

# 複数行為者の不法行為責任に関する 基礎理論的考察（2）

——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
- 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、401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) 裁判例の動向
    - (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）
    - (1) 学説における新たな傾向  
——分割責任論と減免責を許す全部連帯責任——
    - (2) 複数行為者の不法行為責任に関する理論枠組みの再考  
(iiの(e)まで、本号)
  - 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について
- 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

## II 複数行為者の不法行為責任に関する従来議論

### 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)

#### (4) 主観的共同説からの批判

上記(3)で取り上げた諸学説は、1項前段の適用範囲を、必要条件的競合や重疊的競合といった主観的共同のない事例に拡張し、そのことを各行為と損害結果との因果関係から正当化した。しかし、これらの学説は、民法709条との関係で1項前段の特殊性ないし同段の意義を十分に明らかにしていない点で限界もあった。こうした状況の中、1項前段に関して、主観的共同を必要とする学説が存在する。これらの学説は、1項前段の意義を、個別的因果関係がない、ないしは個別的因果関係を越えた部分に対して責任を課すことに求めた。

それでは、まず、横田秀雄とほぼ同時期に登場した学説として、末弘嚴太郎の見解からみていこう。

#### (i) 末弘嚴太郎の見解<sup>174)</sup>

末弘によると、1項前段の「共同ノ不法行為」は、「数人が同一ノ損害ノ原因タル出来事ニ参与」することであり、そこでは、行為者間の通謀は不要であるが、「他ノ者ト共同ナルノ意識」は必要である。「共同ナルノ意識ヲ有スル」以上、「損害ノ原因タル行為ノ中實際直接ニ損害ヲ生ゼシメタル部分ヲ成サザリシ場合ト雖モ……之ヲシテ全部ノ損害ヲ負担セシムルニ足ル」<sup>175)</sup>。また、1項後段の「共同行為者」とは、数人の中のある者が「損害ヲ加フルノ機会ヲ作出スルコトニ関与」した者のことである。これらの者は、真の加害者が不明である場合にも連帯責任を負うものの、真の加害者が明らかな場合および自らが損害を惹起していないことが明らかな

174) 末弘嚴太郎『債権各論』(有斐閣, 1918年) 1099頁以下。

175) 末弘・前掲注 174) 1099-1100頁。

場合には免責される<sup>176)</sup>。

このように、末弘においては、１項前段は他者が惹起した損害についても責任を負わせる制度であるという理解が示されており、１項前段の意義が明確化されている<sup>177)</sup>。そして、そのこととのバランスから行為者間に主観的共同が求められているのである。このほか、１項後段については、免責が認められていることから、因果関係の推定規定と理解されていたことが推察される。

(ii) 中村武の見解<sup>178)</sup>

次に、１項前段に関して、末弘と同様、主観的共同を要求する一方、１項後段に関して、一歩立ち入った言及を行っているものとして、中村武の見解を取り上げる。中村の見解は、以下の通りである（下記③、④）。

③ まず、１項前段の「共同行為とは数人が一の不法行為に加担したる場合」のことであって、その成立のためには「行為者間に行為の認識及び通謀」が必要である。客観的共同説を採用する論者は、「数人の不法行為が相合して総括的に一の損害」が生じたものの「通謀及び共同の認識」がない場合にも共同不法行為が成立するとしているが、この場合「各人は総結果に対し当然独立併存的に (haften nebeneinander) 全部の責任を負うものであり」、「認識、通謀なき他人と共同連帯に責任を負担すべき」根拠はない<sup>179)</sup>。

④ 次に、１項後段は、数人のうち「何れか不明の一人の行為によって損害が発生した場合」について規定するものであり、そこでは、実際には損害を惹起していない者も責任を負うこととなる。また、ここでの「責任の共同は一つの擬制である」<sup>180)</sup>。これが認められる根拠は、「故意、過失により人が危険なる行為 (Gefährdende Verhalten) に加担した」こと、および、「加担者」のうちのいずれかが加害者であるにもかかわらず、その

176) 末弘・前掲注174) 1100-1101頁。

177) 神田・前掲注50) 320-321頁。

178) 中村武『債権発生原因論』（巖松堂書店、1928年）838頁以下。

179) 中村・前掲注178) 839-840頁。

180) 中村・前掲注178) 842頁、845頁。

中の誰が実際の加害者であるかを立証できないという理由で被害者を保護しないことは「正義公平の観念に反する」ということに求められる<sup>181)</sup>。また、同段が適用されるためには、「事実上数人が或程度迄の時間的、場所的及び内容的の関連を有する行為に加担したること」、各行為者につき全部惹起力があること、「其中の或者の行為によりてのみ損害が発生」したことが必要である<sup>182)</sup>。

ここで、中村の見解を整理すると、次のとおりとなる。まず、1項前段に関しては、「行為者間に行為の認識及び通謀」がある場合に連帯責任を課すことが強調されており、そこでは、各行為と損害との間の個別的因果関係をもって共同を観念する解釈論（上述の横田など）が否定されている。そして、各行為と損害との間の個別的因果関係はあるものの「行為の認識及び通謀」がない場合に関しては、1項前段の適用はなく、各人に「全部の責任」が生じるに過ぎないとされている。このように、1項前段の適用範囲を限定したのは、個別的因果関係がない、もしくは個別的因果関係を超越の部分について各行為者に責任を課すことに同段の機能が求められているからだと考えられる<sup>183)</sup>。次に、1項後段については、行為者のうちの「何人かが損害を与へたるものなることを立証」しなければならず、その立証がない場合には「1項後段の適用の余地はない」<sup>184)</sup>とされている。これは、充分性を要求したものと解される。

(iii) 磯谷幸次郎の見解<sup>185)</sup>

次に、中村と同様、主観的共同説を唱えるものとして、磯谷幸次郎の見解を取り上げる。

磯谷によると、1項前段の共同不法行為が成立するためには、通謀は不要であるものの「共同ノ認識」が必要であり、これが充たされる場合、

---

181) 中村・前掲注178) 845頁。

182) 中村・前掲注178) 843頁。

183) この点については、中村・前掲注178) 840頁を参照。

184) 中村・前掲注178) 844頁。

185) 磯谷幸次郎『債権法論（各論）〔下巻〕』（巖松堂書店、1929年）888頁以下。

「直接其損害ノ発生原因ト為リタル行為ヲ為ササリシ者」も、連帯して「全部ノ損害ヲ負担」する。これに対し、各行為者において「共同ノ認識」がない場合、各行為は「全然互ニ独立シテ別箇ノ不法行為ヲ構成」するに過ぎない<sup>186)</sup>。さらに、「共同不法行為者中ノ」いずれの者が損害を加えたかが不明である場合に関しては、「各行為者ニ於テ……共同ノ認識」がある以上、「共同不法行為者ハ其責任ヲ免カルルコトナ」く、連帯して「全部ノ義務ヲ負担する」<sup>187)</sup>。

このように、磯谷も、上述の中村と同様、１項前段の機能を直接の因果関係にない結果について各行為者に連帯責任を課すことに求め、これを正当化するものとして、主観的共同を要求する。そして、これが充たされない場合においては、競合的不法行為が生じるに過ぎず、各行為者は自らの行為が惹起した損害に対して責任を負担すればよいとしている。

磯谷において特徴的なのは、１項後段が独立した責任規範として明確に位置付けられていない点である。これは、磯谷が、同段が規定する加害者不明の場合のうち、各行為者に「共同ノ認識」がある場合のみを問題にしていることから窺える。この点、上述の中村が、同段につき独自の要件を設定していたのとは対照的である。なお、磯谷は、加害者不明の場合における連帯責任を、「共同不法行為者」の「意思」のほか、因果関係の証明困難に対処するという「便宜」<sup>188)</sup>によっても正当化している。

(iv) 川島武宜の見解<sup>189)</sup>

最後に、主観的共同説の中でも、要件・効果を通じて精緻な解釈論を展開し、民法719条の意義を明らかにするものとして、川島武宜の見解を取

186) 磯谷・前掲注185) 888-889頁。

187) 磯谷・前掲注185) 889頁。

188) 村上恭一＝磯谷幸次郎『債権各論（中央大学明治45年度法律科第2学年講義録）』（中央大学、1912年）805頁。

189) 川島武宜『判例民事法 昭和12年度』89事件（有斐閣、1938年）322頁（以下、「判民昭和12年度」）、同『判例民事法 昭和9年度』133事件（有斐閣、1941年）431頁（以下、「判民昭和9年度」）。

り上げる。川島の見解は、以下の通りである（下記①～③）。

① まず、共同不法行為（1項前段）の意義は、「現実的な相当因果関係を超えて他人の行為についても責任を負ふこと、即ち法律上全体を一箇の行為として取扱ふこと、又換言すれば擬制的乃至拡張的因果関係を認めることにある<sup>190)</sup>。そうすると、1項前段における「共同関係は『偶然の競合』であってはならず、人の『行為の共同』でなければならない。そのため、「他人の行為と『共同する意思』『共同行為の認識』はやはり必要」であるが、「具体的な箇々の行為についての共同」である必要はなく、「社会観念上全体として一箇の行為と見られる如き数箇の行為の全過程の一部に参加すること」で十分である<sup>191)</sup>。

② ところで、当時の判例や支配的な学説は、①「甲乙各製造所ヨリ流出スル毒物が相合シテ始メテ下流ニ於ケル人畜ヲ害スル丈ケノ毒力ヲ出シタル場合」や、②「各製造所ヨリ流出スルモノノミニテモ優ニ被害ノ因ヲ為シタル場合」において、「各製造者ハ相互ノ事情ニ付キ全然関係」ないとしても共同不法行為が成立するとしている。しかし、①の場合は、「自己の行為の結果へ他の原因が競合したといふ通常の因果関係の一つの場合であって」、各行為者の責任は、「相当因果関係の考察によって限界づけられる」ことになる。したがって、複数の行為者がそれぞれ「全然無関係なる場合にそれを超えて全損害についての連帯責任を認むるのは」行き過ぎである。各行為者は、「一般不法行為の原則により……独立に不法行為責任を負ふ」のであって、不真正連帯関係が生じるとしても、それは、個別の行為についての判断の結果として生じるに過ぎないのである。また、②の場合は、「双方共に独立に不法行為をなしてゐる故にその故に所謂不真正連帯関係を生ずるのであり、特に共同不法行為を認める必要はない」のである<sup>192)</sup>。

③ なお、共同不法行為の効果である連帯債務に関して、日本民法の

190) 川島・前掲注 189)「判民昭和9年度」439-440頁。

191) 川島・前掲注 189)「判民昭和9年度」440-441頁。

192) 川島・前掲注 189)「判民昭和9年度」439-440頁。

「連帯債務規定は大体に於て……債務間に客観的同一以上の連絡関係……ある場合に適用さるゝを適当とし、少くとも不法行為に関する限りこれを連帯債務として取扱ふことは……被害者の賠償を保障せんとした趣旨に反する」。また、共同不法行為を真正の連帯債務と解するならば、時効完成の絶対的効力により不都合が生じることとなる。したがって、共同不法行為による連帯債務は不真正連帯債務と解するべきであり、「民法719条は民法427条に対する関係に於てのみその意義を有する」というべきである<sup>193)</sup>。

このように、川島は、共同不法行為の機能を、「擬制的乃至拡張的因果関係」を認めること、すなわち相当因果関係を超越の結果について責任を課すことに求めており、これを正当化するために行為相互の主観的共同を要求する。したがって、主観的共同の関係にない複数の行為の競合事例は、共同不法行為の事例とはならず、そのような事例において不真正連帯債務が妥当するとしても、それはあくまで「一般不法行為の原則」によって導かれるに過ぎない<sup>194)</sup>。

ところで、上述のとおり、川島は、不法行為の競合（「競合的不法行為」）として想定する2つの場合（①、②）のうち、重疊的競合の場合（②）については、全損害についての（不真正）連帯責任が生じるとしているのに対し、必要条件的競合の場合（①）については、これが当然に生じるわけではないとしている<sup>195)</sup>。すなわち、必要条件的競合の場合、個々の行為者の責任範囲は「相当因果関係の考察によって限界づけられる」のであり、その結果として、（不真正）連帯責任が生じ得るに過ぎないのである<sup>196)</sup>。また、これとは別に、行為相互に主観的共同がある場合においても、（不真正）連帯責任が生じることとなる。ここでは、分割責任を排除し、（不真正）連帯責任を課すことに共同不法行為の意義が求められている<sup>197)</sup>。

193) 川島・前掲注189)「判民昭和12年度」325頁。

194) この点につき、神田・前掲注50) 321-322頁、瀬川・前掲注52) 682-683頁を参照。

195) 大塚・前掲注30) 51頁、前田（陽）・前掲注9) 488-489頁がこの点を強調する。

196) 川島・前掲注189)「判民昭和9年度」439頁。

197) 大塚・前掲注30) 51頁、前田（陽）・前掲注9) 488-489頁。

## (v) 小 括

ここで、以上で取り上げた諸学説<sup>198)</sup>につき、その主張内容を整理しておきたい。

上記(3)で取り上げた諸学説は、1項前段の意義を、各行為と結果との間に個別的因果関係がある場合において、各行為者に連帯責任を課すことに求めていた。そして、こうした考え方の下で、行為相互の関係については、客観的共同があればよいとされていた。これに対し、以上で取り上げた諸学説(主観的共同説)は、同段の意義を、他者が引き起こした結果について各行為者に責任を負わせる点に求めている。そして、このような結論を正当化するため、行為相互の関係については、主観的共同が必要であるとされている。

ここで、原因競合の観点から1項前段をめぐる議論を振り返ると、まず、支配的な学説は、同段の適用事例として、主として必要条件的競合の場合を念頭に置いており、一部の論者は、重疊的競合の場合も視野に入れていた。こうした理論的前提の下で、個別的因果関係と客観的共同を要件とする連帯責任が主張されていたのである。これに対し、本項が取り上げた主観的共同説が、原因競合のいかなる類型を想定しているかは、必ずしも判然としない<sup>199)</sup>。そうした中で、川島は、原因競合の態様を踏まえた周到な解釈論を展開しており、注目に値する。すでに述べたように、川島は、それまで1項前段の適用事例となることが当然視されてきた必要条件的競合と重疊的競合を、一旦共同不法行為からはじき出し、「競合的不法行為」として捉えた上で、必要条件的競合に関しては相当因果関係が重な

198) なお、本文で取り上げた学説のほか、この時期に、1項前段につき主観的共同を要求する学説として、小池隆一『日本債権法各論』(清水書店、1931年)258頁以下がある。ただし、小池においては、行為者間の「共同の認識」が要求されつつ、「各不法行為者の権利の侵害と損害との間に因果関係あること」が要求されている。

199) ただし、論者が挙げる具体例から、古典的な暴行事例が念頭に置かれているようにも推察される。たとえば、村上=磯谷・前掲注188)804-805頁では、「甲乙両者カ丙ヲ毆打スル」場合が挙げられている。

る範囲での連帯責任となるとし、重疊的競合に関しては全損害についての連帯責任となとする。その上で、必要条件的競合については、行為相互の関係につき主観的共同がある場合にかぎり１項前段を適用し、全損害についての連帯責任を導くのである。もっとも、このように原因競合の類型を意識した解釈論を展開する川島も、1970年代以降、学説の注目を集めることになる累積的競合の場合をどのように考えるかに関しては、立ち入った検討を行っていない。

次に、本項で取り上げた論者が１項後段につきいかなる解釈論を展開しているかをみておこう。まず、末弘と中村は、１項後段を１項前段とは別の独立した責任規範として理解しており、１項後段においては主観的共同を要求していない。これに対し、磯谷は、加害者不明の場合についても主観的共同（「共同ノ認識」）を要求しており、１項後段の意義が不明確となっている。また、連帯責任を正当化する根拠に関しては、中村が、「正義公平の観念」を挙げて被害者保護の必要性を説いている。さらに、個別の行為者の免責可能性に関しては、末弘がこれを明確に認めているのに対し、中村は、この点について態度を明らかにしていない。最後に、中村は、１項後段の要件として十分性を要求しており、その立証責任は被害者にあるとしている<sup>200)</sup>。なお、以上で挙げた主観的共同説の論者は、いずれも１項後段の適用事例として択一的競合の場合を念頭に置いており、累積的競合の場合をどのように考えるかに関しては、十分な検討を行っていない<sup>201)</sup>。

