

# 建設アスベスト訴訟における 建材メーカーの責任（再論）

——大阪判決・京都判決の検討を中心に——

吉 村 良 一\*

## 目 次

1. はじめに
2. これまでの裁判例
3. 大阪判決と京都判決の検討
4. おわりに

## 1. はじめに

2005年のいわゆるクボタショック以降、アスベスト被害の救済を求める民事損害賠償訴訟（国家賠償訴訟を含む）が多数提起されている。本稿は、これらの訴訟のうち、建設アスベスト訴訟について、今年（2016年）の1月22、29日に相次いで言い渡された大阪地裁判決と京都地裁判決の検討を行うものである<sup>1)</sup>。

建設アスベスト訴訟とは、アスベスト含有建材を使った建設作業に従事した労働者ら（建設作業に自らも従事する事業者らを含む。以下、建設作業従事者）が、国とアスベスト含有建材のメーカーを相手に起こした損害賠償訴訟であり、全国各地で争われている。そして、これまですでに、横浜地裁（平成24年5月25日訟務月報59・5・1157）、東京地裁（平成24年12月5日判例時

---

\* よしむら・りょういち 立命館大学大学院法務研究科教授

報 2183・194）、福岡地裁（平成26年11月7日 LEX/DB25505227）で判決が言い渡されており、今回の両判決は4つめと5つめに当たる。国の責任についての検討は別の機会に譲り、本稿では、建材メーカーの責任に絞って、両判決の特徴、その意義と問題点を検討することにした。

なお、その前提として、建材メーカーの責任を考える上で留意すべき本件の特徴について述べておきたい。本件においては、アスベスト含有建材を使った作業で多くの建設作業従事者に深刻な被害が発生しており、また、アスベスト含有建材を製造販売して利益を得ていたメーカーが存在し、それらメーカーの建材が建設現場における建設作業従事者のアスベストへの曝露という危険状態の創出に（少なくともその一部に）何らかの程度において寄与している可能性が高い。しかし、このような構造があるにもかかわらず、アスベスト含有建材を製造販売した建材メーカーが複数存在するため、当該原告のアスベスト曝露の原因となった建材とそのメーカーを特定することは容易ではない。さらに、建設作業従事者は、いくつもの作業現場を転々として作業に従事することが一般的であるため、どのメーカーの建材に含まれたアスベストが当該原告が働いていた建設現場におけるアスベスト汚染という危険状態を作り出したか、また、どの程度において作り出したか（個別的な因果関係）の証明が一層困難である。それでは、この場合、個別的な因果関係が証明されないからといって、メーカーが何らの法的責任をも負わず、被害者に救済が与えられないという結果に問題はないのであろうか。複数原因者の責任に関する考え方（民法719条のいわゆる「共同不法行為論」）を活用する可能性はないのか。この点に、本件における建材メーカーの責任を考える上での中心的な論点が存在するのである。

## 2. これまでの裁判例

### (1) 主要な論点

建設アスベスト事件における建材メーカーの責任について、個別的な因

果関係証明の困難を克服するために共同不法行為に関する民法の規定(719条1項)を使う場合、まず問題となるのは、被告メーカーが共同して不法行為を行ったと判断できるかどうか(同条1項前段の「狭義の共同不法行為」の適用可能性=「関連共同性」の有無)であり、これが肯定されれば、被告らは連帯して責任を負うことになる。さらに、かりにそのような「関連共同性」が認められないとしても、同後段の適用ないし類推適用によって個別の因果関係を推定することが可能かどうかが問題となる。そして、このような民法719条1項の活用を考える場合、当該原告の被害を発生させる可能性・危険性がない建材のメーカーは責任から除かれるとしても、それでは、どの程度の可能性・危険性があれば被告に該当するのか、さらに、そのような可能性・危険性のある企業の範囲が特定されている必要があるのか、あるとしても、どの程度の特定が必要なのかの問題となる。大塚直(敬称略。以下同じ)は、前者を「各共同行為者の適格性」と呼び、後者を「被告らの共同原因行為者としての十分性」と呼ぶ<sup>2)</sup>。留意すべきは、この2つ(「適格性」と「十分性」)は、一方を高めれば他方が低まる(危険性として高度のものを要求して「適格性」を高めると被告以外に危険性を有する企業を取り逃がす可能性が高まって「十分性」が低まり、他方、危険性ある企業を取り逃がさないようにして「十分性」を高めようとする危険性の高くない企業までが入ってくる可能性が高まって「適格性」が低まる)というトレードオフの関係にあることである。

以上のような論点を意識しつつ、以下では、まず、これまでの3つの判決と主要な学説を概観してみよう。

## (2) 横浜判決

本訴訟で原告は、国交省データベースに登録されていたアスベスト含有建材メーカー44社を被告とする請求を行ったが、判決は、被告44社に関連共同性は認められないので、民法719条1項前段の共同不法行為は成立しないとす。さらに判決は、「同項後段の適用又は類推適用のために、択

一的競合関係にある共同行為者の範囲を画するものとして、石綿含有建材を製造等したことがあるというだけで足りるものとは解されない。被告企業44社の石綿含有建材の製造の種類、時期、数量、主な販売先等は異なり、一方で、各原告又は被相続人の職種、就労時期、就労場所、就労態様は異なる。そうであれば、各原告又は被相続人の損害を発生させる可能性の程度は、各被告ごとに大きく変わり得る。それらを捨象して、石綿含有建材を製造等した企業であれば、どの原告又は被相続人に対しても、いわば等価値にその損害を発生させる可能性があるとはいうことができない。したがって、原告らの主張では、択一的競合関係にある共同行為者の範囲を画していないといわざるを得ない」とした。

ただし、判決が、「原告によって、その職種、就労時期、就労形態等から、ある程度、使用した可能性のある建材、蓋然性のある建材を選別することができるはずであり、そうであれば、その建材を製造等した被告企業の間では、民法719条1項後段の共同不法行為の成立を考える余地も出てくる」と述べて、原告の主張立証の仕方しだいでは「共同不法行為」を論じる余地がありうるとしている点には留意する必要がある。

### (3) 東京判決

この判決は、建材メーカーの過失（注意義務違反）を明確に認めた点で注目される。判決は、警告表示にかかわって、被告企業らが労働安全衛生法（安衛法）・安衛令・通達に従った警告表示をしていたとしても「石綿含有建材を製造、販売する者として負う……警告義務を尽くしたとは認め難いから、この点で、被告企業らには過失があったというべきであり」、製造物責任法施行後は、「十分な警告表示を伴わなかった点において、製造物である石綿含有建材が通常有すべき安全性を欠いていた」（欠陥あり）というべきだとしたのである。しかし、判決は、民法719条1項前段は、「個別の因果関係に関する主張、立証を不要とすることによって、被害者救済をはかる趣旨」であり、共同性は、この「効果を正当化するに足りるだけ

の強固なものであることが求められる」ところ、被告の中には、「原告等が当該建材に由来する石綿粉じん<sup>1</sup>に曝露した可能性がないか又はその可能性は極めて低いと考えられるものが存在すると認められる。そうすると、被告企業らが、適切な警告表示を怠ったまま石綿含有建材を製造・販売した行為があるとしても、当該行為の中には、現実には、原告等に対して石綿粉じん曝露の危険性を及ぼし得なかったものが含まれるといわざるを得ない」として、その適用を否定し、また、後段の適用ないし類推適用については、「加害行為が到達する相当程度の可能性を有する行為をした者が、共同行為者として特定される必要がある」（下線、吉村。以下同じ）が、原告らの主張は「加害行為が到達する可能性がゼロではない限り同項後段の『共同行為者』に該当するという見解に基づくものであり、「このような見解は、因果関係の存否の証明責任を転換するという同項後段の効果に鑑みると、責任を負う者の範囲を不当に拡げることになるものであって、相当ではな」とした。

