慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	建設アスベスト不法行為訴訟における建材現場到達事実の立証
Sub Title	Beweisbarkeit für den Transport von Asbest-Baumaterial auf die Baustelle
Author	勅使川原, 和彦(Teshigahara, Kazuhiko)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2023
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.50 (2023. 3) ,p.[189]- 202
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	中村晶子教授・橋本博之教授・三木浩一教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20230331-0189

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

建設アスベスト不法行為訴訟における建材現場到達事実の立証

勅使川原　和彦

1．はじめに
2．民法側の議論
3．訴訟法側の議論
4．東京1陣最判の枠組み

1．はじめに

本稿を捧げるJubilarである三木浩一教授は、かつて「民事訴訟における証明度」[1]という論攷で民事訴訟における適正な証明度というものを論じられた。その中で三木教授は、「学説の中には、原則的な証明度を『高度の蓋然性』としつつ、証明度軽減の法理を説く見解があるが、証明度の規範性に照らして原理的な疑問がある[2]」と説かれている。

全国の建設アスベストによる不法行為に基づく損害賠償請求に係る訴訟のいくつかが最高裁第一小法廷の令和3年5月17日の同日の諸裁判[3]にかかり、その中で最判令和3・5・17民集75巻6号2303頁（いわゆる「東京訴訟第1陣」

1）法学研究83巻1号15頁（後に『民事訴訟における手続運営の理論』（有斐閣、2013）に所収）。

2）同上18頁。

3）東京1陣の他に、いわゆる神奈川訴訟第1陣（民集75巻5号1359頁）、京都訴訟第1陣（裁判集民事265号201頁）、大阪訴訟第1陣（裁判集民事265号267頁）の3件が同日に判示された。本稿では、神奈川訴訟第1陣について、以下「神奈川1陣最判」という。

訴訟。以下「東京1陣最判」という）は、アスベストを含む「建材現場到達事実」[4]について、調査官は、「立証」が必要であるか「相当程度の可能性等」で足りるとするかの議論では、最高裁はいずれを採るかは明示していないが「立証」が必要であるとする見解に親和的だとしている[5]。仮にここでの「立証」が、ルンバール事件[6]以来実務上でいわれる「高度の蓋然性」だったとして、「建材現場到達事実」の立証は、どんな事実について「高度の蓋然性」が推認されないとならないのか。東京1陣最判の宮﨑調査官は、建材現場到達事実の内容が「特定の建材メーカーの製造、販売した石綿含有建材が、○月○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、としている[7]。そこで、シェアを用いた確率計算を考慮して建材現場到達事実を推認し得る場合があると認めた最高裁の判断は、上記の「個別具体的な内容を持つ建材現場到達事実」を要する個別的不法行為ではなく、「シェア計算を用いた確率計算等に基づく建材現場到達事実」の推認を認める、という判断（証明「度」ではなく、証明「対象」の範囲や位置づけが変更されている）が前提されていたものと思われる。

三木教授は上記論攷で「高度の蓋然性」基準の見直しを迫られたが、本稿はその議論とはやや別の観点で、上記東京1陣最判は証明度軽減の法理で個別具体的な「建材現場到達事実」の証明度が低くなった、あるいは「優越的蓋然性」基準が採用されたということではなく、同じ「建材現場到達事実」という語を使いながら、「高度の蓋然性」の推認対象として、証明対象となる内容（立証対象）が変更されて経験則で推認できる、というときに、それがいかな

4）東京1陣最判につき、「建材現場到達事実」とは、「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作業従事者の作業する建設現場に関し相当回数にわたり到達していたとの事実」をいう。東京1陣最判の調査官解説である、宮﨑朋紀・最高裁判所判例解説（東京1陣最判）曹時74巻4号913頁。

