

# 民事不法における損害の帰責

平 中 貫 一

はじめに

- 1 事実的因果関係
- 2 相当因果関係

はじめに

権利侵害による損害賠償が実現されるためには、加害者の行為と被害者の損害が結び付けられなければならない。この行為と損害を結び付ける事実の連鎖を因果関係と呼んでいる。事実連鎖は自然法則的に判断されるが、その際事実経過の反復可能性が重要である。ある経過が同一の条件のもとで必然的に不利益を生じさせるとき、自然科学的意味での因果関係が肯定される。因果関係の有無は、実際に生じた経過と外部的に同一の仮定的事実連鎖との比較において判断される。現実の因果関係を判断するのに現実ではない因果関係を構成するのである (Max Weber)。常に同一の結果が発生する場合、因果関係が確定される。法において因果関係は責任を根拠付け、そして限定するという二重の機能を有している。もちろん、過失責任主義のもとでは因果関係は唯一の責任根拠でも責任限定でもない。しかし、因果関係は帰責の出発点であり、行為と損害の自然法則的結合は責任を価値判断だけでなく、具体的事実において判断することを可能にするのである。

自然法則的意味での因果関係は無限に連続するものであるから (俗に風が吹けば桶屋が儲かる、といわれる)、法的には自然的因果関係が肯定される損害から加害者に賠償させることが相当である損害を取り出すことが必要と

なる。法律学では、この作業を法的因果関係または相当因果関係と呼び、自然的因果関係または事実的因果関係と区別している。日本では、両者の区別は確立しているが、相当因果関係の必要性について争いがある。そこで、相当因果関係の必要性についてほぼ通説が形成されているドイツの議論を参考に、まずは、事実的因果関係から説明を始める。

### 1 事実的因果関係

事実的因果関係または自然的因果関係は自然法則によってその有無が判断されるべきものであるが、自然科学的証明は費用がかかり、また困難であることが多い。そこで法律実務では、より簡略化された方式が採用されている。すなわち、*condicio sine qua non*, *but-for test* である。「あれなければこれなし」という方式は、責任を根拠付ける事実経過を取り去った仮定的事象と現実に発生した事象を比較するものである。責任を根拠付ける事実経過が取り去られた場合に、損害もまた発生しないとき、その事実経過は損害の原因であると判断される。逆に、損害がなお発生するときには、その事実経過は損害の原因ではない。Aがピストルを発射し、Bが倒れた場合、発射という事実が取り去られる。取り去られても、なおBの転倒が生じているとき（たとえば心筋硬塞によって）、発射は転倒と因果関係がないと判断されるのである。

もちろん、*condicio sine qua non* は万能ではない。この方式によって因果関係の判断が困難である場合には、元の自然法則によってその有無が判断されなければならない。たとえば、単独で完全に結果を惹起しうる原因が複数競合して結果を惹起した場合、重疊的競合の場合である。A工場の排水とB工場の排水が競合して下流住民の健康被害を生じさせたが、いずれの排水も健康被害を発生させるのに十分であった場合、*condicio sine qua non* は役に立たない。いずれか一方の排水がなくても、なお被害が生じるから、因果関係が否定されてしまうからである。この場合には、自然法則的に判断して両工場の排水が健康被害を発生させたのだから、両工場の排水が健康被害の原

因であったと判断してよい。

### 1. 1 不作為の因果関係

通常、因果関係と言えば、作為を念頭に置き、作為が事実連鎖を動かし、または接続することを前提としている。これに対し、不作為の場合には、積極的に事実連鎖を動かし、または接続するということがないので、不作為不法行為について因果関係が必要かどうか争われている。ドイツでは因果関係を認めるのが通説であるが（ラレンツ、ドイッチュなど）、否定する有力説もある（トレーガー、エッサーなど）。日本では、逆に因果関係を認める見解は少なく（沢井）、否定説が通説である（平井、前田、四宮など）。「因果関係のないことが実は不作為不法行為の特徴である」（前田109頁）。

しかし、道路に掘った穴を埋めない、預けられた子を監護しない、坂道で駐車するさいサイド・ブレーキを引かないといった不作為から損害が生じている場合、社会通念によればやはり不作為が損害の原因であろう。ただ、不作為を原因と見にくいということは、不作為者の範囲が特定しにくいことに因っている。路上の氷で転倒被害が生じた場合、近隣の住人が結果回避の客観的可能性を有しているが、回避を義務付けられるのはすぐ近くの所有者だけである。このため作為義務の存在が因果関係を根拠付けるという立場がある。

不作為の因果関係も *condicio sine qua non* によってその有無が判断される。ただ、作為の場合と異なるのは、前段が二重否定になる点である。不作為がなければ、すなわち期待される作為がなされたならば、損害もまた生じないとき、因果関係が肯定されるのである。二重否定は肯定になる (*duplex negatio est affirmatio*)。坂道での駐車するさいサイド・ブレーキが引かれてあれば、通常、損害は生じないのであり、その結果、因果関係が肯定されるのである。

### 1. 2 責任根拠付けの因果関係と責任充足的因果関係

民法709条は、有責な権利侵害に損害賠償という法効果を与えているが、そこには二つの因果関係が隠されている。一つは、「故意マタハ過失二因リ

テ」の「因リテ」であり、行為と侵害とを結び付けるもので責任根拠付けの因果関係と呼ばれる。今一つは、「因リテ生シタル損害」の「因リテ」であり、侵害と損害を結び付けるもので責任充足的因果関係と呼ばれる。前者は構成要件に、後者は損害に位置付けられる。

#### 1. 2. 1 責任根拠付けの因果関係

責任のまず最初の要件は、帰責されるべき行為と権利や行為規範の侵害との間の因果関係である。責任根拠付けの因果関係は構成要件に帰属し、それ自体として後に違法性や有責性という別の要件によって規範的に制限される。このため、ここでは自然法則的因果関係を働かせればよい。相当因果関係のような規範的制限は責任根拠付けの因果関係にとって必要でも適切でもない。いずれにせよ帰責は有責性においてなされるのである。Fikentscherらは責任根拠付けの因果関係についても相当性による評価的制限を主張しているが、それによればこの段階で因果経過が予見可能であったか否か、さらに侵害が回避可能であったか否かが検討されることになる。しかし、技術的危険が増大している現代社会ではより多くの危険を回避すべきであり、責任根拠付けの因果関係の検討の段階では相当性を無視して因果関係を肯定すべきである。現在の技術水準から回避不可能な危険、たとえば開発危険については有責性の段階で責任が否定されると解すべきである。もちろん、製造物責任の領域では無過失責任においても開発危険が有効な抗弁として認められる傾向にある。

