

複数行為者の不法行為責任に関する 基礎理論的考察（1）

——民法719条1項後段の責任の意義と限界——

尾 藤 司*

目 次

- I はじめに
 - 1. 問題の所在
 - 2. 択一的競合における因果関係の推定とその正当化根拠
 - 3. 「累積的競合」における因果関係の推定とその正当化根拠
 - 4. 小 括——本稿の検討課題および分析方法
- II 複数行為者の不法行為責任に関する従来の議論
 - 1. 民法典起草段階から最判昭和43年4月23日民集22巻4号964頁の手前まで（【1】期）
 - (1) 旧民法における議論
 - (2) 起草者の見解および起草直後に現れた見解
 - (3) 客観的共同説の形成過程① (以上、本号)
 - (4) 主観的共同説からの批判
 - (5) 客観的共同説の形成過程②とその揺らぎ
 - (6) 判例の動向
 - (7) 【1】期の小括
 - 2. 最判昭和43年4月23日民集22巻4号964頁から1980年代後半まで（【2】期）
 - 3. 1990年以降から現在まで（【3】期）
 - 4. 従来の議論における問題点と比較法を行う趣旨
- III ドイツ民法830条1項2文の責任根拠および責任構造
- IV ドイツ法における寄与度不明事例の扱い
- V 「1項後段責任」の意義と限界

* びとう・つかさ 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

I はじめに

1. 問題の所在

損害発生に複数の原因が関与する場合、被害者が因果関係を立証することは、容易ではない。とりわけ、大気汚染事例や「建設アスベスト事例」(建設作業員が石綿粉塵に建設現場で曝露し、中皮腫などの石綿関連疾患に罹患した事例)においては、被害者が個別に因果関係を立証することは、不可能に近い。そのため、因果関係の立証を緩和する法技術に注目が集まるのは自然なことといえる。その中でもとくに、民法719条1項は、重要な役割を果たしてきた(以下、「1項前段」、「1項後段」という)¹⁾。

これまで、複数の原因が関与する事例の多様化にともない、不法行為法学は、被害者保護の理念を強調することによって、民法719条1項、とりわけ、1項後段の射程を拡張してきた²⁾。ところが、1項後段に関しては、議論の出発点となる同段の責任原理について十分な検討が行われることなく、裁判例が先行し、その射程が拡張してきたのが実態だと思われる。しかし、「択一的競合」および「累積的競合」に関する近時の議論は、こうした状況の再考を促す端緒となっている。この点について、若干敷衍しよう。

1項後段は、いわゆる「択一的競合(加害者不明)」「複数の加害行為のいずれか1つが原因となって損害が発生した場合³⁾」において、全ての行為者に対して因果関係の推定を定めている⁴⁾。従来、1項後段は、「特定された

1) 大気汚染事例における民法719条1項の解釈論を検討するものとして、大塚直「公害訴訟における共同不法行為論」新美育文=浦川道太郎=畑中久彌編『不法行為法研究①』(成文堂、2020年)37頁、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年)247頁以下(初出:1995年)を参照。

2) 前田陽一「共同不法行為論・競合的不法行為論の再検討」加藤一郎追悼『変動する日本社会と法』(有斐閣、2011年)511頁。

3) 大塚直「共同不法行為・競合的不法行為論と建設アスベスト訴訟判決について」加藤雅信古稀『21世紀民事法学の挑戦〔下巻〕』(信山社、2018年)623頁、648頁。

4) このように理解するものとして、たとえば、前田達明『民法Ⅵ₂(不法行為法)』(青)

複数の行為者以外に加害者となり得るものがないこと⁵⁾（以下、「十分性」）が満たされる場合にのみ、適用されると考えられてきた⁶⁾。しかし、たとえば建設アスベスト事例においては、石綿関連疾患の原因となった建材を製造・販売するメーカーが多数存在するため、加害者となった可能性のある全てのメーカーを特定することは容易ではない。そこで、1項後段の本来適用において、十分性を不要とする見解が現れた⁷⁾。これは、1項後段の適用範囲をさらに拡張するものにほかならない。最高裁⁸⁾はこれを否定したものの、十分性を不要とする見解が現れたことを1つの契機として、学説の関心は、1項後段における因果関係の推定の正当化根拠という基礎的な問題に移ってきている⁹⁾。

5) 林書院新社、1980年）191頁、幾代通『不法行為』（筑摩書房、1977年）214-215頁、幾代通＝徳本伸一補訂『不法行為法』（有斐閣、1993年）228-229頁、潮見佳男『不法行為法Ⅱ〔第2版〕』（信山社、2011年）220頁、吉村良一『不法行為法〔第5版〕』（有斐閣、2017年）265頁、前田陽一『債権各論Ⅱ 不法行為法〔第3版〕』（弘文堂、2017年）149頁、橋本佳幸＝大久保邦彦＝小池泰『民法Ⅴ 事務管理・不当利得・不法行為〔第2版〕』（有斐閣、2020年）294頁〔大久保邦彦執筆〕、これに対して、平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』（弘文堂、1992年）210-211頁は、因果関係の推定規定ではなく、擬制規定であると捉える。なお、四宮和夫『不法行為』（青林書院、1983年・1985年）794-795頁は、後者の捉え方にも一定の理解を示している。

6) 石橋秀起「建設アスベスト訴訟における建材メーカーの集团的寄与度に応じた連帯責任」立命館法学399=400号（2022年）1頁、5頁。

7) 幾代＝徳本補訂・前掲注4）229頁、四宮・前掲注4）794頁、潮見・前掲注4）219-220頁、吉村・前掲注4）406-407頁、大塚直「複数不法行為者の責任の関係に関する最近の議論について」瀬川信久・吉田克己古稀『社会の変容と民法の課題〔下巻〕』（成文堂、2018年）189頁、204-205頁、前田陽一「判批：東京高判平成29年10月27日」私法判例リマックス58号（2019年）38頁。

8) 学説として、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号（2011年）1378頁、1395頁、平野裕之『不法行為法〔第3版〕』（信山社、2013年）295頁、内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書（続）（上）」NBL1086号（2016年）4頁、6頁以下。裁判例として、東京高判平成29年10月27日判例タイムズ144号137頁。

9) 最判令和3年5月17日民集75巻5号1359頁。本判決の評釈として、さしあたり、中野塚朗「判解：最判令和3年5月17日」ジュリスト1562号（2021年）84頁。

10) 実際、最近、1項後段の趣旨について踏み込んだ言及をする学説が一定数存在する。たとえば、前田陽一「共同不法行為論の展開と平井理論」平井宜雄追悼『民事責任法のフ

また、いわゆる「累積的競合（寄与度不明）」（「相合し又は蓄積された加害行為により権利侵害が生じた場合において、複数の加害行為がそれぞれ一定の寄与の可能性がある場合」¹⁰⁾）に当たるものの、複数の行為者間に1項前段を適用するに足りる関連共同性がない場合について、民法には定めがない¹¹⁾。従来、学説および一部の判例は、1項後段を類推適用することで、その欠落を埋めてきた。しかし、翻って考えると、「累積的競合」を各行為者が単独で当該損害を惹起した可能性がない事例であると捉えた場合¹²⁾、因果関係の推定が正当化されるのはなぜか。「累積的競合」においても、択一的競合と同様、学説の関心は、因果関係の推定の正当化根拠という問題に移ってきている¹³⁾。

このように、近時、主として1項後段における因果関係の推定の正当化根拠が検討されるに至っている。このことは、1項後段がいかなる責任原理に基づく法規範なのかを明確化することが求められていることを示唆している。

そこで、まず、1項後段の本来適用における十分性の問題を足がかりにして、同段における因果関係の推定の正当化根拠ないし同段の趣旨に関する最近の議論状況を把握する。次いで、「累積的競合」に対する1項後段の類推適用の可否、その際の責任範囲、および因果関係の推定の正当化根拠をめぐる議論状況を把握することにしよう。

ㄨ ロンティア（有斐閣、2019年）473頁、500頁、吉村良一「建設アスベスト訴訟と共同不法行為論」同『政策形成訴訟における理論と実務』294頁（日本評論社、2021年）（初出：2019年）などを参照。

10) 大塚・前掲注3) 649頁。

11) 潮見佳男『債権各論Ⅱ 不法行為法〔第4版〕』（新世社、2021年）190-191頁。

12) 前田陽一「民法719条の存在意義と原因競合論」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題』（商事法務、2015年）225頁、235頁、237頁における「累積的競合」を前提とした場合。

13) この点を意識した最近の研究として、大塚直「建設アスベスト訴訟に関する大阪高裁二判決と今後の課題」判例時報2404号（2019年）300頁、309-310頁、石橋秀起「建設アスベスト訴訟と民法719条1項後段の責任」吉村良一古稀『現代市民社会における法の役割』（日本評論社、2020年）233頁などがあげられる。

2. 択一的競合における因果関係の推定とその正当化根拠

(1) 近時の議論状況

それでは、充分性を足がかりにして、択一的競合における1項後段による因果関係の推定がいかに正当化されているのかをみていこう。

1項後段の本来適用において学説・判例は充分性を必要とするか否かに分かれており、それぞれの立場が、同段における因果関係の推定の趣旨につき異なる考え方を示している。

まず、充分性を必要とする立場¹⁴⁾は、1項後段における因果関係の推定の趣旨を次のように考える。たとえば、建設アスベスト事例に関する判例によると、同段は「複数の者がいずれも被害者の損害をそのみで惹起し得る行為を行い、そのうちのいずれの者の行為によって損害が生じたのが不明である場合に、被害者の保護を図るため、公益的観点から、因果関係の立証責任を転換し……連帯して損害の全部について賠償責任を負わせる趣旨の規定である」¹⁵⁾。

これは、1項後段における因果関係の推定の正当化根拠を「公益」を理由とする被害者保護に求める立場であるといえる。こうした立場によると、充分性が必要となるのは、充分性が満たされない場合、「無辜の者のみを集めて被告として全額連帯の責任を課す」ことになるところ、これは、「公平上、許されるべきではない」からである¹⁶⁾。

次に、充分性を不要とする立場は、1項後段の趣旨を次のように考える。

たとえば、ある裁判例によると、1項後段の趣旨は、「行為者が被害者に生じた権利・法益侵害を発生させる具体的な危険を惹起する行為をした

14) 前掲注 6) に挙げた諸文献を参照。

15) 民集75巻5号1411頁。

16) 大塚・前掲注 13) 308頁。このほか、前田（陽）・前掲注 9) 481-483頁、500頁、吉村・前掲注 9) 379-380頁等も同様の理解を示す。

場合……それだけで……因果関係を推定し得るにもかかわらず……他に同等の危険を生じさせる加害行為をした者がいる場合には……被害者による因果関係の証明が不十分となり得る事態が生じることから、被害者を救済する」ことにある¹⁷⁾。

これは、1項後段における因果関係の推定に関して、各行為が有する危険性(以下、「適格性」という¹⁸⁾)にその正当化根拠を求める立場である。こうした立場は、十分性を不要とする理由を次のように考える。

それによると、「他に加害者となり得る者の存否は、加害者として特定された者の行為が被害者に生じた損害を発生させる具体的な危険を惹起する行為であることの評価に関わる事情とはなるが、単に同等の危険性を有する行為をした第三者が存在することが明らかになっても、これにより直ちに因果関係の推定の基礎が崩れるとはいえない¹⁹⁾。

