

複数行為者の不法行為責任に関する 基礎理論的考察（3）

——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、404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
 - 1. はじめに
 - 2. 民法830条1項2文の趣旨および正当化根拠に関する議論

* 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

- (1) はじめに
- (2) 行為者側からのアプローチ
- (3) 被害者側からのアプローチ
3. 判例および学説による関与者概念の理解
 - (1) 判例による関与者概念の理解
 - (2) 学説による関与者概念の理解 (以上、本号)
4. 具体的危険性
5. 検 討
- 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

II 複数行為者の不法行為責任に関する従来 of 議論

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）

(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) 学説による共同不法行為論の再構成

(f) 塚原朋一の見解³⁹⁸⁾

次に、「複数関与者による不法行為の現象を……いくつかの類型に分類し、その類型ごとに……成立要件の検討を」行う、塚原朋一の見解を取り上げる。塚原は、1項後段の「重要性、機能性を強調する意味を込めて」、同段の「適用範囲の拡大」を主張する。以下では、塚原の見解のうち、1項後段に関する部分について紹介する（下記①～④）。

① まず、①「複数の加害行為者がそれぞれ結果を発生させるにたりる加害行為を行い、結果が発生したが、その結果がどの加害行為者の加害行為によって発生したのか不明である場合」には、1項後段が適用され、その効果として、個々の行為と損害との間の因果関係が推定される。そのため、一方の加害行為が、他方の加害行為と損害発生との因果関係の推

398) 塚原朋一「共同不法行為に関する諸問題」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座4』（日本評論社、1982年）187頁。

認を、また、他方の加害行為が、一方の加害行為と損害発生との因果関係の推認を、「相互に打ち消し合い、妨害し合っている客観的關係が必要である」。このような場合に「因果関係の推定を認める理由は、被害者の救済にあるというだけで」なく、個々の行為が、いずれか一方であれば、損害との「因果関係が推認されるのに、たまたまその双方がそろったがゆえに、かえって被害者が証明困難に陥り……いずれもその責任を免れるということの不当性、不公平を避けることにある」³⁹⁹⁾。

③ なお、1項後段が「被害者をその証明困難から救済するための因果関係の推定規定である」以上、「因果関係が不明でありさえすれば」同段は適用されるべきである。したがって、「加害行為者の一方が人ではない場合」、「加害行為者の1人が被害者である場合」、「加害行為者の中に責任無能力者がいる場合」の各場合においても、同段は適用されるべきである⁴⁰⁰⁾。

④ 次に、②「複数の加害行為者による加害行為によって複数の結果が発生し、その結果は相互に区別できるが、どの加害行為によってどの結果が発生したのか不明である場合」、1項後段が適用される。たとえば、 $A_1 \cdot A_2$ がそれぞれ加害行為 $a_1 \cdot a_2$ を行ったところ、被害者Xのもとで結果 $M_1 \cdot M_2$ が発生したが、 $a_1 \cdot a_2$ のどちらかが M_1 ないし M_2 を引き起こしたかが不明である場合、同段により、 a_1 と M_1 、 a_1 と M_2 、 a_2 と M_1 、 a_2 と M_2 の因果関係が、それぞれ推定される⁴⁰¹⁾。

⑤ ところで、②において、 a_1 と a_2 は、それぞれ、 M_1 か M_2 のいずれか一方しか引き起こしていないにもかかわらず、それぞれの行為が M_1 と M_2 を引き起こしたと推定することは、「ありえない事実を推定することになる」。しかし、このような「過剰推定」は、1項後段が当初から予定していることであって、問題とはならない。なぜなら、上記①の場合であっても、各行為のうち、結果と実際に因果関係があるのはどちらか一方

399) 塚原・前掲注 398) 222-223頁。

400) 塚原・前掲注 398) 222-226頁。

401) 塚原・前掲注 398) 228-229頁。

であるにもかかわらず、両方の加害行為と結果との因果関係が推定されるからである。②において、「なんらかの事実の推定を認めなければ、加害行為者 A_1 、 A_2 は結果 M_1 、 M_2 のいずれについても責任を免れるという不当な結論となり、被害者の証明困難に対し救済を与える必要性は」、上記①の場合より高いといえることができる。また、上記②の場合においては、「加害行為 a_1 、 a_2 と結果 M_1 、 M_2 の関係を加害行為 a_1 、 a_2 と結果 M_1 の関係、加害行為 a_1 、 a_2 と結果 M_2 の関係の2つに分離することができる」、それぞれの関係において、上記①の場合が生じているとみることができる。したがって、上記②の場合においても、1項後段の適用を認めるべきである⁴⁰²⁾。

塚原においては、以下の3点が特徴的である。

第1に、塚原は、1項後段に基づく因果関係の推定の根拠として、被害者救済に加えて、以下の点を挙げる。すなわち、行為が1つであれば、当該行為と損害との間の因果関係が推認され得るにもかかわらず、たまたま同様の行為が競合したために、相互に因果関係の推認を妨げ合い、その結果、いずれの行為者も責任を負わないことになる。同段に基づく因果関係の推定の根拠は、こうした「不当性、不公平を避ける」ことにある。このような見方は、1項後段を、個別的因果関係につき事実上の推定を導く規定と理解する一部の裁判例⁴⁰³⁾と共通するものといえよう。

第2に、塚原は、上記①において、他原因が責任要件を充たす行為ではない場合においても、1項後段の適用を認める。こうした場合に1項後段の適用を認めることは、同段の適用範囲を著しく拡張することになる。そ

402) 塚原・前掲注398) 228-230頁。なお、「複数の加害者が全体として単一の結果を発生させたところ、それぞれが結果の一部を発生させ、その全部を発生させていないことは明らかであるが、その発生させた範囲が不明である場合」——記号で表すと、行為者 A_1 ・ A_2 がそれぞれ加害行為 a_1 ・ a_2 を行ったところ、被害者 X のもとで結果 M が発生した。 a_1 は、 M のうち、 M_1 を引き起こし、他方、 a_2 は M の残り部分の M_2 を引き起こしたが、 M_1 と M_2 の範囲が不明な場合——も、②と同様の処理が行われるとされる。

403) 東京高判平成29年10月27日判タ1444号137頁。

のため、1項後段を、このような広がりのある規範として捉えることができるかは、慎重な判断が求められる⁴⁰⁴⁾。

第3に、塚原は、上記②の場合について、「過剰推定」が発生することを認めつつ、1項後段の適用を肯定する。これに対し、能見は、こうした「過剰推定」が働くことを理由として、上記②のような場合に、1項後段の適用を否定する。ここでは、上記①の場合における過剰推定と上記②における過剰推定とを同列に扱ってよいかについては、なお検討を要するといえる。

(g) 四宮和夫の見解⁴⁰⁵⁾

最後に、各行為の損害惹起力に着目して原因競合の類型を整理した上で、民法719条1項の解釈論を提示するものとして、四宮和夫の見解を取り上げる。四宮の見解は以下の通りである(以下a~f)。

① まず、1項前段の意義は、「自己の行為の因果関係または寄与度を超えて、生じた損害全部について賠償責任を負わせること」にある。同段における「共同」は、「主観的共同」、「客観的共同」および「主観的・客観的共同」⁴⁰⁶⁾の3つに分類される⁴⁰⁷⁾。このうち、「主観的・客観的共同」は、「客観的共同」の場合と比べて因果関係のからまりが弱いため客観的要素だけでは共同とするには足りない場合につき、共同惹起の認識を組み合わせることで同段の共同とするものである。

② このうち、「主観的共同」の場合には、因果関係が擬制される⁴⁰⁸⁾。

③ これに対し、「客観的共同」および「主観的・客観的共同」の場合には、「各人の行為と損害発生との因果関係は常に充たされる」ため、各行為者は、「各人の行為……と因果関係ある損害について、一般原則に

404) この点については、石橋・前掲注13) 237頁が指摘しているところである。

405) 四宮・前掲注4) 760頁以下。

406) 「主観的・客観的共同」は、「主観的要素(主観的共同に達しないが、行為者の全部責任へと作用する要素)」と「客観的要素(損害の一体性のみ存する場合(すなわち割合惹起型の場合))」とが組み合わせる場合である。四宮・前掲注4) 781頁、786頁。

407) 四宮・前掲注4) 779頁以下。

408) 四宮・前掲注4) 768頁、783頁以下。

従って……全部賠償する責任を負う」⁴⁰⁹⁾。これら2つの場合において「共同不法行為であることの意味は……加害者が寄与度を超える責任を課されることにある」⁴¹⁰⁾。なお、「客観的共同」においては、「全部責任を負わせることが著しく正義に反するような特別の事情のある」場合において、減責が認められる。これに対し、「主観的・客観的共同」においては、「加害者多数の場合」において、「少量排出者」に減責が認められる⁴¹¹⁾。

④ 次に、1項後段の趣旨は、以下の通りである。択一的競合において、「因果関係不明のリスクをつみとがのない被害者に負わせるのは不公平である」一方、「可能的惹起者」——損害を惹起した可能性のある者——が「因果関係以外の不法行為要件を備えており、しかも、その責任原因のはらむ具体的危険性が大きい場合」には、「因果関係不明のリスク」を「可能的惹起者」に負担させるのが公平であるといえる。このことから、1項後段は、各人に連帯責任を課しているのである。なお、同段において、行為者が因果関係の不存在を立証した場合、当該行為者は、同段の「適用を免れる」⁴¹²⁾。

⑤ ところで、1項後段は、次の3つの場合には適用されない。すなわち、①「択一的競合か必要的競合かが不明である場合」、②「1項前段の『共同』を欠く必要的競合の場合」——たとえば、「主観的共同の要素……を欠く割合惹起型」（「共同惹起の認識のない数個の化学工場からの廃液で川の魚が大半死滅した場合（公害）」）——、および③「分別し難い複数損害の場合」がそれである。もっとも、これら3つの場合においても、「1項後段の趣旨」に基づいて、各行為者に対し「一定の責任」を負わせるべきである⁴¹³⁾。

409) 四宮・前掲注 4) 768頁、787頁。

410) 四宮・前掲注 4) 768頁。

411) 四宮・前掲注 4) 787-788頁。

412) 四宮・前掲注 4) 422頁、792頁、795頁。なお、四宮が、1項後段を因果関係の擬制規定と捉えていたのか、推定規定と捉えていたのかは、明らかではない。この点につき、四宮・前掲注 4) 795頁（注1）を参照。

413) 四宮・前掲注 4) 796-797頁。

① このうち、まず①においては、「関係者のうちの誰かの行為が全損害を惹起した可能性があるのだから、719条1項後段を拡張解釈して、関係者たちの全額責任とすることが……公平である」。次に②においては、「各人が全額について責任を負うべきものとする、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、不当であるから、加害者の行為の損害発生に対する寄与度が不明である場合には、頭割り」の分割責任、「寄与度」が明らかである場合には、「寄与度のほか違法性の大小をも考慮し」た、分割責任とすべきである。最後に③においては、「分別し難い部分を合わせて『1つの損害』と仮定すると、問題となるのは、その『1つの損害』について両加害者の寄与度を決定して両者に割り当てること」である。ここでは、問題状況が②の場合と類似するため、これと同様に処理するべきである⁴¹⁴⁾。

四宮の見解は、以下の点で特徴的である。

まず、四宮は、1項前段の「共同」として、「主観的共同」と「客観的共同」のほか、「主観的・客観的共同」を認める。それまでの学説は、同段の関連共同性に関して、主観的共同説と客観的共同説に分かれていたところ、四宮は、主観的要素と客観的要素を総合することによって関連共同性が導かれる場合があることを認めた⁴¹⁵⁾。

次に、四宮は、1項後段において「可能的惹起者」が責任を負担する根拠として、行為の危険性——「責任原因のはらむ具体的危険性」——を強調する。従来、1項後段の趣旨として、被害者保護が挙げられていたものの、その内実は十分に検討されてきたとは言い難い。これに対し、四宮は、1項後段の責任を理論的に説明するにあたって、行為の危険性を重視しているのである⁴¹⁶⁾。

最後に、四宮は、「必要的競合」の「割合的惹起型」(上記②)において、

414) 四宮・前掲注 4) 423頁、796-797頁。

415) 吉村・前掲注 1) 259頁。

416) 石橋・前掲注 13) 234-235頁。

個々の加害者が因果関係を充たすにもかかわらず、全部連帯責任を否定した上で、分割責任を肯定するにとどまる。従来、支配的な学説においては、個別的因果関係が充たされる以上、個々の加害者が損害全体に対して、（連帯）責任を負担することは半ば当然視されてきた。また、損害の与え方に差がある以上、連帯責任の範囲を一部連帯にとどめるべきであることを強調する川井においても、これを導くにあたって、重視されていたのは、違法性の程度などの評価的視点であった。これらに対して、四宮は、各行為の惹起力が損害全体に及ばないことを重視して、分割責任を主張する。こうした惹起力を賠償範囲に反映させる発想は、四宮において初めて明確に現れたものといえる。

(h) 小 括

本項 (iii) では、複数行為者の不法行為責任に関して、重要な議論の進展をもたらした諸学説を取り上げ、その特徴を明らかにしてきた。ここで、改めてそれらを整理しておきたい。

① 1項前段について まず、学説の多くは⁴¹⁷⁾、個別的因果関係がない損害に対しても責任を課す点に1項前段の意義を見出しつつ、これを関連共同性によって正当化する。また、このことから、多くの学説は、同段の要件として個別的因果関係を不要とし、これに代わって、共同行為と損害との間の因果関係を要求した。もっとも、個別的因果関係の要否については、これと異なる見解もあった。たとえば、四宮は、「客観的共同」および「主観的・客観的共同」において、個別的因果関係があることを前提としつつ、寄与度を超える部分について責任を課す点に1項前段の意義を求めた。

次に、関連共同性に関しては、論者の間で見解が対立している。たとえば、前田（達）や幾代＝徳本は、他人が惹起した損害についても連帯責任を課すという1項前段の効果とのバランスから、1項前段の関連共同性を

417) たとえば、前田（達）・前掲注 4）180頁以下、淡路・前掲注 324）127頁以下、平井・前掲注 172）83頁以下。

主観的共同に限定する（主観的共同説）。これに対し、平井や淡路は、公害問題が深刻化する中、主観的共同では被害者保護が十分に達成されないことを問題にして、客観的共同による同段の適用を認める（客観的共同説）。さらに、四宮は、主観的共同説や客観的共同説では捕捉し得ない場合につき、「主観的・客観的共同」という第3の類型を立て、その限りで同段の適用範囲を拡張する（主観客観総合説）。

② 1項後段について まず、多くの学説は、従来と同様、1項後段の趣旨を被害者保護のための政策的な規定であると理解する。そうした中、一部の学説は、同段の趣旨につき、さらに一步立ち入った検討を行っている。たとえば、四宮は、各行為に「具体的危険性」があることを理由として、因果関係不明のリスクを、被害者ではなく、行為者に負担させるのが公平であると主張する。こうした各行為の側面から同段の趣旨を明らかにする発想は、塚原にも見られる。2つの行為がそれぞれ全部惹起力を備えている場合、いずれか一方の行為のみであれば、損害との因果関係が推認されるにもかかわらず、双方がそろったがゆえに、いずれの行為者も責任を免れることとなる。塚原は、1項後段を、こうした不当な結果を回避するための規定として理解する。

