HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	損害賠償訴訟と立証責任：西ドイツにおける危険領域論の展開(1)
Author(s)	池田, 粂男
Description	資料
Citation	北大法学論集, 23(2), 255-237
Issue Date	1972-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27927
Type	departmental bulletin paper
File Information	23(2)_P255-237.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資　料

損害賠償訴訟と立証責任

―― 西ドイツにおける危険領域論の展開 (1) ――

池田粂男

序　章
第Ⅰ章　判例理論の史的探索
　第一節　初期（以上本号・続く）
第Ⅱ章　危険領域論の西ドイツにおける評価
第Ⅲ章　危険領域論とわが法体系
結　章

序　章

標題の示すとおり，本稿は民事事件の立証責任に関し，その分配規準として西ドイツに生成した理論を，考察の対象とする。この危険領域に基づく立証責任の分配理論は，判例によって，しかも専ら損害賠償訴訟の範疇で展開されたものである。以下，その生きた素材であり又，理論の母胎となった判例に直かに接して，危険領域論の核心を分析する作業を先行させる（第Ⅰ章）。また判例理論の発掘に寄与した論文その他について，西ドイツの学説分布を把握し（第Ⅱ章），さらには我国に及ぼす危険領域論の影響（第Ⅲ章）等の検討を後続して試みる。

※本稿は，昭和45年３月に，修士論文として北海道大学へ提出したものに，判例の配列等，大幅な編成替えをしたほか，これを骨子としている※

本論へ入る前に，本稿の作業に至る契機として念頭にあった一事例を掲げて，問題提起に代える。

事案は次のとおりである。河口付近の住民に奇病が発生した。専門家が調査した結果，これは化学薬物による中毒症状であること，住民の食する川魚や飲料水に馴染みの深い川に同種の薬物が含有していること，川の水や動植物の組成分析により汚染経

路を追究したところ，川上に在るＹ会社の工場排水口に辿り着いたこと，さらにＹ工場の製造作業過程で同種の薬物が生成され排水として流出される可能性は充分であることが判明した。罹病住民はＹ会社に対し，Ｙの過失責任を理由に民法§709に基づく賠償を請求した。(1)

当該請求は，損害発生の因果関係と行為者の故意・過失を要件とし，そのいずれも請求する者に主張・立証責任のあること，周知のとおりである。しかし設例の如き公害訴訟において，原告がこれを全うすることは必ずしも容易でない。

因果関係については，疾病原因物質の汚染経路を遡ることによってＹ会社の工場排水口に到達したことから，汚染源はＹの排水であると認定するに足るであろうか。それとも，さらに進んで，Ｙの工場内の工程でその汚染源が生成されたという事実まで証明される必要があるであろうか── この事実は，Ｙが損害を惹起したことを益々根拠づけ，因果関係の存在を確定的にする。しかし，このような企業内で生起する事実は，部外者にとってどれほど関知し得るものであろうか。今日の企業において，ノウ・ハウの独占を図ることが企業利益に直結するものであることは常識であろう。このことは勢い，競争企業間といわず一般社会にまでも，製品製造過程── 化学薬品製造については例えば触媒に何を用いたかなど── を隠蔽する傾向へ走らせる。このような，閉鎖的・専門的な知識・技能であるが故に，これのみが企業内の生起事実を知得するうえで困難をもたらすのではない。通常，当然のことながら，被害者ＸはＹ工場の機構その他諸事情を関知する権限も義務も一切なく，客観的情勢からそれに関与し得ない立場に在ることに起因している。他方Ｙにとっては，自分の製造工程を管理・運営する立場にあること疑う余地が無く，従って，損害原因の何であるかを知得するに充分なまでに優位に在る。それ故Ｙは，Ｘが因果関係の証明として挙げた諸事実に対して矛盾する事実を証明し，比較的容易に真偽不明の事態に持ち込むことができる。立証活動について，Ｙにこのような反証という消極的手段を許す限り，訴訟の遅延もさることながらＸの権限保護すら危機に直面するであろう。このような事情の下では，Ｘが因果関係の証明としては，「製造工程に有害物質が生成される」旨の証明までは必要とせず，損害発生の源がＹの工場から流れ来たったことの証明をもって，充分であるとすべきではないか。そして一旦，Ｘによってこのような因果関係の証明が行なわれた以降は，Ｙの方で積極的な反対事実の証明（本証）として，因果関係不存在についての立証責任を負担する，というような理論構成は不可能であろうか。この点が，本稿に取り組んだ契機の一である。しかし結果は，少なくとも判例の文言と

して，これを明言するものは存在しなかったこと，次章から明らかとなるところである。

上の意味での因果関係の存在は，言い掛り的訴訟を許さないために，最低の要件とも言えるが，この証明には成功しても，故意・過失の，いわゆる帰責事由の証明は至難である。蓋し，因果関係が疾病原因とその汚染経路という「事物の状態」を対象とし，しかも「被害者の周囲に在る事実」の収集によって可能な証明であるのに反し，後者は，Y工場内で行なわれた（又は行なわれなかった）「人の行為」を対象とし，従って前述のとおり，因果関係以上に「被害者から隔絶された空間・次元に在る事実」であり「知識的・技術的に専門特殊化された事実」を証明しなければならないからである。つまり，故意・過失の有無は，誰が[2]如何なる注意（または判断）に基づいてどんな行為をした結果，汚染の事態を招いたのか，つぶさな事実が確知できなければ不可能である。

Yの工場排水口で有害物質が検出されていた事実のみから，直ちにYに過失ありとすることが許されるであろうか。この客観的な事物状態から極く抽象的にではあるが，Y会社（の誰か）が何らかの目的（または理由）で使用（または生成）した有害物質を，過って（または故意に）排水と共に放流した，と見て，Yの帰責事由を推定することも考えられよう。しかしこの場合も，Yは自分の故意・過失なくして有害物質が排水口に到達し得る可能性を示すことができる。これをXが反駁しようとする時，再びY工場内で生起した事実に直面し，真偽不明のまま結審を迎えることは珍しくないであろう。このとき，なおも，「帰責事由は事実上推定された」とするのは，強引の誹りを免れないし，だからと言って，立証責任に基づくX敗訴の判決は，被害者に不当な負担を課す結果となって妥当でない。以上のような事情の下では，上述の言い掛り的な訴訟を許さない限りでの「因果関係」の証明があった場合は，「帰責事由不存在」の立証責任がYにある旨の理論構成は不可能であろうか。この点こそ次章に見るとおり，判例は明らかに理論を法則化するまでに至っている。