このように、この立場は、十分性と適格性とを互換可能な要件であると理解した上で、適格性に絞りをかけることのバランスから、十分性を不要とする結論を導くのである²⁰⁾。

(2) 残された課題

このように、1項後段における因果関係の推定の正当化根拠として、2通りの可能性が学説において認識されている。しかし、いずれの立場に関しても、なお検討を要する問題が残されている。

まず、因果関係の推定の根拠を「公益」に基づく被害者保護に求める立場に対しては、次のような疑問を提示することができる。すなわち、加害者を証明できない状況にあるというだけで、なぜ、「立証責任の一般原則とは反対に、加害者が特定できなくても、相手方に責任を負わせることが

17) 東京高判平成29年10月27日判例タイムズ1443号203-204頁。

18) 大塚直「共同不法行為・競合的不法行為に関する検討(補遺)」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題』(商事法務, 2015年) 209頁, 217頁。

19) 東京高判平成29年10月27日判例タイムズ1443号206頁。

20) このことを指摘するものとして、吉村・前掲注9) 342頁。

可能となるのか……という点がさらに問題となる。そのため、「この点についての実体法上の理由が説明されなければならない」のである²¹⁾。

因果関係の推定の正当化根拠を「公益」に基づく被害者保護に求める考え方は、穂積陳重をはじめとする起草者の見解に由来するものである²²⁾。では、これまで、被害者保護の内実はどのようなものとして理解されてきたか。たとえば「因果関係不明を理由に全被告を免責させることは、被害者に酷であり公正を欠く」²³⁾ということが「公益」の内実とされてきた。これは、１項後段がない場合、被害者保護に悖ることを強調する考え方といえる²⁴⁾。しかし、一歩踏み込んで考えると、そこで実現されるのは、いかなる意味での被害者保護なのだろうか。この立場においては、因果関係の推定の正当化根拠として被害者保護が重視されているものの、肝心の被害者保護の内実が十分に検討されているとは言い難いのである²⁵⁾。

次に、行為のもつ危険性から因果関係の推定を導く立場に対しては、以下の疑問を提示することができる。すなわち、こうした考え方を推し進めると、たとえば自然力（偶然）との択一的競合など、従来、１項後段の適用が想定されてこなかった事例にも１項後段が適用されることになりかねない。というのも、この考え方によると、他原因が責任要件を満たす行為

21) 徳本伸一「加害者不明の共同不法行為」法学49巻6号（1986年）949頁、992頁。

22) 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年）394頁（穂積陳重発言）、梅謙次郎『民法要義（債権編）〔31版〕』（法政大学，1903年）906-908頁。なお、初版は、1897年である。富井政章『債権法講義（下巻）』（東京帝国大学，1912年）211頁。

23) 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年）358頁。

24) 吉村・前掲注9）379-380頁。大塚・前掲注6）203頁は、「因果関係が不明の場合に被害者が全く保護されなくなることの不公平から政策的な救済を図る」ことが、１項後段の趣旨であるとする。

25) 最近、被害者保護の内実に関しては、検討が進められている。たとえば、石橋・前掲注5）13-14頁は、被害者保護の内実として、「特定された複数の行為者との間で賠償請求権があるにもかかわらず、個別の因果関係が明らかでないために保護されない被害者の保護を意味する」と指摘する。

である必然性はなく、単に被告の行為の危険性のみに基づいて 1 項後段の責任を認めることも理論上、考えられるからである²⁶⁾。この立場は、1 項後段の射程をそこまで拡張する意図はないかもしれないが、こうした結論を否定する論理を内包していない²⁷⁾。そのため、1 項後段の責任をこのように広がりのある責任と捉えることができるかは、なお検討を要するのである²⁸⁾。

このように、因果関係の推定の正当化根拠として提示されている 2 つの理解に関しては、いずれについても、さらに検討すべき課題が残されているのである。

3. 「累積的競合」における因果関係の推定とその正当化根拠

(1) 近時の議論状況

それでは、次に、「累積的競合」に対する 1 項後段の類推適用の可否およびその際の責任範囲に関する議論状況を把握し、そこで因果関係の推定がいかに正当化されているかをみていこう。

「累積的競合」については、複数の行為者間に 1 項前段を適用するに足る関連共同性がない場合、民法には定めがない²⁹⁾。そのため、従来、こ

26) 石橋秀起「建設アスベスト事例における建材メーカーの責任の理論的到達点」環境と公害48巻4号(2019年)46頁、49頁。

27) 石橋・前掲注26)49頁。

28) もちろん、行為の危険性から1項後段を再構成する可能性もないではない。実際、ドイツやオーストリアにおける一部の学者はそのような理解を採用している。Vgl. *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II Halbband 2 Besonderer Teil, 13. Aufl., 1994, § 82 II 3. b), *Helmut Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, 2010, Rn.5/79 f. また、ヨーロッパ不法行為法原則 (Principles of European Tort Law : PETL) に関する議論のなかでもそのような言説が見受けられる。Vgl. *European Group on Tort Law*, Principles of European Tort Law : Text and Commentary, 2005, S. 47 ff. *Helmut Koziol*, Die "Principles of European Tort Law" der "European Group on Tort Law", ZEuP (2004), S. 234 ff. 詳しくは、Ⅲ以下で検討する。

29) 正確に言うと、先行研究(前田達明『不法行為帰責論』(創文社、1978年)301頁(初出:1976年)、濱上則雄『現代共同不法行為の研究』(信山社、1993年)61頁(初出:)

の場合に対する1項後段の類推適用の可否、また、その際の責任範囲が議論されてきた³⁰⁾。

まず、1項後段の類推適用の可否につき、学説は肯定説と否定説とに分かれる。肯定説は、因果関係の立証困難は択一的競合の場合と何ら変わらないこと³¹⁾、あるいは択一的競合との均衡³²⁾を根拠に、同段の類推適用を認める³³⁾。これに対して、否定説は、「強い因果関係の推定」が働くことを根拠に同段の類推適用を否定する。すなわち、同段の類推適用を認めると、各行為者は一部の損害しか惹起していないにもかかわらず、全損害について因果関係が推定されることになり、その点で、「強い因果関係の推定」が働くこととなる。こうした「強い因果関係の推定」には、1項前段の関連共同性要件が加重されることが必要なのである³⁴⁾。

次に、責任範囲につき、学説は、分割責任説と連帯責任説とに分かれる。まず、分割責任説は、連帯責任を課すと「自己の行為の危険性の及ばないことの明らかな損害に対しても責任を負うことになって、不当であ

（1985～1986年）が指摘する通り、そもそも「累積的競合」に関しては民法典に定めがなく、法の欠缺が生じている。そこで、学説および裁判例は、1項前段の適用事例に「累積的競合」を取り込むことで法の欠缺を埋めてきた。しかし、1項前段は自己責任の原則に対する修正の程度が大きいため、「累積的競合」の全てを1項前段でカバーすることはできない。そこで、1項後段の類推適用が問題となるのである。なお、この点については、IIで改めて検討する。

- 30) この問題に関する先行研究として、たとえば、大塚直「共同不法行為・競合的不法行為に関する検討」NBL1056号（2015年）47頁が挙げられる。
- 31) 大塚直「原因競合における割合的責任論に関する基礎的考察」星野英一古稀『日本民法学の形成と課題 下』（有斐閣、1996年）849頁、881頁（以下、「星野古稀」で引用する）、同「共同不法行為論」淡路剛久＝寺西俊一編『公害環境法理論の新たな展開』（日本評論社、1997年）165頁、180頁（以下、「新たな展開」で引用する）、同・前掲注1）60頁を参照。
- 32) 渡邊知行「『加害者不明の共同不法行為』について（5・完）」名古屋大学法政論集151号（1993年）449頁、470-471頁、前田（陽）・前掲注9）499頁。
- 33) 前掲注31）および前掲注32）に挙げた文献のほかに、吉村・前掲注9）378-380頁、同「『市場媒介型』被害における共同不法行為論」立命館法学344号（2012年）212頁、231-231頁、石橋・前掲注13）257頁等も参照。
- 34) 能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察（8・完）」法学協会雑誌102巻12号（1985年）2179頁、2240頁。

る」ことを根拠に、分割責任を主張する³⁵⁾。これに対して、連帯責任説は、たとえば、「加害行為の一部を行った者が無資力のリスクを被害者に負担させるべきではない」ことや³⁶⁾、各行為者が「一部について損害を惹起していることは明らかである」ことなどを³⁷⁾根拠に、全損害に対する連帯責任（以下、「全部連帯責任」）を主張する。

こうした中、建設アスベスト事例に関する判例は、次のように述べて、1項後段の類推適用を認め、被告らに複数行為者の寄与度（「集団的寄与度」）に応じた連帯責任を課した（いわゆる「集団的寄与度に応じた連帯責任」）。同判決によると、「被害者保護の見地から……同項後段が適用される場合との均衡を図って、同項後段の類推適用により、因果関係の立証責任が転換されると解するのが相当である」³⁸⁾。

(2) 残された課題

このように、「累積的競合」に関しては、1項後段の類推適用の可否と責任範囲をめぐって議論が深められているが、判例や多数説は、同段の類推適用および（全部）連帯責任を肯定する傾向にある³⁹⁾。しかしながら、

35) 四宮・前掲注 4) 796-797頁、能見善久「共同不法行為」ジュリスト918号（1988年）92頁、93頁。なお、複数汚染源による「環境損害」の場合に、分割責任を主張する学説として、橋本佳幸『責任法の多元的構造』（有斐閣、2006年）237-241頁（初出：2002年）、伊藤進「公害の私法的救済と共同不法行為理論」同『不法行為法の現代的課題』（総合労働研究所、1980年）191-192頁（初出：1969年）を参照。また、野村好弘「判批：最判昭和43年4月23日」判例タイムズ224号（1968年）51頁、品川孝次「判批：最判昭和43年4月23日」判例評論120号（1968年）136頁等も、分割責任を有力に主張した。

36) 大塚・前掲注 30) 54頁。

37) 前田陽一「民法719条1項後段をめぐる共同不法行為論の新たな展開」野村豊弘古稀『民法の未来』（商事法務、2014年）291頁、321頁。類似的根拠を指摘するものとして、渡邊知行「建設アスベスト訴訟における建材メーカーの責任（2・完）」成蹊法学91号（2019年）29頁、46頁。

38) 民集75巻5号1413頁。

39) 民集75巻5号1413頁。学説として、たとえば、大塚・前掲注 1) 58-60頁、前田（陽）・前掲注 9) 499頁、吉村・前掲注 9) 378-379頁等。

さらに検討を要する２つの問題があることを指摘しなければならない。

第１に、「累積的競合」をそもそもどのような事例であると捉えるのか、という問題である。筆者は、「累積的競合」という用語を使用する場合、常にカギカッコを付してきた。それは、「累積的競合」をどのような事例類型と理解するのかということそれ自体に関して、共通理解が得られているとは言い難く、これを厳密に定義することなく使用することで、混乱を生じさせる可能性があったからである。

「累積的競合」に関しては、少なくとも、２つの理解の可能性が示唆されている。まず、「累積的競合」とは「複数の全部惹起力のない原因が蓄積して１つの損害が全部発生した場合であって、各加害行為が少なくとも部分的には損害の発生との因果関係が認められる（傍点は筆者による）」場合である、という理解である⁴⁰⁾。次に、「相合し又は蓄積された加害行為により権利侵害が生じた場合において、複数の加害行為がそれぞれ一定の寄与の可能性がある場合（傍点は筆者による）」である、という理解である⁴¹⁾。