次に、多くの学説は、本来適用の場合（択一的競合）において、充分性——特定された複数の行為者以外に加害者となり得るものがないこと——を要件としている。中でも、幾代＝徳本は、関連共同性を不要とする代わりに、充分性を要求するという解釈論を打ち立てた。もっとも、ここでは、1項後段の趣旨（帰責の正当化根拠）との関係で充分性がなぜ要求されるのかは、十分に説明されていない。したがって、この点は、後の学説が取り組むべき課題として残される。

③ 累積的競合について 公害事例を1つの契機として、1項前段の責任を成立させるほどの関連共同性はないものの複数の原因が累積することで損害が発生する事例（累積的競合）に関して、議論の進展が見られた。この点につき、学説は、1項後段の適用範囲を拡張することによってこう

した事例に対処する立場（前田（達））と、競合的不法行為ないし一般不法行為の競合の1つとしてこうした事例を捉える立場（平井、幾代＝徳本、四宮）とに分かれる。

まず、前者の立場として、前田（達）は、1項後段における全部惹起力の要件を放棄することによって、累積的競合を同段の適用事例に含め、これにより減免責を許す（全部）連帯責任を導く。もっとも、全部惹起力のない複数の行為による累積的競合に同段を適用すると、因果関係を過剰に推定することになる。実際、一部の学説（能見、四宮）は、こうした点を問題にし、1項後段において、各行為に全部惹起力が備わっていることを要件とする⁴¹⁸⁾。このように、全部惹起力のない複数の行為による累積的競合を1項後段の適用事例とするためには、なお理論的に克服すべき課題が残されているといえる。

次に、後者の立場のうち、平井は、1つの損害に複数の行為者が関与する場合を「競合的不法行為」と捉えた上で、その枠内で累積的競合における各行為者の責任の問題を受け止める。それによると、行為と「損害（の一部）」との因果関係が立証された場合、これをもって原告は立証負担を果たしたことになり、被告は損害全体についての責任を負うことになる一方、被告は、「損害の可分性および事実的因果関係の及ぶ部分」を明らかにして減責を主張することになる⁴¹⁹⁾。また、幾代＝徳本も、各行為が結果の発生に一定の「寄与」をした以上、損害全体に対する責任を認めても差し支えないとして、全部惹起力のない複数の行為が競合した場合において、連帯責任の成立を導く。もっとも、これらの見解に対しては、損害の一部との因果関係をもって損害全体についての責任が成立するののかにつき異論の余地もあり、1項前段や1項後段のような特別の規定を要せず、不

418) この点については、上記(e)および(g)の箇所を参照。

419) ところで、平井・前掲注4)208頁は、「競合的不法行為」において減責のみならず「免責」も認められると述べている。しかし、「競合的不法行為」の要件として、行為と「損害（の一部）」との因果関係が立証されたことを必要としているため、「免責」がいかなる場合に認められるかは明らかではない。

法行為の一般原則の下で連帯責任を導くことができるかに関しては、なお検討を要するといえよう⁴²⁰⁾。

これに対し、後者の立場のうち、四宮は、一般不法行為の枠内で各行為と損害全体との間の因果関係を肯定する点では平井や幾代＝徳本と共通するものの、責任範囲に関しては、これらの論者とは見解が異なる。すなわち、四宮は、各行為の惹起力が損害全体に及ばない以上、損害全体に対して責任を課すことは不公平であるとして、分割責任を主張する。もっとも、このような見解に対しては、分割責任を成立させると、被告が無資力であるリスクを被害者が負担することになり、公平に悖るとの指摘がある⁴²¹⁾。

(3) 【2】 期の小括

ここで、【2】 期の議論を整理しておきたい。

従来、複数の行為が関与することで損害が発生した場合、1 項前段の適用により全部連帯責任が導かれることが半ば当然のこととされてきた。しかし、公害事例を 1 つの契機として、一定の場合に分割責任が成立することを主張する学説が登場した。そこでは、僅かな寄与しかしていない行為者が常に結果全体について責任を負うのは酷であるとの見方が共有されていた。こうした中で、どのような基準により分割責任の範囲を決定するかにつき、様々な見解が示されることとなった。中でも、因果関係を寄与度として捉えた上で、寄与度に応じた分割責任を主張する野村の見解は注目に値しよう。

しかし、こうした分割責任論は、後に有力な論者（森嶋）によって批判を受け、複数行為者の不法行為責任に関する一般的な解決として定着することはなかった。もっとも、僅かな寄与しかしていない行為者が常に結果全体について責任を負うのは酷であるとの問題意識は、後の学説に受け継

420) 関連共同性を要求することなく連帯責任を導くことに対して疑問を呈するものとして、大塚・前掲注 1) 60頁。

421) たとえば、大塚・前掲注 30) 54頁。

がれることとなった。

そうした中で、東の見解が登場する。東は、累積的競合——「集合公害」——を念頭に置きつつ、1項前段の要件および効果に関して画期的な主張を行った。まず、要件においては、個別的因果関係の立証を不要とし、共同行為と結果との間の因果関係があればよいとした。次に、効果においては、被告による減免責の立証を許容した。このような解釈論は、四日市判決や後の有力学説に影響を与えた。

以上を背景として、四日市判決が登場した。同判決は、1項前段につき、山王川事件判決を踏まえつつも、強い関連共同性が認められる場合において因果関係を擬制し、弱い関連共同性が認められる場合において因果関係を推定する。このように関連共同性を「強い」と「弱い」とに分類し、因果関係の立証の問題に結び付ける考え方は、後の裁判例に影響を与えることとなる。

3. 1990年以降から現在まで（【3】期）

1990年代以降、大気汚染事例やじん肺事例などを契機として、複数行為者の不法行為責任に関する理論枠組みは、再び検討を迫られる。本項では、まず、これらの事例に関する裁判例の中でもとりわけ注目すべき判断を行ったものを取り上げ（(1)）、その上で、これらを受けて登場した学説を紹介し、分析を行う（(2)）。

(1) 実務の動向

以下では、大気汚染事例とじん肺事例に関する裁判例を取り上げる。なお、【3】期においては、これらの事例に加え、建設アスベスト事例が大きな問題となるが、これに関しては、ドイツ法の検討（Ⅲ、Ⅳ）を踏まえた上で取り上げることにしたい。

(i) 大気汚染訴訟

【3】期になると、都市型複合大気汚染に関する裁判例が相次いで登場す

るが、以下では、その中でも先駆的な判断を行った西淀川大気汚染公害第 1 次訴訟判決（大阪地判平成 3 年 3 月 29 日判時 1383 号 22 頁。以下、「西淀川第 1 次判決」という）と、西淀川大気汚染公害第 2 ～ 4 次訴訟判決（大阪地判平成 7 年 7 月 5 日判時 1538 号 17 頁。以下、「西淀川第 2 ～ 4 次判決」という）を取り上げる。

(a) 西淀川第 1 次判決

(aa) 事案と判決の概要

大阪市西淀川区に居住する公健法の認定患者またはその相続人らが、同区と隣接地域に事業所を有する被告企業 10 社ならびに同区内を走行する道路を設置管理する国および阪神高速道路公団に対し、損害賠償を請求した。なお、本判決では、国および同公団の責任は否定されたため、以下では、企業 10 社の責任に関する判断のみを取り上げる。

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 1 項前段

1 項前段の効果は、「共同行為者各人が全損害についての賠償責任を負い、かつ、個別事由による減・免責を許さないもの」である。そのため、関連共同性に関しては、「被告らの排煙等も混ざり合って汚染源となっていることすなわち被告らが加害行為の一部に参加している（いわゆる弱い客観的関連）」というだけでは不十分であり、「共同行為者各自に連帯して損害賠償義務を負わせるのが妥当であると認められる程度の社会的に見て一体性を有する行為（いわゆる強い関連共同性）」が必要である。「その具体的判断基準としては、予見又は予見可能性等の主観的要素並びに……生産工程における機能的技術的な結合関係の有無・程度、資本的経済的・人的組織的な結合関係の有無・程度……その他の客観的要素を総合して判断することになる」⁴²²⁾。

② 1 項後段

「1 項後段の共同不法行為においては……共同行為者各人は、全損害につい

422) 判例時報 1383 号 74-75 頁。

ての賠償責任を負うが、減・免責の主張・立証が許される」。同段の関連共同性は、「いわゆる弱い関連共同性で足りる」。なお、「昭和40年代前半の南西型汚染における被告企業の寄与度は不明であるが、この場合にも民法719条1項後段の共同不法行為が成立する」⁴²³⁾。

以上のように述べた上で、まず、本判決は、1項前段および1項後段の適用の可否に関して、次のように判示する。すなわち、昭和44年以前の損害との関係では、被告企業10社のうち資本的、人的、生産的結合関係のある3社との間では1項前段が適用され、それ以外の被告企業間においては1項後段が適用される⁴²⁴⁾。これに対し、大阪市が「西淀川区大気汚染緊急対策」を策定した昭和45年以降の損害との関係では、被告企業10社が「公害環境問題の面では互いに強く関連していることを自覚し、または自覚すべきであった」ことから、同10社間において1項前段が適用される⁴²⁵⁾。

次に、本判決は、被告企業10社の責任割合につき、次のように判示する。すなわち、西淀川区の大気汚染は、「北東型汚染」と「南西型汚染」からなり、被告企業10社は後者に属するところ、これらの汚染の「寄与度はほぼ互角である」。「また昭和44年以前の南西型汚染に対する被告企業各自の寄与度」は不明である。したがって、被告企業10社は、「昭和44年以前の損害」については50%の「限度で責任を負う」。また、昭和45年以降については、地域総合シミュレーションにより、被告企業各社の西淀川区の大気汚染に対する寄与度が明らかとなったものの、同年以降は被告間に「環境問題でのいわゆる強い関連性が認められるから……被告企業は、昭和45年以降においては……被告10社合計の寄与度⁴²⁶⁾」に基づく責任を負う

423) 判例時報1383号75頁。

424) 判例時報1383号74-75頁。

425) 判例時報1383号75頁。

426) この点につき、裁判所は、以下のように判示する。「被告企業の西淀川地域の大气汚染に対する寄与割合は……昭和45年までが5割、それ以降昭和48年までが3割5分、それ以降が2割であり、被告企業は右寄与割合にしたがって右損害を負担すべきところ、暴露期間や前示発症時期についての取扱い等を考慮して、被告企業の負担割合は、昭和46年中ノ

べきである」⁴²⁷⁾。

(bb) 検 討

本判決⁴²⁸⁾の特徴は、以下の 4 点である。

第 1 に、本判決は、1 項前段の「強い関連共同性」を認めるために、「主観的要素……並びに客観的要素を総合して判断」している⁴²⁹⁾。すなわち、本判決は、被告企業10社が「公害環境問題の面では互いに強く関連していること」から、公害の発生および拡大の認識ないし認識義務を導き、これをもって、「強い関連共同性」を導く。その結果、同段の適用範囲が拡張されていると考えられる⁴³⁰⁾。

第 2 に、本判決は、汚染物質が大気汚染に入り混じったことをもって、1 項後段の「弱い関連共同性」が認められるとした。これによって、汚染源が広範囲に位置しており、かつ場所的・時間的接性のない場合にも、

ゝまでに発症として取り扱った原告らについては右の 5 割、それ以降昭和49年中までに発症として取り扱った原告らについては右の 3 割 5 分、それ以降に発症として取り扱った原告らについては右の 2 割の各割合とする」(判例時報1383号75頁)。

427) 判例時報1383号75頁。

428) 本判決の判例評釈として、沢井裕「判批：大阪地判平成 3 年 3 月29日」法律時報63巻 6 号 (1991年) 2 頁、瀬川信久「判批：大阪地判平成 3 年 3 月29日」法学教室133号 (1991年) 86頁、森島昭夫「判批：大阪地判平成 3 年 3 月29日」ジュリスト981号 (1991年) 43 頁、淡路剛久「判批：大阪地判平成 3 年 3 月29日」私法判例リマークス 5 号 (1992年) 74 頁、田山輝明「判批：大阪地判平成 3 年 3 月29日」判例評論397号 (1992年) 132頁、大塚直「判批：大阪地判平成 3 年 3 月29日」淡路剛久＝大塚直＝北村喜宣編『環境法判例百選 [第 2 版]』(有斐閣、2011年) 34頁、小島恵「判批：大阪地判平成 3 年 3 月29日」大塚直＝北村喜宣編『環境法判例百選 [第 3 版]』(有斐閣、2018年) 24頁等がある。

429) この点に関して、淡路・前掲注 428) 77頁は、四宮の見解が「一番近い」と指摘する。もっとも、吉村良一「西淀川公害訴訟における共同不法行為論」立命館法学403号 (2022年) 1572頁、1594頁は、原告が主張したところの関連共同性に関する「重層的評価」を裁判所が受け入れたとみることもできることを指摘する。なお、「重層的評価」については、津留崎直美「西淀川大気汚染公害訴訟の概要と争点」法律時報62巻11号 (1990年) 30頁、31-32頁も参照。

430) 大塚・前掲注 1) 55頁。なお、森島・前掲注 428) 48頁は、裁判所が「環境問題の面の関連性」をもって「強い関連共同性」を導いたことを批判している。これに対しては、田山・前掲注 428) 137頁の指摘も参照。

1項後段が適用される可能性が生じた⁴³¹⁾。なお、四日市判決においては、「弱い関連共同性」が1項前段に位置付けられており、そこでは免責のみが認められていたのに対し、本判決では、これが1項後段に位置付けられており、そこでは免責のみならず減責も認められている⁴³²⁾。

第3に、本判決は、択一的競合（加害者不明）のみならず、累積的競合（寄与度不明）にも1項後段の適用⁴³³⁾を認めた。ところで、各行為に全部惹起力が備わっていない事例を累積的競合（寄与度不明）として把握し、これに同段を適用するとすると、各行為が損害全体を惹起した可能性がないにもかかわらず、各行為が損害全体を惹起したことが推定されることになる⁴³⁴⁾。

第4に、本判決は、被告企業10社以外にも多数の汚染源がある中で、同10社の集団的寄与度の限度での連帯責任を認めた。これにより、公平な賠償が実現されたことになる⁴³⁵⁾。

(b) 西淀川第2～4次判決

(aa) 事案と判決の概要

本件は、西淀川大気汚染公害における第2次～第4次提訴に係る訴訟に関する判決である。原告らは、西淀川第1次判決と同様、企業10社ならびに道路を設置管理する国および阪神高速道路公団に対して、損害賠償を請求した。なお、本件では、被告企業10社のうち9社との間で和解が成立し、残りの1社に対する訴えは取り下げられたため、国および阪神高速道路公団の責任のみが問題となった。

