

共同不法行為と因果関係

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2012-05-17 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 阿波連, 正一 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00006635

■ 論 説 ■

共同不法行為と因果関係

阿波連 正 一

目 次

第一章 序論 ……………	2	第四章 客観的共同原因説と	
第一節 問題の設定 ……………	2	相当因果関係説 ……………	157
第二節 考察の方法 ……………	4	第一節 序 ……………	157
第三節 共同行為論 ……………	7	第二節 成立要件の因果関係 ……………	157
第四節 因果関係論 ……………	11	第三節 賠償範囲の因果関係 ……………	172
第五節 現代的共同不法行為理論の展開 ……	18	第四節 昭和前期の学説の展開 ……………	175
第六節 判例の展開 ……………	23	第五節 戦後前期の判決例 ……………	183
第七節 本稿の構成 ……………	26	第六節 小括 ……………	184
第二章 共同不法行為と因果関係 ……………	28	第五章 共同不法行為と	
第一節 序 ……………	28	相当因果関係説の展開 ……	185
第二節 起草者の共同不法行為理論 ……	29	第一節 序 ……………	185
第三節 法典調査会の審議過程 ……………	47	第二節 一般不法行為の因果関係と	
第四節 明治期の学説の展開 ……………	77	共同不法行為 ……………	186
第五節 判例の展開 ……………	82	第三節 複数原因の因果関係と	
第六節 大正期の学説の展開 ……………	107	相当因果関係説 ……………	194
第七節 小括 ……………	114	第四節 非実行行為の不作为と	
第三章 相当因果関係説の確立 ……………	115	共同不法行為 ……………	203
第一節 序 ……………	115	第五節 競合的不法行為と	
第二節 損害賠償の範囲論の展開 ……	116	共同不法行為 ……………	211
第三節 相当因果関係説と416条 ……………	123	第六節 小括 ……………	218
第四節 不法行為と416条 ……………	131	終章 共同不法行為の	
第五節 相当因果関係説の確立 ……………	137	相当因果関係説による再定義 ……	219
第六節 小括 ……………	156		

第一章 序論

第一節 問題の設定

共同不法行為における因果関係とは何か。一般不法行為における因果関係とどう関連するのか。数人が共同の不法行為により他人に損害を加えるのが共同不法行為であるが、共同不法行為は、各自が連帯して損害賠償の責任を負う(719条①前段)。共同不法行為の機能は各自の連帯責任にある。各自の連帯責任とは、各自の行為(原因)が一個の結果全体に責任を負うことを意味する⁽¹⁾。故に共同不法行為の因果関係の機能は、各自の加害行為の範囲・程度(寄与度⁽²⁾)を超えた責任を負うことを正当化することにある。これに対して、一般不法行為(709条)の因果関係の機能は原因となる範囲で結果に責任を負うことである。数人の「共同の不法行為」でなく「個人の不法行為」であるからである。したがって、共同不法行為の連帯責任の根拠は、「共同行為」に求められるので、共同不法行為の特質は「共同行為」と「因果関係」の関連性に求められることになる。

共同行為の本質をどう捉えるかという共同行為論は、各行為者間の関連共同性という「横の関係⁽³⁾」で捉える関連共同説と各自の行為が一個の結果に対して客観的に共同の原因をなしているという「縦の関係」で捉える客観的共同原因説に区別することができる。そして、関連共同説は、各行為者間に共謀その他の主観的関連共同性を要素とする主観的関連共同説と主観的関連共同性を要せず客観的関連共同性で足りるとする客観的関連共同説に区別できる。つまり、共同行為論は、各行為者間の「横の関係」に主観的関連共同性を要素とする主観的関連共同説、その「横の関係」を

- (1) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社、昭和12年、以下、我妻・不法行為と略記する。)194頁は、「結果の発生の原因として競合した他人も同様に一原因力の大小等を問題とせずに一全部的責任を負い、連帯責任に立つことが共同不法行為の特色」とする。
- (2) 「寄与度」の概念に関しては、三つの見解がある。①事実的因果関係説の観点から、平井宜雄「共同不法行為に関する一考察—『因果関係』概念を手がかりとして—」(川島武宜教授還暦記念Ⅱ『民法学の現代的課題』岩波書店、1972年、以下、平井・共同不法行為と略記する。)297頁は、「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は寄与度と呼ぶ」とする。②事実的因果関係と寄与度を区別し、寄与度を、野村好弘「公害訴訟と因果関係」(『ジュリスト』466号、1970年)95頁は、「多くの因子のうちどの因子にまたどの割合で責任を負担させるべきか」、の因果関係を「法的価値判断によって決することになる」とする見解である。この①②見解では、寄与度は要件事実となりうるが、③本稿での寄与度は、観念的な寄与度であり、寄与度の証明は不要という正当化理由の説明概念である。「原因競合の寄与度を特定して主張立証することに困難を伴うので、被害者保護の見地から」全損害を負うというようにである。最判平成13年3月13日(民集55巻2号328頁)は、「寄与度」即ち「各不法行為者の結果発生に対する寄与の割合」をもって、「被害者保護を図る同条の趣旨」と「損害の負担について公平の理念」から、「各不法行為者において責任を負うべき損害額を限定することは許されないと解する」。この原審判決は、「原因競合の寄与度を特定して主張立証することに困難を伴うので、被害者保護の見地から」、「被害者は、各不法行為に基づく損害賠償請求を分別することなく、全額の損害の賠償を請求することもできると解すべきである」説示している。
- (3) 川島武宜「判例民事法」昭和9年度133事件評釈437頁は、後述する北津軽水論事件を、「縦の因果関係」と「横の因果関係」で捉える。

客観的関連共同性で足りるとする客観的関連共同説、及び、各自の行為を「横の関係」においてではなく、結果との「縦の関係」の共同原因で捉える客観的共同原因説の3つの見解に区別できる。一般的には、主観と客観を区別の基準として主観的共同説と客観的共同説に区別し、客観的共同説に客観的関連共同説と客観的共同原因説を区別するが、本稿では、原理的対立を重視し、関連共同説と客観的共同原因説を基本的な対立とする。主観的関連共同説と客観的関連共同説は、原理的には、共同行為の本質を関連共同性に置く点で共通しているからである。

共同行為論と因果関係の関係をみると、客観的共同原因説は、共同行為を一個の結果と関係する共同原因という縦の関係を意味するので、その内容は各自の行為と一個の結果との因果関係ということになる。つまり、客観的共同原因説の共同行為は共同原因という一個の結果に対する特殊な因果関係を意味することになり、共同不法行為の連帯責任の根拠は、一個の結果に求められ、共同不法行為理論は因果関係論を本質論とすることになる⁽⁴⁾。これに対して、関連共同説の共同行為は、文字どおりに各行為者間の関連共同性で捉えられるので、連帯責任の根拠も、その関連共同性に求められ、関連共同性の本質を主観的に捉えると因果関係は不要となり、客観的に捉えると因果関係の要否は政策判断となる。さらに、関連共同性を主観的要素と客観的要素の総合と捉えることにより、関連共同性の一体性、強弱により因果関係の要否を規制する総合的関連共同説へと展開する。つまり、関連共同説の共同不法行為理論は関連共同性論を本質論とする。

本稿は、共同行為論における関連共同説（主観的関連共同説、客観的関連共同説及び総合的関連共同説）と客観的共同原因説の原理的対立を視座に、起草者・立法者、学説、判例の展開の中で、共同不法行為における因果関係とは何か、を考察することを目的とする。その結論は、共同不法行為における因果関係とは、『各自の加害行為によって一個の結果を招来したことを是認しうる高度の蓋然性⁽⁵⁾』である。なぜなら、共同行為とは「権利侵害に対し客観的に共同の原因⁽⁶⁾」（客観的共同原因説）を意味し、その要件事実は「各自の加害行為と結果（損害）との因果関係であること⁽⁷⁾」となり、因果関係は相当因果関係を意味し、その内容は「特定の実事特定の結果発生を招

(4) 平井・共同不法行為291～292頁は、「共同不法行為における『因果関係』概念は、行為と損害との間の『因果関係』という意味で用いられるばかりではない。それは、行為者間の『関連共同性』を画定する意味にも用いられる。言い換えれば、不法行為の成立要件および損害賠償の範囲の要件としての『因果関係』はここでは一転して被告適格を限定するという異なった機能を営んでいることになる。」とする。

(5) この結論は、本稿の考察により、「判例理論」として捉えたものである。判例の一貫した共同行為論における客観的共同原因説と因果関係論における相当因果関係説を概念構成したものである。「判例理論」については、中野次雄編『判例の読み方』（有斐閣、2009年）69頁以下参照。

(6) 【7】大正13年7月24日民集3巻376頁の「権利侵害ニ対シ客観的ニ共同ノ原因アルコトヲ必要トス」と定義である。なお、起草者は、共同行為を、数人「行為ノ目的ト致シマス所又其結果ハーツノ権利侵害」とする。【6】大判大正8年11月22日民録25号2068頁は「生シタル一箇ノ損害ニ対シ客観的ニ数人ノ行為カ共同ノ原因ヲナシタル場合」と定義する。

(7) 【6】大判大正8年11月22日民録25号2068頁は「①其数名ノ加害者ハ同一ノ不法行為ニ干与シ之レニ依リテ被害者ニ同一ノ損害ヲ与フルコトヲ要スルモノニシテ②即チ加害者各自ノ行為ト之ニ因リテ生シタル

来した関係を是認しうる高度の蓋然性⁽⁸⁾」(相当因果関係説)であるからである。この理論構成は、客観的共同原因説の要件事実である因果関係を相当因果関係説により概念構成したものである。

判例は、起草者・立法者の立法的政策判断による客観的共同原因説と富喜丸事件(大民刑連判大正15年5月22日民集5巻386頁)による相当因果関係説を、戦前、戦後、一貫して堅持している。これに対して、学説は、相当因果関係説に対して事実的因果関係説により理論的、原理的な批判を展開し、その論理的必然として相当因果関係説を要件事実とする客観的共同原因説に対して、関連共同説(主観的関連共同説、客観的関連共同説及び総合的関連共同説)により原理的、理論的批判を全面的に展開してきたのである。因果関係要件を事実レベルの原因確定とする(事実的因果関係説)か責任を帰属させるための法的因果関係とする(相当因果関係説)かの原理的な対立であり、また共同不法行為の本質を「一個の結果」「一つの権利侵害」とする(客観的共同原因説)か「関連共同」とする(関連共同説)かの原理的な対立である。原理的な対立故に対立は深刻な問題である。また、この対立の根底には、不法行為法規範の捉え方、法解釈の方法論、損害賠償制度の目的論、要件事実論等の方法論の違いもある。本序論では、共同行為論、因果関係論における判例と学説の全面的な対立状況を全体的に確認する。

本序論では、まず、考察の方法論を提示して立場を明示し(第二節)、次に、考察の視座とする主観的関連共同説、客観的共同原因説および客観的関連共同説を概略し(第三節)、そして、学説と判例の対立の状況を、相当因果関係説に対する批判から学説の因果関係論(第四節)、客観的共同原因説に対する批判から現代的共同不法行為理論の展開を概略し(第五節)、学説の理論的、政策的批判にも拘わらず、最高裁は判例の相当因果関係説と客観的共同原因説を堅持する状況を概略し(第六節)、最後に、本稿の構成を述べる(第七節)。

こうして、本序論では、共同不法行為論における判例と学説の対立状況と問題状況を確認し、その対立のもつ深刻な状況を認識すべきことを含意することになる。

第二節 考察の方法

共同不法行為における因果関係とは、各自の加害行為によって一個の結果を招来したことを是認しうる高度の蓋然性である。このような理論構成は、不法行為法を裁判規範として捉え、要件事実論⁽⁹⁾に基づくものである。

損害トハ其間ニ因果ノ関係ヲ有スルモノナラサル可カラズ(①②、筆者)」判示し、客観的共同原因説(①)の要件事実が因果関係(②)であることを示す。

(8) 【20】ルンバル事件(最判昭和50年10月24日民集29巻9号1417頁)

(9) 要件事実論の意義に関しては、解釈理論と解釈論の二つがある。解釈理論とするのは、東孝行元判事で、「要件事実論とは、私法上の権利義務の発生、変更、消滅などの変動の諸要件を主張・挙証責任の負担を

まず、不法行為法を裁判規範として捉えることの意味であるが、不法行為法を裁判過程で機能する裁判規範として理論構成することであり、社会過程で機能する行為規範として理論構成する方法と区別される。1960年代から1970年代における、日本の社会・経済構造の転換過程において、交通事故訴訟、公害訴訟、薬害訴訟、医療過誤訴訟等の現代型訴訟が増加し不法行為法の社会的役割と社会的関心が高まる。他方、1968年問題に象徴される伝統的価値観に対する批判的風潮が大学を中心に拡大していく。法学の分野においても法解釈を解釈者の責任を伴う価値判断とする考え方、科学としての法解釈学への共感が深まり、その方法論を現実化、具体化する問題意識が醸成されてくる。このような時代精神の中で、不法行為法学は、不法行為法を社会過程で機能する行為規範として捉える流れが強まり、一般化し、大勢となって、現在に至ることになる。

このような、不法行為法を行為規範として捉える一般的な方法に対して、本稿は、裁判過程で機能する裁判規範として不法行為法を限定して考察の対象とする。不法行為法は、規範性としては、行為規範性より裁判規範性が本質的であると考えからである。不法行為法は、禁止規範であり行為規範としての規範性は消極的であるが、逆に、裁判規範としては、被害者は、損害賠償請求権の権利者として、その権利主張の要保護性が規範性の中心課題となり、他方、国も、「不法行為規範のもとにおいて私人に対しその生命、健康等を保護すべき義務を負っている⁽¹⁰⁾」からである。不法行為法を裁判過程で機能する裁判規範として捉えると、不法行為法は、裁判官、訴訟当事者である原告・被告その代理人である弁護士の裁判遂行上の判断基準となる。裁判を求めた原告は審判の対象となる訴訟物を選択して、その請求を請求原因事実で根拠づけ、被告の抗弁、さらに原告の再抗弁と攻撃防御が展開していき、最終的に、裁判官の判決によって、当事者の紛争に決着がつくことになる。不法行為訴訟において、この過程の行動基準、判断基準となるのが不法行為法であり、このように位置づけられた不法行為法を解釈して、適切な判断基準を提示するのが、不法行為法の理論構成、解釈であるとする方法である。裁判官を名宛人とする法を一般的には裁判規範とするが、裁判官に加え当事者も名宛人に加えたものを裁判規範と措定し、この裁判過程にける規範として不

基準として分析する理論である。そこではすでに、実体法上の議論でありながら、請求原因、抗弁、再抗弁という訴訟法概念が登場する。原告は一定の権利の主張のために最小限どれだけの事実を主張し、被告はこれに対最小限どれだけの事実を抗弁として主張すべきか、という形で論じられることになる。…このような要件事実論をすべての権利義務について論じることにより、従来漫然と論じられてきた権利義務の変動の要件が少なからず明瞭になり、又裁判例をより正確に理解することができる。そして、このような要件事実論をもって法解釈論を展開すれば法解釈学はより実務に役立つ学問となろう」（東孝行「公害訴訟の実体的側面に関する若干の考察」＜私法32号、1970年＞135頁以下、同「公害と権利濫用」＜判例タイムズNo.295、1974年＞2頁以下参照。他方、和田吉弘『民事訴訟法から考える要件事実』（商事法務、2009年）7頁は、解釈論として捉え、「何が要件事実であるかをめぐる議論が、要件事実論である」。我妻博士の違法性判断における相関関係理論に対する論理的批判を解釈理論としての要件事実論の観点から検証したのが拙稿「我妻相関関係説の歴史的・論理的構造—不法行為理論の体系論序説—」（『沖繩法学』第13号、1985年）133頁以下。

(10) 最判昭和50年2月25日（民集29巻2号143頁）。

法行為法を捉えるならば、ここでの不法行為法は裁判規範ということになる。

不法行為法を裁判規範として捉える場合、裁判官、被害者である原告、加害者である被告のどちらを、基本的な名宛人するかによって、理論構成において、違いがでてくる。まず、裁判官を名宛人にする場合には、不法行為法の理論構成は、体系的な理論構成を志向することで、裁判官の合理的な判断に役立つ不法行為法の理論構成をすることになる⁽¹¹⁾。次に、不法行為法において責任を問われるのは加害者であるとして、被告を名宛人とすると、加害者の帰責の構造が理論構成の基本となる⁽¹²⁾。最後に、原告を名宛人とする理論構成である。本稿は、この立場をとる。民事訴訟の不法行為訴訟は、当事者主義のもと、権利を侵害された被害者・原告が訴えて初めて裁判が始まるのであり、原告は訴訟物を選択して、被告に対して、請求の趣旨として金員の支払いを求めて被害を金銭的に填補することを目的とする損害賠償請求権の行使だからである。訴訟物を適切に選択し、訴訟物を正確に捉えて請求原因事実を構成することができるようにすることが不法行為法理論の重要な目的となる。このような原告の訴訟物の選択を基礎にして、請求原因、抗弁、再抗弁と攻撃防御方法の展開し、最終的に、訴訟物の内容である権利、法律関係を認容するか棄却するかの判決で決着する。その過程を法律の要件、効果に理論構成する方法論が要件事実論ということになる。

ところで、構成要件に該当する具体的事実が要件事実であるが、その要件事実、要件事実論に基づく、主張立証の対象となる事実となる。したがって、構成要件が事実要件であるか評価要件であるかによって、何が要件事実となるか規定されることになる。事実要件であると、その要件事実、その事実要件に該当する具体的事実となり、評価要件であると評価根拠事実が要件事実となる。構成要件は概念構成であるが、構成要件となる概念の内容が明確であり一義的であれば、その要件となっている概念が具体的事実を指示するので、その要件の概念が要件事実と言語的には表現されるが、構成要件を示す概念が一義的でない場合には、解釈され、その内容が要件事実となる。したがって、構成要件上の概念の解釈は何が要件事実であるかを決定する概念構成ということになる。例えば、因果関係が事実的因果関係として一義的であれば、因果関係が要件であるとともに要

(11) 石田穰『損害賠償法の再構成』(東京大学出版会、1977年、以下、石田・再構成と略記する。)における、法律の解釈は、立法者意思の探求、即ち、立法者が法律の制定に際して予想した事件と当該事件に対する立法者の価値判断の探求であるとし、立法者意思に権威がない場合には、立法者の予想していない事件の場合には法律の欠缺として、慣習法、条理、判例によって補充されるが、損害賠償法では特に条理が重要となる(4～5頁)。この解釈方法論に基づいて、意思責任的不法行為、行為責任的不法行為類型化する理論構成は裁判官を基本的に名宛人とするものである。

(12) 前田達明『不法行為帰責論』(創文社、昭和53年、以下、前田・帰責論と略記する。)1頁、「法理論は、結局、裁判において、相争う両当事者を説得するためのものである。特に、不利益な結果を強いられる当事者を納得させるためのものである。不法行為法においては、加害者と目される者(被告)に、損害賠償義務という不利益を負わすのであるから、法理論としては、何故、被告がそのような義務を負わなければならないのかを明らかにしなければならない。すなわち、『帰責』(Zurechnung)の問題である。したがって、筆者は、この『帰責』の解明が不法行為法理論において、最も基本的かつ重要な任務であると考えた」。

件事実となる。しかし、因果関係論が事実的因果関係か相当因果関係か対立している場合には、因果関係の要件事実が事実的因果関係か相当因果関係かになる。要件事実が事実的因果関係であれば、因果関係要件は事実要件でもあるが、相当因果関係を要件事実とすると因果関係要件は評価要件となる。つまり因果関係概念の意義とは何か、因果関係の解釈論は、因果関係の要件事実を何とすべきかの解釈論⁽¹³⁾であり、しかも因果関係の要件の性質を決めることも含意しているのである。

本稿は、要件事実論に基づいて、共同不法行為における因果関係とは何か、を考察することであるが、その考察の視座は、共同行為論の客観的共同原因説、関連共同説（主観的関連共同説、客観的関連共同説）であるので、次に、その分析視座を検討する。

第三節 共同行為論

—主観的関連共同説、客観的共同原因説及び客観的関連共同説—

1 共同行為論の意義

共同不法行為（広義）は、次の三類型がある。第1は「数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う。」（709条①前段）ものである。一般的に「狭義の共同不法行為」と言われるが、以下、本稿では「共同不法行為」と称する。第2は、「共同行為者のうちいずれの者がその損害を加えたかを知ることができないときも、同様とする。」（同項後段）ものである。「加害者不明の共同不法行為」と言われるが、以下、本稿では「加害者不明型」と称する。第3は、「行為者を教唆した者及び幫助した者は、共同行為者とみなして、前項の規定を適用する。」（同条②）ものである。一般的に、「教唆、幫助の共同不法行為」と言われるが、以下、本稿では「教唆・幫助型」と称することにする。

共同行為は、条文上の、共同不法行為の「共同の不法行為」（719条①前段）、加害者不明型の「共同行為者」（同項後段）、教唆・幫助型の「共同行為者」（同条②）を纏めたものであるが、この

(13) 和田・前出注(9)7頁は、「論」を議論として捉え、要件事実論と事実認定論を区別する。その区別の前提として、民事訴訟における審理の基本的な仕組みを、①当事者が裁判所に判断を求めて提示した権利、②①の権利の有無が破断できるように当事者が主張した事実、③②の事実の有無が判断できるように当事者が提出した証拠という、3つのレベルの関係で審理することとする（同4頁）。そして、要件事実論と事実認定論の区別に関して、「民法等の実体法の規定は、必ずしも両当事者の言い分が対立するという訴訟の場を十分に前提にしていけないという面があるため、種々の権利の発生や消滅について、何が訴訟の場を念頭においた要件事実であるかをめぐり、民法等の実体法の規定の解釈が必要となることが得ないのである。その解釈の適否、つまり何が要件事実であるかをめぐり議論が、要件事実論であるということになる。前述の民事訴訟の審理の構造における3つのレベルでいえば、権利レベルと事実レベルとの関係を議論するものが、要件事実論ということになる（これに対して、どのような証拠からどのような要件事実が認められるのかについての議論、つまり事実のレベルと証拠のレベルとの関係を議論するものが『事実認定論』であるということになる。」

三類型の「共同行為」のうち、理論構成の基点となるのは、共同不法行為（719条①前段）の「共同行為」である。この「共同行為」の本質をどう捉えるか、解釈するかの問題が共同行為論であるが、その概念化の基底には、共同不法行為の連帯責任の根拠は何か、したがって共同不法行為の本質をどう捉えるかという、根本問題があり、その認識、判断の概念化が、共同行為の解釈となる。したがって、それぞれの型の共同不法行為の位置づけ、関連性は、共同行為論により規定されることになる。逆に、三類型の位置づけに共同行為論が反映していることになるので、それぞれ位置づけにより共同行為論を捉えることができる。共同不法行為理論の対立は、共同行為論における主観的関連共同説と客観的共同原因説の対立に始まり、そして、関連共同性を客観的に捉える客観的関連共同説へと展開することになる。

2 主観的関連共同説

主観的関連共同説⁽¹⁴⁾は、共同不法行為（719条①前段）の機能である連帯責任の根拠を共謀その他の主観的関連共同性におくので、共同行為の本質は共謀その他の主観的関連共同性となり、要件事実は「共謀」又は「その他の主観的関連共同性」となる。共同行為と結果との因果関係（共同的因果関係）は必要であるが、各自の行為と結果との因果関係（個別的因果関係）は不要となる。共同行為の本質を他者との意思の共同である共謀とするからである。各自の行為は、各自の意思により形成される共同意思の行為形態としての共同行為を構成し、各自の行為は、その共同意思の現れとなるからである。近代民法の責任の根拠は各自の意思にあり、各自に意思の共同がある場合には、他者の行為にも責任を負うことになる。つまり共同不法行為における主観的関連共同説の特徴は、各自の行為と結果との個別的因果関係を不要とする点にある。次に、加害者不明型（719条①後段）の共同行為は、共謀のない「共同行為」として、共同不法行為（同条①前段）の共同行為とは、異なる解釈となる。加害者が不明でも共謀がある場合には、加害者の誰かの行為から結果が生じているならば、共同行為を共謀と解釈する主観的関連共同説からは、共謀を要件事実とするので、共謀の段階で責任が成立しており、加害者不明が争点になることはないからである。したがって、前段の共同不法行為の共同行為は共謀と解釈される故に個別的因果関係の証明が不要であったが、後段の加害者不明型の「共同行為」は共謀とは解釈されないので、個別的因果関係の証明責任は立法的政策判断か解釈の問題となり、因果関係の推定規定とする学説がでてくることになる。最後に、教唆・幫助型であるが、教唆、幫助は共同の意思の現れであり、主観的関連共同説では共同行為を意思の共同（共謀）と解するので、共同不法行為（719条①前段）の注意規定となる。

(14) 主観的関連共同説は、後述する法典調査会で、富井政章（本稿55頁）、梅謙次郎（本稿58頁）、横田國臣（本稿68頁）等の見解である。

3 客観的共同原因説

客観的共同原因説⁽¹⁵⁾は、共同不法行為（719条①前段）の各自の連帯責任の根拠を「一個の結果」におくため、共同行為は一個の結果に対する客観的な共同原因となり、各自レベルの要件事実としては各自の加害行為と損害（結果）との因果関係⁽¹⁶⁾となる。この因果関係は結果への侵害（寄与）であり、各自の加害行為の対象となる部分・程度（寄与度）の証明責任を負わない。その根拠は、共同不法行為の本質を一個の結果（損害）と措定する被害者保護の立法的政策判断である。つまり、客観的共同原因説の共同不法行為の特徴は寄与度の証明責任を負わない、謂わば、寄与度不明の共同不法行為ということになる。次に、加害者不明型（719条①後段）は、加害行為が未遂若しくは特定できない場合であるが、この場合は因果関係が証明できない場合であるので、証明責任により因果関係が認められず責任が成立しないところを、被害者保護の立法的政策判断により、因果関係を看做して共同不法行為としたものである。共同不法行為（前段）は、加害行為（寄与）の因果関係の証明は必要であるが寄与度の証明は不要とする寄与度不明の共同不法行為、加害者不明型（後段）は、因果関係の証明が不要な加害者不明の共同不法行為となる。最後に、教唆・幫助型（719条②）は、実行行為がないで、因果関係もないが、立法的政策判断により、共同行為と看做して、各自は連帯責任を負う。なお、客観的共同原因説では共同不法行為の本質となる因果関係論に関して、富喜丸事件（大民刑連判大正15年5月22日）において、相当因果関係説が確立する。

4 客観的関連共同説

客観的関連共同説⁽¹⁷⁾は、共同不法行為（719条①前段）の各自の連帯責任の根拠を、行為者間の関連共同性に置くため、共同行為は行為者間の関連共同を意味し、関連共同は独立の要件事実となる。この関連共同性が共同不法行為の特質とされ、中心問題となる。したがって、一方では、各自の行為と実行行為者との間に因果関係があれば、関連共同としての共同行為の中間項を通すことによって、各自の行為と損害との因果関係を認め、言い換えれば、非実行行為と実行行為との関連共

(15) 客観的共同原因説は、後述するように、立法者、判例の理論であり、学説としては鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（下巻）』（岩波書店、大正13年、以下、鳩山・各論と略記する。）933頁以下、によって完成された。これまで、客観的関連共同説と区別されていないが、立法者意思、判例は内容的には、横の客観的関連共同性より、結果に対する関連共同性、つまり共同原因を共同行為の本質として捉えている。起草者（立法者）は「其行為ノ目的ト致シマス所又其結果ハーツノ権利侵害」と定義する。【6】大判大正8年11月22日は「生シタル一箇ノ損害ニ対シ客観的ニ数人ノ行為カ共同ノ原因ヲナシタル場合」【7】大正13年7月24日は「権利侵害ニ対シ客観的ニ共同ノ原因アルコトヲ必要トス」と定義する。

(16) 【6】大判大正8年11月22日は「①其数名ノ加害者ハ同一ノ不法行為ニ干与シ之レニ依リテ被害者ニ同一ノ損害ヲ与フルコトヲ要スルモノニシテ②即チ加害者各自ノ行為ト之ニ因リテ生シタル損害トハ其間ニ因果ノ関係ヲ有スルモノナラサル可カラス（①②、筆者）」判示し、客観的共同原因説（①）の要件事実が因果関係（②）であることを示す。

(17) 後述するように客観的関連共同説は我妻・不法行為に始まり、加藤一郎『不法行為』（有斐閣、初版昭和32年、増補版昭和49年、以下、加藤・不法行為と略記する。）205頁以下、により完成する。戦後、【19】山王川事件（最判昭和43年4月23日）は、「共同行為者各自の行為が客観的に関連し共同して違法に損害を加えた場合」と判示し定義的には影響を与える。

同がある場合には、各自の行為と結果との個別的因果関係を不要とすることもでき、他方では、この関連共同は、客観的な関連共同として一個の共同行為とされることから、主観的要素を全く無視できず、数人の偶然行為の競合の場合には共同不法行為が直ちに成立することにはならないとする⁽¹⁸⁾。つまり、客観的関連共同説の共同不法行為の特徴は、非実行行為と実行行為との関連共同がある場合には、各自の行為と結果との個別的因果関係を不要とすることもできる点にある。次に、加害者不明型（同条①後段）は、加害行為者が不明の場合であるので、ここでの共同行為とは、加害行為者の前提となる集団行為について客観的関連共同関係がある場合ということになる。この立法趣旨を、加害者の立証が困難である被害者が賠償をとれないことを防止するために政策的に責任者の範囲を拡張したものとする。このように例外規定であるため、加害者が加害行為をしていないことを立証した場合、加害行為自体についての関連共同性がない場合となるので、免責を認めることになる。最後に、教唆・幫助型（719条②）は、いずれも、不法行為自体とただちに客観的関連共同関係に立つとはいえないが、その責任の重くするために共同行為と看做すとする。

5 主観的関連共同説、客観的共同原因説及び客観的関連共同説の区別

共同行為論を、共同行為者間の「横の関係」と各自の行為と結果との「縦の関係」を視座にすると、共同行為の本質を、「横の関係」の関連共同で捉え、その関連共同を共謀等の主観的関連性で捉えるのが主観的関連共同説、その関連共同を客観的に捉えるのが客観的関連共同説であるが、その何れの理論も、共同行為の本質を各自の関連共同において捉えるので、各行為に関連共同性がない偶然的な競合の不法行為（「競合的不法行為」）は共同不法行為にはならない。主観的関連共同説と客観的関連共同説は、共同不法行為の本質を、各行為者間の関連共同に求める点では原理的に同じであるので、主観的関連共同性と客観的関連共同性は程度問題となるにすぎない。これに対して、客観的共同原因説は、共同行為を結果との「縦の関係」で捉えるので、各自の行為が結果との共同原因であるか、が本質的問題となり、共同行為の本質は、結果の側面に反映させて結果の一個性、損害の同一性となり、結果の側面において捉えられることになる。共同「行為」でありながら、「結果」の「共同」原因行為となっていることが共同行為として捉えられる。「共同」の言語的解釈としては、疑問のあるところであるが⁽¹⁹⁾、損害賠償制度の目的を損害の填補におき⁽²⁰⁾、共同不法行為は、被害者保護をより厚くした制度であることによって、制度全体のあり方からみると被害者保

(18) 加藤・不法行為208頁。加藤共同不法行為理論の特徴である。つまり客観的関連共同説とは加藤説のことである。この加藤説は、内容的には、後述する末弘説、川島説を受け継いでいる。我妻説は、鳩山説を客観的共同原因説から客観的関連共同説に転換したが、個別論点では、依然、鳩山説を維持している。例えば、719条①後段の規定を因果関係の看做し規定とする。末弘説は推定規定とする。共同行為を関連共同性におくと主観的か客観的かは程度問題となる。

(19) 巖谷孫三他講述『民法講義下巻』（国民法制学会、明治39年発行）647頁は「共同ノ文字ノ解釈トシテハ少々妥当ヲ欠ク」と自覚しているが、今姑らく客観的共同原因説に従うとする。

(20) 客観的共同原因説を損害の填補機能と関連させ基礎づけたのは鳩山説である（鳩山・各論 993頁）。

護すなわち結果重視という論理となり、共同行為を縦の関係で捉える客観的共同原因説が合理化・正当化されるのである。関連共同説は共同行為の本質を「行為者間の関連共同性」とするので、要件事実は「行為者間の関連共同性」となり、共同行為の内容により個別的因果関係は不要となる。証明論では主観的関連共同性と客観的関連共同性は相互に主要事実、間接事実の関係になる。他方、客観的共同原因説は、共同行為の本質を「一個の結果に対する客観的な共同原因」とするので、要件事実は、「各自の加害行為と一個の結果との（相当）因果関係」となり、関連共同性は要件事実とは無関係になる。関連共同説では関連共同性論が本質論となるが、客観的共同原因説では因果関係論（相当因果関係説）が本質論ということになる。次に、その因果関係論を考察する。

第四節 因果関係論

1 「成立要件の因果関係」と「賠償範囲の因果関係」

不法行為法における因果関係概念は、二つの場面で機能する。一般的に、因果関係は原因と結果の関係であるが、不法行為法においては、結果である被害が二つの法的評価の側面をもつからである。一方で、被害（物では滅失・毀損等、人では死傷等）は、違法性の判断基準である「権利又は法律上の保護される利益（以下、「権利」で総称する）」侵害の「権利侵害」として、他方では、金銭賠償の原則（722条）の下で、被害を金銭で換算する法技術概念である「損害」となる。不法行為法における因果関係は、この被害の違法性評価基準としての「権利侵害」と金銭評価の技術概念としての「損害」の評価の区別に対応して、第1に、加害行為と権利侵害との因果関係、第2に、権利侵害と損害との因果関係が考えられることになる。

第1の加害行為と権利侵害との因果関係は、不法行為責任の成立要件としての因果関係で、これを「成立要件の因果関係」とする。この「成立要件の因果関係」には二つの問題がある。一つは、因果関係の内容つまり原因と結果の関係性を「条件関係（確実性）」（事実的因果関係説）とするか「高度の蓋然性」（相当因果関係説）するか、の論点である。原因の特定が困難な公害、医療過誤等で問題になる。他の一つは、第一次被害から派生する第二次被害に対して責任が及ぶかの問題である。前者を因果関係の内容の問題若しくは責任成否の問題とすれば、後者は責任の範囲の問題であり、判断の対象は異なるが、因果関係の内容をどう捉えるかによって、この二つの問題は関連することになる。因果関係の内容は、因果関係の判断基準を意味しているからである。もし、因果関係の内容を「高度の蓋然性」として捉えると、責任範囲も「高度の蓋然性」を基準として、因果関係が二つの論点において機能することになる。しかし、因果関係の内容を「条件関係」で捉えると、第一次被害の因果関係の証明は困難が伴う場合があるとしても、第二次被害の責任範囲の問題は無限に拡大することになるで、別の制限基準（学説の義務射程、危険性関連、危険範囲等）が必要と

なるのである。

第2の権利侵害と損害との因果関係は、「損害」の賠償範囲を画定する基準としての因果関係で、「賠償範囲の因果関係」とする。損害概念⁽²¹⁾は、被害から金額まで多義的に使われている概念であるが、本稿では、①事実としての損害（死傷等）、②法益侵害の被る不利益としての損害（損害の種類、治療費、逸失利益、慰謝料等）、③不利益を金銭評価した金額としての損害、に分析・区別する。ここでの損害概念は、損害を②を金銭で換算して③の金額として捉える差額説を前提に、事実レベルの個別損害（例えば物の滅失の場合は物の時価・毀損の場合は修理費等、死傷の場合は逸失利益・治療費等）と総体的損害（個別損害を積み上げた総額）に区別すると、この場面での因果関係は、個別損害が賠償すべき損害であるかの判断基準として機能する概念ということになる。つまり「賠償範囲の因果関係」は当該個別損害を総体的損害における加算損害とするかの判断基準ということになる。

こうして、不法行為法における因果関係概念は、「成立要件の因果関係」、「賠償範囲の因果関係」として二つの場面で判断基準となっていることになる⁽²²⁾。条文上は、一般不法行為（709条）において、「成立要件の因果関係」と「賠償範囲の因果関係」は、故意又は過失に「因って」が「成立の因果関係」、「これに因って」生じた損害が、「賠償範囲の因果関係」として位置づけられている⁽²³⁾。学説における因果関係論の多様な展開は相当因果関係説の理論的混乱を消極的根拠としている。次に、その相当因果関係説の構造と、その理論的批判をみることにする。

2 相当因果関係説の構造とその理論的批判

(1) 富喜丸事件における相当因果関係説の三層構造

まず、因果関係論の出発点となるのは、事実的因果関係説である。事実的因果関係説とは因果関

-
- (21) 損害概念を学説史的に考察したものとして、高橋真「損害論」（星野英一『民法講座別巻1』（有斐閣、平成2・1990年）205頁以下参照。
- (22) 四宮和夫『不法行為』（青林書院、昭和58年・中巻、昭和60年・下巻、以下、四宮・不法行為と略記する。）403頁は、前者を責任設定的因果関係、後者を責任範囲の因果関係または責任充足的因果関係と呼ぶ。潮見佳男『債権各論Ⅱ不法行為法』（新世社、2005年）40頁は、責任設定の因果関係、賠償範囲の因果関係と区別する。
- (23) 因果関係の機能する場面を二つに区別し、709条の二つの「因りて」をそれぞれに対応させる読み方は、最近のことである。なぜなら、故意（過失）を結果の認識（可能性）とする学説では、故意（過失）は主観的要素なので、因果関係の起点とはなりえず、故意（過失）に「因りて」は、認識（可能性）の対象としての権利侵害事実を意味していたからである。加藤・不法行為は、「之ニ因リテ生ジタル損害」を不法行為の成立要件としての因果関係（同152頁）と損害賠償の範囲を決定すべき因果関係（同217頁以下）の条文上の根拠としている。二つの場面に理論的に区別は、前田・帰責論によって「法典上、この『権利侵害』が『故意行為』あるいは『過失ある行為』に因って発生するという規定がなされている」（同219頁）、「之ニ因リテ生ジタル損害」は「賠償されるべき損害の範囲」の因果関係の問題となる（同230頁）として理論化される。以上、故意または過失を行為論レベルで捉える学説を前提として、709条上は二つの因果関係論が成立することになる。伝統的な故意・過失論でも因果関係とする場合には、条文上の故意又は過失を意識過程の故意・過失に行為を加え、故意ある行為を「故意」、過失ある行為を「過失」を読み替えることで、因果関係の地平に現れることになる。

係を事実レベルの原因と結果の特定として捉え、その特定の証明を「条件関係」として、「あれなければこれなし」の条件関係があれば因果関係を認める理論である⁽²⁴⁾。因果関係は事実的因果関係を前提に不法行為法の要件としたものであり、因果関係即ち事実的因果関係であった。この段階では、因果関係が要件事実であった。因果関係概念は事実的因果関係を意味していたからである。しかし、因果関係が責任帰属のための法的枠組みとする法的因果関係として捉えられ⁽²⁵⁾、事実的因果関係は相対化され、事実的因果関係説として因果関係判断の一つの理論に過ぎなくなり、その対抗理論として相当因果関係説が登場してくる⁽²⁶⁾。この段階に至ると因果関係は要件事実で無くなり、因果関係の要件事実は何か、つまり因果関係の解釈論が展開されることになる。そして、大正15年の富喜丸事件は、因果関係の要件事実を相当因果関係説とすることを確立したのである。相当因果関係説は、「成立要件の因果関係」と「賠償範囲の因果関係」の両場面での因果関係を相当因果関係とする理論であるが、要件事実論から言えば、富喜丸事件は、「賠償範囲の因果関係」に関して相当因果関係説を確立し、相当因果関係説は、条文上は416条と同じ内容とされ、通常損害（416条①）が請求原因事実、特別損害（416条②）が予備的請求原因事実となる。

このように富喜丸事件は、相当因果関係説を確立したのであるが、この理論の確立には、次の3論点の総合的な判断を必要とするものであった。第1は、因果関係要件の機能・目的を事実レベルの事実的因果関係から責任帰属のための法的枠組みとしての法的因果関係への転換である。第2は、因果関係が債務不履行および不法行為の要件であり、さらに「成立要件の因果関係」と「賠償範囲の因果関係」として争点となっていることから、その因果関係の一般理論が求められていたことである。第3が、裁判における判断基準としての因果関係、つまり因果関係の判断基準として事実的因果関係に換わる要件事実が求められていたことである。この三つの異なるレベルの総合的な判断が富喜丸事件における相当因果関係説ということになる。

第1の法的因果関係としての相当因果関係説は、「共同生活ノ関係ニ於ヒテソノ行為ノ結果ニ対スル加害者ノ責任ヲ問フ」ものと規定、確認される⁽²⁷⁾。「共同生活ノ関係」とは法的関係を含意する。

第2の一般理論としての相当因果関係説は、「加害者ヲシテ一般的ニ観察シテ相当ト認メル範囲ニ於ヒテノミ其ノ責任ヲ任ゼシメ、其ノ以外ニ於ヒテ責任ヲ負ワシメザル」ものと規定される。

(24) 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂、平成4年、以下、平井・各論と略記する。）82頁は、「事実的因果関係とは、当該具体的加害者の行為が当該具体的被害者の損害を現実に惹起したという、事実の平面における関係である。」と定義する。

(25) 平井・各論84頁も因果関係を法的因果関係と捉えている。「それが法律上の概念である以上一中略一、広い意味で責任を負わせるべきか否かという法律的な判断が介入せざるをえない問題である。」とする。

(26) 因果関係論の全体を初期の段階で整理し、事実的因果関係説から相当因果関係説への転換を主張したものととして石坂音四郎（『債権総論上巻』有斐閣、初版明治44年、改定版大正5年）288頁以下、294頁。

(27) 因果関係要件を法的因果関係とすることを前提に相当因果関係説をとる判例は、【4】大判大正2年4月26日にすでにみられる（本稿90頁以下参照）。

第3の要件事実としての相当因果関係説は、「民法第416条ノ規定ハ共同生活ノ関係ニ於ヒテ人ノ行為ト其ノ結果トノ間ニ存スル相当因果関係ノ範囲ヲ明ニシタモノニ過ギズシテ、独り債務不履行ノ場合ニノミ限定セラレルベキモノニ非ザルヲ以テ、不法行為ニ基ズク損害賠償ノ範囲ヲ定ムルニ付ヒテモ同条ノ規定ヲ類推シテ其ノ因果律ヲ定ムベキモノトス」として、不法行為における因果関係の要件事実として416条が適用される判断がなされ、この論点は、判例変更となるのである。

(2) 相当因果関係説に対する理論的批判

学説による理論的批判は、三層構造の相当因果関係説を相当因果関係概念として一面化し、あるいは、一面化して理論的批判を展開するが、次の3点に纏められる。

第1は、「相当因果関係」概念を用いることは「理論的に不要であり、混乱をもたらすものと考えべきである⁽²⁸⁾」とする批判である。「相当因果関係」は、①或る者が或る結果に対して広く法律上の責任を負うという関係一般の意味で用いられると解される場合、②416条と同じ意味に用いられる場合、③すでに定まった賠償額の範囲を理由づけるものとしてのみ（したがって無内容である）用いられると解される場合がある⁽²⁹⁾。そして、因果関係概念を、法技術的意味を有するものとして理論的に明確に規定しておく必要あるという問題意識から、「相当因果関係」概念が法技術的意味を有しないと批判する。

第2の批判は、416条と同一視する相当因果関係概念に対して、両者は原理的に対立するものであるとする批判である。相当因果関係概念はドイツ民法の下での完全賠償の原則のコロラリーとしての法技術的意味を有するにすぎず、日本民法の制限賠償主義を念頭においた解釈論を主張すべきとして⁽³⁰⁾、相当因果関係概念を用いることは理論的に不要であり、混乱をもたらすと批判するのである。相当因果関係説はドイツの完全賠償主義の下での理論であるのに対し、416条は英米法の制限賠償主義の理論であるので、両者を同一視する相当因果関係説は間違っているとする⁽³¹⁾。

第3は、相当因果関係説は、①事実判断、②政策判断、③金銭評価と3つの性格の異なる判断からなっているので⁽³²⁾、それぞれに対応した概念を構成すべきとする批判である。例えば、平井説は、①は事実的因果関係、②は保護範囲、③は金銭評価として裁判官の裁量事項とする⁽³³⁾等である。

このような理論的批判は学説に一般的に受け容れられ、次のように、多様な学説が展開されるこ

(28) 平井・各論82頁。

(29) 平井・各論80頁。平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、1971年、以下、平井・理論と略記する。）36頁以下、101頁以下参照。平井・共同不法行為295頁は、相当因果関係説は、「(a) 事実的因果関係、(b) 416条、(c) 責任の範囲一般という三つの意味で用いられている」とする。

(30) 平井・理論101頁以下参照。平井・共同不法行為・295頁参照。

(31) 平井・理論92頁、北川善太郎「損害賠償法における理論と判例一問題史的分析」（於保還暦・民法学の基礎的課題（上）、有斐閣、1971年）110～111頁。

(32) 平井・理論135頁。

(33) 平井・理論300頁、497頁。

とになる。かくして、昭和60年段階で「今日、学会では相当因果関係に対する批判はきびしく、体系書からその名が消えつつあるとあってよい。⁽³⁴⁾」といわれることになるのである。それでは、以下に、相当因果関係説の理論的破綻を消極的根拠として展開された学説の因果関係論をみることにしよう。なお、学説による相当因果関係説に対する批判の妥当性については、後述する。

3 因果関係論における学説の展開

(1) 平井説

第1の学説は平井説である。平井説は、伝統的理論である相当因果関係説を事実的因果関係、保護範囲、金銭評価の問題に区別できるとし、因果関係を事実的因果関係の問題に限定する⁽³⁵⁾。本稿の整理でいえば、因果関係論を「成立要件の因果関係」に限定する見解である。制限賠償主義をとる場合には、賠償範囲確定につき責任原因と賠償範囲とを結合させて考える必要があるとする⁽³⁶⁾。損害概念についても、①事実としての損害、②法益に被った不利益としての損害、③差額（金額）としての損害、の側面をもっていた損害概念を、①事実としての損害（死傷損害説）に純化する⁽³⁷⁾。こうして、金銭評価の場面から因果関係と②③の損害は駆逐され、金銭評価の場面（本稿での「賠償範囲の因果関係」）は、裁判官の裁量事項とされ、当事者の主張立証の範囲外となる⁽³⁸⁾。因果関係を責任帰属の「成立要件の因果関係」に限定するこの考えは、因果関係の判断を、これまでの条件関係を事実的因果関係と言い換え、それを前提にどの範囲まで保護すべきかという保護範囲に区別する。事実的因果関係は没価値的、自然的な判断を基本にするが⁽³⁹⁾、保護範囲は政策判断であるとする。制限基準として保護範囲は、責任原因の根拠法規の解釈によって個別的具体的に判断すべきであって、故意による不法行為の場合には、加害行為と事実的因果関係にある全損害とすべきで⁽⁴⁰⁾、過失による不法行為の場合には、民法709条の規定する過失の注意義務の及ぶ範囲（義務射程という）によって決すべきであるとする⁽⁴¹⁾。

(2) 前田説

第2の学説は前田説である。前田説は、因果関係を「成立要件の因果関係」と「賠償範囲の因果

(34) 沢井裕「不法行為における因果関係」（星野英一編集代表『民法講座6』有斐閣、昭和60年）259頁。ただし、國井和郎「債務不履行における損害賠償の範囲」（星野英一編集代表『民法講座4（債権総論）』有斐閣、昭和60年）557頁は「基本的にはなお通説の立場を失っていない、と評価できる」とする。

(35) 平井・理論135頁以下。

(36) 平井・理論92頁、309頁以下。

(37) 平井・理論439頁「当該訴訟において原告の主張から認定される損害の事実のうちで社会的・物理的・時間的等各種の観点からみて一個のと観念される程度の拡がりをもつ法益侵害だ、と言うほかない。具体的には、たとえば、一人の人間の死亡、一人の人間に対する創傷などがその典型的なものである」。

(38) 平井・理論474頁以下参照。

(39) 平井・理論429頁以下参照。

(40) 平井・理論459頁。

(41) 平井・理論460頁。

関係」の場面で機能するものとする。不法行為による結果(被害)を、違法性評価の権利侵害と金銭換算の法技術としての損害の二側面に区別し、損害概念を、①事実としての損害、②不利益状態として損害、③金額としての損害、に区別すると、損害概念を②③の金銭換算の法技術概念に、①の事実としての損害を権利侵害として区別するである⁽⁴²⁾。前田説は、結果を、権利侵害と②③の損害に区別することを前提に二つの場面で因果関係を判断するものである。この見解では、加害(故意、過失)行為と権利侵害との因果関係、権利侵害と損害との因果関係とに区別される。前者が「成立要件の因果関係」であり、後者が「賠償範囲の因果関係」である。この二つの場面で、それぞれ事実的・自然的判断である事実的因果関係を前提に、「成立要件の因果関係」の場面での制限基準としては、評価的判断とされる違法性関連⁽⁴³⁾、「賠償範囲の因果関係」の場面での制限基準としては、積極的損害については当該権利侵害からの「不可避性」、消極的損害については当該被害者の「財産的取得の確実性」、及び精神的損害については裁判官の裁量とする⁽⁴⁴⁾。

(3) 石田説

第3の学説は石田説である。石田説は損害概念を純化しないで、つまり①事実としての損害、②不利益としての損害、③金額としての損害を区別しないで複合のまま把握し⁽⁴⁵⁾、どの側面も損害とするのである。損害は法的保護に値する利益の侵害であり⁽⁴⁶⁾、損害とは、権利侵害という態様の利益の侵害とする⁽⁴⁷⁾。この損害を時系列によって第一次損害と後続損害に区別する。つまり、損害を加害行為から直接生じる第一次損害とこれから派生する後続損害に区別する。例えば、交通事故による傷害では、身体障害が第一次損害、これによる治療費や逸失利益の損害が後続損害ということになる。第一次損害が賠償の対象となるかの問題は、故意・過失と関連づけられる損害は何か(有責性関連)問題であり、不法行為の「成立要件の因果関係」の問題となる⁽⁴⁸⁾。後続損害のうち、どの範囲のものを賠償させるかが「賠償範囲の因果関係」の問題となり、その決定基準を、第一次損害がどのような後続損害との関連で危険性があるかの評価、すなわち、危険性関連の有無に求める⁽⁴⁹⁾。そして、民法416条を不法行為の領域にも導入する。すなわち、通常損害とは、予見可能性を問題とすることなく第一次損害との間に危険性関連が認められる後続損害であり、特別損害とは、

(42) 前田・婦責論218頁は、権利を「不法行為法的保護に値する利益」とし、損害は、その「権利侵害の結果として、被害者の財産的状态に発生した不利益であり、金銭賠償原則を採る我が国では、それを金額に換算したものが損害額ということになる」(同・230頁)とする。

(43) 前田・婦責論219頁。

(44) 前田・婦責論230頁。

(45) 石田・再構成35頁。

(46) 石田・再構成37頁。

(47) 石田・再構成35頁。

(48) 石田・再構成40頁。

(49) 石田・再構成49～53頁。

予見可能性を問題にしてはじめて第一次損害との間に危険性関連が認められる後続損害であるとする⁽⁵⁰⁾。そしていずれの場面でも条件関係（事実的因果関係）に立つものでなければならいとされている⁽⁵¹⁾。この学説の損害は身体傷害も入院費用も含まれているので、第二次身体傷害は、第二次損害であるが、本稿の「成立要件の因果関係」では第二次権利侵害（被害）の因果関係となる。

（４） 四宮説

第4の学説は四宮説である。四宮説は前田説と石田説を総合した理論である。損害概念は①事実としての損害、②不利益としての損害、③金額としての損害、に区別できるが、①の側面の損害の違法性評価が権利侵害である。①の側面を「第一次権利侵害」と後続の権利侵害である「後続侵害」に区別する。また、損害概念を侵害（身体傷害）と不可分的に結合した損害（負傷それ自体）をいう「侵害損害」と②③の側面の金銭換算の法技術概念としての損害をいう「結果損害」に区別する⁽⁵²⁾。そして、第一次権利「侵害損害」を除くすべてを「後続損害」とする。以上の概念区分を前提に制限基準（範囲の画定基準）が設定される。「成立要件の因果関係」の場面では、故意・過失行為から第一次権利侵害で、その制限基準は故意・過失で、規範の保護目的の範囲内であることを要する⁽⁵³⁾。第一次権利侵害の後続の権利侵害である「後続侵害」は、第一次権利侵害によって設定された特別の危険の範囲ないし危険性関連の基準による⁽⁵⁴⁾。「賠償範囲の因果関係」の場面では、第一次権利「侵害損害」は権利侵害と「不可分に結合」ないし「裏腹」の関係にあるから特別な基準は設定されない⁽⁵⁵⁾。後続損害については、故意・過失は不要で、それぞれの「後続損害」について基準が設定される。第一次権利侵害の波及的「結果損害」は、損害発生の「確実性」または「必要性」を基準とし⁽⁵⁶⁾、「後続侵害」についても第一次権利侵害と同様「侵害損害」と「結果損害」において範囲が画され、金銭評価の基準（損害）となる⁽⁵⁷⁾。

かくして、学説においては、相当因果関係説に対抗した全面的な因果関係論が展開されている。学説においては、相当因果関係説は消えつつあるといわれる⁽⁵⁸⁾。相当因果関係説を本質的要素とした判例の客観的共同原因説が理論的に批判されるのは必至である。

(50) 石田・再構成53～55頁。

(51) 石田・再構成40頁、48頁。

(52) 四宮・不法行為429頁以下、特に435～436頁参照。

(53) 四宮・不法行為431～433頁。

(54) 四宮・不法行為449～450頁。

(55) 四宮・不法行為435～436頁。

(56) 四宮・不法行為461～462頁。

(57) 四宮・不法行為448頁以下。

(58) 本稿注(34)参照。

第五節 現代的共同不法行為理論の展開

1 共同不法行為と二つの因果関係

共同不法行為（719条）における因果関係は、共同行為論に対応して、主観的関連共同説では共同行為を共謀と解するので個別的因果関係は不要となり、客観的共同原因説では、共同行為は、結果（権利侵害）に対する客観的な共同原因として捉えられ、各自のレベルで（要件事実として）、各自の行為と権利侵害（損害）との相当因果関係であった。山王川事件（最判昭和43年4月23日民集22巻4号964頁）は、共同不法行為において相当因果関係説を、「成立要件の因果関係」と「賠償範囲の因果関係」の場面に次のように適用する。すなわち、「①共同行為者各自の行為が客観的に関連し共同して違法に損害を加えた場合において、②各自の行為がそれぞれ独立に不法行為の要件を備えるときは、③各自が右違法な加害行為と相当因果関係にある損害についてその賠償の責に任ずべき（①②③、筆者）」である。

この理論を二つの因果関係の機能する場面で見ると、「①共同行為者各自の行為が客観的に関連し共同して違法に損害を加えた場合」が共同不法行為における「成立要件の因果関係」であり、「賠償範囲の因果関係」は、「③各自が右違法な加害行為と相当因果関係にある損害についてその賠償の責に任ずべき」ものとなる。なお、「②各自の行為が独立の不法行為の要件を備えるとき」のなかに、因果関係が含まれていると考えるのが一般的であるが⁽⁵⁹⁾、共同不法行為における因果関係は、起草者（立法者）、判例の客観的共同原因説により、①要件の客観的共同原因として特殊化されているので、②は、因果関係以外の故意、過失等の要件ということになる。山王川事件の理論を前提に、そして契機に、そして、公害、交通事故の増加を背景に、学説の批判が展開されることになる。

2 判例の客観的共同原因説に対する理論的批判

第1の批判は、共同不法行為が、各人の行為に独立に不法行為の要件を備えることを要求するならば（上記判例②）、709条の要件と等しくなり、719条①前段の存在理由は無きに等しいとするものである。709条の不法行為が競合して一個の損害を生ぜしめた場合に不法行為者すべてが賠償責任を負うのは、719条をまたずとも一般理論（不真正連帯債務）によって生ずる帰結だからである⁽⁶⁰⁾。

第2は、719条に独自の存在理由を与えるべきだという前提に立てば、関連共同性の要件と事実的因果関係の要件との相互関係にそれを求めるべきであるとする批判である。すなわち、719条①前段にあっては関連共同性の要件が課されているが故に709条の不法行為におけると同様な意味で

(59) 加藤・不法行為207頁。「独立の不法行為として見れば、各人に、故意過失と責任能力があり、また各人の行為と損害の発生との間に因果関係があることが必要である。」

(60) 平井・共同不法行為290頁以下。

は各人の行為と損害との間における事実的因果関係は要求されていないと解すべきであり、そこに共同不法行為の存在理由を求めるべきである⁽⁶¹⁾。つまり、共同不法行為は、「事実的因果関係に立たない損害ないし寄与度をこえる損害の部分についてもなお損害賠償責任を負う⁽⁶²⁾」ということになる。

第3の批判は、719条①前段が適用されるべき共同不法行為と709条の不法行為が偶然的に競合したに過ぎない場合(競合的不法行為)とは、理論的に明確に区別されるべきであるとする。つまり、競合的不法行為には共同不法行為(719条)は適用すべきではないとする批判である⁽⁶³⁾。

この3点の批判を通底しているのは、共同不法行為の特色を、各自の行為と結果(損害)との事実的因果関係がなくても共同行為故に連帯責任を負うとしていることである。客観的共同原因説が各自の行為と権利侵害とに相当因果関係を要するとしているのと対照的である。

そして、「共同不法行為における『因果関係』概念の意味・機能およびその理論的地位が混迷をきわめている上に『因果関係』概念一般の有する不明確さがそれに一層拍車をかける⁽⁶⁴⁾」と総括されることになる。

かくして、全般の評価として、「現在の学会では『違法性』・『過失』・『因果関係』・『損害』・『損害』・『共同不法行為』というような、不法行為法上の最も基礎的な概念をめぐって種々の議論が交わされた折り、これを通じて伝統的な不法行為理論は崩壊しつつあるように見受けられる⁽⁶⁵⁾」。

3 現代的共同不法行為理論の展開

伝統的な共同不法行為理論であるとする客観的共同説(客観的共同原因説と客観的関連共同説を区別せず主に両者の矛盾した点)に対して、学説は、理論的な批判を展開し、それを消極的根拠として、現代的共同不法行為理論を展開している。第1は、主観的関連共同説が共同行為論において関連共同性を本質とし、その内容は共謀が中心であったのを周辺に拡大し、共同不法行為の連帯責任の根拠を主観的共同関係に求める主観的共同関係説(新主観説)である。第2は、総合的関連共同説であるが、関連共同性の強弱により因果関係を規制する学説である。この学説は、判例の客観的共同原因説とは原理的に対立するが、加藤説により完成した客観的関連共同説を理論的に深化させた理論である。主観的関連共同性、強い客観的関連共同性、および弱い客観的関連共同性に対応して事実的因果関係を規制する見解である。この見解は、法的構成の違いにより、平井説と淡路説に区別される。

(61) 平井・共同不法行為300頁。

(62) 平井・共同不法行為304頁。

(63) 平井・共同不法行為305頁。

(64) 平井・共同不法行為295頁。

(65) 平井宜雄『現代不法行為理論の一展望』(一粒社、昭和55年)6頁。

(1) 平井説の総合的関連共同説

まず、平井説からみてみよう。鳩山説で完成した「縦の関係」の「一個の損害・結果」を本質とする客観的共同原因説に対して、我妻説に始まり、加藤説によって完成したのが「横の関係」である「関連共同性」を本質とする客観的関連共同説であったが、平井説は、さらに、その「関連共同性」を理論的に深め、719条に独自の存在理由を関連共同性の要件と事実的因果関係の要件との相互関係に求めるのである。すなわち、719条①前段にあっては関連共同性の要件が課されているが故に709条の不法行為におけると同様な意味では各人の行為と損害との間における事実的因果関係は要求されていないと解すべきであり、そこに共同不法行為の存在理由を求めるべきとする。つまり、共同不法行為の特色は、『関連共同性』の要件が事実的因果関係の要件と相関すること、719条の存在理由が『関連共同性』のうちになること⁽⁶⁶⁾」であるので、共同不法行為は関連共同性が課せられているがゆえに709条で要求されるような因果関係が要求されないところに存在意義があり、719条第①前段は、このための規定であるとする。そして、関連共同性ある不法行為を①意思的共同不法行為と②関連的共同的不法行為に類型化する。

第1の「意思的共同不法行為」は、共謀、共同の認識、教唆・幫助など意思的関与（主観的関連共同性）が存在する場合である。したがって、教唆・幫助型の719条②は①前段の注意規定と捉えられることになる。

第2の「関連的共同不法行為」は、意思的関与が存在していなくても、「①各人の加害行為が社会観念上『一体』をなすと認められるべき程度にまで相関しており、かつ、②その一体的行為と損害との間の事実的因果関係が認められればそれだけで不法行為が成立し（各人の加害行為との事実的因果関係の要件はこれによって充足される）、③どの部分について事実的因果関係が存在するかに関する原告の立証も被告の反証による減責も許さない⁽⁶⁷⁾」ものである。この類型の必要性の理由を、「他人との接触の増大や損害発生の危険の広汎化の結果、一つの行為が複雑な因果系列をたどって損害を惹起する蓋然性が大となった現在の社会においても、この困難な作業を原告に課したままにするのは疑問である。719条の立法趣旨が被害者の救済にあるとする⁽⁶⁸⁾」点に求める。なお、この類型では、過失相殺は認められない。

第3の、「競合的不法行為」は、各行為が基本型不法行為の要件を充足することを前提として、各行為者は、全額賠償義務を負うが、免責・減責に主張が許される場合である。加害者不明型の719条①後段の規定は、このための規定であるとする。しかし、これは関連共同性の存在しない場合で

(66) 平井・共同不法行為302頁。

(67) 平井・各論195～196頁。共同性に関して、平井説と判例との相違は、判例は共同性を結果の不可分一体性（【22】順次競合事件最判平成13年3月13日）におくが、平井説は加害行為の社会観念上に一体性において捉えていることになる。

(68) 平井・各論195～196頁。

あるので、共同不法行為ではないとする。

(2) 前田説の主観的共同関係説

次に、前田説は、平井説の関連共同性が事實的因果関係を規制する見解を、主観的関連共同説を再構成するものとして評価し、主観的共同関係説を展開する。「719条を709条とは異なった『特殊的不法行為』として把握し、自己の行為と因果関係にない結果についても賠償責任を負うべきことを定めた規定と解するならば、何故に自己の行為と因果関係にない結果についても責任を負わなければならないのかを説明しなければならない。その根拠が『共同』という要件であり、複数人の間に『共同』があるがゆえに、その『共同関係』にある他人の行為についても、すなわち、自己の行為の結果でない損害でも、責任を負わなければならないのである。そのような意味での『共同』は、次のように考えるのが、意思理論を法効果帰属の基本原理としている民法においては、もっとも、適切な構成といえよう。すなわち、『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』が『共同』なのである。—中略—。このような『認容』のゆえに、時に、その行為結果が彼自身の業績として彼に帰属され、時に注意義務を彼自身が負ってその違反のゆえに結果が帰属されるのである⁽⁶⁹⁾」。

この719条の存在理由に基づいて、3つの共同不法行為に区別する⁽⁷⁰⁾。第1は、「故意の共同不法行為」で各自が当該権利侵害を目指してそのために他人の行為を利用し、他方、自己の行為が他人に利用されるのを容認する意思のある場合である。第2は、「過失の共同不法行為」で各自当該権利侵害以外の目的を目指してそのために他人の行為を利用し、他方、自己の行為が他人に利用されるのを容認する意思のある場合である。第3は、「片面的共犯」で、一方は、権利侵害を目指し、他方は当該権利侵害とは別の目的を目指して、各自他人の行為を利用し、他方、自己の行為が他人に利用されるのを容認する意思のある場合である。そして、競合的不法行為は、そのような意思関係がないので、共同不法行為ではないとする。

(69) 前田達明『不法行為法』〔現代法律学講座14民法VI₂〕(青林書院、昭和55年、以下、前田・不法行為法と略記する。)181頁、前田・帰責論292頁。

(70) 前田・不法行為法181頁以下、前田・帰責論293頁以下。前田説に対する容認と批判として、平井・各論195～196頁)「しかし、主観的関連共同性または意思的共同不法行為以外の共同不法行為を認めるべきでないとしたら、複数人の関与する不法行為は、後述の競合的不法行為しかありえないこととなるが、そうすると基本型不法行為の原則どおり、被告は事實的因果関係の存在する部分についてのみ賠償義務を負うことになる。言いかえれば、原告は損害との間の事實的因果関係の存在を立証しえたとしても、被告が他に原因となる行為者の存在を主張するならば、損害のどの部分について事實的因果関係が存在するかを立証するという困難な作業を行わない限り賠償請求できないと解さざるを得ない。しかし、他人との接触の増大や損害発生危険の広汎化の結果、一つの行為が複雑な因果系列をたどって損害を惹起する蓋然性が大となった現在の社会においても、この困難な作業を原告に課したままにするのは疑問である」。

(3) 淡路説の総合的関連共同説

淡路説の総合的関連共同説は、「関連共同性」が緊密か否かにより因果関係の証明責任を規制する⁽⁷¹⁾。719条を、因果関係のみなし規定とする前段と、因果関係の推定規定とする後段に区別し、①強い関連共同性は因果関係のみなし規定の前段、②弱い関連共同性は因果関係推定規定の後段というように、関連共同性を二つの類型に分け、それを、719条①前段と同項後段とに対応させる。

第1の、「強い関連共同性」の719条①前段適用については、「共同行為＝各人の行為の関連共同性」という要件は「各人の行為と損害との間の個別的因果関係の立証を不要にする⁽⁷²⁾」という観点から再構成されなければならない。また、効果につき、共同不法行為者各人が各人の行為と相当因果関係の範囲にある損害を超えた全損害について賠償責任を負うことであるから、因果関係の不存在等を立証しても免責・減責されることはないとする⁽⁷³⁾。そして、このような共同不法行為が成立するためには、「弱い客観的関連」(社会観念上一人の行為と見られる加害行為の全過程の一部に参加していること)に加えて、「強い関連共同性」(加害行為の一部に参加という意味を超えたより緊密な関連共同性)がなければならない。「強い関連共同性」は共謀などの「強い主観的関連」のほか、損害発生の原因行為に強い一体性がある「強い客観的関連」の場合でもよいとする⁽⁷⁴⁾。

第2の、「弱い客観的関連」の719条①後段適用については、共同行為といえるかどうかは、「弱い客観的関連」があれば十分であり、同時的不法行為のみならず、異時的不法行為も含まれる⁽⁷⁵⁾。また、効果については、「各人の行為と損害の発生との因果関係を推定した規定」と解すべきであるから、加害者が自己の行為との因果関係の不存在を立証した場合には免責・減責されるとする⁽⁷⁶⁾。この淡路説は、法律構成としては、平井説に近いといえよう。719条①前段に、意思的共同不法行為と一体的な強い関連共同が含まれ、同条後段には、競合的不法行為が入るからである。

以上に特徴的に現れる現代的共同不法行為理論は、1960年代後半から1970年代において、交通事故訴訟、公害訴訟等の現代的訴訟が社会構造的批判を伴って提起され、「伝統的な不法行為理論⁽⁷⁷⁾」に対する方法的理論的批判が大勢となっていく下で展開されていくのである。

4 現代的共同不法行為理論の特徴

これらの学説に共通している点は、①関連共同性を各自の行為者間の関連性と捉え、その関連共同性に主観的要素も含まれていること、その関連共同性によって因果関係の立証負担が規制される

(71) 淡路剛久『公害賠償の理論〔増補版〕』(有斐閣、昭和53年、淡路・理論と略記する。)127頁。

(72) 淡路・理論127頁。

(73) 淡路・理論127頁。

(74) 淡路・理論130頁。

(75) 淡路・理論132頁。

(76) 淡路・理論133頁。

(77) 平井・前出注(65)6頁は、我妻・不法行為、加藤・不法行為で完成された不法行為理論を指している。

こと（関連共同性と因果関係の相関性⁽⁷⁸⁾）、②因果関係の判断は事実因果関係説を前提としていること、③そして、719条①前段は事実因果関係が不要で同条①後段は因果関係の推定とするので、前段より後段の方が因果関係の立証負担度は重いということ、④競合的不法行為は関連共同性がないので（ただし淡路説は弱い関連共同性）共同不法行為ではないという点である。

これに対して、客観的共同原因説は、①共同行為を各自の行為間の関連性ではなく、結果に対する客観的な共同原因性としていることから、因果関係は共同行為の内容となっていること（共同行為の内容としての因果関係）、②その因果関係は寄与度の証明は不要であること（寄与度不明の因果関係）、相当因果関係説を採用していること、③719条①前段は相当因果関係を要する（寄与のレベル）が、後段は不要なので、立証負担は前段が重いということ、④したがって、719条①前段の共同不法行為は、連帯責任の根拠が一個の結果への寄与にあるので、寄与度全体の証明つまり重疊的競合は、より各自の連帯責任性を強めることになるので、所謂競合的不法行為は共同不法行為の基本型ということになる。

こうして、現代的共同不法行為理論は関連共同説と原理的に同じといえるが、客観的共同原因説とは原理的に異なるため、個別的な論点でも異なる見解となっているのである。それでは、判例は、学説の理論的批判にどう対応したのであろうか。

第六節 判例の展開

学説の主張するように、判例の共同不法行為理論に理論的不明確さ、理論的混乱があるとするならば、法の解釈・適用において理論的統一性、一貫性は、法実務家にとって法技術の構成力を示す指標であるため、裁判において影響を受けられる。判例の相当因果関係説と客観的共同原因説に対する学説の理論的批判に対して、最高裁が、どう対応したかの観点から概観することにする。戦後も客観的共同原因説、相当因果関係説が踏襲され（1）、複数原因である共同不法行為の因果関係が一般不法行為の因果関係の複数原因にも適用され（2）、そして相当因果関係説が再確認される（3）。その相当因果関係の内容が「各自の加害行為から一個の結果を招来したことを是認する高度の蓋然性」と再定義され（4）、非実行行為の共同不法行為に相当因果関係説が踏襲される（5）。そして、不作為の因果関係に（4）の「高度の蓋然性」理論が適用される（6）。最後に、競合不法行為に共同不法行為が適用され客観的共同原因説が堅持される（7）。

(78) なぜ因果関係の要件が問題となるかについて、加藤雅信『新民法体系V（第2版）事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、平成17年）364頁以下は、条件関係が存在する事例、条件関係が存在しない事例に区別して、詳細に検討している。同書は、①第一原因、②直接の加害行為、③結果発生の3段階構造で分析している。

1 戦後における相当因果関係説と客観的共同原因説の踏襲

まず判例は、戦後も、不法行為の因果関係論における相当因果関係説を最判昭和32年1月31日(民集11巻1号170頁)において富喜丸事件を参照して維持する。

「およそ不法行為による物の滅失、毀損に対する現実の損害賠償額は、特段の事由のない限り、滅失毀損当時の交換価格によりこれを定むべきである(大判、民刑連、大正15、5、22、民集386頁参照)」。

また、共同不法行為における客観的共同原因説も、最判昭和32年3月26日(民集11巻3号543頁)において維持する。

「民法719条1項前段の共同の不法行為が成立するためには、不法行為者間に意思の共通(共謀)もしくは『共同の認識』を要せず、単に客観的に権利侵害が共同になされるを以て足りると解すべきであるから、原審が特に所論のような『意思連絡』の有無を確定しなかつたからといて、なんら違法はない」。

2 一般不法行為の因果関係と共同不法行為

公害事件が社会問題となっているなかで、複数汚染源の水質汚濁の公害において、山王川事件(最判昭和43年4月23日民集22巻4号964頁)は、共同不法行為における因果関係(客観的共同原因説⁽⁷⁹⁾)を一般不法行為の因果関係にも適用する新たな判断をする。

「共同行為者各自の行為が客観的に関連し共同して違法に損害を加えた場合において、各自の行為がそれぞれ独立に不法行為の要件を備えるときは、各自が右違法な加害行為と相当因果関係にある損害についてその賠償の責に任ずべきであり」と纏め、そして、「この理は」、つまり共同不法行為における相当因果関係説は、本件のごとき「山王川の流水が本件廃水のみならず所論の都市下水等によっても汚染されていたことは推測される」複数原因による「流水汚染により惹起された損害の賠償に」おける、一般不法行為の因果関係の判断においても、「同様であると解するのが相当である」。

3 不法行為と相当因果関係説

そして、相当因果関係説に対する学説の理論的包括的批判が強まる中で、最高裁は、東京出店妨害事件(最判昭和48年6月7日民集27巻6号681頁)において、不法行為における相当因果関係説を堅持することを宣言する。

「不法行為による損害賠償についても、民法四416条が類推適用され、特別の事情によって生じ

(79) 本事件は「客観的に関連し共同して違法に損害」として表現上は客観的関連共同説となっている点に注意すべきである。判例上は「客観的に関連し共同」は初めてである。加藤説の客観的関連共同説の影響と思われる。ただし、内容的には、アルコール工場と都市下水との関連共同性を全く問題にしていないので、表現レベルの定義と思われる。

た損害については、加害者において、右事情を予見しまたは予見することを得べかりしときにかぎり、これを賠償する責を負うものと解すべきであることは、判例の趣旨とするところであり、一参照判例略—いまだちにこれを変更する要をみない」。危機意識を感じた最高裁は、あえて、相当因果関係説を確立した富喜丸事件（大民刑連判大正15年5月22日）と、戦後もそれを踏襲した昭和30年代の二つの最高裁判決を参照して、相当因果関係説を堅持する強いメッセージを送るのである。

4 複数原因の因果関係と相当因果関係説

そして、最高裁は、相当因果関係説を、「成立要件の因果関係」の場面で、複数原因の因果関係の判断において、ルンバル事件（最判昭和50年10月24日民集29巻9号1417頁）で、次のように再定義する。

「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである」。

ここに、「成立要件の因果関係」における相当因果関係の内容は「特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性」と判示されるのである。

5 非実行行為の不作为と共同不法行為

共同不法行為における非実行行為（加害行為）の不作为の相当因果関係の判断が京阪電鉄置石事件（最判昭和62年1月22日 民集41巻1号17頁）にみられる。客観的共同原因説による共同行為としての非実行行為の不作为の相当因果関係を認めて共同不法行為を認める。

「重大な事故を生ぜしめる蓋然性の高い置石行為がされた場合には、その実行行為者と右行為をするにつき共同の認識ないし共謀がない者であつても、この者が、仲間の関係にある実行行為者と共に事前に右行為の動機となつ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つたといえるときには、右の者は、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、これを尽くさなかつたため事故が発生した」「事実関係に照らすと、被上告人の右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」。

6 不作为と因果関係

不作为の因果関係の判断の場面で、ルンバル事件が肝硬変事件（最判平成11年2月25日 民集53巻2号235頁）において、適用される。「高度の蓋然性」は証明の程度ではなく証明の対象として、因果関係の内容（要件事実）であることがより明らかになる。不作为は事実レベルの原因確定では

なく、思考上の規準に適合させる必要があり、その規準が「高度の蓋然性」だからである。

ルンバール事件の「高度の蓋然性」理論は「医師が注意義務に従って行うべき診療行為を行わなかった不作為と患者の死亡との間の因果関係の存否の判断においても異なるところはなく、経験則に照らして統計資料その他の医学的知見に関するものを含む全証拠を総合的に検討し、医師の右不作為が患者の当該時点に死亡を招来したこと、換言すると、医師が注意義務を尽くして診療行為を行っていたならば患者がその時点においてなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば、医師の右不作為と患者の死亡との間の因果関係は肯定されるものと解すべきである」。

7 競合的不法行為と共同不法行為

学説が共同不法行為でないとする競合的不法行為に、交通事故と医療過誤の順次競合事件（最判平成13年3月13日 民集55巻2号328頁）は共同不法行為を適用する。しかも、次の③④の判旨で、客観的共同原因説と相当因果関係説を堅持することを明示するのである。

「①本件交通事故により、優作は放置すれば死亡するに至る傷害を負ったものの、②事故後搬入された被上告人病院において、優作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優作を救命できたといえるから、③本件交通事故と本件医療事故とのいずれもが、優作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、④本件交通事故における運転行為と本件医療事故における医療行為とは民法719条所定の共同不法行為に当たるから、各不法行為者は被害者の被った損害の全額について連帯して責任を負うべきものである。（①②③④、筆者）」。

以上から、判例は、客観的共同原因説と相当因果関係説を堅持していることが確認できる。したがって、判例と学説は、因果関係論と共同不法行為論において、対立状況にあること、そして、その対立状況は、現在の因果関係論、共同不法行為論の学説と判例の全体状況でもある。

共同不法行為論と因果関係論における学説と判例の現在の全体的な対立状況の確認を踏まえて、その対立状況の生成過程、展開過程を、次の構成で検討することにする。

第七節 本稿の構成

第二章で、共同不法行為と因果関係の問題を検討する。まず法典調査会の審議過程から立法者は、客観的共同原因説を明確に採用したことを、法典調査会の審議過程で確認する。そして客観的共同原因説が主観的関連共同説との対抗において判例、学説において確立していく過程を考察する。

第三章において、相当因果関係説の確立過程を検証する。富喜丸事件において相当因果関係説が

確立する。その富喜丸事件以前の判例、学説の状況を検討し、富喜丸事件における相当因果関係説が、①法的因果関係としての相当因果関係説、②一般理論としての相当因果関係説、③要件事実としての相当因果関係説即ち416条、の三層構造を成していることを確認し、相当因果関係説に対する理論的批判を検討する。

第四章で、客観的共同原因説の内容をなす因果関係の判断に相当因果関係説がどう適用されているかを検証する。騒擾行為における非実行行為に相当因果関係が認められ、複数原因の寄与度の因果関係の証明不要が確認される。相当因果関係説によって、客観的共同原因説は、その理論的境界を克服し、判例の共同不法行為理論として確立する。

第五章では、複数原因の因果関係すなわち共同不法行為に関して相当因果関係説の多様な場面での判例の展開を検証する。判例は、戦後も客観的共同原因説と相当因果関係説を堅持する。【19】山王川事件において、複数原因の因果関係の立法的政策判断である共同不法行為を一般不法行為の因果関係にも同様に解し、共同不法行為の複数原因の因果関係が一般化される。さらに、複数原因の寄与の因果関係の判断に関して、相当因果関係説の内容が【20】ルンバール事件で「高度の蓋然性」として再定義される。そして、相当因果関係説が、【21】京阪電鉄置石事件において共同不法行為の共同行為としての非実行行為の不作为の因果関係の場面、交通事故と医療過誤の【22】順次競合事件において、競合的不法行為の共同不法行為の成否の場面、で展開する。

終章において、共同不法行為を相当因果関係説による客観的共同原因説の再定義をもって結びとする。

第二章 共同不法行為と因果関係

第一節 序

共同不法行為理論の構成において本質論となる共同行為論に関して、判例は、共同行為を結果との「縦の関係」で捉える客観的共同原因説をとり、学説は、行為者間の関連共同という「横の関係」で捉える主観的関連共同説若しくは客観的関連共同説をとる。その関連共同説の延長に多様な現代的共同不法行為理論が展開され、判例と学説は対立する。判例と対峙する多様な学説が展開されているのは、公害、交通事故のように複数の加害者、被害者が関与するため、民事訴訟では共同不法行為による損害賠償請求権が訴訟物となり、それぞれの立場から共同不法行為理論が展開されるからである。

そして、共同不法行為論の混迷の論点は、「共同不法行為における『因果関係』概念の意味・機能およびその理論的地位が混迷をきわめている上に『因果関係』概念一般の有する不明確さがそれに一層拍車をかける⁽¹⁾」とされ因果関係論に集約できる。これは、判例の客観的共同原因説における共同行為の内容(要件事実)が各自の行為と結果(損害)との「相当因果関係」であり、学説の現代的共同不法行為理論は関連共同性の程度によって「事実的因果関係」の証明責任を規制するというように、判例、学説いずれにおいても、因果関係論が其点となっているからである。

そこで、本章では、「共同不法行為と因果関係」のテーマの下に、共同行為論における主観的関連共同説、客観的共同原因説及び客観的関連共同説の三見解を視座に、共同不法行為論を法典調査会の審議過程、学説、判例の展開を、要件事実論を基底に歴史的に検証することにする。個別的に言えば、判例の客観的共同原因説の生成、展開の過程を検証することでもある。

第二節で、法典調査会の審議過程における、起草委員の趣旨説明を基本に、主観的関連共同説と客観的共同原因説の対立、調整も踏まえて、起草者の客観的共同原因説の内容を確認する。

第三節では、法典調査会において客観的共同原因説の結論に至る審議過程の展開を具体的に検証することにより、結論の内容とその明確さを確認する。法典調査会の審議過程を論稿の一節とすることには躊躇を覚えながら、敢えて、原文をして語らしめる方法を取り長文となっている。法典調査会の審議の結論、内容に関しては、後述するように異なる理解があり、また判例と学説の対立の淵源はここにあると思われるからである。

第四節において、明治期の学説の展開をみて、共同不法行為理論と法典調査会の審議結果の学説への影響と学説の内容を確認する。

(1) 平井・共同不法行為295頁。

第五節において、明治後期から大正15年の富喜丸事件までの理論的に重要と判断した判例の展開を検討する。この判例の過程は、客観的共同原因説の生成、確立過程でもある。

第六節において、大正期の学説の展開に、客観的共同原因説の理論構成を確認する。

第七節で、まとめをする。

第二節 起草者の共同不法行為理論

第1款 起草者意思に対する理解

1 起草者意思に対する二つの理解

1970年代から共同不法行為論に関して、判例は、客観的共同原因説、相当因果関係説を堅持する一方、学説は、多様な現代的共同不法行為理論を展開している。多様な学説の展開の消極的な原因として、出発点となるべき起草者の共同不法行為理論に関する評価も一因となっている。なお、本稿で起草者とは、法典調査会の審議で示された内容を象徴する概念とする（起草委員は穂積陳重、梅謙次郎、富井政章であり、727条の説明起草委員は穂積陳重である）。起草者の内容（意思）がそのまま立法されたので、共同不法行為に限定していえば立法者の内容（意思）でもある。起草者（立法者）意思は解釈論において、立場によって違いはあるが、一般的には重要である。起草者意思が明確でなければ、起草者に拘束される度合いが弱くなり、幅のある解釈論が展開できるからである⁽²⁾。つまり、起草者意思が不明確であると、より自由な解釈論が展開されることになる。

起草者の共同不法行為論に関して、二つの評価がある。第1は、共同行為論において主観的関連共同説か客観的共同原因説かの論点に関して⁽³⁾、起草者は、いずれを選択したかという問題である。第2は、第1の問題と関連するが、起草者の共同不法行為の存在理由が明確かという問題である⁽⁴⁾。

2 起草者の共同行為論（主観的関連共同説か客観的共同原因説か）

（1）学説における起草者意思の理解

第1の論点に関して、法典調査会の審議過程を得て、民法典制定後、学説は、主観的関連共同説が有力であるが、起草者は、主観的関連共同説を採用しなかったという評価が一般的である。学説

(2) 前田・帰責論260頁は、起草者は、「行為者間の主観的要素が不要と考えていたとは断言し難い」とし、自らの見解である「(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」(同292頁)と反しないこと示唆している。

(3) 鳩山・各論934頁。

(4) 共同不法行為の存在理由に関して、横田秀雄『債権各論』(清水書店、初版明治45年、訂正14版昭和2年)883~884頁。加藤・不法行為62頁以下は、故意過失の項目で自己責任・個人責任の原則を扱い、714条、715条には言及するが、719条には言及していない。我妻・不法行為194頁は、「結果の発生の原因として競合した他人も同様に一原因力の大小等を問題とせずに一全部的責任を負い、連帯責任に立つことが共同不法行為の特色」とする。しかし、平井・共同不法行為313頁は、「何ゆえに『原因力の大小等を問題とせず』に連帯して責任を負うのかは明らかにされていない。」とする。

では、明治39年発行の巖谷孫三他講述『民法講義下巻』(国民法制学会)が、次のように纏めている。

「法文ニ拠レハ数人カ共同ノ不法行為ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキト云フヲ以テ平易ニ解釈スルトキハ①数人間ニ連合ノ実アリテ互ニ他人カ行ハントスル行為ノ何タルカヲ知り且自ラ之ヲ行フノ意思存シ加之各自カ實際不法行為ヲ為スコトヲ要スヘキモノナルモ②民法理由書並ニ民法ノ起草ニ与カリタル人ノ著書ニ付テ之ヲ観ルニ皆数人連合ノ意思ナキモ同一ノ加(ママ) 害者ニ対シテ偶然同時ニ不法行為ヲ為スモ本条ノ適用アリト云ヘリ例ヘハ数人カ同時ニ他人ノ家屋ニ向ヒ石ヲ投シタルトキハ其数人ハ予メ共謀シテ為シタルニ非サルモ猶ホ本条ニ依リテ連帯シテ損害賠償ノ責アリト説ケリ③蓋シ共同ノ文字ノ解釈トシテハ少々妥当ヲ欠クト雖モ今姑ラク此説ニ従フ⁽⁵⁾」(①②③、筆者)。

①は主観的関連共同説⁽⁶⁾、②は「数人連合ノ意思ナキモ同一ノ加(ママ) 害者ニ対シテ偶然同時ニ偶然同時ニ不法行為ヲ為ス」としており客観的共同原因説そのものであり、②起草者の解釈であるとしている。それ故、③のように「共同ノ文字ノ解釈トシテハ少々妥当ヲ欠クト雖モ」、②客観的共同原因説に従うというのである。

大正時代の、鳩山説も、「立法理由」が客観的共同原因説をとっていることを自己の理論の一根拠としている。「民法ハ、単ニ共同不法行為ト言フニ止マリ其共同ノ意義ニ付テハ何等ノ規定ヲ設ケザルガ故ニ其意義ハ共同不法行為ヲ認メタル立法理由及ビ實際ノ結果ニ付テ之ヲ決定スベク而シテ之等ノ点ヨリ考フレバ如何ナル意義ニ於テモ主観的共同ヲ必要トスル理由ナク苟モ数人皆当該損害ノ原因タル権利侵害ヲ為シタルトキハ共同不法行為成立スルモノト解スルヲ正当トス⁽⁷⁾」。この「苟モ数人皆当該損害ノ原因タル権利侵害ヲ為シタルトキハ共同不法行為成立スルモノ」とは客観的共同原因説そのものである。その後の学説も主観的関連共同説をとっていないという理解は同様であるが、客観的共同原因説として理解しているのではなく、客観的関連共同説と読み替えて理解していることに注意すべきである⁽⁸⁾。

他方、1970年代以降の学説は、起草者意思は明確ではないとする見解が有力である⁽⁹⁾。

(5) 法学博士巖谷孫三他講述『民法講義下巻』(国民法制学会、明治39年発行) 647頁。

(6) 岡松参太郎『民法理由書債権編』(有斐閣、明治30年発行、明治32年版) 493頁参照。

(7) 鳩山・各論934~935頁。

(8) 客観的関連共同説と意識的読み替えるのは後述するように我妻説、加藤説以降である。我妻・不法行為194頁は立法理由に言及しないが、客観的関連共同説を近時通説として支持する。加藤・不法行為208頁は、「この関連共同には、行為者の共謀はもとより、共同の認識も必要なく、その行為が客観的に関連共同していれば、よいというのが、判例・通説である。沿革的にも、ポアソナード民法では共謀が要求されていたのが(旧民財産編378条)、削られて共謀の有無を問わず、客観的に一個の不法行為があればよいことになったし、被害者の救済を厚くするというのが本条の立法趣旨であるから、不法行為者の主観的関連共同の有無を問わずに、客観的関連共同があれば足りると解すべきである」。注釈民法(19)(有斐閣、昭和40年)徳本鎮326頁。

