

# Wrongful life とドイツ損害賠償法

## — 民法における人の法の展開と課題について

中 村 哲 也

- 第1章 問題の所在
- 第2章 BGH 1983.1.18判決(BGHZ 86, 240)の特色
- 第3章 財産的損害の賠償請求権を肯定する説の特色
- 第4章 非財産的損害の賠償請求権を肯定する説の特色
- 第5章 まとめ

### 第1章 問題の所在

1、Wrongful life 問題は、既にわが国においても、特にアメリカ法の紹介また近くはフランスのペリュシュ判決とそれに対する立法的対応の紹介をとおして知られるようになってきている<sup>1</sup>。これは、妊娠前或いは妊娠

---

1 既に多くの邦語文献があるので、ここでは比較的新しくまた各国の状況を併せて知ることができるものとして、アメリカ(丸山英二)、イギリス(今井雅子)、ドイツ(岩志和一郎)、フランス(本田まり)における wrongful life 訴訟についての報告も含まれているシンポジウム「Wrongful Birth 訴訟の比較法的研究」(2003年6月21日、北大人倫研プロジェクト(代表東海林邦彦)平成14年度～平成15年度科学研究費補助金(基盤研究(A)(2))研究成果報告書所収)をあげておく。近時の情報としては、オランダの最高裁が2005年3月18日に子と親からの請求を認めたと伝えられている(Tony Sheldon, Dutch Supreme Court backs damages for child for having been born, BMJ 330 [2005], 747 及び Daily Express April 6. 2005による)。また、ヨーロッパ人

中に遺伝性疾患や感染症などで子に障害が生じることをおそれて、母親（正確には妊娠前或いは妊娠中の女性であるが、以下ではこのようにまとめてよぶことにする）が医師に妊娠前或いは出生前の診断や相談をした場合に、医師の誤った判断或いは検査の不実施によって障害の可能性がないものとされた結果、妊娠して或いは中絶の機会を逸して障害をもった子を出生したケースで、子が医師に対して起こす損害賠償請求訴訟のことである。この請求の可能性を肯定したペリュシュ判決はドイツでの議論に新たな素材を付け加えるものとなった。というのは、ドイツにおいては、既に古く BGHZ 8, 243 (1952.12.20) が傍論で問題の所在を指摘しており、問題は知られていた。そして本稿でとりあげる BGHZ 86, 240 が実際に子の請求権を否定して以来、学説上の議論の対象でありつづけているからである。母（或いは両親）の扶養負担を損害とする損害賠償請求（いわゆる wrongful birth 訴訟）については、それも大きな議論がおこるのではあるが、BGH は比較的早くから原則的にそれを肯定し確定的方向であるといえるのに対し、子の請求権は否定しているのである。

2、この wrongful life 問題は大きくは生命の操作可能性の拡大という現実面に直面している現代市民社会における、生命・身体を巡るルール形成の

---

権裁判所（EGMR）の2005年10月6日の2つの大法廷判決（<http://www.echr.coe.int> から事件番号1513/03及び11810/03で検索可能）は、フランスでのペリュシュ判決に対する対応としての2002年3月4日法律（後注64文献参照）につき、wrongful birth 及び wrongful life に関する損害賠償の否定を施行時に係属中の事件にも及ぼしていることをヨーロッパ人権条約第1条に違反するものとした（この判決のもととなった事件は wrongful birth である）。J.Knetsch, Entwicklung der “Kind-als-Schaden” Problematik in Frankreich, VersR 2006, 1050 がこれらの判決の wrongful life 議論に及ぼしうる影響を検討している。なお、これらの事件は2006年5月10日に和解が成立し、同6月21日にEGMRはこの和解に基づき残されていたその他の論点について訴えを却下（strike out）した。

問題の一環としてある。ここには、多くの問題におけると同様、それぞれの社会における価値観の分裂に由来して、様々な法的対応がみられる。視野を本稿の対象であるドイツでの民法上の問題に限定すると、wrongful life問題は、第一に、法的主体の存在が語りうるか、具体的には法的主体への侵害といえるか、契約上であれ不法行為法上のものであれ医師に対して自らの出生の阻止の義務の違反を主張しうるものであるかという点にある。第二に、損害賠償法の諸概念がこの問題にとって適合的かという問題がある<sup>2</sup>。J.Esser/L.Weyersはwrongful life問題についてドイツ債務法教科書の中でかつて次のように述べたが、この叙述はドイツ法だけでなくより一般的にあてはまるものである。「(子の)請求権のためには、損害賠償請求権の要件に関しても、ありうる内容に関しても民法法はいかなる裁判上使用可能なカテゴリーも用意していない。法制度がそうであるというだけでなく、すでに倫理が全く一般的に、始まったばかりといえるかもしれない恐らく長く続くことになるであろう学習過程のなかで、生命の開始が技術的なるものによってますます操作可能になってきたという事実をなお十分理解しなければならないだろう」<sup>3</sup>、と。ここには、wrongful life問題には、基本的な価値判断の対立が社会的にも存在すること、損害賠償法上の道具概念が用意されていないという問題が示されている。ドイツ損害賠償法における議論では、このうちの第一の問題①は生命/非生命(生命の存在・非存在)判断をすることが必要か或いは可能かという論点として、第二の問題②はここでの損害認定における差違仮説<sup>4</sup>の妥当性如何と

---

2 なお、この問題に関して因果関係の存否という角度からの議論は、本文で紹介するようにBGHがこれを形式的論拠であるとしたうえで実質的価値の判断にふみこんで判決したことによって、学説上も議論の中心的テーマとはされていない。

3 Esser/Weyers, Schuldrecht Band II Besonderer Teil 7., Aufl. [1991], S.542. なお、Esser/Weyersの結論は、(少なくとも財産的損害に関して)子の請求権を肯定するものである。

4 Differenzhypotheseは差額仮説と訳するのが通例であるが、狭義での金額の算

いう論点として現れている<sup>5</sup>。①は請求権規範に先行する行為義務の存否の問題、②は請求権規範における規準解釈の問題と性格づけられる<sup>6</sup>。それぞれにおいて欠缺が存在すると見るべきか否かが争いになるわけである。ここでの議論は、ドイツ民法における「人の法」<sup>7</sup>の形成にとっての現時点での一つの壁（立ち止まるべき場所であるのか克服されるべき対象であるのかの争い）の所在を示している。

3、わが国ではまだ wrongful life 問題の裁判例は現れていない。しかし、wrongful birth 裁判例が現れているのであるから<sup>8</sup>、われわれも遠からずこの問題に直面する可能性がある。アメリカ、イギリス、フランス、ドイツ、オランダと伝えられる対応は異なるが、問題の現れ方は wrongful birth に止まるものではないということが示されている。医療技術の展開によって直面させられることになった多くの問題において、人の生命をめぐる問題での価値判断が社会のなかで分裂し、それが民法の課題如何の次元での対立になり、民法の基礎的概念の検討の要否の判断における対立となる。

---

定の問題でなく、広く義務不履行の結果を履行の仮定的結果と比較することを指して用いられることも多いから、「額」という表現を避けた。

- 5 この②問題のフランス法における状況については、中田康裕「侵害された利益の正当性」『一橋大学法学部創立五十周年記念論文集・変動期における法と国際関係』[2001] 337、本田まり「《Wrongful life》訴訟における損害(1)(2)」上智法学46巻4号90、47巻1号 [2003] 130参照。
- 6 これらの問題はそれぞれ広中俊雄『新版民法綱要第一巻総論』[2006] 100にいう一次規範及び二次規範の平面に対応するものであろう。
- 7 「人の法」については、広中・前掲15、98以下。
- 8 これまでにも、風疹症候群児出産をめぐる事件（東京地判 S.54.9.18判時945、65、東京高判 S.58.7.22判時1100、89、東京地判 H.4.7.8判時1468、116、前橋地判 H.4.12.15判時1484、134）があったが、新たに遺伝的疾患に関しての東京地判 H.15.4.25判タ1131、285、同控訴審東京高判 H.17.1.27判時1953、132が出た。この高裁判決について、和田幹彦・同編『法と遺伝学』[2005] 77、服部篤美・医事法21 [2006] 147、同・医事法判例百選 [2006] 140に検討がある。

そこには、各国における法制度、法典の内容に由来する相違をこえる民法の共通の課題が存在している。

以下では、子の請求権を否定したBGH判決の特色を探り(第2章)、それに対する批判説をまず財産的損害について幾つかに分類したうえそれぞれの特色を検討し、(第3章)、ついで非財産的損害についての学説を検討し(第4章)、最後に、まとめとしてドイツ法における wrongful life 議論から取り出されるべき今後の民法学にとっての法形成上の課題の所在を考える(第5章)。

