

交通事故と医療過誤の競合

——原因競合から責任競合への展開に向けて——

野々村 和喜

目次

- I 問題の所在
- II 裁判例の検討——法的構成に着目して
 - 1 全部責任を認めた裁判例
 - (1) 双方の加害者に対する全部連帯責任
 - (2) 一方の加害者に対する全部責任
 - 2 責任限度の縮減を認めた裁判例
 - 3 小括——平成一三年最高裁判決へ
- III 学説の概観
 - 1 共同不法行為の成否
 - (1) 客観的関連共同性
 - (2) 七一九条一項後段の類推適用
 - (3) 競合的不法行為説
 - 2 いわゆる寄与度減責の可否
 - (1) 共同不法行為（一項前段）と寄与度減責

- (2) 分割責任と限度責任
- (3) 個別的な因果関係

3 小 括

IV 総合的検討

1 承 前

2 検 討

- (1) 共同不法行為構成の機能
- (2) 連帯の根拠としての共同不法行為
- (3) 競合的不法行為説の展開可能性

V 結 語

I 問題の所在

加害行為以外の事情が損害発生に寄与したことが明らか^①な場合に、その事実は被告の責任限度に反映されるのか、それは如何なる根拠・構成の下で処理されるのか。原因競合の事例でつねに意識されるこの問題は、従来、複数の解釈論的争点にまたがって議論されている。本稿は、そうした議論状況に改めて検討を加えることによって一定の問題提起を試みるものである。

加害行為と因果関係にある被害全部を被告に負担させるべきか否かという問題を深刻にするのは、競合原因が現実^②に存在するからである。これまでも、被害者側の過失や素因を過失相殺制度の下で斟酌して損害賠償額に反映すべき場合^③如何、台風など自然力・不可抗力が競合した場合にその寄与割合を考慮することの是非とその法的構成^③などの議論があ

り、公害事例など共同不法行為制度が援用される事例でも原因物質の排出割合などによる分割責任の是非が熱心に論じられたことは記憶にあたらしい。⁴⁾ これらは解釈論の土俵を異にし（民法七〇九条、七一九条、七二二条など）、一見ばらばらに議論されてきたかにみえるけれども、現実の競合原因にかかわらず一加害者に全損害を負担させることの是非という共通の問題を含むものであり、かつ、因果関係の存否・範囲の判断対象となるべき結果（損害の事実）が不可分一個であるがゆえに「責任限度の割合的縮減」が論じられるという点でも共通の特徴がある。

同様の問題は、交通事故で負傷した被害者が病院で治療中に医療過誤が重なり死亡したという事例でも絶えず議論の的になってきた（本稿はこの種の事案を扱う）。ここでの問題は、医療過誤に起因するといえる結果の交通事故加害者への帰責、あるいは被害の発端である交通事故を医師側の責任判断にあたって考慮すること、この両者の是非とその法的根拠にある。この種の事例はすでに多くの裁判例があり、理論的検討も重ねられているから、いまさら本稿が付け加えるべきことはないかもしれない。しかしながら、一定の場合に割合的責任縮減を認める方向が基本的に支持されている状況とは裏腹に、その法的性質や根拠をめぐる議論が複数の解釈論的争点にまたがっていることもあって、やや錯綜した状況にある。しかも最近、最高裁がこの種の事案で共同不法行為の成立を認めると同時に責任縮減を否定する判決を下し、⁵⁾ これにより議論が振出しに戻ってしまった感もある。

近時の最高裁判決がそうであるように、この種の事案では従来、共同不法行為の成否が争われてきた。その要因として同制度に言及する下級審裁判例の蓄積を挙げることができようが、学説では、民法七一九条一項前段⁶⁾の要件論——とくに関連共同性の解釈——から、同項後段の適用論へと議論が展開している。近時は、この事案が一項前段と後段

の中間に位置すべきものとして、いわゆる寄与度減責の肯定をにらみつつ一項後段の適用を支持する見解が有力であるが、このことは、一項前段の効果（全部連帯責任）との関連において、共同不法行為の成否レベルですすに対被害者関係での加害者の責任限度に対する一定の態度決定が迫られていることを示している。

こうして一項後段の適用が説かれる際には、各加害行為の「寄与度」が立証されれば責任が縮減されうるとするものが比較的多い。しかし、寄与度減責の法的性質にも依然として見解の相違がある。対照的見解を挙げれば、たとえば野村好弘教授の割合的因果関係論⁽⁷⁾が、事実レベルの因果関係を量的・割合的に把握し、個別加害行為と因果関係の存する限度での責任分割を説くのに対し、能見善久教授は、寄与度減責じたいには積極的ながらも、寄与度とは特定の加害者に全額責任を負わせることが公平に反するとの法的評価をあらわす例外的な減額事由である（分割責任を原則と考えるべきではない）と主張する⁽⁸⁾。これらが実際上の結論を異にすることは明らかであるが、理論的にも、割合的縮減可否を含めて責任限度を正当化する法的枠組みがぜんぜん異なるようにみえる。

さらに、共同不法行為の成否との関連では、交通事故と医療過誤の競合事例ではそもそも両行為に関連共同性を認めることができず、かつ一項後段の射程にも収まらないから、独立の不法行為の競合（競合的不法行為）と考えれば足りるとの見解が有力に主張されてきたことも見逃せない⁽⁹⁾。同説の内部でも、競合原因が個別行為の責任限度にどのような影響を及ぼすのか、その枠組み如何は一枚岩ではないが、同説との関係ではさらに、共同不法行為と構成する見解のねらいにあらためて注目する必要があるし、これに対する再反論の可能性にも検討の視野を広げる必要があるといわなければならない。

これまで、一定の場合に責任限度の割合的縮減が肯定されうるとの方向じたいは支持されてきたし、前記最高裁判決登場後もこの方向は依然支持されるものとおもわれる。しかし他方で、右の議論はいずれも実際の裁判例における法的構成・処理を出発点にしたせいか、互いに重なり合いながらも個別の解釈問題として論じられ、加害者の責任限度を決する解釈論的枠組みを正面から見据える視点がやや後退していたようにもおもわれる。このような状況のなかで本稿が何らかの意義を果たしうるとすれば、それは、右のような個別の争点が形成された経緯や議論の内容をたどり、そこで重視されてきた法的問題の所在、各個別争点をめぐる議論の相互関係を整理することによって、原因競合における責任限度の法的根拠・法的構成という観点から問題を眺めてみることであろう。

このような問題意識に基づき、具体的にはつぎの順序で検討をすすめる。第一は、この種の事案が実際の裁判例でどのように解決されてきたのかを改めて整理し、加害者の責任限度が決められている判断枠組みと、とくに共同不法行為制度が多用される意味を明らかにすることである(Ⅱ)。第二に、これら裁判例を起点に交わされた従来の諸議論・諸見解を、責任限度の法的根拠という角度から考察する(Ⅲ)。そして最後に、それらの検討を踏まえて私論を呈示し(Ⅳ)、今後のさらなる研究の一助としたい。なお、以上に述べた目的に照らし、本稿ではもっぱらが国の議論を検討材料にすることとし、外国法をも視野に入れた本格的な検討は他日を期することにする。

II 裁判例の検討——法的構成に着目して

交通事故と医療過誤の競合事例には比較的多くの裁判例の蓄積があり、それらを網羅的に紹介する文献もすでに存在するが、¹⁰⁾本稿に資する範囲で再度整理を試みる。以下では、**具体的結論——全損害に対する全部責任と責任縮減——**を軸に整理するが、便宜上簡略化した事例のあることをお断りしておきたい。

1 全部責任を認めた裁判例

まず、交通事故加害者と医療過誤加害者の双方、あるいはいずれか一方に対し最終的結果全部の賠償責任を認める裁判例である。ただし、医療過誤との関係での逸失利益は、下肢切断や死亡（最終的結果）による損害とはいえ医療過誤時点以降のものとして算定された損害（＝差額）を意味することがあるが、¹¹⁾このような場合には右の限度での両者の責任関係のみを扱うことにしている。また、被害者の過失相殺については、とくに注意を必要とする場合を除き検討対象からはずしている。

(1) 双方の加害者に対する全部連帯責任

双方の加害者の全部責任を肯定する際に多用されるのは、いうまでもなく共同不法行為制度（民法七一九条）である。もつとも、いわゆる七一九条の類型的理解との理論的対応や正確な適用条項は不明瞭であり、たんに「共同不法行為」と述べる例もすくなくない。特徴としては、①両加害行為の「客観的関連共同性」に言及するもの、②たんに「共同不

「法行為」とするもの（もつとも、なんらかの根拠は示される）、③各加害行為の寄与度が不明として「共同不法行為」とするものがあり、さらに④共同不法行為に言及しないものがある。

①客観的関連共同性

両加害行為の「客観的関連共同」に言及する裁判例には、たとえば、【1】静岡地沼津支判昭和五二年三月三十一日交民集一〇巻二号五一頁（自動車（ Y_1 ）とバイク（ X ）の衝突事故で下肢開放性骨折等を負った X が、搬送先病院 Y_2 で治療中に A 医師の過失でガスえそに罹患し、 X 希望の転院先病院でそれが発見され、急速に悪化して右大腿部切断を余儀なくされた事案）がある。裁判所は、「 Y_1 と A 医師との行為は客観的に関連共同して」いるとして「いわゆる共同不法行為」の成立を認め、下肢切断との相当因果関係不存在の Y_1 主張に対し「 Y_1 は A 医師（ Y_2 ）と並んで X が本件右大腿切断によって蒙った損害のすべてを賠償すべき責任がある」とした。ここでの客観的関連共同性の認定判断の内容は、裁判所によれば、 A 医師の過失からガスえそ罹患・大腿部切断に至る「相当因果関係」が認められ、他方で Y_1 においても X のガスえそ罹患は「通常予見し得べきことである」から、「従って、 X の右大腿切断という結果について…〔両加害行為は〕客観的に関連共同して」いるとされている（傍点筆者）。

同様に交通事故と医療過誤の「客観的関連共同性」に言及する裁判例には、【2】東京高判昭和五七年二月一七日判時一〇三八号二九五頁（【1】判決の控訴審。 Y （ A 医師）の全部責任が客観的関連共同性ある共同不法行為に基づく旨を追加）、【3】東京地判昭和六〇年五月三十一日判時一一七四号九〇頁（ X の飛出しによる Y との交通事故で右大腿骨開放性骨折等を負った X が、搬送後転院先病院 Y 医師の不適切な牽引処置が重なって右膝窩動脈血栓・右下肢壊死を生じ同部切断に至った事案）、

【4】横浜地判平成三年三月一九日判タ七六一号三三二頁（Yとの交通事故で下腿開放性骨折等の障害を負ったXが、搬送後転院先病院にてガスエソ囉患が発見され左大腿部切断に至った事案。被告は交通事故加害者のみ）、【5】岡山地判平成一年三月一日五日文民集三二卷二五〇一頁（Yとの交通事故で左脛骨骨折・左膝窩動脈血流不全等の傷害を負ったXが、搬送先病院Y医師がXの症状に対し適切な転院先を指示しなかった過失により、左下肢動脈閉塞による壊死・左下肢切断に至った事案）、【6】浦和地判平成二年二月二二日判タ一〇五三号一八八頁（Yが運転する原付荷台に同乗したXが、転倒事故により右ひ骨折等の傷害を負い、搬送先Y病院にて治療のための手術を受けた後に肺塞栓症により死亡した事案）、などがある。

右の諸裁判例は、いずれも、両加害行為の「客観的関連共同性」に言及する。しかしその判断の中心は、各加害行為と因果関係にある結果が不可分であることに向けられているようであり【1】判決傍点部参照⁽¹³⁾、すくなくとも両加害行為の態様面に着目した法的判断とはなっていない。とくに、客観的関連共同性判断に先行して（または、その根拠として）、一方では医療過誤と最終的結果との相当因果関係ないし因果関係【1】（2）、【5】、【6】判決、他方では医療過誤により現実化した拡大結果についての交通事故加害者の予見可能性【1】、【2】、【4】、【6】⁽¹⁴⁾判決ないし因果関係【5】判決）が、例外なく個別的に判断されていることは注目される【3】判決は、各被告の「過失」認定のなかで、具体的な最終結果に対する個別的責任の成立を述べる）。このように、両加害行為の関連共同性といいつつも、むしろ個別加害行為についての相当性判断が積極的に述べられていることからすると、客観的関連共同性（共同不法行為）への言及が、実際には、個別加害行為の不可分の最終的結果に対する責任肯定が左右されないことの消極的根拠にすぎないようにもみえる。

②適用条項を明言しないもの

双方の加害行為の「客観的関連共同性」に言及する裁判例がある一方、たんに「共同不法行為」と述べるにとどまる裁判例として、つぎの二件が挙げられる。

【7】水戸地日立支判昭和四四年七月一七日判時五七五号六一頁は、被害者Aが、砂利道でB運転自動車（使用者X）に追突されて左下肢裂傷・筋肉剥離等の傷害を負い、搬送先病院Y医師の軽率なすすめにより同日中に左下肢切断手術を受けた事案である（和解金一〇〇万円を支払ったXからYへの求償事件）。そのなかで裁判所は、「Aが左足切断の不具合になったのは、運転手Bの自動車運転の過失による傷害（加害）行為に基因するとともに、Yの対症療法についての軽率な医療による過失とに因る、いわゆる共同不法行為のためであったといふべき」であり、「Aに対する損害賠償責任は、いわゆる不真正連帯債務になる」とした（傍点筆者。本案請求は二割（二〇万円）の限度で認容）。なお、控訴審である【8】東京高判昭和四七年四月一八日判時六六九号六九頁では、Aは「Bのこうむった損害に対して基本的な責任があるものであり、Yはその不相当な医療措置によってその損害を拡大した関係にある」との「趣旨に変更する」とされ、Yの負担を比較的少なく見積もる根拠が補強されている。

また、Y₁自動車との追突事故でXが頸部むち打ち症の傷害を負い、翌日からY₂病院で治療を受け始めたところ、交通事故から約四ヶ月後に電気ノイロメーター治療で頸部に刺入された針尖が折損し、摘出できないまま頑固な神経症状が残ったという事案に関する【9】岡山地津山支判昭和五五年四月一日交民集一三卷二号四五三頁では、「自動車事故とその後の治療経過中に生じた医療過誤とが競合して損害が生じたような場合には、本件自動車事故がなければ、本件

診療事故も生じなかつたはずであるから、原則として加害者全員が共同して被害者の全損害を賠償すべき義務を負う」とされた。なお、「加害者において共同不法行為への寄与の部分を明確に立証した場合にのみ、寄与部分に応じた範囲での賠償義務を負担する」ともされたが、立証がないとして両者の全部連帯責任が認容されている。

右【9】判決の説示は、主として Y_1 の責任が医療過誤以降の損害に及ぶ理由に向けられているが、 Y_2 が医療過誤時点以降の逸失利益につき責任を負うのは当然とされている。それゆえこれらの「共同不法行為」も、①でみた各判決と同様に結果の同一性・不可分性を根拠にするものであり、個別加害行為の因果関係（ここでは事実レベル）が左右されないとの消極的判断の根拠になっていると考えられる。しかし他方で、前出①各判決と異なり加害行為個別的な因果関係は判断されておらず、そのためか【9】判決では寄与度減責の余地が認められており、これが寄与のない結果部分の免責と構成されていることは注目される（求償に関するが【8】判決も同様）。

③ 寄与度の不明

同じく「共同不法行為」とする裁判例でも、さらに、最終的結果に対する両加害行為の寄与度が不明であることを理由とする裁判例がある。

たとえば、【10】東京地判昭和四二年六月七日下民集一八卷五〓六合併号六一六頁（ Y 自動車との交通事故で頭部打撲傷等の障害を負った A が、搬送後転院先 Y 病院での精密検査で施術上の過誤により一時意識不明に陥るなどしたため不安を感じ、退院・帰宅したのちに症状が悪化したため交通事故から一年四ヶ月後に死亡した事案。 X 遺族）で、裁判所は、死亡までに被害者が示した症状悪化は交通事故と医療事故の「いずれが決定的な原因かは確定しがたい」として、右傷害による損害賠償

