

東北ローレビュー

Vol. 8 2020. November

論 説 Articles

裁判例の中の吸収説

..... 得津 晶

Absorption Theory in Case Law

..... TOKUTSU Akira

複数汚染源に対する差止の根拠及び要件

..... 岡本 千代 (小原 千代)

Legal Grounds and Requirements to Demand Injunctions against Multiple Polluters

..... OKAMOTO Chiyo (OBARA Chiyo)

研 究 ノ ー ト Note

コロナ禍での勉強会の試み

オンラインでの法科大学院における学生同士の学び合う環境・雰囲気づくりを目指して

..... 赤石 圭裕・都築 直哉・松村 幸亮・丸崎 潤也・得津 晶

The Try to Establish Online Voluntary Seminars

among Students under the COVID-19 Pandemic

..... AKAISHI Kiyohiro, TUZUKI Naoya, MATSUMURA Takaaki,

MARUZAKI Junya, TOKUTSU Akira

東北ローレビュー編集委員会 [編]

— 目 次 —

論 説 Articles

裁判例の中の吸収説

・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・得津 晶 1

Absorption Theory in Case Law

・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・TOKUTSU Akira 1

複数汚染源に対する差止の根拠及び要件

・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・岡本 千代（小原 千代） 22

Legal Grounds and Requirements to Demand Injunctions against Multiple Polluters

・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・OKAMOTO Chiyo (OBARA Chiyo) 22

研究ノート Note

コロナ禍での勉強会の試み

オンラインでの法科大学院における学生同士の学び合う環境・雰囲気づくりを目指して

・・・・・・・・赤石 圭裕・都築 直哉・松村 幸亮・丸崎 潤也・得津 晶 106

The Try to Establish Online Voluntary Seminars

among Students under the COVID-19 Pandemic

・・・・・・・・AKAISHI Kiyohiro, TUZUKI Naoya, MATSUMURA Takaaki,
MARUZAKI Junya, TOKUTSU Akira 106

裁判例の中の吸収説

東北大学大学院法学研究科教授 得津晶

1. 問題意識：研究の動機
2. 株主総会決議取消の訴えと合併無効の訴えの形成訴訟性
3. 合併無効の訴えによって株主総会決議の瑕疵が問題となった裁判例
 - (1) 仙台地判昭和 36・11・1 判時 290 号 26 頁：資本増加〔新株発行〕無効の事案
 - (2) 合併の効力が問題となった裁判例
 - a) 東京地判昭和 30・2・28 判時 46 号 3 頁：総会決議無効の事案
 - b) 東京地判昭和 38・11・28 判タ 156 号 204 頁：規範的不存在の事案
 - c) 東京地判昭和 40・4・22 判時 408 号 46 頁：物理的不存在の事案
 - d) 東京地判平成元・8・24 判時 1331 号 136 頁：取消事由相当事実が否定された事案
 - e) 千葉地判平成 14・4・12LEX/DB28071951：農協の合併
 - f) 東京高判平成 22・7・7 判時 2095 号 128 頁：キャッシュアウト後の合併
4. 学説としての吸収説・併存説の想定する形成訴訟性
5. 吸収説という結論 or 表現からの離脱
 - (1) 合併無効事由の書換：「吸収説」という表現からの離脱
 - (2) 併存説：バリエーション 1（両訴併合提訴必要説）
 - (3) 併存説：バリエーション 2（原告の自由選択説）
6. 小括

1. 問題意識：研究の動機

本稿は、合併などの組織再編行為において法律上要求されている株主総会決議に瑕疵があった場合に、合併などの組織再編行為の効力をどのように争うかについて、通説と呼ばれる吸収説の立場を今一度再検討するものである。

このようなテーマを選んだのには 2 つの動機がある。まず、1 つは、筆者が、『論点体系会社法〔第 2 版〕』というコンメンタール的な講座ものの 828 条の執筆を担当していることである。筆者は、第 1 版においても、同条の執筆を担当したが、当時はアメリカで在外研究中であったため資料を満足に利用できずに執筆した。そのため、今回の改訂を機に、しっかり書き直したいと考えている。とりわけ、2012 年から現在までの間において、組織再編の差止規定が導入され（会社法 784 の 2①、796 の 2①、805 の 2①）、組織再編行為の承認決議に取消事由がある場合に、差止が認められるか、仮に認められるとすればいかなる法律構成に

よるのか、ということが議論されている¹。そして、無効事由の解釈において、差止規定の創設が影響するか否かが議論されている²。

第2の動機は、吸収説は通説とは言われているものの、その説明が法律学の説明として成功しているか疑問があるということである³。吸収説というのは、①吸収合併等行為の効力発生前は決議の取消しの訴え、効力発生後は吸収合併の無効の訴えを提起すべきであり、②吸収合併等の無効の訴えの提訴期間はその行為の効力が生じた日から一定期間（吸収合併の場合は六箇月）内であるが、決議取消事由を当該会社の組織に関する行為の無効事由として主張する場合には決議の日から三箇月以内に提訴することを要し、③株主総会決議取消の訴えを提起した後に当該行為の効力が生じた場合には、原告は、訴えの変更の手續により当該会社の組織に関する行為の無効の訴えに変更することができる、とするものである⁴。

株主総会決議の欠缺が、当該会社の組織に関する行為の無効事由とされている場合に、株主総会決議取消の訴えが、組織に関する行為無効の訴えの中に吸収されているため、「吸収説」とされている。

しかし、株主総会決議取消の訴えは形成の訴えとされ、請求認容判決確定によって初めて「取消し」の効果が発生するものである。会社法 831 条 1 項柱書が「訴えをもって当該決議の取消しを請求することができる」と定めるのはその趣旨であるとされる。にもかかわらず、吸収説は、株主総会決議取消の訴えによらずに、会社の組織に関する行為の無効の訴えによって、当該総会決議の効力を否定することを認めるものであり、形成訴訟性と矛盾するのではないか⁵。

本稿は、このような吸収説が抱えるかにみえる株主総会決議取消の訴えの形成訴訟性との矛盾という理論的課題をどのように克服するのかに着目する。この問

¹ 笠原武朗「組織再編行為の無効原因——差止規定の新設を踏まえて」落合誠一先生古稀記念『商事法の新しい礎石』（有斐閣・2014）309 頁以下、松中学「子会社株式の譲渡・組織再編の差止」神田秀樹編『論点詳解 平成 26 年改正会社法』（商事法務・2015）207 頁以下。なお、2015 年 12 月 12 日東北大学商法研究会における吉原和志教授の報告「組織再編差止請求と総会決議取消しの訴え」の内容を参考にした。

² 笠原・前掲注(1)文献 311 頁、江頭憲治郎『株式会社法〔第 7 版〕』（有斐閣・2017）894 頁注 1（合併差止制度創設を理由とする無効原因の制限的解釈に反対）。

³ 近時、本稿と同一の問題意識を持つ見解として、吉本健一「株主総会決議取消の訴えと会社の組織に関する行為の無効の訴えの関係——いわゆる吸収説の再検討——」阪大法学 70 巻 1 号（2020）127 頁が公表された。本稿の主要な主張は、吉本論文の屋上屋を架すに過ぎないが、併存説に 2 つのバリエーションがあること（後述 5. 参照）、および吸収説を含めた 3 つの理解の差異の原因（後述 6. 参照）について指摘した点において同論文にない新規性があると考え、公刊するものである。

⁴ このような吸収説の理解は、後述するように裁判例では採用されていないものの、裁判官・実務家からは支持されている模様である。江頭憲治郎＝門口正人編集代表『会社法大系』（青林書院・2008）392 頁〔佐々木宗啓〕、東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟 II〔第三版〕』（判例タイムズ社・2011）726 頁〔佐々木宗啓・野崎治子・金澤秀樹〕。

⁵ 吉本・前掲注(3)文献 130 頁。

題は、主として訴訟技術上の対立であり⁶、この課題の解決には、形成訴訟性⁷の意味や、株主総会決議取消判決の効力の及ぶ範囲といった基本概念の意味を問い直す作業が必要となりかねない。しかし、それは筆者の能力に余る基本的課題である。そこで、本稿では、根本的・理論的課題を棚上げしながら、さしあたり、裁判所がこの問題にどのように解決してきたのかを検討する。

2. 株主総会決議取消の訴えと合併無効の訴えの形成訴訟性

まず、分析の対象となる裁判例の時的範囲を画するために、会社法・商法の規定に株主総会決議取消の訴えが形成訴訟とされたのはいつからであるのかを確認する。株主総会決議取消の訴えを定める会社法 831 条 1 項は、形成訴訟であることを定めたと理解されている⁸。同条文は、平成 17 年改正前商法 247 条を引き継いだものであり、同条は昭和 13 年改正商法 247 条によって「株主総会決議取消の訴え」として導入された当時から形成の訴えであることが明示されたものと理解されていた⁹。それ以前の明治 44 年改正商法 163 条 1 項は、「総会の招集の手続またはその決議の方法が法令または定款に反するときは株主、取締役、または監査役は訴えを以てのみその決議の無効を主張することを得る」と定めていた。「無効の訴え」としながらも、文言上は形成訴訟であること（ドイツ法上の取消の訴え〔Anfechtungsklage〕を規定したもの）を定めているという理解が通説であったが、判例は、無効を確認する確認訴訟であると捉えているかのような表現が採用されていた（大判大正 10・7・18 民録 27 輯 1346 頁、大決大正 10・10・27 民録 27 輯 1830 頁、大判昭和 6・6・5 民集 10 卷 698 頁）。

よって、本稿の問題関心の株主総会決議取消の訴えの形成訴訟性の矛盾という観点からすれば、昭和 13 年改正以降の裁判例のみを取り上げれば足りることになる。

他方で、本稿の課題に関しては、株主総会決議取消の訴えのみならず、合併無効の訴えなどの組織再編行為ないし会社の組織上の行為の無効の訴え（会社 828I）

⁶ 新堂幸司「株主総会決議取消の訴え」鈴木竹雄ほか編『新商法演習 1 会社（1）』（有斐閣・1974）260 頁。

⁷ 岩原紳作は、取消訴訟の排他性と表現する（岩原紳作「株主総会決議を争う訴訟の構造（1）」法協 96 巻 6 号〔1979〕692 頁、上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（5）』（有斐閣・1986）351 頁〔岩原紳作〕）。

⁸ 江頭・前掲注(2)文献 367 頁、神田秀樹『会社法〔第 22 版〕』（弘文堂・2020）206 頁など。

⁹ 上柳ほか・前掲注(7)文献 313 頁〔岩原〕。

も形成訴訟とされていること¹⁰も重要である。吸収説は、合併無効の訴えを優先することで、株主総会決議取消の訴えの形成訴訟性との矛盾が問題となるというのが本稿の指摘であるが、それでは株主総会決議取消の訴えを優先すれば、今度は、合併無効の訴え等の形成訴訟性との矛盾が問題となる。この点は、後述する江頭説の検討において課題となる点であるのであらかじめ指摘しておく。

吸収説は、組織再編行為のみならず、会社法上形成訴訟とされている組織に関する行為の無効の訴え（会 828I）のうち、株主総会決議の欠缺が無効原因とされている場合において等しく問題となる。すなわち、非公開会社における新株発行（最判平成 24・4・24 民集 66 巻 6 号 2908 頁）¹¹、資本金の額の減少（828I⑤）などにおいても、法定の株主総会決議が欠ける場合は無効原因とされている。本稿では、これらの中から、典型例である組織再編行為の中でも、さらにその典型例である合併無効の訴えを素材にする¹²。差止規定の導入によって、他の行為の無効の訴えとは差異が生じる可能性もあるが、さしあたり、本稿では等しく扱われるものとして議論を進めたい。

合併無効の訴えは、平成 17 年改正前商法 415 条以下を引き継いだものである。同制度は、昭和 13 年商法改正による新設以来、同改正 416 条が合名会社の合併無効（104－111 条）について形成訴訟性を定める同 104 条を準用していることから、形成訴訟として理解されている。すなわち合併無効の訴えについても形成訴訟性が明確になったのは昭和 13 年改正であることから、昭和 13 年改正商法が適用されるようになって以降の事案のみを扱えば本稿の課題の検討には足りるということになる。

3. 合併無効の訴えによって株主総会決議の瑕疵が問題となった裁判例

本稿筆者の調査の結果、判明したのは、吸収説は通説とされながらも、昭和 13 年改正以降、合併無効の訴えの裁判例において、吸収説を採用したことが明言されたことはないということであった¹³。

¹⁰ 江頭・前掲注(2)文献 891 頁など。

¹¹ これに対して公開会社における新株発行においては株主総会の決議の欠缺（有利発行の場合）は無効原因とはされていない（最判昭和 40・10・8 民集 19 巻 7 号 1745 頁、最判昭和 46・7・16 判時 641 号 97 頁。取締役会決議がない場合についても最判 36・3・31 民集 15 巻 3 号 654 頁）。

¹² この点で、新株発行その他を一般に扱う吉本・前掲注(3)文献 136－148 頁とは分析する裁判例・判例が異なる。

¹³ 吉本・前掲注(3)文献 142 頁が、最高裁が吸収説を採用しているとして挙げる最判昭和 49・9・26 民集 28 巻 6 号 1283 頁（井田友吉「判解」最判解民事篇昭和 49 年度 548 頁も同じく吸収説を採用したものとする）は、株式会社ではなく中小企業団体の組織に関する法律の適用される商工組合の事案であり、かつ、株主総会ではなく定款の承認にかかる創立総会決議が問題となり、合併ではなく設立が問題となった点で特殊性があり、ただちに判例・

裁判例の中の吸収説

(1) 仙台地判昭和 36・11・1 判時 290 号 26 頁：資本増加〔新株発行〕

無効の事案

新版注釈会社法において岩原紳作が引用する仙台地判昭和 36・11・1 判時 290 号 26 頁は、有限会社の資本増加（株式会社における新株発行）無効の訴えの事案ではあるものの、むしろ併存説を採用している。昭和 36 仙台地判は、有限会社が資本増加をする際に、社員総会特別決議が必要であるところ、臨時社員総会において一部の大口社員が決議に参加せず、定足数を満たしていないまま、社員総会決議が成立したとされ、資本増加が実行されたという事案である。原告は、社員総会決議取消の訴えと資本増加無効の訴えとを併合提起したのに対し、被告会社側は、社員総会決議取消の訴えについては資本増加が実現したことによって訴えの利益を喪失しているはずだと抗弁していた。だが、仙台地裁は、定足数にかかる社員総会の成立を決議方法の法令違反と整理して取消事由を認め¹⁴、そのうえで「社員総会の決議は定足数を欠いても判決によって取消されない限り有効であり、従って有効な決議に基づいてなされた増資もまた有効といわなければならないから、増資無効の訴を維持するためにも、増資の決議取消の判決を受ける必要がある」（筆者が現代仮名遣いに修正）として、社員総会決議取消の訴えの形成訴訟性を認めて社員総会決議取消の訴えを認容した。

さらに、社員総会決議が取り消されたことによって資本増加に無効原因が認められることとなり、併合提起していた資本増加無効の訴えについても請求を認容した。この仙台地裁は、総会決議の瑕疵について、総会決議取消の訴えと会社の行為の無効の訴えの併合提起による解決を認めたもので「併合説」とされる理解に近い。

とりわけ、本稿が問題とする株主総会決議取消の訴えの形成訴訟性について、総会決議取消の訴えが「必要」であることを述べ、明示的に肯定している。これ

裁判例がこの問題について吸収説を採用したとみることはできない。

また、同事件は、「設立無効の訴えに変更しなかった」ことをもって決議取消の訴えの訴えの利益を否定しているが、訴えの変更によるか否かはともかく、設立無効の訴えが提起されていなければ、紛争が実体的に解決しない。取締役選任決議の取消しの訴えについて、当該取締役の任期が満了し新たに選任されれば訴えの利益が消滅するという最判昭和 45・

4・2 民集 24 卷 4 号 223 頁の理解からすれば、紛争が実体的に解決しないことから訴えの利益を否定するというスタンスを裁判所がとっていると理解することは可能である。ここでは訴えの変更という手段は必要不可欠ではなく、設立無効の訴えが提起されていないことが問題なのであって、後述する併存説（バリエーション 1）でも説明が可能である。

¹⁴ この点については、定足数を満たしていない以上、有効に社員決議は成立していない物理的不存在の事案とみることもできるのではないかという疑問がある。

は、総会決議取消の訴えによってもかまわないと許容性を述べただけにとどまらない。

さらに、昭和 36 年仙台地判は両訴の提訴期間との関係でも興味深い判断を下している。同事案は昭和 34 年 7 月 23 日の臨時社員総会において、資本増加と定款変更の特別決議がなされ、その後、当該社員総会決議に基づいて増資の登記がなされたのが昭和 34 年 8 月 8 日であった。これに対して、原告が社員総会決議取消の訴えを提起したのが昭和 34 年 8 月 6 日であり、資本増加無効の訴えを求めたのは、当該取消訴訟の手続中の昭和 36 年 7 月 24 日に、請求の趣旨を拡張したことによるものであって、資本増加無効の訴えの提訴期間である登記から 6 カ月（有限会社法 56）を経過した後であった。

この提訴期間徒過の問題に対して、仙台地裁は、「増資決議取消の訴は右決議に基く増資を阻止することを目的として提起せられているのであり、将来増資の登記がなされた場合、当然増資無効の訴が提起せらるべきことは予期せられるところであるから、有限会社法第 56 条所定の増資無効の訴の出訴期間に関しては既に出訴ありたるものと同様に解すべく何時にても訴を拡張して増資決議取消を理由とする増資無効の訴を提起出来るものであり、登記後 6 ヶ月を経過した後に右訴の拡張がなされても適法であると解する」と判断した。すなわち資本増加無効の訴えの提訴期間を徒過していたとしても、同一の目的に基づく総会決議取消の訴えの提起が資本増加無効の訴えの提訴期間内であれば、提訴期間を遵守したものと判断したのである。

このような提訴期間規定の判断に際して、法律構成・訴訟形式の差異よりも「救済の対象の同一性」を基準とする判断は、株主総会決議取消の訴えとの関係で、既に最高裁によっても採用されている。最判昭和 54・11・16 民集 33 巻 7 号 709 頁は、法定の監査役の監査を経ずに株主総会に提出された計算書類を承認する総会決議について、原告株主が当初、決議内容の法令違反を理由とする株主総会決議無効確認の訴えを提起していたところ、総会決議取消訴訟の提訴期間である株主総会決議の 3 カ月経過後に、予備的請求として、株主総会決議取消の訴えを提起した事案において、当初の株主総会決議無効確認の訴えにおいて決議無効原因として主張された瑕疵が、決議取消原因に該当している場合であれば、当初の決議無効確認の訴えが総会決議取消訴訟の原告適格・提訴期間を遵守しているのであれば、提訴期間経過後の請求の追加も適法であると判断した¹⁵。

¹⁵ その理由として最高裁は、「商法が株主総会決議取消の訴と同無効確認の訴とを区別して規定しているのは、右決議の取消原因とされる手続上の瑕疵がその無効原因とされる内容上の瑕疵に比してその程度が比較的軽い点に着目し、会社関係における法的安定要請の見地からこれを主張しうる原告適格を限定するとともに出訴期間を制限したことによるものであつて、もともと、株主総会決議の取消原因と無効原因とでは、その決議の効力を否定すべき原裁判例の中の吸収説

これに対して、最判昭和 51・12・24 民集 30 卷 11 号 1076 頁は、提訴期間内に株主総会決議取消の訴えを提起していた場合であっても、当初主張していた取消事由（議決権代理行使資格制限の定款規定があるにもかかわらず地方公共団体株主の職員・法人株主の従業員による議決権行使を認めていたという決議方法の定款違反）とは異なる新たな取消事由（個人株主の議決権代理行使を認めなかったことが株主平等原則違反という決議方法の法令違反に該当すること）を、総会決議取消の訴えの提訴期間後におこなうことは認められないと判断した。この事実は、法律構成が株主総会の取消事由という同一のものであっても、事実としての救済の対象（瑕疵）が異なると提訴期間規制は「救済の対象の同一性」を基準に個別に課すと判断したものであろう。

ほかにも、新株発行に関して、最判平成 5・12・16 民集 47 卷 10 号 5423 頁は、新株発行差止訴訟を提起していたところ、差止仮処分がなされていたにもかかわらず会社が新株発行をしたという事案において、原告株主が、新株発行無効の訴えに変更する旨の申し立てが、新株発行無効の訴えの提訴期間を経過していた場合であっても、提訴期間を遵守したものとして扱うと判断した。同最判は、訴えの変更も原則として新たな訴えの提起であるので、変更時に提訴期間を遵守している必要があるところ、「変更前後の請求の間に存する関係から、変更後の新請求に係る訴えを当初の訴えの提起時に提起されたものと同視することができる特段の事情があるとき」という基準を満たせば変更前の訴えの提起時点が提訴期間判断の基準時となることを認めたものである。ここでも「救済の対象の同一性」基準が用いられている。

昭和 36 年仙台地裁のように形成訴訟性を強調した解釈をした場合の一番の不都合は、原告が救済手段・訴えの種類を誤り、それが事後的に発覚した場合に提訴期間を徒過しているという場面で、原告の救済方法が認められないのは酷ではないかということであろう。しかし、昭和 36 年仙台地裁を含む裁判例・判例は、提訴期間の基準時を、法律構成・請求に形式にこだわらずに、柔軟に解釈し、救済を広く認めていくという方法で解決している。そして、このことは、吸収説をとるメリットの 1 つである提訴関係の複雑さを解決するものであり、吸収説を採用する必要性を否定する方向に働くものである。

因となる点においてその間に差異があるためではない。このような法の趣旨に照らすと、株主総会決議の無効確認を求める訴えにおいて決議無効原因として主張された瑕疵が決議取消原因に該当しており、しかも、決議取消訴訟の原告適格、出訴期間等の要件をみたしているときは、たとえ決議取消の主張が出訴期間経過後になされたとしても、なお決議無効確認訴訟提起時から提起されていたものと同様に扱うのを相当とし、本件取消訴訟は出訴期間遵守の点において欠けるところはない」と述べた。

裁判例の中の吸収説

(2) 合併の効力が問題となった裁判例

これに対して、合併無効の訴えの中で株主総会決議の欠缺が問題となった事案も存在する。

a) 東京地判昭和 30・2・28 判時 46 号 3 頁：総会決議無効の事案

東京地判昭和 30・2・28 判時 46 号 3 頁も吸収説を採用したものと扱われることがある。しかしこの事件は、合併承認株主総会決議について株主総会決議取消ではなく株主総会決議無効確認の訴えを提起したところ、合併無効の訴えによるべきと判示したものである。株主総会決議無効確認の訴え（会 830II）は確認の訴えであり、形成訴訟性は認められておらず、2つの形成訴訟性の相克という本稿の問題は生じていない。この場合に形成訴訟は合併無効の訴えのみである以上、同訴えによるべきというのは当然である。

b) 東京地判昭和 38・11・28 判タ 156 号 204 頁：規範的不存在の事案

東京地判昭和 38・11・28 判タ 156 号 204 頁は、合併承認・合併報告決議の株主総会において全株主に招集通知を発送しなかったことを合併無効原因に該当するとして、株主総会決議取消の訴えを要せずに、合併無効の訴えを認めた。だが、昭和 38 年東京地判は、この判断の中で、「合併契約書承認及び合併報告総会の決議があつたとするも株主の会合による申合せに止り当該株主総会の決議と云うことはできない」と述べている。つまり、株主全員に招集通知を送らなかったということは、単なる招集手続の法令違反として決議取消事由となるにとどまらず、そもそも総会決議が存在しないという決議不存在（いわゆる規範的不存在）に該当すると判断しているのである¹⁶。

決議不存在であれば、決議不存在確認の訴えの対象となるが、同訴えは確認の訴えであり、形成訴訟性は問題とならない。よって、合併無効の訴えという別訴の中で事実として主張することも可能である¹⁷。

c) 東京地判昭和 40・4・22 判時 408 号 46 頁：物理的不存在の事案

東京地判昭和 40・4・22 判時 408 号 46 頁も、合併承認決議が物理的に不存在

¹⁶ 招集通知漏れが著しい場合には総会決議の不存在に該当するとしたものとして最判昭和 33・10・3 民集 12 巻 14 号 3053 頁（代表取締役が実施 2 名に口頭で招集を通知しただけで、他の 6 名の株主〔議決権の 42% 保有〕には通知しなかった事案）がある。そして、これら規範的不存在の事案は、決議取消事由との限界が微妙となっていると指摘されている（江頭・前掲注(2)文献 377 頁）。

¹⁷ 江頭・前掲注(2)文献 376 頁など。

の場合に、合併無効の訴えを認容した事案であるが、これも不存在であるのだから、形成訴訟性は問題となっていない。

d) 東京地判平成元・8・24判時1331号136頁：取消事由相当事実が否定された事案

これに対して、吸収説をとった可能性を示唆する裁判例も存在する。例えば、合併比率の不公正は合併無効事由に該当しないと判示したとされる東京高判平成2・1・31資料版商事77号193頁およびその原審東京地判平成元・8・24判時1331号136頁（三井物産合併無効事件）は、原告株主が合併無効事由として主張した①合併承認決議前に閲覧に供された貸借対照表における増資・資産の評価替えの不記載、②合併比率の不公正のそれぞれについて、①違法ではなく決議方法が著しく不公正な方法によってなされたとも言えない、②決議内容は著しく不当とはいえないから、会社の株主が特別利害関係人として議決権を行使したかどうかの点について判断するまでもないと判断して、請求を棄却した¹⁸。これらの判断部分は、株主総会決議取消事由を想起させるものであり、株主総会決議取消事由該当性を否定したものと読める。

同事件の請求は合併無効の訴えのみであり、総会決議取消の訴えは提起されておらず、合併無効の訴えの中の主張レベルで「原告は本件合併には合併無効事由と本件承認決議の取消事由とがあると主張」していると裁判所は整理している。このような整理を否定せずに、取消事由の判断をしたということは、裁判所が吸収説を前提としていると理解することもできる。

だが、同判決は、取消事由がないと判断している。取消事由があれば、合併無効が認められることは明言していない。すなわち、総会決議取消の訴えの形成訴訟性を合併無効の訴えがどのように乗り越えるのかは判断していないのである。

e) 千葉地判平成14・4・12LEX/DB28071951¹⁹：農協の合併

吸収説を明示した裁判例がないわけではない。5つの農業協同組合が合併する旨の臨時総会特別決議がなされた事案において、1つの農協の組合員が、①招集

¹⁸ これに対して、同事件では、合併比率の不公正は株式買取請求権によって救済されることを理由に合併無効原因に該当しないとした判断は、「仮に合併比率が著しく不公正な場合には、それが合併無効事由になるとの控訴人の主張を前提にしても」という留保の下になされた傍論である。

¹⁹ 裁判所ウェブサイト（http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail4?id=6218）も参照。

通知漏れ²⁰、②合併決議の採決の違法²¹を理由に総会決議取消の訴え（農業協同組合法 47 条・平成 17 改正前商法 247I）を提起した。同事件では、合併の臨時総会決議は平成 12 年 9 月 30 日、総会決議取消の訴え提起が平成 12 年 12 月 19 日であったところ、当該合併は、平成 12 年 12 月 28 日に合併が千葉県知事によって認可（農協法 65II）を受け、平成 13 年 1 月 4 日、合併の登記（農協法 79 条）がなされた。

千葉地裁は、合併の登記によって合併の効力が発生した後は、合併無効の訴えによるべきであり、合併に係る決議の取消訴訟は訴えの利益を失うと判断した。そして、合併の効力発生から 6 カ月の合併無効の訴えの提訴期間内に合併無効の訴えへと訴えの変更手続きを申し立てる必要があり、それをしなかった以上、決議取消の訴えは訴えの利益喪失を理由に却下されると判断した。まさに、吸収説の見解を採用した裁判例である。

だが、若干の留保が必要となる。まず、確かに、同判決は、合併無効の訴えへの「変更」が必要であると判示した。だが、本件で取消の訴えの訴えの利益が喪失した理由は、合併無効の訴えがなされていないことであって、総会決議取消の訴えそのものを、合併無効の訴えに「変更」することで、消滅させる理由は述べられていない。すなわち、合併の効力についての形成訴訟性が問題となったのであって、総会決議の訴えの利益が消滅したというのはその付随的効果に過ぎない。合併承認決議取消の訴えに加えて、合併無効の訴えが必要であるという意味での「併存説」（の 1 つのバージョン）を否定していないのである。

当該事件には、ほかにもいくつか特殊性がある。顕著な点としては、当該事件は、会社ではなく農協の合併の事案である点が挙げられる。平成 14 年千葉地裁が、合併無効の訴えを必要とした理由は、合併無効の訴えの提訴期間や遡及効の否定において決議取消の訴えとの差異がある点などであるが、それに加えて、「農協法とこれを受けた商法がこのように合併の有効性そのものを対象とする訴えを特別に設けている意義」と述べており、農協法の存在を根拠に挙げている。そし

²⁰ 原告組合員の主張によれば正組合員 2990 名中 720 名に通知漏れがあったとされている（ただし裁判所には認定されていない）。

²¹ 原告組合員の主張によれば、農業協同組合の合併には総組合員の 3 分の 2 の賛成が必要であるところ、被告農業組合は、出席組合員の 3 分の 2 によって合併承認決議が成立したと判断した点が決議方法の法令違反に該当するとしている。だが、このような原告の主張が正しいければそもそも決議は有効に成立していないというべき（不存在の事案）ではないかという疑問があるのみならず、合併の承認要件を定める農業協同組合法 46 条 2 号は「次の事項は、総組合員・・・の半数（これを上回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合）以上が出席し、その議決権の三分の二（これを上回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合）以上の多数による決議を必要とする」と定めており、平成 17 年改正前商法 343 条 1 項（定款変更の株主総会特別決議の要件）と同一の文言を採用しており、同条は、現行会社法 309 条 2 項同様、総株主ではなく出席株主の 3 分の 2 で特別決議は成立するものと理解されていた。

て、「千葉県知事による本件合併の認可がされ」と、県知事による合併認可がなされている点を強調している。

さらに、同判決は、すでに合併無効の訴えの提訴期間である合併の効力発生（合併登記）から6カ月間が経過してからなされており、もはや合併無効の訴えを提起することもできない。これは、従来の最高裁がとってきた提訴期間の柔軟な解釈の背後にある救済を広く認めるというポリシーに反するものにみえる。平成14年千葉地判における法廷内での訴訟指揮がどのようになされていたのかわからず、仮に、裁判所が、取消事由として主張している事実と同一事実を無効原因とする合併無効の訴えへの訴えの変更（ないし請求の追加）であれば、提訴期間経過後であっても認めることを示唆しながら、訴えの変更を求める訴訟指揮をしていたにもかかわらず、原告側が総会決議取消の訴えに固執したがゆえ、訴えの変更・追加がなされなかったのであれば、このような判決がなされてもやむを得ない。だが、訴えの変更・追加も認めない旨の訴訟指揮がなされた上でこのような判決がなされたとすれば、従前の最高裁判例の採用してきたポリシーに反する。そして、このような異なるポリシーを平成14年千葉地判が採用したことが仮に正当化されるとすれば、同事案が、会社ではなく、農協の事案であり、既に知事の認可がなされるなど、公的に合併を認証するかの手続が履行されており、利害関係人の範囲が非常に広範になってしまうという点に違いがあることが挙げられる²²。

f) 東京高判平成22・7・7判時2095号128頁²³：キャッシュアウト後の合併

その後も、併存説を採用したとまでは言えずとも、形成訴訟性を尊重した裁判例が続く。とりわけ、東京高判平成22・7・7判時2095号128頁は、合併無効の訴えの形成訴訟性を強調する。同事件では、A社の株主が、平成20年9月26日に、A社株主総会決議に基づき、全部取得条項付種類株式を用いたキャッシュアウトによってA社株主たる地位を失った。A社は、その後、平成21年1月1日にB社に吸収合併（合併比率は1:6,355.66127株）され、そのB社は平成21年2月1日にC社に吸収合併（現金対価合併）された。

²² 同じく吸収説を採用したと整理されることがある最判昭和49・9・26民集28巻6号1283頁（前掲注(13)参照）も、県知事の設立認可を受けた商工組合の設立が問題となった事案である。

²³ 判例評釈として弥永真生・ジュリスト1407号（2010）106頁、山本爲三郎・金融・商事判例1357号（2011）2頁、藤原俊雄・商事法務1921号（2011）14頁、鳥山恭一・法学セミナー677号（2011）123頁、若林茂雄ほか・商事1910号（2010）61頁、宗小春・ジュリスト1429号（2011）140頁、松井智予・ジュリスト臨時増刊1420号〔平成22年度重判〕（2011）132頁、新谷勝・日本大学法科大学院法務研究8号（2012）83頁、片木晴彦・法学教室387号（2012）128頁、松井秀征・法学教室別冊付録366号〔判例セレクト2010-2〕（2011）17頁、田中勇氣・ジュリスト増刊〔実務に効くM&A・組織再編 判例精選〕（2013）104頁、三原園子・関東学院法学23巻4号（2014）119頁がある。

原審である東京地判平成 21・10・23 金判 1347 号 27 頁は、株主総会決議取消の訴えの原告適格である「株主」であることが必要であり、これを口頭弁論終結時までに満たす必要があるとして、それまでに A 社と B 社の吸収合併および B 社と C 社の吸収合併のそれぞれについて合併無効の訴えを提起し、請求認容判決を確定させる必要があると判断し、合併無効の訴えを提起すらしていない当該事件の原告の原告適格を否定した。これは、合併無効の訴えと総会決議取消の訴えの 2 つを要求するという限りでは併存説的ではあるが、他方で、総会決議取消の訴えの口頭弁論終結時までに、予め、合併無効の訴えの請求認容判決の確定を要求するという点で、2 つの手続の同時進行を認めるものではなく、一方を先にすすめることを要求する点で、吸収説のポリシーに明確に反するだけでなく、併存説の通常理解にも反するものでもあり、原告に対して非常に酷な要求をするものといえる。

これに対して、控訴審である東京高判平成 22・7・7 判時 2095 号 128 頁は、結論は原審と同様、訴え却下を維持したものであるが、その理由付けは大きく異なる。一方では、当該事件の原告が提起していない B 社との合併無効の訴えおよび C 社との合併無効の訴えの原告適格について、キャッシュアウトの株主総会決議への取消の訴えが認容されれば株主たる地位を回復することから、「会社法 828 条 2 項 7 号所定の合併の効力発生日に『吸収合併をする会社の株主であった者』に該当する」と判示する。そして、カッコ書きを続け、その中で、「ただし、決議取消訴訟（本件訴訟）の敗訴判決確定を、原告適格を有することの解除条件とする」と加える²⁴。これは、合併無効の訴えと総会決議取消の訴えとを併合提起することを要求するものである。この事件で総会決議取消の訴えの対象として問題となっている株主総会決議は、吸収合併の承認決議ではなく、その前のキャッシュアウトに関するものであるので、本稿の分析対象としたい課題そのものについての判示ではない。だが、株主総会決議取消の訴えと吸収合併無効の訴えの双方の形成訴訟性を尊重している点で、併存説と非常に親和的である。

他方で、当該事件の解決として、訴え却下を維持した理由は、吸収合併無効の訴えを併合提起していなかった点を挙げる。この点も、併存説（の 1 バージョン）

²⁴ 本文は、A 社から B 社への吸収合併の無効の訴えの原告適格について判示した点である。B 社の C 社への吸収合併の点については、「本件決議に決議取消事由がある場合には、その決議取消訴訟を提起した X らは、B 社の C 社への吸収合併についても、前記と同様の理由により、会社法 828 条 2 項 7 号の『吸収合併をする会社の株主であった者』に該当するものとして、合併無効の訴えの原告適格を有する（ただし、A 社の B 社への吸収合併について法定の期間内に合併無効の訴えを提起していることが必要であり、かつ、決議取消訴訟（本件訴訟）又は A 社の B 社への吸収合併の無効の訴えの敗訴判決確定を原告適格の解除条件とする。）」と判示する。

に非常に親和的である²⁵。

4. 学説としての吸収説・併存説の想定する形成訴訟性

本稿の準備作業では、「吸収説」を最初に提唱したのは誰なのか、そして「吸収説」という用語法がいつから確立したのかまでは明らかにできなかった²⁶。だが、「吸収説」という用語は用いないものの、田中耕太郎は、既に「合併の決議について総会決議の無効または取消の訴（商 252 条 249 条）を提起できるかどうかについては、決議の無効または取消は当然に合併の無効を招来するから、合併の無効の訴によってのみ主張できるものと解する²⁷」としていた。この田中耕太郎の説は、近時、通説とされる吸収説が合併の効力発生前後を総会決議取消と合併無効の訴えとを切り替えるタイミングとしているのに対して、合併承認の株主総会決議時を切り替えのタイミングとしている点で違いがある²⁸。だが、総会決議の取消しの訴えの形成訴訟性²⁹を認めておきながら、合併無効の訴えによって、総会決議取消の訴えの形成訴訟性を飲み込んでいる点では、吸収説と共通する。そして、その根拠として挙げているのが、「決議の無効または取消は当然に合併の無効を招来するから」という点であるものの、理論的な説明になっていない。当然に合併の無効を招来するならば、決議の無効・取り消しの訴えの中で合併無効を争わせるという方法もあってよいはずであるし、合併無効の訴えと決議取消の訴えの双方の形成訴訟性を尊重すれば、併合提起という解決もあるはずである。

このように吸収説は、形成訴訟性を克服する説明に成功していない。これに対する見解として、併存説が存在するわけであるが、形成訴訟性というのに着目した場合、併存説には2つの対局的な地位にある立場が存在することに留意が必要である。

まず、近時、併存説が注目されている一番の理由は江頭憲治郎の体系書が採用しているという点であろう。だが、江頭の説く併存説は、従前の形成訴訟性との矛盾を回避した併存説（の1つのバリエーション）とは大きく異なる。江頭は、

²⁵ 藤原・前掲注(23)文献 20 頁。これに対して同判決を吸収説を前提としても成り立ちうるとするものとして田中・前掲注(23)文献 109 頁、三原・前掲注(23)文献 134 頁、高山崇彦「複数の訴訟が関連する場合の取扱い」神作裕之ほか編『会社裁判にかかる理論の到達点』（商事法務・2014）334 頁。

²⁶ 上柳ほか・前掲注(7)文献 355 頁〔岩原〕では吸収説の支持者として引用されているのは主に体系書である。

²⁷ 田中耕太郎『改訂会社法概論・下』（岩波書店・1955）561 頁。

²⁸ 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（13）』（有斐閣・1990）244 頁〔小橋一郎〕。

²⁹ 田中・前掲注(27)文献 376 頁。

株主総会決議取消の訴えと吸収合併無効の訴えとの比較において、遡及効の有無に着目する。

吸収合併無効の訴えの請求認容判決の効力は将来効にとどまるところ、平成 17 年会社法によって、組織再編行為でも債権者異議手続がないもの、株券提出手続がないもの（株券発行会社でないもの）、そしてこれらの手続があっても株主総会承認決議よりも先に開始するものなどがあり、総会決議の翌日には組織再編行為の効力が発生しかねない点を強調する。従来の吸収説が想定していた組織再編は、承認総会決議から効力発生までに最低 1 カ月（債権者異議手続・株券提出手続などのため）がかかり、その間に、株主総会決議取消の訴えを本案に組織再編行為差し止めの仮処分が可能であった。しかし、平成 17 年会社法下では、わずか 1 日の間に仮処分を得ることは不可能で、合併無効の訴えで請求認容判決を勝ち得ても、遡及効が存在しない。そこで、総会決議取消の訴えは、吸収合併無効の訴えと異なり、遡及効がある救済である点に着目し、総会決議取消の訴えという方法を別途認めることで遡及効のある救済を認めるべきというのが江頭の併存説である³⁰。

このような江頭の併存説は、株主総会決議取消の訴えによって、合併の無効という効力が発生することを認めるというものである。この解釈は、合併無効の訴えの形成訴訟性と矛盾するものである。

これに対して、本稿がここまで併存説（の 1 バージョン）として紹介してきた説は、株主総会決議取消の訴えと合併無効の訴えとを併合提起することを要求するものであって、一方のみで救済を認める可能性を広げる江頭の見解とは真逆である。このような形成訴訟性を尊重する方向での併存説は、学説でも小橋一郎によって、近時は吉本健一によって主張されている³¹。

5. 吸収説という結論 or 表現からの離脱

ここまで本稿は、従来の吸収説が形成訴訟性との矛盾があるにもかかわらず、その矛盾を克服する理論的説明が十分になされていないことを指摘した。そして、理論的説明がなされていないのであれば、克服をすることを考えるべきである。本稿は、その克服のバリエーションとして 3 つの可能性を指摘したい。まずは、

³⁰ 江頭・前掲注(2)文献 372 頁注 2。なお、同 779 頁注 4 も参照。

³¹ 上柳ほか・前掲注(28)文献 245 頁〔小橋〕、小野木常＝小橋一郎「合併無効の訴え（1）」商事法務 174 号（1960）25 頁、吉本・前掲注(3)文献 133 頁。そのほか従来の併存説のバリエーションについて高山・前掲注(25)文献 321 頁、新堂・前掲注(6)文献 259 頁参照。

吸収説を断念し、併存説をとることである。そして併存説には、既に紹介したように2つのバリエーションである。そしてもう1つは、従来の吸収説と同じ結論を吸収説という用語を用いずに説明することである。