上に述べた因果関係と帰責事由の問題は，判例法上両者を理論的に区別しながらも，微妙な関連をもって論じられることが多い。このことが従来の「因果関係」概念と一致しているか否か，再検討を要するところである。

これらの点に留意しながら，判例はどのような理論を構成し来たったか，鳥瞰してみる。

なお本稿において「立証責任」とは，要件事実が存在したか否かが裁判官にとって

確定できない結果，法律効果が得られないこととなる，当事者一方の不利益である。或いは客観的挙証責任または単に挙証責任と言われ，或いは証明責任[8]と呼ばれるも同義である。そして，この不利益を，いずれかの当事者に分担・帰属させることとなるが，これが立証責任の分配である。

凡　例

ＢＧＨ　＝西ドイツ連邦通常裁判所
ＢＧＨＺ＝同上裁判所の民事裁判例集（続く二群の数字は，巻数・頁数の順である）
ＲＧ　＝ライヒ裁判所
ＲＧＺ　＝同上裁判所の民事裁判例集（数字はＢＧＨＺに同じ）
ＤＲ　＝雑誌 Deutsches Recht（続く二群の数字は年号・頁数の順）
ＭＤＲ　＝雑誌 Monatsschrift für Deutsches Reeht（ＤＲに同じ）
ＪＷ　＝雑誌 Juristische Wochenschrift（同上）
ＮＪＷ　＝雑誌 Neue Juristische Wochenschrift（同上）
VersR　＝雑誌 Versicherungsrecht（同上）
ＪＺ　＝雑誌 Juristenzeitung（同上）
判例その他の引用部にある〔　〕内は，筆者池田の挿入である。

（1）　請求権の根拠として，§ 717・Ⅰを持ち出すことも考えられる。もっとも，適用の前提として，「工場排水」を「土地工作物」または，その延長物ないし準ずる物として肯定するという解釈が可能でなければならない。

本条は§709と異なり，帰責事由の存在を請求権の要件事実としていない。このことは請求者のために立証の負担を軽減したことにほかならない。もっとも，占有者の側で，注意義務違反が無い旨，みずから証明したときは，免責されるのであるから，その限りで過失責任主義に則っている。§ 717・Ⅰが無過失責任と言えるのは，瑕疵ある工作物の現在の所有者が設置者でない場合にも責任を問われることがあるという点にある。所有者が工作物に瑕疵あることを知りながら，或いは知るべくして放置していた場合であれば，帰責事由ありと言えるが，建物等を譲り受けた所有者が瑕疵を知り得ないような事態は，日常容易に想像できることである。本条はこのような場合にも，所有者は帰責事由なくして賠償請求に応じなければならないという趣旨を規定したものである。

従って本文設例のＸは，Ｙが工場占有者であれ所有者であろうとも，瑕疵ある工作物つまり危険状態にある工場排水の設置・保存者として請求することで足りる。換言すれば，Ｘは㋑健康を損ったこと，㋺原因は飲食用に関連の深い河川の薬物汚染によること，㋩汚染の源はＹの工場排水であること，を立証するだけで充分である。Ｘがこの立証を尽くしたときは，Ｙが占有者であれば帰

責事由不存在の立証（本証）を自ら行なうことによって免責されることもあるが，Yが所有者であれば賠償責任が確定的となる。後者がいわゆる危険責任である。

ところで，§ 717・Ⅰが「工作物の瑕疵」の証明を要求していること（前述㈣の事実）は，損害発生の単なる科学的因果関係のほかにYの責任とのかかわりを示す事実を要件としていると評価できよう。しかし第一に，これは主観的な故意過失たる事実ではない。蓋し，但し書において，占有者たるYには故意・過失不存在の立証責任を課していることから明らかなように，XとYの双方が，同じ「故意・過失」に相当する事実について立証責任を負担することは考えられないからである。また所有者たるYには，故意・過失の免責証明を許していないこと，上述のとおりである。第二に，「工作物の瑕疵」の存在によって「Yの故意・過失」を推定しているとの解釈もありうる。この場合は，裁判官が前者を後者の徴憑と認定する，いわゆる証拠評価としての「事実上の推定」ではない。法律が定める推定ということになるから，「法律上の推定」である。つまり，客観的な工作物の瑕疵の証明をもって主観的な注意義務違反が推定されるのであり，これを争うY側において「帰責事由不存在」の証明を行なわなければならない。これは本証である。しかし法文上は，この故意・過失を「推定」する旨の措辞が見当たらず，従って安易にこれを法律上の推定と断定することは避けるべきである。以上の吟味を前提として，第三に，法律上は土地工作物の瑕疵と注意義務違反とは別個のものとして扱かい，しかしながら前者があれば後の事実の不存在の立証責任をYに転嫁している。これを一般の不法行為原則からみると，「立証責任の転換」と呼ぶことができる。では何故この立証責任の転換を法定したのか── これは本稿における最大の関心事項である。詳細は第Ⅲ章にゆずる。結論のみを述べると，土地工作物の瑕疵について，Yに帰責事由が有ったか否かの証明は，その瑕疵がいかなる経緯によって生じたのかをつぶさに把握することが基本となるから，証明事項により近いYに，帰責事由不存在の立証責任を分配したと言えないであろうか。Xには，言い掛り的な訴訟を許さないため，損害発生の自然科学的な関係と同時に，専らYにおいて設置・保存する工作物の瑕疵が関係した旨の立証をも要求している。こうして，一旦Yの工作物の中での出来事としての帰責事由の問題が証明の対象となったときは，Yにこれを課すにつき充分な理由があると言えよう。Xにとって，かかわりの外にある事情だからである。

（2） 前述の意味での「因果関係」を肯定できる場合万一，加害行為者がY工場の構成員ではなくYの責に任じなくてよい第三者であったことが判明したときは，Yに帰責事由なしと言えよう。視点を変えて，「Yの行為」と「損害発生」との関連から因果関係を説く場合には，あたかも，因果関係が否定されることになろう。しかし因果関係の証明が，奇病の原因が排水による川の汚染であったことの証明をもって充たされた，と考えることは不当であると言えようか。