につき「共同不法行為」として双方が不真正連帯の關係に立つとした。¹⁶⁾

このほか一項後段の共同不法行為が適用された例としては、X自動車との交通事故で非開放性大腿骨粉碎骨折等の傷害を負ったAが、搬送先病院での整復手術時の不適切な対感染症処置（Y医師）により骨髓炎を併発・重篤化して、転院先で右大腿部切断に至った事案に関する【11】名古屋高判平成二年七月二五日判時一三七六号六九頁（求償事件）がある。裁判所は、前記「傷害を負った者が骨髓炎を併発して大腿部を切断するのやむなきに至ることは、比較的少ないけれども：予測することが可能」として交通事故との相当因果關係を認めつつ、「交通事故加害者」が被害者に生じた損害の全部について賠償責任を負う場合において、：治療に当たった医師が過失によって右損害を拡大させたと認められるときは、右医師：は、医師の過失と相当因果關係のない損害については賠償責任を負わないが、それ以外の損害については、加害者が与えたのか医師が与えたのか不明なものも含めて、加害者と共同不法行為の關係にあるものとし、加害者とともに連帯（不真正連帯）して賠償責任を負う」としたうえで、「本件全証拠によっても、そのうちのどの部分がB医師の過失と相当因果關係のないものであるかを明らかにすることはできない」として、両者の全部責任を認めている。

右二判決では、加害行為の寄与していない結果部分は免責されねばならないとの趣旨【9】判決を参照）がより鮮明になっており、この特徴は一項後段の援用とも整合する（なお、【11】判決は「相当因果關係」とするが、損害拡大の關係にある医師にのみ寄与度減責の余地が認められていることからして事実的因果關係の意味と解される）。

④ 個別的な相当因果關係

以上のような「共同不法行為」に言及する裁判例に加え、最終的結果に対する個別的な相当因果関係のみに基づいて双方の加害者に全部責任を認容した例が一例ある。

【12】高知地判昭和六〇年五月九日判時一六二号一五一頁は、Y₁運転タクシーとの交通事故で左下腿骨折等の傷害を負ったA（遺族Xが訴訟承継）が、搬送先病院で右骨折整復手術（Y医師）を受けた際に骨髄炎に罹患し、のちに転院して治療を受けたが奏功せず左下腿部切断に至った事案である。裁判所は、Y₂医師らは術後感染症に対して診療契約上の義務を尽くしておらず、「Aは、Y₂の本件手術の際の感染により骨髄炎に罹患し、これが原因となって、左下腿部切断を余儀なくされた…のであるから、Y₂は、債務不履行後に生じたAの損害を賠償する責任がある」とし、他方Y₁については、「Aの骨折発生当時にも、治療の通常の経過において、術後感染が発生し、もしこれが治癒しなければ左下腿部の切断もありうることは、予見可能」であり、「Y₂の」債務不履行が介在しても、右因果関係の存否に消長を及ぼすものではない」として、転院後の損害につき両者が連帯責任を負うとした。

右判決で「共同不法行為」に言及されなかったのは、Y₂医師に対して債務不履行責任のみが主張され、判決でも債務不履行責任が認容されたからであろう。他方で、両加害者が全部連帯責任を負うべき理由として、「Aが骨髄炎に罹患したのは、本件事故による傷害の治療中における比較的初期の段階で、その治療行為に起因して生じている」とし、同一の結果に連結されるべき加害行為の競合が指摘されている。しかしこれは、前出①裁判例での共同不法行為構成の根拠とむしろ類似しており、同構成の実質的機能および個別的相当因果関係判断との関係を考えるうえで参考になるう。

(2) 一方の加害者に対する全部責任

つぎに、一方の加害者に対し全部責任を認めた裁判例をみてみる。あらかじめ指摘しておく、ここで扱われるのは主として、交通事故加害者が被告とされ、その者の全部責任の成否——とくに医療過誤時点以降に具体化した損害の帰責——が争点になった事案であり、かならずしも医療過誤加害者の責任を否定するものではない。また、医療過誤加害者の責任が正面から否定された事例はここでは扱わない。複数加害者の責任限度という本稿のテーマからは極限形態といえようが、医師の責任を否定するための法的構成として不法行為の一般ルール全般を検討対象とせざるをえず、本稿の視野が不明確になるからである。

まず、【13】東京地判昭和五十一年六月二一日判時八四三三六三頁（A（X遺族）が原付で走行中にY自動車と衝突し、下部非開放性骨折等の傷害を負ったが、搬送先病院での整復手術の際に破傷風菌に感染して死亡した事案）は、「不法行為によって傷害を受けた者が医師の治療を必要とすることはいうまでもないことであり、この場合の治療行為は被害者の損害の拡大の阻止（病状の除去）を目的として行われるものである」としたうえで、「治療行為の種類によって程度の差はあるにしても本来的に危険を包蔵している」として、「治療の過程においてこのような危険が現実化して損害が拡大した場合には、それが医師の重大な過失に起因する等加害者に責任を負担させるのを不相当とするような特段の事情のない限り、右結果についても「交通事故」加害者に責任が及ぶ」とした——「かりにAの死亡に医師のなんらかの過失が競合していたとしても、それはせいぜい『異時的共同不法行為』となるにすぎない」ともいう。

同様の構成によって交通事故加害者の全部責任を認めた例としては、A（X遺族）自動車とY自動車と衝突してAが

肝破裂兼胆道損傷等の傷害を負い、搬送先病院で右傷害の発見・手術が遅れたために事故後約三週間後に死亡した事案に関する【14】札幌地判昭和五四年六月二〇日交民集一六卷四号九二二頁（「相当因果関係」を認定）と、その控訴審である【15】札幌高判昭和五八年七月七日交民集一六卷四号九一六頁（「特段の事情がないかぎり、…不真正連帯債務」）、ダンプカーとの接触で左肩を負傷したA（X遺族）が、入院先での輸血を伴う手術で輸血血液から劇症肝炎に罹患して死亡した事案に関する【16】仙台地判平成六年一〇月二五日判タ八八一号二一八頁（不可欠な治療行為によるもので、相当因果関係がある。【15】判決を引用）、Y自動車転落事故で右前頭部硬膜外血腫等の傷害を負った同乗者Xが、搬送先病院での血腫除去手術後いわゆる植物状態となった事案に関する【17】大阪地判平成七年六月二二日交民集二八卷三号九二六頁（手術上のミス（脳実質損傷）の主張に対し、「通常予想できないものである場合」を除き「相当因果関係」がある）¹⁷がある。また、Y自動車とのバイク事故で左下腿両骨骨折等の傷害を負ったXが、搬送先病院で約五五〇日間にわたり治療を受けたが左膝関節機能障害等の後遺障害を残した事案に関する【18】福岡地判昭和五九年八月一〇日判時一四〇号一一〇頁では、「もともと交通事故の傷害治療過程に医療過誤が主張されている場合であるから、仮に右医療過誤が存在するとしても、そのことは、当該医師との間の損害に対する寄与度としての求償問題にとどまる」として、Yの全部責任が認められた。

これらの裁判例では、前出（一）①各判決と同様に、交通事故加害に対する個別的な法的判断（相当因果関係判断）が明確に機能していることを確認できる。その際、競合した医療過誤の過失の程度がとくに強いものでないかぎり全結果に対する責任が肯定されるとの一般論がある程度確立しているようであり、医療過誤の競合は「異時的共同不法行為」

〔13〕判決)ないし求償問題(〔18〕判決)の契機となるにとどまり、交通事故を起点とする「通常の」あるいは「予見可能な」事実経過に包摂されるとされたことが注目される。それではどのような医療過誤が競合すれば因果関係が中断される(責任縮減が認められる)のかが問題だが、推測の域を出ないものの、〔17〕判決(注も参照)などをみると一般的に予想される結果であるかぎりには有責行為の競合といえども全部責任が成立するとされる可能性もあるようにおもわれる。

2 責任限度の縮減を認めた裁判例

つぎに責任限度の縮減を認めた裁判例であるが、さまざまな説示がなされているので多少詳しくみておく。

〔19〕千葉地判昭和四五年九月七日判時六一九号八〇頁は、XがY自動車との交通事故で負傷し、搬送先A病院医師はXが右股関節脱臼等の傷害を負っているにもかかわらずギブス装着したところ、その後脱臼部が強直してA医師の手に負えない事態となり、B病院で治療を受けたが結局後遺障害をのこした事案である。裁判所は、A病院での誤ったギブス装着がXによる予後検診の遅れの「いずれかまたは複合の原因によって…強直を起こし、…その後の長期にわたる治療を要するようになったもの」であるとし、「A病院の担当医師とXの右のような行為は相まってXに生じた損害を拡大させたといえるから、これを被害者側の過失として…考慮するのが相当である」とした⁽¹⁸⁾(過失相殺割合は明示されていないほか、「医師がなした行為をもってXに対するYとの共同不法行為にあたる」とみるのは相当でない」ともいう)。

A運転の原付(Y運行供用者ないし使用者)との交通事故で脳挫傷等の傷害を受けたB(X遺族)が、その治療のため

投与された薬剤にBの特異体質が重なって劇症肝炎を発症し、肝不全で死亡した（外傷については良好な経過を辿っていた）
事案に関する【20】新潟地長岡支判昭和五三年一〇月三〇日交民集一一卷五号一五二五頁では、「医療行為自体が故意又は過失による違法なものであつてそれ自体が独立して責任原因となるとか（ただし、それが交通事故と共同不法行為の関係になると認められる場合は別である）、あるいは交通事故とは全く無関係な偶然的不可抗力が介在するか、その他交通事故と死亡との因果関係を切断するような特別な事情」が認められない限り相当因果関係が肯定できるとしつつ（本件では医師の過失は認定されていない）、「そのことから直ちに、…全損害につきYに賠償責任が発生すると解するのは相当ではな」く、「賠償責任を負う」とされた場合に加害者がどの範囲の損害にどの程度の割合で責任を負うのが相当であるかということは、損害賠償制度の基本理念である損害の公平分担という原則に則つて、別個に判断されるべきものであるから…その相当性の判断は、加害行為の態様、加害行為の結果発生への寄与割合、被害者側の事情、損害賠償義務者の帰責根拠等の諸般の事情を総合的に考慮したうえでなされるべきものである」とされた（結局全損害の三割を認容。判断内容はむしろ素因（特異体質）減額に近い）。

【21】横浜地判昭和五七年一二月二日判時一〇七七号一一頁は、Y₁自動車との交通事故で開放性右両下腿複雑骨折等の傷害を負ったXが、搬送先Y₂病院にて創部洗浄のちドレーン二個を挿入して直ちに縫合手術を受け（二日後に抜去）、その五日後にガスえそ感染と診断されて右大腿部を切断するに至つた事案に関して、「意思連絡なく、時間的・場所的隔たりがあり、行為類型も異なるが、渾然一体となつた一個の損害である点からは民法七一九条にいう共同不法行為の一つとみて差し支えない」としたうえで、「しかしながら…まず、各原告につき、前記一個の損害の総額を認定

したうえ、損害額につき、本件交通事故における加害者の過失行為が寄与した分と本件医療過誤における加害者の過失行為が寄与した分とを割合的に判定、評価することが可能であれば、損害賠償の公平な分担の見地からみて、右の割合を考慮して、各被告らの損害賠償責任の減責、各負担部分の評価がなされるべきである」とし、交通事故五割、医療過誤八割の割合で減責が認められた（全体の三割は「過失が共同」しているとする）。なお、本件控訴審【22】東京高判昭和六〇年五月一日判時一一六六号六二頁（Y病院のみ控訴）では医師の過失が否定され、結局Xは全損害の五割を受けうるにとどまってしまうため、寄与度減責の不当性をあらわす事案としてしばしば引用される（後述Ⅲ2（2）①を参照）。

【23】浦和地川越支判昭和六〇年一月一七日判時一一四七号一二五頁は、A自動車との交通事故で右足距骨複雑骨折等の傷害を負ったXに対し、搬送先病院Y医師が、症状を勘案して創部洗浄・包帯固定を施したうえで通院治療を続けたところ（Xは観血的整復手術等の骨折治療を早期に行うべきであったと主張）、結局右骨折が完治せず後遺障害がのこった事案で、裁判所は、退院時に免荷方法を講ずべきであったとの限度で医師の過失を認めつつ、距骨骨折は一般に後遺障害がのこりやすい傷害であるから、「原告の右後遺障害につきYが責めを負うべき範囲すなわち寄与度は右のうち二割と解するのが相当」とした。

【24】名古屋地判平成四年二月二日判タ八三四号一八一頁は、自動車による轢過事故で骨盤骨折・腹腔内出血等の傷害を負っていたA（X遺族）が、搬送先病院で適時の診察・診断を受けられなかった等のY医師の過失により右傷害の診断が遅れたこともあって傷害の詳細が判明して以降の処置が奏功せず出血多量で死亡した事案で、「Aの死

亡との因果関係は、これを直ちに肯定するには、種々の不確定要素を伴うものであることは否定することができないけれども、他方、右早期診察義務及び手術中の輸血速度確保義務を尽くしたならば、Aの死亡を阻止することのできた蓋然性も否定することのできない本件においては、Yの：義務違反とAの死亡との因果関係を肯定した上、右不確定要素の存在を損害額の縮小事由として考慮するのが、損害の公平な分担をその本旨とする民事損害賠償制度の理念に沿う」としたうえで、各加害行為に対応する損害を区別することは困難であり「被害者にとっては、むしろ渾然一体となった一つの損害と考えているのが通常であろう」がとしつつも「独立した不法行為が競合している事例である」とし、「各不法行為の寄与程度を過失の態様や程度、診療経過時から判定することが可能であれば、：各不法行為とそれぞれに対応する各損害との間に個別の因果関係を認めるのを相当と解すべき」として、Yは全損害額の一割を負担すべきとした。

【25】神戸地判平成五年一〇月二九日交民集二六卷五号二三四五頁は、Y₁自動車との交通事故で頭部外傷Ⅱ型（脳震盪型）等の傷害を負ったA（X遺族）が、搬送先B病院（Y₂経営）に入院したが、外傷性精神障害を発現して入院一週間後に病室窓から飛び降り、内臓破裂により死亡した事案で、裁判所は、Aの精神障害が交通事故による頭部外傷によるとの理由でA死亡と交通事故の相当因果関係を認め、他方Y₂については、Aの異常言動を了知した時点でAに対して負うべき安全確保義務への違反によってAの転落・死亡の危険が生じていたといわなければならないからAの死亡に対する責任を負うとそれぞれ判断し、両者の責任関係につき、とりわけY₂の過失は傷害治療そのものに関するものでないことから両加害行為に客観的関連共同性がないとしたうえで、各加害行為の「違法度」を基準にして、全損害に対し

Y七割、Y₂三割の割合で賠償責任を認めるのが相当とした。

最後に、【26】東京高判平成一〇年四月二八日判時一六五二号七五頁（後出【27】最高裁判決の原審）では、A自動車との交通事故で頭部顔面打撲挫傷を負った（実際には頭蓋線状骨折および頭蓋内出血を負っていた）B（X遺族）が搬送先Y病院で外傷処置のみを受けて帰宅後、同日中にいびきをかくなどの症状を示し痙攣症状を発現したので再度救急車で搬送されたが、救命措置の甲斐なく急性硬膜下血腫により死亡した事案で、裁判所は、交通事故と医療過誤の競合事例では「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」これを共同不法行為として各加害者に全額の賠償請求をなしうるとしつつも、加害行為が互いに行為類型・過失構造において異質で異時的に競合する場合で、「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」、「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」各加害者の賠償額を分別認定すべきであると、全損害に対して五割ずつの分割責任（さらに交通事故三割、医療過誤一割の個別の過失相殺）を負うとした。

