

建設アスベスト訴訟と共同不法行為論（2・完）

—— 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
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, 383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, 本号)

3. 建設アスベスト訴訟における共同不法行為論

(2) 学 説

a) 否 定 説

① 前田達明＝原田剛説

前田達明＝原田剛（敬称略。以下同じ）は、公害訴訟、薬害訴訟、じん肺訴訟に関する多くの裁判例を分析し、以下のような「法理」が析出されたとする¹⁾。

まず、「強い関連共同性」が認められて民法719条1項前段が適用されるのは、「意思的関与」がある場合、あるいは、「他人の行為に意思的に関与して結果発生防止をせよ」という作為義務を負う場合であり、後段の「弱

* よしむら・りょういち 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 前田達明＝原田剛『共同不法行為論』（2012年）266頁以下。

い関連共同性」が認められるためには、時間的場所的近接関係は不要だが、加害者の各行為がそれだけで損害をもたらさう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、後者は被告の行為の具体的危険性を必要とする。

かつて前田(達)は、「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のある場合」には「主観的関連共同性」が認められ、「コンビナートのように、相互に協力して一貫した生産技術体系をとっている各社はこの類型に入る」²⁾としていたが、ここでは、裁判例は「単なる『原料の供給』や『半製品の供給』や『製品の供給』という単独行為が連結(例えば、コンビナートを形成)しているだけでは不十分である」としてしていると理解した上で³⁾、この考え方を、緊密な連携関係をもって成り立っている現代社会の企業活動において前段の際限のない拡大を防ぐための「鋭い実務感覚」として評価している。また、後段につき、かつて前田(達)は、前段を主観的共同に絞ることとの相補関係で、「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」⁴⁾(下線は吉村による。以下同じ)としていたのに対し、ここでは、原告と被告の「接点」=「具体的危険性」が必要とする(正確に言えば、そう解しうる判例を支持する)。問題は、この要件の充足のためには、原告が何を主張・立証しなければならないかである。この点に関し同書は、この「現実に発生した損害の原因となった『可能性』があること」を原告と被告の「接点」と呼び、そのことは、例えば薬害の場合、「当該被告の承認・製造・販売した薬品を当該原告が服用したこと」について原告側が主張・立証責任を負うことを意味するとしている⁵⁾。これは、かつての前田(達)説よりも厳しいものを原告に要求する

2) 前田達明『不法行為帰責論』(1978年)294頁。

3) 前田=原田前掲(注1)251頁以下。

4) 前田(達)前掲(注2)296頁。

5) 前田=原田前掲(注1)263頁以下。

ものようである。

本書は、両氏が平成23年に本件訴訟において提出した「法律意見書」の一部であるが、意見書では、アスベスト被害に関わって、本件では「強い関連共同性」は認められず、また、後段が適用されるためには、原告は「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」としている（意見書240頁）。両氏がこのような事実の主張・立証を原告に求めることの背景に、「原告が、当該現場において、どの被告の製品が使用されたかは、マークなどから認識していたであろうし、現実に手にしていたのであるから、その立証は被告よりも容易であろう」（意見書236頁）という認識があるようである。

このように、両氏は、「現実的危険性」ないし「接点」を要求するが、しかし、それは、あくまで加害行為の危険性の問題であり、「到達したこと＝個別的な因果関係」の証明とは区別されていると思われる。両氏が平成25年に提出した補充意見書では、「個別的因果関係」の問題は起点としての加害行為と終点としての結果発生のそれであり、個別的因果関係を検討する以前に、当該加害行為（＝「結果発生の現実的危険性を有する行為」）が存在しなければならない（補充意見書42頁）として、製造販売行為を加害行為と見て、その危険性を行為論の中で論じている。したがって、そこでは「当該被害を発生させた者の特定」が問題となっているのではなく、「当該結果を発生させた可能性のある者」の特定が問題となっていることになる（同38頁）。ただし、それは「結果発生の現実的危険性を有する行為」でなければならない、それは「接点」であり、アスベストの場合、「何れの被告のアスベスト製品であるか」の証明が必要だとするのである。

② 潮見佳男説

潮見佳男は、1項前段の共同不法行為は各行為者の寄与度を理由とする減責の抗弁を許さない全部連帯責任を規定したものであるから、そのような「帰責における一体性」から見て、同条が適用されるのは、(ア)損害発生への意思的関与がある場合、(イ)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になった行為について共同加功する意思を有している場合、(ウ)そのような意思はないが、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られるとする。そして、「場所的・時間的近接性」は、行為の一体性の問題であり、共同不法行為というための最低の要請であり、「被害者の権利・法益に生じた被害の状況から考えられる権利・法益の侵害場所と侵害時期を特定し、その特定された時期・場所において当該被害者の権利・法益を侵害する行為に関与した者」について、場所的・時間的近接性(一体性)が観念できるとする⁶⁾。なお、この説の場合、減責の抗弁が可能な「弱い関連共同性」とどまる不法行為の競合は、共同不法行為ではなく競合的不法行為の問題だとされる⁷⁾。

その上で潮見は、後段の適用について、次のように、その範囲を限定する。潮見は、後段が適用されるためには時間的・場所的近接性は最低限必要であり、寄与度不明の場合に適用するには、「時間的・場所的に近接した空間内で、個々の行為の『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のでなければならない」とするのである⁸⁾。このような限定をするのは、潮見が、「権利・法益侵害の危険から被害者を保護するべく行為者の行動の自由を制約するという不法行為制度の枠組みのもとでは、『共同の行為』のもとでの権利・法益侵害の危険に対して、行為者の回避行動を義務づけるのが合理的であるという状況が必要である⁹⁾」という共同不法行為制度観に立っていることに由来するものと思われる。そして、その基礎には、不法行為制度の中核は、「被害者の権利の価値の回復」と「加害者の行動自由の保障」の調整だとする立場¹⁰⁾がある。

6) 潮見佳男『不法行為法Ⅱ(第2版)』(2011年)165頁以下。

7) 潮見前掲(注6)149頁以下。

8) 潮見前掲(注6)209頁以下。

9) 潮見前掲(注6)170頁。

10) 潮見佳男『不法行為法Ⅰ(第2版)』(2009年)13頁。

以上のような719条1項理解を前提にした場合、建設アスベスト事件において建材メーカーの責任を認めることは困難ということになるが、この点について、潮見は、本件に関する2つの意見書で、以下のように述べている。本件は一連の大気汚染公害訴訟とは事例を異にしており、それらにおける共同不法行為論を適用することはできない。従来の共同不法行為事例は個々の被害者について原因者が特定されているが、本件では原因者が特定されていないばかりか、被害者ごとに原因者が異なる場合すらある。このような場合に、石綿含有製品を製造販売する事業者であるという共通性のみから共同不法行為責任を負わせることは民法719条の想定するところではない。前段も後段も、当該被害者の権利・法益を侵害した複数行為者の行為が特定されることが必要であり、その上で、前段については、それらの者に「強い関連共同性」があることが必要となる。後段の場合は、「強い関連共同性」は必要ではないが、時間的・場所的接近性は最低限必要であり、また、それ以外の者によって当該権利・法益の侵害がもたらされたのではないということを原告が主張・立証しなければならない。

潮見説の特徴はその行為論にある。潮見は、アスベスト含有建材を流通に置く行為は「被害者に対する具体的加害行為ではなく、その前段階」の活動であり、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（第1意見書46頁以下¹¹⁾。そうすると、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。

なお、潮見は、本件において原告は、個々の被害者の多様性を捨象し、かつ、個々の企業の多様性を捨象して「集団対集団」型の争いを行っているものであり、「現行民法の枠組みを超える」と述べている（第1意見書30頁）。この点では、第1意見書が、原告らが被告を絞り込む前の段階のもの

11) 潮見佳男「不法行為法を俯瞰する」月報司法書士549号9頁も参照。

のである点には注意を要する。ただし、第2意見書では、「被害者を『職種』ごとに類別し、当該『職種』に『直接取扱い建材』を結びつけたとしても、それだけでは、個々の被害者について、場所的・時間的に一体の空間のもとで当該具体的被害者の権利・法益侵害をした共同行為者が誰であるかを特定したことにはならない」(第2意見書10頁)とし、少なくとも第一段階の絞り込みによっても、状況は変わらないと見ている。

③ 内田貴説

1960年代後半以降の共同不法行為の展開に否定的な評価をした¹²⁾内田貴は、建設アスベスト問題について、以下のように言う¹³⁾。まず、アスベストの場合、「加害行為に一体性はなく、共同不法行為としての『共同』性を経験則として連想させる社会的事実欠缺している。アスベストの加害者間には、相互に何らの共同関係もなく、また、大気汚染訴訟にみられたような、公的規制を根拠とした被害防止に向けての共通規範も存在しない」ので、1項前段の共同不法行為は成立しない。

後段について内田は、「加害者ではない者にも全損害の賠償責任を課す以上、『共同行為者』とは、単独であれば通常因果関係が事実上推定される程度に損害発生に向けて危険な行為を行った者と解する必要があるであろう」とし、「それ以外に加害者となりうる者が存在しない場合に限る」という限定については、「それを厳格に要求するべきかどうかは疑問の余地がある」「『容疑者の範囲が不当に広がる』点は、『共同行為者』の範囲を……絞ることで対応が可能であり、あえて条文にない要件を付加する十分な理由になっているようには思われない」とする¹⁴⁾。「適格性」を絞ることとのバランスにおいて「充分性」を不要とする見解である。その上で、内田は、アスベストの場合、「当該権利侵害に対する危険性は、抽象

12) 内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書(上)(下)」NBL1081号4頁以下、同1082号32頁以下。本稿の2参照。

13) 内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書(続)(上)(下)」NBL1086号4頁以下、同1087号19頁以下。

14) 内田前掲(注13) NBL1086号7頁。

的危険性にとどま」っており、後段の適用可能性はないとする¹⁵⁾。内田によれば、建設アスベスト事案で後段が適用されるためには、①特定の企業が製造販売した建材が、単独で当該権利侵害（特定の被害者の健康被害）を生じさせるものであり、②それが特定の被害者が建設作業に従事した現場で使用されて石綿粉じんの曝露が生じたこと（到達）の証明が必要であり、①②が証明されると、「特定の被害者の『当該権利侵害を惹起する危険性』のある行為と評価される」¹⁶⁾。最後に後段の類推の可能性であるが、内田は、類推適用を認める下級審裁判例の傾向は、「加害行為の一体性がある場合、または各加害行為者の加害行為が蓄積して権利侵害を発生している場合であって、加害者の権利侵害への寄与が認定できる場合に認められていると評価できる」とし、大気汚染訴訟と異なり加害行為の一体性を観念することが困難であり、また、じん肺の事案と異なり「加害行為の蓄積への寄与の認定が困難なことが多い」アスベストにおいて後段の類推を認めることは、民法の基本原則と抵触する集団責任を認めることになってしまうと言う¹⁷⁾。

内田説は、本稿の前半で紹介した共同不法行為理論史についての特有の見方をベースにしたものだが、内田説についての私見は後述することとして、ここでは、内田の考え方を内在的に理解した上で、以下のように評する見解があることだけを紹介しておきたい。金丸義衛の内田論文に対するレビュー¹⁸⁾での指摘である。金丸は次のように言う。「完全な連帯責任までは課せられない類型を承認する以上は、成立要件段階における可能性は、広く認めることも可能ではないか。……当該工事現場に建材を提供した可能性のある建材会社という程度に、すなわち、一定程度の可能性を満たさない建材会社が含まれていないという程度にまで特定されていれば、

15) 内田前掲（注13）NBL1086号11頁。

16) 内田前掲（注13）NBL1086号13頁。ここでは、行為の危険性の問題にもかかわらず、「曝露（到達）したこと」（その可能性ではなく）の証明が求められている。

