

◇ 論 説 ◇

建設アスベスト訴訟における建材メーカーの 集団的寄与度に応じた連帯責任

石 橋 秀 起*

目 次

- I. はじめに
- II. 最高裁の判断の概要
- III. 1項後段類推適用論の理論的意義
- IV. 残された課題の検討

I. はじめに

建設作業に従事する者が建設現場で石綿粉塵に曝露し、中皮腫や石綿肺などの石綿関連疾患に罹患したという事例（以下「建設アスベストの事例」）に関しては、全国各地の裁判所において訴訟が提起されており、下級審レベルではすでに数多くの裁判例が報告されている。そうしたなか、最高裁第一小法廷は、2021年5月17日に、建設アスベスト神奈川1陣訴訟、東京1陣訴訟、京都1陣訴訟、大阪1陣訴訟の各訴訟の上告審判決を言い渡した。このうち、神奈川1陣訴訟上告審判決¹⁾（以下「判決【1】」）は、建材メーカーの責任を根拠づける規定である民法719条1項後段（以下「1項後段」）の趣旨および適用要件について判示すると共に、同段を類推適用することによって建材メーカー3社の連帯責任を肯定した。一方、東京1陣訴訟上告審判決²⁾（以下「判決【2】」）は、建材メーカーの責任において問題

* いしばし・ひでき 立命館大学法学部教授

1) 最判令和3・5・17判タ1487号106頁・民集75巻5号登載予定。

2) 最判令和3・5・17判タ1487号136頁・民集75巻6号登載予定。

となる建材の建設現場への到達の事実につき、原告らが採用する立証手法に相応の合理性があることを認め、建材メーカーの責任を否定した原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

一般に、建設作業従事者は、いくつもの建設現場を転々として作業に従事しており、建設作業従事者が個々の現場で取り扱った可能性のある石綿含有建材のメーカーは、複数存在する。また、多くの場合、建設作業従事者が個々の現場で曝露したとされる石綿粉塵には、自己の作業に由来するもののほか、同じ現場で行われる他の建設作業従事者の作業に由来するものが含まれる。こうしたことから、建設アスベストの事例において、建設作業従事者が、建材メーカーによる石綿含有建材の製造販売行為と自らに生じた健康被害との間の個別的因果関係を立証することは、極めて困難となる。そこで、この種の事例においては、1 項後段の適用または類推適用によって建材メーカーの責任を導くことができるかが問題となる。その意味において、判決【1】と判決【2】を通じて示された 1 項後段に関する判断は、今後同種の事案を解決する上で重要な意義を有する。もっとも、のちに本論で示されるように、判決【1】は、1 項後段の類推適用に関して一般的な法理を提示しておらず、事例判断を行っているにすぎない³⁾。したがって、これらの判決によって打ち出される 1 項後段責任の理論的内実は、十分に明らかにされているとはいえない。

本稿は、このような問題状況の下、建設アスベストの事例における建材メーカーの 1 項後段責任について、理論的観点からその成否の基準を明らかにすると共に、残された課題について検討することを目的とする。叙述の順序は以下のとおりである。まず、建材メーカーの 1 項後段責任に関する判決【1】と判決【2】の判断の概要を把握し (Ⅱ)、次いで、その理論的意

3) 中野琢郎「判解：判決【1】」ジュリ1562号 (2021年) 84頁, 92頁。なお、中野前最高裁判所調査官は、ジュリ1562号84頁以下のほか、法律のひろば74巻11号 (2021年) 56頁以下にも判決【1】の解説を公表しているが、以下本稿では、ジュリ1562号84頁以下に掲載されているものから引用を行う。

義を明らかにする（Ⅲ）。そして最後に、残された課題を指摘し、適宜検討を行う（Ⅳ）⁴⁾。

Ⅱ．最高裁の判断の概要

1．判決【1】の判断の概要

(1) 1項後段の趣旨および適用要件

(a) 1項後段の趣旨 判決【1】は、1項後段の趣旨につき、次のように判示する。1項後段は、「複数の者がいずれも被害者の損害をそれのみで惹起し得る行為を行い、そのうちのいずれの者の行為によって損害が生じたのかが不明である場合に、被害者の保護を図るため、公益的観点から、因果関係の立証責任を転換して、上記の行為を行った者らが自らの行為と損害との間に因果関係が存在しないことを立証しない限り、上記の者らに連帯して損害の全部について賠償責任を負わせる趣旨の規定である」。ここでは、①1項後段がいわゆる加害者不明の場合に適用されること、②同段が因果関係の立証責任を転換する規定であること、③そうした立証責任の転換が「被害者の保護を図るため、公益的観点から」行われること、の3点が重要である。

まず、①に関しては、上記判示から1項後段が択一的競合の事例に適用されることは明らかであり、そのかぎりにおいて特に問題にすべき点はない。これに対し、上記判示が、択一的競合の事例のほか、各行為に全部惹起力（Ⅲ.2.(3)）が備わっている累積的競合の事例⁵⁾をも念頭に置いたもの

4) 筆者は、すでに同様のテーマに関する論稿として、拙稿「建設アスベスト最高裁4判決と建材メーカーの責任」法時93巻11号（2021年）64頁（以下「前稿」）を公表している。本稿は、前稿をベースにしつつ字数の制限のため同稿では論じることができなかった内容を盛り込んだものであり、いわばその拡大版としての意義を有する。前稿と本稿との間に、叙述の重複があることをお断りする。

5) 前田陽一「民法719条の存在意義と原因競合論」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題』（商事法務、2015年）225頁、237頁の「累積的競合・択一的競合不明」

かどうかについては議論の余地がある。ここでは、上記判示をもって、2 つ以上の行為によって損害が生じた可能性がある場合をも念頭に置くのか、因果関係の一部不存在（寄与度）の立証によって責任が軽減されることをも念頭に置くのか⁶⁾、といった点が問題となろう。

次に、②に関しては、判決【1】が因果関係の「推定」という文言を用いていない点がやや問題となる。これに関しては、一部の論者が、1 項後段を、前段とは異なった意味において因果関係を擬制する規定であるとしている点⁷⁾に配慮したものとも考えられるが、立証責任の転換をもたらず以上、推定規定と解して問題はない⁸⁾。

最後に、③は、1 項後段の趣旨の中核をなすものであり、同段の適用要件を明らかにする上でとりわけ重要である。1 項後段における被害者保護を公益の観点から説明するという考えは、起草者の見解⁹⁾に由来するものであるが、最高裁は、上記判示において、この起草者の見解を踏まえて主張された近時の学説¹⁰⁾に依拠したものと推察される。そして、そうだとするならば、判決【1】は、1 項後段における因果関係の推定の主要な根拠を、各行為の結果発生に対する危険性（以下「適格性」）にではなく、特定され

ゝ型」が、これにあたる。

6) 例えば、日本不法行為法リステイトメントは、「原因者不明の共同不法行為」に関する「第719条の3」において、「自己の行為が……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……減じられる」と定める（同条ただし書）。淡路剛久「共同不法行為」ジュリ898号（1987年）86頁，86－87頁，91－92頁。

7) 平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』（弘文堂，1992年）210－211頁，澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』（有斐閣，2001年）358－359頁等。また，四宮和夫『不法行為』（青林書院，1983年・1985年）795頁は，1 項後段を因果関係の擬制規定と解する見解に理解を示す。

8) 担当調査官もそのように解する。中野・前掲注 3）91頁。

9) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書 5 法典調査会 民法議事速記録五』（商事法務研究会，1984年）394頁（穂積陳重発言）。

