

〔論 説〕

民法719条 1 項後段の適用要件及び同項後段の類推適用の要件についての一考察

—— 最高裁判所令和 3 年 5 月 17 日第一小法廷判決・
民集 75 卷 5 号 1359 頁に関して ——

大 段 亨

1 はじめに

共同不法行為の成立要件等について、従来の学説の議論は錯綜し、下級審判決においても事案に応じて様々な要件が述べられていたところ、最高裁判例は、従前、共同不法行為の要件に触れるものは少なく、特に民法719条 1 項後段の適用要件について最高裁判決の立場は明らかでなかった。しかし、最高裁は、令和 3 年 5 月 17 日、建設アスベスト訴訟について⁽¹⁾、民法719条 1 項後段の適用要件の一部を明らかにし、また、民法719条 1 項後段の類推適用に関する事例判断を示したので、本稿では、この最高裁判決が判示した内容に関して、民法719条 1 項後段の適用要件や民法719条 1 項後段の類推適用の要件等について考察することとしたい。

2 建設アスベスト訴訟の事案の概要等

本稿で採り上げる最高裁判決（以下「本件判決」という。）の事案は、主に神奈川県内において建設作業に従事し、石綿（アスベスト）粉じんにはく露したことにより、石綿肺、肺がん、中皮腫等の石綿関連疾患に罹患したと主張する者（被災者ら）又はその承継人である原告らが、被告国に対し、建設作業従事者が石綿含有建材から生ずる石綿粉じんにはく露することを防止するために被告国が労働安全衛生法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、被告である建材メーカー 6 社（原審では建材メーカー 43 社が被告となっていたが、上告審では 6 社が上告人ないし被上告人となっていた。）に対し、被告ら 6 社が石綿含有建

(1) 最高裁第一小法廷は、令和 3 年 5 月 17 日、建設アスベスト訴訟について、4 件の判決を言い渡ししているが、本稿で採り上げる判決は、そのうち神奈川第 1 陣訴訟と呼ばれている訴訟の判決（最判令和 3 年 5 月 17 日民集 75 卷 5 号 1359 頁、判タ 1487 号 106 頁）である。

なお、筆者は、同日、最高裁第一小法廷が言い渡した建設アスベスト訴訟のうち東京訴訟第 1 陣の判決（最判令和 3 年 5 月 17 日民集 75 卷 6 号 2303 頁、判タ 1487 号 136 頁）について、原審の裁判長として関与して原判決を言い渡した者である。この原判決は、原告らの被告建材メーカーに対する損害賠償請求が認められるためには、特定の建材メーカーの製造販売した石綿含有建材が特定の建設現場従事者の作業する建設現場に相当回数にわたり到達していたという建材の現場到達事実が立証される必要があるところ、その事実が立証されていないとして、民法719条 1 項後段等について具体的に判断することなく、請求を棄却するという判断したが、最高裁は、原審の判断に経験則又は採証法則に反する違法があるとして原判決を破棄し、原審に事件を差し戻したという経緯があり、筆者としては、最高裁が民法719条 1 項後段等についてどのような判断を示すのか関心をもっていただところ、裁判官を退官した後、最高裁判決の内容を知るに至り、今回、民法719条 1 項後段等についての考えを整理する趣旨で筆を執ることにした次第である。

材から生ずる粉じんばく露すると、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、被災者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たものである。本稿で考察の対象とするのは、原告らの被告である建材メーカー6社に対する不法行為に基づく損害賠償請求の部分である。

建設アスベスト訴訟のうち、建設作業に従事していた被災者ら又はその承継人である原告らの建材メーカーに対する損害賠償請求訴訟は、石綿含有建材が多種・多様で、それを製造販売する建材メーカーも多数あったこと、建設作業従事者らは、長年にわたり一定期間ごとに多数の建設現場で建設作業に従事していたこと、各建設現場において多種・多様な石綿含有建材が使用され、その建材から発生する石綿粉じんのばく露から長期間経過後に石綿関連疾患を発症し、多数の被災者が死亡していたことなどから、特定の建材メーカーの製造販売した石綿含有建材が特定の建設現場に到達していたこと及びその頻度を明らかにすることが難しく、特定の建材メーカーが製造販売した石綿含有建材から発生する石綿粉じんによる特定の被災者がばく露し、その結果、その被災者が石綿関連疾患に罹患したことを立証することが困難であるという点に特質がある。そのため、建設アスベスト訴訟においては、原告らによって、建材メーカーに対する損害賠償請求を求める共同不法行為等について様々な法的構成が主張され、その請求に対する下級審の判断も様々であった。