前者は、一部とはいえ、各行為が損害を惹起したことは確実であるとする理解であるのに対し、後者は、各行為が損害を惹起した可能性があるに過ぎないとする理解である。このように、「累積的競合」に関しては、多様な理解の可能性が示されている。

「累積的競合」の定義について共通理解を得ることは、１項後段の類推適用を論じるための出発点となる重要な作業であるにもかかわらず、十分に行われてきたとは言い難い⁴²⁾。したがって、「累積的競合」とは果たし

40) 前田（陽）・前掲注12) 235頁、237頁。このほか、能見・前掲注34) 2196-2197頁、2240-2241頁もこうした理解を示している。

41) 大塚・前掲注3) 649頁。

42) 新美育文「共同不法行為論」新美育文＝浦川道太郎＝畑中久彌編『不法行為法研究②』（成文堂、2021年）179頁、190頁注26）は、「共同不法行為に関する議論が錯綜する一因に、用語を統一する努力、あるいは、用語についての共通理解を得るための努力」が欠けていたと指摘した上で、「今はそうした努力がなされるべき時期にある」と述べる。「累

てどのような類型であるかを検討する作業は、残された問題と言えるのである。なお、以上のことを念頭に置きつつ、以下ではカギカッコを付さずに「累積的競合」という用語を使用することとする。

第 2 に問題となるのは、累積的競合をさしあたり「全部惹起力のない複数原因が蓄積して 1 つの損害が発生した場合」と捉えた場合⁴³⁾、各行為が全損害を惹起した可能性はないにもかかわらず⁴⁴⁾、なぜ全損害に対して因果関係を推定し、かつ連帯責任を課すことが正当化されるのか、という点である⁴⁵⁾。

とりわけ、最近の有力説は、場所的・時間的・近接性がない場合など、行為者間の「共同性」が極めて希薄な場合にも 1 項後段の類推適用を幅広く認める⁴⁶⁾。しかし、そうすると、因果関係の推定の根拠が薄弱なものとなりかねない。というのも、累積的競合において損害全体に対して因果関係を推定するためには、それ相応の根拠が必要となる。従来、この根拠として考えられてきたのが、行為者間における何らかの「共同性」——たとえば「弱い関連共同性」——であった⁴⁷⁾。ところが、近時、1 項後段の類推適用が問題となる事例においては、場所的・時間的・近接性がなく、もはや従来の意味での「共同性」をもって、因果関係の推定を正当化することは困難になっていると考えられるからである。

こうした中、一方の学説は、なおも一定の「共同性」をもって因果関係

「累積的競合」については、まさにこのことが妥当するだろう。

43) 前田(陽)・前掲注 12) 235頁。

44) たとえば、大塚・前掲注 3) 649頁における「累積的競合類型」を前提にした場合。

45) 大塚・前掲注 13) 309-310頁、石橋・前掲注 13) 658頁が特にこの点を問題視する。

46) 前田(陽)・前掲注 2) 538頁、瀬川信久「加害者不明型共同不法行為における因果関係の証明と寄与度責任」環境法研究 4 号 (2016年) 15頁、42頁等。なお、前田達明=原田剛『共同不法行為法論』(成文堂、2012年) 261頁は、これが「判例法理」であると指摘する。これに対して、潮見・前掲注 4) 209頁は、「『時間的・場所的・近接性』は最低限必要であろう」とする。

47) この点については、大塚・前掲注 1) 60-61頁の指摘を参照。事実、能見・前掲注 34) 2240-2241頁は、累積的競合に関しては、(1 項前段の意味における)「加害者間の客観的関連共同という要件が加重されるのが適当であろう」と指摘する。

の推定を正当化する⁴⁸⁾。これに対し、他方の学説は、「共同性」ではなく、各行為が結果に「寄与」したことそれ自体をもって、因果関係の推定を正当化する⁴⁹⁾。このように、因果関係の推定の根拠については、種類の異なる正当化根拠が指摘されるものの、未だ統一的な見解が見出されるには至っておらず、なお検討を要する状況にあるといえるのである。

以上の通り、累積的競合に関しては、以下の点についてさらなる検討が必要である。第1に、累積的競合とは、果たしてどのような競合類型なのか、第2に、因果関係の推定とそれを前提とする（全部）連帯責任はなぜ正当化されるのかという点である。

4. 小 括——本稿の検討課題および分析方法

ここまで、択一的競合（1項後段の本来適用）と累積的競合（1項後段の類推適用）それぞれにおける因果関係の推定の正当化根拠に関する議論を概観し、残された問題を提示した。ここでは、これまでの内容を整理し、本稿の検討課題を提示することにしよう。

(1) これまでの整理と検討課題の提示

ここまでの学説および判例の検討から、1項後段に関しては、なお検討

48) 大塚直「建設アスベスト訴訟の製造者の責任に関する課題と近時の2つの下級審判決」浅野直人喜寿『持続可能性環境法学への誘い』（信山社、2020年）65頁、73頁（以下、「浅野喜寿」で引用する）や石橋・前掲注5）19頁は、「加害作用の集積についての認識ないし認識可能性」をもって、因果関係の推定を正当化する。なお、大塚直「九州建設アスベスト訴訟福岡高裁判決（福岡高判令元・11・11）における製造者の責任」Law and Technology 87号（2020年）28頁、34頁は、この共同性が弱い関連共同性とされてきたものに相当するものの、従来用いられてきた概念よりも希薄な関係であっても1項後段の類推適用が認められることを指摘する（以下、「九州建設アスベスト」で引用する）。

49) 前田（陽）・前掲注9）499頁、渡邊・前掲注37）45-46頁。ただし、これらの論者がいうところの「寄与」がどのような意味かは明確ではない。山口斉昭「アスベスト被害と共同不法行為論」新美育文＝浦川道太郎＝畑中久彌編『不法行為法研究①』（成文堂、2020年）69頁、82頁は、「『寄与した』ことの意味をどのように捉えるかは明確ではない」と指摘する。

すべき理論上の課題があることが明らかになった。

まず、1項後段が択一的競合において因果関係を推定する根拠について、検討する必要がある。最近、一部の裁判例および学説は、各行為のもつ危険性のみをもって、因果関係の推定を導くことを主張する。しかし、この考え方を推し進めると、「1項後段責任」は行為の危険性を根拠として被告に責任を課す法規範であると再構成され、その結果、その射程は、たとえば自然力との競合事例などにも拡張することになりかねない。1項後段をこのように広がりのある責任規範として捉え得るか否かは、なお慎重な検討を要するのである。これに対して、多数説は、公益上の被害者保護を理由として、因果関係の推定を導く。しかし、その核心にある被害者保護の内実が不明確なため、これに関して、さらに検討を要するのである。このように、1項後段が択一的競合において因果関係を推定する正当化根拠については、なお検討すべき課題が残されているのである。

次に、累積的競合に1項後段を類推適用する場合、因果関係が推定されるところ、それはなぜ正当化されるのかという点についても検討する必要がある。従来、1項後段は、行為者間に緩やかな「共同性」が認められる場合に類推適用されることが多かった。そこでは、「共同性」が因果関係の推定を正当化してきたと考えられる。しかしながら、最近では、場所的・時間的接性がない場合など、「共同性」を観念することが難しい事例にも同段は類推適用されている。そのため、改めて、因果関係の推定の正当化根拠が検討されなければならない。

このように、1項後段に関しては、その本来適用においても類推適用においても、因果関係の推定およびそれを前提とする全部連帯責任の正当化根拠を抽出することが、喫緊の課題として認識されるのである。本稿の検討課題は、まさにこの点に関するものである。すなわち、本稿は、1項後段における因果関係の推定の正当化根拠を抽出し、そのことを梃子にして、複数行為者の不法行為責任の体系において、「1項後段責任」はいかなる責任原理に基づく法規範なのかにつき、一定の解答を示すとともに、

そのことを通じて、1項後段をどこまで拡張することが理論上正当化され得るのかを検討することを目的とする。

（2）分析方法

本稿は、以上の検討課題に取り組むにあたり、わが国における複数行為者の不法行為責任に関する理論史研究とドイツ法を比較対象とする比較法研究の手法を採用する。ここで、それぞれの趣旨を述べておこう。

まず、わが国における複数行為者の不法行為責任に関しては、すでに多くの理論史研究があり⁵⁰⁾、十分に検討し尽くされていると思われるかもしれない。しかし、従来の理論史研究においては、主として関連共同性の意義に関する検討が多く、その一方、民法719条1項がいかなる惹起力（さしあたり「ある結果の発生に作用する『潜在的な能力（又は、可能性）』」⁵¹⁾と定義しておく）を持つ加害者に対して、どのような根拠をもって責任を正当化しているのか、という検討は十分に行われてこなかったと考えられる。したがって、惹起力やそれを基礎とする原因競合の観点から理論史を再検討することには、なおも意義があるといえよう⁵²⁾。

50) 民法719条の理論史を取り扱うものとして、前田（達）・前掲注29）249頁以下、能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察（1）～（3）」法協94巻2号159頁、94巻8号1208頁、95巻3号501頁（1977年～1978年）（なお、以下、「基礎的考察（1）」の形式で引用する。
（2）および（3）も同様とする）、神田孝夫「共同不法行為」同「不法行為責任の研究」（一粒社、1988年）302頁（初出：1985年）、濱上・前掲注29）13頁以下、渡邊知行「共同不法行為史」平井一雄＝清水元編『日本民法学史・続編』（信山社、2015年）475頁などがある。また、判例および下級審裁判例についての網羅的な研究として、椿寿夫「共同不法行為」谷口知平＝植村弘＝椿寿夫＝藪重夫『総合判例研究叢書 民法（12）』（有斐閣、1959年）101頁、徳本伸一『共同不法行為（1）』（一粒社、1987年）がある。

51) 新美・前掲注42）204-205頁。

52) 近時、原因競合に着目する理論史研究が現れている。たとえば、瀬川信久「共同不法行為論転回の事案類型と論理」平井宜雄古稀『民法学における法と政策』（有斐閣、2007年）657頁、前田（陽）・前掲注2）511頁、同・前掲注9）473頁などを参照。塩原真理子「共同不法行為責任における責任範囲の問題（1）～（3・完）」東京都立大学法学会雑誌42巻2号95頁、43巻1号377頁、43巻2号151頁（2002年～2003年）も原因競合に着目した学説整理を行っている。

次に、のちに詳しく述べるが、ドイツ法との比較法研究を行うのは、以下の趣旨に基づく。すなわち、ドイツでは、ある時期、日本民法719条1項後段に相当するドイツ民法830条1項2文やそれと密接に関連する特別法である水管理法(Wasserhaushaltsgesetz)89条1項2文および環境責任法(Umwelthaftungsgesetz)6条ないし7条等に関連して、因果関係の推定の可能性と限界が検討された。これは、複数の原因者が関与する薬害や公害が発生したことを受け、こうした事例に対応するなかで現れたものであるが、そこでは、競合事例に応じて、因果関係の推定の正当化根拠が議論されていた。確かに、ドイツ法との比較法研究も、すでに多数存在するところではあるが、特別法まで視野に入れて検討を行うものは意外に少ない⁵³⁾。したがって、ドイツ法との比較法研究は、なおも意義のある研究方法と考えられる。

以上の趣旨から、本稿は理論史研究と比較法研究を研究方法として採用する。

(3) 基礎とする競合類型

ところで、「分析方法」で述べた通り、本稿は原因競合の観点から検討を進めるが、その対象となる競合類型について学説間で共通理解が得られていない可能性がある。したがって、すでに述べたことと一部で重複する