10) 前田陽一「共同不法行為論の展開と平井理論」瀬川信久ほか編『民事責任法のフロンティア』（有斐閣，2019年）473頁，500頁，大塚直「建設アスベスト訴訟に関する大阪高裁 2 判決と今後の課題」判時2404号臨時増刊（2019年）300頁，307頁等。

た複数の行為者のうちのいずれかが真の加害者であるという点に求めていることになる。

(b) 1項後段の適用要件 以上を踏まえ、判決【1】は、「被害者によって特定された複数の行為者のほかに被害者の損害をそれのみで惹起し得る行為をした者が存在しないことは、民法719条1項後段の適用の要件である」と判示する。これまで、特定された複数の行為者以外に加害者となり得るものがないこと（以下「十分性」）¹¹⁾を同段の適用において不要とする見解が一部で主張されていたが¹²⁾、最高裁は、これを必要とする多数説に従ったことになる。

(2) 1項後段の類推適用

判決【1】は、1項後段の趣旨および適用要件に関する上記の各判示に続き、同段の類推適用について判断を行う。ここでは、神奈川1陣訴訟における事実関係のうち、「本件ボード三種」¹³⁾を製造販売する被告Yら3社と「本件被災大工ら」との関係について、原審の認定事実に即した事例判断が行われている。判断の前提となった事実関係を整理すると、以下のとおりとなる。

- ① 被告Yらは、「石綿含有建材を製造販売する際に、当該建材が石綿を含有しており、当該建材から生ずる粉じんを吸入すると……重篤な

11) 前稿（注4）では、「特定された複数の行為者のほかに被害者の損害をそれのみで惹起し得る行為をした者が存在しないこと」（判決【1】）を「十分性」と呼んでいたが（同64頁）、本稿では、「特定された複数の行為者以外に加害者となり得るものがないこと」を「十分性」と呼ぶこととする。両者の違いは、後者において各行為に全部惹起力が備わっていることを要求しない点にある。

12) 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333=334号（2011年）1378頁、1395-1398頁、内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書（続）（上）」NBL 1086号（2016年）4頁、8頁、平野裕之『不法行為法〔第3版〕』（信山社、2013年）295頁。

13) 「石綿含有スレートボード・フレキシブル板」、「石綿含有スレートボード・平板」、「石綿含有けい酸カルシウム板第1種」の3種をいう。いずれも、一般に大工が直接取り扱う機会の多い建材であるとされる。

石綿関連疾患を発症する危険があること等を当該建材に表示する義務を負っていた」ところ、これに違反した。

- ⑥ 「本件被災大工らは、本件ボード三種を直接取り扱っており、本件ボード三種のうち被告Yらが製造販売したものが、……本件被災大工らが稼働する建設現場に相当回数にわたり到達して用いられていた」。
- ⑦ 「本件被災大工らは、建設現場において、複数の建材メーカーが製造販売した石綿含有建材を取り扱うことなどにより、累積的に石綿粉じんにはく露」した。
- ⑧ 「このこと〔㉔—引用者注〕は、これらの建材メーカーにとって想定し得た事態」であった¹⁴⁾。
- ⑨ 「本件被災大工らは、建設現場で石綿粉じんにはく露し、石綿関連疾患に罹患した」。
- ⑩ 「本件被災大工らが本件ボード三種を直接取り扱ったことによる石綿粉じんのばく露量は、各自の石綿粉じんのばく露量全体のうち3分の1程度であった」。

以上の事実関係の下、判決【1】は、被害者保護の見地から、1項後段が適用される場合との均衡を図って、次のように判示する。すなわち、「被告Yらは、民法719条1項後段の類推適用により、……本件被災大工らの各損害の3分の1について、連帯して損害賠償責任を負うと解するのが相当である」。

2. 判決【2】の判断の概要

東京1陣訴訟において、原告らは、特定の建材メーカーの石綿含有建材が特定の被災者が作業をする建設現場に相当回数にわたって到達した事実

14) 本件被災大工らのうち中皮腫以外の石綿関連疾患に罹患した者に対する責任に関する判断の箇所には、⑧に関する記載はない。しかし、その内容が中皮腫に罹患した者に対する責任に固有のものとはいえないことからすると、これに関しては、単に省略されているにすぎないとみるべきであろう。

を立証するため、以下の手順による立証手法を採用した。

- ① 国交省データベース¹⁵⁾の平成25年2月版に掲載されるなどした石綿含有建材を複数の種別に分類し、本件被災者らの職種ごとに、直接取り扱う頻度が高く、取り扱う時間も長く、取り扱う際に多量の石綿粉塵に曝露するといえる種別を選定する。
- ② 選定された種別に属する石綿含有建材のうち、本件被災者らが作業に従事していた地域での販売量が僅かであるもの等を除外し、さらに、本件被災者ごとに、作業に従事した期間とその建材の製造期間との重なりが1年未満である可能性のあるもの等を除外する。
- ③ ①および②により本件被災者ごとに特定した石綿含有建材のうち、同種の建材の中での市場占有率（以下「シェア」）が概ね10%以上であるものは、確率計算¹⁶⁾を考慮して、その本件被災者が作業をする建設現場に到達した蓋然性が高いものとする。
- ④ 本件被災者がある取り扱った石綿含有建材の名称、製造者等につき具体的な記憶に基づいて供述等をする場合には、その供述等により建設現場に到達した石綿含有建材を特定することを検討する。
- ⑤ 建材メーカーから、自社の石綿含有建材につき販売量が少なかったこと等が具体的な根拠に基づいて指摘された場合には、その建材を①～④により特定したものから除外することを検討する。

上記の立証手法（以下「本件立証手法」）は、③において確率計算を考慮する点に最大の特徴がある。この点につき、判決【2】の原審¹⁷⁾は、「シェア……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

15) 国土交通省および経済産業省によって公表されている「石綿（アスベスト）含有建材データベース」を指す。

16) 次の公式が用いられた。シェア $x\%$ の企業の建材が y 件の現場数で少なくとも1回到達する確率は、 $1 - (1 - x/100)^y$ である。これによると、例えば、シェア10%の企業の建材が20件の現場数で少なくとも1回到達する確率は、約88%となる。

17) 東京高判平成30・3・14裁判所ウェブサイト（平成24(ネ)8328）。

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……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」として、確率計算に依拠して建材の到達を認めること
はできないと判示した。これに対し、判決【2】は、本件立証手法において
は、①および②によって「個別的要因の影響の相当部分は考慮¹⁸⁾されてい
る」とした上で、「そのことを前提とすると、特定された石綿含有建材の
同種の建材の中でのシェアが高ければ高いほど、また、特定の本件被災者
がその建材の製造期間において作業をした建設現場の数が多ければ多いほ
ど、建材現場到達事実が認められる蓋然性が高くなることは経験則上明ら
かである」とした。そして、これを踏まえ、判決【2】は、建材メーカーら
から「他に考慮すべき個別的要因が具体的に指摘されていないときには、
上記のシェア及び上記の建設現場の数を踏まえた確率計算を考慮して建材
現場到達事実を推認することは可能である」と判示した。

このほか、判決【2】は、④につき、「取り扱った石綿含有建材の名称、製
造者等に関する本件被災者らの記憶に基づく供述等」については、「その
内容の具体性、それらの事実を記憶している理由、他の事情との整合性等
の諸事情を踏まえて、その信用性を検討すれば、これによりそれらの事実
を認定することができる場合もある」として、「原審が、裏付け証拠がな
いことのみをもって直ちに上記供述等により上記の認定をすることができ
ないとしたことは、著しく合理性を欠く」と判示した。

