

択一的因果関係に関する Oliphant論文の紹介

An introduction to Oliphant's article "Alternative Causation"

河原 格

1. 問題提起

択一的因果関係の場合、行為者の責任をconditio sine qua nonの通常の要件により根拠づけることはできない。なぜならば、たとえばa、b、cの3人の行為者がいて各人が同一の加害行為をしていたが、その中の誰が当該損害を惹起させたか不明な場合に、当該各人の行為と損害（権利侵害）との間には上記の意味での因果関係を認めることができないからである⁽¹⁾。

一方、上記の場合をわが国はどのように扱っているかについては、周知の通り、通説は719条1項後段を択一的因果関係の場合と解し、同規定により各行為者に全損害に対する連帯責任を認める⁽²⁾。

しかしわが国の719条1項後段のような規定のない国では択一的因果関係をわが国のように、連帯責任として全責任を負わせているのか、また全責任を行為者に負わせるのが妥当なのか問題とされる。この問題についてオリファントの論文（Oliphant in: F f Koziol 2010, 795ff）に従い、オーストリア、イングランドの法制度を紹介しつつ、若干検討する。

上記両国では、上記の意味での因果関係が行為者の行為と損害との間にないからといって、行為者には全く損害に対する責任がないとするのは、法的正義に反すると考える。では法的正義を実現するために、両国はどのような方法を用いているのだろうか（後述のようにオーストリア、イングランド両国の法制

(1) Koziol, Österreiches Haftpflichtrecht, I AT 3.A (97) Rz.3/26.

(2) 四宮和夫「不法行為法」(1987) 792ページ、法協102 (1985) 2239 (能見善久)、近江幸治「民法講義VI 事務管理・不当利得・不法行為 第2版」(2010) 245ページ、前田陽一「債権各論II 不法行為法」(2007) 117ページその他。

度は当事者間で正義を実現するために比例的責任（わが国では従来から「割合的責任」と称されている）の考えを選んだのである）が本紹介の内容である。

2. オーストリア法とイングランド法の比較

オーストリア法とイングランド法とを比較する場合、以下のように個々の項目ごとに比較検討する方が比較しやすいとオリファントは考えるため、項目ごとに比較検討する。

(1) *conditio sine qua non*の取り扱い

すべての法体系と同じく、オーストリア法は*conditio sine qua non*の要件を認める。同要件は一般にその事情がなければ、後続する損害が生じなかったとされれば、その事情と後続する損害との間には因果関係があるとするものである。一般に因果関係の立証責任は権利主張者に負わされる。ただし立証の基準は（合理的な疑いを越えた）確実性に近い可能性として考えられるか、または多数説では（非常に）高度の可能性の基準と考えられている。

一方、イングランド法で事実的因果関係と呼ぶ内容は*but for test*に従い審理addressされる。つまり当該過失がなければ損害は生じなかったと言えるならば、その当該過失は実際、損害の原因である。だが損害は過失があろうと、なかろうと、ちょうど同じように生じたと言えるならば、当該過失は損害の原因ではない。請求のすべての要素と同じく、この因果関係の連鎖は普通、可能性の評価に基づき権利主張者が立証しなければならない。50%の可能性の境界が普通、用いられている。被告が不法行為により損害を生じさせた可能性が51%を超えていれば、それに基づき裁判所は判断し、その可能性が50%未満であれば、因果関係（の連鎖）はないとして審理する⁽³⁾。

以上のオーストリアとイングランドの法制度の比較から、明らかにコモンロー上の*but for test*とオーストリア民法での*conditio sine qua non*の要件と同一内容であることがわかる。両制度とも同要件は次の仮説の問題に表れている。

(3) Oliphant, 796.