#### 1. 2. 2 責任充足的因果関係

行為が原因である権利侵害に結び付けられた場合、つぎに侵害と損害の結び付けが必要となる。これが責任充足的因果関係であるが、責任充足的因果関係の重要性はこれが一般的構成要件（構成要件、違法性、有責性）に組み入れられていないということにある。責任充足的因果関係は、規範の保護範囲という留保はあるが、有責性によって評価的に修正されないのである。これを真面目に受け取ると、有責な侵害者は侵害から生じているあらゆる損害、実際に生じたものであっても、実務的にはおよそ思いがけない損害に対し責

任を負わなければならない。これはあまりに苛酷であるので、責任充足的因果関係には相当因果関係が必要となる。ここで相当性というのは、思いがけない経過を排除し、侵害によって発生した損害を通常人の予見によって限定するということを意味するにすぎない。日本の「異例な損害については、この限りではない」（日本不法行為法リステイトメント49頁）というのもこの意味であろうか。

### 1. 3 証明問題

事実的因果関係の証明は原告の負担である。自然科学的証明の困難性のゆえに、*condicio sine qua non* という簡略化された方式が採用されていることは既述した。伝統的な不法行為訴訟では、特殊な例外を除けば事実的因果関係は比較的容易に立証された。事実的因果関係それ自体が訴訟で問題となることはほとんどなかった。それに対して、公害、製造物責任、医療事故という現代型の不法行為訴訟では、事実的因果関係の存否そのものが訴訟の中心的焦点として激しく争われることが多くなり、事実的因果関係をめぐる問題がにわかに脚光をあびることとなった。とりわけ、現代型不法行為訴訟に特有な、原・被告間に存在する大きな力の不均衡のゆえに、事実的因果関係の立証困難が重大な問題として顕在化してきた。判例はこの立証困難の克服という課題に取り組んできた。

#### 1. 3. 1 立証度の緩和

立証困難の克服という場合、まず第一に立証度が問題となる。原則として、原告は要件事実について完全な証明をしなければならない。しかし、これを現代型不法行為訴訟の原告に厳格に要求することは彼に不可能を強いることになる。そこで、公害事件では因果関係の証明は蓋然性で足りるとか（徳本）、証拠の優越でよい（加藤）と主張された。最高裁は、訴訟上の証明一般について、訴訟上の証明は論理的証明ではなく歴史的証明であるから、「真実の高度な蓋然性」をもって満足するもので、通常人なら誰でも疑いを差し挟まない程度に真実らしいと確信を得ることで証明できたとすると判示していたが（最一小判昭23. 8. 5 刑集2巻9号1123頁）、これをふまえて、訴訟上

の因果関係の立証について判断したのがルンバル・ショック事件であった(最二小判昭50. 10. 24民集29巻9号1417頁)。

本件では、ルンバル施術と脳出血との間の因果関係が主として争われたが、最高裁は、「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認する高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである」とした。本件は現代型紛争である医療事故のケースであるが、最高裁は、原・被告間に存在する力の不均衡を原告に有利にするために特に立証度を軽減したものではない。むしろ、「真実の高度な蓋然性」という訴訟上の証明についての一般原則を因果関係の立証について確認したにとどまる。ただ、現代型不法行為訴訟では、被告側が被告に有利な自然科学論争に原告側を引き込もうとする傾向が強いのに対して、最高裁が警鐘を鳴らしたとうけとめることもできる。

### 1. 3. 2 疫学的証明

歴史的証明の一つとして疫学的証明が認められている。疫学は、1 ある因子がある疾病の発生の一定期間前に存在していること、2 その因子の作用する程度が著しいほどその疾病の罹患率が高まること(量と効果の関係)、3 その因子が取り去られた場合にその疾病の罹患率は低下し、またその因子を持たない集団ではその疾病の罹患率がきわめて低いこと、4 その因子が原因として作用するメカニズムが生物学的に矛盾なく説明されること、という四つの条件が満たされる場合に、その因子と疾病との間の因果関係を認めるものである(森島)。疫学的証明は、患者集団に対する社会学的調査から得られたデータに基づく因果関係の蓋然的証明であり、規範的証明ともいえる。

イタイイタイ病事件はこの疫学的証明を認めた(富山地判昭46. 6. 30下民集22巻5・6号別冊1頁)。伝統的な不法行為訴訟よりも公害訴訟におい

て因果関係の立証がより困難であることを特に指摘した富山地裁は、「いわゆる公害訴訟において加害行為と損害発生との間に自然的（事實的）因果関係の存否を判断し、確定するにあたっては、単に臨床学ないし病理学的見地からの考察のみによっては、右のような特異性の存する加害行為と損害との間の自然的（事實的）因果関係の解明に十分ではなく、ここにいわゆる疫学的見地よりする考察が避け難いことと考える」と判示した。

### 1. 3. 3 事実上の推定

原・被告間に存在する力の不均衡を是正するために、事実上の推定、表見証明、証明責任の転換といった訴訟法上のテクニックを利用することが考えられる。既に、ドイツでは、医療事故や製造物責任において被告が重大なミスを行ったり、説明義務に違反した場合には、因果関係の立証責任が転換されるという判例法が確立している。これに対し、日本の裁判所は証明責任判決を避ける傾向があり、正面からそれを明らかにしたものは存在しないが、公害事件における原・被告間の力の不均衡を、特に被害者救済の見地から是正するために事実上の推定を行った新潟水俣病事件がある（新潟地判昭46. 9. 29下民集22巻9・10号別冊1頁）。新潟地裁は、因果関係において問題となる争点として、1 被害疾患の特性とその原因（病因）物質、2 原因物質が被害者に到達する経路（汚染経路）、3 加害企業における原因物質の排出（生成・排出に至るまでのメカニズム）を区別し、公害事件で被害者に対し自然科学的な解明までを求めることは被害者救済、公平の見地から相当でないので、上記1、2が情況証拠の積み重ねにより、関係諸科学との関連において矛盾なく説明されれば、法的因果関係の面ではその証明があったものと解すべきであり右程度の1、2の立証がなされて、汚染源の追及がいわば企業の門前にまで到達した場合、3については、むしろ企業側において、自己の工場が汚染源になり得ない所以を証明しない限り、その存在を事実上推認され、その結果すべての法的因果関係が立証されたものと解すべきであるとされた。

