



Title	民事判例研究
Author(s)	吉田, 邦彦; 戴, 孟達; 袁, 傑
Citation	北大法学論集, 74(1), 91-121
Issue Date	2023-05-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/89439
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_74_1_05_Yoshida.pdf



[Instructions for use](#)

民事判例研究

吉田邦彦 = 戴孟達 = 袁傑

建設アスベスト最高裁の総合的考察——建材メーカーの責任に重きを置きつつ* (最判(第1小法廷)令和3年5月17日民集75巻5号1359頁)
(平成30年(受)1447号~1449号、1451号、1452号、一部破棄自判・一部破棄差し戻し・一部棄却)

*本稿は、北大民事法研究会(民法理論研究会共催)で報告したものである(2023年1月20日開催)(司会は、野田耕志教授)。年度末の多忙な時期において、参加の上ご教示下さったすべての方にお礼申し上げます。特に積極的に発言された、西内康人准教授(京都大学)、林誠司教授や藤原正則教授、佐藤亮平院生(北海道大学)などには、記して謝意を表したい。

I. 事案の概要

本件の原告ら(以下 X_1 ら)は、主に神奈川県内において建設作業に従事し、石綿粉じんにはく露したことにより、石綿肺、肺癌等の石綿関連疾患に罹患したと主張する者又はその承継人である。

本件は、 X_1 らが、被告国(以下 Y_1)に対し、建設作業従事者が石綿含有建材から生ずる石綿粉塵に曝露することを防止するために被告国(Y_1)が労働安全衛生法(以下「安衛法」という)に基づく規制権限を行使しなかったことが違法であるなどと主張して、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求めるとともに、過去に石綿含有建材を製造、販売したとして国土交通省及び経済産業省が構築した「石綿含有建材データベース」に登録されている建材メーカー(又は過去に登録されていた企業である)44社(以下 Y_2 ら)に対し、 Y_2 らが石綿含有

建材から生ずる粉じんにはく露すると石綿関連疾患に罹患する危険があること等を表示することなく石綿含有建材を製造販売したことにより X₁らが上記疾患に罹患したと主張して、不法行為に基づく損害賠償を求める事案である。

確定された事実関係及び関係法令は、以下の通りである。

(1) 石綿及び石綿含有建材の概要

石綿は繊維性、抗張力、耐熱性等にその特長を有しており、建材等に広く使用されてきた。日本の年間石綿輸入量は、高度経済成長期に急増し、平成元年以降は減少を続け、平成18年以降はゼロとなった。輸入された石綿の約7割は建設現場で使用された。

(2) 建設作業における石綿粉塵の発散

木造建物の建築工事において、石綿含有の建材を切断したり、混和剤を加えたり、ボードに穴を開けたり、保温材を取付けたりする際に、石綿粉じんが発散する恐れがあった。鉄骨造建物の建築工事においても、上記の他、吹付作業の際に、また、吹き付けられた石綿等を配線や配管のために削る際にも、石綿粉塵が発散することがあった。建物の増改築工事や解体工事においても、発散することがあった。

自らが行った作業により発散した石綿粉じんに直接的に曝露するほか、他の者が行った作業によって発散した石綿粉じんに間接的に曝露することもある。

(3) 防塵マスクの着用状況

昭和60年頃の建設現場では、吹付工や一部のはつり工を除き、大半の労働者は防塵マスクを着用しておらず、昭和50年頃も同様であった。

(4) 石綿関連疾患の概要

石綿関連疾患には、石綿肺、肺癌、中皮腫、びまん性胸膜肥厚等がある。石綿肺は、石綿粉塵を大量に吸入することによって発生する、じん肺の一種である。肺癌は、石綿粉塵の曝露量と肺癌の発生率との間には、直線的な量反応関係が認められる。中皮腫は、胸腔、腹腔等において体腔表面を覆う中皮細胞から発生する腫瘍であり、すべて悪性である。中皮腫のほとんどは、石綿粉塵に曝露したことを原因とするものであり、肺癌より低濃度のばく露によっても発症し得ることが判明している。中皮腫について確立した治療法はなく、現時点では、その予後は極めて不良であると言われている。石綿肺、肺癌及び中皮腫は、いずれも潜伏期間が長い。びまん性胸膜肥厚は、胸膜が厚みを帯び、肺の

弾力性が低下して呼吸機能が悪化する病変である。

(5) 建設業労働者の塵肺症及びじん肺合併症発生件数等

昭和45年度には77件であったが、昭和52年度に516件に達した。その後、平成15年度に至るまで、多い年度では700件を超え、少ない年度でも200件を下回することはなかった。平成17年度以降、建設業労働者の石綿関連疾患の発生件数は、同年度が299件、平成18年度が1105件であり、平成19年度から平成26年度までは500件台又は600件台で推移した。

(6) 昭和46年の石綿取扱い事業場の監督指導結果

じん肺の有所見者率は、全体では6.5%、業種別では、製造業6.6%、建設業3.5%、鉱業0%であった。

(7) 大工を主たる職業とする X_1 らが稼働する建設現場への建材の到着等

多数の建材メーカーは、昭和50年4月1日以降、石綿含有建材を製造販売する際に、石綿関連疾患を発症する危険があること、その危険を回避するために適切な防塵マスクを着用する必要があること等を当該建材に表示する義務を負っていたにもかかわらず、その義務を履行していなかった。

「本件ボード三種」(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・平板及び石綿含有ケイ酸カルシウム板第一種)は、一般的に、大工が直接取扱う機会の多い建材であり、大工を主たる職種とする X_1 も、本件ボード三種を直接取扱っていた。本件ボード三種のうち、 Y_2 が製造販売していたものは、いずれも昭和50年4月から平成4年までの間に、同等回数にわたり、本件 X_1 らが稼働する建設現場に到達して用いられていた。

本件 X_1 らは、建設現場で石綿粉塵に曝露し、石綿関連疾患に罹患した。本件 X_1 らの曝露量のうち、半分程度は、自分以外の者が行った作業によって発散した石綿粉塵に間接的に曝露したことによるものであり、その余りは、自分で石綿含有建材を取り扱ったことによって発散した石綿粉塵に直接的に曝露したことによる物であった。

また、本件 X_1 らが石綿含有建材を直接取扱ったことによる曝露量のうち、三分の二程度は、昭和50年4月から平成4年までの間に、本件ボード三種を取り扱ったことによるものであった。

したがって、本件 X_1 らが昭和50年4月から平成4年までの間に本件ボード三種を直接取扱ったことによる石綿粉塵の暴露量は、各自の石綿粉塵の暴露量全体のうち3分の1程度であった。

Ⅱ. 第1審判決（横浜地判平成24年5月25日 請求棄却）

主文：X₁らの請求をいずれも棄却する。訴訟費用はX₁らの負担とする。

1. Y₁に対する国家賠償請求について

X₁の国家賠償請求について、地裁は概ね以下の通り判断した。

建材に着目してみると、石綿のがん原性が明らかとなった時点では特化則によってこれを原則的に禁止し、解体作業については、石綿含有建材を使用した建築物の解体が予想される時期には、その粉じんに対し注意するよう指導がされたにもかかわらず、Y₁において、建築作業に特化した対策の指導はされてこなかったが、もっとも、建築作業であっても、安衛法関係の法規の適用はあり、Y₁が規制を行っていたことは確かである。したがって、Y₁の対応の違法性という面では、医学的知見の集積状況と相まって、X₁が主張する昭和50年までの時点で、石綿含有建材を利用した構造であるからといって、耐火構造の指定をしたことは違法といえない。石綿の製造禁止に関する昭和62年の状況に照らすと、このことは昭和62年であっても同様であったと考えられる。

2. Y₂らに対する不法行為に基づく損害賠償請求について

(1) 民法719条1項前段の共同不法行為について

民法719条1項前段は、数人が共同不法行為によって他人に損害を加えたとき、共同行為者は、各自連帯して、被害者に生じた損害を賠償する責任を負うとの規定である。各行為者の行為に関連共同性があることの他に、それぞれ個別に不法行為の要件を備えることを要件とする立場に立つときは、X₁は、因果関係について、個別具体的に主張、立証することをしないのであるから、同項前段の共同不法行為が成立しない。

個別的な因果関係の主張立証は不要であり、①各人の行為の関連共同性と②共同行為と損害発生との間の因果関係があれば足りるとの立場に立ったとしても、Y₂らの行為に関連共同性を認めることはできない。

719条1項前段の共同不法行為の成立を認めるときは、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、個別的因果関係の不存在による減免責を許さないものであるから、「強い関連共同性」が必要である。共同不法行為の存在理由を、被害者の救済に置くとしても、共同行為者の側にも責任を生じさせるだけの帰責性が必要である。関連共同性が認められるためには、客観的な