## （５）客観的共同説の形成過程②とその揺らぎ

主観的共同説からの批判にもかかわらず、客観的共同説は、我妻栄<sup>202)</sup>

---

200) 中村・前掲注178) 844頁。

201) ただし、村上＝磯谷・前掲注188) 805頁は、「損害ノ有無並ニ程度」（傍点筆者）についての証明困難を問題にしている。これは、累積的競合をも視野に入れたものとみることができよう。

202) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為〔復刻版〕』（日本評論社、1988年）191頁以下。なお、原著の公刊は、1937年である。

や加藤一郎<sup>203)</sup>といった当時の有力な民法学者の主張によって、その立場を固め、伝統的通説と目されるに至る。もっとも、1930年代後半から1960年代後半にかけて、要件面および効果面でそれまでの客観的共同説にはない新たな傾向が現れる。以下では、この時期に客観的共同説をとる我妻、加藤(一)、川井健<sup>204)</sup>の見解を取り上げ、それらが従来の客観的共同説とどのような点で異なっているのかをみていく。

(i) 我妻栄の見解<sup>205)</sup>

まず、我妻栄の見解を取り上げる。我妻は、1項前段の解釈論において、共同行為により個別的因果関係の立証を緩和するという考えに先鞭をつけた。その概要は、以下の通りである(下記①~③)。

① まず、共同不法行為(1項前段)の特色は、「各行為者自身の行為は損害の全部に対して相当因果関係に立たない場合もある」にもかかわらず、各行為者に「共同の行為より生じた全損害」についての連帯責任を課すことにある。なお、ここでの連帯責任は、不真正連帯債務であると解される<sup>206)</sup>。

② 次に、1項前段においては、各行為者が故意・過失と責任能力を具備していることを前提として、「各自の違法行為」が「関連共同して損害の原因となること」が要件となる。そして、ここでの「関連共同」については、「各自の行為が客観的に関連共同する」ことで足りる。なぜなら、「狭義の不法行為〔ママ〕に於ては数人の行為が何れも当該違法行為の原因となって居る場合なのであるから、その違法行為を原因として客観的に相当因果関係に立つ損害はその行為者に於て賠償すべきは当然」だからである<sup>207)</sup>。

③ 最後に、1項後段における「共同行為者」とは、「違法行為を為す

---

203) 加藤(一)・前掲注152)205頁以下。

204) 川井健「共同不法行為の成立範囲の限定」同『現代不法行為法研究』(日本評論社、1978年)220頁(初出:1969年)。

205) 我妻・前掲注202)191頁以下。

206) 我妻・前掲注202)191-192頁。

207) 我妻・前掲注202)193-194頁。

危険ある行為を共同」して行う者のことをいう。同段においては、「共同行為者」が、自己の行為が損害の原因でないことを立証することで、免責を得ることができるかが問題となる。この点に関しては、同段が「被害者を厚く保護し共同行為者を戒めんとする趣旨」の規定であることから、免責は認められないと解すべきである<sup>208)</sup>。

このように、我妻においては、共同行為を媒介にして、個別的因果関係の立証を緩和するという新たな理解が示されている<sup>209)</sup>。もっとも、すでに先行研究が指摘しているように、我妻においては、個別的因果関係と関連共同性の関係が「矛盾」したものとなっている。すなわち、我妻は、一方で、「客観的共同で足りるとする根拠を各自の行為がいずれも違法行為の原因となっている」（上記⑥）ことに求めつつ、他方で、「損害全体について相当因果関係がない場合がある」（上記④）とも述べているのである<sup>210)</sup>。このため、我妻の１項前段の解釈論には理論的に不徹底な部分が残されていると言わざるを得ない。

(ii) 加藤一郎の見解<sup>211)</sup>

以上のように、我妻は、１項前段につき、客観的共同説の立場から個別因果関係の立証を緩和する——見方によっては、これを事実上不要とする——かのような解釈論を展開するが<sup>212)</sup>、こうした新たな共同不法行為論は、その後、加藤（一）に受け継がれる。加藤（一）は、民法719条全体

---

208) 我妻・前掲注202) 196頁。

209) 前田達明＝原田剛「共同不法行為法論の動向について（下）」NBL1101号（2017年）49頁、58頁は、１項前段の「『関連共同した違法行為』＝『共同行為』と当該各被害者の結果（損害）との間に相当因果関係があれば、当該各被告の各行為と当該各被害者の結果（損害）との間に相当因果関係が肯定されている」と指摘する。また、能見・前掲注50)「基礎的考察（２）」1247-1248頁、瀬川・前掲注52) 673頁も参照。

210) 能見・前掲注50)「基礎的考察（２）」1247-1248頁。同様の指摘として、神田・前掲注50) 329頁（注21）、前田（陽）・前掲注2) 522頁。

211) 加藤（一）・前掲注152) 205頁以下。

212) なお、前田（達）＝原田・前掲注209) 57頁は、我妻によって、「因果関係の存否の認定が緩和される契機が生じた」と指摘する。

の特色を「共同行為者に連帯の責任を課し、被害者の救済を厚く」する点に求めた上で、1項前段、1項後段のそれぞれにつき、以下のように述べる(下記①, ②)。

① まず、1項前段については、因果関係を含め、各人の行為が独立して不法行為の要件を具備することが要件となる。もっとも、この因果関係に関しては、「各人の行為と直接の加害行為との間に因果関係がありそこに共同性が認められれば、共同の行為という中間項を通すことによって、損害の発生との間に因果関係がある」ことになる。また、「関連共同」に関しては、被害者救済を厚くするという立法趣旨を踏まえると、「客観的共同関係」、すなわち「客観的に一個の共同行為があると見られる」関係があれば十分である<sup>213)</sup>。

② 次に、1項後段は、加害者の立証が困難であるために被害者が賠償を得ることができなくなるのを防ぐために、「政策的に責任者の範囲を拡張した」「例外的な規定である。同段における「共同行為者とは、直接の加害行為についてではなく、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」者のことをいう。なお、同段においては、行為者による免責立証が認められる<sup>214)</sup>。

加藤(一)の見解は、以下の3点において特徴的である。第1に、1項前段の要件として、各行為と結果との間の個別的因果関係が必要とされるものの、それは「共同の行為という中間項」によって緩和される。これは、我妻と同様である<sup>215)</sup>。第2に、行為相互の関係につき客観的共同で足りるとする根拠として、被害者保護を厚くすることが挙げられるが、我妻のように、これを個別的因果関係の存在によって説明することはされていない。第3に、1項後段につき、政策的理由に基づく被害者保護のための規定であることが強調されるが、我妻とは異なり、行為者による免責立

---

213) 加藤(一)・前掲注152) 207-208頁。

214) 加藤(一)・前掲注152) 210-211頁。

215) 神田・前掲注50) 324頁。

証が認められている<sup>216)</sup>。

(iii) 川井健の見解

我妻と加藤（一）が1項前段において共同行為と因果関係を関連付けたのに対し、川井は、従来の客観的共同説と同様、同段において、「各行為者の行為と損害との間の因果関係の存在」を要求する<sup>217)</sup>。その一方で、「共同不法行為の成立に一部の者がほんのわずかだけしか関与していない」にもかかわらず、全ての行為者が全額の賠償義務を負うのは酷であるとの問題意識から、一部連帯を主張する<sup>218)</sup>。川井の見解は、以下の通りである（下記④、⑤）。

④ まず、一部連帯の考え方とは、「複数の行為につき共同不法行為の成立する部分とそうでない部分とを分け、共同不法行為の成立する共通の部分についてだけ行為者全員の連帯責任を認め、その他の部分は個人責任とすることにより、行為者間のアンバランスを是正」するというものである<sup>219)</sup>。それによると、「加害者側で損害につき原因の与え方に大小の差がある以上、各自の与えた原因が共通の限度で、いわば最大公約数的に一部連帯を認め、残余はより多く原因を与えた者」のみが責任を負うことになる。また、一部連帯の範囲は「各行為者の行為の違法性」によって決定される<sup>220)</sup>。

⑤ そして、一部連帯が認められるべきなのは、以下の理由に基づく。「一般の不法行為においては、行為者は自ら原因を与えた限度で責任を負うのが原則であり、狭義の共同不法行為の場合にもその原則は修正されていない」。すなわち、「民法719条1項前段は、連帯債務という形で損害賠

---

216) 前田（陽）・前掲注 9）490頁は、加藤（一）を契機として、1項後段において、免責を認める立場が通説化していったと指摘する。

217) 川井健「共同不法行為—公害を中心として—」同『現代不法行為法研究』（日本評論社、1978年）265頁、281頁（初出：1973年）は、1項前段において、個別的因果関係が要件とされるものの、ここでの因果関係は「最小限度の要件として……ゆるやかに認定」し得るものとする。

218) 川井・前掲注 204）221頁。

219) 川井・前掲注 204）223頁。

220) 川井・前掲注 204）228-229頁。

償請求権を強化しただけのことであり、各行為者が自ら与えた原因をこえてまで責任を負うと解すべき根拠はな<sup>221)</sup>い。「加害者の加害の程度が判明する以上、各加害者は自ら行為に關与した限度で責任を負うと解することが現行不法行為法の原則に忠実な解釈」である<sup>221)</sup>。

このように、1項前段の効果として一部連帯を主張する川井の見解に対しては、根強い批判がある<sup>222)</sup>。しかし、結果発生にわずかな寄与しかしていない行為者に全部連帯責任を課するのは酷であり、責任を限定すべきであるという主張は<sup>223)</sup>、その後、割合的因果関係論や寄与度減責論に引き継がれることとなる<sup>224)</sup>。

ところで、川井は、「本来は因果関係のないところに行為の關連共同性により責任を生じさせるのが共同不法行為」であるとする有力学説に対し、次のように指摘する。こうした学説においては、「因果関係は、つながりの有無の基準としてではなく、どの部分までかという程度を示す基準としての役割を担わされている」が、「因果関係は……行為と損害とのつながりの有無を決するもの」であって、「それがどの程度のつながりかは問う必要」はない。このように述べた上で、川井は、累積的競合の典型事例である大気汚染の事例において、たとえ一部の汚染源が微量な汚染物質しか排出しておらず、「それだけでは被害が生じな<sup>225)</sup>いとしても、他の汚染源が「排出するそれと一体となれば被害が生じうるときには、因果関係ありとしてよい」としている<sup>225)</sup>。これは、累積的競合の場合において各行為と損害との間の因果関係は——少なくとも条件公式を前提とする限り

221) 川井・前掲注 204) 229頁。

222) この点については、森島昭夫『不法行為法講義』（有斐閣、1987年）96-97頁や、伊藤藤子「共同不法行為における關連共同性と因果関係」ジュリスト増刊『総合特集交通事故』（1977年）101頁、110頁などを参照。

223) なお、潮見・前掲注 4) 139頁（注30）は、実際に提案されている一部連帯は、一部の者が「ほんのわずかだけしか關与していない」場合に限定されていないと指摘する。

224) 石橋・前掲注 74) 267頁。

225) 川井・前掲注 217) 281頁。なお、比較的近時に同様のことを述べる学説として、たとえば、橋本・前掲注 35) 245-246頁（注38）および（注39）を参照。

——認められないとする、近時の有力学説<sup>226)</sup>と大きく異なる点でもあり、今なお十分に議論が尽くされていない点でもあると思われる。

(iv) 小 括

ここで、本項で取り上げた諸学説<sup>227)</sup>につき、その主張内容を振り返っておこう。

まず、１項前段については、要件に関して新たな理解が生じていた。すなわち、共同行為を中間項にして個別的因果関係を認めるとする解釈論が現れており（我妻、加藤（一））、この点において、個別的因果関係をもって関連共同性を認める従来の客観的共同説からの議論の進展がみられる<sup>228)</sup>。一方、効果論においても、これまでにない新たな動きがみられた。従来、民法719条の効果に関しては、真正連帯か不真正連帯かという形での議論はあったものの、連帯となる結果の範囲については、全部連帯となることが半ば当然のこととされていた。これに対し、川井は、同条の解釈論において一部連帯の可能性を指摘し、「狭義の共同不法行為」の効果について新たな地平を切り開いた。ただし、川井の一部連帯論においては、個々の行為と結果との間に因果関係があることが前提となっており、責任の範囲を決するのは各行為の違法性であった。これは、各行為の惹起力を重視する近時の発想とは異なったものといえよう。

次に、１項後段については、我妻が免責の可能性を否定し、加藤（一）がこれを肯定するものの、いずれの論者も、同段が被害者保護のための規定であるという点で一致していた。もっとも、いずれの見解においても、

---

226) たとえば、瀬川・前掲注52) 691-692頁。

227) 本文で取り上げた諸学説のほかに、当時、客観的共同説を採用する学説として、梅原重厚『不法行為概説』（巖松堂書店、1937年）327頁以下、岩田新『債権法新論』（有斐閣、1934年）488-489頁、戒能通孝『債権各論』（巖松堂書店、1942年）456頁以下などがある。なお、加藤一郎編『注釈民法（19） 債権（10）』325頁〔徳本鎮〕（有斐閣、1965年）は、我妻や加藤（一）が主張する、中間項という発想に理解を示す。

228) 神田・前掲注50) 323-325頁がこの点を強調する。神田は、「客観的共同説の内部において実質的な内容に差が生じている」と述べる。

択一的競合の場合において、なぜ被害者保護が要請されるのかに関して、踏み込んだ検討はなされていない。

## (6) 裁判例の動向

本項では、【1】期における裁判例を取り上げ、そこで1項前段や1項後段の要件および効果について、どのような判示がなされているかを紹介する<sup>229)</sup>。なお、取り上げる裁判例は、民法719条1項の理論史において画期的な意義を有するもの、および、原因競合の観点から再検討を要するものに限定する。

### (i) 1項前段に関する裁判例

1項前段に関しては、民法典の制定直後から、複数の行為者が共謀して損害を発生させた事案が報告されていた<sup>230)</sup>。そうした中、明治末期になると、主観的共同のない必要条件的競合の事例に1項前段を適用する裁判例が登場した。これをもって、1項前段の解釈論は1つの転換点を迎える<sup>231)</sup>。

#### 【判決1】大判明治44年11月6日民録17輯627頁

本件は、2隻の船舶が船員の過失によって衝突し、積荷に損害が生じたところ、荷主がそれぞれの船舶の所有者に損害賠償請求を行った事案である。大審院は、行為相互の関係につき「通謀其他意思ノ共同」を不要とした上で、「両船舶員ノ過失ニ因ル衝突ノ為メ積荷ニ損害ヲ生シタル場合ハ両船舶員ノ共同不法行為トシテ連帯シテ其責ニ任スヘキ」と判示した。また、その根拠として、大審院は、「民法第七〇九条ニ依レハ故意又ハ過失ニ因ル権利侵害カ則不法行為ナルカ故ニ数人カ故意又ハ過失ニ因リ同一ノ権利ヲ侵害シ

---

229) 当時の判例研究として、岩田新「判例に現れたる共同不法行為の構成(1)～(3・完)」民商法雑誌9巻1号37頁、2号241頁、3号437頁(1939年)。また、裁判例については、椿・前掲注50)104頁以下、徳本・前掲注50)4頁以下を参照。

230) たとえば、大判明治30年7月2日民録3輯7巻6頁(被告らが共謀して係争地において土手を構築したことに対して、原告らが土手の撤去および損害賠償を求めた事案)。大審院は複数行為者の債務の性質に関して、「数人共謀シテノ不法行為ヲ為シタルトキハ之ヨリ生スル責任ハ連帯義務」と判示する。

231) この点を強調するものとして、瀬川・前掲注52)666頁以下。

タル場合ハ即共同不法行為アリト言ハサル可ラス」と判示した<sup>232)</sup>。

本判決において、大審院は、個々の行為者が「同一ノ権利」侵害に関する不法行為責任を負うことをもって、各行為につき共同不法行為の成立を認める。そしてそこでは、個別的因果関係が認められることが前提となっている。この判決を契機として、１項前段は「通謀其他意思ノ共同」（主観的共同）がない事例にも適用されることとなる。もっとも、本判決では、関連共同性について、それ以上の踏み込んだ判断は行われなかった。