企業門前到達説として知られる本判決の論理は、被害者救済という政策的

価値判断を証拠との距離という一見したところ客観的な基準によって包摂し、立証負担の再配分を実現したと評価することができる。言い換えれば、本判決の論理は事実上の推定ではなく立証責任の転換なのである。

### 1. 3. 4 立証困難の克服の評価

現代型不法行為訴訟では事実的因果関係の立証が困難であり、これに対して判例は証明度の緩和（確認）、新しい立証方法の採用、事実上の推定（実は立証責任の転換）によって原・被告間に存在する力の不均衡を是正しようとしてきた。これは、被害者救済という政策的価値判断が事実的因果関係の立証場面で、重要かつ決定的な役割を果たしていることを意味する。他面で、原告側の弁護士は攻撃しやすい義務違反からみて、関係付けやすい事実的因果関係を立証しようとする傾向にある。両者は、あいまって事実的因果関係と法的因果関係の区別を困難なものにしている。すなわち、現実の現代型不法行為訴訟では、事実的因果関係の立証以前に、義務違反と損害の因果関係の立証が終了してしまっていることが多いのである。たとえば、ルンバール・ショック事件では、ルンバール施術のさいに何度も穿刺をやり直すとか、泣き叫ぶ子供を無理矢理押さえ付けて施術するとかいった義務違反事実が先行して認定されている。このことは、日本だけの現象ではなく、事実的因果関係と近因を区別するアメリカにおいても同様に見られる現象である。この意味で、事実的因果関係の立証緩和という問題は同時に法的因果関係の立証緩和につながる問題であって、被告の終局的な責任を判断するという、高度な政策的価値判断を伴うものであるということが指摘されなければならない。事実的因果関係の証明は本来自然科学的証明であるが、原・被告間に力の不均衡が存在する現代型不法行為訴訟では、被害者救済という政策的価値判断から、立証困難の克服が規範的ないし法的に実現されているのが現実なのである。

### 1. 4 原因競合

#### 1. 4. 1 重疊的競合

通常、損害の発生には複数の原因が関係している。そのいずれの原因も単



独で完全に損害を発生させるに足る原因である場合、これを重疊的競合ないし重疊的因果関係という。例：A工場の排水とB工場の排水が下流住民の健康被害を生じさせたが、いずれの排水も健康被害の発生に十分であった場合。この場合の証明については既述した。A、Bは有責であったならば、誰しも他人の違法行為を理由にして免責され得ないという原則（これに対し、大村・基本民法Ⅱ・221頁は「直感的に承認された例外」と説明している）により、不真正連帯債務を負う。

#### 1. 4. 2 選択的競合

単独で完全に損害を発生させるに足る複数の原因が競合したが、どの原因が損害を発生させたかが証明され得ない場合、これを選択的競合ないし選択的因果関係という。例：A、Bが同時に群衆に向けて花火を発射し、そのいずれかが群衆の中にいたCに命中したため、Cが失明したという場合。これは因果関係の問題ではなく、その証明の問題であるが、A、Bの行為が共同行為であるならば、Cの失明との因果関係が擬制され、A、BはCに対し不真正連帯債務を負う（719条1項2文）。共同行為でなければ、Cは救済を受けられない。しかし、A、Bいずれかの加害というところまで辿り着けば、つぎはA、BにCの失明は自己の行為によるのではないという証明を負わせるべきであろう。特に、加害行為が故意によるものである場合には、故意は因果関係を擬制すると言ふべきである。

#### 1. 4. 3 加算的競合 (addierte Konkurrenz)

複数の原因がともに作用して損害を発生させたが、いずれの原因も単独では損害を発生させることができない場合、これを加算的競合ないし加算的因果関係という。例：多数の人間が倉庫から物を盗んだ場合、複数の工場の排水が混ざり合い、その結果初めて損害が生じた場合など。原則として各加害者はその因果関係への寄与度に応じて責任を負うが、共同不法行為が成立する場合には全員が不真正連帯債務を負う。

#### 1. 4. 4 因果関係の中断

原因と結果の間の作用連鎖が中断されることはありえない。condicio sine

qua non により証明された事実的因果関係は後から中断されえないのである（日本でこれを指摘するのは四宮・428頁）。それゆえ、「因果関係の中断」は不正確な表現である。実務上、「因果関係の中断」が語られる事例では、実は帰責観点からの責任連関の中断が問題なのである。もちろん、原因連鎖が結果発生の前に迂回され、または途絶されたために有効とならなかったという、事実的因果関係の途絶（Abbruch）は存在する。AはBに対して効き目の遅い毒薬を混入した食事を与えたが、Bが帰宅途中で毒薬が効き目を現す前に交通事故で死亡したという場合、有毒な食事によって開始された因果関係は結果に到達しなかったのである。この責任法的な意義は追越的因果関係の問題であるが、因果関係の途絶はそれ自体存在するのである。

ドイツの判例・通説によれば、第三者や被害者自身の故意による介入行為は責任連関を中断する。さらに、学説によれば、介入行為が先行行為によって挑発されたものでないことが要件とされている（Larenz）。挑発（Herausforderung）は、第三者の行為がすでに先行行為によって開始された線上にある場合認められる。先行行為の継続が問題であれば、中断は在り得ない。判例によれば、危険の増大も一定の役割を果たしている。先行行為によって特に危険と思われる介入行為が挑発された場合、この介入行為は先行行為者に帰責される。