3 民法719条1項後段について

(1) 本件判決の原審における原判決の内容

本件判決の原審である東京高裁の原判決⁽²⁾（以下「本件原判決」という。）は、民法719条1項後段につき、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、各加害者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し、また、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するものであることを主張立証する必要があると解されるところ、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になっても、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から、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（以下「他原因者不存在」という。）は、同項後段の適用要件であると解するのは相当でないと判断した上、被告建材メーカー6社のうち、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・平板及び石綿含有けい酸カルシウム板第1種（以下「本件ボード三種」という。）を製造販売していた3社（以下「被告3社」という。）に対する本件ボード三種を取り扱っていた大工である被災者ら（以下「本件被災大工ら」という。）のうちの中皮腫に罹患した本件被災大工らの損害賠償請求について、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程度にとどまるとし、本件ボード三種を製造販売した企業らの集团的寄与度である3分の1の範囲内で民法719条1項後段を適用して、被告3社に対し、中皮腫に罹患した本件被災大工らの各損害の3分の1について連帯して賠償責任を負担させるのが相当であると判示した。

(2) 東京高判平成29年10月27日判タ1444号137頁。

(2) 民法719条1項後段の趣旨

民法719条1項は、「数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う。共同行為者のうちいずれの者がその損害を加えたかを知ることができないときも、同様とする。」と規定するところ、学説では、同項後段について、複数の者が加害行為を行ったが、いずれの加害行為によって被害者の損害が発生したのか不明という択一的競合の場合に、どの加害者の行為から損害が発生したのかという因果関係の立証の困難から被害者を保護するため、その立証責任を加害者側に転換し、各加害者が自らの行為と損害との間に因果関係がないことを立証しない限り、免責されないとする因果関係の推定規定であると解するのが現在の通説である⁽³⁾。なお、上記の通説の見解に対し、択一的競合の場合、共同行為者のうちの一人の行為のみが原因であるのに、共同行為者とされた全員の行為と発生した損害との間で因果関係があると推定するのは背理であり、同項後段が適用される場合には、択一的競合であるのに、共同行為者について因果関係が認められたのと同じ事態が生ずるのであるから、同項後段の規定によって因果関係が擬制されるとする見解がある⁽⁴⁾。

この点について、本件原判決は、前記(1)のとおり因果関係の推定規定と解しており、また、本件判決も、「同項後段は、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と解される」と判示し、同項後段が因果関係の推定の規定であることを最高裁として初めて明らかにしたもので、通説の見解と同じ立場に立つものである。

(3) 民法719条1項後段の適用要件

(a) 「共同行為者」について

民法719条1項後段の「共同行為者」について、従前、直接の加害行為について客観的共同関係は必要ないが、「その前提となる集団行為について客観的共同関係がある」ことが必要とする見解もあった⁽⁵⁾。しかし、近時においては、複数の行為者の間に被害者に損害を加えたことにつき択一的競合関係にあれば、関連共同性は不要で、まったく偶然の関係にあるものでもよいとするのが多数説と思われる⁽⁶⁾。そして、択一的競合について、共同不法行為ではなく、競合的不法行為に関する特則と位置付ける見解もある⁽⁷⁾。

また、「共同行為者」とは、被害者に損害を惹起させるような危険性を有する行為をした複数の者であると解するのが相当であり⁽⁸⁾、「共同行為者」の判断にあたっては、各行為の物理的・時間的な近接性

(3) 幾代通「不法行為」(筑摩書房、1977年)214頁、前田達明「民法Ⅵ2(不法行為法)」(青林書院新社、1980年)191頁、幾代通=徳本伸一「不法行為法」(有斐閣、1993年)229頁、潮見佳男「不法行為法Ⅱ〔第2版〕」(信山社、2011年)218、220頁、内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書(続)(上)」NBL1086号(2016年)6頁。

(4) 塚原朋一「共同不法行為に関する諸問題」(新・実務民事訴訟講座4、日本評論社、1982年)229頁、四宮和夫「事務管理・不当利得・不法行為(下巻)」(青林書院、1985年)795頁、平井宜雄「債権各論Ⅱ(不法行為)」(弘文堂、1992年)210頁、平野裕之「民法総合6不法行為法〔第3版〕」(信山社、2013年)295頁。

