

ドイツにおける割合的責任論の展開

石 橋 秀 起*

目 次

- . はじめに
- 1. 問題の所在
- 2. 本稿の目的
- . ドイツにおける割合的責任論の現況
- 1. はじめに
- 2. 医療過誤における割合的責任論
 - 2-1. 「機会の喪失」論への関心
 - 2-2. 因果関係の蓋然性にもとづく責任
- 3. 大規模損害の発生事例における割合的責任論
 - 3-1. 統計データによる損害分配への関心
 - 3-2. 民法830条 1項 2文の解釈論への影響
 - 3-3. 経済分析を重視する論者からの反応
- . 割合的責任論の正統性
- 1. はじめに
- 2. 動的システム論による割合的解決
- 3. 危険増大論による割合的解決
- 4. 考 察
 - 4-1. 動的システム論の妥当性
 - 4-2. 危険増大論の妥当性
 - 4-3. 考察のまとめ
 - 4-4. 補 論
- . おわりに

* いしばし・ひでき 立命館大学法学部准教授

はじめに

1. 問題の所在

(1) 原因競合をめぐる諸課題

加害行為に他の原因が競合することによって損害が発生・拡大する事例を、一般に原因競合事例という¹⁾。このような事例では、理論上、次の2つのことが問題となる。第一に、加害行為と損害発生との因果関係を検討するにあたって、他原因の競合がどのような意味をもつのか、第二に、因果関係が肯定された場合、他原因の競合を考慮して責任範囲を限定することはできるのかである。

このうち、第一の点に関しては、まず、因果関係をどのようなものと捉えるのが問題となる。ここでは、因果関係を不可欠条件関係「あればこれなし(*conditio sine qua non*)」²⁾として捉える立場³⁾と、法則に合致した事実経過として捉える立場³⁾との対立が重要である。しばしば指摘されるように、不可欠条件関係を重視する立場をとった場合、重畳的競合のケースにおいては、因果関係を肯定することができなくなる。

1) 原因競合事例に関する基礎的研究として、たとえば、大塚直「原因競合における割合的責任論に関する基礎的考察」星野英一古希『日本民法学の形成と課題 下』(有斐閣、1996年)849頁。なお、複数の原因が侵害に関与する場合の因果関係の諸形式については、四宮和夫『不法行為』(青林書院、1983年・1985年)418-429頁、沢井裕「不法行為における因果関係」星野英一編『民法講座6 事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣、1985年)259頁、305-319頁を参照。

2) 代表的論者による体系書の叙述として、平井宜雄『債権各論 不法行為』(弘文堂、1992年)82-84頁、森島昭夫『不法行為法講義』(有斐閣、1987年)282-283頁。もっとも、前者は、因果関係の本質を「現実に惹起した」という事実にもとめ、その検証手段として不可欠条件公式を用いるのに対し、後者は、まさに「『あれば、これなし』の関係があることが事実的因果関係を認めるための要件である」としており、両者のあいだには若干のニュアンスのちがいがみられる。

3) 代表的論者による体系書の叙述として、潮見佳男『不法行為法 [第2版]』(信山社、2009年)349-350頁、364頁。

そこで、こうした不都合を解消するため、多くの論者は、他原因を意図的に捨象することを認める⁴⁾。一方、因果関係を法則に合致した事実経過とする立場をとった場合にも、これとは別の意味において困難な問題が生じる。突きつめて考えると、重畳的競合において確認されているのは、加害行為と他原因とがともに損害を引き起こす可能性をもっていること、およびそのいずれかが損害を現実に引き起こしたことの2点にとどまる。したがって、こうした理解のもとでは、原因競合と因果関係の存否不明とが連続性をもったものとなる⁵⁾。

つぎに、第一の点を考えるにあたっては、因果関係の起点を何にもとめるのかも重要な意味をもつ。まず、因果関係の起点を行為それ自体あるいは、管理する工作物や営造物の加害作用それ自体にもとめる場合、行為と他原因とは、ともに外界に変化をもたらす諸力として把握される。したがって、この場合、行為と他原因はともに競合しうる関係に立つ。これに対し、因果関係の起点を過失（民法709条）や瑕疵（民法717条、国家賠償法2条）にもとめる場合には、そもそもこうした構成が成り立つかどうか疑わしくなる。ここでは、義務違反がなければ外界がどのように変化していったのかしなかったのかが問題となる。したがって、そのような問題設定を維持するかぎり、義務違反とは別の因果系列を観念することは、むずかしくなる⁶⁾。

4) 潮見佳男『債権各論 不法行為法〔第2版〕』（新世社、2009年）43頁を参照。

5) 能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察（5）」法学協会雑誌95巻11号（1978年）58頁。

6) こうした疑問は、たとえば、有名な飛騨川バス転落事故1審判決（名古屋地判昭和48年3月30日判例時報700号3頁）に対する学説の反応のなかにもみることができる。同判決は、異常降雨のなか適時に通行止めを実施しなかった点に道路管理の瑕疵があったとしたうえで、被害者を襲った土石流を競合原因として捉えている。これに対し、学説は、このような自然力も瑕疵の内容を構成するものであるとして、判決の理論構成を批判している。國井和郎「道路災害と公の営造物責任」判例タイムズ295号（1973年）22頁、古崎慶長「判批」判例評論174号（1973年）12頁、植木哲『災害と法〔第2版〕』（一粒社、1991年）292-293頁。また、同様の指摘として、窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣、1994年）123-124頁（初出：『国家補償法大系』（日本評論社、1987年））。

なお、過失や瑕疵を因果関係の起点に据えるといっても、次のような要件構成をとる

つづいて、第二の点に関しては、次のような主張をどうみるべきかが問題となる。

必要的競合のケースでは、加害行為と損害発生とのあいだに不可欠条件関係 事実的因果関係を認めることができる。しかし、必要的競合を構成する複数の因子のなかで、加害行為の外力が相対的に小さい場合、加害者に全損害についての責任を負わせるのは公平ではない。むしろ、このような場合には、寄与度に応じた責任を肯定するのが妥当である⁷⁾。

ここでは、要件レベルと効果レベルとで、因果関係に対する捉え方が異なっていることに、注意が必要である。前者は、因果関係を論理的・観念的な関係 とりわけ不可欠条件関係 として捉える立場、後者は、因果関係を実在的な作用として捉える立場といつてよいだろう。そして、この2つの立場の使い分けが、困難な問題を引き起こすこととなる。

場合には、他原因の競合 過失を起点とする因果系列とは別の因果系列 を観念することは十分可能である。すなわち、行為それ自体につき、まずは、それが過失ありとの評価 禁止規範違反または命令規範違反 に服するかどうかを検討し、これが肯定された場合には、因果関係の問題として、「過失ありと評価された『行為』と結果との関連づけを試みる。そして、この因果関係の有無については、「行為」から「結果」へといった経過が法則に合致するものとして復元できるかどうかという観点から判断する(そのうえで、規範目的の観点からの帰責評価をおこなう)。潮見・前掲(注3)書344-345頁。ただ、論者も述べているように、ここではあくまで、「過失ありと評価された『行為』」すなわち、過失ありとの評価を基礎づける外界の事実 を起点とする合法的な事実経過が念頭におかれているのであり、過失それ自体と「結果」との論理的な関係の有無が問われているわけではない。したがって、その意味において、この見解は、「義務違反と結果との因果関係」を問題にする立場(窪田充見『不法行為法』(有斐閣, 2007年)317-319頁, 同「書評 平井宜雄『債権各論 不法行為』」法律時報65巻1号(1993年)104頁, 107-109頁, 同「判批」民商法雑誌121巻4=5号(2000年)627頁, 634-639頁)とは作為不法行為と不作为不法行為との差異を克服する試みという点においては共通するもの 異なったものと言うべきだろう。

- 7) 本文の内容そのままの主張は、実際にはないのかもしれない。しかし、「寄与度」に応じた割合的責任を主張する一部の論者(代表的論者のものとして、野村好弘「因果関係の本質」交通事故紛争処理センター創立10周年記念論文集『交通事故損害賠償の法理と実務』(ぎょうせい, 1984年)62頁)の思考のなかには、因果関係をもつばら「寄与度」として捉えるべきと主張している点を考慮に入れてもこれに近いものがあるように思われる。

まず、必要的競合の関係にある複数の因子は、当然のことながら、それぞれ固有の外力をもって存在する。したがって、上述の主張によると、要件レベルにおいて不可欠条件関係としての因果関係を肯定できる場合には、つねに部分的な責任しか肯定できなくなる。そこで、このような不都合を回避するためには、減責をもたらす因子ともたらさない因子とを選別することが必要となる。

つぎに、この問題は、加害行為が不作為である場合において、より一層深刻なものとなる。一般に、不作為不法行為においては、作為義務違反と損害発生との不可欠条件関係 違法性連関 が、因果関係を意味するとされている。また、不作為は、それ自体としては外力を構成しないため、実在的な作用としての原因力は、ゼロとならざるをえない。したがって、これらをふまえると、不作為不法行為においては、要件レベルで責任を肯定しておきながら、効果レベルで責任範囲をゼロにするという、おかしな結果が導かれてしまう。そこで、このような結果を回避するためには、寄与度の判定にあたって、外力以外のファクターを視野に入れることが必要となる。では、それはどのようなものか。過失を起点とする因果関係において原因競合を観念できるのかという先ほどの疑問ともあいまって、困難な問題が生じるのである。

以上のように、原因競合事例においては、さまざまな理論的課題が未解決のまま残されているとすることができる。

（２）公平による割合的減責論

ところで、原因競合事例に対するひとつの対応のあり方として、かつて、公平の見地から割合的減責をおこなう規定の導入が、検討されたことがあった。

ドイツの民法学者、ヘルマン・ランゲ（*Hermann Lange*）は、1960年の第43回ドイツ法曹大会（*Deutscher Juristentag*）に際して、次のような鑑定意見を述べている。「いかなる損害事故においても、不法とともに不運が競合している。不法がとるに足らず、不運がとりわけ大きい場合におい

て、不法にばかり目を奪われ、不運についてまで加害者に責任を負わせるのは、公平な負担の分配とはいえないだろう⁸⁾。そして、このような認識にもとづき、彼は、次のような立法提案をおこなっている。

「賠償義務者に軽過失しかなく、生じた損害が異常に大きい場合、賠償義務は、公平の見地から、通常の下で……発生することが予想される損害額にまで軽減することができる⁹⁾」。

このランゲによる提案 減責条項 (Reduktionsklausel) は、原因競合事例に関する上述のさまざまな理論的課題を素通りし、裁判官の裁量によって公平妥当な解決を導こうとする点に特徴がある。しかし、結局のところ、ドイツにおいて、このような減責ルールが定着することはなかった。1980年代の債務法改正論議において、ゲルハルト・ホーロツホ (Gerhard Hohloch) は、減責条項の導入を提案した¹⁰⁾。しかし、この提案は、原因競合事例の解決ではなく、賠償義務者の経済的困窮の回避をねらったものであった。こうして、原因競合事例の解決を裁判官の公平判断にゆだねることは、断念されたのである¹¹⁾。

ところで、わが国においても、公平の見地から賠償責任の軽減をおこなおうとする動きはある。その代表的なものが、能見善久教授が提唱する「寄与度減責」説である¹²⁾。これは、「責任要件の希薄化」が進んだ今日の

8) *Hermann Lange*, Empfiehlt es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden?, in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages München 1960, Bd. I Gutachten, I, Teil, S. 33 f. なお、この鑑定意見書の邦訳として、ヘルマン・ランゲ (西原道雄・齋藤修訳) 『損害額算定と損害限定』(信山社, 1999年)。

9) *Lange*, a. a. O. (Fn. 8), S. 37.

10) *Gerhard Hohloch*, Allgemeines Schadensrecht, Empfiehlt sich eine Neufassung der gesetzlichen Regelung des Schadensrechts (§§ 249-255 BGB)?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, 1981, S. 375, 475.

11) *Erwin Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., 1996, Rn. 633.

12) 能見善久「寄与度減責」四宮和夫古希『民法・信託法理論の展開』(弘文堂, 1986年)

状況において、「減責による調整」の必要性を説くものであるが、裁判官の裁量によって公平妥当な解決を導こうとする点で、減責条項に通じるものと言うことができる¹³⁾。また、判例は、被害者の素因が損害の発生・拡大に寄与した場合において、過失相殺規定（民法722条2項）の類推により、賠償責任の軽減をおこなう¹⁴⁾。これも、その根拠として「損害の公平な分担」以上のものをあげないかぎりにおいては、減責条項と大きな差はないといってよいだろう。

公平による割合的減責論は、一部で有力に支持されている。しかし、原因競合事例に関する上述の諸課題をふまえるならば、減責すべきかどうかという結果の妥当性ばかりを論じることは、かならずしも生産的であるとはいえない。むしろ、そうした結果を導くための理論的根拠をあらい出し、公平による割合的減責を実現するための理論枠組みを構築することこそが、もとめられていると言うべきだろう¹⁵⁾。

2. 本稿の目的

本稿は、このような問題意識のもと、ドイツにおける割合的責任論の展開を考察の対象とする。

周知のとおり、ドイツ民法は完全賠償の原則をとっており、そこでは加害行為と相当因果関係にあるすべての損害が賠償の対象となる¹⁶⁾。しかしその一方で、ドイツではかねてから、因果関係の証明が困難なケースにおいて、完全賠償の原則を緩和しようとする動きがみられる。これは、一見

215頁。

13) 実際、能見教授は、自説を展開するにあたって、ドイツにおける減責条項導入論に示唆を得ている。能見・前掲（注12）論文240-252頁。

14) 最判昭和63年4月21日民集42巻4号243頁，最判平成4年6月25日民集46巻4号400頁。

15) 石橋秀起「賠償責任の割合的軽減と公平の理念（2・完）」立命館法学277号（2001年）203頁，235-239頁。

16) *Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, § 31 I e); Josef Esser/Eike Schmidt, Schuldrecht, Bd. I Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl., 2000, § 30 I vor 1. を参照。*

すると、原因競合事例における割合的減責論とは理論的に異なったもののようにもみえる。しかし、両者は、次の点において密接に関連していると考えられる。

すでに述べたように、因果関係を法則に合致した事実経過とする立場を突きつめていくと、重疊的競合においては、いずれの原因が損害を引き起こしたのかがわからなくなる。また、因果関係の起点を 行為それ自体ではなく 過失にもとめる場合、そもそも他原因の競合を観念できるかどうかについて、疑問が生じてくる。このように、一般に原因競合事例とされているものも、因果関係をどのようなものと捉えるのか、起点を何にもとめるのかによって、その理論的様相は大いに異なりうる。ここに、原因競合と因果関係の存否不明との区別を所与のものとしてできない事情がひそんでいるのである。

そこで、こうした事情をふまえ、本稿では、この2つの問題を区別せず、広い意味で原因競合事例と捉えたうえで、割合的責任論としてどのようなものが可能なのかにつき、検討をおこなうこととする。なお、当然のことながら、このような作業のあとには、広い意味で原因競合事例とされる各事例において、具体的な解釈論が示されなければならないだろう。しかし、これについては、本稿での考察をふまえて、別の論稿においておこなうこととしたい。その意味で、本稿は、あくまで割合的責任論に関する序論的考察をまとめたものにすぎないということをお断りしておく。

・ドイツにおける割合的責任論の現況

1. はじめに

因果関係の証明が困難な場合において割合的責任を肯定するという考えは、2000年以降、ヨーロッパ諸国の立法提案や判例法において顕著にみられる。

たとえば、2000年に公表されたスイス債務法の改正草案56d条2項は、因果関係の証明が証明度に達しない場合、裁判所は、因果関係の蓋然性に

応じた賠償給付を命じることができると規定している¹⁷⁾。また、2005年に公表されたヨーロッパ不法行為法原則（PETL）3：106条¹⁸⁾およびオーストリア民法改正草案1294条2項¹⁹⁾は、損害の原因として、加害行為のほか、「偶然（Zufall）」や被害者の行為が疑われる場合において、因果関係の蓋然性に応じた責任が発生すると規定している。さらに、2006年には、イギリス貴族院が、複数の職場で働いていた労働者がアスベストによって中皮種に罹患し、死亡したというケースにおいて、被告に因果関係の蓋然性に応じた責任を課している²⁰⁾。

一方、フランスでは、被害者に有利な結果が発生する可能性が失われた場合において、可能性の喪失それ自体を損害とすることにより責任を肯定する法理「機会の喪失」論が確立しており²¹⁾、2005年の民法改正草案1346条に規定されるにいたっている²²⁾。これは、厳密には、損害ない

17) Vorentwurf eines Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts vom 9. Oktober 2000, ZEuP 2001, S. 758, 766 f.

18) European Group on Tort Law (Hrsg.), Principles of European Tort Law Text and Commentary, 2005, S. 4, 56 ff.

19) Irmgard Griss/Georg Kathrein/Helmut Koziol (Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, 2006, S. 1 f. 同規定に関しては, Franz Bydlinski, Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts, in; ebenda, S. 37, 42 ff.; Helmut Koziol, Schaden, Verursachung und Verschulden im Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBl 2006, S. 768, 773 f. を参照。なお、オーストリアでは、その後、別のグループによって独自の改正草案が公表されており、それによれば、「偶然」が原因である可能性が認められる場合、責任は成立しないとされている（1302条2項）。Rudolf Reischauer/Karl Spielbüchler/Rudolf Welsch (Hrsg.), Reform des Schadenersatzrechts Band III, 2008, S. 3, 37.

20) *Barker v. Corus UK plc* [2006] UKHL 20. もっとも、この判決の立場は、その直後に制定法（Compensation Act 2006）によって否定されている。この判決について、くわしくは, Gerhard Wagner, Asbestschäden – Bismarck was right, ZEuP 2007, S. 1122.

21) Gerald Mäsch, Chance und Schaden, 2004, S. 162 ff. を参照。また、フランスにおける「機会の喪失」論の邦語文献による紹介としては、澤野和博「機会の喪失の理論について（1）」早稲田大学大学院法研論集77号（1996年）99頁、高畑順子「『損害』概念の新たな一視点」『フランス法における契約規範と法規範』（法律文化社、2003年）331頁も参照。

22) Pierre Catala, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 2006, S. 174 を参照。なお、ユニドロウ（UNIDROIT）国際商事契約原則にも同様の規

しは法益概念に関する法発展とみるべきものだが、因果関係の証明困難をまえに中間的な解決をおこなう点で、割合的責任の一形態とみることもできるだろう。

こうしたなか、完全賠償の原則をとるドイツにおいても、割合的責任を主張する動きはみられる。これは、おもに次の2つのコンテクストにおいて議論されている。

第一に、複数の企業活動によって大規模損害(Massenschaden)が発生する環境責任や製造物責任において、そのような損害の発生に参与したとされる被告に対し、部分的な責任を課すべきであるとするものがある。

ドイツ民法830条1項2文 以下、本章および次章では、とくに断らないかぎり、法令はドイツのものを指すこととする は、択一的競合の場合において、「関与者」に連帯責任を課している。しかし、この規定は、次の2点において、大規模損害の発生事例に対応できていない。第一に、大規模損害の発生事例では、多くの場合、被告らの企業活動以外にもさまざまな原因が考えられるため、被告らに全損害についての責任を課することは妥当ではない。しかし、民法830条1項2文は、そもそもそのような場面を想定したルールではない。第二に、大規模損害の発生事例では、加害者だけでなく被害者も複数いるため、被害者側においても択一的な関係がみられる。しかし、民法830条1項2文は、あくまで複数の「関与者」とひとりの被害者との関係を規律するにとどまっており、こうした複雑な事実関係に対応するものではない。

そこで、以上の問題をまえに、損害を合理的に分配するにはどうしたらよいか議論されている。そしてその際、論者らがとくに注目したのが、1980年代にアメリカで登場した「市場占有率にもとづく責任(market share liability)」である²³⁾。はたして、このようなルールをドイツ法は受

定がある(743条2項)。これについては、Mäsch, a. a. O. (Fn. 21), S. 224 f. を参照。

23) 藤倉皓一郎「市場占有率にもとづく賠償責任」中川 淳選『民事責任の現代的課題』(世界思想社, 1989年)3頁, 同「大規模被害訴訟における『確定できない原告』」名城

け入れることができるのだろうか。これが、割合的責任論が問題となる1つ目のコンテキストである。

第二に、医療過誤の分野において、割合的責任を主張するものがある。多くの場合、医療過誤においては、医師の過失を起点とする因果関係の存否が問題となる。そしてそこでは、患者の個人差や医学の限界のため、こうした関係の有無を明確に把握できないことが少なくない。そこで、ドイツの判例は、当事者間の公平を図るため、医師に重大な過失「重大な治療過誤 (grober Behandlungsfehler)」がある場合にかぎり、因果関係の証明責任を転換している²⁴⁾。しかし、この立場においては、依然としてオールオアナッシングによる硬直した解決が維持されるため、個々のケースにおいて妥当な結論を導くことができない。そこで、一部の論者は、こうした状況を克服するため、割合的責任に活路を見出そうとする。

本章では、以上の2つのコンテキストにおいて議論されている、ドイツにおける割合的責任論を概観する。叙述の順序としては、まず先に、医療過誤を取り上げ(2.)、次いで、大規模損害の発生事例へと進むことにしたい(3.)。

2. 医療過誤における割合的責任論

医療過誤における割合的責任論は、ドイツでは、次の2つの方向から議論されている。ひとつは、フランス法に由来する「機会の喪失」論に倣い、治癒の可能性それ自体を法益と捉えることができるかどうかを問うもの、もうひとつは、医学上のデータによって因果関係の蓋然性を割り出し、これに応じた責任を課すことの当否を問うものである。以下、順にみていく

法学38巻別冊（1989年）501頁を参照。

24) これについては、*Erwin Deutsch, Der grobe Behandlungsfehler, VersR 1988, S. 1; ders., Beweis und Beweiserleichterungen des Kausalzusammenhangs im deutschen Recht, in: Olivier Guillod (Hrsg.), Kolloquium Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, 1991, S. 189, 194 ff.; Erwin Deutsch/Andreas Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl., 2008, Rn. 218 f., 529 ff.* を参照。

ことにしよう。

2-1. 「機会の喪失」論への関心

(1) 問題となる事例

先に述べたように、被害者に有利な結果が発生する可能性が失われた場合において、可能性の喪失それ自体を損害とすることにより責任を肯定する法理を、「機会の喪失 (loss of chance, perte d'une chance, Verlust einer Chance)」論という²⁵⁾。この法理の適用は、おもに次の2つの場面において問題となる。

第一は、被告の過失によって、原告が一定の利益を獲得する可能性を失ったという事例である。たとえば、劇場支配人が新聞紙上で美女コンテストを主催したところ、劇場側の過失により、予選で勝ち残った原告が決勝に出場できなくなったというケース²⁶⁾を考えてみよう。このケースにおいて、劇場支配人の過失と原告の損害 賞金を獲得できなかったこととのあいだに、因果関係を認めることはできない。しかし、賞金獲得の可能性を独立した利益と捉えることができるならば、そうした可能性の喪失について、賠償責任を肯定することはできるだろう。

第二は、医師の過失行為の後に患者の病状が悪化したが、過失がない場合にそれが回避されたかどうかははっきりしないという事例である。これは、たとえば、次のようなケースで問題となる。ある少年が、木から落ちて大腿骨を骨折し、病院に搬送されたところ、医師の過失によって診断が遅れたため、無血管性骨壊死を発症し、股関節に運動障害が残った。もっとも、搬送された時点で大腿骨への血液の供給は阻害されていたため、か

25) なお、関連文献をみれば、「機会の喪失」論における「機会 (chance, Chance)」とは、日本語にいう「機会」(=[英] opportunity, [独] Gelegenheit)ではなく、「見込み」のことを指すものと考えられる。そこで、本稿では、用語に対する誤解を避けるため、固有名詞としての学説名をあげる場合を除き、「chance」については「可能性」という訳語をあてることとする。

26) *Chaplin v. Hicks* [1911] 2 KB 786.