関連共同関係があれば足り、複数の行為が共同の原因となって一個の損害を引き起こした場合で、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と解するのが相当である。

X_1 は、 Y_2 らの行為を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る事情として、汚染源と損害の一体不可分性、危険回避のための一体的行為、利益共同体としての一体性、業界団体を通じての一体性、国の産業保護育成政策を通じての一体性を主張したが、地裁はこれら全部を認めなかった。

(2) 民法719条1項後段の共同不法行為について

民法719条1項後段は、共同行為者のうちの誰かの行為が損害を発生させたことは明らかであるが、実際にいずれの者がその損害を加えたかは不明であるという場合に、行為者全員が連帯責任を負う旨を定めたものである。

①石綿含有建材データベースに石綿含有建材の製造メーカーとして登録されている会社は、 Y_2 以外にも少なくとも40社以上はある上、廃業してしまった会社もあることを考慮すると、 Y_2 以外にも、各原告の石綿関連疾患発症の原因となった石綿含有建材を製造等した可能性のある者がいるということになる。 X_1 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ができない。

② Y_2 らの石綿含有建材の製造の種類、時期、数量、主な販売先等は異なり、一方で、各原告又は被相続人の職種、就労時期、就労場所、就労態様は異なる。そうであれば、各原告又は被相続人の損害を発生させる可能性の程度は、各被告ごとに大きく変わり得る。それらを捨象して、石綿含有建材を製造等した企業であれば、どの原告又は被相続人に対しても、いわば等価値にその損害を発生させる可能性があるとはいふことができない。従って、 X_1 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言わざるを得ない。

③各原告又は各被告企業に着目する時は、ある原告について、共同行為者を特定することができない。 X_1 は、原告又は被相続人ごとの被告企業の限定を敢えて行ってこなかったものである。

以上の原因で、地裁は X_1 が Y_2 らに対する不法行為に基づく損害賠償請求を支持しなかった。

Ⅲ. 控訴審判決（東京高判平成29年10月27日判タ1444号137頁 一部取消し、一部棄却）

1. Y₁に対する国家賠償請求について

（1）労働者に対する責任

昭和55年12月31日以前、Y₁は、当時建設現場における石綿粉じんの実態を把握しておらず、石綿粉じんにはばく露することにより、広範かつ重大な危険が生じていると認識していなかった。このような認識状況を前提にすると、昭和50年の特化則の改正により、当面取り得る対策を講ずるなどしたY₁の判断には、相応の合理性が認められる。この理由で、高裁は、昭和55年12月31日以前のY₁の安衛法に基づく規制権限の不行使は、許容される限度を超えて著しく不合理なものとはいえず、国家賠償法1条1項の適用上違法ということとはできないと判断した。

高裁は、Y₁の安衛法に基づく規制権限の不行使は、労働者との関係において、昭和56年1月1日以降、国家賠償法1条1項の適用上違法であり、その後も、平成7年3月31日までの間、上記の違法な状態は継続していたと判断した。

平成7年に安衛令、安衛則及び特化則の改正により、昭和56年1月1日以降継続していたY₁の安衛法に基づく規制権限の不行使による違法な状態は、解消されたというべきであり、平成7年4月1日以降、Y₁の規制権限の不行使を国家賠償法1条1項の適用上違法ということとはできないと高裁が判示した。

（2）労働者以外の者に対する責任

高裁は、安衛法22条、57条及び59条に基づく規制権限の保護の対象者は、安衛法2条2号において定義された労働者であり、Y₁は、当該労働者と認められない者との関係では、上記規制権限を行使する職務上の法的義務を負担せず、当該労働者と認められない一人親方等との関係では、Y₁の上記規制権限の不行使は違法とはならず、Y₁は規制権限の不行使による責任を負わないと判断した。

2. Y₂らに対する不法行為に基づく損害賠償請求について

（1）民法719条1項後段の要件に対する判断

民法719条1項後段は、因果関係以外の不法行為の要件を備えた複数の加害者が、いずれも、そのみで権利、法益侵害の結果を惹起しうる行為を行ったが、いずれの行為によって損害が発生したか不明である場合に、因果関係の立

証責任を加害者側に転換して、各人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証明しない限り、加害者らに連帯して損害賠償責任を負わせる趣旨の規定であると解される。このように、同項後段が因果関係の立証責任を転換し、これを推定する規定を設けたのは、被害者の権利又は法律上保護される利益の侵害を発生させる具体的な危険を惹起する行為をした者がある場合、経験則上それだけで行為と損害との間の因果関係を推定し得るにもかかわらず、たまたま他に同等の危険を生じさせる加害行為をした者がいる場合には、相互に因果関係の推定を妨げ合い、いずれについても被害者による因果関係の証明が不十分となり得る事態が生じることから、被害者を救済する必要があるとともに、加害者側にも権利、法益侵害の具体的な危険を惹起させたという事情が備わるため、推定を認めても必ずしも責任主義に反することとならないからであると解される。そうすると、同項後段が適用されるためには、各加害者の行為が、経験則上、それのみで生じた損害との間の因果関係を推定し得る程度に具体的な危険を惹起させる行為であることを主張、立証する必要があると解される。そして、Y₂らの製造、販売した建材が出荷されても、X₁らが作業をする建築現場に到達しなければ、X₁らとの関係で、Y₂らの行為が具体的な損害発生危険を惹起したとはいえない。

民法719条1項後段の趣旨は上記のとおりであり、被害者が特定した複数の加害者以外には加害者となり得る者が存在しないことを同項後段の適用の要件であると解することは相当ではない。なぜなら、被害者が特定した加害者の行為と同等の危険性を有する行為をした第三者が存在することが明らかとなっても、これにより直ちに因果関係の推定の基礎が崩れるとは言えないからである。

X₁らの主要曝露建材に基づく主張について（予備的主張2）

X₁らは、被災者ごとに、直接取扱い建材の中から、日常的に取り扱う石綿粉じん曝露の主要な原因となった建材の種類を主要曝露建材として絞り込み、主要曝露建材に当たる製品を製造・販売した企業のうち市場占有率（マーケットシェア）が概ね10%以上の企業を共同行為者として特定した上で、製品販売期間と就労期間の重複及び各被災者の現場数から、これらの企業が製造・販売した主要曝露建材に当たる製品は、いずれも相当回数、各被災者に到達した高度の蓋然性があると主張する。

高裁は以下の通り判断した。「主要曝露建材として特定した建材が、各被災

者の職種、作業内容、作業歴、建材の製造期間などからみて、現場において通常使用する建材であることの裏付けがあり、主要曝露建材を製造、販売した企業のマーケットシェアに一応の根拠が認められ、被災者が作業した現場数が多数である場合には、これらに基づく確率計算に依拠して、建材の到達とその頻度を推定することも、合理性があるというべきである。」「他に加害者となり得る者が存在することが明らかな状況にあるから、損害全体との関係で同項後段を類推適用して、主要曝露建材の製造・販売元として特定された Y_2 らに、被災者の損害全体について連帯責任を負わせることはできず、被災者の全体的な曝露量との関係で、主要曝露建材を製造・販売した企業らの集团的寄与度を定め、これに応じた割合的責任の範囲内で、民法719条1項後段を適用して、連帯責任を負担させるのが相当である。」

(2) 中皮腫に罹患した大工らに対する Y_2 らの責任

中皮腫は石綿粉じんの少量のばく露によっても発症し得るとされているところ、被害者の石綿粉じんへのばく露に関わった加害者が多数存在し得る状況において、加害者として特定された者が、他に加害行為を行った者が多数存在し、これらの者の加害行為を原因とする石綿粉じんへのばく露の方が、自らの加害行為を原因とする石綿粉じんへのばく露よりもばく露量大きいことを証明したとしても、民法719条1項後段の推定を覆せないとする、明らかに衡平を失するというべきである。

そこで本件被災大工らに係る石綿粉じんのばく露量全体との関係で、本件ボード三種を製造販売した企業らの集团的寄与度を定め、これに応じた割合的責任の範囲内で、同項後段を適用して、 Y_2 らに連帯責任を負担させるのが相当である。

Y_2 ら内の3社（ボード三種を製造販売した企業ら）は、民法719条1項後段の適用により、主要曝露建材からの曝露の集团的寄与度である3分の1に応じた割合的責任の範囲内で連帯責任を負うこととするのが相当である。

(3) 中皮腫以外の石綿関連疾患に罹患した大工らに対する Y_2 らの責任

加害者として特定された複数の者の行為がいずれもそのみで他人の権利又は法律上保護される利益を侵害する結果を惹起し得るものでない場合には、全ての加害者が特定され、他に加害者が存在しないことが立証されなければ、損害全体についての因果関係の推定の基礎が欠け、民法719条1項後段を類推適用する前提を欠くものと解される。