本判決では、事案の解決にあたって、民法719条の類推適用という手法が採用された。その概要は以下の通りである。

431) 大塚・前掲注1) 42頁。

432) このことを指摘するものとして、たとえば、瀬川・前掲注428) 90頁。

433) 本判決が1項後段の「適用」とした点に対して、たとえば、沢井・前掲注428) 4頁は、「類推であろう」とする。

434) 石橋・前掲注67) 193-194頁。

435) 野村好弘「到達の因果関係（寄与度）と共同不法行為」判例タイムズ850号（1994年）26頁がこのことを高く評価する。

都市型複合大気汚染の場合のように、「全部又は幾つかの行為が積み重なってはじめて結果を惹起するにすぎない場合（以下「重合的競合」といい、その行為者を「競合行為者」という）」、「結果の全部又は主要な部分を惹起した者を具体的に特定し、それぞれの行為を明らかにすることは容易ではなく、その一部の行為者しか特定できない」ため、「共同不法行為規定を適用することはできない」。しかし、以下の要件が充たされる場合においては、民法719条が類推適用されるべきである⁴³⁶⁾。

すなわち、「競合行為者の行為が客観的に共同して被害が発生していることが明らかであるが、競合行為者数や加害行為の多様性など、被害者側に関わりのない行為の態様から、全部又は主要な部分を惹起した加害者あるいはその可能性のある者を特定し、かつ、各行為者の関与の程度などを具体的に特定することが極めて困難であり、これを要求すると被害者が損害賠償を求めることができなくなるおそれが強い場合であって、寄与の程度によって損害を合理的に判定できる場合」、民法719条の類推適用により、「特定された競合行為者」（「特定競合者」）に対する損害賠償の請求が認められる⁴³⁷⁾。

また、「特定競合者」は、「被害の一部を惹起したにすぎず、しかもそれ以外の競合行為者」（「不特定競合者」）「について具体的な特定もされない以上、特定競合者のうちで被告とされた者は、個々の不特定競合者との共同関係の有無・程度・態様等について、適切な防御を尽くすこともできないのであるから、特定競合行為者にすべての損害を負担させることは相当ではない。したがって、結果の全体に対する特定競合者の行為の総体についての寄与の割合を算定し、その限度で賠償させることとするほかはない」⁴³⁸⁾。

以上のように述べた上で、本判決は、特定工場群および本件各道路が西淀川区の大気汚染の主要汚染源ではないことをもって、民法719条の適用を否定した上で⁴³⁹⁾、同条の類推適用を認めつつ⁴⁴⁰⁾、国および阪神高速道

436) 判例時報1538号139頁。

437) 判例時報1538号140頁。

438) 判例時報1538号140頁。

439) 判例時報1538号140頁。

440) 判例時報1538号140-141頁。裁判所は、特定工場群および本件各道路からの「汚染物」

路公団は「それぞれの寄与の限度において責任を負担すれば足りる」と判示した⁴⁴¹⁾。

(bb) 検 討

本判決は、「重合的競合」において、「特定競合者」が「結果の全部又は主要な部分を惹起」していないことを根拠として、民法719条の適用を否定するとともに、一定の要件の下で同条の類推適用を認める。一般に、都市型複合大気汚染の事例においては、被告以外にも様々な汚染源が存在するため、生じた全ての損害について被告に民法719条の責任を課すのは妥当ではない。そうした中、西淀川第1次判決は、1項前段または1項後段の適用により、被告企業10社に対し、集团的寄与度に応じた連帯責任を課した。これに対し、本判決は、同様の事例を「重合的競合」と解した上で、「特定競合者」らの「行為の総体についての寄与」の限度での責任を民法719条の類推適用によって導く。本判決が同条の類推適用に踏み切った背景には、同条の適用につき「結果の全部又は主要な部分を惹起した者」の特定が必要であるとの考えがある。そのような要件が必要かどうかについては、なお検討を要するところである。

(ii) じん肺訴訟

大気汚染訴訟に関する裁判例とは異なり、じん肺訴訟においては、もっぱら1項後段の責任が問題となる。以下、じん肺訴訟に関する裁判例の動向を概観する。

(a) 東京地判平成2年3月27日判時1342号16頁（日鉄じん肺訴訟第1審判決）

Xらは、Y₁社に雇用され、Y₂社の松尾採石所において、坑道掘進作業

↘質の西淀川区への到達……は客観的にみて関連共同性」があり、「特定工場群及び本件各道路の寄与の程度」が「シミュレーション……によって、ある程度合理性をもった評価をすることが可能」であるとする。

441) 判例時報1538号142頁。なお、判例時報1538号141-142頁は、「地形的・気象の一体性」、「社会経済的・一体関係」および「公害激化にともなう一体性」があるからといって、特定工場群と本件各道路の間には、「連帯責任を負わせる……強い共同関係がある」とはいえないとする。

等に従事していたところ、じん肺に罹患した。そこで、Xらは、Yらの安全配慮義務違反による債務不履行または不法行為によってじん肺に罹患したとして、Yらに対し、損害賠償を請求した。

Yらは、Xらのじん肺への罹患には他の粉じん職場での粉じん吸入も影響を与えているため、責任は限定されるべきであると主張した。これに対し、裁判所は、以下のように判示した。

1 項後段は、「甲、乙等特定の複数の行為者（以下、甲、乙の二者で表示する。）につき……被害者に生じた損害が甲、乙のいずれかの行為によって発生したことは明らかであるが、甲、乙の各行為が原因として競合していると考えられるため、現実に発生した損害の一部又は全部がそのいずれによってもたらされたかを特定することができないとき」（「択一的損害惹起の関係」）に、各行為と損害との間に因果関係が存在することを推定するものである。ここでは、「甲、乙の各行為がそれだけで損害をもたらしうような危険性を有し、現実に発生した損害の原因となった可能性があること」が要件となる。「けだし……択一的損害惹起の関係があるときには、被害者としては、甲又は乙の違法行為がない限り、乙又は甲の違法行為と損害との間に因果関係が存在することを立証することができるにもかかわらず、甲又は乙の違法行為が存在すると」、因果関係の立証が「困難となり、明らかに被害者の保護にもとることとなるので、被害者を救済するため……因果関係が存在することを法律上推定するものとしたのが同規定の趣旨というべきだからである」。この場合、被告が「責任を免れるためには……自己の行為と損害との間に一部又は全部に因果関係がないことを主張・立証」しなければならない⁴⁴²⁾。

以上のように述べた上で、裁判所は、「Xらのじん肺は、……松尾採石所の粉じんを吸入することによってこれに罹患する危険性を有し、その吸入量いかんによってはXらの現在の症状に至りうる可能性がある」ため、「Xらに他の粉じん職歴があり、松尾採石所以外の職場で粉じんを吸入す

442) 判例時報1342号58頁。

る危険性があったとしても……因果関係は民法719条1項後段の類推適用により法律上推定される」と判示した⁴⁴³⁾。

本判決は、じん肺訴訟において1項後段の責任に関する一般的な要件につき判示した最初の判決であり、その後の裁判例に大きな影響を与えたものとされている⁴⁴⁴⁾。本判決において注目されるのは、「現実には発生した損害の一部又は全部が」Yらのうちの「いずれによってもたらされたか」が不明である場合を「択一的損害惹起」の事例としている点である（傍点筆者）。しかし、各行為が損害の一部のみを引き起こした可能性がある以上、これを択一的競合とするのは適当ではなく⁴⁴⁵⁾、むしろ累積的競合（寄与度不明）と捉えるのが適当であろう。

(b) 千葉地判平成5年8月9日判タ826号125頁（千葉じん肺訴訟判決）

Aは、Yらに雇用されて、坑道掘進作業等に従事していたところ、じん肺に罹患した。そこで、Aの承継人であるXらは、Yらの安全配慮義務違反による債務不履行または不法行為によりAがじん肺に罹患したとして、Yらに対し、損害賠償を請求した。本件において、Yらは、1項後段は「各人の行為に各損害発生の可能性があること」が認められる場合のみに類推適用されるべきところ、Yらの一部にはこれが認められない以上、同段は類推適用されるべきではないと主張した⁴⁴⁶⁾。これに対し、裁判所は、以下のように判示した。

1項後段は、「元来……複数の加害行為のどれかが全損害を発生させた場合の規定である……が、複数の加害行為のそれぞれが損害の全部又は一部を発生させる可能性があり、ただ、その全損害に対する割合が不明である場合にも類推適用される」。「なぜならば、損害が発生したことは確実でありながら、

443) 判例時報1342号59頁。

444) 前田（達）＝原田・前掲注46）203頁。

445) 瀬川・前掲注46）20頁（注4）、内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書（下）」NBL1082号（2016年）32頁、34頁。

446) 判例タイムズ826号153頁。

その発生に寄与したと思われる加害行為が複数であるがために、各加害行為の全損害に対する割合を立証しない限り、被害者が敗訴するというのは不合理であり、民法719条1項後段の規定の本来の場合、加害者に因果関係の全部の不存在について立証責任を負わせることが認められる以上、加害者に因果関係の一部の不存在について立証責任を負わせることは、何ら背理ではないからである」⁴⁴⁷⁾。

以上のように述べた上で、裁判所は、「Yらの行為は、それぞれ相当多量の粉じんを発生させるものである」こと等からすると、「民法719条1項後段の規定の類推適用により、YらがAを粉じんを吸入する作業に就かせたこととAのじん肺罹患との間に因果関係を推定することは許される」と判示した⁴⁴⁸⁾。

本件において、Yらは、複数の行為のうちの一部が全部惹起力を備えていない場合、1項後段の類推適用は認められないとの見解をとっていた。これに対し、本判決は、こうした見解を退け、一部の行為が全部惹起力を備えていない場合において、1項後段の類推適用を認める。このように、本判決は、全部惹起力を備えていない行為が累積的に競合する事例において1項後段の類推適用を認めるものであり、同段の適用射程を拡げたものと解することができる⁴⁴⁹⁾。もっとも、このような事例において各行為者が何ゆえに損害の全部について責任を負うのかについては、1項後段の「本来の場合」との比較がなされているものの、それ以上の明確な根拠は示されていない。

(c) 福岡高判平成13年7月19日判時1785号89頁(筑豊じん肺訴訟控訴審判決)

本件は、Y₁～Y₆が経営する炭鉱を含む多数の炭鉱において各種の粉じん作業に従事した者またはその相続人であるXらが、Yらの安全配慮義務違反による債務不履行によりじん肺に罹患したとして、Yらに対し損害賠

447) 判例タイムズ826号199-200頁。

448) 判例タイムズ826号200頁。

449) 前田(達) = 原田・前掲注46) 197-198頁を参照。

償を請求した事案である⁴⁵⁰⁾。なお、YらのうちY₄～Y₆との間で和解が成立したため、判決は、もっぱらY₁～Y₃（以下、「Y₁ら」という）の責任に関するものとなっている。本件において、Y₁らは、「一部の行為者にのみ……生じた損害の全部の責任を問うためには、同行為者が損害の一部に原因を与えたことを主張、立証しただけでは足りず、全損害が同行為者の行為によってのみ生じたことを主張、立証する必要がある」と主張した⁴⁵¹⁾。これに対し、裁判所は、以下のように判示した。

「その行為が単独では被害を発生させないとしても、それらが重合すれば被害が生じる……場合」（「重合的競合」）において、1項後段の類推適用が認められるためには、「複数の行為が相加的に累積して被害を発生させていること（客観的共同）と各行為者が他者の同様の行為を認識しているか、少なくとも自己と同様の行為が累積することによって被害を生じさせる危険があることを認識していること（主観的要件）」が求められる。この場合、「加害者側は、自己の行為の寄与割合を主張、立証して、責任の限定を求めることができる」⁴⁵²⁾。

以上のように述べた上で、裁判所は、「本件の場合、炭鉱企業は、じん肺の原因や発症機序を認識し、転職者については、粉じん職場での稼働歴を知っていたと考えられるし、退職者についても、さらに粉じん職場で稼働することを予想することは可能であるから、同条後段を類推適用する要件を満たしている」とした。そして、「本件従業員らのY₁ら3社での粉じん暴露期間が5年未満の場合には、それだけでじん肺に罹患する可能性は高くないから、絶対的暴露⁴⁵³⁾には該当せず、Y₁ら3社は、寄与度による責任の限定を求めるところ、……Y₁ら3社が主張するように、粉じ

450) なお、本件において、Xらは、Yらに対する責任と合わせて、国の責任も追及している。

451) LEX/DB 28061661（当該箇所は、判例時報では省略されていた）。

452) 判例時報1785号120頁。

453) 裁判所によると、「絶対的暴露」とは、「ある程度の期間及び量の暴露」を意味し、このような「暴露」がある場合、「それだけでも現症状を発現させる危険性が認められることになる」とのことである（判例時報1785号120頁）。

ん職歴の期間に応じて責任を限定することまでは相当といえないが、損害の公平な分担の観点からして、5年未満2年以上の場合は、損害の3分の2、2年未満は損害の3分の1の限度でY₁ら3社に負担させるのが相当」であるとした。

このように、裁判所は、全部惹起力を備えていない行為が累積することによって損害が発生する事例を「重合的競合」⁴⁵⁴⁾として捉えた上で、「客観的共同」と「主観的要件」をもって1項後段の類推適用を認める⁴⁵⁵⁾。この点、上述した千葉じん肺訴訟判決も、全部惹起力を備えていない行為につき1項後段の類推適用を認めていたところ、そこでは、その根拠が十分に示されていないかった。そうした中、本判決は、「他者の同様の行為」の認識などの主観的要素をもって各行為の損害惹起力の不足を補完し、全部責任を正当化している点が注目される⁴⁵⁶⁾。

(d) 福岡高判平成20年3月17日判時2015号146頁（西日本じん肺訴訟控訴審判決）

本件は、Y₁～Y₅が経営する炭鉱を含む多数の炭鉱において各種の粉じん作業に従事した者またはその相続人であるXらが、Yらの安全配慮義務違反による債務不履行によりじん肺に罹患したとして、Yらに対し損害賠

454) なお、西淀川第2～4次判決において用いられた「重合的競合」の概念と筑豊じん肺訴訟控訴審判決で用いられた「重合的競合」の概念とが同一であるかについては、なお、慎重な検討を要する。

455) なお、これに対して、原審（福岡地裁飯塚支判平成7年7月20日判時1543号3頁）は、一部のXらとの関係において、Yらが全部惹起力を備えていないことを理由として、Yらに対する同段の適用を否定していた。すなわち、裁判所は、1項後段を適用するための要件として、「加害者らの各行為がそれだけで損害をもたらし得るような危険性を有し、現実には発生した損害の原因となった可能性があること」を挙げる。その上で、裁判所は、Yら「における粉じん作業就労期間が他の炭鉱におけるそれと比べて極端に短い」ことなどを理由として、一部のXらとの関係において、Yら「の債務不履行と本件従業員らのじん肺罹患との間の全部の因果関係を否定するのが相当である」と判示した（判例時報1543号66-67頁）。

456) 1項後段の類推適用のための要件設定については、一部の学説から批判がある。これについては、内田・前掲注445)34頁を参照。

償を請求した事案である⁴⁵⁷⁾。なお、Yらのうち、Y₂～Y₅との間で和解が成立したため、判決は、もっぱらY₁の責任のみに関するものとなっている。本件において、Y₁は、「Y₁における就労期間が3年程度……の本件元従業員らは、Y₁の就労のみではじん肺にり患することはないのであって、Y₁における就労と、本件元従業員らのじん肺り患との間には因果関係はない」と主張した⁴⁵⁸⁾。これに対し、裁判所は、以下のように判示した。