りに医師が迅速な対応をとっていたとしても、無血管性骨壊死を食い止めることができた可能性は25%にとどまる²⁷⁾。このケースでは、医師の過失と後遺症との因果関係を肯定することはできない。そこで、後遺症が回避される可能性が失われたことを損害と捉え、被告に責任を負わせることができないのが問題となる。

（2）損害としての意義の探求

さて、以上の2つの事例において、可能性の喪失それ自体を損害と捉える見解は、ドイツではかならずしも多くはない。そうしたなか、ヴァルター・ミュラーシュトイ（*Walter Müller-Stoy*）は、1973年に公表された博士論文のなかで「機会の喪失」論について検討し、可能性の喪失の損害としての意義を探求している²⁸⁾。

（a）ミュラーシュトイの見解

まず、ドイツでは、非財産的損害の賠償可能性が著しく制限されているため（民法253条²⁹⁾）、可能性の喪失を賠償の対象とするためには、これを財産的損害として構成することがもとめられる³⁰⁾。そして、そのためには、可能性に財産的価値がそなわっていることが必要となる。したがって、ここでは、何をもって財産的価値がそなわっているといえるのが重要な問題となる。

そこで、彼は、財産的価値を規定するものとして、「財産の増加を目的とした費用や労務の投入」という独自のメルクマールを打ち出す。たとえ

27) *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* [1989] AC 750.

28) *Walter Müller-Stoy*, *Schadensersatz für verlorene Chancen*, 1973. なお、筆者が知るかぎりでは、同論文が、ドイツにおいて「機会の喪失」論を大々的に取り上げたのは初めての論文である。

29) 民法253条（当時）は、次のように規定している。

「財産的損害以外の損害は、法律に定めのある場合にかぎり、金銭をもって賠償すべきことを請求することができる。」

なお、今日では、身体、健康、自由、および性的自己決定権の侵害において非財産的損害の賠償を認める第2項が付加されている。

30) *Müller-Stoy*, a. a. O. (Fn. 28), S. 100.

ば、第一級の法律事務所に勤務することを夢見ていた若い弁護士が、事故のため、仕事を続けることができなくなったとしよう。彼によると、この場合、一般の弁護士よりも高額の入収入を得る可能性が損害の算定において考慮されるためには、その弁護士が、大学での勉強やその他の専門教育などをつうじて、このような事務所に入所する可能性を、自ら作り出していなければならないことになる³¹⁾。

一方、ミュラーシュトイは、医療過誤における治癒の可能性の喪失に関しては、損害とすることに否定的な見方を示している。彼によると、治癒の可能性は、「財産の増加を目的とした費用や労務の投入」によってもたらされるものではなく、生命や健康といった非財産的 (ideell) な価値とむすびついている。したがって、非財産的損害と構成せざるをえない以上、ドイツにおいては、こうした可能性の喪失による責任を肯定することはできないというのである³²⁾。

(b) 分 析

可能性の喪失を損害と観念するためには、当然のことながら、可能性に何らかの意味で価値がそなわっていなければならない。この価値をどのように把握するのかが、ここでの問題である³³⁾。ミュラーシュトイの見解は、ドイツ法が非財産的損害の賠償可能性を制限していることをふまえ、可能性に財産的価値が与えられるための条件を見出そうとしているところに特徴がある。しかし、そのことは同時に、この説の限界を浮き彫りにしているともいえる。

まず、すでに述べたように、ドイツにおいて割合的解決がもてられているのは、何よりも医療過誤の事例である。しかし、この説は、財産的価値を規定するメルクマールにこだわるあまり、医療過誤において割合的解

31) Müller-Stoy, a. a. O. (Fn. 28), S. 236 f.

32) Müller-Stoy, a. a. O. (Fn. 28), S. 233 f.

33) なお、この点に関して、ホルガー・フライシャー (Holger Fleischer) は、会計法上の概念である「把握可能性 (Greifbarkeit)」に着目する。Ders., Schadensersatz für verlorene Chance im Vertrags- und Deliktsrecht, JZ 1999, S. 766, 769 f.

決を否定するという結論にいたっている。これでは、重過失の場合にのみ証明責任を転換するという、判例の硬直した解決法を克服することはできない。つぎに、この説は、可能性の喪失を財産的損害として構成することに主眼をおくため、個々のケースで起こりうる具体的な解釈問題に十分に踏み込めていない。たとえば、「機会の喪失」論においては、ごくわずかな可能性の喪失であっても損害と認めてよいのかどうか、しばしば問題となる³⁴⁾。しかし、この説は、こうした実践的な問題に十分に対応できていないのである。

(3) 法益アプローチと因果関係アプローチとの架橋

さて、そうしたなか、フランス法の「機会の喪失」論に示唆を得ながらも、ドイツの法状況に適合した解釈論を展開するものがある。ハンス・シュトル（*Hans Stoll*）の見解が、まさにそれである³⁵⁾。

(a) シュトルの見解

シュトルは、フランスの民法学者、フランソワ・シャバス（*François Chabas*）の見解³⁶⁾に注目する。シャバスは、医療過誤において因果関係の証明が困難なケースを、生命や健康に対する危険が当初から生じていた場合と、医師の行為によってはじめて生じた場合とに分け、前者の場合にのみ「機会の喪失」論の適用を肯定する。このような考えに対しては、すでに生じている危険を回避しなかったことと、新たに危険を作り出したこ

34) たとえば、*Fleischer*, a. a. O. (Fn. 33), S. 770 は、ごくわずかな可能性や一時的に生じた利益獲得の見とおしには賠償可能性がないとする。

35) *Hans Stoll*, Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtvergleichender Sicht, in: *Festschrift für Steffen*, 1995, S. 465. なお、同論文は、治療の可能性の喪失のみを扱うものであるが、利益獲得の可能性の喪失については、*Hans Stoll*, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, 1993, S. 41 f. で「機会の喪失」論が支持されている。

36) *François Chabas*, *La perte d'une chance en droit français*, in: *Olivier Guillod* (Hrsg.), *Kolloquium Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht*, 1991, S. 131, 133 ff. なお、シャバスの見解については、フランソワ・シャバス（野村豊弘訳）「フランス法における機会の喪失（*perte d'une chance*）」日仏法学18号（1993年）66頁も参照（本文の内容に関連する箇所は76-78頁）。

ととを区別する必然性はないとして、これを批判するものもある³⁷⁾。しかし、シュトルは、シャバスの見解のなかに、次のような重要な視点を見出している。すなわち、「患者に差し迫った危険が、その対処に適した基本的な治療措置を強く要請すればするほど、可能性の喪失による責任は、容易に認められるべきである」。したがって、こうした視点をふまえると、「機会の喪失」論が問題となるケースにおいては、証明の困難さに加え、医師の義務を実体法上どう評価するのかが重要なポイントとなる³⁸⁾。

ところで、この点に関しては、ドイツの判例が医師に対して特別なサンクションを与える「重大な治療過誤」をどのようなものと捉えるのかが問題となる。シュトルは、これを、基本的で当然の措置がとられなかったことと理解する。また、診断過誤に関しても、治療過誤と同様、重大なものとそうでないものとが考えられる。しかし、シュトルは、事情によっては気づくことができた診断ミスと、まったく気づくことができなかった診断ミスとを区別するべきではないと主張する。いずれの場合においても、基本的で当然の措置がとられなかったことに変わりはないからである³⁹⁾。

つづいて、以上のような基本的価値判断にもとづき、具体的な解釈論が展開される。

まず、一般不法行為の規定をもつフランスでは、法益を個別に列挙するドイツとは異なり、治癒の可能性を法益とすることに理論的な障害はない。しかし、だからといって、これを法益と認めることは、生命や身体が侵害されていないにもかかわらず、その可能性が減少したというだけで責任を肯定することに道を開いてしまう⁴⁰⁾。したがって、ドイツ法の解釈論とし

37) *Patrice Jourdain*, Sur la perte d'une chance, *Revue trimestrielle de droit civil* 1992, S. 109, 111.

38) *Stoll*, *Heilungschancen* (Fn. 35), S. 473 f.

39) *Stoll*, *Heilungschancen* (Fn. 35), S. 474 f.

40) もっとも、フランスの判例も、そのような場面において「機会の喪失」論を適用することには反対しているようである。シャバス(野村訳)・前掲(注36)論文78頁を参照。

ては、可能性の喪失を独立した法益と捉えるのではなく、これとは別の新たな帰責形態を考えることがもとめられる。それは、言うなれば、「法益侵害を引き起こした可能性にもとづく帰責（Zurechnung einer möglichen Rechtsgutverletzung）」である⁴¹⁾。

ところで、この帰責形態においては、どの程度の可能性があれば帰責が肯定されるのが重要な問題となる。シュトルによれば、この問題に対する答えは、もっぱら実体法の観点から与えられるべきであるという。そこで、彼は、次のような評価枠組みを提示している。「患者に差し迫った危険が大きければ大きいほど、そしてそれが、基本的な処置によって容易に克服できればできるほど、ごくわずかな可能性の喪失であっても、医師の過誤に対する特別なサンクションが要請されるのである。したがって、ただちに手術をおこなっていれば25%の確率で治癒していたとされるホトソン対イーストパークシャー地域保健局事件⁴²⁾では、請求を棄却するべきではなかったことになる⁴³⁾。

最後に、こうした可能性にもとづく帰責において、割合的な賠償をどのように導くのが問題となる。この点に関して、シュトルは、次のように述べている。

法益侵害を引き起こした可能性のみをもって帰責するということは、医師の過失がなくても損害が発生していた可能性があるかぎりにおいて、被害者を一般生活上の危険から解放することになる。したがって、そのような利益について、損益相殺をおこなうことが必要となる。このような解決は、現行のドイツ法に適合するものではない。しかし、それは、オールオアナッシングの原則をとる法秩序と可能性に応じた賠償を認める法秩序とのあいだを取りもち、法発展をもたらすのである⁴⁴⁾。

41) Stoll, Heilungschancen (Fn. 35), S. 475 f.

42) 前掲注27。

43) Stoll, Heilungschancen (Fn. 35), S. 476 f.

44) Stoll, Heilungschancen (Fn. 35), S. 477 f.

(b) 分 析

これまでみてきたように、シュトルは、フランス法の「機会の喪失」論に影響を受けながらも、可能性を法益と捉えることには反対し、むしろ因果関係論のレベルで問題を捉えようとしている。しかし同時に、彼は、問題をすべて証明問題に解消し、因果関係の蓋然性に応じた責任を主張しているわけではない。そこでは、どの程度の可能性の喪失が責任を正当化するのかについて、実体法上の価値判断が重要な意味をもつとされているのである⁴⁵⁾。このように、シュトルの見解は、法益論からのアプローチと因果関係論からのアプローチとを架橋する内容となっている⁴⁶⁾。

つぎに、帰責を肯定したあとには、割合的責任をどう導くのが問題となる。ドイツの判例・通説は、加害行為がなくても被害者の素因(Schadensanlage)が確実に損害を引き起こしていたとされる場合、責任の有無の判断においてこれを考慮する⁴⁷⁾。シュトルは、この考えをさらに一歩進め、被害者の素因が損害を引き起こしていた可能性がある場合において、割合的解決を主張するのである⁴⁸⁾。

また、シュトルにおいては、このような解決を損益相殺によって導いているのも特徴的である。いわゆる仮定的因果関係の問題を損益相殺によって説明する見解は、これまでも主張されていたところである⁴⁹⁾。シュトルは、この考えをさらに一歩進め、仮定的原因が同様の結果をもたらした

45) この点に関しては、*Maria Kasche*, *Verlust von Heilungschancen*, 1999, S. 261 も同様である。

46) この点に関しては、*Deutsch*, a. a. O. (Fn. 11), Rn. 852 も同様である。

47) *Hermann Lange/Gottfried Schiemann*, *Schadensersatz*, 3. Aufl., 2003, S. 191 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, a. a. O. (Fn. 24), Rn. 431; RG, JW 1934, 1562; BGH, JZ 1959, 773; BGH, VersR 1985, 60 を参照。なお、邦語文献による紹介として、櫻見由美子「不法行為における仮定的な原因競合と責任の評価(2頁3)」判例時報1127号(1984年)17頁, 25-26頁・同1134号(1985年)12-14頁も参照。

48) この点に関しては、*Kasche*, a. a. O. (Fn. 45), S. 264 f. も同様である。

49) *Wolfgang Grunsky*, *Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung*, in: *Festschrift für Lange*, 1992, S. 469.

可能性がある場合において、一般生活上の危険から解放される可能性を独立した利益と捉えているのである。

（４）法益アプローチの徹底の試み

ところで、シュトルの言うように、法益を個別に列挙するドイツ法において、治癒の可能性を独立した法益と捉えることはむずかしい。しかし、そうしたなか、あくまで政策論であることわったうえで、法益アプローチを徹底しようとするものがある。ニルス・ヤンセン（*Nils Jansen*）の見解がそれである。

（a）ヤンセンの見解

ヤンセンは、考察にあたって、次のような設例を提示している。

Aは突然の心停止に見舞われた。Aがこの時点でただちに治療を受けた場合、80%の確率で救命が可能である。ところが、Aが病院に搬送される途中、歩行者Bが不注意で救急車と事故を起こしたため、病院への到着が10分遅れた。これにより、Aの救命可能性は40%に減少した。その後、内科医Cの過失により、治療がさらに10分遅れた。このため、Aの救命可能性はゼロになった⁵⁰⁾。

伝統的な立場によると、このケースでは、Cの過失がなくてもAの救命可能性が40%にとどまるため、Cの過失とAの死亡とのあいだに因果関係を肯定することはむずかしい。しかし、ヤンセンによれば、証明責任にもとづく解決は、証拠がない場合や事実関係に争いがある場合には妥当であるが、このケースのように事実関係がはっきりしている場合には、合理的なアプローチとはいえない⁵¹⁾。むしろここでは、仮定的な事実経過をたどることを許すべきかどうかの問題となっており、そうした規範的な問題は、「機会の喪失」論によって処理されるべきであるという⁵²⁾。

50) *Nils Jansen*, *The Idea of a Lost Chance*, *Oxford Journal of Legal Studies* vol. 19 (1999), S. 271, 272.

51) *Jansen*, a. a. O. (Fn. 50), S. 278.

52) *Jansen*, a. a. O. (Fn. 50), S. 287.

そこで、ドイツ不法行為法において「機会の喪失」論をとることができるかどうかが問題となる。この点に関して、ヤンセンは、次のように述べている。

「機会の喪失」論が問題となる古典的なケース　たとえば、有利な契約を締結する機会が奪われたケース　には、民法252条⁵³⁾および民事訴訟法287条⁵⁴⁾が適用される。しかし、これはあくまで損害の算定　責任充足(Haftungsausfüllung)　に関する問題である。これに対し、上述の例では、可能性の喪失が「回復をもたらす損害(harm generating recovery)」といえるかどうか　責任設定(Haftungsbegründung)　が問題となっている。しかし、損害賠償に関する民法249条以下は、この問題に答えてはいない。したがって、可能性の喪失を「損害」と認めるべきかどうかは、政策の問題となる。

もっとも、この問題は、あくまで法的問題であるため、政策の問題といっても、そこでは憲法との関係が注視されなければならない⁵⁵⁾。そこでヤンセンは、この点に関して、さらに次のようにつづけている。

憲法が保障する基本権　生命および身体の完全性⁵⁶⁾　が危険にさらされた場合、私法はその保護に乗り出さなければならない。可能性の保護は、こうした目的にとってなくてはならないものである。なぜなら、被害者のなかには、「可能性以外に失うものがない」者もいるからである。したがって、このような被害者を保護するためには、可能性の喪失を「損

53) 民法252条は、次のように規定している。

「逸失利益も賠償すべき損害に含まれる。事物の通常の経過にもとづき、または、当該事案の特別の事情、とりわけすでになされた準備ないし措置にもとづき、蓋然性をもって期待される利益は、逸失利益となる。」

54) 民事訴訟法287条1項1文は、次のように規定している。

「損害が発生したかどうか、およびどの程度の損害または賠償されるべき利益が発生したのかについて当事者間に争いがある場合、裁判所は、事案のすべての事情を考慮し、自由な心証によってこれを決定する。」

55) Jansen, a. a. O. (Fn. 50), S. 291 f.

56) 基本法1条1項および同法2条2項。

害」と捉えることが必要となる⁵⁷⁾。

ところで、上述の例において、BとCは、責任法上、同様の地位に立つのだろうか。この点とかかわって、ヤンセンは、危険の増加（added risk）と可能性の喪失（lost chance）とを明確に区別する。

われわれは、道路交通や工場の操業などをつうじて、自己や他人の身を危険にさらしている。このように、危険に身をさらすことは、日常生活のなかでしばしばおこなわれており、それ自体が「損害」となるわけではない。これに対し、可能性の喪失が「回復をもたらす損害」であることは、すでに述べたとおりである。したがって、これをふまえると、上述の例では、BとCとで取扱いが異なることになる。Cは可能性を奪っているが、Bは危険を増加させたにすぎないからである。したがって、たとえCの過失がなかったとしても、Bが責任を負うことにはならないのである⁵⁸⁾。

(b) 分 析

ヤンセンは、仮定的な事実経過において救命可能性に変化がみられるケースを例にとり、これを因果関係の証明問題ではなく、「機会の喪失」論によって処理しようとする。そしてそこでは、「可能性以外に失うものがない被害者」において、可能性を法益とする余地があることが指摘されている⁵⁹⁾。たとえば、上述の例では、Aの救命可能性は、病院に搬送された段階で、すでに40%にまで減少している。したがって、かりにCが適切な対応をとっていたとしても、救命されていたとは言いきれない。つまり、Aは、生命侵害を根拠にして法的救済をもとめることができない被害者だ

57) Jansen, a. a. O. (Fn. 50), S. 292 f.

58) Jansen, a. a. O. (Fn. 50), S. 295 f.

59) もっとも、本文で示したように、ヤンセン自身は、可能性の喪失が「回復をもたらす損害」といえるかどうかという問題の立て方をしている。ただ、これは、彼の論文がイギリスで公表された英語によるものであるというところに原因があると考えられる。彼は、「回復をもたらす損害」が発生したかどうかを「責任設定」の問題とし、「損害の算定」を「責任充足」の問題としている。これがドイツ民法823条1項の要件構成を念頭においたものであることは、いうまでもないだろう。したがって、そこでの「回復をもたらす損害」も、本質的には法益侵害を意味していると解するべきである。

ということになる。ヤンセンのいう「可能性以外に失うものがない被害者」とは、まさにこのような者のことをいう。

また、このようなかたちで「機会の喪失」論の適用範囲を限定することは、次のような不都合を回避することにもなる。すでに述べたように、「機会の喪失」論に対しては、結果が生じていなくても、侵害の可能性が減少しただけで責任を肯定することになりかねず、不当であるとの指摘がなされてきた。しかし、ヤンセンが主張する法益としての可能性は、基本権の保護を私法が支援するという目的のもとでのみ、認められるべきものである。したがって、このような考えを前提とするかぎり、単なる可能性の減少 危険への曝露 は、責任を発生させないことになる。

もっとも、以上のような考え方は、ヤンセン自身も認めるように、あくまで政策論として主張されたものである。したがって、当然のことながら、現行のドイツ不法行為法の解釈論として、可能性を法益とすることはできないと考えることも、十分可能である⁶⁰⁾。

(5) 契約法による解決への収斂

そこでつぎに、このような認識をもと、問題の解決をすべて契約法にゆだねるものとして、ゲラルド・メッシュ (*Gerald Mäscher*) の見解をみてみることにしよう。

(a) メッシュの見解

彼の見解は、要約すると、次のとおりとなる。

委任契約 (*Dienstvertrag*)⁶¹⁾ における受任者は、結果の実現ではなく、行為そのものを義務づけられる。これはつまり、相手方が追求する目的が達成される可能性を、力のおよぶかぎり促進する義務を負うということを

60) たとえば、*Andreas Spickhoff*, *Folgebzurechnung im Schadensersatzrecht: Gründen und Grenzen*, *Karlsruher Forum* 2007, S. 7, 72 f.

