

## 論 説

# ドイツ民法 830 条 1 項 2 文の成立過程の研究

松 原 孝 明

- I はじめに
- II キューベル部分草案
- III バイエルン草案、ザクセン民法典およびドレスデン草案
- IV IV 第 1 委員会からライヒ司法省予備委員会
- V 第二委員会から BGB830 条の成立まで
- VI 考察
- VII おわりに

## I はじめに

近年の共同不法行為論においてもっとも関心が寄せられるのは、都市型複合大気汚染訴訟（西淀川第一次訴訟）、じん肺訴訟、アスベスト訴訟などの事例をいかに処理するかという点である。これらの事例は、加害行為が相合し又は蓄積されることにより権利侵害が生じ、複数の加害行為がそれぞれ一定の寄与の可能性のあるものの、各加害者の寄与度が不明であるか、その証明が極めて困難であるという点に特徴がある。いわゆる「累積的競合（寄与度不明）」<sup>1)</sup>とされる類型である。これらの事例では、各加害者間に意思共同がある場合は皆無であり、また、場所的・時間的な近接性がなく加害者間に関連共同性がないため 719 条 1 項前段を適用することができず、また、各人が全部惹起力を有し、その中のだれか一人の加害行為

---

1) 大塚直「共同不法行為・競合的不法行為論と建設アスベスト訴訟判決について」加藤雅信古稀『21 世紀民法学の挑戦〔下巻〕』（信山社、2018 年）649 頁。

により損害が生じたが、それが誰であるのか不明である択一的競合の事例とは言えないため、同項後段の適用をすることもできない。つまり、累積的競合（寄与度不明）の事例は719条の条文構造では、カバーされておらず法の欠缺状態にある<sup>2)</sup>。このような欠缺が生じた理由として、母法であるドイツ法との関連から以下の点が説明される。すなわち、ドイツ民法第一草案714条2文は累積的競合（寄与度不明）についての規定を有していたが、その審議過程において立法上の過誤によりそれが欠落してしまい、第二草案753条の段階ではその2文において択一的競合のみが規定されるようになった。それがそのまま継受されたのが我が国の民法719条であり、同条は加害者間に共同性がない累積的競合（寄与度不明）について本来規定するべきであったところ、その規定を欠く状態にある。そして、その欠缺を補完するために、本来、累積的競合（寄与度不明）を規定するはずであった719条1項後段を類推適用するという解釈論が有力に主張されているのである。そして、そのような解釈論は「本来カバーすべき場面が沿革的理由により規定の文言から欠落しているという事実によって正当化<sup>3)</sup>」されるものとされる。

しかし、そのような説明がなされるものの、これまでドイツ民法第一草案から第二草案に至る過程で累積的競合（寄与度不明）についての文言が削除される経緯について詳細に分析した論考はないのが現状である。また、累積的競合（寄与度不明）の文言が過誤によって削除されたとする論考が主に引用するのは、ブクスバウム（W.Buxbaum）の文献である<sup>4)</sup>が、ブクスバウムの文献が刊行されたのは1965年であり、その当時、ド

2) 大塚直「公害訴訟における共同不法行為論」新美育文ほか編『不法行為法研究1巻』（成文堂、2020年）58頁。

3) 内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書（続）（下）－719条1項後段の解釈論」NBL1087号22頁（2016年）。

4) Buxbaum, Solidarische Schadenshaftung bei ungeklärter Verursachung im deutschen, französischen und anglo-amerikanischen Recht : Zur Anwendung des § 830 Abs. 1 S.2 BGB (1965).

イツ民法の立法過程において第一草案の原案である部分草案 (Teilenwurf) とその理由書 (Begründungen)、および第一委員会の後のライヒ司法省予備委員会の存在が明らかになっておらず、また、部分草案理由書と第一草案理由書との間を架橋する第一委員会の議事録 (Protokolle über die Sitzungen der 1.Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs(1881-1889)) も一般的に利用されることが困難であった。1970 年代後半以降シューベルト (W.Schubert) やヤコブス (H.Jakobs) により整理・編集された各資料が公表された後の現在からみれば、その考察は不十分であり、また、後に分析するようにブクスバウム自身も、条文の変化を過誤であると明言しているわけではない。同時に、上記の各資料が整備された後に、同テーマについて詳しく論じた論考もないのが現状である。それゆえに、改めて立法資料が整備されている現在、ドイツ民法第一草案から第二草案に至る過程で累積的競合 (寄与度不明) についての文言が削除された経緯について詳細に検討することは、累積的競合 (寄与度不明) の場面への 719 条 1 項後段の類推適用の可否を検討する上で有益であると思われる。それゆえに、BGB830 条の起草過程において、累積的競合 (寄与度不明) の規定がどのように扱われ、削除されることになったか、その経緯を見ていくことにしたい。<sup>5)</sup>

5) なお、BGB830 条の成立過程については、拙稿「共同不法行為における関連共同性要件の再検討 (1) : 日独における通説の形成課程から得られた現在の解釈論に対する示唆」上智法學論集 48 巻 1 号 57 頁以下 (2004 年) ですでに論じているが、当該論考の関心は同条 1 項 1 文にあり、着目点がかなり異なる。また、近時の拙稿「民法 719 条 1 項後段類推適用の正当化根拠についての立法史的視点からの考察」島村健・大久保邦彦 ほか編『環境法の開拓線』(第一法規、2023 年) 105 頁以下でも同様のテーマを扱っているが、当該論考では紙幅の関係で検討できなかった点を本稿では主に検討している。

## II キューベル部分草案

### 1 BGB830 条の成立過程の概観

BGB830 条の成立過程を概観すると以下ようになる。ドレスデン草案 (Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse) の起草に深く携わったキューベル (Kübel) は、連邦参議院から民法草案の起草を依頼され、債務法部分を担当することになった。そのなかで共同不法行為の規定に該当する、のちの BGB830 条のもとになったのがキューベル部分草案 10 条である。同草案 10 条は、第一員会 (Die 1. Kommission) において審議されたのち、第一草案 714 条として規定された。同 714 条は、第二委員会 (Die 2. Kommission) に付される前にライヒ司法省予備委員会 (Vorkommission des Reichsjustizamtes) において事前に審査され、のちに述べるように重要な変更が加えられた。ライヒ司法省予備委員会により変更された同 714 条は第二委員会において審議されることになった。第二委員会での審議を経て、民法草案の第二読会のための委員会決議の暫定的編集 (Vorläufigen Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs) により修正が加えられた同 714 条は、第二委員会の「編集委員会の決議の編集 (Zusammenstellung der Beschlüsse der Redaktionskommission)」を経て 709 b 条として規定された。709 b 条は、再び第二委員会の編集委員会の決議の編集により第二草案 753 条として規定され、同 753 条は、そのままの形で BGB830 条として成立したのである。

### 2 キューベル部分草案

連邦参議院から民法草案の起草を委ねられ 1874 年 9 月 17 日に設置された第一委員会において、ゲープハルト (Gebhard) が民法総則、キュー

ベル (Kübel) が債務法、ヨホウ (Johow) が物権法、プランク (Planck) が家族法、シュミット (Schmitt) が相続法のそれぞれの分野について担当し、まずそれぞれの部分草案と理由書 (Begründungen) を作成することで審議が行われた。キューベルによる債務法部分草案のうちで、BGB830 条の原型となっているのがキューベル部分草案 10 条である。キューベル部分草案 10 条は以下のように規定する。<sup>6)</sup>

キューベル部分草案 10 条 (190)

数人が共同の行為により損害を生じさせたときは、教唆者としてであれ、正犯に相当する共同行為者あるいは幫助者としてであれ、各自連帯債務者として責任を負う。同一の責任は、共同によって行為したのではない数人の違法な行為の共同によって損害が生じ、かつ惹起された損害に対する各人の寄与分が確定できないうちにも生じる。

Haben Mehrere durch gemeinsames Handeln, sei es als Anstifter, Täter oder Gehilfen, den Schaden verschuldet, so haften sie als Gesamtschulder. Dieselbe Haftung tritt ein, wenn der Schaden durch ein Zusammentreffen widerrechtlicher Handlungen Mehrerer, welche nicht gemeinsam gehandelt haben, verursacht worden ist und der Antheil des Einzelnen an dem verursachten Schaden sich nicht ermitteln läßt.