1項後段の「『共同行為者のうちいずれの者がその損害を加えたかを知ることができないとき』には、[1] 競合する加害者らの各行為が単独でもその損害をもたらし得るような危険性を有する場合はもちろんのこと、[2] 特定の加害者による単独の行為では、損害を発生させる危険性を有しないが、他の加害者による同種の行為と相まって当該損害を発生させた場合であって、加害者各人の寄与度が明らかでない場合もこれに含まれると解するのが相当である。もっとも、後者の場合には、特定の加害者の単独行為では、損害を発生させる危険性を有しないのであるから、他の加害者の同種の行為が累積することによって損害を生じさせる危険があることにつき故意又は過失があったことを要件とすべきであるが、これは、一般の不法行為の要件（権利侵害に対する故意又は過失があること）として要求されるものであって、民法719条1項後段を適用するための要件ではない」⁴⁵⁹⁾。なお、「ある程度責任割合を画する客観的基準が提示されたと認められるときには、責任の公平分担の観点から、当該加害者の責任を一定の限度に止めることとするのが相当である」⁴⁶⁰⁾。

このように判示した上で、裁判所は、以下のように述べて、Y₁における粉じん職歴が5年未満の者との関係において、上記の「[2]」が妥当することから、Y₁に対する1項後段の類推適用を認めた。すなわち、Y₁における粉じん職歴が5年未満の者は、Y₁における「就労と他粉じん職歴

457) なお、本件において、Xらは、Yらに対する責任と合わせて、国の責任も追及している。

458) 判例時報1989号144頁。

459) 判例時報2015号153-154頁。

460) 判例時報2015号154頁。

が累積することによってじん肺に罹患し」たところ、 Y_1 は「そのことを認識し、或いは予見していたものというべきであり、どんなに控えめに見ても、これを予見すべきであった」⁴⁶¹⁾。なお、 Y_1 の責任限定については、「 Y_1 における就労期間と他粉じん職歴の期間とを比較しつつも、主として前者に依拠して Y_1 の責任割合を限定することとするのが相当である」とされている⁴⁶²⁾。

このように、本判決は、各行為が全部惹起力を備えていない場合においても、「他の加害者の同種の行為が累積することによって損害を生じさせる危険があることにつき故意又は過失」がある場合においては、1項後段の類推適用が可能であるとするものであり、行為者の主観的要素を問題とする点において、筑豊じん肺訴訟控訴審判決との共通性を指摘することができる。もっとも、主観的要素の責任要件上の位置付けは、本判決と筑豊じん肺訴訟控訴審判決とで異なっている⁴⁶³⁾。すなわち、筑豊じん肺訴訟控訴審判決における主観的要素——「主観的要件」——が1項後段の要件として要求されているのに対し、本判決における主観的要素は、一般不法行為の要件として要求されているのである。

(2) 学説の動向

これまで見てきたように、【2】期までは、複数行為者による不法行為については1項前段を中心とした解釈論が主流であったが、【3】期(1990年

461) 判例時報2015号154頁。

462) 判例時報2015号154-155頁。

463) ところで、原審(福岡地判平成19年8月1日判時1989号135頁)は、 Y_1 の行為が全部惹起力を備えていないことを理由として、1項後段の適用を否定しつつ、「複数の行為が累積して被害を発生させていること(客観的共同)と各行為者が他者の同様の行為を認識しているか、少なくとも自己と同様の行為が累積することによって被害を生じさせる危険があることを認識していること(主観的要件)を要件として」、1項後段の類推適用を認めた(判例時報1989号152-153頁)。1項後段を類推適用するにあたって、「主観的要件」が1項後段の要件として設定されている点は、筑豊じん肺訴訟控訴審判決と類似している。

代以降）に入ると、1項後段に関しても重要な議論の進展がみられる。以下では、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。なお、【3】期においては、建設アスベスト訴訟を契機として新たな学説が登場しているが、これに関しては、ドイツ法の検討（Ⅲ、Ⅳ）を踏まえた上で取り上げることとしたい。

（a）澤井裕の見解⁴⁶⁴

まず、澤井裕の見解を取り上げる。澤井は、裁判例の蓄積を受けて、1項前段の関連共同性を、「主観的関連共同性」⁴⁶⁵、「客観的関連共同性」および「主観的客観的関連共同性」の3つに分類する。以下では、このうち、「客観的関連共同性」および「主観的客観的関連共同性」に関する解釈論を取り上げる（下記①・②）。また、澤井は、1項前段と1項後段に跨る問題として、「寄与度不明」の場合を挙げる。そこで、これについても取り上げる（下記③）。

① まず、「客観的関連共同性」は、「物理的一体性」がある場合と「社会観念上的一体性」がある場合とに分けられる。このうち、前者は、「一体性を判断することにほとんど規範的判断を必要としない」場合である。これに対し、後者は、「複数人の行為が物理的に1つの加害行為を構成しているとはいえず、価値判断によって結論が分かれうるが、生じた損害の公平な分担という見地からみて、加害者らに個別の相当因果関係内の損害賠償を負担させるだけでは不公正と考えられ」る場合である。ここでは、規範的判断が行われる⁴⁶⁶。なお、後者のうち、「一体性が強い場合」においては、被告が自己の行為と結果との間の因果関係の不存在を立証しても減免責は許されない。その一方で、「弱い一体性」があるに過ぎない場合においては、「全部責任が推定されるにとどまり」、「因果関係の不存在とか個別行為の違法性レベルの低さ、想定される寄与度の小ささ如何によっ

464) 澤井・前掲注23) 341頁以下。

465) これについては、澤井・前掲注23) 347-349頁を参照。

466) 澤井・前掲注23) 349-350頁。

ては責任の減免責が認められる」⁴⁶⁷⁾。

⑥ 次に、「主観的客観的関連共同性」は、「主観的客観的両要素を総合して規範的に判断されるべきであるから……『強い関連共同性』と『弱い関連共同性』の2種類の共同不法行為」が認められる。「前者においては、被告の因果関係不存在・寄与度の立証が認められない」が、後者においては、これらを主張することにより減免責が認められる⁴⁶⁸⁾。

⑦ 最後に、裁判例および学説の中には、「損害に対する各加害者の寄与度が不明の場合……に後段を『適用』する」ものがあるが、このような場合に関しては、「加害行為の緩やかな共同性と損害の寄与度不明の両者が全部責任の根拠となっている点から前段と後段の両条項の類推適用、すなわち規範の統合の類型」と捉えるべきである。そして、ここでは、被告の減免責の主張が認められるべきである⁴⁶⁹⁾。

澤井はかつて、ジュリスト研究会(1971年)において、民法719条1項の関連共同性を「強い共同性」と「広い共同性」とに分け、前者の場合には連帯責任が成立し、後者の場合には分割責任が成立するという考え方を提示した。そして、後者の場合において分割責任が成立する根拠としては、各行為の違法性の低さが挙げられていた。この考え方は、1990年代の澤井の議論において、「社会観念上の一体性」がある場合のうち「弱い一体性」がある場合(上記⑥)に引き継がれたと考えられる⁴⁷⁰⁾。一方、1990年代の澤井は、全部責任を根拠付けるものとして、「加害行為の緩やかな共同性と損害の寄与度不明」を挙げるが(上記⑦)、こうした考え方はジュリスト研究会の当時には見られなかったものである。

467) 澤井・前掲注23) 350頁。

468) 澤井・前掲注23) 351-352頁。

469) 澤井・前掲注23) 359頁。

470) 吉村・前掲注429) 1611-1613頁は、この時期の澤井が従前の「自説(特に、『弱い』関連共同の場合に分割責任の可能性を認めるという考え方)」「の枠組を大きく変え」ていないことを指摘する。

(b) 大塚直の見解⁴⁷¹⁾

次に、大塚直の見解を取り上げる。大塚は、競合的不法行為の効果を「限度責任」としつつ、「寄与度不明」（累積的競合）の場合に1項後段の類推適用を認めることで、因果関係の立証困難に対処する。以下では、大塚の見解の中でも、とりわけ注目に値する部分として、競合的不法行為の効果および「必要的競合」に関する主張を検討の対象とする。この部分に関する大塚の見解は、以下の通りである（下記①～④）。

① まず、競合的不法行為の効果は、「限度責任」（分割責任）を原則とすべきである。なぜなら、日本民法には、ドイツ民法840条のような規定、すなわち、「1つの不法行為から生じた損害につき数人が併存的に責任を負う場合」には連帯責任が成立することを定めた規定がないからである。また、日本「民法709条は、不法行為の一般原則として、各自は自己の行為の責任のみを負うことを規定しているのであり、別々の行為により、偶然同じ被害者に損害を与えたからといって、当然に他人の責任も負うことにはならない」からである⁴⁷²⁾。

② 次に、競合的不法行為における限度責任は、法的評価としての寄与度が基準となる。ただし、寄与度といっても、「当事者にとっての証明の対象は、その基礎としての事実であり、評価自体は裁判所が行う」⁴⁷³⁾。

③ なお、「裁判官がこのような寄与度の判定を合理的になしえない場合……『寄与度不明』の場合として、1項後段が類推適用されるべきである」⁴⁷⁴⁾。もちろん、1項後段は、文理上、択一的競合の場合にのみ適用されるものであるが、「『寄与度不明』の場合にも、因果関係の証明が難しく、被害者の救済の必要は『択一的競合』の場合と同様である」⁴⁷⁵⁾。

471) 大塚・前掲注31)「星野古稀」851頁以下。

472) 大塚・前掲注31)「星野古稀」882-884頁。

473) 大塚・前掲注31)「星野古稀」890頁。なお、同書885頁、889頁は、「限度責任の判定は、『賠償範囲論』において行われるべきである」としつつ、割合的因果関係論および「割合的金銭的評価論」を採用することを否定する。

474) 大塚・前掲注31)「星野古稀」881頁、885頁。

て、「寄与度不明」の場合にも、同段が類推適用されるべきである⁴⁷⁵⁾。

④ 原因競合の態様の1つである「必要的競合」は、「乗法型」と「加法型」とに区別される。「乗法型」とは、「複数原因が互いに引き金となって損害が発生した場合」、「すなわち、どの原因がなくても損害が発生しなかった場合」のことである。一方、「加法型」とは、「複数の原因が同質であり、かつ寄与度の割当てが単純に可能な場合」、すなわち「加害原因Aのみでも、Bのみでもそれぞれ一部の損害が発生し、両者の競合により損害が増加する場合」のことである⁴⁷⁶⁾。「乗法型」においては、「事実認定のレベルで複数原因の寄与度を判断することは困難である」ため、責任を「減額する判断は法的評価のレベルで行われるべき」である⁴⁷⁷⁾。これに対し、「加法型」においては、「損害があたかも1個のようにみえるが、実は複数の損害が存在していると考えられること」ことから、「事実認定のレベルで複数原因の寄与度を判断することが可能である」⁴⁷⁸⁾。

大塚の見解は、以下の2点に特徴がある。

第1に、大塚は、競合的不法行為の効果を「限度責任」としつつ、「寄与度不明」の場合において1項後段を類推適用する。これにより、競合的不法行為の相当部分において連帯責任が導かれる。それまで、一部の学説は、行為の惹起力が結果全体に及ばないことをもって分割責任を導いていたが⁴⁷⁹⁾、これと比較すると、大塚においては、連帯責任が成立する領域が広がることとなる。

第2に、大塚は、「必要的競合」を「乗法型」と「加法型」とに分け、前者においては法的評価としての寄与度が問題となり、後者においては事実レベルでの寄与度が問題となるとする。寄与度を評価的なものと事実的

475) 大塚・前掲注31)「星野古稀」881頁。

476) 大塚・前掲注31)「星野古稀」877頁。

477) 大塚・前掲注31)「星野古稀」878頁。

478) 大塚・前掲注31)「星野古稀」878頁、889頁。なお、同「共同不法行為論」法律時報66巻10号(1994年)30頁、34頁は、「加法型」の具体例の1つとして、大気汚染を挙げる。

479) 代表的な学説として、四宮・前掲注4)797頁。

なものに分ける見解はこれまでも見られたが⁴⁸⁰⁾、大塚の見解は、これらの寄与度概念がそれぞれいかなる場合に妥当するのかを明らかにした点で注目に値する。

(c) 吉村良一の見解⁴⁸¹⁾

次に、吉村良一の見解を取り上げる。吉村は、「共同不法行為規定の存在理由」を「自己の行為の結果を超えた……全損害に対し責任を負わせる」ことに求めた上で、「そのような存在意義（＝効果）との関連で……関連共同性要件を再構成」する⁴⁸²⁾。そこで、以下では、吉村の関連共同性に関する主張を取り上げる（下記①・②）。

① まず、「関連共同性の基本は、加害行為が一体のものとしてなされたかどうか、大気汚染公害にそくして言えば、被告（群）の排出した汚染物質が複合して1つの大気汚染という加害行為を形成したのかどうかである。このような一体性があれば、それだけで、関連共同性の最小限の要件は満たされている」。「このような場合、社会通念上、共同して不法行為を行ったと見られうる最低限の一体性」（弱い関連共同性）が存在し、「このような一体性のある場合には各個別の行為者の寄与についての証明が困難であること、そして、公平の見地からして、そのような立証困難による不利益は……汚染者が負うべきことが、全部責任の妥当性を根拠づけうる」。ただし、この場合においては、減免責の主張が認められる⁴⁸³⁾。

② 次に、「この基礎的な共同性に加えて、それを補強しうる他の要素が存在する場合、関連共同性はより強固となり」（強い関連共同性）、減免責の主張は認められない。そのための要素は、2つある。第1は、「拡大された注意義務」ないし「横の義務」である。これは、「各自自己がその

480) 能見・前掲注34) 2198-2999頁。

481) 吉村・前掲注1) 275頁以下。

482) 吉村・前掲注1) 276頁。

483) 吉村・前掲注1) 276頁、同・前掲注4) 262頁。なお、同・前掲注4) 264頁は、「主観的要素と客観的要素の総合は……（弱い関係共同性を含む）関連共同性一般において行われる」とする。

権利侵害を発生しないように注意する義務」および「共同する他人が権利侵害しないように注意する義務」を内容とする⁴⁸⁴⁾。こうした『「拡大された注意義務」が発生するためには、場所的および時間的近接性などの行為の一体性の強固さが重要な意味を持つ⁴⁸⁵⁾。第2は、「集積の利益」ないし「共同の利益」を享受していることである。そして、これら2つの「要素は相互補完的なものと見るべきである⁴⁸⁶⁾。

吉村の見解で注目すべきは、以下の2点である。

第1に、弱い関連共同性を判断するにあたって、主観的要素と客観的要素の総合判断を行うことが強調されている点である。この点、西淀川第1次判決などにおいては⁴⁸⁷⁾、これらの要素の総合判断は、強い関連共同性を導くものとして行われていたところである。

第2に、強い関連共同性の根拠として、「拡大された注意義務」と「集積の利益」が挙げられている点である⁴⁸⁸⁾。このように、吉村においては、各行為者に減免責を許さない連帯責任を課すにあたって、その規範的正當性が強調されているといえる。

(d) 能見善久の見解⁴⁸⁹⁾

次に、能見善久の見解を取り上げる。能見に関してはすでに【2】期において取り上げたが、以下では、【3】期に入って新たに検討されている問題として、「加害の可能性ある者をどの程度特定する必要があるかという問題」、および行為者のみならず被害者も複数存在する事例における1項