5）宮﨑・前掲注4）919頁、および神奈川1陣最判の調査官解説である、中野琢郎・最高裁判所判例解説（神奈川1陣最判）曹時74巻4号904頁（注59）。

6）最判昭和50・10・24民集29巻9号1417頁。

7）宮﨑・前掲注4）919頁。

る理由でいかなる方向に変化したかにつき、この「証明度軽減」によらない最高裁の判断を確認的に辿ってみたい[8)]。

2．民法側の議論

建設アスベスト訴訟（本稿では、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係る訴訟のみを扱う）においては、近年、建設作業従事者（またはその承継人）の原告側は、①石綿建材メーカーが製造販売した石綿粉塵により、②建設作業従事者が建設現場において石綿粉塵に曝露し、③石綿牽連疾患に罹患した責任を石綿建材メーカーが負う、として、石綿含有建材を製造販売した建材メーカーに対して不法行為に基づく損害賠償請求を求めている。石綿含有建材を製造販売したのは「多数の企業」であり、建設作業従事者が「多数の建設現場」で稼働してきており、石綿関連疾患が「潜伏期間の長い」遅発性の疾患であること等から、「個々の」建設作業従事者が「どの」建材メーカーの建材から生じた石綿粉塵に曝露したことにより石綿関連疾患に罹患したのかを、原告側が証明するのは困難があり、そのために原告側は因果関係の立証負担の軽減のために共同不法行為（民 719）の成立を主張してきた[9)]。

8）近藤昌昭「判批（東京 1 陣最判）」リマ 65 号（2022 下）124 頁は、建材現場到達事実につき、「裁判における事実の立証程度は、事件類型により立証すべき者が置かれている立場が異なり、それによって変わりうる」として、東京 1 陣最判が原告らのシェア計算に基づく立証手法で「高度の蓋然性」を認めることができる、とする。本稿は、①立証手法（建材現場到達事実を、行為と損害の「因果関係」ではない「共同行為者」性の立証に用いる）、②法適用の効果を、民法 719 条の直接適用のように「連帯責任」でなく、「類推」により集団的寄与度による範囲内の責任に用いること、③「1 回」ではなく「相当回数にわたり」という蓋然性の程度、の 3 点で、個別具体的な立証ではなくシェア計算に基づく立証で「高度の蓋然性」に達しうるものと推認できるという判断につき、民法上・訴訟法上の視点も含め検討するものである。民法側が注目している「被災者の保護」と同じ状況（立証困難の問題）を、訴訟法も同じく見ていて、訴訟法上の観点で「被災者保護（立証困難事情）」に対処するという可能性ももちろんないわけではない（後述 3（3）の「証明度軽減」の問題意識）が、本稿ではまずは民法の議論から検討を試みる。

9）中野・前掲注 5）854 頁。

しかし共同不法行為をめぐる学説は混迷の中にあり、裁判例や学説で展開される解釈理論は難解を極めており、その原因は、民法 719 条という条文がありながら条文にない概念（しかも一義的に明確でない）が次々登場し、条文の外にある概念の解釈をめぐって複雑な解釈論が闘わされていることにある、と言われる[10]。中でも、建設アスベスト訴訟では、特に民法 719 条 1 項「後段」の議論が全面に出てくる。

(1) 最高裁による 719 条 1 項後段の趣旨

最高裁の議論に目を向けてみる。民法 719 条 1 項後段の趣旨については、神奈川 1 陣最判が、以下の通り判示した（下線部等強調は筆者。以下同じ）。

> (1) 民法 719 条 1 項後段は、「複数の者がいずれも被災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、被災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、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。」
>
> (2)「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

10）内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書（上）―条文にない概念について―」NBL 1081 号 4 頁。

の要件であると解するのが相当である。」（民集 75 巻 5 号 1410 頁以下）

この判旨によれば、民法 719 条 1 項後段の要件として、原告の掲げた「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、さらに、その原因行為のいずれかが現実に発生した利益侵害行為を惹起するといういわゆる「十分性」の要件が求められ、他の原因行為は存在しないことが要求される。個々の行為者の各行為の結果発生に対する危険性を、「適格性」というが、危険性のレベルはともかく、「被害者によって特定された加害者のいずれかの行為により結果が発生し得る行為」を要求することで、民法 719 条 1 項の「共同の不法行為によって」という要件に当てはまっている[11)]。同項後段は、加害者不明の択一的競合のシーンで、被害者保護を図るため、公益的観点から、行為と結果の因果関係の立証責任転換規定であると解している。