(1) 合併無効事由の書換：「吸収説」という表現からの離脱

従来の吸収説の問題のメインは、株主総会決議取消の訴えの形成訴訟性と矛盾するのにその説明がないというものであった。他方で、これに伴う実害が指摘されているわけではない。むしろ、後述する併存説のバリエーション1のように、合併無効の訴えと株主総会決議取消の訴えという2本の訴えを強制することのほうが不便であって、一本の訴訟にまとめるほうが当事者（とりわけ原告）にとって便宜である。

合併無効の訴えの中に総会決議取消の訴えが吸収される、という説明をやめ、合併無効事由に、「総会承認決議がないこと」とは別の無効事由として、「総会承認決議に取消事由があること」あるいは「取り消しうる事由を抱えた株主総会承認決議がなされたこと」を挙げればよい³²。合併無効事由は、法文上、規定されておらず、解釈によって合併手続の（著しい）瑕疵とされているだけである³³。それを「合併契約につき法定の要件を満たす承認がない³⁴」として、承認決議が不存在の場合・無効の場合と並べて、取消事由を抱えている場合を同時に説明しようとしたために、吸収説というロジックが必要になっただけであると思われる。

そうであるならば、従来の通説の結論を維持するためには、「総会決議が取消の瑕疵を抱えている場合」は、形成訴訟性が問題とならない総会決議がない場合（物理的不存在・規範的不存在）や無効の場合とは別の「合併手続の瑕疵」と説明してしまえば足りる。

このように実体法上、別の無効事由としてしまうことで、手続法上の議論から解放されるというのは、従来も認められてきた議論である。例えば、新株発行無効の訴えにおける無効原因において、「新株発行差し止めの仮処分違反した場合」を、元来相対効しかない仮処分の効力で説明するのではなく、実体法上の1つの「無効事由」として考えることで克服してきた（最判平成5・12・16民集47巻10号5423頁）。

³² 吉本・前掲注(3)文献129-130頁が吸収説の第二の方法として掲げている方法である。実際に、吉本・前掲注(3)文献152頁注14に列挙されている文献のほか、資本金の額の減少の無効（会828I⑤）の無効事由について、江頭・前掲注(2)文献700頁は「株主総会決議に無効原因・・・取消原因・・・がある」を挙げている。

³³ 江頭・前掲注(2)文献894頁など。

³⁴ 江頭・前掲注(2)文献894・892頁・893頁注4。

このような説明に対しては、後述する併存説（バリエーション1）の論者からは、株主総会決議の取消事由は総会決議の瑕疵の中でも（無効や不存在と比較して）比較的軽微なものが会社法によってリストアップされているのに対し、解釈により無効事由を重大な瑕疵に限定している組織再編無効の訴えの無効事由とするのはアンバランスであると指摘されている³⁵。また、総会決議取消事由があることが合併無効事由であるならば、総会決議取消の訴えの提訴期間（3箇月）経過によって無効事由となくなるという性質を説明できないのではないかという疑問も生じる。

だが、前者に対しては、そもそも総会決議取消事由と無効事由とを区分するのは瑕疵の大小ではなく、第三者保護の観点から法律関係を早期に安定化させるべきか否かの問題として、会社外部からも瑕疵の有無を判断できるか否かが基準となっているに過ぎず、提訴期間さえ守れば、要保護性・救済の必要性に差異はないと応答できよう。後者の疑問についても、総会決議取消事由というのは、総会決議取消の訴えの提訴期間によって実体的に治癒すると考えれば、治癒していない総会決議取消事由をもって合併無効事由とすると説明すれば足りる。

（2）併存説：バリエーション1（両訴併合提訴必要説）

このように通説の吸収説の結論を、説明を変えるだけで維持することは可能である。だが、本稿が裁判例を検討していった中で発見したのは、少なくとも会社（株式会社）の事案においては、吸収説の結論は維持されていないということであった。裁判例が採用するのは、形成訴訟性を尊重するというものであり、学説でいえば、併存説の中でも小橋一郎らの唱える見解と親和的なものであった。これを併存説のバリエーション1としたい。

このような見解に従えば、合併の効力発生後は、株主総会決議取消の訴えと合併無効の訴えとを併合提起すべきということになる。総会決議取消の訴えの提訴中に合併の効力が発生した場合には、訴えの追加的変更（民訴143I）を用いる³⁶。このような2つの訴え提起が、従来の吸収説より迂遠であるのは間違いない。だが、それに伴う不都合は極力排除されているのではないか。たとえば、2つの訴訟を要求することに伴い、それぞれの訴訟の異なる提訴期間を看過してしまうという問題は、従来の最高裁判例が採用してきた、2つの訴訟の目的が同一である特段の事情があるときには、いずれか一方の訴訟を提起していれば、相手方に争う意思を伝える機能も十分に果たしていることから、柔軟に提訴期間規制の充足

³⁵ 吉本・前掲注(3)文献131-132頁。

³⁶ 吉本・前掲注(3)文献135頁。

を認めてしまうということである。

そして、このような解釈は平成 26 年会社法改正で導入された組織再編行為の差止事由とも平仄が取れているように感じる。無効原因が全て解釈によって定まる合併無効の訴えと異なり、組織再編行為の差止事由については条文上、「会社の法令違反」（会社 784 の 2①など）という形式が要求されており、いまだ総会決議が取り消されていない段階で、「総会承認決議に取消事由があること」あるいは「取り消しうる事由を抱えた株主総会承認決議がなされたこと」を「会社の法令違反」とすることはできない。そこで、総会決議取消の訴えを提起し、この請求が認められることで、遡って、総会決議がなかったこととなり、当該組織再編行為に会社の法令違反があるという説明が必要になる。そのため、合併無効では吸収説を採用する論者であっても、差止の場面では、差止と総会決議取消の訴えとを併合提起すべきではないかという見解が提唱されている³⁷。

それならば、合併無効の訴えにおいても、同様に併合提起を要求する解釈もあり得てよいではないか。

なお、近時、最高裁は、中小企業等協同組合法上の事業協同組合で理事・監事選任を行う総会決議（先行決議）の取消しを求める訴え（同法 54・会社法 831I）において、その後の総会（後行決議）で、当該理事・監事の任期が満了して退任し後任理事・監事が選任された場合には、先行決議の取消の訴えに、後行決議の効力を争う訴え³⁸が併合されている場合には、特段の事情がない限り、訴えの利益を喪失しないと判示した（最判令和 2・9・3 裁判所ウェブサイト³⁹）。同判決は中小企業当組合法が会社法の条文を引用していることから株式会社にも妥当すると解される。そして、同判決は、取締役選任の株主総会決議に対する総会決議取消の訴えにおいて、当該取締役が任期を満了し後任取締役が選任された場合には、特段の事情がない限り、訴えの利益が消滅したとする従来判例（最判昭和 45・4・2 民集 24 巻 4 号 223 頁）に対して、後行決議の取消の訴えを併合提起することが判例（最判昭和 45・4・2）の「特段の事情」に該当することを示したと理解することができる⁴⁰。最判令和 2・9・3 は、取締役選任決議に対する総会決議取消の訴えに関するものであって、同判決の射程は、本稿の対象とする合併無効の訴え等会社法 828 条 1 項の定める無効の訴え（形成無効の訴え）には、

³⁷ 田中亘『会社法〔第 2 版〕』（東京大学出版会・2018）654 頁。

³⁸ 同判決は、取消判決の遡及効により初めから理事でなかった者によって召集された後行総会の決議にはいわゆる全員出席総会などの特段の事情がない限り瑕疵があると判示している点、および最判平成 2・4・17 民集 44 巻 3 号 526 頁を引用していることから、株主総会決議が不存在（いわゆる規範的不存在）となることを想定していると解される。

³⁹ https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=89677.

⁴⁰ 同判決以前からこのことを指摘する文献として野田博「判批」岩原紳作ほか編『会社法判例百選〔第 3 版〕』（有斐閣・2016）81 頁、田中・前掲注(37)文献 204 頁など参照。

形式的には、及ばない。しかしながら、同じく形成訴訟である株主総会決議取消の訴えにおいて、訴えの併合という技術を用いることで、形成訴訟性を尊重しつつ、当事者の求める救済を柔軟に認めるという解決策を示したことは、少なからず、合併無効の訴えの場面にも影響があろう。このことは、併存説・バリエーション1を潜在的な裁判所の立場と理解することを後押しする。

(3) 併存説：バリエーション2（原告の自由選択説）

他方で、そもそも、形成訴訟性との矛盾ということ自体、全く問題とすべきではないという整理もありうる。このような見解は、あるべき救済を直接に論じればよく、そして、現在の会社法の組織再編法制では、遡及効のある救済手段が実質的に欠けている点を問題視し、株主総会決議取消の訴えによって、合併など組織再編行為の効力を、遡って否定することを認めるべきと考える。これが江頭説の立場であり、併存説のバリエーション2である。併存というのは、総会決議取消の訴えと組織再編無効の訴えの両方を要求する（バリエーション1）というのではなく、どちらか一方で足りるというのがこの見解である。

このような見解は、828条1項柱書の明文に反するのではないかという形式論による反論が可能である。そのほか、形式的な反論として、株主総会決議を取り消すとなにゆえ、合併の効力が否定されるのか、という点の説明もなされていない。株主総会が承認するのは合併契約であって、合併契約に基づいて実施される合併そのものではない。にもかかわらず、契約に基づいた履行行為である合併の効力が否定されるというのは必ずしも自明ではない。

しかし、この議論は、従来から実は問題となりえた議論である。たとえば、取締役選任の効力を否定する際に、当該取締役の選任決議の手續に問題があれば、取締役の地位不存在確認の訴えなど提起せずに、株主総会決議取消の訴えを提起し、これが認められれば、それだけで自動的に取締役の地位も否定されてきたはずである。これは、計算書類の承認等でも同じである。

これに対して、たとえば、代表取締役を選定する取締役会決議の手續に瑕疵があれば、代表取締役の地位の不存在確認の訴えや、当該代表取締役によってなされた取引の効力を否定する訴え（確認の訴えのこともあれば不当利得返還請求のようなこともある）を提起するのであって、代表取締役選定の取締役会決議の効力を訴訟物とした訴訟を提起することはない。そもそも株主総会決議取消の訴えというのは、株主総会の決議の効力を争う方法を制限するための制度である。この制度がなければ、すべて株主総会決議無効確認の訴えを提訴していたはずである。しかし、取消の訴え制度による制限のない取締役会決議については取締役

会決議無効確認の訴えを提起するかと言え、そうではない。前述の通り、取締役会の決議に基づいてなされた取引等の効力を直接問題としてきた。

これまで株主総会の決議の効力を否定するということが、決議に基づいてなされた取引等の効力の否定にとって実効的な解決手段とされてきた。しかしその理由は自明ではない。一方では、無効・不存在確認の訴えにおいても、被告適格（834⑩）、管轄（835）、担保提供命令（836）、弁論の必要的併合（837）、そして何よりも請求認容判決の対世効（838）があることから、紛争の実効的解決に資することになり、他方で、このような制度（サブシステム）のない例えば取締役会決議では、当該決議の効力そのものを争っても紛争の実効的解決とはならないからかもしれない。

6. 小括

このように、合併を承認する株主総会決議に取消事由がある場合における合併の効力を争う方法について、合併無効の訴えの中で取消事由を主張するという吸収説が通説であるといわれているものの、かかる見解は総会決議取消の訴えが形成訴訟であるという点を克服できていないことを示した。そして、裁判所も、必ずしも、吸収説は取っておらず、形成訴訟性を重視する理解をとっていることを示した。

かかる裁判例の理解の延長線上に、総会決議取消の訴えと合併無効の訴えとを併合提起すべきとする併存説のバリエーション1があることを示した。そして、近時の事業協同組合の理事選出決議の取消の訴えに関する最高裁判例（最判令和2・9・3）は、この併存説のバリエーション1が最高裁判所の潜在的な立場であることを示唆している。だが、近時、学説で注目されている併存説は、このようなバリエーション1ではなく、むしろ、株主総会決議取消の訴えのみで合併の効力を否定することを認めるバリエーション2である。このバリエーション2は、同じ併存説でありながら、合併無効の訴えの形成訴訟性をも否定するという点で、吸収説よりも、形成訴訟性を軽視しているという特徴がある。つまり、本稿は、「吸収説－併存説・バリエーション1－併存説・バリエーション2」の順で論じていったが、形成訴訟性をどれほど重視しているのかという順で整理すれば「併存説・バリエーション1－吸収説－併存説・バリエーション2」とすべきものであった。同じ「併存説」でも、通説たる吸収説との関係では真逆の方向にある2つの理解が存在することに留意すべきである。

本稿の浅く短い分析では、ここからいずれの見解が望ましいのかを論じること

はできない。そこで、本格的な分析の準備として、以上の3つの見解の差異はどのような点に帰着するのかを検討したい。

まず、併存説・バリエーション1は、提訴手続を誤るだけで救済がなされないという点で当事者（とりわけ原告）にとって酷であるという批判が予想される。しかしながら、この点は裁判実務の前提とする旧訴訟物理論が抱えていた問題の焼き直しである。すなわち、裁判官に適切な釈明権の行使を期待することで解決すべき問題となる。場合によっては裁判官が釈明義務・法的観点指摘義務を負うこともあろう。3(1)で先述したように、提訴期間規制については「救済の対象の同一性」を基準に柔軟に救済がなされている。実務上は致命的な問題ではないというべきである。

併存説・バリエーション2には、他の2説にはない「遡及効ある救済手段」の付与という実質的差異があった。そして、形成訴訟性について、吸収説も併存説・バリエーション2も完全に無視しているわけではない。おそらく吸収説が前提としている理解は、株主総会決議取消の訴えの形成訴訟性は、合併無効の訴えという大きな形成訴訟の中に組み込まれることで、形成訴訟性を満たすと考えているのではなかろうか。これに対して、併存説・バリエーション2は、株主総会決議取消の訴えであろうと、合併無効の訴えであろうとどちらも形成訴訟なのであるから、どちらか一方を選べば、その両方の救済を求めることができる、と理解していることとなろう。これに対して、形成訴訟というのは、当該法律関係の1つ1つの発生を個別の訴訟に委ねていると理解すれば、上記のような理解は取れず、併存説・バリエーション1となろう。実際に、総会決議取消の訴えや合併無効の訴えの認容の確定判決には対世効があるとされ（会838）、かかる対世効の及ぶ範囲は請求レベルにとどまると考えれば、法律関係1つ1つに個別の訴訟を要求すべきという併存説・バリエーション1に親和的である。ここでは、形成訴訟であることの意味が問われている。

さらに、本稿は、形成訴訟性の意味に加え、もう1つの補助線を指摘したい。それは、前述した（5. (3)参照）「株主総会決議を争うこと」の効力が及ぶ範囲である。併存説・バリエーション2は、合併承認の総会決議を争うことは、合併そのものの効力を争うものであることを当然の前提としていた。だが、現在の合併手続をみるに、株主総会決議で行うのは合併契約等の承認（会社法783I、795I、804I）であって、合併契約の締結はまた別の手続であり、仮に当該決議が取り消されても、合併全体の効力を否定するのではなく、承認決議を取り直すだけでよいと理解することも理論上は可能である。この話を取締役選任決議の取消に応用すれば、当該決議が取り消されることで、取締役が地位を失うことを当然の前提としているものの、株主総会承認決議のない取締役として取締法規違反はあるも

の取締役選任自体は無効とはしないと解釈する可能性も理論上存在するという
ことである。しかし、従来の実務も学説もこのような理解をとってこなかった。
他方で、公開会社における新株発行においては、有利発行等で必要となる株主総
会決議が取り消されても新株発行の効力は否定されないというのが新株発行無効
事由の理解の前提である。そこには、株主総会の決議の効力を争うことで覆滅す
る法律上の効果の範囲がどこまでなのか、という問題が存在していたにもかかわ
らず、明示的な議論がなされていないということが示されている。この総会決議
の効力を争うことで覆滅する法律上の効果の範囲という隠された論点が、上記の
3つの見解の対立の要因の1つであるように思われる。

以上のように、本稿の問題の背景には、形成訴訟であることの意味と、株主総
会決議の効力を争うということの意味という2つの問題が存在する。これらは、
本稿（筆者）の手に余る課題として、今後の課題とさせていただきたい。

※ 本稿は科学研究費補助金（課題番号：19K01362、18H00808、18H03611）
の成果の一部である。

複数汚染源に対する差止の根拠及び要件

弁護士・東北大学大学院法学研究科博士課程修了生 岡本 千代（小原 千代）

序章

- 第 1 問題関心の指摘と論文のテーマ提示
- 第 2 分析の視点
- 第 3 分析の方法及び構成

第 1 章 複数汚染源に対する差止めについての従来の学説・判例

- 第 1 複数汚染源に対する差止めについての学説の概観
 - 1 個別的差止説
 - 2 分割的差止説
 - 3 連带的差止説
 - 4 引込説

第 2 複数汚染源に対する差止めについての学説の評価

第 2 章 複数汚染源に対する全部差止義務の根拠及び要件に、共同不法行為の規定を類推適用することの可否

- 第 1 問題意識及び分析の方法
- 第 2 関連する学説等の整理
 - 1 共同不法行為に関する学説・判例の外観
 - 2 差止請求権の根拠論に関する学説の外観

3 複数汚染源に対する全部差止義務の根拠及び要件と共同不法行為との関係についての理論的分析

第 3 複数汚染源に対する差止めについての判例

- 1 対象判例
- 2 判例①ないし判例⑧の概要
- 3 大気汚染訴訟の分析

第 4 複数汚染源に対する全部差止義務の根拠及び要件に共同不法行為の規定を類推適用することについての自説

第 3 章 複数汚染源に対する全部差止義務の要件及び効果の分析

第 1 総論

- 1 問題意識
- 2 全部差止義務の効果の内容
- 3 分析の方法

第 2 執行方法についての学説の進展状況

- 1 抽象的差止請求の適法性に関する問題点
- 2 学説
- 3 判例
- 4 実務及び学説の通説的な見解

5 複数汚染源に対する抽象的差止 請求の適法性に関する分析及び自 説	第4章 複数汚染源に対する全部差止請 求の根拠及び要件についての結 論
第3 複数汚染源に対する全部差止義 務の要件の検討	第1 全部差止義務の根拠及び内容
1 全部差止義務を認める効果の観 点からの被告らの関係についての 要件の検討	1 全部差止義務の根拠
2 被告らの関係の実体法的考察	2 全部差止義務の内容
3 複数汚染源に対する全部差止義 務を認める要件についての仮説の 提案	第2 全部差止義務の要件
第4 複数汚染源に対する全部差止請 求の要件についての仮説の検証	1 共同不法行為の関連共同性が、 複数汚染源に対する全部差止義 務の要件になるか
1 問題提起	2 全部差止義務の効果の分析によ る、全部差止義務を負う被告ら相 互間における実体法上の履行協 力に関する権利義務関係
2 前述の仮説と判例④ないし判例 ⑧との判断の関係の検討	3 全部差止義務を負う被告らの関 係要件
3 判例全体における仮説の評価	第3 訴訟及び執行の一つのモデル

序章

第1 問題関心の指摘と論文のテーマ提示

差止訴訟においては、被害の存在ないしその可能性、加害行為と被害との間の因果関係、侵害の程度が違法であることについて、原告に主張・立証責任が課されるのが原則である。しかし、公害訴訟においては、科学的・専門的知識を要するため、原告（住民）が因果関係を立証することは困難である一方、被告（事業者）は、科学的・専門的知識や情報量においても、経済的側面においても、有利な立場に立っている。そのため、訴訟上の地位の実質的平等を実現するべく、原告の立証責任を軽減する必要性が従来から主張されている。近時の環境問題における産業廃棄物処理施設の操業禁止訴訟においても、公害訴訟における因果関係の主張立証が高いハードルとなっている。

近年、廃棄物処理施設の操業差止めに関する民事判例、道路に関連する大気汚染に関する民事判例が多く出される状況があり、前者においては、特に産業廃棄物処理施

設に関して多数の認容事例が出ている。他方、後者においては、若干の認容事例を除いては、請求が不適法却下とされるか、因果関係が認められず請求棄却となるものが大半である。因果関係が認められない理由として、産業廃棄物処理施設と異なり、①対象となる大気汚染物質の有害性が低いこと（道路は二酸化硫黄、二酸化窒素、浮遊性粒子状物質であるのに対し、産業廃棄物処理施設はダイオキシン類等）、②道路に関連する大気汚染の発生源が多数であることにより、健康被害との間の因果関係の立証が困難であることが挙げられる。

②の複数汚染源に対する差止めにおける因果関係の立証軽減のための根拠及び要件については、従来、学説（個別的差止説、分割的差止説、連带的差止説、引込説）の議論があった。しかし、そもそも差止請求権は明文に規定がなく法的根拠から争いがあるところであり、近年はむしろ差止請求権の法的根拠の議論が中心であり、複数汚染源に対する差止請求の根拠及び要件についてはあまり議論されていない。複数汚染源に対する差止請求権の根拠及び要件について直接判示した判例もあらわれていない。

この点、近年、複数汚染源の大気汚染訴訟である尼崎公害訴訟事件、名古屋南部公害訴訟事件において、差止めを認める判例が出されている。また、差止めの根拠論、共同不法行為ないし競合的不法行為論、抽象的差止めの適法性に関する学説も進展している状況において、因果関係の立証軽減のための複数汚染源に対する差止めの根拠及び要件に関しても、何らかの示唆が得られるのではないかとの問題意識を持っている。

複数汚染源に対する差止めの根拠及び要件が整理されれば、従前関わった所沢市三富地域に多数乱立した産業廃棄物処理施設による大気汚染訴訟にも役に立ったのではないと思われる。

そのため、本論文では、複数汚染源の差止めに関する先行研究を前提に、学説及び大気汚染に関する判例の進展を踏まえて、被害者の立証軽減の立場から因果関係を擬制ないし推定して複数汚染源に対する全部差止義務を認めるための根拠及び要件を検討する¹。

¹ 後記第1章記載の複数汚染源の差止めに関する学説のうち、連带的差止説は、共同不法行為（民法719条）の規定を類推適用して共同不法行為の要件を充たす場合に、全部の被害に対する因果関係を擬制ないし推定して各加害者に対する全部差止義務を認める。これに対し、本論文は、同全部差止義務を認めるための根拠及び要件を検討することが目的であることから、全部差止義務の要件として共同不法行為の要件を連想させる「連带的差止」という用語ではなく、目的とする効果を意味する「全部差止義務」という用語を使用する。

第2 分析の視点

複数汚染源に対する差止めについて、従来、因果関係の立証軽減の観点からの学説の議論はあったが、判例で採用されていないのはなぜか。

第一に、理論的に難解な問題が多く、実務的に適用するのが困難であったことが挙げられる。すなわち、前述のとおり、差止請求権については、民法上明文の規定がなく、法的根拠について大きな争いがあり、現在も争点として残っている。複数汚染源に対する差止めについて因果関係を擬制ないし推定する根拠及び要件は、単数汚染源に対する差止め以上に問題となる。前述の複数汚染源に対する差止めについての学説の一つである連帯的差止説によると、因果関係を擬制ないし推定する根拠として共同不法行為の規定（民法 719 条）を類推適用することが主張されていたが、差止請求権の根拠についての判例及び通説的見解である権利説から、共同不法行為の規定の類推適用の可否が問題とされてきたのである。

第二に、差止判決を得て、執行することにより解決することが困難であることが挙げられる。すなわち、単数汚染源に対する差止請求でさえ、具体的に侵害防止措置を特定して差止めを求めることは困難であるとされており、抽象的差止請求の適法性が請求の特定や執行の可否の観点から問題となってきた。複数汚染源に対する差止めについてもその点がさらに問題となることは必然であり、最終的には和解や政治的解決を狙って訴訟を起こすしかないとされてきた。

以上の理論上、執行上の問題からすると、因果関係を擬制ないし推定して複数汚染源に対する全部差止義務を認めるための根拠及び要件を検討することはさまざまな難問があり、全てを明快に解決することは困難を極める。しかし、裁判実務において、当事者の利害関係を調整し、地域住民ひいては国民全体の健康な生活確保に向けて公害訴訟を前進させるべく、複数汚染源に対する全部差止義務の根拠及び要件を検討する分析の視点を、以下のとおり設定する。

① 可能な限り、実務的に成り立ちうる解釈に立つこと、すなわち、学説上争いがある点は、判例及び通説的見解を前提に議論を進めることとする。また、判例を重視する立場から、本件では複数汚染源に対する差止めに関する判例として大気汚染公害に関する判例を分析する。

② 可能な限り、判決を得て執行することで、問題を解決することができるような解釈を意識する。判決主文、執行方法については、給付命令・給付条項の明確な表示が要求されるため、法的解決の提案は困難を極めるが、可能な限り執行方法を意識して検討をする。

第3 分析の方法及び構成

1 議論の前提として、従来の複数汚染源に対する差止めの学説を整理し、分析をする（第1章）。

複数汚染源に対する差止めについての学説の一つである連帯的差止説によると、因果関係を擬制ないし推定する根拠として、共同不法行為の規定（民法719条）を類推適用することが主張されており、因果関係を擬制ないし推定する根拠として共同不法行為の規定を類推適用できるか否かが議論の中心であったことを把握する。

2 次に、複数汚染源に対する全部差止請求の根拠及び要件につき、判例・学説の進展を踏まえて、共同不法行為の規定を類推適用することの可否を検討する（第2章）。

先行研究の当時と異なり、学説においては、共同不法行為の理論及び差止めの根拠につき進展があった。

判例においても、損害賠償につき、共同不法行為に関する学説の進展を踏まえたものが出されている。複数汚染源の差止めを認めた判例も出されており、その理論構成を検討する余地がある（第2章第3 2で整理及び分析する判例⑥）。

そのため、判例及び通説的見解を前提に現在の学説を分析し、また、複数汚染源に対する差止訴訟の代表として大気汚染公害訴訟における判旨を分析した上で、複数汚染源に対する全部差止義務の根拠及び要件として、共同不法行為の類推適用が可能か否かを検討する。結論先取りになるが、差止請求権の法的根拠に関する判例及び通説的見解である権利説に立つと、共同不法行為の規定の類推適用は困難であると考ええる。

3 さらに、複数汚染源に対して全部差止請求をするために、被告らの関係として求められる要件とは何か。損害賠償とは異なる複数汚染源に対する差止めの効果の観点（全部差止義務の効果の内容及び執行上の問題）及び全部差止義務の実体法上の性質の観点から、被告らの関係要件を検討する。

前提として全部差止義務の執行方法を検討する。学説では、抽象的差止請求を適法とした上で、執行方法を検討する議論がなされている。判例においても、複数汚染源に対する抽象的差止請求を適法とし、実体判断に入っているものも出ている（第2章第3 2で整理及び分析する判例④～判例⑧）。

執行方法の議論を踏まえ、全部差止義務の執行上の問題を解決するためには、被告相互間に全部差止義務の履行協力義務関係が必要であることを指摘する（履行協力義務の実質的根拠）。

さらに、全部差止義務の実体法上の性質につき、差止請求権の法的根拠における権利説の立場から、本質上同一とみられる所有権に基づく共有物の引渡請求ないし共有登記の抹消登記請求などの判例を分析し、被告相互間における全部差止義務の履行協力義務の形式的根拠を指摘する。

被告相互間における全部差止義務の履行協力義務関係を踏まえて、複数汚染源に対する全部差止義務の根拠及び要件についての仮説を提示する。さらに、実務上成り立ちうるかという観点から大気汚染公害訴訟に関する判例を踏まえて仮説を検証する（第3章）。

4 最後に、全部差止義務の根拠及び要件を整理し、提案するとともに、訴訟及び執行の一つのモデルを示すことを試みたい（第4章）。

第1章 複数汚染源に対する差止めについての従来の学説・判例

第1 複数汚染源に対する差止めについての学説の概観

1 個別的差止説²

差止めには民法719条のような規定がないから、複数汚染源のそれぞれについて、受忍限度を超える侵害の有無を検討し、受忍限度を超えている場合には、その企業に対し受忍限度を超える有害物質の排出等の禁止を請求することができるにとどまるとする立場である。すなわち、因果関係の立証の原則どおりとする説である。

もっとも、個々の汚染が受忍限度を超えるか否かの判断については、他の競合する汚染の存在も考慮に入れるべきであるから、それが単一の発生源ならば差止めの対象とならない程度の侵害であっても、多数の発生源による汚染が集合していることを前提として、個々の発生源の侵害が受忍限度を超えると判断される場合もあるとする。

同説に対しては、複合汚染は各汚染源の排出を個々の的にとってみると被害を発生させるのに十分でなく、複数発生源からの排出が総合してはじめて被害を発生せしめる性質のものであるから、個々の汚染源の排出行為を独立して評価して受忍限度を決することは、複合汚染の特質を看過し被害者の救済が無視される結果となるとする批判がある。

² 森島昭夫「公害における責任の主体」ジュリスト 458号（1970年）365頁。

2 分割的差止説

(1) 総論

複数汚染源に対して、原告居住地における汚染を適法レベル（これ以上だと被害が発生する限度）に下げるに必要な程度に排出量を減少せよとの請求をすることは認められるが、汚染源側は、自己の寄与度を主張すれば、その割合に応じた責任を負うにとどまるとする立場である。

理由は、個別的差止説では、被害者の救済が図れないが、他方、連带的差止説では、狙い打ちされた企業は、損害賠償とは異なり、操業停止まで追い込まれることにもなり、しかも、求償訴訟によって被害の回復を企業間に求めることは困難であり、酷な結果となるからとする。

同説に対しては、①寄与割合という確定困難な問題を持ち込むことになるため、訴訟遅延となること、②受忍限度以下の汚染濃度にするための全体の削減量に各加害者の排出量の割合を乗じることで、各加害者の削減量(寄与度)を算出できたとしても、複数の汚染原因相互間に悪平等という結果をもたらすこと(積極的に公害防止措置を講じてきた者と怠っていた者など)などが批判として挙げられている。

(2) 各論

(I) 東説³

同説は、物上請求権法と不法行為法とでは性格を異にするとしつつ、因果関係の立証の困難性から、物権侵害の因果関係を不法行為の因果関係と同様に理解し、因果関係の立証規定であると解される民法 719 条 1 項の類推適用を肯定する。物権侵害者の共同性についても、不法行為論が客観的に解していて、共同不法行為の倫理性がすでに薄れているので、元来倫理性の希薄な物上請求権にも不法行為におけると同様に理解してもよいとする。ただし、損害賠償請求とは異なり、差止請求の場合には、共同行為者とはいえ、他人の支配下にある事柄について、責任を負わされるべきではないとして、負担の公平を考慮して、企業 A B の侵害の割合に応じて、A B 両者を考えに入れて受忍限度に至るまで、防止設備を設ける義務を課すべきであるとする。

³ 東孝行『公害訴訟の理論と実務』有信堂（1971 年）113—114 頁以下、214—215 頁以下。

(Ⅱ) 沢井説⁴

同説は、汚染源である企業群を被告として（狙い撃ちを否定）、原告居住地における汚染を適法レベルに下げに必要な程度に排出量を減少せよとの請求をなしうるが、個々の被告が汚染に対する寄与度を立証したならば、当該被告に対しては、寄与度相当の排出量減少を請求しうるに留まるとする。ただし、緊急避難的状況がある場合には、例外的に狙い打ちを認めるとする。

(Ⅲ) 山口説⁵

同説は、分割的責任説を原則とし、特殊事例につき制限的に連带的差止説を加味すべきであるとする。

被害者は汚染源の企業群の一企業を相手として、受忍限度を超える全汚染の差止めを求めることができるが、これに対しては、被告が汚染に対する自己の寄与度を主張立証すれば、当該被告は寄与度に相当する排出量の減少の範囲まで責任を減縮されるとする。

民法 719 条の立法趣旨は、一定条件の下に他の者の行為が自己の行為と同視できる場合に連帯責任を負わせるものとみて、物権的請求権説、人格権説であっても、民法 719 条の法理を差止請求に適用する余地はありうるとしつつ、連带的差止責任を認めるためには、その結果の重要性からその要件は損害賠償の場合より厳格とならざるを得ず、複合汚染源の企業間に、他企業の汚染についても責任を負い、場合によってはそれにより自己が操業停止の処分を受けてもやむを得ないと判断できるような特別な事情が介在する場合に限るとする。具体的には、各企業間に複合汚染防止について一体として法律上経済上の義務があると認められる場合であるとする（例えば、コンビナート所属の企業のように資本、技術、生産、産業基盤の利用等の諸面で結合関係の強い場合や公害防止協定などにより企業群が一体として被害者に防止義務を負うと解しうる場合―地方自治体と企業群との協定により被害者が反射的に利益を受ける場合も含む）。

(Ⅳ) 大塚説⁶

同説は、分割的責任説をとりつつ、複数汚染源による汚染を差止基準以下にするため、各被告に一律の削減率を達成するよう命ずる方法をとるしかないとする。

⁴ 沢井裕『公害差止の理論』日本評論社（1976 年）157 頁以下。

⁵ 山口和男「複合汚染に対する差止請求についての一考察」司法研修所論集 創立 30 周年記念号 I.（1977 年）203 頁以下

⁶ 大塚直『環境法（第 3 版）』有斐閣（2010 年）692 頁以下。

理由は、連帶的差止説をとると被告に過酷な結果となること、他方、一律の削減率を課するのであれば訴訟遅延をもたらすこともないということからである。そして、このような考え方に立てば、西淀川第2次～第4次公害訴訟事件（後記第2章第32記載の判例④）におけるような原告の抽象的差止請求を不適法とする場面は生じなくなるとする。

3 連帶的差止説

(1) 総論

複数発生源の排出物によって、被害地が違法な汚染（被害）にさらされているときは、各汚染源の排出量を限度として、各汚染源を狙い打ちすることも、共同して訴えることも認める立場である。例外的に、権利濫用による制約を認める。

公害被害者の救済の観点から、公害の差止請求の場合に、民法719条を類推適用して、汚染物質の排出企業に対し、汚染物質排出差止めの連帯義務を負わせるとする。

同説に対しては、①差止めの根拠として権利説をとる立場から、民法719条類推適用を複数汚染源に対する差止めの根拠とすることへの批判があるほか、②狙い打ちされた企業は、損害賠償とは異なり、操業停止まで追い込まれることにもなり、しかも、求償訴訟によって被害の回復を企業間に求めることは困難であり、酷な結果となること、③狙い打ちされた場合の是正策を授權決定手続で考えるとする立場は、本案手続と執行手続との異なる構造からみて、本案裁判所で判断できないことを執行裁判所に判断させるのは正当ではないことなどの批判がある。

(2) 各論

(I) 野崎説⁷

同説は、共同不法行為が成立するとみられる場合には、差し止めうるとする。すなわち、民法719条1項の共同不法行為が成立するには、各企業の排出が相合して被害を生ぜしめた場合において、各行為の間に客観的に関連共同が認められるとき、あるいは客観的関連共同がなくとも各企業が互いの排出の存在を認識し、または認識しうべきときであれば足りるところ（主観的関連共同がある場合）、差止めの時は現時点における共同不法行為の成否が問題になるため、各企業の排出が相合して被害ないし危険を発生させているという因果関係の立証がなされれば、各企業は他の排出源の存在を認識せざるを得ず、常に共同不法行為が成立し、差止請求権が発生するとする。

⁷ 野崎幸雄「因果関係論・総論—実体法上・訴訟法上の諸問題」西原道雄＝沢井裕編『現代損害賠償法講座5』日本評論社（1973年）75頁以下。

差止請求権の法的性質につき、不法行為説をとる立場はもちろん、権利説であっても、民法 719 条が一定の条件のあるときは、他の者の行為も自己の行為と同視して連帯責任を負わせているという趣旨を準用して、差止めを認めるべきであるとする。

各企業が到達点における有害物質を一定量以下にすることにつき連帯債務的義務を負担しているとして、被害者は各企業に対し、各自の全排出量を限度として、その全体の到達量を零ないしは一定量以上にしないことを求めることができるとする。授權決定の段階で、執行裁判所は全体の到達量が判決表示の限度になるまで狙い打ち的に、または排出量等を基準として、各排出者に対し、その排出の全部または一部を止めさせていくことができるとする。

(Ⅱ) 牛山説⁸

同説は、汚染源の排出物は企業内部の問題であるから、企業相互間で調整させることが望ましく、複数汚染源に公害防止について連帯義務を課していくことが適格的であるとする。

連帯義務の根拠は、差止請求権の根拠につき不法行為説に立つと共同不法行為の規定が直接適用される。不法行為説を採らない場合でも、複数汚染源による公害という同一の社会現象である以上、他の汚染源が負担すべき分まで削減の責任を負わなければならないという論理として必要性が認められる範囲で、民法 719 条を類推適用するとする。

連帯義務を負う企業群は、共同不法行為の成立する場合と同様に考える。具体的には、客観的共同説を前提に、被害発生防止義務を規範的に認め得るに足りる、相互間の結合関係があれば足りるとする（場所的・時間的・近接性を重視）。

効果としては、損害賠償と異なり、必要な排出量の削減のために他企業に防止措置を講ずる義務まで負わせることは原則として不当であるため、訴えられた企業の排出量を限度として連帯義務を認める。しかし、訴えられた企業が他企業に対して支配力を有している場合には、排出量の限度を超えて連帯義務を負わせる。他企業に防止措置を講ずる義務は認められない場合であっても、他企業と環境目標を達成するために協議を行う義務は認める。排出量の削減については、被害者の請求権の行使に制限を設ける形でなく、企業間の内部問題として処理することが望ましいから、狙い打ちを認めるとする。

⁸ 牛山積「共同不法行為と差止請求」法律時報 47 卷 4 号（1975 年）26 頁、同「複数汚染源に対する差止請求」自由と正義 34 卷 4 号（1983 年）22 頁。

(Ⅲ) 木村＝東畠＝坂和説⁹

同説は、差止請求権法理と不法行為法理との明確な峻別の観点、及び差止法理の性質論（憲法上の自由権、生存権に根拠を持つこと、刑法、民法上の正当防衛あるいは緊急避難的側面を有すること、本来的に早期救済の必要性があること（被害の重大性、救済の緊急性））から差止法理の独自性が確立される必要があることを理由として、共同不法行為の成立を前提とせず、①住民が生命、身体に対する重大な被害を現に受けているか、それが切迫していること、②金銭賠償では被害の回復とはならないこと、③差止めを求める以外に救済として他に適切な方法がないこと等の要件を充たす場合に、原則として狙い打ち差止めを認める。また、加害者間の公平の観点から、汚染源相互の負担において閾値の達成に近づけるべく、加害者間の求償的割合回復訴訟を提案する。

(Ⅳ) 淡路説¹⁰

同説は、差止めの要件が差止請求権の根拠や構造から導かれるべきであることを前提に、差止請求権の根拠として不法行為説がとられるならば、複数汚染源の場合には、当然、民法 719 条の共同不法行為の規定を複数汚染源の差止めの問題に類推適用する考え方を支持してよいとする。差止請求権の根拠につき権利的構成（ここでは人格権）をとる場合、共同不法行為の規定である民法 719 条を類推適用しようとするこの問題点を指摘しつつ、一定の条件のもとに個別的因果関係を集団的に処理することを認める民法 719 条の関連共同性の法技術は、複数汚染源の差止めの問題に援用できるとし、民法 719 条の規定の類推適用を認める。

その理由として、①人格権侵害に基づく差止請求のケースでも、一種の因果関係の問題が争われており、複数汚染源による人格権侵害の問題は、因果関係の集団的処理の可否の問題であるところ、民法 719 条の関連共同性の法技術は個別的因果関係の集団的処理であり、損害賠償請求訴訟でも差止訴訟でも一般的適用可能性があること、②民法 719 条の実質的根拠（共同不法行為という類型における個別的因果関係の証明の困難性と加害者側のある程度の犠牲による被害者救済の必要性という価値判断）は差止めの場合でもあてはまること、③差止めは、損害賠償と異なり、操業の全部ないし一部停止を引き起こすから、汚染源である企業に与える影響が異なるという議論に対しても、抽象的不作為命令の執行方法は間接強制によるべきだとする現在の判例の立場からすると、抽象的不作為請求も損害賠償と同様、金銭による処理に帰着して

⁹ 木村保男＝東畠敏明＝坂和章平「複数汚染源に対する差止請求」法律時報 50 巻 10 号（1978 年）86 頁。

¹⁰ 淡路剛久「公害・環境問題と法理論（その五）－最近の公害・環境訴訟を中心に－」ジュリスト 844 号（1985 年）90 頁

しまうのであり、損害賠償と差止めを質的に違ったものとする議論には留保が必要であることを挙げる。

ただし、差止めと損害賠償の間にある相違を考慮し、自己が汚染している以上には差止めを命じられることはないとする。また、複数汚染源の差止めにおける関連共同性とは、協議、協力の義務とそれを尽くさない限り相互に間接強制を課されても仕方のない程度の関係であるとする（以上、民法 719 条 1 項前段の類推適用による差止的関連共同性）。

民法 719 条 1 項前段の類推適用による差止的関連共同性が認められない場合であっても、後段による因果関係の推定が認められる場合があるとする。すなわち、原告が、①複数汚染源によって汚染物質が排出されていること、②それらが、社会観念上全体として一つの環境汚染とみられる程度の汚染を形成していること、③その汚染が地理的、気象的条件などにより原告の居住地域に到達し、原告の人格権を差止基準（受忍限度ないし適法レベル）を超えて侵害しあるいは侵害する可能性があることを証明すれば、これらの汚染源は「共同行為者」となり、被告側が各自の排出量では原告の人格権を差止基準を超えて侵害しないことを証明しない限り、自己の排出量を限度として連帯的差止めを命じられるとする。被告がこのような証明に成功すれば、寄与度に応じた分割的差止めを命じられることになるが、著しく寄与度の小さい汚染源については、差止的違法を否定されるか、あるいは権利濫用の法理によって差止請求を否定されるとする。