まず、キューベル部分草案 10 条における「共同の行為により (durch gemeinsames Handeln)」の意味については、意思共同を意味していることが理由書 (Begründungen) において説明されている。<sup>7)</sup> そのうえで、部分

6) *W.Schubert*, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Abschn. I. Tit.2, III Unerlaubte Handlungen (1980) S.654.

7) *W.Schubert*, Die Vorlagen, S.705.

草案10条2文において「共同によって行為したのではない数人の違法な行為の共同によって損害が惹起され、かつ惹起された損害に対する各人の寄与分が確定できないとき」にも連帯債務となる旨が規定されている。ここで想定されているのは、各々が単独では全損害を発生させることはできないが、損害の発生に何らかの寄与をしている場合、すなわち累積的競合の場合であると考えられる。当該規定を置いた理由として理由書は、「数人の意図的でない偶然の複合作用による違法な加害が単一かつ同一の結果をもたらした場合には、『損害のうち、どれだけの寄与分が各人の行為によってもたらされたかをつきとめることができるならば、各人は自分が有責に招いた損害についてのみ責任を負う』という一般的な原則から逸脱する理由は存在しない。ただ、数人の偶然の複合作用による加害における個々人の寄与分が確定できない場合だけは、被害者の保護が必要になる。なぜならば、そのような規定がないと加害者それぞれが不法行為を行い、それによって全損害の発生に寄与したことが明らかであるにもかかわらず、各自によって生じた損害の範囲の立証ができないという理由で、その損害の賠償を得ることができないという危険を負うからである。本草案は、そのような場合に損害の発生に関与したすべての者に連帯債務者としての責任が課されるという趣旨で、現行法に従ってそのような規定を置いたのであり、それは当該規定によってのみ被害者の救済が可能になるという被害者に対する配慮から正当化される<sup>8)</sup>」と説明している。

ここで注目すべきは、キューベルが「数人の偶然の複合作用による加害における個々人の寄与分がつきとめられない場合だけは、被害者の保護が必要になる」と説明している点である。この説明だけを見ると、キューベルは保護が必要と考えていたのは、あくまでも累積的競合（寄与度不明）の場合のみであり、択一的競合は想定していなかったと考えることができる。他方で、キューベルは「損害が複数の者の非共同不法行為の併存によ

8) W.Schubert, Die Vorlagen, S.706.

て生じた場合には、ザクセン民法典 1495 条、バイエルン民法典 71 条およびドレスデン草案 218 条では、生じた損害に対する個人の割合を決定できない場合にのみ、連帯債務者としての責任が発生するものとされる一般原則をたてている」と理由書の中で述べているが、以下に示すように、ドレスデン民法 218 条およびバイエルン民法草案 71 条は、累積的競合（寄与度不明）の規定であるのに対して、ザクセン民法典 1495 条は、文面上は択一的競合の規定であり、累積的競合（寄与度不明）と択一的競合の混同がみられる。そこで、キューベル部分草案 10 条で参照されたドレスデン草案 218 条、バイエルン民法草案 71 条、ザクセン民法典 1495 条の段階では、累積的競合（寄与度不明）および択一的競合についてどのように捉えていたのかを見ていくことにする。

### Ⅲ バイエルン草案、ザクセン民法典およびドレスデン草案

#### 1 バイエルン草案

バイエルン草案において、共同不法行為の規定は第 2 部の 70～71 条に置かれている。そのうち、71 条は共同によらない場合についての規定である。

#### バイエルン民法草案 71 条<sup>10)</sup>

連帯責任は、数人の共同ではない行為の併存によって損害が発生し、発生した事象に対する各個人の寄与割合が確定できない場合にも生じる。

Die Sammtverbindlichkeit tritt auch in dem Falle ein, wenn ein Schaden durch das Zusammentreffen nicht gemeinschaftlicher

9) バイエルン民法典草案の概要に関しては、*W. Schubert*, *Bayern und das Bürgerliche Gesetzbuch, Die Protokolle der bayerischen BGB Kommission (1881-1884)*, 1980, S.3 ff. を参照。

10) *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, 1861*, S.47.

widerrechtlicher Handlungen mehrerer Personen gestiftet werden und der Antheil jedes Einzelnen an dem eingetretenen Erfolge nicht zu ermitteln ist.

キューベル部分草案に大きな影響を与えたドレスデン草案がその基礎としたのがバイエルン草案「バイエルン王国のための民法典草案 (Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern)」である。バイエルン草案は、69条<sup>11)</sup>において、共同不法行為の際に連帯債務が課される旨が規定され、同草案71条で共同不法行為が成立しない場合の累積的競合(寄与度不明)において、連帯債務が課されることが規定されている。

バイエルン草案には、理由書が付されており、累積的競合(寄与度不明)の場合に連帯債務が課される理由として「共同ではない行為の併存によって損害が発生したが、発生した具体的な結果への各人の寄与割合が確定できない場合でも、それぞれが違法行為を行ったことが確実である以上、その不確実性は損害賠償義務を無効化できず、いずれにしても加害者全員によって生じたものであるから、違法行為を行った者全員に連帯責任が課さ

11) バイエルン草案 69条

数人が共同して行動し第三者に損害を与えた場合、その者は連帯して損害賠償責任を負う。命令、委託、依頼または助言によって損害を与えた者、または故意にその行為を幫助した者も、損害を与えた者と連帯して責任を負う。同様に、特別な義務を怠り、当局への報告または自己に危険のない他の方法で損害を防止しなかった者、最後に、不法な意図をもって、加害者の特定または損害賠償の回復を妨げた者も、連帯して責任を負う。

Haben Mehrere durch gemeinsames Handeln einem Dritten Schaden zugefügt, se haften sie für den Schadensersatz sammtverbindlich. Sammtverbindlich mit dem Beschädiger haftet auch derjenige, welcher sie be ichbärigende Handlung durch Beschl, Auftrag, Aufforderung oder Rath bewirkt oder zu derselben willentlich Beihilfe geleiftet; desgleichen wer mit Berletzung befonderer Pflichten unterlassen hat, die Beschädigung durch Anzeige bei der Obrigkeit oder auf andere ihm selbst ungefährliche Weise zu verhindern; endlich wer in rechtswirrigem Vorsaze die Ermittlung des Thäters over die Erlangung des Schadensersatzes vereitelt hat.