ドイツの判例は、責任連関の中断について類型化を試みている。まず、介入行為者が作為を義務付けられている場合、責任連関は中断されない。例：消火を急ぐ消防士がその家を毀損しても、放火者が責任を負わされる。つぎに、追跡事例では挑発要件は役に立たない。警察官によって追跡される犯罪者は常に追跡を挑発しているからである。もちろん、追跡義務も存在するが。近時、判例は追跡者の侵害可能性を認識しなかった逃亡者の有責性に着目している。これは、特に未成年者や状況を見通すことができない者の場合に適切である。この点では、二つの判例が注目される。一つは、16歳の少女が検査のため警察官によって病院に連行された。彼女は湿った芝生の上を走って逃亡したが、追跡した警察官が転倒し、肉離れを起こした。警察の少女に対

する訴えは棄却された。逃亡者は芝生の上を走って追跡するさい存在する通常の危険を負担しないからである。他方で、無賃乗車をした者が検札係に捕まったが、階段を飛び降りて逃走した。検札係は彼を追って飛び降りたところ転倒した。彼の訴えは大筋において認められた。心理的に媒介された因果関係の領域においては、被害者または第三者の独立的決定の介入が直ちにすべての条件結果について免責を生じさせるわけではなく、追跡者が高められた危険にさらされる場合、責任連関は中断されないのである。

最後の類型はいわゆる緑地帯事件である。有責な交通事故の後、他のドライバーが事故処理を待たず、緑地帯を続々と通行した結果、緑地帯さらにはその他の道路施設が破壊されてしまった。問題は、交通事故の答責者が待機義務者の不法行為について責任を負うべきかどうかである。BGHは、事故現場の迂回は挑発されていないのだから、責任連関は中断されると判示した。規範の保護範囲は後に自転車道・歩道に生じた損害に及ばないのである。

このようにドイツの判例は挑発や危険の増大が認められる場合に責任連関の中断を認めていないが、英米法では介入行為の予見可能性を基準に採用している。すなわち、先行行為者にとって介入行為ないし介入行為の結果発生する損害が予見可能または蓋然的である場合、先行行為者の責任が肯定されるのである (Salmond, Heuston and Buckley)。

#### 1. 4. 5 追越的因果関係

ある原因が結果を発生させたが、同一の結果を発生させる別の原因も存在していたという場合がありうる。このとき、先行原因、後行原因または両原因が法的意味において帰責可能と見なされうるかという問題が生じる。これを追越的因果関係、仮定的因果関係または予備的原因と呼んでいる。これは現実の原因と仮定的原因との競合問題である。例：交通事故でバンパーが損傷したが、修理工場に行く途中で他の車がもう一度同じバンパーに衝突した。後行原因によって新たな損害が生じていないとすれば、実際に作用した先行原因だけが考慮され、仮定的原因は有効にならなかったのだから考慮されない。もちろん、被害者保護のために両原因者は不真正連帯債務にあると主張

することもできる。また、社会通念によれば、予備的原因が価値低下的に被害者に作用している場合が存在する。例：まだ発症していないが、隠れた重大な病状が事故前に存在していた場合（たとえば癌）、被害者は事故が無くとも長生きできなかつたであろうから、予備的原因は考慮される（その他では数年後の取り壊しが決まっていた建物の毀損など）。

判例を見れば、まず著名な Baker v. Willoughby 事件がある。歩行者は交通事故で左の脛（すね）を負傷した。治療中に彼は職場で強盗に襲われ、同じ箇所をピストルで撃たれた。その結果、左足を切断するに至った。彼は義足を必要としたが、切断が先行原因を吸収したという保険会社の主張は認められなかった。つぎに、精糖工場の工場長が地域政党代表の命令によって解雇された事件がある。解雇されたのは1944年であったが、それがなくても1945年には彼がナチス黨員であったという理由から追放されていたという事情が存在した。彼の地域政党代表に対する訴えはBGHによって棄却された。仮定的因果関係が加害時に既に被害者に存在していたのであるから、仮定的因果関係の考慮は必要であると判示されたのである。

学説では、仮定的因果関係をまったく無視するものから不真正連帯債務を主張するものまで様々な見解が存在する。しかし、メディクスが指摘するように予備的原因は先行原因によってすでに完結されている損害については考慮されるべきでなく、それに対して先行原因による損害が継続中であるときには考慮されるべきであると言えよう。判例は、仮定的原因は人的侵害による年金のような継続的給付が問題である限りでのみ考慮されるという制限的態度を採っているが、妥当であろう。例：煙突掃除夫がトラックに轢かれて、関節炎と座骨神経痛になった。これはなるほど彼の素因によるものであったが、事故によって初めて発症したものであったので、原則的に損害賠償が支払われた。しかし、将来の年金請求権については、被害者が事故なくしても稼働能力を失っていたかどうかの問題である。このような素因事例では、予想される仮定的原因によって損害の減少が判断される。先行原因発生の時点で既に予備的原因が損害傾向として存在していたことが考慮の前提とされる

べきである。被害者保護の見地からは予備的原因の考慮に慎重であるべきであろう。

#### 1. 4. 6 適法な選択的行為

損害が違法な行為でも、また適法な行為でも同じように生じたという主張を適法な選択的行為の抗弁という。これは因果関係の問題ではなく、損害が適法な行為によっても生じたのだから、違法な加害行為は重要ではないことを意味するにすぎない。適法な選択的行為の類型としては、必要かつ可能な官庁の許可を得ない土地の処分、労働協約上の待機期間を遵守しないストライキの公告、患者に対する説明のない手術の実施および即時の解約告知などである。

今日、追越的因果関係と適法な選択的行為は明確に区別されている。予備的原因は可能性ある第二の因果経過を活用するのに対し、適法な選択的行為の抗弁は違法性が軽微であって、その結果重要ではないことを意味するにすぎないのである。これは貯水池事件に顕著である。ある建築会社が防空司令官の要請で瓦礫地に消火のための貯水池を作った。容易に取得できるはずの官庁の処分許可が取られていなかった。戦後、所有者は貯水池の除去を請求した。これに対し、建築会社は許可を取ったとしても同一の損害が生じたと抗弁したのである。