3 小 括——平成一三年最高裁判決へ

以上にみてきた裁判例を検討しながら、以下で一定の整理を試みる。

第一に、対被害者関係での責任限度という観点からは、判文上、各加害行為の個別的「相当因果関係」ないし「予

見可能性」の判断が比較的明確に機能しているとの印象を受ける。双方の加害者に全部責任を肯定する裁判例の多くが「共同不法行為」に言及するものの、前述のように、各加害行為と最終的結果との個別の相当因果関係ないし予見可能性を肯定する判断が先行するのが通常であり、一方加害者について全部責任を認めた裁判例でも、最終的結果に対する相当因果関係が判断の中心となっていて、とくに「共同不法行為」に言及しないことが確認できるからである（共同不法行為性を否定するものもある。たとえば【19】判決を参照）。すくなくとも、加害者が全結果につき責任を負担すべき根拠として「共同不法行為」が機能しているとはいえず、先行する全結果の個別的帰責が競合する加害行為によっても左右されないとの消極的判断を意味するにとどまるようにみえる。

第二に、「寄与度」などに基づき責任限度の縮減を認める裁判例に関しては、つぎの点を確認できる。寄与度減責の基準としては、「加害行為の態様、加害行為の結果発生への寄与割合、被害者側の事情、損害賠償義務者の帰責根拠等」の総合考慮に基づくことしたり（【20】および【23】判決）、「寄与率」ないし「寄与の程度」（【21】および【26】判決）、「違法度」（【25】判決）などがあるが、ここから確定した基準を見出すことは困難である。しかし全体的には、全結果に対する個別的な相当因果関係（【20】判決）、現実的危険の存在（【25】判決）、または因果関係（【19】、【23】、【24】判決）を認め、あるいは共同不法行為の成立（【21】および【26】判決）を認めたうえで、寄与度などに基づく責任縮減を図るといふ段階を踏むものが多い。このことからすれば、各加害者の個別的帰責判断（あるいは共同不法行為による両加害者への全結果の帰責）と、競合原因を考慮した減額処理とが、法的構成レベルにおいて段階的に区別されているともいえる。この点を明確に述べるのは、【20】、【24】判決である。

しかしながら第三に、責任限度の縮減可否に関する裁判所の説示には、若干気になる部分もある。裁判所は、交通事故加害者の責任が損害の「拡大」部分に及ぶか、あるいは医療過誤加害者の責任が同部分に限定されるかを問題にし（前者につき【9】、【13】～【18】、【19】判決、後者につき【8】（ただし求償事件）、【11】、【23】判決）、他方の加害行為に起因する（自己の加害行為に起因しない）結果部分を排除する趣旨を述べるものが多い。また、結果「拡大」前後という基準を明言しないものでも、とくに寄与度減責を肯定した裁判例は、へ全結果の個別的帰責→競合原因を考慮した寄与度減責→という前述の二段階の構成ではなく、むしろへ全損害の金銭評価→各加害行為の寄与度判定→損害額の割付け→という段階を踏んでいる（【20】、【21】、【24】、【25】、【26】判決¹⁹⁾。すなわち従来の裁判例では、責任限度の縮減を不可分一個の損害につき関係当事者の総体的関係で割合的に分割するものと解する基本的態度が相当広く受け入れられているようである（以下ではこれを、「総体的責任分割」と呼ぶ²⁰⁾）。そしてこの基本的態度じたいは、寄与度減責を事実レベルの問題と捉えるか法的評価を含むと捉えるかにかかわらない。この点からすれば、寄与度減責に先立つ全結果の個別的帰責判断に積極的意義を認めるのにはやや疑問の余地がある（これにつき【24】、【26】判決も参照）。

ところで、共同不法行為への言及がすでに下された全結果の個別的帰責が他方の加害行為の存在によって左右されないとの消極的判断を意味するのではないかとさきに述べたが、そうした裁判例には損害の不可分性・渾然一体性を理由とするものが多い。共通する事案の特徴としては、交通事故後まもなく当該傷害の初期治療段階で医療過誤が認定されていることを指摘できるが（【1】～【7】、【11】判決）、このことは、医療過誤までの時間的間隔が比較的大きい場合や医師の過失が傷害治療それじたいに向けられていない場合に前述の総体的責任分割を説く傾向とある程度整合的に理解

できる。しかしながら、加害者の全部責任を肯定するに際して共同不法行為に言及しない裁判例も存在しており、そこでは共同不法行為成立の根拠と同様のことが述べられるか（【12】判決）、あるいは医療過誤（事故）が通常予想されるとして交通事故加害者の個別的帰責判断に取り込まれている（【13】～【18】判決）。このようなことは、共同不法行為によって根拠づけられている消極的判断がどのような法的問題を捕えたものなのかを考えることで、その実質的機能を推し量る手がかりになるようにおもわれる。

すなわち第四に、前述した寄与度減責に対する裁判例の基本的態度、すなわち総体的責任分割を前提に考える場合には、たとえ一般的観点からは個別的に全結果の帰責が肯定される場合でも、互いに無関係な結果部分の責任を負担させることが観念上避けられない。そこでは、両加害者に全部責任を負わせるにはより積極的な理由付けが必要といわなければならない。そうすると、本来的には責任の及ばない結果部分へと各加害者の責任範囲を及ぼすことに対し、共同不法行為の成立を認めて一定の法的根拠を与えることは、それとして意味のあるといえること⁽²¹⁾ができよう。すでに述べたように、実際、共同不法行為による根拠づけが図られた事案は、総体的責任分割がおこなわれた事案の特徴、すなわち両加害行為の時間的隔たりや各過失の対象の非対称性を備えていないのである。

このような裁判例の動向を受けて出されたのが、【27】最判平成一三年三月一三日民集五五卷二号三二八頁である（事実関係は前出【26】判決を参照）。最高裁は、「本件交通事故により、A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Y病院において、Aに対し通常期待されるべき適切な経過観察がされるなどして脳内出血が早期に発見され適切な治療が施されていれば、高度の蓋然性をもってAを救命できたということができるところから、本件交通

事故と本件医療事故とのいずれもが、Aの死亡という不可分の一個の結果を招来し、この結果について相当因果関係を有する関係にある」と述べて、交通事故とともに医師の過失と死亡との間の高度の蓋然性に基づく「因果関係」および「相当因果関係」を認定し、かつ、「不可分の一個の損害」であることを理由に「七一九条所定の共同不法行為」の成立を認めたとうえで、さらには、「結果発生に対する寄与の割合をもつ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」と述べて、その理由を寄与度減責による連帯関係の免除が「被害者保護を図る同条の趣旨を没却する」点に求めた。

右最高裁判決の論理構成は、個別的な相当因果関係の認定を先行させながら、共同不法行為の成立根拠を「不可分の一個の損害」に求めた点では特段真新しいものはない。もつとも、従来の共同不法行為構成が無寄与部分を含むであろう最終的結果全体の帰責を正当化する根拠に止まると推察される一方で、両加害行為の時間的隔たりや過失の非対称性が認められる一定の場合に寄与度減責の余地を認めてきた従来の傾向に対比すると、「被害者保護」を明言して寄与度減責を一律に否定するかの説示はやや特徴的である。これが損害の不可分性のみに基づくのか、その他の事案の具体的特徴を考慮した結果なのかは判然とせず、この点に対する学説の批判的態度は正当⁽²²⁾であろう。従来の裁判例では、損害の不可分性には加害者の個別的帰責判断が前提になっているから、本件で寄与度減責が否定された理由も——たんに損害が不可分性であればよいのではなく——帰責が正当化される損害が不可分であることにあるとみるべきであるが、このように解すれば従来の裁判例とほとんどかわらないことになる。

さて、以上の検討によれば、裁判所による実際の解決に対しては、理論的にみてつぎのような疑問が生じうるように

おもわれる。前述のように、一方では加害者の責任限度を決する法的枠組みとして個別的な帰責判断がなお重要な役割を果たしながら、他方では共同不法行為の成否と寄与度減責の可否という争点が形成され、後者の背後には総体的責任分割という基本的態度が存在している。しかしながら、一般的・相対的には各加害者に全結果が帰責されるのに損害・結果の不可分性ゆえに無寄与部分の帰責という問題意識が存在していること、また、全結果が帰責されない場合の免責範囲を他方加害者の寄与部分(＝自己の無寄与部分)とすることは、はたして自明のことであろうか。かりに当然であるとしても、それは不法行為法解釈に対する一定の態度決定を前提にするものであり、その点の解明なしにはへ個別的帰責判断と結果の不可分性が織り成すディレンマとも称しうるものであるようにおもわれる。

それでは、個々の解釈上の争点について議論を交わすにあたり、裁判例の背後にあるこうしたディレンマに学説はどのように臨んできたのであろうか。次章(Ⅲ)では、個別の争点を順次たどりながら、この点を考察してみることになしたい。

Ⅲ 学説の検討

前章(Ⅱ)でみた裁判例の動向を受けて、学説では共同不法行為の成否を中心に議論が交わされ、これに対して、一面では共同不法行為理論の一般的・理論的視点からの有力な批判、他面では寄与度減責を如何に理論構成すべきかが議論されてきた。そうしたなか、「損害の不可分性」を根拠に共同不法行為の成立を認める——しかも寄与度減責を

一律に排除するか的一般論をも述べる——前出【27】最高裁判決が示されたが、幾分硬直的な内容に批判が向けられていることは言及したとおりである。このような状況を踏まえるならば、責任限度の割合的縮減可否がどのような問題意識とそれへの態度決定を前提に議論されているのか、各個別争点・解釈論が相互にどのように関連づけられているかという視点で、従来の議論を再検討すべき時期にきているようにおもわれる。そこで以下では、共同不法行為の成否に端を発する議論に順次考察を加えてみたい。

1 共同不法行為の成否

交通事故と医療過誤の競合事例における共同不法行為の成否に関しては、解釈論的帰結に従ってつぎの三つの見解に大別することができる。すなわち、(1)客観的関連共同性に基づく共同不法行為の成立を認める見解、(2)寄与度減責への接続をねらって七一九条一項後段の類推適用を説く見解、(3)共同不法行為と構成する必要を認めない見解(競合的不法行為説)である。

(1) 客観的関連共同性

客観的関連共同性に基づく共同不法行為の成立を認める見解(以下、「二項前段適用説」という)が、従来の裁判例のほか、「共同不法行為」の成立に寛容な伝統的判例・通説(客観的関連共同性説)に裏付けられていることは疑いないであろう。客観的関連共同性説によれば、「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、各自が右違法を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⁽²³⁾」であるとして、客観的関連共同性要件を相当緩やかに解する判例理論が確立したといわれる。その後の学説では、共同不法行為制度の存在意義をめぐって一大議論が形成されたが、現在では、加害者間にいわゆる主観的関連共同がある場合のほか、社会観念上一体とみうる（客観的関連共同のある）共同行為がある場合に、これによって惹起された結果につき自己の行為の事実的因果関係の範囲を超えた帰責がなされる点に共同不法行為制度独自の意義があるとの見解（いわゆる主観・客観併用説）が多数を占めると目される⁽²⁴⁾。本稿ではこれ以上共同不法行為の一般に関わる解釈論に踏み込まないが、むしろ重要なのは、右のような経緯を踏まえ、如何なる理由で交通事故と医療過誤とが「客観的に関連共同している」とされているのかを確認しておくことである。

右の点につき、七一九条一項前段のうち客観的関連共同による共同不法行為の機能として「社会的に一体と見られる行為があるために因果関係の証明が困難となる場合に、因果関係を推定する点」を強調し、「両者は時間的には近接していない場合もあるが、一連の行為であるから客観的関連共同を認めてもよいのではなからうか」と述べるのは能見善久教授である⁽²⁵⁾。損害の渾然一体性ないし区別の困難性に着目して、「被害者救済」の観点から共同不法行為の成立を認めるべきであるとする見解や、共同不法行為の成否を全部責任の成否と関連付けて類型的に考察すべきであるとする見解⁽²⁷⁾も、共同不法行為の成立を認めることで当該事案での被害者の実効的救済・保護を引き出そうとする点では、基本的に同様の立場と考えてよいとおもわれる。

このとき、交通事故と医療過誤の客観的関連共同性に基づき共同不法行為の成立を肯定する見解が、共同不法行為の成立を認めて双方の加害者に全部責任を課すことが妥当であるとの一般的判断に支えられているわけではかならずし

もないことに注意を要する。むしろそれは、原告の証明負担軽減をはじめとするきわめて実際的な配慮に支えられつつ、これを「客観的関連共同性」の解釈へ取り込もうとするものである。それゆえ、いずれの見解においても（手法は異なるが）責任限度の縮減可能性は完全に排除されていない。⁽²⁸⁾ 言い換えれば、ここでの客観的関連共同性に基づく共同不法行為構成は、寄与度減責ないし共同不法行為（全部責任）否定に関する主張立証責任が加害者側に転換されるという意味での被害者保護を主要な理由にしている——同時に、全部責任を肯定する裁判例での共同不法行為構成の実質的機能（無寄与部分の帰責正当化）とも異なることに注意すべきである。ちなみに、こうした解釈論の実際面を強く明言するのは山川教授であり、共同不法行為制度じたい「被害者救済」という政策的配慮に基づく規定である以上、交通事故と医療過誤に原則として客観的関連共同を認めることもできるといえる。⁽²⁹⁾

もつとも、このような客観的関連共同性の解釈範疇の拡大に対しては、当初の客観的関連共同説への疑問を契機に展開された類型的考察の成果を振り出しに戻すものではないかとの懸念を生じよう。後述のように、類型的考察の嚆矢たる平井教授はこの見解を否定しているし、次述の一項後段適用説の背景にもこうした理論面の懸念が存在するとおもわれる。ここでは、被害者側の地位に対する実際の配慮と右のような解釈論上の態度決定のいずれを貫徹すべきかが問題であり、その際には、一項前段の適用を認めなければ（とくに競合的不法行為説では）被害者の地位が不当に後退するというのはほんとうか、という点に率直な検討を加えてみる必要があるようにおもわれる。

（2）七一九条一項後段の類推適用

一項前段適用説によれば、（訴訟法上のリスク分配が実体法理論に与える影響をさしあたり度外視すれば）双方の加害者につ

き全部責任が原則となることに疑いない。この見解でも一定の場合に責任限定の余地を認めるものが多いが、その場合は、そもそも共同不法行為の成立範囲で操作するか、あるいは共同不法行為を認めたくえて寄与度減責を考えるものでも後者は「公平」の観念に基づく例外的処理と構成されるのが通常である。これに対し近時は、当該事案に加害者不明の共同不法行為（一項後段）の類推適用を認める見解（以下、「一項後段適用説」という）が有力に主張され、寄与度減責の余地を正面から見据えた解釈論が示されている⁽³⁰⁾（寄与度減責に関わる部分は後述Ⅲ2）。

これに属する見解として、たとえば徳本教授は、当該事案に関する従来の裁判例が「共同不法行為」に言及してきたことに対し、とくに交通事故加害者の責任範囲の法的根拠に着目して、「共同不法行為の特別の法律効果としてはじめて〔交通〕事故の加害者の責任が根拠づけられるものであるのか、それとも、その必要性はなく、交通事故を独立の不法行為にとらえても、一定の範囲で彼に責任が及ぶと判断され、彼と医療行為者との双方が、ともに損害賠償義務を負うことになった状態を結果のほうからみて共同不法行為と呼んでいるにすぎないのか、…後者なのではないか」として、一項前段の適用可否のみを念頭におく従前の議論に疑問を呈している。この疑問じたいは、すでにおこなった裁判例の検討からも首肯することができる（前述Ⅱ3を参照）。

そのうえで徳本教授は、交通事故加害者の責任範囲判断について、従前の裁判例ではむしろ七〇九条の一般ルールに基づく判断が中心を構成しており、その際には損害の一体性に着目しているのであるから、当該事案に適用されるべき条項としてはむしろ一項後段の趣旨の方が近いという。すなわち、一項後段の存在理由は、「一方で、数人の者が、結果を発生させるに足りる行為をなしたことがその行為者の範囲をも含めて確かであるところ、他方で、被害者は、発生

