

# 共同不法行為論の現状と課題

## — 最判準則と学説の乖離の検討から —

中 村 哲 也

第1章 問題の所在

第2章 §709と§719・1前段の関係について

第3章 1項前段と1項後段の関係及び寄与度減額問題

第4章 むすび

## 第1章 問題の所在

最判平成13年3月13日民集55巻2号328頁（以下最判H.13）は、結論は多くの支持を得ているものであるが、そこで示された共同不法行為構成は、学説及び下級審裁判例に現れている傾向との大きな隔たりを示すものであった。即ち、かねてより山王川判決（最判昭和43年4月3日民集22巻4号964頁）に示された共同不法行為の成立についての準則（後述）に対しては学説からの批判が強かった。また、学説では下級審の公害裁判例の展開と歩調を合わせる形で寄与度減額論が有力となり、1項後段解釈を含めて共同不法行為論は山王川判決とはますます離れたものとなってきていた。ところが、最判H.13は、山王川準則を前提とし、その具体的展開として競合的不法行為を共同不法行為に含めようとして寄与度割合による分割を否定し、それを理由付ける一般論を提示した。これによって、最判と学説での支配的傾向にある共同不法行為論の間の乖離はさらに拡大された。本稿は、この乖離の内容とその発生の理由を明確にすること、それをおして

今後の共同不法行為論及び競合的不法行為論の進むべき方向を明らかにしようとするものである。検討の対象となる乖離の内容は、①共同不法行為の要件と責任の性格、②1項前段と後段の関係、③寄与度減額の法的構成である。この3つの問題はすべて共同不法行為と対置されるものとしての競合的不法行為概念の意義ということに結びついている。

以下の叙述は、まず、第2章において、上述①につき最判 H.13で前提されまた展開された最判の準則と学説における §709責任と §719の関係の理解の相違を明らかにしたのち、それぞれの問題点及び両者に共通する問題点を指摘する。次いで、第3章では、上述②③につき、最判 H.13が示した競合的行為についての扱いとこの判決に批判的な学説の相違点とそれぞれの問題点を明らかにし、学説において顕著になっている1項後段への傾斜が問題の解決になりうるかを検討する。そこではこの方向に対して否定的見解が示されることになる。最後に、第4章では、まとめとして、共同不法行為論のあるべき方向を提示し、さらに、それと区別さるべき競合的不法行為論の展開のために分割債権原則論の問題点を指摘する。

以下の叙述における整理の視点は次のとおりである。共同不法行為制度は、被害者が損害賠償請求権を実現するうえで、共同行為による損害であることに起因する困難によって、単独不法行為の被害者よりも不利な立場におかれることのないようにするための制度である。ここで対処が要請されるのは、①各行為者の個別因果関係の立証の困難、②共同行為者の中に無資力者がいる場合の賠償請求権の実際上の実現困難の可能性である。従って、以下では様々な共同不法行為論が、これらの困難への対処に必要なして十分なものであるかという点から検討される。次章以下で述べる筆者の立場の結論だけを予め示しておく、利害調整の対象の相違に応じた裁判基準を求めるという視点から、§719・1前段を共同不法行為の被害者の請求権実現に資するための制度に純化して加害者間の利害調整の問題をこの制度から外す、競合的不法行為は共同不法行為とは区別して §709の対象とすべきであり、寄与度減額問題も §709適用において解決されるべ

きであるとするものである。

## 第2章 §709と§719・1前段の関係について

### 1、最判 H.13が提示する準則とその問題点

(1) 最判 H.13の説示の中心部分は二つに分けられる。まず、前半部分では、本件交通事故による傷害は「放置すれば死亡に至る」ものであるということ、搬入された医療機関において「適切な治療が施されていれば、高度の蓋然性をもって（被害者を）救命できた」という事実認定から、「交通事故と本件医療事故とのいずれもが、（被害者の）死亡という不可分の一個の結果を招来し、この結果について相当因果関係を有する関係にある。したがって、本件交通事故における運転行為と本件医療事故における医療行為とは民法719条所定の共同不法行為に当たるから、各不法行為者は被害者の被った損害の全額について連帯して責任を負うべきものである。本件のようにそれぞれ独立して成立する複数の不法行為が順次競合した共同不法行為においても別異に解する理由はない」として、原審が行った寄与の割合による損害額の案分を退けた。このような判決理由から確認できることとして、どちらの行為も結果について「相当因果関係」があるとされていて、§709の要件を充たすものである上に、不可分の結果であることによって、§719の共同不法行為にあたとされている。ここでは、すでに§709責任の成立は前提とされていて、その複数の§709責任を全額連帯の関係におくことに共同不法行為制度の意義がみられることになる。この趣旨は山王川判決にも含まれていたのであるが、本判決のようには明確ではなかった。即ち、同判決は「共同行為者各自の行為が客観的に関連し共同して違法に損害を加えた場合において、各自の行為がそれぞれ独立に不法行為の要件を備えるときは、各自が右違法な加害行為と相当因果関係にある損害について賠償の責に任ずべき」と述べた。そこでは、各自は「(各