つまり権利者の損害が被告の不法行為がなくとも、生じたであろうかという仮説である。

しかし立証の基準について両国の法制度には重要な相違がある。つまりコンロー上の可能性テストの評価（可能性が50%以上）は、合理的な疑いを越えたオーストリア法の立証テスト（基準）よりも権利者にとってずっと容易なハードルであると言える⁽⁴⁾。

(2) 択一的因果関係の取扱い

択一的因果関係についてのオーストリア法の取扱いは以下の通りである。

択一的因果関係の場合とは、多数の人間のうちで少なくとも一人が被害者（権利者）を負傷させたが、多数の人間の中の誰が負傷させたかを確認できない場合をいう⁽⁵⁾。択一的因果関係の場合、前途のように、通常の因果関係の要件を確認できない。一方、ABGBには択一的因果関係の場合についてBGB（830 I 2文）と異なり、その責任を認める特別の規定がない。だが択一的因果関係の事例で1909年、OGHはその責任を認めた。

①OGH ZBI1909/91

（事実）狩りに参加した4人の狩人が銃火の通り道と交差する道に人がいることを知らずに、同時にかつ同じ場所からウズラを撃った。弾に当たった権利者は、誰の銃から弾が出たかを証明できなかったというものである。

（判決）上記の事例についてOGHは被告の行為は単一であり、共同して傷害を負わせたことに基づき被告に責任ありとした。

しかしKoziolはOGHの根拠に対し、因果関係は個別的に各不法行為者に対して立証されねばならないという基本的な要件と一致しないと批判した⁽⁶⁾。

だが、択一的因果関係論はオーストリア法上、狩人に責任を負わせることを正当化する。これは1302条⁽⁷⁾の類推による。同条は偶然による損害の場合、共同行為者の責任は各人の損害に対する寄与分（寄与分が定められるのであれば）

(4) Oliphant, 797.

(5) Koziol, a. a. O., 3/26.

(6) Koziol, a. a. O., 3/26. Oliphant, 797はKoziolの批判は正当であると評価する。さらにOliphantは上記OGH判決に対しBydlinskiが弾が被害者に当らなかったと証明できる関与者にさえ責任が負わされることになり、この結論は誰も好意を持って賛同できないと批判したとする（Oliphant, 797による）

に制限される（広義で）が、損害が故意に惹起され、各加害者の損害に対する寄与の程度が確かめられない場合には、連帯責任となると定める。Bydlinski⁽⁸⁾が指摘するように、1302条は既に被告人の行為が損害と *conditio sine qua non* 関係であることが証明されない下記の場合に責任を認める。(1) 損害が故意に惹起された場合（つまり通常の事業の過程で）、(2) 数人の不法行為者（共同行為ではない場合）がいずれもある程度損害に寄与したが、どれくらいの損害が各人に寄与されるか定められない場合、(3) 被害者が明らかに不法行為による損害を受け、したがって賠償請求権を有することが明らかならば、因果関係の不確実さの危険を被害者ではなく、定義上不法にも行為した被告が負うとすることが好ましい（Canarisの言うように、「当該当事者の行為がおそらく損害惹起と因果関係があったし、さらに実際、損害を惹起するらしいので、他の誰かが損害を惹起したかもしれないというだけで、当該当事者が免責されるのは、当事者にとり不相応の幸運である。」⁽⁹⁾）(4) 第4に、被告自らがこうした行為により因果関係の不確実さをもたらしたという事実である。

通説によれば、上記の場合は単に潜在的因果関係（可能な因果関係）に対する責任を認め、したがって1302条の文言に入らない状況での責任を類推的に認める根拠となっている。1302条は非常に小さい範囲（実はばかばかしいほど小さい）にだけ寄与する被告に責任を課しているが、これは被告が全く寄与していない場合と違いはない。

上記の択一的因果関係論は以下の根拠により補強される。

択一的因果関係論を、*conditio sine qua non*要件の根源を崩してしまう無限の広がり理論としないよう、BydlinskiとKoziolとが、オーストリアのWilburgの展開させた柔軟な体系概念を参考に、単なる潜在的因果関係に対する責任の範囲を制限したのは賢明である。柔軟な体系では、一方の責任要件に対応する一定の権利の弱さはもう一つの責任要件に関連する異常な強さを証明