れなければならない<sup>12)</sup>と説明している。この理由書の説明からわかるのは、第一に、累積的競合（寄与度不明）の場合に連帯債務を課すのは、「それぞれが損害賠償を生じさせる行為を行ったことが確実である以上、その不確実性は損害賠償義務を無効化できず、いずれにしても加害者全員によって生じたものであるから」であり、キューベルの理由書等で述べられているように、証明困難から被害者を救済するという理由は述べられていないこと、第二に、BGB の起草過程においては、後に述べるように、第一委員会、ライヒ司法省予備委員会、第二委員会において、累積的競合（寄与度不明）、択一的競合のどちらの文言が選択されている場合でも、累積的競合（寄与度不明）、択一的競合の双方を想定していたのに対して、バイエルン草案 71 条は、累積的競合（寄与度不明）の場合のみを想定しており、択一的競合は念頭に入れられていないことである。

## 2 ザクセン民法典

後に述べるようにドレスデン草案 218 条はバイエルン草案とともに、ザクセン民法典 1495 条を参照している。ザクセン民法典 1495 条は以下のように規定している。

### ザクセン民法典 1495 条<sup>13)</sup>

損害の原因となる行為を共同して行った数人は、連帯債務者として責任を負う。数人が同時または連続して行為を行った場合、誰の行為によって

12) Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern. 1861, S.78.

13) B.Francke, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen : nebst der Gerichtsordnung und anderen hiermit in Verbindung stehenden Reichs und Landesgesetzen, allgemeinen Motiven und Inhaltsverzeichnis, 1960, S.249.

ザクセン民法典 1495 条は草案では 1525 条である。ちなみに、ザクセン民法典の成立過程については、C. AHCin: Zur Entstehung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen von 1863/65. 1996. を参照。

損害が生じたかを確認できないときは、これらの者は連帯して責任を負う。この場合、過失による行為者は、自己の負担部分を超えて支払ったときは、他の債務者に対して求償することができる。

Mehrere, welche die verlegende Handlung gemeinschaftlich begangen haben, haften als Gesamtschuldner. Läßt sich, wenn Mehrere gleichzeitig oder nach einander gehandelt haben, nicht ermitteln, wessen Handlung den Schaden verursacht hat, so baften sie als Gesamtschuldner.) In diesem Falle, ingleichen wenn die Schaden bringende Handlung auf Fahrlässigkeit beruht, kann der Gesamtschuldner, welcher mehr, als auf seinen Kopftheil kommt, geleistet hat, verhältnißmäßige Erstattung von den Mitschuldnern fordern.

ザクセン民法典 1495 条 2 文の「数人が同時または連続して行為を行い、誰の行為によって損害が生じたかを判断できない場合」というのは、一見、択一的競合について規定しているように読み取れる。しかし、1863 年に発行されたザクセン民法典のコンメンタールによれば、「後段のケースは、乱闘の場合に発生する。2 人の射手が同じ標的を射撃し、そのうちの 1 発が相手の死亡につながったが、どちらの発砲が致命的であったかを判断することができない場合も、この中に含めるべきかどうか疑問がある<sup>14)</sup>」と説明されている。この中で説明されている乱闘のケースであるが、乱闘と一言で言っても、集団の中の誰か一人が被害者を殴った場合と、数人が被害者をなぐったが各々の殴った部分や寄与割合が確定不能の場合と二通り考えられるが、のちの BGB の起草過程における、ドイツ民法第一草案理

14) Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen: und zu der damit in Verbindung stehenden Publicationsverordnung vom 2. 1863, S.351.

由書 (Motive) や第二委員会などでは、同様の乱闘のケースは累積的競合 (寄与度不明) の一例として扱われている。他方で、鉄砲の例は、それぞれの発砲は、被害者の死亡という結果について全部惹起力があり、どちらの発砲が致命傷を負わせたのが不明であるから、まさに択一的競合の事例であるが、この場合の同条の適用に疑問が投げかけられているということは、同法 1495 条が、文言上は現在でいうところの「択一的競合」を意図しているように見えるものの、実際には累積的競合 (寄与度不明) を意図していたとも考えられる。かつて、1881 年に成立した ABGB (オーストリア民法) における立法時に、択一的競合が本来は各人の寄与分が観念できない場合であるにもかかわらず、累積的共同 (寄与度不明) の場合と同様に寄与分が不明であるから、択一的競合は累積的共同 (寄与度不明) に包含されると考えたため、ABGB1302 条<sup>15)</sup>では、累積的共同 (寄与度不明) のみが規定されることになってしまったという経緯がある。このように、ザクセン法典の起草過程においては、ABGB の起草過程と同様に「択一的競合」と各人の寄与分の不明の場合が混同されてしまったのではないかと推測される。

どちらにしてもこの段階では、現在の類型のように「択一的競合」「累積的競合」という明確な区分がなされておらず混同されていたとも考えられる。

15) ABGB1302 条

損害が過失よるもので、その寄与分が確定できる場合は、各自が自分の過失によって生じた損害についてのみ責任を負う。しかし、損害が故意に加えられたものである、もしくは損害に対する各人の寄与分が確定できない場合には、全員が一人に対して責任を負い、一人が全員に対して責任を負う。しかし、損害を賠償した者は、他の者に対して求償する権利を有する。

In einem solchen Falle verantwortet, wenn die Beschädigung in einem Versehen gegründet ist, und die Antheile sich bestimmen lassen, jeder nur den durch sein Versehen verursachten Schaden. Wenn aber der Schade vorsätzlich zugefügt worden ist; oder, wenn die Antheile der Einzelnen an der Beschädigung sich nicht bestimmen lassen, so haften Alle für Einen, und Einer für Alle; doch bleibt demjenigen, welcher den Schaden ersetzt hat, der Rückersatz gegen die Uebrigen vorbehalten.

16) *F.Bydinski*, Haftung bei alternativer Kausalität, JBL 81 (1959) S.2 f.

### 3 ドレスデン草案

#### ドレスデン草案 218 条<sup>17)</sup>

数人が共同して一つの損害を与えた場合、教唆者としてであれ、主謀者あるいは幫助者としてであれ、その損害について連帯して責任を負う。教唆者は、行為者が不法行為を行う際の指示の限度を超えていたとしても、損害の全額を賠償する責任を負う。共同行為でない複数の者の不法行為の併存によって損害が生じた場合において、生じた損害に対する各個人の寄与分が確定できないときは、同時行為か連続行為かにかかわらず、連帯債務者として責任を負う。

Haben Mehrere durch gemeinsames Handeln einen Schaden verursacht, so haften sie für solchen als Gesamtschuldner, ohne Unterschied, ob sie als Anstifter, Urheber oder Gehilfen gehandelt haben. Der Anstifter haftet für den ganzen Schaden, selbst wenn der Thäter bei Berührung der widerrechtlichen Handlung die ihm gegebene Weifung überschritten hat. Ist ein Schaden durch das Zusammentreffen widerrechtlicher Handlungen Mehrerer, welche nicht gemeinsam gehandelt haben, verursacht worden, und läßt sich der Antheil der Einzelnen an dem verursachten Schaden nicht ermitteln, so haften sie, ohne Unterschied, ob sie gleichzeitig oder nacheinander gehandelt haben, als Gesamtschuldner.