(9) 四宮・不法行為761頁以下は、共同不法行為が混迷を深くした理由の一つに「起草者の説明や法典調査会の討論が、本件の要件について必ずしも明確な像をわれわれに提供してくれないこと」を挙げる。

前田説は「まず、『共謀』を必要としないということは明らかである。⁽¹⁰⁾」としながら、「少なくとも、本条1項前段の『共同ノ不法行為』については、行為者間の主観的要素が不要と考えていたとは断言し難い。⁽¹¹⁾」とし、「立法者の意図としては、本条1項前段の『共同ノ』は主観的要素を不要とするものではなく、後段の『共同行為者』は前段のそれとは同じものとは考えていなかったという推測⁽¹²⁾」をしている。

森島説も「『共同ノ不法行為』や『共同行為』の意味、内容は十分明らかにされないで終わっている。⁽¹³⁾」とする。

能見説も、「基本的性格の把握が不明確であることの他に、『共同』の意味も明らかであるとは言えない⁽¹⁴⁾」。この「共同」が「共謀」の意味でないことは認める。「しかしながら、共謀は不要であるとしても、何らかの意味で主観的な結合がある場合のことを主として考えていたようである⁽¹⁵⁾」という理解している。

神田説は、前田説、能見説の理解に対して、「しかし、公平に考えて、この点はいずれも不明というべきである⁽¹⁶⁾」とし、「要件をめぐっては、共謀は必要ではないということ、反面、客観的共同があれば足りるとは断言してはいないということの二点にとどまるという過言ではない⁽¹⁷⁾」とする。

(2) 判例における起草者意思の理解

判例は、【4】大判大正2年4月26日において、共同不法行為の共同行為論に関して主観的関連共同説ではなく客観的共同原因説を採用することを判示する。「民法第719条第1項前段ハ共同行為者ノ各自カ損害ノ原因タル不法行為ニ加ハルコト換言スレハ客観的ニ共同ノ不法行為ニ因リ其損害ヲ生シタルコトヲ要スルニ止マリ共謀其他主観的共同ノ原因ニ由リ其損害ヲ生シタルコトヲ要スルコトナシ。そして、その根拠を、共同不法行為の立法趣旨におくのである。「蓋シ此場合ニハ損害ハ一ニシテ之カ賠償ノ責ニ任スヘキ者ハ数人アリ如何ナル範囲ニ於テ其賠償ヲ為スヘキモノナリヤヲ

(10) 前田・婦責論259頁。そして、自らの見解である、主観的要件を「(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」(同292頁)と反しないこと示唆している

(11) 前田・婦責論260頁。

(12) 前田・婦責論283～284頁。

(13) 森島昭夫『不法行為法講義』(有斐閣、昭和62年)90頁。四宮・不法行為761頁以下は、森島の論文を参照して、共同不法行為が混迷を深くした理由の一つとして「起草者の説明や法典調査会の討論が、本件の要件について必ずしも明確な像をわれわれに提供してくれないこと」(①参照)、「制定に際して想定された事例はきわめて単純なもの(例…)であるのに、経済の高度成長に伴って出現した新しい紛争類型(例…)は多様であって、それぞれが、本条の要件について、具体的内容を必ずしも同じくはしない判断基準を要求する可能性があること。」に求めている。

(14) 能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察(二)」(法協94巻8号、昭和52年)1230頁。

(15) 能見・前出注(14)1230頁。

(16) 神田孝夫「共同不法行為」(星野英一編集代表『民法講座6』有斐閣、昭和60年)572～573頁。

(17) 神田・前出注(16)573頁。

明ニスル必要アリ其責任ノ連帯ナルコトヲ定ムル為メ規定ヲ設ケタルモノニシテ意思ノ共通ヲ要スルコトヲ定ムル為メ規定ヲ設ケタルモノニアラサルナリ」。このことは、判例が、起草者（立法者）は客観的共同原因説をとっているという理解と、共同不法行為の存在理由が「損害ハ一ニシテ」を根拠に客観的共同原因説をとっていることを明示するものである。

戦後も、最判昭和32年3月26日（民集11巻3号543頁）において維持する。「民法719条1項前段の共同の不法行為が成立するためには、不法行為者間に意思の共通（共謀）もしくは「共同の認識」を要せず、単に客観的に権利侵害が共同になされるを以て足りると解すべきであるから、原審が特に所論のような「意思連絡」の有無を確定しなかつたからといて、なんら違法はない」。

3 起草者の共同不法行為の存在理由の明確性

(1) 判例における起草者意思の理解

判例は、【4】大判大正2年4月26日において、前述のように主観的関連共同説を拒絶し客観的共同原因説をとる根拠を、共同不法行為の立法趣旨におき、「此場合ニハ損害ハ一ニシテ之カ賠償ノ責ニ任スヘキ者ハ数人アリ如何ナル範囲ニ於テ其賠償ヲ為スヘキモノナリヤヲ明ニスル必要アリ其責任ノ連帯ナルコトヲ定ムル為メ規定ヲ設ケタルモノ」と判示する。したがって、起草者は、共同不法行為の存在理由を客観的共同原因説に求めている考えることができる。共同不法行為の連帯責任の根拠を「損害（結果）の一個性」に置いているからである。判例が、以後、繰り返し、主観的関連共同説を拒絶し、客観的共同原因説を判示することは、起草（立法者）の、立法的政策判断を尊重することを含意しているのである。

そして、戦後において、交通事故と医療過誤の【22】順次競合事件（最判平成13年3月13日民集55巻2号328頁）は、立法者（起草者）の719条の存在理由が明確であることを前提に、以下の判断をしている。まず、共同不法行為の連帯責任の質を問う、加害者の「各不法行為者の結果発生に対する寄与の割合」（寄与度）による損害額の限定が認められるべきかの論点に関して、「民法719条の明文に反し、これにより被害者保護を図る同条の趣旨を没却することとなり、損害の負担について公平の理念に反することとなるから」「各不法行為者において責任を負うべき損害額を限定することは許されない」と判示し、連帯責任の全額賠償の根拠に「被害者保護を図る同条（719条）の趣旨」におくという、719条の存在理由の明確さを前提にしている。

さらに、同事件は、共同不法行為の連帯責任の根拠を「一個の結果」として客観的共同原因説をより明確にしているのである。「本件交通事故と本件医療事故とのいずれもが、優作の死亡という不可分の一個の結果を招来し、この結果について相当因果関係を有する関係にある。したがって、本件交通事故における運転行為と本件医療事故における医療行為とは民法719条所定の共同不法行為に当たるから、各不法行為者は被害者の被った損害の全額について連帯して責任を負うべきものである」。

このように、判例は、起草者（立法者）が共同不法行為の存在理由を立法的政策判断により客観的共同原因説においているということ、つまり、起草者の共同不法行為の存在理由の明確さを根拠に、論点に対する判断根拠としていることが確認できる。

（2）学説における起草者意思の理解

まず、戦前の学説が起草者（立法者）の共同不法行為の存在理由をどう理解していたか。立法者の共同不法行為理論は「一つの損害」を根拠に客観的共同原因説を展開している。したがって、自己の理論構成を「一つの損害」を根拠に展開しているということは、共同不法行為の存在理由が明確であることを前提としている。それ故に、立法者に従うことで、学説の立法者の理解を確認することができるのである。

梅謙次郎は民法起草者の一人で、起草案の審議段階では主観的関連共同説の主張者であったが、その後は、審議の結果を踏まえて客観的共同原因説をとっている。つまり、共同不法行為の存在理由を「一個の結果（損害）」のために各自が連帯責任を負うということに求めるのである。梅説は共同不法行為（719条①前段）を「例ヘバ数人共謀シテ他人ノ家屋ヲ毀トタルトキハ其各自ハ被害者ノ請求ニ応シ家屋ノ代価及ヒ他ノ損害ノ全部ヲ賠償スヘク其他総テ連帯債務者ノ負フベキ責任ヲ負フモノトス⁽¹⁸⁾」。何故各自は損害全部の責任を負うかに関して、「各加害者ノ行為皆損害ノ原因ナルカ故ニ⁽¹⁹⁾」とする。この理由付けは、主観的関連共同説ではなく、起草者の客観的共同原因説そのものである。そして、その全部の損害を各自の連帯責任の根拠を「法律ハ特ニ被害者ノ便ヲ図リ加害者間ニ連帯ノ責任アルモノトシタルナリ⁽²⁰⁾」とするのである。したがって、前段の共同不法行為は「数人カ共同ノ不法行為ニ因リテ一ノ損害ヲ加ヘタル場合⁽²¹⁾」となるのである。この「一ノ損害」を加える必要があるので、共謀者でも、非実行行為者は共同不法行為者として責任を負わない。この梅説の理論展開は共同不法行為の存在理由がいかに明確であったかを示すものである。

さらに、「一つの損害」を根拠に、客観的共同原因説を展開した鳩山説は、正面から、その根拠を立法理由に置いているのである。鳩山説は、冒頭の節で、共同不法行為の理論構成において立法理由を尊重することを宣言する。「共同不法行為ノ要件ヲ定ムルニ付テハ此立法理由ニ注意スルヲ要ス⁽²²⁾」。それでは、この立法理由とは何か。それに基づく共同不法行為とは何か。その立法理由は、「民法ハ惹起セラレタル損害ニ対シテ原因者ヲ求メ之ヲシテ損害填補ノ責ニ任ゼシムルヲ目的トスルモノナルガ故ニ同一ノ損害ニ対シテ違法ニ原因与ヘタル者数人アルトキハ之等数人ノ共同責

(18) 梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権編』有斐閣大正元年復刻版、昭和59年、以下、梅・債権編と略記する。) 906～907頁。

(19) 梅・債権編907頁。

(20) 梅・債権編907頁。

(21) 梅・債権編907頁。

(22) 鳩山・各論934頁。

任ト為スヲ正当トス⁽²³⁾」。立法者は共同責任の根拠を、「同一ノ損害」に置くが、「共同」なのに何故、結果の「同一ノ損害」が、その根拠となるか。「共同ノ文字ノ解釈トシテハ少々妥当ヲ欠クト雖モ⁽²⁴⁾」立法理由ということで消極的に従うのではなく、鳩山説は、積極的に、その根拠を、「民法ハ惹起セラレタル損害ニ対シテ原因者ヲ求メ之ヲシテ損害填補ノ責ニ任ゼシムルヲ目的トスルモノナルガ故ニ」とするのである。この観点から、「共同不法行為トハ数人が同一ノ損害ニ対シテ原因ヲ与ヘタル不法行為ヲ謂フ」と明確に定義され、共同行為は「数人が同一ノ損害ニ対シテ原因ヲ与ヘタル」行為となるのである。鳩山説は、立法者の共同不法行為の存在理由が明確であることとの理解の下で、「共同不法行為ノ要件ヲ定ムルニ付テハ此立法理由ニ注意スルヲ要ス」となるのである。

このように、梅説及び鳩山説は客観的共同原因説で共同不法行為の存在理由を明確に捉えているが、戦後の加藤説は客観的関連共同説として捉え、その根拠を立法趣旨に求めている。「沿革的にも、ボアソナード民法では共謀が要求されていたのが（旧民財産編378条）、削られて共謀の有無を問わず、客観的に一個の不法行為があればよいことになったし、被害者の救済を厚くするというのが本条の立法趣旨であるから、不法行為者の主観的関連共同の有無を問わずに、客観的関連共同があれば足りると解すべきである⁽²⁵⁾」。

ところが、1970年代以降の学説は、共同不法行為（719条）の存在理由が明確でないとする理解が一般的である。

平井説は、719条の存在理由に関し、「719条の起草過程をみても必ずしも明らかとはならない。719条の審議にはかなり多くの時間が費やされているが、旧民法との関連のほか、主に第2項の可否に関して論議が集中されているにとどまっている⁽²⁶⁾」と理解している。

能見説は、「連帯債務の前提として、各人が全損害について賠償すべき責任を負っていることが必要であるが、要件としての因果関係や効果としての賠償範囲の問題として、立法者がどのように考えていたかは明らかでない⁽²⁷⁾」と理解している。

四宮説は、「起草者の説明や法典調査会の討論が、本件の要件について必ずしも明確な像をわれわれに提供してくれないこと⁽²⁸⁾」として、共同不法行為が混迷を深くした理由の一つとする。

(23) 鳩山・各論933～934頁。

(24) 巖谷・前出注(5) 647頁。

(25) 加藤・不法行為208頁。

(26) 平井・共同不法行為313頁は、我妻説に対して「何ゆえに『原因力の大小等を問題とせずに』連帯して責任を負うのかは明らかにされていない。」とする。本稿は、起草過程の審議は、727条の存在理由を2項に「共謀」を入れるか否かの議論を通じて、明確にしていく過程であったということを示すことでもある。それを前提に、我妻説は、719条の特色を規定したと思われる。

(27) 能見・前出注(14) 1229頁。

(28) 四宮・不法行為761頁以下。森島の論文を参照して、その評価を述べている。

こうして、起草者や法典調査会の討論が719条の要件や存在理由を明確にしているかいないかの理解に関して、判例及び戦前の学説と1970年代からの学説との違いは、あまりにも対照的である。以下、その理解を検証することにしよう。

第2款 起草案(本案)の内容と検証

1 起草案(本案)の内容

(1) 旧民法財産編378条の内容

旧民法財産編378条は次のとおり規定していた。

「本節ニ定メタル総テノ場合ニ於イテ数人カ同一ノ所為ニ付キ責ニ任シ各自ノ過失又ハ懈怠ノ部分ヲ知ル能ハサルトキハ各自全部ニ付キ義務ヲ負担ス但共謀ノ場合ニ於テハ其義務ハ連帯ナリ」。

この規定は、次の三つの特徴があると言われている⁽²⁹⁾。

第1は、本規定は、共同不法行為の場合だけでなく、複数不法行為者の責任に関する一般的な規定である。

第2は、当時、フランス民法典1202条により、法律に規定があるか契約に基づく場合以外には連帯債務は認められなかったため、不法行為によって数人が同一の損害について責任を負う場合に各自の債務は連帯債務ではないとするのが原則となるが、責任を分割することは適当でないとして、例外として政策判断により分割責任を排除する法律構成として、過失又は懈怠の部分を知ることができない場合には各自に全部義務を負担する本規定を採用したとする。

第3は、加害者間に共謀などの主観的結合が認められない場合には、各人の同一の損害に対する責任は連帯債務ではなく全部義務しか生じないが、各加害者間に共謀があれば、相互代理関係が認められ、連帯債務が生じるとして、連帯債務と全部義務を法典上区別したことである。

(2) 起草案(本案)第727条の内容

しかし、起草者は、旧民法とは全く異なる共同不法行為を次のように提案した。

第727条

(a) 「数人カ共同ノ不法行為ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ各自連帯ニテ其ノ賠償ノ責ニ任ス」(現民法719条①前段、以下、I型と称する)。

(b) 「共同行為者中ノ孰レカ其損害ヲ加ヘタルカヲ知コト能ハサルトキ亦同シ」(同後段、以下、II型と称する)。

(c) 「教唆者及幫助者ハ之ヲ共同行為者ト看做ス」(同条②)(719条②、以下、III型と称する)。

本案は、現民法719条と同じである。そして、I型は狭義の共同不法行為(本稿では共同不法行

(29) 能見・前出注(14)1227~1228頁参照。

為と称している)、Ⅱ型は加害者不明の共同不法行為(本稿では加害者不明型と称している)、Ⅲ型は教唆・幫助の共同不法行為(本稿では教唆・幫助型と称している)と類型化されている。

(3) 起草者の共同不法行為三類型の区別の基準

まず、第1に、加害行為を基準に、この三類型の共同不法行為を区別する。加害行為は権利侵害に向けられた行為であり、権利侵害の結果発生行為である実行行為と区別する。加害行為が未遂の場合、加害者が特定できない場合は、実行行為はない。例えば、石を投げて怪我をさせる場合を考えると、石を投げる行為が加害行為で、石を投げて怪我させる行為が実行行為である。数人で石を投げたが外れた場合、あるいは誰が投げた石が怪我をさせたか特定できない場合、石を投げる行為は加害行為である。ただ、海に石を投げる行為は加害行為ではない。数人が石を投げる行為の各自の行為が加害行為で、怪我をさせた加害行為は実行行為である。つまり、各自の加害行為による権利侵害行為は実行行為である。実行行為は加害行為と結果との因果関係ある行為である。穂積重遠は法典調査会で共同不法行為を、「数人が或る行為ヲ為シマシテ而シテ其行為ノ目的ト致シマス所又其結果ハ一ツノ権利侵害デアリマ」すと定義している。この定義は、共同行為を、①各自の「行為ノ目的ト致シマス所ハ一ツノ権利侵害デアリマ」すと、②各自の「行為ノ結果ハ一ツノ権利侵害デアリマ」すと、二つに区別できる。共同行為の①の各自の行為が加害行為、②の行為が実行行為ということになる。つまり、共同行為は、各自の加害行為又は実行行為での複合行為である。そして、Ⅱ型の共同行為が各自の加害行為、Ⅰ型の共同行為が各自の実行行為と区別されているのである。Ⅰ型の共同行為、Ⅱ型の共同行為も、加害行為で共通しており、既遂の場合は実行行為としてⅠ型の共同行為となり、加害行為が未遂もしくは不特定の場合には加害行為としてⅡ型の共同行為となるのである。法典調査会の審議過程で「手ヲ下シタ」は実行行為である。つまり、Ⅰ型(共同不法行為)とⅡ型(加害者不明型)は加害行為があり、Ⅰ型は既遂、Ⅱ型は未遂もしくは不特定の場合であり、Ⅲ型(教唆・幫助型)は加害行為の無い場合である。そして、各自の実行行為、各自の加害行為が共同不法行為となるのは、「一ツノ権利侵害デア」るからである。共同不法行為の本質は、「横の関係」である行為者間の関連共同性にあるのではなく、「縦の関係」の「一ツノ権利侵害デア」る。共同不法行為が連帯責任を負うのは「一個の結果(権利侵害)」であるからである。

第2に、因果関係を基準に共同不法行為の三類型を区別する。Ⅰ型の実行行為は権利侵害に該当する行為であり、数人の「行為ノ結果ハ一ツノ権利侵害デア」る。Ⅱ型の加害行為は損害の原因である権利侵害に対する行為であり、数人の「行為ノ目的ト致シマス所ハ一ツノ権利侵害デア」る。実行行為は、因果関係の観点からは、寄与と寄与度⁽³⁰⁾に区別され、実行行為は権利侵害該当行為、

(30) 寄与度の概念に関しては、①事実的因果関係としての寄与度、②因子の責任負担割合としての因果関係、③観念的な寄与度(責任正当化としての寄与度)、に区別できる。本稿第一章注(2)参照。本稿の寄与度概念は③観念的な寄与度、責任正当化機能としての寄与度である。

「結果ハーツノ権利侵害デア」るあるから結果に「寄与」しているので、因果関係は当然含まれている。ところが、数人の実行行為即ち寄与であるので、各自の実行行為の寄与度が問題となる。そして、各自の実行行為の寄与度の因果関係の証明が問題となり、被害者保護の立法的政策判断により、その寄与度の証明を不要とする。他方、Ⅱ型の加害行為は、その加害「行為ノ目的ト致シマス所ハーツノ権利侵害デア」るから、加害行為と一個の結果（権利侵害）との寄与の因果関係が問題となる。ここでは寄与自体ないので寄与度は問題にならない。その加害「行為ノ目的ト致シマス所ハーツノ権利侵害デア」、加害行為が未遂の場合もしくは加害行為が不特定の場合で、証明責任により、因果関係は認められない。そこで、加害行為の寄与即ち因果関係を見做す被害者保護の立法的政策判断をするのである。つまり、Ⅰ型は実行行為の寄与度の証明を不要とし、Ⅱ型は加害行為の寄与の因果関係の証明を不要とするのである。事実的因果関係説の観点から共同不法行為の三類型を区別すると、次のようになる。事実的因果関係説は、因果関係を事実の平面において条件関係で判断する理論で、原因と結果が特定される特定主義と原因と結果の関係性が確実性である確実性主義を要素としている。

Ⅰ型（共同不法行為）は、各自の実行行為（加害行為の権利侵害該当行為・既遂）の場合であるので、各自の寄与の因果関係は認められるが、実行行為の寄与度が不明の場合であるところ、被害者保護の立法的政策判断により、寄与度の証明を不要としたのである。各自の実行行為を前提に各自の連帯責任の立法的政策判断をしたからである。このことを、事実的因果関係説からみると、結果の側面における特定主義を否定することを意味する⁽³¹⁾。各自の行為からみると、各自が実行行為の寄与度の証明責任を負わない。実体的には、「実行行為の寄与度不明の共同不法行為」である。

Ⅱ型（加害者不明型）は、各自の加害行為はあるが、加害行為が未遂ないし加害者が特定できない場合である。未遂の場合は、結果が存在しないことを意味するから、因果関係は存在しないことになる。この加害行為は権利侵害の危険性ある行為ということになる。また、加害者が特定できない場合には、原因の特定の証明ができないので、証明責任により、因果関係は存在しないことになる。この場合の加害行為も権利侵害の危険性ある行為である。Ⅱ型の加害行為は因果関係がないので、被害者保護の立法的政策判断により加害行為（未遂もしくは不特定の場合）に因果関係を看做すことにした。実体的には、Ⅱ型は「加害行為の寄与不明（加害者不明）の共同不法行為」になる。

Ⅲ型（教唆・幫助型）は、加害行為がない場合で、Ⅰ型とⅡ型の共同行為とは性質が異なるので、立法的政策判断により、「共同行為者ト看做ス」として、連帯責任を課ことにするのである。したがって、Ⅲ型は創設規定ということになる。「加害行為不存在の共同不法行為」である。

(31) この共同不法行為における事実的因果関係説（条件説）の否定を、鳩山説（鳩山・各論936頁）は、相当因果関係説で説明する。つまり、共同不法行為の因果関係については、起草者は内容的に相当因果関係説をとっているという意味である。

要するに、Ⅰ型（共同不法行為）は、「実行行為の寄与度不明の共同不法行為」、Ⅱ型は（加害者不明型）は「加害行為の寄与不明（加害者不明）の共同不法行為」、Ⅲ型（教唆・幫助型）は、「加害行為不存在の共同不法行為」となる。

2 広義の共同不法行為の起草案（本案）の検証

以上の広義の共同不法行為のそれぞれの内容を、法典調査会における起草委員の穂積陳重の本案（727条）の趣旨説明及び審議過程の議論において検証することにしよう。

（1）Ⅰ型（共同不法行為：「数人カ共同ノ不法行為ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタ」

Ⅰ型（共同不法行為）の特徴は、共同行為を、各自の行為の権利侵害に対する寄与と解釈し、各自の加害行為の寄与（実行行為）の証明責任はあるが、寄与度の証明責任がないとする「実行行為の寄与度不明の共同不法行為」である。この共同行為の捉え方は、共同行為を、共謀その他の主観的関連共同と解する主観的関連共同説ではなく、権利侵害に対する客観的な共同原因と解する客観的共同原因説の考え方である。

（ア）共同行為の意義

共同行為の意義に関して、主観的関連共同説は、共謀と解釈するのであるが、起草者の穂積陳重は、共同行為を共謀と解釈する考えではなく（数人の行為が一つの権利侵害を生ずるのであるから通常は共謀があるであろうことは認識しているため、説明が明確ではないが）、共同行為の定義のレベルでは、「数人ノ行為ヨリシテ権利侵害ノ事実が生ジタ」こととして、行為者間の関連共同性ではなく、結果との関係で数人の行為により権利侵害の事実が生じたことを強調している。つまり、本条の性質を説明する冒頭で、旧民法の財産編378条と比較して、「此共同不法行為、数人ノ行為ヨリシテ権利侵害ノ事実が生ジタ斯ウ云フ場合⁽³²⁾」として、共同不法行為を定義するのである。そして、共同不法行為を、何故、連帯責任とするかの根拠に関して、「一ツノ行為ニ付キマシテ各々働キマシタル部分ト云フモノハ違イマスルケレドモ皆ノ行為ガ重ナツテ権利侵害ノ事実が生ジタモノデアリマスカラ⁽³³⁾」と述べ、「皆ノ行為ガ重ナツテ権利侵害ノ事実が生ジタ」ことを、連帯責任の根拠としている。したがって、共同行為の本質要素は、「皆ノ行為ガ重ナツテ権利侵害ノ事実が生ジタ」ことなのである。共同不法行為の連帯責任の根拠は権利侵害の共同原因となっていることにする。ここには、行為者間の関連共同性の視点はない。質疑に入り、最初の質問者である、横田國臣の「共同」の意義に関する質問に答えて、穂積陳重は「共同ノ不法行為ト申シマスコトハ数人が或ル行為ヲ為シマシテ而シテ其行為ノ目的ト致シマス所又其結果ハ一ツノ権利侵害デアリマシテ⁽³⁴⁾」

(32) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録五』（商事法務研究会、昭和59年、以下、『民法議事速記録五』と略記する。）393頁。

(33) 『民法議事速記録五』・393頁。

(34) 『民法議事速記録五』・396頁。

と定義するのである。共同不法行為の本質を「其行為ノ目的ト致シマス所又其結果ハーツノ権利侵害」とするのである。そして、この定義が共同行為の定義となる。つまり、共同行為とは、各自の「行為ノ目的ト致シマス所又其結果ハーツノ権利侵害」となる。そして、Ⅰ型の共同行為としての実行行為は、各自の「行為ノ結果ハーツノ権利侵害」、Ⅱ型の共同行為としての加害行為は、各自の「行為ノ目的ト致シマス所ハーツノ権利侵害」となるのである。権利侵害の側面から定義すると、共同行為とは各自の行為の結果が一つの権利侵害又は権利侵害の危険性となる。

ところで、主観的関連共同説は、共同不法行為の連帯責任の根拠を、自己責任を前提に、意思の共同を示す共謀に置くので、共同行為の本質要素は共謀ということになる。主観的関連共同説の理論的支持者である横田國臣が、①Ⅰ型(共同不法行為)と②Ⅱ型(加害者不明型)の「共同」の意義に関する質問に対する穂積陳重の答えを受けて、「共同ト云フノヲ二項ノ共同ハ一項ノ共同トハ違ウ一項ノ共同ハ合意ガアツテ二項ノ共同ハ合意ガナイト云フ御説デアリマスガドウモ文字上デハ判然シ兼ネヤウト思ヒマス(ここで一項はⅠ型(共同不法行為)、二項はⅡ型(加害者不明型)である、筆者)」と総括する。ここで合意があるということは共謀を意味している。つまり、横田國臣は、穂積陳重が、①の共同を共謀と解釈していると判断しているのである。

この解釈に関して、穂積陳重は、これまで述べた、「一ツノ権利侵害」を本質要素とした、共同行為の定義を確認し、そして、共同行為を共謀と解釈することを明確に否定するのである。

「①共同ハ一項ハ合意ガアル二項ハ合意ガナイト云フコトデ使フタノデハナイ一番初メニ説明シマシタ如ク②共同ノ不法行為ト言ヘバ兎ニ角大勢ガ或ル事ヲ為シタ併シ其結果ト云フモノハ即チ七百十九条ニ当タル皆ガ故意カ又ハ過失ガアル或ル場合ニ於テハ共謀モアリマセウ又或場合ニ於テハ過失モアリマセウ即チ③大勢ガ同時ニ起ツタ併シ其権利侵害ノ行為ト云フモノハ皆一緒ニ集マツテ出来ター人々々ノ行為ハアル一人々々ノ意思ハアル権利侵害ハーツ事柄ニナルソレデ共同不法行為ト云フ其行為ノ結果ガ他人ノ権利侵害ト云フコトニ至ツタソコデ④第一項ノ場合ハオマヘハ留守ヲシテ居レ私ガ往ツテ打ツト云フヤウナ場合モ勿論這入ル⑤第一項ハ共謀ノ場合ハト云フ意味デハナカッタノデアリマス⁽³⁵⁾(①②③④⑤、筆者)」。

確かに、④は共謀と解することもできるが、①②③⑤の全体としては、穂積陳重の共同行為の意義に関して、共謀ではなく、「権利侵害ハーツ事柄ニナルソレデ共同不法行為ト云フ」として、主観的関連共同説ではなく客観的共同原因説をとっているのである。すなわち「③大勢ガ同時ニ起ツタ併シ其権利侵害ノ行為ト云フモノハ皆一緒ニ集マツテ出来ター人々々ノ行為ハアル一人々々ノ意思ハアル権利侵害ハーツ事柄ニナルソレデ共同不法行為ト云フ其行為ノ結果ガ他人ノ権利侵害ト云フコトニ至ツタ」とし、それぞれの不法行為は成立しても「権利侵害ハーツ事柄ニナルソレデ共同

(35) 『民法議事速記録五』・397頁。

不法行為ト云フ」のである。

(イ) 寄与度の証明責任を負わないことと連帯責任

次に、I型(共同不法行為)は、各自は実行行為の寄与度の証明責任を負わない「寄与度不明の共同不法行為」である、という「寄与度不明」に関して検証することにしよう。近代民法は個人責任を原則としている。数人が他人の権利を侵害した場合には、自己の実行行為の範囲で責任を負う。したがって、債権者(損害賠償請求権者)となる被害者は、権利侵害事実の当該部分の証明責任を負い、加害者は、その因果関係のある部分(寄与度)についてのみ責任を負い、他者の加害行為と因果関係のある寄与度については責任を負わない。

ところで、因果関係を「あればこれなし」の条件関係で判断する事実的因果関係説は、前述のように、原因と結果が「あれ」「これ」と特定されるという特定主義と、原因・結果の関係性に関して、あれ「なければ」これ「なし」の確実性を求める確実主義を要素としているが、特定主義は、原因と結果の両側面で現れる。A B複数原因の場合には、原因の場面では、複数のいずれか(A)が原因として特定された場合には、非特定(B)は原因とならず、逆に、複数原因A Bいずれでも結果が発生する場合には、Aがなくても結果が発生するので、A Bの複数原因は結果と因果関係が認められないことになる。複数原因は不法行為の側面では共同不法行為として表れており、そして共同不法行為(複数原因)を、連帯責任とするということは、A B複数原因を原因とすることの立法的政策判断をしているということになる⁽³⁶⁾。つまり、共同不法行為に連帯責任を認めることは、複数原因の事実的因果関係説の例外とする立法的政策判断をしていることになる。特定主義の、結果の場面での適用は、寄与度の証明責任を負い、その寄与度の範囲で責任を負うことを意味するが、寄与度の証明責任を負わず、共同不法行為の連帯責任ということで、自己の実行行為の寄与度以外の責任も負うということは、特定主義の例外をなす立法的判断をしたということの意味する。論点は、共同不法行為の因果関係論における事実的因果関係説について、起草者は、特定主義の例外の立法的政策判断をしたか、つまり寄与度の証明責任を負わしたか、否かが問題となる。被害者・原告からみると、共同行為者の各自の寄与度を証明しなくて、しかも、各自の寄与度の全体を証明しなくても、各自に損害賠償請求できるということの意味する。実行行為の寄与度は原則として被害者に証明責任があるが、穂積陳重の以下のような共同不法行為の趣旨説明のなかに、寄与度の証明責任を被害者が負わない立法的政策判断を確認することができる。

第1は、「元ヨリ数人ノ共同不法行為ニ就イテ損害ノ部分ヲ知ルトカ権利侵害ノ部分ヲ知ルトカ

(36) 鳩山・各論936頁は、このことを以下のように明確に捉えている。「各不法行為者ノ権利侵害ト損害トノ間ニ因果関係アルコトヲ要ス。之レ各不法行為者ノ行為ガ不法行為ノ要件ヲ具備当然の結果ナリ。然レドモ其因果関係ハ固ヨリ相当因果関係タルヲ以テ足ルガ故ニ単独ニテ其結果ヲ生ジタルコトヲ要セズ又他ノ原因ガ単独ニテ其結果ヲ生得ベカリシコトヲ妨ゲザルモノトス。」鳩山説は、共同不法行為における因果関係は相当因果関係説によると考えている。

云フコトが出来マスレバ特別不法行為デアリマシテモ別ニ箇条ハ要ラズシテ権利侵害ニ対シテ一人々々訴ヘルト云フコトモ出来マセウ既成法典ハ此場合ヲニツニ分ケテ居リマス各自ノ過失又ハ懈怠ノ部分ヲ知ル能ハラズ時ハ各自全部義務デアルフレカラ共謀ノ場合デアリマスレバ連帯義務デアル⁽³⁷⁾」という説明である。この説明は、数人の共同不法行為について損害の部分を知るとか権利侵害の部分を知ることができる場合には、別に条文は要らないが⁽³⁸⁾、そうでない場合に、既成法典(旧民法財産編378条)、は、①「各自ノ過失又ハ懈怠ノ部分ヲ知ル能ハラズ時ハ各自全部義務デアル」と②「共謀ノ場合デアリマスレバ連帯義務デアル」として、①は各自の寄与度(過失又ハ懈怠ノ部分)が証明できない場合に全部責任を負う(他人の寄与度も責任を負う場合もある)と解することができる、②は、共謀の場合の連帯義務とは他人の寄与度も責任を負うことを意味するので、既成法典は、全体として、被害者・原告は寄与度の証明責任を負わずに、しかも、共同行為者に全部義務、連帯責任を負わしていることになる。そして、本案は、この既成法典の共謀で連帯義務の考えは認めないが、次のように、共同行為者各自が連帯義務を負うことは承継するというのである。

「共謀ガアレバ不法行為ニ代理ガアルカ夫レハ分カリマセヌガ兎ニ角代理ヲ推定シテ連帯債務ト云フモノニシタノデハナイカト思ヒマス連帯ノ方ニ就イテハ其代理ノ推定ガアルカラト云フヤウナコトガ書イテアリマス本案デハ全部義務ト云モノハ別ニ設ケテアリマセヌガ且ツ代理ノ推定ニ依ルト云フ主義モ明ラカニ採用ハ致シテ居ラナイ又数項独立ノ義務ガ合フノデアルカラト云ヘバサウデハナイ⁽³⁹⁾」。

そして、共同行為者各自の寄与度を証明せず、しかも他者の寄与度も連帯責任を負う根拠を、次の趣旨説明で確認することができる。すなわち、

「①一ツノ行為ニ付キマシテ各々働キマシタル部分ト云フモノハ違ヒマスケレドモ皆ノ行為ガ重ナツテ権利侵害ト云フ事実が生ジタモノデアリマスカラシ夫レ故ニ②ドノ人デモ矢張り不法行為ヲ為シテサウシテ不法行為ニ就イテ損害ヲ生ゼシメタモノデアル其幾分ヲヤツタモノデアルト云フコトハ出来ヌノデアリマスカラ何レニ掛ツテ請求シテモ又ハ順次ニ請求シテモ宜シイト斯ウスルノガ一番便利デアロウト思ヒマス⁽⁴⁰⁾ (①②、筆者)」。

寄与度の証明責任は負わないが、寄与の証明責任は負うという点については、「①一ツノ行為ニ付キマシテ各々働キマシタル部分ト云フモノハ違ヒマスケレドモ皆ノ行為ガ重ナツテ権利侵害ト云フ事実が生ジタモノデアリマスカラ⁽⁴¹⁾」と、「②ドノ人デモ矢張り不法行為ヲ為シテサウシテ不法行為ニ就イテ損害ヲ生ゼシメタモノデアル其幾分ヲヤツタモノデアルト云フコトハ出来ヌノデアリ

(37) 『民法議事速記録五』・393頁。

(38) 『民法議事速記録五』・393頁。

(39) 『民法議事速記録五』・393頁。

(40) 『民法議事速記録五』・393頁。

(41) 『民法議事速記録五』・393頁。

マスクラ⁽⁴²⁾」との説明に確認することができる。

(ウ) 共謀は要件事実か

共同行為論に関して、共謀等の主観的関連共同とする主観的関連共同説と共謀を要素としない客観的共同原因説が対立する。この対立の本質は、共謀を要件事実とするか否かである。起草案(本案)で共謀を要件事実とする法的技術は、一つは、①共同行為の内容(解釈)を共謀その他の主観的関連共同とする主観的関連共同説をとることであり、他の一つは、③の教唆、幫助に共謀を附加することである。前者の共同行為論は、I型(共同不法行為)の共同行為を共謀等の主観的関連共同説とする解釈を前提に、II型(加害者不明型)の共同行為の修正案の形で議論となるが、後述するように、いずれの修正案も起立少数で否決されるので、本案の共同行為論は主観的関連共同説を明確に否定したと捉えることができる。この結論は、後述する、第三款の法典調査会における起草案の審議過程で明確にされる。結論を先取りして言えば、I型及びII型の共同行為を客観的共同原因説で捉え、III型に共謀を附加して主観的関連共同説を組み込む両説の妥協案としての土方寧の修正案が否決され、結果的に、主観的関連共同説は全面的に否定されてしまうのである。

要するに、起草者のI型(共同不法行為)は、共同行為を行為者間の共謀という「横の関係」で捉える主観的関連共同説でなく権利侵害との「縦の関係」で捉える客観共同原因説をとり、その権利侵害は寄与度の証明責任を負わない、実行行為の寄与度不明の共同不法行為ということになる。

(2) II型(加害者不明型):「共同行為者中ノ孰レカ其損害ヲ加ヘタルカヲ知コト能ハサルトキ亦同シ」

II型(加害者不明型)は、権利侵害に対する加害行為が未遂の場合若しくは加害者が特定できない場合で、因果関係の証明はできていないので、証明責任により因果関係は認められないが、立法的政策判断によって、因果関係を看做したものである。

(ア) 加害者不明の場合

Y1 Y2のXの権利侵害(身体傷害)に向けた共同行為としての加害行為はあるが、Y1の加害行為は既遂となり、Y2の加害行為は未遂の場合、Y2は連帯責任を負うか、若しくは、Xの身体傷害の被害は生じているが、いずれの加害行為によるか特定できない場合、両者は連帯責任を負う

(42) 能見・前出注(14) 1229~1230頁は、この説明を「これは、各人の個々の行為と損害との間に因果関係が存在しなくても、『一ツノ不法行為』に幾分でも関与していれば、その不法行為から生ずる損害については責任を負う、というように解せなくもない。」として、寄与の因果関係は必要であるが、事実的因果関係説の結果の特定主義(寄与度)は不要として理解しているように窺える。「しかし、他方で、起草者は、『共同不法行為ニ就イテ損害ノ部分ヲ知ル・・・トカイ云フコトガ出来レバ』被害者としては各人を訴えればよいから特別の規定の必要はない、と述べている。これはたとえ共同不法行為として民法719条の適用があったとしても、各自の損害惹起部分が明らかになれば、その範囲においてのみ、従って因果関係がある損害についてのみ責任を負う、という発言と解することも可能である。しかし、起草者の先の発言とは矛盾するようである。賠償範囲や成立要件としての因果関係については起草者の考えは明らかでない、といわざるをえない。」と否定的に理解している。

か、の問題に関して、立法的政策判断により、因果関係を看做して連帯責任を課すのである。

加害行為が未遂の場合に関して、穂積陳重は次のように説明している。「数人が共謀ヲ致シマシテ予メ共謀スルノモ其時ノ勢ヒデモ宜シウゴザイマスガ同一ノ事ヲ為シテ人ヲ殴ラウトカ云フ其所為ニ付テ或人ノ杖トカ或人ノ拳トカ云フモノガ被害者ノ頭ニ当ルソレガ為メニ被害者其他ニ損害ヲ加ヘルト云フコトニナル現ニソコヲ襲ヒマシタ者ハ分ツテ居ルガ誰ガ打ツタト云フコトハ分ラヌサウスト或ル者ハ既遂犯トナリ或ル者ハ未ダ其目的ヲ達サヌト云フコトニナル⁽⁴³⁾」。

加害行為が特定できない場合は、上記の説明にも入っているが、「大勢ガ寄ツテタカツテ人ヲ打ツ併シ誰ノ手が当ツタノカ誰ノ拳ガ当ツタノカ分ラヌト云フヤウナ場合⁽⁴⁴⁾」である。

(イ) 「因果関係の看做し」の立法的政策判断

I型(共同不法行為)はY1 Y2各自の実行行為はあるが寄与度不明、つまり寄与度の証明責任を追わない場合であるが、II型(加害者不明型)は、Y1 Y2各自の行為と被権利侵害事実との因果関係は証明できないが立法的政策判断により、因果関係を看做すものである。起草者の穂積陳重は、その理由をどのように説明しているであろうか。

加害者不明の場合、つまり加害行為未遂若しくは不特定の場合は、因果関係は証明できない場合であるから、因果関係の証明責任により因果関係は認められず、加害者保護となる。被害者保護のためには立法者の政策判断が必要となる。穂積陳重は、次のように、被害者保護の立法的政策判断を説明する。

「大勢ガ寄ツテタカツテ人ヲ打ツ併シ誰ノ手が当ツタノカ誰ノ拳ガ当ツタノカ分ラヌト云フヤウナ場合ニ於テ若シ其加害者ト云フモノヲ差示ス、直接ニ害ヲ加ヘタ者丈ケヲ差示スト云フコトヲ要スルトアンリマスレバ多クノ場合ニ於テ大勢ガ乱暴ヲ働イタトカ云フ場合ニハ実際其証明ガ六ケ敷クシテ害ヲ受ケタ者ハ夫レ丈ケノ損ヲシナケレバナラヌ其場合ニ於テハ法律ノ保護ハナイト云フコトニナリマスソレ故ニ公益上カラシテ斯ノ如ク規定スルノガ相当デアロウト考ヘマス⁽⁴⁵⁾」。

この説明に明示されている「若シ其加害者ト云フモノヲ差示ス、直接ニ害ヲ加ヘタ者丈ケヲ差示スト云フコトヲ要スルトアンリマスレバ多クノ場合ニ於テ大勢ガ乱暴ヲ働イタトカ云フ場合ニハ実際其証明ガ六ケ敷クシテ」、その場合、因果関係の証明責任を被害者に負担させると、「害ヲ受ケタ者ハ夫レ丈ケノ損ヲシナケレバナラヌ」、つまり「其場合ニ於テハ法律ノ保護ハナイト云フコトニナリマス」。そこで、被害者保護のためには、立法的政策判断によって、つまり「公益上カラシテ」、I型(共同不法行為)と同様に各加害者に連帯責任を課する被害者の保護の立法的政策判断を「又同ジ」で法文化したのである。したがって、因果関係を証明できない場合に、連帯責任を認めるわ

(43) 『民法議事速記録五』・396頁。

(44) 『民法議事速記録五』・394頁。

(45) 『民法議事速記録五』・394頁。

けであるから、立法的政策判断として、本規定は、因果関係の看做し規定となるのである。かくして、「ソレ故ニ公益上カラシテ斯ノ如ク規定スルノガ相当デアロウト考ヘマス⁽⁴⁶⁾」という結論となるのである。

さらに、穂積陳重は、加害者不明の場合に連帯責任を認めることは、公益上からの立法的政策判断だけでなく、道理的な理由もあると指摘する。

「即①大勢ガ寄ツテ或行為ヲ為シター人々々ナラセナイカモ知ラヌ大勢ノ行為デ矢張り或事ヲスルノデアリマスカラシテ②直接ニ手ヲ下シタト下サヌトニ拘ラズ矢張り勢ヒヲ出シテ其事ニ就イテハ何処マデモ法律ニ違ウテ居ル結果ヲ生スベキ事柄夫レヲ覚悟シテ自分ガシタノデアリマスカラ矢張り斯ウ致シテ置キマシテ全ク純然タル道理モ立タヌコモナイ⁽⁴⁷⁾」。

この道理的な理由を、II型の存在理由の一つとすると、「①大勢ガ寄ツテ或行為ヲ為シター人々々ナラセナイカモ知ラヌ大勢ノ行為デ矢張り或事ヲスルノデアリマスカラ」という説明をみると、行為者間の主観的関連共同性を含意しているとも読み取れる⁽⁴⁸⁾。共同不法行為の本質論に関わることであり、ここで、並列的に、この道理的な理由を、II型の存在理由とすると、本案の共同不法行為は、客観的共同原因説と主観的関連共同説の二元的構成となる理論的根拠となる可能性があり、I型で、本質論では、主観的関連共同説を排除した構成と相違が生ずる余地を残すことになる。そこで、穂積陳重は、明確に、

「併シ主トシテ公益上カラシテ斯ノ如キ規定ヲ置イタノデアリマス⁽⁴⁹⁾」

と、あくまでも、独自の立法的政策判断によることを堅持するのである。しかも、同じ道理的な理由のなかにある「②直接ニ手ヲ下シタト下サヌトニ拘ラズ矢張り勢ヒヲ出シテ其事ニ就イテハ何処マデモ法律ニ違ウテ居ル結果ヲ生スベキ事柄夫レヲ覚悟シテ自分ガシタノデアリマスカラ」という説明を、未遂の場合の根拠つまり主観的違法要素として読みとると、加害行為を権利侵害の危険性を含めて捉えていることになり、客観的共同原因説をとっている根拠とすることもできる。実際、客観的共同原因説の完成をした鳩山説は、II型（加害者不明型）の共同行為者を「権利侵害ヲ為スハ危険アル行為ヲ為シシタル二人以上ノ者ヲ謂フ⁽⁵⁰⁾」と定義している。したがって、II型は個別因果関係の証明責任を負わない共同不法行為ということになるので、共同不法行為を寄与度の証明は不要であるが、寄与の因果関係（実行行為）の証明で連帯責任を根拠付けようとする立法者、判例は、なるべくI型で共同不法行為を認定する方向になる。

なお、道理的な理由においても、「何処マデモ法律ニ違ウテ居ル結果ヲ生スベキ事柄夫レヲ覚悟

(46) 『民法議事速記録五』・394頁。

(47) 『民法議事速記録五』・394頁。

(48) この点を汲み取るのが、前田・帰責論260頁、能見・前出注(14)1230頁である。

(49) 『民法議事速記録五』・394頁。

(50) 鳩山・各論937頁。

シテ自分ガシタノデアリマスカラ」と結果に関係づけた「縦の関係」での「意思」である。

(3) Ⅲ型(教唆・幫助型)：「教唆者及幫助者ハ之ヲ共同行為者ト看做ス」

Ⅲ型(教唆・幫助型)の特徴は、同一の権利侵害に対する加害行為つまり共同行為が存在しないことである。Ⅰ型(共同不法行為)及びⅡ型(加害者不明型)の共同行為は、同一の権利侵害に対する加害行為が既遂(実行行為)の場合(Ⅰ型)、加害行為の未遂若しくは不特定の場合(Ⅱ型)、であるが、Ⅲ型の場合には、この加害行為・共同行為が存在しない。Ⅲ型は、この共同行為が存在しない場合、立法的政策判断で、「之ヲ共同行為者ト看做ス」として、共同不法行為責任としているのである。

(ア) 起草者のⅢ型の性格

このようなⅢ型の特徴が、加害行為が存在しないことにあることに関して、起草委員の穂積陳重は、冒頭の、趣旨説明の段階では説明していない。Ⅲ型の性格付けにより、Ⅰ型の共同行為の性格が明らかになるからである。審議過程において、土方寧が「二項(Ⅲ型)ノ場合ニ於テハ本来教唆者モ幫助者モ共同行為者トハ言ヘヌノデアリマスカ⁽⁵¹⁾」と穂積陳重に質問をしたのに対する答弁で説明している。

「サウ云フ積リデアリマスドウシテモ性質上ハ言ヘナイ教唆者又ハ幫助者ハ直接ニ関ハツタ者トハ言ヘナイカラ刑法デモ之ヲ従犯トシテ居ルト思ヒマス併シ乍ラ不法行為者デナイトハ初メカラ言ヘナイ第二項(Ⅲ型)ハ共同行為者トシテ責任ヲ負ハセル全体ノ責任ヲ負ハセルト云フコトデ之ヲ置イタノデアル⁽⁵²⁾」。

ここで、共同行為者とは「性質上ハ言ヘナイ」とは「直接ニ関ハツタ者トハ言ヘナイ」ということであり、加害行為(共同行為)が存在しないことである。

この説明は、Ⅲ型が、Ⅰ型、Ⅱ型よりも、被害者保護の立法的政策判断の裁量性が高いことを意味する。

(イ) 本規定は、創設規定か注意規定か

それでは、この規定は、創設規定か確認規定(注意規定)か。もし、主観的関連共同説であれば、確認規定(注意規定)となるが、客観的関連共同説をとったために、疑問がでてくるので、創設規定ということになるのか。主観的関連共同説とすると、この教唆・幫助の共同不法行為は、その共同行為に含まれることになり、別立てにする必要はない。別立てとしても、注意規定の性格をもつにすぎない。幫助、教唆は、共謀があるからであり、共同行為の解釈として共謀を要件事実とするならば、幫助・教唆は、それに含まれるからである。しかし、Ⅰ型の共同行為を共謀と解釈しなければ、教唆者、幫助者も共同行為者と看做して、連帯責任を負わず規定を創設する必要がある。つ

(51) 『民法議事速記録五』・398頁。

(52) 『民法議事速記録五』・398頁～399頁。

まり、Ⅲ型の規定を注意規定とするか創設規定とするかは、起草者の共同行為論における主観的関連共同説か客観的共同原因説かの立場の表明を意味することでもある。穂積陳重は、共同行為論における主観的関連共同論者を配慮して、審議が煮詰まっていく段階では、前述のように、明確に、Ⅲ型の性格を、創設規定と位置づけるのであるが、冒頭の趣旨説明の段階では、表現上、直接、Ⅲ型の規定が、創設規定か注意規定であるか明確にはならないように配慮した説明になっている。

「之(Ⅲ型)ハ唯独立ノモノト看做スコトモデキル又明文ガアリマセンナダナラバ独立ノモノトナルカモ分ラヌ併シ幫助シタト云フコトガ直接ノ原因、損害ノ原因ト言ヘナイト云フヤウナ疑ヒモ起リ得ルノデアリマス又ハ教唆シタト云フヨウナ風ノコトモサウ云フコトガアルカモ知レヌ故ニ矢張り是モ責任ガアルト云フコトヲ言ハナケレバイカヌ多クノ場合ニ教唆者幫助者共ニ責任ガナイト云フコトニハナリナスマイ本文ガナクテモ、併シ共同行為者デ連帯債務者ニナルカト云フコトニ就イテハ多分明文ガナクナラバ連帯債務トナラヌト云フ解釈ガ立チハ致シマスマイカ⁽⁵³⁾」。

論理的言え、主観的関連共同説でなければ、本規定は創設規定になるはずである。はたして、起草者は、本規定の根拠、立法趣旨をどのように説明したか。

「兎ニ角結果ガーツデアル其行為ノ目的夫レカラ往キ道ノ筋ト云フモノモーツデアリマスカラソレ故ニ連帯債務者ト致スガ一番当然ノコトデアルジャラウト思ヒマシテ矢張り是モ共同不法行為ノ一人ト見做ト云フコトニ致シタノデアリマス⁽⁵⁴⁾」。

「矢張り是モ共同不法行為ノ一人ト見做ト云フコトニ致シタ」という結論で、主観的関連共同説からは、教唆、幫助は共謀の表れであり、共謀が要件事実であれば、共謀に含まれているので、「共同不法行為ノ一人ト見做」する必要はないので、起草者・穂積陳重は、このⅢ型の規定を、創設規定として性格付けていたということになる。

起草者は、客観的共同原因説に基づいて、Ⅰ型、Ⅱ型、Ⅲ型をそれぞれ位置づけたのである。

なお、本稿において、発言者の指示する条項に(Ⅰ型)、(Ⅱ型)、(Ⅲ型)として、記入しているが、各発言者において、条項の指示が統一されていないためである。

(53) 『民法議事速記録五』・394頁。

(54) 『民法議事速記録五』・394頁。

第三節 法典調査会の審議過程

第1款 審議過程の検討の意義と概観

1 審議過程検討の意義

本案727条（現民法719条）の法典調査会の審議は、本案の条文の説明、趣旨説明が明治28年10月7日に第121回法典調査会でなされ、質疑応答、採決は、明治28年10月9日の第122回でなされた。質疑応答、採決のなされた第122回法典調査会には、20名の委員が出席した。なお、本稿では、敬称を略し、敬意を表して、全てフルネームで呼称している。

第121回、第122回の法典調査会の議長は箕作麟祥で、第121回の本調査会で、本案727条の趣旨説明をしたのは起草委員の穂積陳重である。本審議で発言、意見を述べた委員は、20名の内9名である。各委員の立場は明確であり、審議の過程で、どう調整、修正するかが要諦である。最終的には、意見が一致しない場合には採決によって決するからである。学問の議論ではなく、立法の議論の本質である。したがって、立法の議論は、他者を説得して、あるいは妥協して多数意見とするかの議論であることを認識することが肝要である。相手に説得された自己の意見を修正していく過程が、その論者の見識を示すことになるのである。それ故に、審議過程において起草者意思を確定、確認することが本質的なことであると考えられる。

本案（727条）審議の基調をなしているのは、I型（共同不法行為）の共同行為を、「横の関係」である共謀で捉える（主観的関連共同説）か、「縦の関係」である結果の側面で「一つの権利侵害（結果）」として捉え権利侵害に対する客観的な共同原因とする（客観的共同原因説）か、である。

2 本審議過程の概観

起草委員の穂積陳重が説明した本案は客観的共同原因説である。この本案、したがって客観的共同原因説を支持する論者（以下、客観的共同原因論者と称する。主観的関連共同論者も同じ）は、穂積陳重に加えて、高木豊三、長谷川喬の3名である。これに対して主観的関連共同論者は、横田國臣、磯部四郎、梅謙次郎、富井政章、土方寧の5名で、議長の箕作麟祥の立場は明らかではない。出席委員20名の内、9名が審議過程で発言し、結果的には、修正なしで本案が採択されたことになる。発言回数は、議長の箕作麟祥が11回、起草委員で客観的共同原因説の説明者となる穂積陳重が10回、ボアソナード民法に起草委員で主観的関連共同説を固持した横田國臣が8回、Ⅲ型に共謀の附加修正案で審議をリードした土方寧が11回、主観的関連共同説を理論的に展開し土方寧修正案に賛成する富井政章が11回、客観的共同原因説を原理的、強力に主張した高木豊三が7回、客観的共同原因説を冷静に理論的に展開した長谷川喬が9回、主観的関連共同説に立ちながら両説の妥協案を模索する磯部四郎が6回、そして、主観的関連共同説を理論的に主張しながら起草委員の立場も考慮する梅謙次郎が5回、である。

本審議過程は、本案である客観的共同原因説に対する主観的関連共同説からの解釈論、修正案の形で表れる調整の過程であり、要件事実論の観点からは、共謀を要件事実とするか、どの条項で構成するか、の議論となるのである。まず、第1の論点として、Ⅱ型の共同行為の意義、つまり、Ⅰ型の共同行為とⅡ型の共同行為との関連性に関して、Ⅱ型の共同行為の解釈で調整（解釈論）するか、Ⅱ型の共同行為の修正で調整（修正案）するかの議論が始まる。そして、第2の論点となる、Ⅲ型に共謀を附加する修正案をめぐる議論となるが、この修正案は、Ⅰ型、Ⅱ型の共同行為を客観的共同原因説とする一方、Ⅲ型に共謀を附加することにより主観的関連共同説も組み入れるという究極の妥協案である。しかし、この修正案は否決され、日本の共同不法行為理論は客観的共同原因説によるという立法的政策判断が確定する。この立法的政策判断により、日本の共同不法行為理論の性格が規定され、以後、裁判は、それに基づいてなされてきたということになる。

本案（起草案）の審議は、起草委員の穂積陳重の本案の趣旨説明を受けて、各委員からの質疑応答、各委員間の議論が展開される。Ⅰ型の共同行為を共謀と解することを前提にⅡ型の共同行為論の解釈論と修正論の議論から始まり、Ⅲ型に共謀を附加する修正論が否決されるまで、その審議過程は五段階に区別することができる。

第一段階は、Ⅱ型の共同行為の解釈論、修正論議である。Ⅰ型の共同行為を共謀と解釈すると、Ⅱ型の加害者不明の場合は、Ⅰ型に包摂されるので、Ⅱ型の共同行為の解釈論、修正論議が展開される。Ⅱ型の共同行為を同時の不法行為とする修正案が纏まりかけた段階で、高木豊三が、Ⅰ型の共同行為を共謀と解することを前提とした修正案の議論が展開しているが、起草委員の解釈はどうか、と起草委員の穂積陳重に質問する。

この質問から第二段階が始まる。穂積陳重は、Ⅰ型の共同行為は「共謀に限らないが、無論共謀も入る」と答える。そして、Ⅰ型の共同行為の解釈論の議論が展開されることになる。

そして、第三段階として、共謀は連帯責任を負うのか、が議論される。実行行為を伴う共謀、実行行為を伴わない純然たる共謀、教唆・幫助の形をとる共謀、実行行為を伴わず教唆・幫助にも入らない場合、どうするか審議される。純然たる共謀は連帯責任を負うのかという実質論議が展開されることになるのである。この審議自体は、もはや、Ⅰ型、Ⅱ型の共同行為を共謀と解釈しないことを前提としていることになる。

第四段階として、Ⅲ型に共謀を附加する案が、土方寧から修正案として本格的に審議される（土方寧は第二段階で打診案としている）。この段階が、本審議過程の最大の山場となる⁽⁵⁵⁾。共同行為論における主観的関連共同説と客観的共同原因説の立法的な妥協の過程に入ったからである。妥協

(55) 平井・共同不法行為313頁は、「主に第2項の可否に関して論議が集中されているにとどまっている」と消極的な理解である。本稿は、起草過程の審議は、727条の存在理由を2項に「共謀」を入れるか否かの議論を通じて、明確にしていく過程であったということを示すことでもある。

する論者、自己の原理を維持する論者と、これまでの発言者の緊迫した議論が展開されることになる。

最後の、第五段階として、修正案に対して採決が行われる段階である。この最終段階の採決の段階でも、緊迫した議論が応酬される。

このような議論は、要件事実論からは、Ⅰ型の共同行為を共謀と解釈して、共謀を要件事実とすると、Ⅱ型の共同行為とは矛盾が生ずるので、Ⅱ型の修正案の審議となるが、他方、Ⅰ型の共同行為は共謀と解釈するのは諦め、Ⅰ型、Ⅱ型の共同行為を「一ツノ権利侵害」とする客観的共同原因説の本案を前提に、共謀をⅢ型に附加する修正案の審議ということになる。「主に第2項の可否に関して論議が集中されているにとどまっている⁽⁵⁶⁾」のではない。共同不法行為の存在理由を念頭において、その表れとして法技術的なレベルで共謀の要件事実化をめぐる議論を展開していることに注意する必要がある。以下に、その審議過程を、詳細に確認することにしよう。

第2款 審議過程の各段階の議論

1 第一段階：Ⅰ型の共同行為を共謀と解釈するとⅡ型の共同行為をどう構成するか

(1) 起草委員の穂積陳重によるⅠ型の共同行為論

まず、穂積陳重は、Ⅰ型の共同行為をどう説明したか確認する。穂積陳重は、この問題が、共同不法行為の本質的な論点であるため、慎重に説明しているが、共謀自体を要件事実としないことは内に秘めたままで、共謀が実行行為に、すなわち、権利侵害に対する共同原因に現れた限度で共謀を捉えている。推察すると、一つの権利侵害、言い換えると共同原因であるという事実に、共謀は内包していると考え、共同不法行為の本質は権利侵害に対する客観的共同原因であるとすることを出発点としている。ただ、穂積陳重の共同行為の説明には、共謀の言葉がでて、共謀を明確に否定していないように見え、言葉的には明確ではないようにみえる。これは、共同不法行為論において理論的にも実際的にも最大の論点であることから、しかも、条文の文言は、「共同」として、主観的関連共同説をとるようにみえるが、本質は、そうでない考えに立脚していることから、戦略的に、微妙な説明をしたと考えることもできる。

穂積陳重は共同行為と共謀の関係をどのように考えていたか。共同行為の内容を共謀と捉え、共謀を要件事実とするか否か。この問題について、穂積陳重の考えは、横田國臣のⅠ型とⅡ型の共同行為の違いに関する質問に対する答えにみることができる。質問者である横田國臣は主観的関連共同論者である。横田國臣は「一体連帯ト云フコトハ通謀ガアルカラ連帯ニナル、ソレハ宜イケレドモ通謀ガナクシテ連帯ニナルト云フコトハ私ハ少シク嫌ヒナナノデアリマス」(横田5・405頁上、ここでの「横田5」は、横田國臣の本審議での5番目の発言で、「・405頁」は『民法議事速記録五』

(56) 平井・共同不法行為313頁。

の頁、上、下は頁の上段、下段である。以下、本節で同様である。) 述べるからである。主観的関連共同論者である横田國臣は、I型とII型の違いの質問の一環で次のような共謀に関する本質的な質問をする。

「今夜往ツテ殺シテ金ヲ取ツテクルカラ待ツテ居レト言ツテ留守ヲシテ居ル奴ガアルソレハ連帯ヲサセヌト云フノデアリマスカ」(横田2・397頁上)。

I型とII型の共同行為の違いに関して、穂積陳重は、次のように、誤解を招くような説明をするすなわち、

「此共同行為ト云フ中ニ①一人ガ番ヲシテ居ツテ夫レカラ②一人ガ手ヲ下スサウ云フ風ナノハ御説ノ通り私ハ③初メカラ共謀シテヤッタノデ第一項 (I型) ニ加ハツテ仕舞フ積リデアリマス只④第二項 (II型) ハサウ云フ関係モナイ皆ガ起ツテ例ヘバ或ル事ニ激シテ皆ガ打テヤルト云フヤウナ風ノ時ニ当リマセウト思ヒマス⑤共同行為ニ依テ他人ニ損害ヲ加ヘルト云フコトハ直接ニ例ヘバ頭ヲ打ツタトカ直接ニ其家ヲ壊ハシタトカ皆ガ一同ニ手ヲ下シタトカ云フコトニ当ルノデハナイ⑥ソレ故ニ共謀ノ場合ハ第一項 (I型) ニ当ルト申シタノデアリマス」(穂積2・397頁上)。

穂積陳重は、I型は「②一人ガ手ヲ下ス」の「手ヲ下ス」ことが特徴で、II型は「⑤共同行為ニ依テ他人ニ損害ヲ加ヘルト云フコトハ直接ニ例ヘバ頭ヲ打ツタトカ直接ニ其家ヲ壊ハシタトカ皆ガ一同ニ手ヲ下シタトカ云フコトニ当ルノデハナイ」と説明するように「一同ニ手ヲ下シタトカ云フコトニ当ルノデハナイ」を特徴として、I型は「手ヲ下ス」、II型は「手ヲ下シタニ当ラナイ」に区別し、実行行為の伴う共謀を想定して、「⑥ソレ故ニ共謀ノ場合ハ第一項 (I型) ニ当ル」と説明したつもりであろう。しかし、「①一人ガ番ヲシテ居ツテ」のように純然たる共謀を例に挙げ、そして「③初メカラ共謀シテヤッタノデ第一項 (I型) ニ加ハツテ仕舞フ積リデアリマス」と説明すれば、次にみるように横田國臣が「一項 (I型) ノ共同ハ合意ガアツテ二項 (II型) ノ共同ハ合意ガナイト云フ御説」(横田3・397頁下) と理解するのは無理も無いことである。

(2) I型とII型の共同行為の違い

このような穂積陳重のI型とII型の共同行為の説明を受けた横田國臣は、I型とII型の共同行為をどうしても違ふとしたい。なぜなら、I型の共同行為を共謀と解釈すると、II型の加害者不明の場合は当然I型のなかに含まれるからである。そこで、II型の共同は共謀でないものにする必要があるので、「共同ト云フノヲ二項 (II型) ノ共同ト一項 (I型) ノ共同トハ違フ一項 (I型) ノ共同ハ合意ガアツテ二項 (II型) ノ共同ハ合意ガナイト云フ御説デアル」(横田3・397頁下) と、前述のように穂積陳重の曖昧な説明も重なって、横田國臣自身に引き寄せて理解することになる。「一項 (I型) ノ共同ハ合意ガアツテ」とは共同を共謀とする理解のことであるからである。しかし、この理解に対して、穂積陳重は、明確に否定するのである。

「①共同ハ一項 (I型) ハ合意ガアル二項 (II型) ハ合意ガナイト云フコトデ使フタノデハナイ一

番初メニ説明シマシタ如ク②共同ノ不法行為ト云ヘバ兎ニ角大勢ガ或ル事ヲ為シタ併シ其結果ト云フモノハ即ト七百十九条ニ当ル皆ガ故意又ハ過失ガアル或ル場合ニ於テハ共謀モアリマセウ又或ル場合ニ於テハ過失モアリマセウ即チ大勢ガ同時ニ起ツタ併シ③其権利侵害ノ行為ト云フモノハ皆一緒ニ集マツテ出来ター人々々ノ行為ハアル一人々々ノ意思ハアル権利侵害ハ一ツノ事柄ニナルソレデ共同不法行為ト云フ其行為ノ結果ガ他人ノ権利侵害ト云フコトニ至ツタソコデ④第一項（I型）ノ場合ハオマエハ留守ヲシテ居レ私ガ往ツテ打ツト云フヨウナ場合モ勿論這入ル第一項（I型）ハ共謀ノ場合ハト云フ意味デハナカッタノデアリマス」（穂積3・397頁下）。

この穂積陳重の説明を理解するのは難しいが、I型の共同不法行為の本質を説明している、重要なところである。その本質は「③其権利侵害ノ行為ト云フモノハ皆一緒ニ集マツテ出来ター人々々ノ行為ハアル一人々々ノ意思ハアル権利侵害ハ一ツノ事柄ニナルソレデ共同不法行為ト云フ其行為ノ結果ガ他人ノ権利侵害ト云フコトニ至ツタ」との説明である。穂積陳重は、I型の共同行為を、行為者間の「横の関係」で捉える主観的関連共同説ではなく、権利侵害（結果）との「縦の関係」で捉え「一個の結果（権利侵害）」に置く客観的共同原因説を意識的に構成しているのである。つまり、「権利侵害ハ一ツノ事柄ニナルソレデ共同不法行為」となるのである。したがって、「第一項（I型）ハ共謀ノ場合ハト云フ意味デハナカッタノデアリマス」と断言するのである。I型は「権利侵害ハ一ツ」でなければならず「手ヲ下ス」必要があるからである。実行行為の伴う共謀はI型に入るが、純然たる共謀は入らないのである。

（3） II型の共同行為の解釈論

しかし、主観的関連共同論者である磯部四郎は、この説明では納得しない。磯部四郎が主観的関連共同論者であることは、「共同行為者ト云フコトニナルト兎ニ角予メ合同シテ居ツタヤウニシカ読メヌノデアリマス」（磯部1・398頁上）、「兎ニ角共同行為者ト云フト予メ意思ノ通謀ガアツタ人ダケニシカ見ヘヌヨウデアリマス」（磯部1・398頁上）と述べることから確認できる。磯部四郎は、I型とII型の共同行為を共謀と解した上で、I型とII型の違いを、II型の共同行為を「数人が同時ニ同一ノ意思デ為シタ」（磯部1・398頁上）とする解釈を提案して区別する。穂積陳重は、I型の共同行為を共謀と解すると、II型の共同行為は、I型の共同行為とは違うという主張すること、つまり前述の横田國臣の主張までは想定できたと思われるが、磯部四郎のI型、II型の共同行為を同じ共謀と解してうえで、I型を予めの共謀、II型を同時の共謀と区別する主張を想定していなかったせいか、戸惑いを見せるが、一応、次のように述べる。

「①同じ意味ノ積リデアリマス②共同行為者ト云ヘバ共同ノ意思モ同じデアルト云フコトニ読メヌコトモアリマス③数人同時ニサウシテ同一ニ不法行為ヲ同じ者ニ向ツテ為スト云フコトヲ言ヒ現スコトハ六ヶ敷イト思ヒマス（①②③、筆者）」（穂積4・398頁上）。

この説明を理解することは難しいが、その難しさは、共同行為を文字どおりに理解する行為者間

の「横の関係」の共同（主観的関連共同説）をイメージしているからである。穂積陳重は、自己の共同行為の意味が権利侵害との「縦の関係」での共同原因（客観的共同原因説）としてイメージすることが困難であることを十分に自覚している。①で、Ⅰ型とⅡ型の共同行為は客観的共同原因説では同じ意味であるので、その意味では認める。しかし磯部四郎の述べる意味とは同じではないので、磯部四郎の立場から同じと読める内容を②で認める。しかし、同じ意味で解されては、穂積陳重の共同行為論の独自性（客観的共同原因説）が失われるので、客観的共同原因説の内容である「③数人同時ニサウシテ同一ニ不法行為ヲ同ジ者ニ向ツテ為スト云フコト」を提示するのである。穂積陳重の思考力の明晰さと柔軟性が示された答弁である。この答弁で、穂積陳重の共同行為の概念が、一般的な、共同の意思、共謀等の共同行為とは、違うということが意識されるようになるが、他方で、共同不法行為が連帯責任という重い責任を負うのは共謀等の共同の意思の共同行為であるからという一般的な見解からすれば、穂積陳重の独自の共同行為（客観的共同原因説）を理解することは難しということになる。その一般的な雰囲気、議長の箕作麟祥が敏感に反応して、感想を述べることになる。

「共同行為ト言フ文字ガ重イカ分ラヌ」（箕作麟祥2・398頁上）。

これに対して、穂積陳重は、気を取り直して、議長の感想を受け入れつつ、主観的関連共同論者である磯部四郎の解釈を、否定する。

「第二項（Ⅱ型）ノ場合ハ重イカ分ラヌ併シ磯部君ノ如ク数人同一ノ行為デモイカヌ」（穂積5・398頁上）。

主観的関連共同論者に抵抗する穂積陳重に対して、やはり主観的関連共同論者の梅謙次郎が、畳み掛ける。梅謙次郎は、Ⅰ型の共同行為を共謀と解釈することを確定的にするために、Ⅱ型の共同行為を、前述の磯部四郎と同じように、共同行為としたままで、その内容を変えて「共同ト言ヘバ共ニ同ジクデアリマスカラ同時ニ同ジ行為ヲ為シタ」（梅1・398頁下）とする解釈を提案する。

この提案に対して、同じ主観的関連共同説論者である土方寧が共同行為を柔軟に解釈する見解に疑問を含意して、やはり共同行為の概念を要素としているⅢ型に関連して、穂積陳重に質問をする。すなわち

「二項（Ⅲ型）ノ場合ニ於テハ本来教唆者モ幫助者モ共同行為者トハ言ヘヌノデアリマスカ」（土方1・398頁下）。

これに対して、穂積陳重は、教唆者、幫助者は「直接ニ関ハツタ者トハ言ヘナイカラ」性質が違うとして共同行為者とは言えないと次のように答える。

「サウ云フ積リデアリマスドウシテモ性質上ハ言ヘナイ教唆者又ハ幫助者ハ直接ニ関ハツタ者トハ言ヘナイカラ刑法デモ之ヲ従犯トシテ居ルト思ヒマス併シ乍ラ不法行為者デナイトハ初メカラ言ヘナイ第二項（Ⅲ型）ハ共同行為者トシテ責任ヲ負ハセル全体ノ責任ヲ負ハセルト云フコトデ之ヲ

置イタノデアル」(穂積6・398頁下～399頁上)。

土方寧の質問の意図は、I型とII型の共同行為の違いをII型の共同行為を解釈で調整することには無理があることを明らかにするためのものである。それを、受けて、次の横田國臣の発言となっていくのである。

(4) II型の共同行為の修正案

横田國臣は、穂積陳重が刑法では従犯としているという発言を捉えて、刑法と関連させて、合意のない者に連帯責任を負わせるのは疑問である趣旨を述べて、II型を共同行為の表現のまま共同行為の内容に共謀を含まないものとする梅謙次郎の提案に疑問を示唆する発言をする。これを受けて、磯部四郎が前の提案を撤回して、次のような修正案を提案する。

「一寸斯フ風ニナツタラドウカ『同時ニ合意者数人アリテ其中執レカ損害ヲ加ヘタルカヲ知ルコト能ハザルトキモ又同シ』トナツテハドウカ」(磯部2・399頁下)。

さらに、梅謙次郎も前の解釈論の提案を撤回して、修正案を提案するのである。

「ソレナラスウナツテハドウカ同時ニ不法行為ヲ為シタル者ノ中孰レガ其ノ損害ヲ加ヘタルカヲ知ルコト能ハザルトキトナツテハドウカ」(梅2・399頁下)。

そして、磯部四郎も「ソレデモ宜イ」(磯部3・399頁下)と応じるのである。

以上から、まず、横田國臣がI型の共同行為を共謀と解すればII型の共同行為は違うはずだとする認識から、その違いをII型の共同行為の解釈論によって解決しようとする磯部四郎、梅謙次郎に対して、横田國臣がII型の共同行為の修正案で解決すべきとする主張に梅謙次郎、磯部四郎も応じて、修正案で纏まりかけていたのである。このII型の共同行為の修正案は、I型の共同を共謀の意味で解釈し、共謀を要件事実とする解釈論を当然の前提とした見解である。他方、穂積陳重の解釈は、前述のように「第一項(I型)ハ共謀ノ場合ハト云フ意味デハナカツタノデアリマス」(穂積3・397頁下)というもので、I型共謀説とは違う見解である。客観的共同原因論者の高木豊三は、I型の共同行為を共謀と解釈した上で、II型の共同行為者を「同時ニ不法行為ヲ為シタル者」と修正して、I型、II型を主観的関連共同説で一貫したものとする考えが、全体で了解されたと思えた、そのとき、I型の共同行為の解釈に関するII型の修正案と穂積陳重の見解の違いに着目して、穂積陳重に確認の質問するのである。この確認の質問から、審議は、第二段階に進むのである。客観的共同原因論者は起草委員の穂積陳重だけで、横田國臣、磯部四郎、梅謙次郎と主観的関連共同論者がリードしてきた審議に竿をさしたのである。本格的な議論が展開されるメッセージである。

2 第二段階：I型の共同行為は共謀と解釈されるか

(1) I型の共同行為論に関して共謀を要件事実としない見解

高木豊三が、これまでの議論が、I型(共同不法行為)の共同行為を共謀と解することを前提に、II型の共同行為の修正案が纏まったかのような段階で、穂積陳重に次のように確認する。高木豊三

は、徹底した主観的関連共同説の批判者で、審議過程を通じて一貫して客観的共同原因説を堅持する。「私ハ民法デハ現実ニ損害ヲ生ジタ者ニ責ヲ負ハセルト云フノガ民法ノ範囲ノ極端デアロウト思フ」(高木5・406頁上)とし、「私ハ第二項(Ⅲ型)ハ削ルガ宜イト思フ」(高木5・405頁下)とする論者である。この高木豊三が、穂積陳重に、次のように確認の質問をするのである。

「七百二十七条ノ第一項(I型)ニハ横田君ノ説明ヲ聞クト共謀シタヤウナモノヲ極メタヤウナコトデアリマスガサウデアリマスカ」(高木1・399頁下)。

この確認の質問に対して、穂積陳重は、

「①ソレニハ限ラナイ、②共謀スレバ無論初メノ方(I型)ニ這入リマス(①②筆者)」(穂積8・399頁下)。

この一見矛盾したような説明は、要件事実論の観点からは、二つの理解が可能である。一つは、発言通りで理解して、②共謀も要件事実の一つとして入るという理解である。もう一つの理解は、「①ソレニハ限ラナイ」を、「共謀」(実行行為を伴わない)は要件事実ではなく、「権利侵害への寄与」が要件事実で、実行行為を伴った共謀は、権利侵害へ寄与しているから、入るということになる。問題は、穂積陳重が、共謀を実行行為を伴うものとしているか否かということになる。

高木豊三は、穂積陳重の「①ソレニハ限ラナイ」と述べたことを、I型の共同不法行為の内容を共謀と解釈し共謀を要件事実する考えではないとする後者の理解として捉えて、

「サウデナケレバ困ル」(高木2・399頁下)、と納得する。

高木豊三の了解を受けて、穂積陳重は改めてI型とII型の共同行為の説明をするが、其の説明には、もう共謀は含めない。

「第二項(Ⅱ型)ノ場合ハ同時ニ起ツタ場合ガ這入ソレカラ初メニミンナガ一度ニ或ル事ニ激シテ打ツトカ壊ハストカ云フトキハ一項(I型)ノ方ニ這入ル」(穂積9・399頁下)。

この説明における「同時ニ起ツタ場合」には、未遂と加害者不特定を意味する加害者不明が含意され、「初メニミンナガ一度ニ或ル事ニ激シテ打ツトカ壊ハストカ」には全員が被害に寄与するが寄与度は不明ということ含意されており、いずれも、共同行為を行為者間の共謀という視点ではなく、「同時ニ起ツタ」とか「一度ニ或ル事ニ激シテ打ツトカ壊ハストカ」のように被害・結果の仕方に視点をおいていることが読み取れる。つまり実行行為を伴った共謀である。この実行行為、結果発生 of 視点を受けて、高木豊三は、共同不法行為の存在根拠を次のように説明するのである。

「成程刑法ノ理屈杯ニ是ガ差響クモノトシテ御解釈ニナルト色々通謀トカ共謀トカ云フコトガ必要デアリマセウガ併シ此民法ノ方ノ損害賠償ノ点ニ付テハサウ云フ必要ハナイト思フ詰リーツノ不法行為ト云フモノヲヤツテソレニ依テ損害ヲ生ジタモノ一中略一詰マリ人が生キルトカ死ヌトカ云フ所謂刑法上ノ責任デナクシテ只結果デアル此原則デ往クト損害賠償ハ矢張り皆ガ負ハナケレバナラヌ其通りデ此条ハ無論宜カラウト思ヒマス刑法ニ関係ヲ持ツト云フ説ガアリマシタガ私ハ寧ロ此

儘デ少モ差支ガナイト思フ」(高木3・399頁下～400頁上)。

以後、高木豊三は長谷川喬とともに本案の支持の論陣をはることになる。

(2) I型の共同行為を共謀と解する見解(主観的関連共同説)

このように高木豊三が議論をI型の共同を共謀と解釈するかという出発点に戻したことに對して、富井政章が、今回の審議に初めて発言し議論を元に戻す。主観的関連共同論者の富井政章が、穂積陳重の、「共謀スレバ無論初メノ方ニ這入リマス」と「第二項(II型)ノ場合ハ同時ニ起ツタ場合ガ這入」の説明を捉えて、高木豊三の理解を外して、横田國臣、梅謙次郎、磯部四郎、ラインに戻すのである。冒頭の「諸君ノ御考ヘト同ジデアルト思ヒマスガ」の発言の意味である。そして、富井政章は、I型の共同を共謀と解釈すると、II型の共同行為は何故あり得ないのかについて主観的関連共同説の立場から理論的に明快に説明する。

「諸君ノ御考ヘト同ジデアルト思ヒマスガ尚ホ念ノ為メニ確カメテ置キマス第一項ノ末段(II型)ノ場合ヲ同時ニ為シタルノト極メテ仕舞ツテモ全ク疑ホイハ消ヘテ仕舞ハシナイ其訳ハ例ヘバ横田君ノ説明ノ如ク私ハ家ニ酒ヲ買ツテ待ツテ居ル待ツテ居ツテモ其議ニ預ツタ以上ハ矢張り第一項ノ上段(I型)ニ当嵌マルサウスレバ今度ハ甲乙二人ガ共謀シテ丙ヲ打チニ往コウト云フトキハ仮令其中ノ甲ダケガ打ツタニシタ所ガ此第一項ノ末段(II型)ガ適用サレルノデナクシテ矢張り上段(I型)ガ適用サレルノデアラウト思フサウデナケレバ先ノ酒ヲ買ツテ家ニ待ツテ居ル者ト権衡ガ取レヌト思フ其場合ハ矢張り有形ノ結果ノ方カラ見タノデナイ単ニ行為ト云フモノヲ有形ノ結果カラ見タノデアル一緒ニヤツタ其中ノ誰ガヤツタト云フコトヲ問ハナイト云フノモ矢張り初メ(I型)ノ中ニ這入ツテ仕舞ウサウシウレバ第二項(II型)ノ方ハ例ヘバ酒ノ席ニ聘バレタ者ガ一時ニ腹デ己レモ殴ツテヤラウ己レモ殴ツテヤラウ誰ガ殴ツタカ分ラヌト云フ場合ニ適用サレル同時ニト云フトモ矢張り通謀シテ甲乙二人ガ入ツテサウシテ實際甲ダケガ打ツタト云フヤウニ適用ガ読メル只文章ノ上デハ同時ニト云フダケデハ果シテ私ノ解シテ居ルヤウナ意味ガ諸君ノ意味デアレバ或ハ今一層明瞭ナ言葉ニ改メタ方が善クハナイカソレトモ私ノ考ヘガ間違ツテ居ルナラバ御正シヲ願ヒマス」(富井1・400頁上～下)。

富井政章は、I型の共同を共謀と解釈すると、共謀の例として横田國臣が挙げた「私ハ家ニ酒ヲ買ツテ待ツテ居ル待ツテ居ツテ」いた場合、「其議ニ預ツタ以上」、「矢張り第一項ノ上段(I型)ニ当嵌マル」ことになるので、「今度ハ甲乙二人ガ共謀シテ丙ヲ打チニ往コウト云フトキハ仮令其中ノ甲ダケガ打ツタ」場合でも、「先ノ酒ヲ買ツテ家ニ待ツテ居ル者ト権衡ガ取レヌ」から、「此第一項ノ末段(II型)ガ適用サレルノデナクシテ矢張り上段(I型)ガ適用サレルノデアラウト思フ」と説明するのである。また、「一緒ニヤツタ其中ノ誰ガヤツタト云フコトヲ問ハナイト云フノモ矢張り初メ(I型)ノ中ニ這入ツテ仕舞ウ」とし、II型の想定した共同行為は、I型に入るというのである。II型の共同行為を「今一層明瞭ナ言葉ニ改メタ方が善クハナイカ」と意見を述べるのである。

(3) I型を「同一ノ不法行為」で「損害モ同ジ」とする見解 (客観的共同原因説)

この富井政章の発言は、高木豊三が、I型の共同を共謀と解釈することを前提に議論を進めてきたことにストップをかけ、穂積陳重が共同を共謀に解釈しない方向で答弁したことに對して、富井政章は共同を共謀と解釈することは当然のこととして、問題をII型の共同行為の修正に方向に戻そうとしたのである。これに對して、真っ向から、反対したのが、長谷川喬で、本案への賛成を明言する。長谷川喬が客観的共同原因論者であることの表明である。

「私ハ全ク原案ヲ賛成シマス私ノ解釈ハ間違ッテ居ツタカ知ラヌガサウ六ケシクナイト思フ第一項 (I型) ノ所ハ是レハ自分ガ同一ノ不法行為ヲシタ場合デアルサウシテ損害モ同ジコトヲシタ場合デアルソレカラ第二項ノ後段 (II型) ノ方ハ打ツコトハ打ツタ併シ乍ラ打ツト云フコトハ既ニ不法行為デアルソレハ共同シテ打ツタ併シ疵ヲ附ケタ者ハ誰レカ分ラヌ其疵ニ付テハ矢張り連帯シテ負ハナケレバナラヌト云フコトデアルカラ共同行為者ト云フコトニスレバ差支ナイト思フ同一ト云フト後カラ打ツ前カル打ツ、其打ツト云フ原因ガ違ッテ居ルヤウニ思フカラ私ハ共同ト云フコトガ必要ト思フ」(長谷川1・400頁下)。

この長谷川喬の見解は、I型は、各自の実行行為が同一の権利侵害 (不法行為)、同一の損害の場合には、各自は連帯責任を負い、II型は、各自に同一の権利侵害に對する「加害行為」(I型の実行行為とは違ふ、未遂、不明であるから) はあるから加害者不明でも各自は連帯責任を負うから共同行為とすべきというのである。長谷川喬の見解は、I型の共同行為を共謀と解釈しないで、穂積陳重と同様に各自の同一の権利侵害、同一の損害と捉える客観的共同原因説である。

(4) III型の位置づけ (III型に共謀を附加する見解の打診)

土方寧は、長谷川喬の共同行為者が実行行為を伴った共謀者として捉えられていることを前提に、次のように、後に提案するIII型に共謀を附加する修正案に、長谷川喬の見解を親和的に関連させて、土方案を打診する。

「今長谷川君ノ本条ノ解釈デアリマスガ其解釈ニスルト共同行為者 (II型) ハ第一項ノ上段 (I型) ニ這入ルカ知レマセヌガサウスレバ二項 (III型) ノ『教唆者及ヒ幫助者ハ之ヲ共同行為者ト看做ス』ト云フ方ハ尚更這入ラナケレバナラヌト思ヒマス一項ノ上段 (I型) ハ①数人共謀シタ者モアリマセウガ各手ヲ下シテ害ヲ加ヘタソレガ共同行為者一項ノ末段 (II型) ノ方ハ是ハ②皆同ジ場所同ジ時ニ同ジ行為ヲシタ併シ其中デ害ヲ加ヘタ者ハ誰レデアルカ不明デアル即其時手ヲ出シタ者ハ皆同ジ責任ガアルソレモ共同行為ト見ルト云フノデソレハ性質カラ言ヘバ教唆者幫助者ト同ジデアアル其人ノ所為ハ共同行為者デナイガ共同行為者ト同ジ責任ノアル者ト看做スト云フノデアルカラ③第二項 (III型) ヲ教唆者幫助者共謀者ト三ツニシタラドウカ (①②③、筆者)」(土方2・400頁下)。

この発言は、わかり難いが、I型の共同行為は「①数人共謀シタ者モアリマセウガ各手ヲ下シテ

害ヲ加ヘタソレ」であり、穂積陳重、長谷川喬、と同じで、実行行為つまり権利侵を伴う共謀者であり、共同行為の要件事実は同一の権利侵害である。そうすると、Ⅲ型は、削除論もあるが、独立した条項として必要であると主張する。なぜなら、Ⅱ型は、「②皆同ジ場所同ジ時ニ同ジ行為ヲシタ併シ其中テ害ヲ加ヘタ者ハ誰レデアルカ不明デアル即其時手ヲ出シタ者ハ皆同ジ責任ガアル」場合であるから、実行行為者が不明、つまり、Ⅰ型の実行行為がないが、「共同行為ト見ルト云フ」ので連帯責任を負うということであり、実行行為がないという点では、「性質カラ言ヘバ教唆者幫助者ト同ジデアル」からである。そして、実行行為の伴わない共謀も、Ⅲ型の教唆者、幫助者に「共謀者」を加えて、「③教唆者幫助者共謀者ト三ツニシタラドウカ」と打診したのである。

この土方寧の発言を受けて、長谷川喬が、富井政章の発言と関連させて、次のように応接する。

「本条ノ一項（Ⅰ型）ノ解釈ニ付テ富井君ノ言ハレルニハ窃盗ナラ窃盗ヲシテ来イト云フノテ酒ヲ買ツテ待ツテ居ルノハ教唆デハナイ只相談ニ預ツタノデアルルソレハ第一項（Ⅰ型）ニ籠ルト云フ御説デアリマシタガ私ハ一項（Ⅰ型）籠ラヌ共同ノ不法行為ト云ヘバ自カラ為シタ行為デソレテ末項（Ⅲ型）ニ謂フ教唆者幫助者ニナラナケレバ連帯ノ責ヲ負ハヌコトト思フ」（長谷川2・401頁上）。