17) 内田前掲（注13）NBL1087号21頁以下。

18) 金丸義衛「民法学のあゆみ」法律時報90巻12号118頁以下。

719条1項後段の類推適用の余地があるのではないか。アスベスト訴訟という類型を用いて損害賠償責任を否定しようとするのは、事案の背後に存在する基本思想を条文解釈から明らかにしようとする本論文の趣旨からすれば、本末転倒といえるかもしれず、むしろアスベスト類型の中でも、原因物質を供給した可能性のない者を排除する試みが尽くされた場合など、どのような条件下において719条1項後段を類推適用できるのかを具体的に検討すべきであろう。」「類推適用の問題として著者が挙げる諸事情を考慮すれば、なぜアスベスト類型のみが否定されるのかは明らかとはいえない。」「薬害類型においては、薬剤を市場に供給したという抽象的危険を契機に類推適用を承認する一方で、アスベストを含む建材を市場に流通させたことの抽象的危険に質的差異を設ける根拠は明らかにされていない」¹⁹⁾。

b) 肯定説

① 淡路剛久説

淡路剛久は次のように言う²⁰⁾。本件は「市場環境型」汚染であり、「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」が加害行為である。ばく露を通じて現実に被害が引き起こされたかどうか（到達によって被害が発生したかどうか）は因果関係の問題である。被告企業すべてに「強い関連共同性」があるとは考えにくい。が、「何らかの意思的共同のある事業者集団が存在する（主観的共同）」とか「技術的・資金的・人的に密接な関連を有する製造業者グループが存在する（強い客観的共同）」ような場合には1項前段があてはまり、この場合、加害行為の「到達」は「関連共同性のある行為と損害との因果関係の要件に包摂されている」。

後段はどうか。本件においては、「アスベストの高度の有害性からごく

19) 金丸前掲(注18)122頁。

20) 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』(2012年)40頁以下。

少数回のばく露でも発症の危険があること」や、「多くの現場で労働する建設労働の性質から被害者は何重にもばく露の可能性があったこと」を考慮する必要がある。後段の適用ないし類推適用に「場所的・時間的近接性」が必要かどうかは「一つの問題」だが²¹⁾、かりに必要だとしても、本件が「市場環境型」であることを考慮すべきであり、「市場環境型」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。択一的競合の可能性もあり累積的競合の可能性もあり、競合的競合の可能性もあるアスベスト被害の場合は、共同行為者のすべてを特定する必要はなく、「共同行為者とされた者のいずれかの行為あるいは累積された行為がアスベスト疾患を引き起こした可能性（つまり到達の可能性）が高度の蓋然性をもって証明された場合には、共同行為者として同定された各製造業者と被害との個別的原因関係を推定してよい」。被告側で後段の推定を覆すためには、「その製造・販売したアスベスト建材が、地域的観点（場所的近接性）、時間的観点（時間的近接性）あるいは製造量の少なさから、被害者が働いていた建設現場に到達していなかったことを高度の蓋然性をもって証明することが必要」である。

他原因者の問題については、択一的競合の場合には、他に原因者との疑いをかけるものはないという要件は必要かもしれないが、それは「高度の蓋然性」で証明されればよいのであって、「完全な証明」である必要はない。択一的競合以外の場合は、「共同行為者とされた者以外にも原因者が存在し得るとしても、その共同行為者とされた者は『共同行為者』であ

21) 淡路は、福岡地裁提出した意見書では、場所的・時間的近接性は後段を適用するための要件である「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」を判断するための一つの間接事実であって、加害行為の態様によって異なり、常に必要な要件とは解せないであろうとする（15頁）。

るはずであり、さらには、西淀川第2次から第4次判決が採用した重合的競合の法理を適用することもできる（損害賠償の範囲について寄与の程度に応じた責任の減額が問題となる可能性はあるが）²²⁾ので、他原因者がいないということは要件とならない²²⁾。

淡路説の特徴は、本件は「市場環境型」汚染であり、「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」を、加害行為と見ていることにある。また、淡路は、福岡地裁に提出した意見書において、加害行為をこのようにとらえることによって、「到達の因果関係」の問題は、共同不法行為の成立要件としての「共同の不法行為」あるいは「共同行為者」であるかどうかの要件論の問題となるとする。その上で、淡路は、前田＝原田の、行為の（抽象的危険性ではなく）現実的危険性が必要とする説に対し、「抽象的危険性」と「現実的危険性」の二分法の妥当性には「慎重な検討が必要である」としつつ、「仮に同説によるとしても……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、建設アスベスト被害は市場環境型であることから、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、同説が主張する『具体的危険性』が満たされる、といえるように思われる」と述べている²³⁾。

② 松本克美説

松本克美は、本件では、①結果発生への強い一体性、②他メーカーのアスベスト建材と結合して集積することの認容、③アスベスト建材の流通拡大についての利益の共同性が認められ、強い関連共同性が存在すると主張する²⁴⁾。

22) 淡路意見書18頁以下。

23) 淡路前掲（注20）45頁。

24) 松本克美「建設作業従事者のアスベスト被害とアスベスト建材メーカーの『流通集積型』共同不法行為」『政策科学（別冊）アスベスト問題特集号』76頁以下。

また松本は、かり関連共同性が認められない場合があったとしても、本件では、建設現場でその製品が集積・累積していくことを予定した行為が行われていること、このような各建設現場での集積・累積が建設作業従事者のアスベスト粉じんへの曝露の危険性を高める行為であることから、「損害発生の危険性を高める一体性のある行為」として後段の類推適用が可能だとする²⁵⁾。後段の適用（ないし類推適用）の場合、「共同行為者」の特定が必要かどうかであるが、この点につき松本は、条文には「共同行為者」の中のみ「損害を加えた」者がいるという限定は付されていないので、「共同行為者」の特定は不要であるとする²⁶⁾。

③ 前田陽一説

前田陽一によれば、719条1項前段と後段は、次のように整理される²⁷⁾。

(イ) 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（減免責の余地のない）全部責任。

(ロ) 前段ないし後段との規範統合（ないしは両者の類推）による共同不法行為：（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（個別の到達ないし全損害との因果関係の立証を要せず）個別的因果関係が推定される（減免責の余地ある）全部責任。

(ハ) 後段の本来適用：関連共同性はないが≪特定された択一的競合≫関係がある「みなし共同行為」との因果関係の立証により（個別の到達ないし全損害との因果関係の立証なく）個別的因果関係が推定される（免責の余地ある）全部責任。

(ニ) 後段の(ロ)とは別の類推適用：(ロ)のような関連共同性はないが加

25) 松本前掲（注24）80頁。

26) 松本克美「侵害行為者の特定と共同不法行為責任の成否」立命館法学333・334号1395頁以下。

27) 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』（2014年）329頁、同「共同不法行為論の展開と平井理論」瀬川他編『民事責任法のフロンティア』（2019年）502頁。

害者各自に個別の到達の因果関係があることが一応立証されたが、誰が「どの程度の」損害を加えたかが不明の《特定された累積的競合》関係にある場合に、(イ)に準じて、全損害との個別の因果関係が推定される(減免責の余地ある)全部責任または部分的に特定された「みなし共同行為」について寄与度の限度での(減免責の余地ある)連帯責任。

なお、前田(陽)は、(イ)と(ニ)の場合は、「場所的・時間的・近接性」は「本質的要素ではなく、要件とすべきではない」とする²⁸⁾。

このような719条1項の理解に立って、前田(陽)は、アスベスト事件について、それを「累積的競合・択一的競合不明型」ととらえるべきであるとした上で次のように主張する²⁹⁾。原告が、①損害を発生させた可能性がゼロではない者のうち、抽象的で極めて低い可能性しかない者を全て除外した残りを全て「共同行為者」として立証するとともに、②上記の「共同行為者」以外の者の何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した蓋然性が極めて低いことを立証することで、「到達の可能性」「特定性」の両面において全部責任を負うべき「共同行為者」に「一応」該当することになる(後段類推適用)。原告側のこの立証は、過大な負担にならない範囲で、各被害者またはある程度の被害者類型ごとに行われるべきである。これに対し、個別の被告側が、「相当程度の可能性」に達していないことを立証した場合には、「共同行為者」該当性が否定されて、頭割りによる分割責任、または、市場占有率などの統計的な根拠があるときはその確率に応じた分割責任になる。なお、前田(陽)は、「相当程度の可能性」を判断する上では、多数の現場で曝露したことが重要であるとして、永野厚郎判事が提唱する確率計算式を紹介している。

さらに、前田(陽)は、「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

28) 前田(陽)前掲(注27)『民事責任法のフロンティア』499頁。

29) 前田(陽)前掲(注27)野村古稀324頁以下。判例評論661号159頁以下も参照。

と同様の行為との競合による被害発生の危険の認識（可能性） \gg という主観的なものを要求することで、『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³⁰⁾。

④ 大塚直説

大塚直は、共同不法行為に関する下級審裁判例や有力説の展開を否定的に見る内田の見解を批判し、強い関連共同性＝個別的因果関係の擬制、弱い関連共同性＝個別的因果関係の推定という考え方を肯定的に評価し、「強い関連共同性、弱い関連共同性の概念を精緻化する営為を積み重ねることが必要」だとする³¹⁾。競合的不法行為については、択一的競合、累積的競合、重合的競合を区別し、択一的競合は719条1項後段により、累積的競合は後段の類推によるとし、重合的競合については（それが加害者が多数で、かつ損害の主要部分を惹起した者がいないので）リスク寄与度を基礎とする限度責任とするという考え方を提示する³²⁾。

その上で大塚は、建設アスベスト事案について、次のように述べる³³⁾。まず大塚は、本件における「被告企業の行為は、販売のために市場に置いたことであり、その後は因果の経過の問題というべきである」とし、「製品を製造し販売する市場媒介型不法行為の事案では、販売後は被告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」とする³⁴⁾。

30) 前田（陽）前掲（注27）野村古稀327頁以下。

31) 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」加藤古稀『21世紀民事法学の挑戦』（2018年）632頁。

32) 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212頁以下。

33) 大塚直「建設アスベスト訴訟における加害行為の競合」野村古稀『民法の未来』（2014年）264頁以下。

34) 大塚前掲（注33）野村古稀267頁。

次に大塚は、被告全員に関連共同性があるとは見ることはできないとしても、被告の一部についてそれを認める可能性を否定しない³⁵⁾。(弱い)関連共同性が認められない場合は「競合的不法行為」となるが、本件の場合は累積的競合や重合的競合である可能性が高い。これらについて719条1項後段を類推適用するためには、「適格性」要件に関しては「加害行為が到達する相当程度の可能性」があったことを原告が証明すればよい³⁶⁾。「十分性」については、全部責任の場合は、他に原因行為者がいないこと(「十分性」)が要件となるが、寄与限度責任の場合は、そのような証明は不要である。アスベストの場合は、1項後段の「趣旨」を用いて、被告らの行為を「一つのまとまりのある行為³⁷⁾と捉えた上で、大気汚染防止法25条の2の趣旨を用いて」被告らの寄与度を限度とする責任とし、寄与度については「規範的要件とし、その評価根拠事実と評価障害事実を原告ら及び被告らにそれぞれ主張立証させる」ことが考えられるとする³⁸⁾。なお、大塚は、後段類推全体にかかわって、「市場媒介型の競合的不法行為の場合には、その性質上場所を問題とすることは適当ではなく、場所的近接性は本質的な問題ではない」とする³⁹⁾。