ドレスデン草案<sup>18)</sup>は正式名称を「一般ドイツ債務関係法に関する法案

17) Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, 1866, S.43-44. 1864年草案においては、224条であるが文言に変更はない (Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse, 1864, S.51.)。

18) ドレスデン草案については、赤松秀武「ドイツ法典編纂における債務法総則：BGB部分草案とドレスデン草案」法政研究 77 卷 1 号 283 頁以下 (2010 年) を参照。

(Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse)」といい、ドイツ連邦における法典編纂の動きの中で作成された債務関係法に関する法案である。草案は結果として法律として成立することはなかったが、その後の BGB の立法に大きな影響を及ぼしている。とりわけ、ドイツ民法部分草案の債権法を担当したキューベルは、ドレスデン草案の起草を担った債務関係法委員会の委員にヴェルツテムベルクの代表者として名を連ねており、その傑出した働きからキューベル部分草案に大きな影響を及ぼしている。また、ドレスデン草案をもとに債権法の総則および各側の一部を起草したとされる。<sup>19)</sup> それゆえに、ドレスデン草案 218 条は、キューベルの部分草案 10 条のモデルになっていると考えることができる。両者を比べてみると、教唆者の指示を超えた場合の教唆者自身の責任の部分は、キューベル部分草案 10 条には存在しないが、共同不法行為が成立しない累積的競合（寄与度不明）の場合に連帯債務者となる部分は同様であり、全体としての体裁も類似している。

では、第 3 文の内容、すなわち共同不法行為が成立しない累積的競合（寄与度不明）の場合に連帯債務者となる旨を規定した理由について議事録をみてみよう。

ドレスデン草案 218 条になる前の 1863 年草案 241 条は以下のように規定していた。

1863 年草案 241 条<sup>21)</sup>

数人が共同で不法行為を行った場合、主謀者、教唆者または幫助者として行動したか否かを区別することなく、連帯債務者として責任を負うものとする。

19) *W.Schubert*, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB: Einf., Biographien, Materialien, 1978, S.41.

20) *W.Schubert*, Materialien, S.45.

21) *W.Schubert*, Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes. Bd.1,1984, S.711.

Haben Mehrere eine verlegende Handlung gemeinschaftlich begangen, so haften sie als Gesamtschuldner, ohne Unterschied, ob sie als Urheber, Anstifter oder Gehilfen mitgewirkt haben.

議事録によれば、草案自体には異議は唱えられなかったが、二つの提案がなされた。一つはバイエルン草案 70 条<sup>22)</sup>のように教唆を行った者は、行為者が不法行為を行う際の指示の限度を超えていたとしても、損害の全額を賠償する責任を負うという文言を追加するというものであり、二つ目の提案は、バイエルン草案 71 条およびザクセン法典 1495 条に相当する規定を設けるというものである。

第一の提案については、この規定は余計なものであるとの意見が出された。<sup>23)</sup>すなわち、「これに含まれる特殊性はすでに 241 条から続いており、教唆者は、自分に定められた限度を超えていたか否かにかかわらず、民法上、共同して違法行為を行ったものとみなされることになっていたからである。したがって、バイエルン草案 70 条は、第 241 条が 1 つの側面で統合している 2 つのケースを区別しているが、それによって異なる結果になることはない。第 241 条からも第 70 条からも同じ結果が得られるので、この文言を含めることはほとんど必要ない」とされた。しかし、70 条に類似する規定がない場合、民法の視点からは教唆者はその命令、指揮などを行った範囲でのみ責任を負うことになると予想されたため、この動議が推奨されることとなった。

---

22) バイエルン草案 70 条

命令、囑託、依頼または助言によって第三者に危害を加えさせた者も、加害者が命令、囑託、依頼または助言の実行において自己に定められた限度を超えていた場合には、その全額を賠償する責任を負う。

Wer durch Befehl, Auftrag, Aufforderung oder Rath einen Anderen zur Beschädigung eines Dritten veranlaßt hat, haftet auch dann für den ganzen Schaden, wenn der Thäter in der Ausführung die ihm vorgezeichneten Grenzen überschritten hat.

23) *W.Schubert*, *Protocolle*, S.712.

次に第二の提案については、大変興味深い議論がなされた。まず、当該提案について、例えば、数人で喧嘩をしていて、人が一撃で死んだ場合、提案されたルールによれば、その一撃によって生じた死亡という損害について個々の分担に応じて、関与者それぞれが責任を負うことになるが、その一撃が全員によって加えられたとは全く考えられないのであり、したがって、多くの者が責任を負うことになるが、その全員が発生した損害について明らかに帰責されるわけでない。ただし共謀がある場合はそれとは全く異なるもので、ここでは違法行為の実行に参加したすべての人が、たとえその存在だけであっても、その行為とそれに起因する損害について完全に責任を負うことになるとの指摘がなされた<sup>24)</sup>。つまり択一的競合において、行為者に主観的な共謀関係がある場合には、問題はないが、そうでない場合には、致命傷を負わせた者以外の者に責任を負わせることに対する懸念である。

これに対して、起草者はそのような懸念は提案する文案には当てはまらないとしたうえで、以下のような文案を提示した<sup>25)</sup>。

Mehrere Miturheber haften für den aus dem Berbrechen entstandenen Schaden als Gesamtschuldner, wenn der Umfang des von einem jeden Einzelnen verursachten Schadens nicht zu ermitteln ist.

複数の行為者は、各個人に生じた損害の程度が確定することができない場合、侵害行為から生じた損害について連帯して責任を負う。

この文案においては、行為者間に意思の共同が存在しないこと、各人が損害を与えるのに適した行為を行ったことを証明でき、損害全体のどの部

24) *W.Schubert*, *Protocolle*, S.713.

25) *W.Schubert*, *Protocolle*, S.714.

分が個々の参加者によって引き起こされたかが不明であることが前提とされた。

択一的競合については、被害者を証明困難のリスクから救済するという被害者保護の観点から必要であるとの見解が示されたが、これに対して、刑事法の観点からも、このような複数の参加者の評価は、共謀が存在する場合にのみ正当化されうるという反対意見が示された。その上で、参加者の間に意思共同がない場合、複数の行為の偶然の一致が同時であるか連続的であるかに関係なく、これらすべての行為の共通の結果である損害を引き起こした場合にのみ成立する。ただし前提として、第一に、連続の場合、行為が互いに続く期間が、それによって出来事の統一性が失われるようなものでないこと、第二に、各参加者が損害の発生に関与したことを証明されること、それぞれがもたらした損害の程度だけが不確かであることが条件とされ、文案の作成が編集委員会に委ねられた<sup>26)</sup>。その結果としてドレステン草案 218 条が起草されるに至った。

上記の議論でわかることは、起草者としては、もともと累積的競合（寄与度不明）の場合を想定していたのであり、択一的競合については想定していなかったこと。バイエルン草案 71 条およびザクセン法典 1495 条を基として議論の俎上に上がったのは、択一的競合および累積的競合（寄与度不明）の両方のケースであるが、択一的競合においては、致命傷を与えた者以外が責任を追うことに対する懸念が示され、被害者保護の観点からその保護の正当性が主張されたものの、刑法的な観点から関与者に意思共同が存在する場合にのみ限定されることになった。それゆえに、結果的には、文言上は択一的競合について規定したザクセン民法典 1495 条、累積的競合（寄与度不明）について規定したバイエルン民法 71 条の双方が参照されたものの、累積的競合（寄与度不明）のみが規定されることになったのである。

26) *W.Schubert*, *Protocolle*, S.715.