中皮腫以外の石綿関連疾患については、Y₂らの製造販売した本件ボード三種が建設現場に到達したことは認められるものの、他に加害者となり得る者が存在することも明らかであるから、Y₂らは、同項後段の類推適用によって損害賠償責任を負うということとはできない。もっとも、Y₂らは、民法709条に基づき、各被告の損害発生に対する寄与度に応じた割合による分割責任を負うと解するのが相当である。

Ⅳ. 上告審判決

<判決の概要>

本判決は、以下の点で原審と異なる判断をした。

一 Y₁（国）に対する国家賠償請求について

まず、国の責任において、国の規制権限の不行使が国家賠償法1条1項の適用上違法である状態の期間及び対象範囲が拡大された。①違法である状態の始期について、原審はそれを昭和56年1月1日の時点としたのに対して、本判決は、それを昭和50年10月1日の時点と判示した。②違法である状態の終期について、原審はそれを平成7年3月31日の時点としたのに対して、本判決は、それを平成16年9月30日の時点と解した。③対象範囲について、原審はそれを安衛法2条2号において定義された労働者に限定したのに対して、本判決は、当該労働者に該当しない建設作業従事者（いわゆる一人親方及び個人事業主等）との関係でも規制権限の不行使による責任を負うべきであるとした。

二 Y₂ら（建材メーカー）に対する不法行為に基づく損害賠償請求について

また、建材メーカーらの責任において、①中皮腫にり患した本件被災大工らについて、原審は民法719条1項後段を適用して、建材メーカーらの集団的寄与度を大工らの各損害の3分の1に定めて、建材メーカーららがその範囲で連帯して損害賠償責任を負うとした。それに対して、本判決は、その結論を認めながら、解釈適用では同項後段の「適用」を否定し、「類推適用」とした。②中皮腫以外の石綿関連疾患にり患した本件被災大工らについて、原審は民法709条に基づき、建材メーカーららが各自の損害発生に対する寄与度に応じた割合による分割責任を負うとした。それに対して、本判決は、建材メーカーららが中皮腫にり患した本件被災大工らの場合と同様に、民法719条1項後段の類推適用に

より、大工らの各損害の3分の1の範囲で連帯して損害賠償責任を負うと判断した。③一旦使用された石綿含有建材に後から作業をする者について、原審は建材メーカーらがその者らに対して警告表示義務を負わないとしたのに対して、本判決はそれらに対しても警告表示義務を負担するとした。④被告太平洋セメントと被告ノザワについて、本判決は事実レベルで、経験則違反、採証法則違反、審理不尽の違法（この点は被告ノザワについてのみ）があると判断し、原判決を破棄した。

以下では、建材メーカーらの責任における民法719条1項後段問題に関する①②を取り上げる。

<判旨>（建材メーカーらの責任における上記①と②に関して）

一 719条1項後段の適用の否定

本判決は、まず719条1項後段の趣旨について、「民法719条1項…同項後段は、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と解される。…」

そして、719条1項後段の文言を解釈して、「…同項後段は、その文言からすると、被害者によって特定された複数の行為者の中に真に被害者に損害を加えた者が含まれている場合に適用されると解するのが自然である。仮に、上記の複数の行為者のほかに被害者の損害をそのみで惹起し得る行為をした者が存在する場合にまで、同項後段を適用して上記の複数の行為者のみに損害賠償責任を負わせることとすれば、実際には被害者に損害を加えていない者らだけに損害賠償責任を負わせることとなりかねず、相当ではないというべきである。…」

以上の趣旨と条文文言の解釈に基づき、本判決は、719条1項後段の適用要件について、次のように判示した。「…以上によれば、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解するのが相当である。…」

そして、それを本件に当てはめて、本件において719条1項後段の適用を否定した。「…原審は、これと異なる見解に立って、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の主張立証がされていないにもかかわらず、中皮腫に罹患した本件被災大工らに係る損害賠償請求について、民法719条1項後段を適用して、Y₂らが、上記の本件被災大工らの損害の3分の1について、連帯して損害賠償責任を負うとしているが、原審のこの判断には、同項後段の解釈適用を誤った違法がある。…」

二 719条1項後段の類推適用の肯定

本判決は、上記通りに本件について719条1項後段の適用を否定したが、本件の事実関係に次のように着目した。「…Y₂らを含む多数の建材メーカーは、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石綿肺、肺がん、中皮腫等の重篤な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にもかかわらず、その義務を履行していなかったのであり、…」 「…また、中皮腫に罹患した本件 X₁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 Y₂らが製造販売したものが、上記の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というのである。…」 「…上記の本件 X₁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ているが、このことは、これらの建材メーカーにとって想定し得た事態というべきである。…」 「…また、上記の本件 X₁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程度であったが、」 「上記の本件 X₁らの中皮腫の発症について、被告 Y₂らが個別にどの程度の影響を与えたのかは明らかでない。…」

以上の本件の事実関係に基づき、本判決は、719条1項後段の類推適用を肯定した。その理由として、「…本件においては、被害者保護の見地から、上記の同項後段が適用される場合との均衡を図って、同項後段の類推適用により、因果関係の立証責任が転換されると解するのが相当である。…」と判示した。

しかも、本判決は以下の事情を考慮して、建材メーカーらの責任範囲を寄与度の範囲で限定した。「…もともと、本件においては、本件 X₁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一部にとどまるという事情があるから、Y₂らは、こうした事情等を考慮して定まるその行為の損害の発生に対する寄与度に応じた範囲で損害賠償責任を負うというべきである。以上によれば、Y₂らは、民法719条1項後段の類推適用により、中皮腫にり患した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。…」

三 中皮腫以外の石綿関連疾患にり患した本件被災大工らについて

なお、本判決は、上記の論理と結論が、中皮腫にり患した大工らだけでなく、中皮腫以外の石綿関連疾患にり患した本件被災大工らについてもカバーできるとした。「…前記の事実関係等によれば、…等の諸事情があることも、中皮腫にり患した本件被災大工らの場合と同様である。そうすると、Y₂らは、中皮腫以外の石綿関連疾患にり患した本件被災大工らに対しても、中皮腫にり患した本件被災大工らに対するのと同様の損害賠償責任を負うと解するのが相当である。…」

そして、原審によるマーケットシェアに基づく分割責任に関する判断を次のように否定した。「…上記のマーケットシェアが、上記の本件 X₁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難く、Y₂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というべきである。以上によれば、Y₂らは、民法719条1項後段の類推適用により、中皮腫以外の石綿関連疾患にり患した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。」

V. 評釈（その1）（袁評釈）民法719条1項後段問題

本判決は、民法719条1項後段（以下「同項後段という」）の趣旨、効果及びその適用要件の一部を明確にした上、類推適用を認めた初めての最高裁判決である。以下では、「一」で同項後段の趣旨・機能を検討し、「二」でその適用要件を検討し、「三」でその類推適用を検討する。

1. 719条1項後段の趣旨・機能

共同不法行為責任に関する719条の趣旨は、被害者救済の強化、すなわち分割責任の原則の排除に求められ¹、その存在意義は「関連共同性」要件に着目し、

(事実的)因果関係がなくとも、全額の賠償責任を認めるところにある²。このことは、各加害者に、各人の行為との相当因果関係を越えた全損害を賠償させることを意味する。しかし、条文自体は極めて不備なものであると評価され、学説や裁判例によってその理論的再構成がなされてきた³。次では、その中で、同項後段の意義(すなわち、どのような場合に、何のための規定なのか)とその機能・効果に関する議論を整理する。

(1) 従来の議論

伝統的通説は、同項後段でいう「共同不法行為」とは、意思的関与がない客観的関連共同の共同不法行為であるとする⁴。また、「関連共同性」が緊密か否かによって共同不法行為を類型化し、719条1項前段は因果関係の擬制規定として「強い関連共同性」がある場合を対応し、同項後段は因果関係の推定規定として「弱い客観的関連」がある場合を対応するとする見解も見られる⁵。さらに、同項後段は「関連共同性」がなくても、全く偶然に原因が競合しているにすぎない場合をも対応できる説⁶がある一方、同項後段は何らかの「客観的な関連性」が必要のため、そのような場合は類推適用すべきであるとする説もある⁷。

なお、同項後段の効果について、この規定は、複数の共同不法行為者のうち誰の行為によって当該損害を発生させたのかわからないような場合(いわゆる「択一的競合」)のものとし、それを因果関係の推定規定とする見解が一般的である⁸。

