

複数行為者の不法行為責任に関する 基礎理論的考察（４）

——民法719条1項後段の責任の意義と限界——

尾 藤 司*

目 次

- I はじめに
- II 複数行為者の不法行為責任に関する従来の議論
 - 1. 民法起草段階から最判昭和43年4月23日民集22巻4号964頁の手前まで（【1】期） ((3)まで、401号)
 - 2. 最判昭和43年4月23日民集22巻4号964頁から1980年代後半まで（【2】期） ((2)のiiの(e)まで、404号)
 - 3. 1990年以降から現在まで（【3】期）
 - 4. 従来の議論における問題点と比較法を行う趣旨
- III ドイツ民法830条1項2文の責任根拠および責任構造
 - 1. はじめに
 - 2. 民法830条1項2文の趣旨および正当化根拠に関する議論
 - 3. 判例および学説による関与者概念の理解 (以上、407号)
 - 4. 具体的危険性
 - (1) はじめに
 - (2) 具体的危険性の基準
 - (3) 行為の具体的危険性を要求する意義
 - 5. 検 討
 - (1) 賠償請求権の確定性と1項2文の趣旨
 - (2) 関与者概念および行為の具体的危険性
 - (3) 次章への架橋
- IV ドイツ法における寄与度不明事例の扱いについて
 - 1. はじめに

* びとう・つかさ 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

2. 略奪事例と寄与度不明
 - (1) はじめに
 - (2) 裁判実務の動向
 - (3) 学説の動向 (以上、本号)
 3. 環境責任の事例と寄与度不明
 4. 検 討
- V 「1項後段責任」の意義と限界

Ⅲ ドイツ民法830条1項2文の責任根拠および責任構造

4. 具体的危険性

(1) はじめに

1項2文においては、各行為の結果発生に対する具体的危険性が要件となる⁵⁶²⁾。この行為の具体的危険性が同文の要件として認識されるに至った経緯は、以下の通りである。

かつて、ライヒ裁判所は、1項2文の責任を行為の違法性ないし有責性の観点から正当化していたため、各行為者が危険責任を負う場合に同文を適用することを否定していた⁵⁶³⁾。これに対し、連邦通常裁判所の判例および支配的な学説は、同文の趣旨を因果関係の立証困難から被害者を保護

562) なお、同要件の呼び方は、論者によって異なる。たとえば、MünchKomm/ *Wagner*, a. O. (Fn. 507), Rn. 61 は、これを、「具体的な法益危険化の惹起 (Verursachung einer konkreten Rechtsgutsgefährdung)」と呼ぶ。

563) RGZ 102, 316, 319. なお、RGZ 102, 316, 320; *Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 503 ff. も参照。1項2文を危険責任に類推適用することを否定する学説として、*Roman F. Adam*, § 830 Abs. 1 S. 2 BGB und die Gefährdungshaftung, VersR 1995, S. 1291 ff. アーダムは、1項2文の危険責任への類推適用を否定する理由として、次の点を挙げる。第1に、民法典の起草段階において、起草者は、民法833条という危険責任の存在を認識しながら、1項2文の要件として過失を挙げていた。したがって、この点を踏まえると、「意図しない規定の欠缺 (unbewußte Regelungslücke)」は存在しない。第2に、1項2文の責任は、可能的惹起者に過失がある場合にのみ成立するというべきである。そうでないと、事故当時に事故現場を通行した自動車を保有する者が、それだけで責任を負うことになってしまう。

する点に求め、同文を危険責任に類推適用することを肯定した⁵⁶⁴⁾。そこで、これを契機として、行為の具体的危険性が同文の要件となることが認識されるようになった。すなわち、1項2文は、各行為が因果関係を除く全ての責任要件を充たしていることを要件とするところ⁵⁶⁵⁾、危険責任においては、被告が単に危険源を保持していることをもって、これが充たされることになる。しかし、そうすると、同文の適用範囲が際限なく拡がるおそれが生じるため、これを限定するための要件として、行為の具体的危険性が要求されるようになったのである⁵⁶⁶⁾。

たとえば、道路交通法 (Straßenverkehrsgesetz) 7条1項は、「自動車の運行に際して (bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs) 人が死亡し……た場合、保有者は、被害者に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う」と規定する。したがって、同条によると、損害が「自動車によって引き起こされた」場合⁵⁶⁷⁾、保有者は、これを賠償する義務を負うことになる。ところで、ここで1項2文の類推適用が認められると、損害が「自動車の運行によって引き起こされた」可能性があるにすぎない場合において、保有者の責任が広く肯定されることとなる。たとえば、路上に駐車していた自動車のバックミラーが、道路を走行する自動車によって破損したところ、事故のあった時間帯に当該道路を走行していた自動車が複数存在していたため、どの自動車がバックミラーを壊したのかが不明であるとしよう。この事例において、1項2文の類推適用が認められるとすると、事故のあった時間帯に当該道路を走行していた複数の自動車の保有者は、保

564) 1項2文を危険責任に類推適用することを肯定するものとして、たとえば、*Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 512 f.; BGHZ 101 106, 111 = NJW 1987, 2810, 2812.

565) *Staudinger/ Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 541), Rn. 73; *MünchKomm/ Wagner*, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 57; BGH NJW 1989, 2943, 2944.

566) このことを指摘するものとして、たとえば、*Bydlinski*, a. a. O. (Fn. 515), S. 24; *Theo Bodewig*, Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden, AcP 185 (1985), S. 505, 519 f.; *Spindler*, a. a. O. (Fn. 534), S. 307.

567) BGH VersR 2008, 656 Rn. 7 f.

有する自動車が事故のあった時間帯に当該道路を走行していたことのみをもって、責任を負うことになる⁵⁶⁸⁾。しかし、これでは、責任を負うべき者の範囲が広くなりすぎてしまい、妥当ではない。そこで、このような行き過ぎた結論に歯止めをかけるため、行為の具体的危険性が要求されるようになったのである⁵⁶⁹⁾。

以上のような問題状況の下、学説においては、事案類型ごとに、いかなる場合に行為の具体的危険性が認められるのかが議論されている⁵⁷⁰⁾。そこで、以下ではまず、具体的危険性の基準に関する判例および学説の議論を概観し(②)、次いで、1項2文において行為の具体的危険性を要求する意義について検討を行う(③)。

(2) 具体的危険性の基準

行為の具体的危険性に関しては、過失責任の領域と危険責任の領域とに分けて検討するのが一般的である⁵⁷¹⁾。そこで以下では、この分類に依拠しつつ、いかなる場合に行為の具体的危険性が認められるのかについて、判例および学説の見解をみていくことにする。

(i) 過失責任の場合

過失責任の領域においていかなる場合に行為の具体的危険性が認められるのかに関しては、カールステン・オッテ(Karsten Otte)とエーベルル

568) *Eydliniski*, a. a. O. (Fn. 515), S. 24 は、このような事例を取り上げて、いち早く行為の具体的危険性を要求すべきことを主張した。

569) *MünchKomm/Wagner*, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 61 m. w. N. なお、この交通事故の事例では、厳密には、行為ではなく、自動車の運行の具体的危険性が問題となる。このように、適用される責任規範によって、「行為の具体的危険性」という呼び方が妥当しない場合がある。しかし以下では、そうした場合においても、この用語を用いることとする。

570) 事案類型ごとに行為の具体的危険性について検討するものとして、たとえば、*Larenz/Canaris*, a. a. O. (Fn. 28), § 82 II 2. c); *Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 517 ff. などがある。

571) 過失責任と危険責任を意識的に区別して行為の具体的危険性を論じるものとして、たとえば、*Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 517 ff.; *Staudinger/Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 541), Rn. 90; *Karsten Otte*, *Marktanteilshaftung*, 1990, S. 103 などがある。

ボルゲスが立ち入った検討を行っている。

まず、オッテは、『関与者』が自らの義務に違反する行為によって現実化した危険を作り出した場合には、その具体化（Konkretisierung）が認められる」とした上で、１項２文においては、「惹起者として問題となるそれぞれの者（jede als Verursacher in Betracht kommende Person）が違法かつ有責な行為によって損害を引き起こす危険性を発生させたことが確実であること」が要求されるべきであるとする。これによると、たとえば、森を散策したに過ぎない者は、投棄されたタバコによって引き起こされた森林火災に対して責任を負わないことになる⁵⁷²⁾。このように、オッテにおいては、不法行為の構成要件が充たされたことをもって、行為の具体的危険性が肯定されている。したがって、ここでは、行為の具体的危険性が特別な要件として設定されているわけではない⁵⁷³⁾。

次に、エーベルルボルゲスは、関与者が不法行為の構成要件を充たす行為を行った場合、法益侵害を引き起こす適格性のある行為を行ったことになるとする。したがって、たとえば、民法823条１項の事例において、関与者が被害者に向かって石を投げた場合、そのような行為は、それ自身が発生した損害との関係において具体的に危険な行為となる。ここでは、実際に発生した損害が不法行為の構成要件と対応する種類のものであるのかどうか問題となっているに過ぎず、これが肯定されると、１項２文の適用が認められることとなる⁵⁷⁴⁾。

このように、過失責任の領域においては、行為者の行為に過失が認められるかぎり、行為の具体的危険性は、１項２文の適用において大きな障害となることはない⁵⁷⁵⁾。むしろ、この領域においては、しばしば過失が因

572) *Otte*, a. a. O. (Fn. 571), S. 103.

573) *Luidger Röckrath*, *Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung*, 2004, S. 153.

574) *Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 517 ff.; *Staudinger/ Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 541), Rn. 90.

575) この点に関連して、*Röckrath*, a. a. O. (Fn. 573), S. 157 は、過失責任において行為の具体的危険性は、余計なものとはいえない（nicht überflüssig）ものの、危険責任と比べ

果関係と密接に関連していることから、そのことに起因して、各行為者につき過失の有無が問題となる。この点につき、ゲルハルト・ヴァーグナー(Gerhard Wagner)は、次のように指摘する。たとえば、複数の者がそれぞれ大晦日に打ち上げ花火を発射し、そのうちの1発が被害者に命中したものの、どの花火が命中したのかは不明であるという場合、因果関係に加え、過失の有無も問題となる。というのも、ルールを守って人がいない方向に花火を発射した者には、過失がないからである。このような事例においては、全ての行為者につき過失が立証されていない以上、1項2文の適用は認められない⁵⁷⁶⁾。

(ii) 危険責任の場合

過失責任の領域とは異なり、危険責任の領域においては、いかなる場合に行為の具体的危険性を肯定するのが重要な問題となる。この点につき、学説は、危険責任の基礎となる危険が責任規範によって異なるため、個々の責任規範ごとに検討を行っている⁵⁷⁷⁾。そこで以下では、ここでの問題においてしばしば検討の対象となる危険責任の規定として、民法833条1文(動物保有者の責任)、道路交通法7条(自動車保有者の責任)、医薬品法(Arzneimittelgesetz)84条(製薬会社の責任)の3つを取り上げ、それぞれについて、いかなる場合に行為の具体的危険性が認められるのかをみていくこととする。

(a) 民法833条1文

民法833条1文は、「動物により人が殺害され、人の身体もしくは健康が侵害され、または物が毀損されたときは、動物を保有する者は、被害者に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う」と規定する。同条には、複数の動物のうちのいずれの動物によって損害が発生したのかが不

ゝると重要なものではないとした上で、義務違反行為と因果関係の可能性が認められるならば、1項2文の適用範囲は十分に限定されているとする。

576) MünchKomm/Wagner, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 75.