53) ドイツ民法の基礎的な研究として、能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察(4)～(6)」法学協会雑誌95巻8号1340頁、95巻11号1789頁、96巻2号150頁(1978年～1979年)や田口文夫「共同不法行為の要件論とその再構成」専修法学論集33号(1981年)135頁などが挙げられるが、これらは特別法の議論に立ち入るものではない。他方、ドイツにおける環境損害事例における複数原因者の責任に関する検討として、松村弓彦「ドイツの環境責任法における多数原因者の責任に関する立法経過」環境法研究20号(1992年)219頁(以下、「立法経過」で引用する)、山下昭浩「ドイツにおける環境損害に関する複数関与者の責任」早稲田大学大学院法研論集92号(1999年)189頁、橋本・前掲注35)237頁以下などが挙げられる。

なお、校正時、松村弓彦「ドイツ不法行為法研究(その4・民法典830条1項2文による共同関与者の責任(I))」法律論叢94巻6号(2022年)165頁に接した(以下、「共同関与者の責任(I)」で引用する)。

が、ここで、以下の検討において基礎となる3つの競合類型の概要と最近の議論状況を示しておこう。

ここでは、「全部惹起力」（全部惹起力とは、さしあたり「当該行為が実際に単独で結果の全部を引き起こしたかどうかは明らかではないが、その行為に単独で結果の全部を引き起こす可能性が内在している」こと⁵⁴⁾であると理解しておく）を基準に、以下の3類型をみていく。第1に、各行為に全部惹起力がある類型として、択一的競合である。第2に、各行為に全部惹起力がある場合とない場合が想定される類型として、「必要条件的競合」である。第3に、①各行為に全部惹起力がある場合⁵⁵⁾、②一部の行為に全部惹起力があり、残りの行為には全部惹起力がない場合⁵⁶⁾、③各行為には部分的な惹起力しかない場合⁵⁷⁾という3つの場合が想定される類型として、累積的競合である。本稿はこの3類型を軸に、検討を進めることとする。

まず、択一的競合は、「全部惹起力のある複数の加害行為のいずれか1つが原因となって損害が発生した場合」である⁵⁸⁾。たとえば、「A B いずれの投げた石がCに当たったか不明の場合」である⁵⁹⁾。いずれの原因についても因果関係が証明されていない以上、因果関係の一般原則に従うと、被害者は救済を得られない。しかし、1項後段が適用される限りにおいて、因果関係が推定され、AおよびBはともに免責の余地のある全部連帯

54) 石橋・前掲注13) 251頁。

55) 四宮・前掲注4) 796頁における「択一的競合か必要的競合かが不明である場合」や、前田（陽）・前掲注12) 237頁における「累積的競合・択一的競合不明型」に相当するものである。前田（陽）は、この場合の具体例として、「1回の服用でもある程度の副作用が出る薬をCが2回服用したことでさらに強い副作用が出たが、A B 会社の薬をそれぞれ1回ずつ服用したか、A B いずれか一方を2回服用したかが不明の場合」をあげている。

56) 瀬川・前掲注52) 691-692頁において述べられている「公害事件」がこれにあたる。それによると、損害が10で発生する有害物質をYが10、Zが8、Wが5の分量を排出したことでXに損害が発生した。しかし、各自の個別的な因果関係は不明であるという事例である。

57) 前田（陽）・前掲注12) 235頁における「累積的競合」がこれにあたる。

58) 大塚・前掲注3) 648頁などの定義を参照。

59) 前田（陽）・前掲注12) 236頁。

責任を負う⁶⁰⁾。

次に、必要条件的競合は、「加害行為のいずれもが損害発生の必要条件となる、すなわち、1つでも欠ければ損害が全く発生しない場合」である⁶¹⁾。たとえば、「ABによる正面衝突の事故の弾みでCが負傷した場合」である⁶²⁾。この場合、被告らは、条件公式⁶³⁾、1項前段の適用⁶⁴⁾、あるいは1項後段の類推適用⁶⁵⁾により、全部連帯責任を負う。

最後に、累積的競合は、「全部惹起力のない原因ABが累積して1つの損害がCに全部発生した場合」である⁶⁶⁾。

ただし、原因競合に応じて検討を進めていくにあたり、以下の2点に留意が必要であると考えている。

第1に、累積的競合に関しては、すでに述べた通り、共通理解が得られ

60) たとえば、四宮・前掲注4)422-423頁を参照。

61) たとえば、大塚・前掲注3)649頁を参照。

62) 前田(陽)・前掲注12)234頁。

63) 前田(陽)・前掲注37)297頁は、1項前段の適用自体には問題はないとしつつ、次のように述べる。すなわち、「各加害行為が1つでも欠ければ全部の損害が発生せず、いずれもが全損害の発生原因になっていることを被害者が立証できる場合は、1項前段を持ち出すまでもなく……全部(連帯)責任を導くことができる。ただし、前田(陽)・前掲注12)235頁は、それぞれの原因の賠償範囲が異なる場合には、1項前段を適用しない限り、一部連帯になると指摘する。

64) たとえば、また、淡路剛久「共同不法行為」石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男選歴『損害賠償法の課題と展望〔中巻〕(日本評論社、1990年)335頁、358頁以下、澤井・前掲注23)349頁以下。また、四宮・前掲注4)423頁、781頁、786頁は、「損害の一体性」および「社会観念上の一体性」(「時間的・場所的近接が要求される」)があれば、1項前段の適用により連帯責任を導く。ただし、四宮・前掲注4)796頁は、「社会的一体性が欠ける場合」(たとえば交通事故と医療過誤の競合)には、1項前段の適用はないものの、「1項後段の趣旨……からすれば……一定の責任を負う」とする。

65) 大塚・前掲注18)213頁は、「必要条件的競合の多くの場合には一体的な侵害があるため、それが同時・同質の侵害であれば1項前段が適用されることが多いとしつつ、「異質の侵害の場合……には強い関連共同性が認められず、寄与度不明ということで1項後段を類推適用することが考えられる」とする。なお、同・前掲注3)649頁、同・「交通事故と医療事故の競合事例について」遠藤浩傘寿『現代民法学の理論と課題』(第一法規出版、2002年)507頁、519-521頁も参照。

66) 前田(陽)・前掲注4)138頁。

た定義を示すこと自体が非常に困難であるということである。したがって、この段階では、累積的競合の定義として引用されることの多い説明を示すにとどめる他ない。累積的競合とは果たしてどのような競合類型であるのかを検討することそれ自体が、本稿の1つの検討課題なのである。

第2に、必要条件的競合と累積的競合を厳密に区別することは、それほど容易ではないということである⁶⁷⁾。なぜなら、両者の間には要件レベルにおける因果関係の捉え方の違い——条件関係とみるか惹起力とみるか——があり、そもそも競合態様を論じる際の前提が異なっていると解することもできるからである⁶⁸⁾。

実際、ある学説は、以下のように指摘した上で、複数汚染源による環境損害事例において条件関係によって因果関係を認める。それによると、それぞれの汚染物質が「加害対象に作用を及ぼしており」、それぞれの汚染物質がなければ、「現実生じた内容の全体損害が現実生じた時間・場所・態様において生起することはなかったといえるのである」⁶⁹⁾。

ここで念頭に置かれている複数汚染源による環境損害事例は、まさに近時の学説が累積的競合に分類しているものである⁷⁰⁾。ところが、一部の学説において、こうした事例は、条件関係で因果関係を認めることができる事例、すなわち必要条件的競合に分類されているのである。従来、このような理解に立つ学説も少なくなかったように思われる⁷¹⁾。

67) この点を指摘するものとして、瀬川・前掲注52) 699頁、石橋秀起「建設アスベスト事例と民法719条1項責任の今日の展開」立命館法学371号（2017年）184頁、205-206頁。

68) 石橋・前掲注67) 205頁。

69) 橋本・前掲注35) 240頁。なお、同書245-246頁注39)も参照。

70) 大塚・前掲注1) 37頁や前田（陽）・前掲注2) 535頁などでは、公害・環境責任の分野における議論が念頭に置かれている。

71) たとえば、四宮・前掲注4) 412頁、423頁は、次のように指摘する。「必要的競合」の「割合的惹起型」（「複数の原因がともに作用して結果を惹起し、その1つだけでは結果を発生させるだけの原因力のない場合」のうち、「原因が同質性を持ち、侵害の寄与度を割当てることの可能な場合」）には、「いずれの原因も、不可欠条件公式によって、結果に対して因果関係をもつことになる」のである。このほか、前田（達）・前掲注4) 194頁、幾代・前掲注4) 222頁、224頁注4)、幾代=徳本・前掲注4) 237頁、238-239頁注4)、

その一方、別の立場の学説は、累積的競合において割合的因果関係が妥当する可能性を示唆しており⁷²⁾、要件レベルにおいて因果関係の本質を惹起力に求めるような指摘をしている。

このことに加えて、要件レベルでは因果関係を条件関係に求める学説であっても、効果レベルでは寄与度や惹起力などに応じた分割責任を主張していることにも、注意が必要である⁷³⁾。ここでは、要件レベルと効果レベルで異なる観点から因果関係が捉えられているのである⁷⁴⁾。

以上のように、必要条件的競合と累積的競合との関係は不透明であると言わざるを得ない。さしあたり、本稿は現在の学説状況に基づき必要条件的競合と累積的競合とを区別するが、両者の関係を明確にする作業は、本文の検討に委ねられる。

(4) 検討順序

以上を踏まえ、本稿は、以下のような順序で検討を行う。まず、Ⅱにおいて、わが国における複数行為者の不法行為責任に関する理論史研究を行い、そのことを通じて、1項後段の責任がいかに正当化されてきたのかを把握するとともに、累積的競合における因果関係の擬制ないし推定がいかなる根拠に基づいて正当化されてきたかを把握する。そして、そのことを踏まえて、従来の議論における問題点を明らかにする。次に、Ⅲにおいて、1項後段における因果関係の推定の正当化根拠および同段の責任原理

↘橋本ほか・前掲注 4) 290-291頁〔大久保邦彦執筆〕も参照。

72) 大塚・前掲注 31) 「星野古稀」878頁。大塚は、「複数原因が加法の関係にある場合には、偶々複数の原因行為による損害が合わさっているとみることもでき、それぞれについて事実認定のレベルで別個の行為（割合的因果関係）を観念する余地がある」と指摘している。

73) たとえば、四宮・前掲注 4) 419頁、423頁ではこの点が顕著に現れている。なお、塩原真理子「割合的因果関係」北河隆之＝小賀野昌一編『割合的解決と公平の原則』（ぎょうせい、2002年）1頁、7-8頁は、四宮が事実的因果関係を条件関係に基づいて認めている点を強調している。

74) このことを指摘するものとして、石橋秀起『不法行為法における割合的責任の法理』（法律文化社、2014年）59頁（初出：2011年）。

を明らかにするために、主にドイツ民法830条1項2文の解釈論の検討を行う。次に、Ⅳにおいて、累積的競合への1項後段の類推適用の可否および同段による因果関係の推定の正当化根拠を検討するために、ドイツ民法830条1項2文に加えて、主にドイツ環境責任法6条および7条などの特別法における解釈論の検討を行う。最後に、Ⅴにおいて、Ⅱ～Ⅳで得られた知見をもとに、複数行為者による不法行為責任の体系において、「1項後段責任」はいかなる責任原理に基づく法規範なのかにつき、一定の解答を示すとともに、そのことを通じて、1項後段を拡張することが理論上、どこまで許容され得るのかを検討し、最後に、今後の課題を示す。

