

マーケットシェア・ライアビリティ理論について

伊 藤 博 文

On Market Share Liability Theory

Hirofumi ITO

pdf化について

本pdfファイルは、上記論文をpdfファイルにしたものであり、pdf化するにあたり、できるだけオリジナルを再現したものとなるようにしている。しかし技術的制約と見栄えの優先から、1行の文字数及び文字フォントなどが異なり、オリジナルとはページ数が異なるものとなっている。また、明らかな誤字・誤植はpdf化にあたり訂正していることを留意していただければ幸いである。

2004年12月 伊藤 博文

マーケットシェア・ライアビリティ理論について

伊 藤 博 文

目 次

- I. はじめに
- II. マーケットシェア・ライアビリティ理論とは何か
 - A. DES事件
 - B. *Sindell*判決とその理論構成
 1. 択一責任理論による理論構成の否定
 - a. 択一責任理論とは
 - b. 択一責任理論が採用されない理由付け
 2. 共同行為理論による理論構成の否定
 - a. 共同行為理論とは
 - b. 共同行為理論の採用されない理由付け
 3. 企業責任理論による理論構成の否定
 - a. 企業責任理論とは
 - b. 企業責任理論の採用されない理由付け
 4. マーケットシェア・ライアビリティ理論の提示
 - a. マーケットシェア・ライアビリティ理論の根拠
 - b. マーケットシェア・ライアビリティ理論の内容
- III. マーケットシェア・ライアビリティ理論の展開
 - A. 否定する判例
 1. ミズーリー州 *Zaft v. Eli Lilly & Co.*
 2. アイオワ州 *Mulcahy v. Eli Lilly & Co.*
 - B. DES事件に対する別のアプローチ
 1. 共同行為理論——ニュー・ヨーク州のアプローチ
 2. DES版・択一責任理論——ミシガン州のアプローチ
 - C. 修正理論
 1. 危険寄与度理論——ウィスコンシン州のアプローチ
 2. 市場占有率・択一責任理論——ワシントン州のアプローチ
 3. 危険寄与度修正理論——ニュー・ジャージー州のアプローチ
- IV. マーケットシェア・ライアビリティ理論の検討
 - A. 一般的原理化への課題
 1. 市場占有率の確定問題について
 2. 損害の分割方法について
 3. 市場占有率を根拠とする問題について
 - B. アメリカ製造物責任理論の発展における位置づけ
- V. おわりに

I. はじめに

マーケットシェア・ライアビリティ理論 (Market Share Liability Theory) とは、アメリカ不法行為訴訟において、複数の被告に集団的責任を認め、原告に生じた損害額を市場占有率に応じた比率により分割して被告らに分担させる理論であり、「市場占有率責任」¹⁾とか「市場占有率に基づく賠償責任」もしくは「市場占有率割合責任」²⁾と訳されている。これは、1980年以降アメリカにおいて製造物責任を問う事件中で、DES事件を発端として展開されてきた理論である。

本稿は、このマーケットシェア・ライアビリティ理論を次の理由から検討するものである。まず、この理論については、日本においては紹介している論稿も少なく、本格的な理論的検討がなされていない。また、この理論は日本法における不法行為法理論からの発想では考えにくい、特異な理論である。そして、外国法を参考とした現

行民法典の様々な解釈論の提起から出発し、統一的な製造物責任法の法制化により製造物責任問題を解決しようとする段階に移った現状にある日本において³⁾、消費者保護に厚い、この理論を検討する意義は大きいと思われる。そして最後に、アメリカにおいても、この理論の是非については議論が分れるところであり、今後の課題とされており、この理論の一般的定式化にむけて本格的な検討が求められているのである⁴⁾。

II. マーケットシェア・ライアビリティ理論とは何か

マーケットシェア・ライアビリティ理論を検討するにあたり、マーケットシェア・ライアビリティ理論を最初に提起し採用したカリフォルニア州の画期的な判決 *Sindell v. Abbott Laboratories* (1980) (以下 *Sindell* 判決と略す)⁵⁾を紹介するとともに、そこで問題となったDES事件の内容を説明することとする。