577) Eberl-Borges, a. a. O. (Fn. 518), S. 522 ff.

明である場合において、これらの動物の保有者がいかなる責任を負うのかについて規定した条文は存在しない。そこで、判例および支配的な学説は、このような場合において１項２文を類推適用し、複数の保有者に対して連帯責任を課すことを認めている⁵⁷⁸⁾。もっとも、そのために動物による危険がどの程度具体化していることが求められるのかに関しては、様々な見解が示されている。

まず、次の点に関しては、学説上ほぼ異論がない。たとえば、被害者が10頭の馬の群れの中の1頭によって襲われたところ、その馬がどの馬であるのかが不明であるという場合、単に、事故現場ないしその付近にある馬がいたことのみをもって、その馬の保有者が責任を負うとするのは行き過ぎである⁵⁷⁹⁾。そこで、事故現場ないしその付近に危険源としての動物が存在していたことに加え、いかなる事情が認められる場合に、行為の具体的危険性が肯定されるのかが問題となる。

この点に関して、エーベルルボルゲスは、当該動物が「その動物としての性質⁵⁸⁰⁾の発露 (Ausbruch seiner tierischen Natur)」を引き起こし得る状況におかれた場合において、具体的危険性が認められるとする。そして、そのためには、損害に対して動物が場所的・時間的な関連性を有していることが必要であるとした上で、その場所的・時間的関連性は、動物の本能と衝動 (tierische Instinkte und Triebe) が引き起こされる可能性があるほどに緊密なものでなければならないとする。これによると、たとえば、AとBがそれぞれの犬を連れて散歩をしていたところ、Cが手を広げながら喜

578) BGHZ 55, 96 = NJW 1971, 509; MünchKomm/ Mertens, a. a. O. (Fn. 523), Rn. 26; MünchKomm/ Wagner, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 61. なお, Eberl-Borges, a. a. O. (Fn. 518), S. 523によると, BGHZ 55, 96 = NJW 1971, 509 は, 民法833条1文の責任に1項2文の類推適用を認めた初めての判例である。

579) MünchKomm/ Wagner, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 61.

580) ここでの「その動物としての性質」としては、たとえば、馬がおびえたり、馬が逃走したり、犬が噛みつきたりすることが想定されている。この点に関しては、MünchKomm/ Gerhard Wagner, BGB § 833, 8. Aufl., 2020, Rn. 15 m. w. N. を参照。

んでAとBに近づき、いずれか一方の犬に手を噛まれたという事例においては、1項2文の類推適用が認められることになる⁵⁸¹⁾。

次に、ケルン上級地方裁判所は、牧草地から脱走した被告らの馬3頭が、他の馬とともに群がって道路を横断し、そのうちの1頭が走行する自動車と衝突したところ、その馬がどの馬かが明らかでないという事案において⁵⁸²⁾、1項2文の類推適用を認めている。同裁判所は、3頭の馬が事故現場から800メートルしか離れていない牧草地から逃走したことをもって、事故との「直接的な時間的関連性」を肯定するとともに、これらの馬が周辺を走行する自動車に対する直接的な危険となっていることから、動物危険が具体化していること、および、その危険が発生した全損害を引き起こす適格性を有していることを認めた⁵⁸³⁾。

これに対し、連邦通常裁判所は、原告の馬と被告の馬を含む複数の馬が厩務員によってパドックに連れて行かれ、そこで原告の馬が他の馬に蹴られて負傷したが、どの馬が原告の馬を蹴ったのかは不明であるという事案⁵⁸⁴⁾において、上記ケルン上級地方裁判所の判決とは異なった判断を行っている。本件において、連邦通常裁判所は、1項2文を類推適用する

581) *Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 522 f.

582) OLG Köln NZV 1990, 351, 351. なお、裁判所は、被告以外の馬がいることを取るに足りない (unerheblich) ことだと考えたものと推測される。この点を指摘するものとして、*Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 524.

583) なお、本件では、行為の具体的危険性のほか、「関与」についても注目すべき判断が行われている。すなわち、裁判所は、同文の「関与」につき、「全ての動物が事故現場の周辺を場所的・時間的に直接的な関連性をもって動いたことで十分である」としている。OLG Köln NZV 1990, 351, 352. これに対し、一部の学説は、「場所的・時間的に直接的な関連性」という枠組みが具体的事案への適用において広く解釈され過ぎており、これでは「事故現場に居合わせていること (Anwesenheit am Unfallort)」以外の何ものでもない」と指摘している。*Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 525. *Staudinger/ Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 541), Rn. 91; *MünchKomm/ Wagner*, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 61 も参照。いずれにしても、「関与」が同文の要件としての意義をほとんど有していないことは、確認しておかなければならない。

584) BGH NJW 2018, 3439.

ためには、「損害の原因として問題となる全ての動物の行動において、特別な動物危険が現れていること、および、この特別な動物危険が生じた損害に対して適格性を有している（kausalitätsgeeignet）こと」が必要であるとした⁵⁸⁵⁾。その上で、同裁判所は、原告の馬が被告の馬を含む複数の馬と同じパドックにいた際に損害を受けたことは確実であるものの、被告の馬は、損害事故が発生した当時、その地点から離れていたとして、1項2文の類推適用を否定した⁵⁸⁶⁾。このように、同裁判所は、単に同じ場所に居合わせた（Dabeisein）というだけでは1項2文を類推適用することはできないとしており⁵⁸⁷⁾、上記ケルン上級地方裁判所の判決よりも行為の具体的危険性を厳格に解していることが窺える。

(b) 道路交通法7条

道路交通法7条1項は、「自動車の運行に際して人が死亡し、人の身体もしくは健康が侵害され、または物が毀損された場合、保有者は、被害者に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う」と規定する。そして、同法には、複数の者が関与する事例に関する規定が存在しないため、1項2文が類推適用される余地がある⁵⁸⁸⁾。もっとも、同文の類推適用のため、自動車の危険がどの程度具体化していることが求められるのかに関しては、議論がある。

ところで、道路交通法7条の事例においては、1項2文の要件として、行為の具体的危険性のほか、これと関連するものとして、因果関係の不明（Unaufklärbarkeit des Ursachenzusammenhangs）が問題となる。そこで、以下ではまず、因果関係の不明に関する議論を取り上げ、次いで、行為の具体的危険性に関する議論を取り上げることとする。

585) BGH NJW 2018, 3439, 3440, Rn. 13.

586) BGH NJW 2018, 3439, 3440, Rn. 14.

587) *Johannes Wertenbruch*, Anmerkung, NJW 2018, S. 3439, 3441 がこのような見方を示す。

588) *Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 526.

(aa) 因果関係の不明

因果関係の不明は、交通事故の分野においてのみ問題となる要件ではないが、いわゆる後続損害の事例 (Folgeschadensfälle) の登場を契機として、この分野において活発に議論されるようになった⁵⁸⁹⁾。ここにいう後続損害の事例とは、典型的には、次のような事例のことをいう。すなわち、歩行者が自転車で衝突されて車道に投げ飛ばされ、路上で倒れていたところ、そこにやって来た自動車に轢かれて死亡したが、どちらの事故が致命傷になったのかは不明である⁵⁹⁰⁾。ここでは、第 1 事故と被害者の死亡との間に相当因果関係が認められる以上、被害者の死亡それ自体は第 2 事故によって引き起こされたものであったとしても、第 1 の行為者 (自転車の運転者) が被害者の死亡について責任を負うことは確定している。ここで問題となるのは、第 1 の行為者が責任を負うことが確定しているにもかかわらず、第 2 の行為者 (自動車の運転者) が 1 項 2 文に基づき責任を負うことになるのかという点である⁵⁹¹⁾。

この点に関して、かつての判例⁵⁹²⁾および一部の学説⁵⁹³⁾は、第 2 の行為者が 1 項 2 文に基づき責任を負うことを認めている⁵⁹⁴⁾。たとえば、カナーリスは、第 1 の行為者が無資力である場合や、発見できない場合、被

589) 代表的な体系書やコンメンタールにおいて、因果関係の不明の要件は、後続損害の事例との関連で論じられている。近時の文献では、たとえば、Staudinger/ Eberl-Borges, a. a. O. (Fn. 541), Rn. 92 ff.; MünchKomm/ Wagner, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 72 f.; Hans-Jürgen Ahrens/ Andreas Spickhoff, Deliktsrecht, 2022, §9 V 2. c)などを参照。

590) Eberl-Borges, a. a. O. (Fn. 518), S. 514. このほか、MünchKomm/ Mertens, a. a. O. (Fn. 523), Rn. 29 は、交通事故の被害者が、救急車で搬送される途中で、別の事故に遭ったという事例を挙げる。

591) MünchKomm/ Wagner, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 72 m. w. N.

592) たとえば、BGHZ 55, 86, 90 = NJW 1971, 506, 507.

593) Bauer, a. a. O. (Fn. 520), S. 8 は、第 2 の行為者の行為が違法かつ有責なものであり、その行為が択一的ないし累積的に競合している以上、1 項 2 文を適用すべきであるとする。

594) 判例の変遷も含め、詳しくは、Staudinger/ Eberl-Borges, a. a. O. (Fn. 541), Rn. 92 ff.; MünchKomm/ Wagner, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 72 f. を参照。なお、この問題について紹介する先行研究として、松村・前掲注 53)「共同関与者の責任 (I)」193頁以下。

被害者は、自らの請求権を貫徹できないリスクを負担することになるところ、1項2文は被害者をこのようなリスクからも保護しているとして、同文の類推適用を認めている⁵⁹⁵⁾。

これに対し、今日の判例および支配的な学説は、後続損害の事例に1項2文を類推適用することを否定する。それによると、同文は、確定的な賠償義務者である第1の行為者が無資力であるリスクや、発見できないリスクを被害者から取り除くことを目的としたものではなく、複数の行為者のうちのいずれの者が加害者であるのかを立証できないリスクを被害者から取り除くことを目的としているのである⁵⁹⁶⁾。

このように、今日の判例および支配的な学説を前提とするかぎり、ドイツ法においては、1項2文の要件として「因果関係の不明」が要求されるため、いわゆる後続損害の事例において、同文に基づき第2の行為者の責任を導くことはできない。そこで、以下では、第1の行為者に後続損害が帰責されることが確定していない事例や、複数の自動車の危険が同時に具体化した事例を念頭におきつつ、具体的危険性の基準について検討を行うこととする。

(bb) 具体的危険性の基準

以下では、具体的危険性の基準に関する代表的な2つの見解を取り上げるが、そのまゝに、これらの見解の違いを明確にするための素材として、次のような場合を想定する。

【設例】 夜間、車道上で立っていた歩行者Aが、本件道路を通行する自動車数台に轢かれて重傷を負い、死亡したが、どの自動車が歩行者に重傷を負わせたのかは不明である。なお、本件において、事故が発生した時刻に、自動

595) *Larenz/Canaris*, a. a. O. (Fn. 28), § 82 II 2. f).

