

## 共同不法行為とは、どのような不法行為か(三)

—— 一般的不法行為の論理構造に即して ——

鷹 巢 信 孝

- 一 はじめに——共同不法行為論の混迷状況から抜け出すために……………五一卷三号
- 二 複数原因による権利(法益)侵害の諸形態……………五一卷四号
- 三 複数原因による権利(法益)侵害と共同不法行為の成否(一)  
—— 一般的不法行為の論理構造の実体(有責行為)における「共同」性の存否——…本号
- 四 複数原因による権利(法益)侵害と共同不法行為の成否(二)  
—— 一般的不法行為の論理構造の実体(有責行為)における「共通」性と事実的因果関係の「共同」性の存否——
- 五 むすび——共同不法行為の類型と「連帯」の諸形態——

### 三 複数原因による権利(法益)侵害と共同不法行為の成否(一)

—— 一般的不法行為の論理構造の実体(有責行為)における「共同」性の存否 ——

一 前章では、複数の原因によって権利(法益)侵害が発生する事例を、その原因ごとに分類して例示した。このような作業をすることにより、どのような事例が「共同不法行為」とされているのか、あるいは「共同不法行為」とされていないのか、さらには「共同不法行為」とすることにつき見解が分かれているのか、ということを知ることが出来

る。

とはいえ、右の認識作業は従来の判決や学説を整理しただけのことであり、「共同不法行為」と認めるための理論的・客観的な基準を発見し得たわけではない。というのは、同じ紛争事例でありながら、それが「共同不法行為」となるのか否か、見解が分かれるのは、その事例を「共同不法行為」として被害者を救済するべきか否かという実践的・主観的な判断の違いに基づいているからである。しかし、そのように実践的・主観的な判断をする前に、先ず「共同不法行為」とは、どのような不法行為なのか」ということを、理論的・客観的に認識した上で、この原則型態を「どのような」処理するのかということを考え、その次に、この原則型態に当て嵌らない事例を、不法行為の競合として処理するのか、それとも共同不法行為の例外型態として、原則型態と同じように扱うのかを決めることになるのではあるまいか。

前者の作業は法現象を客観的に認識する理論法学の任務であり、後者の作業は紛争の妥当な解決や紛争の予防を目的とした提案を行う実用法学の任務である。この両者は、理学と工学や基礎医学と臨床医学のように、区別した上で、連関づける、つまり理論法学の認識した成果を実用法学が応用するという関係を構築する必要がある。にも拘わらず、法律学の分野では、紛争の予防・解決の基準となる法規範を考察対象としているために、現行法を対象とする場合、紛争の予防・解決（とりわけ後者の役に立つ実用法学が優先され、理論的考察は実用目的に必要な限りでの前座あるいは刺身の妻としての役割しか与えられておらず、現行法を純粹に、つまり実用目的から離れて、理論的・客観的に考察する理論法学は形成されなかった。その結果、裁判所における紛争解決の際に適用される実定法の解釈を目的とする法解釈学は、実用法学に理論法学の化粧をしたような中途半端な学問になっている。そして、法解釈学における理論的対立は「神々の争い」となり、収斂するところ、妥協する「落としどころ」を見出しえない対立のまま放置されるか、折衷案が出されて終息することになる。共同不法行為概念をめぐる対立も、その例に漏れない。

しかし、共同不法行為という法現象を理論的・客観的に考察・分析するならば、共同不法行為という概念について共通の理解を得ることが出来るのではあるまいか。そこで本章と次章では、前章において整理・分類した、複数原因による権利(法益)侵害の諸形態を、一般的不法行為の論理構造(第一章五節参照)に照らして、不法行為としての「共同」性が有るのか無いのか、それが有る場合には不法行為の論理構造の「どの」部分に有るのかを客観的に確認することにより、どの紛争類型が「共同不法行為」とするに相応しいのかを理論的・客観的に判定し、「共同不法行為とは、どのような不法行為なのか」を明らかにしたい。

二 前章に掲げた設例(1)の紛争事例では、AもBも、それぞれ単独で有責行為を行い、それによってXの権利(法益)を侵害し、損害を与えている。一般的不法行為の論理構造に即していえば、AもBも単独で不法行為を行っており、どこにも「共同」性は見当らない。したがって、AもBも、民法七〇九条の原則に従い、自分の有責行為によってXに与えた全損害を賠償すべき義務を負担しなければならない。

設例(1)②においてXが入院した場合、入院費用などのAの不法行為による損害とBの不法行為による損害に共通する部分については、AとBが各自で全額を負担することになり、民法七一九条一項に規定している共同不法行為の法律効果と同じ結果になる。しかし、この法律効果は、民法七一九条の規定を俟つまでもなく、同一の債権者に対して複数の債務者が共通の法律関係に基づいて同一内容の債務を負担する場合に発生する法律効果であり、共同不法行為の場合を含め、複数人による複合型の不法行為に共通するものである。<sup>九二</sup>問題は、この全額債務が民法四三二条以下の連帯債務と同質のものか否か、という点にある。

同一人に対する複数の不法行為が単純に競合する場合にも連帯債務が発生するのであれば、民法七一九条一項が連帯債務と規定しているのは、共同不法行為についての特則ではなく、注意規定にすぎないことになり、共同不法

行為制度の存在意義は複数人の債務を連帯債務とするところにあるのではない、ということになる。そして、民法七一九条一項後段が加害者不明の択一的競合の場合に、加害容疑者全員に連帯債務を負担させているということ、この場合を共同不法行為の一類型とすることは出来ないことになる(この点については、設例(4)に関して次章で論じる)。

さらに、**設例(9)**のように、同一人に対する複数の不法行為が累積的に競合する場合にも、共通の損害部分については連帯債務となるが、それだけの理由で、この事例を共同不法行為とすることは出来ない、ということになる(この事例についても、次章で論じる)。

注(九一) 同旨、平井・注(六)川島選歴二九〇頁以下、同・注(三〇)各論Ⅱ一九二頁・二〇七頁。なお、窪田・注(一七)四二五頁以下。(九二) 同旨、平井・注(三〇)各論Ⅱ一八八頁。

因に、前田(鷹)・注(二三)別冊NB L一五五号三三七頁は、民法七一九条を持出すことなく全部連帯責任となるのは、①川島博士が指摘された重疊的競合各自の全部惹起力ある原因が同時に競合の場合と、②必要条件的競合の場合で、賠償範囲ないし相当因果関係の範囲が全損害について重なる場合に限られるとされる。しかし、これらの事例は客観的関連共同性のある不法行為類型ではないかと考えるが、この点については次章で検討する。

三 **設例(2)**の紛争事例は、第三者の権利(法益)侵害を共同して行う意思(故意)が複数人の間に形成されている場合である。つまり、不法行為の**実体**をなす有責行為(故意による行為)を複数人が共同して行っており、ここに単独で不法行為を行う場合に対する特殊性があり、この特殊性を紛争処理の際に考慮に入れる必要性と、考慮に入れる根拠がある。

この紛争類型、即ち故意による共同不法行為の場合、誰が、どのような行為を分担して、どのような手順・方法で第三者の権利(法益)を侵害するのかを、複数人が具体的に話し合った上で実行に移す事例もあれば、複数人が集

団として違法な行為をするという大雑把な暗黙の了解、共通認識の下に行動に移すような事例など、多様な事例がある。

いずれの事例であれ、複数人の集団意思の実行、集団行動がなされた場合に、集団の中の誰の行為が、どのような結果をもたらしたのかを、被害者が個別・具体的に証明するのは困難である。したがって、そのような証明をすまでもなく、被害者(原告)は、①複数人の集団行動によって権利(法益)が侵害され、損害が発生したこと、②被告は右の集団に加わっていたことを証明すれば、各被告に対して損害全部について賠償請求をすることが出来るようになる必要がある。民法七一九条一項前段は、このような趣旨の規定として位置づけるならば、七〇九条に対する七一九条一項前段の特殊性は、個々の被告の行為と権利(法益)侵害および損害発生との間の因果関係の証明に代えて、上記①②の証明で済まされる点にあることになる。

七一九条一項前段を、各被告の個別の行為と被害の間の事実的因果関係の存在を擬制する規定としたり、因果関係の要件を緩和した規定とする一方で、一項後段を事実的因果関係の存在を推定する規定と解する説が強力に主張されている(第一章七節参照)。七〇九条や七一九条一項後段と対比した場合、七一九条一項前段の規定は、各被告の個別的な行為と被害との間の事実的因果関係の存在を擬制した、あるいは事実的因果関係の証明を緩やかにした特則と解する説を正当化するように見える。

しかし、七一九条一項前段は、複数人が集団として共同行動をして権利(法益)侵害をした場合に、被害者が七〇九条の原則に従って各被告の行為と被害の間の因果関係を個別・具体的に証明する困難を救済するための特別規定であるところに、その存在意義を認めるのが今日の有力説といえる。<sup>(九四)</sup>このような立場からすれば、前記の①②の証明により被告らの集団的不法行為の成立を証明すれば、個々の参加者ごとの不法行為の成立を証明する必要はないとするところに、共同不法行為の特殊性を反映させた七一九条一項の解釈として筋が通るのではあるまいか。旧通