（3） 倉田判事は，証明の必要からくる証拠提出責任と確定責任たる客観的立証責任とを区別するため，とくにこの用語法を提唱される（判例タイムズ198号「ローゼンベルク　証明責任論」37頁，判例タイムズ社　同題訳書3頁）。立証責任または挙証責任の語が，立証活動しかも反証にさえ用いられる事態を顧みるとき，その指摘は貴重なものである。しかし，「証明」も「立証」も「挙証」も，我国の語感として「証明する行為」を含む意味のものと，等しく受け取ることができる用語である。ここでは，このような理由から，従来の語法に従がうにとどめる。

第Ⅰ章　判例理論の史的探索

第一節　初　　期

危険領域という語を用いた事件としては公式判例集に登載されたおそらく最初のものである。

①＜1929年10月30日　Ⅵ318／29　RGZ 126，137＝JW 30，1936＞

ドイツ・ライヒ鉄道会社 Y_1 の駅で，婦人乗客Xが下車する時に負傷した。事故は11月の夜8時頃に起きた。プラットホームは照明が貧弱で，乗客は明るい列車から暗闇の中へ降りるような状態であった。Xの主張によれば，自分の乗っていた車輛がホームからはみ出て止まったため，55cmもの高いところから飛び降りなければならなかった。自分は或る老婦人が下車するのに手を貸して直後，腰と右膝の右側に衝撃を受けた。ドイツ・ライヒ郵便 Y_2 の郵便物を満載した手押車がぶつかってきたのである。列車は異常に長く，郵便車がXの居た車輛よりプラットホームからはずれて止まったので，郵便職員は無灯の手押車を郵便箱側を前にしたまま，列車に積み込むために急いで，下車する客のことも顧慮せず，また警告を発することもなく，押して来た。さらに，その辺りは砂利が敷かれるなどして，手押車の運送も困難な状態であった。そのため自分は手押車の角と車輪にぶつけられ，重傷を負った。Y_1 は運送契約上の責ある違反を犯し，またライヒ責任義務法 Reichshaftpflichtgesetz 違反があるから，Xが被った損害の賠償の責(1)に任ずべきであると主張した。Y_1 は，郵便職員が必要な配慮を払っていれば，公衆を突き倒して迷惑かけることは避けれたはずで，自分には責任がないこと，プラットホームをガスランプでなく電気照明にすることは，事故前に指図していたことで，実施が事故後になったにすぎないと主張。Y_2 は，Xが列車の高い踏段から飛び降りた際に自ら事故を招いたに違いない。列車がプラットホーム内に止まっていれば事故が起こらなかったはずで，自分には事故の責任が無いと主張した。

ハンブルク地裁はX主張どおりに事実を認定し，Y_1に対する請求を認容したのに反し，原審は，事故が鉄道の「運行 Betrieb に際して」生じたとは言えず，義務違反もないとして，請求を棄却した。RGはXの上告に対して，原審の法律の解釈適用の誤まりを指摘し，新たな事実認定を命じて破棄差戻した。

先ず，ライヒ責任義務法§1[2]に基づく請求について，鉄道「運行」の意味を原審より広く解釈できることを述べた。つまり，鉄道の本来的輸送行為が問題となっている限り，事故が鉄道の運行に際して起こったと言えるのは，その運行過程 Betriebsvorgang 又は運行装具 Betriebseinrichtungen と，より直接的で（より近く）場所的および時間的に関係を有する場合だけである。旅客の輸送は列車が静止したから終了したとはみなされず，旅客が列車を離れて初めて終了する。下車に際して起きた事故は，ことさら運行に格別の危険と原因関係があったことの証明をしなくとも，運行に際し生じた事故と考えることができる。本件では下車をめぐる事実経過が，はたして全て既に終っていたのかどうか── 原告が地面に降りたことは必要ないであろう ── 事実の慎重な検討を要するのであるが，控訴裁判所はこれをしなかった，と述べた。事故と運行についての以上の関係を，RGは外的関係 äußeren Zusammenhang と呼び，この関係が欠けている場合にのみ，事故が鉄道運行の固有の ──独占的に固有 ausschließlich eigentümlichen という意味ではない── 危険と内的関係 inneren Zusammenhang を有する旨の証明が必要である，と述べた。つまり前示のような列車の停止位置，郵便職員による手押車の輸送経過，事故現場の照明や道路状態を考えると，手押車の輸送は格別の事情下にあったこと。この場合の法律状態は急いで乗ろうと列車に押しかけた人々が，下車する人々と衝突したような場合と異ならないこと。かような格別な事情の下では，下車後の旅客の被った事故は運行事故そのものでないとしても，事故の原因を鉄道運行の危険に帰することができよう。

RGは，事故と運行との内的関係を以上のように結論したのであるが，これを一般化した形で掲げた次の説明は，重要である。「手荷物用手押車によるプラットホームでの事故は，運行事故そのものではない（JW. 1919 S. 316 Nr. 18），という点ではこれと一致する。しかし，Y_1の陳述どおり，郵便職員が必要な配慮をしていれば手押車を急いで輸送することによって公衆を転倒させたり煩わせることが回避できたはずであったことは，無視すべきでない[3]。その点控訴裁判所の引用する Warn Rspr 1908 Nr. 184 事件こそは，到着列車を待っていた人が手荷物車によって衝突されたことが問題になっている事件とは異なる。控訴裁判所が，原告がプラットホーム上で

格別急がざるを得なかったのか否かを，決定的なものと考えているならば誤まりである。確かに，旅客が乗り換えの際，列車から列車への道を動く忙しさは，鉄道運行の一危険源と als eine Gefahrequelle des Eisenbahnbetriebs 考えることができ，又その限りで，この通行距離 die zurückzulegende Strecke は鉄道運行の危険領域 Gefahrenbereich に入れることができる。しかし，この方向から鉄道運行に格別な危険源であると言えるのは，負傷した旅客自身がたまたま急いでいたことには制約を受けない」。