## 第2章 BGH 1983.1.18判決(BGHZ 86, 240)の特色<sup>9</sup>

1、ドイツにおけるこの問題についての判例は、BGHZ 86, 240が子の請求権を否定し、その後、BGHZ 89, 95が傍論の中で上記判決を指示し、近時、子の請求権が問題となった事件ではないが、BGH VersR 2002, 192が、法定疾病保険者から医師に対しての求償が争われた事件で、前提として子の請求権の不存在をいう文脈でBGHZ 86, 240を指示している。従って、現在のところは、BGH 86, 240が基本判例の位置を占めている。

この判決における事件は医師が妊婦の風疹を看過したために中絶の機会を逸した結果、障害を伴った子が出生したというもので、BGHは、原判決が両親(第2原告、第3原告)の損害賠償請求権の確認請求を棄却<sup>10</sup>し

---

9 岩志・前掲報告、岡林伸幸「ロングフル・ライフ」古村節男ほか編『植木哲先生還暦記念・医事法の方法と課題』[2004] 257以下にこの判決の紹介がある。

10 原判決が両親からの請求を棄却した理由も、子を損害とすることを人間の尊厳に反するとしたからではなく、中絶契約では、経済的利害の考慮は医師の義務に含まれないということであった。既に不妊手術失敗例で扶養請求を認めたBGHZ 76.249. 76.259があり、1993年5月28日のBverfG第2法廷判決(BverfGE 88, 202)までは、親の請求に対して、人間の尊厳に反するという議論は判例の

た部分を破棄して増加出費 (Mehrbedarf) を認容し、非財産的損害に関しては、母に対しても障害児をもつことの精神的負担には BGB847条<sup>11)</sup>の適用を否定したが、帝王切開による苦痛についての慰謝料の可能性を前提としてそれに関する事実認定を行うことを指示して差戻した。しかし、原判決が子の請求を棄却した部分は維持した。以下では、子の請求に関する部分のみを採り上げる。BGH が子の請求権を否定した論拠は次のように整理することができる。

① 医師は子に対して直接的な不法行為法上の義務を負わない。

「子の生命を社会的に見て或いは想定された彼の視点からみて (それには勿論まったく手がかりがないのであるが)、「無価値」と思わせるような障害を伴っている公算が大きいという理由に基づいて胎児の出生を妨げる直接的な不法行為法上の義務というようなものは、[認めるとしたら] 不法行為法上の行為規範の一般に完全性利益に向けられた枠の中での異物となる。そのような義務は存在しない。……人間の生命は、着床後の胎児をふくめて、最高のランクにある法的財であり絶対的に維持に値するものである (absolut erhaltungswürdig)。その価値についての判断 [の権能] はいかなる第三者にも存しない。それゆえまた、病者或いは重度障害者の生命を維持する義務は維持されるべき生命状態の価値に係わらされてはならない (生命機能の人工的措置による維持問題ではこの原則が限定されるかもしれないが本件ではそれが問題となっていない—これは判決文)。……ナチスの不法な支配の経験による影響を

---

なかには影響を持っていなかった。その後 BVerfG 第 1 法廷 (1997.11.12, NJW 1998, 519) が扶養義務を損害とすることを合憲とした。

11 BGB 旧847条

- (1) 身体又は健康の侵害並びに自由を侵奪した場合には、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することができる。

- (2) 略

この条文は2002年の BGB 改正によって削除された。後注61参照

うけたドイツ連邦共和国の司法は一般に他者の生命の価値についての法的に重要ないかなる判断も許さないが、これには尤もな理由がある(S.251f.)。』

この①は、生命の絶対的価値性とその無価値判断を禁ずること従ってそのような無価値判断に基づく不法行為法上の義務の設定は認められないという論述である。人間の尊厳という言葉は使われていないが、実質的にはその具体化としての主張といえるものである<sup>12</sup>。批判説からは、出生を妨げる義務という問題設定の仕方が疑問とされている。第三者保護効き契約に関する叙述のなかで、C.Junkerは、「子は、医師の母親に対する義務の不完全履行の結果から保護されるべきであろう。この事態を特徴づけるに、両親に対する—その不完全履行から子が保護されるべき—義務或いは子の利益のためにも存在している義務違反如何の問題とした方が、子に対して存在している義務は何かを問うより適切である」<sup>13</sup>という。この批判は、BGHのいう(②として紹介する)「保証義務」についても同じように向けられるものであろう。

判決は、このように直接の不法行為責任を否定したのち、被告の義務違反性はありうるとしたら被告と母親との間の治療関係からだけであるとしてその可能性の検討にむかう。

---

12 親の請求については損害を認定するということも含めての判例支持説で、BGHの論拠を人間の尊厳という言葉に置き換えるものとして、A.Roth, *Zivilrechtliche Folgerungen aus dem Urteil des BVerfG vom 28.5.1993 zum Schwangerschaftsabbruch*, *FuR*1993, 309.

13 Junker, *Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz*, [2002] S.608. なお、Junkerの立場は、「子にとって非存在が存在よりも優先されるべきであるような、従って、子に妊娠或いは出生によって損害が発生したという極めて例外的ケース、において、子は、医師による趣旨にかなった給付への利益をもつ」というものである(この点については第3章であらためて紹介する)。医師の義務の内容について同様の指摘は、A.Reinhart, “Wrongful life” - gibt es ein Recht auf Nichtexistenz? *VersR* 2001, 1085, Deutsch/Spickhoff, *Medizinrecht* 5.Aufl. [2003], Rdn.344. など。

- ② 母に対する契約上の義務の違反は、子に対しての間接的な不法行為法上の義務違反を根拠づけるものではない。

「確かに、契約上の義務も、それらが第三者に対して存している場合でも、同じ様に不法行為上の保証義務（Einstandspflicht）を根拠づけることがありうる。しかし、この点では既に述べたことが当てはまる。生命を可能にすることも阻止しないことも BGB823条1項<sup>14</sup>によって保護される法的財を侵害するものではない。このことは法律論的考量であるだけではない。この考量はむしろ許容された妊娠中絶の倫理的評価が一般的評価においては決して一般的なものではないということによっても支えられている。……即ち、とりわけ、重い障害を伴った生命が非生命という選択肢に対しておよそ損害であるのか或いはなお好ましい状態であるのかは、一般的に拘束力をもつ判断の可能性を免れている（S.252 f.）」と。

ここでは、①に加えて、823条1項によって保護される法的財即ち完全性利益（Integritätsinteresse）の侵害ではないことのゆえに、障害を伴った生命の比較対象が非生命となりその間の比較の判断尺度が一般的妥当性をもつようなものとしては存在していないという現実が論拠となっている。①と共通する部分もあるが、①が生命判断の理念的な判断不可を述べているのに対して、②では現実社会における価値対立の存在が生命／非生命の法的判断の基準の不在の理由とされている<sup>15</sup>。

---

14 BGB 第823条

(1) 「故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。」

(2) 略

15 BGH がここでいう（間接的な）不法行為上の義務というのは分かりにくい。判決文で指示されている Palandt/Thomas, BGB 42.Auf., Übersicht vor § 823 Rdn.2（筆者が参照したのは47.Auf. [1988]）では、契約上の義務が一般的不法行為法的義務を強化する場合があるという文脈で、医療ミスをした医師は、



③ 被告は、第三者保護効によって原告に直接的な契約上の義務を負うかという点でのその否定。この否定の理由は、「現行法は、母親に、妊娠中絶の正当化的許可をその固有の利益においてのみ賦与している」(S.253)ということである。もっとも、この論拠はドイツの中絶法の解釈であって他の国では異なると判決自体述べている<sup>16</sup>。そこで次に判決はより一般的な論拠によって第三者保護効付き契約による子の請求権の可能性を否定する。

#### ④ 宿命性論拠

「子の請求権が可能であるのは、有責に人間の行為によってその完全性利益が侵害された場合だけである。勿論そのような行為は、……時間的に妊娠より前であってもよい。ところで、原判決によっても述べられた次のような形式論理の論拠はそれほど重要なものではない。それは、権利主体として、存在と権利能力を始めて可能にした行為から請求権を導き出すことは考えることができないという論拠である。そのことよりもむしろ、本法廷は、本件のような事件は法的な請求権規則の可能な限界にまで到達しそれを超えている、という意見である。人間は、原則として、自らの生命を自然によって造られたそれとして甘受しなければならず、他者によるその防止或いは廃棄の請求権をもつものではない。母が法秩序によってそのような決定権を認められているとしても、それは母に対しての子の不存在の請求権を根拠付けるものではない(S.254)。」

