

侵害行為者の特定と 共同不法行為責任の成否

松 本 克 美*

目 次

- 一 問題の所在
- 二 共同不法行為の責任類型と侵害行為者の特定問題
- 三 狭義の共同不法行為と侵害行為者の範囲の特定
- 四 加害者不明の共同不法行為と侵害行為者の範囲の特定
- 五 おわりに

一 問題の所在

日本民法719条1項は、次のように規定する。

「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。共同行為者のうちいずれの者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。」

このうち、1項前段は「狭義の共同不法行為」、後段は「加害者不明の共同不法行為」と呼ばれることが多い¹⁾。

明治民法典起草の原案で727条として起草されたこの条文は、とりわけドイツ民法典第2草案の次の規定（第2草案753条 現行830条）を参照し

* まつもと・かつみ 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 澤井裕 『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為・第3版』（有斐閣，2001）343頁。

たものと解されている²⁾。

「数人が共同の不法行為により（durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung）損害を惹起したときは、各自その損害について責任を負う。数人の関与者（von mehreren Beteiligten）中の誰がその行為により損害を惹起したか知ることができないときも、同様とする。」

ところで、複数の者が共同不法行為に加わっていたとしても、その者による権利ないし法益侵害行為（以下、単に侵害行為という。）が特定の被害者の損害発生に到達していたか否かが不明な場合でも、その者に共同不法行為責任は成立するのであろうか。この点は、従来、民法719条1項後段が適用される、いわゆる「加害者不明の共同不法行為」の問題として、更にはこの場合の「共同行為者」の範囲をめぐる問題として議論されてきた。有力説は、この場合の「共同行為者」は、1項前段の「共同の不法行為」とは異なり、相互に関連共同性がなくてもよく、複数の者のある場所での吸殻の不始末による出火の場合³⁾のように、「偶然的な状況の場合でもあっても、本一項後段の適用を認めてよい」とし、「これに対しては、それでは責任を負わされる容疑者の範囲が不当に広がる、との批判が出

2) 前田達明は、この規定を「日本民法の起草者が明らかに第一の範とした」と指摘する（前田達明「民法719条について」『不法行為帰責論』（創文社、1978）268頁）。また能見善久も、民法719条が「ドイツ民法の第二草案の影響を強く受けた」ことを指摘する（能見善久「能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察（二）」法協94巻8号（1977）1230頁）。同旨として松原孝明「共同不法行為における関連共同性要件の再検討（二・完）日独における通説の形成過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2号（2005）67頁注68。

3) 類似の事案として、朝鮮高判1927（昭和2）・2・19評論16民法304は、甲乙丙の3名が煙草の吸殻の火を消すことなく投棄したところ、火災が発生して他人の財産を侵害したという事例で、「民法第七一九条第一項後段二所謂共同行為者トハ權利侵害ヲ為ス危険アル行為ヲ為シタル二人以上ノ者ノ義ナレハ被告等三名の内何人ノ行為本件火災ノ原因ヲ為シタリヤ不明ナリトスルモ如上過失アル被告等八各自連帯ニテ之ニ因ル損害ヲ賠償スルノ責ニ任セサルヘカラス」として、1項後段の共同不法行為責任を認めた。

るかもしれないが、『加害者は、この数人のうちのだれかであり、この数人以外に疑いをかけることのできる者は1人もいない』(傍点引用者 以下同様)という程度までの証明があるときに本規定の適用があると解するならば、不当ではあるまい。」と指摘する⁴⁾(このような見解を本稿では、「侵害行為者範囲特定説」と呼ぶことにする)。

同様の解釈は、ドイツ民法典830条の第2文の「関与者」についてもみられる。第1の交通事故で路上に倒れていた被害者を、後続の車がひいて更に傷害を負わせた事故に関するドイツ連邦裁判所1978年11月7日判決は、「関与者とされた者の一人が当該損害を惹起したに違いないこと(einer der unter dem Begriff „Beteiligung“ zusammengefaßten Personen den Schaden verursacht haben muß)」を要求している(BGHZ 72, 355-363)。学説は、この点をもって、判例は、関与者とされる者の一人が損害を惹起したことの確実性(Gewissheit der Schadensverursachung durch einen aus dem Kreis der Beteiligten)を要求したものと解している⁵⁾。

ところで、このような解釈を前提とすると、先にあげた問題、すなわち、複数の者が共同不法行為に加わっていたとしても、その者の侵害行為が特定の被害者の損害発生に到達していたか否かが不明な場合で、被告とされた者以外にも当該結果を発生させる可能性がある者がいた場合には、719条1項後段の加害者不明の共同不法行為は成立しないことになってしまいかねない。

実際、内田貴は、民法719条「1項後段の法律的意思は、加害者が不明

4) 幾代通『不法行為』(筑摩書房, 1977) 215頁注3, 幾代通(徳本伸一補訂)『不法行為法』(有斐閣, 1993) 229頁注3。同旨を初期に展開したものととして、淡路剛久「最近の公害訴訟と私法理論(二)」判タ271号8頁以下(1972), 幾代説を支持, 引用するものとして、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為・下巻』(青林書院, 1985) 794頁, 澤井・前掲注(1)358頁(但し, 澤井は後述のように, 719条1項後段を択一的競合以外の場合に拡大して適用する), 潮見佳男『債権各論 不法行為法 第2版』(新世社, 2009) 47, 151頁, 吉村良一『不法行為法[第4版]』(有斐閣, 2010) 253頁, 前田陽一『債権各論 不法行為法[第2版]』(弘文堂, 2010) 132頁, 内田貴・後掲注(6)など。

5) Sprau/Palandt, 70. Aufl. S. 1362 (2011).