(2) 本判決の判断

本判決は、判旨「一」とおり、①同項後段の適用場合を「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」とした上、②その趣旨を「被害者の保護を図るため、公益的観点から」とし、③その効果を因果関係の推定であると初めて明確に判示した。

2. 719条1項後段の適用要件

同項後段を適用するためには、「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」(以下「他原因者不存在」という)の要否は従来から議論されている⁹。例えば、本件原審は「…第三者が存在することが明らかとなっても、これにより、直ちに因果関係の推定の基礎が崩れるとはいえない」とし、「他原因者不存在」が要

件ではないとした。

それに対して、本判決は、「他原因者不存在」を不要とする原審の判断を否定し、判旨「一」とおり、「他原因者不存在」が同項後段の適用要件であると明確に判示した。その理由付けとして、実際には被害者に損害を加えていない者らの方に損害賠償責任を負わせることのリスクへの警戒が示された。中野前調査官の解説によれば、これは通説の立場に立ったものである¹⁰。

3. 719条1項後段の類推適用

以上のことを本件に当てはめて、本判決は、「他原因者不存在」の要件が立証されていないから同項後段の直接適用を否定した。そこで、本件のような、複数の行為が競合して損害が発生した場合、719条1項後段の直接適用ができないときの処理について、同項後段の類推適用を認める余地がある見解と、単に709条の単独不法行為が競合しているにすぎない見解が分けられる¹¹。

原審と本判決ともに前者の立場に立っているが、原審は結論において本件の類推適用を否定したのは、「他原因者不存在」を類推適用の要件とし、本件では当該要件が満たされないためであろう。それに対して、本判決は、最高裁として初めて同項後段の類推適用を明らかに肯定し、その重要な意義が多く指摘されている。

(1) 類推適用の肯定

① 本判決の論理

本判決は、判旨「二」とおり、同項後段の類推適用を肯定する際に、建材メーカーらが危険表示義務を履行しなかったことのほかに、本件の以下の事情をあげた。①大工らは本件ボード三種を直接取り扱っており+そのうち建材メーカーらが製造販売したものが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こと、②建材メーカーらは、大工らが累積的に石綿粉じんにはく露していることを想定し得たこと、③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程度であったが、中皮腫の発症について、建材メーカーらが個別にどの程度の影響を与えたのかは明らかでないこと。このように、本件での①～③の事情を考慮した上で、「被害者保護の見地から、上記の同項後段が適用される場合との均衡を図って」を理由として、同項後段の類推適用により、因果関係の立証責任が転換されると解するのが相当であると判断した。そ

の結果として、建材メーカーらが大工らの各損害の3分の1について、連帯して損害賠償責任を負うと解した。

② 類推適用の要件について

本判決において、類推適用の要件が明確されず、上記の①～③の事情を考慮することにとどまっている。中野前調査官の解説によれば、本判決は本件の事情の下での事例判断であり、類推適用が認められる要件について法理を示したものである¹²。

その中で、類推適用の効果である連帯責任を正当化するために、弱い関連共同性の要否という問題についても明確ではない。中野前調査官解説は、弱い関連共同性論に依拠しないで結果発生への寄与に着目して類推適用を肯定する見解からも、弱い関連共同性論のように行為の関連性に着目して類推適用を肯定する見解からも、本件の結論を説明することもできると指摘した¹³。大塚直判批は、加害者らの不法行為が競合しているというだけで連帯債務を認めることは困難であり、弱い関連共同性、つまり集団について何らかのまとまりのある関係を必要とすると考えられる。そして本件で考慮された事情②(建材メーカーらは、大工らが累積的に石綿粉じんにばく露していることを想定し得たこと)は、弱い関連共同性に近いと解する¹⁴。それに対して、瀬川信久判批は、本判決にあるのは「弱い関連共同性がある集団」ではなく、「(シェアによる到達が認められた)因果関係の証明負担軽減のために構成された企業集団」であると、その連帯責任も(集団化による)因果関係の証明負担の軽減とそれを軽減した場合の責任であり、主観的共同、客観的共同等の実体法的な責任根拠に基づく前段の責任とは別物であると指摘した¹⁵。

(2) 集団的寄与度による責任範囲の限定

① 本判決の論理

本判決は、同項後段の類推適用を認めながら、判旨「二」とおりに、建材メーカーらを一つの集団として、この集団による粉塵曝露量は大工らが各自の石綿粉じんの曝露量全体の一部にとどまるという事情があるから、「こうした事情等を考慮して」、損害の発生に対す集団的寄与度を損害の3分の1と定め、建材メーカーらの連帯責任を当該寄与度に応じた範囲で限定した。中野前調査官解説によれば、このような寄与度減責は、上記の事情を含めて諸般事情を総合考慮して定まったものとみることが可能である¹⁶が、それを認めるための根拠が特に示されていないことも指摘される¹⁷。

② 「他原因者不存在」要件との関係

「3(1)②」で述べたように、本判決は同項後段の類推適用のための要件を明らかにしていない。もっとも、「他原因者不存在」という直接適用の場合の要件について、類推適用の場合には不要としたことが明確である。

この点について、同要件は集团的寄与度責任の集团的寄与度の証明によって置き換えていることが指摘されている¹⁸。さらに、石橋秀起は、「集团的寄与度は特定された複数の行為者が責任を負うべき割合において確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」として、集团的寄与度を同項後段の類推適用の要件として位置付けるのが妥当であると主張している¹⁹。他方、このことの機能として、同項後段の類推適用の下での集团的寄与度責任では、加害者である建材メーカーらは他原因者の存在を理由として免責することができなくなったと思われる²⁰。

③ 集团的寄与度責任の算定

本判決は、建材メーカーらの集团的寄与度責任を大工らの各損害の3分の1という数値として算定した。しかし、(被告とされていない)他のメーカーの存在によって、本件特定された建材メーカーらによる石綿粉塵曝露量は、事実上3分の1より少ない可能性があることが中野前調査官に指摘されている。中野前調査官解説によれば、これは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、建材メーカーらによる(事実上真の)粉塵曝露量の割合とその責任の割合が一致しなくても特に問題はない²¹。しかも、本判決は、中皮腫以外の石綿関連疾患の場合において、原審によるマーケットシェアに基づく分割責任を否定する際に、「マーケットシェアが、…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難く…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というべきである。」としたことから、本件の寄与度は事実上の寄与度ではないと考えられる。

なお、このような誤差を伴う、法的評価を伴った規範的判断²²の正当性・公平性の根拠について、多くの見解はそれを、建材メーカーらは大工らが累積的に石綿粉塵に曝露していることを想定し得たこと²³(つまり「他の行為者の存在の認識」²⁴、または「他者による同様の行為との因果関係の絡まりの認識可能性」²⁵)に求めるとしている。

-
- ¹ 吉田邦彦『不法行為等講義録』（信山社、2008年）179頁。
- ² 吉田・前掲注1）181頁。
- ³ 近江幸治『民法講義 VI 事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』（成文堂、2018年）245-246頁参照。
- ⁴ 加藤一郎『不法行為（法律学全集）』（有斐閣、1957〔増補版1974〕）211頁。
- ⁵ 淡路剛久『公害賠償の理論〔増補版〕』（有斐閣、1978）126頁以下。
- ⁶ 幾代通〔徳本伸一補訂〕『不法行為法』（有斐閣、1993）229頁。
- ⁷ 近江・前掲注3）258頁。
- ⁸ 近江・前掲注3）254頁。
- ⁹ 中野琢郎「判解」ジュリスト1562号（2021年）90-91頁参照。
- ¹⁰ 中野・前掲注9）91頁。
- ¹¹ 近江・前掲注3）258頁。同旨、中野・前掲注9）91頁、大塚直「判批」論究ジュリスト37号（2021年）185頁。
- ¹² 中野・前掲注9）92頁。
- ¹³ 中野・前掲注9）92頁。
- ¹⁴ 大塚・前掲注11）187頁。さらに、石橋秀起「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」立命館法学399=400合併号（2021年）22頁では、他行為者の存在と加害作用の集積について認識ないしは認識可能性をもって「弱い関連共同性」を観念することが十分可能であるとする。
- ¹⁵ 瀬川信久「判批」現代消費者法53号（2021年）76-81頁参照。
- ¹⁶ 中野・前掲注9）93頁。
- ¹⁷ 大塚・前掲注11）186頁。
- ¹⁸ 大塚・前掲注11）186頁。
- ¹⁹ 石橋・前掲注14）14-15頁参照。
- ²⁰ 瀬川・前掲注15）80頁参照、林誠司「判批」令和3年度重要判例解説1570号（2022年）73頁参照。
- ²¹ 中野・前掲注9）93頁。
- ²² 石橋・前掲注14）16頁。
- ²³ 中野・前掲注9）93頁。同旨、大塚・前掲注11）186頁、石橋・前掲注13）16頁、林・前掲注20）73頁。
- ²⁴ 渡邊知行「建設アスベスト訴訟における建材メーカーの賠償範囲」成蹊法学第97号（2022年）111頁。
- ²⁵ 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—じん肺・葉害・大気汚染訴訟と建設アスベスト訴訟」環境法研究第4号（2016年）51-52頁では、これを各被告に要求される帰責性と解する。47頁では、そのほか寄与割合の誤差を対応するものとして、被告が自己の真の寄与度を下回る賠償責任しか負っていない