なお、この判決が、「石綿含有建材の製造販売企業らの中には、石綿含有建材を製造、販売した場所的範囲という点において、他の企業と異なる者が存在し、原告等がこうした企業の製造、販売した石綿含有建材に由来する石綿粉じん<sup>1</sup>に曝露した可能性は極めて乏しいこと」、「本件において原告らが石綿粉じん<sup>1</sup>に曝露した旨主張する石綿含有建材の中には、その使用目的に照らし、多数の原告等に対しては曝露の可能性自体が認められない製品があること」、「原告らが加害行為（侵害行為）として主張する被告企業らの販売行為又は製造行為の中には、その施工者が限定されているといった理由により、現実には、原告等に対し石綿曝露の危険性を及ぼし得なかったものが含まれていること」、「被告企業らの中には、その製造販売に係る石綿含有建材の市場における占有率に照らし、原告等が当該石綿含有建材に由来する石綿粉じん<sup>1</sup>に曝露した可能性が極めて低かったものと認められる者も存在すること」から、「各原告らが共同行為者として特定した国交省データベースに掲載されている石綿含有建材の製造販売企業の中

には、加害行為が到達した相当程度の可能性に欠けるどころか、可能性が極めて低いと考えられるものも多く含まれており、そのいずれもが、個々の原告等との関係において、加害行為が到達する相当程度の可能性を有する行為をしたと認めることはできないというべきである」としていることは注目すべきである。なぜなら、この考え方を裏返して見れば、もし、被告の中に、製造販売の場所的範囲において「他の企業と異なる者が存在」せず、「曝露の可能性自体が認められない製品」が存在せず、「現実には、原告等に対し石綿曝露の危険性を及ぼし得なかったもの」が排除され、「原告等が当該石綿含有建材に由来する石綿粉じんに曝露したと可能性が極めて低かったものと認められる者」の存在が排除されるならば、到達の相当程度の可能性があり、後段の適用ないし類推適用による責任が認められる可能性があったことがうかがわれるからである。

#### (4) 福岡判決

判決は、まず、民法719条1項前段の共同不法行為について、「各行為者の加害行為が当該被害者に対する権利侵害ないし損害発生との関係において、社会通念上一体をなすものと認められる程度の緊密な関連共同性」が必要だが、原告の主張は「各被災者と各被告企業が製造販売した石綿含有建材との結びつきを一切捨象して、単に石綿含有建材を製造販売し、市場に流通させる行為をもって上記の加害行為として主張するもの」であり、「各被災者に対する権利侵害ないし損害の発生との関係における共通性を認めることはできない」とする。そして、後段については、同条は、択一的競合における因果関係の推定規定であり、「共同行為者の範囲が無限定に広がるのを防止し、因果関係の立証が不十分であるままに賠償責任を負わせるには行為者側も防御の手がかりを与える必要があるというべきであって、同条1項後段に基づく請求を行う場合には、原告側において『共同行為者』の範囲を特定する必要がある、特定された者以外の者によって損害がもたらされたものでないことを証明することが必要」とし、

さらに、累積ないし重合的競合に類推適用の余地があるとしても、「少なくとも、個別の被災者が従事する建築作業現場において石綿粉じんに曝露する可能性のある状態に置かれた石綿含有建材を製造販売した企業を共同行為者として原告側において特定する必要があるというべき」とする。

その上で、(本件において原告は、被告の「絞り込み」を行い、それらの企業に対する請求を予備的請求としたが)原告が行った「絞り込み」については、それは、「直接取扱建材製造販売企業」への絞り込みであり(「直接取扱建材」=「被災者が建築作業現場において建築作業に従事する際に直接取り扱う可能性又は直接接触する可能性があり、これにより石綿粉じんに直接曝露する危険性がある石綿含有建材」)、このような「絞り込み」は、「被災者が取り扱う可能性のない建材を除外したものにすぎず、被災者が直接取り扱った可能性がある」というにとどまり、「原告らが主張する直接取扱建材が被災者に到達したと推定することが合理的であると認めることはできない」とした。しかし、前述のように、本判決は、「個別の被災者が従事する建築作業現場において石綿粉じんに曝露する可能性のある状態に置かれた石綿含有建材を製造販売した企業を共同行為者として原告側において特定する必要があるというべき」としているのであるから、「可能性のないもの」が除外されれば(残りは「可能性のある者」として)、共同不法行為を論ずる可能性が開かれても良かったのではないか<sup>3)</sup>。

## (5) 学 説

この問題を考えるにあたって、まず重要なことは、何をもって加害行為ととらえるかである。この点についてはすでに論じたことがある<sup>4)</sup>が、本件において共同不法行為論を論ずる前提なので、再論しておきたい。

本件は、排出行為が大気や水の流れといった物理的ないし自然事象によって被害者の到達する大気汚染や水質汚濁公害と異なり、市場を通じて被害者の曝露に結びつく「市場媒介型」<sup>5)</sup>不法行為である。したがって、この型にふさわしい共同不法行為論を考えなければならないのだが、その

出発点は、加害行為のとらえ方である。そこで、まず、大気汚染事例と対比しつつ、本件では何をもって加害行為と見るかを考えてみたい。大気汚染事例の場合、複数の発生源（原因者）がありどの発生源の危険物質に曝露されたのかが不明であること、その結果、複数の発生源全体からの汚染への曝露が被害発生の原因であることは分かるが、個別の因果関係証明は原告にとって非常に困難ないし不可能である。このことは、本件と共通している。しかし、大気汚染は、「気象条件」を通じて住民の曝露につながるのに対し、本件では、アスベストは市場を通じて建設作業従事者の曝露につながる。したがって、前者では汚染源から比較的近場にある住民の居住地の汚染が問題となり（当該地域での被告らの排出物質の）入り混じりを観念できるが、アスベストによって作り出された危険は全国の建設現場に及ぶ可能性があるため、特定の現場でどのメーカーの製品のアスベストが入り混じったかは分からないという特質がある。反面、大気汚染の場合は、中小零細の汚染源まで含めれば無数の排出源があり（いわゆるバックグラウンド汚染の存在）、また被告群の排出物の被害者の居住地への到達はシミュレーション等によって推定するしかないのに対し、アスベストの場合は、アスベスト含有建材のメーカーは（複数とはいえ）一定数に限られており、流通に置けば必然的に建設現場に集積する。したがって、本件のような「市場媒介型」不法行為では、危険な製品を流通に置くこと（流通に置くことによって原告の労働現場を含む多数の建設作業現場に集積し、そこで働く建設作業従事者のアスベストへの曝露の危険性を作り出したこと）が加害行為であると見て、そこでの共同性を検討すべきである。

これに対し、流通に置く行為は加害行為ではなくその前段階の活動だとし、加害行為は個々の被害者について職場でアスベストに曝露させること、あるいは、当該職場にアスベスト含有製品を提供することだとする見方がある。もしそう解すると、本件では、いずれの場合も個々の被害者ごとに行為者は特定されておらず、また、そのような行為についての関連共同性を認めることはできないことになる。しかし、このような加害行為論

は、本件のような「市場媒介型」不法行為については適当ではない。一般的に見て、製造物責任事例では、欠陥のある製品の製造・販売が侵害行為だとされている。その一つである薬害の場合、被害者の薬の服用や医師の投与ではなく、そのような薬を製造・販売したことが不法行為だとされている。例えば、北陸スモン判決（金沢地判昭和53年3月1日判例時報879・26）は、「原因物質を含む瑕疵ある商品を、大量かつ継続的に市中に流通させる」行為を出発点にするとしている。本件の構造は以下の意味において、薬害と共通している。すなわち、薬害の場合、製薬会社が製造販売し、当該医薬品が全国の医療の現場に普及し、それが患者の服用や医師の投与により被害をもたらす。そして、この場合、どこの製薬会社の薬を服用ないし投与されたのかが不明ないし立証できない場合があるのである。これに対し本件の場合、アスベスト含有建材メーカーが製造販売し、それが市場を通じて各地の建設現場におけるアスベスト含有建材の普及につながり、その結果、建設作業従事者がアスベストに曝露され被害が生じるのだが、この場合、どこの建材メーカーの建材を使ったのかが証明できない場合がある。両者の違いは、本件の場合、原因者と考えられる者の数が多いことである。しかし、このことが決定的な差をもたらすかどうかは疑問である。また自動車メーカーの責任が追及された東京大気汚染訴訟では、自動車メーカーの責任に関し、（東京への集中・集積の社会構造を前提に）汚染物質を排出する自動車を製造販売することを侵害行為ととらえる主張がなされている<sup>6)</sup>。本件の加害行為の構造は、東京大気汚染訴訟における自動車メーカーと似ている。すなわち、東京大気汚染訴訟では、自動車メーカーが製造販売した自動車が（東京地域への自動車の集中集積という）社会構造を通じて同地域に集中集積し、同地域の汚染をもたらしているとされたが、原告の被害をもたらした汚染がどのメーカーの車の排ガスによるものかは明らかにされていない。本件との違いは、東京地域への集中集積か全国の建設現場への集積か、社会的な構造を通じた集中集積か市場における流通を通じた集積かという点だけではないのか。東京大気汚染訴訟では