---

患者に対して契約上の義務に違反するだけでなく、不法行為も行ったことになるという例があげられている。医師と子の間には契約関係がないので、まず①で、直接に不法行為上の義務違反があるか検討し、ついで②で、母への契約上の義務違反が子に対する不法行為上の義務違反になるかを検討したということなのであろうか。

16 判例支持説のなかでも③論拠についての支持は分かれている。例えば Medicus, *Zivilrecht und Werdendes Leben* [1985], S.13. は、中絶規則の解釈を契約解釈に直結させることを批判している。Junker, a.a.O., S.602f. にこの点での他の批判的見解の紹介がある。

この④論拠も、①②と共通して人間の尊厳論を拠り所としたものといえる。④では、生命（とくに先天的障害を伴うそれ）の自然性・宿命性という性格の故に、その生命の主体が請求権という手段でそれをコントロールすることを認めることは法の機能を越えるとされている。ここでも完全性利益の侵害ではないことが請求権否定の直接の論拠をなし、宿命論はそのことの理由という位置にある。また、この④において、義務違反行為と権利主体の発生が不可分であるという因果関係上の問題よりも行為義務の設定の前提となる生命の価値判断の問題が重要であるとされており、このことはBGHのこの問題に向かう姿勢を表すものといえよう。

⑤ さらに続けてBGHは、子の請求権を認めると、両親に対する請求や逆に数世代後に対しての責任ということも生じるとせざるをえなくなる（S.255）という<sup>17,18</sup>。

---

17 この論拠に対しては、判決支持説からも説得的ではないとされている。G. Fischer, “Wrongful life”, JuS 1984, 439.

18 民事事件ではないが、近時BSG 2002.4.16判決（NJW 2002, 3123）がBGHZ 86, 240に言及しているので紹介しておく。少女が13歳のときから父によって継続的に性的虐待をうけ、その少女から原告が重度の精神的身体的障害を伴って生まれたという事件で、Mecklenburg-Vorpommern州は、その子からの犠牲者補償法（OEG）による暴力犠牲者の被害者扶助の申し立てを却下した。SG Schwerinは原告による（却下処分の取消し、被害者扶助の同意の）請求を認容し、これに対して被告Mecklenburg-Vorpommern州が跳躍上告をした。BSGは原判決を破棄差戻した。しかし、この破棄差戻は、SG判決に対して、原告の重度の障害が近親相姦によるという認定はあるもののさらにその妊娠が暴力によるものであるかの事実認定が必要であるとしたことによるものであって、その妊娠がOEG第1条のいう暴力行為の結果であった場合には、近親相姦から障害をもって生まれた子は、犠牲補償法による扶助の請求権をもつ、という命題は維持された。そのなかで、BGH 86,243との相違を次ぎのように述べる。「本法廷は、……その先天的健康障害（“wrongful life”）が第三者の非難さるべき行為に起因する子に原則として補償請求権を認め、その限りで民事法的損害賠償請求権についてのBGH判決を越えることになる。……（本法廷が認める）社会法的補償請求権にとって決定的に重要なのは、暴力的な妊娠から出生した子は暴力行為がなければ存在しなかったであろうという事情ではなく、…

2、結局、BGH 86, 240判決における子の請求権を否定する論拠のなかでその後の議論の対象となるのは①②④である。これら論拠の特色としては、第1に、①②④すべてにおいてまず完全性利益の保護にあたらないことが述べられていることである。そのことから、これら論拠のそれぞれにおいて、①で生命の絶対性を理念的に説いてその阻止という直接の不法行為法上の義務を否定し、②で生命／非生命の比較判断のための客観的基準の不存在という現実から BGB823条1項の財の侵害といえないとし、④で自然の生命の受容の宿命性を根拠に請求権の可能性を否定して子を第三者保護効付き契約の対象とすることを拒否している。これらの論拠は、完全性利益保護を損害賠償法（不法行為法、契約法）の内容であるとしたうえで、この問題ではそれを越える請求権賦与についての欠缺補充／法形成の必要性を否定するという意味をもっている。第2に、これらの論拠はいずれも生命／非生命の判断が許されないということの内容としているが、母親の請求権を肯定する際には、子の存在と損害を区別することによって、生命／非生命の価値判断に立ち入ることなく損害をいわば技術的に認定している<sup>19</sup>こととは対照的である。子の請求権の否定においても、原判決のように仮定的状態での主体の不存在を理由として否定することが可能であったが、④であえてその論拠には拠らずに生命／非生命の価値判断問題を前面

---

…暴力行為による結果による子の健康上社会上の負担である。……本法廷は、犠牲者補償法による請求権と民事法との有り得る乖離を引き受ける (S. 3125)」、と。ここでは、生命／非生命（仮定的状態）の比較ではなく、（因果関係を肯定された）現状での救済の必要性への着目が「乖離」を肯定する理由とされている。

19 BVerfG 第2 法廷判決の後、BGHZ 124, 128は、「価値中立的計算操作である差違仮説方法が、差違勘定に入るべき計算項目を責任の保護目的、損害賠償法の補填機能に即して評価的に決定することを免れないとしても、……計算上の比較における減少を損害とするのが判例である」として改めて差違仮説の適用の問題であることを述べて母の損害賠償請求権を肯定した。このような流れについては、若林三奈「法的概念としての『損害』の意義(二) 立命館法学251号 [1997] 152以下など参照。

に出した。これには、法技術的対応で議論の余地を残すのではなく価値の平面で否定することで解決を確定的なものとするという判断があったのかも知れない。しかし同時に、そして特色の第3としてあげるべきこととして、これら論拠において既に、現代社会では生命／非生命の価値判断を拒否することの貫徹は困難であることが、①では延命治療、②④では妊娠中絶への言及によって示されている。

かくて、このようなBGH判決を前にして、それに対する批判説は、損害賠償法の継続形成を必要とする主張を展開するにおいて、生命／非生命判断を可能であるとするか、この判断には立ち入らないで請求権を根拠付ける方途を求めるとかという選択にたたされることになる。

### 第3章 財産的損害の賠償請求権を肯定する説の特色<sup>20</sup>

1、学説の対応には、大きく分けると、I親の請求権も子の請求権も否定する説、II親の請求権を肯定し、子の請求権は否定する説、III子の請求権を肯定する説（内容は多様であり、それらの説における親の請求権の有無・内容は子の請求権の内容に係る）がある。BGHZ 86, 240ののうちも親の請求権を否定する説Iが多く見られたが、BVerfGの第2法廷（BVerfGE 88, 20）が否定的見解を述べ同第1法廷が肯定的判決（NJW 1998, 519）を出

---

20 以下の学説の紹介・検討は判例批判説を対象とする。判例支持説（自説を明示しないで判決を紹介するだけのものを含めると）は数の上ではなお多いといえるかもしれない。しかし、それらの説においては、BGHの論拠の個々の批判はあるものの新たな論拠といえるものはないので、このような問題に直面しての法形成の試みをそれがかかえる困難さに着目して検討することを目的とする本稿の関心から、判決支持説には立ち入らないことにする。なお、判例支持説の文献の網羅的紹介はJunker, aa.O., Fn.2473にあり、その後に出たものとして、T.Winter, “Bébé préjudice” und “Kind als Schaden” [2002]がある。

すという経緯をへて、親の請求権を原則的に肯定するBGH判決が続き確定的といえる状況となるとともに<sup>21</sup>、Ⅱ説が多数という状況になった。しかし、BGHZ 86, 240の前から存在していた子の請求権を肯定するⅢ説は増加の兆しがあり、また、フランスのペリュシュ判決が好意的に紹介されている<sup>22</sup>。従って、学説においてはなお多くの論者が参加しての論争があるといえる。この議論の中で第1章で述べた二つの問題は次のような形で現れる。

① ドイツ法における人格保護は、一般的人格権概念の形成にみられるようにGG第1条、第2条<sup>23</sup>の人間の尊厳を基礎として展開されてきた。し

21 ただし、中絶適応の種類による相違がある。概観は、D.Giesen, *Arzthaftungsrecht*, 4. Aufl. [1995], Rdn.67. E.Deutsch/A.Spickhoff, a.a.O., Rdn.343 など参照。

22 以前からのⅢ説であるDeutschによるDas behindert geborene Kind als Anspruchsberechtigte, NJW 2003, 28のほか、H.Sonnenberger, *Ersatzansprüche trotz pränataler Schäden nach ärztlicher Fehldiagnose ausgetragener Kinder*, FamR 2001, 1414, Spickhoff, *Besprechung zu BGH 2001.12.4* (BGHZ 149.236), FamR 2002, 387, K.Arnold, “Kind als Schaden” in Frankreich, VersR, 2004, 309. また、v.Bar, *Wrongful life in Frankreich*, ZEuP 2000, 119以下は、1996年の第一次差戻判決を好意的に紹介している。批判的なものとしてはT.Winter, *Leben als Schaden?*, JZ 2002, 332.