判決【2】は、建材メーカーのシェアと建設現場の数を踏まえた確率計算
によって、建材の建設現場への到達の事実を推認することが可能であるこ
とを明らかにした。ただし、これに関しては、本件立証手法を採る場合、
①および②によって、すでに個別的要因の影響の相当部分が考慮されてい
ることを看過してはならない。ここでは、原告が①および②によって個別

18) 判決【2】と原審（ただし本文引用箇所）とで、個別的要因の「考慮」という文言が異
なった意味で用いられている点に注意されたい。

的要因の影響を考慮した場合には、被告が「他に考慮すべき個別的要因」を具体的に指摘しないかぎり、確率計算を考慮して建材の建設現場への到達の事実を推認してもよいという枠組みが設定されている。これは、近時の有力学説の見解¹⁹⁾とも概ね一致する考え方である。一方、判決【2】は、④につき、被災者らの記憶に基づく供述等を手がかりにして、建材の建設現場への到達の事実を認定できる場合があることを認めた。こうした認定の手法は、すでに一部の裁判例²⁰⁾において採用されているところであるが、①～③の枠組みの下では捕捉しきれない個別的な事情を考慮するための受け皿として、重要な意義を有する。

Ⅲ. 1 項後段類推適用論の理論的意義

1. 建材メーカーの絞り込みの意義

建設アスベスト訴訟において、当初、原告らは、いわゆる国交省データベース（注15）に登録されている企業40数社に対して1項後段の責任を追及していた。そうしたなか、神奈川1陣訴訟1審判決²¹⁾は、企業40数社の「石綿含有建材の製造の種類、時期、数量、主な販売先等」と、被災者らの「職種、就労時期、就労場所、就労態様」はそれぞれ異なるとし、被災者らの「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」として、建材メーカーの1項後段責任を否定した。そこで、全国各地の訴訟において、原告らは、個々の被災者ごとに、使用された可能性の高い石綿含有建材のメーカーを絞り込んでいった²²⁾。

例えば、大阪1陣訴訟において、原告らは、「病気発症への影響度が高い建材」として「主要原因建材」を選定し、これを製造販売した「主要原

19) 吉村良一「建設アスベスト訴訟と共同不法行為論」『政策形成訴訟における理論と実務』（日本評論社、2021年）294頁、361頁、412～413頁。

20) 大阪高判平成30・9・20判時2404号240頁（大阪1陣訴訟2審判決）。

21) 横浜地判平成24・5・25訟月59巻5号1157頁。

22) 詳しくは、吉村・前掲注19) 387～392頁。

因企業」に対して、1 項後段の責任を追及した。同訴訟の 2 審判決（注 20）によると、「主要原因建材」は、広義のものと狭義のものに分かれる。このうち、「広義の主要原因建材」とは、「被災者ごとに、その職種、作業形態等から、……その粉じんに曝露した可能性が高い石綿含有建材の中で、石綿関連疾患発症への影響が特に高い建材の種類」として選定されたものをいう。これに対し、「狭義の主要原因建材」とは、「広義の主要原因建材」の中から、被災者ごとに使用頻度が高いものとして選定されたものをいう。なお、使用頻度の高さは、確率計算によって明らかにされるが、被災者の記憶等によって特定の企業の建材を多く使用したことが明らかとなる場合には、そのことも考慮される。このような絞り込みは、他の建設アスベスト訴訟においても行われており、例えば、東京 1 陣訴訟における「本件立証手法」（Ⅱ.2.）も、具体的な手順・方法こそ異なるものの、基本的には同様の考え方に立ったものと考えられる²³⁾。

以上のような絞り込みの結果、建設アスベストの事例は、被災者集団が建材メーカー 40 数社と向き合う「集団対集団」の事例から、個々の被災者がそれぞれ異なった組み合わせによる複数の建材メーカーと向き合う競合的不法行為の事例へと変化を遂げた²⁴⁾。そしてこれにより、被災者ごとに区分された個々の事例において、損害発生の可能性に関する「等価性 (fungibility)」²⁵⁾が確保され、1 項後段の適用または類推適用を可能にする基盤が形成されることとなった²⁶⁾。また同時に、原告らが絞り込みを進め

23) 東京 1 陣訴訟における「本件立証手法」の①および②は、大阪 1 陣訴訟における「広義の主要原因建材」の選定に概ね対応していると考えられる。

24) 大塚・前掲注 10) 306 頁。なお、原告らは、「集団対集団」の枠組みの下での責任追及を企図していたわけではなかった。村松昭夫＝鎌田幸夫＝谷真介「建設アスベスト訴訟最高裁四判決の内容と歴史的意義」労旬 1993 号（2021 年）11 頁，19 頁。

25) 大塚直「建設アスベスト訴訟の製造者の責任に関する課題と近時の 2 つの下級審判決」浅野直人喜寿『持続可能性環境法学への誘い』（信山社，2020 年）65 頁，69 頁。

26) 渡邊知行「『加害者不明の共同不法行為』について（3）」名法 145 号（1993 年）463 頁，490 頁によれば、アメリカ法では、「危険性の程度が異なる」ことを主たる理由として、多くのアスベスト事件において「市場占有率責任理論」の適用が否定された。これとの対

るなかで、各行為が結果を引き起こした可能性がより具体的かつ高度なものになったという点も看過してはならない²⁷⁾。これは、1項後段の要件として議論されてきた適格性の確保にとって重要である。

2. 「公益的観点」からの被害者保護と1項後段の類推適用

(1) 「公益的観点」からの被害者保護の意味

判決【1】は、1項後段につき、「被害者の保護を図るため、公益的観点から、因果関係の立証責任を転換」する趣旨の規定であると判示する。すでに述べたように、同段における被害者保護を公益の観点から説明するという考えは、起草者の見解²⁸⁾に由来する。穂積陳重は、同段の趣旨について、次のように説明する。大勢が寄ってたかって人を打ったが誰の拳が当たったのかが分からないという場合、「其加害者……ヲ差示ス」ことを要するとなれば、多くの場合において実際その証明が困難となり、被害者は「夫レ丈ケノ損ヲシナケレバナラ」なくなる。その場合においては法律上の保護はないということになるため、「公益上カラシテ」このように規定するのが相当であろう²⁹⁾。

前田陽一教授は、この起草者の見解とその後の学説の動向を踏まえ、1項後段（択一的競合の場合）につき、次のように主張する。まず、適格性に関して、同段が「公益上」の理由から被害者を特別に保護した規定であることに照らせば、これを「具体的危険性」があるといったような特別な

ㄨ比でみるならば、わが国の建設アスベスト訴訟においては、各地の原告弁護団に所属する弁護士諸氏の緻密な立証活動によって事例が被災者ごとに個別化された結果、1項後段の適用ないし類推適用が可能になったということになる。

27) 吉村・前掲注19) 389頁。このほか、論者は、絞り込みによって関連共同性が認められ、建設アスベストの事例を、競合的不法行為ではなく、共同不法行為とみる可能性が出てくると指摘する（同389－391頁）。

28) 神田孝夫「共同不法行為」星野英一編集代表『民法講座 第6巻 事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、1985年）565頁、573－575頁、淡路・前掲注6) 89頁、前田・前掲注10) 481－482頁等を参照。

29) 法務大臣官房司法法制調査部監修・前掲注9) 394頁。

場合に限定する必要はない。次に、十分性(「特定性」)に関しては、「『真の加害者』が責任を免れて無実の者だけが責任を負うことによる不当な結果」を避ける必要があるが、あまり厳格な立証を求めるべきではなく、「『共同行為者』として範囲を画定された者の『みなし共同行為』と損害発生との間の因果関係が『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』されることを基本とすべきである」³⁰⁾。