適法な選択的行為の抗弁は、遵守されなかった、本質的でない、下位の方式（たとえば証明目的にすぎない書面の要求）が問題である場合に承認されている。そのとき、損害は規範の保護範囲にないのである。ドイツ薬事法40条の書面による同意が取られなかったが、被験者の口頭の同意が取られた医薬品の臨床試験では、損害賠償請求は認められない。書面は証明目的にすぎないからである。

これに対して、その目的が官庁や個人の決定を誘発し、またはそのような決定に影響を与えるような本質的な方式については事情が異なる。被疑者が拘禁命令なくして拘禁された場合、裁判官が通常であれば命令を出す状況であっても、被疑者は違法な自由剥奪による請求権を取得する。患者に対する

事前の説明もこの例である。このように、適法な選択的行為の抗弁は手続保障や決定自由の保障を否定することはできない。

適法な選択的行為の抗弁については、その主張者に証明責任が負わされている。通常、彼はこの証明を提出できないであろうから、悪魔の証明が問題となる。しかし、解釈学的には、適法な選択的行為の抗弁の問題は規範の保護範囲の問題と見て、下位の方式性に制限することが適切である。もちろん、抗弁であるから、その主張者が証明責任を負担する。適法な選択的行為の抗弁が認められると、判例によれば損害を欠くので、賠償請求権は存在しない。

日本では、715条によると「相当ノ注意ヲ為スモ損害カ生スヘカリシトキハ此限りニ在ラス」となっているが、これは適法な選択的行為の抗弁の一例であると指摘されている（沢井・316頁）。

## 2 相当因果関係

### 2. 1 等価説

侵害と損害発生は一般的に多数の原因を有している。原則としてすべての原因は同価値として扱われる。それゆえ、すべての原因要素の等しい取り扱いを基礎にすると、それを等価説という。自然科学からみれば、等価説は所与の説である。原則として、すべての原因は結果の発生にとって同様に重要である。しかし、等価説によれば *condicio sine qua non* が認められるすべての損害、特に通常人にとってまったく予見できない、あるいは余りに非日常的で異例な損害まで賠償範囲に入れられてしまうので、法学では帰責の観点から本質的な原因とそうでない原因を区別することが常に追及されている。これは事実的因果関係と区別される、損害の法的・評価的限定であり、たとえばフランスでは直接的条件と間接的条件が区別されているし（今日のフランスの判例・通説はドイツ法学説の影響を受けて相当因果関係説を採用している（山口・フランス債権法106頁））、ドイツの社会保険法および公務員災害法では本質的条件理論が支配的である。相当因果関係もまた原因の評価的明確化を意味しているのである。

## 2. 2 相当性説

相当因果関係は、まず19世紀末の von Bar の刑法論文に由来し、さらに結果的加重犯を制限しようとした生理学者である von Kries によって展開された。それによれば、行為者は「事物の通常の経過にある」結果のみを帰責されるべきである。当時、死に至った故意による身体侵害には3年以上の懲役が課せられていた（刑法226条旧文）。この規定の文言によれば、身体侵害の結果としてまったく非蓋然的な死亡事例にも厳罰が課せられることになるが、相当性説によれば行為者の観点から考察して結果を発生させるのに一般的に適切であると考えられる侵害だけに限られることになる。今日、結果的加重犯については重大な結果（すなわち死亡）についての過失が必要である（刑法18条）。ドイツの刑法学説では、「これによって相当因果関係説は無用になったとする見解が一般である」（町野「因果関係論」現代刑法講座1・338頁（昭52年））。そのため、ドイツ刑法では等価説（条件説）が判例・通説であり、相当因果関係説は圧倒的少数説である（町野・324頁）。

日本でも、判例は等価説を採用していたが、最決昭和42. 10. 24刑集21. 8. 1116頁が相当因果関係説を採用したとされる。事案はAがCを自動車で跳ねたところ、Cが自動車の屋根に乗っかってしまい、それを同乗のBが引きずり降ろしてCを死亡させたというものであるが、「右のように同乗者が進行中の自動車の屋根の上から被害者をさかさまに引きずり降ろし、アスファルト舗装道路上に転落させるというがごときは、経験上、普通、予想しえられるところではなく、……このような場合に被告人の前記過失行為から被害者の前記死の結果の発生することが、われわれの経験則上当然予想しえられるところであるとは到底いえない。したがって、原判決が右のような判断のもとに被告人の業務上過失致死の罪責を肯定したのは、刑法上の因果関係の判断をあやまった結果、法令の適用をあやまったものというべきである」（引用は藤木・103頁による）とされた。日本の学説は相当因果関係説を採用している（藤木・98頁）。藤木教授は相当因果関係を後述の消極的公式で定義され（97頁）、相当性を判断する基準としては客観説、主観説および

折衷説の三説があるとされる(100頁)。客観説は行為当時客観的に存在したすべての事情を基礎に判断し、主観説は行為者が認識し、あるいは彼に認識可能であった事情を基礎に判断し、折衷説は客観的に存在した事情のうち一般人ならば知りえたと認められるもの、および行為者が特に知っていた事情を基礎に判断すべきであるというものである。

ドイツの刑事裁判所の判例においては一度も成果をおさめたことがない相当因果関係理論がたちまちドイツの民事法で浸透したことは皮肉である。民事法では、相当因果関係理論は、純粹の因果関係がとてつもない事故負担に導くような、すなわち有責性と関係がない損害範囲においてその意義を獲得した。

相当因果関係理論の確立した適用領域は責任充足的因果関係の領域である。侵害が有責かつ違法に惹起された場合、それによって相当に惹起された損害だけが賠償される。相当性には、積極的公式と消極的公式という二つの公式がある。積極的公式では、高められた可能性が要件とされ、消極的公式では、減少された可能性が排除根拠として承認されている。学説と判例はここでは時折対立的な立場に立っている。判例は時にかなり理論的な公式を採用しているが、学説は一般的生活経験に着目している。たとえば、ラレンツによれば、賠償義務者の責任は彼によって惹起されたが、有責ではない離れた結果、すなわち非日常的な、または一般的な人間の生活経験によって考慮することができないほど離れた結果には及ばないのである(消極的公式)。これに対しBGHは、ある事件は、それが同種の結果発生の客観的可能性を一般的に重大でなくはない方法で高めたとき、結果の相当な条件であると判示した(積極的公式)。そのための評価で考慮されるのは、1 事件の発生の時点までに最適な観察者に認識可能であったすべての事情、2 条件の設定者になおそれを越えて知られた事情である。この吟味は判断時に利用できるすべての経験的知識を動員して実行される。積極的公式は判断者、その能力および判断時点などを具体化しており、理論化されているが、逆に多様な事例での相当性判断に厳格すぎて問題がある。消極的公式はそれに対し一般的生活経