### 【判決２】大判大正２年４月２６日民録１９輯２８１頁

本件の事案の概要は、以下の通りである。倉庫業者Ｙは、Ａに欺かれ、フランネル等の寄託物に関して、事実と合致しない不正な倉庫証券を過失により発行し、Ａに公布した。銀行Ｘは、当該倉庫証券を担保にして、Ａに融資したために損害を被った。ＸがＹに対して損害賠償請求を行ったところ、Ｙは「共同責任者タランニハ……故意及ヒ過失共通ノ事実アルヲ必要条件」とする以上、自らは「共同行為ノ責任者」ではないと争った。

大審院は、１項前段の関連共同性につき、以下のように述べる。「民法第七百十九条第一項前段ハ客観的共同ノ不法行為ニ因リ其損害ヲ生セシメタルコトヲ要スルニ止マリ共謀其他主観的共同ノ原因ニ因リ其損害ヲ生セシメタルコトヲ要スルコトナシ」。「蓋シ此場合ニハ損害ハ一ニシテ之カ賠償ノ責任任スヘキ者ハ数人アリ如何ナル範囲ニ於テ其賠償ヲ為スヘキモノナリヤ明ニスル必要アリ其責任ノ連帯ナルコトヲ定ムル為メ規定ヲ設ケタルモノ」である<sup>233)</sup>。

また、大審院は、個別的因果関係につき、以下のように判示する。「権利侵害及ヒ損害ハ……倉庫証券ニ不正ノ記載ナクンハ」不正利用「行為ノミニ因テハ決シテ生シ得ヘカラサルモノ」であるため、「上告人ノ過失ハ……被上告人ノ権利侵害及ヒ損害ヲ惹起スル……条件」であることから、「因果関係」は認められる<sup>234)</sup>。

---

232) 民録17輯631-632頁。

233) 民録19輯281頁、291頁。

234) 民録19輯288頁。

本判決において、1項前段の関連共同性は「客観的共同」で十分であるとされている。1項前段は、複数の行為者が個別に不法行為責任を負うことを前提に——したがって、個別的因果関係も当然に認められる——各行為者が負うべき債務の法的性格を定めた規範であるところ、そうである以上、同段において、行為相互の関係につき主観的共同は不要であるというのがその理由である。

【判決1】および【判決2】は、1項前段につき個別的因果関係を要求するとともに、複数の行為者がともに同一の権利侵害ないし損害を引き起こしたことをもって客観的共同を認めている。これは、当時の支配的な学説とも概ね一致する。このことは、次に取り上げる【判決3】が、個別的因果関係を否定した結果、1項前段の適用を否定していることから窺える。同判決の事案は以下の通りである。

【判決3】大判大正8年11月22日民録25輯2068頁

Aは、ある年の春、Bの請負人として懸崖から岩石を採掘する工事を行った後、同年の秋、Yの請負人として同懸崖にて同様の工事を行った。Aは、春および秋の工事において、懸崖から岩石を落下させ、崖下にあるXの家屋を損壊させた。また、この間、幾人かの者も（人数は明らかにされていない）同懸崖から岩石を落下させ、同家屋を損壊させた。これらの落石が相俟って家屋を著しく損壊させたが、それぞれの落石が「損害ニ対シ果シテ幾何ノ原因ヲ為シタルヤ不明」であった<sup>235)</sup>。そこで、Xは、Yに対して、Bとの共同不法行為に基づき全損害について損害賠償を請求した。原審はXの請求を認めたが、大審院は、以下のように述べて、破棄差戻しの判決を言い渡した。

「民法第七百十九条ニ規定スル共同不法行為ヲ組成スルニハ其不法行為ヲ為シタル加害者間ニ必スシモ通謀意思ノ連絡アルコトヲ要セスト雖モ其数名ノ加害者ハ同一ノ不法行為ニ干与シ之ニ依リテ被害者ニ同一ノ損害ヲ与フルコトヲ要スルモノニシテ即チ加害者各自ノ行為ト之ニ因リテ生シタル損害ト

---

235) 民録25輯2074頁。

ハ其間ニ因果ノ關係ヲ有スルモノナラサル可カラス」<sup>236)</sup>。

本判決は、次の２つの点において特徴的である。第１に、個別的因果関係が１項前段の要件であることが判示された上で、これが充足されないことから、同段が規定する共同不法行為の成立が否定されている<sup>237)</sup>。この点、【判決１】や【判決２】では、こうした解釈論が示唆されていたところであるが、【判決３】をもってこのことが明らかとなった。第２に、本判決では、【判決１】や【判決２】とは異なり、累積的競合（寄与度不明）の事例が問題になっていると考えられる<sup>238)</sup>。一般に、累積的競合の事例において、各行為は結果に対し量的に寄与しているにとどまり、その全部を引き起こしたとは言い難い。本判決は、こうした特徴を有する事例に関して、各行為と全損害との間の個別的因果関係を否定し、１項前段の適用を否定した。当時、裁判例で問題となっていた事例のほとんどが必要条件的競合であることを踏まえると、本判決は、その扱った事例の性質——累積的競合——において、他の裁判例にはない特徴を有しているといえよう。

ところで、当時、１項前段の適用事例として一般的に認識されていた必要条件的競合の事例においては、各行為と全損害との間にそれぞれ条件関係が認められ、これが、同段の要件である各行為と結果との間の個別的因果関係を基礎づける。この個別的因果関係の認定は、当初、厳格な基準の下で行われていたものの、徐々に緩和された基準の下で行われていく<sup>239)</sup>。これは、以下で取り上げる【判決４】と【判決５】を比較することで明ら

---

236) 民録25輯2074頁。

237) もっとも、四宮・前掲注４)768-769頁（注１）は、本件は、「複数人による損害が別々に加えられ、それらの部分損害の総和が……発生している損害となっている場合」に過ぎず、「厳密な意味では、因果関係の要件を欠くがゆえに共同不法行為の成立を否定した例」ではないとする。

238) 前田（陽）・前掲注９)490-491頁。なお、前田（達）・前掲注29)317頁や徳本・前掲注50)42-43頁は、【判決３】において、１項後段の適用の余地があったとする。

239) この点を指摘するものとして、たとえば、川井健「判例共同不法行為法」同『現代不法行為法研究』（日本評論社、1978年）199頁、204-206頁（初出：1962年）。

かとなろう。まず、【判決4】は、次のような事案である。

【判決4】大判大正13年7月24日民集3巻376頁

Yら数名が小学校を合併する村議会決議を妨害するべく、村会において騒擾を行ったところ、そのうちのZがXの頭部を殴打した。原審がYおよびZを含む、騒擾参加者に共同不法行為を認め、Yらに連帯責任を課したのに対し、大審院は、以下のように述べて事件を原審に差戻した。

「民法第七百十九条第一項前段ニ依リ数人カ共同不法行為者トシテ損害賠償ノ責ニ任スルニハ其ノ間ニ通謀若ハ意思ノ共通ヲ要セサルモ権利侵害ニ対シ客観的ニ共同ノ原因アルコトヲ必要トス……（大正八年十一月二十二日第三民事部判決……）」<sup>240)</sup>。

このように、【判決4】は、【判決3】を引用した上で、原判決を破棄した。このことから、同判決が、1項前段の要件として各行為と結果との間の個別的因果関係を厳格に要求していることが窺える<sup>241)</sup>。これに対し、次に取り上げる【判決5】は、個別的因果関係を要求しながらも、その認定を緩やかに行っている点で注目に値する。同判決は、次のような事案である。

【判決5】大判昭和9年10月15日民集13巻1874頁

水利組合Xと水利組合Yとの間に、灌漑用水の取水をめぐり争いが生じた。そこで、X組合は騒擾を決議し、決死隊を構成して、Y水利組合の事務所に押しかけた。その際、Y組合のAが死亡し、同組合のX1～X3が負傷したため、X1～X3およびAの相続人たるX4らが、Y組合の組合員に対して共同不法行為責任を追及した。大審院は、【判決3】を踏襲して、「加害者各自ノ行為ト之ニ因リテ生シタル損害トノ間ニハ因果ノ関係ヲ有スルコトヲ要スル」と述べた上で、騒擾決議者（下記①）と騒擾参加者（下記②）それぞれにつき、以下のように判示した。

---

240) 民集3巻380頁。

241) なお、椿・前掲注50)114頁は、判決文における「客観的共同原因」を「行為と損害との間の因果関係と読み代えたならば、すっきりする」と述べる。

① 「闘争ノ手段ニ訴ヘテモ目的ヲ達センコトヲ議決シ」, その議決に基づき「関係者カ……闘争ニ及ヒ相手ヲ殺傷」した場合, 「右ノ決議ト該殺傷行為トノ間ニハ因果関係」がある。したがって「決議ニ参加シタル者ハ現場ニ於テ手ヲ下シタル加害者ト共ニ共同不法行為」責任を負う<sup>242)</sup>。

② 「闘争ノ目的ヲ以テ集合シタル者ノ中人ヲ殺傷シタル者アル場合ニ於テハ殺傷行為ヲ為ササル者ト雖共同不法行為者トシテ其ノ責ニ任スヘキモノトス」<sup>243)</sup>。

このように, 【判決５】は, 共同不法行為の成立には各行為につき個別の因果関係が必要であるとした上で, 騒擾決議者と騒擾参加者それぞれにつき共同不法行為の成立を肯定した。上記判示のうち, ①に関しては, 決議がなければ損害が発生しなかった以上, 個別の因果関係を認めることに問題はない。これに対し, ②に関して, 大審院は, 騒擾「ニ参加スル者ハ……其ノ結果ニ付認識ヲ有スル」以上, 「此等各行為ハ互ニ因果関係ヲ有スルモノニシテ個々ニ分離シテ観察スヘキモノニ非ス」と述べて<sup>244)</sup>, 実際に殺傷行為を行っていない者の行為と損害との個別の因果関係を肯定した。このように, 【判決５】においては, 個別の因果関係が緩やかに認定されている<sup>245)</sup>。なお, 【判決５】においては「擬制的乃至拡張の因果関係」が認められているという指摘もある<sup>246)</sup>。

---

242) 民集13巻1883頁。

243) 民集13巻1874-1875頁。

244) 民集13巻1887頁。

245) 大塚直編『新注釈民法（16） 債権（9）』289頁〔大塚直〕（有斐閣, 2022年）も参照。

246) 川島・前掲注189)「判民昭和9年度」440頁は, 「擬制的乃至拡張の因果関係」が認められるためには, 客観的共同では不十分であり, 主観的共同が必要であるとする。ところで, この点と関わって, 能見・前掲注50)「基礎的考察（1）」187-193頁は, 【判決４】と【判決５】で結論が異なったのは, 因果関係を厳格に解するか否かで違いがあったからではなく, 関連共同性の評価が異なっていたからだとする。それによると, これらの判決においては, 「行為者間に一定の関係が存在すれば」, 損害を直接引き起こしていない行為者も責任を負うことが前提とされている。その上で, 【判決４】においては, 「一定の関係」が存在しないため1項前段の適用が否定されたのに対し, 【判決５】においては, これが存在するため同段の適用が肯定されたということである。このような見方によると, 【判決４】と【判決５】は, 1項前段によって因果関係の擬制ないし推定が認められた裁判ノ

個別的因果関係が緩やかに認定されるという傾向は、次に取り上げる【判決6】においてもみられる。

【判決6】大判昭和10年12月20日民集14巻2064頁

本件は、他人の家屋の賃貸人と賃借人との間に共同不法行為を認めたものであるが、傍論として述べられた以下の判示が注目を集めた。

「共同不法行為ハ行為者間ニ何等ノ意思共通アルヲ要セス」。①「例ヘハ甲乙各製造所ヨリ流出スル毒物カ相合シテ始メテ下流ニ於ケル人畜ヲ害スル丈ケノ毒力ヲ出シタル場合」, ②「又ハ各製造所ヨリ流出スルモノノミニテモ優ニ被害ノ因ヲ成シタル場合ニ各製造者ハ相互ノ事情ニ付キ全然関知セザリシトキト雖亦共同不法行為者タルヲ失ハス」<sup>247)</sup>。

【判決6】においては、競合類型の違いを踏まえた個別的因果関係の判断が行われている。

まず、①は、必要条件的競合の場合であると考えられる。ここでは、条件公式によって個別的因果関係が認められる以上、当時の判例を前提とすれば、1項前段の共同不法行為が成立し、各行為者は(全部)連帯責任を負うことになる。もっとも、こうした解釈に対しては、責任範囲は相当因果関係によって限定されるところ、主観的共同がないにもかかわらず全損害につき連帯責任が課されるのは適当ではないとする批判がなされていた<sup>248)</sup>。

次に、②は、重疊的競合の場合であると考えられる。ここでは、条件公式の形式的な適用によっては個別的因果関係を認めることができないにもかかわらず、各行為者が共同不法行為者となるとされている。このことから、本判決は、当時の支配的な学説(鳩山, 川名)と同様、因果関係を緩やかに認定することによって、共同不法行為の成立を認めていると解され

---

↘例であるということになる。この点につき、平井・前掲注172)87頁、四宮・前掲注4)768-769頁(注1)も参照。

247) 民集14巻2069頁。

248) 川島・前掲注189)「判民昭和9年度」439頁。

る。なお、こうした重疊的競合の場合に関しては、当時、「双方共に独立に不法行為をなしてゐる故にその故に所謂不真正連帯關係」が生じるに過ぎず、「特に共同不法行為を認める必要はない」とする有力な批判が存在していた<sup>249)</sup>。

このように、当時の裁判例は、必要条件的競合の場合と重疊的競合の場合において、１項前段を適用し、各行為者に連帯責任を課す一方、累積的競合の場合（【判決３】）においては、個別的因果関係が認められないことを理由として、１項前段の適用を否定する。ところで、１項前段の共同不法行為が成立するためには個別的因果関係が必要であるという考えは、次に取り上げる【判決７】にも窺える。

【判決７】最判昭和29年4月2日民集8巻4号794頁

Xは、家屋をY1に賃貸したが、Y1が賃料を支払わないため、賃貸借契約を解除した。Y1は、当該契約が解除される前から、Xに無断でY2およびY3に転貸しており、Y1・Y2・Y3はそれぞれ家屋の一部を占有していた。Xは、Yらに対し、家屋の明け渡しおよび賃料相当額の損害賠償を連帯して支払うよう求めた。原審がYらに対し家屋全体についての賃料相当額を連帯して支払うよう命じたのに対し、最高裁は、以下のように述べて破棄差戻しの判決を言い渡した。

「原判決は、上告人等を共同不法占有者として連帯して右金額〔筆者注：本件家屋全体の賃料相当額〕を支払う義務ある旨を判示しているのであるが、家屋の一部占有者に過ぎないY2およびY3が、なぜ無断転貸人たるY1と「連帯して、右家屋全部についての賃料相当額を支払う義務があるかについては、原判決は何ら説示するところはない」<sup>250)</sup>。

このように、本判決では、無断転貸をしたY1が全損害について責任を負うとしても、家屋の一部を不法占有したに過ぎないY2およびY3は全損害

---

249) 川島・前掲注189)「判民昭和9年度」439頁。

250) 民集8巻4号796-797頁。

についての責任を負わないため、Yら3名が全部連帯責任を負うことはない  
とされた<sup>251)</sup>。この点、Y2とY3が全損害について責任を負わないとされる  
根拠は、Y2もY3も他方が不法占有した部分を不法占有していないという点  
に求められるが、これは、各行為と生じた全損害との間の個別的因果関係  
がないことを理由として連帯責任を否定したものとみることができる。

それでは、本判決において、Y2・Y3の各行為つき全損害との個別的因  
果関係が否定されたのはなぜだろうか。それは、本判決においては、【判  
決3】と同様、累積的競合が問題になったからだと考えられる。すなわ  
ち、必要条件の競合に関する【判決1】と【判決2】では、各行為と結果  
との間に条件関係が成立するのに対し、本判決では、各行為が結果の発生  
に対して、量的に（ないし割合的に）寄与しているに過ぎないことから<sup>252)</sup>、  
個別的因果関係も量的に把握されている<sup>253)</sup>。そのため、本判決では、Y2  
とY3のそれぞれにつき、一部の損害に対して個別的因果関係が否定さ  
れ、その結果、少なくとも結果全体との関係では共同不法行為の成立が否  
定されたのである。

以上の通り、一部ではあるが、この時期に1項前段の適用が問題となっ  
た裁判例を概観してきた。これらの裁判例の検討から、この時期の裁判例  
には、以下の特徴があるということが出来る。