次に、大塚直教授は、神奈川 1 陣訴訟 2 審判決³¹⁾が 1 項後段の効果を事実上の推定によって説明していることについて、「立法者は、719 条 1 項後段において、公益上の理由から択一的競合の被害者を特に保護しようとしたのであり、同判決は、後段についての立法者の考え方を改変する創造的解釈をしよう」としているとして、これを批判する³²⁾。また、大塚教授は、1 項後段の適用において十分性を要件とすべきかどうかについて、「立法者もその必要を示唆していた」とした上で、「無辜の者のみを集めて被告として全額連帯の責任を課することは、公平上、許されるべきではない」として、これを要件とすべきとする³³⁾。

最後に、吉村良一教授は、1 項「後段が個別的因果関係の推定……規定を置くのは、誰も責任を負わないということは望ましくないという『公益』の視点からのもの」であるとした上で、これを次のような具体例を使って説明する。「例えば数人(3 人)が石を投げたが、誰の石が当たったのかが分からないという事例の場合、各人の投石が原因であった確率は 3 分の 1 にすぎない。それにもかかわらず個別的因果関係が推定されるのであるから、ここでの推定は蓋然性が高いからではなく、その 3 人のうちいずれかであることが明らかな場合に誰も責任を負わないのは望ましくないという『公益』判断によるのである」³⁴⁾。

30) 前田・前掲注 10) 500 頁。

31) 東京高判平成 29・10・27 判タ 1444 号 137 頁。

32) 大塚・前掲注 10) 307 頁。

33) 大塚・前掲注 10) 308 頁。

34) 吉村・前掲注 19) 379-380 頁。

これらの論者は、1項後段における被害者の保護を「公益」上の理由によるものであるとした上で、同段による因果関係の推定³⁵⁾を充分性によって正当化する。したがってこれによると、充分性を1項後段の要件から除外する立場は採り得ないことになる。また、これらの論者は、充分性が満たされる場合、同段がないとすると、被害者は特定された複数の行為者のうちのいずれに対しても責任を追及できなくなるという不合理を問題にする。これは、吉村教授の見解において明らかであるが、前田教授や大塚教授の見解においても同様である。前田教授は、『真の加害者』が責任を免れて無実の者だけが責任を負うことによる不当な結果」を問題にし、大塚教授は、「無辜の者のみを集めて被告として全額連帯の責任を課することは、公平上、許されるべきではない」とする。これらは、特定された複数の行為者の中に責任を負うべき者が必ずいることを要求するものであるが、そのような場面において上記の不合理が問題となるのである。

上記の不合理が不合理として認識されるのは、特定された複数の行為者のうちのいずれかとの間において被害者が賠償請求権を有していることが確定していることによる。ここに、充分性を内包する1項後段の本質的な要件として、「被害者の賠償請求権の確定」³⁶⁾が設定される。そして、この要件は、判決【1】の説示の中にも読み取ることができる³⁷⁾。このことから、同判決のいう「公益的観点」からの被害者保護の内容が明らかとなる。「公益的観点」からの被害者保護とは、特定された複数の行為者との

35) 前田教授は「みなし共同行為」という語を用いるが、これは1項後段を因果関係の擬制規定と解したものではない。前田教授は、1項後段につき、「みなし共同行為」と結果との因果関係をもって各自について因果関係を推定し、全部連帯責任を負わせる趣旨の規定であると説明するのである。前田・前掲注10) 499頁。

36) MüKoBGB/*Gerhard Wagner*, 8. Aufl. 2020, BGB § 830, vor Rn. 63. なお、原語は「確定した被害者の賠償請求権」とでも訳すべきものである。

37) 判決【1】は、「仮に、上記の複数の行為者のほかに被害者の損害をそれのみで惹起し得る行為をした者が存在する場合にまで、同項後段を適用」することになれば、「実際には被害者に損害を加えていない者らのみに損害賠償責任を負わせることとなりがねず、相当ではない」とする。

間で賠償請求権があるにもかかわらず、個別の因果関係が明らかでないために保護されない被害者の保護を意味する³⁸⁾。

(2) 類推適用の要件としての集団的寄与度

(a) 充分性と集団的寄与度 判決【1】によれば、1 項後段の適用において充分性が要件となるのは、同段が「公益的観点」から被害者を保護する趣旨の規定であることに基づく。そして、この「公益的観点」からの被害者保護が、特定された複数の行為者との間で賠償請求権があるにもかかわらず、個別の因果関係が明らかでないために保護されない被害者の保護を意味するならば、1 項後段の類推適用においても、被害者が保護される場合を同様の観点から限定することが求められる。

ここで注意すべきは、被害者の賠償請求権が、生じた結果のうちの一定割合に関するものである場合、充分性は、被害者保護の領域を限定する役割を果たし得ないということである³⁹⁾。ここでは、特定された複数の行為者以外に加害者となり得る者がいないことではなく、特定された複数の行為者の行為のみで被害者に結果の一定割合についての賠償請求権が発生することが確保されなければならない。かくして、特定された複数の行為者の行為の生じた結果に対する集団的寄与度が、充分性に代わる要件として設定される⁴⁰⁾。集団的寄与度は、特定された複数の行為者

38) このような意味での被害者保護の要請は、起草者・梅謙次郎の叙述にも窺える。梅は、択一的競合の事例（充分性を満たす事例）を挙げて 1 項後段の効果を説明した上で、「此場合ニ於テ連帯責任アルモノトセサレハ被害者ハ竟ニ誰ニ向テカ其賠償ヲ請求スルコトヲ得ンヤ」とする。同『民法要義卷ノ三』（明法堂、1897年）894～895頁。

39) これに対し、被害者の賠償請求権が、生じた結果のうち、対象として特定可能な一定部分に関するものである場合、当該部分について充分性を問題にすることとなる。

40) 大塚・前掲注 25) 71～72頁、同「判批：大阪高判平成 30・8・31 等」リマックス 60 号（2020年）58頁、61頁。なお、判決【1】は、累積的競合（少なくとも全部または一部の行為が全部惹起力を備えていない累積的競合）のうち、生じた結果全体についての連帯責任が問題となる場合について判示するものではない。潮見佳男『基本講義 債権各論Ⅱ 不法行為法〔第 4 版〕』（新世社、2021年）191頁。この場合につき充分性を要求すべきとするものとして、大塚・前掲注 10) 308～309頁、同・前掲注 40) 60～61頁、石橋秀起「建設アノ

が責任を負うべき割合において決定されるべきものであり、特定された複数の行為者の行為は、当該割合についての責任を成立させるのに十分なものでなければならない。そこで、この点を踏まえ、充分性と集团的寄与度とを統合し、その上位に広義の充分性を観念することも考えられる⁴¹⁾。しかし、その一方で、1項後段の適用と類推適用とを明確に区別するという観点からは、充分性を既存の意味⁴²⁾のものとして維持した上で、同段の類推適用の要件として集团的寄与度を位置づけるほうが妥当であるともいえる。

いずれにしても、判決【1】が1項後段の類推適用を行うにあたって、被告Yらの集团的寄与度に着目している点は、押さえておかなければならない。判決【1】は、①～⑥（Ⅱ.1.(2)）の6点を踏まえ、1項後段の類推適用により、被告Yらに対して、本件被災大工らの各損害の3分の1についての連帯責任を課した。これは、個別的因果関係の問題をさて置くと、この6点をもって、本件被災大工ら各人に、被告Yら全体との関係において各損害の3分の1についての賠償請求権が認められることを前提とした判断であると考えられる。そして、これを行為の競合態様の面から捉えたと、ここでは、被告Yらのうちの少なくとも1社の行為が、本件被災大工ら各人の損害の発生に寄与していることとなる⁴³⁾。