しかし、「十分性」（他原因者不存在）の要件は、建材アスベスト訴訟の一部では、完全に充足するのが難しい。原告（被災者）が特定した建材メーカー「だけ」が択一的に加害者になる、というわけではなく、原告の掲げた建材メーカー以外にも加害行為をしたメーカーがある可能性は避けられない。ただし、原告が特定したメーカーは加害行為をした可能性が高く、またその加害行為は利益侵害結果をそれだけでもたらす可能性（全部惹起力・単独惹起力）もないわけではない（他のメーカーの石綿建材と交じってようやく利益侵害結果をもたらす可能性［一部惹起力］もあるし、自メーカーの石綿建材だけで利益侵害結果をもたらす可能性もある。前者なら典型的な累積的競合（重合的競合）となろうが、どのような競合なのか不明な場合も多い）。これらは、現在、「市場媒介型[12)]」ともいわれ、東京 1 陣最判の控訴審では、原告は、被災者ごとに現場で到達した

11）大塚直「建設アスベスト訴訟最高裁判決（令和 3 年 5 月 17 日）における石綿含有建材メーカーの責任」論究ジュリ 37 号 185 頁は、「適格性」の強度と「十分性」のトレードオフ問題（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（再論）―大阪判決・京都判決の検討を中心に―」立命館法学 365 号 262 頁参照）につき、少なくとも「十分性」要件は、719 条 1 項後段の適用に必須の要件だとする。

可能性が高いメーカーを区分けし、区分けされたメーカーの集団について、石綿建材の現場到達可能性を考えている。

(2) 最高裁による民法 719 条 1 項後段「類推適用」

東京 1 陣の第一審での原告の主張は、石綿含有建材を市場の流通に置いた行為を「加害行為」とし、集団としての建材メーカーらが集団としての被災者らに対して加害行為をしたとするものであり、当該建材の個別の被災者の作業する建設現場への「到達」を前提しないものであった。これに対し、東京 1 陣の控訴審での追加主張では、加害行為については石綿含有建材を市場の流通に置いた行為としながらも、建材の市場占有率（シェア）を用いた確率計算等を踏まえて、個別の被災者の作業する建設現場に「到達」し（又は「到達」した可能性がある）建材を特定し、当該建材を市場の流通に置いた建材メーカーらを「加害行為者」として特定することで、建材メーカーらが個別の被災者に対して「加害行為」をしたという主張であり、民法 719 条 1 項を中心とする共同不法行為責任追及の枠組みに入った、ということになる[13]。この立証手法によって、建材現場到達事実（又はその「可能性」等。以下、「建材現場到達事実等」）が立証されうるかどうかが問題となったわけであり、建材現場到達事実等が、石綿含有建材を「市場の流通に置いた行為」からどのように推認されるかということで、個別具体的な「特定の建材メーカーの製造、販売した石綿含油建材が、○月○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」ではない、概括的な建材現場到達事実（等）が、「共同行為者」・「加害行為」という証明対象（行為と結果との間の「因果関係」そのもの［ないしその一部］の問題ではない）に鎮座することになる。東京 1 陣の「建

12）吉村・前掲注 11）立命館法学 365 号 266 頁。大気汚染と同様に、原告に掲げられたメーカーで製造販売された建材が被災者の労働していた現場で販売使用されていたという「場所的近接性」と、アスベスト疾患を罹患させる可能性のある期間に製造販売されていたという「時間的近接性」が共同行為者とするための（不可欠ではないにせよ）一つの要因であるという（同 273 頁）。

13）宮﨑・前掲注 4）916 頁。

材現場到達事実（等）」は、民法上の責任（連帯責任か頭割り（分割）責任か、あるいは損害賠償が全額か一部になるという責任か）に「直接」つながる因果関係ということではなく、間接的あるいは民法の責任に至る道のりの推移段階として、民事訴訟での証明対象の位置づけに変更をもたらしている[14)]。