メーカーの責任は否定されたが、それは、このような加害行為論によるものではない。原告の、「集中集積を認識しつつ製造販売すること」を加害行為とする主張に対し、被告自動車メーカーは「製造販売を侵害行為とすることには無理がある」と反論したが、裁判所は、この主張ではなく、過失がないことを理由に責任を否定したのであり、過失を論ずる場合に、自動車を製造販売する際の注意義務を問題にしている（東京地判平成14年10月29日判例時報1885・23）。

このように、同じく「市場媒介型」である製造物責任事例等では、欠陥のある商品による被害発生ではなく、欠陥のある製品の製造販売が侵害行為だとされているが、それは、こう解さないと、複数のメーカーがいる場合、およそ共同不法行為規定が機能しなくなるからである。本件でも、アスベスト含有製品を製造販売した（市場を通じた流通に置く）こと、正確には、製造販売によって（市場を媒介にして）原告が建設現場においてアスベストの曝露される危険な状況を作り出したことを侵害行為ととらえることができるし、また、そうすべきである。そして、そのような行為を行ったメーカーが多数に及ぶので被害者の曝露の原因となったアスベスト含有建材の製造者が分からない（しかし、原因はアスベスト含有建材を流通に置いたメーカーのいずれかの行為ないしその競合である）ことに本件の本質があり、民法719条1項の適用や類推適用が求められる原因があるのである。

このような加害行為のとらえ方は、この問題に取り組む他の学説によっても支持されているところである。例えば、淡路剛久は、本件における加害行為は、「吸引すればアスベスト疾患に罹患する高度に有害な物質を含む製品を製造し、市場に販売した行為」<sup>7)</sup>であり、「それが到達したかどうかは因果関係の問題としてとらえる必要がある」<sup>8)</sup>とする。大塚直も、「アスベスト建材を製造し、流通においたことであり、その後は因果の経過の問題というべきである。製品を製造販売する市場媒介型不法行為の事案では、販売後は被告企業の行為が及ばない問題であり、加害行為は製造販売行為であるというほかない」<sup>9)</sup>として、そのようにとらえられた加害行為

の関連性を論じている。また、大塚は、このような加害行為論は「製造物責任の事例ではむしろ通常である」とし、その例として、薬害判決のほか、東京大気汚染訴訟判決をもあげている<sup>10)</sup>。

それでは、このように加害行為をとらえたとして、本件において民法719条1項前段や後段の適用ないし類推適用は可能か。可能とすれば、それはどのような要件を充足した場合か。この問題について、すでにいくつかの学説が詳細に論じているが、そのうち、前田達明と原田剛の共著<sup>11)</sup>は、(到達の問題を行為ではなく因果関係の問題だとして)本件への民法719条1項後段の適用ないし類推適用の可能性自体は否定しないが、そのためには、加害者の各行為がそれだけで損害をもたらし得るような危険性があり、各被告の行為が現実に損害の原因となった可能性(原告との「接点」)が必要であり、後者のためには被告の行為の具体的危険性が必要だとする。問題は、「具体的危険性」の程度である。この点につき、淡路は、「具体的危険性」と「抽象的危険性」という二分法的要件論の抽出が妥当かどうかは慎重な検討が必要だが、かりに同説によるとしても、本件では、アスベストはごく少数回の曝露でも被害が生じ得ること、「市場環境型」(「市場媒介型」)であることから、民法719条1項後段の「共同行為者」として同定された被告事業者の製造したアスベスト建材が市場を通じて到達し得る建設現場で作業していたことが証明されれば、同説の主張する「具体的危険性」の要件は満たされるのではないかとする<sup>12)</sup>。ただし、前田＝原田自身は、この著書の元となった本件における意見書の、著書では省略された部分で、具体的危険性を言うためには「原告がいずれかの具体的な被告の製品を使用した特定の現場において作業に従事していた」こと、「自己が作業した現場と当該現場に使用されていたのは何れの被告のアスベスト製品であるか」の主張立証責任を負うとし、本件での民法719条1項後段の類推適用を否定している。しかし、このような「具体的危険性」の要求は、結局のところ、後段(の類推)によって推定されるはずの個別の因果関係の立証を要求することと事実上変わらなくなってしまうのでは

ないか。

これに対し、本件の特質を踏まえて共同不法行為論を発展させようとする一連の学説がある。これらについては、淡路の要領を得た要約があるので、それを見てみよう。淡路によれば<sup>13)</sup>、次のような考え方が提案されている<sup>14)</sup>。

- ① 本件における加害と被害の態様と民法719条1項後段の適用ないし類推適用の趣旨から個別的因果関係を推定した上で、被告側からの減免責の問題として解決できたのではないかという見解（淡路説、吉村説）
- ② 択一的競合と原因競合の諸類型の解決の仕方について検討した上で、おそらく本件がそうであるような累積的競合・択一的競合不明型の場合には、原告側が、建材データベース中の企業からきわめて低い可能性しかない企業をすべて除外した残りの企業を「共同行為者」として立証し、同定された「共同行為者」以外のいずれかの行為または累積した行為によって一部でも損害を発生させた蓋然性がきわめて低い場合には、「到達の可能性」と「特定性」の両面において全部責任が生じ、被告側から「相当程度の可能性」に達していないことの証明がなされた場合には分割責任になるとの見解（前田陽一説）
- ③ 加害行為の競合のケースを4つの場合に分けて整理した上で、本件は、累積的、重合的、択一的、重疊的のいずれか不明の場合であるが、重合的である可能性が高く、その場合には1項後段および大気汚染防止法25条の2の趣旨を用いて、寄与度に基づく分割責任と考える説（大塚説）

ここで、これまでいくつかの論文等で主張してきた（淡路によれば①に分類される）自説について、その後の議論の展開を踏まえた修正も加えつつ、以下、再論しておきたい。筆者の考え方は以下のようなものであった。

- a) 加害行為はアスベスト含有建材を製造販売すること（市場に置くこと）である。
- b) その製品が原告の作業現場に到達し原告が曝露されたことは因果

関係の問題である。

- c) 被告間に強い関連共同性がある場合、被告らの共同行為と因果関係のある被害に対し連帯して責任を負う(減免責不可)(民法719条1項前段)。
- d) 被告間に弱い関連共同性がある場合、被告らの共同行為と因果関係のある被害に対し連帯して責任を負う(ただし、減免責可)。根拠条文を民法719条1項後段の類推とする説が有力だが、(四日市判決のように)前段とも考えられるし、前段と後段の中間に判例が法創造したものと考えてもよい。
- e) 後段の「加害者不明型」の場合と「弱い関連共同性」ある共同不法行為は、ともに個別的因果関係が推定されることになるから、その違いが問題となる。この点については、以下のように考えることができるのではないか。まず、関連共同性がない複数加害者の競合の場合、後段を適用するためには、加害者の範囲の限定(大塚のいう「充分性」)に加えて、各被告の行為(個別行為)が被害を発生しうる危険性(大塚のいう「適格性」)を有していなければならない。しかし、複数者間に「関連共同性」がある場合には、個々の被告の行為の危険性は問われない(=共同性要件に置き換わる)。このことは、四日市事件で、コンビナートに属してはいるが排出量ごく少ない(場合によれば、排出していない)企業の責任が(関連共同性を前提に)認められたことに示されている。つまり、関連共同性ある共同不法行為の場合は、ない場合の加害者の特定と行為の危険性が、関連共同性の有無という要件の中で一挙に検討されることになるのである。
- f) そうすると問題は、いかなる場合に関連共同性(少なくとも弱い関連共同性)ありとしようかだが、関連共同性の有無や強度は、客観的要素(行為の共通性、場所的・時間的・近接性等)と主観的要素(共謀、業界団体としての活動(調査研究、行政への働きかけ等)、他の汚染者の行為についての認識、相互に協力して防止義務を負うこと等)の総合的判断によ