RGは，段落を変えて，引き続き契約責任を吟味している。責ある契約違反 schuldhafter Vertragsverletzung に基づく損害賠償を請求する者は，相手方の契約不履行と，これによって損害が生じたことを，逆に，請求された債務者は，自分は損害につき何の責も負わないことを，証明すべきである旨，先例を引用して判示した。同時に，原審が，Y_1の照明義務違反は証明されたとは思えないと表現したのは，立証責任を誤まった可能性があると指摘した。結局，RGは原判決を破棄し，事案を原審に差戻した。

結果が以上のようであるため，事実関係に不確定部分が多いのも止むを得ないであろう。第一に，責任の根拠となる因果関係である。㋑Xが飛び下りた時に転倒して負傷し，そこへ手押車が来て重傷を負ったのか，㋺単なる飛び降り事故なのか，㋩手押車による衝突事故なのか。ところで運行に際しての事故か否かは，注(2)に示したライヒ責任義務法にいわゆる公権力を行使する in Ausiibung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt 行為に該るか否かの判断に相当する。判示によれば，下車に際して起きた事故は，事故と鉄道運行の外的関係の存在を意味するから結局，「運行に際して」延いては「公権力の執行上」の事故ということになる。さらに，一般的に，鉄道運行の危険源と考えることのできる特殊事情，即ち鉄道運行の危険領域内で起きた事故であれば，内的関係の存在を認められ，同様に「公権力の執行上」の事故と言える，と判示されている。㋩の場合が当然これに該当するとは断定できない。判旨は，事故が手押車の輸送者の不注意で起きた場合と，乗り換えに忙しい場所で起きたケースとで区別を設けているかのようである（注(3)参照）。両ケースとも互いに両立しうる関係にあり，従って㋩の場合も常に肯定されるべきである。第二に Y_1 の帰責事由である。同法は，公務員の故意過失を要件としている。㋑㋺の場合には，プラットホームをはずれて停車したことが主たる問題となり，㋩では㋑㋺に共に照明や手押車用通路の整備状況などが証明の対象となろう。いずれも未確定の事実で，原審に認定を命じている。この立証責任は誰にあるのか。判決は直接には触れていない。ただし，危険

領域を論じたのに続いて，契約責任法上は帰責事由の立証責任が Y_1 に転換する旨述べたことは，両者間に何らかの条件関係を暗示したのであろうか。判例理論の展開を顧みると，関心の焦点ではある。しかし，前者は不法行為責任についての議論であり，後者は人の運送契約の判例を引用しての理由づけであるから，別個無関係と解するのが妥当であろう。

本件において注目すべきことは，危険領域 Gefahrenbereich の用語を初めて使用したのが不法行為の事件であること，これが鉄道「運行」の概念を定める基準として用いられたこと，鉄道運行の危険領域とはその危険源の所在するところであり，危険源とは事故の原因となったものであること，プラットホームで忙しく動きまわる通行距離は危険源のひとつであること，などを示した点にある。

（1） XはY₁とY₂を連帯債務者として共同被告とした。以下は論点に密接なY₁に関する事案を中心に検討するので，Y₂についての言及は必要な限度に止める。

（2） 本規定はⅡ項まであるが，本件に適用が問題となっている第Ⅰ項のみを翻訳する。

ライヒ官吏が，故意または過失により，その委ねられた公権力の執行上，第三者に対してその為すべき職務義務を怠ったときは，民法§839に定める責任は官吏に代わりライヒが負担する。

（3） この事実が，Y_1にとって有利であることは理解できる。しかし，それ以上に「鉄道運行の危険源」であると肯定するためには，積極・消極いずれの役割を持つであろうか。突然帰責事由を持ち込んだ感があり，理論上，曖昧になった。

②＜1935年6月18日 Ⅶ398／34 RGZ 148，148＝JW 35，2885 Nr. 7＞

いわゆるウェーブ事件である。X女はY美容院でウェーブをかけてもらった。その際Yは，髪を乾かすために，数本のセルロイド製の櫛を使って電気ドライヤーをかけた。ドライヤーは，三重壁になった金属製の傘と熱気乾燥装置から成っていた。地下室のポンプからホース管で送られてきた空気は，傘の壁の二つの空間に入り，電熱体で温められて，蓋の内壁にある多数の穴から髪へと注がれ出るようになっている。

Xがドライヤーの傘の下に坐って15分を過ぎたころ，櫛や髪が突如，燃えはじめた，結局Xの髪は殆んど完全に燃え，毛根も焼けたほか，両方の肩と耳，額および眼瞼にも火傷を負った。衣服の一部も灰になった。事故は，原審の認定によると，セルロイドの櫛を使用したことに関連し，スパークがこのひとつに引火したために起こっ

た。

XはYに，この損害の賠償を請求した。[1] 原審はカッセル地裁とは逆に，請求を棄却した。理由は，原告は原因ならびに被告の帰責事由を立証すべきであるが，Yの帰責事由につき証明がなかったばかりか反駁された，と認定したことにある。Xの上告は成功し，原審へ破棄差戻となった。

RGは，その理由中で，先ず事故原因について，原審認定の前示事実を引用した。つぎにYの帰責事由については，セルロイドが非常に引火しやすいことは周知のことで，Yも知っていたか少なくとも知るべきであったこと，立法上もその加工・貯蔵・輸送について特別な規制があるうえ，プロイセンでは警察令により，美容院でのウェーブ作業にセルロイド製櫛の利用を禁じていたこと，等を指摘し，だからYがこの製品を利用する場合は最大の注意を払うのが当然であり，とりわけ電気ドライヤーは絶対安全というものでないから，これを利用するときは勿論であること，さらに，Xは自分の頭をドライヤーの傘の中に入れていたのであり，Xは自分の髪も櫛もドライヤーも見上げることはできなかったこと，他方Y自身は，ことさら止むを得ない事情があったとも思えないのに，その場を離れてXを一人にした等，諸事実を指摘し，つぎのように立証問題を説いた。

