

共同不法行為とは、どのような不法行為か(四・完)

—— 一般的不法行為の論理構造に即して ——

鷹 巢 信 孝

- 一 はじめに——共同不法行為論の混迷状況から抜け出すために……………五一卷三号
- 二 複数原因による権利(法益)侵害の諸形態……………五一卷四号
- 三 複数原因による権利(法益)侵害と共同不法行為の成否(一)
 - 一般的不法行為の論理構造の実体(有責行為)における「共同」性の存否……………五一卷一号
- 四 複数原因による権利(法益)侵害と共同不法行為の成否(二)
 - 一般的不法行為の論理構造の実体(有責行為)における「共通」性と事実的因果関係の「共同」性の存否……………
- 五 むすび——共同不法行為の類型と「連帯」の諸形態……………本号

四 複数原因による権利(法益)侵害と共同不法行為の成否(二)

—— 一般的不法行為の論理構造の実体(有責行為)における「共通」性と事実的因果関係の「共同」性の存否 ——

一 第二章で掲げた設例(4)の紛争事例は、一定範囲の者たちが他人の権利(法益)を侵害する可能性・危険性のある行為を個別に行ったことや、一人ひとりに故意または過失があったことは証明できるが、その中の誰の行為が被害を発生させたのか、事実的因果関係を被害者(原告)が証明できない場合であり、択一的競合といわれる事例である。

この紛争事例に対して、民法七一九条一項後段が適用されることに異論はないであろう。^(一四〇)

七一九条一項後段の規定形式だけを見れば、前段と同じように共同不法行為に関する規定のようであり、択一的競合の場合を共同不法行為の一類型として掲げる説が多い。しかし、一項後段が適用される択一的競合の事例は、一項前段が適用される**設例(2)**や**設例(3)**の紛争事例と比べれば分かるように、AとBが「共同」して、つまり一緒になつて行動し、被害を発生させた事例ではなく、AとBは権利(法益)侵害の可能性・危険性があるという点で「共通」性のある行為を、個別に行つた事例である。

AかBが故意または過失ある行為によつて権利(法益)侵害をし、損害を発生させたことは確かであるが、それがAなのかBなのか、被害者(原告)が証明できない場合に、被害者を救済するために、加害の可能性・危険性のある行為をしたAとBに、自分の行為と被害発生との間に因果関係が存在しないことを証明させ、これを証明しない限り、右の因果関係があるものとして取扱い、AもBも証明できない場合には損害全部につき連帯して責任を負担させることにしたのが、七一九条一項後段の規定である。^(一四一)

「疑わしきは被告人の利益に」という無罪推定の原則を採る刑法とは逆に、被害者救済のために「疑わしきは被告の不利に」として、いわば「有責推定」を行い、事実的因果関係の存在につき法律上の推定をして、挙証責任の転換をしているわけである。

注(一四〇) 窪田・注(一七)四三〇頁以下は、一項後段の適用に関し、具体例として、どのような場合が該当するのか、それほど明らかではないし、後段の積極的意義も不透明な部分が残るとされる。

(一四一) 民法七一九条一項後段の立法趣旨や学説の状況については、前田達・注(二)帰責論二五七頁以下・二八三頁以下、神田・注(三)研究三一〇頁以下・三二六頁以下・三三六頁以下・三五九頁以下、同・注(三)山島ほか古稀七九頁以下。

二 このように、複数人の間に不法行為の択一的競合関係しか存在していない場合には、複数人に「共通」の行為が認められるものの、「共同」の行為が行われたわけではない。^(四四)したがって、**設例(2)**や**設例(3)**の事例を共同不法行為の典型例だとするならば、**設例(4)**の事例を共同不法行為とすることは出来ず、**設例(4)**の事例に適用される七一九条一項後段を共同不法行為に関する規定ということは出来ない。^(四三)そして、一項後段が「共同行為者」という表現を用いているのは不適切であり、一項後段を共同不法行為に関する規定と誤解させる原因になる虞がある。^(四四)

因に、ドイツ大審院判決 RG 58 S. 357f. (1930. 6. 04) は、日本民法七一九条一項後段に相当するドイツ民法八三〇条一項後段の「関与」につき、前段における協同の共同性 *Gemeinschaftlichkeit des Zusammenwirkens* とは全く異なる、行動の共通性 *Gemeinsamkeit des Tuns* として区別しているが、^(四六)日本民法七一九条一項に關しても、「共同」と「共通」の区別は重要である。のみならず、民法上の組合につきローマ法のソキエタス型とゲルマン法の合手組類型を区別したり、共有と合有を区別する上でも、「共通」と「共同」の区別は不可欠である。^(四七)

民法七一九条一項後段は「共同行為者のうちいずれのものがその損害を加えたかを知ることができないときも、同様とする」としている。しかし、この規定は、危険な行為をしたという「共通」性しか存在していない択一的競合の場合を、前段と同様に共同不法行為とするという意味ではなく、^(四八)損害全部について「連帯」して賠償責任を負うことにおいて「同様とする」という意味に解すべきである。^(四九)

とはいえ、最近の有力説によれば、一項前段は各自の行為と損害発生との間の事実的因果関係の存在を擬制する規定であり、自分の行為と損害発生との間に因果関係が存在しないことや、共同行動における自分の役割が小さかったことを被告が主張・立証して減・免責を求めることは認められない。これに対して、一項後段は事実的因果関係の存在を推定する規定であり、自分の行為と損害発生との間に因果関係が存在しないことを主張・立証して免責、あるいは減責を求めることが出来るとされている。^(五〇)このような考え方によれば、一項前段と後段は「連帯」して責任を負

うという文言は同じであっても、その内容までもが同一ではないことになるが、これは不真正連帯債務の内容を、どのように解するかという問題である。

注(一四二) 同旨、加藤(二)注(七)二二頁。加藤(三)博士は一項後段の「共同行為者」とは、直接の加害者についてではなく、その前提となる集団行為について客観的共同関係がある場合のこととした上で、免責の途を認められる。

しかし、択一的競合の場合、AとBは集団として行動しているわけではなく、客観的共同関係は問題にならない。しかも、直接の加害行為と、その前提となる行為を区別することが出来るのか疑問である。同旨、能見注(二)法協九四巻二号六頁、田口注(二)専修三三三号一三七頁(なお二〇八頁)。

(一四三) 同旨、加賀山注(七)三八六頁、潮見注(七)二一八頁以下、平井注(三〇)各論Ⅱ一九九頁・二〇九頁。

(一四四) 同旨、幾代注(八)法教五六号七三頁、加藤雅注(三九)三三六頁以下・三六九頁。

(一四五) 梅謙次郎・民法要義卷之三「明法堂一八九七年」八九四頁以下は、あたかも「共同ノ行為ニ因リテ損害ヲ生シタルモノ如ク観做」すとされる。前田(陽)注(一三)加藤追悼五三七頁、同注(一三)野村古稀三二八頁は、後段は「みなし共同行為」との因果関係の存在をもって、各自について因果関係を推定した規定とされる。

(一四六) 椿寿夫「共同不法行為理論の再検討」前掲注(七)研究Ⅰ一四二頁(初出法律時報三四巻一一号)。

(一四七) 拙著注(二二)企業と団体一八八頁以下・二二九頁以下・二四五頁以下・三七〇頁以下、同注(一一九)権利の構造三一頁・四二頁以下・四七頁以下。

因に、共通と共同の違いは common と joint の違いを考えると、理解し易い。

(一四八) 同旨、四宮注(四)七九二、潮見注(七)二一九頁。

反対、能見注(四)法協一〇二巻一二号六三頁。一項後段の「亦同シ」は因果関係が推定されるという点で、一項前段の客観的関連共同不法行為の場合と同じという意味とされる。

(一四九) 同旨、中村注(三三)新湯四〇巻三・四合併号一三三頁・二〇頁、岡松参太郎「註釋民法理由下巻」有斐閣書房、一八九七年「次四九三頁。なお、國井注(七)民商七二巻一号四〇頁以下。

(一五〇) アメリカ法から示唆を得て、公害や薬害につき一項後段における減責に言及する論稿として、渡邊注(三七)名法一五二号四七九頁以下。

(一五二) 第一章七節参照。反対、平井注(三〇)各論Ⅱ二〇八頁・二一〇頁・二一二頁注(1)は、事実的因果関係の擬制を認め
たものとし、原告は複数人の関係が「一項後段の「共同行為者」にあたることを立証することにより、被告の免責の立証を封
じることが出来るとされる。寒竹・注(三五)判タ五一五号六九頁は、客観的関連共同性が認められる以上、各人の行為と全
損害との間に因果関係が存在しないとしても、結果の発生に一部でも寄与した各行為者は、各行為と全損害との間に因果
関係が擬制され、全損害につき責に任ずると解すべきであるから、一項後段に關して四日市判決が「各人の行為と結果の発
生との間に因果関係が存在しないことを立証すれば免責される」とすることには問題があるとされる。

三 民法七一九条一項後段は因果関係の推定規定であるから、被告(加害容疑者)が自己の行為と被害との間に因果関
係が存在しないことを証明すれば、容疑が晴れて免責されるというのは、論理が一貫しているかのようである。し
かし、それは一項前段を因果関係の存在を擬制する規定と解し、減免責の抗弁は許されないと解することと対比す
る限りにおいてのことであり、右のような解釈には重大な問題が含まれている。

というのは、一項後段は不法行為が択一的に競合する場合に、複数人の中の誰かが加害者であるが、その中の誰
が加害者であるのか、被害者(原告)が特定することが出来ない場合に、被害者を救済するための規定である。とは
いえ、複数人全員の行為と被害との間に事実的因果関係の存在を推定するのは、過剰な推定である^(一五三)。と
背理ではないのかという問題が生じる。さらに、一項後段が前段と「同様とする」と規定しているのに、前記のよう
な解釈をするのは、おかしいのではないかという問題が生じるからである。^(一五四)

このような問題について、被告が自己の行為と被害との間に因果関係が全面的に、あるいは部分的に存在しない
ことを証明して、「関連共同性」を否認すれば、一項後段が適用されないことになり、被告は全損害に対する責任の
範囲が縮減される^(一五五)という説明が、論理的であると評されている^(一五五)。しかし、一項後段は「共同不法行為に關する規定
ではなく、不法行為の択一的競合の場合の規定である。したがって、複数人の行為の間の「関連共同性」を否認する

ことは問題にならない。そして、一項後段が適用されるからこそ、損害全部に対する連帯責任を免れるために、加害容疑者は自己の行為と被害発生の間因果関係が存在しないことを証明しなければならなくなっているのである。

被告が右の証明に成功すれば、加害容疑が晴れて免責される。右の証明に成功しなければ、その被告は加害者とされることになり、因果関係の存在が擬制されたのと同じ結果になる。^(一五七)その限りにおいて、一項後段は前段と「同様」になるかのようである。AもBも右の証明に成功しなかった場合、AかBかの何れかが加害者であるにも拘わらず、AもBも加害者とされることになることを考えると、一項後段は増々、前段と「同様」になるかのようである。

しかし、これは、AとBの不法行為の択一的競合が設例(1)の不法行為の単純な競合のように取扱われることになるのであって、設例(2)や設例(3)の共同不法行為として取扱われるわけではない。

なお、浜上博士は、一項後段を事実的因果関係の存在を擬制する規定と解される平井説^(一五八)「前掲注(二五二)参照は誤っている」とされる。というのは、浜上博士によれば一項後段は累積的因果関係の法律上の推定規定で、AかBが自己の行為は損害を惹起していないことを証明しない限り(拳証責任の転換)、因果関係のない者にも責任を課す実体法上の要件を規定し、損害全部について連帯責任を課す例外的規定だからであるとされる。しかし、被告は法律上の推定を覆さない限り、因果関係の存在を擬制されたのと同じ結果になるのであるから、一概に平井説を誤りとするとは出来ない。

注(一五二) 塚原・注(七)二二九頁(但し、過剰推定は一項後段が当初から予定していることであり、問題にならないとされる)、能見・注(六十八)司研八二二頁三三三頁・三五頁・三七頁(なお、注(四)法協一〇二卷二一九頁・六二頁)。

(一五三) 中村・注(三)新潟四〇卷三・四合併号一七頁、四宮・注(四)七九五頁注(一)。

(一五四) 森島・注(一六)一二二頁。なお、國井・注(七)民商七二卷一四〇頁。

(一五五) 國井・注(七)民商七二卷一四一頁。

(一五六) 前田(達)注(二)婦責論二九七頁以下、四宮注(四)七九五頁注(一)、森島注(一六)一二二頁。

(一五七) 同旨、四宮注(四)四一四頁・四一五頁注(一)、六九五頁注(一)、塚原注(七)二二九頁(種の事象の擬制とされる、澤井注

(三〇)民法講座6二七二頁・三〇八頁。なお、大塚直、差止と損害賠償不法行為法改正試案について「ジュリスト」二二六二
号・二〇〇八年・七八頁は、一項後段の改正につき、本証による抗弁を許容することを前提に、事象的因果関係を一心、擬
制するという提案をされる。

(一五八) 浜上注(三)研究一八二頁以下。なお、平井注(三〇)各論II二〇八頁・二一〇頁は、事象的因果関係の擬制を認める

点が競争的不法行為の原則の修正であるとされるが、事象的因果関係の存在が擬制される結果、不法行為の択一的競合(設例
(4)の事例が不法行為の競合(設例(1)の事例)のように取扱われることになるのではあるまいか。

四 最近の学説や下級審判決は、七一九条一項後段の規定を択一的競合ではない紛争事例に適用、ないし類推適用する傾向にある。^(一五九)

例えば、**設例(6)**の紛争事例のように、複数の行為が同時・併行的に行われ、それが合体して加害原因となる併合的競合の場合や、**設例(7)**・**設例(8)**の紛争事例のように、先行行為と後行行為が合体して加害原因となっている累積的競合の場合への拡大適用である。これらの紛争事例において、加害行為者は分かっている、複数加害者間の関係や、各人の行為の加害の程度・内容・範囲が不明であり、各行為者の加害に対する寄与度・加害の割合を被害者(原告)は知ることが出来ない。したがって、七〇九条に依拠することが出来ず、主観的共同説では七一九条一項前段を適用することも出来ない。そこで、一項後段に目をつけて、誰が加害者であるのかは分かっているにも拘わらず、右のような場合にも一項後段を適用、ないし類推適用するようになったのではないかと思われる。

一項後段を拡大適用する見解が登場するようになった原因として、①一項後段は因果関係の推定規定であり、被告は因果関係不存在の主張・立証をすることが出来るとする説が定着したこと、②一項後段の適用事例では、因果

関係不存在による免責だけでなく、寄与度に応じた減責を認める見解が有力になったこと、③一項後段の「共同行為」を極めて緩やかに解するようになり、「弱い関連共同性」や「行為の一体性」の存在を軽視、ないし無視するようになったこと、が挙げられている。^(一六〇)

一項前段につき客観的共同説を採用立場からも一項後段の拡大適用が支持されていることを考えると、主観的共同説の限界を補うために一項後段に着目したと考えるのは一面的な見方のようにも思われる。しかし、客観的共同説を採用場合には、ほとんどの紛争事例が一項前段によって処理され、一項後段を拡大適用しようとする動機に欠けるであろう〔なお、前掲注(一五九)の加藤説参照〕。そして、一項前段は因果関係の存在を擬制する規定であり、減免責の抗弁は許されないとする見解は、主観的共同説に馴染む考え方であり、これとの対比の下で、一項後段は因果関係の存在を推定する規定であり、減免責の抗弁が許容されるとする見解も正当化されることになる。したがって、七一九条一項後段の拡大適用説が有力化した原因として、主観的共同説では共同不法行為としての一項前段によって処理される紛争事例が限られるので、そこから漏れる事例を一項後段によって救おうとしたことを重視する必要がある。

それは忖措き、一項後段を拡大適用する理論的根拠として、次のように説かれている。即ち、民法七一九条一項後段では、加害者がAかBか判明しない択一的競合の場合でさえ、加害容疑者が自己の行為と被害発生との間の事実的因果関係の不存在を証明しない限り、損害全部について賠償義務を連帯して負わされている。そうであれば、AとBが加害者であることは判明しているものの、各自の加害部分や加害の程度・割合・寄与度が判明しない場合にも、各加害者の右の不明な点を証明しない限り、損害全部について連帯して賠償責任を負わせることは可能である。というのは、因果関係の全部について知りえない場合の規定を、因果関係の一部について知りえない場合に適用するだけのことだからである。^(一六一) あるいは、「加害者に因果関係の全部の不存在について立証責任を負わせることが認

められる以上、加害者に因果関係の一部の不存在について立証責任を負わせることは、何ら背理ではない」という論理が展開されている。^(一六二)

注(一五九) そのような学説や判決については、徳本・注(二)一三三頁注(93)、同・注(八三)幾代猷呈四四八頁注(45)、前田・原田・

注(二)三七頁以下・一四一頁以下・一七五頁以下、神田・注(三)研究三六〇頁、能見・注(四)法協一〇二巻二二号七四頁注(一五)、大塚・注(八)星野古稀下八八〇頁以下、同・注(一五七)ジュリ一三六二号七八頁・七八頁注50。

反対、四宮・注(四)四二〇頁・七九二頁・七九六頁以下(四宮説に対する批判として、前田(隠)・注(三)加藤追悼五三六頁、同・注(三)野村古稀三一九頁、能見・注(四)法協一〇二巻二二号一八頁以下・六二頁、同・注(三三)講義(6)二六二頁(但し、注(三三)ジュリ九一八号九三頁は、立法論として、各人が損害の一部しか惹起していないことは確かであるが、その範囲が明らかでない場合、頭数の割合による部分損害についての因果関係を推定し、これと異なる因果関係を証明すれば、責任の範囲は、これに応じることとする」とされる)、伊藤(進)・注(三二五)二〇九頁、吉村・注(二二)二二五頁は、せいぜい類推適用とされる。なお、前掲注(七七)の福島地裁白河支部判決は、一項後段は択一的競合の場合の規定であるとし、客観的関連共同性を要しないとす。

因に、客観的共同説に立たれる加藤(二)・注(七)二二二頁は、一項後段は政策的に責任者の範囲を拡張した例外的な規定であるから、その適用には慎重を要するとされる。

(一六〇) 神田・注(三)研究三六〇頁以下。

(一六一) 徳本・注(二)六一頁以下、前田(隠)・注(一三)野村古稀三二二頁。

(一六二) 千葉地判・平成五年八月九日・判タ八二六号一二五頁。なお、右の判決は損害を発生させる危険性のある行為が「時間的・場所的に一体となつてされることを要しない」とする。この点について学説は分かれていることにつき、前田(隠)・注(一三)加藤追悼五三八頁、同・注(一三)野村古稀三〇〇頁以下(なお、三三〇頁)、大塚・注(一三)NBL一〇五六号五四頁以下・五五頁注43。

五 一項後段を拡大適用する見解が有力になった原因の一つに、「共同行為者」を極めて緩やかに解し、「弱い関連共同性」や「行為の一体性」という要件を軽視、ないし無視するようになった(前掲注(七七)の福島地裁白河支部判決、注(一六