い可能性があること、損害・寄与度の「控え目の算定」があげられた。

VI. 評釈（その2）（吉田評釈）（確率論的）因果関係論と民法解釈方法論上の意義を中心として

1. はじめに——建設アスベスト問題の特性

目下判例集のかんりの分量で扱われている「建設アスベスト問題」の特質を考えると、第1に、クボタのような大工場の事例¹ではなく、建設アスベスト事例では、各建築請負会社での建設作業の問題であり、その場合には、請負企業に責任追及できない。その代わりに重要となるのは、国賠責任が重要になり、その意味で、泉南アスベスト事例に近い。

第2に、それと併せて、建材メーカーの責任が問われている。しかしここでは、被災者の石綿被害との因果関係が複雑であり、共同不法行為責任といっても、関連共同性は希薄で、立証も困難であるというハードルに直面することになる。

第3に、被害者の数は多く（全国的に組織された原告は約1000名であり、実際には1万人以上とされる²）、集団的判断が求められて、その意味では、故平井博士が析出された「政策志向型不法行為訴訟」³の典型例であろう。

2. 本判決の位置づけ

令和3年（2021年）5月17日には、「建設アスベスト訴訟」に関する4つの最高裁判決が出された（神奈川県訴訟第1陣（本件）以外に、東京訴訟第1陣、京都訴訟第1陣、大阪訴訟第1陣）が、その中でも、本稿で中心的に扱うのは、比較的積極的な判断が下された判決である（深山卓也裁判長にかかるもの）。

すなわちここでは、国賠法1条に関する判断と民法719条1項後段に関する判断が下されて（ここでは後者を中心的に扱う）、最高裁として、従来には見られなかった事案について、民法719条1項後段の類推適用として、初めて、部分的・割合的ではあるが、因果関係を認め、（メーカー業者の）連帯責任を認めている。そしてそれは、因果関係判断に関する解釈方法論上の問題を提起していると考えよう。

3. 国賠法上の判断と給付金法

本稿の力点を民法719条の方に置くので、ここでは国賠1条の判断について

は、付随的に扱うに止める⁴が、留意すべき第1は、国賠1条の違法性に関する積極的判断である。すなわち、昭和50年10月〔安衛（労働安全衛生）法施行令・規則の改正（石綿などが、安衛法57条の表示義務の対象となる）、特化則（特定化学物質等障害予防規則）の改正時（石綿などの人体への作用の揭示義務）〕から平成16年9月末〔平成15年10月の安衛令改正の施行により、石綿含有の円筒、セメント板、化粧スレート等の製品で、石綿重量が1%超のものを安衛法55条の製造禁止の有害物にしたとき〕までの間、国（厚生大臣（厚労大臣））は、規制権限不行使の違法性があったとする⁵（これに対して、原審では、違法なのは、昭和56年1月から平成7年3月末までとしていた）。なおその具体的中身として、適切な防塵マスク着用、石綿関連疾患を発症する危険の表示の指導監督をしなかったのは、著しく合理性を欠き、国賠1条1項の適用上違法であるとされた。

第2に、一人親方（個人事業主）であっても、安衛法2条2号の労働者でなくとも、同法57条の注意表示義務は、物の危険性に着目した規制として保護されるとした。この点、原審では、否定されていた（否定するものが少なからずあった）のを、ここでも被害者保護的に一步を進めたのである。

他方で第3に、賠償額は、実損害の3分の1である（これは多くの建設アスベストの裁判例と同じである。2分の1とするのは、大阪訴訟第1陣控訴審（大阪高判平成30年9月20日判時2404号240頁くらいである。この点、泉南アスベスト訴訟（最判平成26年10月9日民集68巻8号799頁）では、2分の1とされている）。原審のこの判断（2170頁）は、維持されているのである。島村教授の批判⁶については、私も同意見である。福島原賠訴訟では特にこの点は、問題とされ、東電と同額だとするものも下級審では見られた。

なお、国賠責任に関連しては、令和3（2021）年2月に組織された「与党建設アスベスト対象プロジェクトチーム」は、同年5月17日に「統一和解基準」を提案し、翌5月18日に原告団・弁護団と国との間で「基本合意書」を取り交わし、6月9日に「特定石綿被害建設業務労働者等に対する給付金等の支給に関する法律」（令和3年法律74号。施行令和4年1月19日）が制定された。しかしそこでは、給付金は、損害の2分の1を前提としており、屋外工は除かれ、建設メーカーが出捐するメカニズムになっておらず、公健法（公害健康被害補償法）などとは異なる。

4. 719条1項後段の判断の意義

そこで次に目下一番民法学上焦点が集まり、錯綜している、建材メーカーの責任を見よう。

第1に、結論的に、メーカーの3分の1の寄与度による連帯責任を認めたところは、最高裁として初めての事例判断である。しかも3分の1という数字は「ざっくりした」裁量的判断であり、それ自体は、統計的因果関係判断とは、異質である⁷。後述する「法解釈」と「法政策」との異質性を強調される内田教授との類似性も看取できて、解釈方法論的に興味深い（深山裁判長と内田教授とは、「債権法改正」などを通じて、法務省で旧知の間柄であり、それによる相互の影響関係も推測される）。3分の1が出てくる根拠は、「Y₂らによるボード三種（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・平板及び石綿含有ケイ酸カルシウム板）は、相当回数建設現場に到達していて、Xの曝露量の3分の2程度は、昭和50年4月から平成4年までに、本件ボード三種によっている。その内、半分は自分以外のものの作業によるもので、その残りは自分の建材取扱いで曝露されたもので、直接のものは3分の1になる」というわけである（民集75巻5号1389-1390頁参照）。繰り返すが、その「ざっくりぶり」は印象的である（しかも間接的曝露の場合にはなぜ除外されるのかについて、十分な説明もない）。しかしこうした「胸三寸的な」打ち出し方（「丸め込み」となると、——そして「法解釈論」に徹するとなると——いわゆる「反論可能性」もなくなるだろうから、これでよいのかという異論も出るだろう（吉田）。

なお学説は、従来民法719条に関しては、全額責任へのこだわりが強く（特に平井教授は、民法709条の独立的不法行為でもそうだとされた）、この点で、その後の見解の寄与度責任を認める立場（幾代教授、淡路教授。また能見教授の改説⁸）との間には、緊張関係があった⁹。これとの比較でも、本判決はかなり分割責任（寄与度責任）の方向に、シフトしてきたことが分かるが、（本来共同不法行為とされたものとの）類型的相違は無視できないだろう（しかし、平成13年最判（最判平成13年3月13日民集55巻2号328頁）は、交通事故と医療事故の競合という事例で、いわゆる「関連共同性」はないが、不可分一体の結果ということから全額責任を認めていた）。

第2に、民法719条なので、「関連共同性」との関係が問題になるが、本判決では明示的ではない。この点で「弱い関連共同性」を要求しつつ、大気汚染事

例（「強い関連共同性」事案である四日市ぜんそく事例（津地判四日市支部判昭和47年7月24日判時672号30頁）（もっともその用語に見方によって混乱があり、まだ熟成されていない¹⁰）、さらには、「弱い関連共同性」の都市型大気汚染事例（大阪地判平成3年3月29日判時1383号22頁（西淀川大気汚染事例）など）との延長線上に、本件を位置づける見解が有力である（大塚教授、吉村教授）¹¹。吉村教授の場合には、流通に置いたことが「市場媒介型」の「弱い関連共同性」を認められる¹²。建設アスベスト訴訟について、多くの論考をものされる両教授なので、軽々に扱うことはできないが、通常の「関連共同性」で、物理的近接性を問題する大気汚染事例と本件とは類型を異にして、「関連共同性」があまりない事例にまで719条1項後段は拡張されてきているとすることが自然であろう（同旨、瀬川教授¹³）。もしこれをも「関連共同性」に取り込むならば、もはや用法の問題ということになる。ともかく中野調査官も言われるように、「関連共同性」の有無は、決め手となっていない論点である¹⁴。

