

「市場媒介型」被害における共同不法行為論

——建設アスベスト事件の検討——

吉 村 良 一*

目 次

1. はじめに
2. 複数原因者の責任に関するこれまでの議論の到達点
 - (1) 民法上の規定の特徴と従来通説
 - (2) 学説の展開
 - (3) 大気汚染裁判例における共同性の理解
 - (4) 「競合的不法行為」と民法719条1項後段の（類推）適用
 - (5) 私 見
3. 建設アスベスト事件の検討
 - (1) 建設アスベスト事件の特徴と加害行為のとらえ方
 - (2) 「市場媒介型」不法行為における複数原因者問題
 - (3) 建設アスベスト事件への民法719条1項の適用可能性
4. 建設アスベスト事件に関する学説
5. おわりに

1. はじめに

アスベスト被害とは、アスベスト粉じんを吸入することによって発症する疾患であり、石綿肺（じん肺の一種）、肺がん、中皮腫等がある。これらはいずれも、曝露から長期の潜伏期間を経て発症する点に特徴がある。この特徴は、アスベスト被害に対する法的責任を考える場合、長期間経過して発症するため曝露の事実が不明確になって因果関係が明らかでなくなる、非特異的症狀の場合には曝露の事実が証明できないと他の原因による

* よしむら・りょういち 立命館大学大学院法務研究科教授

疾患に紛れ込んでしまう、原因企業の解散等によって原因者がいなくなる、権利が時効等によって消滅するといった、被害者にとって困難な問題を生じさせる。

アスベスト被害は、労働現場での曝露、大気環境の汚染、商品使用（住宅や事業所、自動車や船舶、その他アスベストを使用した商品の利用）、産業廃棄物といった、様々なタイプの汚染（曝露）が複合した社会的（人為的）災害である点、さらに、過去に人体・商品・環境に蓄積した有害物質が長期間を経て被害を生むストック型災害である点に特徴がある。そして、被害を受けるタイプも、職場の汚染により労働者が被害を受ける労災型、労働者の家族が被害を受ける労災関連型（例えば、アスベスト作業場で働いていた労働者の着衣がアスベストによって汚染されて、それが家庭に持ち込まれるといった場合）、アスベスト関連事業場の周辺の住民に被害が生ずる公害型、関連事業場が周辺にあるといった事情がないがアスベストが含まれた環境に曝露された環境型（例えば、建物への吹きつけアスベストによる曝露）と多様である¹⁾。

アスベスト被害のうち、労働現場における曝露が原因となったものについては、労災補償の対象となりうるが、その補償内容は必ずしも十分とは言えない。また、労災以外では、2006年に石綿健康被害救済法が制定されたが、石綿肺等が対象から外れている、給付は「賠償」ないし「補償」ではなく「救済」であり十分な額ではない、原因者負担原則（PPP）がとられていないといった不十分点がある。これらの結果、アスベスト被害の救済を求める損害賠償訴訟が多数、提起されるにいたっている。本稿が検討するのは、その中で、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主を含む。以下、建設作業従事者）が飛散したアスベストに曝露して被害を被った建設アスベスト事件（以下、本件）である²⁾。建設作業従事者による損害賠償訴訟は全国で提訴されているが、そこで争われているのは、アスベスト含有建材を製造販売した建材メーカーの責任と国の責任である。そのうち、本稿では、建材

メーカーの責任を扱う³⁾。

ところで、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。また、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、その困難は一層深刻となる。これらの事情から、本件では、複数原因者の責任に関する考え方（いわゆる「共同不法行為論」）が問題となる。以下では、共同不法行為に関するこれまでの議論の到達点を整理した上で、それらの議論の本件への適用可能性（もし、従来の議論では十分対処できない点があるとするれば、それは何であり、それは理論的に克服可能か）を検討するが、その際、検討の出発点に置かなければならないのは、本件においては、一方で、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いること、他方で、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、被告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こと、しかし、このような構造があるにもかかわらず、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であり、その結果、原告がどの建材メーカーのアスベスト含有建材から飛散したアスベストに曝露されて被害が発生したかを個別に立証すること（個別的因果関係の立証）が、極めて困難ないし、ほぼ不可能だということである。この場合、個別的因果関係が証明されないからといって、メーカーが何等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ないのであろうか。

翻って、これまでわが国の裁判例（実務）と学説（理論）は、公害訴訟、薬害訴訟等において、民法719条の共同不法行為規定（特に第1項前段と後段）を活用することによって、複数原因者の責任が問題となり個別

的因果関係証明が困難なケースにおいて、適切妥当な解決を見出すべく努力してきた。本件は、後に詳述するように、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建設作業従事者らがアスベストに曝露されうる危険な状態を作り出したという点で、「流通集積型・市場媒介型」とも言うべき特質を有しているが、そのようなタイプの事例にも共同不法行為規定の適用（ないし類推適用）が可能か、可能とすればその要件はどう考えれば良いのか。本稿の課題は、この点について理論的な解明を行うことである⁴⁾。

2. 複数原因者の責任に関するこれまでの議論の到達点

(1) 民法上の規定の特徴と従来通説

複数の行為が原因となって損害が発生するケースには多様なものがあるが、日本の民法典は、719条に、複数原因者のうち3つの場合（1項前段の狭義の共同不法行為、同後段の加害者不明の場合、2項の教唆・幫助）のみを規定しており、ドイツ民法830条や旧民法378条のような複数原因者一般に関する規定を有していない。そして、民法典の起草者は、同条を効果（連帯責任）に関する規定と考えており、709条の要件を修正する特殊の不法行為という位置づけはしていなかったためか、共同性要件の内容については詳細な議論を行っていない。その後の判例や学説は、1項前段の共同行為につき、客観説をとってそれを広く解することにより、狭義の共同不法行為が成立する場合を広げ、そのことによって、複数原因者一般に関する規定の不在を事実上カバーしてきた。しかし他方で（あるいは、広く共同性を認めることとのバランスにおいて）、従来の判例や学説は、共同性に加えて、個々の行為者が独立して不法行為の要件を充足していることを求め、個々の行為者の行為との個別的因果関係をも必要とするとしてきた。例えば、最判昭和43年4月23日民集22巻4号964頁（いわゆる山王川事件）は、共同不法行為が成立するためには、「客観的に関連し共同し

て」損害を発生させたことに加えて、「各自の行為がそれぞれ独立に不法行為の要件を備える」ことを要求している。しかし、このような解釈には、複数の行為が関連して被害発生を惹起した場合、被害者に酷な立証を求めるとなり被害者保護に欠けるとともに、それぞれ独立して不法行為の要件を充足しているならそれぞれに民法709条の責任が発生するはずであり、719条の存在意義が問われることになってしまうという問題点があった。そこで、学説の中には、共同行為を媒介させることによって個別の因果関係立証を不要とするものもあった⁵⁾。この説は、共同行為を介在することによって各人の行為と被害発生の因果関係を結びつけようとするもので、719条に独自の存在意義を付与する注目すべきものだが、そうすると、そのような役割を有する共同性としてどのようなことが必要なのかという点が、あらためて問われることになる。

(2) 学説の展開

従来の通説たる客観説は、共同不法行為の成立を広く認める点で、前述したような、わが国の719条の置かれている位置から見て、被害者救済の点で意味のあるものであった。しかし同時に、上に述べたような問題点を有していたため、近時では、それに対する反省がなされ、結果として共同不法行為の理解をめぐることは、活発な議論が行われることとなった。以下、その概要を、本件への共同不法行為規定適用可能性を検討するための前提として整理してみよう⁶⁾。

① 主観説 前田達明(敬称略。以下同じ)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⁷⁾。この説によれば、「各自が他人の行為を利用し、他方、自己の行為が他人に利用されるのを認容する意思をもつこと」という主観的要素があってはじめて共同不法行為が成立するのであり、それは、a) 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、b) 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。そして、このような意思的関連がある場合には、各自は全損害について連帯責任を負い、主観的共同関係のおよぶ限りで自己の行為と因果関係のない権利侵害についても責任を負い、減免責は許されない。このような主観的要件のない複数不法行為者については、各自、自己の責任の範囲でのみ責任を負うことになるが、加害者複数のために因果関係の確定が困難な場合には、当該権利侵害を惹起する危険性を含んでいる行為をなした者について、後段により因果関係の推定がなされる。この場合は、因果関係の不存在を立証した減免責が可能である。

この説の意義は、主観的要素と連帯責任を結びつけることにより共同不法行為の存在意義を明確にしたこと、そしてその場合、主観的要素として、共謀（権利侵害に向けられた意思）ではなく、権利侵害以外の目的に向けられた共同行為の意思（他人の行為の利用と自己の行為が利用されることの認容）に着目したことである。したがって、この説の言う「意思」はかなり広いものであり、例えば、コンビナートを形成して操業している企業間には意思的な関連共同性が認められるとされた。またこの説が、複数加害者の場合の因果関係証明の困難さに対処するために、後段を活用して、「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」の因果関係を推定していることも重要である。

② 類型説 以上のような新たな主観説に対し、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る。しかし、この説も、主観説が提起した、効果と関連させた共同不法行為の要件の理解の必要性という主張を受け止め、共同不法行為の意義を、自己の行為と因果関係のない（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。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あつか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うるとする点である。したがって、この説は共同不法行為にいくつかの異なるタイプを認めることになる。

この説の中で実務（四日市訴訟などの大気汚染公害事件）に大きな影響を与えたものとして、淡路剛久の説がある。それによれば⁸⁾、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因果関係の立証が不要となる点に共同不法行為の存在理由があるが、これには、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因果関係を推定する（減免責が可能）場合の二つの類型があり、前者は1項前段、後者は後段が適用される。そして、前者の意味で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。