⑤ 瀬川信久説

瀬川信久は、じん肺訴訟・薬害訴訟・大気汚染訴訟の事案において、原告が被告の排出物質にある程度の分量接触したことが認められる場合に「ある程度証明された個別的因果関係に依拠して」被害者の疾病に対する被告の責任を判断している場合(I)と、原告が被告の排出物質と同種の物質に接触しているが、被告の排出物質に接触しているかどうか不明の場合に、被告とそれ以外の者の排出物質を「まとめて」因果関係の判断を

35) 大塚前掲(注33)野村古稀271頁以下。

36) 大塚前掲(注33)野村古稀278頁。

37) 大塚は、このような、集団としての寄与度に限定された範囲での連帯責任を課すためには、(前段とは異なる意味での)社会通念上の緩やかな一体性が必要だとする。

38) 大塚前掲(注33)野村古稀286頁。

39) 大塚前掲(注31)加藤古稀637頁。

している場合（Ⅱ）があるとし⁴⁰⁾、建設アスベスト事件はⅡにあたり、「これまでの大気汚染訴訟の共同不法行為論によって解決すべき」であり、「強い関連共同性」「弱い関連共同性」を認めがたいとしても、（西淀川第一次訴訟判決などがとった）「寄与度分割責任」は認められるとする⁴¹⁾。そして、寄与割合の算定については、それを規範的要件とする大塚の主張⁴²⁾を引き、また、全部責任を課すのであれば、「最低限でも他者の排出行為の認識は必要」（認識可能性では足りない）であるが、「寄与度分割責任にとどまるときは本来自己が負うべき賠償責任と基本的には同じ責任を負うのであるから……自己の行為による侵害の予見可能性で十分なはず」だが、「各被告が自己の真の寄与度を超えて賠償責任を課されるかもしれないという寄与割合の誤差の問題がある」ので、「自己の行為による予見可能性に加えて、他者が同様の行為をし、その行為と自己の行為が交叉すること（因果関係のからまり）の認識可能性を要求すべきである」が「それにとどめるべきである」と言う⁴³⁾。

そして、前田＝原田が「加害行為の現実的危険性」をじん肺訴訟判決から導き出し、建設アスベスト被害にもその要件が必要とするのは（じん肺訴訟のⅠの判断形式における議論を建設アスベスト被害にも及ぼすことになり）「不当な拡張」であり⁴⁴⁾、分割責任を考える累積的競合では、「場所的・時間的・近接性を要求するべきではない」⁴⁵⁾とするのである。

⑥ 石橋秀起説

瀬川説と同じく、「都市型複合大気汚染事例との連続線の中で」問題をとらえ、割合的責任（寄与度を限度とする責任）を志向するのが石橋秀起で

40) 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18頁以下。

41) 瀬川前掲（注40）33頁。

42) 大塚前掲（注33）野村古稀288頁。

43) 瀬川前掲（注40）51頁。

44) 瀬川前掲（注40）41頁。

45) 瀬川前掲（注40）43頁以下。

ある⁴⁶⁾。

まず石橋は、何をもって加害行為ととらえるかという点に関し、アスベスト含有建材を流通に置く行為は権利侵害の抽象的な危険性のある行為にすぎず、因果関係の起点とはなりえないとする見解に対し、それを以下のように批判する⁴⁷⁾。「第1に、製造物責任の事例においては、製造物責任法の制定以前から、製品を流通に置くことをもって加害行為と解されており、建設アスベスト事例においてこれと異なった取扱いをする理論的必然性はない。第2に、その他の大規模損害発生事例と比較しても、例えば、都市型複合大気汚染においては」被告による汚染物質の排出を加害行為と捉えており、それから、原告の汚染物質への曝露、原告の各種疾患に至るプロセスは「到達の因果関係」とするのが一般的である。「第3に、仮に民法719条1項後段の解釈論として、各行為が結果を引き起こす危険性の度合いを高めを設定するとしても、それは『適格性』要件に関する問題であり、同要件の審査対象である行為それ自体については、製品を流通に置くことに求めるほかない。第4に、建材メーカーが製品を流通に置いて以降の加害作用は、製品の回収可能性はあるにしても、基本的には建材メーカーの意思的コントロールを離れた事態であり、過失評価とは切り離された実在としての行為は、製品を流通に置くという作為以外に考えることはできない。」

その上で、以下のように述べる。「被害者の職種、就労時期、就労場所、就労態様と、石綿含有建材の種類、製造販売時期、主な販売先等との対応関係を把握する。これにより、損害に対する寄与度を語り得る共通の基盤としての加害者集団と被害者集団とのセットが獲得される。その上で、主として市場占有率に依拠することにより、被害者集団に対して一定割合の寄与をしたと考えられる建材メーカーのグループを抽出する。このグルー

46) 石橋秀起「建設アスベスト事例と民法719条1項責任の今日の展開」立命館法学371号184頁以下。

47) 石橋前掲(注46)200頁。

プの中には、当然のことながら、実際には被害者集団に建材を供給していないメーカーが含まれている可能性がある。また、各メーカーは、それぞれ固有の寄与度で被害者集団に損害を与えており、それ以上の損害惹起力を有してはいない。したがってここでは、上記『一定割合』の限度において『累積的競合・択一的競合不明型』と『累積的競合』との折衷型の事例……が問題となっていることになる。この折衷型の事例においては、各行為に全部惹起力が認められないため、全部連帯責任を導くためには『共同原因行為』の存在が必要となる。したがって、抽出された建材メーカーのグループは、これが認められる限りにおいて、上記『一定割合』についての連帯責任を負うこととなる。一方、建材メーカー側は、個々の発症に対する寄与度や因果関係の不存在を立証することによって、減免責を主張することができる。」以上の方法は、「後段の類推適用……に基づくものであり、そこでは『充分性』および『適格性』の存否が問題となる。このうち『充分性』については、ここでの責任が上記『一定割合』を限度とすることから、比較的容易に充足されると考えられる。一方、『適格性』については、ここでの事例が『累積的競合・択一的競合不明型』の要素を含むため、『相当程度の可能性』があれば足りると考えられる。」「寄与度に応じた連帯責任を導くためには、建材メーカーらの行為が『共同原因行為』として観念されなければならない」が、「石綿含有建材の危険性が社会的に認識され、法令等によりその対策がとられるようになると、建材メーカーらの間に一定の関連性を認めることが可能になる」⁴⁸⁾。

「被害者集団に対して一定割合の寄与をしたと考えられる建材メーカーのグループを抽出し、そのグループ内の企業に『建設アスベスト問題での関連性』があれば、「共同原因行為者」と考え、その『共同行為原因行為』が全体として寄与した範囲での連帯責任を、（『相当程度の可能性』の）『適格性』と『充分性』を要件として認めることができる、すなわち、寄

48) 以上、石橋前掲（注46）218頁以下。

与度に応じた連帯責任を導くためには、被告メーカーらの間に(狭義の共同不法行為の要件である関連共同性とは別のものではあるが)一定の関連性が必要との考え方である。

⑦ 私 見

筆者自身の見解は、すでにいくつかの機会に明らかにしているが、ここで、その要点を述べるならば、まず、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が加害行為であると見るべきである。その上で、本件では、2つのアプローチがありうる。① 関連共同性の有無を検討する方向と、② (関連共同性のない) 競合的不法行為と考えた上で、その要件について考える方向である。①のアプローチでは、共同不法行為を起点に因果関係を考え、共同行為と被害の因果関係および当該被告の共同行為への参加の立証によって個別的因果関係が擬制ないし推定されることになる。その場合、「強い関連共同性」だけではなく、「弱い関連共同性」の有無についても検討すべきであり、その際、「弱い関連共同性」判断においても、被告らの主観的要素をも考慮すべきである。

(関連共同性のない) 競合的不法行為と考えた場合(②のアプローチ)、ここでは、弱い関連共同性もないが、複数の行為が競合したため加害者を特定することが困難な場合に、後段の類推適用によって個別建材メーカーの製造販売行為と当該原告の被害の個別的な因果関係を推定しようとするのであるから、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に加えて、各被告の行為が当該原告の被害発生の危険性を有することが要件となろう。問題はその危険性の程度だが、ここでいう危険性は、後段の類推により個別的因果関係を推定するための要件であるから、アスベスト含有建材という危険な製品の製造販売といった当該行為の一般的抽象的な危険性ではなく、当該原告の被害を発生しうる危険性が必要である。しかし、前田=原田の言うような「現実的危険性」(被害との「接点」)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ってしまいかねない。建設アスベスト事件の場合、当該

被告の建材に含まれているアスベストが当該原告に到達して被害を引き起こす「相当程度の可能性」がある場合には、後段の類推を認めうる危険性があるとして、後は、被告の減免責の反証に委ねて良いのではないか。

さらに、建設アスベスト訴訟では、アスベスト含有建材を製造販売していたメーカーは多数に上っているが、その場合、そのような危険性を有する者の範囲が限定（特定）されていることが必要かどうかが問題となる。しかし、ここでも、択一的競合ではなく、累積的ないし重合的競合、あるいは、いずれかが不明な場合と見るべきである本件の特質から、「特定」は基本的には不要であると考えたい。ただし、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（寄与度限度責任）ことになろう。

4. 4つの高裁判決

3で検討した判決は、いずれも両当事者から控訴されたが、現時点（2019年5月）で4つの高裁判決が出ている。

【東京高判平 29・10・27 判タ1444・137】

本件は、横浜地裁平成24年判決の控訴審である。判決は、共同不法行為を論ずる冒頭において、「本件事案は、時間と場所を異にする建築現場において、毎回、組み合わせの異なり得る複数の石綿含有建材による石綿粉じんへの曝露が多数回、繰り返された可能性があることから、各被災者が、各建築作業現場で使用された石綿含有建材及びこれを製造・販売した企業（加害者）を特定し、当該石綿含有建材から発散した石綿粉じんにどの程度曝露したか、さらには、加害行為と疾患の発症との因果関係を立証することが著しく困難な点にこれまでに見られない特質を有する」として、本件の特徴を整理している。

その上で、1項前段については、（山王川判決を参照判例とせず）共同行為

を媒介にして(個別的因果関係を問題にせず)連帯責任を課す規定であるという有力説をとる。共同行為の要件は、「意思的関与がある場合」か「行為の一体性」であるとし、意思的連関がある場合に限定しない。後者の「行為の一体性」の内容は明確ではないが、被告44社の共同性を否定する際に、「人的・物的に経営の一体性が認められるような事情でもない限り」としているのだからかなり限定的であり、また、関連共同性を類型化するという立場はとっていない。

後段については、「各人の行為が、経験則上、そのみで生じた損害との間の因果関係を推定し得る程度に具体的な危険を惹起させる行為であること」を要求し、「具体的危険性」については「作業現場への到達」の立証が必要とする。反面において、判決は、後段の適用には他原因者の不存在は要件とならないとする。「適格性」において高度のものを要求し、他方において「十分性」要件を不要とするものであり、前述した内田説の影響が見られる。

これに対しては、2つの点で批判がなされている。まず、「具体的危険性」として「作業現場への到達」を要求する点については、前田(陽)は、「理論上ではなく『公益上』に理由から択一的競合の被害者を特に保護したという起草者の説明に照らせば、到達について『相当程度の可能性』を超える特別な場合に限定すべきではな⁴⁹⁾」、また、大塚も、後段の立法趣旨から見て、「具体的危険性」を必要とすべきではないとする⁵⁰⁾。この判決のように、「具体的危険性=到達」を要件とした場合、それは実質的に個別的因果関係の立証に等しい負担を原告に課すことになり、1項後段の趣旨からして、適切とはいえない。この判決は、「適格性」