4 引込説¹¹

複数発生源の一部の企業に対する差止請求につき（狙い撃ちを認める）、一応、その排出量を限度として差止責任を負わせるが、他の発生源を訴訟に引き込んで、その寄与度が明らかになれば、その分だけもとの被告の責任は縮減するとする立場である（分割的差止説との差異は、引込説では、被告が他の発生源の企業を当該訴訟の被告として引き込まない限り、常に全責任を負う点にある）。

同説は、複合汚染のもととなる企業活動が共同不法行為を構成している場合には、その複合汚染源は到達点における汚染を適法レベルにまで下げることについて連帯債務的義務を負うとの立場から、複合汚染の被害者は、汚染源である企業群の一企業のみを狙い撃ちにして被告とし、その全排出量を限度として差止責任を求めることも、共同して全企業を訴えてその責任を求めることもできるという。他方、狙い打ちされた被告の防護の必要性も考慮しているとする。

¹¹ 近藤完爾ほか「研究会・公害訴訟」ジュリスト 489 号 128 頁、同 490 号 118 頁（以上 1971 年）における霜島発言、公害法研究会「公害事業者責任法の提案」ジュリスト 494 号（1971 年）86 頁、日本弁護士連合会「環境保全基本試案要綱」自由と正義 24 号（1973 年）4 頁、67 頁以下。

同説に対する批判として、①被告の一存によって、新たな被告が原告の了解なしに際限なく増加し、さらにその各被告がその寄与度を立証することによって訴訟が長期化する弊害を防止する方法はないこと、②現行の民事訴訟の共同訴訟の規定と矛盾なく結びつくものかということが問題とされている。

第2 複数汚染源に対する差止めについての学説の評価

共同不法行為に関する議論を差止めに関推適用するという議論が中心であり、差止めの法的根拠との民法719条の類推適用との関係についても論じられていた。

差止請求権の根拠につき不法行為説に立てば、民法719条の類推適用により全部差止義務を認め得ることは、いずれの説に立っても争いはない。

多数説は、差止請求権の根拠につき権利説に立ったとしても、全部差止義務の理論的根拠として、民法719条の類推適用が可能であるとしていた（宮原説、野崎説、牛山説、淡路説など。木村＝東畠＝坂和説のみが、共同不法行為の成立と関係なく、別途の要件を充たせば、連帯的差止めが可能とする）。

第2章 複数汚染源に対する全部差止義務の根拠及び要件に、共同不法行為の規定を類推適用することの可否

第1 問題意識及び分析の方法

前述したとおり、従来の連帯的差止説の多くは、共同不法行為（民法719条）の類推適用を主張してきた。これに対し、連帯的差止めを否定する立場からは、実質的な批判が中心であったものの、形式的には、差止請求権の根拠につき権利説の立場からの批判もあった。そのため、全部差止義務を認める根拠及び要件として、共同不法行為の規定を類推適用することの可否につき検討する。

分析の方法は、まず、共同不法行為の理論及び差止請求権の根拠について、現在までの学説の到達点を示す。

次に、複数汚染源に対する差止めの根拠及び要件に共同不法行為の類推適用ができるかについて、現在の大気汚染公害訴訟事件ではどのような判示がなされているかを分析する。

最後に、差止請求権の根拠について判例・通説がとる権利説の立場から、複数汚染源に対する全部差止義務の根拠及び要件につき共同不法行為の規定を類推適用しうるかにつき、自説を述べる。

第2 関連する学説等の整理

1 共同不法行為に関する学説・判例の外観¹²

(1) 民法 719 条 1 項前段

(I) 共同不法行為の基本的仕組み

(i) 伝統的通説及び最高裁判例

伝統的通説¹³及び最高裁判例¹⁴では、要件として、「各人の行為がそれぞれ独立して不法行為の要件を備えていること」及び「各行為者の間に関連共同性」を要求する。

上記見解によると、民法 719 条の共同不法行為と民法 709 条の不法行為責任の競合との違いをどのように解するかが問題になるところ、上記見解は、民法 719 条の意義につき、「関連共同性」という民法 709 条にはない要件が加わることにより、相当因果関係における相当性の判断に影響をあたえ、「連帯責任」という民法 709 条にはない効果が認められやすくなることにあるとしていた¹⁵。

(ii) 有力説及び下級審判例

有力説¹⁶は、伝統的通説では、民法 709 条の不法行為が複数競合して一つの損害が発生したことによる効果としても、複数加害者がそれぞれ賠償範囲内とされる同じ一

¹² 吉村良一『不法行為法（第5版）』有斐閣（2017年）250頁以下、潮見佳男『基本講義 債権各論Ⅱ 第3版』新世社（2020年）175頁以下の分類を参考にした。

¹³ 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為（新法学全集）』日本評論社（1937年）193頁。加藤一郎『不法行為（増補版）（法律学全集22-II）』有斐閣（1974年）207頁は、「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。」とし、有力説につながる見解を示している。

¹⁴ 最判昭和43年4月23日民集22巻4号964頁（山王川事件）は、被告国が設置した工場の廃水により山王川が汚染されたことで流域の耕作者たる原告らに減収が生じたことを理由として、国家賠償法2条及び民法709条に基づく損害賠償を請求した事案である。山王川には他の工場廃水や都市下水も流出されていたため、複数汚染源による水質汚濁に関する判例である。

本判例は、「共同行為者各自の行為が客観的に関連し共同して違法に損害を加えた場合において、各自の行為がそれぞれに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、この理は、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、同様であると解するのが相当である。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诉人（被告）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。」旨判示した。

¹⁵ 潮見『基本講義』・前掲（注12）177頁以下。

¹⁶ 淡路剛久『公害賠償の理論』有斐閣（1975年）126頁以下、能見善久「特殊な不法行為（3）民法719条の不法行為を中心として」高木多喜男ほか『民法講義6 不法行為等（大学双書）』有斐閣（1977年）255頁以下、平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』弘文堂（1992年）189頁以下、沢井裕『テキストブック 事務管理・不当利得・不法行為（第3版）』有斐閣（2001年）344頁以下。

つの損害について連帯責任を負うと解することは可能であることから、民法 719 条 1 項前段の存在意義がないと批判する。そして、民法 719 条 1 項の共同不法行為の意義は、個別的因果関係の立証緩和にあると主張する。すなわち、民法 709 条の個別的因果関係の立証が困難な場合であっても、関連共同性の要件が加わることで、共同行為と損害との間の因果関係の立証で足りるとする点に、民法 719 条 1 項前段の存在意義があるとしたのである。

公害における下級審判例¹⁷においても、有力説を前提とする判示がなされているものがある（後記第 3 2 の判例⑥及び⑧参照）。

この立場に対しては、特に、関連共同性の要件につき後述の伝統的通説及び最高裁判例の立場である客観的共同説に立った場合、個別的因果関係がない結果についてまで広く責任を負わせる結果となり妥当ではないのではないか、特定の行為者が狙い打ちされるなどかえって不公平が生じるのではないかという批判がある。そこで、有力説の立場からは、関連共同性の要件を絞るべきではないかとの主張が出されている¹⁸。

（Ⅱ） 関連共同性

（ⅰ） 伝統的通説及び最高裁判例

関連共同性の判断基準については、従来から行為者相互の共同認識を必要とする主観的共同説¹⁹、行為者の共謀、共同の認識は必要なく、その行為が客観的に関連共同していればよいとする客観的共同説の対立があったところ、伝統的通説²⁰及び最高裁判例²¹は客観的共同説に立っている。

¹⁷ 津地裁四日市支判昭和 47 年 7 月 24 日判例時報 672 号 30 頁（四日市公害訴訟事件）は、三重県四日市市に所在する石油精製等の製造、及び火力発電を行う企業らの工場から排出された硫酸化物が原因で健康被害が生じたことを理由として、民法 719 条に基づく損害賠償を請求した事案である。

民法 719 条 1 項の要件について、「因果関係については、各人の行為がそれだけでは結果を発生させない場合においても、他の行為と合して結果を発生させ、かつ、当該行為がなかったならば、結果が発生しなかったであろうと認められれば足り、当該行為のみで結果が発生しうすることを要しないと解すべきである。けだし、当該行為のみで結果発生の可能性があるとを要するとし、共同不法行為債務を不真正連帯債務であるとするときは、民法 709 条の他に民法 719 条を設けた意味が失われるからである。そして、共同不法行為の被害者において、加害者間に関連共同性のあること、および共同行為によって結果が発生したことを立証すれば、加害者各人の行為と結果発生との間の因果関係が法律上推定され、加害者において各人の行為と結果の発生との間に因果関係が存在しないことを立証しない限り責を免れないと解する。」として、因果関係の立証を緩和した。

¹⁸ 吉村『不法行為法』・前掲（注 12）252 頁、253 頁。

¹⁹ 末弘巖太郎『債権各論』有斐閣（1918 年）1099 頁、1100 頁。

²⁰ 我妻・前掲（注 13）193 頁以下、加藤・前掲（注 13）207 頁以下など。

²¹ 前掲（注 14）最判昭和 43 年 4 月 23 日民集 22 卷 4 号 964 頁。

客観的共同説の理由として、旧民法の共同不法行為の要件であった「共謀」が現行法では削られていること、被害者の救済を厚くするというのが民法 719 条の立法趣旨であることが挙げられる²²。

前述のとおり、この立場には、前述の因果関係の立証軽減を図る有力説との関係で、関連共同性の要件を厳格に解する新しい動きがある。

(ii) 新しい動き及び下級審判例²³

(A) 新主観説^{24・25}

前述の因果関係の立証軽減を図る有力説の立場から、共同不法行為が自己の行為と因果関係のない結果についても責任を負う関連共同性の意義とは、意思理論を法効果帰属の基本原則としている民法においては、「各自が、他人の行為を利用し、他方、自己の行為が他人に利用されるのを認容する意思をもつこと」と解するべきであるとする。故意の共同不法行為（各自が当該権利侵害を目指して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のある場合）と過失の共同不法行為（各自が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認容する意思がある場合）が問題となりうるとする。このような主観的関連共同がある場合には、各自は全損害について連帯責任を負い、減免責の主張・立証は許されないとする²⁶。

他方、主観的要件のない複数行為者については、民法 719 条 1 項前段によっては処理できないが、因果関係の確定が困難な場合には、当該権利侵害を惹起する危険性を含んでいる行為をなした者について、民法 719 条 1 項後段により因果関係の推定がなされる結果、因果関係がないこと、または寄与度を理由とする減免責の主張・立証を許すとする。

(B) 類型説

関連共同性の要件として、必ずしも意思的要素を要求しないとしつつ、個別的因果関係が立証されていない損害に対しても責任を負うという共同不法行為の効果に即した要件を限定的に再構築し、要件または効果を異にする共同不法行為の類型化を図っている。

²² 加藤・前掲（注 13）208 頁。

²³ 吉村『不法行為法』・前掲（注 12）256 頁以下の分類を参考にした。

²⁴ 前田達明『不法行為法』青林書院（1980 年）180 頁以下。

²⁵ 森島昭夫『不法行為法講義』有斐閣（1987 年）99 頁以下も同様の見解を示す。

²⁶ 森島・前掲（注 25）104 頁も同様の見解を示す。

公害に関する下級審判例においても、類型説をとっているとみられるものがある（後記第3 2の判例①及び②参照）²⁷。

（a） 民法719条1項前段に、主観的関連共同、客観的関連共同の2種類の共同不法行為を認める立場（平井説²⁸、能見説²⁹）

平井説によると、民法719条1項前段の共同不法行為につき、新主観説だけでは現代社会における被害者保護を図れないという疑問から、意思的関与が存在する場合（主観的関連共同性ないし意思的共同不法行為）と意思的関与が存在しない場合（客観的関連共同性ないし関連的共同不法行為）の2種類を認め、その効果としては減免責の主張を許さず、連帯責任を負うとする。

関連的共同不法行為における客観的関連共同性が認められるには、場所的および時間的近接性という物理的属性と社会観念上の一体性という規範的判断を加えた加害行為の一体が必要であるとする。

（b） 関連共同性の強さの程度により二種類の共同不法行為を認める立場（淡路説・³⁰沢井説³¹・吉村説³²、前田説³³）

²⁷ 前掲（注17）四日市公害訴訟事件は、民法719条1項前段の行為の関連共同性を客観的関連共同性をもって足りるとした上で、次のように類型化した。

（弱い関連共同性）

客観的関連共同性の内容は、結果の発生に対して社会通念上全体として一個の行為と認められる程度の一体性があることが必要であり、かつ、これをもって足りる。共同不法行為における各人の行為は、それだけでは結果を発生させないが、他の行為と相合して初めて結果を発生させたと認められる場合においても、その成立を妨げないものと解すべきであるが、このような場合は、特別事情による結果の発生であるから、他の原因行為の存在及びこれと合して結果を発生させるであろうことを予見し、または、予見しえたことを要すると解すべきである。そして、弱い関連共同性があり、共同行為により結果発生したこと、及び共同行為の予見ないし予見可能性を立証すれば、加害者各人の行為と結果発生との間の因果関係が法律上推定される。

（強い関連共同性）

弱い関連共同性を超え、より緊密な一体性が認められるときは、たとえ、当該工場のばい煙が少量で、それ自体としては結果の発生との間に因果関係が存在しないと認められる場合においても、結果に対して責任を免れないことがある。そして、強い関連共同性がある場合には因果関係が擬制される。

²⁸ 平井・前掲（注16）189頁以下。

²⁹ 能見・前掲（注16）256頁以下によると、主観的共同不法行為の場合には、個別的因果関係は擬制されるが、客観的共同不法行為の場合には、個別的因果関係は推定されるにすぎないとする。

³⁰ 淡路・前掲（注16）126頁以下。

³¹ 沢井・前掲（注16）341頁以下によると、主観的関連と客観的関連を相関的に衡量し、不真正連帯責任を負わせるに値する社会的一体性があるか否かの観点から判断されるべきであるとする。その上で、強い関連共同性がある場合には、加害者側が自己の行為と結果との間の因果関係不存在の立証をしても減免責を許さず、弱い関連共同性にとどまる場合には、加害者側が因果関係不存在の立証をすることにより、減免責が許されるとする。この場合の条文上の根拠については、民法719条1項前段と後段（類推）の一体的適用を主張する。

³² 吉村『不法行為法』・前掲（注12）262頁以下によると、加害行為が一体のものとなされたこと（弱い関連共同性）とこれら基礎的な共同性に加えて、これを補強する他の要素が存在する場合（強い関連共同性）に分け、被告の側からの減免責の主張を前者は認めるが、後者は認めないとする。強い関連共同性を認める要素としては、①場所的および時間的近接性などの行為の一体性の強固さ等により「拡大された注意義務」を負うこと、②「共同の利益」があることを挙げている。条文上の根拠は、いずれの共同不法行為についても民法719条1項の前段とする。

³³ 前田陽一「民法719条1項後段をめぐる共同不法行為論の新たな展開—建設アスベスト訴訟を契機として」野村豊弘先生古希記念論文集『民法の未来』商事法務（2014年）291頁以下によると、①民法719条1項前段の共同不法行為（主観客観併用による「強い関連共同性」）を有する「共同行為」との因果関係の立証により個別的因果関係が擬制されることで減免責の余地のない全部

淡路説によると、関連共同性の要件により個別的因果関係の立証が不要となる点に共同不法行為の存在理由があるとして、民法 719 条 1 項前段を因果関係のみなし規定、同条項後段を因果関係の推定規定と評価した上で、それぞれの効果にふさわしい関連共同性の要件を構築するとする。その上で、同条項後段の関連共同性は、数人の行為が社会観念上全体として一個の行為とみられる加害行為の全過程の一部に参加していること（弱い関連共同性）で足りるが、同条項前段の関連共同性は、前述の加害行為の一部への参加という意味を超えた、より緊密な関連共同性（強い関連共同性）が必要であるとする。強い関連共同性は、①数人の間に「共謀」あるいは「共同する意思」がある場合（強い主観的関連）、②強い主観的関連がなくても、客観的にみて、損害発生の原因行為に強い一体性がある場合か、あるいは、損害発生の結果へ強い寄与がある場合（強い客観的関連）に認められるとする。

（c） 主観的要素と客観的要素を総合して、いくつかの種類の共同性を認める立場（四宮説³⁴）

四宮説によると、共同不法行為の分割責任の排除という効果にふさわしい関連共同性の要件の限定という立場に立ちつつ、被害者保護のために共同不法行為を拡大してきた判例の立場をも尊重して、主観客観両要素を総合して関連共同性の要件とそれにふさわしい効果を構築するべきであるとする。具体的には、①一定の関係にある行為者の行為を認容し、ないしはそこから生ずる結果を引き受けるものとみられる場合（主観的共同）、②加害原因の複合による、因果関係のからまり、ないし派生した損害の一体性のある場合（客観的共同）、③主観的要素のみ、客観的要素のみとしては共同と評価できないものの、両要素が合すれば共同と評価できる場合—例えば、共同惹起の認識をもって複数者が有害物を排出して、被害者に一体不可分の「権利」侵害＝損害（割合惹起型の損害）を生ぜしめた場合（主観的・客観的共同）に分類する。効果としては、①②は部分責任の排除としての全部責任を負うものの、③については減責の抗弁を認めるとする。

（C） 狭義の共同不法行為（民法 719 条 1 項前段）を限定する説

（a） 「強い関連共同性」がある場合に限るとする説（潮見説³⁵）

潮見説によると、民法 719 条 1 項前段の共同不法行為は、寄与度を理由とする減免責の抗弁を許さない全部連帯責任を負う「強い関連共同性」がある場合に限られるとする。その内容は主観的共同類型（権利・法益侵害ないし損害惹起への意思的関与

連帯責任となる）、②民法 719 条 1 項前段・後段の規範統合（ないし両者の類推適用）の共同不法行為：（主観客観併用による「弱い関連共同性」を有する「共同行為」との因果関係の立証により個別的因果関係が推定されることで減免責の余地のある全部連帯責任となる（部分的に特定された「共同行為」について寄与度の限度での減免責の余地のある連帯責任もありうる））と分類する。

³⁴ 四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為 中巻・下巻）現代法律学全集 10』青林書院（1987 年）760 頁以下。

³⁵ 潮見佳男『不法行為法Ⅱ [第 2 版]』信山社（2011 年）149 頁—152 頁、162 頁以下。

が存在する場合)と客観的共同類型(帰責における一体性がある場合—①権利・法益侵害ないし損害発生への意思的関与はないが、客観的に見て権利・法益侵害をもたらすこととなった行為をすることについて行為者が共同加功をする意思を有している場合、②①の意思はないが、場所的・時間的に近接し、かつ、競合している行為者間で相互に他人の権利・法益を侵害しないように協力する義務が認められる場合)に限るとする。他方、減責の抗弁が認められる「弱い関連共同性」類型は、競合的不法行為の一種であるとする³⁶。

(b) 加害行為一体型に限るとする説(内田説³⁷)

内田説によると、民法 719 条 1 項前段は加害行為と損害との間には事実的因果関係はないにもかかわらず、連帯して全損害について賠償責任を負わせるという強い効果を有するものであるから、「共同不法行為」は限定的に解すべきであるとし、「加害行為一体型」(各人の行為が全体として一つの加害行為がなされていると評価される場合)に限られるとする。加害行為の一体性は、共謀があった場合が典型的であるが、それに限らず、社会通念上一体と評価される場合を含むとする³⁸。

(2) 民法 719 条 1 項後段

(I) 択一的競合

従来、択一的競合(複数者の行為のいずれもが、それだけで損害を発生する原因となりうる力を持っており、その中の誰かの行為が損害を発生させたことは明らかなが、誰が実際の加害者かを知ることができない場合)に関する規定と理解されてきた³⁹。

³⁶ 潮見『不法行為法Ⅱ』・前掲(注 35) 201 頁以下によると、寄与度不明の場合に、「弱い関連共同性—複数行為者の行為の一体性」類型として民法 719 条 1 項後段の類推適用をしようするには、加害行為の時間的・場所的接近性ととも、時間的・場所的に近接した空間内で、個々の寄与度を証明困難とする事情が被害者側に存在していることが必要であるとする。

³⁷ 内田貴『民法Ⅱ(第 3 版)』東京大学出版会(2011 年) 529 頁以下、同「近時の共同不法行為論に関する覚書(上)(下) 一条文にない概念」N B L 1081 号 4 頁、同 1082 号 32 頁(2016 年)、同「近時の共同不法行為論に関する覚書(続)(上)(下) —719 条 1 項後段の解釈論」N B L 1086 号 4 頁、同 1087 号 19 頁(2016 年)。

³⁸ 内田『民法Ⅱ』・前掲(注 37) 533 頁以下によると、民法 719 条 1 項後段は加害者不明型(択一的競合)の場合の規定であるが、損害一体型(被害に一体性があり、個々の加害行為が損害との関係でどこまで事実的因果関係があるかわからないケース—因果関係の範囲が全損害か、一部か、ゼロか不明であるケース)の場合には、同条項を類推適用するとする。

³⁹ 四宮・前掲(注 34) 792 頁、吉村『不法行為法』・前掲(注 12) 252 頁以下、潮見『基本講義』・前掲(注 12) 177 頁以下。

(Ⅱ) 要件

(i) 「共同行為者」の意義

民法 719 条 1 項前段の「共同」との関係で、同条項後段の「共同」の意義が問題となる。

初期の学説は、前段の通説的見解と同様、後段の「共同」にも客観的関連共同が必要であるとの見解であったが⁴⁰、後段の適用場面がないのではないかとの疑問から、「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」という見解が出された⁴¹。

しかし、近時は、被害者より危険性のある行為をした加害者に因果関係の不明のリスクを負わせるのが公平との本条項の趣旨からすると関連共同性は不要として、「物理的近接度、時間的近接度などを考慮」した上で、「当該権利侵害を惹起する危険性を含んでいる行為をした者」⁴²や「同一の損害惹起に関与するすべての者」⁴³「全くの偶然の者であってもよい。」⁴⁴とする見解が有力である⁴⁵。

(ii) 「共同行為者」の特定

上記のとおり、「共同行為者」を緩やかに解する反面、「共同行為者」の範囲が無限定に広がるのを防ぐとともに、加害者にも自己防衛のため手掛かりを与える必要があるため、「共同行為者」は特定される必要があり、かつ、特定された者以外の者によっては損害がもたらされたものではないことが必要であるとされている^{46・47}。

(Ⅲ) 効果

免責を認めないとの立場もあったが⁴⁸、現在は、加害者が自己の行為と因果関係がないことを立証すれば、責任を免れると理解されている。因果関係の立証困難の救済

⁴⁰ 我妻・前掲（注 13）196 頁。

⁴¹ 加藤・前掲（注 13）211 頁。

⁴² 前田達明・前掲（注 24）191 頁以下。近年、潮見『不法行為法Ⅱ』・前掲（注 35）219 頁は、当該権利・法益侵害を惹起する危険性を含んだ行為をした者とする。内田「覚書（続）（上）」・前掲（注 37）6 頁、7 頁も同様の見解を示す。

⁴³ 能見・前掲（注 16）263 頁。

⁴⁴ 幾代通＝徳本伸一『不法行為法』有斐閣（1993 年）228 頁以下。

⁴⁵ 四宮・前掲（注 34）794 頁、平井・前掲（注 16）189 頁以下。

⁴⁶ 四宮・前掲（注 34）794 頁、幾代＝徳本・前掲（注 44）229 頁。吉村『不法行為法』・前掲（注 12）266 頁は、ここで問題になっているのはあくまで被害を発生させる危険性ある者の範囲を、因果関係要件を推定するのに相応しい範囲に限定することであり、その証明は高度の蓋然性で足りるとする。

⁴⁷ 内田「覚書（続）（上）」・前掲（注 37）7 頁以下によると、「共同行為者」要件を当該権利侵害を惹起する危険性がある者に厳格に制限すれば、他原因者不存在の証明は要件として不要とする。

⁴⁸ 我妻・前掲（注 13）196 頁では、本条項の趣旨が、被害者の保護及び共同行為者への戒めにあるとして、免責を否定する。

のために、因果関係を推定して連帯責任を認めた規定とする説明が有力である（共同行為者による因果関係不存在の抗弁の立証を許す）^{49・50}。

（Ⅳ） 後段の類推適用

民法 719 条 1 項前段の存在意義を因果関係の立証軽減に求める反面、関連共同性の要件を厳格に解する有力説の立場から、因果関係の存否不明の場合だけではなく、寄与度不明（累積的競合⁵¹）の場合にも、前述の本条項後段の趣旨が妥当するとして、本条項後段の適用ないし類推適用をするのが通説である^{52・53・54}。

さらに、重合的競合（単独では権利侵害はあるが損害は発生しないか、極めて微小な損害しか発生しない複数の加害行為がきわめて多数累積することで損害が発生した場合）などの場合に、民法 719 条 1 項後段を類推適用する議論がなされている⁵⁵。

下級審判例にも同条項後段の適用ないし類推適用をしているものがある。近時の大気汚染訴訟においても、同条項後段の適用ないし類推適用をしているものがある（後記第 3 2 の判例④及び⑥）。

また、建設アスベスト訴訟⁵⁶は、アスベストを含んだ建材を製造・販売していたメーカーが多数であり、各行為者の加害行為に場所的・時間的・近接性がなく、加害者の範囲の特定が困難であること、さらにアスベストは少量の暴露でも深刻な被害をもたらすという特徴があることから、民法 719 条 1 項後段の類推適用が可能か否か、可能

⁴⁹ 末弘・前掲（注 19）1101 頁、加藤・前掲（注 13）210 頁以下、能見・前掲（注 16）261 頁以下、前田達明・前掲（注 24）191 頁以下、幾代＝徳本・前掲（注 44）228 頁以下、吉村『不法行為法』・前掲（注 12）252 頁以下、潮見『基本講義』・前掲（注 12）177 頁以下など。

⁵⁰ 四宮・前掲（注 34）795 頁によると、本条項は因果関係の擬制であるが、加害者が因果関係の不存在を証明した場合には、その加害者については本条項の「共同」性が充たされないことになって、本条項が不適用になると説明される。平井・前掲（注 16）210 頁以下では、本条項では事実の因果関係の存在が擬制されるが、「共同行為者」でないことを立証すれば免責が認められるとする。

⁵¹ 大塚直「共同不法行為・競合的不法行為に関する検討（補遺）」現代不法行為研究会編『不法行為法の立法的課題』別冊 N B L 155 号（2015 年）225 頁。前田陽一・前掲（注 33）291 頁以下によると、後述の重合的競合を含めて累積的競合を定義する。

⁵² 民法 719 条 1 項前段について、新主観的関連共同説をとる立場から、前田達明・前掲（注 24）192 頁、森島・前掲（注 25）102 頁、103 頁。客観的要素をも考慮して民法 719 条 1 項前段の適用を認める立場から、沢井『テキストブック』・前掲（注 16）359 頁（ただし、民法 719 条 1 項前段と後段の両条項の類推適用とする）、前田陽一・前掲（注 33）329 頁。潮見『不法行為法Ⅱ』・前掲（注 35）201 頁以下は、前記注 36 のとおり民法 719 条 1 項後段の類推適用の範囲を限定する。

⁵³ 能見・前掲（注 16）262 頁は、本条項を寄与度不明の場合に適用することに反対する。

⁵⁴ 四宮・前掲（注 34）796 頁以下は、寄与度不明の場合には頭割りの分割責任にするとする。

⁵⁵ 前田陽一・前掲（注 33）319 頁。大塚「共同不法行為・競合的不法行為に関する検討」・前掲（注 51）225 頁は、立法論の議論として、累積的競合の場合には民法 719 条 1 項後段を類推適用するのと同様の見解、重合的競合の場合にはリスク寄与度に応じた限度責任を提案する。

⁵⁶ 横浜地判平成 24 年 5 月 25 日（裁判所ホームページ）、東京地判平成 24 年 12 月 5 日判例時報 2183 号 194 頁、大阪地判平成 28 年 1 月 22 日判例タイムズ 1426 号 49 頁など。

な場合の要件（加害者の行為の危険性の程度⁵⁷、加害者の範囲の特定の要否⁵⁸など）が問題となっている。

（3） 共同不法行為と競合的不法行為との関係

伝統的立場及び最高裁判例においては、共同不法行為においても各人が独立に不法行為の要件を充たすことが要求されていたため、共同不法行為と基本型不法行為の競合の場合との区別が意識されていなかった。民法 719 条 1 項の存在意義を因果関係の立証軽減に求める反面、関連共同性の要件を厳格にする有力説の立場から、関連共同性のない独立した不法行為が競合した場合を競合的不法行為と観念する主張がなされてきた（平井説など）⁵⁹。これに対し、関連共同性の要件を限定する有力説の立場でも、共同不法行為を広く認める立場もある⁶⁰。

平井説⁶¹によると、競合的不法行為の要件としては、関連共同性のない、無関係な複数人の不法行為が偶然に同一の損害を惹起したことをもって足りるとする。

競合的不法行為の効果は、各人は自己の行為と相当因果関係がある損害についてのみ責任を負い、各加害者にとって同一の損害について相当因果関係があるならば、各人はその損害につき不真正連帯の関係で責任を負うが、加害者の一部が損害の一部についてのみ相当因果関係を有するにすぎないときは責任の重なる範囲で不真正連帯となるのが基本であるとされる⁶²。これに対し、平井説⁶³は、同一の損害につき各加害者の行為と損害（の少なくとも一部）との因果関係を原告が証明すれば全部義務（不

⁵⁷ 前田達明＝原田剛『共同不法行為法論』成文堂（2012 年）263 頁以下によると、民法 719 条 1 項後段（弱い関連共同性）の要件として、原告は、①各被告の行為がそれだけで損害をもたらす「危険性」を有すること、②各被告の行為が現実には損害の原因となった「可能性」があることを挙げ、危険性の程度につき「現実的危険性」（原告と被告との接点）が必要であるとする。これに対し、吉村『不法行為法』・前掲（注 12）274 頁以下は、具体的ないし現実的危険性を求めると、個別的な因果関係の証明と同程度の負担を原告にかけることになる場合もあり、どの程度の危険性が必要かは当該事件の特質（個別的因果関係証明の困難の程度やその理由、当該行為の性質や生じている被害の種類等）にもよるが、危険性の程度を具体的現実的なものから、ある程度緩和することも考えられるとする。

⁵⁸ 吉村『不法行為法』・前掲（注 12）275 頁以下によると、択一的競合の場合と異なり、累積的競合ないし重合的競合の場合には加害者の範囲の特定は不要としつつ、危険性を持った者の範囲が高度の蓋然性をもって証明できない場合には、被告らが負う責任は寄与の範囲に限定されるとする。

⁵⁹ 平井・前掲（注 16）206 頁以下によると、競合的不法行為とは、①「賠償の対象たる同一の損害を生じさせた行為者が複数人存在し、それらの者が行った独立の基本型不法行為が偶然に競合するにすぎない場合又はその場合における各不法行為」、②「基本型不法行為ではなくして、それぞれ不法行為責任を成立させる要件が同一の損害について存在する場合又はその場合における各不法行為」をいうとする。平井説は、前者を念頭に競合的不法行為の問題を論じている。

⁶⁰ 沢井『テキストブック』・前掲（注 16）360、361 頁。

⁶¹ 平井・前掲（注 16）207 頁－209 頁。吉村『不法行為法』・前掲（注 12）273 頁も同様の見解を示す。

⁶² 能見・前掲（注 16）262 頁、266 頁。大塚「共同不法行為・競合的不法行為に関する検討」・前掲（注 51）225 頁、吉村『不法行為法』・前掲（注 12）272 頁、潮見『不法行為法Ⅱ』・前掲（注 35）197 頁、198 頁も同様の見解を示す。

⁶³ 平井・前掲（注 16）207 頁、208 頁、212 頁。

真正連帯債務)を負うとし、加害者側が損害の可分性及び事実的因果関係の及ぶ部分を明らかにして免責または減責の主張をすることが許されるとする⁶⁴。

2 差止請求権の根拠論に関する学説の外観⁶⁵

(1) 権利説

(I) 意義

何らかの絶対権ないし排他的支配権が侵害されたとして、その権利に基づいて差止めを認めようとする説。差止めの根拠となる権利をどのようなものとするかにより、物権的請求権説、人格権説、環境権説に分かれる。

この立場によると、差止めの要件は、権利に対する客観的な侵害さえあれば足りることになり、侵害者の主観的要素を発生要件としたり、対立する他の利益との利益衡量を行ったりする余地は原則としてないことになる。

(II) 権利説に属する学説及び判例

(i) 物権的請求権説

公害において問題になる排煙等の侵入を所有権等の物権に対する侵害とみて、物権的請求権として差止請求権を認める見解である。

物権という実定法上の権利であり、その内容が明確なものであることから、法的安定性があるものとして、学説及び判例において争いなく差止めの根拠として認められている。

(ii) 人格権説

生命、身体(健康)等の人格に関する法益への侵害に対し、排他的な権利としての人格権に基づいて差止請求を認める見解である。

判例は、大阪国際空港公害訴訟控訴審判決(大阪高判昭和50年11月27日判例時報797号36頁)で、生命・身体・健康・精神及び生活に関する利益を人格権と評価し、人格権に基づく妨害排除および妨害予防請求権が私法上の差止請求の根拠となりうるとする。最高裁判例では、名誉・プライバシー等の人格権に基づく差止めを認め

⁶⁴ 沢井『テキストブック』・前掲(注16)360、361頁は、競合的不法行為を共同不法行為の一類型に位置づけた上で、同様の結論を導いている。

⁶⁵ 吉村『不法行為法』・前掲(注12)124頁以下、根本尚徳『差止請求権の理論』有斐閣(2011年)23頁以下の分類を参考にした。

ている（最大判昭和 61 年 6 月 11 日民集 40 巻 4 号 872 頁—北方ジャーナル事件、最判平成 14 年 9 月 24 日判例時報 1802 号 60 頁—石に泳ぐ魚事件）。

（Ⅲ） 環境権説⁶⁶

（A） 従来の環境権

環境権を、国民が良き生活環境を享受し、かつこれを支配しうる権利であると定義し、権利の排他的性格から、個人に具体的被害が生じていなくても、環境が侵害ないし侵害される危険があれば、原則として差止めをなしうるとする説である⁶⁷。環境は人間生活に不可欠の資源であり、万人の共有財産であるから、その侵害には共有者たる地域住民の同意を必要とするとし（環境共有の法理）、環境に対する侵害に対して当該地域住民が各自で差止請求をなしうるとする。

判例は、個別的利益とは解しがたい環境についての利益を私権ととらえていること、主体の不明確性などを理由として、環境権に基づく差止めは認めていない⁶⁸。

（B） 環境権を補完又は修正する立場

その後、私権としての環境権説を補完又は修正する立場から、自然享有権説⁶⁹、環境権への手続的アプローチをとる説⁷⁰、環境共同利用権説⁷¹、環境秩序説⁷²、集団的利益訴訟論⁷³などが主張されている。

⁶⁶ 大塚直「環境訴訟と差止の法理—差止に関する環境共同利用説・集団利益訴訟論・環境秩序説をめぐって—」平井宜雄先生古稀記念論文集『民法学における法と政策』有斐閣（2007 年）701 頁、同「差止根拠論の新展開について—近時の議論に対する批判的検討」前田庸先生喜寿記念論文集『企業法の変遷』有斐閣（2009 年）45 頁の分類を参考にした。

⁶⁷ 大阪弁護士会環境権研究会編『環境権』日本評論社（1973 年）157 頁以下。

⁶⁸ 大塚「環境訴訟と差止の法理」・前掲（注 66）706 頁、707 頁。

⁶⁹ 日本弁護士連合会公害対策・環境保全委員会編『森林の明日を考える』有斐閣（1991 年）285 頁以下では、自然享有権が主張されている。自然享有権とは、自然の恵みを享有する権利であり、本来生まれながらに持っている権利であり、現在および未来の人類にも保障されなければならない権利であると定義される。憲法 13 条、同 25 条に根拠を有する基本的人権であり、同 11 条、同 97 条より現世代に生きるものは将来の世代が共有できるよう権利の前提となる自然を保全すべき義務を負うとする。自然享有権は、環境権と異なり、支配権ではないため、権利主体も地域住民に限定されないとされている。

⁷⁰ 淡路剛久「権利生成のための法解釈学—環境権訴訟を例として」法曹時報 50 巻 6 号（2001 年）20 頁によると、環境権の主体については、裁判所を利用する資格と考えられるべきであって、客体としての環境に何らかの保護されるべき利益を持っていることを主張・立証できる者とする。環境権の侵害の差止基準については、環境破壊の程度という実体的な基準ではなく、自己の法益に係る環境保護の手続が適法にとられたかどうかという手続的基準によるものとする。

⁷¹ 中山充「環境権論の意義と今後の展開」淡路剛久教授・阿部泰隆教授還暦記念『環境法学の挑戦』日本評論社（2002 年）45 頁以下、同『環境共同利用権—環境権の一形態』成文堂（2006 年）103 頁以下によると、環境は排他的支配が不可能であり、他の人々と共同で利用することにより一定の利益を享受できるという公共的性質を有するものであることを前提に、環境権を「他の多数の人々による同一の利用と共存できる内容をもって、かつ共存できる方法で、各個人が特定の環境を利用することができる権利」（環境共同利用権）と再構成する。排他的支配権はなくても、権利者の利用に対する妨害があれば、妨害排除請求、妨害予防請求をなしうるとする。環境は全ての人々のものであって、誰も勝手にこれを破壊してはならないという社会規範が、憲法 25 条、同 13 条によって実定法規範になったと解釈する。環境権は、そのような社会的規範を基礎として

ここでは、環境秩序説に触れる⁷⁴。

代表的論者⁷⁵によると、広中理論⁷⁶（市民社会における法的秩序としての「人格秩序」の外郭秩序として「生活利益秩序」があり、人格秩序においては、人格利益の帰属の侵害が直ちに「秩序違反」と評価され差止請求が認められるのに対し、「生活利益秩序」においては、他人の享受してきた環境を悪化させる行為は、受忍限度を超える場合に初めて差止請求が認められる。）を基礎として、環境に関わる利益を生活利益秩序に関わるものと位置づけ、この領域では私的・個別的利益と公共的利益の二重性を帯びるとする。それゆえ、伝統的な「権利」侵害による差止めは認められないものの、秩序違反による差止めは、秩序維持の観点から損害賠償以上に積極的に評価されることを理由として、秩序違反によるサンクションとしての差止めを認めるとする。

（Ⅲ） 権利説と不法行為法の関係

権利説を徹底する立場に立てば、権利の排他的支配領域への客観的侵入が決定的な要素であるため、差止めの要件は、権利に対する客観的な侵害があれば足り、故意又は過失などの侵害者の主観的要件は不要ということになる⁷⁷。差止めの効果は、右権利の行使あるいは法益の享受が現在または将来にわたって事実上妨げられている場合に、その妨害状態ないしは原因を排除することであり、不法行為の効果である損害賠償ないし原状回復（過去に生じた財産的不利益を元の状態に復旧すること）とは別個のものとして考えられる⁷⁸。

実定法全体の解釈として人間と環境とのかかわりから条理上当然に、具体的な内容と形式を持つ権利へと構成されたとする。環境共同利用権の具体的な内容である環境利用の内容と方法は、その大多数の意思によって定まるとし、慣行や行政手続を重視する。

⁷² 吉田克己『現代市民社会と民法学』日本評論社（1999年）242頁以下、同「景観利益の法的保護」判例タイムズ1120号（2003年）67頁。

⁷³ 福永有利「新訴訟類型としての『集団利益訴訟』の法理—環境保護訴訟・消費者保護訴訟についての一考察—」民訴雑誌40号（1994年）61頁によると、環境権は、その要件・内容から見て、環境からの利益を享受している多数住民全員の集団的利益（公益とは異なる）であると解した上で、これを侵害された場合には通常、差止請求をなしうるとする。その上で、集団利益訴訟を特別な訴訟類型として提案する。

⁷⁴ 根本・前掲（注65）123頁注（2）では、吉田説の秩序違反説は、（形式的）法的根拠の段階ではなく、実質的発生根拠の段階の理論であるとして、秩序違反説を差止請求権の法的根拠の一つとして分類していない。すなわち、同書21頁、22頁（注）32によると、藤岡康宏「競争秩序と差止論」NBL863号（2007年）56頁以下に述べられている差止請求権の制度的基礎対応型思考様式と同様のレベルでの議論であることを指摘する。本論文においても、他の法的根拠に対する秩序違反説の位置付けが現段階では明確でないことから、別個の法的根拠としては分類せず、大塚「環境訴訟と差止の法理」・前掲（注66）を参考に、環境権を修正・発展させる立場として位置付ける。

⁷⁵ 吉田『現代市民社会と民法学』・前掲（注72）242頁以下、同「景観利益の法的保護」・前掲（注72）67頁。

⁷⁶ 広中俊雄『新版民法綱要第一巻』創文社（2006年）1頁以下。

⁷⁷ 根本・前掲（注65）30頁以下。

⁷⁸ 根本・前掲（注65）52頁。

(2) 不法行為説

(Ⅰ) 意義

不法行為の効果として差止めを認める説である。すなわち、不法行為法、とりわけ民法 709 条が過去の損害に対する損害賠償請求権とともに、現在および将来の侵害（損害）の発生を未然に防止するために、差止請求権の発生をも認めているものと説く。

(Ⅱ) 不法行為説に属する学説

民法 709 条の効果として差止めを認めようとする純粋不法行為説（加害者の故意または過失が要件となる）⁷⁹もあるが、加害者の故意または過失を要件とすると重大な侵害があっても加害者の故意または過失がないことを理由として差止めが認められず、不当であるとの批判がある⁸⁰。

