

建設アスベスト訴訟における 国と建材メーカーの責任

——横浜、東京両判決の検討——

吉 村 良 一*

目 次

1. はじめに
2. 国の責任について
3. 建材メーカーの責任
4. おわりに

1. はじめに

2005年のいわゆるクボタショック以降、アスベスト被害の救済を求める民事損害賠償訴訟（国家賠償訴訟を含む）が多数提起され、多くの判決がすでに言い渡されている。アスベスト被害の場合、賠償責任を問うべき原因者が特定しにくいこと、また、曝露から長期の潜伏期間を経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、非特異的症状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、被害者が裁判で救済を求める上での多くの困難がある¹⁾。

本稿は、これらの多様なアスベスト被害の救済に関する訴訟のうち、建

* よしむら・りょういち 立命館大学大学院法務研究科教授

設アスベスト訴訟について、昨年 5 月と 12 月に相次いで言い渡された横浜地裁判決と東京地裁判決²⁾の検討を行うものである。建設アスベスト訴訟とは、アスベスト含有建材を使った建設作業に従事した労働者ら（建設作業に自らも従事する事業者らを含む。以下、建設作業従事者）が、国とアスベスト含有建材のメーカーを相手に起こした損害賠償訴訟であり、東京、神奈川、北海道、大阪、京都など、全国各地で争われている。この事件の特徴は、国の責任に関して言えば、潜伏期間が長く、住民や労働者ではその危険性を把握することが難しい点、国は調査等による情報を独占的に有していること、使用が生活のあらゆる面に及んでおり社会全体での取り組みが必要であることといった特徴から、国が適時・適切に関与しないと危険防止が十全には図れないというアスベスト被害に共通の特質に加えて、アスベスト含有建材は耐火性が高いとして、国がアスベスト含有建材の使用を拡大する方向をとったという、他の事件には見られない特質が存在することである。建材メーカーの責任について言えば、アスベスト含有建材を製造販売した建材メーカーは多数存在するため、当該被害者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こと、さらに、建設作業従事者は、いくつもの作業現場を転々として作業に従事することが一般的であるため、その困難が一層深刻であるという特質がある。

2. 国の責任について

(1) はじめに

筆者は別稿³⁾において、いわゆる「規制権限不行使」による国や自治体（以下、国と総称）の責任について、大要、以下のように論じた。公害や薬害、あるいは労災において、国や公共団体が被害を防止できなかったとして賠償責任を追及されることが少なくない。2000年代に入って、最高裁は、筑豊じん肺訴訟判決（最判平 16・4・27 民集 58・4・1032）と水俣国

賠償訴訟判決（最判平16・10・15民集58・7・18024）において、国の責任を認める重要な判断を示した。これらの判決を受けて、下級審では、肝炎訴訟、泉南アスベスト訴訟第1審判決（大阪地判平22・5・19判時2093・3）、薬害イレッサ東日本訴訟第1審判決（東京地判平3・3・23判時2124・202）等、国の責任を肯定する判断が相次いでいた。しかし、これに対して、最近、国の責任を否定する判決が、相次いで登場している。泉南アスベスト訴訟控訴審判決（大阪高判平23・2・25）、薬害イレッサに関する大阪地裁（大阪地判平23・5・25）および東京（東京高判平23・11・15）、大阪（大阪高判平24・5・25）両高裁判決等である。もちろん、これに対し、泉南アスベスト訴訟第二陣第1審判決は、国の責任を肯定しており、この問題をめぐっては、激しいせめぎ合いが続いている。それでは、このように、公害、労災、薬害等で国の責任が問題となってきた理由はどこにあるのであろうか。宮本憲一（敬称略。以下、同じ）は、公害・環境問題に即して、その背景ないし構造を、現代国家が「国民経済の生産・流通・消費・廃棄のあらゆる過程に介入している」ことに求めている。すなわち、「現代国家は公共信託財産としての環境の保全を法律によって義務づけられ……環境の汚染や破壊がおこれば、その原因が何であれ、防止を怠った国の直接間接の責任が問われるようになった」というのである⁴⁾。このことは、薬事行政や労働安全行政にも妥当しよう。加えて、これらの場合、生命・健康被害という重大な被害発生の危険性があること、科学的知見獲得の困難、危険防止手段の実効性、公的救済制度の不備（むしろ国の責任が認められるようになって初めて救済制度が構想されるのが実態）等の点で、市民や住民の自己責任では十全に対処できないという点も重要である。アスベスト被害について見れば、前述したようなアスベスト被害の特性から、国による解明や情報提供、さらには規制の持つ意味合いが他の危険以上に大きく、国が関与しないと危険防止が十全には図れない（自己責任では対応できない）面があり、そのことが、国の責任をめぐる議論を引き起こしているのである。

本稿では、このような認識を前提にして、まず、国の責任を否定した横浜判決と、肯定した東京判決を検討してみよう。

(2) 横浜判決

横浜判決（横浜地判平24年5月25日）は、規制権限不行使の違法性が問題となる場合の判断要素としての「医学的知見」について、「ある疾患の予防のために規制権限を行使すべきであるというためには、その時点において、当該疾患の発生原因に関する医学的知見が確立していることが必要である。被告国における規制権限の行使は、被規制者の規模の大小、資力の多寡を問わず、被規制者に対し一定の行為を要求するものであり、その違反に対しては罰則をもって臨むことも考えられるのであるから、被規制者からみれば、一定の権利の制限となることは否めない。さらに、被規制者のみならず、当該行為が規制されていないことにより便益を得ている者もいる場合を考慮するならば、被告国に対して、単なる可能性、蓋然性の程度で権限を行使することを求めることはできないというべきである」、
「ここで求められる医学的知見の到達度としては、雇用関係がある場合に安全配慮義務を負う前提としての子見可能性を構成する医学的知見とは、自ずからその程度が異なる。先にみたような被告国の権限行使の性格からすれば、上記の場合よりは厳密なものが求められるとするのが相当である」とする（判決書196頁以下。以下、頁数のみの引用は判決書）。

その上で、石綿肺については昭和34年までに医学的知見が形成（確立ではない）され（199頁）、肺がん・中皮腫においては昭和47年には医学的知見が確立（ここでは、形成ではなく確立。ただし、少量曝露でも発症するとの医学的知見が当時確立していたかは疑問とする）していた（205頁以下）が、旧安衛則における防じんマスクの使用等の規定、昭和50年の特化則改正による吹き付け作業の禁止など、当時の医学的知見の集積状況に応じたとりうる措置はとっていたのであり、アスベストの管理使用は建設作業の特殊性から困難であり、また、当時の医学的知見では、使用を禁止す

るといった措置をとるべきであったということではできないなどとして、国の責任を否定している。

あわせて、この判決で注目すべきは、労働安全関連法規に加えて、建築基準法をも、規制を根拠づける法規と見ていることである。すなわち、判決は、建築基準法上、「一定の建築物について耐火構造等とすることが義務付けられていることから、当該建築物の工事に従事する者からみれば、建設大臣等が指定した耐火構造等で工事を行うことが義務付けられ、その構造を構成する建材の使用も義務付けられることになる。当該建材が居住者の居住中の安全を害するものであれば、耐火性能等に問題がなくとも、当該建材を耐火構造等に用いることは許されないはずである。そうであれば、居住中のことではないからといって、当該建材の使用の義務を負う者について、その安全を全く配慮しなくてよいとは考え難い。建築物を建設する者は、労働基準法にいう労働者に限られず、一人親方といわれる個人事業者も多く、そのような者が一定程度いることは、建設大臣においても、当然、従前から分かっていたことと考えられる。そうすると、建設工事を行う者の安全、健康は、労働関係法令に任せておけば足りるというものではない。……耐火構造や防火構造等に関する規定においては、建設作業従事者も保護の対象となっているというべきであり、建設大臣等は、建築基準法2条7号から9号までの耐火構造等の指定に当たり、その指定内容が建設作業従事者の生命及び健康への侵害をもたらすことのないよう配慮すべき職務上の法的義務を負うものと解するのが相当である」というのである（212頁以下）。

