

共同不法行為と加害行為の到達問題

建設作業従事者のアスベスト被害とアスベスト
建材メーカーらの共同不法行為責任を契機に

松 本 克 美^{*}

目 次

- 一 はじめに
- 二 建設作業従事者のアスベスト疾患被害の特徴と加害行為到達の証明不可能性
- 三 民法719条1項の意義
- 四 加害行為の到達と共同不法行為の成否
- 五 む す び

一 はじめに

現在、東京地裁及び横浜地裁に係争中の大規模集団訴訟に首都圏建設アスベスト訴訟（以下、本件訴訟という）といわれる訴訟がある¹⁾。これは、建設作業従事者が、建設現場でアスベストを含有する建材（以下、アスベスト建材と略す）の切断等の作業により発生したアスベスト粉じんに曝露

* まつもと・かつみ 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 首都圏建設アスベスト訴訟については、佃俊彦「首都圏建設アスベスト訴訟の現状と課題」社会労働衛生6巻3号20頁以下（2009）、山下登司夫「国と建材メーカーの法的責任を問う 首都圏建設アスベスト訴訟の現局面と今後の展開」建設政策2011年1月号14頁以下（2011）参照。東京地裁にはアスベスト疾患罹患者及び遺族172名が総額66億2200万円の賠償を国及びアスベスト建材メーカー46社に対して求めて2008年5月16日に提訴、横浜地裁には、原告40名（うち14名は提訴を待たずに死亡）が国及びアスベスト建材メーカー46社を相手取り15億4000万円の賠償請求をして2008年6月30日に提訴した。日本におけるアスベスト訴訟の概要と特徴、検討課題については、松本克美「日本におけるアスベスト訴訟の現状と課題」立命館法学331号862頁以下（2010）を参照されたい。

し、長期間の潜在期間を経てアスベスト疾患への罹患が顕在化したという健康被害について、アスベスト建材を製造し、流通においたメーカーと国を相手取り不法行為責任に基づく損害賠償を求めたものである。

本件訴訟で争点として激しく争われている問題の一つに、特定被告の製造・流通させたアスベスト建材が特定原告に健康被害を発生させ得る態様で到達していたということを、原告が証明すべきか否かという問題がある。本件訴訟で、原告側は被告メーカーらに民法719条1項前段ないし後段の共同不法行為責任が成立していると主張しているので²⁾、この問題は、共同不法行為における加害行為の到達及びその証明問題と位置づけることができる。本稿は、まず建設作業従事者のアスベスト疾患被害の特徴から、特定のアスベスト建材メーカーの建材が特定の原告に被害を発生させるほどに到達していたことを個別に証明することは不可能なことを指摘したうえで(二)、共同不法行為論の現時点での理論状況を確認し(三)、本件のような事案類型における加害行為の到達問題をどのように解すべきか(四)を検討することにしたい。

二 建設作業従事者のアスベスト疾患被害の特徴と加害行為到達の証明不可能性

1 アスベスト疾患被害の特徴³⁾

天然の繊維性鉱物であるアスベスト(クリソタイル=白石綿、クロシドライト=青石綿、アモサイト=茶石綿、アンソフィライト、トレモライト、アクチノライトの6種)は、耐熱性、耐摩擦性、耐腐食性、断熱・防音性、絶縁性などの優れた特性をもち、かつ、鉱物であるにもかかわらず繊維の

2) この点につき、松本・前掲注(1)880頁以下、同「アスベスト被害と共同不法行為」労働判例975号2頁(2009)で簡単に紹介した。

3) この点の詳細は、松本克美「建物吹付けアスベストと建物賃貸人の土地工作物責任 大阪地裁2009(平成21)・8・31近鉄事件判決の検討を中心に」立命館法学327・328合併号2307頁以下(2010)でも論じた。

ように糸や布に織ることができる紡織性もち、経済性に優れているなど、使いやすさにあふれた天然素材である。まさに「奇蹟の鉱物」や「魔法の鉱物」と呼ばれてきた所以である⁴⁾。

アスベストが大量に生産、利用されるようになるのは、イギリスを皮切りに19世紀の産業革命以降の欧米において、蒸気機関のボイラーの保温材や断熱材、自動車のブレーキライニング、水道管、農薬生産過程に必要な電気分解の隔膜、鉄骨建築の耐火被覆材、セメント材料、蒸気機関車の保温材等々にアスベストが使われるようになってからである。日本での本格的な使用も、明治期以降のことであった。最初は、軍艦のボイラーの断熱材として、着目され、それが次第に民間部門で使用されるようになってきた。戦後は、軍需から民需へと転換し、とくにアスベストは、断熱材、防音材などとして建材に多く使用されるようになった⁵⁾。

ところが、このアスベストの特長でもあるその微細な繊維が、人の呼吸器を通じて肺に蓄積されていくことによって、人の健康に重大な疾患をもたらすことが次第に判明してきた。いわゆるアスベスト疾患と呼ばれる病気で、これまでに知られているのは、石綿肺、肺がん、悪性中皮腫、胸膜疾患（良性石綿胸水、びまん性胸膜肥厚）である。いずれも潜伏期間が長く、30年から50年と言われる⁶⁾。

