

原因競合についての一考察

- 「共同不法行為における過失相殺」をめぐる問題を中心として -

西 理

定年により約40年間にわたる裁判官生活に区切りをつけ、本法科大学院に籍を置かせていただいてから早くも新しい年を迎えようとしている。ある程度覚悟はしていたが、実務家としての経験がそのまま教員として役に立つというほど甘くはなく、基礎的な勉強を一からやり直さなければならない始末であった。ただ、幸いなことに私が単独で授業を持つということではなく、どの科目でも研究者教員の方々（紺谷浩司、沢野直紀、多田利隆、和田安夫の各先生）と共同で担当する体制を組んでいただいたため、本当に救われた。心から感謝を申し上げる次第である。中でも、私の主たる担当分野である民事手続法を専門とされる紺谷先生には、その深い学識とお優しい穏やかなお人柄とにより親身のご指導をいただいた。新米教員の私としてはどんなに心強く、有難かったことか。本年の民訴学会における鶴田滋九州大学准教授の研究発表に対する感想と私見を本誌前号に発表する機会を与えていただいたのも紺谷先生のお力添えによるものであった。

ところが、その紺谷先生が来春には本法科大学院を去られるという。定めとはいえ大変寂しいことである。そして、そのご退職を記念して、本誌の特別号が発刊されるということなので、私も先生のご恩に報いるべく何か寄稿したい、いや是非そうしなければならないと思い決めたのではあるが、何分にも毎日を追われるようにして過ごしている有様なので、その余力がない。そんなときに窮余の策として思い付いたのが、裁判官時代に作成し、未発表のままになっている論稿（旧稿）のことであった。これに手を加えて寄稿すれば、かろうじて責は果たせるのではないか、そんな考えで早速その作業に着手してみたのであ

るが、なにしろ旧稿はかなり以前のものである（平成3年中には脱稿していた）ため、今日の学説判例を踏まえた新しい装いのものに改訂するには、資料を差し替えたりするだけでも大変な時間と労力を要するということがすぐに思い知らされた。それに、改めて読み返してみて、あの多忙な裁判官時代によくこの難テーマに取り組む意欲を持ったものだとは半ば驚き呆れるとともに、とにかくもこれだけの分析をやり遂げた自分を褒めてやりたい気がした。そうなると、旧稿に手を加えること自体が忍び難い思いにもなった。そんなわけで、いささか気は引けるが、旧稿は若干の手直しをするだけで基本的にそのまま維持し、それとは別に、その後の判例学説を概観したものを「補論」として付け加えるという形をとらせていただくことにした。紺谷先生には申し訳ない次第であるが、お赦しいただきたい。

- 目 次 -

一	はじめに	4頁
二	問題点の提示	
第1	「共同不法行為における過失相殺の方法」が問題に なった若干の裁判例の紹介	4頁
第2	上記裁判例の検討による論点の抽出	13頁
三	共同不法行為論	
第1	共同不法行為をめぐる従来の議論状況	29頁
第2	共同不法行為理論の再構成	42頁
第3	民法719条に基づく請求の要件事実とその訴訟構造 訴訟法的視点からの考察	80頁
第4	共同不法行為者間における求償関係をめぐる若干の問題...	90頁
第5	まとめ	97頁
四	過失相殺論	
第1	総論	103頁
第2	過失相殺の方法	111頁
五	寄与度減責論	
第1	割合的因果関係論ないし部分的因果関係論	127頁
第2	まとめ	136頁
六	補論	
第1	旧稿の見直しと本項の内容について	140頁
第2	共同不法行為論をめぐる旧稿後の状況	142頁
第3	若干の論点についての補足	160頁
第4	共同不法行為の場合における過失相殺の在り方について...	166頁
第5	おわりに	178頁

一 はじめに

私が最近取り扱った事件（後記二の[裁判例8]）において共同不行為における過失相殺の在り方を考えさせられたことがあった。この問題については予て学者・実務家の間でそれなりに意識され論じられてきたが、十分に検討されたとはいえない。そこで、この問題を扱った裁判例の検討を通じて、若干の問題提起を試みたいと考えたわけである。ところが、いざ着手して見ると、共同不法行為論、過失相殺論をそれぞれ一応おさらいした上で、寄与度減責論にも言及しないわけにはいかないことが分かった。そうなると、いっそテーマを「原因競合」論とすべきではないかと考えるに至ったものの、それでは論点が広がりすぎて手に余ることは明らかであった。

しかも、共同不法行為については、近時盛んに議論され、能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察（1）ないし（8・完）」（法学協会雑誌94巻2号・8号，95巻3号・8号・11号，96巻2号・5号，102巻12号）という貴重な労作が発表されており、その成果は四宮和夫「不法行為」などの教科書にも十分に摂取されているように見受けられる。また、過失相殺についても、窪田充見「過失相殺の法理（上・中・下）」（判例タイムズ738号，739号，741号）という研究発表がなされている。

それ故、本稿のテーマは冒頭掲記のとおりとするものの、あくまでこの関係の裁判例の分析検討を中心として論じることを基本とするとともに、理論的な問題については避けて通れない点に限って論及することにしたい。

二 問題点の提示

第1 「共同不法行為における過失相殺の方法」が問題になった若干の裁判例の紹介

[裁判例1] 大阪地裁S41・11・17判決（判タ202-196）

Cは友人Aの運転する原付自転車の後部荷台に乗車し、法定速度を無視して暴走するスピード感を楽しんでいたところ、A車がB運転の普通乗用車と衝突し、Cは死亡した。A，B，Cの各過失の割合はほぼ5対1対4である。

このような場合、被告（おそらくBの使用者か或いはB車の運行供用者であるものと推測される）は、Aと連帯してCの死亡により生じた損害の6割を賠償すべき義務がある。

[裁判例2] 甲府地裁S53・12・18判決（判時927-217）

<事案の概要>

XはY₁との間で、Xを買主、Y₁を売主として婦人用セーターの備蓄販売を内容とする継続的売買契約を締結し、取引を継続してきた。その形態はXがY₁に注文し、Y₁が商品を製作すると一旦Y₂（倉庫業者）の倉庫に保管し入庫報告書を添付したY₁の請求書に基づきXはY₁に代金を支払い、Xは必要に応じて商品を出庫するというものであったところ、Y₁の代表者Aは、Y₂の係員がAを信用して入庫に際し荷物の点検をせず、かつ予めまとめて渡されている白紙の入庫報告書用紙に自ら記入した同報告書に容易にY₂のスタンプを押してくれることを奇貨として、虚偽の事実を記載した同報告書にスタンプを押してもらって、これをX宛の請求書に添付し、Xからその金額を騙取した。

<判旨>

(1) Xは2年余の取引期間中一度も棚おろしをしていないこと、入庫報告書も見ず疑問を抱いても当然な体裁のものであること、寄託のための基本契約書さえ作成していないこと、もともと入庫報告書は倉庫証券に代わりうるものではないから、一定の危険を覚悟しなければならず、その危険を防止するための慎重かつ万全の措置をとるべきであることなどの諸事情を考慮すると、Xにも過失があり、これをY₂との関係においてみれば、7割の過失相殺がなされるべきである。

(2) しかし、Aは故意に虚偽の入庫報告書を作成し、これにY₂のスタンプを押させ、これを利用して不法行為をなしたものであるため、Xに前記の過失が認められるとしても、Y₁のために過失相殺をなすことは公平の觀念に反する。

(3) 一般に不法行為法はある一つの社会的事象によって生じた損失を当事者間ないし社会全体との関係において公平に分担させることを理念とするものであるところ、過失相殺はその理念にそい、不法行為の故意、過失、責任能力、相当因果関係、違法性、損害の発生等の要件及び共同行為の場合には共同不法

行為の要件が充たされて損害賠償請求権が発生し具体的な損害額を確定しうる最終段階においてこれを全部不法行為者の負担とするときは不法行為法の公平の理念にそぐわず、かつ被害者側にも非がある場合に、これを斟酌して修正する制度である。すなわち、それは不法行為による損害賠償請求権額の認定の最終的な調整機能を有する法制度である。そして、共同不法行為において共同の不法行為者が「連帯二テ」損害賠償の責に任ずる旨の規定（民法719条）も前記の不法行為の理念にそって解釈されねばならない。したがって、共同不法行為者の一人について過失相殺を是とするが他の一人についてこれを否とすることが公平の理念に合する場合には前者について過失相殺をなし、後者についてはこれをなさないという結論となるものと解すべきである。

[裁判例3] 福岡地裁S59・1・31判決（判タ525-178）

< 事案の概要 >

X会社（支店長A）はB会社（代表者C）に対し5000万円を貸し渡したが、これは、CがAに対して、Y作成の土地売渡済証明書等を示し、本件土地は登記名義上はYの所有であるが既にCが買い受けてCの所有となっているから、本件土地に抵当権を設定する旨の説明したことを信じたからであった。ところが、YとCは本件土地について売買契約を締結してはいたが、同土地は国土利用計画法により同法所定の手続きを経ることなくしては売買が禁止された土地であること、Yとしては売買代金と引換えでなければCの債務を担保するために本件土地に抵当権を設定する意思は有していなかったところ、Cは本件土地を担保に供する以外には既に支払済みの手付金2850万円を除く残代金の調達をすることはできなかつたことなどの事情によれば、CはXのために本件土地に抵当権を設定することは近い将来を含め不可能な状態にあった。Cもそのことを知っていたのであり、つまりCはAを欺罔して5000万円を貸与させたものであった。

< 判旨 >

(1) Yは、Cが、本件土地は既に自己の所有であり、いつでもこれに抵当権を設定することができる旨の虚偽の説明をして金員を借り受けるための資料として本件証明書を用いることを十分に予期することができた。

(2) Aは本件証明書があることからCの虚偽の説明を誤信したのであるから、Yも又XがBに5000万円を貸与したことによって被った損害を賠償すべき責任がある。

(3) 一方、Aとしても、抵当権設定登記手続ないしはそれに必要な書類と引換えに金員を交付するのでなければより慎重であるべきであり、しかも本件土地の登記簿上の記載からすれば、Cの言うとおり抵当権設定（登記）ができるのか疑問を持ち、権利証その他所有権移転登記手続きをなすのに必要な書類等の提示を求めるなどして、Cの説明ないしは本件証明書の内容の確認をすべきであり、それは容易であったのにこれを怠った過失がある。

(4) そうすると、XとYとの過失割合は7対3と解するのが相当である。

[裁判例4] 大阪地裁S55・6・26判決（判時990-217，判夕420-112）

< 事案の概要 >

Xらの被相続人A（歯科医）は、某日午後7時ころから、Z₁の招待でホテルZ₂においてふぐ料理を食べたところ、「とらふぐ」の肝を食べて30分経過した後から口唇や手指の麻痺を自覚し、やがて同席したZ₁らも手指の麻痺を感じるようになったため、同日午後10時ころB病院で診察・治療を受けたものの、暫くすると歩行困難を来すなどしたため、B医師に勧められて翌日午前零時ころY県立C病院を訪れた。Aは同病院でD、E医師の診察・治療を受けたが、帰宅後同日午前2時ころ、ふぐ中毒（テトロドトキシン）による呼吸麻痺で死亡した。なお、Z₁、Z₂はいずれもXらの補助参加人である。

< 判旨 >

(1) ふぐ中毒で死亡する例の大多数は呼吸麻痺によるものであり、これは通常は摂取後4時間以内に発現するものではあるが、テトロドトキシンの解毒排泄時期（通常は摂取後8ないし9時間）を経過し、かつ呼吸麻痺がない患者は別として、ふぐ中毒の患者が来院した場合は当初いかに軽症であると思われても必ず入院させ、直ちに人工呼吸を行う準備をしたうえで終日厳重な監視を行い、呼吸障害の発生した患者には気管内挿管してレスピレーターにより調節呼吸を行う必要がある。

したがって、Y（C病院のD、E医師）としては、Aの症状（ふぐ中毒とし

ては第 度位でさほど重いものではなく、適切な措置を施すことによって十分救命しえたものであった)を適切に診断して、Aを入院させて十分な呼吸管理を行う等すべきであった。

(2)一方、Aは歯科医であり、かつ、過去にふぐの肝を食べてふぐ中毒になった経験からふぐの肝を食べればふぐ中毒になる虞れがあることを十分認識していたのに、Z₂ホテル側に対してふぐの肝を出すよう強く要求してこれを提供させたことが認められるから、Aには損害発生について重大な過失があったもので、結局、6割の過失相殺がなされるべきである。

(3)Yは医療過誤を通じてAの損害発生に寄与したものであって、Aが人工呼吸の必要性を訴え帰宅を拒むほどの医学的知識を有していたとは推認できないから、Aの過失とYの医療過誤の間には相当因果関係がないと一応考えうるようでもある。しかし、Z₂ホテルとYとは明らかに共同不法行為の関係にあるとみられ、Z₂とAとの間に過失相殺関係が認められるときは、過失相殺のもつ公平維持の調整的機能に照らし、YとAの間にもこれと同様の過失相殺関係を認めるべきであって、もしそうでなければ、損害発生に寄与するところのより多い加害者が過失相殺による賠償額の減額を受け、寄与率が低く、これに後日求償しうる立場の第2加害者が全額賠償を強いられ、後日の求償が事実上不能になるという不公平をもたらすことになりかねないからである。

[裁判例5] 横浜地裁S57・11・2判決(判時1077-111,判タ495-167)

< 事案の概要 >

X₁(39歳の主婦)が信号機の無い変形五叉路交差点のアスファルト舗装部分を自転車に乗って通行中、Y₂運転の普通貨物自動車(Y₁所有だが、Y₂が借り受けていたもの)と出会い頭に衝突・転倒し、両下腿骨複雑骨折、右下腿挫創等の傷害を負ったが、特に右下腿部の挫創はひどく、長さ30センチメートル、深さは筋骨に達する不整形の傷口を有するもので、傷の内部まで泥や土砂等により著しく汚染されていた。X₁は約20分後にY₃病院に運ばれ、A、B両医師の診療を受けた。両医師は、右下腿挫創部位及び両下腿骨骨折部位につき生理食塩水を用いてデブリドマンを行い、ドレーンを2ヶ所に挿入したうえ直ちに創傷を縫合し、右下肢の網線牽引を行い、また破傷風予防のための抗生物質や

痛み止めの注射を打つなどした。その後、同病院の担当医師は格別の異常所見を認めず、2日後にドレーンを抜去し、さらに5日には縫合部位の抜糸を行った。ところが、その際に右創傷部から特異の強烈な悪臭があるなどしたため、担当医師はガス壊疽感染と診断し、生命に危険があるためX₂(X₁の夫)の承諾を得てX₁の右大腿の切斷手術を行った。

<判旨>

(1) X₁の両下腿骨複雑骨折、右下腿挫創の程度がひどく、その部位が著しく汚染されていたため、ガス壊疽の発症の危険が極めて高かったのであり、このことは通常の医師であれば容易に予見し又は予見しうべきであったから、A、B両医師としては、ガス壊疽の発症を防止することを最重要事項の一つとして念頭に置き、創傷部位の徹底したデブリドマンを行い、或いは右創傷を開放性に処置すべきであったのに、これを怠った過失がある。

(2) Y₁、Y₂の責任はいずれも自賠法3条の責任であり、これらは不真正連帯の関係にあり、Y₃の責任は民法715条のそれであるところ、Y₂の過失行為とA、B両医師のそれとは相互に何ら意思連絡等のないものであり、時間的、場所的にも隔たりがあり、行為類型の点においても別異のものであるが、X₁の被った損害の点に着目すると、本件交通事故による損害と本件医療過誤による損害とは、その大部分において重なり合い、混じり合っているから、これらの損害を明確に分別し、その各損害額を別々に算出することは困難であり、結局、これは渾然一体となった一つの損害とみるのが相当である。そして、この一つの損害とY₂の過失行為及びA、B両医師の過失行為との間にはいずれも事実的因果関係を肯定しうる。

右のとおり、Y₂の不法行為及びA、B両医師の不法行為とは、損害が同一である点において民法719条にいう共同不法行為の一つとみて差し支えなく、したがって、右損害は原則としてY₁らにおいて連帯して賠償すべき関係にあるというべきである。

(3) しかしながら、本件交通事故と本件医療過誤とはそれぞれ別異の過失行為によって発生したものであるから、まず各原告につき前記一つの損害の総額を認定したうえ、右損害額につき本件交通事故における加害者の過失行為が寄

与した分と本件医療過誤における加害者の過失行為が寄与した分とを割合的に判定・評価することが可能であれば、損害賠償の公平な分担の見地からみて、右の割合（寄与率）を考慮して、各被告らの損害賠償責任の減責、各負担部分の評定がなされるべきである。そうすると、 Y_2 の寄与率は原告らの損害全体の5割、A、B両医師のそれは8割であり、3割については双方の過失が共同して寄与していると評価するのが相当である。

(4) Y_2 には左方道路上に発見した X_1 自転車の動静に対する注視を怠り、かつ制限速度を遵守しなかった過失があるが、 X_1 にも本件交差点に進入するに際し、一時停止、徐行、左右の安全確認を怠った過失があり、両者の過失割合は X_1 の過失4割、 Y_2 の過失6割とみるのが相当である。

(5) Y_1 、 Y_2 が X らに対し賠償すべき損害負担部分を算出するにあたっては、 Y_2 の前記寄与率による部分（寄与分）につき、右認定の過失割合に従って過失相殺を行うべく、またこの場合、公平の見地からして、 Y_2 の右寄与分のうちの同被告の単独寄与分（総損害額の2割）につきまず過失相殺を行うべく、なお、残余があればA、B両医師との共同寄与分（総損害額の3割）につき過失相殺を行うべきである。

(6) A、B両医師の診療上の過失に対する関係では X_1 の過失は見当たらないから、 Y_3 が X らに対し賠償すべき損害負担部分を算出するにつき、 Y_3 との関係では過失相殺をする余地がない。

[裁判例6] 神戸地裁S59・9・28判決（判時1167-87，判タ545-275）

< 事案の概要 >

事案は、いわゆる「つけ売買」に関するもので、複雑であるが、本論点に関係する部分のみを要約して抽出すると以下のとおりである。

AはBから鋼材を買い受け、Cに転売しようとしたが、中間に総合商社 X 、 Y_2 を介在させようと考え、Bとの間で未だ売買契約が成立していないのに、その事情を秘して、 X との間で Y_2 倉庫置場渡して売買契約を締結し、 X は Y_1 と、 Y_1 はCと、それぞれ売買契約を締結した。なお、 X は Y_1 に対し、契約書、納品書、受領書等を交付し、右鋼材の在庫と引き渡しを確認したうえで右書類の所定欄に押印して返送するよう依頼していたところ、 Y_1 は、その後 Y_2 から

入庫報告書が送付されてきたので、Y₂倉庫在庫のまま引き渡しを受け終わったものと判断し、右書類等に押印するなどしてXに持参した。そこでXはY₁に対して引き渡されたものと考えて、Aに対して代金を支払った。

ところが、その後A、B間の売買交渉は決裂し本件鋼材は他に処分された。そこで、CはY₁との、Y₁はXとの各契約を解除した。Aは事実上倒産したため、Xは代金相当額の損害を被った。

<判旨>

(1) Y₂従業員はY₁の依頼に応じて在庫の調査確認を引き受けた以上は適切妥当な方法により慎重かつ正確な調査確認とその回答をなすべき義務があったのに、これを怠り、本件鋼材の在庫確認を誤ったばかりか、Aの依頼のままに事実を反した虚偽内容の入庫報告書等を作成交付した過失があり、Y₁もXの依頼に応じた適切妥当な在庫と引き渡しの確認をしないまま右入庫報告書記載の事実を真実と軽信して事実を反した物品受領書を作成してXに交付した過失があるから、YらはXの損害を賠償すべき責任がある。

(2) 本件売買は「つけ売買」であり、その所有権の移転や引き渡しの主として書類に基づき在庫のまま簡易に行われるのが通例であるとしても、Xが売主としての義務を免責されるいわれはないから、Xにも、Y₁と契約を締結する際に本件鋼材の所有権取得や在庫の確認を全く行わなかった過失がある。

(3) Xの損害発生に対する寄与の度合い及び公平な分担という観点から、損害分担割合をAが2、X及びYらが各1とするのが相当である。

(4) Yらの各過失行為はXとの関係においては共同不法行為となるが、Aとの関係では共同不法行為というよりXと同様にむしろ被害者側に位置づけることの方が公平にかなう。

もし、反対にYらとAとを共同不法行為者と認めると、Aに対する求償権の行使が事実上不可能であるために、YらがAの賠償額も負担することになり、Yらの不利益においてXを著しく優遇することになって却って公平に反する。要は、Yらは前記過失行為によりXの損害をどの程度填補すべきか、不法行為と損害賠償額の均衡性、相当性ひいては相当因果関係による損害額の限定の問題である。

[裁判例7] 仙台高裁S60・4・24判決(判タ567-195)

< 事案の概要 >

Y₁がダンプカーの荷台を上げたまま進行したため、電話線を引っ掛けてY₃が所有管理する電話柱が根元から折れ、道路上に30度の角度で倒れかかる事故が生じ(時間は午後5時30分)、その1時間後にXらの子Aが自動二輪車を運転して右道路を進行中、右電話柱に衝突して即死した。因みに、当日は土曜日ということもあって、非番の職員が招集され資材を整えて現場に向けて出発したのは午後6時25分、到着したのは更に25分後で、本件事故発生後であった。

なお、Y₁とその使用者であるY₂については一審で責任が認められ、確定している。

< 判旨 >

(1) Y₃は、第1事故についての第一報受理(第1事故後30分経過)後直ちに所轄警察署に対して、現場付近の交通整理等の事故防止のための配備をするよう要請すべきであり、その措置を講じていれば本件事故の発生を未然に防止しえた可能性が高いものと認められる(現に、本件事故発生後、警察官はY₃職員の到着前に臨場していた)。

(2) 本件事故の発生については、Aの前方不注視の過失があったことは否めないが、Y₁の過失とこれにより危険な状態となった電話柱についてのY₃の保存の瑕疵とが競合して原因をなしているものである。そして、Y₁の過失の程度は重い、Y₃の瑕疵も決して小さいとはいえない。

(3) 損害発生の原因に寄与度においてY₁(Y₂を含む)のほうが大ではある(したがって共同不法行為者としての不真正連帯の損害賠償債務につきその負担部分に差等を生ずる)が、加害者側全体の過失ないし瑕疵と被害者側の過失の双方を考慮する場合、過失割合を加害者各自と被害者の間でそれぞれ別異に定めるべきではない。

< 付記 > 原審(青森地判S59・4・16)は個別的に過失相殺をなし、AとY₃との間ではAの過失を4割5分、Y₁(Y₂を含む)との間では2割と判断したようである。

[裁判例8] 福島地裁いわき支部H2・12・26判決(判時1372-27,判タ746-116)

< 事案の概要 >

Y₁ 市立 B 中学校 3 年生 A が自殺したことにつき、X ら（A の両親その他）は、右は同級生 C のいじめを苦にしたことによるものであるとして、Y₁ 市については教師の安全保持義務違反、C の両親 Y₂、Y₃ については C に対する監督義務違反を理由に損害賠償請求をした。なお、その後 Y₂、Y₃ との間では和解が成立している。

< 判旨 >

(1) A の自殺は C のいじめによるものであり、B 中学校教師らには C のいじめを看過した過失がある。他方、自殺した A にもそのような手段を選択したという点で責任があり、X ら A の家族にも A の苦悩に気付かず、また適切な対応を怠った過失がある。

(2) C のいじめとこれを看過した B 中学校教師の過失とは共同不法行為の関係にあるが、C の行為が故意に準ずるような積極的な加害行為であるのに対し、学校側の過失行為はあくまで消極的な不作為によるものであるから、Y₁ との間で過失相殺ないしはその類推適用をなすに当たっては、専ら学校側の過失と X ら（A を含む）の過失とが比較衡量されるべきである。

その結果、7 割（うち A のそれが 4 割強）の過失相殺をなすのが相当である。

第 2 上記裁判例の検討による論点の抽出

1 これらの裁判例を概観するとき、まず、本稿の中心的なテーマである共同不法行為の場合における過失相殺の方法について、裁判例が区々に分かれていることが目につく。これを大別すれば、過失相殺が行為者毎に個別的になされている場合（[裁判例 2]、[裁判例 3]、[裁判例 5]、[裁判例 7] の原判決、[裁判例 8]）と、加害者側を一つに括ってなされている場合（[裁判例 1]、[裁判例 4]、[裁判例 7]）とに分かれている（能見教授は、前者を相対的過失相殺、後者を加算的過失相殺と呼んでおられるので、以下、この呼称を使用させていただく）。

(1) しかし、その背景には、当該複数の不法行為が相互にどのような関係にあるものとするべきなのか、換言すれば、そもそもそれらが果たして共同不法行為の関係にあると言えるのかという問題が潜んでいるように思われる。

前掲各裁判例は、事例毎に行為者間の関係のありようが相当大きく相違しているように思われるのであるが、それにもかかわらず、[裁判例6]（これは、 Y_1 と Y_2 の関係では共同不法行為性を肯定したが、 Y らと A との関係においては、 Y らはむしろ X と同様に被害者とするべきであるとしてこれを否定している）を除いて、いずれも共同不法行為となるものとしたうえで過失相殺の問題を処理している。だが、それは果たして自明のことなのであろうか。

中でも困難な問題を提示するのは、ある者の不法行為と並んで、当該不法行為を阻止し或いはそれによる否定的な結果の発生を防止する義務を負っている者の過失が加わって結局損害が発生し或いは拡大したという場合（[裁判例4]、[裁判例5]、[裁判例7]、[裁判例8]）である。

しかし、これらも又決して一括りにはできないような事例毎の特色があるように思われる。例えば、このタイプの一つの典型は、[裁判例5]のような交通事故と医療過誤の競合の場合であるが、同じく医療過誤が主張される場合でも、被害者が病気になるって医師の診療を受けたというとき（[裁判例4]）と比較すると微妙な差異があるようにも思われる。

なお、これら2例のように、この義務が診療契約に基づくものであったり、或いは[裁判例8]のように一定の関係に基づく安全配慮義務であったりするときは、債務不履行構成による損害賠償請求も可能であるところ、このような場合の共同不法行為をどのように捉えるかという問題もあるように思われる。

(2) 更には、共同不法行為者（以下、問題を簡明にするために、これが2名の場合を例にとって考察を加えることとする）の一方に故意がある場合、特に右行為が犯罪（故意犯）を構成するような場合（[裁判例2]の Y_1 、[裁判例3]の C 、[裁判例8]の C など）に、両者の関係をどのように考えるべきなのかという問題がある。

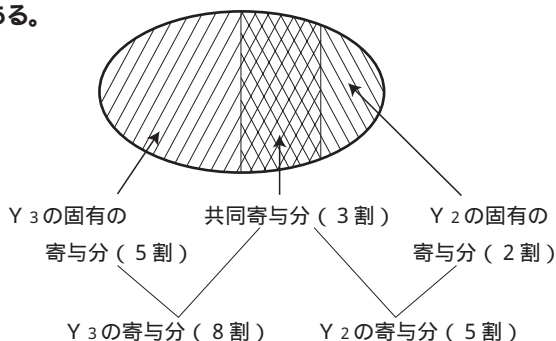
(3) 次に、 X が甲と乙の共同不法行為によって被害を受けた場合において、 X が共同不法行為者を双方共に共同被告とした場合（[裁判例2]、[裁判例5]）と、乙なら乙だけを相手に訴訟を提起した場合（[裁判例1]、[裁判例3]）とで何らかの差異があるかという訴訟法的な視点からする問題も軽視することができないように思われる。

また、それとの関連で、[裁判例4]のように甲が補助参加している場合、[裁判例7]、[裁判例8]のように当初は共同被告とされていたが、その後和解等により甲が訴訟から脱退した場合はどうかということも検討しなければなるまい。例えば、[裁判例3]ではCが被告とされていないために、当然の如くにXとYとの過失のみが比較されて過失相殺がなされているが、共同不法行為者Cとの間ではどうなるのだろうか。おそらく過失相殺を否定するか、そうでないとしても、これ程大きい割合で過失相殺がなされることはあるまいと思われる。^(注)

2 上記のような疑問や問題意識を踏まえて、以下において、前掲裁判例についてのやや踏み込んだ検討を試みることにする。

(1) これらの裁判例の中には、各共同行為者の過失割合([裁判例1])や寄与率ないしは寄与部分([裁判例5])を明らかにしているものがある。

ア 例えば[裁判例5]においては、 Y_2 (Y_1 を含む。以下同じ)と Y_3 を共同不法行為者と認めたとうえで、その各寄与率が5割と8割であることが明示され、3割の範囲で相互に重なり合うものとされている。この関係を図示すると次のとおりである。



(注1) そのほかにも、交通事故と医療過誤が競合する場合や、甲車と乙車の衝突事故により第三者が被害を受けたというような場合に、甲又は乙のうち、より責任が重いと考えられる者や、資力があって賠償能力に欠けるところがない者だけに対して訴が提起されることも少なくない。特に、後者の事例において、被害者Xが甲車の同乗者であるというような場合には、Xとしては甲に対して訴訟上の請求をするのは憚られるというような心理がはたらいたり、或いは双方の間に一定の身分関係その他何らかの密接な関係性があるということが多いからであろうか、往々にして乙だけに請求するということになり易いようである。もっとも、被害者が死亡している場合にはいささか事情が異なるようにも思われる。

イ ところで、そもそも、このように交通事故と医療過誤が競合した事例において、共同不法行為の成立を認めるべきか否かについては議論のあるところではあるが、本判決のようにこれを肯定するのであれば、加害者は被害者に賠償すべき損害の全部について連帯して責任があるものとするのが通例であり、共同不法行為者同士の内部の分担は、損害の賠償をした者から他方に対する求償により処理するものと理解されていたのである。^(注)

そのような考え方からすれば、[裁判例5]判決を目して、共同不法行為を肯定しながら各過失行為の寄与度に応じた減責を認めたものと理解することもあながち見当違いとは言えないであろう。

ウ ただ、寄与度減責論などにおける寄与度とは、各行為者の過失の程度・態様を比較衡量することによって得られる過失割合を主要な基準としつつ、あくまで共同不法行為者各自の責任割合が相対的に決せられるものであるのに対し、[裁判例5]判決の「寄与率」の考え方は、各共同不法行為者の過失行為が惹起した結果が各々損害全体の中に占める割合を意味していることが明らかである。それだからこそ、一部(3割)の範囲において重なり合うというような事態も起こり得るのである。そうすると、本判決は共同不法行為者間の責任割合をその内部関係において直接に明らかにしたものであるということとはできないであろうが、間接的には、そのような意味合いをもっていることを認めないわけにはいかない(なお、[裁判例5]判決に対してはこれとは異なる理解も可能であると思われる。その場合の問題点については、後記(3)において改めて検討する)。

(2) また、[裁判例1]は、共同不法行為者は各自被害者に生じた全損害を賠償

(注) 例えば、[裁判例5]と酷似した事例について、静岡地沼津支判S52・3・31(交通民集10-2-511)及びその控訴審判決である東京高判S57・2・17(判時1038-295)は、やはり交通事故加害者と医師の双方について過失を認めたとうえで、両者が客観的に関連共同しているとして共同不法行為になるものとしたが、双方に同額の損害賠償責任を認めている。また、共同不法行為者同士の内部負担については東京高判S47・4・18(判時669-69)参照。もっとも、従来、共同不法行為者同士の負担割合は各2分の1ずつと解されていたが、この東京高判は負担割合を異にする判断をしており、注目される。なお、以下において昭和年代の判例を引用するときは年号の「S」の表記を省略する。

すべき責任があることを前提にしていることは明らかであるが、それとは別に、このように各共同不法行為者の過失割合を判断しているということは、つまりは各自の責任割合を判断することにほかならない（最判41・11・18（民集20-9-1886）参照）

しかし、被害者からする損害賠償請求訴訟の中で、このように共同不法行為者各自の責任割合を判断するようなことがそもそも可能なのか、また、それは適切なこととして許されるものなのであろうか。これは、この点について判断することが、当該訴訟において訴訟主題ないしは少なくとも明示的な争点の一つとなっていたものと見ることができるのかという疑問である。なお、[裁判例1]のような場合においては、各関与者の過失を比較してその過失割合を判断することも必ずしも困難ではないが、[裁判例5]のように、異時的で且つ異質な行為同士の競合の場合に、各行為の寄与率を判定することは決して容易なことではないであろう（後記（3）において、[裁判例5]をもとにこれらの諸点についても改めて検討することとする）

ア まず、[裁判例5]のように、共同不法行為者が共同被告とされている場合について考えてみるに、実際の審理をつぶさに観察すれば、これを肯定しうるような場合もないとは言えないのかもしれないが、この訴訟はあくまで被害者たる原告から共同不法行為者として名指しされた各被告に対する損害賠償請求訴訟が単純併合されているに過ぎないのであるから、少なくとも形式的には否というほかはあるまい。

原告とすれば専ら早期の救済を求めているのであり、したがって被告ら間の責任割合などについて特段関心はなく、そのようなことは別途被告らの間で決めて欲しいと考えているものと思われる。しかも、被告らとしてもあくまで原告との間で自己の責任（過失）の有無及びその程度を争っているものであって、被告ら間の責任割合もせいぜいその過程で付随的・反射的に争われることがあるにすぎないのである。そうすると、この種の訴訟法律関係にあつては、その審理の中でこの点が正面から取り上げられ、被告ら相互間でこの点について十分に攻防が尽くされるというようなことは通常はまず期待しえないのではないかと思われる。それにもかかわらず、裁判所が被告ら間の責任割合について積

極的に判断を加えることは、原告はもとより被告らにとってさえも意外なことであり、ひいては弁論主義等に違背することにもなりかねない（[裁判例5]についてみても、このようにY₂とY₃の責任が重なり合う部分とそれぞれが単独で負担する部分とに区分されるということになれば、これはXらにとって事実上重大な影響を及ぼしかねないものであるから、Xらも到底無関心ではいられないであろうが、このような基本的な問題関心が訴訟関係人間に共通のものになっていたのであろうかという疑問がある）。更には、このような踏み込んだ判断をしてみても、後に被告らの間において求償が問題になったときには、前訴の責任割合についての判断に既判力はないから、さしたる意義はなく、却って後訴の判断と齟齬が生じるおそれがあるというような弊害さえも考えられる。
(注3)

イ そうであれば、まして共同不法行為者の一方だけが被告になっているに過ぎない[裁判例1]の場合には、被告とされていない者の過失を判断し、更に共同不法行為者相互間の責任割合を判断するというようなことは許されないものと考えるべきではないだろうか。

もっとも、訴訟の実際においても、被告とされた者が自己の過失や自己の行為と結果との間の因果関係を争う過程で、当該結果は専ら被告とされていない他の行為者の過失により惹起されたものであるとか、或いはその者の過失の方が余程大きいなどと主張し、その関係で、いわば被告の過失の有無等を判断する際に付随して他の行為者の過失の有無やその程度・態様等についても検討されることはあり得る（例えば交通事故に基づく損害賠償請求訴訟において、交通事故の加害者たるYが、被害者Xを治療した医師Aの過失によりXの損害が拡大したものであるなどと主張する場合がその典型的な事例である）し、その結果、被告の過失や因果関係が否定されることもないとは言えない。^(注4)

しかし、そのことと、被告以外の者にも過失があるとの判断をしたうえで、この者をも含めた共同不法行為者相互間の過失割合までも判断するということ

(注3) それが前訴の審理の中で十分に攻防が尽くされているようなときには、その理由中の判断についても訴訟上の信義則を適用するなどして一定の効力を及ぼすことができないわけではないが、それはあくまでも例外的な場合にとどまる。

とは、全く局面を異にするといつてよいであろう。また、実際にこのような主張がなされた場合においても、訴訟告知などの手段をも講じないまま、Aの訴訟手続への関与を実現しない状態のもとでなされるこの種の主張には到底重きをおくことができないのがむしろ通例であろう^(注4)。もちろん、このような場合においても、Aが証人として喚問され相当周到な尋問がなされるものと思われるが、そのことによってAの防御が全うされたなどとしていくことができないのは当然だからである。

ウ 一方、[裁判例4]においては、Yとの関係においてもAの過失を斟酌して過失相殺をなすべきであるとする理由の中で、「他の共同不法行為者（おそらくZ₂を指すのであろう）よりもYの方が寄与率が低い」とされているにとどまり、その割合などが明確にされているわけではない。しかも、この場合には、他の共同不法行為者（Z₁、Z₂）が原告側に補助参加しているので、[裁判例1]とは全く同列には論じられないかもしれない。しかし、既に述べたところによれば、結局は同じ結論が導かれることになる^(注5)。

エ これに対し、[裁判例6]は、AとYらの各行為の共同不法行為性を否

(注4) 東京地判54・7・3（判時947-63）がその例である。これは、電車の乗客甲が乗車しないうちに扉が閉まって左手を扉に挟まれたまま引きずられて負傷（左鎖骨骨折等）したため、乙病院に入院してA医師らによる手術等の治療を受けたが、術後の経過も順調で近く退院の見通しであったのに、突然吐血するなどして容態が急変し、結局数日後に死亡したという事案において、電鉄会社、運転手及び車掌を被告として損害賠償請求がなされたものであるが、裁判所は、右吐血は外傷性ショックの緩和のために投与されたオルガドロン（ステロイドホルモン）の副作用により発症した胃潰瘍によるものであったのに、その後もオルガドロンを投与し続けたために胃潰瘍を悪化させて遂に死亡するに至らしたものであるとして、Aらの重過失を認め、Yら（但し、運転手の過失は否定）の責任を傷害の範囲に限定した。

ところで、このような場合、原告らとしては乙病院ないしはA医師らを被告として別訴を提起することになり、そして、おそらくはその請求が認容されるのが通例であろう。本件についても、横浜地判60・1・31（判時1162-127）により乙病院らに対する請求がほぼ同様の理由で認められているが、制度的にはその保証はないというほかはない。そこで、はじめから乙病院らをも共同被告とすることが望ましいわけであり、また、乙病院らとしても、前訴でこまごまの踏み込んだ判断が示されるということであれば、何らかの形で前訴に参加したかったということになるのではないであろうか。なお、この点については後記三の第3において改めて検討を加える。

定したうえで、各行為者の寄与度を判断している。しかし、本判決が訴訟当事者ではないAの寄与度について判断していることに対しては、[裁判例1]と同様の疑問があるものと言わなければならない。

また、Aについて共同不法行為者性を否定したこと自体も、従来の理解に基づくならば疑問があろう。現に、本判決によっても Y_1 、 Y_2 は共同不法行為者とされているのであり、敢えてAを区別する理由は見出し難いように思われる。そうすると、本判決が、A、Yら、Xの各行為の寄与度を2対1対1としたうえで、Aの寄与部分をYらの負担から除外したこと 本判決はむしろこの結論を得るためにAとYらの共同不法行為者性を否定した感がある についても、再検討の必要があることになろう。

(3)アところで、[裁判例5]については、前記(1)とは異なる次のような理解も可能である。

即ち、この種事案にあつては、交通事故による受傷自体によって生じた損害 例えば、負傷そのものによる苦痛に対する慰謝料、通常であれば治癒したであろう時までの間の休業損害やその間の入・通院慰謝料など が必ずあるはずであり、これは当然 Y_2 の固有の責任に帰せしめられるべきものである。そして、共同不法行為を認めるにしても、それは医療過誤による(あくまでもこの

(注5)このような趣旨の裁判例は多いものと言うべく、例えば、交通事故の加害者からする「被害者の股関節脱臼不告知、医師の同脱臼不発見により損害が拡大した」旨の主張を排斥した大阪高判58・6・22(判タ506-176)などは、その適例である。このほかにも、医師の過失を否定したものとして、札幌地判44・4・18(下民集20-3・4-226)、東京地判48・5・17(交通民集6-3-885)などがある。

また、これとはやや観点を異にするが、東京地判51・6・21(判時843-63)、新潟地長岡支判53・10・30(交通民集11-5-1525)は、医師の重大な過失があつて交通事故と結果との因果関係を切断するような特別な事情がない限り交通事故加害者は全損害について責任を負うものとしている。更に、大津地判49・10・29(交通民集7-5-1527)は、医師の過失が疑われるとしつつも、因果関係の中断事由とはならずせいぜい異時的共同不法行為になるにすぎないものとする。福岡地判59・8・10(判時1140-110)も、医師に仮に過失があるとしても加害運転者は全額賠償責任があるとしている。(後二者は、むしろ共同不法行為についての一般理論からくる帰結として理解すべきものであろう。即ち、これは、山王川事件に関する最判43・4・23(民集22-4-964)や、全日空機と自衛隊機との平石上空での衝突事故に関する東京地判49・3・11(判時737-15)などの論理と同様である。)

判断を前提とする) 損害の拡大部分について初めて問題になる筋合いのものである。そうすると、本来ならば、被害者に生じた損害全体のうち、交通事故による固有の損害と医療過誤による損害の拡大部分とが区分されたうえで、後者についてのみ共同不法行為が問題にされなければならない筈である。このことは本判決も十分に認識していたことは明らかである。むしろ、この点を明確にしたことが本判決の大きな功績であると言ってもよいかもかもしれないが、Xらの被った損害が交通事故加害者Y₂の過失行為によるものと医師側Y₃のそれによるものとが渾然一体となっていて分別し難いということの故にこれを断念したのである。そして、まさにそのことを主たる理由にして共同不法行為の成立を肯定したのであるが、同時に、損害賠償の公平な分担の見地から各過失行為の寄与した分を割合的に判定・評価すること(これが寄与率である)を目指すべきであるとし、しかもこれが可能であるとして前記のような結論を導いているのである。そして、本判決が右結論を導く過程等には後記のような疑問や曖昧な点があることは否めないものの、Y₃に全部の責任を負担させず、Y₂に固有の寄与率(全損害の2割)を認めているところからすれば、或いはこれが交通事故による固有の損害であるという判断なのかもしれない。そうだとすれば、

(注6) このような補助参加が許されるか否かについては、消極説も考えられないではないが、仙台高秋田支判46・9・8(高民集24-3-318)及びその上告審判決である最判51・3・30(判時814-112, 判タ336-216)もこれを認めており、肯定してよいものと思われる。

なお、この事例は、共同訴訟人の一人が相手方と他の共同訴訟人との訴訟につき補助参加した事例として紹介されているが、実際には、共同被告であったYら及びZのうち、Yらは勝訴し、Zは敗訴(確定)したところ、ZがXのため補助参加を申し出ると同時にXを控訴人とする控訴を提起したというものである。これについて、上記最判は「XとYらの間の本件訴訟の結果如何によってはZのXに対する損害賠償責任に消長を来すものではないが、本件訴訟においてYらのXに対する損害賠償責任が認められれば、ZはXに対しYらと各自損害を賠償すれば足りることとなり、自ら損害を賠償したときはYらに対し求償う得ることになるのであるから、Zは本件訴訟においてXの敗訴を防ぎ、YらのXに対する損害賠償責任が認められる結果を得ることに利益を有するということができる」としたが、その一方で「自己に対する第一審判決について控訴しないときは、Xに補助参加することも許される」としているのであり、Zが共同訴訟人のままでXとYらの訴訟に補助参加することまでを認めたものではない。以上の詳細については、福永有利「複数賠償請責任者と訴訟上の二、三の問題」(判タ393-163以下)を参照されたい。

残りの8割部分が共同不法行為によるものと認められたことになるところ、この部分についての Y_2 の寄与率は小さいとの考えから3割の限度で連帯責任を認めたのであるから、右はいわゆる一部連帯の理論に忠実に従ったものにほかならないということになるのである。^(注7)

イ しかし、一部連帯の理論は注目すべき問題提起であったことは確かであるが、これに対する批判も又強いものがある。また、その点をひとまず措くとしても、本判決に対しては次のような疑問が残る。

まず、右のような寄与率についての判断は如何にして可能なのか、また、それは具体的に妥当な結論たりえているのかという疑問がある。

本判決は、「ガス壊疽が発症しなくともXらが被ったであろう損害については Y_3 の担当医師が全く寄与していないと考えられる点」、「医師の過失行為に基づく X_1 の損害の拡大部分（ガス壊疽の発症による大腿部切断）については Y_2 の寄与率が少ない（もとより零ではない）と考えられる点」を各被告の寄与率を評定する際の一要素として考慮している。しかし、本判決は、前記のとおり、一旦は交通事故による固有の損害と医療過誤による損害の拡大部分とを分別することができないとしておきながら、各過失行為の寄与分を割合的に評定する際には、この二点を考慮することができるというのはいささか奇異なこととしなければなるまい。たとえ割合的なものであるにせよ、各自の責任負担部分を区分する以上は、これはあくまで合理的な根拠に裏付けられたものでなければならぬ筈だからである。その上、ここでは上記二点の外にもおよそあらゆる要素が考慮されて、 Y_3 が8割、 Y_2 が5割という寄与率が評定されているのであるが、この点に問題はないだろうか。前記(1)のとおり、各過失行為による損害の区分に替えて寄与部分の割合的評定をするというのが「寄与率」とするとすれば、「 X_1 の当初の傷害の部位・内容・程度、その後の診療経過、後遺障害の部位・内容・程度、Xらの損害の内容・額」を考慮するのはともかくと

(注7) 一部連帯という考え方を提唱されたのは川井健教授である（川井「共同不法行為の諸問題」実務民事訴訟講座3の307頁以下）が、そこでも、共同不法行為者のうちの主たる責任を負担すべき者についてはあくまで全部の結果について責任を負うということが前提にされている。

して、「Y₃の担当医師の過失行為の態様・程度、Y₂の過失行為の程度・態様」や、更には、「その他諸般の事情」までもが勘案されているのは何故だろうか。しかも、本判決においては、これらの諸要素がそれぞれいかなる比重で、また、相互にどのように関係して右結論が導かれたのかはおよそ明らかではないのである。これは、あたかも過失相殺の場面における判断を想起させるものであるが、このような作業によってはじめて割り出された「寄与率」とは一体どのようなものなのだろうか。それは果たして合理的な割合として説得力を持ち得るものであろうか。私には疑問に思える。

そうであれば、そもそも本判決の言う「寄与率」はどのようなものとして位置づけられているのか、果たして前記(1)のように「各共同不法行為者の過失行為が惹起した結果が全損害の中に占める割合」を意味しているものと理解してよいのかどうか改めて疑問になって来ざるを得ない。のとおり、「寄与率」を評定するために、Y₃の担当医師及びY₂の各過失行為の程度・態様などをも考慮しているからである。

前記(1)のとおり、「寄与度」は主として過失割合によって決められるものと解されているから、或いは本判決の言う「寄与率」は「寄与度」と類似するものであるのかもしれない。そうだとすると、8割もの「寄与率」があるとされたY₃の過失は相当重大なものと判断されたことになるから、X₁の大腿部切断という結果についてはY₂の責任が遮断されるということがあってもよいのではないかと考えられないではない。^(注8)

ところが、本判決においては、Y₂は損害の拡大部分についても3割の範囲では責任を免れないものとされているのであり、そうすると、本判決のいう「寄与率」は益々曖昧なものとならざるを得ないのである。

また、本判決のような結論を導くのであれば、Y₂とY₃を共同不法行為者と認めたことの意味は一体どこにあるのであろうか。Yらが、3割の限度にせ

(注8)(注4)掲記の東京地判54・7・3はその例である。なお、京都地判48・1・26(判時711-120)も、医師の過失を認めて交通事故加害者の責任を否定したものであるが、本文で指摘したように、この種の事案においては交通事故に基づく固有の損害が必ずある筈であるから、責任を全否定したのは疑問が残る。

よ連帯して責任を負うということに独自の意義を求めるのかもしれないが、独立した不法行為の競合の場合にあってもそのような結論を導くことは不可能ではないようにも思われる。

なお、前掲静岡地沼津支判⁵²・3・31などが交通事故加害者と医師を共同不法行為者として、双方に同額の損害賠償責任を認めていることは先に紹介したとおりである。これらが、共同不法行為者の寄与の割合は1対3であると結論していることについては、前記(1)に指摘したと同じ疑問を残すものと言わなければならない。また、交通事故による固有の損害について区分する必要性を意識していない点も疑問としなければならないが、少なくともその部分を除外した共同不法行為による損害部分については、これらの判決のように共同不法行為者各自に全部の損害賠償義務を負担させるのであれば共同不法行為とした実益がないのではないだろうか。