である限り因果関係を推定するということにある」としつつ、「推定が働く場面は、その効果の大きさからも、ある程度限定されざるを得ない。たとえば、山の上からハイカーが不注意に石を投げて、下の道を歩いていた人に当たって怪我をさせたとしよう。石を投げたハイカーが何人もおり、その中にABの2人が含まれていたとすると、加害者はABのいずれかであるかもしれないが、いずれでもないかもしれない。このような場合に、ABについて1項後段を適用すべきではないだろう。したがって、加害者でありうる数人の者が特定でき、それ以外に加害者となりうる者は存在しない場合に限り1項後段は適用すべきである（原告がその証明をしなければならない）」とする⁶⁾。このような見解によれば、石を投げたハイカーをすべて探し出して被告にしない限り、負傷した被害者は損害賠償請求をできないことになるが、そもそも実際問題として、偶然そこを通りかかったハイカーで石を投げた者すべてを被害者が探索し、被告とするというようなことが可能なのだろうか。何ら落ち度がなく負傷した者にそのような重い立証責任を課すことにより、実質的に被害者救済の道を閉ざすことになるのではないだろうか。

他方で、学説の中には、次に述べるような現代的事故とも関連して、侵害行為者の範囲の特定要件に疑問を呈する見解もある⁷⁾。

こうした侵害行為者の特定と共同不法行為の成否をめぐる問題が実際に

6) 内田貴『民法 債権各論〔第2版〕』（東大出版会、2007）502頁。

7) 既に1970年代初頭に公害訴訟をめぐる座談会（「研究会・公害訴訟・第5回・実体法上の問題 その5」）ジュリスト483号（1971）128頁以下で、共同不法行為者となり得るものすべてを特定すべきかということにつき、次のような発言がなされていたことは注目される。「本来実体法では、共同不法行為というものは被害者側の救済を厚くするものとして出来上がっているはずなんです。ところが……ほかにも加害者がいるということが逆に被告側つまり加害者側の責任を減らす理由として出てきているという辺が問題なのじゃないかと思うのです。」（竹下守男発言・136頁）。「共同不法行為を構成する悪者をAからX、Zまで全部明らかにしない限りは、共同不法行為といういわば中間項を証明したことにならぬということになっちゃうと非常に不便だろうという気がするのです。」新堂幸司発言・139頁。

争点となった事案に、キノホルム剤による副作用による薬害が問題となったスモン訴訟や筋肉注射により大頭四頭筋短縮症の罹患者が出た筋短縮症訴訟、西淀川大気汚染訴訟などがある。スモン訴訟では、キノホルム剤を服用した結果、後遺症が発症したことは証明できるが、どの製薬会社が販売した薬剤を服用したのかが判明しない場合に、国内でキノホルム剤を販売し被告とされた複数の製薬会社に共同不法行為が成立するかが問題とされた⁸⁾。このうち、福岡スモン訴訟では、どの製薬会社の製造した薬剤を服用したのかが不明である原告については、製薬会社の責任は認められず、国の責任が認められたにとどまった⁹⁾。また、筋短縮症訴訟では、複数の製薬会社が販売した筋肉注射剤が注射されたが、その中のどれによって損害が発生したのかが不明で、かつ、製造販売会社が不明な注射剤も含まれている場合の共同不法行為の成否が問題となり、民法719条1項後段の適用により被告とされた複数の製薬企業の共同不法行為責任が認められた¹⁰⁾。西淀川訴訟では、自動車や工場、家庭など、多数の大気汚染源がある中で、総ての汚染源を特定することなしにも、主要な汚染源である自動車の製造会社や道路管理者たる国、地方自治体などに共同不法行為責任が成立するかが争われた。このうち第一次訴訟判決は民法719条1項後段の適用により¹¹⁾、また、第二次～第四次訴訟判決は、同条後段の類推適用による損害賠償責任を一部認めた¹²⁾。

そして、2008(平成20)年5月と6月にそれぞれ東京地裁及び横浜地裁に提訴され、現在、係争中の首都圏建設アスベスト訴訟においても、この問題が争点の一つとされている¹³⁾。この訴訟では、解体・改修を含む建設

8) この問題につき、淡路剛久「投薬証明のないスモン患者と製薬会社の共同不法行為責任 スモン事件の紛争解決と法(補遺)」ジュリスト733号116頁以下(1981)参照。

9) 福岡スモン訴訟・福岡地判1978(昭和53)・11・14判時910号33頁。

10) 筋短縮症訴訟・福島地裁白河支判1983(昭和58)・3・30判時1075号28頁、東京地判1985(昭和60)・3・27判時1148号3頁。

11) 大阪地判1991(平成3)・3・29判時1383号22頁。

12) 大阪地判1995(平成7)・7・5判時1538号17頁。

13) 首都圏アスベスト訴訟については、松本克美「アスベスト被害と共同不法行為」労働

作業に従事していた建設従事者が、建設作業に従事する中で、アスベストを含む建材（アスベスト建材と略す）の粉じん（アスベスト粉じん）に曝露したために、後になって中皮腫、アスベスト肺がん等のアスベスト疾患に罹患したとして、主要アスベスト建材メーカー44社と国を相手取り、被告らメーカー間及び被告らメーカーと国の共同不法行為責任に基づく損害賠償請求を行っている。建設作業の特性から、原告ら建設作業従事者は、何十という複数の建設現場で作業を行っており、また、一つの建設現場で扱われる建材は複数に及ぶから、原告らにアスベスト疾患を惹起させたアスベスト粉じんがどの建材メーカーのどの建材によるものであるのかを特定することは事実上不可能である。

本稿は、このようなその範囲の特定を含む侵害行為者の特定と共同不法行為責任の成否をめぐる問題を検討するものである。

二 共同不法行為の責任類型と侵害行為者の特定問題

1 侵害行為者の特定と共同不法行為の成立

冒頭で参照したように民法719条1項は、その前段で「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。」とし、後段で「共同行為者のうちいずれの者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。」と規定する。

同項前段と後段の適用領域を割り振る基準は、論者により一律ではなく、また、裁判例においても必ずしも統一されていないが、共同行為者間に謀議があるようないわゆる主観的関連共同性がみられる場合には前段の共同不法行為が、また、いわゆる択一的競合の場合（A・BがCに向けて銃を撃ち、そのうち1発の銃弾がCに当たり負傷させたが、どちらの銃弾があたったのかわからない場合など、特定の複数行為者のいずれもが結果を発

判例975号2頁（2009）、同「日本におけるアスベスト訴訟の現状と課題」立命館法学330号880頁以下（2010）も参照。

生させ得る侵害行為をしたが、そのどちらが結果を発生させたのか不明な場合)の加害者不明の共同不法行為には後段が適用されること、前者においては、損害を発生させた直接の侵害行為を行っていないからといって減免責の抗弁は認められないが、後者においては、そのことを証明できれば減免責の抗弁が認められるとする点ではほぼ見解の一致が見られる¹⁴⁾。

具体例を挙げよう。崖下にいたXに、誰かが落とした岩が当たり負傷した。崖の上には、A・B・Cの3人がいて、それぞれXがいる方向に岩を落としていたことが判明したが、その中の誰が落とした岩がXに当たったのかは不明である。この場合に、A・B・Cのそれぞれが、崖下にXがいることを予見できるにもかかわらず、その方向をめがけて岩を落としていたとしたら、人に当たるかもしれないような態様で岩を落としていたのであるから、他人の生命、身体を侵害するような危険な行為を行っている過失があると言え、少なくとも後述のように民法719条1項後段の加害者不明の共同不法行為が成立しよう¹⁵⁾。