## 4 小括

キューベル部分草案理由書のなかで引用されている、ザクセン民法典 1495 条、バイエルン草案 71 条およびドレスデン草案 218 条について検討してきた。バイエルン草案については、その理由書から起草者により想定されていたのは、累積的競合（寄与度不明）の場合のみであることがわかった。また、ザクセン民法典 1495 条は、文面上は択一的競合について規定しているように見えるが、そのコンメンタールによると、択一的競合のケースにおいての適用が疑問視され、むしろ累積的競合（寄与度不明）への適用が想定されていたことがわかった。

上記のバイエルン草案 71 条、ザクセン民法典 1495 条が参照され、双方の条文に該当する文言の導入が検討されたのがドレスデン草案であったが、結局、択一的競合については、種々の懸念から採用が見送られ、累積的競合（寄与度不明）のみが規定されるようになった。こうしてみると、キューベル部分草案 10 条において参照されたバイエルン草案 71 条、ザクセン民法典 1495 条、ドレスデン草案 218 条はいずれも累積的競合（寄与度不明）のみの適用が想定されていたことがわかる。それゆえに、キューベルの部分草案理由書においても累積的競合（寄与度不明）のみが想定されていたわけである。

## IV 第一委員会からライヒ司法省予備委員会

### 1 第一委員会

第一委員会では、1882 年 11 月 9 日にキューベル部分草案 10 条についての審議がなされた。委員会の審議において、部分草案 10 条の本質的内容については、異論が出されなかったが、同条が累積的競合（寄与度不明）の場合だけではなく、択一的競合の場合においても適用されるかが明確ではなく、それを明確にするため、キューベルの部分草案 10 条の文言を変

更することが提案された。<sup>27)</sup>しかし、その結果として起草されたドイツ民法第一草案 714 条にはその提案は反映されることはなく、同 714 条は以下のように規定された。

第一草案 714 条 数人が共同の行為によって損害を生じさせたときは、教唆者としてであれ、正犯に相当する共同行為者あるいは幫助者としてであれ、各自連帯債務者として責任を負う。数人によってひき起こされた一つの損害の場合であって、その数人が共同に行為しておらず、その損害に対する各人の寄与分を知ることができないときに同様の連帯債務者責任が生じる。

Haben Mehrere durch gemeinsames Handeln, sei es als Anstifter, Thäter oder Gehilfen, den Schaden verschuldet, so haften sie als Gesamtschuldner. Dieselbe Haftung tritt ein, wenn der Schaden durch das Zusammentreffen widerrechtlicher Handlungen Mehrerer, welche nicht gemeinsam gehandelt haben, verursacht worden ist und der Antheil des Einzelnen an dem verursachten Schaden sich nicht ermitteln läßt.

第一委員会の提案にもかかわらず、第一草案 714 条 2 文においても、キューベル部分草案 10 条と同様に共同の行為によらない累積的競合（寄与度不明）の場合のみに連帯債務となる旨が規定された。この点について、ドイツ民法第一草案理由書（Motive）は、「数人によってひき起こされた一つの損害の場合であって、その数人が共同に行為しておらず、しかし、その損害に対する各人の寄与分を知ることができないときには同様の連帯

27) *H. Jakobs und W. Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse, III § § 652 bis 853 (1983) S.930.

債務が生じる。この規定は、当該数人全員が不法行為の一般原則に基づいて具体的な形で責任を負う、という前提の限りにおいて、どの行為が当該損害を直接惹起したかが不確かであるときにおいても特に適用を見るものである。当該規定は、例えば乱闘における死亡事件又は傷害事件について実用的であろう。<sup>28)</sup>と説明している。同理由書によれば、同条 2 文は共同行為によらない累積的競合（寄与度不明）の場合についてのみ規定しながらも、択一的競合の場合にも特に適用されることが想定されていることがわかる。また、理由書の 2 文に関する説明部分では、キューベルによる部分草案の理由書と同様に第一草案 714 条 2 文と同じく累積的競合（寄与度不明）の場合を規定しているドレスデン草案 218 条およびバイエルン民法草案 2 編 71 条と同時に、文言上択一的競合のみについて規定しているザクセン民法典 1495 条を参照しており、立法者が双方の場合の保護を意図していたことがわかる。

バイエルン草案 71 条、ザクセン法典 1495 条、ドレスデン草案 218 条、キューベル部分草案 10 条においては、一貫して累積的競合（寄与度不明）のみが想定されていたが、ここにおいてはじめて択一的競合が想定されたのである。また、第一委員会の議論においては、ドレスデン草案の審議においてなされたような、択一的競合に対する懸念は一切示されていない。

## 2 ライヒ司法省予備委員会

ライヒ司法省は、第 2 委員会による審議に先立ち第一草案を審議するためライヒ司法省予備委員会を設置した。ライヒ司法省予備委員会の存在とその重要性は、1970 年代になって初めて知られるようになったため、すでに述べたように、ブクスバウム等の重要な文献が執筆された当時には知られていなかった。第一草案 714 条は、ライヒ司法省予備委員会により審

28) *Mugdan*. Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Recht II (1899) S.412.

議された後、第二委員会での審議、第二委員会の「編集委員会の決議事項の編集 (Zusammenstellung der Beschlüsse der RedaktionsKommission)」を経て民法草案 709 b 条<sup>29)</sup>となり、その後第二草案 753 条となるが、1892 年 9 月 13 日のライヒ司法省予備委員会により提案された案では以下のように、2 文から累積的競合 (寄与度不明) について規定した部分がなくなり、択一的競合についてのみの規定に変更されている。

また、複数の者が共同して行動しておらず、誰の行為によって損害が生じたかを知ることがきないときも同様とする。

Das Gleiche gilt, wenn Mehrere nicht gemeinsam gehandelt haben und sich nicht ermitteln läßt, wessen Handlung den Schaden zugefügt hat.

上記のような変更が生じた点について、ライヒ司法省予備委員会は「発生した違法な結果が各人の活動の相互作用によってではなく、当事者の一人の行為によってのみもたらされ、その行為者が特定できないような場合、すなわち、択一的競合の場合も対象とするために、草案の文言を拡張することとされた。」<sup>30)</sup>と説明する。ここでいう拡張とはどのような意味であろうか。より広い範囲を対象に規定するということであろうが、「択一的競合の場合も対象とするために、草案の文言を拡張」した結果、択一的競合のみの規定が残されたということは、択一的競合のケースが累積的競合のケースよりもカバー範囲が広く、択一的競合を規定しておけば、その中に累積的競合 (寄与度不明) が内包されると考えたものと推測される。<sup>31)</sup> フレー

29) H.Jakobs und W.Schubert, aa.O. S.930.

30) H.Jakobs und W.Schubert, aa.O. S.931.