(4) [裁判例4]は、前記のとおり、医師側(Y)の過失を認め、これに対する損害賠償請求を認容したのであるが、Z₂ホテル側に強く要求してふぐの肝を提供させ、敢えてこれを食べたAにも過失があるとしたうえで、この過失とYの医療過誤との間には因果関係がないようにも見えるところも、結局は過失相殺をしたのである。

しかし、一般に、Aが病気に罹り或いは負傷してY医師の治療を受けていたところ死亡してしまったというような場合の損害賠償請求訴訟においては、Yの診療上の過誤が認められるか否か、そして、それと結果との間に因果関係があるか否かが争いの全てであるものと言ってよい。その点の認定判断が微妙かつ困難な場合には、心証度による割合的認定や或いは割合的因果関係の理論などにより解決が図られるというようなことも考えられないではないが^(注)、この点がいずれも肯定されればYに対して全損害の賠償が命じられるのが原則であり、もっとも、そのような病気に罹ると治癒しても寿命が短いとか、そのような怪我をした場合には治癒したとしても必ず一定の後遺障害が残るとかということになれば、逸失利益は勿論、場合によっては慰謝料も減額され、全体的に認容される損害額が少なくなるということはあるが、それは別論である。Aがそのような病気に罹患し或いは負傷したこと自体についての過失

責任が問われることは考えられない。

このように、医療過誤訴訟の場合には、患者であるX側の過失が取り上げられ、過失相殺がなされるというような事態はまず想定されないのである。^(注10)

ところが、本判決は公平の理念ということを理由に、前記のとおり過失相殺をした。もしも、このような考え方が承認されるものとすれば、それは、ひいては患者Aが自らの過失により怪我をしたという場合には勿論、Aが予て暴飲暴食をするなど不養生を重ねたために病気になったというような場合においても、そのような生活態度をもって過失と捉えて過失相殺をするということろまで行き着くことも予想されないではない。果たしてそのような帰結は妥当なのであろうか。また本判決は、Yとの間でも過失相殺をしないと、「損害発生に寄与するところのより多い加害者（Z₂を指すのであろう）が過失相殺による賠償額の減額を受け、寄与率が低く、これに後日求償しうる立場の第二加害者（Y₃）が全額賠償を強いられ、後日の求償が事実上不能になるという不公平をもたらすことになりかねない」というのであるが、果たしてこれは正当な指摘と言えるだろうか。なるほどZ₂が損害発生のきっかけを作ったことは確かであるが、だからと言って、直ちに「損害発生に寄与するところのより多い加害者」ということにはなるまい。本判決の認定判断するところによっても、Aの死亡という重大な結果を招来した直接の原因はあくまで医師（Y₃）側の診療上の過誤にあるものと見るべきなのではないだろうか。本判決の右の部分には、

(注9) 静岡地判52・6・14(判時860-22)、釧路地網走支判54・1・19(判時924-92)、高松高判55・3・27(判夕413-57)、名古屋高判57・9・29(判時1057-34)、福島地判60・12・2(判時1189-87)などがその例であり、いずれも未熟児網膜症に関するものである。これらは、被告側の過失を認めつつも、損害の算定において、「未熟児である原告の網膜の未熟性」や「光凝固法によって失明を免れうるかどうかについての不確定要因」などを考慮すると、「公平上、原告の逸失利益を全額被告に負担させることは妥当でない」として、医師の過失の寄与度を6割とか5割と見てその責任を減じ、或いは「逸失利益など財産的損害を含めた意味での慰謝料の一部」の賠償を命じたものである。

(注10) もっとも、(注9)掲記の名古屋高判57・9・29のように被害者の素因を理由に、過失相殺の法理を類推適用して減責する事例も少数ながら現れてきてはいる。

また、患者の側にも、問診に協力し、治療を受ける者としての適正な態度を持する義務というものはあるから、この義務に違反したとして過失相殺が問題にされることはありうるが、これは本文で問題にしている場合とは全く局面を異にする。

いささか主観的・倫理的に過ぎる要素が入り込んでいはいしないかという疑問を覚える。

因みに、[裁判例5]はX₁が交通事故にあったことについてはX₁にも過失があったとしてY₂との間では過失相殺をしたものの、Y₃との間ではこの点をもって過失相殺をすることはしていない。もちろん、両者を比較すれば、[裁判例4]のAは、ふぐの肝を食べること及びその中毒の恐ろしさを知りながら敢えてその提供方を強いたというのであるから、その過失の程度・態様は[裁判例5]のX₁のそれより格段に大きく又芳しくないものがあるということが出来る。しかし、理論的にはやはり大きな問題があるものと言わざるをえないように思われる。もっとも、患者が自己の生命や健康に対する著しく無謀な行為や極度に無関心な態度によりこれを危険に曝し、その結果現症状を来した場合 例えば、自殺を図って未遂に終わったような場合、飲酒競争をして急性アルコール中毒に陥ったとか、極めて危険な暴走行為や飲酒運転をして事故を起こしたというように、客観的には自殺行為に等しいものと評価されるような無謀な行為が介在している場合などには例外的に過失相殺がなされてもよいかもしれない。しかし、ふぐの肝を食べる行為がそのような危険なものと評価されるかと言えば、無資格の調理人をして調理させたというような場合でもない限り、いささか疑問としなければならない。現に、大阪高判63・3・28(判時1287-80)も、ふぐ中毒の治療に過誤があって患者が植物状態になったというものであるが、そこでは患者側の過失は全く問題にされていないのである。いずれにしても、このような類似の事案にあって、裁判所によって結論ばかりか理論構成までもが大きく異なるというのは決してよいことではないであろう。

(5) 過失相殺の方法については、前記のとおり裁判例が大きく別れている。例えば、同じく加算的過失相殺の立場をとるものといってもよい[裁判例1]及び[裁判例7]と[裁判例4]においても、その実際の結論は正反対とも評される程に相違するのである。即ち、[裁判例1]においては過失の小さいYも共同不法行為者とされるAの過失と併せて考慮される。その場合、Aは訴訟当事者になっていないという問題もあることは先に述べたとおりである。ことから、過失相殺の程度は相対的に小さいものとなり、その分被害者側にとっては有利な結

果となっている。[裁判例7]も基本的には同じである。これに対し、[裁判例4]では、本来なら共同不法行為者 Y_2 との間でなされるべき過失相殺がそのまま Y との関係においても認められたために、 X 側にとっては甚だ不利な結果となっていることを容易に見て取ることができるのである。このように、同一の理論構成によりながら全く正反対の結論になるというのも、過失相殺があくまで具体的な公平妥当性を追求するものであることからすると肯定されるべきなのであろうか。私は、この点について、やはりどこかに不合理な部分ないしは理論的な弱点があるのではないかという疑問を持つものである。

一方、[裁判例2]や[裁判例8]のように、相対的過失相殺の立場をとると見られるものもある。もっとも、これらは、右各判決に言うとおり、いずれも共同不法行為者の一人が故意又はそれに準ずるような悪質な不法行為者であったからこそ、そのような場合の例外的な措置として個別的な処理が妥当性を有しえたのだという見方もできないではないから、このような事例があるからといって、直ちに相対的過失相殺を一般化すべきだということには必ずしもならないであろう（これらの判決もあくまで当該事件における具体的妥当な解決という見地からの控え目な態度に終始しているように見受けられる）。ただ、ここで示された解決方法はもう少し広く一般化して検討してみるに足るものであることは確かである。そして、[裁判例5]は過失があるにとどまる Y_3 との関係においても過失相殺をしなかったのであるから、相対的過失相殺の適用場面を一層拡大したものとしても注目される。^(注11)

(注11) 同判決は、「 Y_2 の寄与分のうちの同被告の単独寄与分（総損害額の2割）につきまず過失相殺を行うべく、なお、残余があれば A 、 B 両医師との共同寄与分（総損害額の3割）につき過失相殺を行うべきである」としたのであるが、いずれにしても相対的過失相殺をなすのであれば、どの部分から過失相殺をしても格別の影響はないように思われるのに、このようなことをわざわざ明らかにした意味はどこにあるのであろうか。おそらく、主文中で Y_2 と Y_3 の連帯負担を命じているのが一つの理由であらうが、それ以上に、 X らにおいて支払を受けるべき損害賠償額の総額を明らかにしたということに意味があるものと思われる。

ところで、このような処理は、 Y_2 と Y_3 が共同被告とされていたが故にはじめて可能になったものとする。仮に Y_2 のみが被告であった場合にあっては、 Y_2 は同じように Y_3 の過失を主張し、右下肢切断による損害については責任を負わない旨を主張したであろうが、その場合にこれ程までに踏み込んだ判断がなされ得たかは疑問である。

なお、[裁判例3]や後に見る登記官吏の過失が問われた事例においても、過失相殺は当然の如くに個別的な処理がなされてきたのであり、この点についてはおよそ怪しまれることがなかったのである。もっとも、これらの事案の多くにあっては、直接かつ最大の責任を負うべき故意ある不法行為者が被告とされず、過失があるに過ぎない者の責任だけが追及されたわけであるから、その点が多分に右の結論に影響しているかもしれないが、それにしても、少なくとも共同不法行為者の一人が故意ある不法行為者であるときにおいて、他の過失があるにとどまる者との関係で過失相殺をなすに際しては、ただその過失と被害者の過失とだけを比較衡量すればたり、故意ある者の強度の不法性は考慮しないでよいとすることで、裁判所の態度はほぼ固まったものと受けとめてもよいように思われる。^(注12)

(6)ところで、この点に関連して言えば、過失相殺の方法について検討する場合には、共同不法行為者が共同被告とされていたか否かという訴訟法的な観点を看過しがたいように思われる。[裁判例1]と[裁判例3]は共同不法行為者の一方だけが被告とされていたものであるのに対し、[裁判例2]と[裁判例5]はいずれも共同被告であった場合、[裁判例4]は被告以外の共同不法行為者が原告側に補助参加していたもの、[裁判例7]と[裁判例8]は、いずれもある段階までは共同被告であった共同不法行為者のうちの一方が途中で脱退した場合である。

例えば、同じく共同不法行為者の一方だけが被告とされていたものであっても、[裁判例3]においては [裁判例1]とは反対に Cの寄与度については何ら触れるところがない。しかし、翻って考えてみれば、このように共同不法行為者甲・乙の一方(乙なら乙)だけに対して訴訟が提起されたときには、訴訟法律関係はXと乙だけの間に生ずるから、専らこの間でのみ攻防が繰り上げられることになるのはむしろ当然である。それ故、過失相殺について判断するに際しても両当事者の過失のみが比較衡量されることになり易いのは自然の成り行きである。そればかりか、被害者Xが甲の過失を被害者側の過失として甘受し

(注12)ただ、これらの中には、本文で指摘したように故意ある者が共同被告とされていないという事情もあってか、「共同不法行為における過失相殺」という問題がどの程度意識されていたのが必ずしも明らかではないものもある。

なければならぬときはともかく、そうでないとき（甲との一体性が認められないとき）には、甲が共同被告とされているか否かを問わず、実質的には共同不法行為とみるべきであるのに、この点は余り明確に意識されてこなかったのではないかと想像されるのである。

また、[裁判例7]は、原判決が共同被告である共同不法行為者毎に各別に過失相殺をなした。その結果 Y_1 と Y_2 については確定したのに対し、 Y_3 についても Y_1 、 Y_2 と同じ割合で過失相殺をなすべきものとした。ところが、[裁判例8]においては、 Y と C は共同不法行為者となる。しかも C のいじめ行為は悪質であるとしつつ、過失相殺をするに際しては X ら（ A を含む）と Y （直接には B 中学校の教師ら）の各過失のみが比較衡量されている。それは、 C の行為が「故意に準ずるような悪質ないじめ行為」であるのに対し、 Y 側の過失はこれとは質的に異なるものであったということに尽きるのか、それとも、従前併合審理されていた C の両親らに対する訴訟が既に和解解決を見ていたということも影響しているものと受けとめるべきなのであろうか。判文による限りでは前者と解するほかはなく、そうすると[裁判例8]は[裁判例2]と基調を同じくするものと理解してよいであろう。

3 以上、前掲裁判例について少しく立ち入って検討してみたのであるが、余りに問題点が多く、また、それが本質的で多岐にわたっているところから、やはり共同不法行為理論の基本的な部分に対する私なりの認識を明らかにするとともに、過失相殺の本質などについての検討を経ないことには、本テーマについて体系的に論ずることはできないように思われる。

そこで、以下において、順次これらの論点について考察を加えることとする。

三 共同不法行為論

第1 共同不法行為をめぐる従来の議論状況

1 判例は、民法719条1項前段について、「共同不法行為者」間に「関連共同」があることを要するものとするが、これは共謀までを必要とする趣旨ではなく、

「客観的な共同」で足りるものとしている（「客観説」と称される所以である）。その一方で、各行為者はそれぞれ709条の要件を具備することを要求するのである。通説と目される学説もこれを支持しているとされてきた。通説は又、同項後段の要件として「各行為者に故意・過失、責任能力があること、数人が違法行為を発生させる危険ある行為をなすについて客観的共同があること、

共同行為者の中のある者が違法行為をしたことは確実であるが、それが誰であるか不明であること」を挙げている（徳本鎮・注釈民法（19）326頁以下）。

しかし、通説のように解するとすれば、719条前段の共同不法行為の範囲が大いに広がりを見ることになる反面、後段の適用範囲が極めて限定されることになるのは当然の成り行きである。事実、後段の適用が問題となった裁判例は少ないことが指摘されている。また、同条2項についても、基本的には1項前段の共同不法行為に吸収されてしまい、これが独自に問題になることは少ないとされる（以上、能見・前掲（法協94-2）159頁（特に171頁）以下、神田孝夫「共同不法行為」（民法講座6）565頁以下（特に600頁など）参照）。

2 ところが、最判43・4・23（民集22-4-964）（山王川事件判決）を機に、このような判例・通説に対して有力な学者から根本的な疑問と批判が突きつけられることになった。例えば、「通説・判例は、同条1項前段の共同不法行為においても客観的な共同で足りるとしながら、他方で個々の行為毎に結果との間の因果関係があることを要求する。これは、そうしなければ自分の行為と関係のない結果についてまで何ら合理的な理由のないまま責任を負わされるような場合が生じることになって不都合だからであるが、その結果、却って前段の性格が甚だ曖昧になり、ひいては独自の存在意義を失うことにもなった」などというのである（淡路剛久「最近の公害訴訟と私法理論（2）」（判夕271-2以下。後に『公害賠償の理論〔増補版〕』117頁以下に所収）。これにより、共同不法行為論はまさに激流の渦に巻き込まれた感がある。^(注3)

3 もっとも、これら有力学説においても論者によってその説くところにニュアンスがあり、完全に一致しているわけではないが、719条1項前段の共同不法行為の原点を「主観的共同」のある場合に求めるという点においては、ほぼ足並みが揃っているものと言ってよい（それ故「主観説」と呼ばれる）。

中でもこの点を最も旗幟鮮明に、かつ体系的に主張されたのは前田達明教授であろう（「共同行為者の流水汚染による損害と民法719条」（山王川事件の判例批評）（民商法雑誌60-3-460）、「共同不法行為法論序説（1）～（3）」法学論叢99-4、5、6（『不法行為帰責論』249頁以下に「第三章 民法719条について」として所収。以下「帰責論」という）、『民法 2（不法行為法）』192頁以下。以下「民法」という）同教授によれば、719条1項前段は複数の行為者間に主観的な共同のある共同行為（それこそが「共同不法行為」である）に関する規定であり、後段は、右には該当しないが、種々の政策的な配慮（その主たるものは被害者保護である）からこれと同一に扱うものとされると同時に、加害者側にも減・免責のための主張立証が許される「共同行為者」についての規定であるとされる。

他方、通説・判例に対する前記批判は共通にしながら、前田教授の主唱する主観説と一線を画するのが平井宣雄、淡路、能見、四宮ら各教授の見解である（四宮教授は、自説に「主観・客観併用説」の名を冠しておられる。なお、同教授は、末弘巖太郎、川島武宜両教授らも主観説を唱えておられたところから、前田教授らの提唱にかかる説を「新主観的共同説」と呼び、伊藤進、幾代通、森島昭夫の各教授らの説をこの範疇に入れておられる）^{（注14）}

更に、これらのいずれとも異なり、共同不法行為現象を単位不法行為の集合として捉えることにより、共同不法行為を単位不法行為に分解してそれぞれ毎にその要件（及び効果）を検討するという独自の共同不法行為論として、塚原朋一判事の所説がある（塚原「共同不法行為に関する諸問題」（新・実務民事訴訟講座4の187頁以下）。

また、近時の判例は、おそらく淡路教授らの見解の影響であろう、719条1

（注13）もっとも、通説の継承者と目される加藤一郎教授においては、「客観的共同関係といっても、客観的に一個の行為があると見られることが必要であるから、主観的な要素を全く無視することはできず、たまたま数人の行為が競合したからといって、ただちに共同不法行為になるとはいえないであろう」（加藤「不法行為（増補版）」208頁）と述べておられ、因果関係についても「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といつてよい」（前同207頁）と説明しておられるのであり、ここに批判されている程極端なものではないことが明らかである。

項前段を「強い関連共同のある場合」、後段を「弱い関連共同のある場合」として位置づけ、前者については責任の減免を認めないのに対し、後者にあつては被告に減・免責のための主張・立証を許すというような解釈を示すなど、新たな展開を図っており、特に、いわゆる公害裁判などにおいてこのような理論が定着しつつあるようにも窺える。その代表的なものは津地四日市支判⁴⁷・7・24(判時672-30)であるが、最近においても、西淀川大気汚染訴訟についての大阪地判^{H3}・3・29(判時1383-22)がこの考え方に依ることを明らかにしている。

4 これらの諸説や裁判例をここで詳細に分析・検討する余裕はないので、以下においては、主として主観・客観併用説のいくつかについて、私の理解するところに基づいて略述するとともに、塚原説についても検討する。

(1) 能見教授は、719条1項前段の共同不法行為として主観的共同のある場合のほかにも共同不法行為(教授によれば「客観的な関連共同のある共同不法行

(注14) 幾代「不法行為」211頁以下では、「広義の共同不法行為」として、従来の客観的共同があるにとどまる共同不法行為を認めたとうえで、その類型化が図られており(幾代・前掲215頁以下)、しかも、719条1項後段を択一的損害惹起の場合に限られるため、主観説としてはやや不徹底なものがあるとの感を免れない。しかし、教授は、『共同不法行為』について(2)(法学教室56-72)においては、後段の適用範囲を交通事故と医療過誤の競合した場合などにまで拡大するなど、より徹底した主観説を主張しておられる。

伊藤教授も「主観的共同があるものだけを共同不法行為とする」点では主観説といつてもよいが、その反面で「(客観的共同があるにとどまるものは)民法709条による独立の不法行為が単に『共同』したにすぎないものとみて、寄与度に応じて責任を負うが、それが立証されないときは損害が一個であることから全部につき不真正連帯責任を負うとするのが妥当である」(伊藤・「不法行為法の現代的課題」209頁)とされる。しかし、教授は「(719条1項後段の規定は)加害者不明の場合に関するものであり、加害者が明らか場合には適用すべきではない」と断じられるのであるから、前記結論はどのようにして導かれ得るのであろうか。或いは、公害訴訟などで採用された「被害者側の立証すべき範囲を緩和し、ある程度の蓋然性の立証があれば因果関係を推定し、加害者の側でこの推定を覆すに足る反証を挙げない限り責任を免れない」というような立証責任の転換を前提にしておられるのだろうか。

これに対して、森島「共同不法行為(1)ないし(3)」(法学教室18-25,19-33,20-85)にあつては、明快な主観説が主張されている。

なお、共同不法行為論に関する学説などについても文献は多いが、中でも、比較的最近までの学説・判例の分布状況を把握するためには、神田・前掲が参考になる。

為」)を認め、これについては、被告に自己の行為と結果の全部又は一部との間に因果関係がないことについての主張立証を許すとされる。即ち、能見説によれば、同条1項前段は、主観的共同のある場合のほか、これとは別の類型の「客観的共同不法行為」を規定しており、後段は条文の字句どおり「誰が損害を発生させたか分からないとき」(以下、教授にならって「択一的損害惹起の関係がある場合」という)に働く因果関係についての推定規定ないしは挙証責任転換規定であるとされるのである。

他方、平井教授は、同条1項前段の共同不法行為として、主観的共同の類型である「意思的共同不法行為」(原告は、損害の事実と「関連共同性」したがつて右共同行為との間の「共同行為の因果関係」を主張立証すればよく、被告は事実的因果関係の不存在を理由として免責を主張できない)と、それ以外の関連共同性を要する「関連的共同不法行為」(原告は被告の行為と損害の事実との事実的因果関係を主張立証する必要がある。これに対し、被告は寄与度を立証して減責の抗弁をすることができない)を予定され、更に、これらとは別に「独立的共同不法行為」(自己の寄与度を証明して減責を得ることができる)があるものとされる。ただ、この「独立的共同不法行為」については、従来の「共同不法行為」のカテゴリーの中にこの類型のものが含まれているという指摘であって、教授ご自身はこれを「単に、独立の不法行為が『共同』したにすぎないもの、709条の一般原則から導き出されるにすぎないもの」と把握されるのであるから、厳密な意味では共同不法行為ではないと見ておられるのであろう。そうすると、結局1項前段の共同不法行為としては前二者のみを認めるということになるものと思われる(平井「共同不法行為に関する一考察」民法の現代的課題・川島武宜教授還暦記念 289頁以下(特に、303頁以下))。^(注15)

このように、能見・平井両説は、1項前段の共同不法行為として二つの類型を認めるという点をはじめ、能見説の「主観的共同不法行為」と平井説の「意思的共同不法行為」とはほぼ同じと考えられるなど、重要な部分において共通点・類似点が見られる。もっとも、平井説の「関連的共同不法行為」は、能見説の「客観的共同不法行為」とはその範囲が異なり、前者は後者の一部にすぎず、その余は「独立的共同不法行為」であるということになるものと思われる。

また、平井説の「関連的共同不法行為」については寄与度減責が認められないという点において能見説と大きく異なる。

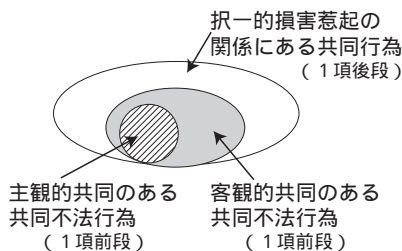
ここで、私の理解するところに従い、両説を対比して図示すれば、次のとおりとなる。

(注15) 平井教授は、「独立的共同不法行為」について本文掲記のとりの認識を示される一方で、これについても各行為者の「寄与度が立証されないときには連帯責任を負う」(平井・前掲303頁)とされ、その理由については「全損害について責任を負わせるのは、もはや事実的因果関係という論理の問題ではなく、また719条の規定の根拠が必要なわけでもなく、寄与度の確定し難い場合にいずれが賠償を負担するかという政策的価値判断からの帰結なのである」「もし、これが承認さるべきではないとしたら事実的因果関係の立証なしという理由で原告が敗訴するという結論に論理的にはなる筈である。かような結論が妥当でないことについてはおそらく異論はあるまい」(同299頁など)と述べておられる。しかし、709条の一般原則に従うとしながらこのような結論を導き出すことが可能であるとされるについては、もう少し理由付けが欲しいように思われる。

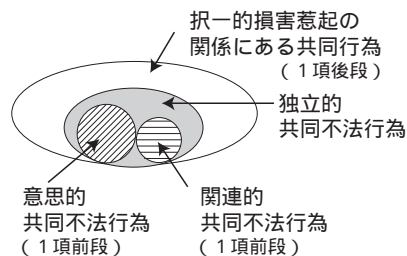
推測するに、おそらく、これは「寄与度」についての教授の見解(「事実的因果関係を損害賠償責任の負担部分ないし割合という観点から眺める場合」に「寄与度」と呼ぶものとされる(平井・前掲297頁))と関わってくるのであろう(ここでは、事実的因果関係と寄与度が区別され、事実的因果関係があるとされても、被告は自己の行為の寄与度を主張立証することによって、それに応じて減責を得ることができるということになる)のだが、そうだとすると、右のような不法行為の競合の場合のみならず、709条一般についてこの見地を貫かれるのだろうか。そうなると、原告側に一定の素因がある場合や自然力が関与している場合などにも、被告が減責されることになるものと思われる。これは後に見る寄与度減責論にほかならないが、教授は果たしてそこまで主張されるのであろうか(他の論稿などからすると、教授は、この理論に対してむしろ批判的な見解をとっておられるように思われる)。

或いは又、これは、教授の前掲論文が719条1項前段のみを対象とし、後段を除外したことが影響しているものという見方もできるかもしれない。即ち、後段を含めて719条全体が検討されていれば、また違った結論に到達された可能性もあるのではないかということである。教授の問題提起が実に新鮮であっただけに、そのような興味とともに、いかにも残念な気がしてならない。なお、この点については後記(注16)を併せて参照されたい。

〔能見説〕



〔平井説〕



(2) なお、四宮教授も1項前段の共同不法行為として二類型を認められるが、『共同』の内容を明らかにすることは、修正されるべき一般原則と、修正を要求する事由とを勘案しつつ、さらに利益衡量をも加えつつ、いかなる『共同』がある場合に、いかなる一般原則を、いかなる形で修正すべきかを決定することにほかならない」とされ、前者については、「損害発生との因果関係なくしては行為者に結果を帰せしめえない、たとえ各人の行為と結果との間に因果関係があるとしても、全部責任を負わせるのは必ずしも公平とはいえない」という二つの原則を考え、後者としては、意思共通、加害者の複合による因果関係のからまり及び発生した損害の一体性、主観的要素と客観的要素との組合せを考えられる(四宮・前掲779頁以下)

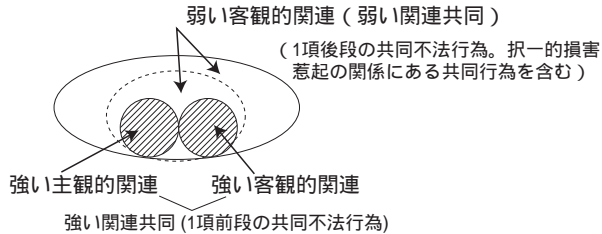
田口文夫「共同不法行為の要件論とその再構成」(専修法学論集33号135頁以下)も719条1項前段の中に「主観的共同を必要とする場合」と「客観的共同で足りる場合」の二つの類型を認め、後段は択一的損害惹起の関係がある場合に限られるとするなど、殆ど能見説と軌を一にするが、客観的共同不法行為の類型において「少なくとも損害の一部について事実的因果関係があれば減責の抗弁は認められない」とする点において能見説と異なる。

また、淡路教授は、前段は強い関連共同(強い主観的関連と強い客観的関連)がある場合で、共同行為者各自が全損害の賠償責任を負い、免責・減責の立証を許さないが、後段は弱い客観的関連があるに止まる場合で、被告側に免責・減責の主張立証を許すものとされる(淡路・前掲126頁以下)

淡路説について、私なりの若干の推測を交えてここに図示すれば、次のとお

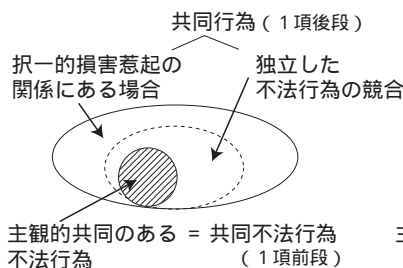
りとなる。

〔淡路説〕

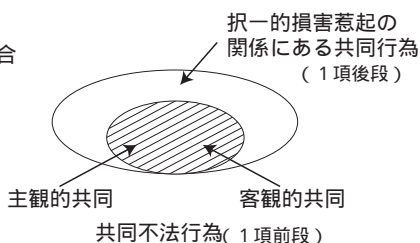


(3)最後に、主観説と客観説を対比して図示する。もっとも、一口に客観説と言っても、種々の内容のものがあって、その輪郭は意外な程に明かではない(もちろん、客観説の範疇に入れられるものである以上、関連共同性は客観的共同で足りるとするという点においては共通であるが、そのために、必然的に主観的共同と客観的共同の区別が重視されることはなく、それが右の原因の一つともなっているものと想像される)。また、例えば、719条1項後段については、択一的損害惹起の関係にある場合のみならず、各行為者の行為がいずれも結果に対して寄与しているが、その程度・内容が不明である場合をも含むものと解するのがむしろ裁判例の趨勢のように見受けられる。そうすると、1項全体が共同不法行為についての規定である(前段の共同不法行為のほかに、後段のそれもあるものと理解することになる)のは当然であって、前段と後段の区別もやや曖昧になるのは避けられないように思われる。更には、後述すとおり、客観説についてはいくつかの重要な修正が加えられるべき旨主張されていることなども手伝って、益々その内容が捉えにくくなっているのであるが、ここではいわば理念型としての客観説を想定して比較を試みることにする。

〔主観説〕



〔客観説〕



(4) このように見てくると、まず淡路説については、主観・客観併用説の中でもより客観説に近い見解であると評することができよう。

平井説と能見説は重要な部分において共通点・類似点が見られることは上記(1)のとおりである(平井説はおそらく能見説に強い影響を与えたことが推測されるから、この点は不思議なことではない)。他方で、平井説の「関連的共同不法行為」については寄与度減責を認められないという点において能見説と大きく異なり、むしろ淡路説と同じく客観説に近接するものと評することができる。もっとも、平井説の関連共同不法行為と淡路説の強い客観的関連のある共同不法行為とは効果が異なるし、その範囲も同じというわけではない。(注16)

なお、四宮説もこれら諸説と類似しているものといえることができ、特に、平井教授が今後の課題とされた「関連的共同不法行為」を具体化するための判断基準とその具体的な適用を明らかにしようとしたものと位置づけることができ

(注16) 平井教授は、民法719条1項後について、「これは択一的損害惹起の関係がある場合の因果関係の推定規定と解されているから、本来予想した事態ではない」とされつつも、「関連的共同不法行為」と「独立の共同不法行為」については、因果関係の立証が困難なため、このことがあまりにも原告に過大な負担を課すことになる紛争類型があるのではないかという問題意識から、この規定を「この場合に適用することを解釈論として考えることも不可能ではない」として、その類推適用の余地を認めておられる(平井・前掲306頁)。そうすると、結果的には却って主観説と接近する側面がないわけではない。ただ、前記のとおり、教授は「関連的共同不法行為」については減責の抗弁を認めないものとされるのであるから、これでは被告が余りにも不利な立場に置かれることになりはしないかという疑問がある。

るように思われる。しかし、四宮教授は、共同不法行為が成立する場合の効果について、「客観的共同」の場合と「主観的・客観的共同」の場合にはいずれも減責の可能性を認められるから、この点において平井説と大きく異なり、むしろ能見説に近似するものとなっている。ただ、四宮説は、具体的妥当な結論を得るためとはいえ、その提唱されるところは判断基準としてはやや煩雑に過ぎるとの印象を受ける。

これに対して、能見説は、「客観的共同不法行為」を認める点において基本的な枠組は客観説と同じであるが、前記のとおり、これについては免責・減責の主張立証を許すという点において客観説と大きく異なり、主観説と著しく接近するものといえる。また、田口説は、能見説と酷似するが、客観的共同不法行為については減責を認めないという点において、むしろ客観説と共通するものがあると言ってよい。

以上によれば、主観説と主観・客観併用説との相違は概して民法719条1項の仕組みをどのように理解するかという理論上のそれに帰し、したがって、このような理論的な関心をひとまず措けば、具体的な結論としては双方の間にそれ程大きな相違はないものと見てよさそうである^(注17)。主観説と能見説とでは特にその感を深くするものであり、それは、能見説が客観的共同不法行為と呼ぶ類型のものを719条1項前段の中に予定するか、それとも後段の中に取り込むかの相違にすぎず、極言すれば、この類型のものを依然として共同不法行為と呼ぶかどうかという単なる呼称の問題にすぎないのではないだろうか。

(5) これまで見たところからも明らかなように、従来の共同不法行為論は、主観説であれ主観・客観併用説であれ、おしなべて「関連共同性」というものを共同不法行為に特有の要件として立て、専らそれについて、或いはこれを因果関係の問題と関連付けて論じてきたのである。その反面、共同不法行為者の故意・過失については比較的問題意識が薄かったようにも思われる。^(注18)

これに対して、塚原説は前記のとおり、共同不法行為を単位不法行為に分解して検討するから、「関連共同性」という要件にはとらわれないことになる反面、故意・過失の内容に共同不法行為であるが故の特色をそのまま忠実に盛り込もうとするものであり、その点に同説の特徴があるように見受けられる。即

ち、塚原判事は、例えば同判事の言われる異種原因結合型の場合における行為者Aの故意について、「結果Mの発生を予見することである（厳密には、更にそれを認容することである）が、これは即ち、自己の行為aについて認識があること、他の原因行為bを認識又は予見すること、及びこれら原因行為a、bが結合して結果Mの発生に至ることを予見することである」とされる。また、過失については、「故意が成立するに必要な右の原因行為aから結果Mの発生に至る因果関係の各過程に対するそれぞれの認識又は予見のいずれかの部分につき、相当な注意をすれば認識又は予見が可能であるのに、不注意によりこれをしなかった場合に過失が成立する」とされるから、行為者Aが、自己の原因行為aについて認識が可能であるのかかわらず認識を欠いた場合、aについては認識していたものの、他の原因行為bについては予見又は認識を欠き、且つ相当な注意をすればこれが可能であった場合、aについて認識を有し、bについても認識又は予見があるものの、a、bの結合によって結果Mの発生に至る因果関係について予見を欠いており、かつ相当な注意をすればその点に

(注17) 平井説や淡路説のように、意思的共同ないし主観的共同のある場合のほかにも減・免責の得られない共同不法行為類型を認める立場 その意味では客観説に接近しているものと主観説とは、理論的には軽視し難い差異があるものと言わなければならないが、これらとて、どのような範囲において右類型を認めるかというその具体的な適用の結果次第では、実際には主観説とそれ程大きな相違が生じることはないとも言えるのである。なお、この点については、(注19)も併せて参照されたい。

(注18) この間の事情としては、次のようなことが推測される。

即ち、客観説は、各行為が社会的象事として客観的に見た場合に一体をなしているか、また、結果が一個であるかということこそが重視され、別個独立の不法行為が客観的に競合したにすぎない場合であっても客観的に共同しているものと見るわけであるが、そのような場合に故意・過失が行為者毎に個別に観察されるのは至極当然のことである。そして、このような客観説が通説判例の地位を占めている状況のもとにあつては、行為者間に意思の連絡がある場合（主観的共同）の独自の意義が曖昧にされ、これが客観的共同と画然と区別されないままその中に埋没してしまった結果、全体として共同不法行為の場合における故意・過失の要件の分析検討がなおざりにされてきたのではないだろうか。つまり、共同不法行為者の故意は、あくまで当該行為者が自己の行為を認識しそれと結果との間に因果関係があることを認識ないしは予見していることであり、過失は右のいずれかを認識も予見もしていなかったが、そこに注意義務違反があるというものとして理解されていたのではないかと思われる。

ついて予見することが可能であった場合に、過失が成立するものとされるのである。

これは確かに注目すべき見解である。また、同判事が、「共同不法行為における従来の判例・学説の混迷は、民法719条1項の前段と後段の適用範囲を混同し、後段を適用して議論すべきところを前段でのみ議論したことに一因があるといえよう。むしろ、後段こそ、その機能性、適用範囲につき議論されなければならない」(塚原・前掲192頁)とされることに対しては、後記第2の3のとおり私も全く同感である。

しかし、そもそも、共同不法行為は、「共同」の「不法行為」として、社会現象としても、また法的にも独自の意義を有するものと一般に認められており、したがって又、不法行為法体系の中において特殊不法行為として位置づけられているのであって、これには相当の理由があるものと私は考える。そして、このような立場からすれば、塚原説に対しては、次のような根本的な疑問を抱かないわけにはいかない。

第一に、塚原説によれば、共同不法行為は全て 共謀による場合をも含めて 単位不法行為に分解されることになるために、これを特殊不法行為として位置づける理由も必要もおよそないということになってしまいはしないだろうか。現に、同判事は、共同不法行為は加害者不明の場合(この場合には719条1項後段の適用がある)を除いて、すべて709条により処理することができ、他方、719条1項は当然のことを注意的に規定したまでのことであって、格別の意義のないものであるとされるようである。

しかし、このような帰結は、719条1項についての立法者の意思に副わないことは勿論、現行の不法行為法体系についての理解としても無理があるように思われる。

第二に、これでは「共同性」と「不法行為」という要素がともに不当に軽視される結果となるように思われる。即ち、塚原説は、前記のような立場に立つから、片面的な共謀(行為者Aは行為者Bの原因行為bを利用する意思を有するが、Bはaを利用する意思がない場合)を認める。また、この理は、Bが人ではなく自然力である場合や被害者自身である場合、更には被害者に一定の素

因がある場合などにまで及ぶことにもなる（塚原・前掲においては直接言及されていないが、Bに故意・過失や責任能力がない場合などもおそらく同様であろう）。しかし、共同不法行為は前記のとおり「共同の不法行為」であるから、責任能力や故意・過失等の不法行為の要件が各行為者毎に備わっていなければならないのは当然である。かくては、先に指摘した傾向は益々顕著なものとなり、もはや共同不法行為と単独不法行為の区別はないに等しいことになる。しかも、それと同時に、共同不法行為現象を原因競合一般の中に解消してしまってもいるのである。塚原説は、このように二重の意味で共同不法行為の独自の意義を軽視するものと言わなければならない。

第三に、塚原説は、主観説の要求する主観的な要件を故意・過失の内容に盛り込んでいたという関係にある^(注19)から、その結論は殆ど主観説と軌を一にすることになるのでないかと推測される。もし、そうだとすれば、このような独自の共同不法行為論を立てる意義も必要性も格段に薄れることになる。そればかりか、このように故意・過失の内容を厳密に解するとすると、共同不法行為責任を負担する場合が限定され、その結果、被害者の救済という面において問題がありはしないかということも懸念される。もっとも、塚原判事は、前記のとおり、1項後段の広い適用を主張されるから、共同不法行為者としての責任を負わないものとされた不法行為者についても、後段によって責任を追及すれば実際にはそれ程不都合はないかもしれないが、やはり共同不法行為者とされるのでは差があることは否定できないように思われる。

(注19) この点については、客観説を擁護する立場からではあるが、伊藤瑩子判事が「他人の行為の結果に対して責任を負うのはそこに自己が他人の行為を利用するとか、共に行為するといった認識ないし認容、少なくとも認識の可能性といった何らかの意味での自己の主観的要素の存在が必要であるというべきなのかもしれない。しかし、かかる認識ないし認識の可能性は、たとえ行為の関連共同性の個所で考慮されなくても、過失論や相当因果関係論において考慮されるのであって、客観的関連共同で足りるとの見解が直ちに自己の行為と全く関係のない、ある事象に対して責任を負わせるものということにはならないのではなかろうか」（伊藤瑩子「共同不法行為における関連共同性と因果関係」（ジュリスト総合特集・交通事故 実態と法理102頁）と述べておられるのが示唆的である。

第2 共同不法行為理論の再構成

1 客観説には理論的に大きな弱点があることは既に指摘したとおりである。ところで、前記第1の3において見たとおり、淡路説や平井説は、主観的共同がない場合にまで全部責任を肯定し、しかも減・免責の抗弁を許さないものを認めるわけであるが、その根拠は、つまるところ被害者保護という政策的なものに尽きるのであろう。しかし、客観説に接近したこのような結論は、理論的には客観説と同様の弱点を孕むものではないかと思われるうえ、実際の結果においても被害者保護に傾きすぎているくらいがあるように思われる。また、客観的共同不法行為につき「少なくとも損害の一部について事実的因果関係があれば減責の抗弁は認められない」とする田口説も、右同様の批判を免れないであろう。加えて、この説については、「たとえ客観的共同が認められたとしても）損害全部について事実的因果関係が存在しない場合には、免責される。その理由は、主観的共同がある場合ならともかく、そうでない場合に、事実的因果関係の全く存在しない者に責任（しかも全損害についての責任）を負わせることは酷であり、公平を失うと考えるからである」とすることとの関係において均衡を欠き、かつ理論的にも徹底していないのではないかという疑問が残る。もっとも、田口・前掲²⁰⁶頁は、「客観的共同不法行為が問題となるのは、主として、公害や交通事故の場合であろう。交通事故について言えば、(i)複数車両の衝突による場合、(ii)一方車の過失運転行為が他方車による事故発生を誘発した場合、及び(iii)運転上の過失行為と道路管理の瑕疵とが競合して事故が発生した場合などのように、複数の原因行為が単一事故を構成しているときには客観的共同（ないし一体性）を認めてよいものと思われる」とされるから、同氏が考えられる客観的共同不法行為の範囲は意外に狭いようであり、そうだとすると、結果的には後述する私見と著しく近似したものとなることも考えられる。^(注20)

2 これに対して、能見説や四宮説と主観説とでは実際の結論においては殆ど差がないことが明らかになった。

しかしながら、719条の解釈としては、理論的な一貫性や簡明さという点で

主観説に分があることを認めざるを得ないように思われる。私としては、被告側に減・免責の主張立証を許すという点において主観説の「共同行為者」と取扱を同じくする場合について、何故能見教授がこれをもなお「共同不法行為者」とすることに固執されるのか、いささか理解に苦しむものがある。^(注21)

もっとも、この点につき能見・前掲（法協102-12-2196 以下）は、「1項後段（の推定）は行為者間に択一的損害惹起の関係がある場合に限られる。したがって、各人が損害の一部を惹起したことは確かであるが（一部しか惹起していないことも確かである場合を考える）、どの部分を惹起したか不明である場合には適用されない」としたうえで、この後者のような場合にも行為者間に客観的関連共同があれば前段による因果関係の推定が認められてよいとされ、また、「後段の因果関係が推定されるためには、その中の誰かが損害を惹起したといえる人的範囲が確定されなければならない。特定された者以外に真の加害者がある場合には後段は適用されない」が、それが特定されない場合においても、それらの者の間に客観的関連共同があれば、そのうちの一部の者に対

（注20）後記4の（6）のとおり、私は、719条1項後段の共同行為者については、一般的に減・免責の主張立証を認めるが、その中でも、例えば、単一の交通事故のように「共同行為」性の強固なものについては、各行為者の行為と結果との間に因果関係がないとの主張が認められるというようなことは実際には考えられず、したがって、寄与度減責の主張も事実上許されないことに帰するとするわけであるから、田口説と私見とは、その適用の結果は殆ど差異がないということになるかもしれない。

これと同じことは、淡路説や平井説についても、「強い客観的関連」や「関連的共同不法行為」の範囲を如何に解するかということ次第では当てはまるかもしれない。これらの説が、主観的共同のないものについても、理論的に減・免責の認められない共同不法行為の類型を認めるのに対して、私見はこれを認めず、ただ、事実上そのような結果になる場合があることを承認するわけである。

（注21）能見教授の側からも、何故主観説に固執しなければならないのかという疑問が逆に提起される可能性はあるが、これに対しては、3以下に述べるところをもって答えたい。

なお、能見説の背景には、通説・判例によって確立され既に固定した感のある「共同不法行為」の概念を尊重し、それとの乖離をできるだけ少なくしたいという現実的な配慮が働いているのかもしれない（能見「複数不法行為者の責任」(司法研修所論集82-1以下)の14頁には、淡路教授がそのような立場を採っておられるとしたうえで、「それだけですと、客観的関連共同の不法行為というのを考えることに一体どういうメリットがあるのかが明らかではありません」とあるから、能見教授もこの点は当然前提にしておられるのであろう）。

して損害賠償請求をすることができる」とされる。しかし、は、「各人が損害の一部を惹起したことは確かであるが、どの部分を惹起したか不明である場合」にも後段の適用を認める私見の立場（後記3の（3）参照）からすれば、そもそも問題になりようがない。についても、その前段部分の指摘はおそらく正当であろうが、そこで挙げられるようなケースを客観的関連共同がある場合として捉えることが果たして適切であるのか、また、そのような理解をすれば同教授の期待される右結論が導きうるものなのか、更には、仮にそれが可能であるとしても、このような事例を救済するために敢えて共同不法行為理論に特別な配慮が施されなければならないのかという疑問が拭えないのである。^{（注22）}

3 そこで、以下、719条に関する私の理解を述べる。

（1）民法においても「行為（者）責任の原則」ないしは「自己（個人）責任の原則」が支配していることは言うまでもあるまい。「過失なければ責任なし」という過失責任の原則は、「行為なければ責任なし」ということを当然に前提としているものと思われるからである。したがって、ある結果に対して責任を有するとされるのは、自らの違法な行為により、かつ、故意又は過失によって、その結果をもたらした者である。裏返せば、違法性のある行為をした者といえども、それによって非難に値する結果を何ら生ぜしめることがない場合、或いは又、そのような結果を惹起したとしてもその者に故意も過失もないときには何ら責任を負うことがないのである。その意味においては、近代刑法と基本的な理念を共通にするものと言ってよいであろう（ただし、刑法においては、一部の重大な犯罪については未遂や予備をも罰するものとしている。したがって、必ずしも結果が発生しなくても責任が問われることがあるわけである）。

このような理解は現行の不法行為法体系の中にも容易に見出すことができる。即ち、不法行為の一般規定たる709条がこの原則を前提にしているのは当然と

三四七

（注22）もしも、このような事例についても、被害者が立証困難に陥るのを防ぎ、その救済を全うしなければならないという要請が真に存在するのであれば、むしろ、教授の立てられる前提（前段部分）に対して修正を加え、共同行為者が全員特定されていないでもよい（「被告及びそのほかの誰かの共同行為により結果が惹起された」ということで足りる）とする方が適切ではないかと思われる。能見・前掲（司法研修所論集82-29）においてはこのような問題意識に基づいて検討がなされている。

して、更に714条以下のいわゆる特殊不法行為類型についての一連の規定を見てもこのことは明白である。つまり、これらの特殊類型については、多かれ少なかれこの原則が修正されて責任を負う者の範囲が拡大されているために、特に明文をもってその趣旨を明らかにしたのである。そして、共同不法行為について規定した719条を見ると、2項に教唆者・幫助者が別途規定され、これが「共同行為者とみなす」ものとされていること、その字句や「行為」概念などの刑法との類似性・共通性、更には前記のような基本理念の共通性などに鑑みると、これは刑法60条ないし62条とパラレルに解釈されるべきではないか、少なくともそれが大いに参考にされるべきではないかと考えるものである^(注23)。即ち、民法719条1項にいう「行為」としては、結果(=権利侵害)を惹起するような具体的で直接的な行為(ただし、作為、不作為を問わない)が予定されているのであり、単なる意思的なものは勿論、間接的・副次的・補助的な行為は原則としてここから除外されているのである。これを刑法的な概念で置き換えるとすれば、正犯者の行為たる「実行行為」と等置されるべきものと解される。ただ、「行為」概念から原則的に除外された「行為」をなした者のうち教唆「行為」や幫助「行為」をなした者は、同条2項により「共同行為者と見做す」こととされて、結局は同条1項前段の「共同不法行為者」と同列に扱われることになるのである。^(注24)

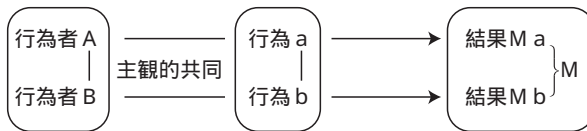
なお付言するに、1項前段には「共同の不法行為」者とあるのに対し、後段と2項には「共同行為者」とあって、用語が微妙に使い分けられている。このうち1項後段については、結果との間の因果関係が証明され得ない行為者も含むのであるから、この者を直ちに「不法行為者」と目することはできないとして、前段と区別して「共同行為者」と規定するにとどめたものであろう。更に

(注23) 刑事上の責任と民事上の責任とは大きな差異がある(そのこと自体については私も異論はない)ことを指摘したうえで、共同不法行為の成立要件につき刑法上の共犯理論から解放されるべきことが主張されている(例えば、伊藤瑩子・前掲102頁)が、不法行為法はとりわけ刑法と密接な関連性を有する分野であることは否定し難いところであるから、刑法理論をそのまま借用するというのではなく、民法に相応しい修正を施したうえであれば、これを参考にすることは十分肯定されてもよいし、むしろ理に適った解釈態度だと言うべきである。