596) 判例として、BGHZ 67, 14, 19 f. 学説として、*Johannes Köndgen*, Haftung aus § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB trotz feststehender Ersatzpflicht?, NJW 1971, S. 871; *MünchKomm/Mertens*, a. a. O. (Fn. 523), Rn. 29; *BGB-RGRK/Steffen*, a. a. O. (Fn. 559), Rn. 24; *Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 514.

車 F₁~F₆ が本件道路を走行していたこと、このうちの F₁ および F₂ が A に接触したこと、事故現場の付近で F₃ のタイヤが軋む音が鳴り響いていたこと、事故当時、F₄ のブレーキが故障していたことが、それぞれ認められる⁵⁹⁷⁾。

そこで、具体的危険性の基準に関する代表的な 2 つの見解を取り上げ、それらをとった場合、上記 F₁~F₆ のうちのいずれの自動車につき 1 項 2 文が類推適用されるのかをみていくこととする。

まず、第 1 の見解は、具体的危険性が認められるためには、物理的な侵害 (körperliche Beeinträchtigung) が必要であるとする。これによると、個々の自動車と被害者が接触したことは明らかであるものの、どの自動車実際に損害を引き起こしたのかは不明であるという場合にはじめて、1 項 2 文の類推適用が認められることになる⁵⁹⁸⁾。この見解の論者は、侵害の危険がここまで現実化している場合、各自動車の運行が実際に損害を引き起こしたのか否かは偶然に左右されるところ、このような状況に至ってはじめて、1 項 2 文の類推適用により各自動車の保有者が責任を負うことが正当化されるとする⁵⁹⁹⁾。

この見解に基づくと、上記設例においては、F₁ および F₂ の運行の危険のみが具体化していることになり、他の 4 台の自動車の運行については具体的危険性が否定されることとなる。

次に、第 2 の見解は、物理的な侵害に至らなくても、運転者の行為の態様や自動車の性状に焦点を当てることによって、具体的危険性を肯定することができる⁶⁰⁰⁾。これによると、特定の時間、特定の場所におい

597) この設例は、*Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 527 ff. に依拠している。

598) *Gernot Schantl*, Zum Anwendungsbereich des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB, VersR 1981, S. 105, 106; *Larenz/Canaris*, a. a. O. (Fn. 28), § 82 II 2. c) は、具体的危険性の基準として、物理的な侵害の基準に固執する。これに対し、*Bodewig*, a. a. O. (Fn. 566), S. 520; *Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 528 は、物理的な侵害をもって具体的危険性が肯定されることを認めつつ、より緩和された基準によっても具体的危険性を肯定することができるとする。

599) *Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 528.

600) *Bydlinski*, a. a. O. (Fn. 515), S. 24; *Bodewig*, a. a. O. (Fn. 566), S. 520.

て、蛇行運転や飲酒運転といった著しい義務違反が認められる場合や、自動車の性質に関する重大な欠陥が認められる場合においても、具体的危険性が認められることになる。この見解の論者は、自動車に由来する抽象的な危険がここまで具体化しているならば、自動車の保有者が際限なく責任を負うという懸念は払拭できるとして、１項２文の類推適用を認める⁶⁰¹⁾。

この見解に基づくと、上記設例においては、F₁ および F₂ の運行のほか、F₃ および F₄ の運行についても具体的危険性が肯定される一方、事故が発生した時刻に本件道路を走行していたに過ぎない F₅ および F₆ の運行については、具体的危険性が否定されることになる。

(c) 医薬品法84条

医薬品法84条１項１文は、「……医薬品の施用 (Anwendung) によって人が死亡し、または人の身体もしくは健康が無視し得ないほどに (nicht unerheblich) 侵害された場合、……製薬会社は、被害者に対し、生じた損害を賠償する義務を負う」と規定する。同条は危険責任を規定したものであるが、そこでは、製薬会社の行為——医薬品を流通に置くこと——と損害発生との間に因果関係があることが要件となる⁶⁰²⁾。また、「複数の賠償義務者」に関する同法93条１文は、「複数の者が賠償義務を負う場合、それらの者は連帯債務者として責任を負う」と規定するが、そこでは、各製薬会社の賠償義務が確定していることが要件となるとされている⁶⁰³⁾。したがって、各製薬会社の行為と損害発生との間の因果関係が不明である場合については、１項２文が類推適用されることとなる⁶⁰⁴⁾。そこで、同文の類推適用のため、個々の医薬品の危険がどの程度具体化している必要が

601) Bodewig, a. a. O. (Fn. 566), S. 520. なお, Eberl-Borges, a. a. O. (Fn. 518), S. 528 f. は、結論に賛成しつつ、重要なのは、損害の発生が偶然に過ぎないといえるほどに非難される状況にまで危険が具体化しているのか否かであるとする。

602) Andreas Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl., 2022, AMG § 84 Rn. 13.

603) Spickhoff, a. a. O. (Fn. 602), AMG § 93 Rn. 1.

604) この点については、Erwin Deutsch, Das Arzneimittelrecht im Haftungssystem, VersR 1979, S. 685, 689; Eberl-Borges, a. a. O. (Fn. 518), S. 535 f. などを参照。

あるのが問題となる。以下では、この点に関する議論として、テオ・ボーデヴィッヒ (Theo Bodewig) の見解と支配的な学説の見解を取り上げることとする。

まず、ボーデヴィッヒは、次のように述べる。医薬品の抽象的な危険性は、危険責任の根拠となる。しかし、たとえば、医薬品を市場に流通させる (Inverkehrbringen) といった程度の抽象的な危険性⁶⁰⁵⁾では、1項2文の責任を成立させる実質的な根拠とはなり得ない。むしろ、それぞれのメーカーの医薬品に内在する抽象的な危険性が、全ての医薬品において具体化していなければならない。このような具体的危険性が認められるメーカーのみが、1項2文の責任を負うのである⁶⁰⁶⁾。

もっとも、ボーデヴィッヒは、被害者によって実際に服用されたことが証明された医薬品を製造したメーカーについてのみ、行為の具体的危険性が認められるとするのは行き過ぎであるとする。そこで、具体的危険性の基準に関して、次のような見解が示される。被害者が、特定の目的のために、ある医薬品のグループに属する1錠の薬剤を服用したところ、その医薬品は、特定の治療に用いられ、しかも損害を引き起こす性質を備えていることが明確であったとしよう。この場合、個々のケースにおいて、医師または薬剤師が被害者にいずれの医薬品を処方するのかは、全くもって偶然に左右される。そこで、このような場合、当該医薬品を製造したメー

605) 医薬品を市場に流通させたことをもって行為の具体的危険性を認める見解は、ほとんど見受けられないが、そうした中、Produkthaftungshandbuch/ Ulrich Foerste, 3. überarbeitete Aufl., 2012, § 42. 5. c), Rn. 38 ff. は、このような見解であると思われる。ただし、フェルステは、次のような限定を設けている。まず、結果を引き起こした蓋然性がわずかなメーカーについては、責任を負担する必要はないとされている。たとえば、被害の原因となった可能性のある製品のメーカーは南ドイツに販売の重点を置いている一方、被害者は北ドイツに居住している場合や、あるメーカーが特定の製品の市場において90%のシェアを占めており、被害者がその他のメーカーを探していないことが確実である場合が、それである。次に、欠陥のある製造物による加害が発生する前に、全てのメーカーがその製造物を流通させたことが確実でなければならないとされている。

606) Bodewig, a. a. O. (Fn. 566), S. 520 f.

カーのいずれに関しても、被害者との関係において、行為の具体的危険性が認められることになる⁶⁰⁷⁾。

そして、ボーデヴィツヒは、DESによる薬害⁶⁰⁸⁾を例にとり、行為の具体的危険性が認められる場面について、次のように述べる。妊婦の担当医師がDESによる治療の契機を認識し得たことをもって、妊婦ないし胎児には、抽象的な危険性が発生している。そして、この抽象的な危険性が具体化するのとは——比喩的に言うとは——医師が流産を防止するため、実際に「処方箋の束に手を伸ばし（zum Rezeptblock greifen）」、妊婦が当該医薬品を服用した場合である⁶⁰⁹⁾。

このボーデヴィツヒの見解に対しては、主として次の2つの批判が加えられている。

第1に、ボーデヴィツヒの見解によると、被害者が一方の薬剤を服用し

607) *Bodewig*, a. a. O. (Fn. 566), S. 521 f.

608) ジエチルスチルベストロール (Diethylstilbestrol: DES) による薬害は、アメリカで大きな問題となった。DESは人工的に合成された女性ホルモンであり、1940年代から1970年代にかけて、多数のメーカーによって製造販売され、流産防止を目的として妊婦に投薬された。そして、DESを服用した母親から生まれた女性の膣や子宮に特異な腫瘍が発生することが判明して以来、流産防止目的でDESを使用することが禁止された。こうした中、DESを服用した母親から生まれ、癌に罹患した多くの女性が、DESを製造販売した複数の製薬会社を相手どって、アメリカ各地で損害賠償を請求した。そこでは、多くの原告は、自分の母親が実際に服用した医薬品を製造販売したメーカーを直接証明することができなかったが、いくつかの裁判所は、市場占有率に基づく責任という画期的な法理論を採用した。アメリカにおけるDES薬害および市場占有率に基づく責任については、藤倉皓一郎「市場占有率にもとづく賠償責任」中川淳還暦『民事責任の現代的課題』（世界思想社、1989年）3頁、松田俊哉「マーケットシェア理論の展開」司法研修所論集91号（1994年）174頁、渡邊知行「『加害者不明の共同不法行為』について（1）～（3）」名古屋大学法政論集140号（1992年）197頁、同144号（1992年）449頁、同145号（1993年）463頁、照井遥瑛「第3次不法行為法リステイトメントにおける事実的因果関係の判断について」法学研究論集53巻（2020年）185頁などを参照。

609) *Bodewig*, a. a. O. (Fn. 566), S. 520 ff. ボーデヴィツヒによると、DES薬害のような事例においては、医師ないし薬剤師がどの製薬会社の医薬品を処方・交付するのかが偶然に過ぎない以上、本文中で述べた段階で行為の具体的危険性を認めても差し支えないとする。この点に関しては、*Bodewig*, a. a. O. (Fn. 566), S. 522; *Staudinger/ Jürgen Oechsler*, *ProdHaftG* §4, Neubearbeitung 2021, Rn. 41 ff.などを参照。

たことによって、他方の薬剤の具体的危険性も認められることになるが、その理由は必ずしも明らかではない。ここでは、当該薬剤についてのみ危険が現実化しているに過ぎないのであって、当該薬剤とその他の薬剤との間には、具体的危険性につき、根本的かつ重大な相違がみられるのである⁶¹⁰⁾。

第2に、当該薬剤の服用によって、その他の薬剤による損害の惹起はあり得ないものとなっている。ここでは、因果関係の不明が問題となっているわけではなく、ある1人の関与者が誰であるか(Identität)が問題となっているに過ぎない。そして、そのような場合に1項2文を適用する余地はないのである⁶¹¹⁾。

次に、支配的な学説の行為の具体的危険性に関する見解についてみていくこととする。まず、支配的な学説は、行為の具体的危険性が認められるためには、「被害者が当該製薬会社の医薬品を実際に服用した」こと、「当該医薬品に欠陥があった」こと、および「当該欠陥が……生じた損害を引き起こす適格性」を有していることが必要であるとする⁶¹²⁾。このうち、実際に医薬品を服用したことが要求される理由に関して、ユルゲン・エクスラー(Jürgen Oechsler)は、次のように述べる。1項2文においては、責任を負う者の行為につき因果関係がないにもかかわらず、損害の帰責が可能となっている以上、因果関係にとって代わる修正要素として、具体的危険性が要求される。これが認められるのは、「被害者が危険に直接身をさらした」場合であって、製造物責任の領域でいうと、製造物を使用した場合、または製造物との直接的な接触(unmittelbarer Kontakt mit dem

610) *Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 537; *Staudinger/ Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 541), Rn. 115.