まず、1項前段の要件として、各行為と全損害との間の個別的因果関係  
が要求されており、これが認められない事例（【判決3】、【判決7】）におい  
ては、1項前段の適用が否定されている。

---

251) ただし、Y1とY2、Y1とY3がそれぞれ一部連帯責任を負担する余地は残されている。

この点については、川井・前掲注239)214頁、徳本・前掲注50)93頁を参照。

252) 川井・前掲注239)216頁は、「占有を伴う不法行為のときには、どの部分の占有がなさ  
れているかにより、各行為者の共同不法行為への関与の度合が、いわば量的な形で客観的  
にかなりはっきりあらわれている」とする。

253) 瀬川・前掲注52)693頁の指摘にもある通り、累積的競合では、因果関係を量的に捉え  
る余地がある。もっとも、大塚・前掲注31)「星野古稀」880頁では、累積的競合では、  
複数個の損害が発生していると理解する余地も示唆されている。【判決7】においては、  
いずれの見方も妥当するようと思われる。

次に、1項前段の要件である各行為と全損害との間の個別的因果関係は、緩やかに認定されることがある。たとえば、【判決6】の傍論で挙げられた事例——各行為に全部惹起力がある事例（重疊的競合）——や【判決5】における騒擾参加者のうち実際に殺傷行為を行っていない者に関しては、必ずしも条件関係が認められるわけではないにもかかわらず、個別的因果関係が肯定されている。

最後に、原因競合の類型に着目すると、必要条件的競合や重疊的競合に関しては、1項前段の適用が肯定される一方、累積的競合に関しては、これが否定されている。【判決3】において同段の適用が否定されたのは、これが累積的競合の事例であるところ、各行為者と全損害との間の因果関係が否定された結果であるといえる。

ところで、【判決3】においては、各行為者の行為は一部の損害についてのみ因果関係があるといえるが、それがどの部分については不明であった。そのため、これを寄与度不明として把握し、1項後段を適用することも考えられるところである<sup>254)</sup>。しかし、当時の裁判例において、個別的因果関係はオールオアナッシングに判断されるものであり、これを量的に肯定することは想定されていなかった。このため、同判決においては、1項前段も1項後段も適用されなかったのである。

#### (ii) 1項後段に関する裁判例

【1】期において、1項後段に関する裁判例は、ほとんどなかったといわれている<sup>255)</sup>。以下では、そうした状況の中、当時、1項後段の「共同行為者」の意義や同段の機能がどのように考えられていたかをみていくことにする。

まず、集団暴行の事例として、【判決8】がある。

---

254) 徳本・前掲注50) 43頁がこの可能性を指摘する。

255) 能見・前掲注50) 「基礎的考察(2)」1208頁、1214頁(注1)を参照。

【判決 8】東京控判大正 4 年 4 月 12 日新聞 1016 号 22 頁

未成年者 11 名が X に対して集団で暴行を行った。それによって、X は、左膝を負傷したが、誰がその原因となったかは不明であった。X は、未成年者の監督義務者である Y1・Y2・Y3 に対して、損害賠償を請求した。そこで、裁判所は、以下のように述べて、責任を肯定した。

「共同して」X「を殴打し負傷せしめたる不法行為を為したるものと認定す勿論此共殴の結果として生じたる……左足膝関部の負傷は右 11 名中の何人の殴打に因るやは不明なるも此負傷に付ては 11 名に於て共殴者として共に不法行為の責任を負ふべきものとす」<sup>256)</sup>。

本判決は、事案を解決するにあたって、適用条文——1 項前段なのか 1 項後段なのか——を明らかにしていない。本件においては、行為者間に共謀ないし何らかの主観的共同が認められることから、1 項前段を適用することも考えられるところである<sup>257)</sup>。しかし、「左足膝関部の負傷」につき「右 11 名中の何人の殴打に因るやは不明」である点に着目していることからすると、本判決は、1 項後段を適用して因果関係の推定を行ったものとみることができよう<sup>258)</sup>。

次に、1 項後段を適用したことが明らかな裁判例として、【判決 9】を取り上げる。この判決では、同段の責任主体である「共同行為者」の意義について明らかにされている点が注目される。

【判決 9】朝鮮高院判昭和 2 年 2 月 19 日評論 16 卷民法 304 頁

Y, A, B の 3 名は、山林で喫煙をした後、吸殻の火を消さずに投棄した。そうしたところ、山林火災が発生したが、いずれの者の投棄した吸殻が原因であったかは不明であった。これら 3 名が 1 項後段に基づいて責任を負うかにつき、裁判所は以下のように判示した。

「民法第七一九条第一項後段ニ所謂共同行為者トハ権利侵害ヲ為ス危険ア

---

256) 法律新聞 1016 号 22 頁。

257) 能見・前掲注 50) 「基礎的考察 (2)」1210 頁、徳本・前掲注 50) 63 頁。

258) 能見・前掲注 50) 「基礎的考察 (2)」1210 頁。

ル行為ヲ為シタル二人以上ノ者ノ義ナレハ被告等三名ノ内何人ノ行為カ本件火災ノ原因ヲ為シタリヤ不明ナリトスルモ……被告等ハ各自連帯ニテ……損害ヲ賠償スルノ責ニ任セサルヘカラス」<sup>259)</sup>。

本件が択一的競合（加害者不明）の事例であることは明らかであるが、そのような事案において、本判決は、１項後段の「共同行為者」につき、「権利侵害ヲ為ス危険アル行為ヲ為シタル二人以上ノ者」と定義する。この理解は、当時の支配的な学説の理解と共通するものであり<sup>260)</sup>、本判決がこうした学説から影響を受けていることが推察される。

次に、【判決９】と同様、加害者不明の事例を扱ったものとして、【判決10】を取り上げる。

【判決10】 仙台高判昭和39年２月24日判タ161号98頁

未成年者X・A・B・C・Dがパチンコ遊びをしていたところ、Xが眼を負傷した。原因となったパチンコを発射したのは、A・B・C・Dのうちのいずれかであったが、誰が原因か不明であった。そこで、Xは、A・B・C・Dそれぞれの監督義務者であるY1・Y2・Y3・Y4に対して損害賠償を請求した。裁判所は、以下のように判示する。

未成年者らが行った行為は、「木の実等を射ち合うもので、豆鉄砲ともいわれるごとくそれ自体ある程度の怪我のもととなるべき危険を蔵していることは経験則上明らかかなところである。また、「右パチンコ遊戯中の弾丸の命中に違法性がないということとはできない」。「そうすると前記子供四名のうちの誰が発射した木の実の弾丸が」X「の左眼に命中したかについて明らかかな主張も立証もない本件においては、右遊戯中に」X「がその左眼に受けた前記傷害は前記子供四名の共同不法行為によるものと見るほかはない」<sup>261)</sup>。

本判決のいう「共同不法行為」が１項前段に基づくものか、１項後段に

---

259) 法律評論16巻民法305頁。

260) たとえば、鳩山・前掲注161) 937-938頁は、１項後段の「共同行為者」を、「権利侵害ヲ為スノ危険アル行為ヲ共同ニ為シタル者」とする。

261) 判例タイムズ161号99頁。

基づくものかは明らかではない。しかし、加害者不明の事例を扱っていることから、1項後段が適用されたと理解することもあながち不当ではないだろう。なお、本判決は、Aら4名の行為につき、「それ自体ある程度の怪我のもととなるべき危険を蔵している」とする。これに関しては、【判決9】における「共同行為者」の定義との類似性を指摘することができるだろう。

#### (7) 【1】期の小括

ここで、【1】期の議論を整理しておきたい。

① 1項前段について まず、1項前段の意義ないし機能に関して、一部の起草者や支配的な学説(梅、横田、鳩山)は、分割債務を排除することが同段の機能であると考ええる。これに対し、起草者の一部(富井)や、主観的共同を採用する学説の多く(菱谷、中村、川島等)は、事実的因果関係がない損害ないしはこれを超える損害について(全部)連帯責任を課すことに同段の機能を求めている。なかでも、川島は、同段において「擬制的乃至拡張的因果関係」を認めており、注目に値しよう。なお、この時期の裁判例において、1項前段の意義を明示的に述べるものはそれほど多くはないが、そうした中で、同段の意義を各行為者に事実的因果関係のない損害ないしはこれを超える損害について(全部)連帯責任を課すことに求めるものは報告されていない<sup>262)</sup>。

次に、1項前段の要件に関して、支配的な学説(横田、鳩山、加藤(一)等)は、因果関係を含む不法行為の要件が充たされていること、および関連共同性を要件としている。もっとも、1930年代後半から、共同行為という中間項によって個別的因果関係の立証を事実上不要とする解釈(我妻、加藤(一))が登場することで、因果関係要件は緩和されることになる。し

---

262) もっとも、前掲注246)で述べた通り、【判決5】につき、損害を直接引き起こしていない行為者に責任を負わせたものと捉えることもできないわけではない。この点につき、能見・前掲注50)「基礎的考察(1)」193頁を参照。

かし、１項前段において、なぜ因果関係要件が緩和されるのかということについて、当時の学説は、その理由を十分に明らかにしていない。また、関連共同性に関しては、支配的な学説（横田、鳩山、我妻、加藤（一））および判例が、客観的共同で十分であるとしており、その主たる根拠として、被害者保護の理念や個別的因果関係が存在していることを挙げている。ここでは、個別的因果関係の存在によって、関連共同性が肯定されているのである。これに対し、この時期において、個別的因果関係の存在を問題としない見解もみられるが、それらはいずれも、関連共同性につき主観的共同を要求するものである（末弘、中村、川島）。

一方、１項前段の効果に関しては、1960年代に入り、全部連帯責任を所与のものとしないう学説が登場する。川井による一部連帯の理論がそれである。なお、川井において、因果関係は、あくまで「行為と損害とのつながりの有無を決するもの」であって、行為者がどの範囲において責任を負うべきかは、各行為の違法性の程度によって決定される。したがって、一部連帯という効果も、そうした規範のないし評価的思考の結果として導かれることとなる。

最後に、原因競合の観点から１項前段をめぐる議論をみておくと、この時期において、同段の解釈論において念頭に置かれているのは、主として必要条件的競合であり（その嚆矢は横田）、この類型に当てはまらない多くの事例（代表的なものとして、落石事例）においては、個別的因果関係がないことを理由として、１項前段の適用が否定されている。ただし、例外的に重疊的競合に関しては、個別的因果関係が肯定され、１項前段の適用が肯定されている（鳩山、川名等）。ここでは、因果関係の認定が緩やかに行われているといえよう。

② １項後段について 次に、１項後段に関しては、この時期において十分な議論が行われているとはいえない。そうした中で、以下の３点を指摘することができる。

第１に、民法典の起草以来、一貫して、１項後段は被害者を政策的に保

護するための規定であると理解されている。これは、中村が同段を「正義公平」の観点から正当化したことに端的に現れているといえよう。しかし、同段において、一般原則とは異なり、因果関係の立証を不要とすることがなぜ許されるのか、「正義公平」とは一体何かという点に関しては、十分に解明されているとはいえない。

第2に、1項後段の法的性質に関しては、多くの論者が、因果関係の推定規定としているが（横田、菱谷、加藤（一）等）、因果関係のみなし規定であるとする見解（鳩山、我妻）も示されていた。また、因果関係の推定規定とする見解は、免責の可能性を指摘するのが一般的であるが、減責について言及するものはなかったと言ってよい。これは、同段が適用される原因競合の種類として主として択一的競合が念頭に置かれていたことを踏まえると、当然のことといえる。ただし、そうした中で、一部の学説（岡松、菱谷）が、寄与度不明の場合をも念頭に置いた議論を行っていることは、看過してはならない。

第3に、民法典の起草以来、1項後段における「共同行為者」は、1項前段のそれとは異なるものであると理解されてきた。たとえば、1項後段の責任主体につき、中村は、「故意、過失により」「危険なる行為（Gefährdende Verhalten）に加担した」者とし、横田は、「損害ノ発生ニ機会ヲ与ヘタ」者とし、末弘は、「損害ヲ加フルノ機会ヲ作出スルコトニ関与」した者とするのである。また、上述のとおり、中村は、行為者のうちの「何人かが損害を与へたるものなることを立証」しなければならず、その立証がない場合には「1項後段の適用の余地はない」としており、今日の有力学説が十分性と呼ぶ要件を要求している。その根拠について、中村は、踏み込んだ言及を行っていないが、この時期において、すでにこのような主張が見られた点は、注目に値しよう。

③ その他 このほか、民法719条全般に関わることとして、以下の点を指摘しておきたい。まず、同条の連帯債務は、当初、真正の連帯債務であると考えられてきたが、のちに、川島や我妻によって、不真正連帯債務

であるとの考えが示されるようになる。次に、従来、支配的な学説は、複数の行為者が関与する場合、それが必要条件的競合や重疊的競合にあたるかぎり、当然に共同不法行為（１項前段）が成立すると考えていたきらいがある<sup>263)</sup>。そうした中、川島は、必要条件的競合や重疊的競合であることのみをもって民法719条を適用することに反対し、これらの競合類型を同条の適用事例から一旦はじき出した。これは、のちの学説が、共同不法行為とは区別すべきものとして競合的不法行為を明確に位置付け、そこで競合類型ごとに精緻な解釈論を展開する大きなきっかけを与えるものだと評価できよう。

## 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）

本項では、最判昭和43年４月23日民集22巻４号964頁（以下「山王川事件判決」という）から1980年代後半までに登場する学説および裁判例を検討する。

まず、山王川事件判決について確認しておく。本件は、山王川の上流に立地する国営のアルコール工場が廃水を放出したところ、下流において農業被害が発生したというものである。また、認定事実によれば、同河川は都市下水等によっても汚染されていたことが推測される<sup>264)</sup>。このような事案において、最高裁は、次のように判示し、上記工場廃水の放出と損害発生との間の相当因果関係を肯定した原審の判断を是認している。「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<sup>265)</sup>。

本件は、厳密には共同不法行為に関する事案ではないが<sup>266)</sup>、本判決を

---

263) この点につき、神田・前掲注50) 322頁、324頁も参照。

264) 民集22巻４号966頁。

265) 民集22巻４号965頁。

266) この点につき、四宮・前掲注４) 765頁（注１）は、山王川事件判決を以下のように評価する。本判決は、「全部惹起力ある」被告の「放出だけで被害全額をもたらすに十分」

契機として、共同不法行為論をはじめとする複数行為者の責任論は大きく展開していく。以下では、こうした展開を次の2つの動向に整理する。まず、第1の動向として、分割責任を主張する学説、および減免責を許容する全部連帯責任を主張する学説を紹介し、分析を行う(下記(1))。次に、第2の動向として、民法719条の意義と機能を問い直し、要件および効果について新たな理解を提示する実務の動向や学説の見解を紹介し、分析を行う(下記(2))。

(1) 学説における新たな傾向——分割責任論と減免責を許す全部連帯責任——

以下では、山王川事件判決の直後に現れた動向として、分割責任を主張する学説、および減免責を許容する全部連帯責任を主張する学説を取り上げる。

(i) 分割責任を主張する学説

1960年代に入って、複数の汚染源が関与する公害被害に関心が集まる中、被害者救済のために広く共同不法行為の成立を認める一方、排出量の少ない汚染源が狙い打ちされ、過剰な責任を課されることに対する疑問が示されるようになる<sup>267)</sup>。このような問題状況のもと、分割責任を主張する学説が登場する。

(a) 品川孝次の見解<sup>268)</sup>

品川孝次は、公害において「損害惹起への寄与度や違法性の僅少な原因者に多大の責任を負わせるのは不合理」であるとの認識のもと、公害紛争一般において「共同不法行為 = 全部連帯義務」を課することに疑問を呈す

---

ゝな場合には、たとえ他の原因が競合していても、全額を賠償すべきである」ことを明らかにするものに過ぎないのであって、そこでは、「共同不法行為の成否が問題となっているのではな」い。また、栗山忍「判解：最判昭和43年4月23日」『最高裁判所判例解説民事篇 昭和43年度(上)』(法曹会、1969年)461頁、469頁も参照。このほか、同判決に関しては、川井健「共同不法行為—山王川事件—」同『現代不法行為法研究』(日本評論社、1978年)283頁(初出：1973年)、藤村和夫「判批：最判昭和43年4月23日」大塚直=北村喜宣編『環境法判例百選〔第3版〕』(有斐閣、2018年)34頁を参照。