③ 主観客観総合説 四宮和夫によれば⁹⁾、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り、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、共同性が認められる事由は単一ではなく、主観客観両要素を総合して判断すべしとされる。具体的には、次の三つのものがある。まず第一は「意思共通（例、共謀）」の場合であり、この場合には、不法な共同に意思的に関与し、その共同に属する他の共同者の行為を認容ないしその結果の責任の引き受けがあったとみられるので、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定されるのが望ましい（時間的・場所的の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。

この説の特徴は、共同不法行為が問題となるケースの多様性から、共同性を判断するためには主観的要素と客観的要素の総合的判断が必要とすることによって、主観的要素が必ずしも強固とは言えず、また、客観的要素もそれほど強くない場合に、主観的要素と客観的要素の、いわば「合わせ一本」により共同不法行為が成立することがありうることを認めた点である。そして、このような判断が、後述するように、大気汚染公害訴訟判決によって採用されたのである¹⁰⁾。

(3) 大気汚染裁判例における共同性の理解

以上のような共同不法行為論の展開をうながしたのは、複数汚染源による公害事例、とりわけ大気汚染公害事例である。多くの事件が地裁ないし高裁段階で（当事者の和解等により）集結しているため、最高裁判決はないものの、そこでの議論が実務における共同不法行為論の今日的到達点と言っても過言ではなからう。そこで、大気汚染公害事例における共同不法行為論を検討したい¹¹⁾。

大気汚染の特質は以下の点にある。第一に、大気汚染の場合、多くは複数汚染源の責任が問題となるが、一つ一つの汚染源と被害発生の因果関係の証明は、汚染経路をたどることの困難さに加えて、そもそも一つ一つの

汚染源だけでは被害が発生しない場合もあることから、事実上、不可能に近い。第二に、汚染源の種類が多様である。すなわち、大気汚染にあっては、汚染源は、規模・操業の形態等において様々であり、しかも、各汚染源の関係も、コンビナートのように地域的にも機能的にも関連性が強いものから、広い地域に散在した汚染源の汚染物質が被害地域に飛来するもの、さらに、道路（自動車）や家庭生活からの汚染物質の寄与も無視しえない、いわゆる「都市型汚染」まで多様である。このことは、共同不法行為規定を大気汚染公害に適用しようとした場合、単一の基準では対応できないことを示唆している。第三に、以上とも関連するが、大気汚染の場合、例えば家庭暖房による汚染物質の排出のように、被告以外の、しかも、違法な行為として損害賠償責任の対象とすることが不可能な汚染の寄与が存在するが、このいわばバックグラウンド汚染ともいべきものの存在をどう位置づけるかも大きな問題である。

このような特質を踏まえて展開されてきた裁判例を見てみよう。

① 四日市公害訴訟判決（津地四日市支判昭和47年7月24日判例時報672号30頁）

四日市公害の特徴は、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、判決は、一般論としては、「共同不法行為が成立するには、各人の行為がそれぞれ不法行為の要件をそなえていることおよび行為者の間に関連共同性があることが必要」であり、関連共同性は客観的関連共同性をもって足りるとして、従来の判例の立場を確認しつつ、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の間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「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、前述の類型説を採用したものであり、複数汚染源による大気汚染公害に共同不法行為規定適用の可能性を開いた点で注目すべきものだが、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すぎるのではないか。また、「弱い関連共同性」として要求される「社会通念上一個の行為と見られる程度の一体性」についても、そのような一体性がある場合にも関連共同性が「弱い」と言えるかどうかには疑問が残る。汚染企業がコンビナートを構成している場合には、地理的近接性、各企業が生産や原料・製品の供給等の様々な関係を前提に操業していることから見て、「弱い関連共同性」を越えて、「強い関連共同性」が存するものと言うべきではなかったらうか。

② 西淀川第1次訴訟判決（大阪地判平成3年3月29日判例時報1383号22頁）

西淀川事件は、四日市公害と異なり、被告間には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。このような、広範囲に立地する複数の汚染源を、四日市判決の関連共同性論により共同不法行為ととらえることには大きな困

難があった。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が、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) 関連共同性：「共同不法行為における……関連共同性については、必ずしも共謀ないし共同の認識あることを必要とせず、客観的関連共同性で足りる」。

b) 1項前段の共同不法行為：「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」。

c) 1項後段の共同不法行為：「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」。

本判決の特徴は、まず第一に、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。このような広い網をかぶせることについては、関連性の薄い小規模な汚染についても全部責任が推定されることになり広すぎるとの批判もありうるが、逆に言えば、西淀川のような広範囲に立地する汚染源からの複合的な汚染の場合に個別的な因果関係の証明を原告に要求することは、原告に著しい困難を押しつけることになる点で妥当な判断であり、コンビナート型公害に関する四日市判決を発展させ、その後の「都市型汚染」における枠組みを形作ったものと言うべきである。第二に、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、「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ているが、これは、主観的要素と客観的要素を総合している点で、前述の四宮説に近い。

③ 西淀川第二～四次訴訟判決（大阪地判平成7年7月5日判例時報1538号17頁）

西淀川第1次訴訟判決以降、多くの大気汚染公害訴訟判決が出ているが、基本的には、西淀川判決の論理が維持されている。その中で、いわゆるバックグラウンド汚染に関連して興味深い判断がなされたのが、この判決である。本判決は、以下のような考え方を示している。

個々の発生源だけでは全部の結果を惹起させる可能性がなく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（「重合的競合」）で、結果の全部または主要な部分を惹起した者を具体的に特定できないことがあるが、その場合でも、現実に被害が生じている場合に、まったく救済しないのは不当であり、一定の要件が備わっておれば民法719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。その要件とは、①「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」であること、②「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」こと、③ 寄与の程度によって損害を合理的に判定できる場合である。そして、その場合、特定された被告は、719条の類推により原則として連帯責任を負うが、被告らは被害の一部を惹起したにすぎず、また、他の汚染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つくすことができないのであるから、その連帯責任の範囲は結果の全体に対する被告らの行為の寄与の割合を限度とする。

被告以外の汚染源（バックグラウンド汚染）をどう扱うかという問題に関して、従来の判例の扱いは必ずしも明確なものではなかったが、多数の汚染源の中から特定の汚染源を選び出し、それらの特定の汚染源を被告として同条項を適用できるのかどうか問題となりうる。この点につき本判決は、同条項の適用ではなく類推と解することにより、この疑問に答え、それを可能とする要件を示したのである。

大気汚染事例における共同不法行為論の到達点と意義は、次のように整理することができる。第一に、関連共同性要件と因果関係要件を結合し、さらに、関連共同性を類型化する考え方が定着した。第二に、比較的広範囲に立地し操業開始時期もマチマチで操業（汚染物質排出行為）そのものには関連性を認めにくい（場所的・時間的・近接性を認めにくい）汚染源について、「入り混じって」原告居住地域の大气汚染を惹起したことをとらえて（弱い）関連共同性が認められた。第三に、多様な主観的客観的要素を総合的に判断して関連共同性を判断するという手法が採用されている。さらに第四に、被告群以外に多様な汚染源が考えられる（中には、家庭から

の排出のように不法行為をおよそ観念できないものもある）中で、重合的競合への共同不法行為規定の類推適用という考え方が示された。以上によって、「都市型公害」においても、主要な汚染源をつかまえてきて共同不法行為の網を広くかぶせて被害者保護をはかることが可能になったというべきであろう。

このような大気汚染事例における議論の意義を考える場合、本件との対比では以下の点に留意すべきである。第一に、関連共同性の判断の仕方、とりわけ、場所的・時間的・近接性にこだわらずに柔軟に共同性を判断したことや、主観的要素と客観的要素を総合的に判断する方法は参考になる。しかし第二に、大気汚染事例では、「入り混って」原告居住地域の大气汚染を惹起したとして、原告居住地域への個々の排出源の汚染物質の到達を前提とした議論をしている。これは、排出行為そのものに関連性の乏しい汚染者を、「入り混じり」の段階で関連させるためだが、大気汚染の場合、気象条件等により排出された汚染物質が必ずしも被害者の居住地域の汚染につながるとは言えないので、被告らの排出した汚染物質の原告居住地域への到達の証明が必要とならざるを得ない（原告は気象シミュレーション等でこの点を立証した）。これに対し、本件の場合、個々のメーカーの製品の個々の原告が働いていた個々の建築作業現場への到達が明らかにしえないため、原告の働いていた現場での「入り混じり」を共同性の根拠とすることは難しく、共同不法行為とするためには、あくまで製造販売し流通に置いた時点での共同性を明らかにする必要がある。しかし、反面、気象条件によってどこに流れていくか不明の大気汚染と異なり、アスベスト含有建材は市場を通じて必ずいずれかの建設現場に到達集積し、そこで危険状態を作り出す。また、大気汚染の場合、共同不法行為責任が問われた被告群以外に多数かつ多様な汚染源があるが（西淀川事件の場合、被告群の寄与は50%であるとして、その範囲で連帯責任が認められた）、本件では、原因となるアスベスト含有建材製造メーカーは多数とは言え、一定数に限定されている。また、大気汚染は、複数の汚染の重合によりはじめて被害