さらに、A・B・C3人がXに岩を当てて負傷させることを謀議して岩を落としたとすると、A・B・Cの各行為には主観的関連共同性が成立するから、719条1項前段のいわゆる狭義の共同不法行為が成立し得る。

以上、民法719条1項前段、後段のいずれが適用される場合であっても、結果発生を引き起こした直接の侵害行為者がどうか不明な場合でも、共同不法行為者とされた者には共同不法行為についての全部責任が成立し得ることになる。両者の適用で異なるのは、その法的効果であって、前段が適用される場合には、各行為の行為と結果発生間の因果関係が擬制されるので、各行為者は自らの行為と結果発生間に因果関係がないことの証明をして免責・減責を得ることは許されない。後段の場合は、因果関係の

14) これらの点をめぐる学説・判例状況について、澤井・前掲注(1)344頁以下、潮見・前掲注(4)152頁以下、吉村・前掲注(4)250頁以下等参照。

15) 民法719条1項後段にいう「共同行為」は、「当該権利侵害を惹起する危険性を含んでいる行為をなした者」という定義で足りよう(前田・前掲注(2)296頁以下、同『民法2(不法行為法)』(青林書院新社、1980)191頁以下)。

推定がなされるだけなので、そのような免責減責の証明が許される。これらの点ではほぼ共通の了解があると言えよう¹⁶⁾。問題は、次の場合である。

2 侵害行為者の範囲が特定されない場合の共同不法行為責任の成否

上述の例で、岩を落としていたのはA・B・Cの3人だけではなく、正体不明のDも、Xがいる方向に岩を落としていたことが目撃されたが、すぐにその場を立ち去って行方不明であるとしよう。このとき、岩を落としたことが判明しているA・B・Cの3人だけを被告としてXが損害賠償請求を提訴した場合に、A・B・Cらは、「Dが落とした岩がXにあたったかもしれないのだから、A・B・C3人のみを相手取って損害賠償請求をするのは不当である。A・B・C3人に責任は成立しない」との主張をした場合に、これを認めるべきだろうか。前述のように、加害者不明の共同不法行為の場合には、「共同不法行為の成立には侵害行為者の範囲が特定されていることが必要」とする見解（侵害行為者範囲特定説）が主張されている。

明治民法典の条文上は、「共同行為者中ノ孰レカ損害ヲ加ヘタルカヲ知ルコト能ハサルトキ」とあるのみなので¹⁷⁾、共同行為者とされた者以外に加害者とされる可能性がある者がいないことという要件が条文で明示されているわけではない。また法典調査会の議論では、現行民法の719条1項

16) 吉村・前掲注(4)251頁、253頁など。なお、平井宜雄は、719条1項後段は、「被害者保護の趣旨」から定められた因果関係の擬制の規定であり、被告は、「共同行為者」でないことを証明した場合に、同条が適用されず免責されるにすぎないとする（平井宜雄『債権各論 不法行為』（弘文堂、1991）210頁）。

17) 法典調査会に出された原案727条の文言は、制定された明治民法典の条文719条と同じであり、ただ、現行法のように、教唆者・幫助者の責任を2項に規定せずに、3項に規定し、現行法の1項前段と後段を、それぞれ1項、2項と分けていた（草案727条「数人カ共同ノ不法行為ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ各自連帯ニテ其賠償ノ責任ニ共同行為者中ノ孰レカ其損害ヲ加ヘタルカ知ルコト能ハサルトキ亦同シ教唆者及ヒ幫助者ハ之ヲ共同行為者ト看做ス」。法典調査会での議論については、法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 5 法典調査会民法議事速記録5』（商事法務研究会、1984）392頁以下参照。

後段にあたる規定(原案民法727条2項)の立法趣旨の説明をした穂積陳重は、この規定が適用される例として、「大勢ガ寄ツテたかつて人ヲ打ツ併シ誰ノ手が當ツタノカ誰ノ拳ガ當ツタノカ分ラヌト云フヤウナ場合」を挙げているが¹⁸⁾、ここでは、被告とした者以外に加害行為をした可能性がある者がいないことを原告が証明すべきであるというような侵害行為者範囲特定説のような見解が主張されているわけでもない。この侵害行為者範囲特定説の当否は後に検討するが(ちなみに筆者は民法719条1項後段の場合にも、このような見解は認めるべきでないとする否定説に立つ)、まず検討しておくべきは、このような見解は同条1項前段のいわゆる「狭義の共同不法行為」が成立する場合にも認められるのかという問題である。

三 狭義の共同不法行為と侵害行為者の範囲の特定

前述のように、共同行為者間に謀議があるなどの主観的関連共同性が成立する場合に、民法719条1項前段が適用され、その場合には、結果発生を惹起した直接の侵害行為に自らは関与していなかったことを証明しても免責されないとする点で、学説・判例は一致する¹⁹⁾。そこで、A・B・Cが謀議をしてXに向けて岩を落としていたことは判明したが、それ以外に、今では行方不明のDもXに向けて岩を落としていたとしたら、それでもA・B・Cらに1項前段の共同不法行為が成立するのであろうか。

このとき、DもA・B・CとともにXに岩を当てて負傷させる謀議に加わっていたことが証明された場合には、DにもAらとともに1項前段の共同不法行為責任が成立するのだから、Xが行方不明のDを被告とせずに、A・B・Cの3人のみを被告として共同不法行為責任に基づく損害賠償を請求することには異論がなからう。共同不法行為を理由にした損害賠償請求訴訟は、必要的共同訴訟ではなく、通常の共同訴訟とされており、共同

18) 前掲注(17)「民法議事速記録」394頁。

19) 澤井・前掲注(1)348頁, 潮見・前掲注(4)194頁, 吉村・前掲注(4)251頁。

不法行為者の一部のみを被告として損害賠償請求を提訴することは判例上も認められているのである²⁰⁾。

それでは、被告とされたA・B・C 3人らが、岩を落としていたDがこれら3人の謀議に加わっていたことを否定し、かつ、Dが落とした岩がXに当たったのかもしれないのだからA・B・C 3人は免責されるべきだと「侵害行為者範囲不特定の抗弁」を主張したらどうであろうか。私見は、この場合、このような抗弁は否定すべきだと考える。