なお、本件で原告は、アスベスト含有建材を建築基準法令に基づき耐火構造・防火構造に指定したことを重視し、それ自体が直接の不法行為にあたり、また、そのことが、国の規制義務を高めるとの主張をしているが、これに対しては、被告国に石綿含有建材の使用を促進した面があったことは否定できないが、「そうではあっても、例えば耐火構造に指定されたものには石綿含有建材を用いない構造もあったように、どのような建材を社

会に提供するかは建材メーカーの自由に任されているのであり、また、個々具体的な建築において、どのような建材を選択するかは、建築業者等と相談しながらであろうが、基本的には各施主の自由な判断に任されているのであって、被告国の行為をもって、事実上にせよ、石綿含有建材の使用を強制するものとは評価することはできない。したがって、これを直接暴力を加えたと同様の行為とみることもできない」(211頁)として直接の不法行為であることを否定するとともに、「重要なのは、石綿関連疾患に関する医学的知見の内容、石綿含有建材使用の危険性の程度なのであって、指定という行為が先行するからといって、建設大臣等の義務が取立てて加重されるものではない(逆にいえば、先行行為がないからといって、規制権限の行使が緩やかでよいものとは解されない。)」(219頁)と述べている。

まず指摘しなければならないのは、本判決が、国の規制は被規制者に一定の行為を強制するものであること、「被規制者のみならず、当該行為が規制されていないことにより便益を得ている者がいる場合を考慮するならば」、雇用関係における安全配慮義務の前提としての予見可能性「よりは厳密なものが求められる」として、「因果関係」が明らかでなければ規制できないとする点である。このような横浜判決の考え方について磯野弥生は、本「判決は、疾病と被害の因果関係の確立をきわめて厳しく捉える理由を、規制権限の性質に求めている。……国賠法上、規制義務の判断にあたり、国民の生命・健康への侵害に最大限の尊重をすることの必要性を説いてきた、国の安全確保義務を広く認めようとする学説・判例の動向に対して、……『医学的知見の確立の時期』という予見可能な時期の設定という形で歯止めをかけた」ものであり、「救済拡大の流れに制約を課す」ものだとしている⁵⁾。また、下山憲治は、この判決を評して、「日本の過去の公害事件に徴すれば、規制権限の行使について科学的知見の『確定』と有効で効果の高い技術の広範な普及を待っていたのでは、被害の拡大と深刻化を招くだけである。……一定の科学的裏づけのある疑いや仮説段階な

ど比較的早期の段階であっても、生命等の想定される損害の性質、内容及び程度に応じて比較的制約度合いの強い措置を必要と判断するに十分な『科学的根拠』とされる場合もある」と述べ、本判決の考え方は、規制者と被規制者の二面関係で問題を考える、「筑豊じん肺最高裁判決前の、いわば『一世代ないし数世代前のもの』」であると批判している⁶⁾が、これらの評価に賛成したい。

さらに、本判決は、「指定という行為が先行するからといって、建設大臣等の義務が取り立てて加重されるものではない（逆にいえば、先行行為がないからといって、規制権限の行使が緩やかでよいものとは解されない）」とする。かつこ内は当然として、前者の考え方には賛成できない。この点につき、下山は、「国家賠償法でも作為起因性不作為の場合には回避義務や期待可能性の高度化が主張されている。本件で争われている指定・認定は、石綿含有建材が市場流通するための『通行手形』といえる。それゆえ、国には指定等した石綿含有建材に起因して生命等に対する深刻な被害が生じないように配慮する義務があるといえ、それが無い場合に比し、被害発生を防止するため、調査研究等の予見義務・結果回避義務ないし期待可能性が高度化する」⁷⁾と述べている。適切な指摘であり、先行行為が違法な行為の場合、高度の義務が課されるのは当然であるが、かりに、違法な行為ではなかったとしても、先行行為がある場合には、認識可能性や回避可能性が高まることは極めて通常のことではないのか。

なお、本判決が、「建築基準法2条7号から9号までの耐火構造等の指定に当たり、その指定内容が建設作業従事者の生命及び健康への侵害をもたらすことのないよう配慮すべき職務上の法的義務を負う」として、建築基準法が建設作業従事者の生命・健康の安全を確保するための根拠規定となりうることを示した点は重要である。本件で責任を問われているのは建設作業従事者の労働安全だが、指定は建設大臣が行うので、建設大臣の指定は労働安全行政には関係がないといった、国民の生命健康を無視した「縦割り行政」論はとるべきではない。

(3) 東京判決

責任を否定した横浜判決と異なり、東京判決（東京地判平24年12月5日）は、以下のように、三重に限定されたものではあるが、筑豊じん肺最高裁判決の考え方を維持し、国の責任を認めた。このことは、前述したような「激しいせめぎ合い」の中で、泉南アスベスト第二陣一審判決とならんで大きな意義を有する。特に、横浜判決が同じ建設アスベスト訴訟に関して国の責任を否定した直後だけに、被害救済にとって貴重な足掛かりを築いたといえる。また、現在の不十分な石綿救済法による救済制度の改善を考える上でも、重要である。大塚直は、現在の救済法を、給付額が十分でないこと、費用負担の方法が曖昧であることなどにおいて批判した上で、特別拋出事業主を原因者負担に純化することとあわせて、国等の拋出を（国家賠償の可能性があるのであればという条件付きではあるが）公費負担としての拋出ではなく原因者負担にも配慮するものとすべきことを主張しているが、国に責任が認められる以上、現行制度における公的負担とは異なる、責任を踏まえた国の拋出の仕組みが考えられるべきである。

そのような積極的意義を有する判断を導いた理由は、理論的には、「できる限り速やかに」、「適時かつ適切に」規制権限を行使すべきとする筑豊じん肺最高裁等の考え方を維持したこと（429頁以下）にある。この点では、筑豊じん肺最高裁判決から「適時」「できる限り速やかに」を（意図的に）落とした泉南アスベスト第一陣控訴審判決とも、筑豊じん肺最高裁を引かなかった横浜判決とも異なるが、加えて、建築現場の実態に着目し、講じられてきた規制措置の「実効性」を検討し、その不十分性を指摘して、そこから国の責任を導き出していることも重要である。判決はそのことを詳細に検討しており、例えば、マスクについて、「建築現場においては、ほとんどの建築作業従事者が防じんマスクを着用していなかったばかりか、そもそも、防じんマスクの備付けすらなされていなかった」（451頁以下）とする。その上で、判決は、「国が講じてきた規制措置は、建築現場における石綿粉じん曝露防止策としては不十分なものであったといわ

ざるを得ない」と結論づけているのである（468頁以下）。これは、通達等を出しておけば後は事業者や労働者の自己責任だと言わんばかりであった泉南アスベスト第一陣控訴審判決と大きく異なるところであり、ある意味で常識的な判断である⁸⁾。

それでは、前述した三重の限定とはなにか。それは、まず第一に、保護を「労働者」に限定していること（人的限定）、第二に、規制権限行使義務を昭和56年1月（吹きつけ工との関係では昭和49年1月）以降に限定していること（時間的限定）、第三に、国の責任が3分の1だとしたこと（量的限定）の3つである。以下、これらの限定の妥当性を検討してみよう⁹⁾。

a) 人的限定について

判決は、安衛法が保護する「労働者」とは、労基法9条における「労働者」と同じく、「職業の種類を問わず、事業又は事務所に使用され、賃金を支払われる者をいう」として、「零細事業主」と「一人親方」を保護範囲からはずしている（536頁）。このような限定に対し下山憲治は、横浜判決の検討を行った論文において、安衛法55条は、「家内労働者と同様、一人親方等の実質的な意味でも労働者ないし、『労働者に準じるもの』を排除する趣旨ではないであろう」とする¹⁰⁾が、この点で、「労働者」の範囲を限定した本判決には、疑問がある。本判決も、「一人親方」については、「労務提供の形態や、報酬の労務に対する対価性等の具体的事情によっては、『労働者』に該当すると判断される余地がないとまでは言い切れない」とする。判決は、この点が主張・立証されないため「労働者」に該当することができないとしたが、この部分に着目し、実質的に「労働者」にあたる主張することは考えられるのではないか。その際のポイントは、「使用関係」（原告が元請等の事業者から実質的な指揮命令を受けて当該現場で働いていたこと）と「対価性」であろう。さらに、本判決は、建築基準法は火災による国民の生命・健康の保護を主たる目的の一つとしており、