(7) ABGB1302条「毀損が過失に基づき、かつ寄与分が定められる場合には、過失により惹起された損害のみの責任を負う。だが損害が故意により発生させられた場合、あるいは個人個人の損害に対する寄与分が定められない場合には、一人に代わってすべての人が責任を負い、すべての人に代わって一人が責任を負う。だが損害を賠償した者に、残りの者に対する求償権が帰属する。」

(8) Oliphant, 797による。

(9) Oliphant, 798による。

することで相殺されうる。したがって単なる可能な因果関係関連の存在は責任が「相当性」の異常な程度と相殺される場合、責任を排除すべきでない」と主張される。より明確に言えば、潜在的因果関係に対する責任は、択一的因果関係に関し生じる。この場合、加害者は不法な行為が、普通要請される損害の危険だけでなく具体的な危険性をも生み出す⁽¹⁰⁾。

次に択一的因果関係についてのイングランド法の取扱いを見てみよう。

いずれの被告または数人の被告のうちの誰が実際、損害を生じさせたかを確率により証明できなく、義務に違反して、2人以上の被告が権利者の負傷の危険に著しく寄与し、危険が少なくとも被告の一人の寄与から生ずる場合に、イングランドの不法行為法では、責任が生ずる。だがこの責任は例外的とみなされ、(1) 被告の寄与する危険がほぼ結果として生じた危険と同じであること、および(2) いずれの被告が事実、損害を惹起させたかを立証できない理由が証拠がないだけでなく、科学的不確実性によることを必要とする。

上記原則は貴族院のFairchild 判決で初めて確立された。

②Fairchild v Glenhaven Funeral Services 2002

(事実) 3人の労働者が継続的雇用過程で、不法に石綿にさらされ、その結果、(致死のガン)悪性内皮腫にかかったというものであった。損害賠償訴訟で、被害者はいずれの各加害者も個々に生ずる悪性内皮腫に対し責任を負うことが確立から立証できなかったため、控訴院はあらゆる請求を棄却した。

(判決) 貴族院は各被告の義務違反が悪性内皮腫にかかった労働者の危険に著しく寄与したに基づき、権利主張が認められると裁決した。その理由を法律貴族は①各被告が不法に寄与した危険の具体化により確かに傷害を受けた犠牲者に対する賠償を否定することは、被告が権利者を毀損したことの立証なく、責任を被告に課す不公平さを「はるかに勝る」と考えた。さらに②伝統的な因果関係に固執すると、不法行為責任を恐れずに労働者を多くの状況で不法に危険にさらし、使用者の広い義務をなくならせることになる。

累積的因果関係の関連で利用された実質的寄与論(確立した理論)を応用す

(10) この記述はOliphant, 798による。

ることにより発展した。同理論は1972年のMcGhee v National Coal Boardでの貴族院の決定により択一的因果関係の場面に拡大された。ここでは法律貴族のMcGheeでの理由づけが明確でなく、少なくとも貴族院の一員が権利者に有利な決定の根拠を挙証責任の転換に基づかせていることに注意すれば十分である。その結果、Wisher v Essex AHA (1989) では法律貴族の一致した陪審員全員は不確実な択一的因果関係の状況での挙証責任の転換を拒絶し、このような状況で少なくとも何らかの特殊原則があることを否定した。個々の事件と同じように、被害者は加害者が惹起させたか、または損害に著しく寄与したことを証明しなければならない。

「Fairchild判決の例外」を更に発展させる際に課される次の2つの制限が重要であるとオリファントは説く。(1) 各被告が権利者に不法にさらす危険が同じか、または類似した因果作用の働きを含まねばならない。(2) 通常の方法(「but for」conditio sine qua non)で権利者が立証できない理由は、知ることのできる事実に関する証拠がないだけでなく、科学的不確実さによらなければならない。(2)の制限はFairchild判決原則を択一的被告の事件に適用させる場合、むしろ重要な制限を課すように思われる。たとえば、上記狩人事件でも、法律貴族がFairchild判決で挙げた悪性内皮腫に関する病因学的不確実さと不確実さが医学または科学的知識がないことによるとは言えない。