### 23 GG第1条

- (1) 人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し保護することはすべての国家権力の義務である。
- (2) ドイツ国民は、それゆえに、世界のあらゆる人間社会、平和および正義の基礎として、侵すことのできないかつ譲り渡すことのできない人権を認める。
- (3) 以下の基本権は、直接に妥当する法として、立法、執行権および司法を拘束する。

### 第2条

- (1) 何人も、他人の権利を侵害せずかつ憲法的秩序または道徳律に違反しない限り、自らの人格の自由な発展を目的とする権利を有する。
- (2) 何人も、生命および身体を害されない権利を有する。人身の自由は不可

かし、BGH が wrongful birth 問題において親の損害賠償請求権を肯定したことに対して、憲法裁判所第2法廷判決がそれは子を損害とするもの（Kind als Schaden）であって人間の尊厳に反すると述べたことに示されるように、ドイツ法においても、医学の発展が生命の操作に係わる場面においては、人間の尊厳概念の理解の分裂が顕著に現れるようになる。このことが、また、wrongful life 問題での BGH 判決の内容とそれを巡る学説の議論を特徴付けるものとなる。このことは、具体的には、生命／非生命判断の可能性と要否というテーマとなった。

② 判例支持説と批判説の対立点は、価値判断をめぐる①と並んで、損害の有無の判断方法にも存する。それは、具体的には、財産的損害の伝統的な認定方法である差違方式の妥当性についての対立である。そして、請求権否定・肯定のどちらにおいても、①②問題は絡み合っただけで学説の相違を作り出している。これらの議論は、人格の保護の問題が、一般的人格権概念の形成が GG の人間の尊厳概念に沿う形でなされたのとは異なった段階のものとしてあることを示している。そこでは、医療の発展によって直面させられることになった人の生命を巡る問題に対しての社会における価値判断の分裂が、民法の機能についての考え方の相違になり、さらには、財産の法として形成されてきた民法の基礎的概念の操作による対応の可否という問題をも伴うものとなって現れてきたのである。

2、子の請求権を肯定する説の評価レベルでの共通した主張は、医療側の過失による真の被害者は子であるとするものである<sup>24</sup>。ここからは、親の

---

侵である。これらの権利は、ただ法律の根拠に基づいてのみ、侵害することが許される。

24 Deutsch, Unerwünschte Empfängnis, unerwünschte Geburt und unerwünschtes Leben verglichen mit wrongful conception, wrongful birth und wrongful life des anglo-amerikanischen Rechts, MDR 1984, 795 は、「このことは誰も争わないであろう」、という。

請求権を認めるのなら、子の請求権はますます認められなければならないという主張が出てくる(erst recht論)。しかしながら、BGHの論拠からは子が被害者であるということが否定されることになるから、結局、肯定説においては、「子が被害者である」ということを損害賠償法の中で根拠付けなければならない。それが、肯定説の課題となってくる。

肯定説のそれぞれの特色に立ち入るまえに、BGH判決による子の請求権を否定する論拠にいかに対応するかという点から請求権肯定説の全体の特色を示しておく、BGHの論拠①②④を導いていた完全性利益の侵害の不存在という論拠に対しては、不法行為責任場面での一般的人格権或いは健康侵害に対する事前措置(Vorkehrung)という主張が肯定説の中心になる。契約責任については完全性利益侵害を問題としない説が多い。また、④の宿命論に対しては、「医療全体がまさに自然が作り出す経過をそらすことを目標にしている」、「そのような(重い障害を伴った)状態が医学的に予見可能であり阻止可能である限りで、そのような状態はもはや“宿命”ということとはできない」という趣旨の主張<sup>25</sup>が共通しておこなわれ、肯定説にとって重要な論点ではなくなっている。かくて、肯定説が取り組まなければならないのは判決の論拠①②であった。それは、生命/非生命判断の可否、損害の有無の判断方法として現れる。

この点での肯定説の内容は多様であり、部分的には対立が見られる。以下では、まず、生命/非生命を比較判断の対象とすることを正面から認める説(A)と、生命/非生命の比較の問題としない方法で請求権の根拠付けを行う説(B)に分類する。この分類は、そのような評価を損害概念の操作に組み入れていく上で的方法的な相違が、本稿での人の法の展開と民法の基礎的概念(ここでは損害概念)の関連という角度からは重要であるとい

---

25 引用は Junker, a.a.O., S.644 及び 657 から。また、S.638における紹介参照。後述するような Picker のいう生命の相対化ということも、“宿命論”の否定が前提になっている。E.Picker, Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben [1995], S.43f.

うことによる。

3、A-a 説 生命／非生命の比較判断の例外的な必要性・可能性を認める説のうち、この比較を前提とした子の財産的損害の賠償請求権の肯定が可能であるとする説 (Picker)

Picker による BGH 判例の批判の中心は、BGH の (前章で示した) ① 論拠が貫徹され難いこと、BGH 自体矛盾を含んでいるということにある。即ち、Picker においては、(イ)BGH が母の請求権を認め、子の請求権を認めないことは平等取扱の原則に反すること、(ロ)平等取り扱いとしては、ともに生命の評価における絶対性 (神聖性) の論理を貫徹するか、生命の相対的評価を親の請求権の判断に関して承認するのであれば子のそれに関しても承認すべきであるということが主張の眼目をなしている。この(ロ)のうちの 2 番目の可能性を根拠づけるのものとしてあげられるのは、ヒューマニティ (Humnität) である。

(イ)について、Picker は、判例の立場には次のような評価矛盾があるとする。「(判例は) 決定的な個所で二つの尺度を用いている……同じ生命が、絶対的に聖なるもの (sakrosankt) として、また同時にひろく処分可能 (disposal) なものとして評価されている」。これによって、人間の生命が、当人にとってのみ絶対的で処分不可能なものであって損害とはされ得ないとされ、他方、第三者 (具体的には親) にとっては衡量可能で相対化可能な財とみなされている、<sup>26</sup>と。従って、Picker にとっては、この矛盾

---

26 Picker, aa.O., S.26. この批判の前提になっているのは、親の請求権を肯定する判例が、子の存在をその場合の損害としているという理解である (S.27)。同じ請求権肯定説でも Junker は、Picker の判例理解を批判し、母親の請求においては、子の存在と損害は区別されるとする (Junker, aa.O., S.630)。Picker によるこの批判に関しては、Picker 前掲書の書評である Zimmermann, JZ 1997, 132 は、請求権をともに否定する立場から、判決に評価矛盾があるとしていることになる。やはり同書の書評である Laufs, NJW 1996, 1586 も結論的には



は二つの可能性のうちのどちらか一方の考え方を採ることによってのみ解決されうるということになる。

(ロ)Pickerによれば、第一の選択肢は、生命の不可侵性から出発し、子の自己の生命への対立的利益(die lebenskonträren Interesse, 生命を苦悩に満ちたものにするものを回避する利益という意味であろう)のいかなる尊重も厳格に否定し、平等取り扱いの要請から、第三者にも同じ高い障壁を設けるものである。この結果、母の請求権の肯定のためには、子の生命を上回る対立的利益の存在を要求することになる<sup>27</sup>。第二の選択肢においては、子の生命への対立的な利益の存在を認めることで、母に認めていると同様に、子にも差違仮説を設定することを許すものである。その差違仮説では、損害法の尺度の下で彼の存在を非存在と比較し、苦痛の重大さ次第では、非存在を存在に対して“より良き”状態と評価する可能性が認められることになる<sup>28</sup>。この第二の可能性においても、母親の請求権は、子の請求権に対して苦痛を伴う存在にたいしての受容・受忍が求められる程度(子の生命利益が苦痛の重大さにおいてその生命対立的利益より重いとはいえない場合)と同じ尺度にてらして初めて認められるのであるから、認められるのは限定的である<sup>29</sup>。

確かに、Pickerは、この二つの可能性の内の選択のどちらも主張可能(vertretbar)であって、どちらが優位にあるかの明確な決定は必要がなく、また、価値の多元性のもとにある社会にあっては、このような人間の限界状況の問題では、「正しい」解決は、存在しない、という。そして、

---

Zimmermannと同じ立場になる。これらに対し判例支持説からのPickerに対する反論としては、Winter, aa.O., S.156.

27 Picker, aa.O., S.76ff. このことは、母にはそのような利益がおよそないことになることではない。出産にともなう重大な精神病の危険がそのような例として挙げられている。

28 Picker, aa.O., S.73.

29 判例がもっぱら母親の利益に着目するのはことなる。Picker, aa.O. S.73f.