（b）集团的寄与度の決定　ところで、神奈川1陣訴訟において、本件ボード三種に関する被告Yらのシェアは、うち1社が約30%、残り2社が

「アスベスト訴訟と民法719条1項後段の責任」吉村良一古稀『現代市民社会における法の役割』（日本評論社、2020年）233頁、240頁、前稿（注4）68頁。

41) 筆者はかつて、そのような広い意味で充分性を捉えたことがある。石橋・前掲注40）240～241頁。

42) 大塚直「共同不法行為・競合的不法行為に関する検討（補遺）」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題』（商事法務、2015年）209頁、217頁。なお、そこでの定義は本稿の定義——特定された複数の行為者以外に加害者となり得るものがないこと——と概ね一致する。

43) 被告Yらの行為以外の原因の寄与も考えられるため、各行為に全部惹起力が備わっていない場合も含め、このように解される。中野・前掲注3）92頁も同旨と考えられる。

それぞれ約10%となっており⁴⁴⁾、被告Yら以外にも本件ボード三種を製造販売していた企業は存在する。そこで、判決【1】が被告Yらの集团的寄与度を本件ボード三種による石綿粉塵の曝露量の割合に対応する3分の1と定めることにつき、その当否が問題となる⁴⁵⁾。この点に関しては、ここでの集团的寄与度を、事実レベルでの寄与度ではなく、法的評価を伴った帰責範囲として捉えるならば、3分の1とすることに理論上の問題はない。ここでは、本件被災大工らに生じた損害のうち、本件ボード三種による石綿粉塵が寄与した割合に関しては、これらの建材のシェア上位企業である被告Yらに責任を負わせるのが妥当であるとの規範的判断がなされている⁴⁶⁾。この点、判決【1】が、本件被災大工らの石綿粉塵への累積的曝露につき、被告Yらにとって「想定し得た事態」(Ⅱ.1.(2)④)であったとしていることを看過してはならない⁴⁷⁾。

44) 神奈川1陣訴訟2審判決(注31)。

45) 例えば、潮見佳男『不法行為法Ⅱ〔第2版〕』(信山社, 2011年)214頁は、あるグループの「集团的寄与度」について損害賠償請求をする場合、被害者としては、そのグループに属する複数行為者をすべて特定しなければならないとする。

46) 類似の判断として、大阪地判平成3・3・29判時1383号22頁(西淀川大気汚染第1次訴訟判決)がある。同判決は、昭和44年以前の損害につき、南西型汚染の寄与度である2分の1の限度で被告企業らに1項後段の責任を課しているが、被告企業らの排煙は、「南西型汚染の主要汚染源の一翼を担って」いるに過ぎない。吉村良一「建設アスベスト訴訟における建材メーカーの責任」季刊・労働者の権利343号(2021年)25頁、30頁は、同判決と判決【1】が同様の考え方に立っていることを指摘する。

47) 中野・前掲注3)93頁は、「寄与度について、裁判所が妥当な結論を導くために諸般の事情を総合考慮して裁量的に判断するものと解するのであれば、本件三社が製造販売した本件ボード三種からの石綿粉じんのはく露量の割合と、本件三社が負う損害賠償責任の割合が一致していなくても、特に問題はない」とする。この点につき理論的観点から補足しておく。被告Yらを含めた建材メーカーらの各行為が、実際に結果に寄与する場合において、それぞれ必要条件として作用するものであるならば(瀬川・後掲注51)692頁による)、本件において、被告Yらのうちの少なくとも1社の行為が本件被災大工ら各人の損害の発生に寄与している以上、その行為と損害全体との間に等価説(Äquivalenztheorie)の意味での因果関係が存在していることになる。このことを前提として一定の帰責評価——被告Yらは本件被災大工ら各人の損害につき本件ボード三種が寄与した限度で責任を負うべきである——が行われたとするならば、判決【1】の判断は理論的に正当である。

また、判決【1】とは異なり、特定された建材メーカーらの寄与の割合をもって集团的寄与度を定める場合においても⁴⁸⁾、事実レベルでの寄与度が建材メーカーらの連帯責任の範囲を画定しているわけではない。集团的寄与度は、その性質上、評価的思考なしでは明らかにし得ないものであり、規範的要件⁴⁹⁾に属する。したがって、ここでは、寄与度の決定の中ですでに帰責評価が加えられ、それが建材メーカーらの連帯責任の範囲を正当化しているとみるべきであろう。

（c）集团的寄与度に応じた連帯責任の意義 建設アスベストの事例をめぐっては、これまで、十分性を満たすためありとあらゆる行為を取り上げようとする、各行為の適格性が満たされなくなり、1項後段の責任が成立しなくなるということが問題となっていた⁵⁰⁾。判決【1】が1項後段の類推適用によって導き出した集团的寄与度に応じた連帯責任は、この問題を克服するものとして重要な意義を有する。

（3）各行為の損害惹起力と連帯責任の正当化

建設アスベストの事例において、被災者らは、建設現場において累積的に石綿粉塵に曝露し、石綿関連疾患に罹患する。このことをもって、同事例を累積的競合の事例と捉えることができる。累積的競合は、各行為の損害惹起力と関わって、次の2つの場合に分けることができる。第1は、各行為が損害の全部を惹起する力（全部惹起力）を備えている場合、第2は、各行為がそのような力を備えていない場合である⁵¹⁾。

48) 大阪1陣訴訟2審判決（注20）等。

49) 評価的要件とも呼ばれる。大塚・前掲注42）219頁、同・前掲注10）308頁、吉村・前掲注19）408頁。そこでは、原告による評価根拠事実の主張・立証を受け、裁判官が諸般の事情を総合考慮し、裁量によって寄与度を決定することになる。

50) これは、十分性と適格性の「トレードオフ」の問題と呼ばれてきたものである。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」野村豊弘古稀『民法の未来』（商事法務、2014年）291頁、316頁。

51) このほか、第3の場合として、全部惹起力を備える行為と備えない行為が共に存在する場合も考えられる。瀬川信久「共同不法行為論転回的事案類型と論理」平井宜雄古稀

このうち、第1の場合(注5)に関しては、1項後段の解釈論として検討すべき問題はほとんどない。ここでは、各行為において損害の全部を引き起こした可能性が認められるため、択一的競合の場合と同様、因果関係の推定の基礎があると言ってよいからである⁵²⁾。建設アスベストの事例において、多くの場合、建材メーカーらの製造販売行為は、中皮腫に罹患した被災者との関係において、全部惹起力を備えている。これは、中皮腫が「少量曝露によっても発症し得る」ことに基づく⁵³⁾。

これに対し、第2の場合⁵⁴⁾に関しては、1項後段の適用要件——「複数の者がいずれも被害者の損害をそのみで惹起し得る行為を行」うこと(判決【1】)——を満たさないため、その類推適用の可否が問題となる。ここでは、特定された複数の行為者の連帯責任を導く方法として、次の2つのものが考えられる。第1は、1項後段を共同不法行為の規定と捉えた上

▽『民法学における法と政策』(有斐閣、2007年) 657頁、691-692頁の「公害事件」の事例(Yが10、Zが8、Wが5の有害物質を排出し、Xらに被害が発生したが、当該被害は10で発生するところ、個別的因果関係は明らかでないという事例)が、これにあたる。

52) ここでは、判決【1】の判示との関係で、この第1の場合(ただし、集团的寄与度が問題となる場面を除く)を1項後段の適用の事例と位置づけるべきかどうかといった点が問題となるにとどまる。II.1.(1)(a)を参照。