なぜなら、謀議に加わっていないDもXに向け岩を落としていたとしても、もともとA・B・C 3人は、Xに岩を当てる目的で岩を落としていたのであり、そのような自らが意図した不法行為の結果が発生している点に変わりはないこと、A・B・C 3人に主観的関連共同性が成立する以上、これら3人は、自らの岩がXに当たっていないことを証明できたとしても免責されないことからすれば、「Dが投げた岩がXに当たったのかもしれないのだからA・B・C 3人は免責されるべきだ」との抗弁が成立すると考えることは不当である²¹⁾。

仮に、Xに当たった石はDが落とした岩であることがあとから判明した場合には、Xに賠償したA・B・C 3人がXに対するDの不法行為責任に基づき、DがXに損害賠償責任を負うことを根拠に、Dに求償するというところで、A・B・CとDの利害を調整するのが妥当なのではなかろうか。なお、この場合、直接に結果を引き起こしたのがDの落とした岩によるものであったとしても、Xを負傷させるというA・B・C 3人の意図がDによって実現されているのであるから、A・B・C 3人の内部負担はゼロに

20) 最判 1966(昭和41)・7・28 裁判集民84号229頁は、「民法七一九条にいう共同不法行為者に対し共同被告として提起した損害賠償請求訴訟は通常共同訴訟であつて、類似必要共同訴訟ということはできない」とする。

21) 大塚直は、「加害者全員が1項前段のうち『強い共同関係』にある場合に、特定性が欠けていても特定された共同被告のみで全額の連帯責任を負うとすべきことがありうるのではなかろうか。例えば、数人の者が犯行を共謀し、一部の者のみが判明した場合のような、意思的共同不法行為の場合である。」とする（大塚直「最近の大気汚染訴訟判決と共同不法行為論 西淀川第2～4次訴訟判決を中心として」判夕889号7頁（1995））。

なると単純には言えないであろう。

4 「強い客観的関連共同性」がある場合

判例・通説は、主観的関連共同性が成立する場合以外に、客観的関連共同性がある場合にも共同不法行為の成立を認めてきた²²⁾。そして後者の場合に、「強い関連共同性」が認められるときには、共同不法行為者とされた者が結果を発生させる直接の侵害行為を行っていないとして個別の因果関係のないことを立証して減免責の抗弁をすることは認められないとする考え方が通説と言える²³⁾。そして、謀議のような主観的関連共同性が成立する場合以外にこのように減免責の抗弁が認められない「強い関連共同性」が成立する場合にも、私見によれば、「侵害行為者範囲不特定の抗弁」は認めるべきではないと考える。

例えば、崖上の道路を落石が塞いでいたので、それを除去して、道路を整備する作業が必要となった。岩をどかさ作業のためAがクレーン車で岩をどかし、Bが運転するダンプカーに載せ、Bがその岩を運んだ。そのあと、Cは道路が傷んでいる部分を補修する作業をした。A・B・Cは、これらの作業のために急きよ呼ばれた者たちで、互いに面識はない。A・B・Cのそれぞれの作業中に誤って崖下に数個の岩が落下したが、その岩

22) 719条1項の判例・学説史の検討については、岩田新「判例に現れた共同不法行為の構成(一)～(三・完)」民商9巻1号37頁、2号、241頁、3号437頁(1939)、椿寿夫「共同不法行為」『総合判例研究叢書・民法(12)』(有斐閣、1959)、前田・前掲注(2)249頁以下、能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察(一)～(八・完)」法協94巻2号159頁、8号1208頁(1977)、95巻3号500頁、8号1340頁、11号1789頁(1978)、96巻2号150頁、5号597頁(1979)、102巻12号2179頁(1985)、神田孝夫「共同不法行為」星野英一編集代表『民法講座6』(有斐閣、1985)565頁以下、徳本伸一『共同不法行為(1)』(叢書民法総合判例研究43、一粒社、1987)、渡邊知行『『加害者不明の共同不法行為』(1)～(5・完)』名大法政論集140号197頁、144号449頁、145号463頁、148号449頁、151号449頁(1992、93)、松原孝明「共同不法行為における関連共同性要件の再検討(一)(二・完)」日独における通説の形成過程から得られた現在の解釈論に対する示唆、上智法学論集48巻1号57頁以下(2004)、48巻2号43頁以下(2005)など参照。

23) 吉村・前掲注(4)245頁以下。

の一つが崖下の登山道を歩行していたXに当たり負傷した。このとき、3人の落とした岩のうち、たまたまAの落とした岩がXに当たりXが負傷したことが目撃者の証言から判明した場合に、XがAに不法行為責任を追及できることは当然だが、当りはしなかったが同じようにXのいる方向に岩を落石させてしまったB・Cにも損害賠償を請求できるか。

この場合、A・B・Cには、Xに岩を当てようという謀議はなくても、落石をどかし、道路を舗装するという一つの作業を行っているのだから、「各自当該権利侵害以外の目的を目指してそのために他人の行為を利用し、他方、自己の行為が他人に利用されるのを認容する意思がある場合²⁴⁾」として主観的関連共同性が認められ得る。あるいは、互いに落石などをさせないように拡大された注意義務を負う関係であり、また、お互いの行為を利用しあって一つの作業をおこなう利益と危険を共有しているのだから、その意味で、強い客観的な関連共同性²⁵⁾ないし主観的客観的関連共同性²⁶⁾があると言えるであろう。従って、まず、A・B・Cら3名のうち、誰が落とした岩がXに当たったのか不明な場合に、民法719条1項前段が適用され、Xに対する全部責任が生じ、この場合は、自己の岩が当たっていないことを仮に証明できたとしても、それによる免責は認められないことになる²⁷⁾。

24) 前田・前掲注(2)293頁。

25) 吉村・前掲注(4)251頁，潮見佳男『不法行為法』（信山社，1999）420頁以下。

26) 澤井は、「諸判例の事案を検討すれば明らかのように、純粹に主観的な意思のみにかかる関連共同性、逆に純粹に客観的な事実のみにかかる関連共同性にに基づき、共同責任が認められることは稀であって、意思と共同原因の両者を総合して、全部責任が認められているのである。」として、主観的客観的関連共同性なる概念を提唱している（澤井・前掲注(1)351頁）。

27) 能見善久は、数台の車が通行中にはねとばした石によって他人の家屋に損傷が生じた場合に、「他の自動車の台数、運転者が特定されていなくとも、全員が或るレースの参加者であるというような場合には、客観的関連共同を認めることができよう（主観的関連共同を認める余地もあるかもしれないが、因果関係不存在の反証を許さないほどの関係があるとは言えないので、一応主観的関連共同はないものと考える）。このような場合には、関連共同ある不法行為者全員に719条1項前段により因果関係を推定し、その中のA・B・C