267) このことは、伊藤・前掲注35)180頁において、如実に現れている。

268) 品川・前掲注35)136頁以下。

る<sup>269)</sup>。品川は、以下のように述べる（下記①～③）。

① 被告Yが排出する有害物質の量を $y$ 、それ以外の汚染物質を $a$ 、有害物質の最大許容量を $m$ 、全損害を生ぜしめるに足る濃度を $n$ とすると、「複数の加害行為＝損害発生原因が結合もしくは競合して1つの損害を生ぜしめる場合として」、次の類型が考えられる。すなわち、①  $y < m$ ,  $a < m$ ,  $y+a > n$ , ②  $y > m$ ,  $a < m$ ,  $y+a > n$ , ③  $y > m$ ,  $a > m$ ,  $y+a > n$ , ④  $y > n$ ,  $a > n$ の4つである。これらの「何れの場合についても……主観的共同関係……がない場合に……各原因者に全損害についての連帯責任を認めることは、「具体的妥当性の見地からは……必ずしも正しくない」<sup>270)</sup>。

② 上記①～④のうち、④の場合においては、各行為者に「全損害賠償義務を認むべきは当然である」。これに対し、①の場合においては、「もともと独立の不法行為を構成するに至らない行為」が「他と結合して……損害を発生」させている。ここでは、「その者に賠償責任を認むべきであるにせよ、……もともと共同不法行為ではなく、違法ならざる行為が累積した結果として共同不法行為のごとき状態が生じたにすぎないのであるから、各員に損害発生への寄与度に応じた分割責任を負わせる」のが適当である<sup>271)</sup>。

③ ところで、「本来の共同不法行為理論は各員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論理」であり、そこでは「因果関係の拡張的推定ないし擬制」が認められる。したがって、「単なる客観的な原因の競合をもって、共同不法行為とすることは許されず、行為の共同・連関性をかなり厳格に解すべきである」<sup>272)</sup>。

このように、品川は、共同不法行為（1項前段）が成立すると全部連帯責任が発生するという考え方——「共同不法行為＝全部連帯義務」——に疑問を呈し、一定の場合（上記①）において分割責任を主張する。もっと

269) 品川・前掲注35) 138頁。

270) 品川・前掲注35) 138-139頁。

271) 品川・前掲注35) 139-140頁。

272) 品川・前掲注35) 140頁。

も、この場合において、個々の行為（汚染源）と結果との間に因果関係が認められるかどうか、また、「損害発生への寄与度」が事実レベル（事実的因果関係）のものなのか、規範レベルのものなのかといった点については明らかではない<sup>273)</sup>。しかしいずれにせよ、ここでの分割責任の基礎には、損害発生に僅かしか「寄与」していない行為者に全部連帯責任を課するのは酷であるとの見方がある。この点は、従来見られなかった発想であるといえる。

(b) 野村好弘の見解<sup>274)</sup>

次に、品川と同様、分割責任を主張するものとして、野村好弘の見解がある。野村は、山王川事件判決の評釈において、同判決の事案を念頭に置きつつ、次のような考察を展開する（下記③～④）。

③ ある有害物質の最大許容濃度を  $p$ 、被害が発生した水田における灌漑用水の取水口の有害物質の濃度を  $q$ （なお、山王川事件判決の事案では、 $q > p$ が前提とされていた）、被告より上流に位置する汚染源からの有害物質の濃度を  $r$ 、被告が排出した有害物質の濃度を  $s$ 、被告より下流に位置する汚染源からの有害物質の濃度を  $t$ とする。この場合において、被告が負うべき責任の範囲は、次の通りとなる<sup>275)</sup>。

④ まず、 $r < q$ 、 $s < q$ 、 $t < q$ の場合、被告は「寄与度に比例して分割責任」を負う。なぜなら、「公害の被害は、広域にまたがり、その額も高額に上ることが多い」ところ、「単独では被害を起こさず、他の原因と集合してはじめて被害を起こしたという場合にも、各原因者に全部賠償義務を課するのは、原因者にとって酷」だからである<sup>276)</sup>。

⑤ 次に、 $r < q$ 、 $s > q$ 、 $t < q$ の場合、被告は、単独でも「被害を起こ

---

273) 品川・前掲注35) 139-140頁は、①の場合において、「むろん因果関係がなければならぬ」と述べている。そうすると、①における、「各自の加害の割合」に基づく分割責任の基準は、規範的ないし評価的レベルのものとなろう。

274) 野村・前掲注35) 51頁以下。

275) 野村・前掲注35) 52-53頁。

276) 野村・前掲注35) 52-53頁。

し得たのであるから「全部賠償義務」を負担する。これに対し、他の原因は、「いずれも単独では被害を起し得なかったのであるから、全く責任」を負わない<sup>277)</sup>。

④ 最後に、 $r < q$ ,  $s > q$ ,  $t > q$ の場合、被告と被告より下流に位置する汚染源の原因者は不真正連帯債務を負担する。この場合、加害者間において内部求償が認められる。なお、その範囲は、「寄与度」に応じて決まる<sup>278)</sup>。

このように、野村は、上記③において「寄与度」に基づく分割責任を主張する。ここで注目すべきなのは、分割責任の基準となる「寄与度」が事実レベルのものであるという点である。よく知られているように、野村は、事実的因果関係を「あれなければこれなし」の関係として捉える「古典的な因果関係論」を批判し、これを「不法行為が損害の発生に影響を及ぼした度合い、つまり寄与度……に応じて量的、割合的に把握」する考え方——「割合的因果関係論」——を提唱する<sup>279)</sup>。そして、こうした考え方は、複数行為者の責任論においても採用されているのである<sup>280)</sup>。割合的因果関係に対しては、これを批判する見解<sup>281)</sup>もあるが、いずれにしても、野村が主張する分割責任が事実レベルでの寄与度に基づいたものであることは確認しておきたい。

(c) 伊藤進の見解<sup>282)</sup>

次に、品川や野村の見解を受け継ぎ、分割責任を主張するものとして、伊藤進の見解を取り上げる。伊藤においては、品川や野村とは異なり、1項前段、1項後段、および独立の不法行為の競合との関係を踏まえた解釈

---

277) 野村・前掲注35) 53頁。

278) 野村・前掲注35) 53頁。

279) 野村好弘「因果関係の本質」交通事故紛争処理センター編『交通事故損害賠償の法理と実務』（ぎょうせい、1984年）62頁、62-63頁。

280) 野村・前掲注279) 75頁。

281) たとえば、窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣、1994年）109頁以下を参照。

282) 伊藤・前掲注35) 166頁以下、同「共同不法行為」同『不法行為法の現代的課題』（総合労働研究所、1980年）194頁（初出：1973年）。

論が展開されているのが特徴的である。その概要は、以下の通りである(下記①～③)。

① まず、1項前段において、「加害者は各人、全損害について連帯して責任を負うことになるが、それは、法律上全体を一個の行為および結果として擬制的ないし拡張的に取り扱うためである」。これによって、各人は、「現実的な相当因果関係を超えて他人の行為についても責任を負う」。「このような責任の帰属」は、「単に偶然に客観的な行為の共同があっただけではならず、行為者各自において共同の意識をもって行為するときにおいてはじめて」認められる<sup>283)</sup>。

② 次に、1項後段は、「加害者不明の場合に関するものであり、加害者が明らかな場合には適用すべきではない」<sup>284)</sup>。ここでは、被害者と「関与者との公平を計るため」、損害の発生が「それら関与者のうちのいずれかによるものであり、しかもいずれも極めて因果関係について蓋然性が高い」ことが立証される必要がある<sup>285)</sup>。

③ 最後に、「複数原因者の行為がそれぞれ単独では損害を生じさせないが、それらが結合・競合してはじめて損害が生ずる場合」のうち<sup>286)</sup>、「他人の行為との共同の認識のない偶然的競合・集合の場合をどのように構成するかが問題となる」。ここでは、「複数者の行為を包括的に把握し単一の行為とみて、そこに民法709条による単独の不法行為の成立を認める」ことになる(これを「集合的単独不法行為」という)。この場合、「因果関係がとくに問題となるが、これは、各人の行為と直接の加害行為との間に因果関係があり、そこに共同性が認められれば、共同の行為という中間項を通すことによって損害の発生との間の因果関係」が認められる<sup>287)</sup>。また、賠償範囲に関しては、「一方では被害者保護の要請を、他方では加

---

283) 伊藤・前掲注 35) 176頁。

284) 伊藤・前掲注 282) 209頁。

285) 伊藤・前掲注 35) 173頁。

286) 伊藤・前掲注 35) 178頁。

287) 伊藤・前掲注 282) 209-210頁。

害に関与した者の間の公平の要請」を踏まえて<sup>288)</sup>、個々の行為者は、「分割責任（pro-rata-Haftung）を負担する」。その範囲は、「全損害に対してそれぞれがどのような比率において寄与したかによって」決定される<sup>289)</sup>。

このように、伊藤は、1項前段を、「現実的な相当因果関係を超えて他人の行為についても責任を」課すための規定であると理解した上で、そのことを正当化するために、主観的共同——「共同の意識をもって行為する」こと——を要求する。その一方、伊藤は、1項後段を、専ら加害者不明（択一的競合）の場合に適用される規定であると理解する。

伊藤において注目すべきは、「集合的単独不法行為」に関する解釈論である。伊藤は、「集合的単独不法行為」を「複数原因者の行為」がそれぞれ単独では損害を生じさせないが、「それらが結合・競合してはじめて損害が生ずる場合」と定義する。これは、今日一般に累積的競合と呼ばれる原因競合の類型と概ね一致する。この「集合的単独不法行為」においては、各行為と結果との間の個別的因果関係を肯定し得るかが問題となるが、伊藤は、「共同の行為という中間項」を媒介にしてこれを肯定する。共同行為という「中間項」を媒介にして個別的因果関係を肯定するという考え方は、すでに加藤（一）の見解にみられたが、それはあくまで、1項前段の枠組みの中で認められていたに過ぎない。これに対し、伊藤においては、こうした考え方が民法709条に基づく「集合的単独不法行為」において認められる。そして、この「集合的単独不法行為」の効果は、加害者間の公平が重視されて<sup>290)</sup>、分割責任とされているのである。もっとも、どのような基準によって、分割責任の範囲が定まるかは、必ずしも明らかではない<sup>291)</sup>。

288) 伊藤・前掲注35) 180頁。

289) 伊藤・前掲注35) 191頁。

290) この点につき、能見・前掲注50)「基礎的考察(2)」1262頁(注68)は、加害者間の公平を確保すべきという理由だけでは、被害者の利益を犠牲にすることはできないのではないかと述べる。

291) 伊藤・前掲注35) 191頁は、責任の割合を判断するにあたって、「個々の原因の損害へ」

## (d) 小 括

複数行為者による不法行為において分割責任を主張する学説の動向は、以上のとおりである<sup>292)</sup>。ところで、この見解に対しては、有力な批判が存在する。たとえば、森嶋昭夫は、この見解を大要次のように批判する。分割責任を主張する諸学説は、汚染物質の最大許容濃度を想定したり、各汚染源からの汚染への寄与度が判明することを前提にして類型化を行うが、それ自体が誤りである。「公害事件……において……汚染物質の最大許容濃度」を明確に定めることはできず、「各汚染源から排出された汚染物質が被害地においてどのように汚染に寄与しているかを知ることは、現在の科学技術の水準ではほとんど不可能に近い<sup>293)</sup>。したがって、分割責任は、実効性のある解決とは言い難い<sup>294)</sup>。このような批判は、他の論者にも受け入れられ、これにより、分割責任を主張する学説は勢いを失っていく<sup>295)</sup>。

もっとも、この時期において、分割責任を主張する学説が登場したこと  
の意義を看過してはならない。とくに、何を基準にして責任を分割するか

「の寄与の状況」を踏まえることを強調する。そうすると、事実的な観点が強調されているとみることできる。

292) 本文に述べた学説のほか、この時期において分割責任を主張するものとして、たとえば、淡路剛久「因果関係」加藤一郎編『公害法の生成と展開』（岩波書店、1968年）415頁、沢井裕『公害の私法的研究』（一粒社、1969年）244頁以下、同「煙害」法律時報34巻11号（1962年）42頁、前田達明『判例不法行為法』（青林書院新社、1978年）162頁（初出：1969年）などがある。分割責任に批判的なものとして、松坂佐一「共同不法行為」民商法雑誌62巻5号（1970年）749頁。

293) 森嶋・前掲注222) 98-99頁。なお、同「公害における責任の主体」ジュリスト458号（1970年）365頁、369頁も参照。ところで、筆者の知るかぎり、「もりしま」の漢字表記として、「森島」「森嶋」「森嶋」の3つがある。本稿では、本文での漢字表記は「森嶋」に統一した上で、文献を引用する際には、当該文献の表記に従うこととする。

294) 森嶋・前掲注222) 98-99頁は、分割責任論に対して、「机上の空論から出発したために、ほとんど実用性のない解釈の遊戯に陥ってしまった」と批判する。このほか、牛山積「公害と共同不法行為論」同『公害裁判の展開と法理論』（日本評論社、1976年）97頁、105-106頁（初出：1971年）も、分割責任の実効性に疑問を呈する。

295) 吉村良一「わが国における共同不法行為論の転回と四日市公害訴訟」同『政策形成訴訟における理論と実務』（日本評論社、2021年）54頁、70頁（初出：2020年）は、分割責任に対する牛山や森嶋の批判を、肯定的に評価している。

に関して、2つの理解が示されていたことは重要である。すなわち、個々の行為と結果（全体）との因果関係を肯定した上で、規範的ないし評価的な観点から責任の分割を行う見解（品川）が存在する一方、そもそも個々の行為は損害のうちの一部にしか因果関係が及ばないことを前提に、事実的因果関係を責任の分割のための基準とする見解（野村）が存在していたのである。複数行為者による不法行為において、各行為者が結果の全部について責任を負わない場合があることについては、従来の学説においても指摘されていた。一部連帯責任を主張する川井の見解がそれである。もっとも、川井において責任範囲の限定のための基準とされたのは違法性であり、因果関係は、結果全体について肯定されていたのである。これに対し、野村は、責任範囲の限定を、事実的因果関係のレベルで行おうとする。これは、寄与度概念を基軸として公平妥当な解決を志向するものであり、わが国における不法行為法学の発展段階の1つとして、明確な位置付けを与えられるべきものである。

#### （ii）減免責の主張を許す連帯責任の萌芽

以上の通り、分割責任論は、複数行為者による不法行為の場合の一般的な解決を導く理論として定着することはなかった。しかし、公害被害における因果関係の立証困難への対応が民法719条の中心的な問題になるにしたがって、分割責任を主張する学説が重視する公平な賠償という視点は、別のかたちで受け止められることとなった<sup>296)</sup>。すなわち、共同行為と損害との因果関係が立証された場合において、個別的因果関係の立証を不要とする一方、各行為者に減免責の主張を許すという考え方が民法719条の解釈論として提唱されたのである。

共同行為と結果との因果関係が認められた場合において個別的因果関係の立証を緩和する——ないし、事実上不要とする——考え方は、すでに、我妻や加藤（一）において見られたが、こうした要件論の上に、減免責の

---

296) 森島・前掲注222)98頁も参照。

可能性が組み合わされることで、共同不法行為論は新たな展開を迎える。ここでは、そうした展開の契機となった学説として、東孝行の見解を紹介した上で、これに対する学説の反応を見ていくことにする。

(a) 東孝行の見解<sup>297)</sup>

東は、当時の判例および支配的な学説に従い、共同不法行為の要件として、「単独不法行為の成立要件」を充たすこと、および「行為の関連共同性」を挙げる。その概要は以下のとおりである（下記①～④）。

① まず、「行為の関連共同性」に関しては、「侵害行為が競合する場合に救済を容易にする必要が大きい」ため、「客観的共同関係があれば足りる」<sup>298)</sup>。

② 次に、「因果関係の立証」に関しては、「各自の行為と損害との間に因果関係が存在する必要」がある。もっとも、原告は、「各自の行為と損害との間の因果関係の存在を立証しなければならない」わけではなく、「共同行為と損害との間の因果関係を立証すれば足りる」。「なぜなら、……1項後段の規定があるからである」。すなわち、同段は、「共同行為者中ある者が損害を加えたことは確かであるが、何人が損害を加えたか不明のとき、共同行為者全員に連帯責任を課す」ものであるところ、これは、「各自の行為と損害との間の因果関係が不明であるときでも共同行為者に連帯責任を課すことを意味する」。「これを訴訟上の観点からみると、一般に（加害者不明か否かを問わず）共同行為者の連帯債務の履行を請求するときには……各自の行為と損害との間の因果関係を主張・立証する必要はない」ということになるのである<sup>299)</sup>。

