

# 建設アスベスト訴訟と共同不法行為論（1）

—— 4つの高裁判決の検討を中心に ——

吉 村 良 一\*

## 目 次

1. はじめに
2. これまでの共同不法行為に関する裁判例と学説——その到達点
  - (1) 共同不法行為をめぐる学説の展開
  - (2) 「競合的不法行為」
  - (3) 裁 判 例
  - (4) ま と め
3. 建設アスベスト訴訟における共同不法行為論
  - (1) 地 裁 判 決 (以上, 本号)
  - (2) 学 説
4. 4つの高裁判決
5. ま と め——最高裁に求められること (以上, 384号)

## 1. はじめに

アスベスト含有建材を使った建設作業に従事して中皮腫、肺がん等のアスベスト被害を受けた建設作業従事者が、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が、全国各地で争われている。すでに、横浜地裁（平24・5・25 訟月59・5・1157）、東京地裁（平24・12・5 判時2183・194）、福岡地裁（平26・11・7 LEX/DB25505227）、大阪地裁（平28・1・22 判タ1426・49）、京都地裁（平28・1・29 判時2305・22）、札幌地裁（平

---

\* よしむら・りょういち 立命館大学大学院法務研究科教授

29・2・14判時2347・18)、横浜地裁(平29・10・24LEX/DB25549052)で7つの地裁判決が言い渡されており、高裁レベルでも、東京高裁(平29・10・27判タ1444・137)、同(平30・3・14LEX/DB25560269)、大阪高裁(平30・8・31LEX/DB25561547)、同(平30・9・20LEX/DB25561601)の4つで判決が出ている。

国については、平成24年の横浜地裁判決が責任を認めなかったが、同年の東京地裁判決以降は、4つの高裁判決を含めて、すべて責任を認めている。なお、これらの判決では、規制権限の根拠を労働安全・衛生関係の法規に求めたことから、自らも作業に従事する零細事業主や、建設作業に多い「一人親方」に対しても責任が認められるかという点が問題となったが、平成30年の東京高裁判決は、労働安全衛生法は、「快適な作業環境の形成」というその趣旨から見て、労働者以外の者も含めて保護することが目的とされることや、労災保険法等が労働者以外の者も対象としてきたことを斟酌し、一人親方との関係でも国の責任を認め、その後の2つの大阪高裁判決も、一人親方に対する国の責任を認めた<sup>1)</sup>。

これに対し、建材メーカーの責任については、裁判所の判断が分かれている。アスベスト含有建材を製造販売しているメーカーは、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多数存在するため、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の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作り出したかの証明は極

---

1) 建設アスベスト訴訟における国の責任については、下山憲治「一人親方等に対する国家賠償責任——建設アスベスト訴訟高裁判決を中心に——」環境と公害48巻4号41頁以下参照。

めて困難である。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無いのか。複数原因者の責任に関する考え方（民法719条の共同不法行為論）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。前記の4つの高裁判決に対しては、両当事者から上告がなされた。最高裁がこれらの事件を審理し、共同不法行為に関する新しい考え方を明らかにする可能性が高い。そのことは、本件被害救済のあり方に極めて重大な影響を与えるが、同時に、共同不法行為論という理論的な側面からも、大いに関心が寄せられるところである。そこで、以下、本稿では、まず、これまでの共同不法行為に関する議論を振り返り（2）、その上で、建設アスベスト事件における建材メーカーの責任に関する7つの地裁判決と学説を整理し（3）、4つの高裁判決の検討を行った上で（4）、最後に、最高裁に期待される判断とはどのようなものかについて、私見を述べてみたい（5）。

## 2. これまでの共同不法行為に関する 裁判例と学説——その到達点

### （1）共同不法行為をめぐる学説の展開

共同不法行為をめぐるのは多くの学説があり、それらは、共同不法行為の成否が問題となる事案の変化の中で、そしてまた、後述する裁判例の展開と密接な関連をもって変化・発展して来ている。その概要については、すでに何度か論じたことがある<sup>2)</sup>が、建設アスベスト事件における建材メーカーの責任の成否を考える上で、その前提となる重要な問題なので、あらためて整理しておきたい<sup>3)</sup>。

---

2) 拙著『公害・環境私法の展開と今日的課題』（2002年）247頁以下、同『不法行為法（第5版）』（2017年）250頁以下、同『公害・環境訴訟講義』（2018年）78頁以下、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215頁以下等。

3) 共同不法行為に関する学説史については、神田孝夫「共同不法行為」星野英一他編『民法講座6』（1985年）565頁以下、瀬川信久「共同不法行為論転回的事案類型と論理」平ノ

立法経過を見るならば、起草者は、民法719条を主として債務の性質(連帯)を定める規定として説明し、何が「共同ノ不法行為」であるかについては明確な説明を行っておらず、旧民法財産編378条に置かれていた「共謀」を必要としないということは明言しているが、他方で、客観的に関連しておれば共同不法行為になると断言しているわけでもない<sup>4)</sup>。しかし、その後の学説においては、客観的に関連しておればよいとする説(客観説)が通説となった。そして、狭義の共同不法行為の成立要件として、①数人が共同にて権利侵害をなすこと、②数人について皆不法行為の要件が具わっていることが必要だとされるようになる<sup>5)</sup>。ただし、我妻栄(敬称略。以下同じ)は、狭義の不法行為の要件として、①数人の加害者それぞれに故意または過失、責任能力があること、②各自の違法行為が関連共同して損害の原因となっていること、③関連共同した違法行為と損害とが相当因果関係に立つ(下線は吉村による。以下同じ)ことをあげており<sup>6)</sup>、加藤一郎も、「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、損害の発生との因果関係があるとあってよい」としている点が注目される<sup>7)</sup>。なお、前田陽一は、1項後段の趣旨として、穂積陳重が因果関係証明の困難から「法律ノ保護」がなくなることを避けるという「公益上」の見地から法律上特別に保護したものとしている点、梅謙次郎は、誰

---

ㄨ井宜雄古稀『民法学における法と政策』(2007年)657頁以下、渡邊知行「共同不法行為史」平井一雄他編『日本民法学説史続編』(2015年)475頁以下、前田陽一「共同不法行為論の展開と平井理論」瀬川信久他編『民事責任法のフロンティア』(2019年)473頁以下も参照。

4) 本条の立法経過については、神田孝夫『不法行為責任の研究』(1988年)307頁以下、前田達明『不法行為婦責論』(1978年)256頁以下、森島昭夫『不法行為法講義』(1987年)87頁以下、前田(陽)前掲(注3)論文476頁以下等参照。

5) 例えば、鳩山秀夫『日本債権各論下巻』(1924年)934頁以下。

6) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』(1940年)191頁以下。

7) 加藤一郎『不法行為』(1957年)207頁以下。ただし、加藤がそこであげているのは、騷擾行為において、闘争手段に訴えても目的を達すべき旨の決議に参加した者に、現場での殺傷行為に関する共同不法行為責任を認めたという、主観的要素が色濃い事案である。

に対しても賠償できなくなることを避けるために「特ニ被害者ヲ保護」して規定したものであるとしている点を指摘している<sup>8)</sup>。この点は、その類推を考える際に重要である。

1968年に、水質汚染事件に関し、山王川事件最高裁判決が出た（最判昭43・4・23民集22・4・964）。最高裁は、「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」とした。この事件は、被告工場以外に違法な汚染源が存在する共同不法行為のケースではなく、下水等による汚染が被告の責任にどのような影響を与えるかという点が問題となった事案であり、その意味で、ことさら共同不法行為を持ち出す必要はなかったものであるが、最高裁が、公害においても民法719条は適用可能であり、しかも、その場合も客観的関連共同性説をとるとしたことは、大きなインパクトを与えた。特に、複数の汚染者の損害発生への関与の程度が様々の公害事例において一律に連帯責任（全部責任）を課すことが妥当な結果をもたらすのか、寄与の程度が少ないものが狙いうちにされるのではないかという疑問が呈され、寄与の程度による分類を行い、一定の場合に分割責任を考える学説が多数登場した。しかし、このようなアプローチにあっては、各汚染者の排出量や最大許容量が既知であることが前提となって議論が組み立てられていたことから、その実用性に対する疑問が呈されることになる。他方で、前述の伝統的な要件論に対しては、各人の行為が独立して不法行為の要件を充足していることを求めると719条の存在意義が失われるとの批判がなされ、共同行為を媒介として因果関係要件の立証を緩和することに本条の存在意義があるとする説が有力となった<sup>9)</sup>。そして議論は、一方で、共同不法行為規定によ

---

8) 前田（陽）前掲（注3）論文481頁以下。

9) 前田（陽）前掲（注3）論文492、494頁は、東孝行「公害による賠償請求の訴訟」司

り因果関係要件を緩和しつつ、他方で、「狙いうち」による不当な結果を避けるために、関連共同性要件の見直しを行うという方向に転換する。以下、当時の代表的な学説を整理してみよう。

### ① 主観説

前田達明は、不法行為の帰責の根拠を「意思」に求めるという基本的立場から、共同不法行為においても、連帯責任を負わせる根拠としては、何らかの「意思」が働く必要があるとする説を主張する<sup>10)</sup>。しかし、それは、「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、自己の行為が利用されるのを認容する意思のある場合」のほか、「各自当該権利侵害以外の目的を目指してそのために他人の行為を利用し、他方、自己の行為が他人に利用されるのを認容する意思がある場合」を含む。なお、主観的要件のない複数不法行為者については、加害者複数のために因果関係の確定が困難な場合、719条1項後段がこれを処理する。すなわち、「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」については因果関係の推定がなされるが、推定であるから、加害者は因果関係の全部あるいは一部の不存在を立証して減免責が可能である。