法律家がなしうるのは、そのような限界状況において合法的なるものの枠を述べ、可能な解釈の選択を明らかにすることだけである、とする<sup>30</sup>。とはいえ、Picker が、「価値としてでなく負担として受けとめられた望まない新しい生命にとっての補償として付与されることなる損害賠償請求権」<sup>31</sup>について述べるところは、(彼のいう) 平等取扱い命令による二つの可能性のうちの第二のものを選択を思わせる<sup>32</sup>。もっとも、この二つの可能性の間の相違は、例外的に子の請求権を認めるか否か(子の請求権を例外的にであれ承認するのに対応して親の請求権の可能性も広まる)にあって、肯定の可能性においてもあくまで例外的限定的である。Picker にとっては、平等取り扱いの原則の貫徹が最重要であって、二つの可能性の間での選択を行うことは主張の第一次的な内容ではない。しかし、限定的であれ子の請求権の根拠付けが可能であるとしている点で、Picker 説は肯定説を推し進めるものとなった。彼はいう。「(子の請求権の一律の否定は、) 子の生命を直ちに一般的に不可侵と扱うことはしてない道徳的法的

---

30 Picker, aa.O., S.114.

31 Picker, aa.O., S.116.

32 Picker の立場をこのように理解するものとして Reinhart, Familienplangsschaden. Wrongful birth, wrongful life, wrongful conception, wrongful pregnancy [1999], S.207, Zimmermann, JZ 1997, 131, Junker, aa. O., S.629, Fn.2608, Laufs, NJW 1996, 1586. Picker は、論文 Schadensersatz für das unerwünschte Kind (“Wrongful birth”), Medizinischer Fortschritt als zivilsatorischer Rückschritt, AcP195 [1995], 483 では親の請求権を否定しているが、Picker の二つの論稿の関係につき、Zimmermann は内容的に相違があるとしてうえで AcP 論文の立場を支持している。H.Lange/G.Schiemann, Schadensersatz 3. Aufl. [2003], S.337, Fn.605 は、Picker 説を、「(子の請求権の肯定を) 少なくとも考えられる選択肢としている」ものとして挙げている。なお、Picker は後の著書 Das Kind als Schaden? [1999] では第一の可能性に立つようにみえるが、本稿では、Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben において肯定説の可能性が少なくとも否定説と同等のものとしてされている(そして、学説のなかではこの著書が肯定説の主張として理解されている)ことに着目する。

現実のもとでは、もう一度慎重に、とらわれない態度で (offen) 検討されるべきである。今日の出生前診断が可能とするような、後に現れる病状の予見可能性を考えると、そのような前提で (出生前診断による予見可能性の存在という意味か一筆者) 正しく理解されたヒューマニティは、重大な苦痛が予測され得る場合には、まさに子にとっての理由からそしてそれらの理由からのみ、その臨月まで宿すことに反対する決定をすることを一般的にまた予め排除するものではない。このことを承認すれば、まれな限界例外的場合に、医師の過誤があれば子の固有の損害賠償請求権は法一体系適合的 (recht-und systemkonform) なものと認められるべきである<sup>33</sup>と。

Picker において例外的に肯定されうる子の損害賠償請求権の内容は、障害の故に必要なとなる増加出費である。扶養費用全体としない理由を次のようにいう。ここで請求権が認められる根拠は、耐え難い苦痛であるから、この請求権内容は生命そのものの補填 (Kompensation) ではない。生命の価値性はここでも疑問とされることはない。請求権が求めるものは、生命に対立的利益を根拠づける要因の経済的補填である。かくて、この請求権は、この経済的給付によって、生命の耐え難さの因となり、生命の阻止を正当化するものでもあったであろう苦痛を緩和することを求めるものなのである<sup>34</sup>、と。

このようにして、Picker においては、子に予測される重大な苦痛を回避することがヒューマニティの内容になり、そのために中絶を認めるという道徳的法的判断では、胎児適応も当然には排除されるものではないとされ、そこから子の請求権が可能とされている。ここでのヒューマニティは、

---

33 Picker, Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben, S.116,また、S.77.

34 Picker, aa.O., S.116. これに対しては、Junker, aa.O., S.629 に、財産損害は差違仮説によらなければならないが、それによれば増加出費ということにはならず、Picker の主張は衡平解決 (Billigkeitslösung) であるという批判がある。

生命の内容の予測とコントロール可能性の進展という現実を前提としているが、それを全面的に肯定するのではなく、例外的に、耐え難い苦痛からの（従って、生命の存在の）回避の請求権を付与することの理由とされる。Picker の第二の可能性の根拠は直接にはヒューマニティにあるが、それと並んで、(社会的に)「人間の生命の相対化への決断は既になされている」<sup>35</sup>という認識がある。

4、A－b 説 生命／非生命の比較判断の例外的な必要性・可能性を正面から認める説のうち、子の財産的損害の存在は否定し、慰謝料請求を認める説

この説の慰謝料請求権肯定の結論部分については第4章で紹介するが、この説の力点は生命／非生命判断の可能性の肯定にあるので、財産的損害否定の論拠とともに、ここでも紹介することとする。Junker は、一方で子の請求権を完全に否定する BGH 及びその支持説に反対し、他方では Picker の第二の可能性も含め肯定説の多くが財産的損害として増加出費の賠償を認めることにも反対する。このうちの前者は、「非生命が生命に対して選ばれうる状態であるような重大な疾病があるということを承認するときには、生命と非生命の状態の比較が（生命にとって）否定的な結果となる場合がありうるという言明に同意することになる」<sup>36</sup>とする。そして Junker は上述した BGH の論拠②（生命／非生命に関しては一般的に拘束力を持ちうるような判断基準が存在しない）に対して次のようにいう。そこで想定されている障害はダウン症のような例であって、それは第三者からみてその生命を全体として損害と評価されうるように不利益なものとするものではない。しかし、それよりも遥かに重い障害がある。限られた寿命にさらに重大な苦悩と継続的な苦痛が加わって、生命が短く苦痛にみち

---

35 Picker, aa.O., S.98.

36 Junker, aa.O., S.628.

たものである場合、生命が有利な状態であるとはもはや言うことはできない。もし人がそのような障害を伴ってもう一度生まれることとその中断の選択をするとしたら、私の考えでは、殆どの人が誕生を放棄するだろう<sup>37</sup>、と。Pickerにおいても子の請求権の可能性は重大な障害に限られていたから、その点では Junker と Picker の相違は大きくないと思われるが、Picker には第一と第二の可能性の間での選択に躊躇が窺えるのに対して、Junker にはそれはない。しかし、Junker が根拠として述べるものは、内容的には、Picker において繰り返し現れるヒューマニティという言葉で表されるものと共通するといえよう<sup>38</sup>。

Junker は、このように生命／非生命の判断を例外的であれ認めるが、そこから財産的損害が生じることを否定する。「子の非存在への利益はしかしながら財産的考量に基づいているのではない。子は、その存在に生活上の費用が伴うが故に妊娠或いは出産の阻止への利益をもつのではなく、稀な例外的ケースでかれの肉体的な存在が苦痛に満ちているからである」<sup>39</sup>と。このように、Junker における財産的損害の否定は差違仮説の結果としての否定ではなく、請求権の目的からのそれであった。従って、Junker における生命と仮定状態としての非生命との比較は、権利侵害の有無判断のためのそれであって、損害確定（及び算定）のためのそれではなかった。

Picker は BGH の①②論拠に対して正面から生命／非生命の判断を（例

---

37 Junker, aa.O., S.640ff. また、S.607.

38 Junker は、自らの主張の根拠づけのなかでは、人間の尊厳という表現を用いない。これは、(親の請求権をめぐる議論に関連しての文章であるが) この概念が内容的にそれぞれの世界観を読み込みうるものであって、法的議論として適切でないとする (S.343) ことが理由のようである。

39 Junker, aa.O., S.646. このことから、結論として第三者保護効付き契約に基づく医師の責任は否定する。また、同じ根拠で、侵害された人格権の保護範囲にも入らないとする (S.661)。なお、Junker は、母親の損害賠償請求においては、財産状態の比較による損害の存在を肯定する (S.630)。

外的にであれ) 肯定して子の請求権を導くという可能性を示していたが、明示的にこの方途を肯定し展開するのは Junker だけのようである。そのことは、請求権を肯定するにしても、被害ないし損害と性格づけるために生命／非生命の比較判断をすることへの疑問ないし抵抗感があるためなのであろう。それでは、その判断を回避したら、どのように損害賠償法のなかでこの問題を扱えるのか。肯定説の困難は続く。