周知のようにアスベストの危険性は、尼崎市のクボタ旧神崎工場の従業員

-
- 4) 岩石鉱物科学編集委員会編『アスベスト ミクロンサイズの静かな時限爆弾』（東北大学出版会，2006）5頁以下，中央労働災害防止協会編『なぜアスベストは危険なのか』（中央労働災害防止協会，2006）71頁以下。
 - 5) アスベスト製品の普及については、中皮腫・じん肺・アスベストセンター編『アスベスト禍はなぜ広がったのか』（日本評論社，2009）5頁以下，35頁以下，南慎二郎「アスベスト産業の展開と労働災害の発生 大阪府におけるアスベスト産業を中心に」政策科学・別冊『アスベスト問題特集号』（立命館大学政策科学会）145頁，同「戦後日本の産業構造とアスベストの使用実態」政策科学16巻1号75頁，森裕之「アスベスト災害と公共政策 戦前から高度成長期にかけて」政策科学16巻1号7頁（2008）に詳しい。
 - 6) アスベスト疾患については，森永謙二編『アスベスト汚染と健康被害・第2版』（日本評論社，2006）3頁以下，同編『石綿ばく露と石綿関連疾患・基礎知識と補償・救済 [増補新装版]』（三信図書，2008）を参照されたい。

員や周辺住民の多数がアスベスト疾患で亡くなっていたことをクボタが記者会見で発表したいわゆる「クボタショック」(2005年6月30日)を機に一気に社会問題化し、世界有数のアスベスト輸入、使用大国でもあった日本がアスベストの製造等がほぼ全面的に禁止されるにいたったのは2009年になってからである⁷⁾。

2 建設作業の特徴と作業従事者のアスベスト疾患罹患⁸⁾

アスベスト建材は、吹付アスベスト(経年劣化により飛散する恐れが大きい)、以外の飛散性アスベスト建材(保温材、耐火被覆材、断熱材等にアスベストが使われているもの)、非飛散性のアスベスト建材(セメントで固められたアスベスト成形版等)に分けられる⁹⁾。はそれ自体で飛散する恐れが高く、は建築現場で切断、加工された場合などにアスベスト粉じんが建築現場に発生し、建設作業従事者は、アスベスト粉じんに曝露され、粉じんが呼吸器を通じて体内に蓄積され、将来アスベスト関連疾患に罹患するリスクを負うことになる。

しかも、建設作業従事者は、通常の作業歴において特定の一つの現場でだけ建設作業に従事することはありえない。多数の建設現場での作業に従事する。また、建設現場では、同時に多数の作業が進行するので、自らの直接の作業以外に、他の建設作業において発生したアスベスト粉じんに間接曝露する機会が多い。更に、解体・改修作業においては、現時点でのア

7) 以上の点については、松本・前掲注(1)867頁以下、松本・前掲注(3)886頁で紹介した。

8) 建設作業とアスベスト疾患との関係については、里見秀俊「産業公害(アスベスト)としてのじん肺 建設現場の実体から」労働法律旬報1239号33頁以下(1990)、海老原勇「石綿による被害の爆発的な広がり」社会労働衛生4巻1号58頁以下(2006)、宮本一「職業暴露 建設従事者のアスベスト被害と対策」社会労働衛生4巻1号45頁以下(2006)など。

9) 小澤英明『建物のアスベストと法』(白揚社、2006)49頁。その他建物とアスベストの問題については、石原一彦(2008)「建設業界におけるアスベスト対策の今後の課題」政策科学・別冊『アスベスト問題特集号』(立命館大学政策科学会)1頁以下(2008)、同「建設業界におけるアスベスト被害と対策」環境と公害38巻4号55頁以下(2009)参照。

スベスト建材のみでなく、過去のスベスト建材の切断等から生じるスベスト粉じんに曝露することになる。

3 アスベスト粉じん曝露の原因となったスベスト建材の特定の困難

(1) アスベスト疾患の 長期潜在性

仮にアスベスト疾患が、アスベスト粉じんへの曝露の直後ないし極めて短期間で発症するような疾患であるならば、発症直前の建設作業現場で使用されていたアスベスト建材を特定し、その建材を流通においたメーカーを被告として不法行為責任を追及することも可能であろう。また、発症直前の建設作業現場の使用者を相手取って安全配慮義務違反の債務不履行ないし不法行為責任を追及することも考えられよう。しかし、アスベスト粉じんに曝露したからといって直ちに発症するのではなく、30年以上も経過して初めて疾患が顕在化するという上述したアスベスト疾患の 長期潜在性 という特質は、アスベスト粉じん曝露から発症までの間の長期間の間に多数の建設現場で多数のアスベスト建材を原因としたアスベスト粉じん曝露の機会を作り出す結果となる。

(2) 建設作業現場の不特定性

仮にアスベスト疾患が 長期潜在性 という特質を有していたとしても、各建設作業従事者が、生涯において一つの建設現場しか経験しないというのであれば、証拠収集の困難という大きな問題は残るとしても、当該建設現場で使用されていたアスベスト建材とその製造・流通においたメーカーを特定して、そのものに責任を追及することも不可能ではないかもしれない。しかし、建設作業従事者が一度だけある建設現場で作業に従事して、その後は一切、他の建設現場で作業に従事していないということは、負傷や死亡事故などを除けば通常はありえないし、本件訴訟における原告にもそのような者はいない。アスベスト疾患に発症したとしても、それが長期に潜在する中で、多数の建設現場で建設作業に従事してきたことになるわけで、しかも、建設作業従事者はどの建設現場でどの建材メーカーのアス

ベスト建材が使用されていたのかなどをいちいちチェックして作業に従事しているわけでもないわけだから、どの建設現場でどのメーカーのアスベスト建材によるアスベスト粉じんにとどのくらい曝露されたのかを特定することは不可能であると言えよう。

こうした建設作業従事者におけるアスベスト被害の特徴をふまえて、首都圏建設アスベスト訴訟の原告側は、どの特定の被告メーカーのアスベスト建材がどの特定の原告のアスベスト疾患被害との間に個別的因果関係があるのかが不明であっても、アスベスト建材メーカーらに共同不法行為責任(民法719条1項)が成立すると主張しているのである。