### ② 類型説

以上のような主観説に対し、関連共同性には必ずしも意思的要素は必要ないとの説もなお有力であった。しかし、これらの説も、共同不法行為の意義を、自己の行為との因果関係のない（あるいは証明されていない）損害に対しても責任を負うことがあるという点に求め、そのような効果にふさわしく要件を再構成しようとする点で、従来の客観説を発展させたものとなっている。ただ、主観説と異なるのは、これまでの共同不法行為規定が多様な複数加害者の関与ケースを幅広く扱ってきたことを尊重し、意思ないし主観的要素が存しない場合にも関連共同性を肯定しようとする点であ

---

↘法研究報告書22輯1号(1969年)が「共同行為」を起点とした因果関係の立証という考え方の嚆矢であり、四日市判決に強い影響を与えたとする。

10) 前田(達)前掲(注4)書291頁以下。

る。したがって、この説は、多様な要素をもって共同性の有無を判断する結果、多かれ少なかれ、関連共同性の類型的理解をすることになる。

まず、関連共同性を「強い関連共同」と「弱い関連共同」に類型化する説がある。この関連共同性の分類は、沢（澤）井裕のアイデアによるものである<sup>11)</sup>が、それを最も整理した形で展開したのが淡路剛久である。淡路は、共同行為＝各人の行為の関連共同性という要件により各人の行為と損害との間の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を求め、その上で、共同行為者各人が各人の行為と相当因果関係の範囲にある損害を越えて賠償責任を負う（減免責を許さない）場合と、各人の行為と損害発生との間の因果関係を推定する（減免責が可能）場合の二つの類型を区別し、条文との対応において、前者を719条1項前段、後者を後段に振り分ける。そして、前者の共同不法行為と言いうるためには、「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」（＝「弱い客観的関連」）に加えて、「より緊密な関連共同性」（＝「強い関連共同」）が必要であり、共謀や共同する意思といった「強い主観的関連」がある場合に加えて、「強い客観的関連」がある場合にも、「強い関連共同」は認められるとする<sup>12)</sup>。

さらに、関連共同性の類型論として平井宜雄の主張がある。平井は、719条の存在意義を共同行為者各人に自己の寄与度を越えて責任を負わせ

---

11) 「研究会 公害訴訟 その7」ジュリスト486号113頁以下。沢井は、共同性が強い場合には連帯責任、共同性が強くない＝広い共同性の場合、すなわち、「全然ばらばらでもなければ連帯責任を負わせるほどまとまってもいない」場合には分割責任という枠組みを考えていた。

12) 淡路剛久『公害賠償の理論』（1975年）127頁以下。本書の共同不法行為に関する部分の初出は1972年3月という四日市公害訴訟判決の直前だが、淡路は、既存の共同不法行為論が個々の行為と結果の因果関係を要件とすることへの疑問を、「研究会 公害訴訟 その5」での平井宜雄の発言（ジュリスト483号128頁以下）を参照しつつ論じている。共同行為の類型論を含めて、この研究会が共同不法行為論の展開に果たした役割は大きい。この点については、内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書（上）」NBL1081号8頁、前田（陽）前掲（注3）論文474頁も参照。

ることに求め、そのような効果との関係で決定すべきであり、連帯して賠償義務を負わせるのが妥当と思われる程度の社会的に見て一体性を有する行為かどうかにより判断すべきだとする<sup>13)</sup>。そして具体的には、共謀、共同行為の意思といった意思的関連が存在する場合（「意思的共同不法行為」）、意思的関与は存在しないが客観的に見て一体性のある加害行為が損害を惹起した場合（「関連的共同不法行為」）の二つの種類があり、これらの場合には、減免責の主張を許さず連帯して責任を負うとする。どのような場合が後者の「関連的共同不法行為」にあたるかの基準として、場所的および時間的近接性の存在、社会観念上の一体性を指摘している。

### ③ 主観客観総合説

以上のような主観説、客観説（類型説）の対立を受けて、両者を総合する見解も登場している。四宮和夫の見解である。四宮によれば<sup>14)</sup>、719条1項前段の狙いは、自己の行為の因果関係または寄与度を越えて、生じた損害全部について賠償責任を負わせることにある。そして、そのための要件は、社会生活の複雑化にともなう種々の紛争形態の出現に対応するために、弾力的なものでなければならず、判例が、被害者保護のために「共同」の範囲を拡張してきた努力をできるだけ尊重しようという立場からは、「共同」事由は単一ではないであろうとする。具体的には、第一に「意思共通（例、共謀）」の場合であり、この場合には全部責任を負う。第二は「因果関係のからまりおよび発生した損害の一体性」がある場合である。この場合は、各人の寄与度を明らかにすることは困難であり、しかも被害者に一回だけの訴訟でできるだけ迅速に賠償を受けさせる必要があることから、各行為者の寄与度を問うことなく全部責任を認め、加害者間の公平は行為者間で実現するようにすべきである。ただ、この場合、際限のない拡大を防ぐためには、「社会観念上の一体性」という基準によって限

13) 平井宜雄「共同不法行為に関する一考察」『不法行為論の諸相』（2011年）65頁以下（初出は1972年）、同『債権各論Ⅱ不法行為』（1992年）193頁以下。

14) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為』（1985年）779頁以下。

定されるのが望ましい（時間的・場所的近接性が要件となろう）。さらに第三に、「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」との組み合わせを考えることもできる。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、被害者に一体不可分の損害を生ぜしめた場合である。

## （2）「競合的不法行為」

一個の損害の発生に複数の者が関与する場合（不法行為の競合）、各行為者に関連共同性があれば民法719条1項前段の共同不法行為となる。問題は、719条1項前段の共同不法行為規定は、複数不法行為の競合事例のうち、どのような場合をカバーするかである。前述のように、かつての学説は、関連共同性を緩やかに解し、共同不法行為の成立を広く認めてきた。これに対し、その後の学説は、関連共同性を何らかの程度において限定する傾向にある。これらによれば、共同不法行為とならない不法行為の競合事例（いわゆる「競合的不法行為」）は増えてくる。共同不法行為を類型化し、強い関連共同性がある場合のほか、弱い関連共同性にとどまる場合でも共同不法行為の成立を認める立場からは、関連共同性が（弱いものを含め）存在しない競合事例はそれほど多くはないことになる。しかし、このような立場であっても、加害行為としての一体性がない複数の不法行為の競合事例はありうる。

この問題を明示的に指摘したのは平井宜雄であった。平井は、前述のように、共同不法行為を「意思的」共同不法行為と「関連的」共同不法行為に類型化するが、同時に、独立の不法行為が単に「共同」（後の言い方では「競合」）したにすぎない「独立的」共同不法行為（後に、「競合的不法行為」と改称）があるとし、その場合の要件と効果を、719条1項後段に関連させて論じている<sup>15)</sup>。

---

15) 平井前掲（注13）『不法行為論の諸相』65頁以下、『債権各論Ⅱ不法行為』206頁以下。

競合的不法行為のタイプとして、「択一的競合」(複数のそれだけで損害を発生させる原因が競合した場合)、「累積的競合」(全部の損害を惹起する力のない複数原因が累積して損害が発生した場合)や「重合的競合」(全部またはいくつかの行為が積み重なってはじめて結果が発生する場合)などがあげられるが、どのタイプの競合かが不明の場合もある。これらの競合的不法行為については、関連共同性が認められないので、共同行為を媒介にして因果関係を認めるという手法がとれず、不法行為の原則に戻って、個々の行為者の行為と被害の因果関係が要件として求められることになる。しかし、複数の原因者がおり、複数原因が絡み合い競合していることによって各行為者と損害との個別的な因果関係の立証が困難ないし事実上不可能な場合もある。このような場合に、一方で、深刻な被害が発生しており、他方で、そのような被害を発生させる可能性がある行為をしている者がいるにもかかわらず、個々の行為者の行為と被害の個別的な因果関係の証明が困難なために被害者が救済されないままで良いのかという点が議論になった。競合的不法行為のうち、「択一的競合」については、一定の要件の下で1項後段により、各行為者の行為と被害の因果関係は推定される。しかし、それ以外の競合事例であっても、複数原因が絡み合い競合していることによって各行為者と損害との個別的な因果関係の立証に困難が存在する。そこで、このような場合に、1項後段の類推適用の可能性を探る考え方が登場するのだが、このような展開は、起草者らが、後段は被害者保護という「公益上」の見地から規定したものと説明したことに照らしても、適切なものと言うべきであろう。この問題は、まさに、建設アスベスト事件で最大の争点となっているところであり、競合的不法行為論に関する学説については、そこで検討する。

### (3) 裁判例

#### 【四日市訴訟判決】

複数汚染源による大気汚染公害の問題に最初に取り組み、後の議論の枠

組みを作り出したのが、四日市公害訴訟判決（津地四日市支判昭47・7・24判時672・30）である。四日市公害の特徴は、コンビナートを形成する企業群による大気汚染被害が問題となったことだが、同判決は、一般論としては最高裁山王川判決を確認しつつ、次のように関連共同性の類型化を行い、それを因果関係要件と結びつけた。

a) 「弱い関連共同性」 共同不法行為の関連共同性は、客観的関連共同性をもって足り、客観的関連共同性は、「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」があれば足りる。このような共同性がある場合には、共同行為により結果が発生したことを立証すれば加害各人の行為と結果発生との因果関係は法律上推定される。

b) 「強い関連共同性」 被告の間により緊密な一体性（強い関連共同性）が認められる場合には、「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」（因果関係の擬制）。

その上で同判決は、本件においては、被告らは隣接し合って操業し、かつ、コンビナート関連工場として操業しているのであるから「弱い関連共同性」を認めることができ、また、被告三社については、「一貫した生産技術体系の各部門を分担し」ているのであるから「強い関連共同性」を認めることができるとした。