民法 709 条における違法性と故意・過失要件を一元化して受忍限度という判断枠組みを設定し、受忍限度を超える侵害であると判断できる場合に差止めを認めようとする新受忍限度論的不法行為説⁸¹が有力とされる⁸²。

(Ⅲ) 不法行為説と不法行為法との関係

この立場は、差止請求権の一種たる物権的請求権に不法行為損害賠償請求権の特別法的性格を認めることから伺えるように、差止請求権制度と不法行為法とがそれぞれ適用されるべき事案の内容は同じものであるという理解に立つ。その結果、差止請求権の効果たる「差止め（妨害排除）」と不法行為に基づく損害賠償請求権の効果たる「原状回復（損害賠償）」を同じものと評価する傾向にあるとされる⁸³。

⁷⁹ 浜田稔「不法行為の効果に関する一考察—不法行為の効果としての原状回復について—」私法 15 号（1956 年）91 頁以下。

⁸⁰ 吉村・前掲（注 16）127 頁。

⁸¹ 野村好弘「故意・過失及び違法性」加藤一郎編『公害法の生成と展開—公害法の研究 I』岩波書店（1968 年）387 頁以下、竹内保雄「差止命令」加藤一郎編『公害法の生成と展開—公害法の研究 I』岩波書店（1968 年）436 頁以下、伊藤高義「差止請求権」西原道雄＝沢井裕編『現代損害賠償法講座 5』日本評論社（1973 年）395 頁。

⁸² 吉村・前掲（注 16）127 頁。

⁸³ 根本・前掲（注 65）51 頁。

(3) 違法侵害説

(I) 意義

権利固有の効力や不法行為の効果としてでもなく、客観的に違法な侵害がされた場合に差止請求権が発生するという説である。差止請求権の要件は、諸事情の相関的な利益衡量の結果、ある法益が違法に侵害されており、その保護が必要と判断される場合とされている⁸⁴。違法侵害説を広義の不法行為説に分類する立場もあるが⁸⁵、違法侵害説は、差止請求権が不法行為損害賠償請求権とは異なる機能、要件及び効果を持つことを強調し、差止請求権の根拠を不法行為法から峻別する見解であることを重視して、不法行為説とは別に分類した⁸⁶。

(II) 違法侵害説に属する学説

物権的請求権の成否に利益衡量を大幅に導入し、弾力的に認めやすくし、終局的には絶対権という枠を取り外そうとする見解（舟橋説）⁸⁷や不法行為説の立場から民法709条で要求される故意・過失要件は差止めには不要であることを正面から認める見解がある⁸⁸。

従来、加藤説⁸⁹、上村説⁹⁰などがあり、近年は、藤岡説⁹¹、根本説⁹²が有力に違法侵害説を展開している。

(III) 違法侵害説と不法行為法との関係

不法行為説からの立場によれば、差止請求権の領域に不法行為法が適用される可能性がある。

⁸⁴ 根本・前掲（注 65）105 頁。

⁸⁵ 沢井裕『公害差止の法理』日本評論社（1976 年）42 頁以下。

⁸⁶ 藤岡康宏「不法行為と権利論—権利論の二元的構成に関する一考察—」早稲田法学 80 巻 3 号（2005 年）178 頁。根本・前掲（注 65）95 頁以下。

⁸⁷ 舟橋諄一『法律学全集 18 物権法』有斐閣（1960 年）35 頁以下、同「物権編序説」舟橋諄一＝徳本鎮編『新版注釈民法（6）』有斐閣（1997 年）11 頁。

⁸⁸ 沢井『公害差止の法理』・前掲（注 85）42 頁以下。

⁸⁹ 加藤一郎「序論—公害法の現状と展望—」加藤一郎編『公害法の生成と展望』岩波書店（1968 年）1 頁以下。

⁹⁰ 上村明広「差止請求訴訟の機能」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟②訴訟の提起』弘文堂（1984 年）273 頁以下。

⁹¹ 藤岡「不法行為と権利論」・前掲（注 86）159 頁。同「競争秩序と差止論」・前掲（注 74）56 頁以下によると、違法侵害説は差止請求権の発生根拠論であるとし、これを一步進め、差止請求の存在根拠論と合わせて、差止請求権の制度的基礎である「秩序違反による差止論」を基盤とする違法侵害説（新違法侵害説）を構想する。

⁹² 根本・前掲（注 65）10 頁以下、118 頁以下。

他方、舟橋説は、差止請求権と不法行為の効果たる原状回復請求権が異なる旨主張している⁹³。沢井説は、不法行為説の体系上の問題を指摘する⁹⁴。上村説は、「不作為請求権は、不法行為の効果ではない。」と述べている⁹⁵。

近年の違法侵害説（藤岡説、根本説）は、権利説の趣旨を継承する立場であり、差止請求権制度と不法行為法が峻別されるべきであり、前者は独自の法制度として民法体系上位置づけられるべきであると主張している⁹⁶。

以上からすると、前記分類のとおり、違法侵害説は、差止請求権が不法行為損害賠償請求権とは異なる機能、要件及び効果を持つことを強調し、それゆえに差止請求権の根拠を不法行為法から峻別する見解であると解される。

（4） 二元説（複合構造説）

（Ⅰ） 意義

権利説と不法行為説ないし違法侵害説を組み合わせる説である⁹⁷。絶対権侵害とそれ以外の侵害を分け、前者については、権利侵害があれば利益考量を排除して差止めを認め、後者については差止めの可否の判断にあたり利益考量を認めるという立場である。

（Ⅱ） 二元説に属する学説

沢井説は、権利説（環境権を含む）が確立した上で、①その外延をカバーするものとして、また、②権利と認知されるまでの過程における利益保護理論として違法侵害説を評価する必要があるとし、この違法侵害説は不法行為説ではないとする^{98・99}。

大塚説は、汚染等が境界を越えて侵害を及ぼす積極的侵害と境界を越えて侵害を及ぼさない消極的侵害を区別し、前者は権利的構成により加害者の主観的態様は問題とならず利益衡量も限定的に考えるべきとし、後者は、不法行為構成により、加害者の注意義務違反を要件とすべきであるとする¹⁰⁰。

⁹³ 舟橋『法律学全集 18 物権法』・前掲（注 87）26 頁以下。

⁹⁴ 沢井『公害差止の法理』・前掲（注 85）48 頁以下。

⁹⁵ 上村・前掲（注 90）287 頁。

⁹⁶ 藤岡「不法行為と権利論」・前掲（注 86）178 頁。根本・前掲（注 65）95 頁以下。

⁹⁷ 吉村『不法行為法』・前掲（注 12）127 頁以下。根本・前掲（注 65）112 頁以下。

⁹⁸ 沢井『公害差止の法理』・前掲（注 85）3 頁以下、50 頁、258 頁。

⁹⁹ 根本・前掲（注 65）112 頁以下によると、沢井説につき権利説と違法侵害説の複合構造説と評価する。

¹⁰⁰ 大塚直「人格権に基づく差止請求—他の構成による差止請求との関係を中心として」民商法雑誌 116 巻 4=5 号（1997 年）1 頁以下。

他に、四宮説は、絶対権侵害については権利構成、絶対権以外の権利・利益侵害の場合や絶対権侵害でも侵害が重大なものでない場合には不法行為法的構成（準不法行為法的構成）を適用すべきであるとする¹⁰¹。

（Ⅲ） 二元説と不法行為法との関係

権利説と不法行為説を組み合わせる二元説は、差止請求権制度と不法行為制度を同質のものと評価する傾向にある¹⁰²。

権利説と違法侵害説を組み合わせる二元説は、差止請求権制度と不法行為制度は異なるものと評価しているようである¹⁰³。

3 複数汚染源に対する全部差止義務の根拠及び要件と共同不法行為との関係についての理論的分析

不法行為説ないし不法行為説との二元説の立場に立つと、複数汚染源の根拠ないし要件につき共同不法行為の類推適用をする見解と適合的である。

これに対し、権利説、違法侵害説及び両者の二元説に立つと、複数汚染源の根拠ないし要件につき、共同不法行為の類推適用をすることは困難であると思われる。

また、近年の差止請求権の根拠の議論は形式的発生根拠についての議論であり、複数汚染源に対する全部差止義務をどのような根拠で認めるべきかについての論究はない。

第3 複数汚染源に対する差止めについての判例

1 対象判例

（1） 本論文で検討する判例

判例①ないし判例⑧として特定する。

①大阪地判平成3年3月29日判例時報1383号22頁，判例タイムズ761号46頁（西淀川第1次公害訴訟事件）

¹⁰¹ 四宮・前掲（注34）477頁以下。

¹⁰² 大塚「人格権に基づく差止請求」・前掲（注100）14頁以下によると、（i）差止のみが問題となる場合、（ii）原状回復のみが問題となる場合、（iii）差止と原状回復が競合する場合に区別した上で、（ii）（iii）の場合に物権的請求権ないし人格権の効果を及ぼすべきであるとする（ただし、（ii）の場合には過失を要件とする）。

¹⁰³ 沢井『公害差止の法理』・前掲（注85）48頁以下によると、①要件の点につき、不法行為に基づく損害賠償は主観的要件が必要なのに対し、差止は不要とされること、②効果の点につき、不法行為は金銭賠償又は原状回復であるのに対し、差止は侵害原因の排除であり、原状回復とは異なることを指摘して、不法行為説を批判している。

②横浜地裁川崎支判平成 6 年 1 月 25 日判例時報 1481 号 19 頁, 判例タイムズ 845 号 105 頁 (川崎第 1 次公害訴訟事件)

③岡山地判平成 6 年 3 月 23 日判例時報 1493 号 3 頁, 判例タイムズ 845 号 46 頁(倉敷公害訴訟事件)

④大阪地判平成 7 年 7 月 5 日判例時報 1538 号 17 頁, 判例タイムズ 889 号 64 頁(西淀川第 2 次～第 4 次公害訴訟事件)

⑤横浜地裁川崎支判平成 10 年 8 月 5 日判例時報 1658 号 3 頁, 判例タイムズ 988 号 74 頁 (川崎第 2 次～第 4 次公害訴訟事件)

⑥神戸地判平成 12 年 1 月 31 日判例時報 1726 号 20 頁, 判例タイムズ 1031 号 91 頁 (尼崎公害訴訟事件)

⑦名古屋地判平成 12 年 11 月 27 日判例時報 1726 号 20 頁, 判例タイムズ 1031 号 91 頁 (名古屋南部公害訴訟事件)

⑧東京地判平成 14 年 10 月 29 日判例時報 1885 号 23 頁 (東京大気汚染公害訴訟事件)

(2) 判例①ないし判例⑧の位置づけ

判例①ないし判例⑧は、前述した大気汚染訴訟の先駆けたる四日市公害訴訟事件以降の複数汚染源に対する大気汚染公害訴訟の判決である。

判例①ないし⑧は、基本的に、四日市公害訴訟事件と異なり、一定の地域で排煙を排出する工場等を有する企業を被告としているほか、道路排煙を排出する道路管理者との共同責任も追及するものである (ただし、判例③の被告は、水島コンビナートを形成している企業のみであり、道路管理者は被告となっていない。また、判例⑧は、道路を走行する自動車を製造・販売する企業を初めて被告としたことに特色がある)。

判例①ないし③は、硫黄酸化物と健康被害との間の因果関係を肯定して工場排煙を排出する被告企業間の共同不法行為を認めた点、窒素酸化物と健康被害の間の因果関係を否定して被告国及び被告公団等道路管理者に対する不法行為責任を否定した点 (ただし、判例③は除く¹⁰⁴)、及び抽象的差止訴訟を不適法却下した点で共通する。

他方、判例④ないし判例⑧は、窒素酸化物と健康被害との間の因果関係を肯定して道路管理者に対する損害賠償請求を認めた点¹⁰⁵、及び抽象的差止請求を適法として、

¹⁰⁴ 村松昭夫「公害と国の責任 西淀川判決と国道 43 号線最高裁判決の積極的意義」法律時報 67 巻 11 号 (1995 年) 25 頁によると、判例③で二酸化窒素を含む大気汚染と呼吸器疾患との因果関係を認める判断を下し、判例①、判例②でこれを否定した原因は、国の公害責任を追及しているかどうか尽きると指摘する。

¹⁰⁵ 田山輝明「川崎大気汚染公害第二次～四次第一審判決」判例評論 500 号 (2001 年) 33 頁。篠原義仁「川崎大気汚染公害訴訟 和解決定とその後の取組み」法律時報 73 巻 3 号 (2001 年) 56 頁によると、判例⑤は、二酸化窒素単体で健康被害との間の因果関係を積極的に認め、健康被害が「現在進行形」として存在していることを強調している点で、二酸化硫黄の相加的な作用において二酸化窒素と健康被害との間の因果関係を認め、時期区分を設定して限局的に賠償責任を認めた判例④を超える画期的判決とする。また、被告国・公団が設置・管理する道路の他、神奈川

実体判断に入った点で共通する。判例④及び判例⑤は差止請求を棄却したのに対し、判例⑥は道路沿道につき自動車排出ガスと健康被害との間の因果関係を認めて初めて差止請求を認容し¹⁰⁶、判例⑦もこれに続いた（判例⑥はさらに複数汚染源に対する差止請求を認めている。判例⑦は唯一の原告に対し差止請求を認めた点でも特色がある。）。判例⑥、判例⑦により道路管理者に対する損害賠償義務とともに差止義務も認める方向になりつつあったにもかかわらず、判例⑧は、道路管理者に対する損害賠償請求は認めつつ（自動車を製造・販売する企業らに対する損害賠償請求は棄却された¹⁰⁷。）、差止請求については請求棄却されている¹⁰⁸。

2 判例①ないし判例⑧の概要

判例①ないし⑧の事案、判旨を整理する。ただし、判例①ないし判例③は、差止請求の訴えが却下されていることから、判旨は重要な争点である共同不法行為に関する部分にとどめる。

判例④ないし判例⑧は差止請求が実体判断にまで入っているため、因果関係、共同不法行為、差止めにおける被告らの関係に関する判示を中心に整理し、評価する。

判例①ないし判例⑧の抽象的差止請求の適法性に関する判旨は、後にまとめて整理する。（第3章第2 3参照）。

県、川崎市が設置・管理する主要道路についても、原告が主張する「道路網」の論理を採用して共同不法行為を認め、連帯責任を認めた点で、本件地域の面的汚染とそこでの被害発生を認めたものと評価する。

¹⁰⁶ 仮処分については、自動車の排気ガス等による健康被害等を理由とした尼崎地域を通過する大阪西宮線の建設工事禁止を求める仮処分申請に対し、自動車交通量の制限を命じた仮処分命令がある（高速道路建設工事禁止仮処分申請事件一神戸地裁尼崎支決昭和48年5月11日）。

¹⁰⁷ 吉村良一「東京大気汚染公害判決の問題点」法律時報75巻2号（2003年）1頁、同「大気汚染公害訴訟の流れと東京訴訟判決」環境と公害32巻4号（2003年）26頁以下によると、製造物責任において、製造者が消費者の一般的使用を前提とした製品の安全確保義務を負うのと同様、自動車メーカーは、自動車の集中・集積に至る社会的メカニズムを前提として安全を確保する（汚染物質排出の少ない車を作る）義務を負うと考えるべきであるとし、メーカーに過失がないとの判示を批判する。

¹⁰⁸ 大塚直「東京大気汚染公害第一次訴訟第一審判決—東京地判平成14・10・29」判例タイムズ1116号（2003年）39頁以下では、横田基地第1次、第2次訴訟最高裁判決（最判平成5年2月25日裁判集民事167号359頁）の考え方をこの場合にも適用して、第三者であるユーザーの自動車走行行為を支配していない以上、自動車排出ガスの排出行為について被告メーカーらに対する損害賠償請求はともかく、汚染濃度を基準とする差止請求を認めることは困難であると指摘する。その上で、本判決が厳密な閾値にこだわり、健康被害が生じているにもかかわらず、道路管理者に対する差止請求を棄却したのは、原告が被告メーカーらに対しても道路管理者に対しても同様に、原告ら居住地付近における汚染濃度を基準とする差止請求をしたためであると指摘する。

(1) 判例① 西淀川第1次公害訴訟事件

(I) 事案

大阪市西淀川区に、居住していて公害健康被害補償法（以下、「公健法」という。）に定める指定疾病（慢性気管支炎、気管支喘息、肺気腫等）の認定を受けた患者またはその相続人らが、同区内および隣接市区内に工場等を有する被告企業ら、及び同区内を走行する国道2号線、同43号線を設置管理する被告国及び同区内を走行する阪神高速大阪池田線、同大阪西宮線を設置管理する阪神高速道路公団（以下、「被告公団」という）に対し、上記工場等と本件各道路を走行する自動車が排出する大気汚染物質により健康被害を受けたことを理由として、環境基準値を超える二酸化硫黄、二酸化窒素（旧環境基準値）及び浮遊粒子状物質についての排出差止め、及び共同不法行為に基づく損害賠償を請求したものである。

本判例は、被告企業らに関しては、二酸化硫黄と健康被害との間の因果関係及び被告企業間の共同不法行為を認めて損害賠償請求を認容したが、道路管理者たる被告国及び被告公団に関しては、二酸化窒素と健康被害との間の因果関係を認めず、損害賠償責任を否定した。また、抽象的差止請求は不適法であるとして、訴えを却下した。

なお、控訴審で被告企業らとの間に和解が成立した。後述のとおり、西淀川第2次～第4次公害訴訟事件（判例④）における訴外企業らとの和解も同時に成立した。

(II) 判旨

（民法719条1項前段の共同不法行為）

共同不法行為における各行為者の行為の間の関連共同性については、共謀ないし共同の認識があることを必要とせず、客観的関連共同性で足りると解される。

民法719条1項前段の共同不法行為の効果とは、共同行為者各人が全損害についての賠償責任を負い、かつ、個別事由による減・免責を許さないものと解する。かかる厳格な責任を課する以上、関連共同性についても相当の規制が課されるべきである。

したがって、多数の汚染源の排煙等が重合して初めて被害を発生させるに至ったような場合において、被告らの排煙等も混ざり合って汚染源となっていること、すなわち被告らが加害行為の一部に参加している（いわゆる弱い客観的関連）というだけでは不十分であり、より緊密な関連共同性が要求される。

この緊密な関連共同性とは、共同行為者各自に連帯して損害賠償義務を負わせるのが妥当であると認められる程度の社会的に見て一体性を有する行為（いわゆる強い関連共同性）といえる。

具体的判断基準は、予見又は予見可能性等の主観的要素並びに工場相互の立地状況、地域性、操業開始時期、操業状況、生産工程における機能的技術的な結合関係の有無・程度、資本的経済的・人的組織的な結合関係の有無・程度、汚染物質排出の態様、必要性、排出量、汚染への寄与度及びその他の客観的要素を総合して判断する。

(民法 719 条 1 項後段の共同不法行為)

民法 719 条 1 項後段の共同不法行為は、共同行為を通じて各人の加害行為と損害の発生との因果関係を推定した規定であり、共同行為者各人は、全損害についての賠償責任を負うが、減・免責の主張・立証が許されると解される。後段の共同不法行為についても関連共同性が必要であるが、この場合の関連共同性は、客観的関連共同性(いわゆる弱い関連共同性)で足りると解する。

(2) 判例② 川崎第 1 次公害訴訟事件

(I) 事案

川崎市川崎区又は同市幸区に居住等し、公健法に定める指定疾病の認定を受けた患者又はその相続人らが、川崎市川崎区に事業所を有する被告企業 13 社、国道 1 号線、同 15 号線、同 132 号線及び同 409 号線を設置管理する被告国並びに神奈川県道高速横浜羽田線を設置管理する首都高速道路公団(以下、「被告公団」という)に対し、被告企業らの操業及び上記各道路からの大気汚染物質により健康被害を受けていることを理由として、二酸化硫黄、二酸化窒素及び浮遊粒子状物質の環境基準(ただし、二酸化窒素については旧環境基準値)を超えて排出することの差止め及び共同不法行為等に基づく損害賠償を求めた。

本判例は、被告企業らに関して、二酸化硫黄と健康被害との間の因果関係及び被告企業ら間の共同不法行為を認めて損害賠償請求を認容したが、道路管理者に関して、二酸化窒素と健康被害との間の因果関係を認めず、被告企業らとの共同不法行為に基づく損害賠償責任を否定した。また、抽象的差止請求は不適法であるとして、訴えを却下した。

控訴後、東京高裁にて、原告らと被告企業らとの間で訴訟上の和解が成立した。

(II) 判旨

民法 719 条 1 項の共同不法行為の関連共同性については、不法行為責任を的確に確定するためには、前段及び後段とも共同の行為が客観的に関連共同していることで足りるが、同客観的関連共同性は、結果に対して社会通念上全体として一個の行為と認められる程度の一体性があるものに限定される。

そして、民法 719 条 1 項前段及び後段の共同不法行為が成立する場合には、いずれも共同行為者各人が共同不法行為と相当因果関係にある全損害の賠償責任を負うが、同条前段の場合には共同不法行為者の個別事由による減免責の主張立証が許されないのに対し、同条後段の場合には減免責の主張立証が許されると解される。そのため、同条前段及び後段の共同不法行為の要件である関連共同性における一体性の強弱も必然的に異なり、同条前段の共同不法行為の関連共同性は、共同不法行為者間により緊密な一体性を要するのに対し、同条後段の共同不法行為の関連共同性は、前記社会通念上全体として一個の行為と認められる程度の一体性を有した上で加害行為の一部を負担していることで足りると解する。

(民法 719 条 1 項前段の不法行為の判断基準)

被告企業ら間に前記の緊密な一体性が認められるか否かの判断基準として、被告企業らによる大気汚染物質の排出の態様及び原告ら居住地等への到達状況、同大気汚染物質の排出行為の前提となる被告企業らの本件地域における立地状況及び操業状況等、被告企業ら間の生産活動に係る経済的・人的結合状況、被告企業らの本件大気汚染物質の影響への対応等を総合的に勘案すべきである。

(3) 判例③ 倉敷公害訴訟事件

(I) 事案

倉敷市内またはその隣接地域に居住して公健法の指定疾病の認定を受けた者又はその相続人である原告らが、水島コンビナートを形成する被告企業 8 社に対し、被告企業らの操業による一定の数値の二酸化窒素、浮遊粒子状物質、二酸化硫黄の排出差止め、及び共同不法行為等に基づく損害賠償を求めたものである。

本判例は、二酸化硫黄と健康被害との間の因果関係及び被告企業ら間の共同不法行為を認めて損害賠償請求を認容したが、抽象的差止請求は不適法であるとして却下した。

(II) 判旨

(民法 719 条 1 項前段の共同不法行為)

民法 719 条 1 項前段の共同不法行為が成立するためには、各行為者の行為について客観的関連共同性があることが必要である。共同不法行為の効果として、共同不法行為者各人は、共同行為と相当因果関係のある全損害について損害賠償責任を負い、各人が、自己の行為と権利侵害ないし損害と因果関係がないか、部分的にないことを主張立証して減責・免責を主張することはできない。

共同行為者にかかる重い責任を課している以上、関連共同性があると認めるためには、共同行為者が加害行為の一部に参加しただけでは足りず、これを超えた緊密な関係、すなわち、各行為者が、損害の発生に対して社会観念上全体として一個の行為として評価できる程度の一体性を有することが必要であり、行為者に共同の認識があれば、関連共同性はさらに強固になる。

関連共同性は、地域性、各工場の立地、操業の経過、被告らの経済的、人的組織的な面における関係、汚染物質排出の態様、排出量、汚染への寄与度を全体としてみることによって判断するべきである。

(4) 判例④ 西淀川第2次～第4次公害訴訟事件

(I) 事案

判例①の第2次～第4次訴訟である。

審理中に、被告企業1社について訴えが取り下げられ、また、残りの被告企業9社との間に、被告企業9社が、解決金33億2000万円（内12億5000万円は西淀川地域の再生などの実現に使用するもの）の支払い、公害防止対策に努力することを約して、訴訟上の和解が成立した。同時に判例①の和解も成立した。

本判例は、被告国及び被告公団に対し、総額約6558万円の損害賠償責任を認めた。差止請求については道路端から150m以内の住民について当事者適格を認めたものの、差止めの必要性はないとして棄却した。

(II) 判旨

(i) 共同不法行為の成否

(民法719条1項前段の共同不法行為)

客観的共同説に立ちつつ、強い共同関係の場合（共同行為者間に主観的要素が存在したり、結果に対し質的にかかわり、その関与の度合いが高い場合。量的な関与であっても、自己の行為のみによって全部または主要な結果を惹起する場合。）、寄与度に応じた免責・減責は認めない。弱い共同関係の場合（共同への参加の態様、そこでの帰責性の強弱、結果への寄与の程度等を総合的に判断し、連帯して損害賠償義務を負担させることが具体的妥当性を欠く場合）、寄与度による責任の分割を認める。

主張立証責任は、被害者が、共同行為者各自の行為、各行為の客観的関連共同性、損害の発生、共同行為と損害との因果関係、責任要件、違法性を主張し、加害者側は、弱い共同関係であることと自己の寄与の程度及び責任の分割が合理的であることを

主張する（責任分割の抗弁）。これに対し、被害者側は強い共同関係があることを主張して反証する（積極否認）。

（民法 719 条 1 項後段の共同不法行為）

複数の者が各々の行為のみによって結果発生危険がある行為を客観的に共同して行い、そのうちのどの行為によって結果が惹起されたか不明の場合（択一的競合—寄与度不明の場合も含む）に適用される。この場合も、責任免除の抗弁、責任分割の抗弁が許される。

民法 719 条 1 項前段は、共同行為者の行為によって全部の結果、あるいはその主要な部分が惹起されたことを前提とし、民法 719 条 1 項後段は、共同行為者とされたもののいずれか（単独または複数）が全部の結果を惹起していることを前提とする。

（都市型複合大気汚染の場合）

個々の発生源だけでは全部または主要な部分を惹起する可能性はなく、全部またはいくつかの行為が積み重なって初めて結果を惹起するに過ぎない場合（重合的競合）にあたり民法 719 条の直接適用はできないが、一定の要件がある場合（競合行為者の行為が客観的に共同して被害が発生していることが明らかであるが、競合行為者数や加害行為の多様性など、被害者側に関わりのない行為の態様から、全部または主要な部分を惹起した加害者あるいはその可能性のある者を特定し、かつ、各行為者の関与の程度などを具体的に特定することがきわめて困難であり、これを要求すると被害者が損害賠償を求めることができなくなるおそれが強い場合であって、寄与の程度によって損害を合理的に判定できる場合）には、民法 719 条を類推適用できる。

この場合、特定された競合者（以下、「特定競合者」という。）は被害の一部を惹起したに過ぎず、それ以外の競合者との共同関係の有無・程度・態様について適切な防御をつくすこともできないため、結果全体に対する特定競合者の行為の総体についての寄与割合を算定し、その限度で責任を負う。

特定競合者間の関係については、民法 719 条の直接適用の場合と同様、弱い共同関係しかない場合には、寄与の割合に従った責任の分割を認める。

本件の場合、特定工場群及び本件各道路が主要汚染源とは評価できず、民法 719 条 1 項の直接適用はできない。しかし、汚染物質の西淀川区への到達（侵害行為）には一体性があり、客観的に見て関連共同性を有する上、その寄与の程度はシミュレーションの結果等である程度合理性を持った評価をすることが可能なため、民法 719 条の類推適用を考える。

（特定工場群と道路管理者たる被告らの共同関係）

客観的関連共同性を有するものの、地形的・気象的一体性、社会経済的一体性、公害激化に伴う一体性の観点から見て、強い共同関係は認められない。したがって、本

件各道路を走行する自動車の排出ガスに起因する被告らの責任は特定工場群とは区別して、本件各道路の寄与の限度に限定される。

(各道路排煙の共同関係)

自動車排出ガスに起因する責任は、発症のレベルでは第二期に限定され、増悪のレベルでは第三期においても否定できないが、違法性の判断によれば、管理が違法となるのは第二期における国道43号線及び阪神高速大阪池田線の道路端から50m以内のみであり、その範囲で両道路からの排煙と特定工場群との排煙との一体的寄与ないし違法性が認められるにすぎないこととなる。

しかし、両道路は最短距離でも3kmも離れており、各道路の沿道に相互の自動車排出ガスが到達する可能性は少ないことから、両道路を一体として、その沿道被害について連帯責任を負担させる理由は存在しない。

したがって、被告国は国道43号線の、被告阪神高速道路公団は阪神高速大阪池田線の各沿道被害について、それぞれの寄与の限度で責任を負担すれば足りる。

(ii) 差止請求の法的根拠

人間の生命や健康等の人格的利益(人格権)は、差止請求の根拠となる。

環境権は実定法上の根拠に乏しく、その要件や内容等も明確でないから、根拠とならない。

(iii) 差止請求の当否

二酸化窒素については、新環境基準が定められており、旧環境基準を相当とする合理的な根拠はない。また、環境基準自体、それをわずかでも超えると直ちに健康に悪影響を与える危険性があるというものではないから、差止基準として合理的とはいえない。

環境基準を達成しえない状況が長期にわたってはいるものの、大気汚染は全体的に改善されてきている結果、道路沿道においても、患者数が増加している状況はなく、現状の濃度を前提とする限り、各道路の公共性をも考慮すると、受忍限度を超える侵害はなく、差止めの必要性は認められない。

したがって、差止請求は理由がない。

(5) 判例⑤ 川崎第2次～第4次公害訴訟事件

(I) 事案

本判例は、判例②の第2次～第4次訴訟事件である。

本件でも、原告らは、大気汚染物質を排出する訴外企業らに対しても同様の訴えを提起したが、訴外企業らと和解が成立したため、道路管理者である被告国及び被告公団に対する訴訟についてのみ判決が言い渡された。

本判例は、損害賠償については、被告らに対し、連帯して、原告らに対する約 1 億 4911 万円の損害賠償金の支払義務を認めた。差止請求については訴えの適法性を認めたが、原告らの主張する差止基準は合理性がなく、差止めの必要性についても緊急性がないとして、差止請求を棄却した。

(Ⅱ) 判旨

(i) 共同不法行為

民法 719 条 1 項前段の共同不法行為の成立のための関連共同性については、被害者の保護を図るため、共同の行為が客観的に関連共同していれば足りる。不法行為責任を明確にするため、その客観的関連共同性は社会通念上全体として一個の行為と認められる程度の一体性があるものに限定される(同項前段及び後段で減免責の主張の許否に違いがあると解するが、被告らにおいて減免責の主張がないから、関連共同性を区別しない)。

本件道路(被告道路と神奈川県道及び川崎市道を併せた道路)の位置関係、供用・拡幅の経緯、利用形態、道路からの大気汚染物質の排出の状況からすると、本件道路からの大気汚染物質の排出は社会通念上全体として一個の行為と認められる程度の一体性があり、本件道路からの大気汚染物質の排出の間に関連共同性を認めるべきである。

したがって、本件道路の設置管理により原告らに発生した被害につき、被告らは互いに連帯して損害賠償責任を負うのみならず、原告らの被害全体について、関連道路を設置管理する神奈川県及び川崎市と連帯して損害賠償責任を負う。

本件道路の道路端 50m 以内の沿道地域の健康被害については、受忍限度を超えており、本件道路からの大気汚染物質の排出は違法であり、被告らは、国家賠償法 2 条 1 項の損害賠償責任を負う。

(ii) 差止請求の本案の可否

差止基準の相当性に関し、二酸化窒素には新環境基準が設定されているところ、これ以上に旧環境基準が相当であるとはいえない。環境基準はある程度の安全を見込んで設定されているからその値を超えると直ちに健康影響が発生するものでもない。したがって、環境基準を差止基準とすることに合理性を認めることができない。

差止めの必要性に関し、本件各道路端 50m 以内の沿道地域に居住する原告らは、沿道地域に居住する住民の全て又は大多数が本件疾病を発症または増悪しているとはいえないこと、沿道地域における患者数が他の本件地域と比較して著しく多いとはいえないことからすると、本件道路からの大気汚染物質の排出の危険性は差し迫ったものではなく、本件道路の公共性を犠牲にして大気汚染物質の排出を差し止める緊急性があるとはいえない。したがって、差止の必要性はない。

(6) 判例⑥ 尼崎公害訴訟事件

(I) 事案

尼崎地域の公健法の認定患者又はその相続人らは、訴外企業 9 社の操業する重化学工業の工場排煙、並びに被告国が管理する国道 43 号線、国道 2 号線及び阪神高速道路公団（以下、「被告公団」という。）が管理する大阪西宮線からの自動車排出ガスによる大気汚染が原因で健康被害を生じたことを理由として、訴外企業 9 社、被告国及び被告公団に対し、92 億 5800 万円の損害賠償と大気汚染物質の差止を求めて提訴した。

訴訟中、原告と訴外 9 社との間で、総額 24 億 2000 万円を支払うとの訴訟上の和解が成立した。

本判例は、道路管理者としての被告国及び被告公団との関係で、国家賠償法 2 条 1 項、民法 719 条に基づく損害賠償請求を一部認容した。また、差止請求につき、上記被告らに対し、国道 43 号線の沿道 50m 以内に現住する原告らの居住地において、浮遊粒子状物質につき 1 時間値の 1 日平均値 $0.15 \text{ mg} / \text{m}^3$ を超える数値が測定される大気汚染を形成してはならない旨の一部認容判決をした。

(II) 判旨

(i) 共同不法行為の成否

(A) 民法 719 条の要件及び効果

（民法 719 条 1 項前段の共同不法行為）

民法 719 条 1 項前段の要件は、複数の行為者の行為が「共同行為」と評価できるものである場合（各行為者の行為に関連共同性がある場合）に、被害者は、各行為者の行為間の関連共同性の存在と、その共同行為と結果との間の因果関係を立証することによって、共同行為によって発生した結果の全部について賠償を求めることができる。

民法 719 条 1 項前段の共同不法行為の効果は、共同行為者が各人の行為と結果との間の個別的因果関係の不存在を理由とする減免責を主張することは許されない(共同行為者各自は全員の行為の結果について全部連帯責任を負う)ことを定めたものである。

このような自己責任の原則を修正して全部連帯責任を負わせる同条の共同不法行為における関連共同性とは、行為者間に主観的な共同関係があることまで必要ではなく、結果の発生につき各行為が客観的に関連し共同していることで足りるが、その各行為が発生した結果との関係で社会観念上一体をなすものと認められる程度の緊密な関連があることを必要とする。

関連共同性の有無の具体的判断は、汚染物質排出行為者間の資本的・経済的・組織的な結合関係の有無・程度、汚染物質排出施設の立地状況、汚染物質の種類、その排出の態様、排出量、汚染への寄与度、汚染物質の排出防止策とそれについての相互関係の有無、その他の客観的要素を総合して判断する。

(民法 719 条 1 項後段の共同不法行為)

民法 719 条 1 項後段は、各行為者間に択一的関係がある場合に、被害者を保護して加害者が責任を免れる不合理な結果を回避するため、各行為者の行為と結果との個別的因果関係を推定する規定である。同条における複数行為者間の関係は、結果と因果関係のある行為者は特定された複数行為者のうちの誰かであるという択一的関係があれば足り、その間に同条項前段の趣旨の関連共同性は必要でなく、偶然の関係にある場合でもよい。

民法 719 条 1 項後段の共同不法行為の効果は、各行為者が、推定された個別的因果関係につき、自己の行為と結果の全部または一部との間の因果関係(個別的因果関係)が存在しないことの証明(反対事実の本証)をすれば、その責任の全部または一部を免れることができるというものである。

(都市型複合大気汚染の場合)

都市型複合大気汚染の場合、多数の者の汚染物質排出行為によって大気汚染が形成されるものの、その中の特定の数人の排出物質だけで損害の全部または一部を発生させるに足りる程度に達していたとしても、同条項前段の関連共同性が認められないことがあり、この場合に、各行為者と健康被害との間の個別的因果関係を立証しなければならないとすると被害者の保護に欠け、不法行為法の理念に欠けることになることを理由として、一定の場合に民法 719 条 1 項後段を類推適用とする(競合的不法行為)。

競合的不法行為の要件は、不特定多数の汚染物質排出行為者のうちの特定の複数の者の行為が合わさって、現実を生じている結果の全部または一部を発生させるに足りる危険性のある違法行為をしていることである。

その効果として、被告は結果の全部または一部の連帯責任を負うが、被告が自己の行為が結果の全部または一部の発生に因果関係を持たないことについての証明をすることにすることによって、減免責を主張できるというものである。

(B) 被告らの関連共同性の有無

(a) 工場排煙と道路排煙の関連共同性

a 大気汚染物質の到達態様の相違、b 排出抑制策の相違、c 排煙の組成の相違、d 訴外工場の立地と本件道路との関係、e 訴外企業らと被告国及び被告公団との間に、資本的・経済的・組織的な結合関係やそれぞれの排出抑制策に関与できる関係がないことを合わせ考慮した結果、訴外企業らの工場排煙と被告国及び被告公団の道路排煙による大気汚染につき、訴外企業らと被告国及び被告公団に民法 719 条 1 項前段の関連共同性は認められない。

また、前記 a、c 及び各排煙の健康被害に対する原因力の相違等を総合考慮した結果、訴外工場排煙と道路排煙による大気汚染につき、民法 719 条 1 項後段の類推適用も認められない。

(b) 本件道路の各道路排煙間の関連共同性

(国道 43 号線と大阪西宮線の各道路排煙間の関連共同性)

a 被告国と被告公団の関係（被告国と被告公団の資本関係、旧建設大臣の被告公団の機関に対する任命権、解任権、指示監督権等があること）、b 国道 43 号線と大阪西宮線の立地状況（大阪西宮線は、国道 43 号線の広い中央分離帯を利用して建設され、国道 43 号線の真上に設置されていること）、c 各道路の道路排煙による大気汚染状況（両者の道路排煙を区別して健康影響を検証することは不可能であること）等に照らせば、各道路の道路排煙は社会観念上一体のものと評価でき、各道路排煙間については、民法 719 条 1 項前段の関連共同性が認められる。

国道 43 号線及び大阪西宮線の各設置・管理に瑕疵がある場合、国道 43 号線沿道の大気汚染による健康被害について、両者の道路管理者である被告国及び被告公団は、同規定に基づき損害賠償の全部義務（不真正連帯債務）を負担する。

(国道 2 号線の道路排煙と大阪西宮線及び国道 43 号線の道路排煙の関連共同性)

a 国道 2 号線と大阪西宮線及び国道 43 号線の各立地状態（国道 2 号線と大阪西宮線及び国道 43 号線との間は約 600m 以上の距離がある。）、b 各道路排煙の相互の沿道地域に対する大気汚染の形成への関与の状態（各道路排煙の拡散、距離減衰のあること）等に照らせば、c 被告国及び被告公団の前述の関係を考慮しても、国道 2 号線の道路排煙と大阪西宮線の道路排煙との間には、民法 719 条 1 項前段の関連共同性は認められない。

また、国道 2 号線の道路排煙が健康被害の発症・増悪の原因力の一部を構成する程度に至っていたとはいえないことから、民法 719 条 1 項後段の規定の類推適用も認められない。

(ii) 加害行為と被害との間の因果関係

本件道路沿道の大気汚染については、幹線道路の道路端 50m 以内に居住する児童は気管支喘息を発症する危険性が有意に高いとの千葉大調査を基にして、自動車排出ガス (DEP) と気管支喘息の発症・増大との間に因果関係を認めうる。その上で、千葉大の対象地域の幹線道路と本件道路を比較検討し、千葉大の知見は、全面開通後の国道 43 号線の沿道において適用可能であり、国道 2 号線の沿道においては適用ができない。

大阪西宮線は、単独では千葉大の知見の適用はできないものの、国道 43 号線の高架構造になっている部分については、大阪西宮線の供用が開始された以降、国道 43 号線と複合して国道 43 号線沿道の大気汚染を形成している。

以上から、全面開通以降現在まで、国道 43 号線の沿道 50m の範囲において発生する自動車排出ガス (DEP) による大気汚染 (大阪西宮線供用後は同道路によるものも含む) は、気管支喘息の発生・増悪因子となる。

(iii) 差止めの可否

(A) 訴訟物

訴訟物は、生命・身体を脅かされない人格的利益 (以下、「身体権」という。) に基づく人格的請求権である。大気汚染が現実指定疾病を発症・増悪させ、または発症・増悪させる現実的危険性を有することを前提にした主張の趣旨からすると、環境権に基づく請求とは解されない。

(B) 差止命令の内容

(受忍限度を超える違法性のあることを認定した上で) 国道 43 号線沿道 50m 以内に居住している原告は、自己の身体権に基づき、被告らに対し、気管支喘息の増悪因子となる浮遊粒子状物質による大気汚染を形成して身体権の享受を妨げてはならないという不作為義務の履行を求めることができる。

身体権の侵害となる汚染濃度については、千葉大調査対象地域の自排局で測定された 1 日平均値の 98 パーセント値を本件道路にも当てはめて、1 時間値の 1 日平均値 $0.15 \text{ mg} / \text{m}^3$ を超える浮遊粒子状物質の汚染とする。

(7) 判例⑦ 名古屋南部公害訴訟事件

(I) 事案

原告らは、名古屋市南部等の地域に過去又は現在に居住等し、公健法又は名古屋市条例により指定疾病の認定を受けた者又はその相続人である。被告らは、本件地域に工場等を有する被告企業 10 社及び国道 1 号線、同 23 号線、同 154 号線、及び同 247 号線を管理する国である。これら原告らが被告らに対し、本件地域内の本件各工場及び本件各道路が主要汚染源となって排出する大気汚染物質により健康被害等の損害が発生し、または発生し続けているとして、環境基準値（現行環境基準値。ただし、二酸化窒素については旧環境基準値）を超える大気汚染物質の排出の差止めと共同不法行為に基づく損害賠償の請求をしたものである。