長谷川喬は、Ⅰ型の共同行為は、共謀の観点からは、実行行為をとまなう共謀であり、共謀だけでは共同行為にあたらぬ、つまり、共謀は要件事実ではないということを確認しつつ、その解釈の場合には、Ⅲ型は必要であるとして、土方寧のⅢ型必要論にも応えるのである。Ⅲ型に共謀を附加する修正案を成立させるためには、前提としてⅢ型そのものが成立していなければならず、客観的共同原因説を徹底すればⅢ型削除論（後で見ると実際に高木豊三が主張する）になるので、長谷川喬がその削除論をとるかどうかを打診したことになる。

（5） 実行行為を伴わない共謀は責任を負うか

ところが、Ⅰ型の共同行為を共謀と解釈し、実行行為つまり「自カラ為シタ行為」は不要と考えていた富井政章は、穂積陳重、長谷川喬に加えて、主観的関連共同論者の土方寧までが、共同行為に実行行為が要素であると言われて、驚くことになる。

「大変ナ実質問題ニナツテ来タ若シ此第一項（Ⅰ型）ヲバ長谷川君ノ言ハレルヤウニ単純ナル共謀者即チ議ニハ預ツタ即チ誰某ヲ斯ウシロト云フ議ニハ預ツタガ手ヲ下ストキニハ居ナカツタト云フトキハ丸デ無責任デ宜シト言ツテハ大変困ル第一項（Ⅰ型）ガサウ云フ風ニ読メルナラバ疑ヲ解ク為メニ土方君ノ言フヤウニ第二項（Ⅲ型）ニ共謀者ノ三文字ヲ入レタガ宜イト思フ私ハ実質上ハ手ヲ下サズトモ議ニ預ツタナラバ責任ガナクテハナラヌト思フ若シ是デサウ読メナケレバ土方君ノ言フヤウニ教唆者若クハ幫助者共謀者ハ之ヲ共同行為者ト看做スト云フ事ニシタガ宜イ」（富井2・401頁上）。

富井政章は、「単純ナル共謀者」すなわち「誰某ヲ斯ウシロト云フ議ニハ預ツタガ手ヲ下ストキニハ居ナカツタ」共謀者も責任を負うべきで、もし、Ⅰ型の共同行為に含まれなければ、土方寧の

提案のようにⅢ型に共謀者を附加した方が宜しいというのである。そして、長谷川喬が刑法との関係はどうなるかの質問(長谷川3・401頁上)に対して、富井政章は次のように答える。

「刑法ノ共犯ト云フ意味ハ私ハ有形ノ方カラ見タ意味デアリマス併シ此処ノ共犯ハ有形無形広ク這入ルト見テ居ル併シサウ取レナケレバ直ホシテモ宜イ」(富井3・401頁上)。

この富井政章の発言に対して、客観的共同原因論者の高木豊三が、真っ向から反対をする。

「私ハ富井君ト正反対デ刑法デハ教唆者ト云フ者ハ仮令ヒ犯罪ノ行為ニ加功セズト雖モ正犯ヲ以テ論ズルト云フコトデ人ヲ殺シタ者モ教唆シタ者モ同ジニ論ズルコトニ原則ハナツテ居ルガ民法デハ行為ニ加ハツタ者デナケレバ論ジナイ、若シソレガ原因トナツテ私訴ヲ起スト云フトキハ無論共犯者モ下手人モ同一ノ連帯ノ義務ヲ負フケレドモ只民法上ノ損害賠償ヲ受クルトキハ誰某ニ教唆サレテヤリマシタト云ツテモ其教唆サレタヤツハ民法上デハ構ワヌ」(高木3・401頁上～下)。

高木豊三は、客観的共同原因説の根幹である「民法デハ行為ニ加ハツタ者デナケレバ論ジナイ」に基づいて、富井政章の単純な共謀も責任を負うべきという主張に反対している。富井政章は、共謀も責任を負うべきとし、もしⅠ型に含まなければ、Ⅲ型に附加すべきという主張である。

(6) 主観的関連共同説によるⅢ型の位置づけ

客観的共同原因説では実行行為が必要であるので、Ⅲ型は不要で、単純な共謀は責任が無いことになる。他方、主観的関連共同説では、教唆、幫助はⅠ型に共謀に含まれるので必ずしも必要ではない。長谷川喬が、Ⅰ型の共同行為を「同一の権利侵害」とする客観的共同原因説をとる代わりⅢ型が政策的に必要であることを示唆した。そこで、主観的関連共同説者の梅謙次郎は、Ⅲ型は不要であるとした考えから明文化もいとす考えを述べる。主観的関連共同説のⅢ型の位置づけを述べることになる。

「刑法デ罰シテ居ルコトモ民法デハ論ジナイト云フコトハ珍ラシカラヌコトデアリマスカラ此規定ト刑法ト同ジニナツテ居ラヌデモ差支ヘナイト思ヒマス実ハ私ハ二項(Ⅲ型)ハ要ラヌト云フ考ヘデアツタノデ今富井君ガ言ハレタ如ク共同ノ行為ヲ单独ニ見ルコトハ出来ヌ第一ノ人ガ手ヲ下シテ第二ノ人第三ノ人ハ手ヲ下サズトモ詰リ三人デーツノ行為ヲシタモノト見レバ二項(Ⅲ型)ハナクテモ宜イト云フ積リデアリマスガ追々諸君ノ御議論ヲ聞クト特ニ刑法上デ別ノモノニナツテ居ルシ疑ヒアルコトデアルカラ寧ロ明文ヲ掲ゲテ置クガ宜イト思ヒマスカラ兎ニ角疑ヒナクナルノハ賛成デアリマスカラ同意シタノデ其位デアリマスカラ共謀者ハ無論連帯責任ヲ負ハサナクテハナラヌト云フ考ヘデアル教唆者ト共謀者ト云フ者ハ成程場合ニ依テハ教唆者ノ方ガ罪ガ重イカモ知レヌガ多クノ場合ハ共謀者ノ方ガ罪ガ重イ、前ニ一寸窃盜強盜ノ例ガ出マシタガ例ヘバ私ト他ノ或者ト兩人デ長谷川君ノ所ニ往ツテ泥坊ヲシャウト言ツタ併シ兩人往ツテハゴトゴトスルカラ君往ケ僕ハ跡ニ待ツテ酒ヲ買ツテ居ルサウシテアナタノ所カラ取ツテ来タ物ハ山分ケニスルソレハ共謀デアル若シ一項(Ⅰ型)ノ方ニソレガ這入ラヌト云フナラバ富井君ノ言ハレル通り土方君ノ説ノ如ク共謀者

ノ三字ヲ入テモ宜イガ事実上ソレガ改マルコトヲ望ミマセヌ」(梅3・402頁上～下)。

この梅謙次郎の解釈に対して、客観的共同原因論者の長谷川喬が、I型の共同行為は「実行シタル者」と解釈し、Ⅲ型にも共謀は附加すべきでないという原案の儘でいいと述べる。

「梅君ノ御解釈ニ依ルト教唆者ト云フ者モ共謀者ト云フモノモ共ニ事ヲ為シタル者デアルト言ハレタガ私モソレハ合意デアル併シナガラ此処ニ末項(Ⅲ型)ニ掲ゲテアルト第一項(I型)ニ言フ所ノ者ハ実行シタル者ト解釈シタカラ今ノ説ハ通ラヌ若シ今ノ説ノヤウデアルトドウナルカシナイト私ノ解釈ガ相当ト思フ若シ一項(I型)実行デアルト末項(Ⅲ型)ハ入ラヌト云フコトニナラウト思フソレカラ第二ハ私が先ニ言フタ通りノ次第デアルカラ共謀者ニモ責ヲ負ハセルト云フノハ重過ナガラ矢張り原案ノ儘デ宜シト思フ」(長谷川7・402頁下)。

以上の議論から、共謀をI型で解釈するか、Ⅲ型に附加するかで、対立する。長谷川喬と高木豊三は、共謀には責任を負わすべきでないという考えであるのに対し、土方寧は、I型の共同行為を共謀と解釈しないで、客観的共同原因説に依る解釈でもよいが、その代りⅢ型には共謀を附加すべきと考える。富井政章と梅謙次郎は、共謀自体をI型で解釈してもよいが、I型で共謀と解釈できなければ、Ⅲ型に附加する土方寧の考えにも理解を示す。ただ、梅謙次郎は、もしI型に単純な共謀が入らないというならば「富井君ノ言ハレル通り土方君ノ説ノ如ク共謀者ノ三字ヲ入テモ宜イガ」としながら、しかし「事実上ソレガ改マルコトヲ望ミマセヌ」と述べる。まだ、梅謙次郎が主観的関連共同説に固執していることが確認できる。

3 第三段階：単純な共謀と連帯責任

(1) 単純な共謀は連帯責任を負うか

このように、共謀をどう構成するか、つまりI型の共同行為で解釈するかⅢ型に附加するか、で対立している状況において、富井政章は、そもそも、共謀に責任を負わずかどうかの政策判断についてまず議論すべきだと提案する。

「文章ハ後デドウニデモナル実質ヲ先ニ極メナケレバイカヌ共謀ノ議ニ預ツタラ手ヲ下シタル者モ下サヌ者モ罰スルガ善イカドウカト云フコトヲ極メタガ宜イ」(富井7・402頁下)。

この発言は、主観的関連共同論者である富井政章のこれまでの議論へのいらだちでもあるとともに、本案支持者の客観的共同原因者への理論的反撃でもある。

主観的関連共同説では、共謀が本質的要素であって、加害行為の態様その他の教唆、幫助等の行為態様は現象形態とすることから、共謀が要件事実であり、加害行為態様等はその判断要素にすぎない。穂積陳重の客観的共同原因説では、共謀を入れたとしても権利侵害という行為に現れないと意味がない、つまり、同一の権利侵害が本質的要素であり要件事実であることが判明しはじめていたからである。主観的関連共同説では共謀自体が行為なのである。富井政章が、「私ノ考エデハ行フトイウノハ刑法デアロウト民法デアロウガーツノ意思ヲ事実ニ現スコオトヲ云フノデアツテソレハ

有形ノ原素ト無形ノ原素トアル」と行為を定義することで、「手ヲ下スト云フ者モアル又残ル者モアルソレデアアルカラ純粹ナ議論カラ言ヘバ立派ナ共同行為者デアアル」(富井5・402頁上)して、「残ル者」すなわち「下サヌ者モ」も共同行為者とするのである。この説明を、梅謙次郎は、二項(Ⅲ型)の不要論の根拠とする。「今富井君ガ言ワレタ如ク共同ノ行為ヲ单独ニミルコトハ出来ヌ第一ノ人が手ヲ下シテ第二ノ人第三ノ人ハ手ヲ下サズトモ詰リ三人デーツノ行為ヲシタモノト見レバ二項(Ⅲ型)ハナクテモ宜イト云フ」(梅3・402頁上)。主観的関連共同説からは、Ⅰ型の共同を共謀と解釈すれば、解釈により共謀を要件事実とすることになり、Ⅱ型の共同行為を修正する必要があり、Ⅲ型の教唆、幫助の規定は不要になる。Ⅰ型の共同を共謀と解釈しなければ、Ⅲ型に共謀を加えて、条文自体で、共謀を要件事実とすることになる。そこで、前述の、富井政章の「共謀ノ議ニ預ツタラ手ヲ下シタ者モ下サヌ者モ罰スルガ善イカドウカト云フコトヲ極メタガ宜イ」という発言になる。

(2) Ⅲ型に共謀を附加する土方寧の修正案の提案

そして、土方寧は、共謀(手を下さない共謀)を罰するか、共同不法行為とするかの議論をするのではなく、土方自身は、既に、Ⅰ型の共同行為を「数人共謀シタ者モアリマセウガ各手ヲ下シテ害ヲ加ヘタソレ」(土方2・400頁下)と解釈していたので、加害行為を伴わない共謀を、共謀と純化して、Ⅲ型の教唆、幫助に共謀を附加する提案をするのである。

「手ヲ下サヌデ共謀ノ議ニ預ツタ者ハ矢張り共謀者トシテ罰スルノガ善イト思フソレデ共謀者トシ云フノ二項(Ⅲ型)ニ附加ヘル説ヲ出シテミマス」(土方3・402頁下～403頁上)。

(3) 共謀と教唆・幫助の関係(土方寧の提案に対する穂積陳重の反対意見)

この提案を受けて、穂積陳重が、発言するのであるが、Ⅲ型に、共謀を附加するか否かの議論に参加すること自体、しかも本案説明者が最初に発言することは、Ⅰ型の共同を共謀(手を下さない共謀)と解釈することを拒否していることを意味する。さらに、Ⅲ型に共謀者をいれることには実質上反対はしないが、条文にいれることには賛成しない。つまり、穂積陳重は、共謀を、要件事実とすることには賛成しない、つまり反対しているのである。本審議の最も重要な判断、言い換えると、これまでの、共謀の二面性、すなわち手を下す共謀(事実上の共謀)、と手を下さない共謀(要件事実としての共謀)をあいまいにしたままで共謀の概念を利用してきた穂積陳重が、二面的な共謀の説明を、本質的な面(要件事実としての共謀)において判断した発言と考えることができる。

「私ハ共謀者ト云フコトガ這入ルニ付テハ実質上反対デハアリマセヌガ其共謀者ニシテ苟モ其行為ニ着手シマシタトカ或ハ番ヲシテ居ルトカ其他犯罪ヲ為スニ便利ナラシムル行為ヲスレバ共謀ニ違ヒナイソレカラ共謀者ハ大概ノ場合ハ幫助者ニナリハ致スマイカ一緒ニサウ云フコトヲスルナラバ—————議ニ預ルト云フナラバ共謀者ニ這入ル其目的ヲ揭示シ或ハ其目的ヲ便ナラシムル為メ

ニ探索ヲスル或ハソレガ為メニ器具ヲ供スルトカ種々様々ノモノデ大概ノ場合ハ幫助者ニ這入ルト思ヒマスガ併シ共謀者ト云フ字ヲ入レタ所ガ格別異論ハナイガ其ノ場合ハ第二ノ幫助者ト云フ中ニ籠ツテ居ル」(穂積10・403頁上)。

共謀者の字を入れるのは格別異論はないが、幫助者に含まれている（ので入れなくてもいい）と発言して、内容的には、前述の、梅謙次郎の、I型の共同を共謀と解すれば、Ⅲ型は、I型に含まれているので不要と論理を、逆手にとって、Ⅲ型があれば、Ⅲ型に共謀は含まれているので、入れる必要はないということになる。穂積陳重は、梅謙次郎の主観的関連共同説の論理を、Ⅲ型に共謀をいれない根拠としたのである。実に、論理的な議論である。これで、穂積陳重が、主観的関連共同論者に配慮した表現はともかく、理論的には、主観的関連共同説を意識的に拒絶していることは、みてとれる。この発言以降、穂積陳重は発言することはない。穂積陳重は立場を明らかにしたと考えたからと思われる。

この穂積陳重の発言における、共謀の捉え方に疑問を感じた富井政章は、共謀の概念を再確認するような発言をする。

「為念ノ為メニ確カメ置キタイ此甲乙ノ間ハ斯ウ云フコトガ極マツテ居ルト云フ事ヲ横合カラ聞テ知ツテ居ルサウシテ酒ヲ買ツテ待ツテ居ルト云フノハ共謀者ト云フノデナイ若シサウ言エルナラおかみさんモ子供モ共謀者デアル」(富井8・403頁上)。

この発言の真意は、共謀と幫助は要件事実として違うということを確認してほしいということである。共謀は、①他者が何をするかを認識しており、②それを自ら実行する意思を有していること、であり、おかみさんは、②の意思がなく、幫助者は、実行行為ではなく、幫助行為であるとので、共謀者には入らないということである。富井政章は、共謀の概念を確認している。この富井政章の真意をみた、長谷川喬は、穂積陳重の真意をくみとって、共謀、幫助の概念レベルの問題ではなく、共謀を実行する上においては、教唆、幫助の実行の態様になるという意味に理解する。

(4) 共謀は連帯責任を負わないとする見解(長谷川喬説、穂積陳重説)

「今穂積君ノ言ハレタコトハ或ハ教唆者ニナルカ幫助者ニナルカデアルト思フ」と理解を示し、そして長谷川喬自身の、共謀それ自体に責任を負わずかの問題に関して見解をのべる。

「然ルニ教唆者ニモナラヌ幫助者ニモナラヌ即酒ヲ買ツテ待ツテ居ルソレヲバ連帯ノ責ヲ負ハセツト云フノハ私ハ酷ニ過ギルト思フソレガ宜イト云フナラバ私ハ不権衡ト思フ成程先刻横田君ニ対スル答弁ニ依ルト幫助者ト云フ中ニハ事後従犯ハ入ラヌ或国ニハソレモ含ンデ居ルト云フガサウトスルト犯罪ヲ容易ナラシムルコトヲシタノハ構ハヌ併シ酒ヲ買ツテ待ツテ居ルツタ只相談ヲシタト云フ其者ヲバ連帯ノ責ヲ負ハセエルト云フノハドウモ権衡上カラ言ツテモ善クナイカラソレヲ含マセルナラバ而後ノ従犯モ含マセナケレバイカヌ」(長谷川8・403頁上)。

この発言において、富井政章の「共謀ノ議ニ預ツタラ手ヲ下シタ者モ下サヌ者モ罰スルガ善イカ

ドウカ」に関する、長谷川喬の見解が表明されているのである。この見解に至る審議の過程から、法の解釈の方法の特徴がみてとれる。一般的に法の解釈は、①共同不法行為は連帯責任である、②共同行為は共謀である ③したがって、共謀者は連帯責任を負うというような三段論法をとる。このような方法だと、共同行為を共謀と解釈するかが本質的な議論となる。

ところが、穂積陳重、長谷川喬の議論の方法は、共謀（内心的・主観的）を、①共謀が加害行為として権利侵害行為（実行行為）となる場合、②その加害行為が権利侵害に向けられたが未遂又は特定不明の加害者不明の場合、③共謀が教唆、幫助の行為態様に現れた場合というように現象形態（行為態様、客観的）において捉えている。そして、条項レベルにおいて、①はⅠ型、②はⅡ型、③はⅢ型としていることになる。したがって、共謀者は現実的には連帯責任を負うことになるという実質的な判断がある。このような方法に基づいて、長谷川喬は、論点を絞って、共謀者を「教唆者ニモナラヌ幫助者ニモナラヌ即酒ヲ買ツテ待ツテ居ルソレ」としてその共謀者「ヲバ連帯ノ責ヲ負ハセ」るか、と設定し直しているのである。そして、結論として、共謀者に連帯責任を負わせるのは、「私ハ酷ニ過ギルト思フ」とする。「私ハ酷ニ過ギルト思フ」のは、「幫助者ト云フ中ニハ事後従犯ハ入ラヌ・・トスルト犯罪ヲ容易ナラシムルコトヲシタノハ構ハヌ併シ酒ヲ買ツテ待ツテ居ツタ只相談ヲシタト云フ其者ヲバ連帯ノ責ヲ負ハセルト云フノハドウモ權衡上カラ言ツテモ善クナイカラ」である。逆に言えば、事後従犯が責任を負へば共謀も責任を負うということになる。

ところで、「共謀ノ議ニ預ツタラ手ヲ下シタ者モ下サヌ者モ罰スルガ善イカドウカ」、「教唆者ニモナラヌ幫助者ニモナラヌ即酒ヲ買ツテ待ツテ居ルソレ」を共謀者として、連帯責任を負わせるか、の論点は、実は、この審議の冒頭で横田國臣が提起し、それに穂積陳重は答弁しているのである。横田國臣は、本審議の最初の質問のなかで、本論点を、次のように尋ねる。

「尚ホ御尋ネシタイノハ民法上ノコトト刑法上ノ事ト少シ違ウト思フソレハ教唆者及ビ幫助者ト云フ者ガアル無論教唆者モ幫助者モ共謀者モ同ジデ宜イガ例ヘバ①教唆者デモ幫助者デモナイ共謀スルト云フ事ガアル②ソレハ民法上デハ入ルベキデアロウト思ヒマスガ併シ刑法上デハ入ラヌコトト思フ此事ダケヲ御尋ネシタイ（①②、筆者）」（横田1・396頁上）。

この質問（①）は結論も含んだもの（②）となっている。Ⅰ型の共同を共謀と解釈する立場からは当然のことだからである。横田國臣にとって議論の前提となることを確認する意味があるとともに、共同不法行為論の本質論であると考えて、起草者の穂積陳重に冒頭で確認したと思われる。

しかし、穂積陳重は、この質問には、直後の答弁では、応接しなかったもので、横田國臣は、改めて質問をする。

「今第三ニ御尋ネシタイノハ自分ガ一緒ニシタヤウナ是レハ見ヘル併シ往カヌ奴ガアルミンナ今夜往ツテ殺シテ金ヲ取ツテクルカラ待ツテ居レト言ツテ留守ヲシテ居ル奴ガアルソレハ連帯ヲサセヌト云フノデアリマスカ」（横田2・397頁上）。

そして、この質問に、穂積陳重は答弁する。

「第三ノ御質問ニ移リマス自分ハ其事ニ関係シナイ併ナガラ後デ自分ガ其物ヲ取ツテ来イトカソレカラ其利益ダケヲ受ケルサウ云フヤウナコトハ事実デ本當ニ其行為ヲ為シタ一部分ニナルトキトナラナイトキトガアラウト思ヒマス後カラ其品物ヲ隠シテヤリマシタ後カラ其人ヲ匿モウテヤリマシタト云フヤウナ風ナノハ是レデハ第三項(Ⅲ型)ノ幫助ト云フ、其事柄ヲ為シ遂ゲルノヲ幫助シタト云フコトニハ這入ラヌノデアリマスカラ通常這入ラヌソレハ本案ニハ入レテイナイ」(穂積2・397頁上)。

この答弁を、実行行為、教唆、幫助の伴わない共謀に連帯責任を負わせるか、に絞ると、共謀者で「留守ヲシテ居ル奴」が留守の後、「其行為ヲ為シタ一部分ニナルトキトナラナイトキト」とに區別して、留守だけの共謀者は、一部分の実行行為にならないので、連帯責任を負わないという結論になるが、明確には述べない。ただし、「後カラ其品物ヲ隠シテヤリマシタ後カラ其人ヲ匿モウテヤリマシタト云フヤウナ風ナ」ものも「其事柄ヲ為シ遂ゲルノヲ幫助シタト云フコトニハ這入ラヌノデアリマスカラ」Ⅲ型の幫助には入らず、連帯責任を負わないのだから、留守だけでは連帯責任を負わせられないという判断を含意している。

共謀自体で連帯責任を負うかの、具体的事例としての共謀者が留守だけで責任を負うかの問題に関して、穂積陳重は、事後の関与は幫助に当らない根拠に、共謀自体だけでは連帯責任を負わないと判断を示唆していたが、この論理を、長谷川喬は、前に確認したように、明確に「教唆者ニモナラヌ幫助者ニモナラヌ即酒ヲ買ツテ待ツテ居ルソレヲバ連帯ノ責ヲ負ハセツト云フノハ私ハ酷ニ過ギルト思フソレガ宜イト云フナラバ私ハ不権衡ト思フ」と見解を示したのである。その根拠として、「成程先刻横田君ニ対スル答弁ニ依ルト幫助者ト云フ中ニハ事後従犯ハ入ラヌ」を、前提に、権衡上、留守だけの共謀者に連帯責任を負わすことはできないと結論を下しているのである。この「先刻横田君ニ対スル答弁」こそが、前述の「後カラ其品物ヲ隠シテヤリマシタ後カラ其人ヲ匿モウテヤリマシタト云フヤウナ風ナノハ是レデハ第三項(Ⅲ型)ノ幫助ト云フ、其事柄ヲ為シ遂ゲルノヲ幫助シタト云フコトニハ這入ラヌノデアリマスカラ通常這入ラヌソレハ本案ニハ入レテイナイ」(穂積3・397頁上)という答弁なのである。長谷川喬は、審議の初めのころの穂積陳重の答弁を、本審議の最大の山場に持ち出したということになる。

(4) 共謀は連帯責任を負うとする見解(富井政章説、梅謙次郎説)

共謀自体だけで連帯責任を負わすのは酷すぎるという、長谷川喬の見解に対して、富井政章は、共謀は実行行為者を前提に、連帯責任を負うのであり、共謀とはどういうものであるかの基本的な説明で、そう酷ではないと反論する。

「甲乙丙ノ三人ガ共ニ丁ナル者ヲ殺サウデハナイカト云フ事ヲ企テ議ヲ決シタト云フ場合ハドレモ教唆者デモナイ幫助者デモナイ其中ノ甲乙二人ガ手ヲ下シニ往ツタ丙ハ矢張り共謀者デアル何ゼ

ナラバ教唆者ト云フノハ器具ヲ供シタルトカ有形上無形上ソノ事ヲ為スニ預ツタノデハナイ只其事ノ成就ヲ輒スクシタト云フノデアル」(富井9・403頁下)。

教唆者も連帯責任を負うならば共謀者も同様で、教唆者も共謀者も本質としては「只其事ノ成就ヲ輒スクシタト云フ」ことでは同じだからだというのである。共謀者が酷だと教唆者も酷ということになり、本案のⅢ型に教唆者は入っているのではないかと、穂積陳重も含めて、批判する。

富井政章が教唆者と共謀者の関係から、長谷川喬、穂積陳重の共謀者無責任説を批判したのに対し、梅謙次郎は、共謀者無責任説の根拠であった、事後従犯との権衡論に対して、共謀者と事後従犯とは、罪の程度は同じであるが事柄は違うので、比較はするのは適当ではないと批判する。

「先刻カラ例ニ出テ居リマスカラ御答ヘヨ願ヒタイノハ私ガ或者ト相談シテ長谷川君ノ所ニ往ツテ泥棒ヲシヤウ併シ兩人往クニ及バヌカラ一人デ往ツテ持ツテ来タ物ハ山分ケニシヤウト言ツテ私ハ家ニ酒ヲ買ツテ待ツテ居ルサウシテ持ツテ来タ物ヲ山分ケニシタト云フスフ云フ事実ノアツタ場合ニハ長谷川喬君ハ七百二十七条ヲ適用セヌガ宜イト云フ御考ヘデアルガ私ノ考ヘデハ初メカラ泥棒ヲシヤウト云フ相談ヲシテ一人ガ手ヲ下シタガ併シ其結果ハ二人デ分ツタナラバ私ハ之ヲ一ノ行為ト見ル方が穩当エアルト思フ富井君ノ言ハレタ如クソレハ全く幫助者デモナク教唆者デモナイ共同行為者ト見ル其場合ニ事後従犯ノ者ト同ジニシテハ可笑シイ罪ノ程度カラハ同ジカモ知ラヌガ事柄ハ違フノデ事後行為者ハ其ノ行為ヲ為ストキニハ其意思ガ加ハツテ居ラヌ先刻ノ例デ言ヘバー一人ノ意思デバカリヤツタノデハナイ私ノ意思モ矢張り籠ツテ居ル後カラ助ケルノハサウデハナイ行為ヲスルトキハ全く単独デアツタ後カラ或ル不法ナルコトヲスルニ人ガ加ハツタ其不法ナルコトヲ後カラスルコトニ付テハ十分責任ガアツテ宜イガ前ニアツタコトヲソレガ済ンダ後ニ責任ガアルト云フコトハナイソレ故ニ二ツノ間ニ區別ガアルト思フ」(梅謙次郎4・403下～404頁上)。

この梅謙次郎の発言は、共謀も連帯責任を負うべしということと、共謀は、Ⅰ型の共同不法行為とする二点を主張している。つまり、共謀者も連帯責任を負うべきであるということと、Ⅰ型の共同行為を共謀と解釈すべきとする。まだ、Ⅰ型の共同行為を共謀と解釈することは、諦めていない。

共謀をⅢ型に附加するという土方寧の修正案から、そもそも共謀は連帯責任を負うかの議論となり、穂積陳重と長谷川喬は、Ⅰ型、Ⅱ型、Ⅲ型に表れた共謀は連帯責任を負うが、単純な共謀は負わないとする見解で、富井政章と梅謙次郎は単純な共謀も責任を負うとし、梅謙次郎は、その共謀は、Ⅰ型に共同行為であるとする見解である。いずれにしても、単純な共謀も連帯責任を負うべきだという見解が有力な流れとなっているといえよう。

4 第四段階：Ⅲ型に共謀を附加する修正案とその審議

(1) 土方寧のⅢ型に共謀を附加する修正案の三度目の提案

単純な共謀も連帯責任を負うべきであるという流れの中で、そして、一般的には、梅謙次郎のように共謀をⅠ型の共同行為に解する見解の中で、土方寧は、共謀をⅢ型に附加する見解を、打診

(第二段階・土方2・400頁下)、修正案(第三段階(土方3・402頁下～403頁上)の提案に続いて、三度目の主張をするのである。土方寧は、まず、これまでの議論を、次のように、纏める。

「詰り①長谷川君ノ御考ヘデハ七百二十七条ノ中ニハ共謀者ガ入ツテ居ラヌ又這入ツテ居ナイガ適当ダト云フノガ論拠デアル又②起草者ノ御考ヘデハ共謀者ハ無論一項(I型)ニ這入ル無論罰スベキ者ダト云フコトデ私モ罰スベキ者デアルト云フコトハ同意ス(①②、筆者)」(土方4・404頁上)。

土方寧は、①長谷川喬と②起草者(穂積陳重)のI型の共同の解釈を違うものとして纏めているが、これは穂積陳重が共謀者は無論I型に入ると説明していたのであるが、それでも、これまでの審議過程の検討から、穂積陳重の共謀者は共謀で権利侵害を実行した者であり、単純な共謀は、意味していなかった、つまり、共謀を要件事実とはしていなかった。他方、①長谷川の見解は、共同行為の要件事実は、共謀ではなく、一つの権利侵害として共同原因であるということである。したがって、共謀者が権利侵害の共同原因者であれば、権利侵害の原因者であるという要件事実に該当するので、そのような共謀者は、①長谷川喬の考えでもI型に入ることになる。要件事実論の側面では、①②は同じ考えということになる。

このようなことは、土方寧は、当然、理解した上で、長谷川喬と穂積陳重を切り離して、共謀自体に責任を負わすべきという、自分の考えに、穂積陳重は反対していないこと示すためである。土方寧は、穂積陳重が、I型の共同行為を共謀と解釈していない、つまり要件事実として捉えていないことは、了解している。前にも、そのことは確認したが、ここでは、より明確に、共謀をⅢ型に附加するために、述べている。共謀がI型の共同行為の要件事実と捉えられるならば、共謀をⅢ型に附加して要件事実とする意味がないからである。

土方寧は、前述の「起草者ノ御考ヘデハ共謀者ハ無論一項(I型)ニ這入ル無論罰スベキ者ダト云フコトデ私モ罰スベキ者デアルト云フコトハ同意ス」の直後に「①多クハ幫助者カ教唆者ニナリマセウガ②共謀者トシテ責任ヲ負ハセルニハ二項(Ⅲ型)ニ共謀者ト云フコトガ加ハラナケレバйкаヌ(①②、筆者)」(土方4・404頁上)。①は穂積陳重の共謀がI型で要件事実でないことを、前提に、実行行為者でない共謀者は多くは、Ⅲ型の教唆者、幫助者に入るが、共謀者ということで独自に責任を課すためには、共謀を要件事実とする必要があり、これが、Ⅲ型に附加する修正案の提案である。

そして、土方寧は、その修正案の理由を述べるのであるが、その理由の一つとして、共同行為の捉え方についても、自己の見解をのべる。

「尤行為ト云フコトノ学理上ノ見解カラシテ二項(Ⅲ型)ノ教唆者共謀者トイウコトハ要ラヌト云フコトナラバ二項(Ⅲ型)ヲ削ツタガ宜イアツテミルト共謀者ト云フコトヲ加ヘナケレバドウモ可笑シイ二項(Ⅲ型)ガアツテ教唆者幫助者ハ本来共同行為者デナイケレドモ法律ガサウ見ルト云フコトニナルト共謀者ノ場合ニ疑ヒガ生ズルカラ共謀者モ加ヘル方ガ宜イ寧ロ之ヲ除イテ仕舞ウガ

宜イト云フ説ガ出ルカ知ラヌガソレハ余リ学理ノ高尚ニ失シタ者デアツテ打合セテ家ニ引込シテ居ル酒ヲ買ツテ待ツテ居ルガト云フ意思ヲ発表シタラソレハ共同行為デアルト云フコトガ言ヘヌコトハアリマスマイガ少シ学理ニ偏シテ居ツテ通常言フ共同行為デハナイト思フ本来共同行為ト云フモノハ普通ノ意味ニ取ツテ置イテサウシテ二項(Ⅲ型)ノ方ニ共謀者ト云フ者ヲ置クガ宜イト思ヒマス」(土方4・404頁上下)。

土方寧は、Ⅲ型に共謀を附加する修正案において、Ⅰ型の共同行為の解釈では、客観的共同原因論者の穂積陳重、長谷川喬、高木豊三に配慮し、他方、主観的関連共同論者の富井政章、梅健次郎、横田國臣、磯部四郎に対しては、共謀をⅢ型に附加することで配慮して、主観的関連共同論者と客観共同原因論者の妥協を図ろうと考えたのである。

土方寧は、富井政章に対して、富井政章は共謀者の連帯責任の根拠をⅢ型の教唆者と共謀者の同質性の契機におくが、Ⅰ型の共同を共謀と解する説とⅢ型の存在は矛盾すると批判し、要件事実論の観点からは、Ⅲ型に共謀を附加する方が合理的である旨を示唆しているのである。土方寧は、二項(Ⅲ型)の存在がⅠ型の共同行為を共謀と解せない根拠となっていると考えている。だから、Ⅲ型に共謀を附加しなければ、共謀を連帯責任とすることはできないというのである。逆に言えば、Ⅰ型の共同行為を共謀と解する説とⅢ型の存在は矛盾するというのである。Ⅰ型の共同行為を共謀と解すれば、Ⅲ型の削除を主張すべきで、富井政章の、共謀の連帯責任の根拠を教唆者に求めるのはできないということでもある。そこで、主観的関連共同説の立場から適切なのは、Ⅰ型の共同行為を共謀と解釈し、Ⅲ型を削除することであるが、共謀を共同行為と言うのは学理に偏して通常いう共同行為ではないとして、むしろ、Ⅲ型に共謀を附加したほうが適切であるというのである。

このⅠ型の共同行為を共謀と解釈しないことは、穂積陳重、高木豊三、長谷川喬の見解にのることの意味し、客観的共同原因論者に配慮を示すことになるのである。

土方寧の修正案の提案は、Ⅱ型の共同行為の修正案との関連では、Ⅱ型の修正案に乗らないことを意味する。Ⅱ型の修正案の理由は、Ⅰ型の共同行為が共謀と解すれば、Ⅱ型の共同行為が無意味となるので、残すとすれば、共同行為を修正する必要があるからで、ところが、土方寧は、Ⅰ型の共同行為を共謀とは解釈しないからである。

土方寧は、共謀を、現象的には部分として残し、適用の論理においては、その部分である共謀が共同不法行為の本質となることが、みえていたので、当面、妥協して、手がかりを、Ⅲ型に共謀を要件事実として残すことを考えていたのであろう。後に見るように、この論理の逆で、共謀が附加できなければ、Ⅲ型の教唆、幫助が、共謀の現象形態として捉えられ、主観的関連共同説が部分として固定される理論的可能性が高いので、それよりは、Ⅲ型の削除のほうが、本体であるⅠ型の共同行為を共謀と解釈する可能性が高くなると考えて、修正案が否決された直後に、土方寧は、客観的共同原因論者の高木豊三のⅢ型削除説に賛成するのである。高木豊三は、この土方寧の論理が見

えるので、即座に拒否することになる。土方寧の修正案に対する原理的批判が高木豊三の見解であるが、その前に、次にみるように、長谷川喬が、土方寧に歩み寄ろうとする。

(2) 土方寧の修正案に対する客観的共同原因論者・長谷川喬の対応

土方寧の周到に考え抜かれたⅢ型に共謀を附加する修正案に、客観的共同原因論者はどう対応するであろうか。まず、長谷川喬が応接する。長谷川喬は、Ⅰ型には共謀者がはいていないという解釈を、土方寧が賛意を示したことで、妥協の余地を見出す。長谷川喬は、直接的には、土方寧の修正案に、賛意を表明しないが、内容的には、賛意を示す発言をする。長谷川喬が、共謀に責任を課すべきでないとするのは、事後従犯が責任を負わないこととの権衡論からであり、Ⅰ型、Ⅱ型の共同行為を共謀と解しなければ、妥協の余地はある。長谷川喬としては、土方寧の修正案は共謀と解さないことを前提にⅢ型に共謀を附加しようとするものであるから、事後従犯との権衡論を回避できれば、修正案に賛成することができる。そこで、長谷川喬は、梅謙次郎の質問に答える形で、この問題に関する判断を、事後従犯も責任を負うとし、権衡論からも、単純な共謀で連帯責任を負うのは政策判断の問題となり、内容的に、土方寧の修正案に賛成する可能性を示す形となる。

「私ニ対シテ梅君カラ御問ヒガアリマシタカラ御答ヘ致シマス横田君ノ出サレタ例デ二人デ窃盜ヲシャウト云フ相談ヲシタ併シ二人ノ人ハ入用デナイカラ私ハ往カナイト云フ場合ニ其者が第二項(Ⅲ型)ニ含ムヤ否ヤ私ハ含マスト思ヒマス何ゼナラバソレハ只相談ヲシタ丈ケデアリマス尤モソレハ事実問題デアリマスガ苟モ教唆ノ事実ガ一モナイ併シ取ツテ来タ財産デ贓物ノ山分ケヲシタソレハ刑法デ云フ事後従犯タル責ハアルデアリマセオウソコデ先ニ云フ通り此幫助者ト云フ中ニハ事後ノ従犯モ入レナケレバナラスト思フ梅君ハ事後ノ従犯ハ一向前ノ行為ニ関係ガナイト言ハレルガ例ヘバ或人ガ是レカラ往ツテ泥坊ヲシテ来ルカラ買ツテ貫ヒタイト云フノ盗ニテ来テ或者ハ売ルソレハ全く教唆者デモナケレバ幫助者デモナイサウシテ事実カラ論ズルト買ハウト云フモノガアツタナラ罪ヲ犯スニハ甚ダ便利ニナツタ若シソレヲ共ニ本条ノ責ヲ負ハスト云フナラバ宜イガ只相談シタト云フコトガアルダケデ以ツテソレニ責ヲ負ハセルト云フコトガアルト相談ハ意言ダケノコトヲ罰スルト云フコトニナツテ不都合ト思フ共謀ト云フ文字ガアルカラ云々ト云フコトヲ土方君ガ言ワレマシタガ成程刑法上デモ共謀ダケデ罪ヲ為スコトガアルノハ勿論ノ事デアル」(長谷川9・404頁下)。

この発言を、文字通り解すると、土方寧の修正案に対する判断とは読みとれないが、長谷川喬の共謀の無責任論が事後従犯の無責任論との権衡論にあったので、その事後従犯も責任あるとすると、共謀も責任を負うべきとなり、しかも、共謀という文字を、条文化すれば、さらに、Ⅰ型、Ⅱ型の共同行為が共謀でないということが長谷川の生命線であるとするならば、その解釈を認める土方寧の修正案に賛成することに、別段、長谷川の論理に、破綻がきたすわけではなく、いずれにしる妥協点を探っていた長谷川喬が、土方寧の妥協案である修正案に直接賛成を表明したわけではないが、

内容的には土方寧の修正案への歩み寄りを示したと解釈することもできる発言である。

(3) 土方寧の修正案に対する主観的関連共同論者・横田國臣の対応

これに対して、横田國臣は、本来は、I型に共謀は入り、却って、II型の共同行為を修正する方向で行くべきとして、土方寧のIII型に共謀を附加する修正案に、主観的関連共同説の本質を共謀・通謀とする観点から反対を志向する。しかし、全体の流れは、I型の共同行為を共謀ではなく、「其行為ノ結果ハーツノ権利侵害」(穂積陳重)、結果に対する共同原因とする客観的共同原因説を前提として、共謀はIII型に附加する修正案の当否に議論は進んできていることに対して、しかも、その議論を主観的関連共同論者がリードしていることに対して苛立ちを覚えている。そこで、II型の存在を使って、主観的関連共同説の立場からは、修正案の議論に乗れないのではないかと本質的な批判を展開するのである。すなわち、共同不法行為の連帯責任の根拠を、「一体連帯ト云フコトハ通謀ガアルカラ連帯ニナル」として「通謀」に置き、I型にその通謀・共謀は入るとして、II型は通謀なくして連帯責任を負うことにするので、「此二項 (II型) ハ一体嫌ヒナノデアリマス」というのである。横田國臣は主観的関連共同論者の富井政章と梅謙次郎が妥協しないように牽制するために、発言の冒頭で、両者に賛成することを表明する。

「私ハ全クソレニ付テハ富井君ニ賛成スルノデアル合セテ梅君ヲ賛成スルノデアリマスソレデ幫助者ノ中ニ共謀者が大概籠ルト云フコトハ決シテナイ共謀者ト幫助者トハ丸デ違フ共謀者ノ中ニ幫助ヲスル者ガナイトハ言ヒマセヌガソレデ事後ノ幫助者ト云フ者ヲ刑法デ拵ヘヤウトモ拵ヘマイトモソレハ同ジコトデアリマス如何トナレバ只幫助者ト言ハンノミデ即チ贓物ヲ分ツタトキハ罰スル強窃盜ノ贓物タルコトヲト知ツテ受ケタル者ハ云々ノ箇条デ罰スル斯ウ云フ者ハ共同行為ト看做スト云フガ私ハ至当ト思フ又左モナイ通常ノ共謀ノミハ私ハイケマイト思フ夫レハ民法デモイケマイト思フ民法上ノ論カラシテアノ人ノ物ヲ取レ宜カラウト云フコトデ直チニ向フニ損害ガ生ズルモノトハ私ハ思ワヌソレデ私ハ実ハ第二項 (II型) ハミンナガ損害ヲ加ヘテ知レヌカラシテミンナノ全部ニ付テヤルト云フコトハ私ハ宜イケレドモ是ガ連帯ニナルト云フコトハ実ニヒドイト思フ一体連帯ト云フコトハ通謀ガアルカラ連帯ニナル、ソレハ宜イケレドモ通謀ガナクシテ連帯ニナルト云フコトハ私ハ少シク嫌ヒナノデアリマス誰ガヤツタカ分ラヌカラソレヲ各自ニ分担シテ百円ノ物ナラ十円分担スルト云フノガ至当ノ事デアル、デ共謀者ナクテ連帯ト云フコトガクルト云フコトハ此二項 (II型) ハ一体嫌ヒナノデアリマスソレデドウモ私ハ却テ既成法典ノ方が宜イト思フ」(横田5・404頁下~405頁上)。

横田國臣は、最後に「私ハ却テ既成法典ノ方が宜イト思フ」と述べている。これは、ボアソナード民法にコミットし、共同行為論の場面で修正された本案に対する複雑な感情を読み取ることができる。横田國臣は、主観的関連共同説の立場からは、「此二項 (II型) ハ一体嫌ヒナノデアリマス」。なぜなら「私ハ実ハ第二項 (II型) ハミンナガ損害ヲ加ヘテ知レヌカラシテミンナノ全部ニ付テヤ

ルト云フコトハ私ハ宜イケレドモ是ガ連帯ニナルト云フコトハ実ニヒドイト思フ一体連帯ト云フコトハ通謀ガアルカラ連帯ニナル」からである。横田國臣は、このひどいⅡ型をそのままにした修正論議は、主観的関連共同説の立場からはあり得ないであろうと、梅謙次郎と富井政章に主観的関連共同説を堅持することを求めているのである。

(4) 土方寧の修正案に対する主観的関連共同論者・梅謙次郎の対応

この横田國臣と主観的関連共同論者として共同戦線を張ってきた梅謙次郎は、修正案に対してどう対応するのであろうか。梅謙次郎は、横田國臣が「一体嫌ヒナノデアリマス」というⅡ型の存在理由を説明しなければならない。このⅡ型に存在理由の捉え方によって、Ⅰ型の共同行為、Ⅲ型に共謀を附加する理論的正当性が説明されることになるのである。梅謙次郎は、自己の共同不法行為理論の本質論を述べることになるのである。梅謙次郎は、Ⅱ型（加害者不明型）の存在理由を、「斯ウシテ置カヌト被害者ハ誠ニ迷惑デアルソレデ便宜上被害者ノ為メニ斯ウシテアル」として立法的政策判断に置くのである。そうすると、Ⅰ型の共同行為の解釈も立法的政策判断を根拠することで相対化されるので、「諸君ノ考ヘデハ共謀者ハ純然タル共同行為者デナイト云フ御考ヘガアリマシナラソレモ幾分カ理窟ガアリマスカラ」と客観的共同原因説が許容され、その解釈を前提に、土方寧のⅢ型に共謀を附加する修正案に、「賛成シテモ宜シウゴザイマス」という結論になるのである。Ⅰ型の共同行為を共謀と解することに固執しないことになるのである。土方寧の修正案の前提である、Ⅰ型の共同行為を共謀とは解しない、客観的共同原因説も解釈論として成立することを認容するのである。

「只今横田サンノ御論ガアリマシタガ別ニ案トナツテ賛成ガアツタノデモアリマセヌガ立チマシタ序ニ只一言申シテ置キマス此一項ノ末段（Ⅱ型）ノ場合デアリマス此場合ニ一部分ズツ負担スルコトト云フノハソレコソ理屈デナイト思フ全部義務ト云フナラバ理屈ガ立チマスガ連帯ハ既成法典ニハ代理ガアルト云フコトデアリマスガばあそなード氏ハ通謀ガナケレバ代理ガナイト云フコトデソレヲ云フ為メニ態々一ツハ連帯一ツハ代理トシテ分ケテアル連帯モ本案デハ殆ド既成法典ト違ハヌ位効力が狭クナツテ居ル代理ト云フ觀念ハ本案ハ取ラヌサウスレバ平均上連帯ニシタ方ガ宜イ些細ノ違ヒシカナイノニ此場合ニ一方ハ全部ト見ル一方ハ連帯ト見ルノハ小刀細工デアルカラ両方トモ連帯トシタノデ理屈カラ言ヘバ本人ノ分ラヌノミ責任ヲ負ハセルノハ間違ツテ居ルカ知ラヌガ斯ウシテ置カヌト被害者ハ誠ニ迷惑デアルソレデ便宜上被害者ノ為メニ斯ウシテアルソレカラ又共謀者ヲ入レルコトニ付テハ今長谷川君ガ言ハレマシタガオマエガ之ヲ盗ンデ来レバ買ツテヤラウ盗ンデ来ルカラ買ツテ呉レト言ツタ其場合ニ私ガ或人ト共ニ泥坊ヲシヤウト云フ意思デアツタガ其時ノ都合デ私ガ待テ居ル一人ガ手ヲ下シタ場合トハ大變違ウ初メノ場合ハ元々自分が泥坊スル意思ガナケレバ又相手ノ者モ一緒ニ其人ト事ヲ共ニスル意思ハナイ自分一人デ泥坊ヲスル意思ガアル只後デ買ツテ呉レル、都合ガ宜イカラ予メ話ヲシタノデ共謀ト云フコトデハナイ盗ムト云フ行為ト贓品ヲ

買ウト云フ行為デアツテ自ラ區別ガアル然ルニ他ニ罰条ガナイカラ今ノ刑法デー緒ニシタノハ間違
ツテ居ルト思フ併シ刑法デ罰スル罰セヌト云フコトハ純然タル理屈ニナルカラ止メマスガ只意思ダ
ケデ損害ガ生ジナケレバ損害賠償ノ問題ガ起ラヌ其意思ガ発表シテソコデ損害賠償ノ問題ガ起ル①
無論私ハ共謀者ト云フ字ガ這入ツテモ宜カラウト思フ、②就テハ諸君ノ御考ヘデ共謀者ハ純然タル
共同行為者デナイト云フ御考ヘガアリマスナラソレモ幾分カ理屈ガアリマスカラ③私ハ其説ニ賛成
シテモ宜シウゴザイマス (①②③、筆者)」(梅5・405頁上下)。

この発言は、梅謙次郎が、Ⅱ型の修正案から撤回して、土方寧の修正案に賛成するものである。
最後の、「①無論私ハ共謀者ト云フ字ガ這入ツテモ宜カラウト思フ、②就テハ諸君ノ御考ヘデ共謀
者ハ純然タル共同行為者デナイト云フ御考ヘガアリマスナラソレモ幾分カ理屈ガアリマスカラ③私
ハ其説ニ賛成シテモ宜シウゴザイマス」に結論が表明されている。③の「私ハ其説ニ賛成シテモ宜
シウゴザイマス」という其説とは、①説か、②説か。土方寧の修正説は、①と②を認める説である
から、梅謙次郎も①②を認めて、土方寧の修正説に賛成を表明したことになる。

(5) 土方寧の修正案に対する客観的共同原因論者・高木豊三の対応

梅謙次郎が土方寧の修正案に賛意を表明して、その修正案が認められそうな流れに対して、高木
豊三が、そもそも、共謀に連帯責任を認めること自体を拒絶して、土方寧の修正案に全面的に反対
する。高木豊三は、前述の第一段階で、Ⅰ型の共同行為を共謀とする解釈を前提に、Ⅱ型の共同行
為者を、梅謙次郎の「同時ニ不法行為ヲ為シタル者」にする修正案が了解されようした場面で、そ
の前提となっていたⅠ型の解釈自体に疑問を呈し、この修正案を振り出しに戻したのであるが、こ
こでも、また、高木豊三は、今度は土方寧の修正案の了解段階で、そもそも論で、待ったを掛ける
ことになる。土方寧の修正案の共謀を附加するⅢ型そのものを「教唆者トカ幫助者トカ云フノハ是
レハ刑法ノ通り其意思ヲ罰スルノdealガ他人ノ損害ヲ償ハセルノコトハデキヌト」と否定する。
そして、客観的共同原因説の本質を「現実ニ損害ヲ生ジタ者ニ責ヲ負ワセル」ことに置き、共謀を
(Ⅰ型であろうがⅢ型であろうが) 要件事実とする理論を否定する理論を全面的に展開するのであ
る。本審議で、穂積陳重の、本案の趣旨説明に次ぐ、長い説明である。この説明が、後述するよう
に、横田國臣が土方寧の修正案に賛成しない契機となっている。土方寧の修正案は、主観的関連共
同説の原則論者である横田國臣と客観的共同原因説の原則論者である高木豊三の支持を得ることが
できなかったのである。高木豊三の反対がなければ、土方寧の修正案が通ったと考えられる。この
土方寧の修正案を葬りさった高木豊三の説明を、長いが、みることにしよう。

「私ハ第二項(Ⅲ型)ハ削ルガ宜イト思フ富井君ノ言ワレル如キモノハ無論這入ラヌトイウ方ガ
民法トシテハ至当ト思フ聊カ其理由ヲ述ベマスガ先刻カラ皆サンノ御論ジニナル所又原案ノ主義ニ
依リマシテモ始終刑法ノ主義ト云ツテ宜イカ意味ト云ツテ宜イカ其主義ヲ以テ原案ガ出来タ成程第
二項(Ⅲ型)ハ現ニ独逸ノ草案ニモ此通り当ルヤウデアリマス是レハドウ云フコトデアラウカト云

フコトヲ考ヘテ見マスニ教唆者幫助者ヲ罰スルト云フコトハイズレモ刑法ノ性質ノコトデアラウト
 思フ語ヲ換ヘテ言ヘバ行為ヲ為サズシテ只単ニ或犯罪ヲ勸メテ助ケタト云フコトハ是レハ全ク教唆
 者ニ至ツテハ少シモ行為ナクシテ只意思ヲ促ガシテ決意ヲ促ガシタト云フダケデアアル幫助者ガ其機
 械ヲ与ヘ其家をニ這入ル方法ヲ教ヘタ其意思ハ憎ムベキデアルト云フ事ハ刑法ノ刑罰ノ目的トシテ
 ハ咎ム可キコトデアアルガ併シ乍ラ民法ノ損害賠償ノ訴ヲ提起スルニハソコ迄這入ル可キコトデア
 アルカ疑フ私ハ民法デハ現実ニ損害ヲ生ジタ者ニ責ヲ負ハセルト云フノガ民法ノ範圍ノ極端デアラウト
 思フ若シソレデナケレバ何故ニ此不正ノ損害ト云フ中ニ自分ガ行為ヲ為シタト云フコトニ限ルノデ
 アルカ総テノ民事ノ行為デ他人ニ損害ヲ生ズルヤウナ事ヲ勸メタ方法ヲ与ヘタヤウナ奴ガアルトソ
 レハ皆其者ニ賠償ノ責ヲ負ハサナケレバナラヌソレデ假令ヒ不法行為ト雖モ此ノ教唆者トカ幫助者
 トカ云フノハ是レハ刑法ノ通り其意思ヲ罰スルノデアアルガ他人ノ損害ヲ償ハセルノコトハデキスト
 思フソレデ之ヲ削ツテ仕舞ウサウスレバト諸君ノ中ニハ刑事ノ方ハ民事裁判所ニ提起スルトキハド
 ウカト云フ説ガアリマセウガ刑事ノ方デ之ヲ共犯人トシテ極メテ仕舞ヘバ是レハ教唆者デアラウガ
 幫助者デアラウガ均シク其裁判ノ結果トシテ均シク知ツタ者ト見テ差支ナイケレドモ例ヘバ十人寄
 ツテ人ノ家ヲ潰シタサウシテ訴ヘラレタ所ガ仲裁人ガ這入ツテ訴ヘハ止ンダガ併シ償ナヒダケヲ出
 サナケレバナラヌ此場合ニ民事裁判所ハ十人シテ壞ハシタ併シ誰某ガ教唆シタ誰某ガ塀ヲ壞ハシタ
 鍬ハ誰ガ貸シタト云フサウ云フヤウナ者ヲ民事裁判所ヘ引張り出シテサウシテソレニ連帯ノ責任ヲ
 負ワセルト云フノハ如何ナモノデアリマセウカ民事ノ性質トシテ私ハ出来ヌコトト思フ現ニ独逸ニ
 モ這入ツテ居リマシタガ民法ノ上ニハ教唆者トカ幫助者トカ云フ者ハ此中ニ入レテ連帯ノ責任ヲ負
 ハセルト云フコトハ少シ見当違ヒデアアルマイカト思フソレカラ梅君ノ御説明ノ如ク成程私ハ其場合
 ハ少ナイト思ヒマスガ向フノ物ヲ持ツテ来テ損害ヲ加ヘルコトガナイトモ言ヘヌソレダカラ若シ其
 者ガ其行為ニ加功セズシテ其財物ヲ分チ得タト云フ場合ハ是レハ何も此条文ニ依ラズトモ行為ヲ為
 シタコトニ付テ連帯ノ責任ニ依テ償ヒヲ求メラレル物が残ツテ居レバ返還ヲ求メラレル又使ツテ仕
 舞ツタナラバ不当ノ利得デ之ヲ請求スルコトガ出来ル民法上デハ其方カラ往クノガ当り前ノ道デア
 アルマイカ而シテ之ヲ取ツテドウ云フ不都合ガアルカカト言ヘバ教唆者幫助者ガ人ヲ殺シテ刑法デ問
 ハレルナラバ無論其方デ刑罰モ受ケルシ賠償モ得ラレル兎ニ角サウ云フモノヲ担ギ出シテ置ノハ体
 裁上善クモナシ理論トシテモ面白クナイカラ寧ロ削ルノガ宜イト思ヒマス」(高木5・405頁下～406
 頁上)。

高木豊三は、Ⅲ型は民法では削除すべきだということである。土方寧が尤も懸念していたことを客
 觀的共同原因説の立場から展開したことになる。「私ハ民法デハ現実ニ損害ヲ生ジタ者ニ責ヲ負ハ
 セルト云フノガ民法ノ範圍ノ極端デアラウト思フ若シソレデナケレバ何故ニ此不正ノ損害ト云フ中
 ニ自分ガ行為ヲ為シタト云フコトニ限ルノデアアルカ総テノ民事ノ行為デ他人ニ損害ヲ生ズルヤウナ
 事ヲ勸メタ方法ヲ与ヘタヤウナ奴ガアルトソレハ皆其者ニ賠償ノ責ヲ負ハサナケレバナラヌソレデ

仮令ヒ不法行為ト雖モ此ノ教唆者トカ幫助者トカ云フノハ是レハ刑法ノ通り其意思ヲ罰スルノデア
ルガ他人ノ損害ヲ償ハセルノコトハデキヌト思フソレデ之ヲ削ツテ仕舞ウ」というのである。これ
は、共同不法行為が連帯責任であるのは、共謀等の共同の意思にあるのでなく、「現実ニ損害ヲ生
ジタ者」だからである。それは、「刑法ノ通り其意思ヲ罰スルノデア
ルガ他人ノ損害ヲ償ハセルノ
コトハデキヌ」からである。共同不法行為の本質は、行為者間の「横の関係」である関連共同性
にあるのではなく、結果・損害発生との「縦の関係」である「共同原因」つまり「因果関係」に
あるとする原理的な方法的立場決定なのである。「関連共同性」の究極が「共謀」であり。「因果関係」
の究極が「現実の損害」である。横田國臣の「共謀」なくして「連帯責任」なし、高木豊三の「現
実の損害」なくして「連帯責任」なしである。

(6) 土方寧の修正案に対する主観的関連共同論者・磯部四郎の対応

高木豊三のⅢ型自体の削除論に接し、磯部四郎は、「愈々二項(Ⅲ型)ガ分カラナクナツテ来タ」
として、教唆者、共謀者、幫助者に責任を負わすのは立法主義であるとしながら、Ⅱ型に共同行為
者があるままでは、土方寧の修正案について判断しかねるとする。磯部四郎は、Ⅰ型の共同を共謀
と解することを堅守するので、Ⅲ型はこのⅠ型に内包される性格のもので、Ⅱ型は性格が異なると
して別項にすべきとする論理に執着して、なかなか土方寧の大胆な見解についていかない。

「私ハ先程カラ大変高尚ノ議論ヲ承ハリマシタガ愈々二項(Ⅲ型)ガ分カラナクナツテ来タ故教
唆者トカ共謀者トカ幫助者トカ云フ者ヲ罰スルトカドウトカ云フコトハ是ハ立法主義ニナリマスカ
ラ善イカ悪イハ置イテ兎ニ角損害ヲ生ジタ者ハ皆罰スルト云フコトデソレハ誠ニ結構デアリマセウ
ガ特ニ此処(Ⅱ型)ニ共同行為者ト云フコトガアリマスガ此字ノ裏ヲ云フト損害ヲ加ヘタ者ハ何人
カ分ラヌト云フトキデア
ル損害ヲ加ヘタ人ニ掛ツテ往クヨリ外ニ仕方ガナイト云フトキデアツテソ
コヘ持ツテ来テ共同行為者ト云フ文字ガアルガサウスレバ共同行為ト云フ文字ハ兎ニ角御改メニナ
ラヌト訳ノ分ラヌコトニナツテ仕舞フソレダケデ教唆者幫助者ト云フ者ヲ第一項ノ上段(Ⅰ型)ニ
送りニナツテ是ヲ終リノ別項ニスルカドウカシナイト有形無形ヲ問ワズ損害生ジタナラバ総テ連帯
者ダト言ツテ真
ン中ノ害ノシレタ奴ダケニ掛ルト困ル立法主義ハ暫ク置イテ兎ニ角分ラナクナツタ
ト云フコト丈ケヲ申シテ置キマス」(磯部4・406頁下～405頁上)。

磯部四郎の発言は、分かり難いが、Ⅰ型、Ⅱ型、Ⅲ型の共同行為を併置すると、Ⅱ型で、「有形
無形ヲ問ワズ損害生ジタナラバ総テ連帯者ダト言ツテ真
ン中ノ害ノシレタ奴ダケニ掛ルト困ル」と
懸念を示すのである。

この磯部四郎の懸念に対して、土方寧は、一応、理解を示し、懸念解消の説明をする。

「今ノ磯部君ノ御論ハ御尤モデアリマスガ私ハ差支エナイト思ヒマス二項ノ末段(Ⅱ型)デアリ
マスガ共同行為者デモ大勢アツテ害ヲ加ヘタ者ガ知レヌトキト云フノデアリマスガ害ヲ加ヘタ者ハ
責任ガアツテ害ヲ加ヘナイ者ハ責任ガナイト云フコトニナルカラソレデ宜イト思フソレデ二項(Ⅲ

型)ノ方ノ教唆者トカ幫助者トカ云フ者ハ是ハ害ノ原因ヲ為シテ居ル者デナケレバ共謀者デモ教唆者デモナイ」(土方5・407頁上)。

(7) 土方寧の修正案に対する主観的関連共同論者・富井政章の対応

そして、終に、土方寧の修正案に、富井政章が、教唆者の連帯責任の根拠を述べることを通じて、賛意を表明する。

「マダ賛成者ガアリマセヌガ是ハ余程大キナ点デアリマスカラー一寸一言シテ置キマス、教唆者ノ講釈ヲ諸君ノ前デスルノハ仏前ノ説法デアリマスガ已ムヲ得ズ一言申シマス教唆ト云フコトハ何デアルカト言ヘバ事ヲ為スニ決心セシメタ者デ即チ無形ノ原因デアリマスガ是レガ主動者デアル刑法デ言ヘバ教唆ガナカツナラバ犯罪ガ生ジナカツタ民事デ言ヘバ教唆ガナカツタラ其損害ガ生ジナカツタト云フノデアリマス即チ其損害ヲ生ゼシメタ本尊デアル然シラバ其本ヲ罰サズシテ末ノ者ヲ罰スルト云フコトハドウデアラウカ此点ハ刑法於テモ民法ニ於テモ少シモ違ハヌト思フ」(富井10・407頁上下)。

この富井政章の土方寧の修正案への賛意は、高木豊三の、修正案反対の論拠としてⅢ型削除論の「全ク教唆者ニ至ツテハ少シモ行為ナクシテ只意思ヲ促ガシタ決意ヲ促ガシタト云フダケデアル」が「刑法ノ通り其意思ヲ罰スルノデアルガ他人ノ損害ヲ償ハセルノコトハデキヌト」という見解に対して反論し、土方寧の修正案の妥当性をのべていることになる。

(8) 土方寧の修正案に対する横田國臣の再度の反対意見

そこで、今度は、横田國臣が、高木豊三のⅢ型削除論に対する批判を通じて、自分の見解を述べる。横田國臣は土方寧の修正案に対する反対の論拠として、Ⅰ型の共同を共謀と解釈し、「共謀者ナクテ連帯ト云フコトガクルト云フコトハ此二項(Ⅱ型)ハ一体嫌ヒナノデアリマス」(横田5・405頁上)として、Ⅱ型の扱いが重要であるとして、土方寧に反対したのであるが、その反対者の高木豊三はⅢ型削除論まで主張した。そこで、土方寧の反対論者である横田國臣は、高木豊三のⅢ型削除論に対する態度決定が迫られたことになる。この問題に関して、横田國臣はⅢ型削除論には反対するが、Ⅲ型に共謀を附加する論にも賛成しないのである。

「一寸伺ヒタイ合セテ高木君ニ伺ヒタイ此教唆者ト云フ者ハ今富井君ノ言ハレルニハ民法デモ宜イト云フコトデアリマスガ私ハドウモ刑法ニ限ルヤウナ感覺ガアル高木君ハ之ヲ削レバ刑法デ罰セラレルト云フガソレハ感服シナイ此処ニアル以上ニドウシテモ民事裁判所ニ出タ折ニハ貴様ハ教唆者デアルガ刑事ノ裁判所デ罰セラレト云ヘバ此明文ガナケレバイカヌト思フ又此共謀者ト云フ事ヲ入レルノハ少シ考ヘモノダ只共謀者ト云フト悉クノ場合ガ籠ルソレハ嫌ヒノ方デアルドウモ此箇条ハ自分勝手ノ説ヲ附ケテ是レデ宜シイト云フヤウニドウモ聞エル民事ノ教唆者ハ刑事ノ教唆者ニナツテ余程曖昧デアル併シナガラ教唆者幫助者ト云フ文字ハ刑法カラ出タ文字デアリマス通常ノ場合ニ教唆者幫助者ニ償ナヒノ責ヲ負ハセルト云フコトハナイト思フ」(横田6・407頁下)。

この横田國臣の土方寧の修正案の根拠であるⅢ型の存在を認める考えに対して、修正案を認める可能性をみてとって、富井政章は横田國臣に最後の説得にかかる。Ⅲ型に、教唆者、幫助者でない共謀者が考えられ、これを共謀者としてⅢ型に入れることができないかという説得である。

「横田サンニ伺ヒマスガ共謀者ト云フト先刻贓物ヲ受ケタト云フコトニ付テ議論ガアツタソレガ共謀者ニナルカナラヌカソレニ付テ私ノ意見ヲ一言シマスソレダケデハ共謀者デナイ共謀者ト云フナラバ初メカラ事ヲ企テテカラ決シタカラ共謀者デ後カラ物ヲ受ケルノハ少シモ関係ガナイ、苟モ事ヲ一緒ニ挙ゲタ以上ハ後カラ物ヲ受ケルト云フ有無ヲ問ハナイ犯罪ト云フ者が生ジタ後ニ従犯ト云フ者がアル筈ガナイ従犯ト言ヘバ犯罪ノ実行ヲ容易ナラシムルノデアルカラ其場合ハ民法デドウナルカト言ヘバ不法行為ニ依テ得タ物ヲ或ル人が持つテ居ルト云フノデアリマスカラ所有權取戻シトカソソコトが起ツテ来ルノアリマスソレハ少シモ幫助者ニハナラナイ其代リニ此事実ガナクテモ苟モ中途ニ企テ決シタラソレデ矢張り幫助者ニナル」(富井11・407頁下～408頁上)。

この富井政章の説得に対して、横田國臣は賛意を示さない。

「私ハ若シ今ノ富井君ノ言ハレタ通りデアルナラバ私ハ只共謀ト云フダケデハ害ヲ加ヘテ居ラヌ只共謀ト云フダケデイツカ盗マウト云フ同意ヲシタダケデソレガ非常ナ効カト云フモノヲ向フニ押付ケテ是非取ラシヤウナ行為ガアレバ教唆者デアルガサウデハナイカラシテ害ヲ生ジテ居ラナイカラ償ナヒヲ貰フト云フコトデナイト云フ考ヘデアリマス」(横田7・408頁上)。

横田國臣は土方寧のⅢ型に共謀を附加する修正案に賛成に至らなかったのである。土方寧の修正案は、梅謙次郎、富井政章から明確な支持を得たものの、磯部四郎、長谷川喬は支持に傾きつつあるが留保している中で、穂積陳重は賛成せず、高木豊三は客観的共同原因説の立場からそもそもⅢ型削除論まで主張する原理的な反対、同じように横田國臣は主観的関連共同説を徹底し共謀故に連帯責任としⅠ型こそ共謀であるとして原理的に反対するのである。

そして、議論が最終段階に入ったことを的確に見極め、議長の箕作麟祥は、採決の段階に移るのである。

5 第五段階：採決の段階

議長の箕作麟祥は、修正案の提案者である土方寧を確認する。

「土方君ニ伺ヒマスガ共謀者ト云フ字ヲ第二項(Ⅲ型)ニ入レルダケデアリマスナ……之ニ賛成ガアリマスカ」(箕作3・408頁上)。

磯部四郎から修正案が出され、土方寧は理解を示す。議長は土方寧に自分の修正案を撤回するかと確認するが、それに応じない。そこで、磯部四郎が、別の修正案を出す。議長の箕作麟祥は、採決に入る。

「ソレデハ土方君ノ修正説ハ第二項(Ⅲ型)ニ共謀者ト云フ文字ヲ入レルト云フ説デアリマス土方君ニ同意ノ諸君ハ起立ヲ請ヒマス」(箕作5・408頁下)。

「 起立者 少数 」

議長は箕作麟祥は磯部四郎の修正案と高木豊三の第二項（Ⅲ型）の削除案は賛成がないので採決しないと発言する。これに対して、土方寧が、磯部四郎の修正案に賛成を表明する。議長は採決をするが、起立者少数で否決される。

そして、最後の土壇場になって、土方寧は、

「ソレデハ二項（Ⅲ型）ハ丸デ削ツテ仕舞ヒタイ」（土方9・408頁下）。

この土方寧の発言に議長は箕作麟祥は、即座に

「ソレハ高木君ノ説デアル」（箕作9・408頁下）と応じる。土方寧の発言には、想像であるが、一同、びっくりしたと思われる。そこで、その雰囲気を感じた土方寧は説明をすることになる。

「高木君トハ少シ違ウ高木君ノ説ハ無理ダト思フカラ願ミナイソレデ私ハ寧ロソレガ為メニ共謀者ノ疑ヒガ起ラウ若シ共謀者が黙ツテ居ツテモ一項ノ上段（Ⅰ型）ニ這入ルト云フコトナラバソレガ思フソレナラ同ジ論鋒デ矢張りナイ方が宜イ書クナラ一緒ニ書ク、二項（Ⅲ型）ヲ削除スル理由ハ違ヒマスケレドモ賛成シマス」（土方10・408頁下～409頁上）。

Ⅰ型の共同行為を共謀と解釈しないということが共通の理解に達した段階で、Ⅱ型の共同行為を修正しないでそのままということは、Ⅰ型の共同行為は共謀と解釈しないことを意味する。Ⅰ型の共同行為を共謀と解するとⅡ型の加害行為をした加害者不明の場合は、共謀があるので、Ⅰ型に這入からである。したがって、Ⅰ型の共同行為を共謀と解釈することはⅡ型の共同行為を修正する必要があるのである。また、Ⅲ型に、共謀を入れることは、Ⅰ型の共同行為を共謀と解釈することを明確に否定することになる。反対に、Ⅲ型に共謀が入らないことは、Ⅰ型に共謀が入る余地を残すことになるが、Ⅲ型の教唆、幫助があれば、Ⅰ型に共謀が入らない余地を残すことになる。そこで、土方寧は、Ⅲ型そのものの削除に賛成するのである。土方寧のⅢ型修正案に、そのⅢ型そのものの削除論で反対した高木豊三は、どう対応するであろうか。

「理由ガ悪ルクトモ賛成スルソナ賛成ハイラヌ」（高木6・409頁上）。

高木豊三は即座に断ったのである。高木豊三のⅢ型削除論が、土方寧の修正案を拒絶するための方法としてのⅢ型削除論であったからである。それでも、土方寧は粘って、次のように発言する。

「理由ガ違ツテモ削ルト云フコトハ一緒デアリマス」（土方11・409頁上）。

土方寧の執念が表れているといえよう。議長は箕作麟祥も、その執念に圧倒されたか、それとも、困ったか、議長の職務としてか、

「決ヲ採リマスカ」（箕作10・409頁上）と伺う。

高木豊三は、

「採ラヌデモ宜イ」（高木7・409頁上）と応える。

そして、議長として、最後の、締め括りの発言となるのである。

「ソレデハ採リマセヌ、他ニ御発議ガナケレバ原案ニ決シマシテ次ニ移リマス、尚ホ起草委員ニ願ツテ置キマスガ後段デ少シ穩カデアリマセヌカラ尚ホ文章ハ御考ヘヲ願ヒマス」(箕作11・409頁上)。

議長の箕作麟祥は、「次ニ移リマス」と、公的な審議を閉めて、「尚ホ」以下で、修正案を出した委員への配慮を示している。

この議長の発言に対し、穂積陳重は、

「尚ホ考ヘマス」(穂積12・409頁上)と引き取る。

こうして、本案727条の審議が終了することになる。

以上の、審議の過程から、共謀は、実行行為に現れた場合はⅠ型、加害者不明の場合はⅡ型、教唆、幫助の形で現れた場合はⅢ型となり、共謀自体は要件事実とされなかったのである。つまり、共同行為論において、起草者は、主観的関連共同説を明確に否定したのである。それゆえ、後の、判例は、(被告が主張したこともあるが)、主権的関連共同説を否定するのである。その含意は、起草過程の審議を了解していることであり、起草者・立法者の意思を前提として、解釈していることを、宣言しているのである。

第4款 小括—審議の結論

以上の、審議から、次の三点が、立法的政策判断されたと結論することができる。

第1点は、Ⅰ型、Ⅱ型の共同行為を共謀とは解釈しない。起草案通り「其行為ノ目的ト致シマス所又其結果ハーツノ権利侵害」とすることである。つまり、共同行為とは、「一つの権利侵害」、言い換えると、「権利侵害に対する共同原因」ということになる。各自のレベルでは、各自の加害行為と結果(損害)との因果関係ということになる。この結論が起草者意思となったのは、Ⅱ型の共同行為の修正論が修正案とならず、土方寧のⅢ型への共謀の附加の修正案へ吸収され、そして、その土方寧の修正案が否決された結果である。

第2点は、共謀者は共謀では連帯責任を負わないということである。実行行為を伴う共謀は、Ⅰ型で既遂の場合に、Ⅱ型で未遂または特定できない場合に連帯責任を負う。実行行為を伴わない共謀で、Ⅲ型の教唆、幫助にあたる場合には連帯責任を負う。したがって、実行行為を伴わない、教唆、幫助を伴わない、共謀は連帯責任を負うか、の論点で、負わないという立法的政策判断をしたことになる。もし、この共謀は連帯責任を負うか、の論点で、責任を負うという結論になると、共謀が要件事実となるので、現象的には、Ⅰ型、Ⅱ型、Ⅲ型に入る共謀者も、この共謀の証明ができれば、これで連帯責任をおうことになる。そして、この共謀案が否決されたのである。この論点は、土方寧の修正案の否決の結果である。

第3点は、共謀は連帯責任を負わないという立法的政策判断の結果、その他の主観的関連共同性

のある場合は当然連帯責任を負うことはないということである。なぜなら、個人責任原則の例外として、共謀に連帯責任を負わすかの論点において、連帯責任を負わないという立法的政策判断ができたということは、共謀より弱い、その他の主観的関連共同性の場合には、連帯責任を負わせないという立法政策判断が内包されていると考えるべきだからである。

以上の三点の結論は、序論で述べた、現代的共同不法行為理論の特徴と対照的である。その特徴とは、①関連共同性と因果関係の証明責任との関連性であり、関連共同性に主観的要素も含まれていること、②719条①前段は因果関係の証明が不要で同条①後段の方は因果関係の推定であるので、前段より後段の方が被害者の因果関係の立証負担度は軽いということ、③その因果関係の判断は事実的因果関係説を前提としている点、そして、④競合的不法行為は共同不法行為ではないという点である。

第四節 明治期の学説の展開

この時期の学説の特徴は、主観的関連共同説が有力な流れにあるといえよう。特に、岡松説の主観的関連共同説は、【5】大判大正2年6月28日の上告論旨の根拠ともなっている。

1 岡松説の主観的関連共同説（『民法理由書債権編』有斐閣、明治30年発行、明治32年版）

岡松説は、719条は共同行為者の意義及び責任を規定するものであるとする。

第1に、共同行為者の意義に関して、主観的関連共同説の立場から次のように定義する。共同行為者とは、「数人連合シテ一ノ不法行為ヲ為スノ謂ニシテ⁽⁵⁷⁾」、その条件を主観的条件と客観的条件に区分する。まず、主観的条件として其の数人間に連合のあることが必要であるとする。即ち、「(イ) 他人カ行ハントスル行為ノ何タルコトヲ知り (ロ) 共ニ之ヲ行フノ意思アルコトヲ要ス⁽⁵⁸⁾」。他人の行為が何であるかを知り、そして共に行う意思があるから共同行為であり、他人の行為が何であるかを知らないで共にした行為は個々の行為が存するだけであるとする。次に、客観的条件は、各自が不法行為をなすことを要するとする。「然レトモ之カ為メ各自ニ積極的行為アルコトヲ要スルモノト誤解スヘカラス消極的行為ニ因リテ不法行為成立スルカ如キ場合ハ到底各自ニ積極的行為アリ得ヘカラサルナリ⁽⁵⁹⁾」。つまり共同不法行為の共同行為を、まさに行為者者間の「横の関係」として「数人連合シテ一ノ不法行為ヲ為ス」と捉え、主観的関連共同説そのものである。

このように共同行為を解すると、教唆者及び幫助者も当然包含すべきことになり、教唆・幫助型

(57) 岡松参太郎『民法理由書債権編』（有斐閣、明治30年発行、明治32年版、以下、岡松・債権編と略記する。）次492頁。

(58) 岡松・債権編次492頁。

(59) 岡松・債権編次492頁。

(719条②)の規定は当然の規定で無意味であるが、疑惑を途絶するために規定したものとする。

第2に、共同不法行為者の責任に関して、各自は連帯にて被害者に対して損害全部を賠償する責任とする。そして、この根拠を、719条①後段に置き、「被害者ニ対シテハ各自カ加ヘタル損害ノ多寡ニ依リ賠償額ヲ左右スルコトヲ得サルヲ以テ共同行為者中ノ孰レカ其損害ヲ加ヘタルカヲ知ルコト能ハサルトキト雖モ各自ニ連帯責任ヲ負ハシムルニ毫モ妨ケナシ」とするのである。つまり、719条①後段は、加害者不明型の共同不法行為ではなく、共同不法行為責任を損害全部の連帯責任とする根拠の条文として位置づけている。

そうすると、起草者が想定するⅡ型の加害者不明の場合は、規定条文がなくなり、「数人カ共同シテノ不法行為ヲ為シタルニアラサルモ同時ニ為シタル個々ノ不法行為ニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘ且各人カ加ヘタル損害ノ部分ヲ知ルコト能ハサル場合ニ於テハ本条ノ規定ヲ適用シテ其数人ニ連帯責任ヲ負ワシムルヲ得サルヘシ⁽⁶⁰⁾」となるのである。なぜなら、前述のように、「〔本条1項後段ハ共同不法行為ノ場合ヲ規定セサルモノナルヲ以テ本問場合ニ適用スルコトヲ得ス⁽⁶¹⁾〕」からである。

そして、「本法ノ之ヲ規定セサルハ我輩其如何ナル理由ニ基ツクヲ解スルニ苦ム⁽⁶²⁾」と批判するのである。何故なら、「被害者ヲシテ各自カ加ヘタル損害ノ部分ヲ証明シー々之カ賠償ヲ請求セシムルトキハ到底之ヲ証明スル途ナキヲ以テ遂ニ之カ賠償ヲ得ルニ由ナルヘシ故ニ近世法制ノ二三ハ此場合ニ於テハ其各自ヲシテ連帯ニテ其損害全部ヲ賠償セシムルノ規定ヲ設ケ以テ救済セリ〔索.149.巴草71。ドレスデン草218。独1草714。同2草753,764〕ト雖モ本法ニ於テハ之ニ該当スヘキ何等ノ規定アルヲ見ス而シテ此ノ如キ事例ハ殴打等ノ不法行為ニ付キ實際上縷々存スル所ニシテ之ヲ規定スルノ必要アルハ殆ント疑ヲ容レサル所ナル⁽⁶³⁾」からである。

何故、起草者が加害者不明型として共同不法行為としたのを、岡松説は、Ⅰ型の責任を連帯責任であることの根拠として719条①後段を位置づけたのであろうか。岡松説は、719条①前段の共同行為を共謀と解するため、同項後段の加害者不明は当然前段に入るため、共同不法行為としては無意味であるが、独法では後段は「関与者中」となり⁽⁶⁴⁾、日本民法では「共同行為者」(719条①後段)と規定していることから、この「共同行為者」の規定を生かすためと思われる。つまり、岡松説は、起草者の共同行為の意義を全く無視し、条文の文言を重視し、共同行為を共謀以外に解することは出来ないと考えたからであろう。起草者意思より、その結果である条文が重要というのである。

2 梅説の客観的共同原因説 (『民法要義 卷之三 債権編』有斐閣、大正元年復刻版 昭和59年)

起草委員であった梅謙次郎の共同不法行為理論は、起草案の審議過程でも窺えたところであるが、

(60) 岡松・債権編次494頁。

(61) 岡松・債権編次494頁。

(62) 岡松・債権編次495頁。

(63) 岡松・債権編次494～495頁。

(64) 前田・帰責論254頁。

その著書で確認することにする。梅説は719条全体の共同不法行為を定義し、同条①前段、同後段、同条②の各共同不法行為を、例示の共同不法行為とする。

まず、「本条ハ数人カ共同シテノ不法行為ヲ為シタル場合ニ於テ各自連帯ノ責任ヲ負フヘキコトヲ定メタルモノナリ⁽⁶⁵⁾」と定義する。

そして、共同不法行為(719条①前段)を「例ヘバ数人共謀シテ他人ノ家屋ヲ毀トタルトキハ其各自ハ被害者ノ請求ニ応ジ家屋ノ代価及ヒ他ノ損害ノ全部ヲ賠償スヘク其他総テ連帯債務者ノ負フベキ責任ヲ負フモノトス⁽⁶⁶⁾」。何故各自は損害全部の責任を負うかに関して、「各加害者ノ行為皆損害ノ原因ナルカ故ニ⁽⁶⁷⁾」とする。この理由付けは、主観的関連共同説ではなく、起草者の客観的共同原因説そのものである。そして、その全部の損害を各自の連帯責任とする根拠を「法律ハ特ニ被害者ノ便ヲ図リ加害者間ニ連帯ノ責任アルモノトシタルナリ⁽⁶⁸⁾」とするのである。したがって、前段の共同不法行為は「数人カ共同ノ不法行為ニ因リテノ損害ヲ加ヘタル場合⁽⁶⁹⁾」となるのである。穂積陳重は共同行為を「其行為ノ目的ト致シマス所又其結果ハ一ツノ権利侵害」と規定したが、梅説の「一ノ損害」と穂積説の「一ツノ権利侵害」とも、その内容は同じで、結果との「縦の関係」で共同行為を捉える客観的共同原因説である。「一ノ損害」を加える必要があるので、共謀者でも、非実行行為者は共同不法行為者として責任を負わない。前述の「例ヘバ数人共謀シテ」実行行為をしなければ、要件事実とならないので、共謀は例えばであり、要件事実ではないことになる。1項前段の共同行為の意義において共謀が要件事実でないことは、次の教唆・幫助型の位置付けで確認できる。

教唆・幫助型(719条②)の性格に関して、1項前段の共同行為を共謀と解すると、教唆、幫助は当然その共謀に含まれるので、この規定は注意規定として位置づけられるが、梅説は、積極的に本規定を位置づけている。教唆者及び幫助者を共同行為者と看做す根拠は、「理論上ニ於テモ①純然タル共同行為アリト云フベキ場合極メテ多ク②又仮令純然タル共同行為ト視ルヘカラサル場合ト雖モ其行為ハ相連繫シテ密着離ルヘカラサル関係ヲ有スルカ故ニ之ヲシテ連帯責任ヲ負ハシムルハ固ヨリ至当ト謂フヘケレハナリ(①②、筆者)⁽⁷⁰⁾」にありとするのである。梅説は、①主観的関連共同と②客観的関連共同を、教唆・幫助型に限定し、火種を残すことで、共同行為論としては客観的共同原因説をとるのである。

加害者不明型(719条①後段)の位置づけは、共同不法行為(同項前段)と関連する。梅説は、

(65) 梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権編』(有斐閣、大正元年復刻版 昭和59年、以下、梅・債権編と略記する。) 906頁。
 (66) 梅・債権編906~907頁。
 (67) 梅・債権編907頁。
 (68) 梅・債権編907頁。
 (69) 梅・債権編907頁。
 (70) 梅・債権編908頁。

共同不法行為を、「数人カ共同ノ不法行為ニ因リテ一ノ損害ヲ加ヘタル場合⁽⁷¹⁾」であるとして、客観的共同原因説をとる。主観的関連共同説をとると、岡松説のように、加害者不明型は無意味となり、「共同行為者」の概念を活かして、共同不法行為責任を連帯責任とする根拠規定となるが、梅説は、客観的共同原因説をとるので、加害者不明型は「往往ニシテ数人カ同時ニ不法行為ヲ為シ他人一ノ損害ヲ生セシメタリト雖モ其孰レノ行為カ之ヲ生セシメタルカヲ知ルコト能ハサルコトアリ例エハ数人同時ニ他人ノ家屋ニ向ヒテ石ヲ投シタルニ其一カ家屋ニ命中シテ其一部ヲ破壊シタリトセンニ右石ハ必ス一人ノ投シタルモノナリト雖モ誰カ其石ヲ投シタルカ知ルコト能ハス⁽⁷²⁾」場合であるとする。この場合は、結果との事実的因果関係が証明できないので、証明責任から責任は成立しない。「此場合ニ於テ連帯責任アルモノトセサレハ被害者ハ竟ニ誰ニ向テカ其賠償ヲ請求スルコトヲ得ンヤ⁽⁷³⁾」。しかし、加害者不明型(719条①後段)は、共同不法行為(同項前段)と「亦同シ」として、立法的政策判断により、損害賠償の連帯責任を認めた。梅説は、その立法的政策判断の根拠を、「立法者ハ特ニ被害者ヲ保護シ右ノ行為者全体ヲシテ連帯ノ責任ヲ負ハシメタルナリ蓋シ仮令實際ハ其一人ノ行為ニ因リテ損害カ生シタルニモセヨ各自皆其損害ヲ生セシムルノ意思アリタルカ故ニ之ヲシテ連帯ノ責任ヲ負ハシムルモ敢テ酷ニ失スルモノト為スヘカラサルナリ⁽⁷⁴⁾」とする。

719条①後段が「共同行為者」と明示している限り、前述の岡松説のように、前段の共同行為を共謀と解釈すると、共同行為者中の加害者不明は前段の共同行為に含まれるので、後段の規定は共同不法行為ではなく、共同不法行為責任の連帯責任の根拠規定とせざるをえないが、梅説は、加害者不明型として共同不法行為としたのである。岡松説と本質的に異なるところである。それは、共同不法行為を「数人カ共同ノ不法行為ニ因リテ一ノ損害ヲ加ヘタル場合⁽⁷⁵⁾」として、客観的共同原因説をとっているからである。加害者不明型を連帯責任とする理論的根拠を「各自皆其損害ヲ生セシムルノ意思アリタルカ故ニ之ヲシテ連帯ノ責任ヲ負ハシムルモ敢テ酷ニ失スルモノト為スヘカラサルナリ⁽⁷⁶⁾」として捉え、行為者間の「横の関係」である共同の意思(共謀)ではなく、「各自皆其損害ヲ生セシムルノ意思アリタルカ故ニ」として「縦の関係」である「結果への各自の意思」に求め、「横の関係」である行為者間の「共同の意思」には求めていることに注意すべきである。

以上、梅謙次郎は、民法調査会の審議の初めの段階では主観的関連共同説をとっているが、土方

(71) 梅・債権編907頁。

(72) 梅・債権編907頁。

(73) 梅・債権編908頁。

(74) 梅・債権編908頁。

(75) 梅・債権編907頁。

(76) 梅・債権編908頁。穂積陳重はⅡ型の存在の道徳的理由の一つとして「②直接ニ手ヲ下シタト下サヌトニ拘ラズ矢張り勢ヒヲ出シテ其事ニ就イテハ何処マデモ法律ニ違ウテ居ル結果ヲ生スベキ事柄夫レヲ覚悟シテ自分ガシタノデアリマスカラ」(『民法議事速記録五』・394頁、上段)と説明する。

寧の修正案に賛成する過程で、Ⅰ型（共同不法行為）とⅡ型（加害者不明型）の共同行為を客観的共同原因説としたのであるが、本書において、理論的に梅説の客観的共同原因説を理論構成したといえよう。客観的共同原因説が起草者意思、立法者意思として確定していることを前提とした起草委員の責任の表れともいえよう。