は、いずれも不法行為者ではあっても、「共同の」不法行為者という関係にはないことを慮ったのかもしれない。それでは、2項の教唆者・幫助者についてはどうか。条文の字句からすれば1項後段の「共同行為者」と見做されることになるが、これらの者と被教唆者・被幫助者との密接な関係（主観的共同）に思いを致せば、おそらく立法者の真意はいきなり前段の「共同不法行為者」と見做すというものであったのではないかと想像される。しかしながら、後記(4)のとおり、それでは却って不合理な結果になることもありうるから、同項にあるように「共同行為者」と見做すということの方が適切だとも言える。また、それでも後段の規定により結局は前段の「共同不法行為者」と推定されるのであるから何ら不都合はないわけである。このように考えるならば、2項も含めて、719条は実に当を得た規定であるものと評することができる。

(2) そうだとすると、同条項前段の「数人が共同の不法行為に因りて他人に損害を加えたるとき」とは、あたかも刑法60条の共同正犯に対比されるべきものであって、複数の行為者が互いに意思を相通じること（行為者間の「意思の連絡」＝「共同実行の意思」）により一個の共同（行為）主体を形成し、いわばこの共同主体が行為をなすが如き観を呈する場合をいうものと解される。これ即ち、「主観的共同」ないしは「意思的共同」である。^(注25)

この関係を図示すれば次のとおりである。



即ち、Aがaをなして結果MのうちのMaを惹起し、Bがbをなして結果MのうちのMbを惹起した場合であっても、AとBとが「意思の連絡」によって両者が一体となっているときには、Aがbを利用し、またBがaを利用するという関係にあるものといえることができ、更には、a及びbはA+Bという共同主体の共同行為にほかならないと見ることも可能であるから、A、B共に結果M全部について責任を負うという結論を導くことができるのである。したがって又、A、Bとしてはたとえ自己の行為だけでは結果M全部が発生することは

なく、せいぜいその一部たるM a 或いはM bを惹起したのみであるということ
を主張立証してみても責任が免除されたり、減じられたりすることはありえない。
そうすると、A、Bからこの種の主張がなされたとしても、それは主張自
体失当として処理されるべきことになろう。

ところで、以上の説明は、故意による共同不法行為の場合にはぴったりと当
てはまるものということができる。しかし、刑法犯においては故意犯こそが重
視され、したがって犯罪構成要件も故意犯を中心に規定されているけれど
も、民法上の不法行為としてはむしろ過失によるものこそが圧倒的に重要な位
置を占めているのである。また、罪刑法定主義などの原則の支配する刑法にお
いては、構成要件は特に厳格に解釈されねばならないことは当然であるが、民
法ではそこまで厳格に解する必要はなく、むしろ具体的に妥当な結論を得るこ

(注24) 加藤雅信「四日市ぜんそく事件」(「環境・公害判例百選(第二版)」17頁以下)が、
「他人の行為に対する責任を問う構成としては(719条1項ではなく)教唆によるほうが、
民法典の構成に適合し、望ましい」とされるのは、私見と共通する点があるようにも思
われる。また、能見・前掲(司法研修所論集82-1)が「前段の『共同』があると言える
ためには、客観的にも共同の行為と評価される関係があることが必要で、主観的・客観
的両側面の総合的判断によって『共同』があったと言えることが必要だと思います」と
する部分は、私見と同旨のようにも受けとれる。ただ、教授は、その一方で、前段に関
して「Aが直接手を下して被害者に損害を与えた。Bは直接手を下したわけではなくて、
Aと共同する意思があったにすぎない」という設例を挙げておられるところを見れば、
やはり一定の行為が必要とされているわけではないのであろう。

なお、ついでに言えば、能見・前掲(法協102-12-2252)が、上記加藤雅信説に対する
批判のために挙げる事例は、まさに典型的な共同正犯のそれ、すなわち実行行為をなし
ている場合であって、この場合の事例としては適切でない。ひいては、右批判そのもの
も当たっていないように思われる。

(注25) 前田教授は「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」とし、行為者相互間に他の共同者の行為についての「認容」
があることを要求される(前田・帰責論292頁以下、同・民法 181頁など)が、果たし
てそこまで必要であろうか。私は、「共同する意思」ないしは「共同(行為)の認識」(川
島「判民」昭和9年度440頁)があれば足りるものと考ええる。

なお、神田・前掲608頁は、前田説に対して「主観的共同の意味をやや広義に解する傾
向が見える」と、私見とは反対の認識を述べておられる。このような理解は、或いは前
田教授が刑法の行為共同説を援用されるところに理由があるのかも知れない(例えば、
伊藤瑩子・前掲102頁にそれが窺える)。多分に概念の問題にすぎない気もするが、前記
のとおり「認容」ではむしろ狭すぎるように思われる。

との方が重視されるものといつてよい。両者間にはこのような基本的な立場の相違がある。そうすると、前記解釈には次のような修正が加えられるべきであろう。

第一に、刑法上は大いに議論されているが、「過失による共同正犯」を肯定することが必要である^(注26)。なお、ここに言う「過失による共同正犯」とは、二台の自動車双方の運転者の過失により衝突事故を起こしたという場合のように、単に過失がたまたま競合していることをいうのではなく、刑法の代表的な教科書(団藤『刑法綱要・総論』367頁)に例示されている「甲・乙がAを野獣と誤認して、意思の連絡のもとにAに向かって発砲してAを死亡させた」という場合のように、ある結果を惹起した行為を意思の連絡のもとに共同して実行(共同加功)し、そこに過失が認められるという場合を指す。^(注27)

第二に、故意行為と過失行為の共同も認められるべきである。過失行為の共同を承認する以上、これを否定する理由はない。例えば、過失行為の共同の事例としてよく挙げられるものであるが、登山者甲・乙が登山道の上の大石を邪魔になるからということで協力して谷川に押し落とししたところ、下にいたXに当たり、Xが負傷したという場合において、実は甲はXが下にいることを知った上でXを殺害する意図であり、情を知らない乙を欺いて協力させたというものであったとしても、甲・乙を共同不法行為者とするに何ら支障はない(ただし、後記のとおり、乙については2項の幫助者とされることも考えられる。

(注26) 団藤重光博士その他刑法学者の多くは、これを認めることに対して否定的であるが、判例は旧来の態度を変更して、過失による共同正犯を肯定するに至っている。飲食店を共同経営する被告人兩名が、法定の除外量以上のメタノールを含有する液体を、これを含有しないものと軽信して販売したことが、有毒飲食物取締令違反に問われたという事案についての最判28・1・23(刑集7-1-30)がそれである。

(注27) したがって、川井教授が「過失の共同」とか「共同過失」として挙げられるもの(川井・前掲307頁以下)とは若干異なることになる。また、前田・不法行為帰責論310頁も、このような裁判例として、大判T14・10・23(民集4-640) 事案は、Yの使用人AがYの指示によりXの山林内で立木を伐採したが、YもAも過失によりこれがXのものとは知らなかったというものである。や、最判43・4・26(判時520-47)などを挙げておられる。しかし、私見によれば、前者におけるYは過失による教唆者としての責任を負うものとされることになる。また、後者についても過失による教唆又は幫助にとどめるべきことは後記5の(3)のとおりである。

このように1項前段と2項は流動的たりうる)

第三に、ある行為をなすについて故意のある共同者同士(甲・乙)であっても、甲が乙の「共同行為の認識」の範囲を超えて不法行為をなした場合には、甲が全部の責任を負うのは当然であるが、乙は原則としてその認識の範囲内で責任を負うにとどまる。もっとも、乙にとっても、甲がそのような行為をし、そのような結果が発生することについての予見可能性があれば(換言すれば、乙がそれを予見しなかったことについて過失があれば)、乙も全部の責任を免れない。自衛隊朝霞駐屯地での自衛官殺害事件に関する浦和地判^{56・9・18}(判時¹⁰⁴³⁻¹¹⁴,判夕⁴⁵⁷⁻¹¹⁸)は、この関係の適例である。すなわち、Yに強盗殺人の幫助の認識まであったとは認められない(強盗の幫助にとどまる)としつつも、相当の注意を用いればAらの自衛官殺害行為を認識し得たとして、共同不法行為者としての責任を肯定している。これに対して、大判^{T13・7・24}(民集³⁻³⁷⁶)は、小学校合併推進派の村会議員Xに暴行が加えられた事案であるところ、Yにはそこまでの意思の連絡はなかったものと認められた事例と解されよう。

第四に、「意思の連絡」という要件について、一定の緩和や拡張が考慮されるべきである。具体的には、片面的なそれや黙示のそれも含まれる。特に、コンビナートによる公害事件などにおいては、この要件がある程度社会的・客観的に観察、評価されることも許される。このような解釈態度は、通説たる客観説や淡路教授らが公害事件について主張されるところと結果的には著しく接近することとなる。

(3) 719条1項前段について以上のような解釈を採用すると、同項後段の意義が甚だ重要なものとなってくることは見やすいところである。そこで次に、後段の「共同行為者」について検討する。

ア まず、同項後段には、行為者間に択一的損害惹起の関係がある場合ばかりでなく、「その損害のうちどの部分が誰によって惹起されたものかを区分することができないとき」も含まれるものと解すべきである。

それは、民法719条が参考にしたとされるドイツ民法第二草案自体が、立法手続上の過誤によって「一つの損害が共同して行為したものである数人によ

って惹起され、その損害に対する各人の寄与度が明らかでない場合」を脱落させたものであったということが指摘されていること、719条1項後段は因果関係の推定ないしはそれについての挙証責任の転換を明らかにしたものであるところ、上記のとでその推定の程度に本質的な差はなく、むしろの方がの場合よりも大きいとさえ言うてよい関係にあること^(注28)、これと類似した規定である刑法207条(同時犯とか同時傷害と呼ばれる)も、二人以上で暴行を加え他人を傷害した場合において、「その傷害を生ぜしめたる者を知ることができないとき」だけでなく、「傷害の軽重を知ることができないとき」も共犯者とされ、傷害罪をもって処断されるものとされていることなどによる。

前田・民法 92頁、森島「不法行為法講義(第6回)共同不法行為(2)」法学教室19-35、幾代「共同不法行為について(2)」法学教室56-74(ただし、同教授はその著「不法行為」においては、719条1項後段は択一的損害惹起の関係がある場合に限られることを当然の前提の如くにして論じておられることは既に指摘したとおりである)、塚原・前掲229頁なども同旨である。また、四宮・前掲796頁はこのような場合に後段の類推適用を肯定している。そして、神田・前掲623頁は、「(この点は)今日では殆ど異論をみないところとなっている」とまで言い切っておられる。これに対して、能見・前掲(法協102-12-2229)は、「ドイツ民法830条1項2文についてこの場合にも因果関係を推定すべきかについては見解が分かれており、一般に否定的見解が多い。わが国の学説でも否定するものが多い」とし、教授ご自身も民法719条1項後段を択一的

(注28) 択一的損害惹起の関係がある場合の説明のために教科書でよく挙げられる例で言えば、「数人同時に他人の家屋に向かって石を投げたところ、その一つが当たって家屋の一部を破壊したが、その石は誰が投げたものであるか分からない」というとき、「二人の投げた石の一つは窓ガラスを割ったのみであるが、他の一つは更に高価な壺をも割った。ただ、それが誰の投げた石によるものであるかは分からない」という場合とで区別しなければならぬものだろうか。そのような結論が説得的であるとは到底考えられない。(もっとも、後の設例については、これが別々の窓ガラスが割れている場合であれば、ガラスが割れただけのものと、加えて壺まで割れたものとの二つの結果(=損害)が別個に生じているにすぎず、その損害毎に誰の投げた石で惹起されたものか分からないだけである。換言すれば、択一的損害惹起の関係にある場合が二つ重なっただけであるという理解も可能ではある。しかし、割られた窓ガラスは一枚のみであるという場合には、それでは説明できないであろう。)

損害惹起の関係がある場合に限定されることは既に述べたとおりである。田口・前掲180頁も、「(ドイツの)多数説は、830条1項後段を択一的惹起についての規定と解しており、したがって、同条が択一的惹起以外の類型にも適用されるかについては消極的である」とされる(ただし、浜上則雄「現代共同不法行為理論(4)」(判時1138-17)には、これは田口氏の誤解であるとの指摘がある。残念ながら、その点は私には判断する力がない)

イ 次に、「共同行為者」の範囲について検討するに、この点について、通説と目される学説は「直接の加害行為の前提となる集団行為について客観的共同があること」と解していた(加藤一郎・前掲211頁)。これに対して、主観説の主唱者である前田教授は「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」をいうものとされる(前田・民法 191頁)から、行為者間に特別の関係があることは不要とされる趣旨であろう。また、田口・前掲206頁以下は、「同時不法行為はもとより、異時的不法行為にも1項後段は適用される」「加害者間の結合態様がどのようなものであるかを問わず 主観的共同も客観的共同も存在しない場合でもなお、被害者にとっての証明困難な状態があれば足りる」とされる。能見・前掲(法協102-12-2196)や同(司法研修所論集82-28)、塚原・前掲223頁以下もこれと同旨である。

しかし、「共同行為者」とされた者は前段の「共同不法行為者」と推定され、自己の行為と結果の全部又は一部との間に因果関係がないことを主張立証しなければ減・免責を得られないという極めて不利な立場に置かれるわけであるから、いずれにしても、この点については慎重に絞りをかけておく必要があるものと言わなければならない。

私は、そのような観点から、ここにいう「共同行為者」とは、「意思の連絡」を欠いているが故に前段の「共同不法行為者」には該当しないが、客観的に観察すればそこに行為の「共同性」や「一体性」が存在する場合(これは、通説・判例のいう客観的共同と同視してよいであろう)をいうものと解するのを原則とした上で、趣旨も条文の体裁も本条項と酷似する規定と見られる刑法207条についての解釈なども手掛かりにして、かつ、その際には民法解釈に求められる具体的妥当性の要請などを加味しながら、一定の範囲で修正を図っ

ていくという態度で臨むべきであるものとする(なお、田口・前掲や能見教授の前記所説については、719条1項後段の適用を択一的損害惹起の関係がある場合に限定する立場からの主張であることを見落としてはならない。そして、このような限定を加えることによって後段の適用範囲が自ずから制限されるし、また、「択一的損害惹起の関係」にあるということはそれだけで既に特別の関係にあるとも見られないわけではないから、敢えてそれ以上に共同性を要求しなくとも不都合はないということもできるのかもしれない。しかし、後述する数次の事故のような事例にあっては、それでは律しきれない場合もあるものと言うべく、やはり右の見解にはにわかに賛同することはできない。まして、後段の適用についてこのような限定をされない前田教授や塚原判事が、能見教授らと同じ見解を主張されるのは問題があるといわなければならない)。

ところで、その場合にまず問題になるのは、当然のことながら、各行為の時間的・場所的関係である。そこで、この点についての刑法207条に関する判例を見るに、当初、大判11・6・25(刑集15-826)は各暴行が時・所を異にする²⁹⁾と否とを問わないものとしたが、学説は一般にこれに対して批判的であり、その後、判例も大判12・9・10(刑集16-1255)により、各暴行が時間的・場所的に競合する場合にのみ同時傷害となるものと解するようになった。^(注29)

これは民法719条1項後段の解釈に当たっても大いに参考になるところであり、一般論としては大判12・9・10の解釈態度を是とすべきであろう。したがって、Aが春(注文主はB)と秋(注文主はY)にそれぞれ岩石を採掘する際、Xの家屋に落石させて損壊したという場合において、共同不法行為性を否定した大判18・11・22(民録25-2068)は基本的に正当とされるべきである。これに対して、交通事故の多くは一時的なものであるから、「共同行為者」性を具備していることは言うまでもない。しかし、同じ交通事故でも、甲車に跳ねられて路上に転倒したところを乙車に轢過されて死亡したというような典型的な

(注29) 具体的な事案を見ると、前者の判例の場合は同一の機会における暴行と見ることができ、後者の場合は一定期間にわたって暴行が繰り返されたというものである。なお、このような時間的・場所的な近接関係そのものが不必要であり、専ら立証が困難な状態であるかどうかの問題であるとする見解もあるようであるが、ここで問われているのが刑事責任であることを思えば、到底賛成することができない。

二重事故の場合から、A交通事故にあって救急車で搬送中に起きたB交通事故により死亡したというような場合^(注30)、更には、数次にわたる交通事故のためにより一層ひどい頸椎捻挫の傷害を負ったというような場合^(注31)など、大なり小なり場所や時間を異にする複数の不法行為によって損害を受けたが、その行為毎に因果関係のある損害を区分することができないというような事例も十分予想されるところ、これらを直ちに本条項の適用外としてしまうのもいささか問題ではある。もちろん限度はあるであろうが、この種の極めて現代的な事象にも適応できるような解釈をしていくことがやはり必要なことだと考える。そうすると、行為の共同性や一体性は、場合によっては結果から遡って判断せざるを得ないこともあるものというべく、結果(=損害)の不可分一体性も又ここに含めて考えるのが相当であるということになろう。もっとも、それでは「共同行為者」の要件は際限なく広がってしまい、「被害者にとって証明困難な状態が生じている」全ての場合について、719条1項後段の適用があるものとするのと同列に帰してしまうとの批判があるかもしれない。確かに、そのような感が無きにしてもあらずではあるが、それでも、証明困難というただそれだけの理由で直ちに後段の適用を認めるのと、私見のように一定の限定を加えなければならぬとする立場とでは、やはり自ずから異なるものがあることは明らかである。そして、このように解しても、一般に「共同行為」性の強固なもの

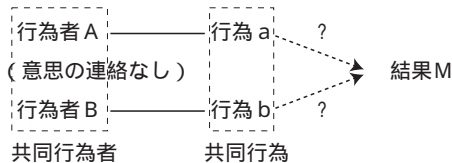
(注30) この場合、A、Bは何も交通事故に限られない。B事故の舞台を搬送後の救急病院にまで広げれば、前掲【裁判例5】のように典型的な交通事故と医療事故の競合の場合もこれに含まれることになるし、また、【裁判例4】のようにAが食中毒事故、Bが医療事故のこともあろう。

(注31) この種の数次にわたる事故に関する裁判例は多いが、東京地判47・5・17(判タ279-225)、京都地判47・6・12(判タ286-352)、東京地判48・3・29(交通民集6-2-543)、東京地判48・4・10(交通民集6-2-685)、大津地判50・7・7(判時307-71)、東京高判52・12・6(判時882-49)など大多数のものは、これを共同不法行為とは認めなかった。したがって、これらが719条1項前段を適用しなかったことは明らかであるが、後段の適用の可否についてどのように考えたのかは必ずしも判然としない。おそらく、この点は余り意識されていなかったのではないかと思われるが、各寄与率により損害を分担させているのであるから、結局は後段の適用も否定されたことになる。

ただ、その場合においても、そもそも「共同行為者」性を否定したものか、それとも一応これを肯定した上で損害の区分について因果関係の立証があったものとしたのかは、なお一個の問題たるを失わない。

については損害の不可分一体性も強固であるから何ら問題は生じない。問題は「共同行為」性の弱い場合であるが、この場合には実は損害も可分なことが多い筈であるし、また、仮にそれが如何に不可分一体であるかのように見えようとも、「共同行為」性が余りに薄弱な場合には、私見によれば「共同行為者」性が否定されることもあることになる。のみならず、後記4の(6)のとおり、私は、後段の「共同行為者」性の強弱によって被告が立証すべき「自己の行為と結果の全部又は一部との間に因果関係がないこと」の解釈適用に差異を設けるべきものとするから、この点においても以上のような区別をしておくことは大きな意味があると思うものである。

ウ 以上に述べた1項後段の関係を图示すれば次のとおりである。



このように、1項後段の「共同行為者」は「意思の連絡」を欠くが故に、この者に対して直ちに全部の結果について責任を問うことはできない道理であるが、この規定によりこれらの者も「共同不法行為者」と推定されることになり、それによって被害者救済が図られることが期待されるのである。それと同時に又、そのような推定を受ける加害者（その可能性のある者を含む。以下同じ）側にも、自己に責任のないことや仮に責任は免れないとしてもその範囲が限定さるべきことを主張・立証させる可能性を留保することにより、これが加害者側にとっても不当に過酷な結果とならないよう配慮したものであるといえる。この点の理由としては、「少なくとも過失のある加害者と被害者との間では、前者に証明の負担を負わせる方が適当である」ということが一般に指摘されているけれども、それに加えて、「この点の証明はいずれにしても困難なことではあるが、どちらかと言えば、被害者よりもむしろ加害者たる共同行為者の側の方がまだしも立証が容易な立場にあるものといえることができる」ということもある。このように見てくると、同項後段は見事なまでのバランス感覚に根ざした実に巧みな規定であるものと評することができる。

そうすると、同項後段は、数個の独立した不法行為（その可能性のある行為を含む）が競合し併存する場合について、その状態にある当該行為を「共同行為」と捉えたうえで、その場合における因果関係についての推定ないしは立証責任の転換を規定したものであり、その意味では訴訟法的性格を併せ持つという以上に、むしろそのような色彩の濃い規定であるということになる。

（４）では、719条2項についてはどうか。これと対比されるのはいうまでもなく刑法⁶¹条及び⁶²条である。刑法理論上は共謀共同正犯理論が確立されており、これによれば純然たる共謀者も正犯者として扱われるのであるが、この者は何ら実行行為を担当しないのであるから、民法上はこれを強いて719条1項前段に含ませる必要はなく、同条2項の教唆者として取り扱えば足りる。^{（注32）}

事後的な幫助は、刑法上の理解に従い、ここでも幫助とは認めないというのが相当である。ただ、例えば窃盗と贓物牙保のように、目的物の返還を不可能にするという点においては密接な関係があるという場合には、その限りで幫助と認められる余地はある（この場合には、そもそも犯罪類型としても密接な関係にあるために、独自の刑事責任さえ問われる程なのであるから、上記結論に異論はあるまい）。

また、「過失による教唆・幫助」が認められるかという問題もある。刑法の有力学説は「過失による共同正犯」の場合にもまして否定的に解しているが、東京高判^{48・4・26}（判時⁷⁰⁶⁻²³，判夕³⁰⁶⁻²⁰²）は、詐欺に対する過失による幫助を認めている。肯定してもよいであろう。なお、東京地判^{47・8・23}（交通民集⁵⁻⁴⁻¹¹⁰³）は、自動車所有者が助手席に乗って知人に車の運転の仕方を教えている最中に追突事故を起こした場合につき、所有者に教唆ないし幫助としての責任を認めた事例である。そのほかにも、過失による幫助と見てもよいような事例は少なくないが、多くは故意行為との共同不法行為の成立を認

（注32）A、Bが共謀してCを殺害すべくそれぞれ拳銃を発射したが、Aの弾丸は外れ、Bの弾丸のみが命中してCを死亡させたという場合には、Aの行為は結果発生に直接寄与していないものであり、この場合とAが単にBと共謀した場合とで本質的な差異はないということもできる。そうすると、共謀者を719条1項前段の共同不法行為者とするか、それとも同条2項の教唆者とするかは、いずれにしても余り重大な問題ではないものと言ってもよさそうである。

めている（東京高判54・6・28（判時938 41）、福岡高判55・4・15（判タ423 104）など）

ところで、同条2項は教唆者・幫助者を「共同行為者」と見做すものとして
いるが、これは「共同不法行為者」と見做すというのが本来の意図ではなかつ
たかと思われるということは既に述べたところである。したがって、教科書の
多くも、当然のようにこれらの者は「共同不法行為者」と見做されるものとし
ているが、1項前段の「共同不法行為者」ということになると減・免責はあり
得ないことになっていささか弾力に欠ける扱いにもなるところ、これらの者の
中には、特に幫助者の場合など、果たして全部の結果に責任を負わせることが
妥当なのか疑問がある者もいる（私は、幫助者については、幫助であるという
だけで原則として責任が減じられてよいと考える（刑法62条参照））から、2
項の条文にあるとおり「共同行為者」と見做すことの方がむしろ適切である。
とりわけ、前記のとおり「過失による教唆」を認めるとなると尚更のことであ
ろう。一方、そのことによって何らかの不都合が生じるというようなことも想
定することができないのである。

4 以上のような私見と通説・判例との間の距離はどの程度あるか。また、私
見によった場合にどのような変化が生ずるであろうか。

(1) 不法行為に基づく損害賠償請求訴訟の中で量的に最も多かったのは何と
いっても交通事故に関するそれであるところ、従来、この種訴訟において1項
前段の「共同不法行為」とされていたのは、例えば、東京地判37・10・29
(判タ139-89)のように、甲・乙二台の自動車の衝突事故により第三者A（歩
行者や同乗者など）が負傷したというような事案（このような類型のものを
はじめとする単一の結果が生じた交通事故を、以下においては便宜「単一事故」
と呼ぶことにする）がその典型であり、その数も少なくなかったものと思われ
る。ところで、この種の事案にあっては通常は甲と乙の間にまず主観的共同
はないから、私見によれば、これは1項前段ではなくて後段の適用を受けるこ
とになる。また、二重追突事故その他の複合事故や二重轢過事故などの場
合（以下、この と の類型の交通事故を総称して「二重事故」と呼ぶことに
する）も基本的には と同様である。^(注33)

これに対して、数次の追突事故に遇ったために鞭打ち症が重くなったというような場合には、主として各事故の時間的な近接度の程度如何によって後段の適用の有無を決するほかはないであろう。^(注34)

(2) 次に、交通事故と医療過誤の競合した事例についても概ね同じことが言えるものと思われる。もっとも、これについては、従来も共同不法行為と捉えるべきか否かなどに関して議論があったところである。

ア この関係の裁判例は極めて多数にのぼるが、そのうちの圧倒的多数はこれを積極に解してきた。しかし、稲垣喬「交通事故と医療過誤の競合」(新・実務民事訴訟講座5の129頁以下。その後、『医療過誤訴訟の理論』105頁以下に増補のうえ収録されている)はこれを疑問とし、独立した不法行為の競合と見るべき旨主張される。そして、近時は、共同不法行為としつつ、寄与度

(注33) 淡路「共同不法行為に関する諸問題」(ジュリスト431-142)が、「複数原因者が加害行為に直接的に関与している場合」として挙げるもののうちの「A運転の甲車が被害者をはねて、それをさらにB運転の乙車がひいた場合」がである。そして、この類型の事例は実際にも珍しいことではない。例えば、新潟地長岡支判46・1・29(交通民集4-1-149)、名古屋地判47・12・6(交通民集5-6-1683)、鳥取地米子支判50・10・3(交通民集8-5-1424)、広島地判58・9・29(交通民集16-5-1295)などがその例である。東京地判62・9・24(交通民集20-5-1201)とその控訴審判決である東京高判63・6・29(東高時報39-5~8-36)の事例もこれと同視してよいであろう。の事例も、大阪地判46・5・12(下民集22-5・6-607、判タ266-252)、東京地判48・2・26(交通民集6-1-307)、神戸地明石支判48・10・12(交通民集6-5-1624)、旭川地判49・6・13(交通民集7-3-865)、札幌地小樽支判50・12・19(交通民集8-6-1800)、名古屋地判53・11・29(判タ382-123)、徳島地判60・1・23(交通民集18-1-77)、大阪高判60・3・14(判タ560-250)、東京地判61・6・27(交通民集19-3-890)など、これ又決して少なくない。

なお、これら二重事故や前記(注31)の数次の事故については、西垣道夫『鞭打症』における損害算定上の諸問題(現代損害賠償法講座7・325頁以下)、福永政彦「二重事故と賠償責任」(判タ634-50以下)、芝田俊文「事故の競合」(裁判実務大系8・107頁以下)、浜崎恭生「二重事故」(「交通損害賠償の基礎(新版)」75頁以下)が参考になる。

(注34) 「共同行為者」性が認められずに719条1項後段の適用が否定された場合(数次の事故の場合などにはこのような結果になることも少なくないものと思われる)においては、709条に基づいて請求するほかはないわけであるが、このような事例においては、当該事故とこれによる損害との因果関係についての心証の程度はかなり低くてもよいのではないかと考える。このように解するならば、719条1項後段が適用される場合と709条による場合とで余り大きな差異を生じないことになるが、私はそのような結果こそ望ましいものと考えられる。

により分割責任を認める裁判例も目に見えて増加している^(注35)。このような動向の理論的な背景としては、上記稲垣論文のほか、後記五で見る割合的因果関係論などの影響があるのであろうが、それとともにおそらく実務家特有のバランス感覚がそのような結論に導くものと思われる。

イ それはともかく、この種の事案に関する私の理解は次のとおりである。

即ち、この場合には、交通事故に時間的に接着して、しかも、それによる負傷という結果を所与の前提として施された治療行為の過誤が問われるという関係にあり、したがって損害も容易に分かち難い性質のものであるから、「共同行為」性を認めてもよいものと考えらる。

その反面で、医師は交通事故による結果を所与の前提として治療行為をなすと言っても、それは業務の性格・役割からくる必然的・不可避的なものであって、これを以て医師が患者の負傷という結果を進んで容認したとか、交通事故加害者の不法行為を積極的に承継する意思があったとかということにならないのは当然である。したがって、主観的共同を欠いていることは明らかであり、これが1項前段の共同不法行為に当たらないことは多言を要しない。

なお、この両者の関係をどのように捉えるべきかについては、更に別の問題がある。それは、(i) 医療過誤があった場合に交通事故加害者の過失行為と結果との因果関係ないしは責任は中断されるのではないか、(ii) 交通事故などの事故の結果自体がきわめて重大であるときには、たとえ医師に過失がある場合であっても、その過失と結果との間に因果関係がないとして医師の責任が否定されることもあるのではないかという点である。しかし、(i) については、そもそも医療過誤の危険に晒されたのは交通事故に遇ったからであることを考え

(注35) 裁判例の照会と分析は本文掲記の稲垣論文に詳しいので、ここでは医師の責任が認められた比較的最近のものに限って挙げておくことにする。

責任の分割を認めたもの 東京地判62・12・21(判時1287-95)。ただし、自招事故につき、過失相殺を類推して5割減額、浦和地川越支判60・1・17(判時1147-125,判タ552-250)、横浜地判56・9・22(交通民集14-5-1096)など

全部責任が認められたもの 千葉地松戸支判62・2・6(判タ652-221)、東京地判60・5・31(判時1174-90,判タ559-88)、高地地判60・5・9(判時1162-151)、東京地判58・7・20(判時1132-128,判タ510-175)、札幌高判58・7・7(交通民集16 4 916)、東京高判57・2・17(判時1038 295)など

ると、医療上の過誤があったという一事でもって加害運転者らの責任を問えなくなるというのはいかにも社会常識に反するものと言わなければならない。そこで、「医療行為は身体に対する侵襲行為たる性質をも有するものであるから、治療行為の種類によって程度の差はあるにしても本来的に危険を包蔵しているものであることは否定できず、したがって、治療の過程においてこのような危険が現実化して損害が拡大した場合には、それが医師の重大な過失に起因するなど、加害者に責任を負担させるのを不相当とするような特段の事情のない限り、右結果についても加害者に責任が及ぶ」(東京地判⁵¹・6・21(判時⁸⁴³-63))、「医療行為自体が故意又は過失による違法なものであってそれ自体が独立して責任原因となるとか(中略)、或いは交通事故とは全く無関係な偶然的不可抗力が介在するか、その他交通事故と死亡との因果関係を切断するような特別の事情が認められない限り、交通事故と右医療行為により生じた結果たる死亡との間には相当因果関係を肯定できる」(新潟地長岡支判⁵³・10・30(交通民集¹¹-5-1525))などとして、裁判例も学説もこぞってこれを肯定しようとするのである。確かに、これも一法ではあるが、私は、(ii)の点と併せて、むしろ交通事故の結果(負傷の内容・程度)がそれ自体で被害者の死亡や重大な後遺障害に結び付く危険のある程に重大なものであるか否かによって分けるべきだと考える。即ち、交通事故による負傷の程度が軽いものであれば、医師の過失により生じた重大な結果に対してまで責任を負うことはなく、交通事故による固有の損害を賠償すれば足りる(この場合、医師の過失の程度を問わないが、重大な過失があるのが通例であろう)。反対に、負傷の程度が重いものであれば、仮に医師の重大な過失があったとしても、交通事故加害者は責任を免れず、また、その反面で、医師の過失行為と結果との間に因果関係がないものとされることもあり得ることになる。^(注³⁶)

(3) これは、行為者間に主観的共同の認められない複合的な公害事件についても当てはまるものといえる。^(注³⁷)

ところで、公害事件について論じたものに野崎幸雄「因果関係・総論」(現代損害賠償法講座5の84, 85頁)がある。野崎判事は、719条1項前段、後段ともに、関連共同性 通説・判例に従い、客観的共同で足りるとされるもの

ようである がある場合、即ち共同不法行為についての規定であるものとされ、前段については「行為者A、B、Cの各行為a、b、cと結果X、Y、Zとの因果関係(aとX、bとY、cとZ)が明らかな場合」(設例1)、後段については「a、b、cによりX、Y、Zが生じたことは明らかであるが、各行為毎の結果との結び付きが不明の場合」(設例2)を典型的な事例として挙げた上で考察を進めておられる。そして、設例1の場合について、「AはaがY及びZと無関係であるということをいかに主張立証しても、a、b、cの間に関連共同性がある以上はY及びZについての責任を免れることはできない。Aがこれについての責任を免れるためには、aとb、cとの関連共同性が否定されなければならない(もっとも、aが否定されればAはいかなる責任をも負担しなくてよいことは当然である)。また、A、B、CがaとX、bとY、cとZの

(注36) 東京地判59・5・8(判時1145-65)、大阪地判59・12・20(判夕550-231)、東京地判60・10・28(判時1213-103)などはそのような裁判例である。

これに対し、医師の過失が重大であるときなどは、その責任が肯定される場合もあるのは当然である。そのような裁判例としては、(注35)の 東京地判58・7・20のほか、岡山地判58・8・31(判時1099-116)、東京地判58・12・21(判時1145-65)などがある。ただ、その場合に医師側が負担すべき損害賠償の範囲を如何に考えるべきかは難しい問題である。仮に医師の医療過誤がなくても結局は同じ結果(例えば、被害者の死亡)が生じていたであろう したがって、医師の過失はせいぜいその死亡時期を若干早めたにすぎない というようなときには、その点についての損害賠償(おそらくは慰謝料ということになる)に限られるものと思われる。最も困難なのは、重傷ではあったが、医師側の過失がなければ死亡することはなかったというときの責任の分配であるところ、結局は、この場合においても各行為の寄与度を追求し、それが不可能なときは各自全損害についての賠償義務を負担するものとするほかはあるまい。

(注37) むしろ、公害事件にあっては本来の主観的共同はない場合が殆どであろう。ただ、継続的な企業活動によって生ずるものであるだけに黙示の意思の連絡が認められたり、或いはコンビナートなどの場合には企業間の密接な関係の故に社会的・客観的な観察によってこれが認められる場合もあるものと思われる。

なお、公害事件については、いずれにしても共同不法行為構成で処理するには限界があるとか、特に客観説によった場合には種々の不合理な点が現れるなどと指摘されている。そこで、これについては特別な解決方法 例えば、伊藤教授による「集合的単独不法行為」の考え方(伊藤「公害の私法的救済と共同不法行為理論」(「不法行為法の現代的課題」166頁以下。特に186頁以下)が提案されているところである。また、淡路教授は「共同訴訟的共同不法行為」(淡路「公害賠償の理論(増補版)」144頁以下)を提案しておられる。しかし、私は、現行法下においては民法719条によって処理するほかはないし、また、それは十分可能であるものと考えらる。

間の因果関係を争って、その点が不明になっても、後段が適用される場合となってくるだけである」とされる。設例2についても基本的に同じであり、「A, B, CはX, Y, Zという全損害につき連帯責任を負うことになる。aにより生じたのはXであり、Y, Zとaとは因果関係がないことが明らかになっても、a, b, cが関連共同しており、Y, Zがb, cにより惹起されたことが認められれば、AはX, Y, Zにつき連帯責任を負うことに変わりはない。AがXについてのみ責任を負うべきものである旨主張するときには、a, b, cの関連共同性を否認するとともに、aとXとの因果関係を認め、Y, Zとの因果関係を否認すればよい。なお、AがaとY, Zとの因果関係を争うのは否認であって抗弁ではない」とされるのである。更に、前段と後段の関係について、「原告は、常に後段に依拠すべきであって、前段は、Aがその責任の範囲をXにのみ限定されるべきであると主張するときに、いわば裏返しの形でのみ働くことになる」と結論される。

これは注目すべき見解ではあるが、私見の立場からすれば、同判事の共同不法行為の捉え方（719条1項前段と後段の関係についての理解）について以下のような疑問を指摘しないわけにはいかない。

まず第一に、前段と後段のそれぞれの説明のためにその典型的な事例として挙げられる設例が果たして適切なものであるかということが問題とされなければならない。特に、後段については、いわゆる択一的損害惹起の関係にある場合こそがその典型と理解されているのであって、同判事が設例2として挙げられるような、共同行為者の行為により結果が生じたことは間違いないが、その各行為毎にそれと因果関係のある範囲は不明であるという場合をもこれに含ませることができるか否かはむしろ議論のあるところの筈である。また、そもそも719条という損害とは、同判事の挙げる設例に基づいて言えば、あくまで $X + Y + Z$ の全体であって、X, Y, Zの個々の区分は被害者にとっては何らの意味を持たないことが明らかである。

第二に、同判事の見解によれば、719条1項は「数人が共同の不法行為により他人に損害を加えたときは各自損害の全部につき連帯にてその賠償の責に任ず」ということに尽きることになるが、これでは、前段は専ら後段を引き出

すための役割のほかには殆ど意味が無いことになり、前段は後段に完全に包摂される結果になる。同判事の見解がこれであるか、さもなければ、後段が「各自の行為と損害との因果関係を知ること能わざるときといえども又同じ」という意味の全くの注意的な規定にとどまるということになりかねない。しかし、このような解釈は本条項の立法趣旨や更には立法技術一般に照らしてみても疑問がある。

第三に、関連共同性を客観的共同で足りるとすることに対する客観説に共通する疑問がある。つまり、およそ行為者間に客観的共同があるものとされれば、各行為者はいかに結果のうちのある部分について自己の行為と因果関係がないことを主張立証したとしても免責されることはないという結論は、いかにして理論づけられるのか、また、実際上もこの結論は果たして均衡のとれた妥当なものたり得るのか、ということである。

また、野崎判事は「分割責任論によれば、特に公害訴訟の場合には訴訟促進の要請に著しく背反するような困難な事態が生ずるであろう」と指摘される。この点はそのとおりであろうが、それを理由に分割責任理論 私見もその一つであるを否定するというのは理論的には本末転倒ではないだろうか（前田・帰責論297頁）。しかも、同判事の所説に従えばそのような事態を回避できるかと言えば、必ずしもその保証があるわけではない。その場合でも、各行為者が共同不法行為者とされた他の者との間の関連共同性を否認した上で、自己の行為と結果との因果関係を争い、自己の責任の全部又は一部を否定するということが自体は避けられず、その場合に直面する困難と私見によった場合のそれとで本質的な差異があるとは思えない。もっとも、私見によればこの種の主張は抗弁となるのに、野崎説によれば単なる否認にとどまるから、それに伴う差異は当然あることになる理屈ではあるが、訴訟の実際からすればそのことによってそれ程大きな差異が生ずるとは考え難い。^(注38)

(4) 以上検討したところによれば、これまで共同不法行為とされてきたもののうちの相当部分が、1項前段ではなくて後段の適用を受けることになる（その中には複雑困難な損害賠償訴訟の部類に属するかなりの部分が含まれるものと考えられる）。

その結果、これまでとは違って、1項後段に光が当てられることになることが確実である。従来も、古くは仙台高判39・2・24（高民集17-1-60，判夕161-98）が後段によったものと思われるほか、大阪地判46・5・12（下民集22-5・6-607，判夕266-252），長崎地佐世保支判48・3・26（判時718-91。但し、不法行為と債務不履行の競合について類推適用したもの），神戸地明石支判48・10・12（交通民集6-5-1624），徳島地判60・1・22（交通民集18-1-77），大阪高判60・3・14（判夕560-250），東京地判H2・3・27（判時1342-16。但し、複数の債務不履行の競合との場合についてこれの類推適用を認めたもの）など、徐々に同条項が適用される事例が見られるようにはなっていたのであるが、私見のような理解が一般化すれば、その傾向は大いに加速されるであろう（この点、浜崎・前掲75頁においては、二重事故に関してではあるが「全て後段の問題として考えるのが妥当」との提唱がなされている）。

（5）しかも、私の見るところ、客観説は、理論的にも又実際にも、このままではどうしようもない綻びをみせつつある。また、それを繕うために益々矛盾と混乱の度を深めているように思われる。即ち、極めて小さい過失ないしは寄与度しか認められない共同行為者で、かつ主観的共同の認められない場合であっても、共同行為者各自に全部の結果について責任を負わせるというのが、客観説による原則的な帰結であるが、これはいかにも不当な感じを与えないではおかない。また、公害事件のように損害賠償額が極めて多額にのぼるものにあつては、たまたま被告として訴えられたものに全損害額の賠償を命じることの割り切れないさが意識されてきたのである。そこで、主としてこのような場合における客観説の不都合を解消するために、一部連帯の理論（川井説）や、寄与度に応じて責任を分担せしめるという分割責任論、更には、因果関係自体を寄

（注38）もっとも、野崎判事は、行為者間の関連共同性を客観的共同で足りるものとされるわけであるから、この点を否認してもみても結局はそれが功を奏することはまずないということ为前提としておられるのかもしれない。そうだとすると、因果関係の有無にまで争点が拡大されることはないまま終わるから、訴訟促進に資するところが大きいことは確かであろう。だが、そのような審理と、そこから得られた結論が果たして真に公正で妥当なものとして当事者＝国民の信を得られるかという、もっと根本的な問題があるように思われる。

与度に応じて割合的に認定するという割合的因果関係論などの諸学説、及びそれによった裁判例が出現することになったものと推察される^(注39)。だが、なお多数の裁判例は、このような場合においても単に共同不法行為が成立するとして全部責任を肯定している(例えば、秋田地判51・5・31(交通民集9-3-809)などはその旨を明言している)。特に、寄与度による分割責任論や割合的因果関係論によったものでは被害者の救済に欠けるという危惧感が強いからであろうか、比較的最近においても、交通事故の加害者と医師の双方について全額賠償を命じた東京地判60・5・31(判時1174-90,判タ559-88)が見られるといった具合に、裁判例はまさに区々に分かれている状況である。

ところで、田口・前掲は「判例理論に内在する理論的な矛盾は確かに是正されなければならないが、しかし、その一方で判例が、従来、共同不法行為の適用を比較的広く認めることによって、被害者救済に寄与してきた功績を無視してはならない」(202頁)として、主観説に対して「1項前段の適用範囲を狭く解する考え方は右規定の解釈上からしても、また、判例の現実的な機能という面からしても、問題がある」(208頁)と批判しておられる。しかし、判例・通説がいたずらに「共同不法行為」の概念を拡大し、曖昧にしたために、種々の修正が唱えられるようになり、理論的にも実際的にも容易に収拾のつかないよ

(注39) 一部連帯の理論を適用した裁判例としては、鳥取地米子支判50・10・3(交通民集8-5-1424)、札幌地判51・12・27(判タ364-243)、松江地益田支判52・4・18(交通民集10-2-561)などがある。因みに、は、路上に横臥していた被害者を第一加害車が轢過して致命傷を与えた後、更に第二加害車が轢過した事故につき、第一加害車は全部責任を負うが、第二加害車については死亡時期を早めた可能性のある傷害の限度で責任を負うとして、慰謝料と弁護士費用の各一部についてのみ第一加害車との連帯責任を認めたものである。なお、は主観的共同のある場合(不貞を働いた配偶者と不貞の相手方)であるにもかかわらず、これを認めたもので注目される。

次に、寄与度による責任分担を認めたものとしては、大津地判50・7・7など、数次にわたる交通事故の事例についての裁判例(これについては(注31)で検討したとおりである)、東京地判53・8・3(判時899-48。スモン訴訟判決)、福岡高判59・3・16(判時1109-24,判タ520-93。カネミ油症判決)、浦和地川越支判60・1・17(判時1147-125)などの交通事故と医療過誤の競合事例(これについても前記(2)及び(注35)において触れた)がある。これらのものの中には、共同不法行為の成立自体を否定したり、或いはそれについては何ら触れるところがないものなど種々様々であるが、加害者の責任を限定していこうとする点において共通している。

うな混迷状態をもたらしたとも言えるのではないか。そして、このような状態は氏が強調される「被害者救済を全うする」ということのためにも決して望ましいことではないと考えるものである。このような点において、私は氏とは認識を異にする。

(6) いずれにせよ、このような理論と実務の混乱を克服して、事案の解決としても適切妥当な結果に到達するためには、私見の立場によった上で、後段が適用される場面における「自己の行為と因果関係がないことの証明」の解釈につき、「因果関係」と「寄与度」の関係を以下のように理解することが有効な方策となり得るのではないかと期待するものである。

即ち、私見によれば、後段はあくまで事実的な因果関係の問題と解すべきものである。そうすると、前記の単一事故のような事例においては、各行為毎に結果（損害）との因果関係を明らかにするなどということはおよそ現実的ではない。被害者の負傷は甲・乙二台の自動車の各運転者の過失行為の競合により生じたものではあるが、当該事故は社会的な事象としても、また、両者の過失が一体不可分に結合して惹起せしめられたものであるという意味においても、まさに一個であるから、損害のうちのどの部分が甲車の運転者の過失によって惹起されたものであるかを特定するなどということは到底不可能なことであり、何ら益の無い作業というほかない。また、これ程極端ではないにしても、前記の二重事故や交通事故と医療過誤の競合事例など、後段が予定する共同行為一般において、結果と各行為毎の因果関係を明らかにすることは決して容易なことではない。それだからこそ、後段の推定規定が置かれているのであるが、被害者が証明できないものは加害者にとってもやはり証明困難なのであって、実際には事態にそれ程本質的な変化があるわけではない。それ故、前記のように、これを専ら事実的因果関係の問題として理解するならば、理論的にはともかく、実際には加害者が減・免責を得ることは画餅に等しいということにもなりかねない。さればと言って、これを多分に価値判断的な概念としての意味合いが強い「寄与度」で足りるものと解するならば、確かに加害者は減・免責を得やすくはなるが、その反面で被害者保護には欠ける結果になるおそれが強い。例えば、単一事故の事例にあっても、共同行為者双方の寄与度

この場合には、過失の大小が決定的な要因となろうが必ず問題にされることとなり、裁判所としてもこの点についての判断が避けられず、しかも、その結果、加害者の責任は常に分割責任になるから、被害者は早期の、かつ十分な救済が受けられなくなるおそれがある。これは、被害者にとっては到底容認し難いことであろう。

そこで、私は、「共同行為者」とされた複数者の行為の「共同性」の態様「共同行為」の時間的・場所的な結び付きの程度や、それらの行為が同質のもの同士の競合であるのか、それとも互いに異質のものであるのかなどによって、その取扱いを異にすべきであると考えたものである。そして、当該共同行為が単一事故のようにまさに一体不可分のものであれば、各行為と結果の一部との間に因果関係がないことを立証するなどは到底不可能なことであり、ひいてはそのような主張をすること自体失当として扱ってよいであろう（このことは、右の場合には「因果関係」を「寄与度」という評価的概念に置き換えることが許されないということの意味する）。これに対し、異時的で異質な過失行為の競合の場合（その典型は交通事故と医療過誤の競合の事例である）、同質ではあるが異時的な過失行為の競合の事例（二重事故や数次の事故の場合など）においては、その結び付きの度合いは一般に弱く、また、本来なら各行為による結果を別々に観念することができる筈のものであるから、ここでは、仮に右の意味での因果関係そのものを明らかにすることができないときにも、「寄与度」により分割責任とすることも許されるものとするわけである。つまりは、「共同行為者」性の強弱と、自己の行為と結果との間に因果関係がないことについて要求される立証の程度及び内容は相関関係にあるものとして、前者を緩和して解釈するのであれば後者も又緩和する方向で対処すべきものと解するのである。何故ならば、前者の要件を緩和して解釈することは被害者救済のために資するものではあるが、そのままでは「共同行為者」とされた者の不利益は大きすぎるものとなって、均衡を失うからである。こうして、時間的・場所的に相当かけ離れたものや異質のそれをも「共同行為」とする以上は、前者の緩和の程度が大きければ大きい程、後者の緩和の程度も又大きくなって、当該行為と損害の一部との間に因果関係がないことの立証についても緩やかに解す