③ 次に、被告が「自己の行為と損害との間の因果関係の不存在を主張し立証すること」で免責されるかどうかが問題となる。これに関しては、「共同不法行為者だからといって自己の行為によって生じていない損害に

---

297) 東孝行『公害訴訟の理論と実務』（有信堂、1971年）139頁以下、288頁以下（初出：1969～1970年）。

298) 東・前掲注 297) 139頁。

299) 東・前掲注 297) 139～140頁。

ついて責任を負わせるのは酷」であるため、認められるべきである<sup>300)</sup>。

④ さらに、「全損害のうち自己が加担した割合を」主張・立証することによって「一部の額の免責（賠償額の自己負担分への限定）」を認めることができるのか<sup>301)</sup>、すなわち、「因果関係の不存在でなく、存在するがその程度がより小さいことを主張・立証すること」を認めることができるのかも問題となる<sup>302)</sup>。これに関しては、「被害者救済の立場から共同性を広く解したこと」によって、「共同性が著しく弱いが客観的にみると共同性」が認められる場合がある。そうすると、「加担度の小さい加害者が被告に選ばれ、連帯債務として莫大な賠償金を支払う」ことになるが、これはかえって「公平に反する」ことになる<sup>303)</sup>。また、「１項後段において因果関係の全部の不存在の主張が許されるなら、因果関係の一部の不存在（減額）」の主張が許されてもよいだろう。したがって、因果関係の程度が小さいことを主張・立証することによる減責は認められるべきである<sup>304)</sup>。

東の見解は、要件と効果の両面において、それまでの学説にはない特徴的な点がある。

まず、要件に関しては、当時の支配的な学説に依拠して個別的因果関係が要求される一方、その立証が被害者に要求されておらず、むしろ「共同行為と損害との間の因果関係」が立証されてさえいれば十分であるとされる<sup>305)</sup>。類似の発想は我妻や加藤（一）の見解にも見られるものの、東においては、共同行為と損害との因果関係があれば民法719条１項（１項後段）の適用が認められることが整理された形で示されている。

---

300) 東・前掲注 297) 140頁、208頁。

301) 東・前掲注 297) 140頁。

302) 東・前掲注 297) 304頁。

303) 東・前掲注 297) 140頁。

304) 東・前掲注 297) 304頁。

305) 前田（陽）・前掲注 9) 492頁は、東を、「＜『共同行為』を起点とする立証＞の嚆矢となった」学説であると評価している。なお、東孝行「四日市公害訴訟判決の意義」判例タイムズ280号（1972年）13頁、19-20頁も参照。

次に、効果に関しては、免責に加え、減責も認められている。その背景には、一部の被告が狙い打ちされることを避けるべきであるという、分割責任を主張する学説と共通する問題意識や<sup>306)</sup>、「共同性が著しく弱い」場合にも関連共同性を認める以上、責任範囲を制限すべきであるという「利益衡量」<sup>307)</sup>がある。

ところで、減責のための理論枠組みに関して、以下のことを指摘しておきたい。東が主張する減責については、これを法的評価の問題に位置付けることも、事実的因果関係の問題に位置付けることも可能である<sup>308)</sup>。今日において、原因競合の類型の1つである累積的競合において減免責が認められることは多くの学説が支持するところであるが<sup>309)</sup>、そこでの減責が法的評価のレベルで行われるのか、事実的因果関係のレベルで行われるのかは必ずしも見解の一致をみていない<sup>310)</sup>。減責を認める初期の学説の1つである東の見解において、すでにこの点が明らかでなかったことには注目しておきたい。なお、東は、減責を主張するにあたって、「集合公害」の場合を念頭におくが、これは原因競合の類型としては、累積的競合にあたると考えられる。

#### (b) 東の見解の影響

東の見解は、おおむね好意的に受け入れられた。たとえば、森嶋は、東から示唆を受けて<sup>311)</sup>、複数の公害汚染源が存在する場合を念頭に置きつ

---

306) 実際、東・前掲注 297) 150-151頁 (注32) および (注33) 等では、分割責任を主張する学説が引用されている。

307) 東・前掲注 297) 140頁。

308) 前者の理解を示している箇所として、東・前掲注 297) 140頁。後者の理解を示している箇所として、東・前掲注 297) 304頁。

309) たとえば、前田 (陽)・前掲注 9) 500-501頁、大塚編・前掲注 245) 339頁〔大塚直〕等を参照。

310) 大塚・前掲注 31) 「星野古稀」880頁では、累積的競合においては、(事実的因果関係たる)「事実的寄与度こそが寄与度と考えてよい」としているのに対し、川井・前掲注 204) 228頁以下においては、評価的な側面が重視されている。

311) 森嶋・前掲注 293) 371頁 (注5)。

つ、以下のように述べる（下記①、②）。

① まず、「それぞれの発生源の排出する物質が、排出口においてそれぞれ全損害（ないしかなりの損害）を発生させるに十分な質・量である」ならば、１項後段の場合と解するべきである。それによって、「具体的にどの発生源の物質が現実の損害をもたらしたかという到達経路の立証を要することなく」、各自に全損害について連帯責任を負わせるべきである。ここでは、自己の排出する物質と当該損害との間に因果関係がないことを主張・立証した者は、免責される。「また、因果関係の全面的な不存在ではな」く、「自己の行為が損害の一部についてしか責任がない」ことを主張・立証した者も、その限度で免責される<sup>312)</sup>。

② 次に、「ある公害発生源から排出される物質が……損害の一部を発生させるほどのものだが、他の発生源から排出される物質と合するとはじめて全損害を生じうる程度である」場合にも、１項後段が適用される。そこでは、加害者は全損害について責任を負うものの、「因果関係が全部または一部存在しないことを主張すれば、その限度で免責される」<sup>313)</sup>。

このように、森寫は、「他の発生源から排出される物質と合するとはじめて全損害」が発生する場合につき、１項後段を適用することで、個別的因果関係の推定を主張した。そこには、東の見解の影響が見てとれる。なお、森寫は、「被害者に……救済を与えない」よりは、「被告に反証の機会を与えたうえで」連帯責任を課す方が公平であると述べて、同段の適用を正当化する<sup>314)</sup>。この点、東よりも、被害者保護が前面に押し出されているといえよう。

以上の通り、共同行為を因果関係の立証の起点とすることで、個別的因果関係の立証を緩和しつつ、そこで減免責を認めるという考え方は、森寫をはじめとする、公害・環境法分野における有力な論者の支持を受けて、

---

312) 森島・前掲注 293) 369頁。

313) 森島・前掲注 293) 369-370頁。

314) 森島・前掲注 293) 370-371頁。

広がりを見せることになる。

(iii) 小 括

これまで、分割責任論の台頭およびそれに対する批判、ならびに減免責を許す連帯責任論の萌芽としての東の見解とその影響について概観してきた。これらの学説は、分割責任を志向するのか、それとも全部連帯責任を志向するのかという点で、対照的な見解であるといえるが、他方で、複数行為者による不法行為において、共同不法行為が成立し、全部連帯責任が発生することに対して、疑問を投げかけた点において共通するものである。このような、見方によっては同じ方向を目指す2つの学説がほぼ同時期に現れたことは、注目に値する。

それでは、この時期の学説が、とりわけ効果の面において従来の学説とは異なった結論を導いたのは、いかなる理由によるのであろうか。それは、端的に言えば、議論の際に念頭におかれた事例が変化したからだと考えられる。すなわち、この時期において、主として念頭におかれたのは累積的競合の事例であり、そこでは、個別の行為に関する因果関係の程度ないし蓋然性が量的に捉えられたのである<sup>315)</sup>。分割責任を主張する学説や、減免責を許す連帯責任を主張する学説が登場した背景には、このような事情があったといえるのである。

ところで、東においては、累積的競合の事例において、各行為者が全部連帯責任を負うことに関しても、また、「自己が加担した割合」を主張・立証することによって減責されることに関しても、それがいかなる根拠によって導かれるかが十分に説明されていない。多くの場合、累積的競合の事例においては、各行為に損害の全部を引き起こすだけの力（全部惹起力）が備わっていない。したがって、ここでは、全部連帯責任の根拠（ないしその前提）として、択一的競合の場合に見られるような因果関係の推定は妥当しないのではないかの疑問が生じてくる。そうすると、各行為者に

---

315) 瀬川・前掲注52) 691頁以下がこのことを強調する。

因果関係の推定を働かせることや、「自己が加担した割合」を主張・立証することによって減責されることを理論的にどのように説明するかが正面から問われることとなろう。これらは、東やその影響を受けた当時の学説が十分に明らかにできなかった問題であり、その解明は後の学説に委ねられる。

## （2）複数行為者の不法行為責任に関する理論枠組みの再考

1960年代末期以降、四日市大気汚染訴訟判決（津地四日市支判昭和47年7月24日判時672号30頁。以下、「四日市判決」とする）や有力学説の登場を契機として、複数行為者の不法行為責任に関する理論枠組みは、再考を迫られる。本項では、まず、四日市判決の概要を把握した上で、同判決の意義につき検討を行う（(i)）。その上で、当時の有力学説の主張内容を確認し、それらの理論的特徴を明らかにする（(ii)）。

### （i）四日市判決とその意義

#### （a）事案と判決の概要

三重県四日市市の南東部に位置する磯津地区に居住する9名は、鈴鹿川をはさんで北側に位置する四日市第一コンビナートから排出される多量の煤煙によって閉そく性肺疾患に罹患したとして、同コンビナートを構成する企業6社に対し、損害賠償を請求した。

本件において、裁判所は、共同不法行為の要件につき、以下のように判示する。

#### ① 「共同不法行為の因果関係」

「共同不法行為が成立するには、各人の行為がそれぞれ不法行為の要件をそなえていることおよび行為者の間に関連共同性があることが必要である」。また、「各人の行為が不法行為の要件をそなえていなければならないから」、「719条1項前段の狭義の共同不法行為の場合には、各人の行為と結果発生との間に因果関係のあることが必要である」<sup>316)</sup>。

---

316) 判例時報672号91頁。

もっとも、「右因果関係については……当該行為のみで結果が発生しうることを要しないと解すべきである。ただし、当該行為のみで結果発生の可能性があることを要するとし、しかも、共同不法行為債務を不真正連帯債務であるとするときは、709条のほかに719条をもうけた意味が失われるからである」。そのため、「共同不法行為の被害者において、加害者間に関連共同性のあることおよび、共同行為によって結果が発生したことを立証すれば、加害者各人の行為と結果発生との間の因果関係が法律上推定され、加害者において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しない限り責を免れないと解する」<sup>317)</sup>。

## ② 「関連共同性」

### ① 「弱い関連共同性」

「共同不法行為における各行為者の行為の間の関連共同性については、客観的関連共同性をもってたり」ところ、「客観的関連共同の内容は、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ことが必要であり、かつ、これをもってたり」<sup>318)</sup>。

### ② 「強い関連共同性」

「被告ら工場の上に述べたような関連共同性をこえ、より緊密な一体性が認められるときは、たとえ、当該工場のばい煙が少量で、それ自体としては結果の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解される」<sup>319)</sup>。

以上のように述べた上で、本判決は、まず、企業6社の工場が「互いに隣接し合って所在し、かつ、コンビナート関連工場として操業している」として、同6社につき「弱い関連共同性」があるとし、さらに、そのうちの3社については、「一貫した生産技術体系の各部門を分担し」ているとして、「強い関連共同性」があるとした<sup>320)</sup>。

---

317) 判例時報672号91頁。

318) 判例時報672号91頁。

319) 判例時報672号92頁。

320) 判例時報672号92頁。

（b）検 討

本判決は<sup>321)</sup>、1項前段の要件として、各行為が、因果関係を含むすべての不法行為の要件を備えていること、および行為者間の関連共同性を要求する。これは、上述の山王川事件判決を踏まえたものと考えられる。しかしその一方で、本判決は、以下の2点において、山王川事件判決にはない判断を行っており、注目に値する。

第1に、本判決は、各行為を起点とする個別的因果関係を1項前段の要件としながら、他方で、共同行為と損害との間の因果関係があれば、個別的因果関係が擬制ないし推定されるとする<sup>322)</sup>。これは、本判決の3年前に公表された東の見解と類似した考え方であり、その影響を受けていると考えられる<sup>323)</sup>。

第2に、本判決は、関連共同性を「弱い関連共同性」と「強い関連共同性」に分けた上で、「弱い関連共同性」がある場合には個別的因果関係を推定し、「強い関連共同性」がある場合には個別的因果関係を擬制する。なお、この2つの関連共同性は、いずれも1項前段に位置付けられている。したがって、本判決によると、1項前段において、要件と効果が異なる2つの規範が存在することになる<sup>324)</sup>。また、本判決は、「弱い関連共同性」がある場合につき、因果関係の全部不存在の立証による免責のみを認める。この点は、因果関係の一部不存在の立証による減責をも認める東の

---

321) 本判決の判例評釈として、森島昭夫「四日市公害判決における共同不法行為」ジュリス ト514号（1972年）47頁、加藤雅信「判批：津地四日市支判昭和47年7月24日」森島昭夫 = 淡路剛久編『公害・環境判例百選』（有斐閣、1994年）10頁、徳本伸一「判批：津地四日市支判昭和47年7月24日」星野英一 = 平井宜雄編『民法判例百選Ⅱ（第4版）』（有斐閣、1996年）178頁、小賀野昌一「判批：津地四日市支判昭和47年7月24日」大塚直 = 北村喜宣編『環境法判例百選（第3版）』（有斐閣、2018年）6頁などがある。

322) 牛山積「四日市判決と共同不法行為論」同『公害裁判の展開と法理論』（日本評論社、1976年）111頁、115頁（初出：1972年）は、このことを高く評価する。

323) 前田（陽）・前掲注9）494頁。

324) この点につき、淡路剛久『公害賠償の理論』（有斐閣、1975年）143頁は、「前段を……『因果関係』の『みなし規定』と考え、後段を『推定』規定と考える方がすっきりするのではなかろうか」とする。徳本・前掲注321) 179頁も同旨である。

見解とは異なっている。

ところで、関連共同性を2つのものに分類するという考え方は、法学雑誌『ジュリスト』に掲載された座談会形式の「研究会」<sup>325)</sup>(以下、「ジュリスト研究会」とする)における沢井裕<sup>326)</sup>やその他の参加者の試論に端を発する。ジュリスト研究会において、沢井は、関連共同性を、「連帯責任を負わせるほどに強い」場合と、「全然ばらばらでもなければ連帯責任を負わせるほどまとまってもいない」場合、すなわち「広い共同性」ないし「ゆるやかな共同性」とに分類する<sup>327)</sup>。そして、「強い共同性」がある場合に関しては、共同不法行為(民法719条1項)の成立を認め、連帯責任が発生するとし、「広い共同性」があるにとどまる場合に関しては、分割責任が発生するとしていた<sup>328)</sup>。これに対し、野崎幸雄は、こうした沢井の構想を踏まえつつも、「原告としてはゆるい枠を主張すればよく、被告が分割を主張しなければ連帯になる」と述べて、分割責任を被告の抗弁によって導かれるものとした<sup>329)</sup>。四日市判決は、こうした議論が行われる中で登場した

325) 本研究会の参加者は、裁判官の近藤完爾、鈴木潔、野崎幸雄、弁護士の宮原守男、民法学者の沢井裕、平井直雄、民事訴訟法学者の霜島甲一、新堂幸司、竹下守夫である。本研究会は『ジュリスト』誌上に、17回にわたって掲載されたが、そこでは、当時の公害訴訟に関する様々な論点が検討されている。なお、共同不法行為は、第5回～第7回(近藤完爾ほか「研究会・公害訴訟(第5回)」ジュリスト483号(1971年)128頁、同「研究会・公害訴訟(第6回)」ジュリスト485号(1971年)142頁、同「研究会・公害訴訟(第7回)」ジュリスト486号(1971年)110頁)において議論されている。