Ⅱ 複数行為者の不法行為責任に関する従来議論

では、早速、わが国における複数行為者の不法行為責任に関する理論史研究をはじめよう。なお、以下では、次の3つの時期に区分した上で理論史研究を行う⁷⁵⁾。すなわち、①民法典起草段階から最判昭和43年4月23日民集22巻4号964頁（いわゆる山王川事件）の手前まで（以下、【1】期とする）、②最判昭和43年4月23日民集22巻4号964頁から1980年代後半まで（以下、【2】期とする）、③1990年代以降から現在まで（以下、【3】期とする）の3区分である。

1. 民法典起草段階から最判昭和43年4月23日 民集22巻4号964頁の手前まで（【1】期）

さて、それでは、【1】期における議論をみていこう。【1】期において検討対象とする学説・判例は、起草段階のもの（前史としての旧民法に関する議論を含む）から、最判昭和43年4月23日民集22巻4号964頁が登場する直前のものまでである。叙述は、具体的に以下のように進められる。

75) 先行研究として、前掲注50) および前掲注52) に挙げた諸文献がある。

第1に旧民法に関する議論を紹介する(1-(1))。第2に、起草段階および起草直後の議論を紹介し(1-(2))、第3に、必要条件的競合を1項前段の適用範囲に含めた諸学説を紹介する(1-(3))。第4に、主観的共同説からの批判を概観し(1-(4))、第5に、客観的共同説のなかでも関連共同性と相当因果関係を関連させる立場(1-(5))を概観し、第6に、判例の動向を概観する(1-(6))。

(1) 旧民法における議論

現行民法719条は、旧民法財産編378条を修正して成立したものである。そこで、まず、旧民法財産編378条に関する議論をみておこう。同条の内容は、以下の通りである。

「本節ニ定メタル総テノ場合ニ於テ数人カ同一ノ所為ニ付キ責ニ任シ各自ノ過失又ハ懈怠ノ部分ヲ知ル能ハサルトキハ各自全部ニ付キ義務ヲ負担ス但共謀ノ場合ニ於テハ其義務ハ連帯ナリ」。

本規定に関して、当時の学説は次のように述べている。

それによると、「数人同一ノ所為ニ付キ責ニ任スヘキ場合ニ」、「其各人ノ過失又ハ懈怠ノ部分」を知ることができるならば、各自は「各々応分ノ義務」を負うが、「実際各自ノ責任ノ部分ヲ知ルハ極メテ困難」である⁷⁶⁾。そこで、同条は、「各自ノ責任ノ部分ヲ判別スルコト能ハサルトキ」、各自に「全部義務」を課し、他方、共謀がある場合、各自に「連帯ノ義務ヲ負ハシムル」のである⁷⁷⁾。

また、「全部義務」と「連帯義務」とは、「各自義務ノ全部ノ弁済ヲ要求」され得る点で同趣旨である。しかし、「連帯ノ義務」においては、「時効ノ中断又ハ付遅滞」につき絶対効が認められるのに対し、「全部義務」においては、これらにつき絶対効が認められない⁷⁸⁾。

76) 本野一郎ほか『日本民法義解(巻2財産編第2部)』(金蘭社、1890年)736-737頁。

77) 本野ほか・前掲注76)736-737頁。

78) 本野ほか・前掲注76)736-737頁。

このことを踏まえると、旧民法財産編378条に関しては、以下の特徴があるといえる。まず、同条は、「共同不法行為に関する特殊な規定ではなく」、⁷⁹⁾「複数不法行為者の責任に関する一般的な規定」である。すなわち、同条は、「一般に複数の加害者が他人に生じた同一の損害について責任を負う場合」、加害者に対して、全部義務を課す点に特徴がある⁷⁹⁾。

では、全部義務は、どのような場合に生じるものと考えられていたのか。たとえば、次のような場合に生じるものとされていた。すなわち、数人がそれぞれ製造所を所有し、それぞれの煙突から煤煙を排出し、ある人の家屋に損害を発生させた。しかし、この損害がいずれの製造所の煤煙によって生じたのかは不明である、という場合である⁸⁰⁾。この事例から、全部義務が生じる場合に関して、次のことが読み取れる。第1に、全部義務が生じる類型として、累積的競合も含まれると考えられていたことである⁸¹⁾。第2に、加害者間に「同一の侵害ないし損害」を生じさせた程度の関係性しかない場合においても、全部義務が生じるとされていたことである⁸²⁾。

次に、旧民法財産編378条は、全部義務と連帯債務の区別を実現し、加害者間に共謀がある場合にのみ連帯債務を生じさせる点に特徴がある⁸³⁾。本条が連帯債務を規定する意義は、時効の中断と附遅滞につき絶対効を認めることにあった⁸⁴⁾。

このように、旧民法財産編378条は、本文において複数行為者の不法行為責任の一般規定として全部義務を定め、ただし書において例外としての

79) 能見・前掲注50)「基礎的考察（2）」1226-1227頁。

80) 宮城浩蔵『民法正義（債権担保編第1巻）』（新法注釈会、1891年）388頁。

81) 前田（陽）・前掲注9）476-477頁は本文で引用した煤煙の事例を累積的競合であると理解する。

82) 前田（陽）・前掲注9）476-477頁。なお、淡路剛久『連帯債務の研究』（弘文堂、1975年）143-144頁（初出：1967～1968年）は、事実的共同関係すら存在しない場合に、全部義務が生じると指摘する。

83) 能見・前掲注50)「基礎的考察（2）」1227-1228頁。

84) この点を指摘するものとして、井上正一『民法正義（財産編第2部巻之1）』（新法注釈会、1890年）495-496頁。

連帯債務を定めたのである。

(2) 起草者の見解および起草直後に現れた見解

旧民法財産編378条を修正するかたちで、現行民法719条は成立した。(2)では、起草者および起草直後に現れた論者の見解をみていく。先行研究で明らかになっている通り、起草段階および起草直後において民法719条1項の適用が想定されていたのは、集団での暴行など各行為者が主観的かつ客観的に共同している事例である⁸⁵⁾。

(i) 起草者の見解

さて、起草者の見解をみていこう。

(a) 穂積陳重の見解

民法719条の起草を担当したのは、穂積陳重である⁸⁶⁾。はじめに、穂積の見解をみてみよう。

穂積によると、1項前段は「債務ノ性質ヲ定メ」たものであるが、かかる規定を設けたのは、「連帯債務ノ規定ニ因ルノガ一番双方」にとって「便利」だからである⁸⁷⁾。では、連帯債務の前提ともいべき、各人の行為と結果との因果関係はどのように考えられていたのだろうか。

穂積は、次のように指摘する。すなわち、「共同不法行為ニ就イテ損害ノ部分ヲ知ル」ことができるならば、「別ニ箇条ハ要ラズ……一人々々ヲ訴ヘル」ことができるのである⁸⁸⁾。この指摘からは、次のことが示唆される。すなわち、民法719条の適用があったとしても、それぞれの行為者は「各自の損害惹起部分が明らかになれば、その範囲においてのみ、従って因果関係のある損害についてのみ責任を負う」ということである⁸⁹⁾。他方で、穂積は次のようにも説明する。すなわち、「一ツノ行為ニ付キマシテ

85) たとえば、瀬川・前掲注 52) 661頁を参照。

86) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 22) 393頁以下（穂積陳重発言）。

87) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 22) 393頁（穂積陳重発言）。

88) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 22) 393頁（穂積陳重発言）。

89) 能見・前掲注 50) 「基礎的考察 (2)」1229-1230頁。

各々働キマシタル部分ト云フモノハ違」うが、「皆ノ行為ガ重ナツテ権利侵害」が発生したのであって、「其幾分ヲヤツタモノデアルト云フコトハ出来」ない⁹⁰⁾。この指摘は、「一ツノ行為」に関与さえしていれば、各人の行為と結果との因果関係は必要ではないという趣旨、あるいは共同行為を媒介として個別的因果関係を認める趣旨とも理解できる⁹¹⁾。しかし、個別的因果関係に関する穂積の理解は、明らかではない⁹²⁾。

また、1項前段の「共同」については、「共謀」が必要でないことは明らかであるものの⁹³⁾、何らかの意味で主観的共同が要求されていたことが推察される⁹⁴⁾。

次に、穂積は、1項後段の趣旨に関して、以下のように述べる。すなわち、同段は「大勢ガ寄ツテたかつて人」を殴ったが「損害ヲ加ヘタモノハ誰」か分からない場合に「皆一緒ニ連帯責任ヲ負ハセル」ことを規定したものである。仮に、「直接ニ害ヲ加ヘタ者」を証明することを被害者に要求するならば、「大勢ガ乱暴ヲ働イタ」場合、実際にその証明を行うこと

90) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注22) 393頁（穂積陳重発言）。

91) 能見・前掲注50)「基礎的考察(2)」1229頁。このほか、神田・前掲注50) 308頁、前田(陽)・前掲注9) 480頁も参照。

92) 能見・前掲注50)「基礎的考察(2)」1230頁。

93) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注22) 397頁（穂積陳重発言）。1項前段については、「共謀」場合ハト云フ意味デハナカッタノデアリマス」と指摘している。この点については、神田・前掲注50) 309頁、前田(陽)・前掲注9) 478頁等を参照。

94) この点については、先行研究において理解が分かれている。主観的共同が必要であると理解するものとして、前田(達)・前掲注29) 259-260頁、能見・前掲注50)「基礎的考察(2)」1230頁、前田(陽)・前掲注9) 478-479頁。これらの学説は、穂積が主観的共同を要求していたことの根拠として、以下の説明を引き合いに出す。すなわち、法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注22) 396頁（穂積陳重発言）では「共同ノ不法行為ト申シマスコトハ数人が或ル行為ヲ為シ」、「其行為ノ目的ト致シマス所又其結果ハ一ツノ権利侵害デアリマ(傍点は筆者による)」す。これに対して、神田・前掲注50) 309-310頁は、主観的共同を必要としていたか否かにつき、「主観的な結合関係のあることを必要」とすることを「正面から否定する趣旨の発言はみられない」が、「公平に考えて……いずれとも不明」であるとする。渡邊・前掲注50) 479頁も、「共謀が必要でないことだけを明らかにしている」と指摘している。

は難しい。こうした場合に、法律上の保護がないということになりかねないので、主に、「公益上」の理由から、本規定を設けるのである。もっとも、違法な結果が生じることを「覚悟シテ自分ガシタノデ」あるから、「全ク純然タル道理」が立たないわけではない⁹⁵⁾。

このように、1項後段の趣旨として、公益上の被害者保護が挙げられている。しかし、公益や被害者保護の内実について、立ち入って述べられていない。

このほか、1項後段の「共同行為者」の意義については、1項前段のそれよりは広いものであると考えられていた⁹⁶⁾。

(b) 梅謙次郎の見解

次に、梅謙次郎の見解をみてみよう。

まず、梅は、1項前段につき、次のように述べる。それによると、1項前段は、「数人カ共同シテノ不法行為ヲ為シタル場合」を定めている。この場合、「各加害者ノ行為皆損害ノ原因」である。したがって、被害者は「其孰レニ對シテモ損害ノ全部ヲ請求スルコトヲ得ヘキハ殆ト論ヲ俟タサル」ものであるが、「特ニ被害者ノ便ヲ計」るために「加害者間ニ連帯ノ責任」を課するのである⁹⁷⁾。