ることが許され、割合的な因果関係や寄与度を以て判断することができるものとするのである。ただ、これにより、寄与度について判断することが容易になるかと言えば必ずしもそういうわけではない。特に、異時的で異質な共同行為の場合には、依然としてその判断は相当困難であろう。したがって、結局、これを明らかにし得ないこともあるものと言うべく、そのときには各加害者とも全部の損害賠償責任を負担することになるのである。そして、このような場合には、加害者同士の負担割合も当然決し難いであろうから、被害者に損害を賠償した者から他の加害者に対する求償においても各2分の1の負担をすべきものとして解決するほかない。ただし、対被害者との関係では全損害の賠償責任を負うのであって、責任が均等に分割されるのではないということを確認しておかなければならない。

そして、私としては、実務において早期に一致してこのような見地が採用されることを希望するものである。そうすることによって、紛争解決の予測が可能になるとともに、訴訟関係人の訴訟活動上の準則も確立されるものと期待されるからである。

(7) 以上のほかには、私見と通説・判例の立場による実際の相違は、理論上の隔たり程には大きくはないものと思われる。

ア まず、主観的な共同（意思の連絡）がある場合には、両説共に1項前段によることとなり、その効果についても両説の間に全く差異はない。しかも、既に見たとおり、私見のような主観説の立場に立った場合においても、民法719条1項前段の要件や解釈の緩和化が図られるという方向で相当大幅な修正が施されているのである。そうすると、実際には前段が適用される場面がかなり拡大されることになるから、その意味でも両者の差異は縮まってくる。

イ 次に、行為者間に択一的損害惹起の関係がある場合については、共に後段によって処理されることとなるのであり、ここでも何ら差はないことに帰する。

ウ 問題は、客観的な共同にとどまる場合であるが、この場合には種々の変化が生ずることはこれまで述べたとおりである。しかし、この場合の典型である単一事故の事例を例にとれば、行為と結果との因果関係が明らかなものに

については、甲・乙が共同被告となっている場合であれ、そのうちの一人だけに対して訴訟が提起される場合であれ、専ら709条により責任が問われることの方が圧倒的に多いのが実際ではないかと思われる。また、仮に719条1項前段に基づいて法律構成がなされている場合であっても、通説判例によれば、これは実質的には709条によるのと殆ど変わりはないのである。そうすると、719条1項後段が適用されることによってその効果が遺憾なく発揮されるのは、行為と結果との因果関係が明らかでない場合に事実上限定されることになる。しかも、(i)709条による請求がなされたときに被告が責任の全部又は一部を否認して争う場合と、(ii)その請求が719条1項後段により構成されている場合において被告が減・免責を主張するときとで、実際の審理の上でどの程度差が出てくるかは疑問である。また、効果の面について言えば、両者は理論的には大いに異なるけれども、(i)の場合に寄与度により因果関係の及ぶ範囲を画することが認められるのは共同性が強固でないときであり、更に共同性が弱いため719条1項後段の適用が否定される場合(つまり、(ii)の場合)にあっても、因果関係についての認定はある程度緩和されて然るべきものと考えから、結局は、ここでも理論的な違いからくる程の大きな差異はないものと言ってよいように思われる。

5 　ただ、私見によっても、719条1項前段の適用を受けるのか、それとも同項後段ないしは2項が適用されるのかが問題になる場合があり得る。これらの多くは、従来、1項前段の「共同不法行為」とされてきたものであるが、私見の立場から再検討してみたい。

(1) 相互に意思の連絡があり、行為の分担もあるという場合においても、その分担した行為(=果たした役割)に明確な軽重の差や主従の関係がある場合には、その従たるものについては直ちに1項前段に該当するとすべきではなく、2項の補助者とするにとどめる余地がないかを検討すべきである(補助者としての責任が問われた事例としては、東京地判^{56・7・16}(判時1010-3)がある)。例えば、川井教授が一部連帯説を提唱する際に挙示される裁判例のうち、最判^{29・4・2}(民集8-4-794)、最判^{31・10・23}(民集10-10-1275)、大阪地判^{26・10・18}(下民集2-1208)などは、いずれも不法行為者相互間に意思

の連絡があるものとされてもやむを得ないであろうが、共同不法占拠者であっても一部を占有しているにすぎない（、の事例）とか、他人の著作物の一部の印刷を担当したにすぎない（の事例）など、いずれもその役割が限定的で従たるものであるから、2項の幫助者とされてもよいものと思われる（ただし、前田・帰責論³¹⁸頁は、およびの事例についていずれも相互に意思の連絡がなく、各自別々の部分を占有しているにすぎないから、1項後段の事例であるとしておられる）。

(2) 以下、この関係のそのほかの裁判例等について検討する。

ア 最判^{37・10・23}（家裁月報¹⁵⁻²⁻⁹⁴，判タ¹⁴⁶⁻⁸²），大阪高判^{38・3・26}（高裁民集¹⁶⁻²⁻¹¹⁰，判タ¹⁴⁶⁻⁶⁸）のように、婚姻（内縁を含む）関係の解消、婚約の破棄などについて、直接の当事者（夫或いは婚約者）のほかにその者の親などが共同不法行為者とされている事例がかなり多いことに気がつく。

しかし、一般論としては、これらはいずれも最終的には直接の当事者（夫など）の意思決定如何にかかっているのであるから、親などの行為はそれに対する不当な働きかけや影響力の行使として問題にされることになる筋合いである。したがって、その限りにとどまっているのであれば、そのような親などの行為を目して共同不法行為であるとするについては慎重でなければならないものと思われる。もっとも、実際には、上記最判や東京地判^{37・4・3}（判時²⁹⁸⁻²³）及び盛岡地遠野支判^{52・1・26}（家裁月報²⁹⁻⁷⁻⁶⁷）などがそうであったように、親についても独自の不法行為としての「嫁いびり」が同時に問題とされ、或いは、むしろそれこそがより主導的であって、夫はこれに追従したか又は結果的に加担してしまったということも多いのであろう。

イ これと同じことは、不貞の場合の不貞の相手方となった者についても言えよう。東京高判^{51・10・19}（判タ³⁵⁰⁻³⁰⁸），大阪地判^{61・8・26}（ジュリスト⁸⁸⁸⁻¹⁹⁵）など、多数の裁判例は共同不法行為を認めているが、札幌地判^{51・12・27}（判タ³⁶⁴⁻²⁴³）のようにこれを肯定しつつも責任を軽減した裁判例もある。

また、この点に関連しては、最判^{54・10・19}（判タ³⁵⁰⁻³⁰⁸）がこのような場合の子の請求につき、「害意をもって子に対する監護等を積極的に阻止する

など特段の事情のない限り（子に対する関係では）不法行為とならない」ものとしていたことも参考になるであろう。

ウ 最判⁴³・4・26（判時⁵²⁰-47）以来，飲酒運転により事故を起こしたという場合において，これに密接に関与した者が共同不法行為者とされる事例が目につく。佐賀地判⁴⁴・3・28（判時⁵⁷⁰-73，判夕²³⁵-173），甲府地判⁴⁷・3・8（交通民集⁵⁻²-345），静岡地浜松支判⁴⁸・3・19（交通民集⁶⁻²-482），福島地判⁵¹・2・6（判時⁸²⁹-83），秋田地判⁵⁵・12・24（交通民集¹³⁻⁶-1669），福岡地八女支判⁵⁹・6・19（交通民集¹⁷⁻³-796）などがそれである。川井・前田両教授もこれを「過失の共同」として捉えて共同不法行為責任を肯定される。

しかし，直接の不法行為者はあくまで酩酊運転をして事故を起こした者である（なお，非運転者も運行供用者とされて責任を負担せしめられる場合もあると思われるが，それは別の問題である）から，例えば，非運転者も交替で運転していたというような事情があるなど，行為者間に余程一体化した関係が認められるとか，或いは運転者が完全に酩酊しているため自動車を運転すれば事故を起こすことは不可避であるというような事情でもない限りは，非運転者については教唆（それも積極的に鼓舞助勢をした場合に限られよう）ないしは幫助とするととどめるのが相当ではないかと思われる。同種の事案にあって，非運転者の共同不法行為責任を否定した京都地判⁶¹・1・30（交通民集¹⁹⁻¹-140），幫助になるとした福岡高判⁵⁴・10・25（判時⁹⁵⁸-75，判夕⁴¹²-130）のような例もあることは注目してよい。

エ 共に暴走行為に興じていた集団のうちの一台が交通事故を起こし第三者を負傷させた場合における同車の同乗者或いは他の車の関係者，パトカーに追跡され信号無視を繰り返しながら高速で逃走していた車が事故を起こし第三者を負傷させた場合の同乗者などについても，基本的に同様のことが言えるのではないかと考える。千葉地判⁶²・7・31（交通民集²⁰⁻⁴-1004）は，このよう
三三
な者について共同不法行為者としての責任を否定している。

なお，大阪地判⁶³・6・30（交通民集²¹⁻³-687）は，喧嘩の相手Aが車の屋根にしがみついて蹴り回しているのに気づいたのに運転を継続し，更にAがフロントガラスを蹴破ったのに腹を立てて，ジグザグ運転をするなどしてAを屋

根から路上に振り落として死亡させたY₁に故意による709条の責任、Y₁にAを振り落とすようけしかけた同乗者Y₂に幫助者としての責任を認めたものであるが、参考になろう。

オ 更に、二重譲渡の場合の第二買主について719条2項の教唆者としての責任を肯定した鳥取地判⁴⁶・10・18（下民集²²⁻⁹・10-1027，判時⁶⁵⁴ 80）もある。不動産の二重譲渡の場合には民法¹⁷⁷条の対抗問題となり，単純な悪意者は同条の「第三者」から排除されることはないのであるから，原則として買主に不法行為責任を認めることはできない（最判³⁰・5・218（民集⁹ 6774））。取引法上保護されることと不法行為責任の成否は別であるという考え方もあり得るが，にわかに賛成することができない。ただし，買主がいわゆる背信的悪意者に該当するような場合には取引法上の保護を受けられないだけでなく，不法行為責任を問われることもある（四宮・前掲³¹²頁以下）。これが通説と見てよいであろう。その場合，売主とともに719条1項前段の共同不法行為責任を免れないとされることもあり得るが，直接の不法行為者は売主であり，買主は売主の意思決定に影響を与えたにすぎないという関係にあることからすると，原則的には教唆にとどめるのが相当であろう。なお，上記鳥取地判は，以上のような私見とも異なり，独自の考え方に立つものと見られる。

カ 球技の禁止された公園内で児童らがサッカーに興じていたところ，老婆がその中を横断しようとして児童の一人と接触転倒して負傷したというような場合（塚原・前掲²⁰³頁が掲げるケースである）はどうか。誰が接触したのか不明であれば，その可能性のある者が1項後段により責任を負うことになるが，その可能性のない者についても一定の責任を免れないかもしれない。その場合にはやはり幫助者に類したものとして扱われるのが適当であろうか。

（3）結果を直接発生させたBの行為とその行為を制止すべき義務又は結果発生を防止する義務を負担するAの過失（不作為が多いであろう）とが競合する場合についてはどのように考えるべきであろうか。本稿冒頭に掲記した〔裁判例7〕や〔裁判例8〕がこの場合に該当するものといえることができよう。なお，〔裁判例5〕のような交通事故と医療過誤の競合の場合はこれとは同列に論じられないことは既に述べたとおりである。

ア BがAから制止されないのに乗じてその行為を敢行し、或いは自己の行為による結果発生の防止をAの措置に全て委ねるといふ無責任な態度に終始し、一方、Aはそれを知りながら看過放置し、或いは結果発生の防止のための適切な措置を取らなかったというのであれば、両者の間には黙示の意思の連絡があるものと認めることができるのではないだろうか。そして、このような義務を負っている者の義務不履行を単に従たるものと見ることはできないから、1項前段の共同不法行為責任を負うべきである。

この類型に該当する著名な事例としては、いわゆる拓殖大学リンチ死亡事件についての東京地判48・8・29(判時717-29)がある。

また、名古屋地判57・9・24(判時1063-197)及びその控訴審判決である名古屋高判59・7・17(判時1136-80)も、判文中においては共同不法行為の成否については特に触れられていないけれども、この範疇に入れてもよいのではないかと思われる。事案は、Xがゴルフ競技中に後続競技者Y₂の打球を背中に受けて負傷した場合において、同ホールはティ・グラウンドからの見通しが悪く、打球の届く範囲内にブラインドになっている部分があったから、Y₂は自らティ・グラウンドを離れてブラインド部分を見通すか或いはキャディAをして安全を確認させるべきであるのに、単にAに「もういいかね」と聞いて、Aから「どうぞ」と言われたのみで第一打を打ったことに過失があり、また、AもY₂から右のように聞かれたのに格別安全を確認することもしないまま上記のとおり答えたことに過失があるとして、Y₂とAの使用者たる右ゴルフ場の経営会社Y₁の損害賠償責任を認めたものである。因みに、第一審判決は、Y₁の内部的な負担割合につき、Y₁が4、Y₂が1と見るのが相当としている。

イ 最判62・1・22(民集41-1-17,判時1236-66,判タ640-101)は、ルール上の置石により生じた電車の脱線転覆事故について、置石をしたAとの共同の認識や共謀がないYの責任が問題になった事例である。同判決は、「Yが、仲間の関係にあるAと事前に右行為の動機となった話合いをしたのみでなく、これに引き続いてされた実行行為の現場において、右行為を現に知り、事故の発生についても予見可能であったといえるときには、Yは、実行行為と関連する自己の右のような先行行為に基づく義務として、当該置石の存否を点検確認

し、これがあるときにはその除去等事故回避のための措置を講ずることが可能である限り、その措置を講じて事故の発生を未然に防止すべき義務を負うものというべきであり、これを尽くさなかったため事故が発生したときは、右事故により生じた損害を賠償すべき責任を負う」とした。Yには、Aとの共謀は勿論、共同の認識すらないという点に着目すれば疑問もないではないが、軌道上の置石という行為の危険性と結果の重大性に加えて、Yのなした先行行為が共同の認識があったとされる場合と紙一重の差しかないような微妙なものであった。本件の原審は大阪高判^{59・12・25}（判時¹¹⁵⁸⁻²¹⁰）、一審は大阪地判^{59・1・31}（判時¹¹⁰⁹⁻¹¹⁵）であるが、一審判決は、「YやAらは置石をすることについては共通の意思を有していた」「拳大の石であれば列車が火花を立てて石を跳ね飛ばして進行するものと信じて、その様子を見ようという意思で、（中略）Aがした置石を容認、放置した」と認定し、Yの責任を肯定している。ことに鑑みれば、Yが何らかの責任を負うのもやむを得ないところであろう。しかし、YがAと上記のような相談をしたというその先行行為の故に「事故防止のための作為義務」を負わせるのは、そもそも期待可能性のないことを強いる結果になりはしないだろうか。また、これでは、Yはいきなり⁷¹⁹条1項前段の共同不法行為者とされることになって、過大な責任を負担させられることになりはしないかとの懸念を覚える（もっとも、Y、Aらの仲間の一人はAの置いた石のうちの一個を現に除去したというのであるから、この指摘は必ずしも当たらないかもしれない）。また、この理を貫けば、前記（2）の力で例示した公園でのサッカーの際の事故についても集団全員がこの種の作為義務を負うことにもなりかねないのではないかと懸念される。

ウ　ところで、以上はいずれも共同不法行為の成立を認めたものであるが、これに対して、東京地判^{53・8・3}（判時⁸⁹⁹⁻⁴⁸）（東京スモン訴訟判決）は、国の責任について「医薬品の製造等についての承認またはその取消に関する厚生大臣の権限は、その他の許認可における行政庁の規制権限と同様、行政上の監督権にほかならず、したがって、医薬品に内在する欠陥により服用者に被害を生じたときは、因って生じた損害を賠償すべき義務の全部が製造（輸入）者に帰属するのを当然とし、（中略）規制権を行使すべき行政庁（その権利義務

の帰属する法的主体としての国または地方公共団体)は、これら業者と共同不法行為者の関係に立つものではない。ただ、これら行政庁の権限の行使または不行使に違法が認められる場合において、賠償の対象となる損害が業者のそれと同一である点において、加害行為者たる業者と規制権者たる行政庁(国または地方公共団体)の債務とが不真正連帯の関係に立つにすぎない」旨判示している。これは、独立の不法行為が競合しているにすぎないという趣旨であろう。

エ また、大阪高判47・3・28(高民集25-146)は、このような関係がある場合において、共同不法行為ではなく併発不法行為となしとしたものである。これは、自動車の交通の激しい国道上に交通に危険な状態で(道路に平行でなく)Bが事故車を放置し、道路管理者たるYにおいても本件事故発生まで87時間もの長時間これを知らないままであったために、Xらの長男Aが原動機付自転車を運転進行中、右故障車に激突して即死したという事案について、Yに道路管理上の瑕疵があるものとして損害賠償責任を認めたが、BとYの責任とは「たまたま両者が競合したにすぎず、客観的に一個の共同行為と見ることはできないので、民法所定の狭義の共同不法行為ではなく、講学上いわゆる併発不法行為に該当するものであるから、各自別個に相当因果関係の範囲において損害を算定すべきものであり、両者に共通の部分については不真正連帯債務を負うものと解せられる」とした上で、YについてはBの場合よりも相当因果関係の範囲を狭く認定するのが相当であるとした。そして、時速60キロメートル以上で前方不注視を伴う暴走運転をしていたAの過失は相当に重く、これをYの道路管理の瑕疵の程度及び相当因果関係との対比において考えるとAの過失を7割5分として過失相殺をするのが相当であるとした(因みに、本判決は「一審で確定したBとの間ではAの過失を6割と定めているが、これに拘束されるべきではない」とも述べているが、併発的不法行為と見れば当然のことであろう)。YがBの故障車放置の事実を知っていながら看過したというのであれば格別、この場合には右事実を知らなかったのであるから、Y・B間に主観的共同を認めることはできないものというほかはなく、共同不法行為とならないものとしたのは正当である。なお、ここに併発不法行為というのは、ドイツの判例学説によって認められてきたそれを指すもので、田口・前掲142頁以下によ

れば、これについてはドイツにおいてもいくつかの理解があるようであるが、つまりは独立的不法行為の競合の場合にほかならないものと解してよいように思われる。そして、私見によれば、このような場合にも719条1項後段の適用があるものと考えるべきことは既に述べたとおりである。

(4) 淡路教授が「複数原因者のうち、ある者は加害行為に直接的に関与し、他の者は間接的に関与している場合」の例として挙げられる「甲車の違法な運転により乙車が事故を引き起こした場合」(淡路「共同不法行為に関する諸問題」ジュリスト431-142)をどのように考えるべきであろうか。京都地判49・12・20(判時782-66)、東京高判53・1・31(交通民集11-1-28)は右設例と酷似した事案である。

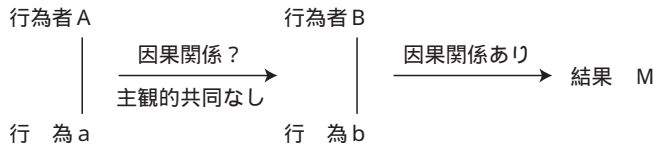
は、A運転の自動二輪車が信号機のない交差点で右折するに際し、対向車線を直進してきた市バスの前に飛び出してしまったため、バスはこれとの衝突を避けるためハンドルを右に切り、その後方を追従していたB普通乗用自動車も右にハンドルをきった結果対向車線に進入し、C運転の原付自転車と正面衝突しCが負傷したという事案において、B車の運行供用者B'とCとの間で裁判上の和解が成立して保険金を支払ったXがA車の保有者Yに対して求償請求をしたというものである。裁判所は、過失割合をA車8、B車2と判断した。

は、乙車の前方左側車線を走行中の甲車が乙車の車線前方に入り込み急ブレーキをかけたため、乙車が追突を避けようと急ブレーキをかけ右にハンドルを切ったところ、折柄の小雨で路面が滑りやすい状態だったこともあって、スリップして対向車線に進入し対向車と衝突したというものである。裁判所は甲・乙両車の共同不法行為責任を認め、過失割合を甲車3、乙車7としている。

ところで、これは塚原・前掲²⁰⁸頁以下が連鎖型と称する類型の共同不法行為であり、後記(5)及び(6)も類型としてはこれに属するものといえることができる。

そこで、この連鎖型について、ここでまとめて若干の検討を加えておくことにする。

まず、この関係を図示すれば次のとおりである。



AとBとの間に「意思の連絡」があるなど主観的共同があれば、719条1項前段に該当することとされ、また、Aの行為が教唆であれば同条2項が適用されるから、問題はその余の場合である。

まず、aによりbが不可避免的に生ずるBにとって行為bを回避できないという場合には、Bは一種の道具ないし手段にとどまり、bはあたかも自然の作用に類したものと考えることができる。そうすると、Aの行為aにより(ただし、Bの行為bを介して)結果Mを発生させたことになり、Aは当然に不法行為責任を負う。しかし、Bには過失がないから、Bの不法行為は成立しない。次に、Aの行為aはBが行為bをなすについての単なる切っ掛けになったに過ぎず、aによりbが惹起されるなどは通常は考えられないというときには、a・bの因果関係が否定され、Bの不法行為責任のみが問われることになる。問題は、a・b、b・Mの間にいずれも因果関係があり(したがって、a・b・Mの間の因果関係が認められる)、かつ、A・B共に故意又は過失があるという場合である。もっとも、A・Bのいずれにも故意があれば、実際にはA・B間に主観的共同が認められるのが通例であろう。また、Bに故意がある場合は多くはに該当することになるものと思われるから、結局のところ、問題になるのは主としてBに過失がある場合ということになる。これに対し、Aについては故意・過失を問わないが、Aに故意があるときについては次の(5)で検討することとし、ここではA・B共に過失がある場合だけを検討するに、この場合においてA・B間に共同不法行為の関係を肯定すべきであろうか。主観的共同の要件を緩和して、これも又「過失の共同」に当たると言えるかということであるが、「意思の連絡」をここまで拡張すべきではないから、1項後段の「共同行為」とするにとどめるのが相当である。

(5) 故意ある不法行為と過失行為の共同について

ア 前記3の(2)のとおり、一般論としては、この場合にも共同不法行

為の成立を認めてもよい。しかし、実際には前記のような事例は希有のことであって、このタイプの多くは、先行するBの過失行為bを故意あるAが利用する場合、Aが自己の故意ある不法行為aの一環としてBの過失行為bを引き出し利用する場合のいずれかであろうと思われる（なお、ここにいうAの故意は、a b 結果Mを予見することが必要である）。

その場合の問題は、両者間に何らかの意思の連絡を認めることができるか否かである。Aは、¹の場合は勿論、²の場合にもBの惹起した結果ないしは状態を積極的に利用するわけであるから、これを積極的に承継ないしは包摂するものとして全部の責任を肯定すべきは当然である。しかし、Bについては、³の場合にはAとの主観的共同が云々されるいわれはおよそないのであり、また、⁴の場合も、直ちに1項前段の共同不法行為の成立を認めるのは疑問である。前記（4）と同じく同項後段の共同行為、場合によっては「過失による幫助」を認めるにとどめるべきであり、いずれにしても、それと因果関係のある結果の範囲内において責任を負うにすぎないものとする。

イ この点に関する裁判例としては、⁵の事例に属するものとして、倉庫業者Yが発行した事実と符合しない倉庫証券が利用されて、それを担保にX銀行から貸付を受けたという場合にYの共同不法行為責任を認めた大判T2・4・26（民録19-281）、キーをつけたまま駐車しておいた車が窃取され、それが交通事故を起こしたという場合において、車の所有者の責任が問題とされ、結局は所有者の右過失と結果との間の因果関係を認めず、その責任を否定した最判48・12・20（民集27-11-1611）、宅地建物取引主任者の名義を貸していたところ名義借受人が違法な取引行為により第三者に損害を与えた場合において共同不法行為責任を肯定した東京高判54・9・3（判時945-50、判タ406-127）、ホテル客室における盗難事故につきホテル側の責任を認めた⁶ただし、鍵の交付を求めなかった客にも過失があるととして2割の過失相殺をした⁷東京地判56・8・28（判時1038-312、判タ465-126）などがあり、⁸の事例に属するものとして、保証書作成者の過失が問われた東京高判45・11・26（判時615-23）、過失により土地の売主に仕立て上げられ、そのように振る舞った者の共同不法行為責任が認められた東京高判54・6・28（判時938-41）、売主の無権代理人と買

主について共同不法行為責任を肯定した東京高判52・12・26(判時879-74)などが参考になるう。

なお、福岡高判55・4・15(判タ423-104)は、Y₁がA所有(登記済み)山林内の立木(その旨の明認方法を施してある)を自己所有としてBに売渡し、BがこれをXに転売するに当たり、Y₂において、Bが真の所有者であるか否かを十分確認することなくこれを斡旋したため、XはAから伐採禁止の仮処分を受けて結局本件立木を取得することができなかったという事案において、Y₁の故意とY₂の過失とが「客観的に関連共同する」としてYらの共同不法行為責任を肯定したものである。上記 および とはやや異なるケースであるが、私見によれば、当然1項後段の共同行為となるにすぎないものである。

(6)登記の偽造や不実記載等に関して登記官吏の責任が問われた事例^(注40)についても、基本的にこれと同じことが言えるであろう。

ア この関係の裁判例(登記官の過失が肯定されたもの)は、以下のとおり分類することができよう。なお、最近の否定例として東京地判H2・4・27(判時1349-76)があるが、これは何者がどのようにして改ざんしたかが明確にされなかったというものである。

第一は、最判43・6・27(民集22-6-1339,判時523-38,判タ225-87),東京地判50・9・29(判時811-70)とその控訴審判決である東京高判51・10・27(判時838-39),浦和地判56・9・18(判時1030-65,判タ459-86)のように、Aが偽造にかかる登記済証や売買契約書その他により登記官をして不実の登記をなさしめたものである。

第二は、広島地判43・3・6(判時540-65),東京地判48・5・30(下民集24-5~8-346,判時704-36。ただし、公図の改ざんに関するもの),京都地判57・12・24(判時1078-108,判タ498-172),東京地判62・5・29(判時1253-72,判タ646-200。なお、固定資産課税台帳も同様に偽造されたため東京都も被告

三三三
(注40)「裁判実務大系18国家賠償法」384頁以下(樋口哲夫氏執筆分)は、登記官に対して無過失責任に近い厳しい注意義務を課すものであるとしてこれらに反対し、登記事務の大量迅速処理の要請を考慮すれば、「それを理由としても説明のつかない比較的大きなミスの場合に限られるべき」とであるとされる。

とされていたが、これは結果との因果関係がないとして請求が棄却された)とその控訴審判決である東京高判63・10・24(判時1297-44,判夕705-139),仙台高判63・1・27(判時1267-44,判夕674-151。請求を棄却した原審の盛岡地判61・8・21を覆したもの),横浜地判H2・2・14(判時1349-97)とその控訴審判決である東京高判H3・2・28(判時1382-25)のように、B(複数人からなる犯行グループである場合が多い)が登記簿の閲覧名下に登記官の監視の目を盗んで狙う登記簿を持ち出し、これを偽造・変造するなどした上で再び元の場所に戻し、この改ざんした登記簿の記載を真実と思い込ませてXと売買などの取引をなし、売買代金等を騙取して損害を与えたというものである。なお、東京高判63・10・11(判時1290-78,判夕691-176)は、偽造にかかる登記申請書類を提出した後、偽造の発覚を防ぐためにこれを一旦受付函から抜き取り、その間に登記手続きがなされたものと誤信したXから当該不動産の売買代金を騙取し、その後再び受付函に戻したところ、登記官は右偽造を看過してその旨の所有権移転登記を了したというやや特殊な事例である。原審の東京地判61・12・23(判夕650-232)は損害との因果関係を否定して請求を棄却したが、本判決はこれを変更した。

第三は、東京地判39・12・25(下民集15-12-3097,判時398-14,判夕172-127)や大阪地判51・9・30(判時845-84)のように、誤って無権限の者(C)の申請を受けて不実の登記をしてしまったものである。

イところで、これらは、いずれもAらと登記官吏(国・Y)の共同不法行為(前記(5)の型)となるものと解されるのであるが、実際にはYのみが被告とされる場合が殆どである(国のほかにAらをも共同被告としたのは京都地判57・12・24くらいのものである)。

上記事情によるのであろうか、AらとYの共同不法行為という点が余り意識されないままに過失相殺がなされているような印象を受ける(もっとも、Aらは故意ある不法行為者であるから、Yとの過失相殺も個別的に相対的過失相殺がなされるべきであるということなのかもしれない)。それも、損害額が概して多額にのぼることから、具体的妥当性のある結論を追求するために極めて大きな割合による過失相殺がなされることが多く、最近の事例においては7ない

し9割にも達する例も見られる。しかし、このような極端な過失割合による過失相殺に対しては疑問なしとしない。

私は、これをAらとYとの共同行為と捉えて、まずYの寄与度を限定したうえで 偽造の登記簿がAらの欺罔行為の中で重要な位置を占めていることは疑いないとしても、あくまで欺罔行為全体の中の一環にすぎないし、また、Y(登記官)の過失行為をAらの故意による悪質な不法行為と比較すれば、その寄与度は明らかに小さいものと見てよいであろう、更にXとの過失を比較衡量して過失相殺をするというように、二段の操作をすべきものと考え。

ウ なお、東京地判48・11・30(判時743-71)、福岡高判H1・3・15(判時1324-49)、大阪高判H1・3・29(判時1324-49)のように、印鑑登録と同証明書交付の際の自治体職員の過失が問われた事例もある。上記の登記の場合と同じと考えてよいであろう。

第3 民法719条に基づく請求の要件事実とその訴訟構造 訴訟法的視点からの考察

1 山本和敏判事は、「損害賠償請求訴訟における要件事実」(新・実務民事訴訟講座4の319頁以下)において、民法709条、714条、715条、717条、718条の各要件事実について周到な考察を加えておられる。しかし、どういうわけか719条については除外されている。

これは、709条の要件事実を検討すれば719条のそれについても自ずから明らかになるから取り立ててこれを論ずるまでもないということではなく、共同不法行為については未だ理論的に混沌とした状況にあるという認識が根底にあって、敢えて検討を留保されたのではないかと推測される。

そこで、以下、これまで明らかにした719条についての私の理解に基づき、
三 同条の要件事実を検討することとする。

(1) その場合にも、709条についての要件事実を踏まえておくことは不可欠である。この点について、山本判事は、Xが当該財産(権利或いは保護法益)の所有者であること(或いはその取得原因)、Xの権利等に対するYの加害

行為がなされたこと、これについてYに故意又は過失があること、Yの加害行為とXに生じた損害との間に因果関係があること、Xに発生した損害とその数額(金銭の評価)、というように整理しておられる(山本・前掲³²²頁)異論のないところと思われる。

(2) 719条2項の教唆者・幫助者(これをZとする)に対する請求の場合には、上記 ないし のほか、「ZがYを教唆ないしは幫助したこと」が必要であり、これについては具体的な教唆行為・幫助行為の事実を主張することを要する。なお、教唆の場合には、以上に加えて、「Zの教唆とYの加害行為との間に因果関係があること」も必要となる(ただし、教唆行為と結果との直接の因果関係は不要である)。

(3) 次に、719条1項後段の場合には、 A 、 B 及び C は前記(1)で見た709条のそれと変わらないが、 A が「 Y_a と Y_b がそれぞれ a 、 b の加害行為をなしたこと」、 B が「 a 又は b の加害行為(択一的損害惹起の関係にある場合)ないしは $a + b$ の加害行為(独立の不法行為が競合している場合)とXの損害(以下、 M と表示する)との間に因果関係があること」とそれぞれ変更されることになり、更に、 C として「 Y_a と Y_b は共同行為者であること」が必要である。そして、 A については、 a 、 b の加害行為が同一機会に行われたか、そうでなくても、時間的・場所的に極めて接着して行われたこと(そのために、 A の因果関係を明らかにしえないこと)を要するのが原則である。したがって、先に述べた数次の交通事故の場合のようにこの要件からいささか外れる場合には、 C の因果関係を明らかにしえない特別の事情を主張することを要するものとする。

なお、この点について、淡路教授が「原告は真の加害者を特定することができない事情を主張立証しなければならない」とされる(「投薬証明のないスモン患者と製薬企業の共同不法行為責任」(ジュリスト733-121)) ことに対して、前田教授は、被告側が「因果関係を知ることができる」ことを主張立証すべきものということを前提にした上で、これと「因果関係を知ることができない」ことは同じことの裏と表の関係にあり、淡路説によれば、Xがある事実が存在しないと主張するのに対して、 Y_a がこの事実は存在すると主張しなければ

ならないことになり、あたかも、民法415条において「責二帰スベキ事由」の不存在について債務者が立証責任を負うと同時に、「責二帰スベキ事由」の存在について債権者が立証責任を負うというのに等しいと批判され（前田『不法行為法理論の展開』202頁以下）、塚原判事や四宮教授もこれに同調される（塚原・前掲227頁、四宮・前掲794頁以下）。しかし、淡路教授の言わんとされる趣旨は、上記にいう「共同行為者」であることの主張立証を意味するものと解することもできるのであり、むしろ極めて素直に、かつ、肯定的に受け止めることができるものとする。かえって、「因果関係を知ることができる」ことを被告側において主張立証すべきものという前田教授の前提自体がいささか正確さを欠いているように私には思われる。もしも、 Y_a が免責を得るために、「結果Mと因果関係があるのは共同行為者のうちの Y_b の行為bである」というような積極的な事実主張をしなければならないというのであれば、これは、教授のご指摘のとおり、 Y_a は「結果Mとの間の因果関係を知ることができる」ことを主張するのと同じことにもなる。しかし、 Y_a が減・免責を得るためには、 Y_a は「自己の行為aと結果Mの全部又は一部との間に因果関係がない」ことを主張立証することを要するとともに、それで足りるのである。そうすると、Xがする「各行為者の行為a、bと結果Mとの間の因果関係を知ることができない」との主張と、 Y_a の「自己の行為aと結果Mの全部又は一部との間に因果関係がない」との主張とは、教授が言われるような「同じことの表と裏の関係」にあるとは言えないのではあるまいか。^(注11)

(4) 同様に、719条1項前段の場合には、 Y_a が「 Y_a と Y_b がそれぞれa、bの加害行為をなしたこと」、 Y_b が「a + bの加害行為とMとの間に因果関係があること」となり^(注12)、として「 Y_a と Y_b の間に主観的共同があること」を要することになる。なお、 Y_a については、両者間に意思の連絡があることを認めるに足る具体的な事実を主張しなければならない。

このほかの要件のうち、 Y_b は前記(1)の709条のそれと同じであるが、 Y_a については問題がないわけではない。そもそも共同不法行為の場合における故意・過失についてはこれまで余り検討されたことがなかったこと、それは客観説が通説判例の位置を占めている以上ある程度やむを得ない事態であったこ

などは既に指摘したとおりであるが、私はこの点については次のように理解すべきものとする。

共同不法行為とは、共同の行為主体（ $Y_a + Y_b$ ）が共同行為（ $a + b$ ）を実行することにより結果（ M ）を惹起するという特殊の不法行為（構成要件的には、いわば単独不法行為の修正形式）であるから、この場合の行為者 Y_a の認識や予見が自己の行為 a のみに関するものでは足りないことは明らかであろう。このことは、共同不法行為について主観説を基調とする私見のような立場に立つ場合のみならず、客観説によっても、主観的共同のある場合については共通して言えることの筈である。ところで、この場合に、行為者の故意・過失を厳密に捉えようとするならば、 $Y_a \cdot Y_b$ がそれぞれ上記の関係をそのとおり認識しないし予見していることが必要であるものとされるのが本来であろう。塚原判事がこのような立場を鮮明にしておられることは前記第1の4（5）で見たとおりである。しかし、これは共同不法行為を単独不法行為に分解することからくる帰結と見るべきものであって、主観説に与する私見の立場からすれば塚原説に賛成することはできない。私見によれば、「共同性」に関する主観的な要件は において「主観的共同」が要求されているのであるから、各自の故意・過失をここまで厳格に解さなければならないことはないし、また、具体的妥当性のある結論に到達するためには「共同実行の意思」=「意思の連絡」をかな

（注41） もっとも、ここで設定したように共同行為者が Y_a と Y_b の二人だけであれば、「 a と結果 M の全部又は一部との間に因果関係がない」ということは、つまり「それがあつたのは b である」ということを意味することになる。しかし、それは偶々このような設定のもとだからこそ、そうなるにすぎない。このことは、共同行為者として更に Y_c がいる場合を想定しただけでも明らかであろう。この場合には、 Y_a が「 a と結果 M の全部又は一部との間に因果関係がない」ことを立証したとしても、 X にとって結果 M との間に因果関係があるのはどの行為であるのかは一向に明らかになってはいないからである。

なお、この点に関する前田教授らの見解に対しては、私見とはやや違う角度からではあるが、浜上「現代共同不法行為理論（7）」（判時1166-5）も批判を加えておられる。

（注42） a 、 b の各加害行為と M との間に因果関係があることは要求されていない。なお、ここでも、719条1項後段の場合（前記（3））と同じように「 $a + b$ 」と表示しているが、後段の場合のそれは単に競合しているに過ぎないのに対して、ここでは a 、 b の加害行為が一体をなしているという差異がある。しかし、そのことは後記 によって明らかにされるのであり、 としては客観的な行為の共同を主張すれば足りるものとする。

りの程度緩和して解釈しなければならない(前記第2の3(2)参照)からである。そのような立場から、これを故意について見れば、 Y_a としては「自己が共同主体の一員として共同行為の一部であるaをなしたこと」及び「aが結果Mの一因となったこと」を認識ないしは予見すべきであり、かつ、それで足り、共同主体の他の構成員が Y_b であることや、 Y_b がbをなしたこと(=他の原因行為がbであること)などを具体的に認識していなくてもよいものと解することになる。過失についてもこれに準じて考えることになる。

なお、能見・前掲(法協102-12-2192以下)及び同(司法研修所論集82-8以下)にも、この問題を明確に意識した論述が見られる。そして、教授は、疑問を留保しつつとされながらも、「加害者間に主観的関連共同がある場合には、(中略)主観的関連共同の証明のほかには、直接の加害者に当該損害について故意・過失があることの証明があれば十分であり、各人が個々の具体的結果に対して故意・過失があることまで被害者の方で証明しなくてもよいのではなからうか。共同不法行為者の方で損害について故意・過失がないことを反証した場合にのみ、当該損害についてその責任を否定すればよいであろう。」と結論しておられる。これはやや理解しにくいところもあるが、おそらく、「(当該)損害についての故意・過失」というときの「損害」とは共同不法行為によって惹起された損害全体を指すものであり、「個々の具体的結果に対する故意・過失」というときの「個々の具体的結果」とは損害全体のうち各行為毎に因果関係のある部分という意味であると理解すべきなのであろう。そうだとすると、要するに、共同不法行為者の故意・過失は「自己の行為と損害全体との間に因果関係があること」に関するそれで足りるということを言っておられるのであろうから、私の前記結論と余り差はないのかもしれない。ただ、それにしても、何故に「損害」についての故意・過失や「個々の具体的結果」についてのそれに限定してこの問題を論じられるのかが理解できない。また、教授は「(右の結論が)従来の学説とそれほど異なる結果をもたらすものではない」ということの論証のために、「A・Bが共同目的を以て一定の行為を遂行する過程でBの行為によって損害が発生した場合」という設例を掲げ、この場合において「Aにも結果発生について予見可能性があれば、A・Bの共同不法行為が成立

すると解されているが、ここで言うAの過失ないし予見可能性は、不法行為の一般的成立要件としてのそれとは少し異なる意味を持っているのではなからうか。この場合、Aの過失ないし予見可能性は、他人であるBの行為の結果をAに帰せしめることを内容としているのではないだろうか。(中略)換言すれば、主観的関連共同の及ぶ範囲、従って、因果関係の擬制が及ぶ範囲を画定するための過失ないし予見可能性が問題になっていると言うべきである」などと論じておられるのであるが、この部分もいささか理解しにくいものがある。この設例は前記連鎖型に類するものであり、それがここで論じられるに相応しいものであるのかということ自体が疑問なしとしないのであるが、その点をひとまず措くとしても、ここでAが予見すべき対象は「Bの行為bにより結果Mが惹起された」ということであると解するほかはないから、これが教授の先の結論とどのような関係に立つのかが理解できないのである。^(注43)

(5)ところで、上記三者の関係はどのようなものと理解すべきであろうか。これらが相互に密接な関係にあることは当然に予想されるころではあるが、具体的にはどのように考えればよいであろうか。

ア これらのうちで中核的な位置を占めるのはやはり719条1項前段であり、特に、原告側から見た場合には、このことがより鮮明となるであろう。したがって、原告としては1項前段による構成をして訴訟を提起することが多くなるものと思われる。^(注44)

イところが、実際に審理を経てみると、2項の教唆者又は幫助者と評価するにとどめるべきものと判断されることがありうる。そのような場合には、原告が1項前段で法律構成をしたままであっても、裁判所はその旨の認定判断をすることができるものとする。両者は主観的共同があるという点において共通であり、更には1項前段の主張は2項のそれを潜在的に包摂したもので大は小を兼ねると解することができるので、弁論主義に反するとはいえないからである。^(注45)

ウしかし、1項前段と後段との関係はこれとは同列に論じられない。例えば、原告の請求が1項前段で法律構成されているとき、この訴訟に特有の被告の争い方としては、前記(4)の主観的共同を否認することが考えられ

るが、その場合に、原告がこれを立証しえないとすれば、原告としては、原点（民法709条）に立ち帰って、被告毎にその各行為と結果との間の因果関係を主張立証しなければならないことになる。しかし、実際には、その前に719条1項後段の主張がなされることになるものと思われる。そうすると、被告としては、「共同行為者」性を否認しない限りは、自己の行為と結果との間に因果関係がないことを主張立証しなければならないことになる。このように、両者は、訴訟手続の過程において719条1項前段から後段へと移行可能な密接な関係にあるわけではあるが、だからといって、1項前段と2項との関係について述べたように、前段の主張が後段のそれを包摂しているものと言うことはできない。既に詳細に論じたとおり、私は、1項前段と後段とはあくまでも異なる類型の共同行為であり、前者は行為者間に主観的共同があるが故に共同不法行為とされるもの、後者はこれを欠くために単なる共同行為者とされるにとどまるものを規定したものであり、したがって両者は明確に区別して取り扱われるべきものだからである。そうすると、原告としては、改めて後段の法律構成による請求をもするものであることを明確にしなければならない。このことは、前段の場合には被告側が自己の行為と結果との間に因果関係がないとの主張をするこ

（注43）教授は、共同不法行為の中に客観的共同不法行為を認められるところから、故意・過失について論ずるに当たっても、これを共同不法行為一般について云々することはできない筈である。それ故、教授も主観的共同がある場合と、単に客観的共同がある場合とを区別して、専ら前者についてこれを問題にしておられるのである。私は、このようなところにも主観説の優位性を見てとることができるものと考え。

（注44）これに対し、前田教授は、1項後段につき「被告は、自己の行為が全面的に因果関係にないか部分的に因果関係にないことを主張立証して免責もしくは減責を主張しうる。かりに被告のそのような立証が成功しても、原告が、再抗弁で、被告に719条1項前段の『共同』があることを主張立証すれば（中略）被告は免責減責されない」と述べておられる（前田・民法 192頁）。これによれば、むしろ、後段こそが主たる訴訟形態であるというお考えなのかもしれない。しかし、私は、当事者（原告）の意識と訴訟行動はおそらく本文記載のようなものであると考えるから、後記のとおり、前段と後段は相互に移行する可能性を秘めた密接な関係にあることを承認する点においては教授と同じであっても、上記については認識を異にする。

（注45）そのような認定判断に基づいて責任を減ずるところまで進むのであれば、被告側からその旨の主張がなされる必要がある。なお、これとは反対に、原告が2項の教唆・幫助の主張しかしていないときに、そのまま1項前段の共同不法行為を認めることは、弁論主義に反し許されないものと解する。

とは許されないのに対して、後段についてはその旨の抗弁が当然可能であるというような訴訟審理上の大きな差異があることに照らしても、当然支持されるべき結論であるものと考えらる。

2 ところで、これらの場合において、共同行為者は必ず共同被告とされなければならないのであろうか。

(1) これが必要的共同訴訟ではないことは疑問を差し挟む余地がないから、上記問いに対しては否と答えるほかはない。

しかし、Zに対する⁷¹⁹条2項に基づく請求がなされる場合には、直接の或いは主たる行為者はあくまでYであること、Zに対する請求はYに対する請求を前提とする関係にあることからして、Yもまた共同被告とされる場合が多いものと思われる。1項前段の場合についても、これを行為者間に主観的共同がある場合に限る私見の立場からすれば、Y_a及びY_bの間には密接な関係がある場合が多い(親族、友人、職場の上司と部下、同僚同士など)ものと予想されるから、同様にY_a及びY_bが共同被告となることが少なくないであろう。

そして、これらの場合には、YとZ、Y_aとY_bの利害は全く一致しているから、Xに対しても協力・共同して対抗していくことになるものと考えられる。また、仮にZ或いはY_aだけが被告とされた場合であっても、その者と被告となっていないY或いはY_bとは利害が完全に一致しているため、Z或いはY_aが自己の防御を全うしようとするれば、それはY或いはY_bにとっても防御が尽くされることになるという関係にある。したがって、Y或いはY_bの訴訟への参加を強いて求めなくとも不都合は生じないものと考えられる。

そうすると、以上の場合には当事者間に複雑な訴訟法律関係が生ずるようなことは想定しにくいのである。ただし、XがY_a(及びY_b)を1項前段の共同不法行為者であるとして訴訟を提起した場合においても、Y_a(及びY_b)が自らは同項後段の共同行為者であるにすぎないものとしてこれを争うことも想定されるところ、その場合には、上記の前提がなくなることに留意しておかなければならない。

(2) これに対して、⁷¹⁹条1項後段の構成が当てはまる場合には複雑な様相を呈することが考えられる。単一事故の場合や二重事故などの場合にいずれも1

項後段によるべきことは既に述べたとおりであるが、実はこれらの場合にも、共同行為者の一人（ Y_1 ）だけに対して訴訟が提起されることも多い。しかも、その場合においても、1項後段に基づく請求のみが単独で登場するということは殆どなく、709条のみにより、或いはせいぜいこれと併せて719条1項後段の主張がなされるというのがむしろ通常ではないかと思われる^(注46)。ところで、その場合において、損害の発生は X の主張のとおり認められるにもかかわらず、 Y_1 の責任に関するいずれの主張も認められずに、請求棄却の判決を余儀無くされることも当然考えられる。このような結果が生ずるのは、単一事故の場合には Y_1 の過失が否定される場合に限られるであろうが、二重事故の事例においては、それ以外にも、 X において因果関係が立証できなかった(709条)、 Y_1 において因果関係がないことの証明に成功した(719条1項後段)という場合が想定される。或いは、結果の一部について因果関係がないことの証明がなされたために減責が認められて、一部敗訴の判決を受けるということもあろう。これらのうち、及びはいずれも一般的な不法行為の要件にかかるものであるから、これらはさておき、1項後段に特有の問題であるこの場合については、上記のような結論が導かれたということは、請求棄却部分の損害は他の共同行為者（ Y_2 ）の行為によるものであることが明らかになったと判断されたことを意味する（ほかに、共同行為者として Y_3 がいたりすれば、事態は当然異なってくるが、ここではそれは考えないことにする）。この結果を踏まえて、 X が今度は Y_2 に対して同様の請求をしたとしよう。しかし、この後訴において前訴の判断が尊重されるという保証はないから、ここでも又、 Y_2 において因果関係がないことの立証をして責任を免れる（その結果、 X の全部又は一部敗訴に終わる）という危険性がないとは言い切れない。このような危険を回避するためには、 X としては $Y_1 \cdot Y_2$ を共同被告にして訴訟を提起

三〇三

(注46) 森島「共同不法行為」(法学セミナー「不法行為法の考え方」65頁)は、単一事故の事例については「そもそも前段も後段も含めて共同不法行為ではないのではないか（ Y_1 と Y_2 の各独立した不法行為があるにすぎない）」と指摘しておられる。これは交通事故に基づく損害賠償訴訟の実態とも符合するものであり注目すべき見解である。共同不法行為ではないとする点において私見とも通じるものであるが、709条と並んで、719条1項後段が適用されることは認めてよいと考える。

するのが無難である。ただ、これにより訴訟はより複雑になり、その分だけ解決（＝被害者の救済）が遅れることになるかもしれないが、Xにおいてそのような選択をした以上、それはやむを得ない結果というほかない。