484) 吉村・前掲注1) 277頁、同・前掲注4) 262-263頁。

485) 吉村・前掲注4) 263頁。

486) 吉村・前掲注1) 278頁、同・前掲注4) 263頁。

487) 西淀川第1次判決以外にも、たとえば、横浜地判川崎支判平成6年1月25日判時1481号19頁(川崎大気汚染公害第1次訴訟判決)においても、共同行為者間の「緊密な一体性」(1項前段)を認めるにあたって、主観的要素と客観的要素の総合判断が行われた。この点については、判例時報1481号93-94頁、97-98頁を参照。

488) なお、淡路剛久ほか「座談会・大気汚染公害訴訟の現状と課題」法律時報62巻11号(1990年)8頁、12頁〔吉村良一発言〕も参照。

489) 能見善久「複数不法行為者の責任」司法研修所論集82号(1990年)1頁。

後段の効果に関する問題を取り上げる（下記③～④）。

③ まず、1項後段の適用においては、「特定性の要件」が設定される。しかし、「加害の可能性がある者がほかにいる場合であっても、つかまえた者だけで損害惹起の可能性がかなりの程度に達するときは」、1項後段の適用が認められる⁴⁹⁰⁾。

④ こうした結論は、以下の2つの事例を比較することによって、正当化され得る。すなわち、損害を惹起した可能性のある者が全部で5人である事例——各人が損害を惹起した可能性が20%である事例——においては、被告の範囲が特定されている以上、1項後段の適用が認められる。これに対し、2人の行為者が損害を惹起した可能性はそれぞれ45%以上であるものの、この2人以外にも損害を惹起した可能性のある者が存在するという事例において、特定性を要件とすると、1項後段の適用は否定されることとなる。しかし、こうした結論は、「アンバランスではないだろうか」。したがって、後者の事例においても、1項後段の適用が認められるべきである⁴⁹¹⁾。

⑤ 次に、行為者のみならず被害者も複数存在する事例においては、1項後段の効果は、損害全体についての連帯責任ではなく、分割責任とするべきである。なぜなら、全損害について因果関係を推定することは、過剰な推定だといえるからである⁴⁹²⁾。

⑥ たとえば、X・Y・Zが、ある薬剤を服用したことによって健康被害を受けたところ、同薬剤を製造販売する製薬会社としてA・B・Cの3

490) 能見・前掲注 489) 30-32頁。

491) 能見・前掲注 489) 31頁。たとえば、ある薬剤が原因となって薬害が発生した事例において、製薬会社AおよびBが、当該薬剤の市場占有率の90%以上を占めていたものの、それ以外の製薬会社も当該薬剤を製造販売していたとする。ここでは、AおよびBが損害を惹起した可能性は、45%以上となる。この場合、AおよびB「以外の者が損害を引き起こした可能性が絶無ではないにしても」、AおよびBに対して、1項後段の適用が認められるべきである。

492) 能見・前掲注 489) 33-35頁。

社が存在しており、 $X \cdot Y \cdot Z$ がそれぞれこの3社のうちのどの製薬会社の薬剤を服用したのかは不明であるとする。ここで、 $X \cdot Y \cdot Z$ が、それぞれ $A \cdot B \cdot C$ に対して1項後段に基づき連帯責任を追及できるとすると、 $X \cdot Y \cdot Z$ のいずれもがAに対して全額の賠償を請求した場合、たとえ求償までの間であるとしても、Aは $X \cdot Y \cdot Z$ に生じた損害をすべて負担しなければならない。しかし、たとえば、 $A \cdot B \cdot C$ の市場占有率が3分の1ずつであったとすると、このような解決は、「本来Aが起こした可能性のある損害の範囲」を超える責任をAに課すことになり、適当ではない。したがってここでは、「分割の割合」が分かればその割合に応じた責任とし、それが分からない場合には「頭割りの分割責任」とするのが適当である⁴⁹³⁾。

ここでの能見の見解の特徴は、以下の2点である。

第1に、能見は、1項後段の要件として「特定性」を要求しつつも、各行為が損害を惹起した「可能性がかなりの程度に達するときは」、この要件を緩和する。従来、1項後段においては、加害者である可能性のある者をすべて特定することが必要であるとされてきたが⁴⁹⁴⁾、能見は、このような考えをどこまでも貫くことによる不都合を指摘し、一定の場合において具体的妥当性を重視した解釈論を採用する。

第2に、能見は、行為者のみならず被害者も複数存在する事例において1項後段を従来通りに適用すると各行為者に過剰な責任が発生するという問題を問題視する。ここでは、行為者と被害者の双方に多くの当事者が存在する事例において、いかにして損害の公平な分担を図るのかということが問題となっている。

(e) 渡邊知行の見解⁴⁹⁵⁾

最後に、渡邊知行の見解を取り上げる。渡邊は、1項後段を寄与度不明

493) 能見・前掲注 489) 33-34頁。

494) 幾代 = 徳本・前掲注 4) 229頁 (注3)。

495) 渡邊・前掲注 32) 470頁以下。

の場合に類推適用することを主張するが、従来の学説と比較して、寄与度減責が認められる場合を拡張する。以下では、渡邊の見解のうち、1項後段を寄与度不明の場合に類推適用することの正当化根拠、「原告が特定すべき加害行為者の範囲」、および寄与度減責に関する主張部分を取り上げる（下記①～③）。

① まず、1項後段は、加害者不明の場合を念頭においた因果関係の推定規定であるが、寄与度不明の場合にも類推適用される。なぜなら、加害者を特定できない「被害者が、後段によって因果関係推定という法の保護を受け、他方、加害者を特定する立証ができたにもかかわらず、当該加害者の損害に対する寄与度を立証できない被害者が、後段の文言が規定していないという理由で、因果関係の一部推定という法の保護を受け得ないとするならば、衡平に反する」からである⁴⁹⁶⁾。

② 次に、1項後段において「原告が特定すべき加害行為者の範囲」については、被告以外に真の加害者がいないことを立証する必要はなく、「中に真の加害者が存在する可能性が一定程度存在する範囲で、加害者であり得る者を原告が特定することで足りる」。なぜなら、「加害者であり得る者が多数存在する場合には、全てを特定することはほとんど不可能であり」、「加害者であり得る者の数によって原告の救済が左右されるのは、不合理」だからである⁴⁹⁷⁾。

③ 最後に、1項後段の効果として、被告は、「自らが加害者ではないことや損害の一部にのみ寄与したことを証明して免責または減責を受け」ることができなかつたとしても、自己の行為の結果に対する「危険寄与率を証明することによって減責を受けることができる」⁴⁹⁸⁾。これは、以下の理由に基づく。すなわち、起草当時、1項後段の適用が想定されていた事

496) 渡邊・前掲注32) 470-471頁。

497) 渡邊・前掲注32) 477頁。

498) 渡邊・前掲注32) 479-480頁、同「不法行為における因果関係の統計資料による認定（4・完）」富大経済論集45巻3号（1999年）507頁、538頁。

例においては、「被告の加害行為が発生させた危険は、被害者に発生した損害全体を発生させ得る蓋然性が大きい」ため、「加害行為と損害との間の因果関係が立証されなくても、被告が原告の全損害額を賠償することが正当化」された。「これに対して、公害事案や薬害事案では……損害全体を発生させ得る蓋然性の程度に満たない危険を発生させている加害行為者が多く存在する」。そのため、「公害事案や薬害事案などにおいて……因果関係不存在について反証をあげることができない被告に全額責任が課され、そのような被告には減責の余地が全くない」というのは妥当ではない⁴⁹⁹⁾。

渡邊の見解を整理すると、以下の通りとなる。

まず、1 項後段を寄与度不明の場合に類推適用することの正当化根拠に関しては、同段が本来念頭においている加害者不明の場合との比較が重視されている。そこでは、寄与度不明の場合を「加害者を特定する立証ができたにもかかわらず、当該加害者の損害に対する寄与度を立証できない」場合として捉えている点が特徴的である（傍点筆者）。

次に、「原告が特定すべき加害行為者の範囲」に関しては、「中に真の加害者が存在する可能性が一定程度存在する」程度に特定がなされていればよいとされている。そこでは、「加害者であり得る者が多数存在する」場合を念頭におきつつ、「加害行為者」の特定の要件を緩やかに解すべきことが主張されている。

最後に、寄与度減責に関しては、因果関係の一部不存在の立証による減責に加え、「危険寄与率」に基づく減責が主張されている。後者の減責は、いわゆる「市場占有率に基づく責任 (market share liability)」と親和的な考え方だといえるが、渡邊においては、このような考え方に基づく損害の分配が重視されている点が特徴的である。

(f) 小 括

ここで、【3】期の学説の特徴を整理しておこう。この時期の学説の特徴

499) その他の理由も含めて、渡邊・前掲注 32) 479頁を参照。

として、以下の3点を指摘することができる。

第1に、この時期の学説の多くは、1項前段の意義を、個別的因果関係がない結果について各行為者に責任を課す点に求めつつ、これを関連共同性によって正当化する⁵⁰⁰⁾。これは、【2】期の学説を受け継いだものといえる。その上で、【3】期においては、同段における減免責を許さない連帯責任の正当化根拠につき、議論の進展がみられる。すなわち、吉村は、「拡大された注意義務」と「集積の利益」の観点から、同段における減免責を許さない連帯責任を規範的に正当化するのである。

第2に、この時期に入ると、1項後段を寄与度不明の場合に類推適用し、連帯責任を導くべきだとする見解が登場する。すなわち、大塚と渡邊は、加害者不明の場合と寄与度不明の場合との間に被害者救済の必要性の点で差がないこと等を指摘し、1項後段を寄与度不明の場合に類推適用することを主張する。また、澤井は、「加害行為の緩やかな共同性」と「寄与度不明」を全部責任の根拠として、「前段と後段の両条項の類推適用」により各行為者に連帯責任を課すべきことを主張する。

第3に、この時期においては、分割責任への志向も顕著にみられる。すなわち、大塚は、上述の通り、寄与度不明の場合において1項後段の類推適用を主張するが、その一方で、裁判官が寄与度の判定を合理的になし得るかぎり、競合的不法行為の効果は「限度責任」となると主張する。また、能見は、行為者のみならず被害者も複数存在する事例において1項後段をそのまま適用すると因果関係の推定が過剰に働いてしまうことを問題視し、むしろ分割責任を成立させるのが適当であるとする。さらに、渡邊は、上述の通り、1項後段を寄与度不明の場合に類推適用することを主張するが、その一方で、「危険寄与率」に基づく減免を許容する。この渡邊の見解も、全ての行為者につきこのような減免がなされるかぎりにおいて、分割責任による解決を導くものとなる。

500) たとえば、吉村・前掲注1) 276-278頁、潮見・前掲注4) 133頁、162頁以下。

(3) 【3】期の小括

1990年代に入り、大気汚染事例やじん肺事例に関して注目に値する裁判例がいくつか登場した。そしてこれを契機として、複数行為者の不法行為責任に関する学説の議論は、大きく進展した。この【3】期の学説に関しては、すでに直前の項で一定の整理を行ったが、以下では、これを踏まえつつ、この時期の議論の到達点と残された課題を3つの論点(下記①～③)に分けて整理しておきたい。

① 累積的競合の場合の連帯責任　すでにみたように、【3】期においては、全部惹起力のない行為が累積することによって結果が発生する事例——累積的競合の事例——に関心が集まった。そして、このような事例に対する法的対応として、各行為の結果発生に対する寄与度が不明であることに着目し、1項後段の類推適用によって連帯責任を導くという考え方が有力化した(大塚、渡邊、千葉じん肺訴訟判決など)。この点は、この時期における議論の到達点とみることができよう。

一方、このような考え方に関しては、各行為に全部惹起力がないにもかかわらず、何ゆえ全部責任が認められるのかという点が十分に解明されているとは言い難い。この点につき、西淀川第1次判決は、累積的競合の典型的な事例である大気汚染事例において、各行為の損害惹起力に十分な注意を払うことなく、1項後段の責任を導いている。これに対し、同じ累積的競合に関する裁判例でも、筑豊じん肺訴訟控訴審判決や西日本じん肺訴訟控訴審判決は、各行為者の主観的要素——「他者の同様の行為」の認識など——を考慮することによって各行為の損害惹起力の不足を補完し、全部責任を導いている。もっとも、こうした主観的要素の考慮は、吉村の所論に見られるように、1項前段の責任を導くものとして捉えることもできるため、そこでは1項前段と1項後段の棲み分けをどのようにするのかという難問が立ち現れる。

② 集団的寄与度に応じた連帯責任　大気汚染の中でもいわゆる都市型複合大気汚染においては、被告ら以外にも様々な汚染源が存在するた

め、生じた全ての損害について被告らに責任を課するのは適当ではない。そこで、都市型複合大気汚染に関する裁判例は、被告らに対し、集团的寄与度に応じた連帯責任を課す。これは、1項前段と1項後段のいずれにも適用可能な考え方であるが、とりわけ後者との関係では、特定性の要件を克服するものとして重要な意義を有する。この点は、この時期における議論の到達点とみることができよう。

一方、この集团的寄与度に応じた連帯責任を解釈論上どのように導くかに関しては、見解の一致をみていない。すなわち、西淀川第1次判決は、このような責任を、損害発生時期区分等に応じ、1項後段または1項前段の適用によって導くのにに対し、西淀川第2～4次判決は、これを民法719条の類推適用によって導く。後者の判決は、同条の適用につき「結果の全部又は主要な部分を惹起した者」の特定が必要であるとするため、そのような者が特定されていない当該事案において同条の類推適用を行う。しかし、そもそも同条の適用においてそのような者の特定が必要であるかに関しては、検討を要するところである。

③ 分割責任による解決の可能性　すでにみたように、【3】期に入り、分割責任を志向する学説がいくつか登場する（大塚、能見、渡邊）。これらの学説は、具体的なレベルではそれぞれ異なった内容をもつものであるが、損害の公平な分担を図るという点では共通しているともいえよう。こうした学説が登場したことは、それ自体がこの時期における議論の到達点だとみることができる。しかしその一方で、被害者救済を強力に推し進めるべきとの立場からは、連帯責任による解決も軽視し得ないところである。このようなことからすれば、1項前段または1項後段による連帯責任と寄与度に応じた分割責任との関係を解釈論上どのように整理するかが、問題として残されることとなる。

4. 従来の議論における問題点と比較法を行う趣旨

(1) 従来の議論における問題点

すでに述べたように (I 4.(1))、本稿は、1 項後段の趣旨を明らかにするとともに、累積的競合をいかなる責任規範で受け止め、そこでどのような責任を発生させるのか——連帯責任か分割責任か——を明らかにすることを検討課題とする。本章での検討を踏まえると、これらに関する従来の議論には、以下のような問題点がある。

① 1 項後段の趣旨について 1 項後段は、「共同行為者のうちいずれの者がその損害を加えたかを知ることができない」場合——択一的競合の場合——において、各行為者に連帯責任を課す。同段の趣旨は、加害者が不明であることにより賠償が認められないのは被害者にとって酷であることから、「公益上」の理由 (穂積) ないし「正義公平」(中村) に基づいて被害者を保護する点にあるとされる。しかし、各行為と結果との間の因果関係の立証困難は、択一的競合の場合にのみ生じるものではない。そうした中であって、民法典が択一的競合の場合に限定して因果関係の立証困難を克服する規定を置いている理由については、十分に解明されているとは言い難い。