ここで、梅の1項前段の理解に関して、次の2点を指摘しておきたい。第1に、1項前段の「共同」の意義は詳述されていないものの、同段が成立する具体例として「数人共謀シテ他人ノ家屋ヲ毀チタルトキ」が挙げられている⁹⁸⁾。この具体例からすれば、梅は、1項前段が成立するためには行為者間に何らかの主観的な結合を求めていたというべきだろう⁹⁹⁾。

95) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 22) 394頁 (穂積陳重発言)。

96) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注 22) 398頁 (穂積陳重発言) では、「数人同時ニ……不法行為ヲ同ジ者ニ向ツテ為スト云フコトヲ言ヒ現ハスコト」が難しいと指摘されていることから、1項後段の「共同行為者」は1項前段のそれよりは広いことが推察される。

97) 梅・前掲注 22) 907頁。

98) 梅・前掲注 22) 906-907頁。

99) 瀬川・前掲注 52) 661頁。梅が主観的共同のある場合を想定していたと理解するものメ

第2に、各行為と損害との個別的な因果関係が存在することが前提とされている。したがって、被害者は当然に、各行為者に対して全損害の賠償を請求することができる¹⁰⁰⁾。それにもかかわらず、連帯責任を課すことの趣旨は、1人の債務者に生じた事由の絶対的効力を認めることと、加害者間の公平を確保するために求償権を明文で認めることにあった¹⁰¹⁾。

次に、梅は、1項後段につき以下のように述べる。それによると、1項後段は、「数人カ同時ニ不法行為ヲ為シ他人ニ一ノ損害ヲ生セシメ」たが、「孰レノ行為カ之ヲ生セシメタルカヲ知ルコト能ハサル」場合に、「恰モ共同ノ行為ニ因リテ損害ヲ生シタルモノノ如ク看做シ」、行為者達に連帯責任を課す。このような規定が設けられた趣旨は、「被害者ヲ保護スル」ためである¹⁰²⁾。

1項後段の理解に関して、以下の2点を指摘することができる。第1に、1項後段の「共同行為者」は、前段のそれとは異なる意味で理解されている。というのも、1項後段の場合、共同不法行為によって損害が生じたときみなされるに過ぎず、したがって、同段は共同不法行為そのものではないと考えられていた、と解釈することができるからである¹⁰³⁾。

第2に、1項後段の責任根拠として、被害者保護のみならず、「意思」も挙げられている¹⁰⁴⁾。すなわち、「各自皆其損害ヲ生セシムルノ意思アリタルカ故ニ」連帯責任を課しても酷ではないとする¹⁰⁵⁾。もっとも、この

ゝとして、他にも、前田（達）・前掲注29）283-284頁などがある。これに対して、加害者間に何らかの主観的な結合ないし共同がある場合に限定する趣旨であったと断言することはできないと指摘するものとして、能見・前掲注50）「基礎的考察（2）」1239-1240頁。

100) この点については、神田・前掲注50）309頁、前田（陽）・前掲注2）517頁など、すでに多くの学説が指摘している。

101) 梅・前掲注22）907頁、梅謙次郎『民法債権編（第3～第5章）』（法政大学、1906年）73頁。この点については、瀬川・前掲注52）663-664頁を参照。

102) 梅・前掲注22）907-908頁。

103) 前田（達）・前掲注29）285頁。なお、前田（陽）・前掲注9）482-483頁も、1項後段は「みなし共同不法行為」である点を強調する。

104) 能見・前掲注50）「基礎的考察（2）」1240頁がこの点を指摘している。

105) 梅・前掲注22）908頁。

「意思」については、その内容に関してそれ以上の言及がなく、仮に 1 項前段に主観的な共同が必要と解釈した場合のそれと同じなのかどうか不明である。

(c) 富井政章の見解

では、最後に、富井政章の見解をみていこう。

まず、富井は 1 項前段につき、次のように述べる。すなわち、1 項前段の「共同ノ不法行為」が認められるためには、「共謀」までは必要ないが、「同一ノ不法行為ヲ実行スル目的ヲ有」し、その点において「意思ノ共通」がなければならない¹⁰⁶⁾。具体例としては、「十人ノモノガ或ルー一人ヲナグリ遂ニ一人ガ倒レタ」場合である¹⁰⁷⁾。

次に、1 項後段については、次のように述べられている。すなわち、1 項後段は、1 項前段の「共同不法行為ノ場合ヲ規定シタ」ものではなく、「同時行為ノ場合」、すなわち、「共通ノ意思ナクトモ偶々同一ノ行為ヲナシタルモノガ数人アリタル場合」を規定したものである¹⁰⁸⁾。かかる場合に、本規定がないとするならば、「被害者ハ……法律ノ保護ヲ得ルコト」ができず、その結果は「当ヲ失シ」ている。そこで、10人が被害者に殴りかかったところ、そのうちの 1 人が頭部を殴打したことによって被害者が死亡したが、「其誰ガ」原因であるか「明カナラザル」ような場合に、「全テノ人ヲ加害者ト見」なすことにしたのである¹⁰⁹⁾。

ここで、富井の見解に関して、次の 2 点を指摘しておきたい。第 1 に、1 項前段において個別的因果関係の存在を前提としていたか否かは、明らかではない。手がかりとなり得るのは、1 項前段は「行為者共同ノ行為ニヨリテ損害ヲ生シタリト見ルヘキ場合ヲ規定シタルモノナリ」という記述である¹¹⁰⁾。しかし、これだけでは、個別的因果関係の存在を前提として

106) 富井・前掲注 22) 209頁。

107) 富井・前掲注 22) 209-211頁。

108) 富井・前掲注 22) 210頁。

109) 富井・前掲注 22) 210-211頁。

110) 富井・前掲注 22) 210頁。

いるのか、あるいは共同行為を媒介として個別的因果関係を認める趣旨なのか¹¹¹⁾、いずれであるのかが不明である。

第２に、梅や穂積と比較して、１項後段の「共同」が１項前段のそれとは別物であることが、強く意識されている。すなわち、１項後段の共同行為者は「偶々同一ノ行為」を行った者とされており、１項前段との棲み分けが慎重に行われている点は注目すべきである¹¹²⁾。

(ii) その他の学説

次に、民法典が起草された直後に登場した学説をみていこう。ここでは、岡松参太郎および菱谷精吾の見解を紹介、分析する。

(a) 岡松参太郎の見解

まずは、岡松参太郎の見解をみていこう¹¹³⁾。岡松は、民法719条全体を「共同行為者ノ意義及ヒ責任ヲ規定」するものであると捉えた上で、要件について次のように述べる。

それによると、「共同行為者トハ数人連合シテノ不法行為ヲ為ス」者であって、「其条件」は２つある¹¹⁴⁾。第１に、「主観的条件トシテ其数人間ニ連合アルコト」である。すなわち、「他人カ行ハントスル所ノ行為ノ何タルコトヲ知」っていること、かつ「共ニ之ヲ行フノ意思」があることである。第２に「客観的条件トシテ其各自カ不法行為ヲ為スコト」¹¹⁵⁾である¹¹⁶⁾。

次に、効果については、次のように述べられている。それによると、「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共同行為者ノ各自ハ連帯シテ被害者ニ対シテ損害全部ヲ賠償スル」義務を負う¹¹⁷⁾。

111) 前田（陽）・前掲注 9）480頁はこうした理解に立つ。

112) 富井・前掲注 22) 211頁。

113) 岡松参太郎『註釈民法理由（債権編）』（有斐閣書房、1897年）次491頁以下。

114) 岡松・前掲注 113) 次492頁。

115) なお、「各自カ不法行為ヲ為スコト」の意味であるが、これは行為者のなかに、「適法ノ行為」を行った者が含まれてはならないという意味である。この点については、岡松・前掲注 113) 次492頁を参照。

116) 岡松・前掲注 113) 次492頁。

117) 岡松・前掲注 113) 次493頁。

「各自連帯ニテ同一ノ責任ヲ負担スル以上」, 「各自カ加ヘタル損害ノ多寡ニ依リ賠償額ヲ左右」されない¹¹⁸⁾。

最後に、岡松は、「数人カ共同シテ一ノ不法行為ヲ為シタルニアラサルモ同時ニ為シタル個々ノ不法行為ニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘ且各人カ加ヘタル損害ノ部分ヲ知ルコト能ハサル場合 (傍点は筆者による)」¹¹⁹⁾について、次のように述べる。この「場合ニ於イテハ本條ノ規定ヲ適用シテ其数人ニ連帯責任」を課すことはできないが、各行為者が加えた「損害ノ部分」に関する証明を被害者に課すとなると、「到底之ヲ証明」することはできない。そこで、「近世法制ノ二三ハ此場合ニ於テハ其各自ヲシテ連帯ニテ其損害全部ヲ賠償セシムルノ規定」を設けることによって被害者保護を図っているのである。しかし、「本法ニ於テハ之ニ該当スヘキ何等ノ規定」がなく、「之ヲ規定スルノ必要アルハ殆ント疑ヲ容レサル」ところ、「本法ノ之ヲ規定セサルハ其如何ナル理由ニ基ツクヤヲ解スルニ苦ム」¹²⁰⁾。

岡松の見解に関しては、以下の2点を指摘しておきたい。

第1に、1項前段の「共同」と1項後段の「共同」とが連続的に捉えられている、ないしは両者が厳密に区別されていない¹²¹⁾。

では、なぜ、両者は連続的に捉えられているのか。この点につき、ある学説は次のような理解を示す。それによると、「各自カ加ヘタル損害ノ多寡ニ依リ賠償額ヲ左右」されないという記述を踏まえるならば、共同不法行為(1項前段)の意義は、「各自が自己の加えた損害以上の責任を負う」ことにある。1項後段においては、実際に損害を加えていない者も責任を負うことになるが、これは、「1項前段の責任原理」、すなわち、「各自が自己の加えた損害以上の責任を負う」という責任原理と同じものと捉えら

118) 岡松・前掲注113)次493頁。

119) これは、累積的競合ないし寄与度不明の事例と捉えることができよう。そのような理解を示すものとして、たとえば、前田(陽)・前掲注9)490頁。

120) 岡松・前掲注113)次494-次495頁。

121) この点を指摘するものとして、神田・前掲注50)316頁、能見・前掲注50)「基礎的考察(2)」1241-1242頁、瀬川・前掲注52)662頁、渡邊・前掲注50)480頁。

れるのである¹²²⁾。

第2に、「寄与度不明」に関して検討が行われていることは、注目すべきである。岡松は、「寄与度不明」に対して民法719条を適用できないとしつつ、それを法の欠缺であると批判しているのである¹²³⁾。

(b) 菱谷精吾の見解

次に、菱谷精吾の見解をみていこう¹²⁴⁾。菱谷は、「損害ヲ惹起セシメタル人格者ノ複数」ある場合を、「数人カ原因ニ対スル意思共通ノ共同行為」の場合と「数人カ結果ニ対スル事実上ノ共同関係アル場合」に大別した。このうち、前者のみが、「厳正ナル共同不法行為」であって、1項前段の適用対象となる¹²⁵⁾。まずは、1項前段の解釈論をみてみよう。