611) *Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 537; *Staudinger/ Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 541), Rn. 115.
このほか、*Spindler*, a. a. O. (Fn. 534), S. 308 f. も同旨であると考えられる。

612) *Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 536. 本文で述べたように、実際に薬剤を服用したことを要求する見解が、支配的な学説の見解であると目される。同様の指摘として、たとえば、*Staudinger/ Oechsler*, a. a. O. (Fn. 609), Rn. 47; *Erwin Deutsch*, Anmerkung, NJW, 1990, S. 2941, 2942. なお、このうち、ドイツは、「当該被告製薬会社の医薬品で治療が行われたこと」を要件とする。この点につき、*Bodewig*, a. a. O. (Fn. 566), S. 522 (Fn. 83) を参照。

Produkt) をもった場合がこれにあたる⁶¹³⁾。

(3) 行為の具体的危険性を要求する意義

ここまで、1項2文の要件である行為の具体的危険性について、判例および学説の見解をみてきた。そしてそこでは、行為の具体的危険性がいかなる場合に肯定されるのかが、責任規範——過失責任および各種の危険責任——に応じて典型的に検討されていること、および、それぞれの類型における具体的危険性の基準に関しては、論者によって、厳格なものから緩やかなものまで様々なものが提案されていることが明らかとなった。そこで、以下では、ここまでの検討結果を踏まえつつ、類型横断的な視点から、1項2文の要件として行為の具体的危険性が要求される意義について検討を行う。

まず、具体的危険性に関する厳格な基準として、被害者が、損害の原因となった可能性のある物——たとえば、運行する自動車、欠陥のある医薬品——に、実際に「接触」したことを求めるものがある。道路交通法7条の領域における「物理的な侵害」の基準や、医薬品法84条の領域における「製薬会社の薬剤を実際に服用した」ことという基準がこれにあたる。ここでは、1項2文が各行為と結果との間の因果関係を不要とすることから、これに代わる要件として、各行為の危険性が十分に具体化していることが要求されている⁶¹⁴⁾。

もっとも、1項2文の趣旨が因果関係の立証困難から被害者を保護することにあるとするならば、危険源との「接触」までを求めることは、被害者にとって酷であるとみることもできる。実際、医薬品法84条の領域では、証拠資料をもってしても、被害者が特定のメーカーの医薬品を服用した事実を証明することは難しいことが指摘されている⁶¹⁵⁾。

613) Staudinger/ Oechsler, a. a. O. (Fn. 609), Rn. 47.

614) Staudinger/ Oechsler, a. a. O. (Fn. 609), Rn. 47.

615) Produkthaftungshandbuch/ Ulrich Foerste, a. a. O. (Fn. 605), Rn. 39 f. は、このようなメ

以上に対し、具体的危険性につき危険源との「接触」を求めないものとして、次のものがあつた。

第1に、民法833条1文の領域において、馬が被害を受けた自動車のそばにいた(Dabeisein)ことのみをもって具体的危険性を認める判例があつた⁶¹⁶⁾。もっとも、この基準によると、1項2文の責任の成立範囲が際限なく拡がることとなり、また、因果関係がないにもかかわらず責任を成立させる根拠が不明確なものとなる。そこで、連邦通常裁判所の判例および支配的な学説は、この基準を採用しないこととした⁶¹⁷⁾。

第2に、危険源との「接触」はないものの、単に被害者と同じ場所に居合わせただけでなく、実際に損害を引き起こしたと推認させる何らかの事情があつた場合にはじめて、具体的危険性を肯定するものがあつた。道路交通法7条の領域において、物理的な侵害がなくても、運転者の行為の態様や自動車の性状に焦点を当てることによって、具体的危険性を肯定する余地があるとする見解がこれにあたる。

このように、1項2文の要件である行為の具体的危険性に関しては、様々な基準が提案されているが、ここで重要となるのは、1項2文の趣旨に照らしてその基準の当否を検討することであろう。すなわち、1項2文の趣旨を、複数の関与者が危険な行為を行ったところ、いずれの行為が損害を引き起こしたのかは偶然の問題に過ぎないという場面において、被害者を因果関係の立証困難から保護する点にあるとするならば、行為の具体的危険性の有無は、このような状況が発生したか否かによって判断されるべきこととなる。そうすると、全ての事例において危険源との「接触」があつてはじめて具体的危険性が認められるということにはならず、因果関係の証明責任を転換することが正当化され得る何らかの事情が生じていれ

↘問題意識を有していると考えられる。

616) これに関しては、4.(2)(ii)(a)を参照。

617) 1項2文の適用範囲を制限すべきであるとの問題意識は、判例および学説において共有されているといえよう。この点に関して、たとえば、*Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 528; *Staudinger/ Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 541), Rn. 114 f. を参照。

ばよいということになる⁶¹⁸⁾。実際、過失責任の領域においては、「接触」までは求められていないのである⁶¹⁹⁾。いずれにしても、行為の具体的危険性の要件は、この因果関係の証明責任を転換することが正当化され得る事情の有無を、個別の事案において検討するための枠組みとして、重要な意義を有しているのである。

ところで、行為の具体的危険性がどのような場合に認められるべきかという問題とは別に、行為の具体的危険性だけで1項2文の責任は正当化されるのかという問題がある。これは、具体的には、同文の責任が成立するための要件として、行為の具体的危険性に加え、賠償請求権の確定性を要求すべきかという問題として捉えることができる。この問題については、項を改めて検討する。

5. 検 討

ここまでのところで、1項2文の趣旨に関する被害者側からのアプローチと行為者側からのアプローチを取り上げ、さらに、同文に基づく責任の成立範囲を限定するものとして、関与者概念および行為の具体的危険性に関する議論を概観してきた。そこで以下では、これらを踏まえ、同文の責任の意義について検討を行う。

(1) 賠償請求権の確定性と1項2文の趣旨

1項2文においては、賠償請求権の確定性を要件とすべきか否かが問題となる。この点につき、学説は、賠償請求権の確定性を不要とする見解と、これを必要とする見解とに分かれる。以下では、まず、賠償請求権の確定性を不要とする見解を取り上げ ((i))、次いで、これに対する学説か

618) この点に関しては、*Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 528 が指摘する通りである。

619) ちなみに、環境責任の事例においても、行為の具体的危険性の要件が問題となるものの、そこで「接触」までを求める見解は、ほとんど見受けられない。この点については——同事例において「接触」が何を指すのかも含めて——後述する。

らの批判を取り上げる (ii)。そして、これらを踏まえ、同文に基づく責任の意義を明らかにする (iii)。

(i) 賠償請求権の確定性を不要とする見解

すでにみたように、支配的な学説は、1項2文の要件として、賠償請求権の確定性を要求するが、一部の有力学説は、これを不要とする。以下では、同文において賠償請求権の確定性を不要とした上で、民法254条との重畳適用によって割合的な解決を導く、フランツ・ビドリンスキー (Franz Bydliniski) の見解を取り上げる。

ビドリンスキーは、1項2文の解釈論として、賠償請求権の確定性を不要とすることはできないとしながらも、法の継続形成 (Rechtsfortbildung) の観点から、立法論として、これを不要とすることは可能であるとする。賠償請求権の確定性が認められない場面の1つとして、責任要件を充たす行為と自然力とが競合する場合が考えられる⁶²⁰⁾。これは、たとえば、次のような場合である。

【設例】 ある山の上部で2つの石が落下し、そのうちの1つが下にいたAに命中した。2件の落石のうちの1件は、Bの違法かつ有責な行為によって引き起こされ、もう1件は自然現象によって引き起こされたものであるが、2つの石のうちのどちらがAに命中したのかは不明である⁶²¹⁾。

この設例では、自然現象によって引き起こされた落石が損害の原因である可能性がある以上、Aに賠償請求権があることは確定していない⁶²²⁾。したがって、支配的な学説によると、このような事例において1項2文を

620) このほか、賠償請求権の確定性が認められない場面として、複数の関与者の行為の中に過失のない行為が含まれている場合、複数の関与者の中に責任無能力者が含まれている場合、被害者の行為によって損害が発生した可能性がある場合 (択一的行為者の中に被害者が含まれる場合) などが考えられる。この点に関しては、MünchKomm/ Wagner, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 63 ff. を参照。

621) Bodewig, a. a. O. (Fn. 566), S. 538.

622) これに関しては、Bodewig, a. a. O. (Fn. 566), S. 538 を参照。

適用することはできない。ビドリンスキーは、このような結論を疑問視した上で、同文と民法254条との重畳適用により、割合的な責任を成立させることを主張する。ビドリンスキーの見解は、大要以下のとおりである（下記①～④）。

① 一部の学説は、因果関係の立証困難それ自体に1項2文の責任根拠を求めるが、立証困難は、同文の責任根拠を考えるにあたっての前提に過ぎない。重要なのは、数ある立証困難の中でも、複数の不法行為による立証困難のみが被害者から取り除かれるのはなぜかということである。これは、賠償請求権の確定性（an sich feststehender Ersatzanspruch）、ないしこれと結び付いた利益防禦の思想（Gedanke der Vorteilsabwehr）によってのみ明らかにすることができる。すなわち、賠償請求権の確定性が認められる状況において、各行為者が、違法かつ有責で、危険な行為を行ったことが、同文の責任根拠となるのである⁶²³⁾。

② 1項2文の責任根拠となっている賠償請求権の確定性は、重要でないとはいえない。しかし、賠償請求権の確定性を要件とするかぎり、択一的原因のうちのいずれもが責任要件を充たす行為者である場合には、それらの行為者は全損害に対して責任を負うのに対し、択一的原因として自然力などの偶然の事象（Zufallereignis）が競合した場合には、責任要件を充たす行為者が責任を免れることになる。これは理解し難い結論である。たしかに、因果関係の原則（Verursachungsprinzip）からすると、ここでは、被害者の賠償請求権を根拠づけることができないという意味で、被害者は可能的利益（möglicher Vorteil）を有しているに過ぎない。しかしその一方で、因果関係の原則からすると、有責な行為の行為者は、何らの責任も負担しないということを根拠づけることができないという意味で、可能的利益を有しているに過ぎない。こうした中、被害者の可能的利益の保護を回避するため、行為者の可能的利益が甘受されるべきであるというのは、理

623) Bydliniski, a. a. O. (Fn. 515), S. 11.