神奈川1陣最判は、719条1項後段の適用がある、㋐単独惹起力の意味での「適格性」や㋑「十分性」（他原因者不存在）の二つの存在が、本件諸事情からは明らかでないという場面[15)]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、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」とした。同項後段の類推適用は、被害者保護を図るために、㋐㋑に代わりうる要件と、異なる効果（集団的寄与度の範囲内の責任を負わせるにとどめる等）を導くことで、直接適用の場合との均衡を図り、特別な保護を及ぼすことを正当化することが必要となる、と東京1陣最判の宮﨑調査官は述べる[16)]。確かに、類推適用できる場面によっては、最終的な法効果の減免（全部責任でなく集団的寄与度の範囲内の責任にとどめること）が、「到達」に個別具体的な証明ではなく、シェア計算を用いることの背景の一端となりうるように思われる。

以上要するに、民法上は、「建材現場到達事実」が（個別的な不法行為のような）行為と結果の因果関係の問題ではなく、民法719条1項にいわゆる「共同

14）大塚・前掲注11）188頁は、「到達」の証明のためにシェア計算をしたのみであり、シェアを基礎として分割責任を認めたわけではない、と正当にも指摘する。なお、結果的に、「到達」を加害行為の考慮にするという位置づけにより、東京1陣での「到達」の内容につき、被災者の特定した集団的な建材メーカーらの「市場の流通に置いた」事実が、特定の被災者への個別具体的な到達ではなく、特定の被災者集団に到達したかもしれない蓋然性・可能性（「相当回数にわたり」到達した蓋然性・可能性）につながることになった。

15）中野・前掲注5）881頁は、神奈川1陣最判では「他原因者不存在」は民法719条1項後段類推適用の要件ではないという考え方を採っている、という（同902頁（注56）も参照）。なお同882頁では、神奈川1陣最判では石綿含有建材の建設現場への到達があることを前提に民法719条1項後段類推適用を肯定した、という。

16）宮﨑・前掲注4）928頁（注7）。

行為者」に該るか、すなわち共同行為者の要素となる「加害行為」に該るか否かという位置づけ、また効果面でも 719 条 1 項後段類推適用にあたり、場合によっては、最終的な法効果の減免（集団的寄与度に基づく寄与度責任――719 条のいう全部連帯責任から、類推にあたり加害者減責された寄与度連帯責任）が、「建材現場到達事実」が個別具体的に特定の個人への到達から概括的に集団的な被災者群への相当回数の到達の蓋然性の立証に、「到達（可能性）」の内容への変動をもたらしているように捉えられる。

3．訴訟法側の議論

(1)　建材現場到達事実の「高度の蓋然性」が、どの程度の立証を要するかについて、最高裁は、立証の程度や位置づけについての見解を示してはいない。本稿の冒頭の繰り返しになるが、調査官によれば、神奈川 1 陣最判は、建材現場到達事実が認められるという原審認定事実を前提とした事例判断で、民法 719 条 1 項後段の「類推適用」に建材現場到達事実の立証が必要だとの法理判断を示したものとは解されない、とされ、ただ神奈川 1 陣及び東京 1 陣の上告受理決定時に、建材現場到達事実は相当程度以上の可能性が認められればよいとする見解に基づく論旨が排除されたことからすると、「高度の蓋然性」の立証が必要だとする見解に親和的だとされる[17)]。

すると、ここでの「高度の蓋然性」で認定しようとする建材現場到達事実は、上記民法の解釈上で、個別的から概括的とされた性質の「高度の蓋然性」ということになる。かつまた、最高裁は、「高度の蓋然性」という証明度については維持しつつ、上記のような要証事実の性質、あるいはまた当事者双方の証拠

17）宮崎・前掲注 4）919 頁。もっとも、「高度の蓋然性」が必要だという内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書（続）（下）―民法 719 条 1 項後段の解釈論―」NBL 1087 号 22, 23 頁は、シェア計算の方法による確率的行為論に反対であり、他方、「相当程度の可能性」で良いとする大塚・前掲注 11）は、「高度の蓋然性」といってもシェアに基づく確率論を前提とする「高度の蓋然性」であり、このような判断は必要であったと見ることができる、としている。