自の) 違法な加害行為と相当因果関係にある損害について賠償の責を負うとされているのであって、全額賠償という責任の範囲は共同不法行為であっても変わるものではないという説示になっている。これはこの事件では因果関係判断が争われていたことへの対応として、責任範囲についての判断が示されたことによる。これに対して最判 H. 13が述べたのは、原判決が寄与割合によって責任範囲を限定した判断を破棄する文脈で、§ 719の共同不法行為であることと全部連帯の関係になることとの結びつきが強調されている。両判決に共通しているのは、「相当因果関係」にある損害に関して、それぞれの行為が「独立に不法行為の要件を備え」（山王川判決）ていることである。最判 H. 13にはこの表現は出てこないが、この事件では損害の範囲に関するもの以外の § 709の要件は争いになっていないからであって、それを否定するものではない。§ 709の要件を備えれば § 709による請求権が当然発生するから、山王川判決でも最判 H. 13でもそこで実現されるのは § 709による請求権であって、その請求権について山王川判決では内容は共同不法行為でも変わらないとされ、最判 H. 13では共同不法行為であることを理由に寄与度による分別が否定されたのである<sup>1</sup>。

山王川判決の「客観的に関連し共同して違法に損害を加えた」の部分か最判 H. 13では「不可分の一箇の結果を招来し」として、また、前者の「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」の部分か、後者の「本件交通事故と本件医療事故とのいずれもが、…この結果について相当因果関係を有する関係にある」という叙述として現れている。最判 H. 13は、順次競合行為において山王川判決の準則を確認・適用し、さらに寄与度の考え方を否定するという形で展開したものである（以下、山王

---

1 最判 H. 13は山王川判決を引用していない。最判 H. 13では、原判決の共同不法行為の効果の理解が問題とされていたから、共同不法行為の成立はすでに前提となっているので、山王川判決（ここでも共同不法行為の成否が争いとなっていたわけではないが）による共同不法行為の成立についての準則の引用がなかったのであろう。

川判決及び最判 H.13の準則をあわせて最判準則とする)。このことをとりわけ津地裁四日市支判昭和47年7月24日判時672号30頁以後の学説及び公害事件を中心とした下級審判決における共同不法行為論の展開と対比すると、最判準則とそれら共同不法行為論は互いに全く「異なる立場」<sup>2</sup>であるように見える。このような相違に対しては、確かに、対象となった事案との対応から最判準則の射程を限定するという解釈論上の対応はありうるが、より重要なことは、まず、最判準則と学説・下級審判例の乖離の具体的内容をなす前記②③およびその前提となっている①の問題点の所在を明確にすることである。

(2) 最判準則では、§709責任の成立が前提とされていて、共同不法行為の制度の意義は、§709責任を連帯関係におくことに求められている。従って、そこでは§719の意義は（第1章で示した）㉞への対処に見られているといえる。多くの学説が指摘するように単独不法行為が競合した場合でも、生じるそれぞれの責任は不真正連帯関係にあると解されるから、全部責任が複数ある場合には§719をまたずに全部連帯となる<sup>3</sup>。この点からすれば、最判準則の立場からは、前段は、全部連帯となることについて他に明文規定があるわけではなく異なった解釈論がありうるから<sup>4</sup>、㉞対処を確実にするための確認的規定であるということになる。

このことから生じる問題点としては、第一に、最判準則には㉞対処が現れていないことである。「各自が不法行為の要件を備えること」には個別因果関係の存在も含まれることは、最判 H.13が「本件交通事故と本件医療事故とのいずれもが、…この結果について相当因果関係を有する関係にある」としたことに示されている。最判準則が、定式上は共同行為に

---

2 大塚直「共同不法行為論」法時73・3〔2001〕20。

3 平井宜雄『債権各論』[1992] 212ほか。

4 例えば、大塚「原因競合における割合的責任論に関する基礎的考察」『星野英一先生古稀祝賀・日本民法典の形成と課題(下)』[1996] 882。そこでの§427解釈については第4章で検討する。

における因果関係（§719にいう「共同行為による」）の証明方法につき単独不法行為のそれと異なった扱いをしていないことには、相当因果関係概念の操作によってすべて説明できるということが前提にあると思われる。第二の問題点は、§709責任の存在が前提とされているということである。このことには、連帯債務を構成するためには連帯されるべき個別債務の存在が必要であるとする論理があるのかもしれない。しかし、最判準則に適合的な§719の存在意義理解としてある⑥対処にとっては、各自の§709責任が確定的に存在することは必要ではない。また、連帯関係のために各自の責任の確定が必要なわけではないということは、択一的競合に適用される1項後段が示すところである。最判準則には⑥対処に必要な以上の法的構成があることになる。

このように見てくると、最判準則を支えているのは相当因果関係概念であるということが明らかである。従って、山王川判決以後の学説の対応は、この概念によって理由付けられていた判断過程を疑問として、共同行為に即した判断基準を構成することによって、この問題領域をそのような不確定的概念を含んだ基準の適用領域から外すための試みであったということができる<sup>5</sup>。そして、このような方向に対して、最判 H. 13は相当因果関係概念を明示して山王川判決に示される最判準則の維持を明らかにしたものであった。この点も最判準則と学説における共同不法行為の考え方の相違の一つではあるが、本稿が対象とする相違点はこのことではない。

## 2、学説にみる §709と §719・1 前段の関係

学説における共同不法行為論の展開は §719責任を §709責任とは異なった内容と根拠をもつ責任であるとするにであった。それに加えて寄与度減額の主張が登場することによって、さらに最判準則との乖離が拡大して