本研究会においては、平井が、民法719条1項前段の意義ないし機能に関する問題提起を行ったり、また、沢井が「強い関連共同性」と「弱い関連共同性」の萌芽となる考え方を提示したりしていた。この点で、本研究会は、公害・環境法理論にとって重要なものだった。実際、近時の研究においても、本研究会は画期的なものであったと(再)評価されている。この点については、内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書(上)」NBL1081号(2016年)4頁、7-9頁、吉村・前掲注295)64頁以下を参照。

326) 「さわい」の漢字表記に関して、ある時期は「沢井」と表記されているが、他の時期は「澤井」とも表記されることがある。本稿では、当該文献で表記されている漢字を使用することとする。

327) 近藤ほか・前掲注325)ジュリスト486号113頁、115-116頁〔沢井発言〕。

328) 近藤ほか・前掲注325)ジュリスト486号113頁、115-116頁〔沢井発言〕。

329) 近藤ほか・前掲注325)ジュリスト486号116頁〔野崎発言〕。

ものであり、その影響を少なからず受けているとみることができる<sup>330)</sup>。

このように、四日市判決は、複数汚染源による大気汚染の問題に取り組むに際して、当時の最新の議論を取り入れ、画期的な判断を行った。同判決に対しては、「弱い関連共同性」と「強い関連共同性」のいずれに関しても、それらが認められるための基準が厳しすぎるとの批判が示されている<sup>331)</sup>。しかし、同判決が、公害訴訟において原告が直面する因果関係の立証困難を踏まえつつ、これを民法719条1項の解釈論において受け止めた点は、高く評価されるべきである<sup>332)</sup>。その意味において、山王川事件判決から四日市判決に至る一連の流れの中で、共同不法行為論に関する重要な法発展が生じたとみるのが適当であろう。

#### (ii) 学説による共同不法行為論の再構成

1960年代末期に入ると、複数行為者の不法行為責任に関して、重要な議論の進展がみられる。本項では、こうした議論の進展をもたらした学説を取り上げ、その意義を明らかにする。

##### (a) 前田達明の見解<sup>333)</sup>

まず、1項前段の適用範囲を、主観的共同が認められる場合に限定し、それとの関係で1項後段の適用範囲を広く解する、前田達明の見解を取り上げる。前田（達）の見解は、以下のとおりである（下記①～③）。

① 判例・通説によると、「客観的関連共同」は、「行為と損害の因果関係の問題へ……移行」する。「しかし、行為と損害の間の相当因果関係は、すべての不法行為の要件である」。また、「複数人が、同一損害について賠償義務を負う」場合に、1項前段を適用するか否かにかかわらず、これらの者

---

330) この点につき、牛山積「公害問題と共同不法行為」同『現代の公害法〔第2版〕』（勁草書房、1991年）121頁、127頁（初出：1972年）、内田・前掲注325）8頁を参照。

331) たとえば、牛山・前掲注322）117頁以下、森島・前掲注321）49頁以下、吉村・前掲注1）263頁。

332) 牛山・前掲注322）114頁以下などを参照。

333) 前田（達）・前掲注4）176頁以下、同・前掲注29）249頁以下、同・前掲注292）162頁以下。

は不真正連帯債務を負う。そうすると、1項前段「の存在意義は……希薄化する」。むしろ、同段は、「自己の行為と相当因果関係にない全損害についても」各行為者に連帯責任を課すことを定めた規定と解すべきである<sup>334)</sup>。

⑥ それでは、なぜ、「自己の行為と因果関係にない結果についても責任を負わなければならないのか」。まさに、「その根拠が『共同』という要件であり……『共同』があるゆえに……他人の行為についても……責任を負わなければならない」。この意味での「共同」は、「『各自が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をもつこと』」である<sup>335)</sup>。

⑦ これに対し、1項後段は、「各人の行為と権利侵害ないし損害の因果関係」を立証することの困難から、「被害者を救済する」ための「因果関係の推定規定」である<sup>336)</sup>。換言すると、同段は、「独立不法行為の競合のすべての場合に、各人の行為と損害の因果関係の立証責任を加害者側に転換し、その立証に失敗した加害者達は、全損害について不真正連帯債務を負う」ことを定めた規定である<sup>337)</sup>。原告は、「共同行為者……の行為と権利侵害の間の因果関係を立証すればよく、「誰かということ」と1人で全部を惹起しえたことの立証は不要である」(傍点筆者)。ここでの「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」であるが、「共同行為者」を認定する際には、「物理的の近接度、時間的の近接度などが考慮される」。なお、被告は、「自己の行為が全面的に因果関

---

334) 前田(達)・前掲注 292) 173-174頁。

335) 前田(達)・前掲注 4) 181-184頁。なお、前田(達)は、主観的共同の類型として、以下の3つを認める。すなわち、①「各自が当該権利侵害を目指して他人の行為を利用し、他方、自己の行為が利用されるのを認容する意思のある場合」、②「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のある場合」、③「一方は、権利侵害を目指し、他方は当該権利侵害とは別の目的を目指して、各自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のある場合」である。

336) 前田(達)・前掲注 4) 191頁。

337) 前田(達)・前掲注 292) 175-176頁。

係にないか部分的に因果関係にないことを主張立証」することで、「免責もしくは減責を主張しうる」<sup>338)</sup>。

前田（達）の見解は、以下の２点において特徴的である。

第１に、前田（達）は、１項前段を、各行為者に「自己の行為と因果関係にない結果についても」責任を課すための規定であると解した上で、そうした取扱いの妥当性を「意思」の観点から説明している。すなわち、前田（達）は、「連帯責任を負わず根拠としては、何らかの形で『意思』が働く必要がある」<sup>339)</sup>との立場から関連共同性を主観的共同に限定し、その限りにおいて同段の適用を認めるのである。

第２に、前田（達）は、１項後段を、「独立不法行為の競合のすべての場合」において、各行為と損害との因果関係を推定する規定と解した上で、「部分的な惹起者」<sup>340)</sup>も１項後段の「共同行為者」に含める。したがってこれによると、全部惹起力を備えていない複数の行為による累積的競合の事例が、１項後段の適用事例に含まれることになる。これまで、択一的競合に関する規定であると解されてきた１項後段が、こうした事例にも適用され得ることを示した点は、注目に値しよう。なお、１項後段における減責は、主に、累積的競合の場合を念頭に置いて主張されたものと考えられる<sup>341)</sup>。

(b) 淡路剛久の見解<sup>342)</sup>

次に、関連共同性を「強い関連共同性」と「弱い関連共同性」に分け、これを因果関係要件と関連づける、淡路剛久の見解を取り上げる。淡路の見解は以下のとおりである（下記①～③）。

① １項前段は、「共同行為＝行為の関連共同性という要件」によって「各人の行為と損害との間の個別的因果関係の立証を不要」とする点に意義のある規定である。すなわち、同段は、「因果関係のみなし規定」であ

---

338) 前田（達）・前掲注４）191-192頁。

339) 前田（達）・前掲注29) 291頁。

340) 前田（達）・前掲注292) 176頁。

341) 瀬川・前掲注52) 693頁。

342) 淡路・前掲注324) 117頁以下。

り、「共同行為者各人」に、「各人の行為と相当因果関係の範囲にある損害を超えた、全損害について」賠償責任を課すことを導く規定である。したがってここでは、被告が因果関係の不存在の主張・立証に成功したとしても、減免責の主張は認められない<sup>343)</sup>。

⑥ 1項前段においては、各行為が「故意・過失、権利侵害(違法性)の要件」を充たしていることを前提に、「共同行為=各人の行為の関連共同性」、および「共同行為と損害の発生との間の因果関係」が要件となる。また、このうち「関連共同性」に関しては、「数人の行為が社会観念上全体として1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」(「弱い客観的関連」)を超えた、「より緊密な関連共同性」(「強い関連共同性」)があることが求められる<sup>344)</sup>。なお、ここでの「強い関連共同性」には、「強い主観的関連」がある場合のほか、「強い客観的関連」がある場合が含まれる<sup>345)</sup>。

⑦ 1項後段は、「各人の行為と損害の発生との間の因果関係を推定」する規定である。同段においては、「数人が『共同行為者』<sup>346)</sup>であること」、および「被害地域に到達した原因物質が全体として被害」を発生させたことが要件となる。なお、このうち前者の要件に関しては、「弱い客観的関連」があればよい。同段の効果は、「共同行為者各人が全損害の賠償責任を負う」ことであるが、「共同行為者中のある者が、自己の行為と相当因果関係にある損害の範囲を主張・立証しえた場合」、その者の責任は、その範囲に限定される。また、共同行為者中のある者が「自己の行為

---

343) 淡路・前掲注324)127頁。

344) 淡路・前掲注324)127頁、129-132頁。

345) 淡路・前掲注324)129-132頁によると、「強い主観的関連」は、「数人の間に『共謀』あるいは『共同する意思』がある場合」に認められる一方、「強い客観的関連」は、「損害発生の原因行為に強い一体性がある場合」ないし「結果の発生に対して条件説的に強い寄与をしている場合」に認められる。なお、同・前掲注64)351頁以下も参照。

346) 淡路剛久『スモン事件と法』(有斐閣、1981年)107頁は、「『共同行為者』とは損害を発生せしめる(ある程度の)可能性のあった、ある種の行為を行なった特定の複数人をいう」とする。

と損害の発生との間にそもそも全く因果関係がないことを主張・立証した場合」, その者は免責される<sup>347)</sup>。

淡路は, 関連共同性を「強い関連共同性」と「弱い客観的関連」に分けた上で, 前者を1項前段に位置付け, 後者を1項後段に位置付ける。その上で, 前者の場合の効果を因果関係の擬制による連帯責任とし, 後者の場合の効果を因果関係の推定による連帯責任とする。関連共同性を「弱い」ものと「強い」ものに分ける発想は上述の四日市判決においても見られるが, 淡路の見解が「四日市判決にながしかの影響を与えた」<sup>348)</sup>ことは明らかであろう<sup>349)</sup>。また, 淡路において, 1項前段における因果関係の起点は, 共同行為とされている。これは, 上述の東の見解とも共通するものであり, その影響がみてとれる。

(c) 平井宜雄の見解<sup>350)</sup>

次に, 1項前段が適用されるべき共同不法行為と「基本型不法行為」が偶然的に競合したにすぎない場合（「競合的不法行為」）とを理論的に区別する, 平井宜雄の見解を取り上げる。平井の見解は, 以下の通りである（下記①～④）。

① 従来, 民法719条（1項前段）の成立には, 因果関係を含め, 各行為が不法行為の要件をすべて備えることが必要であるとされてきた。しかし, そうすると, 「719条の名のもとに実際は709条から導き出される帰結を再確認しているだけであり, 719条の独自の存在理由は少しも明らかにならない」<sup>351)</sup>。なぜなら, 「709条の不法行為……が競合して1個の損害を

---

347) 淡路・前掲注324) 127-128頁, 132頁。

348) 淡路剛久「淡路民法学・公害環境法学の40余年」吉田邦彦編『民法学の羅針盤』（信山社, 2011年）95頁, 118頁（初出：2008年）。

349) 四日市判決の原告弁護団の一員である, 野呂汎は, 吉村良一のインタビューにて, 淡路論文を「校正段階で読んで, 最終準備書面の作成において参考にさせてもらったと述べている」。この点については, 吉村・前掲注295) 71頁（注32）を参照。

350) 平井・前掲注4) 189頁以下, 同・前掲注172) 65頁以下。

351) 平井・前掲注172) 78頁。

生ぜしめた場合に不法行為者すべてが賠償責任を負うのは、719条をまたずとも一般理論（不真正連帯債務）によって生ずる帰結だからである<sup>352)</sup>。むしろ、「719条の存在理由」は、「事實的因果關係に立つ損害について、かつ事實的因果關係に立つかぎりにおいて、賠償責任を負う、という709条の原則を修正する」ことにある。「その修正の根拠……が、まさに『関連共同性』の要件」なのであり、「『関連共同性』の要件が不法行為の一般原則に加重されるが故にこそ、被告は寄与度<sup>353)</sup>をこえて」賠償責任を負うのである<sup>354)</sup>。

⑥ また、これまで「共同不法行為」として一括して扱われてきた問題は、「意思的共同不法行為」、「関連的共同不法行為」および「競合的不法行為」の3つに区別される<sup>355)</sup>。このうち、1項前段が適用されるのは、「意思的共同不法行為」<sup>356)</sup>と「関連的共同不法行為」<sup>357)</sup>の場合である。これらにおいて、原告は、共同行為と損害との因果關係——「共同行為の因果關係」——を主張立証すればよく、個別的因果關係を立証する必要はない。また、被告による減免責は認められない<sup>358)</sup>。

⑦ これに対して、「競合的不法行為」は、「独立的不法行為が『共同した』場合に過ぎず、そこに民法719条は適用されない<sup>359)</sup>。ここでの要件は、各行為者が「基本型不法行為の要件をすべて具備していること」、および「発生した損害が同一である」ことであり、関連共同性は要件とはな

352) 平井・前掲注 4) 191-192頁。

353) なお、平井・前掲注 172) 75頁によると、「事實的因果關係を損害賠償責任の負担部分ないし割合という観点から眺める場合には寄与度」という。

354) 平井・前掲注 172) 79頁。

355) 平井・前掲注 172) 84-85頁、同・前掲注 4) 193頁、195頁、206頁。

356) 平井・前掲注 4) 193-194頁によると、「意思的共同不法行為」は、「数人が加害行為をなすことについて共通の意思を有する」場合（共謀）、ないし「他人と共同して行為をしていることを認識して行為」する場合に認められる。

357) 平井・前掲注 4) 196-197頁によると、「関連的共同不法行為」は、「場所的および時間の近接性」および「社会觀念上の一体性」が存在する場合に認められる。

358) 平井・前掲注 172) 85-86頁。

359) 平井・前掲注 172) 81-82頁。

らない。なお、事実的因果関係に関して、「訴訟法上、損害（の一部）につき事実的因果関係の及ぶこと」を原告が立証すれば、「賠償義務が成立する」。そして、この場合において、各行為者は、「同一の損害……につき全部義務を負う」ものの、「損害の可分性および事実的因果関係の及ぶ部分を明らかに」することで、「一般原則によって免責または減責」され得る<sup>360)</sup>。

④ １項後段は、「共同不法行為に関するものでなく、競合的不法行為に関する」「特則」であり、「被害者保護の趣旨」に基づく「事実的因果関係の……擬制」規定である。同段における『共同行為者』とは……損害惹起について……択一的競合の関係にある者であり、「関連共同性は必要なく、まったく偶然の関係にある者であってもよい」<sup>361)</sup>。

このように、平井は、１項前段の意義を明らかにした上で、同段が規定する「共同不法行為」——「意思的共同不法行為」および「関連的共同不法行為」——と、「競合的不法行為」とを理論的に区別する。そして、「共同不法行為」においては、共同行為を起点とする因果関係の立証を要求する<sup>362)</sup>のに対し、「競合的不法行為」においては、各行為を起点とする因果関係の立証を要求する。これは、当時の有力学説である前田（達）の見解と軌を一にするものといえる。

もっとも、競合的不法行為の中でも、とりわけ累積的競合の事例をいかなる責任規範によって受け止めるべきかに関しては、前田（達）と平井とで見解が異なる。すなわち、まず、前田（達）は、累積的競合の事例に１項後段を適用し、因果関係の推定を導く。これに対し、平井は、競合的不法行為において、各行為と「損害（の一部）につき事実的因果関係の及ぶことが立証されれば」、各行為者は「一般原則」に基づいて損害全体に対して責任を負うと解する。したがってこれによると、累積的競合の事例においても、原告が各行為と損害の一部との因果関係を立証すれば、「一般

360) 平井・前掲注 4) 207-208頁, 212頁。

361) 平井・前掲注 4) 199頁, 209-211頁。

362) この点を強調するものとして、前田（陽）・前掲注 9) 494頁。

原則」により、損害全体との因果関係が肯定ないし推定されることとなるだろう<sup>363)</sup>。なお、なお、競合的不法行為における減責は、主に累積的競合の事例を念頭に置いたものと考えられる<sup>364)</sup>。

(d) 幾代通＝徳本伸一の見解<sup>365)</sup>

次に、1項前段を「主観的共同関係のある場合の共同不法行為」に限定しつつ、他方で「広義の共同不法行為」を認める、幾代通＝徳本伸一の見解を取り上げる。なお、以下では、幾代＝徳本の見解の中でもとりわけ注目に値する部分として、「加害者不明の場合の共同責任」(1項後段)および「広義の共同不法行為」に関する主張を検討の対象とする。この部分に関する幾代＝徳本の見解は、以下の通りである(下記①～④)。

