過失に当たると評価されて、損害賠償責任が縮減された事例である。

---

(52) BGHZ 34, 355, 363.

(53) BGHZ 34, 355, 363.

(54) BGHZ 34, 355, 363.

(55) BGHZ 34, 355, 365.

**【4】 連邦通常裁判所 1961 年 10 月 24 日判決<sup>(56)</sup>**

出張のために、亡 A は、訴外 B 会社が所有し、Y が運転する自動車に同乗していた。出張先へ向かう途中で Y らは、時折、飲食店に寄り、ワインなどを飲んだ。さらに Y らは、ペンションで 17 時から 19 時 45 分まで、取引先の人たちと一緒に、ワインを 3 本から 5 本飲んだ。Y と亡 A は帰宅するためにペンションを出ようとしたものの、亡 A はひどく酔っていたため、自身を Y に自動車の助手席まで連れて行かせた。亡 A は助手席に着くとすぐに寝入ってしまった。

助手席で眠っている亡 A を乗せて、Y が自動車を運転していたところ、交通取締りのために警察が Y に停止するように合図を送った。しかし Y は、この合図に従わず自動車を走らせ続けた。そして Y は、カーブを曲がりきれずに自動車を樹木に衝突させる事故を起こした。この事故で亡 A は死亡した。事故後に警察が行った Y の血液検査から、事故当時、Y の血中アルコール濃度は、0.14 パーセントであったことがわかった。

亡 A の相続人である X は、Y の過失によって当該事故が生じたとして、Y に対して損害賠償を請求した。他方 Y は、請求を棄却するよう求めた。その理由として Y は、亡 A との間で、免責されることが黙示に取り決められていた、もしくは X には自己危険に基づく行為があった、または当該事故が発生したことについて、ドイツ民法 254 条における被害者の過失があるなどと主張した。

これについて原々審は、X の請求を一部認容した。さらに原審は、X の請求を 3 分の 2 の限りで正当であるとして、X の請求を一部認容した。これに対して Y が上告したものの、Y の上告は棄却された。その理由として連邦通常裁判所は以下のように判示した。

連邦通常裁判所は、亡 A に損害発生に協働した過失があることから、ドイツ民法 254 条に基づいて損害賠償責任が縮減されるべきだと判示した。<sup>(57)</sup>

---

(56) Urteil des BGH vom 24. 10. 1961 (VI ZR 226/60), VersR 1962, 84.

(57) BGH VersR 1962, 84, 85.

損害発生に被害者が意図的に関与した場合の損害賠償責任の減免に関する序論的考察というも、同乗者が運転者と一緒に飲酒をした際には、運転者の飲酒量から、運転者の運転能力が低下していることを計算に入れるべきだとされる<sup>(58)</sup>ためである。にもかかわらず、亡Aは、Yと一緒に飲酒をした際に、Yがまだ運転できる状態であるのか、またはそこに留まることを考えるべきであった点に亡Aの協働過失〔Mitverschulden〕があるとした<sup>(59)</sup>。

もっとも本件で、連邦通常裁判所は、損害賠償責任を免責しなかった。その理由として、Yは、亡Aを家まで送り届けることを、亡Aに期待されていたのに、飲酒を控えなかった点に、運転者としてより重大な責任がある<sup>(60)</sup>と連邦通常裁判所は述べた。

#### **【5】連邦通常裁判所 1964年7月7日判決<sup>(61)</sup>**

Y1は、自身が所有するオートバイに、訴外Aを乗せて、21時30分頃にイベント会場へ向かった。Y1らは、イベント会場で訴外Bらと会い、一緒に飲酒をしていた。0時頃に亡Cがそこに加わり、1時間ほど飲酒をしていた。Y1は帰宅するために訴外Aを連れてオートバイを運転しようとした。すると亡Cらは、自分達もオートバイに同乗させるようY1にしつこく頼んだ。初めはそれを断っていたY1は、亡Cらからしつこく頼まれたため、仕方なく亡Cらをオートバイに同乗させることにした。この時、運転席の前にあるオイルタンクに訴外Aが座り、訴外B、および亡Cは、後部座席に座った。

Y1は、アスファルトで舗装された道路を、オートバイで時速60キロメートルの速度で走行し、右カーブをそのままの速度で走り抜けようとした。ところがY1は、カーブを曲がりきれず、オートバイを道路左脇にある樹木に衝突させる事故を起こした。この事故でY1以外の全員が死亡した。事故後に警察が行った血液検査から、事故当時、Y1の血中アルコー

---

(58) BGH VersR 1962, 84, 85.

(59) BGH VersR 1962, 84, 85.

(60) BGH VersR 1962, 84, 85.

(61) Urteil des BGH vom 7. 7. 1964 (VI ZR 118/63), VersR 1964, 1047.