49) 前田(陽)『私法判例リマークス58号』41頁。

50) 大塚直「複数不法行為者の責任の関係に関する最近の議論について」瀬川／吉田古稀『社会の変容と民法の課題(下巻)』(2018年)202頁以下。大塚は、例えば、9名の者が同時にある人をめがけて石を投げ誰か一人の石があたって怪我をした場合、後段が適用されることは間違いがないが、この場合、石を投げた各自の行為が被害を惹起した確率は1/9であり「具体的危険」があるかどうかは必ずしも明らかではないとする。

要件を絞ることによって「十分性」要件を不要としてバランスをとっているが、この両者は、二律背反の関係にあるとはいえ、本来は別個の要件であり、また、「十分性」要件が不要とする点については、後述のような批判がある。ただし、この判決においては、「作業現場への到達」は、（個別的因果関係の問題ではなく）あくまで行為の危険性の問題として論じられており、また、到達が、ある特定の現場ではなく、被害者が経験しうる複数の現場として広げられていることには留意すべきである。石橋は、「このように到達の場の拡張が行われているため……特定の建築作業従事者が経験したある1回の現場との関係のみを限り、到達の蓋然性は、相当程度の可能性にまで低減されているとみることができる」とする⁵¹⁾。

「十分性」要件不要という点については、少なくとも後段の本来の適用事例である択一的競合の場合は「十分性」が必要とする学説が多数であり、本判決についても、大塚は、「『十分性』の要件は、共同行為者のうちの『いずれの者の行為によるかを知ることができないこと』（1項後段）の前提である『共同行為者のいずれかによって損害が加えられたことは確実であること』を要件として摘出したものであると考えられるので、それを不要とすることはできないとする⁵²⁾。ただし、大塚は同時に、「1項後段類推の場合は集团的寄与度責任とすることも可能であり、『十分性』の要件は実質的に回避することは可能となる」としている⁵³⁾。

なお、判決は、「場所的・時間的近接性は同項後段の適用要件ではない」とする。これは、本件の特質を踏まえた上での適切な判断であり、学説の多くも、同様に解している。

本判決の最大の特徴は、「到達（の可能性）」の証明について、マーケットシェアを使った確率計算の方法を詳細に説明していることである。そし

51) 石橋秀起「建設アスベスト神奈川訴訟2判決における建材メーカーの責任」環境と公害47巻3号69頁。

52) 大塚前掲（注50）瀬川／吉田古稀205頁。

53) 大塚直「神奈川建設アスベスト第1陣訴訟東京判決における企業の責任」Law and Technology 79号6頁。

て判決は、このような立証方法を使うことの妥当性を、「特定の建材が特定の被災者に到達したこと及びその頻度を直接証明する確かな証拠に乏しい状況にある」という「事案の特質に鑑みると、他の的確な証拠によることができない場合に、控訴人らが主要曝露建材として特定した建材が、各被災者の職種、作業内容、作業歴、建材の製造期間などからみて、現場において通常使用する建材であることの裏付けがあり、主要曝露建材を製造・販売した企業のマーケットシェアに一応の根拠が認められ、被災者が作業をした現場数が多数である場合には、これらに基づく確率計算に依拠して、建材の到達とその頻度を推定することも、流通経路の偏り等によって、現実の到達と確率計算に乖離を生じさせる具体的事情がない限り、合理性があるというべきである」として、本件の特質に沿って丁寧に説明しており、被告の、「製品のマーケットシェアが到達の蓋然性や頻度にそのまま反映されるものではない」との主張に対しては、「現場数が多数である場合には平準化されることとなるから、確率に基づく推定を覆すものではなく……現実の到達と確率計算に乖離を生じさせる個別事情を具体的に反証する必要がある」と述べている。

判決は、このようなシェアを使った到達確率の計算に依拠し、原告の主張する「主要曝露建材」のメーカーにつき、719条1項後段の適用による責任を認めた。ただし、中皮腫については、少量曝露によっても発症し得るとされているので、「加害者の一部を特定するのみで、他に加害者となり得る者が存在することが明らかな」場合は、「主要曝露建材を製造・販売した企業らの集团的寄与度を定め、これに応じた割合的責任の範囲内で、民法719条1項後段を適用して、連帯責任を負担させるのが相当である」とした。そして、「単独惹起力」を有しない場合には「各社の損害発生に対する寄与度に応じた分割責任」を負うとした。

【東京高判平 30・3・14 LEX/DB25560269】

本件は、東京地裁平成24年判決の控訴審である。判決は、以下のように

述べて、建材メーカーに対する請求を棄却した。

まず、判決は、「民法719条1項後段は……被害者の個別的因果関係の立証困難性を救済するため、共同行為者として特定された者の加害行為と損害との間の個別的因果関係を推定する規定であるから、その推定を働かせる前提としては、1審被告企業らが同項後段の『共同行為者』であること、すなわち、その製造又は販売に係る石綿含有建材が、1審原告（被災者）らが作業に従事する建設現場に現実に到達したこと（加害行為）の証明が必要になる」として、現実に到達したことを加害行為と見ている。その上で判決は、被告の共同性にかかわって、公法上の警告義務（昭和50年安衛令）は私法上の義務ではないので、被告企業の一体性を基礎づけるものではないとする。しかし、そのような警告義務が法定されることは、メーカーにおいてアスベスト建材の危険性とそれが集積する建設現場での危険性の認識を強化し、そこに、共同防止義務が生まれてくるとも考えられるから、この要素は一体性において意味を持つのではないか（西淀川第一次判決の「公害対策における一体性」も、その論理であった）。

本判決の719条論の大きな特徴は、「民法719条1項後段の『共同行為者』といえるためには、時間的・場所的近接性に照らして、社会通念上、上記で特定された企業相互間に共同行為をしたといえる程度の一体性があることを主張・立証すべきである」として、1項前段だけではなく後段においても時間的・場所的近接性を要求するところにある。学説の項で見たように、後段の「共同行為」においてもそれを求めるのは、少数にとどまっている。また、判決は、後段の「共同行為者」と言うためには、被災者らが曝露を受けた現場と時期を具体的に特定し、その現場にアスベスト建材が現実に到達したこと、その建材を製造販売した企業を具体的に特定しなければならないとする。しかし、以上のことが証明されれば、当該企業が当該原告の被害に責任を負うことは当然であり、そうすると、後段は、複数加害者の寄与は証明されたが寄与度が不明の場合の規定にすぎないということになるが、果たしてそうであろうか。

さらに判決は、マーケットシェアを使った確率計算による証明を認めない。判決は、「シェア（一定の集団内の割合）を確率と同視して数学的に計算するためには、あるシェアの下での現場での建材の出現頻度が均等であり、かつ、建設作業従事者が建設現場に赴く行為が独立な試行であるという前提を充たす必要があると解されるところ……メーカーが出荷した後の流通経路、当該建築物の性質及び用途、建築費用（建材の価格）、具体的な建設現場と建材の製造工場ないし保管場所との距離（運搬の容易さ）、建築を請け負ったゼネコンや下請業者らの取引関係等の様々な個別的要因を考慮すると、上記の確率計算の前提事情が満たされているとは認め難いというべきである」として、確率計算を許容する前提を欠くとしている。これは、一部の学説が、確率計算による証明を活用して責任を認めた京都地裁判決等に対して行った批判、すなわち、「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」とする意見⁵⁴⁾と同じ考え方であるが、東京高裁平成29年判決は、前述したように、このような批判も念頭に置きながら、「現場数が多数である場合には平準化される」ので、「現実の到達と確率計算に乖離を生じさせる個別事情」はメーカーの側が具体的に立証すべきとしている。これは、他に合理的な立証方法がない限り、この方法による「推定」を行い、この方法がとれない理由があれば、被告に反証させるという考え方であり、理に適ったものと言えるのではないか。なお、判決は、「原則的証明度の下での通常の証明（高度の蓋然性による証明）によるべきであって、証明度を軽減した証明によることは許され」ないとするが、シェアを使った京都地裁判決や平成29年東京高裁判決は、証明度を下げたものとするべきではなかろう。

【大阪高判平 30.8.31 判時2404号 4頁】

京都地裁平成28年判決の控訴審である。大阪高裁は、以下のように述べ

54) 内田前掲（注13）NBL1087号25頁。

て建材メーカーの責任を認めた。

判決によれば、民法719条1項前段は、「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、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」。そして、「加害者側に上記のような厳格な責任を課する以上、同項前段の『共同の不法行為』と評価できるためには、結果の発生について各共同行為者の加害行為が客観的に関連し共同していること（客観的関連共同説）で足りるが、各共同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』があることを要すると解するのが相当であり、この……ためには、共謀、教唆、幫助、相互に双方の行為を利用するといった共通の意思の存在、資本的・経済的・組織的結合関係といった共同の利益の享受、時間的・場所的近接性といった主観的又は客観的に緊密な一体性が認められることが必要である」。また、1項後段は、「『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し、被害者保護の観点から、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される」。「同条1項後段に基づく請求を行う場合には、被害者側において『共同行為者』の範囲を特定する必要があり、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（他原因者の不存在）を証明することが必要であると解するのが相当である」。

本判決が提示する719条1項前段及び後段の理解は、本稿の2で整理した共同不法行為に関する裁判例や学説と同様である。そして、関連共同性については、主観的共同に限定せず、主観客観総合説に立っている。ただし、判決は、「自らの製造・販売した石綿含有建材が市場を通じて建築現場に到達し、他社の製品とともに同一の建築現場で使用される事実を認識

し、あるいは容易に認識することができたというべきであるが、一審被告企業らが、相互に他社による石綿含有建材の製造・販売行為を当然に予定し、これを相互に利用しつつ、自ら石綿含有建材の製造・販売を継続していたといった事情までは認められない」という点を、関連共同性を否定する根拠にしており、主観的要素が西淀川一次訴訟判決等よりも狭い。

その上で判決は、同条前段及び後段の適用を否定しつつ、本件を「累積的」曝露と特徴づけ⁵⁵⁾、「新たな枠組み」として、後段類推適用の可能性を検討し、「後段の類推適用に当たり、一審被告企業らによる石綿含有建材の製造・販売行為が加害行為に当たるというためには、それが被災者らに対する具体的危険性を有するものであるが必要あり、一審被告企業らによる石綿含有建材の製造・販売行為が被災者らに対する具体的危険性を有するものであるというためには、一審被告企業らの製造・販売した石綿含有建材が、被災者らの就労した建築現場に現実に到達したことまでは必要でないが、少なくとも、被災者らの就労した建築現場に到達した（その結果、当該建材に由来する石綿粉じん曝露した）相当程度以上の可能性が必要であると解するのが相当である」としたのである。また、（累積的競合の場合）「後段の類推適用の際に、更に、他に（到達の可能性の低い）原因者が存在しないことを要件とすることは、加害者不明の不法行為の成立をいたずらに厳格化しすぎる」としている。

ここでは、「到達」の問題は、製造販売が加害行為と言えだけの危険性を有しているかどうかという問題として論じられている。判決は、一審被告企業の、民法719条1項の共同不法行為の要件である「加害行為」というためには、最低限、当該石綿含有建材が当該被災者の就労した建築現場に到達したことが必要であるとの主張に対して、「一審被告企業らによる石綿含有建材の製造・販売行為が被災者らに対する抽象的危険性を有す

55) 本件が累積的競合であるのかどうかについては議論の余地がありうるが、後述の9月の大阪高裁判決の場合と同様、原告らが絞り込んだ被告企業の製造販売行為との関係では、累積的競合と見ることができると判断したということかもしれない。

るものであれば、共同不法行為責任を負わせるという趣旨ではないことは当然である」が、「被災者らの就労した建築現場への『到達の相当程度以上の可能性』が認められれば、被災者らの生命、健康に対する具体的危険性を有するものであるということが可能である」としている⁵⁶⁾。