この点、たしかに、学説の中には、1 項後段の趣旨につき立ち入った検討を行うものもある。たとえば、1 項後段の効果を説明するにあたって、行為者が違法な結果が生じることを「覚悟シテ」行為を行ったことを強調するもの (穂積)、危険な行為を行ったことに対する制裁という観点を強調するもの (鳩山、我妻)、複数の行為の競合によって相互に因果関係の推認が妨げられ、いずれの行為についても因果関係の証明が不十分なものとなるという事態から被害者を保護する必要性を強調するもの (塚原、四宮) などがそれである。

もっとも、1 項後段の趣旨としてこれらの点を強調するだけでは、同段の責任において充分性は不要であるとの解釈論に安易に道を開くこととな

る。そうすると、損害を引き起こした可能性のある者のうちのごく一部の者が特定されたに過ぎない場合や、行為者の行為のほか自然力や被害者の行為が損害を引き起こした可能性がある場合においても、同段の責任が発生することとなり得る。しかし、1項後段はこれらの場合において「共同行為者」に連帯責任を課すことを認めているのだろうか。同段に関する従来の議論をみるかぎり、学説上、こうした問題が十分に検討されてきたとは言い難い。

② 累積的競合の場合の連帯責任 累積的競合をいかなる責任規範で受け止め、そこでどのような責任を発生させるのかに関しては、以下のような議論の変遷がみられる。

まず、【1】期において、累積的競合の場合に1項前段を適用できるかが議論されたが、判例および支配的な学説は、これを否定した。判例および支配的な学説は、1項前段の要件として、各行為と結果との間の因果関係を要求するところ、累積的競合においては、各行為と結果との間に——少なくとも不可欠条件関係の意味での——因果関係はないといえるため、同段の適用は認められないのである。このような解釈論は、落石事故に関する前掲大判大正8年11月22日（II 1.(6)(i)【判決3】）において、明確に示されているといえる⁵⁰¹⁾。

次に、【2】期および【3】期において、一部の有力な論者（前田（達）、淡路、平井など）は、各行為と因果関係のない結果についても減免責を許さない連帯責任を成立させる点に1項前段の意義を求めつつ、これを関連共同性によって正当化する。これにより、累積的競合を1項前段で受け止め、連帯責任を導くことが可能になる。もっとも、このように行為者にとって厳しい責任が発生することから、同段の関連共同性は限定的に解す

501) なお、【1】期の学説のうち、各行為と因果関係のない結果に対しても責任を課す点に1項前段の意義を求めつつ、これを主観的共同によって正当化する見解や、各行為と結果との間の因果関係を要件としつつ、共同行為という中間項によってこれを事実上緩和する見解をとる場合、累積的競合の場合に1項前段を適用する余地が生じる。しかし、これらの学説は、累積的競合の場合を念頭において主張を行っていない。

るべきだとされている。同段の責任につき、行為相互の場所的・時間的近接性⁵⁰²⁾や、「拡大された注意義務」の違反⁵⁰³⁾を問題にする見解は、そのような趣旨に基づくものだと考えられる。そうすると、累積的競合のうち、これらの基準を満たさず、関連共同性が認められない場合においては、1項前段を適用することができなくなる。

そこで、累積的競合をいかなる責任規範で受け止めるかが、改めて問われることとなる。本章での検討を踏まえるならば、この点に関しては、次の2つの立場が重要である。

まず1つ目は、累積的競合を競合的不法行為一般の中で捉え、そうした視点から一定の効果を導く立場である。これは、さらに次の2つの見解に分かれる。第1は、各行為が結果に何らかの形で寄与した以上、当該行為の損害惹起力が結果全体に及ばなくても全部責任が成立するとする見解(平井、幾代=徳本)、第2は、各行為に全部惹起力がない場合においては分割責任が成立するに過ぎないとする見解(四宮)である。

次に2つ目は、累積的競合に1項後段を類推適用する立場である。これによると、択一的競合(加害者不明)の場合と累積的競合(寄与度不明)の場合との間に被害者救済の必要性の点で差がない以上、後者の場合においては1項後段が類推適用され、減免責を許す連帯責任が成立することになる(大塚、渡邊)。しかし、この立場においては、各行為に全部惹起力がない場合において何ゆえ全部責任が成立するのかという点が十分に解明されているとは言い難い。この点、筑豊じん肺訴訟控訴審判決は、各行為者の主観的要素を考慮することによって損害惹起力の不足を補完し、全部責任を正当化する。しかし、そこでの主観的要素は、1項前段の責任を導くものとしても捉えることができるため、ここに、1項前段と1項後段の棲み分けをどのようにするのかという難問が立ち現れる。

このように、累積的競合のうち1項前段が適用されない場合をいかなる

502) 潮見・前掲注4)209頁は、「『時間的・場所的近接性』は最低限必要」であるとする。

503) 吉村・前掲注1)277-278頁。

責任規範で受け止め、どのような責任を発生させるのかに関しては、十分な検討がなされてきたとは言い難い。

（2）比較法を行う趣旨

以上のような従来の議論における問題点を踏まえ、本稿は、上記(1)の冒頭で掲げた検討課題に取り組むため、ドイツ法の議論を検討する。具体的には、Ⅲにおいてドイツ民法830条1項2文——わが国の1項後段に相当する規定——の趣旨に関する議論を検討し、Ⅳにおいて累積的競合（寄与度不明）に関する議論を検討する。本稿がこれらの議論を取り上げる趣旨は、以下の通りである。

まず、ドイツ民法830条1項2文は、択一的競合の場合において各行為者に連帯責任を課すところ、ドイツでは、同文の趣旨に関して多くの議論が行われている。そこでは、民法典が択一的競合の場合に限定して因果関係の立証困難を克服する規定を置いていることの意味が正面から問われ、そうした中から、同文の要件に関して様々な理解が示されている。このドイツにおける一連の議論は、わが国における1項後段の趣旨および要件に関する議論を評価する上で、重要な視点を与えるものだといえる。

次に、のちに詳しく述べるように、ドイツ民法830条1項2文は、各行為者に全部惹起力が備わっていることを要件とする。そうすると、たとえば、複数の汚染源による環境汚染の事例においては、多くの場合、各汚染源に全部惹起力が備わっているとは言い難いため、同文を適用することが困難となる。そこで、ドイツでは、各行為者に全部惹起力が備わっていない累積的競合において、各行為者と結果との間の因果関係を推定し、各行為者に連帯責任を課することができないかが議論されている。このドイツにおける一連の議論は、累積的競合をいかなる責任規範で受け止め、そこでどのような責任を発生させるのか——連帯責任か分割責任か——について十分に解明が進んでいないわが国の議論状況に対して、一定の示唆を与えるものだといえる。

そこで、以下、ⅢおよびⅣにおいてドイツ法の議論を検討する。

Ⅲ ドイツ民法830条1項2文の責任根拠および責任構造

1. はじめに

「共同不法行為者 (Mittäter) および関与者 (Beteiligte)」に関するドイツ民法830条は、次のように規定する⁵⁰⁴⁾。

民法830条 (共同不法行為者および関与者)

第1項 複数の者が共同で (gemeinschaftlich) 行われた不法行為により損害を引き起こした場合、各人はその損害につき責任を負う。複数の関与者のうちのいずれの者がその行為により損害を引き起こしたのかわ知ることができない場合も、同様とする。

第2項 教唆者および幫助者は、共同不法行為者と同様に扱う。

このように、同条は、日本民法719条と類似している。これは、日本民法719条が、民法830条の前身であるドイツ民法第2草案753条の影響を受けた⁵⁰⁵⁾ ことによるものと考えられる。しかし、ドイツ法は、次の2つの点において日本法と異なっている⁵⁰⁶⁾。

第1に、連邦通常裁判所 (Bundesgerichtshof) の判例および支配的な学説によると、民法830条1項1文 (以下、単に「1項1文」という) は、「共同不法行為者」の行為が故意によるものであることを要件とするため⁵⁰⁷⁾、同文の適用範囲は広くはない。このため、ドイツでは、むしろ同条1項2文 (以下、単に「1項2文」という) に関する議論の蓄積が豊富である。これは、わが国の判例および学説が、複数行為者の不法行為につき、1項前

504) 以下、ⅢおよびⅣにおいて、法令は、特に明示しないかぎり、ドイツのものとする。ただし、日本民法719条1項前段および同項後段については、引き続き、それぞれ「1項前段」「1項後段」と略記する。

505) 大塚・前掲注245) 282頁。

506) この点につき、田口・前掲注53) 141-143頁を参照。

507) MünchKomm/ *Gerhard Wagner*, BGB § 830, 8. Aufl., 2020, Rn. 19 m. w. N.

段に重点をおいて議論を行ってきたのとは対照的である⁵⁰⁸⁾。

第2に、ドイツ法においては、生じた損害につき誰が責任を負うべきかに関する規定と、責任を負うべき複数の者の債務の関係に関する規定とが分離している。すなわち、上述の通り、民法830条1項は、「共同不法行為者」——「共同で」不法行為を行った複数の者——および「複数の関与者」が生じた損害につき責任を負うことを規定するところ、これらの者の損害賠償債務がどのような関係に立つのかについては規定していない。これに関しては、民法840条1項が規定している。すなわち、同項は、「ある不法行為により発生した損害につき複数の者が共に (nebeneinander) 責任を負う場合、これらの者は連帯債務者として責任を負う」と規定する。支配的な学説によると、同項は、それ自体が独自の責任規定ないし請求権の根拠規定であるわけではなく⁵⁰⁹⁾、不法行為責任規範と連帯債務に関する一般的な規律とを結びつける機能——「蝶番機能 (Scharnierfunktion)」⁵¹⁰⁾——を有する規定であるに過ぎない⁵¹¹⁾。この点、日本民法719条1項では、その効果として、「各自が連帯して」責任を負うべきことが規定されており、ドイツ法とは規定の構造が異なる。

なお、学説の一部には、民法840条1項を独自の責任規定ないし請求権

508) これは、概ね【2】期までの法状況を前提とする。これに対し、IIで概観したように、【3】期に入ると、1項後段に対する関心が相対的に高まることとなる。

509) Staudinger/ Klaus Vieweg, BGB § 840, Neubearbeitung 2015, Rn. 3; MünchKomm/ Gerhard Wagner, BGB § 840, 8. Aufl., 2020, Rn. 1.

510) MünchKomm/ Wagner, a. a. O. (Fn. 509), Rn. 1.

511) Staudinger/ Vieweg, a. a. O. (Fn. 509), Rn. 2; MünchKomm/ Wagner, a. a. O. (Fn. 509), Rn. 1; BeckOK BGB/ Gerald Spindler, 65 Ed. 01. 02. 2023, BGB § 840 Rn. 1によると、民法840条の目的は、加害者の無資力のリスクを被害者から取り去ること、および訴訟のコストとリスクを被害者から取り去ることにあるとされる。これは、次の2つの理由によって正当化される。第1は、不法行為法（契約外責任法）において、被害者は、損害賠償債務者を選ぶことができないところ、外部関係においては複数の債務者を1人の債務者とみなすのが適切であること（MünchKomm/ Wagner, a. a. O. (Fn. 509), Rn. 1）、第2は、不法行為を抑止するインセンティブを与えることになること（Staudinger/ Vieweg, a. a. O. (Fn. 509), Rn. 2）である。

の根拠規定であると理解するものもある⁵¹²⁾。それによると、同項は、各行為者の寄与度を明らかにし得ない場合において、ある競合的行為者が惹起した部分を他の競合的行為者に帰責するものであるとされる。もっとも、この見解に対しては、競合的不法行為(Nebentäterschaft)の場合においては、不可欠条件公式(*conditio sine qua non*)の意味において各行為と結果との間に因果関係が認められるかぎり、独自の請求権の根拠は不要であるとの批判が加えられている⁵¹³⁾。

本章では、民法830条に関する議論のうち、1項2文に関するものに絞って分析を行う。具体的には、まず、1項2文がいかなる趣旨に基づくものであり、その効果はどのような考えに基づいて正当化されるのかに関する議論を取り上げ(2.)、次に、同文の責任主体である関与者とはいかなる者かに関する議論を取り上げ(3.)、次に、具体的危険性——この要件の意味については後述する——の趣旨および基準に関する議論を取り上げ(4.)、最後に、これらを踏まえて、1項2文に基づく責任がどのような理論的な意義を有しており、いかなる要件を備えることが必要であるかを検討する(5.)。

2. 民法830条1項2文の趣旨および正当化根拠に関する議論

(1) はじめに

1項2文によると、「複数の関与者のうちのいずれの者がその行為により損害を引き起こしたのかを知ることができない場合」——択一的競合(alternative Kausalität)の場合——、関与者は、自己の行為と損害との間の因果関係が立証されていなくても責任を負う⁵¹⁴⁾。そこで、同文は、所定

512) たとえば、*Brigitte Keuk*, Die Solidarhaftung der Nebentäter, AcP 168 (1968), S. 175, 187.

513) MünchKomm/ *Wagner*, a. a. O. (Fn. 509), Rn. 2, 4. また、民法840条1項は、複数の者が共に同一の損害について責任を負うことを前提とするものであって、様々な損害ないし損害部分を連帯責任が課されるべき全体損害(Gesamtschaden)へと合算するものではないとされる(MünchKomm/ *Wagner*, a. a. O. (Fn. 509), Rn. 4).

514) この点につき、たとえば、BGHZ 67, 14, 19; *Larenz/Canaris*, a. a. O. (Fn. 28), § 82 II 1. a).

の要件が充たされる場合において、各行為と損害との間の因果関係を推定する規定であると解されている⁵¹⁵⁾。判例は、同文の趣旨を、因果関係の立証困難から被害者を保護する点に求める⁵¹⁶⁾。しかし、各行為と結果との間の因果関係の立証困難は、択一的競合の場合にのみ生じるものではない。そこで、一部の学説は、民法典が択一的競合の場合に限定して因果関係の立証困難を克服する規定を置いたことにつき、その理由は十分に解明されていないと指摘する⁵¹⁷⁾。

これに対し、判例および学説の中には、1項2文の効果について立ち入った検討を行うものもある。これはさらに、次の2つの立場に分かれる。第1は、行為者側の事情に着目して同文の効果を正当化するもの（以下、「行為者側からのアプローチ」という）、第2は、被害者側の事情に着目して同文の効果を正当化するもの（以下、「被害者側からのアプローチ」という）である⁵¹⁸⁾。以下、これらについて順にみていくことにする。

(2) 行為者側からのアプローチ

行為者側からのアプローチは、さらに、行為の非難性に着目する見解と、行為の危険性に着目する見解とに分かれる。

(i) 行為の非難性に着目する見解

まず、ライヒ裁判所 (Reichsgericht) のある判例は、1項2文が行為者

515) この点につき、たとえば、*Thomas Mehring*, *Beteiligung und Rechtswidrigkeit bei § 830 I 2 BGB*, 2003, S. 43 ff; *MünchKomm/ Wagner*, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 49. なお、これに対し、各関与者の行為と結果との間の因果関係を全て推定することはできないとして、1項2文を因果関係の推定規定と解することに疑問を呈する見解もある。*Franz Bydlinski*, *Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität*, in: *Festschrift für Günther Beitzke*, 1979, S. 3, 8.