次に民法719条1項の意義を確認しておこう。

三 民法719条1項の意義

民法719条は次のように規定する。

「719条(共同不法行為者の責任)

- 1 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。
- 2 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。」

本件訴訟では、同条2項の教唆・幫助による共同不法行為責任が直接に争点となっているわけではないので、ここでは、まず719条1項の意義を検討する。

ところで、民法719条の共同不法行為をめぐって、学説は「混迷」状態にあると言われてきたが¹⁰⁾、1970年代以降の大気汚染公害訴訟での裁判例

10) 近時の教科書でも、例えば、内田貴『民法・債権各論[第3版]』(東大出版会、2011)は、共同不法行為の「解釈は混迷を極めていられる」とする(528頁)。

の積み上げ¹¹⁾などを経て、現在では、なお見解が分かれる点はあるものの、おおよそ次のように捉える見方が有力となっていると言える¹²⁾。

1 民法719条1項前段 狭義の共同不法行為

民法719条1項前段は、いわゆる 狭義の共同不法行為 について規定したもので、個々の加害行為と結果発生との間の 因果関係を擬制 する規定である。従って、共同不法行為が成立する共同行為者とされた各被告は、自らの行為が直接に原告の被害の全部または一部を発生させていないとか、寄与度が小さいなどとして免責・減責の抗弁をすることは許されない。すなわち、狭義の共同不法行為 の効果は、減免責の抗弁の許され

- 11) 日本における共同不法行為論の展開の大きな「契機」をなしたのが、四日市ぜんそく訴訟にかかわる津地裁四日市支判1972（昭和47）・7・24判時672号30頁）である（野澤正充『セカンドステージ債権法3・事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社，2011）258頁）。なお大気汚染公害訴訟における共同不法行為責任論については、吉村良一『公害・環境私法の展開と今日的課題』（法律文化社，2002）247頁以下（「第2部第2章公害裁判と共同不法行為論」）、同『環境法の現代的課題 公私協働の視点から』（有斐閣，2011）311頁以下、大塚直『共同不法行為論』法律時報73巻3号20頁以下（2001）、前田達明・原田剛『共同不法行為法論』（成文堂，2012）27頁以下等参照。
- 12) 野澤・前掲注（11）257頁以下が、近時の理論状況をきわめて要領よく簡潔に要約しており、内容についても共感するところ大である。その他、近時にいたる判例・理論状況を概観するものとして、潮見佳男『不法行為法 [第2版]』（信山社，2011）126頁以下、前田陽一『債権各論 不法行為法 [第2版]』（弘文堂，2010）128頁以下、吉村良一『不法行為法 [第4版]』（有斐閣，2010）240頁以下、円谷峻『不法行為法 事務管理・不当利得 判例により法形成 [第2版]』（成文堂，2010）270頁以下、平野裕之『民法総合6 不法行為法・第2版』（信山社，2009）267頁以下、近江幸治『民法講義 事務管理・不当利得・不法行為 [第2版]』（成文堂，2009）238頁以下、吉田邦彦『不法行為等講義録』（信山社，2008）180頁以下、窪田充見『不法行為法・民法を学ぶ』（有斐閣，2007）424頁以下など。また一昨年に発表された阿波連正一「共同不法行為と因果関係」静岡法務雑誌3号（2010）1頁以下は、判例においては、相当因果関係説が共同不法行為論の発展に決定的に重大な意味を持っているとし、判例の立場は、共同不法行為の成否を行為者間の「横の関係」である「関連共同性」によって判断するのではなく、各自の行為が結果にとって客観的に共同原因となっているかという「縦の関係」でとらえるものである（客観的共同原因説）との視点から、詳細な分析を試みている。なお、本稿では紙幅の都合で、共同不法行為責任論の理論史をめぐる文献を挙げる余裕はない。この点については、松本・後掲注（16）2848頁注（22）を参照されたい。

ない全部責任を連帯して負う点にある¹³⁾。

このような 狭義の共同不法行為 は、各行為者の間に 強い関連共同性 がある場合に成立する。強い関連共同性 は、複数の者が謀議してある者を負傷させようとしてして実行行為が行われたような主観的関連共同性がある場合に成立する。更に、複数の者の間にそのような意味での主観的関連共同性がない場合にも、強い客観的関連共同性 があれば 狭義の共同不法行為 が成立し得る¹⁴⁾。強い客観的関連共同性 は、原因発生行為における強い一体性 がある場合(コンピナート群を構成する複数の企業が有害物質を大気中に排出しているように、場所的・時間的一体性や機能的・経済的な強い一体関係があるような場合など)、損害発生に対する強い一体性 がある場合(それぞれは有害でないA・B・Cの3社の廃水が、複合することに有毒物質に転嫁して全部の損害を発生させたような場合など)などに認められる¹⁵⁾。

13) 野澤・前掲注(11)263頁, 潮見・前掲注(12)144頁以下, 吉村・前掲注(12)251頁。

14) この点で、自己の意思に基づかない行為について全部責任を負わせることはできないとして主観的な関連共同性がある場合にだけ、719条1項前段が適用されるとする主観説ないし新主観説(その代表的論者が前田達明。同『不法行為帰責論』(創文社, 1978)249頁以下, 同『不法行為理論の展開』(成文堂, 1984)197頁以下)が提唱されたことは周知のとおりである。しかし、現在では、主観的関連共同性のある場合だけでなく、客観的関連共同性のある場合にも全部責任が課される強い関連共同性を認める、いわゆる主観・客観関連共同性説が支配的とも言えよう(野澤・前掲注(11)264頁, 吉村・前掲注(12)251頁など)。なお前田・原田・前掲注(11)は、共同不法行為責任の帰責原理として「他人の行為」への「意思的関与」を強調しつつも、これが従来の前田達明の「主観的関連共同性説」と異なる説(改説?)であることを強調しているが(266-267頁)、どのように異なるのか、いささか理解に苦しむところである。