した結果が誰の行為によるものであるかを証明することが困難である、という情況（いわゆる択一的競合）の下で、被害者の立証の困難を救済する、という点にある⁽³²⁾とし、本稿で問題にしている事案は、「交通事故加害者」も「医療過誤加害者」も現に「被害者」に対して不法行為を行ったことは明らかなのであるから、加害者不明の場合よりもなお一層強い理由をもって被害者の保護をはかることが適当⁽³³⁾とするのである。

この見解は、加害者不明における被害者は特定の加害者の範囲を証明すれば立証が尽くされたことになり、したがって実際には因果関係のない加害者に責任を負担させることになる可能性を民法が認めているのに対し、寄与度不明の事例がここに含まれないとしたならば、被害者は寄与度の立証に失敗すると全く賠償を得られないという不均衡が生じる⁽³⁴⁾として共同不法行為規定の欠缺を主張するものであり、現在比較的多くの支持者を集めている。したがってこの見解では、一項前段適用説に比べて被害者救済が最前面に押し出され（一項前段適用説では関連共同性要件の解釈論に取り込まれる）、しかも、寄与度減責の可能性が一般的に許容されることによってその意味合いが証明負担の軽減へと純化されているといえる。

同趣旨の見解であるが若干特徴的な解釈論的理由付けを図るのは、最近の澤井教授の見解である。教授によれば、のちにみる競合的不法行為説との関係で、理論上の「峻別に神経質になる余り、被害者の救済に事欠くことになれば、本末転倒である⁽³⁵⁾」として、当該事案も「民法七一九条一項前段・後段から離れた体系的地位を与える必要はなく、同条項における一類型として位置づければ足りる」のであり、「民法七一九条一項前段・後段の趣旨から、複数人が、その程度はともかく関連する行為によって（七一九条前段の趣旨）、同一の損害に関与した（後段の趣旨）以上、全部責任

を負うべき」⁽³⁶⁾であるとする。寄与度減責の余地を認めながら、共同不法行為の枠組みからはずして加害者に違法行為の援用を許し、それだけ被害者を劣位におく積極的理由を見出しがたいとする点は、やはり同様の理由に基づくものといえる。⁽³⁷⁾

ただし、澤井教授の特徴は、この種の事案では「七一九条一項前段の趣旨」として加害行為の一体性に対する規範的評価を盛り込む必要があるとする点であり、やや注意を要するであろう。見方によっては、加害者は、自己の反証活動の帰趨によっては因果関係のない結果について責任を負うことになり、しかも實際上その可能性は加害者不明型に比して格段に大きくならざるをえない。右に引用した叙述も、寄与度減責の抗弁が排斥された場合の法的根拠に配慮する趣旨と解されるが、⁽³⁸⁾そこでは、被害者救済の名の下に被害者の証明負担を軽減する一方で、実際上は加害者の負担に帰するであろう全部责任(ないし範囲外責任)を如何に正当化するのがむしろ二項後段適用説の難点となりうること、すなわち減責を図るべき場合の判断枠組み(「寄与度」の意義)如何では——単純な事実レベルの問題ではなく法的判断を含みうるならば——加害者不明型共同不法行為に類似の問題状況であるとの理解に解釈上の困難を生じうることを示唆している。⁽³⁹⁾

もつとも、この点に問題を見出すかじたい見解は分かれるようであり、むしろ徳本教授などは、次述の競合的不法行為説こそ範囲外損害の問題を抱えていると考えたうえで、自らの一項後段適用説こそこの問題への解釈論的手当てにならんと考えているようである。⁽⁴⁰⁾(競合的不法行為説との関係で再度触れる)。

(3) 競合的不法行為説

交通事故と医療過誤の競合事例を共同不法行為と構成する二つの見解（以下、両者をまとめて「共同不法行為説」という）に対しては、当該事案を独立の不法行為の競合と捉えれば足りるとの見解が真つ向から対立する。ただし私見では、「真つ向から」といつてもそれは共同不法行為制度をめぐる解釈論の一般的平面に限られる。そもそも、共同不法行為説は競合的不法行為説で達成されえない実際の利点を備えると考えられているかぎりで、競合的不法行為説からの一般の・解釈論的批判と具体的・実際の利点（その解釈論としての構成）とは議論の矛先を違えているからである——後述するように、本稿は、共同不法行為説の述べる利点がはたして競合的不法行為説では達成不可能なのかどうかにも疑問を抱く。したがって、交通事故と医療過誤の競合事例での責任限度の解釈論的構成（とくに個別争点の相互関連）に注意しながら、その前提になっている問題意識と一定の態度決定を比較・検討しようとする本稿では、ここでは、競合的不法行為説が展開する一般的・解釈論的批判の骨子を確認することと、反対に共同不法行為説が競合的不法行為説に対して展開する具体的・実際の利点の主張とその当否は、責任限度の判断枠組みを検討する箇所（後述2）で別に扱うことにしたい。

従来「共同不法行為」として処理されてきた事例のなかに独立の不法行為の競合とみるべきものが含まれていること、本稿の主題である交通事故と医療過誤の競合事例がこれに該当することを強く論じたのは、平井宜雄教授である。その骨子を要約すればつぎのようになる。すなわち、伝統的な判例・通説（客観的関連共同説）が各加害者に独立の不法行為の要件充足を要求することは、たんに要件加重によって七一九条一項前段の存在理由を完全に否定するに等しいのであり、右規定に独自の意義を与えるためには、不法行為の一般ルールによれば各加害行為の備えるべき要件のうち、ど

の部分、如何なる加重要件のもので修正されているのか、という視点で七一九条を解釈しなければならない。そして、七一九条の意義は不法行為の一般ルールにおいて加害者の責任限度（最大限）を画する事実的因果関係が緩和されること（責任限度の拡大）にあり、このことが関連共同性要件（加重要件）によって規律されているのであって、この両者の相互関係にこそ同条の存在意義が反映されなければならない。したがって要件論としては、右のような修正が正当化される「関連共同性」の中身が類型的に考察されなければならない。⁽⁴¹⁾

このような平井教授の主張が、いわゆる主観・客観併用説として広く支持を集めていること、その一方で、この解釈枠組みに拠りつつも交通事故と医療過誤の競合事例を客観的関連共同性に基づく共同不法行為に取り込む見解もあることはすでに述べたが、平井教授は後者を否定的に解している。とりわけ、「損害の一体性」に着目して共同不法行為の成立を認める裁判例や学説に対しては、「これは不真正連帯債務（全部義務）発生の要件であって：共同不法行為の要件と解すべきではない」として批判するほか、平井教授と同じく「加害行為の一体性」を要件に掲げる能見教授の見解に対しても、「医師につき独立に基本型不法行為の成立が認められる以上、競合的不法行為と解し、減責の主張を認めるべきである」として消極的である。⁽⁴²⁾ また、一項後段適用説に対しても、同条項をいわゆる択一的競合の事例に関する被害者保護規定と解する多数説に賛成しつつ、「競合的不法行為に関する特則」と位置づけることで成立範囲を限定的に解し、したがって当該事案（寄与度不明⇨寄与自体は明らか場合）への類推適用にも消極的な立場を示す。⁽⁴³⁾

いずれの批判も簡明な叙述であり、やや演繹的に感じられる面がないではない。しかしこれについては、同説が、責任限度を決するにつき具体的にどのような判断枠組み（解釈論）を用意しているのか、それが共同不法行為説の主張す

るようなデメリットをはたして内包するのかどうか、という点への検討をまっぴらみなければならぬであろう。それゆえここでは、前述のように共同不法行為説が実際の配慮につよく動機づけられているという点を一般的・理論的側面から鮮明しておくだけで十分である。

交通事故と医療過誤の競合事例での共同不法行為の成否に関して従来繰り返し批判的見解を展開してきたのは、さらに、稲垣喬裁判官である。稲垣氏によれば、交通事故により傷害を受けた被害者については、交通事故の発生を契機とし、これに接続して医師による診療行為が行われ、交通事故による人体に対する傷害と医師による診療行為は、必ずこの順序でなされ、その意味では全く同時に行われるというものではない（異時性）。しかも、交通事故による傷害は、社会経済活動における、何らかの目的のために自動車という危険な物を使用することにより、その負の効果として人体に対する損傷という効果が生じるものであるが、医師による診療行為は、負傷者の生命、身体の安全のために身体に対する侵襲等を行うものであり、その性質・目的は全く異なっている（過失の異質性）。このような点からすれば、もはや同質的な共同の不法行為として集約することのできない問題を含んでおり、両者の責任判断を独立させるべきであると⁽⁴⁶⁾する。

このような稲垣氏の見解に対しては、そこで強調されている両加害行為の異時性と異質性は、共同不法行為成否のメルクマールとして機能しうるとしても、それらが理論的に要件とされていない以上は共同不法行為の成立を一般的に否定することはできないとの批判⁽⁴⁷⁾が寄せられている。しかしながら、両加害行為に対する規範的判断の内容が相互に著しく異なるがゆえに責任判断を分離すべきであるとの論旨・実務的欲求には、この種の事案を共同不法行為（とくに客観

的関連共同性要件)に組み込む際の際の原動力である実際の利点を凌駕しうるかどうかは別にしても、傾聴すべきものがあるようにおもわれる(ただし、その結果同氏が分割責任論を帰結すること(後述)には疑問の余地がある)。

以上に、交通事故と医療過誤の競合事例での共同不法行為の成否をめぐる主要な二つの見解をみたが、随所で後述に委ねたように、右の議論はいずれも責任限度の割合的縮減可否とその法的構成を念頭にした解釈論上の出発点にすぎない。むしろ問題は、これらの諸見解がどのような責任限度の縮減枠組みへと接続しているのかであり、その内容の当否とその回帰先として用意された右の解釈論の正当性如何である。以下、節を改めて検討する。

2 いわゆる寄与度減責の可否

(1) 共同不法行為(一項前段)と寄与度減責

七一九条一項前段の共同不法行為の成立が認められるかぎり、各加害者は、被害者に対する関係において共同行為と因果関係に立つ結果全体につき連帯して責任を負うのが原則である。さきに、一項前段適用説の背後には被害者における立証負担の軽減に対する配慮があると述べたが、さらに一歩進んで、加害者からの反証を許さず全部連帯責任という効果までも認めて、被害者を厚く保護すべきことを述べるものがある。それによれば、各加害者は——仮に共同行為者中に実際上不公平感を否定できない加害者が含まれていても——共同不法行為の成立が認められた以上は対被害者関係で全部責任を負うべきであり、最終的な責任分担は加害者間の求償問題で解決されれば足りるとされる。⁽⁴⁸⁾ 最近の【27】最高裁判決でも、共同不法行為制度にこの意味での被害者保護の趣旨の含まれることが明確に述べられている

(なお、同じく求償問題へと委ねながらも、対被害者関係での全部責任の根拠を共同不法行為制度に求めない裁判例として【18】判決)。

こうした見解によってしばしば引き合いに出されるのは、前掲【21】判決とその控訴審【22】判決によってもたらされた実際上きわめて不当な結果である。すなわち右事件は、被害者が交通事故と医療過誤の双方の加害者(以下それぞれ Y_1 、 Y_2)を被告として提訴し、第一審において全損害に対し Y_1 五割、 Y_2 八割(うち三割は連帯)の割合で請求が認容されたが、 Y_2 控訴による控訴審において Y_2 の過失が否定され、しかも Y_1 については控訴がなかったために、結局 Y_1 は全損害の五割の賠償しか得られなくなった。両裁判所の過失認定がこれほど大きく分かれたことじたいにも問題がありそうであるが、いずれか一方の加害者に自己の権利主張をすることが同時に他方加害者に対する主張の放棄を意味するというのでは、たしかに原告にとってきわめて不都合となることは明白である。⁽⁴⁹⁾

もつとも右の批判は、いわゆる寄与度減責を、全損害を関係当事者の総体的な関係で分割する意味(総体的責任分割)で捉える場合に限って妥当することに注意すべきであろう。次述のように、従来の寄与度減責をめぐる議論では、かならずしもその意味での分割責任のみが議論されているわけではないし、まして寄与度減責が求償問題の前倒しそのものと捉えられているわけではない。⁽⁵⁰⁾このように考えるならば、よく引き合いに出される右事件の問題は、第一審判決を読むむかぎり寄与度がある程度明らかであればかならず関係当事者の総体的関係において減責をしなければならないと考えられていることと、各審級裁判所において医師に対する過失判断があまりにも分かれすぎたという偶発的事情の重なった結果と考えるほかないとおもわれる。⁽⁵¹⁾

むしろ、右の批判（および【27】最高裁判決）に対しては、つぎの疑問を指摘しておくべきであろう。すなわち、対被害者関係における全部責任が不公平と感じられる場合、そこでは不法行為の一般ルールによると責任範囲外となるべき損害部分が含まれる可能性が意識されているわけだが、そもそもこの種の事案で関連共同性を認める際に考慮されているのは被害者の証明負担であったことを考え合わせるならば、一項前段の適用を認めるにしても、寄与度減責の可能性を一律に否定して「共同不法行為の成立が認められる以上は」との理由で迅速な被害者救済（全部連帯責任）という効果までも援用することがはたして解釈上正当といえるのか、である。これを肯定する場合には、一項前段の適用範囲の拡大には二重の考慮が働いていることになる。この種の事案にも責任限度の縮減が図られるべき場合のあることを認め、共同不法行為による解決を基本に類型化を指向する見解⁽⁸²⁾や、共同不法行為の成否レベルで事例を類型化を指向する見解⁽⁸³⁾では、責任限定が認められるべき類型については次項でみる枠組みのいずれかに解消されることになるであろうが、これら類型を分けることとなる判断基準、とくに共同不法行為が全部責任の根拠として機能すべき場合の基準（まさに第二の考慮）はいまだ明らかにされていない。

一項前段の共同不法行為の捉え方によつては、その成否と寄与度減責の可否を切り離して考え、共同不法行為の成立を認めつつ寄与度減責をも認めることが格別理論的矛盾をもたらすものではないとする見解もある。一項前段の意義そのものを証明負担の軽減に求め、寄与度減責は、同条項により認められうる責任限度を「公平」の見地からなされる法的評価の問題とみる能見教授の見解がこれにあたる。これについては、正面から寄与度減責の余地を認める一項後段適用説と併せて検討することが適切であるので、次項に譲る。

(2) 分割責任と限度責任

一項前段適用説でも寄与度減責が認められるべき事例類型の析出が求められていることから明らかなように、学説の多くは、交通事故と医療過誤の競合事例には寄与度減責が認められるべき場合があるという方向では一致している。問題は、この寄与度減責がどのような枠組みで捉えられているのか、ということである。そしてその裏面では、寄与度減責が認められない場合の全部責任の根拠として、すなわち前節1にみた諸見解が法的構成として正当かという問題が控えていることを念頭においておく必要がある。

ところで、これに関する従来の議論には、大体においてつぎのような傾向が認められる。第一は問題の構成方法であるが、観念的には、交通事故により直接に生じた損害(D₁)については交通事故加害者が単独で責任を負担すべきことは当然であり、医療行為によつてそれが拡大して損害(D₂)を生じた場合にこのD₂について両者の責任関係が問題となり、主として交通事故加害者にD₂を含む範囲で責任を負担させるべきかというかたちで捉えられている——従来の裁判例でも、とくに四肢切断事例での逸失利益が入院時点の前後で区別されることがあるが、これは、交通事故に直接起因する結果と拡大結果との区別とはかならずしも一致しないとおもわれる(入院後に具体化した損害もD₁とD₂の混在はありうるであろう)。第二は、裁判例にもみられたように、このような損害の段階的把握の指標として、交通事故加害者の責任がD₁を限度として切斷される場合につき、その基準として「医師の重過失」に注目が集まっている。第三は、前記D₁とD₂の区別が実際上不可能な場合を含め、D₂あるいはD₁+D₂に対するそれぞれの寄与度の判明する場合としない場合という区別もある。すなわち、寄与度が判明する場合にはそれに従つて責任限度が縮減されるが、寄与度が判明しない場