二の千葉地裁判決参照」ことが挙げられている。このような解釈は、択一的競合の解釈としては妥当である。というのは、不法行為の択一的競合は「共同」不法行為ではなく、同一の被害を発生させた可能性・危険性という点に「共通」性があればよいからである。

しかし、右のような解釈は、「弱い関連共同性」や「行為の一体性」は認められるが、主観的関連共同性は認められない事例を、一項後段に包摂する根拠にはならない。むしろ、それを排除する方に働く可能性を有している。

さらに、一項後段を、「弱い関連共同性」や「行為の一体性」は認められるが、寄与度不明の場合にも拡大して適用する根拠づけの論理が問題である。というのは、拡大適用を根拠づける論理は、「大は小を兼ねる」というものである。このような包摂の論理は同質の事態については妥当するが、異質の事態には妥当しえない。質の違いを量の違いに還元して、量の多少の差に解消することは出来ないからである。

被害の発生に対する複数の行為者各自の寄与度が不明であるという事態は、加害者が不明であるという事態とは異なっている。したがって、寄与度不明の事例は択一的競合の事例とは異なっている。にも拘わらず、「大は小を兼ねる」という論法で、寄与度不明の場合に択一的競合事例を想定している一項後段を適用して、共同不法行為とすることは、二重の誤りをすることになる。不法行為の択一的競合は共同不法行為ではないからである。

民法七一九条一項後段は、加害者の確定不能の場合に、加害容疑者各自の行為が損害全部につき因果関係を有するものと推定して、損害全部に対する賠償責任を連帯して負担させる規定である。寄与度不明の場合は、加害者は判明しているものの、加害に対する各自の寄与度が不明であり、損害賠償債務の負担部分が不明の事例である。したがって、寄与度不明の事例に七一九条一項後段を適用することになれば、損害全部について因果関係の存在を推定する規定を、一部の加害しか寄与していない事例に適用して、損害全部について連帯責任を負担させることになり、適切ではないという批判が生じる。^(一六三)

この批判は、被告が自己の行為の寄与度を証明すれば、責任は軽減されるところによって回避することが出来る。しかし、損害全部に対する連帯責任を負わせるところに共同不法行為制度の意義があるとすれば、寄与度不明の事例を共同不法行為とすることの根拠が問われるであろう。まして、一項後段の「共同行為者」の間に「弱い関連共同性」や「行為の一体性」は不要とするのであれば、寄与度不明の場合を一項後段の適用事例に含ませて、共同不法行為とする根拠は増ます疑わしくなってくる。

寄与度不明の場合、複数の加害行為の間に「行為の一体性」や「弱い関連共同性」が存在しないわけではない。しかし、主観的共同説では、この事例を七一九条一項前段で処理することは出来ないし、一項後段にも該当しない。だからといって、民法七〇九条の原則どおりに処理しようとするれば、各自の行為と被害発生との間の因果関係の証明が困難であり、全損害に対する寄与度も判明しない。したがって、被害者を救済するための「法の欠缺」が生じている。^(一六四)

このような問題を解決するには、一項前段の共同不法行為を複数の行為者間に主観的関連共同性がある場合に限定することなく、これと並んで、複数人の個別の行為の間に客観的関連共同性がある場合を含ませる^(一六五)しか方法はないであろう。それでは、このような構成が理論的に成り立つのであろうか。この点を不法行為の論理構造に即して検討する必要がある。これが、本章六節以下で設例(5)以下の紛争事例が共同不法行為になるかを検討する際の課題である。

なお、この問題に関連して、損害の一部については発生に關与しているが、全部の損害を発生させていないことが明らかなる者についても、全損害に対する賠償責任を負担させることが出来るのか、という問題が発生する。しかし、後者の問題は複数の行為者間に主観的関連共同性のある不法行為の場合、即ち故意による共同不法行為や過失による共同不法行為の場合にも問題になることであり、共同不法行為の法律効果とされる不真正連帯債務を、どのような債務と解するかという問題と関連するものである。

注(一六三) 能見・注(四)法協一〇二巻二二号一八頁以下・六二頁。能見説に對して、渡邊・注(三七)名法一五一号四六一頁以下は「能見教授は全損害を惹起していない加害者の立場に配慮されているようであるが、加害者らの間に『客観的関連共同』がない場合に、加害者を立証できない原告は後段によって因果関係の推定という法の保護を受け得るが、損害に對する加害の寄与度を立証できない原告は因果関係の一部推定という法の保護を受け得ない、という衡平に反する点にも配慮すべきであらう」と批判される。

しかし、能見・注(四)法協一〇二巻二二号六二頁以下(なお、二九頁は、一項前段を客観的関連共同不法行為として、因果関係を推定されると構成されるので、右の批判は的外れである。むしろ、このような能見説の問題点は、主観的関連共同性がある場合と客観的関連共同性しかない場合を一項前段に並べることが出来るのか、という点にある。

因に、新美育文「共同不法行為の規定は全面的に見直すべきではないか」椿 寿夫ほか編「民法改正を考える・法律時報増刊・二〇〇八年・二六六頁・三六八頁は、客観的関連共同性のある場合と原因者不明の場合は、観念的には区別できるもの、現実には識別できない」とされる。

(一六四) 前田(應)・注(一三)加藤追悼五三六頁(なお、五三三頁)、同・注(一三)野村古稀三一九頁、岡松・注(一四九)理由下次四九四頁以下。

(一六五) 主観的関連共同性がある場合と客観的関連共同性しかない場合を共同不法行為として一項前段で処理する見解として、田口・注(一)専修三三三号二〇四頁以下、四宮・注(四)七八三頁以下(のほかに、主観的(客観的共同の組合せという第三の類型を認められる、能見・注(四)法協一〇二巻二二号五七頁以下、同・注(三三)講義(6)二六〇頁以下、平井・注(一〇)川島還暦三〇三頁(なお、独立的共同不法行為も掲げられる)、同・注(三〇)各論Ⅱ一九三頁以下)。

なお、淡路・注(三三)理論二二九頁以下は、「強い主観的関連」がある場合と「強い客観的関連」がある場合を一項前段に位置づけられる。

六 設例(5)の船舶や自動車の衝突事故による積荷や乗客・歩行者に對する加害の場合、衝突さえ起らなければ、Aの行為とBの行為は何の関連性もない、別々の行為である。しかし、この二つの別々の行為が、衝突という形で合体することにより、第三者Xに對する加害の共同原因となっている。AとBの行為が合体して初めて加害原因とな

り、両者の行為が有責行為(過失ある行為)として不法行為の**実体**を構成している。^(二六六)つまり、社会観念上、一個の行為と評価される客観的関連共同性を備えるようになり、判例や旧通説によれば、民法七一九条一項前段の適用を受け^(二六七)ることになる。

設例(5)の場合には、**設例(2)**や**設例(3)**のように、不法行為の**実体**をなす有責行為を共同して行ったわけではない。にも拘わらず、同時に行われた別個の行為が両者の過失で合体したことにより、権利(法益)侵害の原因となつて、不法行為の成立要件である事実的因果関係を共同で形成しており、不法行為の論理構造に照らした「共同」性が、ここに見られる。

したがつて、有責行為(故意・過失ある行為)を共同で行う場合だけでなく、有責行為を別々に行つても、権利(法益)侵害という結果に至る因果関係の部分に「共同」性がある場合、つまり複数の行為が図らずも合体したことによつて権利(法益)侵害の共同原因となり、有責行為となつた場合も、共同不法行為と認める理論的・客観的な根拠があることになる。そして、複数の行為の客観的関連共同性、即ち「社会観念上、一体的な行為と評価されるような関連性」とは、複数の行為が合体して事実的因果関係を形成している事態を指していると解すれば、分かり易くなる。

設例(5)の事例は、**設例(2)**や**設例(3)**の場合とは異なり、AとBの間に加害行為や適法行為を共同で行う意思が形成されているわけではなく、図らずも両者の行為が合体したことにより加害原因となり、そこに「共同」性があるにすぎない。したがつて、他人の行為についてまで責任を負わされる根拠を、**設例(2)**や**設例(3)**の場合と同じように考えることは出来ない。というよりも、帰責根拠を同じように考えて、損害全部に対する賠償責任を連帯して負担させた上で、求償の次元で加害者間の調整を図るのは加害者にとつて不公平であり、各加害者の加害に対する寄与度や^(二六八)行為の悪質性・過失割合に応じた責任を課するのが公平に合致しているという考えも成り立つ。^(二六九)そして、後者の考^(二七〇)え方こそ民法七〇九条の原則であり、七一九条一項前段の全額・連帯債務は特則なのであるから、**設例(2)**や**設例(3)**

の場合のもとより、**設例(5)**の場合には、なお更、全額責任を負わせるには明確な帰責根拠が必要になる。^(一七〇)

民法七一九条一項前段が損害全額につき連帯債務としているのは、被害者救済の便を図るために民法四二七条の分割責任の原則を排斥する趣旨であり、ここに一項前段の存在意義を認める説もある。^(一七一)しかし、被害者救済ということが、加害者の中に賠償金を支払えない者や支払わない者がいる場合に対する配慮だとすれば、一般の不法行為の場合にも、そのような者は存在する。したがって、右のような配慮は共同不法行為の場合、とりわけ客観的関連共同性のある不法行為の場合に全額・連帯債務とする根拠にはなり得ない。

不法行為の場合、債務不履行の場合に比べて、被害者が損害額を算定するのは困難を伴うことが多いが、共同不法行為の場合には各行為者の負担部分を明らかにすることは困難である。したがって、後者の困難から被害者を救済するために、被害者は各加害者に対して、損害全部につき連帯して支払うように請求しうることにした、というのであれば、右に述べた批判を回避することが出来る。このような説明をする場合、各加害者は一項後段の加害容疑者と同じように、自己の行為と全損害との間に因果関係が存在しているという推定を受けている。したがって、各加害者(被告)は因果関係が存在しないこと、あるいは寄与度や過失割合が小さいことを主張・立証して、責任を免れ、あるいは軽減させることが出来る。そして、ここに一項前段の「連帯」債務を不真正連帯債務と解する理論的根拠の一つを見出すことになる。しかし、主観的関連共同性がある場合と客観的関連共同性しかない場合を同じように扱うのか、別異に扱うのかは、理論だけの問題ではなく、政策の問題でもある。

注(一六六) 伊藤進・注(三五)一九九頁は、**設例(5)**の事例につき、各人の加害行為だけでも不法行為が成立する単独不法行為の同時的競合類型とされるが、各人の行為だけでは加害しえない点が異なっている。内田・注(四)四九三頁以下は、二台の自動車衝突により歩行者が負傷した事例を独立不法行為の競合とし、一方の帰責性が小さければ賠償額に差が生じ、部分

連帯の形になることもあるとされる。そして、通説が、A・Bの行為が一体型ではなく、損害一体型の事例に客観的関連共同性を認めて一項前段を適用し、被告が因果関係不存在を証明しても責任を免れないとすることに対し、事実的因果関係のない損害にまで、なぜ賠償責任が及ぶのか、実質的な根拠が薄弱であるとされる。

浜上・注(三)研究一八〇頁は、必要競合的不法行為は数人の行為が競合して初めて損害が発生する場合であるから、それぞれの行為と全損害との間に因果関係が存在していると看做し、それぞれの行為が単独で全損害を惹起したと看做すことは論理的に矛盾するとされる。この批判は、一項前段の規定を主観的関連共同性のある不法行為と客観的関連共同性しか認められない不法行為の場合を区別することなく、同じ取扱いをする立場に対してのみ妥当する批判である。

(二六七) 主観的関連共同性がある場合のみならず、客観的関連共同性がある場合も一項前段の共同不法行為と解する立場も、設例(5)の事例を一項前段で処理する。田口・注(二)専修三三三号二〇六頁、同「自動車事故と共同不法行為責任」専修法学論集三〇号一九七九年・七八頁以下、能見・注(二)法協九四卷二四七頁、同・注(四)法協一〇二卷一二号五九頁、四宮・注(四)七八〇頁、平井・注(三〇)各論II一九六頁以下。

これに対して、前田(勝)・注(一三)野村古稀二九四頁・二九七頁、同・注(一三)別冊NBL一五五号二三三頁は、衝突事故のような必要条件的競合の場合に一項前段を適用するまでもなく、原因競合論のレベルないし競合的不法行為論として、全部連帯責任を導くことが出来るとされる。

(二六八) 寄与度は事実的な概念なのか法的な概念なのか、事実的寄与度なのか評価的寄与度なのか、見解が分かれている。この点につき、能見・注(二)法協九四卷二四二頁以下、同・注(四)法協一〇二卷一二号二〇頁以下、潮見・注(七)一四六頁、大塚・注(八二)星野古稀下八五二頁・八八〇頁。

寄与度は、各自の行為が権利利益侵害という結果の発生に、どれだけ関与・加巧したのかという事実的因果関係の問題として考える場合には、事実的概念である。しかし、権利利益侵害が損害として現象する範囲を確定したり、通常損害と特別損害を区別したり、各自の負担部分を決める場合に法的評価が加わる段階では、法的評価概念となる。

なお、寄与度不明の場合の取扱いについては、四宮・注(四)七九七頁、大塚・注(一三)NBL一〇五六号五四頁、同・注(八二)星野古稀八八〇頁以下。

(二六九) 能見・注(四)法協一〇二卷一二号六六頁以下は、全額責任を課するのが適当でない場合には例外的に寄与度減責を認められる(なお、注(三三)ジュリ九一八号九三頁)。四宮・注(四)七八〇頁は、全部責任が公平に反する場合には例外的に部分責任を認め、七八七頁は全部責任を負わせることが著るしく正義に反するような特別な事情がある場合には減責を認められる(既に、私法三

○号一九六八年一〇四頁で、公害に関して連帯責任を認めるのは不適当として、分割責任論を提案されていた。淡路注(一三)ジュリ四三二号一四三頁は、このような例外的取扱いに反対されていた。

なお、分割責任論については、神田・注(三)研究三四四頁以下、吉原節夫「共同不法行為の内部関係」谷口知平教授還暦記念本当利得・事務管理の研究(3)「有斐閣一九七二年」二四五頁以下。割合的責任論・割合的因果関係論については、大塚・注(八二)星野古稀下八五四頁以下。川井博士の一部連帯責任論については前掲注(一〇)参照。

(二七〇) 一部同意、大塚・注(一三)NBL一〇五六号五七頁。

(二七一) 神田・注(三)研究三〇八頁以下、同・注(三)山島など古稀六九頁。なお、能見・注(二)法協九四巻二号四八頁は、**設例(5)**の衝突事例に関連して、七一九条の共同不法行為的法律構成は、各自の行為から見て相当性の範囲をこえる損害についても賠償させるという責任拡大の機能があり、七一九条の機能は寄与度減責の可能性を否定するという点にあることになるとされる。

七 設例(6)の紛争事例は、複数の者による別々の行為が同時・併行的に行われ、それらが合体することによって権利(法益侵害)を惹起している点において、つまり併合的競合の事例である点において、**設例(5)**の事例と共通するところがある。しかし、**設例(5)**の事例は、Aの行為とBの行為が合体して初めて権利法益侵害を惹起しており、各の行為が単独で被害を発生させることはない。これに対して、**設例(6)**の事例の中には、Aの行為も、Bの行為も、それぞれ単独で被害をさせ得る場合や、その一方は単独で被害を発生させ得る場合が含まれている点¹⁾が異なっている。

つまり、**設例(6)**①の事例には、(i) Aの行為も、Bの行為も単独で被害を発生させ得るが、これらの行為が合体して被害を発生させた場合、(ii) 単独で被害を発生させ得るAの行為と、単独では被害を発生させ得ないBの行為が合体して、被害を発生させた場合、(iii) Aの行為も、Bの行為も単独では被害を発生させ得ないが、両者が合体して被害を発生させた場合がある。この中で、(iii)の事例は**設例(5)**に属している。したがって、**設例(5)**に関して述べたこと

は、**設例(6)①(iii)**に、そのまま妥当する。しかし、(i)や(ii)の事例にも妥当するのかが問題になる。

設例(6)①の事例は、(iii)の場合を含めて、複数の行為が合体して一個・不可分の被害を発生させている。そのために、被害者原告は行為者全員で加害したことを認識することは出来ても、その中の誰が、どれだけの加害をしたのかを証明することは出来ない。にも拘わらず、民法七〇九条の原則どおりに、原告が各行為者の行為と被害との間の因果関係を個別的に主張・立証しなければ、損害の賠償をしてもらえないというのでは、何の落度もない被害者に酷である。原告となる被害者が右のような証明をすることが出来なくなっているのは、被告らの行為が合体して被害を発生させたことに原因がある。そこで、原告は被告らの過失ある行為が合体して被害を発生させたことを主張・立証して、各被告に対し損害全部につき連帯して賠償することを請求しうるようにするのが妥当であるし、その必要がある。

複数の行為が合体して一個・不可分の損害を発生させている場合、不法行為の論理構造に照らすと、不法行為の**実体**をなす有責任行為と、その**本質**をなす権利(法益)侵害を架橋する事実的因果関係を「共同」で形成している。その点において、**設例(6)**の事例は**設例(5)**の事例と共通しており、共同不法行為の一事例と認めることが出来る。とはいえ、**設例(6)**の事例も**設例(5)**の事例と同じように、しかし**設例(2)**や**設例(3)**の事例とは異なり、複数行為者の間に「共同」で行動する意思が形成されて、意思を通じ合って行動した結果として被害をもたらしているわけではない。

八 **設例(5)**や**設例(6)**の事例では、複数の有責任行為が合体した結果として、図らずも事実的因果関係が「共同」形成されているために、被害者たる原告が個々の行為と被害との間の因果関係の証明をすることが不可能、ないし困難になつており、この困難を救済するために民法七〇九条の原則に対する特則を設け、原告が個別的因果関係の存在を証明しなくてもよいようにするわけである。その点では、民法七一九条一項前段が適用される**設例(2)**や**設例(3)**の場

合と共通しているが、一項後段が適用される**設例(4)**の択一的競合の場合と共通するところもある。

しかし、択一的競合の場合、誰が加害者なのか判明しないために原告が加害容疑者全員を訴える途を拓いているにすぎず、共同不法行為の事例ではない。これに対して、**設例(5)**や**設例(6)**の場合、誰が加害者であるのかは判明しているが寄与度が分からないのであって、不法行為に「共同」性は存在している。したがって、**設例(6)**の事例も**設例(5)**の事例と同じように、民法七一九条一項前段の共同不法行為の類型である客観的共同不法行為とした上で、**設例(2)**や**設例(3)**の主観的共同不法行為とは区別するのが理論的・客観的に見て適切な考え方といえる。