ル濃度は、0.122パーセントであったことがわかった。

亡Cの相続人であるXらは、オートバイを運転していたY1、および賠償責任保険会社であるY2に対して、損害賠償を請求した。他方Yらは、Xの請求を棄却するよう求めた。その理由として、亡Cとの間で、免責されることが黙示に取り決められていた、または亡Cには、Y1がオートバイを運転する前に一緒にテーブルに座っていたことから、Y1がアルコールの影響を受けていたことをまさ知ることができた点で、損害賠償責任を免責するほどの協働過失があると主張した。

これについて、原々審はXの請求を棄却した。他方、原審は、Xの請求を3分の2の限りで正当であるとして、Xの請求を一部認容した。これに対してYらが上告したものの、Yらの上告は棄却された。その理由として連邦通常裁判所は、以下のように判示した。

まず連邦通常裁判所は、BGH1961年判決を引用して、ドイツ民法254条に基づいて、被害者が、故意または過失によって自身を危険に晒したことが、加害者の損害賠償責任の免責、あるいは縮減を導くか否かを検討すべきだと判示する。<sup>(62)</sup>

そのうえで、連邦通常裁判所は、亡Cに損害発生について協働過失があることから、ドイツ民法254条に基づいて、加害者の損害賠償責任が縮減されるべきだと判示した。その理由として、①確かに亡Cは、途中でY1らに合流しており、亡CはY1の飲酒量を把握しておらず、外見からもY1がアルコールの影響を受けていることがわからなかったことから、飲酒によってY1が運転できる状態ではないことを考えるべきとはいえない。<sup>(64)</sup>しかしながら、②亡Cには、オートバイが定員超過していたことによって生じた、亡Cにとって周知の危険に近づいた点に協働過失があると述べた。<sup>(65)</sup>

さらに、連邦通常裁判所は、そもそもY1が、自動車の運転者として運

---

(62) BGH VersR 1964, 1047, 1047.

(63) BGH VersR 1964, 1047, 1047.

(64) BGH VersR 1964, 1047, 1048.

(65) BGH VersR 1964, 1047, 1048.

損害発生に被害者が意図的に関与した場合の損害賠償責任の減免に関する序論的考察  
転できる状態を保つよう振る舞うこと、および交通法規に従って振る舞うべきであったと述べた。<sup>(66)</sup> そのうえで、Y1 が、定員が超過した状態で、時速 60 キロメートルの速度でオートバイを運転し、そのうえ飲酒によって運転能力が極度に低下していたことをわかって運転した点に、運転者として責任があると述べた。<sup>(67)</sup>

**【6】 連邦通常裁判所 1970 年 4 月 21 日判決<sup>(68)</sup>**

X は、18 時頃に、Y1 と一緒に居酒屋で食事をしていました。その後 Y1 は、X を同乗させて、自動車で別の居酒屋へ向かい、そこで訴外 A らとさらに飲酒をした。居酒屋からの帰りに、Y1 は、X を助手席に同乗させて自動車を運転していたところ、直線道路でハンドルをとられ、自動車を道路脇の街灯に衝突させた。この事故で X は負傷した。事故後に警察が行った血液検査から、事故当時、Y1 の血中アルコール濃度は、0.13 パーセントであったことがわかった。

X は、自動車を運転していた Y1、および損害賠償責任保険会社である Y2 に対して損害賠償を請求した。他方 Y らは、X の請求を棄却するよう求めた。その理由として Y らは、X に自己危険に基づく行為があったこと、または Y1 が自動車を運転する前に、相当量の飲酒をしていたことを X は知っており、Y1 が運転できる状態ではなかった、少なくとも、それを知るべきであったとして X に協働過失があるなどと主張した。

これについて原々審は、X の請求を 2 分の 1 の限りで正当であるとして、X の請求を一部認容した。さらに原審は、X の請求を 3 分の 2 の限りで正当であるとして、X の請求を一部認容した。これに対して双方が上告したものの、いずれの上告も棄却された。その理由として連邦通常裁判所は、以下のように判示した。

連邦通常裁判所は、ドイツ民法 254 条に基づいて損害賠償責任が縮減さ

---

(66) BGH VersR 1964, 1047, 1048.

(67) BGH VersR 1964, 1047, 1048.

(68) Urteil des BGH vom 21. 4. 1970 (VI ZR 13/69), VersR 1970, 624.

れるべきだ<sup>(69)</sup>と判示した。その理由として連邦通常裁判所は、運転者と一緒に飲酒をしていたのであれば、同乗者は、自己の財産に対するのと同様の注意を用いて運転者が運転できる状態ではないと思う場合、またはそのように思うべきである場合、すなわち、運転者の運転能力がアルコールの影響を受けていると気づくことができる場合に、協働過失の非難があると判示<sup>(70)</sup>する。本件においては、事故後に警察が行った血液検査から、Y1が自動車を運転できる状態ではなかったと結論付けられていた。にもかかわらずXは、Y1が運転する自動車に同乗したことで、X自身が知っていた、少なくとも知り得た危険に近づいたと評価できるとして、連邦通常裁判所はいずれの上告も棄却した。<sup>(71)</sup>

## (2) 損害賠償責任の減免がされなかった事例

以下で紹介する判決は、飲酒運転に被害者が同乗したことが、ドイツ民法254条における被害者の過失に当たらないと評価されて、損害賠償責任の減免がされなかった事例である。

### 【7】連邦通常裁判所 1966年2月15日判決<sup>(72)</sup>

X(22歳)は、9月3日21時頃に、古くからの知り合いのYとその妻、および訴外Aらと一緒にイベント会場へ行った。その後、XとYは、その他の人と一緒に居酒屋へ向かい、Xは、4日3時頃までYらと一緒に飲酒や踊りに興じた後、宿に戻るためYと別れた。その場に残ったYは、5時頃に酩酊状態で家に戻り、16時30分まで眠っていた。その後、Yは、19時頃に食堂で4分の1リットルワインを2杯[zwei Viertel Wein]飲んだ後、イベント会場へ行った。

Yは、イベント会場でXと訴外Aの他、義理の姉である訴外Bがいるテーブルに座った。このときYは、炭酸水を1杯、ワインのコーラ割り

---

(69) BGH VersR 1970, 624, 624.

(70) BGH VersR 1970, 624, 624.

(71) BGH VersR 1970, 624, 625.

(72) Urteil des BGH vom 15. 2. 1966 (VI ZR 263/64), VersR 1966, 565.