労災から労働者を保護することは安衛法の規制領域だとして、建築基準法 90条を根拠とする責任を否定している (551頁以下)。これに対し、横浜判決は、前述の通り、「建設工事を行う者の安全、健康は、労働関係法令に任せておけば足りるというものではない」として、「建設作業従事者も (建基法の) 保護の対象となっているというべきであり、建設大臣等は、……耐火構造等の指定にあたり、その指定内容が建設作業従事者の生命及び健康への侵害をもたらすことにならないよう配慮すべき職務上の法的義務を負う」としたが、「労働安全=労働関係法令=労働大臣」、「建築上の安全=建基法=建設大臣」といった悪しき縦割り主義に立たない限り、横浜判決の方が適切な判断である (ただし、横浜判決は、知見の確立状況から、国の責任を否定していることは既述の通り)。

b) 時間的限定について

判決は、アスベストの危険性についての医学的知見確立時期を以下のようになっている。すなわち、石綿肺については、昭和33年3月頃には「具体的な規制措置を講ずることができる程度に」知見が確立していた (382頁)。肺がん・中皮腫については、「昭和47年をもって、クリソタイルを含む全種類の石綿による肺がんおよび中皮腫の危険性についての医学的知見が確立した」 (385頁)。このような認定は、裁判所が一般的に採用するものであり、他のアスベスト被害に関する事件 (労災型を含む) でも、石綿肺について昭和30年代前半、肺がん・中皮腫において昭和40年代半に医学的知見が確立したとする判断は、ほぼ共通している¹¹⁾。にもかかわらず、なぜ本判決は、昭和56年1月 (吹きつけについては昭和49年1月) という遅い時期からしか責任を認めなかったのか。その原因は、本判決が、規制権限を行使すべきは、危険が「容易に認識 (予見) しえた時」という限定を付しているためである。この限定は各箇所に見られるが、例えば、「昭和40年の時点においても、建築現場については、偶発的な曝露が起り得るといった程度としか認識されていなかったというべきであるから、建築

現場における粉じん曝露による健康障害の危険性を容易に認識し得るようになったとみることはできない。したがって、昭和40年代までは、被告国の責任はない」（470頁）、「昭和40年代においては、……（吹き付け）以外の建築作業従事者への危険性をも容易に予見することができたとは認められない」（472頁）ので「吹き付け工以外の建築作業従事者との関係では、被告国の規制権限不行使の違法性は認められない」、「被告国が建築現場における石綿粉じん曝露による健康被害の危険性を容易に認識することができたのは、昭和54年の時点であることから、それ以前の時点において石綿含有建材の製造禁止措置をとるべきということとはできない」（526頁）といった記述が多数見られる。もちろん、これとは逆に、「容易に認識し得た」ので責任があるとしているところもある。例えば、「容易に予見することができたのであるから……規制権限の行使が喫緊に必要な状況であった」（487頁）といった記述である。

このような限定は、他のこれまでのアスベスト訴訟では見られなかったものである。泉南アスベスト第一陣第1審判決は、石綿肺については昭和34年に、肺がん中皮腫については昭和47年に知見が集積したとして、そこから端的に防止措置を講ずる必要性の認識を導き出し、昭和35年に局所排気装置を義務づけなかったこと、昭和47年に測定を義務づけなかったことから責任を認めている。また、泉南アスベスト第一陣控訴審判決は責任を否定したが、それは、認識が容易ではなかったからといった理由ではなく（この判決は石綿肺については戦前から健康被害の危険性は認識されていたとする）、国に産業政策的裁量を認め、その結果、規制権限不行使の違法性を認めなかったのである。

本判決の「容易に認識」という限定はどこから来るのかは、よく分からない。判決理由に、なぜ「認識」ではなく「容易に認識」なのかについての説明が見当たらないからである。本判決は、国の責任は第二次的・補充的なものとしているが、そのことが「容易な認識」を要求した理由となっているのであろうか。国の責任を第二次的なものとする問題性（と

りわけ本件における問題性)は後述するが、かりに、補充的だとしても、そのことは、「容易に認識」できるまで規制しなくてよいということにはならないのではないか。むしろ考えられるのは、本判決にも、横浜判決と同様に、国の規制は事業者の自由を束縛するものであるので慎重でなければならないとする考え方があるのではないかということである。この考え方を極端な形に押し進めると、泉南アスベスト第一陣控訴審判決の産業重視の考え方にまで行き着いてしまうが、その点は置くとしても、すでに紹介したように、横浜判決の考え方が、規制者と被規制者の二面関係で問題を考える、「筑豊じん肺最高裁判決前の、いわば『一世代ないし数世代前のもの』」であることは下山が指摘しており¹²⁾、この批判は、本判決の「容易に認識」論にも（「容易に認識」できたとして一定時期以降の責任を認めるという点では横浜判決と異なるとはいえ）基本的にあてはまるのではないか¹³⁾。

唯一妥当性を持つかもしれないと思われる理由は、潜伏期間が長く知見が確立した時期にはなお重篤な被害が頻発する状況にはなかったというアスベスト被害の特殊性や、建築現場や建築作業の多様性、建材の多様性等から、アスベスト一般の医学的知見が確立してもそれだけでは国としてなお建設作業に関連して規制すべきことが認識できたとは言えないことがありうるため、タイムラグがあっても止むを得ない、あるいは、既存の規則を使うのではなくあらたに規則をつくって規制する場合には、慎重な対応が必要であり、認識の程度はより強固でなければならないという考え方が示されたのではないかということである。確かに、規制すべき状況かどうかは、当該物質や活動（本件の場合、アスベスト）の一般的な危険性についての知見だけではなく、当該被害の危険性（本件の場合は、建設現場における危険性）についての認識可能性があったかどうかによって決まるので、医学的知見の確立がなお一般的なものとどまっていた場合、当該被害防止との関係で規制権限行使義務がまだ発生しないということは、一般論としてはありうることはある。また、新たな規制のための規則を作る

にはそれなりの慎重な判断が必要なこともあろう。しかし、本件に即して言えば、このような限定は望ましくない。それは、まず第一に、本件被害が重大な健康被害だということである。重大な健康被害については、このような限定をすべきではない¹⁴⁾。第二に、潜伏期間が長くその危険の認識が（国民には）困難であり、しかも、発生する被害が生命・健康に不可逆的な被害をもたらす深刻なものであり、その結果、アスベスト被害の防止において国の役割は大きいことから見て、このような限定は望しくない。さらに第三には、建材の場合、国の耐火建材としての指定があることも重要である。すでに横浜判決に関して述べたように、一般に言って、先行行為が危険状態を惹起した場合、それによる被害発生を防止する作為義務が発生することは認められており、また、先行行為が危険状態惹起の一因となっていた場合には（かりに、それだけで作為義務の導出が難しい場合であっても）より高度の回避のための作為義務、規制権限行使による被害回避の期待可能性が認められることは多くの学説が主張するところである。本件の、国による耐火建材としての指定は、まさに、このような先行行為にあたるのであり、国は、高度の回避義務を負い、したがって、この意味からも、本件で、「容易に認識」できて初めて規制義務が生ずるといった考え方には問題がある。