516) BGHZ 25, 271, 274; 33, 286, 290 f.; 55, 86, 88. たとえば、BGHZ 25, 271, 274 は、共同の危殆化に有責に関与し、損害を惹起した可能性のある全ての者に対して責任を課すほうが、被害者に何も得させないよりも公平であることを理由として、被害者から因果関係の立証困難を取り除くことを正当化する。

517) *Bydlinski*, a. a. O. (Fn. 515), S. 15.

518) *Christina Eberl-Borges*, § 830 BGB und Gefährdungshaftung, *AcP* 196 (1996), S. 491.

に厳格な責任を負わせる根拠として、行為の非難性——違法性および有責性——を挙げる⁵¹⁹⁾。しかし、この見解に対しては、次のような批判が加えられており、今日ではこれを支持する者はほとんどいない。すなわち、仮に行為の非難性が因果関係の推定を基礎づけるのだとするならば、何ゆえ行為者が複数の場合に限定して因果関係を推定するのかにつき説明が求められるところ、この見解はその点を説明できていない⁵²⁰⁾。また、仮に行為の非難性が因果関係の推定を基礎づけるものでないとするならば、行為の非難性を超える何らかの評価 (Wertung) が求められるところ、この見解はそのような評価を提示できていない⁵²¹⁾。

(ii) 行為の危険性に着目する見解

次に、行為の危険性に着目して 1 項 2 文の効果を理解するものとして、クラウスヴィルヘルム・カナリス (Claus-Wilhelm Canaris) の見解と、ヘルムート・コツイオール (Helmut Koziol) の見解がある。

(a) クラウスヴィルヘルム・カナリスの見解

カナリスは、1 項 2 文の趣旨 (ratio legis) と関わって、次のような見解を述べている。「関与者の行為が、因果関係の可能性を有しているだけでなく、それに加えて、具体的に損害を惹起する適格性をも有している (konkret schadensgeeignet) 場合において、他の者も損害を引き起こした可能性があるというだけでその関与者が責任を免れるとするならば、その関与者にとって不当な僥倖 (unverdienter Glücksfall) となろう」。したがって、具体的な損害惹起の適格性こそが、1 項 2 文が適用される事例とその他の多くの事例——そこでは、損害賠償責任の構成要件は充たされているものの、因果関係の証明はなされていない——とを区別し、同文における証明責任の転換の手がかり (Ansatzpunkt) となるのである⁵²²⁾。

519) RGZ 102, 316, 320.

520) *Marianne Bauer*, Die Problematik gesamtschuldnerischer Haftung trotz ungeklärter Verursachung, JZ 1971, S. 4, 6.

521) *Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 503 f.

522) *Larenz/Canaris*, a. a. O. (Fn. 28), § 82 II 3. b).

続いて、カナリスは、1項2文における支配的な学説を、次のように批判する。支配的な学説によると、1項2文においては、複数の行為者のうちのいずれの者に対して請求権を貫徹できるのかは不明であるものの、被害者が、それらの者との関係において、いずれにせよ賠償請求権を有していることが要求される。これによると、複数の行為者のうちの一部の者において違法性阻却事由がある場合においては、同文は適用されないことになる⁵²³⁾。しかし、一部の行為者において違法性阻却事由があることを理由として全ての行為者を免責することは、法感情を踏まえると、決して納得できるものではない。したがってこのような場合、少なくとも、部分的な賠償が認められるべきである⁵²⁴⁾。

このように、カナリスは、1項2文の効果を正当化するにあたって、各行為が具体的に損害を惹起する適格性を有していることを重視する。そして、こうした考えを基礎として、支配的な学説が要求する賠償請求権の確定性——この要件については後述する——を不要とし、同文の適用範囲を、一部の関与者に違法性阻却事由がある場合にまで拡張すべきことを主張する。

(b) ヘルムート・コツィオールの見解

コツィオールは、カナリスと同様、1項2文の効果を理解するにあたって行為の危険性に着目し、その上で、それが因果関係の存否不明を補完することについての理論的正当化を試みる。コツィオールの見解は、以下の通りである（下記①～③）。

① 1項2文において、各行為者は、因果関係の可能性しかないにもかかわらず責任を負う。そのかぎりにおいて、ここでは、因果関係が証明された損害のみが行為者によって賠償されるべきであるとの原則が妥当しなくなる。この「評価的判断」は、動的システム論によって正当化することができる⁵²⁵⁾。

523) MünchKomm/ *Hans-Joachim Mertens*, BGB § 830, 2. Aufl., 1989, Rn. 25.

524) *Larenz/ Canaris*, a. a. O. (Fn. 28), § 82 II 1. b), 3. a) ff.

525) *Koziol*, a. a. O. (Fn. 28), Rn. 5/79 ff.

⑥ 動的システム論とは、一定の法領域において働さうる複数の要素 (Elemente) を特定し、それらの要素の数と強さに応じた協働作用から法律効果とその量を正当化するという考え方である⁵²⁶⁾。動的システム論においては、責任を正当化するにあたって、どの要素が責任を肯定するのかという観点のほか、その要素がどの程度の強度で存在しているのかという観点や、責任成立のためどの程度の総量が必要であるのかという観点が重視される。これによると、ある要素が欠けている場合や、不十分にしか存在していない場合においても、他の要素の強度が高い場合においては、責任が肯定されることになる⁵²⁷⁾。

⑦ 1 項 2 文が問題となる局面においては、因果関係の可能性があるに過ぎない。しかし、そのような場合においても、他の要素が十分な強度で現れることによって必要となる総量に達したならば、責任が肯定されることになる。ここで不足する要件 (因果関係) を補完する役割を担うのが、具体的危険性 (konkrete Gefährlichkeit) である⁵²⁸⁾。すなわち、ある行為者の行為が高度に具体的に危険である場合においては、他の行為者が同様の具体的に危険な行為を行ったとしても、そのことをもって各行為者の責任を排除するべきではない。なぜなら、行為者は、違法かつ有責で具体的に危険な行為を行うことによって、因果関係の不確実性を惹起している。このような場合において、行為者は、因果関係の不確実性について負担を課されるべきなのである⁵²⁹⁾。

このように、コツイオールは、動的システム論の観点から 1 項 2 文の効

526) *Koziol, a. a. O. (Fn. 28), Rn.5/79.* なお、動的システム論については、山本敬三「民法における動的システム論の検討」法学論叢138巻1=2=3号(1995年)208頁、213頁、山本周平「不法行為法における法的評価の構造と方法(1)~(5・完)」法学論叢169巻2号(2011年)26頁、169巻3号(2011年)25頁、169巻4号(2011年)45頁、169巻5号(2011年)36頁、169巻6号(2011年)36頁、石橋・前掲注74)100頁以下を参照。

527) *Koziol, a. a. O. (Fn. 28), Rn. 5/79 ff.*

528) *Koziol, a. a. O. (Fn. 28), Rn. 5/79 ff.*

529) *Koziol, a. a. O. (Fn. 28), Rn. 5/79 ff.*

果を正当化しようとする。そこでは、数ある要素の中でも、具体的危険性という要素が、因果関係の不足を補完するものとして位置付けられている点が、特徴的である。

（3）被害者側からのアプローチ

次に、被害者側からのアプローチとして、マリアンネ・バウアー（Marianne Bauer）の見解と、クリスティーナ・エーベルルボルゲス（Christina Eberl-Borges）の見解を取り上げる。

（a）マリアンネ・バウアーの見解

バウアーは、1項2文の趣旨につき、次のように述べる（下記①・②）。

① 「重要なのは、なぜ法が証明責任を転換しているのかということである」が、この点に関しては、たとえば、「各行為の違法性ないし有責性それ自体は、決定的な法的根拠にはならない」。なぜなら、違法かつ有責な行為それ自体が法的根拠になるとすると、1項2文が複数の関与者の行為によって因果関係の存否が不明となる事例に限定して証明責任を転換する理由が不明確となり、同文が、広がりのある一般的な責任ルールとなってしまうからである⁵³⁰⁾。

② 責任秩序における正義の決定（Gerechtigkeitsentscheidung）に基づく、1項2文においては、損害が他者によって賠償されるべきことが確実であること、および行為者が違法かつ有責に行為を行ったことが前提となる。このような前提がある場合にかぎり、因果関係の存否不明のリスクを行為者に課すことが正当化されるのである⁵³¹⁾。

このように、バウアーは、1項2文の効果を説明するにあたって、行為者が違法かつ有責に行為を行ったことのほか、損害が他者によって賠償されるべきことが確実であることを強調する。もっとも、損害が他者によって賠償されるべきことが確実であることが、何ゆえ同文の効果を正当化す

530) *Bauer*, a. a. O. (Fn. 520), S. 6.

531) *Bauer*, a. a. O. (Fn. 520), S. 6.

るのかについては、それが正義の決定に基づくことが述べられているものの、それ以上の立ち入った検討はなされていない。

(b) クリスティーナ・エーベルルボルゲスの見解

エーベルルボルゲスは、1 項 2 文の趣旨を検討するにあたって、行為者側の特殊性ではなく、被害者側の特殊性に着目すべきことを主張する⁵³²⁾。エーベルルボルゲスの見解は、以下の通りである (下記③~④)。

③ 1 項 2 文における被害者側の特殊性は、行為者が 1 人の場合と、行為者が複数の場合とを比較することによって明らかとなる。行為者が 1 人の場合には、その行為が違法かつ有責であるとする、次の 2 つの帰結のうちのいずれかが生じるに過ぎない。すなわち、第 1 は、行為と結果との間の因果関係が証明されたため、行為者は賠償責任を負担しなければならないというもの、第 2 は、行為と結果との間の因果関係が証明されなかったため、行為者は賠償責任を負担する必要はなく、そもそもその損害は賠償される必要はないというものである。これに対し、行為者が複数の場合には、各行為がそれぞれ違法かつ有責であるとする、上記 2 つの帰結のいずれとも異なる第 3 の帰結が生じる。すなわち、損害が賠償されるべきことは確定しているものの、因果関係が不明であるため、複数の行為者のうちの誰に対して賠償を請求できるかが不明であるというものである。ここでは、被害者の賠償請求権が確定しているといえるが、1 項 2 文における被害者側の特殊性は、まさにこの点にある⁵³³⁾。

④ したがって、1 項 2 文の趣旨は、「損害は賠償されるべきであるが、因果関係が不明であるため、被害者が複数の者のうちの誰に対して請求権を有しているかを証明できないという要件の下で、被害者に損害賠償請求権を認めること」にあるというべきである⁵³⁴⁾。

532) *Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 508.

533) *Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 509 ff.

534) *Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 518), S. 512. このほか、以下のものも同様である。Bauer, a. a. O. (Fn. 520), S. 6; Mehring, a. a. O. (Fn. 515), S. 47; Johannes Hager, Die Kausalität bei Massenschäden, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, 2007, S. 403, 404 f.; Gerald ↗

㉔ このような理解の前提には、次のような利益衡量がある。すなわち、証拠法上の一般ルールに従う場合、ノン・リケットの状況においては、請求をする者の利益よりも請求を受ける者の利益が優先される。これに対して、１項２文の適用が問題となる状況においては、証拠法上の一般ルールは妥当せず、請求をする者（被害者）の利益が優先されるべきである。なぜなら、同文が前提としている状況においては、生じた損害が賠償されなければならないことが確定している以上、因果関係が証明されないかぎり責任を負わないという関与者の利益と、損害が確実に賠償されるといふ被害者の利益とを比較すると、後者の利益がより高く評価されるべきだからである⁵³⁵⁾。

㉕ 以上に加えて、どの関与者が損害を引き起こしたのかは証明されていないものの、関与者は、その他の責任要件を実現し、侵害された権利ないし法益に対する危険を作り出すとともに、生じた損害を引き起こす可能性のある行為を行った⁵³⁶⁾。そうすると、このような行為と損害との間に実際に因果関係があるのか否かは、偶然の問題（Frage des Zufalls）に過ぎない。したがって、関与者の行為が実際に損害を引き起こしていなかったとしても、それはその関与者の功績（Verdienst）ではないのである。確かに、行為の危険性だけでは１項２文を正当化するには不十分であるが、損害が賠償されるべきであることが確実である以上、発生した損害に対する危険を作り出した関与者に責任を負わせたとしても、不公平ではないのである⁵³⁷⁾。

このように、エーベルルボルゲスは、１項２文が規定する場面の特殊性を賠償請求権の確定性に求め、これを前提とした被害者・関与者間の利益

↘ Spindler, Kausalität im Zivil- und Wirtschaftsrecht, AcP 208 (2008), S. 283, 310.

535) Eberl-Borges, a. a. O. (Fn. 518), S. 509 f.

536) Eberl-Borges, a. a. O. (Fn. 518), S. 510.

537) Eberl-Borges, a. a. O. (Fn. 518), S. 510 f. このほか、違法かつ有責で具体的に危険な行為が実際に損害を引き起こしたか否かは偶然の問題に過ぎず、そうした偶然性が関与者に有利に働くべきではないという点を強調するものとして、Bauer, a. a. O. (Fn. 520), S. 7; Hager, a. a. O. (Fn. 534), S. 404 などがある。

衡量によって同文の効果を正当化する。この点、バウアーも、損害が他者によって賠償されるべきことが確実であることを要求していたが、エーベルボルグスは、行為者が 1 人の場合との比較を行うことで、同文の中から賠償請求権の確定性という本質的な要素を取り出し、これを中核に据えて同文の趣旨を明らかにするのである。

3. 判例および学説による関与者概念の理解

次に、1 項 2 文の責任主体である関与者をどのような者として捉えるのかについて、判例および学説の理解をみていくことにする。

(1) 判例による関与者概念の理解

関与者とはどのような者を指すのかについて明らかにした初期の判例として、ライヒ裁判所1904年 6 月30日判決がある。

【判決 1】ライヒ裁判所1904年 6 月30日判決 (RGZ 58, 357)

Xは、飲食店で開催されたイベントに参加していたところ、他のテーブルから投げられたかんしゃく玉が目に命中し、目を負傷した。他のテーブルに座っていた 6 人のうちの 1 人がかんしゃく玉を投げたことは明らかであったが、誰がかんしゃく玉を投げたのかは不明であった。そこで、Xは、この 6 人に対して 1 項 1 文ないし 1 項 2 文に基づき、損害賠償を請求した。原審は、この 6 人のうち、 Y_1 と Y_2 に対する請求を認めた。これに対し、 Y_1 と Y_2 は、民法830条においては共同行為 (gemeines Vorgehen) が要件となること、本件においてはこれが認められないとして争った。ライヒ裁判所は、1 項 2 文において、関与者間に「共同の意識された行為 (gemeinsames bewußtes Vorgehen)」があることは不要であるとした上で、同文の要件につき、次のように判示した。

「民法830条 1 項 2 文の文言および成立史に基づくと、同文の意味における関与の要件は、以下の通りとなる。すなわち、複数の者が損害を惹起する可能性のある不法行為を行ったこと、複数の行為のうちの 1 つの行為……が損

害を引き起こしたこと、……実際の加害者を明らかにし得ないことである」。「これらの要件が充たされるならば、複数の者が、時間的かつ場所的に、1文における共働の共同性（Gemeinschaftlichkeit des Zusammenwirkens）とは全く別の行為の共同性（Gemeinschaft des Tuns）に集約されることになる。行為の共同性の領域において違法な結果が生じ、それぞれの者によって危殆化がもたらされたことにおいて、共同の過失が見出されるのである」⁵³⁸⁾。

このように、本判決によると、1項2文の責任が成立するためには、各行為が損害を惹起する可能性を有すること、および関与者のうちの誰かが実際に損害を引き起こしたことに加えて、複数の関与者が「時間的かつ場所的」に集約されることが求められる。そこで、その後の判例は、いかなる場合に「時間的かつ場所的」な集約が生じるのかを具体化していくことになる。

【判決2】連邦通常裁判所1957年10月1日判決（BGHZ 25, 271）

Xは、Yが所有する土地と地方自治体Aが所有する道路の境界線付近で転倒し、負傷したが、Yの所有地で転倒したのか、Aが所有する道路で転倒したのかは不明であった。そうした中、XがYに対して損害賠償を請求した。原審は、Xがどこで転倒したのかが不明であることから、Xの請求を棄却した。これに対し、連邦通常裁判所は、以下のように述べて、破棄差戻しの判決を言い渡した。

1項2文の意味における関与者概念において要件となるのは、「事実上の一体性があり、場所的・時間的に関連した事象（ein tatsächlich einheitlicher, örtlich und zeitlich zusammenhängender Vorgang）のみであり、それは複数の独立した不法行為によって構成され、その領域内において違法な加害をもたらすのである」⁵³⁹⁾。

このように述べた上で、連邦通常裁判所は、本件事案につき、YとAはXの負傷に関与していること、および「時間的・場所的に関連した事象の事実上の

538) RGZ 58, 357, 361.