(5) 加藤一郎「不法行為〔増補版〕」(有斐閣、1974年)211頁。

(6) 幾代・前掲(3)215頁、幾代=徳本・前掲(3)229頁、平井・前掲(4)210頁、潮見・前掲(3)219頁、前田陽一「債権各論Ⅱ〔不法行為法〕〔第3版〕」(弘文堂、2017年)145頁。

(7) 平井・前掲(4)199、209頁、潮見・前掲(3)219頁、内田・前掲(3)5頁。

(8) 前田達明・前掲(3)191頁、平井・前掲(4)211頁、潮見・前掲(3)219頁、内田・前掲(3)7頁。

を考慮する見解もある。⁽⁹⁾そして、原告は、上記の「共同行為者」を特定する必要がある。

(b) 他原因者不存在について

民法719条1項後段が適用されるためには、「加害者であり得る者が特定でき、ほかに加害者となり得る者は存在しないこと」という「他原因者不存在」が要件になると解するのが通説的見解である。⁽¹⁰⁾その理由として、①「共同行為者」の範囲が無限定に広がるのを防ぐとともに、②被告に対し、被告が自己を防衛するため、原告の挙げる行為者について損害惹起の事実を証明することによって責任を免れることができる手がかりを与える必要があることが挙げられている。⁽¹¹⁾

これに対し、他原因者不存在は、民法719条1項後段の適用要件ではないとする見解も有力に主張されている。⁽¹²⁾その理由として、(i)他原因者不存在の要件は、条文に記載がないこと、(ii)通説的見解が理由として挙げる①の「共同行為者」の範囲が無限定に広がるのを防ぐという点については、「共同行為者」の要件を絞ることによって対応可能であり、あえて条文にない要件を付加することについて十分な理由になっていないこと、(iii)通説的見解が理由として挙げる②の被告に自己防衛のための手がかりを与える点については、免責を得たい被告は自己の行為と損害との間の因果関係の不存在を証明すればよいのであり、原告が挙げた他の容疑者についての因果関係を証明する必要はなく、真犯人の存在を証明することで自己が免責を得ることも可能であるが、その場合も、真犯人は原告が挙げた人たちの中から見

つなければならぬという制約はないということ⁽¹³⁾を挙げる。そして、内田貴教授は、他原因者不存在の証明を要求する実質的理由について、事後の求償を容易にするという点にあるのではないかと思われるとし、民法719条1項後段の場合も共同行為者の求償が認められるべきであり、原則として負担部分は頭割り平等額と解されているが、被害を全額賠償し、他の容疑者に求償を求めた者が、求償額を確定するために原因者をすべて特定しなければならないとすれば、求償の負担が過大になること、そこで、当初の賠償請求の時点で他原因者の不存在を要件とすることで、別訴での求償が、事実上容易になるということはいえるが、これが他原因者不存在を要件とする理由であるとすると、被害者救済のための特則であるはずの民法719条1項後段において、潜在的加害者（容疑者）の求償権確保のために条文のない要件を加重すべきかという疑問が生ずるとい⁽¹⁴⁾ことを指摘されている。

以上のとおり、学説上、民法719条1項後段を適用するにあたり他原因者不存在が要件であるか否かについては大きく見解が分かれているところ、本件原判決は、前記(1)のとおり他原因者不存在が要件ではないと判断した。しかし、本件判決は、「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、同項後段を適用して上記の複数

(9) 前田達明・前掲(3)191頁、平井・前掲(4)211頁、内田・前掲(3)7頁。

(10) 幾代・前掲(3)215頁、四宮・前掲(4)794頁、幾代＝徳本・前掲(3)229頁、潮見・前掲(3)219頁、前田陽一・前掲(6)145頁。

(11) 四宮・前掲(4)794頁。

(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」立命館法学333・334号(2010年第5、6号)1395頁以下、平野・前掲(4)294、295頁、内田・前掲(3)7、8頁。なお、内田・前掲(3)9頁注23において、内田「民法Ⅱ[第3版]」(東京大学出版会、2011年)534頁は、通説的見解に従った記述をしているが、改める必要があるとされる。

(13) 内田・前掲(3)7頁。

(14) 内田・前掲(3)8頁。

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かねず、相当ではないというべきである。」と判示して、他原因者不存在は、同項後段の適用の要件であると解するのが相当であると判断した。