---

5 本文に述べたことがもっとも明確に現れるのが平井「共同不法行為に関する一考察」『川島還暦・民法学の現代的課題』[1972] 296以下である。

いった。寄与度減額論とそれに関連した後段理解は次章で扱い、本章では、学説における § 719・1 前段責任論の内容とその問題点を扱う。

(1) 学説の現段階の共同不法行為論への展開の出発点をなしたのは、山王川判決がそれまでの判例・通説を確信的に明言した準則中の「独立に不法行為の要件を備え」とする部分への批判であった<sup>6</sup>。ここで問題にされた要件は因果関係(保護範囲を含む)である。この批判を通して、学説は § 719の意義を判例と異なって責任の成立の要件にも求め、そのことが § 709責任に代る § 719・1 前段責任の主張になる。具体的には、最判準則が § 719の意義を § 709責任を連帯関係に置くことに見たのに対して、 § 719を因果関係要件の修正によって新たな責任を成立させる規定とすることである。機能面から表現すれば、最判準則が § 719を㉑対処の規定としたのに対して、学説は㉑と㉒の両方に対処するものとしたわけである。まず、㉑対処は、共同不法行為において問題となる因果関係を各自の行為と共同行為との関連、共同行為と結果との因果関係の認定によるとすることであった。このような㉑対処は、加藤(一)説に現れたが<sup>7</sup>、そこではなおこの因果関係の証明方法は、「独立に不法行為の要件を備え」という最判準則の中でそれによって § 709の因果関係の証明が果たされるという位置にあった<sup>8</sup>。その後 § 709から独自の § 719・1 前段責任の要件としての因果関係の姿であるとされるようになる。そしてこの因果関係の位置づけの変化が § 719責任の内容の理解と結びつけられていく。そして、後述するように学説の問題点の発端もここにある<sup>9</sup>。因果関係が共同行為への参加と

---

6 平井・川島還暦290以下。

7 加藤一郎『不法行為』[1957] 207。

8 潮見佳男『債権各論Ⅱ』[2005] 153の整理参照。

9 学説においては、その後、後段解釈を通しての寄与度減額論の登場によって、後段を推定規定とすることとの対比で前段を因果関係擬制規定とする説が有力になってくることによって、ここで中心的に採り上げている平井説との分裂が生じてくる。前段擬制論については、次章で後段理解を扱う際に触れることにする。

共同行為と結果との因果関係という形をとるとされることのうち、前者は共同連関の内容を指すものとされることになり、§709と異なるものとしての§719責任の根拠の明確化が図られた<sup>10,11</sup>。

次に、ここでの①対処では、連帯におかれる責任が「各自の行為の因果関係を越えた」責任も含むものとされる。このことは、連帯に置かれる責任の内容が最判準則におけるとは異なったものになるということの意味する。即ち、学説における最判準則の要件構成に対する批判は、要件充足の方法だけでなく、責任の内容につき、「自己の行為の因果関係を越えた責任」であること、「他者の行為についての責任」を含むものであることに§709と異なった§719の意義を見る見解に導いた。このような責任とすることが、この責任の根拠とされる共同連関について、それに相応しいものであることが必要であるという主張につながる。このことを強く主張するのが主観的共同連関説である<sup>12</sup>。

しかしこのような§719責任の把握は、①②対処の必要性を超えたものである。①②対処には対被害者との対外的関係の制度を用意することで十

10 既に川島説が、共同不法行為の特色として本文でいう後者が縦の因果関係、前者が横の因果関係として区別していた。平井説は、川島説のいう横の因果関係は因果関係というより共同連関の問題であるとして、本文のような理解を推し進めた。以上につき、平井・川島還暦313注（14）及び同注該当本文。

11 最判をみる限りでは、加藤（一）説以降の学説の共通の主張となっている共同行為と結果との因果関係の立証という方法は明示的にはとられていない。水質汚濁事件である山王川判決でも実質的には被告の単独の排出行為が被害との因果関係が認定されたものであり、H.13でも因果関係認定は争いの対象になっていないから、共同行為と結果との因果関係の認定の方法はとられていない。最判準則では、最判 H.13で強調されているように、共同不行為制度の意義は①への対処に見られていて、②問題はやはり「相当因果関係」操作のなかで解消されることになろう。

12 引用は教科書にとどめる。前田達明『民法VI 2（不法行為法）』[1980] 181、森島昭夫『不法行為講義』[1987] 104、幾代通＝徳本伸一『不法行為法』[1993] 224など。



分であり、各自の責任を確定する必要はない。また、因果関係の特則であることは因果関係の認定方法に関するものであって、「自己の行為の因果関係を越えた」「他人の行為についての」責任の根拠を示すものたりえない。主観的共同連関説は「共同行為」をこのような責任の根拠たりうるものに構成するためのものであるが、「主観的共同」ということに過失による共同行為を含むとすることによって<sup>13</sup>、責任根拠としては§709と同じ故意・過失とされることになる。共同行為ということ自体は、報償責任とも危険責任とも直結するものではなく、責任を「加重」<sup>14</sup>することの根拠とはならない。§719にいう「共同の不法行為によって」は新たな責任要件を示すものではなく、そのような損害惹起であることに伴う損害賠償請求権の実現の困難への対処の必要性を示すものと捉えるべきであろう。実際、§719には§709の責任要件に代わるものは規定されていない<sup>15</sup>。

