

# ドイツ不法行為法研究（その5・民法典830条1項2文の類推適用）

メタデータ	言語: 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2023-09-26 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 松村,弓彦 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/0002000079">http://hdl.handle.net/10291/0002000079</a>

【論 説】

# ドイツ不法行為法研究 (その 5・民法典 830 条 1 項 2 文の類推適用)

松 村 弓 彦

## 目 次

1. 本稿の趣旨
2. 類推適用の定義・法的正当性と限界・前提条件  
(1) 定義 (2) 法的正当性と限界 (3) 類推適用の前提条件
3. 共同関与者規定の類推適用  
(1) はじめに (2) 責任準拠法に関する事実関係に着目した類推適用論  
(3) 帰責事案類型に着目した類推適用論 (4) 責任要件事実に着目した類推適用論
4. 結語

## 1. 本稿の趣旨

本稿ではドイツ法上の類推適用の定義、法的正当性と限界およびその前提条件を検討したうえで、BGB 830 条 1 項 2 文（以下「共同関与者規定」）の類推適用に関する三つの論点（①責任準拠法、②帰責事案類型、③各事案類型の責任要件事実と類推適用）の法的論点の検討を試みる。

[注] 検討対象判例は、原則として、連邦憲法裁判所（BVerfG）、連邦裁判所（私法：BGH）、連邦行政裁判所（BVerwG）の先例に限るが、必要な範囲で連邦財政裁判所（BFH）、連邦労働裁判所（BAG）、連邦社会裁判所（BSG）の先例に触れる。

---

[注] 判例掲載誌の記載は、原則として、1 件に留める。

## 2. 類推適用の定義・法的正当性と限界・前提条件

### (1) 定義

類推適用 (*analoge anwenden* または *Analogie*) は規定文言に明記されず、準用規定もない、解釈による「準用」と位置付けられる<sup>(1)</sup>。ドイツ法上の規範適用は (直接) 適用 (*unmittelbare-, direkte-* または *absolute anwenden*)、準用 (*sinngemäß anwenden* または *sinngemäßig gelten*)、類推適用 (*analoge anwenden* または *Analogie*) を区別する点ではわが国と差がなく、ドイツ判例上の類推適用の定義は、基本的には、Larenz, Canaris, Engisch らの学説<sup>(2)</sup> に依拠し、Creifelds<sup>(3)</sup> によれば、法規または法律上の要件事実の拡大による新たな法規を創設することをいひ、準用規定がない場合の解釈上の適用を意味し、拡大解釈とは区別される。(直接) 適用が規定文言の枠内での解釈であるに対して、類推適用は規定文言上の射程に入らないが、立法意図に照らせば射程範囲に含まれる事実関係に対する適用を本質とする。

[類推適用の典型的モデル] ある規定を規定文言に定める事実関係 (事実関係 A) に当たらない事実関係 (事実関係 B) に、規定文言から導かれる責任要件事実 (要件事実甲) に基いて、規定文言に定める法律効果を適用する。判例上確立した類推適用の前提条件 (後記「2(3)」) に照らして補足すれば、同規定が適用される事実関係について事実関係 A と立法者が意図した事実関係 (事実関係 C: C>A) との間に食い違いがあり、事実関係 B が事実関係 A には当たらないが事実関係 C には含まれ、かつ、事実関係 B が適用除外されたことが立法者の意図的な作用によるものではな

(1) 参照：末川博 (創始) - 杉村敏正・天野和夫 (編集代表) 『新法学辞典』1105 頁 (日本評論社・1991 年)。

(2) Larenz, K, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*; ders./Canaris, C-W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 194 ff. (1995); Canaris, C.W., *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2. Aufl. 51 (1983); ders., *Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen*, in: FS Frotz, 3(5 f.) (1993); ders., *Die richtlichenkonforme Auslegung und Rechtsortbildung im System der juristischen Methodenlehre*, in: Koziol, H./Rummel, P. (Hrsg.) FS für Bydlinski, 47 (2002); Engisch, K., *Einführung in das juristische Denken*, 130 (194) (1997)。

(3) Creifelds, C. (Begründet), *Rechtswörterbuch*, 56, 23. Aufl. (2019); Grüneberg, Ch., *Einl. Rn. 48*, in: Palandt-BGB, 81, Aufl. (2022)。

い（非意図的）ことが法資料（**Rechtsmaterial**）に基いて具体的、客観的に示される場合に、事実関係Bと事実関係C当事者間の利害関係に等質性ないし匹敵性が認められるとき、類推適用が許容される（非典型的モデルについては後記「3(4)a)」参照<sup>(4)</sup>）。

類推適用の概念に日独間で本質的な違いがあるとは考え難いが、ドイツでは **analogie** のほかに **entsprechend anwenden** または **Entsprechung** の用法があり（本稿では直接適用、準用、類推適用の用法と区別する意味で、便宜上、“**Entsprechung**”のまま用いる）、法律用語辞典には「準用」とする例<sup>(5)</sup>、準用規定が存在しない場合の解釈上の適用とする例<sup>(6)</sup>、**Analogie** と同義とする例<sup>(7)</sup>等があり、理解を輻輳させている<sup>(8)</sup>。法律上他の規定の **Entsprechung** を明記する例があり（原因者が多数存在する場合における損害発生抑制・浄化措置費用の負担に関する環境損害法（**USchadG** 9条2項1文）、水管理法（**WHG** 89条2項2文）はこの例である）、ここでの **Entsprechung** は準用の意味と考えられる。類推適用の前提条件に関する連邦裁判所の先例には、類推適用（**Analogie**）と同義的に用いる用法（例えば、“**entsprechende (analoge) Anwendung**” とする用法<sup>(9)</sup>と **Entsprechung** を許容する前提条件を示すが **Analogie** の前提条件と本質的に異なる用法<sup>(10)</sup>等）と（直接）適用・**Entsprechung**・**Analogie** を使い分ける用

---

(4) 但し、判例・学説上類推適用の典型的モデル・非典型的モデルが区分されているわけではない。

(5) Götze, B., 『独和法律用語辞典』24 u.245頁（成文堂・1997年）。

(6) Creifelds, 56 f.; Grüneberg, Ch., Einl. Rn. 48.

(7) van Hoof, D.C./D.Verbruggen, D./and C.H.Stoll, C.H.(compiled), Elsevier's legal dictionary in English, German, French, Dutch and Spanish, 62 Nr.853, 72 Nr.994 u.147 Nr.2111(2001).

(8) Ritter, M., Sachenrecht I, Rn.99(2013). 両者の同義・異議性に関する議論として、<https://www.klartext-jura.de/2018/10/15/analog-entsprechend-synonyme-ja-oder-nein/>, “Analog/Entsprechend: Synonyme-ja oder nein?”.

(9) BGHZ 135,298(300); BSGE 60,176(178).

(10) 例えば、BGHZ 218,80 Rn.31は、「**Entsprechung**の前提条件は法律の計画に反する不完全性という意味での法律の欠缺と利害状態の匹敵性である」といい（BGH NJW 2008,2257 Rn.7 ff.; NJW 2015,3511 Rn.30 f.; BGH NJW 2009,3644 Rn.10; NJW 2010,3087 Rn.11; NJW 2014,778 Rn.26 f.を援用する（但し、後2者は類推適用の前提条件を示す事案であるが、前2者は**Entsprechung**と**Analogie**の事案である）、BGH NJW 1988,2109も、「この規定が特別法か否かは明らかでないが（特別法は類推適用が認められ難い）、特別法であるか否かとは関係なく、本事案では法律の（立法）計画違反の不完全性という意味での法律の欠缺（引用略）が存在しない」とし、BGH MDR,2018,233

法<sup>(11)</sup>（例えば、**Entsprechung**・類推適用（**Analogie**）を使い分ける用法<sup>(12)</sup>、（直接）適用・**Entsprechung**を使い分ける用法<sup>(13)</sup>、**Entsprechung**・**Analogie**を並列的に用いる用法<sup>(14)</sup>等）があり、その定義が確立しているとは言えそうに

---

Rn.15は「**Entsprechung**は法律に定める事案の利害状態が判決すべき事案と一致することを前提とし、その評価の根拠と規範立法者の利害評価も判決すべき事案に匹敵し、さらに、その規範を当該事案に転用することが立法者の意図に反しないことを要する」という（同旨：BGHZ 218,80 Rn.31；211,88 Rdnr.51 u.53；BGH NJW 2015,3511 Rn.29；MDR,2018,233 Rn.15）。

- (11) BGHZ 101, 106(111 f.:V ZR 59/86). 学説として Kohler, J., Einf.zum UmweltHR, Rn.216 u.223,in：Staudinger-BGB Buch 2:Recht der Schuldverhältnisse:UHR(2017) 参照。
- (12) **Entsprechung**の許否を**Analogie**の前提条件への当てはめによって判断する用法（BGHZ 135,298(300)；149,165(174)；BGH NJW 2008,2257 Rn.7 ff.）、特に、**Entsprechung**を消極に解する理由として**Analogie**の前提条件を欠くことを挙げる用法（BGHZ 207,114 Rn.23；BGH NJW 2008,2257 Rn.7；NJW 2014,3779 Rn.12)；GRUR 2015,1253 Rn.19はこれに当たると考えられる）。例えば、バイエルン蛙騒音事件に関するBGHZ 120,239(252)は相隣関係法（BGB 906条）の類推適用について、「法律の類推適用（**Analogie**）が問題とされるのは判決すべき事実関係が立法者の規定した事実関係に匹敵する場合に限り、（中略）立法者が利害考量に際して**Entsprechung**しようとする規定の発布し際に用いたのと同じ原則によって同じ考量に到ったであろうか否かが検証されなければならない」と判示する。また、BGHZ 149,165(174)は**Entsprechung**を消極に解する理由を「法の内容の法形成の前提条件としての法律の計画に反する不完全性という意味での法律の欠缺（引用略）が存在しないことに求め、この種の欠缺が存在するか否か（例えば、**Analogie**の方法で導くことができる）は、法律とその根拠とされた規制の意図の観点から判断しなければならない」とする。この用法では両者を同義的とするか、または（直接）適用と類推適用を包含するとも考えられる。
- (13) BGH NJW 1994,932は**Entsprechung**を規定文言の（直接）適用の枠内と理解すると推測される例である。共同関与者規定について原因者の疑いと関与割合の疑いの場合の責任要件事実が争われた事案で、「共同関与者規定は二つの事案類型に限って適用可能である。規定文言による適用事案は、原因者の疑いが存在する場合（所謂代替的因果関係）に、多数の者のうち誰が損害をもたらしたことを解明できない場合で、各関与者が損害に対して責任を負うが、判例によれば、関与割合の疑いが存在する場合に、多数の関与者のいずれもが侵害の結果に関与し、各者によって生じるべき危険が全損害をもたらす適性もあるが、各者の責任範囲が一般的原則に照らして全結果が部分損害かに疑問があることが確認されるときには、**Entsprechung**による（BGHZ 67,14(18 f.）、学説として Mertens,K.,§830 Rn.21,in：MüKo-BGB,2.Aufl.(1986)；Schäfer-§830 Rn.23,in：Staudinger-BGB,12.Aufl.(1986)参照）。いずれの事案類型でも、共同関与者規定の直接適用には各者が考慮される作為（または不作為）ないしはそれによって生じた危険が他の者の関与がなくても単独で全侵害をもたらす適性を有することが前提である」。この用法では**Entsprechung**を規定文言の枠内（（直接）適用）を意味すると推測される。共同関与者規定の類推適用（BGB上の過失責任以外の責任に対する適用）に関する後掲BGHZ 101,106（「3.(2).b」参照）も同じである。
- (14) 例えば、BGHZ 218, 80 Rn.31；BGHZ 223, 316；229, 94 Rn.15 u.20；BGH NJW

ない（学説も後記 Wagner<sup>(15)</sup>（注109）、Eberl-Borges<sup>(16)</sup>の例参照）。概していえば、ドイツ法上の類推適用は Analogie によるのが通例で、法律上規定される場合を除けば Entsprechung は Analogie と同義的に用いられる例が少なくない反面で異義的と推測される用法もみられ、一般的に同義と短絡はできず、説示全体から個別にその意味を読み取る必要がある。

## （2）法的正当性と限界

類推適用の法的正当性と限界は、ともに権力配分原則（基本法（GG）20条2項）と法治国家原則（同3項：日本国憲法76条3項参照）<sup>(17)</sup>によって定まる<sup>(18)</sup>。法治国家原則によれば、「立法は憲法秩序に、執行権および裁判所は法律および法に拘束される」から、一方で、法律および法の解釈、適用は司法の権能であり、かつ、責務でもあるが、他方で、その解釈・適用は法律および法に拘束され、これを超えることは司法の権能を超える<sup>(19)</sup>。

GG 20条3項は法律の解釈につき厳格な文言解釈を指示しているわけではなく<sup>(20)</sup>、形式的には厳格な文言解釈をこえる法解釈・法適用も承認された解釈方法に属し、一定の条件を満たす限り一般的に禁止されるわけではないから、法律の規定の類推適用は「法律および法の解釈、適用」の範囲にとどまる限り、換言すれば、類推適用として GG 上許容される限りでは、法治国家原則の枠内にある。即ち、BGHZ 135,298(300)<sup>(21)</sup>は「例外規定の類推適用（entsprechende analoge）

---

1988, 2109；NJW 2013, 3235 Rn.14.

(15) Wagner, G., §830 Rn.49, in：MúKo-BGB, 9. Aufl. (2022).

(16) Eberl-Borges, Ch., §830 Rn.74 ff., in：Staudinger-BGB (2018：Fn.108).