原告が加害行為全体と被害との因果関係を証明すれば、各行為と被害との間の個別的因果関係を証明する必要はないとするところに、民法七一九条一項前段の共同不法行為制度の存在意義がある。^(七三)しかし、民法七〇九条に対する、この特則は客観的共同不法行為の場合だけに適用されるのではなく、主観的共同不法行為の場合にも(というより、主観的共同不法行為の場合にこそ)適用される規定である。そして、この特則は原告の立証困難を救済するために設けられているのであれば、被告の側に自己の行為と被害の間に個別的因果が存在しないことを主張・立証させて免責の途を招いたり、自己の行為が加害寄与度が小さいことを主張・立証させて責任を軽減する、つまり損害全部についてではなく、寄与度に応じた損害額について賠償させるとする途を拓くのが公平の觀念に合致する。

このような減免責の抗弁を被告に許容するのは、原告が個別的因果関係の存在を証明すべき責任に代えて、複数人による行為全体との因果関係の証明でよいことにした代償である。したがって、この代償は客観的共同不法行為の場合だけでなく、主観的共同不法行為の場合にも認め得るものである。^(七三)しかし、今のところ、客観的不法行為の場合には被告に減免責の抗弁を認める学説や下級審判決は登場しているが、主観的共同不法行為の場合に認める見解はないようである。この違いは、複数人の間に主体的な共同関係、お互いの行為を利用し合う関係が有るか無いかの違いを重視した政策判断によるものであって、主観的共同不法行為か客観的共同不法行為かの違いから論理必

然的に導き出されるものではない。したがって、右の違いを、主観的共同不法行為の場合には全体としての因果関係の証明によって個別的因果関係の存在が擬制されるのに対して、客観的共同不法行為の場合には個別的因果関係の存在が推定されるとして説明するのは、後づけの説明であって、本當の理論的説明ではない。のみならず、政策的判断の違いを、あたかも論理必然的に導き出される違いであるかのよう^(一七四)に思わせる虞があり適切ではない。

因に、民法七一九条一項について考え直す契機の一つとされる山王川事件は、被害者(原告)が国営工場からの廃液の放出によって損害を被ったとして、国家賠償法二条一項に基づき国だけを相手どって全損害の賠償を求めた事件である。この裁判で、被告である国は国営工場だけが有害物質を排出したのではなく、他の工場からの有害物質を含む廃液の放出がなされており、被告の工場からの排出がなくても損害は発生しているから、「あれ被告の廃液の放出がなければ、これ(原告の損害)なし」とはいえないとして争った。最高裁は、原告の損害と国営工場からの廃液放出との間に相当因果関係があるとして、原告が被った全損害に対する国の賠償責任を認めた。^(一七四)

本件は、「あれなければ、これなし」という因果関係の証明方法には限界があることを示した点でも興味深い判決である。被告が、この点だけを争ったために、被告の寄与度に応じた減免責は問題とされていない。^(一七五)しかし、被告が寄与度による減免責の抗弁を出して争っていれば、この問題に対する最高裁の判断が示されることになり、共同不法行為論の進展が図られることになったであろう。

注(一七二) 前田(鷹)：注(一三)別冊NBL一五五号二三八頁は、民法七一九条の存在意義につき、原告に事実的因果関係の立証責任を緩和することだけに着目するのではなく、被告に損害全部の連帯責任を課している点にも着目するべきだとされる。

しかし、全部・連帯責任は七一九条がなくても課すことが出来るとされており、七一九条の存在意義は因果関係の立証問題に絞られてくる。七一九条の特則性として全部・連帯責任に着目する場合には、被告に減免責の抗弁を認めるべきか否かという問題、そして連帯債務と不真正連帯債務の違いは何かという問題が浮上する。

(一七三) そのような判決については、徳本・注(二)一五三頁、能見・注(四)法協一〇二卷一二号二七頁以下、七三頁注(一三)、

大塚・注(八二)星野古稀下八六六頁。判決および学説の状況につき、石橋秀起「公害、環境法における割合的責任の法理平裁判例の分析と若干の考察」立命館法学三二七・三二八合併号二〇〇九年・五七頁以下。

複数の加害行為が競合する場合における責任をめぐる学説の状況については、徳本・注(二)一〇四頁以下、能見・注(四)法協一〇二卷一二号三〇頁以下、大塚・注(八二)星野古稀下八六八頁以下。

(一七四) 最判・昭和四三年四月三日・民集二二卷四号九六四頁。本件の解説・評釈に関する文献については、徳本・注(二)一四三頁注(156)。

(一七五) 澤井・注(七)三四七頁。なお、澤井博士は「工場は共同不法行為者の一方だからこそ、他方都市下水の行為を援用して免責を図ることは許されないのである」とされるが、寄与度に応じた減責について検討する余地はある。とはいえ、一人の加害者だけで全損害を発生させ得る場合、その被告の責任が減額されることはないが、他の加害者に対する求償問題が発生する。

九 設例(6)①に関して第七節で述べた三つの併合型態の中、(i)のA・Bや(ii)のAのように、自己の行為だけで権利法

益侵害を惹起し、全損害を発生させ得る者については、他の者の行為がなければ全損害は発生しなかったことを証明しない限り、寄与度減責を認める必要はない。(ii)のBや(iii)のA・Bのように、自己の行為だけでは権利法益を侵害し損害を発生させ得ない者については、寄与度減責や免責、^(一七五)さらには違法性欠如による免責が問題になる。し

かし、その前に、他者の行為と合体して被害を与え得ること、あるいは現に与えていることを認識して、操業停止・中止を含む加害予防・回避措置を取り得たことが問題になる(とりわけ、寄与度減責の場合に問題となる)。右の認識(可能性)は、不可侵義務違反、即ち他人の権利(法益)を侵害しないように注意して行動すべき義務の前提となる要件であり、過失を認定するための前提要件だからである。

この要件は、「強い関連共同性」が認められる場合に、加害寄与度が極めて小さい者に一項前段の責任を負わせる

ための要件ではなく、「強い関連共同性」しか認められない場合に、単独では権利(法益)侵害をなさない者について、過失を認めるために必要な要件である。^(一七六)前掲注(三二)の平成三年・大阪地裁判決は、公害規制の強化に伴い被告各社は公害環境問題の面で互いに強く関連していることを認識し、認識すべきであったとした上で、それ以降は被告企業から排出された汚染物質が合体して原告らに被害をもたらしたことを認識し、または認識すべきであったとして、七一九条一項前段を適用した。

しかし、数社の工場から排出された有害物質を含む煙が合流して公害を発生させていることを認識していたこと、あるいは認識可能であったことは、単独では被害を発生させ得ない者について、過失を認定する際の問題であって、複数の行為者間に「強い関連共同性」が形成されているか否かとは関係のないことである。というのは、「強い関連共同性」は複数の行為が別々に行われているように見えても、その背後に企業結合のような共同事業体が形成されていて、協業している場合に、複数の行為が合体して被害を発生させた事態を、因果関係を共同で形成した客観的共同不法行為として捉えるのではなく、一体として活動したことによる主観的共同不法行為と認めるための要件だからである。^(一七九)(第三章一四節参照)。

右の大阪地裁判決が「強く関連していること」の認識といっているのは、複数の工場からの排煙が合流して公害を発生させているので、それらの企業が協力して対策を取るべき義務を課されていることを認識した上で、対策を取るべきであったのに、それを怠って被害をもたらしたので、一項前段に基づいて責任を負うと言いたいのであろう。このような論理を明確に展開していないために、複数の企業の間の法的関係に何ら変化はないのに、「強い関連性」を認識したか否か、あるいは認識すべきか否かの違いによって、併合的競合型の共同不法行為に対する適用法条が変わるかのような表現になり、非論理的な印象を与えることになっている。

森島博士も私見と同趣旨の見解を述べておられるが、「汚染行為が共同して被害が生じていることを認識しなが

ら、その状態を利用しようとするような積極的な意思が(中略)新たに存在することによって、はじめて関連共同性の性質が弱いものから強いものに変るといふべきである」とされる。^(一八〇)これは、前田博士のいわれる「お互いの行為を利用し、利用させる意思」がある場合に、主観的関連共同性を認める立場(前掲注(九七)参照)に近い発想をしているのではないかと思われる。しかし、併合的競合の場合に、右のような「その状態を利用しようとする意思」を持つ必要があるであろうか。そして、そのような意思を持つ者が存在するのであるか。関連共同性の強弱の違いは、複数の行為者の間に法的・主体的な共同関係・協業関係が形成されているか否かの違いの反映なのではあるまいか。

注(二七六) 寄与度免責は因果関係の共同形成に寄与したとは認められない場合に問題になる。設例(8)③の「じん肺」訴訟で、前掲注(二七七)の平成一一年・札幌地裁判決は、ある鉱山での就労期間が短くて発症原因となる可能性が極めて小さい場合につき、相当因果関係を認めない。これに近い見解として、鈴木・注(四五)一二五頁。

(二七七) 前掲注(二四)の平成一〇年・横浜地裁川崎支部判決は、排気ガスの量が極めて少なく寄与度が極めて小さく、侵害行為性が低い場合、違法性があるとは認めることが出来ないとする。

有害物質の排出が極めて少ない場合や受忍限度以下の場合には違法性を欠くが、汚染が深刻化している場合に、そのことを認識しながら排出するのは違法性を帯びるとする見解として、四宮・注(四)七七二頁注(二)、森島昭夫「公害における責任の主体」ジュリスト四五八号・一九七〇年・三七七頁(但し、一項後段により寄与度減責を認められる)。

(二七八) 内田・注(四)四九七頁は、設例(6)①(iii)の事例(いずれも単独では加害しえない場合)につき、他者の行為と化合して被害を出すことにつき予見できない場合は、過失なしとされることがあるとされる。

なお、設例(8)③に関して、福岡高判・平成二〇年三月一七日・判時二〇一五号一四六頁は、単独では加害しないが、他の行為の結果と累積すれば被害を発生させる危険があることにつき、故意または過失があることが不法行為成立の要件であるが、これは民法七〇九条の要件であり、七一九条一項後段を適用する要件ではないとする。

(二七九) 内田・注(四)四九五頁は、複数の工場からの廃液による損害を損害一体型として分類し、七一九条一項後段の推定が及ぶとする。しかし、例外的に、加害者間に強い一体性が認められる場合には一項前段の加害行為一体型となる可能性が

あるとして、平成三年の大阪地裁判決に言及される。

(一八〇) 森島昭夫「大阪・西淀川公害訴訟判決について」ジュリスト九八一年号・一九九一年四八頁。

一〇 前掲注(三二)の四日市判決は、弱い関連共同性しか存在しない場合に、自己の行為だけでは権利法益侵害という結果を発生させないが、「他の行為と相合してはじめて結果を発生させた」と認められる場合」は「いわば、特別事情による結果の発生であるから、他の原因行為の存在およびこれと合して結果を発生させるであろうことを予見し、または、予見しえたことを要する」とする。しかし、このような事態を予見すること、あるいは予見可能性は、民法四一六条二項の「損害賠償の範囲」に関わる特別事情の認識の問題ではなく、過失の成立に関わる注意義務の問題である。^(一八一)

右の四日市判決は、強い関連共同性がある場合、つまり「結果の発生に対して社会通念上全体として一個の行為と認められる程度の一体性がある」ような行為をした者の間に、より緊密な一体性が認められる場合には、ある工場から排出される煤煙が少量で、「それ自体としては結果発生との間に因果関係が存在しないと認められるような場合においても、結果に対して責任を免れないことがある」とする。しかし、強い関連共同性があると「なぜ」そうなるのか。この判決は、その理由について詳しい説明をしていない。

自己の行為が他者の行為と合体して第三者の権利法益侵害をする、併合的競合による共同不法行為の全ての場合が客観的関連共同性のある不法行為、即ち七一九条一項前段が適用される共同不法行為の第二類型となるわけではない。複数行為者の間に法的結合関係・協業関係が形成され、一体的な活動をする場合には、第三章八節において述べたように、相互的な注意義務、つまり自分の行為が他人の権利(法益)侵害をしないように注意して行動すべき義務を負うに止まらず、他の仲間が注意義務違反をしないように配慮すべき義務を負っている。したがって、あ

る仲間Aが注意義務違反をした場合に、他の仲間Bが、それをAに注意して、Aの過失による侵害を防止したり、結果の発生を阻止する措置をとることが出来たにも拘わらず、その努力を怠ったために第三者の権利(法益侵害を惹起した場合には、AのみならずBも過失による共同不法行為者として責任を負うことになる。つまり、AもBも民法七一九条一項前段の共同不法行為の第一類型である、主観的関連共同不法行為を行った者として責任を負う。

前記の四日市判決が強い関連共同性のある場合だけでなく、弱い関連共同性しか認められない場合も、一項前段の共同不法行為とした上で、事実的因果関係の形成に寄与していない者が存在する場合の取扱いについて区別しているのは妥当である。しかし、これを区別する前提として、有責行為(故意過失ある行為)の段階に共同性がある第一類型と、事実的因果関係の形成の段階に共同性がある第二類型を区別していないところに、大きな理論的難点がある。この難点を解消するためには、不法行為の論理構造に即して、共同不法行為の二つの類型を理論的に導き出す必要がある。そういう理論的考察をしておかないと、四日市判決のように、一項前段の中に因果関係が推定される場合と、因果関係が不要とされる場合の二つを持ち込んだことが果たして説得的かという根本問題がある、と批判されることになる。

しかし、右のような批判をされる淡路博士も、不法行為の論理構造を根底に据えた共同不法行為論を構築していないために、強い関連共同性がある場合だけを一項前段で処理し、弱い関連共同性しか存在しないを一項後段に追い遣っている。^(一八三)しかし、七一九条一項後段は択一的競合の場合の規定であって、共同不法行為に関する規定ではない。

注(一八二) 同旨、淡路・注(四四)判時六七二号一〇頁。

(一八二) 淡路・注(四一)ジュリ八二八号一七二頁。

(一八三) 淡路・注(三三)理論一二六頁以下、同・注(四一)ジュリ八二八号一七四頁、同・注(四四)判時六七二号一〇頁。

なお、四日市判決以後の公害に関する判決は、前掲注(四二)の平成七年・大阪地裁判決を除き、強い関連共同性がある場合は一項前段を適用し、弱い関連共同性しか存在しない場合は一項後段を適用している。前田・原田・注(二三四頁)によれば、淡路博士の四日市判決に対する批判の影響が強いようである。

一 設例(7)と設例(8)の紛争事例は、Aの行為とBの行為が結果的に合体することにより、権利(法益)侵害が発生している点では、設例(5)や設例(6)と共通している。しかし、設例(5)や設例(6)では、Aの行為とBの行為は同時・併行的に行われ、両者が合体した状態で加害している。これに対して、設例(7)・設例(8)では、Aの行為が先に行われ、Bの行為が後から行われて、両者が合体したことにより加害している点が異なっている。前者を横の結合により因果関係を共同形成する併合的競合、後者を縦の結合により因果関係を共同形成する累積的競合として区別することが出来る^(一八四)。

いずれの場合も、設例(2)・設例(3)のように不法行為の**実体**をなす有責行為(故意・過失ある行為)の段階に「共同」性があるのではなく、事実的因果関係が形成される段階に「共同」性が見られる。したがって、設例(7)や設例(8)は設例(5)・設例(6)とともに客観的共同不法行為、つまり共同不法行為の第二類型として、民法七一九条一項前段に位置づけた上で、設例(2)・設例(3)の主観的共同不法行為、つまり共同不法行為の第一類型と区別するのが、理論的に適切である。なお、被告に個別的な因果関係の不存在や寄与度が小さいことの主張・立証を認めて、減免責の途を拓くか否かは、実用法学における政策判断の問題であるが、その判断は、不真正連帯債務を、どのような債務と考えるのかという理論的な問題に反映してくるという形で、理論法学と実用法学は関連している。

さて、設例(7)の①・②の場合、(i) Aにも、Bにも故意がある、(ii) Aには故意があり、Bを利用しているが、Bに

は故意はなく、過失がある、(iii) Aには故意はなく、過失しかないが、Bには故意があり、Bを利用している、(iv) Aにも、Bにも過失しかない、の四つに分けて考える必要がある。

(ii)や(iii)の場合につき、AとBとの共同不法行為を認めて、他方を利用した者(故意がある者)だけでなく、他方から利用された者(過失しかない者)にも、全損害について連帯責任を負わせることを疑問視する見解がある。^(一八五) 刑法学にいう「片面的共犯」に相当する事例につき、場合によって共同不法行為の成立を否定する説や、過失しかない者については、彼の行為と因果関係のない被害について、公平上、何らかの配慮する必要があるとする説^(一八七)、正常な取引に關しては過失の認定を慎重にすること、およびAとBとの内部関係で故意者の方を究極の負担者とする^(一八八)ことによつて対応するほかはないとする説などが出されている。

しかし、**設例(7)①・②**の事例は、(ii)と(iii)の「片面的共犯」に相当する場合だけを取り出して考えるのではなく、(i)や(iv)の場合、さらには**設例(5)・設例(6)・設例(8)**を含めた、客観的共同不法行為全体を対象にして、**設例(2)・設例(3)**の主観的共同不法行為の場合とは、何が違っているのかを考える必要がある。このような作業をすることにより、類型化の理論的な意義を發揮させるべきである。

設例(2)や**設例(3)**の主観的共同不法行為の場合、故意による不法行為や過失による不法行為を一緒になつて行い、一緒に被害を与えたが故に、それに参加・加担した者は、各自、損害全部について連帯して賠償する義務を負わされている(但し、全部・連帯主義が主観的共同不法行為から論理必然的に出てくるわけではない)。これに対して、**設例(5)・設例(6)・設例(7)・設例(8)**のように、**事実的因果関係が形成される段階において「共同」性が見られるために共同不法行為となり、主観的共同不法行為と同じように民法七一九条一項前段の適用を受けることになる。**

主観的共同不法行為の場合も客観的共同不法行為の場合も、複数人が共同不法行為に参加・加担しているために、一人ひとりの行為と被害との間の因果関係を被害者(原告)が証明するのが困難、さらには不可能になっており、行

為全体と被害との因果関係を証明すれば、損害全部に対して被告が各自、連帯して責任を負うことにしている。したがって、民法七一九条一項前段の、七〇九条の原則に対する特則としての意義は因果関係の証明の点にあることになる。そして因果関係の証明を原告に有利にした代償として、被告には自己の行為と被害との間に因果関係が存在しないこと、あるいは被害発生に対する自己の行為の寄与度が少ないことや、有責性の程度が軽いことを主張・立証する機会を与えて、減免責の途を拓くのが公平の観念に合致することは既に述べたところである。

このような減免責の途を拓くか否かは、被害保護と加害者の公平取扱いとの衡量に基づく政策的判断の問題である。主観的共同不法行為の場合には、加害行為を共同して行う意思を形成していること、あるいは適法行為を共同して行う意思の下に行動していたが、他人の権利(法益)を侵害しないように注意し合いながら行動すべき協同義務に違反しているので、減免責の抗弁は認められ難い。これに対して、客観的共同不法行為の場合には、各自の行為の結果が図らずも結合して因果関係を共同形成しているにすぎない。だとすれば、こちらの場合には、被告に減免責の抗弁を認め易くなる。したがって、**設例(7)①②**に関して、被告の減免責について検討するのであれば、(ii)や(iii)の場合だけではなく、(i)から(iv)の全ての場合について、さらには**設例(5)・設例(6)・設例(8)**の場合をも含めて、総合的に検討する必要がある。