3 巖谷孫三他講述の客観的共同原因説（『民法講義下巻』国民法制学会、明治39年発行）

本書では、法文を平易に解釈すれば、主観的関連共同説の解釈とすべきであるが民法理由書並びに民法の起草者の著書から客観的共同原因説をとるとする。

まず、719条は「数人カ共同シテノ不法行為ヲ為シタル場合ニ於テハ各自連帯ノ責ニスヘキコトヲ規定⁽⁷⁷⁾」したものであるとする。「一ノ不法行為」からは「一ノ損害賠償責任」を生じる場合には、数人は427条により平等の割合で賠償責任を負うのであるが、本条は、加害者の責任を連帯として、被害者は加害者の何人に対しても全部の賠償を請求することができるとした。その理由を、各人を平等の割合で賠償責任を任ずると、「被害者ハ各自ニ対シテ其部分ノ賠償ヲ求ムル煩アルノミナラス数人ノ中ノ一人貧窮ナルトキハ遂ニ其損害ヲ執行スル能ハサルヲ以テ充分ノ賠償ヲ受クル能ハサルニ至ルヘシ然ラハ法律カ不法行為ヲ抑圧シテ被害者ニ保護ヲ与フル精神貫徹スル能ハサルヘシ⁽⁷⁸⁾」に求める。

そして、共同不法行為（719条①前段）は「法文ニ拠レハ数人カ共同ノ不法行為ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキト云フヲ以テ平易ニ解釈スルトキハ①数人間ニ連合ノ実アリテ互ニ他人カ行ハントスル行為ノ何タルカヲ知り且自ラ之ヲ行フノ意思存シ加之各自カ實際不法行為ヲ為スコトヲ要スヘキモノナルモ②民法理由書並ニ民法ノ起草ニ与カリタル人ノ著書ニ付テ之ヲ觀ルニ③皆数人連合ノ意思ナキモ同一ノ加（ママ）害者ニ対シテ偶然同時ニ不法行為ヲ為スモ本条ノ適用アリト云ヘリ④例ヘハ数人カ同時ニ他人ノ家屋ニ向ヒ石ヲ投シタルトキハ其数人ハ予メ共謀シテ為シタルニ非サルモ猶ホ本条ニ依リテ連帯シテ損害賠償ノ責アリト説ケリ⑤蓋シ共同ノ文字ノ解釈トシテハ少々妥当ヲ欠クト雖モ⑥今姑ラク此説ニ従フ（①②③④⑤⑥、筆者）⁽⁷⁹⁾」。

①は前述のように岡松説の主観的関連共同説⁽⁸⁰⁾であり、法文を平易に解釈すると、この①説が妥当であるが、②民法理由書、起草者の著書は、「③皆数人連合ノ意思ナキモ同一ノ加（ママ）害者ニ対シテ偶然同時ニ不法行為ヲ為スモ本条ノ適用アリト云ヘリ」とする。このように「同一ノ被害者」に対する偶然同時の行為を「共同」とするのは、「⑤共同ノ文字ノ解釈トシテハ少々妥当ヲ欠ク」とする。しかし、「⑥今姑ラク此説ニ従フ」として、客観的共同原因説を当分支持するというので

(77) 巖谷孫三他講述『民法講義下巻』（国民法制学会、明治39年発行、以下、巖谷・民法講義と略記する。）646頁。

(78) 巖谷・民法講義646～647頁。

(79) 巖谷・民法講義647頁。

(80) 岡松・民法講義493頁参照。

ある。共同の文字どおりの解釈としては相当無理をしているというのである。

次に、加害者不明型（719条①後段）の「共同行為者中ノ孰レカ其損害ヲ加ヘタルカヲ知ルコト能ハサルトキ」も、前段の「共同」行為の本質を「同一の被害者に対する行為」と捉えるので、共同を共謀と解する場合のように後段の場合が前段に包含されることはない。したがって、共同の一形態として捉えられ、「数人カ予メ共謀セスシテ単独ニ同時ニ同一行為ヲ為シタル場合ニハ往往其真実ノ加害者ヲ発見スルコト難キコト⁽⁸¹⁾」の場合にどうすべきかの立法的政策判断が求められ、立法者は前段と「亦同シ」としたのである。この立法的政策判断とは、「数人ノ加害者ハ各加害者ノ意アルニ拘ハラズ被害者カ証明ヲ為ス能ハサリシカ為メ義務ヲ免ルニ至ルハ被害者ヲ保護スル所以ニ非ス⁽⁸²⁾」とするものである。

そして、教唆・幫助型（719条②）も共同行為者と看做したのは、「不法行為ノ賠償責任ハ故意若クハ過失ニ因リテ他人ニ損害ヲ生セシメタルトキハ常ニ随伴スルモノニシテ自ラ直接ニ手ヲ下シテ其損害ノ状態ヲ惹起セシメタルコトヲ必要トセス而シテ教唆及ヒ幫助ハ自ラ手ヲ下シテ損害ノ状態ヲ発生セシメタルニ非サルモ故意ヲ以テ他人ニ損害ヲ生セシメタル点ニ至リテハ他ノ共同行為者ト異ナル所ナケレハ⁽⁸³⁾」であるからである。共同行為を共謀と解しないので、教唆、幫助が共同行為であることを積極的に位置づけなければならないのである。

第五節 判例の展開

第1款 判例の展開の概観

1 共同不法行為判例の考察の視座

共同不法行為論における起草者の客観的共同原因説と主観的関連共同性説の対立は、判例にどのように展開されていったのであろうか。主観的関連共同説と客観的共同原因説の対立を分析枠組みとして、共同不法行為に関する判例を考察する。客観的共同原因説とは、共同行為を、「其行為ノ目的ト致シマス所又其結果ハーツノ権利侵害」（起草者）として捉え、各自の行為が一個の権利侵害に対して客観的に共同の原因をなすものである。各自のレベルの要件事実としては、各自の行為と一個の権利侵害（損害）との因果関係を有することである。この説は、各自の行為の結果が一個の権利侵害・損害であるが故に、他者の寄与度にも責任を負う。他方、主観的関連共同説は、共同行為を、共謀その他の主観的関連共同性として捉え、要件事実は、「共謀」又は「その他の主観的共同性」となる。共謀等が要件事実となるため、各自と結果との個別的因果関係は不要となる。他

(81) 巖谷・民法講義647頁。

(82) 巖谷・民法講義647～648頁。

(83) 巖谷・民法講義648頁。

者の寄与度の責任を負うのは、意思の共同（共謀）があるからである。

2 判例の展開の概観

第1段階が、主観的関連共同説を主張する学説が影響力を持っていた段階である。各自の連帯責任の根拠は、共同の意思（共謀）に求め、共同行為を共謀と解するので、その要件事実、共謀の事実、つまり、①他人の実行行為を認識し、②その実行行為を共に行うとする意思、となる。共謀を要件事実とする判例は、【1】大判明30年7月2日と【2】大判明40年6月22日に確認できる。

第2段階が、判例の初期において、各自の一般不法行為（709条）の成立を検討し、被害者の損害の原因が各自の「共同過失」として不法行為が一つであるから719条の共同不法行為になるとするのが【3】大判明治45年5月6日である。

第3段階が、判例が、明示的に客観的共同原因説を採用する段階である。【4】大判大正2年4月26日において、客観的共同原因説をとる根拠を、起草者の「損害ハーニシテ」におく。そして【5】大判大正2年6月28日も客観的共同原因説が維持される。ここに判例上、客観的共同原因説が確立する。

第4段階は、客観的共同原因説を採った上で、その内容を因果関係とする。つまり、客観的共同原因説は、同一権利侵害に対する客観的な共同原因となり、その要件事実、各自の行為と結果（権利侵害・損害）との因果関係である。ここでは、実行行為は同一の権利侵害・損害でなければならない。共同不法行為の本質は「一つの権利侵害・損害」であるからである。【6】大判大正8年11月22日は、時間を隔てた損害は同一の損害ではなく因果関係は認められないとした。そして騒擾罪事件の【7】大判大正13年7月24日において、騒擾行為は、意思の自由に対する侵害であるのに対し、傷害行為は身体の傷害で、権利侵害は同一でないので、因果関係がなく、共同不法行為は成立しないとされた。

第5段階は、共同不法行為の「賠償範囲の因果関係」の場面で、事実的因果関係説ではなく、相当因果関係説で判断する段階である。【8】大判大正14年10月23日は、原審で、個別損害を相当因果関係なしとした判断に対して、上告論旨で相当因果関係説の純客観説を主張した。大審院は、これを受け入れて、相当因果関係を認めて、損害賠償の範囲とした。

第6段階は、因果関係論で相当因果関係説が確立し、共同不法行為に適用される段階である。その前提として、相当因果関係説と416条の関係に関して、価格騰貴の損害賠償の争点で、債務不履行において、416条①の通常損害を相当因果関係説の純客観説で解釈し、価格騰貴の契約解除後を【9】大判大正7年11月14日、履行不能後を【10】大判大正11年6月5日で賠償を認め、他方、不法行為においては、成立要件の因果関係に関して【11】大判大正4年2月8日は416条の適用を否定し、賠償範囲の因果関係に関して【12】大判大正6年6月4日は「事物通常ノ状態ニ依リ社会普通ノ観念ニ基キ」として相当因果関係説の純客観説を採用するが416条②の適用を否定する。そし

て、物の滅失の不法行為後の価格騰貴の賠償を【13】大判大正10年4月4日は認容する。こうして、判例は、価格騰貴の賠償を相当因果関係説の純客観説、416条①の通常損害で認容していたが、【14】富喜丸事件（大民刑連判大正15年5月22日）は、相当因果関係説の折衷的客観説をとり、416条の第1項と第2項を合して捉え、両者を同一視する鳩山説を選択し、それを相当因果関係説とする。そして、価格騰貴の逸失利益を特別損害として、判例変更する。民法416条と同一される相当因果関係説は、【15】北津軽水論事件（大判昭和9年10月15日）で共同不法行為の非実行行為に適用され、次に、複数原因の因果関係の判断に関して【16】大判昭和10年12月20日において適用される。

第7段階は、共同不法行為における「賠償範囲の因果関係」の場面で、相当因果関係説をとる。【17】大判昭和13年12月17日において、特別事情の損害については、その予見可能性ある共同行為者のみ賠償責任を認め、他の共同不法行為者は連帯責任を負わないとした。

第8段階は、戦後において、最高裁判所は【18】最判昭和32年3月26日において、不法行為者間に意思の共通（共謀）もしくは「共同の認識」を不要として、主観的関連共同説ではなく、客観的
共同原因説を維持したのである。

第2款 判決例の検討

1 共謀を要件事実とする判決例（主観的関連共同説）

共謀を要件事実とする判決例が、一つは、現民法施行（明治31年）前に確認することができる。他の一つは、民法施行後の判決例である。

【1】大判明30年7月2日（民録3輯7巻6頁）

（1）本判決の論点、争点

本判決は、現民法の施行（明治31年）前のものであるが、数人共謀した不法行為による連帯義務に依り始めに其中一名に対し訴訟を提起し更に他の数名に対して訴訟しても其の訴訟は共に有効かが争点となり、それはともに有効であるとしたもので、現民法の「共同不法行為」の効果の面での連帯債務の意義を認めたものである。現民法の「共同不法行為」の要件の面では、主観的関連共同説か客観的
共同原因説かが問題となるが、直接の争点である重複の訴訟が認められるかの前提として、当該債務は連帯債務かの判断をする。そして、「Y等カ共謀シテ為シタル不法行為ナリトセハ之ヲ取払フヘキ責任ノ連帯義務ナルコトハX所論ノ如ク不法行為ニ関スル一般ノ原則ナルヲ以テナリ」という判示は、共謀を要件事実として認めているといえる。

（2）事案の概要

本件は、X等（原告・控訴人・上告人）が取払を請求する土手はY等（被告・被控訴人・被上告人）の不法行為を原因とするもので、この土手を取払うべき責任はY等の連帯義務なので、其内の1名に対し新工事取払損害賠償の訴を提起し、更に他の数名に連帯義務者に対して訴訟を提起する

ことができるか、その訴訟は有効か、が争点となった事案である。第一審、原審ともに、原告Xが敗訴し、Xが上告したものである。Xの上告を受け入れ、原判決破棄差戻しとなった。

(3) X等の上告理由

「X等カ取払ヲ請求スル土手ハY等カ共謀シテ築立タル不法行為ニ原因スルモノナレハ之ヲ取払フヘキ責任ハY等ノ連帯義務ナルヲ以テ1名ニテモ全部ノ義務ヲ負フヘキモノナルカ故ニ其内ノ1名ニ対シ訴ヲ提起シアルモ更ニ他ノ連帯義務者ニ対シ訴ヲ提起スルモ毫モ妨ケナク2件共ニ成立スルモノナリト云フニ在ル」。XはY等は共謀の不法行為で連帯債務を負うと主張する。

(4) 大審院の判断

大審院は、「若シY等カ共謀シテ為シタル不法行為ナリトセハ之ヲ取払フヘキ責任ノ連帯義務ナルコトハX所論ノ如ク」であるので、まずその共謀による不法行為か否かを事実を審すべきであるのに、それを看過したとして、次のように、差戻しの判決をする。

「果シテ之カY等ノ不法行為ニ原因スルモノナルヤ否ヤヲ審究シタル上ニアラサレハ其責任カ連帯義務ニアラサルヤ否ヤハ得テ知ルヘカラサル筋合ナルカ故ニ原院ハ先以テX等カ本件請求ノ原因トスルY等ノ行為カ不法ナルヤ否ヤ換言セハX等ノ取払ヲ請求スル土手ハY等カ共謀シテ築立シタルモノナルヤ否ヤノ事実ヲ審究セサルヘカラサルモノトス何トナレハ若シY等カ共謀シテ為シタル不法行為ナリトセハ之ヲ取払フヘキ責任ノ連帯義務ナルコトハX所論ノ如ク不法行為ニ関スル一般ノ原則ナルヲ以テナリ然ルニ原院ハ此点ヲ看過シテ本件ノ如キハ係争地ニ直接ノ利害関係アルモノ全体ヲ共同セシムルニアラサレハ到底X等ノ請求ヲ履行スルコト能ハストノ理由ヲ以テ連帯義務ニアラスシテ実体上不可分の行為ヲ請求スルモノトシY等全体ニ係リーノ訴ヲ以テ請求スヘキモノニシテ之ヲ分ツテ請求スルヲ得サルモノト速断シタルハX所論ノ如ク法則ヲ不当ニ適用シタル違法ノ裁判ナリトス」。

つまり、本判決は、共謀を要件事実とする不法行為は連帯義務を発生させるということを前提としている判決である。いわば、主観的関連共同説による共同不法行為を認めているといえよう。

(5) 本判決の意義

第1は、共謀による不法行為（「共同不法行為」）の効果である連帯義務を、連帯債務と同じように、順次又は同時及び全額又は一部を請求することを認めた点である。

第2の意義は、共謀を連帯義務を生ずる共同不法行為の要件事実として共謀を認めていることである。

【2】大判明40年6月22日（民録13輯698頁）

(1) 事案の概要

本件は、X銀行（原告・上告人）の支配人代理である訴外Aが債務者であるYと共謀して抵当附債権を無資力である訴外Bの無担保の債権に更改したためにX銀行が損害を被ったので、共謀した

第三者のY (被告・被上告人) に対して損害賠償を請求した事案である。

原審はXが敗訴したので、X銀行が上告したものである。大審院は、上告理由を受けいれ原判決を破毀し差戻したものである。

(2) 原審の判断

Xの上告理由のなかでの原審の判断は次のように纏められている。

「Xノ支配人代理タル訴外Aカ債務者タルYト共謀ノ結果抵当附債権ヲ無資力ナル訴外Bノ無担保ノ債権ニ更改シ之カ為メXカ損害ヲ受ケタリトスルモ之レ唯支配人代理タル訴外AカXニ対シテ誠実ニ其職務執行ヲ為ス可キ雇傭契約ノ義務違背タルニ止マリ毫モXノ権利ヲ害シタルモノニアラス従テYニ於テXニ対シ其損害ヲ賠償スルノ責任ナシト言フニ在リ」。

つまり、原審の判断は、訴外Aの行為は雇用契約上の義務違反はあるが、第三者YはXの権利は侵害していないので、不法行為は成立しないというのである。

(3) 上告理由

原審の判断に対して、Xは上告理由として次のように主張する。まず訴外Aの雇用契約上の義務違反は第三者YによるXの権利を侵害するか、債権は第三者により侵害されるかの論点に関して、一般論を述べる。

「代理人又ハ勞務者カ本人又ハ使用者ニ対シテ誠実ニ其職務ヲ尽ス可キ義務アル場合ニ於テ第三者カ其代理人又ハ勞務者ト共謀シテ不誠実ニ其職務ヲ実行セシメ本人又ハ使用者ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テハ実行シタル職務ノ法律行為ナルト否トヲ問ハス又其法律行為ノ有効ナルト否トヲ問ハス其第三者ハ本人又ハ使用者ニ対シテ損害賠償ノ義務アルモノト言ハサル可ラス何トナレハ債務者以外ノモノト雖モ他人ノ債権ヲ尊重シ其実行ヲ妨害スヘカラサル義務アルコトハ他人ノ絶対権ニ対シテ総テノ人カ其実行ヲ妨害ス可ラサル消極的義務ヲ負担スルト同様ニシテ若シ其義務ニ違背シ損害ヲ加ヘタルトキハ之ヲ賠償セサル可ラサルハ二者毫モ異ナル所ナケレハナリ」。

上告理由は、第三者も、「他人ノ債権ヲ尊重シ其実行ヲ妨害スヘカラサル義務アルコトハ他人ノ絶対権ニ対シテ総テノ人カ其実行ヲ妨害ス可ラサル消極的義務ヲ負担スルト同様ニシテ」という理由で、第三者による債権侵害もありうるので不法行為が成立すると立論する。

そして、「本件ニ於テモYハXノ代理人タル訴外Aト共謀シ同人ヲシテXニ不利益ナル更改契約ヲナサシメ自己ノ債務ヲXヲシテ遂ニ3千円ノ債権ヲ取り立ツルコト能ハサルニ至ラシメタルモノナルヲ以テ更改契約ノ有効ナルト否トヲ問ハスYハXニ対シテ其損害ヲ賠償スヘキ責任アルコト明カナルニ原裁判所ハ此点ニ対シテ何等ノ説明ヲモ為サス漫然更改契約ノ有効ナル一事ヲ以テYニ賠償ノ責任ナシト判決シタルハ不法ノ裁判タルヲ免レスト云フニ在リ」と主張する。

(4) 大審院の判断

「代理人ハ其代理行為ヲ執行スル上ニ於テ本人ニ対シ誠実ナルヘキハ当然ニシテ故意ニ本人ニ対

シ不利益ノ結果ヲ生セシムルカ如キ行為ヲ為シタルトキ其損害ヲ賠償スヘキ責任ヲ負フヘキハ勿論ナリトス而シテ本件ニ於テハ訴外AカX銀行ノ支配人代理タルヲ奇貨トシ其従兄弟タルYト共謀シYカX銀行ニ供シタル担保物ヲ脱出セシメントノ目的ヲ以テ更改契約ヲ為シタルモノナル旨ノ主張アリシコトハ原院ノ認ムル所ニシテ此主張ヲ事実ナリトスレハ右訴外Aハ代理行為ヲ不誠実ニ執行シタリト認ムヘキハ当然ニシテ其不誠実ノ行為ニ共謀加功シタルYモ亦X銀行ニ対シ損害賠償ノ責任ヲ負フヘキハ当然ノ筋合ナリ然ルニ原院ハ更改契約カ有効ナルノ故ヲ以テ既ニ訴外Aニ於テ其職務執行ヲ為スコキ雇傭契約ノ義務ニ違背シタルモノタルコトヲ認メナカラ同人トYト共謀ノ結果ナリトノ事実如何ヲ確定スルコトナク輒クYニ損害賠償ノ責任ナキモノトシ本訴Xノ請求ヲ棄却シタルハ不法ニシテ原判決ハ全部破毀ヲ免カレサルモノトス而シテ既ニ此点ニ於テ原判決ノ全部ヲ破毀スヘキモノト認ムル以上ハ爾余ノ上告論旨ハ一々説明スルノ要ナキヲ以テ總テ之ヲ省畧ス。

(5) 本判決の意義

第1の意義は、共同不法行為において、他者の行為は、不法行為に限定されず、債務不履行による違法行為も含まれるということである。訴外Aの行為は債務不履行であるからである。なお、訴外Aが「故意ニ本人ニ対シ不利益ノ結果ヲ生セシムルカ如キ行為」で特に、違法となったわけではない。ここでの故意を主観的違法要素とするなら格別、客観的違法理論を前提とする限り故意等の責任的要素は違法性に影響がないからである。

第2は、本件では、共謀は、債権侵害の不法行為を認めるとともに、他者との共謀による共同不法行為を認めるという二重の機能をもっていることである。つまり、共謀を要件事実としているという意味であり、主観的関連共同説をとっていることになる。客観的共同原因説に依れば「一個の結果」が要件となるが、訴外AはXの雇用契約上の債権又は委任契約上の債権の侵害であり、他方Yは、債権を無担保とすることによる損害であり、結果に同一性、結果の一個性は認められないので、客観的共同原因説では、共同不法行為は成立しないからである。

2 共謀を要件事実としない判決例(客観的共同原因説)

客観的共同原因説では、共同行為は、「其行為ノ目的ト致シマス所又其結果ハ一ツノ権利侵害」となり、各自の行為が一個の結果に対して客観的に共同の原因を成すものであり、要件事実各自の加害行為と結果と因果関係を有することである。

(1) 取締役と監査役の共同不法行為

客観的共同原因説では、①各自の実行行為(加害行為と結果との因果関係)と②その結果が「一つの権利侵害」ないし「一つの損害」であれば、共同不法行為が成立する。本件は、その特徴がよく表れた事例である。

【3】大判明治45年5月6日(民録18輯454頁)

虚偽の貸借対照表公告に関して取締役と監査役は預金者に対して共同不法行為責任を負うかが問

題となる。

(ア) 本件事案の概要と争点

本件は、無資力状況にある銀行に預金をして損害を受けたXら（原告・被控訴人・上告人）が、銀行の取締役Y1 Y2と同銀行の監査役Y3 Y4 Y5に対して、其職に従事中同銀行は実際無資力の状況に在るにも拘らず取締役2名は銀行の業務を全然支配人の為す儘に放任して其実状を審議しないで、また監査役3名も其実状を調査せずに、支配人が銀行の資力確実であるかのように装って作った虚偽の営業報告書及び貸借対照表をYらは漫然真実のものとして採用し、これを株主総会及び官庁に提出して通過させ遂に其虚偽の営業報告及び貸借対照表を新聞紙上に公告することによってXらは其公告を信じて預金をしたために本件の損害を蒙ったとして、Yらに共同不法行為に基づいて損害賠償請求した事案である。

本件での争点は、取締役Y1 Y2と監査役Y3 Y4 Y5の共同不法行為が成立するためには、客観的共同原因説によると、①取締役および監査役の行為と預金者の損害との因果関係と、②取締役と監査役による預金者の権利侵害・損害が一個であることが要件である。②については、預金者の損害は一つであり、問題は、①の因果関係が争点になることになる。

(イ) 原審の判断

原審は、Xらの請求を、まず、①本件貸借対照表の広告によって預金をすることは普通の状態に反するのでその証明責任は原告Xらにあるのに尽くされていない、そして、②監査役らに対する請求については、貸借対照表の広告は取締役の職務であり、監査役の職務ではないので当然広告について責任なしとして、棄却した。

(ウ) 大審院の判断

原審の①の争点は、取締役の虚偽の貸借対照表の公告と預金者の損害との因果関係の問題であり、その因果関係の証明責任は原告であるXにあるが、その立証に事実上の推定が働くかということが争点になっているのである。大審院は、この争点に関して次のように、事実上の推定が働くとして、Xの立証負担を軽減したのである。

「商法ハ財産ニ重キヲ措クヘキ株式会社ノ性質ニ鑑ミ其会社ニ対シ貸借対照表ノ公告ヲ強制シテ其財産ノ状況ヲ世上ニ知ラシメ以テ一般公衆ノ利益ヲモ保護センコトヲ期スルモノナレハ会社ニ既存ノ関係ヲ有セサル一般ノ公衆ハ通常其公告ニ依リテ会社ノ財産状況ヲ知り会社ノ信用声価等モ亦自ラ之ニ因リテ生シ其信用声価等ニ頼リテ会社ト取引ヲ為スニ至ルヘキハ自然ノ情勢ナリ然レハ本件ノ場合ニ於ケルカ如ク株式会社タル銀行ニ初メテ預金ヲ為サントスル者ハ其貸借対照表ノ公告ヲ自ラ見タルト否トニ関セス其公告ニ原因シテ生シタル銀行ノ信用声価等ニ信頼シテ取引ヲ為スニ至ルハ世間普通ノ情状ナレハ預金者カ当初預金ヲ為スニ至ルハ貸借対照表ノ公告ト如上ノ因果関係ヲ有スルモノト推定スヘキハ当然ノ事ナリト謂ハサルヲ得ス從テ其間ニ因果ノ関係ナカリシ事情アリト

セハ其事ヲ主張スル者ニ於テ之カ立証ノ責ニ任セサルヘカラス」と判示して、因果関係の証明責任を事実上転換している。

すなわち、「株式会社タル銀行ニ初メテ預金ヲ為サントスル者ハ其貸借対照表ノ公告ヲ自ラ見タルト否トニ関セス其公告ニ原因シテ生シタル銀行ノ信用声価等ニ信賴シテ取引ヲ為スニ至ルハ世間普通ノ情状ナレハ預金者カ当初預金ヲ為スニ至ルハ貸借対照表ノ公告ト如上ノ因果関係ヲ有スルモノト推定スヘキ」としたのである。

これによって、取締役の虚偽の貸借対照表の公告と預金者の損害との因果関係が推定され、認められることになった。

次の争点は、今度は監査役の貸借対照表の公告との関わりである。もし、監査役には、貸借対照表の公告に関して責任がなければ、監査役と預金者の損害とは因果関係が認められないことになる。

まず、監査役も取締役の虚偽の貸借対照表の公告には責任があるかに関して、「取締役カ会社業務ノ執行上相当ノ注意ヲ用ヒタランニハ会社ノ無資力ナル状況ヲ知ルコトヲ得ヘカリシ場合ニ其注意ヲ用ヒスシテ虚偽ノ貸借対照表ヲ公告シ監査役モ亦会社ノ業務執行ノ監督上用ユヘキ相当ノ注意ヲ欠キ実状ヲ審ニセスシテ虚偽ノ貸借対照表ヲ真実ナルモノト看做シ遂ニ其公告ヲ為スニ至ラシメタルトキハ其公告ヲ為スコトハ専ラ取締役ノ職務ニ属スルモ其取締役ノ不注意ハ勿論監査役ノ不注意モ亦共ニ虚偽ノ公告ヲ為スニ至リタル原因ヲ為スモノナレハ」として、責任を認めた。

そして、「之レカ為メニ他人ノ受ケタル損害ハ即チ取締役及ヒ監査役等数名ノ共同過失ニ因ルモノト謂ハサルヲ得ス從テ民法第719条ニ依リ各自連帯ニテ其賠償ノ責ニ任スヘキモノトス」と判示したのである。

被害者の預金の損害は一つで、そして、その損害の原因として虚偽の公告の原因が、取締役の責任、独自に「監査役モ亦会社ノ業務執行ノ監督上用ユヘキ相当ノ注意ヲ欠キ実状ヲ審ニセスシテ」責任があると判断したのである。つまり、取締役の過失と監査役の過失を共同原因として預金者の損害との因果関係を認めたのである。客観的共同原因説による共同不法行為の成立である。

(エ) 本判決の意義

第1の意義は、客観的共同原因説によって共同不法行為の成立を認めているということである。

①因果関係は、虚偽の貸借対照表の公告と預金の損害との因果関係が認められ、その公告は取締役及び監査役の共同過失によるもので、Yらの過失とXらの預金の損害との因果関係が認められ、次に②「一個の結果」となるが、Xの権利は預金債権（一つの権利侵害）であり、払い戻しに出来なかった損害であり、「一個の結果（権利侵害・損害）」であるから、共同不法行為は成立する。

第2の意義は、第二次的責任者（監査役）に因果関係が認められたことである。虚偽の貸借対照表の公告と預金者ら損害との因果関係につき、貸借対照表の公告は取締役の職務であるから、第一次的責任者は取締役である。他方、監査役については、貸借対照表の公告は職務ではないので、第

一次的責任はないが、貸借対照表の公告に関して、真実の貸借対照表の公告に関して業務執行上の監督責任があるので、貸借対照表の虚偽の公告に関して第二次責任はある。この第一次責任者の取締役と第二次的責任者の監査役が、損害の原因とされる虚偽の貸借対照表の公告の共同原因として因果関係が認められる。共同過失を、①一個の共同行為、②複数の過失行為の集合、とみるか対立しているが、本件では、別個の過失の判断がされているので、②の見解とするのが妥当であろう。

(2) 故意と過失の競合の共同不法行為

主観的関連共同説は共謀を要件事実とするが、故意と過失の競合は共謀とはならないので共同不法行為は成立しないのかが論点となる。共同不法行為の成立には共謀等の主観的関連性が必要かが正面から問題となる。

【4】大判大正2年4月26日(民録19号281頁)

本件において共同行為論に関する主観的関連共同説と客観的共同原因説が対立し、立法者意思を根拠に客観的共同原因説をとることが判示された。原審、上告論旨、大審院において、相当因果関係説が主張され、判断された事案である。

(A) 本件事案の概要と争点 (B) (C)

本件は、倉庫会社の社長Y(被告・被控訴・上告人)らが過失で事実と付合しない倉庫証券を発行し、寄託者である訴外Aがこれを奇貨として、その証券を担保にX銀行(原告・控訴人・被上告人)から金銭を借入、X銀行は金銭所有権を侵害し損害を蒙ったので、X銀行は、共同不法行為に基づいてYらに損害賠償を請求した事案である。

本件は、Yの証券発行の過失行為とAの詐欺の故意行為に共同不法行為が成立するか問題となる。

まず、第1に争点(B)は、主観的関連共同説か客観的共同原因説かの選択が迫られることになる。主観的関連共同説をとると、故意と過失は、その性質から主観的関連共同ができないので、共同行為は認められないが、客観的共同原因説だと、主観的関連共同は本質的要素ではないので、共同行為を認めることができる。共同行為を主観的関連共同説とするか客観的共同原因説とするかの判断を求められることになる。そして、本判決は、客観的共同原因説を採る判断を下したのである。

第2に、争点(C)は、主観的関連共同説を否定し、客観的共同原因説をとった場合、その要件事実は何かである。主観的関連共同説の要件事実共謀若しくは主観的関連共同性であるが、本件において、大審院は客観的共同原因説の要件事実各自の行為と損害との因果関係であると判示したのである。

(B) 共同行為論—主観的関連共同説か客観的共同原因説か

(ア) 原審の判断

原審は、Xの蒙った本件損害は、Yの証券発行者の該証券発行に関する過失とAの係争証券の利用に因る詐欺等の共同の原因に因って生じたものであるが、各不法行為の間には所謂通謀若しくは意

思の共通と目すべきものが認められなくても、各不法行為は民法719条①前段に依り全損害について賠償の責任あると、判断する。その理由として「三人ノ不法行為者カ共同シテ一箇ノ本件不法行為ヲ為シ一箇ノ本件損害（前記金6千3百円及ヒ之ニ対スル法定利息）ヲ生セシメタルモノナルヲ以テ」いるからとするのである。

この原審の判決に対して、Yの上告理由は次のとおりである。

(イ) Yの上告理由

第1の上告論旨は、本件でYは過失、Aは故意であるが、故意と過失の共同の不法行為を考えることには甚だ苦しむということである。「故意ト過失トハ其性質全ク相反シ法理上相容レサル矛盾ノ思想ト云フヘシ」だからである。したがって、民法719条①前段の共同不法行為は、故意の共同不法行為又は過失の共同不法行為の法意と解すべきである。

第2の上告論旨は、仮に故意と過失が合共合する場合を包含するとしても、共同責任者とするために原因行為又は結果について故意及び過失共通の事実あることが必要条件であるとする。しかし、Yの過失は詐欺行為者Aの為に利用されたにすぎないものであるとする。

第3の上告論旨は、原判決は民法719条①の前段末段の何れを適用したか不明であるとする。

(ウ) 大審院の判断

第1の上告論旨に関して、共同不法行為の共同は主観的関連共同を要素とするものではないとして、理由なしとし、したがって、第2の論旨は成立しないことになる。

「民法第719条第1項前段ハ①共同行為者ノ各自カ損害ノ原因タル不法行為ニ加ハルコト換言スレハ②客観的ニ共同ノ不法行為ニ因リ其損害ヲ生シタルコトヲ要スルニ止マリ③共謀其他主観的共同ノ原因ニ由リ其損害ヲ生シタルコトヲ要スルコトナシ④蓋シ此場合ニハ損害ハ一ニシテ之カ賠償ノ責ニ任スヘキ者ハ数人アリ如何ナル範圍ニ於テ其賠償ヲ為スヘキモノナリヤヲ明ニスル必要アリ其責任ノ連帯ナルコトヲ定ムル為メ規定ヲ設ケタルモノニシテ意思ノ共通ヲ要スルコトヲ定ムル為メ規定ヲ設ケタルモノニアラサルナリ⑤故ニ共同行為者ノ各自ノ間ニ意思ノ共通アルコトヲ要セサルモノナレハ故意ニ因ル行為者ト過失ニ因ル行為者トカ共同不法行為者トシテ損害賠償ノ責ニ任スルヲ妨クルコトナキコト亦明ナルヲ以テ本論旨ハ理由ナシ（①②③④⑤、筆者）」。

本判旨は、共同行為者ノ各自カ「③共謀其他主観的共同ノ原因ニ由リ其損害ヲ生シタルコトヲ要スルコトナシ」として、共同行為を行為者間の「横の関係」である「③共謀其他主観的共同」で捉える主観的関連共同説を否定する。他方で、「①共同行為者ノ各自カ損害ノ原因タル不法行為ニ加ハルコト」換言すれば「②客観的ニ共同ノ不法行為ニ因リ其損害ヲ生シタルコト」として結果（損害）との「縦の関係」で捉える客観的共同原因説をとるのである。その根拠は、「④蓋シ此場合ニハ損害ハ一ニシテ之カ賠償ノ責ニ任スヘキ者ハ数人アリ如何ナル範圍ニ於テ其賠償ヲ為スヘキモノナリヤヲ明ニスル必要アリ其責任ノ連帯ナルコトヲ定ムル為メ規定ヲ設ケタルモノニシテ意思ノ共

通ヲ要スルコトヲ定ムル為メ規定ヲ設ケタルモノニアラサルナリ」とするのである。立法者は共同行為の本質を「此場合ニハ損害ハ一ニシテ」と捉えているのである。したがって、「故意ニ因ル行為者ト過失ニ因ル行為者トカ共同不法行為者」となる妨げにはならないとする。そして、①②を各自のレベルの要件事実として捉えたと、争点は、各自の行為と損害との因果関係の問題となる。

第3の上告論旨に関しては、大審院は、民法719条①の前段と後段の違いを、前段は、「Yノ過失トXノ損害トノ間ニ因果関係アリトシタル判定」、後段は、「損害ト因果関係ナキ不法行為者ニ賠償ノ責ヲ負ハシメタル」もの区別して、原審は、前段として判定していると判断する。

(C) 因果関係の判断

共同行為論において客観的共同原因説をとったので、争点は、Y倉庫会社社長の過失による倉庫証券発行とX銀行の金銭所有権（及び損害）との因果関係はどのように判断されるか、に移ることになる。因果関係論に関して、大審院は、明確に、相当因果関係説を採用する。

(ア) 本件の因果関係の特徴

本件事案の第1の特徴は、Yの過失とXの結果（権利侵害及び損害）が間接的な関係にあるという点である。Xの金銭所有権侵害及び損害は直接的にはAの詐欺を因果関係とするものであり、Yの証券発行上の過失とXの結果（金銭所有権の侵害及び損害）とは直接の関係はなく、Aの詐欺を媒介とする間接的な関係で、Yの上告理由はその特徴を意識した主張となっている。

第2の特徴は、Y証券発行の過失（加害行為）と関係させる結果は金銭所有権侵害及び損害となっている点で「成立要件の因果関係」が争点となっていることである。「成立要件の因果関係」は、加害行為と権利侵害とに因果関係であるが、本件は、明確に金銭所有権侵害との因果関係を問題にしているのである。ただ一般的には条文に「損害を加える」とあるため、それにも配慮して、金銭所有権侵害及び損害としていると考えられる。Aの詐欺によるXのAへの金銭支払いは、権利侵害からは金銭所有権侵害であり、それを金銭へ換算するための概念（要件）である損害では、その金銭額が損害ということになる。詐欺による金銭支払いという事実（被害・結果）が法的評価として金銭所有権侵害、即ち損害となっているので、本件では「成立要件の因果関係」と「賠償範囲の因果関係」は同じ判断という結果になる。

本件の特徴を意識しながら、本判決の判断を見ることにしよう。

(イ) 事実的因果関係説による判断

(a) 原審の判断

原審は、第2の特徴は捉えながら、第1の特徴の捉え方は弱いように思えるが、事実的因果関係説に基づいて判断する。

「哲学上ノ見地ヨリ之ヲ謂ヘハYノ証券発行ニ関スル過失トXノ権利侵害及損害トノ間ニ因果ノ関係アルヤ毫モ疑ナシ」と判示し、その理由として、「何トナレハ若シYカ過失ニ因リテ不正ノ事

項ヲ記載シタル証券ヲ発行セサリシモノト假定セハAカ之ヲ利用シテXヲ欺クカ如キコトアリ得ヘカラサレハナリ」とする。これは事実的因果関係説(条件説)である。

因果関係の意義に関して、条件説と相当因果関係説(適当条件説)が主要なものであるが、条件説とは、「甲ノ事実ナクバ乙ノ事実発生セザルシナルベシト云フ一切ノ場合ニ於テ甲乙ノ間ニ因果関係ノ成立ヲ認ムルモノニシテ、刑法ニ於ケル有力ナル学説ナリ⁽⁸⁴⁾」。これに対し、相当因果関係説(又は適当条件説)は、「或ル事実ガ其現実の場合ニ於テ結果発生ノ条件タルノミナラズ、一般ノ場合ニモ亦此結果ヲ発生サセシムルニ適スルモノナリヤ否ヤヲ標準トシ、一般ノ場合ニモ亦結果発生ノ条件タルモノニハ結果ヲ発生セシムルニ相当又ハ適当ナル原因力存スルモノトス。此説ハ民法ニ於テハ通説ト認ムルヲ得ベシ⁽⁸⁵⁾」。

(b) 上告理由

条件説(事実的因果関係説)による因果関係を認める判断に対して、Yは上告理由で反論する。

「惟フニ哲学上ノ見地ヨリ之ヲ謂ヘハソノ権利侵害及損害トノ間ニ何等因果関係ヲ見ス何トナレハ過失自体カ当然結果タル損害ヲ生シタル場合ニアラサレハ因果関係アリト云フヲ得サレハナリXノ損害ハYカ毫モ想像シ能ハサルAノ犯罪行為ニ因由スルモノニシテYノ過失ト何等ノ原因結果ノ関係ヲ有スルモノニアラサレハ疑ヲ容レサルナリ」と。

原審が、条件説を適用したのに対して、Yは、本件のXの金銭所有権侵害の原因がYの過失による証券発行とAの詐欺の犯罪により、Aの犯罪が直接の原因であり、Yの過失行為は、Xの権利侵害と間接的な関係である本件事案の特徴を踏まえて、Aの犯罪による因果関係の中断を主張する。

(c) 大審院の判断

これに対して、大審院は「然レトモ哲学上ノ見地ヨリセル因果論則チ結果ノ発生ニ欠クヘカラサル総テノ条件ニ同一ノ価値ヲ付スル所謂条件説ノ因果論ハ原判決カ文勢上偶々論及シタルニ止マリ原院ノ採用ウシタル所ニアラサルヲ以テ此点ニ対スル攻撃ハ上告ノ理由トナラス」と判示する。

原審は、Yの過失と、直接的にはAの犯罪によるXの金銭所有権侵害との因果関係の判断を、条件説(事実的因果関係説)と相当因果関係説の両方で判断している。因果関係に意義に関して両説が対立している事を配慮して、両説でも、因果関係が認定されたと考えたと思われるが、大審院は、何れかの説で判断すべきと考え、そして、相当因果関係説を使用すべきと判断したため、条件説による判断は、「文勢上偶々論及シタルニ止マリ原院ノ採用シタル所ニアラサルヲ以テ此点ニ対スル攻撃ハ上告ノ理由トナラス」として、判断を拒否したのである。因果関係論に関して相当因果関係説を採用すると事実的因果関係の判断は要件事実論上は無意味となるからである。

(84) 鳩山秀夫『改版増訂日本債権法(総論)』(岩波書店、初版大正5年、増訂版昭和3年、以下、鳩山・総論と略記する。)70頁。

(85) 鳩山・総論71~72頁。

(ウ) 相当因果関係説による判断

(a) 原審の判断

原審は、事実的因果関係説に加えて相当因果関係説（法的因果関係説）に基づく判断もする。

「Yノ過失トXノ権利侵害及損害トノ間ニハ法律上因果ノ関係アルモノト謂ハサル可カラス」と判示し、その理由づけに取引上の通念をもちだす。

「元来倉庫証券ナルモノハ其性質上流通証券ニシテ取引上第三者ニ転輾スヘキモノナレハ若シ証券ニ不正ノ記載ヲ為サンカ第三者ハ其証券ニ誤ラレ不測ノ損害ヲ蒙ル事アルヘキハ十分ノヲ予知スルヲ得ヘキモノナルヲ以テAカYノ発行ニ係ル証券ノ不正ナル記載ヲ真正ナルモノトシXヲ欺キ其証券ヲ担保トシテ金銭ヲ借入レXニ金銭ノ所有権ヲ喪失セシメ以テ損害ヲ被ムラシメタルモノナル以上ハ取引上ノ通念ヨリ観ルモ」法律上の因果関係は認められるべきとするのである。

(b) Yの上告理由

これに対して、Yの上告理由は、「AカY発行ニ係ル証券ノ記載ヲ故意ニ正当ナルモノトシテXヲ欺キタルニ因ルモノナレハXカ金銭所有権ヲ侵害セラレタルハAノ犯罪行為ニ基クモノニシテ縦令Yノ過失ニ係ル証券ノ利用ニ出ルモノトスルモYノ過失ハ其過失ヲ了知スル者ノ為メニ利用セラレタルニ過キスシテ過失自体ハ毫モ権利侵害ニ関係ナク偶其遠因ヲ為スニ外ナラス」。

本件事案の間接的な因果関係の特徴を踏まえてYの過失とXの金銭所有権侵害とは無関係で偶然の遠因にすぎずAに利用されAの犯罪によるものであると強調するのである。そして、その法律的な理由づけを、次の2点に求め、「Yノ倉庫証券発行上ノ過失トXノ権利侵害及損害トノ間ニハ何等法律上ノ因果ノ関係アラザルヲ以テ責任ナキモノ」と結論づけるのである。

まず第1の理由づけは、「Yハ本件倉庫証券ハ見本ニ拠リAノ申出通りノ記載ヲ為シタルモノナレハ他人カ不測ノ損害ヲ被ムルコトアルヘキ認識ノ余地ナク」、「過失ノ責任ハ通常認識ノ範囲ニ止マルヘキハ当然ノ理ナレハ」、過失責任の観点から因果関係を認めるべきでないとする。すなわち「因果律ノ支配ヲ受クヘキハ原因結果当然ノ関係ニ因ル場合ニシテ其間不測ノ出来事ニ因リテ生シタル事実ハ他因他果ニシテ既ニ論スル如クYニ証券発行ニ付過失アリトスルモ普通認識ノ範囲ヲ超越シタル事実ノ発生即チAノ犯罪行為ノ結果ニ対シ責任ヲ受クヘキ理由ナシ」。

第2の因果関係否定の理由づけは、「X人ノ権利侵害及ヒ損害ハAノ犯罪行為ニ因由スルモノナレハ取引上ノ通念ヨリ観ルモ」のである。この因果関係否定は相当因果関係説によるものである。

(c) 大審院の判断

第1の、Yの過失責任に基づく因果関係否定の原理的な理論構成に対して、大審院は、過失の内容で応える。「過失ハ独り行為カ違法ノ結果ヲ生シ得ヘキコトヲ認識シナカラ其結果ヲ生スルコトナカルヘシトノ希望ヲ以テ相当ノ注意ヲ欠ク場合ニノミ存スルモノニアラス違法ノ結果ヲ生シ得ヘキコトノ認識ナキモ相当ノ注意ヲ為セハ之ヲ認識シ且ツ避クルコトヲ得ヘカリシ場合ニモ亦存スル

モノナルカ故認識ノ余地ナクンハ因果関係ナシトスルハ誤レリ」。

第2の、Yの相当因果関係説に基づく因果関係の否定の上告理由に対して、大審院は、次のように判示する。

「Xノ権利侵害及ヒ損害ハ不正ノ記載アル倉庫証券ノ利用ニ拠ルAノ犯罪行為ニ因ルモノニシテ倉庫証券ニ不正ノ記載ナクンハAノ行為ノミニ因テハ決シテ生シ得ヘカラサルモノニ係リYノ過失ハ一般ノ場合ニ考ヘXノ権利侵害及ヒ損害ヲ惹起スルニ適当ナル条件ナレハYノ過失ハXノ権利侵害及ヒ損害ノ原因ヲ成スモノトス從テ其間因果関係ナシトスルハ誤ニシテ」。

この理論構成は、相当因果関係説である。相当因果関係説は「吾人ノ生活経験上同種ノ結果ヲ生ズベキモノト認ムルベキトキハ其ノ事実ハ原因タリトスル⁽⁸⁶⁾」理論である。相当因果関係説は、条件となる事実の範囲を定める基準として、純客観説と折衷的客観説が対峙するが、折衷的客観説は「私法ノ目的ヨリ考フレバ行為者ニ知レ又ハ知レ得ベカリシ事実ヲ基礎トシスベク、而シテ其ノ知レ得ベカリシヤ否ヤハ善良ナル管理者ヲ標準トシテ之ヲ定ムルヲ相当トス⁽⁸⁷⁾」る見解である。

本件においては、相当因果関係説の折衷的客観説が採用されている。「Yノ過失ハ一般ノ場合ニ考ヘXノ権利侵害及ビ損害ヲ惹起スルニ適当ナ条件ナレハ」と判示しているからである。

(エ) 本判決の意義

第1の意義は、共同行為論において、主観的関連共同説を否定し、客観的共同原因説を、起草者の立法的政策判断を根拠に、採用していることである。客観的共同原因説の本質は「損害ハ一ニシテ」であるが、判旨は、共同不法行為の連帯責任の根拠を、「意思ノ共通ヲ要スルコト」におくのではなく、「損害ハ一ニシテ」いる点においているからである。ここでの損害は、事実としての損害である。

第2の意義は、客観的共同原因説の内容をなす因果関係の判断を、事実的因果関係説ではなく、相当因果関係説の折衷的客観説に基づいて、「成立要件の因果関係」の場面で、判断している点にある。

(3) 過失競合の共同不法行為

意思の共通ある共同過失ではなく意思の共通のない過失競合に、例えば、船舶が船長の過失で衝突した場合に共同不法行為が成立するか。過失の競合の場合には主観的関連共同説では意思の共通がないので共同不法行為は成立しないことになるので、共同不法行為の成立には、主観的関連共同説でなければならないか論点となる。

(86) 鳩山・総論72頁。

(87) 鳩山・総論73頁。

【5】大判大正2年6月28日(民録19輯560頁)

(ア) 本件事案の概要

本件は、A B両船の衝突事故で、A丸船長は前路が展望できない航路であるにも拘わらず本船の左側を田代浜に沿って極めて接近して航行し、他方B丸船長はA丸を近距離に発見した際、直ちに全速力で後退しなかったために両船が衝突するに到ったのであるが、この両船の衝突により損害を被った原告Xらが、A Bの両船の所有者Yらに対してA B船の両船長の共同不法行為に基づく損害賠償を請求した事案である。

(イ) 上告理由として主観的関連共同説を主張

原審は、共同不法行為を認めたが、上告人Yは、「各船長ノ共同過失」は「意思共通」ある場合であり、意思の共通がなく「偶過失カ同時ニ」に行われた場合ではないとして、次のように主観的関連共同説による上告理由を主張した。

「共同過失トハ過失者ニ意思共通アル場合ヲ謂フモノナルコトハ第一点所論ノ如クナルモ仮リニ原判決ハ共同過失ナル語ヲ同時過失即過失者ニ意思共通ナク偶過失カ同時ニ行ハレタル場合ト同一意義ニ用ヒタルモノトスルハ民法第719条第1項ノ規定ヲ適用シテ上告人ノ責任ヲ定ムルコトヲ得ス民法第719条第1項ハ共同不法行為ニ関スル規定ニシテ同時不法行為ノ場合ニ適用セラルヘキモノニ非ス或ハ同条後段ノ共同行為者云云トアルハ同時行為ノ場合ノ規定ナリト解スルモノアレトモ共同行為者ナル語ハ前段ノ共同ノ不法行為ナル語ヲ受ケテ使用シタルモノナリ共同ノ不法行為ナル語ハ意思共通ノ不法行為ナルコトハ一般ニ異論ナキ所ナレハ其語ヲ受ケタル共同行為者ナル語モ亦意思共通ノ行為者ト解スルヲ正当トス(岡松博士著民法理由債権編参照)故ニ同条ヲ適用シテ上告人ト竜丸合資会社ト連帯責任アル旨ヲ判定シタル原判決ハ法則ノ適用ヲ誤リタル違法アリト信スト云フニ在リ」。

(ウ) 大審院の判断

岡松説の主観的関連共同説による上告理由に対して、大審院は、【4】大判大正2年4月26日を参照して、客観的共同原因説を維持する。

「民法第719条ニ共同ノ不法行為トアルハ数人カ共ニ為シタル不法行為換言スレハ数人ノ客観的
共同ノ不法行為ノ謂ニシテ其数人間ニ意思ノ共通アルコト即チ主観的共同ナルコトヲ必要トスル法
意ニ非ス(大正2年(オ)第81号同年4月26日判例参照)」と説示し、「A丸船長ハ前路ヲ展望シ得
サル航路ナルニ拘ハラズ本船ノ左側ニ於テ田代浜ニ沿ヒ極メテ接近シテ航行シB丸船長ハ弁竜丸ヲ
近距離ニ発見シタル際直ニ全速力後退ヲ為ササリシ為メ竟ニ両船ヲ衝突セシメタル事実即チ両船船
長カ共ニ過テ両船ヲ衝突セシメタル事実ヲ認メ之ヲ民法第719条ノ共同不法行為ト判定シタルハ正
当ニシテ上告人所論ノ如キ不法アルモノニ非ス」と判示したのである。

本件では、両船長の過失ある行為と損害(両船の衝突、沈没)との因果関係ははっきりしている

ので問題とならない。

(エ) 本判決の意義

第1の意義は、共同行為として主観的関連共同性を必要としないことを判示しているが、各自の行為が共同過失である必要もないという点にある。このことは、本判決が、共同行為の本質を「横の関係」である関連共同性ではなく、「縦の関係」である共同原因、結果に側面では一個の結果として捉えていることを含意している。共同行為の本質が各自の横の関連共同性であるとする、主観的関連共同でなくても客観的関連共同で十分であるとすれば、横の関係である客観的関連共同性を主張立証する必要があり、主観的関連共同性又は過失共同の証明で、客観的関連共同性を証明することも可能であるので、その主張立証を認定する必要があることになる。しかし、「主観的共同ナルコトヲ必要トスル法意ニ非ス」と判示し、しかも、共同過失でなく同時過失にすぎないから共同不法行為ではないとの主張に対しても、「A丸船長ハ前路ヲ展望シ得サル航路ナルニ拘ハラヌ本船ノ左側ニ於テ田代浜ニ沿ヒ極メテ接近シテ航行シB丸船長ハ弁竜丸ヲ近距離ニ発見シタル際直ニ全速力後退ヲ為ササリシ為メ竟ニ両船ヲ衝突セシメタル事実即チ両船船長カ共ニ過テ両船ヲ衝突セシメタル事実」を認定し、各自の個別過失の認定をしているのである。このような本判決は、各自の行為が結果に対して因果関係があり、その結果が一個であることを共同不法行為とする客観的共同原因説を当然のことと考えていたということを示している。

したがって、第2の意義として、本判決が、客観的共同原因説を客観的関連共同説とは異なるものとして採用しているということである。学説においては、自己責任の例外、因果関係の特定・寄与度の立証不要という特徴を正当化するために、主観的関連共同性は必要ないが客観的な横の客観的関連共同性に意味を持たせようとしているが⁽⁸⁸⁾、判例は、各不法行為が偶然でも結果が一個、一体であれば客観的共同原因性をみとめているために、自己責任・個人責任との整合性を、その各自の行為と一個の結果との共同原因性で判断することになる。判例の客観的共同原因説の本質は各自の行為と一個の結果との因果関係の存在ということになる。そして、次に、因果関係の終点である結果が同じか否か、一個の結果か否かが共同不法行為の成否をきめる判決例が登場することになる⁽⁸⁹⁾。

(4) 損害(結果)の同一性と共同不法行為

本件は、経営者が異なり、時期が隔たり、両者に何らの連合がない場合に、家屋の損傷という面

(88) 横田・前出注(4) 885頁以下参照。加藤・不法行為208頁以下参照。

(89) 川井健『現代不法行為研究』(日本評論社、1978年) 203頁は、「判例のごとく、主観的主観的共同原因を不要とするときには、何らかの規準で、原因の共同性を限界づけなければ、無制限に原因を共同不法行為の中にひきずりこみ、行為者に酷にすぎる連帯責任を押しつけることになりかねない。そこで、その限界づけの規準として登場したのが因果関係の理論である。」とするが、客観的共同原因説では要件事実各人の加害行為と結果との因果関係である。

では同じである場合に、共同不法行為が成立するかという問題である。主観的関連共同説からは、経営者間に何らの関係もない場合には、共同不法行為が成立しないのは当然のことである。問題は、客観的共同原因説による場合、結果は家屋の損壊ということで同一であるが、時期も春からと秋からと隔たりも大きく、被害が家屋という物的なもので物理的には被害の特定が可能であるということが問題となる。

【6】大判大正8年11月22日（民録25号2068頁）

共同不法行為が成立するためには損害は同一でなければならないか。客観的共同原因説の要件事実である因果関係の終点の損害・結果の同一性が問題となる。

(ア) 事案の概要

本件は、埋立工事により家屋を損壊された家屋所有者X（原告・控訴人・被上告人）が埋立工事のY会社（被告・被控訴人・上告人）に損害賠償を請求した事案である。本件埋立工事は、まず、訴外Aが本件埋立工事を前経営者の訴外Bから下請けし、大正5年春頃より工事に着手しX所有の家屋に近接する懸崖より土丹岩を採掘するために岩石土塊が当該家屋の上に崩落して家屋を損壊していたが、経営がY会社に移った後もY会社は同じ訴外Aに工事を請負させたため大正5年秋より従前と同一の方法で土丹岩を採掘し其結果として家屋が損壊したために、Y会社に損害賠償を請求したものである。Y会社と訴外A又は訴外Bとの共同不法行為の成否が争点となる。

第一審が、Xの敗訴。原審はXが勝訴し、Yが上告した。大審院は、Yの上告を受け入れて破棄差戻した。

(イ) 原審の判断

原審は、客観的関連共同説をとり（客観的共同原因説ではない）、共同不法行為の成立を認める。「訴外AカY会社ノ請負人トシテ工事ニ従事中右ノ損害ニ対シ果シテ幾何ノ原因ヲ為シタルヤ不明ナルモ訴外Aノ行為ハ前記他ノ行為ト相待チテ共同ノ不法行為ヲ為シタルモノナルカ故ニ右工事ノ注文ニ付キ過失ノ責アルY会社ハ民法第719条第1項前段ノ規定ニ依リ他ノ行為者ト連帯シテ全部ノ損害ニ付キ賠償ノ責ニ任セサル可ラスト云フニ在リテ」。

(ウ) Yの上告理由

これに対して、Yは上告理由を、主観的関連共同説で構成して主張する。まず、主観的関連共同説の内容を説明する。

「民法第719条ニ所謂共同ノ不法行為ナルモノハ数人カ連合シテ一ノ不法行為ヲ為スノ謂ニシテ其条件ハ（一）主観的条件（甲）数人間ニ連合アルコト（1）ノ他人カ行ハントスル行為ノ何タルヤヲ知ルコト（2）合同シテ之ヲ行フ意思アルコト（二）客観的条件（乙）其各自カ不法行為ヲ為スコトニ在ルコトハ学者間ニ異論ナキコトト信ス故ニ苟モ此条件ヲ缺クニ於テハ民法第719条ニ所謂共同ノ不法行為ニ非サルナリ」。

そして、本件事実が、Yが本件埋立工事業の権利を訴外B外数名より承継した以前の訴外Aが請負、其当時、本件X等の家屋を損壊し其後Yが該埋立工事業の権利を承継し其経営することになり訴外Aに工事を請負せた後大正5年秋頃以後訴外Aが又本件X等の家屋を損壊し其間又別に氏名不詳の者も何時か不明であるが損壊したために大正6年6月27日現在の状態となったことを認めた上で、次のように、上告理由を主張する。

「此Yノ経営ニ移ル以前即チ訴外B外数名ノ経営中ノ不法行為トYノ経営ニ移リタル以後ノ不法行為トノ間ニハ其時期ヲ隔テ経営者ヲ異ニシ全ク同一ノ不法行為ニ非ス又何等ノ連合アルコトナク両者間ニ其行為各独立シ居リテ何等ノ合同ナク其合同シタル行為カ同一ノ結果ヲ発生シタルニ非サルモノナレハ共同不法行為ノ主観的条件モ客観的条件モ固ヨリ具備スルモノニ非ス殊ニYニ非スYノ前経営者ニ非サル氏名不詳ノ別人カ何時カ不明ナルモ不法行為ヲ為シタルトテ其損壊モ又民法第719条ニ所謂共同ノ不法行為ナリト云フニ至リテハ最モ了解ニ苦シマサルヲ得ス此場合ハ一層其独立シタル行為ニシテ合同シタルモノニ非サルコト明白ナレハ其共同ノ不法行為ノ何等ノ条件モ具備セサルコト毫モ疑ヲ容レサルナリ故ニ原判決ハ全ク民法第719条ヲ誤解シタル失当ノ裁判ナリト云ヒ」と。

つまり、Yの経営以前と経営以後の不法行為の間には「其時期ヲ隔テ経営者ヲ異ニシ全ク同一ノ不法行為ニ非ス」と主張するのである。

(エ) 大審院の判断

大審院は、次のように①主観的関連共同説を拒絶し、②客観的共同原因説をとり、その要件事実として③各自の行為と損害との因果関係というこれまでの判例を踏襲する。しかし、③の因果関係の判断において、「一個の損害(結果)」でないとして、破棄差戻しとなる。客観的共同原因説における「一個の損害」の重要性を認識させる判決である。

「民法第719条ニ規定スル共同不法行為ヲ組成スルニハ①其不法行為ヲ為シタル加害者間ニ必スシモ通謀意思ノ連絡アルコトヲ要セスト雖モ②其数名ノ加害者ハ同一ノ不法行為ニ干与シ之レニ依リテ被害者ニ同一ノ損害ヲ与フルコトヲ要スルモノニシテ③即チ加害者各自ノ行為ト之ニ因リテ生シタル損害トハ其間ニ因果ノ関係ヲ有スルモノナラサル可カラス(①②③、筆者)」と判示する。本判示は民法719条とだけ示しているが③の因果関係があるということは、同条①前段の共同不法行為を適用していることになる。

Yは訴外Aとは主観的関連共同性がないので、主観的関連共同説をとれば、即、共同不法行為は否定されるが、客観的共同原因説をとるので、その内容(要件事実)として、各自の行為と損害(家屋の損壊)との因果関係の問題となる。訴外AがB経営者の下請けのときの大正5年春以降の損害とY経営の大正5年秋以降の損害を一個の損害とみるか、別個の損害と見るかが争点となる。一個の損害であれば共同不法行為が成立するが、別の損害であれば共同不法行為は否定される。客

観的共同原因説は「一個の損害（結果）」を本質的要素としているからである。

「大正5年春頃土砂崩落ノ為メニXノ家屋ニ与ヘタル損害ハ訴外Aカ前経営者ノ請負人トシテ為シタル不法行為ヨリ生シタルモノニシテ其後大正5年秋季ニ至リ同ク訴外AカY会社ノ請負人トシテ為シタル行為ヨリ生シタル損害トハ全然別箇ノモノニ属シ從テ大正5年春頃訴外Aノ為シタル不法行為ニ因リテ生シタル損害ト同年秋期訴外AカY会社ノ請負人トシテ為シタル行為トハ他ニ特別ナル事情ナキ限リハ其間ニ何等ノ因果關係ヲ有セサルモノト云ハサル可カラズ而シテ又原判決ニ他ニモ亦之ヲ毀損シタル者アリト称スルハ果シテY会社ノ経営ニ移リタル以後為シタル不法行為ニ干与シタルモノナリヤ毫モ其事實ニ付判定スル所ナキニ拘ラス原判決ハ漫然凡テ此等一切ノ損害ニ付テハYハ共同不法行為者トシテ其全部ノ損害ニ付キ賠償ノ責任アルモノト判決シタルハ失当ニシテ共同不法行為ニ関スル法則ノ解釈ヲ誤リタル不法アルモノトス 上來說明シタルカ如ク原判決ハ破毀ヲ免カレサルヲ以テ民事訴訟法第417条第418条ニ依リ主文ノ如ク判決ス」。

以上のように、因果関係なしと判断して破棄差戻しているのである。

(オ) 本判決の意義

第1の意義は、客観的共同原因説の内容（要件事実）が各自の行為と損害との因果関係にあることを明示したことである。つまり、共同不法行為は「②其数名ノ加害者ハ同一ノ不法行為ニ干与シ之レニ依リテ被害者ニ同一ノ損害ヲ与フルコト」として、客観的共同原因説をとることを判示し、即ち、として、その内容（要件事実）を「③即チ加害者各自ノ行為ト之ニ因リテ生シタル損害トハ其間ニ因果ノ關係ヲ有スルモノ」と判示するのである。

第2の意義は、その因果関係の終点としての結果は「同一ノ損害ヲ与フルコト」でなければならず、共同不法行為者の「損害トハ全然別箇ノモノニ属」する場合には因果関係が認められないとして、共同不法行為の成立を否定したことである。共同不法行為を、「①其不法行為ヲ為シタル加害者間ニ必スシモ通謀意思ノ連絡アルコトヲ要セスト」して主観的関連共同説を否定し、「②其数名ノ加害者ハ同一ノ不法行為ニ干与シ之レニ依リテ被害者ニ同一ノ損害ヲ与フルコト」として、共同行為の本質を「同一ノ損害ヲ与フルコト」とする客観的共同原因説の当然の結論である。客観的共同原因説では、この「一個（同一）の結果（損害）」であるか否かが、共同不法行為における因果関係認定の本質的な争点となるのである。最近、これが争点となったのが、交通事故と医療過誤の【22】順次競合事件（最判平成13年3月13日 民集55巻2号328頁）で、「一個の結果」としてより概念が明確に再確認されたのである。

(5) 騒擾行為と共同不法行為

騒擾行為において、傷害、暴行の実行行為者がいる場合に騒擾行為の参加者で非実行行為者も共同不法行となるかが争われた。本件は、被害者Xが、騒擾行為を先導したYに対して、騒擾行為に際の実行行為者Aによる負傷によって生じた損害について共同不法行為による損害賠償の連帯責任

を求めた事案である。

【7】大判大正13年7月24日（民集3巻376頁）

客観的共同原因説では、因果関係の判断において、加害行為の側面で実行行為か非実行行為かの問題と結果の側面で「一個の結果」かが問題となる。前に検討した【6】大判大正8年11月22日は「一個の結果（損害）」かの判断が争点となったが、本件でも「一個の結果（権利侵害）」であるかが問題である。【6】大判大正8年11月22日では、同質の家屋の損壊の結果の一個性の判断であったが、本件では、権利侵害という結果で身体侵害と意思の自由という性質の違う結果の同一性が争点となる。本件は、客観的共同原因説をとり、その内容（要件事実）としての因果関係の判断で、同じ権利侵害ではないとして、因果関係が認められず、原告が敗訴した事件である。

（ア）事案の概要

本件は、村会議員であるX（原告・被控訴人・被上告人）が、大正11年12月25日同村役場で開かれた小学校合併案を議決すべき村会に出席したところ、Y等居村住民数百名は傍聴席に殺到し議事に入ると多衆住民はX等合併派議員を威迫して合併案を否決するか少なくとも無期延期にするために喧噪し、Y（被告・控訴人・上告人）は前記騒擾する群衆に率先してX等合併派議員に対し以後非合併に賛成する旨を記載した覚書に記名調印を強要し之を徴して群衆に読聞け騒擾を助勢し且公務の執行を妨害し又Xハ前掲騒擾中に於て訴外Aの為にその後頭を殴打され治療約20日を要する創傷を蒙り且非合併に変節するを止む無き至ったとして、Yに対して共謀加害の為医療費用並業務上の損失の外身体上精神上の苦痛を被った慰藉料として金5百円の連帯支払を請求した事案である。第一審、原審ともに、Xが勝訴した。Yの上告論旨は、①主観的関連共同説による構成と、②各人の加害行為と損害との因果関係は認められないということである。この上告論旨が認められ、破棄差し戻された。

（イ）原審の判断

原審は、Xの負傷は、訴外Aによるものであるが、騒擾罪の共犯は何れも民事上の共同不法行為者として賠償責任があるので、Yに対してもXの身体を傷害したものとして共同暴行傷害の責任を負担させるべきだとする。

「凡ソ騒擾ノ罪ハ多衆ノ聚合ト其ノ暴行脅迫トヲ要件トシ社会ノ静謐ヲ害スルモノナレハ之カ衆ニ加リタル共犯ノ或者カ暴行シテ傷害シ或者カ人ヲ脅迫スル等諸般ノ行為相結合スル現象ヲ見ルハ犯罪ノ性質上正ニ然ル所ニシテ諸種被害カ其ノ原因ヲ一ニスルヤ否ハ被害法益タル社会ノ静謐ノ害セラレタルコトノ一ナルヤ否ヲ標準トセサルヲ得ス特ニ本件ニ見ル如ク他面公務ノ執行妨害罪ヲ構成スル場合ニ於テ公務ノ執行ノ継続中ナル以上ハ騒擾ノ初メニ加功スルト後ニ加功スルトニ依リ被害ニ対スル民事上ノ損害賠償ノ責任ニ差等アルヘキノ理ナキヲ以テ如斯騒擾罪ノ共犯ハ何レモ民事上ノ共同不法行為者トシテ賠償ノ責ニ任スヘキモノトス」。

(ウ) 上告理由

Yは、まず、上告理由を主観的関連共同説で構成して、次のように、主張する。

「共同不法行為トハ加害者数名アリテ共同ノ意思ニ基キ不法行為ヲナシタル場合ヲ意味スルヲ以テ共同ノ不法行為アリトスルニハ行為ノ当時ニ於テ同一ノ不法行為ヲ実行セントスル意思ノ共通アルコトト加害者カ各自ニ不法行為ヲナシタルコトヲ必要トシ不法行為ヲナシタル者ノ間ニ意思ノ共通ヲ缺クトキ又ハ現ニ不法行為ニ関与セサル者アルトキハ其ノ間ニ於テ共同ノ関係ヲ生セサルヤ明ナリ又不法行為者ニ意思ノ共通アリトスルニハ不法行為カ各自ニ他ノ不法行為ヲ為スコトヲ知り其ノ行為ニ加功スルノ意思アルコトヲ必要トシ此ノ意思ナキトキハ意思ノ共通ナク従テ各自ノ行為ハ別個独立ノ不法行為即所謂同時行為ヲ構成スルコトアルモ共同不法行為ヲ構成スルコトナキモノトス」。

このように、主観的関連共同説によって上告理由を構成しながら、本件に即した主張は、Yは自ら暴行を加えていないという事実を主張の根拠としていることである。主観的関連共同説は自らの実行行為は本質的要素でないので、Yの主張は、具体的には、判例の客観的共同原因説の内容である因果関係の判断に焦点を合わせ、しかも本件は刑事事件ではなく民事訴訟の問題であることを強調する。

まず「今本件ニ付之ヲ考フルニYハ自ラXニ対シテ暴行ヲ加ヘサルコトハ一件記録ニヨリテモ明瞭ニシテ原審ニ於テモ亦之ヲ認ムル所ナリ従テ民法第719条第1項ニ該当セサルヤ明ナリ然ラハ第2項ニ所謂教唆者及幫助者ニ該当スルヤ否ヤヲ案スルニYハ訴外AノXヲ殴打シタル際ハ勿論万太郎孝一ノ暴行ノ際ニ於テモ何等教唆及幫助ノ事実ナク従テ本項ニ於テモ其ノ責任ヲ負フヘカラサルモノナルコト照乎トシテ一点ノ疑ナキ所ナリ」と民事上の共同不法行為は成立しないと主張する。

そして、刑事上の共犯と民法上共同不法行為とは同じではないとして、原審の判断に反対する。

「然ルニ原判決ハ『騒擾ノ初ニ加功スルト後ニ加功スルトニ依リ被害ニ対スル民事上ノ損害賠償責任ニ差等アルヘキノ理ナキヲ以テ如斯騒擾罪ノ共犯ハ何レモ民事上ノ共同不法行為者トシテ賠償ノ責ニ任スヘキモノトス』ト判示セルモ刑事上共犯ノ責ヲ負フヘキ場合毎ニ必シモ民法上共同不法行為ノ責任アルモノト云フヘカラス」。

最後に、被害原因が暴行と騒擾等では全然違ふと主張するのである。

「特ニ本件ノ被害原因ハXニ対スル暴行テフ不法行為ヲ原因トスルモノナルニ拘ラス慰藉料請求原因ト全然関係ナキ騒擾並公務執行妨害ノ事実ヲ原因トシテ共同不法行為ト同視シ刑事上ノ責任ト民事上ノ責任トヲ混同シタルハ法律適用ノ違法アルモノ」。

この暴行と騒擾等では被害原因が異なるとするのは、一つの不法行為ではないとすることを意味し、共同不法行為ではないことの理由となる。

(エ) 大審院の判断

大審院の判断は次の4段に区別することができる。

第1段は、騒擾罪と公務執行妨害罪の共犯の問題であるとする原審は騒擾罪の共犯は共同不法行為となつたので、まず騒擾罪と公務執行妨害罪の共犯の成否を判断するのである。「①騒擾罪ニ於テ共犯ノ或者カ暴行シテ傷害シ他ノ者カ人ヲ脅迫スル等諸般ノ行為相結合スルコトアルモ被害法益タル社会ノ静謐ヲ害スルコトノ同一ナルハ論ヲ俟タス又他面ニ於テ公務執行妨害罪ヲ構成スル場合ニ於テ公務ノ執行ノ継続中ナル以上ハ騒擾ノ初ニ加功スルト後ニ加功スルトニ依リ其ノ責任ニ影響ナキコトモ原判示ノ如シト雖是ハ唯騒擾罪及公務執行妨害罪ノ共犯トシテ各自刑事上ノ処罰ヲ受クヘキ理由タルニ止マリ」と説示する。

第2段として、それでは、共同不法行為は成立するか、に関して、次のように判示する。

「②未タ以テ人ヲ脅迫シ其ノ他意思ノ自由ヲ害シタルニ過キサル者カ民事上ニ於テ自己ノ行為ニ対スル責ヲ負フハ格別他ノ身体ヲ傷害シタル者ト同シク因リテ生シタル損害賠償ノ責ニ任スヘキ理由ト為スニ足ラス」。

共同不法行為の成否に、直接、「一個の結果」ここでは、「一個の権利侵害」かの判断をしているのである。騒擾は「意思の自由」を侵害し、傷害は「身体」を傷害するものであり、両者は別の権利侵害であり、同じ、一個の権利侵害でないから、他方の結果との因果関係を否定し、共同不法行為は成立しないと判断する。

そして、第3段として、その理由として、主観的関連共同説を拒絶し客観的共同原因説を挙げるのである。これは、判例上、客観的共同原因説が確立したことを意味する。

「③何トナレハ民法第719条第1項前段ニ依リ数人カ共同不法行為者トシテ損害賠償ノ責ニ任スルニハ其ノ間ニ通謀若ハ意思ノ共通ヲ要セサルモ権利侵害ニ対シ客観的ニ共同ノ原因アルコトヲ必要トスレハナリ（大正8年11月22日第三民事部判決同年12月9日第一刑事部判決同3年5月7日第二刑事部判決同2年4月26日第一民事部判決参照）」。

この理由に【6】大判大正8年11月22日と【4】大判大正2年4月26日を参照していることは、判例が客観的共同原因説をとり、その説の本質が「一個の損害（結果）」に対する加害行為であることを判断した。つまり、共同行為は「一個の損害（結果）」かどうかの判断で示されるのである。

最後に第4段として、①②③の判断を基準にして、原審に対する判断を示すのである。

「④然ルニ原審カ斯ノ如キ騒擾罪ノ共犯ハ孰レモ民事上ノ共同不法行為者トシテ賠償ノ責ニ任スヘキモノトシ又村会議員タルXカ村会ノ開会中居村住民ノ為ニ意思ノ自由ヲ侵害セラレ加フルニ其ノ身体ヲ傷害セラレ遂ニ其ノ意思ニ反シ変節スルノ止ムナキニ至リタル事実ニ依リXノ身体及精神上ノ痛苦ノ甚大ナリシコトヲ認メ同人ノ社会上ノ地位名望ノミナラス其ノ身体上ノ痛苦ノ程度ヲモ参酌シ慰藉料ノ額ハ金百円ヲ相当トスル旨ヲ判示シYヲシテ連帯賠償ノ責ヲ負ハシメタルハ前示ノ

法則ヲ不当ニ適用シタル不法アル判決ナレハ破毀シ原裁判所民事部ニ差戻スヘキモノトス」。

被害者XはYに対して、Yの加害行為は、Xの「意思の自由」を侵害したもので、Xの「身体」を傷害したものは訴外Aであり、両者は「一個の結果・権利侵害」ではないので、Yは「身体」の傷害とは因果関係がないのに、それも慰謝料の算定に含まれているのは、法則を不当に適用しているので差し戻すべきと判断したのである。

(オ) 本判決の意義

第1の意義は、共同不法行為の成否の要件である因果関係の判断に「一個の結果（権利侵害）」が争点となったことである。そして、その理由として、客観的共同原因説を挙げていることである。すなわち、「未タ以テ人ヲ脅迫シ其ノ他意思ノ自由ヲ害シタルニ過キサル者カ民事上ニ於テ自己ノ行為ニ対スル責ヲ負フハ格別他ノ身体ヲ傷害シタル者ト同シク因リテ生シタル損害賠償ノ責ニ任スヘキ理由ト為スニ足ラス」と判示し、その根拠として、客観的共同原因説を採った【6】大判大正8年11月22日と【4】大判大正2年4月26日を参照するのである。Yの加害行為により生じたX意思の自由の侵害（権利侵害）があり、訴外Aの加害行為によりXの身体傷害（権利侵害）がある場合、Yと訴外Aの加害行為は「一個の権利侵害」を生じさせていないので客観的共同原因がない、即ち、Yの加害行為は身体傷害とは因果関係がないので、共同不法行為としてYは身体傷害に対しては責任を負わない。この因果関係論は事実的因果関係説を採っている。身体傷害の因果関係は訴外Aの加害行為にあることは明白だからである。ここに、719条の成否如何は、各加害行為の共同原因性、つまり各加害行為と「一個（同一）の結果（権利侵害）」との因果関係の立証にかかることになる。同一の権利侵害に対するということで、個別因果関係の寄与度の特定を不要にして被害者の保護が強化された起草者共同不法行為の特徴（限界）が表れたということである。

第2の意義は、共同不法行為の「成立要件の因果関係」の場面で、騒擾参加者の非実行行為者に事実的因果関係説により因果関係を否定している点である。Yは意思の自由侵害の実行行為者ではあるが、身体傷害について訴外Aが実行行為者であるために、事実的因果関係は否定されるからである。客観的共同原因説をとると、その要件事実は因果関係となるが、因果関係論で事実的因果関係説をとると、騒擾行為等の集団行為において実行行為者にしか因果関係は認められないので、共同不法行為を認めるべきときに、それが否定されるという、客観的共同原因説の事実的因果関係説をとる場合の理論的限界が表れることになる。まさに、本事件が、その限界を露呈したということになる。本判決によって、【4】大判大正2年4月26日の客観的共同原因説は維持されたが、相当因果関係説は否定されたことになる。そして、この理論的限界は【15】北津軽水論事件の相当因果関係説の採用によって克服されるまで待たなければならない。

4 共同不法行為と賠償範囲の因果関係

共同不法行為における因果関係は、共同不法行為における各自の加害行為と権利侵害との因果関

係である「成立要件の因果関係」と共同不法行為による損害の賠償すべき個別損害の画定基準としての「賠償範囲の因果関係」に区別できるが、本件は、後者の因果関係論で、事実的因果関係説か相当因果関係説かが論点となる。

【8】大判大正14年10月23日（民集4巻640頁）

(1) 本判決の意義・特色

これまで、共同不法行為の本質論である共同行為論に関して、共謀等の主観的関連共同説ではなく権利侵害に対する客観的に共同の原因とする客観的共同原因説の判例をみてきたのであるが、その客観的共同原因説の、共同原因であることは、各自の加害行為と結果との因果関係であった。この因果関係の「成立要件の因果関係」としての共同行為の要件事実であるが、共同不法行為により生じた損害の、賠償すべき損害であるか否かの判断基準である「賠償範囲の因果関係」が争点となったのが本件である。共同不法行為における賠償範囲の因果関係論に関して、相当因果関係説の純客観説を採用した判決例である。上告人が上告論旨において相当因果関係説の純客観説を主張したのに対して、大審院が、「上告人ノ損害ハ被上告人等ノ共同不法行為ト相当因果関係アルモノト解セサルヘカラサレハナリ」と判示したのである。

(2) 事案の概要

Yの使用人Aが、Yの指示に従って、X所有地内に侵入し、X所有の立木を伐採していたので、XはAに対し本件立木の伐採禁止と木材引渡の仮処分をし、本案訴訟でXの勝訴が確定した。強制執行の結果、立木の引渡を受けた。X（原告・被控訴人・上告人）はY（被告・控訴人・被上告人）に対してYAの共同不法行為に基づいて、①立木の引渡を受けたが時日の経過による品質を害した減損価格2百円、②仮処分執行費用金20円20銭、③および仮処分に基づく保管料金3百79円80銭を請求した。

YAの共同不法行為の「成立要件の因果関係」を以下のように判断する。

「訴外AカX所有地内ニ進出シテX所有ノ立木ヲ伐採シタルハYノ使用人トシテノ指示ニ従ヒタルモノニシテ右ハ少ナクトモ同人等ノ過失ニ因リテXノ所有権ヲ侵害シタルモノト云フヘクYハ共同不法行為者トシテ其ノ責ニ任スヘキモノナリ」と判示した。

争点は、Xの蒙った①減損価格、②執行費用、③および保管料の損害が賠償されるか、となる。

(3) 原審の判断

原審は、①の減損価格については、「右減損は控訴人等ノ不法行為ニ基因スルモノナリ」として因果関係を認めている。立木の所有権侵害を原因とすること明白であるからと考えられる。しかし、②執行費用と③保管料については、「執行費用並保管料ハ執達吏ノ執行行為ニ要シタル費用ナルカ故ニ債務者ヨリ之ヲ取立ツヘク本件不法行為ト相当因果ノ関係アルモノニ非サレハ」と判示する。②③は「執達吏ノ執行行為ニ要シタル費用ナルガ故」に債務者である訴外Aより取立てるべきでY

とは「相当因果関係」はないというのである。

(4) 上告理由

Xは、①と②の個別損害に関してYとは相当因果関係なしとする判断に対して、この相当因果関係を捉えて、上告理由で相当因果関係説の純客観説により相当因果関係ありと主張する。

まず、相当因果関係説の内容を、「凡不法行為ヨリ生スル損害ノ賠償ニ付テハ其ノ行為ト相当ノ因果関係アルコトヲ要スルハ勿論ナリト雖其ノ行為ト損害トノ間ニ因果関係アリヤ否ヤハ事物通常ノ状態ニ依リ社会普通ノ觀念ニ基キテ之ヲ判断スヘキモノナルコトハ屢屢御院判例ノ示サル所ナリ従テ或行為カ具体的ノ場合ニ於テ一定ノ結果タル損害ヲ生スルノ原因ヲ為シタル場合ニ尚之ヲ抽象的ニ觀察シテ其ノ行為カ一般的ニ同種ノ結果ヲ生シ得ル可能性ヲ有スル場合ニ於テハ其ノ損害カ通常生スヘキモノナルト特別ノ事情ニ因リ生スヘキモノナルト将又直接ノ結果ナルト間接ノ結果ナルトヲ問ハス更ニ同時ニ他ノ原因存スルト否トヲ問ハス其ノ行為ト損害トノ間ニ因果関係存」するものとして純客観説により上告理由を構成する。

そして、本件で、相当因果関係が認められるかに関して、「本件ノ如クYト訴外Aノ共同不法行為ニ因リ現ニX所有ノ立木ヲ伐採シ尚且之ヲ継続シツツアルヲ以テ此ノ儘之ヲ放任シ置クトキハ益益損害ヲ甚大ナラシムルヲ以テ其ノ損害防止ノ為Xカ右Aニ対シ立木伐採ノ禁止並木材引渡ノ仮処分ヲ為シタルハ洵ニ止ムヲ得サル相当ノ処置ニシテ当然之ヲ予期シ得ヘキ結果ニ属シ亦之ヲ一般的ニ觀察シテ当然ノ結果ナリト認メサルヲ得ス」とする。

結論として、「Xカ前示ノ如ク仮処分ヲ為シ之カ為支出シタル費用ハ畢竟スルニYト訴外Aノ共同不法行為ニ依ル伐採行為ニ基因スル損害ナリトス」と上告理由を主張する。

(5) 大審院の判断

このXの上告論旨に対して、大審院は、②執行費用、③保管料「ヲ支払ヒタルコトニ因リテ蒙リタルXノ損害ハY人等ノ共同不法行為ト相当因果関係アルモノト解」すべきとする。その根拠を「XノAニ対スル仮処分ノ申請ハAカYト共同シテ為シタル前記不法行為ニ基ク侵害ノ排除及伐木ノ引渡ヲ目的トスル本案訴訟ニ於ケル判決ノ執行ヲ保全スルカ為必要ナル処置ニホカナラサルヲ以テ」ということに求めている。

(6) 本判決の意義

本判決の意義は、「賠償範囲の因果関係」の場面で、相当因果関係説の純客観説をとっているということである。その相当性の判断は、権利侵害の直接の原因でなくても、権利侵害に対する権利保護のための必要な処置から損害は因果関係を認めるべきという判断である。この相当因果関係説が上告理由の相当因果関係説つまり「因果関係アリヤ否ヤハ事物通常ノ状態ニ依リ社会普通ノ觀念ニ基キテ之ヲ判断スヘキモノ」、「一定ノ結果タル損害ヲ生スルノ原因ヲ為シタル場合ニ尚之ヲ抽象的ニ觀察シテ其ノ行為カ一般的ニ同種ノ結果ヲ生シ得ル可能性ヲ有スル場合ニ於テハ其ノ損害カ通

常生スヘキモノナルト特別ノ事情ニ因リ生スヘキモノナルト将又直接ノ結果ナルト間接ノ結果ナルトヲ問ハス更ニ同時ニ他ノ原因存スルト否トヲ問ハス其ノ行為ト損害トノ間ニ因果関係存シ」の理論であるとするならば、相当因果関係説の純客観説ということになる。そうすると、1年後にでる大正15年の富喜丸事件の相当因果関係説とは、同じではないことになる。富喜丸事件は、相当因果関係説の折衷的客観説を採用するからである。「賠償範囲の因果関係」の判断を事実的因果関係説ではないという点では富喜丸事件と共通している。

第六節 大正期の学説の展開

大正期の学説とは、共同行為論で主観的関連共同説を否定した【4】大判大正2年4月26日から、大正15年の【14】富喜丸事件までの学説である。この時期の学説は、判例、立法者意思を根拠に、客観的共同原因説が有力になる。

1 川名説の客観的共同原因説（『債権法要論』金刺芳流堂、大正4年）

川名説の共同不法行為理論は、客観的共同原因説をとっている。川名説は、数人が共同の不法行為をなすのはどういうことか、に関して、「要之権利ノ侵害カ数人ノ不法行為ノ結果ナル場合ニ於テ共同ノ不法行為アリト云フヘシ⁽⁹⁰⁾」と定義する。共同を、行為者間の横の関連共同性においてではなく、「権利ノ侵害カ数人ノ不法行為ノ結果」として結果との関連において捉えているので、客観的共同原因説をとっているといえよう。それぞれ個別的に共同不法行為の成立する場合を挙げているので、それを確認しながら、どのような共同不法行為理論であるかを考察する。

まず、共同不法行為（719条①前段）に関して、次の三つの場合に成立するとする。第1に、「数人間ニ意思ノ共同アル場合、例ヘハ数人カ共同ノ力ヲ以テ他人ノ雨戸ヲ破壊シタルガ如、又ハ、数人カ共力シテ或人ニ大石ヲ投ケ之ニ因リテ其身体ヲ毀損シタル場合ハ勿論」共同不法行為となる。数人間の意思の共同となっているが、雨戸の破壊、身体の毀損を数人がしたことが肝心であり、意思の共同が共同行為となり意味をもつのは、意思の共同はしたが、実行行為をしない場合でも共同責任を負うかであり、この場合、数人が結果を惹起している、意思の共同をもって主観的関連共同説を採っているということにはならない。第2に、「数人ノ間ニ於テ意思ノ共同ナキ場合ニ於テモ亦共同不法行為トナルヘシ。例ヘハ甲製造場カ有毒ノ色素ヲ川ニ流シ又乙製造場カ同一ノ事ヲ為シテ他人ノ飼養スル（…）ヲ死ニ至ラシメタルカ如キ場合又ハ甲製造場ノ流シタル色素ト乙製造場ノ流シタル色素ト相合スルニ依リテ此処ニ有毒ノ色素ヲ組成シ之ニヨリ他人ニ損害ヲ及ホシタルカ如キ場合（…）ノ如キ又共同不法行為ト為ルヘキモノナリ⁽⁹¹⁾」。後述の【16】昭和10年12月20日

(90) 川名兼四郎『債権法要論』（金刺芳流堂、大正4年、以下、川名・要論と略記する。）743頁。

(91) 川名・要論743～744頁。

の「況や勿論原理」の前提事実となったものである。大正4年の川名説の見解である。第3に、数人が同時に又は時を異にして独立の行為により他人権利を侵害した場合、共同不法行為とすべきであるとする。「例へハ①甲乙二人ノ獵師カ丙ヲ鹿ナリト誤信シテ之ヲニ発砲シ同時ニ適中シテ死ニ至ラシメタルカ如キ場合、又ハ前例ニ述ヘタル甲製造場ト乙製造場カ或色素ヲ流シテ他人ニ損害ヲ加ヘタルカ如キ場合、又②其行為カ権利侵害ノ直接原因タルト間接原因タルトヲ區別スルヘキニアラス⁽⁹²⁾」。