1) 安田総合研究所・製造物責任—国際化する企業の課題, (1989年) 有斐閣 45頁。

2) 藤倉皓一郎・「市場占有率にもとづく賠償責任—アメリカにおける薬害 (DES) 訴訟判例の展開」, 民事責任の現代的課題 中川淳先生還暦祝賀論集 世界思想社 (1989年) 4頁。

3) 竹内昭夫編・「わが国の製造物責任法」有斐閣 (1990年) 19頁, 199頁。

4) マーケットシェア・ライアビリティ理論及び *Sindell* 判決の検討は、アメリカで様々な論稿が行っている。本稿が参照した文献を以下に掲げる。 *Beyond Enterprise Liability in DES Cases—Sindell*, 14 Ind. L. Rev. 695 (1981); Comment: *A Remedy for the “DES daughters”: Products Liability without the Identification Requirement*, 42 U. Pitt. L. Rev. 669 (1981); Comment: *Sindell v. Abbott Laboratories: A Market Share Approach to DES Causation*, 69 Calif. L. Rev. 1179 (1981); Nothstein, G.Z., *Toxic Torts Litigation of Hazardous Substance Cases*, at 478–86 (1984); Robertson, Powers and Anderson, *Cases and Materials on TORTS*, at 534 (1989); Prosser, Wade and Schwartz, *Torts* [8th ed.], at 286–7 (1988); Fisher, *Products Liability—An Analysis of Market Share Liability*, 34 Vand. L. Rev. 1623 (1981); Robinson, *Multiple Causation in Tort Law: Reflections on the DES Cases*, 68 Va. L. Rev. 713 (1982); *Delgado, Beyond Sindell: Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs*, 70 Calif. L. Rev. 881 (1982); Schwartz & Mahshigian, *Failure to Identify the Defendant in Tort Law: Towards a Legislative Solution*, 73 Calif. L. Rev. 94 (1985); *Market Share Liability: An Answer to the DES Causation Problem*, 94 Harv. L. Rev. 668 (1981); *Market Share Liability for Defective Products: An Ill-Advised Remedy for the Problem of Identification*, 36 Nw. L. Rev. 300 (1981).

5) *Sindell v. Abbott Laboratories*, 26 Cal. 3d 588, 163 Cal. Rptr. 132, 607 P. 2d 924, cert. den. 449 U.S. 912, 101 S. Ct. 285, 66 L. Ed. 2d 140 (1980).

A. DES事件

DES事件とは、アメリカにおける薬害訴訟事件であり、DES (diethylstilbesterol) という薬品についての製造物責任を問う一連の事件である。妊娠中の流産防止の目的で投与された薬品DESの影響により、投与を受けた妊婦から生まれてきた女性の子宮にガンが発生するという事件が、多数発生した⁶⁾。この被害に遭ったDES娘達 (DES daughters) は、DESの製造者を相手取って損害賠償請求をなしたのである。そこで訴訟上問題となったのは、原告たるDES娘達が被告となる製薬会社を特定できないという、事実的因果関係立証の問題であった。つまり、DESは数百の製薬会社により大量に製造販売された薬品であり、さらに、DES投与が原告にとって一代前になされたが故に、どの製薬会社が当該損害を引き起こしたDESを製造したのか、特定する証拠が原告には十分に揃わなかったのである。これに対して、裁判所がどのように対応するか、つまり、従来の不法行為法理論が要求する原告側の挙証責任が果たされていない以上原告敗訴とするか、それとも新たな法理論に基づき何らかの救済を原告に与えるかの選択についての判断が、注目されたのである。