そして、このことは、前述した例のようにA・B・C 3人が落とした岩のどれがXに当たったのか判明した場合にも妥当しよう。いずれにせよ、A・B・C 3人の落としたいずれかの岩が当たってXが負傷した場合に、各人は自らの落とした岩がXに当たっていないことを証明しても全部責任を免れないのだから、その落とした岩がXに当たっていない他の2人も共同不法行為者として全部責任を免れないとしても、とくに加重な責任が課されるわけではないからである。

それでは、更に一步進んで、A・B・Cの3人が道をあげようとして岩を落としているのと無関係に、Dが道を塞いでいるのでもない岩をXのいる方向に落としており、Xに当たった岩がこれら4名の落とした岩のどれかがわからず、また、Dがその場を立ち去り行方不明となっている場合に、XはA・B・C 3人を被告として、民法719条1項前段に基づく「強い関連共同性」が成立するとして、各人の全部責任を追及した場合はどうか。

私見では、この場合も、上述のような謀議による主観的関連共同性が充足される場合と同様に、XはA・B・C各人の全部責任を追及することができ、このときA・B・Cらは、「自分らと無関係のDの落とした岩がXに当たったかもしれないのだから、A・B・Cの各人は免責されるべきだ」という「侵害行為者範囲不特定の抗弁」は認められるべきでないと考える。なぜなら、この場合も、A・B・Cは、それぞれXを負傷させるかもしれない危険な行為を過失により行っており、Dの岩がXに当たったかもしれないなくても、A・B・Cの3人の中の誰かが落とした岩がXに当たった場合に、当たらなかつた者も全部責任を免れないという上述の利害状況との差異はないからである。この場合も、後に、Dが落とした岩がXにあたりそのためにXが負傷したことが判明した場合には、Xに賠償したA・

のみを訴えることも認められるべきであろう。加害者と推定されたABCは、自己の行為と損害の間に因果関係が存在しないことを反証しなければ責任を免れない。」とする(能見・前掲注(22)法協102巻12号(1985)2197頁以下)。同旨を展開するものとして、平野裕之『民法総合6 不法行為法・第2版』(信山社, 2009)272頁注390。

B・C（らのいずれか）がDを相手取り求償すればよいのである。

四 加害者不明の共同不法行為と侵害行為者の範囲の特定

1 侵害行為者範囲特定説

ところで、学説においては、冒頭で紹介したように、民法719条1項後段の加害者不明の共同不法行為が成立するためには、被告とされた者以外には加害者となる可能性のある者がいないことが必要であるとする見解が主張されている。とりわけ不法行為の教科書でこの点を強調した幾代通の見解が、その後、複数の教科書でも支持され、引用されるに至っている²⁸⁾。

幾代は、民法719条1項後段の加害者不明の共同不法行為は、「数人を相手に乱闘をしていた者が、その数人中のだれかによってナイフで刺された場合や、ある場所で喫煙した数人のうちの、だれかが吸殻の始末を怠ったために出火した場合のように、特定された数人のうちのだれかの行為が損害を発生せしめたことは証明されえたが、そのだれかを特定するだけの確証のない場合、についての責任である」と説明する²⁹⁾。なお幾代は、現在の通説と同様、加害者不明の共同不法行為においては、自己の行為が損害を発生させたのではないことを証明できれば免責されることを認めている³⁰⁾。

2 幾代説以前の見解

初期の学説

幾代の教科書以前においては、加害者不明の共同不法行為の成立のためには、侵害行為者の範囲が特定されていることを要することをこのような

28) 前掲注(4)参照。

29) 幾代・前掲注(4)214頁。

30) 幾代・前掲注(4)214頁。

表現で明示した叙述はない³¹⁾。明治民法典起草者の一人である梅謙次郎の教科書でも、民法719条1項後段の例として、数人同時に家屋に向かって石を投げて、その一つが家屋に命中してその一部を破壊し、「其石ハ必ス一人ノ投シタルモノナリト雖モ誰カ其石ヲ投シタルカ知ルコト能ハス」場合に、「同時ニ石ヲ投セシ者数人アリトセハ法律ハ恰モ其共同ノ行為ニ因リテ損害ヲ生シタルモノノ如ク看做シ同シク連帯シテ其責ニ任スヘキモノトセリ」とするだけで³²⁾、同時に石を投げた者すべてを特定して、それらの者全てを被告としなければ、1項後段の共同不法行為は成立しないというまでの明確な限定はしていない。

鳩山説・我妻説

ところで、今日の通説は、719条1項後段は被害者救済のための因果関係の推定規定に過ぎないので、共同行為者とされた者が自らの行為が結果を発生させなかったことを証明できれば、その者は免責されることを認めている。しかし、過去には、この点において、1項後段は「被害者を厚く保護し共同行為者を戒めんとする趣旨」であるとして、このような免責の主張を認めるべきでないとする見解（我妻）もあった³³⁾。この見解は同時に、1項後段の共同行為者とは、「違法行為を為す危険ある行為を共同に為せること」であり、この共同とは、「客観的の関連共同をもって足る」としていること、そして、「共同行為者中の或者が違法行為を為したること確実なるも、その何人なるか不明なること」としている³⁴⁾点が注目に値する（傍点は原著者）。すなわち、この見解によれば、「共同行為者中の或者が違法行為を為したること確実」であることを要するのであるから³⁵⁾、

31) なお、民法719条1項後段に関する学説史については、前掲注(22)の諸論稿の他、徳本伸一「加害者不明の共同不法行為」法学49巻6号(1986)959頁以下も参照。

32) 梅謙次郎『民法要義卷之三債権編』(有斐閣, 1984。1911年復刻版)907頁。

33) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社, 初版1937, 復刻1988)196頁。

34) 我妻・前掲注(33)196頁。

35) 同旨を展開するものとして、加藤一郎編『注釈民法(19)債権(10)』(有斐閣, 1965)327頁[徳本鎮執筆部分]。

「共同行為者」でない者が違法行為をした可能性があるならば、この「共同行為者」に因果関係の擬制を強いることはできないとも解されるからである。

このような我妻説は、更に遡れば、719条1項前段の共同不法行為には、主観的関連共同性を要せず客観的関連共同で足りるとする客観説を確立したとする鳩山説に遡ることができよう。鳩山は、同項後段については、「損害ノ原因タルハ権利侵害行為ハ共同行為者中ノ何人カノ行為ナルコトヲ要ス。」とし、「法文ニハ共同行為者中ノ孰レガ損害ヲ加ヘタルカヲ知ルコト能ハズト言ヘルノミナラズ理論上ヨリ言フモ共同行為者全部ヲシテ不法行為上ノ責任ヲ負担セシメルガ為メニハ共同行為者中ノ何人カガ権利侵害行為ヲ為シタルコト丈ケハ明ナラザルベカラズ。」としている³⁶⁾。