が発生する場合もありうるが、アスベストの場合は、少量の曝露でも中皮腫等が発症するため、1社の製品のアスベストへの曝露でも発症しうるとされる点も異なっている。

(4) 「競合的不法行為」と民法719条1項後段の（類推）適用

以上のように、説によって広狭に違いはあるもの、共同行為を媒介にすることによって因果関係要件を緩和する以上、共同性の範囲は、従来の通説に比して何らかの程度において限定されることになる。そうすると、必然的に、複数原因者事例の中で共同性の認められないものも生じてくる。最近の学説は、これを競合的不法行為と呼ぶ。これについては、共同性が認められないので個別の因果関係の立証が必要であることが基本となる。しかし、複数の原因者が競合する結果、この証明が困難ないし不可能な場合があり、競合的不法行為についても何らかの対処が必要である。ところで、このような競合的不法行為のうち、「共同行為者のうちいずれかが不明な場合（いわゆる加害者不明ケース）」については719条1項後段に規定があり、個々の行為者と被害発生との個別の因果関係が推定される。後段の要件については議論があり、徐々に拡大されてきている。すなわち、本条は、択一的競合の規定とされてきたが、それ以外にも適用を認める説が登場し、さらにその類推適用説を含めて多様な考え方が主張されるようになっていたのである。

一項前段の意味での共同性が認められない複数原因者について後段を活用（適用ないし類推適用）すべしとする説として以下のようなものがある。まず、森島昭夫が、前段については主観説をとりつつ後段の活用を主張する。すなわち、後段は因果関係や寄与度が立証できない場合の推定規定であり、グループ性や共同性は不要で、単なる競合でもよく、そういう結果を発生させる可能性のある状況下にいたという程度の関連性、結果をもたらしたかも知れないという可能性があった程度の共同性があればよいとする¹²⁾。また、幾代通も共同性は不要とし、共同性を要求しないと容

疑者の範囲が不当に広くなるという批判が出るかもしれないが、「加害者は、この数人のうちだれかであり、この数人以外に疑いをかけることのできる者は一人もいない」という程度までの証明があれば不当ではないとする¹³⁾。さらに、大塚直は、後段は寄与度不明事例にも適用可能であり、特定性は必要だが共同性は不要とする¹⁴⁾。渡邊知行は、加害者を特定する立証ができない被害者の救済を厚くするために、後段の共同行為者を「当該権利侵害の危険を含む行為をなした者」というように、共同の文言にとらわれずに目的的に解するのが近時の学説の傾向であり、通説であるとした上で、「加害者であり得る一定の範囲の者を特定することで足りると解すべき」とする¹⁵⁾。

後段の類推説も有力に主張されている。四宮和夫は、日本の民法719条の母法であるドイツ民法の立法手続き上の過誤（一つの損害が共同して行為したものでない数人によって惹起されたが寄与度が明らかでない場合への対応が欠落）から、後段の類推適用を広く認めることを主張し、共同行為が認められない場合にも広く後段を類推する¹⁶⁾。すなわち、択一的競合だけではなく、必要的共同で前段の関連性を欠く場合、寄与度不明の場合にも同条の類推適用を認めるのである。当然そこでは場所的・時間的・近接性等の共同性要件は不要とされる。また、前田陽一は、1項前段は強い共同性ある共同不法行為の規定、弱い関連共同の場合の共同不法行為は1項前段と後段の規範統合、後段は択一的競合の場合と整理した上で、「累積的に競合して一つの損害を全部発生させた特定の複数の同質の原因たる行為」に、「みなし共同行為」として後段の類推適用を提唱している¹⁷⁾。これは、じん肺被害における複数職場での曝露事例を念頭にした議論であり、ここでは、場所的・時間的・近接性は不要とされる¹⁸⁾。さらに、不法行為研究会の『日本不法行為法リステイメント』も、719条の3（原因者不明の共同不法行為）として、「被害者の権利侵害をひき起こす可能性のある行為をした数人の行為者中いずれが損害を与えたかを知ることができない場合は、各自全損害について賠償の責任を負う。但し、自己の行為が

損害の原因とならなかったこと、又は損害の一部しか生ぜしめなかったことを立証した行為者は、責任を免れ又は減じられる」というリステイトメントを行い、その解説において、「共同行為者とは、権利侵害をひき起こす可能性のある行為をした数人のことであり……異時的、異種の行為にも適用される」としている¹⁹⁾。

これらと異なり、後段の適用（ないし類推適用）を限定するのが潮見佳男である。潮見は、後段が適用されるためには時間的・場所的の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²⁰⁾。潮見がこのように、前述のような学説の主流と異なる限定をするのは、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」²¹⁾ 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²²⁾がある。

(5) 私 見

a) 狭義の共同不法行為について

共同不法行為に関する私見は、すでに拙著²³⁾で述べているが、本件を念頭に置きつつ、それを補充する形で整理しておく以下ようになる。

近時の有力説が共通して指摘するように、共同不法行為規定の存在理由は、共同した不法行為に参加したことを理由に自己の行為の結果を越えた（少なくとも自己の行為の結果であることが証明されていない）全損害に対し責任を負わせるところにあると理解すべきであろう。そしてこのように本規定の存在理由を理解するならば、そのような存在意義との関連で、

関連共同性要件を、従来の通説である客観説とは異なるものとして再構成する必要が出てくる。ただしその場合、複数の加害者が関与する形態は極めて多様であることから、できるだけ多様な形態に対応しうる枠組みを構築することが必要である。さらに、従来の判例や通説が、比較的緩やかに関連共同性要件を認定することによって果たしてきた被害者救済の機能を大きくそこなうことのないようにも配慮すべきである。そのような視点から考えると、類型説ないし主観客観総合判断説が最も適切な判断枠組みを提示していることになる。具体的には、次のように考えるべきではなからうか。

① 関連共同性の基本は、加害行為が一体のものとしてなされたかどうかであり、このような一体性があれば、それだけで、関連共同性の最小限の要件は満たされていると考えてよい。そしてこのような場合、社会通念上、共同して不法行為を行ったと見られうる最低限の一体性（弱い関連共同性）が存在すること、さらに加えて、このような一体性のある場合には各個別の行為者の寄与についての証明が困難であること、そのような立証困難による不利益を被害者に負わせるのは公平の理念に反することから、加害者は連帯して責任を負うべきである。ただしこのようなレベルに関連共同性がとどまる場合、連帯責任を負う理由の一つが寄与度の立証の困難であったことからしても、被告の側からの減免責の主張は認めるべきであろう。

② 以上の基礎的な共同性に加えてそれを補強しうる他の要素が存在する場合、関連共同性はより強固となり（強い関連共同性）、被告の側の減免責の主張を許さないものとなる。そのような要素として、まず第一に、主観説の言う共同行為の意思が重要であることは否定できない。なぜなら、共同行為の意思がある場合、共同行為者は相互に他人の権利を侵害しないようにする「拡大された注意義務」を負うからである。しかし、共同行為の意思が存在しない場合にも、同様の「拡大された注意義務」を負い、したがって、減免責を許さない全部責任を負うべき場合がある。例えば、公

害事例において、複数の企業が地理的・時間的に近接して立地・操業しているような場合には、それぞれが他の汚染源の存在を無視して勝手な排出行為を行えば、環境の有限性によりたちまち深刻な環境破壊が生ずることから、ある地域において汚染物質を排出する者には、当該地域の有限な環境を破壊しないようお互いに協力する義務が生ずる。そして、そのような場合には、たとえ共同行為の意思が存在しない場合でも強固な関連共同性を認めるべきであろう。

共同性を強固にする第二の要素は「共同の利益」の享受²⁴⁾である。すなわち、複数の行為者が共同で行為することにより利益を受けている場合、例えば、汚染物質を排出している企業が地域的に近接して立地することにより社会資本や産業基盤の共同利用を含めて有形無形の利益を受けていることが認められれば、そのことは全部責任の有力な根拠となろう。要するに、共同不法行為は、因果関係要件を緩和したもの（個別の因果関係が立証されなくても（推定ないし擬制）責任を負うこと）であるので、そのような緩和を正当化しうるだけの関係（共同性）が必要だが、それを主観的要素がある場合に限る必要はなく、客観的要素だけで認められる場合もあるし、主観的要素と客観要素の総合で判断される場合もある。そして、そのような主観客観総合判断の結果、関連性が強固だとされれば、個々の行為者の行為との個別的な因果関係が擬制される（弱い場合は推定にとどまる）のである。前述のように、西淀川第一次訴訟判決は、主観的要素と客観的要素を総合して強い関連共同性を認めたが、まさに、このような判断枠組みによったのである。なお、この判決は、「強い共同性」の有無の判断において主観客観総合した判断を行っているが、主観的要素と客観的要素を総合した判断は、強い関連共同においてだけでなく、（弱い関連共同性を含む）関連共同性一般においても行われるべきである。主観的要素が強い関連共同性において議論されるのは、主観的要素があれば強い関連共同性が認められやすいからにすぎないと考えるべきであろう。

関連共同性が認められるためには、場所的・時間的・近接性が必須の条件か

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、西淀川事件のように汚染源が場所的・時間的に近接していなくても「混じり合って」被害者の居住地域を汚染しているだけで最低限の共同性を有すると判断できる場合がある。要は、そのような一体性があるにもかかわらず立証困難による不利益を被害者に負わせるのは公平の理念に反すると言えるかどうかである。場所的・時間的・近接性があれば、相互に防止義務を負うことが多いので、それはむしろ強い共同性の問題ではないのか²⁵⁾。

このように、いくつかのタイプの共同不法行為を認める類型説にあっては、各類型を、719条1項のどこに位置づけるかが問題となる。1項前段の共同不法行為を「強い関連共同」のある場合に限定し、「弱い関連共同」については後段を適用する説が有力だが²⁶⁾、弱い関連共同性を含めて前段に位置づける説、弱い関連共同性の場合には後段の類推とする説、前段と後段の両規定を「規範統合」して適用すべきとの説もある。

b) 「競合的不法行為」について

かつての判例や学説のように関連共同性を、ある意味で際限なく広く解する（その代わり、各自の行為が独立した不法行為の要件を備えていることを求める）立場に立たない場合、多かれ少なかれ、そこからはずれる複数原因者のケースが出てくる（いわゆる「競合的不法行為」の問題）。ここでは719条1項はあてはまらないので、不法行為の原則に戻り、個別的因果関係を必要としその範囲内で責任を負うことになる。しかし、複数の原因者がいて個別的因果関係の証明が困難な場合も少なくない。この場合に、公平適切な解決をはかるにはどうすれば良いか。拙著では、この点に関する検討が必ずしも十分ではなかった。そこで、それを、ここで補っておきたい。