### 5、生命／非生命の比較判断をしない説 (B)

B説の代表的論者である Deutsch の基本的姿勢をみると、BGH 判決における請求権否定の論拠を「存在論的基本問題を設定した」ものであるとし、これに対して彼のいう「正しく設定された法律論的問題」においては、「損害賠償は常に経済的側面に関係している。人間の—存在論的種類の障害物を置くべきではない」<sup>40</sup>とする。Deutsch は以下で B—c として紹介する財産的損害肯定説につき、「GG の人間の尊厳の解釈及びそれに基づく保護に関していえば、責任法学者 (Haftungserchtler) は、やっかいな中道 (in unbequemer Mitte) にいる」という。これは、「確かに (判例のいうように) 子を高く評価することの倫理的価値は人的なものを豊かにすることとして肯定される。これに対して扶養の負担は残ったままであり、それは、まさに権利追求及び制裁として職業上の責任ある者が負うべきものである」<sup>41</sup>という文章に続くものである。ここでは、生命を価値としつつ他方で経済的負担の転嫁の必要性に対応することを損害賠償法の任務とす

---

40 Deutsch, Bemerkung zu BGH 86, 240, JZ 1983, 452. 同頁では、生命／非生命判断を超越論的問題 (transzendente Problematik) と表現している。また、Deutsch/ H.Ahrens, Deliktsrecht 4. Aufl. [2002], Rdn.457は、「生成中の人格権」が侵害の場合の請求権基礎を与え、「“生まれない方がよかった” という主張はまさに賠償請求権の前提である」というが、これも法律論とその「前提」を区別するという意味であらう。

41 Deutsch, Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden, VersR 1995, 616.

るといふ Deutsch の姿勢が示されている。また、Reinhart は次のようにいう。GG の客観的価値秩序によればあらゆる人間の生命に人間の尊厳があるということは完全に同意できる。しかし、この論拠はここでは重要ではない。ここでは子の存在ではなく彼の健康被害の経済的結果のみが問題である。ここでは、生命の価値無価値の決定が問題となっているのではないから、人間の尊厳の命令がそのような解決に対立することはない、<sup>42</sup>と。

v.Bar は、結論は同じであるか、やや異なる角度から次のように述べる。フランス破棄院の1996.3.26の二つの判決(子に対する契約責任の可能性を肯定)を紹介してその姿勢とドイツの判例のそれを比較し、前者の「非解釈論的(undogmatisch)な性格がドイツの理想主義的傾向より(子が生まれ経済的負担が現実にあるという)生活の要求により近い」<sup>43</sup>、と。ここでも、生命/非生命判断と損害賠償問題を区別することがそれを支持する意味で語られている。

B説においては損害賠償問題が人間の尊厳論、生命/非生命判断からこのように区別されるが、次にその損害賠償問題をどのように扱うかという点で考え方が分かれる。

#### 6、B-a説、差違仮説によって財産的損害を肯定する説

まず、wrongful birth 訴訟において生命と財産的損害を区別することによって親の扶養負担を内容とする損害賠償請求権を認めている判例及び多数説の論理をそのまま wrongful life 訴訟での子の請求権に関しても適用しようとする説がある。

Reinhart は、この問題でも経済的結果である損害は、侵害行為の結果

---

42 Reinhart, VerR 2001, 1085, また「価値から自由な包摂(wertfreie Subsumtion)」という表現もある(S.1088)。同旨 Backhaus, Inwieweit darf die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden bewertet werden?, MedR 1996, 205.

43 v.Bar, ZEuP 2000, 124.

生じた財産状態と侵害行為がなかったと仮定した場合の財産状態の差に存ずるとして、一般的な財産損害の扱いであることを主張する<sup>44</sup>。仮定的財産状態では主体が存在しないことになるという反論については、Reinhartは、医師にこの抗弁を許すべきではないとして、一種の信義則を利用した主張をしている<sup>45</sup>。

しかしながら、このように差違仮説による財産的損害の認定をそのまま主張する説は肯定説のなかでも支持を見出していない。それは、親の請求の場合には、問題を親の財産状態の仮定的状態との比較に限定すれば、そこでの仮定的状態が子が存在しないことであってもそれを扶養負担のない状態と言い換えることが可能であるとしても、子の請求の場合には、財産主体が非存在ということになるから、仮定的財産状態の想定という説明が困難であることによるのであろう。そこで、比較対象を別に置こうという主張が現れることになる。B－b説である。

#### 7、B－b説、差違仮説における比較の対象を義務履行があったと仮定した状態（非生命）とはしない説

Stollは次ぎのように主張する。「BGB823条1項に挙げられている法的財の法的保護は、その法的財の発生前に既に、欠損を伴った発生を危惧させるような条件がつくられてはならないという一定の事前措置をも内容としえないか」という問題をたて、「生命、健康のような基本的な憲法上保護された人格的財においてはそのような事前措置効を全く排除することは許されまいであろう」とする。勿論、事前措置の権利が不快な条件一般についてありうるとされているわけではなく、遺伝的疾患や重い障害に限られるが、Stollによれば、BGHは医師（等）が親に対してそのような事前

---

44 Reinhart, VerR 2001, 1085.

45 Reinhart, VerR 2001, 1085. なお、Reinhartのいう財産的損害の内容は、生活費用全体である。



措置の法的義務を負うことを認めているのであり、主たる当事者である子に対してのそのような義務を排除する理由は見出しがたいとされる。次に、損害評価に関しては、「生命の尊重が排除するのは、障害をもった子の非存在をベースにした損害計算である。また、侵害された財が侵害前であった状態との比較を基礎にした損害計算に意義があるのは、既に存在する法的財の完全性利益の枠においてのみである。権利の発生前の一定の事前措置が認められると、そのような措置の懈怠によって引き起こされる損害は、行為の不法に適した方法としては、生じた法的財を他の同種類の法的財の通常の状態と比較することによってのみ把握されうる。そのような比較は、まさに、法的財の発生前の法的義務の設定に導く損害予測の基礎にあるものでもある」<sup>46</sup>という。

Stollにおいては、「生命の尊重」が具体的生命を損害評価の対象とすることを許さないとすることを、BGH判決及びその支持説の多くと共通にしつつ、また(広い意味で)比較という言葉も使いつつ、例外的な比較の方法が主張されている。この例外的算定方法を認めるか否かがBGH支持説との相違になる。Stollにおいては、生命発生前の事前措置義務違反であることが、現状と義務が履行されたらあったであろう仮定的状態(非存在)の比較という原則的な方法ではなく、例外的損害計算として現状と通常状態の比較をすることの根拠とされている(これによって増加出費が比較の結果となる)。そしてさらに義務設定において基礎とされた損害予測の現実化であることがあげられている。文章としては付加的な位置にあるが、この事前措置義務が考えられていること、即ち、「生命、健康のような基本的な憲法上保護された人格的財」の保護の義務の設定があることが例外的損害算定を根拠づけることになる。ここでの原則と例外は、財産状態の比較であることにはかわりないが、現実と比較されるものが異なる。しかし、通常の状態との比較とされることによって、実質的には、原状回

---

46 Stoll, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht [1993], S.284f.

復とは別の現状の評価が目標になるから、次ぎのB－c説に近づく。なお、Stollはこの問題では財産的損害についてのみ論じている。

#### 8、B－c説，差違仮説不適用の主張

B説のなかではこの説が有力と言えるが、その根拠づけには各説の苦慮が現れている。この中では、直接に政策的な根拠を述べるもの(イ)が多いが、法律論的根拠づけを試みる説(ロ)もみられる。前者には、なお例外的なものとしての性格が強いが、後者には、一般的制度のなかに位置付けようとする方向を窺うことができる。

(イ) Lange/Schiemann は、「彼（子）の請求権の基礎は、彼に決定が可能であったとしたら、むしろ自らの生命の存在に反対の決定をするであろうという考量である。しかし、彼は生きているから、法秩序は彼にこの決定を求めることはできないし求めてはならない。まさにそれゆえに、法秩序は、ヒューマニティの命ずるところとして、彼の存在の具体的形式が第三者に帰責されることを承認せざるをえない」<sup>47</sup>という。ここでは、「生命の現在の具体的形式」の帰責が、財の比較にふれることなく、「障害による増加出費」の賠償に導いている。「障害による増加出費」は、障害のない状態との差であるから、実質的にはStollと同じである。しかし、ここでは、比較・差という表現が現れていない。比較のための損害項目の例外的扱いというものではなく、「生命の現在の形式」の評価という別の方法であるという考えがそこにあるのであろう<sup>48</sup>。ここでは、ヒューマニティが、この方法を根拠づけている。Pickerにおいては、ヒューマニティが出産に反対する決定を排除しないという可能性を根拠付けていた。Lange/Schiemannでは、ヒューマニティは、直接には、「生命の現在の形式」