このような鳩山説・我妻説のように、719条1項後段の加害者不明の共同不法行為における「共同行為者」といえるためには客観的な関連共同性の要件を充足している必要があるとする見解と比べた幾代説の眼目は、複数の者に客観的関連共同性がない「偶然的な状況の場合」であっても、加害者不明の共同不法行為は成立することを指摘し、その成立要件を拡大した点にある。そして、関連共同性の要件を外すことによって共同不法行為とされるものの範囲が無限定に拡大することを防ぐための要件が、前述したように、「加害者は、この数人のうちのだれかであり、この数人以外に疑いをかけることのできる者は1人もいない」という要件であるという侵害行為者の範囲特定説に到ったわけである。しかし、加害者不明の共同不法行為の成立を「この数人以外に疑いをかけることのできる者は1人もいない」という場合に限定することは、共同不法行為者の範囲を限定するための必然的な帰結なのであろうか。

36) 鳩山秀夫『日本債権法各論・下巻』（岩波書店，1924）937頁。

3 前田説

この点で注目されるのは、幾代の前述の教科書から3年後に出された前田達明の不法行為法の教科書である。前田は、719条1項後段の「共同行為者」は、「当該権利侵害を惹起する危険性を含んでいる行為をなした者」と考えるべきで、「そこでは、物理的近接度、時間的近接度などが考慮されるであろう」とする³⁷⁾。ここでは、幾代のように、「この数人以外に疑いをかけることのできる者は1人もいない」という侵害行為者範囲特定説は論じられていない。これは、前田説では、物理的近接度、時間的近接度などを考慮して「当該権利侵害を惹起する危険性を含んでいる行為をなした者」が「共同行為者」であるとして限定されているので、これとは別に「この数人以外に疑いをかけることのできる者は1人もいない」というような要件を加重する必要がないことの帰結であろう。

先に出した具体例でいえば、Xのいる方向に岩を落としていたA・B・C・Dのうち、A・B・Cの3人を被告として、Xが719条1項後段の共同不法行為責任を追及することは、前田説によれば肯定されるが、幾代説では否定されることになるのではないか。前田説では、A・B・Cは、いずれもXを負傷させるという「当該権利侵害を惹起する危険性を含んでいる行為をなした者」だから、719条1項後段が適用される「共同行為者」にあたる。しかし、幾代説では、「この数人以外に疑いをかけることのできる者は1人もいない」ことを要件とするので、A・B・Cの他にXに向けて石を落としていたDがいた場合に、Dも被告としなければ719条1項後段の加害者不明の共同不法行為責任を追及することができない結果になるのではないか。果たして、このような結果は妥当なのであろうか。

37) 前田・前掲注(15)191-2頁。

4 幾代説以降の「侵害行為者範囲特定説」

1977年の幾代説の公表以降、先に述べた前田説を除き、幾代と同旨を述べる論者が増加する³⁸⁾。このうち、その理由付けを述べている点で注目されるべきものとして、四宮説をあげておこう。

四宮和夫は、民法719条1項後段の「共同」行為者の解釈基準につき、「(b)『共同』行為者とは、結局、当該事情のもとで、その人の行為が全体結果を招来する危険性がある、そのような人たちを意味することに帰着するのである。」としつつ、「(c)以上のような『共同行為者』については、それらの者を特定し、その特定された者以外の者によって損害がもたらされたものではないことを、被害者は証明しなければならない、と解されている。これは、(b)のように解することによって『共同行為者』の範囲が無限定に広がるのを防ぐという意味もあるが、因果関係の証明不十分のままに賠償責任を負わせるには、被告にも自己防衛のための手がかりを与える必要があるからである（被告としては、原告の挙げる人たちについて惹起の事実を証明することによって、責任を免れることができるわけである）」と説明する³⁹⁾。すなわち、侵害行為者範囲特定の必要性の根拠は、被告の防御のためという理由付けである。

5 私見 侵害行為者範囲特定不要説

私見は、民法719条1項後段が適用される加害者不明の共同不法行為において、「侵害行為者範囲特定説」は不当に共同不法行為責任を限定するものであり、妥当でないと考える。

条文の文言 民法の条文上は、「共同行為者のうちいずれの者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。」とだけ規定されており、被告とされた者の他に侵害行為者がいないことを明示的には前提としていない。

38) 前掲注(4)参照。

39) 四宮・前掲注(4)794頁。

立法趣旨 起草過程における法典調査会での議論においても、「この数人以外に疑いをかけることのできる者は1人もいない」という程度までの証明が必要とする見解は表明されていない。

侵害行為者範囲特定説がはらむ証明困難ないし不可能という問題冒頭で紹介したように、内田貴の出した例だと、石を投げたハイカー全てを原告が探し出し、それ以外に石を投げたハイカーがいなかったことを証明できなければ、原告は、石を投げたことが証明できた複数ものを被告にして、民法719条1項後段による共同不法行為責任を追及することができないことになる。しかし、そのような証明は極めて困難ないし不可能ではないか。

論理的妥当性 また論理的に考えても、先にあげた例でA・B・Cが石を実際に投げていた場合に、かりにそれ以外に石を投げていたDがいたとしても、投げた石があたったのが、A・B・Cかもしれないし、A・B・Cでないかもしれないという状況は各人にとって同じであり、そもそも自分の投げた石が当たらなかったかもしれない、719条1項後段が成立するのだから、それ以上に特に加重な責任が負わされるとは言えないのではないか。

証明責任分配における公平の原則 そもそも719条1項後段は、複数の者が不法行為に当たる行為をしたが、誰の行為により結果が発生したかが判然としない場合に、「其加害者ト云フモノヲ差示ス、直接二害ヲ加ヘタ者丈ケヲ差示スト云フコトヲ要スルトシマスレバ多クノ場合ニ於テ大勢ガ乱暴ヲ働イタトカ云フソナ場合ニハ實際証明ガ六ケ敷クシテ害ヲ受ケマシタ者ハ其レ丈ケノ損ヲシナケレバナラヌ其場合ニ於テハ法律ノ保護ハナイ」ということになってしまうので、「公益上カラシテ斯ノ如ク規定スルノガ相当デアラウ」という趣旨で作られた規定⁴⁰⁾、すなわち被害者の立証負担を緩和するための規定な