なお、本件の原審である京都地裁判決は、「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」としたが、これに対しては、「競合行為」という曖昧な概念を介在させて因果関係を推定していることを批判する見解があった⁵⁷⁾ところ、本判決は、このような「競合行為」を介在させるという論理はとらずに、もっぱら「到達の相当程度以上の可能性」論に依拠して、被告らの製造販売行為の（具体的）危険性を認定して、責任を認めた。

その上で、「相当程度以上の可能性」があるかどうかについて、シェア論に立つ（ただし、判決が、シェアからのみ到達の可能性＝行為の危険性を判断しているのではない点には留意すべきである）。判決は、「被災者らが同じ用途を有する石綿含有建材のうちどの建材メーカーの建材を使用するかは、現場ごとの偶然的な要素によって支配されていることが認められる」とした上で、「建材が販売された時期、販売された地域、販売された相手（対象）、

56) 本判決は、このように、「到達の相当程度以上の可能性」が認められれば良いとしているが、他方で、それが認められるためには被災者らの就労した現場に一度でも到達した可能性があれば、その製造販売行為が加害行為と言いうるとはせず、複数回の到達可能性を要求している。石橋秀起「建設アスベスト事例における建材メーカーの責任の理論的到達点」環境と公害48巻4号51頁は、「この点において、京都判決（本判決を指す：吉村）のいう『相当程度以上の可能性』は、到達の『立証』と同等かそれ以上の水準にあるとみることもできよう」とする。

57) 内田前掲（注12）NBL1082号37頁以下等。

使用された建物の種類、使用された箇所、使用された工程及び使用された方法が、被災者らが建築作業に従事した時期、従事した地域、販売対象が特定の施工代理店等に限定されている場合には当該代理店等への所属、施工した建物の種類、施工した箇所、従事した工程及び施工した方法と整合していれば、当該建材を製造・販売した企業のシェアを基礎として、当該建材が被災者らに到達した可能性の程度をある程度推測することは可能であり、その可能性が相当程度を超える場合には、かかる建材を製造・販売した建材メーカーは、民法719条1項後段を類推適用する際に、同項後段の共同行為者となり、共同不法行為責任を問われる場合がある」とする。

なお、本判決は、累積的競合の場合は「十分性」要件は不要としている。しかし、その場合、限定されたメーカー（「責任建材」メーカー）以外のアスベストの曝露も考えられるのであるから、その責任の範囲は、「責任外建材」からの曝露を考慮して、「民法722条2項の類推適用」によって限定されるとしている。筆者やその他の学説が主張した、寄与度に限定した連帯責任という考え方と同じだが、責任範囲＝寄与度の問題を、裁判所の規範的ないし裁量的判断として処理するために、同様の処理が認められている民法722条2項を「類推」している点が特徴的である。

【大阪高判平 30.9.20 判時2404号240頁】

大阪地裁平成28年判決の控訴審である。大阪高裁は、以下のように述べて、建材メーカーの責任を認めた。

まず、本件では、原告は、原審の段階から被告企業を絞り込み、さらに、マーケットシェアを使った「主要建材」企業への絞り込みにおいては、原告らが実際に従事した建築現場や（原告らが主として作業に従事していた）阪神間の自治体の公共建物約340箇所の設計図書を入手・分析し、アスベスト含有建材が大量に使用された昭和50年代から60年代にかけて、現場において各メーカーのアスベスト含有建材がほぼシェアどおり使用されていたことなども立証している。判決は、原告の、建材メーカーの絞り

込みやシェアに関する証明を受け止め、それを基礎に（「他の証拠から認定される各被災者の職種、作業内容、当該建材からの石綿粉じん曝露の蓋然性と照らし合わせて」）被告の責任を導いている。「手堅い」判断であり、法律審である最高裁は、この判断を尊重すべきであろう。

本件のように「到達」が高度の蓋然性をもって証明されたとすれば、建設アスベスト事件は、従来の共同不法行為事案に比べて、特別なものではなくなくなる。しかし、本件と異なって原告数の多い訴訟でも同じような証明が可能であるのか、そもそも、ここまでの努力を原告側が行わなければ、アスベスト含有建材を製造販売し利益を上げてきた企業に賠償を求めることができないということが、共同不法行為規定の趣旨や、ひいては不法行為法の目的である「公平」の見地から許容されるのであろうか。

このような観点から本判決の理論的な面を見た場合、次のような特徴ないし問題点が感じられる。まず、判決は、「共同不法行為の加害行為としては、特定された被控訴人企業の製造販売した石綿含有建材が特定の被災者に到達したことが必要」とする。ここでは、「到達」は加害行為の問題としつつ、「特定された被控訴人企業の製造販売した石綿含有建材が特定の被災者に到達したことが必要」とする。そして、判決は、「民法719条1項前段の共同不法行為が成立するためには、共同行為者間に、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（これは、「強い関連共同性」といわれることがある。）が必要とされている」が、「被控訴人企業らのうち各被災者の主要原因企業に絞ってみても、これらの企業に、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を認めることは困難といわざるを得ない」ので1項前段に基づく共同不法行為は成立しないとす。また、後段についても、「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おり、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主張立証されることが必要である」が、そのような要件は主張されていないので、後段に基づく共同不法行為の成立も認めることは

できないとした。

このように前段及び後段の適用を否定した上で判決は、後段の類推適用を検討し、「石綿関連疾患に罹患するのは、様々な石綿含有建材から自らの切断や穿孔の際に発生する石綿粉じん又は他者が発生させる石綿粉じんに長期間にわたって少しずつでも繰り返し曝露するという、累積的なものと解される」、「そうすると、被控訴人企業らの製造販売した石綿含有建材が建築作業現場に到達したといえる限り、その石綿含有建材から石綿粉じんが生ずれば、石綿関連疾患発症に必ずながしかの寄与をしているともいえる」、「多数の石綿含有建材が使用され、どれかの一種で石綿関連疾患を発症させ得るとの証明はできず、一方で……石綿関連疾患にながしかの寄与は否定できないのであれば、民法719条1項後段の類推適用を図る基礎はあるというべきである」とし、「[1]各加害行為者が結果発生⁵⁸⁾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、[2]それらが競合し、競合行為により⁵⁸⁾結果が発生した」場合には、後段を類推適用できるとする。また、「選択された加害者以外に加害者がいない」という要件を充足しない場合でも、「選定された共同行為者が発生した結果に対して無視し得ない一定の寄与をしているのであれば、その寄与に応じた損害賠償責任を負担させることは、被害者救済に必要といえ、寄与に応じたものである限りは、選定されなかった者との間でも不平等とはいえない」とし、さらに、「各控訴人又は被災者に対し主要原因企業として認定したグループは、石綿含有建材を製造している企業という同一性があり、他の製造企業の存在、複数の石綿含有建材の建築現場への集積、石綿含有建材からの石綿粉じん発生の可能性の認識のもとで、自社製品を販売している。そうであれば、グループの責任は連帯責任ととらえることが相当である」とする。

このように、判決は、「到達」が必要だと立場に立つ。しかし判決は、

58) 判決はここで「競合行為により」としているが、何らかの要件で「競合行為」を認め、それを起点にして因果関係を考えるという立場には立っていないので、これは「競合して」結果が発生したという程度の意味ではないか。

その証明につき、「控訴人らが行ったマーケットシェアを利用した共同行為者の特定という方法も、建材使用が極めて多数回に及ぶ状況では合理性を有すると認められる」としたのである（ただし、判決は、「共同行為者として特定されるためには、他の証拠から認定される各被災者の職種、作業内容、当該建材からの石綿粉じん曝露の蓋然性と照らし合わせて判断されなければならない」として、他の証拠と照らし合わせた認定を行っている）。「特定」方法としてマーケットシェアを使うという手法は、京都地裁判決以降、平成29年東京高裁判決、さらには、平成30年8月の大阪高裁判決も採用しているものであり、学説の支持も多く、定着したものとなっているのではない。

しかし、本判決が言うような「特定」（＝「到達」の証明）は719条1項後段やその類推適用において必要なのであろうか。この問題を考える場合、まず押さえなければならないことは、ここでの「特定」とは、被告の行為が後段ないしその類推適用を妥当とする危険性をそなえているかどうか（「適格性」）の問題であり、個々の被告の行為が被害発生原因となったかどうかという個別的因果関係の問題ではないということである。したがって、かりにそこで「到達」が問題となるにしても、それは、「到達して曝露の原因となりうる危険性」を有していたかどうかという問題である。その上で、その「危険性」の程度であるが、これについては、少なくとも建設アスベスト事件の場合、立証の困難性やアスベストの有する危険性等から見て、「高度の蓋然性」を求めるのではなく、「相当程度の可能性」で十分だとするのが学説の多数である。この点、大塚は、前述のように、東京高裁平成29年判決の批評の中で、例えば、9名の者が同時にある人をめがけて石を投げ誰か一人の石があたって怪我をした場合をあげ、同判決の「具体的危険」という限定を批判しているが、原告が作業した可能性のある複数の現場への「到達」を問題にした東京高裁とは異なり、「特定の被災者への到達」の証明を求める判決の考え方は、より大きな問題性を有していると言えよう。

次に、判決は、719条1項前段について、「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」(「強い関連共同性」)が必要とし、本件では、それは認められないとする。そこでは、「弱い関連共同性」についての検討はされていない。しかし、判決は同時に、責任を認められる企業の責任の関係を述べる際に、「主要原因企業として認定したグループは、石綿含有建材を製造している企業という同一性があり、他の製造企業の存在、複数の石綿含有建材の建築現場への集積、石綿含有建材からの石綿粉じん発生の可能性の認識のもとで、自社製品を販売している」としている。ここでは、「同一性」や「認識可能性」は、狭義の共同不法行為の要件である関連共同性の有無を判断する要素ではなく、被告企業等の連帯責任を導くためのものとして位置づけられている。これらを理由に被告企業の連帯責任を導き出すことに異論はないが、もしこのように言うのであれば、この点を根拠に、少なくとも「弱い関連共同性」ある共同不法行為を観念することができないのであろうか。

かりに本件が(「弱い関連共同性」のある)共同不法行為ではなく競合的不法行為と考へ、それを719条1項後段ないしその類推によって解決しようとする場合、「適格性」とならんで「充分性」要件、すなわち、被告以外に被害発生の原因となりうる企業が存在する(存在しないことが高度の蓋然性をもって証明されていない)ことをどう扱うかという問題が残る。「適格性」要件を絞ることにより「充分性」要件を不要とする考え方もあるが(平成29年東京高裁判決はこの立場)、「適格性」要件を絞ることの問題性はすでに述べたとおりである。そうすると、一つの解決は、被告群の寄与の範囲に責任を限定することによって「充分性」要件を不要とするというものだが、本判決も、その立場をとったものと思われる。学説の多数とも一致する考え方であるが、本判決は、昭和50年以降の曝露について、主要原因企業とされたグループの寄与の割合(判決のいう「横の寄与割合」)は、8割と見ているのであるから、そうであれば、「充分性」要件は高度の蓋然性をもって証明されたとして、「横の寄与割合」による減責の必要はなかったのではないか。

5. ま と め——最高裁に求められること

4で検討した4つの高裁判決については、両当事者からの上告がなされている。3の(2)で検討した北海道訴訟と九州訴訟も控訴審（札幌高裁と福岡高裁）で近々判決が言い渡され（福岡高裁は2019年11月の予定）、これらも、その結果にかかわらず上告されるであろう。これに最高裁がどう答えるかは、実質的には初めて最高裁が本格的に共同不法行為を論ずるという点で、大きな関心が寄せられるところである。そこで、以下では、これまで本稿で検討してきたことを踏まえて、最高裁に求められる判断とはどのようなものであるべきかについて、私見を述べてみたい。