(17) GG 20条2項：すべての国家権力は国民に由来する。国家権力は、選挙および投票において国民により、かつ、立法、執行権および裁判の個別の諸機関を通じて行使される。  
3項 立法は憲法秩序に、執行権および裁判所は法律および法に拘束されている（高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集4版』（2005年・信山社）による）。

(18) BVerfGE 128,93 Rn.43 u.50；158,210 Rn.6.

(19) BVerfG NJW-RR 2016,1366 Rn.35によれば、法（適用される解釈方法を含む）の解釈は事実審裁判所の問題であるが、BVerfGも、包括的ではないが、事実審裁判所の正しさを調査し（BVerfGE 122,248）、GG 20 Abs.2項2文と同3項から生じる裁判所の権限の限界保持に関する範囲では、事実審が法の発見に際して立法者の基本決定を尊重し、かつ、法律解釈の承認された方法によって正当化できる程度に用いているか否かを管理する（参照：BVerfGE 82,6;96,375;122,248;132,99）。

(20) BVerfGK 19,89 Rn.57；BAGE 152,147 Rn.38.

(21) 特許法7条2項の類推適用が争われた事案。

**Anwendung)**」について、「全く許されないわけではなく<sup>(22)</sup>、関係する法規が類似の事案に適用できる基本的思考を抽出できる場合には常に可能であるが<sup>(23)</sup>、確認された基本的思考の枠内で取り除くことができる法律に（立法）計画に反する欠缺があることが前提で<sup>(24)</sup>、当該事案で、非本質的な範囲に限って法律の規定から逸脱し<sup>(25)</sup>、それ故に観察された利害状態の同等性が導くことができる場合には、欠缺は法律に察知される原則によって充填されることができる。このような前提条件のもとで類推の結末は、立法者と定められた権利の無視ではなく、正当かつ法の命ずるところである。何故ならば、関係する法規により明らかにされている規制の計画に直面して立法者がその規範に規定しなかった事案にも取り入れなければならないからである<sup>(26)</sup>」とする。BVerwG NVwZ-RR 2014,689 Rn.19 も、「立法者がうっかりして規定文言に定められていない規定を、推定される規範制定者の意図を推測して類推の方法で隙間を塞ぐことは一般的に排除されるわけではないが<sup>(27)</sup>、ある規定の類推適用に支えられる裁判所の判決の基盤は法律上の規範にあり、類推の方法は規定の適用範囲がその規定文言上の適用範囲に含まれない事案に拡大されるという意味では狭義の解釈を超えるが<sup>(28)</sup>、「方法論的に内在する限界」が遵守される限りでは、裁判官の自己判断として許容されないというわけではない<sup>(29)</sup>」。連邦憲法裁判所（BVerfG NJW-RR 2016,1366（Rn.36 f.1 u.BvR 2230/15 も同旨）によれば、GGは権力配分原則によって、この原則を機能の厳格な配分の意味ではなく、一つの権力による独占の形に発展させる場合にも<sup>(30)</sup>、裁判所が憲法によって立法者に委ねられた権能を要求することによって法と法律に対する拘束から逸脱することを排除し（Rn.36）、法治国家原則は裁判官に法を開発・進展させることを禁止しない<sup>(31)</sup>。裁判官の法創造に向けた動機付けは、特に、欠

---

(22) BGHZ 79,163(168).

(23) BGHZ 11,231(244).

(24) BGHZ 99,162 ; 131,185.

(25) BGHZ 61,394(399);BFHE 175,451(453).

(26) BSGE 60,176(178).

(27) BVerwG DVBl.1983,799.

(28) BVerfGE 82,6. 解釈の創造としての性格付けにつき Larenz-Methodenlehre,366(1991) を」援用。

(29) BVerfGE 128,193;132,99.

(30) BVerfGE 9,268;96,375.

(31) BVerfGE 49,304;82,6;96,375;122,248.

缺を塞ぐ計画を満たす点にある<sup>(32)</sup>。

しかし、一般的にはそうであるにせよ、類推適用の場合には、規定文言上規定されている事実状態とは異なる事実関係にその規定が定める要件事実を当てはめ、その規定が定める法律効果を適用するから、その範囲では形式的には法創造の要素を伴うが、類推適用によって実質的に法創造の領域に踏み込むものでないかは、類推適用の前提条件を満たすか否かによって判定されることになる。その意味で、類推適用の前提条件は法律・法の解釈・評価の限界を画する判定条件と位置づけられる。それ故、類推適用は裁判官の自由な価値判断で無限定に許容されるわけではなく、類推の名のもとに行われる実質的法創造は法原則としての法治国家原則（GG 30 条 3 項）に違反する（GG 30 条 3 項）。即ち、BVerwG DVBl.1983,799 によれば、「規定文言に当たらない事実関係を、裁判官が規範制定者の意図を推定して、類推の方法で埋め合わせることは、一般的に排除されるわけではないが、類推適用に基づく判決の基盤は法律上の規範にある<sup>(33)</sup>。法律解釈の方法では読み取れないにもかかわらず、裁判所が推測した立法者の意図を解釈することによって、最終的に、これを認め、排除、または制限することはできない<sup>(34)</sup>。判例の責務は立法者が定めて意味・目的が変化する条件のもとでも可能な限り適用すること、または（立法）計画に反する法律の欠缺を承認された解釈方法で充足することに限り」、BAG 10 AZR 295/17 によれば、「裁判所の法創造として法律の文言を無視し、かつ、認識可能な立法者の明確な意図を超える解釈は立法者の意図に許容されない形で干渉するものである」。連邦憲法裁判所（BVerfG 1 BvR 1157/12 Rn.6）によれば、「裁判所による法律の解釈と適用は正当化される許容される法創造の限界の枠内で展開される限りでは法治国家原則と整合し、裁判所の責務に属するが、このこ

(32) 一般論としては、判例上各々の規定の目的等により比較的広く類推適用が認められる規定もある（例えば、共同過失規定（BGB 254 条（Heinrichs,H.,§426 Anm.3b,in : Palandt-BGB 67.Aufl.(2008)）、相隣関係法上の補償請求権規定（BGB 906 条 2 項 2 文（Analogie とする例として、BGHZ 90,255(262)(analog) : 101,106 ; 147,45 ; 148,39 ; 161,323. 但し、Entsprechung des § 254 ともいう ; 178,90 ; BGH MDR 2019,1444 ; NJW-RR 2021,610.Entsprehung とする例として、BGHZ 85,375(384) ; 160,232 ; BGH (MDR 1996,1010) ; NJW-RR 1997,1374 ; NJW 2011,3294 等）。

(33) BverwGE 152,68 Rn.25 ; BVerwG DVBl.1983,799 ; NVwZ-RR 2014,689 Rn.19.

(34) BVerwG NVwZ-RR 2014,689 Rn.22.



とは立法者に代わって裁判所が固有の実質的正義のコンセプトを定めることにはならない<sup>(35)</sup>。裁判所の責務は変化する条件のもとで立法者が定めた法律の意味と目的を適用し、または承認された解釈方法で（立法）計画に反する法律の欠缺を補完することに限る。裁判所による法規範の適用も一般的行動の自由に制限を加える結果となるが、裁判所による自由を制限することとなる法律の適用は、法治国家原則（GG 20 条 3 項）に調和する場合に限り、司法権限の限界の枠内で正当化できる<sup>(36)</sup>。裁判所の法形成として規定文言を無視し、明確に認識される立法者の意図を故意に見逃す解釈は許容され<sup>(37)</sup>ない<sup>(37)</sup>。

このような意味での類推適用の前提条件の充足は、「当事者の主張を真実と評価すべきか真実ではないと評価すべきか」の自由心証の問題（ZPO 286 条 1 項）<sup>(38)</sup>とは異なり、規範の解釈・適用の問題であるから、当事者の主張・立証の問題ではなく裁判所による立法意図の客観的・具体的な評価の問題である。

### (3) 類推適用の前提条件

#### a. 過渡期（BGH）

1980 年前後の時期から連邦裁判所により類推適用を事実審裁判所の個別的・主観的判断によらず、統一的・客観的な判定条件で判断する方向付けが試みられた<sup>(39)</sup>。各事案について裁判官独自の評価に基いて類推適用を認めることによって、結果的には恣意的司法立法になる弊害を避けるための司法内部の自戒・自浄作用とみることができ（類似の作用は裁判官固有の知見に基づく専門的経験則の適用に対する領域についてもみられる<sup>(40)</sup>）。

(35) BVerfGE 82,6;128,193;132,99.

(36) BVerfGE 128,193 Rn.50.

(37) BVerfGE 118,212(243);128,193(210);132,99(127 f.).

(38) 拙稿「ドイツ不法行為法研究（その 1）」本誌 92 卷 2・3 号 113 頁以下（2019 年）参照。

(39) BVerfGE 13,318(328) : 82,6 : 128,193 : 132,99 : BGHZ 11,231(244)

: 39,45(50) : 60,14(19) : 61,394(399) : 66,70(74) : II ZR 104/73) : 79,163(168) : 85, 375(384) : 90, 255(262) : 99, 162(165) : 105, 140(143) : 110, 183(192 f.) : 111, 17 158(162 ff.) : 120,239(252) : 131,185(188) : 135,298(300) : 149,165(174) : BGH NJW 1981,1726 : NJW 1985,1891 : NJW 1988,2109(2110) : BVerwGE 143,230 Rn.24 : 152,68 Rn.25 : BVerwG NVwZ-RR 2012,933 Rn.17 : BVerwG DVBl.1983,799.

(40) 拙稿「ドイツ不法行為法（その 2）」本誌 92 卷 6 号 165 頁以下（2020 年）参照。

BGHも初期段階から類推適用の条件を定型的・体系的な形で具体的に示していたわけではないが、前掲BGHZ 135,298(300)のほか、BGH,NJW 1981,1726(1727)は類推適用の前提条件として計画違反の不完全性（*planwidrige Unvollständigkeit*）を論じ<sup>(41)</sup>、BGHZ 105,141(143)は「類推適用を保障する前提条件はその事案の事実関係が立法者が規定した事実関係に匹敵する場合に限って問題となり、関与者側に立法者が他の事案に当たる規定で保護しようとする利害（保護目的）と同等の利害が存在するというだけでは足りない。このような考察方法では他の関与者の利害を不適切な方法でおざりにしてしまうことになる。立法者が利益考量に際して、類推適用しようとする規定を發布した際に用いたと同じ原則に照らして同等の利害考量に到るであろうか否かを検証しなければならない」といい、利害考慮の同等性を強調した。BGHZ 110,183(192 f.)もこれを踏襲し、買戻しの場合の責任制限規定（BGB 498条2項2文）のリースの場合（BGB 459条以下）への類推適用を、先例がないこと、類推適用に必要とされる事実関係の法的類似性<sup>(42)</sup>を欠くこと等を理由に、遮断した。BGH NJW 1988,2109(2110)<sup>(43)</sup>は、類推適用の可否について、特別法か否かではなく、法律の計画違反の不完全性という意味での法律の欠缺の存否を検討し<sup>(44)</sup>、環境法領域で著名なバイエルン蛙騒音事件<sup>(45)</sup>判決（BGHZ 120,239(252)）。州自然保護法に基づく保護に服する騒音被害が争われ、原審が騒音の地域適性を認める旨事実認定していることから（それ故被告に受忍義務がある）、相隣関係法（BGB 906条2項2文）の直接適用は遮断される事案）、原告が特別の理由から法律上または事実上原初の法的保護の主張を妨げられ場合における類推適用<sup>(46)</sup>（*Analogie*）について、「法律の類推適用が問題とされるのは判断されるべき事実関係が立法者が規定した事実関係に匹敵する場合に限る。関与者（本事案では原告）の側に立法者が同規定で保護しようとしたと同じ利害（原初の請求権の遮断）が存在することでは足りない。この考察に際しては、むしろ、

(41) Larenz-Methodenlehre,358;Engisch-Einführung,7.Aufl.,141を援用。

(42) BGHZ 105,141(143)。

(43) HGB 56条の購入品（Ankäufe）への類推適用が争われた事案。

(44) Larenz-Methodenlehre,354 ff. ; Canaris-Feststellung,16 u.25を援用。

(45) Fn.12参照。原告は原初の法的保護として防御請求権を有していたが、騒音の受忍義務があるだけでなく、本事案では被告に対する騒音防止の許可（州自然保護法）も与えられない。

(46) 参照：BGHZ 85,375(384);90,255(262); 111,17 ; 158(162 ff.)。

立法者が利害考量に際して適用（**Entsprechung**）しようとする規定の発布の際に用いたのと同じ原則によって同じ考量に到ったであろうか否かが検証されなければならない<sup>(47)</sup>」と判示した。

これらの過渡期の先例は類推適用が許容されるための前提条件が体系化された形で確立していたとはいえないにせよ、法律の欠缺一し法律の不完全性の存在と補完の必要性、事案の同等性等の条件が共通認識として醸成されたものと考えられる。

## b. 確立期

このような過渡期を経て、類推適用が許容される前提条件（類推適用の限界）が現在のような、略々、「認識可能な（立法）計画に反する法律の欠缺（“**erkennbar planwidrige Regelungslücke**”）<sup>(48)</sup>」の形で具体的、客観的、かつ、体系的な形で判例上確立したのは 2000 年前後 - 2015 年前後の頃と思われる。

判例によれば、類推適用の前提条件は、①（立法）計画に反する認識可能な法律の欠缺（「（立法）計画に反する不完全性という意味での法律の欠缺」とされることも多い<sup>(49)</sup>）とその欠缺を補完する必要性、および②利害状態の匹敵性（**vergleichbare Interessenlage**）、即ち、立法計画における利害評価と当該事案の利害評価の等質性で構成される<sup>(50)</sup>。判例上の判示形式は<sup>(51)</sup>、概ね、「この前提条件が存在する場合には類推適用が許容される」、「類推適用が許容されるのはこの