40) 前掲注(17)民法議事速記録394頁。

のである。石があたって負傷した被害者Xと、被害を発生させ得る行為を現にしたA・B・Cらの、どちらに立証負担を負わせるのが公平であろうか。A・B・CはXを負傷させ得る危険な行為を過失によってなしたことに変わりはないのである。この場合、Xは、その場を立ち去って行方不明となったDも被告としなければ、「この数人以外に疑いをかける者は1人もいない」という要件を充たせないというような証明責任の分配の在り方は、損害の公平な分担をめざす不法行為法の理念からしても不公平ではないか。

侵害行為者範囲特定説の本来の意図　さらに、侵害行為者範囲特定説を明確に言及した幾代説自体が、前述したように1項後段の「共同行為者」といえるためには、客観的共同関連性も不要であり、「偶然的な状況の場合」であっても、加害者不明の共同不法行為が成立するという、まさに被害者救済を拡大することを意図して提唱された議論であったことを想起すべきである。そこでは、「この数人以外に疑いをかけることのできる者は1人もいない」場合が念頭におかれていただけであって、内田説のように、この要件を充たさない場合に、加害者不明の共同不法行為責任の成立を否定することを積極的に意図して提唱されていたのではないのではないか。

煎じ詰めれば、侵害行為者範囲特定説は、それが民法719条1項後段を「択一的競合」の場合に適用されるものと前提していることに規定された見解であろう。なぜなら、択一的競合関係は、複数行為者がそれぞれ全部の損害を発生させ得る侵害行為を行ったが、その複数行為者の誰の侵害行為が結果を発生させたか不明である場合をいうのであり、このような「択一的競合関係」は、ここでいう「複数行為者のみ」が結果惹起可能であることを論理的に前提としているのである。

従って、民法719条1項後段は、このような「択一的競合」関係がある場合に限って適用されるとする場合には、侵害行為者範囲特定説は妥当性を有するのかもしれない。しかし、同規定の文言上、要件とされているの

は、「共同行為者のうちいずれの者がその損害を加えたかを知ることができないとき」であって、この「共同行為者」の中にのみ「損害を加えた」者がいるという限定は付されていない。

なお、この点に関連して、淡路剛久が民法719条1項後段のリステイトメントにおいて、次のように提案している点が注目される⁴¹⁾。

「第719条の3(原因者不明の共同不法行為) 被害者の権利侵害を引き起こす可能性のある行為をした数人の行為者中いずれが損害を与えたかを知ることができない場合は、各自全損害について賠償の責任を負う。但し、自己の行為が損害の原因とならなかったこと、又は損害の一部しか生ぜしめなかったことを立証した行為者は、責任を免れ又は減じられる。」

この提案でも、「被害者の権利侵害を引き起こす可能性のある行為をした数人」をすべて特定し、そのような者全てを被告にし得たときだけ、「原因者不明の共同不法行為」が成立するというような侵害行為者範囲特定説的な限定は付されていない。従って、内田の出したハイカー負傷事件でも、石を投げたハイカー全てを特定し、全部を被告にしなくても、被告が「被害者の権利侵害を引き起こす可能性のある行為をした数人」に含まれるのであれば、「原因者不明の共同不法行為」が成立するのではないか⁴²⁾。

41) 淡路剛久「共同不法行為」不法行為法研究会『日本不法行為法リステイトメント』(有斐閣、1988)104頁以下。初出ジュリスト898号86頁以下、1987 引用頁は前者による。

42) 淡路剛久自身は、この規定の説明として、「ただし、『被害者の権利侵害を引き起こす可能性のある行為をした数人の行為者』の範囲については、法律上の推定を導くという観点からおのずから限定があるであろう。この点については適切な判例はないが、学説は、何らかの限定を加えようとしている。本リステイトメントもそのことを前提としていることはいうまでもない。」として、幾代通の侵害行為者範囲特定説、前田達明の「物理的・時間的接近度」、淡路自身の「数人の行為が社会観念上全体として一個の行為とみられる加害行為の全過程の一部に参加していることが必要」という三者の見解を注記している(淡路・前掲注(41)113頁注1)。しかし、このうち、幾代の侵害行為者範囲特定説は、総ての侵害行為者の特定を要求する点で、前田、淡路説とは質的に違う基準を提示しており、三者を並列させることは問題だと考える。

五 おわりに

以上述べてきたように、私見は、侵害行為者範囲特定必要説は、民法719条1項前段の適用される狭義の共同不法行為の場合も、また、後段の加害者不明の共同不法行為の場合にも認められるべきではないと考える。それは、共同不法行為制度本来の被害者救済の制度趣旨を骨抜きにしかねないものである。

冒頭で、これまで、侵害行為者の範囲の特定が争点となってきた事案にスモン訴訟や大気汚染訴訟があることを指摘した。前者につき、淡路剛久は、「スモンと鑑定されているものの、投薬証明書がないためにどの製薬企業の薬を投与されたかを特定できない、いわゆる投薬証明のない患者の賠償問題については、製薬企業が和解を拒否しているため、未だ解決の見通しが立っていない。これがスモン事件の全面解決への道に立ち塞がっている現在の最大の問題である。」ことを指摘し、「加害者を特定できないことの負担を訴訟上原告・被告のいずれに帰せしめるべきか」という問題を提起した⁴³⁾。「もし、それが原告に帰せしめられるならば、原告被害者は自ら全く責に帰せられない事情により、その権利保護を拒まれることになる。」「反対に、被告側はどうか。製薬企業側は、市場に供給し、消費された薬の分だけは（もちろん近似的に）被害者の誰かに対して責任を負うことになるはずであるにもかかわらず、ブランドが特定されなかったという理由だけで責任を免れることになる。これもまたはなはだ不当な結果であることは、いうまでもない。……以上のような原告・被告の立場を考えるならば、投薬証明を得られないことの不利益は被害者側に帰せしめられるべきではない⁴⁴⁾」。淡路説は、結論としては、製薬会社に狭義の共同不法行為（民法719条1項前段）が成立せず、また、どの製薬会社の薬剤によ

43) 淡路・前掲注(8)116頁以下。

44) 淡路・前掲注(8)117頁。

り被害が発生したのかが不明な場合であっても、民法719条1項後段を適用して被告とされた製薬会社に全部責任を課すべきことを提唱した⁴⁵⁾。森島昭夫も、投薬証明のない患者の救済に、民法719条1項後段を適用することを提唱している⁴⁶⁾。