る。この主観客観総合判断は、強い関連共同性においてだけではなく弱い関連共同性判断においても行われうる。

- g) 関連共同性が認められるためには、場所的・時間的・近接性が必須条件かのように説かれることがある。しかし、共同不法行為の基礎は加害行為の一体性＝社会通念上、共同して不法行為をしたと認められる程度の一体性があったかどうかであり、場所的・時間的・近接性は不可欠の要素ではない。

学説においても、共同性のためには場所的・時間的・近接性が不可欠の要素ではないとするものは少なくない。例えば、主観客観総合説を説く四宮和夫は、場所的・時間的・近接性を共同行為の一つの場合として位置づけるが、その他のタイプの共同不法行為（「意思共通」の場合や「主観的共同に達しないが、行為者の全部責任へと作用する要素」と「損害の一体性のみ存在する場合」との組み合わせ）をも認めており、それを不可欠の要素とは見ていない<sup>15)</sup>。澤井裕も、客観的関連共同性として社会観念上の一体性をあげ、この一体性は場所的・時間的・近接性から判断されるとしているが、澤井は四宮と同じく、客観的関連共同性のほかに、主観的関連共同性および主観的客観的関連共同性を認めており、やはり、そこでも、場所的・時間的・近接性を共同不法行為成立のための不可欠の要素とは見ていない<sup>16)</sup>。裁判例においても、四日市判決（津地四日市支判昭和47年7月24日判例時報672・30）は、コンビナートという場所的・時間的・近接性があるケースであったが、西淀川事件では、大阪湾北部に散在し、操業開始時期等も様々な被告企業について、汚染物質が原告居住地域で「入り混じって」いることをもって弱い関連共同性が認められ、また、昭和45年以降は主観的事情も加わって、強い関連共同性が認められている（大阪地判平成3年3月29日判例時報1383・22）。

さらに、この場所的・時間的・近接性の有無を考えるにおいては、本件が「市場媒介型」不法行為であることに留意すべきである。この点

では、「市場媒介型」における「場所的近接性」とは、「共同行為者」とされた製造業者によって製造等された建材が被害者が労働していた現場を含む地域で販売使用されていたことであり、「時間的近接性」とは、アスベスト疾患を罹患させる可能性のある期間に製造販売されていたことで足りるとする淡路の指摘<sup>17)</sup>が重要である。

- h) 主観的要素としては、昭和50年にアスベストの発がん性を踏まえて特定化学物質障害防止規則(特化則)が改正されて代替化に向けた努力義務が課されたことや、安衛法57条によってアスベスト含有建材の容器又は包装への警告義務が課されるようになったといった事情が、建材メーカーによる、アスベスト含有建材とそれが集積する建築現場での危険性に関する認識を強化するものとして重要である。
- i) なお、強い関連共同性がある場合にせよ弱い関連共同性にとどまる場合にせよ、被告らは連帯責任を負うが、かりに、共同行為と因果関係がある損害が、発生した損害の一部にとどまる場合は、被告らが連帯責任を負うのは、その部分についてである(部分連帯)<sup>18)</sup>。
- j) 関連共同性はないが、原告の責任ではない事情により加害者を特定することが困難な場合、後段の加害者不明の規定が(一定の要件の下において)適用ないし類推適用されうる。その要件の判断においては、本条が個別的因果関係の推定規定であるので、そのような推定を行うことが公平と見られる事情の存在がポイントとなる。具体的には、因果関係が絡まり合うなどのために個別的因果関係の立証が著しく困難であること、各被告の行為が被害発生の危険性を有することが要件となる。
- k) 問題は、この危険性の程度であるが、それは、学説が共通して指摘しているように、この規定が個別的因果関係を推定させるものであるので、因果関係推定を公平と考えさせるだけの危険性ということになる。したがって、ここで、本件の特質理解が重要となる。加えて、本件においては、加害者となりうる者の範囲の「特定性」

（大塚のいう「十分性」と「到達の可能性」（大塚のいう「適格性」）はトレードオフの関係に立つことも重要である。このような点を考慮すれば、具体的ないし現実的危険性、被害との接点（前田（達）＝原田）を要求すべきではない。しかし、他方、加害行為が到達する可能性がゼロではない限り後段の「共同行為者」に該当するという見解は、「因果関係の存否の証明責任を転換するという同項後段の効果に鑑みると、責任を負う者の範囲を不当に拡げることになるもの」（東京判決）との批判を浴びかねない。そうすると、同判決の「到達の相当程度の可能性」をてがかりに（抽象的可能性では同判決の危惧することになりかねないが、具体的危険性を求めることは公平とは言えないことから）「相当程度の危険性」と考えることが適当ではないか<sup>19)</sup>。

- 1) また、そのような危険性を有する者の限定（特定）されていることが必要かどうかだが、義務者が無限定に拡がらないために、原則として、危険性のある行為を行った者の範囲が特定されていることが必要と考えるべきではないか。ただし、ここでいう特定は、当該被害を発生させた者の特定ではなく、あくまで、被害を発生させる危険性ある者の範囲の特定の問題であり、その証明は高度の蓋然性（80～90%）で足り、他にいないことが100%証明されることは不要である。

以上が、これまでの筆者の主張であり、基本的には、現在も同様に考えているが、以上のうち、関連共同性が（弱いものを含めて）認められなかった場合（いわゆる競合的不法行為）について、若干の補充ないし修正を加えておく必要がある。この場合に、原則として、危険性のある行為を行った者の範囲が特定されていることが必要（上記、1)）としたのは、これによって、それ以外に原因者がいる可能性が低くなり、特定された者のいずれかに責任を負わせても真の原因者を取り逃がす可能性が低いことが確保されると考えるからである。しかし、これは、前田（陽）が指摘するように<sup>20)</sup>、主として、いずれかの行為によって全損害が発生したが、複数の損

害を発生させる行為が競合したために、だれが原因者が分からない「択一的競合」を念頭に置いた議論であった。「択一的競合」においては、このような特定がなされていなければ、損害の全体について責任を負う者が取り逃がされてしまい、実際には、損害発生に関係のない被告らに連帯責任が課される恐れが生じる。しかし、前田(陽)や大塚が指摘するように、本件においては、「択一的競合」以外に、「累積的競合」や「重合的競合」なども考えられ、実際には、どのような競合であるかが不明な場合も多い。このような場合に、「択一的競合」を念頭においた「特定」要件を求めることは、公平妥当な結果をもたらさない場合がある。特に、「重合的競合」の場合、被告とされた以外に損害を発生させる可能性がある者がいたとしても、被告らの行為も損害の少なくとも一部について因果関係が存する可能性が高い(被告ら以外の行為と相俟って損害が発生したと考えられる)のであるから、他に可能性がある者が残っても「択一的競合」の場合のように、損害の全部に責任がある者を取り逃がして「無辜の」被告に責任を負わせることにはならないので、上記のような「特定」は基本的には不要であると考ええる。ただし、被告とされた者の一人が責任を負った場合に、他の原因者に求償する道を閉ざさないためには、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、他に可能性のある者が残るので、被告らが負う責任は被告らとされた者の行為が寄与した部分に限定される(部分的連帯責任)ことになろう。また、いずれのタイプか不明な場合も、公平の観点から、同様に考えるべきであろう。そして、この寄与割合が立証困難な場合は、市場占有率等の様々な要素を考慮した規範的判断を行うべきである。こう考えることによって、個別の因果関係が明らかにできないことによる不利益を原告に一方向的に負わせることなく、しかし他方で、危険性を有するとして訴えられた企業群が、自己の寄与度を超えて、特定されない(したがって、後の求償も困難な)他のありうる原因者の分も責任を負わされることによる不都合をも避けることが可能となる<sup>21)</sup>。