確かに、他原因者不存在は同項後段の適用要件でないとする有力説が主張するように条文にない要件を十分な理由もなく安易に付加するのは相当でないが、本判決が理由とするように、被害者である原告が特定する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原告が特定する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、それは相当とはいえないので、条文にない他原因者不存在という要件を付加することについては合理的で十分な理由があるといえるであろう。

また、前記(a)のとおり「共同行為者」とは、被害者に損害を惹起させるような危険性を有する行為をした複数の者であると解するのが相当であるところ、一般的には被害者である原告が加害者に関する証拠を収集した上で、複数の行為者の中から上記のような「共同行為者」を特定するものと考えられ、通説的見解と有力説がそれぞれ想定する「共同行為者」にさほどの差はないと思われる。さらに、原告が特定した「共同行為者」の中に真の加害者がいるとすると、被告とすれば、自己の行為と損害との間の因果関係の不存在を証明して免責を得ることもできるが、原告が挙げた他の「共同行為者」についての因果関係を証明することによって免責を得ることも可能になるので、原告に他原因者不存在の要件を課して被告に自己防衛の機会を与えるという機能を認めることにも合理的な理由があろう。そして、有

力説は、他原因者不存在の証明を要求する実質的理由として、事後求償を容易にするという点を指摘するが、通説的見解は、このような理由を特に挙げておらず、この点は、他原因者不存在の要件を課した結果としての事実上の効果ということになろう。

民法719条1項後段を適用するにあたり他原因者不存在が要件であるか否かは、同項後段をどのような事例に適用するかに関わる問題であると思われる。同項後段の文言によれば、同項後段は、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るが、その加害者が明らかでないという択一的競合（加害者不明）の事例に適用されることが想定されていると解するのが相当であって、被害者である原告において「共同行為者」を特定することが困難で、原告が特定した「共同行為者」以外に被害者に損害を惹起させるような危険性を有する行為をした者がいるような事例にまで同項後段を適用することは想定されておらず、むしろ、後記4において検討を行う同項後段の類推適用を検討するのが相当ではなかろうか。

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という他原因者不存在は、民法719条1項後段の適用要件とする通説的見解が相当と考えられる。

(c) その他の要件について

民法719条1項後段の適用要件については、前記(a)で述べた原告による「共同行為者」の特定及び前記(b)で述べた「他原因者不存在」のほか、「共同行為者」とされた各行為者について、因果関係の点を除いてそのほかの不法行為の要件が備わっている必要がある。⁽¹⁵⁾

(4) 民法719条1項後段の効果について

被告らの行為が民法719条1項後段の要件に該当すれば、被害者である原告に生じた損害について連

(15) 四宮・前掲(4)793頁、前田達明・前掲(3)192頁、潮見・前掲(3)220頁。

帯して損害賠償義務を負うことになる。

他方、前記(2)で述べたとおり、民法719条1項後段は、因果関係の推定規定であるから、共同行為者とされた被告らは、それぞれの行為と被害者の権利侵害（損害）との間の個別の因果関係が存在しないことを立証することができれば、免責されることになる。⁽¹⁶⁾

なお、前記(2)のとおり、同項後段について因果関係の擬制の規定であると解する立場では、被告の行為と被害者の権利侵害（損害）との間の因果関係が存在しないことの立証が「共同行為者」に当たらないことの証明になり、それにより免責されるとする。⁽¹⁷⁾

4 民法719条1項後段の類推適用について

(1) 問題状況

建設アスベスト訴訟の事案における被災者の損害発生に至る過程をみると、複数の建材メーカーが石綿（アスベスト）を含有するボード等の建材を製造し、石綿含有建材から生ずる粉じんにはばく露すると石綿関連疾患に罹患する危険があること等の表示しないまま販売するという行為により、石綿含有建材を市場に流通させ、建設現場においては、大工等の建設作業従事者が、その石綿含有建材を切断・穿孔等の加工をする際に発生する石綿粉じんにはばく露し、この石綿粉じんのばく露を重ねることによって、大工等の建設作業従事者が石綿関連疾患に罹患するという経過をたどることになる。このように建設アスベストの事案では、石綿関連疾患に罹患した大工等の建設作業従事者は、長期間にわたり一定の期間ごとに多数の建設現場で作業をしており、また、建設現場では多種・多様な建材が使用され、建設現場ごとに使用される建材が異なっていること、石綿関連疾患は石綿粉じんのばく露が累積して長期