539) BGHZ 25, 271, 274.

一体性 (Die tatsächliche Einheit des zeitlich und örtlich zusammenhängenden Vorgangs)」が疑いなく存在していることを認めた。なお、連邦通常裁判所は、1 項 2 文によって被害者の立証困難が取り除かれるべき理由について、「被害者に対して保護を与えないよりも、共同の危殆化に有責に関与し、それぞれ損害を引き起こしたかもしれない全ての者に責任を課すほうが、正義にかなっている」と述べている⁵⁴⁰⁾。

このように、本判決は、1 項 2 文の関与者につき、「事実上の一体性があり、場所的・時間的に関連した事象」が存在することを要求した。この枠組みは、後続の判例にも受け継がれることになるが⁵⁴¹⁾、そこでは、緩やかな認定が行われている⁵⁴²⁾。以下では、時間的な関連性につき緩やかな認定を行った判例 (【判決 3】) と、場所的な関連性につき緩やかな認定を行った判例 (【判決 4】) を取り上げる。

【判決 3】連邦通常裁判所 1960 年 11 月 15 日判決 (BGHZ 33, 286)

X は、自動車に轢かれて路上に倒れていたところ——その自動車を誰が運転していたのかは不明であった——、その後、Y が運転する自動車に轢かれて負傷した。そこで、X は、1 項 2 文に基づき、Y に対して損害賠償を請求した。原審は、X の請求を認容した。これに対し、Y は、同文においては「複数の危殆化行為の同時性 (Gleichzeitigkeit der mehreren Gefährdungshandlungen)」が要件となるところ、本件においてはこれが認められないと反論した。そうした中、連邦通常裁判所は、同文の関与者につき以下のように判示して、Y の反論を退けた。

1 項 2 文の要件は、「複数の危殆化行為が——それらが時間的に相前後し

540) BGHZ 25, 271, 274.

541) Staudinger/ *Christina Eberl-Borges*, BGB § 830, Neubearbeitung 2022, Rn. 103 を参照。

542) *Günter Brambring*, *Mittäter, Nebentäter, Beteiligte und die Verteilung des Schadens bei Mitverschulden des Geschädigten*, 1973, 67 ff. によると、連邦通常裁判所は、BGHZ 33, 286 (【判決 3】) 以降、もはや関与者が同時に行為を行ったことや、同一の場所で行為を行ったことに焦点を当てていないとされる。このほか、*Erwin Deutsch*, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Aufl., 1996, Rn. 522.

ていたにせよ——相互に客観的に、場所的に、時間的に、そして、択一的に引き起こされた加害によって、事実上関連した一体性のある事象を形成し、その結果、個々の危殆化行為がその事象の一部として考えられることである。なぜなら、そのような場合にのみ、個々の危殆化行為者の損害事故への『関与』を語ることができるからである。「これがどのような場合に妥当するのかは、日常生活における実践的な直観（praktische Anschauung des täglichen Lebens）に基づいて決定されるのであり、これに関しては、危殆化の同質性（Gleichartigkeit der Gefährdung）がとりわけ重要なものとなる」⁵⁴³⁾。

このように、連邦通常裁判所は、各行為の間に時間的な隔りがある場合においても、危殆化の同質性がある場合においては、関与者であることが肯定されるとした。なお、本判決は、「場所的に、時間的に、……事実上関連した事象」がどのような場合に生じるかを説明するにあたって、危殆化の同質性を問題にする。したがって、本判決をもって、行為相互の場所的・時間的関連性が1項2文の要件として不要になったというわけではない。むしろ、本判決をもって、場所的・時間的関連性のうち、時間的関連性の部分が緩和されたとみるのが適当であろう⁵⁴⁴⁾。

【判決4】連邦通常裁判所1970年12月15日判決（BGHZ 55, 86）

Aは、Yが運転する自動車に乗車していたところ、Yが事故を起こしたことによって負傷した（第1事故）。その後、Aを病院に搬送していた救急車が、Xの責任保険に加入するタンクローリーと衝突し、Aはさらに負傷した（第2事故）。第2事故は、第1事故の15分後に第1事故の現場から2.5km離れた地点で発生した。本件では、Aがどの怪我を第1事故で負い、どの怪我を第2事故で負ったのかが明らかでなかったため、1項2文の適用の可否が問題となったが、連邦通常裁判所は、以下のように述べて同文の適用を認めた。

本件において、Yが起こした事故と、Aが救急車で最寄りの病院に搬送されたという事実との間には、いずれにせよ「十分な時間的・場所的関連性」

543) BGHZ 33, 286, 291 f.

544) そして、それが一般的な見方でもある。Brambring, a. a. O. (Fn. 542), S. 67 ff. を参照。

がある。「第2事故は、救急車が第1事故の現場から2.5km 走行した時にはすでに発生していた。この2つの事件では、いずれも交通事故による負傷が問題となっており、事故の結果をもたらした原因を事後に明らかにできなくなったのは、とりわけ事象の同質性と、一方の事故でも他方の事故でも生じ得る結果の類似性に基づくのである」⁵⁴⁵⁾。

このように、第1事故と第2事故との間には2.5km という場所的な隔たりがあるが、連邦通常裁判所は、このような事実関係の下で1項2文の適用を認めた。従前の判例と同様、本判決においても、時間的・場所的関連性という要件は維持されているが⁵⁴⁶⁾、このうちの場所的関連性の部分については、相当程度緩和されているといえよう。

(2) 学説による関与者概念の理解

以上のように、判例は、1項2文の関与者と関わって、各行為の間に場所的・時間的関連性があることを要求する。これは、そのような要件を設定することによって、同文の適用範囲の「際限のない拡張 (uferlose Ausweitung)」⁵⁴⁷⁾を回避する趣旨に出たものだと考えられる。これに対し、学説は、こうした判例の立場に対して、概ね批判的である。そこで以下では、その概要を4点にわたって整理する。

第1に、起草者は1項2文の関与者につき何らかの内容的な制限を行っていなかった点を指摘するものがある⁵⁴⁸⁾。それによると、同文における「複数の関与者 (Beteiligte)」という文言は、ドイツ民法第1草案714条2文⁵⁴⁹⁾における「複数の者が共同することなく (nicht gemeinsam) 行為を

545) BGHZ 55, 86, 95 f.

546) *Brambring*, a. a. O. (Fn. 542), S. 67 ff.

547) BGHZ 55, 86, 94.

548) *Mehring*, a. a. O. (Fn. 515), S. 24, 49 f. なお、MünchKomm/ *Wagner*, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 77 も参照。

549) ドイツ民法第1草案714条は、次のように規定する。「複数の者が、教唆者としてであれ、行為者としてであれ、補助者としてであれ、共同行為 (gemeinsames Handeln) に

行った……場合」という文言に対応する。したがって、「（1項1文の共同行為よりも）低級の共同行為という積極的要件（positive Voraussetzung eines geringeren Grades gemeinsamen Handelns）」が、1項2文において設定されているわけではない⁵⁵⁰⁾。

第2に、1項2文が因果関係の立証困難を克服する規定であることに基づく批判がある。これは、大要以下のようなものである。因果関係の立証困難は、各行為が場所的・時間的に関連していることや、同質であることによって生じ得るところ、これらは立証困難が生じる典型的な状況に過ぎないのであって、これらを同文の要件とするのは適当ではない⁵⁵¹⁾。たとえば、被害者がエイズに罹患したところ、その原因として、汚染された血液の輸血と、エイズに罹患した者との性交渉が考えられるという事例を考えてみると⁵⁵²⁾、ここでも因果関係の立証困難は生じているが、この事例を、各行為が場所的・時間的に関連している場合や、同質である場合と区別する必然性はない⁵⁵³⁾。被害者の利益状況は、これらの場合とそれ以外の場合とで、変わらないのである⁵⁵⁴⁾。したがって、1項2文の責任の成否は、賠償請求権の確定性の有無によって判断すれば足りる。被害者の賠償請求権が確定しているかぎり、各行為が場所的・時間的に隔たっている

よって損害を引き起こした場合、それらの者は、連帯債務者として責任を負う。複数の者によって引き起こされた損害の事例において、複数の者が共同することなく行為を行ったが、損害における各人の負担割合（Anteil）が明らかでないという場合も、同様とする」。

550) *Mehring*, a. a. O. (Fn. 515), S. 49 f., 23 ff. なお、メーリングは、ドイツ民法第1草案714条2文につき「要件とされるのは、複数の行為者のうちの1人が損害を惹起したこと」だとする第2委員会の議論を踏まえ、同文の責任につき、当該行為が単独で損害を引き起こした可能性があるという点に基づくものであって、共働（Zusammenwirken）に基づくものではないとする。

551) *Bauer*, a. a. O. (Fn. 520), S. 6. なお、複数の行為が場所的・時間的に関連していなくても立証困難は生じ得ることを指摘するものとして、ほかに、*Staudinger/ Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 541), Rn. 105.

552) *Larenz/ Canaris*, a. a. O. (Fn. 28), § 82 II 2. b).

553) *Bauer*, a. a. O. (Fn. 520), S. 6; *Larenz/ Canaris*, a. a. O. (Fn. 28), § 82 II 2. b).

554) *Bauer*, a. a. O. (Fn. 520), S. 6; *MünchKomm/ Wagner*, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 77.

場合や、同質でない場合であっても、因果関係の存否不明のリスクは、行為者に負担させるべきである⁵⁵⁵⁾。

第3に、結論の妥当性に基づく批判がある。それによると、各行為が場所的・時間的に関連している場合においても、関与者に責任を負わせるのが適当でない場合がある。たとえば、ある自動車が路上で停車していたところ、続けざまに3台の自動車が通過し、そのうちの1台が停車していた自動車の傷をつけたという事例において、3台の自動車の走行が場所的・時間的に関連していることのみをもって1項2文の適用を認めるのは、行き過ぎである⁵⁵⁶⁾。

第4に、環境責任の分野を念頭においた批判がある。たとえば、テオドア・リトラス (Theodor Lytras) は、1項2文の関与者に関する判例の立場に対して、次のように述べる。環境損害は、しばしば種類の異なる具体的危殆化に基づく複数の原因によって発生する。そしてそこでは、連帯責任を負う者として、長期間にわたり全く異なる態様において被侵害法益を危殆化した複数の行為者が問題となってくる。そして、様々な有害物質に起因することが考えられ、長期間にわたる有害物質の作用によってはじめて発症するような疾患が想定される。また、そこでは、未知の他原因による影響も排除することができない。そうした中で、事象の客観的・場所的・時間的一体性の基準や、危殆化の同質性の要件を厳格に適用すると、環境損害における択一的行為者の連帯責任は、受け入れがたいほどに制限されてしまうだろう。判例のように一体的な事象という基準に固執すると、1項2文の責任を制限するための有用な道具を獲得することになる。しかし、環境負荷による損害惹起の多様性において、実務の要請に応えられなくなる危険性も生じるのである⁵⁵⁷⁾。

以上のように、学説は、1項2文の関与者につき行為相互の場所的・時

555) Staudinger/ Eberl-Borges, a. a. O. (Fn. 541), Rn. 105.

556) Larenz/ Canaris, a. a. O. (Fn. 28), § 82 II 2. b).

557) Theodor Lytras, Zivilrechtliche Haftung für Umweltschäden, 1995, S. 393.

間的関連性を要求する判例の立場に対して概ね批判的であり、同要件を不要とする見解が有力であるが⁵⁵⁸⁾、そのような議論状況をもたらした要因として、次の２つの点が考えられる。

第１に、同要件は１項２文の責任を制限するものとして十分に機能していないということが、学説によって明らかにされた。それによると、判例は、責任制限の可能性を封じるべきでない特殊な事例において評価に困ったときのための「安全装置」として、同要件を設定しているに過ぎないとされる⁵⁵⁹⁾。第２に、１項２文の責任を制限するものとして、別の枠組みを活用すべきことが主張された。それによると、各行為の具体的危険性が十分に検討されるならば、上記の「安全装置」がなくても、１項２文の責任の成立範囲は適正なものになるとされる⁵⁶⁰⁾。

１項２文が因果関係の立証困難から被害者を保護するための規定であるとするならば、行為相互の場所的・時間的関連性や同質性は、被害者保護の可否を左右する本質的な要素であると言い難い。同様の立証困難は、場所的・時間的に隔絶し、相互に質的に異なった複数の不法行為においても生じ得るからである⁵⁶¹⁾。判例の立場を批判する学説は、概ねこのような認識を共有しているものと考えられる。

558) たとえば、*Bydlinski*, a. a. O. (Fn. 515), S. 14; *Josef Esser/ Hans-Leo Weyers*, Schuldrecht, Bd. II: Besonderer Teil, 7. Aufl., 1991, § 60 I 1 b); *Joachim Gernhuber*, Haftung bei alternativer Kausalität, JZ 1961, S. 148, 152; MünchKomm/ *Wagner*, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 77 m. w. N.; *Staudinger/ Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 541), Rn. 105.

559) BGB-RGRK/ *Erich Steffen*, Band II, 5. Teil, 12. Aufl., 1989, Rn. 25.

560) *Staudinger/ Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 541), Rn. 107; MünchKomm/ *Wagner*, a. a. O. (Fn. 507), Rn. 77.

561) *Staudinger/ Eberl-Borges*, a. a. O. (Fn. 541), Rn. 105 m. w. N.