共同性が認められないが、複数原因が絡み合い競合していることによっ

て個別的因果関係立証が困難な場合には、前述したような多くの学説が主張するように、719条1項後段を活用すべきである（適用ないし類推適用）。後段は、単独又は複数で損害を惹起しうる行為をしており被告を含む複数人の一人又は複数の行為で損害が発生したが個別的因果関係の立証が困難な場合に因果関係を推定する規定であり、いわゆる択一的競合の場合だけではなく、累積的競合の場合も寄与度不明の場合をも含む（少なくとも類推適用可能）ものと考えらるべきである。

そして、その場合の要件は、被告が、① 損害を惹起しうる（その危険性を有する）行為を行っていたこと、② そのいずれか一つ又は複数の行為から損害が発生したこと、③ しかし、個別的因果関係立証が困難ないし不可能であること、④（義務者が無限定に拡がらないために）可能性のある者の範囲が限定されていること。全部が特定されておれば全部につき連帯責任となり、可能的原因者が特定されていない場合には、特定された原因者の割合に応じた部分について連帯責任となる（西淀川2～4次訴訟判決参照）。ただし、ここでいう特定とは、当該被害を現実に発生させた具体的な者の特定ではない。そのような特定は個別的因果関係の立証の問題であり、これを求めると、後段を使うことの意味が失われてしまうのであり、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る。しかも、ここでいう特定（他に原因者がいないということの証明）は因果関係の証明に関連するものであり、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。

このように解することによって、個別的な因果関係証明の困難を一方的に原告に押し付けるのではなく、しかも、自己の行為とまったく関係のない者の行為結果によって被告が責任を負わせるということもなく、問題を解決しうるのではないか。

3. 建設アスベスト事件の検討

(1) 建設アスベスト事件の特徴と加害行為のとらえ方

本件の特徴は、すでに述べたように、当該被告メーカーの製造販売が当該原告のアスベスト被害をもたらしたという個別的因果関係の立証が極めて困難なことである。それは、次のような事情による。まず、建設作業従事者の側の事情としては、多数の建設現場で作業に従事しており、どの現場でアスベストに曝露したかが明らかでない場合が少なくない。次に、建設現場においては、様々の作業が行われ、そこでは様々なアスベスト含有建材が使われるので直接間接にアスベストに曝露される危険性に置かれるが、どの作業においてどの建材のアスベストに曝露されたかは証明が容易ではない。また、アスベスト含有建材に対する表示や警告が不十分な場合には、建設作業従事者として自分がアスベスト含有建材を使っているのかすら十分に認識していなかった場合も多く、まして、同じ現場の他の作業に携わる建設作業従事者がアスベスト含有建材を使っており、そこから飛散するアスベストに曝露されていることを認識していることは考えにくい。さらに、各メーカーの製造販売するアスベスト含有建材は市場流通を通じて各現場に集積するので、その流通経路を解明し、どのメーカーの建材が当該現場に到達したかを証明するのは極めて困難である。そして、重要なことは、個別的因果関係の証明を困難とする事情は、建設作業従事者に責任がありコントロール可能な事情ではなく、アスベスト含有建材という製品に本来的に付きまとう事情だということである。だとすれば、公平の見地からも、この困難な個別的因果関係の証明問題にどう対処するかが問われることになるのである。

ところで、本件は、これまでも述べてきたように、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「市場を

通しての不法行為」²⁷⁾ 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であるが、その出発点は、加害行為のとらえ方である。

そこで、以下では、まず、大気汚染事例と対比しつつ、本件における加害行為論を検討してみたい。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、個別的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、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。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での建設現場に及ぶ可能性があるため、特定の現場で、どのメーカーの建材からのアスベストが入り混じったかは、実際には明らかにしえ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気象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製造販売者は（多数とはいえ）一定数に限られており、流通にお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（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、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、とする見方があるかもしれない。もしそう解すると、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。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の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。例えば、薬害の場合、後に詳しく見るように、被害者の薬の服用や医者への投与の段階ではなく、そのような薬を製造・販売した段階で不法行為の成否を検討し、共同性を論じている。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号26頁）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おり、このような加害行為論は、薬害等の製造物責任では常識的である。本件の行為の構造は以下の意味において、薬害と似ている。すなわち、薬害の場合は、製薬会社が製造販売（流通に置く）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者への投与により被害をもたらす。そして、後述するように、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（流通に置く）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分からない、ないし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り、多数でも「特定」されておれば同じではないのか。

また、本件と類似した加害行為構造を有するものとして、自動車メーカーの責任が追及された東京大気汚染訴訟がある。そこでは、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）汚染を生

じさせる自動車を製造・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²⁸⁾。本件の行為の構造は、東京大気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、このような行為の特質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、この主張を採用して責任を否定したのではなく、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号23頁）点で、むしろ、このような行為論に立っていると見ることもできる。

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は間違い

がない）ことに、本件の本質があり、719条の適用や類推適用が求められる原因があるのである。

(2) 「市場媒介型」不法行為における複数原因者問題

メーカーが製造販売した製品が市場を通じて流通し被害を発生させたが同質の危険を含む類似製品を製造販売したメーカーが複数おり、その責任の成否や責任の関係が争われた、その意味で本件と類似したケースとして、以下の一連の薬害訴訟がある。薬害の場合、製薬会社が製造販売した（市場における流通に置いた）重大かつ危険な副作用を有する薬が医療現場に普及し、医師の投与あるいは患者の服用によって被害をもたらしている点で、やはり市場媒介型不法行為と言える。薬害においてどのような共同不法行為論が展開されてきたかは、同様に複数のメーカーがアスベスト含有という同質の危険性を有する製品を製造販売し、市場における流通を媒介にして建設現場における作業従事者の曝露の原因を作ったという点で共通性がある本件においても参考になる。以下、代表的な事例を見てみよう。

① スモン事件　スモン事件で共同不法行為が問題になるのは、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・販売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、そこでは民法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、被告チバ・同武

田と被告田辺は相互に民法719条1項にいう共同不法行為者として、連帯して」(下線, 筆者。以下, 同じ) 責任を負うとしている(福岡地判昭和53年11月14日判例時報910号1頁)。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(札幌地判昭和54年5月10日判例時報950号53頁)や静岡スモン判決(静岡地判昭和54年7月19日判例時報950号199頁)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、「いやしくもキノホルム剤の服用によってスモンに罹患したとして、その責任を製薬企業に問う以上、発症の原因がどの製薬企業の製剤であるかを明らかにしなければならない」として、投薬証明のない患者につき、その救済を否定したが、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。この問題を最も詳細に検討したのは淡路剛久であるが、淡路によれば²⁹⁾、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」だとする。すなわち、後段を適用するためには「集团的行為は不要」であり、後段は複数の行為者各人の行為と損害発生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)可能性のあった、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」であり、同種、同時的行為によって成り立つ集団的行為の場合はそれが認められやすいが、そうでない場合は認められにくいということではない。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。「ここでの問題は、不法行為の場ではなく、不法行為の型だから」であり、逆に「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」。

さらに、沢井裕も、「被告会社らのキノホルム剤がわが国で消費されるキノホルム剤の圧倒的シェアをもつ場合には、民法719条1項後段の原因者不明の共同不法行為として処理しうる」³⁰⁾とし、森島昭夫も、「たまたま投薬証明書がないという理由で製薬会社が負担を免れるという結果を避けるための解釈論としては、719条1項後段の活用が考えられるのではなかろうか」とする³¹⁾。

ここでの問題の出発点は、淡路が的確に指摘するように、当該原告がスモンに罹患していることが明確に診断されているにもかかわらず、しかも、被告がスモンの原因となるキノホルム剤を製造販売していることには疑いがないにもかかわらず、どの製薬企業の製造販売したものを証明できないからといって救済を否定するという結論の不当性である。この不当性を克服する必要があると考えるならば、ここで問題となっているのが個別製薬企業の行為と被害発生の個別的因果関係の問題であることに着目して、719条1項を活用することは適切な判断である。具体的には、製造販売行為に共同性があれば前段の共同不法行為として、もしそれが認められないとしても、被告らがスモンの発症という同種の危険を惹起する行為をしており、個別の因果関係証明が（原告の責任ではなく）困難な場合に後

段を適用ないし類推適用することによって、個別の因果関係立証負担から原告を解放することは当然に考えられてよい解決である。なお、スモン事件では、被告が（国を除けば）チバ・武田と田辺の二者であったことや両者でキノホルム剤のシェアが圧倒的（99%以上）であったことが強調されることがあるが、このような事情は、両者の共同性を認めやすくしたり、後段の適用ないし類推適用を容易にすることにはつながるが、そのことが、このような解決の不可欠の要件であると考えらるべきではない。問題の核心は、スモンという被害を発生せしめる危険性のある行為をしていた者は誰か、そして、その中に被告が入っているかどうかである。また、賠償義務者の範囲が無限定に広がらないようにするためには、そのような危険性ある行為をした者の範囲は特定されなければならないであろうが、可能的被告群の範囲は99%以上の確実さをもって特定される必要はない。問題が因果関係の立証に関するものであることから、被告らに特定されることの証明も、「通常人が疑いを差し挟まない程度の高度の蓋然性」（ルンバール事件最高裁判決参照）を持った証明でよいと考えるべきであり、99%というのは、たまたまキノホルムがそうであったからにすぎない。