筆者は別稿¹⁵⁾において、国がいかなる場合に規制権限を行使して安全を確保する義務を負うかを考える場合に考慮すべき点として、① 発生した（しうる）被害の質と量、② 問題となっている危険の内容、③ 国の当該活動へのかかわり方、④ 予見可能性、予見の時期や程度、⑤ 回避措置の内容をあげた。このうち③について言えば、アスベスト建材のように国が指定し推奨してきた場合には、国の高度の安全確保義務が認められるべきである。また、④については、予見の程度が問題となるが、これについては、そこで問題となっている被害の質と量（①）、さらには、国が取りうる措置の内容（⑤）などとの相関的な判断が必要である。後者について言えば、国がとるべき措置は、当該行為の禁止以外にも多様であることか

ら、常に禁止措置を念頭に置いて厳格な予見可能性を求めることは適切ではない。特に、近時の環境法においては、汚染物質や汚染行為の危険性に関する情報を収集し提供する情報的手法の重要性が強調されているが、この点を重視し、医学的知見がなお禁止等の強い規制の義務付けにまでいたらない時期において被害の防止や拡大を防ぐための「ソフト」な手法として、情報提供に独自の意義を与えるべきである¹⁶⁾。

また、国が規制権限不行使により責任を負うべき場合の要件としての認識可能性と、企業等が不法行為責任を負う要件としての予見可能性の異同が問題となる。たしかに、企業等がその操業にともなって発生する危険によって被害をもたらしたことを理由に責任（過失）を追及される局面での（過失の前提としての）予見可能性と、規制権限による行政の責任が問われる場面での（違法性の要素としての）認識可能性は同じものではない。しかし、そのことは、直ちに後者の場合の認識がより厳格でなければならないということを導くものではない。前述したように、問題となっている危険の程度との相関的な判断が必要であり、発生しうる被害が深刻かつ重大な場合には、「容易な認識」可能性にいたらなくても適切な措置をとるべきことが国に求められる場合はあり、さらにまた、そこでとられるべき措置の種類や内容とも兼ねあわせた判断が必要なのではないか（製造販売や利用の禁止等の措置の場合と、警告やマスクの着用等の利用方法上の対策では、前提となる「認識」の程度も異なってくる）。

さらに本件に即して言えば、まず、判決が適切に指摘したような建設現場の実態から見て、「容易な認識」可能性が、ここまで時代を下らなければ認めることができなしかは疑問である。逆に言えば、「容易な認識」という限定の下でも一定時期以降国の責任が認められた（つまり「容易な認識」がありつつ適切な措置をとらなかったとされた）ことは、国の現実の対応の不備がいかほど重大であったかを示しているとも言える。いずれにしても、本判決の「容易な認識」という限定には問題がある。

c) 量的限定について

本判決は、本件被害は「被告国の規制権限不行使だけでなく、事業者や石綿含有建材の製造販売企業による義務違反が競合して生じたものであるというべきであり」、「建築作業従事者に対してまず責任を負うのは、事業者や石綿含有建材の製造販売企業であって、被告国の規制権限不行使の責任は、これらの者の責任に対して後次的なものであるといわざるを得ない」（583頁以下）として、3分の1に国の責任範囲を限定している。このような責任限定は、国の規制権限不行使責任の場合、他の裁判例でもしばしば採用される考え方であるが、責任限定論の根拠はそれほど明確ではない。

本判決が適切に指摘するように、本件は、国の不法行為と事業者の不法行為の競合事例である。単なる競合か共同不法行為の関係にあるのかは、どのような共同不法行為論をとるか、あるいは当該ケースにおいて国と事業者等はどのような関係にあるかによって異なってくる。国の承認がなければ販売できない医薬品のように国が積極的にかかわるケースや、本件のように、国の防火建材指定によってアスベスト含有建材が普及するといったケースには、共同性が認定される余地があるが、注意すべきは、かりに、共同性が認められない不法行為の競合だとしても、それだけで、国の責任が限定されることにはつながらないことである。国が独立した不法行為の要件を充足する場合、その責任の範囲は、当該行為と「相当因果関係」のおよぶ全損害であり、もし、国の規制権限不行使と損害発生全体に「相当因果関係」が認められれば、その責任は、当然のことながら、全損害におよぶのである。その場合、他の原因者との関係で、国がどの程度最終的に負担するか（事業者等に求償できるか）は、あくまで賠償義務者間の内部関係の問題である。共同不法行為と区別された意味での競合的不法行為は、関連共同性がなく複数の不法行為が競合して一個の損害が発生するケースなので、因果関係を含めて複数行為者各人が不法行為の要件を充足することが必要であり、賠償範囲は（不法行為の一般原則に従い）各人

の不法行為と相当因果関係の及ぶ範囲であり、賠償範囲が重なる限りにおいて（不真正）連帯となるのが原則である。問題はその寄与部分（各人の負うべき賠償範囲）が明確でない場合だが、この点について、複数原因者の事例から競合的不法行為の概念を抽出した平井宜雄は、因果関係が一部にしか及ばないことは被告が立証すべきと主張する¹⁷⁾。平井は、このように解する条文上の根拠を示していないが、学説の多くは、この点に関して、民法719条1項後段の類推適用を説く¹⁸⁾。

これまで、国の責任を部分的だとした裁判例においては、どう考えられてきたのであろうか。この点では、次の2つの判決に注目すべきである。まず、水俣関西訴訟控訴審判決（大阪高判平成13・4・27判時1761・3）は、「患者発生と被害の拡大については、昭和35年以降に摂取した魚介類の影響によるというよりも、それ以前に摂取した魚介類の影響が大きいのではないかと推測される」、「本件において、メチル水銀中毒症を発生させたのは被告チツソであり、被告国・熊本県には、担当公務員が水俣病の発生、拡大を防止すべき義務がありながら、権限を行使しなかった不作為責任があるのであって、両者は不真正連帯の関係にあるところ、昭和35年以降に流出したメチル水銀が本件患者らの症状に与えたと推測される状況や、被告国・県の担当公務員に対する対応等を考慮すると、被告国・県の責任はそれぞれ被告チツソの4分の1程度であると認めるのが相当である」とした。ここで国等の責任が減縮されている大きな理由は、「患者発生と被害の拡大については、昭和35年以降に摂取した魚介類の影響によるというよりも、それ以前に摂取した魚介類の影響が大きいのではないか」という「推測」である。果たして、このような「推測」によって、国等の責任を限定することに妥当性があるのか、また、4分の1としたことに確かな根拠があるのかは大いに疑問であるが、考え方としては、国の不法行為が原因となって生じた損害は部分的（と推測される）なので責任が部分的だという（ありうる）論理である。また、筑豊じん肺訴訟控訴審判決（福岡高判平成13・7・19判時1785・89）も、規制権限不行使がなければ

被害を完全に防止はできないにしてもその被害をより少なくできたとの認識を出発点としている。つまり、規制権限不行使の寄与は部分的にとどまると考えたわけである。ただし、この判決は、その上に、労働者の安全に配慮する義務は第一次的かつ最終的には使用者に課せられた義務であること、国は監督権の行使をある程度は実行していること、国の違法は一部に限定されること、権限行使があれば被害が全て回避できたわけではないこと、個々の原告ごとに個別具体的な作為義務違反を主張立証していないことといった事情を総合的に判断して、3分の1に減責している（しかし、なぜ3分の1かは説明していない）。

それでは、本判決は、上の2つの判決のように、国の規制権限不行使がなくても損害発生全体を防げなかった（したがって、全損害には因果関係がおよばない）という理由で減額しているのだろうか。本判決においては、そのような言明は見当たらず、ただ単に、国の責任は第二次的補充的だとして減額するのみである。判決が、この問題を「損害賠償額の修正要素」の項目で、被害者のマスク付着用や曝露期間の短さなどと同列に論じていることからみて、公平に基づく処理の一環として位置づけているようであり、因果関係の及ぶ範囲の限定性という論理ではないように思われる。かりに、国の責任が補充的であるとしても、それが被害者との関係で部分的責任しか導かないというのは納得できない考え方である。