15) 野澤・前掲注(11)264頁以下。吉村・前掲注(12)251頁は、共同行為者が相互に他人の権利を侵害しないように「拡大された注意義務」を負う場合、複数の行為者が共同で行為することにより「集積の利益」を得ている場合に、強い関連共同性が成立するとする。また、潮見・前掲注(12)170頁は、減免責を認めない連帯責任を認める正当化根拠として、「場所的および時間的」近接性(一体性)に加え、共同行為者間に「拡大された注意義務」が認められるかが「決定的である」とする。なお、公害問題において、全部免責が認められる狭義の共同不法行為が成立する要件として、企業の「集合(積)の危険」「集合(積)の利益」という要素を析出した初期の論文として、浦川道太郎「共同不法行為

2 民法719条 1 項後段 加害者不明の共同不法行為

民法719条 1 項後段は、損害を発生させ得る複数の行為者の行為が損害を発生させたのは確かだが、どの行為者の行為が損害を発生させたのが不明な場合、すなわち、加害者不明の共同不法行為を規定したものである。この場合は、これら共同行為者はいずれも損害を発生させ得る行為をしていたのだから、被害者救済の観点から因果関係が推定される。しかし、推定にとどまるので、自分の行為が損害の全部又は一部を発生させていないことを証明できれば、減免責が許される¹⁶⁾。

3 弱い関連共同性

前述のような 強い関連共同性 をもたらすような緊密な一体性が複数の行為者間に認められない場合でも、結果の発生に対して社会通念上全体として一個の行為 と認められるような一体性があれば、弱い関連共同性が成立する¹⁷⁾。この場合は、自己の行為が損害の全部または一部を発生させないことを証明できれば減免責が許される。

前掲の津地裁四日市支部判決は、この 弱い関連共同性 のある場合も民法719条 1 項前段に含まれるものと解釈したが、それでは、1 項前段の中に減免責が許される場合と許されない場合の2つの効果が併存することになる。また、弱い関連共同性は類型的には加害者不明の共同不法

による損害の賠償と差止」奥田昌道他編『民法学6』（有斐閣、1975）168頁以下は、以後の理論と実務に大きな影響を与えたと言えよう。

16) 野澤・前掲注（11）265頁の他、この点での学説の理解はほぼ共通している。但し、平井宜雄は、719条 1 項後段は、「競合的不法行為者間に同一損害の発生につきいわゆる択一的競合のある場合に限って事実的因果関係の擬制を認めたもの」であり、免責されるためには「共同行為者」でないことを立証しなければならないとする（同『債権各論・不法行為』（弘文堂、1992）208、210頁）。なお、民法719条 1 項後段の加害者不明の不法行為の規定が適用されるためには、被告となるべき加害者が全て特定している必要があるのかという問題については、別稿で検討したので参照されたい（松本克美「侵害行為者の特定と共同不法行為責任の成否」立命館法学333・334合併号2838頁以下（2011）。私見は特定不要説にたつ）。

17) 野澤・前掲注（11）265頁、吉村・前掲注（12）250頁。

行為の場合と区別できるのだから、719条1項後段を減免責の抗弁を許す規定と解すとしても、弱い関連共同性しか認められない場合には、719条1項前段の適用ではなく、むしろ同項後段を類推適用すべきである¹⁸⁾。

なお、共同不法行為規定の意義は、共同行為者間に減免責を認めない連帯責任を課す点にあり、従って、減免責の抗弁が許される「弱い関連共同性」しかない場合を共同不法行為に含めるべきでなく、むしろ競合的不法行為の一つとして扱い、その場合、寄与度の立証が被害者にとって困難である場合の被害者救済のために寄与度についての主張・立証責任を行為者に転換すべしとする見解がある¹⁹⁾。しかし、この見解の提唱者である潮見がかかる被害者救済の必要性が認められる要件としてあげているのは、「時間的・場所的近接性」、個々の行為の「寄与度」を証明困難とする事情などであって²⁰⁾、結局は、従来、「弱い関連共同性」に認められる場合の要素として指摘されてきたものと重なる。実質的には「関連共同性」

18) 野澤・前掲注(11)263頁。周知のように、前掲注(11)四日市ぜんそく判決が719条1項前段が適用される共同不法行為に「強い関連共同性」がある場合と「弱い関連共同性」のある場合の二つを挙げた最初の裁判例であり、そこには、関連性の強弱により責任の効果を分けるという澤井裕の発想(「研究会・公害訴訟」ジュリスト486号113頁(1971)の影響を見て取ることができよう。このような考え方に賛同する初期の見解として、牛山積「公害と共同不法行為論」法律時報43巻8号(1971 後に同『公害裁判の展開と法理論』(日本評論社,1976)に所収)。これに対して、「弱い関連共同性」の場合には、むしろ民法719条1項後段が適用されるべきことを説くのが淡路剛久である(同『公害賠償法の理論・増補版』(有斐閣,1978)132頁以下,同旨として、近江・前掲注(12)241頁以下)。なお吉村・前掲注(12)は、「弱い関連共同性」のある場合と加害者不明の共同不法行為とは類型が違うので、前者はなお1項前段に含めて良く、「むしろ、前段に様々なタイプの共同不法行為があると解する方が素直なように思われる。後段を活用する場合でも、その適用ではなく類推適用と考えるべきではないか。」とする(252頁 傍点引用者。以下同様)。なお前田・原田・前掲注(11)25頁は今日の判例学説は強い関連共同性(民法719条1項前段) 弱い関連共同性(同項後段)というのが「ほぼ一致した考え」とするが、後者が後段の「適用」なのか「類推適用」であるのかについては本文中で指摘したように争いがあり、「ほぼ一致した考え」はいまだ成立していないと言える。