「この事案においては，はたして叙上の諸情況の下で，あらゆる経験に則り nach aller Erfahrung，事故はYの責に任ずべき事情によって生じたものである旨の，推論 der Schluß が是認されなかったのかどうかを，OLGは検討すべきであった。その場合自己に不利な諸事情は実際は起こらなかったこと，むしろ事故は自分の責に任ずべからざる原因によったこと，等の反証 Gegenbweis を挙げるのは，Y側において為すべきことであった」。以上は前段に相当する。以下中段の説明へと続く。「人客運送契約の場合だけでなく，接客契約 Gastaufnahmevertrag・請負契約・雇用契約ないしこれらに類似する契約の場合にも，事案からさしあたり，請負人 der Unternehmer[2]（又は服務義務者 Dienstverpflichtete）が自己の為すべき注意義務 die Sorgfaltpflicht を怠った旨の，推論が是認されるかぎり，証明義務 die Beweispflicht は請負人（又は服務義務者）にある。[3] この場合，契約上の給付をまさに履行するに際して，注意義務 Sorgfaltpflicht が怠られたというのであれば，ますます被告の証明義務を認めるに容易であり，かつ一般的には，この場合にのみ違反ありと言うことができ，その際，本件のような契約履行に際する積極的契約違反 positive Vertragsverletzung についてBGB§282 がどんな意味をもつのかは[4]未決定のままでよい。このように立証の義務

を分配することは eine solche Verteilung der Pflicht zur Beweisführung 表見証明 der Beweis des ersten Anscheins が判例によって形成されてきたところと矛盾しない。帰責事由に基づく損害賠償請求において，原因が危険領域 Gefahrenkreis から由来したことが証明されたときは，反対事実 Gegenteil の証明があるまでは帰責事由の証明が為されたものとする den Beweis eines Verschuldens……als geführt anzusehen ことを，決してこの判例は禁じていない―― 〔帰責事由の存否が〕疑わしい場合，被告がこの危険領域に対して責任を負う」。

段落を変えてＲＧは，さらに説明を付加した。文脈は中段から続いている。「ＯＬＧが，被告に帰責事由は無い旨の証明が行なわれたとみているのは― 契約関係に基づく責任について，立証責任 Beweislast の判断を誤まった点はともかく― なかんづく，原告が一人で長時間個室に置かれてドライヤーの下で坐っていた場合には〔被告に〕責はない，と考えていたことによる。しかし，この事情こそは，被告が自己に帰責事由の無いことを証明しなければならないという方向に，利用され得るものである。さらに，ＯＬＧが，原告は因果関係および被告の帰責事由を証明すべきであると考えていたことが，被告に帰責事由なしと認定するにつき，重要であったことは否定できない」。

前段では，経験則によって帰責事由を認定できた事案ではなかったか，そうであればＹがこれを争うかぎり，Ｙみずから「反証」を挙げねばならない，という通常の「証拠評価」の説明が行なわれている。そこで，ここに，帰責事由の「推論」が是認される，という表現は，間接事実からの「事実上の推定」を意味すると解すことができよう。続いて中段では，一定の条件の下で帰責事由が推論されると，証明義務は債務者に属すという，一般論を示している。この冒頭部分は，注（３）に挙げる諸先例を引用し，これが慣用とする表現を借用したものである。ただし看過できないことは，先例の表現が漠然と「事案」から帰責事由を推論していたのに対し，本件判旨では，「契約の履行に際して」という枠を設けたことである。判例法の展開上，推論の前提となる事実から具体的な帰責事由の徴憑となる「主観的事実」を排斥する基盤が，一応できたといえよう。そして前段と異なり，ここでは「事実上の推定」ではなく，立証責任の分配の法則が示されている。まず第一に，「推論」という語は，なかんづくＲＧＺ 86，321 事件から明らかとなったように，「契約の履行〔運行〕に際して生じた損害」，従って賠償請求権の客観的要件の存在のほかに，被告の契約上の給付を履行する際に生じた損害であるという事実から，直ちに主観的要件としての帰責

事由の存在を導く役割を演じていること，第二に，この推論を通じて導かれた注意義務違反に対し，違反不存在の立証が債務者に課される。この立証活動は，違反の存在を曖昧にすれば足る「反証」ではなく，不存在を立証できない限り債務者の不利益となる「本証」である。結果として，ＢＧＢ§282を適用したのと同じ効果が及ぶ。第三に，表見証明の立証法則が上述の立証責任の分配理論と一致することは，ＲＧＺ124，49およびＪＷ35，115の各事件を検討した結果からも判明したとおりであり，本件ＲＧもこれと意見を同じくする旨，示したものである(5)（注(３)参照）。そして，ＲＧはその正当性を，〔表見証明の〕判例は，〔損害の〕原因が〔被告の〕危険領域から生じた旨証明されれば，反対事実の証明あるまで帰責事由の証明が為されたものとすることを禁じていない点に，求めている。これに同旨の先例が存在するのかそれとも表見証明を論ずる判例の趣旨からこのように考えられると言うのか，ＲＧの意図は判定しにくい。もちろん先例として引用された判例はない。ともかく，「危険領域から生じた原因」が証明された時，被告の「帰責事由が証明された」と見るうえ，逆に被告に対して帰責事由〔不存在〕の立証責任を課すという理論が，表見証明の立証法則に利用された現象をとらえることができる。後段になって，原審が帰責事由を認定した事情── Ｘがドライヤーの下で放置された事実── こそは，中段で論じた立証責任の分配を用いる，前提事実の存在を意味する旨，指摘した。ＲＧは，その事実が「帰責事由の徴憑」と考えるのではなく，むしろＹの危険領域に損害の原因が在ったと言えることを指摘したものである。ここに原因すなわち危険源とは，ドライヤーを指し，その操作や危険度などについてＸは知識が無いのはもちろん，自分の頭上を見上げることもできなかったこと，逆にＹはこれをすべて知得すべき立場に在ったことなどが，ＲＧ摘示の諸事実からもうかがえる。なおＲＧが，原審はこのように立証責任の分配を誤まったが，Ｙに帰責事由なしと認定したのは実はこの立証責任の分配を誤まった結果であるという，興味ある指摘も行なった。

本件判決が爾後の判例に与えた影響は著しく，引用される頻度も最も高いものの一つである。この類いの判例が説く立証責任の分配法則にとって先駆となった本件の理論構成を見なおしてみる必要があろう。問題は中段の議論に集約される。

まず，積極的契約違反が契約の「履行に際して」行なわれた場合に，ＲＧが認めてきた債務者の証明義務というものが，表見証明の法理と一致するものであり，これは従って，「損害原因が被告の危険領域から生じたことが証明されたときは，反対の証明があるまで，帰責事由の証明が為されたとみる」ことに通じている。第一次的に