31) 第二草案についてのコメントであるが、このような文言の変化につきメーリン (T.Mehring) は「損害の発生が一人の人間の行為によってのみもたらされるこのケースの方が、まさにカバー範囲が広いので、第二草案において 714 の文言が変更されることになった」とする (Mehring, Beteiligung und Rechtswidrigkeit bei §

ンケル (M.Fraenkel) はこのような文言の変化は理解できないと評するが<sup>32)</sup>、上のように考えれば、累積的競合（寄与度不明）と択一的競合の双方が含まれることを想定しながら、択一的競合のみの文言が選択された理由は一応の納得ができる。

## V 第二委員会から BGB830 条の成立まで

第一草案の公表後、世論やギールケ (Otto von Gierke)、メンガー (Carl Menger) などの批判もあり、委員会の構成を大幅に変更した第二委員会が設置された。前述のライヒ司法省予備委員会案は、第二委員会に提案されたものと推測される<sup>33)</sup>。

第二委員会の議事録 (Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung) によれば、第一草案 714 条 1 文に対して異議はなかったものの、2 文をライヒ司法省予備委員会案同様に以下のように規定すべきであるとの提案がなされた。

数人が共同によらずに行爲し、だれの行爲が損害を生じさせたかを知ることができないときも同様とする。

Das Gleiche gilt, wenn Mehrere nicht gemeinschaftlich gehandelt haben und sich nicht ermitteln läßt, wessen Handlung den Schaden verursacht hat.

この提案は、ライヒ司法省予備委員会の提案と比べると、ライヒ司法省予備委員会草案では、「共同に」を表す文字を *gemeinsam* としていたのに

---

830 I 2 BGB (2002) S.25.

32) *Fraenkel, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB (1979) S.298 f.*

33) *Fraenkel, a.a.O. S.298.*

対し、第二委員会に提案された草案では *gemeinschaftlich* に変更されてい<sup>34)</sup>る点を除いては同一である。このような提案について、理由は「数人が共同によらずに行爲し、だれの行爲が損害を惹起したかを知ることができないときも同様とする」とすべきだとの提案がされ、その提案について、「当該提案は、第 714 条第 2 文の規定が次のような場合においても適用されることを明らかにしようとするものである。すなわち、違法な結果が、当該行爲に係る数人の関与者の合同作業によってではなく、数人の関与者中の一人の行爲によってもたらされたものの、当該行爲を行った者がだれであるか証明できない場合である。……例えば、714 条は乱闘において数人がある一人に殴りかかり、そして当該殴打のうちの一つが死をもたらした場合であって、当該致命的殴打がだれから直接なされたかが証明され得ないときにも適用されるべきである。草案によればこのような場合において、第 714 条 1 文が適用されることは疑わしい。当委員会は、一の『共同』の違法行爲に係る関与者の責任義務をそのように法律により拡大することを承認した。」と説明している。ここで、注目すべきは、第一草案 714 条 2 文が択一的競合の場合のみを対象とする規定に変更されたが、その説明の中では、いわゆる択一的競合の場合においても 2 文が適用されると説明されている点<sup>35)</sup>である。つまり、2 文の文言は択一的競合に変更されたものの、2 文は累積的競合（寄与度不明）の場面を包含することが起草者の意思であったことがわかる。

かくして、民法草案の第二読会のための委員会決議の暫定的編集（Vorläufigen Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs）を経て第

34) *gemeinsam* から、*gemeinschaftlich* への変化は 1871 年刑法 47 条の文言にあわせたものであると説明される（*Deutsch, Das Verhältnis von Mittäterschaft und Alternativtäterschaft im Zivilrecht, JZ,1972.S.105.*）。

35) *Mugdan*, a.a.O. S.1095-1096.

36) *Buxbaum*, a.a.O. S.5. 前田達明『不法行爲帰責論』（創文社、1978 年）268 頁。

一草案 714 条は以下のように規定された。

数人が共同の行為によって損害を生じさせたときは、教唆者としてであ  
れ、正犯に相当する共同行為者あるいは幫助者としてであれ、各自連帯債  
務者として責任を負う。数人によってひき起こされた一つの損害の場合で  
あって、その数人が共同に行為しておらず、損害が数人の中の一人によ  
って惹起されたがだれの行為が損害を生じさせたかを知ることができな  
いときもまた同じ。

Haben Mehrere durch gemeinsames Handeln, sei es als Anstifter, Thäter oder Gehülfen, einen Schaden verschuldet, so haften sie als Gesamtschuldner. Das gleiche gilt, falls Mehrere, wenn auch nicht gemeinsam, gehandelt haben und der Schaden durch einen von ihnen verschuldet ist, sich aber nicht ermitteln läßt, durch wessen Handlung der Schaden verursacht ist.

上記の草案はさらに、第二委員会の「編集委員会の決議の編集 (Zusammenstellung der Beschlüsse der RedaktionsKommission Kommission)」を経て 709b 条として規定された。

709b 条は以下の通りである。

民法草案 709b 条<sup>37)</sup>

(1) 数人が共同の不法行為によって一つの損害を生じさせたときは、その数人は連帯債務者として責任を負う。教唆者および幫助者も共同不法行為者とする。

(2) 数人の関与者の中でその行為によって損害を生じさせた者がだれであ

---

37) H.Jakobs und W.Schubert, a.a.O. S.932.

るか明らかでないときは各人はその損害に対して責任を負う。数人の関与者は連帯債務者として責任を負う。

(1) Haben Mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so haften sie als Gesamtschuldner. Anstifter und Gehülfen stehen Mitthätern gleich.

(2) Läßt sich nicht ermitteln, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat, so ist jeder für den Schaden verantwortlich; sie haften als Gesamtschuldner.

上記の 709b 条は、同じく第二委員会の編集委員会の決議に従い第二草案 753 条として規定された。

#### 第二草案 753 条

(1) 数人が共同によって不法行為によって一つの損害を生じさせたときは、各人はその損害に対して責任を負う。数人の関与者の中でその行為によって損害を惹起した者が誰であるか明らかでないときもまた同じ。

(2) 教唆者および幫助者は、共同不法行為者とする。

(1) Haben Mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Das gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat.

(2) Anstifter und Gehülfen stehen Mitthätern gleich.

上記第二草案 753 条は、そのままの形でドイツ民法 830 条として成立した。<sup>38)</sup>

38) *H. Jakobs und W. Schubert*, a.a.O. S.932.



## VI 考察

### 1 累積的競合（寄与度不明）から択一的競合への変化

これまで、示してきたようにキューベルによる部分草案 10 条、ライヒ司法省予備委員会の検討にかけられる前の民法第一草案 714 条では、累積的競合（寄与度不明）についての文言であったものが、ライヒ司法省予備委員会案に至って、択一的競合のみを規定した文言に変化している。

これまで、第一草案 714 条と第二草案 753 条を比較したうえで、2 文から累積的競合（寄与度不明）について規定する部分が削除されたことは、立法過誤であるとする見解があり、本稿の冒頭でも述べたようにその立法過誤があったことを強調し、その過誤により欠落した、累積的競合（寄与度不明）が民法 719 条 1 項後段によりカバーされるべき根拠とする論考が多数存在する。そこで、以下では、それらの論考が示すように立法過誤があったのかを検討する。

まず、これまでの論考がキューベル部分草案 10 条、その架橋となる第一委員会での議論やライヒ司法省予備委員会、また 709 b 条の存在に触れないで、第一草案と第二草案を単純に比較して過誤と判断しているのはなぜであろうか。第一草案と第二草案を比較して、立法過誤があるとする日本の文献<sup>39)</sup>が引用するのは、ほとんどが四宮和夫教授の『事務管理・不当利得・不法行為 中・下巻』<sup>40)</sup>と前田達明教授の『不法行為帰責論』であるが、両教授が、立法過誤の根拠として引用しているのがブクスバウムの文献<sup>41)</sup>である。ブクスバウムの文献は 1965 年に刊行されているが、その当

39) 内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書(続)(下)－719 条 1 項後段の解釈論－」NBL1087 号 21 頁以下、前田陽一「共同不法行為論の展開と平井理論」瀬川信久ほか編『民事責任法のフロンティア』490-491 頁（有斐閣、2019 年）、大塚直「公害訴訟における共同不法行為論」新美育文ほか編『不法行為法研究 1』58-59 頁（成文堂、2020 年）など。

40) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為 中・下巻』（青林書院、1998 年）762 頁。

41) Buxbaum, a.a.O. S.5.