なお、**設例(7)④**の場合、薬剤の製造・輸入をしたA社と、それを一手販売契約を結んだ上で販売したB社を、「一体」の企業とみて七一九条一項前段を適用した判決があるが〔前掲注七二参照〕、これは企業結合によるグループ企業としての活動を、一企業の製造・輸入部門の活動と販売部門の活動として統一的に見て、**設例(3)**の過失による共同不法行為として取扱っており、**設例(6)**の事例で「強い関連共同性」が認められる場合と同じようになる(第三章四節・五節参照)。薬剤の製造・輸入会社と販売会社との間に、右のような「一体性」がない場合が、縦の結合により因果関係を共同形成する累積競合の事例となる。

設例(7)②の名譽毀損の場合、AとBの間に意思の疎通があり、共同しているのであれば設例(2)の故意による共同不法行為となる。AやBに過失がある場合、AとBの間に協働関係が形成されておれば、設例(3)の過失による共同不法行為になる。したがって、累積的競合による共同不法行為になるのは、AとBが協働関係がない場合(例えば読者が、たまたま情報を持込んだような場合)ということになる。

注(一八四) 川島・注(三五)判民四三三七頁は、「縦の因果関係」「横の因果関係」という表現をされるが、前者は水利組合で取水妨害を排除する決議に参加した者と取水現場で行動した者との関係を指し、後者は現場で行動した者相互の関係を指しており、本稿とは観点が違っている。

(一八五) 来栖三郎「判例民事法」(昭和十八年度三六事件)「有斐閣・一九五五年」一五九頁以下。椿・注(二)総合判例研究叢書・民法(12)一六二頁は、来栖博士の見解には、①不法行為制度は私的自治ないし個人意思自治を裏面から保障する機能をも有するものであるから、被害者を保護すればよいという漠然とした考え方は、かえって保障する法原理そのものを侵害するのではないか、②わが民法の立前は個人責任主義であるから、連帯を拡大することは無理ではないか、という考えが潜んでいるのではないかとされる。

来栖博士の個人主義と過失責任主義を重視される不法行為論につき、浅野有紀「権利と法秩序自己決定権論の側面」(民商法雑誌一三四巻四・五合併号・二〇〇六年・五頁)。

(一八六) 前田(達)・注(二)婦責論二九五頁。なお、前田(達)・注(三三)民商六〇巻三号一三七頁以下は、民法では、刑法のように犯罪共同説をとる必要はなく、行為共同説でよいから、過失の共同不法行為も全面的に否定する必要はないとされる。

因に、渡邊・注(三七)民法一五九号四七一頁は、前田説の②の類型、即ち過失の共同不法行為の帰責根拠を、「相互に行為を利用し、利用させる意思」に求めるよりも、行為者らが「同一の義務または相互義務」に違反したとして、違法行為自体を根拠とする方が、適切なのではないかとされる。その上で、前田説の③の類型、即ち「片務的共犯」は②の過失共同不法行為に包摂され、③について共同不法行為の成立が否定されるケースについては、そもそも当事者に「相互義務」自体が存在せず、「共同」要件は満たされないとということになるだろうとされる。

(一八七) 前田(達)・注(三三)民法VI一八四頁。なお、前田(達)・注(三三)民商六〇巻三号一三七頁は、共同意思のない方は単独不

法行為者とならうとされる。

(一八八) 四宮・注(四)七七二頁注(一)。なお、同書七八七頁は客観的共同の場合、一般原則に従って全部責任を負うが、それが著るしく正義に反するような特別の事情がある場合には、減額を認めて差支えないとされる。その趣旨からすれば、設例(7)①の倉庫証券の場合のように、故意者Bが他人Aの過失を利用して利用している場合には、Aの減責を認めることになるであろう。幾代・徳本・注(八)二四三頁注(11)は、寄託者Bに利用された倉庫業者Aの負担部分は零とされる。

しかし、この場合、倉庫業者は証券所持人に対して文言責任(二六〇)を負担しており、この債務をAが履行すれば、通常は、Bに金を貸した者Cに損害は出ないであろう。Aが文言責任を果たさない場合に、CはAとBを共同不法行為者として損害賠償請求するかも知れないが、AがBに加担していない限り、Aの不法行為は成立しない。

一二 設例(7)①の倉庫証券を利用した詐欺事件については、一般的不法行為の原則(九七〇)によって、AとBの連帯責任という結論を導き出せるので、大正二年の大審院判決のように七一九条一項前段を持ち出す必要はなく、この事件で一項前段は何ら機能していない、とする見解がある。^(一八九)あるいは、共同不法行為として処理されなくても、独立した不法行為責任が併存している関係と捉えられるから、民法七〇九条により処理されたとしても、AとBの、それぞれが全損害について責任を負う結果になる、とする見解がある。^(一九〇)

倉庫業者Aに受寄物の誤記載につき過失があろうと無かろうと、倉庫証券の文言性に基づいて、Aは証券の文言どおりの物を引渡す債務を負担している(二六〇)。Aが右の義務を履行しない場合には、債務不履行として損害賠償責任を負担するが、この賠償責任を果たさないからといって、それだけでは不法行為責任は発生しない。この倉庫証券の事例を「参加的」共同不法行為類型、即ち、既発の不法行為に他の者が後から参加している場合の一事例として、共同不法行為に含ませる見解もある。^(一九二)しかし、BがAをして倉庫証券に誤記載をさせた段階では、未だBは金融業者Xを騙してはならず、Xに対して不法行為をしてはいない。証券を発行した段階でBに騙されたのはAの

方である。

AがXから共同不法行為責任を問われるとすれば、AがBに利用されて、Bの詐欺の片棒を担ぐことになった場合である。この場合、Aに共同不法行為責任を負わせるとすれば、七一九条二項の幫助者としてである。^(一九二) そのためには、AがBの詐欺の意図を知らされていたか、知らされていなくても、その意図を見抜くことが出来たのに、それを怠った場合でなければならぬ。この点は、**設例(2)**③の「オレオレ詐欺」「振込詐欺」の場合と同じである。このように、七一九条二項が適用される場合には、「参加的共同」不法行為として分類することが出来る。

それでは、倉庫証券の事例が七一九条一項前段に該当することはないのであろうか。倉庫業者AがBと結託して詐欺をするために誤記載をしたのであれば、**設例(2)**の故意による共同不法行為になる。しかし、Bに利用されたわけではなく、ただ単にAの過失によって誤記載し、この証券を受取ったBが、これを奇貨として詐欺に利用した場合、AがBの詐欺に利用されることを予見していたか、予見可能であれば、七一九条二項の幫助、あるいは**設例(6)**①(ii)・(iii)や**設例(8)**①(iv)の場合と同じように、客観的関連共同性のある不法行為となる。しかし、Bに騙されたXは倉庫証券を発行したAの文言責任を追及すればよく、共同不法行為責任を追及する必要はない。

注(一八九) 能見・注(二)法協九四巻二号二九頁。

(一九〇) 松原・注(二)上智四八巻二号五八頁。

(一九一) 伊藤(進)・注(三五)一九六頁。

(一九二) 詐欺の片棒を担がされて七一九条二項の幫助者としての責任を負わされた事件として、東京高判・昭和五四年六月二八日・判時九三八号四一頁。

一三 **設例(7)**④の薬剤の製造・輸入会社と、これを販売した会社の事例は、両社間に「一体不可分の関係」緊密は関

係」が法的に形成されており、あたかも同一企業の製造・輸入部門と販売部門のような関係が形成されておれば、「強い関連共同性」が認められ、**設例(3)**の過失による共同不法行為、主観的共同不法行為が成立する(第三章一五節参照)。そのような「強い関連共同性」がなく、薬害の発生という因果関係形成の段階で結びつく場合には客観的共同不法行為となる。

設例(7)⑤の薬剤の製造・輸入・販売に関する国の許可・承認と薬会社による製造・輸入・販売は、「いずれの行為も本件被害発生について、不可欠のものであると認められ、この意味で、まさに、密接不可分であって、これらを一体の行為として評価し得るものである」として、国と薬会社を共同不法行為者と認めた判決がある。^(一九三)

このような事例を共同不法行為とする判決に対しては賛否が分かれているが、^(一九四)国の許可・承認と、それに基づいて薬剤を製造・輸入・販売した会社の関係を**設例(7)**④の場合と同じように考えることは出来ない。というのは、薬剤の製造・輸入・販売に関する国の許可・承認がなければ、薬会社による薬剤の製造・輸入・販売は行われていないという関係は存在している。しかし、この関係は民間企業の事業を許可するに止まり、事業体として一体となる法的な関係を形成しているわけではなく、不法行為を成立させる事実的因果関係を共同して形成する縦の結合関係でもないからである。つまり、国が許可・承認を出したという行為と薬会社が薬剤を製造・輸入・販売した行為が結びついて、薬の副作用が出たという事実的因果関係を作り出したわけではなく、それを作り出しているのは薬剤を製造・輸入した行為と、その薬剤を販売した行為が結びついたことによる。

薬剤の製造・輸入・販売につき国の許可・承認が出たから薬会社は薬剤を製造・輸入し、それが販売されて、それを服用した人に副作用が出たという一連の流れを全体として捉えれば、国の行為に端を発しているように見える。しかし、被害者に副作用をもたらすという不法行為の原因となった薬剤については、それを製造・輸入・販売した薬会社の行為の有責性(過失)が問題になるのであって、国の指導・監督が十分ではなかったことについての責任は右の不

法行為とは次元を異にする別の問題である。そして、不法行為の成立要件である事実的因果関係は有責行為と権利（法益侵害）との間の原因—結果の関係であるから、国の許可・承認は、この因果関係の系列から外れている。まして、国の許可・承認と薬会社の製造・輸入・販売との間には、行政法上の関係は存在してはいるが、前掲注（七二）の昭和五三年・金沢地裁判決がいうように「密接不可分」で「一体の行為として評価し得る」ような事実関係は存在していない。

したがって、「厚生大臣（現厚生労働大臣）筆者注の医療品の製造等の許可・承認、公定書公布などの権限は、医薬品を利用する国民のために、製薬会社の医薬品の製造販売行為に対する行政監督上の規制として認められたものであり、国が医薬品に起因する被害につき損害賠償責任を負うのは、右規制権限の行使につき課せられた安全性確保義務の違反によるものであって、直接の加害行為である製薬会社の製造販売行為に共同加功したことによるものではない。従って、国と製薬会社とは、医薬品による被害につき、共同不法行為者の関係に立つものではなく、ただ賠償責任の対象となる損害が、隅々同一であることから、両者の損害賠償債務が不真正連帯の関係に立つものと解されるに過ぎない」とする^{（一九五）}広島地裁判決の方が妥当である。

なお、右の広島地裁判決に対しては、「共同」とか「加功」の意味について、具体的な説明が欠けているという批判^{（一九六）}がある。この批判に応えるためには、不法行為の論理構造に即して、事実的因果関係の共同形成に言及する必要がある。

注（一九三） 前掲注（七二）の昭和五三年・金沢地裁判決。この判決は、共同不法行為者の負担部分は過失割合によるとし、注意義務の根拠・内容・懈怠態容を総合判断して、国4、薬会社6と認定した。これに対して、椿・注（七）研究1391—2頁なお、159頁は、不真正連帯債務の負担部分を過失の割合だけで定める北陸判決は、理論構成として不十分であり、因果関係ないし

寄与度も考慮すべきであるとされる。

(一九四) 四宮・注(四)七八三頁・七八五頁注(五) b(ii)は主観的共同の「保証責任型」とされる。澤井・注(七)三五二頁は共同不法行為とした上で、三六〇頁以下では広義の共同不法行為の中に位置づけ、一項前段と後段の趣旨を根拠にして、一項前段の共同不法行為の一類型とされる。

これに対して、平井・注(三〇)各論Ⅱ一九六頁は、共同不法行為とすることに反対される。

(一九五) 広島地判・昭和五四年二月二二日・判時九二〇号一九頁。静岡地判・昭和五四年七月一九日・判時九五〇号一九九頁も

同趣旨の判決である。国と製薬会社との責任関係に関する諸判決については、前田・原田・注(二)一四七頁以下。

(一九六) 椿・注(七)研究Ⅰ一八〇頁。

一四 設例(8)の紛争事例は、設例(7)と同じようにAの行為が行われた後でBの行為が行われ、両者が合体して権利(法益侵害)を発生させているが、Aの行為もBの行為も単独で加害する可能性・危険性を有する点が、設例(7)とは異なっている。その点では、設例(6)①(i)と設例(6)①(ii)・(iii)や設例(5)の異同と同じような関係にある。しかし、設例(5)・設例(6)は、Aの行為とBの行為が同時・併行的に行われて結合し、横の結合により事実的因果関係を共同形成している。これに対して、設例(7)・設例(8)は、Aの行為の後でBの行為が順次・累積的に行われて結合し、縦の結合により事実的因果関係を形成している点が異なっている。そして、設例(8)はAの行為による権利(法益)侵害が顕現化する前にBの行為が行われているが、設例(9)の紛争事例はAの行為による権利(法益)侵害が顕現化した後からBの行為が行われており、損害の「共通」性は見られても、行為の「共同」性は見られない点が決定的に異なっている。

設例(8)①の同じ効能を持つ複数の薬剤の使用による薬害の事例については、民法七一九条一項前段で処理する判決もあるが、一項後段で処理する判決もあり、下級審の判断は分かれている。^(一九六)

一項後段を適用する、前掲注(七七)の福島地裁白河支部判決は、一項後段を択一的競合の場合に限定しながら、

複数の行為の効果に客観的関連共同性弱い関連共同性)はあるものの寄与度不明の場合に拡大している点に問題がある。加害者不明の択一的競合の場合には客観的関連共同性は見られないのに対して、客観的関連共同性がある場合には加害者が誰か判明しているからである(本章第五節参照)。「弱い関連共同性」が認められる場合には、事実的因果関係の「共同」形成があるから、一項前段の「共同」不法行為に位置づけることが出来る(本章第七節参照)。にも拘わらず、白河支部判決が一項後段を適用することになったのは、一項前段の適用を「互いに企業活動を利用し合うことによりそれぞれの企業活動が成立している」ような「緊密な結合関係」、つまり強い関連共同性があり、「連帯責任を負担させるのにふさわしい密接な共同関係」がある場合に限定しているために、そこに含まれない事例を一項後段に追い遣っているからである(本章四節・五節参照)。

不法行為の論理構造に照らして、その構成部分に「共同」性の要素がある場合に、単独不法行為を前提にした民法七〇九条の原則とは異なった取扱いをするとともに共同不法行為制度の存在意義を認めるのであれば、(1)不法行為の**実体**をなす有責行為(故意・過失ある行為)に共同性がある主観的共同不法行為と、(2)事実的因果関係の形成段階に共同性がある客観的共同不法行為を七一九条一項前段に位置づけ、一項後段が適用される加害者不明の択一的競合の場合は共同不法行為から除外するべきである。というのは、この事例には権利(法益侵害の可能性・危険性)がある行為をしたという「共通」性はあるものの、「共同」性は存在していないからである。

かくして、事実的因果関係を横からの結合によって共同形成する**設例(5)**や**設例(6)**と、それを縦の結合によって共同形成する**設例(7)**や**設例(8)**は、主観的関連共同性のある**設例(2)**や**設例(3)**とは区別しながらも、客観的関連共同性のある不法行為(客観的共同不法行為)として、一項前段に位置づけることが出来る。したがって、**設例(8)**①の薬害の事例は、**設例(4)**④の加害者不明の場合とは異なり、A社とB社の薬の服用が累積して被害が発生していることを主張・立証すれば、一項前段により共同不法行為責任を追及することが出来る。

なお、単独では副作用が出る蓋然性が低い、少量の薬剤を使用された会社に対して、同じ効能を持つ他社の薬剤と併用することがあり得ることを当然、予見し得たという理由で、共同不法行為の成立を認めた判決がある^(一九九)。このような場合の予見可能性は、**設例(6)①(ii)・(iii)**におけると同じように、過失が成立するか否かの問題であるが、予見可能であったとしても、加害への寄与度が極めて小さいと認められる場合には、違法性がないとされたり^(二〇〇)、因果関係がないと判断されることもあり得る^(二〇一)。

注(一九七) 野村好弘「飛騨川判決における不可抗力の斟酌」名古屋地裁昭和四八年三月三〇日判決判時七〇〇号三頁「ジュリスト五三四号(一九九)

七三年)三二頁は、同時的競合(並列的競合)と異時的競合(並列的競合)として区別される。

(一九八) 薬害訴訟に関する諸判決については、前田・原田・注(二)一三三頁以下。

(一九九) 前掲注(七二)の東京地裁判決、東京高裁判決参照。

(二〇〇) 前掲注(二四)の横浜地裁川崎支部判決参照。

(二〇一) 前掲注(二七)の札幌地裁判決参照。

一五 設例(8)②のアスベスト被害の事例も、有害物質に接した人達が健康を害した事例であり、**設例(8)①**や**③**と共通している。しかし、石綿含有建材の製造業者が多数、存在しており、建材の種類によって石綿含有量が異なっているだけでなく、建材を扱う労働者が雇用先を変えたり、一人親方として仕事の現場を転々とし、しかも工事の種類として新築・増改築・解体があるし、取扱う建材や作業内容も異なっている。そして、健康被害が顕現化するまでに長期間かかっているため、被害者を雇用していた企業や建材メーカーが倒産していることもある。したがって、加害者を特定することや、事実的因果関係の証明が極めて困難な場合が多い。その点で、**設例(8)②**には**(8)①**や**(8)③**とは異なった事情がある。

アスベスト訴訟は国を被告とすると同時に、石綿含有建材のメーカーを相手どり、民法七一九条一項前段および後段に基づいて共同不法行為責任を追及しているが、学説は一項後段説が多いようである⁽¹⁰¹⁾。しかし、一項後段は択一的競合の場合に関する規定と解し、一項前段の共同不法行為には主観的共同不法行為と客観的共同不法行為が含まれるとする私見では、一項前段の客観的共同不法行為の要件を充たすか否かが問題になる。

一項後段を適用するためには、加害の可能性がある行為をした者の範囲を限定し、「加害者は、この数人のだけかであり、この数人以外に疑いをかけることができる者が一人もいない」という程度までの証明を要する⁽¹⁰²⁾か、加害の可能性・危険性のある行為をした者を特定し、これ以外の者によってもたらされたものではないことを証明する必要がある⁽¹⁰³⁾とされている。加害の可能性・危険性のある者が少数である場合を想定した択一的競合に関する規定をアスベスト訴訟に適用しないし類推適用するのは、理論的にも事実上も無理がある。

しかし、客観的共同不法行為も七一九条一項前段に含まれていると解するにしても、いきなり客観的共同不法行為の成否を問題にするのではなく、七〇九条の不法行為ないし不法行為の競合が成立する可能性について検討する必要がある⁽¹⁰⁴⁾。