以上が、規制権限不行使による国の責任の限定に対する一般的な検討だが、本件の場合は、ここでも、アスベスト含有建材について国が防火建材指定をして、その普及に一役買っていることが重視されるべきであり、その意味でも、国の責任は補充的ではない。磯野弥生は、本件は「建材としての認定という国の積極的措置がもたらした被害である」とする¹⁹⁾。この点は、前述した国の規制権限不行使による責任要件において重要な視点だが、国の責任が決して補充的ではないことをも示している。

3. 建材メーカーの責任

(1) はじめに

本件では、国と並んでアスベスト含有建材メーカーの責任が追及されている。すでに述べたように、アスベスト含有建材を製造販売した建材メーカーは多数存在するため、アスベスト曝露の原因となった建材とそのメーカーを特定することは容易ではない。さらに、建設作業従事者は、いくつもの作業現場を転々として作業に従事することが一般的であるため、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」）が問題となるのである。

筆者はすでに、この問題についての検討を別稿²⁰⁾で行っているが、その際、検討の出発点に置いたのは以下の点である。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おり、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ことは疑いがない。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。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が、本件のような、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「流通集積型・市場媒介型」不法行為においても、いかなる要件の下で共同不法行為を認めることができるかを検討すべきである。

このような問題意識に基づく検討の結果は、以下の通りである²¹⁾。① 本件における加害行為は、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。② 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り、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。③ 以上の基礎的共同性があれば、個別の因果関係が推定される（減免責の主張を許す）弱い関連共同性は基本的には肯定されて良いと思われるが、さらに、メーカーが製造販売し流通に置く際に、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）製造販売しているという主観

的要素は関連共同性の存在を補強するものとなる（主観客観総合説）。主観客観を総合した共同性の判断は「強い関連共同性」の場合に行われることが多いが、「弱い関連共同性」の場合も、主観客観を総合した判断が行われるべきである。そして、その場合、「目的」や「認識」は、客観的要素を補完して「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。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（減免責の主張を許さない）の問題となる。また、各メーカーに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も、強い関連共同性が認められうる。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。④ 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）の可能性がある。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、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の問題であり、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ってアスベスト汚染が発生しており、当該原告が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の因果関係の問題である。

以下では、このような私見を踏まえつつ、横浜、東京2判決の共同不法行為論を検討してみたい。

(2) 横浜判決

判決は、719条1項前段の共同不法行為について、各人の行為がそれぞれ個別に不法行為の要件を備えていることが要件となるという立場に立つときは、原告は被告企業の行為と各原告の曝露または発症の因果関係を個別具体的に主張立証していないのだから、前段の共同不法行為はおおよそ成立しないというほかないとする。さらに、関連共同性があれば各人の行為との因果関係の主張立証が不要との立場に立ったとしても、本件では被告44社に関連共同性は認められないという。なぜなら、前段の共同不法行為が成立するためには、共同行為者の側にも責任を生じさせるだけの「帰責性」²²⁾が必要であり、そのためには、「強い関連共同性」が必要だが、それは「客観的な関連共同関係」（＝「複数の行為が共同の原因となって一個の損害をひき起こした場合で、その複数の行為が社会観念上全体として一個の行為と評価することができれば足りる」）があれば足りる。しかし、被告44社に一体性は認められない。なぜなら、建材の種類と製造加工した時期が多様であり、「製造時期という時間軸（縦軸）でも、製造した建材の種類という空間軸（横軸）でも、大きく離れ、いずれの軸でも同一線上に立つことがない被告企業同士を、建設現場には、多種多様な石綿含有建材が用いられる、建設作業従事者を累積的に石綿粉じん暴露させるとの抽象的な理由だけで、汚染源として一体不可分であると評価することはできないというべき」（274頁）だからである。

さらに判決は、同条後段につき、次のように言う。同条後段は択一的競

合に関する規定であり、同条を適用するためには、「共同行為者とされる者以外に疑いをかけることのできる者はいないという程度までの立証を要する」が、データベースに被告以外に40社以上あることや廃業してしまった会社もあることから、被告以外にもアスベスト含有建材を製造等した可能性のある者がいるので、そのような特定はなされていない。また、「一部の競合行為者しか特定できない場合でも、一定の割合で特定された競合行為者の連帯責任を認め得るとの立場に立ったとしても、被告企業らにそのような共同不法行為を認めることはできない」。「同項後段の適用又は類推適用のために、択一的競合関係にある共同行為者の範囲を画するものとして、石綿含有建材を製造等したことがあるというだけで足りるものとは解されない。被告企業44社の石綿含有建材の製造の種類、時期、数量、主な販売先等は異なり、一方で、各原告又は被相続人の職種、就労時期、就労場所、就労態様は異なる。そうであれば、各原告又は被相続人の損害を発生させる可能性の程度は、各被告ごとに大きく変わり得る。それらを捨象して、石綿含有建材を製造等した企業であれば、どの原告又は被相続人に対しても、いわば等価値にその損害を発生させる可能性があるとはいうことができない。したがって、原告らの主張では、択一的競合関係にある共同行為者の範囲を画していないといわざるを得ない」と言うのである²³⁾。

判決は、全体として、共同不法行為論を本気で検討したものとは言えないのではないかという印象を否定できない。すなわち、従来の通説（各人に因果関係を含む不法行為要件の充足を求める考え方）と、近時の有力説（共同行為を媒介に因果関係要件を緩和する考え方）を「機械的に」あてはめているだけであり、本件の実態を踏まえて、共同不法行為論を本気で検討したものとは思われないのである。その背景に、本件は、損害賠償訴訟ではなく補償制度を含めて政治が解決すべきものとの割り切りがあるのではないか。現に、判決は、最後の部分で、「長年建設作業に従事した原告ら又はその被相続人は長い間石綿粉じんを浴び、石綿関連疾患に罹患す

るに至り、原告らがその被った被害にふさわしい補償を受けていないというのであれば、それは、石綿含有建材によって利益及び恩恵を受けた国民全体が補償すべきものとも考えられ、少なくとも被告国には、石綿被害に関する法律の充実、補償制度の創設の可否を含め、再度検証の必要があるものと考えられる」と述べている。確かに、アスベスト被害については、現在の石綿救済法を改正して、十分な救済の仕組みを作ることは緊急の課題である。しかし、淡路剛久が「法的責任抜きに實際上そのようなことが可能か現実を直視してほしかった」²⁴⁾と適切に指摘しているように、国の責任を否定し、建材メーカーの責任についても、共同不法行為の適用可能性を一応検討して見せたにとどまる本判決が、そのような救済制度に関する議論に何らかの意味を持ちうるかどうかは疑問である²⁵⁾。

その上で、本判決における共同不法行為論を検討するならば、以下のような疑問が見い出される。まず、判決は、かりに（有力説にしたがい）関連共同性があれば個別の因果関係の立証は不要とする立場に立つならばという前提で、（関連共同性は客観的共同で足りるとしつつ）建材の多様性と製造加工時期の多様性を主要な根拠として、共同性を否定している。判決は、「加害行為そのものの一体性を主張するためには、まず、建設現場やそこで使用された建材を特定することが必要となるため」（276頁）としていることから、加害行為を建設現場における曝露＝現場への到達だとみているように思われる²⁶⁾。そして、そこから建材や製造加工時期の多様性を導き出し、そのことを理由に共同性を否定している。しかし、前述した私見のように、製造販売し流通に置くことを加害行為と見た場合、そこには、本質的な共通性（「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」）があるのではないか。また、判決は、後段について、それを、択一的競合の規定だとした上で、共同行為者の特定（「共同行為者とされる者以外に疑いをかけることのできる者はいないという程度までの立証」）を要求し、データベースに被告以外に40社以上ある