### 3. 大阪判決と京都判決の検討

#### (1) 被告の「絞り込み」

以上の検討を踏まえて、最新の大阪判決と京都判決を検討してみよう。建設アスベスト事件の各訴訟で、当初、原告らは、国交省のデータベースに記載された40数社を被告としていた。その後（東京判決等をも受けて）この主位的請求に加えて、予備的主張として、被告建材メーカーを絞り込んだ請求を行うようになっていく。さらに、京都や大阪の訴訟では、40数社全部に対する主位的請求を取り下げ、各原告にとって「病気発症の危険性が相当程度ある建材」の製造販売企業（大阪訴訟）、「各原告の職種に着目して石綿粉じんを曝露させた相当程度の可能性のある建材を製造販売企業」（京都訴訟）という第一段階の「絞り込み」に加えて、「主要原因建材販売企業」（大阪）、（各原告の就労実態をより子細に検討して）「とりわけ可能性の高い建材の製造販売企業」（京都）という第二段階の「絞り込み」を行い、第一段階の絞り込みを行った企業に対する請求を主位的請求、第二段階の「絞り込み」を行った企業に対する請求を予備的請求として、請求を変更している。

福岡判決は、前述したように、このような「絞り込み」は「被災者が取り扱う可能性のない建材を除外したものにすぎず、被災者が直接取り扱った可能性があるというにとどまるとして責任を否定したが、大阪・京都訴訟では、これらの「絞り込み」（とりわけ第2段階の「絞り込み」）作業を裁判所がどう受けとめるかが問われたのである。以下、判決の具体的な検討に入る前に、このような「絞り込み」が持つ意味について、あらかじめ私見を述べておこう。

まず、第一段階の「絞り込み」は、当該原告が曝露した可能性がないか低いメーカーを除外することを意味する。私見においても、当該原告が曝露したと考えられる時期にアスベスト含有建材を製造販売していないメー

カーや、原告の作業の性質から建材から飛散したアスベスト曝露が直接にせよ間接にせよありえない場合には、そのようなメーカーは責任を負わない(共同不法行為に加わっていない(前段)、あるいは、原告との関係で危険な行為をしていない(後段))ことになる。したがって、この「絞り込み」が可能性のないものを除外するという意味ならば、それは共同不法行為の規定を活用するためには必要なことである。しかし、原告が行った「絞り込み」は、第一段階のものについても、可能性のない者を除外しただけなのか。少なくとも、原告の主張によれば、この「絞り込み」は、可能性のない者に加えて、「相当程度の可能性」がない者をも除外するという意図で行われている。そうだとすれば、第一段階の「絞り込み」によって、東京判決の立てた基準はクリアされているのではないか。

さらに、第二段階の「絞り込み」について言えば、関連共同性に関わって、次のような意味がある。私見によれば、関連共同性の有無や強度は、弱い関連共同性の場合も、主観的要素と客観的要素を総合して判断すべきであるが、「絞り込み」の結果、加害行為の共通性、行為結果の共通性、損害の不可分一体性、加害行為の主観的な目的の共通性等が明らかとなり、関連共同性が(より強固に)認められることになる可能性がある。また、関連共同性が認められても(個別企業の製造・販売と被害発生の因果関係立証は不要だが)、共同行為と被害発生の因果関係は必要だが、「絞り込み」により、共同行為と被害発生の因果関係が明確になり、また、共同不法行為としての被告らが主要な汚染源であることも明確になるのではないか。

さらに、民法719条1項後段について言えば、被告の行為が原告被害を発生させる「危険性」を有すること(その程度はアスベストの危険性といった一般的抽象的な危険では不十分であるが、具体的危険性を求めることは公平と公平とは言えないことから、「相当程度の危険性」と考えるべき)が要件となるが、第1段階の「絞り込み」により相当程度の危険性が認められ、第2段階の「絞り込み」により、具体的危険性あり(少なくとも相当程度の危険性あり)ということになるのではないか。

なお、このような「絞り込み」によって行為の危険性（到達の可能性）が高まり、あるいは関連共同性が強まるとして、その結果、例えば、絞り込まれた企業群の市場占有率が圧倒的でない、あるいは、間接的な曝露の可能性が否定できないといった事情によって、当該グルーピングされた被告以外に被害を発生しうる企業の存在が無視できなくなることが考えられる。その場合、市場占有率等から推認される寄与度に応じた分割責任が認められることになろう。そして、こう考えることによって、個別の因果関係が明らかにできないことによる不利益を原告に一方的に負わせることなく、しかし他方で、絞り込まれた企業群が、自己の寄与度を超えて、特定されない、あるいは、共同性が肯定できない（したがって、後の求償も困難な）他のありうる原因者の分も責任を負わされることによる不都合をも避けることが可能となる。

## (2) 大阪判決について

### a) 判決の概要

判決はまず、民法719条1項前段の共同不法行為規定について、複数の者が関与して加害行為がなされる場合に「被害者保護の観点」から「個々の行為者の行為と結果との間の個別的因果関係や各行為の寄与度について主張、立証しなくとも、共同行為者各自に対し、共同不法行為と相当因果関係のある全損害について賠償を求めることができることとしたものと解される」とする。そして、この責任の要件である関連共同性については「損害の発生に対して社会通念上全体として一個の行為と認められる程度の一体性が必要であり、これで足りる」が、その一体性としては「強い関連共同性」が必要だとする。その上で、主位的請求につき、原告らが「病気発症の危険性が相当程度ある建材」として特定したものは「各被災者が現実に取り扱った石綿含有建材を具体的に特定するものではなく」、「各被災者が特定された病気発症の危険性が相当程度ある建材すべてを実際に使用したことを主張するものではない」ので、原告らが主張する各被告ら

の「製造販売行為の一体性を判断する基礎を欠く」とする(判決書 1035頁以下)。また、予備的請求(「主要原因建材」メーカーに対する請求)に対しても、被告企業等が「主要原因建材」を製造・販売した時期や場所、これらの建材の使用現場や時期の多様性、被災者が建築作業に従事した現場が複数であること、国交省データベースの限界ないし問題点(判決は、同データベースが石綿含有建材を製造販売したことがある企業を網羅して石綿含有建材の種類、用途等を正確に把握しているものではないとする(判決書 1040頁以下))等から、「各被災者の就労期間において製造販売され、各被災者が建築作業に従事した建築現場のうちのどこかで使用された可能性がある石綿含有建材及びそのような建材を製造販売した建材メーカーを特定したにすぎないといわざるを得ず、製造販売行為の一体性を判断するに足りるだけの特定がなされているとはいえない」とした(判決書 1047頁)。

判決は、さらに、「当該被告企業らがいつ、どこで製造販売した石綿含有建材が、どの時期にどの建築現場において使用された可能性があるのか」が不明なので行為に一体性があるとは判断できない(判決書 1048頁以下)、シェアによる特定について、「単純にシェアが大きいということをもって、被災者らが主要原因企業の製造販売した石綿含有建材によって石綿粉じん曝露したと推認することはできない」ともいう(判決書 1050頁)。

次に、民法719条1項後段につき判決は、この規定は「択一的競合」の場合に因果関係を推定する規定だとし、したがって、「被告とされている共同行為者のうち誰か(単独又は複数)の行為によって全部の結果が惹起されていること」を原告において主張立証することができない場合には、少なくとも「複数の行為者の行為それぞれが、結果発生を惹起するおそれのある権利侵害行為に参加していること」に加えて、「因果関係を推定し得る加害行為者の範囲が特定され、それ以外に加害行為者となり得る者は存在しないこと」を主張立証する必要がある(判決書 1038頁以下)が、(第1段の「絞り込み」によっては)「各被災者が就労していた期間内にどこかの

建築現場で『病気発症の危険性が相当程度ある建材』が使用されており、各被災者と同一職種の者が当該建材のいずれかの使用等によって当該建材に起因する石綿粉じんに曝露した可能性があることは推認されるものの、各被災者個人と特定された全ての被告企業らの製造販売行為との結びつきを主張立証するものとは解されず、また、国交省データベース上の情報の欠損等によって除外された建材もあること等からすれば、これらの要件が充足されたと認めることはできないとする（判決書 1043頁）。予備的請求（第2段の「絞り込み」）についても、データベースの限界、問題点等に加えて、原告らが取扱頻度は高いが石綿含有率が低い製品や取扱頻度が低い製品を除外しているが、肺がんや中皮腫について閾値が存在するという実質的な証拠が得られておらず低濃度の曝露であっても継続的に曝露した場合には石綿関連疾患を発生させる可能性が否定できないことから、原告らの特定方法によって、「複数の行為者の行為それぞれが、結果発生を惹起するおそれのある権利侵害行為に参加していること」に係る主張が「深められている」と解する余地はあるが、「因果関係を推定し得る加害行為者の範囲が特定され、それ以外に加害行為者となり得る者は存在しないこと」との要件が充足されていると認めることはできない（判決書 1052頁）とする。さらに、シェアによる「絞り込み」によっても、それ「以外に石綿関連疾患の発生に寄与した石綿含有建材が存在しないとは認め難く」、したがって、「因果関係を推定し得る加害行為者の範囲が特定され、それ以外に加害行為者となり得る者は存在しないこと」を根拠づけることはできないとして（判決書 1053頁）、後段ないしその類推による責任を認めなかった。