説の立場から、「共同の行為」という中間項を通すことによつて、各人の行為と損害発生との間に因果関係があると認められるという説明がなされているが、<sup>(九五)</sup>「共同の行為」を中間項として個別の不法行為に繋ぐのではなく、「共同の行為」を前面に出して、この「共同行為」を共同不法行為として構成することが出来るのではあるまいか。

なお、七一九条一項前段を事実的因果関係の存在を擬制する規定と解する立場では、被告は自分の行為は損害を惹起していないとか、自分は主謀者ではないと主張・立証することにより、責任を免れたり、軽減させることは出来ず、そのような事情は共同不法行為者の内部関係、即ち求償関係において問題になるにすぎないとされている。しかし、減責・免責の抗弁が認められないという結論は、共同不法行為の特殊性と論理必然的に結びつくものではなく、被害者保護という政策的判断に基づくものである。したがつて、共同不法行為者の連帯債務が民法四三二条以下の連帯債務と同質のものか否かを判断する手懸りの一つが、ここに隠されている。

注(九三) 民法七一九条一項前段の共同不法行為の成立要件として、複数人の行為の独立性が掲げられている(加藤一郎編注「新民法」有斐閣一九六五年三四頁(徳本 録))。これは客観的共同説に立つ旧通説・判例の考え方であり、本稿の例でいえば、**設例(5)~(8)**の場合には複数人の行為に独立性は必要である。しかし、**設例(2)**のような主観的関連共同性が認められる場合には、集団に参加していたことが要件の一つであり、行為の独立性は問題にはならないどころか、集団行動とは矛盾する。

(九四) 神田・注(三)山島ほか古稀六九頁以下。なお、民法七一九条一項前段の立法趣旨については、神田・注(三)研究三〇八頁以下。

(九五) 加藤(一)・注(七)二〇七頁。

**四 設例(2)**の事例において、複数人が共同して第三者の権利(法益)侵害を行う意思を形成し、あるいは集団のメンバーとして権利(法益)侵害を行うという共通の認識を形成し、侵害する意思を通じ合ったが、一部の者は、それ以

後の集团的加害行為をしなかったとしても、被害結果については連帯して責任を負わされる。というのは、集団として加害行為を行うことを決め、あるいは共通の認識を形成して意思を通じた段階から、集团的不法行為は始まっており、違法な結果をもたらす行為に加担しているからである。<sup>(九六)</sup>つまり、一般的不法行為の論理構造における**実体**をなす故意の形成・実現に複数人が共同して関与したからである。ここに、不法行為の「共同」性があるとともに、共同関与者の帰責根拠がある。

前田(達)博士は、このような帰責根拠となる意思的要素を、刑法における行為共同説に倣って、「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」に求め、このような意思を持つことが「共同」なのだ<sup>(九七)</sup>とされる。

しかし、このような「相互に利用し合う意思」があるだけでは、日常生活における協力関係が形成されているとはいえても、一般的不法行為における**実体**をなす故意に相当する意思が共同で形成されているとはいえないのではあるまいか。他人の行為によって惹起された結果に対して、その行為をしていない者にも帰責する根拠は、行為をした者も、しなかった者も共同して、あるいは集団として権利(法益)を侵害する行為を行う意思を形成したことに求めるのが、素直な捉え方であり、一般的不法行為に対して特殊性を有する共同不法行為に相応しい捉え方ではあるまいか。

あるいは、「主観的関連共同性のある共同不法行為責任とは、**関連共同の範囲内**において、相互に相手方の行為について責任を負うものであると捉えるのが実体に即して素直なのではないだろうか」とする見解がある。<sup>(九九)</sup>しかし、主観的関連共同性があれば、他人がした行為の結果について「なぜ」責任を負うことになるのか、という問題について前田説を超えた説明になっておらず、共同不法行為の特殊性を反映させた解答になっていない。

なお、前田(達)博士は上記のような相互利用意思を、故意による共同不法行為の場合だけでなく、過失による共

同不法行為の場合にも根底に据えられる。<sup>(九九)</sup>しかし、本章第八節で述べるように、過失による共同不法行為の場合には、故意による共同不法行為の場合とは異なり、違法な行為を共同で(集団で行う意思を形成しているのではなく、適法な行為を共同で(集団で行う意思を形成して行動したけれども、他人の権利(法益を侵害しないように注意すべき義務を怠ったために、権利(法益)侵害を惹起したのである。したがって、過失による共同不法行為の場合、加害に直結する行為をしていない者の帰責根拠を共同意思に求めることは不可能であり、故意による共同不法行為の帰責根拠と同一ではない。<sup>(一〇〇)</sup>

注(九六) 同旨、平井・注(六)川島選暦三〇二頁。帰責根拠を各人の行為の「関連共同性」に求められるが、昭和九年の水利組合事件については「騒擾事件における助勢者は社会的一体とみられるような行為に積極的に「意思」をもって関与した」ところに、帰責根拠が求められるべきであろうとされる。なお、平井注(三〇)各論Ⅱ一九三頁は、意思的共同不法行為の場合の共通の意思(共謀)は、故意とは異なり、損害発生についてではなく、加害行為についてであれば足りるとされる。しかし、共謀は「共通」意思の形成ではなく、「共同」意思、「共同」故意の形成であり、損害発生の前提となる権利(法益)侵害を目標としているのではなからうか。

因に、伊藤・注(三三五)二〇二頁は、昭和九年の水利組合事件を、大正一三年の村議会騒擾事件と並べて「加担的共同」不法行為に分類する一方で、二〇六頁では、最判・昭和四三年四月二六日・判時五二〇号四七頁の飲酒者の自動車運転を制止しなかつた事件と並べて、「間接参加共同」不法行為類型とされる。

しかし、水利組合事件の参加者には、加害行為につき意思の共同・意思の疎通があり、間接的に参加しているわけではない。飲酒運転事件は過失による、即ち、仲間が事故を起す可能性があるのに、それを制止して、事故を起させないように配慮すべき義務違反による共同不法行為が問題になる事件であり(本章八節参照)、水利組合事件のように故意による共同不法行為事件ではない。

(九七) 前田(選)・注(二)帰責論二九二頁以下、同・注(三二)民商六〇巻三号一三七頁、同・注(三二)民法Ⅵ一八一頁。前田説を支持する説として、四宮・注(四)七八〇頁(なお、七八三頁七八七頁)、平井・注(三〇)各論Ⅱ一九四頁。



刑法の目的的行為論や行為共同説を民法の共同不法行為論に援用して、民法七一九条一項前段の「共同」という文言を「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」と解する前田説に対する疑問を述べる論稿として、伊藤肇子「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(一九七七年)一〇二頁。

なお、塚原・注(七)二二二頁なお、一九六頁は、共謀に関して、民法七〇九条によっても各行為者が結果全部に対して連帯責任を負うことを容易に導き出されることであり、七一九条一項前段は注意規定であるとされる。

(九八) 能見・注(四)法協一〇二巻二二号一四頁以下。

(九九) 前田達・注(二)帰責論二九三頁以下、同・注(三)民法VI<sub>2</sub>一八二頁。

(一〇〇) 内田・注(四)四九四頁以下は、前田博士のように過失についても主観的関連共同を肯定すると、客観的関連共同というのと質的に違いがないと批判される。

**五 設例(2)**②の暴走族の事例において、複数の者が暴走を始めた当初は、追い立てる相手が決まっていなくてもあるであろう。しかし、このような場合であっても、先頭集団が追い立てる相手を見付けて追い立て始めると、後方集団を形成している者には、その相手が具体的には分かっている場合であっても、追い立て行為が始まったこと、そして自分も追い立て行為に加わっていることは認識するであろう。したがって、このような認識をすれば、後方集団を形成していた者も、先頭集団を形成している者と共同して追い立てる意思の下に行動していると評価することが出来る。

そして、追い立てられた相手が、暴走族の集団行動により無理な運転を余儀なくされたために転倒したり、路肩から転落して負傷したり、死亡した場合、暴走族集団を形成していた者には故意ないし未必の故意があったと認定できる場合が多いであろう。このような認定が出来なくても、過失による共同不法行為の成立を認めることが出来る。

小学校の合併に反対する村民が、賛成派の村会議員を翻意させるために村議会議場に押しかけて示威活動をした際に、その一部の村民が一人の議員に暴力を振り、負傷させた。この議員が共同不法行為による損害賠償を求めた事件につき、大審院は一般論として、「民法第七一九條一項前段ニ依リ数人ヲ共同不法行為者トシテ損害賠償ノ責ニ任スルニハ其ノ間ニ通謀若クハ意思ノ共通ヲ要セサルモ、権利侵害ニ対シ客観的ニ共同原因アルコトヲ必要トス」と述べている。そして、議員に対して暴力を振った者については共同不法行為の成立を認めたが、暴力を振っていないリーダー格の者については、議員の負傷につき共同不法行為の成立を否認した。<sup>(一〇二)</sup>

ここに「客観的ニ共同原因」という意味は必ずしも明確ではない。<sup>(一〇二)</sup> 共同意思がなく、各自が銘々にやった行為が合体して被害を発生させたと認められるということであろう。この判決の一般論は昭和九年の水利組合の水争い事件で引用され、判例法理となっている。