19) 潮見・前掲注(12)205頁以下,同『基本講義・債権各論 不法行為法・第2版』(新世社,2009)160頁。

20) 潮見・前掲注(12)209-210頁。

を論じながら、この場合を民法719条の外に放逐しなければならない必然性があるのか、いささか疑問である。

4 主張証明責任

原告側が被告間に主観的関連共同性のあることを証明できれば、被告は減免責の抗弁を主張できない²¹⁾。

また、原告側で被告間に客観的関連共同性のあることが証明できた場合には、被告の側で弱い関連共同性しかないことを証明しなければ減免責を得ることはできない²²⁾。

原告側で被告間に加害者不明の共同不法行為が成立する共同関係を証明できた場合には、被告の側で自己の行為が結果の全部又は一部を発生させなかったことを証明できたときに減免責を得ることができる²³⁾。

5 競合的不法行為と共同不法行為

(1) 問題の所在

各行為者の行為がそれぞれ独立して損害を発生させ得る独立の不法行為の成立要件を充たす場合に、その独立した不法行為の競合（競合的不法行為

21) 野澤・前掲注(11)263頁の他、この点は共通の理解が成立しているものと言えよう。

22) この点の主張立証責任を詳細に述べた判決として、西淀川訴訟第2次～第4次訴訟・大阪地判1995(平成7)・7・5判時1538号17頁)がある。同判決は次のように述べている。「被害者側は、共同行為者各自の行為、各行為の客観的関連共同性、損害の発生、共同行為と損害との因果関係、責任要件(責任能力、故意・過失・無過失責任)、違法性を主張立証し、加害者側は、弱い共同関係であることと自己の寄与の程度及び責任の分割が合理的に可能であることを主張立証して、責任の分割の抗弁を主張することができる。これに対し、被害者側は、責任の分割を不当とするときは、強い共同関係があることを主張することになる(これは責任分割の抗弁に対する積極否認事実の主張であり、反証にあたる)」とする。ちなみに同判決を下した大阪地裁判9部の裁判長であった井垣敏生裁判官は、裁判官退官後、現在は大阪弁護士会に弁護士として登録されつつ、筆者の所属する立命館大学法科大学院教授として要件事実論等の授業を担当されている。

23) 野澤・前掲注(11)265頁の他、この点も共通の理解が成立しているものと言えよう(但し、平井は1項後段を因果関係の擬制規定とするので、免責のための証明の対象は因果関係のないことではなく、「共同行為者」でないこととする 前掲注(16)参照)。

為)を共同不法行為の中に入れて考えるか、含めないかについては、見解の対立がある²⁴⁾。

最高裁は、山王川事件・最判1968(昭和43)・4・23民集22巻4号964頁、交通事故と医療事故の順次競合事件・最判2001(平成13)・3・13民集55巻2号328頁の二判決を通じて、競合的不法行為を共同不法行為に含める立場に立つものと解されている²⁵⁾。これに対しては、競合的不法行為の場合には競合の範囲で不真正連帯債務が成立すると解すれば足りるから、わざわざ共同不法行為とする意味がないとする見解²⁶⁾が対置されている。

私見は、競合的不法行為の場合に全部責任を認め、減免責の主張を許さないことの法的根拠を全部責任を規定した719条に求めることは無意味とはいえず、そのような法的効果の根拠を指示するものとして意味があると考える²⁷⁾。なぜなら、その行為だけで損害の全部を発生させ得る行為が重

24) 野澤・前掲注(11)274頁以下。

25) 上記山王川事件最高裁判決は、「共同行為者各自の行為が客観的に関連し共同して違法に損害を加えた場合において、各自の行為がそれぞれ独立に不法行為の要件を備えるときは、各自が右違法な加害行為と相当因果関係にある損害についてその賠償の責に任ずべきである(傍点引用者 以下同様)」としている。内田は、「これでは独立の不法行為が競合した場合と何ら違いはない」と指摘し、「同判決を共同不法行為論を展開したものと理解することは疑問であり、共同不法行為の先例としての価値はないというべきであろう」とする(内田・前掲注(10)541-2頁)。また後者の交通事故と医療過誤の順次競合に関する前掲・最判2001年は、「死亡という一個の結果を招来し、この結果について相当因果関係を有する関係にある」ことから、共同不法行為の成立を認めた。これに対して、前田陽一は、「損害一体・寄与度不明型におけるような各加害者の行為と損害との因果関係の立証に支障を来しているわけではなく、また、交通事故と医療過誤という異時異質な行為の競合によることから、あえて《弱い関連共同性》の概念を拡張して719条1項後段を適用するまでもない」として、「競合的不法行為の効果として、損害の全額について連帯責任を認め、分割責任を否定すれば足りよう」とする(前田・前掲注(12)138頁)。