この考え方は、前述した類型説を採用したものだが、そこでの「強い関連共同性」と「弱い関連共同性」の判断基準は、かなり狭い。四日市判決で「強い関連共同性」が認められるためのメルクマールとしてあげられているのは各工場の機能的・技術的・資本的に緊密な結合関係だが、このような場合にしか「強い関連共同性」が認められないというのではあまりにも狭いのではないかとも考えられる。さらに、本判決においては、この2つの関連共同性が、いずれも1項前段の中に位置づけられているが、同じ条文の中に、効果の異なる2つの類型が含まれることについては、批判も存在した<sup>16)</sup>。

---

16) 例えば、淡路前掲（注12）書143頁は、前段を「見なし」規定、後段を「推定」規定と考える方がすっきりするのではないかとする。

### 【西淀川第1次訴訟判決】

大気汚染公害における共同不法行為論を考える場合、次に重要なのが、西淀川第1次訴訟判決(大阪地判平3・3・29判時1383・22)である。本件では、被告間にコンビナートを形成している企業間のような密接な関連性はなく、地域的にも相当広範囲にわたって立地している。しかし他方で、同地域にはわが国でも有数の深刻な大気汚染が発生し多くの被害者が存在すること、そして、そのような汚染に各被告は少なからぬ寄与をしていることは事実であり、したがって、これらの被告に責任が認められないこともまた問題であった。したがって、これらの汚染源に(四日市判決とは異なる)どのような基準で共同性の網をかぶせるのかが大きな争点となったのである。

判決は、以下のように述べて、被告企業につき共同不法行為責任を認めた。

a) 1項前段 「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べきである。このような厳格な責任を課する以上、関連共同性についても相応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いた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。」「より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)とすることができる。」具体的には、「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ことになる。」

b) 1項後段 「後段においては共同行為者各人は、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、関連共同性のあることが必要であるが、この場合の関連共同性は、

客観的関連共同性で足りる（いわゆる弱い関連共同性で足りる）と解すべきである。」

c) 具体的な判断　立地操業の状況等から見て被告企業らの結合関係は希薄というほかない。しかし、「公害に対する公的規制の拡充強化に伴い、従来お互いに無縁のものと考えられていた各企業の活動が、公害環境問題の面ではお互いに関連していることが認識されてくるし、また認識すべきである。」「被告企業らは、遅くとも昭和45年以降は、少なくとも尼崎市、西淀川区及び此花区の臨海部に立地する被告企業の工場・事業所から排出される汚染物質が合体して西淀川区を汚染し、原告らに健康被害をもたらしたことを認識し、または認識すべきであったということが出来る。したがって、遅くとも昭和45年以降においては、被告企業間には民法719条1項前段に定める共同不法行為が成立する。」

d) 被告らは、10社の汚染の合計が西淀川区の大気汚染に寄与した限度で責任を負うべきである（その限度では被告らの連帯責任）。

本判決の特徴の第一は、関連共同性を強い関連共同性と弱い関連共同性に分け、その上で、「被告らの排煙等も混ざり合って汚染源となっている」場合に少なくとも「弱い客観的関連」があり、その場合には（1項前段に位置づけた四日市判決と異なり）1項後段が適用され、被告の側で、自己の寄与の程度についての反証がない限り連帯して責任を負うとしていることである。

第二の特徴は、昭和45年（大阪市の西淀川区大気汚染緊急対策策定時期）以降、「公害環境問題の面の関連性」を理由に前段の強い関連共同性を認めたことである。「公害環境問題での関連性」は、それが公害対策における協力関係のことだとすれば、むしろ不法行為の結果を是正しようとするものであるので、これを理由に強い関連性を認めるのはおかしいとの批判もある<sup>17)</sup>。しかし、この要素が強い関連共同性をもたらすのは、公害対策を共同して講じたからではなく、共同して対策をしなければ被害の発生が防げないという事態の中で、共同して被害発生を防止すべき義務が発生するにもかかわらず防止しえなかったことに、関連共同性を強固にするポイン

---

17) 森島昭夫「大阪・西淀川公害判決について」ジュリスト981号48頁。

トがあると考えることができるのではなからうか。

### 【西淀川第2～4次訴訟判決】

西淀川第1次訴訟判決以降も、多くの大気汚染公害訴訟判決が言い渡されているが、重要なものとして、西淀川第2～4次訴訟判決（大阪地判平7・7・5判時1538・17）がある。この判決は、関連共同性を分類する四日市判決や西淀川第1次訴訟判決の枠組みを維持した（本判決は、第1次訴訟判決や有力説と異なり、いずれの場合も1項前段の中に位置付けており、この点では、四日市判決と同じである）が、以下のように、本件において1項前段の共同不法行為は成立せず、同条の類推適用により問題を解決すべきとした。

「狭義の共同不法行為（一項前段）においては、共同行為者の行為によって全部の結果、あるいは少なくともその主要な部分が惹起されたことを……前提としている。

しかし、本件のような都市型複合大気汚染の場合は、先に判断したように、工場・事業場、自動車、ビル暖房などの他にも家庭の冷暖房・厨房や自然発生まで、極めて多数の大小様々な発生源が存在しており、個々の発生源だけでは全部の結果を惹起させる可能性はない。このように共同行為にも全部又は幾つかの行為が積み重なってはじめて結果を惹起するにすぎない場合（以下『重合的競合』といい、その行為者を『競合行為者』という）がある。

このような場合であっても、結果の全部又は主要な部分を惹起した、あるいは惹起する危険のある行為をした競合行為者が特定されうえて、前記の各要件が証明されれば、共同不法行為の規定を適用することになら問題はない。しかし、重合的競合で競合行為者が極めて多数にのぼる場合などでは結果の全部又は主要な部分を惹起した者を具体的に特定し、それぞれの行為を明らかにすることは容易ではなく、その一部の行為者しか特定できない場合がある。そのような場合には、右の要件からすれば、直ちに共同不法行為規定を適用することはできない。

しかし、個々の行為が単独では被害を発生させないとしても、それらが重合した結果、現実被害が生じている場合に、その被害をまったく救済しないことは不法行為法の理念に照らして不当といわなければならない。そこで、一定の要件が備われば、このような場合にも同条を類推適用して公平・妥当な解決が図られ

るべきである。」

判決によれば、「重合的競合」における民法719条類推適用の要件と効果は、以下の通りである。

「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（①）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、全部又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極めて困難であり、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（②）、寄与の程度によって損害を合理的に判定できる場合（③）には、右のような特定が十分でなくても、民法719条を類推適用して、特定された競合行為者（以下「特定競合者」という）に対する損害賠償の請求を認めるのが相当である」（○数字は、筆者による）。

この「ように特定競合者の行為を総合しても被害の一部を惹起したにすぎず、しかもそれ以外の競合行為者（以下「不特定競合者」という）について具体的な特定もされない以上、特定競合者のうちで被告とされた者は、個々の不特定競合者との共同関係の有無・程度・態様等について、適切な防御を尽くすこともできないのであるから、特定競合行為者にすべての損害を負担させることは相当ではない。したがって、結果の全体に対する特定競合者の行為の総体についての寄与の割合を算定し、その限度で賠償させることとするほかはない。」

「特定競合者間の関係については、民法719条の共同不法行為の場合と同様の理由から、客観的関連共同性が認められる限り、原則として連帯負担とするのが相当であると考えるが、加害者側において、共同不法行為の場合と同様に、特定競合者間に弱い共同関係しかないことと、各人の寄与の程度を証明することによって、各人の寄与の割合に従った責任の分割あるいは減免責を主張することができる」と解する。」

西淀川訴訟のように、被告とされた者以外に多数の汚染源があり（中には、家庭での暖房のように、不法行為とは言えないようなものもある）、そのすべて、ないし（少なくとも）主要なものが特定されていない場合に、共同不法行為を観念することができるかという点は、第1次訴訟でも問題となったが、第1次訴訟判決は、被告らに共同不法行為責任を認めた上で、その範囲を、共同不法行為者とされた被告らが寄与した部分に限定した（その

部分については連帯責任)。これに対し、本判決は、719条の適用を認めず、①から③の要件の下で同条の類推を行うという考え方を示した。これに対しては、「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(①)のであれば、少なくとも「弱い関連共同」を認めても良いのではないかと考えられるが、結論的には第1次訴訟判決と同じく被告らが寄与した範囲で連帯責任を認めている。

### 【製造物責任事例における共同不法行為】

建設アスベスト事件は、建材メーカーが製造販売したアスベスト含有建材の使用によって被害が発生した点で、一種の製造物責任事例である(市場を媒介にして危険物が流通し被害外をもたらしたという意味で、「市場媒介型不法行為」と呼ぶこともできる)。そこで、このような事例における共同不法行為論を見ておこう。

#### ① スモン事件

キノホルム剤による薬害スモン事件で共同不法行為が問題になるのは、製薬会社チバとチバからスモン剤を輸入販売していた武田の関係、国内メーカーである田辺とチバないし武田の関係、投薬証明がなく誰が製造販売した薬を服用したかが不明の場合の問題、国と製薬会社の責任の関係の各場面である。このうち、チバと武田はチバが製造した薬を武田が輸入していたという密接な関係があり、また、国と製薬会社の責任の関係は本稿で検討しているのとは別の問題を含んでいるので、ここでは、田辺とチバ・武田の関係と投薬証明のない患者の場合に限定して、ここでは719条がどのような形で問題となっているかを見てみよう。

まず、田辺とチバ・武田の関係について、福岡スモン判決(福岡地判昭53・11・14判時910・1)は、両者のキノホルム剤を服用した患者につき、両社の「キノホルム剤が相俟って今日の損害の全容を形成しているものといえるのであるから」、民法719条1項にいう共同不法行為者として、連帯して責任を負うとした。ここでは、製造販売にあたって両者に何らかの共

同性があったかどうかを問うことなく「相俟って」損害の全部を発生させたことをもって共同不法行為としている。この他に、札幌スモン判決（札幌地判昭54・5・10判時950・53）や静岡スモン判決（静岡地判昭54・7・19判時950・199）なども同旨である。