第3に、「他原因者（第三者）不存在要件」である。すなわち、「そのみ（第三者）で損害を惹起しうる者がいない」ことが民法719条1項後段の要件だとされて（原審はこの点は、不要としていた（2124頁参照）、これは「通説」に従ったとされる（反対されるのは、松本克美教授、内田貴教授である）¹⁵。本判決はこれにより、本件に対する「類推適用」という妙なことになっている（事案が、同条項の本来の事案（択一的競合）からかなり離れてきているという理由なら、「類推適用」はわかるが）。本件でもそうであるように、最も蓋然性が高いものから順に被告メーカー企業とされるのが通常であろうから、このような妙な第三者要件を要求する実際上の必要性は低いと思われる（私はそうしたプラグマティズムから、松本教授らの少数説に左袒する¹⁶）。大塚教授は、必要と考えないと、「無辜の者だけを集めて、全額連帯を負わせることになる」などと反論されるが¹⁷、加害行為の原因惹起の危険性などを要件とすればすむことであり、あまり非現実的な理由を説くのは、生産的ではないだろう。

第4に、因果関係の立証困難という建設アスベスト紛争の課題への克服として、立証困難の問題打開への展開が判例上見られて、その打開策としての確率論¹⁸が、同日の最高裁（東京訴訟第1陣）（最判平成3年5月17日民集75巻6号2303頁）（深山卓也裁判長）で積極的に受け止められていることとの関係である（同判決では、それを受け入れ、「建材のシェアが高いほど、建設現場の数が多いいほど、石綿含有建材の到達事実が認められる蓋然性が高くなることは、経験

則に明らかである」とし(民集75巻6号2310-2311頁)、「確率計算を立証に考慮できないとするのは、著しく合理性を欠く」と述べて(同2311-2312頁)、これを考慮しない原審は、経験則・採証法則に反する違法があるとした。

これとの関係で、 Y_2 (A&A マテリアル)、 Y_3 (ニチアス(株))、 Y_4 (MMK(株))のマーケットシェアは、各々30%、10%、10%とされていることから(原審)(原審は、中皮腫に関しては、主要曝露建材の製造企業の集团的寄与度は3分の1とし、民法719条1項後段適用で、3分の1の連帯責任とし(2160-61頁)、それ以外の石綿疾患については、709条によりマーケットシェアの3分の1[故に、各々10%、3%、3%]の責任を認めていた(2148-49頁、2156-57頁))、その因果確率は、3分の1よりも高くなるはずだとの疑問も生じうるが、これについては、説を分けて論じたい。

5. (課題その1) 統計的(確率的)因果関係判断と内田教授の反論の方法論的捉え方

既に論じたように、建設アスベスト裁判例は、立証上の難点から当初は因果関係を否定していたが、一部1審で認容例が出て(京都地判平成28年1月29日判タ1428号101頁(京都訴訟1陣))、永野厚郎裁判官が示唆した確率論(確率的因果関係論)は影響して、控訴審では積極的判断が相次いだ(東高判平成29年前出(神奈川訴訟1陣)を皮切りに、大阪訴訟1陣(大阪高判平成30年9月20日判時2404号240頁)(どちらもシェア10%以上の事例)、神奈川訴訟2陣(東京高判令和2年8月28日判時2468=2469合併号15頁)(以上では、到達の事実を肯定する)、京都訴訟大阪高判平成30年8月31日判時2404号4頁(本件では、到達事実の相当程度以上の可能性があるとする。シェアが、20~25%の事例))。そして、このようなやり方は、被災者(被害者)弁護士も採用するものであるが、最高裁(前述)(東京訴訟1陣)は、その確率計算は、経験則を補完・補強するとした。

ところが、内田貴特命教授(早稲田大学)は、これを批判される。加害行為はバラバラの過失行為であり、「原因物質の集合」は観念できない。「心証が10%しか得られない事象が10回重なっても、決して100%にはならない。」「(確率論の嚆矢の)京都地判は、シェア10%の建材について、建設作業現場を年間10回経験する作業従事者は、1年に1回は石綿粉塵曝露を受けていると、…占有率を確率と同視しており、無理な推論である」そして「解釈論である限り

…民法が設定する規範による拘束」という枠組みが必要だとされる¹⁹。この内田教授の法解釈方法論的批判をどう理解したらよいのだろうか。同教授の確率論批判を詳細に反批判される大塚教授などには、この方法論的な問題意識を共有されていないと思われる²⁰ので、少しく述べておきたい。

このような「法解釈」と「法政策」の思考様式の相違は、——平井博士がキャラブレイジ教授の「法と経済学」流の「蓋然的因果関係」を提案されている²¹のに対して、——もう30年も前に、私自身平井博士の「目的＝手段的思考様式」と「法＝正義思考様式（義務論的思考様式）」の峻別を逆用することで、それを批判したことがあった²²。（この点、森田修教授は、同博士は、吉田の批判を受けて、「蓋然的因果関係」の構想を断念したと推測する²³。）

しかし、第2次法解釈論争の一断面である問題意識を延長させた「法解釈」と「法政策」の区分論——そしてそれは、過般の内田論文に反映していることは、懐かしいものである——は、謙虚に受け止めなければならない問題意識だが、これだけでは、行き詰まる（というか、『法と経済学』の成果ないリアリズム法学の思考様式をあまりにも減殺してしまう）と、私自身はまもなく気づき意識的に法政策論に踏み出しており（例えば、1990年代半ばの代理母論などは、その例である。そしてキャラブレイジ教授の最近著を訳出してからは益々そうである²⁴）、「蓋然的因果関係」などの装置もあっても悪くないと考えている。つまり思考様式の相違に留意しながらも、「法政策」「法解釈」の双方ともに、必要であるという問題意識である。（こういう事情を意識されずに、米村教授は私を批判された²⁵が、2000年代半ば過ぎの段階で、そこに誤解があることをお返事している²⁶。）

本問題に戻って考えると、確かに内田教授は、「法解釈」に引き籠もっておられる感じもなくはないが、「法政策」の意義も否定されない²⁷ので、実質的に私と同じなのかも知れない（そのトーンは弱い感じを受けるが）。建設アスベストの場合、大量の集団的現象として起きており、「個別的因果関係」だけを見ても、埒はあかない。因果関係が複雑な場合には、それに執着しても、解明がなされない（まさにヒュームの原理である）。一方で、個別の被災者からは、「矯正的正義」としては、100%救済を受けたいであろう。しかし他方で、集団的・事前的な「法制度デザイン」として何らかの検証方法を探らなければならぬだろう。そして個別的因果関係を見ても、どうにもならないから（被災者側から見れば、事実的因果関係はあるのだから、矯正的正義から損害

賠償を受けたいが、どのメーカー企業の石綿からかは分からないということになり、賠償を得られなければ、不正義との不満が残るわけである)、このような統計的手法を用いて、集団的・制度的設計をするのである。

その工夫の一つとして、建設アスベスト訴訟で奏功していると評価される「確率計算」である(前述)。二つめに、アメリカにおいてDES(更年期障害治療合成女性ホルモン〔ジェスチルベストロール〕。流産の防止の目的などで用いられたが、膣癌・子宮癌などを発症させた。しかし10年以上の潜伏期間があり、DESの製造者は200～300に及ぶという点で、アスベストとも類似性がある)事件などで展開されてきた「市場占有率の責任(market share liability)」法理であり、同「確率計算」よりも集団的に統計的処理として分割的な因果関係(ないし責任)が認定される(渡邊教授らの研究がある)²⁸。アスベスト訴訟はアメリカでは混迷しているからあまり使われていないが、学ぶべきものであろう(すなわち、渡邊論文によると、大方の判例は「市場占有率の分割責任」法理を否定した理由として、DESに比べて危険性の程度に多様性があり、市場シェアの確定及び製造者の特定に困難を伴うところにあるようだが²⁹、「建設アスベスト」の場合には、状況が限定されていて、同日の談ではなく、同法理の導入の可能性はあるのではないか。

さらに考えると、「疫学的因果関係」もまさしくこの困難に対処するための手法であることに、思いを致す必要があるが、わが環境法学は何故か、水俣病などで、この法理の正確な摂取ができていなかったことに批判的なメスを入れる³⁰のが、一貫した理論的立場と言うべきであろう(この点で、大塚教授が、建設アスベスト訴訟の流れについて、「集団対集団」から「複層的競合的不法行為」として、個別的判断を重視される³¹のは、もし「疫学的因果関係」については、個別的因果関係に拘り、それに消極的な立場に繋げる趣旨ならば、理論的な一貫性のなさが批判されるべきである。集団的であろうが、個別的であろうが、このような統計的手法は推進されるべきであろうからである)。