験に言及するのみで柔軟性がある。これについては、メディクスが引用するトーマス事件が参考になる (Medicus, 241)。トーマスは保険金取得のため船の爆破を計画した。このため彼は船の積み荷に時限装置付の爆弾を仕掛けた。ところが、港湾労働者のクレーン操作の不注意のためその木箱が落下・爆発し、多数の死傷者が発生した。積極的公式によれば、最適な観察者に認識可能であったか、または行為者に知られた事情のみが蓋然性判断にあたって考慮されるが、これによればトーマスへの損害の帰責は当然である。しかし、港湾労働者およびその使用者もトーマスによる爆発物の購入および保険契約の締結を知っていた場合、木箱の中身を推測できるであろうから、最適な観察者として彼らも同様に帰責されるのであろうか。消極的公式によれば、このような結果は回避されるであろう。

相当性は、本質的に蓋然性判断を有している。従って、損害発生が侵害によって高められた可能性の結果であることが重要である。簡単にいうと、行為と侵害はこの損害結果を實際上排除される、またはまったく非蓋然的なものにしてはならないのである。相当性は予測、より正確には事後的予測である。相当性は一般的予見可能性として客観的帰責の一形態なのである。予見では、非日常的な、または遠く離れた結果をもはや考えに入れない平均人の判断が重要である。

### 2. 3 相当性説の影響

フォン・ケメラーは、公式判例集に掲載された RG の判例で相当因果関係を否定したのは10件以下であることを確認した。さらに、相当因果関係は「役に立たない公式 (Leerformel)」とか、既に「没落」したとか言われている。実務で相当因果関係による責任制限が過大評価されている限りでこの批判は正しい。しかし、相当因果関係を責任充足的因果関係の評価的制限という、その核心に制限する場合、相当因果関係は以前として重要な機能を果たしている。

相当性は、損害結果が侵害と同じ方向において生じた場合に典型的な形で存在する。そこには何ら不意打ちは存在しない。以下に、相当因果関係の典

典型的な肯定例と否定例を挙げる。RGの事例であるが、Aは市街電車から降りるさい、警察官が逃亡する犯罪者に向けて発射した弾を腕に受けた。病院で、Aはそこで流行していたインフルエンザに感染し、それに続いて発症した胸腔化膿により死亡した。病院でAがそこに発生していた病気による感染危険に特別な程度にさらされたという理由から、相当因果関係が肯定された。次のRGの事件では、11年前に鉄道事故で足を切断されたBが問題であった。今回、Bは転倒し、その際右の健康骨を骨折したのである。この後続事故もまた相当であった。なぜなら、明白ではないかも知れないが、一般的な人間の経験によれば、Bが義足の負担から生じる不安定性のゆえに他人よりもさらに重大な形で転倒し、その際新しい侵害を招来するであろう可能性が考慮されなければならないからである。

相当因果関係を明白に否定した事例はほんとうに稀である。侵害の結果としての損害は一般的に予見可能である。相当因果関係を否定するためには、従って、非日常的な、すなわち離れた、不意打ちの、または逸脱した因果経過が問題とならなければならない。たとえば、負傷の治療のさいの医師の治療ミスは、それがよほど重大なものでないかぎり、先行侵害の相当な結果であるとみなされる。判例は相当性の拒絶を散発的に行っているが、若干の事例がこれを明確にするであろう。ある婦人が市街電車で負傷したが、医師が誤って子宮を摘出した。RGは特に重大な治療ミスが問題でないかぎり、鉄道会社は誤った診断または正しくない治療の結果発生した損害についても責任を負うべきであると判示した。しかし、事故後の治療とその有害な結果は相当とみなされないであろう。交通事故の侵害によって手術を受け、そのさい死亡といった掛け離れた異常が生じたとき、事故は相当な原因ではないとBGHは判示している。また、予防接種が将来の感染を防止するために破傷風の疑いのない額の傷に時々使用される場合、これによってアレルギー反応が起きても相当ではない。

#### 2. 4 相当性と規範の保護範囲

相当性と規範の保護範囲の関係は争われている。古くは、規範の保護範囲

を否定し、すべて相当性に頼る立場があったが、その後規範の保護範囲が相当性を代替するという見解が主張された。現在の通説は相当性と規範の保護範囲を併用している。通説に同意されるべきである。相当性判断は経験的知識に支えられ、通常人の損害結果に対する一般的予見可能性に基づいている。それに対して、規範の保護範囲は一定の損害を防止するため規範を形成した立法者の特別の予見から出発している。従って、視点の違いが問題なのである。そのさい、相当性は保護範囲を越えることも、及ばないごともありうる。従って通常、損害が相当な原因によって惹起されたかどうか吟味され、そして付加的に損害が規範の保護範囲にあるかどうか検討される。通常は、保護範囲が相当な損害の賠償義務を制限している。しかし、例外的に規範の保護範囲が不相当な損害にまで及ぶことがありうる。たとえば、泥棒によって侵害された所有権の保護範囲がこの例にあたる。通説によれば、ドイツ民法848条は泥棒に不相当な損害についても責任を負わせている。従って、盗まれてどこかある所に駐車されていた自動車が非蓋然的な方法で毀損された場合、泥棒はその結果に対し責任を負わなければならない。また、BGHの判例によれば、有責な追突事故から不相当な精神的傷害が惹起された場合、それが被害者の子供の頃からの神経症的素因に由来するものであっても、加害者は不相当な損害に対し責任を負わなければならない。

規範の保護範囲に関連して違法性連関が主張されている。これは請求権を根拠付ける行為が発生した結果の回避のために禁止されている（違法とみなされている）かどうかを問題とするものであり、違法行為による賠償責任のみに関係している。それゆえ、規範の保護範囲という表現の方が適法行為にも適用可能である点で優れている（Medicus, 242）。なお、規範の保護範囲はドイツの刑法学説においても主張者が見られる（町野・前掲343頁）。