解し難いことである⁶²⁴⁾。

㉔ 責任法は、1項2文において、単なる因果関係の可能性 (bloß mögliche Kausalität) についての責任を認めている。このような1項2文の法思想 (Rechtsgedanke) を踏まえると、法の継続形成により、同文の適用範囲は、責任要件を充たす行為と偶然との択一的競合の場合にも拡張されるべきである。すなわち、1項2文は、民法254条との重畳適用によって、択一的原因としての偶然を被害者の危険領域 (Risikobereich) に割り当てることを可能にする。したがってここでは、被害者と択一的行為者との間で損害分配が実現することになる⁶²⁵⁾。

㉕ ところで、たとえば、医療過誤においては、それがなかったとしても、健康損害が発生した可能性があるため、因果関係の立証困難が生じることになる。そこで、現行法上、一部の学説は、証明責任の転換や表見証明といった既存の道具立てによって、被害者の証明負担の軽減を図っている。しかし、そこから導かれるのは、「不適當なオール・オア・ナッシングの原則 (unangemessenes Alles-oder-nichts-Prinzip)」である。これと比較すると、1項2文と民法254条の重畳適用による割合的責任という解決は、正義に適っているといえる⁶²⁶⁾。

上記のビドリンスキーの見解に対しては、次の3つのことを指摘することができる。

まず、ビドリンスキーは、現行法の解釈論として、賠償請求権の確定性が1項2文の要件となることを認めつつ、立法論として、同要件を不要とすべきことを主張する⁶²⁷⁾。この立法論として賠償請求権の確定性を不要

624) *Bydlinski*, a. a. O. (Fn. 515), S. 31. こうした点を問題視する見解として、ほかに、*Larenz/Canaris*, a. a. O. (Fn. 28), § 82 II 3. b); *Koziol*, a. a. O. (Fn. 28), Rn. 5/86 ff. などがある。

625) *Bydlinski*, a. a. O. (Fn. 515), S. 30 ff.

626) *Bydlinski*, a. a. O. (Fn. 515), S. 32 f.

627) *Bydlinski*, a. a. O. (Fn. 515), S. 30. ビドリンスキーは、現行法を前提とするかぎり、賠償請求権の確定性を不要とすることには慎重であるべきとの見解を繰り返し述べている。だからこそ、ビドリンスキーにおいては、通常の類推適用 (normale analoge Anwendung) ↗

とするという考え方は、支配的な学説から支持されているとは言い難いが、一部の有力な論者⁶²⁸⁾によって支持されている。また、これと関連して、ビドリンスキーの見解は、ヨーロッパ不法行為法原則（Principles of European Tort Law: PETL）⁶²⁹⁾ およびオーストリア損害賠償法改正案⁶³⁰⁾ に影

ゝは認められないこと、および、賠償請求権の確定性を不要とする考え方は現行法の基本的な価値（Grundwertung）を超えていることが強調されているのである。Bydlinski, a. a. O. (Fn. 515), S. 30; Ders., Haftungsggrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen, in: Festschrift für Gerhard Frotz, 1993, S. 3, 4.

628) Koziol, a. a. O. (Fn. 28), Rn. 5/90; Larenz/ Canaris, a. a. O. (Fn. 28), § 82 II 3. b).

629) Spier, a. a. O. (Fn. 28), S. 48 ff.; Christopher Bolko Ehlgren, Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Chancen, 2013, S. 192 f. なお、「被害者の領域における不確実な原因」に関するヨーロッパ不法行為法原則 3:106条は、次のように規定する。「損害が被害者の領域においてある行為（Aktivität）、ある事象（Ereignis）、その他の事情によって引き起こされた蓋然性がある場合、被害者は、その蓋然性に応じて自らに生じた損害を負担しなければならない」（同原則には日本語版も存在するが、ここでは筆者によるドイツ語版の仮訳を採用する）。<http://www.egt.org/docs/PETLGerman.pdf>

630) ここにいうオーストリア損害賠償法改正案とは、司法省の研究班（Arbeitsgruppe）が2005年に公表した討議草案（Diskussionsentwurf）を指す。同草案1294条2項3文は、次のように規定する。「2つの事象（Ereignisse）のうちの1つが偶然であるか、もしくは被害者によって引き起こされた場合、または、一方もしくは他方の事象のみが損害を引き起こした可能性がある場合（択一的競合）、損害は、帰責根拠の程度および因果関係の蓋然性に応じて分配される」。オーストリア損害賠償法の改正をめぐるのは、討議草案が公表された後、ルードルフ・ライシャウアー（Rudolf Reischauer）を中心に組織された研究会（Arbeitskreis）が、いわゆる反対草案（Gegenentwurf）を公表した。同草案1302条2項は、偶然との択一的競合の場合の責任を否定している。オーストリア損害賠償法の改正、およびビドリンスキーの見解の討議草案への影響については、Helmut Koziol, Schaden, Verursachung und Verschulden im Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBl 2006, S. 768; Ders., Schadenersatzreform: Der Gegenentwurf eines Arbeitskreises, JBl 2008, S. 348; Gerhard Wagner, Reform des Schadenersatzrechts, JBl 2008, S. 2; Andreas Kletečka, Alternative Verursachungskonkurrenz mit dem Zufall - Die Wahrscheinlichkeit als Haftungsggrund?, JBl 2009, S. 137; Jochen Taupitz/ Christian Pfeiffer, Der Entwurf und der Gegenentwurf für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht - eine kritische Analyse, JBl 2010, S. 88; Christian Pfeiffer, Die Entwürfe für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht - Fortschritt für Österreich und Vorbild für Deutschland?, 2011.

なお、オーストリア損害賠償法の改正をめぐる一連の議論を紹介した邦語文献として、若林三奈「オーストリア損害賠償法改革の現状：2011年折衷草案の概要」社会科学研究

響を与えたといわれている。

次に、ビドリンスキーが1項2文と民法254条との重畳適用の場面として念頭においているのは、医療過誤の事例など、因果関係の判断が微妙なものになる領域であり、その根底には、オール・オア・ナッシングによる解決よりも、割合的な解決のほうが正義に適っているとの考え方があろう。こうした考え方自体は、他の有力な論者によっても共有されているところであるが⁶³¹⁾、そのような解決を導く方法として1項2文を援用することが妥当なのかについては、議論がある⁶³²⁾。

最後に、ビドリンスキーは、因果関係の可能性によって責任を根拠づける点に1項2文の法思想を求め、これを、動的システム論によって正当化する⁶³³⁾。もっとも、このような考え方に対しては、それを貫くと常に部分的な責任しか導かれなくなるのではないかといった疑問や、過失や違法性についても立証困難が生じ得るにもかかわらず、何ゆえ因果関係の立証困難についてのみ、他とは異なる取扱いを受けることになるのかといった疑問が示されている⁶³⁴⁾。

(ii) 賠償請求権の確定性を必要とする見解

以上に対し、多くの学説は、1項2文の要件として賠償請求権の確定性を要求し、ビドリンスキーの見解を批判している⁶³⁵⁾。その中には、割合的責任を導くための手段として同文を援用することに対する批判と、賠償請求権の確定性を不要とすることで、同文を可能的因果関係についての責任を導く規定とすることに対する批判とがある。以下、それぞれについて

↘年報44号(2014年)191頁、同「オーストリア損害賠償法改革にみるヨーロッパ不法行為法の動向(1)～(2・完)」龍谷法学48巻1号(2015年)317頁、48巻3号(2016年)1087頁等。

631) MünchKomm/ *Wagner*, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 69.

632) *Koziol*, a. a. O. (Fn. 28), Rn. 5/88.

633) *Bydlinski*, a. a. O. (Fn. 515), S. 30 ff.

634) この点に関しては、下記(ii)(a)で検討する。

635) こうした中、賠償請求権の確定性を不要とする見解として、*Röckrath*, a. a. O. (Fn. 573), S. 187 ff.

みていくこととする。

(a) １項２文によって割合的責任を導くことの正当性

すでにみたように、ビドリンスキーは、１項２文の要件として賠償請求権の確定性を不要とし、行為と偶然との択一的競合という枠組みの下で、割合的責任を導く。ここでは、割合的責任を導く手段として１項２文を援用することの正当性が問題となる。この点について、支配的な学説は、次の４つの観点から、１項２文による割合的責任論に対して批判を加えている⁶³⁶⁾。

第１に、この割合的責任論が念頭におく場面においては、類推適用のための要件である「予定しない規定の欠缺（planwidrige Regelungslücke）」は生じていないとの批判がある。それによると、立法者は、損害が疾患の自然的な経過によって発生したのか、違法な行為——医療過誤——によって発生したのかが不明であるという事例が存在することを認識しているが、そこではノン・リケットによって被害者の負担となるとの判断が下されている⁶³⁷⁾。また、因果関係の立証困難を克服するため、立法者は、医薬品法84条２項や環境責任法６条など、一定の領域において因果関係の推定を規定した特別法を用意しており、このような特別法が存在する領域においては、１項２文の類推適用の余地はない⁶³⁸⁾。したがって、１項２文を広範な領域にわたって類推可能な一般的な証明規範として捉えることは、問題である。立法者は、いくつかの事案類型において因果関係の立証困難が

636) この問題に関する代表的な文献として、*Christian Katzenmeier*, *Beweismaßbreuduzierung und probabilistische Proportionalhaftung*, ZfP 117 (2004), S. 187; *Gerald Mäsch*, *Chance und Schaden*, 2004; *Jochen Taupitz*, Referat, in: *Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006*, Bd. II/1, S. L 57; *Ders.*, *Proportionalhaftung zur Lösung von Kausalitätsproblemen - insbesondere in der Arzthaftung?*, in: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris*, 2007, S. 1231; *Alexander Stremitzer*, *Haftung bei Unsicherheit des hypothetischen Kausalitätsverlaufs*, AcP 208 (2008), S. 676; *Bolko Ehlgen*, a. a. O. (Fn. 629).

637) *Bolko Ehlgen*, a. a. O. (Fn. 629), S. 203. この点、エーバルルボルゲスも、本来であれば、ノン・リケットの場合には被害者が証明責任を負担するところ、違法かつ有責な行為者が複数関与した場合には行為者がこれを負担する点に、１項２文の特殊性があるとしている。これに関しては、2. (3)(b)を参照。

638) *Spindler*, a. a. O. (Fn. 534), S. 311; *MünchKomm/ Wagner*, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 54.