合には自己の寄与度を超える責任負担を強いられると考えられ、前節1にみたような法的根拠が問題にされる。

右のうち、本稿との関連で最も重要なのは第三の点である。責任縮減をもたらす「寄与度」がどのように捉えられているか、反対にいえば「寄与度を超える」とはどういう意味でそう考えられるのかというのがここでの問題である——第一の点に関してD₁の分離が可能であるかどうかは損害論との関係で吟味すべき問題を含むためにここではさしあたりD₂のみを問題にすれば足り、第二の点については見解により寄与度の判断内容として関連してくる問題である。この点に留意しながら、以下で寄与度減責に関する諸見解を検討してみる。

①分割責任（総体的責任分割）

ここで「分割責任」と呼ぶのは、複数の加害者を含めた総体的な関係において、現実生じた一個の実損害を分割して各加害者に割合的に配分するという意味であり、以下で取り上げる諸見解もこの視点に立つ。したがってこの見解では、寄与度減責の問題が各加害者の負うべき最終的責任割合、すなわち求償関係の対被害者関係での一体的処理と同視されやすいが、逆にこの点が一項前段説から寄与度減責論への批判の目標ともなっている。しかし、裁判例と同様に寄与度判定基準じたいはかならずしも一様ではない。

こうした議論のさきがけとして最初にとりあげるべきは、おそらく野村好弘教授の割合的因果関係説であろう。すでに数多くの議論が交わされたが、簡略に教授の主張を引用すればこうである。すなわち、「事実上の因果関係があるかないかを判断するための枠組として、『あれなければ、これなし』という“but for”ルール」と、「結果発生に重要な要素であったか」という“substantial rule”とがある。後者は前者だけでは判断しきれない場合があるので、それを改善する

ための補足的な判定法として登場してきた。しかし、筆者は後者を一般的なものさしとして事実上の因果関係の有無を判断するのが、むしろ合理的ではないかと考えている。そしてそれを発展させて、『当該要素が結果発生にどの程度寄与した (contribute) か』というふうな事実上の因果関係を量の問題として考えていくことが大事だと考える。『あれなければ、これなし』の考え方だと事実上の因果関係をオールオアナッシング的に判断するのであるが、『結果発生に必要な要素であったか』の考え方は寄与度 (寄与率) という量的な把握の仕方につながっていくのである⁽⁵⁴⁾。野村教授は、この見解を原因競合一般に押し広げて適用し、交通事故と医療過誤の競合事例にも適用されると考えるようである⁽⁵⁵⁾。

アメリカ不法行為法にいう実質的要因準則 (substantial factor test) が当然に総体的な寄与率判定へとつながりうるのかはやや疑問があるが、その点はともかくとしても、この見解が複数加害者間での総体的責任分割をねらっていることは右の叙述から明らかである。しかも野村教授の場合、それが事実レベルでのみ捉えられるので、分割された各責任限度の合計は一〇割 (実損害) を超えることがない——逆にいえば、この見解に対する従来の批判は、およそ一〇割の寄与度を有する加害行為が考えられない以上つねに減責が成立する点に向けられた。これに対し野村教授は、加害者間で「発生した損害を…どちらにどれだけずつ負担させるのが妥当か」が問題の中心であるから、寄与度 (しかも「寄与度が著しく小さいこと」)⁽⁵⁷⁾ は加害者が立証すべきだとしてある種の価値判断の介入を示唆しているが、同説から当然に導かれる結論ではない。

割合的因果関係説と同一ではないが、同様に総体的な責任分割を主張する見解はほかにも存在する。たとえば稲垣裁判官は、前述のような競合的不法行為説の立場から各加害者への責任判断を各過失を中心に別個に組み立てる必要性

を指摘しつつ、効果面でも、「因果関係とこれに結合する過失（さらには相当因果関係）の限度、割合、さらには損害への寄与度に応じ、右行為者の責任の独立、分割を結論するのが、より合理的」⁽⁵⁸⁾であるとする。たんなる事実レベルの寄与度ではなく、過失の程度をも照らし合わせて分割の割合が評定されるべきであるとする点に特徴があるが、前述の意味での総体的責任分割であることには変わりない。⁽⁵⁹⁾また高波教授は、稲垣氏の見解を發展させて、交通事故に直接起因する損害部分（前述D₁）が特定される限りで、医療過誤による損害拡大部分（前述D₂）は前者を全損害額から控除することで算定可能と考えて、両者の責任範囲の分割をすべきであるとする（特定できない場合は両者の全部連帯責任という）⁽⁶⁰⁾。

同様に、競合的不法行為説の枠組みのなかで分割責任を結論づけるのは、大塚直教授である。教授は、「偶然同じ被害者に損害を与えたからといって、当然に他人の責任も負うことにはならない」⁽⁶¹⁾から、「競合的不法行為の場合には、むしろ分割責任が原則である」という。その際には、各加害行為が複数の部分損害を惹起したとみうる「加法型」の場合には事実レベルの寄与度、両者がともに引き金となって一個の損害を惹起する「乗法型」ではさらに「加害者の非難可能性（違法性）」を加えた法的評価としての寄与度⁽⁶²⁾をもって分割の基準とすべきであるという（教授によると、交通事故と医療過誤の競合事例は後者にあたる）。論旨からみて総体的責任分割を支持する立場といえるが、やや気になるのは、加法型でも競合した複数の加害行為が全損害を生じさせる（もしくはそれ以上の）惹起力を備え（過剰型競合）、あるいは一部の加害行為がそのような惹起力を備える場合（重疊的競合）には、原因力の程度に従った帰責を認めうる（連帯部分を生じる）⁽⁶⁴⁾とする点である。すなわち、現実の損害のうち他者の加害行為に起因する部分につき責任を負わないのが原則としながら、加害行為の「惹起力」による帰責の正当化が図られており、個別的な法的評価が下されているとの印

象を拭えないし、「乗法型」とも比較すればむしろこちらが主ではないかともおもえる。

ところで、これらの見解において、寄与度ないし分割割合が判定できない場合の処理とその法的根拠はどのように考
えられているであろうか。この点につき野村教授は、立証責任の転換と厳格な寄与度認定を述べるところから一項前段
の共同不法行為の成立が視野に入っているようにもみえるが判然としない。稲垣氏は、明言しないが効果としては全部
連帯責任を考えているようであり、さらに高波教授は、競合的不法行為の効果として損害の一体性に基づく連帯責任に
なるとする⁽⁶⁵⁾。他方、大塚教授は、全部連帯責任になるとして根拠を一項後段の類推適用に求めている⁽⁶⁶⁾。大塚教授の見
解では範囲外損害の帰責根拠が明確に配慮されているが、その他の見解では、総体的責任分割を原則とすることとの関
係ではいずれも根拠として弱いようにおもわれる。

② 限度責任（一部連帯）

つぎに、以下に述べるような見解をみてみる。すなわちここで「限度責任」と呼んでいる見解は、加害者の責任限度
を割合的に縮減する点では同様であるが、現実の損害に対して各加害行為に相対的に法的評価を加える点で特徴があり
（加害行為に対応する「限度」という評価）、かならずしも複数加害者間の総体的な責任分割・割り当てという視点に固執
しない点で前述の分割責任と異なる。

嚆矢と目されるのは、川井健教授の見解である。教授は、関連共同性の有無をめぐる共同不法行為の成否が論議さ
れてきた事案（交通事故と医療過誤の競合事例も含まれる）に関して、加害者間の公平の見地から共同不法行為の成立を否
定する見解が前述の分割責任へと傾いていた状況に対して、「共同不法行為の成立を否定し、各自の独自の責任とみる

ことによりそれが当然に比例的となりうるのか、やはり何らかの範囲で責任が重なりあい、共同不法行為的に処理される面を残しはしないか⁽⁶⁷⁾と述べて、加害者間の公平に対する考慮と分割責任との解釈論的必然性に疑問を投げかけた。そこで、およそ共同不法行為の成立する以上は減責を認める余地はないと考えられていた当時の状況から「対被害者関係でも共同不法行為の責任が制限されるか否かの問題は、今後の検討事項ということとなる」と留保しつつも、「各共同不法行為者が共同不法行為への関与の度合いを証明することができるならば、損害の全部につき連帯責任を生ずるべきでなく、最も多く関与した者は全部について責任があるが、関与の度合いの少ない者は、関与の度合いに応じた範囲での連帯責任を生じ、したがって残余は最大の関与をした者の個人責任とすべきではないか⁽⁶⁸⁾」との一部連帯説を示していた。

右の川井教授の見解と同趣旨のことは、幾代通教授や徳本教授の見解にもみることができるとは言える。すなわち幾代教授は—観念的には各加害者の寄与は部分的であり、損害は総体的に分割されうるとの前提の下—寄与度の反証（一項後段適用の帰結）は「[被害者]に有利な推定を覆しうる程度」が要求され、したがって各加害者の反証が容れられる基準は一致せずに各寄与部分が相互に食い込むことになり、結果的に一部連帯を生じるであろうとし、その背後で交通事故加害者は、医療過誤による結果拡大部分についても医師の重過失など特段の事情がないかぎり責任を負うべきであるとの価値判断を述べている。これをさらに展開するのが徳本教授であり、とくに交通事故加害者に関して、「交通事故加害者が、その過失によって引き起こした交通事故によって、[被害者]は、医療行為を必要とする状態に置かれ、その治療中に医療過誤による損害を蒙ったわけであるが、医療行為は、その性質上、身体への侵襲その他の危険を伴うもので

あり、その過程で医療事故が発生することを完全に防止することは難しい面があることを考えると、医療過誤によって拡大した「被害者」の損害に対して、「交通事故加害者」は、全く無責であるとはいえない⁽⁶⁹⁾との原則論を述べたうえで、医師の過失などの事情がある場合にはその寄与度は全部の損害には及んでおらず、それに応じて責任限度が縮減されるとする。すなわち、幾代教授の見解では（総体的責任分割を念頭におきつつも）寄与度反証の程度に帰責範囲を左右する一定の価値判断が込められていたが、徳本教授の見解では、同種の価値判断がより実体法的に構成されてきている。

寄与度減責の枠組みを、個別の加害行為の關係で、かつ、総体的な責任分割ではない相対的な關係で捉える方向性は、能見教授の見解において一層鮮明になっている。すなわち能見教授は、基本的立場として、独立の不法行為の競合の場面では「一般の不法行為原則による解決としては、加害者は、自己があたかも単独の加害者である場合と同様な責任を負うのを原則とすべきである」とし、結果的に分割責任となる場合から全部責任になる場合までさまざまな場合があつてしかるべきである⁽⁷⁰⁾という。一項前段適用説に立つが共同不法行為成否と寄与度減責可否とを切り離して捉える教授の立場からすれば、右の原則は共同不法行為の成否にかかわらず妥当とすべきものである⁽⁷¹⁾が、寄与度の判断内容としては、加害者の過失の程度・割合を中心に、損害額の大小や責任保険の有無、加害行為の関連共同性の有無・程度などの事情を考慮しながら、全額責任を負わせることが公平に反するとの法的評価をあらわす例外的な減額事由であるとされる⁽⁷²⁾（事実レベルの寄与度概念に対比して「評価的寄与度」と呼ばれている）。

以上の見解に対して一言すれば、先の総体的責任分割との關係において、寄与度減責が個別の加害行為に対する相

対的な法的評価枠組みとして構成されている傾向が指摘されうる。また、この見解（とくに能見教授）に拠った場合に「寄与度不明」という事態が生じるのかは判然としないが、各加害者の全部責任の根拠としては、既述のとおり一項前段（川井教授、能見教授）、一項前段（幾代教授、徳本教授）が意図されている。

(3) 個別的な因果関係

最後に、交通事故と医療過誤の競合事例における責任限度を不法行為の一般ルールにのせて考える見解をみておくことにしよう。この見解は主に競合的不法行為説を基礎にするが、同説でも総体的責任分割を指向する見解のあることはすでに言及した。したがって以下で取り上げるのはこれ以外の見解である。ちなみに、これを寄与度減責と呼ぶのが適当かどうかはやや微妙ではある。

平井教授の見解についてみると、競合的不法行為説によれば、その要件は各加害者が個別に不法行為の要件を充足すること、損害の一体性が認められることであり、したがって各加害者の責任限度が自己の行為と事実的因果関係に立つ損害を最大限とすることに疑いない¹⁰³。しかしながら、これのみでは具体的な処理方法はやや不明確であるし、総体的責任分割の立場や、交通事故に直接起因するD₁と医療過誤以降に生じたD₂を区別して主にD₂の責任関係について論じる傾向との間で議論の混乱を来たしかねない。なぜなら、D₂につき競合的不法行為が「成立する」ならば減責の余地はそもそもないではないか、ともされかねないからである。そこで、「競合的不法行為」の成否——最終的結果に比較して一方が縮減された（あるいは、双方が縮減されて食い違う限度の）責任にとどまるか否か——が、実際の訴訟において如何なる決定的要件の下に、どのような手順で判明することになるか、ということを少し詳しく確認しておく必要がある。

前者について平井教授は、「損害が可分であつて一部にしか事実的因果関係が及ばなければ、その部分にしか賠償義務は及ばないのも一般原則上当然である」⁽⁷⁴⁾とし、責任限度の縮減を左右する決定的要件は事実的因果関係であるとす。それでは、このことはどのような手順で確認されるのか、原告がある加害者について最終的な同一の損害についての「高度の蓋然性」を証明できなかった場合にはかならず、その者については責任限度が縮減されることになるのであるか。これにつき平井教授は、「訴訟上、損害（の一部）につき事実的因果関係の及ぶことが立証されればそれだけで十分であつて、原告は立証負担を果たしたことになり賠償義務が成立するから、損害の可分性および事実的因果関係の及ぶ部分を明らかにして免責または減責を得るために立証することは被告に負わされるべき負担となる」⁽⁷⁵⁾とする。すなわち、被害者としては、同一の損害について寄与の明らかな複数の加害者がいるかぎりにおいて、当該損害につき双方の加害者に対して「全部義務」を主張しうる（最終的結果全体についての事実的因果関係を認定できる）というのである。それでは、加害者が反証に失敗した場合にはどうなるであろうか。このときには、同一の損害について競合的不法行為が「成立する」ことになるから、民法七〇九条を根拠に各加害者の「全部義務」を認容すればよいことになるはずである。しかしながら、平井教授が当初競合的不法行為の類型を主張した際、「寄与度の確定しがたい場合にいずれが賠償を負担するか、という政策的価値判断…からの帰結なのである」⁽⁷⁶⁾と述べていたこともあつて、右のような結論に疑問を呈すものもあつた。すなわち徳本教授は、「全部責任…を支える根拠として、七〇九条の原則と『政策的判断』というだけで、十分であるか」、「解釈論としては、寄与度の証明責任を「被告」に課すことになる根拠づけが、いまひとつ必要とされるのではあるまいか」といい、⁽⁷⁷⁾最近では潮見佳男教授も、「そこでは、七〇九条型の競合的不法行為につ

いて『解釈による規範創造』がなされているとの感じを受ける⁽⁷⁸⁾とする。この点に関して考えられる反論に関しては後述したい。

これに対し、民法七〇九条についていわゆる危険性関連説に立つ四宮和夫教授によると、寄与度減責は原則として、交通事故による損害 D_1 (権利侵害)とさらに拡大した損害 D_2 (後続侵害)とを区別したうえ、加害者が帰責根拠を有する D_1 からその後生じた D_2 との間に——医師の過失を取り込んだ——法的因果関係を認めることができるか否かという「後続侵害の帰責(いわゆる責任の中断)」の問題として構成される⁽⁷⁹⁾。そして、「医療行為は身体に対する侵襲行為として、本来的に危険を包蔵しているから、受傷の治療の過程でこのような危険が現実化して損害が拡大した場合には、特段の事情(例、医師の重過失)のない限り…、その結果についても加害者の責任が及ぶ⁽⁸⁰⁾とする。前述の平井教授の見解との関係では、この見解が損害の総体的分割を前提とし、かつ、交通事故加害者の D_2 に関する帰責根拠に関心が集中していることには注意が必要である。そして、右「特段の事情」は被告が立証すべきものと考えられるところ、その立証に失敗した場合には交通事故加害者の D_2 に関する帰責根拠を欠くことになるが、これについては一項後段の類推適用が認められている(危険性関連の一般的枠組みを採用する点を除き総体的責任分割と同一になる⁽⁸¹⁾)。