### 3、私見

最判準則と学説のそれぞれの問題点を述べるなかで断片的に示してきた私見をここでまとめてみよう<sup>16</sup>。§709は自己の行為と結果との因果関係の存在を前提としてその範囲内で責任を負うとする原則を含んでいる。しかし、共同行為による被害者にとっては、行為者の各自の§709責任を追求する上では、㉑因果関係の立証の困難、㉒共同行為者の中に無資力者がいることによる損害賠償請求権の実現の困難の可能性、がある。単独不法行

---

13 前田・前掲183。

14 平井・川島還暦300。

15 なお、1項前段擬制論は擬制によって最判準則の構成のように§719を§709責任を連帯関係におくものとするものではなく、§719責任を§709責任にかわる責任ととらえることには変りないようである。しかし、擬制ということでは根拠を言っているわけではないという事実は否定できない。後述するように1項前段擬制論は、1項後段推定規定説の付随物といえる。

16 以下に述べるところは広中俊雄「共同不法行為についての考え方」法セ1973年1月号→『著作集4』[1994]191を参考とした。

為による被害者に比して不利な地位におかれなければならないためには、この①②の困難の解消の手立てが必要である。他方、その手立てはこの①②の困難への対処に必要な限度に限られることで各行為者にとっても説得的な根拠をもちうるものでなければならない。§719はそのような必要にして十分な手立てとして構成されることが求められる。このような観点からすると、被害者にとっては、各行為者の責任の有無・内容が確定していなくても、いずれかの行為者によって賠償額相当の支払がなされれば①②は解消されたことになる。これによって共同行為者には各自の因果関係を超越するかもしれない賠償額の支払を一時的に余儀なくされる可能性が生じる。この負担の内容は他の共同行為者の無資力リスクを負うかもしれないことにある。従って、§719の要件である「共同」は、この負担を各自の行為による責任の有無・内容如何に係わらず課すことを正当化するに値するもの（主観的共同連関または「強い客観的共同連関」）であることが求められる。§719・1前段の「責任」は、無資力リスクを負うかもしれないことを内容とした対外的責任である。その範囲は共同行為とされたものの保護範囲にある損害であり、それは最大限に仮定された§709責任に等しい。従って、§719の「責任」は、仮定的な§709責任である。しかしここで現れるのはさしあたっての無資力リスクの可能性を含むものであって、各自の確定的な責任ではない。責任は求償の場面で決まりそこでおそらく求償リスクの現実も判明するであろうが、責任とリスクの負担は別の問題である。最判準則でも連帯関係におかれる責任は各自の§709責任であるが、しかし重要なことは、ここでの§709責任の内容は確定していない（できない）ということであり、被害者の困難①②の解消のためにはこの確定は必要ではないということである。また、実際に、「各自の行為が不法行為の要件を充たす」ということのうち個別因果関係は単独不法行為と同じようには証明することが困難なのが共同不法行為であるから、最判準則の「各自の行為が不法行為の要件を充たす」という部分は因果関係を含む表現であることで批判されるべきものであり、この部分の批判が学説の展開の出発点と

なったのはもっともなことであった。

しかし、学説がこの要件構成への批判から § 709責任にかわる § 719責任の根拠付けに向かったのには問題があった。最判のこの要件の問題は、この要件をたてると § 719の意義がなくなる(連帯とすること即ち分割の否定だけの意味になる。また、独立不法行為の競合でも不真性連帯債務を内容とする責任となるから、連帯というだけでは § 719の意味が失われるとした)という問題ではなかった。むしろ、㉔対処が表されないこと、㉕対処にとっても必要性を超えた構成であることにあった。㉔㉕対処は、§ 709責任に代る § 719責任の構成ではなく、§ 709責任が確定している必要はないということに求められるべきであった。それによって、多くの学説のように責任原理を具体化したものとはいえない「共同行為」或いは共同連関に責任根拠を求める必要もなくなる。§ 719は「共同の不法行為」であることによる㉔㉕困難への対処として、共同行為者に対被害者の関係で他の共同行為者の無資力リスクを課した。それが仮定的 § 709責任を連帯関係に置くという技術である。このリスクが課される根拠は、このような制度を必要とする㉔困難を惹き起こした行為に参加したことにある。なお、1項後段が択一的競合における § 709責任の㉔対処の規定であるということを考えれば、前段でも各自の確定的な責任の存在を前提とすることなく連帯関係を設定することが可能であることは明らかである。

### 第3章 1項前段と1項後段の関係及び寄与度減額問題

#### 1、最判準則と1項後段

(1) 1項前段と1項後段の関係については起草段階での説明においても明確さを欠いていた<sup>17</sup>。択一的競合と解するとしても、この規定に大きな

---

17 穂積起草委員の説明に対して他の委員から前段後段の関係が明確でないとい

意味は直ちには考えられないし、また事実、1項後段をめぐる判例・学説の展開といえるものは長い間みられなかった。ところが、公害裁判例において「弱い共同連関」という考え方が登場して以後、寄与度減額論が後段の利用に注目することによって、学説および下級審裁判例のなかでこの規定が極めて重要な意味をもつものとなってきた。

(2) 最判準則は1項前段についてのもので、大判・最判において1項後段に関しての一般的定式はいまだ述べられていない<sup>18</sup>。1項後段を択一的競合を対象とするものと解することは起草者が述べているものではないが、択一的競合が1項後段の対象となることは間違いのないであろうから、以下ではまず、最判準則と択一的競合規定としての後段の関係を、そこでは1項後段を「同様とする」ことがいかなる意味になるのかという点から見てみよう。