## 2. 5 相当性と行為規範の違反

相当因果関係は損害に関係している。損害が侵害された権利・法益に生じることが稀ではない。例：毀損された物。権利・法益侵害は権利・法益自体に損害を生じ、その除去のための費用は明白であり、それゆえ相当である。

しかし、保護法規などの行為規範が問題であるとき、規範の保護範囲は制限し過ぎるので、付加的に相当因果関係が要求される。従って、ドライバーが50キロの最高速度制限に違反して市街地を走行し、突然予見しえない方法で道路を横断しようとした歩行者を轢いた場合、彼は保護法規違反により責任を負う。しかし、被害者の損害は、その経過が非蓋然的なものであったのだから、不相当であったといえよう。けれども、保護法規違反の場合に拡張された規範の保護範囲が考慮されるべきであるならば、その限りで相当因果関係による限定は働かない。損害が規範の保護範囲にある、すなわち最高速度制限によって防止されるべきであったことで満足すべきである。これは50キロの最高速度制限の明白な目的である。

保護法規の場合にはその請求権規範の目的論的解釈から、その規範が保護しようとしていた損害がかなり明確にされるであろうが、823条1項の場合には規範は賠償責任を行為ではなく結果に結び付けているので、規範の保護目的はほとんど明らかとならない。それゆえ、ここでは相当性の一般的蓋然性判断に帰って損害が限定されなければならない (Medicus, 243)。

## 2. 6 相当性と危殆化責任

長らく危殆化責任においても相当因果関係が利用されてきたが、やがて一般的生活経験に基づく蓋然性判断に対して疑問が提起されるに至った。動物や自動車による加害の場合には、危殆化責任が課せられるべき特別の危険が重要なのである。従って、実際には、侵害と損害が危殆化責任が課せられるべき危険の実現によって惹起されたかどうかが決定的なのである。BGHは、危殆化責任においてもはや相当性は重要ではないと判示したが、これは行き過ぎである。ドイツによれば、危殆化責任の領域でも責任根拠付けの因果関係と責任充足的因果関係が区別されるべきである。責任根拠付けの因果関係においては、侵害が危殆化責任が課せられるべき特別の危険の実現から生じていることが重要である。動物の特別の危険、たとえば犬の咬み付きや馬の蹴とばしは侵害において実現されていなければならない。

危殆化責任においても吟味されるべき責任充足的因果関係に関しては、有

責性責任におけると同様に相当因果関係に頼ることができる。侵害が特別の危険の実現によって惹起された場合、次は損害が相当な原因によって惹起されたか、そして規範の保護範囲にあるかどうかが重要なのである。相当因果関係の判断には、やはり通常人の一般的予見可能性が着目される。規範の保護範囲にとっては、危殆化規範の目的が決定的である。従って、凧を揚げていた少年が電線に凧を引っ掛けて感電した場合、電線についての危殆化責任の保護範囲が排他的に決定するのである（損害賠償法2条によるエネルギー設備所有者の責任）。しかし、まったく非蓋然的な損害が発生した場合、これはもはや相当ではなく賠償義務はなくなるのである。

## 2. 7 被害者の素因と相当因果関係

確立した判例によれば、特別の損害を高める被害者の素因は相当である。例：薄い頭蓋骨、弱い骨、特別のアレルギー体質。従って、騎手を転倒させ、彼の特に弱い骨のために重大な侵害を負わせた者はそれに対し責任を負う。判例・通説は侵害が10万分の1以下の確率で生じる場合でも、相当性を認めている。しかし、これは一般的予見可能性としての相当因果関係の基本と矛盾している。通常人はこのように稀な結果を計算に入れることはできないであろう。従って、それは一般的に予見しえないものであり、不相当である。それでもなおそれは加害者によって賠償されるべきである。ケーゲルによれば、被害者に対する同情は加害者に対するよりもより大きいのである。これに、加害者が通常保険を掛けていて被害者の保険が稀であることを付け加えることができよう。このような理由から、ドイツ法では被害者の特別の素因から生じる不相当な損害が規範の保護範囲に含まれているわけである。従って、身体侵害の被害者が特別の素因から皮膚病にかかり、そのため長期間稼働できなかった場合、加害者はこのような素因が極めて稀であるとしても、その損害を賠償しなければならない。規範の保護範囲は相当性に優先する。立法者の予見は通常人の一般的予見可能性よりも見通しがきくのである。

これに対して、日本では判例は素因による減責を認めるのが一般的であり、学説もこの傾向を大体支持していることについて、能見「寄与度減責」四宮

古希記念論集215頁（昭和61年）参照。

## 2. 8 日本の相当因果関係説とその批判

日本の起草者は債務不履行については416条を規定し、通常損害と特別損害という道具概念によって責任充足的因果関係を定めたが、不法行為については責任根拠付けの因果関係が肯定されるかぎり、すべての損害が賠償されるべきだとの考えから、裁判官による裁量的制限を除けば、責任充足的因果関係を特に規定しなかった（前田，森島）。初期の判例・学説は立法者の立場に忠実であった。たとえば，大判大6. 6. 4民録23. 1026はAがBとの契約で材木の引渡しに遅滞した場合，AがBに2,000円の損害賠償額を支払うと予定していたところ，CがAの木材に対し不当な仮処分を行ったためAがBに2,000円を支払うに至り，Aがその2,000円をCに対し不法行為に基づき請求したという事案で，大審院は不法行為により生じた損害の賠償については民法416条を適用すべきではなく，因果関係は「事物通常ノ状態ニ依リ社会普通ノ観念ニ基キ」判断すべきであると判示し，2,000円の損害は「事物普通ノ状態ニ於テ決シテ偶発ノ事実ニ非ス社会一般ノ観念上其間ニ因果関係アルモノト看做スヘキハ当然」とした。この判決は民法416条の適用を否定したものとして引用されているが（森島・310頁），「事物通常ノ状態」は von Kries の「事物の通常経過にある」という記述（前出15頁）と酷似している点が注目される。その後，ドイツの相当因果関係説を紹介する学説が現れ（石坂，鳩山），大審院も有名な富喜丸事件で相当因果関係説を採用するに至った（大連判大15. 5. 22民集5巻6号386頁）。