ここで、DESという薬品について、も

うすこし詳しく説明しておこう⁷⁾。DES (diethylstilbesterol) と呼ばれる薬品は、人工に作り出されたエストロゲン・ホルモン剤で、1947年にアメリカの食品医薬品局 (FDA, the Food and Drug Administration) により薬品として認可された。この薬品は、妊娠中の異常に、とくに流産防止薬として認可された。エストロゲンは女性の性ホルモンで、1923年に初めて医学的使用のため抽出されたものであり、1938年にイギリスで人工的に製造されたが、その製法特許はなされなかった。DESは、女性機能異常が、エストロゲン・ホルモンの生来的な低さから生じていると考えられる女性の治療には有効であるとされ、安価に製造でき口径薬であるため苦痛を伴うことなく服用できるので、利用が高まった。更年期障害、老齢期膣炎の治療に、また授乳抑制期間の乳房充血を和らげるために、現在も使用されているのである。このDESは、1947年から1971年の間に全米で数百の製薬会社により製造され、数百万人の妊婦に投与されたのである。ところが、1971年にイギリスの医学雑誌がDESと発ガンとの関係についての論文を発表し、これを契機としてDESが発ガンの原因となることが明らかにされた。この年、FDAはDESの流産防止薬としての使用を禁止したのである⁸⁾。

事実、DESは、出生前にその薬の影響を

6) DESの影響でガンが発生したとして争われたのはDES娘だけでなく、同様の境遇の男子の睾丸にガンが発生したとして争われた事件もある。Pine v. Eli Lilly & Co., 201 N.J. Super. 186, 492 A. 2d 1079 (1985).

7) Comment, *DES and A Proposed Theory of Enterprise Liability*, 46 Fordham L. Rev. 963-968 (1978).

8) 150万人 (300万とも言われる) のDES娘中のごく一部が目下のところガンを患っている。その発ガン率は250分の1から1000分の1の範囲といわれる。この発ガン率の曖昧さが示すように、DES服用と発ガンとの因果関係が科学的に絶対なものとして証明されているのではない。若い女性に子宮ガンが発生するという症例が存在し、その発ガン状況が特徴的な腺状ガンという共通性を持ち、それら女性の母親がDESの投与を受けていたという程度にとどまると思われる。Beyond Enterprise Liability in DES Cases—Sindell, 14 Ind. L. Rev. 695 (1981), note 12 at 696.

うけた娘達の子宮および子宮頸部に、ガンを生ぜしめるものであった。これら娘達に発生したガンの形態は、腺疾患として知られているものであり、最低10から12年の潜伏期間の後、症状として現れてくるものである。このガンは、すばやく転移し死に至る危険なものであり、その転移を防ぐには大胆な外科手術が必要とされる。DESは腺様増殖症、そして子宮および子宮頸部に前ガン状態をもたらし、これらのガンは、身体の他の部分へ転移することがある。この腺様増殖症の治療法は焼灼法か外科手術か凍結外科療法手術である。こうした症状を呈した女性達は、年に二度、生体組織検査法と膣鏡による検査を受けなければならない。この検査には苦痛と高額の出費が伴うものであった⁹⁾。このような経緯から、アメリカ全土で、約1000ものDES訴訟が起こされたのである¹⁰⁾。

B. Sindell判決とその理論構成

全米に広がったDES訴訟について、先駆的な判断をなしたのは、カリフォルニア州最高裁判所であった。同最高裁判所は、Sindell判決において、画期的な理論、マーケットシェア・ライアビリティ理論をもって、被害者たる原告に救済の手を差し

伸べたのである。このSindell判決は、マーケットシェア・ライアビリティ理論を認め原告勝訴の結論に至ったのであるが、その法的理論構成は、原告の主張した3つの理論、択一責任理論、共同行為理論、業界責任理論を否定し、法廷自らが提示したマーケットシェア・ライアビリティ理論により、四対三という僅少差¹¹⁾でもって、原審判決を覆し、被告らに責任を負わせるという形をとっている。以下にその理論構成を見ていくこととする。

1. 択一責任理論による理論構成の否定

a. 択一責任理論とは

原告が複数の被告に集団的責任を負わせる根拠とした第一番目の理論は択一責任理論 (alternative liability theory) であった¹²⁾。この択一責任理論とは、原告が、二人以上存在する被告の内いずれが損害を生ぜしめたのか特定できない場合には、当該損害について責任はないことを示す挙証責任が被告らに転嫁される、という理論である。カリフォルニア州の先例Summers v. Tice¹³⁾が、この原理の根拠とされる。このSummers事件とは次のような事例である。二人のハンター（被告）が過失により原告

9) Sindell v. Abbott Laboratories, 607 P. 2d at 925.