次に、投薬証明のない患者の問題だが、福岡スモン判決はその救済を否定した。しかし、これに対しては、学説からは厳しい批判がなされている。そして、それらの学説が提唱するのが、民法719条1項（とりわけ、その後段）の活用という方法であった。例えば、淡路は次のように言う<sup>18)</sup>、投薬証明がないことの不利益を原告に帰せしめるならば「原告被害者は自ら全く責に帰せられない事情により、その権利保護を拒まれることになり、他方で、「製薬企業の側では、市場に供給し、消費された薬の分だけは被害者の誰かに対して責任を負うことになるはずであるにもかかわらず、ブランドが特定されなかったというだけで責任を免れることになり、「はなはだ不当な結果」となる。したがって、「本件に民法719条1項後段を適用し、因果関係を推定することは法の正義に適うのであるが、法の解釈としても719条1項後段の適用は正当」である。後段は複数の行為者各人の行為と損害発生との因果関係を推定する規定なのであるから、ここでいう共同行為者とは「損害を発生せしめる（ある程度の）可能性があった、ある種の行為を行った特定の複数人」をいうのであり、その行為は同種の行為の場合もあれば異種の行為の場合もあろうし、同時的行為の場合もあれば異時的行為の場合もある。「問題は、それらが因果関係を推定させるだけの可能性のある行為であるかどうか」である。ただし、原告は、「共同行為者」として特定した者以外の者によってはもたらされなかったことを証明しなければならない。スモンは「市場を通しての不法行為」であるが、そのことは後段の適用においてはまったく問題にならない。「市場を通しての不法行為であることは、一層719条1項後段の推定を

---

18) 淡路剛久「投薬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116頁以下。

働かせる必要を感じせしめる」。なぜなら、「スモン事件の場合には、市場を通して消費された薬は、誰かを害している可能性が極めて高いからである」。

## ② クロロキン事件

クロロキン事件の場合、慢性腎炎の薬としてのクロロキン製剤は複数の製薬会社が製造販売していたことから共同不法行為が問題となったが、東京地判昭57・2・1判時1044・19は、「患者らは、各被告製薬会社の前記過失により本来講ずべき措置の講ぜられていない製剤を同時又は異時に服用することによってク網膜症に罹患したのであり、そして各被告製薬会社は、全く同一適応の疾病の治療薬として各クロロキン製剤を製造販売していたからには、人によっては他社製造販売にかかるクロロキン製剤を同時に、あるいは時を異にして服用することのありうることを当然予見し得たであろうからである」として共同不法行為を認めた<sup>19)</sup>。ここでは、製造販売における行為の時間的場所的接性等には何ら言及することなく共同不法行為を認定している。

## ③ 筋萎縮症事件

筋肉注射による筋萎縮症事件についても、複数の製薬会社の注射液が単独または混合して使われていたことから719条が問題となった。福島地白河支判昭58・3・30判時1075・28は、民法719条1項前段の共同不法行為には、「密接な共同関係」が必要だが本件ではこれがないとして、その適用を否定し、その上で、「特定された数人のうちの誰かの行為が損害を発生せしめたことは証明されたけれども、そのうちの誰の行為によって損害が発生したかということまでは特定できない場合」、1項後段により、その各人の行為と損害との因果関係が推定されるものと解するのが相当であるとした。

この判決については、固く行けば後段だが、前段を適用して良かった

---

19) 控訴審(東京高判63・3・11判時1271・3)もほぼ同旨。

ケースではないかとの意見がある<sup>20)</sup>。

さらに、同種の事件で東京地判昭60・3・27判時1148・3は、注射液の製造企業には客観的関連共同性、主観的関連共同性のいずれも存在しないとして1項前段の共同不法行為を否定した上で、「本件において、被告製薬会社らは、いずれも、それぞれ単独で作用しても、他剤と不可分的に寄与し合って作用しても、筋拘縮症を発生せしめる危険のある筋組織障害性を有する本件各注射剤を、右危険性を伴うものであることにつき何ら使用上の指示又は警告をなすことなく製造販売するという、それぞれ権利侵害を惹起する危険のある行為をなしたものであるべきであり、本件各注射剤は、いずれも医療用医薬品として当然に医師により患者に施用されること、しかも、往々にして他社製造の薬剤と競合して施用されることもあることを予定して製造販売されたものであって」、「医師による患者への投与を本来の目的とする本件各注射剤の製造販売行為は、その目的を達成して行為として完成したものであるべきであり、その結果として原告患児らに対し筋拘縮症を発症せしめるに至ったのであるから、ここに生じた現象を全体としてみるときは、どの薬剤が原告患児らの本症発症の原因となっているか確定できないとしても、その各注射剤を製造販売した被告製薬会社らに、それぞれ連帯して、原告患者らの被った損害を賠償すべき責を負わせることを是認し得るに足る社会的一体性を認めることができるものというべきであって、被告製薬会社らは、民法719条第1項後段にいう共同行為者に当るものというべきである。」

ここでは、「社会的一体性」が必要だとしつつ、いかなる点において社

---

20) 加藤雅信は、「研究会 福島・大腿四頭筋短縮症訴訟第一審判決をめぐって」（判例タイムズ507号152頁以下）において、「一般に混合注射はよくなされるということは知っているわけだから、他の会社の注射液と混合して打たれるであろうということも概括的な認識はあるはずなので」、前段で行くことも考えられる、ここまでどの会社の注射液が使われたかを細かく認定すれば後段は何の問題もないが前段の可能性がむしろあったのではないか、どの注射液をどういうふうに打っているかが分からないような場合に後段が問題になると述べている。

会的一体性が認められているかという事実認定はされていない。

以上の検討から、市場を通じた不法行為であり同種の製品を製造販売する企業が複数あることから個別企業の製造販売と原告の被害の因果関係の証明が困難な薬害事例で、民法719条1項(特に、その後段)を活用した解決策が裁判例と学説において展開されてきていることが明らかになった。建設アスベスト事件の場合、アスベスト含有建材を製造販売するメーカーが多数に上っている点で、個別的な因果関係立証がいっそう困難であるという事情があるが、メーカーが製造販売するアスベスト含有建材が市場を通じて建設現場において労働者が曝露され疾病に罹患する危険な状態が作り出されたという基本構造は、複数の製薬企業が製造販売した薬品が市場を通じて医療現場において薬害の発生という危険な状態を惹起した上記薬害事例との共通性が高い。

#### (4) ま と め

学説や下級審の裁判例が一致している点は、共同不法行為の場合、共同行為という媒介項を通すことにより各人の行為と損害発生の因果関係があるものとして扱うことができるという考え方である。因果関係要件(その立証)の緩和に、共同不法行為の意義を見出すわけである。このような点は、いまだ最高裁判決がないにしても、揺るがない通説になっていると言っても良からう。また、わが国の民法には、ドイツなどと異なり、複数加害者に関する一般規定がない中で、719条の規定を類推する必要性があることも共通の理解と言えよう。その上で、(混迷と言われる)複雑な共同不法行為をめぐる議論は、共同行為の理解、さらに、それとも関連して、競合的不法行為における処理、すなわち、1項後段の本来適用は択一競合だとして、それ以外の競合事例に類推を(どのような場合にまで)認めるか、その要件は何かといった点に焦点が置かれているのである。

ところで、以上のような公害事例を中心とした共同不法行為論の展開について、それを否定的に見る主張がある。内田貴は、共同不法行為をめぐ

る解釈論は混迷の中にあり、その原因は、下級審裁判所が「目の前の紛争に対応するために新たな工夫をしようとする」が、「そこで提示された解釈論は、当該事案解決のために編み出された試論的な理論であり、異なる事案での妥当性は検証されていないし、上級審での是認も経ていない。それにもかかわらず、新奇な概念や理論構成が登場すると、それがあたかも確定判例であるかのように学者によって取り上げられ、分析され、さらに精緻な理論化が図られる。こうして、共同不法行為の解釈理論は、ますます条文から乖離した空中楼阁の如き様相を呈している」とする<sup>21)</sup>。

実務（下級審の裁判所）が、具体的な事件に取り組む中で、内田の言うような「変遷」（発展）を遂げてきたこと、そして、その「変遷」に研究者が様々な形で関与したことは事実である。問題は、そのような「変遷」に対する評価である。内田は、① 条文にない概念（関連共同性、競争的不法行為、等々）による条文からの乖離、② 下級審の（事例に即した）判断に過ぎず、最高裁の承認を受けていない、③ 学説による（不当な）一般化が見られるとし、以上の結果、議論が混乱し理解しにくいものとなっていると否定的に見る。しかし、果してそうか。

裁判所（特に、地裁を中心とする下級審）が現実に提起された問題の解決に取り組み、研究者や実務家（弁護士）がその手がかりとなる理論を提示し、裁判所が示した判断を理論的に位置づける……といった作業（実務と理論の協働）によって発展してきたのが、わが国の不法行為理論史である<sup>22)</sup>。また、条文にない概念という点について言えば、不法行為の分野だ

21) 内田貴「近時の共同不法行為に関する覚書（上）（下）」NBL1081号4頁以下、同1082号32頁以下。

22) 公害訴訟をめぐる動きがそのもっとも典型的な事例だが、交通事故、製品事故等々、このような例に枚挙の暇がない。大気汚染事案の解決に向けた共同不法行為論の展開には、訴訟当事者（原告弁護士）、研究者、そして裁判所のある種の「協働」が見られることについては、すでに述べたことがある（「公害・環境法理論の発展に果たした学者（研究者）の役割」淡路剛久古稀『社会の発展と権利の創造』（2012年）595頁以下、「法理論の発展における『理論と実務の架橋』——四日市公害訴訟における共同不法行為論を例に」法の科学49号巻頭言参照）。