最後に、Oliphantは択一的因果関係についてのオーストリアとイングランドの取扱いを次のようにまとめる⁽¹¹⁾。

つまりオーストリア法とイングランド法とは共に不確実な択一的因果関係の場合、conditio sine qua non要件を省いているとする。両国共、権利者が疑いなく不法行為により損害を受けた状況で、正義と不法とのバランスをかなり強調する。被告は不法な行為によりこのような傷害の危険に確実に寄与している。被告の責任はイングランド法では通常のconditio sine qua nonの要件が適用されると、その責任がなくなり、また歯止めがなくなることを挙げて、補強され、オーストリア法では権利者の訴訟活動を妨げる恐れのある証拠上の不確実さを

(11) Oliphant, 801.

作り出す被告の責任を挙げることによって補強されている。

オリファントは2つの法体系での注目すべき1つの相違点を次のように要約する⁽¹²⁾。つまりオーストリアでは、一般論（潜在的因果関係）を挙げることで*conditio sine qua non*の通常の要件を捨て去っている。一方、イングランド法では、実質的危険寄与に対する新たな責任は、特殊の問題に対する例外的かつ特殊の解決法とされている。オーストリア法では原理の範囲が具体的危険の要請によって抑えられるが、イングランド法と同じ危険と科学的不確かさの要件に匹敵しうる限界がない。つまり不確実な択一的因果関係の場合、オーストリア法の責任の範囲は普通考えられているイングランド法の責任の範囲より広い。イングランド法の責任の範囲は上記狩人のケースでさえ責任が生ずるかを問題にするほど、狭い。だがオリファントによればイングランド法で責任を認めるためには、Fairchild判決の例外を抑制するために考えられた2つの制限のうちの一つをやめさえすれば可能であるとする⁽¹³⁾。

(3) 偶然性を伴う択一的因果関係の取扱い

オリファントによれば、偶然性を伴う択一的因果関係についてのオーストリア法の扱いは次の通りであるとする⁽¹⁴⁾。

偶然性を伴う択一的因果関係とは択一的因果関係が加害者の不法行為だけでなく、被害者の領域内にある偶然性をも伴う場合である（*alternative Kausalität mit Zufall*）。この場合の責任は、初めWilburgが提案し、その後、Bydlinskiが完全に理論化し、その後、その分析をKozilが採用した。分析は以下の2重の類推に基づき、不合理な行動をやめさせようとする関心から強化された。

第1の類推は択一的因果関係（被告が不明）の基本型のように、1302条に関わる。だがここでの類推をさらに一歩進めた。つまり弾丸を発射させたのが2人のうちの誰かを証明できない場合、偶然、被害者の方向に撃った2人の不注意な狩人の各人に責任が課されるならば、狩人の1人が精神病のため不法行為

(12) Oliphant, 801.

(13) Oliphant, 801.

(14) Oliphant, 802.

能力がない場合と違いがあるのか。損害が偶然惹起された可能性があるというだけで、被告を完全に免責させるのは不公平だろう。

第2のよりゆるいそれは、1304条⁽¹⁵⁾に関わる。同条は被害者に寄与過失があれば、責任を減少させることを定める。理由はこうである。つまりだが被害者自らの過失が損害に寄与したと立証される場合、被害者がなお何がしかの賠償を受けられるとすれば、もちろん責任は、被害者が事実そうしたと証明されないならば、おそらく損害に寄与した被害者に対する責任を完全に否定できない。なおさら被害者が損害の危険にさらされる際、過失を犯していなく、危険が生活の普通の偶然によるにすぎない。

この理由を現在OGHは認めている。

③OGH JBL 1996, 181.