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、第1審判決（東京地判昭和57年2月1日判例時報1044号19頁）は、「これらの患者がそれぞれ服用したクロロキン製剤の関係被告製薬会社の責任相互の関係も、やはり共同不法行為となると解する。なぜならば、右患者らは、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つ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、人によつ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のである（控訴審（東京高判昭和63年3月11日判

例時報1271号3頁）もほぼ同旨）。ここでは、「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」ことと、「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」ことから、製造販売における行為の共同性（時間的場所的近接性等）には何ら言及することなく共同不法行為を認定しており、「同一危険物の製造販売」と「競合の予見可能性」がポイントとなっている。

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。福島地白河支判昭和58年3月30日判例時報1075号28頁は、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、後段について、「同規定は、物理的、時間的に近接して、複数の者が加害行為をなし、損害を発生させたような場合、被害者が加害者を特定するのに困難を伴うことがあり、各人の行為と損害との間に因果関係の完全な立証を要求すると、被害者が賠償を受けられない結果に終ることが少なくないと予想されるので、政策的に被害者を救済することを意図して設けられたものと解される。そこで、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、右の規定により、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、「右条項がその適用範囲を『共同行為者』に限定したことは、推定によって賠償義務を負う者の範囲が不当に拡がり過ぎることを防ごうとする趣旨であると解される。したがって、ここに『共同行為者』とは、物理的、時間的に近接して、いずれも結果発生危険のある行為をし、かつ加害者と疑われてもやむをえない事情にある数名の者で、他に特段疑うべき者も認められない場合の、その数名の者をいい、民法719条1項後段の適用については、以上のほかに右共同行為者間に『関連共同性』のあることを要しないものと

解すべきである」とした。

そして、この事件について、被告らが（社名不詳の注射液製造会社も含めて）原告が注射を受けた医院に筋組織障害性を有する注射液を販売したこと、筋肉注射剤の筋組織障害性が原告患児らの本症罹患の不可欠の要因となっており、右筋組織障害性が注射量、注射回数、注射間隔、注射期間、注入箇所、患者の個体差などと複雑に関連して本症を発症させること、原告患児らの右各患部にどの混合液がいつ注射されたかは確定できないこと、しかし原告患児らの右各患部には右各混合液以外のいかなる注射剤も注射されていないことから、「被告会社らは、いずれも本症を発症させる危険のある筋肉注射剤を販売ないし提供した者で、かつ対応する原告患児らの本症罹患に原因を与えた者と疑われてもやむをえない事情にある（特に認定事実によれば、被告会社ら製の右各筋肉注射剤が対応する原告患児らの各患部に注射されたことを確定はできないものの、いずれの右筋肉注射剤についてもその蓋然性はかなり高いこと、右各筋肉注射剤が原告患児らの各患部に注射されたとすれば、当該筋肉注射剤単剤の、又は同患部に注射されたその余の筋肉注射剤との相互的作用により本症を発症させたと認めるほかになく、他の注射剤に原因を帰せしめることは考えられない事情にある。）

ということができ、しかも他に加害者と疑うべき者は被告会社らと同様の事情にある右スルピリン注射液の製造会社だけであるから、被告会社らは民法七一九条一項後段の「共同行為者」に該当するとい

うべきである」としたのである。

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ケースではないかとの意見がある。すなわち、加藤雅信は、「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

ないような場合に後段が問題になると述べている³²⁾。

さらに、同種の事件で東京地判昭和60年3月27日判例時報1148号3頁は、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、後段について次のようにいう。「民法719条1項後段の共同行為者中のいずれがその損害を加えたるか知ること能わざるときとは、それぞれに権利侵害を惹起する危険性を有する行為を複数の者がした場合において、右各行為が単独で作用したと仮定した場合に生ずべき結果と、複数の行為が不可分的に寄与し合つて作用したと仮定した場合に生ずべき結果とがいずれも特定の権利侵害として捉えられ、しかも、右複数の行為が一定の関連の下に競合して行われたため、社会的に一体とみられ、被害者としては真の加害者の識別が困難な場合をさすものというべきである。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つて作用しても、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るであって、本件においては、安井医師という特定の医師の手により、原告患児らに対し、ほぼ時を同じくして、もしくは一定の期間内に継続的に投与されたことにより、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り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。そのことから、渡邊知行は、これらの判決は、「本条後段の『共同』要件について、複数の加害行為間における関連性ではなく、むしろ行為者らによる権利侵害行為を惹起する危険がある行為を核心に据え」たものだと評価している³³⁾。

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。本件の場合、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。したがって、そこでの考え方は本件を考える上で、有力な手がかりとなる。特に、渡邊が指摘した、「複数の加害行為間における関連性ではなく、むしろ行為者らによる権利侵害行為を惹起する危険がある行為を核心に据え」た考え方が参考になる³⁴⁾。

(3) 建設アスベスト事件への民法719条1項の適用可能性

a) 共同不法行為についての基本的考え方

ここで、これまで検討してきた共同不法行為に関する理論動向を踏まえた私見を、本件を念頭に置きながら、再論しておきたい。1項前段によれ

ば、各行為者の間に共同性が認められれば、その共同行為に加わっていた者は、損害結果と個々の行為者の因果関係が証明されなくても、共同行為と因果関係にある損害結果に連帯した責任を負う。ただし、この場合、個々の行為者の行為との因果関係を共同行為によって置き換えるのであるから、各被告が共同行為に加わっていたことと、共同行為と（個別の行為ではない）結果との因果関係は立証されなければならない。また、共同性の程度によっては被告の減免責の立証が可能な場合がある。

これを本件に即して言えば、各被告建材メーカーに共同性があれば、各メーカーの行為との因果関係（当該被告のアスベスト含有建材が当該原告の労働現場においてアスベスト曝露の危険状態を作り出していたこと）の証明は不要である（これは、共同不法行為規定によって擬制ないし推定される個別的因果関係の問題）。ただし、共同行為に加わっていることが要件となり、また、そのようにして（共同して）作り出された危険状態が当該原告の被害を惹起したこと（共同行為と被害の因果関係）は、原告が主張立証しなければならない。前者について言えば、本件の場合、アスベスト含有建材を製造販売し流通におけば建設の現場においてアスベスト曝露の危険性を作り出す可能性があるのだから、その行為に共同性が認められる限り、全メーカーが、原告の働いていた現場への到達が証明されなくても（これは、共同不法行為の場合、推定ないし擬制される個別的因果関係の問題）責任を負う（ただし、共同性の強固さの程度によっては減免責の立証が可能な場合がある）が、例えば、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があったとすれば、そのようなメーカーは共同行為に加わっていなかったとして、責任を負わないことになる。また、後者について言えば、アスベストの危険性から見て、当該原告がメーカー等が作出した建設現場における危険から発症したこと（建設作業現場におけるアスベスト曝露が疾病の原因であること）の立証が必要であり、したがって、原告の作業の性質等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得ない場合には、共

同行為との因果関係が否定される。

次に、後段（その類推を含む）について言えば、共同性は不要であり、被害をもたらしうる危険な行為を行っていたことで足りる。そして、この危険性は、当該行為から被害が発生する可能性があることを要し、かつそれで足りる。この場合、各被告は、自己の行為が被害発生の原因ではないことを立証して責任を免れ、また、部分的にしか責任を負わないことを主張しうる。このような危険性を有する行為をしていた者の範囲は特定される必要がある。本件に即して言えば、被害をもたらしうる危険な行為を行っていた者が、後段によって責任を追及される者の範囲である。ここでは、アスベスト含有製品一般の危険性では足りず、建設労働者に現場での曝露と発症をもたらしうる危険性でなければならないが、あくまで可能性の問題であり、当該メーカーのアスベスト含有建材によって当該労働者の現場における曝露が現実にもたらされたことの立証は不要である（それは、後段によって推定される個別的因果関係の問題）。こう考えるならば、市場を媒介として全国の津々浦々に流通し、建設現場における飛散をもたらしうるというアスベスト含有建材の性質から見て、基本的に全メーカーにこのような危険性ないし可能性があると見て良いのではないか。ただし、当該メーカーのアスベスト含有建材が当該原告の働いていた地域には流通集積の可能性がなかったり、製品の性質上、当該原告の作業において（直接間接を問わず）曝露の可能性がないような場合は、後段で責任が追及される者の範囲からはずれることになる。

以上の一般論を踏まえて、1項前段、後段の本件への適用可能性について、さらに詳しく検討してみよう。その場合、本件における加害行為は、薬害等の製造物事故事例で一般的なように、個々の原告をして各建設現場でアスベストに曝露させたことではなく、アスベスト含有建材を製造販売し、市場における流通を通じて原告が働いていた現場を含む建設現場にアスベスト曝露という極めて危険な状態を作り出したことに置くべきであり、したがって、共同性の有無や後段によって責任を問われる「加害者不

明」の者の範囲も，そのような加害行為におけるものとして検討すべきである。

b) 前段（狭義の共同不法行為）の可能性

加害行為を前述のように、「アスベスト含有建材を製造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，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。すなわち，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。筑豊じん肺訴訟控訴審判決（福岡高判平成13年7月19日判例時報1785号89頁）は，「複数の行為が相加的に累積して被害を発生させていること（客観的共同）と各行為者が他者の同様の行為を認識しているか，少なくとも自己と同様の行為が累積することによって被害を生じさせる危険があることを認識していること（主観的要件）」があれば後段を重合的競合にも類推適用してよいとして，累積（重合的競合）型への後段を類推するために，自己の行為と同様の行為の累積による被害発生認識という主観的要素による補強を行ったが，この考え方は，前段の共同不法行為にも応用可能である。前田陽一は，これを場所的時間的関連性を欠く代わりに，これを補うものとして主観的要件を打ち出した「弥縫策」とする³⁵⁾が，関連共同性について主観客観総合説に立った場合，必ずしもそのように消極的に評価する必要