## b) 検 討

本判決は、民法719条の意義を、「被害者保護の観点」から個別的因果関係や寄与度について原告の主張立証責任を軽減したものだとしつつ、そして、その本件への適用可能性を理論的には否定しなかったものの、実際の運用においては、本規定の趣旨からは、かけ離れた運用をしている。

まず、1項前段については、「各被災者が現実に取り扱った石綿含有建材を具体的に特定する」こと、「各被災者が特定された病気発症の危険性が相当程度ある建材すべてを実際に使用したこと」を主張立証する必要性を求めている。これでは、当該被告の建材の使用による曝露が損害の原因（少なくともその一部の原因）となっていることが求められ、個別的因果関係の立証の緩和になっていない。また、後段（ないしその類推）についても、データベースの不十分さや「低濃度の曝露であっても継続的に曝露した場合には石綿関連疾患を発生させる可能性が否定できない」ことから、「石綿含有率が低い製品や取扱頻度が低い製品を除外している」ため「それ以外に加害行為者となり得る者は存在しないこと」が証明されていないといった（ほとんど揚げ足取りとでも言うべき）理由で、特定性を欠くので適用ないし類推適用ができないとしている。しかし、このような考え方は、共同不法行為論として問題があるだけでなく、民事損害賠償訴訟における主張立証のあり方としてもおかしいのではないか。この判決通りだとすると、他に原因者がいる可能性がゼロでなければだめだということになりかねないが、高度の、しかし、あくまで蓋然性の証明で良いとしたルンバール判決（最判昭和50年10月24日民集29・9・1417）に即して考えれば、例えば、低濃度曝露による発症の可能性が否定できないので被告以外に加害行為者となりうる者が残り特定性に欠けるといった議論は、言いがかりに近い。また、訴訟における主張立証の問題は、当然のことながら、事案の特質（証拠の量と質とそれへの原告被告の距離、立証の難易度等）に応じて、「公平」の見地から考えていかなければならないものだが、そうすると、例えば、国交省データベースの不備を言うが、それでは、他にどんなデータが存在するというのか。

以上の民事訴訟における主張立証のあり方に加え、本件では「被害者保護の観点」から個別的因果関係立証の困難の緩和が求められているのであるから、判決自身が、第2段階の「絞り込み」によって、「各被災者が建築作業に従事した建築現場のうちのどこかで使用された可能性がある石綿

含有建材及びそのような建材を製造販売した建材メーカー」が特定され、「複数の行為者の行為それぞれが、結果発生を惹起するおそれのある権利侵害行為に参加していること」に係る主張が「深められている」ことを手がかりに問題を考えていくべきではなかったのか。

さらに、第三の問題は、本件で原告らが主張した（他にも原因者がいる可能性が残る場合の）分割責任の問題についての検討を行っていないことである。学説の項で述べたように、重合的競合ないしどのような競合かが不明の場合に、当該被告の責任を認めた上で責任を限定する説も有力であり、その点での検討がないのは大きな問題である。

### (3) 京都判決について

#### a) 判決の概要

まず判決は、以下のように、アスベスト含有建材メーカーの過失を明確に認める。すなわち、製品の製造・販売者は「製品使用者に対し、製品について社会通念上当然に具備すると期待される安全性を確保すべき注意義務を負っているというべきである。とりわけ、製品使用者の生命、身体の安全に関わる事柄について……最高、最新の学問、技術水準に基づいて当該製品から発生する危険を予見し、被害発生を防止するために必要かつ相当な対策を、適時かつ適切に講ずべき高度の注意義務を負っている」（判決書 261頁）が、本件において建材メーカーは吹きつけ工との関係では昭和46年中に、建設屋内での作業については昭和48年中に、屋外作業については平成13年中には、危険性を予見できた。したがって、被告建材メーカー等は、そのような危険性を予見できた建材ごとに警告表示をすべきであったのに、その義務違反がある（判決書 264頁）。

ついで共同不法行為について判決は、民法719条1項前段は関連共同行為と結果の因果関係を主張立証することにより各加害行為者の行為と結果の因果関係を主張立証しなくても関連共同行為に加功した各加害行為者に発生した全ての結果についての賠償を求めることができるとしたものであ

るので、「ここにいう関連共同性としては、社会通念上、共同して不法行為を行ったと認められる程度の一体性（以下「弱い関連共同性」という。）では足りず、例えば、共謀、教唆、幫助といった共通の意思や、資本的・経済的・組織的結合関係、時間的・場所的近接性といった共同の利益の享受などの主観的又は客観的に緊密な一体性（以下「強い関連共同性」という。）が必要であるというべきである」とする（判決書 270頁）。他方で判決は、同条後段について、「弱い関連共同性」があるにとどまる場合や「偶然に競合が生じたにすぎない場合」であっても、「加害者側の共同又は競合加功の事実と被害者側の証明の困難性を考慮し、被害者保護の観点から、加害行為者間の関連共同性及び関連共同行為と結果との因果関係、あるいは各加害行為者がそれのみによっても結果を惹起する危険性を有する行為を行ったこと及びそれらが競合し、競合した行為（以下「競合行為」という。）のいずれかにより結果が発生したことを主張立証することにより、各加害行為者の行為と結果との因果関係を主張立証しなくても、これに反する事実が主張立証されない限り、関連共同行為又は競合行為に加功した各加害行為者に対して、全ての結果についての賠償を求めることができることとしたもの」とする（判決書 271頁）。なお、判決は、この場合の関連共同性は「弱い関連共同性」があれば足り、競合関係については「結果と因果関係を有する行為を行ったものは競合行為のうち誰かであるという関係があれば足る」とする（判決書 271頁以下）。さらに判決は、同条後段は文言上、択一的競合について定めたものであるが、累積的競合、重合的競合等、他の様々の競合であっても、「複数の行為が絡み合い競合したことによって個別的因果関係の立証が困難となる事態」の場合には、同後段を類推適用し、「① 各加害行為者が結果の全部又は一部を惹起する危険性を有する行為を行ったこと、および ② それらが競合し、競合行為により結果が発生したことを主張立証すれば、各加害行為者の行為と結果との因果関係は法律上推定され」とした（判決書 271頁）。ただし、判決は、後段の場合は、各加害行為者は自己の行為と結果の間には因果関係がないこと

や、自己の行為と相当因果関係のある損害の範囲を立証して減免責を求められることができるとする。

このような考え方を本件に適用するとどうなるか。判決はまず、本件における加害行為は「被災者への到達可能性を有する石綿含有建材を製造し、警告表示なく販売し、流通に置いた行為そのもの」と見るべきであるとし、「加害行為は被害者に対する具体的な権利侵害行為であるから、個別の石綿含有建材が各被災者の建設作業現場に到達し、各被災者を当該石綿含有建材から発生した石綿粉じん<sup>1</sup>に曝露させたことが必要である」とする被告らの主張を、「各加害行為者の行為と結果との因果関係は、民法719条1項の適用又は類推適用により擬制又は推定される性質のものであるから、個別の石綿含有建材の各被災者への到達を必要とする」主張は採用できないとした（判決書 273頁）。このような加害行為論を出発点において判決は、1項前段および後段の適用について検討し、強い関連共同性および弱い関連共同性を（あっさり）否定し、また、原告らは択一的競合関係と特定して主張しているものではないとして、これらの条項の適用は否定する。しかし判決は、「被告企業らが被災者への到達可能性を有する石綿含有建材を製造し、警告表示なく販売した行為には、それ自体、石綿関連疾患発症という結果の全部又は一部を惹起する危険性が認められ、それらの行為には、石綿含有建材を建設現場に集積させ、多数の現場で同種の作業に従事する建設作業従事者をこれらの製品からの石綿粉じん<sup>2</sup>に同時又は異時に曝露させた競合関係が認められる」として、「競合行為」による不法行為として、後段の類推適用の可能性を認める（判決書 275頁以下）。また、判決は、「択一的競合の場合を除き、とりわけ累積的競合や重合的競合の場合には、選択された加害行為者が結果の全部又は一部に寄与していることを前提としているのであるから、ほかに加害者がいないことは、選択された加害行為者の責任を肯定する要件とはなり得」ず、ほかに加害者がいることは減責の問題として扱えば足りるとしている（判決書 276頁）。