損害発生に被害者が意図的に関与した場合の損害賠償責任の減免に関する序論的考察  
〔Colaschoppen mit Wein〕を1杯、およびテーブルにあった1本のワインを少し分けてもらう程度飲んだ。

9月5日0時頃に、Y夫婦が訴外Bを家まで送り届けることになったことから、XもYが運転する自動車に同乗させてもらうことにした。Yは、雨で濡れた道路を時速80キロメートルの速度で走行していたところ、ハンドルをとられ、自動車を道路右脇にある樹木に衝突させる事故を起こした。この事故でXは負傷した。事故の1時間後に警察が行った血液検査から、Yの血中アルコール濃度は、0.172パーセントであったことがわかった。

Xは、Yに対して損害賠償を請求した。他方、Yは、Xの請求を棄却するよう求めた。その理由としてYは、Yがアルコールの影響を相当受けていることをXは知っていたことから、Xとの間で免責されることが黙示に取り決められていた、またはXに自己危険に基づく行為があったと主張した。さらに、Yがアルコールの影響を受けて、運転能力が低下していることを知るべきであったとして、Xに協働過失があるなどと主張した。

これに対して原々審は、Xの請求を5分の4の限りで正当であるとして、Xの請求を一部認容した。他方原審は、Xの請求を全部認容した。これに対してYが上告したものの、Yの上告は棄却された。その理由として連邦通常裁判所は、次のように判示した。

連邦通常裁判所は【5】判決などを引用して、ドイツ民法254条における過失非難が被害者にあると判断するためには、運転者が運転開始前に飲酒をしていたという事実を同乗者が知っていたというだけではなく、運転者が運転できる状態であることを疑う、もしくは疑うべきであったことが必要だと判示する。<sup>(73)</sup>

これについて連邦通常裁判所は、9月4日の晩に、Xの目の前でYが飲酒した量がほんの微量であったことをあげて、Yが運転できる状態であ

---

(73) BGH VersR 1966, 565, 566.

(74) BGH VersR 1966, 565, 566.

あると正当に疑うべきとはいえないとして Y の上告を棄却した。

**【8】連邦通常裁判所 1966 年 11 月 4 日判決<sup>(75)</sup>**

訴外 A 会社のライトバンを輸送中であった Y は、ペンションに宿泊した。Y が客室で休んでいたところ、面識のない X が相当酔っている状態で、突然 Y の客室を訪ねてきた。さらにその場で X は、ビールを 1、2 杯飲んだ。X は、Y が宿泊するペンションのオーナーであった。そのうえさらに、X の娘である訴外 B が、Y の客室を訪ねてきた。訴外 B が Y の客室を訪ねたのは、相当酔っている状態の X を、ペンションから 3 キロメートルほど離れた家まで 1 人で帰らせることに不安だった訴外 B が、X を家まで送り届けることを Y に頼むためであった。

Y は、夕方と夜遅くに飲酒しており、酒に酔っていたものの、訴外 B の頼みを快く引き受けた。しかし、事故後に警察が行った血液検査から、Y の血中アルコール濃度は、0.196 パーセントであったことがわかった。

Y は、訴外 B に X らの家まで案内をさせながら、時速 60 キロメートルの速度で自動車を走行させた。ところが Y は、左カーブを曲がりきれず、自動車を樹木に衝突させる事故を起こした。この事故で X は重傷を負った。

X は Y に対して損害賠償を請求した。他方 Y は、X の請求を棄却するよう求めた。その理由として Y は、Y が飲酒していたことを X が知っていた点に協働過失があるなどと主張した。

これについて原々審は、X の請求を 2 分の 1 の限りで正当であるとして、X の請求を一部認容した。他方原審は、X の請求を全部認容した。これに対して Y が上告したものの、Y の上告は棄却された。その理由として連邦通常裁判所は、以下のように判示した。

連邦通常裁判所は、【5】判決などを引用して、運転者が運転できる状態であることを疑う、もしくは疑うべきであった場合に、ドイツ民法 254 条

---

(75) Urteil des BGH vom 4. 11. 1966 (VI ZR 41/65), VersR 1967, 82.



損害発生に被害者が意図的に関与した場合の損害賠償責任の減免に関する序論的考察  
における過失がある<sup>(76)</sup>と判示した。

これについて連邦通常裁判所は、Yが自動車を運転しようとする際に、酔っ払っているという印象をYから受けなかったという複数の目撃証言があったことから、Yが運転できる状態であると正当に疑うべきとはいえないとしてYの上告を棄却した。

### (3) 損害賠償責任の免責が導かれた事例

以下で紹介する裁判例は、飲酒運転に被害者が同乗したことが、ドイツ民法 254 条における被害者の過失に当たると評価されて、さらに損害賠償責任の免責が導かれた事例である。

### **[9]** ケルン上級地方裁判所 1970 年 2 月 18 日判決<sup>(78)</sup>

6 月 5 日に、Y が所属するサッカーチームが優勝した。この試合に参加した Y は、知人と一緒に地元のクラブハウスで祝勝会を挙げ、その時 Y は大量に飲酒をしていた。22 時頃に、亡 A もこの祝勝会に加わり、1 時間ほど飲酒した後、亡 A が運転する自動車に Y、および知人の訴外 B を同乗させて別の居酒屋へ向かうことになった。

亡 A が運転する自動車は Y の自動車であった。Y は、クラブハウスで、すでに大量に飲酒していたことから、自動車を運転することを断り、酔っていなかった亡 A に自身の自動車を運転させて、居酒屋へ向かった。その居酒屋でも引き続き Y は飲酒していた一方、亡 A は過ぎた飲酒にならないように自制していた。その後、6 日 0 時過ぎに、さらに別の居酒屋へ向かうことになったが、ここでも Y は自動車を運転することを断った。そのため亡 A が、Y と訴外 B を同乗させて Y の自動車を運転し、居酒屋へ向かった。その居酒屋でも Y は飲酒した。

亡 A と訴外 B は、3 時頃まで飲酒や踊りに興じた後、帰宅するために Y が運転する自動車に同乗した。ところが Y は、ゆるい左カーブを曲が

---

(76) BGH VersR 1967, 82, 83.