本判例は、損害賠償については、被告企業らに対し患者 96 名に対する総額 2 億 8962 万円、被告国に対し患者 3 名に対する総額 2809 万円の支払を認めた。また、差止請求については、被告国に対し、患者 1 名との関係で、国道 23 号線を自動車の走行の用に供することにより、浮遊粒子状物質の濃度が 1 時間値の 1 日平均値 0.159 mg/m^3 を超える汚染となる排出をしてはならない旨を命じた。

(II) 判旨

(i) 道路沿道の大気汚染と健康被害との間の因果関係

D E P を含む浮遊粒子状物質、二酸化窒素の濃度、道路交通量、大型車混入率の比較対象によると、国道 23 号線沿道には千葉大調査対象地域の幹線道路沿道汚染に匹敵する程度の大気汚染が存在し、少なくとも同程度の D E P 等が存在していたものと認められる。したがって、国道 23 号線の全線開通以後今日までの間、その沿道に千葉大の知見をあてはめることが相当である。全線開通以降現在までの、ディーゼル車を中心とした自動車排出ガス（D E P を含む浮遊粒子状物質）による国道 23 号線沿道に対する汚染が、沿道 20m 以内の住民の気管支喘息の発症または増悪を招来した高度の蓋然性が認められ、これらの間に因果関係があると判断する。

他方、国道 1 号線、154 号線、247 号線については、二酸化窒素、浮遊粒子状物質の濃度、交通量、大型車混入率の比較対象により、その沿道に千葉大調査の知見を適用するのは相当ではなく、自動車排出ガスによる大気汚染と健康被害との間の因果関係は認められない。

(ii) 共同不法行為の成否

(A) 被告企業ら相互の共同不法行為

被告企業らの経営する本件各工場は長期間内に独自に建設・操業を開始したこと、本件各工場の所在地も東西約 10km 南北約 15km の広大な地域に散在していること、被告企業らの業者が多業種にわたること、被告企業らの生産工程における機能的・技術的結合関係、原材料及び製品の取引関係、資本的、人的及び組織的結合関係については格別強いものではないことが認められ、これらの事実によると、被告企業らの結合関係は、緊密、濃厚であるとはいえない。本件各工場が被告中電から供給される電力、被告東邦瓦斯から供給されるガス、共通の水道用水、産業道路、工業用地、臨海鉄道等の社会資本をほぼ共通に利用している事実から直ちに、被告企業らに緊密な一体性があるとはいえない。

しかし、本件各工場立地についての誘因の共通性、これに基づく所在地の近隣性、大量の大気汚染物質の排出、これによる付近住民の健康被害、他社の排煙と一体となったときには住民に健康被害を与えることを予見する可能性、回避する可能性を有しつつ、一体の排煙として排出して健康被害を生じさせた注意義務違反の共通性、被害者との関係における本件各工場の場所的一体性等の事情を考慮すると、本件地域で大気汚染が認められた時期に、社会通念上、客観的一体性、共同性の存在が認められる。公害規制の共通性も前記客観的一体性、共同性が存在したとの判断に沿うものと解される。

したがって、被告企業らは民法 719 条 1 項前段に基づき共同不法行為者として原告らの損害につき連帯責任を負い、被告企業ら各自の個別減免責は許されない。

(B) 被告企業らと被告国との共同不法行為

硫黄酸化物中自動車に由来するもの、特に本件各道路を走行する自動車に由来するものは格別に認められず、硫黄酸化物による健康被害につき、被告国の責任は認められない。

また、浮遊粒子状物質による沿道住民の健康被害については、被告国のみがこれを賠償する責任を負う。被告企業らが浮遊粒子状物質あるいは D E P 類似の物質を排出していたとしても、発病・増悪等の因果関係は沿道 20m の限度で認められるにすぎないから、被告企業らの不法行為責任は認められない。

(iii) 被告企業らに対する差止めの可否

被告企業らの排煙に由来する本件地域の大气汚染は改善されるに至ったことが認められるところ、なお現在、再度汚染の発生するおそれがあるとは認められないから、被告企業らに対する差止請求は理由がない。

(iv) 被告国に対する差止請求の根拠

人間の生命や健康等の人格的利益(人格権)は排他的な権利として保障されているのであり、その権利の性質からすると、同権利に対する侵害が将来も継続するものと予測されるときなどには、侵害者に対し侵害行為の差止めを命じることが認められる。したがって、人格権を根拠とする差止請求は許される。

環境権を根拠とする差止請求は、環境権の実体法上の根拠、要件、効果等いずれも明確なものとはいえず、これを原因とする請求は認められない。

(v) 差止請求の可否

(受忍限度を超える違法性があることを認定した上で)差止めの基準について、環境基準は公害防止行政を総合的かつ計画的に推進していく上での政策上の達成目標又は指針としての性格を有し、その設定にあたっては安全性が見込まれている。したがって、環境基準を差止基準とすることに合理性はない。

千葉大調査における1時間値の1日平均値 $0.159\text{mg}/\text{m}^3$ の濃度を超える範囲で差止めを認める。

(8) 判例⑧ 東京大気汚染公害訴訟事件

(I) 事案

東京都23区内に過去又は現在、居住等し、公健法に定める指定疾病に罹患したとする者又はその相続人が、自動車から排出されている大気汚染物質が主要汚染源となって健康被害等の損害が発生していると主張して、道路管理者である被告国、被告首都高速道路公団(以下、「被告公団」という。)、被告東京都及び自動車メーカー7社を被告として、22億3850万円の損害賠償請求及び差止請求訴訟を提起した。

本判例は、被告国、被告東京都及び被告公団に対し、国家賠償法2条1項、民法719条に基づき、総額7920万円の損害賠償金の支払義務を認めた(賠償額内訳は、被告国4070万円(被告東京都との連帯支払義務)、被告東京都は4950万円(内金4070万円は被告国との連帯支払義務、内金330万円は被告公団との連帯支払義務)、被告公団は3300万円(内金330万円は被告東京都との連帯支払義務)。他方、被告

自動車メーカーに対する損害賠償請求は過失がないとの理由で棄却した。また、被告らに対する差止請求も棄却した。

(Ⅱ) 判旨

(i) 因果関係

各種証拠を総合的に考慮すると、千葉大調査で調査対象となった幹線道路の沿道部に居住する児童と同様の自動車排出ガスへの暴露状況におかれた場合には、成人児童を問わず、自動車排出ガス（DEPを含むディーゼル排気（DE）若しくは二酸化窒素又はその両者）への暴露により、相当高い確率で気管支ぜん息の発症または増悪が生ずる可能性がある認められる。

自動車排出ガスへの暴露状況については、i 幹線道路の沿道地域で道路端から約50mの範囲内に居住等していること、ii 当該幹線道路が千葉大調査の交通量、大型車の混入率等の状況と同視できるか否かを主たる基準とし、iii 当該幹線道路沿道地域の二酸化窒素及び浮遊粒子状物質濃度が千葉大調査の調査区域の自動車排出ガス測定局で測定された各濃度と同視できるような状況にあったか否かという点も考慮して判断すべきである。

(ii) 共同不法行為の成否

(A) 要件及び効果

民法719条1項前段の共同不法行為は、被害者保護の観点から、被害者において、①複数の加害者の行為相互に客観的な関連共同性があり、それが「共同行為」と評価しうるものであること、②当該共同行為と損害（被害）の発生との間の因果関係の存在を証明した場合には、各加害者の行為と損害の発生との間の因果関係の存在の証明を要しないで、各加害者に対し、共同行為によって発生した損害の全部について、連帯して、賠償を求めうることを定めたものである。

(B) 道路の供用における関連共同性の有無

各原告の各居住地付近における各対象道路の供用状況は、場所的にきわめて近接している二つの道路が、居住地のすぐ近くで交差し、又は二階建て構造になっており、両道路を煙源とする自動車排出ガスは渾然一体となって各原告らの居住地等の沿道地域に影響している。

国道、都道、首都高速道路の設置、管理及び費用負担の仕組み、機関の任命権の存在等相互が密接の関連性を有することを前提として、各原告の各居住地付近における

各対象道路の供用状況をみると、本原告らの居住地付近における二つの道路の供用関連瑕疵には一体性が認められ、客観的な関連共同性があるといえ、「共同行為」と評価すべきである。各道路管理者は二つの道路の供用により生じた損害全額を連帯して賠償すべきである。

(iii) 差止めの可否

(A) 訴訟物

人格権は、違法な侵害行為から保護されるべき排他的権利であって、権利に対する客観的に違法な侵害行為が将来においても継続され、または反復されることが高度の蓋然性をもって予測しうる場合には、被侵害者は侵害者に対し、人格権に基づき、侵害行為の差止めを求めることができる。

環境権については、実定法上の根拠がない上、その成立要件及び内容等が不明確であり、私法上の差止請求権等を発生させる権利として承認することはできない。

(B) 差止請求の当否

環境基準は、人の健康を保護する上で維持されることが望ましい基準であり、汚染濃度を超えた場合には本件各疾病が発症または増悪するといういわゆる閾値として定められたものでないことは、環境基準の目的、性質及び種々の知見に照らして明らかである。環境基準程度の汚染濃度の二酸化窒素及び浮遊粒子状物質に一定期間暴露したことにより、本件各疾病が発症または増悪する高度の蓋然性は存在しないから、環境基準値を差止めの基準値とすることはできない。

本件差止請求は、不確定な要因が介在する将来の被害発生の予防を目的とするものであること、また、被告らに対し、特定の汚染物質につき一定の基準値を超える汚染濃度となる排出の禁止を求めるものであることに鑑みると、差止めの基準値は、一定の数値を超える汚染濃度の大気中に一定期間暴露した場合、健康被害が発生することの高度の蓋然性が証明される必要がある。しかし、自動車排出ガス中の特定の大気汚染物質について、一定の数値を超える汚染濃度が形成され、これに一定期間暴露した場合に、高度の蓋然性をもって気管支ぜん息の発症、増悪等の健康被害が発生するとの信頼すべき知見はなく、因果関係を肯認された各原告についても、一定期間の暴露が、気管支ぜん息の発症、増悪の原因となることを高度の蓋然性をもって予測しうる大気汚染物質の汚染濃度（閾値）を認めうる証拠はない。

したがって、差止めを求める原告らがその居住地における一定の数値を超える二酸化窒素及び浮遊粒子状物質の排出の差止めを求める本件差止請求は、その差止基準と

なる大気汚染物質の上記汚染濃度を認定することができないから、差止請求は認められない¹⁰⁹。

3 大気汚染訴訟の分析

(1) 複数汚染源に対する請求全体の分析

(I) 損害賠償請求

損害賠償請求は何らかの形ですべて認容されている（判例①ないし判例⑧）。

共同不法行為については、判例①及び判例②は、民法 719 条 1 項の共同不法行為につき、客観的共同説に立ちつつ、関連共同性を加害行為への参加が認められる弱い関連共同性（同条項後段）とより緊密な関係のある強い関連共同性（同条項前段）に分類した上で、効果につき前者には減免責の主張を認め、後者には減免責の主張を認めない。判例③は、同条項前段についてしか判断しておらず、同条項後段についての判断は明確でないが、同条項前段については、判例①及び判例②とほぼ同様の判断をしている。判例①及び判例③は、関連共同性の判断に主観的な要素も含めている。

判例④は、前掲（注 27）記載の四日市公害訴訟事件と同様の立場に立って、客観的共同説に立ちつつ、「強い関連共同性」「弱い関連共同性」とともに、民法 719 条 1 項前段の問題とする。「強い関連共同性」の効果は減免責の主張は認めないものとし、判例③と同様、主観的要素も加味して判断する。「弱い関連共同性」については減免責の主張を認めるが、関連共同性の判断は判例①及び②とは異なる基準を採っている。同条項後段については択一的競合ないし寄与度不明の場合に減免責の主張を認める規定とする。重合的競合の場合には民法 719 条の直接適用はできず、類推適用の問題とし、特定競合行為者間の寄与度に限って民法 719 条 1 項前段の責任を認めている¹¹⁰。

判例⑤は、民法 719 条 1 項前段の共同不法行為につき、客観的共同説に立ちつつ、その客観的関連共同性は社会通念上全体として一個の行為と認められる程度の一体

¹⁰⁹ 神戸英彦「第二章 最近の道路公害判例の動向と東京公害第一次訴訟第一審判決」牛山積先生古希記念論文集『環境・公害法の理論と実践』日本評論社（2004 年）247 頁以下等によると、本判例が、原告ら 4 名については、健康被害が現に継続中であり、当分の間、健康被害の継続が将来も高度の蓋然性をもって予測しうるとしつつ、差止を否定したことには批判がある。また、差止の基準を認定しなかったことについても、判例⑥、判例⑦が差止の基準を認定したことと比較して、批判がある。

¹¹⁰ 大塚直「最近の大気汚染訴訟判決と共同不法行為論—西淀川第二～四次訴訟判決を中心として」判例タイムズ臨時増刊 889 号（1995 年）7 頁以下によると、本判決は、不特定競合者と特定競合者との間に関連共同性を認めていることから、特定競合者の寄与度に責任が限定されるのは、特定競合者全体についての寄与度が証明されたため、減責が認められたとみることができる旨指摘している。

性があるものに限定されんとする（同条項後段については、前段との効果の違いを示唆しつつも、要件については触れていない）。

判例⑥は、民法 719 条 1 項前段の共同不法行為につき、個別的因果関係の立証軽減を図るものと捉える有力説の立場に立つ。同条項の関連共同性については、客観的共同説に立ち（主観的関連共同性も否定しない）、加害者の各行為が発生した結果との関係で社会観念上一体をなすものと認められる程度の緊密な関連があることを必要とするものとした上で、その効果は減免責の主張を認めない。民法 719 条 1 項後段は、択一的競合の場合に（寄与度不明の場合も含む）、個別的因果関係を推定する規定とする。民法 719 条 1 項前段にあてはまらない競合的不法行為についても、一定の場合には同条後段の類推適用を認めるとする。

判例⑦は、民法 719 条 1 項前段の共同不法行為についてしか判断していない。同条項前段の共同不法行為の関連共同性の判断においては、地域住民の健康被害の予見可能性、回避可能性を前提とする注意義務などの主観的要素、その他の客観的要素を総合的に判断している。同条項の共同不法行為の効果については減免責の主張を認めていない。同条項の共同不法行為については、いわゆる「強い関連共同性」を認めたものと評価できる。

判例⑧は、民法 719 条 1 項前段の共同不法行為につき、因果関係の立証軽減を図る有力説及び客観的共同説に立ち、個別的因果関係を擬制する規定とする。同条項の「共同行為」については、単に、大気汚染物質が混然一体となっているだけではなく、被告らの道路の設置、管理についての相互の密接な関連性、及び各原告の各居住地付近における各対象道路の供用状況を総合考慮した上で判断しており、いわゆる「強い関連共同性」を要するとの立場を採っているものと思われる。民法 719 条 1 項後段については触れていない。

共同不法行為の仕組みについては、判例⑥及び⑧は、前記第 2 1 (1) (I) 記載の学説のうち、因果関係の立証軽減を図る有力説の立場に立つことが明らかである。

また、関連共同性については、判例①及び②は、前記第 2 1 (1) (II) 記載の学説のうち類型説に近い立場とみられる。判例④及び判例⑥は、前記第 2 1 (1) (II) 記載の学説のうち、狭義の共同不法行為（民法 719 条 1 項前段）を限定する立場に近いと解される。

（Ⅱ） 差止請求

差止請求は、判例①ないし判例③につき、抽象的不作為訴訟は不適法であることを理由として訴えが却下されている。判例④ないし判例⑤、判例⑧につき、抽象的不作為請求は適法とされて実体判断に入るも、差止請求は棄却されている。判例⑥、判例

⑦につき、抽象的不作為請求は適法とされた上、差止請求も認容されている（判例⑥は複数汚染源の差止め、判例⑦は単数汚染源の差止め）。

以上の判例の状況からすると、抽象的不作為訴訟の適法性が審判対象の特定性、執行の可否の観点から問題となっていたが、単独汚染源、複数汚染源によらず、次第にその適法性が認められるようになったことが認められる。

また、複数汚染源に対する損害賠償請求に比して（判例①ないし判例⑧全て請求認容）、複数汚染源に対する差止請求は認められにくい。

理由は、次のものが考えられる。

① 複数汚染源に対する差止めには、共同不法行為（民法 719 条）のような自己責任の原則の例外規定がないため、自己責任の原則が徹底され、そもそも、因果関係あるいは寄与の範囲が不明確な場合には、因果関係が認められない。

② 損害賠償に比して、差止めの場合には、全部差止請求をされた加害者に著しく酷な結果となるとの価値判断がある。この点に付随して、損害賠償と異なり、求償権のような規定がなく、差止めの負担をシェアする条文上のケアがない。また、いかにして執行するかという問題がある。すなわち、損害賠償とは異なる差止めの効果の問題がある（全部差止めをされた加害者に酷な結果となるとの価値判断、執行上の問題）。

（２） 判例⑥は複数汚染源に対する全部差止義務を認めたものか

複数汚染源に対する差止めを認めた判例⑥の主文は、「被告らは、被告国において、国道 43 号線を自動車の走行の用に供することにより、被告公団において、兵庫県道高速大阪西宮線を自動車の走行の用に供することにより、別表 A 記載の原告らのうち「⑥沿道居住の有無」欄に★印のある原告らに対し、同原告らそれぞれの居住地において、左記方法によって浮遊粒子状物質につき 1 時間値の 1 日平均値 $0.15 \text{ mg} / \text{m}^3$ を超える数値が測定される大気汚染を形成してはならない。」とされている。素直に判例を読む限り、被告らそれぞれに対し、全部の割合で不作為義務を認めるものと読める。判例の主文・理由をみても、被告らが寄与の割合で不作為義務を負うことは示されていないように読める¹¹¹。

他方、金銭の支払義務を負わせる主文の場合、複数の被告に対して連帯責任を負わせるときには、「各自」「それぞれ」または「連帯して」等の文言が付されることになっていることと比較すると¹¹²、判例⑥の主文の文言は各被告との関係で主文記載の全

¹¹¹ 牛山積「尼崎公害訴訟判決」法律時報 72 巻 4 号（2000 年）2 頁によると、「民法 719 条 1 項前段の共同不法行為を認めたために、本件各道路からの浮遊粒子状物質の差止命令において、各道路からの寄与度を問題としなかったことに結び付いたと考えてよい」とする。神戸・前掲（注 109）247 頁以下も同様の指摘をする。大塚『環境法』・前掲（注 6）690 頁も、本判決は、沿道住民にとって被告国及び被告公団が連带的関係に立つと評価する。

¹¹² 司法研修所『七訂 民事判決起案の手引』法曹会（1988 年）11 頁以下によると、金員の支払を求める主文の場合、複数の被告に対し、それぞれ全額の支払いを命じるときは「各自」「それぞ

部差止めを認めたことは明示されていない。金銭の支払義務の場合、可分債務であることから、「各自」等の文言がない限り分割債務となるため（最判昭和 32 年 6 月 7 日）、全部責任を負わせるには「各自」等の文言が必要とされているが、一定のレベル以上の大気汚染を形成してはならないという趣旨の不作为債務は、金銭支払債務でなくとも、寄与割合による可分性が考えられ、分割債務となるのではないか。

この点、一般的に可分債務は金銭支払義務が例として挙げられており、上記のような不作为債務は例として挙げられていない¹¹³。上記最判昭和 32 年 6 月 7 日について言えば、あくまで金銭支払義務における判例であり、本判例のような不作为債務にまで直ちに及ぶとは解されないため、仮に判決⑥の不作为債務が可分債務であったとしても、「各自」等の文言がないとの理由で、直ちに分割債務であるとはいえないと解される。判決⑥のような不作为債務は民法に規定された債務の帰属関係に直ちにあてはまらなれないと考える¹¹⁴。この点は、後述する（第 3 章第 3 2 (4)）。

以上から、判決⑥は、本論文が目的とする複数汚染源に対する全部差止義務を認める判例の一つと評価できる。

(3) 複数汚染源に対する全部差止義務の根拠及び要件への民法 719 条の類推適用の可否についての分析

差止請求権の根拠については、権利説の中の人格権説を採っている判例が大多数である（判例④、判例⑥ないし判例⑧。判例⑤は根拠を明示していない）。

複数汚染源に対する差止めの根拠及び要件への民法 719 条の類推適用の可否については、前記大気汚染判例の中で、複数汚染源の差止めにつき民法 719 条の類推適用を検討しているものはない。

すなわち、判例⑥は、複数汚染源に対する差止請求を認めた唯一の判例であるが、差止めにおける被告らの関係について民法 719 条の類推適用はしていない（ただし、差止請求の当否の判断において、損害賠償請求における集团的因果関係、共同不法行為の判断を前提としているようである）。

判例④は、複数汚染源に対する抽象的差止請求の適法性に関連して、連帯的差止めにおける被告らの関係について明示した唯一の判例であるところ、差止めの根拠につき民法 719 条には触れていない上、汚染源の主体相互間に主・従の関係や密接な関

れ」あるいは「連帯して」金〇〇円を支払えと記載するよう、また、原告が複数の場合も「各自」あるいは「それぞれ」と記載するよう説明されている。

¹¹³ 潮見佳男『プラクティス民法 債権総論 [第 4 版]』信山社（2012 年）549 頁以下、中田裕康『債権総論 第三版』岩波書店（2013 年）426 頁以下。

¹¹⁴ 判決⑥における不作为債務が可分債務であるとする、被告らに全部責任を認めるための法律構成としては（不真正）連帯債務が考えられるが、連帯債務関係は寄与分について（不真正連帯債務関係の場合は寄与分を超える部分につき）求償権が発生することになるところ（民法 442 条）、判決⑥における不作为債務において他の被告に対する求償権が発生することは考えにくい。

係があるなど場合に、各主体に対する連帯差止請求が許容されるとし、共同不法行為における関連共同性とは異なる基準を採っている（後記第3章第2-3(2)の判旨参照）。

判例⑧は、抽象的差止請求の適法性に関し、同請求が実体法上認められるか否かについては留保しつつも、「被告ら各自に対して、原告らの居住地等における大気汚染を請求レベルまで下げることについて、被告らが連帯債務的義務を負う請求」を、いわゆる連帯差止めと定義する（後記第3章第2-3(2)の判旨参照）。しかし、連帯差止めの根拠として民法719条の類推適用はしていない上、同請求が認められる被告らの関係要件については何ら触れていない。

以上のとおり、大気汚染に関する判例は、複数汚染源に対する差止めの根拠及び要件に、民法719条の類推適用をしていない。

第4 複数汚染源に対する全部差止義務の根拠及び要件に共同不法行為の類推適用することについての自説

複数汚染源に対する差止めが認められにくいのは、①因果関係を擬制ないし推定する根拠規定がなかったこと、②全部差止義務を認めると各汚染源に対して酷な結果となるほか、執行上の問題という差止特有の効果という点にあったと思われる。

この点、前者について、従来の連带的差止説は、被害者の立証軽減を図る必要上、因果関係の集団的处理を可能にする共同不法行為の理論を差止めの場合にも借用するべく民法719条の類推適用を全部差止義務の根拠としたものであった（損害賠償請求における因果関係の要件については諸説あるも、民法719条に関する前記有力説の立場からすると、加害行為と権利侵害（ないし損害）との間の因果関係（ないし寄与の範囲）を擬制または推定するという規定という理解であり、差止請求における加害行為と権利侵害ないしその蓋然性との間の因果関係の問題と事実関係が類似する¹¹⁵また、共同不法行為の趣旨である因果関係ないし寄与における立証についての被害者保護、これに対する複合した加害行為の危険性という価値判断も一致する。

しかし、前述のとおり、差止請求権の法的性質につき、判例・通説的な見解である権利説に立てば、複数汚染源に対する全部差止義務の根拠ないし要件につき、法的性質の異なる共同不法行為の規定を類推適用することは困難であると思われる。大気汚染公害訴訟の大多数においても、差止請求権の根拠につき権利説（人格権説）に立っており、不法行為説に立ったものはない。また、複数汚染源に対する差止請求におけ

¹¹⁵ 単独不法行為、共同不法行為であろうと、差止めであろうと、加害行為と権利侵害（ないしその蓋然性）との間に事実的因果関係（条件関係）が必要である点は共通する。ただし、因果関係の着地点が、損害賠償の場合には過去の損害（権利侵害）であるのに対し、差止の場合には現在の権利侵害ないし将来の権利侵害の蓋然性である点が異なる。

る被告らの関係につき、民法 719 条の適用ないし類推適用を明示した判例はなく（判例⑥他）、むしろ、複数汚染源の差止めを認める被告らの要件として、民法 719 条の関連共同性とは異なる基準を立てている（判例④）。

以上の事実からすると、複数汚染源に対する全部差止義務の根拠につき、共同不法行為の規定を類推適用することはできないと解する。

第 3 章 複数汚染源に対する全部差止義務の要件及び効果の分析

第 1 総論

1 問題意識

複数汚染源の差止めが認められにくい理由として、前述のとおり、損害賠償以上に狙い打ちされた被告が過酷であることや、損害賠償と異なり他の汚染源に対する負担の分配が困難である他、執行手続上も異なる特色がある。

複数汚染源に対する全部差止義務という効果を認めうる要件を検討するためには、損害賠償と異なる差止めの効果を踏まえる必要がある。

2 全部差止義務の効果の内容

要件検討の前提となる全部差止義務の効果の内容はどのように解するべきか。

前述のとおり、公害訴訟においては、因果関係の立証は科学的・専門的知識を要するため、訴訟上の地位の実質的平等を実現するべく、原告の立証責任を軽減する必要性が従来から主張されている。これを判例・通説的見解による権利説から見た場合、全部差止義務を認めうる実質的な根拠は、複合した加害行為により健康被害等の人格権侵害を受けた被害者の因果関係ないし寄与割合における立証軽減を図ることにより、人格権の保護を全うすることにあると考えられる¹¹⁶。

他方、前述のとおり、共同不法行為においてもなぜ因果関係ないし寄与割合を超えて義務を負担しなければならないのか、資力ある加害者が狙い打ちされる不公平さなどの問題が指摘され、因果関係の立証軽減に伴い関連共同性の要件が絞られるという

¹¹⁶ 潮見『不法行為法Ⅱ』・前掲（注 35）169 頁以下によると、共同不法行為についてではあるが、連帯責任を認める正当化根拠として、危険共同体・利益共同体の存在を基礎として、減責の主張を許さないほどの関連があるとの規範的評価をもたらすにふさわしい「拡大された注意義務」（共同行為者として、相互に他人の権利・法益を侵害しないように協力して行為する義務）を各加害者に認めることができるかどうかが決定的であるとする。吉村『不法行為法』・前掲（注 12）262 頁以下も同様の指摘をする。たしかに、「拡大された注意義務」を全部差止義務の正当化根拠と考えると、後述の被告ら相互間の履行協力義務の説明が容易になる。しかし、判例・通説的な見解である権利説を前提に、全部差止義務の形式的根拠に共同不法行為の規定である民法 719 条を類推適用をしないとする本論文の立場からは、全部差止義務の正当化根拠を共同不法行為と同様に解することができるとは判断しがたい。この点は今後の検討課題としたい。

有力説の立場があるところ、全部差止義務においては、狙い打ちされた被告が因果関係を超えて差止義務を負う過酷さが共同不法行為に基づく損害賠償以上であることや、損害賠償と異なり他の汚染源に対する負担の分配が困難であることによる被告間の不公平が生じるなどの問題が指摘されている。そのため、全部差止義務の効果は共同不法行為に基づく損害賠償義務（不真正連帯債務）に比して、被告にとって重くならないことがバランス上求められる。また、被告間の不公平を可及的に小さくする法律構成が望ましいといえる。

そうであるとする、全部差止義務の効果の内容（因果関係ないし寄与割合の推定、及び因果関係ないし寄与割合の擬制）は、各被告が寄与割合を主張立証できた場合にはその範囲で差止義務を認めるという因果関係の推定を原則とすべきである¹¹⁷。

他方、狙い打ちされた被告のみが全部差止義務を負っても過酷とはいえず、負担の分配を考慮する必要がない被告ら相互の関係の場合には、例外として因果関係ないし寄与割合を擬制して全部差止義務を負うこともあると考える。この点における被告らの関係要件は後述する。

これらの全部差止義務の効果を基礎づける形式的な根拠としては、前述のとおり、共同不法行為の規定の類推適用は認められないものの、民法（実体法）の解釈から導かれる人格権という非常に重要な権利を保護するという制度の趣旨に照らし、要件事実の解釈として因果関係を事実上推定するということが考えられる。究極的には、因果関係を擬制ないし推定する立法をすることが望ましい¹¹⁸。

3 分析の方法

まず、差止めの執行方法についての学説・判例（複数汚染源に対する抽象的差止訴訟の特殊性に触れたものを中心に）を概観し、実務上可能な全部差止義務の執行方法を検討する。

次に、全部差止義務の執行上の問題点を踏まえ、問題を克服するために被告らにいかなる関係要件が必要かを示す。その点につき実体法上の裏付けを検討し、全部差止義務の被告らの関係要件についての仮説を提案する。

その上で、全部差止義務の被告らの関係要件についての仮説を、大気汚染訴訟に関する判例を踏まえて検証する。

¹¹⁷ この効果の点では、従来の分割的差止説と類似する。その意味では、従来の分割的差止説に対する批判が妥当するが、原告の因果関係の立証軽減を図る反面、被告らの過酷な負担を避けるバランスからすると、やむを得ないと考える。

¹¹⁸ 伊藤滋夫編著『要件事実講義』商事法務（2008年）188頁以下、189頁注45。同書によると、要件事実を決める最終的基準は、実体法の解釈によって決まる実体法の制度趣旨に合致する立証責任の公平な負担であるとする。

第2 執行方法についての学説の進展状況

1 抽象的差止請求の適法性に関する問題点

民事訴訟においては、審判の対象たる訴訟上の請求ないし訴訟物は処分権主義の観点から原告が特定する必要がある（民事訴訟法 133 条、246 条等）、これにより被告の防御の対象が定まる。また、訴訟上の請求ないし訴訟物によって、確定判決の既判力の範囲も確定する（同 114 条）。そのため、訴訟上の請求ないし訴訟物は特定していることが要求される（同 140 条）。

抽象的差止請求（不作為請求）は給付訴訟であり、強制執行の債務名義となる給付判決を求めるものである。給付判決の主文は債務名義となりうる程度に明確性が要求されることから、抽象的差止請求も同様に明確性が要求される。

以上の理由から、抽象的差止請求においては、請求が特定しているか、強制執行が可能な程度に請求が特定しているか（これに関連していかなる執行方法をなしうるか）が問題となっている。

2 学説

（1） 不適法説

伝統的通説によれば、給付請求権たる差止請求権の内実をなす作為・不作為はなすべき行為又はなすべきでない行為の種類、態様、場所等を明示することにより特定する。公害に関する差止請求事件の場合にも、請求の特定のためには具体的作為・不作為の特定が必要であるため、抽象的差止請求は不適法であるとする見解である¹¹⁹。

理由は、抽象的作為・不作為は内容的に不明確であり、被告の行為に萎縮的效果をもたらし、行動の自由を不当に制限すること、裁判所の審理の範囲が不明確であること、また、具体的な侵害排除措置が特定されていなければ執行機関は執行ができないことなどである。

（2） 適法説

公害に関する差止請求事件においては、具体的な作為・不作為の特定を必要としないとする見解である。

理由は、公害や生活妨害事件では、紛争の原因となった侵害行為の発生源がすべて被告の支配領域内にあり侵害の発生及び伝達のメカニズムは複雑なので、有効な防止

¹¹⁹ 近藤完爾ほか「研究会・公害訴訟（第 17 回・最終回、主文と執行の問題）」ジュリスト 502 号（1972 年）91 頁、92 頁[井口牧郎発言]、富田善範「不作為執行（生活妨害差止めの執行）」大石忠生ほか編『裁判実務体系 7（民事執行訴訟法）』青林書院（1986 年）495 頁など。

措置を被害者が確知することはできないこと、侵害防止措置は加害者自身が最もよく知っているはずであり、その防止手段としては複数のものがありうることなどである¹²⁰。

(I) 竹下説¹²¹

権利侵害の発生源と侵害結果による特定で足りる。判決手続で不作為義務を確定し、次に執行手続において、第一次的には間接強制（民事執行法 172 条 1 項）で加害者に侵害防止措置を講じさせ、不奏功の場合に初めて、将来のための適當の処分（民法 414 条 3 項後段）として被害者が具体的内容を特定し、授權決定を得て代替執行により作為を求めることができる（民事執行法 171 条 1 項、民法 414 条 3 項前段）。これらの設備設置を命ずる決定は、実体法上の作為請求権につき執行手続内で略式に作成される債務名義（民事執行法 22 条 3 項）たる性質をもち、その設置義務の存在を争う債務者としては、請求異議の訴えを提起して判決手続に持ち込むことができる¹²²。

(II) 上村説¹²³

公害差止請求権に対する実体法的考察を加えて、「統一的不作為請求権」たる概念（不作為請求に、その実現のための手段たる作為請求も包括される実体法上の給付請求権）を提唱した上で、その保護範囲による特定を主張する。請求認容判決は、包括的な侵害行為の禁止とそうした侵害行為を防止する措置をとることを包括的に命ずるものになる。執行方法としては、間接強制、及び具体的な侵害防止措置を繰り返す命ずる方法も認められる。侵害防止措置を講ずることが代替性を有する場合には、代替執行の方法も認められる。

(III) 松浦説¹²⁴

禁止される浸出行為（侵奪行為の露出部分）をその形式・態様の面から具体的に特定すべきであるとする（騒音・振動・大気汚染・水質汚濁などのうち、いずれに該当するか、また、騒音・振動の程度や、排気ガス・廃液中に含まれる有害物質の種類や排出限度等を客観的に明示すること）。原告としては、提訴時は一応の目安で特定し

¹²⁰ 竹下守夫「生活妨害の差止と強制執行—強制執行法案要綱案第二次試験における関連規定の検討」立教法学 13 号（1974 年）1 頁。

¹²¹ 竹下・前掲（注 120）1 頁。同「生活妨害の差止と強制執行・再論」判例タイムズ 428 号（1981 年）27 頁。

¹²² 中野貞一郎「非金銭執行の諸問題」『新・実務民事訴訟講座 12 民事執行』日本評論社（1984 年）475 頁以下によると、竹下説とほぼ同じ立場に立ちつつ、抽象的差止判決に基づいて具体的な侵害防止措置を命ずる授權決定による代替執行が可能な場合につき、「侵害防止措置の具体的内容が事案の性質上客観的かつ明確に限定されており、または判決手続における主張・立証を通じてほぼ解明されている場合」に限定されるべきであるとする。

¹²³ 上村・前掲（注 90）273 頁。

¹²⁴ 松浦馨「差止請求権の強制執行」三日月章＝中野貞一郎＝竹下守夫編『新版・民事訴訟法演習 2』有斐閣（1983 年）274 頁。

ておき、被告の防御反応や訴訟審理の推移を見ながら、適宜変更していくことが許され、また、裁判所も明示された「～ホン」が妥当かどうか留意し、場合により釈明権を行使して変更を促すべきである。執行方法としては、間接強制のみならず、代替執行としての違反結果の除去や将来のための適当の処分としての強制執行もできるとする¹²⁵。

(IV) 井上説¹²⁶

訴訟手続における発展的・流動的性格に即した訴訟理論の構築を行うべきであるとされ、差止訴訟は紛争解決の中間点にすぎず、判決では不作為義務の存否のみを決めればよいとして、特定基準の緩和を主張する。被告がどのような具体的措置を行うべきかは、訴訟後の当事者の折衝、あるいは執行の段階での処理に委ねるとする。

(V) 川嶋説¹²⁷

公共的差止訴訟の判決形成過程の理想像は、実体的利益状況を踏まえ、救済方法の多様性・可変性の特質に鑑み、救済方法が審理過程を通じて徐々に段階的に具体化できる手続でなければならないとする。そのための救済形成手続としては、「二段階的裁判手続」が妥当であるとする。すなわち、第一段階として、原因判決的な「権利侵害判決」(確認判決)を一部判決(旧民事訴訟法 183 条、民事訴訟法 243 条 2 項)として言い渡し、次に、第二段階として、「権利侵害判決」の内容の示唆に基づき、その判断の枠内で、両当事者の主体的関与の下で「救済形成判決」(給付判決)を残部判決として言い渡すべきであるとする。主文としては、基本的な抽象的差止命令を記載した上で、次に例示列举的に具体的救済方法(具体的作為・不作為の措置)を記載する形式が妥当であるとする。

請求の特定については、提訴時点では、「被告は、ある事業を遂行するにあたり、原告に大気汚染物質～による損害を与える行為をしてはならない。」という申立てよく、権利侵害判決の言渡時点までに、原則として、「被告は、大気汚染物質～を原告の敷地内に一時間値の一日平均値～ppmを超えて侵入させてはならない。」という程度に特定されればよいとする。請求の特定性の判断に対し、執行可能性の考慮も行うことの可否については、救済形成判決言渡時に初めてその考慮が許されるとする。

¹²⁵ 松本博之「抽象的不作為命令を求める差止請求の適法性」自由と正義 34 巻 4 号(1983 年) 29 頁は、原則として、被害者には実体法上一定の発生源から流入する一定種類の生活妨害を一定程度以上及ぼしてはならないという内容の不作為請求権が帰属するにすぎないとして、松浦説と同様の特定基準を示唆する。ただし、執行方法は、間接強制に限られ、将来のための適当の処分としての防止設備の設置命令は認められないとする。

¹²⁶ 井上治典「請求の特定」井上治典＝伊藤眞＝佐上喜和『これからの民事訴訟法』日本評論社(1984 年) 47 頁。

¹²⁷ 川嶋四郎「差止請求—抽象的差止請求の適法性の検討を中心として」ジュリスト 981 号(1991 年) 68 頁。

3 判例

(1) 不適法説

(Ⅰ) 判例

- ・神戸地判昭和 61 年 7 月 17 日判例時報 1203 号 1 頁、判例タイムズ 619 号 139 頁（国道 43 号線訴訟第一審判決）
- ・千葉地判昭和 63 年 11 月 17 日判例時報臨時増刊平成元年 161 頁、判例タイムズ 689 号 40 頁（千葉川鉄公害訴訟事件）
- ・西淀川第 1 次公害訴訟事件（判例①）
- ・川崎第 1 次公害訴訟事件（判例②）
- ・倉敷公害訴訟事件（判例③）

(Ⅱ) 判例の理由

判例② 川崎第 1 次公害訴訟事件

大気汚染物質は、捕捉することが困難であるとともに、時々刻々変化する気象条件等により、原告ら居住地等における物質濃度が大きく変化するものであるから、被告らあるいは強制執行に当たる執行機関が、原告らの居住地等において請求記載の違反状態が生じたか否かを認識することがきわめて困難であり、仮に、請求記載の違反状態を測定あるいは認識することができたとしても、大気汚染物質が被告企業らの事業所あるいは本件道路のみから排出されるものに限られるものではなく、その他の排出源から排出された物質とを区別する手段もないことから、上記違反状態が被告らの排出行為等によるものであるか否かを判断することも事実上困難であることに照らすと、原告らの請求の実現は不可能である。

また、原告らの求める差止請求における請求は、二酸化硫黄等の大気汚染物質の濃度が原告らの居住地において一定数値以下となる一定の事実状態（結果）を作出することを求めるものであるが、上記状態を作出するための方法又は態様は各種多様のものが考えられるところであるから、被告らにおいてどのような方法又は態様をなすべきかが明確でない。

未だ本案判決の対象となる訴訟物は特定していないと解する。

(2) 適法説

(I) 判例

・大阪高判平成4年2月20日判例時報1415号3頁、判例タイムズ780号64頁(国道43号線控訴審判決)

・最判平成5年2月25日裁判集民事167号359頁、判例時報1456号53頁、判例タイムズ816号137頁(横田基地第1次、第2次訴訟上告審判決)

・最判平成7年7月7日民集49巻7号2599頁、判例時報1544号39頁、判例タイムズ892号152頁(国道43号線訴訟上告審判決)¹²⁸

- ・西淀川第2次～第4次公害訴訟事件(判例④)
- ・川崎第2次～第4次公害訴訟事件(判例⑤)
- ・尼崎公害訴訟事件(判例⑥)
- ・名古屋南部公害訴訟事件(判例⑦)
- ・東京大気汚染公害訴訟事件(判例⑧)

(II) 判例の理由

(i) 判例④ 西淀川第2次～第4次請求事件

(請求の特定性)

原告らの差止請求は、原告らの居住地において一定の数値を超える汚染状態を作出不しないことを求めるものであるが、手段・方法について具体的にその特定まで要求することは、侵害防止方法について複雑・多様な手段が存在する場合には、正確な科学知識及び情報を持たない債権者側に困難を強いることになるおそれがある一方、債務者側は、排出量等の正確な情報に近い立場にあり、かつ求められた結果をどのような手段で達成するかについてもより容易に判断しうる地位にある。また、本来、どのような手段で求められた結果を達成するかは債務者の自由に委ねられており、債権者側に原因を除去する手段まで特定して強制する権利が存在するかについては疑問さえある。したがって、原告らが求める抽象的差止請求は、行為内容(侵害防止手段)が不特定であるとはいえず、また、原告らが被告らに対し、侵害の差止めとして何を求めているかは明らかであるから、訴訟物としては特定されている。