けではなく、民法のほぼすべての分野において、そのような概念が実務と理論により作り出され、様々な役割を果たしてきた。加えて、内田論文には、下級審の判断への消極的な評価があるように感じられる。内田は、「裁判例の中に見られる新奇な理論」とさえ表現している<sup>23)</sup>。共同不法行為事例だけでなく、多くの公害訴訟は最高裁にまで持ち込まれず、その結果、形式的には最高裁の「承認」を得ていない。しかし、そのことは、これらの裁判例の実務上の意義をおとしめるものではなく、まして、理論の問題としては、決定的な問題ではない。前田達明=原田剛は、「上級審裁判例が殆どなく、逆に類型を同じくする数多くの下級審裁判例が存在する場合、その数多くの下級審裁判例を類型ごとに分析し、そこに共通した法理論が存在することが確認できたときは、それを『判例法理』(統一的規範)として、上級審に提示することは学究者の重要な役割である」とする<sup>24)</sup>。適切な指摘であるが、学究者(研究者)の役割はそれにとどまるものではない。下級審を含めた実務に問題解決のてがかりとなる新しい理論を提示することもまた、研究者の重要な役割である(ここでは、実務と理論の協働が求められている)。大塚直は、下級審裁判例が紛争を解決するために苦心して形成してきた理論には「それ相当の重みがある」とし、「単に下級審裁判例だからという理由で軽視し批判するのではなく、それを踏まえてあるべき共同不法行為論を追求することこそ研究者の使命であろう」とする<sup>25)</sup>が、まったく同感である。また、大塚は、民法制定当初にはなかった新しい現象が生じた場合、できるだけ民法の条文を尊重すべきことはもちろんであるが、「社会の発展に応じて、元来の条文から離れた解釈をとらざるを得ない場合がある」とするが、これまた、常識に類することではないか。以上のような中で発展してきたのがまさに不法行為法論で

---

23) 内田「近時の共同不法行為に関する覚書(上)」NBL1081号12頁。

24) 前田達明=原田剛「共同不法行為論の動向について(上)」NBL1098号24頁。

25) 大塚直「関西建設アスベスト京都訴訟判決における製造・販売業者の責任」Law and Technology 73号26頁。

あった<sup>26)</sup>。

前田陽一は、民法719条1項前段適用拡大の歴史として、以下のような整理を行っている<sup>27)</sup>。起草者は、暴行等を念頭に共謀までは必要ではないが何らかの主観的関連共同性を必要としており、梅博士は個別的因果関係を必要としていた（「個別的因果関係+主観的関連共同性」）。しかし、その後、客観的関連共同性でたりるとする説（「個別的因果関係+客観的関連共同性」）が通説となった。ただし、騷擾事例を受けて、共同行為を媒介として相当因果関係を拡張解釈して前段の成立を広く認める説（「拡張された個別的因果関係+客観的関連共同性」）も主張された。その後、個別的因果関係が認められない場合にも責任を肯定する点に719条の意義を見出すという理解が登場し、共同行為との因果関係で足りるとされることとのバランスから主観的関連共同性を要求する説（「共同行為との因果関係+主観的関連共同性」）、しかし、それでは前段の適用範囲が狭くなりすぎるとの批判から、主観的関連共同性が認められない場合でも強い関連共同性が認められる場合があるとする説（共同行為との因果関係+主観客観併用）、後段を類推適用することによって加害者に弱い関連共同性しか認められない場合についても被害者保護を図ろうとする説（「（1項後段類推）共同行為との因果関係+客観的関連共同性」）が登場した。

的確な整理であり、さらに付け加えれば、複数の、（関連共同性は存在しない）不法行為が競合したために個別的因果関係の立証が困難な場合に、1項後段を（上記の「（1項後段類推）共同行為との因果関係+客観的関連共同性」説とは異なる意味で<sup>28)</sup>）類推して、被害者の救済を図ろうとする議論も

26) 内田論文については、大塚直「共同不法行為・競合的不法行為論と建設アスベスト訴訟判決について」加藤雅信古稀『21世紀民法学の挑戦』（2018年）630頁以下が、総括的な批判をおこなっている。

27) 前田陽一『債権各論Ⅱ不法行為法（第3版）』（2017年）142頁以下。

28) 学説においては、「弱い関連共同性」ととどまる場合、その根拠を719条1項後段ないしその類推に求める説があり、後述のように、西淀川第1次訴訟判決（大阪地判平3・3・29判時1383・22）は、その立場をとった。そうすると、そこでの類推と競合的不法行為

登場している。建設アスベスト事件では、このような、共同不法行為論の展開を踏まえて、建材メーカーの責任をどう考えるかが、問われているのである。

### 3. 建設アスベスト訴訟における共同不法行為論

#### (1) 地裁判決

##### a) はじめに

本件は、被告の製造販売したアスベスト含有建材が市場を通じて被害者の曝露に結びつく「市場媒介型」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。この点については、本件のような「市場媒介型」不法行為では、危険な製品を製造販売し流通に置くことが加害行為であるとする立場と、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とする見方がある。この点は、本件において719条の適用ないし類推適用の可否を考える上で出発点となる論点なので、以下の裁判例の検討においても、注意したい。

その上で、本件において719条の適用ないし類推適用を考える場合、二つのアプローチが考えられる。一つは、被告間に（少なくとも弱い）関連共同性があるとして共同不法行為と考えることができないかを検討するアプローチである。そこでは、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（「関連共同性」の有無）が問題となり、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（「弱い関連共同性」の場合は減

---

ㄨ為における類推の関係が問題となる。この点については、「弱い関連共同性」がある場合は、因果関係や賠償範囲は<共同行為を起点に一体として>判断されるのに対し、競合的不法行為における類推の場合は、<個別の加害行為を起点として個別的に>判断されることになろう（前田（陽）前掲（注27）書147頁）。

免責の立証可)。第二は、(関連共同性のない)競合的不法行為と考えると、1項後段の適用ないし類推適用の可否を考えるというアプローチである。この場合は、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>29)</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<sup>30)</sup>。

以上のような点を念頭に置きつつ、以下では、まず、7つの下級審判決を検討し、その上で、(2)において、この問題を扱った主な学説を整理してみよう。なお、各地裁で、当初原告は、国土交通省のデータベースに記載されている40数社の建材メーカーを被告として共同不法行為の責任を問うという主張を行った。しかし、その後、原告ごと、あるいは職種ごとに、使用する可能性のない建材のメーカーを除外したり、使用した可能性の高い建材のメーカーに被告を絞り込んで請求するようになった。(絞り込みの仕方やその意義については、後に検討するが)当然のことながら、40数社に対する請求と絞り込んだ被告に対する請求では、共同不法行為論の適用の仕方も変わってくる。そこで、以下では、絞り込みを行う以前の、横浜地裁平成24年判決と東京地裁平成24年判決(この2つの事件も、控訴審段階では絞り込みが行われている)、絞り込み後の福岡判決以後に分けて、検討してみたい<sup>31)</sup>。

---

29) 大塚直「共同不法行為・競合的不法行為に関する検討(補遺)」別冊 NBL155号217頁以下。

30) 前田陽一・判例評論661号171頁参照。

31) なお、前田陽一・私法判例リマークス58号40頁以下は、平成29年東京高裁判決批評の中で、短い文章ではあるが、すでに、一連の判決の特徴を的確にまとめている。

b) 絞り込み以前の判決

【横浜地判平 24・5・25 訟月 59・5・1157】

本件で原告は、建設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社を被告として、民法719条1項前段の共同不法行為または後段（ないしその類推適用）により賠償請求を行った。

判決は、前段の共同不法行為について、各人の行為がそれぞれ個別に不法行為の要件を備えていることが要件となるという立場に立つときは、原告は被告企業の行為と各原告の曝露または発症の因果関係を個別具体的に主張立証していないのだから、前段の共同不法行為はおよそ成立しないというほかないとする。また判決は、関連共同性があれば各人の行為との因果関係の主張立証が不要との立場に立ったとしても、本件では被告44社に関連共同性は認められないと言う。判決によれば、前段の共同不法行為が成立するためには「強い関連共同性」が必要だが、被告44社に一体性は認められない。なぜなら、「製造時期という時間軸（縦軸）でも、製造した建材の種類という空間軸（横軸）でも、大きく離れ、いずれの軸でも同一線上に立つことがない被告企業同士を、建設現場には、多種多様な石綿含有建材が用いられる、建設作業従事者を累積的に石綿粉じん暴露させるとの抽象的な理由だけで、汚染源として一体不可分であると評価することはできないというべき」だからである。

さらに判決は、719条1項後段につき、次のように言う。同条後段は択一的競合に関する規定であり、同条を適用するためには、「共同行為者とされる者以外に疑いをかけることのできる者はいないという程度までの立証を要する」が、被告以外にもアスベスト含有建材を製造等した可能性のある者がいるので、そのような特定はなされていない。また、「一部の競合行為者しか特定できない場合でも、一定の割合で特定された競合行為者の連帯責任を認め得るとの立場に立ったとしても、被告企業らにそのような共同不法行為を認めることはできない」。「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ふことができない」。

判決は、加害行為を建設現場における曝露＝現場へ到達させたことだと見て、建材や製造加工時期の多様性を理由に、その加害行為の共同性を否定していると思われる。しかし、本件は、建材メーカーが製造販売したアスベスト含有建材が市場における流通を媒介にして建設現場に集積して労働者らがアスベストに曝露されうる危険な状態と作り出したという点で、「市場媒介型」とも言うべき特質を有している。このような市場媒介型不法行為において、何をもって加害行為と見るべきかについては、前述したように、争いがあるが、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とする見方によれば、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、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作業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らに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るとすれば、そこには、本質的な共通性があるのではないか<sup>32)</sup>。

また、判決は、後段について、それを、択一的競合の規定だとした上で、共同行為者の特定を要求し、データベースに被告以外に40社以上あることや廃業してしまった会社もあることから特定がなされていないとして