(47) BGHZ 105,140(143)を援用。

(48) „planwidrige oder ungewollte Regelungslücke”とする例として、BGH NJW-RR 2015,629 Rn.31；GRUR 2015,1253 (X ZB 6/14 Rn.19も同旨)；MDR 2021 1432。

(49) BGHZ 143,230 Rn.24；218,80；BVerwGE 152,68 Rn.23 u.25；NVwZ-RR 2014,689 Rn.16。

(50) BVerfGE 118, 212 Rn.125；BGHZ 105, 140(143)；155, 380(389)；157, 97 Rn.10；167,178 Rn.18；170,187 Rn.15；183,169 Rn. 23；184,101 Rn.32；201,380 Rn.14；207,114 Rn.23；211,88 Rn.51 u.53；213,136 Rn.33；218,80 Rn.16)；218,290 Rn.14；219,142 Rn.23；219,327 Rn.58；220,354 Rn.14；227,221 Rn.40；229,59 Rn.15；229,94 Rn.15；BGH NJW 2003,1932 Rn.8；NJW 2007,3124 Rn.11；NJW 2010,8 Rn.32；NJW 2010,3087 Rn.11；GRUR 2013,430 Rn.2；NJW 2013,3235 Rn.14；NJW 2014,1670 Rn.11；NJW 2014,3779 Rn.12；MDR 2015,12；NJW-RR 2015,629 Rn.31；NJW-RR 2017,204 Rn.10；AnwZ(Brfg)56/15；NJW-RR 2017,249 Rn.18；NJW-RR 2017,372 Rn.32；NJW 2019,1145 Rn.20；MDR 2019,504；MDR 2020,494 Rn.32；MDR 2020,297 Rn.1；MDR 2021 1432 Rn.13；BVerwGE 143,230 Rn.24。

(51) BVerfGE 118,212 Rn.125；BGHZ 105,140(143)；183,169 Rn.23；184,101 Rn.32；227,221 Rn.40；229,59 Rn.15；229,94 Rn.15；BGH NJW 2003,1932 Rn.8；MDR 2020,297 Rn.19；MDR 2021,1153 Rn.13；BVerwGE 143,230 Rn.24, usw.

前提条件が存在する場合に限る」、「類推適用はこの条件の充足を前提とする」とされるが<sup>(52)</sup>、いずれの形式でも前提条件の内容に本質的な違いは認められず、これを超える類推適用は自戒される。連邦憲法裁判所（BVerfGE 128,193 Rdnr.32（2017年））はこの前提条件を、「類推適用は法律が（立法）計画に反する法律の欠缺を含み、かつ、法的視点でみると判決すべき事実関係が立法者によって規定された要件事実と広範に匹敵し、立法者がその法律の規定の発布に際して用いた原則に当てはめれば同じ利害考量に到ったであろうことが受け入れられる場合に限り<sup>(53)</sup>、さらに、欠缺は、法律から歴史的、かつ、目的論的な解釈の方法で明らかにされたような<sup>(54)</sup>、立法意図に基づく立法者の立法計画からの非意図的逸脱で<sup>(55)</sup>、かつ、具体的な事情に基いて積極的に確認できるものでなければならない<sup>(56)</sup>」と集約する。BGHもBGHZ 183,169 Rn.23(2009年)、BGH NJW 2015,3511 Rn.29等の先例を経て、BGHZ 229,59,Rn.38 ff.<sup>(57)</sup>は右連邦憲法裁判所判決を踏襲し、類推適用が許容されるのは、法律が計画違法の規定の欠缺を含み、かつ、判断すべき事実関係が判断すべき事実関係が法的にみれば立法者が定めた要件事実と匹敵し、立法者が利害考量に際して、法律の規定の制定に際して行ったと同等の原則によれば同等の利害考量に到るであろうことが受け入れることができる場合に限る。類推適用は、規定が存在しない場合に法律の規定を転用することが立法者の決定によって排除されないことが前提条件である<sup>(58)</sup>。欠缺は、同時に立法者の規定計画から非意図的に除外されたものでなければならない<sup>(59)</sup>（例えば、法律から歴史的、かつ、目的論的な解釈の方法で生じたようなものがこれに当たる<sup>(60)</sup>）。計画違法

(52) 異なる表現形式として、BGHZ 221,10；BGH GRUR 2013,430 Rn.18（類推適用の定義はない）；BGH MDR 2018,26；MDR 2020,717 Rn.34(消極例)。

(53) BGHZ 155,380(389 f.);183,169 Rn.23;184,101 Rn.32;201,380 Rn.14;213,136。

(54) BGHZ 170,187 Rn.15)。

(55) BGHZ 155,380(390) ;157,97;183,169 Rn.23;184,101 Rn.32；213,136；BGH WM 2004,1594; MDR 2015,12 Rn.19。

(56) BGHZ 167,178 Rn.18);BGH NJW-RR 2017,204 Rn.10；AnwZ (Brgf.)56/15 NJW-RR 2017,249 Rn.18。

(57) BGB 506条2項1文3号の類推適用（analog）を消極に解した事案。

(58) BGHZ 224,177 Rn.16-28；BGH MDR,2018,233。

(59) BGHZ 229,59,Rn.38 ff. 参照：BGHZ ;157,97;183,169 Rn.23;213,136；BGH NJW 2015,1176 Rn.9;GRUR 2015,1253 Rn.19;AnwZ (Brgf) 56/15 (NJW-RR 2017,249 Rn.18);MDR 2017,329。

(60) BGHZ 170,187 Rn.15；BGH MDR 2017,329-18。

は具体的事情に基いて積極的に認定で得るもの（認識可能な計画に反する法律の欠缺）でなければならない<sup>(61)</sup>旨を判示する。連邦行政裁判所も同趣旨で、前掲 **BVerwG NVwZ-RR 2014,689 Rn.19** も「類推の方法は方法論的に内在する限界が遵守される場合に限り<sup>(62)</sup>」、判例の責務は立法者が定めて意味・目的が変化する条件のもとでも可能な限り適用すること、または（立法）計画に反する法律の欠缺を承認された解釈方法で充足する場合に限る」とする。

**a) (立法) 計画に反する認識可能な法律の欠缺の存在<sup>(63)</sup>**

法律の欠缺は、立法者が適用を意図した事実関係に対して規定文言が不完全で、規定文言では立法者が適用を意図した事実関係のすべてが適用対象とならないために、そのギャップを解釈によって補完する必要がある場合をいう。欠缺は立法時に認識し得た欠缺に限らず、立法時以降の技術的・経済的發展の結果認識されるに至った欠缺を含み<sup>(64)</sup>、立法計画からみて欠缺の補完を要するものでなければならない。法律の欠缺、即ち、不完全性が確認される場合には、欠缺・不完全性を補完する解釈は裁判所の権限であり、かつ、責務である。即ち、**BVerwGE 152,68 Rn.25** によれば、「規範制定者が、必要ならば、規定されていない事実関係に意図された法律効果を拡大したであろうことを事情全体に基いて確認できる場合には、この種の欠缺は裁判官が類推適用の方法で塞ぐ必要がある」<sup>(65)</sup>。

**BFHE 139,561 Rn.43-4** も同旨で、「裁判所は法律を定める権限を有しないのが原則だが、法律と法に結びつけなければならないから (**GG 20 条 3 項**)、一義的には、抽象的な規定文言を解釈によって具体化する責務を負うが (**Rn.43**)、意図せざる法律の不完全性を取り除くことも裁判所の責務である。法律の規定文言だけでは法律の目的論的コンセプトを断片的または隙間のある不完全なものにして、空洞化させてしまうことも稀でないから、類推によって不完全な法律文言に磨きをかけて調和のとれたコンセプトにすることは法適用に託されており、その範囲では立

(61) BVerfGE 118,212(243) : 128,193(210) : BGHZ 167,178 Rn.18. 参照 : BGH AnwZ (Brg) 56/15(NJW-RR 2017,249);MDR 2017,329 Rn.32-18.

(62) 同旨 : BVerfGE 128,193;132,99 : 152,68 Rn.19.

(63) BGHZ 155,380,389 f. : 183,169 Rn.23 : 184,101 Rn.32;201,380,Rn.14 : 213,136 Rn.33 : 224,177 Rn.16 : 229,59 Rn.38 ff. : BGH NJW 2015,1176 Rn.15 : NJW-RR 2017,204,Rn.10 : MDR 2021,84 u.126.

(64) BGHZ 218,80 : Larenz/Canaris-Rechtswissenschaft,200.

(65) BVerwGE 143,230 Rn.24 : BVerwG NVwZ-RR 2014,689 Rn.17.

法意図の範囲内での事後改善にすぎず、立法者の立法優先権限と矛盾しない」<sup>(66)</sup>。欠缺は立法者の具体的な立法計画（または立法者の意図<sup>(67)</sup>）の根底にある考え方に含まれていたが、規定文言に含まれない不完全な立法によって生じた法律の欠缺でなければならず、計画違反は具体的事情に基づいて積極的に確認できなければならない<sup>(68)</sup>（認識可能な立法計画に反する法律の欠缺）。例えば、法律から歴史的、かつ、目的論的な解釈の方法で生じたようなものがこれに当たる<sup>(69)</sup>。

法律の欠缺は立法者の非意図的なものでなければならず<sup>(70)</sup>、立法者が意図的に適用範囲から除外したものでないことが求められ、かつ、具体的事情に基づいて客観的、積極的に確認できるものでなければならない。非意図性も立法計画または法律の実体的内容から具体的、かつ、明確に確認できるものでなければならない。それ故、このような非意図の欠缺は、例えば、立法理由書等の法資料に基づいて確認されることになる。確認できない場合には欠缺の存在を理由とする類推適用は裁判所による解釈の限界を超える。類推適用の理由が判決理由中に具体的に示されていない場合も同じである。BAGE 73,378によれば、客観的事実による裏付けのない、単に裁判官の推測によるものまたは裁判所による当事者の審尋に基づく判断では足りず、前掲BVerwG NVwZ-RR 2014,689 Rn.19によれば、類推の方法による法創造は法律の評価を読み取るものであり、許容されない裁判官の自己判断を意味せず<sup>(71)</sup>、前掲BVerwG DVBl.1983,799によれば、「法律解釈の方法では読み取れないにもかかわらず、裁判所が推測した立法者の意図解釈によって、最

(66) 同旨：BGHZ 218,80；BVerwGE 57,183；143,230 Rn.24；152,68 Rn.25；BVerwG NVwZ-RR 2014, 689 Rn.17 u 25；Larenz/Canaris-Rechtswissenschaft, 200；Tipke, K., Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsprechung und Verwaltungsvorschriften im Steuerrecht, 13 ff.(1982)；ders.(Beg.), SteuerR, 9.Aufl., 50(1996)。

(67) BVerfGE 132, 99 Rn.71 ff.；BVerwG (NVwZ-RR 2014,689 (判決要旨・Rn.16 ff.)；8 AZR 92/03(判決要旨・Rn.23)。

(68) BGHZ 155, 380(389 f.)；BGHZ(B) 157, 370(374)；BGHZ 167,178, Rn.18；170, 187 Rn.15；213,136；229,59,Rn.38 ff.；BGH AnwZ(Brfg)56/15 Rn.18 (NJW-RR 2017, 249)；MDR 2017,329 Rn.32；BVerfGE 118,212(243)；128,193(210)。

(69) BGHZ 229,59,Rn.38 ff.；BGH WM 2004,1594；GRUR 2015,1253 Rn.19。

(70) BGHZ 155, 380(389 f.)；183, 169 Rn.23；213, 136；229, 59, Rn.38 ff.；BGH WM 2004,1594；NJW 2015,1176 Rn.9；BGH BGH GRUR 2015,1253 Rn.19；AnwZ (Brfg)56/15 Rn.18(NJW-RR 2017,249)；MDR 2017,329 Rn.18。

(71) 同旨：BVerfGE 128,193;132,99；152,68 Rn.19。

最終的に、これを認め、排除、または制限することはできず<sup>(72)</sup>」、前掲 BAG NJW 2018,3601 Rn.29 によれば、「裁判所の法創造として法律の文言を無視し、かつ、認識可能な立法者の明確な意図を超える解釈は立法者の意図に許容されない形で干渉するもので<sup>(73)</sup>」、連邦憲法裁判所（前掲 BVerfG 1 BvR 1157/12 Rn.6(2014 年)）によれば、「裁判所が立法者に代わって固有の実質的正義のコンセプトを定めることを許容するわけではなく<sup>(74)</sup>、(中略) 規定文言を無視し、裁判所の法形成として明確に認識される立法者の意図を故意に見逃す解釈は許容されない<sup>(75)</sup>」。

欠陥は非意図的でなければならぬから、立法者が意図的に適用範囲から除外した法律の欠陥を含まない<sup>(76)</sup>。例えば、共同関与者規定でいえば、環境責任法に原因関与者が複数存在する場合の各関与者の責任規定が存在しないのは、非意図的立法では無く、意図的立法である。規定文言から導かれる要件事実を充足しない者に類推適用できないのは、立法者がその要件事実が充足される場合に限りて帰責を意図した故に、その欠陥が非意図的ではないことが通例であるためと考えられる。

欠陥は立法計画に照らして補完を要するものでなければならず、所謂 政策上の法律の瑕疵とは区別しなければならない。即ち、租税軽減または強化作用を伴う類推適用に関する BFHE 217,176 Rn.17 u.26 によれば、「法規範の類推適用は（立法）計画に反するという意味での法律の欠陥を前提とする。欠陥は法規がその目的に不完全にしか合致せず、補完の必要がある場合、およびその補完が立法者が意図した一定の要件事実に対する制限に反する場合に存在する。ここでの法律の欠陥は所謂法政策上の過誤とは区別しなければならない。法政策上の過誤は、法規定が法政策上改善を要することは確かであるが、類推適用の前提条件としての法律の欠陥とは異なる」。所得税法に関する BFHE 271,233 Rn.26 によれば、「類推に必要とされる（立法）計画に反する法律の欠陥が存在するのは、法律がその固有の考え方とそこに内在する目的論に比べて不完全、かつ、それ故に補完を要し、その補完が一定の要件事実に対して法律上意図した制限に反しない場合に限る。これに対

(72) BVerwG NVwZ-RR 2014,689 Rn.22.