¹²⁸ 控訴審判決では、請求の適法性を認めているにもかかわらず、本判決は請求の適法性について明示されていない。この点、本判決が実体判断に踏み込んでいる点で、請求の適法性を認めていると解する見解(大塚直「民法判例レビュー(民事責任)②国道43号線訴訟上告審判決」判例タイムズ918号(1996年)62頁以下)と請求の適法性の判断を留保したとする見解(田中豊「判例解説(最判平成7年7月7日)」『最高裁判所判例解説民事篇平成7年度(下)』737頁)がある。

(強制執行の可能性)

測定点は、差止めを求める原告ら全ての居住地という意味で特定されているし、測定方法についても、現在国が行っている測定方法があり、これを前提としつつ、執行段階における知見や技術レベルなどを踏まえて、測定点と測定方法をより具体化することが可能である。

少なくとも認容判決実現のための強制執行として間接強制の方法をとることはできる。

(司法判断適合性)

原告らの求める本件差止請求は、その目的を達成する手段として、物的管理行為としての道路施設の改良や公物管理権に基づく交通管理行為などによっても可能であり、その選択は被告らに委ねられているところ、原告らは、公権力の発動を求めているものではないから、原告らの差止請求は民事訴訟として不適法とはいえない。

(都市型複合大気汚染特有の問題)

第一に、汚染源の主体相互の間に主・従の関係や密接な関係があるなど各主体に連带的差止請求が許容される場合には、債務者の責任範囲内において達成すべき事実状態を特定してその差止めを求めることは可能であり、その限度の特定で審判対象も明らかとなっており、債務者の防御権の行使にも特段の支障もないから、これを違法とするのは相当でない(その上で、道路管理者たる被告国及び被告公団と工場排煙を排出する訴外企業らとの間には上記関係はないと認定した)。

第二に、これ以外の場合における個別の主体に対する抽象的差止請求の適否について検討する。

①多数の汚染源から排出された汚染物質が複合して汚染状態を形成している場合に、他の汚染源から排出されるものを含めた目標値のみを示して特定の汚染源主体に対して差止めを命ずると、上記主体は自己以外の汚染源に対し、法律上何らの措置をとることができないのに、第三者の行為を踏まえた措置をとらざるを得ず、(なお、主体において、第三者の行為を正確に認識し、また予想するには困難を伴う場合も多い)、自己の行為限度を超えた過大な義務を負う結果となる場合がある。また、上記主体が自らの排出を全て止めても目標値を達成することができないことがありうるなど、上記主体に不可能を強いる場合も存在する。したがって、このような場合には、上記主体の帰責範囲に対応した具体的な作為義務を特定すべきあり、抽象的差止請求の方法によることは相当ではなく、不適法と言わざるを得ない。

②個別の汚染源主体について差止めを求められた発生源が特定され、かつそれが主要な汚染源である場合には、債務者の責任範囲内において達成すべき事実状態を特定してその差止めを求めることは可能であり、その限度の特定で審判の対象も明らかと

なっており、債務者の防御権の行使にも特段の支障もないから、これを違法とするのは相当でない。

本件各道路に起因する汚染についても、道路沿道においては、道路それ自体が汚染の主要な発生源として自動車排出ガスにより一般環境に比較して高い汚染状況が出現する可能性があり、沿道住民の生命・身体に対する侵害の態様及び程度如何によっては、一定濃度以上の大気汚染物質の到達を差し止めることによって、大気汚染濃度を低下させ、侵害状況を除去しうる可能性があるから、被告らに対する同内容を持つ抽象的差止請求は適法と解される。上記沿道の範囲は・・・道路端から 150m 以内とするのが相当である。その範囲内に居住している原告は原告適格を有する。

(ii) 判例⑧ 東京大気汚染公害訴訟事件

(請求の特定)

抽象的不作為請求であっても、当該侵害行為の発生源が被告の支配領域内にある場合には、発生源に関する資料、情報を有し、発生源に係る侵害行為の発生防止のための様々の方策を講ずる権限を有する被告に対し、その防止のための具体的措置の実施を委ねるものとしても、被告に難きを強いるものではない。したがって、当該侵害行為の発生源が被告の支配領域内にある場合において、原告が、被告による防御が可能な程度に、侵害行為の発生源及び防止されるべき侵害の結果を特定しているときには、請求の特定に欠けるものでない（最判平成 5 年 2 月 25 日、上記横田基地第 1 次、第 2 次騒音訴訟事件）。

被告ら国に対する差止請求だけでなく、被告メーカーに対する差止請求も、被告メーカーらが製造、販売する自動車（侵害行為の発生源）が本件各道路を走行することにより発生する自動車排出ガス中の二酸化窒素及び浮遊粒子状物質について、一定の数値を超える汚染濃度の汚染（侵害の結果）となる排出の差止めを求めるものであり、侵害行為の発生源と防止されるべき侵害の結果が特定されているから、請求の特定に欠けるものとはいえない。販売後においては、侵害行為の発生源とされる自動車が被告メーカーらの支配領域内にあるかは疑問であるが、これは請求内容の当否の問題であり、また、販売以前の製造段階では、被告メーカーの支配領域内にあり、自動車排出ガスによる健康被害の防止のための様々の方策を講ずることができるから、被告メーカーらに対する本件差止請求は不適法であるとはできない。

(給付条項の明確性ないし強制執行の可能性)

二酸化窒素及び浮遊粒子状物質については、各地の一般局や自排局において日々測定・集計・環境基準の達成率等が報告されているのであり、測定が不可能であるとはいえない。また、原告らの差止請求が「被告ら各自」に対して、いわゆる連帯差止め

(複数の汚染源がある場合に、各汚染源に係る原因者が各汚染寄与分を減少するだけでは足りず、差止めを求める原告らの居住地等における大気汚染を請求レベルまで下げることについて、各汚染源に係る原因者が連帯債務的義務を負うとするもの)を求めるものと解されるが、そうであるならば、実体法上、そのような請求が認められるかどうかはともかくとして、本件差止請求に係る連帯差止めを命ずる判決主文に違反するか否かを判断するためには、被告らそれぞれの汚染寄与分を判別する必要はなく、原告らの居住地における二酸化窒素等の汚染濃度を測定し、判決主文で命じた数値を超える大気汚染が形成されているか否かを判断すれば足りる。したがって、強制執行の段階で、被告ら及び執行機関が判決主文に違反する状態が生じたか否かを判断することが不可能であるとはいえず、給付条項の明確性ないし執行の可能性がないとはいえない。

(司法判断適法性)

本件差止請求は、被告国及び被告都に対し、行政権限の発動、行使を求めるものとは解されない。

4 実務及び学説の通説的な見解

学説では、単数汚染源についての議論を前提に抽象的差止請求を適法とするのが通説である。判例は、最高裁判決としては、横田基地第1次、第2次訴訟上告審判決で、抽象的差止請求は請求の特定があるとして請求の適法性を認めている。さらに国道43号線上告審判決で、請求の適法性を前提に実体判断に入ったものと評価する見解もある。複数汚染源に対する抽象的差止請求の適法性についても、後述5の記載のとおり、大気汚染公害訴訟において適法と解されつつある。

執行方法につき、適法説において間接強制ができることは争いはない。さらに、将来のための適当の処分としての具体的な侵害防止措置の命令(代替性があれば代替執行)までなしうるかについては争いがある。実務上は消極説に立つものと認められる¹²⁹。複数汚染源に対する執行も同様に間接強制のみということになると思われる。

間接強制の手続は、確定判決に、単純執行文の付与を受けた上で(民事執行法 26条)、間接強制の申立を行う(同 172 条 1 項)。間接強制決定(不作為命令及び不作為命令違反の場合の金銭支払命令)は新たな債務名義となり(同 22 条 3 項)、債権者は、不作為義務違反の存在及び回数を書面で証明した上で、条件成就執行文(請求の範囲《金額》が特定・明示されている)の付与を受けることができる(同 27 条 1

¹²⁹ 富田・前掲(注 119) 502 頁以下によると、実務は消極説が多いとする。理由として、民事執行法は代替執行の内容を執行裁判所が執行処分として具体的に定めることとしていることからすれば、執行裁判所の裁量範囲は狭く、その作為義務の態様・内容については債務名義の形成手続において具体化されるべきであり、不作為債務の履行方法として多様な方法がある場合は執行裁判所の執行処分の対象としてはなじまないことなどが挙げられている。

項)。そして、かかる執行文の付与された間接強制決定正本を執行機関に提出して、執行対象財産の種類（不動産、動産、債権）に応じた金銭執行の申立てをする¹³⁰。

5 複数汚染源に対する抽象的差止請求の適法性に関する分析及び自説

判例②は、複数汚染源に対する抽象的差止請求の適法性の問題として、原告ら居住地等に到達する大気汚染物質が、被告の排出したものであると識別するのは事実上不可能であることも不適法説の理由として挙げている。

これに対し、判例④は、都市型複合大気汚染の場合、汚染源の主体相互間に主・従の関係や密接な関係があるなど各主体に連帯差止請求が許容される場合、及び主要な汚染源たる個別主体に対する場合に限定して、抽象的差止請求を適法とした¹³¹。

さらに、判例⑧は、「被告ら各自に対して、原告らの居住地等における大気汚染を請求レベルまで下げることについて、被告らが連帯債務的義務を負う請求」を、いわゆる連帯差止めと定義し、同請求が実体法上認められるか否かについては留保しつつも、被告らの関係を限定することなく複数汚染源に対する抽象的全体差止請求の適法性を認めた。この点は、判例④が一定の被告らの関係を要件としてその適法性を認めたことからすると、これより前進した判決である。

これらの判決からすると、複数汚染源に対する抽象的差止請求の適法性も判例は認めつつあると評価できる。

判例④が指摘した複数汚染源に対する抽象的全体差止請求の執行上の問題については、後述の被告らの関係を要件とすればクリアできる。そうであるとすれば、単数汚染源に対する抽象的差止請求と同様、複数汚染源に対する抽象的差止請求についても、原告が実体法上の請求権があると主張する請求については適法性を認めて差し支えないと解する。

¹³⁰ 藤田広美『民事執行・保全』羽鳥書店（2010年）201頁以下、司法研修所編『民事弁護教材 民事執行』日本弁護士連合会（1993年）100頁以下参照。

¹³¹ 大塚『環境法』・前掲（注6）689頁以下によると、差止を肯定した尼崎公害訴訟事件（判例⑥）、名古屋南部公害訴訟事件（判例⑦）は、複数汚染源の抽象的差止請求の適法性について直接触れていないが、少なくとも尼崎公害訴訟事件（判例⑥）は、西淀川第2次～第4次公害訴訟事件（判例④）と同様の考え方を採ったものと解している。すなわち、尼崎公害訴訟事件（判例⑥）は、沿道住民にとって、被告国及び被告公団が主要汚染源であり、両者は連带的関係に立つものと判断したとみられるとする。また、名古屋南部公害訴訟事件（判例⑦）についても、被告国が主要汚染源であると解したとみることができるとする。

第3 複数汚染源に対する全部差止義務の要件の検討

1 全部差止義務を認める効果の観点からの被告らの関係についての要件の検討

複数汚染源に対する抽象的差止命令を間接強制により執行するとどうなるか。

単数汚染源に対する間接強制であれば、被告のなすべき作為を特定しない抽象的差止請求が適法とされる理由（公害や生活妨害事件では、紛争の原因となった侵害行為の発生源がすべて被告の支配領域内にあり侵害の発生及び伝達のメカニズムは複雑なので、有効な防止措置を被害者が確知することはできない。侵害防止措置は加害者自身が最もよく知っているはずであり、その防止手段としては複数のものがありうる。）が単純にあてはまり、被告としては自分のなしうる効果的な作為を実行して、不作為命令を実現しうる。不作為命令違反には間接強制をもって強制することも不合理ではない。

これに対し、複数汚染源に対する間接強制の場合、複数汚染源と全部の被害との間の因果関係が擬制ないし推定される結果として各被告が全部差止義務を負うため、被告が侵害防止措置を選択して実行しても、全部の権利侵害が停止されないことがありうる。全部差止義務を認めても、不作為請求たる差止請求においては各自が侵害している以上に侵害防止措置を履行することはできないからである。逆に、各被告が選択した侵害防止措置を実行した結果、不作為命令の対象となっていない結果まで実現してしまう場合もある（侵害防止措置のとりすぎ）。このような場合に、各被告の全部差止義務を間接強制で強制するのは妥当かが問われることになる。また、一部の被告の侵害防止措置のみで不作為命令が実現された場合、侵害防止措置をとらなかった者に寄与の範囲を超えた差止部分を転嫁できない結果、不公平な結果となる（第3章第2 3（2）に記載する判例④の判旨参照）。

このような結果を防ぐために、いかなる関係における被告との間において全部差止義務を認めるかが重要になる（効果から要件を考える視点）。

この点、抽象的差止命令が、請求の特定ないし執行手続において、侵害防止措置の選択を被告に認めることを予定していることに照らすと、実際には、全部差止義務を命じられても、その意味は、自己の寄与割合に応じて協議を尽くすことにあるとの見解が示唆的である¹³²。上記の全部差止義務を前提とする全部執行の問題を克服して原告の権利を保護を図るには、被告らが自己の寄与割合に応じて協議を尽くして、全部

¹³² 佐藤彰一「差止請求論」法律時報66巻10号（1994年）48頁。牛山「共同不法行為と差止請求」・前掲（注8）26頁、淡路「公害・環境問題と法理論」・前掲（注10）90頁も、一定の場合に、汚染者相互間の協議、協力義務を認める。

差止義務を協力して履行することが不可欠なのである。判決主文でいえば、「被告らは、互いに～ppm以上排出しないための協定を締結しなければならない。」という趣旨の被告らに対する履行協力義務を命じられるべきである。また、そのための原告の実体法上の請求権がいかなるものかが問われるのである¹³³。

2 被告らの関係の実体法的考察

(1) 問題意識

被告らの原告に対する全部差止義務を協力して履行する義務とは、実体法上どのように考えていくべきか。

全部差止義務を負う複数汚染源の被告らの関係を実体法として解明するために、共有物（共有登記）により所有権が侵害または侵害のおそれがあることを理由とする、所有権に基づく妨害排除請求権、妨害予防請求権等を行使された共有者の負う実体法上の義務の内容・共有者間の関係を検討することにする。

たしかに、具体的義務内容の特定性という観点では、大気汚染物質の排除・予防義務と共有物の引渡義務や共有登記の抹消登記義務等の間に違いはある。

しかし、差止請求権の法的性質について判例・通説的見解である権利説に立つと、差止請求権と物権的請求権は、どちらもある法益に対する現在の侵害を排除し、あるいは将来の侵害を予防することを目的としており、その本質において同一であると解されるからである¹³⁴。

(2) 共有者が被告の場合における原告と被告共有者間の関係についての判例

(I) 所有権に基づく土地明渡請求

最判昭和43年3月15日民集22巻3号607頁は、土地の所有者が、土地上の建物の所有権を共同相続によって取得した者らに対し、土地所有権に基づいて建物の収去及び土地の明渡を求める訴えは、必要的共同訴訟ではないとした。その理由として、①共同相続人らの義務が不可分債務であること、②固有必要的共同訴訟とすることによる手続の煩雑さ（争わない共同相続人をも被告としなければならない）、③原告が共有者全員を把握できない場合に原告の権利保護が図れないこと、他方、④通常共同

¹³³ 近藤完爾ほか「研究会・公害訴訟」ジュリスト489号・前掲（注11）124頁以下。同126頁以下で、新堂幸司博士が本文のような判決が可能か、そのような実体法上の請求権というものが考えられないかという趣旨のコメントをしている。

¹³⁴ 沢井『公害差止の法理』・前掲（注85）110—114頁、四宮・前掲（注34）466頁注（一）、広中俊雄『現代法律学全集6 物権法（第2版増補）』青林書院（1987年）229、236頁以下。

訴訟であるとしても、強制執行をするにあたっては共同相続人全員に対する債務名義または同意が必要であることから、被告の権利保護に欠けるものではないことを挙げている。

物権的義務が不可分債務と判示されているのは、実際は不可分債務の類推適用であり¹³⁵、実体法上の理由よりも、訴訟上の理由により通常共同訴訟であるとされたとも評価できる¹³⁶。

(Ⅱ) 所有権に基づく共有登記抹消請求

最判昭和 38 年 3 月 12 日民集 17 卷 2 号 310 頁は、建物につき、先順位（仮登記）の登記をした X が、仮登記の順位保全効により、Y 1、Y 2 共有名義の後順位の所有権移転登記（本登記）の抹消請求訴訟を提起する場合、固有必要的共同訴訟であると示した。

判旨の理由は明確ではないが、昭和 38 年最高裁判所判例解説¹³⁷によると、固有必要的共同訴訟と解するのが通説とされ、その理由の一つとして、共有者の一人は他の共有者の同意がなければ共有物を処分することができないとする説を挙げている。

この判例を挙げて、複数の侵害者がいる場合、一般的にはその全員を被告とする必要はないが、登記の抹消請求については、登記の性質上、合一確定の必要があるため、例外的に全員を被告とする必要があると説明する見解がある¹³⁸。登記手続上は、共同相続人が全員そろわないと（各相続人に対する勝訴判決又はその同意がそろわないと）移転登記を実現することができないとされているのである¹³⁹。

(Ⅲ) 契約に基づく共有登記移転登記請求

最判昭和 36 年 12 月 15 日民集 15 卷 11 号 2865 頁は、不動産の買主が、売主の共同相続人に対し、当該不動産の所有権移転登記手続を求める訴えは、売主の共同相続人の承継した所有権移転義務が不可分債務であることから、必要的共同訴訟ではないと判示した。

¹³⁵ 西村信雄編『注釈民法（11）債権（2）』有斐閣（1965 年）31 頁（椿寿夫記載部分）によると、不可分債務とは目的たる給付が不可分である債務であるところ、物権的請求権の場合には、給付（債務の目的）が不可分ではないので、不可分債権の規定が類推されているとする。

¹³⁶ 星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』良書普及会（1978 年）149 頁、153 頁、173 頁以下によると、不可分債権・債務であることを理由として、固有必要的共同訴訟にあらず、一部の債務者だけを被告として訴えることができるとされる場合が多いことを指摘しつつ、それらの中には不可分債務というのには疑問なものもあり（共同相続人が負う登記義務など）、訴訟上の便宜の問題から結論を導いているといえ、不可分債務は理由づけに過ぎないと述べる。

¹³⁷ 宮田信夫「判例解説（最判昭和 38 年 3 月 12 日）」『最高裁判所判例解説 民事篇（昭和 38 年度）』94 頁。

¹³⁸ 三平聡史『共有不動産の紛争解決の実務』民事法研究会（2017 年）150 頁。

¹³⁹ 登記手続上は、売主の共同相続人全員が登記義務者として登記の申請をしなければならない（法務省昭和 27 年 8 月 23 日民事甲 74 号民事局長回答[登記関係先例集下 1917 頁]）。

また、最判昭和 44 年 4 月 17 日民集 23 巻 4 号 785 頁は、被相続人から土地の贈与を受けた者（前戸主）の一切の権利義務を承継した現戸主が、その後に贈与者たる被相続人の地位を承継した共同相続人らに対し、贈与契約に基づく所有権移転登記請求をした場合、「不動産について被相続人との間に締結された契約上の義務の履行を主張して、所有権移転登記手続を求める訴訟は…必要共同訴訟ではない」と判示した。別の論旨の判示では、共同相続人らの負担する「所有権移転登記手続義務は不可分債務と解すべきであるから、（共同相続人らが）その債務の履行について各自が全部の責任を負うことは明らかである。」と述べている。

(IV) 共同相続人らに対する登記手続請求につき、固有必要的共同訴訟と通常必要共同訴訟とする判決があることについての二つの評価¹⁴⁰

一つは、両判決が矛盾しているとし、同じく登記手続請求である以上、必要的共同訴訟として統一的に考察すべきであるとする立場である¹⁴¹。この立場は、登記請求権の性質上、相続人が被相続人のした物権変動の登記を相手方に協力すべき義務はいわば一体的であって、このような登記は相続人全員が一致協力しなければ不可能であることを理由としている¹⁴²。このような立場からは、登記手続義務は、実体法上、「合同債務」¹⁴³または「合手的債務」¹⁴⁴であると評価する立場もある¹⁴⁵。

¹⁴⁰ 奈良次郎「判例解説（最判昭和 44 年 4 月 17 日）」「最高裁判所判例解説 民事篇（昭和 44 年度）」1014 頁参照。

¹⁴¹ 東京高決昭和 41 年 3 月 31 日下民集 17 巻 3・4 号 209 頁の立場。同東京高裁は、共同相続人に対する不動産の所有権移転登記訴訟を固有必要的共同訴訟と解したが、かかる見解は最高裁の見解に反するとして、最高裁に移送した（これに対する判決が、最判昭和 44 年 4 月 17 日）。

¹⁴² その理由として、まず、①登記請求権の性質、旧不動産登記法 42 条の規定による制約を考慮するためであるとする。不動産登記法が当事者間の物権変動を登記原因として明示することを要求し、また、同条が相続人全員で登記申請をしなければその申請を却下するとしているのは、現実主義、取引の安全を図るためである。これら登記法の建前からすると、相続人が被相続人のした物権変動の登記を相手方に協力すべき義務は一体的であって、同登記は相続人全員が一致協力しなければ不可能である。相続人のうちの一人には勝訴したが、他の相続人には敗訴したということは法律上も不当である。したがって、相続人ら全員に対して合一にのみ確定すべきであるとする。また、②かかる債務は馬一頭の売主が引渡完了前に死亡して買主が売主の相続人に対して引渡を求めうる不可分債務と本質的に異なるとする。

¹⁴³ 下森定「判批（最判昭和 50 年 3 月 6 日）」判例評論 200 号（1975 年）27 頁以下によると、合同債務とは数人が全員で履行してのみ初めて目的を達成しうる債務と定義されている。中田『債権総論』・前掲（注 113）468 頁以下も同様の立場に立つ。

¹⁴⁴ 星野英一「判批（最判昭和 50 年 3 月 6 日）」法学協会雑誌 9 巻 10 号（1976 年）126 頁以下によると、「全債務者が手をつながないと履行できない点でまさしくドイツでいう Gesamthandsgemeinschaft の債務」に近いとする（星野博士によると「合手的債務」という）。

¹⁴⁵ 中田裕康「共同型の債権債務について」高翔龍ほか編『日本民法学の新たな時代 星野英一先生追悼』有斐閣（2015 年）393 頁以下では、共同相続人に対し登記申請を求める訴えは、必要的共同訴訟ではなく通常共同訴訟であるとする立場を「不可分債務説」、登記申請は相手方全員がしなければならないので、不可分債務ではなく、合同債務又は合手的債務であるとする立場を「合手的債務説」とする。両者の対立は、共同型の債権債務において、「共同」をどのレベルでとらえるのかの問題があるとし、不可分債務説は、債権債務関係の類型と共同訴訟の類型とを結合させ

もう一つは、両判決は、事案を異にするため、異なる結論となることにも理由があるとする立場である（固有必要的共同訴訟とする判例の登記請求権は物権的請求権（主として、抹消登記手続請求権）であるのに対し、通常共同訴訟とする判例の登記請求権は債権的請求権（主として、所有権移転登記手続請求権）であると分類する）。同説は、少なくとも債権的請求権としての登記請求権の場合、被相続人が負担していた契約に基づく所有権移転登記手続義務は不可分債務であることを理由とする¹⁴⁶。同立場は、物権的請求権の場合は従来の判例どおり必要的共同訴訟であることを前提としておりと解される。したがって、物権的請求権については、実体法上、前述のとおり、「合同債務」または「合手的債務」と評価する立場もありうる。

(3) 共有者被告ら間の関係についての判例

最判昭和 50 年 3 月 6 日民集 29 卷 3 号 203 頁は、債権的請求権としての登記手続請求権が問題となっており、各登記手続義務は不可分債務であることを前提に、売主の一部のみに対する売買契約に基づく所有権移転登記手続請求は可能ではあるものの、実際には登記手続は売主の一部である X のみでは行えない。そのため、買主 Y 2 が、移転登記に協力しない売主の共同相続人 Y 1 に対して移転登記請求をしない場合において、他の売主の共同相続人 X らが、自らの代金債権を保全するために買主 Y 2 の共同相続人 Y 1 に対する移転登記請求権の代位行使をすることを認めたものである。これは、共有者たる売主の相続人間で、移転登記に協力せよとの直接の請求権がないこと、言い換えると、共有者たる売主相続人間に移転登記に協力する直接の義務がないことを前提に、債権者代位権の制度を借用して、債権者 X らの権利保全を図ったものと評価されている¹⁴⁷。

これに対し、数人が全員で履行してのみ目的を達しうる債務（合同債務または合手的債務）において、信義則あるいは公平の原理から、登記申請の履行に応じない共同相続人 Y 1 に対する X らの直接の履行協力請求権を認めるべきであるとする説があ

つつ、登記手続は別問題とするのに対し、合手的債務説は、登記手続を反映するようにして債権債務関係の類型を設定するが、それと共同訴訟の類型とは別問題とすると指摘する。

¹⁴⁶ 同説は、反対説の前記②の理由に対し、少なくとも債権的請求権としての登記請求権の場合、被相続人が負担していた契約に基づく所有権移転登記手続義務は不可分債務であり、相続人が同義務をそれぞれ承継すると解するのは、馬一頭の引渡債務の相続と異なることはないとする。そして、反対説の前記①の理由に対し、実体法上共同相続人が承継する登記手続請求権と登記手続の実行（広義の執行）の問題は区別されるべきであるとし、前者については、抹消登記手続請求権も所有権移転登記手続請求権も意思表示を求める請求であり、勝訴判決が確定すれば被告が意思表示をしたものとみなされ（旧民訴 736 条、現民執 174 条）、狭義の判決の執行は終了するのであり、全員に対して請求しなくても狭義の執行は可能である。全部の者に対し確定判決を得るか、任意に申請手続をとってもらうかしなければ、移転登記手続申請は受理されないというのは登記手続の実行（広義の執行）の問題とする。

¹⁴⁷ 工藤祐蔵「債権者代位権と債務者の無資力」中田裕康＝窪田充見編『民法判例百選Ⅱ債権〔第 7 版〕』別冊ジュリスト 224 号（2015）28 頁以下によると、本判例の債権者代位権は、債務者（買主）の同時履行の抗弁権を封じるため、さらにいえば、共同相続人間で相互に移転登記に協力させる制度の欠缺を補うためのものであり、債権者代位権の制度が借用されたものであったとする。

る¹⁴⁸。本判例では、XらとY1との間に履行協力請求についての権利義務関係が認められれば、債権者代位権の制度を借用する必要はなかったものと思われる。

(4) 各被告間の履行協力義務の実体法的考察

共有者が被告の場合における判例のうち、特に、物権的請求権に基づく事案が、複数汚染源の被告らに対する人格権に基づく全部差止義務との関係で参考になる。

たしかに、最判昭和43年3月15日が、建物共有者の負う建物収去土地明渡義務を不可分債務と構成して必要的共同訴訟ではないと判示している点は、共有者各自に対して全部請求できる根拠を与える点で人格権に基づく全部差止義務に示唆を与える。

すなわち、各被告が排出した大気汚染物質が不可分一体となって原告の権利を侵害している場合、複数汚染源の被告らの負う人格権侵害を理由とする全部差止義務も、原告の所有権を侵害している一つの物たる建物の共有者の負う建物収去土地明渡義務と類似する側面がある。そして、被告の一人が大気汚染物質の大量排出者であり主要汚染源である場合には、当該被告に対する請求によっても、原告の求める差止請求の目的を達成する場合もありうる¹⁴⁹。この側面を重視すると、複数汚染者の負う差止義務を不可分債務と構成して、各汚染者に対し、全部の因果関係を擬制ないし推定して全部差止請求をなしうるとも考えられる。不可分債務と解すると、各被告において差止義務の全部履行が可能であるため、各被告間の履行協力義務という法律関係は出てこない。

しかし、大気汚染訴訟においては、汚染物質の排出者が複数であり、主要汚染源が単数でないケースの方がむしろ通常である。この場合、前記第3章第3-1の執行上の問題点で指摘したとおり、各被告に対する全部差止義務を間接強制により執行したとしても、全部の被害が回復されなかったり、不作為命令の対象となっていない結果まで実現してしまったり、被告の一部の侵害防止措置のみで不作為命令が実現された場合、被告間で不公平な結果となったりする。

したがって、主要汚染源が単数でない一般的な大気汚染訴訟における複数汚染者の負う差止義務は、汚染者全員が協力して義務を果たさないと強制執行上問題が多いのである（被告相互の履行協力義務の実質的根拠）。

最判昭和38年3月12日が、共有名義の登記抹消請求につき、共有者全員が手続しなければ登記できないことを重視して、全員を被告とする必要的共同訴訟とした点、あるいは、最判昭和43年3月15日が、共有者の一人に対して全部請求認容判決を

¹⁴⁸ 下森・前掲(143)27頁以下。星野「判批」・前掲(注144)126頁以下では、これらの債務を「合手的債務」として、その性質上相互に履行協力についての権利義務関係があるとする。

¹⁴⁹ 複数汚染者の負う不作為債務が性質上の不可分債務であるとする、一方の被告に対し全部履行請求ができる前提として、一方の被告のみで全部履行が可能であることが必要である（中田『債権総論』・前掲(注113)468頁参照）。

得たとしても、共有者全員が義務を果たさないと強制執行の実効性がない点は、前述した複数汚染者に対する全部差止義務の執行上の問題に類似していると思われる。登記手続請求権についての判例の評価として、債権的請求権たる登記請求権については不可分債務と構成する余地があるとしても、人格権に基づく差止請求権と実体法上類似する物権的請求権については直ちに不可分債務と構成しえない立場、ひいては合同債務ないし合手的債務とする立場があることを想起すべきである。

そこで、大気汚染訴訟において主要な単数汚染源がないことが通常であることを前提に、複数汚染者の負う全部差止義務の強制執行における共同性を重視すると、共有者の負う登記手続義務が登記手続上の困難性から共有者全員で履行してのみ目的を達しうる債務（合同債務ないし合手的債務）と評価されるのと同様に、大気汚染訴訟における複数汚染者の負う全部差止義務も複数汚染者全員が履行協力してのみ目的を達しうる債務（合同債務ないし合手的債務）と評価できるのでないかと思われる。そして、合同債務ないし合手的債務の性質上、あるいは信義則ないし公平の原理から、各被告間には、原告の人格権侵害除去義務の履行にむけて協力する実体法上の権利義務関係があると評価できるとと思われる（被告相互の履行協力義務の形式的根拠）¹⁵⁰。具体的には、因果関係が擬制ないし推定された場合には全部差止義務の範囲において、汚染についての寄与割合の主張立証が認められた場合にはその寄与割合の範囲において、被告相互に履行協力の権利義務関係があるものと解する。

これを判例・通説的見解である権利説の立場からすると、原告の各被告に対する人格権に基づく妨害排除請求権ないし妨害予防請求権の一内容としての被告相互間の履行協力請求権と構成し得る余地があるのではないか。

このような法律構成をとることには多くの課題がある。そのような実体法上の請求権を構成すると、訴訟に関与していない汚染源との履行協力請求権も理論上は想定される。履行協力の実効性や訴訟に関与していない汚染源の手続保障の問題があるため、判決で履行協力義務を命じることができるのは訴訟に関与した被告間に限られるべきであろう。また、合同債務ないし合手的債務を現民法に如何に位置づけるか（特に、不可分債務との関係）は今後の課題である¹⁵¹。

なお、大気汚染訴訟における複数汚染者の負う全部差止義務を合同債務ないし合手的債務と評価することは、必ずしも必要的共同訴訟を導くものではない。必要的共同

¹⁵⁰ 中田「共同型の債権債務について」・前掲（注 145）393 頁以下では、「その内容を実現するためには多数当事者全員が共同して行うことが必要である債権債務」を「共同型債権債務」と定義し、類似概念との区別を明確にし、「共同」の必要性のレベルを整理した上で、給付内容が履行に全員の共同を必要とする場合のうち、多数債務者が一個の集团的給付をするために各人が相互依存関係のある債務を負う場合を「共同型債務」と定義する。大気汚染訴訟における複数汚染者の負う差止義務がどのように分類されるかは今後検討される余地がある。

¹⁵¹ 下森・前掲（注 143）27 頁以下、星野「判批」・前掲（注 144）126 頁以下、奈良・前掲（注 140）1014 頁、中田「共同型債務について」・前掲（注 145）393 頁以下によると、不可分債務と合手的債務は両立しない概念であることを前提としているように思われる。

訴訟か通常共同訴訟か否かは訴訟上の観点も加味されて判断されるべきであるからである。大気汚染訴訟は、主要汚染源とは評価できない多数の複数汚染者が存在することが一般的であることから、必要的共同訴訟とすると、原告の権利保護が不可能となる。したがって、大気汚染訴訟は通常共同訴訟とせざるを得ないものと思われる。ただし、合同債務ないし合手的債務との性質上、各被告に対する差止請求はできる限り狙い撃ちを避け、可及的に主要な複数汚染源をまとめて被告として請求する必要があると解される。

3 複数汚染源に対する全部差止義務を認める要件についての仮説の提案

(1) 全部差止義務を負う被告らの関係についての要件の提案

因果関係ないし寄与割合が推定されて、原告の人格権に基づく妨害排除ないし予防請求権(その一内容としての各被告間の侵害排除・予防義務の履行協力請求権を含む)としての全部差止請求を認め得る被告らの関係はいかなるものか。

原告の各被告間に対する侵害排除・予防義務の履行協力義務を認めうるには、義務を課される「各被告が履行協力すれば、原告の人格権侵害全部を排除・予防しうること」が必要である。そのような被告に対して権利行使することによって原告の人格権の保護が全うできる反面、各被告に不可能をしうることとはできないからである。

「各被告が履行協力すれば、原告の人格権侵害全部を防止・予防しうる」ためには、第一に、各被告の侵害行為の一体性が必要である。大気汚染訴訟でいえば、原告の居住地等において各被告らの排出した同一の大気汚染物質の不可分一体の大気汚染が形成されている必要がある。そもそも、原告の居住地等において、各被告らの排出した不可分一体の大気汚染が形成されていなければ、各被告らの責任を追及すれば足り、因果関係を推定する必要はないし、異なる大気汚染物質を排出している各被告間にある大気汚染物質の全部差止義務を認めた場合、履行協力しても全部差止義務の履行は不可能であるからである。

第二に、各被告らの間に現実的に履行協力が可能な関係があることが必要である。具体的には、工業団地の企業群のように資本、技術、生産、産業基盤の利用等の諸面で結合関係のある場合、公害防止協定などにより企業群が被害者に防止義務を負う場合一地方自治体と企業群との協定により被害者が反射的に利益を受ける場合も含む一がこれにあたると考えられる。これらの関係がある各被告間に履行協力義務を認めてこそ、義務の履行が現実的に不可能ないし実効性があるからである。

以上から、原則として、因果関係ないし寄与割合を推定して全部差止義務を負う被告らの関係要件につき、次のとおり仮説を立てる。

① 各被告の侵害行為の一体性（大気汚染訴訟でいえば、原告の居住地等において各被告らの排出した同一の大気汚染物質の不可分一体の大気汚染が形成されていること）（以下、「要件①」という。）

かつ

② 各被告間に現実的に履行協力が可能な関係があること（以下、「要件② 現実的な履行協力関係」という。）

他方、被告ら相互の関係が、履行協力に関する権利義務関係を超えて、他の被告による原告の人格権侵害行為を防止・予防すべき義務があると規範的に評価される関係がある場合には、例外的に、因果関係を擬制して各被告に対し全部差止義務を負わせるべきものと解する。このような場合には、原告の人格権侵害は被告ら共同体による不作為義務違反によるものと評価できるため、因果関係の絡まりの密接性ゆえ、狙い打ちされた被告のみが全部差止義務を負っても過酷とはいえず、被告の公平の観点から負担の分配を考慮する必要がないからである。

そして、他の被告による原告の人格権侵害行為を防止・予防すべき義務があると規範的に評価されるには、一方の被告が、他の被告による人格権侵害行為を防止・予防できる関係—侵害行為の共同支配ないし管理が必要である。各被告に不可能を強いることはできないからである。侵害行為の共同支配ないし管理の認定は各被告に不可能を強いることのないよう厳格に行うべきであり、具体的には、単に、同一のコンビナートに属しているというだけでは足りず、資本的、人的、経済的、組織的において一体的関係があることが必要と考えられる。

以上から、例外的に、因果関係ないし寄与割合が擬制される被告らの関係要件につき、次のとおり仮説を立てる。

① 各被告の侵害行為の一体性（大気汚染訴訟でいえば、原告の居住地等において各被告らの排出した同一の大気汚染物質の不可分一体の大気汚染が形成されていること）（「要件①」）

かつ

② 各被告間に、他の被告による人格権侵害行為を防止・予防できる関係—侵害行為の共同支配ないし管理—があること（以下、「要件② 侵害行為の共同支配ないし管理」という。）

(2) 全部差止義務を負う被告らの関係と共同不法行為における関連共同性との関係

以上の複数汚染源に対する全部差止義務を負う被告らの関係は、共同不法行為の有力説において主張されてきた因果関係を擬制ないし推定する効果を生じさせる関連共同性の要件と結果として重なり合う部分がある。

すなわち、前述の「要件①」は共同不法行為における弱い関連共同性の要件と類似する。また、近年の通説的な見解である主観的事情と客観的事情を並列して客観的関連共同性の判断基準とする立場（主観・客観併用説）¹⁵²では、強い関連共同性の判断において、被告らの資本的・経済的・人的関係があることを考慮する傾向にあることを考慮すると、「要件② 現実的な履行協力関係」「要件② 侵害行為の共同支配ないし管理」の要件を基礎づける具体的事実は、共同不法行為における強い関連共同性を基礎づける具体的事実と重なり合う場合がある。

しかし、共同不法行為の場合には、民法 719 条の「共同」の解釈から関連共同性の要件が導き出されたものであるのに対し、複数汚染源に対する全部差止めの場合には、差止めの効果上の問題点及び全部差止義務の実体法上の評価から導き出された被告らの関係要件であるため、要件が導き出された方向性が異なる。したがって、上記①②の要件は、複数汚染源の差止めの根拠及び要件に、民法 719 条を類推適用する見解とは異なるものである。

第 4 複数汚染源に対する全部差止請求の要件についての仮説の検証

1 問題提起

複数汚染源の全部差止請求の要件についての前述の仮説は、判例・通説の見解から可能な解釈といえるか。前述の仮説が、判例④ないし判例⑧における判断と適合する余地があるか否かを検討する。ただし、判例で認定された事実を前提に検証せざるを得ない点は限界がある。

2 前述の仮説と判例④ないし判例⑧の判断との関係の検討

(1) 判例④ 西淀川第 2 次～第 4 次公害訴訟事件

仮説のうち、「要件①」について、検討する。

本判例は、被告らと特定工場群については、被告らと特定工場群が形成した二酸化硫黄、二酸化窒素の大気汚染物質の西淀川区への到達（侵害行為）の一体性があると

¹⁵² 大塚『環境法』・前掲（注 6）675 頁以下参照。

して共同不法行為における弱い関連共同性を認めていると評価できるが(結果としては、寄与の範囲を限定)、被告国と被告公団については、各々の管理する本件各道路からの道路沿道への排煙の一体性を否定している。これらの認定事実からすると、原告の居住地等において被告らと特定工場群が排出した大気汚染物質の不可分一体の大気汚染が形成されていることは認められるものの(「要件①」充足)、被告国と被告公団の管理する道路からの排煙については不可分一体の大気汚染が形成されたことは認められない(「要件①」未充足)。

さらに、仮説のうち、「要件② 現実的な履行協力関係」について、被告らと特定工場群との関係を検討する。

本判例は、特定工場群と道路管理者たる被告らの共同関係は、地形的・気象的一体性、社会経済的一体性、公害激化に伴う一体性の観点から見て、特別な関係は認められず、強い共同関係は認められない旨判示している。これらの認定事実からすると、被告らと特定工場群の間には、現実的に履行協力が可能な関係があるとはいえない(要件②未充足)。他方、被告国と被告公団との関係は、後述の尼崎公害訴訟事件(判例⑥)からすると、資本的・経済的・人的関係において一体的関係があり、被告らの間に、「要件② 侵害行為の共同支配ないし管理」があると認められるにもかかわらず、排出する排煙の不可分一体性が認定されていないためか、事実認定がなされていない。

これらは、本判例が抽象的差止訴訟の適法性を判断する上で明示した連带的差止めが許される被告らの関係においても認められる。すなわち、前記第3章第2 3(2)(II)(i)記載のとおり、本判例は、複数汚染源に対する抽象的差止請求の適法性に関連して、連帯差止請求(全部差止請求)が認められる被告らの関係を、汚染源の主体相互間に主・従の関係や密接な関係があるなど各主体に連帯差止請求が許容される場合としている。その上で、被告らと特定工場群ないし訴外汚染源の主体の間には主・従の関係や密接な関係はないと判示した。他方、被告国と被告公団との間については、両被告らの関係だけ見れば、主・従の関係や密接な関係が認められそうにもかかわらず、何ら判示されていない。

以上の事実からすると、被告らと特定工場群の間には「要件①」は充足するも、「要件② 現実的な履行協力関係」は充足しない。被告国と被告公団との間については、「要件② 侵害行為の共同支配ないし管理」は充足する可能性があるものの、「要件①」は充足しない。したがって、被告らと特定工場群、あるいは被告らの間に全部差止義務は認められないことになり、仮説と適合する。

また、本判例は、前記第3章第2 3(2)(II)(i)記載のとおり、連带的差止請求が認められる場合(汚染源の主体相互の間に主・従の関係や密接な関係がある場合)か、個別主体に対する差止請求が主要汚染源に対するものでない限り、抽象的差止請