61) 「*Dienstvertrag*」とは、一般には雇用契約を意味する用語であるが、ここでは、当事者間に支配従属関係のないものが念頭におかれているため、本文では「委任契約」とすることとした。したがって、委任契約といっても、ドイツ民法にいうところの「委任 (*Auftrag*)」(同法662条)ではないということをお断りしておく。

意味する。したがって、一定の可能性を確保する義務を負う者は、その可能性が挫折した場合には、責任を負わなければならない⁶²⁾。また、請負契約（Werkvertrag）においても、可能性の喪失についての責任がまったく問題にならないわけではない。ここでも、注文者が請負人の仕事をつうじて最終的に達成しようとした目的は、合意の対象には含まれないからである。したがって、請負人が、十分な仕事をしないことがどのような結果をもたらすのかを知っていた場合には、請負契約においても、可能性の喪失についての責任を問題にする余地がある⁶³⁾。

ところで、このような責任を認めるにあたっては、逸失利益に関する民法252条との関係が問題となる。同条は、利益が発生していた蓋然性がある場合にのみ、賠償を肯定する。しかし、このことは、「蓋然性（Wahrscheinlichkeit）」を下回る可能性（Chance）が賠償の対象とならないことを意味するものではない。一定の財産的利益を獲得する可能性は、財産的利益それ自体とは別の損害項目だからである。したがって、民法252条は、利益獲得の可能性についての賠償を否定するものではない⁶⁴⁾。

一方、治癒の可能性が問題となるケースでは、非財産的損害の賠償可能性を制限する民法253条との関係で、そのような可能性の喪失を財産的損害と構成できるかが問題となる。そこで、財産的損害を次のように捉えることが考えられる。すなわち、「反対給付と引き換えに手に入れた（erkauft）過誤のない給付がおこなわれなかったこと」である。なぜなら、ここでは、実際にもたらされた財貨の割り当てが、契約で合意されたものとは一致しなくなるからである。したがって、財産的損害をそのように捉えるかぎり、治癒の可能性の喪失にもとづく責任を肯定することは、十分可能である⁶⁵⁾。

62) Mäsch, a. a. O. (Fn. 21), S. 242 ff., 425.

63) Mäsch, a. a. O. (Fn. 21), S. 248 ff., 425.

64) Mäsch, a. a. O. (Fn. 21), S. 277 ff., 426.

65) Mäsch, a. a. O. (Fn. 21), S. 290 ff., 426.

ところで、多くの論者と同様、メッシュも、単なる可能性の減少だけで責任を成立させることには反対している。彼は、このことを、財産的損害に関する上述の理解から導き出している。

たとえば、医師によるガンの診断が遅れたため、治癒の可能性が40%から10%に減少したが、患者は依然として健康であるという場合、そのことを理由として損害賠償請求権を発生させるべきではない。なぜなら、それはスナップショット (Momentaufnahme) のようなものであり、当事者間の財貨の均衡に永続的な影響を与えるものではないからである⁶⁶⁾。

(b) 分 析

メッシュの見解は、可能性の喪失が問題となるケースをすべて契約法によって処理しようとするところに特徴がある。したがって、基本的な要件構成としては、もっぱら義務違反と損害との因果関係が問題となり、法益侵害は検討対象からはずれることとなる。

また、このような要件構成のもと、メッシュにおいては、財産的損害を把握するにあたって、契約が重要な役割を果たしている。そこでは、合意による財貨の割り当てにもとづいた仮定的な財産状態と、現実の財産状態との差によって、財産的損害が把握されているのである。もっとも、このことが、可能性の喪失を財産的損害と構成することになるのかどうかについては、なお検討が必要である。

すでに述べたように、彼は、「反対給付と引き換えに手に入れた過誤のない給付がおこなわれなかったこと」のなかに、合意された財貨の割り当てと現実のそれとの差を観念する。これは、行為の結果ではなく、その態様の差のなかに、財産的なものを見出そうとする試みといえる。しかしその一方で、彼は、可能性の減少だけで責任を発生させることに反対するくだけりでは、いまだ結果が生じていない状態を「スナップショット」にすぎないとして、損害の発生を否定している。つまり、ここでは、行為の結果

66) *Mäsch*, a. a. O. (Fn. 21), S. 293 f., 426; *ders.*, *Gregg v. Scott – Much ado about nothing?*, ZEuP 2006, S. 656, 671 f.

として生じる「財産状態（Zustand des Vermögens）」について、仮定と現実との差が問題となっているのである⁶⁷⁾。しかし、この「財産状態」の差によってもたらされるものは、文字どおりの財産であって、財産を獲得する可能性ではないはずである。「一定の財産的利益を獲得する可能性は、財産的利益それ自体とは別の損害項目である」。この命題は、ここではむしろ不利にはたらくのである。

以上のように考えると、メッシュによる試みは、かならずしも成功しているとはいえなくなるのである⁶⁸⁾。

67) Mäsch, a. a. O. (Fn. 21), S. 294.

68) なお、以上の点について補足しておく、メッシュは、より正確には次のように述べている。「実際にもたらされた『財貨の割り当て』が、契約で合意されたものとは一致しないため、また、そのかぎりにおいて（da und soweit）、財産的損害は、反対給付と引き換えに手に入れた過誤のない給付がおこなわれなかったことのみで見出すことができる」（Mäsch, a. a. O. (Fn. 21), S. 426. 傍点筆者）。これは、次の2つの意味において理解することができる。

まず、「実際にもたらされた『財貨の割り当て』が、契約で合意されたものとは一致しないため」という部分を重視して読む場合、そこで述べられている「財貨の割り当て」の差は、それがどういったものかとはともかく 給付の差を財産的損害とするための理由としての意義をもつにとどまる。したがって、この場合、財産的損害はあくまで給付の差として把握されることになるため、本文で述べた批判がそのまま妥当なこととなる。

一方、「実際にもたらされた『財貨の割り当て』が、契約で合意されたものとは一致しないかぎりにおいて」という部分を重視して読む場合には、これとは別の理解が導かれる。すなわち、「財産状態」としての「財貨の割り当て」に差があるかぎりにおいて、給付の差が財産的損害として把握される、したがって結局のところ、財産的損害を規定するのは、給付の差ではなく、財産状態の差ということになる。このように理解するわけである。

後者の理解をとった場合、結果が発生しておらず、可能性が減少したにすぎないケースにおいて、より明確なかたちで財産的損害の発生を否定することが可能になる。ただし、この理解には問題もある。すなわち、この場合、実際に生じた「財産状態」の差としての 財産的損害について、なぜ行為者が責任を負わなければならないのかが、正面から問われることとなる。義務違反と損害との因果関係が確認される場合においては、まさにそのことが、生じた財産的損害についての責任を正当化する。では、因果関係が証明されない場合、行為者はいかなる根拠にもとづき、生じた財産的損害について責任を負うのだろうか。つまり、ここにいたって、可能性の喪失による責任をどのように基礎づけるべきかという、最初の問題に引き戻されてしまうのである。

2-2. 因果関係の蓋然性にもとづく責任

これまでにみてきた論者の見解は、因果関係の証明が困難なケースにおいて、「機会の喪失」論を適用することができるかどうかを問題にするものであった。これに対し、むしろこうした事例の解決を、因果関係論のなかでおこなおうとする見解がある。この見解は、アメリカ法⁶⁹⁾の影響を受け、割合的責任を経済的な観点から正当化する点に特徴がある。

(1) 割合的責任の効率性

たとえば、建築の設計コンペにおいて、原告が期日までに設計案を提出したところ、主催者側の過失によってこれが受理されなかったというケース⁷⁰⁾を考えてみよう。このようなケースに関して、「法と経済学」の研究者、ハンスベルント・シェーファー (*Hans-Bernd Schäfer*) は、次のように述べている⁷¹⁾。

まず、このケースにおいて、被告にコンペの賞金全額についての賠償責任を負わせる場合、主催者は、コンペの開催準備にあたり、いかなる犠牲をはらってでも過失を回避しようとするだろう。しかし、この場合、損害回避のためのコストは、生じるおそれのある損害の大きさにくらべ、著しく大きなものとなる。このことは、過失の前提となる注意の基準が事前にはっきりしていない場合にとくにあてはまる。このように、過剰な責任 (*Übermaßhaftung*) は、過剰な注意を要請する。そしてそれは、加害者の行為水準にも悪影響をおよぼす。加害者は、こうしたコンペをできるだけ企画しないでおこうとするからである⁷²⁾。

69) 数多くの論文が公表されているが、代表的な論者によるものとして、たとえば、*William M. Landes/Richard A. Posner*, Causation in Tort Law: An Economic Approach, *The Journal of Legal Studies* vol. XII (1) (1983), S. 109; *Steven Shavell*, Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability, *The Journal of Law and Economics* vol. 28 (1985), S. 587.

70) BGH, NJW 1983, 442.

71) *Hans-Bernd Schäfer*, Haftung bei unsicherer Kausalität, der Architektenwettbewerb, *Diskussionsbeiträge Recht und Ökonomie*, Nr. 40 (1999); *Hein Kötz/Hans-Bernd Schäfer*, *Judex oeconomicus*, 2003, S. 266.

72) *Schäfer*, a. a. O. (Fn. 71), S. 5; *Kötz/Schäfer*, a. a. O. (Fn. 71), S. 269 ff.

では、因果関係が高度な蓋然性をもって証明されなかったとして、責任を完全に否定する場合はどうだろうか。この場合、その発生の有無がパーセンテージでしか把握できないすべての損害類型において、損害賠償がおこなわれなくなる。そうすると、主催者は、いかなることにとも注意しなくなり、不正をはたらくことも厭わなくなるのである⁷³⁾。

そこで、以上の問題を解決するため、因果関係の蓋然性に応じた割合的責任（*pro rata Haftung*）を肯定することがもとめられる。それによると、主催者は、原告に対し、賞金獲得の可能性に応じた責任を負うことになる。このような解決法は、真の被害者に、生じた損害よりも少ない賠償を与え、それ以外の者に、本来与えられるはずのない賠償を与えることを意味する。しかし、加害者は、損害回避コストの確定の時点において、損害の期待値に対応した損害賠償のみを覚悟するものである。したがって、こうした責任を肯定することは、加害者に対して効率性にかなった注意のインセンティブを与えることにつながる⁷⁴⁾。

（2）ヴァーグナーの割合的責任論

もっとも、こうした比較的単純なモデルケースとは異なり、医療過誤の事例では、もう少し複雑な事情がからんでくる。

医師は、医療水準にかなった治療をおこなうことにより、患者の病状を快方に向けて前進させる義務を負う。そこでは、患者の個人差や医学の限界のため、医師が義務をつくしたとしても、損害を回避できたかどうかははっきりしないことが多い。またその一方で、ここでは、被害者が生命・身体侵害の危険にさらされている患者であるため、医師が義務をおこしたとしても、それが損害の原因なのかどうかははっきりしないことが少なくない。したがって、これらをふまえると、次のようなケースを問題にし

73) Schäfer, a. a. O. (Fn. 71), S. 6; Kötz/Schäfer, a. a. O. (Fn. 71), S. 273 ff.

74) Schäfer, a. a. O. (Fn. 71), S. 7 f.; Kötz/Schäfer, a. a. O. (Fn. 71), S. 277 f. また、この点についてより一般的に述べるものとして、Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl., 2005, S. 276 f.

なければならなくなる。

治療に過誤がない場合には、10人に4人が病気にかかり、6人が健康になる。治療に過誤がある場合には、10人に7人が病気にかかり、3人が健康になる。

(a) 割合的責任の3つの類型

このようなケースについて、ゲルハルト・ヴァーグナー (Gerhard Wagner) は、次のように分析している⁷⁵⁾。

まず、このケースにおいて、治療過誤によって病気になった3人を特定できる場合、この3人は全損害の賠償を受け、のこりの4人は何も受け取ることができない。しかし、医療過誤訴訟では、通常、この3人を特定することができない。そこで、次のような解決法を考えることができる。病気にかかった7人は、治療に過誤がなければ、60%の確率で健康になることができたのであるから、7人それぞれが、こうむった損害のうちの60%について賠償を受けるべきである。この結論は、次のように説明することもできる。

上述の例において、過誤のある治療を受けた患者が100人いるとした場合、そのうちの70人が病気にかかっていることになる。また、この100人のうちの1人について、過誤のない治療を受けていたら健康になっていたが、過誤のある治療を受けていたら病気になっていたという確率は、42%となる(0.7×0.6)。したがって、病気にかかっている70人のうちの42人は、治療過誤が原因で病気にかかった者ということになる。ここでもし、この42人を特定できるとしたら、この42人が全損害の賠償を受け、のこりの28人は何も受け取らないことになる。これに対し、これを特定できない場合には、70人それぞれが、70分の42(60%)の賠償を受けることになる。

以上のような割合的責任は、「機会の喪失」論をとった場合と同様の結

75) Gerhard Wagner, Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen, Karlsruher Forum 2006, S. 5, 80 ff.; ders., Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Bd. I Gutachten, S. A 3, A 58 ff.

果を導く。ヴァーグナーは、このような責任を「失われた治癒の可能性に応じた割合的責任（Proportionalhaftung in Höhe der vereitelten Genesungschance）」とよぶ⁷⁶⁾。

このほか、割合的責任の種類として、次の2つのものが考えられる。

まず、上述の例によると、過誤のない治療がおこなわれた場合、10人の患者のうちの4人が病気にかかる。これに対し、過誤のある治療がおこなわれた場合、10人の患者のうちの7人が病気にかかる。したがって、過誤のある治療をおこなった医師は、追加で生じた3人の損害「追加的損害（Zusatzschaden）」について責任を負う。もっとも、この3人を特定できない場合には、病気にかかった7人にこれを配分することになる。つまり、医師は、この7人に対し、生じた損害の7分の3（約43%）について責任を負う。ヴァーグナーは、このような責任を「追加的損害にもとづく割合的責任（Proportionalhaftung auf den Zusatzschaden）」とよぶ。

つぎに、この「追加的損害」を、実際に病気にかかった7人ではなく、過誤のある治療を受けた10人の患者全員に配分することも考えられる。これによると、医師は、この10人に対して、10分の3（30%）の割合的責任を負うことになる。また、この立場をとった場合、患者は、治療に過誤があったことを立証すれば、それだけで賠償を受けることができるようになる。ヴァーグナーは、このような責任を「すべての患者に対する割合的責任（Anteilhaftung gegenüber sämtlichen Patienten）」とよぶ⁷⁷⁾。

(b) 「失われた治癒の可能性に応じた割合的責任」の優位性

さて、そこで以上の3つの割合的責任について、ヴァーグナーは、次のように考える。

まず、「すべての患者に対する割合的責任」に対しては、実際に損害を

76) Wagner, Schadensersatz (Fn. 75), S. 83 ff.

77) Wagner, Schadensersatz (Fn. 75), S. 87 f. なお、グレッグ対スコット事件（*Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2）では、原告によってこのような責任が追及されていた。しかし、貴族院は、3対2という僅差の決定によって、これを否定している。同判決については、*Mäsch, Gregg v. Scott* (Fn. 66) を参照。

こうむった者だけが賠償請求への十分なインセンティブをもっているとして、否定的な評価が下されている。

つぎに、「追加的損害にもとづく割合的責任」に対しては、本来的に責任を負うべき損害部分について医師に負担を課すものであり、理論的に異論の余地はないとしながらも、実行可能性の点に問題があることが指摘されている。この割合的責任を課するためには、過誤がなかった場合に健康になっていた患者の割合のほか、過誤があった場合に病気になっていた患者の割合をも明らかにしなければならない。しかし、後者のような情報を裁判所が入手するのは、困難であるというのである⁷⁸⁾。

では、「失われた治癒の可能性に応じた割合的責任」はどうだろうか。このモデルは、治療過誤によって4.2人分の損害(7人 \times 0.6)が発生したと捉える。これは、他の2つのモデルが3人分の「追加的損害」が発生したと捉えるのとは大きく異なる。そこで、このモデルが過剰な責任とならないのかが問題となる。この点について、ヴァーグナーは、次のように述べている。

「追加的損害にもとづく割合的責任」は、過誤がなくても病気にかかる者は、過誤がある場合にも例外なく病気にかかるということを前提とする。これに対し、このモデルは、過誤がない場合には病気にかかり、過誤がある場合には健康になるというケースがあることを前提とする。この両者の関係は、算術的には次のようにあらわされる。まず、過誤がない場合には健康だが、過誤がある場合には病気になる者の割合は、42%である(0.6 \times 0.7)。一方、過誤がない場合には病気にかかるが、過誤がある場合には健康になる者の割合は、12%である(0.4 \times 0.3)。ここで、10人の患者グループを考えると、前者にあたる4.2人と後者にあたる1.2人の差は、3人

78) Wagner, Schadensersatz (Fn. 75), S. 88 f. これに対し、アレクサンダー・シュトレミツター (Alexander Stremitzer) は、こうした情報もアメリカ国立医学図書館 (United States National Library of Medicine) のホームページから容易に入手できるとしている。Ders., Haftung bei Unsicherheit des hypothetischen Kausalitätsverlaufs, AcP 208 (2008), S. 676, 690.

になる。これは、「追加的損害」をこうむった者の数と一致する⁷⁹⁾。つまりここでは、過誤によって病気にかかった4.2人から、過誤によって健康になった1.2人を控除すべきかどうかが問題となる。結論からいうと、これについては、控除すべきではない。なぜなら、加害者の過誤によって第三者が利益を得たとしても、被害者とのあいだで損益相殺がおこなわれるわけではないからである⁸⁰⁾。

また、ヴァーグナーは、「失われた治癒の可能性に応じた割合的責任」について、次のようにも述べている。

この責任は、理論的には、たしかに過剰な責任となると考えることもできる。しかし實際上、それによる弊害は生じないと言ってよい。なぜなら、損害の一部についてしか賠償請求権をもたない患者のなかには、これを行

79) なぜそうなるのかについては、次のように説明することができる。まず、10人の患者グループを想定すると、ここでは次の4つの患者群に分けることができる。

過誤がない場合には健康になり、過誤がある場合にも健康になる者

$$6/10 \times 3/10 \times 10 = 1.8人$$

過誤がない場合には健康になり、過誤のある場合には病気になる者

$$6/10 \times 7/10 \times 10 = 4.2人$$

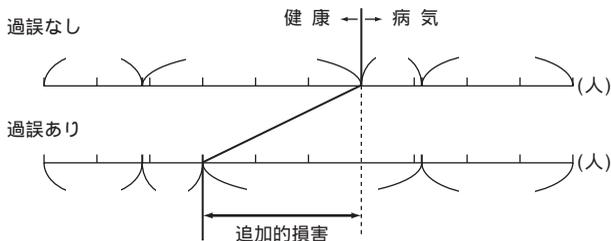
過誤がない場合には病気になり、過誤がある場合には健康になる者

$$4/10 \times 3/10 \times 10 = 1.2人$$

過誤がない場合には病気になり、過誤がある場合にも病気になる者

$$4/10 \times 7/10 \times 10 = 2.8人$$

そして、これらの患者群を過誤がない場合とある場合のそれぞれに配置し、比較対照すると、次の図のようになる。



このように、「追加的損害」は、「 - 」であらわされることとなる。

80) Wagner, Schadensersatz (Fn. 75), S. 90 f.

使しない者も多くいるため、こうした請求権の「貫徹不足 (Durchsetzungsdefizit)」が、責任の過剰部分を打ち消すからである⁸¹⁾。

(c) 割合的責任の根拠条文

最後に、ヴァーグナーは、以上の内容をもった割合的責任の根拠条文として、民事訴訟法287条⁸²⁾をあげる。この点に関して、彼は、次のように述べている。

加害行為がなかった場合の仮定的な事実経過は、多くの場合、高度の蓋然性をもって明らかにすることができない。民事訴訟法287条の趣旨は、まさに、このことによって生じる苛酷さから被害者を保護するところにある。また、伝統的な理解によると、同条の適用範囲は、責任充足の因果関係にかぎられるとされている。しかし、同条のこのような趣旨は、責任設定の因果関係においても等しく尊重されるべきである⁸³⁾。

(3) ヴァーグナーの見解に対する反応

以上が、ヴァーグナーが提唱する割合的責任論のあらましである。ところで、彼がこのような見解をはじめて示したのは、2006年の第66回ドイツ法曹大会 (Deutscher Juristentag) と、同年のカールスルーエフォーラム (Karlsruher Forum) においてであった。いずれの大会においても、彼が事前に用意した論稿をもとに、割合的責任の当否についてさまざまな議論がおこなわれている。そこでつぎに、これらの大会における主要な論客の反応を、簡単にみておくことにしよう。

(a) メディクスの反応

まず、ディーター・メディクス (Dieter Medicus) は、ヴァーグナーの割合的責任論に対して、次のように批判している。

医学上の可能性は、時の経過によって変遷するものである。したがって、

81) Wagner, Schadensersatz (Fn. 75), S. 91.