---

32) 大塚直「建設アスベスト訴訟における加害行為の競合」野村豊弘古稀『民法の未来』（2014年）267頁は、「被告企業の行為は、販売のために市場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」とし、「原告らを地域やアスベストの使用目的等でグループ分けし、被告企業らについても同様にグループ分けをすれば、市場を通じた集積・暴露によって被害を発生させる具体的危険性を帯びた行為と構成することが可能である」とする。

その適用を否定している。しかし、前段を「強い関連共同性」がある共同不法行為だとし、後段を択一的競合に限定する考え方によった場合、累積的競合や重合的競合、あるいは、どのようなタイプの競合事例かも明らかでないといった多様な競合事例が射程から外れてしまうことになる。この点につき、淡路は、「なぜ、原告の主張を、結果的に、択一的競合の場合に閉じこめたのであろうか」、「判決は、アスベストに起因する被害の発生には、択一的競合の場合もあるし、累積的(加算的)競合の場合もあるし、独立的競合の場合もあるし、一部の行為者を共同行為者ととらえる重合的競合という解決の仕方もある、ということ視野の外におき、択一的競合の問題としてとらえることにより、そのような判断(ある意味では、裁判所としても困難な事実の認定と判断)を避けたのではないか、との推測も可能であろう」とし、後段の活用により、「被告側の減免責の主張・立証の問題として審理する」方向を示唆している<sup>33)</sup>。

ただし、本判決が、「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」と述べている点は重要である<sup>34)</sup>。その上で判決は、「原告らは、上記のような原告又は被相続人ごとの被告企業の限定をあえて行ってこなかったものである」として、原告の主張・立証の仕方に不満の意を表明しているのである<sup>35)</sup>。

---

33) 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43頁以下。

34) 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5頁は、「横浜判決は、否定の理由を逆に読むと、使用目的、就労時期、就労対応等から原告が使用した可能性のある建材、そのような蓋然性のある建材を選別することができるのではないか、そうすれば、建材を製造等したそのような企業の間では後段の共同不法行為の成立を考える余地があることを、示唆しているようです」とする。

35) 4で検討する大阪高裁平成30年判決は(大阪地判平28・1・22の控訴審であるが)、40数社を被告とした当初(絞り込み前)の原告の主張を、「集合体としての原告らに対す

【東京地判平 24・12・5 判時 2183・194】

本件も、原告は、横浜事件と同じく、国交省データベースに記載された40数社に対して共同不法行為責任を追及した。本判決の特徴の第一は、建材メーカーの過失（注意義務違反）を明確に認めたことである。さらに判決は、「原告等に石綿関連疾患を生じさせた原因が、被告企業らが製造、販売した石綿含有建材に由来する石綿粉じんに曝露したことであるという可能性自体を否定することは困難というべきである。……原告等が自らの石綿関連疾患の原因であるとする石綿含有建材を特定することが困難であるという背景の一端には、被告企業らを含む石綿含有建材を製造、販売した企業らが適切な警告表示を怠ってきたため、原告等が石綿の危険性を具体的に認識することが困難であったという事情も踏まえれば、……石綿含有建材の製造販売企業が、被害者である建築作業従事者に対して何らの責任を負わなくてよいのかという点については疑問があるといわざるをえない」としている。

それにもかかわらず、東京地裁は共同不法行為規定による救済を否定した。判決はまず、以下のように述べて、1項前段の適用を否定する。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」。しかし、「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、現実には、原告等に対して石綿被害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」。「被告企業らが個々の原告等に対して一体的に加害行為（侵害行為）をしたとは認め難いのであって、被告企業らに上記で説示した全部責任を正当化するに足りるだけの法的な結びつきがあったとは認めるに足り」ない。

次に、判決は、以下の理由から後段の適用ないし類推適用を否定してい

---

↘ 集合体としての被告らの共同不法行為という枠組み」だったとしている。裁判長は横浜地裁判決と同じ江口とし子裁判官であり、本件でも、同様に理解していたフシがある。

る。すなわち、後段は、択一的競合の場合において、因果関係を推定し、当該行為者に連帯して責任を負わせる趣旨の規定である。したがって、後段が適用されるには、「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」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るが、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」としたのである。判決が「相当程度の可能性」を否定したのは、被告らの中には、「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」すること、「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」、「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」、「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」といった理由からである。

まず、本判決が、建材メーカーの過失を認めたことは、アスベスト被害の救済制度を考える上で重要である<sup>36)</sup>。次に、1項前段の共同不法行為の成否について判決は、関連共同性を強いものと弱いものに区別する考え方には立っていない。その上で、判決は、前述のように、「現実には、原告等に対して石綿被害の危険性を及ぼし得なかったものが含まれる」という事情から前段の共同不法行為を否定している。しかし、この判示を反対解釈すれば、「現実には原告等に対して石綿曝露の危険性を及ぼし得なかった者」が排除されるならば、共同性を認める余地があることになるのではないか。

---

36) 本判決が救済制度において持つ意義については、拙稿「アスベスト被害の救済」環境と公害42巻4号62頁以下参照。

後段の適用ないし類推適用に関し、判決は、「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」が、本件では、「相当程度の可能性」が立証されていないとして、その適用ないし類推適用を否定した。しかし、本判決は、「相当程度の可能性」としている点で、原告の立証負担の重さに配慮したものとなっている。この考え方は、「到達する相当程度の可能性」という、到達の因果関係と混同しやすい表現はしているが）個別的因果関係としての「到達」ではなく被告の行為の当該被害発生の危険性の程度を示す概念と理解すれば、被告の行為の危険性要件を（相当程度の可能性に）緩和するものとして、本件の解決にとって、有力な手がかりになるものかもしれない。これに対し、内田は、東京地裁判決の「相当程度の可能性」は、証明の負担を軽減したのではなく、「建材の到達を経験則上推定しうる程度の証拠が示されることを求める趣旨と解するのが整合的ではないか」とする<sup>37)</sup>が、やはり何らかの程度において到達の証明負担を軽減するものと言ってよいのではないか。判決の「相当程度の可能性」を否定した理由を裏返して見れば、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。淡路は、東京地裁判決は、「被告とされた企業の中には、場所的範囲、使用目的、施行者の限定、市場占有率の点で、アスベスト粉じんばく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を理由として、『相当程度の可能性』を否定していますから、逆に、場所的範囲、使用目的、施行者、市場占有率等

---

37) 内田「近時の共同不法行為論に関する覚書（続）（上）」NBL1086号11頁以下。

の点から『相当程度の可能性』を証明すれば、719条1項後段の共同不法行為が成立すると理解することができるのではないのでしょうか」と述べ<sup>38)</sup>、大塚も、東京地裁判決の「相当程度の可能性」と「高度の蓋然性」との違いは明白であると思われる、「東京地判は、場所的範囲、石綿含有建材、施工者、市場占有率において原告らが曝露した可能性が極めて乏しいものが含まれることを問題視し、これらの点で『到達の相当程度の可能性』さえ満たされてない場合があることを指摘しているのである」とする<sup>39)</sup>。

### c) 絞り込み以後の判決

前述のように、本件の各訴訟で、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、横浜判決や東京判決の、被告の限定によっては共同不法行為ないし後段が適用・類推適用可能性が生じることを示唆したと思われるような判示をも受けて、製造販売企業を絞り込んだ請求を行うようになっていく。京都や大阪の訴訟では、40数社全部に対する請求を取り下げ、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。以下、原告が絞り込みを行った（ただし、提訴後の審理途中の段階で）訴訟について、責任をなお認めなかったものと認めたものに分類して、検討しよう。

---

38) 淡路前掲（注34）論文5頁以下。

39) 大塚前掲（注26）論文638頁下。

イ) 責任を否定した事例

【福岡地判平 26・11・7 LEX/DB25505227】

この訴訟で原告は、主位的には、国交省データベースに記載された40数社を被告として共同不法行為責任を追及したが、予備的に、被告を、「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<sup>1</sup>に直接曝露する危険性がある石綿含有建材）」メーカーに絞り込んだ請求を行った。しかし、判決は、両方の主張について、建材メーカーの責任を認めなかった。

まず、719条1項前段について、同条は「複数の行為者の行為が『共同の不法行為』と評価することができる場合に、共同行為と結果との間に因果関係が認められることを要件として、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、各人が自己の行為ないし損害との因果関係がないか部分的にないことを主張立証することによる減免責を許さない旨を定めた規定であると解するのが相当である」が、このような厳格な責任を課する以上、「共同の不法行為」に当たるためには、「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の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（強い関連共同性）があることを要するものと解すべきである。」しかし、「被告企業らが石綿含有建材を製造又は販売した時期、場所、石綿含有建材の種類、販売先はそれぞれ異なるのであるから、被告企業らがそれぞれ製造販売した石綿含有建材が使用される建築作業現場、時期も異なるものであり、石綿粉じん曝露作業に従事していた建築作業現場も時期も異なる被災者が、一律にすべての被告企業らが製造販売した石綿含有建材を使用するなどして石綿粉じん<sup>1</sup>に曝露し、各被災者の石綿関連疾患発症の原因となることは考え難い」とした。

次に、1項後段は、「択一的競合関係にあるときに、択一的競合関係にある複数の行為者の間における因果関係の証明の困難さを緩和するという趣旨に基づき、発生した損害と複数の行為者の各行為との因果関係の存在

を推定する規定であると解するのが相当である。……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にも防御のて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はないことを証明することが必要であるというべきである。」「国交省データベースは……全ての石綿含有建材の製造販売企業が掲載されたものではないし、必ずしも記載された石綿含有建材の製造期間等が実態を反映したものであると認めるに足りない。加えて、被告企業らは、国交省データベースにおいて石綿含有建材を製造販売したとされている企業の一部にすぎず……被告企業以外の者によって各被災者の損害がもたらされたものではないことの証明がされたものと認めることはできない」。

さらに、「累積的競合、重合的競合又は寄与度不明の場合においても、同条1項後段の類推適用による共同不法行為責任が成立する余地があると解することができるとしても……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<sup>1</sup>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である」が、原告らは、この点について具体的な主張立証を行っていないから、民法719条1項後段の類推適用に基づく共同不法行為責任に関する主位的主張は、採用することができないとした。