ところで、このような確率的(統計的)因果関係判断と裁量的な因果関係判断との関係をどう考えるか、という問題がある。深山コートの立場は、両判決をつなぎ合わせると、『「確率計算」を推定根拠として補強することを認めながら(東京訴訟1陣)、他方で、裁量的な3分の1という判断を行った(神奈川訴訟1陣)』ということであるが、両者一貫させるためには、やはり摺り合わせ作業をして、「確率判断」の方に近づけることになるのではないか。

6. (課題その2) 屋外労働者の救済論

ところで、国賠法の判断としても、建材メーカーの責任判断としても、屋外労働者は、救済から漏れたというのが、同日の「京都訴訟1陣」(判時2498号52頁)及び「大阪訴訟1陣」(判時2500号49頁)の判断であるが、責任を一部認めたとあるように、論理必然的なものではない。

被災者にとっては、事実的因果関係はあるわけであるし、「矯正的正義」の点からも、同じ職場で働いていた労働者相互の「社会的不公平」という点で、事後的に納得できないところがあるだろう。これをどのように線引きに説得力を持たせるかは、難問であろうが、「事前的判断」で、何処かで線引きがなされたということであろうし、建材メーカーの義務射程(当該表示義務、防塵マスク着用義務のコストとの関係での制度設計)として、裁量的判断がなされたとすれば、それをできるだけ実証化するキャラブレイジ理論的な「蓋然的因果関係」と表裏をなすものと言えるであろう。

7. (課題その3) 「法と経済学」との関係

上記の考察から、思考様式として「法解釈論」としては、事後的な因果関係判断(裁量的判断)であるが、建設アスベスト問題においては、因果関係の複雑さ及びかなり大量の集団的判断が問われているので、統計的処理が集団的にも個別的にも求められ、事前の考察としての「法と経済学」も参考になると思われる。

共同不法行為一般として、「法と経済学」的考察でも、蓋然性からの分割賠償(リッズ教授)や全額賠償説の分担にかかる運営コスト、フリーライド的な事故抑止コストの低減(エプスティン教授)等からの「分割責任」の余地があるとされ、示唆的であることをかつて紹介しているが³²、近時、イスラエルの研究者(ポラット教授ら)が『不確実性の下での不法行為法』なる著作を発表していて、今回の問題に参考になる³³。すなわち、そこでは、「立証上の困難による過小賠償問題」への対処として、——潜在的加害者への問題として、解決の事前のインセンティブ(損害軽減のインセンティブ、因果関係・過失を特定するインセンティブ)と事後的に証拠を出させるインセンティブをもたらすために——「証拠上の損害」(evidential damage)概念(西内准教授は、「情報損害」と訳されるが、私には、意識より直訳の方がわかりやすいと思われるこうした)を肯定し、「最安価費用回避者」抽出の判断になるとする³⁴。そして、本件に参

考となる「寄与度が分からない場合」について、確率に応じた損害を説き³⁵、原因力の閾値を求めつつも、キャラブレイジ教授流の「最安価費用回避者」抽出の判断として、加害者範囲の特定性は緩める方向で判断されているのである。本稿の方向性と共通する枠組を示すものとして、留意しておきたい。

8. (追記) 中野判決など——確率計算と裁量的責任判断との関係・再考

中野琢郎最高裁調査官(当時)は、目下札幌地裁民事3部部长をされている。札幌では、「札幌民事実務研究会」という裁判官・弁護士と大学との交流研究会がある機縁で、本件についても、多少の意見交換をしている。中野裁判官は学生時代に、内田貴教授の授業も聴講されているようで、本稿で推察した影響力は否定できず、その後の解説でも裁量的判断である旨繰り返される³⁶。しかし、同日東京訴訟1陣最判がある限り、確率統計などとの連携については考えていかざるを得ないだろうが、この点で同裁判官が出された札幌地判令和4年4月28日(未公表)³⁷では、到達の「確率計算」からシェア10%でも到達確率は8~9割として、相当使用されたことは一応推認できるとしつつも(原文118~119頁)、結構煩瑣な個別的認定から、建材メーカーの3割ないし5割の分割責任を認められていて、5割、8割は超えないとされ、責任期間と曝露量からの責任割合を確定され(原文180頁以下)、本判決の単純な3分の1よりも進化させているようである。しかし、「確率計算」と「裁量的寄与度責任」との関係をおのうに捉えてよいのか、やはり疑問も残るだろう。

そして、このような「個別的確率計算」と、ヨリ集団的な「市場占有率による責任」との関係も考えなければいけないだろう。確率計算は容易とは言え、「建設アスベスト」訴訟のように、被災者が膨大になる場合には、個別的計算だけでは、あまりに煩瑣となり、場合によっては立証が容易ではないこともありうる。その際には、アメリカの「市場占有率」責任のように、被害者の立証責任を転換し、マーケットシェアを推認するなどの集団的扱い³⁸も顧みられてよいだろう(なお、アメリカ判例で採られる「分割責任」がよいか、それとも本判決が採用した「(寄与度)連帯責任」のいずれがよいかの問題にはここでは立ち入らない)。

そしてゆくゆくは、建材メーカーを含めたヨリ総合的・集団的な救済システムの構築(前記給付金システムの刷新版)が実現されるべきであろう。このような集団的な不法行為の救済としては、本判決で積極的な方向性で示された以

上、司法だけでは過重であることにも留意されるべきであろう。

¹ これを経緯に草したものとして、吉田邦彦「日本のアスベスト被害補償の問題点と解決の方途——とくにアメリカ法との比較から」NBL829号、830号（2006）同・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題（民法理論研究3巻）（有斐閣、2006）597頁以下参照。

² 吉村良一「建設アスベスト訴訟最高裁判決の検討」末川民法法研究9号（2022）74頁注3参照。

³ さしあたり、平井宜雄・現代不法行為理論の一展望（一粒社、1980）66頁以下〔平井宜雄著作集Ⅱ・不法行為法理論の諸相（有斐閣、2011）155頁以下〕参照。

⁴ 詳細は、島村論文（島村健「建設アスベスト訴訟上告審判決の意義——行政法の観点から」論究ジュリスト37号（2021）174頁以下）などによられたい。その他例えば、下山憲治「建設アスベスト訴訟における国家賠償責任」一橋法学18巻2号（2019）343頁以下。

⁵ 中野琢郎・ジュリスト1562号（2021）89頁では、「従来の最高裁判決にはない本判決の特色」とする。

⁶ 島村・前掲（注4）181頁では、国の責任が間接的と言うことはそれを宣言する理由にはならないと批判する。

⁷ 中野・前掲（注5）93頁、94頁（諸般の事情から寄与度を定めたとされ、裁量的判断とする）参照。

⁸ 幾代通（徳本伸一補訂）・不法行為法（筑摩書房、1993）（初出、1977）223頁、淡路剛久・ジュリスト898号（1987）94頁（同・公害賠償の理論（有斐閣、1978）127頁、131頁、144頁と比較せよ）、能見善久「共同不法行為に関する基礎的考察（8・完）」法協102巻12号（1985）2191頁（原則は、全額責任で、例外的に「寄与度が著しく小さい場合」に、減額の余地を認める）。また古くは、故川井健教授の主張があった（法時34巻11号（1962）など）。

⁹ 詳しくは、吉田邦彦・不法行為等講義録（信山社、2008）185-186頁参照。

¹⁰ 吉田・前掲書（注9）182-183頁参照。

¹¹ 例えば、大塚直・論究ジュリスト37号（2021）182頁、同・私判り65号（2022）51頁、吉村・前掲（注2）83頁。

なお、加害者不明の不法行為で、集团的寄与度責任を連帯債務とするために、「弱い関連共同性」を要求するとされるのは、淡路・前掲書（注7）（1978）126頁以下、前田達明・不法行為帰責論（創文社、1978）207頁、幾代通・民法研究ノート（有斐閣、1986）233頁等であるが、これらの論者が建設メーカー事例との関係で説かれているわけではない。

¹² 吉村良一・政策形成訴訟における理論と実務——福島原発事故賠償訴訟・アスベ

ト訴訟を中心に（日本評論社、2021）404-405頁。同「『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（2012）212頁以下、とくに244頁以下も参照。同・不法行為法（6版）（有斐閣、2022）273-274頁、281頁以下も参照。

¹³ 瀬川信久・現代消費者法53号（2021）77頁、80頁（「『弱い関連共同性』ある集団」ではなく、「シェアによる到達が認められた集団」だとされる）。

¹⁴ なお、共同不法行為論の日米の比較法的考察（後掲注33参照）から、本判決に関心を寄せる西内康人准教授は、冒頭研究会で、「関連共同性」の議論にエネルギーを割く近時の議論への疑問を出されたことも興味深く、評釈者と共通するものがあり、ここに記しておきたい。