ことや廃業してしまった会社もあることから特定がなされていないとして後段の適用を否定している。しかし、前段を「強い関連共同性」がある共同不法行為だとし、後段を択一的競合に限定する考え方によった場合、累積的競合や重合的競合、あるいは、どのようなタイプの競合事例かも明らかでないといった多様な競合事例が射程から外れてしまうことになる。このような多様な競合であっても、(少なくとも「弱い関連共同性」がある場合) 個別的因果関係を推定して被害者救済をはかることは必要である。共同不法行為論における有力説が、関連共同性を類型化し、個別的因果関係が擬制される(つまり、個別的因果関係が要件とならない)「強い関連共同性」ある共同不法行為に加えて、個別的因果関係について被告の反証(減免責の主張)が可能な「弱い関連共同性」ある共同不法行為のタイプを認める(これを前段の中に位置づけるか、後段ないしその類推とするか、前段と後段の規範統合とするかは別にして)のは、そのためであった。

この点につき、本判決について評した淡路は、「なぜ、原告の主張を、結果的に、択一的競合の場合に閉じこめたのであろうか」、「被告らは、共同行為者として市場占有率が高く、全体としてみれば、国内において使用されてきた石綿含有建材のほぼ全てを網羅していると主張しているのだから、そのことを前提にすれば、719条1項後段の適用または類推適用をした上で、被告側の減免責の主張・立証の問題として審理することもできたのではなかろうか。判決は、アスベストに起因する被害の発生には、択一的競合の場合もあるし、累積的(加算的)競合の場合もあるし、独立的競合の場合もあるし、一部の行為者を共同行為者ととらえる重合的競合という解決の仕方もある、ということ視野の外におき、択一的競合の問題としてとらえることにより、そのような判断(ある意味では、裁判所としても困難な事実の認定と判断)を避けたのではないか、との推測も可能であろう」²⁷⁾とし、後段の活用により、「被告側の減免責の主張・立証の問題として審理する」方向を示唆している。

さらに、本判決は、アスベストが少量の曝露でも重篤な疾患を発症せせうという特有の危険性を持っていることや、建設作業従事者の曝露の実態については、考慮していない。淡路は、「本判決には、一方で、少数回の曝露でもアスベスト疾患を発生させる危険性のあるアスベストの猛毒性および建設労働者が多くの建設現場で労働に従事する労働形態を考慮していないという問題を感じる」²⁸⁾とし、このことが十分に理解されれば、本件においては択一的競合以外にも多様な競合がありえ、後段の適用ないし類推適用の道が開かれるとする。これらの点をも考慮すれば、筆者も、淡路と同様に、後段の適用ないし類推適用を柔軟に考え、被告の側の「多様性」は、被告の減免責の主張を認めるかどうかという局面で判断するという解決がありえたのではないかと考える。

(3) 東京判決

本判決の特徴は、まず第一に、建材メーカーの過失（注意義務違反）を明確に認めたことである。判決は、警告表示にかかわって、被告企業らが安衛法・安衛令・通達に従った警告表示をしていたとしても「石綿含有建材を製造、販売する者として負う……警告義務を尽くしたとは認め難いから、この点で、被告企業らには過失があったというべきであり、製造物責任法施行後は、「十分な警告表示を伴わなかった点において、製造物である石綿含有建材が通常有すべき安全性を欠いていた」（欠陥あり）というべきだとしている（557頁以下）。ただし、判決は、石綿含有建材の製造販売それ自体をもってメーカーに安全性確保義務違反ありということとはできないとする（560頁）。

本判決が建材メーカーの過失やアスベスト含有建材の欠陥を認めたことは、アスベスト被害の救済制度を考える上で重要である。アスベスト被害についても、民事責任と切り離された現在の石綿救済法による救済制度ではなく、民事責任を踏まえた公害健康被害補償法にならった制度を作るべきとの主張が被害者団体等からなされているが、ここで注意すべきは、公

健法による大気汚染公害の救済制度は、確かに、四日市訴訟におけるコンビナート企業群の共同不法行為責任（それによる個別的因果関係の推定ないし擬制）の肯定を契機に作られたものであるが、この制度に拠出する個々の事業者と健康被害の個別的因果関係が認められること、あるいは、事業者に関連共同性があり（個別的な因果関係が証明されなくても）責任を負うことを前提にしたものではなく、「集団的責任」としてのある種の割り切りの下で作られたものだということである。本判決が最終的に責任を認めなかったのは、個別的因果関係が証明されなかったこと、個別的因果関係の証明に代わる（それを推定ないし擬制しうる）共同不法行為の成立を認めなかったことによる。そのことが共同不法行為論として適切妥当なものであったかどうかについては後に検討するが、もしかりに、この判決を前提とするとしても、そこでは、公健法が前提とした「集団的責任」は認められていると見るべきなのではないか。本判決は、「石綿含有建材からの石綿粉じんに曝露したことによって石綿関連疾患に罹患した我が国全体の建築作業従事者との関係でいえば、被告企業らを含む石綿含有建材の製造販売企業が製造販売した石綿含有建材は、その石綿含有量や、当該石綿の飛散可能性の程度に応じ、上記建築作業従事者が罹患した石綿疾患のいずれかに一定程度寄与していることは否定し難いところであり、このような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も良いのかという点については疑問がある」と述べ、「民法を離れた立法政策の問題」として、「石綿含有建材の製造販売企業が、ゼネコンなどの元方事業者と共に、一定の責任を負うべきではないかという問題」を立法府および関係当局が「真剣な検討」を行うべきとしている（570頁以下）。このように、問題を民法の問題ではなく立法政策や制度の問題としたのは横浜判決と同じであり、事件に向きあう裁判所の姿勢として疑問もあるが、共同不法行為の規定が使えない以上、建材メーカーの責任は論ずる必要がないとして、建材メーカーのアスベストの危険性に対する認識がどうであったかや、メーカーには被害防止のためにどのような義務が課されていたのかと

いった点は、まったく検討していない横浜判決とは異なり、建材メーカーの過失（欠陥）を認定したうえで、「石綿含有建材の製造販売企業が、被害者である建築作業従事者に対して何らの責任を負わなくてよいのかという点については疑問があるといわざるをえない」した判断は、救済制度を考える上では重い意味を持っているのではないか²⁹⁾。

本判決は、「特段の事情がない限り、原告等がこうした建築現場で建築作業に従事する中で石綿関連疾患に罹患した蓋然性が高い」（561頁）が、原告等の曝露の原因となったアスベスト含有建材が被告企業らのうちのいずれのものであるかを特定することは「極めて困難」であるとしている。また、結論部分では、「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。また、原告らは、原告等各人に損害を生じさせた被告企業らを特定することは困難であり、本件は、被害者救済という民法719条1項がまさに適用されるべき局面である旨主張するところ、原告等が長期間にわたり多様な建築現場で建築工事に従事しており、その中で接触する機会のあった石綿含有建材は多種多様であったことや、原告等が自らの石綿関連疾患の原因であるとする石綿含有建材を特定することが困難であるという背景の一端には、被告企業らを含む石綿含有建材を製造、販売した企業らが適切な警告表示を怠ってきたため、原告等が石綿の危険性を具体的に認識することが困難であったという事情も踏まえれば、原告らの上記主張には、当裁判所としても、共感するところが少なくない。……石綿含有建材の製造販売企業が、被害者である建築作業従事者に対して何らの責任を負わなくてよいのかという点については疑問があるといわざるをえない」（570頁以下）とさえ述べている。すでにふれたように、筆者は、別稿において、本件の特徴は、「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ことは疑いがないこと、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）は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」と述べて、共同不法行為規定の活用可能性を探ったが、ほぼ同様の問題意識に裁判所も立っていたわけである。では、それにもかかわらず、判決が共同不法行為規定の活用を否定したのはなぜか、また、そのことは理論的に正しかったのか。