10) *Market Share Liability: An Answer to the DES Causation Problem*, 94 Harv. L. Rev. 668 at 669 (1981). 参考までに日本におけるDESの使用状況を述べておく。DESの日本での使用開始時期は明らかでないが、1976年までは卵胞ホルモン剤として使用されており、現在は前立腺ガンの治療薬としてのみ使用許可がなされている（大阪府病院薬剤師会編・全訂医薬品要覧、1983年版、688, 704, 706頁、同1973年版138頁）。つまり卵胞ホルモン剤として使用は1977年から1978年の間に、厚生省の医薬品再評価により許可されなくなったと思われる。（業薬事報社・日本医薬品集（医薬用）、1990年度版435頁、1976年度版235, 575頁、1975年度版235頁）。

11) Mosk, Bird, C.J., Newman, White各判事が賛成（多数派）、Richardson, Clark, Manuel各判事が反対となっている。反対意見（Richardson判事）の内容については、前掲註2）藤倉論文9-12頁参照。Sindell v. Abbott Laboratories, 607 P. 2d at 938-43.

12) *Id.* 928-932

13) Summers v. Tice, 33 Cal. 2d. 80, 199 P 2d. 1 (1948). 英米法判例百選II私法10頁（1978年）。

のいる方向へ発砲し、原告は負傷した。被告の中のいずれが、原告の目を負傷させた弾丸を発射したのかは特定できなかった。にもかかわらず両被告は、全損害に対して連帯して責任を負うと判示された。その理由としてまず、被告両名ともに不法行為者であり両者は原告に対して過失があった。そして、特定できなかった被告の一方が責任から逃れるとすれば他方の被告も同様となり、被害者である原告は、なんら救済を受けられないことになってしまうであろうから、責任のある被告を選び出させることを原告に要求するのは、不公正である。よって、このような状況では、挙証責任は被告に転嫁すると判示したのである。もし被告が自らが損害を引き起こしたのではないことを立証できれば、自らを免責することができるのである。こうした状況下では、被告の方が、どちらが損害を生ぜしめたかを判断する証拠を提示するのには、ずっと優れた立場にあるのだ、と判断したのである。この *Summers* 判決で発展したルールは、リステイトメントに体系化されている¹⁴⁾。

b. 択一責任理論が採用されない理由付け

Sindell 判決は、択一責任が採用し得ない理由を、“証拠への距離”と“確率”という二点から指摘している。

まず、“証拠への距離”である。*Summers* 判決の意味するところを、証拠により近い者が立証すべきであるにとらえれば、*Summers* 判決では、被告の方が立証しやすい立場にあったからこそ挙証責任が被告に転嫁されたのだと理解できる。しかし

「*Sindell* の場合は原告被告両者とも証拠に対してはおなじ距離にあり、損害発生状況、つまり原告の母親が服用した薬品の製造会社を特定することは原告でも被告でも不可能である。一方が他方より、特定するのによりよい立場にあるということは合理的に言えないのである。なぜならば、DES が服用されて原告の身体障害の症状が現れるまでの間にはすでに何年も経過しており、原告はそのような特定は不可能であったのだからである。挙証不能となったことについては、誰にも過失はなかったのである。事件は原告が生まれる前に、一世代前に生じてしまったのである。また一方で、被告らが特定する手段を持っているとは言えない。通常、薬品製造会社は医師によって処方された薬品を服用した患者との直接の接触はない。被告らは、卸商に販売し、この卸商が医師や薬剤師に製品を供給したのである。薬品製造業者は、自らが製造した薬品を服用した人の記録を保持しているわけではなく、薬品の選択は薬品製造業者ではなく医師によってなされるのである。この点についての記録証拠がないことが被告らの過失に基づくものであるとは考えない。特定できないことは、十分な警告をなさなかった被告の過失行為に起因するのではなく、むしろ時間の経過に起因するのである」とし、証拠への距離が *Summers* とは異なると判断している。けれども、これを理由として、択一責任理論を完全に否定しているわけではない。「被告らは、原告の母親が服用した薬品の製造者を特定するのに原告よりも優れた手段を持つものではないが、被告らは、いくつかの場合には、

14) RESTATEMENT (2d.) OF TORTS, section 433 B, subsection (3), comment f.