53) 神奈川1陣訴訟2審判決(注31)は、中皮腫が「少量曝露によっても発症し得る」ことを認めながら、その発症に対する各行為の損害惹起力については、「単独惹起力〔全部惹起力—引用者注〕を備えるか否か必ずしも明らかでな」とする。そして、このことを踏まえ、同判決は、特定された行為者につき、「集团的寄与度……に応じた割合的責任の範囲内で」1項後段を「適用」するのが相当であるとする。しかし、各行為の損害惹起力についてこのような解釈論上の操作を行わなくとも、集团的寄与度に応じた連帯責任を導くことは可能である。特定された複数の行為者の行為の集团的寄与度が明らかである場合、これらの行為者は、その集团的寄与度を限度として連帯責任を負う(1項後段類推適用)。これは、各行為が全部惹起力を備えている場合でも同様である。ここで行為者らにすべての被害者との関係において全損害についての連帯責任を負わせるならば、それは明らかに過剰な責任(Übermaßhaftung)となるからである。

54) 判決【1】において、本件被災大工らのうち中皮腫以外の石綿関連疾患に罹患した者に対する被告Yらの行為は、この第2の場合にあたる。これは、原審(神奈川1陣訴訟2審判決(注31))が、これらの者との関係において、被告Yらの行為の「単独惹起力」を否定したことによる。

で、「弱い関連共同性」をもって連帯責任を導く方法である⁵⁵⁾。第2は、1項後段を競合的不法行為の規定と捉えた上で、各行為者の主観的要素を考慮することによって連帯責任を導く方法である⁵⁶⁾。このうち、建設アスベストの事例において裁判所が採用したのは、第2の方法である。大阪1陣訴訟2審判決（注20）は、「主要原因企業」として認定されたグループの連帯責任を導くにあたって、各企業が「他の製造企業の存在」および「複数の石綿含有建材の建築現場への集積」を「認識」していたことを指摘する⁵⁷⁾。また、判決【1】は、被告Yらの連帯責任を導くにあたって、本件被災大工らの石綿粉塵への累積的曝露が被告Yらにとって「想定し得た事態」（Ⅱ.1.(2)④）であったことを指摘する。これらはいずれも、他の行為者の存在と加害作用の集積についての認識ないしは認識可能性を問題とするものであるが⁵⁸⁾、こうした要素によって各行為の損害惹起力が補強され、連帯責任が正当化されるのである⁵⁹⁾。

55) 西淀川大気汚染第1次訴訟判決（注46）。ただし、類推適用の裁判例ではない。

56) 福岡高判平成13・7・19判時1785号89頁（筑豊じん肺訴訟2審判決）。なお、同判決は「客観的共同」を要件とするが、これは行為の競合態様に関するものであって、関連共同性とは異なる。

57) 大塚・前掲注25) 73頁は、この「認識」に着目する。

58) このほか、大阪高判平成30・8・31判時2404号4頁（京都1陣訴訟2審判決）は過失要件の中で、また、横浜地判平成29・10・24裁判所ウェブサイト（平成26(ワ)1898）（神奈川2陣訴訟1審判決）は違法性要件の中で、それぞれ同様の要素を考慮する（いずれも、認識可能性があればよいとする）。

59) 全部惹起力を備えていない複数の行為が累積して結果が発生した場合においても、結果発生に寄与した各行為がそれぞれ結果の必要条件であるかぎり（瀬川・前掲注51) 692頁による）、それらの各行為と結果全体との間に等価説の意味での因果関係が存在していることになる。このことと各行為者の主観的要素とが相俟って、各行為が全部惹起力を備えている場合と同等の取扱いが正当化される。本文で述べた損害惹起力の「補強」とは、このことを意味する。なお、筆者はかつて、各行為が全部惹起力を備えていない場合の連帯責任について、因果関係の擬制によるものと解していたが（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371号（2017年）184頁、214頁）、今後は上記の説明に基づき因果関係の推定によるものと解する。

3. 行為者による減免責の主張

1 項後段が因果関係を推定する規定である以上、建材メーカーらは、自己の行為につき因果関係の不存在または一部不存在を立証することによって、減免責を求めることができる。この点につき、判決【1】は、「マーケットシェアが、……本件被災大工らの石綿関連疾患の発症に与えた影響の程度にそのまま反映されるものとはいいい難く、被告Yらがその発症に個別にどの程度の影響を与えたのかは明らかでない」⁶⁰⁾として、被告Yらの減免責を否定する。上述のとおり、集团的寄与度が規範的要件であるとするならば、各行為の寄与度も同様に規範的要件となると言うべきである。したがって、各行為者は、自己の行為の寄与度を導く評価根拠事実を主張・立証することによって、減免責を求めることとなろう。

IV. 残された課題の検討

1. 1 項後段の解釈論一般に関する課題

判決【1】は、1 項後段の適用要件として、特定された複数の行為者の各行為が全部惹起力を備えていること、および、十分性を設定したにとどまる。そこで、その他の要件としてどのようなものが設定されるべきかが問題となる。以下、この点につき 3 点指摘しておきたい。

第 1 に、1 項後段が「公益的観点」から被害者を保護する趣旨の規定である以上、特定された複数の行為者の各行為が因果関係以外の不法行為の要件をすべて満たしていることが要件とされるべきである⁶¹⁾。なぜなら、

60) このように、建材メーカーの責任に関する 1 項後段類推適用論は、建材の到達に関してシェアを活用するものであるが、いわゆる市場占有率責任とは異なる。大塚直「判批：判決【1】等」論ジュリ37号（2021年）182頁、188頁。なお、判決【1】は、中皮腫以外の石綿関連疾患に罹患した本件被災大工らに対する責任に関してこのように判示するが、中皮腫に罹患した本件被災大工らに対する責任に関しても同様であろう。

61) 前田達明『民法IV₂（不法行為法）』（青林書院新社、1980年）192頁、四宮・前掲注 7）793頁、幾代通＝徳本伸一補訂『不法行為法』（有斐閣、1993年）229頁、澤井・前掲注 7）

十分性が満たされたとしても、一部の行為者の行為に過失がないとするならば、その行為者が真の加害者である可能性が残されている以上、「無事の者のみを集めて被告として全額連帯の責任を課すること」⁶²⁾は回避されたとはいえないからである。もっとも、この点に関しては、例えば、「ある場所で喫煙した数人のうちの、だれかが吸いがらの始末を怠ったために出火した」⁶³⁾事例のように、真の加害者の行為に過失があることが確定している一方、その他の行為者の行為には過失がないという場合をどのように考えるかが問題となる。ここでは、特定された複数の行為者との間で被害者に賠償請求権があることは確定している。しかし、このような場合にまで1項後段を適用し、行為者らに連帯責任を負わせることになると、因果関係のみならず過失をも推定することとなり⁶⁴⁾、判決【1】が判示する同段の趣旨を逸脱することになる。したがって、1項後段において、上記の要件は維持されるべきである。

第2に、十分性が満たされたとしても、行為者が多数に及ぶことなどによって各行為の結果を引き起こした可能性が低下すると、因果関係を推定することに疑問が生じることとなる⁶⁵⁾。そこで、1項後段の要件として、適格性が設定される。これに関しては、とりわけ建設アスベストの事例において問題となる点につき、項を改めて検討する。

第3に、判決【1】は、1項後段の責任主体につき、条文上の概念である「共同行為者」の使用を避け、単に「複数の行為者」と呼ぶ。したがって、これまで同段の「共同行為者」をめぐる議論されてきた次の2つの問題に関しては、引き続き議論の対象となる。第1に、同段の「共同行為者」