その上で判決は、原告が予備的に主張した建材メーカーの絞り込みによる請求についても、それは、「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<sup>2</sup>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。なお、本判決も平成24年の東京判決等と同様、弱い関連共同性ある共同不法行為は念頭に置いていない。

後段の適用ないし類推適用について本判決は、「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」とする。問題は、ここでいう「可能性」の程度であるが、本判決は、「直接取扱建材」の絞り込みに関して、それは「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」ないとして否定的に見ていることから、そこでの「可能性」の程度としては高度のものを要求しているようであり、「相当程度の可能性」でよいとした東京判決とは異なる。「絞り込み」の評価について見るならば、判決は、原告の行った「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する。しかし、かりに原告の絞り込みが「可能性のないもの」を除外しただけだとしても、「可能性のないもの」が除外されれば共同不法行為を論ずる可能性が開かれるのではないか。

淡路は、本判決について、原告が予備的主張として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」といえるとしている<sup>40)</sup>。

【大阪地判平 28・1・28 判タ 1426・49】

本件でも、当初は、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、原告は、原告の職種や従事してきた作業内容等に着目し被告企業の「絞り込み」を行った。具体的には、各原告にとって「病気発症の危険性が相当程度ある建材」の製造販売企業という第一段階の絞り込みに加えて、原告の（どのような建材を使ったかの）記憶や、その種の建材のシェアなどに着目（国交省のデータベースに基づいて販売シェアの上位企業のうちシェアの合計が80%以上となるように絞り込む）した、「主要原因建材

---

40) 淡路前掲（注34）論文8頁以下。

販売企業」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。

これに対し、判決はまず、719条1項前段の共同不法行為規定は、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「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。また、予備的請求に対しても、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。

次に、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、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

るが、第1段の「絞り込み」によっては、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。また、予備的請求についても、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とした。

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としつつ、実際の運用においては、本規定のそのような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、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、民事損害賠償訴訟における立証のあり方としても疑問がある。この判決通りだとすると、他に原因者がいる可能性が0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を考慮して特定性に欠けるといった議論は妥当なものといえるのであろうか。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、他にどんなデータや資料が存在するというのであろうか。

加えて、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」と述べた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。

全体として、原告の絞り込みに要した努力を正面から受け止めていない点では、前記の福岡判決と同様の問題点を有するものと評価せざるをえない。

#### 【札幌地判平 29.2.14 判時 2347・18】

本件の特徴は、原告が、瀬川信久の意見書（瀬川説については後に②の学説の項で触れる）に依拠し寄与度分割責任を主張したことである。しかし、判決は、以下のように述べて、（そのような寄与度責任の主張にも目を向けることなく）建材メーカーの責任を全面的に否定した。

まず判決は、「被告企業らの民法719条1項前段に基づく共同不法行為責任が肯定されるためには、被告企業らの各人が適切な警告表示をすることなく石綿含有建材を製造し又は販売した加害行為と、本件被災者らの各人が被った石綿関連疾患の発症による損害の全部との間に、それぞれ独自に

相当因果関係があることを要する。したがって、被告企業らの各人が製造し又は販売した石綿含有建材がそれぞれ本件被災者らの各人の下に到達し、当該建材に由来する石綿粉じん曝露することによって本件被災者らの各人がそれぞれ石綿関連疾患を発症した事実が認められなければならない」とする。

さらに、「被告企業らの民法719条1項後段に基づく共同不法行為責任が肯定されるためには、被告企業らのうちのいずれかの者が適切な警告表示をすることなく石綿含有建材を製造し又は販売した加害行為と本件被災者らの各人が被った石綿関連疾患の発症による損害の全部との間に相当因果関係があること、及び被告企業ら以外の者が適切な警告表示をすることなく石綿含有建材を製造し又は販売した加害行為と本件被災者らの各人が被った石綿関連疾患の発症による損害との間には相当因果関係がないことを要する。したがって、被告企業らのうちのいずれかの者が製造し又は販売した石綿含有建材が本件被災者らの各人の下に到達し、当該建材に由来する石綿粉じん曝露することによって本件被災者らの各人がそれぞれ石綿関連疾患を発症した事実、及び被告企業ら以外の者が製造し又は販売した石綿含有建材が本件被災者らの各人の下に到達して当該建材に由来する石綿粉じん曝露することによって本件被災者らの各人がそれぞれ石綿関連疾患を発症したことはないとの事実が認められなければならない」とした。

本判決の共同不法行為論は、2で検討した、1960年代までの「通説」的理解のままであり、その後の共同不法行為論の展開をまったく視野に入れていない。また、判決は、「原告らは、民法719条1項後段の類推適用に関するいくつかの主張をするが、いずれの主張も同項後段の上記趣旨からは導き得ない解釈論に基づくものであって、それらを採用することはできない」とする。そして、「適格性」と「充分性（特定）」のトレードオフの関係（二律背反）については、「原告らは、自ら製造し又は販売した石綿含有建材が本件被災者らの下に到達した可能性が少しでもある者を全て共同行

為者として特定すればよく、そうすれば、今度は、共同行為者とされた者の側で、自身が製造し又は販売した石綿含有建材は本件被災者らの下に到達していないことその他の自身による加害行為と本件被災者らの被った損害との間には相当因果関係がないことを抗弁として主張立証する必要があることとなる」、原告らが共同行為者として特定した者の中に権利侵害に向けた危険性のある行為をしていない者が含まれていることのみを理由として当該者以外の者が負うべき同項後段に基づく共同不法行為責任まで否定されることはないので、二律背反の問題は生じないとする。

1項後段の適用ないし類推適用論は、複数行為者による不法行為の類型の多様性に着目して裁判例や学説が展開してきたものであり、無視して良い解釈論ではない。また、判決が「被災者らの下に到達した可能性が少しでもある者を全て共同行為者として特定すればよ」とした点について言えば、そのような立証が現実的に可能なのか(国交省データベースが欠落のある不完全なものであることは被告側が各訴訟で主張しているところであり、被災が長期に、しかも、多数の現場において生じていることから、このような立証が簡単にできるとは思われない)という疑問を禁じ得ない。さらに、原告らが共同行為者として特定した者の中に本件被災者らに対する加害行為をしたことすら認められない者が含まれていることのみを理由として、当該者以外の者が負うべき同項後段に基づく共同不法行為責任まで否定されることはないとの判示が何を意味するかは明確ではないが、原告が被告として特定した者の中に、そのような者が多数含まれている場合にも後段の類推が可能という結論が妥当なのかどうか。そこに、「適格性」と「充分性」のトレードオフの関係があることこそが、本件の特徴ではないのか。

全体として、共同不法行為論の展開に目を背け、また、原告の分割責任論にも応接しない、その意味で、理論的誠実性に欠ける判決との印象が強い。

ロ）責任を認めた事例

以上の各判決が、原告による被告企業の絞り込みを十分、受けとめきれなかったのに対し、それを受けとめて建材メーカーの責任を認めた地裁判決も出ている。平成28年の京都地裁判決と、（ごく一部の被告についてのみだが責任を認めた）平成29年の横浜地裁判決である。

【京都地判平 28・1・29 判時 2305・22】

本件でも、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が、その後「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」という第一段階の「絞り込み」に加えて、（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」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。

判決は、まず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」「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。

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。

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」るとした。

以上のような719条理解を前提に、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する。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と同時に又は異時に曝露させた競合関係が認められる」として、後段の類推適用の可能性を認める。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。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。

これまで検討した各判決は、（古色蒼然たる共同不法行為論をとったこの判決以後の札幌判決を除いて）共同不法行為の意義を共同行為を媒介にして因果関係を認める点にあることを前提に、前段の共同不法行為の成立には「強い関連共同性」が必要との立場に立っていたが、その点は、本判決も同じである。そうすると、「強い関連共同性」がない場合には後段の適用ないし類推適用が問題となるが、これまでの判決が類推適用による救済を否定したのに対し、本判決は、初めて、後段の類推適用によって、一定の企業に共同不法行為責任を認めた<sup>41)</sup>。

判決は、「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、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。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、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<sup>42)</sup>。

その上で、判決は、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、それを否定した。この点では、一連の判決と同じである。しかし、本判決は、後

---

41) 大塚は、本判決は、学説の有力説を正確に理解した上で、「果敢に」、重合的な競合的不法行為の場合の製造販売者の責任についての判断をしたものであり、「裁判官がその職責を全うしようとした点は高く評価されるべきである」する（前掲（注25）25頁以下）。

42) 大塚前掲（注25）論文22頁も、「極めて適切である」とする。

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。ただし、判決は、あっさりと「弱い関連共同性」を否定し、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にあたるかどうかだとする。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）。そして判決は、市場占有率が10%を超えるメーカーについて、「各被災者に到達した蓋然性が高い」とした上で、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<sup>43)</sup>。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。

このように、本判決は、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、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、10%以上のシェアを有する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考えたからであり、このような市場占有率による確率を使った証明は、永野厚郎判事（後述する平成29年の東京高裁判決の裁判長である）の教示によるとして、前田陽一が示したものが<sup>44)</sup>、その考え方がここで採用されている。このような考え方の意義は後述するが、本判決の判断に関して言えば、果たしてそこまで絞る必要があったのかについては疑

---

43) 前田（陽）・私法判例リマックス58号40頁は、「一部惹起力」と「到達の高度の蓋然性」を前提とした上で、「1項後段の『特定性』の要件をめぐる困難」（適格性と特定性のトレードオフの問題）を回避する手法と評価する。

44) 前田（陽）前掲（注30）論文171頁。

問もないわけではない。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。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は、検討を要する。前述のように、判決は、一方において、「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、その場合、「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。しかし、他方では、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、到達の高度の蓋然性を求めている。この両者の関係は、やや分かりにくい。