「事案から帰責事由が推論されたとき」であったのが，第二次的には「履行に際しての事故であることから帰責事由が推論されるとき」という具体性を加え，これが更に狭まって最終的には，「損害の原因が被告の危険領域より生じた」ことから，帰責事由の証明義務は被告にある，という表現を用いた。この表現形式から，一体，「危険領域から生じた」ために，帰責事由の存在は証明されたとみたうえで反対事実の立証義務が被告に移ったのか，それとも，そのために直ちに立証義務が被告に移ったのか，そのいずれと解すべきか判旨は明記しなかった。このため，判例は後にみるように，あるいは帰責事由を推論したうえで，あるいは直接に，帰責事由の証明義務を被告に課すなど，表現に統一を欠くこととなった。

つぎに，帰責事由に関する立証の義務を被告に課す前に，それが「推論」されてしまったなら，理論的にこれ以上裁判所としては立証責任による判断は必要ないこととなるのではないか。仮に被告にそれを覆すための立証活動が要求されるとしても，これは立証責任あることによる不利益を避けるためではなく，裁判官の証拠評価による心証形成を妨げるための反証活動ではないのか—— という理論上当然の疑問が沸いてくる。注（3）で検討したように，「推論」の前提となったのは，いずれも賠償請求の主観的要件たる帰責事由を示す間接事実ではなく，これとは全く別個の客観的要件事実であり，そこには事実認定の結果として，「事実上の推定」を受けた帰責事由は存在しなかった。むしろ裁判官が法技術的に帰責事由を導き出したのであった。判例の文言上も，立証の義務が被告に課されると言い，これは立証責任を被告に分配したものだと表現されていた。つまり帰責事由の立証責任が，請求する者から請求された者へと転換されたことにほかならない。従って，被告は，帰責事由の存在を曖昧にするだけの立証活動では利益を享受できず，積極的にその不存在の証明をすることによって，初めて有利な裁判を仰げることになる。理論的にも，被告の立証活動は「本証」である。

しかし，裁判官にこのような立証責任に関する法技術が認められるとしても，その法理論はどのように性格づけることができるであろうか。推論を覆すための反対事実の証明が「本証」である以上，「推論」は，単純な「事実上の推定」結果とは言えない。帰責事由の存在することが，事実上の推定によって認定されたのであれば，これ以上，当事者に立証活動を要求する必要はないし，立証責任による判断を必要とすることもないからである。また前述のとおり，推論の前提となった事実が当該帰責事由の徴憑ではなく，別個の要件たる客観的契約違反であった限りでも，いわゆる事実上

の推定を越えたものと言うことができる。さらに，「推論」は，「帰責事由の証明が行なわれたものとみなし」て，これ以上，反証の余地を奪うというような，「法律上の擬制」と同様の効果を伴うものでないことは，既に明らかなことである。

では，「法律上の推定」に準ずるものと言えないであろうか。先ず判例が，「事案から帰責事由の推論が正当づけられるとき」と言う場合の「事案」とは，正確にみると，単なる損害および因果関係の「客観的要件事実」の存在で充足されるのではない。ほかに，或いは「契約の給付を履行するに際して」生じた損害であることが，或いは，損害の原因が「被告の危険領域から生じた」ことが要求されている。裁判官は，この事実が存在する時に，帰責事由の存在を推論する。しかし，推論の前提となるこの「事実」は「具体的な帰責事由の徴表たる事実」ではない。なるほど損害の発生が契約の履行に際して生じた旨，証明された場合，または損害の原因が被告の危険領域に由来した旨証明された場合，被告に或る種の帰責事由のある可能性を見ることができるかも知れない。しかし，なんらかの帰責事由が「存在した」と確信できるほどの事実ではなく，個別的具体的な帰責事由を推定できる事実でないこと，勿論である。この事実に基づいて，仮に帰責事由の存在を肯定するとしても，これは極度に抽象的で形式的な可能性にすぎない帰責事由である。客観的要件事実と上述のいずれかの事実が証明されたときに，裁判官が帰責事由について「推定」をしないのは，まさにこのような事情に基づいている。そこに推定 Vermutung という語を用いないで推論 Schluß の語を用いたことは，相当の理由があると言える。次に判例によると，上述のとおり，客観的要件事実と前示のいずれかの事実の存在が証明されると，当然に，「事案から帰責事由の推論が正当づけられる」こととなる。従って，この条件を「帰責事由を推定できるような事案のとき」との趣旨には全く解釈すべきでないことを，注意しなければならない。さらに，叙上の事実の存在が証明されたときは，帰責事由が在った旨の証明が行なわれたものとし，逆に，帰責事由不存在の立証責任を被告に課すというのである。この場合，結局，帰責事由の証明に代えて，「履行に際して生じた損害であること」または「被告の危険領域から生じたこと」の事実の証明を原告に許していることである。即ち，原告としては，原則的には自己に立証責任のある帰責事由を，直接証明することは勿論，これに代えて上の事実を証明することも許されることとなる。他方被告は，原告が前者の道を採った場合は，帰責事由の存在を疑わしくする反証活動をすれば足りるのに反し，原告が後者を選んだ場合は，「履行に際しての損害発生」または「危険領域からの損害原因」であったが，自分には帰責事由

が存在しない旨の，本証活動をしなければならなくなる。以上の理論経過は，「損害原因が被告の危険領域から生じたときは，帰責事由が存在したものと推定す「といういわゆる推定規定のある場合を想定した場合と，全く同じ理論経過を辿っていることが顕著である。つまり本件判例は，このような推定規定に準じた理論を根底にして，立証責任を転換している。爾後の判例によって，この理論の法則化が，どのように深化されて行ったか，以下事例を重ねることにする。

（1） 判例集に表示された参照条文からは，ＸＹの関係を雇用契約(ＢＧＢ § 611)ないし請負契約（同 § 631）とし，ＢＧＢ§276 に基づく損害賠償を請求したと思われる。同条はつぎのとおりである。

Ⅰ 債務者ハ別段ノ定メナキ限リ故意及ビ過失ニ付キ其ノ責ニ任ズ。取引上必要ナル注意ヲ怠リタル者ハ過失アリタルモノトス。此ノ場合ニ於テハ§827，§828 ノ規定ヲ適用ス。