(事実) 出産した乳児が脳性まひにかかっていたため、両親が出産を扱った病院を訴えた。乳児の脳性まひの原因は不適切な医療による母のひどい胎盤の不全によるか、出産前の胎児にへその緒が巻きついて生じた仮死状態によるかであった。

(判決) OGHはへその緒による仮死状態を適切に回避できたことが証明できなくとも、したがって同程度に脳性まひの原因が被害者の領域内の因子にあることがわかったとしても、それでも権利者は損害賠償を請求できる。事実、いずれの潜在的な原因が作用したかが立証できなくとも、損害は権利者と被告との間で平等に分ち合う。

一方、オリファントはイングランド法を以下のようにまとめる。実質的な危険寄与論は被害者の損害が過失または無過失の暴露によるか否か不確実な場合にも適用されることがFairchild判決に内在していたという。

明らかにオリファントはFairchild判決は72年のMcGhee v National Coal Board判決で法律貴族が実質的に危険寄与責任を既に認めていたことに依拠したとする⁽¹⁶⁾。

(15) ABGB1304条「毀損の場合、同時に被害者側に有責性があれば、被害者は加害者と共に比例的に損害を負担する。その比例部分が決められなければ、同じ比例部分の責任を負う。」

(16) Oliphant, 803.

④McGhee v National Coal Board 1972

(事実) レンガ職人は仕事の関わりでレンガ粉の暴露から生ずる皮膚炎にかかった。レンガ粉の若干の暴露は仕事の性質上避けられないが、使用者は仕事場に適切な洗浄設備を設けなかったため、不注意に暴露の期間を増加させた。そのため労働者は自転車で帰宅し、汗やよごれまみれとなり、粉を洗い落とせなかった。訴訟では医療上の証拠により累積的に粉に暴露されたため、粉(の分子)にわずか一回接触しただけで皮膚炎にかかったのか、または使用者が十分な洗浄設備を設けたとすれば、皮膚炎にかからなかったとは証明できなかった。

(判決) 貴族院は、被害者に有利に使用者の義務違反が被害者の傷害危険を実質的に増大させたことを認めた。

同判決は實際上、傷害に実質的に寄与した義務違反と同じであった(なおある法律貴族Lord Wilberforceは独自に同意した意見で挙証責任の転換からこのような場合の因果関係の不確実さの問題を解決することを提案していた)。

だがその後、上記判決を裁判所は誤解した。

⑤Wilsher v Essex Area Health Authority

(事実) 被告の病院で危険な早産であった乳児(原告)は出生後まもなく全盲に近い状態になった。損害賠償訴訟で、全盲は人工的に酸素を管理しないため早産児に生ずる恐れがあり、かつ早産児が普通こうした他の多くの事情で起こりうることは普通だが、全盲は出生後過度の酸素供給を不注意に管理したことによると主張した。

(判決) 貴族院は因果関係と証明とに伝統的な方法を厳格に適用した。公判では乳児が明確に6周期以上、過度に高度の酸素圧にさらされていたことが判明したが、加害者らはこれら6つの暴露の1つに対してのみ責任を負うと、最終的に判決された。これらの事実から、貴族院は加害者の不注意が全盲に対し実質的に寄与したことを原告が立証できなかったことを認めた。加害者が実質的に全盲の危険に寄与したと証明するには不十分であったと判示した(なお上記Wilsher判決中で、Bridge氏はMcGhee判決について貴族院は被告の不注意からレンガ粉の暴露を増大させたことがおそらく原告の皮膚炎の事実上の寄与