の潜伏期間を経て発症することなどの事情もあって、石綿関連疾患に罹患した大工等の建設作業従事者がどの建材メーカーの石綿含有建材を使用するなどして石綿粉じんにはばく露したかを特定するのが難しく、各建材メーカーの行為と大工等の建設作業従事者の石綿関連疾患の罹患との間の個別の因果関係を立証することは困難であるという問題が存在している。

このように建設アスベストの事案は、複数の建材メーカーが石綿を含有するボード等の建材を製造し、石綿含有建材から生ずる粉じんにはばく露すると石綿関連疾患に罹患する危険があること等の表示しないまま販売するという行為が競合して損害が発生しており、各建材メーカーの単独行為によって全部の損害を発生させたとは認められず（仮に単独行為によって全部の損害を発生させることができるとしても、実際の訴訟における事案では各建設現場において多種・多様な石綿含有建材が使用されており、そのような認定は困難である。）、複数の行為が累積して全部の損害を発生させたということができるとは認められないので、いずれの行為によって被害者の損害が発生したのか不明という択一的競合にあるとはいえず、民法719条1項後段を適用することはできないし、ましてや、各建材メーカーはそれぞれ独自の経営判断に基づき別々に建材を製造販売しているため、一体性がなく、複数の建材メーカーに関連共同性は認められないとすれば（もっとも、他の建材メーカーが石綿含有建材を製造販売していることを認識した上で、同様の石綿含有建材を製造販売していることを考慮して、関連共同性があるとする見解はあり得る。）、その場合には同項前段を適用することもできないので、上記のような建設アスベストの

(16) 潮見・前掲(3)220頁。

(17) 四宮・前掲(4)795頁、平井・前掲(4)210頁、平野・前掲(4)295頁。

事案の場合、建材メーカーに対してどのような法的構成によって損害賠償責任を追及することができかについて検討する必要がある。

(2) 本件原判決の内容

本件原判決は、民法719条1項後段の類推適用について、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とし、中皮腫以外の石綿関連疾患に罹患した本件被災大工らの被告3社に対する損害賠償請求について、被告3社が製造販売した本件ボード三種が上記本件被災大工らの作業をする建設現場に到達したことは認められるものの、被告3社の行為が、そのみで上記本件被災大工らに中皮腫以外の石綿関連疾患を発症させるものであったとは認められず、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、被告3社は、同項後段の類推適用によって損害賠償を負うということではできないが、被告3社は、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とし、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ついて、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程度にとどまり、本件ボード三種の被告3社のマーケットシェアを考慮して、上記本件被災大工らの石綿関連疾患の発症への寄与度を、被告3社のうち1社につき10%、その他の2社について各3%と定め、被告3社は、上記本件被災大工らに対し、民法709条

に基づき、算定された損害額について分割された賠償責任を負うと判示した。

(3) 民法719条1項後段の類推適用の検討

(a) 法的構成について

複数の加害行為が競合して損害が発生したものの、民法719条1項の適用が認められない場合に、行為者がどのような損害賠償責任を負うかについて、学説上見解が多岐にわたり整理分類することは容易でない。考え方としては大きく分類して、民法719条1項を類推適用する見解と、単に民法709条の不法行為が競合しているにすぎないとする見解があり得るが、学説上は民法719条1項を類推適用する見解（同項前段の類推適用、同項後段の類推適用、あるいは双方とも類推適用⁽¹⁸⁾）という考え方があり得る。が多いと思われる。

そして、学説では、複数の加害行為が累積的に競合し、発生した損害に対する寄与度が不明な事案について、民法719条1項後段を類推適用する見解が多いと思われ、その根拠として、民法719条の沿革を挙げる立場がある。⁽¹⁹⁾すなわち、民法719条は、ドイツ民法をそのまま継受したものであるが、一つの損害が共同して行為したものではない数人によって惹起され、その損害に対する各人の寄与度が明らかでない場合の規定がドイツ民法の第一草案に存在したが、立法上の過誤により第二草案から落ちてしまったのに、その第二草案をそのまま継受したのが民法719条の規定であるといわれており、複数の加害行為が累積的に競合し、発生した損害に対する寄与度が不明な事案について、民法719条1項後段を類推適用するという考え方は、そのような欠落を埋める要請に応える解釈といえたとされている。⁽²⁰⁾

この点について、本件判決は、「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

(18) 沢井裕「事務管理・不当利得・不法行為」（有斐閣、2001年）359頁。

(19) 四宮・前掲(4)762頁、内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書（続）（下）」NBL1087号（2016年）21、22頁。