(73) 同旨：BAG NJW 2018,3601 Rn.29.

(74) BVerfGE 82,6;128,193;132,99.

(75) BVerfGE 118,212(243);128,193(210);132,99(127 f.).

(76) BGHZ 155,380(389 f.): 183,169 Rn.23; 184,101 Rn.32; 224,177 Rn.16; BGH,NJW 2015,1176.

して、所謂法政策上の瑕疵（ある法律上の規定が法政策上改善を要するのは確かだが、その法律に内在する目的論と比較して（立法）計画に違反する不完全性でも、改善を要するものでもない場合に生じる）とは区別しなければならない。埋め合わせを要する法律の欠缺であるか、それとも単に単なる政策上の瑕疵と扱うかは平等性原則（GG 3条1項：すべての人は法律の前に平等である）を考慮して調査しなければならない<sup>(77)</sup>」。

## b) 利害状態の匹敵性

（立法）計画に反する法律の欠缺の領域に属するある事案の事実関係への類推適用を許容するためには、当該事案における事実関係の利害状態が右規定の適用の前提となる事実関係の利害状態に匹敵するもの、立法者が意図した事実関係と同等であることを要する。即ち、立法者が立法時点と同じ原則に照らして利害考量すれば規定文言上の事実関係の場合と同じ評価に到ったであろうことが受け入れ得るものでなければならない<sup>(78)</sup>。換言すれば、利害評価の匹敵性の標識<sup>(79)</sup>の法的正当性は、当該事案の事実関係が立法者が規定した事実関係に匹敵し、立法者が立法に際して利害考量に用いたと同じ原則を当てはめれば同じ考量に到ったであろうことが受け入れ得ることに求められる<sup>(80)</sup>。相隣関係法（BGB 906条）の類推適用に関する前掲BGHZ 120,239(252)によれば、「関与者（本事案では原告）の側に立法者が同規定で保護しようとしたと同じ利害（原初の請求権の遮断）が存在する

(77) BFHE 181,36(39) Rn.13 : 267,232 Rn.27.

(78) BGHZ 155,380(389 f.) : 183,169 Rn.23 (BGB 216条2項1文の類推適用) ; 184,101 Rn.32 : 213,136;218,80 Rn.31 ; BGH NJW 2010,3087 Rn.11 ; NJW 2015,1176 Rn.9;NJW 2015,3511 Rn.29. 連邦狩猟法32条項1文の類推適用) ; NJW-RR 2017, 204 Rn.10 ; AnwZ(Brfg)56/15(NJW-RR 2017,24) Rn.18 ; MDR 2020,494 Rn.32 ; BVerwGE 143,230 : 152,68.

(79) BGH MDR 2020,494 Rn.34.

(80) BGHZ 155,380(389 f.) : 157,97 Rn.10 ; 170,187 Rn.15 ; 201,380 Rn.14 ; 207,114 Rn.23 ; 211,88 Rn.51 u.53 ; 213,136 Rn.33 ; 218,290 Rn.14 ; 219,142 Rn.23 ; 219,327 Rn.58 ; 220,354 Rn.14 ; 227,221 Rn.40 ; BGH NJW 2003,1932 Rn.8 ; NJW 2007,3124 Rn.11 ; NJW 2010,8 Rn.32 ; NJW 2010,3087 Rn.11 ; NJW 2014,3779 Rn.12 ; NJW 2015,2261 Rn.11 ; NJW-RR 2015,629 Rn.31 ; GRUR 2015,1253 Rn.19. X ZB 6/14 Rn.19 も同旨) ; AnwZ(Brfg)56/1(NJW-RR 2017,24) Rn.18 ; NJW-RR 2017,204 Rn.10 ; MDR 2019,504 ; MDR 2020,297 Rn.19 ; MDR 2020,494 Rn.32 ; MDR 2021,1432 Rn.13.



ことでは足りない」。

それ故、この前提条件の存否の考量も、(立法)計画に反する法律の欠缺の存在と同じく、裁判所固有の考量原則を基準とするのではなく、立法者の利害考量を基準とする。

### 3. 共同関与者規定の類推適用

#### (1) はじめに

共同関与者規定の類推適用の範囲は、同規定が民法典第 25 節「不法行為」(823 条 - 853 条)に置かれている事実と規定文言(「数人の関与者のいずれがその行為によって損害を生ぜしめたかが明らかでないとき<sup>(81)</sup>」)との関連で、以下の 3 層構造で論じられる。同規定の類推適用には前記確立した類推適用の前提条件(法律の欠缺と法の匹敵性)が適用されること<sup>(82)</sup>については、現在では、異論が少ない。

i 責任準拠法に関する事実関係に着目した類推適用論。同規定が民法典第 25 節「不法行為」(823 条 - 853 条)に置かれていることから生じる類推適用論で、具体的には、右規定の(直接)適用範囲は民法典第 25 節に定める損害賠償責任のうち過失に因る不法行為責任(例えば、BGB 823 条 1 項・839 条)に限るか、それともその他の損害賠償・補償責任に及ぶかという形で展開される。即ち、過失に因る不法行為責任は共同関与者規定の(直接)適用の領域であることに異論は見当たらない。しかし、その他の責任は一定の範囲で同規定の射程に属することについては、ほぼ理解の一致があるが、そのうちどこまでが(直接)適用で、どこからが類推適用の領域かが議論の対象とされる。

ii 帰責事案類型に着目した類推適用論。規定文言の解釈として導かれる事実関係にかかわる。即ち、(直接)適用範囲は原因者の疑い(代替的因果関係)に限るか、関与割合の疑い、帰責の疑いに及ぶかが問われる。3 類型いずれも共同関与者規定の射程範囲に属することには理解の一致があるが、帰責の疑いについては

(81) 椿寿夫ほか「注釈ドイツ不当利得・不法行為法」(三省堂・1990 年)による。

(82) Adam, R.F., §830 Abs.1 S.2 BGB und die Gefährdungshaftung, VersR 1995, 1291 (1992).

**Entsprechung** とする例がある。

iii 責任要件事実に着目した類推適用論。共同関与者規定の適用対象とされる各事案類型についてその責任要件事実を緩和する形での類推適用が許容されるかが問われる。**Deutsch**らは共同関与者規定の類推適用を認めた**BGH**の先例はないというが（2017年）<sup>(83)</sup>、学説には、かつて、上記事案類型のうち原因者の疑い（代替的因果関係）の事案について責任要件事実を緩和して共同関与者規定の類推適用を主張する学説がみられた（但し、類推適用の前提条件が判例上確立する以前の議論で、右確立した類推適用の前提条件の充足性の検証は経由されていない）。ここでの論点はこのような類型の類推適用の許容性それ自体と、これを正当化する法的根拠は何かにある。

本稿では上記三つの論点について判例・学説の概観を試みる。

## (2) 責任準拠法に関する事実関係に着目した類推適用論

### a. 問題の所在

共同関与者規定が民法典第25節「不法行為」（823条－853条）に置かれていることから生じる類推適用論で、右規定の（直接）適用範囲は民法典第25節に定める損害賠償責任のうち、①過失に因る不法行為責任（例えば、**BGB 823条1項・職務責任に関する BGB 839条・GG 34条**<sup>(84)</sup>）に限るか、それともその他の損害賠償・補償責任、具体的には、②保護法違反責任（823条2項）<sup>(85)</sup>、③過失が推定される場合の責任（831条、832条、836条以下）、④衡平責任（829条）、⑤**BGB**上の危険・結果責任<sup>(86)</sup>、⑥**BGB**以外の不法行為法上の危険・結果責任<sup>(87)</sup>

(83) **Deutsch/Ahrens-74 Rn.199.**

(84) 職務責任に関する **BVerwG NJW 1999,3727** は上司に対する共同関与者責任について類推適用ではなく（直接）適用を認める。

(85) **BGH JZ 1966,29(30).**

(86) ドイツ法上、危険責任規定のすべてが違法性を不要とするわけではないもの（動物保有者責任（**BGB 833条**）に関する **BGHZ 117, 110 ; Petersen, J., Beweislast bei Gesundheitsbeeinträchtigungen durch Emissionen und nachbarliche Duldungspflicht, NJW 1998,2100**）、過失のほか違法性をも要しない場合（結果責任）が一般的といわれる。環境責任法1条に基づく責任もそのように解する多数説によれば（拙稿・「環境法領域における違法性と違法性阻却事由」環境法研究別冊35頁（2020年・信山社）参照）によれば、違法性を欠く場合（違法性阻却事由が存在する場合）にも共同関与者規定に基づく帰責が生じる。

(87) **RGZ 74,143(145:VI 534/09) ; 94,220(221 f.).**

(水管理法 89 条、遺伝子工学法 (32 条)、原子力法 25 条以下等<sup>(88)</sup>)、所謂犠牲者請求権に対する責任 (⑦ BGB 906 条 2 項 2 文 (相隣関係法上の補償責任)、⑧ 同 1004 条 2 項 (所有権に基づく補償責任)、⑨ BGB 以外の法律上の賠償・補償責任 (例えば、連邦イミッション保護法 (BImSchG) 14 条 2 項、水管理法 16 条、原子力法 7 条 6 項 (BImSchG を準用))、⑩ 収用・収用同等の公権的干渉の場合の損害賠償・補償責任)、⑪ 契約法上の損害賠償責任 (280 条、241 条 2 項等。わが国でいえば、業務上災害、職業病について労働契約上の安全保護義務違反を理由とする損害賠償責任等)、⑫ これらの複合形態<sup>(89)</sup> に及ぶかという形で展開される。現在では①のほか②ないし⑫の責任も一定の範囲で共同関与者規定の射程範囲に含まれるとされるが (判例・多数説)<sup>(90)</sup>、直接適用 (規定文言の枠内での適用) がどこまで、どれが類推適用 (規定文言の枠内を超える適用) かについては、統一的な考え方が確立しているとは言えそうにない。

## b. 初期の判例

初期段階の RGZ 102,316(319 f.(1921 年)) は複数の鉱山保有者による鉱害についてのプロイセン一般鉱業法 148-149 条に基づく責任が問われた事案で、本事案では共同関与者規定の *Entsprechung* を正当化する理由がないとし (判決要旨・319 f.)、「先例<sup>(91)</sup> によれば特別規定は不法行為の範囲を超えて適用することは許容されない」とした。しかし、その後 BGHZ 21,285(1956 年) は建物崩壊起因損害 (BGB 836 条)、建物保存義務者の責任 (同 838 条) に共同関与者規定に基づく全損帰責を認め<sup>(92)</sup> (*Analogie,Entsprechung* は用いられていない)、動物保有者の責任 (BGB 833 条) に関する BGHZ 55,96(98) も、共同関与者規定の *Entsprechung*

(88) Rehbinder, E., §3. Ziel, Grundsätze, Strategien und Instrumente, Rn. 328 ff., in: ders. (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 5. Aufl. (2018) 参照。環境損害法上多数の原因者が存在する場合における損害発生抑制・浄化措置費用の負担義務は私法上の義務ではなく公法上の義務であるが、負担配分は同法の規定にしたがい (USchdG 9 条 2 項 2 文)、正常操業の場合を含む。

(89) BGHZ 101, 106(111 f.: V ZR 59/86) : Steffen, E., §830 Rn. 15, in: BGB-RGRK, 12. Aufl. (1989).

(90) BGHZ 21, 285 : 55, 96(98) : Wagner-§830 Rn. 49 : Eberl-Borges-§830 Rn. 74 ff. 少数説として、Kohler は危険責任については類推適用を認めるが、相隣関係法上の補償責任等については、原則として、共同関与者規定の適用を認めない (Kohler-Einf., Rn. 222. 但し、Rn. 232 参照)。

(91) RGZ 67, 261.