47 Lange/Schiemann, aa.O., S.336f.

48 G.Dannemann, *Arzthaftung für die unerwünschte Geburt eines Kindes*, VersR 1989, 682 は同趣旨の主張を行い、それを「法政策的基準」によるものとしている。

を帰責させることを根拠づけている。また、Pickerにおいては、生命／非生命の比較を可能とすることで、法一体系適合的に増加出費の賠償が導き出せるという主張になっているが、Lange/Schiemannでは、この中間の構成を法秩序は要求できないものとして、現状の直接的帰責が政策的に求められている。

(ロ) Deutschは早くから肯定説を主張しており、その後の肯定説にとってさきがけとしての位置にあった。Deutschにおいては、子の請求権及びその前提としての損害の存在の肯定を差違方式の不適用の主張によって行うのであるが、それを政策的考慮によって直接にまた例外的なものとして根拠づけるのではなく、一般的な法制度の解釈による根拠付けが目指されている。

Deutschは、BGHによる請求権否定の理由付けを「概念法学的」と批判し、これに対比させて次ぎのような「利益法学的或いは評価法学的的方法」の適用を主張する。本来の被害者である子と医療側という両当事者間の利益対立が判決のなかに入りこまなければならないのに、BGHはこの利益対立を見ていない。加害サイドを見てみると、さらに、母親は（医療契約において）、自らのためだけでなく、子のためにも医師に適切な情報と措置を義務づけたということが重要である。医師がこの関係の中で過誤を行った場合には、職業責任の視点から賠償義務を負う。次ぎに、損害のサイドの利益状況を見てみると、子にはより大きな出費の必要性がある。これは当面は親にかかるとしても、のちには自分で負担しなければならない。純粋な損害概念或いは差違計算はここではもはや役立たない。当事者の利益を基礎におき法律上の評価を利益対立に投影すれば、子の増加出費も損害賠償の対象となることは明らかである。それは、職業責任における規範の保護範囲にある、<sup>49</sup>と。このことから、損害賠償の内容である増加出費も、差違仮説によってではなく、「責任根拠—障害の認識が欠けたこと—の等

---

49 Deutsch, MDR 1984, 795.

価物 (Äquivalent) である]<sup>50</sup>とされる。ここには原状回復ではなく増加出費の存在とその帰責という考えがみられる。そして、この帰責をささえるものとして職業責任 (専門家責任) が強調されることになる。かくて、Deutsch にとっては、真の被害者は子であり、判例のような親の請求権の承認は、回り道 (Umweg)<sup>51</sup>であるとされる。

この肯定説(口)には Deutsch 説の他に、健康侵害として不法行為上の請求権を肯定する説が属する。これらは、教科書、注釈書に見られる<sup>52</sup>。

9、B説は、wrongful life 問題を、損害賠償法上は非生命 (仮定的にありえた状態) への要求の問題とはとらずに、障害を生命から切り離して判断する (生命を判断の対象としない)。そのために仮定状態の想定を前提とする差違仮説から離れることになった。責任成立要件の充足を前提として損害賠償規範の機能を原状回復でなく現状救済にみるという方向がここにみられる。このことから、請求権を認める範囲についても、A説では極めて限定的であることを強調されていたのに対して、B説ではそのような限定が強調されることはないという相違が現われる。人間の尊厳論/ヒューマニティに関していえば、B説は、これらの概念を生命/非生命判断を禁止して損害賠償請求権を否定する論理を支えるものとするのではなく、損害賠償法をして、現実の生命の維持を前提として、その生命を人間の尊

---

50 Deutsch/Spickhoff, a.a.O., Rdn.344. Deutsch, Medizinrecht, 4.Aufl. [1999], Rdn.278.

51 Deutsch, JZ 1983, 251.

52 Kötz/Wagner, Deliktsrecht 9. Aufl. [2001], Rdn.55 (ただし、10.Aufl. [2006], Rdn.141では自説は述べられていない), Esser/Weyers, a.a.O., S.543, Münchener/Wagner, BGB 4. Aufl. [2004], § 823 Rdn.90. 第三者保護効付き契約による説として、Münchener/Mertens, BGB 3. Aufl. [1997] § 823 Rdn.80, Fn.137, Staudinger/J.Hager, BGB [1999] § 823, B50. 解釈論的構成は述べられていないが、財産的損害を肯定するもの、v.Bar, ZEuP 2000, 124, Giesen, a.a.O., Rdn.67.

厳に相応しい状態に近づけるために要する負担の所在の決定のための制度とすることを要請するものであると考える立場ということになる。

## 第4章 非財産的損害の賠償請求権を肯定する説の特色

非財産的損害肯定説も内容的には様々である。まず、請求権根拠について一般的人格権(APR)侵害を根拠とする説と健康侵害を根拠とする説がある。その他に、生命/非生命判断を基礎とするか、財産的損害を肯定するかによる相違がある。後の二つの点は第3章で紹介したので、ここでは、第一の点で学説を分類しておく。

### (イ) APR侵害説

Deutschは、BGHZ 86, 240の後いち早く「生成中的人格権」概念を提唱しているが、結論としては、慰謝料請求の肯定を積極的に主張したわけではなかった。「生成中の生命も人格権をもたないだろうか」、「この人格権は通常の生活をおくること、重大な障害の状態で生きなくてもよいということに向けられ得ないだろうか」と問題を設定するが、Deutschによる答えは、「いずれにせよ、彼の人間としての質(原文では Menschenqualität, 生活の質が人間の尊厳にかかわるという意味であろう)に明らかにかかわる経済的負担に関しては、そのような生成中的人格権が承認されるべきであろう<sup>53</sup>」というものであった。同時期の他の論文では、「不法行為上の慰謝料請求権が与えられるかは、生成中的人格権が認められるかに係っている<sup>54</sup>」としていたが、その後の著書でも Deutschは、慰謝料を基礎付けるという意味での人格権の主張を行ってはいない<sup>55</sup>。しかし、Deutschのこ

---

53 Deutsch, JZ 1983, 451.

54 Deutsch, MDR 1984, 795.

55 Deutsch/Ahrens, a.a.O., Rdn. 209, 457 では請求権を基礎づけるものとして生成中的人格権に触れているが、慰謝料には触れていない。Deutsch/Spickhoff,

の提唱は、それを請求権肯定の結論ではほそのまま受け継ぐ説が現れる<sup>56</sup>ほか、この概念が生成中或いは潜在的な人格の保護の可能性を打ち出したことは、直接この概念を用いない説にとっても、慰謝料請求の肯定の可能性を示すものとして重要な主張となった。

Junker は、上述のように、子の財産的損害を否定するが、非財産的損害を次ぎのように肯定する。「この（重い障害を伴った）状態が、非存在（－原文は Existenz になっているが、Nichtexistenz の誤植であろう）に対してよりあしき状態であるとき、何故に人間存在のこのような基本的条件が一般的人格権の一部として法的に保護されることがないのかが疑問になってくる。このことから、短い寿命、重大な苦悩、継続的な苦痛を伴った生命に至る公算が大きいことが予測できるような重い障害をもって生まれないということが、そのことが妊娠の回避、適法な妊娠中絶によって阻止されうる場合には、人間各人の一般的人格権の内容になるというような定式ができるであろう<sup>57</sup>」。そして、「子が彼の短い生命のなかで被らなければならない苦痛と苦悩が非財産的損害」であり、ここでの慰謝料では、「補填機能が前面に出る」とする<sup>58</sup>。Junker 説の特色は、生命／非生命判断の可能性の限定的肯定が人格権侵害の主張を基礎付けていることである。しかし、財産的損害については損害賠償請求権の目的論がその否定に導いていたが、慰謝料の対象としても、仮定的状態である非生命と現実状態との差違の判断から内容が決定されている訳ではない。Junker のいう苦悩と苦痛は、現在の生命に伴っているものであって、健康な生命との差違で

---

aa.O., Rdn.344 でも母親の慰謝料についてのみ論じている（通常は侵害の重大性がないとして消極的）。人格権侵害による財産的損害の賠償請求は、BGH Marline-Dietrich 判決で認められたが、それ以前は財産的損害を認めることが当然とされていた訳ではなかった。

56 Reinhart, VersR 2001, 1087. 但し、Reinhart は、後述する Faerber もそのまま引用している。

57 Junker, aa.O., S.657.

58 Junker, aa.O., S.662.

はあっても、非生命との差違ではない。従って、Junkerにおける慰謝料の考え方としての補填は、実質的には、原状回復として生命/非生命の間を埋めるのではなく、障害を取り出してそれがあつたことの補填である。