時、部分草案の存在も明らかではなく、第一委員会の議事録は一般での利用が困難であり、また、ライヒ司法省予備委員会の存在も知られていなかった。それゆえに部分草案とその理由書、第一草案につき、第一委員会でのどのような議論がなされたのか、その後、第二委員会の前にライヒ司法省予備委員会にてどのような議論がなされたのかに触れることなく、第一草案と第二草案の比較が行われたのである。現在では、W.Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Abschn. I. Tit.2, III Unerlaubte Handlungen (1980) により、部分草案およびその理由書が、H.Jakobs und W.Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse, III § § 652 bis 853 (1983) により、第一委員会での議論、ライヒ司法省予備委員会での議論が条文ごとに参照可能となっている。

それでは、現在の視点から考察してみよう。II IIIで考察したように、キューベル部分草案に至るまでは、累積的競合（寄与度不明）についてのみ想定されていた。キューベル部分草案10条について検討する第一委員会においてはじめて、同条が累積的競合（寄与度不明）の場合だけではなく、択一的競合の場合においても適用されるかが明確ではなく、それを明確にするため、キューベルの部分草案10条の文言を変更することが提案されたのである。しかし、当該提案は第一草案714条に反映されることな

42) 当時存在したのは Protokolle über die Sitzungen der 1. Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1881-1889). Metallographierte Ausgabe. いわゆる金属版であり、一般での利用は困難であった。

43) シューベルトの資料により現在はライヒ司法省予備委員会の議事録を参照することは容易であるが、その当時まで存在したのは、第一委員会議事録と同様に、金属板 (Protokolle der Vorkommission des ReichsJustizamts für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Metallographierte Ausgabe.) であり、一般に参照することは不可能であった。

く、累積的競合（寄与度不明）のみが規定された。ただ、ドイツ民法第一草案理由書（Motive）によれば、当該規定には、択一的競合にも「特に」適用される旨が説明されていた。いよいよ文言が択一的競合に変更されたのは、ライヒ司法省予備委員会においてである。ライヒ司法省予備委員会によれば、そのような文言の変更は「択一的競合の場合も対象とするために、草案の文言を拡張する」ためであったと説明される。すでに、検討したが、この拡張という表現が重要である。メーリンが述べるように、択一的競合のケースの方が、カバー範囲が広いので択一的競合の文言のみが選択され、その中に累積的競合が内包されると考えたのではないだろうか。それは、過誤というよりも、選択の問題ではなかったか。<sup>44)</sup>

では、四宮教授や前田教授が、立法上の過誤が生じたとする根拠となっているブクスバウム自身はどのように述べているのであろうか。

ブクスバウムは第一草案から第二草案に至る条文の変更を示したうえで、「第二委員会は、新しい文言で比例的因果関係（*anteiligen Verursachung*）のある場合を除外することを意識していなかったと推測される。しかし、旧表現は一方の場合のみを含み、新表現は他方の場合のみを含んでいることは議論の余地がない。Motive は、両委員会が、比例的因果関係の責任は、択一的因果関係の責任よりも困難ではない（*weniger streng*）と考えたことを示すものである」と述べている。<sup>45)</sup>まず、前半で述べていることは、第二委員会が択一的競合の文言を選択した際に、比例的因果関係すなわち累積的競合（寄与度不明）を排除することは意図していなかったということであり、後半の「両委員会は比例的因果関係の責任

44) *Mehring*, a.a.O. S.25.

45) ドイチュ（E.Deutsh）は文言の変更について「どの行為によって損害が発生したのが不明な場合と、損害に対する個人の割合が確定できない場合の2つのグループが検討されたが、どのグループのケースを強調するか、共犯との関係を強調するかしないかによって、草案の文言は様々に変化する」と述べており、どちらの場合を強調するかを選択の問題として捉えている（*Deutsch*, a.a.O. S.105.）

46) *Buxbaum*, a.a.O. S.5.

は、択一的因果関係の責任よりも困難ではない (weniger streng) と考えた」という指摘は両委員会により択一的競合の規定のみが意図的に選択されたことを示唆しているように思われる。

以上のような点を勘案すると、ライヒ司法省予備委員会案の段階で、累積的競合 (寄与度不明) の部分が削除されたのは、証明困難から被害者保護が要請される場合のいわば徴憑として、より証明が困難である択一的競合の場面についての文言が選択されたとも考えることも可能ではないだろうか。

ライヒ司法省委員会以降、累積的競合 (寄与度不明) についての文言が削除されたのが過誤によるものか意図的によるものであったのかは、立法史的には興味深いのが、その違いによって、現在の解釈論に大きな違いが生じるわけではない。むしろ、重要なのは、ライヒ司法省予備委員会においても第二委員会においても、2文の文言が択一的競合のみを規定する文言に変更された後も、そこには累積的競合 (寄与度不明) の場面も含まれていることが起草者の意思であったという点である。

起草者意思に従えば、本来、第二草案 753 条 1 項 2 文で択一的競合だけでなく累積的競合 (寄与度不明) についても含んでおり、その帰結として第二草案 753 条、および現行の BGB830 条 1 項 2 文は当然に累積的競合 (寄与度不明) の場合を含み、それを模範とした我が国の民法 719 条 1 項後段も同じく累積的競合 (寄与度不明) を含んでいるとの解釈につながる。フレンケルはこの点につき、累積的競合のケースと BGB 第 830 条 1 項 2 文で規定されている択一的競合との同一視は、専ら起草の誤りに基づく法律の単なる文言の許容される、かつ事実上必要な修正であるとし、<sup>47)</sup> 前田達明教授も、立法上の経緯からドイツでいう Kumulative Verursachung (累積的競合) の場合は無条件で BGB830 条 1 項 2 文の適用があり、それは第一草案 714 条 2 文、第二草案 753 条 1 項 2 文において立法者が予定してい

47) Frenkel, a.a.O. S.299.