また、大気汚染訴訟に関連して、大塚直は、「1項後段の場合、一般に、被告の防御を尽くすため、又、事後的な求償の相手を明らかにするために、被告を特定する必要性があることはいうまでもないが、場合によって、その必要性に差があることは事実である。……いづれにしても、特定しえないことが被害者の事情に基づくものでなく、かつ、特定を要求すると被害者が訴訟を提起しえなくなる場合には、この要件を緩和せざるをえないであろう」ことを指摘している⁴⁷⁾。

日本における共同不法行為論は、このような薬害や公害・大気汚染訴訟、交通事故訴訟等を中心に、判例・学説上発展してきたが⁴⁸⁾、その発展の機軸をなしてきたものこそは、現実に発生している被害と加害行為の間の因果関係の立証の困難をどのように乗り越えるかという課題であった。四宮和夫は、「わが国の判例が、被害者保護のために『共同』の範囲を拡張してきた」ことを指摘し、このような「努力をできるだけ尊重しようという立場」を表明しているが⁴⁹⁾、これまでの共同不法行為論は事案類型に即した共同不法行為論をいかに発展させるかという観点から発展してきたと言ってよい。

従来の薬害、大気汚染訴訟に続き、現在、提訴されているアスベスト訴訟においても、侵害行為者範囲の特定の必要性が現実の争点となってきて

45) 淡路・前掲注(8)116頁。

46) 森島昭夫「スモン訴訟判決の総合的検討(2)」ジュリスト712号150頁(1980)。

47) 大塚・前掲注(21)7頁(1995)。

48) 共同不法行為論の発展と事案類型についての示唆に富む考察として、瀬川信久「共同不法行為論展開の事案類型と論理」能見善久他編『民法学における法と政策(平井宜雄先生古稀記念)』(有斐閣、2007)657頁以下。

49) 四宮・前掲注(4)779頁。

いる。今こそ、共同不法行為論の原点に立ち返り、事案類型に即しつつ⁵⁰⁾、共同不法行為の一般理論の問題としても⁵¹⁾、この問題を再検討する必要性があろう⁵²⁾。

なお本稿では、狭義の共同不法行為、加害者不明の共同不法行為のいずれにおいても、原則として、条文通りの全部責任が認められるべきことを前提としている。ただ、複数加害者が関与する場合でも、本稿で問題にし

50) 瀬川は、「共同不法行為をめぐる学説は多岐にわたり分化」し、「共同不法行為の混迷がやむことはおそくない」としても、「重要なのは、共同不法行為法理論と事案の対応関係を持続的に構築することであろう。」と指摘する（瀬川・前掲注(48)700頁）。

51) 能見善久は、「従来の共同不法行為論は、意識的か無意識的にか、その時々を中心的な紛争類型に影響されてきた」としつつも、共同不法行為論は、様々な紛争類型に対応できるものであることが必要で、また、「事件類型を超えて横断的な争点も明確になってきた」ことを指摘し、事案類型に即しつつ、かつ、共同不法行為論の一般理論の深化が求められ、「類型化の中での柔軟な解決が必要」であることを指摘している（能見善久「共同不法行為」ジュリスト増刊・新法律学の争点シリーズ1『民法の争点』有斐閣、2007、287頁）。

52) 例えば、前述の首都圏建設アスベスト訴訟において、原告は、被告とされたアスベスト建材を製造・流通させていたメーカー間には、例え原告らにアスベスト疾患を発生させようという謀議がなくても、強い関連共同性が成立し、民法719条1項前段の共同不法行為責任が成立すると主張している。すなわち、被告らにばらばらに製造・流通させたアスベスト建材は、建物の各部分の建材の一部であり、建材の特性からして、それぞれの建設現場で他の建材と組み合わせさせて一つの建物が完成することを、被告らは当然認識し、このことを前提としてアスベスト建材を製造・流通させている。従ってこのようなアスベスト建材が、原告らが建設作業に従事してきた各建設現場に集積した結果、原告らがアスベスト粉じんにばく露しアスベスト疾患を発生させたのだから、各被告メーカー間がアスベスト建材を漫然と流通させた過失ある行為には強い客観的関連共同性が成立し、民法719条1項前段の共同不法行為責任が成立するという趣旨の主張である（この訴訟については、前掲注(13)参照）。仮にこのような強い関連共同性が成立するならば、各原告がどの建材メーカーのアスベスト粉じんにばく露したかが不明であったとしても、共同不法行為責任の成立し得るアスベスト建材メーカーら（の一部）を被告として提訴することは可能である（本文三4参照）。また、仮に強い関連共同性が成立しない場合でも、民法719条1項後段の加害者不明の共同不法行為が成立し、この場合、各原告にどの建材メーカーの建材からの粉じんに到達したかを特定できなくても、また、被告とされた建材メーカー以外の建材メーカーのアスベストによる粉じん暴露の可能性があったとしても、被告らがアスベスト建材を漫然と流通させるという、建設作業従事者にアスベスト疾患を罹患させる危険な行為を過失によって行った以上、そのような行為を行った被告らに加害者不明の共同不法行為責任が成立することになろう（本文四5参照）。

たように、特定被害者との関係で加害者が特定されない場合や複合型被害の場合に、例えば、被害を発生させ得る製品を市場に流通においた各被告企業の市場占有率などを基準として分割責任を認めるべきではないかとの議論も提唱されている⁵³⁾。このような考え方の合理性の説明として、「フリーライド的事故抑止インセンティブの低減効果」に着目する議論もある⁵⁴⁾。すなわち、被害発生への寄与度が小さい者も、大きいものも全部責任を負わされるということになると、寄与度が大きい者も小さい者も同じ責任を負えば良い、あるいは寄与度が小さくても賠償資力があるのでその者が被告とされるのでは、全体として事故抑止のインセンティブが低まるのではないかということであろう。ただ、立法論も含めた今後の共同不法行為論の展開において市場占有率に基づく分割責任が認められるべきかという問題を考えるにあたっては、例えば、寄与度が小さくても、被害発生の危険ある行為をした者には全部責任が課されるということの事故抑止効果の面も無視し得ないのではないかということ、また、そもそも共同不法行為責任は被害者救済のための制度であって、加害者免責のための制度ではないことを指摘しておきたい。

53) この観点から、アメリカの判例を分析するものとして、渡邊・前掲注(22)参照。

54) 吉田邦彦『不法行為等講義録』(信山社, 2008) 185-6頁。