菱谷によると、1項前段の「厳正ナル共同不法行為」の要件は、「心的要素トシテ共通ノ故意又ハ過失」¹²⁶⁾および「物的要素トシテ共同行為ニ依ル損害ノ発生」であり¹²⁷⁾、同段の効果は、「其損害カ分ツヘカラサルト否トヲ問ハス等シク共同行為者間ニ連帯ノ賠償責任」が生じることである¹²⁸⁾。

次に、菱谷は「数人カ結果ニ対スル事実上ノ共同関係アル場合」について次のように述べる。それによると、「数人カ結果ニ対スル事実上ノ共同関係アル場合」は、①「二人以上ノ行為カ相集リタルニ因リ侵害」が発生する場合と②「一人ノ行為カ単独ニテモ尚ホ侵害ヲ来スニ十分ナルモ二人以上ノ行為加ハリタルニ因リ其結果ヲ増大セシメタル場合」とに大別さ

122) 能見・前掲注50)「基礎的考察(2)」1241-1241頁。

123) 岡松が「寄与度不明」に関して言及していることは、すでに、神田・前掲注50)317頁、瀬川・前掲注52)662-663頁、前田(陽)・前掲注9)490頁などが指摘している。

124) 菱谷精吾『不法行為論』(清水書店、1905年)145頁以下。

125) 菱谷・前掲注124)145-146頁、152頁。

126) 「共通ノ故意又ハ過失」があるというためには、「一定ノ行為ヲ共ニスルノ目的觀念ノ共通」があれば十分であり、「陰謀」は必要ない。詳しくは、菱谷・前掲注124)146-148頁を参照。

127) 菱谷・前掲注124)146頁。

128) 菱谷・前掲注124)150頁。

れる¹²⁹⁾。これらの場合につき、損害が「各自ニ分別シ得ルモノナルトキハ……其分別ノ範圍ニ付キ責任」が生じる。これに対して、「其損害カ分別シ得サルモノナルトキハ」、1項後段により、「連帯ノ賠償責任」が生じる¹³⁰⁾。

菱谷の見解については、次の点を指摘しておきたい。まず、1項前段において、共同行為を媒介して個別的因果関係が認められている。というのも、「共同者ノ何レノ行為モ皆損害ノ直接原因タルヲ要セス共同目的ニ対シテ集中セラレタル行為ナルトキハ何レモ皆損害ニ対スル原因」である¹³¹⁾、と述べられているからである。

次に、「数人カ結果ニ対スル事実上ノ共同關係アル」に過ぎない場合として、以下の2つの場合が想定されている。第1に、各行為が結果に対する必要条件となっている場合(上記①の場合)であり、第2に、各行為が結果に対する十分条件となっている場合(上記②の場合)である¹³²⁾。

これらの場合に行為者がいかなる責任を負うのかは、損害の分割可能性を基準として、2つに分かれる。まず、分割可能である場合、それぞれの行為者は、「一般原則」を理由として、各自の部分に対して責任を負う¹³³⁾。

129) 菱谷・前掲注124) 155-156頁。

130) 菱谷・前掲注124) 159頁。

131) 菱谷・前掲注124) 149頁。これに対して、従来の理論史研究においては、菱谷は個別的因果関係の存在を前提とする立場であると整理されている。この点につき、前田(陽)・前掲注2) 518-519頁、神田・前掲注50) 315頁を参照。しかし、菱谷・前掲注124) 151頁は、次のような場合も1項前段の適用事例としているが、その場合にも各自に損害全体との個別的因果関係が認められるかは疑問である。すなわち、甲、乙、丙の3名が、山林を不法に伐採することを共謀し、甲は東側から、乙は西側から、丙は北側から伐採を実行した、という事例である。菱谷は、この事例につき、「侵害部分ハ相分ツヲ得ベシト雖トモ……連帯責任」を課すと述べている。この説明を踏まえると、山林伐採の事例においては、1項前段がなければ、各自の個別的因果関係はそれぞれが伐採した部分に対してのみ、認められることになるのではないか、言い換えると、1項前段があつて初めて結果全体との因果関係が認められることになるのではなからうか。

132) 菱谷・前掲注124) 159頁。

133) 菱谷・前掲注124) 159頁。

これに対して、損害が分割不可能である場合、１項後段により各行為者は連帯責任を負う¹³⁴⁾。損害が分割不可能な場合とは、今日でいう「寄与度不明」に相当する場合と捉えることができるが、菱谷は「寄与度不明」にも１項後段を適用し、行為者に連帯責任を課すことを想定していたといえよう。

(iii) 小 括

これまで、旧民法における議論から民法典制定直後までの議論をみてきた。ここでは、この時期の議論状況を簡単にまとめておきたい。

まず、１項前段に関しては、①その意義、②個別的因果関係の有無、③「共同」の意味が主に議論されていた。①に関しては、連帯責任を課すことが１項前段の意義であるという点で、学説は一致していた。しかし、②に関しては、議論が分かれる。少なくとも、梅は個別的因果関係の存在を前提としていた¹³⁵⁾。これに対して、穂積や富井の見解においては、共同行為によって個別的因果関係を認めることが示唆されるものの¹³⁶⁾、断言はできない。③に関しては、多くの学説が何らかの主観的な共同を要件としていた¹³⁷⁾。

また、１項後段に関しては、①その意義、②「共同行為者」の意味、および③１項前段との異同が議論の対象となっている。

①に関しては、１項後段が責任を課す理由（１項後段の趣旨）として、公益上の理由に基づく「被害者保護」が挙げられることが多い¹³⁸⁾。しかし、被害者保護の内実について、この時期の論者は十分に明らかにしていな

134) 菱谷・前掲注124) 159頁。

135) 梅・前掲注22) 907頁など。

136) この点を強調するものとして、前田（陽）・前掲注9) 480-481頁。なお、菱谷の見解においては、共同行為によって個別的因果関係を認めることが読み取れ得るものの、先行研究はこのように理解することに慎重である。

137) この点については、先行研究が明らかにしている通りである。瀬川・前掲注52) 661-664頁、前田（陽）・前掲注2) 517-518頁などを参照。

138) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注22) 394頁（穂積陳重発言）、梅・前掲注22) 907-908頁、富井・前掲注22) 211頁などが指摘している通りである。

い。ただし、すでに、充分性を満たす事例が挙げられていることから、充分性を前提とした「被害者保護」が想定されていたことは窺える¹³⁹⁾。

②および③に関しては、法典調査会における議論の時から、1項前段の「共同」と区別することが意識されていた¹⁴⁰⁾。特に、梅が1項後段を「みなし共同不法行為」と指摘している点や、富井が「共同行為者」を「偶々同一ノ行為ヲナシタ」者と解釈している点は注目される。

この他、岡松と菱谷が「寄与度不明」について言及している点は、注目すべきである。もっとも、「寄与度不明」への1項後段の適用の可否につき、結論は分かれる。岡松は、「寄与度不明」を719条の射程外としつつ、法の欠缺を訴え、他方、菱谷は、詳細な場合分けを踏まえて、1項後段の適用を認める。もちろん、時代的な背景から、「寄与度不明」の事例として想定されているものは格闘事例などであり¹⁴¹⁾、今日の議論において想定されている公害事例などとは大きく異なるが、民法典制定直後の代表的な論者が「寄与度不明」について言及していることは注目すべきだろう。

(3) 客観的共同説の形成過程 ①

これまで、起草時および起草直後の学説をみてきた。それでは、次に、横田秀雄から鳩山秀夫までの諸学説をみていこう。

1項前段の議論はこの時期、第1の転換点を迎える。それは、過失の必要条件的競合¹⁴²⁾も1項前段の適用事例とされることになったのである¹⁴³⁾。この時期において伝統的通説と称される学説(いわゆる「客観的共

139) 梅・前掲注22)907頁。この点については、前田(陽)・前掲注9)481頁、石橋・前掲注5)14頁注38)を参照。

140) 法典調査会において議長の箕作麟祥は、「共同行為ト云フ文字ガ重イカ分ラヌ」と指摘した。法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注22)398頁(箕作麟祥発言)。

141) 岡松・前掲注113)次494-次495頁では、寄与度不明は「殴打等ノ不法行為ニ付キ實際上」問題になるとされている。

142) なお、見方によっては、すでに菱谷が過失の共同不法行為を認めていたものと位置付けることができる。この点については、神田・前掲注50)314-315頁を参照。

143) すでに述べた通り、菱谷の見解においては、必要条件的競合が検討されていた。たゞ

同説」の原型が完成する。

これに対して、1項前段の議論ほど、1項後段の議論は進展を見せなかった。しかし、同段の責任の性質に関する議論など、従来には見られなかった議論も生まれた。

では、転換点の嚆矢となった横田秀雄の学説からみていこう。

(i) 横田秀雄の見解

横田は、1項前段の適用範囲を「主観的・かつ客観的な共同行為でない場合へと最初に広げた」¹⁴⁴⁾。1項前段について、次のように述べる。

横田によると、1項前段の共同不法行為につき、「数人ノ行為ノ合同スルコトト其合同シタル行為カ同一ノ結果ノ発生ニ必要ナリシコト」が要件となる。「加害者相互間ニ於テ客観的ニ行為ノ合同アリテ同一ナル損害ヲ生シタル以上ハ共同ノ不法行為ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルモノト謂フコトヲ得ヘク其相互間ニ於テ主観的ニ通謀意思ノ連絡」は必要ない¹⁴⁵⁾。1項前段には、「加害者間ニ意思ノ連絡アル場合」だけでなく、「意思ノ連絡ナキ場合」も含まれるのである¹⁴⁶⁾。

ここにいう「意思ノ連絡ナキ場合」とは、「各自合同シテ不法行為ヲ為シ且各自ノ行為相共ニ同一ノ結果ヲ発生スルノ必要条件ヲ構成スルトキ」である。たとえば、「船舶汽車電車ノ操縦其当ヲ失シ互ニ相衝突シテ人ノ身体財産ヲ毀損シタル場合」である¹⁴⁷⁾。

次に、1項後段にいう「共同行為者」とは以下のような者である。すなわち、「不法行為」を行った者であって、かつ「損害ノ発生ニ機会ヲ与ヘタ」者である。たとえば、甲、乙、丙の3名が他人の家屋に向かって投石したところ、そのうちの1つが家屋に命中しガラスを破損した場合、これ

↘だし、そこでは、不法行為法の一般原則ないし1項後段によって責任を導くことが想定されていた。

144) 瀬川・前掲注52) 670頁。

145) 横田秀雄『債権各論〔初版〕』（清水書店、1912年）883-885頁。

146) 横田・前掲注145) 885頁、887頁。

147) 横田・前掲注145) 888頁。

ら3名が「共同行為者」に該当する¹⁴⁸⁾。なお、真の加害者が証明された場合には、その他の被告は免責され、また、被告が自らは損害を惹起していないことを証明した場合、当該被告は免責される。なぜなら、1項後段は「共同行為者ヲ以テ加害者ト推測スルモノ」だからである¹⁴⁹⁾。

ここで、横田の見解について、次の2点を指摘しておきたい。

まず、1項前段の射程に主観的な共同がない必要条件的競合が含まれることになった。では、なぜ、そうした必要条件的競合が適用事例に含まれたのか。それは、必要条件的競合においては各行為と結果との個別的因果関係の存在が前提となっており、したがって各人が全損害に対して賠償義務を負うことが当然とされていたからであろう¹⁵⁰⁾。つまり、ここでは、個別的因果関係が認められることをもって共同不法行為の成立を認めるという論理によって、1項前段の適用範囲が拡張されたのである。