四宮教授の見解では、観念的にせよ損害の分解が前提となる以上、交通事故加害者につき D_2 の責任を負うか否か二者択一の判断とならざるをえないが、この基本枠組みを支持しつつより柔軟な減責枠組みを示していたのは澤井教授である。すなわち、危険性関連の一般的枠組みを適用すべきことを出発点としつつ、「 D_2 につき」悉無律の説明しかなされていなが、医療は危険とはいえ事故発生の蓋然性は低く、たまたま発生した医師Zの過失を交通事故惹起者Yに全

面的にカバーさせるのはYに酷であるし、また、Zに重過失があればYの医療危険惹起の責任が全面的に免除されるというのも不合理である。したがって、Yは自己が惹起した医療事故発生の危険度に相応する割合で責任を負うべきである」とし、さらに「加害者は固有の寄与度〔筆者注：「危険度」と同意であろう〕に応じた部分責任のみならず、共同作用危険の惹起の程度に応じて、寄与分を超える部分について責任を負うべきである」として、一部連帯的な解決を指向する。⁽⁸⁴⁾ なお、寄与度立証に失敗した場合につき、最新の澤井教授の見解では「一項前段の趣旨」が類推されることはすでに述べたとおりである。

3 小 括

本章（Ⅲ）では、交通事故と医療過誤の競合事例に関する諸学説を、従来たてられてきた個別の解釈論上の争点、すなわち共同不法行為の成否（競合的不法行為説を含む）といわゆる寄与度減責の可否との二点から概観してきた。学説の羅列におわった感じもあるが、以下で若干の整理を試みたい。

まず、やや大局的な視点からいくと、交通事故と医療過誤の競合事例における寄与度減責論は、対被害者関係において、特定の加害者に最終的結果の全部責任を課すことが公平でないと感じられる事案が存在するために、この意味での加害者間の公平をどのような枠組みの下で実現させるか——どのような法的構成・判断枠組みによって寄与度減責の可否を組み立てていくか——という問題である。しかも、この議論の方向性じたいは現在ほぼ一致しているといってい。したがって、共同不法行為の成否という一般的な問題も、すでに適用範囲のある種の「拡大」と捉えられているこ

とから明らかなように、右の方向性をもった議論の法的構成上の帰着点(解釈論の出発点)にすぎないことを念頭に置く必要がある。このような各争点の相互関連を意識した視点で従来の諸議論を眺めるとき、いずれの見解もが同一の方向性がありながらいくつかの点で生じている解釈上の見解対立は、加害者間の公平を枠づける解釈論・法的構成につき相互に問題を指摘し合う関係にあるが、それとともに、各見解が中心に据えている問題意識などの相違が強く影響しているということにも十分配慮しなければならない。

右に述べたことを少し詳しくみれば、従来の議論はつぎのように整理することができるようにおもわれる。

第一に、共同不法行為の成否に関して、一項前段および後段の適用範囲をめぐる解釈上の対立としてあらわれているが、そこには二つの問題が含まれている。一つは、加害者間の公平の名の下に共同不法行為の成立を否定することが、被害者の地位を不当に低めるのではないかという懸念であり、もう一つは、のちに述べる寄与度減責の捉え方とも関連するが、原因競合の関係にある複数の加害者の責任関係、すなわち加害者が相互に責任を補充し合い、自己の行為と因果関係にない(すくなくともその可能性のある)結果部分に対しても帰責されることの法的根拠をめぐる問題である。

前者については、被害者の立証負担を軽減する限度で一項後段を類推適用すべきであるとの見解(一項後段適用説)と、加害者間の公平を全面的に求償関係に委ねて被害者保護を徹底すべきであるとする見解(一項前段適用説の一部)がある一方、これらの見解によれば、競合的不法行為説ではこの点で被害者保護が不十分と解されているようである。他方、後者についても、やはり競合的不法行為説の限界を指摘するものがある(たとえば徳本教授の見解)。しかし共同不法行為説のなかでも、これを正当化するのに一項前段へと当てはめる必要があると解する立場(能見教授、淡路教授、澤

井教授」と、一項後段で十分と解する立場がある（徳本教授のほか、近時はこの立場がむしろ支配的かもしれない）。

第二は、寄与度減責の枠組みに關してである。ここでは、寄与度減責の本質を分割責任とみるか限度責任とみるかに対立がある。しかし前述のように、ここではこの対立構図に一致するかたちで、寄与度減責を総合的な責任分割とみるべきか各加害関係の相対的な関係で捉えるべきかという問題構成上の違いがあるようにおもわれた。この場合、前者の立場は求償関係の一体的解決と密着するのに対し、後者の扱う問題は対被害者関係における加害者間の公平へと純化され、問題解決の方向としてより鮮明な視点をもたらしっているといえよう。

さらに、従来割合的因果關係論等への批判を契機にした「寄与度」を事実レベルで捉えるか法的レベルで捉えるかという議論において、近時はいわゆる「評価的寄与度」（能見教授の用語法による）が支配的地位を占めつつある。そうしたなか、その法的判断枠組みとして、当初は交通事故加害者の責任範囲に關して医師（他方加害者）の重過失が因果關係の切断（責任の中断であり、総合的責任分割）の考慮要素として注目されていたのに対し、最近では帰責の対象たる加害行為（「過失の程度」と最終的結果との相対的關係に直接向けられた法的評価であることが強調される傾向にあることは興味深い）。

IV 総合的検討——とくに競合的不法行為説との關係で

1 承 前

本稿では、原因競合における加害者の責任限度がいろいろな解釈論的土俵の上で論議され、見通しがききにくい状況を目の前にして、交通事故と医療過誤の競合事例を素材に、従来当該事例における加害者の責任限度ないし寄与度減責がどのような法的構成の下に語られ議論されてきたのかを検討してきた。その成果を再度簡単に述べておくところのようになる。

従来の裁判例を通観した成果として、以下のことが指摘できる。まず、加害者の責任限度の縮減ないし寄与度減責を認めた裁判例は全体としてはそれほど多いわけではないが、比較的新しいもののなかに肯定例が多い。減責を否定する裁判例では「共同不法行為」に言及するものが圧倒的に多いが、その際にも、前提として個別の加害行為の「相当因果関係」ないし「予見可能性」が肯定されるのが通常であり、むしろこれが責任限度の根拠づけとして機能し、共同不法行為制度が積極的に機能しているという事実はとくに認められない。反対に肯定例については、確定した寄与度減責の基準を確認することは依然として困難であるものの、複数の加害者を含めた総体的な関係で責任を分割しようとする傾向がある(総体的責任分割)。さらに、両者に共通する特徴としては、責任限度という意味では交通事故加害者が医療過誤以降の損害についても責任を負うか否かが問題とされた事例がほとんどであり、その際には交通事故による受傷(D₁)とそれ以降の拡大部分(D₂)という重複しない損害の分割的把握や、全損害の寄与度による割付けがなされることが多い。もつとも、医療過誤加害者の責任限度についてはそのような理解があるわけではなく、とくに死亡事例では最終的結果(D₁+D₂)について相当因果関係が肯定される例もある。ただし、寄与度減責を認める裁判例ではかならずしもそのような構成が採用されておらず、やはり全損害額を寄与度に基づき分割・縮減するのが通常である。

学説については前章（Ⅲ3）で述べたとおりであるから繰り返さないが、共同不法行為の成否については、実質的には、被害者の地位低下に対する懸念および全部（連帯）責任の法的根拠の二点において、共同不法行為説と競合的不法行為説の間に主要な見解対立を確認することができる。また寄与度減責については、裁判例の傾向に近い分割責任的理解と限度責任的理解が対立するが、近時は後者が優勢とみられ、さらに、両者に共通して「寄与度」を現実の結果の惹起関係における意味での度合いから、各加害行為に対する相対的な法的評価として捉える方向へと移行しつつあるとの印象を受ける。

2 検 討

以上の成果を踏まえてつぎのような項目を立てて、ここまでにみてきた裁判例の傾向と学説の状況を照らし合わせながらいくつかの疑問点を述べ、一応の私見としたい。すなわち、（1）共同不法行為構成の機能、（2）連帯の根拠としての共同不法行為、（3）競合的不法行為説の展開可能性（総体的責任分割への疑問）である。

（1）共同不法行為構成の機能

すでに確認したように、学説上交通事故と医療過誤の競合事例で共同不法行為説が主張されるのは、証明負担をはじめとする被害者の地位低下に対する配慮と全部連帯責任の法的根拠の二点において、競合的不法行為説に対し限界を指摘するとともに、共同不法行為制度にその機能を仮託することをねらっているからである。このような認識の下に、まず前者について考察を加える。

たしかに、最終的結果に対する両加害行為の寄与関係がかならずしも明らかではないことの多いこの種の事案では、各加害者の責任要件を個別に立証させ、そこに各加害者の惹起した損害がどの部分であるのかということの立証が要求されるならば、それは原告にとって實際上非常に大きな負担となるし、またそれが理論上不可避であれば、そのことが体系上の整合性を欠く(一項前段の適用範囲と後段の適用範囲の狭間でいかに保護に欠ける被害者が生じる)との指摘を否定できない。しかし、これについてはつぎの二段階に分けて考える必要があるようにおもわれる。すなわち、第一は被害者の地位低下を立証負担の増大に限定し、それが解消されれば十分と考えるか、それとも第二として、より厚い被害者保護を徹底して加害者間の公平(一定の加害者にとつての公平な責任限度の実現)を求償問題へと先送りすべきかである。

第二の点を主張するのは一項前段適用説の一部であるが、実質的理由は大体つぎのようなものであらうとおもわれる。すなわち、被害者の立証負担が増大し、とくに交通事故と医療過誤の競合事例でひとたび医療過誤の疑いが主張されると、交通事故と最終的結果との因果関係を中断するに足りるかをめぐって争点は医師の過失へと移行・集中せざるをえないが、一項前段に基づき全部責任を原則認めるときには、自動車事故賠償における過失認定や運行供用者責任の定型化、および賠償責任保険の普及が後盾となつて救済の迅速性が加速するとの利点が挙げられる。また、総体的責任分割を前提にする場合に、その意味での加害者間の公平を重視するあまり賠償無資力のリスクまでも(結局、その部分の損害を)被害者に負担させてよいのか、あるいは、各加害者に対する請求が別個の訴訟でなされた場合に両裁判所の判断が合一的に確定するとはかぎらないため、結果的に総賠償額が全損害額を下回る場合がありうるといった訴訟上のリスクへの配慮も挙げられる。そしてこれらの利点を加害者間の公平に優先させるべきであるとしても、被害者が個

別の責任要件を証明する場合と、求償関係において加害者たる医師、あるいは保険会社の顧問医師がおこなう証明活動とでは、後者の方が比較的容易であろうという点も挙げられている。

しかしこれに対しては、支配的な見解によるかぎり共同不法行為の成立を認めたい事例に対して一項前段の適用範囲を拡大するものであつて、その解釈論上の根拠は証明負担の限度での被害者保護の要請にかかっているというべきであるのに、さらに画一的な全部連帯責任をも正当化するに足りると解するには躊躇されるし、定型化する交通事故賠償の法理に訴えかける（その目的で一項前段を適用する）という議論の前提は医師の責任保険の普及によつてすでに崩れているとの指摘⁽⁸⁵⁾や、より具体的には交通事故加害車両がタクシーの場合には自賠責保険のみを付保している場合が多く一概に迅速な救済が図られるわけではない（この場合はむしろ、医師を相手取る方が迅速になる）との指摘⁽⁸⁶⁾もある。このような個別事情を考えれば、解釈論としては、一項前段を適用して一律に全部連帯責任を帰結するのはやや行き過ぎで、原則として責任限度の縮減を内包する解釈論を目指すのがよいのではなからうか。したがって私見では、共同不法行為の成否に関するかぎり最高裁の一般論とは反対の立場となり、全部責任を肯定したことに対して理由不備を主張すべきことになる。

これに対して、共同不法行為の成立を認めることで立証負担の軽減を限度に被害者の地位低下を食い止めようとするのは、能見教授の見解や一項後段適用説である。この立場では、寄与度減責の余地をのこしつつ、自己の行為と因果関係がない（あるいは責任限度を縮減されるべき）割合についての立証責任が被告にシフトされることになるが、競合的不法行為説ではこの意味での被害者保護がはかれないとする点に疑問がないわけではない。これについてはのちに触れる

(後述(3))。

(2) 連帯の根拠としての共同不法行為

共同不法行為を加害者の全部責任の法的根拠として用いる理論的基礎が磐石とはいえないにしても、寄与度減責が不奏功におわった場合を視野に入れて連帯の根拠として共同不法行為を援用する立場(能見教授の見解と一項後段類推適用説)が近時有力になっている。この問題の枠組みを再度確認しておく、それは、競合的不法行為説によると最終的結果には原則として自己の行為によらない損害部分が(観念的にせよ)含まれるはずであるから、当該部分を帰責する法的根拠を示す必要があるとの理解に基づいている。

しかしながら、七一九条一項後段は、「共同行為者」たることを要件に存在しない因果関係を推定する規定であり、被告としては右損害の発生に全然寄与していないことをもって免責の主張をするのであるから、すくなくとも一部分(割合)にかぎって寄与していることの明らかかな加害者の責任をどの程度・範囲・割合で免責するか(すなわち責任限度を縮減するか)という寄与度減責とは判断の実質を全く異にすることを正面から認めなければならないであろう。この観点からは、寄与度不明の損害部分については一項後段を適用する余地があるとしても、それ以外の単独寄与が明らかな部分についても同条が適用されうる根拠がはっきりしないと指摘⁽⁴⁷⁾や、明らかな過失が認められない場合や全損害を発生させる危険性が認められない場合には頭割りで分割責任とすべきだという見解⁽⁴⁸⁾が正当といわなければならない。またその一方では、解釈論として七一九条一項前段の適用を説く能見教授の見解や、同条項の「趣旨の類推」を盛り込む必要を説く澤井教授の見解、さらに同様の問題意識に基づき「せいぜい七一九条一項後段の『類推』が可能と言える

にすぎない」との指摘がむしろ正当とおもわれてくるのである。

しかし同時に、本稿はつぎのような疑問を抱かざるをえない。右のような議論を生み出している競争的不法行為説への指摘、すなわち無寄与部分への連帯責任の根拠の必要性はそもそも生じるのであろうか。この問題は、(観念的にせよ)損害を可分なものとして捉えること、そしてその一部分にしか因果関係が及んでいないという前提であるが(それゆえにこそ、この点の立証を求めることが被害者に困難を強いるのである)、これははたして理論上当然だろうか。四宮教授らが述べるようにして、危険性関連説の立場からその一般ルールを適用するならば、両加害行為の異時性のゆえに——交通事故故によって一定の損害がひとまず発生したといわざるをえず——交通事故に直接起因する損害(D₁)と医療過誤以降に拡大した損害(D₂)とを区別せざるをえないから、交通事故加害者のD₂に対する責任が否定されるべき場合が理論上当然に存在しうることになり、右のことが当たっているようにもみえる(ただし、その場合はD₂につき寄与ゼロであり「減責」とは呼べないはずであるが)。しかしながら、D₂について交通事故加害者が責任を負うべきであるからといって、当然に医師の責任が否定されるわけではない。裁判例においても、一方で交通事故加害者は当該医療過誤を予想しうると判断しながら、他方で医療過誤加害者はそれにより生じた結果について責任を負うべきであるとの判断が同時に下されることがあり、同一の結果を複数の加害者に対して個別的・相対的に評価の対象とすることが実際になされているのである(両判断はかならずしも排斥し合う関係がなく、仮に無寄与部分の帰責が事実的なレベルで問題とされているのならば、両者の帰責を重畳させる右のような判断は相互に評価矛盾を来しているといわなければならない)。