たものであり、不当な解釈ではないとする<sup>48)</sup>。

このように、BGB830 条の成立過程における立法者意思は、累積的競合（寄与度不明）の事案に対する BGB 830 条 1 項 2 文の適用、そして我が国の民法 719 条 1 項後段の直接適用ないしは類推適用を正当化する根拠となりうるのである。

## 2 その他の変化

第一草案 714 条から第二草案 753 条に至るうえでの文言上のもう一つの重要な変化としては、「数人が共同によって行為していなかった場合において」「各自連帯債務者として」という部分が脱落している点である。これは、第二委員会の編集委員会の決議事項の編集により 709 b 条となる段階で削除されたものである。『共同不法行為の研究』の中で、浜上則雄教授は、この点につき「数人が共同によって行為していなかった場合において」の部分が脱落したのは第二委員会の編集委員会の立法上の過誤によるものであると主張する<sup>49)</sup>。すなわち、ライヒ司法省予備委員会案、第二委員会案においては、択一的競合と一般的競合不法行為について並列的に規定されており、一般的競合不法行為についても規定するのが立法者の意思であったにもかかわらず、それが第二委員会の編集委員会の過誤により脱落してしまったとする。その結果、第二草案 753 条 1 項 2 文では、特別の競合不法行為類型である択一的競合不法行為のみが規定され、それを継受した我が国の民法 719 条 1 項後段も同様に、択一的競合不法行為のみを規定することになった。それゆえに、我が国の 719 条 1 項後段は、共同なしに数人の違法かつ有責な行為が偶然に競合して同一損害を惹起することによって成立する一般的競合不法行為についても当然に認めていると解

48) 前田・前掲注 (36) 297 頁。

49) 浜上則雄『現代共同不法行為の研究』（信山社、1993 年）71 頁。

積しなければならないとする。<sup>50)</sup>

しかし、上記の浜上教授の見解にはいくつかの疑問がある。まず、以下に示すライヒ司法省予備委員会案において、浜上教授は択一的競合と一般的競合不法行為について並列的に規定されたと解釈するが、これは、並列的に規定されたのではなく、「数人が共同によらずに行為し、かつだれの行為が損害を惹起したかを知ることができないとき」と解釈すべきであろう。

Das Gleiche gilt, wenn Mehrere nicht gemeinsam gehandelt haben und sich nicht ermitteln läßt, wessen Handlung den Schaden zugefügt hat.

というのも、第一に、これまで検討してきたように、キューベル部分草案にいたるまでの、バイエルン草案 71 条、ザクセン民法典 1495 条、ドレスデン草案 218 条においても、常に共同によらない場合でかつ、択一的競合か累積的競合（寄与度不明）の場合に連帯債務が課される旨が議論されてきたし、キューベル部分草案、また、その後の第一草案においても同様であった。それが、ライヒ司法省予備委員会案において、いきなり上記文言を並列的に解釈するというのは、解釈的に無理があるだろう。そもそも、「数人が共同によって行為していなかった場合において」「各自連帯債務者として」という文言が第一草案 714 条から脱落したのは、過誤によるものではなく、ドイツ民法 840 条 1 項の前身規定であるドイツ民法第二章

50) 浜上・前掲注 (49) 61 頁。浜上教授は、自説の根拠としてコイク (B.Keuk) を引用するが、浜上教授が引用する頁で、コイクが「仮に、法律の文言にその規定が含まれていない理由が不明であったとしても、最初の草案に対する重大な変更は意図されたものではない」と述べているのは、714 条 1 項 2 文から累積的競合（寄与度不明）について規定する部分が削除されたことを指しており、浜上教授が主張されるように、「数人が共同によって行為していなかった場合において」「各自連帯債務者として」の部分が削除されたことを示唆しているわけではない。(Keuk, Die Solidarhaftung der Nebentäter, AcP 168 (1968) S.186.)

案 764 条が、共同によらない場合の受皿規定になっているために、同文言が削除されたと考えることができる。ドイツ民法第二草案 764 条については、ドイツ民法第一草案 714 条が原規定の一つである旨が註記されていることからそれは明らかである。つまり、BGB840 条により、共同の行為によらない場合（競合的不法行為）にも連帯債務が課されることになったのである。

## Ⅶ おわりに

本稿の目的は、日本における都市型複合大気汚染訴訟、じん肺訴訟、アスベスト訴訟などで問題とされる民法 719 条 1 項後段の累積的競合事例（寄与度不明）への類推適用が妥当であることを立法史的視点から立証することにあった。検証の結果以下の点が明らかになった。

①キューベル部分草案理由書において参照された、バイエルン草案 71 条、ザクセン民法典 1495 条、ドレスデン草案 218 条は、その議事録や理由書、コンメンタールからすべて累積的競合（寄与度不明）における適用が想定されていたことがわかった。ザクセン民法典 1495 条は文言上、択一的競合について規定しているように見えるが、コンメンタールから択一的競合事例に対する適用は疑問視され、むしろ累積的競合（寄与度不明）事例への適用が想定されていた。それにもかかわらず、択一的競合の文言が採用されていたのは、ABGB の立法過程においても見られたように、累積的競合（寄与度不明）と択一的競合の混同があったものと思われる。

②キューベルはドレスデン草案の起草にも深く関与しており、キューベル部分草案 10 条はドレスデン草案 218 条の体裁によく似ている。また、キューベル部分草案の理由書において参照されたバイエルン草案 71 条、ザクセン民法典 1495 条、ドレスデン草案 218 条がすべて累積的競合（寄与度不明）への適用を想定していたことが影響し、キューベル部分草案理由書においても、累積的競合（寄与度不明）の場合のみを保護すべき旨記

載されている。

③第一委員会では、部分草案10条が択一的競合の場合においても適用されるかが明確ではなく、それを明確にするため、キューベルの部分草案10条の文言を変更することが提案されたものの、起草された第一草案714条は累積的競合（寄与度不明）についてのみ規定していた。しかし、ライヒ司法省予備委員会における審議では、再び同条が択一的競合の場合も対象とするために、草案の文言を「拡張する」必要性が唱えられ、択一的競合のみが規定された文言が提案され、そのまま第二委員会へと提出された。ここにおいて用いられた「拡張する」という文言が重要であり、択一的競合のケースが累積的競合のケースよりもカバー範囲が広く、択一的競合を規定しておけば、その中に累積的競合（寄与度不明）が内包されると考えたものと推測される。その後の、第二委員会の審議においても、第一草案714条には、択一的競合、累積的競合（寄与度不明）の双方に適用される旨を明らかにしている。これらの点から考えると、ライヒ司法省予備委員会案以降、累積的競合（寄与度不明）についての文言が消え、択一的競合についての文言のみが残ったのは、多くの論考において主張されているように、過誤によるものというよりは、択一的競合のケースが累積的競合のケースよりもカバー範囲が広いケースとして（メーリン）、また、より証明が困難なケースとして（ブクスバウム）、いわば徴憑として、択一的競合のみが選択され、その中には、当然、累積的競合（寄与度不明）が含まれるというのが、起草者の意思であったのである。それゆえに、第二草案753条においても、累積的競合（寄与度不明）が含まれることが当然想定されており、それを模範とした我が国の719条もそれを引き継いでいると言えるであろう。

内田教授が、「本来カバーすべき場面が沿革的理由により規定の文言から欠落しているという事実<sup>51)</sup>によって正当化」されると述べるように、上記

51) 内田・前掲注(3)22頁



検討から判明した事実は、累積的競合（寄与度不明）事例への民法 719 条 1 項後段類推適用の正当性をより補強するものであろう。

追記 古川陽二先生には、大東文化大学法学部に奉職して以来、公私共に大変お世話になりました。深く御礼申し上げます。