82) 前掲注54.

83) Wagner, Schadensersatz (Fn. 75), S. 94; ders., Neue Perspektiven (Fn. 75), S. A 58 ff.; ders., Reform des Schadensersatzrechts, JBl 2008, S. 2, 9.

可能性に関するデータが存在するとしても、毎年のようにこれを更新することが必要となる。こうしたことは、ヴァーグナーが重視する経済的な観点からも好ましい結果を生まない。なぜならそれは、訴訟を複雑にし、結果を予測困難なものにするとともに、当事者が自己に有利なデータを主張することによって、和解にも悪影響をおよぼすからである⁸⁴⁾。また、割合的責任論によると、全損害について賠償請求できる可能性が20%しかない者　つまり、現行法上、賠償請求ができない者　でも、損害の20%については、確実に賠償請求できることになる。したがって、そのような立場をとると、訴訟がいたずらに増加するおそれがある。これも、経済的な観点からは妥当な結果とはいえない⁸⁵⁾。

(b) ミュラーの反応

つぎに、ゲルダ・ミュラー（*Gerda Müller*）は、現行法の立場から、ヴァーグナーを次のように批判している。

現行法では、加害行為が損害の唯一の原因である場合のほか、被害者の行為が協働した場合においても、　民法254条（協働過失）が適用されないかぎり　全損害についての賠償義務が発生する。したがって、医療過誤訴訟においては、被害者の従前からの病状を考慮して減責することは、できないはずである。ヴァーグナーは、割合的責任を民事訴訟法287条によって導こうとする。しかし、それができるのは、そうした解決が実体法によって正当化される場合にかぎられるのではないだろうか⁸⁶⁾。

84) Aus der Diskussion, *Karlsruher Forum* 2006, S. 142 f.

85) Aus der Diskussion, *Karlsruher Forum* 2006, S. 143. また、ハンスユルゲン・アーレンス（*Hans-Jürgen Ahrens*）も同様の指摘をしている。Aus der Diskussion, *Karlsruher Forum* 2006, S. 145.

86) *Gerda Müller*, Referat, in: *Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart* 2006, Bd. II/1, S. L 8, L 28; *dies.*, *Neue Perspektiven beim Schadensersatz*, *VersR* 2006, S. 1289, 1296. なお、このような批判を受け、ヴァーグナーはその後、割合的責任の実体法上の根拠を明らかにしている。彼があげる根拠を整理すると、以下のとおりとなる。*Gerhard Wagner*, *Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata*, in: *Festschrift für Hirsch*, 2008, S. 453, 465 f.

また、ミュラーによれば、割合的責任は、実際上も導入が困難であるという。なぜなら、割合的責任を肯定するためには、本来、治療過誤とその他の原因 たとえば、被害者の病気 とが、民事訴訟法286条によって、明確に区別されなければならない。しかし、一般に、医療過誤訴訟において、医学の専門家がパーセンテージを明らかにするのはごく稀なことである。したがって、ヴァーグナーが提唱するモデルは、有用性の点においても問題がある⁸⁷⁾。

(c) タウピッツの反応

つづいて、ヨッヘン・タウピッツ (*Jochen Taupitz*) も、ミュラーと同様、現行法の解釈論としてヴァーグナーを批判している。彼の見解は、以下のとおりである。

ドイツ不法行為法は、責任要件として法益侵害を要求する。しかし、ヴァーグナーのモデルをとると、法益の危殆化のみで責任を肯定することになってしまい、妥当ではない。また、このモデルは、民法830条1項2文によっても導くことができない。同規定は、被害者に賠償請求権があることは明らかだが、それが誰に対するものかがはっきりしないという場合にのみ、適用されるものだからである。さらに、ヴァーグナーは、このモデルを民事訴訟法287条によって導こうとするが、これも無理である。なぜなら、ここではあくまで責任の成否が問題となっており、むしろ同法

-
- 現行法上も、民法830条1項2文の関与者間で求償がおこなわれる場合には、自由裁量にもとづく割合的判断がおこなわれている。
 - 判例は、相隣関係法のケースでは、被害者との関係においても割合的解決をおこなっている (BGHZ 101, 106)。
 - 医療過誤においては、民法830条の事例とは異なり、行為者はひとりである。しかし、そのことがオールオアナッシングによる解決に固執することの理由にはならない。
 - 判例にしたがうと、軽微な過誤の場合、医師の責任は完全に否定され、重大な過誤の場合、医師の責任は全損害におよぶ。しかし、このような極端な解決よりも、割合的解決のほうに現実味がある。
 - 重大な治療過誤の場合に証明責任を転換するというルールも、法律で規定されているわけではなく、判例が創造したものにすぎない。

87) Müller, Referat (Fn. 86), S. L 28 f.; dies., Neue Perspektiven (Fn. 86), S. 1296 f.

286条が適用されるべきだからである⁸⁸⁾。

また、こうした批判のほか、タウピッツは、損害抑止の観点からも、ヴァーグナーを批判している。すでに述べたように、ヴァーグナーのモデルをとった場合、医師は、実際に引き起こした損害「追加的損害」をこえる損害について、賠償責任を負うこととなる。したがって、このモデルをとると、抑止効果が過剰にはたらいてしまい、妥当ではないというのである⁸⁹⁾。

ただ、注意を要するのは、タウピッツ自身、責任充足の領域において割合的判断をおこなうことに対しては、反対していないということである⁹⁰⁾。これは、具体的には、逸失利益の算定において問題となる。民法252条は、「事物の通常の経過にもとづき、……蓋然性をもって期待される利益」の賠償を認めている。このように、この規定は、可能性の賠償に関する命題を含んではいない。しかし同時に、この規定は、「蓋然性」を下回る利益について、可能性（Chance）に応じた賠償を認めることを禁じているわけではない。そこで、タウピッツは、ヨーロッパ諸国の動向をもふまえ、民法252条および民事訴訟法287条により、可能性に応じた損害算定をおこなうべきであると主張している⁹¹⁾。

88) *Jochen Taupitz*, Referat, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Bd. II/1, S. L 57, L 75 f.; *ders.*, Proportionalhaftung zur Lösung von Kausalitätproblemen – insbesondere in der Arzthaftung?, in: Festschrift für Canaris, 2007, S. 1231, 1233 ff.; *Jochen Taupitz/Emily Jones*, Das Alles oder Nichts-Prinzip im Arzthaftungsrecht – Quotenhaftung, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg.), Waffen-Gleichheit: Das Recht in der Arzthaftung, 2002, S. 67, 81. なお、最後の点については、のちにヴァーグナーから再反論がなされている。彼は、立法者の見解およびライヒ裁判所の判例を紹介したうえで、因果関係の存否に関しては民事訴訟法287条を適用すべきであると主張している。Wagner, a. a. O. (Fn. 86), S. 460 f.

89) *Taupitz*, Referat (Fn. 88), S. L 76; *ders.*, Proportionalhaftung (Fn. 88), S. 1236 f.

90) こうした割合的判断は、ヴァーグナーもおこなうべきであると主張している。Wagner, Schadensersatz (Fn. 75), S. 74 ff.; *ders.*, Neue Perspektiven (Fn. 75), S. A 55 ff.

91) *Taupitz*, Referat (Fn. 88), S. L 76 f.; *ders.*, Proportionalhaftung (Fn. 88), S. 1238 ff.

(d) マイヤーライマーの反応

ところで、以上のものとは異なり、割合的責任に対して好意的な態度をとるものもある。

たとえば、ゲオルク・マイヤーライマー (*Georg Maiyer-Reimer*) は、過誤がなくても治療が功を奏するとはかぎらない医療過誤のケースにおいては、むしろ割合的責任を肯定するのが妥当であると主張する。ただし、彼は、ヴァーグナーのモデルには反対している。たとえば、治療が失敗する可能性が過誤によって60%から75%にまで増加したとしよう。この場合、その失敗が過誤によって引き起こされた確率は20% (75分の15) である。したがって、医師は、治療が失敗におわったすべての患者に対し、損害の20%についての責任を負うべきことになる。つまり、彼は、上述の3つのモデルのうち、「追加的損害にもとづく割合的責任」を支持するのである⁹²⁾。

3. 大規模損害の発生事例における割合的責任論

以上のように、ヴァーグナーの割合的責任論に対しては、多くの批判が寄せられている⁹³⁾。しかしそのことは、割合的責任論が、ドイツの法学者

92) *Georg Maiyer-Reimer*, Referat, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Bd. II/1, S. L 33, L 52. このほか、ゴットフリート・シーマン (*Gottfried Schiemann*) も、医療過誤の分野において割合的責任を課すことに好意的な見方を示している (*Ders.*, Aus der Diskussion, Karlsruher Forum 2006, S. 161; *ders.*, Diskussion, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Bd. II/2, S. L 153 ff.). もっとも、彼は、下記の論文では、民事訴訟法287条によってこうした責任を導くヴァーグナーの見解に対し、疑問を呈している。ゴットフリート・シーマン (藤原正則訳) 「損害賠償法に関する現下のドイツでの議論」同 (新井誠編訳) 『ドイツ私法学の構造と歴史的展開』(日本評論社, 2008年) 190頁, 203-204頁 (初出: 北大法学論集58巻3号 (2007年))。第66回ドイツ法書大会当日の議論において、シーマンは、特別な立法措置を要せずとも、同条によって割合的責任を導くことは可能であるという趣旨の発言をしている (義務違反と損害発生との因果関係は責任充足の因果関係であるとの理解にもとづく。 *Ders.*, a. a. O. (Verhandlungen), S. L 154 f.). それだけに、この論文における彼の叙述は不思議でならない。

93) なお、第66回ドイツ法書大会において、割合的責任に関するヴァーグナーの提案は否

によって一蹴されていることを意味するものではない。現に、ドイツでは、ヴァーグナーが上述のモデルを提案するはるか前から、大規模損害の発生事例において割合的責任を肯定すべきかどうか、さかんに論じられているのである。

ところで、このような議論のきっかけとなったのは、1980年にカリフォルニア州の最高裁判所で下されたシンデル対アボット・ラボラトリーズ事件判決⁹⁴⁾であった。これは、妊娠中に流産防止薬である DES Diethylstilbestrol を服用した女性の子どもが、その約20年後にガンを発症したというものである。この事件では、原告の母親がいずれの製薬会社の薬剤を服用したのかが明らかではなかったため、裁判所は、「本質的な原因部分 (substantial share)」を構成する被告らに対し、製造した DES の市場占有率に応じた賠償を命じている。また、この判決で示された「市場占有率にもとづく責任 (market share liability)」は、その後、環境責任の分野において、「汚染率にもとづく責任 (pollution share liability)」という新たな責任論を生むことともなった⁹⁵⁾。それによると、「本質的な原因部分」を構成する汚染者は、被害者に対して、大気汚染への寄与度に応じた責任を負うこととなる。

以上のようなアメリカ法の動きは、ドイツの法学界に統計データによる損害分配への関心を呼び起こすこととなった⁹⁶⁾。

決されている。Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Bd. II/1, S. L 212.

94) *Sindell v. Abbott Laboratories*, 26 Cal. 3d 588, 607 P.2d 924 (Cal. 1980). なお、本判決については、新美育文「*Sindell v. Abbott Laboratories*」藤倉皓一郎・木下 毅・高橋一修・樋口範雄編『英米判例百選〔第3版〕』（有斐閣、1996年）174頁を参照。

95) *Ellen Friedland*, *Pollution Share Liability: A New Remedy for Plaintiffs Injured by Air Pollutants*, *Columbia Journal of Environmental Law* vol. 9 (1984), S. 297; *Patrick J. Scully*, *Proof of Causation in a Private Action for Acid Rain Damage*, *Maine Law Review* vol. 36 (1984), S. 117. なお、アメリカの環境訴訟における割合的責任論に関しては、藤倉皓一郎「アメリカ環境訴訟における割合責任論」国家学会編『国家学会百年記念 国家と市民 第1巻』（有斐閣、1987年）255頁を参照。

96) とくに、この問題は、今日にいたるまで博士論文の恰好のテーマとなっている。たとえば、*Karsten Otte*, *Marktanteilshaftung*, 1990; *Florian Kästle*, *Die Haftung für toxische*

3-1. 統計データによる損害分配への関心

たとえば、ヨハネス・ケントゲン (Johannes Köndgen) は、1983年に公表された環境責任に関する論文⁹⁷⁾のなかで、アメリカにおける「法と経済学」の権威、ウィリアム・ランデス (William M. Landes) とリチャード・ポズナー (Richard A. Posner) による設例⁹⁸⁾を取り上げている。これは、原子力発電所の事故により、周辺地域が放射能で汚染されたところ、汚染地域のガン患者の数が、20年間で100人から111人に増加したというものである。この設例において、ランデスとポズナーは、111人の患者全員に対して10% $11 \div 111 = 0.1$ の賠償を与えるのが最適であるとしている。では、ドイツにおいて、このような責任を肯定することはできるだろうか。

ケントゲンは、まず、環境責任法の特質を補償に対する抑止の優位にもとめる。そして、環境に適合した行動へのインセンティブを与えるものとして、このような責任に関心を寄せる。ただ、結論からいうと、彼は、このような責任に対して、いくぶん慎重な態度をとっている。たとえば、小規模な汚染源においては、抑止目的よりも配分的正義にしたがった政策目的を優先させるのが妥当である。そうすると、抽象的危険犯を広く処罰する刑法とは異なり、民法では、安易に責任の前倒し (Vorverlegung) をおこなうべきではないことになる。したがって、どの程度の蓋然性をもって環境損害の帰責を肯定するのかは、結局は、個々のケースごとに環境政策上の目的を総合考慮して決めることになるというのである⁹⁹⁾。

また、メディクスも、このような責任に対しては、慎重な態度をとって

Massenschäden im US-amerikanischen Produkt- und Umwelthaftungsrecht, 1993; Götz Tobias Wiese, Umweltwahrscheinlichkeitshaftung, 1997 (なお, ders., Wahrscheinlichkeitshaftung, ZRP 1998, S. 27 も); Christian Seyfert, Mass Toxic Torts, 2004; Luidger Röckrath, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung, 2004.

97) Johannes Köndgen, Überlegung zur Fortbildung des Umwelthaftpflichtrechts, UPR 1983, S. 345.

98) Landes/Posner, a. a. O. (Fn. 69), S. 123 f.

99) Köndgen, a. a. O. (Fn. 97), S. 347 f.

いる。彼は、その問題点を次のように指摘している。

まず、汚染による患者数の増加がわずかである場合、患者がこのわずかな損害の賠償をもとめて訴訟を起こすのは、割に合わない。したがって、このような責任の実際上の意義は、それほど大きいものではない¹⁰⁰⁾。また、理論的には、個々の原告がこうむった損害を統計上の平均値によって割り出そうとする点が問題である。ある原告の病気が被告の行為に起因する確率は、年齢や遺伝的要因などによって、異なりうるからである。

もっとも、彼は、確率による因果関係の認定を完全に否定しているわけではない。多数の被害者を一括して取り扱う場合には、大数の法則によって、こうした処理にも正当性が担保されるというのである。したがって、たとえば、保険代位にもとづいて保険者が請求をおこなう場面では、このようなかたちで因果関係を認定する余地があることになる¹⁰¹⁾。

最後に、ギンター・ハーガー（*Günter Hager*）は、割合的責任を導入する際に生じる実際上の困難について、次のように指摘する。

まず、「汚染率にもとづく責任」では、「本質的な原因部分」や、個々の汚染者の寄与度をどのようにして決めるのかが問題となる。また、上述の原発事故のようなケースでは、複数の汚染源が考えられる場合において、損害の増加をどのように把握するのが問題となる。

このように指摘したうえで、ハーガーは、割合的責任の導入を裁判官による法創造の枠を超えた問題であると結論づけている¹⁰²⁾。

100) *Dieter Medicus*, *Zivilrecht und Umweltschutz*, JZ 1986, S. 778, 781. また、同様の見方を示すものとして、*Peter Gottwald*, *Kausalität und Zurechnung*, *Karlsruher Forum* 1986, S. 3, 28.

101) *Medicus*, a. a. O. (Fn. 100), S. 781.

102) *Günter Hager*, *Umweltschäden*, NJW 1986, S. 1961, 1967. また、同様の見方を示すものとして、*Willibald Posch*, *Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten*, in: *Attila Fenyves/Hans-Leo Weyers* (Hrsg.), *Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten*, 1988, S. 153, 180 f. もっともその後、ハーガーは、被告の排出行為とその他の原因「一般的な環境負荷」とが競合して損害が発生した場合に関して、民事訴訟法287条により、後者の原因部分を差し引いた責任を肯定するのが妥当であると述べている。

このように、シンデル事件以降の議論状況をみるかぎり、ドイツの法学者は、統計データによる損害分配に、かならずしも好意的ではないことがうかがえる¹⁰³⁾。

3-2. 民法830条1項2文の解釈論への影響

ただ、その一方で、こうしたアメリカ法の一連の動きが、民法830条1項2文の解釈論に影響をあたえているのも事実である。

(1) 民法830条1項2文の要件

民法830条1項2文によれば、「複数の関与者 (Beteiligte) のうち、いずれの者が損害を引き起こしたのかが明らかでない場合」、これらの者は、発生した全損害について連帯責任 (民法840条1項) を負う。通説によると、この規定は、次の2つの事例に適用されると考えられている。

まず1つ目は、条文が本来的に想定する加害者不明 (Urheberzweifel) である。これは、次の要件を充たす場合とされている。

複数の者を「関与者」として一括することができること、
各関与者の行為が、因果関係を除く責任要件を充たしていること、
複数の行為のうちのひとつが損害を引き起こしたこと、
どの行為が損害を引き起こしたのかが明らかでないこと¹⁰⁴⁾。

つぎに2つ目は、寄与度不明 (Anteilszweifel) である。これは、次の要件を充たす場合とされている。

複数の者が被害者に対して不法行為をおこなったこと、
1つないし複数の行為が損害を引き起こしたこと、

Ders., Neue Umwelthaftungsgesetz, NJW 1991, S. 134, 140; ders., Europäisches Umwelthaftungsrecht, ZEuP 1997, S. 9, 26. ただ、これが、統計データを重視するアメリカ法由来の割合的責任論に連なるものかどうかは定かではない。

103) なお、統計データにもとづく損害の分配に明確に反対するものとして、たとえば、Christian von Bar, Zur Dogmatik des zivilrechtlichen Ausgleichs von Umweltschäden, Karlsruher Forum 1987, S. 4, 16.

104) Staudinger/Eberl-Borges, BGB § 830, Neubearbeitung 2008, Rn. 67; Johannes Hager, Die Kausalität bei Massenschäden, in: Festschrift für Canaris, 2007, S. 403, 406.

各行為がそれぞれ全損害を引き起こすことができること、
各行為の損害への寄与度が明らかでないこと¹⁰⁵⁾。

さて、この2つの類型を前提とした場合、大規模損害の発生事例は、民法830条1項2文が想定するケースとは異なった特徴をもっていることがわかる。

まず第一に、大規模損害を引き起こした複数の加害者間の関係が問題となる。上述のように、民法830条1項2文では、連帯責任を負う者を「関与者」と呼んでいる。判例によると、この要件 上記 は、複数の行為が時間的・空間的に一体性のあるものとされる場合にはじめて充たされる¹⁰⁶⁾。これに対し、大規模損害の発生事例では、複数の加害行為が、かならずしもそうした関係にあるわけではない¹⁰⁷⁾。そこで、このような事例に民法830条1項2文を適用することができるのが問題となる。

第二に、大規模損害の発生事例では、被告らが原告らに生じたすべての損害を引き起こしているわけではない。これは、加害者不明との関係では、要件 にかかわる問題である。たとえば、シンデル事件では、ある原告の母親が服用したDESのメーカーが、被告らのなかにはかぎらない。したがって、ここでは、民法830条1項2文が要求する厳格な択一性¹⁰⁸⁾が充たされないことになる。また、寄与度不明との関係では、要件 が問題となる。たとえば、大気汚染のケースでは、被告ら以外にも多くの汚染源が存在する。したがって、原告らを一体として捉えるかぎり、いずれの被告も発生した損害のうちの一部を引き起こしたにすぎないこ

105) Staudinger/*Eberl-Borges*, BGB § 830, Neubearbeitung 2008, Rn. 68; *Hager*, a. a. O. (Fn. 104), S. 406.

106) RGZ 357, 361; RGZ 98, 58; RG, JW 1909, 136; RG, JW 1909, 687; RG, JW 1937, 462; BGHZ 25, 271; BGHZ 33, 286; BGHZ 55, 86; BGH, NJW 1969, 2136.