昭和九年の水争い事件というのは、甲水利組合が乙水利組合による取水妨害を阻止するために、物理力を行使しでも阻止する旨の決議をして、組合員の一部が取水現場に赴き、その一部の者が乙組合の者に暴力を振って死傷させたために、共同不法行為責任が問われた事件である、この事件につき、大審院は先の大正一三年判決の一般論を引用した上で、取水現場に出かけて暴力を振った者だけでなく、暴力は振わなかった者、さらには右の決議に参加しただけの者についても共同不法行為の成立を認め、民法七一九條一項前段を適用した。<sup>(一〇三)</sup>

注(一〇二) 大判・大正一三年七月二四日・民集三卷三七六頁。本件の評釈として、末弘巖太郎判例民事法(4)大正一三年度第七七事件

〔有斐閣・一九二六年〕三四〇頁以下。

(一〇二) 因果関係が存在しないという意味なのか、客観的共同性がないという意味なのか、受け止め方が分かれている。この点につき、能見・注(二)法協九四卷二号三〇頁、徳本・注(二)一四頁注(8)、松原・注(二)上智四八卷二号五九一頁。

(一〇三) 大判・昭和九年一〇月一日・民集二三卷一八七四頁。本件の評釈として、川島・注(三五)判民(4)四三一頁以下、宗宮

六 昭和九年の水争い事件に関して、決議そのものは権利侵害行為ではないから、単に決議に参加しただけ

は、七一九条二項の教唆に該当することがありうるにすぎず、七一九条一項の共同不法行為にはならな  
いとすする反面、この判決が「加害者各自ノ行為ト之ニ因リテ生シタル損害トノ間ニハ因果ノ関係ヲ有スル  
コトヲ要スルハ当院判例ノ認ムル所ナリ」として、大正一三年の判決を引用している点につき、昭和九年  
判決は「因果関係存する場合の字義につき注目すべき論旨を示している」とする評釈がある。<sup>(一〇四)</sup>

しかし、集団による意図的な権利(法益)侵害が行われる場合、参加者の間には加害行為に関する大まかな意思の疎通ないし共通認識が形成されており、そのような集団意思・共通認識の下に加害行為が行われ、被害が発生していれば、この集団行動に参加した者が具体的にどのような行為をしたのかを問わず、意思形成に参加した者全員の共同不法行為と認めることが出来る。つまり、参加者各自の個別行為と損害発生との因果関係の証明は必要ではない。ここに、七一九条一項前段の存在意義があり、民法七〇九条の原則に対する特殊性がある。

わが国の共同不法行為論の通説的見解の主張者の一人と目されていた加藤(二)博士は、「各人の行為と直接の加害行為との間に因果関係があり、そこに共同性が認められれば、共同の行為という中間項を通すことによって、損害の発生との間に因果関係があるといつてよい」とした上で、昭和九年判決につき「決議から現場の殺傷との間に因果関係があれば、それを一体の共同行為と見ることができ、この判決が是認される」と評される。<sup>(一〇五)</sup>この評釈には客観的

共同説の考え方が遺憾なく發揮されているが、各人の加害行為と直接の加害行為との間の因果関係に「共同」性が認められる場合には、**設例(2)**の故意による共同不法行為ではなく、**設例(5)**の横の共同による不法行為が成立する。博士が説かれているように、決議から現場の殺傷との間に因果関係があるから、それを一体の共同行為と見ること

が出来るのではなく、集団の決議に基づく行為であるが故に一体の共同行為なのであり、**設例(2)**の典型的事例となるのである。

「自分たちが一つの共同行為を行っている」という認識の下で行為することによって、**不法行為を生じた場合(中略)**、主観的意思の共同性と客観的行為の一体性を合せて関連共同性が判断され、共同不法行為が成立する」とする見解がある。この見解は不法行為の成立要件を主観的要素と客観的要素に分ける説に合わせて共同不法行為を説明しているのではないかと思われる。しかし、不法行為の**実体**をなす有責行為に「共同」性があれば共同不法行為が成立すると解すれば十分であり、主観的意思の共同性と客観的行為の一体性に分ける必要はないのではなからうか。なお、この澤井説も、他人の行為に対する帰責根拠につき前掲注(九七)の前田説などと同じような考え方をされるが、各自の行為を「相互利用する意思」だけでは故意による共同不法行為を把握するのに十分ではないし、過失による共同不法行為の把握をすることも出来ない。

注(一〇四) 勝本・注(一〇二)法学四巻八号三九頁・四〇頁。

(一〇五) 加藤(二)・注(七)二〇七頁・二〇九頁注(一)。

(一〇六) 澤井・注(七)三四八頁。

七 昭和九年の大審院判決が引用している大正一三年大審院判決は、議員に暴力を振った者について共同不法行為を認め、暴力を振わなかった反対派リーダーについては、客観的共同原因が存在しないとして民法七一九条一項前段を適用しなかった。これに対して、大正一三年判決を引用した昭和九年判決は、現場に行ったが暴力を振わなかった者だけでなく、決議に参加しただけで現場に赴かなかつた者についても、共同不法行為の成立を認めている。こ

のように、兩判決の結論に違いが見られるのは、二つの事件において、集団メンバーの間に形成された共同意思の内容に違いがあるからではないかと思われる。

つまり、大正一三年の事件では、合併反対の示威行動をして賛成派議員に翻意を促すについて共同意思が形成されてきたに止まり、暴力を用いてまで合併決議を阻止するという共同意思は形成されていなかった。これに対して、昭和九年の事件では物理力を行使してでも取水妨害を阻止するという共同意思が形成されていた。この違いが、兩判決の違いをもたらしたものと思われる。<sup>(一〇七)</sup>

大正一三年と昭和九年の二つの事件で扱われたのは、「意思」的共同不法行為においてどの範囲までの行為が「関連共同性」あるものとして把握されるべきかという問題であり、昭和九年の事件は事実的因果関係が存在しないと認められる行為についても「意思」的不法行為であるが故に「関連共同性」が認められた、とする捉え方がある。<sup>(一〇八)</sup> したがって、関与した意思と甚だしく喰い違う結果が生じたという特段の事情がある場合には、大正一三年の事件のように関連共同性の射程外にあるものとして、賠償責任を否定すべきであるとされる。<sup>(一〇九)</sup>

複数人の間で共同して不法行為をする意思が形成され、それに基づいて実行行為が行われた場合、一部の者が行った行為が右の共同意思の範囲内と評価される行為であれば、それが他の仲間にとつて思いもよらない行為であったとしても、この加害行為は全員の共同意思に基づく行為であり、この加害行為と因果関係のある権利(法益侵害)に伴う損害につき、全員が連帯して賠償すべき義務を負う。これに対して、共同意思の範囲に収まらないと評価される行為によって惹起された権利(法益侵害)に伴う損害については、行為者以外の者が責任を負う必要はない。<sup>(一一〇)</sup>

なお、昭和九年の事件は、その実質は農民の生活を守るための争いであるが、形式的には水利組合という団体の権利を守るという面を有している。それ故に、川島博士も「法の予想する通常の共同不法行為よりも複雑なる団体現象としての『騒擾』に関するもの」と<sup>(一一一)</sup>とされている。この『騒擾』は、形式的には水利組合が有する水利権の保存・管理

を目的とする団体業務に関連して行われており、団体の不法行為を認める立場からは、団体構成員である複数人の共同不法行為であるとともに、団体そのものの不法行為が成立することになる。<sup>(一一二)</sup> だとすれば、団体構成員と団体の間にも共同不法行為が成立するのかがということが問題になる。

注(一〇七) 前田(達・注(二)婦責論三〇四頁・三〇六頁は「共同意思の内容」の違いに求められ、加藤(二)・注(七)二〇九は「共同性の強弱」によるようだとされる。

これに対して、川島・注(三五)判民14四四一頁以下は、両事件における「率先助勢の程度」の違いを指摘される。能見・注(二)法協九四卷二号三二頁は川島説を支持した上で、昭和九年の事件においては行為者間の横の関連が強いものと評価されたのに対し、大正一三年の事件においては、それほど強くないとされたのであるとされる。

瀬川・注(三)平井古稀六七五頁は、大正一三年の事件は昭和九年の事件とは異なり、当該侵害についての認識可能性が被告には無かったからではないかとされる。これに対して、能見注(四)法協一〇二卷一・二号一六頁は、昭和九年判決は主観的関連共同があれば、結果については各人の認識可能性(過失)が証明されなくてもかまわない旨を明らかにしているとされる。

(一〇八) 平井・注(六)川島選歴三〇七頁。

(一〇九) 平井・注(三〇)各論II二〇一頁。

(一一〇) 能見・注(四)法協一〇二卷一・二号五九頁は、AとBが窃盗目的でX宅に侵入し、AがXを殺害した場合、Bは殺人について過失がないことを反証すれば、殺害についての責任を免れることが出来るとされる。しかし、この場合、A・B間には窃盗についての共同意思しか形成されておらず、殺人は共同意思の範囲外の行為である。したがって、Aの殺人につき、Bが責任を負うことはない。