最高裁に求められることは、まず、四日市公害訴訟判決以来の下級審判決や、学説の到達点を最上級審として確認することである。本稿の2で整理検討したように、共同不法行為規定の意義は、共同行為を媒介にした因果関係要件（その立証あり方）の修正であり、共同行為が認められれば、それを起点にした因果関係を考えるべきこと、共同行為の判断（いわゆる関連共同性要件）にあたっては、問題となる共同行為の多様性を踏まえるならば、主観的要素、客観的要素を当該事案に即して総合的に判断すべきこと、719条1項後段は択一的競合事例に関する規定だとしても、わが国の競合的不法行為に関する法規定の不備を自覚し、また、後段が被害者保護という「公益」の視点から設けられたものであるという立法経過をも踏まえ、累積的競合や重合的競合、さらには、いずれのタイプか不明の場合を含めて、（一定の要件のもとで）後段を適用ないし類推適用するというアプローチを肯定すべきといった点が、多くの裁判例や有力な学説によって確認されてきている。3の(2)で述べた札幌地裁判決のように、このような共同不法行為論の展開を無視し、1960年代以前の「通説」を、今なお掲げる裁判例があり、また、これらの共同不法行為論の展開を（下級審の判断にすぎないとして）消極的に評価する学説もある中で、最高裁としての考え方

を明らかにする意義は大きい。

次に、最高裁としては、本件アスベスト被害の特質を踏まえた判断を行うべきである。本件アスベスト被害の特質は、すでに繰り返し指摘してきているように、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こと、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は複数存在し、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、また、どの程度において作り出したかの証明が極めて困難なことである。それでは、このような証明が困難であるからといって、建設現場でのアスベスト被害発生に何らかの程度において寄与したと考えられるアスベスト建材メーカー（メーカーはアスベスト含有建材の製造販売によって利益を得ている）が賠償責任を負わないという結果が、公平妥当なものと言えるのか。しかも、大部分の判決では、（結果的に責任を否定した平成24年東京判決を含めて）メーカーには過失がある（あるいは製造物責任上の「欠陥」ある製品である）ことが認められているのである。もしかりに、アスベスト含有建材を製造販売するメーカーが1社であった場合、そのメーカーが責任を負うことに異論はなかろう。それが、メーカーが多数であるため、（その結果、被害が大きく広がったにもかかわらず）誰にも責任が認められないという結論は、被害者を救済し公平の実現をはかるという不法行為の理念・目的、さらには正義・公平という法の基本理念から見て、問題はないのだろうか。この点、平成24年東京地裁判決は、「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。……石綿含有建材の製造販売企業が……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、結果的には責任を否定したものの、「到達の相当程度の可能性」という、責任を肯定し得る手がかりを提示している。同じく責任を否定した札幌地裁判決も、「被告企業らを含む石綿含有建材の製造販売企業らが、本件被災者らを含む建築作業従事者らに対して何らの責任も負わないという結論を採ることには問題があるといわざるを得ない」としている。

最高裁に求められているのはまさに、理論と実務の協働によって発展してきた共同不法行為論を踏まえ、このような本件の特質に適合的な解決のルール創造を行うことである。その際の論点としては、①加害行為をどうとらえるか、②被告（の少なくとも一部に、あるいは一定の時期以降）関連共同性を認めることができないのか、③（競合的不法行為と考えたとして）その場合に後段を類推する要件（「適格性」）は何か、④他に原因となりうる者がいないということ（「十分性」）は要件となるのか、⑤マーケットシェアを使った「到達」の認定方法の妥当性の5点であろう。

以下、論点に関する私見を述べたいが、その前提として、原告らは、当初は国交省のデータベース搭載の40数社に対して共同不法行為責任を追及していたが、その後、被害者の職種や作業形態や建材メーカーのシェア等から、建材メーカーの絞り込みを行ったことの意味を押さえておく必要がある。なぜなら、本件に関する裁判例や学説には、絞り込み以前のものと同様のものが混在し、特に学説においては、絞り込みの意味が十分に踏まえられていないきらいがあるからである。

当初の40数社に対する請求は、裁判所や一部の学説によって、「集合体としての原告らに対する集合体としての被告らの共同不法行為という枠組み」（この表現は大阪高裁平成30年9月判決のもの）として受け取られてしまった。しかし、原告らは、その後の訴訟活動において、被告企業の絞り込みを行ったのである。このような絞り込みの結果が共同不法行為論にどのような意味を有するか。第一に、このような絞り込みは、本件を競合的不法行為と見た場合、719条1項後段を適用ないし類推適用することができるかどうかという議論に重要な意味を持つ。なぜなら、絞り込みの結

果、絞り込まれたアスベスト建材メーカーの製造販売行為が被害者の被害発生に対して持つ危険性がより具体的かつ高度になりうるからである。第二に、このような絞り込みによって関連共同性が認められ、本件を競合的不法行為ではなく共同不法行為と見る可能性が出てくる。すなわち、このような限定を行うことによって、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・主要汚染源性が増し、関連共同性が認められる可能性が生まれることになる。

また、原告らは、このように、各被害者、あるいは、その職種の建設作業従事者が使用した可能性の高いアスベスト含有建材を製造販売した企業を絞り込み、その上で、これらの建材について、流通システムを明らかにし、その市場占有率を明らかにしようとしている。その結果、アスベスト建材市場の特性として、少数の企業による寡占市場が形成されていること、それらの寡占企業は各自の流通経路の整備に注力し、その結果、各企業による流通ルートが確立されていること、上位企業の市場占有率は相当に高いことが明らかになっている。このことは、まず、それら市場占有率が高い企業の製品が原告らの現場で使用され、原告らはその製品の取扱いの中でアスベストに曝露された可能性が高いことを意味する。さらに、アスベスト建材の市場がどのような構造かは、本件を考える上で重要な意味を持つ。経済学の森裕之は、本件訴訟で大阪地裁に提出した意見書において、寡占化が進んだ市場では、寡占企業同士の競争が価格競争から非価格競争へと変わってくること、その際、販売組織や販売ルートの安定的維持が重要な戦略的要因となること、さらに、アスベスト建材の代替建材が存在する中では、それらの非アスベスト建材を供給している異業種に対する競争（アスベスト建材に対する選択的需要の全体としての拡大）のためにアスベスト建材業界が共同して様々な取り組みを行うようになるといった点を指摘している（例えば、加工性に優れた石綿建材と専用工具の開発である⁵⁹⁾）。ま

59) 森によれば、石綿スレート協会は専用工具の開発を共同で実施し、その成果が1975年に発表され、石綿建材の使用を拡大していったとされる。

た、寡占市場における流通システムの支配の結果、メーカーと現場との距離が縮まり、メーカーは現場の実態（アスベスト曝露の危険性）を認識（単に認識可能性のレベルを超えて）していたはずであるとされる。さらに、石綿建材のPR活動を協力して進め、その結果、代替品の開発が遅れたとも指摘する。

アスベスト建材メーカーが関連業者を通じて流通を支配する結果、建設現場とメーカーの社会的距離は近いものとなり、建設現場における作業実態とアスベスト建材の取り扱い方を認識しており、その結果、アスベスト一般の危険性をこえるアスベスト建材の危険性を十分に認識していたことがうかがわれる。また、アスベスト建材メーカーは、激しい競争を行いつつ、個別に、あるいは、業界団体等を通じた連携・協力を行ってきた。この点では、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際の事情や、これに対して、絞り込まれた市場占有率の高い寡占企業がどのような対応をとったのが重要となろう。

当初の訴訟における原告の主張が「集団対集団の訴訟」という構造のものであったかどうかは措くとしても、絞り込みまでの段階で裁判所や一部の論者がそのような理解をしたことは事実である。しかし、本件訴訟は、絞り込みによって、訴訟の構造が変わったことであり、そのことを踏まえた議論が求められている。以上を前提に、各論点についての私見を述べたい。

【論点①について】

すでに繰り返し述べてきているように、本件は、市場を通じてアスベスト含有建材が被害者の作業現場に到達し、被害者へのアスベスト曝露に結びつく「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加害行為論を考えなければならない。この点につき、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て、そこで働く建設作業員らにアスベストへの曝露の危険性を作り出したこと）が加害行為だとする立場と、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、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、とする見方がある。

判決では、京都地裁判決が、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て、前者の立場を明言した。同訴訟の控訴審である大阪高裁平成30年8月判決も、「被災者らが就労する建築現場への相当程度以上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もって、共同不法行為における加害行為とすることができる」とした。これに対し、東京高裁平成30年判決は、「製造又は販売に係る石綿含有建材が、1審原告（被災者）らが作業に従事する建設現場に現実に到達したこと（加害行為）」としており、大阪高裁平成30年9月判決も、「共同不法行為の加害行為としては、特定された被控訴人企業の製造販売した石綿含有建材が特定の被災者に到達したことが必要である」としているため、後者の立場だと思われる。

学説において、潮見は、アスベスト含有建材を流通に置く行為は「被害者に対する具体的加害行為ではなく、その前段階」の活動であり、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⁶⁰⁾として、後者の立場に立つが、多くの学説は、前者の立場を主張する。例えば、淡路は、「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」が加害行為であり、ばく露を通じて現実に被

60) 潮見第1意見書46頁以下。

害が引き起こされたかどうか（到達によって被害が発生したかどうか）は因果関係の問題であるとする⁶¹⁾。大塚も、本件における「被告企業の行為は、販売のために市場に置いたことであり、その後は因果の経過の問題というべきである」とし、「製品を製造し販売する市場媒介型不法行為の事案では、販売後は被告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」とする⁶²⁾。石橋が、石綿含有建材を流通に置く行為は権利侵害の抽象的な危険性のある行為にすぎず因果関係の起点とはなりえないとする見解を詳細に批判している⁶³⁾ことは、3の(2)で、すでに紹介した。なお、責任否定説である前田＝原田も、製造販売行為を加害行為と見て、その危険性を行為論の中で論じていること、したがって、そこでは「当該被害を発生させた者の特定」を問題とするのではなく、「当該結果を発生させた可能性のある者」の特定を問題としている（ただし、そこでの危険性は「現実的危険性」であり「接点」だとする）こともすでに指摘した。

私見については、すでにいくつかの機会に述べたことがある⁶⁴⁾が、それを再論すれば、本件のような市場媒介型不法行為では、危険な製品を（その危険性の認識可能性がありつつ）流通に置くこと、より正確には、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て、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るべきである。一般的に見て、製造物責任事例等では、欠陥のある製品の製造販売が侵害行為だとされている。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

61) 淡路前掲（注20）40頁。

62) 大塚前掲（注33）野村古稀267頁。

63) 石橋前掲（注46）200頁。

64) 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、同「建設アスベスト訴訟における建材メーカーの責任（再論）」立命館法学365号267頁以下。

ることができるし、また、そうすべきである。

このように、アスベスト製品を製造販売することが加害行為だとしても、それは当然に、被害者の権利・法益にとって危険性を有するものでなければならず、アスベストが一般に人の健康にとって有害であるという抽象的危険性では足りない。ではどの程度の危険性があれば良いのか。これがまさに、論点③の「適格性」にかかわる問題である。