(77) BGH VersR 1967, 82, 83.

(78) Urteil des OLG Köln vom 18. 2. 1970 (2 U 124/69), VersR 1970, 914.

りきれず、自動車を横転させる事故を起こした。この事故で亡 A は死亡した。事故後に警察が行った血液検査から、事故当時、Y の血中アルコール濃度は、0.158 パーセントであったことがわかった。

旧ライヒ保険法 1542 条<sup>(79)</sup>に基づいて損害賠償請求権を譲渡された、旧保険庁〔Landesversicherungsanstalt〕である X が、Y に対して損害賠償を請求した。他方 Y は、X の請求を棄却するよう求めた。その理由として Y は、好意同乗以外のなものでもないとして、損害賠償責任が否定されると主張した。

これについて原審が X の請求を棄却したために、X が控訴したものの、X の控訴は棄却された。その理由としてケルン上級地方裁判所は、以下のように判示した。

ケルン上級地方裁判所は、BGH1961 年判決を引用して、いわゆる自己危険に基づく行為の問題は、ドイツ民法 254 条 1 項における損害分担の問題であるとして、損害賠償責任の免責を導くか、もしくは損害賠償の縮減を導くかを検討するためには、両当事者の行為を検討すべきだと判示<sup>(80)</sup>する。

そのうえでケルン上級地方裁判所は、ドイツ民法 254 条に基づいて両当事者の行為を検討した結果、亡 A に対する Y の損害賠償責任の免責を導くほどの協働過失が亡 A にあったとして、損害賠償責任が免責されるべ

---

(79) 旧ライヒ保険法 1542 条【損害賠償請求権の移転】

- (1) 本法による被保険者又はその遺族が、他の法律の規定によって、疾病、災害、廃疾もしくは生計維持者の死亡により生じた損害の補償を請求することができるときは、当該請求権は、保険の保険者が補償請求権者に対して本法により給付をなすべき限度において保険の保険者に移転する。ただし、妊娠及び分娩から生じる請求権についてはこの限りでない。災害につき被保険者となっている者及びその遺族については、事業主又は第 899 条によりこれと同等とされる者に対する請求権に関してのみ取り扱う。
- (2) 療養の給付及び入院療養並びに疾病治療及び治療施設療養に対する償還の範囲については、保険者がより高額の支出の証明をしない場合、第 1542 第 1 項第 2 文乃至第 4 文を準用する。

(訳は、有泉亨監修『ヨーロッパの社会保障法』（東洋経済新報社、1977 年）による。)

(80) OLG Köln VersR 1970, 914, 914.

損害発生に被害者が意図的に関与した場合の損害賠償責任の減免に関する序論的考察<sup>(81)</sup>きだと判示した。その理由として、ケルン上級地方裁判所は、以下の3点を指摘する。①確かに、酩酊状態で運転された自動車に同乗した者に協働過失があることは明白であるが、その状態で自動車を運転した者の損害に対する責任の程度は、未必の故意で行うことに近いと評価できる<sup>(82)</sup>として、原則として同乗者の過失よりも運転者の過失の非難が重く評価されるべきだと述べた。

しかしそのうえで、②亡Aは、Yが運転できる状態ではなかったことを、酔っていなかった亡AにYの自動車を運転させた経緯から認識でき<sup>(83)</sup>た。のみならず、③酔っていなかったのは亡Aのみであることから、亡AがYらを同乗させて自動車を運転すべきであり、場合によってはYが自動車を運転することを、自分自身のために、あらゆる手段を用いて阻止すべきであった<sup>(84)</sup>と述べ、亡Aの協働過失は、Yの損害賠償責任の免責を導くものであると述べた。

**【10】 ツヴァイブリュッケン上級地方裁判所 1978年2月24日判決<sup>(85)</sup>**

訴外Bは、1人でバーのカウンターで飲酒をして、相当酔っている状態であった。その後、訴外Bは、亡A（18歳未満）とYと一緒にバーで長時間、大量のビールや蒸留酒を飲んだ。その後亡Aらは、訴外Bが所有し、Yが運転する自動車で近所の居酒屋へ向かった。しかしその居酒屋が夜遅くだったことから閉店していたため、少し離れた場所にある別の居酒屋へ向かうことになった。ところがその途中で、Yが交通事故を起こした。この事故で亡Aは死亡した。事故後に警察が行った血液検査から、事故直後、Yの血中アルコール濃度は、0.153パーセントであったことがわかった。

(81) OLG Köln VersR 1970, 914, 914.

(82) OLG Köln VersR 1970, 914, 914.

(83) OLG Köln VersR 1970, 914, 915.

(84) OLG Köln VersR 1970, 914, 915.

(85) Urteil des OLG Zweibrücken vom 24. 2. 1978 (1 U 138/77), VersR 1978, 1030.