その上で判決は、当該建材が「各被災者に到達した蓋然性が高い」建材

メーカーは当該危険を招来した加害行為者として責任を問われ得るとして、結論として、当該建材につき10%以上のシェアを有する企業について責任を認め得るとした(一般的な建設作業従事者は特段の事情がなければ1年間に10件以上の建設作業現場において建設作業に従事することになり、また、被災者においては、複数年において建設作業に従事した経験をもっているため、概ね10%以上のシェアを有する建材メーカーが販売した建材であれば、1年に1回程度は、当該建材を使用する建設作業現場で作業に従事した確率が高いとする)。そして判決は、主位的請求における特定方法では不十分だが、予備的請求における特定方法自体はこの基準と同等であるとする(判決書 277頁以下)。その上で、判決は、責任期間をも考慮し、「この期間内に被災者が曝露した石綿粉じんの主要部分が責任建材からのものである限り」因果関係を認めようとした(判決書 294頁)。しかし、主要部分とはどの程度なのかについては明示されていない。なお、大阪判決が問題にした国交省データベースの不備について京都判決は、「原告らは……被告企業らからの反論を踏まえて、製造期間等を訂正の上……選定に反映させており、なお誤りがあることを具体的に指摘して反論する被告企業はないから」として、その点を大きな問題とは見ていない(判決書 287頁)。

## b) 検 討

本判決は、アスベスト含有建材の製造販売者に製品の安全性に関する高度の注意義務を課した上で、建材メーカーの予見可能性と警告表示義務違反を認めた。前者は、これまで、各種の製品事故について民法709条の過失責任が問われる場合に判例や学説が確立してきた考え方であり(製造物責任法はこのような考え方を前提にして、過失要件を欠陥要件に置きかえることにより被害者保護を図ったものである)、また、本件における建材メーカーの警告義務違反についても、先に述べたように、東京判決が「石綿含有建材を製造、販売する者として負う……警告義務を尽くしたとは認め難いから、この点で、被告企業らには過失があったというべき」としてきたところであるが、初めて建材メーカーの過失責任を肯定した(東京判決は、メーカー

の過失に言及しつつ、因果関係要件の立証が十分になされていないことを理由に責任そのものは否定した）ものであり、本件における被害者救済にとって極めて大きな意義を有するものである。ただし、このような高度の注意義務を認めたにもかかわらず、予見が可能になり注意義務違反が生じたとした時期はかなり遅い（吹き付けにつき昭和46年、屋内作業につき昭和48年、屋外作業については平成13年）。裁判所は建材メーカーの責任は（建設事業者に比べて）間接的ないし二次的と考えたことによるのかもしれないが、アスベスト含有建材の製造販売者として、その危険性について最も良く知りうるはずの建材メーカーの注意義務違反発生時期としては、遅すぎるように思われる。

その上で、共同不法行為論について見れば、まず何より重要なことは、判決が、「被災者への到達可能性を有する石綿含有建材を製造し、警告表示なく販売し、流通に置いた行為そのもの」と見るべきであるとし、このような加害行為論を前提に共同性や競合関係を検討していることである。その結果、各被告企業の建材（による石綿粉じん）の被災者への「到達」は、共同不法行為によって推定される個別的因果関係の問題として扱われることになる。これに対し、（被告が主張したように）流通に置く行為は加害行為ではなく、その前段階の活動だとし、加害行為は個々の被害者について職場でアスベストに曝露させること、あるいは、当該職場にアスベスト含有製品を提供することと考えた場合、個々の被害者ごとに行者は特定されておらず、また、そのような行為について共同不法行為論を適用する余地がなくなってしまう。しかし、このような加害行為論は、本件のような「市場媒介型」不法行為については適当ではなく、また、裁判例においても一般的でないことは、すでに述べた。これまでの判決がどのような加害行為論に立っていたかは明確でないところがあるが<sup>22)</sup>、この点を明確にしたことは、本判決の意義として評価すべき重要な点である。

その上で、判決は、民法719条1項前段の共同不法行為を「強い関連共同性」がある場合とし、その判断要素として主観、客観の両要素を挙げつ

つ(主観客観総合説?), それを否定した。この点では、大阪判決を含む一連の判決と同じである。しかし、本判決は、後段の適用ないし類推適用を広く認めた。具体的には、①「弱い関連共同性」がある場合、② 択一的競合の場合、そして③「複数の行為が絡み合い競合したことによって個別的因果関係の立証が困難となる事態」の場合である。「弱い関連共同性」ある共同不法行為を認め、その場合、「加害行為者間の関連共同性及び関連共同行為と結果との因果関係」の証明で足りるとしたことは、このタイプの共同不法行為の可能性を主張する筆者のような立場からは重要である。ただし、判決は、あっさりと「弱い関連共同性」を否定している。また、本件では択一的競合が問題となっているわけではない(少なくとも、その立証はなされていない)ので、焦点は③にあたるかどうかということになる。判決は、この場合に後段を類推適用しうるための要件として、「各加害行為者が結果の全部又は一部を惹起する危険性を有する行為を行ったこと」を挙げる。判決はまた、「被災者への到達可能性」という言葉も使っている。後段をこのように広く適用ないし類推適用することは、本件を検討する学説の大勢であり、支持しうるものである。さらにまた、判決は、ほかに加害者がいないことは、選択された加害行為者の責任を肯定する要件とはなり得ず、ほかに加害者がいることは減責の問題として扱えば足りるとする。その理由は、他のメーカーの建材と「相俟って」被害を生じさせた場合でも(競合関係にある場合には)責任を免れないからだとする。ただし、判決は、このように、責任を問われる建材メーカーの製品以外(「責任外建材」)もありうることから賠償の減額が「公平」の見地から(すなわち、規範的判断によって)なされるべきだとする<sup>23)</sup>。また、判決は、「責任建材」が「主要部分」であることを求めている(「主要部分」とはどの程度かは明らかにされていないが、少なくとも50%以上ということか?)。本判決が、主要部分であるかどうか、あるいは、他にも原因者が考えられるがゆえに減額されるとして、その割合はどうかといったことについて、問題を規範的判断の問題としていることは、これらの割合の立証の困難さから見

てありうる判断である。

このように、本判決は、この問題に関する学説の動向なども踏まえて、後段を広く解釈することにより公平妥当な解決を志向しているが、しかし、他方で、シェア10%を超えるメーカーに責任を限定している。これは、シェアが10%を超えるようなメーカーが何の責任も負わなくて良いのかという素朴な疑問に答えるものではあるが、果たしてそこまで絞る必要があったのかについては疑問もある。判決が10%を超える企業に絞ったのは、当該建材が「各被災者に到達した蓋然性が高い」建材メーカーは当該危険を招来した加害行為者として責任を問われ得ると考えた<sup>24)</sup>からであるが、そこでは、「危険性」や「到達の可能性」ではなく「到達した蓋然性が高い」ことが求められている。これが、「到達の高度の蓋然性」を意味するのであれば、「到達」=被告メーカーの加害行為と被害の因果関係が立証されたとも考えられるのであり、判決が原告の第2段階の「絞り込み」を受け止めて責任を肯定したことは「手堅い手法」として評価できるが、そもそも、第2段階の「絞り込み」によって到達の蓋然性を高度なものとするのが、被告らの責任を肯定するために不可欠なものであるかどうか（十分条件ではあるが必要条件か）は、検討を要する。なぜなら、本件において（大阪訴訟でも）原告側は被告企業の「絞り込み」に多大な労力を費やしているが、これが、この種の事件における主張立証負担の公平な分担に適うものなのだろうか、そしてまた、このような「絞り込み」（とりわけシェアを踏まえた第2段階の「絞り込み」）が十全になされ得ない場合に、メーカーに何の責任も認めないということが良いのだろうかという疑問を払拭できないからである。本判決の意義を評価しつつ、例えば、東京判決が示唆した「相当程度の可能性」によって、あるいは、本判決が言う、被災者らにとっての危険性あるいは「到達の可能性」によって後段の類推が可能とした上で、後は、被告の反証を待つという考えの方が適切なのではなからうか。