（3）このように、1項後段による請求において、XがY₁・Y₂を共同被告にした場合、被告らは共に「自己の行為と結果との間に因果関係がない」ことや、「仮にこれがあるとしても、それは結果（損害）の一部についてである」ことなどを主張して、後段による推定を覆すべく極力争うものと思われる（もちろん、その外にも、過失がないことなどが鋭意争われるのが通例であろうが、その点はここでは取り上げない）。このように、X・Y₁、X・Y₂の損害賠償訴訟が単純併合されているにすぎないということ（通常共同訴訟）ではあっても、その審理・判断はY₁・Y₂間の内部関係にも反射的に重大な影響を及ぼすものであり、実質的には両者間の争いでもあるという様相を呈してくることは明らかである。問題はこれにどう対処すべきかである。

ア この場合には、上記通常共同訴訟のほか、Y₁・Y₂間の訴訟が潜在的に係属しているものと見ることができる。それならば、いっそのこと、Yらのいずれかにおいて他方の被告を相手方とする別訴を提起することによってこの潜在的な訴訟を顕在化させ、実質的には三面訴訟の関係にあるというその実態を明確にすべきではないかということも考えられなくはない。

しかし、719条1項後段により責任を問われた被告は、「自己の行為と結果の全部又は一部との間に因果関係がない」ということを立証することにより減・免責を得られるのであるから、専らXとの間で攻防を尽くせば結局はそれで足りる場合が殆どである。そうであれば、被告ら間の紛争を敢えて顕在化させるには及ばないであろう。

イ とはいえ、Y₁としては、Xとの間の判決の効力をY₂に及ぼすことはできないから、極端な場合、Xとの間では全面的に勝訴したのに、反対にXに敗訴したY₂からその後、求償請求を受けるといった危険性がある。また、単一事故の事例のように、「共同行為」性が強固であるために右のような主張立証が事実上不可能な場合においても、Y₁・Y₂が将来の求償請求の場合に備えて、各自の責任負担割合についての裁判所の判断を求めてくることも考えられる。

もっとも、実質的な三面訴訟ということになると、訴訟の遅れをもたらすことになりかねないとして、Xは歓迎しないであろう。そのようなことは改めて被告ら間の求償請求訴訟において解決すべきであるとするのも当然予想されるXの対応であり、むしろ筋の通った考え方といってよい。しかし、この場合の責任負担割合は主として両者の過失割合によって決せられるものと解されるところ、これは被告ら各自の過失判断の延長上にあるものであるから、新たな証拠調べ等が格別必要になるわけでもなく、そうであれば訴訟が著しく遅延するというようなことも考え難い。そうだとすると、なるべく一回限りの訴訟で紛争を解決すべきであるとの要請からして、このような被告らの求めに応じることがあってもよいのではないかと思われる。

ウ ただ、Y₁・Y₂間の訴訟を顕在化させると言っても、どのような訴訟が適切であるかとなるとそう簡単には答えが見出せそうにない。Y₁が自己の責任を全部否定する場合には、「Y₁・Y₂間において、Y₁が本件交通事故につき何らの損害賠償義務を負っていないことを確認する」、両者が共に責任を負うことを前提にした上で、責任割合の明確化のみを求めるという場合には、「本件交通事故に関するY₁とY₂の責任割合は1対3であることを確認する」というように、確認訴訟を提起することがまず考えられるが、確認の利益が認められるかということを含めて問題がないわけではない。また、XとYらとの訴訟さえどのような帰趨を見るか未だ全く予想もつかないのであるから、事前の求償請求は認めるべきではあるまい。東京地判42・9・27(判タ211-170)、岡山地判44・9・22(判時599-64,判タ242-219)もこれを否定している。^(注17)

第4 共同不法行為者間における求償関係をめぐる若干の問題

1 前記第3の2(3)はあくまで719条1項後段について述べたのであって、同項前段の場合にはYらの責任負担割合は純然たるYら内部の問題にすぎず、Xは何ら関知しないことであるから、Y₁・Y₂間の訴訟を提起してこれをXの提起にかかる損害賠償請求訴訟に併合するなどということは許されない。Y₁・Y₂間の負担割合は専ら両者間の求償の問題として扱われるべきことである。そこで、以下、この問題をまとめて検討しておくこととする。なお、以下にお

いては、特に断らない限りは、共同不法行為者間の求償の問題を取り上げることとするが、その検討内容はそのまま1項後段の共同行為者間の求償についても当てはまるものであり、この関係では両者を区別する実益はない。ただし、後段の請求の場合において、各共同行為者の責任が分割して認められたときには、当然のことながら求償の問題は生じる余地がないことになる。

(1) まず、共同不法行為者間においても求償が可能なことについては今や異論を見ない。使用者などの法定責任者についても妥当するかということが争われたことはあるが、最判41・11・18(民集20-9-1886)、最判63・7・1(民集42-6-451)はこれを当然の如くに肯定した。は使用者から第三者への求償、は反対に第三者から使用者への求償が問題になった事案である。特に、は原審(大阪高判60・6・28(判タ568-77))が「使用者において過失が存したとか、或いは使用者として被用者の過失につき原因をあたえていたような事実の立証はないから、使用者の過失割合は零というほかなく、したがって使用者の負担部分は存しないから求償することができない」としたのに対して、「被用者が使用者の事業の執行につき第三者との共同の不法行為により他人に損害を加えた場合には、使用者と被用者とは一体をなすものとみて、右第三者との関係においても使用者は被用者と同じ内容の責任を負うべきもの」として原判決を破棄・自判したものであり、注目される。

(注47) 前掲[裁判例4]のように、補助参加することも可能であるが、補助参加人の訴訟行為には種々の制限があり、その効力も民訴法70条(現行法45条)の制約があるなど決して十分とはいえないから、やはり訴訟の提起が検討されるべきである。その場合に想定される確認訴訟について、本文掲記の東京地判42・9・27は「確認の利益」を肯定している(その場合、負担部分の割合は双方の過失の割合から導きうるものとしている)。また、東京地判45・3・27(判タ248-267)も損害賠償訴訟との弁論の併合は認めなかったものの、このような訴訟自体は許されることを前提にしているのであろう。和歌山地判48・6・26(判時717-80,判タ300-303)も「確認の利益」を肯定しているが、その控訴審判決である大阪高判49・9・20(判時766-93)はこれを否定している。一般論としては、この種の確認訴訟の「確認の利益」を認めることは容易なことではあるまい。そうであれば、訴訟の提起にまで至らずとも、 $Y_1 \cdot Y_2$ 間で、「 $Y_1 \cdot Y_2$ は、 X からの損害賠償請求訴訟の判決において明示された両者の責任負担割合にともに従う」というような訴訟上の合意をするという解決方法などが検討されて然るべきではないかと考える。

(2) ただ、この求償請求の根拠をいかに説明するかは、理論的にはいささか問題のあるところである。浜上則雄「損害賠償法における『保証理論』と『部分的因果関係の理論』」(民商法雑誌66-4-523,5-737)は、「複数原因が競合する場合には、それぞれの加害原因は、必ずしも等価的に条件的な因果関係上の影響力をもつのではなく、それぞれ固有の因果関係の影響力をもって、全体の損害に連結しているものであり、したがって全体の損害に対して部分的な因果関係のみをもつものであるから責任も部分的な責任しか生じないものである」という「部分的因果関係の理論」に立脚して、これを説明する。もしもこのような前提を無条件に承認することができるのであれば、この説明は確かに明快ではある。しかし、後記五でやや詳しく見るとおり、この理論に対しては根本的な疑問も残るのであって、直ちに浜上説に賛成することはできない。共同不法行為者(=加害者)各自が被害者に対する関係で責任を負うそのあり方と、加害者間の内部の責任割合がどのようなものであるかは別の問題であるからである。結局は、後者は、加害者各自が損害を最終的にどのように負担するのが最も公平の理念に合致するかという観点から決せられるものであるということによいのではないだろうか。その意味では、多分に政策的な要素も含んで総合的に決せられるべきもののように思われる。もっとも、そうは言っても、後記2において見るとおり、その責任割合を決定するための一応の判断基準というものは必要であり、それは理論的にもそれなりに合理性のあるものでなければならぬ。

(3) 求償権の行使についての制約

ア まず、求償権を行使すべき時期が問題になるが、事前の求償が許されないのは既に見たとおりである。また、一部でも弁済をなせば求償することができる(通常の連帯債務においては、これが通説・判例である)のか、それとも自己の負担部分を超えて弁済をなした場合にはじめて求償できるのか、裁判例は分かれていた(東京地判42・9・27(判タ211-170)、東京高判46・4・27(高裁民集24-2-158)など後説が多かったが、東京地判47・12・20(判時707-72)のように前説もあった)が、前掲最判63・7・1は後説を採用することを明らかにした。

ただ、前記第3の2で述べたような実質的な三面訴訟で、各共同行為者の負担部分ないしは割合が確定される場合を除いて、この点は求償請求をした裁判の中で判断される筋合いのものであるから、その意味では上記争いは余り実益はないと言うべきかもしれない。ともあれ、このように求償請求訴訟においてはじめて負担部分について判断がなされるとすれば、被害者に対する全額弁償がなされている場合以外は併せてこの点の確認請求をしておくことが必要であろう。そうでないと、この点の判断は理由中のそれにとどまるために既判力が及ばず、後訴において種々の不都合が生じることにもなりかねないからである。

イ 消滅時効について

被求償者は自己の損害賠償債務が時効消滅したことを主張することができるがまず問題になるが、京都地判49・12・20（前記第2の5（4）で紹介したの事例である）はこれを否定した。以下の諸事情に鑑みれば、この判決の結論を肯定するほかはあるまい。そうでなければ、求償権の行使は事実上不可能になり、著しく公平に欠けることにもなりかねないからである。

(i) 共同不法行為者に対する損害賠償請求訴訟は固有必要的共同訴訟ではないから、被害者としては共同不法行為者のうちの一人を選んで訴を提起することができ、実際にもそのような事例が少なくない。(ii) 被害者から訴を提起された者としては、責任原因や損害の範囲その他を極力争うのが常であり、その損害賠償義務は当該判決が確定して初めて明らかになるものであるから、それまでは他の共同不法行為者に求償するというようなことは考え難いし、そもそも、事前求償は認められていない。(iii) 一般に訴訟の完結までにはそれなりの時間を要するところ、共同不法行為者の一人に対する請求は他の共同不法行為者に対する消滅時効の中断事由にはなりえない（東京地判54・9・17（判タ402-119））から、その間に被告とされなかった者に対する損害賠償請求権が時効消滅することはあり得ることである。(iv) 共同不法行為による債務は不真正連帯債務であり、したがって民法434条ないし439条（連帯債務の絶対的効力に関する規定）の適用がないものとされている（通説・判例）から、共同不法行為者の一人について消滅時効が完成しても他の共同不法行為者は債務全額の支払を免れない。

上記京都地判もほぼ同様の理由を掲げているほか、共同不法行為者の責任の特質に着目すると民法443条を類推適用する余地はないとしている。ただ、被告とされた者は他の共同不法行為者に訴訟告知をすることはできるのであるから、それは被求償者の損害賠償債務の消滅時効の中断事由にはならないが、443条の趣旨をも併せ考慮するとせめてこの程度的手段は講ずるべきではないかということも考えられないではない。また、求償権自体の消滅時効の起算点と時効期間も問題であるが、これについては民法166条、167条により処理するほかないであろう。

ウ 共同不法行為者のうちの一人について免除その他がなされた場合において、被害者にその損害を賠償した他の者は右の免除を受けた者に対して求償請求をすることができるかという問題もある。その前提として、Aに対してその責任を免除した被害者が、そもそもBに損害の全部の賠償を請求できるかということが問われなければならないが、前記イの(iv)で述べたところによれば、これを肯定することになろう。

そうすると、被害者との関係で免除を受けた者であっても、後に求償請求を受ける可能性が残ることになって、不都合な気がしないでもない。このことは、特に、訴訟上の和解などにも複雑な影を落とすことになる。極論すれば、必ず共同不法行為者全員と被害者との間でなければ完全な解決にはならないわけであるから、共同不法行為者の一部の者とは和解は成立しないことにもなりかねない。和解に際しては、関係者においてこの点を十分留意してかからなければならないであろう。^(注48)

エ 故意ある不法行為者からの求償が許されるだろうか。東京高判60・1・31(判時1145-49)は故意による共同不法行為者間のそれについて否定している。そうであれば、故意ある者から過失行為者に対する求償はまして許されないものと考えられる。

(注48) これに対し、浜上教授は、この点及び前記イの問題について、「被害者が共同不法行為者の一人に損害賠償請求することが法律上不可能なときは、その限りで『保証としての全部債務』は消滅していわゆる絶対的効力が生じる」ものとされる(浜上・前掲(民商法雑誌66-5-744))

このような結論は、常識に合致しており正当と思われるが、疑問がないわけではない。これによれば、共同不法行為者が故意ある者同士である場合、被害者から損害賠償を請求されてそれを支払った者が全面的に責任を負担し、他は責任を免れるという結果になってしまう。また、故意行為と過失行為の共同の場合には、故意行為者のみが責任を負担し、過失行為者は責任を免れる結果になるところ、過失行為者といえども損害を惹起した者として責任を負うべきであるということからすると、果たしてこれでよいのかという疑問である。

さらに、理論的な問題もある。求償請求の根拠を前記(2)のとおり理解するとしても、上記の結論を正当化するにはそれだけでは十分とはいえないからである。結局は、信義則や権利濫用などの一般条項に依拠した構成にならざるを得ないであろう。なお、「部分的因果関係」論を提唱される浜上教授の立場からすると、このような場合にも行為者各自の責任部分は各々損害の一部を惹起したにとどまるものとして、本来なら求償請求を認めることになるのではないかと思われるのであるが、果たしてどうなのであろうか。

(4) 前記第2で見たところによれば、共同行為者間において損害の一部についてのみ連帯関係が生ずることのあることが明らかになった。その場合の連帯部分の負担割合をどのように考えるべきであろうか。平等割合とするのか、それとも全損害に対する寄与度により按分すべきなのか。一部連帯という判断の過程で、既に各自の責任の程度についての判断がなされているのであるから、おそらく後者ということになるのではないかと思われるが、この点は後記2と共通する問題意識であるということができるので、以下、項を改めて検討する。

2 そもそもこのような求償権の範囲を画する責任割合の決定基準についてはどのように考えるべきなのであろうか。

(1) 前掲最判⁴¹・11・18は過失割合によるものとし、前掲最判⁶³・7・1もこれを確認しているが、これについては以下のとおり疑問がある。

ア 甲車(運転者と運行供用者を含めて Y_a と表示する)と乙車(同様に Y_b とする)が Y_a の過失行為 a と Y_b の過失行為 b により衝突し、第三者 X が負傷したという単一事故の場合には、結果 $M(=X$ の損害)は a と b により生じたものであり、これを区分することはおよそ不可能であるから、このような

場合にはaとbの各過失割合によって Y_a と Y_b の責任割合を決定することで格別問題はない。^(注49)

イ しかし、これが二重事故や数次の事故の事例である場合、或いは又、交通事故と医療過誤の競合や公害事件の多くの事例のように、当該共同行為の「共同性」が比較的強固でない場合にあっては、現実に区分することが可能であるか否かはともかくとして、少なくとも理論的には、各行為(a, b)により各結果(M_a , M_b)が生じている筈であるから、a, bの過失の大小を比較してみてもはじまらず、あくまでもa, b各行為が惹起した結果=損害の範囲を明らかにするように努めなければならない筋合いである。これは、各行為と結果との因果関係を解明することにほかならず、もしもそれが果たされるならば、各自その範囲でしか責任を負わないことになるのは当然である。しかし、これらの場合においても多くは損害が渾然一体となっているため、これを明確にすることは容易ではない。それだからこそ719条1項後段の役割が期待されることになるのである。つまり、このような場合には、各行為が惹起した損害の割合的な大小 いわば損害の中に占める比重であり、これこそ本来の意味の寄与度である を比較するほかはないということを承認しなければならない。

ウ 例えば、公害事件についてこの点を見るに、損害に対する寄与度ということでは損害を惹起する原因物質の排出量の多寡で判断するのが一般的であろうが、過失の大小ということになれば、排出量の多少が直ちにその決め手になるとは限らない。各企業がその原因物質の有害性ないしはその可能性を認識した上で、A社は排出量を減らす努力をしていたために排出量が少なかったが、B社はその努力を怠って多く排出していたというのであれば、排出量の多少が

(注49) 厳密に言えば、この場合においても、責任負担割合の決定基準になるのは寄与度であって過失割合ではないから、 Y_a の過失が比較的小さいとしても、その運転車両が大型貨物自動車であるために、損害発生に寄与した度合いは過失の程度に比して大きいというようなこともあるものと思われる。ただ、交通事故の場合の過失判断の実際を見ると、各自の運転車両の車種なども判断の一要素として考慮されていることが多いものと推測される。過失相殺の場面においては、これは「優者の危険負担」の原則として明確に承認されているところである から、本文のように過失の大小によって決するというものに対して格別異を唱えるまでのことはあるまい。

両社の過失の大小を決するといってもよいであろうが、A社は当該物質の有害性を知っていたが、B社は未だそれを知らなかったというような場合には、A社の過失の方がB社のそれよりも小さいとは決めつけられない。即ち、過失（＝違法性）の大小は排出量の多少と結びつかないばかりか、むしろ逆の結論になることさえあるものと思われる。

（2）そうすると、前掲最判の事例においては、当該事案の解決としてはいずれも特に問題はなかったとしても、共同不法行為者間における求償関係の一般論としては妥当しないものと言わざるを得ない。四宮・前掲791頁は、この点について「原因力・違法性の大小及び「共同」の態様を考慮して決定すべきである」とされている。傾聴すべき見解である。

ところで、このように各行為者の寄与度に基づいて責任割合を決定することとしても、結局それが明らかにならないという場合も想定される。公害事件において、各企業の排出した物質が結合ないしは化合して有毒物質に転化して損害を発生させたというような場合などはその典型であるが、このような場合には、各人が平等に負担すべきこととするほかはあるまい。なお、択一的損害惹起の関係にある場合においては、右負担部分が不明とされる。それ故、平等割合で負担させることになるのがむしろ通例であろうが、或いは、各行為と結果との因果関係の蓋然性の程度に応じて割合的に決めるということも考えられるかもしれない。

第5 まとめ

1 719条の解釈について

（1）通説・判例であるとされる客観説は、理論的にも又具体的妥当な結果を得るという面においても様々な問題点があるために、これを支持することはできない。川井教授の提唱にかかる一部連帯説や、一部の裁判例によって採用されてきている寄与度による分割責任の考え方なども、客観説に基礎を置くものである限りは与することはできない。

私は、主観説によるのが理論的にも実際のにも相当であると考えられるものであるが、主観・客観併用説のうちの能見説や四宮説によれば、実質的には主観説

と近似する結論を得ることができそうである。

(2) 主観説を基調にした719条についての私の理解は以下のとおりである。

ア 1項前段の共同不法行為としては「主観的共同」がある場合に限られる。そして、この場合には、被害者たる原告は、そのような共同関係のある共同主体の共同行為と結果との因果関係を主張立証すれば足りる。一方、加害者たる被告は、自己の行為と結果との間に因果関係がないことを主張することは許されない。主張しても主張自体失当として排斥される。

これは、行為者間に意思の連絡があるなどの意思的共同がある場合を原則とするから、故意による共同不法行為の場合に最も適合し、これを典型とするが、この要件はある程度緩和して解釈適用されるべきものであり、したがって、過失の共同や故意と過失の共同という形態の共同不法行為も認められる。

イ これに対して、同項後段は主観的共同のない「共同行為者」に関する因果関係についての推定規定ないしは挙証責任転換の規定である。しかも、これは、いわゆる択一的損害惹起の関係にある場合のみならず、複数の行為者の不法行為により損害が生じたが、その各行為と因果関係がある部分を特定することができないという場合をも含むものである。

この場合にも、原告は、各行為者の行為のいずれか、或いはその双方が相俟って結果が発生したことを主張立証すれば足りるが、被告は、自己の行為と結果の全部又は一部との間に因果関係がないことを主張立証して免責・減責を得ることができる。

ウ また、同条2項は教唆・幫助について規定したものである。これについては、本来的には故意によるものが予定されていることは当然であるが、過失による教唆・幫助や更には過失行為に対する教唆・幫助も認めるなど、ある程度拡大して解釈することが必要である。したがって、2項は1項前段の共同不法行為者の一態様（修正形式）である教唆者・幫助者について注意的に規定したものにすぎないと解するのではなく、条文の字義どおりに、これらは1項後段の共同行為者と見做されるものとし、その上で減・免責の可能性を認めるのが相当である。

(3) 以上のような解釈は、719条について整合性のある理論の構築というに

とどまらず、共同不法行為の実際の運用面においても、これまでとは違い、1項前段の適用範囲が著しく狭められ、これに替わって後段が飛躍的に重要な位置を占めることになるなど、軽視し難い影響をもたらすものと思われる。

そして、その場合の鍵は「共同行為者」性の有無の解釈にかかってくる。これをあまり厳格に解したのでは後段の意義を殺ぐことにもなるが、そうかと言って、余り無限定に拡大すると被告とされた者を著しく不利な立場に追い込むことになって妥当ではない。まして、この要件を付すことなく、ただ単に「被害者にとって証明困難な状況がある」というだけで後段の適用を認めることには到底賛成することができない。おそらく、刑法207条の解釈にならって、時間的・場所的に緊密な関係にあることを原則的に要求しつつ、現代的な事象にも対応することができるよう、これに適切な修正を施していくのが相当であろう。

2 1項前段と2項との関係

これについては、1項前段は2項を包摂するという密接な関係にあるものと見られる。したがって、1項前段の共同不法行為者として構成されている場合においても2項の教唆者・幫助者と認めることができるし、実際にも、直接に結果を惹起するような行為をしているわけではない場合や、その行為が他の者のそれに比べて従たるものであったり、一部にしか関与していないものであるなど限定的なものであるときなどは、教唆者或いは幫助者と認めるにとどめた上で、その責任を減ずるのが相当なこともあるものと思われる。

3 1項前段と後段の関係

(1) 1項前段と後段とは質的に異なる共同行為類型を規定したものであること及び今後は1項後段の比重が増すことが見込まれることは既に指摘したとおりであるが、理論的な意味で核としての位置を占めるのは、やはり1項前段の共同不法行為である。それは、これこそが共同行為の理念型(=原型)ないしは典型と目することができるものだからである。

そして又、前段が被害者保護にも最も手厚いところから、前段による構成が原告側によって好んで選択されるであろうことは容易に推測されるのであり、その意味において、実際の訴訟の場でも依然として重要な位置を占め続けるも

のと思われる。

(2) 前記(1)のとおり、1項前段と後段は明確に区別して理解すべきものであるが、そうは言っても、両者を分かつのは「主観的共同」の有無だけであるから、実際の場面においては、両者は画然と区別されるというよりも、むしろ相互に流動的な関係にあるものということができる。

そして、(1) で述べたところによれば、1項前段による構成がなされた場合において、主観的共同の要件が否認され、結局これを証明することができないときに、初めて後段の主張が表に出てくるということになるのであって、これとは逆に、原告が1項後段による構成をした場合において、被告が自己の行為と結果との間の因果関係がないことを主張立証し、これに対して更に原告が加害者側に主観的共同の関係があることを主張する(再抗弁)という関係にはないものとする。

なお、右の場合において、当然に後段の適用があるというのではなく、やはり改めてその旨の主張をなすべきことが求められる。何故なら、この場合には709条の単独不法行為がたまたま競合しているにすぎないという状態に帰するのが本来であり、したがって、原告としては各不法行為者毎にその行為と結果との間の因果関係を主張立証しなければならないことになる筋合いだからである。然るに、後段の適用を受けることによって、それを免れ得るわけであるが、その反面、被告から減・免責の主張立証がなされるというように、前段と後段とでは法的効果にも著しい差異があり、それが又訴訟の審理の上でも必然的に大きな影響をもたらすことが想定されるからである。

4 1項後段の解釈・適用について

(1) 今後は1項後段が格段に重要な役割を果たすことが期待されるということ、そのためにも「共同行為者」性の有無についてある程度緩やかに解釈されなければならないことなどは、既に指摘したとおりである。

二九 ところで、同じく「共同行為者」に当たるものとされる場合においても、「共同行為」の性質及びその結び付きの程度には様々なものがあり得る。具体例を挙げれば、二台の自動車の衝突によって第三者が負傷したというような単一の交通事故にあつては、「共同行為」性は極めて強固なものがあるのに比し

て、二重事故（特に、数次にわたる事故）の場合などには一般にその「共同行為」性は薄弱である。のみならず、この後者の場合には、少なくとも理論上は各行為毎にそれと因果関係のある部分が区分され、特定されてよい筈である（ただ、この場合も結果が渾然一体となっていることが殆どであるために、実際にはこのような区分・特定をすることは至難である）。

そして、「共同行為者」に当たるとされた者が主張立証すべきは、あくまで「自己の行為と結果の全部又は一部との間に因果関係がない」ということ、即ち、事実的因果関係がないことであって、いわゆる「寄与度」（当該行為によって惹起された結果が全損害の中に占める比重はどの程度であるかという割合的な判断）ではないものと解するのを原則とする。

（２）以上のことを前提にしたうえで、私は、後段については次のような弾力的な解釈・運用がなされるべきものとする。

即ち、「共同行為」性の強固なものについては原則どおり事実的因果関係がないことを主張立証しなければならないが、それが弱い場合には「寄与度」をもってこれに替えることができるものと解すべきである。何故なら、「共同行為者」の要件を緩和して解釈し、「共同行為」性の弱いものにまで「共同行為者」の範囲を拡大するということは、確かに被害者保護に資することではあるが、その反面で「共同行為者」とされた者を著しく不利な立場に置くことになるから、このような「共同行為」性の弱いものについては、減・免責を得るために主張立証すべきことを、前記のとおり実際には殆ど不可能な「事実的因果関係がないこと」ではなく、「寄与度」という割合的な判断で足りるものと解することが、右の均衡上必要であり、これによって両者の利害の調節が巧みに図られるという意味でも妥当なことと考えるからである。

５ １項後段に基づく損害賠償請求訴訟において留意すべき事項

（１）これが必要的共同訴訟でないことは明らかであるから、原告は、「共同行為者」の全員を常に同時に被告として訴訟を提起しなければならないわけではない。しかし、「共同行為者」のうちの一部の者だけを被告にした訴訟では、被告側の「自己の行為と結果との間に因果関係がない」という点についての立証の成否次第では、原告の請求が棄却されるおそれもないとは言えない。しか

も、右訴訟において原告が敗訴した後に提起した残りの「共同行為者」に対する訴訟も又同じ運命を辿る危険性を完全に否定しすることもできないのである。そうだとすれば、原告としては、可能な限り、「共同行為者」の全員を被告として訴訟を提起するに如くはないことになる。

(2) また、「共同行為者」のうちの一部の者だけを被告にした訴訟では、前記のような被告の応訴態度は、反射的には、結果の発生は専ら被告とされなかった「共同行為者」の責任であることを主張立証することにほかならないから、判決の事実上の拘束力を併せ考慮するならば、これによって被告とされなかった「共同行為者」の立場も又著しく不利なものとされるおそれがあるものと言わなければならない。

しかも、「共同行為者」の全員を被告とする訴訟によれば、前記のように複数の訴訟が提起された場合に生ずる可能性のある各判決の矛盾や齟齬といった事態もおよそ心配する必要がないのである。

(3) そうすると、1項後段の構成による訴訟は、あらゆる意味で、「共同行為者」の全員を被告として提起するのが望ましいものといえることができる。

そして、前記4のとおり、「共同行為」性の弱いものについては各自の「寄与度」によりその責任の範囲を限定することが認められるのであるから、この訴訟においては共同被告とされた「共同行為者」毎の責任の範囲も確定されることになり、それによって当該紛争を一挙に解決することが可能となる。

これに対し、単一の交通事故のように「共同行為」性の強固な「共同行為者」が減・免責を得るためには、「寄与度」ではなく、「事実的因果関係がないこと」を主張立証する必要があること、しかし、それが殆ど不可能であることは前記4で述べたとおりである。したがって、この種の「共同行為者」の責任分担については、その間の求償訴訟において別途検討判断されるのを原則とすべきである。ただ、この場合の各自の「寄与度」は専らその過失の程度・内容によって決せられるものと言ってもよく、そうだとすると、当該訴訟においてこの点に関する基礎的な事実関係は少なくとも明らかにされている場合が殆どであろうから、この点についての裁判所の判断を求める旨の被告らの意思が明確にされていれば そのためには、被告間において、各自の責任割合の確認を求める

という確認訴訟のような類の訴えが提起されていることが必要であろう、右訴訟の中でこの点をも含めて一挙に解決すべきことが認められてよいものと考ええる。

以上、検討したところによれば、裁判所もまたこのような方向に副う訴訟指揮を心掛けるべきものと言うことができる。

6 共同不法行為者間の求償関係について

これは、各自の責任の程度・範囲によって律すべきが本来であるから、そのためには、まずもって各自の行為が惹起した結果の範囲が追求されなければならない。しかし、多くの場合、それが至難であることは既に指摘したところである。そこで、これに代えて、各行為の惹起した結果が全損害の中に占める比重（寄与度）を目安にするのが相当である。これは、交通事故に例をとって言えば、単一事故のような場合であれば、各自の過失の程度・内容と殆ど同義であろうが、二重事故、特に数次の事故のような場合には、「兩事故の衝突の程度、受傷の態様、兩事故の時間的間隔及び第一事故後の治療経過、第二事故時の被害者の症状、生活状況、第二事故後の治療経過等」を総合して判断すべきことになろう（芝田・前掲¹¹²頁）。

四 過失相殺論

第1 総論

1 過失相殺制度の意義と役割

民法722条2項は、被害者に過失があった場合に裁判所は賠償額の算定に際してそれを斟酌することができる旨規定している。この過失相殺の制度及びその理念を如何に理解し説明するかについては多様な学説が交錯しているけれども^(注50)、ここでは、取り敢えず最新の教科書に従い、「損害の一部を被害者に帰せしめるのを妥当とするような事由がある場合に、それを實現するのが「損害

(注50) これまでの学説の分類は、窪田・前掲(中)判タ739-49以下に要領よくなされており、大変参考になる。

の公正な配分」という不法行為法の理念に合するからである」(四宮・前掲⁶¹⁵頁)と解しておくことにする。

ところで、過失相殺が現実の損害賠償訴訟において占めている役割は実に大きいものがある。同条は、過失相殺についての判断を原則的に裁判所の裁量に委ねる(最判³⁴・11・26(民集13-12-1562)及び最判³⁶・1・24(民集15-1-35))ほか、最判³⁰・1・18(裁判集民事17-1)によれば、損害費目別の過失相殺も可能とされているなど、極めて柔軟性に富んでいるところから、損害賠償訴訟において理論だけでは律しきれない微妙な部分をその運用により補ってきたのであり、慰謝料についての規定(民法710条,711条)と相俟って、訴訟の中で重要な調整機能を果たしてきたものと評価することができる。ただ、それだけに、過失相殺制度が余りに便利に重宝され、また、上記のとおり、これが裁判所の裁量に委ねられているために、実に多種多様な判断が示されることになったのは自然の成り行きであった^(注51)。そのような傾向は過失相殺に関する判断をともするとやや安易なものにしがちであり、ときには、恣意的で裁量の範囲を逸脱しているとの批判を受けることもなかったとは言えない。それはともかく、過失相殺の判断を適切に行うことは決して容易なことではなく、最判⁵⁰・10・9(裁判集民事116-279)、最判^{H2}・3・6(判タ739-73)などはそれを如実に物語っているものということができる。このように考えるとき、交通事故に伴う損害賠償訴訟が急増する中で考案された「事故類型に応じた過失相殺基準」^(注52)は、この複雑微妙な判断作用に関する一定の判断基準を提供することにより「迅速な裁判」の実現や紛争解決の予測可能性ということに役立ったばかりでなく、過失相殺についての裁量権の行使に一定の枠をはめるという意

(注51) 共同不法行為における過失相殺の判断が後に見るとおり裁判所によって区々ばらばらなのは、共同不法行為論が混迷していることのほかに、このような過失相殺固有の問題点があることも否定し難いところである。

(注52) 浜崎恭生・佐々木一彦「交通損害賠償訴訟における過失相殺運用上の諸問題」(現代損害賠償法講座7・337頁以下)及びそこに引用されている「倉田基準」(倉田卓司「民事交通訴訟の課題」237頁以下)、「本井基準」(本井巽「民事交通訴訟の最近の課題・下」判タ285-12以下)、船本信光「交通事故訴訟における過失相殺適用の基準」(実務民事訴訟講座3・277頁以下)などが挙げられよう。

味でも大きな意義を有したものと評価される。しかし、同時に、これは「文字どおり一つの基準であり、具体的事件においては多くの修正要素をもって具体的妥当性の見地から定めねばならない」(前田・不法行為法理論の展開70頁)ことも当然であり、過失相殺制度を過不足なく運用することの困難さは依然として解消されることはない。

しかも、過失相殺の対象となる被害者の「過失」については責任能力があることを要しないものとされ(最判39・6・24(民集18-5-854)は事理弁識能力があれば足りるものとした)、更に、最判42・6・27(民集21-6-1507)、最判51・3・25(民集30-2-160)をはじめとする判例理論によって「被害者側の過失」という考え方が確立されたことから、過失相殺は飛躍的に適用場面を拡大したのである。そして、最近では、過失相殺ないしはその趣旨の類推というようにも言われるようになり、このような傾向に一層拍車がかかけられている感がある。また、この法理と関連して、割合的因果関係論などのいわゆる寄与度減責論も台頭してきたことにより、過失相殺の本質は何かということが改めて問い直されなければならない状況になっている。

2 従来の過失相殺論の検討

(1) 被害者に損害が発生した場合において、複数の原因が競合していることがある。むしろ、今日では、社会機構が著しく複雑になり、そのような中で我々の生活が営まれているために、一人の加害者の単発の不法行為により損害が発生することは少なく、それに他の原因が複雑に絡まり合っていることが多いということが指摘されている。

そのような損害発生の原因となる要因としては、自然力(不可抗力)、被害者自身の行為や素因、第三者の行為があるものとされ、これらの一つ又は二つが加害者の不法行為と複雑に絡み合っていることが多いというのである。中でも現代的な特徴はにあることが指摘されている。いわゆる複数加害者の責任の問題であり、その中心的なものが前記三で検討した共同不法行為にほかならない(第三者の行為が不法行為の要件を充たさない場合もありうるが、そのときには自然力の競合と同じように考えれば足りるのである)。これに対して、
がここで取り上げる過失相殺の問題である。

このような見方をするならば、本稿が対象にしている共同不法行為と過失相殺とは、原因競合という点においては実は共通の根を有しているのであり、むしろ極めて密接な関係にあるものといえることができる。

そして、これらの場合に共通している困難な問題は、責任ないしは損害を如何に分配するかということである。寄与度減責論などは、これら三つの場合を通じてこの問題を包摂的に説明することのできる理論を構築しようという野心的な試みであるということもできそうである。このように少し視野を広げて過失相殺制度を眺めるときは、この制度に新たな内容を盛り込み、新しい性格づけをするというようなことが必要なかもしれないということを一層感じさせられるのである。

(2) 上記のとおり、過失相殺を複数の原因が競合している場合の一つとして位置づけ、その際の問題の焦点は要するに損害を如何に公平に分配するかということであるという認識に立つときは、ここにいう「過失」が709条におけるようないわゆる真正の過失とは相当程度性格を異にするものであることは殆ど異論のないところであろう。そうすると、被害者の責任能力の要否などは初めから問題になる余地はないことになる(責任能力を過失から切り離して弱者保護の政策的観点から説明する近時の学説に従えば、真正の過失についてさえも責任能力の有無は問題にならないことになる)。前記(1)のとおり、被害者の行為ばかりでなく、その素因をも損害負担の要因の一つとして考慮するということになるならば、このことは一層鮮明になるであろう。しかし、722条2項が明文として存在し、しかも、それがこれまで蓄積してきた成果やそれを前提とした法状況を踏まえれば、同条項が被害者の素因をも考慮すべきものと予定しているかのように理解することにはやはり問題があるものと言わざるを得ない。これでは「過失相殺」という概念自体が根底から覆されることにもなりかねないからである。それ故、このような場合には、過失相殺制度の理念が右のようなものであることに思いを致したうえで、せいぜいその趣旨を類推するというようなことにとどめざるを得ないのは当然である。^(注3)

このように、過失相殺はあくまで被害者の行為を問題とするものであるという立場からすれば、被害者には「行為」をする能力のあることが必要である。

しかし、それ以上に、判例・通説がというような事理弁識能力までも要求されるべきものであるかはいささか問題である。損害の公平な分担ということをごまごまでも重視して、その損害を惹起した要因としては加害者の不法行為と被害者の行為のいずれがより近いところにあるかという見地から観察するならば、このような能力が欠けているからといって被害者の行為を考慮しないのは疑問としなければなるまい。前記のとおり、素因が考慮されることさえありうるというのであれば尚更のことであろう。だが、そうだとすれば、行為能力を欠いている者の「行為」についても同じことが言えないわけではなく、結局は一定の能力を備えていない弱者をごまごまでも保護するかという問題に帰着することになるものと思われる。

私は、先にも述べたとおり、過失相殺制度の根底には損害の公平な分担という理念があることは確かであるにしても、722条2項はあくまでも「被害者の行為」を前提にしていると考えるものであり、しかも「過失相殺」の場面で加害者の不法行為と対比されるべき被害者の行為は、それによって自分自身に損害が及ぶかもしれないという類の危険な行為であることを認識する能力が必要であるものと解するから、やはり事理弁識能力を備えた者のそれであればならない(窪田・前掲論文参照)と考える。ただし、そのような能力を有しない者の行為、場合によっては、行為能力さえ欠く者の「行為」であっても、損害の公平な分担という理念に照らせば、これが考慮されることはあってもよいであろう。だが、それはあくまでも722条2項の趣旨が類推されてのことであるから、本来の過失相殺とは異なり、相当限定的に解釈・運用されるべきものである。したがって、これを斟酌するのはよくよくの場合に限り、また、斟酌する場合においてもその程度は相当控え目になされるべきである。

(3) 「被害者側の過失」ということについても、このような観点から再検討

(注53) この点については、佐々木「過失相殺」(ジュリスト総合特集・交通事故 - 実態と法理163頁)も、「民法722条2項の「被害者」とか「過失」という文言を全く無視して、二八四 衡平の原則とか信義則といった一般条項並みの宏大な適用を考えるのは実定法の解釈上問題がある。この意味で過失相殺の規定をもって、そこから損害の調整的機能を抽出し、「過失」を単なる例示と見て、賠償額の減額をきたすすべての理論の根拠法条と考えるのは行き過ぎであろう」と述べておられる。

してみる必要がある。

この理論は、もともとは、幼児が被害を受けたような場合において、同児自身にも看過しえない不注意や落ち度があるにもかかわらず、その「過失」を問うことができない。前記のとおり、過失相殺の「過失」というためには事理弁識能力があれば足りるとしても、そのような能力さえも有しない幼児の場合には過失相殺をすることができない理屈である。のでは加害者にとって酷に過ぎ、却って公平を欠くものと言わなければならないとして、被害者たる幼児自身に替わってその監督責任を負う親などの監督上の過失を過失相殺の対象として取り上げることから出発したものである。これは、当該幼児が死亡して親自身が原告になっているような場合には極めて自然な理論構成であるし、また、そうではないにしても、実質的には損害は親に生じているものと見た方が理に適っている場合も多い（損害の費目によっては特にその色彩が濃いものがある）から、具体的な妥当性という観点からすると実に優れた着想であったものといえる。^(注54)

ところが、交通事故の多発とそれに伴う交通損害賠償訴訟の激増の中で、この理論は更に大きくその適用範囲を拡げ、これを無償同乗（好意同乗）一般に適用することが主張されるようになる。即ち、甲車と乙車との衝突事故により甲車に同乗していたXが負傷し、乙車の運転者Yを被告として訴訟を提起したというような場合において、Yにも甲車の運転者Zにも過失があるときに、Zの過失をXの過失と同視して過失相殺をすることができるといえるという考え方である。例えば、高松高判46・6・29（判時648-75，判夕266-182）は、XがZの子（既婚でZとは別居）である場合において、Z（ただし、本件事故により死亡）の過失を被害者側の過失としてXの損害額の算定に当たり斟酌すべきものとしたのである。因みに、同判決は、前掲最判42・6・27のいう「身分上ないし生活関係上一体をなすとみられる関係」について、「幼児とその監督者である父母などのごとく被害者と第三者とが同一の家族共同体に属していたり、経済的

二八三
(注54) 被用者の過失も被害者たる使用者の過失と同視されてきた。これも被害者側の過失の理論の一適用場面と見ることができなくもないが、むしろ被用者は使用者の手足であると見れば、被用者の過失は使用者の過失そのものであると考えるべきであろう。

基盤を共通にすることを要しない」「第三者の過失によって生じた損害を加害者よりはむしろ被害者の負担に帰せしめるのが公平と認められるような具体的な事情もしくは関係が両者の間に存在するような場合には右の一体関係ありと認めるのが相当である」としている。また、XとZが姉と弟の関係にある場合にこれを適用した千葉地判48・11・5（交通民集6-6-1775）がある。このような中で、前掲最判51・3・25は、XがZの妻である場合において、「右夫婦の婚姻関係が破綻に瀕しているなど特段の事情のない限り」という条件を付し、また、このような被害者側の過失の理論に基づく過失相殺の処理には「加害者がいったん被害者である妻に対して全損害を賠償した後、夫にその過失に応じた負担部分を求償するという求償関係をも一挙に解決し、紛争を一回で処理できるという合理性もある」としながらではあるが、これを肯定したのである。^(注55)

これらは、いずれも消極説も根強くあったところであるだけに注目されるが、なお多くの問題が残されているものと言わなければならない。最も大きい問題点は、この理論の適用により損害の公平な分担を目指すとしながら、被害者側の過失と認められるか否かで結果に極端に大きな差異が生ずることになるために、却って公平を失する硬直した処理になりかねないということであろう^(注56)。特に、高松高判46・6・29のようにまでいうときは、この理論の適用範囲が著しく拡大され、上記の危惧は益々大きくなるから、直ちに賛成するわけにはいかない。これに対して、最判51・3・25においては十分慎重な配慮がなされているとはいえ、これとて夫婦別産制という民法の建前からすれば問題であり、そのほかにもいくつかの問題があることを免れない。したがって、少なくともこの最高裁判決の範囲から更に踏み出すことについてはくれぐれも慎重でな

(注55) 能見・前掲（法協102-12-2201以下）は、この判決に対して「「被害者側の過失」という形で共同不法行為者の一人の過失割合を被害者に負担させ、結果的に他の共同不法行為者に寄与度減責を認めたと等しい結論を導いている」と評される。

(注56) この場合にも損害の一部の費目（例えば慰謝料）についてのみ過失相殺をする（最判30・1・18（裁判集民事17-1）参照）というような柔軟な処理をするのであれば、落差はそれ程大きくはないであろうが、本文掲記の各判決においては損害の全部について過失相殺がなされている。なお、このように、認定した全損害額に過失相殺割合を乗じて過失相殺部分を算出し、これを全損害額から控除して、被告において負担すべき最終的な損害賠償額を計算するというのが、圧倒的に多くの裁判例の態度である。

ればなるまい。そして、最判⁵⁶・2・17(判時996-65)など、多くの裁判例は概ねこれをかかなり厳格に守っているといえることができるが、それでも少しずつ拡大適用される傾向にあることは否めないようである。例えば、東京地判⁵¹・10・19(交通民集9-5-1409)は、XとZとが友人同士の場合にもこの理論の適用を肯定している。また、福岡地判⁴⁹・12・20(交通民集7-6-1922)は、「甲車と乙車との交差点での出会い頭の衝突事故につき、乙車に同乗中の丙、丁が甲に対して損害賠償を請求した場合、乙のために慰謝料を減じうる事由は甲及びその運行供用者らの慰謝料支払義務を定めるに当たっても斟酌しうる」とした。これも又、いわゆる好意同乗による減額がなされる場合の相手側車両運転者の責任をどのように考えるかという問題であるところ、同判決は、乙の過失をそのまま被害者(丙、丁)側の過失と解して過失相殺をしたわけではなく、これを慰謝料額の算定に際して斟酌すべき諸事情の一つとして処理したにとどまるから、より弾力性のある処理といえることができるが、やはり被害者側の過失理論の拡大傾向と軌を一にするものと見てよいであろう(この種の裁判例は少なくないものと思われるが、比較的最近のものとしては、名古屋地判⁶²・3・2(判夕658-194)がある)。

このような事例は、通説判例によれば⁷¹⁹条1項前段の共同不法行為の関係にある筈のものであり 私見によれば後段の「共同行為」になるが、「共同行為」性が強固なために寄与度による減責が認められない場合である、仮にも「被害者側の過失」の理論が安易に拡大適用されるようなことがあれば、そのことによって上記のような構成を掘り崩し、ひいては被害者の救済に悖る結果にもなりかねないであろう。それ故、私は、この理論は厳格かつ制限的に運用されるべきものとする。具体的には、前記「身分ないし生活関係上一体をなすとみられる関係」を、前掲最判⁵¹・3・25のように夫婦である場合や同居している親子である場合に限るのを原則にし、このような身分関係や生活関係がないのに「一体性」が認められるものとしては、これを交通事故の事例に例をとって見れば、運転者甲と被害者Xとが交互に運転を入れ替わって危険な暴走行為をしていた場合、甲・Xともに酩酊していて、しかも、その酔いの程度は、甲が運転することがそのまま事故に直結する程のものであったというよう

な場合など、もしも甲がX以外の他人に傷害を負わせたのであれば、Xもとも共同不法行為者とされる場合（前記三、第2の5（2）ウ、工参照）のように、甲とXとの間に強度の一体性がなければならぬものとする^(注57)。前掲・最判51・3・25についても、YとZの間にそのような一体性があることを前提にしたうえで、求償関係をも含めた紛争を一挙に解決するための方便を認めたいにすぎないものとする^(注58)と解することができるであろう。そうであれば、それに相応しい条件を充たしていることが要求されるものというべく、そのためにXとZの婚姻関係が破綻に瀕しているというような事情にないことが求められているのであるから、これは当然に口頭弁論終結時を基準とすべきこととなる。

第2 過失相殺の方法

1 この点に関しては、過失についての判断の基礎となる事実認定に当たって立証責任をどのように考えるか^(注58)とか、一部請求がなされた場合の過失相殺の方法その他の問題もあるが、ここでは、本稿の問題意識に関連する限度で、総論的な問題点を簡単に見ておくことにする。

(1) 過失相殺は、加害者の過失と被害者の過失を比較衡量した上で、その大小によって決せられるべきものである（その場合、双方の「過失割合」という形で割合的に示されるのが通例である）^(注59)。

したがって、両者は相関関係にあることになるから、加害者の過失が極端に大きければ、被害者にも多少の過失があっても結果的には過失相殺がなされないままに終わるとすることも考えられないではない。裁判例を見ても、一般に、

加害者の過失が重大なのに比較すれば、被害者の過失が無視してもいい程に小さい場合（この場合には被害者の過失自体が否定されることもある）、被

(注57) Xにつき運行供用者性が肯定されるか否かも一つの指標たり得ないことはないが、これとはやや視点を異にするものと言うべきであろう。

なお、同じく甲とXとが交替で運転していた場合でも、長時間の自動車旅行の中でそのようなことが行われていたにすぎないという場合のように、単に甲とXとの間に立場の交換性があったというだけの場合には、この理論を適用することはできない。

(注58) 過失相殺についての立証責任は、過失相殺の判断の基礎となるべき事実の認定が困難であるなどして、実務上も実際に問題になることがある。この点については浜崎ら・前掲357頁以下が参考になる。

害者の過失がある程度大きくても、加害者に故意があるなど著しく悪質な場合には、いずれも過失相殺が拒否されている。の事例は極めて多いので、ここでは についてのみ若干の裁判例を見ておく。

東京地判48・2・24(判時722-78)は「使用者の現金等を横領した者が使用者の監督不行き届きを過失相殺の事由とすることはできない」としたもので、東京高判53・9・20(判時915-65)は詐欺の被害者が加害者の言辞の真否の確認を怠った過失があるとの加害者からの過失相殺の主張を排斥した事例である。もっとも、信用組合の支店長に対する背任による損害賠償請求につき、組合側にも監督上の過失があったとして過失相殺を認めた東京地判52・7・15(判時884-79)のような事例もある。