そして、教唆・幫助型(719条②)に関して、上述の②の直接原因、間接原因の区別なしの観点から、「教唆者及ヒ幫助者亦共同行為者ナルコト勿論ナリ⁽⁹³⁾」とする。「権利侵害ト行為トノ間ニ因果ノ關係カ存在スルトキハ之ヲ以テ十分ナルカ故⁽⁹⁴⁾」である。川名説は、不法行為における因果関係論に関して事実的因果関係説ではなく、相当因果関係説をとっているので、教唆、幫助の場合にも因果関係がありうる場合があるのである。教唆、幫助を主観的関連共同性で根拠づけるのではなく、因果関係で根拠付けている点に特徴がある。

他方、加害者不明型(719条①後段)に関して、各共同不法行為者は被害者保護の立法趣旨に依り連帯債務を負う(719条①前段)が、「此連帯債務ハ又共同行為者中ノ孰レカ其損害ヲ加ヘタルカヲ知ルコト能ハサルトキニ於テモ発生ス⁽⁹⁵⁾」とする。共同行為者ではないが連帯責任を負うというのである。「此処ニ共同行為ト云フコトハ必ラスシモ共同ノ不法行為ト同一ノ意味ニアラス、共同不法行為トハ一権利侵害ノ原因タル数人ノ数個ノ不法行為アル場合ヲ意味スルモノニシテ、此処ニ共同行為者中ノ一人ト云フ事カ之ト同一ナリトスルトキハ別ニ規定ヲ設クノ必要ナク当然生スル結果ナリト云ハサルヘカラサルナリ(…)、故ニ此処ニ所謂共同行為者ト云フコトハ生シタル権利ノ侵害ニ対シテ其原因タル不法行為ヲ為シタル疑アル状況ニ在リシモノヲ意味スルト考フルナリ⁽⁹⁶⁾」。川名説は、次のように例示する。「例ハ甲乙二人カ暗夜ニ乗シテ或人ヲ斬リ殺シタリ、甲乙何レカノ一刀ハ指ヲ斬リ又一刀ハ其肩先ヲ切りテ之ヲ死ニ致シタリ、此場合ニ於テ其殺人ナル不法行為ハ其致命傷ヲ負ハセタル者ノミニ存スルモ、甲乙何レカ其不法行為ヲ為シタルカヲ知ルコト能ハス、此場合ニ於テハ甲乙共ニ連帯シテ其ノ損害ヲ賠償スヘキ事ト為ルナリ⁽⁹⁷⁾」。

この事例は、殺人と殺人未遂で実行行為か否かで行為の性質として違いがあるが、両者同じ殺人の連帯責任を本条①後段で負うというのである。

(92) 川名・要論744頁。

(93) 川名・要論744頁。

(94) 川名・要論744頁

(95) 川名・要論745頁。

(96) 川名・要論745～746頁。

(97) 川名・要論746頁。

2 末弘説の主観的関連共同説（『債権各論』有斐閣、大正6年）

末弘説は、共同不法行為（広義）を共同不法行為（719条①前段）、加害者不明型（同項後段）、教唆・幫助型（同条②）を区別することを前提にする。

まず、共同不法行為の「共同ノ不法行為」を「数人が同一ノ損害ノ原因タル出来事ニ参与セルコトヲ謂フモノ⁽⁹⁸⁾」と定義する。「原因タル出来事ニ参与セルコト」であるので、「教唆及ビ幫助ハ包含セズ⁽⁹⁹⁾」となる。したがって、共同行為相互間に意思の共同即ち通謀を必要としない。その理由として、「通謀ハ法律ノ要求スル所ニアラズ⁽¹⁰⁰⁾」とする。共謀を明確に否定した起草者、立法者の意思を尊重するということである。それでは、共同不法行為の連帯責任の根拠は、末弘説も共同行為の定義にある「同一ノ損害」に求め、客観的共同原因説をとっているのであろうか。末弘説は、その説を明確に否定する。つまり、共同不法行為の連帯責任の根拠を、通謀ではないが「他ノ者ト共同ナルノ意識」に求めるのである。すなわち、「通謀ナシト雖モ苟モ各行為者ニ於テ他ノ者ト共同ナルノ意識ヲ有スル限りハ損害ノ原因タル行為ノ中實際直接ニ損害ヲ生ゼシメタル部分ヲ成サザリシ場合ト雖モ、尚ホ之ヲシテ全部ノ損害ヲ負担セシムルニ足ルヲ以テナリ⁽¹⁰¹⁾」とするのである。共同不法行為の連帯責任、全部の損害の負担の根拠を、「一の損害（結果）」に求める立法的政策判断ではなく、共同行為自体、即ち「他ノ者ト共同ナルノ意識」に求めているのである。したがって、偶然の競合行為は一つの結果であっても共同不法行為とはならない。「共同ノ意識亦之ナキニ於テハ単ニ自己ガ惹起シタル結果ニ対シテノミ責任ヲ負フベキモノニシテ共同不法行為トナラズ⁽¹⁰²⁾」。後述する加藤説の言う「もっとも、客観的共同関係といっても、客観的に一個の共同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⁽¹⁰³⁾」の源流である。我妻説により始まり、加藤説によって完成した客観的関連共同説の源流は末弘説にあるということになる。これは、起草者・立法理由に依り判例に受け入れられ、鳩山説によって理論的に確立した客観的共同原因説との本質的な違いである。

次に、加害者不明型に関して、その「共同行為者」とは「数人中ノ或者ガ損害ヲ加フルノ機会ヲ作出スルコトニ関与シタル者ヲ謂フ⁽¹⁰⁴⁾」。従って、例えば、甲乙丙3人が丁を襲って丁が一箇所の斬傷を受けた場合において、その傷が甲乙丙の何れかによるものか不明のときにも甲乙丙は皆共同

(98) 末弘巖太郎『債権各論』（有斐閣、大正6年、以下、末弘・各論と略記する。）1099頁。

(99) 末弘・各論1099頁。

(100) 末弘・各論1099～1100頁。

(101) 末弘・各論1100頁。

(102) 末弘・各論同上1100頁。

(103) 加藤・不法行為208頁。

(104) 末弘・各論1100頁。

不法行為として連帯責任を負担することになる。これに反して甲がなしたことが明らかな場合には他の者は責任を負わず、また、この場合に乙のみは刃物を所持していなかった場合には、彼のみは責任を免れ、他の者が全責任を負うべきであるとする⁽¹⁰⁵⁾。

そして、教唆及・幫助型については、教唆者及び幫助者は常に加害者不明の共同不法行為の「共同行為者」と看做すとす⁽¹⁰⁶⁾。

3 鳩山説の客観的共同原因説 (『増訂日本債権法各論 (下巻)』岩波書店、大正13年)

鳩山説は、冒頭の節で、共同不法行為の理論構成において立法理由を尊重することを宣言する。「共同不法行為ノ要件ヲ定ムルニ付テハ此立法理由ニ注意スルヲ要ス⁽¹⁰⁷⁾」。それでは、この立法理由とは何か。それに基づく共同不法行為とは何か。

民法が共同不法行為を認めた理由は、「民法ハ惹起セラレタル損害ニ対シテ原因者ヲ求メ之ヲシテ損害填補ノ責ニ任ゼシムルヲ目的トスルモノナルガ故ニ同一ノ損害ニ対シテ違法ニ原因与ヘタル者数人アルトキハ之等数人ノ共同責任ト為スヲ正当トス⁽¹⁰⁸⁾」。立法者は共同責任、共同不法行為の連帯責任の根拠を、「同一ノ損害」に置くが、「共同」なのに何故、結果の「同一ノ損害」が、その根拠となるか。「共同ノ文字ノ解釈トシテハ少々妥当ヲ欠クト雖モ⁽¹⁰⁹⁾」立法理由ということで消極的に従うのではなく、鳩山説は、積極的に、民法の損害賠償の目的に、その根拠を求めるのである。すなわち、「民法ハ惹起セラレタル損害ニ対シテ原因者ヲ求メ之ヲシテ損害填補ノ責ニ任ゼシムルヲ目的トスルモノナルガ故ニ」とするのである。

この観点から、「共同不法行為トハ数人が同一ノ損害ニ対シテ原因ヲ与ヘタル不法行為ヲ謂フ」と明確に定義され、共同行為は「数人が同一ノ損害ニ対シテ原因ヲ与ヘタル」行為となるのである。共同行為が、「横の関係」としての数人の行為者間の関連共同性ではなく、結果に向けられた「縦の関係」である「同一の損害 (結果)」に対する共同原因であることを定義している。鳩山説は、共同不法行為の連帯責任の根拠を、日本の損害賠償法の目的という高度の立法的政策判断に求めているが故に、「共同不法行為ノ要件ヲ定ムルニ付テハ此立法理由ニ注意スルヲ要ス」となるのである。この理論的根拠に基づいて、客観的共同原因説という日本の共同不法行為法理論が確立する。共同不法行為の本質を「同一ノ損害 (結果)」において捉える理論である。このような共同不法行為の捉え方から、三類型の共同不法行為は形態の違いとして区別される。

第1に、共同不法行為 (719条①前段) と加害者不明型 (同条①後段) 及び教唆・幫助型 (同条

(105) 末弘・各論1100頁。

(106) 末弘・各論1100頁。

(107) 鳩山秀夫 (『増訂日本債権法各論 (下巻)』 (岩波書店、大正13年、以下、鳩山・各論と略記する。)) 934頁

(108) 鳩山・各論933~934頁。

(109) 巖谷・民法講義647頁。

②)との違いは、「権利侵害ソノモノニ付キ共同アルノ点ニ於テ他ノ二者トコトナレリ⁽¹¹⁰⁾」とされる。「共同」は、同一の損害に対する共同の原因であるので、共同不法行為の特質は、同一の損害に対する各自の実行行為があるということになる。そして、その要件は、(イ)「数人が共同ニテ権利侵害ヲ為スコト」、(ロ)「数人ニ付テ皆不法行為ノ要件ノ具ハレルコト」であるとする。

まず、(イ)の要件の「共同」の意義に関して、「①数人の不法行為者間ニ意思ノ共通(通謀)アルコトヲ要スルカ、意思ノ共同ヲ要セザルモ共同ノ認識アルコトヲ要スルカ、②或イハ全ク主観的共同ヲ必要トセズ唯客観的ニ権利侵害が共同ニテ為サレタルヲ以テ足ルカ解釈上議論ノ存スル所ナリ⁽¹¹¹⁾(①②、筆者)」とする。①は主観的関連共同説、②は、客観的共同原因説の定義である。民法は、この共同の意義に付いては何等の規定を設けていないが、「其意義ハ共同不法行為ヲ認メタル立法理由及ビ實際ノ結果ニ付テ之ヲ決定スベク而シテ之等ノ点ヨリ考フレバ如何ナル意義ニ於テモ主観的共同ヲ必要トスル理由ナク⁽¹¹²⁾」として、主観的関連共同説はとれないとする。そして、「苟モ数人皆当該損害ノ原因タル権利侵害ヲ為シタルトキハ共同不法行為成立スルモノト解スルヲ正当トス⁽¹¹³⁾」として客観的共同原因説をとる。

このような共同の内容を要件事実論で構成すると、共同不法行為の成立のための、共同の要件事実、数人(各自)の行為と損害(権利侵害)との因果関係ということができる。このような観点から、前述の「②全ク主観的共同ヲ必要トセズ唯客観的ニ権利侵害が共同ニテ為サレタルヲ以テ足ルカ」の意味は、主観的共同は要件事実でなく、行為と同一の損害との因果関係が要件事実になるということになる。鳩山説は、注において、末弘説を意識して「共同ノ意識ナキモ其損害ニ対シテ共同原因ヲ与ヘタルトキハ共同責任ヲ負フヲ正当トス⁽¹¹⁴⁾」。共同を「横の関係」としての共同、行為者間の関連共同性に関して、主観的関連共同を必要としないという意味は、主観的関連共同性だけでなく、「横の関係」としての行為者間の客観的関連共同性も含めて、「横の関係」の関連共同性そのものが不要であり、つまり行為者間の関連共同性は要件事実とはならず、「縦の関係」としての「一個の損害(権利侵害)との因果関係」が要件事実であることを意味している。この因果関係は、共同不法行為の「成立要件の因果関係」である。

次に、(ロ)皆不法行為の要件を具えることについて、違法性阻却事由ある者、故意過失なき者は不法行為者でないので共同不法行為とならず、他の不法行為者が全ての責任を負うとする。ただし、各不法行為の態様については同一である必要はなく、故意と過失或いは権利侵害の方法に差違

(110) 鳩山・各論934頁。

(111) 鳩山・各論934頁。

(112) 鳩山・各論935頁。

(113) 鳩山・各論935頁。

(114) 鳩山・各論935頁(註1)参照。

があってもよいとする⁽¹¹⁵⁾。そして、因果関係に関して、「①各不法行為者ノ権利侵害ト損害トノ間ニ因果関係アルコトヲ要ス。②之レ各不法行為者ノ行為ガ不法行為ノ要件ヲ具備当然の結果ナリ。③然レドモ其因果関係ハ固ヨリ相当因果関係タルヲ以テ足ルガ故ニ単独ニテ其結果ヲ生ジタルコトヲ要セズ又他ノ原因ガ単独ニテ其結果ヲ生得ベカリシコトヲ妨ゲザルモノトス⁽¹¹⁶⁾ (①②③、筆者)」。この鳩山説の①②③の説明は、共同不法行為における因果関係が、不法行為要件具備の因果関係と、前述の共同行為（客観的共同原因説）の内容をなしている因果関係と重なることを含意する。したがって、共同不法行為は、因果関係の主張立証の特殊のあり方ということになる。つまり、鳩山説は、共同不法行為における因果関係は、内容的には、事実的因果関係ではなく相当因果関係であると見抜いていたのである。なぜなら、「③然レドモ其因果関係ハ固ヨリ相当因果関係タルヲ以テ足ルガ故ニ単独ニテ其結果ヲ生ジタルコトヲ要セズ又他ノ原因ガ単独ニテ其結果ヲ生得ベカリシコトヲ妨ゲザルモノトス⁽¹¹⁷⁾」るからである。「単独ニテ其結果ヲ生ジタルコトヲ要セズ又他ノ原因ガ単独ニテ其結果ヲ生得ベカリシコトヲ妨ゲザルモノト」は、共同不法行為における因果関係の特徴であり、ここには事実的因果関係（条件関係）は認められないが、主観的関連共同説は共謀を要件事実とするが故に因果関係自体を不要とするので、問題はないが、客観的共同原因説の要件事実因果関係であるので、その因果関係を事実的因果関係説とすると、因果関係は認められず、共同不法行為は成立しないことになるので、その因果関係を相当因果関係説により因果関係を認め、共同不法行為を成立させるというのである。共同不法行為は、事実的因果関係説では因果関係は認められないのである。この問題を、主観的関連共同説は共同行為の本質を共謀とすることによって因果関係そのものを不要とすることにより、他方、客観的共同原因説においては、起草者は、各自連帯責任を負うという立法的政策判断により、鳩山説は、相当因果関係説により、回避したことになる。

第2に、加害者不明型（719条①後段）であるが、共同不法行為（同項前段）との違いは、誰が権利侵害行為をしたか不明であるという点である。この共同不法行為は、(イ) 損害の原因である権利侵害行為を共同行為者中の誰かの行為であること、(ロ) 共同行為者中の誰が損害を加えたか明らかでないということである。まず、(イ) の要件の共同行為者とは「権利侵害ヲ為スノ危険アル行為ヲ為シタルニ人以上ノ者ヲ謂フ⁽¹¹⁸⁾」。数人の皆がその損害の原因である権利侵害行為をしたときは全てが損害を加えたことが明らかであるのでここで共同行為者は権利侵害そのものについての共同行為者でなく、他方、権利侵害と何らの関係のない行為を共同行為として責任を負担させる理由はないので、その中間をとって、「権利侵害ヲ為スノ危険アル行為ヲ共同ニ為シタル者ヲ所謂

(115) 鳩山・各論936頁。

(116) 鳩山・各論936頁。

(117) 鳩山・各論936頁。

(118) 鳩山・各論937頁。

共同行為者ト解スベキナリ⁽¹¹⁹⁾」。問題となるのは(ロ)の加害者不明の場合、自ら損害を加えていないことを証明した場合、共同責任を負わないかである。鳩山説は、「若シ共同行為者中ノ一人ガ損害ノ原因タル権利侵害行為ヲ為シタルコト明ニシテ且他ノ者ハ之ヲ為サザルコト明ナルトキハ責任ハ其加害者一人ニ集中スベシ」とする。

問題は、自ら損害を加えていないことのみを証明して責任を免れることができるか、である。この論点に関して、鳩山説は、明確に免れないとする。「惟フニ本条立法ノ理由ハ権利侵害ノ危険アル行為ニ加担シタル者ヨリモ直接ノ加害者ヲ証明スルコトヲ得ザル被害者ヲヨリ厚ク保護セントスルニアリ以テ如上ノ証明ヲ以テハ共同行為者ハ其責任ヲ免ザルモノト解スルヲ正当トスベシ⁽¹²⁰⁾」とする。例えば、数人が一人を襲い小刀で負傷させたが、誰が負傷させたか不明の場合において、小刀を所持していないことを証明したときには、この者は責任を免れるか、の問題に関して、末弘(1101頁)は幫助者でなければ責任を免れるとするが、「余ハ之ニ反シ苟クモ直接ノ加害者明ナラザルニ於テハ尚責任ヲ免レ得ザルモノト解スルナリ⁽¹²¹⁾」とする。

第3に、教唆・幫助型(719条②)は、「共ニ自ラ権利侵害行為ヲ実行セザル点ニ於テ⁽¹²²⁾」、狭義の共同不法行為と異なるが、「民法ハ之レト同一ノ責任ゼシムルヲ正当ナリトシテ之ヲ狭義ノ共同不法行為者ト看做セリナリ⁽¹²³⁾」として立法的政策判断による責任であるとする。

以上、鳩山説の第1の意義は、共同不法行為における共同の意義を、行為の側面での行為者間の関連共同ではなく、結果の側面において、「同一ノ損害」に対する共同原因におき、その論拠を「民法ハ惹起セラレタル損害ニ対シテ原因者ヲ求メ之ヲシテ損害填補ノ責任ゼシムルヲ目的」においた点である。ここに、客観的共同原因説が理論的に確立したといえよう。日本の共同不法行為は、共同といいながら、文字どおりの共同ではなく、一個の結果、同一の損害との共同原因であり、それを可能としては、損害賠償制度の目的が被害者の損害の填補にあることを前提に、起草者が、その損害賠償制度の一つとしての共同不法行為制度を「同一の損害」、「一個の結果」の側面において被害者を保護する制度として設計(立法的政策判断)したからである。このことを意識した理論構成をしたのが鳩山説ということになる。

そして、第2の意義は、客観的共同原因説の要件事実となる因果関係は相当因果関係説でなければならないということを明確にしたことである。

(119) 鳩山・各論938頁。

(120) 鳩山・各論938～939頁。

(121) 鳩山・各論939頁註(4)。

(122) 鳩山・各論939頁。

(123) 鳩山・各論939頁。

第七節 小括

起草者は、共同行為を、共同不法行為(719条①前段)では、数人の「行為ノ結果ハーツノ権利侵害」(実行行為)、他方、加害者不明型(同項後段)では、数人の「行為ノ目的ト致シマス所ハーツノ権利侵害」(加害行為)と区別し、両者の共通の共同行為の概念として、数人の「行為ノ目的ト致シマス所又其結果ハーツノ権利侵害」と定義したのである。共同不法行為は一個の結果に対する実行行為で、寄与の因果関係の証明は必要であるが寄与度の証明は不要とするもので、加害者不明型は、加害行為の未遂もしくは不特定の場合に、被害者保護の立法的政策判断により因果関係を見做したものである。教唆・幫助型は加害行為はないが、立法的政策判断により共同行為と見做したのである。この理論は、共同行為を、行為者間の横の関係である関連共同性でなく、一の権利侵害との縦の関係として権利侵害に対する客観的な共同原因と捉える客観的共同原因説であり、その要件事実は各自の加害行為と一個の結果との因果関係である。共同不法行為は一個の結果に対する実行行為を意味したのである。この理論は判例上確立し、学説でも、鳩山説により、共同不法行為の本質を一個の結果、一つの損害(権利侵害)に置く考えは、損害賠償法の目的が損害の填補にあることによって基礎づけられ、ここに客観的共同原因説は理論的に完成したことになる。しかし、一個の結果に対する実行行為が共同不法行為の本質となるため、騒擾行為などの集団行動の非実行行為を共同不法行為とするか、に理論的限界を示すことになる。この理論的限界を克服したのが、次章で考察する相当因果関係説である。この相当因果関係説により、客観的共同原因説は生命力をもち続けているのである。次に、その相当因果関係説の確立過程を検証することにしよう。

第三章 相当因果関係説の確立

第一節 序

共同不法行為における因果関係は、主観的関連共同説においては不要であるが、判例の客観的共同原因説においては、その内容(要件事実)は、各自の行為と一個の結果との因果関係となるので、成立要件となる。因果関係要件は「成立要件の因果関係」と「賠償範囲の因果関係」の場面で争点となるが、因果関係論では事実的因果関係説と相当因果関係説との対立がある。【14】富喜丸事件(大民刑連判大正15年5月22日)は、不法行為における「賠償範囲の因果関係」の場面で、相当因果関係説をとること、そして、相当因果関係説と416条は同じ内容であると判示した。しかし、富喜丸事件、相当因果関係説に対しては、学説により、理論的、政策的な批判が有力になされている。そこで、本章では、相当因果関係説の確立過程の考察を踏まえて、その理論的、政策的批判を検証する。学説による批判が的確、妥当であるならば相当因果関係説を要素とする客観的共同原因説は説得力を失うからである。

富喜丸事件では不法行為における「賠償範囲の因果関係」が争点となるが、「賠償範囲の因果関係」は、生じた個別損害が賠償すべき損害であるか、つまり賠償の範囲に入るか、を画定する基準としての因果関係である。富喜丸事件は、船の滅失による戦時の価格高騰における中間最高価額と備船料は消極的損害として損害賠償の範囲に入るかが争点となり、その基準として相当因果関係説即ち416条を採用し、中間最高価額の消極的損害を特別損害として事実上否定したものである。この判断は、不法行為における「賠償範囲の因果関係」に関して相当因果関係説を採用し416条の準用を否定していた判例、また、価格騰貴の最高価額の損害賠償を認容してきた判例を変更するものであった。したがって、富喜丸事件は、損害賠償の範囲論、相当因果関係説と416条の関係論、及び価格騰貴の損害賠償論に関する司法的政策判断の集大成ということになる。

まず、第二節で、損害賠償の範囲論(416条)の展開を、起草段階から確認する。損害賠償の範囲論は損害概念の構成と関連する。損害概念は、①事実としての損害(死傷・滅失等)、②法益に被った不利益としての損害(積極・消極的損害等)、③加害行為前後の不利益状態の差額(金額)としての損害の三側面に分析できる。①の側面に損害概念を純化する見解⁽¹⁾と、①の側面を権利侵害要件とし③の側面に損害概念を純化する見解(差額説)に区別できるが、損害概念を①事実としての損害として捉えると、損害賠償の範囲論(416条)は「成立要件の因果関係」となり、賠償額の算定基準である「賠償範囲の因果関係」は要件事実ではなくなる。他方、損害概念を③金額とし

(1) 具体的損害説、死傷損害説である。因果関係論も関連させて①の側面を損害と捉え③の側面は金銭評価の問題とし裁判官の裁量事項として要件事実から外すのが平井説(平井・理論497頁)である。

ての損害と捉えると損害賠償の範囲論(416条)は「賠償範囲の因果関係」となる。富喜丸事件は、損害概念を③金額としての損害として捉え損害賠償の範囲論(416条)を「賠償範囲の因果関係」の問題として金銭賠償額の決定基準としたのである。したがって、損害賠償の範囲論の展開と損害概念の捉え方(損害論)の展開と関連することに注意を要する。

第三節では、416条と相当因果関係の関連を検討する。相当因果関係説は「成立要件の因果関係」と「賠償範囲の因果関係」の両場面で採用されるが、416条は、一般的には債務不履行における損害賠償の範囲論で「賠償範囲の因果関係」である。損害概念を②不利益状態としての損害で捉えると、金額による算定は、損害概念の外にあり、賠償額の算定期限論として、別の判断基準となるが、損害概念を③金額としての損害として捉えると、金額を指示したのが損害であるので、賠償額算定の基準時を包含した損害となり、その個別損害が賠償すべき損害であるかの「賠償範囲の因果関係」の問題となる。損害概念を①事実としての損害で捉えると、「賠償範囲の因果関係」としての416条ではないので、問題そのものが成立しないことになる。416条と相当因果関係説は同一視できるか、対立的であるか、の問題は、損害概念を②不利益としての損害か、③金額としての損害かで捉える見解を前提した論点である。そして、この論点に関して、学説、判例はどういう状況にあったのか重要な問題となる。富喜丸事件は、相当因果関係説と416条を同一視して、判例変更をするからである。

第四節では、富喜丸事件までの不法行為における「賠償範囲の因果関係」に関する判例を検討する。判例は、相当因果関係説を採用していたが416条の適用は否定していた。なぜ、富喜丸事件は相当因果関係説も認め、なおかつ416条の適用も認めたのか、理論的にも、政策判断としても難問である。戦時における価格高騰の最高価額の損害賠償を認めるべきかの論点を通じて検証されることになる。判例の場面における、因果関係論の検証ということになる。

第五節において、富喜丸事件における相当因果関係説の三層構造を学説の理論批判を契機に確認する。富喜丸事件は因果関係論に関する総合的な司法的政策判断を求められ、その集大成が相当因果関係説であった。相当因果関係説は、①因果関係要件の機能レベルの判断、②一般理論レベルの判断、③要件事実論レベルの判断、の三層のレベルの総合的な判断となり、それぞれのレベルでの司法的政策判断を概念化する必要があったからである。

第二節 損害賠償の範囲論の展開

1 起草者(立法者)の損害賠償の範囲論

(1) 旧民法財産編385条

損害賠償の範囲をどのような基準で判断するかは損害賠償制度の基本的な問題である。日本での

近代的損害賠償制度の最初の立法は、明治26年の法典論争により施行が延期された旧民法である。その旧民法財産編385条は、損害賠償の範囲を、①原則として、債権者の受けた「損失ノ償金」および債権者の「失ヒタル利得ノ填補」(両者を合わせて損害)とするが、例外として、債務者側の事情を「悪意ナク懈怠ノミ」と「悪意ノ場合」に区別する。債務不履行が「悪意ナク懈怠ノミ」の場合には、「当事者カ合意ノ時ニ予見シ又ハ予見スルヲ得ヘカリシ損失ト利得ノ喪失トノミ」とするが、債務不履行が「悪意ノ場合」には、「不履行ヨリ生スル結果ニシテ避ク可カラサルモノタルトキ」とする⁽²⁾。つまり、「悪意ナク懈怠ノミ」の場合は損害に対する予見可能性を基準とし、「悪意ノ場合」には損害に対する予見可能性を基準とせず、損害賠償の範囲を限定している。

この立法は、①原則として原因結果の関係があれば損害賠償の範囲内にあることを意味し、②例外として債務者の帰責原因の程度(懈怠、悪意)に応じて、損害に対する予見可能性を基準として限定している。つまり、因果関係は、損害賠償の範囲の限定基準として機能していず、損害に対する予見可能性が限定基準として機能しているのである。

要件事実論の観点からは、原告は①を請求原因事実として主張立証し、被告は、抗弁事実として、②の要件事実を主張立証して、請求額を減額することになる。

(2) 起草修正案410条と現民法416条

起草修正案410条(現民法416条)は、債務不履行による損害賠償の範囲の画定基準を二段階で区別して規定している。第1段階は、原則規定で、第1項で、債務不履行による通常生ずべき損害である(以下、通常損害とする)。第2段階は、第2項において、例外として、特別事情による損害で、その特別事情の予見可能性がある場合には、その損害も賠償されるとする(以下、特別損害とする)。

第1段階の原則である通常損害は、原因結果の関係があれば損害賠償の範囲内にあり⁽³⁾、損害を直接原因、間接原因に区別し直接原因による損害でなければ賠償請求できないという、損害賠償の

(2) 旧民法財産編385条の規定は次のとおりである。

「損害賠償ハ債権者ノ受ケ損失ノ償金及ヒ其失ヒタル利得ノ填補ヲ包含ス然レトモ債務者ノ悪意ナク懈怠ノミニ出テタル不履行又ハ遅延ニ付テハ損害賠償ハ当事者カ合意ノ時ニ予見シ又ハ予見スルヲ得ヘカリシ損失ト利得ノ喪失トノミヲ包含ス

悪意ノ場合ニ於テハ予見スルヲ得サリシ損害ト雖モ不履行ヨリ生スル結果ニシテ避ク可カラサルモノタルトキハ債権者其賠償ヲ負担ス」

(3) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録三』(商事法務研究会、昭和59年、以下、『民法議事速記録三』と略記する。)65頁上段、穂積陳重は「苟モ其不履行ト云フモノニシテ原因結果ノ関係ヲ証明スルコトガ出来ル場合ニ於テハ損害賠償ヲ求メルコトガ出来ル」説明しているが、原因結果の関係があれば全て賠償範囲に入るかといえば、そうではなく、「前項ニ『通常ノ場合』ト云フコトガナイト債務ノ不履行ヨリ生ズルモノハ通常ノ結果デモ非常ナ結果デモ何ンデモ這入ルト云フ余リ漠然タル広イ箇条ニ為ルト云フ恐レガアラウト思ヒマス夫故ニ或ハ文字ガ十分往カヌカモ知レヌガ此『通常ノ場合』ト云フ字ハ是非存シ置キタイト思ヒマス」。ただし、この「通常の場合」は、通常生ずべき損害として修正されるが意味は同じである。

範囲を、損害の「原因ニ直接間接の区別ヲ致サヌ方ニ我々ハ取極メ⁽⁴⁾」た判断の結果である。

第2段階の例外である、特別損害の基準は、旧民法の帰責原因の程度（懈怠、悪意）による賠償範囲の限定の基準を、損害賠償の制度趣旨が、債務者に懲罰を与えるものではなく、「債務者ヲ元トノ有様ニ回復スルト云フ方テアル⁽⁵⁾」という理由で、排斥した。特別損害の基準となる予見可能性に関しては、起草原案の「当事者カ始ヨリ予見シ又ハ予見スルコトヲ得ヘカリシ損害ニ付テハ特別ノ事情ヨリ生シタルモノト雖モ其賠償ヲ請求スルコトヲ得」から、次の2点が修正、変更された。第1点は、「始ヨリ」の文言が削除され、第2点は、予見の対象が「損害」から特別の事情に変更された。第1点の予見時期を「始ヨリ」の契約締結時から債務不履行時に変更することは、「損害賠償の範囲は契約締結時に合理的に予見され得た損害に限定され⁽⁶⁾」るイギリス判例法の原理的な変更を意味する⁽⁷⁾。起草原案では立証困難であり削除の方が債権者に有利となり、賠償範囲を拡大することになる⁽⁸⁾。また第2点の、予見の対象を損害から特別事情に変更したことも、債権者に有利であり、賠償範囲を拡張することになるからであるとする。起草原案がイギリスの判例法に由来するとすれば⁽⁹⁾、その起草原案の基準となる予見可能性は同じでも、その予見時期と予見の対象が変更されたことで、原理的には、イギリスの判例法と異なるものとなる。したがって、原案を修正した現民法416条は、内容的には、イギリスの判例法に由来するのではなく、日本独自の条文と言うことになる。事実的因果関係説を基点として内容をみるならば、①事実的因果関係のある損害は賠償の範囲にあるとする見解から、②通常生ずべき損害に制限すべきであるが、③特別事情の予見可能性がある場合には賠償範囲は拡大することになる⁽¹⁰⁾。つまり、起草原案から2点が修正された現民法416条②は、制限賠償の原則を採用したもの⁽¹¹⁾ではなく、「完全賠償の原則に近いものを採用した⁽¹²⁾」ということができる。後に問題となる相当因果関係説でみると、①（事実的）因果関係のある損害は全部賠償すべきとする完全賠償主義であるが、②因果関係を相当因果関係として相当因果関係のある損害を賠償すべきとして内容的には賠償範囲を制限するが、③特別事情の予見可能性がある場合には、その特別事情も判断要素として相当因果関係を判断して賠償範囲を拡大する

(4) 『民法議事速記録三』・65頁下。

(5) 『民法議事速記録三』・66頁上段。

(6) 国井・前出第一章注(34) 508頁。

(7) 平井・理論180～181頁は、平井説では、賠償範囲が予見可能性によって制限されるが故に予見可能性の有無の基準は結局契約の解釈に帰着し、予見の主体は契約両当事者でなければならず、また予見可能性の存否は契約締結時において判断されるべきことは原理的要素となる。

(8) 『民法議事速記録三』・74頁下段。

(9) 北川・理論67～68頁、平井・理論149頁。

(10) 『民法議事速記録三』・71頁下段の穂積陳重の説明も「第二項ノ方ハ広メテ積リデアリマス」。原案は2項は原理的に予見可能性を基準とする制限原理であるが、その原案変更により、原理的に制限原理から賠償範囲は拡大する機能をもつことになる。

(11) 平井・理論154頁。

(12) 石田・再構成141頁。石田説は「ドイツ流の相当因果関係と内容的に近い」（同頁）とする。

(相当因果関係説の折衷的客観説)。内容的にみると、416条は第1項と第2項を合わせて判断する相当因果関係説の折衷的客観説と同じである。

416条の規定では、通常損害、特別損害と区別されているから、損害であっても、損害賠償の範囲に入らない場合を、前提としている。損害でも、賠償される損害と、賠償されない損害があることになる。そして、その損害を賠償する範囲の画定基準が因果関係となる。特別事情による損害については予見可能性により制限されているが、本条の制度趣旨が、前述のように「債務者ヲ元トノ有様ニ回復スルト云フ方テアル」立場が採られているので、債務不履行と損害に因果関係があれば、その損害は賠償されるべきものとなり、損害の種類を様々に分類する必要はないことになる⁽¹³⁾。

要件事実論の観点からは、原告は、主請求原因事実として、当該個別損害が通常損害であることを主張立証し、予備的請求原因事実として、特別損害を主張立証することになる。旧民法の例外である帰責程度による損害の予見可能性が抗弁事実として損害額減額の要件事実であるのに対して、ここでは、通常損害として認められない場合に、特別損害として主張されるので、予備的請求原因事実となる。要件事実論の観点からは、416条①の通常損害の要件事実が重要ということになる。416条②を主張立証する場合には、原告は、特別事情の予見可能性の要件事実を主張立証しなければならず、立証負担が重いからである。行為規範の観点からは、特別事情の予見可能性は本質的要素とも評価しうるが、裁判規範を前提とした場合には、予備的請求原因事実となる。

(2) 不法行為における損害賠償の範囲論

起草者は、不法行為における損害賠償の範囲論をどのように捉えていたのであろうか。本稿は、因果関係概念を「成立要件に因果関係」、「賠償範囲の因果関係」と二つの場面で捉えているが、損害概念に関しても、「成立要件の損害」と「賠償範囲の損害」の二つの場面に区別することができる。「成立要件の損害」は、不法行為の成立要件としての損害はどのようなものか、つまり②不利益としての損害で、損害の種類の問題である損害は財産的損害に限るか、精神的損害も含むのかという議論である。「賠償範囲の損害」は、③金額としての損害(差額説)を前提に、個別損害は賠償すべき損害であるかという問題で、本稿の「賠償範囲の因果関係」で争点となる損害概念である。

まず、「成立要件の損害」の場面において、立法者(起草者)は、二つの立法的政策判断をする。

第1は、損害がある場合でも不法行為が成立しない場合があるか、その基準は何かということである。「如何ナル損害デモ如何ナルコトニ依ツテ生ズル損害デモ宜イカ悪ルイカト云フコト⁽¹⁴⁾」の基準をどう設定するかという立法的政策判断である。起草者は、この基準を、起草案(719条・現民法709条)で創設された、「権利侵害」要件に置いたのである。旧民法370条は「他人ニ損害ヲ加ヘタル者」と直接に結果の方だけに書いてあるが、損害でも権利侵害にあたる損害であるというの

(13) 高橋・前出第一章注(21)215頁参照。

(14) 『民法議事速記録五』・298頁下段。

である。「権利侵害、其人ノ生命トカ財産トカ或ハ名誉デアリマストカ何カ不法ノ権利ト認メタモノノ侵害デナケレバ債権ヲ生ゼシメナイト云フコトハ何レノ国ノ規定モ帰スルヨウデアリマス⁽¹⁵⁾」を根拠とする。この観点から、旧民法370条の規定は、「甚ダ不完全ト申シマセウカ不明瞭ト思ヒマス」として、明確にするために権利侵害要件を設けるというのである。したがって、「唯ノ損害ト云フモノハ之ハ或ハ故意又ハ過失ニ因ツテ他人ニ直接間接ニ損害ヲ掛ケルケルコトモアリマセウ併シナガラ其権利ヲ侵スト云フ程度ニ至リマセヌ時ニ於テハ債権ヲ生ゼシメナイ⁽¹⁶⁾」ということになる。損害概念に内包していた権利侵害の基準を外に出して明確化したということである。逆に、損害概念から、その基準が除外され、損害概念が純化ないし限定されたことを意味する。こうして、故意又は過失、権利侵害、損害の三要件の関係は、「其行為ノ基トナリマスル意思ノ有様ト云フモノハ積極的ニ消極的ニ故意又ハ過失デナケラネバ行カヌ行為ト云フモノハ其行為ガ権利侵害ニナラナケレバ行カヌ其権利侵害カラシテ損害ノ発生ト云フモノガナケラネバナラヌ⁽¹⁷⁾」という関係になる。

第2は、損害を財産的損害から無形の損害まで拡大して、不法行為の成立を拡大する立法的政策判断である。損害は、財産的損害と無形の損害に区別できるが、「成立要件の損害」は、財産上の損害に限るか、無形の損害も含むか、の議論である。旧民法では、財産上の損害に限定していた⁽¹⁸⁾。被害が名誉棄損の場合でも身体侵害の場合でも財産上の損害が生じなければならないとする。これに対し、起草案719条では無形の被害も損害となるとする。無形の被害も賠償の一標準に入れなければ、近頃の社会の需要に合わないと考え、財産すなわち物質上の利益だけを法が保護するというのでは狭すぎるからというのである。「無形ノ損害ト云フモノヲ到底此賠償ノ一ツノ標準ト云フモノニ入レルコトニシナケラバ近頃ノ社会ノ需要ニハ適ハヌモノト我々ハ考ヘマシタ唯財産即チ物質上ノ人ノ利益ト云フモノ丈ケヲ法ガ保護スルト云フコトハ如何ニモ狭マ過ギルコトデアツテ人ノ生活上物質上ノ利益ヨリカ尚ホ他人ノ利益ヲ欲スル人モ幾ラカアリマスカラシテ有形無形共ニ之ヲ含ム方ガ宜カラウ⁽¹⁹⁾」。起草者・立法者は、損害には、有形、無形共に含む立法的政策判断をしたのである⁽²⁰⁾。権利侵害があっても物質上の損害の証明ができない場合、無形の損害を証明して、不法行為の訴訟ができるということになる⁽²¹⁾。

(15) 『民法議事速記録五』・298頁下段。

(16) 『民法議事速記録五』・299頁上段。

(17) 『民法議事速記録五』・299頁下段～300頁上段。

(18) 高橋・前出第一章注(21) 216頁参照。しかし、吉村良一「我国における人身損害賠償論の史的展開(1)」(『立命館法学』180号111～112頁、昭和60年)は疑問を示す。

(19) 『民法議事速記録五』・299頁上段。

(20) 無形の被害も損害となるということは、賠償の範囲に入るという言い方もできる。成立要件の平面でも賠償の範囲ということが使われるが、損害の要件論に賠償の範囲論が包含されていることになる。損害要件論に賠償範囲論が包含されるということは、損害概念の構成は損害賠償の範囲の画定基準を含意していることになる。賠償の範囲に入る被害が損害だということになる。

(21) イギリスの議論を解決することになるとする。『民法議事速記録三』・299頁下段。

次に、「賠償範囲の損害」はどのような立法的政策判断がなされたか。起草案410条（現民法416条）を準用していない。その代わりに、起草案719条（現民法709条）を「之ニ因リテ生ジタル損害ヲ賠償スル」と条文化し、権利侵害（不法行為）と因果関係にある損害を賠償範囲とする。すなわち、「元ヨリ原因結果ノ関係ガアリマス以上ハ其原因ニ就イテハーツノ他ノ標準ガ定メテアツテ其結果タル者ガ証明セラレマス以上ハ其結果ノ全部ハ其責任者ガ賠償ノ責ニ任ゼナケレバナルアヌト云フノガドウモ相当デアロウスウ云フ考エデアリマ⁽²²⁾」す。起草案410条のように損害の賠償範囲の基準を「通常ノ場合」が修正されて「通常生スヘキ損害」のように制限基準を設定しないのは、「何処カラ切ルカト云フコトハ法ノ規定トシテハ六カシイノデアリマス其処等ハ生キテ居ル裁判官ニ原因結果ノ関係ガアルカナイカト云フコトヲ任セテ置ク方ガ穩當デアルト思ヒテスウ云フ工合ニ案ヲ立テタノデアリマス⁽²³⁾」。

起草案の段階での「賠償範囲の損害」は、どのような損害概念か。損害概念を①死傷等の事実としての損害、②法益に被った不利益としての損害、③金額としての損害に区別すると、起草者の損害はどのように捉えられているであろうか。

まず、①事実としての損害は、権利侵害によって限定され、その限定された事実としての損害を、②の不利益としての損害のレベルで、財産的損害に加えて無形の損害として精神的な苦しみ、悲しみも損害とする。起草段階での損害は、①事実としての損害を権利侵害で限定し、その限定された事実としての損害を、②不利益としての損害に無形の損害まで拡大していることから判断すると、起草段階では、③金銭換算の法技術としての損害すなわち金額としての損害までは至っていないと考えられる。不法行為は債務不履行とちがって、契約関係にない当事者が問題となるので、裁判官の裁量に任せ、裁判例の蓄積を待つべきというのである。それでは、その間、不法行為における損害賠償の範囲の画定基準は何か。それは、損害要件によってであると考えられる。当該被害が損害に該当すれば、損害賠償されるということである。当該被害が損害に該当するか否かが賠償の範囲の画定基準となるのである。金銭への換算は、①②レベルの損害を賠償する方法として捉える。損害賠償の方法は、金銭賠償だからである（起草案730条による411条の準用）。つまり、起草段階では、金額の算定は、損害概念ではなく、損害の金銭による賠償額算定の問題であった。起草案411条は「損害賠償ハ金銭ヲ以テ裁判所其額ヲ定ム」であるので、裁判所が判断することになり、金額は損害の内容（要件事実）とはなっていないのである。

2 学説における損害賠償の範囲論

損害賠償の範囲の基準に関して、債務不履行は、現民法416条（起草案410条）で規定しているが、不法行為における損害賠償の範囲は、現民法709条（起草案719条）の「之ニ因リテ生ジタル損害」

(22) 『民法議事速記録五』・304頁下段～305頁上段。

(23) 『民法議事速記録五』・305頁上段。

で原因結果の関係で、最終的には裁判官が原因結果を判断するということであった。そして、其の場合の損害は、①事実としての損害、②法益に被った不利益としての損害である。金銭額は損害概念の内容ではなく、損害賠償の方法としての金銭賠償による金額の確定であり、裁判所の判断であった。被害の金銭評価（金額）は損害の内容（要件事実）ではなかった。どのような過程を経て、学説において、金額が損害の内容（要件事実）となったのか⁽²⁴⁾。

まず、第1段階は、損害概念を賠償範囲との関連で捉え、①事実としての損害で権利侵害に該当するものを賠償請求できるとして、①事実としての損害レベルで限定したのが初期の富井説である⁽²⁵⁾。この富井説によって、旧民法では損害要件だけであったのが、起草案で権利侵害の要件が新設されたと考えられる。

第2段階は、起草案で、①事実としての損害を権利侵害で限定し、他方、②法益に被った不利益としての損害レベルで、財産的損害に無形の損害を加えて、損害を拡大して、②不利益としての損害として、概念を明確にした段階である。富井説はこの②レベルで損害概念を捉える⁽²⁶⁾。

第3段階が、①事実としての損害を権利侵害で限定し、②不利益として損害レベルで、財産的損害、精神的損害を区別し、さらにそれを③金銭換算の法技術としての損害として捉え金額を損害の内容とする見解である。金額が損害の要件事実となり、金額を主張立証することになる。この見解が差額説である⁽²⁷⁾。②不利益としての損害で損害の種類として個別化され、③金額としての個別損害（滅失の時価、毀損の修理費、治療費、逸失利益等）の積算（総計）が総体的損害である。総体的損害は個別損害の積み上げの総計である。総体的損害も個別損害も要件事実は金額である。差額説は、まず、損害を、②法益に被った不利益として規定する。損害とは「或事故ノ為メニ或人カ財産其他ノ生活貨物（生命身体名誉自由等）ニ付キ被レル不利益ヲ云フ財産的不利益ニミナラス無形的ノ不利益モ亦損害タリ⁽²⁸⁾」。そして、③金銭換算の法技術としての損害概念を規定する。「損害ハ或ハ抽象的計算額トシテ觀察スルコトヲ得此意義ニ於テハ損害トハ或人カ損害ヲ受ケタル状態ニ於ケル財産ノ額ノ原因タル事実カ発生セサリシナラハ存スヘカリシ財産ノ額ヲ云フ損害ヲ抽象的ニ定ムル説ヲ差額説⁽²⁹⁾」と称する。個別損害の総計が総体的損害である。「賠償範囲の因果関係」とは総体的損害の「賠償範囲」に個別損害が損害として計上されるか否かの判断基準としての「因果関係」である。

そして、現段階は、交通事故、公害の人身被害を契機に、人身損害賠償論において、差額説の個

(24) 高橋眞・前出第一章注(21) 210頁以下参照。

(25) 富井政章「損害ノ弁」法協64号（明治22年）313～314頁。

(26) 富井政章『民法原論第三卷債権総論上』（有斐閣、昭和4年）202頁。

(27) 差額説については、高橋・前出第一章注(21) 223頁以下参照。

(28) 石坂音四郎『債権総論上巻』（有斐閣、初版明治44年、改定版大正5年、以下、石坂・債権総論と略記する。）283頁。

(29) 石坂・債権総論283頁。

別損害の積み上げ方式に対して、生命の平等性から批判され、死傷レベルで損害を捉える死傷損害説（①事実としての損害）が主張され、さらに、金銭評価を損害概念から除外し、裁判官の裁量事項とする学説が主張されることになる。

第三節 相当因果関係説と416条

1 相当因果関係説と416条の関係に関する学説の展開

不法行為における損害賠償の範囲の基準（「賠償範囲の因果関係」）として相当因果関係説即ち416条を適用するのが富喜丸事件であるが、そのためには、内容的には、相当因果関係説と416条との同一視が前提となる。まず、鳩山説による相当因果関係説の説明を確認して、相当因果関係説と416条の関係に関する、石坂説と鳩山説をみる⁽³⁰⁾。

（1）相当因果関係説

相当因果関係説（適当条件説）は、因果関係の判断に関して、条件説（事実的因果関係説）に対立するもので、条件説は、甲の事実なければ乙の事実は発生しないというべき一切の場合に甲乙の間に因果関係をみとめる説であり、相当因果関係説は、現実の場合だけでなく、一般の場合にも結果発生条件となるものには結果を発生させるに相当又は適当な原因力があるとする説である。「事実的」因果関係と比較すると、「相当」因果関係は、「抽象的ニ観察シテ其ノ行為カ一般的ニ同種ノ結果ヲ生シ得ル可能性ヲ有スル場合」（【8】大判大正14年10月23日、上告理由）である。事実的因果関係は自然的因果関係とも言われるが、その「自然的」因果関係と比較すると、「相当」因果関係「吾人ノ生活経験上同種ノ結果ヲ生ズベキモノト認ムルベキトキハ其ノ事実ハ原因タリトスルモノナリ⁽³¹⁾」。相当因果関係説は、条件となる事実の範囲を定める基準として、当事者の主観的立場を基準とする主観説と客観的に観察して決める客観説に区別される。さらに、客観説の中でも、事後に発見された事実も条件の中に加えるべきとする純客観説と行為当時行為者に知られ又は客観的に注意深い人が知り得るべき事実に基づいて条件の内容を決めるとする折衷的客観説に区別されるとする。次に、相当因果関係説と416条との関係に関する理論的な見解をみてみよう。

（2）石坂説の416条制限説

石坂説は、相当因果関係説と416条の関係について、相当因果関係説を制限するものとして416条を理解している。したがって、不法行為における損害賠償の範囲に416条を適用することを否定する。相当因果関係説を適用すべきとする見解は、416条より損害賠償の範囲を拡大する機能を持た

(30) 相当因果関係説と416条の関係に関する学説の全体状況について、國井・前出第一章注(34)524頁以下参照。

(31) 鳩山・総論72頁。

しているからである。416条より賠償範囲が広い相当因果関係説の内容はどのようなものだろうか。

石坂説は、損害賠償の範囲と因果関係の関係を次のように明確に位置づける。「損害賠償ノ目的ハ被害者ヲシテ損害ヲ生スヘキ事実発生セザリシト同一ノ状態ヲ回復セシムルニアリ故ニ発生シタル凡テノ損害ヲ賠償スルコトヲ要ス從テ損害賠償ノ範囲ハ因果関係ニ依リテ定マル即、適當条件タル原因ニ基キテ生セル凡テノ損害ヲ賠償スヘキモノトス⁽³²⁾」。即ち、原則として、損害賠償の範囲は適當条件説（相当因果関係説）に依り決まる。しかし、「我法典ハ債務不履行ニ基ク損害賠償ニ関シテハ制限ヲ設ケ⁽³³⁾」、即ち、416条で、通常損害、特別損害を区別し、特別損害は、特別事情の予見可能性を要件として相当因果関係説をさらに制限していると理解する。不法行為については、そのような制限はなく、相当因果関係内の全損害が賠償されるべきと解するのである。

石坂説では相当因果関係説を416条はどう制限しているのか。結論的に言えば、適當条件は通常の事情と特別の事情の両方を含むが、416条は通常の事情によるので適當条件を制限することになる。「適當条件ハ通常ノ事情存スルノミナラス特別ノ事情存スル場合ニモ存スルヲ以テ適當条件ト通常ノ事情トハ意義異ナルヲ知ルヘシ故ニ通常生スヘキ損害ト云フハ適當条件ニ制限ヲ加ヘタルモノナリ法典ハ債務不履行ニ基ク損害賠償ノ場合ニハ制限ヲ加ヘ原則トシテ通常生スヘキ損害ノミヲ賠償スヘキモノス（第416条1項）⁽³⁴⁾」。416条は相当因果関係説を制限しているとする石坂説は、損害賠償の範囲の基準（相当因果関係）を規定しているのは416条①であるとし、また、石坂説の相当因果関係説は純客観説であることを前提としている考えられる。なぜなら、石坂説は「因果関係ハ行為者ト結果トノ客観的關係ナリ過失ハ行為者ト結果ト主観的關係ナリ⁽³⁵⁾」としているので、因果関係の判断に予見可能性の主観的要素は含まれないとする純客観説をとると考えるべきだからである。

こうして、石坂説は、原則により、不法行為による損害賠償の範囲は相当因果関係説（純客観説）により、例外的に、債務不履行による賠償範囲は、416条により制限されているとする見解である。ここから、石坂説は、賠償原理のレベルで、相当因果関係説は完全賠償主義、416条は制限賠償主義として客観的、正確に捉えているという評価がでてくる⁽³⁶⁾。しかし、損害賠償の範囲に関して不法行為と債務不履行が異なることに関して、石坂説は次のように「賠償範囲ヲ異ニスヘキ理由ナシ」

(32) 石坂・債権総論311頁。

(33) 石坂・債権総論311頁。

(34) 石坂・債権総論301頁。

(35) 石坂・債権総論288～289頁。

(36) 平井・理論78頁。ここでは、ドイツ相当因果関係説の正しい理解の下に、416条適用の場を制限し、不法行為領域での賠償範囲を拡大しようとの意図がみられる。しかし、石坂説は、両者「異ニスヘキ理由ナシ」としている（石坂・債権総論315頁註2）、また、石坂説は相当因果関係説の純客観説をとっていることに注意すべきである。沢井裕「紹介 平井宜雄『損害賠償法の理論』について（一）」（法学協会雑誌90巻7号、昭和48年）1025頁。

と考えている。

「法典ガ不法行為ト債務不履行トノ場合ニ分チ損害賠償ノ範囲ヲ異ニセルハ正当ナリト云フヲセス本来私法上ノ損害賠償ハ被害者ノ受ケタル損害ノ排除ヲ目的トス故ニ不法行為タルト債務不履行タルトニ依リ賠償範囲ヲ異ニスヘキ理由ナシ惟フニ不法行為ノ規定ハ被害者ノ保護ト共ニ公益保護ノ目的ヲ有スルカ故ニ不法行為者ニ重キ責任ヲ負ハシメタルモノナルヘシ⁽³⁷⁾」。

たしかに、因果関係論を詳細に検討した石坂説は、前述のように「損害賠償ノ範囲ハ因果関係ニ依リテ定マル」として所謂完全賠償主義を前提とする。完全賠償主義における因果関係は事実的因果関係説（条件説）を意味していた。しかし、石坂説は、この条件説は、刑法では通説であるとしても、「少クトモ私法上ニ於テハ用ユルヲ得ス⁽³⁸⁾」。理由は「法律上ノ観念トシテハ原因ヲ解スルコト広キニ失シ實際ニ用ユヘカラス⁽³⁹⁾」である。そして、石坂説は、相当因果関係説（適當条件説）をとり、「適當条件タル原因ニ基キテ生セル凡テノ損害ヲ賠償スヘキモノトス」。つまり、石坂説は、損害賠償の範囲は因果関係で定まるとして完全賠償主義をとりながら、因果関係を条件説（事実的因果関係説）から、その条件説を制限する相当因果関係説をとることによって、理論的には、損害賠償の範囲は事実的因果関係説よりは制限されることになるのである。その意味では、事実的因果関係説を制限するものである416条と内容的には同じである。石坂説は、その制限の中でよりどちらが制限的かの判断をしていることになる。

（3） 鳩山説の相当因果関係説と416条同一視説

相当因果関係説を制限するのが416条であるとする石坂説に対して、鳩山説は同一視し、相当因果関係の内容を規定したのが416条とする。「理論上相当因果関係説ヲ正当トシ而シテ民法第416条ハ恰モ相当因果関係ノ内容ヲ規定シタルモノト解スル⁽⁴⁰⁾」として、416条は債務不履行のみならず、不法行為にも適用されることになる。まず、理論的には、不法行為と債務不履行は損害賠償債権として、その発生原因は異なるが、損害の賠償を目的とする点においては共通点を有し、且つ共通の原則の支配をうけるので、その通則を考えるべきとする⁽⁴¹⁾。通則として損害賠償債権の成立要件を、①損害の発生、②責任に原因の存在、③責任原因たる事実と損害との間に因果関係の存することを要するとして、因果関係を通則上の要件とする⁽⁴²⁾。そして、その因果関係の意義に関して、鳩山説は、条件説は「原因ノ範囲ヲ認メルコト頗ル汎キニ失シテ私法ノ目的ニ適セス⁽⁴³⁾」として拒絶し、

(37) 石坂・債権総論316頁。

(38) 石坂・債権総論290頁。

(39) 石坂・債権総論290頁。

(40) 鳩山秀夫『日本債権法総論』（岩波書店、初版大正5年、増訂版大正14年、増訂第9刷発行昭和3年、以下、鳩山・総論と略記する。）74頁。

(41) 鳩山・総論68頁。

(42) 鳩山・総論69～70頁。

(43) 鳩山・総論71頁。

条件説を制限する相当因果関係説（適当条件説）を「民法ニ於テハ通説ト認ムルヲ得ベシ⁽⁴⁴⁾」として支持する。そして、この相当因果関係説でも、条件の範囲に関して、前述のように、主観説、純客観説、折衷的客観説があるが⁽⁴⁵⁾、鳩山説は、「私法ノ目的ヨリ考フレバ行為者ニ知レ又ハ知レ得ベカリシ事実ヲ基礎トスベク、而シテ其ノ知レ得ベカリシヤ否ヤハ善良ナル管理者ヲ標準トシテ之ヲ定ムルヲ正当トス⁽⁴⁶⁾」として折衷的客観説をとる。鳩山説でいう相当因果関係説の内容とは、この折衷的客観説のことである。

石坂説は、相当因果関係説は通常事情、特別事情の両者を含むが416条①は通常損害を規定し、また石坂説は純客観説をとることから、416条①は相当因果関係説を制限しているとした。これに対して鳩山説は、折衷的客観説をとり、特別事情の予見可能性（416条②）も含めた相当因果関係説とするので、両者は内容的に同じとなるのである。「民法第416条第2項ノ規定ハ敢テ損害賠償ノ範囲ニ付テ相当因果関係説ヨリモソノ範囲ヲ拡張シタルニアラズ（反対、末弘氏・・・）。又之ヲ制限シタルニアラズ（反対、石坂氏前掲）。既ニ述ベタル如ク客観的相当因果関係説ニ従ヘバ客観的ニ知レ得カリシ事情ハ特別ノ事情ト雖モ理論上当然之ヲ参酌スベキモノナレバナリ。余ノ解スル所ニ依レバ我民法第416条ハ第1項及ビ第2項ヲ合シテ正ニ相当因果関係説ヲ採用シタルモノニシテ、而シテ其相当条件ノ内容ヲ定ムルニ付テ、善良ナル管理者ニ予見シ得ベキ事情ヲ以テ其基礎トシタルモノニ外ナラザルナリ⁽⁴⁷⁾」。即ち、鳩山説は、損害賠償債権の通則として、因果関係を成立要件とし、その因果関係論において理論的に折衷的客観説を選択し、その内容を416条が規定しているとする見解である。

したがって、鳩山説は、不法行為における損害賠償の範囲に416条を適用することになる。すなわち、「不法行為ニ付テハ何等ノ規定ナキヲ以テ理論ノミニ従ツテ因果関係ノ範囲即チ損害ノ範囲ヲ定ムルモノナルモ其結果ニ於テ第416条ト異ル所ナシトイフナリ⁽⁴⁸⁾」。

さらに、損害賠償額の算定に関して、鳩山説は上述のように「因果関係ノ範囲即チ損害ノ範囲ヲ定ムルモノナルモ其結果ニ於テ第416条ト異ル所ナシ」とするので、損害賠償の「価格算定ノ問題ハ即チ損害賠償額ノ算定問題ニ外ナラズヲ当然民法第416条ノ適用ヲ受ケ、所謂特別ノ事情ニ依ル損害額ハ当事者ガ之ヲ予見シ又予見シ得ベカリシ場合ニ於テノミ、之ヲ賠償スルヲヨ要スルモノト解スル（石坂氏ハ此場合ニ416条ノ適用ヲ認メラレザルガ如シ同氏日本民法351頁）⁽⁴⁹⁾」。

損害額算定の時期については、「民法ニ明文ナシト雖モ、賠償請求権行使ノ時迄ニ権利者ノ受ケ

(44) 鳩山・総論72頁。

(45) 鳩山・総論72～73頁。

(46) 鳩山・総論73頁。

(47) 鳩山・総論78頁。

(48) 鳩山・総論75頁（註6）。

(49) 鳩山・総論81～82頁。

タル総テノ損害ヲ計算スベキモノナルハ明ナリ。サレバ訴訟手續ニヨリ其権利ヲ行使スル場合ニハ第二審ノ口頭弁論終結ノ時ニ於テ其時マデニ生ジタル総テノ損害ヲ賠償セシムルヲ得るベキナリ⁽⁵⁰⁾」。

とくに、富喜丸事件でも、中間最高価額問題として論点となる、責任原因（債務不履行、不法行為等）発生後、損害賠償額決定までに物価の価格に変動が生じた場合、どう法的構成するか、つまり、損害の問題として賠償範囲の問題とするか、賠償額算定の時期の問題として賠償範囲の問題外とするか、さらに、裁判官の裁量事項とするか、問題である。鳩山説は、次のような見解である。

「判例ハ常ニ中間ノ最高価格ヲ標準トシテ損害賠償ヲ請求シ得ベキモノトシタルモ、爾後此法則ニ多少ノ変更ヲ加へ、債権者ガ其最高価格ニ基キテ利益ヲ受ケタルベキ事情アリヤ否ヤヲ審査スベキモノトシ、且其事情アリヤ否ヤ其事実ガ特別事情ナリヤ否ヤ普通事情ナイリヤ否ヤハ目的物ガ有価証券ナリヤ不動産ナリヤ否ヤ等ノ事実ニ依リテ差異アルベキモノトス。事情ノ変化ニ応ジテ当事者保護ノ公平ヲ期スベキハ債権法ノ基本原理タル信義則上寧ロ当然トスベキ所ナルヲ以テ判例ガ必ラズシモ常ニ最高価格ヲ標準トシテ損害賠償ヲ請求シ得ザルモノトシタルハ固ヨリ正当ナルモ目的物ノ不動産ナリヤ有価証券ナリヤノ点ノミニ着眼シタルハ尚足ラザル感アリ。最高価格或ハ之ニ近似シタル価格ニ於テ目的物ヲ処分シ得タルベキコトヲ普通ノ事情ト認ムベキヤ否ヤハ目的物ノ性質ニ他ノ諸種ノ事情ヲ加ヘテ始メテ之ヲ認定シ得ベキモノト信ズ⁽⁵¹⁾」。

2 最高価額をめぐる相当因果関係説と416条関連の判例

学説において、損害賠償の範囲は416条と同一視される相当因果関係説により決まるとする見解が一般化していくなかで、判例にも、416条を相当因果関係説と同一視するのがみられる。債務者の不履行による契約解除後の価格騰貴、履行不能後の価格騰貴を損害賠償の範囲の画定基準は相当因果関係説となるのである。

(1) 契約解除後の価格騰貴の賠償

【9】大判大正7年11月14日民録24輯2169頁

(ア) 本件事案の概要

本件は、電話線工事用の鉄線の売買契約において、買主X（原告・被控訴人・上告人）は、それぞれ1貫目につき、8番鉄線37銭、11番鉄線43銭で売主Y（被告・控訴人・被上告人）より購入することになったが、Yがこれを不履行したため、Xは契約を解除し、その約1週間後に訴外Aより代品を買入れたところ、その価格は、8番線が66銭、11番線が88銭と約2倍に高騰していたために、Xが、その差額を損害賠償請求した事案である。原審は、Yは解除当時に至るまでの損害を賠償すれば足りるのであって、解除後になされた代品買入価格を標準とすべきでないとしてXの請求を棄却した。Xが上告し、破棄差戻しとなった。

(50) 鳩山・総論81頁。

(51) 鳩山・総論81頁～82頁。

(イ) Xの上告論旨

「電話線工事用ニ要スル亜鉛引8番線324貫油引亜鉛11番線1350貫ヲ代金一貫目ニ付キ8番線ハ金37銭11番線ハ金43銭ノ割合ニテYヨリ買受クルコトヲ約シ引渡期間ヲ大正3年8月9日ト定メタルニYハ右期日ニ引渡ヲ為ササルニヨリ更ニ期日ヲ定メテ其履行ヲ催告シタルモ尚之ニ応セサルヲ以テ大正4年1月22日本件契約ヲ解除シXハ已ムナク他ヨリ買受ケサル可カラサルコトトナリ同月30日漸ク之ヲ買入レタルモ価格騰貴ノ為メ8番線ハ1貫目66銭11番線ハ同88銭ノ高価トナリXハ之カ為メニ損害ヲ被リタルヲ以テ先キニYト為シタル契約ノ価格トノ差額ヲ標準トシテ賠償ヲ請求ス」として上告した。

(ウ) 大審院の判旨

「其賠償請求権ノ目的タル損害ノ範囲ハ民法第416条ノ規定ニ則リテ定ムヘキヲ至当トスルカ故ニ苟モ其債務不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ナルニ於テハ仮令契約解除後ニ生シタルモノト雖モ普通ノ取引観念ニ於テ其間ニ因果関係ノ存スルモノト認ムヘキモノナル以上ハ賠償ノ請求ヲ為スヲ妨ケサルモノト解スルヲ妥当トス(大正5年(オ)第645号同年10月27日判決参照)一中略一原院ハ須ク上告人(X)ノ主張スル上記損害ハ普通取引上ノ観念ニ於テ被上告人(Y)ノ債務不履行ヨリ通常生スルコトアルヘキ損害ナルヤ否ヲ審理シ以テ本件請求ノ当否ヲ判断スヘキモノナルニ判決爰ニ出テス契約解除ニ因ル損害賠償ノ請求ハ契約解除当時ニ至ルマテノ損害ヲ賠償スルヲ以テ足ルヘク解除以後ニ於ケル損害ハ絶対ニ請求スルコトヲ得ルモノニ非ストノ理由ニ依リ上告人(X)ノ主張ヲ排斥シ契約解除当時ノ時価ヲ以テ賠償額算定ノ標準ト為シタルハ失当ニシテ叙上ノ法則ニ違背シ破毀ヲ免レサルモノトス」。

(エ) 本判決の意義

本判決の第1の意義は、契約解除後の価格騰貴を通常損害とした点である。富喜丸事件は不法行為であるが、特別損害として、判例変更している。

第2の意義は、本判決は損害を差額説で捉えている点である⁽⁵²⁾。判旨の「上告人(X)ノ主張スル上記損害ハ」、上告論旨の「価格騰貴ノ為メ8番線ハ1貫目66銭11番線ハ同88銭ノ高価トナリ上告人(X)ハ之カ為メニ損害ヲ被リタルヲ以テ先キニ被上告人(Y)ト為シタル契約ノ価格トノ差額ヲ標準トシテ賠償ヲ請求」した額だからである。

第3に、通常損害を相当因果関係説で判断していることである⁽⁵³⁾。通常損害は、一般的には、事

(52) 平井・理論223頁は、「Xが他より高価で鉄線を買入れたという新たな損害の事実」として、差額説による捉え方とは別の見解をしている。北川善太郎「損害賠償法における理論と判例一問題史的考察」(於保還暦『民法学の基礎的課題(上)』有斐閣、1980年)116頁は、買主の代品買入行為に関して「損害の一種として填補損害」なるカテゴリーで問題を捉えるべきとする。

(53) 於保不二雄『債権総論(新版)』(有斐閣、昭和47年)139頁は、通常損害とは「特別の事情のない限り、その種の債務不履行があれば、社会一般の観念にしたがって通常発生するものと考えられる範囲の損害」と定義する。相当因果関係説を斟酌したものと思われる。国井・前出第一章注(34)548頁以下参照。

物の通常の経過に従って生じた損害として理解されるが、本件では、「普通ノ取引觀念ニ於テ其間ニ因果關係ノ存スルモノト認ムヘキモノナル以上ハ賠償ノ請求ヲ為スヲ妨ケサルモノト解スルヲ妥當トス」としているからである。

(2) 履行不能後の価格騰貴の賠償

履行不能後の中間最高価額の逸失利益を通常損害とするか特別損害とするかの論点に関して、通常損害として、その損害賠償を認めた判例である。

【10】大判大正11年6月5日民集1巻283頁

(ア) 本件事案の概要

本件は、大正5年9月頃の雑穀類の委託販売契約において、X（原告・被控訴人・上告人）はY（被告・控訴人・被上告人）に雑穀を寄託し、その担保としてYからその価格の8割又は9割に相当する金額を借り受け、Xの指図でYが売却し、その代金と前記Yの金銭債権とを対等額で相殺することを約定していたところ、Xが、大正6年3月25日、この委託販売契約を解除し、同年6月29日に、自己の借受金4724円余をYに返済し、寄託物の返還を請求したが、Yはすでに本件物件を訴外Aに売却していたので、XはYの返還債務の履行不能により、返還請求当時の時価5987円余より算出した填補賠償を求めた事案である。原審は、履行不能時を基準にXの賠償額を算定したので、Xは上告し、大審院は、これを容れて、破棄差戻した。

(イ) 原審の判断

原審は、次のように損害額の計算時期は返還不能時で即ちYが委託物を売却した時であるとして、履行不能時の価格を通常損害とした。

(a) 「仍テ進シテ其ノ損害賠償債務ノ数额ヲ按スルニ右物件ハ売却ニ因リテ返還不能トナリタルコト前段認定ノ如クナルカ故ニ返還義務ハ其ノ不能トナルト同時ニ消滅シテ金銭債務タル損害賠償ノ債務トナリタルモノト云フヘク其ノ債務額ハ右物件ト同種同品等ノ物ノ価額ノ変動ニ連レテ永久不定ノモノタルヘキニ非スシテ物件返還ノ義務カ其ノ返還不能ノ為損害賠償ノ債務トナルト同時ニ其ノ債務額ハ確定シ爾後生スヘキ損害ハ唯其ノ金銭債務ノ不履行ニ因ル損害ノミナリト謂ハサルヘカラス」。

そして、履行不能後の価格騰貴は特別損害となるので、その立証の判断となる。

(b) 「控訴人（Y、大審院でXに訂正される）カ大正6年6月29日ニ至リテ之ヲ他ニ売却スヘカリシ特別ノ事情アリタルコト及控訴人（Y）カ之ヲ予見シ又ハ予見シ得ヘカリシモノナルコトヲ認ムヘキ証拠ナク（中略）斯ル物ノ価額ハ其ノ年ノ6月29日迄ニハ通常5千9百87円10銭ニ又ハ幾何ノ程度迄騰貴スヘキモノナリト云フヲ得ス随テ右ノ程度ニ迄騰貴シタルハ郎チ特別ノ事情ニ因リタルモノト云ハサルヘカラサルモ控訴人（Y）カ之ヲ予見シ又ハ予見スルコトヲ得ヘカリシモノナルコトヲ認ムヘキ証拠ナキカ故ニ本件損害賠償ノ債務額ハ前示物件ノ返還義務不履行ニ因リテ通

常生スヘキ損害ノ額ナリト云フヘク其ノ額ハ前段説明ノ理由ニヨリ其ノ物件ノ返還不能トナリタル大正6年4月9日ニ於ケル其物ノ時価ニ依リテ決スヘキモノナリトス」と判示した。

(ウ) Xの上告論旨

「然レトモ這ハ損害賠償ノ法理ヲ誤解シタル不法アルモノトス何トナレハ債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ハ債権者ニ生シ又ハ生スヘカリシ一切ノ損害ヲ賠償スルヲ以テ其ノ本体ト為スモノナルニ債務者カ委託物ノ返還義務ニ違背シテ之ヲ売却シ債権者ニ損害ヲ生セシメタル場合ニ於テ単ニ売却シタル時ノ代金ト同一ノ金額ヲ支払フノミヲ以テ足ルトセハ債権者ノ損害ノ賠償トシテ不十分ナレハナリ故ニ債務ノ不履行ノ責任発生ノ時又ハ履行不能ノ時ヨリ判決ニ至ル迄ノ間ニ市価騰貴シタル時ハ債権者ハ其ノ最騰貴シタル時ノ市価ヲ撰ヒテ賠償ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス」。

(エ) 大審院の判断

大審院は原審の(a)の履行不能時の算定に対して、算定時期は任意に選択できるとし、中間最高価額を賠償すべき損害としたのである。

「債務者カ故意ニ債務ノ目的物ヲ滅失シ履行不能ノ状態ヲ惹起シタル場合ニ於テハ債務者ハ債務ノ履行ニ代ルヘキ損害賠償ノ債務ヲ負担シ金銭ヲ以テ之ヲ履行セサルヘカラサルニ至ルヲ以テ本来ノ債務ハ其ノ目的物ノ滅失ニ因リ金銭債務タル損害賠償ノ債務ニ変化スト謂フヲ得レトモ其ノ損害賠償ノ債務額ハ目的物ノ滅失当時ノ価格ヲ標準トシテ算出スヘキ確定的ノモノニ非ス債権者ハ其ノ滅失ニ因リテ生シタル損害ニ付キテハ直接タルト間接タルトヲ問ハス苟モ滅失ト相当ノ因果関係ヲ有スル限り全部賠償ヲ請求シ恰モ債務ノ履行アリタル場合ト経済上同一ノ地位ヲ回復スヘキ権利ヲ有スルモノナレハ滅失当時ヨリ債権者ノ請求ニ基ク判決アルマテノ間ニ経済上ノ事情ニ因リ目的物ノ価格ニ昇降変動ヲ来シタルトキハ債権者ハ適當ノ時期ニ於ケル価格ヲ任意ニ選択シ之ヲ標準トシテ算出シタル損害額ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク從テ目的物ノ滅失ニ因ル損害賠償ノ額ハ滅失当時ノ価格ニ從ヒ客觀的ニ確定スルモノニ非シテ債権者ノ権利行使ノ方法ニ因リ確定スルモノト謂フヲ相当トス唯其ノ損害ニシテ債務者ノ予見シ得ヘカラサリシ特別ノ事情ヨリ発生シタルモノナルトキハ債務者ハ之ヲ賠償スル責任ヲ負ハサルニ過キス」。

そして、原審の(b)の特別損害の論点に関しては、「経済上ノ趨勢ニ從フ物価ノ変動ハ特別ノ事情ト謂フヲ得サルヲ通例トス」と判断した。

「其ノ判示ノ前段ニ於テハ上告人カ他ニ売却スヘカリシコトヲ以テ特別ノ事情ト為シ其ノ後段ニ於テハ雜穀ノ価格ノ騰貴ヲ以テ特別ノ事情ト為シ兩者其ノ意義ニ於テ矛盾スル違法アルノミナラス経済上ノ趨勢ニ從フ物価ノ変動ハ特別ノ事情ト謂フヲ得サルヲ通例トス又上告人カ当時他ニ売却スヘカリシコトハ上告人カ原審ニ於テ主張セサル事實ニシテ且上告人ノ請求ヲ是認スルニ必要ナルモノニ非ス却テ被上告人ハ上告人カ其ノ以前ニ他ニ売却シ主張ノ当時ニ於テ雜穀ヲ所持セサルヘカリシ事實ヲ立証シテ上告人ノ請求ヲ争ヒ得ヘキ訴訟上ノ関係ニ在ルモノタルニ過キサレハ原判決ノ右説

明ハ此等ノ点ヨリ看テ亦違法ナリト謂ハサルヘカラス」。

(オ) 本判決の意義

第1の意義は、416条の通常損害を相当因果関係説の純客観説で判断していることである⁽⁵⁴⁾。「直接タルト間接タルトヲ問ハス苟モ滅失ト相当ノ因果関係ヲ有スル限り全部賠償ヲ請求シ恰モ債務ノ履行アリタル場合ト経済上同一ノ地位ヲ回復スヘキ権利ヲ有スルモノナレハ」と説示しているからである。

第2の意義は、賠償額の算定時期は履行不能時でなく判決まで任意に選択できるとして、最高価額をもって損害賠償をみとめることを確認していることである。そして、その根拠を、第1の意義である相当因果関係説に求めていることに注意すべきである。「債権者ハ其ノ滅失ニ因リテ生シタル損害ニ付キテハ直接タルト間接タルトヲ問ハス苟モ滅失ト相当ノ因果関係ヲ有スル限り全部賠償ヲ請求シ恰モ債務ノ履行アリタル場合ト経済上同一ノ地位ヲ回復スヘキ権利ヲ有スルモノナレハ」「目的物ノ滅失ニ因ル損害賠償ノ額ハ滅失当時ノ価格ニ従ヒ客観的ニ確定スルモノニ非ス」と判断するからである。

第3の意義に、「経済上ノ趨勢ニ従フ物価ノ変動ハ特別ノ事情」には当たらないということを確認していることである。

第四節 不法行為と416条

不法行為における損害賠償の範囲論に関して、富喜丸事件によって判例変更された。債務不履行の416条を不法行為にも適用するかに関して、【11】大判大正4年2月8日と【12】大判大正6年6月4日は、相当因果関係説を適用しながら416条は適用できないとする。富喜丸事件は、相当因果関係説と416条を同一視し、不法行為における損害賠償の範囲に416条を類推適用して、大審院は「之ヲ変更スベキモノ」として判例変更する。また、価格騰貴の最高価額の賠償に関して【13】大判大正10年4月4日は、損害概念に差額説をとり、その額の算定を騰貴時として最高価格の賠償を認める。しかし、富喜丸事件は416条を類推適用し、騰貴価格を特別損害として判例変更し、特別事情の予見可能性の主張立証がなかったとして中間最高価額の賠償を拒否した。

(54) 北川・前出注(52)114頁は、本判決に関して、相当因果関係説との関連で、次のように、意味付けを与えている。「相当因果関係についていえば、本判決にあっては、相当因果関係という法的構成が賠償範囲をきめる上で採用され、しかもドイツにおいてこの相当因果関係が構造的にも機能的にも結合している全部賠償を実現し具体化するために実質的に作用している。本判決の本来的意義は何よりもこの点に求められるべきであった(どういうポリシーが実現されているかという意味で)。従来の学説がこの点を看過してきたのは、価格騰貴による損害→転売によりうべかりし利益の喪失→特別損害という一つの理論の枠内にとどまって判例をみていたためである」。北川は、平井の全部義務の部分に注意すべきとする指摘に注目している。

1 不法行為の「成立要件の因果関係」と416条

債務不履行における損害賠償の範囲の416条が不法行為における損害賠償の範囲に適用されるかの論点に関して、「成立要件の因果関係」の場面で416条の適用が否定された判例である。

【11】大判大正4年2月8日(民録21輯81頁)

(1) 事案の概要

本件は、Xが所有の車を運転して踏切でY鉄道会社の電車と衝突した踏切事故である。Xは車を運転して山の手方面から海岸方面に進行している際に踏切に差掛かり、その際、山の手を背にして軌道の中央に立っていたY鉄道会社のA信号手が、電車が両方面から同時に進行するのを見て軌道外にでたところ、Xの自動車の警笛を始めて聞き、驚いて振り返り本件自動車の接近に気づき、咄嗟に、赤色の信号灯を出す暇なく青色のまま打ち振り且つ大声で止まれと数回叫んだが、Xは自己の警笛のためにその声を耳にせず、青色灯が示されていたため、そのまま進行しても差し支えないものと考え、そのまま進行し、眼前の電車と認めたが、Xは自動車を急停車できず、電車と衝突した。Xは709条に基づいて損害賠償を請求した。原審で、Yの不法行為が認められ、Yが上告し、上告が棄却され、Xの勝訴が確定したが、争点は、第1にA信号手の過失が認められるか、第2に、Xの損害(身体傷害等)は損害賠償の責任の範囲に入るか、である。

第1の運転手の過失判断については、Xに、踏切を横断する運転手は軌道に注意して何時でも徐行して危害を回避する注意義務違反する過失が認められるが、A信号手の山の手を背にしていた注意義務違反と赤色灯を打ち振るべきなのに青色灯を打ち振った注意義務違反の過失があるとして、Xの過失をもってAの過失は否定できないとして、Aの過失を認定した。

第2の争点である、Xの損害は損害賠償の責任の範囲に入るか(「成立要件の因果関係」、つまり、Y(A)の過失行為とXの損害は因果関係が認められるか。この争点に関するYの上告論旨は次のとおりである。

(2) Yの上告論旨

Y鉄道会社は、上告論旨で、不法行為における損害賠償の責任範囲つまり「成立要件の因果関係」に416条を主張する。「不法行為ニ基ク損害賠償ノ責任ノ範囲ハ其ノ行為ヨリ通常生スヘキ損害ノ賠償ヲ限度トスヘキモノニシテ特別ノ事情ニ依リテ生スヘキ損害ハ特ニ当事者カ其事情ヲ予見シ又ハ予見スルコトヲ得ヘカリシ場合ノ外賠償ノ義務ナキコトハ民法ノ解釈上殆ント論ヲ俟タス」。

そして、本件Xの損害は通常損害ではなく、特別損害と見るべきだと主張する。

「本件ノ如ク自動車カ予期ニ反シ突然踏切ニ向テ疾走シ来リタルカ為メA信号手カ大声停止ヲ命シ青色燈ヲ打振り臨機ノ処置ヲ為シタルニ却テX自動車運転手ノ誤信スル所トナリ損害ヲ生スルニ至リタルカ如キ場合ニハ縦令A信号手ノ所為ハ損害ニ対シテ多少ノ因果関係ヲ有ストスルモ之ヲ以テ事物ノ通常ノ経過ヨリ生シタル損害ト云フヲ得ス自動車カ電車踏切ニ向ツテ疾走シ来ルカ如キハ

寧ろ予想外ノ事情ニシテ本件ノ損害ハ所謂特別ノ事情ヨリ生シタルモノナリト謂ハサル可カラス」。つまり、「自働車カ電車踏切ニ向ツテ疾走シ来ルカ如キハ寧ろ予想外ノ事情」で、「事物ノ通常ノ経過ヨリ生シタル損害」とはいえないとする。それなのに、原審判決は、「Y会社ノ信号手カ此特別ノ事情ヲ予見シ得ヘカリシモノナリヤ否ヤニ付キ何等ノ判断ヲ下サスシテ漫然上告会社ニ対シ損害賠償ノ義務ヲ命シタルハ理由不備ノ違法アルモノニシテ此点ニ於テ破毀ヲ免レスト云フニ在リ」。

(3) 大審院の判断

「不法行為ノ場合ニ於テハ不履行ノ場合ニ於ケル民法第416条ノ如キ規定ナキヲ以テ通常生スヘキ損害ト特別ノ事情トニ因リ生シタル損害トヲ問フノ要ナク従テ不法行為ニ因リテ損害ヲ生シタル本件ノ場合ニ於テハ其損害カ行為者ノ予見シタルモノ又ハ予見シ得ヘキモノナリヤ否ヤヲ審究スルノ要ナシ況ンヤ論旨ニ謂フ所ノ如キハ上告人カ原院ニ於テ之ヲ主張シタル事跡ナキカ故ニ此点ニ関スル判断ナキハ寧ろ当然ニシテ本論旨亦採ルニ足ラス」と判示して、Yの上告を棄却する。

(4) 本判決の意義

第1の意義は、不法行為の「成立要件の因果関係」に416条が適用されないとしたことである。「不法行為ノ場合ニ於テハ不履行ノ場合ニ於ケル民法第416条ノ如キ規定ナキヲ以テ通常生スヘキ損害ト特別ノ事情トニ因リ生シタル損害トヲ問フノ要ナク」と判示しているからである。富喜丸事件において、この416条が適用されないという判例が変更された。

第2の意義は、上告理由において、①通常損害が「事物ノ通常ノ経過ヨリ生シタル損害」として捉えられ、イギリス判例法を援用しており⁽⁵⁵⁾、他方、②特別事情を「予想外の事情」として定義されていることである。

2 不法行為の「賠償範囲の因果関係」と416条

【12】大判大正6年6月4日(民録23輯1026頁)

(1) 事案の概要

X(原告・被控訴人・被上告人)が訴外Aに対し木材引渡の義務を負担し、期限に引渡さなければ過失の有無を問わず2千円を賠償すべき旨を約した場合に、Y(被告・控訴人・上告人)がその材木に対し不当な仮処分をしたためにXが期限に引渡をすることができなくなったとし、XはYに対して損害賠償を請求した。原審はXの請求を認容したのでYが上告したが、棄却された。

(2) 原審の判断

「Xカ訴外Aニ賠償シタル金2千円ハ損害ノ予定ニシテXカ訴外Aニ木材ヲ引渡スコト能ハサリシハYノ為シタル仮処分ニ基因スルモノナルカ故ニYハ之レカ賠償ノ義務アルモノト」と判示した。

(55) 國井・前出第一章注(34)508頁参照。

(3) Yの上告論旨

原審が、Xの損害とYの仮処分との因果関係を認めたため、Yは、Xの損害は、特別事情による損害で、その予見可能性が必要であるとの上告理由を主張した。

「本件ノ如ク特別ノ損害ハ当事者ニ於テ其事情ヲ予見シ又ハ予見シ得ヘカリシ場合ニ於テノミ賠償ノ義務アルコトハ民法第416条第2項ニ規定スルコロナリトス故ニYカXト訴外Aトノ間ニ為シタル予定契約ヲ予見シ又ハ予見シ得ヘカリシモノナリシヤ否ヤハ賠償責任ヲ定ムヘキ基本觀念ナリトス然ルニ原判決ハ此点ニ付キ何等ノ判断ヲ与ヘシテYニ賠償ヲ命シタルハ法則ヲ適用セサル違法アルモノトスト云フニ在リ」。

(4) 大審院の判断

Yの上告論旨に対して、大審院は、相当因果関係説の純客観説により「事物通常ノ状態ニ依リ社会普通ノ觀念ニ基キ之ヲ判断スルノ外ナキモノト」と説示し、416条を適用すべきでないと判示したのである。

「不法行為ヨリ生スル損害ノ賠償ニ付テハ民法第416条ノ規定ヲ適用スヘキモノニ非ス苟モ其行為ト損害トノ間ニ因果ノ關係ヲ有スルニ於テハ其損害カ通常生スヘキ損害ナリト又ハ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ナルトヲ問ハス等ク加害者ニ於テ之カ賠償ヲ為スノ義務ヲ有スルモノトス而テ其行為ト損害トノ間ニ因果關係アリト做スニハ事物通常ノ状態ニ依リ社会普通ノ觀念ニ基キ之ヲ判断スルノ外ナキモノトス原判決ノ認ムル所ニ依レハXハ本件係争ノ材木ヲ訴外Aニ売渡シ大正3年5月31日マテニ角材3千肩ヲ下ラサル程度ニ於テ引渡ヲ為スヘク若シ期限ニ其引渡ヲ為ササルトキハ天災地変ノ外Xノ過失ノ有無ヲ問ハス金2千円ノ予定損害額ヲ賠償スヘキ契約ヲ締結シタルニ上告人(Y)ハ訴外Bニ係ル訴訟事件ニ付キ本件係争ノ材木ニ対シ不当ナル仮処分ヲ為シタルカタメ被上告人(X)ハ期限ニ材木ノ引渡ヲ為スコト能ハス終ニ前記2千円ノ賠償ヲ為シタリト云フニ在リテYカ為シタル不法ナル仮処分ノ為メXカ上記ノ如キ損害ヲ受クルコトハ事物普通ノ状態ニ於テ決シテ偶発ノ事実ニ非ス社会一般ノ觀念上其間ニ因果關係アルモノト看做スヘキハ当然ニシテ本件ノ場合ニ民法第416条ヲ適用スヘキモノナルコトヲ前提トスル本論旨ハ上告ノ理由ト為ラス」。

(5) 本判決の意義

第1の意義は、不法行為における損害賠償の範囲に416条の適用が明確に否定されたことである。即ち「不法行為ヨリ生スル損害ノ賠償ニ付テハ民法第416条ノ規定ヲ適用スヘキモノニ非ス」。

第2の意義は、因果関係論において相当因果関係説の純客観説をとっていることである。因果関係の判断を、「其行為ト損害トノ間ニ因果關係アリト做スニハ事物通常ノ状態ニ依リ社会普通ノ觀念ニ基キ之ヲ判断スルノ外ナキモノトス」と判示するからである。

第3の意義は、相当因果関係説で純客観説をとり、416条は、その相当因果関係説を制限しているとする石坂説をとっていることである。第1の意義で416条の規定の適用を否定し、第2の意義