(20) 内田・前掲(19)21、22頁。

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は、被害者の保護を図るため公益的観点から規定された民法719条1項後段の適用により、因果関係の立証責任が転換され、上記の者らが連帯して損害賠償責任を負うこととなる。本件においては、被告3社が製造販売した本件ボード三種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るものの、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の一部であり、また、被告3社が個別に上記の本件被災大工らの中皮腫の発症にどの程度の影響を与えたのかは明らかでないなどの諸事情がある。そこで、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、民法719条1項後段の類推適用をする立場を採ることを明らかにした。

(b) 民法719条1項後段の類推適用の要件

民法719条1項後段を類推適用する場合、どのような要件が必要かについて、学説上、「弱い関連共同性」がある場合を前提として、損害の発生に何らかの寄与があるものの、その寄与度が不明な場合に類推適用を肯定する見解⁽²¹⁾、「弱い関連共同性」は必要ないが、損害の発生に寄与があるものの、その寄与度が不明な場合に類推適用を肯定する見解⁽²²⁾、寄与度不明・累積的競合の事例で「弱い関連共同性」がある場合に類推適用を肯定するとともに、それが⁽²³⁾ない場合でも類推適用を肯定する見解などがある。

本件判決は、その前提とした事実関係の下で民法719条1項後段を類推適用した事案であり、事例判断をしているので、類推適用が認められる要件につ

いて明らかにしたものとはいえない。したがって、本件判決が前提とした事情は、同項後段を類推適用するために必要な要件に該当する事実ではない可能性もあるが、その事情を検討することは、同項後段の類推適用の要件を考える上では有益である。

まず、建設アスベスト訴訟において、被告建材メーカーらに共同不法行為が成立するためには、特定の建材メーカーが製造販売した石綿含有建材が特定の被災者の稼働する建設現場に到達していたことを原告らが立証する必要があるか否かが争点となっていたところ、本件判決は、被告3社が製造販売した石綿を含有する本件ボード三種が本件被災大工らの稼働していた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を前提としており、これによれば、本件判決は、民法719条1項後段を類推適用するためには、特定の建材メーカーの石綿含有建材が特定の被災者の稼働する建設現場に到達していたことを原告らが立証する必要があることを明らかにしたものといえる。

また、本件判決は、石綿関連疾患に罹患した本件被災大工らが本件ボード三種を直接取り扱っていたことを前提としている。これによれば、本件被災大工らが本件ボード三種を切断・穿孔等をする際に石綿粉じんにばく露していたことが認められることになる。

以上のように、被告3社が製造販売した石綿を含有する本件ボード三種が本件被災大工らの稼働していた建設現場に相当回数にわたり到達して用いられたとすれば、本件被災大工らは、被告3社が製造販売した本件ボード三種を切断・穿孔等をする際にそれから生じた石綿粉じんに累積的にばく露していたということができ、これらによれば、被告3社は、被害者である本件被災大工らに対して損害を惹

(21) 大村敦志「新基本民法6 不法行為編 [第2版]」(有斐閣, 2020年) 104頁、野澤正充・「事務管理・不当利得・不法行為 第3版」(日本評論社, 2020年) 275頁。

(22) 四宮・前掲(4)796頁、内田・前掲(19)21, 22頁。

(23) 前田陽一・前掲(6)146~148頁。

起させるような危険性を有する行為をし、本件被災大工らの石綿関連疾患のり患に一定の寄与をしたとすることができる。

さらに、本件判決は、「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ばく露しているが、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」と判示している。この趣旨は、被告3社を含む複数の建材メーカーは、本件被災大工らが、建設現場において、自社だけでなく、他社が製造販売する本件ボードを含む石綿含有建材を扱うことなどにより累積的に石綿粉じんにはばく露していることを認識することができたにもかかわらず、継続的に石綿含有建材を製造販売していたことを示すもので、被告3社を含む複数の建材メーカーの加害行為への関連性を意識したものと考えることができる。

そして、本件判決は、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程度であったが、上記の本件被災大工らの石綿関連疾患の発症について、被告3社が個別にどの程度の影響を与えたのかは明らかでないと判示しており、本件被災大工らに生じた損害に対する被告3社の個別の寄与度は不明であるとした。