前章で述べたように最判準則の定式は1項前段の機能を①への対処にみていると解される。他方、択一的競合では§709に基づく請求権の実現の困難はまず②にある。とはいえ、不明者(仮定的共同行為者)間での分割責任とするという方法の選択もありえなくはないから、全部連帯とすることには③への対処も含まれている。仮定的共同行為者に他の仮定的共同行為者の無資力リスクを課する正当性根拠は強いとはいえないが、免責可能性があることで被害者にとっての必要性との均衡がとれるといえるだろう。このようにみると、最判準則の定式からは規定の目的という点での1項前

---

う意見が出され、さらに前段と2項の関係も加わって議論が紛糾した。横田発言(法典調査会民法議事速記録41巻122, 123丁)、磯部発言(124丁)を皮切りに様々な意見が出され、ついには富井が「大変ナ実質問題ニタツテ来タ」(130丁)、梅が「大変八ケマシクナリマシタ」(132丁)と嘆く状況になった。幾つかの修正案が出されたがいずれも多数を得ることができず、最終的には原案が通り、箕作議長が後段の文章を考えて欲しい旨の注文を添えた(145丁、この注文につながる箕作発言は125丁参照)。

18 徳本伸一『共同不法行為法』[1987] 62以下に掲げられている下級審裁判例をみても、後段が果たしている機能は明確ではない。

段と後段の相違点は大きい。次に、択一的競合事例では、その定義からして「各自の行為が不法行為の要件を充たす」ことはない。また、後段で「共同行為者」とされる因果関係不明の関係者が負う責任の内容は§709責任である。ここでは存在が不明である§709責任が1項前段と「同様」に連帯の関係におかれることになる。最判準則は1項前段については§709責任が存在するかのような前提になっているから、1項後段とは連帯関係におかれる§709責任の存否についての前提が異なる。かくて、最判準則と整合的に1項後段を捉えるとすると、後段は、前段とは目的および連帯関係におかれることになる§709責任の存否についての前提を異にしつつ、§709責任を連帯の関係におくことのみが前段と「同様」になる。

（3）次に、最判準則と後述する寄与度減額論における1項後段理解との関係を考えると、最判準則から1項後段による寄与度減額が認められるかは目下のところ不明であるというのが正確であろうが、最判 H.13を手がかりにあえて推測すれば、最判準則の中で寄与度減額のための準則が位置をもつ可能性は少ないというべきであろう。最判 H.13は、原審による寄与の割合に基づく損害額の案分を退け、その理由として「被害者との関係においては、各不法行為者の結果発生に対する寄与の割合をもって被害者の被った損害の額を案分し、各不法行為者において責任を負うべき損害額を限定することは許されないと解するのが相当である。けだし、共同不法行為によって被害者の被った損害は、各不法行為者の行為のいずれとの関係でも相当因果関係に立つものとして、各不法行為者はその全額を負担すべきものであり、各不法行為者が賠償すべき損害額を案分、限定することは連帯関係を免除することとなり、共同不法行為者のいずれからも全額の損害賠償を受けられるとしている民法719条の明文に反し、これにより被害者保護を図る同条の趣旨を没却することとなり、損害の負担について公平の理念に反することとなるからである」と述べた。この事件では既に結果との相当因果関係があるという認定がされているのであるから、行為者からの寄与度減額の主張を認める必要性は低いから、そのような行為者間

での分割責任とすることを退けるとするのは、共同不法行為構成いかに拘わらずありうる結論である<sup>19</sup>。ここで適用されているのは1項前段である。しかし、ここで最判 H.13は寄与度による分別を「明文に反する」と言い切った。最判 H.13の文章は1項後段に関したのではないという解釈は当然ありうる。しかし、1項後段も同じ文章であるから、「明文に反する」という断言のもつ意味は重いであろう。最判準則を前提にしつつ1項後段による寄与度減額を可能とするためには、この「明文」ということで、最判 H.13が問題としている「連帯してその損害を賠償する」という文章の他に、「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」という文章も問題になってくるであろう。もっともこのような推測は、最判準則からは1項後段によって寄与度減額がおこなわれるという想定は難しいということであって、「§719の共同不法行為」の外においてそれが認められる可能性については何ら述べるものではない。むしろ、近時の最高裁判例に見られる傾向である「損害の公平な分担」思考からすれば、寄与度減額に途が開かれかつ拡大する可能性は大きいとさえいえよう。

## 2、学説における1項後段理解

(1) 前章において述べたような、最判準則の中の「各自の行為がそれぞれ独立に不法行為の要件を備える」という点の批判、この批判から導かれる「自己の行為の因果関係を越えた責任」「他人の行為についての責任」という§719・1前段責任の捉え方を共通としつつも、学説においては、1項後段理解に関して平井説と他の多くの説との相違が大きくなる。寄与度減額の問題がこの相違の一つの因をなし、このことが前段理解にも影響してくる。ここでは、まず、平井説の1項後段理解の特色と問題点を検討したうえで、それとの対比で現在の通説ともいえる1項後段推定規定説を検討することにする。

---

19 但し、前注4参照。

（2）平井説は1項後段につき、「①関連共同性が存在しなくても、右の意味における（択一的競合関係にあるということ一筆者）『共同行為者』であれば全部義務を負う点において共同不法行為に関するものではなく、競合的不法行為に関するものであるけれども、『共同行為者』である以上、事実的因果関係が擬制され、②『共同行為者』でないことを立証しないかぎり、減責がみとめられない点において競合的不法行為の特則である」<sup>20</sup>とする。