旧ライヒ保険法 1542 条に基づいて損害賠償請求権を譲渡された X が、Y に対して損害賠償を請求した。他方 Y は、亡 A には自己危険に基づく行為があるなどと主張して、X の請求を棄却するよう求めた。

これについて原審が X の請求を棄却したために、X が控訴したものの、X の控訴は棄却された。その理由としてツヴァイブリュッケン上級地方裁判所は、以下のように判示した。

ツヴァイブリュッケン上級地方裁判所は、BGH1961 年判決を引用して、いわゆる自己危険に基づく行為の問題は、ドイツ民法 254 条 1 項における損害分担の問題であるとして、損害賠償責任の免責を導くか、または損害賠償の縮減を導くかを検討するためには、両当事者の行為を検討すべきだ<sup>(86)</sup>と判示する。

そのうえで、ツヴァイブリュッケン上級地方裁判所は、本件では、損害賠償責任が免責されるべきだと判示する。その理由としてツヴァイブリュッケン上級地方裁判所は、以下の 3 点を指摘する。① Y と長時間一緒に飲酒していたことから、Y が、かなりの量の飲酒をしていたことを亡 A が知っていたこと、および② Y が無免許であり、かつ他人の自動車を暗い夜道で走らせようとしていたことを亡 A が知っていたことから、Y が運転できる状態ではなかったことを認識すべきだと述べた。さらに③そのような Y が運転する自動車に同乗し続けることは、被害者自身にとって著しい危険に自ら近づいていると評価できると述べて、亡 A の協働過失は、Y の損害賠償責任の免責を導くと判示した。

#### (4) 今日における判例の立場

連邦通常裁判所は、BGH1961 年判決で自己危険に基づく行為の概念を被害者の承諾と解釈するライヒ裁判所判決の立場から、ドイツ民法 254 条における被害者の過失と解釈する立場へ判例変更することを示した。この

---

(86) OLG Zweibrücken VersR 1978, 1030, 1030.

(87) OLG Zweibrücken VersR 1978, 1030, 1030.

(88) OLG Zweibrücken VersR 1978, 1030, 1030.

(89) OLG Zweibrücken VersR 1978, 1030, 1030.

損害発生に被害者が意図的に関与した場合の損害賠償責任の減免に関する序論的考察

BGH1961年判決の立場は、BGH1961年判決を直接引用する【5】【9】【10】裁判例や、BGH1961年判決を間接的に引用する【7】【8】判決があったことから、1960年代から1970年代において確立したといえる。

そして、今日においても、BGH1961年判決が維持されているといえる。それを示すものとして、ツェレ上級地方裁判所2005年2月10日判決<sup>(90)</sup>を紹介する。

### 【11】ツェレ上級地方裁判所2005年2月10日判決

Xは、午後のうちに、夕方にY1が所有する自動車を運転することをY1と約束して、一緒に居酒屋で食事をしていた。ところがXは、Y1との約束に反して、自動車を運転することを断った。そのためY1がXを同乗させて自動車を運転したところ、Y1が事故を起こした。この事故で、Xは重傷を負った。事故後に警察が行った血液検査から、事故当時、Y1の血中アルコール濃度は、0.187パーセントであったことがわかった。

Xは、Y1、およびY1の賠償責任保険会社であるY2に対して損害賠償を請求した。他方Yらは、Xの請求を棄却するよう求めた。その理由としてYらは、XがY1との間で交わした約束に反してY1に自動車を運転させたことから、損害賠償責任が免責されるほどの協働過失がXにあるなどと主張した。

これについて原審は、Xの請求を3分の1の限りで正当であるとして、Xの請求を一部認容した。これに対してXとYらが控訴したところ、Xの請求は一部認容され、Yらの控訴は棄却された。その理由としてツェレ上級地方裁判所は、以下のように判示した。

ツェレ上級地方裁判所は、ドイツ民法254条に基づいて損害賠償責任が縮減されるべきだと判示した<sup>(91)</sup>。その理由としてツェレ上級地方裁判所は、以下の3点を指摘する。①酩酊状態で運転した運転者の方が、同乗者より

(90) Urteil des OLG Celle vom 10. 2. 2005 (14 U 132/04), NJW-RR 2005, 752.

(91) OLG Celle NJW-RR 2005, 752, 752.

も過失の非難は重く評価されるべきだと述べたうえで、②運転手が酩酊しており、運転できる状態になかったことを認識すべきであったにもかかわらず同乗し続けた X には、ドイツ民法 254 条における協働過失がある<sup>(92)</sup>と述べた。さらに本件においては、③ X と Y1 は、Y1 が飲酒することを予め意図して、X が Y1 の自動車を運転する約束をしていたところ、その約束に反して Y1 に自動車を運転させたことに原因があると述べて、X の協働過失は、Y1 の過失と同じくらい重い<sup>(93)</sup>と判示した。<sup>(94)</sup>

### (三) 小括

以上で紹介した、いくつかの裁判例は、次のように整理することができる。

#### (1) BGH1961 年判決以降の判例

1960 年代から 1970 年代の裁判例では、差し迫った危険に近づいた行為だとされる、飲酒運転の車に同乗することを、場合によっては生じうる侵害に対する被害者の承諾として免責できるか否かが争点の一つとなっていた。そのうえで BGH1961 年判決を前提に、裁判では、この事情がドイツ民法 254 条における被害者の過失に当たるか否かが判断されていた。

ところが、最後に紹介した【11】裁判例では、もはや被害者の承諾が争点とされていなかった。そこでは、自己危険に基づく行為の概念が、ドイツ民法 254 条における被害者の過失に当たるか否かが争点とされていた。このことから、BGH1961 年判決以降の判例の立場が現在でも維持されているといえる。

#### (2) BGH1961 年判決からみるドイツ民法 254 条の意義

連邦通常裁判所は BGH1961 年判決において、自己危険に基づく行為の概念を、ドイツ民法 254 条における過失として捉えるにあたり、この条文の趣旨が、自己矛盾行為の禁止だと解されることを根拠にする。すなわち、BGH1961 年判決によれば、差し迫った危険に近づいた被害者が、加害者

---

(92) OLG Celle NJW-RR 2005, 752, 752.