G.Faerberは、財産的損害を差違仮説に基づいて否定したうえで、非財産的損害については、「重大な障害を伴つた出生を実現させたことによつて、子から人間各人に内在している人間の尊厳に相応しい存在たる抽象的可能性が奪われた<sup>59)</sup>」ことを人格権侵害であるとして慰謝料請求を肯定する。Esser/Schmidtは、非財産的損害の認定には差違仮説による必要がないとする点でFaerber説の参照を指示している<sup>60)</sup>。ここにもこの問題での救済の目標を原状回復に置かないという考え方が窺える。

(ロ) 財産的損害に関してのB-c説のうちの身体・健康侵害説(注52参照)は、賠償の内容については触れていないが、身体・健康侵害の可能性を考えるのであるから、財産的損害と非財産的損害(旧847条、現253条2項<sup>61)</sup>)の両方の賠償を認めるのであろう<sup>62)</sup>。

---

59 Faerber, "Wrongful life" [1988], S.114. この主張に対しては、S.Cramer, Genom-und Genanalyse [1991], S.152 に、人間の尊厳に相応しい存在の可能性が「奪われたのではなく、まさに確保されたのだ」という批判がある。

60 Esser/E.Schmidt, Schuldrecht Bd.1 Allgemeiner Teil, Teilbd.2, 7.Aufl. [1993], S.243.

61 BGB 現253条

- (1) 財産的損害でない損害についての金銭による賠償は、法律によつて規定された場合のみ請求することができる。
- (2) 身体、健康、自由及び性的自己決定の侵害について損害賠償が行われるときは、財産的損害でない損害について衡平な金銭による賠償を請求することができる。

62 但し、Esser/Weyers, aa.O., S.542f. は、契約責任でも結果は同じとすることからみると、この第7版の時点では、財産的損害だけを考へていた可能性はある。なお、同じく健康侵害を認めるStollは、先に紹介したような財産的損害についての記述の他にはとくに慰謝料について述べてはいないが、それを否定するものではないであらう。注52にあげたMertensとHagerのように健康侵害としつつ第三者保護効付き契約によつて財産的損害を肯定する説もBGB

慰謝料請求権に関する BGB の狭い要件に拘わらず、慰謝料肯定説は増加しつつある。2002年の BGB 改正による慰謝料請求権の拡大は確かに wrongful life 問題に直接関係するわけではない。非財産的損害の賠償可能性の契約責任への拡張にも被侵害財の列挙があり、APR 侵害はそこにあげられていない。しかし、この改正に非財産的損害の救済の拡大をみることはできる。本問題でいえば、健康侵害説では、第三者保護効付き契約の責任構成によっても慰謝料が認められることになる。また、他方で、一連のカロリーネ・フォン・モナコ判決のような（法的構成上は民法の外におかれているが）慰謝料機能の拡大もみられる。今日の非財産的損害の扱いは当初の BGB の構想から大きく変化しており、この方向は、間接的にはあれ、wrongful life 問題での非財産的損害肯定説の背景になっているといえるであろう。

## 第5章 まとめ

Wrongful life 問題の議論は、ドイツ、イギリス、オーストラリア、アメリカ、フランス、オランダ、オーストリアと、各国に及んでいる。各国において裁判所及び立法の対応の相違に由来してそれをめぐる議論の内容は異なっており、また、それぞれにおいてなお方向が確定しているとはいえないが、現時点での状況をおおまかにいえば、請求権を否定する中心的な流れとそれに対する根強い批判説の存在ということができよう。ドイツにおいても、BHZ 86, 240が子の請求を棄却したことに対する批判は確かに広く存在しているといえるが、それらの説の内容は多様で、部分的には相互に批判がある。子の請求権肯定説のこの状況からしても、BGH が近い将来に方向を変えるという可能性は低い。しかし、学説上賛否なかばし

---

改正後には慰謝料請求権も認めることになるのであろう。



て議論されていることが既に人の生命・身体の操作可能性の飛躍的拡大の中にある現代社会におけるこの問題の現実性を示している。

Wrongful life 問題も、wrongful birthと同様、妊娠中絶可能性と関連して登場した。妊娠中絶論議は以前からあるものであるが、遺伝子研究の進展にともない、wrongful life も wrongful birth も、出生前の誤診断による妊娠中絶機会の逸失というケースに加えて、妊娠前の遺伝子診断の過誤によるケースが重要性を帯びてきた。それによって、これら議論の広がり、先端医療における生命の統御可能性の拡大と切り離して考えることができなくなってきた。なんらかの制限を伴いつつも実質的には妊娠中絶を認める国は広がってきている。それと関連してと思われるが、wrongful birth 訴訟での損害賠償請求権の認容(具体的内容、法的構成は多様であるが)は一般的になってきている<sup>63</sup>。Wrongful life がこれとは異なった状況にあるのは、直接には、子が自らの存在を損害概念に包摂するという主張に対する違和感が大きな要因であると思われる。しかし他方、ドイツのように裁判所の請求権否定判断が続いても、また、フランスのように立法措置によって否定しても、これを巡る議論がやむことがない<sup>64</sup>のは、子ではなく親の損害賠償請求を認めることが問題の実質をついているのかという点で疑問が消えないことが一つの理由であろう。

このような背景を持ちつつ、民法上の問題として争われているのは、社会は人の生命・身体に関していかなる民法上のルールを持つべきかという

---

63 但し、オーストラリア最高裁が2006年5月9日両親の請求を否定したと伝えられている(ninemsn.nine news May 9, 2006, Daily Express May 10, 2006による)。これに関連をもつイギリスでのwrongful birth 訴訟については、今井・前掲報告、同「望まない子の出生に対する医師の責任」比較法29 [1992] 159以下。

64 フランスの立法およびその後の状況については、山野嘉朗「医療過誤による先天性障害児の出生と賠償・補償(1)―(5)」愛知学院大学法学研究44巻3号―47巻2号 [2003―2006]、大村敦志「障害児の出生をめぐる法的言説」岩村正彦・大村編『個を支えるもの』[2005] 59以下など。

我々に共通する問題の一環としての、損害賠償法の欠缺補充の必要性と可能性の問題である。これは「個人の尊厳」という原則的基準に即しての人の法の形成のなかの一課題である。この損害賠償法上の問題は、妊娠・出生前診断更には中絶の是非についての判断と結びつくものではない。それらが実施されているという現実のなかでの損害賠償法の機能可能性如何の問題である。ドイツ法においては、このことが、中心的には差違仮説によることが損害賠償請求権の不可避的前提であるのかという形で現れている。そして、とくに人格的財の侵害における非財産的救済の可能性と財産法に即した損害賠償法制度の緊張の一つという視野からは、冒頭に紹介した Esser/Weyers の文章は wrongful life 問題に限らない広がりをもって妥当することになる。このことを民法の体系という観点からみれば、資本制社会のなかの財産の法と人の法の関係の問題<sup>65</sup>、救済規範の次元では、それぞれの法の性格に即した概念及び機能はどのようなものであるべきかという問題が浮かび上がってくる。

本稿は、日本法において採るべき解釈論的提言を直接の目的とするものではないが、最後に、筆者の解釈論的立場からのこの問題の方向付けを述べるとすれば、この問題を人の法における救済規範の内容の充実の一環として位置づけ、生命（人間・個人の尊厳）の尊重に基づいた損害賠償法の機能的把握、それに基づいて、現状の将来に向けての救済を基本とした補填のための制度へ展開させる法形成が求められると考えている。人格的財の侵害においては、現状に責任を負うものは、原状回復にではなく、将来にむけての責任を負うとすることである。我が国ではかつて損害賠償法領域において定額説が差額説批判として登場したが、今後の法形成においては、さらに損害という言葉の限界も含めて<sup>66</sup>、財産的損害中心の思考から

---

65 この点に関して、唄孝一・宇津木伸・佐藤雄一郎「ヒト由来物質の医学研究利用に関する問題」ジュリスト1194号 [2001] 92頁が「人格秩序」と「財貨秩序」の間の「拮抗」と「制約」という問題を提示していることが興味をひく。

66 本稿は、2004年10月30日に民法理論研究会（於仙台市）で行った報告を基に

の脱却が焦眉の課題となっていると思われる。このような視点からは、wrongful life 問題についてのドイツにおける議論から採り出されるべきものは、一方では、請求権を否定する裁判所の対応の存在、他方では、仮定的状態を損害認定の出発としないということによって生命／非生命の判断の問題を損害認定の問題からは切り離そうとする試みがあること、財産差額認定中心主義から現状克服のための財産的損害賠償と慰謝料（或いは一括して慰謝料）へという主張が存在するということである。

---

している。この報告に対して、広中俊雄氏から、生命／非生命議論にとっては「損害」（従ってまた損害賠償）という言葉を用いることが適切ではないのではないかという発言があった。本稿ではこの発言が民法にとってもちうる意味を具体的な形で検討するには至らなかった。