注(101) この点については、前田・藤・注(13)野村古稀三〇八頁以下、同・注(七九)判評六六一号三二頁以下(判時三三〇八号二六九頁以下)、吉村・注(七九)立命三四四号二五〇頁以下。

(102) 幾代・注(八)法教五六号七三頁、幾代・徳本・注(八)二二九頁注(3)「幾代・徳本説を援用する見解として、澤井注(七)三五八頁、潮見注(七)二九頁、吉村・注(二)二五三頁、前掲注(七七)の福島地裁白河支部判決。

(103) 四宮・注(四)七九四頁、淡路・注(三七)ジュリ七三三号一二〇頁以下(スモン訴訟に関する)。淡路・注(七九)環境と公害四二二巻二号四三頁以下は、アスベスト被害に関しては、純粹な択一的競合の問題ではないとして、特定性の要件を緩和される。

一項後段については特定性必要説が多数説のようであるが「松本注(二)立命三三三三四合併号一三八〇頁注4」、松本・同誌一三九

五頁以下は特定性の要件は不要とされる。これに対して、吉村・注(七九)立命三四四号二二三頁・二五八頁以下は、当該被害を発生させた者の特定ではなく、被害を発生させる危険性のある行為を行った者の範囲の特定の問題であり、他に原因者がいないということの因果関係の証明に関連するものであり、証明は高度の蓋然性(80%・90%)で足り、他にいないことが100%証明される必要はなく、経産省のデータベースに載っている企業が共同行為者の範囲であり、その中の44社を被告としていれば、高度の蓋然性をもって共同行為者の範囲が特定されているとされる。

なお、松本・注(七九)立命三三九・三四〇合併号五三四頁は、アスベスト被害に関して、従来の共同不法行為類型とは異なる「流通集積型」共同不法行為が成立するとして、原告である個々の建設作業員は従事した「どの」現場に、「どの」被告メーカーの製造・流通させたアスベスト建材が到達したのかを証明することは不要とされる。

(二〇四a) 大塚 直「複数不法行為者の責任の關係に関する最近の議論について」最判平成13・3・13及び神奈川建設アスベスト訴訟東京高裁判決(東京高判平成29・10・27)を中心として「瀧川信久先生・吉田克己先生古稀記念論文集・社会の変容と民法の課題」成文堂二〇一八年「二〇六頁は、右の高裁判決は単独惹起力がない場合に七〇九条を根拠にして寄与度に応じた分割責任とする立場を示したものとされる。本稿は単独惹起力がある場合から出発する。

一六 被害者Xが石綿含有建材(以下建材と略す)メーカー不法行為責任を追及するためには、①Xが雇用されていた建設企業(B₁・B₂・B₃)、従事した工事および作業の種類・内容、取扱った建材の種類、各雇主企業において仕事をした期間、②B₁などがXが働いていた期間に購入した建材の種類・量とメーカー名(M₁・M₂・M₃)について資料を集める必要がある。

(1)このような資料によって、M₁の製品だけでXの病気が発症し得ることを証明できる場合、XはM₁に民法七〇九条に基づいて損害賠償を請求することが出来る。M₁は他のメーカーの製品も加害に与していることを主張・立証し、客観的共同不法行為者として訴訟に巻き込むことは出来るが、これによってM₁の全部給付義務が軽減されるわけではなく、M₁がXに賠償した場合に共同不法行為者とされた他のメーカーに求償しうるにすぎない。

M_1 のほかに M_2 についても単独惹起力があることが証明された場合、 M_1 の不法行為と M_2 の不法行為が競合することになり、両者は不真正連帯債務を負担する。この場合にも、 M_1 や M_2 は他に加害に与したメーカーがあることを主張・立証して求償権を確保することが出来る。

(2) 単独惹起力を有するメーカーの存在を証明することが出来ない場合。 $M_1 \cdot M_2 \cdots M_n$ などの複数メーカーの製品によつて被害を受けたことを主張・立証して、これらのメーカーの客観的共同不法行為責任を追及することが出来る。

この場合、 M_1 などは自社製品の寄与度を証明して全部義務を軽減することが出来るし、 X を雇用した建設業者は M_1 社などの製品を使用していないことを証明して責任の追及を免れることが出来る。

(3) 単独で惹起しうるメーカーがない場合。客観的共同不法行為を起しうるメーカーを共同被告とし、各メーカーは自社の寄与度を証明して、減責を求めることが出来る。

(4) X が働いていた作業現場において、どのメーカーの製品が、どのような割合で使用されていたのかを証明できない場合。このような場合、被告を特定することが出来ないから、理論的には訴訟を起すことは出来なくなる。しかし、石綿含有建材によつて被害を受けたことが判明しているのであれば、建材メーカーの責任を問えるようにすべきであり、被害者に泣寝入りさせるべきではないという政策的判断を妥当だとする立場からは、 X が働いていた期間、働いていた地域において販売された石綿含有建材メーカーを調べて、これらのメーカーの客観的共同不法行為責任を追及することを認めるほかはないであろう。このような方法は、不法行為責任の追及というよりも、業界の連帯責任という色彩を帯びるが、業界全体で責任を負担する制度が出来るまでは、このような方法を認める必要がある。

なお、前掲注(五六)の京都地裁判決と東京高裁判決は全国市場の占有率10%以上のメーカーの共同不法行為責任を認めている。^(一〇五) X が働いていた地域市場で販売された製品のメーカーが判明しない場合、全国市場の資料を使うの

は止むを得ないであろうが、10%以上の企業に限定するよりも、被告企業に自社製品はXが働いていた地域では使用されていなかったこと、あるいは、その地域での使用量は極めて少なく、被害発生への寄与度も小さく、事実的因果関係の共同形成に与っていないことや、違法性が極めて小さいことを主張・立証させて、減免責を認める方が「前掲注(一七六)(一七七)参照」、他のメーカーに受け容れ易いのではあるまいか。なお、このような方法が認められるならば、Xが解体工事に従事していた場合、その解体建造物が作られた当時の石綿建材メーカーの責任を問い易くなるであろう。

因に、**設例(8)③**は共同不法行為の事例ではなく、同一作業員に対する複数企業の債務不履行(安全配慮義務違反)に基づく損害賠償請求事件である。この事例に対して七一九条一項後段を類推適用する判決が多い^(一〇六)。しかし、この事例においても義務違反者は判明しているが、寄与度が不明な場合である。したがって、民法七一九条を類推適用するのであれば、不法行為の択一的競合について定めた一項後段ではなく、客観的共同不法行為についても定めた一項前段を類推適用するべきである。

注(二〇五) この市場占有率は全国市場における占有率ではなく、各原告が就労していた地域の、原告が就労していた期間の占有率であることが望ましいが、それが分からない場合には全国市場における占有率で代用するほかはない。

前田(鷹)注(二三)野村古稀三二七頁・三二五頁は、市場占有率などの確立に応じた分割責任を認められる。アメリカではアスベスト紛争に関して、「市場占有率責任法理」のほかに、いろいろな判例法理が考え出されていること、および学説の状況につき、新美育文「リスクと民事責任における因果関係アメリカ法の対照」前掲注(二三)加藤追悼三二四頁以下。なお、アメリカにおけるアスベスト事件に対する裁判所の対応、とりわけ「市場占有率責任論」などによる分割責任を課す法理に対する裁判所の態度につき、渡邊知行「加害者不明の共同不法行為」について(三)名大法政論集一四五号(一九九三年)四七二頁以下。

前掲注(五六)の京都地裁判決・東京高裁判決は、概ね10%以上のシェアを有する建材メーカーに七一九条一項後段を類

推適用して、共同不法行為責任を認めた。内田 貴「近時の共同不法行為論に関する覚書(下)七一九条一項後段の解釈論」NB L一〇八七号(二〇一六年)二五頁は、市場占有率を使う見解に対する疑問を述べられ、同誌一九頁以下、内田 貴「近時の共同不法行為論に関する覚書(上)NB L一〇八六号(二〇一六年)四頁以下は、民法七一九条一項後段の類推適用、とりわけアスベスト事件への類推適用に関して、解釈論である限り、法規範の規定を乗り越えることの出来ない限界があるとされる。

内田説の概要と、これに対する疑問として、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」加藤雅信先生古稀記念「21世紀民法法学の挑戦」信山社二〇一八年「六一八頁以下。なお、同書六四七頁以下は共同不法行為の競合類型を10類型に細分化される。

(二〇六)「じん肺」訴訟の諸判決については、前田「原田」注(二)二七一頁以下。

一七 設例(5)から設例(8)までの紛争事例は、設例(2)や設例(3)の事例とは異なり、複数の行為者間に主観的関連共同性はない。つまり、複数の行為者が意思を通じ合って他人の権利(法益)を侵害したり、共同で(あるいは集団で)違法な行為をしている際に、他人の権利(法益)を侵害しないように注意して行動すべき義務や、仲間が注意義務違反をしないように配慮すべき義務を怠って、権利(法益)を侵害したという、共同関係はない。複数の人が意思を通じ合うことなく、別々に行動したが、その結果が合休・合流して、他人の権利(法益)を侵害し、損害を与えるという結果をもたらししている。

設例(2)や設例(3)の事例は、不法行為の**実体**をなす有責行為に「共同」性があるのに対して、設例(5)から設例(8)の事例は、事実的因果関係の部分に「共同」性が見られる。つまり、権利(法益)侵害という結果から見て複数の行為の間に一体性があり、客観的関連共同性がある。このように、設例(2)・設例(3)と設例(5)〜設例(8)とは、不法行為の論理構造の上で、「共同」性が見られる部分は違っているが、いずれも不法行為を構成している部分についての「共同」性であり、両者の紛争事例を共同不法行為の、異なった類型に属する事例ということが出来る。

要するに、**設例(2)・(3)**の事例においては、故意・過失行為という次元において「共同」性が存在するので、これを主観的・関連共同不法行為と呼び、共同不法行為の第一類型とすることが出来る。これに対して、**設例(5)・(8)**の事例においては、事実的因果関係の段階において、複数の行為者の意思とは関係なく、行為の一体性が形成され、権利(法益侵害を惹起した)が故に、結果的に「共同」性が見られることになる。したがって、これを客観的(関連)共同不法行為と呼び、共同不法行為の第二類型として区別するのが、理論法学の観点からは適切である。^(二〇九)

この両者は、共同不法行為としては同一範疇に属するので、民法七一九条一項前段に位置づけられるが、その成立要件を異にする。のみならず、損害全部について連帯して賠償すべき義務に関して、減免責の抗弁を許容しうるか否かという問題に対する考え方も、第一類型と第二類型では異なるであろう。したがって、実用法学の観点からも、両者を区別するのは妥当であるし、必要なことである。

主観的共同関係がある場合の共同不法行為を「狭義の共同不法行為」とし、それ以外の場合で、一項後段や二項に該当しない事例を「広義の共同不法行為」として類型化する見解がある。^(二一〇)しかし、「広義の共同不法行為」に分類される事例であっても、行為をする段階では共同性・一体性はないが、行為が別々に行われた後で一体化して権利(法益侵害を惹起した)のために、「社会観念上」一個の行為と評価される(する必要がある)場合がある。客観的共同説は、この場合を共同不法行為と解しているが、事実的因果関係を「共同」で形成していれば、不法行為の論理構造から見ても、共同不法行為であり、これを「広義」の共同不法行為として区別すべきではない。むしろ、狭義の共同不法行為の中に位置づけた上で、「行為」の共同性と「因果関係」の共同性の違いに応じて、主観的共同不法行為と客観的共同不法行為として区別すべきである。^(二一一)

なお、四宮博士は、①主観的共同、②客観的共同のほか、③主観的・客観的共同という組合せを認められる。^(二一二)そして、吉村教授は、関連共同性について多様性を肯定する場合、その判断にあたって行為の客観的性格だけでなく

く、主観的事情を含めて総合的な判断が必要であるとされている。^(一一三)さらに、澤井博士は、寄与度不明の場合、損害の同一性・一体性から一項後段を見直すことに賛成であるが、加害行為の一体性も考慮すべき点で、一項前段と後段の規範統合類型として、両規範の趣旨を適用することを提案されている。^(一一四)

紛争の妥当な解決を目指す実用法学の観点からは、主観的・客観的共同という混合類型や、一項前段と後段の規範統合類型を考えるという解決方法は有効なのかも知れない。しかし、不法行為の論理構造に即して、共同不法行為といわれている法現象を客観的・理論的に分析し、考察する理論法学の観点からは、そのような混合類型・統合類型を考へることは出来ない。とはいえ、理論法学による基礎理論の上に、実用法学による紛争解決のための実用理論が展開されることを否定するものではない。

注(二〇七) 単独の行為だけでは権利^(一)侵害を惹起しえないが、他者の行為と結合することによって、権利^(一)侵害を惹起する場合には、このことを認識しているか、認識する可能性があることを要するが、これは過失の要件であつて、事実的因果関係の問題ではない。

(二〇八) 四宮・注(四)七八一頁七八六頁は、客観的共同は加害原因の複合による「因果関係のからまり」および「発生した損害の一体性」から判断するとされるが、これは私見に近いのではないかと思われる。澤井・注(七)三五四頁注7は、右の四宮説を「極めて巧妙な命題」と評される。

なお、四宮博士は因果関係の際限のない拡大を防ぐために、「社会観念上の一体性」という基準によって限定されるのが望ましいとされる七八二頁が、「社会観念上の一体性」が認められるが故に、客観的関連共同性を認めているのではないだろうか。

(二〇九) 加藤雅・注(三)九三五六頁以下は、故意による共同不法行為を主観的共同関係がある場合とし、過失による共同不法行為を客観的共同関係がある場合とされる。

(二一〇) 徳本・注(二)四頁以下・六九頁以下、幾代^(一)徳本・注(八)二三四頁以下・二三〇頁以下。なお、前田^(一)注(一三)加藤追悼五三八頁以下は、一項後段の本来の適用と類推適用の事例を「広義の共同不法行為」の性質も有するとされ、一項後

段が本来的に適用される択一的競合の事例は共同不法行為ではなく、疑似的「共同」不法行為である。

(二二二) 神田・注(三)山島ほか古稀六八頁は、一項前段の共同不法行為に関して、「損害の同一性」と「行為の共同性」のいずれに着目するかという観点から学説を整理されている。しかし、「損害の同一性」が存在しなければ共同不法行為の問題は生じない。「行為の共同性」と「因果関係の共同性」のいずれに着目するかという観点から整理する必要がある。

(二二二) 四宮・注(四)七八六頁。

(二二三) 吉村・注(七九)立命三四七号二九頁以下。

(二二四) 澤井・注(七)三四二頁以下・三五二頁・三五九頁。前田(慶)・注(一三)野村古稀三一九頁は澤井説を支持される。

一八 設例(9)の紛争事例も、Aの行為の後でBの行為が行われた点では、設例(7)や設例(8)と同じである。しかし、Aの行為による被害(第一事故による被害)が、Bの行為による第二事故が発生する前に、既に顕現化している点が異なっている。

第二章一〇節で紹介したように、①自動車の玉突き事故や、②二重轢過事故、③交通事故と医療過誤の事例につき、民法七〇九条で処理するのか、七一九条一項前段あるいは後段で処理するのか、諸判決や学説の考え方は分かれている。これらの見解を参考にして、設例(9)の事例にも客観的共同不法行為と認めうる要素があるか否かを考察するための前提理論として、次のように整理することが出来る。^(二二五)

①同一人に対する加害であっても、Aによる被害とBによる被害を明確に区別することが出来る場合は、民法七〇九条に基づく不法行為の単純な競合であって、共同不法行為は成立しない。^(二二六)

②Aの行為による加害かBの行為による加害か、それともAの行為とBの行為による加害か、判明しない場合は、設例(4)④におけると同様、一項後段によって処理する。

③第二事故につき、Bの行為が不法行為を構成しない場合、Aの不法行為だけが問題になる。

④ Aによる第一事故の事実的処理が終了した後でBの加害行為が行われた場合、Aの行為は第二事故との関連性を持たない。Aの事故の影響は第二事故には及ばない。

⑤ Aによる第一事故の事実的処理が終了していない段階でBの行為が行われ、第一事故による被害を増大させた場合に、AとBの共同不法行為が問題になる。Aの事故の影響は続いているからである。

ここに、事故の事実的処理というのは、損害を賠償したり、和解をして法的に処理するというのではなく、事故に伴って発生した新たな義務を履行して、後始末をするということである。例えば、車の衝突事故の場合、後続車輦が事故を起さないようにハザードライトを点滅させるとか、事故車が転がり出さないようにパーキングブレーキをしっかり掛けるとか、警察の事故調査が終れば事故車を片づけるなどの処置をすることである。二重轢過や医療過誤の前提となる交通事故の場合、被害者を安全な場所に移動させたり、病院へ連れて行くなどの介護をし、被害の拡大を防いだり、治療を受けて快方に向うように配慮することである。

このようなAの義務の履行が完了する前にBの有責行為が加わって、玉突き事故になったり、二重轢過事故が発生したり、あるいは医療過誤が加わって被害を増大させた場合、この増大部分については、Aの行為とBの行為が合体したことにより因果関係を共同形成している。したがって、AとBとの客観的共同不法行為となる。しかし、Bの異常な行為によって第二事故が発生した場合には、Aの第一事故の影響は及ばなくなり、Bの不法行為のみが問題になる。

例えば、Xの車に追突しているAの車を目掛けてBが車を追突させたり、Xを憎んでいるBが、Aの車によってXが轢かれたのを奇貨として、負傷して動けなくなっているXを轢き殺したとか、Bが居眠り運転をしたり、猛スピードで車を運転したために、玉突き事故を起したり、二重轢過事故を起した場合、あるいはB医師が故意または重大な過失により被害者を重篤化させたり、死亡させた場合である。

Aによる第一事故の事実的処理が終了する前に、Bによる加害行為が加わって被害が増大するという事態は、Bの通常の過失によっても発生する。しかし、通常の過失行為であれば、Aの事故処理が終了するまでの間に他の者が侵すことは普通に生じることである。したがって、普通に発生しうる第二事故は第一事故が継続している間に累積的に発生した事故ということが出来る。つまり、第一事故を起したAの過失行為と第二事故を起したBの過失行為が合体して被害を増大させる因果関係を共同形成していることが出来る。しかし、故意に第二事故を起した場合には、たまたま第一事故と合体して因果関係が共同形成されるわけではなく、第二事故による権利法益侵害を意図的に惹起しており、第一事故との因果関係形成の共同性はない。つまり、第一事故を起した行為と第二事故を起した行為との間の因果関係の関連は切断されており、第一事故も第二事故も単独の不法行為であって、共同不法行為にはならない。重大な過失による不法行為の場合には、故意による不法行為の場合のような意図はないが、その有責性において故意の場合と同じように取扱われている。したがって、ここでも故意の場合に準じて取扱われる。