(一一一) 川島・注(三五)判民14四三六頁。

(一一二) 山中康雄「連帯債務の本質」石田文次郎先生選歴記念・私法学の諸問題(一)・民法「有斐閣・一九五五年」三九四頁は、故意による共同不法行為の場合、一個の不法行為団体が成立していると考えられるが、この団体は法人格をもたないので、団体が負うべき不法行為法上の賠償義務を、右の団体を組織していると認むべき各個人をして不可分に負わしめたとされる。

前掲注(一)の拙稿は法人でない団体についても行為能力や不法行為能力を認め、権利能力を認めるので、山中説とは異なり、団体の不法行為を認めるが、これとは別に、団体の業務執行権者の個人としての不法行為、したがって、個人の集団としての共同不法行為をも認める。

なお、鈴木・注(四五)二二頁以下は、複数人の間に主観的関連共同性がある場合、一種の団体が作られたことになり、団体の不法行為の結果として権利侵害が発生しているとされる。山中説にしる、鈴木説にしる、一定の目的事業を共同して行うために設けられる団体(組合や社団財団)の行為と、複数の人達が共通の目的のために協力して行う集団行動を区別する必要がある。この点に関して、拙著・注(二一)企業と団体九頁・三七〇頁参照。

八 設例(3)の紛争事例は、共同行動をしている複数人の過失による共同不法行為の事例である。設例(2)と同じように、不法行為の**実体**をなす有責行為の次元に「共同」性があり、民法七一九条一項前段を適用することに異存のない事例である。しかし、その「共同」性には、**設例(2)**の故意による共同不法行為とは違う特殊性がある。

故意による共同不法行為の場合、複数人の間に他人の権利(法益)新顔行為を共同で行う意思、ないし認識が形成されている。これに対して、過失による共同不法行為の場合、複数の人達は適法な行為を共同で、あるいは集団で行う意思の下に行動しており、他人の権利(法益)を侵害する意思を形成しているわけではない。にも拘わらず、適法な行為を共同で、あるいは集団で行う際に、他人の権利(法益)を侵害することのないように注意して行動すべき義務(注意義務)を怠ったために、他人の権利(法益)を侵害し、損害を与えたことに対して、過失のある者の共同責任が問われることになる。

このような過失による共同不法行為には、(i)適法行為を共同で、あるいは集団で行っている複数人全員に注意義務違反がある場合と、(ii)その中の一部の者に注意義務違反があり、他の仲間が、それを防止するように配慮する義務を怠ったために、権利(法益)侵害が惹起された場合とがある。

設例(3)⑤のサッカーの事例は、サッカーをする場所の選定を誤っていたり、ゴールポストの位置の選定に誤りがあれば、(i)の典型例となる。前掲注(六三三)の荷車で重い木を運搬中の事故につき、大審院は「運搬ニ従事スル者全員ニ於テ慎重ナル注意ヲ払ヒテ進行セシムベキモノナルコトハ言フ俟タズ從テ過失ニ因リ其ノ荷車ヲ顛覆セシメ他人ニ損害ヲ加ヘタリトセバ特別ノ事情ナキ限り実験法則上全員ノ過失ニ因ルモノト為スヲ相当トス」としているが、これも(i)の事例であることを示している。

本件に関して、「共同行為の認識」、つまり関連共同性のある行為であることの認識をしながら、それを敢えて行った者は、そこから生ずべき結果を認容したものと解され、自ら加害行為をしなくても(事実的因果関係が存在しなくても)、不法行為責任を免れない点において、民法七〇九条の基本的不法行為と異なるとする見解がある。<sup>(一三三)</sup>

この見解は、過失による共同不法行為についても、故意による共同不法行為の場合と同じように、しかし「権利侵害以外の目的を旨指してそのために他人の行為を利用し、他方、自己の行為が他人に利用されるのを認容する意思」があるので、「各自、その行為をするについて過失(行為義務違反)がある」として、故意による共同不法行為と過失による共同不法行為をパラレルに捉える立場を採用している。しかし、このように回りくどい説明をしなくても、本章第四節で述べたように、共同行動・集団行動の実態に即して、もつと素直で分かり易い説明ができるのではあるまいか。

つまり、故意による共同不法行為の場合には、権利(法益)侵害行為を共同で行う意思、あるいは集団で行う認識の下に、共同行動・集団行動に参加したが故に、自分が直接的に加害行為をしていなくても、あるいは自分の行動と被害との間に事実的因果関係が存在しなくても、仲間の行為によって発生した被害は共同行動・集団行動による被害として、全員の共同責任が問われるのである。これに対して、過失による共同不法行為の場合には、適法な行為を共同で、あるいは集団で行う全員に、他人の権利(法益)侵害をしないよう注意して行動すべき注意義務(第一の注



意義務)が課されているだけでなく、他の仲間が加害者にならないように配慮すべき義務(第二の注意義務)も課されている。<sup>(二五)</sup> 第一の注意義務は各自銘々に負担しているが、第二の配慮義務が加わることにより、第一の注意義務は全員に共通の義務にすぎなかったものが、全員の共同の義務になる。

したがって、適法な行為を共同で、あるいは集団で行う際に、全員が共通に課されている注意義務を怠ったために被害を発生させた場合、各自の注意義務違反による個別の過失行為の競合がある。のみならず、仲間が注意義務違反をしないように配慮すべき義務を課されているが故に、右の注意義務は共同して遵守すべき義務となり、この第二の注意義務(配慮義務)にも違反しているが故に、過失による共同不法行為とされるわけである。

注(二一三) 平井・注(三〇)各論Ⅱ一九四頁。

(二一四) 前田・注(二)婦責論二九三頁、同・注(三三)民法Ⅵ<sub>2</sub>一八二頁。なお、前掲注(九七)参照。

(二一五) 同旨、前田・注(二)婦責論二九四頁、同・注(三三)民法Ⅵ<sub>2</sub>一八三頁、能見・注(二)法協九四卷八号一三三頁、淡路・注(三二)理論<sub>4</sub>四二頁(緊密な一体性が認められる企業公害防止に関する)。

(二一六) 徳本・注(二)七七頁は「注意義務が重疊的に存在」とされ、吉村・注(一一)二五一頁は「拡大された注意義務」とされ、牛山・注(三四)一八三頁・一八六頁は「拡張された結果回避義務」とされ、渡邊・注(三七)名法一五一号四七一頁は「相互義務」とされる。

潮見・注(七七)一七〇頁は、「拡大された注意義務」は過失による共同不法行為ではなく、場所的・時間的近接性(一体性)がある複数人の不法行為につき、減免責の余地のない強固な全部連帯責任が認められる一項前段の共同不法行為の要件とされる。

九 設例(3)②において、AとBが一緒に廃材を投下して通行人を負傷させ、共通かつ共同の注意義務に違反して、つまり、AもBも自己に課されている注意義務を怠っただけでなく、注意義務違反をしないように相互に配慮すべき義務にも違反して、過失による共同不法行為をした場合、AとBの共同不法行為が成立するのは、AとBが通行

人を目掛けて廃材を投下して負傷させた故意による共同不法行為の場合と変りはないように見える。

故意による共同不法行為の場合、AとBが通行人を負傷させる意思をもって、共同して行動しているが故に、その共同行為によって発生した損害につき、共同して責任を負うのであり、他人の行為を利用する反面、自己の行為を他人に利用させたが故に、他人の故意行為についても責任を負わされるのではない。これと同じように、AとBが同一の適法行為を共同して行う場合には、他人の権利(法益)を侵害しないように注意して行動すべき義務を共同で負担している。にも拘わらず、共同して適法行為を行った際に不注意で通行人を負傷させたことは、共同の注意義務違反である。したがって、自分たちの過失ある共同行為によって発生させた損害について共同して責任を負うのであり、他人の行為を利用する反面、自己の行為を他人に利用させたが故に、他人の過失行為についても責任を負わされるのではない。このように解すると、故意による共同不法行為と過失による共同不法行為をパラレルに説明することが出来る。

しかし、**設例(3)⑤**の、Aが蹴ったサッカーボールが近所の家の窓ガラスを割ったという事例のように、直接的な加害行為、つまりボールを蹴る行為を一人で行った場合には、近所の家の窓ガラスを割らないように注意して行動する義務、つまりボールを慎重に蹴る義務は全員が共通に負担しているが、**共同**で負担しているようには見えない。したがって、Aの行為による損害に対してA以外の者が負担する賠償責任は、サッカー仲間が全員で**共同**して負担している注意義務違反による**共同**不法行為に対する責任ではなく、他人の行為に対して負担させられる責任であるかのように見える。つまり、故意による共同不法行為や共同行動をした際の過失による共同不法行為とは、帰責の根拠が異なっているかのようなのである。

**設例(1)①**や**設例(4)**の場合には、同じ広場でサッカーボールを蹴って遊んでいる子供達は、近所の家の窓ガラスを割らないように注意して行動すべき義務を**共通**に負担しているにすぎない。しかし、**設例(3)⑤**のように、仲間とし

と一緒にサッカーをする場合には、近所の人達に被害を与えないようにする義務を各自銘々に負担しているだけでなく、他の仲間が不可侵義務を侵さないように配慮すべき義務を負っているために、迷惑をかけない義務は全員が共同で負担しており、その広場を選んで遊んだことやゴールの位置の設定に過失があれば、ゲームに参加した者全員に注意義務違反があり、Aの行為によって近所の窓ガラスを割ったことについて、全員の過失による共同不法行為が成立する。<sup>(一七)</sup>