(93) OLG Celle NJW-RR 2005, 752, 752.

(94) OLG Celle NJW-RR 2005, 752, 752.

損害発生に被害者が意図的に関与した場合の損害賠償責任の減免に関する序論的考察  
に対して損害を全て転嫁することは、ドイツ民法 242 条で禁止される自己  
矛盾行為に当たることを前提にする。

そのうえで連邦通常裁判所は、BGH1961 年判決において、加害者の損  
害賠償責任の減免は、①加害者が被害者に損害をもたらした方法、および  
②被害者に損害をもたらした加害者の過失の程度、ならびに③被害者が自  
身に損害が生じることをどの程度見込むことができたか否かによって、総  
合的に考慮されると判示した。つまり、連邦通常裁判所は BGH1961 年判  
決において、被害者に生じた損害に対する加害者の過失の程度と被害者に  
生じた損害に対する被害者自身の過失とを総合考慮して、加害者の損害賠  
償責任の減免を判断することを示したといえる。

### 第三章 自己危険に基づく行為の概念と加害者の保護義務という 観点

#### 1 序

以上のような裁判例の流れを受けて、通説は、自己危険に基づく行為  
の概念をドイツ民法 254 条の問題に解消した。すなわち、通説は、被害  
者が差し迫った危険に近づくことを、損害発生に向けた被害者の過失で  
あるとして、ドイツ民法 254 条に基づいて損害賠償責任の減免を判断す  
る。

これに対して、「損害発生への被害者の意図的関与」を理由とする損害  
賠償責任の減免を、加害者の過失の前提となる保護義務に関連づけて正当  
化しようとする学説が主張されている。

そこで本章では、その学説の代表的なものである、シュトル [Hans  
Stoll]、およびシーマン [Gottfried Schiemann] の見解を紹介することと  
する。

## 2 シュトル：類型に分ける立場

### (一) 序

シュトルは、“Das Handeln auf eigene Gefahr”<sup>(95)</sup>と題する著書で、被害者が差し迫った危険に近づいた場合に加害者の損害賠償責任の減免が問題となった裁判例を分析した。

それらを分析する中で、被害者が差し迫った危険に近づいた場合に加害者の損害賠償責任が否定されるのは、被害者に、場合によっては生じうる侵害に対する承諾があったことに根拠があるのではなく、加害者の過失の前提となる保護義務が及ばないことに根拠があると主張する。すなわちシュトルは、差し迫った危険に近づいた被害者との関係で、加害者の保護義務違反が否定される場合を、「真正」な自己危険に基づく行為〔echte Fälle eines Handelns auf eigene Gefahr〕と呼ぶ<sup>(96)</sup>。さらに、それと対比する形で、そうした被害者との関係で加害者に保護義務違反がある場合において、なお被害者にドイツ民法 254 条における被害者の過失がある場合を、「不真正」な自己危険に基づく行為〔unechte Fälle eines Handelns auf eigene Gefahr〕と呼ぶ<sup>(97)</sup>。

### (二) 「真正」な自己危険に基づく行為

シュトルは、被害者が差し迫った危険に近づいた場合には、被害者は自身に危険が及びうることを認識しているとして、そうした被害者との関係では、加害者は、契約上または法律上の保護義務違反が否定されると主張する<sup>(98)</sup>。というのも、差し迫った危険に近づいた被害者との関係では、許された危険〔erlaubte Risiko〕が高められることから、加害者が危険を答責に作出したとしても、被害者に生じた損害の帰責が否定されるためだとされる<sup>(99)</sup>。

---

(95) Hans Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr : Eine rechtsvergleichende Untersuchung, a. a. O. (Anm. 37).

(96) Stoll, a. a. O. (Anm. 37), S. 253, 296.

(97) Stoll, a. a. O. (Anm. 37), S. 253, 306.

(98) Stoll, a. a. O. (Anm. 37), S. 242, 246, 366.

(99) Stoll, a. a. O. (Anm. 37), S. 242, 247, 366.



損害発生に被害者が意図的に関与した場合の損害賠償責任の減免に関する序論的考察

そのうえで、加害者との関係で許された危険が高められる例として、シュトルは、被害者が危険な催し物に参加することなどをあげる<sup>(100)</sup>。そうした場合においては、被害者は、危険な催し物に参加するか否かについて選択可能であることから、その催し物に参加した際には、その催し物における典型的な危険を引き受けるべきだと述べる<sup>(101)</sup>。というのも、加害者は、そうした被害者との関係においては、被害者に対して自己保護を要求することが可能であり、その結果、加害者の保護義務が及ばないとされるからだ<sup>(102)</sup>とされる。

シュトルは、このように、差し迫った危険に近づいた被害者との関係で、加害者の保護義務違反が否定される場合を、「真正」な自己危険に基づく行為と呼ぶ。

### (三) 「不真正」な自己危険に基づく行為

さらにシュトルは、差し迫った危険に近づいた被害者との関係で、加害者の保護義務違反が否定されない場合において、ドイツ民法 254 条における被害者の過失がある場合を、「不真正」な自己危険に基づく行為と呼ぶ<sup>(103)</sup>。というのも、差し迫った危険に近づいた被害者は、自身に危険が及びうることを認識したうえで、自身を危険に晒すことに寄与した点に、ドイツ民法 254 条における被害者の過失があるからだ<sup>(104)</sup>とされる。