107) *Christian von Bar*, Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden?, in: Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentages Bremen 1998, Bd. I Gutachten A, S. A 69 は、この点を捉えて、シンデル事件のようなケースに民法830条1項2文を適用することはできないとする。

108) *Deutsch*, a. a. O. (Fn. 11), Rn. 152 を参照。

とになる。

第三に、大規模損害の発生事例では、加害者だけでなく、被害者も複数いるため、被害者側においても1人の加害者とのあいだで択一的な関係がみられる。そこで、この点をどのように考えるのが問題となる。この問題への対応策としては、被害者を一体として捉え、複数の加害者と対置させるという処理が考えられる。ただ、ではそのような処理はどのような考えによって正当化されるのかとなると、別途検討が必要となる。

さて、以上のうち、第一の点は、實際上、大きな問題とはならない。なぜなら、判例¹⁰⁹⁾および学説¹¹⁰⁾は、関与者の範囲を広く解する傾向にあるため、これを前提とするかぎり、被告らを関与者と捉えることに、理論的障害はないと考えられるからである¹¹¹⁾。では、第二、第三の点に関しては、どうだろうか。

(2) 汚染監視義務による割合的責任の基礎づけ

まず、第二の点に関するものとして、ゲルト・ブリュゲマイヤー (*Gert Brüggemeier*) の見解がある¹¹²⁾。彼は、複数の加害者が損害を引き起こした事例を、次のように整理する。

複数の行為が発生した全損害について重疊的に競合する場合、行為者はその損害について連帯責任を負う。一方、複数の行為がそれぞれ損害の一部分を引き起こした場合、各行為者は自ら引き起こした損害部分について責任を負う。これに対し、環境責任の分野では、このいずれとも異なったケースが問題となる。すなわち、複数の行為がそれぞれ損害の一部に寄与

109) たとえば、BGHZ 33, 286, 292; BGH NJW 1994, 932, 934; BGHZ 55, 86, 95 f.

110) *Franz Bydliński*, Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität, in: Festschrift für Beitzke, 1979, S. 3, 14; *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II: Besonder Teil, Halbband 2, 13. Aufl., 1994, § 82 II 2. b); *Johann Braun*, Haftung für Massenschäden, NJW 1998, S. 2318, 2320.

111) *Hager*, a. a. O. (Fn. 104), S. 409.

112) *Gert Brüggemeier*, Die Haftung mehrerer im Umweltrecht, JbUTR 1990, S. 261. また、*ders.*, Prinzipien des Haftungsrechts, 1999, S. 163 ff.; *ders.*, Haftungsrecht Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, 2006, S. 193 ff. も参照。

しているが、その寄与した部分がはっきりしないというケース（unaufklärbare Teilschadensverursachung）である。現行法によると、このような場合、被害者は、誰に対しても賠償を請求することができなくなる。しかし、この結論は妥当ではない。

そこで、ブリュゲマイヤーは、このようなケースにおいても部分的な責任を肯定すべきであると主張する。ただ、このケースでは、上述の第二のケースとは異なり、各行為者が引き起こした損害部分が明らかではない。そこで、彼は、民事訴訟法287条による証明度の軽減のほか、加害者が負担する義務の性質によって、この点を克服しようとする。すなわち、環境責任の分野では、各事業者は、汚染状況を監視する義務（Emissionsbeobachtungspflicht）を負うところ、この義務は、被害者の情報開示請求権を基礎づけ、ひいては寄与度の判定を容易にするというのである¹¹³⁾。

（3）被害者の一体化による問題の解決

ところで、ブリュゲマイヤーによる上述の見解は、もっぱら被害者が1人の場合を念頭においたものである。しかし、すでに述べたように、大規模損害の発生事例では、上述の第二の点に加え、第三の点をも視野に入れなければならない。そこでつぎに、こうした視点から解釈論を展開するものとして、テオ・ボーデヴィツヒ（*Theo Bodewig*）¹¹⁴⁾とヨハネス・ハーガー（*Johannes Hager*）¹¹⁵⁾の見解をみってみることにしよう。

（a）ボーデヴィツヒの見解

まず、ボーデヴィツヒは、企業が自然界にも存在する発ガン物質を周辺地域に排出したという事例を、次のようなモデルケースによって説明しようとする。

AとBが登山中に落石によって負傷した。落石のうちのひとつは、彼ら

113) *Brüggemeier*, Die Haftung mehrerer (Fn. 112), S. 278. なお、このような方法によっても寄与度が明らかとならない場合には、故意または過失による汚染監視義務の違反を要件として、全損害についての連帯責任を関与者に課すべきことが主張されている。

114) *Theo Bodewig*, Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden, AcP 185 (1985), S. 505.

115) *Hager*, a. a. O. (Fn. 104).

より高い位置にいたCの過失によって引き起こされ、もう一方の落石は自然現象によって引き起こされたものである。しかし、どちらの落石がAまたはBに怪我を負わせたのかは、はっきりとしない¹¹⁶⁾。

このケースで、AとBに発生した損害事故を個別に扱おうと、いずれにおいてもCの行為との因果関係を証明することができないため、Cは責任を負わないことになる。しかし、この結論は妥当ではない。なぜなら、AとBに生じた損害を一体として捉えた場合、Cがそのうちの50%を引き起こしたことは確実だからである。そこで、ボーデヴィツヒは、競合原因が自然力であることをふまえ、民法830条1項2文の類推適用により、Cの責任を肯定すべきであると主張する¹¹⁷⁾。

つぎに、シンデル事件のように複数の企業が関与するケースでは、各企業が損害の一部を引き起こしていることは、確実である。そこで、ボーデヴィツヒは、このようなケースにおいても被害者を一体として捉え、各企業の責任を肯定することを主張する¹¹⁸⁾。

さて、そこで次に問題となるのが、このようにして基礎づけられた請求権を、複数の被害者にどのように割り当てていくのかである。ボーデヴィツヒはここで、「被害者側の択一性 (alternative Opferschaft)」という独自の視点を導入する。たとえば、上述の落石事故のケースにおいて、Cは、発生した損害のうちの50%を引き起こしている。彼によると、この50%の損害についての賠償請求権は、AとBに平等に割り当てられるべきであるという。つまりこれによると、AとBは、Cに対し、それぞれ50%の割合的責任を追及できることになる。彼は、こうした処理を、次のような考えによって正当化する。

116) Bodewig, a. a. O. (Fn. 114), S. 538.

117) Bodewig, a. a. O. (Fn. 114), S. 538 ff.

118) Bodewig, a. a. O. (Fn. 114), S. 548. なお、ボーデヴィツヒは、ここでは、複数の企業の行為以外の原因 被告とならなかった企業の行為や原告の側の事情などを考慮していない。ただ、このような原因については、落石事故のケースにおける自然力と同視することが考えられるだろう。

このケースにおいて、Cによる加害のリスクが実現する可能性は、AとBとで平等であり、どちらがCの行為の被害者となるのかは、完全に偶然によって左右される。ここに、危険の平等性にもとづく被害者の共同体が形成される。しかし同時に、この共同体は、あくまで危険の平等性によってもたらされたものにすぎず、連帯債権にもとづく法的処理（民法428条・430条）を正当化するものではない¹¹⁹⁾。したがって、AとBは、対外的関係において、それぞれ50%の請求権を取得することとなる¹²⁰⁾。

(b) ヨハネス・ハーガーの見解

つづいて、ヨハネス・ハーガーも、複数の被害者が存在する事例を単純なモデルをつかって検討する。ハーガーの設例は次のとおりである。

AとBが銃を発砲し、Cの車のバンパーとDの車のフロントガラスを損傷させた。しかし、どちらの弾がどちらの車に命中したのかは、明らかではない。なお、バンパーの損害は300ユーロ、フロントガラスの損害は1200ユーロにのぼる。

この場合、AもBも300ユーロの損害を引き起こしていることは、確実である。また、Dに発生した残り900ユーロの損害は、AとBのいずれかが引き起こしたことになる。したがって、この部分に関しては、民法830

119) つまり、「加害者側の択一性」 民法830条1項2文・840条1項によって連帯債務となる とは、法的取扱いにおいてパラレルな関係には立たないことになる。Bodewig, a. a. O. (Fn. 114), S. 545.

120) Bodewig, a. a. O. (Fn. 114), S. 543 ff. このような立場を支持するものとして、Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 110), § 82 II 3. d); Helmut Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 3. Aufl., 1997, Rn. 3/39 ff.; ders., Grundfragen des Schadenersatzrechts, 2010, Rn. 5/105 ff.; Otte, a. a. O. (Fn. 96), S. 115 ff. これに対し、アンドレアス・クヴェンティン (Andreas Quentin) は、ボーデヴィッツがこのような発想をシンデル事件にも適用することに、疑問を呈する。彼によると、「被害者側の択一性」の論理が通用するのは、落石事故のケースを例にとると あくまでCが引き起こした損害の範囲がAまたはBの損害にとどまる場合にかぎられる。ところが、シンデル事件をはじめとする大規模損害の発生事例では、同じ例でいうと Cが、Aのみならず、Bの損害をも引き起こしたという場合も考えられるというのである。Ders., Kausalität und deliktische Haftungsbegründung, 1994, S. 258 f.

条1項2文が適用される。もっとも、ハーガーによると、こうした手法はシンデル事件には通用しないという。なぜなら、「約200社のうちの1社による薬剤の製造と、……個々の原告に発生した損害とのあいだの因果関係を明らかにすることは、もはや不可能だからである」¹²¹⁾。そこで、ハーガーは、複数の被害者を一体として捉えることに活路を見出す。具体的には、たとえば、社会法典第10編116条や保険契約法86条が規定する保険代位を活用して、賠償請求権をひとつの主体に集約することが構想されている。そして、そうした制度的基盤のうえにもたらされる被害者の共同体に対し、個々の製薬会社は、寄与度に応じた責任を負うとするのである¹²²⁾。

また、ハーガーは、シンデル事件判決が設定した「本質的な原因部分」という要件について、不要であるとしている。なぜなら、「市場占有率によって、加害者が賠償すべき損害の範囲がはっきりするため、生産量の少ない企業に対しても、それぞれの寄与度に応じた請求をすることは可能だからである」¹²³⁾。

(c) 小 括

ボーデヴィッヒもハーガーも、複数の被害者を一体として捉えることによって、因果関係の証明困難を克服しようとする点において、共通している。ただ、注意を要するのは、ボーデヴィッヒの考える被害者の共同体とハーガーの考えるそれとは、質的にまったく異なっているという点である。前者は、集団に対する寄与度に応じた賠償請求権を個々の被害者に割り当てるために考え出されたひとつの観念にすぎないが、後者は、法定の債権移転 (*cessio legis*) をつうじてもたらされる債権の集合体としての実体をそなえているのである。

121) Hager, a. a. O. (Fn. 104), S. 413. もっとも、この説明はやや説得力に欠ける。上述のモデルケースの場合と本質的にどこがどのようにちがうのかについて、もう一步踏み込んだ説明がのぞまれるところである。

122) Hager, a. a. O. (Fn. 104), S. 414 f. なお、上述したように、同様の見解は、すでにメディクスによっても主張されているところである(前掲注101)。

123) Hager, a. a. O. (Fn. 104), S. 415 f.

3-3．経済分析を重視する論者からの反応

ところで、アメリカ法に由来する統計データにもとづいた損害の分配に対して、ドイツの法学者の多くが慎重な態度をとっていることは、すでに述べたとおりである。では、ドイツのなかでも、とりわけ法の経済分析を重視する論者は、こうした手法をどうみているのだろうか。

法の経済分析によれば、不法行為法のはたすべき役割は、損害賠償請求権の肯定または否定をつうじて、市民を社会的厚生に適合した行為水準へと導くところにある¹²⁴⁾。したがって、ある活動について当事者間に利害の対立がみられる場合、不法行為法は、最適な資源配分の観点から要請される注意措置の懈怠を放置することで、被害者に不当な損害を与えてはならない¹²⁵⁾。また、不法行為法は、引き起こしていない損害について責任を課すことで、加害者に不当な損害を与えてはならない¹²⁶⁾。これに関しては、因果関係の存否がはっきりしないケースへの対応が問題となる。こうしたケースでは、責任を完全に否定するのも、完全に肯定するのも妥当ではない。前者はサンクションの欠如を、後者は過剰な責任をもたらすからである。したがって、ここでは、因果関係の確率に応じた責任を課すことによって、加害者の行為水準を最適なものにすることがもめられる。

以上で述べたことは、一般論としては、経済分析の論者が等しく認めるところである¹²⁷⁾。ただし、大規模損害の発生事例において、具体的に割

124) Michael Adams, *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, 1985, S. 165; ders., *Zur Aufgabe des Haftungsrechts im Umweltschutz*, ZZZ 99 (1986), S. 129, 155; Hein Kötz/Gerhard Wagner, *Deliktsrecht*, 11. Aufl., 2010, Rn. 72 ff. なお、最後にあげた文献の翻訳書として、ハイン・ケッツ/ゲルハルト・ヴァーグナー（吉村良一/中田邦博監訳）『ドイツ不法行為法』（法律文化社，2011年）。

125) これは、有名なラーネッド・ハンド（*Learned Hand*）の公式が示すように、損害回避コストと損害の期待値（損害額×発生率）との関係によって決定されるべき問題である。それによると、前者が後者を下回る場合、注意措置の懈怠は過失を構成することとなる。これについて、くわしくは、Kötz/Wagner, a. a. O. (Fn. 124), Rn. 65 ff. を参照。

126) Adams, *Zur Aufgabe des Haftungsrechts* (Fn. 124), S. 154.

127) Adams, *Zur Aufgabe des Haftungsrechts* (Fn. 124), S. 156 ff.; Schäfer/Ott, a. a. O. (Fn. 74), S. 270 ff.; Gerhard Wagner, *Proportionalhaftung bei mehreren möglichen Schadensursachen*.

合的責任論をとるべきかどうかということになると、論者のあいだでも見解が微妙に異なってくる。

たとえば、ミヒャエル・アダムス (*Michael Adams*) は、環境責任の分野に割合的責任を導入することに対して、慎重な態度をとっている。彼の見解は、要約すると次のとおりである。

一般に、生態系においては、損害は、一定の汚染量で急激に増大し、飽和点に達すると急激に減少する。また、環境損害の発生には数多くの汚染物質が関与するため、個々の物質の作用機序を明らかにすることはきわめてむずかしい。これらのことは、企業が損害回避措置について正しい決定をすることを困難にする。したがって、こうした情報入手の困難さをふまえると、環境責任の分野では、割合的責任を課すことによって加害者の行為水準をコントロールすることは、むずかしくなる¹²⁸⁾。

これに対し、シェーファーは、割合的責任に対して、アダムスよりも寛容な態度をとっている。彼は、個々の加害行為が損害を比例的に (*linear*) 増加させる場合においては、割合的責任を課するのが妥当であるとする。なぜなら、この場合、各行為者は、引き起こした損害の期待値に対応する責任を課されることになるため、効率的な損害抑止が実現されるからである。なお、彼は、このような場合として、アメリカにおける「市場占有率にもとづく責任」をあげている¹²⁹⁾。

一方、個々の加害行為が損害を比例関係を¹²⁸⁾超えて (*überproportional*) 増加させる場合、割合的責任は、十分な威嚇効果を発揮しない。彼は、このことを次のような例を使って説明する。

in: *Festschrift für Schäfer*, 2008, S. 193; *ders.*, *Reform des Schadensersatzrechts* (Fn. 83), S. 9. ただし、ヴァーグナーは、1990年に公表された環境責任に関する博士論文では、割合的責任に対して慎重な態度をとっている。この論文で、彼は、損害発生に決定的な影響を与えた汚染者が、全損害を賠償するべきであると主張している。*Ders.*, *Kollektives Umwelthaftungsrecht auf genossenschaftlicher Grundlage*, 1990, S. 126 ff.

128) *Adams*, *Zur Aufgabe des Haftungsrechts* (Fn. 124), S. 158 ff.

129) *Schäfer/Ott*, a. a. O. (Fn. 74), S. 280 f.

たとえば、損害を 100 とし、加害者 A および B の行為をそれぞれ 5 とする場合、当然のことながら、A と B は、それぞれ 50 の損害を負担することになる。では、A がその活動を 5 から 10 に拡大したことにより、損害が 100 から 300 になったという場合はどうだろうか。この場合、増加した 200 の損害は、本来、すべて A が負担するべきものである。しかし、割合的責任論のもとでは、300 の損害を寄与度にもとづいて分配することになるため、A は、この増加した 200 の損害のうちの 150 のみを負担すればよいことになってしまう。

彼は、このような場合として、煙害による森林損害のケースと航空機の離着陸による騒音損害のケースをあげている。そして、これらのケースでは、割合的責任ではなく、公法上の規制によって効率的な損害抑止を実現するのが妥当であるとしている¹³⁰⁾。

．割合的責任論の正統性

1. はじめに

前章では、ドイツにおける割合的責任論の現況を概観した。そこで、本章では、これをもとに、割合的責任論の正統性を検証する。もっとも、ひとくちに正統性を検証するといっても、その方法にはさまざまなものが考えられる。そこでまずは、本稿の方法を明らかにすることから、はじめることにしよう。

まず、ひとつの方法として、次のようなものが考えられる。すなわち、民法典の制定当初よりドイツ法がとってきた完全賠償の原則の起源をたどり、その正統性を明らかにしたうえで、それとの関係において割合的責任論を理論的に位置づけるというものである。しかし、すぐにわかるように、これでは割合的責任論に正統性はないとの結論を導くだけで、それ以上の

130) Schäfer/Ott, a. a. O. (Fn. 74), S. 281 f.

議論を生むことはないだろう。また、前章で概観したさまざまな見解が考慮する個別の課題が、こうした大きな原則のまえに、等閑に付されてしまうのも問題である。これは、本稿の冒頭であげた減責条項導入論をみれば明らかである。この試みが失敗におわったのは、一方に完全賠償の原則をおき、他方に公平による割合的減責論をおくという、あまりに素朴な対立図式を描いたからにほかならない。これでは、減責条項を支持する論者が問題にしていた個別の課題も、「ドイツ法の伝統」のまえに、視野の外におかれてしまうのである¹³¹⁾。

ではつぎに、フランスやイギリスでさかんに議論されている「機会の喪失」論を不法行為法理論として確立したものとみなし、割合的責任論を導入するための有力な根拠とするのはどうだろうか。しかし、これもまた、方法論としてはうまくいかないだろう。これは、「機会の喪失」論が、外国法の動向として注目されることはあっても、多くの支持を集めるにはいたっていないことをみれば、明らかである¹³²⁾。保護法益を限定的に解するドイツ法において、こうした新たな法益を前提とする理論の妥当性を主張する場合、否が応にも、それによってもたらされる結果のほうにばかり関心が集まってしまう。しかしこれでは、割合的責任論の必要性を説くことにはなっても、その正統性を問うことにはならないのである。

したがって、割合的責任論の正統性を検証するためには、以上のものは別の方法をとらなければならないだろう。それは、ドイツ不法行為法に

131) たとえば、第43回ドイツ法曹大会において、報告者のひとりであるフリッツ・ハウス (Fritz Hauss) は、交通事故の加害者が「ごくわずかな落ち度」から「生計を破綻させるほどの責任」を負わされることを問題視していた (Ders., Referat. in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages München 1960, Bd. II Sitzungsberichte, 1960, S. C 23, C 34 f.)。こうした指摘は、現代的な事故の特質をふまえたものであり、それ自体として一定の合理性を認めることができるだろう。しかし、減責条項導入論においては、そのような指摘も、結局は完全賠償の原則のまえに等閑に付されてしまったのである。

132) フランスの医療過誤判例に対する実務家の反応として、たとえば、Herbert Kleinewefers/Walter Wilts, Die Beweislast für die Ursächlichkeit ärztlicher Kunstfehler, VersR 1967, S. 617, 623.

おけるさまざまな解釈理論のなかから、割合的責任の理論的基礎となりうるものを選び出し、そうした考え方のもとで割合的責任論を読み解くというものである。ただ、このような方法をとる場合に注意しなければならないのは、この基礎となる考え方自体、不法行為法理論としての正統性を獲得しているとは言いがたいということである。したがってまずは、この基礎となる考え方につき、少なくともそれが理論として妥当なものかどうかを明らかにすることからはじめなければならない。そして、そうした作業によって得られた妥当な理論のもとで割合的責任論を捉えなおすなかで、理論的に正統なものを探求することとしたい。

なお、本稿は、この基礎となる考え方として、動的システム論と危険増大論を取り上げる。そこでまずは、この2つの考え方について、その概要を把握することからはじめることとしよう。

2. 動的システム論による割合的解決

(1) ヴィルブルクの動的システム論

まず、周知のとおり、「動的システム（bewegliches System）論」とは、複数の「要素（Elemente）」の協働作用という観点から、法律効果の発生およびその量定を正当化する試みのことをいう¹³³⁾。提唱者であるオーストリアの民法学者、ヴァルター・ヴィルブルク（Walter Wilburg）は、1941年に出版された著書のなかで、損害賠償法の「要素」を取り出し、それらの協働作用によって責任の有無および程度が決定されることを明らかにしている¹³⁴⁾。また、彼によれば、これらの「要素」は、つねに全部がそろっている必要はなく、一部が欠けていても、他の「要素」の強度がこ

133) 本文の叙述は、提唱者であるヴィルブルクの比較的初期の論稿をふまえたものである。これに対し、動的システム論は、その後、彼の門弟や支持者らによって、さまざまなかたちで応用され、理論的深化を遂げている。そうした動的システム論をめぐる議論の全体像について、くわしくは、山本敬三「民法における動的システム論の検討」法学論叢138巻1=2=3号（1995年）208頁を参照。

134) Walter Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, 1941.