この場合、リーダー格の者も、単なる追従者も全損害について連帯して責任を負うところに、民法七一九条一項前段の存在意義があり、その間の不公平は内部的な求償関係において調整すると解されている。しかし、七一九条一項前段の共同責任は民法四三二条以下の連帯債務ではなく、不真正連帯債務であるとするのであれば、共同不法行為であるということから論理必然的に、右のような解釈が導き出されるわけではなく、被害者との間においても役割に応じて責任を配分するという別の解釈の途も残されている。その、いずれを選ぶかは、被害者の保護を重視するのか、加害者間の公平を重視するのかという、政策的判断の問題になる。

注(一一七) 野球に関して同旨、幾代「徳本注(八)三二七頁注(4)「前掲注(三二)の四日市公害事件における「強い関連共同性」のある企業について全額連帯責任を認めた事例に類比される」、鈴木「注(四五)一一二頁」。

能見「注(六六)司研八二号六頁以下は、野球をしてはいけないとされている広場で野球をする行為について、「共同する意思」という要件は充たされているので、直接的な加害行為者(ボールを打って窓ガラスを割った者)以外の者が、自分の行為と損害との間に因果関係がないという反証をして責任を免れることは出来ない」とされる。窓ガラスを割っている場所について「共同する意思」がある場合には、故意による共同不法行為の要件は充たされている。しかし、禁止されている場所で野球をしたことは全員の過失を認定し易くなるが、野球を禁止している理由も様々であるから、そこで野球をしたということだけでは全員の注意義務違反とはいえないし、禁止されていない場所で野球をした場合の説明との整合性に欠ける。

塚原「注(七)一九七頁は、AとBが道路上でキャッチボールをしていて、Aの投げた球が通行人に当たって怪我をさせた場

合、その怪我とキャッチボールとの間に相当因果関係が認められる限り、A・Bの双方に対し共謀による共同不法行為責任を追求することになろうとされる。AとBが通行人に当てることを共謀した場合には妥当だが、過失による場合には当て嵌らない。

一〇 広場で野球の練習をしている際に、その中の一人が投げたボールが窓ガラスを破損した場合を、七一九条一項後段の例とする見解がある。<sup>(二八)</sup>しかし、七一九条一項後段は択一的競合の場合、即ち複数の人が加害の可能性のある行為を個々別々に行い、その中の一人の行為が被害を発生させたが、それが誰だか分からない場合に適用される規定であり、複数の人が共同行動・集団行動をしている際に被害を発生させた場合の規定ではない。しかも、後者の例では誰が投げたボールが窓ガラスを破損したのか判明することが多いであろう。しかし、それでもなお、他の仲間も連帯して責任を負う根拠が問題となるのである。

子供たちが遊んでいる際に、その中の一人怪我をした事故につき、加害者不明として七一九条一項後段を適用した判決がある。<sup>(二九)</sup>この判決は、数名の子供たちが木の実を銃弾にしてゴム銃で撃ち合うパチンコ遊びをしている際に、Xの左眼に弾が当たって怪我をしたが、誰が発射した弾が当たったのか不明であるという理由で七一九条一項後段と七一九条に基づいて、被害者を除く遊び仲間の子供たち全員の親に損害全部について連帯責任を負わせた。

本件において、このような解決方法が採られたのは、被害者(原告)が加害者不明として訴えたためではないかと考えられる。そうだとすれば、加害者を特定できる場合には、この特定の加害者だけが訴えられるかも知れない。しかし、直接の加害行為者を特定しうる場合であっても、その特定の人が故意または重大な過失によって加害したのではない限り、適法な行為を共同で、あるいは集団で行っている際の過失による加害については、①全員が共同して負担している注意義務に違反したが故に被害を発生させた、共同行為者・集団行為者全員の過失による共同不

法行為、即ち過失による共同不法行為の第一類型として、あるいは、②この特定の人が注意義務違反をしないように、他の仲間が配慮すべき義務を怠ったが故に被害を発生させた、注意義務違反者と配慮義務違反者の過失による共同不法行為、即ち過失による共同不法行為の第二類型として、共同責任を追及することも出来る。

野球のボールが近所の家の窓ガラスを割った事例のように、過失による共同不法行為の第一類型の場合には、直接の加害者を特定できなくても、共同行動・集団行動への参加者を相手にして訴えることが出来る。しかし、パチンコ遊びのように、広範に散らばって各自銘々に遊ぶ行為によって被害を受けた、過失による共同不法行為の第二類型の場合、第一次的注意義務違反者と第二次的配慮義務違反者の特定は必要である。遊びに参加している者の中には第一次義務に違反する者との距離が遠くて、第二の配慮義務を履行しえない者が存在するからである。これを特定できない場合には、加害者不明として、共同行動・集団行動に参加していた者を訴えるほかはない。

注(一一八) 松坂・注(六六)民商六二巻五号一八頁。なお、松坂博士は危険ある行為の共同も社会的に一体的な事象と認めうる場合でなければならず、共同行為の認識が必要であるとされる。これでは、七一九条一項後段と前段の適用事例の違いが分からなくなる。

(一一九) 仙台高判・昭和三十九年二月二十四日・高民一七巻一七号六〇頁。

一 過失による共同不法行為の第二類型については、特定の加害者Aの近くにBがいて、BはAが注意義務違反をしないように配慮してやる事が出来たのに、それを怠ったが故に、Aの注意義務違反とBの配慮義務違反とが相俟って被害が発生したという関係が必要である。したがって、Bが配慮義務を尽すことにつき期待可能性がなければ、Bの有責性は阻却され、Bが過失による共同不法行為責任を問われることはない。<sup>(一一〇)</sup>

共同行動・集団行動を行う仲間の数が少なく、近い場所で行動している場合には、他の仲間が注意義務違反をしないように配慮する可能性は高くなる。したがって、配慮義務違反による共同不法行為が成立する可能性も高くなる。**設例(3)①②**において、各行為者が別々の業務を分担している場合や同一の作業を個別に行っている場合には、このような共同不法行為が発生するであろう。

害獣を駆除することを依頼された多数のハンターが山に入り、分散して行動する場合、誤って他人を撃たないよう注意して行動する義務を全員が負っているが、それは共通の義務であって、共同の義務ではない。とはいえ、ハンター相互の間で他のハンターが注意義務違反をしないように配慮する義務を負っている。このような事例で、その中の一人Aが発砲した弾が山菜採りに来ていたXに当って負傷させた場合、ハンター全員の共同過失による不法行為は発生しないが、Aの近くにいたハンターBについては、Aが注意義務違反をしないように配慮してやることが出来た(例えば、山菜採りの人がいることを注意してやる)ことが出来たのに、それを怠っていたれば、BはAとともに過失による共同不法行為責任を負う。

AとBが共同して猪を射止めるために山に入って、その中の一人が発砲した弾がXに当って負傷させた場合にも、AとBの過失による共同不法行為責任が発生する。しかし、面識もないAとBが、別々に猟に来て、Aが撃った弾がXに当って負傷させたとしても、Bが共同不法行為者になることはない。Bは注意して行動すべき義務をAと共同で負っていないし、Aが注意義務違反をしないように配慮する義務も負っていないからである。

因に、AとBが同時に発砲して、両方とも猪に当って射止めた場合はもとより、一方の弾だけが当たった場合でも、AとBがジビエ料理を出す店を共同経営しているような関係であれば、この猪はAとBの合有になる。これに対して、AとBがそのような共同関係がなく、面識のない人達であれば共有になるとい違いが生じる。<sup>(三三)</sup> それと同じように、AかBの弾が人に当って負傷させた場合、AとBが共同関係があれば過失による共同不法行為の可能性があ

り、共同関係になければ、その可能性はない。

なお、何ら共同関係がないAとBが同時に発砲した弾の一方だけがXに当たったが、Aの弾かBの弾か判明しない場合には、**設例(4)①**と同じように、七一九条一項後段の問題となる。両方の弾が当たったが、どちらの弾がXの体のどの部分に当たったのか判明しない場合には、**設例(4)③**と同じように、七一九条一項後段の問題になる。

注(一一〇) 森島・注(一六)二二二頁は、「ある共同不法行為者にとって予見可能性のない損害については、その行為者に過失がないとして、結果的には責任の減免が認められるという場合も出てくることになるであろう」とされる。これと同じように、適法行為の共同行為者の場合、仲間の者の過失行為を防止する期待可能性がないとして、過失責任が否定される場合もある。

(一一二) 共有と合有の違いについては、拙著「財産法における権利の構造共有と合有」(成文堂・一九九六年)一三頁以下。

一 二 遊び仲間である五名の中学生が、電車の軌道近くの道路上で雑談中に、線路に物を置く遊びが話題になり、Aら一部の者が軌道内に入って、Aが線路上に石を置いた。軌道内に入らなかったYらは、石を除去するように忠告して除去させたが、一部の石が除去されずに残っていた。そのために電車が脱線転覆し、車輛が損壊するとともに乗客が負傷した。電鉄会社Xと四名の中学生の親との間で和解が成立したが、Yの親は和解に応じなかったため、XがYの親を相手どって損害の一部につき賠償請求訴訟を起した。