以上のとおり、本件判決が民法719条1項後段の類推適用を認めるにあたって前提とした事情によれば、同項後段の類推適用の要件について、「弱い関連共同性」は必要ないが、損害の発生に寄与があるものの、その寄与度が不明な場合に類推適用を肯定する見解によれば、本件判決の内容を説明することは可能ということになる。また、同項後段の類推適用の要件について、「弱い関連共同性」がある場合を前提として、損害の発生に何らかの寄与があるものの、その寄与度が不明な場合に類推適用を肯定する見解からも、本件判決の内容を説明することができることになろう。したがって、本件判決によって

は、民法719条1項後段の類推適用の要件として「弱い関連共同性」が必要か否かについては必ずしも明らかではないということになるが、どちらの見解からも説明は可能ということになる。

なお、民法719条1項後段の類推適用を認める場合、損害の一部に寄与している事実が前提となっており、そのような行為が存在する限り、他に損害発生に寄与した可能性がある者が存在しないことまで寄与した者を特定すること（他原因者不存在）の証明は必要ないということになろう。本件判決もその証明を求めている。

(4) 民法719条1項後段の類推適用による効果について

前記3(2)で述べたとおり、本件判決は、民法719条1項後段は、択一的競合の場合に、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、行為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、行為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という趣旨の因果関係の推定の規定であると判示したが、民法719条1項後段の類推適用にあっても、前記3(a)で述べたとおり、被告3社が製造販売した本件ボード三種が本件被災大工らの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るものの、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の一部であり、また、被告3社が個別に本件被災大工らの中皮腫の発症にどの程度の影響を与えたのかは明らかでないなどの諸事情がある本件においては、被害者保護の見地から、民法719条1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判示し、因果関係の推定の効果を認めた。

被告らは、民法719条1項後段の類推適用により被害者である原告らに生じた損害について連帯して損害賠償義務を負うことになるところが、被告らは、それ

ぞれの行為と被害者の権利侵害（損害）との間の個別の因果関係が存在しないことを立証することができれば、免責されることになる。

(5) 寄与度減責について

本件判決は、民法719条1項後段の類推適用により、被告3社は、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判示し、賠償責任を損害の一部に限定している。その理由として、本件判決は、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一部にとどまるという事情があるから、被告3社は、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と判示して、本件判決が前提とする事情の下において寄与度により損害賠償責任の範囲が限定されることを明らかにした。

学説では、寄与度減責について、「加害者・被害者間の関係、加害者間の公平、その他諸般の事情を考慮して具体的妥当な結論を導くための操作であり、過失相殺と同等に事案に応じて柔軟な適用が必要とされるもの」とし、「共同不法行為によって全額責任が負われ、分割責任が排除されることを原則としつつも、例外的に諸般の事情を考慮して寄与度が微少な者について寄与度減責の可能性を認めようという」もので、「寄与度減責は共同不法行為の成否とは切り離された、不法行為の一般理論の中に位置付けられる減額事由であると解することになる。」と説明するものがある。⁽²⁴⁾

共同不法行為における寄与度減責に関する最高裁判決としては、最判平成13年3月13日民集55巻2号328頁がある。この判決は、交通事故と医療事故とが順次競合し、そのいずれれもが被害者の死亡という不可分の一個の結果を招来し、この結果について相当因果関係を有する関係にあつて、運転行為と医療

行為とが共同不法行為に当たる場合において、各不法行為者は被害者の被った損害の全額について連帯責任を負うべきであり、結果発生に対する寄与の割合をもって被害者の被った損害額を案分し、責任を負うべき損害額を限定することはできないと判示した。その理由として、「共同不法行為によって被害者の被った損害は、各不法行為者の行為のいずれとの関係でも相当因果関係に立つものとして、各不法行為者はその全額を負担すべきものであり、各不法行為者が賠償すべき損害額を案分、限定することは連帯関係を免除することとなり、共同不法行為者のいずれからも全額の損害賠償を受けられるとしている民法719条の明文に反し、これにより被害者保護を図る同条の趣旨を没却することとなり、損害の負担について公平の理念に反することとなるからである」とする。この判決は、交通事故と医療過誤とが順次競合した事例に関するものであり、直ちに他の事例に影響を及ぼすような指針を示したものとまではいえないであろう。