損害を生ぜしめた薬品を製造しなかったことを立証することができる。たとえば、本件の場合、一審での被告らの中の一人は、原告が生まれる前はDESを製造していなかったという立証により、訴訟からはずされたのである。よって当法廷は、原告に損害を生ぜしめたDESの製造業者を特定する情報に対し、被告がより近い位置にあったのではないという事実が、それ自体で *Summers* におけるルールの適用を妨げるものではない」と判断している¹⁵⁾。これが、後に述べるように *Summers* 判決がマーケットシェア・ライアビリティ理論の一つの根拠とされる所以となる。

次に“確率”についてである。*Summers* と *Sindell* における事実関係には重大な違いが見いだせる。*Summers* においては、原告の損害に対して責任のある者全員が被告として訴訟に加わっている。これに対し *Sindell* においては、DESを製造した会社はおよそ200社あり、そのどれもが身体損害をもたらす薬品を製造したのである。*Summers* においては、二人の被告の内の一人が原告の損害に対して責任を負う可能性は50%であったが、本件の場合、DES製造業者200社のいずれか一社が原告に損害を生ぜしめた薬品を製造したのであるから、*Sindell* 判決の場合は約2.5%であり、その確率が著しく低くなる。「不法行為者となり得る者の数でもって、被告らのいずれかが損害を生ぜしめた薬品を供給した可能性を量るとすれば、この議論は説得力がある。このように考えるとすれば、五者の

被告¹⁶⁾のいずれかが原告の母親にDESを供給した可能性は余りにも希薄であり、個々の被告に自らを免責する事を要求するのは不公正となろう。訴訟に加わっている五被告のいずれも損害を生ぜしめたDESを製造せず、訴状に挙がらなかった製薬会社すべてが責任を免れるという可能性も確かに存在する」のであるから、*Sindell* に *Summers* の原理はそのままでは適用できないと判示したのである¹⁷⁾。この問題を解決してくれるのが、後述のマーケットシェア・ライアビリティ理論となるのである。

2. 共同行為理論による理論構成の否定

a. 共同行為理論とは

原告が根拠とする第二の理論は、いわゆる共同行為理論 (concert of action theory) であった¹⁸⁾。この原理はリステイトメントの§876に一般原理として結実している。「他の者の不法行為が原因となって第三者に生じた損害に対して、次の者は賠償の責めを負う。(a) その者が他の者と共同してかまたはこの他の者と共通の意図を有して不法行為をなした場合、または (b) その者が、他の者の行為が注意義務違反であることを知りつつ、この他の者がその不法行為をなすように実質的な援助とか激励をなした場合、または (c) 不法行為の結果をもたらすについてこの他の者へ実質的な援助をなし、かつ、個別に考慮すると、この他の者の行為が第三者に対しての注意義務違反となるとき」である。*Sindell* 判決は、こ

15) *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P. 2d at 929.

16) *Abbott Laboratories, Eli Lilly and Company, E.R. Squibb and Sons, The Upjohn Company, and Rexall Drug Company*が、この五被告である。

17) *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P. 2d at 931.

18) *Id.* 931-933.