故意行為者が先行する他人の過失を利用したり、第三者の行為が介入した場合、例えば第二事故が故意または重大な過失によって惹起された場合、とりわけ交通事故の被害者を医師が故意または重大な過失により重篤化させたり、死亡させた場合、「因果関係の切断」ではなく「責任の切断」であるとする見解がある^(二七)。しかし、複数人が共同で行動する**設例(3)**の場合とは異なり、個々別々に行動する場合には、Aの過失がBの責任に影響を及ぼし、Bの過失がAの責任に影響を及ぼすことはない。したがって、「責任の切断」ということもありえない。**設例(9)**の場合、Bの過失行為が加わりAによる第一事故の被害が増大するのは、Aの行為とBの行為が累積的に結合して因果関係を共同で形成した結果である。しかし、Bが故意(または重大な過失)によって第二事故を起した場合には、第一事故のAの行為と合体して因果関係の共同形成をするのではなく、いわば第一事故に便乗する形で、被害の増大を図っている。

第一事故は第二事故と結びついて因果関係を共同形成することはない。したがって、第一事故を起したAの責任は

第一事故の範囲に止まり、第二事故には及ばないのである。

それは忖措き、AがXを轢いた後、Xを介護している時にBの車が接近して来たので、Aは自分の身の安全を守るためにXの許を離れ、Xを放置したために、XがBの車に轢かれた場合、Aは緊急避難(民七二〇)として違法性を阻却される。

これとは逆に、BはAの後に続いて正常な運転をしていたが、AがXの車に追突したり、Xを轢いた時に、その事故がとつさの出来ごとだったために、Bは玉突き事故、あるいは二重轢過を回避することが出来なかつた場合には、期待可能性なしとして有責性が阻却されて不法行為にならないこともある。また、B医師が救急車で運び込まれた交通事故の被害者につき、一刻を争う状態だったので、彼の病歴や体質などを詳しく調べないで治療に当たったために、後遺症が出た場合、過失を認定されないこともある。さらに、B医師の過失が軽微であるために、因果関係の存在が否定されたり、違法性がないとされる場合もあるであろう[前掲注(二四)の横浜地裁川崎支部判決、注(二七)の札幌地裁判決参照]。

要するに、**設例(9)**の事例も、不法行為の論理構造に照らし、どの部分に「共同」性が見られるのか、あるいは見られないのかという基準によって、共同不法行為になるのか、ならないのかを判断すべきである。

注(二一五) 塚原・注(七)二〇九頁注(23)・二二〇頁注(35)・二二四頁は、交通事故と医療過誤の競合について、①連鎖型共同不法行為、②共同不法行為という実益がない場合、③一項後段の適用を受ける場合があり、①が普通であるとされる。

(二二六) 同旨、四宮・注(四)七八二頁注(一)、平井・注(六)川島還暦三〇九頁、同・注(三〇)各論II二〇八頁以下、潮見・注(七)一六八頁(設例(9)③に関する)。

(二二七) 四宮・注(四)四二八頁・七七〇頁注(二)・七七二頁注(二)、澤井・注(三〇)民法講座(6)三〇〇頁・三二八頁。

なお、内田・注(四)四九八頁は、Bの行為が加わって損害が拡大した場合、Aの賠償額は減額される場合もあるが、それ

は因果関係の不存在による免責ではなく、保護範囲が及ばないこと、あるいは寄与度を理由とする減額であるとされる。

一九 交通事故と医療過誤の競合事例につき、平成一三年に最高裁としては初めての判断が下された。^(二二九) 本件では共同不法行為における過失相殺が争点となっているので、その点を考慮して裁判の流れを見る必要があるものの、共同不法行為について最高裁は従来どおりの客観的共同説に立っている。

本件の第二審は、車の運転者と医師の共同不法行為を認め、両者が各自、損害全額について責任を負うべきことを認めるものの、被害者との過失相殺に関しては、各不法行為者は自己の行為の損害全額に対する寄与度による分別を主張・立証して個別的に過失相殺の主張をできるとした上で、そのような主張がなされた場合には「裁判所は、被害者の全損害を算定し、当該事故における個々の不法行為の寄与度を定め、そのうえで個々の不法行為についての過失相殺をしたうえで、各不法行為者が責任を負うべき損害賠償額を分別して認定するのが相当である」とした。これに対して、被害者の遺族(原告)は七一九条一項の解釈の誤りなどを主張して上告した。最高裁は、交通事故と医療過誤のいずれも被害者の死亡という不可分の一個の結果を招来しており、それぞれの独立して成立する複数の不法行為が順次競合した共同不法行為であり、各不法行為者は損害の全額について連帯して責任を負うべきものであり、「各不法行為者が賠償すべき損害額を案分、限定することは連帯関係を免除することとなり、共同不法行為者のいずれからも全額の損害賠償を受けられる」としている民法七一九条の明文に反し、これにより被害者保護を図る同条の趣旨を没却することとなり、損害の負担について公平の理念に反することとなる」とした上で、各不法行為者が賠償すべき全損害額について、各行為者と被害者との間の過失割合に応じて相殺を行った。

第二審が全損害について各自、連帯して賠償義務を負担することを認めておきながら、寄与度に応じた分割債務としたのは過失相殺を考慮したからである。しかし、各不法行為者が全額責任を負うのであれば、最高裁判決のよ

うに考えるのが妥当である。

とはいえ、最高裁判決のように、複数の行為者の「いずれもが、(被害者の死亡という不可分の一個の結果を招来し、その結果について相当因果関係を有)しており、「それぞれ独立して成立する複数の不法行為が順次競合した」というのであれば、七〇九条による単独不法行為の競合とした上で、運転者と医師の全額賠償につき不真正連帯債務とする方が筋がとおる。というのは、因果関係の共同形成という客観的関連共同性がないのであれば、共同不法行為とはいえないからである。⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾

さらに、不法行為の競合の場合にも各不法行為者は不真正連帯債務を負担するのであれば、七一九条一項前段は被害者保護を図るために全損害に対する各行為者の債務を連帯債務とし、民法四二七条の分割債務の原則を排除したとして、ここに共同不法行為制度の存在意義を求めることは出来ないことになる。

民法七一九条が四二七条を排除したというのは、共同不法行為による損害賠償債務については、民法四二七条のように各債務者が「等しい割合で」債務を負担すると推定するのではなく、被害者は全損害について各行為者に対し連帯して支払うよう請求することが出来るが、被告は自己の行為の寄与度を主張・立証して減免責を求めることが出来るようにした⁽¹²⁾⁽¹³⁾ところに、特則としての意義を求めることも可能である。そして、このように解する方が、最高裁のいう「損害の負担について公平の理念」⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾に適用ことになる。

注(二一八) 最判・平成一三年三月一三日・民集五五卷二二号三二八頁。

本件の解説・評釈として、山口成樹・法学教室二五二号(二〇〇一年)一五三頁以下、田高寛貴・法学セミナー五六三号(二〇〇一年)一〇五頁、吉田邦彦・判例評論五一六号(二〇〇二年)一二頁以下(判例時報一七六七号一五八頁以下)、橋本佳幸・民商法雑誌一二五巻四・五合併号(二〇〇二年)一五七頁以下、窪田充見・ジュリスト一二二四号・平成三年度重要判例解説(二〇〇二年)九二頁以下、川崎富夫・医事法判例百選第二版(二〇一四年)一四六頁以下、吉村良一・民法判例百選⑩第七版(二〇一五年)二〇六

頁以下。

(二一九) 共同不法行為における過失相殺については、潮見・注(七)一八九頁以下、窪田・注(七)四三三頁以下、橋本・注(二一八)民商一二五卷四・五合併号一八五頁以下、大塚・注(二〇四a)瀬川・吉村古稀二〇九頁以下、前田陽二交通事故における共同不法行為と過失相殺絶対的過失相殺と相対的過失相殺、被害者側の過失論との関係を中心に「ジュリスト一四〇三号(二〇一〇年)三〇頁以下。

なお、最判・平成一五年七月一日・民集五七卷七号八一五頁。本件の解説として、水野 謙・ジュリスト一二六九号・平成一五年度重要判例解説(二〇〇四年)九三頁以下。

(二二〇) 同旨、大塚・注(二〇四a)瀬川・吉村古稀一九一頁。橋本・注(二一八)民商一二五卷四・五合併号一七二頁は、「交通事故と医療過誤の競合にあつては、その事実構造上、共同不法行為という位置づけのもとに各加害者の責任を個別的因果関係の及ぶ結果部分をこえて拡大することを正当化しうるだけの関連共同性(中略)を欠いている」とされる。

(二二二) 内田・注(四)四九八頁は、Aの交通事故とBの医療過誤の競合事例につき加害行為の一体性はなく、Aの加害行為と全損害に事実的因果関係はあるが、Bの加害行為と一部の損害との間に事実的因果関係はない。しかし、その部分を確定することは困難なことが多いから、その限りで損害一体型とみることができ、したがって、Bが自己の加害行為と因果関係のない損害を明らかにすれば、その部分に賠償責任を負わないとされる。

四宮・注(四)七七七頁は、交通事故と医療過誤の競合事例において、寄与度不明の場合は頭割りによる分割責任とされる。しかし、被告が自己の行為の寄与度を立証しえない場合は損害全部について連帯して責任を負う、ということになるのであるまいか。

(二二二) 中村・注(三)新潟四〇卷三・四合併号一四頁は、近時の最高裁判例に見られる傾向である「損害の公平な分担」思考からすれば、寄与度減額に途が開かれ、かつ拡大する可能性は大きいとさえいえるよう」とされる。

なお、橋本・注(二一八)民商一二五卷四・五合併号一七五頁は、平成一三年最高裁判決が共同不法行為による全額の連帯責任を課して、割合的責任限定を排除したことに対しては、その実質的根拠の存否に疑問を向けられる。

二〇 民法七一条の土地工作物所有者の責任や、国家賠償法二条一項の営造物の設置・管理の瑕疵に対する責任が過失責任なのか、無過失責任なのか、見解は分かれている。^(二二三)この責任が過失責任であるとすれば、**設例(10)の紛争**

事例は、自動車運転者の過失との累積的競合による客観的共同不法行為として、**設例(7)**の一事例となる。^(三三四)

これらの責任が無過失責任であるとすれば、**設例(10)**を客観的共同不法行為とすることは出来ない。^(三三五) というのは、判例・学説によれば、客観的関連共同性が認められるためには、権利法益侵害・損害発生という結果との間に「社会通念上、一個の行為と認められる程度の一体性」がなければならぬからである。私見にあつては、複数人の個別の有責行為が合体して、権利法益侵害・損害発生との因果関係を共同形成していなければならぬからである。

しかし、たとえ**設例(10)**の事例が厳密な意味では客観的共同不法行為に該当しないとしても、運転者の過失だけで事故が発生したわけではなく、土地工作物や營造物の設置・管理上の瑕疵も事故の一因をなしている。^(三三六) にも拘わらず、運転者だけに全責任を負わせるのは、公平の理念に反する。したがって、**設例(10)**は**設例(7)**に準じて、七一九条一項前段を類推適用し、かつ寄与度減責を認めるのが妥当である。^(三三七)

設例(11)の自然力が加担している事例は、共同不法行為とはいえないことは明白である。とはいえ、この事例においても、**設例(10)**におけるのと同じように、被害惹起の原因力に関して自然力の作用による分については、過失ある行為者に減責を認めるのが公平の理念に合致する。^(三三八)

注(二三三) この点については、五十嵐 清・前掲注(九三)注民(9)三〇六頁以下、目崎哲久「工作物責任法理の交錯」法律時報四九巻

一号(一九七九年)三二頁、植木 哲「工作物・營造物責任」星野英一代表編集 民法講座(6)「有斐閣 一九八五年」二八頁以下。

(二二四) 内田・注(四)四九八頁は、私見の**設例(5)**か**設例(6)**の併合的競合の例とされるようである。

(二二五) 共同不法行為とすることに反対する説として、内田・注(四)四九八頁(独立不法行為競合とされる)、平井注(三〇)各論Ⅱ一九七頁・一九八頁(広義的競合的不法行為とされる)・二〇六頁、能見注(三三)講義(6)二五七頁、前田(達・注(三三)民法Ⅵ一八四頁法の欠缺として扱うのが適切とされる)。

共同不法行為の成立を認める説として、四宮・注(四)七六六頁(共同不法行為の規定を類推適用すべきとされる)、七七〇頁・七八六頁、

吉村・注(一一)二四二頁「関連共同性を含めた他の要件を満たしている場合には、少くとも類推適用を認めるべきとされる」、渡邊知行「大気汚染公害における企業と道路管理者との責任競合について共同不法行為の成立要件をめぐって」『富大経済論集四二巻二号(一九九六年)二〇七頁以下、大塚直「共同不法行為論」法律時報七三巻三号(二〇〇一年)二四頁。なお、徳本(興)・注(九三)注民(19)三三三頁以下は、無過失責任を定める鉱業法一〇九条二項に基づき、鉱害について共同不法行為の成立を認められる。

因に、品川孝次「判批」判例評論二二〇号(一九九九年)四二頁「判例時報五三八号二四〇頁は、本来の共同不法行為理論は各自の行為と現実的に相当因果関係にある損害を超えて責任を負わせる法理であり、行為の共同・関連性をかなり厳格に解すべきであるとされる。バス会社の運転手の過失についての使用者責任と電鉄会社の踏切施設の瑕疵に対する所有者責任が競合する事例につき、目崎哲久「工作物責任」法律時報五〇巻六号(一九七八年)五四頁は、七一五条の使用責任と七一七条の所有者責任は、ともに法政策的に無過失責任を負わせて責任を加重しており、このような場合には、共同不法行為の適用は制限すべきであるとされる。

(二二六) 同旨・四宮・注(四)七六六頁・七七〇頁、大塚・注(二三)法時七三巻三号二四頁。

(二二七) 内田・注(四)四九八頁は、独立不法行為競合型として、民法七〇九条および国賠法によって処理することになろうとされるが、寄与割合「帰責性の割合」による減責の可能性があるとされる。

なお、國井和郎「自動車事故における共同不法行為に関する一考察(二)」『道路管理者と運転者との場合』『民商法雑誌七一巻三号(一九七四年)九頁以下は、道路事情と運転方法の責任共同とすることが可能になる点に、共同不法行為とする構成の利点を認められる。

(二二八) 原因力に応じて減責を認める説として、能見・注(二)法協九五巻三号六〇頁以下(自然力を予測しない場合に限定されるが、この場合、過失が否定されることもある)、四宮・注(四)四一九頁(なお四二頁注(二))、野村・注(一九七)ジュリ五三四号三一頁、浜上則雄「損害賠償法における『保証理論』と部分的因果関係の理論」(二・完)『民商法雑誌六六巻五号(一九七二年)三六頁以下。

反対説として、塚原・注(七)一九九頁・二〇五頁注(19)、前田陽・注(一三)別冊NBL一五五号二三五頁(不法行為と自然力との必要条件の競合については減責を否定するが、累積的に競合した場合には分割責任ないし減責を認められる)、平井宜雄「因果関係」現代損害賠償法講座(1)『日本評論社・一九七六年』一〇八頁。

五 むすび——共同不法行為の類型と「連帯」の諸形態——

一 一般的不法行為の論理構造を基準にして共同不法行為について述べてきたことを整理すると、共同不法行為には、(1)不法行為の**実体**をなす有責行為に「共同」性が見られる、主観的関連共同不法行為(主観的共同不法行為)と、(2)不法行為の**実体と本質**、即ち有責行為と違法な権利(法益)侵害を結ぶ事実的因果関係が、複数の行為の合体により形成され、そこに「共同」性が見られる客観的関連共同不法行為(客観的共同不法行為)がある。

(1)の主観的共同不法行為には、**設例(2)**の故意による共同不法行為と、**設例(3)**の過失による共同不法行為がある。**(2)**の客観的共同不法行為には、**設例(5)・設例(6)**のように、同時・併行的に行われた行為が後から合体して事実的因果関係を共同形成する場合(併合的競合の場合)と、**設例(7)・設例(8)・設例(9)**のように、時を異にして行われた行為が積み重なって事実的因果関係を共同形成する場合(累積的競合の場合)がある。

設例(4)の択一的競合の場合も共同不法行為の一類型として扱うテキストが多い。しかし、この事例は、複数の人が同一の権利(法益)侵害をする可能性・危険性のある行為をしたという「共通」性はあるが、彼らの行為はもとより、事実的因果関係の形成に関しても「共同」性は見られない。したがって、これを共同不法行為の一類型とすることは出来ない。とはいえ、複数の行為者の中の誰の行為が権利(法益)侵害を惹起したのかを原告(被害者)に証明させるのは酷である。そこで、被告の側に事実的因果関係の不存在の証明責任を転換して、複数の被告がそれに成功しない場合には、いずれも不法行為責任を免れることが出来なくなり、あたかも共同不法行為者のような取扱いを受けることになる。しかし、これを共同不法行為に位置づけると共同不法行為論に混乱をもたらすことになる。

まして、択一的競合に関する七一九条一項後段の規定を、客観的共同不法行為に適用、ないし類推適用することは、共同不法行為論の混迷状況に一層の拍車をかけることになる。要するに、択一的競合不法行為は競合的不法行為

為(複数の不法行為の競合)の変則であり、七一九条一項後段は七〇九条による競合的不法行為の特例として位置づけるべきである。そして、客観的共同不法行為は共同不法行為の第二類型として、第一類型である主観的共同不法行為とともに、しかし両者は区別して、七一九条一項前段に位置づけられる。

因に、旧通説は七一九条一項前段の共同不法行為の成立要件として、「行為の独立性」「独立の行為」を掲げていた。^(一三九)旧通説のように、一項前段の共同不法行為につき客観的共同説を採る場合には不都合はない。しかし、一項前段の共同不法行為には主観的共同不法行為もあり、この類型では「行為の独立性」ではなく、「行為の共同性」が要件となる。そして、客観的共同不法行為の類型では、因果関係の「共同」形成が要件となる。

注(二二九) 徳本(巻・注(九三)注民(19)三三三頁以下。

二 ①民法七一九条一項前段が適用される狭義の共同不法行為、②一項後段が適用される加害者不明の場合、③七一九条二項が適用される教唆・補助のほかに、④広義の共同不法行為という類型を認める見解がある。^(一四〇)

「広義の共同不法行為」という類型を認める背景には、右の①②③のいずれにも分類できないが、「共同」性の要素がある紛争事例の存在を認めるからであろう。本稿の立場では、そのような事例として、**設例(10)**の土地工作物や營造物に関する事例と、**設例(11)**の自然力が関与する事例がある。これらの事例には、主観的共同不法行為の要件として欠かせない故意・過失による行為の共同性はもとより、客観的共同不法行為の要件である、有責行為の併合的競合や累積的競合による事実的因果関係の共同形成は、厳密な意味においては見られない。とはいえ、土地工作物設置・管理の瑕疵や自然力が被害発生の原因原因になっている点では、客観的共同不法行為に似た側面がある。したがって、客観的共同不法行為の場合に寄与度に応じた減免責を認めるのであれば、これらの事例においても寄与度