この訴訟において、XはYらの共同不法行為責任を主張したが、第二審ではAの置石につきYがAと共謀したとか、それを助勢したとか、Aの置石行為を容認して、これを利用する意思があったと認めることは出来ないし、YはAが置石をすることを予見して、これを阻止しないし排除すべき義務があったとはいえないとして、Yらの共同不法行為の成立を認めず、Yの親の責任を否認した。そこでXは、YがAの置石を予見すべきであり、置石の発見に

力めるべきであったのに、これを怠ったとして上告した。

最高裁は、YにはAが「置石を置くこと及び通貨列車がこれを踏み本件事故が発生することを予見することができた」と認め余地が十分にあるというべきであり、Yが「本件置石の存在を点検確認し、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といえるときには、その措置を講じて本件事故の発生を未然に防止すべき義務を負うべきものというべきである。(中略)、Aに対し置石行為をやめるように言った事実があるとしても、それだけでは直ちに右注意義務に消長を来たすものとはいえない」とした上で、Yの「注意義務の懈怠と本件事故との間には相当因果関係があるものといわざるを得ない」として、原判決を破棄し、差戻した。<sup>(一一三)</sup>

最高裁は、置石をしなかったYにも置石を除去すべき作為義務を認めるが、Yらの共同不法行為を認定した上で、民法七一九条一項前段を適用したわけではない。したがって、本判決は、共同不法行為の成立を広く認める方向を抑制するもので、<sup>(一一四)</sup>実行為者以外の者に先行行為に基づく作為義務を認め、「不作為の不法行為責任」が問題にされた<sup>(一一五)</sup>と説かれている。

しかし、本件を共同不法行為とは関係のない事件と解することは出来ない。というのは、遊び仲間の雑談という集団行動の延長線上で、仲間の一部者により置石行為が行われ、事故の発生を予見しうる場合、他の仲間の置石によって被害が発生しないように、つまり置石をした仲間が加害者にならないように配慮してやる義務がある。この義務は、最高裁判決がいうように、単に言葉で忠告をするだけでなく、被害が発生しないように具体的な措置を共同して取るべき義務である。

仲間の注意義務違反に対する他の仲間の配慮義務の内容が右のようなものだとするれば、それは、「不作為による不法行為」の前提となる「先行行為に基づく作為義務」の内容と一致することになる。



注(二二二) 最判・昭和六二年一月二二日・民集四一卷一七頁。

本件の解説・評釈として、池田真朗「法学セミナー」三九五号(一九八七年)一〇〇頁、篠原勝美「ジュリスト」八九〇号(一九八七年)五九頁以下、神田孝夫「ジュリスト」九一〇号、昭和六二年度重要判例解説(一九八八年)八五頁以下。

(二二三) 神田・注(三)山島ほか「還暦七八頁注」(28)。

(二二四) 前掲注(二二二)の解説・評釈のほかに、前田「原田・注(二)二五七頁、吉村・注(二)二六六頁、加藤雅・注(三九)一六三頁以下、橋本佳幸「責任法の多元的構造」[有斐閣・二〇〇六年]三頁以下。

「不作為による不法行為」については、加藤雅・注(三九)一六一頁以下、橋本佳幸「責任法の多元的構造」[有斐閣・二〇〇六年]三頁以下。  
「不作為の不法行為」が問題にされた事件として、大阪控判・大正七年二月一日・新聞一三八六号二〇頁、東京地判・昭和四八年八月二九日・判時七一七号二九頁。

一三 過失による共同不法行為は、複数人の過失ある行為が偶然に競合して、同一人の権利(法益)を侵害したのではなく、複数人が共同で、あるいは集団として適法行為をする際に、他人の権利(法益)を侵害しないように注意して行動すべき義務と、他の仲間が注意義務違反をしないように配慮すべき義務を負っているにも拘わらず、①共同行動をする際に一緒に注意義務違反をしたり、一部の者の注意義務違反につき他の者が配慮義務を怠ったり②個別に行動をする際に、他の仲間が注意義務違反をしないよう配慮すべき義務を怠ったために、権利(法益)侵害を惹起したことにより、(i)全員の過失による共同不法行為が成立したり、(ii)注意義務違反者と配慮義務違反者の過失による共同不法行為が成立する。

共同して、あるいは集団で適法行為をする関係は、適法行為をする以前に形成されている必要はなく、別々に行動している者の間に途中から形成されてもよい。例えば、**設例(1)①**や**設例(4)**のように、全く面識のない子どもが同じ広場で別々にサッカーボールを蹴って遊んでいたが、途中で一定の目標物に当てる競争をするようになり、この

競争をしている際に、一人の子どものボールが近所の家の窓ガラスを割った場合、**設例(3)(5)**の事例と区別する理由はない。**設例(3)(3)**の事例で、落石を協力し合って取除いたのが、全く面識のない複数のハイカーであろうと、パーティを組んでいた者たちであろうと、これを区別する理由はない。

**設例(3)(3)**の事例で、複数人が協同して一個の大石を除去して、後続のハイカーを負傷させた場合は、過失による共同不法行為(i)である。複数人が各自、落石を除去している際に、その中の一人Aが除去した石が後続のハイカーに当たって負傷させた場合に、他の共同作業者にAが注意義務違反をしないよう配慮すべき義務違反があれば、過失による共同不法行為(ii)が成立する。

因に、A・B・Cが話し合って岩を落としてXに当て負傷させた場合、三名の謀議に基づく場合はもとより、謀議に基づかない場合でも、「拡大された注意義務」違反により、七一九条一項前段の適用があると見る見解がある。(二二五)

拡大された注意義務「違反は過失による共同不法行為に関する要件とされている「前掲注二一六参照」。しかし、三名の者が謀議の上でXに岩を当てた場合は、故意による共同不法行為が成立する。したがって、この場合も「拡大された注意義務」違反とするのは適切ではないし、故意による共同不法行為と過失による共同不法行為は区別して扱う必要がある。

過失による共同不法行為の要件としての相互配慮義務は、共同作業をしている時だけではなく、その途中で休憩をしている時にも、権利(法益)侵害をする可能性・危険性がある行動をする場合には、仲間が注意義務違反をしないように配慮する義務は、その具体的な内容を変えて存続している。例えば、**設例(3)(4)**のように、山林作業の休憩中に三人の作業員が喫煙をし、煙草の火の不始末が原因で山火事が発生した場合、三人の作業員の誰の吸殻が原因となったのか特定しえないということで、七一九条一項後段で処理した判決がある「前掲注六四参照」。しかし、三人の間には共同作業をする仲間としての関係があることに着目すれば、休憩時間といえども仲間としての相互配慮義務

は、その具体的な内容を変えながらも存続していると考えることが出来る。

そして、三人が近距離の場所で喫煙したのであれば、三人の中の誰の吸殻が火事の原因になったのかは特定できなくても、三人の中の誰かが吸殻の始末につき注意義務違反をし、他の二人が配慮義務違反をしていることを証明できるならば、過失による共同不法行為として七一九条一項前段を適用しうるのではあるまいか。この点が、参加者も多く、活動範囲が広くて、誰が加害行為をしたか特定しえないだけでなく、加害行為者の傍に誰が居て配慮義務を怠ったのかも証明することが出来ない(と思われる)、第一〇節のパチンコ遊び中の事故との違いといえよう。

ところで、煙草の火の不始末による山火事の例につき、七一九条一項前段を適用しようと後段を適用しようと、損害全部について連帯して責任を負担することに变りはない。だとすれば、前段・後段のいずれを適用するかということは、どうでも良いことのように見える。

しかし、一項後段は択一的競合の場合に、各人の行為と被害発生との間の事実的因果関係の存在を推定し、被告が自己の行為と被害発生の間因果関係がないことを主張・立証すれば、免責される途が残されている。これに対して、一項前段は、原告が共同不法行為と被害との間の事実的因果関係の存在と、被告が共同不法行為に参加していたことを証明すれば、被告の個別的行為と被害との間の事実的因果関係の存在は擬制され、右の因果関係を原告が証明する必要はなくなる反面、被告は自己の行為と被害との因果関係の不存在を主張・立証して免責される途は残されていないとする説が有力になっている(第一章七節参照)。したがって、このような考え方をする場合には、一項前段によるのか、後段によるのかは重要な問題となる。

とはいえ、このような考え方は、共同不法行為という概念から論理必然的に導き出されるものではなく、被害者の立証困難を救済するための政策的判断に基づくものである。したがって、右のような解釈が唯一・絶対のものではないし、加害者の過失責任原則に照らして問題はないのか、検討すべき課題は残されている。そして、この検討



有害物質が排出排水排煙された結果として、近隣住民に被害を与えたような場合は、その典型例である。この場合も、子供たちのサッカーの事例と同じように、複数企業の間に関係、仲間としての関係が形成されているか否かが、判別の基準となる。

有害物質を排出している複数の工場が、単に事実上、近接して設置されているにすぎないのであれば、その排出行為による不法行為は**設例(1)**か**設例(4)**か**設例(6)**の紛争事例となる。これに対して、複数の企業間に結合関係が形成され、企業集団として経済活動をしており、その一環として各企業の工場が近接して設置され、それらの工場間で原材料の供給が行われていたり、熱エネルギーの共同利用を行うなど、生産活動という適法行為を共同して行っている場合には、過失による共同不法行為が問題になる。