れを補完するという¹³⁵⁾。つまり、複数の「要素」を、その数と強度において把握し、衡量の指針とするというのが、ヴィルブルクによる構想の眼目であるといえることができる¹³⁶⁾。

ところで、本稿のテーマとの関係で注目されるのは、ヴィルブルクが、因果関係それ自体ではなく、その可能性(Möglichkeit)を独立した「責任要素」と捉えている点である。民法830条1項2文は、複数の行為者のうちのいずれかが加害者であるという場合にかぎって、因果関係の可能性にもとづいた責任を肯定する。しかし、彼によると、このような責任は、行為と「偶然」が競合し、そのいずれかが損害を引き起こしたという場合にも肯定されるべきであるという。そして、そのような場面においては、「行為者の行為態様」および「因果関係の可能性の程度」にもとづいて、責任の有無と程度が決定されるべきだといえるのである¹³⁷⁾。

(2) 民法830条1項2文と民法254条との重畳適用

ただ、ここで確認しておかなければならないのは、民法830条1項2文が、被害者に損害賠償請求権があることがはっきりしている場合を念頭においているということである¹³⁸⁾。したがって、そのような場合を飛び越え、「偶然との択一的競合」の場合にも責任を肯定するというのであれば、それを理論的に正当化することがもとめられる。そこで、この問題に取り組んだのが、ヴィルブルクの門弟のひとりである、フランツ・ビトリンスキー(Franz Bydlinski)である。彼は、まず、現行法の立場を次のように批判している。

「偶然との択一的競合」において被害者に損害賠償請求権を認めると、「偶然」が原因であるかぎりにおいて、被害者に不当な利益を与えること

135) Wilburg, a. a. O. (Fn. 134), S. 28 ff.; ders., Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, 1950, S. 12 f.

136) Walter Wilburg, Referat, in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages München 1960, Bd. II Sitzungsberichte, S. C 3, C 11.

137) Wilburg, a. a. O. (Fn. 134), S. 74 f.; ders., a. a. O. (Fn. 136), S. C 16.

138) Staudinger/Eberl-Borges, BGB § 830, Neubearbeitung 2008, Rn. 83 ff.; MünchKomm/Wagner, BGB § 830, 5. Aufl., 2009, Rn. 39.

となる。現行法は、これを回避するため、責任が成立する場面を過失行為の択一的競合に限定した。しかし、これでは、行為に有責性のない被害者に生じうる利益を回避しようとするあまり、行為に有責性のある加害者に生じうる利益 損害を引き起こしたにもかかわらず免責されることを受け入れることとなってしまう¹³⁹⁾。

そこで、こうした価値判断にもとづき、具体的な解釈論が展開される。

彼はまず、1964年に公表された論文¹⁴⁰⁾のなかで、ヴィルブルクの考えを継承し、個々の事案に作用する責任根拠の総量を問題にする。それによると、「責任要素」のひとつである「因果関係の可能性 (Möglichkeit)」は、つねにその蓋然性 (Wahrscheinlichkeit) によって示される。しかし、損害の分配にあたっては、それだけでなく、行為者の過失の程度や被害者の自己過失の有無が、考慮されなければならない。つまり、過失の程度と因果関係の蓋然性の総量が、被告の免責を不当と感じさせるほどに大きくなる場合にはじめて、損害の分配が要請されるのである¹⁴¹⁾。

ただ、以上のような考えは、「行為態様」と「因果関係の可能性」にもとづいて責任の有無と程度を決定するという、上述のヴィルブルクの主張を、ほぼそのまま繰り返したものにすぎない。そこで問題となるのが、因果関係の不存在が明らかでないにもかかわらず、なぜ被害者が損害の一部を負担しなければならないのかである。

彼は、この問題とかがわって、ツェレ上級地方裁判所のある判決¹⁴²⁾に注目する。これは、複数の者による投石行為において、原告に命中した石

139) Franz Bydlinski, Haftung bei alternativer Kausalität, JBl 1959, S. 1, 13; ders., Mittäterchaft im Schadensrecht, AcP 158 (1960), S. 410, 426 f.; ders., a. a. O. (Fn. 110), S. 31; ders., Haftungsgrund und Zufall als alternative mögliche Schadensursachen, in: Festschrift für Frotz, 1993, S. 3, 4.

140) Franz Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, 1964.

141) Bydlinski, a. a. O. (Fn. 140), S. 89 f.

142) OLG Celle, NJW 1950, 951. なお、これについては、MünchKomm/Wagner, BGB § 830, 5. Aufl., 2009, Rn. 41 m. w. N. も参照。

が原告自身が投げたものである可能性が否定できないというケースである。このケースで、裁判所は、民法830条1項2文に加え、民法254条を適用することにより、被告らに対して割合的責任を課している¹⁴³⁾。そこで、ビドリンスキーは、この判決の考えをさらに広げ、競合原因のひとつが「偶然」である場合においても、同様の解決を導くことを提案する。「偶然」は、被害者の危険領域に属する。したがって、択一的行為者の内部関係において損害分配がおこなわれるのと同じように、ここでも、行為者と被害者とのあいだで損害分配がおこなわれるべきだといっているのである¹⁴⁴⁾。

また、同様の見解は、ヴィルブルクのもうひとりの門弟である、ヘルムート・コツイオール (*Helmut Koziol*) によっても主張されている。彼は、1973年に出版された責任法の体系書のなかで、次のように述べている。

択一的競合に関するオーストリア民法1302条 ドイツ民法830条1項2文に相当¹⁴⁵⁾ は、行為に「具体的な危険性 (*konkrete Gefährlichkeit*)」があるかぎり、行為者は、因果関係が証明されていなくても責任を負うという

143) なお、ツエレ上級地方裁判所のケースのように、被害者に協働過失がある場合にかぎって割合的責任を支持するものとして、*Wiebke Buxbaum*, *Solidarische Schadenshaftung bei ungeklärter Verursachung im deutschen, französischen und anglo-amerikanischen Recht*, 1965, S. 124 f.; *Thomas Weckerle*, *Die deliktische Verantwortlichekeit mehrerer*, 1974, S. 146 ff. これに対し、過失のある被害者が証明負担を軽減されるのは問題であるとの理由から、こうした割合的責任に反対するものとして、*Spickhoff*, a. a. O. (Fn. 60), S. 78, 87; *Heinz-Dieter Assmann*, *Multikausale Schäden im deutschen Haftungsrecht*, in: *Attila Fenyves/ Hans-Leo Weyers* (Hrsg.), *Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten*, 1988, S. 99, 131.

144) *Bydlinski*, a. a. O. (Fn. 110), S. 33; *ders.*, a. a. O. (Fn. 140), S. 87; *ders.*, *Literatur* (Buxbaum, *Solidarische Schadenshaftung* (Fn. 143)), *AcP* 167 (1967), S. 437, 442; *ders.*, *Haftungsgrund und Zufall* (Fn. 139), S. 6. なお、これは、オーストリアの判例の立場でもある。OGH, *JBl* 1990, 524; OGH, *JBl* 1996, 181 (ただし、前者の判決は、医師が適切な処置をおこなっていたら損害が軽減されていたというケースを扱うものであり、厳密には「偶然との択一的競合」とは局面が異なる)

145) なお、オーストリア民法1302条2文は、本来的には、寄与度不明を規律するものである。これに対し、択一的行為者の連帯責任は、同条の類推適用によって導かれるとされている。*Kurzkommentar/Karner*, *ABGB* § 1302, 2005, Rn. 4 を参照。

考えにもとづいている。ところで、この考えは、競合原因の一方が被害者の危険領域に属している場合にも妥当すると考えるべきである。たとえば、AとBが銃を発射し、そのいずれかが損害を引き起こしたとしよう。このとき、Aは、Bの行為が違法かつ有責なものである場合には、全損害についての責任を負う。これに対し、Bが精神疾患にかかっているため賠償義務を負わない場合において、Aがまったく責任を負わないというのは理解できないことである。また、不適切な行為をおこなった者が、因果関係がはっきりしないことによる負担をすべて被害者に押しつけることができるとしたら、それは、抑止や制裁の思想にも反することとなる。したがって、行為者の行為と「被害者の負担に帰すべき事実」のいずれか一方によって損害が引き起こされた場合には、オーストリア民法1302条および同法1304条　ドイツ民法254条に相当　によって、割合的責任を肯定するのが妥当である¹⁴⁶⁾。

(3) 適用領域の限定

ところで、以上であげたビドリンスキーとコツィオールの見解に対しては、これを支持するものもあるが¹⁴⁷⁾、批判するものも多い。たとえば、ルドルフ・ヴェルザー（*Rudolf Welser*）は、ビドリンスキーを次のように批判している。

146) *Helmut Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 1. Aufl., 1973, S. 50 f.

147) *Peter Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979, S. 119 ff.; *ders.*, a. a. O. (Fn. 100), S. 21 f.; *Assmann*, a. a. O. (Fn. 143), S. 131; *Larenz/Canaris*, a. a. O. (Fn. 110), § 82 II 3. c); *Tobias Müller*, Wahrscheinlichkeitshaftung von Alternativtättern, 2001, S. 129 f.; *Thomas Schobel*, Hypothetische Verursachung, Aliud-Verbesserung und Schadensteilung, JBl 2002, S. 771, 777 f.; *Olaf Riss*, Hypothetische Kausalität, objektive Berechnung bloßer Vermögensschäden und Ersatz verlorener Prozesschancen, JBl 2004, S. 423, 431 f.; *Rüdiger Wilhelmi*, Risikoschutz durch Privatrecht, 2009, S. 309 f.

なお、請負契約における積極的債権侵害のケースではあるが、BGH, NJW 2001, 2538 は、地下室への漏水の原因として、請負人の過失（水道管の敷設のためにあけた穴を閉じわすれたこと）のほか、他の事情も考えられるという事案において、「民法830条1項2文の法思想」により責任を肯定するとともに、民法254条により割合的減責をおこなっている。もっとも、この判決がビドリンスキーらの見解をとったものかどうかは、判決文からは定かではない。なお、同判決については、*Tobias Müller*, Beteiligungshaftung bei Konkurrenz mit einer Zufallsursache, JuS 2002, S. 432, 433 f. を参照。

この見解をつらぬくと、民法823条1項は、次のように書き換えられることとなる。「故意または過失によって他人の権利を違法に危殆化した者は、生じた侵害結果につき、因果関係の蓋然性に応じた責任を負う」。つまり、違法かつ有責な行為をおこなった者は、損害を引き起こした可能性があるかぎり、つねに部分的にはあれ責任を負うことになってしまう。しかし、このような責任ルールの変更は、民法254条によっても、一応の推定による責任 (*prima facie* Haftung) によっても、導くことはできない。まず、民法254条は、加害者と被害者がともに、侵害結果に対して一定の関与をしていることを前提とする。したがって、択一的競合のケースに同条を適用することはできない。つぎに、一応の推定による責任は、因果関係に関して相当程度の蓋然性がある場合にかぎって、認められるものである。したがって、「単なる可能性」があるにすぎない択一的競合のケースにおいて、このような責任を認めることはできないと言わなければならない¹⁴⁸⁾。

以上のようなヴェルザーの批判に対し、コツィオールは、次のように反論している。「因果関係の可能性」にもとづく責任は、証明困難が生じればいつでも肯定されるというものではない。それは、択一的に競合する2つの原因がともに「具体的な危険性」をもつ場合にかぎって、肯定される。したがって、行為の「危険性」が小さい場合には、行為者と被害者とのあいだで損害を分配することはできないことになる¹⁴⁹⁾。

148) Rudolf Welsler, Zur solidarischen Schadenshaftung bei ungeklärter Verursachung im deutschen Recht, ZfRV 1968, S. 38, 42. ビドリンスキーとコツィオールの見解に批判的なものとしては、ほかに、Ernst A. Kramer, Multikausale Schäden, in: Attila Fenyves/ Hans-Leo Weyers (Hrsg.), Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten, 1988, S. 55, 89; Thomas Mehring, Beteiligung und Rechtswidrigkeit bei § 830 I 2 BGB, 2003, S. 101 ff.; Spickhoff, a. a. O. (Fn. 60), S. 76 ff., 87; Andreas Kletečka, Alternative Verursachungskonkurrenz mit dem Zufall – Die Wahrscheinlichkeit als Haftungsgrund?, JBl 2009, S. 137, 141 ff.

149) Koziol, Haftpflichtrecht (Fn. 120), Rn. 3/38; ders., Grundfragen (Fn. 120), Rn. 5/90. なお、「危険性」が因果関係を補完するという考えは、すでにビドリンスキーによっても主張されている。Ders., a. a. O. (Fn. 140), S. 74 ff.

3. 危険増大論による割合的解決

つづいて、危険増大論に移ることにしよう。

「危険増大（Gefahrerhöhung）論」とは、加害行為と侵害結果との因果関係が証明されない場合において、加害行為が法益を危殆化したことに着目し、責任を肯定するという考え方である¹⁵⁰⁾。そこでまずは、提唱者であるエルヴィン・ドイチュ（*Erwin Deutsch*）の見解をみでみることにしよう。

(1) ドイチュの見解

ドイチュは、不法行為のなかでも、社会生活上の義務（民法823条1項）や保護法規（民法823条2項）の違反を念頭におき、そこで問題となる因果関係がしばしば証明困難におちいることを指摘する。たとえば、トラック運転手が法令に違反し、自転車のすぐ横を通過しようとしたところ、自転車がよろめいたため、これを轢いてしまったとしよう。この場合、トラック運転手が法令を遵守し、十分な間隔をとっていたとしたら、こうした事故は防げたかどうかが問題となる¹⁵¹⁾。ここでは、侵害の対象が、法益からこれを保護するために設定された行為規範へと前倒しされている。したがって、ドイチュによると、この因果関係 違法性連関 は、責任充足の領域に属することとなる。

ところで、違法性連関に関しては、これまでも、表見証明など、原告の証明負担を軽減するための措置が講じられてきた。しかし、ドイチュによると、事案の解決法としてもっとも正義にかなっているのは、危険の程度に応じた損害分配であるという。そこで、彼は、次のようなルールを提

150) 本稿では、「危険増大論」に関するものとして、以下、ドイチュ、シュピックホフ、シュトルの三者の見解を取り上げる。ただ、このうち、自説を「危険増大論」と称しているのは、実はドイチュのみである。したがって、シュピックホフやシュトルの見解を危険増大論とよぶことには異論の余地もあるだろう。いずれにしても、本稿では、本文で定義したかぎりでの共通性が認められることから、この三者を一括して取り上げていることをあらかじめお断りしておく。

151) BGHSt 11, 1. 本件では、被害者が事故当時、酒に酔って蛇行運転をしていたため、こうした関係があるのかが問題となった。

案する。「行為規範の違反によって損害発生危険が増大した場合、違反者は、増大した危険の程度に応じた賠償義務を負うべきである」。

もっとも、このルールを適用するためには、危険の増大の程度が明らかでなければならない。そこで、これが明らかでない場合に関しては、次のようなルールが提案されている。「損害が、違反した規範が防止しようとしていたものであり、それがいずれにしても発生したということが明らかでないかぎり、違反者は責任を負うべきである」。つまり、ここでは、危険の増大それ自体を根拠として証明責任の転換をおこなうことが、主張されているのである¹⁵²⁾。

(2) シュピックホフの見解

つづいて、ドイツと同様、危険の程度に応じた責任を主張するものとして、アンドレアス・シュピックホフ (*Andreas Spickhoff*) の見解がある。

彼はまず、民法823条1項において責任設定と責任充足とを区別することに疑問を呈し、むしろ義務違反と「結果」との因果関係を問うべきであると主張する¹⁵³⁾。そして、そのような因果関係においては証明度の軽減がもとめられるが¹⁵⁴⁾、損害回避の可能性が信頼できるデータによって示されている場合には、むしろ割合的解決をおこなうのが妥当であるとする。したがって、彼によれば、損害回避の可能性がたとえ10%でも、それが信頼できるものであるかぎり、1割の責任を課すことになる¹⁵⁵⁾。

152) *Erwin Deutsch*, Gefahr, Gefährdung, Gefahrerhöhung, in: Festschrift für Larenz, 1973, S. 885, 899 ff.; *ders.*, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Gefahrerhöhung und Sorgfaltsausgleichung bei der Arzthaftung, in: Festschrift für von Caemmerer, 1978, S. 329, 335; *ders.*, Neuere internationale Entwicklungen des Arztrechts und der Arzthaftung, *VersR* 1982, S. 713, 716; *ders.*, a. a. O. (Fn. 11), Rn. 322 ff.

153) *Spickhoff*, a. a. O. (Fn. 60), S. 82. シュピックホフは、これが民法823条1項における責任設定の因果関係であるとしている。したがって、この点は、ドイツと捉え方が異なる。

154) シュピックホフは、「重大な治療過誤」のため証明責任が転換される場合も含め、優越的蓋然性(民事訴訟法287条)が妥当するとしている。*Spickhoff*, a. a. O. (Fn. 60), S. 82 ff., 87.

155) 実際、シュピックホフは、専門家の鑑定により、医師が義務を遵守していたとしても90%の確率で患者の病状に変化はなかったとされた *BGH*, *VersR* 2004, 909 = *NJW* 2004,

このように、シュピックホフは、データの信頼性という観点から、証明責任による解決と割合的解決との棲み分けを明確化しようとする。その点で、彼の見解は、ドイツの考えを徹底したものである¹⁵⁶⁾。

(3) シュトルの見解

さて、以上の見解は、義務違反による法益の危殆化を責任要件の中核にすえることによって、公平判断 証明度の軽減、証明責任の転換、危殆化の程度に応じた責任 の領域を広げようとするものであった。これに対し、同じように義務違反を重視しながらも、こうした傾向に一定の歯止めをかけようとするものがある。シュトルの見解がそれである。

彼はまず、責任要件の基本構成として、義務違反から法益侵害までを責任設定とし、法益侵害から損害発生までを責任充足とする。そして、それぞれにおいて、次のような判断をおこなう。

(a) 責任設定の因果関係

まず、責任設定の因果関係では、その法益侵害が、規範 社会生活上の義務、保護法規 が防止すべき危険のあらわれといえるのかが問題となる¹⁵⁷⁾。また、この因果関係 違法性連関 は、規範の目的によっては推定されることがある¹⁵⁸⁾。たとえば、規範が、身体に対する保護に加え、証明困難の回避をも目的としている場合がある¹⁵⁹⁾。この場合、違

2011 について、むしろ 1 割の責任を課すべきであったと主張している。Spickhoff, a. a. O. (Fn. 60), S. 85. なお、この判決については、Andreas Spickhoff, Grober Behandlungsfehler und Beweislastumkehr, NJW 2004, S. 2345 も参照。

156) ただし、割合的解決が妥当しない場合の取扱いに関しては、ドイツが一律に証明責任の転換を主張するのに対し、シュピックホフは、あくまでこれを重過失の場合に限定する。

157) Hans Stoll, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968, S. 14 ff. なお、同論文の紹介として、前田達明「付録 Hans Stoll 著『不法行為法における因果関係と規範目的』(紹介)」同『判例不法行為法』(青林書院新社、1978年)40頁(初出：法学論叢 86巻4号・5号(1970年))。

158) Stoll, a. a. O. (Fn. 157), S. 23 f. なお、シュトルは、ドイツのように危険の増大のみを根拠として一律に証明責任の転換をおこなうことに対して、疑問を呈している。Hans Stoll, Haftungsverlagerung durch beweismittelrechtliche Mittel, AcP 176 (1976), S. 145, 176 f.

159) たとえば、雇主の安全配慮義務(民法618条)に関するものであるが、地方

法性連関の証明責任は、被告側に転換される。したがって、シュトルによると、証明責任の転換が起こるかどうかは、過失の重大さではなく、規範の目的にかかっていることになる¹⁶⁰⁾。

また、これとは別に、医療過誤の分野では、法益の危殆化のみで帰責を肯定することが要請される場合がある。これは、前章でふれたように次の命題によって具体化される。「患者に差し迫った危険が大きければ大きいほど、そしてそれが、基本的な処置によって容易に克服できればできるほど、ごくわずかな可能性の喪失であっても、医師の過誤に対する特別なサンクションが要請される」¹⁶¹⁾。

(b) 責任充足の因果関係

つづいて、帰責が肯定されたあとには、損害の算定がおこなわれる。これは、体系的には、責任充足の因果関係にかかわる問題である¹⁶²⁾。ここでは、次の2点において、割合的判断がおこなわれる。

まず第一は、将来の利益獲得の可能性に応じた損害の算定である¹⁶³⁾。これは、被害者がその可能性を追求していたかどうかや、その可能性の追求が通常の生活形態の枠内にあるのかどうかを考慮しておこなわれる。したがって、たとえば、建設作業員が事故で負傷したため、仕事を休んでいたところ、代わりの作業員が現場で財宝を掘りあてたという場合、休職中の作業員は、財宝獲得の可能性を損害として主張することはできない¹⁶⁴⁾。

つぎに第二は、仮定的原因の考慮である。これは、法益の危殆化をもつ

自治体が、雇用する医師に対し、結核患者の診療のため十分な施設環境をととのえなかったという場合、自治体は、医師が結核に感染することのほか、感染した場合には医師がいつどこで感染したのかについて著しい証明困難に陥ることに配慮しなければならない。

Hans Stoll, Die Beweislastverteilung bei positive Vertragsverletzungen, in: Festschrift für von Hippel, 1967, S. 517, 550 f.

160) Stoll, a. a. O. (Fn. 159), S. 558 f.

161) 前章 2.2-1.(3) を参照。

162) Stoll, a. a. O. (Fn. 157), S. 33.

163) Stoll, Haftungsfolgen (Fn. 35), S. 41 f.; ders., a. a. O. (Fn. 159), S. 559.

164) Stoll, a. a. O. (Fn. 157), S. 41 f.