で、相当因果関係説をとっていることが、どういう意味をもっているかということである。本件の問題の本質は、Yの上告論旨の「YカXト訴外Aトノ間ニ為シタル予定契約ヲ予見シ又ハ予見シ得ヘカリシモノナリシヤ否ヤハ賠償責任ヲ定ムヘキ基本観念」とする責任観にあるが、大審院は、「Yカ為シタル不法ナル仮処分ノ為メXカ上記ノ如キ損害ヲ受クルコトハ事物普通ノ状態ニ於テ決シテ偶発ノ事実ニ非ス社会一般ノ観念上其間ニ因果関係アルモノト看做スヘキハ当然ニシテ本件ノ場合ニ民法第416条ヲ適用スヘキモノナルコトヲ前提トスル本論旨ハ上告ノ理由ト為ラス」。この判旨は、相当因果関係説の純客観説をとり、416条は2項で特別事情による損害の場合には、その予見可能性を必要とするとして、416条は相当因果関係説を制限するものとしている。学説の鳩山説ではなく、石坂説をとっていることである。後述するように、富喜丸事件は、この第1、第2、第3の意義を変更したことになる。

第4の意義は、責任帰属の根拠を、事実的因果関係説ではなく、法的因果関係としての相当因果関係説で根拠付けている。「其行為ト損害トノ間ニ因果関係アリト做スニハ」の表現には、不法行為における因果関係概念（要件）の機能転換、即ち事実的因果関係から法的因果関係への転換を含意しているといえよう。

第5の意義は、「賠償範囲の因果関係」の場面での判断ということである。「成立要件の因果関係」の場面では、Xの木材の所有権侵害との因果関係であるが、本件の争点は、「賠償範囲の因果関係」の場面で、損害としては、②法益に被った不利益としての損害と、③金銭換算の金額としての損害が重なって問題となったことである。

3 不法行為の「賠償範囲の因果関係」と騰貴価格の賠償額の算定

【13】大判大正10年4月4日（民録27輯616頁）

(1) 事案の概要

賃貸人Y（被告・被控訴人・上告人）所有の本件田地を転貸人X（原告・控訴人・被上告人）が賃借したが、Y賃貸人が訴外B賃借人に対し契約解除の意思表示をした結果、賃貸人Yと転貸人Xとの賃貸借契約が消滅したとしても、転借人Xがこれを知らず、またその通知を受けたことがない場合において、転借人Xは善意の占有者が耕作していた稲を他人Yが不法に刈取つたとして、XがYに対して、損害賠償を請求した。Xは、善意の占有者として本件土地を耕作したものであるから、その果実である稲を収得する権利があり、その権利は、善意の占有者として果実たる稲に対する所有権を侵害されたと解すべきところ、稲の価格が騰貴したとき、不法行為による損害価格算定の標準時期は行為当時に限られるものか判決までの騰貴価格によるか争点となる。

原審は、「原判決ハYノ不法行為ノ時期ハ大正6年11月1日ナリト認定シ其損害ノ算定ハ大正7年6月21日ノ事実ニ基キタルコト其全旨趣ニ依リテ明白ナリ」として、不法行為時ではなく、判決までの高騰時の価格を認容した。

(2) Yの上告論旨

この判断に対して、Yは上告した。

「不法行為ニヨル損害賠償請求権ハ不法行為ノ時ニ発生スヘキモノニシテ其賠償ノ範囲モ亦特別ノ原因アラサル可カラス蓋シ一箇ノ不法行為ニ因リ認メラル可キ全結果ニ対シ時ノ制限ナク加害者ヲシテ賠償ノ責ニ任セシムルハ却テ過酷ニ失スヘケレハナリ従テ原判決カ右ノ如ク行為ノ時ヨリ後ニ至リテ初メテ発生シタル事実ニ基キ上告人(Y)ヲシテ其責ヲ負担セシメントスルニハ之ヲ是認スルニ足ル可キ法律上ノ理由ヲ説明セサル可カラサルモノニ不拘何等ノ説明ヲ為ササリシハ理由不備ノ違法アリト謂ワサル可カラス」。

(3) 大審院の判断

しかし、大審院はYの上告を、次のように棄却した。

「不法行為ニ因リテ生スル損害ニハ被ウリタル損失ト失イタル利益トアリテ前者ハ不法行為ナカリセハ賠償権利者ノ財産ハ減少セサルヘカリシニ拘ワラス不法行為アリタル為メ其財産ノ減少ヲ来シタルモノナリト雖モ後者ハ賠償権利者カ不法行為ナカリセハ利益ヲ得テ其財産ヲ増加ス可カリシニ拘ワラス不法行為ノ為メ之ヲ増加スルコトヲ得サリシニ因ル損害ナレハ失イタル利益ノ額ハ其利益ヲ受クヘカリシ時ヲ標準トシテ定メサル可カラス従テ被害物ノ価格カ不法行為ノ時ヨリ後ニ騰貴シタルトキハ賠償権利者ハ其機会ヲ利用シテ利益ヲ得ヘカリシモノナレハ騰貴シタル時ノ価格ニ依テ賠償額ヲ算定シ請求スルコトヲ得ヘキモノトス(明治41年(オ)第22号同年3月18日当院判決参照)本件ニ於テ被上告人ハ上告人(Y)ノ不法行為ニ因ル損害ノ賠償トシテ被害物タル玄米藁ノ刈取ニ因リ被ウリタル損失ノ外得ヘカリシ利益ノ喪失ノ補償ヲモ請求セルモノト解シ得ラレサルニ非ス而シテ原裁判所ハ後ニ説明スル如ク玄米ノ何レノ日時ノ価格ヲ以テ損害額算定ノ標準ト為シタルヤ不明ナレトモ上告人(Y)所論ノ如ク不法行為ノ後ナル大正7年6月21日当時ニ於ケル玄米ノ騰貴価格ヲ標準トシテ金227円90銭ノ賠償ヲ命シタルモノトスルモ不法ニアラサルナリ仍テ上告論旨ハ理由ナシ」と判示した。

(4) 本判決の意義

第1の意義は、物の滅失による損害を、①「被ウリタル損失」と②「失イタル利益」とに区別し、「失イタル利益ノ額」の算定を「騰貴シタル時ノ価格ニ依」とした点である。理由は、「被害物ノ価格カ不法行為ノ時ヨリ後ニ騰貴シタルトキハ賠償権利者ハ其機会ヲ利用シテ利益ヲ得ヘカリシモノ」だからである。富喜丸事件は相当因果関係説：416条とし、①を通常損害、②を特別損害として、本判例を変更した。

第2の意義は、損害概念を差額説で捉えている点である。なぜならば、損害を「被ウリタル損失」と「失イタル利益」とに区別し、「後者ハ賠償権利者カ不法行為ナカリセハ利益ヲ得テ其財産ヲ増加ス可カリシニ拘ワラス不法行為ノ為メ之ヲ増加スルコトヲ得サリシニ因ル損害ナレハ失イタル

利益ノ額」と定義し、その額の算定を「騰貴シタル時ノ価格ニ依テ」とすると具体的に明示しているからである。したがって、賠償額算定時期は差額を出す前提で、その差額が損害であるので、損害とは別に賠償額算定時期が争点となることはない。差額説では個別賠償額の算定は個別損害の内容をなすのである。この個別損害を賠償すべきかの判断の場面が「賠償範囲の因果関係」である。

第五節 相当因果関係説の確立—富喜丸事件—

第1款 序

損害賠償法における相当因果関係説を確立したのが富喜丸事件である。不法行為と債務不履行における「成立要件の因果関係」及び「賠償範囲の因果関係」に相当因果関係説の折衷的客観説を採用したのである。以下、相当因果関係説は、鳩山説の折衷的客観説を意味する。富喜丸事件と相当因果関係説に対して、学説による原理的、理論的批判が加えられている。その批判を契機として、相当因果関係説の内容と構造を確認する。

【14】富喜丸事件（大民刑連判大正15年5月22日民集5巻386頁）

1 富喜丸事件に対する批判の内容

富喜丸事件が判断したのは、①因果関係要件は事実的因果関係ではなく法的因果関係であること、②損害賠償の範囲論に相当因果関係説を一般理論として採用すること、③相当因果関係説と416条は同じ内容であること、したがって、④不法行為における損害賠償の範囲に416条を類推適用すること、⑤船の衝突沈没による備船料と沈没後の中間最高価額の消極的損害を特別損害として、それらの損害賠償の請求を事実上拒絶したこと、である。①②③④の論点は、相当因果関係説の理論的側面として、⑤の争点は要件事実論の側面として区別できる。学説による批判も、その区別に対応する。

まず、理論的側面の相当因果関係説に対する批判は、3点に纏めることができる。

第1は、相当因果関係説は、責任一般の意味、416条の意味、事実的因果関係の意味、と多義的で理論的に混乱し明確でないとする批判である。第2は、相当因果関係説と416条を同一視することは原理的に不整合とする批判である。相当因果関係説と416条との関係に関して、相当因果関係説は完全賠償主義のドイツ法、416条は制限賠償主義の英米法を淵源としており、両者を同じとみることにはできないとする。第3は、損害賠償の範囲論の相当因果関係説は、事実判断、政策判断及び金銭評価と判断の性質が異なるものが混在しているという批判で、損害賠償の範囲論（相当因果関係説）を①事実的因果関係、②保護範囲、③金銭評価に区別べきとする批判である。

次に、要件事実論の側面の、戦時の船の沈没後の備船料及び中間最高価額の消極的損害を特別損害とし立証なしとして損害賠償を拒否したことについて、その法律構成は騰貴価格の損害賠償を事

実上否定する制限賠償の政策判断は、被害者保護に欠けるとする政策的な批判である。価格騰貴の損害賠償は賠償範囲の問題ではなく、損害賠償額の算定期限の問題とすべきか、または金銭評価の問題として裁判官の裁量の問題とすべきであると批判する。

これらの、批判を検討する前提としてまず、本事件の概要を確認する。次に、大審院の一般理論、相当因果関係説の理論構造、相当因果関係説に対する理論的批判の妥当性、そして、価格高騰における中間最高価額の損害賠償の問題を検討することにしよう。

2 富喜丸事件の概要

X (株式会社村金商店) 所有の汽船 (富喜丸) は大正4年4月28日にY (大阪商船株式会社) 所有の汽船 (大智丸) と両船長の過失 (1:1) によって衝突し沈没した。XからYに対し商法544条 (現商法690条) に基づき損害賠償を請求した。(1) Yによる所有権侵害 (YによるX所有の富喜丸の衝突沈没)、(2) Yの過失 (両船長の過失) の判断は確定したが、(3) 損害賠償の範囲 (損害との因果関係) が争点となった。富喜丸と同様の中古船の評価額は、大正4年の沈没当時は10万円であったが、第一次世界大戦 (大正3~7年、1914~1918年) の影響で大正6年には190万余円に上昇し大戦終結後の大正12年の原審判決時には10万円に下落していたからである。Xの請求した(3) 損害の内容 (請求原因事実) は、まず、価格騰貴の最高価額について、①富喜丸の大正6年8月中の価格190万余円から保険金等を控除した残額182万余円、次に、沈没後における備船料による利益の喪失の損害については、②すでに締結された備船契約による大正4年中の備船料から費用を引いた残額について、沈没の翌日から8ヶ月分1万6千8百円、③大正5年1月から同7年末までの3年分の備船料による利益170万5千6百円の、合計、172万2千4百円であった。

第1の争点 (②③) は、Xは備船料を損害として請求できるか、である。原審では認容されたが、Yは上告理由で、Xの損害は船価の賠償のみとされているはずであって、そのほかに備船による得べかりし利益の賠償を認めるのは不当であると主張した。大審院は、この争点の判断基準として416条を類推適用する。備船料の喪失を416条②の特別損害とする法的構成をする。416条を類推適用する根拠として相当因果関係説がとられる。

第2の争点 (①) は、大正6年の最高価額 (190万余円) の損害が認められるか、である。原審で拒絶されたので、Xは上告理由で、騰貴した船価 (中間最高価額) の賠償を認めるべきだと主張した。大審院は、中間最高価額の賠償をに関して、中間最高価額を損害として捉え、その損害は賠償すべきかの判断基準を416条に求め、中間最高価額を416条②の特別損害とする。

第2款 富喜丸事件の理論的側面 (一般理論の構造)

1 大審院の損害賠償の範囲の一般理論の判旨

大審院は相当因果関係説を不法行為における損害賠償の範囲の画定基準とするために、因果関係

論の一般理論を展開する。

「蓋①不法行為ニ因リテ生スル損害ハ自然的因果関係ヨリ論スルトキハ通常生シ得ヘキモノナルト特別ノ事情ニ因リテ生シタルモノナルトヲ問ハス又予見シ若ハ予見シ得ヘカリシモノナルト否トヲ論セス加害者ハ一切ノ損害ニ付責ニ任スヘキモノト謂ハサルヲ得スト雖其ノ責任ノ範囲広キニ過キ加害者ヲシテ無限ノ負担ニ服セシムルニ至リ吾人ノ共同生活ニ適セス②共同生活ノ関係ニ於テ其ノ行為ノ結果ニ対スル加害者ノ責任ヲ問フニ当リテハ③加害者ヲシテ一般的ニ觀察シテ相当ト認メ得ル範囲ニ於テノミ其ノ責ニ任セシメ其ノ以外ニ於テ責任ヲ負ハシメサルヲ以テ④法理ニ合シ民法第709条以下ノ規定ノ精神ニ適シタルモノト解スヘキモノナレハナリ⑤然リ而シテ民法第416条ノ規定ハ共同生活ノ関係ニ於テ人ノ行為ト其ノ結果トノ間ニ存スル相当因果関係ノ範囲ヲ明ニシタルモノニ過キシテ独リ債務不履行ノ場合ニノミ限定セラルヘキモノニ非サルヲ⑥以テ不法行為ニ基ク損害賠償ノ範囲ヲ定ムルニ付テモ同条ノ規定ヲ類推シテ其ノ因果律ヲ定ムヘキモノトス(①②③④⑤⑥、筆者)」。

2 富喜丸事件における相当因果関係説の三層の判断構造

富喜丸事件の判旨は、相当因果関係説における因果関係概念の三レベルの問題に関する判断を示している。第1は、因果関係概念の機能(目的)を法的責任要件とする「法的因果関係としての相当因果関係説」、第2は、その法的因果関係の本質をどう捉えるかという、「一般理論としての相当因果関係説」、第3は、損害賠償の範囲の画定基準をどう設定するかという「要件事実としての相当因果関係説」すなわち416条である。

まず、第1の、因果関係概念の機能レベルの「法的因果関係としての相当因果関係説」である。因果関係概念の機能論とは、民法ないし不法行為法における因果関係概念を、自然科学と同じように原因探求のための事実的・客観的・科学的な判断方法である事実的因果関係とするか、法的責任を帰属させるための観念的・抽象的な判断枠組みとする法的因果関係とするか、の問題である。本判決は、事実的因果関係を否定して法的因果関係を選択する。民法の損害賠償責任(債務不履行責任及び不法行為責任)における因果関係の機能を、「②共同生活ノ関係ニ於ヒテソノ行為ノ結果ニ対スル加害者ノ責任ヲ問フ」ものとする。相当因果関係説を採用するために因果関係要件を法的因果関係に機能転換したのである。これを、「法的因果関係としての相当因果関係説」とする。

次に、第2レベルは、法的因果関係の本質をどう捉えるか、に関する「一般理論としての相当因果関係説」である。法的責任要件の法的因果関係は、不法行為責任と債務不履行責任のそれぞれに「成立要件の因果関係」、「賠償範囲の因果関係」、と二つの機能する場面がある。しかも、債務不履行による損害賠償範囲の因果関係として416条が存在する。そこで、それぞれの法的因果関係を位置づけ関連付けるためには、共通するもの、つまり法的因果関係の本質を概念化する必要がある。これが第2レベルの法的因果関係の本質論であり、「一般理論としての相当因果関係説」である。

この一般理論としての相当因果関係説を契機に、債務不履行による賠償範囲の因果関係である416条が不法行為による賠償範囲の因果関係に類推適用できることになるのである。その内容は「③加害者ヲシテ一般的ニ観察シテ相当ト認メル範囲ニ於ヒテノミ其ノ責任ヲ任ゼシメ、其ノ以外ニ於ヒテ責任ヲ負ワシメザル」もの、「⑤共同生活ノ関係ニ於ヒテ人ノ行為ト其ノ結果トノ間ニ存スル相当因果関係ノ範囲」である。この定義が、一般理論としての相当因果関係説ということになる。一般理論としての相当因果関係説は、要件事実として機能する「成立要件の因果関係」と「賠償範囲の因果関係」場面において適用される場合には、より具体化されることになり。この一般理論としての相当因果関係説は「⑤一般的ニ観察シテ相当ト認メル範囲ニ於ヒテノミ其ノ責任」を認める点にあるので、事実的因果関係の連鎖が拡大していく場合には、相当因果関係説は、制限的に機能する。他方、事実的因果関係が認められない場合、証明が困難な場合には、因果関係の認定を拡大する機能をもつ。事実的因果関係説が事実的、客観的、确实性判断の事実認定となるのに対し、相当因果関係説は、法的責任帰属のための、抽象的、一般的、相対的、社会通念を媒介とした総合的な事実判断ということになる。

そして、第3の要件事実論レベルの、「要件事実としての相当因果関係説」である。一般理論としての相当因果関係説を、不法行為における損害賠償範囲の因果関係の場面に適用し、この場面での相当因果関係説の内容を、民法416条とする。このような、第1、第2レベルの判断を踏まえて、第3レベルで、416条の類推適用という法解釈技術を駆使するのである。かくして、「⑤民法第416条ノ規定ハ共同生活ノ関係ニ於ヒテ人ノ行為ト其ノ結果トノ間ニ存スル相当因果関係ノ範囲ヲ明ニシタモノニ過ギズシテ、独り債務不履行ノ場合ニノミ限定セラレルベキモノニ非ザルヲ以テ⑥不法行為ニ基ズク損害賠償ノ範囲ヲ定ムルニ付ヒテモ同条ノ規定ヲ類推シテ其ノ因果律ヲ定ムベキモノトス」。この、第3の段階が、因果関係の解釈論としての相当因果関係説であり、「要件事実としての相当因果関係説」ということになる。

こうして、富喜丸事件は、相当因果関係説を、第1に、因果関係概念（要件）の機能を「共同生活ノ関係ニ於ヒテソノ行為ノ結果ニ対スル加害者ノ責任ヲ問フ」ものとする「法的因果関係としての相当因果関係説」、第2、その法的因果関係の本質を「加害者ヲシテ一般的ニ観察シテ相当ト認メル範囲ニ於ヒテノミ其ノ責任ヲ任ゼシメ」るものと定義する「一般理論として相当因果関係説」、第3に、要件事実論レベルで、一般理論として相当因果関係説を、不法行為による損害賠償範囲の因果関係の場面で適用する「要件事実としての相当因果関係説」即ち「不法行為における損害賠償の範囲に416条を類推適用すること」、の三つのレベルでの司法的政策判断を判示したものである。

3 相当因果関係説に対する理論的批判の検討

(1) 相当因果関係概念の多義性の問題

(ア) 多義性批判の内容

富喜丸事件における相当因果関係説は、①法的因果関係説としての相当因果関係説、②一般理論としての相当因果関係説、③要件事実としての相当因果関係説の三層構造を成している。このような三層構造の相当因果関係説を、三層を貫流する事実的因果関係説の観点からみると、理論的に混乱し、不明確であるようにみえる。つまり、「相当因果関係」概念を用いることは「理論的に不要であり、混乱をもたらすものと考えらるべきである⁽⁵⁶⁾」とする批判である。

この批判は、まず、因果関係概念を、①行為が損害を現実に惹起した関係、②或る者が或る結果に対して広く法律上の責任を負うという関係一般、③因果関係概念が相当因果関係と同じ意味で用いられる場合、に区別する。そして、「相当因果関係」は、(i) 右の②の意味で用いられると解される場合、(ii) 416条と同じ意味に用いられる場合、(iii) すでに定まった賠償額の範囲を理由づけるものとしてのみ（したがって無内容である）用いられると解される場合が、あるとする⁽⁵⁷⁾。そして、因果関係概念を法技術的意味を有するものとして理論的に明確に規定しておく必要あるという問題意識から、右②の意味での因果関係概念および③(i)(ii)意味における「相当因果関係」概念が法技術的意味を有しないとし、さらに③(ii)の相当因果関係概念に対しても、この概念はドイツ民法の下での完全賠償の原則のコロラリーとしての法技術的意味を有するにすぎず、日本民法の制限賠償主義を念頭においた解釈論を主張すべきとして、相当因果関係概念を用いることは理論的に不要であり、混乱をもたらすと批判するのである。

このような、相当因果関係説に対する理論的批判は、共同不法行為理論の理論的混迷に拍車をかける根拠とされる。「共同不法行為における『因果関係』概念の意味・機能およびその理論的地位が混迷をきわめている上に『因果関係』概念一般の有する不明確さがそれに一層拍車をかける⁽⁵⁸⁾」とするのである。共同不法行為論における客観的共同原因説の要件事実は相当因果関係説であるので、相当因果関係説の理論的混迷は、必然的に共同不法行為理論の混迷をもたらすことになり、共同不法行為理論の構成には相当因果関係説の理論的混迷の批判の妥当性を検証する必要がある。

(イ) 多義性批判の妥当性

富喜丸事件は理論的に、自然的因果関係説から相当因果関係説へ転換した。富喜丸事件における相当因果関係説は、①法的因果関係、②一般理論、③要件事実の機能を持つ三層構造をなしていた。相当因果関係説が3層構造をなしているのは、第3の要件事実論レベルで、不法行為における損

(56) 平井・各論82頁。

(57) 平井・各論80頁。

(58) 平井・共同不法行為295頁。

害賠償の範囲の基準として相当因果関係説即ち416条を適用するために必要な司法的政策判断であったからである。つまり、不法行為による損害賠償の範囲を画定する基準として即ち「賠償範囲の因果関係」として、自然的因果関係説から相当因果関係説(416条)へ転換するためには、第1レベル、第2レベルの政策判断が必要であったからである。

理論的な転換の対象となった自然的因果関係説とは、「通常生ジ得ベキナルモノト特別事情ニ因リテ生ジタルモノナルトヲ問ハズ、又予見シ若シクハ予見シ得ルベカリシモノナルト否トヲ論ゼズ、加害者ハ一切ノ損害ニ付責ニ任ズベキモノトベキモノト謂ワザルヲ得ズ」もので、因果関係の判断を条件関係で判断する事実的因果関係説で捉え、完全賠償主義を採った因果関係論である。したがって、自然的因果関係説は第1レベルの因果関係概念の機能を、科学的、客観的な原因探求の方法である事実的因果関係説とするものであり、第3の要件事実論レベルは、その事実的因果関係説による完全賠償主義である。そうすると、第3の要件事実論レベルで、自然的因果関係説に換えて相当因果関係説(416条)をもってくるためには、相当因果関係説が「加害者ヲシテ一般的ニ観察シテ相当ト認メル範囲」とする法的判断であるために、大審院は、因果関係概念(要件)の機能を、科学的、客観的原因探求を目的とする事実的因果関係説から「共同生活ノ関係ニ於ヒテソノ行為ノ結果ニ対スル加害者ノ責任ヲ問フ」ための法的因果関係説に、転換する必要があったのである。

そして、第2レベルの判断として、因果関係概念(要件)が問題となる、債務不履行、不法行為、そして、成立要件の因果関係、賠償範囲の因果関係に適用するための一般理論としての相当因果関係説を「加害者ヲシテ一般的ニ観察シテ相当ト認メル範囲ニ於ヒテノミ其ノ責任ヲ任ゼシメ」ものとして定義する必要があったのである。第1に、因果関係要件自体を法的因果関係とし、第2に、相当因果関係説の一般理論を構成することで、第3の要件事実論レベルで、相当因果関係説を、不法行為による損害賠償の範囲の因果関係として416条を類推適用することが理論的に可能となる。

このような相当因果関係説の三層構造に、前述の「理論的に不要であり、混乱をもたらすもの」として理論的批判している「相当因果関係」を当てはめるとどうなるか。批判者は、「相当因果関係」を、(i) 或る者が或る結果に対して広く法律上の責任を負うという関係一般の意味で用いられると解される場合、(ii) 416条と同じ意味に用いられる場合、(iii) すでに定まった賠償額の範囲を理由づけるものとしてのみ(したがって無内容である)用いられると解される場合があるとする⁽⁵⁹⁾。

第3レベルの「要件事実としての相当因果関係説」は416条を類推適用する。このレベルの「相当因果関係」が批判者のいう「(ii) 416条と同じ意味に用いられる場合」にあたる。この不法行為による賠償範囲の因果関係として416条を適用するために、第1レベルの因果関係概念(要件)の

(59) 平井・各論80頁。

機能としての法的因果関係が最も抽象化され、「共同生活ノ関係ニ於ヒテソノ行為ノ結果ニ対スル加害者ノ責任ヲ問フ」ものとされ、ここでの「法的因果関係としての相当因果関係説」が批判者のいう「(i) 或る者が或る結果に対して広く法律上の責任を負うという関係一般の意味で用いられると解される場合」にあたる。そして、第2レベルの、「一般理論として相当因果関係説」の内容は「加害者ヲシテ一般的ニ観察シテ相当ト認メル範囲ニ於ヒテノミ其ノ責任ヲ任ゼシメ、其ノ以外ニ於ヒテ責任ヲ負ワシメザル」るものと定義され、ここでの「相当因果関係」が、批判者のいう「(iii) すでに定まった賠償額の範囲を理由づけるものとしてのみ（したがって無内容である）用いられると解される場合」にあたるものである。

以上要するに、相当因果関係説の三層をなす「相当因果関係」は「理論的に不要であり、混乱をもたらすもの」ではなく、不法行為による損害賠償の範囲の画定基準として自然的因果関係説から相当因果関係説（416条の類推適用）に転換するために必要な因果関係概念の機能の転換（事実的因果関係説から法的因果関係説へ）するための司法的政策判断であったのであり、その政策判断のレベルに応じて相当因果関係概念が規定されたのである。

(2) 相当因果関係説導入の原理的整合性の問題（416条と相当因果関係説の同一性）

民法416条と相当因果関係説を同一視することには、416条の系譜と相当因果関係説の系譜との違いが障壁となるとする。416条は系譜的にイギリス判例法に由来し、制限賠償主義を採っており、相当因果関係説はドイツ民法の下での完全賠償の原則のコロラリーとしての法技術的意味を有するもので、損害賠償の原理・構造が相違するという認識である⁽⁶⁰⁾。416条は制限賠償主義の英米法を淵源としており、日本民法の制限賠償主義を念頭においた解釈論を主張すべきとして、相当因果関係概念を用いることは理論的に不要であり、混乱をもたらすと批判する。この批判は、次の3点から適切な批判ではないと考える。

第1点は、相当因果関係概念は完全賠償主義、416条は制限賠償主義と賠償原理が異なり原理的整合性が問題であるとするが、相当因果関係説は完全賠償主義を制限する機能として導入された考え方である。ドイツ法における完全賠償主義とは因果関係ある損害は全部賠償すべきとする賠償原理⁽⁶¹⁾であるが、その因果関係は事実的因果関係を前提としている。それでは、賠償範囲が拡がりすぎるので、その事実的因果関係を相当因果関係として制限する考えが相当因果関係説である。相当因果関係説は事実的因果関係説による賠償範囲を制限する機能を持っているのである⁽⁶²⁾。他方、416

(60) 福島正夫「明治民法典における損害賠償諸規定の形成」我妻還暦・損害賠償責任の研究（上）15頁以下、山田＝来栖三郎「損害賠償の範囲および方法に関する日独両法の比較研究」我妻還暦・損害賠償責任の研究（上）171頁以下。

(61) 平井・理論24頁以下参照。

(62) 北川善太郎「損害賠償論序説一契約責任における一（二・完）」（法学論叢73巻6号）17頁以下、平井・理論31頁は、実際には相当因果関係説は完全賠償主義の機能を持っているとする。

条の起草原案も、事実的因果関係説による賠償範囲を制限する機能を持っているのである。416条の起草原案の淵源はイギリス判例法であるとする理解が一般的である⁽⁶³⁾。そのハドレイ事件は、賠償の範囲とすべき損害は、①契約違反から、自然即ち事物の通常の経過に従って生じたと公正かつ合理的に考えられうる損害（通常損害）、②契約時に、契約違反の蓋然的な結果として両当事者が予期したと合理的に考えられ得る損害（特別損害）、に制限されるとする⁽⁶⁴⁾。この制限ルールも、事実的因果関係説による賠償範囲を制限する理論である。つまり、事実的因果関係説を基点とすると、相当因果関係説も416条の起草原案の淵源であるイギリス判例法も、賠償範囲を制限する理論であるという意味では同じである。したがって、賠償原理が異なるとする批判は形式的であり批判としては適切ではないということになる。

第2点として、たしかに、機能的には416条と相当因果関係説は賠償範囲を制限する機能を持っているとしても、要件事実論レベルでは、両者は異なる。相当因果関係説は、因果関係要件の要件事実である事実的因果関係説を相当因果関係説に置き換えて完全賠償主義の下で機能的に制限しているのであるから、相当因果関係説つまり不法行為と個別損害とが相当因果関係にあることが請求原因となるが、制限賠償主義の416条は、要件事実論からは、事実的因果関係の範囲の損害が請求原因となり、それを制限するものとしてつまり抗弁としての通常損害若しくは特別損害として位置づけられるはずである。したがって、この意味では、両者を同一視できない。このような要件事実論による違いを調整するために考え出された方法が、因果関係概念（要件）の機能を、事実的因果関係説から、相当因果関係説に合致する法的責任を帰属させる法的因果関係に転換することである。要件事実論の観点から、416条を請求原因事実としての通常損害、予備的請求原因事実としての特別損害とするのである。つまり、相当因果関係説と416条を同じ土俵に置くために、第1レベルの因果関係概念の機能を法的因果関係とする司法的政策判断をしたのである。

第3点として、相当因果関係説と民法416条を内容的にみるとどうか。起草原案（410条）はイギリス判例法によるものであったが、法典調査会に審議において、前述のように起草原案410条第2項から「始メヨリ」が削除され予見時期が契約締結時からでなくなり、予見の対象が「損害」から「特別事情」に変更する修正案が多数で通過したことは、イギリス判例法の損害賠償の範囲の内容を変更するものであると考えることができる。起草原案の二つの変更は相当因果関係説の折衷的客観説と同じ内容を持つものであるので、起草原案の修正後の現民法416条と折衷的客観説の相当因果関係説とは内容的に同一視できるのである。したがって、この考え方からは、416条と相当因果関係説とは整合性がないとする批判は適切ではないという結論になる。

(63) 国井・前出第一章注(34)504頁。

(64) 国井・前出第一章注(34)508頁参照。

(3) 相当因果関係説の三判断の混在の問題

損害賠償の範囲論の相当因果関係説は、事実判断、政策判断及び金銭評価と判断の性質が異なるものが混在しているので、損害賠償の範囲論（相当因果関係説）を①事実的因果関係、②保護範囲、③金銭評価に区別べきとする批判である⁽⁶⁵⁾。

損害賠償の範囲論（相当因果関係説）を、①事実判断は事実的因果関係、②政策判断は保護範囲、③金銭評価は金銭評価にと判断の性質に応じた問題領域の設定は区別べきとする批判は、損害賠償範囲論と相当因果関係説の関連を要件事実論の観点から整理することによって、混在ではなく、相当因果関係説の内在的表れということが明らかになる。

損害賠償の範囲論は、損害賠償の範囲の画定基準をどうするかの問題である。その画定基準を因果関係とすると損害賠償の範囲論は因果関係論となる。このことを前提にすると、損害賠償の範囲論は「成立要件の因果関係」と「賠償範囲の因果関係」の二つの場面ないし争点が設定される。「成立要件の因果関係」は損害賠償責任（不法行為、債務不履行）を加害行為（者）に帰属させるべきかの判断基準を因果関係に求めるものである。他方、「賠償範囲の因果関係」は、金銭賠償主義の下で、損害賠償請求として被害（権利侵害・損害）を金銭に換算する法技術として損害概念を構成する。この損害は金額で示されることになる（差額説）。法益に被った不利益を金額で換算した個別損害が賠償すべきであるか、を判断する場面（争点）が「賠償範囲の因果関係」である。被害総体、それを金額で示したものを総体的損害とするならば、総体的損害は個別損害を積算することで出されるが、この総体的損害に個別損害が入るか否かの争点が「賠償範囲の因果関係」である。

他方、両場面で問題となる因果関係の判断は、条件関係とする事実的因果関係説、抽象的に観察して行為が一般的に同種の結果を生じ得るかで判断する相当因果関係説が、基本的に対立する。

そうして、相当因果関係説は、「成立要件の因果関係」と「賠償範囲の因果関係」の場面（争点）における因果関係の判断の方法（基準）となっており、それぞれの場面での判断の目的に応じて、判断の性格が変容することになる。事実的因果関係は事実判断であるために判断の性格が変容することは論理的にあり得ないが、相当因果関係説は、それぞれの場面での因果関係の相当性判断であるため、それぞれの判断の対象（争点）の性格に応じて、判断の性格が変容することになるからである。「成立要件の因果関係」の場面では責任を帰属させるに相当因果関係が認められるか、となり、その相当性判断は、結果発生の高度の蓋然性があるかの社会通念上の事実判断と責任を帰属させるべきかの評価的・政策判断が総合的になされることになる。「賠償範囲の因果関係」の場面では、それだけの金額で損害を填補するに相当因果関係が認められるか、であり、現実の金銭評価

(65) 平井・理論135頁。沢井・前出注(36)1021頁以下参照。77頁(昭和48年)、星野英一『民法概論Ⅲ(債権総論)』(良書普及会、昭和53年)70頁、四宮・不法行為407頁。国井・前出第一章注(34)558頁は、この「区分も一応は定着しつつある」と評価する。

(事実判断) とどれだけの金額で被害を填補すべきかの評価・政策判断が総合的になされることになる。

前述の、①事実判断・事実的因果関係、②政策判断・保護範囲、③金銭評価、の区別を相当因果関係説に強いて当て嵌めると、「成立要件の因果関係」の場面は、①事実判断(社会通念上の)・「高度の蓋然性」(事実的因果関係を要件事実レベルでは否定するのが相当因果関係説)と②政策判断・保護範囲を総合的に判断し、「賠償範囲の因果関係」の場面は、①事実判断(個別損害の積算)、②政策判断・保護範囲、③金銭的評価、を総合的に判断することになる。

要するに、相当因果関係説は、事実判断、政策判断、金銭評価という性質が異なる判断が混在しているとする批判は、相当因果関係説の適用される損害賠償の範囲論が、「成立要件の因果関係」と「賠償範囲の因果関係」と判断の性質の異なる二つの場面があり、他方、相当因果関係説自体が、それぞれの判断の性質に対応する理論枠組みであったということであるので、混在ではなく、因果関係の判断を内在的にするという相当因果関係説の法技術としての優れた側面の現れということになる。

第3款 富喜丸事件の要件事実論(要件事実としての相当因果関係説)

富喜丸事件において、相当因果関係説(416条)が、不法行為による損害賠償の範囲の判断基準としてどのように機能しているか。まず、備船料の逸失利益について検討し、次に中間最高価額を検討する。富喜丸事件が賠償額の算定に関して、損害概念に差額説をとり、賠償額の算定を416条の損害賠償の範囲の問題としているからである。

1 物の滅失と備船料の損害(物の交換価値、現在及び将来の使用価値)

第1の争点は、Xは備船料を消極的損害として請求できるか。原審は、その請求を認容したので、Yは上告理由で、Xの損害は船価の賠償でみたされているはずで、その他に備船料の損害賠償を認めるのは不当であると主張した。

大審院は、不法行為による損害賠償の範囲を416条を基準とし、船の沈没の損害は、原則として沈没時の価格が通常損害であるとし、例外として、特別事情がある場合には、沈没後の備船料の消極的損害も、特別損害とすることができるとし、本件では、特別事情の立証がないので、Xの請求は拒絶された。

(1) 原審の判断

原審は、不法行為による損害賠償の範囲の画定基準として事実的因果関係説をとり、Xの備船料を消極的損害とする賠償請求を認容する。

「不法行為ニ因ル損害賠償ハ直接ノ結果タルト間接ノ結果タルト通常ノ事情ニ因リ生シタルト特別ノ事情ニ因リ生シタルトヲ問ハス行為ト損害トノ間ニ因果関係アリト認メラルル場合ニ於テハ被

害者ハ総テノ損害ノ賠償ヲ請求シ得ヘク不法行為ニ因リ他日受クヘキ利益ヲモ害セラレタルトキハ判決ヲ受クル迄ノ間ニ於テ之ヲ算定シ其ノ賠償ヲ請求シ得ヘシ」。

そして、「傭船ハ船舶利用ノ普通ノ方法ナルヲ以テ之ニ依リ利用上得ヘカリシ利益ヲ算出スルヲ相当トス云云Yハ大正4年1月21日訴外Aニ対シ同日ヨリ同年12月末日迄傭船契約ヲ為シタルコトヲ認め得ヘシ云云富喜丸沈没ノ翌月ナル大正4年5月1日ヨリ同年末日迄ノ受ヘカリシ利益ハ傭船料ヨリ船費ヲ控除シタル残額1万6千8百円ナリト認定ス云云大正5年ヨリ大正7年ニ至ル3ケ年間ニ於テ傭船契約ヲ為スニ因リテ得ヘカリシ利益ハ総利益金114万5千485円ヨリ総費用金63万3千158円86銭ヲ控除シタル純益金51万2千326円14銭ト認定ス」と説示し、過失相殺で、その金額の各半額をもって、Yにおける逸失利益の賠償額とする。

(2) Yの上告理由

原審が事実的因果関係説によって損害賠償の範囲を決定したことに対して、Yは、次のように、上告理由を主張する。

まず、原審が、衝突当時の富喜丸の所有価格の賠償以外に沈没後の同船の4年間の利用による得べかりし収益の見積りの賠償を命じたのは経済観念上二重賠償に帰し損害賠償の法則に違背し不法であるとする。

その理由の第1は、損害賠償の損害は、経済上の意義における利益の喪失を意味し、その損害の有無及び範囲の決める基準は経済上の観念に従うべきとする。

第2に、その経済上の観念に従うと、物価若しくは交換価格中には原則としてその財貨の効用即ち使用収益に価値を包含する。交換価値を決するのは使用収益価値だからであるとする。

第3の理由は、法理上でも、将来の収益価値は当然元物の所有権の価格中に包含されていることを前提としていることである。

そして、第4の理由は、原審の判断は、滅失を認め船価の賠償を認めながら、滅失しないことを前提として利用を基礎とする損害を賠償するのは、理論的に矛盾しているということである。滅失は利用の途絶であり、利用の途絶は滅失に包含されているからである。

以上要するに、Yの上告論旨は、

「不法行為ニ因リ物ヲ滅失セシメタル場合ニ於テハ其ノ滅失ト同時ニ且滅失ナル事実ニ基キ損害賠償債権ヲ発生スルモノナルヲ以テ其ノ後ニ於テハ滅失ニ対スル損害トシテ相当ノ所有価格ヲ賠償セシムル権利関係ト其ノ債務履行ノ遅滞ノ問題ヲ残スニ過キス而シテ所有価格ノ外滅失後ノ利用上ノ得ヘカリシ利益ヲ計上スルカ如キハ物ノ滅失ナル観念ト両立セサルノミナラス其ノ結果ハ二重賠償ト為リ許スヘカラサルモノトス」るものである。

(3) 大審院の判断

大審院は、物の滅失・毀損による使用収益の逸失利益の損害賠償の請求を認容する。

「不法行為ニ因リ物ヲ滅失又ハ毀損セラレタル者ハ現実ノ損害ニ対スル賠償ヲ請求スルコトヲ得ルノ外其ノ物ヲ使用収益スルコトヲ得サルニ因リテ生スヘキ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノナレハ被害者ハ現実損害ニ対スル賠償ヲ受ケタルカ為不法行為微リセハ取得スルコトヲ得ヘカリシ利益ノ喪失ニ対スル損害賠償ノ請求権ヲ失フヘキモノニ非ス」。

しかしながら、通常の使用収益の逸失利益は、現在の交換価格に包含しているとして、その損害賠償は認められないとする。

「物ノ滅失毀損ニ対スル現実ノ損害ハ物ノ滅失毀損シタル当時ノ価格ニ依リテ之ヲ定ムルコトヲ要シ且其ノ価格ハ交換価格ニ依リテ定マルヘキモノトス然リ而シテ物ノ交換価格ハ通常其ノ物ノ使用収益ヲ為シ得ヘキ価値ニ対応スルモノニシテ其ノ物ノ通常ノ使用価格ヲ包含スルモノト謂フヘク換言スレハ現在及将来ニ於テ其ノ通常ノ使用収益ニ因ル利益ヲ得ヘキコトカ其ノ物ノ現在ノ価格ヲ為スモノト謂ハサルヘカラス故ニ被害者カ滅失毀損当時ニ於ケル物ノ価格ヲ標準トシテ定メラレタル賠償ヲ得タルトキハ其ノ被害者ハ将来其ノ物ニ付通常ノ使用収益ヲ為シ得ヘキ利益ニ対スル賠償ヲモ得タルモノト謂フヘク更ニ斯ル賠償ヲ請求スルコトヲ得ス加害者カ賠償金ノ支払ヲ遅延シタル場合ニ付唯被害当時ヨリ賠償ヲ受クル迄ノ間ニ於ケル法定利息ヲ請求スルコトヲ得ルニ過キサルモノトス」。

ただし、次のような特別事情による損害である場合には、「相当因果関係存スル限り」、その損害の賠償請求を認めるべきだという。

「之ニ反シテ被害者カ其ノ独特ノ技能特別ナル施設其ノ他其ノ物ノ特殊ノ使用収益ニ因リ異常ノ利益ヲ得ヘカリシ特別ノ事情アル場合ニ於テ不法行為ニ因リ使用収益ヲ妨ケラレ為ニ其ノ得ヘカリシ利益ヲ失ヒタルトキハ不法行為ト損害トノ間ニ相当因果関係存スル限り該利益喪失ニ対スル被害者ノ賠償請求権ヲ認メサルヘカラス」。

なぜ、「不法行為ト損害トノ間ニ相当因果関係存スル限り該利益喪失ニ対スル被害者ノ賠償請求権ヲ認メ」るべきか。因果関係論に関する相当因果関係説を不法行為における損害賠償の範囲論で理論構成する論理構造を展開する。本節第2款で考察した相当因果関係説の三層構造、つまり、次の判旨(①②③④)における、①因果関係要件の機能レベルの法的因果関係としての相当因果関係説、②③一般理論としての相当因果関係説、④要件事実としての相当因果関係説の三層構造である。

「蓋不法行為ニ因リテ生スル損害ハ自然的因果関係ヨリ論スルトキハ通常生シ得ヘキモノナルト特別ノ事情ニ因リテ生シタルモノナルトヲ問ハス又予見シ若ハ予見シ得ヘカリシモノナルト否トヲ論セス加害者ハ一切ノ損害ニ付責ニ任スヘキモノト謂ハサルヲ得スト雖其ノ責任ノ範囲広キニ過キ加害者ヲシテ無限ノ負担ニ服セシムルニ至リ吾人ノ共同生活ニ適セス①共同生活ノ関係ニ於テ其ノ行為ノ結果ニ対スル加害者ノ責任ヲ問フニ当リテハ②加害者ヲシテ一般的ニ観察シテ相当ト認メ得ル範囲ニ於テノミ其ノ責ニ任セシメ其ノ以外ニ於テ責任ヲ負ハシメサルヲ以テ法理ニ合シ民法第709

条以下ノ規定ノ精神ニ適シタルモノト解スヘキモノナレハナリ然リ而シテ③民法第416条ノ規定ハ共同生活ノ關係ニ於テ人ノ行為ト其ノ結果トノ間ニ存スル相当因果關係ノ範圍ヲ明ニシタルモノニ過キスシテ④独り債務不履行ノ場合ニノミ限定セラルヘキモノニ非サルヲ以テ不法行為ニ基ク損害賠償ノ範圍ヲ定ムルニ付テモ同条ノ規定ヲ類推シテ其ノ因果律ヲ定ムヘキモノトス (①②③④、筆者)】。

つまり、不法行為における損害賠償の範囲論に相当因果關係説を構成するためには、因果關係要件の機能を「①共同生活ノ關係ニ於テ其ノ行為ノ結果ニ対スル加害者ノ責任ヲ問フ」法的因果關係とし、一般理論としての相当因果關係説は、「②加害者ヲシテ一般的ニ觀察シテ相当ト認メ得ル範圍ニ於テノミ其ノ責ニ任セシメ其ノ以外ニ於テ責任ヲ負ハシメサル」ものであるが、要件事実としての相当因果關係説は「③民法第416条ノ規定ハ共同生活ノ關係ニ於テ人ノ行為ト其ノ結果トノ間ニ存スル相当因果關係ノ範圍ヲ明ニシタルモノニ過キスシテ」、したがって、「④不法行為ニ基ク損害賠償ノ範圍ヲ定ムルニ付テモ同条ノ規定ヲ類推」すべきとなるのである。

そして、本件に、416条(相当因果關係説)を適用すると、次のように、416条②の特別損害となり、その場合の要件事実が示されるのである。

「而シテ物ノ通常ノ使用収益ニ因リテ得ヘキ利益ノ喪失ハ不法行為ニ因リテ通常生スヘキ損害ヲ包含スルモノナレハ被害者カ物ノ特殊ノ使用収益ニ因リ得ヘカリシ利益ヲ失ヒタリトシテ之カ賠償ヲ請求スルニハ民法第416条第2項ノ規定ニ準拠シ不法行為ノ当時ニ於テ将来スル利益ヲ確實ニ得ヘキコトヲ予見シ又ハ予見シ得ヘカリシ特別ノ事情アリシコトヲ主張シ且立証スルコトヲ要スルモノト謂ハサルヲ得ス」。

その特別損害の要件事実を本件において判断すると、次のような結論となる。

「原判決ハ既ニ富喜丸ノ現実損害ニ対スル賠償トシテ其ノ沈没当時ノ価額ニ依リ金10万5千380円ノ半額ノ賠償ヲ上告人ニ命シタルモノナレハ其ノ価格ハ現在及将来ニ於テ該船舶ニ付通常ノ使用収益ヲ為スニ因リテ得ヘキ利益ニ対スル賠償ヲモ包含スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ原判決ノ趣旨カ傭船契約ヲ為スニ因リテ得ヘカリシ利益即傭船料ヲ以テ本件船舶ノ通常ノ使用収益ヲ為スニ因リテ得ヘカリシ利益ト認メタルモノトセハ原院カ其ノ喪失ニ対スル賠償ヲ命シタルハ二重ノ賠償ヲ命シタルモノニシテ不法ナリト謂ハサルヲ得ス若夫原判決ノ趣旨ニシテ其ノ認メタル傭船料ハ特殊ノ使用収益ヲ為シ得ヘキ特別ノ事情アリシ為得ヘカリシ利益ニシテ船舶ノ価格ニ包含セラレサルコトヲ判断シタルモノトセハ船舶衝突ノ当時ニ於テスル使用収益ニ因ル利益ヲ得ヘキコトヲ予見シ又ハ予見シ得ヘカリシコトヲ判示セサルヘカラスニ原院カ不法行為ニ因ル損害賠償ニハ民法第416条ノ規定ヲ類推スルコトヲ得サルモノノ如キ見解ヲ以テ此ノ点ニ関スル審理判断ヲ為ササリシハ不法ニシテ上告論旨ハ何レモ其ノ理由アリ原判決中上告人ニ金26万4千563円七銭及之ニ対スル法定利息ノ支払ヲ命シタル部分ハ破毀ヲ免レス此ノ判旨ハ当院従来ノ判例(大正3年(オ)第708号大

正4年2月8日判決大正5年(オ)第661号大正6年6月4日判決)ニ反スルヲ以テ之ヲ変更スヘキモノトス」。

要するに、本件に、相当因果関係説：416条を適用すると、「原院カ不法行為ニ因ル損害賠償ニハ民法第416条ノ規定ヲ類推スルコトヲ得サルモノノ如キ見解ヲ以テ此ノ点ニ関スル審理判断ヲ為ササリシハ不法ニシテ上告論旨ハ何レモ其ノ理由アリ原判決中上告人ニ金26万4千563円七銭及之ニ対スル法定利息ノ支払ヲ命シタル部分ハ破毀ヲ免レス」。

そして、直接的には、【11】大判大正4年2月8日、【12】大判大正6年6月4日の判例が変更されることになる。しかし、【12】判例は、Yの上告論旨の416条②の適用論を排斥して、相当因果関係説をとって、Xの請求を認容しているので、416条と相当因果関係説の関係が問題となる。

(4) 本判旨(物の滅失と備船料の損害)の意義

第1の意義は、不法行為における損害賠償の範囲に416条が(類推)適用されるとして、次の判例を変更したことである。【11】大判大正4年2月8日の「不法行為ノ場合ニ於テハ不履行ノ場合ニ於ケル民法第416条ノ如キ規定ナキヲ以テ通常生スヘキ損害ト特別ノ事情トニ因リ生シタル損害トヲ問フノ要ナク」、【12】大判大正6年6月4日の「不法行為ヨリ生スル損害ノ賠償ニ付テハ民法第416条ノ規定ヲ適用スヘキモノニ非ス」の判例である。

第2の意義は、相当因果関係説と416条を同一視して、不法行為における損害賠償の範囲に416条を類推適用したことである。【12】判例は、「不法行為ヨリ生スル損害ノ賠償ニ付テハ民法第416条ノ規定ヲ適用スヘキモノニ非ス」とし、他方「其行為ト損害トノ間ニ因果関係アリト做スニハ事物通常ノ状態ニ依リ社会普通ノ観念ニ基キ之ヲ判断スル」相当因果関係説をとるが、本判決は、「民法第416条ノ規定ハ共同生活ノ関係ニ於テ人ノ行為ト其ノ結果トノ間ニ存スル相当因果関係ノ範囲ヲ明ニシタルモノニ過キスシテ独リ債務不履行ノ場合ニノミ限定セラルヘキモノニ非サルヲ以テ不法行為ニ基ク損害賠償ノ範囲ヲ定ムルニ付テモ同条ノ規定ヲ類推シテ其ノ因果律ヲ定ムヘキモノト」判示し、416条と相当因果関係説の両者を採用しているからである。【12】判例は、416条は相当因果関係説を制限していると捉える石坂説であるのに対し、本判決は、416条と相当因果関係説を同一視する鳩山説をとったということになる。相当因果関係説に関して言えば、純客観説の石坂説ではなく折衷的客観説の鳩山説をとったということである。

第3の意義は、損害概念を差額説による金額としたことである。「物ノ滅失毀損ニ対スル現実ノ損害ハ物ノ滅失毀損シタル当時ノ価格ニ依リテ之ヲ定ムルコト」と判示しているからである。

第4の意義は、第2の意義、第3の意義を前提に、物の滅失毀損による消極的損害の賠償範囲を416条の通常損害と特別損害の基準にして明確にしたということである。つまり、物の滅失毀損の現実の損害を通常損害とし、特別の事情による特殊の利益の消極的損害は特別損害とすることである。なぜ、物の滅失毀損による使用収益の利益等の消極的損害の賠償範囲に416条を適用したのか。

その実質的意味は何か。物の滅失毀損とその後の価格騰貴による損害は、まず①その物の交換価値として物の時価、②現在及び将来の使用価値としての賃料、③転売等の処分による中間最高価額(将来の交換価値)、として、それぞれ、金額で示されたものである。そうすると、①は積極的損害、②③は消極的損害であるが、その損害は賠償すべき損害となるか争点となる。【13】大判大正10年4月4日は、騰貴価格の賠償の争点であるが、物の滅失毀損による損害を「被ウリタル損失」(①の積極的損害)、「失イタル利益」(②③の消極的損害)に区別し、「失イタル利益ノ額」の算定を、「被害物ノ価格カ不法行為ノ時ヨリ後ニ騰貴シタルトキハ賠償権利者ハ其機会ヲ利用シテ利益ヲ得ヘカリシモノ」であるから、「騰貴シタル時ノ価格ニ依」ると判示している。つまり、物の滅失後の③騰貴価格の消極的損害を認めていることは、②使用収益の利益の消極的損害も賠償されることになる。これに対して、富喜丸事件は相当因果関係説：416条とし、①を通常損害、②③は通常の場合は①に包含され、それ以外は特別損害され、実質的には賠償を否定する意味をもつのである。そして、物の滅失毀損の通常損害が滅失時の交換価格として客観的に決定されることは、物の滅失毀損による損害額の算定は明確であるということである。不法行為による物の滅失毀損後の物の使用収益の消極的損害は、滅失時の交換価格を通常損害とすることにより、他の損害は基本的には裁判所では認めない司法的政策判断をしたことを意味する。

こうして、第5の意義は、第2の意義、第3の意義、第4の意義の結果、損害賠償額の算定、算定期限の論点は独自に存在せず、損害の内容となり、416条の損害賠償の範囲の問題となるということである。物の滅失後の価格の騰貴の賠償額の算定で評価に関して、裁判官の判断が抑制されることを意味する。

2 中間最高価額の損害賠償

第2の争点は、物の滅失毀損後の価格騰貴の中間最高価額の消極的損害は賠償されるべきか、本件で言えば、大正6年の中間最高価額の190万円の損害が認められるか、である。本事件の結論は、まず、物の滅失毀損はの通常損害(416条①)は滅失毀損時の交換価格によって決まる。ただし、中間最高価額の賠償は特別損害(416条②)として、価格騰貴の事実を立証するほか、なお騰貴した価格によって物を処分し、又はその他の方法によってその価格による利益を確実に取得すべき事情があること、及びその事情は不法行為時に予見可能性あることを主張立証した場合である。

(1) 原審の判断

原審は、現在、将来の備船料の消極損害については、Xの請求を認容したが、転売等による中間最高価額の消極的損害については、主張立証がないとして、棄却した。

「原院ハX所有ノ汽船富喜丸ハ大正4年4月28日午前2時37分頃七発島燈台ヨリ西方31海里ノ地点ニ於テX所有ノ汽船大智丸ト衝突シテ同日午後5時沈没シタル事実ヲ認メ其ノ沈没ハYノ被用者タル同船船長ノ業務上ノ過失モ亦其ノ原因ヲ成セルモノナル事実ヲ確定シ從テYハXニ対シ其ノ損

害ヲ賠償スヘキ義務アルモノト判断シXハ富喜丸ノ価額ヲ190万2千750円ナリト主張シ本件衝突ノ後2ケ年余ヲ経過シタル大正6年8月頃ノ最高価額ヲ選択スレトモ云云Xカ其ノ最高価額ニテ処分シ又ハ其ノ他ノ方法ニ依リ右価額ヲ保有シ得ヘカリシ主張及立証ナキカ故ニXノ主張ハ認容シ難キヲ以テ船ノ損害額ハ衝突当時ノ価額ニ依リ算定スヘキモノトスト判示シタルモノニシテ」。

その理由は、「船価ノ変動ハ全然一時的現象ナルニ付一般取引ノ通念ヨリ観察シテ事物自然ノ常態ト認メ得サルハ明ナリ」として相当因果関係が認められないことである。

「本件衝突後2ケ年余ヲ経過シタル大正6年8月頃ノ最高価額ヲ選択スレトモ当時ノ船価ハ独逸ノ潜航艇カ無警告撃沈ナル暴挙ヲ為シタル為商船ノ需要激増シ之ニ因リテ生シタル異常ノ暴騰価額ナルコトハ顕著ナル事実ニシテ斯ノ如キ船価ノ変動ハ全然一時的現象ナルニ付一般取引ノ通念ヨリ観察シテ事物自然ノ常態ト認メ得サルハ明ナリ」。

こうして、原審は、大正4年4月28日に沈没（船価10万余円）した富喜丸が大正6年8月に190万余円の最高価額による処分による逸失利益の主張立証がなかったとして、Xの請求を棄却したのである。Xは上告した。

(2) Xの上告理由

Xは、転売等による処分最高価額を取得できたはずだとして、その根拠として、「本件富喜丸ニシテ大正4年4月28日Yノ責任ヲ負フヘキ不法行為ニ因リ沈没セストセハXハ大正6年8月中ニ於ケル船価騰貴ノ機会ヲ捉ヒ右富喜丸ヲ処分シテ利益ヲ得ヘカリシモノト認ムヘキハ一般取引ノ通念ニ照シテ当然ニシテ前示御院判例ノ生シタル所以モ実験法則ノ存スル所以モ全ク此ノ理由ニ基クモノト謂フヘシ」と主張する。

(3) 大審院の判断

大審院は、まず、物の滅失毀損の賠償の範囲は当時の交換価格によって定まると原則論を確認する。これが通常損害ということである。

「不法行為ニ因リ他人ノ所有物ヲ滅失セシメ又ハ毀損シタルトキハ加害者ハ被害者ニ対シ其ノ滅失毀損ヨリ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務アリ然リ而シテ損害賠償ハ不法行為ニ因リテ生シタル損害ヲ填補スルコトヲ目的トスルモノナルヲ以テ其ノ賠償ノ範囲ハ先ツ以テ其ノ滅失毀損ノ当時ヲ標準トシテ之ヲ定ムルコトヲ要シ其ノ損害ハ滅失毀損ノ当時ニ於ケル交換価格ニ依リテ定マルヘキモノトス」。

その根拠を次のように求める。

「蓋加害者ハ此ノ時ニ於テ其ノ行為ニ因リ被害者ヲシテ現ニ財産上ノ損害ヲ被ラシメタルモノニシテ加害者カ其ノ当時ノ交換価格ニ依リ被害者ノ損害ヲ賠償スルニ於テハ被害者ノ財産上ノ損失ハ填補セラルヘキ筋合ナレハ其ノ時ヲ標準トシテ被害者ノ受ケタル損害ノ範囲ヲ定ムルハ理ノ当然ナルヲ以テナリ」。

そして、被害者が現実に生じた損害だけでなく、価格騰貴による逸失利益の損害を賠償請求するためには、特別損害の主張立証を必要とするという。

「加之不法行為ニ因リテ財産上ノ損害ヲ受ケタル者ハ現実ニ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルノ外尚不法行為微リセハ受クヘカリシ利益ノ喪失ニ対スル損害ノ賠償ヲモ請求スルコトヲ得ヘキモノナレハ不法行為ニ因リ滅失毀損シタル物カ後ニ価額騰貴シ被害者カ之ニ因リテ得ヘカリシ利益ヲ喪失シタルトキハ尚之ニ基ク損害即消極的損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タスト雖被害者ハ不法行為当時ヨリ判決ニ至ル迄ノ間ニ価額ノ騰貴シタル一事ニ因リテ直ニ騰貴価額ニ相当スル消極的損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノニ非ス其ノ騰貴カ縦シ自然ノ趨勢ニ因リタルモノトスルモ被害者ニ於テ不法行為微リセハ其ノ騰貴シタル価額ヲ以テ転売其ノ他ノ処分ヲ為シ若ハ其ノ他ノ方法ニ依リ該価額ニ相当スル利益ヲ確實ニ取得シタルヘキ特別ノ事情アリテ其ノ事情カ不法行為当時予見シ又ハ予見シ得ヘカリシ場合ニ非サレハ斯ル損害賠償ノ請求ヲ為スコトヲ得サルモノトス(大正12年(オ)第398号事件ノ説明参照)」。

その理由を次のように判示している。

「蓋被害者ニ於テ該騰貴価額ニ依ル利益ヲ取得シ得ヘキ希望アリタルモノトスルモ其ノ希望ハ必スシモ之カ実現ヲ期スルコトヲ得サルヲ以テ物ノ価額カ騰貴シタル場合ニ付被害者ニ於テ之ニ依ル利益ヲ取得スヘキ希望ヲ有シタルノ一事ノミニ因リテハ未タ確實ニ之ヲ取得スヘキ情況ニ在リタルモノト推測スルコトヲ得サルヲ以テナリ」。

そして、物の滅失毀損後の騰貴価額の損害賠償について、特別損害の基準を適用すると次のとおりとなる。

「故ニ騰貴シタル価額ニ依リ損害ノ賠償ヲ請求スル債権者ハ価額騰貴ノ事実ヲ立証スルノ外尚騰貴シタル価額ニ依リテ物ヲ処分シ又ハ其ノ他ノ方法ニ依リ該価額ニ依ル利益ヲ確實ニ取得シタルヘキ事情アリタルコト及其ノ事情ハ不法行為ノ当時予見シ又ハ予見シ得ヘカリシモノナルコトヲ主張シ且之ヲ立証スルノ責任アルモノトス故ニ不法行為ノ時ト判決ノ時トノ中間又ハ判決ノ時ニ於テ其ノ物ノ価額カ不法行為ノ時ヨリ高価トナリタル場合ニ於テ債権者カ此等ノ事実ニ関スル主張及立証ヲ為シタルトキハ滅失毀損ノ当時ニ於ケル其ノ物ノ価額ノ外ニ右騰貴ノ時期ニ於ケル其ノ物ノ利用ニ因リ得ヘカリシ利益ニ相当スル金額ヲ損害賠償トシテ請求スルコトヲ得ヘシ果シテ然ラハ又カ自然ノ趨勢ニ因リ昂騰シタル其ノ最高価額ヲ損害賠償トシテ請求シ得ルモノト解シテ之ヲ訴求シ其ノ事実ヲ主張シ其ノ価額ヲ立証スル所アリトスルモ未タ其ノ最高価額ニ依ル利益ヲ確實ニ保有シ得タリシ事情ノ主張及立証ト為スニ足ラサルヲ以テ是ニ依リテハ最高価額ノ時ヲ標準トシテ損害賠償ノ範囲ヲ定ムルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス」。

それでは、本件の判断をみてみよう。原審は、相当因果関係説の純客観説で、「価額騰貴ヲ以テ事物自然ノ趨勢ニ因リタルモノニ非ス」として相当因果関係がなく、転売等による最高価額の取得

の主張立証がないとして、Xの主張を拒絶したのであるが、本判決はどうであろうか。

「①Xハ原審ニ於テ衝突以後ノ船舶ノ最高価額ヲ当然選択シ訴求シ得ルモノト信シ其ノ価額騰貴ノ時ニ於テ処分其ノ他ノ方法ニ依リ該価額ニ依ル利益ヲ確實ニ保有シ得タルヘキ事情アルコトヲ立証セサリシモノナルヲ以テ②仮令大正六六年八月頃ニ於ケル価額ノ騰貴カX所論ノ如ク事物自然ノ趨勢ニ因リタルモノトスルモ③騰貴価額ニ依ルXノ請求ハ不当ナルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ④原院カ其ノ価額騰貴ヲ以テ事物自然ノ趨勢ニ因リタルモノニ非スト判断シタル点ニ於テ不法アリトスルモ原判決ニ影響セサルヲ以テ破毀ノ理由ト為スニ足ラス然ラハ⑤原院カ富喜丸ノ沈没ト同日ナル衝突当時ノ船価10万9千50円ヨリ喪失ヲ免レタル同船ノ附属品ノ価額ヲ控除シタル残額金10万5千380円ヲXノ富喜丸喪失ニ因ル損害額ト認定シ騰貴価額ニ依ル損害賠償ノ請求ヲ排斥シタルハ相当ナリ旧商法第324条ノ規定ハ遂ニ施行セラレスシテ廃止セラレタルモノニシテ爾後之ト同一ノ法則カ慣習法トシテ行ハレタルコトナク又所謂実験則トシテ存在スルコトナシ仍テ上告論旨ハ執レモ理由ナシ此ノ判旨ハ当院従来ノ判例(大正5年(れ)第1248号同年11月17日第一刑事部判決大正9年(オ)第902号大正10年4月4日第二民事部判決)ニ反スルヲ以テ之ヲ変更スヘキモノトス」。

本判旨は、①特別損害の事実の立証がなされていないとして、⑤原審のXの請求棄却は相当であるとす。したがって、④原審の「其ノ価額騰貴ヲ以テ事物自然ノ趨勢ニ因リタルモノニ非スト判断」に対して、②本判決の「価額ノ騰貴カX所論ノ如ク事物自然ノ趨勢ニ因リタルモノトスルモ」、③「騰貴価額ニ依ルXノ請求ハ不当ナルモノト謂ハサルヲ得ス」となる。

物の滅失後の高騰価額を、原審は、相当因果関係説の純客観説を前提に「価額騰貴ヲ以テ事物自然ノ趨勢ニ因リタルモノニ非ス」とし相当因果関係を事実認定で否定したが、本判旨は、本件損害を416条②の特別損害とし、仮令、「価額ノ騰貴カX所論ノ如ク事物自然ノ趨勢ニ因リタルモノトスルモ」、特別損害の要件事実の立証がないので、請求棄却の判断をした。

(4) 本判旨の中間最高価額を特別損害とすることの意義

第1の意義は、価格高騰時の中間最高価額の得べかりし利益は損害として捉えられ、差額説をとっていることである。損害概念に関しは、①事実としての損害(死傷等)、②法益に被った不利益としての損害(積極的・消極的損害等の損害の種類)、③加害行為前後の不利益状態の差額・金額としての損害、に分析できる。損害を、①事実としての損害の側面で捉える見解が具体的損害説(最近では死傷損害説もしくは損害事実説と称される)と、③差額・金額としての損害の側面で捉える差額説が対立している。本判決は、損害を差額説で捉えている⁽⁶⁶⁾。なぜなら、損害事実説は「所有

(66) 栗田哲男・判例百選Ⅱ<一版>(昭和50年、別冊ジュリスト47号)185頁は、「本件における問題は、いかなる損害事実を損害賠償の対象とするかという損害賠償の範囲の問題ではなく(2)(A)説の説く如く損害事実と金銭的評価を区別し富喜丸の沈没自体を損害と捉え、いかなる賠償額与えれば、損害事実がなかった状態に回復させるか、具体的には経済変動の中で、Xがどれだけの利益をあげたかを

物ヲ滅失セシメ又ハ毀損」を損害とするが⁽⁶⁷⁾、本判旨は「其ノ滅失毀損ヨリ生シタル損害」とし、また、「其ノ損害ハ滅失毀損ノ当時ニ於ケル交換価格ニ依リテ定マルヘキモノ」とするからである。

第2の意義は、損害賠償の範囲論に関して相当因果関係説と416条を同一視し、416条の通常損害、特別損害の基準を採用し、最高価額の消極的損害を特別損害であるとしたことである。特別損害の要件事実を、「被害者ニ於テ不法行為微リセハ其ノ騰貴シタル価額ヲ以テ転売其ノ他ノ処分ヲ為シ若ハ其ノ他ノ方法ニ依リ該価額ニ相当スル利益ヲ確實ニ取得シタルヘキ特別ノ事情アリテ其ノ事情カ不法行為当時予見シ又ハ予見シ得ヘカリシ場合」としているからである。したがって、損害賠償額の算定時期の問題は、損害賠償の範囲の問題となり、独自に存在しないことになる。なぜなら、物の滅私後の価格騰貴の最高価額は、金額として損害の内容を構成し、しかもその損害は特別損害として特別事情の予見可能性の要件となるからである。

第3の意義は、上述の第2の意義の前提として、物の滅失毀損の「損害ハ滅失毀損ノ当時ニ於ケル交換価格ニ依リテ定マルヘキモノ」として通常損害としている点である。つまり、「不法行為ニ因リ他人ノ所有物ヲ滅失セシメ又ハ毀損シタルトキハ加害者ハ被害者ニ対シ其ノ滅失毀損ヨリ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務アリ然リ而シテ損害賠償ハ不法行為ニ因リテ生シタル損害ヲ填補スルコトヲ目的トスルモノナルヲ以テ其ノ賠償ノ範囲ハ先ツ以テ其ノ滅失毀損ノ当時ヲ標準トシテ之ヲ定ムルコトヲ要」するのである。なぜなら、「加害者ハ此ノ時ニ於テ其ノ行為ニ因リ被害者ヲシテ現ニ財産上ノ損害ヲ被ラシメタルモノニシテ加害者カ其ノ当時ノ交換価格ニ依リ被害者ノ損害ヲ賠償スルニ於テハ被害者ノ財産上ノ損失ハ填補セラルヘキ筋合ナレハ其ノ時ヲ標準トシテ被害者ノ受ケタル損害ノ範囲ヲ定ムルハ理ノ当然ナルヲ以テナリ」。

第4の意義は、物の滅失毀損後の騰貴価額の損害賠償の範囲に関して、物の滅失時の交換価格を通常損害とし価格騰貴の中間最高価額を特別損害とすることは、騰貴価額の損害賠償請求を制限する政策判断を含意していることである⁽⁶⁸⁾。これまでの判例である【13】大判大正10年4月4日は、物の滅失による損害を、①「被ウリタル損失」とト②「失イタル利益」とに区別し、物の滅失後の騰貴価格は②であり、「失イタル利益ノ額」の算定を「騰貴シタル時ノ価格ニ依」とし、相当因果関係説の純客観説と416条制限説の石坂説をとるため、特別事情の予見可能性を要件事実として

「利益取得の蓋然性」を媒介として推測するべきである、とするのが本件事案の問題点を直視する理論構成であろう」と批判する。

(67) 損害事実説の立場から粟田・前出注(66)185頁は、「本件は、損害賠償の範囲の問題ではなく、損害概念をどのように構成するか、そうしてそれをどのように金銭的に評価すべきであるかという問題であった、と言える。」と批判するが、(もっとも判例は損害事実を損害とは捉えない。大判大正5・1・20民録27輯4頁)と認識している。

(68) 粟田・前出注(66)185頁は、次のように批判する。「そのような理論構成には疑問がある。なぜなら、予見可能性という要件自体疑問であるが、それを問うまでもなき、転売利益の取得確実性を要件とする判旨二は、実は立証不可能なことをXに要求するものだからである」。

いないからである。その理由は、「被害物ノ価格カ不法行為ノ時ヨリ後ニ騰貴シタルトキハ賠償権利者ハ其機会ヲ利用シテ利益ヲ得ヘカリシモノ」だからである。これに対して、富喜丸事件は相当因果関係説と416条を同一視し、折衷的客観説をとる鳩山説をとり、①を通常損害、②を特別損害として、【13】大判大正10年4月4日を判例変更したのである。騰貴価額の損害賠償を制限したのは「被害者ニ於テ該騰貴価額ニ依ル利益ヲ取得シ得ヘキ希望アリタルモノトスルモ其ノ希望ハ必スシモ之カ実現ヲ期スルコトヲ得サルヲ以テ物ノ価額カ騰貴シタル場合ニ付被害者ニ於テ之ニ依ル利益ヲ取得スヘキ希望ヲ有シタルノ一事ノミニ因リテハ未タ確実ニ之ヲ取得スヘキ情況ニ在リタルモノト推測スルコトヲ得サルヲ以テナリ」。経済市場における騰貴価額の利益取得は希望のレベルの問題で、裁判による保護の対象にはなじまないというのが原則で、希望が確実になれば保護の対象とするという司法的政策判断である。希望が確実になる場合には保護する法的構成が特別損害である。このことは、物の滅失後の価格騰貴の損害賠償の問題は基本的には当事者の市場関係の場面の問題であり、裁判の場での問題として裁判官の裁量的判断は抑制するという司法的政策判断をしたことになる⁽⁶⁹⁾。したがって、富喜丸事件の特別事情の転売等の処分による利益確実取得の要件事実
は限定的になる。

第六節 小括

富喜丸事件における相当因果関係説（鳩山説）は、不法行為と債務不履行の損害賠償の範囲論の論点を司法的政策判断として総合的に集大成したものである。因果関係要件を事実的因果関係から法的因果関係に質的に転換し、損害概念を差額説で構成し、損害賠償の範囲論を相当因果関係説と416条を同一視して、債務不履行と不法行為の損害賠償の範囲の基準を統一し、物の滅失毀損後の騰貴価額の賠償を416条の特別損害として損害賠償を制限する司法的政策判断をするのである。それらの司法的政策判断を総合するものとして、富喜丸事件における相当因果関係説は、法的因果関係説として相当因果関係説、一般理論としての相当因果関係説、要件事実としての相当因果関係説の三層構造を成していたのである。この三層構造は、学説による相当因果関係説に対する理論的批判を契機に、その批判の妥当性の検証を通じて明らかにされたものである。

(69) 粟田・前出注(66)185頁は、裁判官が判断すべきとする。「利益取得の蓋然性の推測に当っては、経済変動の期間中にXがどれだけの利益をあげたかを推測すれば足り、必ずしも一定の時点における転売利益等を問題にする必要はないと考える」。加藤雅信・前出第一章注(78)262頁も「従来、滅失した財産権につき後に価格変動があった場合等の損害賠償額をどのように算定するかについては、種々議論が交わされてきた。中間最高価格、損害賠償算定の基準時等と呼ばれる問題がそれである。しかし、民事訴訟法248条に規定が導入された後には、不法行為による被害発生後の価格変動等の考慮は、当該事件についての「口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額」という裁判所の裁量的判断にゆだねてよいと考える」とする。

第四章 客観的共同原因説と相当因果関係説

第一節 序

共同行為論において客観的共同原因説は権利侵害に対する客観的に共同の原因を成すものである。共同不法行為として他者と連帯責任を負う根拠は、一個の結果（権利侵害）であるということであり、「即加害者各自ノ行為ト之ニ因リテ生シタル損害トハ其ノ間ニ因果ノ関係ヲ有スル」【6】大判大正8年11月22日）ことである。したがって客観的共同原因説によると共同不法行為の成否は、因果関係の判断にかかるとなる。

この因果関係の判断に関して、大正15年、大審院は、【15】富喜丸事件において、相当因果関係説、つまり416条をとることが確立した。

そこで、本章では、因果関係論において相当因果関係説をとったことが共同不法行為の共同行為の判断にどう影響するかを検討することにする。

まず、第二節において、「成立要件の因果関係」の場面で、騒擾行為における非実行行為と共同不法行為の成否、無断賃貸人と無断賃借人の共同不法行為を検討する。

第三節では、「賠償範囲の因果関係」の場面で、特別損害における賠償責任は、特別事情の予見可能性ある者に限定されるか、を検討する。

第四節において、富喜丸事件以後の、昭和前期の我妻説と戦後前期の加藤説の学説を検討する。この段階で客観的共同原因説から客観的関連共同説へと原理的な転換が理論的に完成する。

第五節で、戦後も判例が客観的共同原因説を踏襲することを確認する。

第二節 成立要件の因果関係

共同不法行為の「成立要件の因果関係」の場面で相当因果関係説による判断を検討する。数人の行為に実行行為と非実行行為がある場合、事実的因果関係説によると実行行為に事実因果関係が認められるので、非実行行為には因果関係は認められないが、相当因果関係説による場合は認められるか、論点となるのである。

1 騒擾行為における非実行行為と共同不法行為

集団行動があり、その過程で、参加者のなかで直接の加害者（実行行為者）により被害が発生した場合において、集団行為の参加者は非実行行為者であったときでも、共同不法行為として連帯責任を負うか。事実的因果関係説からは、実行行為者に事実的因果関係が認められるので、非実行行為者には事実的因果関係が認められない。したがって、非実行行為者は、客観的共同原因説の内容

である因果関係の判断に事実的因果関係説をとると、共同不法行為は成立しないことになる（【7】大判大正13年7月24日）。因果関係の判断において相当因果関係説によると非実行行為者にも因果関係が認められるか、問題となる。

【15】北津軽水論事件（大判昭和9年10月15日民集13卷1874頁）

本件は、騒擾行為の非実行行為と結果との因果関係を相当因果関係説により判断し因果関係を認めたものである。

（1） 本件の事実関係の概要

本件は、北津軽地方において、水利権の堰組合である甲乙両組合が水論で闘争となり、甲組合が、闘争決議をし、甲組合員がその決議に基づいて決起をし、乙組合事務所を襲撃し、乙組合員X①②③の3名に重傷を負わせ、さらに水門に向かう途中で円吉Y⑫がAを殴打して死亡させたので、Aの妻子（X④ら）らと、X①②③が、共同不法行為に基づいて関係した甲組合員らに対して損害賠償を請求した事件である。

まず水論の経緯は次の通りである。北津軽は、昭和3年春以来の早魃で灌漑が不十分であったため、甲組合の常設委員は、昭和4年も早魃になるかと慮り、同年5月頃、県庁の許可、乙組合の承諾なく、甲組合の管理する甲堰の水門より定盤を約7寸（約21cm）掘り下げたので、乙組合の管理者が、同年7月20日の夜中に対策として甲水門の水閘に板を差し込み、多数で警戒させていた。これを聞知した甲組合は、その対策をとる。まず、①対応策を議決し、②その決議に基づいて甲組合員を招集、集合させ、③その中から決死隊を組織し襲撃し乙組合員を負傷させ、遂に死者がでる。各段階に参加した甲水利組合の組合員を、①「決議グループ」、②「集合（騒擾不参加）グループ」、③騒擾（襲撃・殺傷）グループ、④A死亡の実行行為者でY⑫円吉、に区別できる。

「決議グループ」は、同年7月22日、甲水利組合事務所で、甲「水門ニ差込ミタル板ヲ尋常ノ手段ヲ以テ撤去スルコトヲ得サルトキハ闘争ノ手段ニ訴ヘテモ其ノ目的ヲ貫徹スヘキコト」を議決した、①小田桐惣九郎②三浦藤太郎③岩淵忠蔵④藤田藤五郎⑤平山万之助⑥荒関金助⑦外崎彦太郎、7名の議員グループである。

「集合（襲撃不参加）グループ」は、同月22日、闘争の決議に基づいて集合した（全参加者組合員その他関係者2、3百人）が、乙水利組合事務所の襲撃には参加しなかった①久助②百太郎③平助④与作⑤清隆⑥榎五郎⑦豊次郎⑧鉄四郎⑨春吉⑩四郎、の10名である。

「襲撃（騒擾・殺傷）グループ」は、決議の参加者の中から、決死隊として組織され、同日正午頃、各兇器を携へて乙組合事務所に押寄せ木石を投げ、同所内に闖入し、同所に居合せた、X①須郷諭次郎、X②奈良重次郎、X③斎藤善次外数名を殴打して同人等に重傷を負わせた、①喜太郎②蔵助③鉄右衛門④幸助⑤藤左衛門⑥金左衛門⑦市太郎⑧忠吉⑨兼太郎⑩源次郎⑪繁太郎⑫円吉、の12名である。さらに同人等は、更に勢に乗じて前示甲水門に向う途中の丙地で乙組合側の多数と衝

突し乱闘の末、遂に、同日1時頃、騒擾グループの一人であるY⑫円吉はA（石岡慶吉）を殴打して重傷を負わせ、右傷害により、同人は同日午後8時頃死亡した。

X①、X②、X③、とA（家族X④⑤⑥⑦⑧）ら各自（原告・被控訴人・上告人）はYら（決議グループ、集合グループ、襲撃グループ）各自（被告・控訴人・被上告人）に対して、共同不法行為に基づいて、X①②③はそれぞれ①勤労所得の喪失・②慰謝料の総額、Aの家族X④らは、①相続人としての得べかりし利益の喪失、②治療費、③Aの慰謝料、Aの母・妻・子としての慰謝料の総額を損害として賠償請求したのである。

一審は、Xら（原告）の請求を認容したが、原審は、死傷したAの直接の加害者である襲撃グループのY⑫円吉以外の被告・控訴人等に責任なしとしてYら（控訴人・被告）の控訴を認容した。そこで、Xらが上告したのが本件である。

（2） 原審の判断

原審は、共同不法行為の成立を各自の行為と損害との相当因果関係とした上で、本件事件を、騒擾行為と判断するが、その構成要素である率先助勢と暴行又は脅迫との個別的な相当因果関係の判断枠組みを設定する。

「元来所謂騒擾行為ハ多衆ノ者カ多衆ノ力ヲ持ミテ為ス共同行為ニシテ此多衆中ニハ率先シテ助勢スルモノアリ其ノ結果暴行又ハ脅迫等ノ挙ニ出ツルモノアルハ自然ノ勢ナリト雖モ此暴行又ハ脅迫ト率先助勢トノ間ニ相当因果関係ナキ限リ率先助勢ヲ為シタル者ハ暴行又ハ脅迫ヲ為シタル者ノ行為ニ付其ノ責ナキハ多言ヲ要セサルモノナル」と説示する。

そして、本件における、その相当因果関係の判断を次のようにする。

「此率先助勢又ハ暴行カ原因ト為リY⑫控訴人鶴谷円吉ノ為メ訴外A石岡慶吉カ傷害ヲ受ケ並何人カノ為メニ被控訴人X①諭次郎X②重次郎X③善次カ傷害ヲ加ヘラレタル結果ヲ生シタルコトヲ確認スルニ足ラス」と判示した。つまり、原審は、Yら控訴人の行為とAとXらの負傷との因果関係の立証がなされていないと判断したのである。

（3） Xらの上告論旨

（ア） Xらの上告論旨の概要

これに対して、Xらは、5点の上告理由を主張するが、この上告論旨は、個別的な相当因果関係（第1、第2、第3、第4）と騒擾行為における相当因果関係（第5）の主張に区別される。第1の上告論旨（「決議グループ」の決議とA及びXらの傷害との因果関係）、第2の上告論旨（藤田四郎とAの死傷との因果関係）、第3の上告論旨（襲撃グループの各自とAの死傷との因果関係）、第4の上告論旨（集合グループ、襲撃グループとX①②③の負傷との因果関係）、第5の上告論旨（騒擾行為と傷害との相当因果関係）である。第1、2、3、4の上告論旨は、X等、Aの被害（死傷）と各グループの各自との個別的な相当因果関係の主張立証であるが、第5の上告論旨は、

Yらの行為を騒擾行為と捉え各自の行為は互いに因果関係を有する一団の不法行為として主張するものである。第5の上告論旨が特徴的であると思われるので、その内容をみることにする。

(イ) 第5の上告論旨(騒擾行為と傷害との相当因果関係)

上告論旨第1ないし第4が個別的因果関係に関するものであるが、上告論旨5は、決議グループを除いて、現場に出動した者で、襲撃に参加しなかった集合グループ10名と襲撃グループ12名を全体として騒擾行為と捉え、それへの参加をもって因果関係を主張する。Xらは、原審における騒擾行為の「自然の勢」論を社会通念上の観点から相当因果関係説を根拠とする上告論旨を展開する。

「①騒擾行為ハ右判示ノ如ク多衆ノ者カ多衆ノ力ヲ藉リテ為ス共同不法行為ニシテ此ノ多衆中ニハ率先シテ助勢スルモノアリ其ノ結果暴行脅迫ニ出ツルモノアルハ自然ノ勢ナリ②即チ自然ノ勢トハ社会通念上スル場合ニ於ケル助勢行為ト暴行脅迫トノ間ニ因果関係カ存スルモノナリト観ルヘキヲ至当ナリト信ス③故ニ率先助勢ト暴行脅迫トカ自然ノ勢トシテ連続的ニ行ハレタルトキハ其ノ間及之等ノ行為ト傷害トノ間ニ相当因果関係カ存スルヲ以テ全行為者カ民法上所謂共同不法行為者ナリト云ハサルヘカラス—中略—④前陳ノ如ク本件騒擾行為ハ或者ノ助勢行為又ハ暴行ト相俟ツテ被上告人鶴谷田吉ノ傷害行為カ行ハレタルモノニシテ若シ右鶴谷以外ノ被上告人等ノ助勢又ハ暴行等カナカリセハ右鶴谷田吉モ亦敢テ傷害行為ヲ為スニ至ラサルヘシ⑤蓋シ騒擾行為ハ多衆ノ者カ互ニ多衆ノ勢力ヲ藉リ共同シテ暴行ヲ為スモノニシテ之等多衆ノ者ノ率先助勢暴行傷害等ノ間ニハ自然ノ勢トシテ必然的相互的ニ因果ノ関係カ存スルモノナルヲ以テナリ⑥従テ上告人論次郎重次郎善次並訴外石岡慶吉ニ傷害ヲ加ヘタル被上告人等ノ各行為ハ互ニ因果ノ関係ヲ存スル一団ノ不法行為ニ基クモノナリト云ハサルヘカラス⑦然ルニ原判決ハ之等因果関係ノ存在ヲ否認シテ上告人ノ主張ヲ排斥シタル不法ノモノトスト云フニ在リ」。

(エ) 第5の上告論旨の意味

まず、Xらは本件におけるYらの行動を騒擾行為と捉え、それは共同不法行為であるとする。各自の共同不法行為責任を負うためには、各自と結果との個別的な因果関係の証明が必要であるのが、その証明を、騒擾行為に包含される各自の行為の個別的な因果関係の証明という方法で、展開することになる。

「①騒擾行為ハ右判示ノ如ク多衆ノ者カ多衆ノ力ヲ藉リテ為ス共同不法行為ニシテ此ノ多衆中ニハ率先シテ助勢スルモノアリ其ノ結果暴行脅迫ニ出ツルモノアルハ自然ノ勢ナリ」。

騒擾行為に各自に行為に関係を「自然ノ勢」として捉える。そして、その「自然ノ勢」を社会通念の観点から捉えると、助勢行為と暴行脅迫との因果関係が存するとする。

「②即チ自然ノ勢トハ社会通念上スル場合ニ於ケル助勢行為ト暴行脅迫トノ間ニ因果関係カ存スルモノナリト観ルヘキヲ至当ナリト信ス」と判示する。

ここでの「社会通念上」の因果関係は法的因果関係としての相当因果関係である。

「③故ニ率先助勢ト暴行脅迫トカ自然ノ勢トシテ連続的ニ行ハレタルトキハ其ノ間及之等ノ行為ト傷害トノ間ニ相当因果関係カ存スルヲ以テ全行為者カ民法上所謂共同不法行為者ナリト云ハサルヘカラス」。

富喜丸事件では相当因果関係説が確立したが、因果関係の判断は416条の基準によることになり、原則として、通常生ずべきか(1項)、例外として、特別事情の予見可能性があるか(2項)となった。相当因果関係の判断の原則である通常生ずべきか否かは、社会観念上、事物の因果が自然であるかということである。この相当因果関係の判断枠組みを前提に、本件における率先助勢と暴行脅迫と因果関係が認められるかに関して、それらが騒擾行為として「自然ノ勢トシテ連続的ニ行ハレタルトキ」は「通常生ずべき」であるとして、相当因果関係を認めるべきことを主張していることである。さらに、注意すべきは、それらの助勢行為、暴行脅迫行為と傷害との相当因果関係までも認めるべきことを主張して、全行為者の共同不法行為の成立を主張していることである。ここで全行為者の意味は、非実行行為を含み、その行為も、共同不法行為の成立の因果関係としては加害行為となるということである。ここでの加害行為は、実行行為は当然加害行為に含まれるが、実行行為でなくても共同不法行為の成立要件としての相当因果関係ある行為ということになる。事実的因果関係説では因果関係の基点として実行行為しかありえなかったのが、実行行為でない加害行為も因果関係判断の起点となり、事実的因果関係説から質的な転換、つまり、事実的な因果関係から、観念的・法的な因果関係の判断に転換したことの含意ということになる。

したがって、次のように、傷害の実行行為でないYら助勢行為等もY⑫の実行行為とともに相当因果関係を認めるべきだと主張することになる。すなわち、

「④前陳ノ如ク本件騒擾行為ハ或者ノ助勢行為又ハ暴行ト相俟ツテY⑫被上告人鶴谷円吉ノ傷害行為カ行ハレタルモノニシテ若シ右鶴谷以外ノY被上告人等ノ助勢又ハ暴行等カナカリセハ右Y⑫鶴谷円吉モ亦敢テ傷害行為ヲ為スニ至ラサルヘシ」。