このような生産活動が共同で行われていると認めるためには、単に外見上、他の企業と識別できる程度の企業集団が存在し、コンビナートが構成されているというだけでは足りない。にも拘わらず、このような場合には、かなり強い客観的関連共同があるのみならず、主観的関連共同とする見解がある。<sup>(二二六)</sup>しかし、単に外見上、他企業と識別できる程度の事実としての企業集団が存在し、コンビナートが構成されていても、それは法的意味での企業集団ではなく、工場の集団にすぎない。したがって、これらの複数の工場で「共通」の経済活動が行われており、その活動には**設例(6)**①で問題になる客観的関連共同性が認められても、**設例(3)**の過失による共同不法行為が成立するための前提になる経済活動が「共同」で行われていることにはならない。

法的意味での企業集団が形成され、**設例(3)**の過失による共同不法行為が成立するための前提になる経済活動が「共同」で行われており、主観的関連共同性があると認めるには、資本的結合関係や取引上の契約関係に基づいた一体的な生産活動が行われている必要がある。このような関係がある場合に、複数企業の行為に「強い関連共同性」や「緊密な一体性」を認めて、七一九条一項前段の共同不法行為の成立を認めることが出来る。<sup>(二二七)</sup>

注(二二六) 森島昭夫「四日市公害判決における共同不法行為」ジュリスト五一四号(一九七二年)五一頁。

(二二七) 同旨、松村弓彦「環境訴訟 大気汚染訴訟における因果関係論」商事法務研究会・一九九三年「八二頁。

一五 複数の企業間に資本的な結合関係や取引上の契約関係が形成され、企業集団として「共同」経済活動をする場合、そこに参加している企業は、他人の権利(法益)を侵害しないように行動すべき注意義務を個別に負っているだけでなく、仲間の企業が右の注意義務違反をしないように配慮すべき義務を負っている。つまり、「共同」して経済活動をしている複数の企業は、自社の工場からの排出物(排水・排煙)が近隣住民に被害を及ぼさないように注意して行動すべき義務を負っているだけでなく、関連企業の工場からの排出物と合体・合流することにより、近隣住民に被害を与えないように協力し合う義務を負っている<sup>(二二八)</sup>。これらの企業は経済活動上の一体関係・相互利用関係を形成しているが故に、注意義務も一体となって負担することになる。七一九条一項前段に関して、他人の行為による被害についても帰責される根拠を、行為を相互利用する意思に求めている主観的共同説<sup>〔前掲注九七参照〕</sup>は、右に述べたような限りにおいて妥当である。

共同して経済活動を行っている複数の企業は右のような一体としての注意義務を負っているから、自社の行為だけでなく、他社の行為についても配慮して、共同行動から被害が発生しないように相互に監視・忠告したり、協議する必要がある。親子会社の場合、子会社が親会社に忠告したり、協議を持ちかけることが難かしい場合があるかも知れないが、それでも右の注意義務を尽しておかないと、過失による共同不法行為者として責任を問われることになる。

右のような一体としての注意義務は、有害物質を排出する工場の生産活動を行う企業に課されるだけでなく、業

害を発生させるような薬剤を製造(あるいは輸入)する企業と、これを販売する企業にも課される義務である。設例(7)④の事例は、薬剤の副作用による薬害につき、薬剤の輸入会社と、その薬剤を販売した会社を「一体不可分」としたり、「実質的に同一視しうる一体性がある」とか「実質上同一体」として、共同不法行為の成立を認め、七一九条一項前段を適用した判決である〔前掲注(七)二参照〕。

これらの判決の中には、企業結合の一形態である一手販売契約を結んでいたことを重視するものもある。この場合には、複数企業が共同して経済活動をしていることは明白であり、一体となつて薬害防止義務を負うことも明白である。しかし、一手販売契約の有無にかかわらず、販売会社は製造会社(ないし輸入会社)の営業部門としての役割を担っていて、一体的な経済活動が継続している場合には、共同して薬害を防止する義務を負い、この共同義務を尽さなかつた場合には、過失による共同不法行為責任を問われることになる。

注(二二八) 「強い関連共同性」のある企業につき、協同して加害を予防・回避する義務があることを認める趣旨の判決として、前掲注(二四)平成一〇年の横浜地裁川崎支部判決、注(三二)の平成七年大阪地裁判決。

一六 前節で述べたことは、吉村教授が説かれる「拡大された注意義務」を負うという考え方に似たところがある。しかし、吉村説では複数人の間に共同行為をする意思がある場合だけでなく、そのような意思が存在しない場合にも、他人の権利<sup>(二二九)</sup>侵害をしないようにする「拡大された注意義務」を負い、減免責を許されない全部義務を負う場合があるとされる。

例えば、公害事例において、複数企業が地理的・時間的に近接して立地・操業しているような場合には、当該地域の有限な環境を破壊しないように、お互いに協力する義務が生じる。つまり、場所的および時間的接近などの、行

為の一体性の強固さが重要な意味を持ち、これが「拡大された注意義務」を発生させる。したがって、このような場合には、たとえ共同行為の意思が存在しなくても、強固な関連共同性を認めるべきであるとされる〔前掲注(二九参照)〕。

複数企業の間にも共同行為の意思は形成されていないにも拘わらず、各工場からの排水・排煙が単に場所的・時間的に近接性を有していたという客観的な事情だけで、どうして「行為の一体性」が強固になり、他の企業との間に環境を破壊しないように協力し合う法的義務が発生し、この義務違反が七一九条一項前段による共同不法行為責任を根拠づけることになるのであろうか。

「拡大された注意義務」違反は、過失による共同不法行為を構成する。しかし、この型の共同不法行為は、複数人が適法行為を共同で、あるいは集団で行う際に課されている相互配慮義務、つまり単独行為をする場合に各自に課されている注意義務(不可侵義務違反をしないよう注意して行動すべき義務違反を仲間がしないように配慮すべき義務に違反したために、仲間の注意義務違反に消極的に加わって被害を発生させたことになり、そこに共同過失が認められる場合に成立するものである。そして、このような相互配慮義務が課されるのは、複数人が仲間として共同で、あるいは集団で適法行動をする場合、個々人の行為が権利(法益)侵害をしないように注意すれば足りるものではなく、共同行動・集団行動によって権利(法益)侵害が発生しないようにする必要があるが、そのためには仲間同士で各人の注意義務を尽すように協力し合うほかに方法がないからである。したがって、複数人(複数企業)の間にも共同行為の意思が形成されていない場合には、相互配慮義務が課される根拠はないことになる。

吉村教授が説かれるような理由で「拡大された注意義務」を認め、七一九条一項前段による共同不法行為責任を認めようとされる背景には、損害を発生させた複数人の行為が彼らに連帯して賠償債務を負担させるのが妥当と思われる程度の一体性を有する行為であるが故に一項前段を適用するとしたり、<sup>(三〇)</sup>社会的に一体と見られるような行為を



した者は一体的な行為から生じた損害について責任を負わせることが妥当だと(一三三)して、一項前段で処理しようとする見解と同じように、被害者の救済という実用法学的利益衡量が働いている。

しかし、加害者に「拡大された注意義務」を課すためには、それに相応しい事情が加害者側に存在していなければならない。そのような事情として、単に「強い関連共同性」や「強い客観的関連」(一三三)があるだけでは足りず、複数人の間に共同行為をする意思で結ばれた主観的関連共同性が必要である。その点では**設例(2)**の故意による共同不法行為の場合と同じである。しかし、故意による共同不法行為の場合は加害行為を共同で、あるいは集団で行う意思に基づいて、相互配慮義務が課され、主観的共同関係が形成されている点が異なっている。

要するに、過失による共同不法行為の成立を認めるためには、「強い関連共同性」や「強い客観的関連」だけでなく、複数人が「共同でする意思」「集団でする意思」で行動したことが必要である。したがって、四宮説のように協同行為・集団行為を「主観的共同」の類型に入れるのは妥当であるが、「複数の者が共通の目的をもって危険性をはらむ」行為(一三四)をしただけでは足りず、「共同の目的をもって」適法行為をしたことが必要である。(一三五)四宮博士の説明では、過失による共同不法行為は**設例(3)**ではなく、**設例(4)**か**設例(6)**の事例になってしまうからである。

注(一二九) 吉村・注(一二)二五一頁。

(一三〇) 平井・注(六)川島選暦三〇一頁。

(一三一) 森島・注(一六)一〇五頁。

(一三二) 前掲注(三二)の四日市公害判決。

(一三三) 淡路・注(三三)理論一三〇頁以下。

(一三四) 四宮・注(四)七八三頁以下(傍点筆者)。

(一三五) 塚原・注(七)一九八頁は「一体性ある集団行為」とされる。幾代・徳本・注(八)二二七頁注(4)は四日市公害判決の「強い関連共同性」ある場合を草野球の事例と同列に置かれているが、適法行為を「共同で」集団で「行った際に生じた加害」と同列に置かれるのであれば妥当である。