生じ得ることを認識していながら、そこに1項2文を適用するという方法をとらなかったのである⁶³⁹⁾。以上を踏まえると、規定の欠缺がない以上、1項2文の類推適用により割合的責任⁶⁴⁰⁾を導く余地はないということになる⁶⁴¹⁾。

第2に、1項2文と民法254条を重畳適用することに対する批判がある。これは、次のようなものである。ビドリンスキーの見解によると、加害者である可能性のある者と被害者との間にあたかも連帯債務の関係が成立し、債務者間における求償の場合と同様の考え方の下で、被害者に損害の一部を負担させることになる⁶⁴²⁾。しかし、これは誤りである。というのも、たしかに、民法840条1項、同426条1項、同254条1項が適用される領域においては、行為者間の内部の責任割合を判断するにあたって、可能的寄与度が考慮されるが、偶然との択一的競合の事例においては、これらの条文が適用される前提となる連帯債務の関係が成立していないからである。したがって、1項2文と民法254条を重畳適用することで割合的責任を導くことはできないことになる⁶⁴³⁾。

639) この点については、*Taupitz*, a. a. O. (Fn. 636), Festschrift für Canaris, S. 1235; *Bolko Ehlgen*, a. a. O. (Fn. 629), S. 203などを参照。

640) とりわけ、2013年に「患者の権利の向上のための法律 (Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten)」が施行され、重大な診療過誤の場合における因果関係の推定を規定する民法630h条5項が新設されて以降、医師責任の領域において割合的責任を認めることに対しては、否定的な見解が有力になっている。これに対し、割合的責任を主張するものとして、*Gerhard Wagner*, Kodifikation des Arzthaftungsrechts? – Zum Entwurf eines Patientenrechtgesetzes, VersR 2012, S. 789, 800。また、論者の医薬品責任の領域における割合的責任の主張として、ゲルハルト・ヴァーグナー (長野史寛訳)「医薬品責任の現代的課題」中田邦博ほか編『ヨーロッパ私法・消費者法の現代化と日本私法の展開』(日本評論社、2020年)289頁、308-309頁。

641) この点を強調するものとして、*Ahrens/ Spickhoff*, a. a. O. (Fn. 589), § 6 IV 2, Rn. 101。

642) *MünchKomm/ Wagner*, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 69。

643) *Bolko Ehlgen*, a. a. O. (Fn. 629) S. 203 f. なお、*Spindler*, a. a. O. (Fn. 534), S. 310によると、民法254条は、責任充足の因果関係の問題においてのみ適用され得るのであって、因果関係の不明を克服して責任を根拠付けることには適していない。これと同様の指摘として、たとえば、*Taupitz*, a. a. O. (Fn. 636), Festschrift für Canaris, S. 1235; *Kletečka*, a. a. O. ↗

第３に、偶然との択一的競合の場面において１項２文を適用すると、常に蓋然性に応じた責任が導かれることになり妥当ではないという批判が、ルードルフ・ヴェルザー（Rudolf Welser）⁶⁴⁴とアンドレーアス・クレテチュカ（Andreas Kletečka）⁶⁴⁵によってなされている。その概要は次の通りである。責任を導かない全てのもの（alles, was nicht zu einer Haftung führt）が偶然であるとする、100%の確実性をもって因果関係が証明されない事例において、加害者である可能性のある者の行為は、常に偶然と競合していることになり、蓋然性に応じた責任が導かれることになる⁶⁴⁶。また、仮に、この蓋然性に応じた責任が認められる場合を一定の蓋然性——たとえば、50%——以上の場合に限定するとなると、オール・オア・ナッシングの原則が「ハーフ・オア・ナッシングの原則（Hälfte-oder-Nichts-Prinzip）」に変わるに過ぎない。ここでは、行為者が損害を引き起こした蓋然性が——たとえば、51%の場合と49%の場合のように——ほんのわずかしき異ならないにもかかわらず、一方の被害者は、部分的にせよ賠償を受けることができるのに対し、他方の被害者は一切の賠償を受けることができないことになる。しかし、これは偶然との択一的競合による割合的責任を主張する論者の意図するところではないだろう。したがって、この学説をとる場合、常に蓋然性に応じた責任が認められることになるのである⁶⁴⁷。

第４に、責任要件の中で、なぜ因果関係のみが蓋然性に応じた責任を導くことになるのかという疑問がある。それによると、蓋然性に応じた責任を構想するならば、本来的には、因果関係の蓋然性だけでなく、違法性や過失の蓋然性もそのような責任を導くことにならないと、首尾一貫したも

↘(Fn. 630) S. 140 などがある。

644) *Rudolf Welser*, Zur solidarischen Schadenshaftung bei ungeklärter Verursachung im deutschen Recht, ZfRV 1968, S. 38, 42 f. ヴェルザーの見解を紹介する先行研究として、石橋・前掲注74) 104-105頁も参照。

645) *Kletečka*, a. a. O. (Fn. 630), S. 141 ff.

646) *Welser*, a. a. O. (Fn. 644), S. 42; *Kletečka*, a. a. O. (Fn. 630), S. 141 f.

647) *Kletečka*, a. a. O. (Fn. 630), S. 141 f. なお、*Welser*, a. a. O. (Fn. 644), S. 42 も同旨である。

のにはならない。もっとも、全ての証明対象が蓋然性の判断と結び付けられるとなると、あらゆる蓋然性 (Gesamtwahrscheinlichkeit) についての計算が求められることとなり、妥当ではない⁶⁴⁸⁾。

(b) 可能的因果関係についての責任の妥当性

すでに述べたように (2.(2))、行為者側からのアプローチによって1項2文の趣旨を検討する学説は、賠償請求権の確定性を不要とし、可能的因果関係 (mögliche Kausalität) についての責任を主張する。以下では、このような考え方の妥当性について検討を行う。

まず、カナーリスが1項2文の趣旨を検討するにあたって指摘していた「不当な僥倖」という状況が問題となる。カナーリスは、行為者が危険な行為を行ったにもかかわらず、他にも危険な行為を行った者がいるというだけで責任を免れることを、「不当な僥倖」にあたるとしていた⁶⁴⁹⁾。これに対し、クリスティアン・プファイファー (Christian Pfeiffer) は、このような主張を、損害を引き起こした者の視点のみからみた一面的なものであるとして、次のように指摘する。「損害を引き起こしていない者の視点からすると、損害を引き起こした者が関与したことは、僥倖どころか、明らかに不運 (Unglück) であるといえる」。なぜなら、損害を引き起こしていない者は、本来的には賠償義務を負わないにもかかわらず、1項2文によって責任を負うことになるからである⁶⁵⁰⁾。したがって、同文の趣旨を検討するにあたって、「不当な僥倖」のみを強調することは、必ずしも適当ではない。

次に、因果関係の可能性のみによって1項2文の責任を正当化することができるのが問題となる。これに関しては、次の2つの疑問が示されている。

第1に、たしかに、1項2文が適用されることによって、因果関係の可

648) *Kletečka*, a. a. O. (Fn. 630), S. 142 f.

649) カナーリスの見解については、2.(2)(ii)(a)を参照。

650) *Pfeiffer*, a. a. O. (Fn. 630), S. 118.

能性があるに過ぎない行為の行為者が責任を負う。しかし、これは、１項２文が因果関係の証明責任を行為者の側に転換した⁶⁵¹⁾ことによって生じた結果であって、ここで問題とされるべきは、なぜ因果関係の証明責任が転換されるのかという点である。そして、まさに賠償請求権の確定性こそが、これを正当化するのである⁶⁵²⁾。すなわち、損害が不法行為によって引き起こされた場合にのみ、その損害が被害者によって甘受されるべきでないことが確定するのである⁶⁵³⁾。

第２に、違法かつ有責な行為によって結果が引き起こされた可能性はあるものの、結局のところ因果関係は不明であるという事態は、択一的競合以外の場合にも生じ得る。そうした中、起草者は、「複数の関与者のうちのいずれの者がその行為により損害を引き起こしたのかを知ることができない」場合（１項２文）に限定して、生じた損害を行為者に帰責することとした。このことを踏まえると、因果関係の可能性それ自体が責任の根拠であるとは言い難い。加害者である可能性のある者に因果関係の不明のリスクを負担させるべきとの原則を、「複数の（可能的）関与者」についての特別規定である１項２文の中に見出した上で、これが責任法の基本的な態度決定（grundlegende Weichenstellung）であると理解するのは誤りである⁶⁵⁴⁾。

このように、１項２文の趣旨を解明するにあたって行為者側からのアプローチを採用し、そこから可能的因果関係についての責任を導くという考え方は、支持されるべきではない⁶⁵⁵⁾。

651) １項２文の法的性質をめぐる議論については、*Mehring*, a. a. O. (Fn. 515), S. 42 ff.; MünchKomm/*Wagner*, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 48 ff. m. w. N.

652) *Kletečka*, a. a. O. (Fn. 630), S. 140.

653) *Mehring*, a. a. O. (Fn. 515), S. 46 ff.

654) *Erik Pötter*, Klimahaftungsrecht, 2014, S. 157. *Ulrich Foerste*, Beweiserleichterung nach groben und einfachen Behandlungsfehlern, in: Festschrift für Erwin Deutsch, 2009, S. 165, 167 も同旨である。

655) *Mehring*, a. a. O. (Fn. 515), S. 47 f. は、１項２文においては、賠償請求権の確定性と各関与者による法益の危殆化が責任を正当化しているところ、これらは、一方が他方に優越する関係にはないとする。

(c) 1項2文の趣旨

以上を踏まえると、1項2文の要件として賠償請求権の確定性が要求されることを前提としつつ、これを基礎として同文の趣旨を明らかにすると、いう姿勢こそが、ドイツ法における正統な解釈論のあり方だということになる。責任要件を充たす行為を行った複数の関与者のうちのいずれかの者が損害を引き起こしたため、これらの者との関係において被害者が賠償請求権を有していることが確定している場合にのみ、被害者の利益を関与者の利益よりも高く評価する。1項2文の趣旨は、まさにこの点に求められる⁶⁵⁶⁾。

(2) 関与者概念および行為の具体的危険性

すでに述べたように、判例は、1項2文の適用範囲の際限のない拡張を防ぐため、関与者概念の下で、各行為の場所的・時間的関連性を問題にする。しかし、多くの学説が指摘するように、場所的・時間的関連性は、同文の適用範囲を限定するものとして、必要なものでもなければ十分なものでもない。というのも、各行為の間に場所的・時間的関連性がある場合においても、同文の適用を認めるべきでない場合がある一方、各行為の間に場所的・時間的関連性がない場合においても、同文の適用を認めるべき場合があると考えられるからである。