① まず、1項後段は、「被害者の保護の機会を大きくするために特に政策的に認められた推定規定である」。同段においては「加害行為の関連共同性」は必要ではなく、行為者らの関係は、「偶然の関係」でもよい。ただし、『加害者は、この数人のうちのどれかであり、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』という程度までの証明があり、かつ各人に因果関係の点を除いてそのほかの不法行為の要件がすべて」具備されていることが必要である<sup>366)</sup>。それは、以下の理由に基づく。すなわち、

---

363) もっとも、これに対しては、「一般原則」に基づくならば、原告は、賠償を求める全損害について事実的因果関係が及ぶことを立証する必要があるにもかかわらず、損害の一部についての事実的因果関係の証明で足りるとするのは、「解釈による規範の創造」であるとの批判がある。この点につき、潮見・前掲注 4) 199頁を参照。また、大塚編・前掲注 245) 328頁〔大塚直〕は、「累積的競合の場合には、損害が可分であり各人の行為が損害の一部としか事実的因果関係が認められないため、——709条を根拠とするだけでは——当然全額連帯責任ということにはならない」と指摘する。

364) 瀬川・前掲注 52) 693頁。

365) 幾代・前掲注 4) 210頁以下、幾代＝徳本補訂・前掲注 4) 224頁以下、幾代通『民法研究ノート』(有斐閣、1986年) 206頁(初出:1985年)。

366) 幾代＝徳本補訂・前掲注 4) 229頁(注 4)。なお、「各人に因果関係の点を除いてそのほかの不法行為の要件がすべて」具備されているという要件は、幾代＝徳本補訂・前掲注 4) 229頁(注 4)において加筆された要件であり、補訂前の幾代・前掲注 4) 215頁(注 3)では設定されていない。もっとも、幾代が、1項後段の要件として、過失を不要と

これらの要件が具備されないと、たとえば、道路上の小石が、そこを通過した自動車によってはね飛ばされて被害者の家屋に損傷を与えたところ、事故発生時に問題の地点を通過した自動車は、どう少なく見積もっても20台はあったことが明白であるという場合において、1項後段が適用されかねない。しかし、ここで、特定された3名の被告らの中に「1項後段の推定責任を負わせることは、どうみても苛酷であり不合理」であるといえる<sup>367)</sup>。

⑥ 次に、「ある1個不可分の損害を発生せしめるにつき複数人の行為が共同に寄与した場合」を、「広義の共同不法行為」という。その要件は、損害が1個不可分のものであること、および「数人の行為のいずれもが、客観的に——純粹に事實的・物理的過程において——損害を発生せしめるために作動した」ことである<sup>368)</sup>。

⑦ 「広義の共同不法行為」は、①「当人の行為だけだったとしたら当該損害Dを惹起することは……不可能であ」った「数人の行為が牽連・加功・集積したがゆえにはじめて当該損害……を惹起した場合」（以下、この場合を①S型とする。また、「当人の行為だけだったとしたら当該損害Dを惹起することは……不可能であ」った者を、Sとする）と、②「数人の行為が牽連・加功して当該結果（損害D）を惹起せしめたが、この数人のうち一部の者の行為だけだったとしても同じ結果を惹起せしめた場合」とに大別される。さらに、②は、損害の発生に関与した者全員がSである場合（以下、この場合を②S型とする）、当該数人のうち、一部はSであり、残りは「当人の行為だけだったとしても当該損害Dを確実に惹起しえたであろうと認められる者」（以下、この者をLとする）である場合（以下、この場合を②SL型とする）、および「当該数人が全員Lである場合」に分類される<sup>369)</sup>。

⑧ このうち、①S型、②S型、および②SL型におけるSが「損害

---

ゝすることを意図していたかは明らかではない。なお、内田・前掲注7)6頁は、自動車が小石を跳ね飛ばした事例では、「過失行為まで推定」されていると指摘する。

367) 幾代・前掲注365)229-230頁。

368) 幾代=徳本補訂・前掲注4)230頁。

369) 幾代=徳本補訂・前掲注4)231-232頁。

の発生につき、なにがしかの寄与をしたことは、否定されえない」。したがって、これらの場合におけるSは、その行為が「不法行為の一般的成立要件……(過失、違法性など)」を充たすかぎりにおいて、全額責任を負う<sup>370)</sup>。なお、「現実には発生した損害D……そのものについては無責とされる場合にも、Dのなかに包摂されている、観念的な部分損害」につき、Sが「限度責任を負う」ことはあり得る<sup>371)</sup>。

幾代=徳本の見解は、以下の2点において特徴的である。

第1に、1項後段の要件として充分性が設定されている。同段において充分性を要求する学説は、それまでにも存在していたが、そこでは、同要件を設定する根拠が必ずしも明確に示されていなかった。これに対し、幾代=徳本は、加害者である可能性のある者が20名はいたという事例において、特定された3名のみ「1項後段の推定責任」を負わせることの「不合理」さを指摘する。もっとも、幾代=徳本においても、充分性を充たさない事例において各行為者に責任を課すことがなぜ「不合理」なのかについて、立ち入った説明は行われていない。したがって、この点は、後の学説が取り組むべき課題となる<sup>372)</sup>。

第2に、「広義の共同不法行為」において、原因競合の類型を意識した緻密な解釈論が示されている。もっとも、幾代=徳本においても、不明確な点は残る。すなわち、①S型は必要条件的競合の事例<sup>373)</sup>、②S型は累積的競合の事例と捉える余地があるにもかかわらず、これらが厳密に區別されていない。なお、②S型が累積的競合の事例であることに関しては、

---

370) 幾代=徳本補訂・前掲注4) 237頁。なお、同120-122頁、150頁、152-153頁(注5)も参照。

371) 幾代=徳本補訂・前掲注4) 237頁。

372) たとえば、大塚・前掲注18) 217頁は、無辜の者が責任を負うことの不合理性や求償の困難を回避する必要性を指摘する。また、四宮・前掲注4) 794頁は、「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」と述べる。

373) 実際、幾代=徳本補訂・前掲注4) 231頁は、①S型につき、各行為が「結果発生の……必要条件であった」場合とする。

幾代＝徳本がその具体例として「同種の汚染物質を排出する数個の企業の責任が問題とされる公害事件」<sup>374)</sup>を挙げていることから明らかであろう。こうした公害事件が累積的競合の事例に該当することは、今日の有力学説も認めるところである<sup>375)</sup>。

上記第２の点において指摘したように、幾代＝徳本は、複数行為者による不法行為の事例において、必要条件的競合と累積的競合とを明確に区別しない。そうした中、各行為が損害の発生に「寄与した」ことをもって、各行為と損害全体との間の事実的因果関係が肯定されているのである。なお、ここでの「寄与」は、公害事例に関していうならば、有害物質が混じり合って損害が発生した場合における個々の有害物質の「作用」を意味するものとされている<sup>376)</sup>。

(e) 能見善久の見解<sup>377)</sup>

次に、能見善久の見解を取り上げる。能見は、不法行為法の一般ルールとしての「寄与度減責」を主張した上で、それと関連づけながら共同不法行為の諸類型における要件・効果を論じる。その概要は、以下の通りである（下記①～④）。

- 374) 幾代＝徳本補訂・前掲注 4) 121頁, 122頁（注 5）。幾代＝徳本は、この場合において、各行為「だけだったとしても若干の損害……を生ぜしめたであろう」とする。
- 375) 幾代＝徳本補訂・前掲注 4) 232頁は、②S型の具体例として、全部惹起力のないS10社が有害物質を排出することで損害が発生したが、当該損害は、そのうちの7社だけだったとしても発生したという事例をあげる。これは、まさに、瀬川・前掲注 52) 691-692頁が指摘する累積的競合の具体例と合致している。
- 376) 幾代＝徳本補訂・前掲注 4) 238-239頁（注 4）。なお、橋本・前掲注 35) 245頁（注 38）は、幾代＝徳本を、「複数の汚染源による環境損害について各汚染源と全体損害との因果関係の存在を前提に置く」学説であると整理する。一方、新美・前掲注 42) 202頁（注 66）は、幾代＝徳本を、「様々な因子が複合して損害の原因となっている場合、加害者の行為がその複合的原因の必要な1つの因子であるならば、その行為と損害との間に事実的因果関係」を認める学説であると整理する。
- 377) 高木多喜男ほか『民法講義（6）』（有斐閣、1977年）255頁以下〔能見善久執筆〕、同・前掲注 34) 2179頁以下、同「寄与度減責」四宮和夫古稀『民法・信託法理論の展開』（弘文堂、1986年）215頁。

① 「寄与度減責とは全額責任を負わせるのが諸般の事情から公平でないと考えられる場合に、微小寄与者の責任を例外的に減額するもの」である。ここでの「寄与度」は、「事実の因果関係の問題」である「事実的寄与度」ではなく、「過失の程度などを考慮して決められる法的評価」の問題である「評価的寄与度」<sup>378)</sup>を意味する。そしてそこでは、損害の金銭的評価が問題となるため、「裁判官が諸般の事情を考慮して減額の可否、程度を決める」ことになる<sup>379)</sup>。その際、「責任要件の希薄化と減責による調整」の観点<sup>380)</sup>や、保険制度がどの程度完備されているかに配慮する必要がある<sup>381)</sup>。なお、「寄与度減責」は、「共同不法行為理論とは切り離」されたものであるが<sup>382)</sup>、共同不法行為の諸類型との関係は、以下の通りである。

② まず、「主観的関連共同による共同不法行為」(1項前段)の要件は、「相互に相手方の行為を利用する意思(共同意思)を以て共同行為をすること」、および「『共同行為』……と損害の間の事実的因果関係」である。なお、故意・過失については、「直接損害を惹起した者について証明されればよい」。ここでは、因果関係(事実的寄与度)が擬制されるため、その反証は許されないものの、評価的寄与度に基づく寄与度減責は可能である<sup>383)</sup>。

③ 次に、「客観的関連共同による共同不法行為」(1項前段)の要件は、「客観的関連共同」——「社会的に1つの行為と見られるような密接な関係」——があること、「因果関係以外の要件」が「各人につき証明され」ること、および「『共同行為』と損害との間の因果関係」である<sup>384)</sup>。ここでは、「社会的一体としての共同行為」によって「因果関係が不明となった」ことから

378) 能見・前掲注 34) 2198-2199頁, 2244頁。

379) 能見・前掲注 34) 2244頁。

380) 能見・前掲注 377) 250-251頁は、過失や因果関係の要件につき、「責任要件を緩和する代わりに、その調整として、効果を縮減することが公平」に資すると述べる。

381) 能見・前掲注 377) 250-251頁は、保険制度が完備している場合には、「寄与度減責」を行うのは適当ではないと述べる。

382) 能見・前掲注 34) 2200頁, 2244頁。

383) 能見・前掲注 34) 2200頁, 2235-2237頁。

384) 能見・前掲注 34) 2237-2238頁。

被害者を救済するため、因果関係（事實的寄与度）が推定される<sup>385)</sup>。これに対し、被告は、「自己の行為と損害の間の因果関係が存在しないことまたは一部存在しないことを反証して免責ないし減責を主張しうる」<sup>386)</sup>。また、評価的寄与度に基づく寄与度減責も認められる<sup>387)</sup>。

④ 最後に、「加害者不明の場合の責任」（１項後段）の要件は、「各人が損害発生の可能性のある行為を行った」こと、各人の間に「択一的損害惹起の関係」<sup>388)</sup>があること、および「各人につき、因果関係以外の不法行為の要件が充されていること」である<sup>389)</sup>。ここでは、「因果関係の証明が困難」となる被害者を「特殊な法政策的な見地から」保護するために、因果関係が推定される<sup>390)</sup>。これに対し、被告は、「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」することによって、免責を主張することができる<sup>391)</sup>。

⑤ なお、「各行為者が損害の一部を惹起したことは確かであるがその範囲が明らかでない」場合に、１項後段を適用することはできない。なぜなら、同段が適用されると、「加害者側からすれば、一部の損害しか惹起

385) 能見・前掲注34) 2195-2196頁。

386) この点につき、能見・前掲注34) 2201頁によると、因果関係が推定されるものの、減責が認められる場合は、次のような場合である。「2台の自動車A Bの衝突によって第三者Cが手と足に負傷した場合に、手と足のそれぞれの損害がA Bいずれの自動車によるものであるか特定できなくとも」、因果関係は1項前段によって推定される。ここで、被告が減責を得るためには、自らが惹起したのは手ないし足のみであることを証明する必要がある。これに対して、免責が認められる場合は不明確である。能見・前掲注34) 2196-2197頁、2240-2241頁、2247頁（注9）によると、「客観的関連共同による共同不法行為」においては、各行為と損害（少なくとも、その一部）との間の因果関係が確実であることが前提とされている。そうすると、免責が認められる、「自己の行為と損害の間の因果関係が存在しない」場合とはどのような場合かが問題になるが、これがどのような場合かは明らかでない。

387) 能見・前掲注34) 2201頁、2238-2239頁。

388) 能見・前掲注34) 2240頁は、「一定範囲の者のうち、いずれかによって損害が生じたことは確かであるが、それが誰であるか特定できず、かつ、この範囲の者以外には損害を起した可能性のある者がいないこと」の証明が必要であるとす。

389) 能見・前掲注34) 2239-2241頁。

390) 能見・前掲注34) 2196頁。

391) 能見・前掲注34) 2198頁。

していないことが明らかであるにもかかわらず、全部の損害についての因果関係が推定されることになり」、この点で「択一的損害惹起の場合よりも、強い因果関係の推定がなされることになる」からである。しかし、こうした「強い推定」を正当化するためには、1項前段の「加害者間の客観的関連共同」という要件が加重されるべきである<sup>392)</sup>。立法論としては、上記の場合において、「頭数の割合による部分損害についてのみ因果関係を推定する」規定を設けるべきである<sup>393)</sup>。

能見の見解は、以下の2点において特徴的である。

第1に、能見は、各行為者が全部惹起力を備えていないことを重視して、「各行為者が損害の一部を惹起したことは確かであるがその範囲が明らかでない」という事例——これは累積的競合と解することができよう——に1項後段を適用することを否定する(上記◎)。この点、各行為者が部分的な惹起力しか備えていない場合においても1項後段の適用を認める、前田(達)の見解とは異なる。ちなみに、能見は、累積的競合につき、複数の損害を対象として区別しうる場合——たとえば、手と足に怪我を負った場合——を念頭に置いている。したがって、そこでは、各行為者が損害の一部を惹起したことが確実であり、かつ、それ以外の部分を惹起していないことも確実である場合が想定されていることになる<sup>394)</sup>。累積的競合に関しては様々な理解があり得るが、能見が1項後段の適用を否定したのがこのような事例であるという点は、踏まえておくべきであろう<sup>395)</sup>。

第2に、能見は、寄与度による減責<sup>396)</sup>の理論的位置付けを明らかにし

---

392) 能見・前掲注34) 2240-2241頁。

393) 能見・前掲注35) 93頁。

394) ここでは、因果関係が割合的に捉えられているわけではない。この点については、能見・前掲注34) 2195頁を参照。

395) 田口・前掲注53) 208頁も、累積的競合に1項後段を適用することを否定する。

396) 西理「原因競合についての一考察」西南学院大学法学論集43巻3・4号(2011年)1頁、138頁以下は、寄与度概念の規範的性格を強調し、事実的寄与度と評価的寄与度に分類することに疑問を投げかける。

た。各行為者が生じた結果全体について連帯責任を負う場合において、寄与度の立証によって減責を認めるという考え方は、それまでも多くみられたが、それがいかなる枠組みの下でなされるかに関しては、十分に解明されていなかった。こうした状況の中、能見は、「責任要件の希薄化と減責による調整」の観点や、保険制度がどの程度完備されているかに配慮しつつ、規範的な観点から減責を正当化する。そこでは、他原因が存在することをもって直ちに減責が導かれない点において、割合的因果関係とは一線を画しつつ、広範かつ柔軟な減責を可能にする枠組みが提示されているのである<sup>397)</sup>。

---

397) 吉村良一「書評：能見善久『共同不法行為責任の基礎的考察（1）～（8完）』」加藤雅信ほか編『民法学説百年史』（三省堂、1999年）606頁、609頁。