26) 周知のように、独立的不法行為の競合する場合は、共同不法行為の問題ではないとする鋭い問題提起をしたのが平井宜雄である(同「共同不法行為に関する一考察 『因果関係』概念を手がかりとして」来栖三郎・加藤一郎編川島武宜教授関連記念『民法学の現代的課題』(岩波書店、1972)。後に、『不法行為理論の諸相・平井宜雄著作集』(有斐閣、2011)65頁以下に所収。引用頁は後者による)。

27) 野澤・前掲注(11)も関連共同性を広く認め、競合的不法行為も共同不法行為の一類型とする考え方が「適切」とする(277頁)。この見解は、野澤も同頁で指摘しているよう

合した場合は、通常、加害行為と損害発生間の事実的因果関係を認めるために必要な「あれなければこれなし（conditio sine qua non）」という条件関係²⁸⁾は成立しないので、自己の行為がなくても損害の全部が発生したことを理由に免責の抗弁を主張できないか、また、同一の損害についての金銭賠償債務を複数の者が多う場合には分割債務（民法427条）にならないのかという問題が論理的には起こりうる。そのような抗弁を許さない理由を、「同一の損害との間に事実的因果関係が存在すれば、それが同一であるかぎり賠償の対象となりうることは一般原則上当然²⁹⁾」だからと説明して足りるか、なぜ「当然」なのかという問題が生ずる。更に、共同不法行為でなくして単なる独立不法行為の競合であると解すると、加害行為と結果発生間の個別的因果関係の立証負担を原告側が原則として負うことにならないか、また、減免責の抗弁が原則的に認められることにならないのかという実際的な問題も生じ得る。

（2）山王川事件・最高裁1968（昭和43）年判決

前述の山王川事件・最高裁判決の事案では、被告である国は下水の汚水の流入なども結果発生の原因であるから、国のアルコール工場の廃水のみに責任を負わせることはできないとの主張をした。最高裁は、この問題について「共同行為者各自の行為が客観的に関連し共同して違法に損害を加えた場合」には、たとえ「各自の行為がそれぞれ独立に不法行為の要件を備えるとき」、すなわち、自己の行為とは別に、他人の行為が「不法行為の要件を備えるとき」であっても、自己の行為と「相当因果関係の範囲内にある全損害について、その賠償の責に任ずべき」としたのである。つまり、最高裁によれば、「共同不法行為」は、独立的不法行為の競合の場合でも全部責任を免れないことの要件として位置付けられていると評価でき

に、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）360頁で強調されている見解である。

28) conditio sine qua non については、森島昭夫『不法行為法講義』（有斐閣、1987）282頁以下参照。

29) 平井・前掲注（16）212頁。

よう。従って、最高裁によれば、独立的不法行為の競合だから「共同不法行為」につき言及することは「不要」ではなくて、逆に、独立的不法行為の競合にも当たり得る場合だからこそ減免責を認めず全部責任を課すために、「共同不法行為」に言及することが「必要」と考えているものと思われる。

(3) 交通事故と医療過誤の順次競合事件・最高裁2001(平成13)年判決

また交通事故と医療過誤の順次競合事件の最高裁2001(平成13)年判決は、「本件交通事故と本件医療事故とのいずれもが、Aの死亡という不可分の一個の結果を招来し、この結果について相当因果関係を有する関係にある。したがって、本件交通事故における運転行為と本件医療事故における医療行為とは民法719条所定の共同不法行為に当たるから、各不法行為者は被害者の被った損害の全額について連帯して責任を負うべきものである。本件のように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共同不法行為においても別異に解する理由はないから、被害者との関係においては、各不法行為者の結果発生に対する寄与の割合をもって被害者の被った損害の額を案分し、各不法行為者において責任を負うべき損害額を限定することは許されないと解するのが相当である。ただし、共同不法行為によって被害者の被った損害は、各不法行為者の行為のいずれとの関係でも相当因果関係に立つものとして、各不法行為者はその全額を負担すべきものであり、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719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からである」と判示している。ここでは、本件事案では交通事故と医療過誤という「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」場合であることを前提にしつつ、それが「共同不法行為」となるが故に、損害額の按分、限定、連帯免除が認められないとしている。つまり、独立的不法行為の競合だから、「共同不法行為」に

ならないのではなく、独立的不法行為の競合でもあるからこそ、減免責を認めない根拠としての「共同不法行為」に固有の存在意義が与えられているのである³⁰⁾。

(4) 留意点

なお、判例が独立的不法行為の競合を共同不法行為類型に含めているという点にはついては、次の点に注意が必要である。

すなわち、上記2つの最高裁判決の事案では、共同不法行為責任を問われた行為者には、独立した不法行為責任の成立要件の充足が認められている。しかし、上述したように、判例はそのように独立の不法行為の要件を充足する場合でもなお、共同不法行為が成立することを指摘しているのであって、その逆に共同不法行為が成立するのは各自の行為が独立不法行為の要件を充足していなければならないなどと明言しているわけではない。

従って、「各自の行為がそれぞれ独立に不法行為の要件を備えるとき」（山王川事件判決）、「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共同不法行為」（交通事故と医療過誤の順次競合事件判決）という判示は、当該事案においては、各自の行為が独立して不法行為の成立要件を充足し、かつ、それでも共同不法行為が成立することを強調しているの