その根拠を騒擾行為の性質に求める。

「⑤蓋シ騒擾行為ハ多衆ノ者カ互ニ多衆ノ勢力ヲ藉リ共同シテ暴行ヲ為スモノニシテ之等多衆ノ者ノ率先助勢暴行傷害等ノ間ニハ自然ノ勢トシテ必然的相互的ニ因果ノ関係カ存スルモノナルヲ以テナリ」。

そして、結論として、実行行為でない行為つまり現場にはいるが非実行行為者(決議、単なる騒擾参加者)にも因果関係を認めるのである。

「⑥従テ上告人X①諭次郎X②重次郎X③善次並訴外A石岡慶吉ニ傷害ヲ加ヘタル被上告人等ノ各行為ハ互ニ因果ノ関係ヲ存スル一団ノ不法行為ニ基クモノナリト云ハサルヘカラス」。

つまり、この上告論旨は、率先・助勢(参加グループ)と暴行・傷害(襲撃グループ)、Y⑫の実行行為、の各行為を「横の関係」として関連共同行為、即ち騒擾行為と捉え、その構成要素とし

て各自の行為を捉え、相当因果関係説によって、この騒擾行為の構成要素である各自の行為と負傷との相当因果関係を認めるべきと主張するのである。次節に述べる、我妻説、特に加藤説の客観的関連共同説の法律構成である。この「横の関係」の相当因果関係説を大審院は、共同不法行為の一般理論で否定し、「縦の関係」である結果（死傷）との個別的な相当因果関係が必要であると判示した。

(4) 大審院の判断

(ア) 大審院の判断の概要

大審院は、まず、共同不法行為の構成に関する判断をし、次に、各グループの各自と被害との個別的な因果関係の判断をする。個別的な因果関係の判断に関する争点は、4点あり、第1は、決議とAの死傷・X①②③の負傷との因果関係、第2は、襲撃グループ12名とX①②③の負傷との因果関係、第3は、襲撃グループのAを死傷させたY⑫以外の11名とAの死傷との因果関係、第4は、組合事務所の襲撃に非参加の集合グループ10名とX①②③の負傷との因果関係である。

個別的な因果関係の判断において、大審院は、第1の争点に関して、富喜丸事件でとられた相当因果関係説の通常生ずべき結果（損害）の基準を適用し、決議と被害との相当因果関係を認めた。第2の加害者不明の論点に関しては、事実上の因果関係の推定論を適用して、因果関係を認めた。第3、第4の争点に関しては、第3点は、襲撃グループはXらを負傷させたが、Aの負傷の場所と時間が違うので同一の原因事実でなく、つまり、Aの負傷の実行行為はなく、また、第4点は、集合グループはXらの負傷の現場にはいなかったの、Xらに負傷に関して実行行為できない場合として、第3点、第4点を、非実行行為と被害との因果関係の争点として纏め、相当因果関係説の特別事情による結果（損害）の基準を適用する判示をした。

本判決の特徴は、相当因果関係の判断において、Xらの第5の上告論旨である騒擾行為における各行為の相互の因果関係の特徴を相当因果関係の相当性判断の要素に組み込んで、因果関係の拡大機能を図っている点である。つまり、通常損害における通常性、特別損害における特別事情の予見可能性の判断に騒擾行為の特徴を組み込み、事実的因果関係では認められない相当因果関係を認めて、因果関係の判断を拡大しているのである。

(イ) 共同不法行為の構成に関する一般理論

因果関係を、実行行為と結果を条件関係という事実レベルで捉えるのが事実的因果関係説である。これに対して、相当因果関係説は、「抽象的ニ觀察シテ其ノ行為カ一般的ニ同種ノ結果ヲ生シ得ル可能性ヲ有スル場合」、「吾人ノ生活経験上同種ノ結果ヲ生ズベキモノト認ムルベキトキハ其ノ事実ハ原因タリトスルモノナリ⁽¹⁾」、「社会通念上、同種の結果が発生する」と定義されるように、因果

(1) 鳩山・総論72頁。

関係を、抽象的、一般的、生活経験上、社会通念的に判断するというように、観念的レベルで因果関係を捉える法的因果関係である。相当因果関係説の三層構造の法的因果関係としての相当因果関係説である。本判決は、「加害者カ自ラ加害ノ現場ニ任ルコトヲ要セサル」として、実行行為でない因果関係を判断するという観念的レベルの法的因果関係（相当因果関係説）を前提としている。この考えに基づいて719条の共同不法行為の一般理論を、再定義する。

「按スルニ民法第719条ニ規定シタル共同不法行為ヲ構成スルニハ①必シモ其ノ不法行為ヲ為シタル加害者間ニ通謀若ハ意思ノ共通ヲ要セサルモ②権利侵害ニ対シ客観的ニ共同ノ原因ヲ成スコトヲ要シ③從テ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レトモ（大正13年（オ）第200号同年7月24日当院判決参照）④其ノ因果関係アリトスルニハ必シモ加害者カ自ラ加害ノ現場ニ任ルコトヲ要セサルモノニシテ⑤本件ニ於テ被被告人（Y）カ被告人（X）主張ノ如ク尋常ノ手段ニテ目的ヲ達セサルトキハ非常手段特ニ闘争ノ手段ニ訴ヘテモ目的ヲ達センコトヲ議決シ関係者カ其ノ議決ニ基キ出動シ各兇器ヲ携ヘテ目的地ニ集合シ遂ニ闘争ニ及ヒ相手ヲ殺傷シタルカ如キ事実アリトセハ右ノ決議ト該殺傷行為トノ間ニハ因果関係アルモノト謂ヒ得ヘキヲ以テ其ノ決議ニ参加シタル者ハ現場ニ於テ手ヲ下シタル加害者ト俱ニ共同不法行為者タルノ責ニ任セサルヲ得サルヘク⑥又現場ニ出動シタル者ハ相互ノ間ニ意思ノ共通ナキモ数人ノ行為相集リテ殺傷ノ結果ヲ発生又ハ助長シタル場合ニ於テハ行為者カ其ノ結果ヲ認識シ又ハ認識シ得ヘキ状況ニ在ルトキハ共同不法行為者トシテノ責任ヲ負担セサルヘカラサルモノニシテ⑦現実ニ殺傷ノ行為ニ手ヲ下ササリシ故ヲ以テ責ヲ辞スルコトヲ得ス（①②③④⑤⑥筆者）」と判示する。この判示は、次の2点を意味すると考えられる。

（ウ） 本判旨の一般論の意義

第1の意義は、①で主観的関連共同説を採らないことを、②で客観的関連共同説の内容を「権利侵害ニ対シ客観的ニ共同ノ原因ヲ成スコト」と確認し、③「從テ」として、②の共同の「原因」とは、因果関係、つまり「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」を必要とするということである。これは、①主観的関連共同説をとる場合には、③因果関係は必要ではないという理論に対して、②客観的関連共同説をとる場合には、③その内容として因果関係を要するという、主観的関連共同説を意識した判断となっている。つまり、判例の客観的関連共同原因説による共同不法行為の成立は、③の因果関係を要件事実とするということである。

第2の意義は、その因果関係の判断に関して、事実的因果関係説を拒絶し、富喜丸事件における相当因果関係説と同一視される416条に基づいて判断したということである。事実的因果関係説は、事実レベルの因果関係の判断であるので、結果発生の実行行為が必要で、負傷のような結果の場合には、現場にいたことが前提条件であるが、本判決は、「必シモ加害者カ自ラ加害ノ現場ニ任ルコトヲ要セサル」と宣言しているからである。相当因果関係説が事実レベルの判断ではなく観念的レ

ベルの判断であることを象徴的に示す表現ということになる。そして、相当因果関係説を、一つは、決議と負傷の因果関係の場面と、他の一つは、実行行為と共の非実行行為と負傷との因果関係の場面という、二つの場面に適用しているのである。

第3の意義は、決議と負傷の因果関係の判断に関して、416条の「通常損害」(この場面は<成立要件の因果関係>であるので結果とする)を基準としていることである。「通常生ずべき結果」は「事物の通常の経過に従って生じた結果」で、さらに、相当因果関係説の抽象的、一般的、社会通念上の基準も入ることになる。次の、判旨はこの通常生ずべき結果)の判断を示すものである。

「其ノ因果関係アリトスルニハ必シモ加害者カ自ラ加害ノ現場ニ任ルコトヲ要セサルモノニシテ本件ニ於テ被上告人(Y)カ上告人(X)主張ノ如ク①尋常ノ手段ニテ目的ヲ達セサルトキハ非常手段特ニ鬭争ノ手段ニ訴ヘテモ目的ヲ達センコトヲ議決シ②関係者カ其ノ議決ニ基キ出動シ各兇器ヲ携ヘテ目的地ニ集シ③遂ニ鬭争ニ及ヒ相手ヲ殺傷シタルカ如キ事実アリトセハ右ノ決議ト該殺傷行為トノ間ニハ因果関係アルモノト謂ヒ得ヘキヲ以テ其ノ決議ニ参加シタル者ハ現場ニ於テ手ヲ下シタル加害者ト俱ニ共同不法行為者タルノ責ニ任セサルヲ得サルヘク(①②③、筆者)」。

決議と当該殺傷招来との因果関係は、①決議の内容が鬭争の手段に訴えてでも目的を達しようとしていること、②その決議に基づいて各凶器を携えて集合し、③鬭争し及び相手方の殺傷に至り、決議から殺傷行為への展開は「事物の通常の経過に従って生じた損結果」、殺傷が決議の射程範囲にあり、「通常生ずべき結果」の相当因果関係の判断をしている。なお、この判断を内容的にみると、因果関係の内容を、決議から殺傷招来の「高度の蓋然性」として捉えることもできる。

第4の意義は、共同不法行為の「成立要件の因果関係」の判断を相当因果関係説すなわち416条により、非実行行為の因果関係を特別事情による因果関係として、特別事情の予見可能性によって、因果関係の判断を拡大したものである。Aを殺傷した襲撃グループのY⑫円吉に事実的因果関係があるため、事実的因果関係説からは、集合グループ、Y⑫以外の襲撃グループと致死傷との因果関係はない。相当因果関係説から、実行行為の場合が「通常結果」であるので非実行行為と結果との因果関係は「特別結果」の基準が適用されることになる。「又現場ニ出動シタル者ハ相互ノ間ニ意思ノ共通ナキモ数人ノ行為相集リテ殺傷ノ結果ヲ発生又ハ助長シタル場合ニ於テハ行為者カ其ノ結果ヲ認識シ又ハ認識シ得ヘキ状況ニ在ルトキハ共同不法行為者トシテノ責任ヲ負担セサルヘカラサルモノニシテ現実ニ殺傷ノ行為ニ手ヲ下ササリシ故ヲ以テ責ヲ辞スルコトヲ得ス」。この判旨は、非実行行為者(「現場ニ出動シタル者」)でも実行行為者(「現実ニ殺傷ノ行為手ヲ下」した者)と共同不法行為責任を負うのは、主観的関連共同説では、「相互ノ間ニ意思ノ共通」あるからであるが、判例のとり客観的共同原因説では、「数人ノ行為相集リテ殺傷ノ結果ヲ発生又ハ助長シタル場合ニ於テハ行為者カ其ノ結果ヲ認識シ又ハ認識シ得ヘキ状況ニ在ル」からであるとする。この判旨を要件事実論におくと、非実行行為と結果との因果関係は、特別事情による因果関係として、特別

事情がある場合において、その特別事情が予見可能であるときには相当因果関係があるとする相当因果関係説を前提に、「数人ノ行為相集リテ殺傷ノ結果ヲ発生又ハ助長シタル場合」を特別事情として、非実行行為者が「其ノ結果ヲ認識シ又ハ認識シ得ヘキ状況ニ在ルトキハ」、相当因果関係が認めら得るので「共同不法行為者トシテノ責任ヲ負担セサルヘカラサル」ということを意味する。

(エ) 大審院の個別的な因果関係の判断

(a) 決議グループとAの致死傷とX①②③の負傷と因果関係（上告論旨1）の判断

「決議グループ」7名の決議とA慶吉及びX①諭次郎外2名の「傷害事実トハ因果関係ヲ有スルモノニシテ右7名ハ現ニ手ヲ下シタル者ト共ニ共同不法行為者タルノ責ニ任セサルヘカラサルモノトス」と判示した。

この判旨は、前述の一般理論の「④其ノ因果関係アリトスルニハ必シモ加害者カ自ラ加害ノ現場ニ任ルコトヲ要セサルモノ」を、本件に適用したもので、相当因果関係説と同一視する416条①の「通常結果（損害）」の基準を事件の経緯で証明している。

第1に、乙堰組合と甲堰組合との間に水論を生じ遂に闘争となり其の結果として乙堰組合の関係者であるA（石岡慶吉・上告人石岡慶作の父）は甲堰組合の関係者であるY c ⑫（鶴谷円吉）の暴行を受け創傷を被り終に死亡したものである。

第2に、「決議グループ」7名は甲通水利組合会議員で甲組合事務所において会合し甲「堰水門ニ差込ミタル板ヲ尋常ノ手段ヲ以テ撤去スルコトヲ得サルトキハ闘争ノ手段ニ訴ヘテモ其ノ目的ヲ貫徹スヘキコトヲ議決」した。

第3に、直ちに、その決議の内容を常設委員より組合関係者に通知して其の出勤を促したところ、翌22日組合関係者其の他合計2, 3百名の者が集合した。

第4に、十数名の決死隊を組織して同人等は各兇器を携えて乙堰組合事務所に押寄せ木石を投げ内数名は同所内に闖入し居合せたX①X②X③外数名を殴打して同人等に重傷を負わせた。

第5に、更に勢に乗じて前示水門に向い途中丙街道附近に於て乙堰組合側の者多数と衝突し乱闘の末、遂にA（石岡慶吉）を殴打し同人に重傷を与え右傷害の為、同人は同日午後8時頃死亡した。

このような本件事件の経緯を主張立証、上述の第1から第5の展開の事実があるとすれば、決議の内容から結果への発生が「通常生ずべき結果」となり相当因果関係が認められると言うのである。つまり、通常結果（損害）として因果関係を認定したものである。通常生ずべき結果と相当因果関係を同一視するのが富喜丸事件である。また、本件決議から本件殺傷に至る現実の展開は、決議と殺傷招来との「高度の蓋然性」を証明するものともいうことができよう。

(b) 襲撃グループ12名とX①②③の負傷との因果関係（上告論旨2）の判断

騒擾に参加した襲撃グループYら12名がX①②③を負傷させたが、誰が誰を負傷させ、どれだけ負傷させたか特定できない場合、「Y被上告人等ノ中何人カカ助勢暴行ヲ為シタル事実アル以上何

人ニ依リテ傷害セラレタルヤ不明ナリト雖モ責任ハ騷擾行為ニ参加セシY等ニ於テ連帯シテ負フヘキモノタルコトハ民法第719条後段ノ規定上当然ナリト」として719条①後段の加害者不明の共同不法行為による上告理由を主張した。

しかし、大審院は、次のように共同不法行為（719条①前段）を適用したのである。

「此等多数人ノ行為カ相集リ或ハ因トナリ或ハ果トナリテ殺傷ノ結果ヲ発生若ハ助長シタルモノト推認セラルヘキ」として、事実上の推定理論により因果関係を判断した。

「果シテ然ラハ縦令此等ノ者ノ間ニ故意又ハ過失ノ共通ナシトスルモ反証ナキ限り此等多数人ノ行為カ相集リ或ハ因トナリ或ハ果トナリテ殺傷ノ結果ヲ発生若ハ助長シタルモノト推認セラルヘキヲ以テ何人カ何人ニ対シ如何ナル暴行ヲ為シタルヤハ判明セストスルモ此等ノ者ハ相共ニ殺傷事実ニ付共同不法行為者タルヲ免レサルモノトス然ルニ原院カ此等ノ事実ヲ審理セスシテ単ニ右12名カ前示上告人3名ニ対シテ傷害ヲ加ヘタルヤ否分明ナラストノ理由ニ依テ孰モ共同不法行為者ニ非スト判示シタルハ審理不尽理由不備ノ不法アルモノト謂ハサルヲ得ス」と判示したのである。

(c) 大審院の非実行行為と被害との相当因果関係（上告論旨3、4、5）の判断

非実行行為と被害との因果関係の問題は、(i) Aを死傷させたY⑫以外の襲撃グループの11名とAの死傷と因果関係、(ii) 組合事務所の襲撃に参加しなかった集合グループ10名とX①②③の負傷との因果関係である。(i)は、Yら襲撃グループ12名は、X①②③は負傷させたが、Aの負傷の場所と時間が違うので同一の原因事実でなくAの負傷との因果関係、つまり、YらにAの負傷に対する実行行為はなく、また、(ii)は、集合グループ10名は、Xらの負傷の現場にはいなかったもので、Xらに負傷に関して実行行為のないこととなり、(i)と(ii)は、両者とも、非実行行為と被害との因果関係の判断の論点として纏めることができ、原審は、個別的な相当因果関係の立証が認められないとした。大審院は、次のように、相当因果関係説の特別事情による結果（損害）の基準を適用し、その特別事情の予見可能性がありとして、相当因果関係を認めた。

「①元来騷擾行為ハ必シモ当初ヨリ一定ノ目的ノ下ニ計尽セラルルモノニ非スシテ多衆ノ者相集合スルヲ機トシ群衆心理ノ下ニ雷同シ突発的ニ行ハルルコト罕ナリトセス②斯クシテ騷擾ノ行ハレタル場合ニハ或者カ率先助勢シ或者カ暴行ヲ為シ遂ニ殺傷等ノ事故ヲ生スルハ勢ノ然ラシムル所ニシテ③此等助勢若ハ暴行等ノ行為ハ同一瞬間ニ於テ或ハ時ヲ異ニシテ行ハルルコトアルヘク又場所ヲ同クシ若ハ場所ヲ異ニシテ行ハルルコトアルヘシト雖其ノ時間及場所ハ咸ナ相牽連シ又④之ニ参加スル者ハ多クハ其ノ結果ニ付認識ヲ有スルヲ通常トスルヲ以テ特別ノ事情ナキ限り此等各行為ハ互ニ因果関係ヲ有スルモノニシテ個々ニ分離シテ観察スヘキモノニ非ス故ニ⑤原院認定ノ如ク前記被上告人喜太郎以下12名久助以下10名カ助勢又ハ暴行等ニ依リ本件騷擾ニ参与シタル以上ハ特別事情ニ関スル反証ナキ限り此等ノ者ハ縦令故意又ハ過失ニ付共通ナシトスルモ⑥本件殺傷行為ノ発生スヘキコトヲ認識セルモノト推測スヘク⑦從テ其ノ行為ニ付現ニ手ヲ下シタル者ト共ニ共同不法行

為者トシテ責ニ任セサルヘカラサルモノトス⑧然ルニ原院カ右ノ反証ニ付何等ノ審理判断スルコトナクシテ被上告人喜太郎以下12名ハ鶴谷円吉ノ石岡慶吉ニ対スル殺傷行為ニ付共同不法行為者トシテノ責任ナシト判示シ又被上告人久助以下10名カ単ニ両堰組合事務所ニ参集セサリシ一事ニ依リ石岡慶吉及上告人諭次郎外2名ニ対スル本件傷害行為ニ付共同不法行為者タルノ責任ナシト判示シタルハ審理不尽理由不備ノ不法アルモノト謂ハサルヲ得ス即チ原判決ハ破毀ヲ免レサルヲ以テ民事訴訟法第407条第1項ニ依リ主文ノ如ク判決ス(①～⑧、筆者)。

本判旨は、実行行為が認定されている場合に、非実行行為と結果との相当因果関係の判断に関しては、416条②の特別事情の予見可能性を基準にしたのである。

(d) 非実行行為と相当因果関係説：416条②の特別結果(損害)

それでは、本判決が416条②の特別事情の予見可能性の判断基準を適用していることを、上告論旨との比較で、確認する。

上告論旨は、「率先助勢ト暴行脅迫トカ自然ノ勢トシテ連続的ニ行ハレタルトキハ其ノ間及之等ノ行為ト傷害トノ間ニ相当因果関係カ存スルヲ以テ全行為者カ民法上所謂共同不法行為者ナリト云ハサルヘカラス」と主張し、その根拠として「騒擾行為ハ多衆ノ者カ互ニ多衆ノ勢力ヲ藉リ共同シテ暴行ヲ為スモノニシテ之等多衆ノ者ノ率先助勢暴行傷害等ノ間ニハ自然ノ勢トシテ必然的相互的ニ因果ノ関係カ存スルモノナルヲ以テナリ」とした。この上告論旨は行為者間の「横の関係」を「率先助勢ト暴行脅迫トカ自然ノ勢トシテ連続的ニ行ハレタルトキハ其ノ間」とし、結果との「縦の関係」は「之等ノ行為ト傷害トノ間ニ相当因果関係カ存スル」として、両者を「及」で接続している。この上告論旨は、Yらの行為と傷害との相当因果関係を「通常生ずべき結果」の判断基準を適用したものである。これに対し、大審院は、「⑤原院認定ノ如ク前記被上告人喜太郎以下12名久助以下10名カ助勢又ハ暴行等ニ依リ本件騒擾ニ参与シタル以上ハ特別事情ニ関スル反証ナキ限り此等ノ者ハ縦令故意又ハ過失ニ付共通ナシトスルモ⑥本件殺傷行為ノ発生スヘキコトヲ認識セルモノト推測スヘク從テ其ノ行為ニ付現ニ手ヲ下シタル者ト共ニ共同不法行為者トシテ責ニ任セサルヘカラサルモノト」と判示し、「特別事情の予見可能性による結果」の判断基準を適用した。本判旨での特別事情は「⑥本件殺傷行為ノ発生スヘキコト」であり、予見可能性は「認識セルモノト推測スヘク」ということになる。その予見可能性の根拠として騒擾行為に「④参加スル者ハ多クハ其ノ結果ニ付認識ヲ有スルヲ通常トスルヲ以テ特別ノ事情ナキ限り此等各行為ハ互ニ因果関係ヲ有スルモノニシテ個々ニ分離シテ觀察スヘキモノニ非ス」とするのである。ここでの「特別事情」は特別事情の認識の推測(可能性)を破るものとして使われていることに注意すべきである。

前述の一般論での説示は、「現場ニ出動シタル者ハ相互ノ間ニ意思ノ共通ナキモ数人ノ行為相集リテ殺傷ノ結果ヲ発生又ハ助長シタル場合ニ於テハ行為者カ其ノ結果ヲ認識シ又ハ認識シ得ヘキ状況ニ在ルトキハ共同不法行為者トシテノ責任ヲ負担セサルヘカラサルモノニシテ現実ニ殺傷ノ行為

ニ手ヲ下ササリシ故ヲ以テ責ヲ辞スルコトヲ得ス」となっている。この一般論の判旨における特別事情は「数人ノ行為相集リテ殺傷ノ結果ヲ発生又ハ助長シタル場合」で、個別判断の本判旨では「本件殺傷行為ノ発生スヘキコト」である。

(5) 本判決の意義

第1の意義は、共同不法行為の構成を共謀若しくは意思の共同とするのではなく権利侵害に対する客観的な共同の原因とする客観的共同原因説をとり、その内容(要件事実)を、各自の行為と損害との因果関係であることを再確認したことである。

第2の意義は、騒擾行為を先導する決議と騒擾行為の結果として生じた殺傷行為との因果関係を相当因果関係説：416条①の「通常生ずべき結果」の基準を適用したことである。

第3の意義は、非実行行為と結果との因果関係を相当因果関係説：416条②の特別損害(結果)を適用したことである。事実的因果関係説では、因果関係の起点として実行行為が必要であり、実行行為がなければ因果関係は認められないが、相当因果関係説では、非実行行為でも加害行為として因果関係の起点とすることができる。したがって、①決議行為、②集合行為、③襲撃行為、④傷害行為、⑤殺傷行為、と関連する場合、④傷害行為、⑤殺傷行為が実行行為であるが、事実的因果関係説では、因果関係の起点は実行行為であるので、それ以外の非実行行為である①②③には因果関係は認められないことになり、したがって、共同不法行為は成立しないことになる。これに対して、相当因果関係説だと、実行行為でなくても①②③を加害行為として、相当因果関係の起点とすることができる。相当因果関係説は事実的因果関係ではなく、観念的レベルの法的責任の帰属要件としての法的因果関係だからである。

第4に、因果関係を加害者個々と被害者個々との関係では判断していないことである。つまり「個々二分離シテ観察スベキモノニ非ス」である。事実的因果関係では因果関係は個別的に判断するのが本質であるが、相当因果関係は、事実のレベルでは、集団的に判断し、観念的に個別的因果関係を認定しているのである。共同行為と結果の因果関係を実証的に判断し、個別的な因果関係は、観念的に判断している。たとえば、Yらの決議行為とXらの身体傷害との個別的因果関係ではなく、A決議の内容と身体傷害が起こりうるか主張立証し、それが認定されると、Yらの個別的決議行為とXらの身体傷害との因果関係を認めることが相当因果関係を認めるという意味である。

第5に、複数の加害行為と複数の被害者の因果関係は、相当因果関係説によると、加害者が複数で被害者が単独の場合には、被害者との部分的な因果関係つまり寄与度は必要ないということである。複数の行為の集団と複数の被害者の個々の因果関係が不要であるということは、必然的に独立したもの(個人)の部分との因果関係・寄与度も必要ないとのことである。このことは、719条①前段の共同不法行為が寄与度不明を特徴とすることの当然の表れである。

2 不法賃貸人と不法占拠者の共同不法行為

複数原因による、例えば、不法占拠者と不法賃貸人が建物所有権侵害の場合に、他方の原因により、例えば、不法占拠者の不法行為の成立により、他方の不法賃貸人は、自己の加害行為がなくても他方の加害行為で被害が生じたのであるから、因果関係がないと主張できるか。複数原因の場合に他方の原因で十分である場合、因果関係は、AなければC無しの条件関係で認めるので、AがなくてもCが生じたことになるので因果関係は認められないことになるが、このような複数原因の場合にもその基準は適用されるのか。

【16】大判昭和10年12月20日民集14巻2064頁

不法占拠者による建物所有権侵害による不法行為成立後に不法賃貸人に対して共同不法行為を理由とする損害賠償請求が認められるか。両者に共謀が認められない場合に、共同不法行為の連帯責任を負うか。

(1) 本件事案の概要

X(原告・被控訴人・被上告人)は、競落して取得(昭和5年2月28日)した家屋の前所有者Y(被告・控訴人・上告人)に対して、次のような損害の支払いを請求した。Xは本件競落前(昭和5年2月初旬頃)にYが訴外Fに右建物を自己所有のものとして賃貸していたため別訴(昭和5年5月10日訴え)で訴外Fに対して本件家屋の明渡並昭和5年3月12日以降明渡済に至る迄1ヶ月金25円の割合に依る損害金請求訴訟を提起し訴はXの勝訴が確定(訴外Aは昭和7年8月6日に建物を退去し明渡した)し、さらに、本訴において、Xは、Yに対しても訴外Fの明渡までの損害の支払いを求めた。これに対し、Yは、Xは該確定判決に基き訴外Fに対し強制執行を為し損害の賠償を得れば十分となるので此意味に於てXには何等の損害はなくなったので、本訴請求は失当である旨の抗弁をした。しかし、一審、原審は、Xが勝訴した。Yは上告したが棄却された。

(2) Yの上告理由

Yは上告理由で、XのFに対して不法占拠を訴訟物として勝訴、確定している以上、さらにYに対して同一損害賠償を請求することはできないが、できるとすれば訴外Fとの共同責任(共同不法行為)の場合であるのに、原審は、Yに故意(共謀)を認めていないので、共同不法行為は成立せず、Yに対する請求は認められないと主張した。

「Xノ所有権ニ基ク訴外Fノ不法占拠ヲ訴因トシテ判決ヲ求メ勝訴シテ確定セル以上Xノ損害賠償請求権ハ已ニ行使ヲ了シタルモノニシテ経済上同一ノ損害ハ其ノ請求権ノ発生カ同一若クハYト訴外Fト共同的責任ヲ有スト云フニアラサル限りXノYニ対スル請求権ハ成立セス殊ニ原判決ハYノ故意ヲ認メタルニアラス而カモ尚ホYニ対スル如上ノ請求権ヲ是認シYノ此点ノ抗弁ヲ排斥セラレタルハ不法行為ニ因ル損害賠償ノ法旨ト債権行使ノ請求権成立ノ法理ニ反スル違法アリト云フニ在リ」。

(3) 大審院の判断

まず、YのXの建物所有権侵害による不法行為の成立を認める。「法律上ノ権原ナクシテ他人ノ建物ヲ第三者ニ賃貸シテ之ヲ使用セシムルハ建物ニ対スル所有者ノ使用収益ヲ妨ケ其ノ所有権ヲ侵害シ之ニ損害ヲ生セシムルニ外ナラス仮令賃貸人ニ於テ建物カ自己ノ所有ナルコトヲ信シタリトスルモ斯ク信スルニ付過失アリタリトセハ賃貸人ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタルモノナレハ不法行為ヲ構成スルヤ論ヲ俟タサル」。

そして、XのYに対する損害賠償請求が認められるためには、訴外Fのとの共同不法行為が認められ、それが認められるためには、Yの故意（共謀）が必要であるか。

「①共同不法行為ハ行為者間ニ何等ノ意思共通アルヲ要セス例ヘハ②甲乙各製造所ヨリ流出スル毒物カ相合シテ始メテ下流ニ於ケル人畜ヲ害スル丈ケノ毒力ヲ出シタル場合又ハ③各製造所ヨリ流出スルモノノミニテモ優ニ被害ノ因ヲ成シタル場合ニ④各製造者ハ相互ノ事情ニ付キ全然関知セサリントキト雖亦⑤共同不法行為者タルヲ失ハス況ンヤ本件ニ於テ⑥訴外Fハ直接ニ本件家屋ヲ占有スルコトニ依リテ不法ニXニ損害ヲ与ヘ⑦Yハ訴外Fニ不法ニ本件家屋ヲ賃貸スルコトニ依リテ其ノ不法行為ノ因ヲ成シタルニ於テ⑧両者ノ共同不法行為者タルハ論ヲ俟タス⑨Xカ各自ニ対シ全額ノ損害ニ付キ其ノ責ヲ問フヲ得ルハ所謂請求権ノ競合ニ外ナラス一方ニ対シ確定判決ヲ得タルコト直チニ請求権ノ満足トナラサルニ於テ原審カYノ賠償義務ヲ肯定シタルコトニ何ノ違法カコレアラム唯被Xノ各請求権ノ孰レカカ弁済其ノ他ノ事由ニ因リ満足ヲ得タル場合ニ他ノ請求権ノ当然ニ消滅スルハ所謂目的ノ達成ニ因ルモノ所論ハ採用スルニ足ラス」。

大審院はこれまでの判例である客観的共同原因説をとり、「①共同不法行為ハ行為者間ニ何等ノ意思共通アルヲ要セス」として、共同不法行為に成立を認め、Yに対する損害賠償請求を認めた。

(4) 本判決の意義

本件の争点は、実際は、不法占拠者Fに対する不法行為による請求の勝訴後に不法賃貸人であるYに、F、Yから建物所有権を侵害されたXは損害賠償請求できるかであるが、法的には、⑥訴外Fに対する不法占拠による不法行為と⑦Yの不法賃貸による不法行為と⑧共同不法行為が成立するかとなる。Yの共同不法行為が認められると連帯責任によりFとは別にYに対して請求できるからである。共同不法行為者に重複の訴訟が提起できるかの争点に関して、【1】大判明30年7月2日は共謀の共同不法行為は連帯義務を発生させるので、別の訴訟も有効であるとしている。Yの上告論旨の「訴外Fト共同的責任ヲ有スト云フニアラサル限りXノYニ対スル請求権ハ成立セス殊ニ原判決ハYノ故意ヲ認メタルニアラス」は同趣旨であろう。そこで、本件では改めて、共同不法行為は共謀・意思共通を要するかが論点となったのである。そして、「①共同不法行為ハ行為者間ニ何等ノ意思共通アルヲ要セス」と判示したのである。もし、共謀による共同不法行為だけが問題であれば、その判旨で十分である。ところが、①の例として、②③が挙げられたのである。これはどうい

う意味があるのであろうか。

大審院は⑥の不占拠者と⑦の不法賃貸人を建物所有権侵害に対する複数原因とみて、複数原因の因果関係の問題と捉えたのである。共同行為論が主観的関連共同説ではなく判例の客観的共同原因説だとその内容は各自の行為と結果との因果関係であるという理解が一般化してくると、複数原因が競合した場合の因果関係をどう判断するかが論点となってくる。そして、複数原因の因果関係の判断を示したのが客観的共同原因説であるとして、その最も分かり易い例を使って、複数原因の因果関係の判断を示したのである。したがって「A況ンヤB論ヲ俟タス」の法理を使うことになったのである。本件の論旨であるBよりAの準則は当然確立した準則であるということを前提にである。

Aの準則は、複数原因の甲乙を②の部分的競合、③の重疊的競合に区別して「②甲乙各製造所ヨリ流出スル毒物カ相合シテ始メテ下流ニ於ケル人畜ヲ害スル丈ケノ毒力ヲ出シタル場合又ハ③各製造所ヨリ流出スルモノノミニテモ優ニ被害ノ因ヲ成シタル場合ニ④各製造者ハ相互ノ事情ニ付キ全然関知セサリシトキト雖亦⑤共同不法行為者タルヲ失ハス」とする準則である。この場合、甲(乙)無ければC無しの条件関係で因果関係を判断する事実的因果関係説によると、②については、甲がなければ人畜の被害(C)は発生しない、乙がなければCは発生しないので、因果関係は有ることになる。ところが、③は甲がなくてもCは発生し、又は乙が無くてもCは発生するので、甲乙には因果関係はないことになる。そうすると、②の場合には、甲乙各寄与度も責任を負うが、③の場合には、誰も責任を負わないこととなる。甲乙が共同不法行為の場合には、どうなるか。共同不法行為は各自が連帯責任を負うので、②③が共同不法行為であると甲乙が連帯責任を負うことになる。そうすると、甲乙が共同不法行為である場合には、甲乙の複数原因の因果関係の判断において、事実的因果関係説を適用しないことを意味する。

したがって、問題は、②③の場合、甲乙は共同不法行為となるか、ということになる。故に共同不法行為の内容が問題となる。本判旨は、まず、一般論として「①共同不法行為ハ行為者間ニ何等ノ意思共通アルヲ要セス」で、そして②③においては「④各製造者ハ相互ノ事情ニ付キ全然関知セサリシトキト雖亦⑤共同不法行為者タルヲ失ハス」としているのが、主観的関連共同説ではないことは明白であるが、それでは客観的関連共同説かとなると、甲乙間の客観的関連共同性は全く問題となっていないので、客観的関連共同説でもない。そうすると、客観的共同原因説による共同不法行為かということになる。客観的共同原因説の共同行為は、数人の「行為ノ結果ハ一ノ権利侵害」である。「②甲乙各製造所ヨリ流出スル毒物カ相合シテ始メテ下流ニ於ケル人畜ヲ害スル丈ケノ毒力ヲ出シタル場合」又は「③各製造所ヨリ流出スルモノノミニテモ優ニ被害ノ因ヲ成シタル場合」に「④各製造者ハ相互ノ事情ニ付キ全然関知セサリシトキ」は、客観的共同原因説そのものである。起草者、判例のとり客観的共同原因説の共同行為の本質は共謀ではなく「一つの権利侵害」である。つまり、共同不法行為(719条①前段)は結果への寄与(実行行為)があれば共同不法行為は成立

するのである。そして、共同不法行為は各自が連帯責任を負うというで、各自の寄与度の証明責任は負わないことになり、このことは、因果関係の側面において、②複数原因の部分的競合の場合、③複数原因の重疊的競合の場合、共同不法行為は各自連帯責任を負うという立法的政策判断に、いずれも当然に他者の寄与度の因果関係を認めていることになるのである。したがって、この場合の寄与度は、要件事実とはならない観念的な寄与度となるのである。

このような論理を鳩山説は、明確に次のように、複数原因の因果関係は、事実的因果関係説では破綻するので、相当因果関係説によると説明している。共同不法行為の「因果関係ハ固ヨリ相当因果関係タルヲ以テ足ルガ故ニ①単独ニテ其結果ヲ生ジタルコトヲ要セズ又②他ノ原因ガ単独ニテ其結果ヲ生得ベカリシコトヲ妨ゲザルモノトス⁽²⁾ (①②、筆者)」。①は複数原因の部分的競合、②は複数原因の重疊的競合である。そして、川名説は、本判旨と同じように説明する。川名説は「数人ノ間ニ於テ意思ノ共同ナキ場合ニ於テモ亦共同不法行為トナルヘシ。例ヘハ甲製造場カ有毒ノ色素ヲ川ニ流シ又乙製造場カ同一ノ事ヲ為シテ他人ノ飼養スル(…)ヲ死ニ至ラシメタルカ如キ場合又ハ甲製造場ノ流シタル色素ト乙製造場ノ流シタル色素ト相合スルニ依リテ此処ニ有毒ノ色素ヲ組成シ之ニヨリ他人ニ損害ヲ及ホシタルカ如キ場合(…)ノ如キ又共同不法行為ト為ルヘキモノナリ⁽³⁾」。

このように、複数原因の①部分的競合、②重疊的競合の場合に、因果関係を認め、共同不法行為が成立することは、客観的共同原因説においては至極当然の理論であったのである。かくして、「A況ンヤB論ヲ俟タス」の原理により訴外Aは不法占拠によりXの建物所有権を侵害、Yについても、Xの建物所有権の侵害は明白だから、共同不法行為となるのである。

以上から、本判決の意義は、共同行為論に関して主観的関連共同説ではなく客観的共同原因説をとり、共同行為の本質を、結果との縦の客観的な共同原因(一個の結果)に置いているので、複数原因の寄与度の証明責任を負わないことを当然の理としているということである。

第三節 賠償範囲の因果関係

共同不法行為における「賠償範囲の因果関係」の判断に、相当因果関係説を適用し、特別損害については、特別事情の予見可能性ある共同不法行為者のみ賠償責任があり、そうでない他の共同不法行為者は連帯責任を負わないか、問題となる。

【17】大判昭和13年12月17日民集17卷2465頁

(1) 本件の事案の概要

X(原告・被控訴人・被上告人)の先代Aは、Fから賃借した公債証書を米穀取引所の取引員の

(2) 鳩山・各論936頁。

(3) 川名・要論743～744頁。

身元保証金代用として取引所に7千600円を納入した。Aは、大正15年初頃取引員でない訴外Bに対しA名義で営業を為すことを許容した。Y1（被告・控訴人・上告人）は、Bの顧客との取引についてはAが当事者としての責任を負うべきとして、Bの経営するA名義の店舗に対し定期米取引の委託を為し金6千121円の利益を得た旨の虚偽の陳述を為し、Aに対してその支払請求の訴を提起し、不法にX先代Aの証書返還請求権に対して大正15年11月30日仮差押をした。Y1は本案訴訟において敗訴の確定判決を受けながら仮差押の解除をしなかったため、X先代AはY1に対し仮差押取消の申立をして勝訴判決を受けその仮執行宣言によって昭和6年2月2日右保証金代用公債証書の還付を受けた。Xの先代Aは、同訴外Fに対し大正15年12月1日より仮差押が解除された前月の昭和6年1月末迄の賃料3千325円及利札延滞料222円30銭合計金3千547円30銭をFに支払った。その損害につき、Xは、Y1が訴求した虚偽の利益金は、当時のBの妻であったY2と通謀して取引に関する帳簿をY1の取引の如く改竄したことによるもので、Y1自身その利益金債権が存在しないこと知りながら訴を提起し且公債証書返還請求権に対する仮差押を為したものであるとして、Y1とY2に対して共同不法行為に基づく損害賠償を請求したのが本件である。Xが本件証書をFから賃借していた事実をY2は知っていたが、Y1は知らなかった。原審は、共同不法行為者たるY2がそれを知っていた以上、Y1は責任を免れないとしたので、Y1は上告し、上のような事情は通常の状態でないとして主張した。一番、原審ともにX勝訴し、Y1が上告し、主張が受け入れられ破棄差戻となった。

（2） 原審の判断

原審は、Y1とY2の通謀による不法なAの本件証書の返還請求権への仮差押を共同不法行為とし、取引員が身元保証金代用として公債証書を他より賃借して取引所に納入するのは「通常ノ状態」と認定し、Y1において、Aが賃借した本件証書に賃料を支払うべき事情を予見できないとしても、通謀して不法な仮差押をした共同不法行為者のY2において右事情を知悉しているので、右賃料の支払いの損害についてY1は賠償する責任があるとする。Y1とY2の共同不法行為を通謀によるものとしたことで、Y2の事情の予見可能性をY1も連帯責任とする点が、原審の判断の特徴である。

（3） Y1の上告理由

このような原審の判断に対して、Y1は、本件損害は特別事情による損害であるので、特別事情の予見可能性が必要であるところ、取引員が身元保証金代用の公債証書を他人から賃借するようなことは「通常ノ状態」ではないので予見可能性ないとして、その損害の賠償責任はないと主張した。

（4） 大審院の判断（賠償範囲の因果関係）

大審院は、富喜丸事件でとった相当因果関係説を共同不法行為における損害賠償の範囲の基準としてもとるべきとして、Yの上告論旨を受け入れて、本件損害が通常損害か特別損害か判断すべき

であり、また、特別損害とした場合でも、各自に特別事情の予見可能性について判断すべきだとして、破棄差戻しの判決を下した。

まず、一般理論として、

「不法行為ニ因ル損害賠償ノ範囲ハ債務不履行ニ関スル民法第416条ノ規定ヲ類推シテ之ヲ定ムヘキモノナルコト当院判例（大正12年（オ）第398号521号同（15年の間違い、筆者）年5月22日民刑聯合判決民事判例集第5巻420頁）ノ示ス所ナレハ不法行為ニ因リテ生シタル損害カ通常生スヘキ損害ナリヤ特別事情ニ因リ生シタル損害ナリヤヲ區別シ若シ後者ナルニ於テハ当事者カ之ヲ予見シ又ハ予見シ得ヘカリシ場合ニ限り之カ損害賠償ノ責ニ任スルモノト解セサルヘカラス此ノ理ハ共同不法行為ニモ之ヲ拡充スヘキモノニシテ共同不法行為者ハ連帯シテ損害賠償ノ責ニ任スヘキモノノ損害ニシテ特別事情ニ基因スルモノニ付テハ之ヲ予見シ又ハ予見シ得ヘカリシ事情ニ在リタル共同不法行為者ノミ之カ賠償ノ責ニ任スヘク然ラサル共同不法行為者ハ之カ賠償ノ責任ヲ負ハサルモノト解スルヲ相当トス」。

そして、本件においてみると、原審の判断が、本件の損害が通常損害か特別損害かを明らかに判断せず、さらに特別損害としても、Y2に予見されているので、Y1が予見していなくても、共同不法行為者として連帯責任を負うと解すべきとしているが、まず、本件の損害が通常損害か特別損害か判断すべきで、特別損害であれば特別事情の予見の有無を判断すべきと判示する。

「原審ハX被上告人先代Aカ訴外F上野左衛門ヨリ賃借シテ其ノ身元保証金代用トシテ取引所ニ納入シタル本件公債証書ノ返還請求権ニ付Y1上告人カ訴外Y2盛岡菊枝ト共同シテ不法ニ之カ仮差押ヲ為シタル為ニX被上告人先代Aカ右公債証書ノ賃料ヲ支払ヒタルニ因リ生シタル損害ヲ以テ右共同不法行為ニ因ル通常損害ト為スヘキヤ特別損害ト為スヘキヤヲ明カニ判断セスシテ特別損害ナリトスルモ共同不法行為者ノ一人タルY2盛岡菊枝カ右損害ノ発生ヲ予見シ居レルヲ以テY1上告人ニ於テ之ヲ予見シ又ハ予見シ得サリトスルモ猶且共同不法行為者トシテ連帯シテ損害賠償ノ責任アルモノト判示シタルモノト解スヘキモノトス然ラハ原審ハ右ノ賃料支払カ通常損害ナリヤ特別損害ナリヤノ審理判断ヲ尽ササルノ違法アルノミナラス共同不法行為者ノ一人カ其ノ責ヲ負担スヘキ特別損害ハ他ノ共同不法行為ニ於テ該特別損害ノ事情ニ関スル予見ノ有無ニ関セス当然連帯責任ヲ負フモノト為シタルハ共同不法行為ニ関スル民法第719条ノ解釈ヲ誤リタル違法アルモノニシテ原判決ハ此ノ点ニ於テ破毀ヲ免レサルモノトス」と判示する。

（5） 本判決の意義

第1の意義は、共同不法行為における因果関係を「成立要件の因果関係」と「賠償範囲の因果関係」に区別していることである。「賠償範囲の因果関係」とは、損害概念を①事実としての損害、②法益に被った不利益としての損害、③金銭換算の法技術としての損害（金額）に分析すると、②と③の損害で捉え、その損害が賠償すべき損害であるか否かの基準が因果関係であり、この因果関

係が「賠償範囲の因果関係」である。本判決は、この意味での「賠償範囲の因果関係」について、共同不法行為においても採用しているということである。

第2の意義は、第1の意義の共同不法行為における「賠償範囲の因果関係」を、富喜丸事件でとられた相当因果関係説：416条をとるということを明示した点である。他者の責任範囲に関しても連帯責任を負うのは「成立要件の因果関係」であり、ここでは相当因果関係は、他者の特別事情の予見可能性の共同不法行為の成立という側面で連帯責任を負うので、予見可能性のない者も共同不法行為者となるのである。これに対して、「賠償範囲の因果関係」は共同不法行為による損害として賠償範囲に入るべきか否かの問題として個別損害の問題であるので、特別損害となる場合には、特別事情の予見可能性のない者は、その特別損害については、賠償範囲に入らないということになる。特別事情による損害は、特別事情の予見可能性により相当因果関係が認められるからである。共同不法行為における損害賠償の範囲の基準として相当因果関係説をとるということは、相当因果関係のある損害を賠償するので、特別事情による損害の場合には、特別事情の予見可能性がない場合には相当因果関係がないからである。

第3の意義は、本判決は、原審で判断されている「通謀」による共同不法行為ではなく、「共同」による共同不法行為を認定していることである。判例において「共同」とは主観的関連共同説ではなく客観的共同原因説が確立した後の判例であることから、敢えて、原審の「通謀」に換えて「共同」を認定していることになる。原審は、通謀の共同不法行為であるために、Y1の特別事情の予見可能性もY1に関連共同するのに対して、大審院は、Y1 Y2を「共同」として一個の結果に対する客観的共同原因が共同不法行為であるために、Y2の特別事情の予見可能性はY1には関連共同しないので、独立に判断されることになるのである。つまり、特別事情の予見可能性を各自に判断することができるのは、客観的共同原因説を前提とするからである。それに、損害概念に差額説をとり、個別損害が賠償範囲に入るか否かの判断基準つまり「賠償範囲の因果関係」として相当因果関係説がとられているということをも前提とする。

第四節 昭和前期の学説の展開

1 総説

昭和期の学説を前期と後期に分ける。前期は、昭和35年までで、それ以後を昭和後期とする。日本の高度成長が本格化し、戦後の日本の社会経済構造が転換し始めるまでを、前期とする。昭和前期以降の学説は、序論で、現代的共同不法行為理論として述べているところである。

昭和前期の学説は、大正15年の【14】富喜丸事件において相当因果関係説が理論的に確立したことと、昭和9年の【15】北津軽水論事件において、相当因果関係説により非実行行為と結果との因

果関係が認められたことの影響がどう反映しているかが要諦となる。川島説が、北津軽水論事件の評釈において、決議と殺傷との間の縦の因果関係と、現場の行為者間の横の因果関係を区別し、前者は客観的な因果関係でよいが、後者は他人の行為と共同する認識が必要とすべきと述べている⁽⁴⁾。本稿では、分析視座として、行為者間の関係を横の関係、各自の行為と結果との関係つまり因果関係を横の関係として区別している。この視点で、我妻説をみると、これまでの判例、通説の客観的共同原因説は、共同行為を、結果との縦の関係の因果関係を本質的關係としているが、我妻説は、行為者間の横の関係である「関連共同」で再構成した。これまでの共同行為を結果との縦の関係で捉える客観的共同原因説から、我妻説により、横の關係の行為者間の関連共同性に移り、因果関係とは別に、この関連共同が共同行為の本質的要素となり、独自に関連共同性が要件事実となる客観的共同原因説が体系的に構成される。この新たな客観的共同原因説が、戦後の加藤説により洗練した形で理論化される。そして、1970年代に、その関連共同性を意思的要素と社会的一体性とを総合的に判断して因果関係の要否を規制する平井説・淡路説の総合的共同原因説へと展開する。現代的共同不法行為理論の母胎となった我妻説と加藤説をみることにしよう。

2 我妻説の客観的共同原因説（『事務管理・不当利得・不法行為』日本評論社、昭和12年）

広義の共同不法行為は、①共同不法行為（719条①前段）、②加害者不明型（同項後段）、③教唆・幫助型（同条②）の三類型があるが、起草者は、①を実行行為（寄与）はあるが寄与度不明の場合、②を加害行為の未遂ないし不特定の場合で寄与（因果関係）不明の場合、③を実行行為がない場合、として区別した。起草者、判例、鳩山説は、共同行為論に関して客観的共同原因説をとり、共同行為を、起草者は、「其行為ノ目的ト致シマス所又其結果ハーツノ権利侵害」、判例は、権利侵害に対する客観的に共同の原因、鳩山説は、「数人が同一ノ損害ニ対シテ原因ヲ与ヘタル不法行為⁽⁵⁾」と定義し、その要件事実、各自の行為と損害との（相当）因果関係としていた。つまり、客観的共同原因説は、共同行為を、縦の關係である結果との共同原因として捉え、横の關係である各行為者間の関連共同性としては捉えていなかった。それは、共同責任の根拠を、文字どおりの共同行為ではなく結果の側面において、「一個の結果」、「一ツノ権利侵害（損害）」に置くと言う立法的政策判断に求めていたのである。

このような客観的共同原因説に対して、我妻説は、共同行為を、横の關係である「数人の行為が相関共同して原因をなすもの」として積極的に捉え直すのである。つまり、上記の各共同行為の場合には、「何れも、その損害に対してこれ等数人の行為が相関共同して原因を為すものであるから、結果に対しても共同責任とすることが至当だからである⁽⁶⁾」。各行為者間の「関連共同性」

(4) 川島・前出第一章注(3) 437頁。

(5) 鳩山・各論833頁。

(6) 我妻・不法行為191頁。

が強調されるのが我妻説の特徴である。この観点から、各共同不法行為の要件が構成される。

第1に、共同不法行為の要件は、(イ)各自に故意又は過失ある行為、(ロ)各自が責任能力、(ハ)「各自の違法行為は関連共同して損害の原因となることを要する⁽⁷⁾」。この(ハ)の要件に関して、「これが最も重要な要件である。関連共同ありと為すためには主体間に通謀又は共同の認識を要するか。或ひは各自の行為が客観的に関連共同するをもって足るか。学説の岐れる所ではあるが、判例は後の見解を採り、近時の通説はこれを支持する。蓋し狭義の不法行為に於ては数人の行為が何れも当該違法行為の原因となつて居る場合なのであるから、その違法行為を原因として客観的に相当因果関係に立つ損害はその行為者に於て賠償すべきは当然である。従つて、仮令他人の行為が競合して損害を生じた場合であつても、その競合によつて生ずる結果が相当因果関係に立つ以上その結果の全部について責任を負ふべきは寧ろ当然であろう。ただ結果の発生の原因として競合した他人も同様に一原因力の大小等を問題とせず一全部責任を負ひ、連帯関係に立つことが共同不法行為の特色たるに過ぎない。然らば、共同行為者間に主観的連絡を必要とせず、相当因果関係の範囲内に於て関連共同した行為なるをもって足ることは当然であろう⁽⁸⁾」。最後に(ニ)「関連共同した違法行為に因つて損害を生じたことを要する。この因果関係は相当因果関係であることは当然である⁽⁹⁾」。(ハ)と(ニ)の要件から、我妻説の共同行為が、結果との縦の関係の因果関係で捉える客観的共同原因説ではなく、横の関係の行為者間の関連共同を意識的にとっていることが確認できる。また、(ハ)の要件において、判例の「権利侵害に対し客観的に共同の原因をなす」(【7】、【15】)が、我妻説では、上述のように「各自の行為が客観的に関連共同する」と横の関係で再定義されている。さらに、このことは、【15】北津軽水論事件の評価に関して、「決議より殺傷に至るまで共同の行為と見て、それより生じた結果をこの共同行為者の各自に負担せしめたものであつて極めて正当である。⁽¹⁰⁾」とする点にみることが出来る。以上から、我妻説が、共同行為の捉え方に関して、横の関係の行為者間の関連共同と捉えて、主観的関連共同性までは必要としない、客観的な関連共同で足りるとする客観的関連共同説を、客観的共同原因説とは意識的に区別して、理論構成していることが確認できる。

第2に、加害者不明型の要件に関して、(イ)各行為者に故意過失及び責任能力の存すること、(ロ)数人が共同行為者なること「即ち違法行為を為す危険ある行為を共同になせることである。この共同も客観的の関連共同をもって足ると解する⁽¹¹⁾」。最後に(ハ)共同行為者中の或者が違法行為をしたことが確実であるが、その何人であるか不明であることである。そして、自己の行為が

(7) 我妻・不法行為193頁。

(8) 我妻・不法行為194頁。

(9) 我妻・不法行為195頁。

(10) 我妻・不法行為195頁(註3)。

(11) 我妻・不法行為196頁。

原因でないことを理由として連帯責任を免れるか、の問題に関して、我妻説は、「本条をもって単に共同行為者について因果関係を推定せるものと解すれば問題を肯定すべきであるが、被害者を厚く保護し共同行為者を戒めんとする趣旨なりと解すれば否定すべきである。後の見解を妥当とするであろう。⁽¹²⁾」とする。本条を因果関係の推定の規定かに関しては、客観的共同言説をとると理論的には推定規定となるが、立法趣旨で看做し規定としている。

第3に、教唆・幫助型に関して、「違法行為自体を客観的にみるときは教唆者及び幫助者の行為はこれと関連共同せざるものであるが、民法はこれを共同行為者と看做して直接の行為者又は主たる行為者と連帯責任を負はしめたものである⁽¹³⁾」。我妻説は、本条は注意規定ではないという理解である。また、客観的共同原因説では、教唆・幫助型の特徴は実行行為がないことにあるが、我妻説は、「これと関連共同せざるもの」として、客観的関連共同説による特徴づけをしている。

以上から、共同行為論に関して、我妻説は、起草者、判例、鳩山説のとする客観的共同原因説ではなく、客観的関連共同説を理論的に構成していることが確認できる。客観的関連共同説の特徴は、共同不法行為の連帯責任の根拠を、数人の行為の相関聯共同性に求め、共同行為は行為者間の客観的関連共同として捉えられ、この関連共同性が因果関係とは別の要件事実となる点にある。

3 加藤説の客観的関連共同説（『不法行為』有斐閣、初版昭和32年、増補版昭和49年）

加藤説の共同不法行為理論の特徴は、我妻説によって理論構成された客観的関連共同説をより洗練・徹底させたということにある。加藤説は、719条に規定された、三類型の共同不法行為責任の性質に関して、次のように規定する。「これらの規定は、いずれも、共同行為者に連帯の責任を課し、被害者の救済を厚くしている点に特色がある。その根拠を、加害者側の共同行為の反倫理性に求めるならば、加害者側の共謀ないしは共同の認識を要することになるだろうが、今日では被害者側の救済に重きをおき、加害者側の主観的共同関係を要せず、客観的共同関係があればよいとしている⁽¹⁴⁾」。加藤説は、主観的関連共同説と客観的共同説を区別し、さらに客観的共同説のなかで、判例の客観的共同原因説と我妻説の客観的関連共同説との原理的な違いも意識しているが、この段階では、主観的関連共同説ではなく、客観的共同説をとるという程度にとどめている。以下、三類型に関して加藤説の見解を確認することにする。

第1に、共同不法行為（719条①前段）の要件は、（イ）各人の行為は、それぞれ独立して、不法行為の要件を具えていること、（ロ）行為者の間には、関連共同が必要であることである⁽¹⁵⁾。（イ）と（ロ）の要件で理論的に問題となるのは、客観的共同原因説では、関連共同性は要件事実ではな

(12) 我妻・不法行為196頁。

(13) 我妻・不法行為196～197頁。

(14) 加藤・不法行為205頁。

(15) 加藤・不法行為207頁。

く、共同行為は、同一の権利侵害に対する客観的な共同の原因となり、要件事実は各自の行為と損害の相当因果関係となるので、共同行為の要件事実が因果関係となるのである。これに対して加藤説は、因果関係と関連共同性を別々の要件（事実）とする。

まず（イ）の独立の不法行為の要件に関して、各人に、故意過失と責任能力が必要である。そして、「各人の行為と損害の発生との間に因果関係があることが必要である⁽¹⁶⁾」。問題となるのは、「各人の行為と損害の発生との因果関係については、各人の行為と直接の加害行為との間に因果関係がありそこに共同性が認められれば、共同の行為という中間項を通すことによって損害の発生との間に因果関係があるといつてよい⁽¹⁷⁾」という点である。ここに新たな共同行為の構成が象徴的に示されている。つまり、加藤説では、各人の行為と損害の発生との因果関係（個別的因果関係）の証明責任はないというのである。「各人の行為と直接の加害行為との因果関係がありそこに共同性が認められれば」、個別的「因果関係はあるといつてよい」、つまり個別的因果関係は不要というのである。判例等の客観的共同原因説における共同行為の内容は、まさに加藤説がここでいう「各人の行為と損害の発生との因果関係」つまり実行行為であり、しかも、その実行行為の寄与度の証明を不要とする共同不法行為独自の因果関係であった。それに対して、加藤説は、次にみる関連共同性が共同行為の本質であり、その関連共同性は、縦の関係である「一の権利侵害」との因果関係ではなく横の関係の行為者間の関連共同性として捉えるので、「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⁽¹⁸⁾」として、個別的因果関係は不要となるのである。この点が、加藤説が我妻説の客観的関連共同説を洗練・徹底させたという意味である。共同不法行為においては、行為者間の関連共同性が本質であり、その共同性により個別的因果関係の要否が規制されるのである。現代的協同不法行為の総合的関連共同説は、加藤説の関連共同性の内容を明確にし、それと因果関係の要否の規制を明確にしたものといえよう。加藤説の特徴である「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⁽¹⁹⁾」とする共同性による個別的因果関係不要の理論は、前述の【15】北津軽水論事件に適用されるという。「騒擾行為の行為の場合に、闘争手段に訴えても目的を達すべき旨の決議に参加した者も、それに基づいて現場で殺傷をした者と共同不法行為になるとしている。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と見ることができ、是認できる。⁽²⁰⁾」としている。

次に、（ロ）の関連共同であるが、加藤説は、我妻説と同じように、「この点に、共同不法行為の

(16) 加藤・不法行為207頁。

(17) 加藤・不法行為207頁。

(18) 加藤・不法行為207頁。

(19) 加藤・不法行為207頁。

(20) 加藤・不法行為208頁注（2）。

特質があるのであって、共同不法行為の中心問題となる⁽²¹⁾」とする。そして、加藤説は、関連共同性論に関して、一般的な論点に答える。「この関連共同には、行為者の共謀はもとより、共同の認識も必要なく、その行為が客観的に関連共同していればよいというのが、判例・通説である。沿革的にも、ポアソナード民法で共謀が要求されていたのが(旧民法財産篇378条)、削られて、共謀の有無を問わず、客観的に一個の不法行為があればよいことになったし、被害者の救済を厚くするというのが本条の立法趣旨でもあるから、不法行為者の主観的共同関係の有無を問わずに、客観的共同関係があれば足りると解すべきである⁽²²⁾」。この説明を表面的に解すると、これまでの、起草者、判例、鳩山説の客観的共同原因説を支持しているのように見えるが、次の叙述で全く似て非なる見解を提示する。「もっとも、客観的共同関係といっても、客観的に一個の共同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⁽²³⁾」。この叙述に加藤説の特徴が明示されている。共同行為を、起草者、判例、鳩山説は、同一の損害、一個の結果に対する客観的な共同の原因とし、その本質は「一の権利侵害(損害)」、「一個の結果」であるが、加藤説は、反対に、「客観的に一個の共同行為」とし、一個の内実は「主観的な要素を全く無視することはできず」に示されており、原理的には、主観的関連共同説に近いということができよう。したがって、前述の、「共同の行為という中間項を通すことによって」各自行為と損害の個別的因果関係は不要の主張となり、たまたま数人が行為が競合しても同一の損害、一個の結果に対する実行行為があれば、共同不法行為となるのが、起草者、判例の共同不法行為理論の象徴であったのが、前述のように加藤説は、「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」とするのである。この点が、加藤説が我妻説の客観的関連共同説をより洗練・徹底しているということの内容である。この加藤説の関連共同性が因果関係の要否の規制に関しては前述したところである。そして、加藤説の見解と判例との違いは、次の2つの問題に現れることになる。

1つの問題は、A会社とB会社とが川に放流した薬品が相合し、または化合して、農作物や魚類

(21) 加藤・不法行為207頁。

(22) 加藤・不法行為208頁。

(23) 加藤・不法行為208頁。横田・前出第二章注(4) 885頁以下は、加害者間に意思の連絡ある場合と、意思の連絡なき場合を区別し、前者の場合には、加害者間に共同の関係を生ずるのは疑いなしとし、後者の場合であっても、「各自合同シテ不法行為ヲ為シ且ツ各自ノ行為カ相共ニ同一ノ結果ヲ発生スルノ必要条件ヲ構成スルトキハ」共同不法行為となるが、それ自体において独立した格別の行為によって加えた損害は各独立の不法行為が成立するにすぎず加害者間に共同不法行為責任は成立しないとする。例えば「甲深夜強盗ヲ為スノ目的ヲ以テ乙ニ対シテ正面ヨリ発砲シタルニ偶々丙モ又強盗ヲ為スノ目的ヲ以テ背部ヨリ乙ニ発砲シ乙ヲ死ニ致シタル」場合には、「甲乙ハ各自ニ不法行為者トシテ其責ニ任シ共同不法行為者トシ連帯責任ヲ負担スルコトナシ」と結論し、その理由を「此場合ニ於テハ両者間ニ行為ノ共同存セサル」点に求めているのである。被害が同一でも、加害行為が偶然の場合には共同行為として認めていないのである。

に被害を与えた場合である。当然、実行行為があるわけであるから、もっとも典型的な共同不法行為の成立となり、判例は「況や論を俟たず原則」を適用することになる（【16】大判昭和10年12月20日）。これに対して、一個の共同行為を必要とする加藤説としては、認められないことになるが、直接は言わないで、「もっとも、そのような事情による損害の発生を知りまたは知りうべきであったことが必要なことは、過失責任の原則および相当因果関係の理論からして当然であるが、それを前提として上で、共同不法行為の成立を認めてよい。⁽²⁴⁾」とする。その事実の証明責任は被害者にあるので、証明は困難であるので、共同不法行為は成立は困難となろう。

他の一つの問題は、騒擾事件において、殺傷等の実行行為者がいて、非実行行為者に共同不法行為責任を認めることができるか、である。この論点に関して、判例の客観的共同原因説は、共同行為論を共同原因として縦の関係として捉え、因果関係論の問題とし、【7】大判大正13年7月24日は、事実的因果関係説により意思の自由侵害（非実行行為者による）と身体傷害（実行行為者による）とは同一の権利侵害でないとして因果関係を否定したが、【15】北津軽水論事件（大判昭和9年10月15日）は、相当因果関係説により、決議（非実行行為）と殺傷との相当因果関係を認め共同不法行為を成立させた。これに対して、加藤説は、この論点を「どの程度の共同性があれば、客観的共同関係があるといえるだろうか。⁽²⁵⁾」として、横の関係としての「関連共同性」の論点として、構成し直すのである。そして、「騒擾の場合には、個々の不法行為に主観的共同がなくても、全体が一個の行為として客観的共同関係があることが多いであろう。二つの判決の相違は、共同性の強弱によるようであるが、前の事件においても、はたして傷害が騒擾といちおう切りはなされた別個の行為と見られるかは、やや疑問である⁽²⁶⁾」とするのである。ただし、加藤説は、この「共同性の強弱」に主観的関連共同性は含めない。川島説が、【15】北津軽水論事件に関して、決議と現場の殺傷者との間の縦の因果関係と現場出勤者間の横の因果関係を区別し、前者は客観的な因果関係でよいが、後者は、他人の行為と共同する認識が必要だとして、単純な客観的共同説に疑問を呈したのに対して、「客観的共同というのは、それが合して全体として一個の行為とみられるということで十分であり、あとは故意過失ないしは因果関係の問題として責任を免れることがあるということである⁽²⁷⁾」とする。これは、関連共同と因果関係が別の要件であるということも明示しているのであるが、関連共同が全体として一個の行為とみられるのであれば、主観的関連共同があればより一個の行為となるので、理論的に、加藤説の関連共同には主観的関連共同性が包含されることになる。そして、関連共同の共同性の強弱によって、事実的因果関係の要否を規制する理論を構

(24) 加藤・不法行為208頁。

(25) 加藤・不法行為208頁。

(26) 加藤・不法行為209頁。

(27) 加藤・不法行為210頁注(6)。

成したのが、平井説と淡路説の総合的関連共同説ということになる。

たしかに、判例の客観的共同原因説によると、騒擾事件において、その理論的限界が露呈することになる。客観的共同原因説の要件事実は因果関係であるので、騒擾事件において、その因果関係の判断を、【7】大判大正13年7月24日のように、事実的因果関係説によると、実行行為者がいるので、非実行行為者に因果関係を認めることは出来ないで共同不法行為は成立しないことになる。しかし、【15】北津軽水論事件のように、相当因果関係説が確立することによって、非実行行為者の加害行為も騒擾状況を特別事情とすることによってその予見可能性によって相当因果関係が認められることが可能となる。加藤説は、縦の関係である因果関係論でなく、横の関係である「関連共同性」により理論的に克服したことになる。

第2に、加害者不明型（719条①後段）である。共同行為者中、例えば、数人の者と押し合っているうちに誰かからナイフで傷つけられた場合に、誰が加害者か知ることができないときには、共同行為者は、連帯して責任を負う。注意すべきは、共同行為者であるが、共同不法行為（狭義）は、共同行為者の間に、その加害行為についての客観的共同関係がある場合であるので、加害者不明の場合の共同行為者とは、「直接の加害行為についてではなく、その前提となる集団行為について客観的共同関係がある場合のことになる⁽²⁸⁾」とする。そして、この趣旨は、「加害者の挙証が困難で被害者が賠償を取ることができなくなるのを防ぐために、政策的に責任者の範囲を拡張したものといえよう。そのような例外的な規定であるから、その適用には慎重を要する⁽²⁹⁾」とする。本規定を、客観的共同原因説のように因果関係の証明が困難なための因果関係の看做し規定とするのではなく、「前提となる集団行為」という行為者間の関連共同性故に「政策的に責任者の範囲を拡張した」規定とする。このように本規定の捉えることによって、加害者でないことを挙証した場合、免責できるかの問題に関して、「被害者を厚く保護し共同行為を戒める趣旨から、免責を認めない見解が有力である（鳩山・939頁、我妻・196頁）、共同行為者といっても、加害行為自体についての共同性がない場合であるから、免責を認めるのが適当である（末弘・1101頁）⁽³⁰⁾」。共同行為の本質を横の関係の行為者間の関連共同性で捉える客観的関連共同説の当然の結論である。この論点に関しては、前述したように我妻説は免責を認めない見解であったが、加藤説が、共同性がない場合として免責を認める見解であることは、我妻説の客観的関連共同説をより洗練・徹底させたことの一つであるといえよう。

第3に、教唆・幫助型（719条②）であるが、教唆者と幫助者は、共同行為者と看做されて、直接の不法行為者と連帯で責任を負うことである。その趣旨はどう捉えられているか。「いずれも、

(28) 加藤・不法行為211頁。

(29) 加藤・不法行為211頁。

(30) 加藤・不法行為211頁。

不法行為自体とただちに客観的共同関係に立つとはいえないが、その責任を重くするために共同行為者とみなしているのである⁽³¹⁾とする。本規定により責任が認められているということである。本規定を共同不法行為(狭義)との関係では創設規定として捉えていることになる。

第五節 戦後前期の判決例

戦後、判例は客観的共同原因説と相当因果関係説を踏襲するが、学説は、1960年代後半から、相当因果関係説に対する理論的批判が強まり、因果関係論と共同不法行為論は新たな学説が展開されることになる。新たな学説の展開の契機となった1968年の【19】山王川事件までの戦後の客観的共同原因説の判例を確認することにする。

【18】最判昭和32年3月26日(民集11巻3号543頁)

(1) 事案の概要

X組合(原告・被控訴人・被上告人)は、Y(被告・控訴人・上告人)に対し、Yが、Yの使用人A及びX組合の馬車引Bを教唆して、X組合所有のY村に所在する木材集荷場から杉丸太を盗み出させ、Y経営の工場で製材してX組合に損害を被らせたとして、不法行為に基づき、損害賠償を請求した。

(2) 原審の判断

「Yはこの杉丸太がX組合の所有であり前記根布谷喜一等において何等の権限もないのにこれを処分するものであることを知りながら右川上広治がこれを買受けんとするのを承認し代金の支払をなさしめまた前記工場の係員に命じて製材し他へ処分させたものであることを推認することが出来る。」又、「Yは本件杉丸太がX組合の所有であり前記根布谷喜一等において何等これを処分するものであることを知りながら右川上広治の買受を承認してこれを買受けさせ自己の経営する前掲の製材工場で製材させ処分した点に於て窃盗の本犯である根布谷喜一等贓物故買犯である川上広治と共にX組合の本件杉丸太に対する占有を侵害しその回収を困難又は不能ならしめたものでありこれは権利侵害の共同原因たる行為をなしたものであるから民法第719条に所謂共同不法行為者としてこれによつて被控訴組合に生じた損害を賠償する義務があるものといわねばならない。」と判示して、Yの請求を排斥した。

(3) Yの上告理由

この原審の判断に対して、Yは、上告理由として、「本件に於て共同不法行為たる責任を負わせたが上告人に共同不法行為たる意思連絡のありや否やの点に付証拠により確定しなければならない。

(31) 加藤・不法行為211頁。

然るに原判決は之の点を看過して居る。」と主張した。

(4) 上告審の判断

このYの上告論旨に対して、上告審は次のように判断した。

「所論は、上告人に共同不法行為の責任を認めるためには、上告人と他の不法行為者間に意思の連絡があつたかどうかを証拠によつて確定しなければならないのに、原判決はこの点を看過した違法があると主張する。しかし民法719条1項前段の共同の不法行為が成立するためには、不法行為者間に意思の共通(共謀)もしくは『共同の認識』を要せず、単に客観的に権利侵害が共同になされるを以て足りると解すべきであるから、原審が特に所論のような『意思連絡』の有無を確定しなかつたからといつて、なんら違法はない。(共同不法行為者各自に主観的要件たる故意、過失の具われることを要することはいうまでもないが、論旨が単に故意の判定を非難する趣旨としても、記録に存する資料について検討してみると、原審が上告人にも、権利侵害の故意ありしものと判定したのは相当であつて所論の違法はない。)」

(5) 本判決の意義

本判決の意義は、戦後も、共同不法行為の共同行為論に関して、客観的共同原因説をとることを明示した点にある。共同不法行為は、共謀・意思連絡を要件事実とする(主観的関連共同説)か、すなわち「不法行為者間に共同不法行為たる意思連絡のありや否やの点に付証拠により確定しなければならない」かに関して、「民法719条1項前段の共同の不法行為が成立するためには、不法行為者間に意思の共通(共謀)もしくは「共同の認識」を要せず、単に客観的に権利侵害が共同になされるを以て足りると解すべきである」と、客観的共同原因説を維持したのである。

第六節 小括

判例において、客観的共同原因説の要件事実となる因果関係に相当因果関係説：416条がとられ、実行行為と共の非実行行為の因果関係の判断に416条①の通常損害もしくは416条②の特別損害を基準とすることにより、客観的共同原因説の理論限界が克服され、理論的にも適用上も妥当性と合理性をもつことになる。他方、学説は、客観的関連共同説が我妻説により理論構成され加藤説により通説的地位に立つことになる。学説上では鳩山説により理論に完成された客観的共同原因説は判例上は揺るぎないものであるが、学説上は理論的に相対的に影響力が弱まることになる。

第五章 共同不法行為と相当因果関係説の展開

第一節 序

共同不法行為理論の本質論である共同行為論において、起草者は、立法的政策判断により、行為者間の横の関係である関連共同性を本質とする関連共同説でなく、共同行為を、一個の結果に対する「縦の関係」である権利侵害に対する客観的な共同原因として捉える客観的共同原因説を選択した。判例として確立し、学説でも鳩山説により完成した。そして、客観的共同原因説の内容(要件事実)は、各自の加害行為と一個の結果との相当因果関係として、相当因果関係説が確立した。

客観的共同原因説による共同不法行為は、複数原因の競合の因果関係である。複数原因の重疊的競合、部分的競合の場合、事実的因果関係説からは証明が困難であり、または論理的に因果関係が認められない。そこで、共同不法行為の機能は各自の連帯責任を負う(719条①前段)とする立法により複数原因の寄与度の証明をせずに責任を負うとすることで、部分的・重疊的競合に因果関係を認めることになる。また、判例、学説は、相当因果関係説により、その因果関係を認めることになる。

そこで、本章では、複数原因の因果関係(共同不法行為)の判断に関して、相当因果関係説の多様な場面での判例の展開を考察することにする。客観的共同原因説と相当因果関係説の理論的合理性と適用結果の具体的妥当性が検証されるからである。

第二節において、一般不法行為の因果関係と共同不法行為を考察する。一般不法行為において複数原因の因果関係の判断に、複数原因の因果関係の立法的政策判断である共同不法行為が適用されるかの論点に関して、【19】山王川事件(最判昭和43年4月23日)は、適用されるとした。一般不法行為(709条)と共同不法行為(719条)において複数原因の因果関係論が統一されることになる。

第三節では、複数原因の因果関係の判断において相当因果関係説はどう展開するのかを考察する。一般不法行為の「成立要件の因果関係」に関して、医療過誤の場面で、【20】ルンバール事件(最判昭和50年10月24日)は、相当因果関係の内容を「特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性」と定義したのである。

第四節では、共同不法行為の共同行為としての非実行行為の不作为の因果関係を考察する。この非実行行為の不作为の因果関係の判断に相当因果関係説を適用したのが【21】京阪電鉄置石事件(最判昭和62年1月22日)である。

第五節において、競合的不法行為と共同不法行為を考察する。交通事故と医療過誤の【22】順次競合事件(最判平成13年3月13日)において、競合的不法行為に共同不法行為が適用され、共同不法行為の本質は、各自の加害行為が「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」として定義され、共同行為論に関する客観的共同原因説と因果関係論における相当因果関

係説が堅持されることになる。

最後に、第六節において、纏められる。

第二節 一般不法行為の因果関係と共同不法行為

1 総説

一般不法行為(709条)において複数原因の因果関係を判断する場合、事実的因果関係説を採用するのか、別の基準を採用するかの論点において、複数原因である共同不法行為(719条①前段)の客観的共同原因説が適用され、複数原因の因果関係に関する判断基準が、一般不法行為と共同不法行為で統一された。それが山王川事件である。本件では、結果への寄与は認められても寄与度の証明がなければ因果関係は認められないか、が問題となっている。

【19】山王川事件(最判昭和43年4月23日民集22巻4号964頁)

複数原因の場合に他方の原因によっても被害が発生したことをもって、自己の原因の因果関係を否定することができるか。本件では、水稲耕作の灌漑用水に工場廃水が流出し水稲耕作に被害が生じたが、都市下水も灌漑用水となっていた場合、因果関係が認められるためには、両者の寄与度の証明が必要か、が論点となる。

2 本件事案の概要

本件は、国Y(被告・控訴人・上告人)が工場廃液を本件河川に流してきた結果、農民Xら(原告・被控訴人・被上告人)の田の稲は殆ど未成熟のまま倒伏し、稲の減収は著しく、普通に成熟したならば当然得ることの出来る利益を失ったとして、Yに対し、709条、国賠法2条に基づいて損害賠償を求めた事案である。

本件は、原審では、違法性が争点となり、本件工場廃水の放出は、少なくとも降雨量の少ない年においては、違法性を帯びるにいたるとして、原告Xが勝訴した。つまり、本件工場廃水は多量の窒素を含み、これが水量の少ない川に排出されるときは、本件川の流水は水稲耕作の窒素許容量をはかるに超える窒素濃度を有することになり、そのために右流水を水稲耕作の灌漑用水として利用するにつき有害かつ不適當になり、違法性を帯びると判断したのである。

しかし、Yは、上告理由で、本件工場廃水だけでなく、都市下水等も窒素を含み、因果関係の判断には複数原因の窒素濃度の寄与度を確定すべきと主張した。そして、上告審は判決の冒頭で、上告論旨に答える。一般不法行為において複数原因の因果関係を判断する場合に、原因レベルでは、複数原因である共同不法行為の客観的共同原因説が適用され、複数原因の因果関係の判断に関して共同不法行為で統一したのである。本件を複数原因の場合の因果関係の判断の観点からに検討する。

3 原審の判断

「昭和33年5月から9月頃まで平年に比して降雨量が非常に少く日照が多く旱害が生じたこと、しかし、山王川の水が涸れて本件工場廃水がなければ被控訴人らが山王川から灌漑用水を得ることができなかつた状態ではなく、自然の湧水も流入し、水がとだえたことがないこと、同年の旱害対策として多くの井戸が掘られたが、山王川の流域においてはその数が極めて少ないこと（昭和39年4月19日付控訴人提出の証拠申出書添付の地図参照）が認められるから、本件工場廃水がなければ山王川から灌漑用水をとることができなかつたということはない」。

「したがって、昭和33年における稲作は早魃や台風があつたけれども、本件工場廃水の流入がなければ、本件のような被害が生じなかつたのであり、その直接の原因は同廃水によると認められる」。

4 上告理由

工場廃水に因果関係を認めた原審に対して、上告理由は条件関係により因果関係を判断する事実的因果関係説を前提に組み立て、その因果関係を否定する。複数原因の重疊的競合の場合に事実的因果関係説が破綻する論理である。複数原因の競合には、本上告論旨で想定されている①各原因が結果に十分の場合の「重疊的競合」以外に、②各原因の部分だけでは結果に十分ではないが各原因を合わせたものが結果に十分の場合の「部分的競合」、③いずれかが原因であるがどれか原因か不明の場合の「択一的競合」、④どのみち他の原因でも結果が生じた場合の「仮定的競合」、⑤一原因で結果発生の過程で他の原因で結果が発生した場合の「因果関係の中断」が考えられている。複数原因の各原因が結果に十分な重疊的競合の場合は、事実的因果関係説即ち加害行為がなければ被害は生じなかつたであろう（条件関係）場合に因果関係が認められるとする見解からすれば、加害行為なくても被害が生じたことになるので、因果関係は認められないことになる。

(1) Yは、まず、灌漑の水源地に目をつけ、水源地が枯渇すれば、灌漑用水が枯渇し、工場廃水がなくても農民は被害を生じたことになるので、Yの加害行為に因果関係はない、と主張する。

本件被害田と29町余は、「徳川時代から柏原池を水源地とする山王川の流水によつて灌漑用水を確保しているのである。したがって異常早魃によつて水源地たる柏原池が涸渇するにおいては特別の事情が存しない限り、本件被害田は灌漑用水を確保しえないことになり、その結果は平年作の収穫等は望むべくもない被害を蒙るに至るであろうことは明らかである。ところで昭和33年に早魃があつたことは原判決の認めるところである。従つて柏原池の涸渇を推測させる一応の条件は整つていくことになる。もし柏原池が涸渇し当時山王川の流水をなす主体が本件工場の廃水と石岡市の都市下水等であり、Y等がこれを取入れて灌漑に用いたのが当時の実情であつたとするならば、Xにその結果の損害について賠償の義務はないことになる。けだし山王川に自然流水のない場合においてYがわざわざ灌漑に適する水をY等に供給しなければならぬ義務はないからである。かくして、柏原池が涸渇したか否か、涸渇はしたが特別の事情によつてY等が灌漑用水を確保しえたか否かと

ということが、本件における重要な争点の一であつたのである」。

(2) そして、次に、都市下水に目をつけるのである。Yの工場廃水がなくても都市下水で被害が生じたであろうから、因果関係はないと主張するのである。

「石岡市大小路町下水は7・7ミリグラム毎リットル、同守横町下水は91ミリグラム毎リットル、富田町下水は7・7ミリグラム毎リットルである。これらの窒素量が本件工場より上流から流下してくる都市下水の窒素量に加わるのであるから本件被害田付近の山王川の流水に含まれている窒素量が、本件工場廃水からのものを除いてもなお尠大な数字に上るであろうことは明白である。従つて、前記1反当りの通常の施肥量は1貫900匁(5・3ミリグラム毎リットル)であり、最大許容量は2貫420匁(6・7ミリグラム毎リットル)であるという原判決の認定によると、都市下水自体も灌漑用水としては不適當であり本件被害田にとっては有害なのである。前記山王川には湧水も流入していた旨の判示によると、原判決は都市下水の全窒素量は右湧水によつて稀釈されて灌漑用水として利用可能になり、本件被害田に悪影響を及ぼしたのは、独り本件工場廃水のみであるとでも考えているのかも知れない。しかし右事実を首肯せしむるに足る何らの理由も示されていない。すなわち、原判決には昭和33年の早魃時における都市下水を含めた山王川の流水の全窒素量については何らの判断をも示されていないのである。若し、右流水の全窒素量が本件工場廃水からのものを除いてなお前記許容量以上であるならば、本件工場廃水の有無にかかわらず被上告人ら主張の損害は発生していたことになり、本件工場廃水がその損害の原因であるとは必ずしもいえないことになるのである。この点においても原判決は、理由不備の違法があるものというべきである」。

この上告論旨に対して答えたのが、上告審の冒頭の判断である。事實的因果關係説を前提とし、工場廃水と水源地の枯渇ないし都市下水を複数原因の重疊的競合の場合とすると、工場廃水の因果關係が否定されることになる。そこで、最高裁は、判例のとり客觀的共同原因説による共同不法行為(719条①前段)は、原因のレベルでみると、複数原因の重疊的競合に関する因果關係の立法的政策判断を示すものであると、民法秩序の中に確認するのである。共同不法行為つまり複数原因の因果關係は寄与度を証明する必要がなく、その証明責任はなく、各自の連帶責任により重疊的競合に因果關係を認めているのである。共同不法行為者各自は即ち複数原因者は連帶責任を負うからである。このように客觀的共同原因説による複数原因の重疊的競合の因果關係を認める共同不法行為を、一般不法行為の複数原因の因果關係の判断にも、次のように適用するのである。

4 上告審の判断

「①共同行為者各自の行為が客觀的に関連し共同して違法に損害を加えた場合において、②各自の行為がそれぞれ独立に不法行為の要件を備えるときは、③各自が右違法な加害行為と相当因果關係にある損害についてその賠償の責に任ずべきであり、④この理は、⑤本件のごとき流水汚染により惹起された損害の賠償についても、⑥同様であると解するのが相当である。⑦これを本件につい

ていえば、原判示の本件工場廃水を山王川に放出した上告人は、右廃水放出により惹起された損害のうち、右廃水放出と相当因果関係の範囲内にある全損害について、その賠償の責に任ずべきである。ところで、原審の確定するところによれば、⑧山王川には自然の湧水も流入し水がとだえたこととはなく、昭和33年の早害対策として多くの井戸が掘られたが、山王川の流域においてはその数が極めて少ないことが認められるから、上告人の放出した本件工場廃水がなくても山王川から灌漑用水をとることができなかつたわけではないというのであり、また、⑨山王川の流水が本件廃水のみならず所論の都市下水等によつても汚染されていたことは推測されるが、原判示の曝気槽設備のなかつた昭和33年までは、山王川の流水により稀釈される直前の本件工場廃水は、右流水の約15倍の全窒素を含有していたと推測され、山王川の流水は右廃水のために水稲耕作の最大許容量をはるかに超過する窒素濃度を帯びていたというのである。そして、原審は、右の事実および原審認定の本件における事実関係のもとにおいては、⑩本件工場廃水の山王川への放出がなければ、原判示の減収（損害）は発生しなかつた筈であり、右減収の直接の原因は本件廃水の放出にあるとして、右廃水放出と損害発生との間に相当因果関係が存する旨判断しているのであつて、原審の挙示する証拠によれば、原審の右認定および判断は、これを是認することができる。所論は、ひつきよう、原審の前記認定を非難し、右認定にそわない事実を前提として原判決を非難するに帰し、採用することができない（①～⑩、筆者）。

5 本判決の論理

(1) 複数原因の重疊的競合に関する一般論

複数原因の重疊的競合における因果関係をどう判断するか。事実的因果関係説を前提とし、工場廃水と都市下水を複数原因の重疊的競合の場合とすると、工場廃水の因果関係が否定されることになる。そこで、最高裁は、複数原因の重疊的競合に関する因果関係の立法的政策判断を示すものが共同不法行為（719条①前段）であるとする。その共同不法行為は、共同行為を、「横の関係」である行為者間の共謀等の主観的関連共同性で捉える主観的関連共同説ではなく、結果との「縦の関係」である複数原因の一個の結果（権利侵害）との因果関係とし、「其行為ノ結果ハーツノ権利侵害」即ち権利侵害に対する客観的な共同の原因を成すものと捉える客観的共同原因説によるものである。

客観的共同原因説による共同不法行為は、複数原因の重疊的競合における因果関係の寄与度を証明する必要がなく、その証明責任はなく、重疊的競合に因果関係を認めているのである。各自は、複数原因者は連帯責任を負うからである。したがって、冒頭に次のように判示される。

「①共同行為者各自の行為が客観的に関連し共同して違法に損害を加えた場合において、②各自の行為がそれぞれ独立に不法行為の要件を備えるときは、③各自が右違法な加害行為と相当因果関係にある損害についてその賠償の責に任ずべきであり」とするのである。

この判旨の①が共同行為論の判断を示したもので、客観的共同原因説を示したものである。たし

かに「各自の行為が客観的に関連し共同して」の表現をみると客観的関連共同説をとっているようにもみえるが、内容的には、この説をとっているわけではない。なぜなら、客観的関連共同説の特徴は関連共同性の要件が本質的要件と位置づけられ、因果関係要件とは別の要件となる点にあるが、本件では、工場廃水と都市下水との関連共同性に関しては判断されておらず、却って工場廃水と耕作被害・損害との因果関係が争点となっているからである。そもそも複数原因の重疊的競合の因果関係の立法的政策判断の法制度として共同不法行為を捉らえていることから、①の共同行為は客観的共同原因説をとることを前提とするのである。故に、①は客観的共同原因説をとっており、その内容(要件事実)各自の行為と結果との相当因果関係となるのである。つまり、共同不法行為における因果関係は①に示されているのである。したがって、「②各自の行為がそれぞれ独立に不法行為の要件を備えるとき」の中に因果関係があるとすれば、①の因果関係に吸収されることになる。鳩山説における共同不法行為の「因果関係ハ固ヨリ相当因果関係タルヲ以テ足ルガ故ニ①単独ニテ其結果ヲ生ジタルコトヲ要セズ又②他ノ原因ガ単独ニテ其結果ヲ生得ベカリシコトヲ妨ゲザルモノトス⁽¹⁾ (①②、筆者)」に端的に示されている。「②他ノ原因ガ単独ニテ其結果ヲ生得ベカリシコトヲ妨ゲザルモノトス」に、複数原因の重疊的競合の判断が示されているからである。