求は不適法とする。その理由づけとして、都市型複合大気汚染の場合、特定の汚染主体に自己の行為限度を超えた過大な義務を負わせる結果となったり、不可能を強いる結果となったりすることを挙げる。

これらの理由づけは、複数汚染源の差止請求において全部差止義務を認める執行上の問題点として前述したものと同様である。したがって、仮説のうち、執行上の問題があるため、複数汚染源の差止請求を認める被告らの関係を限定すべきである点は同判例でも基礎づけられる。また、本判例が明示する被告らの「主・従の関係」「密接な関係」は執行上の問題をクリアするための要件として仮説で掲げた「要件② 現実的な履行協力関係」あるいは、「要件② 侵害行為の共同支配ないし管理」と同視しうる基礎があると考えられる。

(2) 判例⑤ 川崎第2次～第4次公害訴訟事件

仮説のうち、「要件①」について検討する。

本判例は、本件道路（被告道路と神奈川県道及び川崎市道を併せた道路）の位置関係、供用・拡幅の経緯、利用形態、道路からの大気汚染物質の排出の状況等から、本件道路からの大気汚染物質の排出は社会通念上全体として一個の行為と認められる程度の一体性があると認め、本件道路からの大気汚染物質の排出の間に関連共同性を認めている。これらの事実からすると、「原告の居住地等において各被告らの排出した同一の大気汚染物質の不可分一体の大気汚染が形成されていること」は認められる（「要件①」充足）。

他方、本件では、「強い関連共同性」か「弱い関連共同性」かということは争点ではなかったため、関連共同性の判断において、排出された大気汚染物質そのものの一体性を基礎づける事実以外の事実は考慮されていない¹⁵³。そのため、本判例の判示の事実からは仮説の「要件② 現実的な履行協力関係」あるいは、「要件② 侵害行為の共同支配ないし管理」は直ちに認定できない。しかし、被告国と被告公団との関係は、後述の判例⑥からすると、他の被告による人格権侵害行為を防止・予防できる関係があり、「要件② 侵害行為の共同支配ないし管理」を充足する可能性がある。そうであるとすると、「要件①」、「要件② 侵害行為の共同支配ないし管理」を充足しているにもかかわらず複数汚染源の差止めを認めなかった本判例は、全部差止義務の要件の仮説と適合しないと思われる。

この点、本判例が差止めを否定した理由は、因果関係ないし被告らの密接な関係がなかったからではなく、差止めの基準の合理性がないこと及び差止めの必要性がない

¹⁵³ 田山・前掲（注105）33頁によると、本判例は、従来から、客観的関連共同性を前提として、主観的要素（被害の認識可能性等）を認定できる場合には、強い関連共同性を認めることができると解されてきたことを理由として、強い関連共同性のある共同不法行為として認識して、民法719条1項を適用したものと解してよいのではないかと述べる。

ことという因果関係ないし被告らの密接な関係とは別の理由を挙げていることが注目される¹⁵⁴。また、本判例は、差止請求が認められた判例⑥及び判例⑦に比べると、道路から排出される二酸化窒素、浮遊粒子状物質等と健康被害との間の因果関係を道路沿道に限定せずに広く認めている事実、被告らの管理する道路からの二酸化窒素等の排出につき関連共同性を緩やかに認めている事実などが認められ、その点が差止めの必要性等の別な理由で差止請求が否定されたことと関連している可能性がある。すなわち、上記の「要件①」（原告の居住地等において各被告らの排出した同一の大気汚染物質の不可分一体の大気汚染が形成されていること）が充足されていないという可能性があるということである。

そのような観点からすると、本判例によって、全部差止義務を認めるための仮説の「要件①及び②」は否定されないと思われる。

(3) 判例⑥ 尼崎公害訴訟事件

「要件①」について検討する。

本判例は、a 大気汚染物質の到達態様の相違、c 排煙の組成の相違及び各排煙の健康被害に対する原因力の相違等を総合考慮した結果、訴外企業の工場からの排煙と被告らの管理する道路からの排煙との間に民法 719 条 1 項後段の規定の類推適用も認められないとした。大気汚染物質の排出の一体性につき、抽象的に、共通の大気汚染物質を含む排煙がまじりあって大気汚染が形成されているか否かを検討するだけでなく、より具体的に、それぞれの排煙の組成や排煙の到達の蓋然性まで考慮した上で、両者の排出行為の一体性を検討している姿勢が認められ、工場排煙と道路排煙の弱い関連共同性自体は否定していない判例④より厳密に判断している。これらの事実からすると、訴外企業の工場排煙排出行為と被告らの管理する道路排煙排出行為の一体性はないことが認められる（「要件①」未充足）。

他方、被告らの管理する道路からの排煙につき、国道 43 号線と大阪西宮線の各道路排煙間については民法 719 条 1 項前段の関連共同性が認められるとしたのに対し、国道 2 号線の道路排煙と大阪西宮線及び国道 43 号線の道路排煙との間の関連共同性に関しては民法 719 条 1 項前段の関連共同性は認められないとした（国道 2 号線が健康被害の原因力の一部にもなっていないことを理由として、民法 719 条 1 項後段の規定の類推適用も認められないとした）。

¹⁵⁴ 前者は、損害賠償とは異なる差止特有の理由によって差止を否定したものであるが、差止の基準を厳密に主張立証することは極めて困難であり、これを要求することは差止の可能性を否定することとなるとの批判がありうる。後者については、本件道路からの二酸化窒素等による健康被害による危険性を本件道路の公共性との関連性で低く評価したものであり、違法性の判断と重なる部分があるように思われる。その意味で、損害賠償とは異なる違法性の判断が行われたものと解される。

前者については、b 国道 43 号線と大阪西宮線の立地状況、c 各道路の道路排煙による大気汚染状況などを考慮して民法 719 条 1 項前段の関連共同性を判断しており、「要件①」は充足されているといえる。さらに、民法 719 条 1 項前段の判断において、a 被告国と被告公団の関係（被告国と被告公団の資本関係、被告国の被告公団に対する監督関係等）を考慮していることからすると、「要件② 侵害行為の共同支配ないし管理」を充足していると評価できる。したがって、複数汚染源に対する全部差止義務を認めた本判例の判断は、仮説の「要件①及び②」に適合すると思われる。

後者については、仮説の「要件② 侵害行為の共同支配ないし管理」は充足している可能性はあるものの、a 国道 2 号線と大阪西宮線及び国道 43 号線の各立地状態、b その各道路排煙の相互の沿道地域に対する大気汚染の形成に関する関与の状態など道路排煙による大気汚染の形成に関する事実そのものから関連共同性を否定している。したがって、「要件①」が充足されているとはいえない。したがって、本判例が国道 2 号線による大気汚染について差止義務を認めなかった判断は仮説の要件を否定しない。

(4) 判例⑦ 名古屋南部公害訴訟事件

「要件①」について検討する。

被告企業らの形成した二酸化硫黄等硫化酸化物を中心とする大気汚染について、本件各工場立地についての誘因の共通性、これに基づく所在地の近隣性、大量の大気汚染物質の排出、これによる付近住民の健康被害、他社の排煙と一体となったときには住民に健康被害を与えることの予見可能性、回避可能性を有しつつ、一体の排煙として排出して健康被害を生じさせた注意義務違反の共通性、被害者との関係における本件各工場の場所的一体性、公害規制の共通性（大気汚染防止法等による規制、愛知県、名古屋市および東海市による公害防止条例による規制がされたこと、被告企業らの相当部分に参加して、名古屋市南部地区公害防止連絡会議、愛知県主催の大気汚染防止法施行の協力工場との打ち合わせ会が開催されたほか、被告企業らを含む大規模工場の各操業者と愛知県、名古屋市との間に公害防止協定が締結されたこと、被告企業らがこれらの規制・協定に対応して各種の公害防止対策をとったこと）等の事情を考慮すると、被告企業らの大気汚染物質排出行為は社会通念上客観的一体性、共同性の存在が認められるとし、民法 719 条 1 項前段の関連共同性（強い関連共同性）を認めた。考慮要素からすると、被告企業間の工場排煙排出行為については、「要件①」「要件② 現実的な履行協力関係」の充足が認められると思われる。

他方、民法 719 条 1 項前段の関連共同性の判断において、操業開始時期の不一致、操業場所の散在、業種が異なること、生産工程の結合関係、製品の取引関係、資本的、人的、組織的關係が格別強いものとはいえないことから、被告企業らの結合関係は緊

密な一体性とはいえないとしており、「要件② 侵害行為の共同支配ないし管理」の充足は認められない。

以上からすると、被告企業らの形成した二酸化硫黄等を中心とする大気汚染について、「要件①」、「要件② 現実的な履行協力関係」が認められるため、仮説によると、少なくとも因果関係が推定される全部差止義務が認められるように思われる。しかし、本判例が被告企業らに対する差止請求を否定しているのは、損害賠償責任と異なり、差止めにおける因果関係は、現在における被告の違法行為とその結果の蓋然性との間の関係であるところ、現在における工場排煙と健康被害の蓋然性との間の因果関係が認定されていないからであり、被告企業らの関係が全部差止義務の要件を充たしていないからではない。したがって、本判例によっても、仮説の「要件①及び②」は否定されない。

次に、本判例は、本件地域一般の二酸化硫黄を中心とする大気汚染についても、道路沿道におけるD E Pを含む浮遊粒子状物質を中心とする大気汚染についても、被告企業らと被告国との間の共同不法行為の成立を認めず、それぞれ分割責任と判断している。判例⑥と同様、被告企業らと被告国との大気汚染物質排出行為の関連共同性の判断につき厳格な基準を採っていると思料される。

被告企業らの工場排煙と被告国の道路排煙との関係について、仮説の要件を検討するに、本件地域一般の大気汚染については、硫黄酸化物中本件各道路を走行する自動車に由来するものは格別のものを認められないこと、及び、道路沿道の大気汚染については被告企業らが浮遊粒子状物質あるいはD E P類似の物質を排出していたとしても、発病増悪等の因果関係は沿道 20mの限度で認められるにすぎないことを理由としており、「要件①」の充足を否定しているものと解する。被告企業らと被告国との共同不法行為につき、上記以外の要素については認定されていないが、被告国と被告企業らとの間に「要件② 侵害行為の共同支配ないし管理」が認められないことは明らかであろう。「要件② 現実的な履行協力関係」については、国の公害規制法による規制権限からすると、要件が充足される可能性もあろう。いずれにせよ、仮説によると、「要件①」が充足されないため、複数汚染源に対する差止請求は認められないことになる。この点、本判例は、被告国についてのみ差止請求を認めたが、被告企業らに対する差止請求は否定した。その理由は、前述のとおり、道路排煙についてのみ現在の健康被害の蓋然性を認定し、工場排煙については現在の健康被害の蓋然性を否定したからである。したがって、本判例は、仮説を直接裏付けるものではないが、仮説を否定するものでもない。

(5) 判例⑧ 東京大気汚染公害訴訟事件

「要件①」について検討する。

本判例は、道路管理者の異なる道路の供用状況に関し、場所的にきわめて近接している二つの道路が、居住地のすぐ近くで交差し、又は二階建て構造になっており、両道路を煙源とする自動車排出ガスは渾然一体となって原告らの居住地等の沿道地域に影響しているとして、両道路を煙源とする自動車排気ガスにより、原告らの健康被害が生じたと認定した。その上で、損害賠償における関連共同性については、単に、大気汚染物質が渾然一体となっているだけではなく、被告らの道路の設置、管理についての相互の密接な関連性、及び各原告の各居住地付近における各対象道路の供用状況を総合考慮した上で、各対象道路の供用状況は民法 719 条 1 項前段の「共同行為」にあたるとした。これらの事実からすると、被告国と被告都の管理する道路、または被告公団と被告都の管理する道路からの排煙排出行為は、それぞれ「要件①」を充足する。

他方、「要件② 現実的な履行協力関係」あるいは、「要件② 侵害行為の共同支配ないし管理」について、本判例は、被告国と被告都、または被告公団と被告都のそれぞれとの間に、被告らの管理する道路の設置、管理についての相互の密接な関連性（資本的、監督関係、費用負担の仕組み）が認められるとする。したがって、被告国と被告都、または被告公団と被告都との間には「要件② 侵害行為の共同支配ないし管理」の充足が認められると解する。

そうであるとする、被告国と被告都、または被告公団と被告都のそれぞれ管理する道路からの排煙排出行為は、「要件①」及び「要件② 侵害行為の共同支配ないし管理」を充足するため、仮説によれば、それぞれ全部差止義務が認められるはずである。しかるに、本判例は、被告らの関係がないという理由ではなく、健康被害の閾値が認定できない以上、差止基準を認定できないという別な理由により、全部差止請求を棄却した。したがって、仮説と矛盾するとまではいえない。

3 判例全体における仮説の評価

複数汚染源の全部差止請求が認められる被告らの関係の仮説「要件①及び②」について、判例④ないし判例⑧で認定された事実を前提に検討したところ、いずれの判例の差止請求の結論も、仮説と適合し、または矛盾するとまではいえない。

以上からすると、全部差止義務を認めるための被告らの関係には、「要件①及び要件②」が必要であるとの仮説は、判例④ないし判例⑧の判示から裏付けられると考える。

第4章 複数汚染源に対する全部差止請求の根拠及び要件についての結論

第1 全部差止義務の根拠及び内容

1 全部差止義務の根拠

差止請求権の法的性質につき、判例・通説たる権利説に立てば、複数汚染源に対する全部差止義務の根拠につき、民法 719 条の共同不法行為の適用ないし類推適用をすることは困難である。

自己責任の原則により、複数汚染源に対する全部差止めを求める原告側が全部の結果についての因果関係を立証できない限り、全部差止義務は認められない。

しかし、複合した加害行為により健康被害等の人格権侵害を受けた被害者の人格権の保護を全うするところに、因果関係ないし寄与における立証軽減を図り全部差止義務の効果を認めうる実質的な根拠がある。全部請求を認める形式的根拠としては、実体法上重要な権利である人格権の保護を図る制度趣旨から因果関係を事実上推定する要件事実の解釈を図ることが可能である。本論文は、学説及び判例のあるべき解釈という観点から、全部差止義務の根拠及び要件を検討したが、これらの解釈が将来の立法につながることを望ましいと考える。

2 全部差止義務の内容

要件検討の前提となる全部差止義務の効果の内容は、各被告が寄与割合を主張立証できた場合にはその範囲で差止義務を認めるという因果関係の推定を原則とすべきである。

損害賠償以上に、全部差止めは狙い打ちされた場合に過酷な結果となること、他の被告に対する負担の分配が困難であり被告間の不公平があること等の価値判断から、全部差止義務の効果は、共同不法行為に基づく損害賠償義務（不真正連帯債務）に比して、重くならないことがバランス上求められるからである。また、被告間の不公平を可及的に小さくする法律構成が望ましいからである。

他方、狙い打ちされた被告のみが全部差止義務を負っても過酷とはいえず、負担の分配を考慮する必要がない被告ら相互の関係の場合には、例外として因果関係を擬制して全部差止義務を負うこともあると考える。

第2 全部差止義務の要件

1 共同不法行為の関連共同性が、複数汚染源に対する全部差止義務の要件になるか

差止請求権の法的性質につき、判例・通説たる権利説に立つと、複数汚染源に対する差止めの根拠につき、民法 719 条の共同不法行為の類推適用ができないことからすると、複数汚染源に対する全部差止義務の要件についても、共同不法行為の関連共同性が要件となることはない。

2 全部差止義務の効果の分析による、全部差止義務を負う被告ら相互間における実体法上の履行協力に関する権利義務関係

全部差止義務の効果から要件を考える視点に立つと、複数汚染源と全部の被害との間の因果関係を擬制ないし推定して全部差止義務を負わせた場合、被告が各被告の排出量を限度とした侵害防止措置を選択して実行しても、全部の被害が回復されなかったり、不作為命令の対象となっていない結果まで実現してしまったりする不都合がある。また、被告の一部の侵害防止措置のみで不作為命令が実現された場合、侵害防止措置をとらなかった者に寄与の範囲を超えた差止部分を転嫁できない結果、不公平な結果となる。これらの執行上の問題点を解決するには、全部差止義務について被告相互間の履行協力義務を認める必要がある（被告相互間の履行協力義務の実質的根拠）。

そして、差止めの根拠について権利説に立った場合、差止請求権と同一の法的性質を有すると考えられる共有物ないし共有登記による所有権侵害を理由とする物権的請求権に関する判例を検討した結果、複数汚染源に対する全部差止義務は、汚染者全員が履行協力してのみ目的を達しうる債務（合同債務ないし合手的債務）であり、合同債務ないし合手的債務の性質上、あるいは信義則ないし公平の原理から、全部差止義務を負う被告間には、原告の人格権侵害除去・予防義務の履行にむけて協力する実体法上の権利義務関係があると評価できる（被告相互間の履行協力義務の形式的根拠）。

これを判例・通説的見解である権利説の立場からすると、原告の各被告に対する人格権に基づく妨害排除請求権ないし妨害予防請求権の一内容としての被告相互間の履行協力請求権と構成し得る余地があるのではないかと考える。

3 全部差止義務を負う被告らの関係要件

因果関係ないし寄与割合が推定された結果、原告の人格権に基づく妨害排除ないし予防請求権（その一内容としての各被告間の侵害防止・予防義務の履行協力請求権を含む）としての全部差止請求を認め得る被告らの関係はいかなるものか。

原告の各被告間に対する侵害排除・予防義務の履行協力義務を認めうるには、義務を課される「各被告が履行協力すれば、原告の人格権侵害全部を排除・予防しうる」とが必要である。

そのためには、第一に、各被告の侵害行為の一体性が必要である。大気汚染訴訟でいえば、原告の居住地等において各被告らの排出した同一の大気汚染物質の不可分一体の大気汚染が形成されている必要がある。そもそも、原告の居住地等において、各被告らの排出した不可分一体の大気汚染が形成されていなければ、各被告らの責任を追及すれば足り、因果関係を推定する必要はないし、異なる大気汚染物質を排出している各被告間にある汚染物質の全部差止義務を認めた場合、履行協力してしても全部差止義務の履行は不可能であるからである。

第二に、各被告らの間に現実的に履行協力が可能な関係のあることが必要である。具体的には、工業団地の企業群のように資本、技術、生産、産業基盤の利用等の諸面で結合関係のある場合、公害防止協定などにより企業群が被害者に防止義務を負う場合、地方自治体と企業群との協定により被害者が反射的に利益を受ける場合も含む一がこれにあたると考えられる。そのような関係のある各被告間に履行協力義務を認めてこそ、全部差止義務の履行が現実的に可能ないし実効性があるからである。

以上から、原則として、因果関係ないし寄与割合を推定して全部差止義務を負う被告らの関係要件は次のものであると考える。

① 各被告の侵害行為の一体性（大気汚染訴訟でいえば、原告の居住地等において各被告らの排出した同一の大気汚染物質の不可分一体の大気汚染が形成されていること）

かつ

② 被告らの間に現実的に履行協力が可能な関係があること

他方、被告ら相互の関係が、履行協力に関する権利義務関係を超えて、他の被告による原告の人格権侵害行為を防止・予防すべき義務があると規範的に評価される関係がある場合には、例外的に、因果関係を擬制して各被告に対し全部差止義務を負わせるべきものと解する。このような場合には、原告の人格権侵害は被告らの共同体による不作為義務違反によるものと評価できるため、因果関係の絡まりの密接性ゆえ、狙い打ちされた被告のみが全部差止義務を負っても過酷とはいえず、負担の分配を考慮する必要がないからである。

そして、他の被告による原告の人格権侵害行為を防止・予防すべき義務があると規範的に評価されるには、一方の被告が、他の被告による人格権侵害行為を防止・予防できる客観的事実—侵害行為の共同支配ないし管理が必要である。各被告に不可能を強いることはできないからである。各被告に不可能を強いることのないよう、侵害行為の共同支配ないし管理の判断は厳格に行うべきである。

以上から、例外として、因果関係ないし寄与割合を擬制して全部差止義務を負う被告らの関係要件は次のものであると考える。

前述の①の要件の他、

② 被告らの間に他の被告による人格権侵害行為を防止・予防できる関係—侵害行為の共同支配ないし管理—があること

第3 訴訟及び執行の一つのモデル

本論文では、実務的に可能な解釈であり、問題の法的解決に資するという視点で検討を進めてきた。最後に、本論文の結論からするところの訴訟及び執行の一つのモデルを示すこととする。

原告としては、複数汚染源たる各被告らに対し、人格権に基づく全部差止請求権を抽象的差止請求として求めるとともに、各被告らに対する人格権に基づく全部差止請求権の一内容として、被告相互間の履行協力請求を求める。全部差止義務が認められる被告らの関係要件は前記第4章第2-3に記載したとおりである。

個別的因果関係が推定される場合において、因果関係がないこと又は寄与の割合が一部であることについての主張立証に成功した各被告については、請求棄却、又はその寄与の範囲で差止義務を負うとともに他の被告との間で履行協力義務を負う。

判決主文については、給付命令の明確性の観点から困難な問題があり、汚染についての寄与割合の主張立証が認められた場合に、判決主文をいかに構成するかは今後の課題である。「～パーセントの負担割合で、～ppm以上の大気汚染を形成してはならない。」などが考えられるであろうか¹⁵⁵。

個別的因果関係が擬制される場合においては、全部差止義務の抽象的差止判決の主文となる。

抽象的差止判決の執行については間接強制によることになる。各被告間で不作為命令の履行のために、全部差止義務の範囲ないし寄与の範囲で協議して協定を締結するなどして履行協力していくことになる。履行協力義務を含めた不作為命令が間接強制で執行されることは、汚染状態の除去ないし予防に一定の効果をもたらすと思われる。

¹⁵⁵ 全体の汚染物質の削減義務のうち、当該汚染者の汚染物質の削減義務を排出量の制限という形式で明示する方法や、現実の汚染濃度と閾値をもとに各被告について一律の削減率を決定する方法があるとする見解がある（沢井『公害差止の法理』・前掲（注85）160頁、大塚『環境法』・前掲（注6）694頁）。

間接強制決定に基づく金銭執行については、各被告らの履行状況を一定の期間、測定等確認した上で、判断せざるを得ないであろう。特に、寄与の割合が異なる被告ら間において、間接強制決定による金銭執行の際の不作為命令違反の認定には困難を伴うことが予想される。ここで、被告らの間の協議内容（協定等）が重要な指標になり、協議内容（協定等）の各自の履行状況が不作為命令違反の認定の判断の目安になると思われる。

コロナ禍での勉強会の試み

オンラインでの法科大学院における学生同士の
学び合う環境・雰囲気づくりを目指して

弁護士 赤石圭裕

弁護士 都築直哉

弁護士 松村幸亮

弁護士 丸崎潤也

東北大学大学院法学研究科教授 得津晶¹

1. はじめに
2. 例年の取り組み—2017年度の未修者教育の改革—
3. 並行企画の紹介
4. 2020年度の修了生オフィスアワー特別回の内容
 - (1) 未修1年次(L1)学生向け修了生オフィスアワー特別回の内容
 - (2) 既修1年次・未修2年次(L2)学生向け修了生オフィスアワー特別回の内容
5. 実施上の困難
6. 担当修了生からのフィードバック
 - (1) 未修1年次(L1)学生向けオフィスアワー特別回
 - (2) 既修1年次・未修2年次(L2)学生向けオフィスアワー特別回
7. 学生からのフィードバック
 - (1) 未修1年次(L1)学生からのフィードバック
 - (2) 既修1年次・未修2年次(L2)学生からのフィードバック
8. 総括

¹ 弁護士(阿部・佐藤法律事務所)、弁護士(弁護士法人平松剛法律事務所仙台事務所)、弁護士(瞑想の松法律事務所)、弁護士(エール法律事務所)、東北大学法科大学院副院長。本稿は、教育プログラム(修了生オフィスアワー特別回)を実施した赤石、都築、松村、丸崎の4名から提出されたレポートを得津がまとめ直すという形で執筆された。

1. はじめに

2020年に世界中を襲った新型コロナウイルス感染症拡大の混乱は、日本でも多くの大学は4月から予定されていた新学期の開始を遅らせ、授業は全面的にオンライン化されることとなった。東北大学法科大学院でも、4月8日に予定していた新学期の開講を20日に遅らせ、全授業のほか個別履修指導といったガイダンス類も含めてオンラインで実施することとした。さらに4月16日に緊急事態宣言の対象が所在地たる宮城県を含む全国に拡大したことを受けて自習室を含む施設等の利用を4月21日の正午をもって禁止することとなった。

このようなオンライン化は、一方では正規の授業を今まで通り実施できるのかという問題を招来した。特に、ソクラティックメソッド（問答対話式）といった学生と教員との間のインタラクティブな議論を埋め込んだ法科大学院の授業をオンラインで実施が可能なのかという点が問題となった。しかし、この問題は、諸外国の例に倣い、ZoomやMeetといったインターネット会議アプリケーションを活用し、インターネットを通じてリアルタイムに対話形式の授業を提供することが可能であり、相当程度解決した。だが、他方で、このようなオンライン授業を実施したとしても、学生同士のつながりを醸成することが難しいということが当初より問題視された。

特に、法科大学院において最も効果的な勉強法は、学生同士の任意の「勉強会」（自主ゼミ）であるということが強く言われており²、東北大学法科大学院でも、学生同士の勉強会を促進してきた。後述（2.）の通り、2017年度以降は、未修者を対象に修了生の弁護士が講師となって、勉強会のやり方を実践しながら教授していく少人数のセミナー（「修了生オフィスアワー特別回」）を実施し、学生同士が勉強会を実施するための支援をしてきた。しかし、オンラインになって「勉強会」自体の実施が難しくなった。授業と同様、勉強会自体をオンラインで実施するという方法があるものの、勉強会の開催には、そもそもそれ以前に学生間のネットワークないし人間関係が必要であるところ、前述のようなオンライン授業のみでは、勉強会を開始するための人間関係を醸成するには非常に困難であると考えられた。そして、実際に既修コース新入生の学生からも勉強会開催に向けた支援の要望が届けられていた。

² 松本恒雄「日本の法科大学院制度と新司法試験及び予備試験の現状と展望」一橋法学12巻1号（2013）27頁。司法試験に限らず、論述式試験や口述試験のある資格試験において仲間との勉強会が有用であることについて乾喜一郎「資料2・大学院が社会人学習者から選ばれる教育機関となるために」中央教育審議会大学分科会大学院部会第95回（2019年9月19日）配布資料11、17頁参照

（https://www.mext.go.jp/kaigisiryō/2019/09/_icsFiles/afieldfile/2019/09/18/1421377_2.pdf）。

そこで、修了生オフィスアワーという法科大学院生の質問に答えるチューターのような制度にご協力いただいている東北大学法科大学院修了生の弁護士の先生方に、今回もご協力をお願いし、ご相談の上、①L1 生・L2 生の新入生・進級生のネットワーキング、②オンラインで「勉強会」の実施、③勉強する環境・雰囲気作りの3点を目標に、学生を少人数のグループに分け、修了生の先生が指導しながら勉強会を実施していくオンラインの少人数セミナー（修了生オフィスアワー特別回）を実施した。

本稿は、かかるオンラインでの勉強会指導の記録である。今後、新型コロナウイルス問題が終息したとしても、高等教育のオンライン化の方向は進まざるを得ないものと思われる。その中で、一方通行型の授業の発信のみならず、教員と各学生との間のコミュニケーションについては IT 技術の発展で大きく改善されている。しかしながら、教育学において、「ピア・エフェクト」(peer effect) という他の学生（同級生）から受ける影響こそ重要であるといわれながらも³、学生同士の学び合いの機会をいかに確保していくかという観点からの実践はまだ発展途上である。そこで、1 つの個別事例であっても、その記録を残しておくことに意義があると思い、本誌に掲載をお願いした次第である。

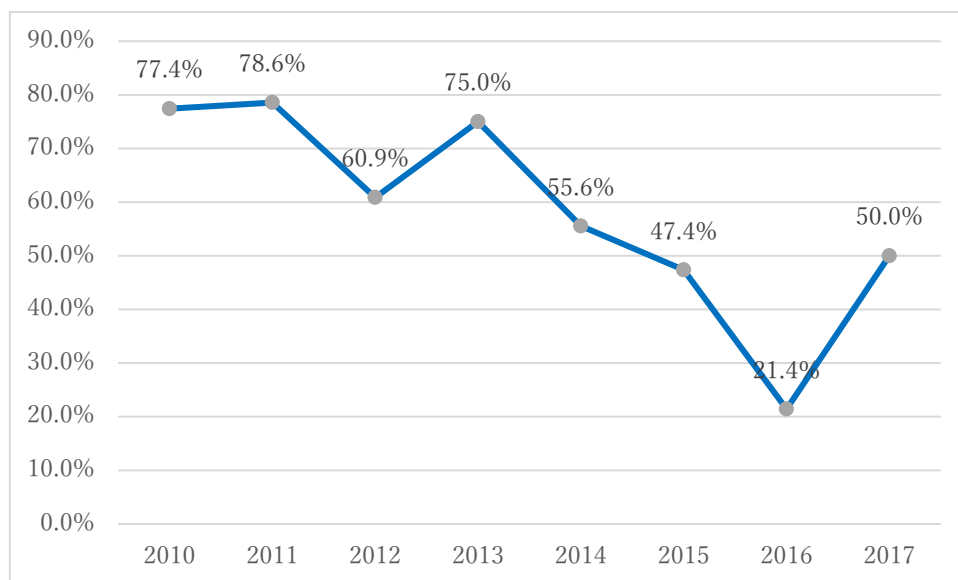
2. 例年の取り組み—2017 年度の未修者教育の改革—

まず、コロナ禍以前に東北大学法科大学院が実施していた「勉強会」への支援プログラムを説明する。これは、2017 年度の4月期に開始したものであり、未修コース1年生（東北大学法科大学院では L1 と表記する）を対象に、3 つ程度のグループに分け、それぞれ修了生の弁護士が担当し、1 年次科目刑法の2回目の授業の予習をテーマにして、法科大学院の授業の予習のやり方、法律学の勉強の仕方や法科大学院での勉強会の開催のコツといったことを教える少人数のセミナー（「修了生オフィスアワー特別回」）を実施した。東北大学法科大学院の L1 学生は原級留置者を含め 18 名程度であるので、1 つあたり 6 名程度が割り振られることになる。

この企画は、2016 年度の L1 学生の進級率が大幅に低下したことに起因する（【表 1】参照）。東北大学法科大学院の L1 の2年次（既修コース1年目と総称して L2 としている）への進級率は、従前、7 割程度（6～8 割の間を推移していた）であったところ、入学定員を従前の 25 名から 20 名へと削減した 2014 年度から 5 割程度にまで落ち込み、2016 年度は 14 名中進級できたのはわずか 3 名、

³ 中室牧子『「学力」の経済学』（ディスカヴァー・トゥエンティワン・2015）62-73 頁参照。

進級率は 21.4% となってしまった。うち 1 名は原級留置者であったため、2016 年度入学者に限定すれば 12 名中 2 名しか進級できないという状況であった。



年度	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2017入学者
学生数	31	28	23	16	18	19	14	18	12
進級者	24	22	14	12	10	9	3	9	7
進級率	77.4%	78.6%	60.9%	75.0%	55.6%	47.4%	21.4%	50.0%	58.3%

【表 1】東北大学法科大学院 L1 学生進級率⁴

そこで、2016 年度末に FD 委員会を中心に「未習者の学業パフォーマンス低下」問題について検討を開始した。FD 懇談会の開催のほか、L1 の必修科目を担当している教員を集め、意見を徴収し、対策を検討するミーティングを開催し、また、成績のみならず、授業評価アンケート等の様々な指標を調査した。そこでは、授業評価アンケートを基準に算出した学生の自習時間が減少していたことが発覚した（【表 2】参照）。この勉強時間の減少というのは、授業担当教員の学生を観察した感想と一致するものであった。

	2014年度前期	2014年度後期	2015年度前期	2015年度後期	2016年度前期	2016年度後期	2017年度前期	2017年度後期
授業1コマ当たりの自習時間	5.33	4.49	6.03	5.43	3.97	4.28	5.97	5.77
1週間当たりの自習時間合計	26.65	44.91	36.19	48.91	23.84	38.51	35.84	46.12

【表 2】東北大学法科大学院 L1 生自習時間

そこで、対応策として、まずは学生の勉強時間を増やすことが必要であるということになり、そのためのアイデアを FD 懇談会等で検討した。そこでは、学生同士で勉強する雰囲気ないし環境に欠けていることが問題だと認識され、学生

⁴ 東北大学法科大学院年次報告書ほかより作成。

同士の勉強会を実施するように仕向けることが提案された。また、東北大学法科大学院には、教員とは別に、授業に関する質問や勉強法に関する相談、書いた答案の添削など学生からの多岐にわたる相談を修了生（司法試験合格者）が受ける「修了生オフィスアワー」という制度がある。この修了生オフィスアワーを担当している修了生の中には、「母校」の危機にこれまで以上に手を貸してくれる方やこれまで以上に法科大学院での教育に関与してくれるであろう方がいるのではないかという意見もでたため、オフィスアワー担当修了生に未修者向けの勉強会の実施をお願いするという方向で結論が出た⁵。

その後、実際にオフィスアワー担当修了生の先生方と相談し、2017年度は以下の4つの企画を実施した。①L1学生を3つに分け、それぞれのグループ（5名程度）を修了生1名が担当し、4月に刑法の第2回目の授業の予習を素材に予習の方法に焦点を当てたセミナーの開催（「予習オフィスアワー」とする）、②L1学生全員を対象に刑法の第2回授業後にどういう復習をすればよいのかを中心に法科大学院での勉強法・法律の勉強法を学ぶセミナーを開催（復習オフィスアワー）、③6月にL1学生を3つに分け、L1学生を対象とする学習支援科目「法律基礎演習」（L1学生を対象に法律学、法的思考力、文章表現力など、法律科目学習に必要な能力の獲得とする授業）の中で出題された民法の事例問題の解答を実際に作成し、それを検討・添削するセミナーの開催（アウトプット・オフィスアワー）、④後期にL1学生全員に加え希望者も対象に、定期試験などで出題される事例問題の解き方についてのセミナーの開催（「事例問題検討の方法」⁶）。

以上の4つの企画は、学生のアンケート結果はいずれも好評であった。そして、2017年度のL1学生は、自習時間の改善にも成功し（【表2】参照）、ほぼ従来の水準に戻った。進級率も元の水準に戻すことに成功し（【表1】参照）、また、予習・復習オフィスアワーの対象であった刑法は全学生が単位を取得できた。

このように概ね成功であったと評価できるものの、個別には反省点も見られた。L1学生には前述の「法律基礎演習」という学習支援科目も設置されていることに加え、アウトプット・オフィスアワーは前期の授業期間に平常授業の予習復習をこなしながら答案を作成するというのはL1学生にとっては負担が大きく参加率が低かったこと、L1学生の多くは「答案の書き方」よりも基礎知識の習得が欠けている点に問題がある中でアウトプットの重要性を指摘する企画は一部の学生を基礎概念の理解・暗記といった取り組むべき課題から目を逸らせており有害無

⁵ このような若手修了生の教育の現場への活用は全国的に法科大学院でも見られることについて中田裕康ほか「座談会・平成の法学教育」法律時報91巻9号（2019）88頁〔中田裕康〕。

⁶ 同企画は、読売新聞（宮城）2017年12月22日朝刊29頁「司法試験合格増に全力」（宇田和幸）で紹介された。

益となっていること等を踏まえ、翌 2018 年度以降は、当初の自主的な「勉強会」の開催につながるような勉強する雰囲気・環境づくりに特化し、予習オフィスアワーに重点を置いて「修了生オフィスアワー特別回」として実施していくこととなった。

3. 並行企画の紹介

なお、本稿で紹介する修了生オフィスアワー特別回以外にも、2020 年度前期に学生同士のネットワーキングをはかる企画をいくつか実施した。①4 月上旬に学生同士でネットワーキングをするためのプラットフォームとして教員側で Slack（グループでメッセージをやり取りするプラットフォーム）の「チャンネル」を学年ごとに作成し、東北大学法科大学院の学生が日々参照するプラットフォームである TKC（多くの法科大学院で採用されている法科大学院向けの LMS〔Learning Management System〕）を用いて告知した（TKC は学生からの情報発信はできない）。②4 月 24 日に在學生（L3 生〔既修 2 年次・未修 3 年次学生〕）主導による Zoom を用いた新入生と在學生のミーティングが開催された。③東北大学全学レベルで在學生が新入生と交流を図るピアサポーター制度の導入⁷。④東北大学全学レベルで法科大学院の新入生を含めた全学生にアドバイザー教員を配当した。

このうち最も機能したのは②新入生と在學生の Zoom ミーティングである⁸。参加任意のイベントであるにもかかわらず、38 名の学生が参加した。これは、在學生の代表者が zoom の主催者となり（開催日の 4 月 24 日は教育機関のアカウント〔末尾が ac.jp のメールアドレスで作成したアカウント〕であれば有料アカウントでなくとも複数人との zoom ミーティングに時間制限のない特別措置があった）、まずは全員が 1 つのミーティングルームに参加し、全体的な説明を行った。その後、在學生 5 名がそれぞれ 1 つずつ zoom のミーティングルームを主催し、予め新入生を 5 つのグループに割り振って、少人数での情報交換会を実施した模様である。教員は冒頭のあいさつに副院長として本稿共著者の 1 名が参加したが、その後はすぐに退室した。法科大学院の勉強に不安を感じている新入生に対し、在學生有志が法科大学院での勉強法、授業の受け方、司法試験に向けた準備などの勉強会のみならず、仙台での生活等、教員や事務には聞きにくいことを含めて

⁷ ピアサポーター制度については東北大学ウェブサイト

（<https://www.tohoku.ac.jp/japanese/2020/05/news20200501-03.html>）参照。同制度は新聞でも報道された。河北新報 2020 年 4 月 24 日朝刊 3 頁「困窮学生らへ 4 億円支援」、河北新報 2020 年 5 月 20 日朝刊 21 頁「給付型の奨学金 学生 3581 人に支給」。

⁸ 新入生と在學生の Zoom ミーティングの内容については、東北大学オンライン授業グッドプラクティス・ウェブサイト（<http://onlg.cds.tohoku.ac.jp/practices/48.html>）参照。

インフォーマルな情報提供を行ってくれた模様である。

これに対して他の企画は目に見えた成果は確認されていない。①Slack のチャンネルは、4 月期に新入生同士の挨拶が数件見られた程度であり、本稿が紹介する修了生オフィスアワー特別回や②新入生と在学生 Zoom ミーティングの告知をするのに用いることはあっても、学生からの投稿はすぐになくなった。これは、純粹に学生のみによるメッセージ交換を LINE 等の他のツールを用いるようになったからであろう。それでも 4 月の混乱期に情報伝達のツールの 1 つとして機能したことは過小評価すべきではないかもしれないが、後述するように、この時期は、新入生への連絡手段が確立していないという問題があり、「とりあえずできることは何でもやる」ということが大事であったというだけであろう。

このほか、③ピアサポーターはピアサポーターとなる学生の決定が 5 月半ば以降で、正式な稼働は 6 月からであり、すでに前期の授業も半ばとなっており、時機を失していた。④担当アドバイザー教員の配当も 4 月末であり、またその業務内容も特に決まっていなかった。

4. 2020 年度の修了生オフィスアワー特別回の内容

2. で紹介したように 2019 年度までは、未修者を対象に法科大学院での勉強の仕方、予習のやり方や勉強会の開催方法などを学ぶ修了生オフィスアワー特別回を実施してきたところ、2020 年度 4 月は新型コロナウイルス感染拡大の問題に伴い、これまでのように参集式で行うことができなかった。仮に実施するのであれば、授業同様、オンラインで実施する必要が生じた。また、コロナ禍においては、自主的な勉強会の開催が困難であるのは未修者に限られない。そこで、2020 年度は、これまで L1 生を対象に実施してきた修了生オフィスアワー特別回の企画を、既修者コースの 1 年生を含む L2 生にも実施することにした⁹。

オフィスアワー担当修了生とオンラインで、Zoom や Meet の利用法を確認しながら、その内容を相談した。その結果、L1 生については従来通り法律基本科目の刑法の第 2 回の予習、L2 生については法律基本科目の基幹刑法の第 2 回の予習を素材にすることとし、L1 生については 3 つのグループ、L2 生については 8 つのグループに分けて少人数のセミナーを実施することにした。L1 についてはオフィスアワー担当修了生の中で未修コース出身の 3 名の修了生が担当し、L2 については担当修了生 4 名全員がそれぞれ 2 回ずつ担当することになった。

実施した内容は、刑法・基幹刑法の第 2 回目に向けて予習がちゃんとできてい

⁹ 2020 年度の修了生オフィスアワー特別回の概要については東北大学オンライン授業グッドプラクティス・ウェブサイト (<http://onlg.cds.tohoku.ac.jp/practices/49.html>) も参照。

るのかの確認を素材に、法律の勉強をどうやって進めるのかについて学ぶというものであり、参加学生からの質問などにも応じることができるよう細部は担当修了生の裁量にゆだねた。実際に実施した内容のいくつかを以下に紹介する。

(1) 未修1年次(L1) 学生向け修了生オフィスアワー特別回の内容

L1 向け修了生オフィスアワーの特別回の参加者数は 11 名であり、L1 全学生 19 名から比べると出席率は 57.9%であった(【表 3】参照)。2020 年度新入生に限れば出席率は 78.9%と高率である。例年、L1 新入生の修了生オフィスアワー特別回への出席率はほぼ 100%であることを考えると低いものがあるが、オンライン化によるロジスティックスの煩雑さを考えると、それでも高率といってよいものと思われる。