そこで、1項2文の適用範囲の限定は、関与者概念ではなく、行為の具体的危険性によって行うことになる。ただし、この場合、具体的危険性の基準をどのように設定するのが問題となる。これに関しては、基礎となる責任規範と、当該事案の状況に応じて個別的に判断されるべき問題であるが、いずれにしても、あらゆる場合に危険源が被害者に「接触」していることを要求するのは、行き過ぎであろう⁶⁵⁷⁾。

656) これは多くの学説が共有するところである。この点については、注534)および注636)で引用した文献を参照。

657) *Bydlinski, a. a. O.* (Fn. 515), S. 14 を参照。

（３）次章への架橋

本章（Ⅲ）では、１項２文の要件のうち、賠償請求権の確定性、関与者概念、および行為の具体的危険性について検討することを通じて、１項２文の趣旨とその基本構造を明らかにした。

ところで、１項２文は、その文言上、択一的競合（加害者不明）の場合を念頭においたものだといえるが、その一方で、累積的競合（寄与度不明）の場合にも適用されることが認められている⁶⁵⁸⁾。もっとも、支配的な学説によると、後者の場合においても、前者の場合と同様、各行為に全部惹起力（Gesamtkausalitätseignung）が備わっていることが要求される⁶⁵⁹⁾。したがってこれによると、たとえば、寄与度不明の事例として重要な位置を占める環境責任の事例の多くに同文を適用することはできなくなる。このようなことから、ドイツ法においては、寄与度不明の事例において連帯責任を導くための要件として、各行為に全部惹起力が備わっていることを維持すべきか否かが議論されている。そこで、次章（Ⅳ）では、この問題について検討を行う。

Ⅳ ドイツ法における寄与度不明事例の扱いについて

１．はじめに

本章（Ⅳ）では、寄与度不明の事例において、各行為と結果との間の因果関係の立証困難がどのように克服されているのかを、１項２文の要件との関係に留意しつつ検討する。支配的な学説によると、同文においては、各行為が生じた結果との関係において全部惹起力を備えていることが要求されるどころ、全部惹起力を備えていない複数の行為が累積的に競合して一定の結果が発生した場合において、同文に基づき各行為者に連帯責任を

658) Staudinger/ Eberl-Borges, a. a. O. (Fn. 541), Rn. 69 ff.; MünchKomm/ Wagner, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 71 m. w. N.

659) MünchKomm/ Wagner, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 76.

課することができるのが、ここでの中心的な課題となる。そこで、まずは、寄与度不明の事例がどのような事例であるのかを確認しておくこととしよう。

ある論者によると、寄与度不明の事例は、次の2つのものに分類される。第1は、「狭義の寄与度不明 (Anteilszweifel im engeren Sinn)」と呼ばれるものであり、複数の行為がそれぞれ損害の一部のみを引き起こしたことは確実にあるものの、それがどの程度であるのかが不明である場合がこれにあたる。第2は、「広義の寄与度不明 (Anteilszweifel im weiteren Sinn)」と呼ばれるものであり、各行為が単独で全損害を引き起こした可能性がある一方、それぞれが部分的に損害を引き起こした可能性もあるという場合がこれにあたる⁶⁶⁰。そこで、この分類を前提とすると、広義の寄与度不明の場合に加え、狭義の寄与度不明の場合においても因果関係の立証困難が緩和されるべきなのかということが、問題となる。

ところで、ドイツ法においては、寄与度不明の事例として上記2つの類型があることを前提としつつ、その具体的な場面として、次の2つの事例において1項2文の適用が問題となっている。第1は、1950年前後に下級審裁判所において問題となった略奪事例 (Plünderungsfall) と呼ばれる事例であり、第2は、とりわけ1970年代以降に活発に議論されるようになった環境責任の事例である。このうち、略奪事例とは、たとえば、複数の行為者が、それぞれ被害者が所有する商品倉庫に保管されている複数の商品のうちの一部を略奪し、これらが積み重なることによって全部の損害が発生したものの、各行為者がそれぞれどの程度の損害を与えたのかは明らかでないという事例である。次に、環境責任の事例とは、複数の行為者がそれ

660) *Mehring*, a. a. O. (Fn. 515), S. 56. なお、「広義の寄与度不明」の定義としては、各行為に全部惹起力が備わっていない寄与度不明（「狭義の寄与度不明」）と、各行為に全部惹起力が備わっている寄与度不明の両方を含んだ上位概念とするべきではないかとも考えられるが、メーリングは、あくまで各行為に全部惹起力が備わっている寄与度不明のみを「広義の寄与度不明」と呼んでいる。以下、本稿では、メーリングの定義に従い、「広義の寄与度不明」の語を用いることとする。

ぞれ汚染物質を排出し、これらが積み重なることによってはじめに一定の環境損害が発生したものの、各行為がどの程度損害の発生に寄与したのかは明らかでないという事例である。このように、これらの事例は、全部惹起力が備わっていない行為が累積することによって一定の損害が発生したという点で共通している⁶⁶¹⁾。しかし、のちに詳しく述べるように、これらを全く同じものとして扱うべきかに関しては、議論のあるところである。

そこで、本章では、この２つの事例を検討することを通じて、ドイツ法が寄与度不明の事例を全体としてどのように扱っているのかを明らかにする。これは、寄与度不明の事例のうち、各行為者が連帯責任を負うべき場合をどのように捉えるのかという問題を明らかにする試みであり、わが国における１項後段の意義と限界を解明するという本稿全体の目的との関係において、興味深いものだといえる。

なお、叙述の順序は、以下の通りとする。まず、略奪事例についての議論を取り上げ（２．）、次いで、環境責任の事例についての議論を取り上げる（３．）。そして、これらを踏まえ、寄与度不明の事例において因果関係の立証困難を克服するため、ドイツ法ではどのような議論が行われているのかについて、総括的な検討を行う（４．）。

２．略奪事例と寄与度不明

（１）はじめに

すでに述べたように、略奪事例とは、1950年前後に下級審裁判所において問題となった事例であり、ここでは、複数の者が、それぞれ被害者が保管する物を略奪したところ、誰がどの程度略奪したのかは明らかではないという事実関係が問題となっていた⁶⁶²⁾。のちに詳しくみるように、一連

661) たとえば、*Gert Brüggemeier, Die Haftung mehrerer im Umweltrecht*, UTR 1990, S. 261, 275 ff. は、略奪事例と環境責任の事例はいずれも部分惹起の事例であり、議論の基礎は同じであるとする。

662) ただし、後掲のハンブルク上級地方裁判所1955年10月18日判決（MDR 1956, 676）【判決２】においては、被告が盗んだ量は確定しており、その意味において本文で述

の略奪事例を通じて、下級審裁判所は、1項2文の要件として各行為に全部惹起力が備わっていることが必要であることを判示し、支配的な学説は、この下級審裁判所の見解を支持している。もっとも、このような解釈論に対しては、異論を唱える学説が存在する。そこで、以下ではまず、裁判実務の動向を把握し(2)、次いで、これに対する学説の反応をみていくこととする(3)。

(2) 裁判実務の動向

以下では、略奪事例に関する判決のうち、バンベルク上級地方裁判所の判決とハンブルク上級地方裁判所の判決を取り上げる⁶⁶³⁾。

【判決1】バンベルク上級地方裁判所1947年10月16日判決 (NJW 1949, 225)

建設会社Xが第2次世界大戦中に複数の建材をA村に運び込んだところ、Yを含む住民ら(A村およびその周辺の村の住民)がそれぞれ建材の一部を盗んだため、運び込まれた建材の全部がなくなった。そこで、XはYに対し、建材の価値に相当する価額の支払を求めた。これに対し、裁判所は、以下のように述べて、Xの訴えを退けた。

「本件の事実関係に基づくと……1項2文の択一的競合は認められない。択一的競合が認められるのは、加害者である可能性のある者として問題になる行為者のそれぞれによって、単独で、結果全体が引き起こされた可能性があるものの、可能性のある行為者のうちのいずれが損害の惹起者であったのが確定できない場合である。しかし、本件においては、他の者も原告の物を略奪したこと、および、被告が一部のみを略奪したことは確定している」。すなわち、ここでは、「複数の行為者のうちのそれぞれの者が、全損害を引き起こしたのではなく、他者が引き起こしたものは区別される部分損害を

↳ べた事実関係とは異なる。

663) なお、以下で取り上げるもののほか、略奪事例の判決として、コブレンツ上級地方裁判所1948年10月20日判決(OLG Koblenz, AcP 150(1949), 453)と、ブラウンシュヴァイク上級地方裁判所1950年12月5日判決(OLG Braunschweig, JR 1951, 658)がある。

引き起こしたのである」⁶⁶⁴⁾。本件において、「被告に全ての責任を課すとの訴えには理由がなく、原告は被告によって負担されるべき部分損害の賠償を算定」しないため、「地方裁判所は適切にも訴えを理由がないものとして退けた」。部分賠償の請求につき原告が証明しなければならないのは、「請求を受けた者が原告の建材を部分的に略奪したこと、および、損害を量的に算定することができることである」。これらが証明されない場合、「原告は、損害を自ら負担しなければならない。なぜなら……原則として、被害者は、被告がまさに同人が賠償すべき損害を引き起こしたということを証明しなければならないからである」⁶⁶⁵⁾。

このように、本件において裁判所は、１項２文の要件として各行為に全部惹起力が備わっていることを要求した上で、狭義の寄与度不明を同文の適用範囲から除外するとともに、部分損害についての証明責任を被害者に負担させることとした。こうした見解は、次に取り上げるハンブルク上級地方裁判所の判決でも採用されている。

【判決２】ハンブルク上級地方裁判所1955年10月18日判決

(MDR 1956, 676)

Xは、Yらに対し、ハンブルク港で汽船に貨物を留め置くよう指示した。その貨物の中には箱があり、その中には毛織物が入っていた。こうした中、その箱がこじ開けられ、毛織物が盗まれた。盗まれた毛織物のうちの22メートル分は、Yが盗んだことが確定しているが、残りの部分については誰が盗んだのかが明らかでない。そこで、Xは、Yが盗んだことが確定している22メートル分に、誰が盗んだのかが明らかでない約115メートル分を加えた計約137メートル分の毛織物の損害について、１項２文に基づき、Yに損害賠償を請求した。これに対し、裁判所は、以下のように述べて、Xの訴えを退けた。

１項２文は、「複数の関与者の個別の行為が——それらを別個にみたときに——全損害を引き起こす適格性を有している」ことを要件とする。しかし

664) NJW 1949, 226.

665) NJW 1949, 226.