はない。クロロキン判決は、(強い関連共同と弱い関連共同の区別を前提としないが)同種の薬を製造販売していたことに加えて、他者のクロロキン製剤を同時または異時に服用することのありうることを予見していたことを共同不法行為成立の要素として重視していることは、すでに述べた。また、東京大気汚染訴訟でも原告は、「集中集積を認識しつつ製造販売すること」を加害行為ととらえ、その共同性を論じている。

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、客観的共同性を補完して基礎的なし「弱い」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。

これに加えて、各メーカーに相互防止義務が認められる場合や共同の利益享受がある場合、あるいは、業界団体を通じた密接な関係がある場合等には、強い関連共同も認められうる。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、強い関連共同性が認められよう。

c) 後段の(類推)適用の可能性

かりに共同性が認められないとしても、後段適用(ないしその類推適用)の可能性はある。その際のポイントは、「損害を惹起しうる(その危

険性を有する）行為を行っていたこと」、「そのいずれか一つ又は複数の行為から損害が発生したこと」、「個別の因果関係立証が困難ないし不可能であること」、（義務者が無限定に拡がらないために）「可能性のある者の範囲が限定されていること」の要件を満たしているかどうかである。なお、ここでいう特定は、前述したように、当該被害を発生させた者の特定ではなく、あくまで、被害を発生させる可能性ある者の範囲の特定であり、しかも、ここでいう特定の証明は高度の蓋然性で足りる。本件では、利用者にアスベスト曝露の危険性をもたらすものであり、市場を媒介にして原告らが働いていた現場を含む建設現場に集積し曝露の危険をもたらすというアスベスト含有建材の特質から見て、少なくとも、これらの要件は充足するのではないか。この場合も、アスベスト含有建材の製造販売行為が当該被害者にとって危険性を有する行為であるというためには、被害者の働いていた現場において、アスベスト含有建材によるアスベスト汚染が発生しており、曝露される危険性があったことは証明される必要があるが、どのメーカー建材によるものかはこの規定により推定される個別的因果関係の問題であるので、証明は不要である。

前段であれ後段であれ、719条1項が適用ないし類推適用されるためには、原因者の「特定」が必要だとする意見がある。しかし、この問題を考える場合、「特定」には2つの意味があることに注意すべきである。第1は、当該原告の曝露の原因（者）が「特定」されているかという意味での特定であるが、これは、719条1項によってカバーされる（推定や擬制が行われる）個別的因果関係の問題であり、719条1項の適用ないし類推適用において、この意味での「特定」は不要である。というよりもむしろ、これを不要にするためにこそ719条1項があると考えべきである。第2に、加害者として責任を問われうる者の範囲が「特定」されているかという意味での「特定」の問題がある。これについては、賠償責任を問われる者が無限定に広がらないようにするためには「特定」は必要である（ただし、ことが因果関係に関係する事柄の訴訟上の証明である以上、100%特

定されている必要はなく、8～9割の程度において「特定」されておればよい)。これは、前段においては、共同行為に加わっていた者の範囲の特定の問題であり、後段においては、被告のアスベスト含有建材製造販売行為が被害を発生させる危険性ないし可能性があった者の特定の問題である。

以上の意味での「特定」について、本件の場合、各メーカーがアスベスト含有建材を製造販売して、市場を媒介にして集積しうる行為について共同性を有することが認められれば、原則として（当該被害者が曝露しうる時期には製造販売していなかった者がいるとすれば、その者は共同行為に加わっていなかったのであるから、ここからはずれる）、全メーカーを共同行為者と見ることができるので、本件において、前段については、この意味での「特定」はあるとってよいのではないか。また、後段についても、製品の性質や流通の仕組みから見て、当該メーカーの製品は当該原告の現場では使われる可能性がないといった場合、そのメーカーは、原告にとって危険性ある行為をしていなかったことになるので、そのようなメーカーが多数いる可能性が高い場合には「特定」に欠けるということも考えられないではないが、そうでなければ、「特定」はあるとって良いのではないか。なお、前段にせよ後段にせよ、効果は連帯責任なのであるから、「特定」された者全員を被告とする必要はない。

4. 建設アスベスト事件に関する学説

本件を直接の検討対象とする学説として、以下のようなものがある。

① 前田＝原田説　かつて主観的共同説を提唱し、同時に1項後段の活用を説くことによって複数原因者の責任のあり方に関する理論の発展に大きな寄与をした前田達明が、最近、原田剛との共著で、「複数不法行為者が因果関係不存在あるいは不明のときにも、責任を負わされる帰責根拠論」（同書の帯の記載による）についての著書を公刊している³⁶⁾。この書

物は、「数多くの判例を分析して、『共同不法行為』についての判例法理を析出し、学説にフィードバックするという」意図³⁷⁾のもとに、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ている。その意味で、本件のような問題を考える上でも重要な業績であるが、その内容において、従来の前田説との乖離をどう見るか、その後の複数原因者に関する議論の展開の大きな流れと接合するののかといった点で、検討を要する点も少なくない。また、これまで述べてきたような本件の特質から見て、ここで析出されたとする判例法理を本件に直ちに当てはめることができるかどうかには疑問がある。

同書のまとめはこうである³⁸⁾。裁判例の分析から次のような法理が析出される。すなわち、まず、「強い関連共同性」が認められて、1項前段が適用されるのは「意思的関与」がある場合（「他人の行為を「支配」することによって、その他人の行為が自己の行為と評価されても止むを得ない」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しうるような危険性があり、各被告の行為が現実には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。そして、このような考え方を、本書は、従来の前田説と比べて、「より説得力がある」「より実務に適したもの」として支持すると述べているのである。

一見して明らかなように、以上の考え方は、かつての前田説からは、いくつかの点で乖離が見られる。しかも、その乖離は、複数原因者の責任が719条で認められる場合をより限定する方向で一貫しているのである。まず、前者の「強い関連共同性」が認められるためには「意思的関与」を要するとしている点であるが、これはかつての主観的関連共同説とどのような関係にあるのか。同書は、この法理の方が、帰責原理としてより説得力があるとしてその支持を表明するのであるが、重大なことは、同書によれ

ば、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³⁹⁾、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界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ことである。原料や製品の供給関係だけで「強い関連共同性」が認めうるかどうかについては慎重な検討が必要だとしても、「コンビナートを形成」しているだけでは「強い関連共同性」が認められないかのような記述は、かつて前田が、「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会社はこの類型に入る」⁴⁰⁾としていたことから見れば、共同性要件は、明らかに、狭められているのではないか。

より大きな問題は、後段の場合である。後段につき、かつて前田は、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しうる危険性を含んでいる行為をなした者」⁴¹⁾としていたのに対し、同書では、原告と被告の「接点」すなわち、各被告の行為が現実に損害の原因となった可能性を問題にし、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と述べている）。これは、従前の主張よりも厳しいものを原告に要求するものである。そして、このように、かつての「危険性を含んだ行為」を「具体的危険性」とすることにより適用範囲が狭まることは自覚されているのである⁴²⁾。問題は、その結果、旧前田説が意図した後段の活用の機能が限定されることになるのではないかということである。このことは、後段の場合において何の主張立証を原告に求めているかを見れば明らかである。すなわち、同書は、後段の適用ないし類推適用の要件は、「加害者の各行為が損害をもたらし得るような『危険性』を有すること」と「現実に発生した損害の原因となった『可能性』があるこ

と」とするのが判例法理だとする。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、前者において、例えば、キノホルムや粉じんと原告の被害との間の「疫学的因果関係」の証明で良いとする。この点は適切な考え方である。問題は後半である。同書は、この「現実には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（正確には、裁判例ではそのことが当然の前提とされているとする）。しかし、すでに述べたように、薬害訴訟においては、スモン事件の投薬証明問題に見るように、「当該被告」の製造販売する薬剤を服用したことを原告が主張立証すべきことが、必ずしも「当然の前提」となっているわけではない。「危険性」を「具体的危険性」や「接点」に読み替えることが適切かどうかも問題だが、もしかりに、同書が言うように「接点」や「具体的危険性」が必要だとしても、そのことは、（薬害に即して言えば）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、（本件に即して言えば）原告が当該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という点まで主張・立証すべきことを意味しないはずである。本件で問題となっているのは、すでに述べたように、アスベストの一般的抽象的な危険性ではなく、市場を通じた集積により曝露されて疾病に罹患するという具体的な危険であり、また、被告メーカー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職場におけるアスベストへ汚染による危険状態の惹起をもたらした可能性が否定できない以上、「接点」はあると言えるのではないか。本件では、被告群の責任が問われており、問題になるとすれば、被告群の製造・販売するアスベスト含有製品との接点であり、特定のメーカーのアスベスト含有製品との接点ではない⁴³⁾。

そもそも、原告が当該被告の製品を使用した特定の現場において作業に

従事していたことの証明は後段の適用によって推定される個別的因果関係の証明であり、このような証明があってはじめて後段が適用されるというのでは、後段適用の意義が失われるのではないか。本件のようなケースで、具体的被害がどこの現場でどのメーカーのアスベスト含有製品に起因する曝露によって罹患したのかという意味での「接点」の立証がなければ後段が適用できないということでは、後段の意義が否定され、その結果、長年にわたって様々の現場で様々のメーカーのアスベスト含有建材を使い、また、その建材がアスベスト含有製品であることが個々の労働者にとって明示されている場合だけではないという実態の中で、被害者にとって極めて酷な証明を要求することになって、公平性を欠くことになってしまう。