「④この理は、⑤本件のごとき流水汚染により惹起された損害の賠償についても、⑥同様であると解するのが相当である。」

客観的共同原因説による複数原因の重疊的競合の因果関係を認める共同不法行為を(①)、一般不法行為の複数原因の因果関係の判断にも(⑤)、適用する(⑥)、と判示するのである。

そして「⑦これを本件についていえば、原判示の本件工場廃水を山王川に放出した上告人は、右廃水放出により惹起された損害のうち、右廃水放出と相当因果関係の範囲内にある全損害について、その賠償の責に任ずべきである」と判示する。

(2) 上告論旨に対する判断

上告論旨(1)の水源地に枯渇による灌漑用水の枯渇で工場廃水がなくても損害が生じたので因果関係はないとする主張に対しては、「⑧山王川には自然の湧水も流入し水がとだえたことはなく、昭和33年の旱害対策として多くの井戸が掘られたが、山王川の流域においてはその数が極めて少ないことが認められるから、上告人の放出した本件工場廃水がなくても山王川から灌漑用水をとることができなかつたわけではないというのであり」として、上告論旨の前提事実を否定した。

上告論旨(2)の都市下水でも損害が生じたので工場廃水には因果関係はないという主張に対して、「⑨山王川の流水が本件廃水のみならず所論の都市下水等によつても汚染されていたことは推測されるが、原判示の曝気槽設備のなかつた昭和33年までは、山王川の流水により稀釈される直前

(1) 鳩山・各論936頁。

の本件工場廃水は、右流水の約15倍の全窒素を含有していたと推測され、山王川の流水は右廃水のために水稲耕作の最大許容量をはるかに超過する窒素濃度を帯びていたというのである」と判示して、「都市下水等によっても汚染されていたことは推測されるが」、判断の対象とはしないのである。複数原因の重疊的競合に因果関係を認める共同不法行為を適用するからである。

ただし、共同不法行為の論理により他原因の抗弁は否定されたとしても、一般不法行為であるので、単独・単数原因による損害の発生の証明責任はあるので、次のようになる。「原判示の曝気槽設備のなかった昭和33年までは、山王川の流水により稀釈される直前の本件工場廃水は、右流水の約15倍の全窒素を含有していたと推測され、山王川の流水は右廃水のために水稲耕作の最大許容量をはるかに超過する窒素濃度を帯びていたというのである」。

そして、複数原因の重疊的競合に因果関係を認め得るのは理論的には、相当因果関係説であるので次のように判断するのである。「⑩本件工場廃水の山王川への放出がなければ、原判示の減収(損害)は発生しなかつた筈であり、右減収の直接の原因は本件廃水の放出にあるとして、右廃水放出と損害発生との間に相当因果関係が存する旨判断しているのであつて、原審の挙示する証拠によれば、原審の右認定および判断は、これを是認することができる」。

6 本判決の意義

本判決は、因果関係論に関して法律的な問題点(要件事実論)と事実認定の問題(事実認定論)の二つの問題を判断をしている⁽²⁾。第1の、法律的な問題とは、複数原因の場合に、その原因者の中の一人だけに対して、被害者側が不法行為責任を追及できるか、である。複数原因の重疊的競合における因果関係の判断に関する論点である。上告審判旨の①から⑥までで、⑦が本件への適用である。第2の事実認定の問題とは、Yのアルコール工場の排出した廃水と、この廃水の流入する山王側の流水を灌漑用水として使う農地の受けた稲作被害との間に相当因果関係があるかどうか、である。上告審の判旨の⑧⑨⑩である。第1の法律的な問題の判断に基づいて第2の事実認定がなされることになる。

(1) 最高裁判所民事判例集でみると⁽³⁾、判示事項、「共同行為者の流水汚染により惹起された損害と各行為者の賠償すべき損害の範囲」が法律的な問題点であり、判決要旨「共同行為者各自の行為が客観的に関連し共同して流水を汚染し違法に損害を加えた場合において、各自の行為がそれぞれ独立に不法行為の要件を備えるときは、各自が、右違法な加害行為と相当因果関係にある全損害について、その賠償の責に任ずべきである。」が判断である。

法律的な問題は、「共同行為者の流水汚染により惹起された損害」は複数原因による損害であり、

(2) S. H. E.・時の法令646号56頁・工場廃水による稲作被害に対し損害賠償の請求を認容－公害裁判の一例。

(3) 最高裁判所民事判例集22巻4号964頁。

「賠償すべき損害の範囲」は因果関係の問題であるので、複数原因と損害の因果関係の問題ということになる。つまり、複数原因の因果関係の判断基準は共同不法行為だということである⁽⁴⁾。

それでは、なぜ、複数原因の因果関係の問題が論点になったか。Yが一般不法行為の因果関係論を前提に、複数原因の場合には他の原因でも結果が発生する場合には因果関係がないと上告理由で主張したからである。因果関係を事実的因果関係説で判断すると、加害行為がなければ被害は生じない場合に因果関係が認められるので、逆に他の加害行為で被害が生じたならば因果関係は認められない論理になる。そこで、Yは、自らの流水汚染だけでなく、水源地が枯渇した場合、あるいは他の都市下水でも農地の被害は生じたことになり、自己の工場廃水には因果関係がないと主張したのである。複数原因の場合に事実的因果関係説を適用する場合の理論的限界をYはついてきたことになる。そこで、その解釈論に答える必要があったのである。そして、この論点に関して、判旨①から⑥の判断を示したのである。

「①共同行為者各自の行為が客観的に関連し共同して違法に損害を加えた場合において、②各自の行為がそれぞれ独立に不法行為の要件を備えるときは、③各自が右違法な加害行為と相当因果関係にある損害についてその賠償の責に任ずべきであり、④この理は、⑤本件のごとき流水汚染により惹起された損害の賠償についても、⑥同様であると解するのが相当である。」

本判旨の①は共同不法行為(719条)の客観的共同原因説であり、④この①の理を、⑤本件(709条、国賠法2条の単独不法行為訴訟)のごとき流水汚染(工場廃水と都市下水等の複数原因)の因果関係の判断においても、「⑥同様であると解するのが相当である」というのである。

本件訴訟の請求原因(709条、国賠法2条)の因果関係の判断において、工場廃水と都市下水との重疊的競合の因果関係の判断をどうするか論点に関して、複数原因の競合に関して立法的政策判断を示したものである客観的共同原因説による共同不法行為(719条①前段)を基準とすることを判断したことになる。

つまり、本判決の第1の意義は、一般不法行為の複数原因の重疊的競合における因果関係の判断基準に関して共同不法行為の客観的共同原因説を適用すると判断したことである⁽⁵⁾。

(2) それでは、共同不法行為を客観的共同原因説による複数原因の競合の因果関係の判断に関

(4) 学説は、本件は共同不法行為の問題であるとするには批判的である。川井健・別冊ジュリスト43号49頁、森島昭夫・ジュリスト増刊(民法の判例〔第二版〕)186頁、川井健・別冊ジュリスト126号〔公害・環境法判例百選〕49頁、藤村和夫・別冊ジュリスト171号〔環境法判例百選〕42頁。また、新美育文・民法の基本判例(別冊法学教室、有斐閣、61年)179頁は「複数原因者による公害に対する民法719条の適用問題について、何ら実質的な解答を与えていない」とする。

(5) 栗山忍・最高裁判所判例解説民事篇昭和43年度号469頁は「複数の加害者により違法な侵害が加えられて場合には、各加害者の損害発生に寄与した割合に応ずる按分責任を認めるべきであるとする見解(前記アメリカの判例により代表される見解)を採用しないことを明らかにし、恐らくは、共同不法行為について示された我国の判例通説の見解を踏襲したものと思われる」。ただし重疊的競合に限るようである。最高裁新判例紹介(昭43・2～5)民事事件(法律時報40巻9号117頁)も同旨。

する立法的政策判断を示した制度であるとする理解は一般的であったのか。その理解の一般性を示すのが、【16】大判昭和10年12月20日である。本事件は「{A} 況ンヤ {B} 論ヲ俟タス」の原理を適用した事件である。本事件で論点は不法占拠と不法賃貸の複数原因の競合による建物所有権侵害で不法賃貸が共同不法行為となるか、であるが、この論点を {B} として、共同不法行為となる論拠として {A} に客観的共同原因説 (①④⑤)、その例として複数原因の部分的競合 (②) と重疊的競合 (③) をもってくるのである。

「①同不法行為ハ行為者間ニ何等ノ意思共通アルヲ要セス②甲乙各製造所ヨリ流出スル毒物カ相合シテ始メテ下流ニ於ケル人畜ヲ害スル丈ケノ毒力ヲ出シタル場合又ハ③各製造所ヨリ流出スルモノノミニテモ優ニ被害ノ因ヲ成シタル場合ニ④各製造者ハ相互ノ事情ニ付キ全然関知セサリシトキト雖亦⑤共同不法行為者タルヲ失ハス」。

①は主観的関連共同説の否定であり、②③は複数原因の因果関係の判断であり、④は相互の関連共同性の否定で、⑤共同不法行為が成立するのである。主観的であれ、客観的であれ、原因者間の相互の事情に関知せずとして、関連共同性を必要としない客観的共同原因説を明確にとっている。

学説においても、川名説は、本判旨と同じように説明する。「数人ノ間ニ於テ意思ノ共同ナキ場合ニ於テモ亦共同不法行為トナルヘシ。例ヘハ甲製造場カ有毒ノ色素ヲ川ニ流シ又乙製造場カ同一ノ事ヲ為シテ他人ノ飼養スル (…) ヲ死ニ至ラシメタルカ如キ場合又ハ甲製造場ノ流シタル色素ト乙製造場ノ流シタル色素ト相合スルニ依リテ此処ニ有毒ノ色素ヲ組成シ之ニヨリ他人ニ損害ヲ及ホシタルカ如キ場合 (…) ノ如キ又共同不法行為ト為ルヘキモノナリ⁽⁶⁾」。

したがって、本判決の第2の意義は、共同不法行為は、工場廃水と都市下水等のように複数原因の部分的競合、重疊的競合に適用されることは一般的であることを前提に、一般不法行為の複数原因の競合における因果関係の判断基準として共同不法行為を採用したということである。

(3) さらに、共同行為を客観的共同原因説によると、その内容 (要件事実) は各自の行為と一個の結果との因果関係となるが、他方、共同不法行為の成立要件として独立の不法行為の要件を具備することで、この要件として因果関係も含まれていることから、この二つ因果関係の関係が問題となる。主観的関連共同説では共同行為を行為者間の横の関係である共同の意思 (共謀) として、共同不法行為の本質を共謀に置くので、各自の行為と結果と因果関係 (個別的) は不要である。つまり、共同行為の成立に論理的に個別的因果関係が必要であるわけではない。他方、客観的共同原因説は共同行為を数人の「行為ノ目的ト致シマス所又其結果ハ一ツノ権利侵害」として縦の関係である結果との因果関係において捉えるので「一個の結果」との因果関係が本質となる。そうすると、独立の不法行為の因果関係も共同不法行為の成立要件の因果関係であり、他方、共同不法行為の要

(6) 川名・要論743～744頁。

件である共同行為の意義を客観的共同原因説とすると、その内容として、各自の行為と結果との因果関係であるので、因果関係の判断は一つとなるのである。独立の不法行為要件としての因果関係は原則レベルの要件であるので、共同不法行為の特殊要件である共同行為論の客観的共同原因説の内容である因果関係に吸収されることになる。このような論理を鳩山説は、明確に次のように、述べている。「①各不法行為者ノ権利侵害ト損害トノ間ニ因果関係アルコトヲ要ス。②之レ各不法行為者ノ行為ガ不法行為ノ要件ヲ具フコトヲ要スル当然ノ結果ナリ。③然レドモ因果関係ハ固ヨリ相当因果関係タルヲ以テ足ルガ故ニ④単独ニテ其結果ヲ生ジタルコトヲ要セズ又⑤他ノ原因ガ単独ニテ其結果ヲ生得ベカリシコトヲ妨ゲザルモノトス⁽⁷⁾ (①②③④⑤、筆者)」。④は複数原因の部分的競合、⑤は複数原因の重疊的競合である。複数原因の因果関係は、事実的因果関係説では破綻するので、相当因果関係説によると説明している。

したがって、第3の意義は、「①共同行為者各自の行為が客観的に関連し共同して違法に損害を加えた場合において、②各自の行為がそれぞれ独立に不法行為の要件を備えるときは、③各自が右違法な加害行為と相当因果関係にある損害についてその賠償の責に任ずべきであり」の判旨において、②の因果関係は、①の因果関係の判断に特殊化、吸収されるのである。それ故、判例の客観的共同原因説が、要件事実論レベルで、独立に関連共同性に関する判断がなく、(相当)因果関係の判断が共同不法行為の成否を決めているのである⁽⁸⁾。

第三節 複数原因の因果関係と相当因果関係説

1 総説

複数原因の因果関係の判断基準をどうするか。この問題は、2つの場合に区別される。第1の問題は、複数原因が結果へ寄与は認められるが寄与度が不明の場合にどうするか、第2は、複数原因の何れかが結果に寄与しているかをどのように証明するか、の問題である。第1の問題については、**【19】**山王川事件において、複数原因の寄与度の証明責任を負わない共同不法行為(719条①前段)を採用することで解決したが、第2の問題に関して判断したのがルンバル事件である。

【20】ルンバル事件(最判昭和50年10月24日民集29巻9号1417頁)

本件では、医師が化膿性髄膜炎の治療としてしたルンバルの施術とその後の発作等及びこれに

(7) 鳩山・各論936頁。

(8) 吉村良一・別冊ジュリスト196号〔民法判例百選Ⅱ(第六版)〕193頁が、交通事故と医療事故の順次競合事件で関連共同性と因果関係の関連で、「関連共同性について言及せず、もっぱら発生した損害の一個不可分性から共同不法行為の成立を肯定していること」と疑念を呈しているが、判例の客観的共同原因説では関連共同性ではなく、共同行為を一個の結果との相当因果関係として捉えているからである。指摘は至極当然のことである。客観的共同原因説では関連共同は要件事実でないからである。

つづく病変において、化膿性髄膜炎の再燃とルンバールの複数原因に関わる因果関係が問題となった。本判決では、裁判上の因果関係の立証は、「特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明すること」と判示したが、この「高度の蓋然性」に関して、訴訟法上の事実認定論の証明の程度か⁽⁹⁾、実体法上の証明の対象として要件事実か⁽¹⁰⁾、それとも、いずれも明確に判断していないのか⁽¹¹⁾、評価が分かれるが、この論点が、本事件の本質的な論点である。

2 本件事案の概要

本件は、重篤な化膿性髄膜炎に罹患した3才の幼児X（原告・控訴人・上告人）が、入院治療を受け、その病状が一貫して軽快していた段階において、Y国（被告・被控訴人・被上告人）の経営する病院において、医師が化膿性髄膜炎の対処療法としてルンバール（腰椎穿刺による髄液採取とペニシリンの髄腔内注入）を実施したのち、嘔吐、けいれんの発作等を起こしたが、右発作等が施術後15分ないし20分を経て突然に生じたもので、本件病変につづき右半身けいれん性不全麻痺、知能障害及び運動障害等の病変を生じ、右半身不随等の後遺症が残ったため、Xが損害賠償を請求した事案である。右施術に際しては、もともと血管が脆弱で出血性傾向があり、かつ、泣き叫ぶ右幼児の身体を押えつけ、何度か穿刺をやりなおして右施術終了まで約30分を要し、また、脳の異常部位が左部にあつたと判断され、当時化膿性髄膜炎の再燃するような事情も認められなかった。

本件の因果関係の争点は、本件病変が化膿性髄膜炎の再燃か脳内出血によるか、そして、脳内出血は本件ルンバールによるものか、の二段階に区別できる。また、脳の異常が脳全体にわたる場合には化膿性髄膜炎、異常部位が部分の場合は脳出血である。脳の異常の程度が争点となる。

-
- (9) 川井健=春日偉知郎・判例タイムズ330号82頁、野村好弘・別冊ジュリスト50号130頁。森島昭夫・判例時報813号133頁は、「従来の判決例の流れに特に新しいものを加えたものと評価することはできない」とする。中村恵・民商法雑誌81巻2号133頁、石田稜・法学協会雑誌93巻12号127頁、新美育文・別冊ジュリスト105号167頁、野村好弘・医事法判例百選・1976年128頁以下。最高裁判所民事判例集も「因果関係を否定するのは、経験則に反する。」とする。最高裁判例紹介（昭50・10～11）民事事件）法律時報48巻3号164頁、鈴木俊光・別冊ジュリスト115号243頁、新美育文・別冊ジュリスト137号169頁、中村哲・別冊ジュリスト140号49頁、鈴木俊光・別冊ジュリスト146号255頁、良永和隆・民事研修589号17頁752頁、浅野直人・福岡大学法学論叢21巻1号75頁、池田糸男・法学研究12巻2号126頁、米村滋人・別冊ジュリスト183号155頁、中村哲・別冊ジュリスト140号49頁、伊藤眞・ジュリスト増刊12頁〔判例から学ぶ民事事実認定判例評釈〕証明度（1）：ルンバール事件、笠井正俊・別冊ジュリスト169号135頁。
- (10) 拙稿「不法行為における因果関係に関する一考察」（沖縄法学14号、1986年）67頁以下は、因果関係を証明の対象と程度の観点から考察し、ルンバール事件の「高度の蓋然性」は証明の対象と主張する。ただし、拙稿は、事実的因果関係の内容としている点に理論的な間違いがある。本稿の「成立要件の因果関係」の場面で、相当因果関係説をとり、その相当因果関係の内容として「高度の蓋然性」に訂正する。吉村良一「公害における因果関係の証明」（『立命館法学』第201・（201号、1988年）959頁以下最判昭和23年8月5日刑集2巻9号1123頁は、「蓋然説再構成の一つの方途である」と位置づける。
- (11) 米村滋人「因果関係の立証」（民法判例百選Ⅱ＜第6版＞、2009年）165頁は「本判決は多分に不明確さを残さざるを得ないもの」と位置づけるが、「因果関係の『立証』にいかなる事実の証明が必要であるかは因果関係の実体的概念理解にも依存し、仮に因果関係が実体法上価値評価を含む概念であるならば、『立証』過程で通常的事実認定とは異なる評価的判断によるものとの理解は十分可能であり、その点を踏まえた慎重な検討を要しよう」とする。米村滋人・医事法判例百選・別冊ジュリスト183号154頁。

第一審は、Xの本件発作及びその後の病変と本件ルンバールの因果関係は認めたが医師の過失を否定して原告の請求を棄却したが、原審は、原判決の理由のみで本件発作とその後の病変が本件ルンバールに因るものとは断定し難いとして、Xの本件請求を棄却すべきものとした。Xが上告し、受け入れられ、最高裁は、原判決は、因果関係に関する法則の解釈適用を誤り、経験則違反、理由不備の違法をおかしたとして、原審に差戻した。

3 第一審の因果関係の判断

(1) 本件発作による原告の病変の原因

本件発作によるXの病変の原因は9月17日のルンバールによるショックの為に惹起された脳出血によるものかの争点に関して、次の事実を認定し、脳出血によると判断する。

「第1に、本件発作は原告の病状が入院当初の重篤な化膿性髄膜炎の病状から漸次快方に向い一般状態も軽快していた段階で突然起つたものであること、第2に本件発作後の9月19日に行なわれた髄液検査の結果が発作前よりむしろ良い結果を示していたこと、第3に原告には入院当初より出血性傾向があり、本件発作当時も血管が脆弱でなお出血性傾向が認められたこと、第4に、本件発作が突然のけいれんを併う意識混濁で始まったこと、第5に本件発作の際けいれんが特に右半身に強く現われ、その後右半身不全麻痺が起つたこと、脳波所見によつても脳の異常部位が脳実質の左部にあると判断されること（脳実質左部に病巣がある場合、右半身に異常があらわれる）、第6に、本件発作後少なくとも退院まで主治医の時田医師は原因を脳出血によるものと判断して治療を行なっていたことなどから総合的に判断すれば、本件発作とその後の原告の病変の原因は脳出血によるものと認めるのが相当である」。

(2) 本件発作と福田医師の本件ルンバールとの因果関係について。

そして、本件発作およびその原因たる脳出血が9月17日に医師が行った本件ルンバールのショックによって生じたものであるか、の争点に関して、ルンバールによるものと推定するのである。

「右に認定したように、原告の病状が快方に向いつつあつたところ、福田医師による原告に対する本件ルンバール施行の後わずかに15分から20分位の後に本件発作が起つた（ルンバール施行後15分ないし20分後に始まった原告の嘔吐が本件発作の前駆的症状であることは、前記認定の右嘔吐後の原告の病変の経過並びに（証拠省略）により認められる。この点について（証拠省略）もいまだ右認定を覆えずものではない。）経緯に照らすと、他に本件発作の原因となるべき特段の事情が認められない限り右ルンバールにより本件発作および脳出血が生じたものと推定するのが妥当である。しかして他に本件発作の原因とみるべき特段の事情を認める証拠はない」。

4 原審の因果関係の判断

(1) 本件発作による原告の病変の原因に関して、次のように脳出血によるものと判定しがたいとする。

「原審における鑑定人国分義行の鑑定の結果も脳出血の可能性を認めており、これらはいずれも本件発作とその後の控訴人の病変の原因が脳出血であることを肯定するについての有力な資料となりうるものではあるが、一方、理由第二において認定されているように、本件発作当時、控訴人はいまだケルニツヒ症候が陽性であり、熱も平熱とはいえ、髄液の所見も正常域には達しておらず、絶対安静が指示されていたこと、退院後も後遺症として知能障害、性格障害があること、原審証人福山幸夫の証言、原審における鑑定人糸賀宜三、同長谷川和夫、同市橋保雄の各鑑定の結果は、いずれも本件発作と病変の原因を脳出血と見るよりもむしろ化膿性髄膜炎またはこれに随伴する脳実質の病変の再燃とみられるとしているのであつて、結局、本件訴訟にあらわれた証拠によつては、その原因が脳出血によるか、もしくは化膿性髄膜炎またはこれに随伴する脳実質の病変の再燃のいずれかによるものとは云えても、そのいずれによるかは判定しがたく、控訴人の右主張は肯認しえない」。

(2) そこで、「脳出血」を「脳出血または化膿性髄膜炎もしくはこれに随伴する脳実質の病変の再燃」と訂正し、それとのルンバルとの因果関係は断定しがたいと判断するのである。

特段の事情の認められない「限り、本件発作およびその原因たる脳出血または化膿性髄膜炎もしくはこれに随伴する脳実質の病変の再燃は、本件ルンバルの実施（それ自体、もしくは、これに伴う物理的、化学的な刺激）により生じたものではないかとの疑を強くさせるのであるが、原審証人糸賀宜三の証言、原審鑑定人糸賀宜三、同市橋保雄、同国分義行の各鑑定の結果に照すと、そのように判定してしまうについては、なお躊躇せざるをえず、その他控訴人の前記認定の病状および治療の推移、経過を検討し、本件のその他の各証拠によるも、本件発作および右病変の原因が、本件ルンバルの施行にあることを断定しがたい」。

5 Xの上告理由

(1) 「原判決が本件病変の原因につき、『脳出血によるか、若しくは化膿性髄膜炎またはこれに随伴する脳実質の病変の再燃のいずれかによるものとは云えても、そのいずれによるかは判定し難い。』と判示したのは、採証の法則を誤り、経験則に違背して理由不備の違法があり、この違法は後に述べるように、本件腰椎穿刺と本件発作との因果関係の有無、ひいては被上告人の過失による損害賠償責任の存否の判断に関し、判決に影響を及ぼすこと明らかな法令の違背（民事訴訟法394条、395条6号）であるから、原判決は破棄さるべきものである」。

(2) 「被上告人の東大病院は、我国の医学の最高水準を行く大病院であると云われており、右病院関係者の結集した意見により前記証拠説明書は作成主張されたとみられる。したがって、被上告人は右証拠説明によつて、上告人の脳波に左右差が消滅している事実を積極的に立証しない限り、またその立証が出来なければ、その不利益を受けるべきであり、それを認識した上で前記の証拠説明をしたものと理解される。上告人は、原審において、被上告人が前記脳波検査の所見につき、第

一審と異なるあらたな立証をなさない限り、第一審判決の脳出血の認定が覆えられないものと思料し、その前提に基き過失に争点を置いたのである。ところが、上告人の予期に反し、全く不意打ちとも云うべき病因の変更の認定は、先行自白を無視し、又採証法則にも著るしく違反するものである」。

(3) 「第一審判決及びこれを引用した原判決認定の事実からは、本件発作および病変が福田医師の実施したルンバールにより生じたものであることが極めて高度に推定されるにも拘らず、何ら明確かつ合理的な根拠を示すことなく、右推定を否定した原判決判示は、理由不備の違法を免れず、かつ右違法は判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違背に該当する」。

(4) 「ことに本件のように、第一審判決の事実認定を殆んどそのまま肯定し引用した上で、しかも第一審判決の判断を覆えすような場合には、裁判所としては当然にその疑点を明示して、当事者にその点についての主張、立証を尽させるべきである。しかるにも拘らず、その挙に出ずして、忽然として第一審判決を覆した原判決には、釈明権不行使の違法があり、右違法は上告人に十分な弁論を尽させず、ひいて判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違背があつたものである」。

(5) 「第一点および第三点において述べたように、本件上告人に生じた発作および病変が、福田医師の施行したルンバールによるものであることは明らかである。したがって、これと異なる前提の下に、ルンバール施行上の過失の有無について判断の要のないとした原判決は、判断を脱漏し、理由不備であつて判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違背があるものである」。

6 上告審の判断

(1) 訴訟上の立証の対象となる因果関係の解釈適用の基準を一般論として次のように判示する。

「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑を差し挟まない程度に真实性の確信をもちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである」。

(2) そして、本件についてみるが、まず、第一審と原審の事実認定を纏める。

(3) その「事実を確定しながら、なお、本件訴訟にあらわれた証拠によつては、本件発作とその後の病変の原因が脳出血によるか、又は化膿性髄膜炎もしくはこれに随伴する脳実質の病変の再燃のいずれかによるかは判定し難いとし、また、本件発作とその後の病変の原因が本件ルンバールの実施にあることを断定し難いとして上告人の請求を棄却した。」と原審の結論を判示する。

(4) そして、次のように(1)の見地に基づいて、本件の因果関係に関して「上告人の本件発作及びその後の病変と本件ルンバールとの間に因果関係を肯定するのが相当である」として、相当因果関係説に基づいて、法的因果関係を肯定するのである。事実的因果関係説においては、「因果関係を肯定するのが相当である」という観念はあり得ないからである。

「しかしながら、(1) 原判決挙示の乙第1号証(時田医師執筆のカルテ)、甲第1、第2号証の各1、2(福田医師作成の病歴概要を記載した書翰)及び原審証人時田源一の第2回証言は、上告人の本件発作後少なくとも退院まで、本件発作とその後の病変が脳出血によるものとして治療が行われたとする前記の原審認定事実に符合するものであり、また、鑑定人国分義行は、本件発作が突然のけいれんを伴う意識混濁で始まり、後に失語症、右半身不全麻痺等をきたした臨床症状によると、右発作の原因として脳出血が一番可能性があるとしていること、(2) 脳波研究の専門家である鑑定人長谷川和夫は、結論において断定することを避けながらも、甲第3号証(上告人の脳波記録)につき『これらの脳波所見は脳機能不全と、左側前頭及び側頭を中心とする何らかの病変を想定せしめるものである。即ち鑑定対象である脳波所見によれば、病巣部乃至は異常部位は、脳実質の左部にあると判断される。』としていること、(3) 前記の原審確定の事実、殊に、本件発作は、上告人の病状が一貫して軽快しつつある段階において、本件ルンバール実施後15分ないし20分を経て突然に発生したものであり、他方、化膿性髄膜炎の再燃する蓋然性は通常低いものとされており、当時これが再燃するような特別の事情も認められなかつたこと、以上の事実関係を、因果関係に関する前記一に説示した見地にたつて総合検討すると、他に特段の事情が認められないかぎり、経験則上本件発作とその後の病変の原因は脳出血であり、これが本件ルンバールに因つて発生したものと、結局、上告人の本件発作及びその後の病変と本件ルンバールとの間に因果関係を肯定するのが相当である。

原判決の挙示する証人福山幸夫、同糸賀宜三の各証言鑑定人国分義行、同市橋保雄、同長谷川和夫及び同糸賀宜三の各鑑定結果もこれを仔細に検討すると、右結論の妨げとなるものではない」。

(5) 「したがって、原判決の理由のみで本件発作とその後の病変が本件ルンバールに因るものとは断定し難いとして、上告人の本件請求を棄却すべきものとした原判決は、因果関係に関する法則の解釈適用を誤り、経験則違背、理由不備の違法をおかしたものであると、その違法は結論に影響することが明らかであるから、論旨はこの点で理由があり、原判決は、その余の上告理由についてふれるまでもなく破棄を免れない。そして、担当医師らの過失の有無等につきなお審理する必要があるから、本件を原審に差し戻すこととする」。

7 本判決の意義

第1の意義は、本判決の「特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性」を、訴訟法上の事実認定における証明の程度ではなく、実体法上の証明の対象となる因果関係の要件事実としたことである。「高度の蓋然性」に関しては、殆どが、証明の程度とする見解である⁽¹²⁾。しかし、本判決の合理的解釈としては、次の理由から、証明の対象として捉えるべきである。

(12) 牧山市治・最高裁判所判例解説民事篇昭和50年度477頁は「本判決は、訴訟における法律上の因果関係が科学上の論理必然的な証明ではなく、帰責判断という価値判断を内包する歴史的事実の証明であるとす

第1は、「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明すること」であり「特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり」とする判示は、「あたかも、高度の蓋然性が証明の対象そのものであるかのような言い方をしている⁽¹³⁾」からである。

第2は、Xの前述の上告理由4点は、(1)「採証の法則を誤り、経験則に違背して理由不備の違法」、(2)「先行自白を無視し、又採証法則にも著るしく違反」、(3)「理由不備の違法」、(4)「釈明権不行使の違法」、(5)「判断を脱漏し、理由不備」を主張しており、法律問題である因果関係の解釈については何も主張していない。ところが、上告審は、「原判示の理由のみで本件発作とその後の病変が本件ルンバールに因るものとは断定し難いとして、上告人の本件請求を棄却すべきものとした原判決は、因果関係に関する法則の解釈適用を誤り、経験則違背、理由不備の違法をおかしたものである」と判示し、「因果関係に関する法則の解釈適用を誤り」の理由が入っているのである⁽¹⁴⁾。これは、原審が、因果関係の証明責任で判断を下したときに、事実的因果関係を要件事実として捉えていると理解し、相当因果関係で判断すべきとする趣旨であると考えられる。

第3に、第一審は、証明の対象を自然科学的証明である事実的因果関係を前提とする次のような判断をしている、すなわち「原告の病状が快方に向いつつあつたところ、福田医師による原告に対する本件ルンバール施行の後わずかに15分から20分位の後に本件発作が起つた(ルンバール施行後15分ないし20分後に始まった原告の嘔吐が本件発作の前駆的症状であることは、前記認定の右嘔吐後の原告の病変の経過並びに(証拠省略)により認められる。この点について(証拠省略)もいまだ右認定を覆えすものではない。)経緯に照らすと、他に本件発作の原因となるべき特段の事情が認められない限り右ルンバールにより本件発作および脳出血が生じたものと推定するのが妥当である。しかして他に本件発作の原因とみるべき特段の事情を認める証拠はない」。原審も、事実的因果関係を証明の対象として証明責任で判断した。ところが、上告審は、「特定の事実が特定の結果

る従来からの実務の伝統的な立場を宣明したものというべきであろう」と位置づける。西沢宗英・法学研究(慶應義塾大学法学研究会)49巻11号59頁、新美育文・ジュリスト78号170頁、櫻井節夫・ジュリスト臨時増刊615号65頁。

(13) 賀集晶「損害賠償訴訟における因果関係の証明」(『講座民事訴訟⑤』弘文堂・1983年)205頁。「しかし、これは、因果関係についての証明の程度を問題としたものと理解すべきであり科学におけるとは別物が証明の対象となるものでは決してない。」と批判する。

(14) 木川統一郎、生田美弥子・民事鑑定と上告審の審理範囲 いわゆるルンバール事件を手掛りとして(民事鑑定を考える11)・判例タイムズ878号4頁は、最高裁の「・・・総合検討すると、・・・中略・・・因果関係を肯定するのが相当である」とする判示について、「これは、一件記録によって、因果関係という事実を認定してしまっていると批判されても弁解の余地はあるまい。上告裁判所には事実認定の権限はないのである。」と批判している。しかし、原審の事実的因果関係を「高度の蓋然性」の相当因果関係に因果関係の解釈をした上での事実認定と捉えるのが本稿の見解である。もし、「高度の蓋然性」を証明の程度とする見解の下では批判は妥当である。

発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性」即ち相当因果関係を証明の対象とすることを前提にして、「以上の事実関係を、因果関係に関する前記一に説示した見地になつて総合検討すると、他に特段の事情が認められないかぎり、経験則上本件発作とその後の病変の原因は脳出血であり、これが本件ルンバールに因つて発生したものというべく、結局、上告人の本件発作及びその後の病変と本件ルンバールとの間に因果関係を肯定するのが相当である。」と判示するのである。この上告審の判示には、第一審の判示のように「特段の事情が認められない限り」「…と推定する」ではなく、「因果関係に関する前記一に説示した見地になつて総合検討すると、他に特段の事情が認められないかぎり」、「因果関係を肯定するのが相当である」と判示しているのである。証明の対象は「特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性」だからである。「事実上の推定理論」を使う必要がないのである⁽¹⁵⁾。

そして、第4に、後からの検証であるが、最判平成11年2月25日（民集53巻2号235頁）において、不作為の因果関係に援用されたことである。「右は、医師が注意義務に従つて行うべき診療行為を行わなかった不作為と患者の死亡との間の因果関係の存否の判断においても異なるところはなく、経験則に照らして統計資料その他の医学的知見に関するものを含む全証拠を総合的に検討し、医師の右不作為が患者の当該時点における死亡を招来したこと、換言すると、医師が注意義務を尽くして診療行為を行っていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば、医師の右不作為と患者の死亡との間の因果関係は肯定されるものと解すべきである」。不作為の因果関係は事実認定の問題ではなく、まさに法的因果関係として、その内容としての因果関係を前提にしてしか判断できないからである。不作為に事実的な原因の探求はあり得ないのであり、ただ法的因果関係しかあり得ないのである。その法的因果関係の内容として「高度の蓋然性」が証明の対象とならざるを得ないのである。

それでは、学説が圧倒的に、本判決の「高度の蓋然性」を、証明の程度して捉え、当然の原則をの述べたとする理解が多いのは何故であろうか。それは、因果関係論において相当因果関係説が批判され、事実的因果関係説が有力だからである。事実的因果関係説からは、「高度の蓋然性」を証明の対象つまり因果関係の内容とすることはできない。事実的因果関係説には「高度の蓋然性」という概念はないからである。逆に言えば、「高度の蓋然性」で因果関係を判断するということは事実的因果関係説ではないということである。「因果法則に当てはめて原因・結果的に考えることのできる事象の継起、これが科学的証明の対象たる因果関係であり、訴訟上の証明の対象も同一であ

(15) 川井健=春日偉知郎・判例タイムズ330号84頁は、「事実上の推定はという文言はみられない。しかし、全体の趣旨からみて、本件は、事実上の推定を活用したものと思われる。」と評価する。この評価も「高度の蓋然性」を立証の程度と捉えるからである。立証の対象と捉えると事実上の推定理論は不要である。なぜなら立証の対象が「高度の蓋然性」だからである。池田彗男・法学研究12巻2号128頁は「一応の推定であるとすることは可能である」。

る⁽¹⁶⁾。「訴訟上の証明の対象としての因果関係が科学的証明の対象と同一である以上、判決における理由説示も、『科学ではこうである』というのが最も説得力を持つ⁽¹⁷⁾」。事実的因果関係説は科学主義に根拠をもっているのであり、したがって、本判示が「あたかも、高度の蓋然性が証明の対象そのものであるかのような言い方をしている。しかし、これは、因果関係についての証明の程度を問題としてたものと理解すべきであり科学におけるとは別物が証明の対象となるものでは決してない⁽¹⁸⁾」と宣言することになるのである。因果関係論において事実的因果関係説をとると、本件の「高度の蓋然性」は証明の程度とすることにならざるを得ないのである。

他方、相当因果関係説からは、「高度の蓋然性」は、相当因果関係の内容を構成するものということができる。事実的因果関係説は、因果関係の判断を「あれなければこれなし」の条件関係で判断する自然科学的な事実判断である。これに対し、相当因果関係説は、因果関係の判断を、416条①の「通常生ずべき損害（結果）」であり、それは、「事物の通常の経過により生ずる損害」である。この結果発生の通常性は、基本的には事実レベルの判断であるが、社会通念を媒介とした結果発生の通常性の判断である⁽¹⁹⁾。この相当因果関係説は、成立要件の因果関係、賠償範囲の因果関係の両面で判断基準となるが、その機能は、異なる。成立要件の因果関係判断で機能する相当因果関係説は、事実的因果関係の認められない場合に因果関係を認定するという因果関係認定の拡大機能をもつ。他方、賠償範囲の因果関係は、事実的因果関係は認められるが、通常性がないという形で、賠償範囲を制限する機能をもつ。つまり、相当因果関係説は、成立要件の因果関係では因果関係認定の拡大機能、賠償範囲の因果関係では賠償範囲制限機能をもつのである。相当因果関係説は多面的に機能するが、これまでの、416条による結果発生の通常性を通常の事情によるものと、特別事情によるものと区別し、後者の場合には特別事情の予見可能性を判断要素としていた。それを、統一的に、原因・結果の因果性（可能性から確実性）のレベルで再定義し、事実的因果関係説と同じレベルで再定義したともいえる。つまり、「高度の蓋然性」は相当因果関係説における因果関係の内容を示していることになる。したがって、「高度の蓋然性」は証明の対象を意味することになるのである。

(16) 賀集・前出注(13) 202頁。

(17) 賀集・前出注(13) 202頁。

(18) 賀集・前出注(13) 205頁。

(19) 於保・前出第三章注(53) 135頁参照。

第四節 非実行行為の不作为と共同不法行為

1 総説

共同不法行為（719条①前段）の共同行為は、客観的共同原因説によると、各自の行為と一個の結果との因果関係として捉えられる。共同不法行為の要件である独立に不法行為行為の要件を具備することの一要件としての因果関係は客観的共同原因説の内容（要件事実）としての因果関係に吸収される。その共同不法行為の因果関係論において事実的因果関係説をとると各自の行為は実行行為に限定されるが、相当因果関係説により、実行行為でない非実行行為も加害行為として因果関係の起点することができるようになる。この非実行行為（加害行為）は作為に限るか、不作为の場合かどうか、が問題となる。したがって、不作为は不作为不法行為（709条）と719条の共同不法行為の共同行為としての非実行行為（加害行為）の不作为として問題となる。不作为不法行為では、不作为の因果関係、過失、違法性との関連が問題となっている。共同不法行為において、不作为の因果関係の問題は、共同行為論の問題となる。つまり、客観的共同原因説をとると共同行為としての加害行為の不作为の因果関係の問題となるが、主観的関連共同説をとると因果関係は問題にならないのである。本事件の奥には、この共同不法行為論が隠れているのである⁽²⁰⁾。

【21】京阪電鉄置石事件（最判昭和62年1月22日 民集41巻1号17頁）

本事件では、いたずら仲間の置石の実行行為による列車脱線事故現場において、事前に、その仲間との話し合いに加わりながら、自らは置石の実行行為をしなかったY（中学生）の不法行為責任ないし共同不法行為責任の成否が問題となる。本判決を位置づけについては、不作为不法行為として捉え、因果関係論、過失論、違法性論⁽²¹⁾のどちらか、それとも共同不法行為の成否の問題とするかである。本稿は、客観的共同原因説の立場から共同不法行為における共同行為の要件事実としての非実行行為の不作为の因果関係の判断として、本判決を読み込むことにする。

2 本件事案の概要と論点

本件は、中学生グループの5名のいたずらにより電車軌道のレール上に置石がされ、これにより電車が脱線転覆し、民家建物を損壊するとともに乗客104名が負傷した事故において、直接、置石をした実行行為者グループは、共同不法行為の責任を認めた示談が成立したが、同グループにいた

(20) 篠原勝美・最高裁判所判例解説民事篇昭和62年度28頁は、第一審が、主観的関連共同説による共同不法行為を認めているのに対して、本判決が不作不法行為で問責している理由として、「おそらく、共同不法行為論が混迷を極めていく現状にあること、民法719条1項前段の共同不法行為が成立するためには、各自の行為がそれぞれ独立して不法行為の要件を備えることを要するというのが判例の立場であること（最三小昭43・4・23民集22巻4号964頁）、XとDら4名との間では既に示談が成立しており、XとすればYの不法行為責任が共同不法行為を理由とするものであるか否かはその実質的な利害に直接関係しないことなどを考慮し」としているとする。

(21) 篠原・前出注(20)27頁。

が直接、置石をしなかった少年Y (被告・被控訴人・被上告人) が責任を認めなかったために、電鉄会社X (原告・控訴人・上告人) が、同少年に損害賠償を請求した事案である。第一審は、主観的関連共同説により共同不法行為を認めたが、原審はYの過失責任を否定した。上告審は、その原判決を破棄し、差し戻した。

本件の最高裁判決の判例評釈に関しては、不作為不法行為の問題として捉えているのが大勢である。しかし、第一審は、主観的関連共同説により共同不法行為を認めて、Xの勝訴になっているが、原審は、Yの過失を否定して、Xの敗訴となった。そこで、Xが共同不法行為を論旨として上告して、客観的共同原因説による共同不法行為の成立を認めて、破棄差戻しとなった。ところが、前述のように、大勢の判例評釈は、共同不法行為ではなく、基本的には、不作為不法行為の問題と、作為義務と過失の問題として扱っている。したがって、まず、不作為に不法行為が成立するかの問題を出発点として、不作為の不法行為で論点となる行為義務、作為義務と過失、不作為と因果関係が論点となっている。

しかしながら、本件は少年Yの単独の行為、置き石を取り除くべきであったのに取り除かなかた不作為が不法行為の本体であるはずがなく、実行行為者グループの置き石という実行行為に列車転覆が起り多数の被害者が発生したことが本件不法行為の本質であり、その周辺にいた少年Yの共同不法行為責任を問えるかが、本件不法行為責任の本質であると考えられる。はたして、上告審は、不作為の不法行為の問題としたのか、共同不法行為の問題としたのか、これが、本事件の問題である。そして、論点は、少年Yに置き石の実行行為はないが、その実行行為の周辺にいたことが、共同不法行為となるか、つまり非実行行為 (加害行為) と共同不法行為の問題であり、さらに、その非実行行為が不作為の場合どうかが問題となるのである。まず、第一審と原審の判断をみてみよう。

3 第一審の判断

第一審は、次のように、主観的関連共同説によりYの共同不法行為を認めたのである。

「Yは、単なる傍観者ではなく、Yら5人の少年は、置石をすることについては共通の意思を有していたもので、列車の脱線転覆という結果発生については、未必的にもせよ意図していなかったけれども、本件置石は、以上認定のとおりの特段の雰囲気のもとでなされたもので、かかる特段の事情の存する本件にあっては、Yら5人の少年は、軌条へ石を置く行為が、場合により列車の脱線転覆事故を招来することがあるのを予見すべきであったのに、前記拳大程度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軽々しく信じてその様子を見ようという意思で、前記注意義務に違反して、戊山がした置石を容認、放置した過失により、本件事故を発生させたものであるといわなければならない。

以上のとおりであるから、原告主張のその余の点を判断するまでもなく、Yには、民法709条、719条により、本件事故により原告に生じた損害を賠償する義務がある。」

4 原審の判断

ところが原審は、本件事故についてのYの責任について、共同不法行為を認めず、過失も否定したのである。

「1 前記2認定事実からして、戊山が置石をなしたのは同人及を含む5人の中学生グループの者が電車軌道のレール上に物を置くことの興味を話し合っていたことが動機となっていることは明らかであるYないし右グループの者が戊山に対し置石をそそのかしたり、戊山の置石によって自己の興味を満足させようとしたと認められる証拠はなく（前記甲第20号証の3、6、7、13は、主要な置石についても真実と反した供述を録取していること前記のとおりであり、甲第1ないし第9号証と対比しても、全体として信用することはできない。）、かえって前認定のように右グループ内の一人は戊山に対して置石を止めるように言ったし、丁山が現にその一つを取り除いているのであって、このような点からしても右グループの者らが戊山のなした置石につき共同の認識があったとか、これを容認していたとはいえず、まして戊山のなした京都市軌道上の置石の存在を知っていたと認定しえないYについて、戊山と置石行為を共謀したとか、戊山の右行為を助勢したとか或いは右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できない。

2 Yを含む右グループの者の発言が戊山に置石行為の動機を与えたとすれば、その言動の軽率さに対する非難は免れえないとしても、Yないし右グループの者の言動、認識が右の程度のものであれば、Yにおいて右グループの者の言動によって戊山が軌道上に置石をするかもしれないことを予見すべきであったとはいえず、ましてや戊山の京都市軌道上の置石そのものを知っていたと認められない控訴人に対して、これを阻止ないし排除すべき義務があったとはいえない。

3 そうだとすると、Yは、本件事故の原因となった京都市軌道上の置石行為を共謀ないし実行したものでなく、戊山の右軌道上の置石行為を利用しようとしたものでもなく、その存在さえも事故直前まで認識していなかったものであり、前認定事実からすると、仮にYがその後本件事故原因となった京都市軌道上の置石を発見したとしても、その時には既にこれを取り除くことが不可能であったと認められるから、Yに対して本件事故について故意ないし過失の責任を問うことはできないものといわざるをえない」。

5 上告理由

そこで、Xは、共同不法行為の成立を上告理由で次のように主張するのである。

「(一) 上告人は、本件損害賠償の第一次的請求原因として、民法第709条の故意による不法行為を主張し、予備的に過失による不法行為をも主張し、更に民法第719条の共同不法行為をも主張していることは一件記録上明らかである。

(二) しかるに、原判決は、上告人の右主張を事実摘示しながら、民法第719条の共同不法行為が成立するかどうかについては何等明確な判断を示していないのである。これは、上告人の主張する

重要な請求原因に対する判断の違脱があつたものと云うべく、判決に影響を及ぼすこと明らかな法令違反であるから破棄を免れないものである。

(三) そもそも、民法第719条の共同不法行為の要件は、刑法における共犯よりもその概念がひろく、行為者の共謀はもとより共同認識も必要でなく、その行為が客観的に関連共同しておればよいというのが判例通説である。(法律学全集不法行為加藤一郎著208頁、最判昭32・3・26等参照)

本件においては、さきに記載したとおり、被上告人を含むグループの者5名は平素から互いに親密な遊び友達であつたことや、本件事故当時の右グループの者の発言や行動の一切を考え合わせると、右グループの者の行為が客観的に関連共同していたことは明らかである。従つて、本件は、民法第709条、第719条第1項、第2項の適用により故意(見張りによる幫助をも含む)による共同不法行為又は少なくとも過失による共同不法行為の責任を肯定すべき事案であるのかにかかわらず、これを否定したのは承服できない。

(四) のみならず、原判決は、その理由において、被上告人が京都行軌条上の置石を事故直前まで認識していなかつたという一事をもつてその余の判断をする必要がないとし、被上告人の故意ないし過失の責を問えないとしたのは誤りである。

何故ならば、仮りに、原判決の判示するように、被上告人において乙山の京都行軌条上の置石についての事前の認識がなかつたとしても、京都行軌条上に置石をした乙山について故意又は少なくとも過失の認められることは上告人の提出にかかる各証拠により明らかであるところ、被上告人が大阪行軌条上のにぎり拳よりも大きい置石に気付き、『あれはやめろ』と云つてその石を指さし、Cをしてそれを取除かせたことは既に述べたとおりであるから、もともと被上告人等の発言が乙山に本件置石の動機を与えたという特別の状況下においては、右乙山があるいは京都行軌条上にも置石をするかもしれないことを予見すべきであり、またその置石の発見にもつとめなければならないのかにかかわらず、これを怠り、大阪行軌条上の置石を取除かせたことにより乙山の京都行軌条上の置石はないものと即断し、これをそのまま看過したのは、とりもなおさず被上告人に過失があつたものと云うべきであり、従つて右過失による共同不法行為が十分に成立するものと云わなければならないからである」。

6 上告審の判断

そして、最高裁は、客観的共同原因説により共同不法行為を認めるのである。しかも共同行為としての非実行行為の不作为の因果関係を相当因果関係説で認めるのである。

「①およそ列車が往来する電車軌道のレール上に物を置く行為は、多かれ少なかれ通過列車に対する危険を内包するものであり、ことに当該物が拳大の石である場合には、それを踏む通過列車を脱線転覆させ、ひいては不特定多数の乗客等の生命、身体及び財産並びに車両等に損害を加えるという重大な事故を惹起させる蓋然性が高いとわなければならない。

②このように重大な事故を生ぜしめる蓋然性の高い置石行為がされた場合には、③その実行行為者と右行為をするにつき共同の認識ないし共謀がない者であつても、④この者が、仲間の関係にある実行行為者と共に事前に右行為の動機となつ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つたといえるときには、⑤右の者は、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、⑥これを尽くさなかつ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ものというべきである。

⑦本件において、原審の確定した前示の事実関係によれば、被上告人は、本件事故発生の19分前から、中学校の友人である本件グループの雑談に加わり、各自の経験談をまじえ、電車軌道のレール上に物を置くという、重大事故の発生の危険を内包する行為をすることの話に興じていたばかりでなく、本件事故の発生時まで本件道路上にいて、乙山ら3名が順次金網柵を乗り越えて軌道敷内に入り、そのうち乙山が軌道敷から拳大の石を拾つてレール上に置くのを見ており、少なくとも同人が大阪行軌道のレール上にその石を置いたのを事前に現認していたというのである。⑧そうすると、被上告人は、置石行為をすることそれ自体について乙山と共同の認識ないし共謀がなく、また、本件事故の原因となつた本件置石について事前の認識がなかつたとしても、⑨乙山が大阪行軌道のレール上に拳大の石を置くのを現認した時点において、同人が同一機会において大阪行軌道よりも本件道路に近い京都行軌道のレール上にも拳大の本件置石を置くこと及び通過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うる余地が十分にあるというべきであり、⑩これが認められ、かつまた、被上告人において本件置石の存否を点検確認し、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つたといえるときには、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ものというべきである。⑪被上告人が本件事故の発生前に乙山に対し置石行為をやめるように言つ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。⑫また、前示の事実関係に照らすと、被上告人の右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。」

⑬以上のように、被上告人において、乙山の置石行為につき同人と共同の認識ないし共謀がなく、⑭また、本件置石につき事前の認識がなかつたとしても、⑮被上告人は、上告人に対し、本件事故により上告人が被つた損害につき賠償責任を負う余地があるものというべきであつて、⑯被上告人において、乙山の置石行為につき同人と共同の認識ないし共謀がなく、また、本件置石につき事前の認識がなかつたことから、直ちに、被上告人には本件事故について過失責任を問うことができないとした原審の前記判断は、⑰法令の解釈適用を誤り、ひいて審理不尽、理由不備の違法を犯すも

のというべく、その違法が原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかであるから、右の違法をいう論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない(①～⑩筆者)」。]

7 本判決の意義

本判決は作為義務の根拠として先行行為を考える見解⁽²²⁾、条理を考える見解⁽²³⁾、社会生活上の義務⁽²⁴⁾等がある。また、作為義務違反の捉え方については、不法行為の過失の判断とする見解⁽²⁵⁾、不作為不法行為の違法性の判断する見解⁽²⁶⁾等多様な評価がなされているが、本稿は、共同不法行為の客観的共同原因説による共同行為としての非実行行為が不作為の場合において、その不作為の因果関係の判断を相当因果関係説により判断したと考えるものである。

まず、本件を不法行為の過失の判断と捉えるのが、最高裁判所民事判例集である。判示事項として、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者との共同の認識ないし共謀のない者が事故回避措置をとらなかつたことにつき過失責任を負う場合としている。

そして、その判断の要旨を、中学生のいたずらによりルール上に置石がされたため生じた電車の脱線転覆事故について、甲が、自らは置石行為をせず、また、置石をした乙と共同の認識ないし共謀がなくても、事故現場において事前に、乙を含めて仲間とその動機となつた話合いをしたばかりでなく、その直後並行した他の軌道のルール上に石が置かれるのを現認していたものであつて、事故の原因となつた置石の存在を知ることができ、これによる脱線転覆事故の発生を予見すること及び置石の除去等事故回避の措置をとることが可能であつた場合には、甲は、当該措置をとるべき義務を負い、これを尽くさなかつたために生じた事故につき過失責任を免れない、として纏めている。

次に、本判決を、不作為不法行為の違法性の判断とすべきする見解である。「公務員の不作為については国家賠償法1条1項の違法性の判断標識として、被侵害利益の重大性、結果の予見可能性、結果の回避可能性及び期待可能性なる四条件を挙げその相関関係において判断すべきことがいわれている。本判決は、具体的事情の下において、以上のような諸点を考慮し、その可能性を認めたものであつて、結局、条理に基づく作為義務の一例を示したものと理解されよう⁽²⁷⁾」。

本稿は、本判決の意義を、前述のように客観的共同原因説による共同不法行為における共同行為としての非実行行為の不作為の因果関係を相当因果関係説で判断した点にあるとするものである。

最高裁民事判例集、法律雑誌、判例評釈も多くは、過失責任の問題としている。たしかに、要約

(22) 加藤新太郎=加藤聡・ジュリスト増刊227頁、中井美雄・判例時報1306号209頁は「先行行為の幅はかなり広くとらえられている事例」としている。

(23) 篠原・前出注(20)27頁、最高裁新判例紹介 民事事件 法律時報59巻9号104頁。

(24) 長谷川貞之・駿河台法学4巻1号215頁は「大いに参考にすべきものがある」とする。

(25) 宮崎幹朗・愛媛法学会雑誌16巻4号。

(26) 池田真朗・法学セミナー395号100頁。中井美雄・判例時報1306号207頁以下、長谷川貞之・駿河台法学4巻1号214頁。

(27) 篠原・前出注(20)27頁。

の параグラフの、⑮で過失責任とでて、原審の「過失責任を問うことができない」とする判断が誤っているというのであるから、過失についても判断していることはまちがいない。しかし、それに尽きるかである。本判決は、「⑪また、前示の事実関係に照らすと、被上告人の右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。」と判示し、因果関係の判断もしているのである。この因果関係の判断は、共同不法行為の客観的共同原因説による共同行為の内容をなす因果関係で、その因果関係は不作為の因果関係である。つまり、先行行為に基づく作為義務が為されていれば結果は発生しなかったであろうという相当因果関係説によるものである。

まず、本判決は、因果関係が争点とならない主観的関連共同説はとらないことを判示している。「③その実行行為者と右行為をするにつき共同の認識ないし共謀がない者であつても」と、第一審のとった主観的関連共同説をとらなくても共同不法行為が成立することを判示する⁽²⁸⁾。客観的共同原因説の因果関係による共同不法行為の成立を含意している。

そして、不作為の因果関係の成立に必要な作為義務の根拠としての先行行為を次のように判示する。

「①およそ列車が往来する電車軌道のレール上に物を置く行為は、多かれ少なかれ通過列車に対する危険を内包するものであり、ことに当該物が拳大の石である場合には、それを踏む通過列車を脱線転覆させ、ひいては不特定多数の乗客等の生命、身体及び財産並びに車両等に損害を加えるという重大な事故を惹起させる蓋然性が高いとわなければならない。②このように重大な事故を生ぜしめる蓋然性の高い置石行為がされた場合には、③その実行行為者と右行為をするにつき共同の認識ないし共謀がない者であつても、④この者が、仲間の関係にある実行行為者と共に事前に右行為の動機となつ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つたといえるときには」として先行行為を認定する。

この先行行為に基づいて置石の除去等結果回避の措置を講じて事故の発生を未然に防止すべきとする作為義務が設定される。

「⑤右の者は、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」と判示する。

したがって、その結果回避措置がなされていたら結果は発生しなかったが、その措置をつくさな

(28) 神田孝夫・ジュリスト臨時増刊910号85頁は、本件のような場合、「主観的共同ある共同不法行為に隣接する事態を適切に処理する法技術として機能する面がある」として、第一審の判決をある程度評価している。

かったために結果が発生したときには相当因果関係が認められ損害賠償責任を負う。

「⑥これを尽くさなかつ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ものというべきである。」

以上の、不作為の因果関係の判断の一般論を本件に適用して、本件の不作為の因果関係の判断の結論を次のように判示するのである。

「⑩また、前示の事実関係に照らすと、被上告人の右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⁽²⁹⁾」。

なお、結果回避義務を尽くせば結果は発生しなかったであろうは不作為の因果関係で、したがって、結果回避義務を尽くさなかつたので結果が発生し相当因果関係があることになるが、結果回避義務を尽くさなかつた自体は注意義務違反として過失として判断される。結果回避義務は不作為の因果関係でも、過失でも、同じで、不作為の因果関係は結果が発生したであろうかという観点で意味をもち、過失は注意義務違反で意味をもつのである。したがって、「⑩また、前示の事実関係に照らすと、」としているのは、不作為の因果関係と過失は重なる事実関係を前提することを前提にしているからである。そして、共同不法行為の成立には、各自の行為と結果との因果関係、各自の過失も必要であるのである。この一般的結論の判旨が⑥ということになる。

このように、共同不法行為の共同行為としての非実行行為を因果関係判断の起点とすることができるようになったのは、【15】北津軽水論事件（大判昭和9年10月15日）において、大審院が、非実行行為と被害（致死傷）との因果関係について、相当因果関係説を適用して認めてからである。「現場ニ出動シタル者ハ相互ノ間ニ意思ノ共通ナキモ数人ノ行為相集リテ殺傷ノ結果ヲ発生又ハ助長シタル場合ニ於テハ行為者カ其ノ結果ヲ認識シ又ハ認識シ得ヘキ状況ニ在ルトキハ共同不法行為者トシテノ責任ヲ負担セサルヘカラサル」。実際、殺傷の実行行為者が特定し、したがって、当該殺傷の因果関係は、殺傷行為者以外にはないが、非実行行為者であっても、「現場ニ出動シタル者」にも因果関係を認めようというのである。事実的因果関係説からは、因果関係を認めることはできない。当該殺傷実行行為者が特定しているからである。それ以外にも、因果関係を認めることができるのは、因果関係を抽象的・観念的なものとして法的因果関係とする相当因果関係説である。そして、不作為の因果関係をみとめることができるは、抽象的・観念的なものとして法的因果関係とする相当因果関係説だからである。

なお、最高裁は、相当因果関係説の因果関係の内容（要件事実）を、【20】ルンバル事件（最判昭和50年10月24日）において、「特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性」とであると定義している。

(29) 長谷川・前出注(24)215頁は、相当因果関係ありとするには「少し飛躍があるように思われる」と否定的な評価である。

そして、不作為の因果関係の内容（要件事実）についても、肝硬変事件（最判平成11年2月25日民集53巻2号235頁）において、「高度の蓋然性」理論が適用されることになるのである。

第五節 競合的不法行為と共同不法行為

1 総説

行為者間に関連共同性の認められない競合的不法行為は共同不法行為か否か。共同不法行為で各自が連帯責任を負うのは各行為者間の関連共同があるためか、それとも、「一個の結果」の故か、共同不法行為の本質論、共同行為論を客観的共同原因説とするか、関連共同説（主観的関連共同説、客観的関連共同説及び総合的関連共同説）とするかの本質論が問題となる。

【22】順次競合事件（最判平成13年3月13日 民集55巻2号328頁）

本件のように交通事故と搬送された病院での医療事故という関連共同のない競合的不法行為の場合に、①共同不法行為を認めた上で全損害について連帯責任を認める見解⁽³⁰⁾、②共同不法行為としつつ、寄与度に応じた減責を認める見解⁽³¹⁾、③共同不法行為ではなく709条の問題として考える見解⁽³²⁾、④719条①後段の択一的損害惹起型とする見解⁽³³⁾、に分類できる。さらに、各不法行為者と被害者との間の過失相殺の方法は、相対的過失相殺か、絶対的過失相殺かに区別できる。

2 本件事案の概要

本件は、交通事故後に搬送された病院の医師の過誤により死亡したA（6歳児）の両親であるX等（原告・被控訴人・被被告人）が、病院を経営するY（被告・控訴人・被被告人）に対し、共同不法行為に基づく損害賠償を請求した事案である。第一審は共同不法行為を認めた。そして、原審も共同不法行為を認めたが、寄与度減責を認容したのである。そこで、共同不法行為に寄与度減責が認められるかが論点となり、最高裁は否定したのである。事実関係は次の通りである。

（1）本件交通事故は、Xらの長男であるA（優作）が、昭和63年9月12日午後3時40分ころ、路上において、自転車を運転し、一時停止を怠って時速約15kmの速度で交通整理の行われていない交差点内に進入したところ、同交差点内に減速することなく進入しようとした上告補助参加人B会

(30) 金子順一・判例タイムズ1096号89頁（平成13年度主要民事判例解説）、山口成樹・法学教室252号152頁、北河隆之・判例タイムズ1088号41頁43頁。良永和隆・民事研修597号13頁は但し、社会通念上一体性がなくなった場合には③の709条の問題とする。

(31) 三村晶子・最高裁判所判例解説民事篇平成13年度245頁は、「本判決は、共同不法行為を認めた上で、全損害について連帯責任を負わせることなく、その責任を寄与度によって限定するという余地を一切否定したというものではないと理解すべきものである。」、田高寛貴・法学セミナー563号105頁、内田貴『民法Ⅱ 債権各論〈第2版〉』（東京大学出版会、2007年）508頁。

(32) 窪田充見・ジュリスト臨時増刊1224号94頁（平成13年度重要判例解説）、古川俊治・別冊ジュリスト183号175頁〔医事法判例百選〕、吉田邦彦・判例時報1767号165頁、橋本佳幸・民商法雑誌125巻4＝5号178頁、松原孝明・上智法学論集45巻4号203頁。

(33) 国井和郎・私法判例リマークス（法律時報別冊）25号73頁。

社の従業員であるCの運転に係る普通乗用自動車と接触し、転倒したものである。

(2) Aは、本件交通事故後直ちに、救急車でYが経営する病院に搬送され、同病院院長であるY医師は、Aを診察し、Aの意識が清明で外観上は異常が認められず、Aの歩行中の軽微な事故であると考え、Y医師は、Aの頭部正面及び左側面から撮影したレントゲン写真を検討し、頭がい骨骨折を発見しなかったことから、さらにAについて頭部のCT検査をしたり、病院内で相当時間経過観察をするまでの必要はないと判断し、前記負傷部分を消毒し、抗生物質を服用させる治療をした上、A及び母Xに対し、「明日は学校へ行ってもよいが、体育は止めるように。明日も診察を受けに来るように。」「何か変わったことがあれば来るように。」との一般的指示をしたのみで、Aを帰宅させた。

(3) Aの母Xは、Aとともに午後5時30分ころ帰宅したが、Aが帰宅直後におう吐し、眠気を訴えたため、疲労のためと考えてそのまま寝かせたところ、同日午後7時ころには、いびきをかいいたりしていたが、この容態を重大なこととは考えずにいた。Aは、同日午後11時ころには、体温が39度まで上昇してけいれん様の症状を示し、午後11時50分ころにはいびきをかかなくなったため、翌13日午前0時17分ころ、救急車を要請した。救急車は同日午前0時25分にX方に到着したが、Aは、既に脈が触れず呼吸も停止しており、同日午前0時44分、F病院に搬送されたが、同日午前0時45分、死亡する本件医療事故が起きた。

(4) Aは、頭がい外面線状骨折による硬膜動脈損傷を原因とする硬膜外血腫により死亡したものであり、Y病院から帰宅したころには、脳出血による脳圧の亢進によりおう吐の症状が発現し、午後11時ころには、治療が困難な程度であるけいれん様の症状を示す除脳硬直が始まり、午後11時50分には自発呼吸が不可能な容態になったものである。硬膜外血腫は、骨折を伴わずに発生することもあり、また、当初相当期間の意識清明期が存することが特徴であって、早期に血腫の除去を行えば予後は良く、高い確率での救命可能性がある。

3 第一審の判断

「Yの代表者であるAには、Yの職務を行うにつき、優作を最初に診察した際、適切な問診をしないまま、本件交通事故の態様を的確に把握せず、優作に対して頭部CT検査をすることなく、優作の受傷の外観と意識が清明であること、及び頭部単純レントゲン写真のみから、左硬膜外血腫の存在またはその徴候を発見できなかった点、また、優作を帰宅させるに当たり、付き添ってきた母親である原告ひとみに対し、優作が嘔吐をするか、傾眠傾向を示したときは、直ちに来院して適切な処置を受けるよう指示しなかった点に、不法行為上の過失が認められるというべきであるから、被告は、民法44条に従い、補助参加人赤沢との共同不法行為者としての責任が免れないといわなければならない」。

4 原審の判断

(1) 原審は、複数原因が関連共同せずに競合した結果が発生した場合、共同不法行為の各不法行為の寄与度に応じて減責、減額すべきとし、その上で、個別的に過失相殺をすべきとする。

「被害者である優作の死亡事故は、本件交通事故と本件医療事故が競合した結果発生したものであるが、その原因競合の寄与度を特定して主張立証することに困難が伴うこともあるから、被害者保護の見地から、本件交通事故における赤沢の過失行為と本件医療事故における井上医師の過失行為は共同不法行為として、被害者は、各不法行為に基づく損害賠償請求も分別することなく、全額の賠償請求をすることもできると解すべきであるが（その場合不法行為者同士の内部分担については当該共同不法行為における過失割合に従った求償関係によってこれを処理すべきことになる。）。本件の場合のように、自動車事故と医療過誤のように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、共同不法行為とされる各不法行為につき、その一方又は双方に被害者側の過失相殺事由が存する場合は、各不法行為者の各不法行為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。そして、そのような場合は、裁判所は、被害者の全損害を算定し、当該事故における個々の不法行為の寄与度を定め、そのうえで個々の不法行為についての過失相殺をしたうえで、各不法行為者が責任を負うべき損害賠償額を分別して認定するのが相当である」。

5 上告審の判断

(1) 共同不法行為に各不法行為の寄与度の分別を認める原審の判示に対して、上告審は、立法政策判断により寄与度の証明責任を否定した客観的共同原因説を内容とする共同不法行為により寄与度による分別論を否定する。

「本件交通事故により、優作は放置すれば死亡するに至る傷害を負ったものの、事故後搬入された被上告人病院において、優作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優作を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事故とのいずれもが、優作の死亡という不可分の一個の結果を招来し、この結果について相当因果関係を有する関係にある。したがって、本件交通事故における運転行為と本件医療事故における医療行為とは民法719条所定の共同不法行為に当たるから、各不法行為者は被害者の被った損害の全額について連帯して責任を負うべきものである。本件のようにそれぞれ独立して成立する複数の不法行為が順次競合した共同不法行為においても別異に解する理由はないから、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額を限定することは許されないと解するのが相当である。けだし、共同不法行為によって被害者の被った損害

は、各不法行為者の行為のいずれとの関係でも相当因果関係に立つものとして、各不法行為者はその全額を負担すべきものであり、各不法行為者が賠償すべき損害額を案分、限定することは連帯関係を免除することとなり、共同不法行為者のいずれからも全額の損害賠償を受けられるとしている民法719条の明文に反し、これにより被害者保護を図る同条の趣旨を没却することとなり、損害の負担について公平の理念に反することとなるからである」。

(2) そして、各不法行為者との過失相殺については、関連共同説だと論理的には絶対的過失相殺となるが、客観的共同原因説は、基本的には各自の加害行為と結果との因果関係であり、共同不法行為となるのは「一個の結果(権利侵害)」であるからであり、過失相殺も個別的な相対的過失相殺となる。

「本件は、本件交通事故と本件医療事故という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共同不法行為であり、各不法行為については加害者及び被害者の過失の内容も別異の性質を有するものである。ところで、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しん酌して過失相殺をすることは許されない」。

6 本判決と客観的共同原因説

本判決は、複数原因の競合に関連共同性がない場合に、学説は競合的不法行為として共同不法行為を否定する見解が多いなかで、共同不法行為を認めたものである。この共同行為は客観的共同原因説によるものである。

「①本件交通事故により、優作は放置すれば死亡するに至る傷害を負ったものの、②事故後搬入された被上告人病院において、優作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優作を救命できたといえるから、③本件交通事故と本件医療事故とのいずれもが、優作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、④本件交通事故における運転行為と本件医療事故における医療行為とは民法719条所定の共同不法行為に当たるから、各不法行為者は被害者の被った損害の全額について連帯して責任を負うべきものである(①②③④、筆者)」。

本判旨は、共同不法行為における因果関係とは、「各自の加害行為によって一個の結果を招来したことを是認しうる高度の蓋然性」であることを示すものである。本判旨の①②は要件事実の「加害行為が結果を招来した高度の蓋然性」を①交通事故に②を医療過誤に適用し、本判示の③は、客観的共同原因の内容として「各自の行為と一個の結果との相当因果関係を有すること」を適用し、

本は判示④は③客観的共同原因説「一個の結果に対し客観的に共同の原因をなすもの」を共同不法行為であることの明示である。①+②=③とし、「したがって」①と②は「④民法719条所定の共同不法行為に当たる」と判示しているからである。

7 本判決の意義

まず第1に、競合的不法行為に共同不法行為を適用したことである。競合的不法行為とは一般不法行為(709条)が競合する場合である。競合的不法行為は共同不法行為ではないとするのが現代的共同不法行為理論の特徴である。本件は、交通事故と医療事故とが順次競合し運転行為と医療行為にそれぞれ一般不法行為を認めた上で、共同不法行為の成立を認めた判決である。関連共同性のない競合的不法行為に共同不法行為を適用したのであるから、最高裁が現代的共同不法行為理論を拒絶したことを意味する。

現代的共同不法行為理論が競合的不法行為は共同不法行為ではないとするのは、学説のいう競合的不法行為には関連共同性がないからであるとする。共同不法行為(719条①前段)に独自の存在理由があるべきであるとの問題意識から、共同不法行為を関連共同性と事実的因果関係との相関性に求め、関連共同性を各自の行為者間の関連共同性とし、その関連共同性を主観的共同関係にあるか又は意思的共同性、強い一体的な客観的共同性と区別し、このような関連共同性がある場合には事実的因果関係は不要とし、そうでない場合には、事実的因果関係は推定されるところとする。そして、後者の関連共同性のない不法行為を競合的不法行為として、これは共同不法行為ではないとするのである。したがって、競合的不法行為を共同不法行為としないのは、現代的共同不法行為理論の本質を示していることになる。

他方、客観的共同原因説からは、競合的不法行為はどのように位置づけられるであろうか。競合的不法行為を共同不法行為とすることに対して学説の批判が強いなかで、最高裁は共同不法行為であると判示する。本判決は、各自の行為(不作為であれ)と死亡との相当因果関係を認めている。「本件交通事故により、優作は放置すれば死亡するに至る傷害を負ったものの、事故後搬入された被上告人病院において、優作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優作を救命できたということが出来るから、本件交通事故と本件医療事故とのいずれもが、優作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」。この判示は、運転行為と医療行為をそれぞれ一般不法行為の成立を相当因果関係説で認め、両者に関連共同性はないので、競合的不法行為ということになる。競合的不法行為は共同不法行為ではないとするのが学説の大勢である。しかし、判例の客観的共同原因説からは共同不法行為そのものである。本判決は、「本件交通事故における運転行為と本件医療事故における医療行為とは民法719条所定の共同不法行為に当たる」と判示した。

客観的共同原因説では、何故、相当因果関係説で成立した競合的不法行為が当然に共同不法行為とされるのか。719条①前段の共同不法行為は、寄与のレベルの因果関係で共同不法行為を認めるので、寄与度全体（本件では死亡）を証明した場合には、より各自の連帯責任である共同不法行為を認めることになり、競合的不法行為は共同不法行為そのものということになる。特に、因果関係の判断を、事実レベルの、事実的因果関係説ではなく、抽象的・観念的な判断である相当因果関係説をとるため、抽象的に全体の寄与度を判断することができるので、共同不法行為の連帯責任への説得として、法律構成として、寄与度全体の因果関係を認定する一般不法行為を判断することになる。つまり、相当因果関係説で一般不法行為を判断するのは、共同不法行為として、連帯責任を説得的なものとするためである。主観的関連共同説に典型的みられるように共謀という共同意思に連帯責任を内在的に認めるのに対して、客観的共同原因説による共同不法行為の連帯責任は立法的政策判断による被害者保護という外在的、公益的な判断を根拠としているからである。客観的共同原因説からは、なるべく競合的不法行為として、その上で共同不法行為を適用するのが説得力を増すという、客観的共同原因説による共同不法行為の象徴的なものとなるのである。また、競合的不法行為を共同不法行為とすることができるのは、客観的共同原因説による共同行為の内容が因果関係であり、その判断基準を相当因果関係説とした理論的成果によるものである。

本件を、事実的因果関係説からは、両者の死亡の因果関係の寄与度の証明はできないので、競合的不法行為とすることはできない。一般不法行為の因果関係の判断に事実的因果関係説を採ると寄与度の証明責任があるからである。本件で、競合的不法行為つまり、各自の加害行為の因果関係が証明されるのは、共同不法行為の共同行為論において客観的共同原因説をとり、その共同行為の内容として相当因果関係説をとるからである。

事実的因果関係説をとる学説は、競合的不法行為の事例で、死亡において競合した場合、一般不法行為の因果関係を認めること自体できないので、競合的不法行為とすること自体ができないのである。第1は、意思的関連がなく、偶然的な場合は一体的な関連共同性もないから、共同不法行為とならないので、因果関係の証明を必要とする。たしかに、結果が一つの死亡であるため、事実認定レベルで因果関係を推定し、加害者側が因果関係の推定を敗れなければ、因果関係が認定される。しかし、事実認定レベルの問題であり、要件事実論レベルでは因果関係があるわけではないので、因果関係のある競合的不法行為とすることはできない。

本件で、各行為と死亡との因果関係が認定され、競合的不法行為とすることができるのは、共同不法行為に客観的共同原因説をとり、その内容としての因果関係論で、相当因果関係説をとるからこそ、競合的不法行為として、各行為に因果関係が認められるのである。

第2の意義は、各不法行為者が責任を負うべき損害額を被害者の被った損害額の一部に限定する寄与度減額を否定したことである。つまり、結果発生に対する寄与の割合をもって被害者の被った

損害額を案分し、責任を負うべき損害額を限定することはできないと判断したことである。運転行為、医療行為のいずれもが被害者の死亡という不可分の1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り共同不法行為が成立するからである。この寄与度減額の問題も、日本の共同不法行為が連帯責任を認めたのは、共同行為性の内在的把握によってではなく、外在的な被害者保護という立法的政策判断を根拠としていることから問題となってくる。共同不法行為の連帯責任を共同行為から内在的に導きだしたとするならば、本件の原審判断に見られるように、「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、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、共同不法行為を構成する一方又は双方の不法行為につき、被害者側に過失相殺すべき事由が存する場合には、各不法行為者は、各不法行為の損害発生に対する寄与度の分別を主張することができ」ということが理論的に可能となる。しかし、最高裁が、「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」、「各不法行為者において責任を負うべき損害額を限定することは許されないと」解したのは、「共同不法行為によって被害者の被った損害は、各不法行為者の行為のいずれとの関係でも相当因果関係に立つものとして、各不法行為者はその全額を負担すべきものであり、各不法行為者が賠償すべき損害額を案分、限定することは連帯関係を免除することとなり、共同不法行為者のいずれからも全額の損害賠償を受けられるとしている民法719条の明文に反し、これにより被害者保護を図る同条の趣旨を没却することとなり、損害の負担について公平の理念に反することとなるからである」。被害者保護の立法的政策判断を根拠とした共同不法行為の連帯責任の根拠がここにも反映しているのである。ここに、日本の共同不法行為理論の独自性が強調されているといえよう。

最後に、第3の意義として、本件各不法行為者と被害者との間の過失相殺は、「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しんしゃくしてすることは許されないとした判示は、客観的共同原因説からの必然的な結論である。なぜなら、共同不法行為の本質を行為者間の関連共同性ではなく一個の結果との相当因果関係に求める客観的共同原因説では不法行為者と被害者の関係での過失相殺となるからである⁽³⁴⁾。交通事故と医療事故とが順次競合し、そのいずれもが被害者の死亡という不可分の1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って、運転行為と医療行為とが共同不法行為に当たるからである。客観的共同原因説では、本質的に、各不法行為間の関連共同性はあまり意味をもたず、共同の原因者という関連で、結果の側面で意味を持つに過ぎないのである。

(34) 松原孝明・上智法学論集45巻4号206頁は「交通事故と医療過誤とを共同不法行為として捉えながら、過失相殺を個別に行うという本判決の立場は背理であると言わざるをえない。」と批判する。もし判例が関連共同説の立場をとっているとしたら、批判は妥当するが、判例は、一貫して客観的共同原因説であるので、「縦の関係」で各自の加害行為と一個の結果との因果関係であるので原則的には相対的過失相殺となる。

ここにも、判例の客観的共同原因説が貫徹していることになる。ただし「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」の場合には、例外として、絶対的過失割合による過失相殺ということになる⁽³⁵⁾。各加害行為と被害が不可分一体であるからである。

第六節 小括

判例は、相当因果関係説を、複数原因の因果関係の寄与度の証明不要の立法的政策判断である共同不法行為(719条①前段)を一般不法行為(709条)の因果関係に適用し(【19】山王川事件)、複数原因の寄与の因果関係の争点の場面で、一般不法行為の相当因果関係の内容(要件事実)を「特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性」と定義する(【20】ルンバル事件)。そして、共同不法行為の非実行行為が不作為の場合の因果関係の判断に相当因果関係説を採用し(【21】京阪電鉄置石事件)、最後に、交通事故と医療事故の複数の不法行為が独立に成立する競合的不法行為に、運転行為と死亡、医療行為と死亡との因果関係に相当因果関係説をとり、その「死亡という不可分一体の1個の結果」により共同不法行為が成立する(【22】順次競合事件)として判例の共同不法行為理論が集大成される。ここに、起草者が、共同不法行為の共同行為を数人の「行為ノ結果ハーツノ権利侵害」と本質規定した客観的共同原因説が明示的に確認され、さらに、相当因果関係説により、各自の加害行為が「1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」として再定義されるのである。

この判旨は、判例の共同不法行為理論に対して、学説の強い批判の中で、最高裁判所は一種の司法的政策判断を下したことを意味する。

(35) 最判平成15年7月11日民集57巻7号815頁, 国分貴之・判例タイムズ1188号84頁以下参照。

終章 共同不法行為の相当因果関係説による再定義

(1) 共同不法行為における因果関係とは各自の加害行為により一個の結果を招来したことを是認しうる高度の蓋然性であり、そして、その因果関係は共同行為の要件事実である。判例のとする客観的共同原因説と相当因果関係説を概念構成したものである。客観的共同原因説は、共同行為を結果との縦の関係で捉え一個の結果(権利侵害)に対する客観的な共同原因とするので、共同行為の要件事実、各自の加害行為と結果との相当因果関係となり、その相当因果関係の内容は、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性であるからである。判例のとする客観的共同原因説と相当因果関係説により、共同不法行為(719条①前段)、加害者不明型(719条①後段)、教唆・幫助型(719条②)、を再構成して本稿の結びとする。

(2) 第1に、相当因果関係説によると共同不法行為(719条①前段)における共同行為の内容・要件事実はどうなるか。共同不法行為の特色は、各自の権利侵害に対する実行行為(寄与)の証明責任はあるが、各自の実行行為の寄与度の証明責任がないことである。各自の実行行為の寄与度を証明することの困難性と一個の結果であることを考慮して、被害者保護の立法的政策判断によるものである。その理論的根拠は「一個の結果(権利侵害)」である。したがって、共同行為は、行為者間の「横の関係」である関連共同性(関連共同説)ではなく、結果との「縦の関係」において客観的に共同の原因を成すものとして捉えられ(客観的共同原因説)、数人の「行為ノ結果ハーツノ権利侵害」(起草者)、「生シタル一個ノ損害ニ対シ客観的ニ数人ノ行為カ共同ノ原因ヲナシタル場合」(【6】大判大正8年11月22日)となり、各自レベルの要件事実としては「加害者各自ノ行為ト之ニ因リテ生シタル損害トハ其間ニ因果ノ関係ヲ有スルモノ」(【6】大判大正8年11月22日)となる。その因果関係論が、事実的因果関係説では、騒擾行為における非実行行為には因果関係は認められない(【7】大判大正13年7月24日)。しかし、【14】富喜丸事件(大民刑連判大正15年5月22日)により相当因果関係説が確立し、非実行行為も因果関係の起点とすることができるようになる。【15】北津軽水論事件(大判昭和9年10月15日)において共同行為の要件事実として相当因果関係説が採用される。さらに、相当因果関係の内容が「特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性」(【20】ルンバール事件(昭和50年2月25日))と定義され、共同行為の要件事実相当因果関係説により、各自の加害行為により一個の結果を招来したことを是認しうる高度の蓋然性となる。つまり、共同行為は、各自の加害行為が「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」(【21】最判平成13年3月13日)となる。したがって、共同不法行為における因果関係とは、客観的共同原因説の立場からは、共同行為の要件事実としての相当因果関係説を意味するのである。

(3) 第2に、共同不法行為における共同行為の要件事実を相当因果関係説とすると、加害者不

明型(719条①後段)はどのように位置づけられるか。起草者は、共同行為を、共同不法行為においては、数人の「行為ノ結果ハーツノ権利侵害」(実行行為)、他方、加害者不明型では、数人の「行為ノ目的ト致シマス所ハーツノ権利侵害」(加害行為)と区別し、両者の共通の共同行為の概念として、数人の「行為ノ目的ト致シマス所又其結果ハーツノ権利侵害」と定義する。事実的因果関係説により、共同不法行為の共同行為は実行行為つまり各自の加害行為と結果発生(寄与)との因果関係とするが、実行行為の寄与度の因果関係の証明は立法的政策判断により不要とし、他方、加害者不明型では、加害行為の未遂ないし特定できない場合であるので、結果発生(寄与)の因果関係は認められないが、被害者保護の立法的政策判断により因果関係を看做すとして、共同不法行為と加害者不明型は因果関係の証明責任により明確に区別される。

それでは、相当因果関係説によると共同不法行為と加害者不明型の関係はどうなるか。事実的因果関係説と相当因果関係説の違いは、事実的因果関係説が事実のレベルで結果を惹起した原因を特定するのに対し、相当因果関係説は、因果関係の判断を、抽象的に観察して其の行為が一般的に同種の結果を生じ得る可能性を有するか、もしくは事物通常の状態に依り社会通念に基いて判断すべきとするように、「抽象的」、「一般的」、「社会通念的」に、加害行為が責任帰属として相当であるかの判断をすることである。つまり、事実的因果関係説では、事実レベルの原因確定(特定の確実性)を証明の対象とする事実認定(したがって、「高度の蓋然性」は事実認定論・証明論として証明の程度となる)となるが、相当因果関係説では、事実に基礎をおく法的観念として設定された法的因果関係を証明の対象とする。この法的因果関係の内容が相当因果関係であり、その内容(要件事実)が「特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性」となる。

そうすると、共同不法行為の実行行為は、事実的因果関係説では、数人の行為の中で実行行為があると、因果関係は実行行為に包含され特定されるので、実行行為の周辺にある非実行行為には因果関係は認められないが、相当因果関係説では、実行行為も事実レベルから抽象的、一般的、社会通念的に法的観念レベルで捉えられるので、実行行為と共に非実行行為・加害行為も並存して法因果関係の起点とすることができる。他方、加害者不明型においては、加害行為が未遂ないし特定できない場合は、事実的因果関係説では、因果関係は認められないために、被害者保護の立法的政策判断により、加害行為に因果関係を看做したのであるが、相当因果関係説では、共同行為としての加害行為の要件事実、権利侵害の危険性ある行為として法的観念として捉えられるところ、法的観念として加害行為を因果関係の起点とすることができる。つまり、相当因果関係説によると、共同行為の要件事実としての法的因果関係は実行行為に限定されず、非実行行為・加害行為も法的因果関係の起点とすることができるのである。したがって、「権利侵害ニ対シ客観的ニ共同ノ原因ヲ成スコトヲ要シ従テ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其ノ因果関係アリトスルニハ必シモ加害者カ自ラ加害ノ現場ニ任ルコトヲ要セサル」

【15】北津軽水論事件大判昭和9年10月15日)となるのである。共同行為としての加害行為(719条①後段)も、「其ノ因果関係アリトスルニハ必シモ加害者カ自ラ加害ノ現場ニ任ルコトヲ要セサル」故に、相当因果関係を主張立証すれば共同不法行為(719条①前段)となるのである。つまり、共同不法行為と加害者不明型の区別が相対化され、そして、客観的共同原因説における共同不法行為責任の本質が「一個の結果(権利侵害)」との相当因果関係として捉えられているので、加害者不明型は共同不法行為に包摂されることになるのである。加害者不明型の共同行為としての加害行為は、要件事実としては、「各自の加害行為の権利侵害(法益侵害)の危険性ある行為」であるが、この要件事実は、共同不法行為の共同行為の要件事実である「各自の加害行為により一個の結果を招来したことを是認しうる高度の蓋然性」に包摂されるからである。

(4) 第3に、教唆・幫助型(719条②)も共同不法行為に包摂されるのか。教唆・幫助は、事実的因果関係説では実行行為がないので、因果関係が認められないが、立法的政策判断により、共同行為と看做して、各自は連帯責任を負うとしたものである。相当因果関係説をとると、非実行行為・加害行為も因果関係の起点とすることができるようになり、教唆・幫助型も相対化され、教唆、幫助も加害行為の一態様とされ教唆・幫助と結果との相当因果関係を主張立証すると共同不法行為になる。形式的には、教唆、幫助は共同行為者と看做すという規定になっているので、教唆、幫助の主張立証で十分であり、相当因果関係の主張立証は不要であるが、客観的共同原因説による共同不法行為の本質が一個の結果に対する各自の加害行為との相当因果関係にあるとすると、共同不法行為責任の帰属の明確化(説得力)のために、共同不法行為における加害行為の一態様として教唆、幫助と一個の結果と相当因果関係を主張立証することになると考えられる。つまり、教唆・幫助型は理論的に共同不法行為に包摂されることになる。

(5) 以上要するに、共同不法行為(719条①前段)の共同行為は、起草者が事実的因果関係説を前提に、客観的共同原因説による、数人の「行為ノ結果ハーツノ権利侵害」とする定義から、相当因果関係説により、「各自の加害行為により一個の結果を招来したことを是認しうる高度の蓋然性である」と再定義されるのである。この共同行為の再定義により、加害者不明型(719条①後段)、教唆・幫助型(719条②)も、共同不法行為に包摂され、共同不法行為(広義)は共同不法行為(719条①前段)に一元化されることになる。訴訟物も、共同不法行為に基づく損害賠償請求権として統一されることになる。

— 了 —