との距離（証拠収集の現実的可能性）、立証状況等といった立証困難事情を踏まえながら、「経験則」を活用しながら立証が可能かを判断していると評される[18]。おそらくは、民法の解釈上で加害行為として、「建材を市場に置いたこと」が建材現場到達事実の立証の下敷きとしつつ、その上で「建材のシェアが高ければ高いほど、被災者が作業をした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、という経験則を活用できるかどうかが、石綿含有建材による証明困難・被災者救済に対し、最高裁の考える訴訟法的救済の一手段かと思われる。

ここで、建材現場到達事実は、前述の通り、「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作業従事者の作業する建設現場に関し相当回数にわたり到達していたとの事実」を指し、各現場に関し「1 回」到達したかどうかではなく、**相当回数にわたり**到達していたとの蓋然性が求められている。なお「相当回数にわたり」到達していたことは、各作業現場への到達の蓋然性（ひいては被災者が各現場で到達した建材に出会いうる可能性の合計）の程度を「1 回」より高めることのほか、神奈川 1 陣最判では、到達した後に現場で被災者が石綿に曝露したと認める[19]原因になっている。

(2)　さて東京 1 陣最判で初めて認められた、「シェアを用いた確率計算を考慮して、建材現場到達事実を推認し得る場合がある」という判断が、おそらくは建設アスベスト被害のみならず、有害物質を含む商品の流通被害の類型に影響を与える点に鑑み、一度検討してみたい。

東京 1 陣最判の「シェアを用いた確率計算」は、上告受理申立書でもその見解が参照されていた前田陽一教授の確率論的なアプローチ[20]で、それは永野

18）宮﨑・前掲注 4）921 頁以下。

19）因果関係の立証責任の転換を認めた神奈川 1 陣最判につき、中野・前掲注 5）883 頁。

20）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―建設アスベスト訴訟を契機として」能見善久ほか編『民法の未来 野村豊弘先生古稀記念』（商事法務、2014）326 頁、同「不法行為に基づく損害賠償と統計・確率・蓋然性に関する覚書」加藤新太郎ほか編『21 世紀民事法学の挑戦―加藤雅信先生古稀記念（下巻）』（信山社、2018）620 頁。

厚郎判事の示した確率論[21]に基づいている。

企業の製品マーケットシェアが s、特定の被災者が就労した現場数が n、とすると、製品の建材現場到達が少なくとも k+1 となる確率は、以下の P 式、

$$P=1-\sum_{r=0}^{k} nCrS^{r}(1-S)^{n-r}$$

となる[22]。全事象から「建材メーカーの石綿含有建材が n 回の中で 1 度も到達しない確率」を除くことによって、「建設作業従事者が一定の数の現場（n）に従事する中で、建材メーカーの石綿含有建材（市場シェア s）が少なくとも 1 回到達する確率」を表す。しかし、建材を 1 回扱っただけで到達の可能性があるとされる企業が 20 社～ 40 社に上る場合は、個別の企業について「到達の可能性」は単純な確率論で判断する限りかなり低いが、しかし異なる現場を従事者が転々とした場合の確率計算は、可能性のある企業数を x（その企業数の特定の建材が各現場で用いられる確率が例えば等しく 10% なら $1/x=0.1$）、現場の数を y とすれば、

$$1-(1-1/x)^{y}$$

で計算される[23]。例えば特定の建材が各現場で用いられる確率が 10%、特定の被災者が作業した現場の数が 20 箇所あるいは 30 箇所である場合、当該建材

21）永野判事は、神奈川 1 陣の控訴審で確率論を用いているが、それ以前にも C 型肝炎感染による損害額の算定でも確率論を応用されている（東京地判平 19・3・23 判時 1975 号 2 頁）。前田陽一「多数の建設作業現場で建設作業に従事し石綿関連疾患が発症した者についての国・メーカーの責任―建設アスベスト神奈川控訴審判決―」リマ 58 号（2019 上）41 頁。