事案は，汽船同志の衝突事故から沈没した汽船の所有者が相手方に対し損害賠償を請求したというもので，大審院は次のように判示した。「蓋不法行為ニ因リテ生スル損害ハ自然的因果関係ヨリ論スルトキハ通常生シ得ヘキモノナルト特別ノ事情ニ因リテ生シタルモノナルトヲ問フス又予見シ若ハ予見シ得ヘカリシモノナルト否トヲ論セス加害者ハ一切ノ損害ニ付キ責ニ任スヘキモノト謂ハサルヲ得スト唯其責任ノ範囲広キニ過キ加害者ヲシテ無限ノ負担ニ服セシムルニ至リ吾人ノ共同生活ニ適セス共同生活ノ関係ニ於テ其行為

ノ結果ニ対スル加害者ノ責任ヲ間フニ当リテハ加害者ヲシテ一般的ニ觀察シテ相当ト認メ得ル範圍ニ於テノミ其ノ責ニ任セシメ其以外ニ於テ責任ヲ負ハシメサルヲ以テ法理ニ合シ民法第709条以下ノ規定ノ精神ニ適シタルモノト解スヘキモノナレハナリ然リ而シテ民法第416条ノ規定ハ共同生活ノ關係ニ於テ人ノ行為ト其ノ結果トノ間ニ存スル相当因果關係ノ範圍ヲ明ニシタルモノニ過キスシテ独り債務不履行ノ場合ニノミ限定セラルヘキモノニ非サルヲ以テ不法行為ニ基ク損害賠償ノ範圍ヲ定ムルニ付テモ同条ノ規定ヲ類推シテ其ノ因果律ヲ定ムヘキモノトス」。その後の判例は富喜丸判決に従って民法416条の類推適用を肯定している（最判昭48. 6. 7民集27卷6号681頁）。

学説においても、相当因果關係説は通説となった。相当因果關係とは、公平の觀念による損害の限定であり、不法行為から通常生じると予想される損害のみを賠償させるものである（我妻）。行為者に予見できない損害の賠償を義務付けることは、社会生活上妥当ではなく、著しく公平に反する。けっきょく、この相当因果關係の論理は民法416条の論理と同一に帰着するので、不法行為について規定がないから、解釈論としては民法416条が不法行為に類推適用されるというのである。

日本においても相当因果關係説は批判にさらされている。まず第一は、予見可能性による損害の限定に対してである。債務不履行の場合には、合理的な計算に基づいて締結された契約の当事者が問題であるから、予見可能性に損害限定の機能を持たせることは合理的であるが、ほとんどの場合、全く無關係の者の中で発生する不法行為では、故意不法行為はともかく、過失不法行為については、予見可能性はほとんど問題になりえないというのである（最判昭48. 6. 7における大隅裁判官の意見）。

第二により根本的な批判としてドイツにおける相当因果關係説批判を参考とした保護範圍説（義務射程説）がある（平井）。この説は、相当因果關係に関するわが国の判例を詳細に分析した結果として、判例において相当因果關係として扱われているのは、事実的因果關係、保護範圍（義務射程）、損害の金銭的評価という三つの問題であるとしたうえで、保護範圍について、

故意不法行為では事実的因果関係にあるすべての損害が原則として保護範囲（賠償範囲）に入るが、過失不法行為では加害者が負っていた義務の射程内の損害のみが賠償されるとする。また、判例は相当因果関係という言葉は使用しているが、それは民法416条とは異なって、ただ単に賠償されるべき損害の範囲の意味で使用しているにすぎないと主張する。

第三に、危険性関連説がある（石田）。保護範囲説は第一次損害の限定機能を有するけれども、後続損害については有効な限定基準とはなりえないという批判から出発し、後続損害については、それが第一次損害による特別危険の実現であるときは賠償範囲に入るが、一般的な生活危険、あるいは自己危険における行為にすぎないときは賠償範囲に入らないと主張する。

これらの有力な批判説にもかかわらず、相当因果関係説はなお通説たる地位を保持しつづけている。これは、ドイツ法の現状から判断すると当然のことであるが、やはり批判説によって提起されている、不法行為法において特殊な損害限定を目的とする代替案の部分性、実施困難性によるものである。保護範囲も危険性関連も確かに損害限定機能を有しているが、それだけで相当因果関係が現実には果たしている損害限定のすべてを代替できるわけではない。保護範囲説では、義務の根拠、義務判断ファクターが曖昧である。ドイツの規範の保護範囲説では規範による義務付けが明確であり、また立法者の予見という基準もはっきりしている。義務判断ファクターでは、保護範囲説は被侵害利益の重大性、加害行為の危険性、社会的有用性といったファクターを提示しているが、それも部分的であり、抽象的である。予見可能性、回避可能性がファクターから除かれている点で部分的であり、事故類型に対応したファクターが提示されていない点で抽象的である。特に、予見可能性は不法行為責任のあらゆる所で問題となる重要な要素であり、それを排除する提案はそれだけで不法行為責任の本質を見誤っていると言わねばならない（これは第一の批判説に対しても指摘できる）。

危険性関連説は更に部分的である。一般的生活危険や自己危険における行為は確かに損害限定機能を果たすことがあるが、それのみで訴訟で問題とさ



れる多様な損害のすべてを限定することはできないであろう。従って、保護範囲も危険性関連も相当因果関係とともに手を携えて損害限定を実現していく手段であると位置付けることが妥当である。相当因果関係は役に立たない公式 (Bernert) でもなければ、没落した (Heinrich Lange) わけでもないのである。

#### 注記

今回、平野教授の退官記念号に投稿するのに急遽用意したため、専門家以外には引用等が分かりにくいものとなってしまった。参考までに、日本の因果関係については、法令解釈事典（昭和61年）の自筆論文、ドイツ法については主にゲッチンゲン大学のドイッチュの教科書を参考にした。あわせて、本稿は経済学部学術振興基金による研究助成の成果であることを付け加えておく。