これに対して、喧嘩抗争の場合においては、加害者に故意があるわけであるが、被害者の過失が認められて過失相殺がなされることが多い。例えば、仙台地判56・7・20(交通民集14-4-865)は発端を作り出した被害者の過失を認め過失相殺をしている(ただし、この事案は、加害者らが被害者に暴行を加えた挙句、遂には倒れている被害者を自動車で轢過して死亡させたというものであり、このような極端な場合にまで過失相殺を認めるのは疑問である。結果が傷

(注59)「相対説」と呼ばれる考え方であり、これが実務の大勢である(浜崎ら・前掲344頁以下、佐々木・前掲165頁)このほかにも、被害者の過失のみをとらえてそれを単独で評価する「絶対説」、加害者の違法性ないし非難可能性を中心に考えるべきだとする「加害者違法性説」(川井「過失相殺の本質」(判タ240-10))も提唱されており、結果発生に自然力(不可抗力)が寄与している場合などには、これら諸説のいずれを探るかにより結果に大きな差が現れるということが指摘されている。即ち、絶対説によれば不可抗力部分は加害者の責任となるが、相対説によれば、この部分についても双方の過失割合によって按分とするか、それとも折半にするか、いずれにしても責任が両者に分担され、加害者違法性説によれば、不可抗力部分は当然に賠償額から控除されるから被害者が負担することになるというのである。しかし、そもそも全損害の中から不可抗力による部分を分別しうるものであろうか。大いに疑問であるが、仮にその分別が可能な場合があるとして考えたとすれば、当該部分が加害者の責任とされるというのはいかにも不合理であるから、過失相殺をするに際しても、あくまで当該不法行為により惹起された分(全損害額から不可抗力による部分を除いた分)について加害者と被害者との過失を衡量すべきである。このように、理論的には加害者違法性説に分がありそうであるが、実際には、上記の分別は至難であるから、過失相殺も全損害を対象にしてすることにならざるを得ないのであって、この結果は実質的には相対説によるのと異ならないことになる。

害の程度にとどまっているのであればともかく、死亡というような最悪の事態にまで至っているときにはもはや通常の喧嘩抗争の域を超えているものというべきであるから、安易に過失相殺を認めるべきではなく、せいぜい傷害の結果の範囲で過失相殺をすることとどめるべきであろう。大阪高判^{39・6・16}（判時³⁸¹⁻²⁹）、東京地判^{47・2・9}（判時⁶⁷¹⁻⁵⁷）、名古屋地判^{48・3・12}（判夕³⁰⁶⁻²²⁸）も同様である。

（2）この点について、窪田・前掲（判夕⁷⁴¹⁻⁴⁴以下）が、故意による不法行為を「加害者の故意が被害者の不注意を取り込んでいる場合」と「取り込んでいない場合」とに分け、前者については過失相殺の主張が認められないが、後者の場合には許されるものとされているのが注目される。

詐欺による不法行為者が被欺罔者にも乗ぜられるような不注意な点があったなどとして過失相殺を主張することは到底許されるべきではない。車上狙いをした者や侵入盗が被害者の無施錠の事実をあげつらって過失相殺を主張するというが如きもこれと同様である。これに対して、被害者が挑発して喧嘩の口火を切ったような場合には過失相殺がなされ得るというのである。

2 複数加害者と過失相殺 主として使用者責任の場合について

（1）使用者責任などのいわゆる中間責任の関係においては、最判^{41・6・21}（民集²⁰⁻⁵⁻¹⁰⁷⁸、判時⁴⁵⁴⁻³⁹、判夕¹⁹⁴⁻⁸³）など、裁判例は当然の如くに過失相殺をなしている。そればかりか、無過失責任の関係でも被害者に過失があれば過失相殺がなされている。

ところで、使用者と被用者を一体のものとして捉えるならば、被用者との関係において過失相殺がなされるときに使用者についてもこれをなすべきことは極めて自然な成り行きである。それならば、直接の不法行為者たる被用者に故意があるなどして過失相殺が否定される場合には、使用者についても同じように否定されてもよい筈である。ところが、このような場合においても、使用者との関係では過失相殺がなされることに殆ど疑問が抱かれたことすらないようである。この類の裁判例はまさに枚挙に暇がない程であるが、以下に代表的なものを挙げておく。

ア まず最も典型的な事例は、東京高判^{41・11・24}（下民集^{17 11・}

12 1142)のように、偽造手形の振出名義人に民法715条の責任を認めるにあたって被害者側が振出の真否を確認しないで割引依頼に応じた点につき過失を認めたというものである。大阪高判56・12・16(判時1054 148,判タ464 153)など、類似の事例は多い。

イ また、東京高判46・9・8(高民集24 3 335,判時648 70,判タ270 241)は「被用者が代理権限を仮装して契約を締結したことにより相手方に加えた損害につき、民法715条の責任を肯定すべき場合においては、仮に、被用者の不法行為自体には宥恕すべき事由がないとしても、少なくとも同人の使用者との関係においては、その賠償すべき損害額を定めるにつき相手方が被用者の代理権を信じたことについての過失を斟酌するのが相当である」としている。東京高判62・1・28(判タ653 120)も、被用者の故意に基づく不法行為による使用者の損害賠償責任について過失相殺を認めた事例である。

なお、東京地判44・1・14(下民集20 1・2 1)は一般論として「過失相殺の要否ないし割合は使用者と被用者で同一であることを要しない」旨を明らかにしている。

(2)このような裁判例の態度は勿論支持されるべきものである。その理由としては、及びの裁判例については、被害者の過失の有無及び程度は、使用者・被用者の関係を問わず客観的な見地から判断されるべきものであるが、ただ、故意をもって不法行為をなしたなど、「宥恕すべき事由」がない加害者との関係においては、その機能を働かせることを拒否されるだけだということでも説明は可能である。だが、より根本的には、使用者責任が被用者の惹起した結果について全部の責任を負うものであるとはいえ、それはあくまで別の人格がなした不法行為によるものなのであるから、使用者と被用者の一体性といってもこれには自ずから限度があるものというべく、過失相殺のような公平の理念に根ざした制度の運用に当たっては、個別的に、しかも最終的に利益の調整機能を発揮することが期待されているものというべきだからである。の裁判例はこの理を明らかにしたものである。

3 共同不法行為の場合における過失相殺のあり方

(1)これは、前記のとおり、行為者毎に個別的にするか(相対的過失相殺),

それとも共同不法行為者（加害者）側を一つに括ってなすか（加算的過失相殺）という問題である。

そこで、本稿の冒頭（前記二の第1）に掲げた裁判例を中心にして、この点に関する裁判例の流れと考え方の変遷を経時的に概観しておくことにする。

ア [裁判例1]は加算的過失相殺を採用したが、従来、学説や実務がこの点をどのように理解してきたのかは必ずしも明らかではない。ただ、昭和49年に公刊された浜崎ら・前掲³⁴⁸頁以下は、「加害者被害者双方の過失のほかに事故に寄与した第三の要素が、別個に第三者の不法行為を構成する場合には、加害者と第三者とが共同不法行為による不真正連帯債務を負うことになるから、原則として被害者の過失割合を増大させることにはならない。例えば、進路左方の小路から他の車両が出てきたため、それに対する安全措置を誤った加害車がセンターラインを超え、これに対する回避措置が十分でなかった対向車たる被害者と正面衝突し、その過失割合が、第三車7、加害車2、被害車1と見るべき場合に、第三車両の共同不法行為性が明らかであるから、過失相殺率は理論的には1割にとどめるべきことになろう」として、このような考え方を当然視しているのが注目される。^(注60)

また、[裁判例1]の判決がなされた当時、共同不法行為理論は被害者救済のための法理であるという理解が専らであったものと見てよいこと、後掲東京地判^{60・5・31}においてさえ結果的には[裁判例1]と同様の加算的過失相殺の方法を採用していることなどからすると、おそらくこのような処理が格別の疑問

(注60) なお、佐々木・前掲¹⁶⁸頁は、「乙が運転するA車に同乗中の甲が、乙に誤った指示をしたために、A車が丙の運転するB車と衝突し、これにより被害を受けた甲が乙・丙を共同不法行為者として共同被告にして訴を提起した場合において、甲の乙に対する過失は誤った指示を与えたことで5割、乙が漫然と甲の指示に基づいて運転したことと、丙の重大な過失の競合の結果事故が生じたとして甲の丙に対する関係では2割という場合、共同不法行為責任は全部連帯責任であるから、認容額はどのようになるのであろうか。分離して判決すれば簡単であるが、一つの判決で言い渡すときは5割の部分のみ連帯となり、3割の部分は丙の単独負担となるのであろうか、あるいは8割が連帯となり他は単なる乙・丙間の内部分担の問題にすぎないというべきなのか」と問題を設定し、「前者が正しいものと思われる」と結論する。これは、まさに相対的過失相殺なのではないだろうか。

もなしに受け止められてきたのではないかと推測される。そして、あくまで被害者の救済ということを重視するというのであれば、[裁判例1]は過失相殺の場面においてもその立場を買いた事例として支持されたものと思われる。^(注61)

イところが、その後、[裁判例2]が出現して多大の関心を集めることになる(これは昭和54年度の民事主要判例の一つとして取り上げられている(判タ411-140))。この事例において、[裁判例1]の考え方を貫こうとするならば、次のような困難な問題が生じることが容易に予想されるだけに、その点についての重要な論点を提供することになった。それとともに、結論の落ち着いたよさが注目されたのである。

即ち、 Y_1 は、 Y_2 と X の過失に乗じるような形で、納品してもいない商品を納入しているかのように装って X から代金名下に金員の交付を受けたというのであるから、それはまさに詐欺に該当する行為である。確かに、詐欺の場合には、被害者側にもこれに乗ぜられるような一定の過失があることが多いものと思われるのであるが、それだからといって、犯罪を構成するような不法行為を故意になした者との関係においても過失相殺をなすとすれば、やはり違和感を覚えるのを禁じ得ないであろう。また、このように共同不法行為者の一方に故意があり、しかもその者が他の共同不法行為者の過失を利用したというような関係にある場合には、これを過失と同じレベルに引き直して他の共同不法行為者や被害者の過失と比較衡量するということも甚だ困難である。

そこで、このような場合には、本判決が示したとおり、過失相殺は専ら Y_2 との間においてのみなすこととするのが公平の理念に合するものと思われる。何故なら、この場合にも[裁判例1]のように共同不法行為者を一つに括って処理するとすれば、 Y_2 との間でも過失相殺を否定するか、或いは Y_1 との関係でも過失相殺をするかのいずれかになって、いずれにしても不合理なことになりかねないからである。このような考え方は、期せずして、共同不法行為の場合

(注61) ただ、このように共同不法行為者相互間の責任割合を判断することが果たして適切なことなのかという疑問はある(前記二、第2の2(2)参照)。同じことは、共同不法行為者が訴訟に補助参加している[裁判例4]や共同被告とされている[裁判例5]についても言えることであるが、本件の場合には共同不法行為者の一方だけしか被告になっていないので、尚更その感が強い。

における過失相殺の個別的な処理（相対的過失相殺）へと転換する道を開いたものということができる。

こうして、[裁判例2]の出現を機にこの問題が一躍注目を浴びることになったのである。そして、[裁判例3]も同じく故意による不法行為者が介在する事案であるが、[裁判例2]と同様の考え方を踏襲したものである。

ウ これに対し、[裁判例4]は、Yに対する関係ではAに過失はないと考えられるのに、Z₂との間でなされる過失相殺がそのままYとの関係においても認められるべきものとした。これは共同不法行為者を一体のものとして捉えるという点においては加算的過失相殺の立場に一脈通ずるものがあるが、[裁判例1]のような被害者保護という観点ではなく、専ら公平の観念ということが前面に出てきているものということができる。したがって、本来的な意味での加算的過失相殺の立場とは異なるものであり、独自の性格を有するものと解すべきであろう。^(注62)

エ 一方、[裁判例5]は、交通事故とそれに続く医療過誤が競合した事例であるが、大変ユニークな考え方を打ち出している。

即ち、損害に対する各共同不法行為のそれぞれの寄与率という名で共同不法行為者間の責任割合をまず明らかにし、しかもその重なりあう分については両者が共同して寄与しているものとみたく、Y₁、Y₂との関係においてはX₁の過失を4割として過失相殺をするが、Y₃との関係においてはX₁に相殺されるべき過失はないとする。なお、過失相殺をするに際しては、Y₂単独の寄与分についてまず相殺し、それでも残余があれば共同寄与分について相殺すべきであるとするのである。これは、過失相殺はあくまで共同不法行為者毎に個別

(注62) 一般に、Aが病気に罹り或いは負傷してY医師の治療を受けていたところ死亡してしまったというような場合のいわゆる医療過誤訴訟においては、Yの診療上の過誤が認められるか否か、そして、それと結果との間に因果関係があるか否かが争いの全てであり、この点がいずれも肯定されればYに対して全損害の賠償が命じられるのが原則であって、Aがそのような病気に罹患し或いは負傷したこと自体についての過失責任が問われ、過失相殺がなされるというような事態はまず想定されない（前記二、第2の2（4））。ただし、患者の側にも問診に協力し、治療を受ける者としての適正かつ誠実な態度を持する義務はあるから、この義務に違反すれば過失相殺がなされることはあり得るが、それは別個の問題である。

になされるべきであるとの立場を前提にしつつ、当該訴訟の中で共同不法行為者間の責任割合をも明らかにすることによって、被害者と共同不法行為者間の紛争のみならず、将来予想される共同不法行為者相互間の紛争をも一挙に解決しようとしたものである。その狙いが成功しているか否かはひとまず措き、本判決が意図するところは積極的に評価されてよいであろう。^(注63)

オ [裁判例7]が加算的過失相殺の立場に立っていることは明らかであるが、これとほぼ時期を同じくする 東京地判60・5・31 (判時1174-90, 判夕559-88)と、 福岡地小倉支判60・3・29 (判時1190-75, 判夕555-295)が注目される。は交通事故と医療過誤の競合した事例であるところ、被害児童の道路飛び出しの過失を認めて25パーセントの過失相殺をなしたが、その場合に交通事故加害者との関係と医師との関係とで何らの区別をしていない(そもそも、

(注63) 前記二、第2の2(1)イのとおり、本件と酷似した事例について、静岡地沼津支判52・3・31及びその控訴審判決である東京高判57・2・17は、交通事故加害者と医師の双方について過失を認めたとうえで、両者が共同不法行為になる(客観的に関連共同している)として双方に全額の損害賠償責任を認めている。共同不法行為となることを肯定する以上は、このように全部の損害賠償を認めるのがむしろ通例であったものと思われる。

しかし、この種事案にあつては、負傷そのものによる苦痛に対する慰謝料その他、交通事故による受傷自体による固有の損害が必ず発生している筈であり、これは当然交通事故の加害者が負担すべきものである。そして、その後の医療過誤との共同不法行為を認めるにしても、それは医療過誤による損害の拡大部分について初めて問題になるべき筋合いのものである。そうすると、本来ならば、被害者に生じた損害全体について、交通事故による固有の損害と医療過誤による損害の拡大部分とが区分された上で、後者についてのみ共同不法行為が問題にされなければならない筈である。本判決はこのことを明確にした点において前記類似事例の判決にはない意義が認められる。ただ、本判決は、結局のところ、Xらの被った損害が渾然一体となっていて分別し難いとしてこれを断念し、まさにそのことを主たる理由にして共同不法行為の成立を肯定するとともに、損害賠償の公平な分担の見地から各過失行為の寄与した分を割合的に判定・評価することを目指すべきであるとして前記のような結論を導いている。ここに本判決の苦心が見られるとともに、問題点があるように思われる(以上の点については、前記二の第2(3)において既に指摘したところである)

なお、本件の控訴審判決(東京高判60・5・14(判時1166-62))においては、Y₃側に過失もしくは債務不履行責任がないものとされたために、過失相殺の点については判断が示されなかった。その結果、XとY₁及びY₂との間では1審判決が確定していたために、Xらは全損害の5割の損害賠償しか得られないことになったようである。XらがY₁及びY₂に対する控訴をしなかったからだと言ってしまうればそれまでであるが、何かしら割り切れなさが残る。

この問題について特に意識されていた形跡がない)。は「飲酒の上で同僚Y₂と口論して殴打され、転倒して路面で頭部を強打し、左頭蓋骨陥没骨折、急性左硬膜外血腫の傷害を受けたX₁が他の同僚Aらに付き添われてY₁市開設の救急センターに搬送された。同病院のB医師はレ線写真に撮影されている頭蓋骨陥没骨折を看過したばかりか、単なる急性アルコール中毒と誤診し、アルコールの排出と意識覚醒のための点滴をしたのみで経時的観察もしないで退院させたため、翌朝X₁の異常を発見した妻X₂がC病院に搬送し、血腫部分の除去手術を受けて一命はとりとめたものの、いわゆる植物人間となってしまった」という事案であるが、裁判所は「(Y₁とY₂の各不法行為は)損害が同一であるという点において民法719条にいう共同不法行為の一つの態様とみて差し支えない」としつつ、「(これらは別異の行為であるから)被告らにそれぞれ減責事由が認められるならば、その各減責された範囲で各被告の責任を肯認するのが相当である」として、個別に過失相殺をしている(ただし、結果的にはいずれの被告との関係でも30パーセントの過失相殺をした。なお、Y₁との関係では、X₁に付き添ってきてY₁との間でX₁のために診療契約を締結したAが、X₁の症状ないし受傷の転機の詳細を自発的・積極的に、かつ正確・誠実に医師に告知説明すべき注意義務を負っているのに、この義務に違反したとし、これを被害者側の過失として斟酌しているが、前記第1の2(3)で見たところによれば、このような場合にまで「被害者側の過失」を認めることについては疑問がある)。

カ 他方、[裁判例8]は相対的過失相殺の立場を明らかにしたものであるが、Cの行為が故意に準ずるようなものであるということを指摘していることからすれば、[裁判例2]と基調を同じくするものということができる。

(2) このように見てくると、共同不法行為者とされる場合にもいろんな態様のものがあって、その相互の結び付きの程度は種々様々であることがわかる。そして又、それに応じるかのように、共同不法行為における過失相殺に関する裁判例が区々ばらばらであることをあらためて痛感させられるのである。

なお、これらの各裁判例が、その競合する各不法行為について共同不法行為の関係にあるものと見ていることは明らかであるが、私見(前記三の第2参照)

によれば、[裁判例1]のAとBは719条1項前段の共同不法行為者ではなく、後段の共同行為者にすぎない。[裁判例2]のY₁とY₂についてはやや微妙な問題があるが、いずれにしてもY₁に利用されたにすぎないY₂に全部の責任を負担させることを当然とするわけにはいかず、せいぜい過失による幫助者として、したがって、後段の共同行為者と見做されるものとして扱うのが相当である。[裁判例3]のCとYも基本的にはこれと同じ関係にあるものと見ることができ。また、[裁判例4]のZ₂とY、[裁判例5]のY₁及びY₂とY₃、上記(1)オの(東京地判)の加害運転者及び事故車の保有者と医師、同(福岡地小倉支判)のY₁とY₂はいずれも後段の共同行為者とされるべきものである。これに対し、[裁判例7]のY₁及びY₂とY₃、[裁判例8]のC(Y₂、Y₃を含む)とY₁とは、いずれも前段の共同不法行為者と解される。

(3)ところで、前記第1で見た過失相殺の本質的な機能に鑑みれば、そして又、使用者責任が問われる場面における過失相殺の実際の適用が前記2のとおりであることを踏まえて考えれば、過失相殺は個別的になされる(相対的過失相殺)のを原則とすべきものである。窪田・前掲(判タ741-46)も「本来過失相殺の形として採用されるべきなのは相対的過失相殺なのであり、そこから出発すべきである」としておられるし、能見・前掲(法協102-12-2218以下)も同旨である^(注4)。なお、念のため付言すれば、この結論は共同不法行為者の全員が共同被告になっているか否かを問わない。

これが、共同不法行為の場合における過失相殺の方法についての原則的な形態とも言うべきものであるが、以下、719条が規定する三つの類型毎に検討を加えることとする。

ア 主観的共同が認められるが故に1項前段の共同不法行為とされる場合には、共同不法行為者は共同の行為主体として一体のものと思われるわけであるから、過失相殺もこの考え方によって共同主体としての加害者側の過失と被害者の過失が比較衡量されるのを原則とすべきことになろう^(注5)。なお、この場合にも、共同不法行為者の全員が共同被告となっているか否かを問わない。

しかしながら、主観的共同があるものとされる場合においても、その一体性の程度(強弱)はいろいろであり、例えば、故意ある者同士の共同(共謀)、

過失の共同、黙示の意思の連絡、客観的な観察によって意思の連絡があるものと認められる場合等々があり得る。そうであれば、上記の原則にいたずらにとられるのではなく、過失相殺の場面においてはより個別的に検討されるべきものとする。即ち、過失相殺については、「主観的共同」の態様・程度により柔軟な対処があっても一向に不自然でも不合理でもないのである。そうすると、故意行為と過失行為との共同、過失行為同士でも量的に大きな差異があり、ときには質的な差さえある行為の共同というような場合においては、過失相殺は個別になされることを承認してよいものとする。

イ これに対し、後段の適用を受けるにとどまる者については共同不法行為者ではないわけであるから、相対的過失相殺の原則によるのは当然である。むしろ、この場合は、厳密な意味では「共同不法行為における過失相殺」の問題は生じないのである。この関係をもう少し具体的に見ると、後段の適用を受ける場合において、もしも被告の主張立証が功を奏して、彼の行為が結果と無関係であることが明らかになれば、その者は無責であるから過失相殺などはそも

(注64) 能見教授は、比較的最近に行われた司法修習生に対する講演においても、「過失相殺というものは、これは共同不法行為の場合でありまして、認められてよい。共同不法行為者でありまして、各人の過失の程度は様々ですから、ある加害者との関係では、被害者の過失が大きく評価されるけれども、別の共同不法行為者との関係では小さいというふうに、過失相殺の減額の程度というのはそれぞれ共同不法行為者ごとに違ってくるのが考えられます。故意があつたり過失の程度が大きい共同不法行為者の場合には、被害者の過失は相対的に小さく評価される。」と述べておられる(能見・前掲(司法研修所論集92-26))

私は、この点については殆ど異論を差し挟む余地はないものとするのであるが、例えば、同じく複数の原因が競合している場合の一つである、自然力(不可抗力)が寄与している場合の過失相殺の方法について、予てより、相対説その他諸説が主張されていることに照らせば、必ずしもそうとばかりも言えないのかもしれない(前田・不法行為法理論の展開68頁以下。ただし、前田教授が按分説と言われるのは、不可抗力部分を双方の過失割合によって按分するというものであるから、これは相対説(の一つ)に帰着するものと考えてもよいであろう(四宮・前掲626頁))。なお、この点については(注59)で触れたところである。

(注65) 「共同不法行為の場合には、過失相殺の場面において全体的衡量(=加算的過失相殺)が適当とすることでドイツの学説は一致している」というのも、ドイツでは共同不法行為が主観的共同のある場合、それも故意によるものに限られているところからくる当然の帰結であると説明されている(能見・前掲(法協95-3-530)など)。

そも問題になることがなく、また、その者の責任の範囲が限定されるならば、それを前提にした過失相殺がなされるのは当然である。問題は、後段の趣旨が最後まで貫徹され、被告が結果全部について責任を負うべきものとされる場合であるが、全部の責任を免れないといっても、共同行為者間で過失の大小は自ずから差がある筈であるから、その程度に従い個別に過失相殺がなされることになる。

ウ では、2項の教唆者・幫助者についてはどうであろうか。これらの者も共同行為者と見做され、したがって減責を受ける余地があるということは既に見たとおりであるが、だからと言って、過失相殺の場面においても1項後段の場合と同じように考えるというわけにはいかないであろう。

教唆者らは減責を受けても、「正犯」たる実行行為者は損害全部について責任を免れないから、教唆者らが責任を負う範囲で両者の責任が重なり合う（つまりは、一部連帯の関係になる）のであって、完全な分割責任になるわけではない。その意味では、主観的共同のある場合に類似する。その反面、教唆者らの責任は、「正犯」者の行為があってはじめて問題にされる筋合いのものであること、教唆行為や幫助行為はそれ自体が直接に結果を惹起するものではないことなどに照らすと、刑法理論でいわゆる「共犯の従属性」がここでもある程度妥当するものと言うことができよう。

これらの諸点を鑑みれば、教唆者や幫助者について過失相殺を考えるときに、被害者の過失と比較衡量されるべきは、教唆者らのそれではなく、「正犯」者である実行行為者の過失等でなければならないものと言うべきである。或いは、この場合においても、共同不法行為者の場合と同様に加算的過失相殺の方法が採られ、全不法行為者の過失等を併せたものと被害者の過失とが衡量されるべきものであるが、教唆者らの過失等は「正犯」者たる実行行為者のそれでカバーし尽くされるから、結果的には、専ら後者の過失等とのみ衡量されるのとは変わらないことになるにすぎないのだとの見方もできるかもしれない。能見教授も「主観的関連共同がある場合の共同不法行為者に対しては加算的過失相殺によるのが適当である。裁判例もこの立場に基づいていると思われる」として、東京地判56・7・16（判時1010-3）を引用しておられる（能見・前掲（法協

102-12-2214))。同裁判例の事案は、「XがYら不良グループの一人であるAとぶつかりそうになって文句を言ったことからAと喧嘩になり、負傷させられた。Yらは、直接Xに暴行を加えたわけではないが、Aが負けそうになったら加勢する姿勢を示しており、それだからこそAもXに暴行を加えた」というものである。裁判所はYらについても共同不法行為者としての責任を認めたが、私見によれば、まさに教唆者ないしは幫助者としての責任にとどめるべきであるから、この事例はこの場合の適例といえよう。

(4) まとめ

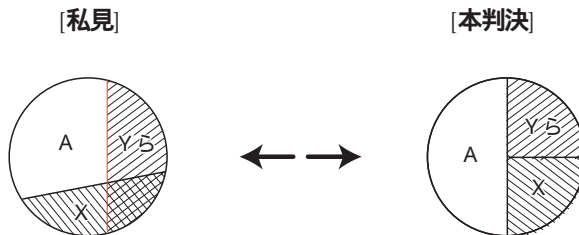
ア 前記(1)で見た裁判例のうち[裁判例7]及び[裁判例8]以外のもは、1項前段の共同不法行為者ではなく、後段の共同行為者にとどまるのであるから、相対的な過失相殺がなされるべきことが明らかである。また、共同不法行為者とされる上記2例([裁判例7]及び[裁判例8])についても、その主観的共同の態様はいずれも黙示の意思の連絡にすぎないもので、「共同性」は必ずしも強固なものではないから、やはり相対的過失相殺によるべきこととなる。

イ なお、[裁判例6]は、過失相殺ではなしに、それぞれの寄与度を明らかにしてその負担すべき責任を定めているので、以下、この点について見ておくことにする。

まず、本判決が、Yらの各過失行為をXとの関係においては共同不法行為となししながら、Aとの関係ではむしろXと同じように被害者側に位置づけるべきものとした点は 特に、従来の共同不法行為理論に照らせば 疑問である(このことは、既に前記二、第2の2(2)エにおいて指摘したところである)。Aにはおそらく未必的な故意とでもいうべきものがあつたと認められるから、本件はつまるところ故意ある行為と過失行為の共同の問題に帰着するものというべく、もしも本判決のように言うのであれば、このような場合についてはおよそ共同(不法)行為の成立を否定することにもなりかねないが、そのような結論を支持することはできないであろう。また、Aの寄与部分が何故に専らXが負担すべきものとされなければならないことになるのかも不可解である。この点について、本判決は「YらとAとを共同不法行為者と認めると、Aに対する求償権の行使が事実上不可能であるために、YらがAの賠償額も負担するこ

となり、Yらの不利益においてXを著しく優遇することになって却って公平に反する」と説明している。しかし、Aの事実上の倒産というような偶然的な事情があるとしても、そのような危険（共同不法行為者の一方が弁償した上で他の共同不法行為者に対して求償をする場合に、その者が無資力であること）は常にありうることであって、本件の場合に特有の事情でも何でもない。そのようなことのために、もしも共同不法行為の成否についての判断が左右されたのであれば、これはまさに本末転倒というほかはない。もっとも、そうは言っても、本件のAとYらの間に1項前段の共同不法行為が成立するか否かは、私見によれば微妙なものがある。結論だけを述べれば、後段の共同行為（しかも、共同行為性の余り強固でないもの）か、或いは、Yらについては2項の過失による幫助にとどめるのが相当ではないかと考える。

そうすると、Yらは自己の過失行為の寄与度を明らかにすることにより、その範囲外についてはそもそも責任を負わないものとすることができ、更なる上で過失相殺がなされることになるわけである。本判決のいう寄与度は、Xの過失をも折り込んだ上で、A、Yら、Xの各寄与度を2対1対1としたものであるから、私見による右のような二段階の操作をした結果はおそらく本判決の結論と著しく近似したものとなる。この関係を対比して図示すれば次のとおりとなる。



二六七

4 過失相殺がなされた場合の事後処理（全体的・最終的処理）の問題

(1) 相対的過失相殺であれ、加算的過失相殺であれ、共同不法行為者全員が共同被告とされていないところでなされた場合に生ずる特有の問題がある。

例えば、Xが共同不法行為者のうちのYだけに対して訴訟を提起し、その関係で過失相殺がなされたとしよう。その後他の共同不法行為者であるZに対して訴訟を提起した場合に、前訴で判断された過失割合はもとより、そこで認定されたXの全損害額さえもが、後訴においてZとの関係でも前提とされるという保証は全くないのである。それどころか、X・Y、X・Zの各訴訟においては、それぞれZ、Yには無関係に判断がなされるのが建前であるから、結局X・Y・Zの寄与度ないし負担部分について統一的な判断をするための場がないことになる。加えて、YがX・Y間の判決で命じられた損害賠償額を支払った場合には、その事実をX・Z間の訴訟における判断にどのように織り込むのかという問題も生じる。また、Y・Z間の求償訴訟にしても、Y・Zの各負担割合を確定し、もしもYならYが自己の負担部分を超えて弁償をしていれば、その部分についてZに対する給付請求を認めるというにすぎないから、同訴訟の中でXの寄与部分（過失及び過失相殺）についてまで必ず明らかにされることは限らないのである。

このことは又、Xが共同不法行為者全員から最終的に得られる賠償額の範囲を確定する場がないことをも意味する。ただ、X・Y間の訴訟において加算的過失相殺がなされた場合には、それがたとえYとの間だけの判断であるとはいえ、Xとすれば自己の請求権の範囲について一応の目処をつけることもできよう。ところが、相対的過失相殺がなされたとき特に、YよりもZの過失の方が大きいのではないかと考えられるような場合には、Zを被告とする訴訟が別途提起されることはまず間違いないであろうが、そうすると、X・Y、X・Zの各損害賠償訴訟、そしてY・Zの求償訴訟という三つの訴訟がばらばらに鼎立することとなる。これでは統一的な判断を期待することはおよそできず、それ故に收拾困難な事態が生じかねないのである。そして既に見たところによれば、1項前段の共同不法行為が成立する場合をも含めて相対的過失相殺がなされる場合の方が圧倒的に多いものと思われるから、右のような複雑困難な事態が頻発することにもなりかねない。

(2) このような事態を回避し、局面を打開するための抜本的な方策としては、前記三、第3の2で述べたとおり、全共同不法行為者を共同被告とした一回限

りの訴訟により紛争の解決を図ることを目指すほかはない(ただし、各被告の寄与度ないし負担割合を確定するための被告ら間の訴訟が併合されなければならないというまでのことはない)ものとする。これが実現するならば、Xの全損害額がばらばらに認定されるというようなことが回避されるのは勿論のこと、被告ら間の複雑な関係も一挙に解決されることになる。ただ、これは必要的共同訴訟ではないから、専ら訴訟関係人のそれに向けた積極的な姿勢と裁判所の適切な訴訟指揮にかかってくることになる。

ア まず、1項前段の共同不法行為に該当するものについては、不法行為者各自(Yら)がXに生じた損害を賠償しなければならないのを原則とするが、中でも「共同性」の強固な共同不法行為にあっては、過失相殺も一体的になされる(加算的過失相殺)から、その結果算出された額を連帯して支払うべき義務を負担することになる。後は、専らYら間における求償の問題が残るだけであり、この場合には特に複雑な問題が生ずることは予想し難い。これに対し、「共同性」のそれ程強固でない共同不法行為者については、過失相殺の場面では個別的な処理(相対的過失相殺)がなされることがあり得るから、Xに生じた損害額をAとして、Y₁についてはB、Y₂についてはCの各支払が命じられることもあり得る。したがって、 $\frac{A}{B+C}$ の場合よりはやや複雑になるが、B、Cが重なり合う範囲(仮に、 $\frac{A}{B+C}$ とすれば、Cの限度)では連帯して責任を負担し、はみ出た部分(B-C)はY₁の個人負担となる。なお、右連帯部分の負担割合は各自平等負担となるものと解すべきことについては、既に前記三、第4において述べたとおりである。

また、Xが受けるべき最終賠償額がBの範囲に限定されることは言うまでもない。

イ 次に、1項後段の共同行為者及び2項の教唆者・幫助者の場合には、そもそもXの損害を賠償すべき責任の範囲が各行為者毎に異なることがある。当該共同行為の「共同性」の強固なものについてはそのようなことはないが、その結び付き具合がそれ程でもないものについては、各行為が損害を惹起した範囲ないしは損害の中に占める比重(=寄与度)により分割されたり、損害のうちの一部についてしか責任を負わないものが出てきたりする可能性を否定し

難しいのである。例えば、Xに生じた全損害をAとした場合において、Y₁についてはA全額、Y₂についてはそのうちの一部であるBをそれぞれ賠償すべき責任があるものとされたり（一部連帯）、或いは、Y₁はC、Y₂はD（C < D）とされ、Dの範囲では連帯責任を負うが、それを超える部分はY₁の個人負担とされることもあり、さらにはC + D = Aと完全な分割責任が認められる場合もあり得るといった具合である。しかも、ここでは過失相殺がなされる場合には常に相対的過失相殺によるわけであるから、Y₁はc、Y₂がdということになるなど、上記アの場合に比較するとかなり複雑になることは避けられないことになる。

しかし、この場合にも、基本的にはアの場合と同一であり、cとdが重なり合い、c > dとすれば、非連帯部分（c - d）についてはY₁の個人責任が問われ、一部連帯の部分（d）についてのY₁およびY₂の負担割合は平等である。また、Xの受ける最終賠償額はcにとどまる。

五 寄与度減責論

第1 割合的因果関係論ないし部分的因果関係論

1 寄与度減責論^(注36)は、前にも述べたように、複数の原因が競合する場合の損害賠償請求訴訟において、公平で均衡のとれた結論に達するための手法として登場したのと言ってよい。即ち、これは、共同不法行為は成立するが、その者の果たした役割が相対的に小さいために、直ちに全部責任を負わせることが過酷と感じられるというような場合特に、公害事件のように、損害賠償額が莫大な金額にのぼる場合はそれが顕著であるや、被害者の特異体質その他特別の要因（素因）があるため、加害者に全部の損害を賠償させることが躊躇されるような場合、自然災害等の不可抗力が寄与している場合などには、加害者の責任をその者の行為の「寄与度」に見合う範囲内に限定しようとするものであるが、既にこの理論に立脚する裁判例がいくつか現れるなど、実務に対しても現実に関与に一定の影響を及ぼすまでになっている。^(注37)

このようなところからも推測されるように、それは因果関係の問題であると

ともに、場合によっては過失相殺の法理ないしはその類推、又は、過失相殺の趣旨の類推などの手法をも包含する広範なものであるが、この理論を因果関係論の見直しという角度から提唱されたのは、野村好弘、浜上則雄両教授であるが、その論稿（ここでは、専ら、野村「因果関係の本質 寄与度に基づく割合的因果関係論」と浜上「損害賠償法における『保障理論』と『部分的因果関係の理論』」を取り上げる）によっても、複数の原因が競合している全部の場合をこの理論により統一的・包括的に説明しようという野心的な企てであることが窺われる。^(注68)

2 しかし、結論から先に言えば、この理論にはいくつかの根本的な疑問があり、論者の試みは必ずしも成功しているとはいえないように思われる。少なくとも、複数の原因が競合している全ての場合をこの理論により説明しようという企ては明らかに破綻をきたしているものとする。

(1) 野村・前掲は「割合的因果関係」と言い、浜上・前掲が「部分的因果関係」と言うところからも明らかなように、論者は、いずれも因果関係論、なかならず事実的因果関係の問題としてこれを取り扱っておられる。ということは、「行為（原因）毎に結果との間に因果関係のある部分を認定することができる」（浜上教授）とか、「それを割合的に認定判断することができる」（野村教授）ということをして、その立論の前提にしておられるものと考えてよい。

(注66) これに対しては批判的見解も多いが、なかでも、窪田助教授の「自然力と營造物の設置管理の瑕疵との競合」（国家補償法大系2の211頁以下）、「損害賠償法における原因競合の問題 寄与度減責論の批判的検討」（判夕668-22以下）などの一連の論稿はこの理論に対して根本的な疑問を突きつけたものとして注目される。

(注67) 野村教授は、既に実務に定着したと見ておられるようである。確かに、二重事故の事例や交通事故と医療過誤の競合事例など、さらには被害者に一定の素因がある場合において、「分割責任」が認められる傾向にあることは窺われるが、それが「割合的因果関係」等の理論が採用された結果であるとはいき切れないのではないが。そのことは、被害者の素因を減責事由と認めた裁判例においても、過失相殺の類推によるものの方がむしろ多いという事実を見ただけでも明らかではないかと思われる。

(注68) ただし、浜上教授の立論は、「部分的因果関係論」に損害賠償法における「保証理論」が組み合わさったものであり、しかも共同不法行為について客観説を採用されることから、その具体的な結論は必ずしも「寄与度減責論」と呼ぶに相応しいものではないようにも思われる。

ア だが、事實的因果關係の問題として認識しながら、原因競合の場合において、行為者Aの行為aが惹起した結果Maが全体の結果M (= Xの損害)の中で占める部分ないしは範囲を特定できるのは一体どのような場合であろうか。もちろん、私も、そのようなことがおよそ不可能であるとまで断ずるものではない。特に、行為が複数であるが、結果Mも必ずしも一個ないしは不可分一体というわけではないという場合には、各行為と結果との因果關係を特定することも不可能ではないかもしれない。例えば、被害者が甲車と乙車に相次いで轢過され(二重事故)、腕と足を負傷したが、腕は甲車に、足は乙車にそれぞれ轢かれた際に負傷したことが特定できるという場合、或いは、そこまでの特定はできないが、腕と足の負傷が別々の車によって惹起されたものであることは確実であるというような場合もあろう。また、AとBが意思の連絡なしに被害者方に相次いで投石したところ、一個の石は窓ガラスを割ったのみであるが、他の石は窓ガラスを割ったほか室内の高価な壺をも割ってしまったというような場合が考えられる。

だが、の場合には、甲は腕の負傷につき、乙は足の負傷につき、それぞれ709条に基づき損害賠償責任を負うことになるのは当然であって、何ら複雑な問題は生じない。また、及びの場合についても、719条1項後段により、共同行為者(の場合には甲、乙、の場合にはA、B)をして、各自の行為による結果がいずれであるかを主張立証させ、それが功を奏すれば当然それに従い、それが特定できない場合には、については、甲、乙とも被害者の負傷(腕と足)の全部に対し、については、A、Bともに窓ガラスと壺の破損に対して損害賠償責任を負担することになるだけのことである。

したがって、論者が想定するのは、決して上記のような場合ではなく、結果が一個であるか、もしくは一体不可分であるところから、全体の結果Mの中におけるMaを区分して特定することができない場合であるに違いない。換言すれば、そもそもこの理論はこの種の事例について如何にして合理的な解決を可能にする理論を構築するかという問題意識から生み出された筈である。そうであれば、論者はこの点の困難をどのようにして克服するのかということがまず最初に関心の的となる。

イ しかし、この点は結局明らかにされないままであると言わざるを得ない。

浜上教授は、共同不法行為者間の求償が認められるということからしても「部分的因果関係」の考え方が認められるべきは当然であるとされる。これは、「求償が認められるということは事後的には因果関係の分割がなされることを承認しなければならないということであり、そうであれば、何故事前に因果関係の分割をすることができないのか。できない筈はない」ということなのであろう。だが、ここで自明のことであるかのように扱われている「求償は事後的な因果関係の分割にほかならない」という前提自体に疑問があることは既に前記三、第4の1(2)で述べたとおりである。また、これについて「損害自体の分割はできないにしても、金銭でなされる損害賠償は分割可能である」と説明されるつもりであれば、平井教授が「(このような)問題は金銭的評価の平面で政策的に評価されるべきこととなる」とされ(平井「因果関係論」現代損害賠償法講座1・100頁以下)、能見教授が「損害額を決定する際の法律的判断の問題として位置付けるべきである」旨の指摘をされている(能見・前掲(法協95-3-507))のと殆ど差がないことにもなる。これに対しては、「これが明らかにならなければ平等割合とされるだけである」と反論されるのかもしれない。「共同不法行為が成立していることは明らかであり、したがって、因果関係が分割されていることだけは明らかであるが、その分割されている「部分的因果関係」の割合が不明であることはありうる。そのような場合には、法律はそれぞれの「部分的因果関係」の割合を等分と扱うのが妥当であるとしているのである」とされ、719条1項後段の規定はその趣旨を明らかにしたものと解すべきであるとされるのは、そのような趣旨と思われる。しかし、同条1項後段の趣旨をそのようなものと解することはできない上、部分的因果関係の割合が不明である場合があまりに多いというのでは、結局この理論の意義が問われることにもなりかねないであろう。

また、野村教授は、「ある一個の損害について事實的因果関係の及ぶ範囲(これを損害の側から観察して寄与度ないし寄与部分と呼ぶことにしよう)を立証することは、極めて例外的な場合を除いて、一般的には困難であろう」と

いう平井教授の批判（私の前記疑問と同旨）に対して、「割合的因果関係の理論は、従来の二者択一的因果関係論とは座標系が全く異なるものである」（野村・前掲76頁以下）などとされるのみで、およそ具体的な反論をしようとするわけでもない。これでは反論の権利を放棄しているのも同然であり、議論になりようがない。おそらく、これは、この理論の成り立ちからして、このような疑問が突きつけられるのを予期した上で、かつ、的確な反論が困難であることを自覚しておられるからではないかと推測される。確かに、野村教授は、その主唱する「割合的因果関係論」について、これを事実的因果関係の問題だとされながらも、因果関係を量的なものとして把握した上でこの点は浜上教授も同様である、さらに「割合的」に判断する（これが「寄与度」である）というのであるから、従来の因果関係論とは異質な面があることはそのとおりであろう。したがって、「従来の因果関係論とは座標系が全く異なる」のだと言われてしまえばそれまでのことであって、要するに、そのような座標系が全く異なる因果関係論を立てる必要性や妥当性といった政策論の次元の問題に帰するというほかないのかもしれない。だが、それにしても、そのような因果関係論の理論的な正当性を合理的な根拠を示して論証することは不可欠であり、それには従来の因果関係論の側からの疑問や批判にまともに答えていくことが必要なのではないだろうか。

ウ いずれにせよ、この理論が前提とする「割合的因果関係」なるものが、本来の「事実認定」からするとかなり異質なものを含んでいることは確かであり、これをも「事実的因果関係」の問題として認識することができるのかどうかは相当に疑わしいように思われる。もちろん、事実認定の場面においても一定の評価的な判断が作用することがあることは否定できないが、「因果関係の割合的な判断」となると、もはや「事実認定」とは次元が異なってくるのではないだろうか。「寄与度に応じた分割責任の考え方をすべての損害賠償法の領域に広汎に導入すべきだということには躊躇せざるを得ない。むしろ、交通事故訴訟のような非訟事件化の方向に向かっている領域でこそ、「寄与度」の判断を自由に行使すべきである」という淡路教授のご意見（淡路「事故と再発症との因果関係につき、これを肯定する証拠が70パーセントあるとして、損害額

の70パーセントを認定した事例（東京地判45・6・29（判時615-38）の判例評釈）」（判例評論148-126）に大いに共感を覚えるものである。

(2) このように、実際上も理論上も、共同（不法）行為者各自の責任の範囲が常に必ず区分され特定され得るものではないということは認めざるを得ないものと思われる。

既に繰り返し述べたとおり、単一の交通事故、例えば、甲車と乙車が衝突して第三者を負傷させたというような事例においては、甲・乙の過失行為が密接不可分に結び付いて一個の損害を惹起したものであって、各過失行為毎の因果関係を区分するということはおよそ不可能というほかないのである。この理は、共同（不法）行為の一方として営造物の設置管理の瑕疵が競合している場合も同様であるし、さらには自然力が競合している場合にも当てはまるものと思われる。例えば、いわゆる飛驒川バス転落事故についての名古屋地判48・8・30（判時700-3）は「不可抗力と目すべき原因とその他の原因が競合して事故が発生し、それによって損害が生じた場合には、（中略）損害賠償をしなければならぬが、賠償の範囲は不可抗力が寄与している部分を除いたものに制限されると解するのが相当である」としたが、その部分を特定して除外するというようなことが果たして可能であろうか。新潟地判50・7・12（判時783-3）（加治川水害訴訟判決）が認めたように「割合的に明らかにする」のがせいぜいであろう。そして、前記のように、このような「割合的判断」としての「寄与度」は事実的因果関係の問題としてというよりも損害算定の次元の問題として認識し処理する方が妥当なように思われる。

(3) 前記のとおり、被害者の側にも損害を惹起し、或いはこれを拡大するような一定の素因^(注69)があるという場合においても、この理論が適用されるべきこ

(注69) 宮原「事故の競合と原因競合」(ジュリスト総合特集・交通事故 実態と法理111頁以下)は「既往症」を取り上げているが、これには体質的なもののほか、従前の事故等による後遺症的なものも考えられる。前者がここで問題にする「素因」であることは疑いないが、後者はむしろ「事故の競合」として捉えるべきかもしれない。その場合には、各事故と因果関係のある範囲が寄与度として 例えば、現に残存する後遺障害（等級）から前の事故による後遺障害（等級）を差し引いたものが今回の事故による後遺障害であるというような形で 判断されることになるかと思われるが、この点を明確に区別して認定することができないという場合も当然あり得る。

とが主張されている。

ア この点については、既に、前記四、第1の2において、過失相殺の場面で要求される「被害者の能力」の問題に関連して触れたところであるが、そこでの私の結論は「被害者の素因等についても過失相殺の規定（民法722条2項）の趣旨を類推することによって処理するのが適当であるが、あくまで類推適用にすぎないのであるから、このような被害者側の事情を斟酌するか否かという点においても、また、斟酌するとしてもその程度の面においても、それにふさわしい慎重な態度が望まれる」というものであった。

イ ところが、野村教授らによれば、これもまたあくまで事実的因果関係の問題として取り扱われることになるから、被害者の素因が結果（損害の発生ないし拡大）に寄与していると認められる場合には、それと加害者の行為のそれぞれが結果に寄与した部分ないしは割合（寄与度）が客観的に明らかにされ、それに応じた責任の範囲ないしは割合が区分され特定される。その結果、加害者について必ず減責がなされることになる筋合いである（むしろ、加害者はあくまでその行為と因果関係のある結果に見合った損害賠償を命じられるにすぎないというべきなのであろう）。しかし、被害者に一定の素因があるからといって、減責事由としてこれを常に必ず考慮しなければならないとするのは疑問であるから（能見・前掲（法協95-3-503）、西垣・前掲309頁以下）^(注70)、これではかえって硬直した結論を生むことになってしまう。しかも、最判63・4・21（民集42-4-243）が、被害者の心因的要因が損害の拡大に寄与している場合について、損害賠償額を定めるに際して民法722条2項の類推適用を認めたこ

（注70）能見教授は、「寄与度減責 被害者の素因の場合を中心として」（「四宮和夫先生古稀記念論文集民法・信託法理論の展開」215頁以下）において、この問題を詳細に論じておられる。

そこでは、割合的因果関係論に正面から批判を加えておられるわけではないが、一貫して「因果関係は肯定した上で、損害額を決定する際の法的判断の問題として位置付けるべきである」ということが基調になっているから、割合的因果関係論とは一線を画しておられることは明らかである。

また、窪田「被害者の素因と寄与度概念の検討 不法行為法上の損害賠償額決定過程についての一考察」（判タ558-37以下）は、損害額算定に際して素因を考慮すること自体に批判的ないし慎重な態度を持しておられる。