本判決が719条1項前段の本案への適用を否定したのは、以下のような理由からである（562頁以下）。1項前段は「個別の因果関係に関する主張、立証を不要とすることによって、被害者救済をはかる趣旨」であり、共同性はこの「効果を正当化するに足りるだけの強固なものであることが求められる」。しかし、被告の中には、原告等が従事した建築現場において使用された可能性が極めて低い製品の製造業者、場所的範囲において他の企業と異なる者、使用目的からしてそもそも多数の原告等の曝露の可能性が認められない製品などがある。「原告らが加害行為（侵害行為）として主張する被告企業らの販売行為又は製造行為の中には、現実には、原告等に対して石綿被害の危険性を及ぼし得なかったものが含まれるといわざるを得ない」。「被告企業らが個々の原告等に対して一体的に加害行為（侵害行為）をしたとは認め難いのであって、被告企業らに上記で説示した全部責任を正当化するに足りるだけの法的な結びつきがあったとは認めるに足り」ない。なお、判決は、原告が主張した共同性に関する主張のうち、

危険の同質性や危険の集積の必然性の認識、安全性確保義務、主観的結びつきといった共同性の基礎部分に関する主張については一応の検討はしているが、本件の本質的な特質である危険の同質性については言及していません。また、原告が主張した損害の不可分一体性と利益共同についても触れていない。さらに、原告が昭和50年以降に関わって付け加えた共同性の加重要素としての、昭和50年に石綿の発がん性を踏まえて特化則が改正されて代替化に向けた努力義務が課されたことや、安衛法57条によって石綿含有建材の容器又は包装への警告義務が課されるようになったといった事情には、なぜかまったく言及していない。

以上の判決の考え方には疑問がある。判決が言っているのは、被告の中に原告等に現実の危険性を及ぼし得ない者が含まれているということである。しかし、このことがなぜ共同性の否定に結びつくのかであろうか。これは、共同不法行為規定が推定ないし擬制によって被害者救済をはかろうとした個別の因果関係の問題ではないのか。したがって、そのような被告がいると裁判所が認定できるなら（強い関連共同性があれば減免責の主張はできないが、そうでなければ）共同不法行為を認めた上で、因果関係の推定が破られたとして減免責すれば良いだけではないのか。

関連して、本判決も横浜判決と同様、共同不法行為は「強い関連共同性」ある場合に限られ、また、後段は（後述するように）択一的競合の場合だとしており、多様な競合形態をカバーする理論がとられていない。しかし、すでに述べたように、近時の有力説や下級審の裁判例では、「弱い関連共同性」ある共同不法行為を認め、多様な競合事例をカバーすることが行われているのである。このように、一定の場合には減免責可能な（弱い関連共同性にとどまる）共同不法行為もありうるとすれば、（そのような共同性がどの範囲の被告について認められるかについては議論が残るものの）個別的因果関係を推定し、後は被告の減免責の主張を認めるかどうかという形で議論を進めることが可能になるのではないのか。

このように、関連共同性について、その多様性を肯定する場合、その判

断にあたっては、行為の客観的性格だけではなく、主観的事情を含めた総合的な判断が必要となる（主観客観総合説）。そして、すでに述べたように、この主観客観総合的な判断は、強い関連共同性においてだけではなく、弱い関連共同性の判断においてもなされるべきである。このような立場からは、本件において、昭和50年に石綿の発がん性を踏まえて特化則が改正されて代替化に向けた努力義務が課されたことや、安衛法57条によって石綿含有建材の容器又は包装への警告義務が課されるようになったといった事情は、アスベスト含有建材メーカーのアスベスト含有建材とそれが集積する建築現場での危険性に関する認識を強化するものであり、共同性の重要な要素となる。したがって、この点について本判決が何ら判断しなかった点は問題である。

なお、強い関連共同性にせよ弱い関連共同性にせよ、共同不法行為である以上、共同行為に加わっており、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（その意味での共同不法行為者の特定）ので、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。しかし、この共同行為者の特定の問題と、個別の被告のアスベストの個別の被害者への到達の証明の問題は区別すべきであり、後者は、関連共同性が認められる限り擬制ないし推定される個別的因果関係の問題である³⁰⁾。

次に、判決は、以下の理由から後段の適用ないし類推適用を否定している（568頁以下）。すなわち、後段は、「関連共同性を欠く数人の加害行為により損害が生じ、その損害が当該数人中の誰かによって生じたことはあきらかであるが、誰が生じさせたか不明の場合（択一的競合の場合）において、因果関係を推定し、当該行為者に連帯して責任を負わせる趣旨の規定である」。したがって、後段が適用されるには、「加害行為が到達する相

当程度の可能性を有する行為をした者が、共同行為者として特定される必要がある」が、原告らの主張は「加害行為が到達する可能性がゼロではない限り同項後段の『共同行為者』に該当するという見解に基づくものであるが、このような見解は、因果関係の存否の証明責任を転換するという同項後段の効用に鑑みると、責任を負う者の範囲を不当に拡げることになるものであって、相当ではな」い。

しかし、これにも疑問がある。確かに、後段の適用には、「共同行為者」の特定が必要との見解が有力である。筆者自身も、義務者が無限定に広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が必要だと立場である³¹⁾。しかし、注意すべきは、筆者を含めて多くの学説は、この特定は、加害者であるうる可能性（相当程度の可能性ではない）を有する者の特定でよいとしていることである。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）。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、後段で責任を追及される者の範囲からははずれることになろう。

これに対し、前田達明=原田剛は、ここでいう「可能性」は「現実的危険性」すなわち「原告と被告の接点」のことだとして、限定的にとらえる説を主張している³²⁾。本判決は、このような限定説とも、共同行為者の特定について高度の証明を原告に要求し、廃業した業者などがあるといった理由で特定を否定した横浜判決とも異なり、「相当程度の可能性」としている点で、原告の立証負担の重さに配慮したものとなっており、その点

では評価できる。しかし、なぜ「可能性」ではなく「相当程度可能性」なのか、また、「相当程度」とはどの程度なのかといった点は明確ではない。また、「相当程度」に引き下げられたものとは言え）到達の可能性を限定することは適切なのか、そこにおいても、やはり、因果関係の証明と後段適用要件の問題が十分には整理されていないのではないかといった疑問が残る。後段の効果は因果関係の推定であり、被告からの減免責の主張が可能なことから、可能性がある者が特定されておれば十分であり、後は、被告の減免責の主張を認めるかどうかの問題として処理すれば、責任を負う者を不当に拡大することは避けられるのではないか。

このように考えれば、過失のある建材メーカーが個別の立証責任の困難さのゆえに責任を免れるという、判決自体が問題があると考えざるを得なかった事態を避けることは十分可能であったのではないか。少なくとも、弱い関連共同性を認めるなり、後段の適用ないし類推適用を柔軟に考えることにより、被告企業の責任を肯定し、後は被告側の減免責の問題として審理することが可能だったのではないか。横浜判決に関して淡路がその方向を示唆した³³⁾ことはすでに紹介したが、同様のことが本判決にもあてはまるのではないか。この意味で、本判決が、減免責の反証を許す弱い関連共同性ある共同不法行為について視野に入れていないように思われることは重大である。

4. おわりに

前稿で筆者は（共同不法行為論にかかわって）、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と述べた³⁴⁾。このことは、国の責任についてもあてはまる。本件で検討した事件は、現在、控訴審で

争われており、同様の訴訟は、北海道・京都・大阪・福岡でも行われている。裁判所が、安易に制度や政策の問題とせず、事態の深刻さを受け止めて、新たな法理論の開発を含めて、より一層、真摯に問題に取り組むことを期待したい。