## 3 シーマン：類型に分けることを批判する立場

これに対してシーマンは、自己危険に基づく行為の概念に独自の存在意義を認めない。さらにそうした主張を通じて、加害者の過失の前提となる

---

(100) シュトルは、後の論文でこの具体例として、定員を明らかに超過しているトラクターに被害者が同乗した裁判例 (Urteil des OGHBrZ, Köln vom 4. 11. 1949 (NJW 1950, 143)) をあげる (Hans Stoll: Handeln des Verletzten auf eigene Gefahr als Argument gegen die Haftung. Zur Entwicklung der neueren Rechtsprechung, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I, 2000, S. 228)。

(101) Stoll, a. a. O. (Anm. 37), S. 242, 247.

(102) Stoll, a. a. O. (Anm. 37), S. 242, 247.

(103) Stoll, a. a. O. (Anm. 37), S. 253, 306.

(104) Stoll, a. a. O. (Anm. 37), S. 253, 306, 367.

保護義務に関連づけて、ドイツ民法 254 条による損害賠償責任の減免を正当化しようとする。すなわちシーマンは、加害者の損害賠償責任を免責する場合だけでなく、縮減する場合にも加害者の過失の前提となる保護義務に関連づけるべきだと考える。シーマンが加害者の損害賠償責任を免責する場合と縮減する場合とで減免の根拠を変えないのは、保護義務違反が否定される場合と否定されない場合とを単純に区別することはできないという問題意識に基づく。そうした問題意識を説明するために、シーマンは、被害者の頭蓋骨が極端に薄いという事例をあげる。<sup>(106)</sup>

シーマンによれば、「被害者の頭蓋骨が極端に薄い」などといった、加害者自身の行為によって惹起されたのではない、被害者によって高められた損害またはリスクの諸要素〔Schadens- oder risikoe erhöhende Momente beim Geschädigten〕は、侵害された規範の保護範囲に含まれるか否かの問題で扱われるとされる。<sup>(107)</sup>しかし、被害者によって高められた要素が僅かであることが明らかであれば、そうした諸要素は、ヘルメットを被るなどの措置をとらなかった被害者に対して、間接義務〔Obliegenheit〕違反という形で、ドイツ民法 254 条による損害賠償責任の減免が基礎付けられるとされる。<sup>(108)</sup>

被害者によって高められた要素について、加害者の保護義務違反の有無を判断する要素が、ドイツ民法 254 条による損害賠償責任の減免を判断する要素となることをシーマンは指摘する。<sup>(109)</sup>

---

(105) Gottfried Schieman, Haftungsbeschränkungen, Karlsruher Forum 1999 (以下では「Haftungsbeschränkungen」として引用)], S. 23f.; Hermann Lange/Gottfried Schieman, Schadensersatz, 3. Aufl., 2003, S. 642; Staudinger/Schieman, a. a. O. (Anm. 7), § 254 Rn. 62. 記述内容がほぼ同一であるので、以下では「Haftungsbeschränkungen」のページのみを引用する。

(106) Schieman, Haftungsbeschränkungen, a. a. O. (Anm. 105), S. 24.

(107) Schieman, Haftungsbeschränkungen, a. a. O. (Anm. 105), S. 24.

(108) Schieman, Haftungsbeschränkungen, a. a. O. (Anm. 105), S. 24.

(109) Schieman, Haftungsbeschränkungen, a. a. O. (Anm. 105), S. 24.

#### 4 学説のまとめ

##### (一) 加害者の保護義務という観点

通説との関係で、シュトルとシーマンの見解の特筆すべき点は、「損害発生への被害者の意図的関与」を理由とする損害賠償責任の減免を、加害者の過失の前提となる保護義務に関連づけて正当化する点である。もっとも、加害者の損害賠償責任を免責する場合と縮減する場合とで減免の根拠を変える立場を採るか否かによって、その射程が異なっていた。

加害者の損害賠償責任を免責する場合と縮減する場合とで減免の根拠を変えるシュトルは、加害者の損害賠償責任を免責する場合にのみ加害者の過失の前提となる保護義務に関連づけようとする。すなわち、シュトルは、「真正」な自己危険に基づく行為という類型において、差し迫った危険に近づいた被害者との関係で、加害者の保護義務違反を否定するという判断を行う。さらにシュトルは、それと対比する形で「不真正」な自己危険に基づく行為という類型を立てる。そこでは、差し迫った危険に近づいた被害者との関係で加害者に保護義務違反があると認められる場合に、ドイツ民法 254 条によって賠償範囲を縮減しようとする。

シュトルが加害者の損害賠償責任を免責する場合と縮減する場合とで減免の根拠を変えるのは、損害賠償責任の成立を判断する際に、加害者の保護義務違反の有無を判断することと、賠償範囲を確定する際にドイツ民法 254 条によって賠償範囲を調整することとは、別問題だという考えに基づくものである。

これに対してシーマンは、加害者の損害賠償責任を免責する場合と縮減する場合とで減免の根拠を変える立場を採らない。すなわちシーマンは、加害者の損害賠償責任を免責する場合だけでなく、縮減する場合にも加害者の過失の前提となる保護義務に関連づけるべきだと考える。シーマンが加害者の損害賠償責任を免責する場合と縮減する場合とで減免の根拠を変えないのは、加害者の保護義務違反の有無を判断する要素がドイツ民法 254 条による加害者の損害賠償責任の減免を判断する要素となっているという問題意識に基づくものである。