(92) RG JW 1937, 462 を援用。

が許容されるのは、「自動車の危険責任のような道路交通上の不法行為のリスクに匹敵するような事案に限る」として、「不法行為の範囲を超える共同関与者規定の類推適用は極めて控え目でなければならない」との留保を付し、かつ、共同関与者規定には過失責任に基づく限界づけは読み取れるが（前掲RGZ 102,316(320)を援用）<sup>(93)</sup>、動物保有者責任がBGB 25節「不法行為」のタイトルのもとに過失責任と一緒に規定されていること、規定文言から共同関与者規定にいう責任の前提条件はヒトの違法な行為のみとは推論できないことを理由として、文言上も規定の意義・目的に照らしても狭義に理解すべきではないとし、「動物の行動も車の保有者と同様に損害の原因となった行為であり得る」とした（但し、Analogie概念は用いられておらず、その前提条件の検証も經由してない）<sup>(94)</sup>。さらに、BGHZ 101,106(111 ff. : 1987年)も、共同関与者規定に基づく責任は全関与者に請求権を根拠づける行為が存在することを前提とし、まず第一に（in erster Linie）不法行為規定（同事案では823条2項、同条1項、職務責任規定（839条・GG 34条））に定める行為が当てはまるが、より広くEntsprechungの余地はあるとし、同規定は多数の関与者のうち誰が真の原因者かを確実に確認できないために生じる証明困難を克服することを目的とするが（BGHZ 55,96(98)）、そのような証明困難は危険責任の場合にも存在すること<sup>(95)</sup>を理由として、共同関与者規定による原因推定は過失責任と危険責任の共同の場合にも当てはまるとした。右先例は、さらに、共同関与者規定が相隣関係法上の代償的補償請求権（犠牲者請求権：BGB 906条2項2文・1004条2項）、収用・収用同等の公権的干渉に起因する公法上の補償請求権にも類推適用され得るとし<sup>(96)</sup>、原審判決が損害発生適性を有する者が多数存在する場合における多数の者を統一的生活事象として共同関与者規定を適用したことを違法とする上告理由を斥け、先例によればこの規定にいう関与者は個々の原因関与が日々の生活観察に照らして統一な経過に結びつくことを前提としており<sup>(97)</sup>、この前提条件は規定文言には明記されていないが、学説上堅持さ

(93) Steffen-§830 Anm.11.

(94) Schäfer-§830 Rn.39 : Wussow, W. (Hrsg.) Unfallhaftpflichtrecht, 17. Aufl.Rn.337 (2021) : Planck, G., BGB 4. Aufl., §249 Anm.4 c, abweichend von §830 Anra.2.

(95) BGHZ 55,96(98) ; 85,375(386 f.).

(96) BGHZ 72,289(291 ff.).

(97) BGHZ 33,286(291) ; 55,86(93) ; 72,355(359).

れており、原審はこの前提条件が存在するとみなしていること、因果関係の疑い（原因者の疑いまたは関与割合の疑い）を明らかにすることの難しさは事象の同等性と結果の類似性に依拠しなければならないという。

このように初期の先例は、過失による不法行為責任（BGB 823 条・839 条）以外の複数の原因共同関与者の損害賠償・補償責任についての共同関与者規定の適用について **Entsprechung** 概念を用いた。BGHZ 101,106(111 ff.) はまず第一の（直接）適用（過失責任）、**Entsprechung**（危険責任）、**Analogie**（相隣関係法上の補償責任と取用・取用同等の公権的干渉の場合の補償責任）を区別するから、明言されていないものの、**Entsprechung** を規定文言上の（in erster Linie 以外の）適用範囲とするのではないかと推測されるが、右先例は **Entsprechung**・**Analogie** の区別の基準を示しておらず、また、この時点では類推適用の前提条件が判例上確立していたともいえない。

そこで類推適用の前提条件確立後の判例・学説が初期の判例をどのように理解したかを概観すると以下のとおりである。

### c. その後の判例・学説

#### a) 共同関与者規定の（直接）適用は過失に因る不法行為責任の場合に限るか

初期の判例（前掲 RGZ 102,316）は積極説に立ち<sup>(98)</sup>、Adam も立法者の意図は過失責任に限るとするが<sup>(99)</sup>、近時の判例・多数説は消極説による。即ち、その後の BGH は RGZ 102,316（前掲）に同調せず、立法者の意図は過失責任に基づく場合と危険責任に基づく場合を問わないとする<sup>(100)</sup>。例えば、BGH NJW 2018,3439：判決要旨）、BGHZ 55,96(98 ff.)によれば、共同関与者規定の適用範囲は過失責任に限らず危険責任（特に、動物保有者責任（BGH 833 条））にも及び、BGH LM Nr.12 = NJW 1969,2136(2137)も危険責任を含むとする。学説もこれに同調し（多数説）、例えば、Wagner は積極説は「規定文言上も法資料（Rechtsmaterial）上も支持されない」とする<sup>(101)</sup>。BGB 第 25 節の全ての責任要件事実に応用され

(98) BGHZ 101,106(111 ff.)も「第一には」過失による不法行為責任（当該事案関係では 823 条・839 条＝職務責任）というが、（直接）適用をこれに限定する趣旨ではあるまい。

(99) Adam, VersR 1995,1992（Mot. II,738；Prot. II,606 を援用）。

(100) Bodewig, T.Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden, AcP 185 (1985), 505(516 f.).

(101) Wagner-§830,Rn.52 ff.u.74 ff.

るとする考え方<sup>(102)</sup>によれば前記①ないし⑤とその範囲での⑫の責任が（直接）適用ということになり、不法行為責任の全て（特別法を含む）を含むとすれば⑥とその範囲での⑫の責任が加わり、不法行為と同等性のある責任をも含むとすれば、⑪を除くすべて（同等性の評価次第では⑪をも含む）が（直接）適用の範囲ということになる。現在では、前記①ないし⑫の責任が共同関与者規定の射程範囲に属することについては、概ね、理解の一致があると考えられるが、どこまでが（直接）適用でどこからが類推適用かについては共通の理解があるとは言えそうにない。

また、Wilhelmi<sup>(103)</sup>によれば過失の推定による責任、衡平責任、危険責任、契約上の義務違反（BGH NJW 2001,2538）または契約上の関係に基づく責任、不法行為と相隣関係法上の補償責任、Katzenmeier<sup>(104)</sup>によれば不法行為責任のほか、因果関係に関する被害者の証明困難を支援する他の要件事実、特に、職務責任、危険責任（BGB 833条、WHG 89条2項等）、相隣関係法上の犠牲者請求権、収用・収用同等の干渉の場合の補償請求権）、契約責任にも適用できるが、危険責任は具体的危険がなければならぬ（Spindler<sup>(105)</sup>もほぼ同旨）。Wagner<sup>(106)</sup>はBGB以外の特別法上の危険責任、特に、道路交通法7条の交通事故責任（上記⑥）<sup>(107)</sup>および不法行為法と近似するBGB 280条（債務者の責めに帰すべき給付不能の場合の損害賠償責任）、241条2項（給付請求権）による契約上の損害賠償責任（上記⑪）<sup>(108)</sup>については類推適用と位置付け<sup>(109)</sup>、Gottwaldは相隣関係法

(102) Eberl-Borges, §830, Rn. 74 ff.（推定過失、危険責任（BGHZ 55, 96(98)；BGH VersR 1956, 727(629)）、衡平性責任（BGB 829条；RG 74, 143）を含むという）；Bodewig, AcP 185(1985), 505(516 f.).

(103) Wilhelmi, R., §830 Rn. 6, in : Erman-BGB 16. Aufl. (2020).

(104) Katzenmeier, Ch., §830 Rn. 4, in : Dauner-Lieb, B. usw. (Hrsg.), SchuldR, 4. Aufl. (2021).

(105) Spindler, G., §830 Rn. 2, in : Baumberger, H. G., usw. (Hrsg.) BGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2019).

(106) Wagner, G., §830, Rn. 52 ff.

(107) Wagner, G., §830, Rn. 52 ff.

(108) BGH NJW 2001, 2538 ; Eberl-Borges-§830, Rn. 79.

(109) WagnerはBGH NJW 1999, 2136(2137 f. : 道路交通法7条)；BGHZ 55, 96(98)；BGHZ 142, 227；Bodewig, AcP 185(1985), 505(516 f.)；Eberl-Borges, §830 Rn. 74 ff.；Sprau, 227u, H., §830 Rn. 13., in : Palandt-BGB, 79. Aufl. (2020)；Krause, R., -§830, Rn. 17, in : Soegel-BGB(2005)；Spindler, G., Kausalität im Zivil- und WirtschaftsR, AcP 280(2008), 283(311)を援用するが、このうち、Analogie説はBodewigのみで、BGHZ 55, 96(98)；BGH NJW 1999, 2136(2137 f.)；Eberl-Borges, §830 Rn. 74 ff. はEntsprechungの用法による（KrauseとSpindler-§830 Rn. 2は

および BImSchG 14 条 2 文による犠牲者責任（上記⑦・⑨）について類推適用を主張する<sup>(110)</sup>。Bodewig は BGB 以外の特別法上の危険責任、特に、交通事故責任（上記⑥：道路交通法 7 条）への類推適用を許容する<sup>(111)</sup>。Kohler は共同関与者規定の射程範囲の拡大には消極的であるが、危険責任については類推適用を認める<sup>(112)</sup>。Eberl-Borges（Entsprechung と Analogie を同義的に用いている節がある）<sup>(113)</sup> は共同関与者規定の適用を過失責任と危険責任とし、職務責任<sup>(114)</sup>、野生損害賠償責任（上記⑥：連邦狩猟法 29 条）、相隣関係法上<sup>(115)</sup>、所有権法上および収用・収用同等の公権的干渉の場合の補償責任（上記⑦・⑧・⑩）<sup>(116)</sup>、と契約責任（上記⑪：BGH VII ZR 1108/65 を援用）について、Sprau は危険責任<sup>(117)</sup>、相隣関係法上と収用・収用同等の干渉に基づく補償責任（上記⑦・⑩）<sup>(118)</sup>、契約上の義務違反責任（上記⑪）<sup>(119)</sup> について<sup>(120)</sup>、Schaub<sup>(121)</sup> は危険責任（上記⑪：BGHZ 99,96；BGHZ 142,227）、オイル漏れに関するタンク施設保有者の責任（上記⑤）、収用・収用同等の公権的干渉の場合の補償責任相隣関係法上の補償請求権、収用・収用同等の干渉による補償請求権（上記⑦・⑩）：BGHZ 101,106 および契約責任（上記⑪：BGH NJW 2001,2538）について Entsprechung と位置付ける。また、Kohler によれば、近時の判例・学説は共同関与者規定の相隣関係法上の補償責任への Entsprechung を認める<sup>(122)</sup>（但し、Kohler 自身は消極説（Rn.222））。

---

Analogie・Entsprechen に言及していない。それ故、Wagner は両者を同義と理解するものと推測される）。

(110) Gottwald, P., Kausalität und Zurechnung, KF 1986, 22.

(111) Bodewig, AcP 185(1985), 505(516 f.).

(112) Kohler-Einf., Rn., 216.

(113) Eberl-Borges-§830, Rn. 73 ff.

(114) BVerwG NJW 1999, 3727(3729).

(115) BGHZ 101, 106(111) 等。

(116) BGHZ 101, 106(111) 等。

(117) BGHZ 55, 96；142, 227.

(118) BGHZ 101, 106.

(119) BGH NJW 2001, 2538.

(120) Sprau-§830 Rn.13. 但し、Wagner はこれを類推適用説として援用する（Wagner, §830, Rn.52 ff.）。

(121) Schaub, R., §830 Rn.10, in: Prtting/Wegen/Weinreich, BGB, 15.Aufl.(2020): ders., §830 Rn.13, in: Palandt-BGB.

(122) Kohler-Einf., Rn.223.

このように判例・多数説は過失による不法行為責任以外の前記①ないし⑫の責任について共同関与者規定の射程範囲に含める点ではほぼ共通するが、(直接)適用と類推適用の振り分けは、現時点では、確立しているとは言い難く、個別に検討を要する。

#### **b) BGB 不法行為法上の危険責任（上記⑤）**

危険責任のうち動物保有者責任（BGB 833条）<sup>(123)</sup>については初期段階から共同関与者規定の *Entsprechung* の有無が争われたが、BGHZ 55,96、142,227 Rn.82、BGH NJW 2018,3439 Rn.13は積極的に解する（*Entsprechung* 概念を用いた共同関与者規定への橋渡し）。いずれも類推適用（*Analoge*）の用法を用いず、(立法)計画に反する法律の欠缺の存否の検証を経由してもいない。

「危険」は抽象的な意味での危険、理論的に考えられるというだけの危険、危険源から生じる一般的危険では足りず、具体的危険の存在を要することについては認識が共通する<sup>(124)</sup>。即ち、抽象的な危険が具体化され<sup>(125)</sup>、現実可能性を有し<sup>(126)</sup>、抽象的なこの種の危険が恒常的に増大した状況が生じるのでなければならない<sup>(127)</sup>。右規定の根底にある事実状態と利害状態は過失責任に特殊なものではなく、危険責任の要件事実の実現が問題となる場合にも同様に存在し得るから、現在では、責任要件事実が推定過失に対する責任と危険責任を含め、すべての要件事実が考慮されなければならない（判例・通説）<sup>(128)</sup>。

#### **c) BGB 以外の不法行為法上の危険・結果責任（上記⑥）**

初期のBGHZ 55,96(98)は自動車の危険責任のような道路交通上の不法行為の

---

(123) 動物保有者の責任（BGB 833条）の前提条件につき、BGH NJW 2018,3439 Rn.9；NJW 2014,2434 Rn.5；NJW-RR 2022,824 Rn.14 参照。

(124) BGH LM BGB §830, Nr.12；BGHZ 101, 106(111)。参照：Eberl-Borges-§830, Rn.74 ff.u.91；ders., AcP 196(1996) 492(512)；Katzenmeier-§830 Rn.4；Krause-§830, Rn.14；Schaub/Prütting-§830 Rn.10；Spindler-§830 Rn.2；Wagner-§830, Rn.49 f.