(3) 競合的不法行為説の展開可能性——総体的責任分割への疑問

このように考えてみると、本稿は、つぎに述べるような理由から、総体的責任分割に疑問を提示するとともに、寄与度減責ないし責任限度縮減の法的枠組みとしては競合不法行為説（以下では、平井教授の競合的不法行為説のことである）をさらに展開させる方向で検討すべき理由があると考えたい。以下、競合的不法行為説における連帯の根拠、総体的責任分割への疑問と競合的不法行為の優位性を簡単に述べたうえで、若干の具体的問題の提起を試みる。

まず競合的不法行為説における連帯の根拠についてみると、各加害者が独自に一般の不法行為の要件を具備し、損害の一体性を備えることが競合的不法行為の要件である。そして、被告が減責を受けうるには「事実的因果関係が一部についてしか及ばないこと」を証明しなければならぬとされるから、総体的責任分割の立場からは、被告の反証が失敗する場合に連帯の根拠を示す必要が生じると考えられている。しかしながら、寄与度ないし事実的因果関係の及ぶ範囲（以下「寄与度」で統一する）と競合的不法行為の「成否」については若干注意を要しよう。先にみたように、競合的不法行為の成否は寄与度が実際の訴訟で明らかにされるプロセスと表裏の關係にあり、したがって、寄与度が明らかとなり各加害者の帰責の対象がずれを生じて損害の一体性が崩れるかぎりでは競合的不法行為は「成立しない」。反対に、寄与度が明らかにならなかつた場合には、同一の損害について七〇九条に基づく各不法行為が「成立」するから、このとき帰責の根拠を欠く損害部分は存在しない。それゆえ、連帯の根拠は、常に、帰責対象たる損害の同一性あるいは損害が重なり合う限度での連帯になるはずである。

議論の循環をおそれずにいえば、右のように考えるときには、むしろ総体的責任分割という態度決定が議論の基礎を

形成している理由にこそ疑問の目が向けられるべきであろう。この態度決定は、わが国では割合的因果關係論を嚆矢とするようにおもわれるが、当時の議論は、共同不法行為の成立を前提に、全部責任が明らかに不公平と感ぜられる事例で複数加害者間の公平を（すなわち求償割合に一致する賠償限度で）実現することが関心の中心であったが、本稿で問題としている事例は全損害を加害者に負担させるのが正当か否かそれじたいが問題になっている。たしかに、近時の評価的寄与度への傾倒には、個別の加害關係における当該加害行為の「過失の程度」を損害に対照しながら「公平」な責任限度を確定するという視点が存在しているし、現に一個の損害を相対的に評価の対象とすることに格別理論的問題は存在しないのではなからうか。このことに照らしても、前述のような競合的不法行為説の理解が適切なようにおもわれるのであり、全部責任と限度責任の法的評価の連続性が保たれ、過失相殺等による減額処理の理論的中身を一層明確化する糸口がもたらされるようにおもわれる（総体的責任分割も、加害行為が同質的で、たとえば汚水等の総排出量と損害の規模が比例的關係にあり、かつ、量的な寄与割合の比が加害行為の違法度の比にほぼ一致すると評価しうる事例ではなお妥当とする余地があるとおもわれるが、あくまでそうした事案の特性に依存するといふべきではないか）。

もつとも、右のような考え方が成り立つとしても、あくまで民法は分割責任を原則（民法四二七条）とするから原則分割責任とすべきであるとの大塚教授の反対論もある。⁹⁰しかし、分割債権關係は同一の原因によって生じた場合の問題であり、不法行為におけるそれは損害の同一性ではなく加害關係といふべきであるし、大塚教授の見解において現実的な意味での寄与度を超える賠償が認められるべき場合に「惹起力」（原因力）が責任限度に反映されていることは、当該加害行為を当該損害に対する關係でどのように法的に評価するかを相対的に問題にするものにほかならないのではな

かろうか。とりわけこの見解では、複数加害行為の競合の場合には他方加害者から賠償を得られるから、分割責任を認めてもかならずしも不当とはいえないとの立場が前提になっているが、不法行為責任が、ただ損害の填補のみにとどまることなく被害者のこうむった権利侵害の要保護性と加害行為に対する無価値評価との相関的な関係で決せられるべきであるならば、現実が生じた損害に着目して加害者の責任限度を総体的に捉えることは、不法行為法が宣言すべき被害者の保護を後退させることを意味することになる。⁽⁹²⁾

最後に、若干の問題としてつぎのような事例を挙げてみたい。交通事故と医療過誤が順次競合して被害者が死亡し双方の加害者が死亡について全部責任を連帯して負担すべき場合があるとする(たとえば、【27】最高裁判決が参考になる)。このとき、交通事故加害者の責任限度については医療過誤以降に生じた損害(D₂)に対して及ぶか、という問題の構成方法でよいのかもしれないが、他方で医師の責任限度についてはどのような枠組みで捉えればよいであろうか。概念法学的な言い方をすれば、医師の過失は過誤以前に生じていた損害(D₁)につき因果関係に立つことはない。仮に、「死亡」という事象(差額でもよい)が両者の和であるならば、従来の一般ルールでは、加害者が**事、実、的、因、果、関、係、に、た、つ、損、害、の、う、ち、ど、こ、ま、で、を、賠、償、す、べ、き、か、が、問、わ、れ、る、か、ら、**、医師は如何にしてもD₁についての責任を負うことはできない。それでもなお死亡を医師の過失に結びつけるとすれば、それは医師の責任を枠づける法的な評価として、「死亡」の事実とその医療過誤への帰属が捉えられているからなのではないのだろうか。⁽⁹⁴⁾

V 結 語

本稿では、交通事故と医療過誤の競合事例における寄与度減責（責任限度の縮減・確定）論とその法的構成に関する従来の議論の整理・検討を通じ、一定の解釈論的方向性を模索してきたが、整理とは名ばかりでむしろ混乱を来たした部分も少なくなかったとおもわれる。結論と称しうるものも、一方的な疑問点を箇条書きにする程度でおわってしまつたし、この種の事案を競合的不法行為として構成したうえでどのような考慮要素の下で判断が下されるのか、複数の加害者の責任が同一の損害について競合するとした場合に七〇九条の解釈論にどのような展開・修整が求められることになるのか（義務射程、保護範囲、金銭評価のいづれか、あるいはさらなる再構成が必要になるのか）、そのほかの複数加害関係やよりひろく原因競合における諸議論（たとえば過失相殺の方法）との関係はどうなるのかなど、今後⁹⁵に委ねられた問題は多い。共同不法行為構成を支持した最高裁判決の登場により今後の裁判例の行方は依然予断を許さない状況にある。しかしながら、右最高裁判決の立場に疑問を示し、競合的不法行為（七〇九条）構成を強く意識する学説は少なく、やや錯綜してきた従来の議論から責任限度の決定に関わる法的評価の解明へと照準を絞り込み、従前の共同不法行為構成を克服しうる責任競合の正当化枠組みが検討されるべきなのではなからうか。

（1） 本稿では、一般に「原因競合」と呼ばれるものうち、複数の原因のいずれもが最終的結果の発生に対し現実⁹⁶に寄与したことが明白な場合を念頭におき、現実の結果を惹起した原因と、もし現実の原因がなかったと仮定したら同種または類似の結果を発

生させたであろう原因(可能的・仮定的原因)が競合する場合(いわゆる仮定の因果関係の問題)を一応視野の外に留めている。後者に関する総合的研究として、植林弘「損害賠償と潜在的・後発的事情の考慮——ドイツの判例・学説を中心として——」(一)、「(四完)」法学雜誌三卷一八七頁、同一九三頁、同三三六頁、同四二八頁(一九五六一—一九五七年)、同「損害賠償額算定と潜在的・後発的事情斟酌の可否」民商四三卷一〇二頁(一九六〇年)、櫻見由美子「不法行為における仮定的な原因競合と責任の評価——ドイツ法の仮定的因果関係等をめぐる議論を参考にして(一)——」(六・完)判時一二四号一七頁、一二七号一七頁、一一三四号二頁、一一五三号一七頁、一一六六号一八頁、一一八四号六頁(一九八四—一九八六年)がある。検討対象には本稿と重なり合うものもあるが、いずれの文献も、最終的結果とは因果関係にない「仮定的原因」を現実的原因者の帰責判断で斟酌することの可否が主たる問題とされている。なお、現実的な原因競合での因果関係概念の意義に対する本稿の基本的視角については、拙稿「不法行為における事実的因果関係の法的モデル——Richard W. Wright 教授の見解を契機にして——」同法五五卷三二一—三三三頁(二〇〇三年)を参照されたい。

- (2) 過失相殺制度との関連では、被害者側の過失につき最判昭和四七年六月二七日民集二二卷六号一五〇七頁(一般論)、最判昭和五一年三月二五日民集三〇卷二一六〇頁(自動車衝突事故で死亡した同乗者(妻)の請求につき運転手(夫)の過失が斟酌された事例)、被害者の素因(心因的要因・身体的特徴・疾患)の斟酌可否につき最判昭和六三年四月二日民集四二卷四号二四三頁(交通事故による鞭打ち症の憎悪に対する心因的要因の斟酌)、最判平成四年六月二五日民集四六卷四号四〇〇頁(一酸化炭素中毒罹患経験者の交通事故)など、議論を呼んだ判決例は多い。主要な総合的研究として、窪田充見「過失相殺の法理」(有斐閣、一九九四年)を参照。

- (3) 肯定例として、名古屋地判昭和四八年三月三〇日判時七〇〇号三頁(飛騨川バス転落事件第一審判決)。主要な学説として、野村好弘「飛騨川判決における不可抗力の斟酌」ジュリ五三四号一九頁(一九七三年)、川井健「飛騨川バス転落事故」同『現代不法行為法研究』七〇頁(日本評論社、一九七八年)。

- (4) 四日市ぜんそく訴訟判決(津地四日市支判昭和四七年七月二四日判時六七二号三〇頁)により、七一九条一項前段の枠内で「強い関連共同性」と「弱い関連共同性」を類型化し、後者では僅少な寄与度を考慮した減責の余地が認められるとの方向が示

され、西淀川大気汚染第二次第四次訴訟第一審判決（大阪地判平成七年七月五日判時一五三八号一七頁）において具体化された。なお、西淀川第一次訴訟判決（大阪地判平成三年三月二九日判時一三八三号二二頁）では、寄与度不明の事案として七一九条一項後段（加害者不明の共同不法行為）と構成したうえ、寄与度による分割責任が認められた。

(5) 最判平成一三年三月一三日民集五五巻二号三八頁。判決の詳細は本論で触れる。

(6) 以下本稿において、たんに「一項前段」ないし「一項後段」という場合には、民法七一九条のそれを意味する。

(7) 野村教授の見解については、後述Ⅲ 2 (2) ①を参照。

(8) 能見教授の見解については、共同不法行為の成否につき後述Ⅲ 1 (1)、寄与度減責につき後述Ⅲ 2 (2) ②を参照。

(9) この見解（競合的不法行為説）については、後述Ⅲ 1 (3) を参照。

(10) 最近のものとして、吉田邦彦「判批（後掲）【27】判決」判評五一六号一五八頁（二〇〇二年）、信澤久美子「交通事故と医療過誤」判タ一〇八八号三〇頁（二〇〇二年）がある。

(11) いわゆる損害Ⅱ差額説を前提にすれば、ある意味で必然的帰結である。本稿の検討対象たる異時的競合の事例では、観念的には交通事故時点に生じる損害（Ⅱ差額）も、実際にはその後の治療開始↓過誤↓死亡ないし後遺症等の固定というプロセスを経て具体化するわけであり、すくなくとも医療過誤時点までに得べかりし利益は交通事故のみに起因する損害といわざるをえないからである。しかし、医療過誤時点以降に得べかりし利益については、たとえば死亡という結果じたいは避けられなかった場合や下肢切断を要しない程度の傷害だった場合などでは、その全体が両加害行為に起因すると直ちにいうことはできないであろう。したがって本稿では、とくに医療過誤時点以降の逸失利益分に関するものでも交通事故または医療過誤のみに起因する逸失利益部分を観念することも不可能ではないとの理解を前提にして、右損害につき両者の責任を認めた裁判例をも「全部（連帯）責任」の肯定例として取り扱っている。ちなみに、損害Ⅱ事実説的理解では、加害者への帰責対象は下肢切断等の事実それじたいであり、当該損害Ⅱ事実が不可分であるがゆえにその「全部」が帰責されることがまず重要であり、逸失利益の期間による分割は金銭評価の一手法にとどまることになる。

(12) いわゆる共同不法行為の類型的考察の概略については、後述Ⅲ 1 (3) を参照。

- (13) このほか客観的関連共同性の判断内容としては、交通事故が「壊死の一因となったほか、…治療上の過誤もその原因となっているから」【3】判決)、Xの「左下肢に対する侵襲という点で客観的に関連共同し」【4】判決のほか、【5】および【6】判決も同様」と述べられている。
- (14) 被害者死亡に関する【6】判決では、医師の過失と死亡との「相当因果関係」と、交通事故による骨折と肺塞栓症発症との「蓋然性」が認められるとされている。
- (15) そのほか、求償請求の要件(内部的負担部分を越える賠償を要するか否か)、それに伴う求償債権の付遅滞時期につき変更されたが、対被害者関係における共同不法行為(全部連帯責任)の成立についてはとくに変更されていない。
- (16) 死亡による損害については、被害者の既往症(脳腫瘍ないし脳軟化症)が死因であるとの認定に基づき、請求は棄却された。もっとも、Aの既往症が死因と認定しながら「入院後の症状悪化」の原因につき加害行為以外の事情が考慮されていない点は、一項後段の射程との関連でやや疑問は残る(ただし、控訴審では医師の過失じたいが否定された)。この点を指摘するのは、清水兼男「判批」判評一〇六号一二六頁(一九六七年)。
- (17) 本件の事実関係をもう少し詳しくみておくと、Xは二度にわたる血腫除去手術後に右片麻痺等の障害をのこしつつ搬送先病院を退院し、転院先病院でのリハビリ中に肺塞栓を発症して同病院にて開胸手術受け蘇生したが、その後植物状態に陥つたというものであった。Yは搬送先病院での穿頭ないし開頭手術の際の脳実質損傷を主張したが、裁判所は同手術の「通常性」とそれによる硬膜下血腫発症の「予見可能性」、さらに肺塞栓発症の「可能性」をも考慮して、再度「相当因果関係」を認定している。判決の本意は定かではないが、X受傷から同死亡までの経過がやや不明確な事案であることは否めない。
- (18) 本件では、Xは事故後四八日目に退院し、A医師から予後検査のために来院を催促されていたのに再来院予定日から五〇日以上後ようやく来院したこと、さらにB病院で入院治療中にもたびたび病院を抜け出していたという事実がある。過失相殺制度による解決に傾いた一因と考えられよう。
- (19) このことは、一部連帯的な縮減をする裁判例にも妥当するであろう。たとえば、前掲【21】判決は連帯部分は「過失の共同による」とし、双方加害者固有の責任が及ぶべき損害額であるとする。