## (二) 次稿への示唆

シーマンの考え方は、損害賠償責任を免責する場合だけでなく、縮減する場合にも加害者の過失の前提となる保護義務に関連づけるべきだと考えるものである。

しかしながら、こうしたシーマンの考え方を内在的に理解するためには、ここでの保護義務がどのような意味で使われているのかを分析する必要がある。すなわち、シーマンが主張するような問題意識が背景にあるとしても、なぜ、損害賠償責任を縮減する場合にまで加害者の過失の前提となる保護義務に関連づけて判断するべきなのかを検討されなければならない。シーマンの考え方を評価することにとって、それは不可欠の課題である。

## 第四章 むすびに

### 1 本稿の成果

本稿では、「損害発生への被害者の意図的関与」を日本法の不法行為法の枠組みに整合する形で今後検討するために、ドイツ法における自己危険に基づく行為の概念が、ドイツ民法 254 条に解消された経緯を整理してきた。その中で得られた結論は、次のとおりである。

#### (一) BGH1961 年判決の意義

自己危険に基づく行為の概念は、加害者の危殆化責任を正当化するために用いられたことに起源があった。その後、変遷を経て、従来の判例の立場にたどり着き、BGH1961 年判決で判例変更が行われるに至り、この概念は、ドイツ民法 254 条の問題に解消され、独自の意義を失った。

連邦通常裁判所は BGH1961 年判決で、ドイツ民法 254 条による加害者の損害賠償責任の減免について判断する際には、①加害者が被害者に損害をもたらした方法、および②被害者に損害をもたらした加害者の過失の程度、ならびに③被害者が自身に損害が生じることをどの程度見込むことができたか否かを総合的に考慮することを判示した。これは、被害者に生じた損害に対する加害者の過失の程度と被害者に生じた損害に対する被害者

損害発生に被害者が意図的に関与した場合の損害賠償責任の減免に関する序論的考察  
自身の過失とを総合考慮して、加害者の損害賠償責任の減免を判断することを示したものである。

## (二) 加害者の保護義務という観点

BGH1961年判決によって、自己危険に基づく行為の概念は、ドイツ民法254条の問題に解消された。すなわち、判例は、被害者が差し迫った危険に近づくことを、損害発生に向けた被害者の過失であるとして、ドイツ民法254条に基づいて損害賠償責任の減免を判断する。通説も、判例の流れに従う形で、この概念をドイツ民法254条の問題に解消した。

こうした判例・通説の立場に対して、「損害発生への被害者の意図的関与」を理由とする損害賠償責任の減免を、加害者の過失の前提となる保護義務に関連づけて正当化しようとする学説が主張されている。本稿では、その代表的なものとして、シュトルとシーマンの見解を紹介した。もっとも、加害者の損害賠償責任を免責する場合と縮減する場合とで減免の根拠を変える立場を採るか否かによって、その射程が異なっていた。

加害者の損害賠償責任を免責する場合と縮減する場合とで減免の根拠を変えるシュトルは、「被害者の意図的関与」によって加害者の損害賠償責任を免責する場合にのみ加害者の過失の前提となる保護義務に関連づける。すなわち、シュトルは、差し迫った危険に近づいた被害者との関係で、加害者の保護義務違反が否定されることで免責される場合を「真正」な自己危険に基づく行為と呼ぶ。さらに、シュトルは、「真正」な自己危険に基づく行為と対比する形で、「不真正」な自己危険に基づく行為という類型を立てる。ここでは、差し迫った危険に近づいた被害者との関係で、加害者の保護義務違反が否定されないという判断をしたうえで、ドイツ民法254条によって損害賠償責任を縮減する。

シュトルが加害者の損害賠償責任を免責する場合と縮減する場合とで減免の根拠を変えるのは、損害賠償責任の成立を判断する際に、加害者の保護義務違反の有無を判断することと、賠償範囲を確定する際に、ドイツ民法254条によって賠償範囲を調整することとは、別問題だという考えに基づくものである。

これに対してシーマンは、加害者の損害賠償責任を免責する場合と縮減する場合とで減免の根拠を変える立場を採らず、加害者の損害賠償責任を免責する場合だけでなく、縮減する場合にも加害者の過失の前提となる保護義務に関連づけるべきだと考える。シーマンが加害者の損害賠償責任を免責する場合と縮減する場合とで減免の根拠を変えないのは、加害者の保護義務違反の有無を判断する要素がドイツ民法 254 条による加害者の損害賠償責任の減免を判断する要素となっているという問題意識に基づくものである。

## 2 今後の課題

もっとも、本稿では残されたままとなった課題も少なくない。その中でも最大の課題は、損害賠償責任を縮減する場合にまで加害者の過失の前提となる保護義務に関連づけて判断する根拠について検討することである。この点については、加害者の保護義務の射程をめぐる議論との関係で、今後さらに研究に取り組んでいくこととしたい。

さらに、日本法の不法行為法の枠組みに整合する形で、「損害発生への被害者の意図的関与」を検討することも残された課題である。本稿冒頭で取り上げたスキークレパス事件に対する最高裁と原審の判決の違いは、賠償範囲の調整について異なる枠組みを提示していると理解できるのではないか。この違いを理論的に整理するためには、ドイツ法におけるシーマンの見解について、さらに踏み込んだ検討が不可欠である。

本稿は、その意味では、今後の研究の出発点と位置づけられるべきものである。もっとも、ドイツ法の議論が、日本法における過失相殺の機能を考えるうえで、重要な意義を有することは間違いない。ひとまず筆を置くものの、他日の研究を期することとしたい。