この点に関し、内田は、本判決が、「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、その場合、「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」としている点について、これは、共同行為を認定し、それを媒介に因果関係を考えるという共同不法行為のロジックである、しかし、（個別の競合する行為とは区別された）「競合行為」とは何か、本件で、それが存在するのかといった判断はしていないとし、このような「競合行為」なるものを因果関係の起点とすることはできない、「競合行為」という言い方によって「あたかも一つの行為を観念できるような印象を与えている」と批判する<sup>45)</sup>。前田＝原田も、本判決の後段理解は「競合加工の事実」を挿入している点で、前段の「共同の行為」を中間項とする因果関係の理解と共通している

---

45) 内田「近時の共同不法行為論に関する覚書（下）」NBL1082号37頁以下。

が、そのためには「特定された加害行為を前提とし」て共同行為が具体的に形成されていることが前提となっており、判決は、「競合行為」について極めて抽象的な一般的な認定をしているだけであり、そのような中間項としての「競合行為」を媒介にして因果関係を認定することは後段の際限のない適用範囲の拡大をもたらすことになり得、賛成できないとする<sup>46)</sup>。

確かに、本判決は、「競合行為」とは何か、どのような場合にそれが認められるのか、それは(弱い)関連共同性とどのような関係に立つのかといった点については何も述べていない。すでに述べたように、関連共同性が認められる場合とそうでない場合の違いは、因果関係の起点にあり、もし、京都判決が、個々の競合する行為とは別に「競合行為」を観念して、それを因果関係の起点にしたのだとすれば、これらの批判は的外れなものではない。しかし、この判決には別の読み方がありうるのではないか。この判決は、他方で、個々の被告企業の製造・販売した建材の特定の原告への到達の事実を考察しており、市場シェア10%をこえる企業について、到達の(高い)蓋然性があるとしている。だとすれば、瀬川が言うように、この判決は、「当該原告の被害が当該被告の行為に因ることを、間接事実の積み重ね等から推認する」という考え方を基本的にはとっており、後段の類推は、「危険な行為が競合するときに各行為者の行為と結果との因果関係を推定して(つまり、各行為者の行為が結果発生に寄与しているがその程度や寄与の仕方等は不明である場合に全部責任を課して:吉村補足)被害者を保護するという同条後段の考え方を援用するためだけである」とも考えられるのである<sup>47)</sup>。大塚も、「本判決は、あくまでも各被災者に到達した蓋然性が高いことを要求した点に特徴がある」、「本判決は、到達の高度の蓋然性まで証明を求めても判決できることを示」したのではないかとする<sup>48)</sup>。京

---

46) 前田=原田「共同不法行為論の動向について(下)」NBL1101号52頁以下。

47) 瀬川信久「加害者不明型共同不法行為における因果関係の証明と寄与度責任」環境法研究 4号論文60頁以下。

48) 大塚前掲(注25)論文23頁以下。

都判決が（瀬川の言うように）各企業の行為と結果との因果関係を間接事実の積み重ねから推認し、競合する不法行為の寄与度不明の場合にだけ後段を類推したのだとすれば、内田や前田=原田の批判は必ずしも当てはまらない<sup>49)</sup>。

しかし、本判決が、「競合関係」ないし「競合行為」を媒介にして個別の企業の行為との因果関係を推定するという論理をとったのだとすれば、これも、追求されて良い方向ではある。その場合には、内田らの批判に答える必要があり、そのためには、「競合関係」ないし「競合行為」の内実をより明確にする必要がある。しかし、そのための手がかりは、判決の中に存在する。本判決が、「複数の行為が絡み合い競合したことによって個別の因果関係の立証が困難となる事態」としている部分である。複数の行為が絡み合っているとされるためには何が必要か。これについて判決は、「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と同時に又は異時に曝露させた競合関係が認められる」としているが、ここでの可能性や危険性は「絡み合っ

---

49) なお、この判決の、もう一つの読み方として、以下のような理解ができないでもない。この判決は、「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」を加害行為と見るべきとしている。もちろん、この行為は、被害との関係で（アスベスト含有建材は危険であるというレベルの抽象的なものではなく）具体的な危険性を有するものでなければならない。この判決が言う「到達の高度の蓋然性」とは、個別の被告の建材が被害者の作業現場に到達したことを高度の蓋然性をもって証明することではなく（もし、このような意味での到達の証明が高度の蓋然性をもってなされれば、個別の因果関係が少なくとも被害の一部との間で証明されたことになり、後段類推の意義は大きなものではなくなる）、到達の可能性が高い（高度の蓋然性がある）ことは行為の危険性の高さを意味する。こう解することができるのであれば、それは、あくまで加害行為としての「適格性」の問題であり、その判断において、「相当程度の可能性」でよいとする平成24年の東京地裁判決や、後述する大塚や筆者らの考え方と、要求されるレベルは異なるが、基本的には同じ構造のものとも見ることもできる。

て競合したこと」=競合関係ないし競合行為を認めるためのものなので、一般的なものでは足りず、「各被災者に到達した蓋然性が高い」ことが求められるとしたのではないか。すなわち、「各被災者に到達した蓋然性が高い」行為が絡み合って競合している場合、それを「競合関係ないし競合行為」とし、それを媒介にして個別の因果関係証明に代えたというようには理解できないであろうか。

なお、本判決が採用した市場シェアに基づいて到達の因果関係を認定するという手法についても内田は、建設作業現場でどの建材を使用するかは、コインを投げて決めるような確率的行動ではないと批判している<sup>50</sup>。しかし、他の的確な証拠がない場合、確率計算に依拠した、あるいは、市場シェアに基づく確率計算に依拠した到達の推定は、現実の到達と確率が整合しない特段の事情がない限り、合理的な方法というべきではないか。この点は、後に、東京および大阪高裁でも論じられており、4で再論する。

【横浜地判平 29・10・24 LEX/DB25549052】

判決はまず、719条1項の共同不法行為の要件として、山王川事件の最高裁を引用し、被告らの行為が「共同」したものと評価できるか、すなわち「客観的に関連して共同したと評価できるか」を検討するとしている。その上で、製造・販売行為が必ずしも時期を同じくして行われたとはいえないこと、その製造・販売行為の性質が異なること、建材ごとの製造・販売地域や販売量、販売の態様も大きく異なることという行為主体側の事情と、建材ごとの用途の違いや含有する石綿の種類、含有率、飛散性の有無・程度等々の販売された製品の「客体」の多様性、さらに、被告企業らは製造・販売の促進との観点から意思の連絡を有していたわけではなく、利害は対立する関係にあったことから、共同性を否定する。なお、判決

---

50) 内田「近時の共同不法行為論に関する覚書(続)(下)」NBL1087号25頁。

は、関連共同性を「強い」「弱い」に類型化するという立場はとっていない。直接取扱い建材に絞った予備的請求についても、「一定の共通性」は認められるが被告企業らの製造販売行為は「いまだ、その性質を大きく異にする」として、共同性を否定する。

次に、後段適用ないし類推適用については、後段を択一的競合で加害者不明の場合の規定との理解し、「単独であれば因果関係が事実上推定される程度に結果発生の危険性を有する行為であること」という要件を満たさないとした。しかし、本件の特質から、「当該行為者の石綿含有建材を製造・販売する行為が、当該結果を発生させる石綿粉じんへのばく露に寄与したことが認められる場合には、当該行為の寄与の程度が不明であっても、被害者の立証の困難を軽減し、被害者を救済するという観点から、民法719条1項後段を類推適用し、当該行為者に損害賠償責任を認めるのが相当である」とする。そして、その場合、「当該行為者が、自らの行為が他者の行為と相まって、石綿粉じんへのばく露の蓄積を招来し、結果を発生させる可能性があることについて認識し又は認識可能であることが、当該行為の違法性の要件として、必要」だとする。

判決によれば、類推のためには、①「当該行為者の製造・販売した石綿含有建材に起因する石綿粉じんへのばく露が当該結果を発生させる可能性があること」、および②「当該被害者が建築作業に従事した現場で当該行為者の製造・販売にかかる石綿含有建材に含まれる石綿粉じんへのばく露したこと（到達）を是認しうる高度の蓋然性」を証明すべきとされる。なお、判決によれば、後段のこのような類推のためには、他に当該結果発生に影響を及ぼした者がいないことの立証は不要である。なぜなら、後段の適用の場合と異なり、当該行為が当該結果を発生させる石綿粉じんへのばく露の蓄積に寄与したことが証明されているので、その立証過程で行為者とされる者の範囲は当然に制限されており、また、寄与した行為者を全て特定することは困難であり、これが証明されないからといって「高度の蓋然性をもって石綿粉じんへのばく露の蓄積に寄与したことを立証された行

為者が……責任を免れることを認めることは、損害の公平な分担の観点からは相当と解されない」からである。なお、被告は自らの行為の影響力の有無及びその程度を立証して減免責を求めることができるが、この立証ができない場合でも、当該行為者が全部責任を負うのは損害の公平な分担の観点からは相当とはいえない。したがって、個別具体的な事情に基づいて当該行為の違法性の程度を判断し、これに応じた責任を負うとするのが相当であるとした。

被告の行為が持つ危険性（大塚の言う「適格性」）を「到達の高度の蓋然性」と絞ることにより、「特定性」の要件を外し、他原因等の可能性は割合的責任に落とし込むという論理かと思われる<sup>51)</sup>。そして、割合的責任を導く際に「違法性の程度」というロジックを使っている。しかし、この判決のように、「寄与」（到達）が高度の蓋然性をもって立証されることが必要だとすると、当該被害発生に寄与したことが明確な場合（寄与したことは明らかだが寄与度が不明な場合）にしか後段は類推適用されないことになり、建設アスベスト訴訟における射程は狭いものとなる。その結果、責任が認められたのは2社にとどまっている。

---

51) 前田（陽）前掲（注31）論文40頁参照。