て帰責を肯定した場合にとくに問題となる。ドイツの判例・通説は、仮定的原因が同様の損害を確実に引き起こしていたとされる場合にのみ、これを考慮する¹⁶⁵⁾。しかし、一般生活上の危険から解放される可能性をひとつの利益とみるならば、仮定的原因が同様の結果をもたらした可能性がある場合においても、これを考慮することがもとめられる¹⁶⁶⁾。ただし、ここでも、すべての仮定的原因が考慮の対象となるわけではない。たとえば、火災で燃えている農場から家畜が盗まれたという場合、火災による家畜の死亡可能性を考慮して減責をおこなうのは妥当ではない。窃盗犯は、家畜の価値を侵害したのであって、家畜の救命可能性を侵害したわけではないからである。このように、被害者の危険領域に属するものでも、「外的危険」とされるものは、考慮の対象とすべきではない。これに対し、被害物の性質や被害者の素因のように、侵害された法益に内在する危険は、考慮の対象とすべきである¹⁶⁷⁾。

4. 考 察

さて、では以上の内容をふまえ、割合的責任論の正統性を検証する作業

165) *Hubert Niederländer*, Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen, AcP 153 (1954), S. 41, 59 ff.; *Horst Neumann-Duesberg*, Einzelprobleme der überholenden Kausalität, JZ 1955, S. 263; *Ernst von Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, 1962, S. 19 ff.; RGZ 169, 117; BGH, JZ 1959, 773; BGH, VersR 1966, 737 を参照。

166) *Stoll*, a. a. O. (Fn. 157), S. 42; ders., „The Wagon Mound“ – eine neue Grundsatzentscheidung zum Kausalproblem im englischen Recht, Festschrift für Dölle, 1963, S. 371, 398 f.; ders., Heilungschancen (Fn. 35), S. 447 f.

167) *Stoll*, a. a. O. (Fn. 157), S. 42 f. なお、これに対し、ピトリンスキーは、シュトルが「外的危険」とよぶ仮定的原因が確実に同じ結果を引き起こしていたとされる場合 たとえば、雌牛が事故で死亡していなくてものちに家畜小屋の火災で死亡していたというケースや、被害者が第一事故で死亡していなくても第二事故で死亡していたというケース につき、これを考慮のうえ損害分配をおこなうのが妥当であるとする。これは、被侵害法益に内在する危険がもっぱら被害者の領域に属するものであり、したがって、被害者が全面的に負担すべきものであるのに対し、上述の危険は、いずれの当事者にも属さない「偶然（Zufall）」であるとの考えによって正当化されている。*Bydlinski*, a. a. O. (Fn. 140), S. 100 ff.

へと移ることにしよう。なお、考察は、動的システム論、危険増大論の順におこなうこととする。

4-1. 動的システム論の妥当性

まず、ビドリンスキーとコツィオールが提唱する動的システム論に関しては、次の2点が検討課題となる。第一に、「偶然」を択一的原因のひとつとし、これに起因する損害の負担を協働過失によって基礎づけようとする点、第二に、そうした枠組みにおいて「危険性」を衡量ファクターとする点である。そこでまずは、第二の点から検討することにしよう。

(1) 「危険性」の衡量の当否

因果関係の証明が困難な場合において、オールオアナッシングによる硬直した解決を避け、割合的解決をおこなうべきとする見解は、証明論のレベルでは、これまでもしばしば主張されてきた¹⁶⁸⁾。これに対し、動的システム論は、そうした議論とは一線を画し、あくまで行為の「危険性」

「具体的な危険性」によってそうした解決を正当化しようとするところに特徴がある。

ところで、ここでの「危険性」がどのようなものかについては、ひとつ注意が必要である。たとえば、コツィオールは、この「危険性」を、損害惹起に対する「相当性 (Adäquatät)」, ないし「適性 (Eignung)」と言いかえている¹⁶⁹⁾。したがって、これは、危険増大論の論者が問題にする「危険」性とは根本的に異なったものということになる。危険増大論は、義務

168) Alois Zeiler, Die vermittelnde Entscheidung, RheinZ 1919, S. 177 ff.; ders., Die richterliche Überzeugung, DRiZ 1929, S. 133, 136; Carl Leo, Wahrscheinlichkeit und Rechtsfindung, HansRZ 1923, S.41, 44; Albert Ehrenzweig, Die „freie Überzeugung“ des Richters, JW 1929, S. 85, 88; Eduard Bötticher, Die Gleichheit vor dem Richter, 1954, S. 18; Gerhard Kegel, Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit, in: Festschrift für Kronstein, 1967, S. 321, 337 f.; Bernhard M. Maassen, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, 1975, S. 165 ff. なお、こうした解決に反対するものとして、Christian Katzenmeier, Beweismaßreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung, ZJP 117 (2004), S. 187, 210 f.

169) Koziol, Haftpflichtrecht (Fn. 120), Rn. 3/38; ders., Grundfragen (Fn. 120), Rn. 5/90.

違反と損害との因果関係がはっきりしない場合において、「危険の増大」を観念する。つまりここでは、発生した具体的な結果との関係が強く意識されている。これに対し、動的システム論のいう「危険性」は、あくまで損害惹起に対する一般的な傾向を問題にするにとどまっているのである¹⁷⁰⁾。

そこで次に問題となるのが、そのような意味における「危険性」が、因果関係を補完する衡量ファクターとなるのかどうかである。この点を明らかにするためには、このような意味における「危険性」が、不法行為法理論のどの部分において問題になるのかを明らかにする必要がある。これに関しては、次の3つの可能性を考えることができる。

まず第一は、損害結果の帰責を正当化するための尺度としての「危険性」「相当性」である。ただ、結論からいえば、このような意味での「危険性」が、「責任要素」として因果関係と並列の関係に立つと考えることはむずかしい。なぜなら、それは、因果関係が確証されていることを前提とするからである。したがって、こうした思考順序をふまえるならば、「危険性」が因果関係を補完するという衡量のあり方は、ここでは成り立たないことになる¹⁷¹⁾。

つぎに第二は、択一的行為者の連帯責任（ドイツ民法830条1項2文・オーストリア民法1302条類推適用）において問題となる「危険性」である。オーストリアの通説によると、択一的行為者が連帯責任を負うためには、各行為者の行為が「具体的に危険な」ものでなければならない¹⁷²⁾。しかし、このような意味での「危険性」も、因果関係の存否不明

170) たとえば、ビドリンスキーは、可能的加害者の責任のほか、仮定的原因の設定者の責任をも「危険性」によって基礎づけようとするが（*Ders., a. a. O. (Fn. 140), S. 74*）、後者が損害を引き起こしていないことははっきりしている。ここで「危険性」が発生した損害との関係を問題にしないことは、このことから明らかである。

171) この点について補足しておく、特定の行為にそなわっている損害惹起への一般的傾向が、因果関係の認定に際して一定の役割をはたす場合があることは否定できない。しかし、これは、そうした傾向が証拠として作用した結果そうなったにすぎないのであって、実体法レベルで「複数の要素の協働作用」が生じているわけではない。

172) *Kurzkommentar/Karner, ABGB § 1302, 2005, Rn. 4.*

を補完するものとはいえないだろう。なぜなら、ここでは、行為の「危険性」ではなく「択一性」が、因果関係の存否不明を補完していると考えられるからである¹⁷³⁾。したがって、ここで要求される「危険性」は、そうした決定のうえに規範的な観点から設定された付加的要件として位置づけるのが妥当である。

最後に第三は、「帰責要素」としての「危険性」である¹⁷⁴⁾。ただ、この意味における「危険性」が因果関係の存否不明を補完するものでないことは言うまでもないだろう。ここでは、無過失責任をどのように基礎づけるべきかが問題となっている。つまり、過失と「危険性」とのあいだで衡量がおこなわれているのである¹⁷⁵⁾。

こうしてみると、「危険性」と因果関係を「責任要素」として相互補完的な関係に立たせるのは、むずかしいと言わざるをえないだろう。

173) 民法830条1項2文においては、「関与者」のなかに原因者がいるが、それが誰なのかははっきりしないこと　つまり、被害者に賠償請求権があることはたしかであることが要件となっている(前掲注138)。したがって、これを前提とするかぎり、因果関係の存否不明を補完しているのが行為の択一性であることは、まちがいないだろう。

なお、これに対し、カナーリスは、同規定の趣旨について次のように述べている。「関与者の行為が原因である可能性があり、しかもそれが具体的な損害傾向をもったものである場合、ほかに原因が考えられるというだけで責任を否定するのは、彼に不当な利益を与えることを意味するだろう」(Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 110), § 82 II 3. b.)。これが動的システム論の論者と同様の考えに立ったものであることは、言うまでもない。しかし、すくなくともドイツでは、こうした理解は一般的ではないのである。

174) Koziol, Grundfragen (Fn. 120), Rn. 6/139 ff.

175) コツィオールによると、「危険性」の程度は、まず、過失責任のもとで注意義務の確定において意味をもつ。また、「危険性」の程度が危険責任を基礎づけるほどに大きくない場合には、過失の証明責任が転換された責任が妥当することがある。さらに、「異常な危険性」ないし「高度の危険性」がある場合には、過失を要件としない厳格な責任が妥当する。ヘルムート・コツィオール(山本周平訳)「ヨーロッパにおける損害賠償法の改革(1)」民商法雑誌143巻4=5号(2011年)1頁,19頁。一方、危険責任においては、「危険性」が大きくなればなるほど免責事由がなくなっていく、責任がますます厳格なものになっていくとされている。Koziol, Grundfragen (Fn. 120), Rn. 6/141。このように、コツィオールにおいては、「帰責要素」としての「危険性」を軸に、過失責任と危険責任とが連続性をもったものとして捉えられている。したがって、ここでは、「危険性」が過失を補完する「要素」として位置づけられているとみることができる。

（２）協働過失との重畳適用の当否

つづいて、協働過失 ドイツ民法254条・オーストリア民法1304条との重畳適用について、検討することにしよう。

すでに述べたように、動的システム論の論者は、因果関係の存否不明における被害者による損害の一部負担を、協働過失によって導こうとする。ここでは、２つの操作がおこなわれている。ひとつは、被害者を択一的行為者のひとりとして位置づけること、もうひとつは、被害者の損害負担を基礎づける原理として、所有者危険負担の原則（*casum sentit dominus*）を適用することである¹⁷⁶⁾。

このうち、第一の点に関しては、学説上種々の議論があるものの¹⁷⁷⁾、理論的には大きな問題とはならないと思われる。なぜなら、すくなくとも民法254条における損害負担の原理を他者への加害（*Fremdschädigung*）の場合と同様に考えるかぎり、理論的にはそうした構成も十分に考えられるからである。したがって、むしろ問題となるのは、第二の点である。

協働過失における被害者の損害負担を、他者への加害とは別の原理によって説明する見解は、一部で有力に主張されている。それによると、被害者は、その人的領域に属するすべての事情に関して、負担を引き受けなければならない。このような考え方を、一般に「領域理論（*Sphärentheorie*）」という¹⁷⁸⁾。また、同様の結果は、被害者側において他者への加害を維持する立場からも、導くことができる。たとえば、危険責任に関する列举主義（*Enumerationsprinzip*）を被害者側において放棄するならば、被

176) *Koziol, Grundfragen* (Fn. 120), Rn. 5/91.

177) これについては、前掲注143を参照。

178) *Wilburg, a. a. O.* (Fn. 134), S. 40, 58; *Eike von Hippel, Haftung für Schockschäden Dritter*, NJW 1965, S. 1893 f. なお、スイス債務法44条1項は、領域理論を採用しているといわれている。*Hans Stoll, Die Reduktionsklausel im Schuldrecht aus rechtsvergleichender Sicht*, *RabelsZ* 34 (1970), S. 502 を参照。これに対し、ドイツでは、加害者と被害者との責任原理を平行に捉える立場 同等取扱い原則（*Gleichbehandlungsprinzip*）が、支配的である。*Dirk Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*, 1999, S. 118 f. を参照。

害者による自己危殆化を広く損害負担の対象とすることができる(179)。

ただ、こうした発想がかりに妥当するとしても、動的システム論との関係では、次の点に疑問がのこる。

すでに繰り返し述べてきたように、ビドリンスキーとコツィオールは、因果関係の存否不明を「偶然との択一的競合」として捉える。つまり、ここでは、行為者の行為に対置される択一的原因として、それ以外のすべての事情「偶然」が考慮されている。そして、これを受けとめるための制度的受け皿として、協働過失が援用されているのである。しかしはたして、協働過失は、このような事情を広く受けとめることができるのだろうか。たとえば、領域理論の提唱者でもあるヴィルブルクは、「領域」概念を、「人に生起するすべての偶然」と、きわめて広く定義する。ただ、これに対しては、そこで彼が念頭においているのが、「身体の故障」や「転倒」など、被害者の支配領域内で生じた危険であるということを忘れてはならない¹⁸⁰⁾。また、被害者側において危険責任の一般条項を導入する一部の見解も、「偶然」ではなく、あくまで被害者によって作り出された「特別の危険」のみを考慮していることに注意が必要である¹⁸¹⁾。

したがって、こうした民法254条に関する解釈論の展開をふまえるならば、ビドリンスキーとコツィオールが提唱する枠組みは、因果関係の証明困難に広く対応できるものとは言えなくなるのである¹⁸²⁾。

179) *Deutsch*, a. a. O. (Fn. 11), Rn. 581; *Reihe Alternativkommentare/Rüßmann*, BGB § 254, 1980, Rn. 7; *Ulrich Weidner*, Die Mitverursachung als Entlastung des Haftpflichtigen, 1970, S. 33 ff. なお、こうした減責要件の緩和ないし拡張の動きについて、くわしくは、橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程(2)」法学論叢137巻4号(1995年)1頁, 24-30頁を参照。

180) *Wilburg*, a. a. O. (Fn. 134), S. 40.

181) たとえば, *Deutsch*, a. a. O. (Fn. 11), Rn. 581.

182) この点について補足しておく、協働過失法理を加害行為以外のすべての事情「偶然」について被害者に負担を課す制度と捉えることは、結局は同法理の存在を否定することにつながる。なぜなら、加害者に帰責されるべき損害相当因果関係がおよぶ損害以外の損害は被害者が負担すべきだというのは、同法理を持ち出さずとも当然に導かれる帰結だからである。したがって、かりに同法理を所有者危険負担の原則によって基礎づけるとしても、そこではこうした当然の帰結を超える独自の損害負担原理相当

(3) 小 括

以上のように、動的システム論が提示する枠組み「偶然との択一的競合」には、いくつかの点で問題がある。したがって、割合的責任論の正統性を検証するにあたって、この理論をその手がかりとすることはできないと言わざるをえない。

4-2. 危険増大論の妥当性

(1) 危険増大論の基本的特徴

では、危険増大論はどうだろうか。そこで、検討に入るまえに、まずは、この理論のもつ基本的特徴をおさえておくことにしよう。これまでの叙述をふまえるならば、危険増大論は、次の2つの特徴をもった理論であるといえることができる。

まず第一に、この理論は、義務違反が法益を危殆化したことに着目し、これをもって帰責を肯定する。つまりここでは、もっぱら義務違反を起点とする因果関係「違法性連関」が問題となっている。これは、行為それ自体を起点とする因果関係をも適用射程に含める動的システム論¹⁸³⁾とは対照的である。

第二に、この理論が問題とする法益の危殆化は、裏を返せば、法益を侵

因果関係がおよぶ損害の一部につき加害者への転嫁を阻止するための原理が示されなければならないだろう（この点において、わが国における橋本佳幸教授の試みが注目に値する。同「過失相殺法理の構造と射程（4）」法学論叢137巻6号（1995年）1頁、36-38頁）。このように、因果関係の存否不明を理由とする割合的解決を民法830条1項2文と民法254条の重畳適用によって導くことには、理論的に無理があると言わざるをえないのである。

183) コツィオールは、ここに「機会の喪失」論に対する動的システム論の優位性を認める。
Helmut Koziol, Schadenersatz für den Verlust einer Chance?, in: *Festschrift für Stoll*, 2001, S. 233, 247 ff.; *ders., Schadenersatz für verlorene Chancen?*, ZBJV 137 (2001), S. 889, 908 ff.; *ders., „10. Loss of Chance“ „29. Comparative Report“*, in: *Benedict Winiger/Helmut Koziol/Bernhard A. Koch/Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), *Digest of European Tort Law vol. 1: Essential Cases on Natural Causation*, 2007, Rn. 7 f.; *ders., Grundfragen* (Fn. 120), Rn. 5/97. なお、ピドリンスキーの見解を採用したとされる OGH, JBl 1996, 181 は、原告に生じた奇形が、出生以前から存在していたものか、分娩時に医師によって引き起こされたものかがはっきりしないというケースである。

害されない可能性の喪失を意味する。したがって、危険増大論と「機会の喪失」論とは、そのかぎりにおいて共通した一面をもつ。しかし、その一方で、両者のあいだには次のような相違がある。「機会の喪失」論は、可能性の喪失それ自体を 損害ないし 法益侵害と捉えるため、理論的には、死亡や負傷といった結果が発生していなくても責任を肯定する方向に道を開きかねない。これに対し、危険増大論は、あくまで義務違反と結果との因果関係が明らかでない場合を問題とする。したがって、この理論においては、結果が発生していることが大前提となる。

さて、そこで、以上の特徴をもった危険増大論が、割合的責任を基礎づける理論として妥当かどうか問題となる。これは、上記の2つの特徴をそれぞれどう評価するのかという問題として、捉えることができる。以下、第一の点(下記(2)・(3))、第二の点(下記(4))の順にみていくことにしよう。

(2) 違法性連関の存否不明への適用範囲の限定

まず、この理論が違法性連関の存否不明のみを問題とする点については、次のように考えることができる。

すでに述べたように、因果関係の証明が困難な場合において、オールオアナッシングによる解決を避け、割合的解決をおこなうべきとする見解は、証明論のレベルでは、これまでもしばしば主張されてきた¹⁸⁴⁾。しかし、こうした主張は、今日にいたるまで多くの支持を集めているとはいいがたい。これは、そのような主張が証明責任による事案処理に真っ向から対立するものであることに原因があると考えられる。したがって、これを克服するためには、割合的解決のなかに、証拠法上の要請を超えた、実体法独自の正当性を見出すことがもとめられる。

ところで、動的システム論が、因果関係の存否不明を「偶然との択一的競合」と構成するのも、まさにそのような意図によるものということがで

184) 前掲注168。

きる¹⁸⁵⁾。ただ、すでにみたように、これに対しては、ヴェルザーが有力な批判を展開している。したがって、ここでは、なぜそうした実体法上の法律構成にもかかわらず、批判を受けてしまうのが問題となる。これに関しては、ひとつには、この理論が前提とする民法830条1項2文や民法254条の理解に原因があると考えることができる。しかし、より根本的には、次のように言うことができるだろう。

動的システム論がさまざまな説明を駆使して割合的解決をおこなおうとしているのは、因果関係の存否が明らかでないケースの全般にわたる。そしてこのうち、いわゆる「事實的」因果関係　行為それ自体が結果を引き起こしたという関係　の存否不明は、問題の性質上、もっぱら証明責任の原則によって対応すべき事柄に属する。したがって、こうしたケースを念頭におくと、動的システム論は、本来的には証拠法が規律すべき問題領域に実体法による説明を持ち込み、証明責任の原則とは異なった解決法を提示するものということになる。しかしこれは、割合的解決のなかに、証拠法上の要請を超えた、実体法独自の正当性を見出すということの意味するものではない。

では、危険増大論が問題とする局面はどうだろうか。ここでは、行為者が義務を遵守していれば、損害は発生しなかったかどうかの問題となる。ところで、この問題を考えるにあたっては、次の2点に留意する必要があるだろう。

まず、たとえば医療過誤のように、すでに侵害の過程にある被害者に対して、結果の回避に向けた一定の措置をおこなう義務が課される場面では、多くの場合、義務の遵守によって結果が回避されたかどうかははっきりしない¹⁸⁶⁾。このように、義務違反を起点とする因果関係は、行為者に課さ

185) この点を強調するものとして、たとえば、*Helmut Koziol, Literatur (Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung (Fn. 147)), AcP 180 (1980), S. 415, 417.*

186) あるいは逆に、結果回避の可能性が不明確であるからこそ、結果の回避に向けた一定の措置をおこなう義務が課されているとみることもできるだろう。つまり、次のように言

れる義務の内容ないし目的によっては、不明確なものとなりうる¹⁸⁷⁾。

つぎに、義務違反を起点とする因果関係は、ヤンセンのいうように¹⁸⁸⁾、過去の事実 経験的事実 の有無を問うものではなく、与えられた事実関係のもとで仮定的事実経過をたどることができるかどうか ないし、それが許されるかどうか¹⁸⁹⁾ を問うものである。したがって、ここでは、仮定的事実経過としてどのようなものを想定するのかについて、必然的に規範的判断が介入してくることとなる¹⁹⁰⁾。

このように、違法性連関においては、証明問題に解消することのできない実体法固有の考慮が不可避免的に要求される。すでに述べたように、シュピックホフは、義務違反と「結果」との因果関係において、証明度の軽減を主張する¹⁹¹⁾。これは一見すると大胆な発想にうつるが、以上の点をふまえるならば、それほど違和感もなく受け入れられるものと思われる。

(3) 割合的責任の理論的基礎

さて、そこでつぎに、このような特質をもった違法性連関の認定において、割合的解決をどのようなかたちで基礎づけるべきかが問題となる。

うことができる。法益保護のあり方は、行為規範の目的との関係において相対的に決まるが、その当の行為規範は、生じた侵害結果によって規定されるのである。こうした行為規範と被侵害法益との相互依存関係を指摘するものとして、*Karl-Heinz Matthies*, *Schiedsinstanzen im Bereich der Arzthaftung: Soll und Haben*, 1984, S. 95 f.

187) そこで、マティエスは、治療過誤の結果、患者の法益に対してポジティブな作用が生じなかった場合には、それだけで違法性連関を肯定すべきであると主張する。*Matthies*, a. a. O. (Fn. 186), S. 96 f.