30) 窪田・前掲注(12)429頁は、この平成13年判決につき、「本判決の結論は709条のみによっても当然に認めると考えられるものであるが、今日では、それを共同不法行為であると認定することによって補強するという意義を認めることができるのである」とする。また、阿波連・前掲注(12)は、判例は、「共同不法行為の本質を行為者間の関連共同性ではなく一個の結果との相当因果関係に求める客観的共同原因説」の立場であるがゆえに、「交通事故と医療事故とが順次競合し、そのいずれもが被害者の死亡という不可分の1この結果を招来しうるこの結果について相当因果関係を有する関係にあって、運転行為と医療行為とが共同不法行為に当たる」と判断するのは判例の客観的共同説の必然的な帰結であり、「相当因果関係説で一般不法行為を判断するのは、共同不法行為として、連帯責任を説得的なものとするためである」とする(216-7頁)。なお前田・原田・前掲注(11)は、この判決の事案は「交通事故と医療事故の両方が被害者の死亡について明白な因果関係を有する事案」であり、「民法第719条の判例法理を探求するという観点からは、必ずしも有益でなく...」とするが、私見は本文で述べたように、まさに最高裁の「判例法理を探求するという観点から」有益と考える。

であって、各自の行為が独立して不法行為の要件を充足する場合に「限って」共同不法行為が成立するとしているのではないと捉えるべきである。

このように捉えられるとすると、共同不法行為の成立には各自の行為が不法行為の成立要件を充たす必要があるとするのが 伝統的な考え方 で、しかし、それでは通常不法行為の競合を論ずればよく、独立した不法行為の要件を充たさない場合に共同不法行為責任を認めるのが 最近の考え方 であるとする見解や³¹⁾、前者の立場に立つ最高裁と、最近の考え方 に立つ、大気汚染訴訟にみられる下級審裁判例とを対立的に見る見方は、判例の捉え方としては正確とは言えないのではないかとも言えよう。結局、これまでは、最高裁で大気汚染訴訟で問われているような事案類型が審理されてこなかっただけであって、最高裁 伝統的、下級審 最近の考え方 と図式化することは一面的に過ぎるともいえる³²⁾。

四 加害行為の到達と共同不法行為の成否

1 問題の所在

共同不法行為が成立する特定の加害者の行為が、特定の被害者に、どの程度かはともかくも、損害を発生させるほどに到達したことの証明が必要だとする見解³³⁾(加害行為の具体的到達証明必要説)があるとすれば、そ

31) 潮見・前掲注(19)152頁以下の叙述は、「伝統的な考え方」と「最近の考え方」をこのように対置しているように読める。また前田陽一・前掲注(12)129頁も、最高裁の考え方と下級審裁判例・近時の学説を対立的に捉え、「一つの方向に収束するにいたっていない」とする。

32) 前田陽一は最高裁と下級審裁判例・学説との違いについて、最高裁が「都市型大気汚染訴訟のような個別的因果関係の立証困難な事例を扱っておらず、理論的転換の必要に迫られていないためであろう」とする(同「共同不法行為論・競合的不法行為論の再検討 じん肺訴訟・アスベスト訴訟を機縁に原因競合論の観点から」加藤一郎先生追悼論集『変動する日本社会と法』(有斐閣, 2011) 513頁以下)。

33) 例えば、前田・原田・前掲注(11)は、200頁以上にわたる判例分析の結果として、被告の各行為が原告において発生した損害の原因となったことの「具体的」危険性を有していたことを原告側が主張・証明すべしとするのが「判例法理」であるとして、それ

れは、共同不法行為は、特定の加害者の行為が特定の被害者の損害を発生させるほどに到達している場合にのみ認められると主張しているのと同じである。

だが、このような主張は、以上のような共同不法行為論の到達点を踏まえた場合には、以下で述べるように妥当な見解とは言えない。

2 主観的関連共同性のある場合

A・Bが謀議を語り、Cをピストルで射殺しようとして、それぞれピストルの弾を発射し、Aの弾はCに命中しCは死亡したが、Bの弾は明らかにそれてしまいCには全くあたらなかったとしよう。この場合、Bは自分の発射した弾がCに当たらなかったことを証明しても、Cの死亡という損害の発生に対する全部責任を免れない。なぜなら前述したようにA・B間には主観的関連共同性が成立するから、Bの行為と結果発生の際に個別の因果関係がないことを証明しても免責されないからである。従って、この場合、特定の加害者の行為が特定の被害者に到達しているかは問題とならない。加害行為の到達は共同不法行為責任成立のための必要条件ではないのである。

3 客観的関連共同性のある場合

(1) 弱い関連共同性がある場合

Y1, Y2, Y3それぞれ単独のばい煙排出量では、健康被害は発生しないが、そのうちの2社以上のばい煙が複合すれば健康被害が発生し得る。付近住民であったX1, X2, X3に健康被害が発生し、その原因はY1, Y2, Y3らのばい煙の複合により発生したことが確認されたが、それぞれの原告に到達したばい煙は、Y1, Y2, Y3らのどのばい煙が複合したものが到達したのかは証明できない。X1に到達したのは、Y1-Y2のばい

を支持しているが（263-264頁）、このような考え方は本文で述べたような加害行為の具体的到達証明必要説といえよう。

煙の複合したものかもしれないし、Y2-Y3、或いはY1-Y3の複合したもの、更には、Y1-Y2-Y3の三社のばい煙が複合したものが到達したのかもしれない。

しかし、Y1、Y2、Y3の3社の間のばい煙排出行為には結果発生への一体性があり、たとえ弱い関連共同性であったとしても客観的関連共同性があることが証明できた場合には、それぞれの被告の行為とそれぞれの原告における被害発生との間の個別的因果関係が少なくとも推定されるのであるから、原告側でそのような個別的因果関係の立証は不要である。だとすれば、原告側は個々の被告の行為が自らの被害発生を惹起するほどみずからに到達していたこと、すなわち加害行為の到達を証明する必要もないことを意味しよう。