Ⅱ 故意ニ因ル債務者ノ責任ハ予メ之ヲ免除スルコトヲ得ズ。

（2） Unternehmer は上掲の契約類型すべてに用いられる単語である。請負契約については「請負人」と翻訳して，我国の概念と一致する。しかし，ここでは，広く契約上の給付義務ある者を内容としている。以下，これを「請負人」として画一に扱かう。

（3） 先例としてここに引用された判例は，いずれも積極的契約違反の事件と言えよう。この範疇に属する事件と，本稿の危険領域論が用いられた事件との間に関係を結んだ，因縁的な諸事例である。少しく立ち入って引用する。

＜1915年３月15日 Ⅵ599／14 ＲＧＺ 86，321＞

旅客運送契約に基づく損害賠償請求事件。Ｘは冬の早朝に，ドイツ・ライヒ鉄道会社ＹのＦ駅で軌道の上を超えて列車まで行こうとして，転倒し負傷した。駅は照明が充分でなく，雪かきもされていなかったため，レールが見えない状態であった。Ｘは，Ｙが列車までの安全な通路を配慮すべき義務を怠った旨，主張した。前二審とも，Ｘの交通法規違反を理由に請求を棄却した。同時に，Ｙの帰責事由はＸが証明すべきであるが，証明されなかったとした。しかしＲＧは，交通法規の違反は本件で考慮すべきでないとして，原判決を破棄した。結果は，原審と同様，請求棄却であるが，ライヒ責任義務法に基づく請求に対しては，いわゆる運行事故に当たらないことを理由とし，運送契約違反については，立証問題を理由として次のように説明した。

「契約違反を理由に損害賠償を請求する者は，相手方が契約を履行しなかったこと，及びこれによって損害が惹起したことを証明すべきである。しかしこの証明は，事実関係に争いがないためにしばしば明白なことであり，その際，賠償義務者が―― 本件のように責ある契約義務違反行為（積極的契約違反）に

問われている以上 — 損害につきなんら責に任じないことを証明せねばならなくなる。このことは殊に，旅客運送契約にあてはまる。……ただ，このような立証責任の法則 Regelung der Beweislast は，固有の運行に際しての損害についてのみ言えることで，鉄道旅行の場合ならば，列車に乗ることから始まり，下車することで終る」。そして殊に，列車から又は列車への通路の安全を保証することは，固有の運行に際して為す給付ではないから，この法則の適用をみないと言い，従って立証責任 Beweislast はXにあると判決した。「立証責任」を文字どおりに受け取るならば，本件は立証責任の転換理論である。

以上からは，帰責事由に関する立証責任の転換要件として「運行に際しての事故」であることを要求していると読むことができる。そこで旅客運送の事故にこの立証法則が適用される場合の理論的経過はどうか。本件にとって，以下の説明は結局傍論になるのであるが，本文の判例と同様，理解に注意を要する表現が多い。

「請負人は契約上の義務として，旅客が無事目的地へ到達するよう配慮すべきであり，また旅客が輸送過程または輸送設備によって被った健康上の損害については，請負人が，帰責事由のないことを自ら証明しなければならない。被害者たる旅客は，それ以上の証明から免れる。旅客がそのような具合で身体障害を受けた，という事実から，さしあたり，請負人は旅客を完全に目的地へ送る契約義務を履行しなかったという推論が正当づけられ，そして請負人に，自己の為すべき義務は全て行なった旨の証明が課されるのである」。この説明では，輸送過程または輸送設備によって — 前示摘出部分の表現を借りるならば，「運行に際して」— 事故に遭ったという客観的な事実以上に，特段，帰責事由の徴憑さえXにおいて立証しなくとも，帰責事由の立証責任はYに移ることになる。しかも，客観的契約違反の事実の存在が，主観的契約違反を推論するという。ここにいう「安全に目的地へ送る契約義務を履行しなかった」(傍点は筆者) とは，契約違反そのものでなく，旅客の安全に対する契約上のYの注意義務違反と解するのが妥当である。そうでないと，判決理由は，客観的要件から同じ客観的要件を推論するという，トートロジー的説明を施したにすぎなくなるからである。そして推論された「不注意の事実」は，この徴憑たる間接事実から「推定」されたのではない。あくまで，客観的要件事実の存在から「推論」されたことを，注意しなければならない。では徴憑さえ存在しない主要事実を，しかも全く別の要件事実の存在を媒介として推論し，その結果，立証責任を転換することが，何故に是認されるのか。「〔列車に乗ってから降りるまでの〕間だけは，旅客は一定程度，請負人の支配監督に任せており，運送処置や設備の影響を免れ得ず，運行行為を受忍しなければならない。それ故，請負人は旅客の安全に責任を持つべきであり，あらゆる配慮についての立証をせねばならない。……〔列車から，又は列車への〕道では，旅客は運動の自由や

自己判断上で，ふつうは制約されない」のだから，このような場合の立証責任は旅客にあると説明するのは，立証責任の分配についてで，相当の説得力を有する。つまり，請負人の支配管理中に在って事故に遭遇した場合，旅客の関知できることは限られている。列車が急激に減速したために椅子から放り出されて負傷した場合を例に採ると，旅客にわかることは，負傷した原因が停車しそうになったことに因るものである点に限られて来る。このこと以上に，これが運転手の行為に因るものか，レールに在った置き石に因るものか，電気関係の事故に因るものか等はもちろん，その「いずれかの原因」について「誰か」の「責ある」或る「行為」が作用したか等を証明することは，困難を極めるであろうからである。それだけ証拠から遠い地位に在るからであるとも言える。

結局，この判決は，純粋に立証責任の分配を論じたものと評価することができる。本件の引用するＲＧＺ 66，12 は「立証責任」の語を用いないが，本件と同様の理論であることがうかがえる。積極的契約違反の事件において，このような立証法則を樹立したのは古くプロイセン高等法院時代に遡る。

本文判決が引用する別の判例をみる。

＜1929年３月27日　Ⅰ358／28　ＲＧＺ 124，49＝ＪＷ 29，2052＞

Ｙ所有の汽船が接岸する間，乗客Ｘは前甲板で，手荷物を身の囲りに置いて立っていた。船が大きく揺れてＸは欄干 Reeling に投げ出され，そこにしがみついた。その後間もなくして，Ｘは欄干と桟橋の間に左腕をはさまれ，挫傷を負った。Ｘは，不法行為と運送契約に基づいて，損害賠償を請求した。