188) *Jansen*, a. a. O. (Fn. 50), S. 287.

189) たとえば、シュトルが主張する「外的危険」の排除(本章3.(3)(b))は、まさにこうした規範的判断の結果であると言うことができるだろう。

190) *Helge Großerichter*, *Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung*, 2001, S. 265. なお、「事實的」因果関係の認定にあたって、一定の価値判断が介入してくることは、大いに考えられる。しかし、これは、本来的には「事実」の存否の問題であるところ、その確定が困難であるため、判断者が実体法上の価値判断によってこれを克服しようとしたものにすぎない。これに対し、違法性連関においては、概念それ自体が規範的判断を要請しているのである。

191) *Spickhoff*, a. a. O. (Fn. 60), S. 87.

これに関しては、まず、違法性連関が仮定的事実を扱うことそれ自体を根拠として、こうした解決を導くことが考えられる。違法性連関は、その性質上、仮定的事実を扱うものであるため、厳密には、あらゆる場合においてその可能性を明らかにすることしかできない。そこで、この可能性に対応した責任を肯定するのが妥当であるというわけである¹⁹²⁾。ただ、これでは、違法性連関の認定において、証明責任の原則が機能する領域が著しく制限されることとなる。そこで、これを回避するためには、割合的解決をおこなう領域を別の視点からさらに限定していくことが必要となる。この限定の論理としては、次の2つのものが考えられる。

第一は、可能性が信頼できるデータとして把握できるかどうかである。これは、すでにみたように、ドイツやシュピックホフが重視する視点である。

第二は、規範目的による判断である。これは、いうまでもなく、シュトルが重視する視点である¹⁹³⁾。

前者を重視する場合、医療行為のように可能性のデータを比較的容易に入手できる分野では¹⁹⁴⁾、割合的解決を広くおこなうことが可能になる。これに対し、後者を重視する場合には、そうしたデータの有無にかかわりなく、当該規範の目的をどのように解するのかによって、さまざまな取扱いがなされることとなる。

(4) 法益アプローチと因果関係アプローチ

つづいて、可能性の保護を実現させる手段として、「機会の喪失」論と危険増大論のいずれが妥当なのかについては、次のように考えることがで

192) Hans Jürgen Kahrs, Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht, 1969, S. 22 ff., 65, 179. なお、損害賠償における補償機能の低下を理由に、こうした考えに反対するものとして、Peter Hanau, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, 1971, S. 132.

193) 同様の見解として、Matthies, a. a. O. (Fn. 186), S. 99. マティエスは、「規範目的が責任充足の領域に反映され、その結果、賠償すべき損害の軽減が生じる」と述べている。

194) Stremitzer, a. a. O. (Fn. 78), S. 677 は、その情報源のひとつとして、アメリカ国立医学図書館 (United States National Library of Medicine) のホームページをあげている。

きるだろう。

上述のように、「機会の喪失」論は、可能性の喪失それ自体を法益侵害と捉えるため、理論的には、死亡や負傷といった結果が発生しなくても責任を肯定するという事態を招きかねない。もっとも、前章でみたように、「機会の喪失」論に好意的な論者は、この結果を避けるため、さまざまな説明を試みている。なかでも注目に値するのが、ヤンセンの説明である。彼は、生命や身体といった憲法で保障されている基本権の保護という観点から、「可能性以外に失うものがない被害者」にかぎって可能性を法益とすることを提案する¹⁹⁵⁾。ただ、こうした説明は、可能性を法益とすることを正当化するものというよりは、むしろ、端的に「可能性以外に失うものがない被害者」の保護の必要性を説いたものというべきではないだろうか。したがって、そうだとするならば、こうした目的を達するための手段としては、保護される者に一定の制限を加える必要のある「機会の喪失」論よりも¹⁹⁶⁾、むしろ危険増大論のほうが適しているということになる。なぜなら、危険増大論は、まさにヤンセンのいう「可能性以外に失うものがない被害者」を保護しようとするものにほかならないからである。

したがって、以上のように考えるならば、危険増大論は、基本権の保護との関係においても、妥当な考え方だということになる。

4-3. 考察のまとめ

さて、以上の考察をふまえ、割合的責任論の正統性について考えてみることにしよう。

(1) 危険増大論の要点

まず、本章が取り上げてきた危険増大論の要点をいま一度整理しておくこと、次のようになる。

「義務違反がなければ法益侵害はなかった」という関係、すなわち

195) 前章2.2-1.(4)を参照。

196) すでに述べたように、ヤンセンは、「危険の増加」(=可能性の減少)と「可能性の喪失」とを区別し、後者の場合にかぎって被害者を保護する。前章2.2-1.(4)を参照。

違法性連関は、その性質上、仮定的事実を扱うものであるため、「事
實的」因果関係とは異なり¹⁹⁷⁾、つねに可能性のかたちでしかその有
無を把握することができない。したがって、ここでは、一定の価値判
断を介在させながら仮定的事実経過を構成していくことがもめられ
る。ここに、証明問題には解消することのできない、実体法固有の問
題領域を観念することができる。

違法性連関のこのような特質をふまえるならば、つぎに、実体法上
の態度決定として、法益に対する危殆化の程度に応じた責任を肯定す
ることができるかどうかの問題となる。これに関しては、つぎの2つ
の考え方がありうる。ひとつは、可能性が明確に把握できるかぎり、
これに応じた責任を肯定するのが正義にかなっているとするもの、も
うひとつは、個々のケースごとに行為規範の目的との関係で責任の有
無および程度を考えるとするものである。

(2) 割合的責任論と危険増大論

ところで、前章で概観したように、ドイツでは、2006年の第66回ドイツ
法曹大会を契機として、割合的責任論を導入すべきかどうかにつき、さか
んに議論がおこなわれるようになった。これは、医師の過失と患者の損害
とのあいだの因果関係がはっきりしない場合において、割合的解決をおこ
なおうとするものであり、その点において、本章が取り上げてきた危険増
大論と問題意識を共有する。

ただ、ひとくちに割合的責任といっても、そこにはいくつかの異なった
タイプのことを考えることができる。たとえば、ヴァーグナーは、割合的
責任のモデルとして、「失われた治癒の可能性に応じた割合的責任」と
「追加的損害にもとづく割合的責任」とを対置させる。はたして、これら

197) なお、実在的な損害惹起の作用を意味する「事實的」因果関係においても、不可欠条件
関係の有無が問われる。しかし、これは、そうした関係の有無によって「事實的」因果関
係の有無が検証されることを意味するものにすぎない。これに対し、違法性連関において
は、不可欠条件関係そのものが証明の対象となるのである。

は、危険増大論とどのような関係に立つのだろうか。

まず、「失われた治癒の可能性に応じた割合的責任」は、治療過誤によって損害をこうむった患者全員に対し、過誤がなかった場合に健康であった可能性に対応する賠償を与える。したがって、これは、ヴァーグナーも認めるように、「機会の喪失」論を適用した場合と同様の結論を導くこととなる。ところで、このモデルが基準とする「治癒の可能性」は、そのすべてが医師の過誤によって奪われたものとはかぎらない。医療行為の特殊性にかんがみれば、多くの場合、医師の過誤がなくても病気にかかっていたという患者は一定数いると考えるのがふつうだからである。したがって、このような場面を念頭におくかぎり、「失われた治癒の可能性」は、法益に対する危殆化の程度と一致するものではないことになる。

一方、「追加的損害にもとづく割合的責任」は、過誤によって増加した被害者の数を割り出したうえで、これらの者に発生した損害「追加的損害」についての賠償請求権を、被害者全員に割り当てるというものである。これは、言いかえると、義務違反によって増加した損害の危険性を明らかにし、これに応じた賠償請求権を被害者に与えることを意味する。したがって、このモデルは、まさに危険増大論の考えと一致することになる。このように、「追加的損害にもとづく割合的責任」は、危険増大論によって正当化することができるのである¹⁹⁸⁾。

198) なお、「失われた治癒の可能性に応じた割合的責任」が妥当でないことは、次のようなケースを考えれば明らかである。たとえば、過誤のない治療がおこなわれた場合の治癒の可能性が50%、過誤のある治療がおこなわれた場合のそれが49%という場合、このモデルによると、被害者は損害の50%を請求できることになる。しかし、この場合、医師が引き起こした損害は、「追加的損害にもとづく割合的責任」のモデルが示すように被害者に発生したもののうちの約2%と解するのが妥当だろう(100人の患者グループを考えた場合の「追加的損害」: 51人 - 50人 = 1人分の損害。1 ÷ 51人 = 0.02)。それに、この責任の過剰部分が、ヴァーグナーのいう請求権の貫徹不足(前章2.2-2.(2)(b))によって打ち消されるかどうかは、そもそも証明不可能である。同様の指摘をおこなうものとして、Stremitzer, a. a. O. (Fn. 78), S. 697.

(3) ま と め

では、このようなかたちで正当化される「追加的損害にもとづく割合的責任」論は、不法行為法理論として正統なものといえるのだろうか。これについては、何よりもまず、この責任論が拠り所とする「法の経済分析」の観点を受け入れることができるかどうか、大きな問題として立ちはだかる。しかしその一方で、上述のような違法性連関の特質をふまえるならば、その認定にあたって広く公平判断をおこなうこと自体は、違和感なく受け入れられるものと思われる。これは、違法性連関をめぐるドイツ法のこれまでの対応をみても明らかである。

歴史的にみれば、プロイセン一般ラント法（Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten）は、違法性連関 有責性（Schuld）と損害発生との因果関係 の証明責任を被告に課していた¹⁹⁹⁾。これに対し、ドイツ民法は、こうした立場をとることを明確に拒否している²⁰⁰⁾。しかし、交通事故や医療過誤などの現代的な事故において、その証明がしばしば困難になることが認識されると、一部の有力な論者によって証明責任の転換が主張されるようになった²⁰¹⁾。また、同様の趣旨から、違法性連関に関

199) プロイセン一般ラント法第1部第6章（「不法行為から生じる義務および権利について」）は、次のように規定している。

「損害惹起における法律上の推定」

「24条

ある者が他人の有責性によって損害をこうむったということは、推定されない。

25条

しかし、不法行為をおこなった者は、その際に発生した損害が彼の有責性によって引き起こされたものであるとの推定を受けなければならない。

26条

とりわけ、損害の防止を目的とする警察法規（Polizeygesetz）に違反した者は、その法規の遵守によって回避できたすべての損害につき、それが彼の行為から直接発生したかのように責任を負わなければならない。」

200) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1888, S. 729.

201) Uwe Diederichsen, Zur Beweislastverteilung bei Schadensersatzansprüchen aus Vertrag, Delikt und Gefährdungshaftung, Karlsruher Forum 1966, S. 21, 25; Ernst von

しては、証明度の軽減を主張する学説も、今日ますます有力になりつつある²⁰²⁾。このように、ドイツ法は、違法性連関において、実体法上の価値判断を広く受け入れてきたといえることができる。

したがって、こうした状況をふまえるならば、「追加的損害にもとづく割合的責任」論に正統性がもたらされる余地は、十分にあるということになる。本稿が明らかにしたように、違法性連関においては、その性質上、規範的判断が不可避免的に要求される。この判断のなかで経済分析の観点を考慮することができるかどうか、またどの程度考慮できるのかが、ドイツ法のこの分野における今後の課題となるだろう²⁰³⁾。

Caemmerer, Die Bedeutung des Schutzbereichs einer Rechtsnorm für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen, DAR 1970, S. 283, 290.

- 202) Hanau, a. a. O. (Fn. 192), S. 122 ff., 134 f.; Maassen, a. a. O. (Fn. 168), S. 98 f.; Gottwald, Schadenszurechnung (Fn. 147), S. 78 ff.; GroBerichter, a. a. O. (Fn. 190), S. 265; Spickhoff, a. a. O. (Fn. 60), S. 87; Wagner, a. a. O. (Fn. 86), S. 459 ff.

- ところで、これは、責任設定の因果関係と責任充足の因果関係とで証明度に差をもうける前者には民事訴訟法286条が適用され、後者には同法287条が適用されるという、ドイツ法特有の事情ともかかわる問題である。それによると、たとえば、医療過誤において不法行為構成がとられる場合、法益侵害までの因果関係には民事訴訟法286条が適用される(たとえば, BGH, NJW 2004, 777)のに対し、同様の事例において債務不履行構成がとられる場合、義務違反と損害発生との因果関係には同法287条が適用される(Wagner, a. a. O. (Fn. 86), S. 463 f.を参照)。もっとも、これに関しては、一部の判決が、債務不履行構成においても何らかの「被害(Betroffenheit)」をこうむったことは同法286条によって証明されなければならないとしている点に注意が必要である(たとえば, BGH, NJW 1983, 998; BGH, NJW 1987, 705。くわしくは, Mäsch, a. a. O. (Fn. 21), S. 378 ff. m. w. N.を参照)。そこで、以上の状況をふまえ、学説上、次の2つの見解が示されるにいたっている。第一は、債務不履行構成においても、不法行為構成と同様、法益侵害を境に証明度に差をもうけるべきだとするもの(Taupitz, Proportionalhaftung (Fn. 88), S. 1240 f.)、第二は、不法行為構成においても、債務不履行構成と同様、義務違反と損害発生との因果関係を問題にし、同法287条を適用すべきだとするもの(Spickhoff, a. a. O. (Fn. 60), S. 82)である。なお、最近の研究によれば、判例は、債務不履行構成のケースにおいて「被害」のメルクマールを問題にしない傾向にあるとされている(Stremitzer, a. a. O. (Fn. 78), S. 682 ff. m. w. N.を参照)。
- 203) 経済分析の観点から「追加的損害にもとづく割合的責任」の正当性を主張する最近の研究として, Stremitzer, a. a. O. (Fn. 78), S. 691 ff.; Kristoffel Grechenig/Alexander Stremitzer, Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens, RabelsZ. 73 (2009), S. 336.

いずれにしても、現時点において「追加的損害にもとづく割合的責任」論に正統性がそなわっていないことは事実である。

4-4. 補 論

ところで、本章では、前章で概観した割合的責任論のうち、医療過誤における割合的責任論を念頭において、考察をおこなってきた。では、大規模損害の発生事例における割合的責任論も、これと同様に考えてよいのだろうか。ドイツ法の検討を終えるにあたって、最後にこの点について付言しておくことにしよう。

まず、ここで注意を要するのは、大規模損害の発生事例においては、あくまで「事實的」因果関係の存否が問題となっているということである²⁰⁴⁾。したがって、このような事例における割合的責任論は、違法性連関の存否不明を問題にする危険増大論によっては導くことができない。ただ、ここでも、危険増大論とは別の意味において、証明問題に解消できない実体法固有の問題領域を観念することはできる。

大規模損害の発生事例において因果関係の証明が困難になるのは、被害者・加害者双方において当事者が複数存在し、また加害行為以外にも損害の原因が考えられるからである。しかし、ここでは、そうした事情によって因果関係が証明されないことを放置することはできない。なぜなら、事案を全体としてみた場合、個々の加害者が被害者集団に対して一定の損害を引き起こしていることは、確実だからである。そこで、ボーデヴィツヒは「被害者側の択一性」という新たな視点を導入し、個別的因果関係の証明困難を克服しようとする。

このように、大規模損害の発生事例では、事案の全体像を視野に入れることが要請されるかぎりにおいて、個別的因果関係の証明問題が大きく後退する²⁰⁵⁾。これは、何をもって1つの社会的事象「損害事故」と

204) 石橋秀起「公害・環境法における割合的責任の法理」立命館法学327 = 328号（2010年）57頁，92頁。

205) Otte, a. a. O. (Fn. 96), S. 117; Wiese, Umweltwahrscheinlichkeitshaftung (Fn. 96), S.

捉えるのかということとも関わる評価問題であるといえる。したがって、この要請に応えるべきかどうかの判断は、あくまで実体法の領域に属するものと言うべきである。

・おわりに

冒頭でも述べたように、原因競合事例においては、そもそもこれを理論的にどのように捉えるべきかについて、さまざまな見方がありうる。本稿は、こうしたやや不透明な状況にある原因競合論にあって、その理論的把握のあり方につき、ひとつの方向を示すにいたった。義務違反と結果との因果関係 違法性連関 においては、義務が遵守された場合の事実経過としてどのようなものを想定するのが問題となる。従来、他原因の「競合」と呼ばれてきたものも、そうした問題を考えるなかで考慮されるべきであるというのが、本稿の到達点である。

もっとも、このような理解をとるとしても、では具体的にどのような場合において割合的責任を肯定するのかということになると、さまざまな考え方がありうる。これに関しては、可能性に関するデータの信頼性から割合的責任を基礎づけようとするドイツやシュピックホフの立場と、あくまで規範目的の観点から結論を正当化しようとするシュトルの立場との対立が重要である。

本論で紹介したように、ドイツでは、2000年以降、経済分析の観点から割合的責任を肯定することの当否がさかんに論じられるようになった。このような責任論は、いうまでもなく、前者の立場と親和的である。これに対し、わが国の裁判実務でこれまで問題となってきた割合的責任の多くは、これとはかなり趣が異なる。たとえば、次にあげる裁判例はその典型的なものである。

43 f.; Röckrath, a. a. O. (Fn. 96), S. 136 f.

横浜地小田原支判平成15年4月17日（LEX/DB 28081832）

事実の概要

台風による集中豪雨のなか、国道を走行していた自家用車が土石流の直撃を受け、河川に転落した。そこで、死亡した運転者の遺族が道路管理者である国に対し、国家賠償法2条の責任を追及した。

判 旨

裁判所は、「異常気象時通行規制区間」の入口地点で適時に通行規制をおこなわず、被害車両を同区間に進入させてしまったことを道路管理の瑕疵としたうえで、次のように述べて、被告に対し1割の責任を肯定した。「本件事故が発生したのは、極めて異常な降雨により本件土石流が……発生したことが原因になっている部分も非常に大きいのであり、その部分については被告に賠償責任を負わせることは相当ではないから、賠償額はそれに伴って大きく減額されるべきである」²⁰⁶⁾。

本件では、時間雨量が50ミリを超えた14時20分の時点で通行規制が実施されなかったことが、道路管理の瑕疵にあたとされた。また、かりにこれが実施された場合、本件事故は防げたかどうかについては、次のような事実が認定されている。

被告 具体的には小田原土木事務所 が観測所からの雨量データを受信するのに、「約8分」かかる。したがって、被告が通行規制を決断できるのは、14時28分ごろとなる。

被告が規制を決断してから現地で規制が実施されるまでには、「5分程度」の時間がかかる。したがって、規制が完了するのは、14時33分ごろとなる。

被害車両が「規制区間」の入口地点を通過してから事故現場に到達するまでにかかる時間は、時速30キロで走行したとすると、「約6分」

206) 本判決について、くわしくは、石橋秀起「營造物・工作物責任における自然力競合による割合的減責論の今日的意義」立命館法学317号（2008年）163頁，184-186頁。

となる。

さて、以上をふまえると、本件事故が14時40分に発生したとする場合、被害車両が「規制区間」の入口に到達したのは、14時34分となる。したがって、この想定のもとでは わずか1分ではあるが 通行規制が先におこなわれるため、被害車両の同区間への進入は阻止されたことになる。しかし、本件では、事故発生時刻が「14時35分から14時40分」と分単位で特定されていないため、この想定はひとつの可能性にすぎない。このように、本件は、まさしく違法性連関の存否が不明のケースであるということになる²⁰⁷⁾。

ところで、このような事案の解決としては、責任を完全に否定することも考えられたであろう。しかし、裁判所は、上記のようなわずかな可能性に着目し、1割の責任を肯定している。これは、次のような考慮によるものと考えられる。

「道路管理者は、道路法46条1項各号に掲げる場合において、……道路の通行を禁止し、又は制限することができるとされており、異常気象時の通行規制は、道路管理者が同項1号の『……交通が危険であると認められる場合』に行う措置である」。本件被告は、同項1号の「『交通が危険であると認められる場合』との要件の存否を通行規制基準として定められた連続雨量又は時間雨量によって認識し……なかった点において非難を免れ難く、……この点において本件道路の管理に瑕疵があったものというべきである」。

つまり、本判決の割合的責任は、道路法46条1項の規範目的 交通の危険の防止 が、わずかな損害回避の可能性に対しても被害者を保護す

207) ただし、本稿の考察をふまえるならば、本件における違法性連関の存否不明の原因をすべて事故発生時刻の特定という「事実」問題に解消してしまうべきではないだろう。むしろ、 から で示された各想定のみならず、すでに規範的判断がおこなわれているとみるべきである。

ることを要請した結果、導かれたものと考えることができる。したがって、そうだとするならば、これは、シュトルが医療過誤において主張したものと理論的に同質性をもったものということになる。

原因競合における割合的責任を以上のようなものと解するならば、そのあとには、個々のケースごとに被告に課される義務を特定し、そこでいかなる規範目的が割合的解決を導くのが問題となる。また、そのような問題を考えるなかで、割合的解決を導く別のファクターが析出される場合には、そのようなファクターにもとづく割合的責任論を理論的に位置づけることも必要となるだろう。ドイツ法とは異なり、日本法はこれまで、割合的責任に対して比較的寛容な態度をとってきたとすることができる²⁰⁸⁾。したがって、今後は、裁判実務において問題となった多種多様な割合的責任論を、本稿が獲得した視角をもふまえながら、理論的に整理していくことがもとめられる。

以上の課題を認識しつつ、本稿の考察を終えることとする。

208) わが国における原因競合事例をめぐる判例・学説の状況については、大塚・前掲（注1）論文854-876頁を参照。