他方で、原級留置者(いわゆる「留年」)の出席率は 0%というのも例年通りである。これは、一つには原級留置者が 4 月期に新入生と一緒に勉強することへの気恥ずかしさのようなものがあるのかもしれないが、それよりも、同一内容の修了生オフィスアワー特別回を対面式で前年度開催しているからであり、また、対象科目である刑法の単位は前年度履修済みであるため 2020 年度に刑法の授業を履修しない学生も含まれているといった理由が大きいと考えられる。学生間のネットワークキング・勉強し合う雰囲気・環境づくりに主眼があるのであれば、原級留置者も参加しやすいように特定の授業を対象にすべきではないという考え方もあろう。だが、他方で、L1 学生は必修科目(法律基本科目)の学習だけで精いっぱいであるところ、学習支援として、法律基本科目のカリキュラムと全く無関係に教育内容が提供されれば、その分、法律基本科目の予習復習に割く時間が減少し、法律基本科目の習得の程度が下がるという事態も引き起こしかねないという問題もある。オリジナルな負担を課すような教育プログラムは本当にフォローが必要な法律基本科目の予習復習が満足にできていない学生にとって望ましくないと考えている¹⁰。

	全学生数	参加学生数	出席率
L1 学生数	19	11	57.9%
2020年度新入生	14	11	78.6%
原級留置学生	5	0	0.0%

【表 3】L1 学生出席率

¹⁰ この点は、前述の 2. で紹介した 2017 年度の様々なプログラムで確認したことである。6 月期に実施したアウトプット・オフィスアワーの参加率が低下した理由で最も大きかったのは、授業期間中の学生は通常授業の予習復習で忙しく答案作成の時間が十分にとれないというものであった。

【担当修了生 A】

- ・ 法科大学院での勉強の仕方等一般について（50 分程度）
 - 司法試験の科目や日程等
 - 法科大学院で身につけるべき能力は
 - 教材の選び方
 - 自主ゼミ
 - オフィスアワーの利用の仕方
 - 法科大学院における予習復習の仕方
 - 法的三段論法
 - 定期試験対策 など
- ・ 刑法の予習の仕方（40 分程度）
 - 刑法の勉強の仕方
 - L1 刑法第 2 講「実行行為と危険概念」を題材とした、法科大学院における予習の仕方

【担当修了生 B】

- ・ 法律の適用例について（刑法を素材に）
- ・ 法的三段論法について
- ・ 教科書の読み方について
- ・ 勉強会の進め方について
- ・ 刑法第 2 回の授業内容について（特に、法的三段論法を意識した説明方法について）

【担当修了生 C】

- ・ 学生の自己紹介
- ・ 弁護士作成の資料を基に勉強の仕方、予習ゼミの疑似体験
 - 一般的な勉強の仕方
 - 「評価対象の摘示→規範定立→事実の評価→結論」
 - 勉強会について
 - 予習ゼミの疑似体験
 - 修了生オフィスアワー制度の紹介

セミナーの内容を見ると、刑法第 2 回目の授業の予習に限定せず、幅広く勉強の仕方について情報提供をし、相談に乗ってくれていることがうかがえる。その

中でも、法的三段論法の重要性の指摘¹¹⁾のほか、東北大学法科大学院からは、基本概念の理解・暗記の重要性について指摘するように依頼した。法科大学院教育における一般的な弱点として「答案練習ができない」「実際に答案を書けるようにならない」といった論述能力の涵養を看過してきてしまったことが問題視され、2019年には専門職大学院設置基準・連携法（法科大学院の教育と司法試験等との連携等に関する法律）が改正され、法科大学院の授業に「論述の能力」の涵養が求められることが明文で規定される事態となった（専門職大学院設置基準 20 条の 3 第 2 項括弧書・20 条の 5、連携法 4 条 2 号）。このような批判は、東北大学法科大学院の教育にも少なからず妥当するとことがあろう。しかしながら、東北大学法科大学院での調査では、L1 の進級ができるかできないかのレベルの学生は、論述ができないので期末試験が解けないのではなく、基本概念の習得が不十分であることに原因があった。にもかかわらず、L2 以上の学生や成績優等生に感化されてか、学生側は「答案練習が足りない」と思い込んでおり、基本概念の習得という自身の喫緊の課題から目を逸らしているという問題があった¹²⁾。

(2) 既修 1 年次・未修 2 年次 (L2) 学生向け修了生オフィスアワー 特別回の内容

L2 生向けについてはいくつかの回で出席者をカウントできていないため、出席者数の完全な把握はできていない。しかし、それでも、L1 よりも高い出席率が確認されている（【表 4】参照）。

	全学生数	参加学生数	出席率
L2 学生数	53	40	75.5%
(うちカウント分)	47	40	85.1%
2020 年度既修新入生	38	32	84.2%
原級留置学生	9	2	22.2%
未修からの進級者	7	6	85.7%

【表 4】L2 学生出席率

¹¹⁾ 法科大学院の学生が事例問題を解くにあたっての「法的三段論法」の意義と重要性を指摘するものとして西内康人「事例問題の特徴」法学教室 477 号（2020）41—42 頁参照。

¹²⁾ このことも 2. で紹介した 2017 年度に実施した一連のプログラムで確認した。具体的には、授業「法律学基礎演習」で解説した問題を、その後、事例問題とし、答案を書かせてみたところ、L1 学生も十分な論述をすることができたことが分かった。しかしながら、対象科目である民法の期末試験では、十分な論述ができない答案が多く、その主な原因は基本概念の習得不足によるものであった。にもかかわらず、L1 学生から最も強かった要望は「答案の書き方のセミナーをやってほしい」というものであった。

【担当修了生 A】

- ・ 法科大学院での勉強の仕方等一般について（20 分程度）
 - 教材の選び方
 - 自主ゼミ
 - オフィスアワーの利用の仕方
 - 法科大学院における予習復習の仕方
 - 法的三段論法
 - 定期試験対策 など
- ・ 刑法の予習の仕方（50 分程度）
 - 刑法の勉強の仕方
 - L2 基幹刑法第 1 講「正犯と共犯」を題材とした、法科大学院における予習の仕方

【担当修了生 B】

- ・ 法的三段論法について（条文の文言の指摘の重要性、解釈→あてはめの順序の重要性、事実を抽出して評価することの重要性を含む）
- ・ 法律文書の起案方法（刑法答案の書き方を例に、特に法的三段論法の重要性を強調）
- ・ L2 としての刑法の学習方法について
- ・ 勉強会の進め方について（特に、相互に文章を添削し合うべきことについて）
- ・ 刑法第 2 回の授業内容について（但し、触れる程度）

【担当修了生 C】

- ・ 学生の自己紹介
- ・ 弁護士作成の資料を基に勉強の仕方、予習ゼミの疑似体験
 - L2 で求められる法律学のレベル（事案の処理）
 - 一般的な勉強の仕方
 - 「評価対象の摘示→規範定立→事実の評価→結論」
 - 勉強会について
 - 予習ゼミの疑似体験
 - 修了生オフィスアワーの紹介

L2 生に向けても、L1 生同様、法律基本科目である基幹刑法の予習にとどまらず、一般的な法科大学院での勉強法について幅広く情報提供・相談がなされた。

中でも、論述の方法である法的三段論法の重要性の指摘がなされ、2019 年改正専門職大学院設置基準の求める「論述能力の涵養」を修了生オフィスアワーが担っている現状が示されている。

5. 実施上の困難

本企画を実施するにあたり、いくつかの困難があったのでそれを紹介したい。それらの大本は、学生同士のネットワークが全くないという点にある。

具体的には、まず、勉強会の存在を新入生に伝達する方法がないということがあった。在学生であれば東北大学法科大学院のプラットフォームである TKC の閲覧はほぼ日課となっているが、新入生は TKC を毎日チェックするような習慣がついていないとは限らない。しかも、2020 年度は授業の完全オンライン化に伴い、授業動画を録画し受講できなかった学生等が閲覧できるようにアップロードすることになったところ、TKC に当該授業動画をアップロードするような仕組み・容量はなく、東北大学と Google 社との G Suite 契約に基づき、Google 上の Classroom にアップロードすることとなり、今年度は、プラットフォームが従来の TKC から Google Classroom へと移りかねない状況であり、「TKC での確認が日課」という慣習が今後は維持されるか定かではなかった。電子メールについても、新入生には東北大学アカウントによるメールアドレスを発行したばかりの段階であり、その利用法について十分な習熟がなされていない状況であった。例年、4 月に実施しているガイダンス（新入生オリエンテーション、履修指導）のように、一度でも対面で集まる機会があれば、告知できるのであるが、2020 年度はこの手のガイダンス系のイベントもすべてオンラインとなっており、新入生の中でもインターネット機器等に習熟していない学生は十分に情報をキャッチアップしているか不安があった。そこで、TKC、電子メールのほか、2. で紹介した Slack のチャンネルなど、できうる限りの方法で情報提供を行った。

次に問題となったのが、オンラインでオフィスアワーを実施する場合のアプリケーションをどうするのかという問題であった。本企画は 4 月上旬ないし半ばから計画されていたところ、当時は、東北大学法科大学院のある仙台市の新型コロナウイルス感染者はまだ少なく、緊急事態宣言の対象となっていなかったため、当地の弁護士の日常業務はまだ完全オンライン化はなされていなかった。当地の弁護士にオンライン会議システムとしてよく利用されていたのは裁判所とも契約関係にある Microsoft 社の Teams であり、東北大学が利用している Google Hangouts Meet¹³や法学研究科・法科大学院が利用している Zoom の利用は普及

¹³ なお、東北大学では 2020 年後期から、Meet の機能制限（人数制限、録画動画のダウン

していなかった。参加する学生に修了生オフィスアワー特別回のためだけに新たなアプリケーションをダウンロードしてもらい、その利用法を習熟してもらうのは、手続コストが高くなり、学生の参加率低下を招きかねない。そこで、最終的には、学生に Teams を利用させるのではなく、担当修了生に Zoom あるいは Meet の利用をお願いすることになった。今回の企画の打ち合わせとして、Zoom で担当修了生と副院長とで Zoom や Meet を用いたミーティングを行うことで、担当修了生に Zoom の利用法を習熟していただいた。もちろん、2020 年 9 月現在においては、仙台市の若手弁護士にとって Zoom の利用の習熟はもはや当然のこととなっており、将来、同じ課題が発生することはないと思われる。

また、2020 年 4 月は、前述のように Zoom は教育機関のアカウントを有していれば無料アカウントでも機能制限（3 名以上参加のミーティングでも 40 分の時間制限解除）がなされており、また、操作方法も比較的容易であることから、Zoom で実施をすることとなった。しかしながら、担当修了生は弁護士であり、東北大学のアカウントを有しているわけではないため、Zoom でオフィスアワーを実施するにあたり、ミーティングルームの設定を教育機関のアカウントを有している学生にしてもらう必要があった。これが、上記の学生への連絡ができないこと、学生同士で連絡してもらおうにも学生間のネットワークがないことという問題から、なかなかうまくいかなかった。依頼内容を理解し、所定の時間帯に Zoom のミーティングを設定し、そのミーティングの URL を担当修了生あるいは他の教職員に電子メール等で伝えるといった業務を行うには、ある程度のリーダーシップや最低限度の IT に関する基礎的素養が必要であるところ、司法試験準備に特化して勉強している法科大学院の学生の中で、どの学生であれば問題なく依頼できるのか、といった判断を新生相手に行うのは法科大学院・教員には難しかった。結局、学生証番号順に並べて機械的にミーティングルーム設定の学生を割り振ったものの、機能したところと機能しなかったところが生じた。これが、既に学生間のネットワーキングがある程度なされていれば、こういった業務に向いている学生に依頼することも可能となろうし、予め指定した学生がこういった業務に不向きであれば、他の学生が代わりにやってあげる、ということがなされていたはずである。だが、2020 年度 4 月期は当初より一切、対面式で人間関係を形成する機会がない中での運営であったため、トラブルは避けられなかった。それでも、なんとか、すべてのグループでオフィスアワーを実施できた。

そのほか、オンライン化とは無関係な細かい点として、こういった任意参加のプログラムを実施するにあたり、正規授業の時間割との調整（単に同時間帯に授

ロード制限）がなされ、他方で、2020 年 7 月から Microsoft 社とのライセンス契約が発効したことから、オンライン授業のアプリケーションとして Meet から Microsoft Teams への変更がなされた。

業があるというだけでなく、理想的には予習復習に必要な時間も考えることが望ましい) が相変わらず手間となった。

6. 担当修了生からのフィードバック

(1) 未修 1 年次 (L1) 学生向けオフィスアワー特別回

担当修了生からの実施報告書をまとめると以下のような指摘があった。

オフィスアワーで実際に集中的に取り扱われたのは「勉強法」と「法的三段論法」であった。「勉強法」に関しては、論述能力もさることながら、L1 生には基本概念の理解暗記が必要であることを重点的に話していただいた。そのほか、勉強会の開催や修了生オフィスアワーの利用をすすめた。また、法律学の論述方法として、「法的三段論法」による論述が重要であるところ、学生からはまだその内容を理解できていないことへの不安が示されている。

問題点として指摘されているのは、学生がカメラをオンにしてくれない場合があり、その場合に、学生の反応がわからず、どの程度理解しているのか従来以上に不明であるという点であり、正規授業のオンライン化における問題として指摘されていることと共通する。そのほか、完全未修者の学生などコロナや完全オンライン化によって今後どのように勉強していけばよいのかという不安が平時にも増して高まっているという指摘があった。

(2) 既修 1 年次・未修 2 年次 (L2) 学生向けオフィスアワー特別回

L2 学生でも「勉強法」と「法的三段論法」にかなりウェイトが割かれた。特に、L2 学生は、L1 学生と比較しても、より論述の能力涵養が重要な課題となっているため法律文書の起案方法を重点的に学んだ。他方で、L2 学生にも基本概念の暗記も必要であることを強調した。

L1 学生と同様、学生がカメラをオフにされると反応がわかりにくく、オフィスアワーがやりにくかったところ、カメラをオンにするように依頼すれば、全員ではないにしても多くの学生がカメラをオンにしてくれて、学生の反応もわかりやすくなった。また、グループによって、学生から活発に質問が出るグループと出ないグループとに分かれた。

L2 学生の中には、学部生時代にすでに学生同士の勉強会を経験している者もあり、勉強会の推奨とオンラインでも勉強会が可能であることを紹介した。そして、実際に勉強会の開催に向けて具体的な相談が行われたオフィスアワーもあった。他方で、そのまま開催の方向に話が進んだところがあれば、開催を提案する学生

に対して、「誰がどのくらいできるのか分からない」、「個々人のキャラクターも分からないため即答できない。」という不安を述べる学生が多く、直ちに開催には向かわなかったところもあり、オンラインのみでの学生間のネットワーキングが直ちには難しいことをうかがわせる。

学生からの質問としては、平均的に評価されやすい答案はどのように訓練できるか、教員間や教科書間で異なる説明がなされているところはどちらを選べばよいかといった直近の勉強や司法試験を念頭に置いたものもあれば、実務上役立つ選択科目はあるか、コロナウィルスによって実務に変化はあるのかといった、実務家である弁護士が担当しているからならではの質問もあった。通常時の修了生オフィスアワーについても関心があり、特に、学生が作成した答案の添削に対するニーズがあることを感じた。

そのほか、オンライン化に伴いレジュメの配布方法等ロジスティックスの細かな点に不具合があった。

7. 学生からのフィードバック

本プログラムに関する学生からのフィードバックは以下のようなものであった。期末試験（オンライン授業のためレポートが中心であった）後の調査であり、実施から時間がたってしまったことと、オンライン調査であったことから、回収率は低率にとどまっている。L1 生からは 7 件、L2 生からは 18 件と回答率は 30% 半ばと低率にとどまっている（【表 5】参照）。

	学生数	回答数	回答率
L 1	19	7	36.8%
L 2	53	18	34.0%
合計	72	25	34.7%

【表 5】アンケート回収率

(1) 未修 1 年次 (L1) 学生からのフィードバック

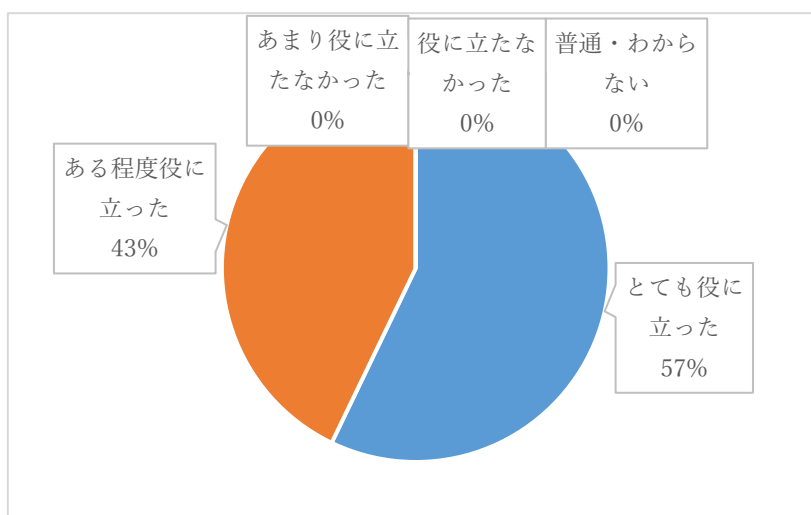
L1 学生のうちアンケート提出に協力してくれた学生は全員 2020 年度入学者（新入生）であり、オフィスアワー参加者であった（【表 6】参照）。

入学年度	人数	出身学部	人数
2020年度	7	法学部	4
2019年度 (原級留置)	0	法学部以外の文系学部	2
		それ以外	1

オフィスアワー特別回への参加	人数
参加した	7
参加していない	0

【表 6】アンケート提出学生の属性 (L1)

「修了生オフィスアワー特別回は勉強を進めるうえで役に立ちましたか？」という質問には、「とても役に立った」「ある程度役に立った」という回答しかなく（【表 7】参照）、対面式で実施してきたこれまでと同様、教育プログラムとして好評であることを示している。

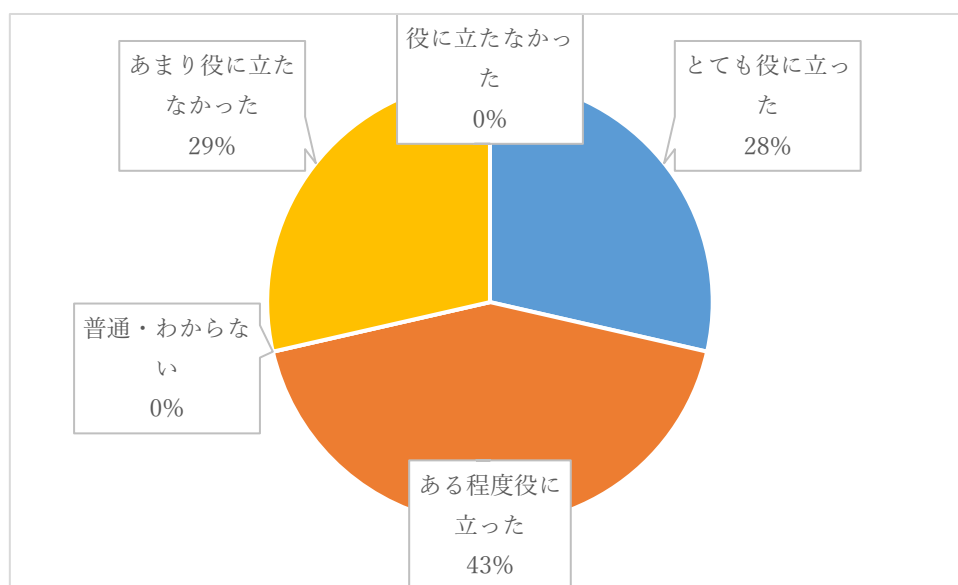


	人数
とても役に立った	4
ある程度役に立った	3
普通・わからない	0
あまり役に立たなかった	0
役に立たなかった	0

【表 7】勉強への有用性評価 (L1)

これに対して、「修了生オフィスアワー特別回はクラスメートとのネットワーキング（知り合いを作る・仲良くなる）の点で役に立ちましたか？」という質問

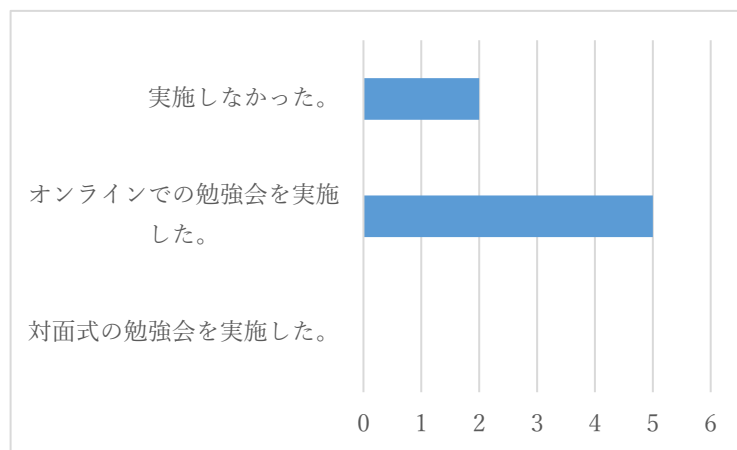
に対しては、「とても役に立った」「ある程度役に立った」という回答で 70% を占めるものの、「あまり役に立たなかった」という回答も多くみられた。オンラインでの少人数セミナーという企画が有用であるとしても、決して万能薬ではなく、限界もあることが示唆される。



	人数
とても役に立った	2
ある程度役に立った	3
普通・わからない	0
あまり役に立たなかった	2
役に立たなかった	0

【表 8】ネットワーキングへの有用性評価（L1）

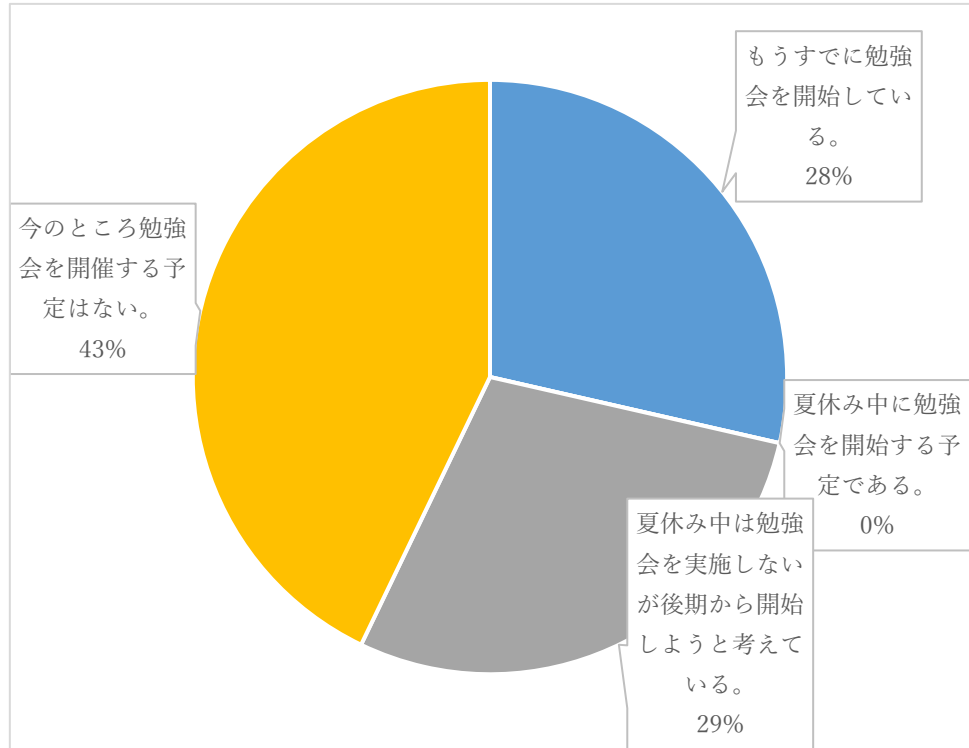
それでは、結果として、勉強会（自主ゼミ）を実施しているのか。まず、「前期の授業期間中・試験期間中にオンライン・対面問わずに（修了生オフィスアワー特別回以外に）学生同士による自主的な勉強会（試験の準備会等も含む）を実施しましたか？」という質問には、7 人中 5 名がオンラインで勉強会を実施したということである（【表 9】参照）。今回の調査にあたり、最大の欠点は、従来、どの程度「勉強会」（自主ゼミ）を実施してきたのかについて正式な調査がなされたことがないという点があり、オンライン以前との比較ができない。しかしながら、在学生への聞き取り調査によると、近時の L1 生が学生同士の勉強会を開催する例はあるものの、ごく少数で 1 グループ程度とされている。この情報が仮に正しいならば、本年度は例年よりも勉強会の開催が積極的であったと評価できる。



	人数
対面式の勉強会を実施した。	0
オンラインでの勉強会を実施した。	5
実施しなかった。	2

【表 9】前期期間の勉強会開催実績（L1）

次いで、「これから学生同士での自主的な勉強会（オンライン・対面いずれでもよい）を始める予定はありますか？」という質問に対しても7名中4名が「もうすでに勉強会を開催している」「夏休み中は勉強会を実施しないが後期から開始しようと考えている。」と回答しており（【表 10】参照）、勉強会の開催に向けて例年より積極的な態度がうかがえる。



	人数
もうすでに勉強会を開始している。	2
夏休み中に勉強会を開始する予定である。	0
夏休み中は勉強会を実施しないが後期から開始しようと考えている。	2
今のところ勉強会を開催する予定はない。	3

【表 10】 今後の勉強会開催の予定（L1）

そのほか修了生オフィスアワー特別回に関する自由記載欄には以下のような回答があった。

- ・ オフィスアワーがどういうものか理解できた。
- ・ 予習のやり方が勉強になった。また、法律文書を書く上で必要な考え方についても勉強になった。
- ・ 勉強の方針に迷っていたところ、筋道を示していただいて参考になりました。
- ・ 具体的には、「授業は復習中心にすべき」とか、「学生同士の勉強会の重要性」などについて実体験から説明いただいたこと。

(2) 既修 1 年次・未修 2 年次 (L2) 学生からのフィードバック

L2 学生の中でアンケートを提出してくれた学生は 18 名であり、修了生オフィスアワー特別回に参加しなかった学生も 2 名提出してくれた。また、出身大学は東北大学とそれ以外の大学とが 50% ずつであった (【表 11】参照)。

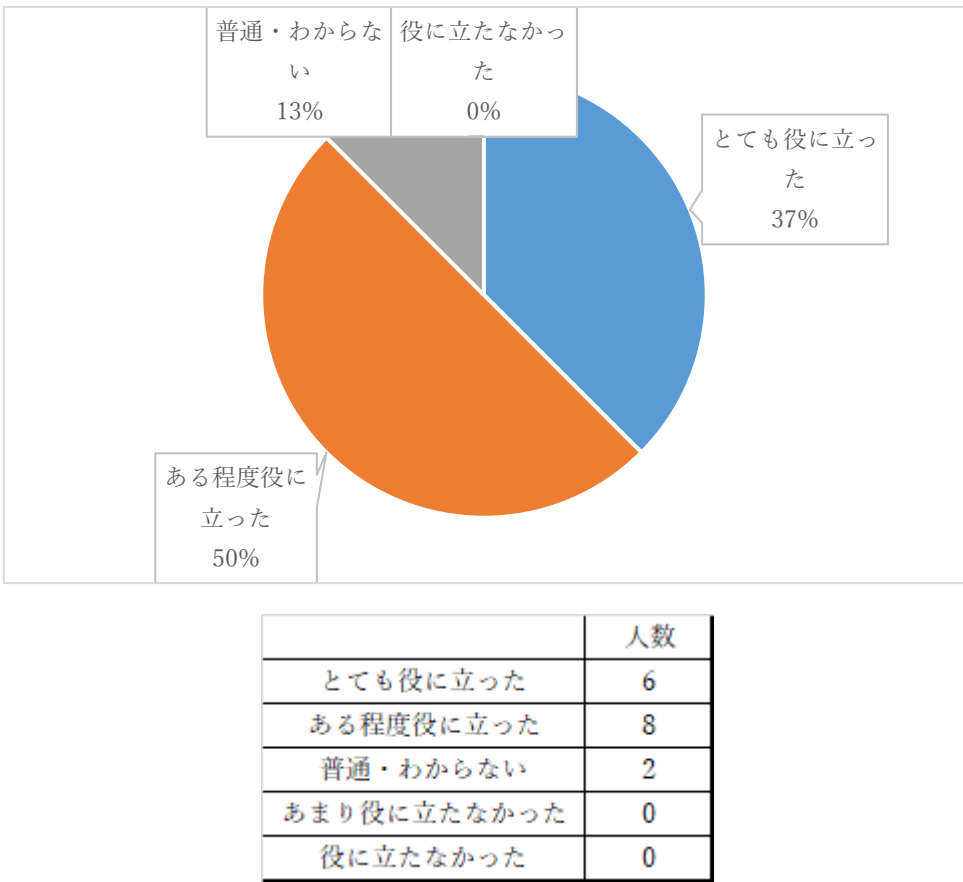
欠席理由は、「内容から判断して自分には必要ないと思った」と「通信環境の不良」が 1 名ずつであった。前者は、L1 からの進級学生の中で、(対象科目である刑法については) すでに勉強会を開催しているため欠席する旨の申し出もあったところであり、L1 から進級した L2 生のうち、既に勉強のサイクルにのっている学生はこの企画のメインターゲットとならないことが認識できた。

入学年度	人数	出身大学	人数
既修入学・2020年度	14	東北大学	9
既修入学・2019以前 (原級留置)	2	東北大学以外	9
未修入学	2		

オフィスアワー特別回への参加	人数
参加した	16
参加していない	2

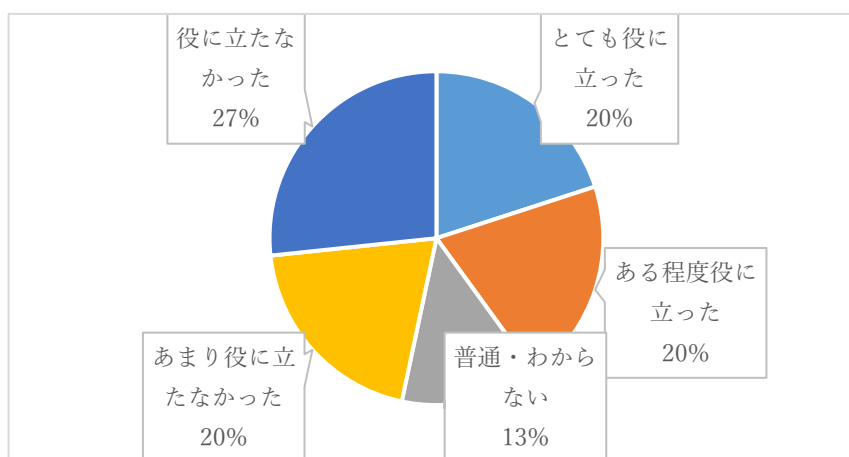
【表 11】アンケート提出学生の属性 (L2)

「修了生オフィスアワー特別回は勉強を進めるうえで役に立ちましたか？」という質問には、「とても役に立った」「ある程度役に立った」という回答で 8 割強を占めており (【表 12】参照)、L1 生ほどではないにしても教育プログラムとして有用であることが示唆されている。「普通・わからない」という回答も一定あるものの、「修了生オフィスアワー特別回」の企画は、これまでの L1 生のみならず、L2 にまで拡大させてもよいのではないかという方向に議論が進んでくる。



【表 12】勉強への有用性評価（L2）

これに対して、「修了生オフィスアワー特別回はクラスメートとのネットワーキング（知り合いを作る・仲良くなる）の点で役に立ちましたか？」という質問に対しては、L1 生以上に厳しい評価がされている。「とても役に立った」「ある程度役に立った」という回答もあるものの、それ以上に、「あまり役に立たなかった」「役に立たなかった」という回答が多かった（【表 13】参照）。オンラインでの少人数セミナーは、全く効果がないわけではないものの、やはりネットワーキングを目的とした場合の効果は限定的であることに留意すべきこととなろう。

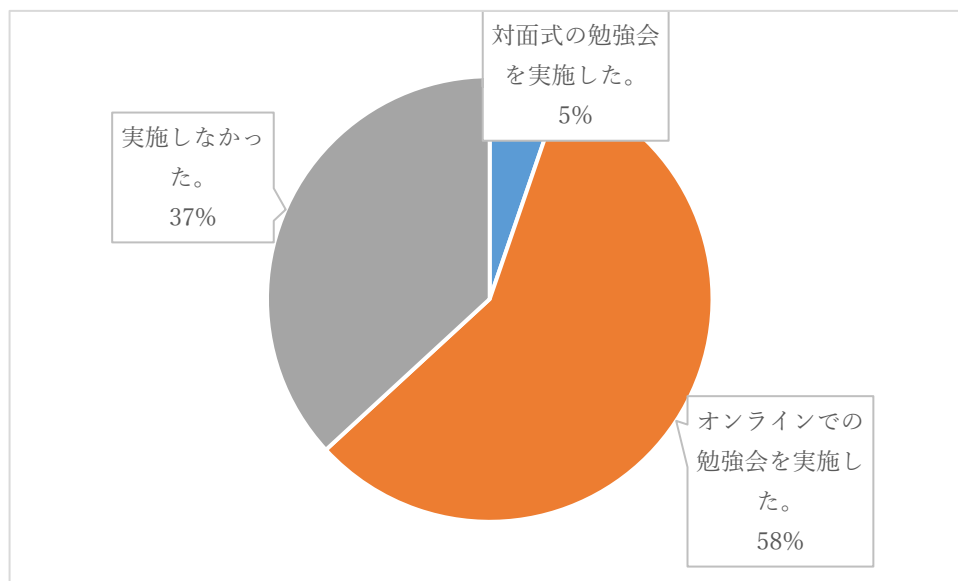


	人数
とても役に立った	3
ある程度役に立った	3
普通・わからない	2
あまり役に立たなかった	3
役に立たなかった	4

【表 13】 ネットワーキングへの有用性評価 (L2)

「前期の授業期間中・試験期間中にオンライン・対面問わずに（修了生オフィスアワー特別回以外に）学生同士による自主的な勉強会（試験の準備会等も含む）を実施しましたか？」という質問には、18 人中 12 名が勉強会を実施した（うち 1 名は対面式で実施した）と回答した（【表 14】参照）。在学生への聞き取り調査によると、近時の L2 生が学生同士の勉強会を開催する割合は 6 割程度ではないかとのことであったので、本調査は、コロナ禍でも従来と同様の勉強会の開催がなされていたと推測される。

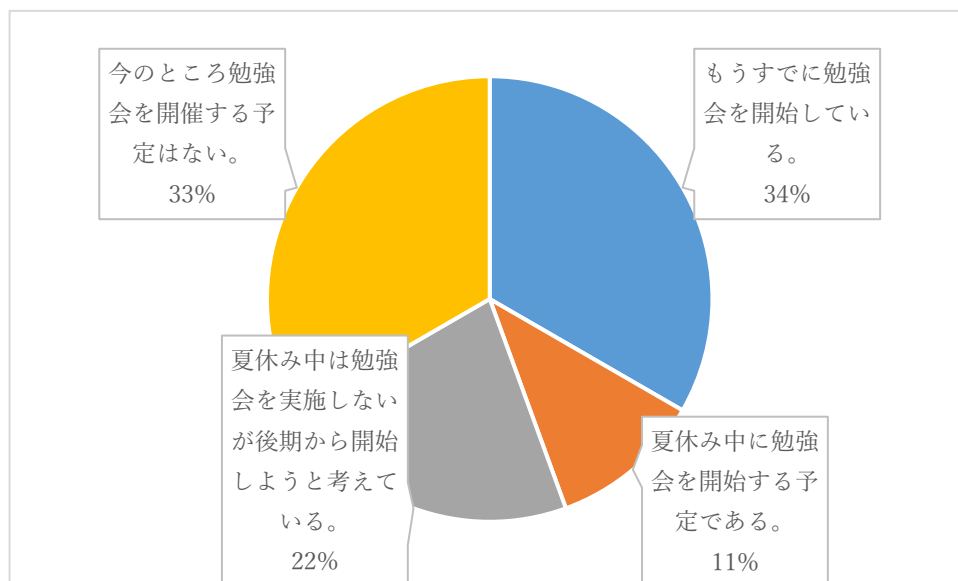
特に、学部時代から実施していた勉強会を継続することの多い東北大学出身者（今回の調査では 9 名中 6 名が前期期間中に勉強会を実施したと回答）とは異なり、東北大学以外の大学出身者は、全く新しい人間関係の中、完全オンライン化で勉強会を開催できるようなネットワーキングができないのではないかという点が心配されていた。しかしながら、東北大学以外の大学出身の L2 生も 9 名中 5 名（うち 3 名は 2020 年度既修コース入学者、1 名は原級留置生、1 名は未修からの進級者）がすでに勉強会を実施したと回答しており、勉強会の形成については、コロナ禍でも従前どおりに行われたと理解できる。



	人数
対面式の勉強会を実施した。	1
オンラインでの勉強会を実施した。	11
実施しなかった。	7

【表 14】2020 年前期勉強会の開催実績（L2）

「これから学生同士での自主的な勉強会（オンライン・対面いずれでもよい）を始める予定はありますか？」という質問に対しては 18 名中 6 名が「もうすでに勉強会を開催している」、2 名が夏休みから、4 名が後期からの開催を予定しており（【表 15】参照）、L2 生は、例年同様、勉強会開催に向けて動いていることがうかがえる。



	人数
もうすでに勉強会を開始している。	6
夏休み中に勉強会を開始する予定である。	2
夏休み中は勉強会を実施しないが後期から開始しようと考えている。	4
今のところ勉強会を開催する予定はない。	6

【表 15】 今後の勉強会開催計画 (L2)

そのほか、L2 学生から修了生オフィスアワー特別回に寄せられた自由記載欄の意見は以下の通りである。

- ・ 短答問題演習の重要性や、自主ゼミで何をするとよいかを知ることができました。
- ・ 知り合いを作ることができた
- ・ 自分で用意した予習課題の内容が十分であるか不安でしたが、具体例を示していただいたことで以降の講義の準備も不足なく、また、予習に時間をかけすぎることなく学習を進めていくことができました。
- ・ 予習・復習・自主ゼミのやり方
- ・ オフィスアワーを利用するイメージが湧きやすくなった点。顔見知りの学生がやや増えた点。
- ・ 刑法の予習の仕方がわかったこと

- ・ グループ内で勉強会を組むきっかけになった
- ・ 予習の仕方を教えてもらえたこと。
- ・ 周囲の学習の状況を聞けて、自分と比較し危機感が持てた
- ・ 勉強会のやり方を細かく教えていただけた
- ・ 予習・復習・自主ゼミのやり方
- ・ 勉強方法に関する情報などが得られた。

8. 総括

冒頭に述べたように、修了生オフィスアワー特別回には、①L1 生・L2 生の新入生・進級生のネットワーキング、②オンラインで「勉強会」の実施、③勉強する環境・雰囲気作りという 3 つの目標があった。そして、結果として、②「勉強会」の実施については、L1 生については例年以上、L2 生についても例年通りの結果を残すことに成功した。しかしながら、学生からの評価として、修了生オフィスアワー特別回自体が①学生のネットワーキングに有用だったか否かの評価については、肯定的な評価も有力であるものの、必ずしも全員から高く評価されているわけではない。

これは、学生自身が評価を誤っているという可能性もあるが、それよりも、勉強会開催の素地として必要になる①学生のネットワーキングについては、2. で紹介した本企画とは別の企画であるところの学生主導の「新入生と在学生の Zoom ミーティング」が寄与してくれたのではないかと思われる。つまり、本企画と新入生と在学生の Zoom ミーティングイベントとが相補性(complementarity)があり、これによって対面式と同様ないし従来以上の勉強会形成へのモメントとして機能したと思われる。この結論は、一方ではオンライン授業やセミナーの①学生間へのネットワーキングへの寄与には限界があることを示すものの、他方では、オンラインであっても、狭義の教育プログラムにこだわらないことで、対面式教育における人間関係形成へのある程度の代替性(substitutability)を果たしうることを示唆する。そして、コロナ禍が収束したとしても、教育のオンライン化が進んでいった場合に、従来の教育プログラムを 1 対 1 にオンライン化するのではなく、対面式では実施していなかった新たなプログラムを発案するなどの工夫の大事さを示唆してくれる。

なお、本稿は、学生間の勉強会開催を無条件に肯定的に評価しているかのように議論を進めているが、ピア・エフェクトが常にプラスの効果をもつわけではなく、場合によっては望ましくない場合もある¹⁴。オンラインか否かに拘らず、ど

¹⁴ 中室・前掲注(3)文献 66-67 頁、70 頁には、レベルの高すぎるグループに無理に入れる

ういう形で勉強会をすすめるのがいいのかについても調査・検討を進めるべきであろう。

ことや問題を抱える子どもを放置しておいた場合の負のピア・エフェクト、習熟度別学級にした場合に子どもの学齢が低いと格差が拡大し平均的な学力も下がってしまうことなどが指摘されている。

コロナ禍での勉強会の試み

東北ローレビューVol.8

2020 年 11 月 30 日 発行

編集・発行 東北ローレビュー編集委員会

〒980-8576 仙台市青葉区川内 2-7-1

東北大学大学院法学研究科内

TEL 022-795-6171 (研究補助室)

© 2020 国立大学法人東北大学大学院法学研究科