とにより、実務上はこのような方向での解決が指し示されたものといつてよいところ、これは予て中野貞一郎「相当因果関係の蓋然性と損害賠償額」(続・民訴法判例百選168頁)などによって示され、その趣旨の裁判例もそれなりに蓄積されてきていたことからして、理論上も実務上も相当強固な基盤に支えられているものと見てよいものと思われる。

さらに野村教授らの立論によれば、被害者に過失があるために過失相殺がなされる場合にもこの法理を適用しないと理論的な一貫性を保てないものと思われる。現に、浜上教授は過失相殺についても「部分的因果関係」論による説明を試みておられるが、少なくとも民法がそのような考え方に依拠していないことは明白である(西垣・前掲317頁もその旨の指摘をしておられる)。しかも、722条2項は、被害者の過失についてさえも、「これを斟酌することができる」ものとして、これを考慮するかどうかを裁判所の裁量に委ねているにすぎない。それにもかかわらず、それよりも被害者に帰責することに慎重でなければならぬ被害者の素因について必ず考慮されるべきだとする結論をもたらしうような立論に到底賛成することはできない。(注71)

ウ この問題についての私見は以下のとおりである。(注72)

まず、ここにいう素因とは、何らかの外的要因と相俟って被害者に損害が発生し、或いは損害が拡大する可能性を持った被害者の弱点であると解する。ところで、実際には稀有のことであろうが、加害者が被害者の素因について知っていたか、或いは知ることができたという場合には、加害者に素因による減責

(注71) 浜崎ら・前掲337頁は「この裁量性はある程度後退し、その権利性がかなり高いものに変容しつつある」と指摘され、また、四宮・前掲624頁は、過失相殺は裁判所の自由裁量であるといつても、それは無条件のものではなく、「裁判所が「過失」の事実を認めながら、それを斟酌しない場合には、判文上何らかの形で言及すべく、また、当事者の過失相殺の主張があるときなら、過失相殺をしない理由を説明すべきである(それをしないのは違法である)」とされる。これらの指摘はもとより正当であるが、だからといって、本文の指摘が的外れであるということにはならない。

(注72) この点に関する裁判例の大勢は、素因の寄与度に応じて損害賠償額を減額するというものである。ところが、最近、東京地判H1・9・7(判時1342-83)や横浜地判H2・7・11(判時1381-76)のように、これを否定する裁判例も現れるようになった(ただし、上記横浜地判の控訴審判決である東京高判H3・2・27(判時1386-98)は、素因による寄与度を考慮して事故の寄与度を6割にとどめるとの判断をした)

を認めるべきではないのは当然である。そこで、以下においては、それ以外の場合について見ることにする。

被害者Xが一定の素因を持っている場合であっても、Xが通常人と殆ど変わらない社会生活を送ることができ、現にそのような生活を送っていた中で事故により被害を受けたという場合には、当然の如くに素因による減責がなされるということがあってはならない。Xは、事故に遭いさえしなければ引き続き通常の社会生活を送ることができた筈であり、また、Xがそのような素因を持っているからといって、常に事故を警戒して、社会参加を控えるべきであるということにはならないからである。まして、Xに何らの過失もないという場合には、素因が考慮されてはならない。名古屋地判^{62・3・2}（判タ⁶⁵⁸⁻¹⁹⁴）はこのような考え方に依っているものと見られる。私自身も、「被害者Xは、かなり進行した関節リウマチの持病がありながらも電気料金の集金業務に従事していたが、道路左端を自転車で走行中、後方からY運転の自動車に衝突されて負傷した。Xの治療が長引き、また重い後遺障害が残ったことについては、多分に関節リウマチの影響が考えられる」という事案において、Xの逸失利益の算定について稼働年限を通常健康人よりも短いものとしたほかは、関節リウマチを素因として考慮することはしないとする判決をしたことがある（福島地いわき支判^{H1・7・31}（公刊物未登載））。

これに対して、同じように素因があるために通常健康人の場合に比べて重い結果が生じたという場合であっても、Xが自己にそのような素因があることを知り、或いは知るべきであったのに、そのことにおよそ無関心な生活態度や行動に終始したというときには素因が考慮されてよいであろう。例えば、一般に横断歩道以外の場所を横断することは事故に遭う危険が大きいから、一定の素因がある者は通常健康人以上に慎重でなければならないのに、敢えてそのような横断をしたために事故が発生し、当該素因のためにより大きな損害が発生したというような場合である。

また、事故の程度・態様が比較的軽微であるのに、専らXの心因的要因により治癒するのが遅れているというような場合には、その分に応じた減責をすることは許される（前掲最判^{63・4・21}がこの場合である）。しかし、事故

自体が相当重いものであったときには、同じく心因的要因により治療が長引いたという場合であっても、減責を認めるのは慎重でなければならない。「心因的要因により治療が長引いている場合であっても、被害者のあるがままの状態を考えなければならない」とした東京地判H1・9・7(判時1342-83)も、このような趣旨の説示と受け止めるべきであろう。

(4) 以上によれば、「部分的因果関係」論や「割合的因果関係」論に対して、原因競合の場合の法律関係の全部を包括的に説明できる理論であるというような期待を抱くことができないことは明らかであろう。即ち、共同(不法)行為者各自の責任部分ないしは割合については、その間において求償請求がなされる時、或いは719条1項後段が適用される結果、共同行為者間の責任の範囲を区分することが必要となる場合にはじめて問題になるのであって、その限りでは「寄与度」がその基準たり得るとしても、共同(不法)行為者の責任が問われているときに常に当然にこれが問題にされなければならないというわけのものではないのである。

第2 まとめ

1 以上のとおり、割合的因果関係論ないし部分的因果関係論は、せいぜい共同不法行為者間の求償関係が問題にされる場面において各自の負担部分ないし割合を判断する場合と719条1項後段が適用される場合 それも「共同行為」性の弱い共同行為者同士の場合に限られる において活用が期待されるにとどまるものである。^(注73)

しかし、この理論により基礎づけられた「寄与度」の概念ないしは「寄与度減責論」が直接的には上記の限度でしか有効ではないにしても、これはやはりそれなりの意義を有しているものと言わなければならない。

まず第一に、この理論が原因競合の場合を横断的・総合的に考察する契機となったことは確かであり、そのことの理論的な功績は大きいものがある。

第二に、「寄与度」の概念は、「割合的因果関係」の理論が意図した事実的因

(注73) ただ、求償請求の基準となる寄与度と719条1項後段の寄与度とは同じではないのではないかという見方もあり得る。

果関係の場面ではなく、損害額を算定する際の法的判断の場面においてではあるが、有用な概念として相応の役割を果たし得るものと期待される。ただ、窪田「自然力と営造物の設置管理の瑕疵との競合について」(235頁)が指摘するように、この概念には不透明な側面があることも認めなければならないから、その点を意識して、概念の曖昧さを払拭することが必要であるが、既に述べたとおり、それはこの概念を専ら「事実的因果関係」の問題と関連づけたことに起因するものであるから、「当該行為が惹起した結果が損害全体の中に占める割合」というように極力限定的な定義づけと理解をすることにより自ずから克服されるものと思われる(ただし、その場合においても、これが高度に評価的・価値判断的な概念であることは十分に弁えておかなければならない)。そして、例えば自然力が競合しているような場合や、複数加害者の一人が責任無能力者であったり、故意過失がないために、共同不法行為責任を問えないという場合において、「寄与度」という概念を用いることにより、割合的なものであってもその責任の範囲を明らかにすることができるならば、719条1項後段を類推適用することによって当該限度でのみ損害賠償を命ずるという結論を理論づけることができるものと思われる。^(注74)

2 なお、能見教授は、損害賠償の公平な負担という見地から、寄与度減責をもう少し広く活用することを考えておられるようであり(能見・前掲(法協102-12-2198以下))、例えば、前掲札幌地判51・12・27(前記三、第2の5

(注74) これらの場合には、原告の損害賠償請求は709条に基づくものとして構成されるのであって、719条1項後段に基づいて請求されるわけではない。そうすると、加害者の行為と結果との間に因果関係が認められなければならないのは当然である。そして、この場合においても、加害者(被告)側において、自己の行為の寄与度を明らかにすることにより減責されることがあるものとする。これは、719条1項後段の類推適用と見てよいであろう。

なお、塚原・前掲224頁以下は、「加害行為者の一方が人でない場合」や「加害行為者の一人が被害者である場合(被害者の行為又は素因によっても結果発生が可能である場合)」及び「加害行為者の中に責任無能力者がいる場合」にまで後段の適用があるとされるが、疑問である(神田・前掲625頁の注56にも同様の指摘がある)。この場合に、損害の公平な分担という722条2項の趣旨を踏まえて、同条項を類推適用するということも考えられないではないが、前記四、第2で述べたとおり、このように被害者とは全く関係のない要因についてまで含めるとするのは疑問である。

(2) イの不貞の事例) に対する評価などを見ても、主観的共同のある場合においても、その者の寄与度が著しく僅少であるときには減責を考えるべきであるとされるものようである。ところが、他方では「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責するものである」と定義づけておられるから、その適用範囲を極力限定されるべきものと考えておられるようにも思われる。

(1) 教授は、「寄与度」の概念を整理する必要を説かれた上で、これを事実的因果関係たる寄与度(事実的寄与度)と法的価値判断としての寄与度(評価的寄与度)に区別される。

そして、事実的寄与度の例として「AとBの同種の有害物質の排出により損害が単純に増加する場合」を、評価的寄与度の例として「Aの有害排出物だけでは損害が生じないが、Bの有害排出物と合計されて初めて損害発生の基準値を上回る場合」を挙げておられる。さらに、後者の事例におけるAの評価的寄与度は「一応、Aの排出量により決まるであろうが、それだけでなく、Aが他にも有害物質が排出されていることを知っていたかどうか、Aの過失の程度(Aに故意があれば原則として減責は認められるべきではあるまい)などが評価されて決められるものである」とされる。

(2) 前記のとおり、寄与度の概念に不透明であいまいな面があったことは否めないから、教授がこの概念を整理する必要があるとされる点は大いに共感を覚えるものである。しかし、教授が提唱される寄与度の分類に対しては、以下のような疑問がある。

第一に、私は、既に繰り返し述べたように、「寄与度」とは、「当該行為の惹起した結果が損害全体の中に占める割合」と解するものであるから、その限りでは「事実的因果関係」に足場を置くものと言ってもよいが、共同(不法)行為をはじめ、広く原因競合の場合においては、各行為毎の事実的因果関係の認定判断が実際には困難な場合が多いこと、しかし、そのような場合であっても、それを割合的になら評価・判断することができる場合もある。それこそが「寄与度」の本領が発揮される場面である。と考えるものである。そうであれば、「寄与度」はそもそも価値判断的なものなのであるから、教授のように分類す

ることには無理があり、また、そのような分類をする意義を見出せないのである。

第二に、教授が挙げられる例示にも疑問がある。事實的寄与度として挙げられている例についていえば、AとS₁、BとS₂との各因果関係は実際には区別が著しく困難であるか又は不可能なのであって、評価的寄与度の場合と本質的に異なることはないように思われる。

第三に、評価的寄与度の判断に際してAについての主観的な事情まで考慮されるべきことを主張される理由が定かでない。評価的寄与度はそもそも価値判断的なものであるとはいえ、そのことの故をもって上記のような主観的要素までが入り込んでくることの根拠が説明済みであるということにはならない。私は、このような主観的な事情は、寄与度の判断をする際の要素からは原則として排除されるべきであり、別途過失相殺の判断の際に考慮されるべきであると考える。

第四に、教授が、寄与度減責について「寄与度が小さいために全額責任を認めるのが適当でない場合に認められる例外的な減責方法と考えるべきであろう」とか、「寄与の程度は、過失の程度・割合によって判断すべきである」とされる点についてもたやすく同調する」ことができない。

(3) このように見てくると、教授が分類される「事實的寄与度」はまさに事實的因果関係の問題に帰着し、寄与度減責として問題にされるべき寄与度とは「評価的寄与度」であるということになるのであろうが、教授の構想される寄与度減責論が前記のような限定されたものであるのならば、そもそも寄与度を二つに分類した上で「評価的寄与度」などという概念を用いるまでのことはなく、損害の公平な分担ということを実現するためには、信義則や公平の原則などの一般条項により責任の範囲を画することも考えられるところであり、それで足りるように思われる。現に、大阪地判59・2・28(判タ522-231)(多奈川火力発電所による大気汚染訴訟判決)や大阪地判H3・3・29(西淀川大気汚染公害第一次訴訟判決)は、公害事件についてこのような考え方を採用して、被害の減責を認めている^(注75)。

六 補 論

第1 旧稿の見直しと本項の内容について

1 基本的にはそのまま維持するという前提で旧稿の見直しに着手したのだが、予想していたとはいうものの、いざ読み直してみるとやはり手を入れたくなる部分が少なくなかった。しかし、資料等の入れ替えは今更不可能なので、一切手を付けなかった。また、共同不法行為論に比べると、それ以外の部分、特に寄与度減責論の分析がいかにも手薄いなど、記述の繁閑も気になった。最後はやはり力尽きたのだなと思ったことである。しかし、これも目をつぶることにした。ただ、本項を予定したので、「六 おわりに」は削除し、<注>を大幅に割愛して少しでも読みやすくなるように工夫した。

そんなわけで、全体的には文章上の調整に終始したのであるが、その程度の作業にもかかわらず意外なほど手間取り、本項の作成に割く貴重な時間が削られる仕儀となった。

2 ところで、本テーマをめぐる私の問題意識は次のようなものであった。即ち、社会が高度に発展するとともに、生活関係が変化し、人間関係も複雑に絡み合うようになった。中でも、自動車が生活に欠かせないまでの存在になった反面、誰もが、いつ交通事故に遭うかもしれないというほどに交通事故が激増し、それは交通事故に基づく損害賠償訴訟の著しい増加につながった。こうして、交通事故訴訟は量的に不法行為訴訟の中核を占めることになったばかりでなく、不法行為訴訟一般にとっての理論面においても大きな役割を果たした。例えば、損害論は交通事故訴訟を通じて定型化され確立されたといってもよい

二五

(注75) 大気汚染防止法²⁵条の2・3や水質汚濁防止法²⁰条、同条の2などにも同様の思想が体现されているといえる。ただ、これらの場合には、いずれも「無過失責任」が前提とされているから、故意・過失のある共同不法行為者の責任が問われている場合においてこれを類推適用するには慎重でなければなるまい。その意味では、能見教授が「(水質汚濁防止法²⁰条等で)共同不法行為が成立する場合にも微量寄与者の減責を認める立場を一般化するのが適当である」とされるのは疑問なしとしない。

し、本テーマとの関係でも実際の事例に基づいて多くの論点を提供してくれることになった。何よりも、不法行為訴訟が国民にとって遠い存在ではなくなり、医療過誤訴訟や公害訴訟などの複雑困難な訴訟への扉を開いてくれることにもなった。まさに目を見張るほどの大きな変化がもたらされたといつてよい。当然、私自身も、多数の不法行為訴訟を担当したが、その中には、旧稿で紹介した[裁判例 8]等のほか、複数の要因による交通事故（それには、複数の加害者が関与しているものに加えて、被害者の過失や素因が問題になるものなどもあった）など、本テーマに関係する訴訟も少なくなかった。

このようなところから、旧稿の作成に着手し、一応の形をなすところまでこぎ着けたのであるが、その後、裁判所をはじめとする司法界全体は予想もしなかった激震に見舞われることになった。司法制度改革である。中でも、法曹養成制度が抜本的に変えられ、法科大学院が設置されることになったことの影響は大きい。それに伴い、実務家教員という名のもとに、私のような実務家が法科大学院教育の一端を担うことになったわけである。また、これまで専ら司法研修所と民事裁判実務の世界でのみ幅を利かせていた「要件事実論」が法科大学院の授業に取り入れられることになり、さらには民法の教科書の中にも要件事実論について明確な問題意識を持ち込むものも現れるなど、その影響は実に広範に及んでいる。もとより、このような民法学と民事裁判実務の接近ないし対話の機会の拡大という傾向自体は歓迎すべきことなのであろうが、それにしても、旧稿後（特に、このような大変革を経た後）に公刊された民法の教科書に目を通してみないことには本テーマについても論ずる資格がないのではないかと思われた。

また、公害裁判の判決をはじめ共同不法行為や寄与度に関する重要な判決が相次いでいるし、比較的最近、本テーマに直接関係する重要判例 最判H13・3・13（民集55-2-328）と最判H15・7・11（民集57-7-815）が公にされるなど、裁判例の動向も注目される。

3 以上の諸事情を総合考慮して、まことに勝手ながら、旧稿後に公刊された教科書（内田貴『民法 債権各論（第2版）』（2007年）、潮見佳男『基本講義 債権各論 不法行為法』（2005年）、吉村良一『不法行為法（第4版）』

(2010年))を踏まえて、最小限度の補正・補足をするとともに、本テーマに係る裁判例を概観した上で、特に上記の二つの最高裁判決の分析をするということに本項の目的を限らせていただくことにした次第である。

第2 共同不法行為論をめぐる旧稿後の状況

1 学説

以下においては、最新の教科書である吉村・前掲を中心に見ることにし、潮見、内田両教授の教科書については必要に応じて触れるにとどめる。

(1) 719条1項前段及び後段についての吉村教授の解釈

ア 1項前段につき、吉村教授は、「共同不法行為規定の存在意義は、共同した不法行為に参加したことを理由に自己の行為の結果を超えた(少なくとも自己の行為の結果であることが証明されていない)全損害に対し責任を負わせるところにある」、「そのような存在意義との関連で、関連共同性要件を、従来の通説である客観説とは異なるものとして再構成する必要が出てくる」、「ただし、その場合、複数の加害者が関与する形態は極めて多様であることから、できるだけ多様な形態に対応しうる枠組みを構築することが必要である」、「従来の判例や通説が、比較的緩やかに関連共同性要件を設定することによって果たしてきた被害者救済の機能を大きく損なうことのないようにも配慮すべきである」、そうすると、「類型説が最も適切な判断枠組みを提示していることになる」とされる(吉村・前掲²⁵⁰頁)。ここにいう類型説としては、平井説、淡路説、四宮説が紹介されているから、四宮教授が「主観・客観併用説」と呼ばれるものと同義と見てよいであろう(ただし、吉村・前掲²⁵¹頁には、「主観客観総合説」という用語も登場するところ、これは、教授のいう「類型説」のうち四宮教授の説のみを指しておられるのかもしれない)。もっとも、吉村教授ご自身が上記類型説のうちどの説を採用されるのか、或いは独自の類型説を主張されるのかは必ずしも明らかではないが、上記くだりに続く記述に照らせば、基本的には淡路教授の提唱にかかる「弱い関連共同性」と「強い関連共同性」の区別に依拠しながら^(注1)、四宮教授の判断基準を取り入れようというものと解することができようか。

また、同項後段については、吉村教授は、梅博士が挙げた例（数人が同時に他人の家に石を投げ、その一つが家に当たり家を棄損させたが、それが誰の投げた石によるものであるかが明らかでないというもの）を紹介しながら、その趣旨を説明し、「加害者が誰かが分からない（因果関係の証明ができない）場合に被害者を救済するための規定であるから、被告は、自らの行為と損害の間の因果関係の不存在を立証すれば責任を免れると解すべきである」とされる（吉村・前掲252頁）。いわゆる択一的損害惹起の関係がある場合についての規定という理解である。したがって、教授は、「複数の行為者が各自、因果関係を除く他の不法行為の要件を備えていなければならない」とされ、因果関係については、被害者（原告）側で証明する必要はなく、被告側で因果関係のないことを証明すれば免責されることがありうるというだけであるとされる^{（注2）}。

イ 吉村教授の同項前段に関する所説のうち、上記アの 及び については全く同感であるし、 についても特に異を唱えるつもりはない。にはもちろん異存はない。問題は、どうして の結論があたかも自明のことであるかのようにして導かれるのかということである。更に言えば、前田教授らが提唱される新主観説（私見もこれに従っている）がなぜ採用されないのかが必ずしも明らかにされていないのではないかということである。通説・判例に批判的な立場からすれば、 は当然その出発点となるべきものであるし、 も、立場を超えて、一般論としては誰しも思いを共通にするところの善である。然るに、吉村教授が上記 の結論を採用しておられるということは、新主観説は の要請に対応することができず、ひいては にも反することになると考えておられるのであろう。しかし、果たしてそのような理解は正当なのだろうか。前

（注1）ただし、吉村教授は、淡路教授が、「強い関連共同」につき1項前段、「弱い関連共同」につき同項後段の各適用を主張される点については、「後段は本来、加害行為に関する関連共同性がない場合に適用される規定であり、たとえ「弱い」ものとはいえ関連共同性を要件とする共同不法行為のタイプをここに位置付けるのには問題がないわけではない。むしろ、前段に様々なタイプの共同不法行為があると解する方が素直なように思われる。後段を活用する場合でも、その適用ではなく類推適用と考えるべきではないか」と指摘されている。鋭い指摘だと思われる。主観説においてはこのような批判を受けるおそれはない。

なお、本項の「注記」は新たに（注1）から付することとする。

記三、第2の4において詳細に検討したとおり、私見によっても、被害者救済の機能を果たし得なくなるとは考えられないのであるから、そのような立場からすると、具体的な場合に応じた検討をした上で、新主観説を採用できない所以を明らかにして欲しかったと思うのである。

なお、教授の同項後段に関する所説についていえば、私もこれがいわゆる択一的損害惹起の場合に関する規定であることを承認するが、それだけではなく、ある損害のうちどの部分が誰によって惹起されたものであるかを区別することができないときをも含む、即ち、このような場合にも同項後段の適用ないし類推適用があると考えるものである（前記三、第2の3(3)ア）。それ故、私見によれば、同項後段の対象領域は格段に広くなり、この規定の存在意義が増すとともに、このような場合についても妥当な解決を図ることが可能になるものといえることができる。

このように、私見によれば、適切に被害者救済を図れるばかりか、比較的小さな原因を提供したにとどまる加害者の責任を限定することが理論的にも実践

(注2) 原告は因果関係があることについての主張自体をする必要がなく、被告が因果関係のないことの主張立証責任を負うという主張なのであるうか。私は、この場合においても、不法行為責任を問うものである以上、原告は、共同行為と損害との間の因果関係についての主張立証責任を免れるものではなく、ただ、被告が自己の行為と当該結果との間に因果関係がないことを主張立証した場合には免責されるということであるから、被告はその点の主張立証責任を負う（抗弁として位置付けられる）ものと考え。教授が「各自の行為が損害を発生させる危険性を有していることが必要である」とされる点も、上記のように解するならば自動的に解決される問題であり、このことを独自に問題にする必要はないことにならう。

また、「共同行為者」性に関連して、行為の同時性ないし共同性の要否について検討し、「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関連共同性があること」（加藤一郎・前掲211頁）も必要ではなく、A病院で治療を受けたが、その後、B病院に転院して治療を受け、どちらかの病院で肺炎に感染したが、A・Bいずれの病院でも感染する可能性があるが、そのいずれであるかが不明であるというような場合にも本項後段の適用を認めてよいとされる。同例についての結論自体に異を唱えるつもりはないが、「共同行為」の要件を完全に外してしまってもよいということにはならない。その意味において、「加害者は、この数人のうちの誰かであり、それ以外に疑いをあけることのできる者は存在しない」という程度までの証明は必要であろうとされる点は全く同感である。ただし、私見によれば、この点も「共同行為と結果との因果関係」については原告が主張立証責任を負うとすることによって、自ずから解決されることになるものと思われる。

的にも可能になり、均衡のとれた結論を導くことができる。また、判断基準としても、類型説に比べてはるかに簡明な理論構成ではないかと考える。

ウ これに対し、内田教授は、複数加害者の加害類型を、a 加害行為一体型、b 損害一体型、c 独立不法行為競合型、d 加害者不明型の4つに分類した上で、cは709条で処理されるべきであることはいうまでもなく、aは1項前段、dは1項後段がそれぞれ適用される。問題はbであるが、結論的には1項後段を類推適用するのが妥当とされる（内田・前掲500頁～503頁）。これは、具定例の検討内容（505頁～509頁）に照らしても、その理由づけや理論構成は私見と異なる部分もあるけれども、結論は概ね一致しているものと見てよい。

もっとも、教授は、客観的関連共同性を1項前段の判断基準とするかつての通説には批判的であり、主観的関連共同の方が「1項前段の適用を限定する基準として妥当であるように思われる」としつつも、過失についても主観的関連共同を認めると客観的関連共同と質的な差異がないことにもなりかねないとして、結局、判断基準は主観的関連共同とか客観的関連共同などということではなく、「全損害についての賠償義務を負わせるのが妥当な程度に加害行為に一体性があるかどうか」という評価の問題にほかならないと結論される。

これは問題の本質を突いた指摘であるとはいえるが、これでは判断基準の定立の努力を放棄したのも同然ではないかという気がする。また、私も過失の共同正犯を認め、これをも主観的共同の一つに含ませるものではあるが、その際、過失行為を共同ですという一体性を必要とすると解するのであり、漫然と「過失についても主観的関連共同を肯定する」というわけではない。そうであれば、私の主張にかかる主観説が客観的関連共同と差がなくなるというようなことはない筈である。

エ 潮見・前掲は、内容的には以上に見たところに特に付加すべきものはないように思われるが、要件事実論を踏まえた、したがって主張立証責任を常に意識した記述となっており、民法の教科書としては画期的な試みであり、注目される。

（2）同条2項の解釈

ア 吉村教授は、同条2項の意義は、1項前段の共同不法行為の範囲をど

のように考えるかによって異なってくるとしながらも、教唆・幫助とも主観的な要素がある場合が多いので、1項前段の共同不法行為責任が認められるものと思われるから、いずれにしてもその適用範囲はそれほど広がらないとされる(同・前掲²⁵⁴頁)。

内田教授も、1項前段の加害者の範囲についての「みなし規定」であるとされる。

イ 私は、教唆・幫助の意義については、吉村教授らの見解と同じであるが、同項が教唆者及び幫助者を1項後段の「共同行為者」とみなした上で、同項前段と同じ責任を負うとする二段構えの仕組みを取っていること、幫助の場合はもとより、教唆についても主たる不法行為からすると従たる関係にとどまることもあり得ること、そして、その場合には主たる不法行為者の責任に比してこれを減すべき場合もあることからすると、同条1項前段の不法行為とは区別してその成否を検討すべきであるとした(前記三、第2の5参照)。

ただ、幫助ばかりか、教唆についても責任が減じられるかのように説いている点は、彼らが1項後段の「共同行為者」とみなされることとされているほかは、刑法⁶²条の趣旨を類推するという以外に確たる法的根拠はないことからすると、いささか言い過ぎであったと思われる。もっとも、過失相殺の場面や慰謝料額の算定に際しては、教唆者についても主たる不法行為者と区別する意味はあると思われるので、1項前段の不法行為とは区別して教唆・幫助の成否を検討すべきであるとする点自体は変更の要を認めない。

(3) 719条1項の要件事実について

ア 潮見教授は、Xが、A・B・Cを被告として損害賠償請求をする場合を例にして、Xの請求原因について以下のとおり説いておられる。^(注3)

1項後段に基づく請求の場合には、Xの権利の侵害、損害の発生(及びその金額)、Xの権利を侵害した行為者として考えられるのがA・B・Cで

(注3) 吉村教授も、719条1項前段の共同不法行為の要件事実について検討され、原告の権利又は法益が侵害されたこと、Aの故意又は過失ある行為、Bの故意又は過失ある行為、損害の発生及びその金額、関連共同性(共同行為への参加)、共同行為と損害との因果関係、を挙げておられる(吉村・前掲²⁵⁷頁)。

あること、A・B・Cのいずれの行為によりXの権利侵害（・損害）が生じたのが不明であること、Aに故意があったことまたは過失があったとの評価を根拠づける具体的事実、Bにつき同じ、Cにつき同じ、である。

また、同項前段に基づく請求の場合、伝統的な考え方によれば、Xの権利の侵害、Aに故意があったことまたは過失があったとの評価を根拠づける具体的事実、Bにつき同じ、Cにつき同じ、Xの損害の発生（及びその金額）、Aの行為と権利侵害（・損害）との間の因果関係、Bの行為につき同じ、Cの行為につき同じ、A・B・Cの各行為が関連共同すること、であり、最近の考え方によれば、～は上記と同じ、上記と同じ、A・B・Cの共同行為と権利侵害（・損害）との間の因果関係、となる。

イ 719条1項の要件事実については、私も、上記（1）イのような理解に基づいて既に述べたところ（前記三、第3の1（3）、（4））であるが、ここで改めて整理しておくとして、1項前段の共同不法行為の請求原因事実は、Xの権利又は法益が侵害されたこと、A、B、Cの主観的共同のある共同行為がなされたこと、これにつき、A、B、Cに故意又は過失があること、Xの損害の発生及びその金額、A、B、Cの共同行為とXの損害との間に因果関係があること、となり、同項後段の請求原因事実としては、が「A、B、Cの共同行為がなされたこと」となる（「主観的共同のある」が不要である）。これに対して、例えばA被告の抗弁として「Aの行為と結果との因果関係の不存在」が主張されることになる。^{（注4）}

（4）「競合的不法行為」について

ア 平井教授は、「賠償の対象たる同一の損害を生じさせた行為者が複数人存在し、それらの者が行った独立の基本型不法行為が偶然に競合するにすぎない場合又はその場合における各不法行為」を「競合的不法行為」と呼んで

（注4）なお、共同（不法）行為に基づく損害賠償請求は、共同（不法）行為者全員を共同被告としなければならない固有の必要共同訴訟ではないから、A・B・C全員が共同被告になるとは限らないし、実際としても、誰か特定の者（訴訟を提起しやすく、かつ、勝訴の見込みが大きい相手であることに加え、資力があって訴訟をする実益がある者が選択されることになるものと思われる）だけが被告とされる場合の方がむしろ多いということは留意しておかなければならない（前記三、第3の2参照）

「共同不法行為」と区別しておられる(平井『債権各論』(1992年)206頁)。

そして、教授は、共同不法行為と競合的不法行為の区別が意識されるようになり、今では学説上はこの区別はほぼ確立しているとした上で、競合的不法行為は、関連共同性を要しない(無関係な複数人の不法行為が偶然に同一の損害を惹起したことをもって足りる。)が、賠償の対象たる損害が同一であることを要する(これが無ければ個別の不法行為が個別に損害を生じたこととなって、基本的不法行為に分解されてしまい、競合的不法行為ではなくなる)ものとされる。さらに、については、共同不法行為のうち意思的共同不法行為と異なり基本型不法行為の要件すべてを充足することが必要であり、また、加害行為の一体性を要せず減・免責の立証が許される点で関連共同不法行為とも異なる、については、各不法行為と損害との間に事実的因果関係が要求されたが、損害が各別に分割でき、そのうちで事実的因果関係の及ぶ範囲が明らかであれば、その部分についてのみ賠償義務を負うのが一般理論の帰結であるが、訴訟法上は、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それだけで十分であって、原告は立証責任を果たしたことになり賠償義務が成立するから、損害の可分性及び事実的因果関係の及ぶ部分を明らかにして減・免責を得るために立証することは被告に負わされるべき負担となる、

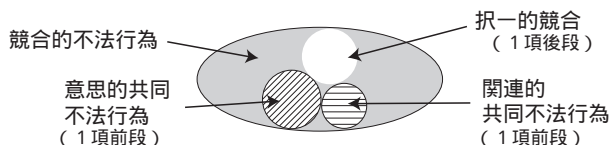
加害者不明の場合の共同不法行為と呼ばれるもの(719条1項後段)は、競合不法行為者間に同一損害の発生につきいわゆる択一的競合のある場合に限って事実的因果関係の擬制を認めたものであり、この点において競合的不法行為の原則が修正されている(競合的不法行為の特則である)と説明される(平井・前掲207頁以下)^(注)。

吉村教授も、「709条の要件を満たす不法行為が競合して一個の損害を発生させることがある。この場合、各行為者に関連共同性があれば、民法719条の共同不法行為となる。判例は、関連共同性を緩やかに解し、共同不法行為の成立を広く認めるので、共同不法行為によってカバーされない競合事例は限られたものとなるであろう。これに対し、近時の学説は、関連共同性をある程度限定する傾向にあるから、共同不法行為とならない不法行為の競合事例は増えてくる」という認識のもとに、そのような近時の学説の中では比較的広い範囲で共

同不法行為を認める吉村説によっても、加害行為としての一体性がない複数の不法行為の競合事例はあり得るとした上で、平井説をほぼ忠実に踏襲しておられる（吉村・前掲259頁以下）。

イ これに対し、内田教授や潮見教授の見解はやや異なるように思われる。即ち、内田教授は、そもそも「競合的不法行為」という語を用いていない。ただ、教授が加害類型の一つとして想定されている「独立不法行為競合型」は

（注5）平井教授は、かつて「独立的共同不法行為」という用語を用いておられたが、これを「競合的不法行為」に改められたということであるから、前記三、第1の2で紹介した平井説の説明及び図示についてもその旨修正しておかなければならないことになる。そして、それは単なる用語の問題にとどまらない。即ち、平井説の図示において、「独立的共同不法行為」の外延に「択一的損害惹起の関係にある共同行為（719条1項後段）」を記していたが、「競合的不法行為」には「択一的競合」（択一的損害惹起の関係にある共同行為（719条1項後段））も含まれる。それは競合的不法行為の特則であるというのであるから、この関係を図示すれば下記のとおりとなろう。



しかし、719条1項後段が規定するのはあくまで「共同行為」であり「不法行為」とは一線を画すべき概念であるところからすると、やはり「競合的不法行為」の外延にこれを配置するという方がよいのではないかという気もする。そうだとすると、「択一的競合」を競合的不法行為の特則であるとしたのが必ずしも適切ではなく、両者は密接な関係を有するものではあるが、やはり別個のものであるという位置付けをすべきだったようにも思われる。

なお、平井教授は、719条1項後段の「共同行為者」とは損害惹起についてのいわゆる択一的競合関係にある者であれば足り、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として、轢き逃げ事故において、死亡時刻と推定されるときにその場所を通過した自動車が多台しかない場合のそれぞれの運転者の例を挙げておられる。このことに異論はないが、教授が、これに続けて、「右の意味での共同行為者であれば、事実的因果関係が存在するとみなされて（推定ではない）全部義務を負う。免責されるには共同行為者ではないことを立証しなければならない」とされる点は疑問なしとしない。この場合においても、「共同行為者」とされた被告の一人が、自己の行為と結果（の一部）との間の因果関係の不存在を主張・立証することにより初めて免責が得られるものとするべきではないだろうか。もっとも、「因果関係の不存在の立証が即ち「共同行為者」ではないことの立証にほかならない」と言われてしまえばそれまでのことではあるが。

「競合的不法行為」に該当するということなのかもしれないが、両者は異なるようでもある（内田・前掲501頁）。他方、潮見教授は、「競合的不法行為」について「個別の不法行為責任が競合しているのですから、被害者の個々の加害者に対する損害賠償請求を考える上で、要件事実面で特有の問題は基本的にありません。ただ、注意すべきは、競合的不法行為のうち加害者不明の不法行為に関しては明文の規定で因果関係の主張・立証責任が転換されているという点です。「択一的競合」とも呼ばれています」と説明した上で、択一的競合についての要件事実を検討しておられる（潮見・前掲151頁）。このように、「競合的不法行為」の中に719条1項後段の択一的損害惹起の場合（以下「択一的競合」の語を用いる）をも含めている点においては、潮見説は平井説及び吉村説と同一であるが、肝心の「競合的不法行為」の内容についての理解は相当異なっていると見てよいであろう。

そうすると、「競合的不法行為」という用語自体はそれなりに定着してきているが、その内容はかなり区々であって、必ずしも平井教授の所説が広く承認されるに至っているというわけではなさそうである。^(注6)

ウ それにしても、平井説は、719条1項後段は択一的競合についての規定であると限定的に解釈するものの、別途「競合的不法行為」を觀念し、これについて、「関連共同性がないので、各行為者が、それぞれ、因果関係要件を含めて709条の不法行為の要件を満たす必要がある。そして、その場合の責任の範囲は、共同行為を觀念することができないので、各人の行為を起点に考える

(注6) 択一的競合以外の競合的不法行為を潮見教授のように理解するのであれば、単に独立の不法行為が競合的に併存しているという状態ないし現象に「競合的不法行為」という名を冠したというだけのことであって、法的には格別の意義を持たないことになるから、わざわざ「競合的不法行為」という概念を用意するまでの理由も必要もないように思われる。そのような競合類型は独立の不法行為が偶然に競合している場合にすぎないものとして扱えば足りるし、むしろそうすべきである。内田教授が「競合的不法行為」の概念を採用することなく、「独立不法行為競合型」という類型を用意していることで済ませておられるのはそのようなお考えによるものではないかと推測されるのである。

なお、吉村教授は「加害行為としての一体性がない複数の不法行為の競合事例はありうる」として「競合的不法行為」という概念の必要性、有用性を主張されるのであるが、719条1項後段を択一的競合の場合に限定される以上はそのとおりであろうが、私見によればそれは同後段に包摂されているので、その必要はないことになる。

べきであり、その責任が重なる範囲でのみ連帯（不真正）して責任を負う」（吉村・前掲260頁）としつつ、損害が一個であるという点に着目して、「被告の行為と損害（の少なくとも一部）との因果関係が証明されれば、被告の行為の寄与は部分的であり責任は全損害には及ばないことの立証責任は被告にあり、寄与度が明らかでない場合は全部について責任を負うと考えるべきである」とされるのである（吉村前掲260頁、平井・前掲208頁）。おそらく719条1項後段を類推適用するということになるのであるが、これはやはり注目すべき見解であると言わなければなるまい。

この点、私見は、1項前段の共同不法行為の成立に一定の制約を課した上で、後段の適用領域を飛躍的に拡大する。1項後段の「共同行為」には、択一的競合の場合のみならず、一つの損害発生に複数の不法行為が競合的に関わっており、各行為の寄与度が不明の場合も含まれるものとした上で、「共同行為者」において、自己の行為が結果発生に無関係であることを立証すれば免責され、仮に結果に関わっている場合でも、自己の行為の結果発生における寄与の程度を証明することに成功し、かつ、責任の分割が可能であれば減責を認められる

こととするわけであるから、私見と平井説は理論的な枠組みは大いに異なる。しかし、平井説にいう「競合的不法行為」は、私見による719条1項後段の対象範囲から「択一的競合」を除いたものと符合すると解されるのであり、また、実際の場面でも、平井教授らが「競合的不法行為」の名のもとに想定しておられる殆どの場合が、私見では719条1項後段に取り込まれることになるものといえることができる。

そうすると、私見によれば、敢えて「競合的不法行為」という概念を持ち込む独自の意義を見出し難いことになり、せいぜい、「1項後段が対象とするものの中には、択一的競合の場合のほかに、「競合的不法行為」と呼ばれるものが含まれる」というように、説明の便宜という限りでの意義を承認するにとどまることになる。（注7）

2 裁判例

(1) 公害裁判

ア 横浜地川崎支判H6・1・25（判時1481 19）（川崎大気汚染公害訴

訟判決), 岡山地判H6・3・23(判時1494 3)(倉敷大気汚染公害訴訟判決), 大阪地判H7・7・5(判時1538 17)(西淀川公害訴訟(第2~第4次)判決), 神戸地判H12・1・31(判時1726 20)(尼崎大気汚染公害訴訟判決)などの判決が相次いでいる。

イ は, 工場の排煙と自動車の排気ガスに基づく複合的な大気汚染による健康被害について, 広域工業地帯に立地する複数の企業の損害賠償責任は認められたが, 国及び首都高速道路公団の責任は認められなかったというものである。同判決は, 719条1項の共同不法行為の「関連共同性」については, 前段, 後段とも, 共同の行為が客観的に関連共同していることで足りるが, 前段の場合は共同不法行為者間により緊密な一体性を要するのに対し, 後段のそれは社会通念上全体としての一個の行為と認められる程度の一体性を有した上で加害行為の一部を負担していることで足りると解するのが相当であるとした。

は, 水島臨海工業地帯に進出した工場からの排煙に基づく大気汚染による健康被害について, 同地帯に立地する複数の企業の損害賠償責任が認められた事例である。同判決は, 719条1項前段の「関連共同性」があるというためには, 共同行為者が加害行為の一部に参加しただけでは足りず, 各行為者が損害の発生に対して社会通念上全体として一個の行為として評価できる程度の一体性を有することが必要であり, 行為者に共同の認識があれば関連共同性はさらに強固になるとした上で, Yら企業の間には地域的一体性, 立地・操業・拡大

(注7) 私も719条1項後段の適用を受けるためには, 社会的に見て一体性があると評価されるような関係がある複数の(不法)行為であることを要すると解しているから, そのような一体性さえもない競合類型があり得るとすれば, 「競合的不法行為」の概念を用いる意味もあることになる。特に, 因果関係についての推定を及ぼすこととし, 減・免責を受けるためには被告側において自己の行為と結果(損害発生)の全部又は一部との間に因果関係がないことを主張・立証しなければならないとするのであれば, その意義は小さくない。

しかしながら, 社会的な一体性さえもなく, 全く偶然に競合しているにすぎないというような場合についてまで, 上記のような因果関係の推定を及ぼすことが果たして相当であろうか。この考え方によれば, 被害者の救済には資するであろうが, その反面, 加害者側にすれば, 全く予期さえできなかった第三者(別の加害者)が介在していたことにより, 自己の行為と結果との因果関係についての主張・立証責任が転換されるというのではかえって衡平を失するということにならないだろうか。

の一体性、経済的一体性、人的・組織的一体性、コンビナート関連施設の共同利用の一体性があり、対気汚染物質の排出については互いに十分認識し、加害行為について共同の認識があったから、関連共同性を有していたと認めた。

は、工場等からの排煙に加えて、自動車の排気ガスがもたらす沿道住民の健康被害について、国及び高速道路公団の損害賠償責任が認められた事例である。同判決は、719条1項前段の「共同行為の関連性」については、共同行為者の主観的側面に関わりなく、行為が客観的に関連し共同して結果を発生させていることで足りるとした上で、「強い共同関係」がある場合には共同行為者各自の寄与の程度に対応した責任の分割を認める必要性はないし、被害者保護の観点からも許されないが、「弱い共同関係」しかない場合（主観的な要素が存在しないか、希薄であり、共同行為への関与の程度が低く、自己の行為のみでは結果発生危険が少ないなど、共同行為への参加の態様、そこにおける帰責性の強弱、結果への寄与の程度等を総合的に判断して、連帯して損害賠償義務を負担させることが具体的妥当性を欠く場合）には、各人の寄与の程度を合理的に分割することができる限り、責任の分割を認めるのが相当であるとする。また、同項後段についてはいわゆる択一的競合の場合であると解している。^(注8)

以上は、これまで共同不法行為について論じられてきた範囲内の見解（上記吉村説に最も近いといえようか）であるが、本判決は、その事案解決の必要性から、「重合的競合」（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の共同行為をいい、その行為者を「競合行為者」というとしている）を取り上げ、「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

(注8)ただし、「寄与度不明の場合も含む」とし、「共同行為者において、自己の行為が結果を惹起していないことを立証すれば責任を免除するのが相当であるし、結果に関わっている場合でも寄与の程度を証明し、責任の分割が可能であれば、減責を認めるのが相当である」とされているから、この点は私見と同一に帰する。

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」には、719条を類推適用して、特定された競合行為者に対する損害賠償請求を認めるのが相当であるとした。しかし、これらの者の責任の範囲は、「結果の全体に対するこれらの競合行為者の行為の総体についての寄与割合を算定し、その限度で賠償させることとするほかない」としている。

も、自動車の排気ガスを主とする大気汚染による健康被害について国及び高速道路公団の責任を認めた事例である。損害賠償請求にとどまらず、一定レベルを超える数値が測定される大気汚染を形成してはならないとした点で注目される判決であるが、共同不法行為についての見解は特に目新しいものはないように思われる（ほぼ 同一と見てよさそうである）

ウ 上記のような判決が相次いだことにより、少なくともこの種の大気汚染公害に対する719条1項の適用についての裁判所の態度 基本的には1項前段の不法行為の成立を認めるといえるものはほぼ固まったものと見てよい。なお、この判決は、それに加えて「重合的競合」という共同行為の類型を構想し、これについては719条の類推適用を認めるなどしたもので、特に注目に値するものである。

(2) 交通事故と医療過誤の競合事例^(注9)

ア 交通事故と医療過誤の両者が共同不法行為となるとしたものとしては、名古屋高判H2・7・25（判時1376 69）、横浜地判H3・3・19（判夕761 231）、東京高判H8・5・29（判時1611 62）、東京高判H10・4・28（判時1652 75）、最判H13・3・13（の上告審判決）などがある。

は、被害者に賠償した交通事故の加害車が医療機関に求償したものである。

(注9) この点に関する旧稿後の文献として、山川一陽「交通事故と医療過誤の競合」（新・損害賠償法講座5（1997年）237頁以下）、宮川博史「医療過誤との競合」（現代裁判法大系6・交通事故（平成10年）121頁以下）を参照させていただいた。ただし、前者は、旧稿後間もない時期の公刊であるため、取り上げられている裁判例も殆ど旧稿で検討したものである。また、後者は宮川「交通事故と医療過誤の競合」（現代民事裁判の課題（平成元年）144頁以下）の改訂版と位置付けてよいであろう。いずれにしても、既に指摘したところに特に付け加えるべきものはないように思われるので、改めて紹介することはしなかった。

即ち、Aは交通事故により大腿骨粉碎骨折の傷害を負い、Y₁病院の医師Y₂の治療を受けたが、骨髄炎に罹患し、結局大腿部を切断した。Aに損害賠償をした交通事故の加害者XがYらに求償請求をしたところ、本判決は、医師側に過失があることを認めた上で、「Yらはその過失と相当因果関係のない損害については責任を負わないが、それ以外の損害はいずれが与えたか不明なものも含めてXと連帯責任を負う。両者の負担部分は損害発生の一寄与割合によって定まる（本件ではYらにつき6、Xにつき4の割合と見るべきである）」「自己の負担部分をを超えて被害者に賠償した者は、負担部分を越える部分について他の者に求償することができる」とした。

は、交通事故で左下腿開放骨折等の重傷を負い、A病院で1年余の入院治療（その間、観血的整復手術がなされた）をしたが、ガス壊疽となり左大腿切断を余儀なくされたという場合において、ガス壊疽は交通事故と相当因果関係がないという事故加害者Yの主張を排斥した（本件のような事故からすれば通常あり得ることであり、かつ、Yの加害行為とA病院の医療過誤とは客観的に関連共同して共同不法行為になるから、交通事故と本件結果との間に法的因果関係があるとする）。

は、交通事故により左下腿開放性骨折の傷害を負った患者に対して徒手整復ギプス固定を行うに際し、全身麻酔により脳障害が発症したことにつき担当医師に麻酔投与・管理上の過失があったとして医師側の責任を認めた事例である。

イ 他方、共同不法行為となることを否定し、医師の分割責任を認めた事例もある。名古屋地判H4・12・21（判タ834 181）は、大型トラックに腹部を轢過された女性Aが救急病院に入院したものの、8時間後には死亡したというものであるが、医師側には、Aの全身状態の観察を怠り、遅い輸血速度を設定したという過失があるとして、損害の1割の限度で責任が認められた事例である。また、神戸地判H5・10・29（交通民集26 5 1345）は、交通事故により頭部外傷を負った被害者が事故後異常行動をするようになり、入院していた病院の窓から飛び降りて死亡した事例である。交通事故の運転者7割、医師3割の割合で賠償責任を分担すべきものとした。

ウ これに対し、交通事故の加害者に全部の責任を負わせたものもある。

岡山地判H3・9・20(交通民集24 5 1080)は、交通事故後に受けた脾臓摘出手術の際の輸血により併発した肝炎について、同手術には輸血が必要であり、肝炎の発症が医師の過失によるものと認めるに足りる証拠もないとして交通事故との間の相当因果関係を認めた事例、仙台地判H6・10・25(判タ881 218)も、交通事故の被害者が手術時の輸血によりB型肝炎に罹患し死亡したのは医師の過失によるものであるという交通事故加害者の主張が排斥されて全責任が認められた事例、大阪地判H7・6・22(交通民集28 3 926)は、交通事故で入院中に急性硬膜下血腫を発症し、さらにリハビリ中に肺塞栓となり植物状態となったという場合について、これらは事故による受傷の治療経過の中で予見可能であるというべきであり、障害の発生について医療過誤があったとしても、事故と障害との間の相当因果関係が認められるとした事例である。