三審を通じ，Ｘの敗訴であった。訴訟上の争いは，専らＹの帰責事由の存否であった。しかし原審は，船の周囲を高い格子で取り巻いて，旅客が接岸の際に誰も負傷しないようにすることなどは，リューベック地方の慣習ではないし可能なことでもないから，Ｙがそれをしなかったとしても帰責事由は無い，と判断した。

ＲＧは，原審のこの判断を正当なものとし，さらに，「原審の裁判官は立証責任 Beweislast の問題を論じなかった。契約に基づかない責任に関しては，被告またはその乗組員の損害をもたらした責ある行為について，立証責任 Beweislast がＸにあるということは異論がない。全く同様に旅客運送契約に基づく損害賠償を請求する者は，原則として，相手方がその契約上の義務を怠り，かつそのために損害を惹起した旨，証明せねばならない。しかしながら多くの場合，すでに事案から― 例えば或る人の違反の事実，あるいは設備の故障などから ― およそ，輸送請負人は当然に為すべき注意を払わなかったという，推論 Scluß が正当づけられるであろう。このような場合は，請負人の帰責事由の表見 der erste Anschein eines Verschuldens が存在しており，表見証明を論駁 entkräften するのは，運行過程を顧みることのできる nachzugehen vermag 請負人に委ねられるべきである。……航海法上の渡航契約に二番目の法則を用いることは，

さしあたり明らかな理由がない。荷主に対する積み込み品（ＨＧＢ § 606）や船舶の耐航能力（同 § 559）についての責任に，このような立証責任の法則があることは，そのことに充分な契機を与えるものでない。蓋し，本件の類いの事件では，本件同様，契約した者にとって損失の原因を調べるあらゆる可能性が欠けているわけではないからである」。

上に摘出したものが，表見証明を論ずるものであることは，紛れもない。その効果として，客観的な立証責任が転換するのか否か，判文上は明らかでない。表見証明を論ずる判例が，しばしばこのような表現形態を採るため，学説上もこの効果等につき一致を見ない状況である。文脈上からは，立証責任についての一般論・原則論を述べ，これに対立する形で二番目の立証法則「表見証明」を説明しているところから，立証責任の転換をこの効果とみていると思われる。

帰責事由の表見が存在すると言うためには，判示によれば，不注意が推論される場合ということになる。推論の前提となる事実は，契約違反そのものを示す客観的事実であって，帰責事由の徴憑たる事実ではないこと，前掲1915年３月15日 ＲＧＺ 86，321 事件におけると同様である。本件判決が，特にこの事件を引用して，観点の一致していることを述べている。但し，本件では事案から不注意が推論されなかった。推論が許される基準として，はたして被告は損失の原因を調査することが可能か — 即ち，Ｘは運行過程を顧みることができたか否か —— にかかっている。このことは注目しなければならない。Ｘが，これを顧みることができない場合に事故にあったのであれば，Ｙの不注意が推論される，と理解できる。

本文判決が，請負等類似の契約の事例として挙げた次の事件は，タイトルがまさに表見証明と表示された事案である。

＜1934年11月16日　Ⅶ155／34　ＪＷ 35，115＝Warn Rspr 35，Nr. 4＞

事実関係や判決理由の掲載が無いため，内容は一切不明である。要旨はつぎのとおり。

運送契約や接客契約に限らず，雇用契約ならびに，およそあらゆる請負ないし雇用契約に類似の契約関係あるときは，事案からさしあたり，請負人（服務義務者）は契約上自己の為すべき注意義務を怠った旨の，推論が正当づけられる場合に，請負人または服務義務者に対し，客観的な結果として起こった契約違反が自己の帰責事由なくして生じたものであること，および自分は万全の配慮をしたけれども避け得なかったことについて，立証責任 Beweislast が課せられるべきである。

ＪＷの編集者の独断でない限り，「表見証明」の用語が，前掲 ＲＧＺ 124，49の事件と同様な型で判決理由中に含まれていたと考えられる。帰責事由不存在の立証責任は服務義務者にあり，とする理論的説明が，上掲の判例と全く一

致する。第一は，この立証法則は，一定の契約関係ある場合に限定されていること。第二は，事案から帰責事由が推論される場合に適用される，立証責任の転換を内容とする法則であること，そして第三は，ここに事案 Sachlage とは「契約違反」という客観的な結果としての事実であり，換言すれば，損害発生の事実ならびに，その損害が服務義務者に因って惹起されたという因果関係の存在の各事実であり，つまり，両事実はともに損害賠償請求権の客観的要件事実である。そして，主観的要件たる帰責事由については，徴憑となる事実もなくして，唯一客観的要件事実の存在のみをもって，それが推論されるとした。主観的要件事実の徴憑などから該要件の存在を「推定」して，証明されたものと認定する，いわゆる事実上の推定としての証拠評価でないと考えることができよう。

以上に掲げた三件は，いずれも，客観的立証責任の転換法則を論じている。しかも，損害賠償請求権のいわゆる客観的要件事実の存在から，直ちに帰責事由の存在を推論している点も共通している。最初の ＲＧＺ 86，321 事件は積極的契約違反に基づき，あとの二件は表見証明に基づく効果として，これを論じているとの評価が可能であろう。

（４） 本条を翻訳すると，つぎのとおり。「給付ノ不能が債務者ノ責ニ任ズベキ事情ノ結果ナルヤ否ヤニ付キ争イアルトキハ立証責任ハ債務者ニ属ス」。履行不能の帰責事由〔の不存在〕につき，債務者に立証責任が課されている。本件のような積極的契約違反のケースに，本条が準用ないし類推適用され得るや否や，ここでは決着をつけるまでもなく，本文引用のような理由により立証義務を債務者に課すことができる，という趣旨である。

（５） 表見証明が立証責任を転換する法則であるか，裁判官の証拠評価にすぎないか，ドイツの理論も分れるところである。本稿では第Ⅱ章において触れるが，ここでは本文に掲げた判例と，これが引用したものとを分析した結果に基づいて，整理しておく。