¹⁵ この要件を必要とする見解として、幾代・前掲書（注8）228頁、四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為（下）（青林書院、1988）794頁、潮見佳男・不法行為法Ⅱ（2版）（信山社、2011）219頁、前田陽一・債権各論Ⅱ不法行為法（3版）（弘文堂、2017）145頁など。不要とするのは、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（2010）2838頁以下、とくに2855頁以下、内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書（続）（上）」NBL1086号（2016）8頁以下。

¹⁶ 林誠司教授は、その本件解説（令和3年度重要判例解説「民法-7」（2022））では明示的ではないが、冒頭記載の研究会では、このような私見に賛同された。

¹⁷ 大塚直「建設アスベスト訴訟に関する大阪高裁二判決と今後の課題」判時2404号（2019）308頁、同・前掲（注11）（2022）50頁など。

¹⁸ 建材メーカーのマーケットシェアが、R%として、当該建設工がN回もの建材現場で仕事した場合、その確率は、 $1 - (1 - R/100)^N$ になるとするもので、神奈川第1陣訴訟の控訴審（東京高判平成29年10月27日判タ1444号137頁）の永野厚郎裁判官により提示されたとされる。これは東京訴訟第1陣の最高裁の宮崎朋紀調査官によっても言及されている（ジュリスト1562号（2021）97頁参照。従って、建材のシェアが10%の場合、被災者の現場数が、20カ所、30カ所の場合には、各々約88%、96%になるとする（同頁））。

¹⁹ 内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書（続）（下）」NBL1087号（2016）25-26頁及び26頁の注53など参照。

²⁰ 例えば、大塚直「共同不法行為・競合的不法行為論と建設アスベスト訴訟判決について」（加藤（雅）古稀）21世紀民事法学の挑戦（下）（信山社、2018）623頁以下、とくに、628頁以下（20頁以上に及ぶ）。因みに内田NBL論文が、建設アスベスト訴訟の被告企業の意見書に由来する（という私の知らない）事情も記載されるが（623-624頁参照）、私はそのような「色眼鏡」をかけずに、純粋学術論文として受け止め、共鳴するところが——疑問とともに——あったことを付記しておきたい。

²¹ 平井宜雄・前掲書（注3）（1980）216頁以下、とくに218頁〔前掲（注3）平井宜雄著作集Ⅱ（2011）246頁以下に所収（もともと、「追記」256頁には、「クラブレイジ理論が現在でも維持されるべきか疑問であり、したがってそれに立脚した構想も改めなければならない」とされる）〕。

²² 吉田邦彦「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』」同・民法解釈と揺れ動く所有論（民法理論研究1巻）（有斐閣、2000）241頁参照（初出、ジュリスト997号～999号（1992））。

²³ 森田修「『損害賠償法の理論』の文脈」（平井追悼）瀬川信久ほか編・民事責任法のフロンティア（有斐閣、2019）14頁。

²⁴ GUIDO CALABRESI, THE FUTURE OF LAW AND ECONOMICS: ESSAYS IN REFORM AND RECOLLECTION (Yale U.P., 2016)〔グイド・キアラブレージ著・吉田邦彦訳・法と経済学の未来——改革と回顧論考（弘文堂、2021）〕参照。とくに、「訳者あとがき」185頁以下。

²⁵ 米村滋人「法的評価としての因果関係と不法行為法の目的（1）（2・完）——現代型不法行為訴訟における責任範囲拡大を契機とする因果関係概念の理論的再検討」法協122巻4号、5号（2005）。とくに、「（2・完）」5号847頁以下。同教授への期待としては、このような問題意識を継続させた続編をもっと書いて欲しいと言うことである。

²⁶ 吉田・前掲書（注9）40-42頁参照。

²⁷ 内田・前掲（注19）26頁。

²⁸ これについては、渡邊知行「『加害者不明の共同不法行為』について（1）～（3）」名大法政論集140号、144号、145号（1992～1993）。さらに、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——じん肺・薬害・大気汚染訴訟と建設アスベスト訴訟」環境法研究4号（2016）も参照。

²⁹ 渡邊・前掲（注28）「（3）」名大法政論集145号（1993）477頁以下参照。

³⁰ この点については、吉田邦彦「カナダ水俣病の実態の衝撃と日本の救済実績との比較・課題」瀬川ほか・前掲書（注23）55頁以下、とくに76頁以下参照。また、諫早訴訟との関係については、同「諫早訴訟の総合的考察（後編）」自由と正義74巻4号（2023）も参照。

³¹ 大塚・前掲（注17）（2019）304頁、同・前掲（注11）（2022）49頁参照。吉村・前掲（注2）73頁が、こうした図式的把握に留保を付されているのは、示唆的である。

³² 吉田・前掲書（注9）185-186頁。そこで引用したのは、Mario Rizzo & Frank Arnold, *Causal Apportionment in the Law of Torts: An Economic Theory*, 80 COLUM. L. REV. 1399 (1980); do., *Apportionment: Reply to the Critics*, 15 J. LEGAL STUD. 219 (1986); William Landes & Richard Posner, *Joint and Multiple Tort Feasors: An Economic Analysis*, 9 J. LEGAL STUD. 517 (1980); RICHARD EPSTEIN, *CASES AND MATERIALS ON TORTS* (Little Brown, 1990) である。

³³ ARIEL PORAT & ALEX STEIN, *TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY* (Oxford U.P., 2001) 160-206。本論文を紹介されているのは、西内康人准教授（同准教授の「共同不法行為の法と経済学」と題する北大民事法研究会での報告（2022年10月21日））（「同名論文」（上）（中）（下）NBL1235～1237号（2023））。とくに「（下）」参照）である。もっとも、その手法は、「法と経済学」というよりも、総合派であり、その中の一つとして「法と

経済学」の共有財産を用いているという感じである。彼らのオリジナルは、不確実性を「証拠損害」として反映させているところであろう。

³⁴ *Id.* at 180.

³⁵ *Id.* at 130.

³⁶ 法曹時報74巻4号（2022）の評釈885頁でも、「妥当な結論を導く諸般の事情を総合考慮して裁量的に判断する」とされる。なお、「ボード三種からの直接の石綿粉塵の曝露量は3分の1より少なかったかも知れないが、建材メーカーの連帯責任の割合は、それと一致していなくともよいとする」（同頁）のは、確率計算を意識されるからだろうか。

³⁷ 私は、全国建設アスベスト弁護団事務局長の伊藤明子弁護士のご厚意により、閲読している。

³⁸ 例えば、渡邊・前掲（注28）「(2)」名大法政論集144号（1992）472頁以下がこうしたアメリカ判例の状況を紹介する。

（あとがき）

本判例研究は、Ⅰ～Ⅲは戴、Ⅳ・Ⅴは袁、Ⅵは吉田が執筆した。評釈者の独立性を重視して、ⅤⅥは別個独立に構想・執筆している。それでも自ずと方向性は共通するものがあると考えている。更なる読者諸賢のご教示を賜れば、幸いである。

（評釈類）

本判決については、以下の評釈類が存在する。袁評釈・吉田評釈の注で触れられたものとの重複を厭わずに、さらにまとめて掲げさせていただく（敬称略）。
法セ 808-132 山岡航、ジュリ 1570-190 井村真己（臨増・令3重判解）、ジュリ 1570-72 林誠司（臨増・令3重判解）、ジュリ 1570-52 大脇成昭（臨増・令3重判解）、法セ増・新判例解説 Watch 30-291 春田吉備彦、法時 93-13-266 北岡大介、訟月 67-11-1537 入江純一、季刊労働者の権利 343-2 佃俊彦（ほか）（特集）、論究ジュリ 37-190 小畑史子、論究ジュリ 37-182 大塚直、論究ジュリ 37-174 島村健、ひろば 74-11-56 中野琢郎、法教 494-65 桑原勇進、労旬 1993-11 村松昭夫・鎌田幸夫・谷真介、労旬 1993-6 小林邦子、法時 93-11-64 石橋秀起、労経速 2455-2 山崎隆、季労 274-234 鎌田耕一、法教 492-129 山城一真、法教 492-128 中原茂樹、ジュリ 1562-84 中野琢郎、季刊労働者の権利 341-63 水口洋介、法民 559-40 水口洋介、ジュリ 1560-4 小西康之、民主法律時報 575-1 遠地靖志、月刊廃北法74(1・120)120

棄物 47-10-72 芝田麻里、季労 279-54 北岡大介、判時 2526-116 (判評
763-2) 北村和生、法時・別・私判リ 65-45 大塚直、経営法曹 212-28 尾
畑亜紀子、現代消費者法 53-72 瀬川信久、曹時 74-4-75 中野琢郎。