次に、1項後段の責任の性質が論じられている点は看過できない。従来、1項後段の共同行為者とはいかなる者なのか、という点については盛んに議論されていたものの、そもそも1項後段の責任はどのような性質なのか、という点は議論されてこなかった。これに対して、横田は、1項後段を因果関係の推定規定であると捉えた上で、そのことに基づいて免責を認める¹⁵¹⁾。1項後段が因果関係の推定規定であるという理解が定着したのは加藤一郎の学説が登場する頃であるが¹⁵²⁾、それ以前において、1項

148) 横田・前掲注145) 888-892頁。

149) 横田・前掲注145) 892頁。

150) 横田の見解において、個別的因果関係の存在が前提とされていることを強調するものとして、神田・前掲注50) 315頁。

151) なお、渡邊・前掲注50) 482頁では、横田は1項前段が適用される事例においても免責を認める見解であると紹介されているが、これは誤りであると思われる。免責を認めるのは、1項後段においてである。横田・前掲注145) 892頁では、「民法719条第2項(筆者注：現1項後段)ノ規定ヨリ生スル結果トシテ損害ヲ加ヘタル人ノ何人タルヤカ証明セラレタルトキハ其人ノミ責任ヲ負担シ他ノ共同行為者ハ其責任ヲ免カルル」とされている。そうすると、やはり、免責が認められていたのは、1項後段である。

152) 加藤一郎『不法行為〔増補版〕』(有斐閣, 1974年) 211頁。

後段を因果関係の推定規定であると明言する学説はそれほど多くはない。このことに鑑みると、横田は、初期の学説としては1項後段にも周到な関心を寄せていたといつてよいだろう。

(ii) 川名兼四郎の見解

横田に続き、川名兼四郎も1項前段における「共同」は客観的共同で足りることを主張した。まず、1項前段の説明をみてみよう¹⁵³⁾。

川名によると、1項前段の共同不法行為とは「権利ノ侵害カ数人ノ不法行為ノ結果ナル場合」であつて、「各人ニ付キテ不法行為」が成立していなければならない。1項前段が成立するのは、次の3つの場合である。まず、「数人ノ間ニ意思ノ共同アル場合」である。次に、意思の共同はないが、たとえば、「甲製造場ノ流シタル色素ト乙製造場ノ流シタル色素ト相合スルニ依リテ此処ニ有毒ノ色素ヲ組成シ之ニヨリテ他人ニ損害ヲ及ホシタルカ如キ場合」である。最後に、「数人カ同時ニ又ハ時ヲ異ニシテ独立ノ行為ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害スル」¹⁵⁴⁾場合である¹⁵⁵⁾。また、1項前段の趣旨は、「被害者ヲ保護スル」ために、分割債務を排除し、連帯債務を課すことにある¹⁵⁶⁾。

次に、川名は、1項後段について次のように述べる。すなわち、1項後段の「共同行為ト云フコトハ必ラスシモ共同ノ不法行為（筆者注：1項前段）ト同一ノ意味」ではない。同段の共同行為者とは、「生シタル権利ノ侵害ニ対シテ其原因タル不法行為ヲ為シタル疑アル状況ニ在リシモノ」のことをいう。たとえば、甲・乙がある者に斬りかかり、一方は指を斬り、他方は肩を斬ったところ、被害者は肩の傷が致命傷となり死亡したが、甲・乙のどちらがその致命傷となった傷を負わせたのか不明である、とい

153) 川名兼四郎『債權法要論〔初版〕』（金刺芳流堂、1915年）742頁以下。

154) たとえば、甲乙二人の猟師が丙を野生動物と誤認したために、丙に向かって発砲したところ、2発が同時に命中し、丙を死亡させたような場合である。川名・前掲注153) 744頁を参照。

155) 川名・前掲注153) 743-744頁。

156) 川名・前掲注153) 745頁。

う場合である¹⁵⁷⁾。

ここで、川名の見解を分析しておきたい。まず、1 項前段の適用範囲が、横田の見解よりも拡張しているといえる。というのも、各行為が結果に対して必要条件である場合（必要条件的競合の場合（上記の第 2 の例）¹⁵⁸⁾）のみならず、各行為が結果に対して十分条件である場合（重疊的競合¹⁵⁹⁾の場合（上記の第 3 の例））にも 1 項前段の適用が認められているからである¹⁶⁰⁾。

次に、1 項後段の共同行為者に関しては、横田と同様に 1 項前段との差別化が企図されている。というのも、共同行為者というためには、損害の原因となった「疑アル状況ニ在」りさえすれば十分とされているからである。ただし、免責については、触れられていない。

(iii) 鳩山秀夫の見解

次いで、鳩山秀夫の見解をみてみよう。鳩山は、客観的共同説を引き継ぎつつ、共同不法行為を「狭義ノ共同不法行為」（1 項前段）と「何人が損害ヲ加ヘタルカ不明ナル共同行為」（1 項後段）に整理する¹⁶¹⁾。それでは、1 項前段の解釈論をみてみよう。

まず、鳩山は、1 項前段について次のように述べる。それによると、1 項前段の要件は、①「数人が共同ニテ権利侵害ヲ為シタルコト」および②「数人ニ付テ皆不法行為ノ要件ノ具ハレルコト」である¹⁶²⁾。①の要件

157) 川名・前掲注 153) 745-746頁。

158) なお、第 2 の場合として本文に引用した事例のほか、川名・前掲注 153) 743頁は、「甲製造場カ有毒ノ色素ヲ川ニ流シ、又乙製造場カ同一ノ事ヲ為シテ他人ノ飼養スル魚……ヲ死ニ至ラシメタル」場合にも 1 項前段の適用が認められるとする。ただし、この事例は、前田（陽）・前掲注 2) 520頁が指摘する通り、「単独でも全部が死亡する重疊的競合、単独でも一部が死亡する累積的競合、両方で致死量に達する必要条件的競合との区別が判然としない」。

159) 重疊的競合とは、「全部惹起力のある複数の原因 A B が同時に競合して C に損害を発生させた場合（例えば、単独で C の池の魚を全滅させるに足りる A B の廃水が同時に競合した場合）」である。詳しくは、前田（陽）・前掲注 12) 236頁を参照。

160) 神田・前掲注 50) 322頁。

161) 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（下巻）』（岩波書店、1924年）933頁以下。

162) 鳩山・前掲注 161) 934-936頁。

を満たすためには、「主観的共同」は必要ではなく、「唯客観的ニ権利侵害が共同」で行われることで十分である。なぜなら、「立法理由及び實際ノ結果ニ」に基づくと、「主観的共同ヲ必要トスルノ理由ナク苟クモ数人皆当該損害ノ原因タル権利侵害ヲ為シタルトキハ共同不法行為成立スルモノト解（傍点は筆者による）」することが正当だからである¹⁶³⁾。また、②の要件を満たすためには、全ての者に違法性および故意・過失があること、さらに各自の行為と損害との間に個別的因果関係があることが必要である¹⁶⁴⁾。

次に、1項後段については、以下のように述べられている。鳩山によると、1項後段の「共同行為者」は、「権利侵害ヲ為スノ危険アル行為ヲ共同ニ為シタル者」である¹⁶⁵⁾。同段の要件は、①「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」であること、②「共同行為者中ノ孰レガ損害ヲ加ヘタルカ明ナラザル」ことである¹⁶⁶⁾。

なお、「自ら損害ヲ加ヘザリシコトノミヲ証明シテ責任ヲ免レ得ル」かという問題については、「如上ノ証明ヲ以テハ共同行為者ハ其責任ヲ免レ得ザルモノト解ス」。なぜなら1項後段の立法理由が「権利侵害ノ危険アル行為ニ加担シタル者ヨリモ直接ノ加害者ヲ証明スルコト得ザル被害者ヲ厚ク保護セントスル」ところに存するからである¹⁶⁷⁾。

ここで、鳩山の見解を分析しておこう。

まず、1項前段について、以下の2点を指摘しておきたい。第1に、客観的共同の根拠が、個別的因果関係との関係で明らかにされている。すなわち、各行為者が損害に対して因果関係を有しており、その他の要件も満たしているのだから、1項前段の関連共同性を主観的共同に限定する理由はないと考えられているのである¹⁶⁸⁾。

163) 鳩山・前掲注161) 934-935頁。

164) 鳩山・前掲注161) 935-936頁。

165) 鳩山・前掲注161) 937-938頁。

166) 鳩山・前掲注161) 937-938頁。

167) 鳩山・前掲注161) 938-939頁。

168) 能見・前掲注50)「基礎的考察(2)」1247頁。

第2に、「緩やかな因果関係概念」が前提とされている。すなわち、因果関係とは相当因果関係で足りるのであって、「単独ニテ其結果ヲ生ジタルコトヲ要セズ又他ノ原因ガ単独ニテ其結果ヲ生ジ得ベカリシコトヲ妨ゲ」ないとされている¹⁶⁹⁾。後者の場合は、必ずしも「あれなければこれなし」が成り立つわけではないにもかかわらず、因果関係が肯定されているのである¹⁷⁰⁾。

次に、1項後段に関して、以下の2点を指摘しておきたい。第1に、十分性を想起させる叙述が見受けられることには、注目すべきである。具体的には、「損害ノ原因タル」「権利侵害行為ハ共同行為者中ノ何人カノ行為」と述べられている。ここでは、真の加害者は、共同行為者の中に確実にいることが前提とされているのである。

第2に、自らが加害者ではないことを証明したとしても、免責は認められていない。その根拠として、被害者保護が挙げられているが、その内実として被害者と危険な行為を行った者との利益衡量のようなものが考えられている。

(iv) 小 括

ここまで、いくつかの学説について立ち入って紹介、分析を行ってきた。ここでは、この時期に現れた1項前段と1項後段の解釈の特徴について、それぞれ分析してみよう。

まず、1項前段については、その適用事例が、一方で必要条件的競合へ、他方で重疊的競合へと拡張した。すでに指摘されている通り、このことは、共同不法行為論の第1の転換点として、重要な意味を持つものである¹⁷¹⁾。

ただし、限界もあった。この時期、横田や鳩山は、1項前段の共同性が客観的共同で足りることの根拠を、各行為と結果との間に個別的因果関係

169) 鳩山・前掲注161) 936頁。

170) 瀬川・前掲注52) 672-673頁。

171) この点を強調するものとして、吉村・前掲注9) 375頁。

が存在することに求める。しかし、そのように解すると——各自がその他の要件を充足する限りで——それぞれの加害者は民法709条に基づいて責任を負うことになる。そのため、果たして、1項前段の意義は何かということが問題になるところ¹⁷²⁾、このことが明らかにされることはなかったのである¹⁷³⁾。この点の解明は、後の学説に委ねられることになった。

次に、1項後段に関しては、同段の性質とその効果を関連させて論じる学説が現れ始めた。たとえば、横田は、1項後段を因果関係の推定規定であると捉え、その効果として、免責を認めた。これに対して、鳩山は、1項後段を被害者保護の規定であると理解したために、免責は認めなかった。

なお、この時期、累積的競合は、1項前段においても1項後段においても、検討対象とはされていない。

172) 周知の通り、この点は、平井宜雄「共同不法行為に関する一考察」同『不法行為法理論の諸相（平井宜雄著作集Ⅱ）』（有斐閣、2011年）65頁（初出：1972年）等の有力学説から厳しい批判を受けることになった。

173) 能見・前掲注53)「基礎的考察（2）」1247頁。