エ こうして見てくると、交通事故による負傷後、その治療の際に新たな被害が発生し、或いは被害が拡大したという場合については、いろんな事例があることが分かる。交通事故と医療過誤を共同不法行為と捉える裁判例も少なくないものの、これを否定するものもあり、また、共同不法行為であるとしつつ、その責任割合を区分するものもあるかと思えば、他方で のような事例もあるなど、基本的な考え方自体が未だ流動的であると言ってよさそうである。ただ、 の最高裁判決が現れたことで、今後この問題についてどのような影響が生ずるか注目される。後記第4の1において、その原判決である とともに検討するので、その際にこの関係においても考察することとしたい。

なお、東京地判H4・7・31(判時1458 94)は、オートバイを無免許で運転中に転倒して左足関節上部完全骨折等の傷害を負ったXが、医師が適切な血管外科の措置をとらなかったなどの過失により壊死状態となり左足切断に至ったという場合において、過失相殺法理を類推して3割の減額がなされた事例である。同様の考え方によるものとして、飲酒運転による事故であることを理由に5割の過失相殺をした那覇地判H8・7・2(判タ927 188)がある。このような処理は感覚的には首肯できるものであるが、果たして理論的に根拠づける

ことができるのか、旧稿でも[裁判例4]の関係で同じ疑問を提起しておいたところである(前記二、第2の2(4)及び(注62))。

(3) 飲酒を共にした上で自動車に同乗していた者の共同不法行為責任が問われた事例

ア 大阪地判H12・11・21(判タ1059 165)、東京地八王子支判H15・5・8(判時1825 92)、山形地米沢支判H18・11・24(判時1977 136)、鹿児島地判H20・10・15(判時2041 119)などがある。なお、は事故発生直前に下車していたが、運転者に対する運転制止義務違反を理由とする共同不法行為責任を認めた事例である。

イ 最判43・4・26が共同不法行為責任を認めて以来、この傾向は固まったと見てよさそうである。ただし、私は、運転者との一体性が認められるような場合は別として、719条2項の幫助又は教唆としての責任を認めるのが相当であると考えている(前記三、第2の5(2)ウ)。その意味で、幫助にとどめた上記は注目される。なお、飲酒を共にしたが、加害車両に同乗はしなかった者について、飲酒運転を幫助したものとして719条2項の責任を認めた東京地判H18・7・28(交通民集39 4 1099)もあるが、そこまで範囲を拡げるのは疑問なしとしない。

(4) その他

ア 最判H3・10・25(民集45 7 1173,判時1405 29)

X社の従業員A運転のクレーン車(X社所有)で、B(Y社の従業員)がワイヤーロープに鋼管を吊り下げる作業をしていたところ、A、Bの過失により、鋼管が抜け落ちて被害者Cの背中に激突し、Cが重傷を負ったという事故(なお、Y社は、上記クレーン車を運転手AとともにX社から借り受けて工事をしていたものであり、AはY社の指揮監督下にあった)について、Cに対し損害賠償をしたX社(Aの使用者で、クレーン車の運行供用者)が、Y社(Bの使用者であり、かつ、Aの使用者で、クレーン車の運行供用者でもある)及びZ社(Bを代表者とする株式会社。ただし、一審で確定)に対して求償した事案において、Aの使用者であるXからBの使用者であるYに対する求償については、「当該加害者(A、B)の過失割合に従って定められる自己の負担部分

をを超えて損害を賠償したときは、その超える部分につき、他方の加害者の使用者に対し当該加害者の過失割合に従って定められる負担部分の限度で求償することができる」とし、Aの使用者であるXから同じくAの使用者であるYに対する求償については、「各使用者の負担部分は、加害者(A)の加害行為の態様及びこれと各使用者の事業の執行との関連性の程度、各使用者の指揮監督の強弱などを考慮して定められる責任の割合に従って定めるべきである」「加害者の複数の使用者が使用者責任を負う場合において、使用者の一方は、自己の負担部分を超えて損害を賠償したときは、その超える部分につき、他方の使用者に対し、その負担部分の限度で求償することができる」としたものである。

イ 最判H4・6・25(民集46 4 400)

Y₁運転の加害車両が高速道路の第2車線上を走行中、前方にA運転のタクシーを認めたが、走行しているものと思っていたところ、約14メートル手前に至り、同タクシーが停止していることに気付きハンドルを左に切って衝突を回避しようとしたが、避けられず、加害車両の右前部をタクシーの左後部に衝突させたという交通事故後、Aが精神障害を来して入院したりしたが、結局約3年後に死亡したことについて、Aの妻子であるXらが、Y₁及び加害車両の運行供用者Y₂、自賠償保険の契約会社Y₃、任意保険の契約会社Y₄を被告として、損害賠償又は保険金の支払いを求めた事案である。本判決は、Aが本件事故の約1か月前に一酸化炭素中毒に罹って入院していることから、Aの精神障害及びその後の死亡に対する本件事故と事故前の疾患との因果関係の競合を理由に損害賠償額の算定に当たって過失相殺の法理を類推して事故前の疾患を減額事由として斟酌した原審の判断を是認した。

なお、被害者の心因的要因については、最判63・4・21(民集42 4 243)が、過失相殺の規定を類推適用して損害賠償額の減額事由として斟酌し得ることを認めていたところである。

ウ 最判H6・11・24(判時1514 82)

XがYに対し、YとXの夫・Aが不貞をはたらいたとして慰謝料300万円を請求したのに対し、第1審はこれを全部認容した。控訴審である原審は、YとAの不貞行為はXに対する共同不法行為であり、これに基づく損害賠償債務

は不真正連帯債務であるところ、両名には各負担部分があるものとみられる、
X・A間に離婚調停が成立し、その条項中に「本調停条項に定めるほか名目の如何を問わず互いに金銭その他一切の請求をしない」という定めがあるから、
XはAに対して離婚に伴う慰謝料支払義務を免除したものと解される、その
免除の効力はYの利益のためにも生じ、YとAがXに対して負担する損害賠償
債務のうちY固有の負担部分は150万円であるとして、Xの慰謝料を150万円に
減額した。

これに対し、本判決は、「民法719条所定の共同不法行為者が負担する損害賠償債務はいわゆる不真正連帯債務であって、連帯債務ではないから、連帯債務に関する437条の規定は適用されないものと解するのが相当である」として、
原判決を破棄して自判（Yの控訴を棄却）した。

エ 最判H10・9・10（民集52 6 1494，判時1653 101）

「共同不法行為者の一人である甲と被害者丙との間の訴訟上の和解において、
丙が甲から一部の支払いを受けるとともに、残債務を免除した場合において、
丙が乙の残債務をも免除する意思を有していると認められるときは、乙に対しても残債務免除の効力が及ぶ」「この場合には、甲の乙に対する求償金額は、
確定した損害額である上記訴訟上の和解における甲の支払額を基準とし、双方の責任割合に従いその負担部分を定めて、これを算定すべきである」とした。

オ 最判H11・1・29（裁判集民事191 265，判時1675 85）

甲車（A運転）と乙車（Y₁運転，Y₂保有）の衝突により、甲車に同乗していたB（Aの弟，X₁とX₂の子）が死亡し、X₁が負傷したという交通事故につき、Y₁のほかA・Bにも過失があったとして、過失相殺がなされて、AとYらの賠償すべき額が異なるときに、Aのした損害の一部填補（甲車についての自賠償保険金の支払い）が乙の賠償すべき額に及ぼす影響が問題になった事案である。即ち、Yらは、本件填補額はYらの賠償すべき額（過失相殺後のもの）から控除すべきであると主張したのに対し、Xらは、X₁とBが賠償を受けるべき損害額から控除すべきであると主張した。第1審判決及び原判決は、本件填補が甲車の自賠償保険金であっても損害の填補のために支払われたものであるから、Yらが賠償すべき額から控除すべきは当然であるとして、

説を採用して、過失相殺後の賠償額から控除した。これに対し、本判決は、説を採用し、「Aがした填補額はXらが受けるべき損害額から控除すべきであって、控除後の残損害額がYらが賠償すべき損害額を下回らない限り、Yらが賠償すべき損害額に影響しないものと解するのが相当である」とした。

カ 東京地判H20・6・13(判時2029 60)

共同不法行為者の一人につき損害賠償債務の消滅時効が認められる場合であっても他の共同不法行為者の求償権の行使が妨げられることはないとした。

3 小括

以上のとおり、この間の裁判例の蓄積は目覚ましいものがある。特に、大気汚染公害の関係では注目すべき下級審判例が相次いだ。その中で共同不法行為論についても踏み込んだ見解が示され、理論的にも貢献するところ大であった。また、共同不法行為に関する種々の法律問題(求償の関係の諸問題、素因を賠償額の減額事由として斟酌することの是非、共同不法行為者の一人に対する免除の他の共同不法行為者に対する効果、共同不法行為の場合における過失相殺と損益相殺の関係など)に関する最高裁判決が相次いだこともこの間の大きな収穫であったということができよう。

それに比べると、学説の展開はやや物足りない印象を受ける。かつてのまさに百花繚乱のような議論を思うと余計にその感を深くするが、それ程にこの問題は既に論じ尽くされていて、新たに付け加えられるものもなかったということなのかもしれない。今は、これまでの議論の整理をし、収穫をする時期を迎えているということなのであろう。しかし、それも未だ途半ばといったところであり、今なお諸説が入り乱れていて定説を見ないという意味では旧稿の当時と基本的に変わっていないように思われる。

そうであれば、私見は、この分野での論点を包括的に検討し、それなりの見解を提示したものとして一定の意義がないわけではないと考える次第である。

第3 若干の論点についての補足

1 共同(不法)行為者間の負担区分ないし求償関係

ア 最判41・11・18(民集20-9-1886)、最判63・7・1(民集42-6-451)は、

共同不法行為者間においても求償が可能であることを認めた上、それは双方の過失割合によるべきものとした。

共同不法行為者間においても求償が可能であるとする点については、今や異論を見ないといってよいであろう。上記最判^{41・11・18}が⁷¹⁵条の使用者責任を負う加害者の使用者から第三者（他の共同不法行為者）に対する求償を認め、上記最判^{63・7・1}が第三者から使用者に対する求償を認めたのに加えて、さらに前記第2の2（4）アで見た最判^{H3・10・25}が使用者同士の間での求償を認めたことにより、この問題は完全に決着がついたと見てよい（なお、求償は、自己の負担部分をを超えて賠償したときにはじめて可能になるということを明らかにしたという点においても、上記最判^{63・7・1}は意義がある。この点は、上記最判^{H3・10・25}でも踏襲されている）。

イ しかし、私は、両者の負担部分を画するための判断基準として上記最判^{41・11・18}が掲げる「双方の過失割合による」という点については、このような基準は当該最高裁判例の事案においては妥当するとしても、これを一般化することはできないとして、寄与度を判断基準とすべき旨主張した（前記三、第4の2（2）参照）。

この点について、内田教授は、「過失の割合（或いは損害への寄与の割合）に応じた求償が認められる（通説・判例）」とされるにとどまる（内田・前掲⁵¹⁰頁以下）が、例えば、交通事故と医療過誤が順次競合した事例について、両者が共同不法行為の関係に立つと解した場合を考えるならば、そこでの両者の過失割合などは求償請求について判断するための基準になり得ないことは明らかである。また、上記最判^{H3・10・25}も、ある加害者の複数の使用者間の求償においては、当該加害者の「加害行為の態様及びこれと各使用者の事業の執行との関連性の程度、各使用者の指揮監督の強弱などを考慮して定められる責任の割合に従って定めるべきである」としているのである（前記第2の2（4）ア）。そもそも、一口に共同不法行為といっても、故意行為同士の場合や、故意行為と過失行為の共同などもあるわけであるから、その一事によっても、「過失割合」が一般的に通用する基準たり得ないことは多言を要しないところである。^(注¹⁰)

なお、上記のように寄与度を基準にした考えを徹底させるならば、旧稿で疑問を留保しておいた故意行為者から過失行為者への求償も肯定してよいものと思われる。

ウ 前掲最判H10・9・10が、被害者が共同不法行為者の一人・甲から一部の支払いを受けるとともに残債務を免除したというときに、その免除の効力が他の共同不法行為者・乙にも及ぶ場合があることを認めた上で、「この場合には、甲の乙に対する求償金額は、確定した損害額である甲の支払額を基準とし、双方の責任割合に従いその負担部分を定めて、これを算定すべきである」とした点は、求償の関係でも意義があるものと思われる。

2 不動産の二重譲渡における第二買受人の不法行為責任

ア 私は、前記3、第2の5(2)オにおいて、「不動産の二重譲渡の場合には民法177条の対抗問題となり、単純な悪意者は同条の「第三者」から排除されることはないのであるから、原則として買主に不法行為責任を認めることはできない(取引法上保護されることと不法行為責任の成否は別であるという考え方もあり得るが、にわかに賛成することはできない)。ただし、買主がいわゆる背信的悪意者に該当するような場合には取引法上の保護を受けられないだけでなく、不法行為責任を問われることもあろう」と述べた。これは、上記括弧書き部分は別として、通説・判例に従ったものである(四宮・前掲312頁以下)が、議論のあるところなので、不動産の二重譲渡における対抗問題(民法177条の第三者の範囲)も視野に入れながら、ここで少し詳しく再論する。なお、そもそも、これを当該不動産の引渡請求権(債権)の侵害と見るのか、それとも所有権の侵害と見るのかという問題もあるが、ここでの直接の問題ではないので立ち入らない。

イ 177条の第三者に単純な悪意者も含まれるのか、それとも排除されるべきなのかがまず問題となる。上記のとおり、通説・判例は悪意者も第三者に

(注10) 内田教授が、最判H3・10・25を取り上げて検討されているにもかかわらず、「(上記判示は)新しい判断である」ということで済ませておられるのが残念である。この点、吉村教授は、私と同様に、四宮教授の所説を引用された上で「加害行為の寄与度により決まり、それが明らかでない場合は、平等の割合と解すべきであろう」とされている(吉村・前掲256頁)。大いに意を強くする次第である。

含まれるとするが、近時は、そこで前提とされている自由競争原理の適用に対する疑問を梃子に、むしろ悪意者排除説が有力だとされている。この疑問とは、売主Aと買主Bとの間に売買契約が成立していることを知りながら、これを買ったCが自由競争原理の名の下に保護されなければならないのだろうかというものだとする^(注11)。しかしながら、この疑問が有力な学説を形成する契機となる程に説得力のあるものであろうか。不動産の取引(売買)ともなれば、契約に際して、代金の支払時期と所有権移転登記及び引渡しの時期が必ず明確にされ、多くの場合にはこれらが同時履行の関係にあることも合意されるのが通常であろう。そうであれば、当該不動産・甲の所有権移転時期もその時と見るべきではないかとも思われるのであるが、その点をひとまず措くとしても、少なくともその時点までは自由競争原理が支配していると見て格別不都合があるとは思えないのである。CがA・B間の売買契約が存在するというを知っていたとしても、登記が依然としてAにあるという事実は、CをしてA・B間の売買が未だ確定的なものではないと思わせても仕方がない面がある。また、CがA・B間の売買を確定的なものとして認識した場合であっても、甲を是非とも買いたかったCが、敢えてBの買値よりも高い額を申し出、これに動かされたAがCとの間で当該代金額で売買契約を締結するなどというも完全な自由競争の範囲内のことであって、それによりAがBから債務不履行責任(場合によっては不法行為責任も)を問われることはあり得るにしても、Cが非難される筋合いはないのではないか。Bとしては、速やかに代金を支払い、所有権移転登記を経るべきであるし、何らかの事情でそれがかなり先にならざるを得ないというのであれば、仮登記をするなどの手段を講じることもできた筈である。なお、付け加えるならば、このような場合、Bが代金全額を支払済みであるというようなことは考え難いから、その被害も比較的軽くて済むし、場合によっては、上記のとおりAの責任を追及することも可能である。さらに

(注11) 例えば、内田教授は「自由競争は、これから契約しようとする段階で働く原理であり、既に第一の買主がいることを知りながら契約するのは、自由競争ではなく、単なる横領の共犯でしかない。したがって、悪意または過失のある第二買主は所有権を取得できないと解すべきである」と主張される(内田・前掲175頁)。そのほかにも出発点は同じながら、諸説があるようである。

は、Cがいわゆる背信的悪意者に該当する場合には、Bは登記なくして甲の所有権取得をCに対抗できるのである。

このように考えるならば、通説・判例の立場によってもBの保護に著しく欠けるということはないものというべく、上記結論は十分合理的な理由があるといえることができる。

ウ もっとも、有力説によればCが悪意である場合、通説・判例によればCが背信的悪意者に該当する場合には、Bは登記なくして甲の所有権をCに対抗できることになるのであるから、Bとしては売買契約の目的を無事に達することができることになる。したがって、Cに対する不法行為責任を問うまでの実益がないとしてこれを不問に付すということも考えられる（ただし、Bが甲の所有権取得を断念し、専ら、A及びCに対し、同人らの不法行為に基づく損害賠償請求のみをするということを否定するまでのことはないであろうが、現実には考え難い）。もちろん、たとえ甲の所有権を無事取得できたからといっても、トラブルが発生したわけであるから、Bに一定の損害が発生している可能性は大きい、それとてAに請求すれば足りるという考えもあり得よう。

そうだとすると、理論的にはともかく、実際にはCの不法行為責任が問題になる場面は少ないのではないかと考えられる^(注12)。また、仮にCの責任が問われる場合においてもそれは教唆者としての責任にとどめるべきことも前記三、第2の5(2)オで述べたとおりである。

3 抵当権侵害と共同不法行為責任

ア 抵当権の侵害の最も典型的なものは、抵当権の目的不動産が第三者の不法行為により毀損されたという場合であろうが、ここで取り上げるのは共同不法行為との関係のそれであるから、債務者Aが甲不動産について債権者Bとの間で抵当権設定契約を締結したが、同登記を経ないうちに、甲をCに譲渡（売買、贈与）してその旨の登記をしたとか、
二
三
七
Dのために抵当権を設定し同登記を経由したというように、Bの抵当権が対抗

(注12) そのようなところから、CがA・B間の売買契約について悪意であればやはり不法行為の成立を認めるべきだとする主張もあるとされるが、いささか本末転倒の理屈ではないだろうか。

できない第三者の権利を生じさせた場合と、甲の占有をEに移転すること（Eに対する賃借権設定など）により、実質的に甲の評価を低下せしめ、或いは競売の実行を実質的に妨害したという場合における、Aと第三者（C、D、E）との共同不法行為の成否である。

イ 上記 及び の場合は、基本的には、前記2の場合と同様に考えるべきものと思われる。ただし、被侵害利益が抵当権であるために、主として損害論との関係において複雑困難な問題が生じ得るが、ここで論ずべき問題ではないので、後記ウで検討するほかはこの点には立ち入らないでおく。

ウ 周知のとおり、最大判H11・11・24（民集53-8-1899）は、上記のような場合においていわゆる転用型の債権者代位権に基づき抵当権の目的不動産を占有者から返還させることを認め、その際、抵当権に基づく物権的請求権の行使としても同様の目的を達することができることを明らかにしていたが、その後、最判H17・3・10（民集59-2-356）によりそれが実際に認められた。そうであれば、これらの判例は、上記の場合におけるEによる甲の占有支配が、たとえ賃借権あるいは転借権のような占有権原に基づくものであるかのような体裁をとっていたとしても、それが抵当権を侵害するものであることを認めたことになる。そうすると、Eによるこのような甲の占有は、抵当権者であるBに対する不法行為（Aとの共同不法行為）になるものということができるよう。

ただ、不法行為の成立を認めるためには、甲について現実に競売申立てがなされているというまでの必要はないとしても、Bの抵当権の被担保債権の弁済期が到来していること、Aからの弁済がない（Aには弁済の意思及び能力がない）こと、そのため、競売申立てが不可避であること、然るに、Eが甲を占有しているために、甲の競売手続が円滑に進行することが期待できないことなどの要件が充足されることが必要である。

なお、その場合においても、Bには物上代位という手段もあるので、それとの関係を検討しておかなければならないが、物上代位ができるから不法行為による損害賠償請求が否定されるということにはならないものとする。

第4 共同不法行為の場合における過失相殺の在り方について

1 裁判例 前掲最判H13・3・13

(1) 事案の概要

ア Xらの長男A(6歳)は、自転車に乗っていてZ₁社のZ₂運転のタクシーと衝突、転倒し、頭部等を打撲した(「本件交通事故」)ため、Y病院に搬送された。Aは頭蓋骨骨折を伴う急性硬膜外血腫の傷害を負っていたが、同病院の医師Bは、頭部打撲挫傷などと診断して、それに見合った治療をした上で、「明日は学校に行ってもいいが、体育は止めること。ただし、明日も診察を受けるために来院するように。何か変わったことがあれば来て下さい」などと指示しただけで帰宅させた(「本件医療過誤」)。Aは、帰宅後に嘔吐し、食事もせずに寝てしまい、いびきをかいていたが、Xらはそれを重大なこととも考えず、夜半にAがけいれん様の症状を呈するに至って初めて異常に気付き、救急車で病院に搬送したが、Aは間もなく死亡した。

本件は、XらのYに対する損害賠償請求訴訟であり、Z₂がXらに補助参加している。

イ 一審は、Aの死亡という結果は、本件交通事故と本件医療過誤が競合した結果発生したものであり、両者は共同不法行為であるとして、Yに全損害の賠償を命じたが、控訴審である原審(前掲東京高判H10・4・28)は、両者は共同不法行為であるとしながらも、「個々の不法行為が当該事故の全体の一部を時間的前後関係において構成し、しかもその行為類型が異なり、行為の本質や過失構造が異なり、かつ、その一方又は双方に被害者側の過失相殺事由が存在する場合には、各不法行為者の損害発生に対する寄与度の分別を主張、立証でき、個別的に過失相殺の主張をできるものと解すべきである」として、個々の不法行為毎に寄与度を定め、過失相殺をした上で、各不法行為者が責任を負うべき賠償額を分別して認定するのが相当であるとして、本件医療過誤の寄与度は5割、交通事故につきAの過失が3割、本件医療過誤につきXらの過失が1割として各過失相殺をすべきであるとした。

ウ これに対し、本判決は、以下のように述べて、原判決を一部破棄して自判した。即ち、損害全額について1割の過失相殺をした限度でXらの請求

を認容したものである。

(2) 本判決

ア Aは、本件交通事故により、放置すれば死亡するに至る傷害を負ったものの、Y病院においてAに対し通常期待されるべき適切な経過観察がされるなどして脳内出血が早期に発見され適切な治療が施されていれば、高度の蓋然性をもって救命できたといえることができるから、本件交通事故と本件医療過誤のいずれもがAの死亡という不可分の一個の結果を招来し、この結果について相当因果関係を有する関係にある。

したがって、本件交通事故にける運転行為と本件医療過誤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。

イ 本件のようにそれぞれ独立して成立する複数の不法行為が順次競合した共同不法行為においても別異に解する理由はないから、被害者との関係においては各不法行為者の結果発生に対する寄与の割合をもって被害者の被った損害の額を案分し、各不法行為者において責任を負うべき損害を限定することは許されないと解するのが相当である。

ウ 過失相殺は、不法行為により生じた損害について加害者と被害者との間においてそれぞれの過失の割合を基準にして相対的な負担の公平を図る制度であるから、本件のような共同不法行為においても、過失相殺は各不法行為の加害者と被害者との間の過失の割合に応じてすべきものであり、他の不法行為者と被害者との間における過失の割合を斟酌して過失相殺をすることは許されない。

(3) 検討

ア 従来、交通事故と医療過誤の競合事例については、共同不法行為に当たるとして交通事故の加害者と医師側の両者に損害全額を連帯負担させ、損害の発生・拡大についての各加害者の寄与度は加害者間の求償の際に考慮すべきものとする見解が支配的であったのに対し、損害全体に対する各寄与度による責任の分割を認める説や、両者の時間的近接の程度や医療過誤の態様等を総合的に斟酌して、両者に全額責任を負担させる場合と寄与度に応じた分割責任を

認める場合に分けて考えるべきであるとする説なども主張されて、従来の支配的な見解が揺らぎつつあったと見てよい。本判決の原審もそのような立場（以下「有力説」という）を標榜するものであったといえることができる。

イ しかし、この種の競合事案においても719条1項前段の共同不法行為の成立を認めるという以上は、両者に損害全額を連帯負担させ、寄与度減額の主張は主張自体失当としてこれを排斥する（それは損害を賠償した者から他方の共同不法行為者に対する求償の際に考慮する）という従来の伝統的な見解の方が理論的には首尾一貫しているものと言うことができよう。

この点は、本判決の原審をはじめ寄与度による分割責任の余地を肯定する有力説のいずれにも当てはまる理論的な弱点 少なくとも伝統的な見解からするときは殆ど許し難いような齟齬 であったと言わなければならない。^(注13)

ウ そこで、私は、この種の競合事案については1項前段の共同不法行為には当たらず（いかなる意味でも両者間に「主観的共同」がないことは明らかであるから）、同項後段の共同行為と見るべきであると主張したのである。したがって、原告（被害者側）としては、両者の共同行為性を主張し、当該共同行為により結果（損害）が発生したことを主張すれば足り、被告側において、自己の行為と結果の全部又は一部との間に因果関係がないことを主張立証しなければならず、それが立証できれば、その限りで減・免責されるが、その立証に成功しなければ全損害についての責任を免れないことになる。このように解することによってはじめて有力説の理論的な弱点を克服することができると思えるものである（以上につき、前記三、第2の4（2）参照）。

もっとも、この種の競合事案については、両者が共同不法行為の関係にあるということを認める裁判例が殆どであり、残念なことに私見のような立論をするものは見られない（上記第2の2（2）の裁判例参照）。そして、最高裁判例である本判決が追加されたことにより、この方向はほぼ決着が付けられたとみ

三三 (注13) もっとも、共同不法行為の成否と切り離して寄与度減責論の適用を認めるという立場からすれば、私の指摘は必ずしも当たらないことになる。そして、本文で言及した有力説（本判決の原審もそういう考えなのかもしれない）は寄与度減責論に依拠しているということなのかもしれない。しかし、私は、寄与度減責論の広範な適用にはそもそも否定的である。

てよく、少なくとも当面は変更される見込みは薄いものと思われる。

エ ところで、本判決のもう一つの判決要旨である上記(2)ウについては異論のないところである。旧稿でも、加算的過失相殺と相対的過失相殺という二つの過失相殺の方法を比較検討した上で、相対的過失相殺が原則であるべきことを既に指摘しておいたところである(前記四、第2の3(3))^(注14)

オ 以上のとおり、原判決は理論構成に重大な弱点がある上に、後記のとおり結論としても相当であったとはいえないから、いずれにせよ破棄は免れな

(注14) ただし、相対的過失相殺と加算的過失相殺の意味するところについては明らかであるが、絶対的過失相殺の意義ということになると必ずしも一義的に明確ではない。

例えば、(注15)の三村晶子最高裁調査官の判例解説には、「渾然一体となった一つの損害の発生・増大に複数加害者の過失と被害者の過失が係わっている場合、被害者の過失は全損害との関係で各別に扱ふことはできず、各加害者の賠償責任を負う範囲は共通であり、不法行為者の一部に対して過失相殺事由がある場合には他の不法行為者との関係でも共通の割合により過失相殺をするという考え方」であるとして、「交通事故と医療過誤の競合」について、後者は前者があつて初めて発生するものであり、前者がなければ後者もなかったということから、前者における被害者の過失を後者との関係でも斟酌してよいとする波多江久美子氏の見解を紹介しておられる。そして、この考え方によつた場合の処理例として、加害者甲に対する関係で被害者丙の過失が3割、加害者乙との関係では1割という場合には、乙との関係での過失はより大きな甲との関係での過失に吸収され、乙との関係でも丙は3割の過失相殺がなされるから、この3割を被告側が負担する理由はないとするものであると説明しておられる。これに対し、(注16)の中村也寸志最高裁調査官によれば、「絶対的過失相殺」は「加算的過失相殺」と同義と解されているかのようにあり、同じような理解は吉村・前掲²⁶²頁にも見られる。

私には、三村調査官の挙げられる処理事例は「相対的過失相殺」とどこが違うのかとの疑問が拭えないのであり、ひいては、同調査官の「絶対的過失相殺」についての理解と中村調査官及び吉村教授のそれとが同じだとは思えないのである。私の理解するところでは、絶対的過失相殺及び加算的過失相殺は、いずれも共同不法行為者と被害者(したがって、最小限でも3者となる)の「絶対的過失割合」を割り出した上で、それを踏まえた過失相殺をするというものであり、その限りでは共通であるが、加算的過失相殺とは共同不法行為者側の過失を一体と捉えてこれと被害者の過失を比較衡量して過失相殺をするというものであるのに対し、絶対的過失相殺とは文字通り絶対的過失割合に従つて過失相殺をなす(ただ、719条1項前段の共同不法行為の場合には共同不法行為者の過失割合が合算されることになるという点では、加算的過失相殺と一致する)という意味ではないかと考える。ただ、後記2の判決は、原審が認定したB:A:Cの過失割合1:4:1に基づきCの過失は6分の1であるとして過失相殺をすべきであるとするのであるから、同事例のような単一の交通事故の場合にも加算的過失相殺をすべきであるとしたことにならう。

かったものと思われる。私見のように、719条1項後段の共同行為であるとの構成を取っていればどのような判断がなされたか興味深いだけにいささか残念である。

もっとも、その場合においても、Yからする「結果の一部との因果関係がない」との主張（抗弁）が採用されるべきであったかといえ、大いに疑問である。本件交通事故の結果も重大ではあったが、Y病院で適切な診療がなされてさえいれば救命が十分可能な事案だったというのであり、それ程に本件医療過誤における医師の過失は重大なのであるから、上記主張の立証が成功する可能性はおよそないものというべきであるし、その場合に寄与度を持ち出してまでYの減責を認めるべき事案ではなかったように思われる。^(注15)

2 裁判例 前掲最判H15・7・11

(1) 事案の概要

ア 駐車禁止の規制のある本件道路において、深夜、非常点滅表示灯を点灯させるでもなく、歩道上に一部乗り上げるような形で駐車していたY車（B運転）を追い抜くために、X車（D社所有、A運転）が中央線をはみ出して進行したところ、時速80キロ（時速40キロの規制あり）の高速で対向進行してきたC車と衝突し（「本件事故」）、D社が270万3110円、Cが581万1400円の各損害を被った。

その後、D社とCとの間で示談が成立し、CがD社に36万5174円、D社が自動車共済契約を締結していたX組合がD社に代わってCに474万7654円をそれぞれ支払った。X組合は、Cに支払った損害賠償金につき自賠償保険金120万

(注15) 本判決の判例批評等としては、吉田邦彦教授のそれ（判例評論516の158頁以下）と三村調査官の判例解説を参照させていただいた。なお、三村調査官が、本判決の意義について極めて控え目に、限定的に捉えておられるのは意外な程であった。即ち、同調査官によれば、本判決は「交通事故と医療過誤が競合する場合であっても、損害発生経過、過失内容や程度等によっては、共同不法行為と解することができない場合があることを否定するものではなく、また、寄与度による責任の分割の可能性についても今後検討の余地は残されている。過失相殺の方法も共同不法行為の他の類型についても相対的過失相殺の方法によるべきことを判示するものではない」というのである。そうだとすると、私見のような立論が採用される可能性があるかということになると、かなり難しいであろう。

三
二

円の支払いを受けた。

イ Yに対し、D社が損害賠償請求、X組合が保険代位に基づいて求償請求をしたところ、一審は、本件事故の主たる原因は高速で走行したCにあり、Y車を事故現場付近に駐車していたBに責任はないとして請求を棄却した

ウ これに対し、控訴審である原審は、Bにも過失があることを認め、各過失割合はY車1、X車4、C車1と判断した。

それ故、D社が本件事故により被った損害のうちY及びCに請求し得る額の合計額は、自己の過失割合分を控除した90万1036円となり、Yは、CがD社に支払った36万5174円を差し引いた53万5862円をD社に支払うべきことになる（ところが、原判決はこれを上回る53万8242円の支払いを命じたため、理由の食い違いがあるとされた）

他方、X組合の請求については、次のとおり判断した。

i Cは、自己の過失割合である6分の1を控除した6分の5に相当する484万2833円の限度でY及びD社に損害賠償請求することができ、D社に対しては、Cの過失割合5分の1による過失相殺をした464万9120円、Yに対してはCの過失割合2分の1による過失相殺をした290万5700円を請求できる。

ii D社及びYの損害賠償義務が競合する範囲は、 $464万9120円 + 290万5700円 - 484万2833円 = 271万1987円$ であり、D社のみの負担分は $464万9120円 - 271万1987円 = 193万7133円$ である。したがって、D社の負担部分は $271万1987円 \times 1/5 + 193万7133円 = 247万9530円$ となり、D社はYに対し、Cに支払った $474万7654円 - 247万9530円 = 226万8124円$ を求償することができる。しかるに、D社は自賠償保険金120万円の支払いを受けており、これは、D社のみが損害賠償義務を負う範囲、Yのみが損害賠償義務を負う範囲、D社とYの損害賠償義務が競合する範囲に案分して充当されるので、D社の求償金から控除すべき金額は56万2015円となる。

iii よって、X組合はYに対し、 $226万8124円 - 56万2015円 = 170万6109円$ を請求することができる。

エ ところが、本判決は、このようにA、B、Cの間の過失割合（絶対的過失割合）が認定できる場合には、いわゆる絶対的過失相殺の方法による過失

相殺を行うべきであるとして、原判決を変更した。

(2) 判決要旨

複数の加害者の過失及び被害者の過失が競合する一つの交通事故において、その交通事故の原因となったすべての過失の割合（「絶対的過失割合」）を認定することができるときには、絶対的過失割合に基づく被害者の過失による過失相殺をした損害賠償額について、加害者らは連帯して共同不法行為に基づく賠償責任を負うものと解すべきである。

(3) 検討

ア 本判決は、上記判決要旨部分に続けて「これに反し、各加害者と被害者との関係ごとにその間の過失の割合に応じて相対的に過失相殺をすることは、被害者が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することによって被害者保護を図ろうとする民法⁷¹⁹条の趣旨に反することになる」と説示している。

ところで、この説示の前提には、B、A、Cの過失割合が1：4：1であるというその割合が、 $B:A$ 、 $B:C$ 、 $A:C$ の間でもそのまま当てはまる、即ち、 $B:A$ は1：4、 $B:C$ は1：1、 $A:C$ は4：1であると考えられているように思われるのであるが、そのような前提は果たして正当だろうか。

私は、後記イのとおり、このような絶対的過失割合が認定されること自体について、手続的にも実体的にも無理があるのではないかと考えるものであるが、仮に、それらの困難を克服して関係者全員についての絶対的過失割合が認定できたとしても、その割合が、そのまま一部の関係者間の過失割合となるわけではないと考える。本件の例でいえば、B、A、Cという三者の過失が競合することによって本件事故が発生したと認定されたわけであり、その過失割合が上記のとおりであるというのである。これに対し、 $B:A$ の過失割合だけを判断するときには、 B 及び A はひとまず考慮の外に置かれている筈である。それにもかかわらず、この場合においても、いわば全体の過失が6であることを前提にして考えているのではないかと思えてならないのである。つまり、絶対的過失割合と相対的過失割合とでは出発点自体が異なるし、判断の局面も前提となるべき事実認定も異なるのではないかと考えるものである。

イ しかも、本件事故について原審がしたようなB, A, Cの三者間の絶対的過失割合の認定を是認することができるであろうか。以下の理由で疑問としないわけにはいかない。

i 本件は、X車とC車の衝突という単一の交通事故についてB, A, Cの過失が問題にされたものであり、その一体性・関連性自体ははっきりしている。しかしながら、A:Cという本件事故の直接の当事者間の過失割合ということであれば比較的単純な判断で済むが、これにBの過失が絡んでくるとなると事は一挙に複雑になり、簡単にはいかない。

そもそも、Bの過失は、X車(A)をして中央線からはみ出して走行することを余儀なくさせ、それが本件事故の原因となったということであるから、あくまでもAの行為(過失)を介していれば間接的に本件事故に関係しているにすぎない。そうであれば、B:Aの過失割合は判断することができるかもしれないが、Bの過失(上記のとおり、Aの過失を介して本件事故と関わっているという間接的な過失)ともう一方の事故当事者であるCの過失とを直接に比較検討するなどということが果たしてできるのであるか。まして、この三者間の絶対的過失割合を認定するなどということが可能であろうか。

ii 上記のような絶対的過失割合を認定するということになれば、最低限、当該三者(B, A, C)がその認定をする手続に関与することが必要ではないだろうか。しかも、それは同一手続でなければならないというべきである。このことによって、内容的にも可能な限り公正・正当な判断を期するということとともに、それは関係者に対する手続保障という面からも不可欠な要請であるものと考えらる。

iii ところが、本件の場合、D社・X組合とCの間では示談が成立しており、その内容に照らすと、A:Cの過失割合は86%強:14%弱ということで合意されたことが窺われる(どのような経緯により上記示談が交わされたのかは詳らかにしないが、D社の損害は物損にとどまるのに対し、Cの被害は人身損害であったということが作用したであろうことは容易に推測できる)。そして、本件訴訟においては、Cは何らこれに関与しておらず、専らD社・X組合対Yとの間で争われているにすぎない。

しかも、上記(1)のイのとおり、一審では、本件事故の主たる原因はCの高速走行等にあるとして請求が棄却されているのに、控訴審では、一転してBの過失が認められたばかりか、上記のとおりB:A:Cの過失割合が1:4:1であるというような絶対的過失割合の認定までなされている。その判断過程は明らかでないが、手続的にも、結論的にも、このような認定を公正かつ正当なものとして受け入れることはできそうにない。或いは、原審においては、上記のような内容の示談が成立していることが考慮されたのではないかと推測されるのであるが、この示談にはY(B)は全く関与していないのであるから、そのような示談の存在及びそこにおける合意内容が斟酌されるべきでないことはいうまでもない。^(注16)

ウ このように、単一の交通事故という比較的単純な場合であっても絶対的過失割合の認定は容易になし得ることではない。そして、それを可能にするにはいかなる条件が具備されていなければならないのかを考えれば考えるほど、果たしてそのような場合があるのかという疑問を払拭できないのである。

もっとも、本判決は、あくまで「絶対的過失割合を認定することができる際には、絶対的過失割合に基づく被害者の過失による過失相殺をした損害賠償額について、加害者らは連帯して共同不法行為に基づく賠償責任を負う」としたにとどまり、およそ共同不法行為の場合における過失相殺は絶対的過失割合を明らかにした上で、それに基づいていわゆる絶対的過失相殺をすべきであるとまでいうものではないと受け止めるならば、その限りでは特に異を唱えるまでもないが、判決要旨に続く上記説示を読むと、可能な限り絶対的過失割合を認定して、それに従った過失相殺をすることが719条の趣旨に沿うものであるという考えを明らかにしているようにも読めるところから^(注17)、あえて以上のような指摘をさせていただいた次第である。

エ ところで、絶対的過失割合を認定しておきながら、その割合に基づい

二
七

(注16) 本判決の判例解説を担当された中村調査官も「この過失割合の判断については、B、Cの過失割合に比してAの過失割合が過大ではないかとの疑問もあると思われるが、X組合から不服申立てのない本件では採り上げる余地がない」とわざわざ注記しておられる程である。担当調査官が、記録を精査された上で、ここまでの言及をされるということとはよくよくのことであろう。

て相対的過失相殺をするという自体に疑問があることは上記アで指摘したところであるが、原審が採用した過失相殺の方法はまことに複雑であり、それだけでもこのような手法が採用されることは疑問としなければならない。私には、原審の論理をまともに追いかけることさえできそうにない。

私は、前記1において述べたとおり、共同不法行為における過失相殺の在り方としては相対的過失相殺の方法によることを原則とすべきものとする。即ち、まず⁷¹⁹条1項前段の共同不法行為について見るに、私見によれば、これは主観的関連共同（＝意思的共同）を必要とするものであるところ、それがともに故意行為による場合（共謀）であれば、被害者側に何らかの過失があったとしても過失相殺が問題にされる余地はない。したがって、前段の共同不法行為のうち過失相殺が検討される場合というのは、Aの故意行為aとBの過失行為bが共同した場合か、A、Bの各過失行為（a、b）が共同している場合に限られることになるが、⁷¹⁹条1項前段の場合にも当該共同不法行為はあくまで（a＋b）という一体のものとして評価されるべきものであるから、過失相殺においても（a＋b）とcとの間で比較衡量がなされることになる筈である。これを加算的過失相殺と呼ぶことに敢えて反対するものではないが、この場合にはaとbの内部的な関係は問題にされる余地がないのであるから、過失相殺の場面においてもa：b：cという絶対的過失割合を明らかにする必要はなく、

（注17）このことは中村調査官の解説からも窺えるところである。即ち、同調査官は、「加算的（絶対的）過失相殺の方法を採るべきであるとする学説が多く、下級審の裁判例も従前はこの方法を採用のものが多かったように思われる」「絶対的過失割合を認定することができない場合に限り、相対的過失相殺の方法が妥当するものと思われる」とした上で、そのような場合について具体的に検討し、共同不法行為者の一部についてのみ過失相殺が認められる場合（これには、オ）取引的不法行為によく見られる故意行為者と過失行為者の共同不法行為である場合、カ）共同不法行為者の一部の者と被害者との間に特別な関係があって、当該共同不法行為者の過失を被害者側の過失として考慮しなければならないような場合があるとされる）、加害者及び侵害行為を異にする二つの不法行為が順次競合した場合（その例として前記裁判例のような交通事故と医療過誤の競合事例が挙げられている）がこれに当たるとされている。このような分析自体に異論はないが、「複数の加害者の過失及び被害者の過失が競合する一つの交通事故については、上記bのような場合を除き、絶対的過失割合を認定することができるものと思われる」とされる点についてはいささか楽観的にすぎるように思われるのであり、直ちに同意することはできない。

($a + b$) : c が問題になるにとどまる (結果発生に占める c の過失割合を検討するというのが実際であろう)。また、 c の場合における過失相殺は B との間のみで、つまり b : c の比較衡量のみがなされることになるのは当然である。むしろ、本来ならば ($a + b$) という一体のものである筈の共同不法行為が過失相殺の場面においては a と b という個別の行為に分解されて検討することが承認されるというところに過失相殺の本領が現れていると見ることができるのである^(注18)。次に1項後段について見るに、そのうち択一的競合の関係にある共同行為の場合には、それが故意行為による場合はもちろん、過失行為である場合においても、絶対的過失割合が明らかにされなければならないというようなことにはならないのは当然であり、あえて説明を加えるまでもあるまい。そうすると、残るのは、 A 、 B の各過失行為 (a 、 b) が共同して単一の交通事故が発生した場合において、被害者 C にも過失 c があるという場合、 A による交通事故 a に続いて B の医療過誤 b が発生したが、被害者 C にも、交通事故について c_1 、医療過誤について c_2 という各過失があるという場合 (B の医療過誤を B による交通事故に置き換えてみれば、いわゆる二重事故の場合にも基本的にこれに当てはまるものと考えられる)、 A 、 B の各過失行為 (a 、 b) が併さってある結果 (被害) が発生したが、各行為の結果発生への寄与度が不明の場合 (これには、前掲大阪地判 $H7 \cdot 7 \cdot 5$ が719条の類推適用を認める「重合的競合」の場合をも含むと解してよいであろう) において、被害者 C にも過失 c があるという場合であるが、 c の交通事故と医療過誤の順次競合については絶対的過失割合などということは問題になり得ないし、そもそも何の意味も持ち得ないから、相対的過失相殺によるべきであることは多言を要しない (前記裁判例の最高裁判決もこのような場合には相対的過失相殺によるべきことを明らかにしている)。また、 c についても、過失相殺は、原則として (a 、 b) : c として考えるべきものであるが、 A が自己の寄与度の立証に成

二
五

(注18) 主観的関連共同がある場合、即ち719条1項前段の共同不法行為が成立する場合の過失相殺の原則的な形態は ($a + b$) : c というものであるが、主観的関連共同にも種々様々なものがあるから、ある特定の共同不法行為者との関係で個別的に過失相殺がなされるということは、当然あり得る。本文で述べた一方の共同不法行為者に故意がある場合などはその典型であるが、あくまで一例にすぎない (前記四、第2の3 (3) A 参照)。

功した場合には、過失相殺は $a : c$ としてなされることになるのであって、ここでも絶対的過失割合が問題になる場面というのは考え難い。そうすると、結局最後まで残るのは の場合であり、これについては絶対的過失割合を明らかにすることができるのであれば、それを期するべきであろう。また、 のうちの二重事故の場合にはそれが同質の行為であるだけに、事情によっては絶対的過失割合を明らかにすることが可能な場合もないとはいえないし、それが認められるのであれば有意義であることは間違いのないであろう。このように見ると、絶対的過失割合を明らかにすべき場合というのは極めて限られることになる。もっとも、共同不法行為とされるもののうち、 の事例が量的には圧倒的に多いということは否定できないから、その限りでは絶対的過失割合を明らかにした上で、絶対的過失相殺の方法によるのが原則であるといっても間違いではないかもしれない。しかし、前記ウで見たとおり、 の場合であっても、絶対的過失割合を明らかにするという事は決して容易なことではないということを知るべきである。そうであれば、 の場合をも含めて、すべからく相対的過失相殺の方法によるべきであり、それで足りると考えるものである。

3 学説

(1) 吉村教授は、共同不法行為者 A、B の各過失割合及び被害者 C の過失割合が、3対2対1である場合を例に、絶対的過失相殺と相対的過失相殺について説明された上で、「共同不法行為とは言えないような複数不法行為の競合事例においては相対的方法によるべきであろう。また、関連共同性を緩やかに解する判例の傾向を前提にするならば、共同不法行為とされる場合でも、全て絶対的方法によるのではなく、関連性の程度によっては相対的方法による場合もあり得ると考えるべきではないか」とされる(吉村・前掲²⁶²頁)。

ここで、教授が「絶対的過失相殺」と称されているのは、旧稿で、能見教授の命名に従って「加算的過失相殺」と呼んだ方法と同じと見てよいから((注14)参照)、吉村説は大変慎重な表現ながら、実質的には私見とほぼ同一に帰するものと思われる。

(2) 潮見教授は、「一般的には、過失の割合は被害者の過失と個別加害者の過失とを相対的に比較することによって決められる」として前記裁判例 を挙げ、

さらに、「複数の加害者の過失及び被害者の過失が競合する1つの交通事故」の場面で、「その交通事故の原因となったすべての過失の割合を認定することができる」とは、この「絶対的過失割合に基づく被害者の過失による過失相殺をした損害賠償額について加害者らは連帯して共同不法行為に基づく賠償責任を負う」ともとされているとして前記裁判例を挙げておられる(潮見・前掲105頁)。そして、後者は、前者の「例外として」位置付けられているから、同教授が相対的過失相殺を原則的な過失相殺の方法と考えておられることは明白である。

第5 おわりに

1 旧稿の一応の完成によりそれなりの達成感を味わうとともに、本テーマに対する持続的な研究を放り出してしまっていたために、補論としての本項の作成も今の私には結構骨が折れた。それでも何とか締め切りの期限に間に合わせることができたと思ったところに、大塚直教授の「原因競合における割合的責任論に関する基礎的考察 競合的不法行為を中心として」と題する論稿(星野英一先生古稀祝賀・日本民法学の形成と課題下(1996年)849頁以下)があることを知った。

題名からしても、本テーマに大いに関係することが確実であり、特に、旧稿の中でも最も手薄であった寄与度減責論を補充するには格好の文献ではないかと思われた。取り急ぎ目を通して見たが、原因競合の三類型(加害行為と被害者の素因との競合、加害行為と自然力との競合、複数加害行為の競合)のうち、^二については、割合的責任論を採用する余地が高い(減責を認めてもよい)のではないかとした上で、さらに、これを乗法型(複数原因が互いに引き金となって損害が発生した場合)と加法型(複数の原因が同質であり、かつ、^三寄与度の割当てが単純に可能である場合)とに分けて分析を進めるなど興味深い内容を含んでいる。特に、^三に限定して論じておられるので、割合的責任論にとって新境地を切り拓く可能性を秘めているような気もする。しかし、残念ながら十分検討して紹介する時間がない。

2 第4で取り上げた二つの最高裁判決についても、判例評釈などは極めて多

数にのぼる。また、交通事故と医療過誤の競合を論じた文献などにしても同様である。本来ならばそれらに逐一目を通した上で自説を展開すべきではあるが、これまたその余裕がない。

以上のとおり、あれこれと不十分な点ばかりが気になるが、とりあえずこれで本稿を閉じることとさせていただきます。