減免責を認めることに繋がる。これとは逆に、これらの事例においてこそ寄与度減免責を認めるべきだとすれば、これらの事例に似たところがある客観的共同不法行為の事例についても、寄与度減免責を認めるべきかという問題に繋がる。このような関連性がある点で、**設例(10)・設例(11)**を「広義の共同不法行為」として分類するのであれば、反対する理由はない。

しかし、客観的共同不法行為に該当する可能性がある場合や、過失による教唆・補助の場合、あるいは七一九条一項前段・後段総合型を共同不法行為として処理するために「広義の共同不法行為」という類型を認めるのであれば、客観的共同不法行為や教唆・補助の要件と共同不法行為としての位置づけを見直し、さらに共同不法行為に入らない事例について、不法行為の競合ないし競合的不法行為として処理することで何か不都合があるのか否かを検討する必要がある。というのは、「広義の共同不法行為」を認めることが、共同不法行為論の混迷の一因にもなりかねないからである。

注(二二〇) 徳本・注(二二頁以下・六九頁以下、澤井・注(七)三六〇頁以下、幾代#徳本・注(八)二二四頁・二二七頁注(3)・二二〇頁。

(二二二) 徳本・注(二)六九頁、幾代#徳本・注(八)二二五頁・二二二頁注(3)。

(二二三) 徳本#幾代・注(八)二二七頁注(3)。

(二二四) 澤井・注(七)三六〇頁以下。

三 下級審判決や学説の中には、複数の侵害行為の間に「強い関連共同性」がある場合と、「弱い関連共同性」しか存在しない場合を分けるものがある。そして、「強い関連共同性」がある場合には七一九条一項前段を適用することで一致しているようである。これに対して、「弱い関連共同性」しか存在しない場合については、(1)一項前段に位置づ

ける見解、(2)一項後段に位置づける見解、(3)単なる不法行為の競合にすぎないとする見解に分かれており、(2)説が多いようである。

しかし、誰が加害者であるかが判明している事例について、誰が加害者か判明しない択一的競合に関する七一九条一項後段を適用、ないし類推適用するのは妥当ではないし、共同不法行為論が混迷する一因となる。

「弱い関連共同性」しか存在しない場合にも共同不法行為の成立を認めるのであれば、(1)説のように七一九条一項前段に位置づけるだけでなく、「強い関連共同性」がある場合との違いを理論的に明確にしなければならぬ。そのため、「強い関連共同性」があるとされる事例と、「弱い関連共同性」しかないとされる事例を、不法行為の論理構造に照らして、この論理構造の「どの」部分に共同性があるのかという違いを明らかにする必要がある。このような作業をすることによって、「強い」とか「弱い」という感覚的な表現の背後にある事実の違いが明らかになるとともに、「強い関連共同性」は共同企業関係が形成されているような場合の協働作業を行う事例に限定されることになる。つまり、「強い関連共同性」のある事例は主観的関連共同性がある場合に限定されることになり、単なる場所的・時間的な近接性があるにすぎない場合は、「弱い関連共同性」のある客観的共同不法行為の事例として区別されることになる。

なお、(3)説のように、複数行為の間に「弱い関連共同性」がある事例の中で、行為の一体性がある場合に限定しながら、これを不法行為の競合にすぎないと解する^(二三四)のでは、複数行為による被害の同一性はあがるが、行為の一体性がなく競合的不法行為と共同不法行為との区別がつかなくなってしまう。右の説が「行為の一体性を求めたのは、寄与度不明の場合にも不法行為の成立を認めるためであろう。しかし、被害者にとって寄与度が不明になるほどの「行為の一体性」があるのは、主観的関連共同性のある、つまり故意・過失のある共同不法行為か、客観的関連共同性、つまり事実的因果関係を共同形成した場合である。これに対して、不法行為の単純な競合の場合に問題になるのは

「行為の一体性」ではなく、危険な「行為の共通性」や「損害の共通性」である。したがって、(3)説は根本的に考え直す必要がある。

注(二三四) 潮見・注(七)二〇五頁以下(なお、一五二頁・二〇一頁・二二二頁)。

四 私見のように、共同不法行為の種類として主観的共同不法行為と客観的共同不法行為を認める見解は、既に存在している(第一章七節参照)。

この説は共同不法行為と択一的競合の場合を明確に区別する点において、共同不法行為論の混迷状況から抜け出す理論に繋がる可能性を有している。のみならず、主観的共同説には共同不法行為の一部分しか捉えられず、共同不法行為とは認められない紛争事例が多くなるという難点があり、客観的共同説には、複数原因による被害を共同不法行為として広く救済できる反面、主観的共同不法行為や択一的競合事例を暗黙の中に混入させて、共同不法行為論の混迷状況をもたらし大きな原因となったという難点がある。七一九条一項前段に主観的共同不法行為と客観的共同不法行為を位置づける見解は、右のような難点を克服しながら、共同原因による被害を幅広く共同不法行為として救済しようという、実用法学上の利点を有している。

しかし、七一九条一項前段に主観的共同不法行為と客観的共同不法行為という異なった紛争類型を並置することが出来るのか、そして並置しなければならないのか、その理論的根拠を明確に示さなければ、幅広く被害者を救済するために、主観的共同不法行為と客観的共同不法行為を並べただけではないのかという疑問を生むことになる。このような疑念を払拭するためには、複数人が侵害行為や適法行為を「共同」で行うことによって不法行為が生じる主観的共同不法行為の場合だけでなく、客観的共同不法行為の場合にも、各自、別個の行為をしながら、「共同」し

て被害を発生させたところに単独不法行為の競合とは異なる特殊性があること、したがって民法七〇九条の原則に對する特則である七一〇九条一項前段を適用する必要があることを説く必要がある。

なお、共同不法行為の類型として、主観的共同不法行為、客観的共同不法行為のほかに、主観的・客観的共同不法行為^(三三五)や、七一〇九条一項前段・後段総合型の共同不法行為^(三三五)を認める見解がある。請求権競合論における全規範統合説^(三三七)を想起させる考え方であるが、紛争の妥当な解決を図るための実用法学の観点から、右のような提案をする前に、共同不法行為という法現象を客観的・理論的に把握して、右のような第三の類型が存在するか否かを検討しておく必要がある^(三三八)。その上で、実用法学の観点からの提案をしないと、共同不法行為論の混迷状況から脱却するどころか、混迷を深める一因になりかねない^(三三九)。

注(三三五) 四宮・注(四)七八六頁以下・七八七頁以下。

(三三六) 澤井・注(七)三五一頁以下・三六〇頁以下。

(三三七) 四宮・注(四)六六一頁以下、同・請求権競合論「一粒社一九七八年七七頁以下。

(三三八) 原田(剛)・注(四)交通法四三号五八頁は、主観・客観併用説が客観社会観念上の一体性を併用する契機は因果関係の立証困難であり、右の一体性は因果関係の存在に代替するものである。しかし、それでは自己責任原則と抵触することになるが、これを立証の困難を救済するということで正当化しようのかという問題があるとされる。

主観・客観併用説に右のような理論的な難点があるとすれば、その原因は、共同不法行為という法現象の理論的な解明よりも、紛争の妥当な解決ということを優先させたことにあるのではあるまいか。

(三三九) 因に、法律学が貨幣について考察する場合、騙取された貨幣を被害者が取戻す理論を構築するという実用法学の観点からの考察が先行し、貨幣を法現象として客観的に、理論的に考察した、真の意味での「貨幣の法理」を根底に捉えた上での紛争解決案にはなっていない。そのために、貨幣の占有「所有権説を乗り越えた理論を形成し得ないでいる。この点については、拙稿「法律学から見た『貨幣とは何か』(四六元)「おかねの法理論的考察」佐賀四九卷三三・二〇一六年・第四章一二節・一四節、第五章一節・五節・一〇節参照。

なお、私の貨幣論は、不当利得返還請求権を普通の債権と解する通説に立脚していた。しかし、不当利得返還請求権は、物権的返還請求権と同質の物権的債権ではないかと考えるようになった。このような観点から不当利得について論じる際に、私の貨幣論(不正取得された金銭の返還請求権論)について論じ直す予定である。

五 民法七一九条二項は「行為者を教唆した者及び幫助した者は、共同行為者とみなして、前項の規定を適用する」としている。本項は一項前段の注意規定にすぎないのか、それとも特別規定なのか。この点についても、見解は分かれて^(二四〇)いる。

教唆者は行為者が権利(法益侵害)をするように示唆したり、行為者が適法行為をしている間に間違った示唆をして、第三者の権利(法益侵害)を惹起させており、不法行為の**実体**をなす有責行為に関わっている。とはいえ、行為者と共同して(一緒になって)行動する意思は有していない。この点において「共同」性が欠けており、厳密な意味での主観的共同不法行為の行為者とはいえない。

幫助者は行為者が第三者の権利(法益侵害)をする行為の下準備をして不法行為をやり易くしてやったり、不法行為の後始末の手伝いをして、不法行為の**実体**をなす有責行為に関わっている。とはいえ、行為者と共同して行動する意思は有していない。この点において「共同」性が欠けており、厳密な意味では主観的共同不法行為の行為者とはいえない。

しかし、教唆者が実は主謀者であるかも知れないし、幫助者が実は共同行為者かも知れない。被害者には右の區別はつかないし、その証明することは不可能である。だからといって、不法行為に協力した者の責任を問えないというのは不公平である。そこで、このような場合にも、右の「協力者」を共同行為者とみなして、つまり主観的共同不法行為の行為者とみなして、一項前段の責任を問えるようにしているのが二項の規定である。

したがって、右の「協力者」が実は主謀者であったり、共同行為者である場合には、二項は注意規定ということになる。そして、右の「協力者」が本当に協力者にすぎない場合には、二項は特別規定ということになる。いずれにせよ、二項の規定は被害者が一項前段の責任を問うことが困難な場合や、一項前段の責任を問うているのに対して、被告が自分は共同して行為をする意思は有していなかったという抗弁を主張するのを封じて、被害者の損害賠償請求を容易にするところに存在意義がある。そして、主観的共同不法行為の成立要件として、複数人の間に行為(侵害行為)であれ、適法行為(であれ)を「共同」で行う意思が必要であることを反面から示している。^(二四一)

注(二四〇) 七一九条二項の位置づけや存在意義に関する学説や、二項を適用した判決については、能見注(二)法協九八巻八号

一三六頁以下、神田注(三)研究三二八頁・三七頁・三三四頁・三六四頁以下。

(二四一) 加藤雅・注(三九)三六九頁は、「一項前段と二項とは、基本的には内容が大部分重複したものとなっている」ので、いずれに基づいて責任を問うかは請求者の自由であるとされる。いずれに基づいて責任を追及するのかは請求者の自由であるが、一項前段は複数人の間に「共同する意思」がなければならないが、二項はそれを必要としない点が基本的に異なっているのではあるまいか。

六 民法七一九条一項前段は「数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う」と規定している。複数人が共同不法行為によって加えた損害全部について、各行為者は他の行為者と連帯して債務を負担するのであって、自分の行為と因果関係にある部分について分割債務を負うのではないという趣旨であると解されている。

立法当初は、この「連帯」債務には民法旧四三二条(現四三六条)以下の規定が全て適用されると解されていた。しかし、その当時の日本民法の連帯債務の規定には絶対的効力事由、つまり弁済や代物弁済などのように債務者全員の

債務を消滅させる事由のほかに、債務者の一人について発生した債務消滅事由が他の債務者の債務に対しても効力を生じるとする規定が多く、旧四三四条のように債権者が一人の債務者に履行の請求をすれば、他の債務者に対しても効力が及ぶとする規定を除き、債権者にとって都合の悪いものが多かった^(一四二)とりわけ、債務者の一人に対する免除と二人について完成した消滅時効に絶対的効力を認める旧四三七条と旧四三九条。

そこで、このような債権者に不利な条項が適用されないようにするために、不真正連帯債務という亜種が考え出された。この不真正連帯債務は同一債権者に対して複数の債務者が、連帯して全額賠償債務を負担し、債務者の一人による弁済や代物弁済などのように、全員の債務を消滅させる場合には、他の債務者の債務に対しても効力が及ぶが、それ以外の債務消滅事由については効力が及ばない。つまり絶対的効力事由が限定されるという点で、真正の連帯債務とは異なっているとされる。^(一四二)

連帯債務と不真正連帯債務との間に、このような違いを認める根拠として、連帯債務の場合には複数債務者の間に「共同して債務を消滅させる」という主観的共同関係があるのに対して、不真正連帯債務の場合には右のような主観的共同関係がないからだとされる。したがって、弁済や代物弁済などのように債権を消滅させてしまう事由を除き、債務者の一人について生じた債務消滅事由は、連帯債務の場合には他の債務者にも波及するが、不真正連帯債務の場合には波及しないというわけである。そして、右の違いは、真正連帯債務においては債務者間に負担部分があり、債務者の一人が弁済すると他の債務者に対して、その負担部分に応じて求償することが出来るが、不真正連帯債務の場合には債務者間に負担部分がなく、求償関係も発生しないという形で現われると解されていた。^(一四三)

民法七一九条一項前段の「連帯債務」を不真正連帯債務と説いているテキストは多いが、最近では共同不法行為者の間にも負担部分や求償関係が認められており、この点では連帯債務と不真正連帯債務との間に違いは見られないとする説が有力になっている。^(一四四)

七一九条一項前段の共同不法行為の中、主観的共同不法行為の場合には、複数行為者の間に主観的関連共同性がある。だとすれば、「主観的共同関係」の有無によって、連帯債務と不真正連帯債務を区別することは出来ないのではないかと疑念が生じるかも知れない。^(二四五)しかし、連帯債務における「共同関係」は複数人が「共同して」信用取引をした(金銭消費貸借をしたり、商品代金を後払いにしてもらったので、その複数人が「共同して」弁済をしなければならぬ)という「主観的な共同関係」が形成されている。これに対して、主観的共同不法行為の場合には、侵害行為や適法行為を「共同して」行おうという主観的共同関係が形成されているものの、損害賠償額を「共同して」弁済しようという共同関係は形成されていない。この違いが、信用取引から生じる連帯債務と共同不法行為から生じる不真正連帯債務の間に、どのような違いをもたらすことになるのか、もたらすと説く必要があるのかという問題を発生させるのである。「主観的共同関係」という表現は共通しているが、両者における「主観的共同関係」の内容に違いがあることを見落してはならない。

最近では、不真正連帯債務という概念の有用性・必要性に対して疑問が出されるようになっていた。^(二四六)不真正連帯債務という概念は連帯債務単一論を打破するという歴史的機能を果たした消極的概念にすぎず、積極的な意味内容をもつ統一的概念ではないので、従来の不真正連帯債務論を捨て、これまで不真正連帯債務とされて来たものについて、それぞれの領域で、それぞれの法律効果を定めるべきであるとする見解^(二四七)さえ出されている。

共同不法行為者の責任に関しても、連帯債務と不真正連帯債務を峻別した上で、そのいずれに当たるのかという発想ではなく、共同不法行為の効果として、どのような効果を認めるのが良いのか、民法旧四三二条以下の、どの規定を適用すれば紛争の妥当な解決へと導けるのかという観点から判断しようとする見解が有力になっている。^(二四八)

注(二四二) このような説が登場した背景や、連帯債務と不真正連帯債務の違いとして説かれていることに関しては、西村信雄

編・注釈民法(Ⅰ)〔有斐閣・一七六五年〕五七頁以下〔樗 寿夫、尾崎三芳〕連帯債務・不真正連帯債務〔星野英一代表編集〕民法講座(4)〔有斐閣・一九八五年〕三四頁以下、高橋康之「不真正連帯債務概念の有用性」加藤一郎・米倉 明編・民法の争点Ⅱ〔有斐閣・一九八五年〕五六頁以下、平林美紀「不真正連帯債務論の再構成」〔名古屋大学法政論集一七九号・一九九九年・二二五頁以下〕。

(二四三) 我妻 栄・新訂債権総論〔岩波書店・一九六四年〕四〇二頁以下・四三〇頁以下・四四四頁以下。

(二四四) 学説の状況については、瀬川 注(三)六八三頁六八四頁注(38)、浜上 注(二)八八民商六六卷五号五一頁注(4)。(5)。

四宮 注(四)七九〇頁は、主観的共同不法行為に関する限り、一人の債務者に対する請求が全債務者に対し消滅時効を中断させる効力を認めるべしとされる。澤井 注(七)三五六頁は、請求に絶対的効力を認めないことには債権を著るしく弱体化させるので、民法七一九条については、すべて請求に絶対的効力を認めるべきであるとされる。

(二四五) 潮見 注(七)一七五頁は、主観的共同ないし客観的共同の関係にある共同行為者間には、真正の連帯債務(共同連帯)を特徴づける「主観的な共同関係」が認められるので、七一九条一項前段の連帯の意味は真正の連帯として捉えるのが適切であるとされる。

しかし、客観的共同不法行為者の間には「主観的な共同関係」は存在していないし、主観的共同不法行為の場合に存在している「主観的な共同関係」と、金銭消費貸借や代金後払いのような信用取引における担保機能を果たす「主観的な共同関係」とでは、内容が異なっていることに配慮する必要がある。

(二四六) この点については、淡路 注(一)三ジュリスト四三二号一四五頁以下(不真正連帯債務概念だけでなく、連帯債務概念についても批判される)、同・連帯債務の研究〔弘文堂・一九七五年〕三三二頁以下、高橋 注(二)二二争点Ⅱ五七頁。

(二四七) 淡路 注(二)四六連帯債務一六五頁以下・二二九頁以下・二六二頁。

(二四八) 川井 注(二)研究二五七頁以下、森島 注(一)六一二四頁以下、浦川 注(一)三七民法学6一七一頁、淡路 注(二)四六連帯債務二六二頁以下、同「不真正連帯債務概念についての一考察(共同不法行為の場合を中心として)」前掲注(六)川島還暦二〇七頁・二二二頁以下。なお、能見 注(二)法協九四巻二号五一頁。

七 真正の連帯債務には民法旧四三二条以下の規定が全て適用されるのに対して、不真正連帯債務には全てが適用されるわけではないというところに、両者の違いを求めることも出来るであろう。これとは逆に、民法旧四三二条

以下は任意規定であるから、合意に基づき連帯債務の場合には合意の下に予じめ民法の規定の適用を排除しようが、共同不法行為の場合には予じめ排除する合意を結ぶことが出来ない点に、両者の違いを求めることも出来るであろう。

いずれにせよ、民法旧四三〇条が連帯債務に関する規定の一部を不可分債務に準用しているが、不真正連帯債務についても連帯債務に関する規定を準用ないし類推適用しようのか、あるいは、しえないのか。しえない規定があるとするれば、それは「なぜ」なのかということが問題になる。さらに、そもそも「連帯債務とは、どのような債務なのか」、不真正連帯債務は連帯債務と「何が」どのように「違うのか」、「なぜ」違うのか、ということが問題になる。