- (20) 寄与度減責を法的評価レベルで捉えると目されるものでも、責任限度の縮減が認められる背後には現実の一個の結果に対する総体的な責任配分という考え方が存在し、個別加害行為に対応する結果を非重疊的に分割する傾向が認められる。一部の判決では、医師の過失と結果との非対称性【25】判決）や、加害関係ごとの過失相殺【26】判決）が分割責任構成へと傾く實際的理由になつてはいるが、これは個別相対的な責任判断が一個の結果の分割把握と結びついた例とみうるし、【25】判決では、一個の結果に対する「違法度」が規準とされつつ総体的な分割割合（他方加害者の責任割合と足して一〇割）が帰結されている。
- (21) この点を指摘するのは、吉田・前掲注（10）一六一頁。
- (22) 学説では、「不可分の一個の損害」という要件に価値判断を盛り込みにくく、それだけに射程が広がりすぎる懸念があるために、むしろ関連共同性要件の判断を詳しくすべきであるといった趣旨の批判が強い。たとえば、橋本佳幸「判批【27】最高裁判決」民商一二五巻四二五号五九五頁、六〇五頁注（27）（二〇〇二年）は、「不可分の一個の損害」のみを根拠にした最高裁の立場を射程を考えるうえでは不十分と評して、全部責任は各加害者の過失に対する個別的評価に基づくことを指摘する。
- (23) 最判昭和四三年四月三日民集二巻四号九六四頁（山王川判決）。学説では、鳩山秀夫「増訂日本債権法各論・下巻」九三四頁以下（岩波書店、一九二五年）、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』一九三頁以下（日本評論社、一九三七年）、加藤一郎『不法行為（増補版）』二〇七頁以下（有斐閣、一九七四年）などを参照。
- (24) 平井宜雄「共同不法行為に關する一考察」川島遼磨『民法学の現代的課題』三〇三頁（岩波書店、一九七二年）を参照（簡単な骨子につき、後述Ⅲ-1（3）を参照）。もつとも、主観的関連共同説もなお有力であり、前田達明『不法行為帰責論』二一九頁以下（創文社、一九七八年）、幾代通『民法研究ノート』二二二頁（有斐閣、一九八六年）、森島昭夫『不法行為法講義』一〇四頁以下（有斐閣、一九八七年）などがある。
- (25) 能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察（八）」法協一〇二巻二二号二三八頁（一九八五年）。
- (26) 宮川博史「交通事故と医療過誤の競合」塩崎勲編『現代民事裁判の課題』一四八頁以下（新日本法規、一九八九年）（以下、宮川「交通事故」として引用）、山川一陽「交通事故と医療過誤の競合」宮原守男・山田卓生編『新・現代損害賠償法講座⑤』二五三頁以下（日本評論社、一九九七年）、宮川博史「医療過誤との競合」飯村敏明編『現代裁判法大系6』二二五頁以下

(新日本法規、一九九八年)(以下、宮川「医療過誤」として引用、齋藤修「**[27]**判決」商大論集五四卷五号一四九頁以下(二〇〇三年)を参照。

(27) 本田純一「交通事故と医療過誤との競合」ジュリ八六一号一三三頁(一九八六年)を参照。

(28) ただし、能見教授は寄与度減責の問題を共同不法行為の成否レベルから切り離して捉え(後述Ⅲ2(2)②)、本田、山川、齋藤各教授は、共同不法行為の成立範囲を限定する方法で処理する方向を支持する。後者の立場で共同不法行為の成立が認められない場合には、競合的不法行為説の枠組みで捉えられることになるのであろう。

(29) 山川・前掲注(26)一五四頁。また、宮川・前掲注(26)「交通事故」一二五頁も、「交通事故と医療過誤の場合の共同不法行為の成否については、理論的な問題であるとともに利益衡量も考えなければならぬ問題である」という。

(30) 一項後段の共同不法行為については、同項前段と異なり加害行為の共同性を必要とせず、被告の証明により免責が認められるべきことはひろく認められており、本稿も基本的にこの見解を前提にする。なお、一項後段適用説の背景には、同項前段に対する一定の解釈論的立場(いわゆる主観的関連共同説や一項前段における客観的関連共同を厳格に捉える立場——前掲注(20)参照)の影響も濃厚である。

(31) 徳本伸一「交通事故と医療過誤の競合事例について」幾代献呈『財産法学の新展開』四三二頁(有斐閣、一九九三年)。なお同説については、幾代通『民法研究ノート』一三四頁以下(一九八六年)も参照。

(32) 徳本・前掲注(31)四四一頁以下。

(33) 徳本・前掲注(31)四四三頁。

(34) 潮海一雄「運転者・運行供用者と医師」判タ三九三三号六四頁(一九九〇年)、内田貴『民法Ⅱ』四九二頁以下(東京大学出版会、一九九七年)などを参照。なお、四宮和夫『不法行為』七九六頁(青林書院、一九八七年)も同旨を述べる。ただし、同書七八二頁では、裁判例での寄与度減責に関して「交通事故と医療過誤との競合の場合には一般の共同不法行為とは異なる原理(つまりは一般原則)によって処理されるべきものであることを、示唆するものといえるのではなからうか」ともいい、あくまで証明上の利点に着目して類推適用を認める趣旨であるとおもわれる(ちなみに四宮教授は、原因競合一般につき個別行為の帰

責根拠をあくまで賠償範囲（危険性関連）の問題と捉える——同書四二二頁、四一九頁以下、四五四頁以下などを参照。

(35) 澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』三四二頁（有斐閣、二〇〇一年）。

(36) 澤井・前掲注（35）三六〇頁以下。

(37) 澤井・前掲注（35）三五九頁を参照。

(38) 澤井・前掲注（35）三四二、三六〇頁を参照。

(39) 澤井・前掲注（35）三五二頁を参照。もつとも、澤井教授にいう「前段・後段の規範統合」の念頭にあるのは、いわゆる

「強い関連共同性」と「弱い関連共同性」の区別と前段・後段の適用配分に対する考え方が割れた西淀川公害訴訟判決である。しかしながら、この種の事例では加害行為の同質性という点で事実関係の一体的把握が比較的容易であり、「加害行為の一体性」の考慮が加害行為面に集約されやすいのに対して、交通事故と医療過誤の競合事例では被害の発生過程・態様に着目せざるを得ないという特徴があるから、両者に同内容の規範的評価・理論が妥当しうるのか（したがって、共同不法行為として処理することが法的構成として適切か）は疑問の余地がないわけではない。

(40) 徳本・前掲注（31）四三五頁以下を参照。

(41) 平井・前掲注（24）二八九頁以下を参照。

(42) 平井宜雄『債権各論Ⅱ』一九九頁（弘文堂、一九九二年）。同旨の見解として、潮見佳男『不法行為法』四三三頁以下、四四九頁（信山社、一九九九年）をも参照。

(43) 平井・前掲注（42）二〇九頁。

(44) 本文に後者の論拠はさきわめて簡略な叙述ではあるが、これには訴訟法的意味合いが相当程度込められているようにもおもわれる。すなわち、平井教授の示す競合的不法行為における原告の立証責任の内容（判断プロセス）に言及する点を踏まえたいうえで、「加害行為の一体性」による共同性を認めてまで被害者を保護する必要性を見出せないという趣旨であると解される。この点に関しては、後述Ⅲ2（3）を参照。

(45) 平井・前掲注（42）二二二頁を参照。「近時の有力説のなかには、…本項の適用範囲を拡張することを主張するものがあるが

- …、これらはいずれも事実的因果関係の一般理論かまたは損害概念かに解消され、そのいずれかにより解決されるべき問題である」という。なお、潮見・前掲注(42)四四二頁も参照。
- (46) 稲垣喬「交通事故と医療過誤の競合」鈴木忠一「三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座5』」一三〇頁以下(日本評論社、一九八五年)を参照。なお、同説については、稲垣喬「交通事故と医療過誤の競合」判タ六二四号五五頁(一九八七年)、同「交通事故と医療過誤の競合」交通法研究二五号七六頁(一九九七年)なども参照。
- (47) 宮川・前掲注(26)「医療過誤」二二八頁以下、齋藤・前掲注(26)一四九頁を参照。
- (48) 宮川・前掲注(26)「医療過誤」二二三頁以下、山川・前掲注(26)二五六頁を参照。
- (49) 医師のみが被告とされた【27】最高裁判決の事案でも、交通事故加害者が原告側に補助参加するというやや奇妙な事態になった。もつとも、右事件では、交通事故後病院搬送までの間に事実関係を不明瞭にさせる事情があり(事故後かけた救急隊員は、これまた事故後かけた祖母等から説明を受け、救急車に同乗したのはさらにその後に駆けつけた母であった)、医師の過失認定上やむをえない側面もある。
- (50) これを寄与度減責を否定すべき理由として挙げたのは【18】判決である。宮川・前掲注(26)「医療過誤」一三五頁は、寄与度減責は「相当因果関係がある部分の損害までも減額する結果を招く」とするが、このような帰結は総体的責任分割を念頭におく場合に限られる。
- (51) 新美育文「判批【26】判決」リマックス一九号六七頁(一九九九年)は、分割責任の立場からほとんど全部を帰責するに足りない加害者なのだから「訴訟戦術の誤り」にすぎないという。
- (52) 本田・前掲注(27)一三三頁以下を参照。
- (53) 山川・前掲注(26)二五七頁を参照。
- (54) 野村好弘「因果関係の本質——寄与度に基づく割合的因果関係論」交通事故紛争処理センター編『交通事故損害賠償の法理と実務』七八頁以下(ぎょうせい、一九八四年)。
- (55) 野村好弘「自動車事故と医療事故との重複」ジュリ五〇一号二二二頁(一九七二年)を参照。

- (56) 実質的要因準則はあくまで、因果関係の存否を認定する際の価値判断の基準を示すものにはすぎない。
- (57) 野村・前掲注(55) 一三〇頁を参照。
- (58) 稲垣・前掲注(46) 一五一頁。
- (59) もっとも、稲垣喬『医事訴訟理論の展開』一五二頁(日本評論社、一九九二年)は、「分割責任を肯定するための条件として、受傷時の傷害の程度と相当因果関係による枠づけ、傷害と後遺症、更には死亡に至る段階の区別、ひいては責任限度を、証拠によって認定判断することが可能であるとする前提条件が満たされる必要がある」と述べ、一定の限界を示唆する。
- (60) 高波澄子「判批(11)判決」北法四五卷三号五一〇頁以下(一九九四年)を参照。
- (61) 大塚直「原因競合における割合的責任論に関する基礎的考察」星野古稀『日本民法学の形成と課題・下』八八二頁(有斐閣、一九九六年)。
- (62) 大塚・前掲注(61) 八八四頁。
- (63) 大塚・前掲注(61) 八八〇頁。
- (64) 大塚・前掲注(61) 八八四頁を参照。
- (65) 高波・前掲注(60) 五一頁および五二九頁注(16)を参照。
- (66) 大塚・前掲注(61) 八八五頁。ただし、大塚教授の場合、寄与度を立証すべきは原告であり、裁判官においてその証明が困難と判断した場合に一項後段が類推適用され、なお被告の寄与度立証による減責の余地があるとする(同書八八五頁および八八九頁注(113)を参照)。
- (67) 川井健「共同不法行為の諸問題」鈴木忠一「三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座3』」三二四頁(日本評論社、一九九九年)。
- (68) 川井・前掲注(67) 三二四頁、三二六頁。
- (69) 徳本・前掲注(31) 四四五頁。
- (70) 能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察(三)」法協九五卷三号五二四頁(一九七八年)を参照。
- (71) この点に関しては、能見・前掲注(25) 二二九頁を参照。当初は共同不法行為における寄与度減責を認めない立場であつ

たが、のちに共同不法行為の成否にかかわらない「寄与度減責の一般ルール」を指向するようになったという。

- (72) 能見・前掲注(25) 二一九頁、二二四四頁以下を参照。
- (73) 平井・前掲注(42) 二〇七頁以下を参照。
- (74) 平井・前掲注(42) 二二二頁。
- (75) 平井・前掲注(42) 二〇八頁。
- (76) 平井・前掲注(24) 二九九頁。
- (77) 徳本・前掲注(31) 四三五頁以下、四三八頁注(25)。
- (78) 潮見・前掲注(42) 四三五頁。
- (79) 四宮・前掲注(34) 四四九頁以下を参照。
- (80) 四宮・前掲注(34) 四五二頁(【13】判決を支持する趣旨)。
- (81) 四宮・前掲注(34) 七九六頁を参照。
- (82) 澤井裕「不法行為における因果関係」星野英一編『民法講座第6巻』三〇〇頁(有斐閣、一九八五年)(【21】判決の方向性との類似性に言及する)。
- (83) 澤井・前掲注(82) 三〇七頁。
- (84) 最近では、橋本・前掲注(22)が同趣旨を述べ、拡大結果部分の悉無律的判断からの脱却を指向する。
- (85) 稲垣・前掲注(46) 一五一頁を参照。
- (86) 齋藤・前掲注(26) 一三八頁を参照。
- (87) 山口成樹「判批【27】最高裁判決」法教二五二号一五二頁(二〇〇二年)を参照。
- (88) 新美・前掲注(51) 六七頁を参照。
- (89) 潮見・前掲注(42) 四四二頁。
- (90) 大塚・前掲注(61) 八八二頁。

(91) 大塚・前掲注(61) 八七七頁。

(92) 潮見・前掲注(42) 四三頁を参照。

(93) もちろん、本文に述べたところでは、損害賠償法の填補機能にある種の制裁機能(道義的非難の機能)を優先させているようにみえるかもしれないし、筆者としてもその疑いは無視できないことを認識せざるを得ない。現時点では、そうした機能が内在するという程度にとどめておくほかないが、この点を考えるうえで、一般論のレベルでは水野謙「因果関係概念の意義と限界——不法行為帰責論の再構成のために」一七五頁以下、とくに一七九頁以下、一八九頁以下(有斐閣、二〇〇〇年)が参考になるとおもわれるほか、より具体的な法的議論としては、吉田教授が、D₁・D₂間の「因果関係の評価」の要素として挙げる「医療の『役割期待』を意味する医療水準なししそれへの違反の程度」なども興味深いものがある(吉田・前掲注(10) 一六四頁)。なお、高波・前掲注(60) 五二二頁以下も、被害者は「同種事故の再発防止を願って、訴訟を通じて医療側への厳しい警告がなされることを希望する」として、たんなる損害填補以上の機能を意識した見解を述べている(ただし、結論は分割責任であり、医師の責任限度(主として縮減の方向)を明確にするべきだという)。

(94) 医師の責任限度に対する分析が「手薄」であったとするのは、吉田・前掲注(10) 一六二頁。橋本・前掲注(22) 五九五頁、六〇五頁注(27)も、医師の責任範囲が「死亡」全体に及ぶ理由はその個別的帰責判断にあるとする。

(95) たとえば、吉田・前掲注(10) 一六四頁以下、吉村良一「判批」〔27〕最高裁判決「セレクト」, 01二二頁(二〇〇二年)、窪田充見「判批(同)」ジュリ一二三四号九四頁(二〇〇二年)、岡林伸幸「判批(同)」名城五二卷四号二九六頁(二〇〇三年)などを参照。

(二〇〇三年一月三日脱稿)

【補論】

脱稿後、【27】判決の最高裁判所調査官解説(三村晶子「判解」曹時五五卷二二号二五六頁(二〇〇四年))に接した。それによれば、同判決事案における①共同不法行為の成否と②寄与度減責の可否の二点について、①につき結果の不可分性が共同不法行為肯

定の根拠となったこと（同時に、各行為の相当因果関係の存在を挙げて判決射程に絞りをかける）、②につき各行為の相当因果関係の存在が寄与度減責否定の根拠となることが述べられている。しかし、本稿の結論からすると、本判決の意義は、共同不法行為を認め、たことでも寄与度減責を否定したことでもなく、当該事実関係において各行為の個別的な相当因果関係の存在を認め、両加害者に全部責任を負担させたことにこそ存在する。右解説でも、本判決の射程外と解すべき事例（説明義務違反、快復途上の投薬ミス、治療中の輸血ミスなど）ではおもに加害行為と結果の相当因果関係が問題になるとし、また、本件のような事例で減責がなされるべき場合があるとすればそれは相当因果関係ないし関連共同性の判断のなかで図られるべきであると述べられているのは示唆的である。ひるがえって、本判決で各個別行為の相当因果関係が認定されながら「共同不法行為」の成否がなぜ問題になったのかを考えてみれば、右解説が、「各行為によつて招来した結果は、渾然一体となった一個の死亡という損害であり、これを運転者と医師の各行為者ことに区分することはできず、かつ、各行為と結果…との間に相当因果関係の存在が認められ、医師の行為…と因果関係のない結果を特定することはできない」から、競合的不法行為と解することはできないと述べるように、やはり総体的責任分割の前提が強固に存在するがゆえなのではなからうか。