ただし、前田教授は、建材現場到達事実の「到達」は、建材現場到達事実が到達したことによって被災者が「曝露」したこと（曝露の蓄積への寄与）を前提としており、東京 1 陣最判のいう加害行為としての「到達」そのもの（建材が各現場に到達してから「曝露」したかはまた別の話）とは位置づけが異なる。

22）民集 75 巻 5 号 2120 頁（神奈川 1 陣・永野コートによる控訴審）。

23）前田・前掲注 20）『野村古稀』326 頁。」同 327 頁は、1 回限りでなく多数の現場で曝露したことは重要な要素である、という。

が当該被災者の作業する各現場に1回でも到達する可能性は、$1-(1-0.1)^{20}$で約88%あるいは$1-(1-0.1)^{30}$で約96%となり、「建材のシェアが高ければ高いほど、被災者が作業した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は高くなる」という経験則に、現場の数が数十箇所以上（東京1陣では原告の主張によれば多い場合で1000箇所以上）が認められれば、被災者のいる各現場への到達頻度も高くなり[24]、相当回数の到達の蓋然性が推認できるという「補完・補強」がシェア計算の確率計算から可能である（シェア10%の認定に疑いがあれば被災者の作業した現場の数を多めに求めることで推認可能）、というものである[25]。

(3)　こうしたシェアを用いた確率計算を、経験則の「補完・補強」に用いるという考え方には、いくつかの疑問があり、多くは、㋐確率計算の数値を証明度の数値に反映させているのではないか、㋑1回の出来事における確率は高いバイアス（偏り）のかかった証明にならないか、㋒民法719条1項後段の類推適用の効果は、因果関係の推定であるから、その推定の前提事実として行為と損害との個別的因果関係（ないしその一部）の立証を求めることは不合理である、等の批判がある[26]。調査官は、㋐㋑については、確率計算の数値をそのまま証明「度」の数値に反映しているわけではなく、他の事情も考慮した経験則に基づく認定を補完・補強するものとして確率計算を用いている点、また「1回の出来事」ではなくて「20～30回かそれ以上の出来事」のうち一回でも被災者の下に特定の建材メーカーの建材が到達していた確率を問題にしているものでバイアスの程度に違いがある点などが反論として挙げられ[27]、㋒については、建材現場到達事実の立証は、「共同行為者」ないし「加害行為」の要件として求められるもので、行為と結果との因果関係そのもの（ないしその一

24）民集75巻5号2121頁。

25）宮﨑・前掲注4）924頁。

26）宮﨑・前掲注4）929頁（注8）、931頁（注17）。なお、もともと確率計算を考慮するしないについても学説上議論がある。同932頁（注18）。

27）宮﨑・前掲注4）931頁（注17）以下。

部）の要件として求められているのではない、という立証対象の位置づけの違いを挙げている[28]。

民法側が眺めた「立証困難」状況を、訴訟法の側も同じようにそれに対処しようとする問題意識として、「証明度軽減」の議論がある。証明度軽減の問題意識は正当であるものの、法的根拠がやや抽象的であり解釈論としては難しい問題がある、証明度の軽減が許される事実に該るか否かの基準が明確とは言い難い等の難点から、これまでの判例では明確に採用されるに至っていない、というのが調査官の評価である[29]。被害者救済の必要の観点、公平・正義の観点は、背景事情としては十分に理解されつつも、現実の事実認定の直接の考慮要素として扱えるかについては、証明度軽減論がやや大上段の、抽象的な議論にとどまっている状態にも解され、解釈論への落とし込みに研究者の創意工夫の余地がまだ残されているように思われる。

4．東京1陣最判の枠組み

東京1陣最判では、原審が、国交省データベースや建材のシェアの根拠資料に疑いがあるとした部分については、一律に建材のシェアを認定できないとした判断は著しく合理性を欠くとした。この部分は資料の評価なので論評を措くが、建材のシェアが認定できるとして、被災者原告は、主要な曝露原因となった石綿含有建材を主要曝露建材として絞り込み、これを製造・販売した企業の