ここでは1項後段は、競合的不法行為のうちの択一的競合についての特則であることが、共同不法行為規定（前段）の技術的利用に見られている。即ち、ここには、1項後段は、仮定的な共同行為者を設定し、その（従って仮定的な）「共同行為」と結果との「因果関係」を擬制するという技術的構成によって、内容は§709責任である仮定的な責任を§719・1前段責任と同様の連帯におくものであるという複雑な解釈が提示されている。

このような1項後段把握の問題点として、択一的競合関係は立証されていてそこからさきの個別因果関係は不明であるという場合に、共同行為を仮定しそれと結果との因果関係の擬制を解したとして§709責任を根拠づけることは<sup>a</sup>対処に必要な措置を超えているし、また、そのような構成によっても§709責任の根拠を示したことにはならないであろう。前章でみたとおり共同行為ということは確定的責任の根拠としては充分ではないのであり、それが仮定されたものであることは§709責任の根拠としてはますます弱いと言わざるをえない。1項前段責任とは異なって、最大でも「自己の（仮定と擬制によって構成された）因果関係を越えた責任」とはならないとしても、すべてが「他者の行為の責任」である可能性も大きいのである。このように平井説では、1項前段で§709責任に代る1項前段責任、1項後段では§709責任が成立する。従って、ここでは、後段にいう「同様とする」の意味は、後段では§709責任が連帯関係におかれることと前

---

20 平井『債権各論』210。

段ではそれとは内容の異なる責任が連帯関係にあるということ、即ち、どちらも連帯関係であるということだけを指すものということになる。

寄与度減額については、平井説は当初「関連的」共同不法行為（客観的共同連関ある行為にあたる）と「独立的」共同不法行為（競合的不法行為にあたる）につき、1項後段を因果関係の推定規定とする見解を前提としてその類推適用を支持していたが、後に、上述のような因果関係の擬制論を内容とした1項後段理解を示し、択一的競合以外には1項後段の適用可能性は言及されなくなった<sup>21</sup>。これによって、平井説では寄与度減額は§709適用においてのみ行われることになる<sup>22</sup>。

（3）平井説以外の学説では1項後段による寄与度減額の主張が有力である<sup>23</sup>。これらの説における1項後段理解には次のような問題がある。

①択一的競合行為が1項後段の対象となることはこれら学説においても争われていないから、その中の多くの説において用いられている弱い共同連関概念と択一的競合の関係から検討する。これら学説は寄与度の主張を「弱い共同連関」において推定された因果関係<sup>24</sup>の推定を覆すものである

21 平井・川島還暦論文306から『債権各論』211以下へ。

22 平井『債権各論』202も参照。

23 そのような学説の概観は淡路剛久「共同不法行為」不法行為法研究会『日本不法行為法リステートメント』[1988] 91、後段適用説は、淡路『公害賠償の理論（増補版）』[1978] 132、前田・前掲191、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為下巻』[1985] 796、幾代＝徳本234以下は前段か後段かは明確でないが、幾代『共同不法行為』について『民法研究ノート』[1986] 258、徳本「交通事故と医療過誤の競合事例について」『財産法学の新展開・幾代追悼』[1992] 439で後段適用説が提示されている、森島・前掲121、最近のものとしては、内田貴『民法Ⅱ〔第2版〕債権各論』[2007] 502、大村敦志『基本民法Ⅱ〔第2版〕』[2005] 253、近江幸治『民法講義Ⅵ〔第2版〕』[2007] 241、平野裕之『民法総合6不法行為法』[2007] 252、前田陽一『債権各論Ⅱ不法行為法』[2007] 122など。これに対して寄与度減額を§709の対象とするのは、平井説のほか、潮見・前掲160。なお、前段適用を主張する説として、川井健「共同不法行為の成立範囲の限定」『現代不法行為法研究』[1978] 228がある。

24 寄与度は因果関係の問題だけではないがそれを中心としているから、寄与度



としたうえで、1項後段を推定規定と解釈して寄与度減額の根拠条文とする。しかし、まず、弱い共同連関概念には次のような問題がある。即ち、この概念は独自に意味をもつものではないということである。それは1項前段の共同行為(共同連関)の主張が証明できなかったことの結果として出てくるものであって、原告が当初から「弱い共同連関」の証明を目指してともかくそれが果されたというようなものではない。原告による1項前段の共同連関の主張に対しての被告の寄与度の主張が功を奏することによって、弱い連関であることを理由に寄与度減額が認められるというものである。従って、1項後段を推定規定と解することによって寄与度減額と1項後段を結び付ける際に説明されるような、弱い共同連関の存在が認定されることによって被告の行為と結果との因果関係が推定され、それを覆すものとして寄与度の主張・立証が行われるというものではない。この出発点からして寄与度減額に1項後段を適用しようとする説は実体に即していない構成である。

②次に1項後段を推定規定であるとする問題である。確かに、択一的競合における複数行為者間の因果関係の不明関係(仮の「共同行為」)は原告によって証明されなければならない対象であり、被告は自己の行為と結果との因果関係の不存在を証明することによって免責されると解されている。しかし、まず、択一的競合における④対処としてのこの準則は因果関係の存在が不明であるということが前提である。従って推定を含む準則であると解するのは既にこの前提と整合的でない。また、それぞれの行為者の個別的因果関係を推定することは択一的であることも整合的でない。因果関係の不存在の証明によって免責されるのは、仮定的に連帯に置かれた§709責任が現実には存在しないということが証明されたというだ