さらに付言すれば、本件があっさりと否定した「弱い関連共同性」につ

いて、本件における主観的あるいは客観的な諸事情を総合的に考慮して認める余地がないのかどうか。すでに述べたように、筆者は、弱い関連共同性のある共同不法行為として本件を見ることができないのではないかとし、その場合の共同性は（弱い関連共同性の場合も）主観客観総合説をとるべきことを主張している。筆者が関連共同性にこだわるのは、これもすでに述べたように、関連共同性ある共同不法行為の場合、ない場合の加害者の特定（十分性）と行為の危険性（適格性）が、関連共同性の有無という要件の中で相互に関連させて一挙に検討されることになり、このことによって、両者のトレードオフの困難に対処することが可能となるからである<sup>25)</sup>。こう考えると、被告企業全部について、かつ、全ての時期に関連共同性を認めうるかどうかはともかく、複数の企業間に連携が認められる場合や、昭和50年に石綿の発がん性を踏まえて特化則が改正されて代替化に向けた努力義務が課されたことや、安衛法57条によって石綿含有建材の容器又は包装への警告義務が課されるようになったといった事情から、少なくとも一定の時期以降、一定の企業間において、関連共同性（少なくとも弱い関連共同性）が存在するようにも思われる。

#### 4. おわりに

筆者は別稿<sup>26)</sup>において、裁判所や法理論は、アスベスト被害の現実を直視し、救済のあり方に正面から取り組むべきであるが、同時に、アスベスト被害の裁判（民事損害賠償訴訟）による救済には限界があることにも留意し、裁判によらない被害救済制度の必要性を指摘し、その場合、責任を前提としない現在の石綿健康被害救済法に代え（もしくは、その抜本的改正により）「責任」を踏まえた救済制度を作るべきこと、その点では、国の責任を認め、建材メーカーについても（最終的には責任を認めなかったが）過失（ないし製造物責任法上の欠陥）を認めた東京判決の意味は大きいことを指摘した。東京判決以降、建設アスベスト訴訟では国の責任を認める判決

が、福岡、大阪、京都と相次いでおり、また、泉南アスベスト訴訟においては、最高裁で国の責任が確定した（最判平成26年10月9日民集68・8・799）。そして、今回の京都判決では、初めて、建材メーカーの責任も肯定された。これらの動きを踏まえて、アスベスト被災者の早期の救済のためにも、新しい救済制度づくりに早急に取り組むべきである。

- 1) 筆者はすでに、この2判決について検討する小論を「環境と公害」45巻4号に公表している。本稿は、その小論に、紙数の関係や雑誌の性格上、詳細に立ち入ることができなかった判例や学説の検討等の大幅な加筆を行ったものである。
- 2) 大塚直「共同不法行為・競合の不法行為に関する検討（補遺）」別冊 NBL 155号217頁以下。
- 3) 淡路剛久「不法行為の新たな類型と規範の創造的適用」立教法務研究8号9頁は、原告が「予備的主張として、建設作業の職種からアスベスト建材にばく露の蓋然性を高める立証をしたにもかかわらず、それを受けとめなかったことは、「東京判決よりも後退した」ものであると、本判決を批判する。
- 4) 拙稿「『市場媒介型』被害における共同不法行為論」立命館法学344号233頁以下。
- 5) この表現は、淡路剛久「投棄証明のないスモン患者と製薬企業の共同不法行為責任」ジュリスト733号122頁による。
- 6) 東京汚染訴訟におけるメーカーの行為論については、「座談会：大気汚染公害訴訟における自動車メーカーの責任」法律時報73巻12号30頁以下参照。
- 7) 淡路剛久「首都圏建設アスベスト訴訟判決と企業の責任」環境と公害42巻2号40頁以下。
- 8) 淡路・前掲(注3)3頁。
- 9) 大塚直「建設アスベスト訴訟における加害行為の競合」野村豊弘先生古稀記念論文集『民法の未来』（商事法務、2014年）267頁。
- 10) 大塚・前掲(注9)267頁以下。
- 11) 前田達明＝原田剛『共同不法行為論』（成文堂、2012年）。
- 12) 淡路剛久「権利の普遍化・制度改革のための公害環境訴訟」淡路他編『公害環境訴訟の新たな展開』（日本評論社、2012年）45頁。
- 13) 淡路・前掲(注3)6頁。淡路は、これらを、新しい類型の損害に対する「適格的理論の創造をめざす学説」として整理する。
- 14) 学説については、拙稿・前掲(注4)250頁以下、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」野村古稀『民法の未来』308頁以下も参照。
- 15) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為』（青林書院、1985年）779頁以下。
- 16) 澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為（第3版）』（有斐閣、2001年）349頁以下。
- 17) 淡路・前掲(注12)42頁以下。

- 18) この点については、西淀川第1次訴訟判決(大阪地判平3・3・29判例時報1383・22)参照。この判決は、被告企業に関連共同性を認めつつ、被告企業等が寄与したのは発生した損害の半分だとして、損害の50%について連帯責任を肯定している。
- 19) 東京判決は、「加害行為が到達する相当程度の可能性」として、あたかも到達の因果関係の証明が相当程度なされる必要があるかのごとき表現をとっているが、到達の問題は後段によって推定される個別的因果関係の問題なので、これは、被告の行為の被害発生に対する危険の程度を示すものであり、ゼロではないという(抽象的)危険性では足りないが、具体的なし現実的危険性までは要求しないという判示と理解すべきではないか。
- 20) 前田(陽)・前掲(注14)311頁。
- 21) 以上の考え方は、大塚・前掲(注2)217頁以下を参考にしたものである。なお、大塚は、「重合的競合」の場合、限定責任であることに鑑み、「適格性」(到達の可能性)は、「抽象的とはいえない寄与の可能性」があれば十分だとする(前掲(注2)219頁)。
- 22) 淡路・前掲(注7)40頁は、横浜判決は「石綿建材の原告作業現場への到達の問題は、不法行為として判断されるべき加害行為(侵害行為)としてではなく、因果関係の問題としてとらえ、それを共同不法行為の要件としての関連共同性の要件として判断した、と理解することができる」とする。これに対し筆者は、判決が、「加害行為そのものの一体性を主張するためには、まず、建設現場やそこで使用された建材を特定することが必要となる」としていることから、加害行為は建設現場における曝露=到達(少なくとも、建設現場における曝露=到達を組み込んだ加害行為論)であり、現場における曝露の問題は因果関係の問題だとは考えていないのではないかと述べ(拙稿「建設アスベスト訴訟における国と建材メーカーの責任」立命館法学347号23頁)、大塚・前掲(注9)267頁も、このような評価に賛意を示している。
- 23) これらの考え方は、重合的競合ないし不明型の場合には、「十分性」に関して、必ずしも原告に立証責任を課す必要はなく、全体の寄与度について規範的に判断すべしとする大塚説(大塚・前掲(注2)219頁以下)と類似した考え方である。
- 24) 判決が行った当該建材を使用する建設作業現場で作業に従事した確率の計算方法は、前田(陽)・前掲(注14)326頁が、被災者が多数の現場で曝露したことが重要であるとし、現場の数を考慮した可能性の計算を提示しているのと類似している。ただし、前田(陽)のそれは、本判決のような「蓋然性の高さ」を立証するものではなく「相当程度の可能性」を判断するためのものである。
- 25) この点につき、前田(陽)・前掲(注14)327頁以下は、筆者の、「弱い関連共同性」についても主観客観総合説をとるべきとの説にも触れつつ、「累積的か択一的か不明な原因競合で不可分一体の損害が発生したが《場所的・時間的・近接性》を欠く点で客観的関連共同性の要素が不十分である場合についても、それを補うものとして《自己と同様の行為との競合による被害発生危険の認識(可能性)》という主観的要件をも要求することで、『弱い関連共同性』による1項後段の類推適用が可能になれば、『共同行為』と損害発生との因果関係の立証をもって、個別の『到達の因果関係』を含む、個別の損害発生との因果関係が推定されることになる」とする。
- 26) 拙稿「アスベスト被害の救済」環境と公害42巻4号62頁以下。