ながら、「本件の事実関係においては、これが妥当しない。なぜなら、被告の行為が全損害、すなわち毛織物全部の略奪を引き起こしたこと、ないし引き起こす適格性を有していたことが明らかにされていないからである」。むしろ、本件においては、複数の行為者によって、それぞれ「全損害のうちの一部の損害」が引き起こされ、これらの「複数の部分損害が積み重なることによって」全損害が引き起こされているのである。「このような事例においては、部分損害を引き起こした者 (Teiltäter) につき、証明された部分損害についての責任のみが基礎づけられるのである」⁶⁶⁶⁾。

本判決は、【判決 1】と同様、1 項 2 文の要件として、各行為に全部惹起力が備わっていることを要求するものであるが、被告によって引き起こされた部分損害が証明されている点において、【判決 1】とは事案が異なる⁶⁶⁷⁾。本件において、X は、Y によって引き起こされた部分損害が確定しているにもかかわらず、その他の者によって引き起こされた部分損害が明らかでないことを捉えて、1 項 2 文に基づき、Y に対して全損害についての賠償責任を追及している。これに対し、裁判所は、Y の行為が全損害を引き起こす適格性を有していないことを理由として、X のこのような主張を退けている。

(3) 学説の動向

このように、下級審裁判所は、1 項 2 文の要件として各行為に全部惹起力が備わっていることを要求し、そのような理由から、狭義の寄与度不明に同文を適用することを否定する。そこで次に、この点に関する学説の動向をみていくこととする。

(i) 支配的な学説

支配的な学説は、下級審裁判所の判例と同様、狭義の寄与度不明の事例に 1 項 2 文を適用することを否定する。その概要は、以下の通りである (下

666) MDR 1956, 676.

667) *Brambring*, a. a. O. (Fn. 542), S. 120 f.

記①～③）。

① まず、全部惹起力を備えていない行為の行為者に全損害についての責任を課すならば、引き起こしていないことが確定している損害についての責任を認めることとなり、１項２文が因果関係の推定規定であることと矛盾する。したがって、同文においては、各行為につき、生じた全損害を引き起こす可能性が備わっていない⁶⁶⁸⁾。

② 次に、狭義の寄与度不明においては、各行為が損害を引き起こしたと自体は確定しており、その範囲が不明であるに過ぎない。したがって、ここでは、１項２文が前提としている因果関係の不明が生じていない以上、同文を適用する余地はない。これに対し、広義の寄与度不明においては、各行為に全部惹起力が備わっているため、択一的競合と同様、複数の行為のうちどの行為が損害を引き起こしたのかが明らかでないという状況が生じている⁶⁶⁹⁾。

③ もっとも、狭義の寄与度不明に１項２文が適用されないからといって、各行為者が全く責任を負わなくてよいというわけではない。なぜなら、そこでは、各行為者が全損害を引き起こしていないことが確定している一方、各行為者が損害の一部を引き起こしたこともまた確定しているからである⁶⁷⁰⁾。したがって、各行為者は損害の一部について賠償責任を負い、その損害部分は、民事訴訟法287条に基づいて算定されることになる。なお、同条を適用してもなお各行為者が賠償すべき損害部分を算定することができない場合、賠償責任は否定される⁶⁷¹⁾。

668) たとえば、*Bauer*, a. a. O. (Fn. 520), S. 8; *Bydlinski*, a. a. O. (Fn. 515), S. 28 f.; *Bodewig*, a. a. O. (Fn. 566), S. 532 ff.; *Larenz/Canaris*, a. a. O. (Fn. 28), § 82 II 3. a); *MünchKomm/Wagner*, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 76; *Staudinger/Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 541), Rn. 71; *Spindler*, a. a. O. (Fn. 534), S. 308などを参照。

669) *Staudinger/Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 541), Rn. 71; *MünchKomm/Wagner*, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 76.

670) この点を指摘するものとして、たとえば、*Bydlinski*, a. a. O. (Fn. 515), S. 28 f.

671) この点については、*Mehring*, a. a. O. (Fn. 515), S. 56 (Fn. 4)を参照。

(ii) 少数説

支配的な学説に対し、一部の学説は、狭義の寄与度不明の事例に1項2文を適用することを肯定する。そこで以下では、そのような見解として、トーマス・ヴェッカーレ(Thomas Weckerle)の見解と、トーマス・メーリング(Thomas Mehring)の見解を取り上げる。

(a) トーマス・ヴェッカーレの見解

ヴェッカーレは、以下の3つの理由(下記①~③)により、狭義の寄与度不明の事例に1項2文を類推適用することを主張する。

① 第1に、狭義の寄与度不明においては、不法行為が競合することで生じた因果関係の不明のリスクを誰が負担するべきかが問題となる。択一的競合の場合において、被害者から「加害者不明のリスク」が取り除かれるならば、狭義の寄与度不明の場合においては、被害者から「寄与度不明のリスク」が取り除かれるべきである。これは、「公平の考慮(Billigkeitsüberlegung)」に基づくものである⁶⁷²⁾。

② 第2に、1項2文の類推適用によって連帯責任を導くことは、公平に資するのみならず、法政策上も望ましい。なぜなら、ここで連帯責任を認めることは、損害の抑止をもたらすとともに、関与者が事実関係を明らかにするインセンティブを生じさせるからである。支配的な学説によると、個々の関与者の寄与度が明らかにされなにかぎり、関与者は責任を負わないため、関与者が事実関係を秘匿するインセンティブが働く。これに対し、同文の類推適用を認め、関与者に連帯責任を課すとするならば、関与者が免責立証のため事実関係を明らかにするインセンティブが働く。これは、法政策上望ましいことといえる⁶⁷³⁾。

③ 第3に、狭義の寄与度不明においては、個別の損害が積み重なることによって全損害が発生するところ、そこでは、個別の損害につき択一的競合が生じているとみることもできる。このように、択一的競合と狭義の

672) *Thomas Weckerle*, Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer, 1974, S. 161.

673) *Weckerle*, a. a. O. (Fn. 672), S. 162.

寄与度不明との違いは、損害の捉え方の違いに過ぎない。たとえば、２名の射手が、被害者に向けて１発ずつ発砲し、それぞれの弾丸が被害者の腕と膝に命中したものの、どちらの弾丸がどちらに命中したのかは不明であるという事例を考えてみよう。この事例において、腕の損害と膝の損害を全体として１つの損害と捉えた上で、狭義の寄与度不明が生じたと理解するのか、それとも、腕の損害と膝の損害を別個の損害と捉えた上で、これらの個別の損害がそれぞれ択一的に引き起こされたかと理解するのかは、損害の捉え方の問題に過ぎない。それにもかかわらず、これら間で結論が異なるのは説得的ではない⁶⁷⁴⁾。

ヴェッカーレの見解は、狭義の寄与度不明への１項２文の類推適用を正当化するにあたって、「公平の考慮」を重視する点、および択一的競合との類似性を指摘する点に特徴がある。もっとも、これらの点に対しては、有力な批判が加えられている。

アンドレーアス・クヴェンティン (Andreas Quentin) は、ヴェッカーレの見解を、次のように批判する。まず、ヴェッカーレは、狭義の寄与度不明における因果関係の不明のリスクにつき、被害者に負担させるよりも、関与者に負担させるほうが公平に適っているとするが、それがなぜ公平に適っているのかについては、説明をしていない⁶⁷⁵⁾。次に、加害者不明 (択一的競合) においては、他の関与者の行為がなかったとするならば、当該関与者が全損害を引き起こしたことになる。これに対し、狭義の寄与度不明においては、個別の侵害行為に着目すると、それらが全損害を引き起こしたとはいえない。したがって、狭義の寄与度不明を択一的競合と同視するのは誤りである⁶⁷⁶⁾。

(b) トーマス・メーリングの見解

メーリングは、ヴェッカーレの見解を批判しつつ、損害全体のうちの

674) Weckerle, a. a. O. (Fn. 672), S. 162 f.

675) Andreas Quentin, Kausalität und deliktische Haftungsbegründung, 1994, S. 189 f.

676) Quentin, a. a. O. (Fn. 675), S. 189 f.

部について1項2文の適用を認めるという注目に値する見解を主張する。その概要は、以下の通りである(下記①・②)。

① まず、ヴェッカーレは、択一的競合と狭義の寄与度不明との違いが単に損害の捉え方の違いに過ぎないことを理由として、狭義の寄与度不明の場合に1項2文を類推適用する。しかし、これでは、1つの不法行為が複数の法益侵害と結び付けられることとなり、妥当ではない⁶⁷⁷⁾。そもそも、1項2文の責任は、不法行為を行った者によって損害が引き起こされた可能性があることによって正当化される⁶⁷⁸⁾。したがって、不法行為を行っていない者の責任は、同文によって正当化することができない。すなわち、1つの不法行為も行っていない者が、発生した1つの損害について責任を負わないのと同様、1つの不法行為を行った者は、複数の損害について責任を負わないのである⁶⁷⁹⁾。

② 次に、各行為者が損害全体について責任を負うのか、全く責任を負わないのかという二者択一の解決ではなく、一部の損害について1項2文の適用を認めるという「中間的解決」が考えられる。すなわち、各行為者が全損害を引き起こしていないことが確実であるとしても、そのことによって、因果関係の推定が全く認められなくなるわけではない。因果関係がないことが確定していない範囲においては、因果関係の可能性がある以上、その推定を行うことは可能である。そこで、各関与者の行為につき、損害全体のうち、同行為が寄与していない部分を特定した上で、その部分を除

677) *Mehring*, a. a. O. (Fn. 515), S. 58 f. ここでは、1つの行為が「複数回にわたって活用される (mehrfach „verwertet“ werden)」ことが問題視されている。

678) なお、念のために述べておくと、メーリングは、1項2文の要件として、賠償請求権の確定性を要求する見解をとっており、各行為が損害を引き起こした可能性のみから同文の責任を正当化しているわけではない。この点に関しては、*Mehring*, a. a. O. (Fn. 515), S. 58 を参照。

679) *Mehring*, a. a. O. (Fn. 515), S. 59. なお、*Bydlinski*, a. a. O. (Fn. 515), S. 28 も、これと同様の指摘を行っている。それによると、1項2文の責任は因果関係の疑い (Kausalitätsverdacht) を基礎とする。そして、この因果関係の疑いは、当該損害に対する確定した不法行為 (ただし、因果関係の点を除く) を基礎としなければならない。

いた残りの損害部分について、1項2文を適用することが考えられる。なお、この寄与していない部分の特定に関しては、民事訴訟法287条の適用が考えられる⁶⁸⁰⁾。

支配的な学説によると、狭義の寄与度不明の事例においては、各行為に全部惹起力が備わっていない以上、生じた全損害について1項2文を適用することができず、各行為者は、民事訴訟法287条により、自らの行為が引き起こした部分損害について責任を負うことになる。したがって、同条によっても、各行為が引き起こした部分損害を明らかにすることができない場合、被害者は、そのかぎりにおいて、生じた損害を自ら負担しなければならない。これに対し、メーリングの見解をとる場合、民事訴訟法287条の適用により、各関与者の行為につき、損害全体のうち、同行為が寄与していない部分をそれぞれ特定した上で、それらの部分を除いた残りの損害部分について、1項2文を適用することが可能になる⁶⁸¹⁾。その意味において、メーリングの見解は、支配的な学説よりも被害者保護を前進させるものだといえよう。

680) *Mehring*, a. a. O. (Fn. 515), S. 59 ff.

681) *MünchKomm/ Wagner*, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 76 も同様の解決を提案していると考えられる。