---

減額と後段推定規定論が結びつくのであろう。川井説が前段での寄与度減額をいうのは、寄与度を因果関係でなく違法性の問題とすることによるようである。

けのことであって、因果関係が推定されてそれが覆されたためではない<sup>25</sup>。対被害者のための制度としては、①対処のために因果関係は不明のままですべて従って§709責任の存否は問わないことで構わないのであって、個別因果関係を推定することは不要であり①対処を超えたことである。

③1項後段適用説には寄与度を内容とした責任の性格についての問題もある。寄与度の主張が認められることは全部連帯を相当とする共同行為が存在しないということであるが、その場合、この寄与度を限度とした責任を§709責任とみるかそれとは異なる1項後段責任とみるかという二つの法的構成が考えられる。§709責任に戻るという構成の理由づけとしては、最判準則からは、連帯が主張された§709責任の連帯の拘束という効果がないことが確定して本来の姿に戻ったという説明になるのであろう。平井説では、1項前段が成立根拠の特則をなして前段責任は§709責任とは異なった根拠による責任とされているから、この前段責任が成り立たない場合には、原則たる§709責任に戻ることになるのであろう。§709構成によれば、②の困難は1項前段適用が相当でないという判断によって対処が不要になっており、また、寄与度の確定によって責任内容が決まったということは因果関係の証明問題も解決されたことを含むから①対処も不要となり、共同不法行為制度を用いる必要はないということになる。

これに対して、1項後段適用説においては、§709とは異なった§719責任が1項前段と後段の2種類に分けられることになる。そこではおそらく、共同連関の「強い・弱い」という表現が示すと同様に責任の性格及び内容における前段と後段の連続性が想定されているのであろう。しかし、このような1項後段責任論については、まず、責任根拠において前段責任と共通性があるかが問題となる。前述した学説の一般的傾向では、§709責任

---

25 平井説が免責は共同行為者でないことの証明の故であるとする事と同じ趣旨になる。もっとも、ここでも、共同行為者を仮定するという技術に力点を置くより、端的にその被告については不明関係でないことが証明されたとすれば済むし実体に即しているであろう。

とは異なった1項前段責任の根拠は全部連帯を相当とする共同行為への参加に求められるものであった。寄与度責任にはこれが当てはまらないことは定義上明らかである。寄与度減額論が1項後段構成を選択する最大の理由は、前段との共同不法行為責任としての根拠の共通性にあるのではなく、後段を免責を可能とする規定と解してうえで寄与度減額の法的構成に用いるということにあったから、後段適用説に寄与度責任が§709責任と異なる根拠をもつものであることの説明が含まれていないのには、この説の登場のそのような由来によるところが大きい。

④最後に、寄与度減額に1項後段の適用を主張する説が後段を推定規定とすることから前段理解に持ち込まれたという性格をもつ前段擬制論について一言すれば、これによって共同不法行為責任を寄与度立証を許さない型と許す型に区別することが意図されているのであるが、擬制及び推定を想定する前提としていると思われる個別因果関係をそもそも問題とする必要があるのかが疑問である。仮に、後段適用説のように後段責任からの免責を因果関係不存在の証明によって推定が覆された結果であると解するとしても、前段では実行行為が存在するのであるから、個別因果関係を論じるまでもなく§719責任の構成はありうる（私はそのような構成を採用するのではないが）から、後段の推定規定理解から前段の擬制理解に至ることは必ずしも必要というものではない。寄与度減額の主張を許さないことの実質的根拠は共同行為の性質とそれへの参加にあるのであって、個別因果関係を擬制することで示されるものではなかった筈である。ここでの擬制は、後段推定規定説が推定との対比のために作りだした不必要な法的構成であった<sup>26</sup>。

---

26 異なった角度からであるが、推定・擬制論への批判として加藤雅信『新民法大系V〔第2版〕』[2005] 266以下がある。ただし、能見善久「共同不法行為」内田・大村編『民法の争点』[2007] 286のような叙述もみられる。

3、私見は最判準則および学説の問題点の指摘において断片的に示してきたが、ここでまとめておくと、私見によれば、1項後段は、因果関係不明の場合に、前段における①対処（およびそれに伴っての②対処）という共通の目的をもってかつそれに必要かつ十分な措置として、§709責任の存在が不明なまま不明関係者の仮定的§709責任を連帯関係に置くものである。従って、制度の重要な根拠である①への対処、責任の内容が§709であること、それが仮定的なものであることという多くの点において前段と後段は共通し、それらのことを前提にして仮定的§709責任を連帯関係に置くという「同様」な方法を採用したものと解すべきである。

既に述べたように、寄与度減額については、それが認められるのは暫定的であれ全部連帯を課するに相当する共同行為がないと判断される場合であり、そのような場合には②対処の必要はなくなり<sup>27</sup>、また、③困難も寄与度減額の主張があることによって解消しているのであるから、共同不法行為制度に拠る必要はなく、§709の適用の対象であると見るべきである。

## 第4章 むすび

1、共同不法行為についての最判準則の定式においては、§709責任の存在が前提にされ、それらが§719によって連帯関係に置かれるという構成になっていた。これに対し、この構成を批判する多くの学説においては、§719・1前段は§709責任に代わる責任の根拠条文とされている。確かに、最判準則と事案との対応関係をみれば、学説が念頭におく事例とは相違があり、これが乖離の一つの因であるといえるだろう。しかし、それぞれの定式のなかで示されている§719の理解の相違が重要である。最判準則が