原因であるという「頑丈かつ実地的な」結論を下したにすぎないと断言した。したがってMcGheeは新たな法原則を打ち立てたのではなかったとした)。

Fairchild v Glenhaven Funeral Services事件で、貴族院 (Hutton氏はこの点につき異論を唱えるが) はWilsher判決は新たな法原則を含まないとするMcGheeの解釈を誤っていると断言した。McGhee判決で多数意見は、加害者の不注意がおそらく被害者の傷害に実質的に寄与したとの事実上の結論を下しただけではなく、傷害に寄与したことが証明できなくとも、義務違反が実質的に傷害の危険に寄与したとして責任を課した。よってMcGhee判決はFairchild事件の前哨戦の判決とされる。さらに同判決は、危険への実質的な新寄与原則がFairchild判決と異なり、択一的可能原因が不法行為の場合 (McGheeでは適切な洗浄設備を備えない) と不法行為でない場合 (権利者が仕事をする際、レンガ粉にさられることが回避できない) に、適用されることも示した。つまりMcGhee判決自体、偶然性を伴う択一的因果関係の事件であった。

Fairchild判決の方法を被害者の領域内の危険に適用させることは、2006年もう一つの悪性内皮腫事件であるBarker v Corus (UK) plc法律貴族の判決により確認された。

⑥Barker v Corus (UK) plc

(事実) Barker v Corus (UK) plcはFairchildと違い、貴族院の前の上訴の一つで労働者が石綿に暴露された期間の一部が労働者の自営の期間中であったということである。

(判決) 故人自身が当該石綿に暴露された一部に対し責任を負う場合 (Fairchild判決が適用できるかを決定することは法律貴族の権限であった)、法律貴族は全員一致で加害者が責任を負うと判決した。自然原因、人力または被害者自身によるにせよ、その他の暴露が不法行為か、非不法行為かは無関係で、被害者の損害賠償を認めない不法は、この場合、他人の義務違反により損害が生じたに違いない場合よりも少ないが (誰の義務違反かを立証できなくとも)、公平上Fairchildの例外を適用させることに賛成した。被害者を石綿に不法に暴露させて使用者が傷害させた場合、他の使用者の1人が不法に行為していたというだけで免責されることをほとんど期待できないことになった。

だがこの変更を通じて貴族院は、新原則の適用を狭くしようと苦心し、Hoffmann卿もRodger卿もWilsherのような事件は区別できると述べた。Wilsher事件につきRodger卿は「損害が多くの変った事実により惹起され、その中の一つだけが加害者の不法行為または怠慢から生じた危険の結果である」が、「損害は加害者の不法行為から惹起された一種の危険の結果である」とは述べなかった。したがってFairchildの例外は既述のように、原因が同種の危険を出す場合に限られる。

上述よりオリファントは次のようにオーストリア法とイングランド法とをまとめ⁽¹⁷⁾。

イングランド法では明らかに*conditio sine qua non*の立証がなければ、責任をオーストリアより制限する結果となる。偶然性が択一的因果関係の効果と関わる場合、責任はない。Fairchild判決では、使用者が安全配慮義務に違反して被害者が石綿暴露により肺ガンにかかったが、喫煙によっても肺ガンにかかる場合、責任はないと判示された。

一方、オーストリア法とイングランド法の方法の違いは、上記の2つの判決(③、⑤)を対照させると、明確に説明できる。③のOGH判決は加害者の過失または妊娠と出産の通常の危険による脳性まひの事件につき、被害者自身の範囲内にある潜在的原因を考慮して、損害賠償額を減額させたが、過失が潜在的に惹起させる効果から見て、子は損害賠償請求権を有すると判決した。

上述のオーストリアの③判決とは対照的に、⑤Wilsher v Essex Area Health Authority判決で、貴族院は加害者の過失ある治療が全盲に対する数個の原因の一つにすぎなく、それが証明されていない以上、子の主張を全部却下すると判決した。イングランドの事件はFairchild判決の導入した新制度前に判決されたが、Fairchild判決とその後の貴族院判決とはFairchildの例外をWilsherの事実に適用できないことを強調した。Fairchildは「過失」の危険と「無過失」の危険とが同じ、または大体同じの場合にのみ適用される。Wilsher判決では全く異なった危険が問題であった。

(17) Oliphant, 805.