↘ 7) 358頁、潮見・前掲注45) 220頁、吉村良一『不法行為法〔第5版〕』（有斐閣、2017年）265頁等。

62) 大塚・前掲注10) 308頁。

63) 幾代通『不法行為』（筑摩書房、1977年）214頁、幾代＝徳本・前掲注61) 228頁。

64) 内田・前掲注12) 6頁。

65) 吉村・前掲注19) 380頁、前田陽一『債権各論Ⅱ 不法行為法〔第3版〕』（弘文堂、2017年）146頁、石橋・前掲注59) 212頁。

をめぐって、行為相互の場所的・時間的近接性を要求すべきかどうかが問題とされてきた⁶⁶⁾。この点に関しては、建材メーカーの1項後段責任を認めた判決【1】を前提とするかぎり、仮にこれを要求する立場に立ったとしても、緩やかに解されるべきこととなろう⁶⁷⁾。第2に、同段の「共同行為者」をめぐって、関連共同性が同段の要件となるのかどうか問題とされてきた。この点につき、判決【1】は、その要否について態度を明確にしていなかった。したがって、いわゆる「弱い関連共同性」を同段の要件とする一部の裁判例⁶⁸⁾をどのように位置づけるかに関しては、引き続き多様な見方が許容される⁶⁹⁾。また、建設アスベストの事例に関しては、他の行為者の存在と加害作用の集積についての認識ないしは認識可能性(Ⅲ.2.(3))にいかなる意義を持たせるかが問題となる。上述のとおり、本稿は、これを各行為の損害惹起力を補強する要素として捉える。しかし、これをもって「弱い関連共同性」を観念し、共同行為を起点とする要件枠組みを構想することも、十分可能であるといえよう⁷⁰⁾。

66) 必要説として、前田・前掲注61) 191-192頁、澤井・前掲注7) 350-351頁(なお、論者が問題にするのは、「後段に前段の趣旨を加え、両規範を適用している」場合である。同359頁も参照)、潮見・前掲注45) 209-210頁、同「不法行為法を俯瞰する」司法書士549号(2017年)4頁、9頁、東京1陣訴訟2審判決(注17)。不要説として、前田・前掲注50) 320頁、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(信山社、2016年)15頁、42頁、大塚・前掲注25) 74-75頁、石橋・前掲注40) 249頁、吉村・前掲注19) 381頁、神奈川1陣訴訟2審判決(注31)。

67) 淡路剛久「権利の普遍化・制度改革のための公害環境訴訟」淡路剛久ほか編『公害環境訴訟の新たな展開』(日本評論社、2012年)23頁、42-43頁。

68) 西淀川大気汚染第1次訴訟判決(注46)。

69) 前田・前掲注10) 501-502頁は、この裁判例につき、「ある意味では過渡的な理論」であるとしながら、個別の「到達の因果関係」の立証が困難な場合には存在意義があるとして、「これを生かす方向で再検討すべき」とする。

70) 大塚・前掲注25) 73頁は、各行為が「部分的惹起力」しか備えていない場合の連帯責任につき、「被告らに何らかの社会観念上の一体性があることが必要」であるとした上で、大阪1陣訴訟2審判決(注20)における各製造者の「認識」に着目し、「弱い関連共同性にあたるものを肯定できる状況にあった」と指摘する。また、大塚・前掲注60) 187頁は、連帯責任を導くため「弱い関連共同性」が必要であるとの見方を示す。

2. 建設アスベストの事例に関する課題

(1) 適格性の有無の判断基準

すでに述べたように、1項後段においては、特定された複数の行為者の各行為に結果発生に対する危険性——適格性——があることが要件となる。そこで、建設アスベストの事例において、その有無をどのように判断するかが問題となる。

まず、到達の場と関わって、原告は時期と場所で特定された具体的な建設現場への建材の到達を立証しなければならないとする裁判例が報告されている⁷¹⁾。しかし、この立場は、確率計算を考慮した到達の立証を認めた判決【2】をもって、否定されたとみるべきであろう。確率計算を考慮した到達の立証とは、あくまで、建設作業従事者が一定の数の現場を経験するなかで、当該建材メーカーの建材が少なくとも1回到達する確率を明らかにする試みであって、時期と場所で特定された具体的な建設現場への到達の事実を明らかにするものではないからである⁷²⁾。したがって、到達の場としての建設現場とは、建設作業従事者が経験した建設現場の総体を意味することとなる。

次に、到達の要否と関わって、学説上、到達を必要とする見解⁷³⁾と、到達の「相当程度の可能性」で足りるとする見解⁷⁴⁾とが対立している。この点につき、京都1陣訴訟2審判決（注58）は、到達の「相当程度以上の可

71) 東京1陣訴訟2審判決（注17）。

72) 担当調査官も、「建材現場到達事実」は「『特定の建材メーカーの製造、販売した石綿含有建材が、〇月〇日、特定の建設作業従事者の作業する△町△番地の建設現場に到達したとの事実』といった個別具体的なもの」ではないとする。宮崎朋紀「判解：判決【2】」ジュリ1562号（2021年）94頁、96頁。

73) 内田・前掲注12）13頁、前田達明＝原田剛「共同不法行為法論の動向について（下）」NBL 1101号（2017年）49頁、60－61頁（「到達」を「原告と被告との接点」とする）。ただし、これらは確率計算を考慮した到達の立証を念頭に置くものではない。

74) 吉村・前掲注19）404頁、大塚・前掲注25）72頁、渡邊知行「建設アスベスト訴訟における建材メーカーの責任（2・完）」成蹊91号（2019年）29頁、40頁。なお、このうち大塚教授は、シェアに基づく確率計算の手法が採用されている点を踏まえ、到達を必要とする見解に一定の理解を示す。大塚・前掲注25）70頁。

能性」をもって1項後段の類推適用を行ったところ、最高裁は、これを不服とする建材メーカー側の上告受理申立てに対し、不受理の決定を言い渡した。したがって、判決【1】のうち、到達の事実について述べた部分（Ⅱ. 1.(2)⑥）は、判例を構成しないとみるのが適当である⁷⁵⁾。そこで、上記2つの見解のうちのいずれが妥当であるかが問題となる。この問題に関しては、次のように考えることができる。

まず、到達を発症に近接した地点で捉えるかぎり⁷⁶⁾、原告に到達の立証を求めるのは適当ではない。なぜなら、原告がそのような立証に成功した場合、事実上の推定を用いることによって民法709条の責任を導くことも考えられるため⁷⁷⁾、そのかぎりにおいて1項後段の存在意義が後退するといえるからである⁷⁸⁾。その意味において、到達の「相当程度の可能性」で足りるとする見解は、理論的に正当なものといえる。これに対し、到達を発症から離れた地点で捉える場合⁷⁹⁾、到達を必要とする見解にも一定の合

75) 宮崎・前掲注72) 96頁。ただし、神奈川1陣訴訟、東京1陣訴訟の上告受理決定時に到達の「相当程度の可能性」があればよいとする見解に基づく論旨が排除されたことを挙げ、最高裁第一小法廷は、到達を必要とする見解に「親和的である」とする。

76) 石綿含有建材の建設現場への到達と、被災者の石綿粉塵への曝露——石綿の被災者の身体への到達——とを一体として捉えて「到達」とする立場がこれにあたる。京都1陣訴訟2審判決（注58）は、この立場を採っていると考えられる。同判決は、建材が「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に曝露した）相当程度以上の可能性が必要である」と判示する。