一七 場所的・時間的に近接して立地・操業している複数企業が、それぞれの工場から有害物質を排出し、それが合流して近隣住民に被害を与えた場合、複数企業の間で経済活動を共同して行う意思(広い意味での企業集団)が形成されており、各工場における操業の際に、この共同事業意思に基づいた協力行動が行われたのか否かによって、区別する必要がある。右の共同意思が形成されていない場合は**設例(6)**の事例であり、共同意思が形成されていれば**設例(3)**の事例である。

公害に関する判決の中には、(1)昭和四七年の四日市公害判決「前掲注(三三)」のように、客観的関連共同性がある場合には、七一九条一項前段で処理するという前提の下に、「弱い関連共同性」しかない場合と、「強い関連共同性」がある場合とを分け、後者の場合には、自社の工場から有害物質を極く少量しか排出していない企業に対しても、それを大量に排出している企業と連帯させて、損害全部の賠償債務を負わせ、排出量が少ないということで、減免責を認めないことにしている。これに対して、(2)平成三年の大阪地裁判決「前掲注(三三)」のように、「強い関連共同性」がある場合に七一九条一項前段を適用し、加害寄与度に応じた減免責の抗弁を認めないが、「弱い関連共同性」しかない場合には一項後段を適用し、本段は各自の行為と損害発生との事実的因果関係の存在を推定する規定であると、被告に減免責の抗弁を認めている。<sup>(一三六)</sup>

次章で検討するように、「弱い関連共同性」がある場合を、**設例(4)**の事例と同じように、七一九条一項後段で処理することは、実用法学の観点からは妥当なのかも知れない。しかし、**設例(4)**と**設例(6)**は紛争類型が異なっている。

しかも設例(4)は択一的競合の場合であり、加害可能な行為に「共通」性は見られるものの、「共同」不法行為の場合ではない。したがって、両者を同列に置くことは理論的に問題である。のみならず、平成三年の大阪地裁判決は、①工場の立地状況や操業開始時期、汚染物質の排出状態・排出量・汚染への寄与度などの客観的要素と、②生産工程における機械的・技術的結合関係や資本的・経済的・人的組織的結合関係などの主体的要素を区別することなく羅列して、「強い関連共同性」を判断しているが、「強い関連共同性」を一項前段適用の要件と解するのであれば、複数企業間の意思的結合の現われとして②の要素を①の要素と区別して、前面に出す必要がある。

これに対して、四日市公害判決が①の客観的要素と②の主体的要素を区別し、①の要素に基づいて「弱い関連共同性」を認めた上で、これに②の要素が加わるところに「強い関連共同性」を認めるのは妥当である。しかし、「強い関連共同性」がある場合だけでなく、「弱い関連共同性」がある場合にも七一九条一項前段を適用するにしても、判例や旧通説の延長線上において、両者を客観的関連共同性があるものとして扱っており、「強い関連共同性」がある場合を主観的関連共同性のある場合として区別していない点に問題がある。

ところで、四日市公害判決の「強い関連共同性」の枠組みは、法人間の事実的結合を重視しすぎて、厳格にすぎるとして、この判決を止揚した新たな共同不法行為責任の枠組みを追求した試みがある。<sup>(三七)</sup>この試みによれば、企業の「集合」種の危険「集合」種の利益、つまり企業の集合により客観的危険状態が作出され、あるいは企業の集合により各企業が利益を得ているならば、それらの企業はそこから生じる危険を全面的に負担すべきであり、企業群の与えた損害については全企業が「連帯」して責任を負い、その責任につき減免責の抗弁は許されないとされる。

この新しい共同不法行為責任の枠組は、危険責任・報償責任という無過失責任原理を企業の「集合」に応用しようとする試みのようである。この企業の「集合」が資本の提携や技術の提携・取引関係など法的結合により事業共同体を形成している場合、つまり「強い関連共同性」がある場合には、右の試みは的を射たものであろう。しかし、企業

の「集合」が単に場所的・時間的な近接性を有する事実的な関係にすぎない場合、つまり「弱い関連共同性」しか存在しない場合には、論者がいうのとは逆の意味で厳格にすぎよう。

なお、前掲注(一一九)の吉村説にいう「拡大された注意義務」の前提となる「共同行為の意思」に関して、その共同行為を適法行為に限定しておかなければ、過失による共同不法行為の場合だけでなく、故意による共同不法行為の場合までもが「拡大された注意義務」違反の事例に包摂される可能性がある(「前掲注(一二五)参照」。故意による共同不法行為と過失による共同不法行為は、共同意思に基づく共同不法行為、主観的関連共同不法行為であるという点では共通しており、客観的関連共同不法行為とは異なっている。とはいえ、故意による共同不法行為と過失による共同不法行為とは共同意思の内容が異なっているのに対応して、共同不法行為となる要件が異なっており、この両者が混在することのないように注意する必要がある。

注(一三六)

(1)のタイプから(2)のタイプへと変ったのは、四日市公害判決に対する淡路博士の批判(淡路剛久「四日市公害判決の法的意義」判例時報六七二号・一九七二年・七頁以下)とくに〇頁。なお、淡路・注(三二)理論(三二頁以下)によるところが大さいとされている(「前田」原田・注(二)三四頁)。

(一三七) 浦川道太郎「共同不法行為による損害の賠償と差止」奥田昌道ほか編・民法学(6)「有斐閣・一九七五年」一六八頁以下。

一八 本章で取上げた**設例(2)**と**設例(3)**は、民法七一九条一項前段が適用される典型的な紛争事例である。複数人の間に共同して、あるいは集団で行動する意思が、明示または黙示の合意や意思疎通、あるいは共通認識の下に形成され、この共同意思の下に複数人が全員で一緒になって行った行為、あるいは業務を分担している一部の者が行った行為が、第三者の権利(法益)を侵害して損害を与えるところが共通している。

これらの場合、複数人による有責の共同行動・集団行動という特殊性、つまり、一般的不法行為の**実体**をなす有責行為(故意行為・過失行為)に共同性・集団性がある。そのために、被害者は個々の加害行為者の具体的な加害行為を特定した上で、その行為と具体的な被害との間の事実的因果関係を証明することが困難ないし不可能になり易い。しかし、被害は共同行動・集団行動によって惹起されたのは確かな事実である。

したがって、被害者原告は、①複数人による行為によって損害が発生したこと、②複数人の間には、加害行為を共同(ないし集団)で行う意思が形成されたこと。あるいは、適法な行為を共同(ないし集団)で行う意思が形成されておき、自己の行為だけでなく、仲間の行為により加害しないように注意して行為すべき注意義務と配慮義務を負担しているにも拘わらず、これらの義務違反があったこと。③被告が右の集団に参加していたこと。あるいは注意義務・配慮義務を尽すことが出来たのに、それを尽さなかったことを証明すれば、個々の被告の行為と損害との間の事実的因果関係の証明をすることなく、全部の損害について、連帯して賠償するように請求することが出来る。

このように、共同行動・集団行動と被害との因果関係、および被告がその共同行動・集団行動に参加していたことを証明すれば足り、個々の被告の具体的な行為と被害の間の因果関係の証明を要しないとするとともに、民法七〇九条の一般的不法行為の原則に対する七一九条一項前段の共同不法行為の特則たる意義がある。このようなことは一項前段の規定には書かれておらず、その文言からは連帯債務を課することが特則であるかのようなのである。しかし、**設例(1)**の不法行為の競合や**設例(4)**の択一的競合の場合にも、不真正連帯債務を負担するのであれば、これは七一九条一項前段に限っての特別ということとは出来ない。

七一九条一項前段が「連帯」債務としているのは、分割債務であれば、複数加害者の中に無資力者が居る場合に被害者が損害の全部を賠償してもらえなくなるので、このようにならないようにして、被害者を保護するために民法四二七条の分割債務の原則を排除したとする考え方が<sup>(二二六)</sup>ある。この見解からすれば、共同不法行為者の責任は分割債

務ではなく、連帯債務とするところに、七一九条一項前段の特則性があることになる。たしかに、そのような側面があることは否定できないが、その前提として、不法行為に「共同」性があるが故に、各行為者の加害行為と因果関係が認められる被害についてだけ賠償責任を負えば済むのではなく、全員で惹起した全損害について各行為者に賠償義務を負担させることにしており、この点に七一九条一項前段の七〇九条に対する特則性があると解する方が筋が通っている。この論理一貫性は、次章で検討する客観的共同不法行為についても「共同」性があり、七一九条一項前段で処理することによって完結するが、主観的共同不法行為と客観的共同不法行為の間に、どのような違いがあるのかということが問題になる。

さらに、七一九条一項後段の択一的競合の場合や複数の不法行為が競合する場合に、各自の賠償債務を連帯債務ないし不真正連帯債務とする理由や、真正連帯債務と不真正連帯債務の違いが問題になるが、そもそも分割債務が多数当事者債務の原則形態なのか、分割債務と連帯債務や民法旧四三〇条以下の不可分債務の間に、どのような関係があるのかということが問題になる。<sup>(一三九)</sup>

注(一三八) 民法七一九条一項前段の制度趣旨に関して、このような見解があることにつき、神田・注(三)山島ほか古稀六九頁。

(一三九) この後半部分の問題については、稿を改めて論じる。