【論点②について】

本件について、各判決は、狭義の不法行為の成立を否定し、問題を競合的不法行為ととらえ、1項後段ないしその類推適用の可否を論じている。しかし、果たしてそう割り切ってよいのであろうか。淡路は、被告企業すべてに「強い関連共同性」があるとは考えにくい、「何らかの意思的共同のある事業者集団が存在する（主観的共同）」とか「技術的・資本的・人的に密接な関連を有する製造業者グループが存在する（強い客観的共同）」ような場合には1項前段があてはまり、この場合、加害行為の「到達」は「関連共同性のある行為と損害との因果関係の要件に包摂され」と述べ、狭義の不法行為の成立可能性を追求すべきだとする⁶⁵⁾。筆者も、本件については関連共同性の有無を検討する方向も追求されてよいことを主張してきた。筆者がそう考える理由は、(本稿の2や3の(2)で検討したように)共同不法行為を「強い関連共同性」がある場合と「弱い関連共同性」の場合に類型化する考え方や、関連共同性の判断において、主観的要素と客観的要素を総合的に判断する考え方が有力存在するからである。筆者自身も、関連共同性の有無や強度は客観的要素と主観的要素を総合して判断されるべきであり、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なく弱い関連共同性判断においても行われうるという立場から、以下のような主張を行ってきた⁶⁶⁾。すなわち、加害行為を「アスベスト含有建材を製造

65) 淡路前掲(注20)40頁以下。

66) 拙稿前掲(注64)立命館法学344号247頁以下。

販売し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て、そこで働く建設作業員らにアスベストへの曝露の危険性を作り出したこと」と理解した場合、そのような行為における共同性が求められる。つまり、製造販売し流通に置く行為に「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」があったと言えるかどうかである。その場合、ポイントは、「アスベスト含有建材という同じ危険がある製品を流通に置いたという共通性」と、「流通を通じて建設現場に集積しそこにおける危険な状況を必然的に作り出すという同性質の行為」をしていることである。また、メーカーは製造販売し流通に置く場合、自己の製品が市場を通じて集積し他の同様の建材と組み合わせた利用が行われることを認識し、むしろそれを前提にして（あるいは、それを目的にして）製造販売している。このような主観的要素は関連共同性を補強するものである。なお、ここでいう「目的」や「認識」というのは、それだけで強い関連共同性を導くものではなく、客観的要素を補完して関連共同性を基礎づけるものなので、他の建材メーカーも同様の製品を製造販売しており、それらが建設現場に集積することの認識で足りると解すべきである。アスベスト含有建材の危険性の認識が高まり、相互の防止行為が必要になることを認識しうる段階になれば、それは、相互の防止義務を根拠づけるものとして、強い関連共同性の問題となる。したがって、例えば、アスベストの危険性の認識が社会的にも一般化し、法令や行政指導などにより、関連業界一体となってアスベスト含有建材の低減やアスベスト含有による危険性の表示・警告の強化等を行って被害発生の防止や縮減に努めるべきであるとされるようになった場合、あるいは、各メーカーが業界団体などを通じてアスベスト含有建材の普及を行ったり、それへの規制の緩和を行政に働きかけていたような場合、さらには、メーカー間で製品の開発・販売・普及について協力し合っていたような場合には、強い関連共同性も認められるのではないか。

このような私見は、前田（陽）や大塚によって、肯定的に受け止められ

ている。例えば大塚は、被告全員に関連共同性があるとは見ることはできないとしても、被告の一部についてそれを認める可能性を否定せず⁶⁷⁾、「関連共同性について主観客観併用説を採用すれば、本件被告らについて『社会通念上の一体性』としての弱い関連共同性を肯定することは可能であろう」とも言う⁶⁸⁾。前田(陽)も、主観客観併用によって「弱い関連共同性」があれば全部責任を認めうるのではないか、「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)≫という主観的なものを要求することで、『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⁶⁹⁾。

原告が行った絞り込みや市場構造の解明を踏まえて、被告企業(の少なくとも一部に、あるいは一定の時期以降)に関連共同性を認める余地がないのかどうかについて、あらためて検討すべきである。

【論点③と④について】

これまでの各判決では、被告メーカーの製造販売した建材の被害者の作業現場への「到達」が問題となっている。この場合、「到達」には、判決によって二つの異なる理解ないし位置づけがなされている。一つは、被告の製造販売した建材が原告の作業した現場に「到達した」ことが必要だと

67) 大塚前掲(注33)野村古稀271頁以下。

68) 大塚前掲(注31)加藤古稀637頁。

69) 前田(陽)前掲(注27)野村古稀327頁以下。前田(陽)は、「弱い関連共同性」論は累積的競合論の検討が不十分な段階での「過渡的な理論」とも考えられるが、「『共同行為』を起点とする因果関係の立証緩和という共同不法行為の意義との関係では……存在意義があり、これを生かす方向で再検討すべきである」とする(前掲(注27)『民事責任法のフロンティア』502頁)。

するものである。例えば、東京高裁平成29年判決は、原告「らが作業をした建築作業現場に到達させたこと」の主張・立証を求めている。また、東京高裁平成30年判決も、被告企業ら「の製造又は販売に係る石綿含有建材が、1審原告（被災者）らが作業に従事する建設現場に現実に到達したこと」を求めている。大阪高裁平成30年9月判決も、「特定された被控訴人企業の製造販売した石綿含有建材が特定の被災者に到達したことが必要である」とする。

これに対し、「到達の可能性（到達しえたこと）」を問題にする判決もある。例えば、大阪高裁平成30年8月判決は、「一審被告企業らによる石綿含有建材の製造・販売行為が被災者らに対する具体的危険性を有するものであるというためには、一審被告企業らの製造・販売した石綿含有建材が被災者らの就労した建築現場に現実に到達したことまでは必要でない」とし、その原審である京都地裁判決も、「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」だとして、「到達の可能性」を問題としている。責任を否定したが、「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」とした東京地裁平成24年判決も同様の立場である。これらの考え方は、「到達」の問題を行為（製造販売行為）の危険性の問題と位置づけ、「到達した」ことではなく、「到達の可能性」があったことが719条1項後段の適用ないし類推適用を可能とする要件になるという考え方によっている。

前者のように「到達したこと」が要件となると考えれば、到達すればそれを扱った作業従事者がアスベストに曝露したことが事実上証明されたことになるので、個別的な因果関係証明がなされたことになり、個別的因果関係証明の負担から原告を解放するという後段（ないしその類推）の意義は失われてしまうことになる。しかし、本件の特質は個別的因果関係の証明が極めて困難（ないし不可能）なため、深刻な被害を受けた建設作業従事者が救済されず、他方で、アスベスト含有建材を営業活動として製造販売し、建設作業従事者がさらされていた危険の作出に何らかの程度で関与し

ていた可能性が高い建材メーカーが何の責任も負わないことの不合理をどう考えるかという点にあったのであり、このような考え方は取り得ないものとする。したがって、「到達」は個別的因果関係の問題ではなく（個別的因果関係は後段ないしその類推で推定される）、製造販売行為の危険性にかかわる問題、すなわち、因果関係の起点としての資格を、当該被告の製造販売行為が備えているかどうかの問題（学説が言うところの「適格性」要件の問題）であり、したがって、現実に「到達した」ことではなく、「到達しよう＝可能性」行為であったのかどうかの問題ととらえるべきである。1項後段の典型事例としてあげられる数人が石を投げたといった例でも、その石が到達したこと（当たったこと）の立証は不要であり（それは、後段によって推定される）、当たりそうな方向に石を投げた（因果の起点としての危険性を有する行為をした）ことで十分とされているのである。したがって、到達（した）ことを求める二つの東京高裁判決や大阪高裁平成30年9月判決には問題があると言わざるを得ない。ただし、東京高裁平成29年判決は、既述のように、到達の対象を原告の作業した特定の現場ではなく、一定期間において作業した可能性のある複数の現場への到達を問題とし、そこへの到達の確率を考えているので、到達の可能性で良いとしていると見ることもできる。

学説に目を転ずれば、「到達」の問題を、「現実に到達した＝個別的因果関係」の問題ではなく行為の危険性の問題（「適格性」）ととらえる点については、本件で建材メーカーの責任を認めることに否定的な学説を含め、大勢において一致が見られる。例えば、前田＝原田は、加害行為を「結果発生の実質的危険性を有する行為」ととらえるが、そこでは「当該被害を発生させた者の特定」ではなく、「当該結果を発生させた可能性のある者」の特定が問題となるとしている⁷⁰⁾。

このように「到達」の問題を行為の危険性の問題と位置づけ、現実に到達したのではなく、「到達の可能性」で良いと考えるとして、次の問題

70) 前田＝原田補充意見書参照。

は、その可能性として、どこまでのものを要求するかである。この場合、アスベストは危険であることといった抽象的な危険性では足りず、当該原告の被害発生にとっての危険性（その意味では具体的な危険性）がいる。しかし、前田＝原田のような「現実的危険性」（「接点」）までをも要求すると、個別的な因果関係（到達したこと）の立証を求めるのと実質的に変わりなくなるおそれがある。可能性（危険性）の程度を考える上でのポイントは、(イ)原告が使用した建材のメーカーを立証することが極めて困難であることや、被告企業が営利活動としてアスベスト含有建材を（十分な警告も怠って）製造販売し原告らが作業する現場に危険な状態を作り出したこと（少なくともその一部には関与した可能性が高いこと）といった本件の特質、(ロ)アスベストが少量の曝露でも深刻な被害を発生し得る危険性の高い物質であること、(ハ)建設作業従事者は短い期間に多くの職場を回るの、一つの職場ではなく、回った複数の職場への到達の可能性を考えるべきこと、(ニ)危険性＝到達の可能性（「適格性」）として高度のものを要求すると、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ることといった事情である。以上から、「相当程度以上の可能性」とした大阪高裁平成30年8月判決やその原審の京都地裁判決、さらには、「相当程度の可能性」とした東京地裁平成24年判決の考え方（判決は「相当程度の可能性」が立証されていないとして責任を否定したが、絞り込み前の判断である）が適切である。学説においても、大塚や前田（陽）などがこれを支持している。

では、「相当程度」とはどの程度か。この点については、東京地裁平成24年判決が「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」すること、「原告らが石綿粉じんに曝露した旨主張する石綿含有建材の中には、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」、「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「相当程度の可能性」を否定した判示が手がりとなる。判決が「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。また、多くの判決が採用した、マーケットシェアを使って到達の確率を計算する手法も有用である。そのように考えれば、少なくとも（「主要建材」等への）第2段階の絞り込みで十分と見るべきではないか。

このように「到達の可能性＝危険性」の問題を考えると、残る問題は、被告とされた（絞り込まれた）被告以外に被害発生に寄与した（相当程度には達していないが）可能性がある企業が存在しうる問題をどう考えるかである（「十分性」の問題）。この点につき、「適格性」を絞ることにより「十分性」要件は不要とする見解がある。しかし、この考え方については、「適格性」を絞ることの問題性に加えて、そもそも1項後段において「十分性」を要件としないと、真の原因者が被告に含まれず、無辜の被告とされた者が責任を負ってしまうのではないかとといった問題が指摘されている。それでは「相当程度の可能性」の証明で「適格性」要件の充足を認める立場に立った場合はどうか。この点につき、前田（陽）は、累積的競合の可能性もあるため、「『共同行為者』として範囲を確定された者の『みなし共同行為』と損害発生との因果関係が『高度の蓋然性』をもって立証される程度に『共同行為者』が『特定』されることを原則とする」が、「例

外として、部分的に特定された『みなし共同行為者』の損害発生に対する『寄与度』が『高度の蓋然性』をもって立証されれば、その限度での連帯責任を認めることも考えられるが、『択一的競合』の可能性もあることから、上記の寄与度には一定の限界がありうる（例えば5～6割程度以上）」とする⁷¹⁾。また、大塚は、前述のように、「十分性」については、全部責任の場合は要件となるが、寄与限度責任の場合は要件とならないとする⁷²⁾。筆者自身は、建設アスベスト事件は択一的競合ではなく、累積的ないし重合的競合、あるいは、いずれかが不明な場合と見るべきであり、そうすると、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ことになる択一的競合の場合と異なり、被告とされた者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、被告らの行為が損害（の少なくとも一部）の惹起に何らかの程度において寄与している可能性が高いのであるから、「特定」は基本的には不要であるが、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ことになろうと考えてきた。