この場合、原告らは、被告ら3社のばい煙排出行為に関連共同性のあること、その関連共同する共同行為が原告らの損害発生を惹起したことを証明すればよく、特定被告のばい煙が特定原告に到達したかどうかは証明の対象とならないのである³⁴⁾。

(2) 強い関連共同性のある場合

更に、Y1、Y2、Y3の3社が場所的・機能的・経済的に一体関係を持つコンピナートを形成しており、従って強い関連共同性も認められる場合には、そもそも特定の加害者の行為と特定の被害者の結果発生との間の個別的因果関係は不要なのであるから、特定被告の加害行為が特定原告の損害発生を惹起するほど到達していたのかも問題とならない³⁵⁾。

4 加害者不明の共同不法行為の場合

Y1、Y2、Y3ら3名が山の中で、全く無関係に狩猟をしていた。森の

34) 例えば、前掲注(22)における西淀川第2次～第4次訴訟大阪地裁判決の判示を参照。

35) 前述の四日市ぜんそく訴訟判決は、強い関連共同性がある「被告三社は、自社ばい煙の排出が少量で、それのみでは結果の発生との間に因果関係が認められない場合にも、他社のばい煙の排出との関係で、結果に対する責任を免れないものと解するのが相当である。」と判示する。

中で動く影があったので、それぞれ別々の位置から良く目標を確認することなく射撃をしたところ、Xの背中にそのうちの1発があたり、Xは下半身不随の後遺症の残る重傷を負った。この場合、XはY1、Y2、Y3がXを負傷させるような共同行為をしていたことと（相互の意思の連絡は不要　これがあればむしろ719条1項前段の問題になり得る）、その共同行為により損害が発生したことを証明すれば、加害者不明の共同不法行為が成立するから、Xは、被告らの誰の弾がXに到達したのかを証明することを要しないことはいうまでもない。

5 小 括

結局、複数の行為者間に強い関連共同性が認められて民法719条1項前段が適用される場合、弱い関連共同性が認められて民法719条1項後段が類推適用される場合、加害者不明の共同不法行為が成立し719条1項後段が適用される場合のいずれにおいても、原告側で特定被告の加害行為が特定の原告に損害を発生させるほど到達したことを証明することは不要なのである。加害行為の到達の証明が必要であるとするならば、それは、結局、関連共同性が認められず、加害者不明の共同不法行為も成立しない場合に限られよう。

なお前述したように、最高裁が山王川事件判決や交通事故と医療過誤の順次競合事件で、各行為者の行為が独立して不法行為の要件を充足することに言及しているのは、当該事案がそのような事案だからであって、共同不法行為が成立するためには必ず各行為者の行為が独立して不法行為の成立要件を充たす（それゆえ、各行為と結果発生の個別的な因果関係を充たす）ことを要求しているとまではいえない。その意味でも特定の加害者の行為が特定の被害者に到達したことの加害行為の到達の証明は、共同不法行為成立の必要条件ではないと言えよう。

五 む す び

以上のように、そもそも共同不法行為が成立する場合には、共同行為者とされた特定被告の加害行為が特定の原告に到達したことを原告側で証明する必要はないのである。従って、首都圏建設アスベスト訴訟のような事案において、アスベスト建材メーカー間に共同不法行為が成立するならば、原告である個々の建設作業従事者が従事したどの建設現場に、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原告側で証明することは不要である³⁶⁾。更に、「強い関連共同性」が認められる場合には、加害行為の到達の立証が不要であるばかりでなく、被告側が加害行為の不到達を証明したとしても、減免責は認められないことになる。

かくして、加害行為の到達問題は、被告メーカーらに共同不法行為が成立するか否かの問題に帰着する。

筆者は、この場合の被告メーカーらには、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考えるが、この点の論証は紙幅の関係で別稿³⁷⁾に譲ることにしたい。

* 本稿は本学法務研究科の佐上善和教授、渡辺惺之教授の退職記念号への寄稿論文である。2008年に筆者がベルリンのフンボルト大学に在外研究中に、佐上教授が他の何名かの調査団とともにベルリンに来られ、ベルリンの家庭裁判所やDV被害女性の支援組織などを訪問する調査に何日かご一緒し、また、

36) 前田・原田・前掲注(11)は、民法719条の適用が論じられてきた訴訟として、「公害訴訟と薬害訴訟とじん肺訴訟の三類型が代表的なもの」とする(20頁)。しかし、これら「三類型」の訴訟から析出された「判例法理」は、本文で述べたような加害行為の具体的到達の証明不能な首都圏建設アスベスト訴訟のような事案にそのまま適用できるのであるうか。

37) 松本克美「建設作業従事者のアスベスト被害とアスベスト建材メーカーの『流通集積型』共同不法行為」立命館大学・政策科学別冊「アスベスト特集号」(2012年3月刊行)でこの問題につき論じている。

拙宅でささやかな夕食パーティーを開いたことが懐かしく思い出される。渡辺教授は、立命館大学法科大学院への移籍の交渉のときに大阪駅付近の喫茶店で初めてお話をし、その非常に紳士的で物柔らかなお人柄に感服したことが懐かしく思い出される。渡辺教授には、本稿注1に記載した拙稿論文の盗作被害事件（拙稿論文の表題の「日本」を「わが国」に変え、「はじめに」のところを部分的に変えた他は、本文、注、末尾の判決リストにいたるまで拙稿を全くコピーした内容の極めて悪質な盗作論文が某大学関連の紀要に昨年10月に掲載されていることが発覚した事件）をめぐり、ご専門のひとつである著作権法の立場から、貴重なお助言を得たことに感謝したい。お二人の今後のますますのご健勝をお祈りしつつ、本稿を閉じることにする。