28）宮﨑・前掲注4）929頁（注8）。ある建材メーカーが警告表示義務に違反して石綿含有建材を製造販売する行為について、他の建材メーカーらと共に集団的寄与度の範囲で連帯して責任を負う、という場合に、最高裁の判示した民法側の趣旨からすると、ⓐ上記建材を製造・販売する行為→ⓑ建材現場到達事実→ⓒ被災者が当該現場で当該建材を使用する作業に従事し、その粉塵に曝露したこと→ⓓその粉塵曝露が被災者の石綿関連疾患発生に一定の寄与をしたこと（個別的寄与度の範囲）→ⓔその粉塵曝露と他の共同行為者の行為による粉塵曝露とが相俟って被災者の石綿関連疾患発生に更に大きな寄与をしたこと（集団的寄与度の範囲）、の5つの要素間の4つの因果関係が認められる必要があるところ、東京1陣最判のいう建設現場到達事実の立証は、ⓐからⓑへの因果関係の立証に当たる。

29）宮﨑・前掲注4）921頁。

うち市場占有率の高い（概ね 10% 以上）被告企業を特定して建材現場到達事実を主張している。これらは流通経路・販売地域・用途等で被災者の作業する現場に到達する可能性の低い建材を排除しているといえ、排除の信用性に問題があれば自社の建材に係る情報に誤りがあることについて具体的な根拠に基づく指摘（被告企業はいずれも大企業であり証拠収集も比較的容易で、自社に資料が不十分でも所属する業界団体の作成資料等入手可能な様々な資料を用いて、シェア・販売量の反論ができる）がないことを踏まえれば、建材のシェアの認定が一律にできないとしたことは、なおさらに著しく合理性を欠くとした。

ここでの建材メーカーの反論のあるなしは、例えば表見証明で典型的事象経過に反する反証を出さないといけない、というようなある種の証明度軽減の問題ではなく、通常の経験則（「建材のシェアが高ければ高いほど、被災者が作業をした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、という経験則）に基づく事実上の推定において、ただ単にそれを覆す主張がなかった（あるいは、あった）という枠内でカウントされているものである[30]。

以上の通り、他原因者不存在で民法 719 条 1 項後段類推適用を考えるべき場面で、完全連帯責任から寄与度連帯責任への賠償責任の限定（「類推」適用に基づく制限）や、建材を市場の流通に置いた行為を建材現場到達事実につなげ（民法 719 条 1 項による救済の枠組みに収まる）「共同行為者」にカウント（行為と結果との因果関係ではなく、行為そのものの立証）するための証明対象の位置づけを背景に、建材現場到達事実につき個別具体的内容ではなく概括化を行う（一回ではなく相当回数にわたり「到達した（かもしれない）蓋然性」を証明内容とする）という民法上の態度決定をし、その結果、「主要」曝露建材を基にした「シェア」主張に伴い、概括化された建材現場到達事実（可能性）につき「シェアを用いた確率計算」を補強・補完的に用いて経験則で「高度の蓋然性」

30）宮崎・前掲注 4）932 頁（注 19）。

まで推認させる、という訴訟法上の仕組みが、東京1陣最判の骨組みかと解釈される。

建設アスベスト訴訟における「証明困難」に対し、民法の態度決定を前提に、訴訟法（経験則）で対応するという、最高裁からの一つの実務的答えというもので、これ自体は、紛争の法的解決のために極めて肯定的に評価できる。研究者としての問題は、訴訟法上の「証明度軽減」の議論がもう少し解釈論として落とし込めないか、という部分で、なお検討を重ねていくほかはない。

＊　三木浩一先生には、筆者のずいぶん若い頃から、民事訴訟法学会、あるいは国際訴訟法学会日本大会、各種学外の研究会などで、大変お世話になりました。体調の関係で判例評釈のかけらのような短いものになってしまい、先生の厳しいお叱りが飛んできそうですが、取り急ぎ、先生を取り囲む献呈の最後尾にこっそり加わらせていただければ有難く存じます。