これらの説が示し、かつ、責任を認めた大阪高裁平成30年8月判決が行ったように、被告とされた企業全体の寄与割合に応じた責任を認めるとするのが最も適切妥当な解決ではないか。そうすると、問題は、そのような寄与割合をどのように判断するかである。これについて、前述したように、前田（陽）は、寄与度が「高度の蓋然性」をもって立証されることを要求する。これに対し大塚は、寄与度については「規範的要件とし、その評価根拠事実と評価障害現実を原告ら及び被告らにそれぞれ主張立証させる」（「原告らは、市場占有率等、各被告のリスク寄与度を根拠づける事実を主張立証し、被告らは地域等による個別的事情を主張立証する」）ことが考えられる

71) 前田（陽）前掲（注27）野村古稀322頁以下。

72) 大塚前掲（注33）野村古稀286頁。

とする⁷³⁾。寄与度の証明には困難がともなうことから、裁判官が当事者の主張する事実(例えば、マーケットシェア等)を総合的に判断し、規範的見地から決めるというのが、現実的ではないか⁷⁴⁾。寄与度が問題となり被告に部分的責任を認めた事案としては、薬害における国の責任、公害等における(規制権限不行使による)国の責任、大気汚染における他の汚染源からの汚染を考慮した部分的責任等、多くの事例があるが、そこでは、結局のところ、このような判断が行われている。平成30年の2つの大阪高裁判決(8月判決の「責任外建材」からの影響の考慮も、9月判決の「横の寄与割合」)も、裁判官の規範的ないし裁量的判断によって決められている。

このような寄与度を限度とする責任を認める根拠として、大阪高裁平成30年8月判決は、被告らの責任範囲は「民法722条2項の類推適用」によって限定されるとしている。しかし、言うまでもなく、責任外建材の存在は、722条2項で考慮される被害者の「過失」とは別の問題であり、そもそも、被害者側の事情でもない。したがって、ここで722条2項を持ち出すことは(裁判官の裁量的判断を正当化するためのものとはいえ)必ずしも適切ではない。むしろ、大塚が指摘する「大気汚染防止法25条の2の趣旨」という説明が適切なのではないか⁷⁵⁾。

なお、このようにして「適格性」ありとされた原因者に、(それら原因者全体の寄与度を限度とする)連帯責任を課すためには、加害行為の同質性や他者の行為とあいまって被害を発生させることの認識ないし認識可能性といった要素が必要との意見がある。例えば、前田(陽)は、民法719条1項には、因果関係要件の緩和機能とともに、分割責任の主張を封ずるといった機能があるとして、競合的不法行為の場合も、(被告ら全体の寄与度分を限度として)全部責任を導くためには、1項後段の適用ないし類推適用を

73) 大塚前掲(注33)野村古稀286頁。

74) 前田(陽)前掲(注27)『民事責任法のフロンティア』503頁も、寄与度の主張立証におけるマーケットシェアの活用には合理性があるとする。

75) あるいは、かつて前田(達)が指摘した、「行為の違法性」による減額という考え方(前田(達)前掲(注2)300頁参照)もありうる。

可とする「共同性」が必要だとし⁷⁶⁾、大塚も、寄与度全部について連帯責任を認めるためには「被告らの行為を何らかの形でまとめる」ことが考えられるとする⁷⁷⁾。競合する不法行為の中に損害の全部惹起力を有しない（証明されない）者が存在している場合、減責の反証を認めるとしても、（被告ら全体の寄与度の範囲内ではあるが）全部責任を推定し各行為者が損害発生に寄与した割合の立証責任を転換することとの関連で、そのような要件が必要とも考えられる。本件における「絞り込み」後の被告に、そのようなメーカーが含まれているかどうかは疑問だが、もし、かりにそう考えるとしても、本件の場合、多くの判決では、被告らには、行為の同質性や他者の行為とあいまって結果を発生させることの認識ないし認識可能性があるとされているのだから、連帯責任を認めるべきである⁷⁸⁾。

【論点⑤について】

責任を認めた京都地裁判決、東京高裁平成29年判決、平成30年の2つの大阪高裁判決は、いずれも、マーケットシェアを基礎にした到達の確率的判断を採用している。これに対して、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の批判を行っている⁷⁹⁾。判決においても東京高裁平成30年判決は「シェア（一定

76) 前田（陽）前掲（注27）『民事責任法のフロンティア』498頁。

77) 大塚前掲（注50）瀬川／吉田古稀206頁。石橋前掲（注46）218頁は、被告らの行為をまとめたものを（狭義の共同不法行為とは区別する意味で）「共同原因行為」と呼ぶ。

78) 大塚前掲（注50）瀬川／吉田古稀207頁は、「単独惹起力がない場合であっても、1項後段を類推し（弱い関連共同性を用い）つつ集团的寄与度に基づく割合の中での連帯責任を課することは可能である」として、単独惹起力の場合は709条による分割責任とした東京高裁平成29年判決を批判する。なお、大塚は、その際「弱い関連共同性」を用いるとするが、その場合の「弱い関連共同性」は、狭義の共同不法行為を「強い関連共同性」ある場合と「弱い関連共同性」ある場合に類型化する（筆者のような）考え方における「弱い関連共同性」（この立場では、「弱い関連共同性」の共同不法行為も共同不法行為であり（減免責の主張を許すとしても）因果関係の起点は（弱い）関連共同行為である）とは、位置づけが異なっている。

79) 内田前掲（注13）NBL1087号25頁。

の集団内の割合)を確率と同視して数学的に計算するためには、あるシェアの下での現場での建材の出現頻度が均等であり、かつ、建設作業従事者が建設現場に赴く行為が独立な試行であるという前提を充たす必要があると解されるところ……メーカーが出荷した後の流通経路、当該建築物の性質及び用途、建築費用(建材の価格)、具体的な建設現場と建材の製造工場ないし保管場所との距離(運搬の容易さ)、建築を請け負ったゼネコンや下請業者らの取引関係等の様々な個別的要因を考慮すると、上記の確率計算の前提事情が満たされているとは認め難いというべきである」とする。

しかし、上記の各判決が、このような点を看過しているわけではない。例えば、東京高裁平成29年判決は、「特定の建材が特定の被災者に到達したこと及びその頻度を直接証明する的確な証拠に乏しい状況にある」という「事案の特質に鑑みると、他の的確な証拠によることができない場合に、控訴人らが主要曝露建材として特定した建材が、各被災者の職種、作業内容、作業歴、建材の製造期間などからみて、現場において通常使用する建材であることの裏付けがあり、主要曝露建材を製造・販売した企業のマーケットシェアに一応の根拠が認められ、被災者が作業をした現場数が多数である場合には、これらに基づく確率計算に依拠して、建材の到達とその頻度を推定することも、流通経路の偏り等によって、現実の到達と確率計算に乖離を生じさせる具体的な事情がない限り、合理性があるというべきである」とし、「現場数が多数である場合には平準化される」ので、「現実の到達と確率計算に乖離を生じさせる個別事情」はメーカーの側が具体的に立証すべきとしている。また、大阪高裁平成30年8月判決は、「一般に、建築現場において、建材の選定は、主に元請事業者や第一次下請業者によって行われており、孫請け以下の建築作業従事者である被災者らがどのメーカーの建材を使用するかを決定できるわけではなく、被災者らが同じ用途を有する石綿含有建材のうちどの建材メーカーの建材を使用するかは、現場ごとの偶然的な要素によって支配されていることが認められる。……被災者らは、長年にわたって建築現場を移動しながら建築作業に従事

したことから、就労した建築現場は相当数に上るところ、証拠及び弁論の全趣旨によれば、建築作業従事者が就労する現場数は……比較的一つの現場に長く留まる大工で年間約10件、一つの現場に留まる期間が短い他の職種の者で約50件と認められ、就労期間を10年間とした場合の就労現場数は、大工が約100件、他の職種の者が約500件に及ぶことになる。これらの事情に鑑みると、建材が販売された時期、販売された地域、販売された相手（対象）、使用された建物の種類、使用された箇所、使用された工程及び使用された方法が、被災者らが建築作業に従事した時期、従事した地域、販売対象が特定の施工代理店等に限定されている場合には当該代理店等への所属、施工した建物の種類、施工した箇所、従事した工程及び施工した方法と整合していれば、当該建材を製造・販売した企業のシェアを基礎として、当該建材が被災者らに到達した可能性の程度をある程度推測することは可能であ」とし、「建材メーカーがある年に出荷した石綿含有建材が、同一時期・同一地域に同一シェアを保ったまま、全国の建築現場に等しく流れ着くことなどということはある得ないから、シェアに基づく確率計算によって建材の到達を推認することは不可能である」との被告の主張に対し、「一般に、建築現場において、建材の選定は、主に元請事業者や第一次下請業者によって行われており、孫請け以下の建築作業従事者である被災者らがどのメーカーの建材を使用するかを決定できるわけではなく、被災者らが同じ用途を有する石綿含有建材のうちどの建材メーカーの建材を使用するかは、現場ごとの偶然的な要素によって支配されていることが認められる一方、被災者らは、長年にわたって建築現場を移動しながら建築作業に従事したことから、就労した建築現場は相当数に上り……これらの事実を照らせば、建築作業従事者が特定の建材メーカーの製造・販売した建材を使用する頻度は、年月と現場数で均せば、当該建材メーカーのシェアとの間に一定の相関が存在する蓋然性は高い。すなわち、市場におけるシェアが大きければ、それだけ流通量が多く、建築作業従事者を石綿粉じんに晒したことが推認されるというべきである」とし、また、

「一審原告らによる直接曝露建材の特定がシェア論のみに依拠したものでないことは明らかであり……当裁判所も、シェア論のみに依拠して、一審被告企業らによる石綿含有建材の到達確率を判断するものではない。したがって、一審被告企業らの製造・販売した石綿含有建材が被災者らの就労した建築現場に到達した可能性を検討するに当たり、一審被告企業らのシェアを一つの考慮要素とすることには十分な合理性があるというべきであ」としている。

いずれも説得的な論旨であり、本件の場合、各被害者が使用したアスベスト建材を特定することが極めて困難であること、各作業従事者は比較的短い期間に多くの現場で作業し、その作業場においてどのメーカーの製品を使うかはかなり偶然的事であること等からみて、マーケットシェアから使用した確率を計算し、そのことを基礎に当該メーカーの建材の製造販売行為の危険性を推認するという手法の適切さを確認すべきであろう⁸⁰⁾。

【付記】 脱稿後、大塚直「建設アスベスト訴訟に関する大阪高裁二判決と今後の課題——製造者の責任について——」判例時報2404号300頁以下に接した。この論文で大塚は、本稿で指摘した、原告による被告メーカーの絞り込みにより、「集団対集団の訴訟から、個々の原告ごとの競合的不法行為訴訟に変化した」(306頁)とし、また、「1項後段の類推の場合には、全額連帯の場合と、集団的寄与度の範囲での部分的連帯の場合が含まれ」、前者の場合は「充分性」が要件となるが、後者の場合は、それに代わって集団的寄与度の証明が必要(いずれも規範的要件)であり(310頁)、「原告はいずれにするかを選択できる」(312頁)との主張を行っている。本稿での私見と同一の方向のものだが、詳しい検討は、別の機会に譲る。

80) 本稿の「5. まとめ」の部分は、建設アスベスト訴訟において最高裁に提出予定の意見書の一部に基づいている。