② 淡路説 淡路剛久は、以下のように述べる⁴⁴⁾。本件は「いわば市場全体が環境汚染の現場となり得る」「市場環境型」であり、「建設労働者が数多くの建設現場で働くのが常態であること、アスベスト建材が多くの製造業者によって製造・販売され、市場を通じて建設現場で用いられてきたことからすると、どの製造業者のアスベスト建材が原因で、どの建設現場で吸入したかの事実を証明することは、労働者にとって通常は不可能か困難である」。したがって、本件では、加害行為のとりえ方が問題となるが、「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（アスベスト建材）を製造し、市場に販売した行為」ととらえるべきである。「市場を通じた不法行為の場合には、市場に置くこと自体がばく露を前提とし、かつ事実としてそのようになる（どこかでばく露が起る）のだから、市場に置くこと自体が権利利益侵害ないし被害を生じせしめる可能性のある加害行為ととらえるべきであって、ばく露を通じて現実に被害が引き起こされたかどうか、すなわち到達によって被害が発生したかどうかは、因果関係の問題と理解されるべきである」。すでに私見としても強調したように、本件においては加害行為のとりえ方が極めて重要であり、淡路の加害行為論は筆者と同様のものであり、それは本件に適合的であるだ

けではなく、市場を媒介とした不法行為においては共通のものであり、これまで裁判例は、製造物責任事例を中心に、このような加害行為論を念頭に置きながら、不法行為責任の存否を論じてきているのである。

このような加害行為論に立って、淡路は、本件では個別的因果関係（特定された加害者による加害行為と原告のアスベスト被害の因果関係）の立証が事実上不可能か、著しく困難であることから、民法719条の適用ないし類推適用が考えられるとし、淡路の従来共同不法行為論を前提に、次のように述べる⁴⁵⁾。被告とされたすべての事業者の間に「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か（主観的共同）、あるいは、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、それらの同定された製造業者グループの関連共同のある行為とアスベスト疾患との間に因果関係が証明できれば」719条1項前段の共同不法行為が成立し、「各製造業者による加害行為の『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る」。後段の可能性について見れば、本件の場合、「アスベストの有害性からごく少数回のばく露でも発症の危険性があること」、「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」を考慮し、後段を適用ないし類推適用して良い。すなわち、本件の場合、択一的競合の可能性もあるし、累積的競合の可能性もあるし、競合的競合の場合もあるが、そのいずれであっても、「共同行為者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因果関係を推定してよい」。淡路は、ここで「高度の蓋然性」をもった証明を必要としているが、注意すべきは、その対象は、個別的因果関係ではなく、「到達の可能性」だということである。そうすると、ここでも、淡路の見解は、アスベスト含有建材を製造販売することが当該原告の曝露と

発症をもたらしうる危険性（曝露の可能性）があればよく、当該原告の曝露が当該原告のアスベスト含有建材によって現実にもたらされたことの立証は不要（それは1項後段の適用ないし類推適用によって推定される個別的因果関係の問題）とする筆者の見解と同様のものと言えるのではないか。

次の問題は、後段が適用ないし類推適用されるためには、被告間に「場所的・時間的近接性」のような「共同性」が必要なのかどうかである。この点につき、潮見は、前述したように、これを後段適用の要件とする⁴⁶⁾が、淡路は、場所的・時間的・近接性を要求することは「一つの問題」としつつも、この要件を前提とした検討を行っている⁴⁷⁾。しかし、淡路は、（これが必要だとしても）市場環境型では、「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（「かなりの長期間となるろう」）に製造販売されていたことで足りるとして、かなり緩やかに判断している。この点につき、私見は、後段には「場所的・時間的・近接性」は不要とするものだが、「損害を惹起しうる（その危険性を有する）行為を行っていたこと」は必要（ただし、到達の問題はこの規定で推定される個別的因果関係の問題なので、ここで問題となるのはあくまで可能性）と考えるので、当該メーカーのアスベスト含有建材が当該原告の働いていた地域には流通集積の可能性がなかったり、製品の性質上、当該原告の作業において（直接間接を問わず）曝露の可能性がないような場合には後段の「共同行為者」とは言えなくなると考えるので、事実上、淡路の考え方との間に大きな差はないように思われる。

③ 松本説 松本克美は、本件の特徴として、① 異時的累積的被害の側面、② 集中的集積型被害の側面、③ 加害行為の到達不明の側面、④ 製造物責任的側面をあげ、アスベスト建材メーカー間の共同不法行為責任の成否は、こうした特徴を踏まえて検討されなければならないとする。そし

て、本件に適合的な共同不法行為論は、「因果関係における個別的な加害行為の到達の証明の不可能」、「アスベスト疾患の特異性」、「建材の特性」（「建築物の一部として、最初から他の建材と組み合わせられることになるとい性質を内在的に有していることから、一つの建設現場で他のアスベスト建材と組み合わせられて用いられることも当然想定されており、従って、建設現場で複数メーカーのアスベスト建材を使用した、或いは解体する建設作業の中で、建設作業者が複数メーカーのアスベスト建材のアスベスト粉じんに曝露する可能性も内在しているということ」）、「共同不法行為成立のための主観的要素」に着目して構築されるべきだとし、その上で、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⁴⁸⁾。もし、本件において、このように評価しうる事実が認められるならば、私見においても強い関連共同性ある共同不法行為が成立することに異論はない。そして、このようにして共同性が認められるなら、その共同行為（アスベスト含有建材を製造販売して流通に置き、当該原告が働いていた現場を含む建設現場に危険な状態を「共同して」作り出したこと）と被害の間に因果関係があれば（原告が被告らの共同行為によって作出された危険状態の中で働いていて曝露されたことが証明されれば）、各メーカーのアスベスト含有建材の被害者への到達（曝露）は個別的因果関係の問題として、各メーカーが、自分は当該原告の曝露された危険の作出には関与していないという反証が許されるかどうかの問題となり、「弱い関連共同性」ととどまる場合は反証可能だが、「強い関連共同」が認められれば、そのような反証を許さないことになろう。

松本は、このように、本件では強い関連共同性ある共同不法行為が成立するとしているが、同時に、かりにそれ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⁴⁹⁾。筆者も、前述のように、被告メーカーのアスベスト含有建材の製造販売が被害発生の危険性（可能性）を持つ限り（したがって、前述のように、当該メーカーのアスベスト含有建材が当該原告の働いていた地域には流通集積の可能性がなかったり、製品の性質上、当該原告の作業において（直接間接を問わず）曝露の可能性がないような場合でない限り）後段の適用は可能であり、また、必要なことだと考える。

問題は、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。この点につき松本は、侵害行為の範囲を特定すべきとする説は、後段が択一的競合に（のみ）適用されることを前提としているが、本条は文言上、択一的競合に限定されるものではなく（条文には「共同行為者」の中にのみ「損害を加えた」者がいるという限定は付されていない）、「共同行為者」の特定は不要であるとする⁵⁰⁾。この点に関する私見を再論すれば、共同性が認められないが、複数原因が絡み合い競合していることによって個別の因果関係立証が困難な場合には後段を活用すべき（適用ないし類推適用）であり、したがって、後段は、択一的競合の場合だけではなく、累積的競合の場合も寄与度不明の場合も含む（少なくとも類推適用可能）ものと考えべきである。その場合の要件は、① 被告が損害を惹起しうる（その危険性を有する）行為を行っていたこと、② その一つ又は複数の行為から損害が発生したこと、③ 個別の因果関係立証が困難ないし不可能であること、④ （義務者が無限定に拡がらないために）可能性のある者の範囲が限定されていることの4つである。その意味で、私見は「特定」必要説である。ただし、ここでいう特定とは、当該被害を発生させた者の特定ではなく（そのような特定は個別的因果関係の立証の問題）、あくまで、被害を発生させる危険性のある行為を行った者の範囲の特定の問題であり、しかも、ここでいう特定（他に原因者がいないということの証明）は因果関係の証明に関連するものであり、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と考える⁵¹⁾。そうすると、本件の場合、（被告とされた44社ではなく）通産省のデータベースに載っている企業が共同行為者の範囲であり、そのうち44社を被告としているのだとすれば、廃業等によって記載漏れがある企業が存在しうるとしても、それが多数に上っているとは考えにくいので、高度の蓋然性をもって共同行為者の範囲が特定されていると言えるのではないか。すなわち、データベース登録企業全部が後段の「共同行為者」であるとすれば、「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」という程度の特定がなされているのではないか。

5. お わ り に

法理論を考える場合、法的紛争の適切妥当な解決のためには、関連する従前の理論の到達点を踏まえつつ、新しい事態に対しては、それにふさわしい理論の創造に努めることが求められる。その努力を放棄して、解決は立法論ないし政治や政策の問題であるという態度をとるべきではない⁵²⁾。現実に起きている問題に適切な解決の道筋をさぐるこそが法理論の役割であり、そのような営為を通じて理論が発展し実務が変化し、そのことが政治や政策を動かしてきたのである。この点は、共同不法行為論にもまさに当てはまる。前田陽一は、これまでの共同不法行為に関する裁判例や学説を整理して、「歴史的にみた議論展開の大きな方向としては、新たな問題（原因競合に関する問題が少なくない）に対処するべく、幾つかの段階を踏みながら、その適用範囲を拡張してきた」⁵³⁾ とするが、事態はまさにその通りであり、そして、そのような理論的發展が、政治を動かし新たな政策や制度が生まれる契機になったのである。このような関係性は、例えば、四日市公害事件において、法理論と実務の協働により共同不法行為論が展開され、さらに汚染企業の法的責任が明確にされたことが、大気汚染に対する規制が強化され、また、公害健康被害補償制度の確立につな