さらに異なった原因（力）が作用する場合、加害者に起因する種々の危険を正確に比較することの実際上の困難さ、加害者の領域内外の危険を正確に比較することの実際上の困難さがある。たとえば、悪性肉腫の場合、各当事者に起因しうる石綿暴露の程度を計測できるが、肺がんの場合では喫煙、遺伝性の素因、仕事場での有毒物質暴露の危険の程度を計量できないということをオリファントは挙げる⁽¹⁸⁾。

(4) 責任の範囲

オリファントはオーストリア法の責任の範囲を以下のようにまとめる⁽¹⁹⁾。

連帯責任に基づき全損害または全体に対する比例のみにつき責任を各不法行為者が負うかは、責任根拠である論拠の過程と法典に基づく類推から結論づけられる。基本的な択一的因果関係（不明確な加害者の場合）では1302条の類推により、責任が認められる。つまり同規定は不確実な範囲で、因果関係上寄与をしていれば、数人の不法行為者（共同行為でないが）は連帯責任を負う。

だが偶然性を伴う択一的因果関係では、定義上、被害者自身の領域内の潜在的に因果関係のある危険に関係するが、1302条のみの類推に依拠するのは不適切だと思われる。したがって責任を負わせるための一層の正当化の根拠は被害者の寄与過失を定める1304条による。被害者は自己の領域内の危険の比例部分を負い、損害はその範囲にまで減少する。さらにこの結論は正義の観点から支持できるとする（OGHはBydlinskiとKoziolの理論を承認しつつ、比例的責任の理論に従った。最高裁はこの問題に対する唯一妥当な解決であるとの根拠で、BydlinskiとKoziolの理論を認める。不法行為の効果と偶然性との間にある択一的因果関係の場面では、他のいずれの方法も、極端なため、理解不能かつ不合理な結論とならざるをえない。そうでなければ、2つの因子のうちいずれが事実上原因となったのか、最終的に決められないため、被害者は全く回復されないか、あるいは行為と権利者との間には何の因果関係が確認されなくとも、被告は全責任を負うという結論にならざるをえない。最終的にオリファントは上

(18) Oliphant, 806.

(18) Oliphant, 801.

(19) Oliphant, 807.

記両極端はオーストリア不法行為法の原則と一致しないと結論づける⁽²⁰⁾。

一方、オリファントによれば⁽²¹⁾、コモンローでは、例外としてのFairchild判決による責任は、基本的な択一的因果関係の場合も、偶然性を伴う択一的因果関係の場合も比例的責任となるとする（なお制定法は悪性内皮腫で、連帯責任を認める）。

例外としてのFairchild判決での責任の範囲を、2006年のBarker判決まで貴族院は挙げなかった（戦術上、Fairchild判決は加害者の責任を連帯であるとしたが）。⑤のBarker判決で4対1（Rodger卿の反対）の多数で貴族院は比例的責任に賛成した。Fairchild判決の責任の根拠は悪性内皮腫の危険を誤って作りだしたことにあるので、悪性内皮腫が分割できない損害であることは重要でなかった。Hoffmann卿が主張したように、「危険は限りなく分割できる。」方法の持続性から被告が惹起させたとされる損害は、こうした危険を作り出したことであり、したがってその責任は被告の作り出した危険と比例する。公平さからもこの結論に至った。

だがその後、⑤判決は労働組合から強く抗議され、約数週間内に国会が介入し、連帯責任に戻った。この連帯責任は悪性内皮腫に限定される（その根拠はFairchild判決での実質的な危険寄与論による。理論上、比例的責任は他のすべての事件の原則だが、制定法Actは比例的責任を例外とする）。

以上のところから、オリファントは次のようにまとめる⁽²²⁾。

オーストリアとイングランドは比例的責任という革新的解決を不確実な択一的因果関係の諸事例に適用させた初めての裁判所の一つである。二国間には、比例的責任を認める根拠に注目すべき類似点がある。その類似点とは、正義の観点から不法行為者（加害者の介入の因果関係が不確実な場合）に何らかの責任を必要とするというものである。だが全体的な損失の責任を加害者に負わせるのは不当であるとする。両制度共に、通説はすべてか無かの方法を批判する。よってオリファントによれば、比例的責任は魅力的な中道の考え方であるとす

(20) この記述はOliphant, 807による。

(21) Oliphant, 807.