(125) Krause, C., Zu den Voraussetzungen/ der Tierhalterhaftung bei ungeklärter Verursachung, VersR 2012, 1360(1362)；Wagner-§830, Rn.58(法益に対する具体的な危険)。

(126) Bodewig, AcP 185(1985),50。

(127) Eberl-Borges-§830, Rn.91。

(128) BGHZ 21,285 (BGB 836条・838条)；55,96(98.BGB 833条)にも適用される)とした)；101,106(111)；BGH LM BGB §830, Nr.12；BGH MDR 1979,1012；NJW 1989,2943(2944)。Wagner-§830, Rn.49；Eberl-Borges-§830, Rn.73 ff.；ders., §830 BGB und die Gefährdungshaftung, AcP 196(1996),512；Krause-§830 Rn.14。



リスクに匹敵するような事案に限っては共同関与者規定の **Entsprechung** を許容したが、その後交通事故（道路交通法 7 条）について BGH NJW 1999,2136(2137 f.) と前掲 BGH NJW 2018,3439 も同調する。一方、Wagner は、因果関係の証明は危険責任の場合には過失責任の場合より容易ということはないし、被害者の損害賠償請求権が多数の加害者の過失責任上の責任と同じ場合には、帰責の根拠が義務違反行為か特殊な危険かで差はないことを理由として、類推適用の正当性を主張する<sup>(129)</sup>。

危険は具体的でなければならず抽象的危険では足りないことは、BGB 上の危険責任の場合と異ならない（参照：前掲 BGHZ 142,227）。

### **d) 犠牲者請求権 (Aufopfungsanspruchs) に対する責任 (上記⑦-⑩)**

#### **α 相隣関係法上の補償責任 (上記⑦)**

相隣関係法上の補償責任 (BGB 906 条 2 項 2 文) は、法的性質において損害賠償責任と同等で、かつ、そこでの侵害の本質性・非本質性と排出・環境上の限界値・指針値の遵守が通例として非本質的と評価されることは不法行為責任の要件事実としての違法性と等しい<sup>(130)</sup>。規定文言によれば、ある土地から排出されたイミッションによる近隣土地への本質的侵害が地域特性または経済的許容性を理由として受忍義務を課されることによる代償的請求権にかかわるが、BGH はイミッション以外の侵害についても類推適用を認める（確立した判例）<sup>(131)</sup>。例えば、相隣関係法の類推適用を認めた BGH NJW-RR,2021,610 Rn.17<sup>(132)</sup> は、所有者（賃貸人）は状態責任者として責任を負うことは少ないが、建物部分または機器が適法でなく、損害発生に少なくとも共同で原因となり得たことが認められる場合に限っては、相隣関係法上の補償請求権の代償として（参照：BGHZ 155,99(103)

(129) Wagner-§830,Rn.53.

(130) 拙稿・前掲環境法研究別冊 40 頁以下参照。責任義務保険との関係につき、Vogel, J./Stockmeier, H., Umwelthaftpflichtversicherung-Umweltschadensversicherung, 2.Aufl., Rn.234 ff.(2009) 参照。

(131) BVerfGE 128, 1 Rn.1 (Analoge) : BGHZ 111, 158 (161) : 113, 384 (390) : 147, 45 (Analoge) : 155, 99 : 161, 323 : 178, 90 (Analogie) : BGH NJW 1999, 1029. 例外として、一般的には BGB 906 条 2 項 2 文の適用を承認しつつ、法律上または事実上 **Entsprechung** を認めず、無補償の受忍義務を課した例として、BGH MDR 2019,1130（第二次世界大戦からの不発弾の爆発による侵害の例）。

(132) 建物またはそこに所在する機器による損害について建物所有者と同賃借人の責任が問われた事案 (BGH V ZE 194/19 も同旨・同文)。

所有者にも帰責が考え得るとし、所有者と賃借人の原因割合がZPO 287条によっても区別できない場合には、共同関与者規定が類推適用されるとし（Rn.17.但し、Rn.15ではEntsprechungとする）<sup>(133)</sup>、前掲BGHZ 101,106(111 ff.)を援用したが、類推適用の前提条件の検証を経由していない。一方、BGHZ 85,375は、土地掘削に伴う隣地に対する振動侵害について建築技師（建設設計者兼現場監督）の不法行為責任と土地所有者の相隣関係法上の責任（BGB 906条2項2文の類推適用を認めた）について連帯責任（BGB 840条）が争われた事案（上記⑫）で、「異議申立後の損害について土地所有者の過失責任が受け入れられる場合には、その者が原因となった損害部分が調査できず、かつ、建築技師が全損害についての原因者であることが証明されていない範囲では、共同関与者規定にしたがって全損害についての連帯責任が問題となる<sup>(134)</sup>」とする（同規定の類推、entsprechungは論じていない）。

#### β 所有権法上の補償責任（上記⑧）

所有権法上の補償責任は、規定文言（BGB 1004条2項）によれば、ある土地からの排出に起因するイミッションによる近隣土地への侵害についての所有権に基づく不作为等請求権受忍義務が地域特性または経済的許容性を理由とする受忍義務が課され、906条2項と同じく代償的請求権が生じ、BGHはイミッション以外の侵害についても類推適用を認める（確立した判例）。

#### γ 特別法上の補償責任（上記⑨）

Gottwaldは<sup>(135)</sup>累積汚染起因損害に対する責任を論ずる中で、排出が違法な場合には関与者はBGB 830条・840条の限界内で連帯債務者として責任を負うが、相隣関係法上の補償責任のほか、BImSchG 14条またはBGB 906条1項もしくは2項1文に照らして適法な場合（ここでの「適法」は予防措置請求権に受忍義務が課される場合をいうと考えられる<sup>(136)</sup>）における連帯債務の成否と範囲を論じ、以下の場合に共同関与者規定の類推適用（Analogie）を主張する。

(133) 類推適用説として、ほかに、Gottwald, KF 1986, 22.

(134) BGHZ 67, 14(19 f.); 72, 355(358).

(135) Gottwald, KF 1986, 22 f.

(136) 侵害が非本質的（違法）の場合にはBGB 1994年改正により同項2-3文に当たる限界値、指針値遵守は通例は非本質的とされ、防御請求権自体が成立しないから、受忍義務の前提としての補償請求権自体が成立しない。

[注] BImSchG 14 条は、施設認可が（公法上）取消せなくなった場合の私法上の危険防衛請求権の排除（1 文前段）とこれに代わる予防措置請求権の許容（同後段）、予防請求権が技術水準に照らして実行不能または経済的受容性がないことを理由とする受忍義務および代償としての損害賠償請求権の許容（2 文）を規定する。BGB 906 条 1 項は相隣関係上の近隣土地に対する侵害の非本質性を理由とするイミッシオン到達禁止請求権の排除規定、2 項 1 文は到達禁止請求権が成立する場合の土地利用の地域適性または受容可能性がないことを理由とする受忍義務規定。

i 各関与者が全損害をもたらす可能性があるが、誰の者の影響が全部または一部の原因かが判明しないために（代替的影響）、被害者の救済が塞がれる結果になるときには、各排出がそれ自体受容不能の侵害を生じさせる適性を有する限りにおいて、共同関与者規定が類推適用されなければならない<sup>(137)</sup>、因果関係が全損害、部分的損害のいずれにかかわるかが確認できないだけの場合、存在するのが真の多重影響か代替的影響だけの場合も、連帯責任が生じる<sup>(138)</sup>。

ii 多数の者が各々受容できない影響を（相乗的または）通増的影響を起こした場合には、BGH は共同関与者規定の類推適用によりを認める（共同作用起因損害部分に限定した連帯責任<sup>(139)</sup>）。

これに対して、Kohler は Entsprechung の問題ととらえ<sup>(140)</sup>、説が分かれる。

#### δ 収用・収用同等の公権的干渉の場合の補償責任（上記⑩）

初期判例（前掲 BGHZ 101,106）はこの場合の責任も共同関与者規定の適用を受けるとしていた。BGHZ 161,323 も相隣法上の補償請求権規定の類推適用を認めたくえて、「公法上の犠牲者請求権（補償請求を思いとどまった近隣者は受容可能な法的扶助をうけることによって不利益を回避できる（BGHZ 113,17(22 f.); 140,285(297)）と私法上の補償請求権は類似するので、原則として、同じ扱いを

(137) Winter-§906 Rn.73, in, AK-BGB : Rummel, P., Landesbericht Bundesrepublik Deutschlnad in Jabornegg/Rummel/Privatrehet und Umweltschutz, 135, 169, 172 u.186(1976).

(138) Weckerle, Th., Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer, 154 ff. u.162 ff. (1974)f.

(139) BGHZ 66, 70. 但し、この先例は Analogie ではなく Entsprechung の例である) : Lange, H., Schadenersatz, §3 VIII 2(1979) ; Säcker, F.-J., §906 Rn.127, in : Müko-BGB, 6. Aufl.(2013) ; Winter-§906, Rn.r.73 ; Stich, R., BImSchG §14 Ann.22.

(140) Kohler-Einf.,Rn.233.

するのが自然」といい、前掲BGH NJW-RR 1997,1374も「補償請求権の内容と範囲は取用による損害の原則にしたがい、すべての事情を考慮する」といい、相隣法上の補償責任との同質性を強調する<sup>(141)</sup>。

### e) 契約法上の損害賠償責任（280条、241条2項等）（上記①）

共同関与者規定の適用は因果関係の証明困難を前提とし、その証明は原告側の問題であるが、BGH NJW 1980,2186は、複数の因果系列が原因適性を有し、いずれの因果系列かが解明できないが、一方に過失がない旨の証明があり、他方にその証明がない事案で、客観的義務違反行為による債務者が積極的契約違反を犯した場合に、一方の行為に過失がないことを証明することによって帰責を免れることはなく（判決要旨）、両者はともに被告の危険領域に由来するものであるから、BGB 282条<sup>(142)</sup>の原則に照らして、二つの原因のいずれが損害を導いたかの疑問が解明できないことの証明は被告の負担としなければならないとした。右先例は、併せて、この帰結は共同関与者規定に定められた法思考からも導かれるとし、その理由として、右の法思考によれば、原因者適性を有する者のうち誰が真の原因者であったかを調査できない場合には、各関与者（過失によって危険の要件事実を生じさせた者）は、損害に責任を負わなければならない、契約当事者は不法行為の場合より有利とすることはできず、積極的契約侵害から生じる請求権の場合にも、本事案のような解明不能リスクはその二つの（潜在的）原因がその者の危険領域と影響領域にある者が負担しなければならないことに求める。この先例の後半部分は共同関与者規定の類推適用ではなく、過失の証明責任の問題ととらえるものと理解できる。また、Wagnerによれば、BGB 280条<sup>(143)</sup>、241条2項<sup>(144)</sup>に基づく契約上の損害賠償責任について類推適用を許容し、その正当性を不法行為法との近似性に求める。但し、BGHは共同関与者規定を因果関係の証明困難を克服するための免罪符とするわけではなく、類推適用の前提条件を明確に示しており、特に、被害者の賠償請求権が認定され、かつ、契約債務者のほか少なくとも一人の別

(141) 参照：BGHZ 85,375(3861); 90,255(263); BGH NJW-RR 1988,1291.

(142) BGB 282条（不能における証明責任）給付の不能が債務者の責に帰すべき事由によるか否かに争いのあるときは、証明責任は債務者の負担とする（椿・右近前掲による）。

(143) 債務者の責めに帰すべき給付不能の場合の損害賠償責任規定。

(144) 給付請求規定。

の加害者が責任要件事実を満たすことが前提である<sup>(145)</sup>。Eberl-Borges<sup>(146)</sup>も、立法者の非意図的な法律の欠缺の存在と関与者の契約違反を前提として、契約責任への **Entsprechung** を認め、その正当性を共同関与者規定の証明軽減に対する動機付けに求める（ここでの **Entsprechung** は法律の欠缺を前提とし、因果関係の証明軽減を動機付けとする点からみて、類推適用の趣旨かと推測される）。

これに対して、BGH NJW 2001,2538<sup>(147)</sup> は共同関与者規定の **Entsprechung** を導くが、その理由を右規定の根底にある一般的法思考に求めることからみて、規定文言の枠内と推測される。

#### f) 複合形態（上記⑫）

上記の責任形態の複合の場合にも右規定の適用が許容されることは初期段階から判例上認められており（BGHZ 101,106(111 f.)）、学説も同調する<sup>(148)</sup>。

#### d. 小括

①ないし⑫の責任が、各々、（直接）適用・類推適用のいずれかについては学説・判例が明確、かつ、統一的に、確立しているとはいえないが、いずれであるにせよ、共同関与者規定の射程に含まれることについては共通の理解が有ると考えられる（判例・多数説）。その帰責には各々、原因者の疑い・原因関与程度の疑い、帰責の疑い的事案類型（「(3)」）にしたがって、各責任準拠規定と同規定文言から導かれる責任要件事実の充足を要する。

### (3) 帰責事案類型に着目した類推適用論

#### a. 論点

共同関与者規定における共同関与の前提とされる事実状態は、従来原因者の疑い（代替的因果関係）と原因関与割合の疑い（重疊的因果関係）の 2 類型に区分されてきたが（現時の判例・多数説）、近時、後者を原因関与割合の疑いと帰責の疑い（各々の関与者が全損害に対して原因関与するか、特定の一部損害に対して原因関与するかが判明しない事実状態）に細分する 3 類型説がある（以下では 3 類型区分にしたがう）。3 類型区分論によれば、帰責の疑いは代替的因果関係か重疊的因果関

(145) Wagner-830 Rn.55 ; BGH NJW 2001,2538 ; Eberl-Borges-§830,Rn.79.

(146) Eberl-Borges-§830,Rn.79.

(147) 契約上の義務違反による積極的債権侵害を理由として損害賠償責任が争われた事案。

(148) Steffen-§830,Rn.15 ; Wagner-§830,Rn.52 ff.