がったことに典型的に見ることができよう。実務においても理論においても、このような視点から（もしそれが社会的に求められているなら）新たな理論創造を行うべきであろう。本稿で指摘したような事情から、本件における個別的因果関係証明の困難さは、その他の公害事例や薬害事例を上回っていることは間違いない。しかし、だからといって、そこに共同不法行為規定を適用（ないし類推適用）することは無理だとするのではなく、伝統的な719条理解では解決困難と思われてきた事例において裁判例と学説の相互作用によって新しい考え方を創造してきた大気汚染公害事例と同様の意味において、理論（学説）と実務（判例）の協働による理論創造が求められているのである⁵⁴⁾。

- 1) 以上、アスベスト被害の特質については、宮本憲一「史上最大の社会的災害か」環境と公害35巻3号37頁以下、淡路剛久「アスベスト健康被害者救済と立法」環境と公害36巻1号52頁以下、中皮腫・じん肺・アスベストセンター編『アスベスト禍はなぜ広がったのか』（2009年、日本評論社）等参照。
- 2) アスベスト被害にかかわる訴訟のタイプや法的論点については、松本克美「日本におけるアスベスト訴訟の現状と課題」立命館法学331号218頁以下参照。
- 3) 建設アスベスト事件における国の責任については、下山憲治「建設作業従事者の保護と国家賠償責任」法律時報84巻10号70頁以下、磯野弥生「首都圏建設アスベスト訴訟判決と国の責任」環境と公害42巻2号45頁以下参照。
- 4) 本稿は、建設アスベスト訴訟原告弁護団の依頼を受けて作成した意見書に加筆修正を行ったものである。なお、本件については、すでに横浜地裁が2012年5月25日に原告の請求を棄却する判断を示し、2012年12月には東京地裁でも判決が予定されている。これらの判決をどう見るかは重要な課題であるが、その検討は別の機会に譲りたい。
- 5) 例えば、加藤一郎『不法行為』（1957年、有斐閣）207頁。
- 6) 共同不法行為に関する学説の展開については、拙著『不法行為法（第4版）』（2011年、有斐閣）243頁以下参照。
- 7) 前田達明『不法行為法』（1980年、青林書院新社）180頁以下。
- 8) 淡路剛久『公害賠償の理論』（1975年、有斐閣）126頁以下。
- 9) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為』（1985年、青林書院）779頁以下。
- 10) 例えば、西淀川事件における大阪地判平成3年3月29日判例時報1383号22頁が、この主観客観総合説に立ったものとされる。
- 11) この点について詳しくは、拙著『公害・環境私法の展開と今日的課題』（2002年、法律文化社）261頁以下参照。

「市場媒介型」被害における共同不法行為論（吉村）

- 12) 座談会「共同不法行為をめぐる」における発言（交通法研究14号20頁）。
- 13) 幾代通（徳本伸一補訂）『不法行為法』（1993年、有斐閣）229頁。
- 14) 大塚直「原因競合における割合的責任論に関する基礎的考察」『日本民法学の形成と課題（星野古稀）下』（1996年、有斐閣）849頁以下。
- 15) 渡邊知行「『加害者不明の共同不法行為』について（五・完）」名大法政論集151号475頁。
- 16) 四宮・前掲書780, 792, 796頁以下。
- 17) 前田陽一「共同不法行為論・競合的不法行為論の再検討」森島・塩野編『変動する日本社会と法（加藤一郎古稀）』（2011年、有斐閣）536頁以下。
- 18) 同様に、複数職場での曝露に後段の類推を示唆するものとして、吉田邦彦『多文化時代と所有・居住福祉・補償問題』（2006年、有斐閣）620頁がある。
- 19) ジュリスト898号86頁以下。
- 20) 潮見佳男『不法行為法Ⅱ（第2版）』（2011年、信山社）209頁以下。
- 21) 潮見・前掲書170頁。
- 22) 潮見佳男『不法行為法Ⅰ（第2版）』（2009年、信山社）13頁。
- 23) 前掲書251頁以下。
- 24) 拙著ではこの要素を「集積の利益」と呼んだ。それは、そこで念頭に置かれていたのがコンピナートによる大気汚染のように、工場が集積することが「共同の利益」の源だからである。しかし、その本質は近隣に立地していることではなく、そのような立地条件により利益を受けていることであり、一般化して言えば「共同の利益」の享受である。
- 25) なお、この場所的時間的近接性に関し、筆者が、これが認められなければ強い関連共同性がないと主張しているように解する記述がある。すなわち、前田達明＝原田剛『共同不法行為論』（2012年、成文堂）251頁は、「場所のおよび時間的近接性」の認められない薬害訴訟では強い関連共同性を認めるべきでないと主張し、その際、筆者が拙著248頁で、“際限のない拡大”を防ぐために「社会観念上の一体性基準」を設けて、その要件として「場所的・時間的近接性」を設定していると述べている。しかし、この記述は二重の意味で不正確である。まず、拙著がここで引用された記述を行っているのは、私見としてではなく、四宮和夫の説の紹介の箇所であり、しかも、四宮説は、既述のように、この「時間的・場所的近接性」がある場合に前段の共同不法行為を限定しているわけではない（四宮前掲書780頁以下）。筆者自身の見解は、すでに述べたように、関連共同性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つたかどうかであり、そして、この基礎的共同性に、拡大された注意義務（相互の防止義務）が発生するような関係の存在や共同の利益享受があるといった事情が加わった場合に関連共同性は強くなるというものであり、「場所的・時間的近接性」があれば相互の防止義務が生じ、強い関連共同性が認められやすいが、それを強い関連共同性の必須の条件としているわけではない。
- 26) 淡路・前掲書や前掲西淀川第一次訴訟判決。
- 27) この表現は淡路剛久「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122頁による。

- 28) 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。
- 29) 淡路・前掲論文116頁以下。
- 30) 沢井裕「食品・薬品公害と製造物責任（5完）」法律時報51巻3号120頁。
- 31) 森島昭夫「スモン訴訟判決の総合的検討（2）」ジュリスト712号150頁。
- 32) 「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）における発言。
- 33) 渡邊・前掲（四）名大法政論集148号470頁。
- 34) 前田＝原田・前掲書263頁以下は、詳細な裁判例の分析を通じて、薬害事件においては、被告の製品と原告の「接点」、すなわち、「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当然の前提としているとするが、これらの事件では、原告がスモン製剤やクロロキン製剤を服用して罹患したこと、その点を原告が立証すべきことは当然の前提とされているとしても、「当該被告」の薬を「当該原告」が服用していたことの立証責任を当然に原告が負うとされているわけではない。当該メーカーの薬を服用していることを前提に複数のメーカーの責任が問題になっている場合もあるが、投薬証明問題では、まさに「当該被告」の薬を「当該原告」服用していたかどうか（「接点」というよりも個別的因果関係）の証明困難をどうするかが問われ、その点の不明をカバーするものとして、学説上は、719条1項後段の活用が主張されているのである。
- 35) 前田（陽）・前掲514頁。
- 36) 前田＝原田・前掲書。この書物は、本件訴訟において被告メーカー側から提出された「法律意見書」の一部であり、裁判例の分析結果を本件にあてはめて719条1項前段および後段の適用可能性を否定し、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」とした結論部分はカットされているが、そのような成り立ちの経過から、本件に直接関係する学説として、ここで取り上げることとした。
- 37) 前田＝原田・前掲書はしがき。
- 38) 前田＝原田・前掲書266頁以下。
- 39) 前田＝原田・前掲書251頁以下。
- 40) 前田・前掲『不法行為法』182頁以下。
- 41) 前田・前掲『不法行為法』191頁。
- 42) 前田＝原田・前掲書267頁では、被告が「立証責任に失敗して全く因果関係のない場合にも責任を負わされる場合をも考慮に入れて、より実務に適したものに精緻化したもの」と述べている。「精緻化」というより「限定」と言うべきであり、従前の前田説の修正と見るべきではないか。
- 43) 淡路剛久は、前田＝原田の「具体的危険性」「抽象的危険性」の二分法的要件論の妥当性については「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うること、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

「市場媒介型」被害における共同不法行為論（吉村）

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』の要件が満たされる、といえるように思われる（到達したことが証明されれば、709条で解決されよう）」とする（淡路剛久「権利の普遍化・制度改革のための公害環境訴訟」淡路剛久・寺西俊一・吉村良一・大久保規子編『公害環境訴訟の新たな展開』（2012年、日本評論社）45頁）。

- 44) 淡路・前掲40頁以下。
- 45) 淡路・前掲42頁以下。
- 46) 潮見・前掲書209頁以下。
- 47) 淡路・前掲42頁以下。
- 48) 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。本論文も、本件に関して作成された意見書を基にしたものである。
- 49) 松本・前掲80頁。
- 50) 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。
- 51) 淡路・前掲43頁も、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因果関係を推定してよい」とするので、特定（同定）の程度については同様に考えているようである。
- 52) 松本・前掲81頁は、「立法によって解決すべし」という議論が、新たな法理論・実務の発展を怠る口実に使われるべきではないとする。
- 53) 前田（陽）・前掲513頁。
- 54) 淡路剛久は、公害法の展開に関し、「固定した既成の概念で考えていくと新しい問題の中には必ずしも解けないものも出てくるだろう、そのときには事実、実態から見てどういう法律の理論を組み立てるかということが必要になってくる」と述べている（「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43頁）が、本件を考える上でも同様のことがあてはまるといえよう。

〔付記〕 本稿校正中、建設アスベスト訴訟横浜判決（横浜地判平成24年5月25日）を検討する、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39頁以下に接した。この論文で淡路は、判決を子細に検討した上で、「本件訴訟は新たなタイプの共同不法行為訴訟であり、原・被告のどちらにどのような立証をさせるべきか、難しい事件であると思われるが、本判決の考え方は、建設アスベスト被害発生の特徴から判断すると、原告被害者に無理な立証を要求しているのではないかと、との疑問をもたざるを得ない」（44頁）と述べている。