---

27 寄与度を越えた部分については現実には無資力リスクが存在したとしても、それは、寄与度主張者が負担する必要はないと判断されたものである。

共同行為参加者うちの無資力リスク（㊦問題）の被害者にとっての解消を見ているのに対して、学説は、それと並んで、因果関係の証明方法の相違を前面に出している（㊤問題）。この後者は、最判準則の一部をなしている相当因果関係概念の多義性に対して判断過程の明確性を求めることと結びついていた。他方、このような相違にも拘わらず、この両者には行為者の確定的責任という前提が共通している。しかし、共同行為による損害であることに起因する損害賠償請求権の実現にとっての上記2つの困難への対処のためには、各行為者の責任の確定は必要のないものである。§709責任が連帯関係に置かれるという構成を維持しつつ、この責任が未確定のまま被害者の請求権の実現を図る制度であるとする理解に立つことによって、最判準則と批判的学説の乖離の解消の手がかりが得られると思われる。

寄与度減額論が新たな問題として付け加わることで、共同不法行為論は一段と混迷の度を深めた。また、最判 H.13が、1項前段についてであれ、寄与度割合による分割を「明文に反する」としたことで、最判準則と学説の距離がさらに拡大された。しかし、共同不法行為が確定的責任を問わない被害者に対しての対外的無資力リスク負担制度であるとすることで、寄与度問題を共同不法行為の守備範囲から外すことができ、また、寄与度の主張が妥当である場合には、共同不法行為制度を必要とした請求権実現の困難への対処の必要性が解消されている。寄与度減額のためのによる1項後段推定規定説には問題があった。

2、共同不法行為につきこのように考えることは、競合的不法行為概念の重要性が増すということを意味する。最判準則では、競合的不法行為も§719の共同不法行為の一つの型と位置づけられている。しかし、競合的不法行為においては、共同行為による損害において生じる請求権実現上の困難に対してと同様な措置を各行為に課する根拠に欠ける。1項前段を最判準則のように拡げることは、むしろ前段適用を必要とする事例の積み重ねによる前段適用の明確化を妨げるものである。他方、択一的競合以外の競

合的行為に1項後段を類推適用する説についても、そこで前提とされている後段を推定規定とすることには前章で指摘した問題点があるままではまる。さらにこの説の中には分割債権原則を前提として、場合によって必要とされる特則のために1項後段を類推するという説があるので<sup>28</sup>、最後にそこでの§427解釈の問題点を指摘することで、競合的不法行為論の展開のための一助としたい。

競合的不法行為の場合の損害賠償請求権には次の点から§427は及ばないと考えるべきである。まず、不法行為に基づく損害賠償請求権は要件の検討を経て請求権の存在が確認されて始めて金銭債権に変わる。従って、この請求権は金銭債権の実現のためのものではなく、被害の回復のための請求権の存在が確認されて金銭債権という結果になるというだけである。また、この請求権が金銭債権になる前には§427が述べるような債権の内容を当事者が決定するという段階はない。競合的行為でそれぞれの加害者に対しての§709に基づく請求権が併存しているという段階でも同様にまだ金銭債権は存在していない（請求権があっても、金銭債権があるのではない）のだから、この段階では§427の適用の場面はない。すでに一部が賠償されているならば、請求権が実現すべき被害者の回復を求める地位の内容が変わったということによって他の加害者の賠償責任が減額されるわけであるが、これは分割債権とは関係のないこと勿論である。

それでは、請求権実現の段階で金銭債権は§427によって分割されるのか？ 金銭債権に転化する際には、各加害行為の責任の範囲が算定されて金銭債権の額になる。その際にそれぞれの責任は分割されるわけではないから、責任の内容となる金銭債権が分割される理由はない。また、請求権が金銭債権に変わることによって債権の内容も確定するのであり、§427の分割原則といえども既に内容が確定された金銭債権を後になって分割す

---

28 前注4参照。

るというようには働かない<sup>29</sup>。

実際の観点を付け加えれば、競合的不法行為においては、請求されている加害者以外の行為者については存在もまた要件の充足も確定的なことは不明であるという前提で考えるべきである。その場合には、債権を分割するための前提を欠くことになるが、これも不法行為損害賠償請求権が金銭債権とは異なった性質のものであることに由来する。

ここで扱っている後段類推適用説も分割債権を原則としつつ§719・1後段によるその修正の場合が多いことを認めているのであるから<sup>30</sup>、実質的判断においては私見との相違は大きくないのであろうが、法的構成の上で、不法行為損害賠償請求権はそれが併存している場合であっても、上記の点から金銭債権の分割原則とは無関係であるから、特則を求めて§719・1後段に赴く必要はないというべきである<sup>31</sup>。

---

29 本文のような不法行為損害賠償請求権の機能は、金銭債権規定が債権総則に位置し不法行為規定が債権各論の債権発生原因として配置されているというパンデクテンシステムによっては適切に表現されないが、救済規範の機能的把握にとっては請求権と債権の区別は不可欠である。この区別については、広中『新版民法綱要第一巻総論』[2006] 123以下参照。

30 大塚・前掲883。

31 結論において同旨、野々村和喜「交通事故と医療過誤の競合」同志社法学55・6 [2004] 115。