77) 吉村良一「建設アスベスト訴訟と共同不法行為論（2・完）」立命348号（2019年）171頁、213頁。

78) 各行為と結果との間に個別的因果関係があることは確定しているが、各行為の寄与度が不明であるという事例につき、1項後段の類推適用を認める見解がある。前田・前掲注50) 321頁、同・前掲注10) 501頁（「弱い関連共同性」論によらない「累積的競合」の類型）。もっとも、このような意味での累積的競合の事例に同段を類推適用することに対しては、近時、有力な論者によって批判が加えられている。新美育文「共同不法行為論」新美育文ほか編『不法行為法研究②』（成文堂、2021年）179頁、228頁、230頁。

79) 石綿含有建材の建設現場への到達をもって「到達」とする立場がこれにあたる。神奈川1陣訴訟2審判決（注31）は、この立場を採っていると考えられる。この立場は、因果経過全体を到達のプロセスと発症のプロセスとに区分する点において、汚染物質の被害者の居住地域への到達を問題にする大気汚染に関する裁判例（西淀川大気汚染第1次訴訟判

理性が認められる。ここでは、確率計算によってまずは1回の到達を把握し、その上で、それが相当回数にわたることをもって、その認識をより確かなものとすると共に、発症を引き起こした可能性に迫るという思考枠組みが妥当する⁸⁰⁾。いずれにしても、1項後段の要件である適格性においては、各行為に結果——権利・法益侵害ないし損害発生——を引き起こした「相当程度の可能性」があることが要求されるべきである⁸¹⁾。

(2) シェアの下限の設定

到達ないしその可能性を認定するにあたって確率計算を考慮する場合、シェアの下限をどこに設定するかが問題となる。この点につき、裁判例は、これを10%とするもの⁸²⁾と20%とするもの⁸³⁾とに分かれる。このうち、前者の裁判例は、シェアが10%の建材メーカーの場合、20件の現場で少なくとも1回到達する確率が約88%となることを前提とするものであり、計算の基礎となる現場数においても、基準となる確率の値——「高度

ㄨ決（注46）、横浜地判平成6・1・25判時1481号19頁等）と共通する。

80) 確率計算によってある建材メーカーの建材が一定の現場数（例えば20件）のうち少なくとも1回は到達したとの結論が得られたとしても、その結論は、抽象的思考の産物であるとの批判を免れない。しかし、それが相当回数にわたると、当該建設作業従事者が経験した建設現場の総体との関係では、到達があったとの認識が具体的なものとなり得る（なお、以上とは別に、被災者の記憶を手がかりにして到達を認定できる場合がある。判決【2】）。そしてこれに伴い、当該建材メーカーの建材による石綿粉塵への曝露や、これによる石綿関連疾患の発症の可能性についても、具体的な認識が可能になる。

81) 石橋・前掲注40) 243頁。

82) 神奈川1陣訴訟2審判決（注31）、大阪1陣訴訟2審判決（注20）。なお、京都地判平成28・1・29判時2305号22頁（京都1陣訴訟1審判決）は、シェアの下限を10%とするが、確率計算の手法（注16）を用いたかどうかは定かではない（少なくとも、判決文に計算式は挙がっていない）。

83) 京都1陣訴訟2審判決（注58）（ただし、ノンアス建材の使用割合が相当程度ある場合につき25%程度とする。注85を参照）、福岡高判令和元・11・11裁判所ウェブサイト（平成26（ネ）964）（九州1陣訴訟2審判決）、東京高判令和2・8・28判時2468・2469号15頁（神奈川2陣訴訟2審判決）、東京地判令和2・9・4 LEX/DB 25586308（平成26（ワ）11958）（東京2陣訴訟1審判決）。

の蓋然性」に対応するといえよう——においても、妥当なものだといえる。これに対し、後者の裁判例は、これより厳しい基準を設定するものであり、その当否が問題となる。

まず、京都 1 陣訴訟 2 審判決（注58）は、「ある建材メーカーのシェアが20%であれば、当該建材メーカーの製造・販売した建材が年間10件の現場で就労する建築作業従事者の就労した建築現場に 1 回以上到達した確率が90%程度」となること、「被災者らがいずれも長期間にわたって建築現場で就労してきたこと」を踏まえ、シェアの下限を20%とする。次に、九州 1 陣訴訟 2 審判決（注83）は、「シェアが20%ある建材の場合であれば、……20個の現場で 1 回以上その建材を取り扱う可能性はほぼ99%となる」ことを踏まえ、シェアの下限を20%とする⁸⁴⁾。

このうち、後者の判決に関しては、99%の可能性を基準とすることの当否が問題となる。同判決は、代替建材の存在をも考慮してこのような基準を設定したとされるが、その点が問題となるのであれば、そのための枠組みを別途用意することも考えられる⁸⁵⁾。いずれにしても、ここでは、裁判所の慎重な姿勢が窺える⁸⁶⁾。次に、前者の判決に関しては、「年間10件の現場」を 1 つの単位として確率計算を行うことの当否が問題となる。同判決によれば、「建築作業従事者が就労する現場数は、……比較的 1 つの現

84) 東京 2 陣訴訟 1 審判決（注83）も、同様の考慮を行う。

85) 京都 1 陣訴訟 2 審判決（注58）は、ノンアス建材の使用割合が相当程度ある場合について、主として次の各点（①～④）に基づき、シェアの下限を25%程度とした。①シェアが25%の場合、ある企業の製造販売した建材が当該現場に 1 回以上到達する確率が80%を超えるのは、6 件目以降となる $(1 - (1 - 0.25)^6) = 82.20\%$ 。②石綿含有建材とノンアス建材の使用割合を3対7とする。③被災者が従事する現場数を年間10件程度とする（1年に3件程度は石綿含有建材が使用されるものとする）。④以上により、被災者らは、2年に1回、最大で1か月程度の期間は、当該企業が製造・販売した石綿含有建材に由来する石綿粉塵に曝露した相当程度以上の可能性がある。②と③の想定——したがって、シェアの下限を25%程度とすること——に関しては議論の余地があるが、ノンアス建材の考慮の枠組みとしては参考に値する。

86) 大塚直「九州建設アスベスト訴訟福岡高裁判決（福岡高判令元・11・11）における製造者の責任」L&T 87号（2020年）28頁、32頁。

場に長く留まる大工で年間約10件，……他の職種の者で約50件」とされるが，このように職種によって年間の現場数に大きな開きがあるなかで，裁判所は，一律に大工の就労実態に基づいた判断を行っている。ここでも，裁判所の慎重な姿勢が窺える。

確率計算の手法（注16）に対しては，そもそもシェアによって個別の被災者に係る到達を推認できるのかという根本的な疑問が示されている⁸⁷⁾。しかし，職種や作業形態等から被災者ごとに粉塵に曝露した可能性が高い石綿含有建材の種類の絞り込まれた場合，他に考慮すべき個別的要因が具体的に指摘されないかぎり，こうした手法が有用なものとなり得ることは，判決【2】も認めるところである⁸⁸⁾。被災者の就労期間と建材メーカーが責任を負うべき期間とが重なる期間の長さや，被災者の年間の現場数などから，個々の被災者につき十分な現場数を確保できるかぎり，シェアの下限は10%まで引き下げても問題ないだろう。

（2021年11月24日脱稿）

87) 東京2陣訴訟1審判決（注83）は，建材メーカー側からのこうした指摘をも考慮してシェアの下限を20%とする。なお，京都1陣訴訟1審判決（注82）を踏まえ，シェアを確率と同視することに疑問を呈するものとして，内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書（続）（下）」NBL 1087号（2016年）19頁，25頁。

88) 経験則違反・採証法則違反の観点から判決【2】の意義を明らかにするものとして，加藤新太郎「判批：判決【2】等」NBL 1205号（2021年）101頁，104頁。