- 1) 以上の、アスベスト被害救済をめぐる訴訟上の困難については、淡路剛久「アスベスト健康被害救済と立法」環境と公害36巻1号52頁参照。
- 2) いずれも、本稿執筆時には未公開であり、判決文の入手については、首都圏建設アスベスト訴訟原告弁護団のお世話になった。
- 3) 拙稿「『規制権限不行使』による国賠償責任をめぐる近時の動向」法律時報84巻10号58頁以下。
- 4) 宮本憲一「環境政策と国家の責任」全国公害弁護団連絡会議編『公害と国の責任』（日本評論社、1982年）3頁以下。
- 5) 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48頁以下。
- 6) 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73頁以下。
- 7) 下山前掲論文74頁。
- 8) なお、この、措置の実効性という点について、横浜判決では、吹き付け作業の禁止に関して、マスクの使用等の義務づけをしていたので権限不行使の違法性は認められないとしており、そこでは、建築現場（とりわけ吹き付け作業の現場）がどのような状態であったか、そのような実態の中でどのような措置をとるべきであったかといった視点からの検討はない。
- 9) なお、本判決は、他にも、曝露期間の短さや喫煙による減額をしているが、その点は、本稿では検討を省略する。
- 10) 下山前掲論文71頁。
- 11) ただし、野呂充「泉南アスベスト国家賠償請求訴訟」法律時報84巻10号66頁は、このような認定に対し、石綿肺について、「戦前以来の知見の蓄積や、1957年以降、国自身が具体的対策に乗り出していることに鑑みれば、いささか慎重に過ぎるようにも思われる」とし、肺がん・中皮腫についても、1971年に発がん性が判明したとする労働省の通達が出されていることからすると、昭和47年（1972年）とするのは遅すぎるとする。
- 12) 下山前掲論文75頁。
- 13) 規制権限不行使に国の責任を（国の立場から）論じ、責任を広範に認めることは「規制緩和」の政策動向に反し「事前規制形社会への回帰」になってしまうとした、二子石亮・鈴木和孝「規制権限の不行使をめぐる国家賠償法上の諸問題について—その2」判タ1359号18頁が、国の責任が認められる場合の要件として「予見が容易であること」をあげており、本判決に近いようにも思われるが、この論文が「予見が容易であること」を要件として論じているのは行政指導の不作为による違法性の場合であり、本件とは論点が異なる。また、同論文は、別のところで、これまでの判例が規制権限不行使による違法性を判断す

る場合、「具体的な予見可能性と回避可能性（違法性の問題）がいずれも容易に肯定される場合は作為義務が肯定されるであろう」と述べており（判例タイムズ1356号25頁）、本判決の「容易に認識」できるという限定と類似した表現を行っている。しかし、この記述は、「予見可能性と回避可能性が容易に肯定される場合」には規制権限不行使の違法性が認められやすいことを指摘しているだけであり、「容易に肯定」できなければ責任が発生しないのが判例の立場だと言っているわけではないように思われる（もし、そのような趣旨の記述だとすれば、それは判例理解として不正確なものと言わざるをえない）。

- 14) 国家賠償法の学説でも、危険性が重大な場合、本判決が行ったような限定はすべきでないとの説が強い。例えば、芝池義一『行政救済法（第3版）』（有斐閣、2006年）262頁以下は、「危険認識の容易性」といった付加的要件があげられることがあるが、それは「法論理上当然に要求されるものではなく、何らかの現実的・政策的考慮に基くものであり」、「被侵害利益が国民の生命・身体・健康のように重大なものである場合には、これらの考慮を働かせることには疑問がある」とし、宇賀克也『行政法概説（第2版）』（有斐閣、2009年）400頁は、「生命侵害や重大な身体侵害が予想される場合には、相当程度の危険の蓋然性があれば、規制権限の行使が要請されるであろう」とする。
- 15) 前掲拙稿法律時報84巻10号62頁。
- 16) 同旨、野呂前掲論文69頁。
- 17) 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂、1992年）208、212頁。
- 18) 例えば、内田貴『民法Ⅱ（第3版）』（東京大学出版会、2011年）533頁以下は、複数行為者の関与した場合をいくつかに分けて、「損害一体型」（＝「被害に一体性がある（どれが誰の加害行為の結果か分からない）、個々の加害行為が損害との関係でどこまで事実的因果関係があるか分からないケース（全損害について因果関係があるかもしれない、一部についてのみかもしれない、一部についてのみかもしれない）」）については、719条1項後段とのバランスから見て（「損害一体型」では、少なくとも部分的には因果関係があるだろうと思われるのに、どの程度か立証できないために全然責任が生じないことになるのはおかしい）、同条項を類推適用すべきとする。大塚直も、719条1項後段の要件として関連共同性は不要であると解するので競合的不法行為の相当部分は1項後段で処理されるだろうとしつつ、寄与度不明の場合（1項後段を類推適用して）、被告が自己の寄与度を立証して因果関係の及ぶ損害の範囲が全損害の一部に限られることを立証して減責を求められることができるとする（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」星野古稀『日本民法学の形成と課題（下）』（有斐閣、1996年）883頁以下）。
- 19) 「【緊急座談会】大阪・泉南アスベスト国賠判決をめぐって」環境と公害42巻1号61頁。
- 20) 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212頁以下。なお、この論文は、建設アスベスト訴訟に関し、原告弁護団の要請に基づいて作成し裁判所に提出した意見書に加筆修正を行ったものである。
- 21) 詳しくは、前掲拙稿立命館法学344号233頁以下参照。
- 22) 関連共同性になぜ「帰責性」が必要なのか、そこでいう「帰責性」とは何かは明確ではない。
- 23) あわせて判決は、ある原告について共同行為者を特定することができるのではないかと

建設アスベスト訴訟における国と建材メーカーの責任（吉村）

思われる者もいるが、原告は原告ごとの被告企業の限定をあえて行っていないとして、原告の立証手法に不満を示す口吻を示している。

- 24) 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44頁。
- 25) 本判決は、共同不法行為の規定が使えない以上、建材メーカーの責任は論ずる必要がないとして、建材メーカーのアスベストの危険性に対する認識がどうであったかや、メーカーには被害防止のためにどのような義務が課されていたのかといった点は、まったく検討していない。この点が、後述する東京判決と大きく異なる点であり、これでは、かりに、本判決が末尾で指摘したような「石綿被害に関する法律の充実、補償制度の創設の可否を含め、再度検証」を行うとしても、そこでは、建材を製造販売し利益を受けてきた建材メーカーも応分の負担をする制度といったものを考える何の手がかりもないことになってしまう。
- 26) 淡路前掲論文40頁は、本判決は「石綿建材の原告作業現場への到達の問題は、不法行為として判断されるべき加害行為（侵害行為）としてではなく、因果関係の問題としてとらえ、それを共同不法行為の要件としての関連共同性の要件として判断した、と理解することができよう」とするが、やはり、加害行為は建設現場における曝露＝到達（少なくとも、建設現場における曝露＝到達を組み込んだ加害行為論）であり、現場における曝露の問題は因果関係の問題だとは考えていないのではないか。
- 27) 淡路前掲論文43頁。
- 28) 前掲緊急座談会の追記（環境と公害42巻1号61頁）。
- 29) 本判決が救済制度において持つ意義について詳しくは、拙稿「アスベスト被害の救済」環境と公害44巻2号参照。
- 30) なお、かりに、一定の範囲の共同不法行為者が特定されたが、それ以外に特定できない原因者が考えられる場合には、特定された原因者について（それらに関連共同性が認められる限り）、特定原因者の寄与した部分について（すなわち、不特定原因者の寄与した部分を除いて）連帯して責任を負うという、西淀川二～四次訴訟判決（大阪地判平7・7・5判時1538・17）の適用が考えられる。
- 31) これに対し、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頁以下は、「共同行為者」の特定は不要とする。
- 32) 前田達明=原田剛『共同不法行為論』（成文堂、2012年）263頁。正確に言えば、公害・薬害・じん肺などに関する裁判例がこのような限定をしており、それが適切だと評価しているのである。ここでいう「現実的危険性」や「接点」とは何か、これらの裁判例が「接点」を要求していると見るべきか、あるいは、このような限定が、筆者の一人である前田が従前展開してきた共同不法行為論とどのような整合性を持っているかといった疑問については、前掲拙稿立命館法学344号251頁以下参照。
- 33) 淡路前掲論文43頁。
- 34) 前掲拙稿立命館法学344号259頁。