複数の債務者が負担した分割可能な債務(とりわけ金銭債務)につき、これを分割しないで各債務者が全部義務を負担し、共同で(協力し合って)履行する「多数当事者の債務」の形態として、改正前民法の下では意思表示による不可分債務があった(民法旧二八条参照。新四二八条四三〇条は性質上の不可分債権債務しか認めていない)。この不可分債務は、連帯債務と同じように、信用取引において複数人が信用共同体を形成して、仲間の債務につき人的担保となっているのである。組合組合に法人格を認めた合名会社の社員の個人責任が連帯債務とされている(会五八〇条一項、商旧八〇条)のは、全員で信用共同体を形成しているからであり、日常家事費用につき夫婦の個人責任が連帯債務とされている(民七六)のは、夫婦が生活共同体を形成しており、それが信用共同体でもあることの現われである。

これに対して、共同不法行為の場合には、詐欺事件のような例外はあるにしても、一般的には信用取引を行ってゐるわけではない。主観的共同不法行為の場合には一種の共同体が形成されているとしても、それは相手方から信用を得るための信用共同体ではなく、事実行為(侵害行為であれ、適法行為であれ)を行うための共同体にすぎない。

にも拘わらず、民法七一九条一項前段が、共同不法行為者が「連帯して」損害全部を賠償する責任を負うことになっているのは、被害者を救済するために民法四二七条の分割債務の原則を排除したのだとする説がある(二五〇)。四二七条を

多数当事者債務の原則を定めたものと解すると、七一九条一項前段は被害者救済のために、共同不法行為者の損害賠償債務を連帯債務としたと解して、債務の性質という側面を重視することになる。^(二五二)

注(二四九) 川井・注(二)研究二五七頁以下は、この点を重視している。

(二五〇) 前田(選)・注(二)婦責論二五六頁以下、松原・注(二)上智四八巻二号四五頁以下、神田・注(三)・研究三〇八頁以下。

(二五一) この側面を重視する見解については、神田・注(三)山島ほか古稀六九頁、中村・注(三)・新潟四〇巻三・四合併号二頁・

七頁以下。なお、前田(選)・注(二)別冊NBL一五五号三三八頁。

因に、能見・注(二)法協九四巻二号四九頁以下は、七一九条の「連帯」は「分割債務の原則」を排除する意味を有することは明らかであるが、それ以上に債権総則に規定する連帯債務になることまで意味すると考えるべきではないし、四二七条の適用排除は特に規定がなくても可能であり、七一九条の意義は大きくないとされる。

八 しかし、民法四二七条の「分割債務の原則」の適用を排除したからといって、共同不法行為者の間に信用共同体が形成されるわけではなく、全員が各自、全部義務を「連帯」して負担するということには繋がらない。

というのは、四二七条が適用されると、各債務者は平等の割合による分割債務を負担したものと推定される。したがって、この推定を破るためには、原告(債権者)が不可分債務ないし連帯債務とする合意がなされたということが出を主張・立証しなければならぬ。このような事態は、複数人が債務者となる信用取引については考えられることが出来る。しかし、共同不法行為が行われる前には、このような合意が被害者との間でなされるとは考えられないし、加害後に(損害賠償の交渉の段階で)、このような合意がなされることも稀なことであろう。したがって、不法行為の被害者が損害賠償金を取立て易くするために、四二七条の適用を排除して、全額につき「連帯」して債務を負うことにしたと解することは可能である。とはいえ、被告の側で自己の行為と被害発生との因果関係の不存在や、寄与度・

有責性が小さいことを主張・立証すれば全部義務の負担から解放される途が残されている、と解することも出来る。

七一九条一項後段につき、各行為者の行為と被害発生との事実的因果関係の存在を推定する規定と解し、この規定を客観的共同不法行為にも適用した上で、寄与度に応じた減免責を認める説が有力になっている。択一的競合に關する規程を客観的共同不法行為に適用(ないし類推適用)する点は問題であるが、このような説が有力化している背後には、単に被害者保護という観点だけでなく、四二七条の原則を排除して加害者側の負担を重くしたことに對する代償という側面があるのではないかと思われる。そうだとすれば、七一九条一項前段についても同じように解する余地はあるが、このような解釈の下に、主観的共同不法行為の場合にも各行為者の役割や寄与度に応じて減免責を認めるか否かは、政策的判断の問題であり、理論だけで解決しうる問題ではない。

それは忖措き、七一九条一項前段について右のように解することが出来るならば、共同不法行為者の責任は次のように類型化される。①全員が損害全部について各自、「連帯」して負担する場合、②全部義務を負担する者と減額された義務を負担する者による「連帯債務」となる場合、③全員が減額された賠償義務を負担するが、重なり合う部分は「連帯」して負担する場合、④全員が減額された義務を負担し分割債務となる場合。

右の④の分割債務は、七一九条一項前段が「連帯」債務としていることと矛盾するように見える。しかし、七一九条一項前段の趣旨は、四二七条の分割債務の推定を排除するところにあるのであって、分割債務を排除することにあるわけではない。むしろ、七一九条一項前段の「連帯して」責任を負うという文言は、七〇九条が前提にしているように、個々の不法行為者が自分でやったことに対して個別的に自己責任を負うのではなく、全員で惹起した全損害につき、全員が協力し、分担し合つて責任を負うという意味に解した上で、この全部義務の分担の仕方には多様な形態があり、不可分債務から分割債務まで含まれていると解することが出来る。

そして、七一九条一項前段の「連帯」債務が不真正連帯債務として區別されているのは、共同不法行為者が分担す

る債務には、真正の連帯債務では考えられないような、多様な形態があり得るからだと説明することが出来る。従来の学説のように、連帯債務の消滅に関する絶対的効力事由の規定の適用を回避するために不真正連帯債務という概念を用いるのでは、改正民法のように相対的効力を原則とする立場を貫いて、絶対的効力事由を減らしてしまうと(新四四一条)、不真正連帯債務という概念は役割りを終えることになる。(二五二)しかし、私見のように考えると、この概念は民法改正後も生き続けることになる。

民法七一九条一項前段の立法趣旨、存在理由として、四二七条の分割債務の原則の適用排除説のほかに、原告(被害者)が一体としての加害行為と被害の間の因果関係を証明すれば、各被告の個別の行為と被害発生との間の因果関係の証明をしなくてもよいようにすると(二五三)求める説がある。この両説は相対立する見解のように見えるが、「分割債務原則」排除の意味を私見のように解すると、右の両説は対立するものではなく、表裏一体の関係にあることになる。

注(二五一 a) 旧四三七条と四三九条は今回の改正によって削除され、求償のルール(新四四二条)は不真正連帯債務にも適用されることになっており、真正連帯債務と不真正連帯債務を区別する必要はなくなっている。潮見佳男・民法債権関係改正法案の概要「金融財政事情研究会・二〇一五年」九九頁・一〇五頁、大村敦志「道垣内弘人編・解説民法債権法改正のポイント」有斐閣・二〇一七年「二七頁」幡野弘樹」。

(二五二) このような理解をする説については、神田・注(二)山畠ほか古稀六九頁以下。

九 民法旧四三二条以下の連帯債務と不真正連帯債務の違いを明らかにするためには、民法学における難問中の難問の一つとされている連帯債務について考察しておく必要がある。(二五三)そのためには、連帯債務を意思表示による不可分債務と対比する(二五五)のが有効である。というのは、両者とも信用取引における人的担保として機能する点において共

通しているが、負担部分が債権者に対する関係においても効力を有しているか否かという決定的な違いがあるからである(この点については稿を改めて論じる)。

改正前の民法の下で連帯債務と不可分債務の違いは、絶対的効力事由に関する規定の有無にあるとして、表面的に捉える立場からは、改正法のように連帯債務についても相対的効力の原則を貫くことになれば、両債務の間における効果の面での違いは解消することになり、可分給付については合意による連帯債務に一本化すれば良いことになる。^(一五六)したがって、改正民法四三〇条には性質による不可分債務しか明記されていない。しかし、意思表示による不可分債務の構造と性質上の不可分債務の構造は異なっているし、連帯債務の構造とも異なっている。だとすれば、意思表示による不可分債務と連帯債務を対比することは、連帯債務を理解する上で有用であるし、不可欠な作業になるはずである。

連帯債務は複数人が同一債権者に対して同一内容の債務を各別に負担している場合に、つまり分割債務を負担している場合に、債権者との合意の下に各債務者が自己の債務だけではなく全員の債務を負担することにして、分割債務ではなく全部義務の負担をすることにより、信用を高める多数当事者の債務である。この場合、各債務者は自己固有の債務と他の債務者の債務に対する保証債務を負担することになる。^(一五七)全部給付債務の中で、自己の固有債務が負担部分ということになるが、この連帯債務が負担部分と保証部分から構成されることは債権者も知っている。したがって、債務者の一人の固有部分について生じた債務消滅事由が、他の債務者の保証部分に効力を及ぼす。つまり、絶対的効力事由となる。

これに対して、意思表示による不可分債務は複数人が同一債権者に対して分割可能な債務を負担する場合に、債務者間で分割しないことを債権者との間で合意することにより、各債務者が債務全部について個別に負担することにして、信用を高めている。債務者間では負担部分が決まっても、債権者との間では意味がなく、債務者の一

人に対する免除や一人について時効が完成しても、他の債務者の債務に影響することはない。つまり、絶対的効力はない。民法旧四三〇条は不可分債務につき、旧四三七条や四三九条を準用していなかった。したがって、共同不法行為につき不真正連帯債務を考え出すまでもなく、不可分債務と解することを検討する途もあつた〔後掲注二六〇参照〕。しかし、七一九条一項前段の「連帯して」を旧四三二条以下の連帯債務と解した通説は、共同不法行為の場合に、この絶対的効力を回避するために不真正連帯債務という概念を活用することになつたわけである。

共同不法行為の場合、客観的共同不法行為の場合よりも、主観的共同不法行為の場合にも、取引における信用を高めるために債務全部について各自が負担するような共同関係は形成されては^(二五八)いない。損害賠償債務に対する負担部分が行為者の間で予じめ決めてあるような事例は皆無といつてよいであろう。そして、債権者被害者との間で損害賠償債務を分割債務にはしないことを予じめ合意しておくという^(二五九)ことはあり得ない。したがって、共同不法行為責任が分割債務の連結としての連帯債務となることもあり得ない。それ故に、分割債務の推定は働かないとするところに七一九条一項前段の意義があるとはいえないし、共同不法行為における「連帯」債務は信用取引の場合のように全部義務の共同負担となる必然性はないのである〔本章八節参照〕。

因に、浜上博士は連帯債務を分割債務の相互保証とする考え方に立つて、共同不法行為の効果も因果関係の割合による分割債務の相互保証としての連帯債務であるとされる。^(二五九)しかし、相互保証説が妥当するのは信用取引における信用を高める場合であつて、共同不法行為の被害者を保護するためではない。

連帯債務≠相互保証説に立たれる山中博士は、民法七一九条の「連帯債務」を不可分債務とされる。^(二六〇)しかし、共同不法行為に基づく損害賠償債務は金銭債務であるから、不可分物の給付債務ではないし、共同不法行為者と被害者との間で意思表示による不可分債務を発生させるわけでもない。それでは、この不可分債務は、どのような債務なのかということが問題になる。この問題については、複数人がシェア・ハウスをするために家屋の賃貸借をした場

合の債料債務の性質や、不可分物の給付債務が損害賠償債務に転化して、可分給付債務になった場合について定める四三一条の解釈問題などと共に、稿を改めて検討したい。その際には、今回の民法改正によって、「連帯債務とは、どのような債務か」という民法の難問が解決されるようになったのか、という問題意識をもつて取り組むことにする。

注(二五三) 中島玉吉「連帯債務ノ性質ヲ論ス」続民法論文集「金刺芳流堂・一九二二年」二〇三頁、於保不二雄・債権総論「新版」有斐閣・一九七三年「二二三頁(なお、二二二頁)。

(二五四) 平林美紀「不真正連帯債務論の再構成(一)」名古屋大学法政論集一七八号(一九九九年)四八頁、同「不真正連帯債務論の再構成」私法六六号(二〇〇四年)一一五頁は、連帯債務と対比するのではなく、不真正連帯債務そのものを捉えようとする。

なお、私法六六号一一五頁・一一六頁は、不真正連帯債務概念を「請求の絶対効」を排除するための枠組みとして再構成することを提唱される。

(二五五) 於保・注(二五三)二四頁は法定担保関係である不真正連帯債務は、不可分債務と対比して理解されなければならないとされる。

(二五六) 改正民法の下では、意思表示による不可分債務は連帯債務に一本化されただけでなく、性質上の不可分債務と連帯債務の違いは、混同(民四三〇条四四〇条)を除けば、存在しなくなっている(「潮見・注(二五一) a」概要九八頁、大村ⁱⁱ道垣内注(二五一) a(二二六頁))。

因に、深川裕佳「連帯債務に関する相互保証説の再評価」フランスにおける議論を参考にして「名古屋大学法政論集二五四号(二〇一四年)三七五頁は、「デユムランは合意上の不可分債務を認めていなかった」にも拘わらず、「民法典の編纂者及び後の学説によるデユムランの学説の誤った理解に基づく思い違いから」合意上の不可分債務の認定は生じたとするミニヨの説を紹介されている。

(二五七) 於保・注(二五三)二四頁は共同連帯・普通連帯も意思表示による不可分債務も、共同担保または相互保証関係であるとされる。

(二五八) 同頁、窪田・注(一七)四一九頁。

(二五九) 浜上・注(三二八)民商六六卷五号三九頁以下。

(二六〇) 山中・注(一一二)石田遷曆(一三九四頁、同)いわゆる連帯といふことの意義「民商法雜誌三三卷三号(一九五六年)三〇頁以下。

一〇 本稿では、共同不法行為の類型として、主観的共同不法行為と客観的共同不法行為という二つの類型があると結論づけた。しかし、このような見解を採る学説は既に存在しており「前掲注(三三)・(二六五)参照」、何も目新しいものではない。私見の新しいところは、紛争の妥当な解決を導くための実用的提案をするのではなく、複数の原因によって被害が発生する事例を、一般的不法行為の論理構造に照らして、「共同」性の要素があるものを「共同」不法行為と認定する点にある。

その視点は、あくまでも客観的なものであり、主観的・政策的な観点から「このような類型」のものを共同不法行為として処理すべきだ」とか、「共同不法行為として取扱うのが、被害の救済に有効である」と主張するものではない。共同不法行為に關しても、既に多くの見解が主張されている。したがって、今さら主観的な観点から自分が妥当だと思うこと、「こうあるべきだ」と思うところを主張したところで、二番煎じにしかないだけだけでなく、共同不法行為論の混迷状況を増幅することにはなっても、そこから抜け出す手懸りは掴めない。この混迷状況から抜け出すためには、混迷状況を客観的に観察して、多様な学説から学び、それを理論的に整理し総合するというのも一つの方法であろう。しかし、そのためには明確な方法論が必要である。

一般的不法行為の論理構造を説明する作業は、不法行為に關する学説を私の独特の方法論「前掲注(二二)参照」によって整理しただけのことで、一見したところ何の役に立ちそうにもない。しかし、不法行為の**本質**をなす違法性と不法行為の**実体**をなす有責性を明確に區別して位置づけることにより、不可侵義務違反としての違法性と注意義務違

反としての過失の位置づけの違いを明らかにし、不法行為論の混迷状況を整理することに役立つ。そして、不法行為の論理構造を構成する部分に「共同」性がある事例だけを、「共同」不法行為と認定し、主観的共同不法行為は有責行為の部分に「共同」性があるのに対し、客観的共同不法行為は事実的因果関係の部分に「共同」性があるという、位相の違いを明確にすることにより、共同不法行為論の混迷状況を整理するのに役立つ。^(二六二)

注(二六二) 所有権の論理構造を分析することは、①所有権と所有権に基づく物権的請求権の関係、②所有権が移転するというのは、「何が」どのようにして「いつ」移転するのか、③共有と合有・区分所有は、「何が」どのように「違う」のか、④所有権が他者の取得時効によって消滅するというのは、「何が」どのようにして「消滅」するのか、などの問題を理論的に説明するのに役立つ。

債権の論理構造を分析することは、①債権と請求権の関係、②請求権競合と法条競合の関係、③債権譲渡とは「何が」どのようにして「移転」するのか、④債権譲渡と手形の裏書は「何が」どのように「違う」のか、⑤債権が消滅時効によって消滅するのは、「何が」どのようにして「消滅」するのか、などの問題を理論的に説明するのに役立つ。

企業(事業体)の論理構造の分析は、①組合と社団・財団の違い、②一人社団は存在しうるのに一人組合は存在しえないという違い、③持分と株式の違い、④営業譲渡と合併の違い、⑤法人団体と非法人団体の違い、などの問題を理論的に説明するのに役立つ。

一 本稿の従たる目的として、団体(法人)の事業に関して発生した不法行為につき、業務執行者個人と団体(法人)が賠償責任を負担する場合、これは共同不法行為者として負担するのか、それとも不法行為の競合により負担するのかという問題に対する答を出すことを掲げていた(第一章九節)。

共同不法行為について、不法行為の構成部分に「共同」性がある事例に限定する私見からは、右の団体(法人)事業の事例には「共同」性が欠けているので、共同不法行為は成立せず、不法行為の特殊な競合により、不真正連帯債務

を負担するということになる。

「特殊な競合」というのは、この場合、Aの不法行為とBの不法行為が別個に行われて競合しているわけではない。業務執行者の行為は一面では個人としての行為であるとともに、団体の機関構成員としての行為という側面を有しており、業務執行に伴う不法行為は執行者個人に対して課されている不可侵義務違反、さらには団体(法人)に対して課されている不可侵義務違反を、同時に行っているところに特殊性がある。

なお、民法旧四四四条(現一般法人法七八条)に関しては構成員と法人の共同不法行為は成立しないが、企業活動を行っている法人そのものの責任を直接に問う、即ち構成員の不法行為責任を媒介とすることなく、法人の責任を問う企業責任論の観点からすれば、法人と構成員は相互に密接な結びつきを保ちながら共同に不法行為をしていると見てよく、変則ながら共同不法行為が成立する場合が多い、とする見解がある。^(二六三)

この見解は、民法旧四四四条に関しては法人擬制説ないし法人否認説を採り、企業責任論に関しては法人实在説に立たれているようである。しかし、このような使い分けが出来るのか疑問である。のみならず、法人实在説に立つとしても、構成員の不法行為と法人の不法行為の間に「共同」性はなく、構成員の行為が個人の行為であると同時に法人の行為でもあるという特殊な「共通」性があるにすぎない。^(二六四)

注(二六二) 結果同旨、四宮、注(四)七六六頁(独立の行為がないとされる)、徳本(鎮)、注(九三)注民(9)三三四頁。

(二六三) 吉田真澄「法人および構成員の責任」法律時報五〇巻六号、一九八八年三三四頁・三六頁・三七頁・四二頁。

(二六四) 椿、注(七)研究I一九八頁は、吉田説は説明不足とされるが、法人の捉え方に関して矛盾があり、共同不法行為に関して「共同」と「共通」の混同がある。