係のいずれかではあるが、いずれかが判明しないときに当たる）。

右2類型区分、3類型区分のいずれによってもこれら三つの事実状態は共同関与者規定の射程範囲に含まれる（判例・通説）。そしていずれかの事実状態に明示的に類推適用を認めるBGHの先例は見当たらないが、帰責の疑い（2類型区分によれば原因関与割合の疑いのうち、各々の関与者が全損害に対して原因関与するか、特定の一部損害に対して原因関与するかが判明しない事実状態）についてはEntsprechung論がみられる。

### b. (直接) 適用論

Wagnerは共同関与者規定の射程範囲のうち原因者の疑い（代替的因果関係）と関与割合の疑い・帰責の疑いについて、民法典第1草案は関与割合の疑いの場合だけを考慮していたが、第2草案は併せて原因者の疑いの場合を視野に入れたという<sup>(149)</sup>。この理解によれば、原因者の疑いと関与割合の疑いはともに規定文言の解釈の枠内で、類推適用の問題では無く、(直接)適用の問題と理解できる（各類型いずれも責任要件事実は規定文言解釈による）。

判例は、原因者の疑いの場合について類推適用ではなく（直接）適用の問題としてとらえる。職務責任（BGB 839条・GG 34条）に関するBVerwG NJW 1999,3727<sup>(150)</sup>は、「(立法)計画に反する法律の欠缺を欠く(Rn.13)」との理由で、共同関与者規定の類推適用(Analogie)を消極に解したが（その範囲では職務責任への適用の類推を否定するにとどまる）、「多数の公務員または軍人が損害発生に適性を有する危険を法的に帰責可能な方法でもたらし、損害が確実に一人の特定の者または他の者のいずれかによってもたらされたことが確実である場合には、共同関与者規定の一般的法思考は公法上の職務法にも被害を受けた上司に有利に適用されなければならない(判決要旨・Rn.31)」というから、原因者の疑いの事案での共同関与者規定の職務責任への適用を右規定文言の枠内（(直接)適用）の問題としたものと考えられる。

### c. Entsprechung論

帰責の疑いの事案類型について、共同関与者規定のEntsprechungを論ずる先

---

(149) Wagner-§830, Rn. 71.

(150) 職務上の義務に違反して同僚に障害を与えた軍人の上司に対する不法行為責任が問われた事案。

例がみられる<sup>(151)</sup>。

BGH NJW 1994,932 は先例 (BGHZ 66,70<sup>(152)</sup>) を踏襲し、「共同関与者規定は二つの事案類型に限って適用できる。規定文言による適用事案は原因者の疑いが存在する場合 (所謂代替的因果関係) に、多数の者の内誰が真の原因者かを解明できない場合で、各関与者が損害に対して責任を負うが、潜在的加害者と考えられる各関与者は自らの責任の根拠となり得る行動をしたこと、およびそのうち誰もが単独で全損害の原因となり得ることが確認されるのでなければならない<sup>(153)</sup>。第 2 の事案類型は所謂関与割合の疑いの場合で、判例によれば、多数関与者のいずれもが侵害の結果に関与し、各者によって生じるべき危険が全損害をもたらす適性もあるが、各者が一般的原則に照らして全結果に責任を負うかまたは損害の一部だけに責任を負うかに疑問があることが確認されるときには **Entsprechung** とし<sup>(154)</sup>、いずれの事案類型でも共同関与者規定の直接適用は、各者が問題とされる行為 (または不行為) ないしはそれによって生じた危険が、他の者の関与がなくても、単独で全侵害をもたらす適性を有することを前提とする」という。BGH NJW 1996,3205 も、「この規定は、①原因関係の証明を無視すれば各関与者によって請求権を根拠づける行為があること、②関与概念に統合される人々の一人が損害の原因となったのでなければならないこと、③これらの関与者のうち誰が損害の全部 (原因者の疑い) または一部 (関与割合の疑い) の原因であったかを確定できないこと<sup>(155)</sup>を前提とする。規定文言が示すように、この規定はもしかしたら関与者の一人が一般原則に照らして全損害に責任を負うか否かを裁判所が検証しないでよいことを意味せず、それが確認できない場合に限り、共同関与者規定を特徴づける

(151) BGH NJW 1994,932 ; NJW 1996,3205 ; NJW 2006,2399 Rn.9 ; NJW-RR,2021,610 Rn.8 u.15-17.

(152) BGHZ 66,70(II ZR 104/73) は相隣関係法上の補償責任 (BGB 906 条 2 項 2 文) に関する事例で、「両違反者は共同的に作用した侵害に相当する全補償の支払いについて連帯して義務を負う。何故ならば、両違反者のいずれが侵害のどの割合をまたは一定部分の損害が一方の違反者または他の違反者によってもたらされたことを認定できないからである。このことは侵害を受けた土地所有者が侵害を受忍する必要はない場合には、両違反者に対しても不作為請求権を有する」としたが、「右両違反者の連帯責任は共同関与者規定の **Entsprechung** から生じる」ともいう。

(153) BGH VI ZR 320/88(NJW 1989,2943).

(154) BGHZ 67,14(18 f.); Steffen-§830 Rn.20; Mertens-§830 Rn.21; Schäfer-§830 Rn.23.

(155) BGHZ 67,14(18 ff.); 72,355(358 ff.); 101,106(113); BGH NJW 1994,932.

証明困難が存在し、その証明困難が責任拡大（潜在的因果性に対する責任）を正当化する<sup>(156)</sup>。関与割合の疑いの場合も同じである。ここでは、個々の原因関与が特定部分の損害をもたらしたか否かを解明できない場合、他方で各関与者が他の者の法益を危険にさらし、その事実関与が全損害を単独でもたらす適性があることが確認される場合に限り、**Entsprechung** できる<sup>(157)</sup>」とする（類例として、BGH NJW-RR 2021,610 Rn.8 u.15-17）。BGH NJW 2006,2399 Rn.9<sup>(158)</sup>も、「共同関与者規定の適用は原因性の証明の代わりに各関与者に原告の請求権を根拠づける明確な行為があったことが前提で、この行為は関与者概念に当たる者が損害をもたらしたのでなければならず、かつ、そのうち誰が損害（全部（原因者の疑い）または一部（割合の疑い）の原因となったかを確認できないことをいう<sup>(159)</sup>）」とい（本事案では 1 審の事実認定により右前提条件は満たされている（Rn.10）、さらに、「損害が所有者（部分所有者＝貸主）の建物部分または設備から生じた場合でも、専ら借主の過失または故意による行為が原因であるときは、貸主である所有者（部分所有者）は状態責任者に当たらず、責任を負うことはないとしたうえで、建物部分または設備の性状が適法でなく、かつ、損害発生に少なくとも共同原因となり得たことが確認された場合に限っては所有者にも帰責できるとい（判決要旨・Rn.15）<sup>(160)</sup>、所有者と賃借人の原因割合が、ZPO 287 条の助けを借りても相互に区分できない場合には、共同関与者規定を **Entsprechung** できる<sup>(161)</sup>」と判示した。

(156) BGHZ 67,14(18);72,355(357); Steffen-§830 Rn.20.

(157) BGHZ 67,14(19); Steffen-§830 Rn.23.

(158) 状態責任（所有者）と不法行為責任（賃借人）の原因共同（原因割合の疑い）事例。二人の共有に属する二つの建物が当初共有だったが、後に分割所有となり、各所有者は各々の建物を各々飲食店と歯科医に賃貸しし、一方の建物に設置された踏み台の不具合で他の建物の賃借人に損害が生じた事故で、被告（保険会社）が保険契約者（貸主＝所有者）の損害賠償責任の存否を争い、原審が共同関与者規定を適用したことを不服とする上告理由を斥け、相隣関係法（BGB 906 条 2 項 2 文）の **Entsprechung**(Rn.8) による請求権、所有権の基づく違反責任（状態責任）による請求権とともに、共同関与者規定の **Entsprechung** が争われた事案。

(159) BGHZ 67,14(18 ff.);72,355(358);101,106(108);BGH NJW 1996,3205(3207) : NJW 2001,2538(2539);Wagner-§830 Rn.35.

(160) 参照 : BGHZ 155,99(103).

(161) 参照 : BGHZ 101,106(111 ff.).



#### d. 小括

これらの先例はともに **Analogie** を論ぜず、その前提条件の充足の検証も經由していないから、**Wagner** の説示（前記）と併せ考えると、そこでの **Entsprechung** は類推適用の問題としてではなく（直接）適用の枠内と理解されているのではないかと考えられる。

#### (4) 責任要件事実に着目した類推適用論

##### a. 論点

ここでの議論は前記類推適用の典型的モデル（前掲「2.(1)」）と異なり、事実関係 A または B に当たる場合に要件事実甲を緩和した要件事実（要件事実乙）を当てはめて法律効果  $a$  を適用する類型の類推解釈論は本稿で検討した連邦裁判所の先例には見当たらなかったが、**Weckerle** は規定文言の解釈として導かれる前記三つの事案類型のうち原因者の疑い（代替的因果関係）について、責任要件事実を緩和する形での類推適用を主張した<sup>(162)</sup>。**Weckerle** の議論は多数の原因関与者の中に因果関係以外の責任要件事実（BGB 823 条 1 項でいえば過失・違法性<sup>(163)</sup>）を充足しない者（第 1 群）と充足する者（第 2 群）が混在する場合における第 2 群に属する者に対する共同関与者規定の適用に関する。判例・通説によれば共同関与者規定は責任成立要件としての因果関係の証明困難だけに関わり、各関与者が責任規範に定める完全な要件事実（原因性の証明を除く）を満たし、かつ、「損害がそのうちのいずれかによってもたらされたことが確実であること」を前提とする<sup>(164)</sup>。

(162) **Weckerle**, 139 ff. 参照：Bydliniski-FS Beitzke, 11 f. **Weckerle** の類推適用論は、危険責任に対する類推適用と要件事実に対する類推適用の二つの視点を含むが、ここでの論点は後者にかかわる。前者については、**Weckerle** 論提唱当時の判例は危険責任への共同関与者規定の適用を、原則として、認めていなかったが（RGZ 102, 316 等）、現在では（直接）適用か類推適用かはともかく、判例・学説はこれが共同関与者規定の射程範囲に属することには共通の理解があり、かつ、類推適用が許容される前提条件について、判例が確立している。

(163) 故意の場合には、ドイツ法上は 830 条 1 項 1 文の問題であり、同項 2 文の問題ではない。過失・違法性については、現在では環境責任法の適用を受ける施設（同法 1 条付属書 I）については危険責任とされ、正常操業の場合にも帰責される。但し、環境責任法の適用を受けない施設については、正常操業の場合の侵害は通例として非本質的とする相隣関係法改正（1996 年 BGB 906 条 1 項改正（2-3 文の追加）。不法行為における違法性阻却に通じる）等の点で **Weckerle** 論提唱当時とは事情が異なる。

(164) 職務責任に関する前掲 BVerwG NJW 1999, 3727 Rn. 31.

それ故、第 1 群の者は共同関与者に当たらず、非帰責とされる。一方、第 2 群の者については、真の原因者は第 1 群の誰かであるかもしれないが、第 2 群の者中に真の原因者が存在することが確実とは言えないから、判例・通説によれば、共同関与者に当たらない。右判例・通説に対して、悉無律によるリスク配分の正当性を疑う立場から、第 2 群の者について部分的責任を導く解釈がみられる（少数説）。少数説の法的正当性については議論分かれるが（共同体責任論、830 条 1 項 1 文適用論（保護法違反の場合）、表見証明論、因果関係推定論、証明責任転換論、連帯債務妨害の応用論等）、その一つとして、Weckerle は第 2 群の者中に真の原因者が存在するかもしれないことを帰責の正当性の理由として共同関与者規定の類推適用、部分的責任の法的根拠を共同過失規定の類推適用に求めた。この説は判例上類推適用の前提条件が確立する以前（1974 年）に提唱されたものであるが、現在でも法的正当性を認め得るかが問われる。

#### b. 共同関与者規定の類推適用説（Weckerle 説）

判例・通説が真の原因者は第 1 群の者の中に存在するかもしれない事実に焦点を当てるに対して、Weckerle は真の原因者は B 群の者の中に存在するかもしれない事実を重視し、加害者側ではなく被害者の損害賠償請求権に視点を向けるとの認識<sup>(165)</sup>を出発点として、類推適用の理由を以下の如く主張する。

第一に、共同関与者規定は、規定文言上は違法で過失ある場合と不法行為でない場合でなく、誰がその行為による損害の原因となったかが調査できない場合というにとどまり、代替的因果関係の場合における責任が一人の潜在的損害原因者が過失なくまたは違法性なく行為した場合にも干渉すべきか否かの問題について明確な考え方を示していない。通説は代替的因果関係の場合の共同関与者規定の「直接適用」には各関与者の違法性と過失を要することは立法者の立法趣旨に合致するとするが<sup>(166)</sup>、立法者が単に「違法な過失ある行為」を意図した事実もない。立法者の考え方で多く用いられる違法性概念は、現在では、違法性と過失をオーバーホールしたものであるから、現代における法適用は最早立法当時（1900 年）の提案に無条件に固執すべきではなく、今日の解釈では、危険責任の領域では過失も違法性

(165) Thomas-§830 Anm.2 ; Zeuner-§830 Rn.10,in:Soegel-BGB 11.Aufl.(1985).

(166) 参照 : Motive II,738 ; Protokolle II,606.