(22) Oliphant, 808.

る。

しかしどのように比例的責任を使うかという点で、両国間に違いもある。第1の相違はどのように責任を概念化するかである。イングランド法では通常の因果関係原則と立証とが維持されるが、損害（その因果関係を証明しなければならない）の性質が変わり、責任の根拠である危険を明らかに惹起させたから、当然比例的責任を負う。つまり行為の本質は損害自体ではなく、危険である。加害者は危険に対する寄与責任を負い、悪性内皮腫のような分割できない損傷についてでさえ比例的責任のみが認められる。

対照的にオーストリア法では、損害は損傷であり、危険ではない。

さらに二国間の重要な相違として、オーストリアでの比例的責任が認められる場合は、基本的な、加害者が不明な場合でなく、偶然性を伴う択一的因果関係の場合のみに適用される。この結論は1302条の類推による責任の基本による。比例的責任が偶然性を伴う択一的因果関係の文脈では、連帯責任よりも好ましいことをオリファントは当然認める⁽²³⁾。

3. 結論

オリファントの比較検討によれば⁽²⁴⁾、オーストリア法、イングランド法の共通点は、不確実な択一的因果関係の場合、因果関係の立証に関わる通常の要件を省こうとしている点にあるとする。択一的加害者の場合だけでなく、偶然性を伴う択一的因果関係の場合もそうである。両者とも上記のうちの若干では、比例的責任を用いている。

一方、両者には若干の相違がある。特にオーストリアの択一的因果関係に対する方法は一般論（潜在的因果関係）に基づくが、イングランドの方法は一般原則に対し、広く理論化されてない例外を認めている。逆にイングランドで比例的責任を採用しているのはある点でより包括的である。なぜならば、比例的責任はイングランドで加害者が不明な場合にも、偶然性を伴う択一的因果関係

(23) Oliphant, 809.

(24) Oliphant, 809.

の場合にも、適用されるからである。さらなる相違はどのように責任要件が認められるかである。オーストリア法では通常の*conditio sine qua no*要件を弱めるものとして、イングランド法では結果よりもむしろ危険の観点から損害を再定義するものとして現れる。

最後に、オリファントは本比較法からいかなる教訓を比較法学者が得るかを問題にするが、その中で注目すべきは以下の内容であろう⁽²⁵⁾。

オーストリア法では、イングランドより高い立証基準（合理的な疑いを超えるか、または（非常に）高い確率）があるため、因果関係が立証された場合と因果関係が立証されていない場合との間には、広い不確実さの領域が残る（この領域にこそ比例的責任が適用されうる）。だが一方、イングランド法では、因果関係が立証された場合（可能性50%以上）と因果関係が立証されていない場合とには不確実な領域がない。不確実さは確立の目盛では1点として、つまり証拠が50対50に分かれる場合のみに存在する。イングランド法で比例的責任は確実性の一方または他方または二領域の双方に侵入しなければならないことになる。つまり因果関係のあることが立証された場合と因果関係のないことが立証された場合の双方である。したがって比例的責任は確立された法秩序に対する重大な挑戦となるとオリファントは結ぶ。

上述から、比例的責任が、オーストリア法でよりもイングランド法で疑問視されるのは重要である。したがってイングランド法はその適用範囲を稀な例外的な場合に限定しようとする。しかし適用範囲を制限する試みにも限界があるので、どのように今後、展開させるかが問われる⁽²⁶⁾。

疑問の余地はあるとしても、イングランド法は、基本形としての択一的因果関係の場面および偶然性を伴う択一的因果関係の場面の双方に比例的責任を認めるのに対し、オーストリア法は偶然性を伴う択一的因果関係の場面での責任を比例的責任とする点が明らかにされたと考える。

(25) Oliphant, 812.

(26) Oliphant, 812.