前記のとおり、本件判決は、その前提とする事情の下において寄与度により損害賠償責任の範囲が限定されることを明らかにした。寄与度減責は、行為と損害との間に相当因果関係があることを前提として、加害者側の事情を考慮してその責任を限定しようとする考え方ということができ、その理論的根拠としては種々考えられるが、損害の公平な分担という損害賠償の基本な考え方である「公平の理念」に基づいて金銭的評価の段階で減額するという見解が相当と思われる。⁽²⁵⁾そして、寄与度減責の理論的根拠を「公平の理念」に求めるとすると、共同不法行為についても寄与度減責を認める余地があるということとなるが、民法719条1項の趣旨が被害者の救済にあり、共同不法行為を認めて発生した損害について各行為者に連帯による賠償責任を肯定しながら、他方で、寄与度減責をすることは、被害者の救済を

(24) 能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察（8・完）」法学協会雑誌102巻（1985年）12号2191頁。

(25) 三村晶子・最高裁判所判例解説平成13年度（民事編）242, 243頁。

図る目的に反する結果になることを考慮すると、共同不法行為について公平の理念に基づく寄与度による減額を行うことができるのは、被害者と加害者との間の関係において公平な解決というような事情が認められるような限られた事例ということになる⁽²⁶⁾。

それでは、寄与度減責が認められるためには、どのような事情を考慮すべきかということになるが、前記の学説が説明するように加害者・被害者間の関係、加害者間の公平、その他諸般の事情ということになろう。本件判決では、前記のとおり、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程度であったが、上記の本件被災大工らの石綿関連疾患の発症について、被告3社が個別にどの程度の影響を与えたのかは明らかでない⁽²⁶⁾と判示した上、「本件においては、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一部にとどまるという事情」があるから、被告3社は、「こうした事情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」と判示したので、「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一部にとどまるという事情」が寄与度を定める際の考慮事情ということになるが、寄与度減責の理論的根拠を「公平の理念」に求めるとすると、明確に判示されていないものの、その他の事情も考慮されたものと思われる。

なお、本件判決によれば、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程度であったとされているところ、本件ボード三種を製造販売していた建材メーカー

は、被告3社に限られていたわけではないから、被告3社が製造販売した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、3分の1よりも少なかった可能性があるが、それにもかかわらず、本件判決は、被告3社について、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したもので、そのように判断した理由は、判決文からは必ずしも明らかではない。仮に、被告3社が連帯して負担することになった本件被災大工らの各損害の3分の1について、他に原因者である建材メーカーがあるとするれば、前述のとおり民法719条1項後段の類推適用をする場合には、同項後段の適用要件とされた他原因者不存は不要ということになろう。また、民法719条1項後段の類推適用をする場合に弱い関連共同性が必要とする見解によれば、被告3社とともに他の建材メーカーも本件ボード三種を製造販売し、それらの本件ボード三種が本件被災大工らの稼働する建設現場に到達していた場合に、被告3社を含む建設メーカー間に弱い関連共同性を認めることができるとすると、被告3社が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ことは当然の結果ということになろう。

さらに、本件原判決が、本件ボード三種のマーケットシェアが被告3社のうち、1社が30%程度、その他の被告らがいずれも10%程度であるとし、これを考慮すると、中皮腫以外の石綿関連疾患に罹患した本件被災大工らの石綿関連疾患の発症への寄与度が、30%のマーケットシェアの被告が10%、10%のマーケットシェアの被告らがそれぞれ3%とするのが相当であるとした点について、本件判決は、上記の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難く、被告3社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⁽²⁶⁾と判

(26) 三村・前掲(25)244頁。

示しており、本件ボード三種の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えないとされた点は、同種の事案において寄与度を検討する際に参考となろう。

5 おわりに

本稿は、本件判決が判示した内容に関して、民法719条1項後段の適用要件や民法719条1項後段の類推適用の要件、さらには寄与度減責等を考察した。共同不法行為の成立要件等について、従来の学説の議論は錯綜し、下級審判決も事案に応じて様々な要件が述べられていたところ、本件判決によって民法719条1項後段の適用要件について最高裁の立場が一部明らかとなり、また、民法719条1項後段の類推適用や寄与度減責にあたっての考慮事情も明らかとなったので、本件判決は、今後、同種の事案の解決に重要な影響を与えるものと思われる。本稿では、民法719条1項後段の適用要件や同項後段の類推適用の要件、寄与度減責等について十分な分析や考察をすることができていない部分もあるが、その点については、今後の検討課題としたい。

なお、本件判決の解説として、中野琢郎・前最高裁判所調査官による「時の最高裁判例」ジュリスト1562号（2021年9月）84頁以下や、判例タイムズ1487号106頁以下のコメントがあり、本稿の執筆にあたり、これらを参考にした。