もともに存在しなくても責任が生じる<sup>(167)</sup>。それ故、危険責任に注目すると違法性と過失の一般的意味がなくなるだけでなく、代替的因果関係から生じる責任については本質的に不可欠というわけではないから、過失または違法性がない場合の類推適用を考えることは可能である。

第二に、因果関係解明不能リスクの帰属に関しては、違法で過失ある代替的行為者については、他の関与者の行為が過失または違法性があるか否かにかかわらず、代替的行為者に右リスクを課す必要があるが、その他の場合には、法政策上の性格<sup>(168)</sup>、衡平性、修復目的、損害管理、未然防止思考等の主観的視点を評価しなければならず、以下の考慮が求められる。

i 許容されまたは適法な方法で行われた行為に伴う危険が被侵害者のリスク領域に属し、かつ、代替的因果関係のある行為の場合には、その行為に割当てられる割合で、被侵害者が解明不能リスクを負担すべきである。

ii BGB 254 条の法思考（共同過失）を用いることができる。この規定は直接適用領域をはるかに超えて拡大させることが承認されており<sup>(169)</sup>、同条の法思考は損害リスクにかかわりを持ち、損害に関与した事情にその範囲で帰責する。

iii 共同関与者規定の類推適用には不可避的な限界がある。ドイツ法秩序は、不法行為と事故の代替的因果関係の場合に、解明不能リスクを一般的に被侵害者負担としない程広くはない。このような制限は共同関与者規定の文言から生じるから、代替的因果関係の各原因関与者は、侵害された法益を具体的に危険にさらし、かつ、損害発生適性を持つ行為が少なくとも不法行為の客観的な要件事実を充足しなければならぬ。

総括的にいえば、①代替的原因の一つが被侵害法益を具体的に危険にさらし、損害をもたらす適性を有し、かつ、不法行為の客観的要件事実を実現した行為が許容されたかまたは適法な行為である場合にも干渉すべきである場合には、共同関与者規定と BGB 254 条の法思考の類推適用においては、代替的因果関係の場合の責任

(167) Esser, J./Weyers, N.-L., §60, in: Soegel/Zeuner, SchuldR II, 476, 7. Auf. (1991); Larenz/Canaris, SchuldR, Bd. II 2, 447 (1994).

(168) Weckerle の考え方は法政策上の視点が強調されることにつき、Bydlinski, F., Akutuelle Streitfragen um die alternative Kausalität, 20 f. in: Sandrok, O. (Hrsg.), FS für Beitzke (1979).

(169) Heinrichs-§426 Anm. 3b.

にも干渉すべきであり、②違法な過失による行為の場合には、代替的行為者の責任は、適法または過失なき代替的行為者には、加害者の内部関係においてBGB 254条に定める基準により部分的に減額される。

### c. Weckerle 説に対する批判

#### a) Bydlinski の批判（1979年）<sup>(170)</sup>

Bydlinskiによれば、Weckerleが法政策的性格に基いて共同関与者規定の類推適用を認める根拠は極めて弱い。即ち、類推適用は規定文言上は完全な形で明記されていないがその根底に存在する規定の目的と評価を貫徹させる趣旨で、むしろ、規定文言・法律の根拠を超える一般的法原則に基づく法創造であるが、その性格上極めて曖昧である。特に、単なる法政策上の決定を根拠とする法創造について類推適用による帰責を導く理由が示されておらず、完全に恣意的で、規定の根底にある法原則に反する。

#### b) Kazenmeier の批判（2004年）

Kazenmeier<sup>(171)</sup>によれば、共同関与者規定は責任法上の例外規定で、原則として一般化は禁じられる（この点は特別規定のすべてに共通する）<sup>(172)</sup>。共同関与者規定の適用には被害者に損害賠償請求権があることが前提で<sup>(173)</sup>、損害が他原因に由来しないことが確実でなければならず、被請求者以外の者の行為、自然現象<sup>(174)</sup>または被害者自らに起因する場合<sup>(175)</sup>には適用できない。被害者がその資格を有するかもしれないというだけの場合に被害者に損害賠償請求権を付与する

---

(170) Bydlinski-FS-Beitrag, 20.

(171) Katzenmeier, Ch., Beweismaß  $\beta$  Reduzierung und probabilistische Proportionalhaftung, ZfP 117(2004), 187.

(172) Fleischer, H., Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht, JZ 1999, 766(772) : Engisch, 194.

(173) BGHZ 55, 86(94) : Belling/Eberl-Borges-§830, Rn.82 : Stein, U., §830 Rn.23, in : MüKo-BGB, 3.Aufl.(1997) : Steffen-§830, Rn.18.

(174) BGH NJW 1986, 52 : Schiemann, G., §830, Rn.7, in : HKK-BGB §823-830, 13. Aufl.(2011) : Stein-§830 Rn.24 : Steffen-§830, Rn.18 : Belling/Eberl-Borges-§830, Rn.82.

(175) BGHZ 60,177(181 f.) : 67,14(20) : BGH NJW 1973,1283 : Esser/Weyers, II/2,§60 II.c. : Stein-§830,Rn.24 : Belling/Eberl-Borges-§830,Rn.83 : Steffen-§830,Rn.19 : Heinze, M., Zur dogmatischen Struktur des §830 I S.2 BGB., VersR 1973, 1081 (1086) : Deutsch, Allg.HaftR, Rn.526 f.(1996) : Weckerle, 143 ff.

ことは、共同関与者規定の目的にそぐわないから<sup>(176)</sup>、類推適用論の根拠は薄弱である。

#### d. 小括

現在では連邦裁判所判決上確立している類推適用の前提条件、即ち、法治国家原則の枠内で法的に許容される類推適用の前提条件に照らせば、Weckerle の類推適用論が法治国家原則（GG 20 条 3 項）に照らして正当化される理由を示し得ていないとする Bydlinsk, Katzenmeier の批判は現在でもそのまま当てはまると考えられる。抑々、共同関与者規定は因果関係に関する被害者の証明困難を克服する目的で因果関係の証明（高度の蓋然性レベル）に代えて潜在的因果関係の証明による帰責を導くのである（判例・学説）。潜在的因果関係の証明は抽象的可能性では足りず、具体的な事実によって証明されなければならない。証明困難はあくまで原因関与者が多数存在することに起因する証明困難をいい、その範囲で証明軽減を伴う意味で被害者に有利な規定ではあるが、被害者に対する有利性はそれ以上のものではなく、証明困難による証明軽減を無限定に許容する趣旨でもなく、知見・情報不足に起因する証明困難の克服を意味せず、「因果関係の疑いを克服するための免許状」ではない<sup>(177)</sup>。

Weckerle が類推適用を主張する原因者の疑い（代替的因果関係）の場合についていえば、各潜在的因果関係者は共同関与者であることを要し、それ故、被害はの損害の原因に関与したことが確実でなければならず、関与したかもしれないことでは足りない（市場占有率責任論がドイツ法に親しまないとされる理由の一つもこの点にある）。そのうえで、多数の者が互いに独立して被害者の権利領域に危険な行為を行ったことおよび各関与者は単独で全損害を発生される適性を有しなければならず、この規定の適用を限界づける<sup>(178)</sup>。そのうえで、原因者の疑いの事実関係、即ち、全関与者中に真の原因者が存在することは確実であるが、そのうち誰が真の原因者かは判明しない事実状態が存在しなければならない。

さらに、共同関与者規定の適用は各事案類型について定められた要件事実が充足されることが前提である。共同関与者規定は責任の準拠法となる規定が定める

(176) Stein-§830, Rn. 24 ; Belling/Eberl-Borges-§830, Rn. 81.

(177) Wagner-§830, Rn. 55.

(178) Eberl-Borges-§830, Rn. 72.

因果関係以外の責任要件事実（例えば、BGB 823条1項でいえば過失・違法性）が充足されていなければならない、その証明の要否、程度、証明責任の所在を変更する目的・機能を有しない（判例・通説）。共同関与者規定は過失責任を定める一般的不法行為責任規定の要件事実を危険責任に変更する機能をもたない。BGHZ 142,227によれば、原因性の証明を度外視して（因果関係以外の）責任規範の完全な要件事実が充足されることを前提とし、抑々不法行為責任と考えられるか否かの問題についての証明軽減として作用するわけではない<sup>(179)</sup>。それ故、Weckerleが同規定の類推適用を主張する事実関係（潜在的因果関係が認められる複数の原因関与者中に因果関係以外の責任要件事実のいずれかを充足しない者（第1群）とそのすべてを充足する者（第2群）が併存する事実状態）では、前記の如く、第1群の原因関与者は共同関与者に当たらず（異論がないと考えられる）、第2群の関与者中に真の原因者が存在することが確実でない事実状態、換言すれば、潜在的因果関係の証明がなくその抽象的可能性の証明があるにすぎない事実状態において（B群の）関与者の責任を導く点に疑問がある。

判例上確立した類推適用の前提条件からみれば、Weckerle説は右前提条件の中核的要素を満たさない。第1に、右前提条件は法律の欠缺が「客観的・具体的、かつ、非意図的」であることを求めるが、共同関与者の各行為類型（ここでは原因者の疑い（代替的因果関係）の責任要件事実の欠缺は立法者が帰責の対象とする事実関係から意図的に除外した事実関係（意図的欠缺）に当たる。第2に、法律の欠缺は政策上の法律の過誤とは区別され、裁判官独自の評価ではなく、あくまで立法者の意図に照らして評価されなければならない、Weckerleが理由の一つとする「法政策上の性格」はBydlinskiが指摘する如く、理由として薄弱で、類推適用の限界を超えることにならざるを得ない。

ドイツ責任法システムの観点からみれば、責任要件事実とその証明は同システムの根幹と位置づけられるから、これを不要として帰責を導くことになる類推適用には明確な法的根拠が示されなければならない、（司法上の）法政策上の決定というような抽象的、かつ、裁判官の主観的・恣意的判断が介入し得る理由では足りないとする考え方（BydlinskiとKatzenmeir）が説得力を持つ。

---

(179) BGHZ 142,227.

## 4. 結語

連邦裁判所判例・学説の分析を中心としてドイツ BGB における共同関与者規定 (830 条 1 項 2 文) の類推適用に関する議論を概観した。現時点ではなお研究の深化を要するが、本研究の結果、以下の点はわが国の 719 条 1 項後段の規定の類推解釈論に参考とするとするに値すると考えた。

i 規範の類推適用の法的正当性と限界は許容される法律・法の解釈・適用と許容されない司法上の法創造との関連で法治国家原則 (GG 20 条 3 項) に照らして判断されること。類推適用論は立法の欠缺とこれに伴う救済の欠缺を裁判所による解釈によつての補完することを指向するが、基本法上の司法権限の限界、即ち、司法権限は法律の解釈・適用の範囲に限り、実質的法創造は法治国家原則 (基本法 20 条 3 項) に照らして、司法権が及ばない点に限界がある。ドイツ法では憲法裁判所と憲法異議の法システムによつて裁判所の恣意的解釈によつて結果的に私法による法創造を防ぐため、類推適用が許容される前提条件を客観化することによつて、法治国家原則への適合 (ここでは司法による法創造の禁止) を図るための自浄・自戒機能が強化されている。

ii 判例上確立した規範の類推適用の前提条件は立法計画に対する規範文言の不充足性 ((立法) 計画に反する法律の欠缺) と当該事案の事実関係の立法者が意図した事実関係への匹敵性の 2 条件で判断され、立法計画・立法意図から非意図的な欠缺が具体的・客観的に存在しなければならず、類推適用は右前提条件を充足する場合に限り許容され、充足しない場合の類推適用は法治国家原則に整合しないこと (GG 20 条 3 項違反)。

iii 共同関与者規定の類推適用については、責任の準拋法に関する事実関係、帰責事案類型に関する事実関係、各事案類型の責任要件事実との関連で判例・学説上議論されるが、類推適用の前提条件の充足性の検証を踏まえて類推適用を許容する判例・学説は少ないこと。ドイツ法上の不法行為責任は、一方で被害者救済 (原告請求の事実が真実との判断を示すこと (ZPO 286 条))、他方で被告の自己責任原則 (ここでは自らが加害者でない損害について責任を課されることはないこと) という二つの利害の調整で構成される。因果関係の証明程度について、過大に高度の証明程度を求める場合には被害者救済を塞ぐ反面で、自らが加害者である確率が過剰

に低い証明程度で足るとすることは自己責任原則に整合しないことの調整として高度の蓋然性の証明を要し、かつ、それで足るとする。このことは共同関与者規定に基づく帰責に際しても重要である。同規定は、一方で被害者（ $X_1$ ）の損害・潜在的加害者（ $Y_1$ ）の行為間に因果関係の証明を要せず、潜在的因果関係の証明で足るとする意味で被害者の証明困難を被害者に有利な形で克服し、他方でその証明困難の克服を無限定に適用するのではなく、因果関係以外の責任要件事実（例えば、原因関与、単独全損原因適性を伴う潜在的因果関係、過失・違法性、危険責任の場合における危険の具体性等）を原則どおり求めることによって、潜在的加害者に自己責任原則を超える帰責を回避する。

iv 責任準拠法に関する事実関係に着目した類推適用論との関連では、現在では共同関与者規定の（直接）適用を過失に因る不法行為責任に限定する考え方は支持されておらず（判例・多数説）、過失責任以外の責任（前記①～⑫）は一定の範囲で同規定の射程範囲に属すると考えられているが、どこまでが（直接）適用で、どこからが類推適用かは判例・学説上確立しているとはいえないこと。

v 帰責事案類型に着目した類推適用論との関連では、類推適用を許容する連邦裁判所の先例は見当たらず、かつ、**Entsprechung** 説の先例はいずれも類推適用の前提条件の充足性の検証を経由しておらず、原因者の疑い、関与割合の疑い、帰責の疑いともに、規定文言解釈の枠内と考えられること。

vi 責任要件事実に着目した類推適用論との関連では、類推適用を許容する連邦裁判所の先例は、本研究で検討した範囲では、見当たらず、原因者の疑い（代替的因果関係）の領域での類推適用説（Weckerle-1974年）に対しては法的に正当化する理由を示し得ていないとの批判があること。

以 上

（明治大学法学部元教授）