の原理の解釈としてプロッサーの次の文章を引用している。「不法行為を行うについての共通の計画とか意図を持って、積極的にその行為に参画し、さらには協力したりそれを要求したりした者、不法行為者に援助とか激励を与えた者、自分達のための利益となるべくなされた行為を容認したり受け入れたりした者は、皆等しくその別の不法行為者と同様に責任が存在するのである。——明示の合意は必要としない、必要なのは暗黙の了解 (tacit understanding) が存在していたことなのである。」¹⁹⁾

b. 共同行為理論の採用されない理由付け

原告が、被告らのDES製造・販売行為が共同行為理論という共同行為であったと主張するのは、「被告らは薬品試験を十分になさなかった又は薬品の危険性について十分な警告をなさなかったということ、そして、被告らは、互いに行った薬品試験結果を信頼し合い互いの販売促進手法とマーケティング手法をうまく利用し合っていたのだ」という点にあると *Sindell* 判決は理解し、「こうした主張では、暗黙の了解があったとか、十分な薬品試験を行なわなかったとか十分な警告をしなかったことに被告の間で共通の意図があった、ということにはならず、また、被告らはこれらの不作為を為すにおいて実質上互いに助け合ったり奨励し合っていたのだ、ということにはならないのである」と判断した²⁰⁾。被告らのDES製造・販売行為は共同行為理論という共同行為ではなく、被告らの行為は、「被告らが互いの薬品検査結果と販売

促進方法に頼るに際しての被告らの似通った模倣的な行為のことなのである。このような行為は製薬業界における一般的な慣例を示しているだけである。つまり、ある製造者が、同一又は類似の製造物を製造する他の製造業者の経験とか手法を自ら活用するという慣習なのである。共同行為理論の概念を本件の事実関係に適用することは、この理論の意図している範囲を逸脱してこの原理を拡張していくことになる。そして、たとえ損害を生ぜしめた製造物を被告は製造しなかったと示すことができたとしても、実質的には、あらゆる製造者にその業界全体の欠陥商品に対して責任を負わせることになる。本件において、被告それぞれが、他の被告の行為が原告に対する不法行為となることを知っており、被告らが不十分なDESの試験を行うようにまた不十分な警告をなすように助け合い奨励し合っていたということは、立証されていない。事実、共同行為理論に基づく責任が、一人の不法行為者が或る行為をなさないという暗黙の了解を別の不法行為者に与える際、実質的な助け合いと奨励があったことを根拠とし得るかは、はなはだ疑わしい。かくして、共同行為理論という意味での被告間の共同行為は、存在していなかったのである」と判示した²¹⁾。

3. 企業責任理論による理論構成の否定

a. 企業責任理論とは

原告の主張した第三の理論は、「業界責任 (industry-wide liability)」の概念であ

19) Prosser, *Law of Torts* (4th ed. 1971), sec 46 at 292.

20) *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P. 2d at 933.

21) *Id.* 932.

り、原告らの言葉によると「企業責任 (enterprise liability)」理論と呼ばれるものである²²⁾。この理論は、*Hall v. E. I. Du Pont de Nemours & Co., Inc., (E.D.N.Y. 1972)*²³⁾において確立した理論である。この事件はこうであった。原告である13人の子供達は、1955年から1959年の間に10の異なる州で12の別々の事件において、それぞれ信管の爆発によって身体損害を被った。被告は信管製造会社6社であり、この6社が実質上合衆国の信管製造業会の全体およびそれらの交易協会を形成していたのであった。しかしながら、当該信管を供給したかもしれないカナダの信管製造会社もかなりの数存在していた。原告側の主張の要点は、信管一つ一つに警告をつけなかったことと何らかの安全対策をほどさなかったことが、損害発生に対する危険性を異常なまでに高め、原告に損害を生ぜしめたのだということであった。原告の訴状は、損害を引き起こした信管の製造者を特定はしなかった。

これに対し、裁判所は次のように判示した。個別に活動していたものの被告らは、信管の安全基準についての業界全体の基準に固執しており、この結果として、ラベルを添付するといったような、安全性および

機能設計を検討することを交易協会の手ゆだね、結果として安全対策を怠った。そして信管製造には、製造設計における業界全体の協力があった。全ての被告が連帯して、その危険性をコントロールしていたのである。よって、被告らのだれか一人が当該信管を製造したのだという立証が証拠優越の原理 (preponderance of evidence) の下で可能であれば、因果関係に関する举证責任は、被告全員の側に転嫁される。

そして、この賠償責任理論は、少ない数の製造者で構成される産業界に適用されるべきものである。5から10の製造者からなる産業界に対しこの理論を適用することが公正で合理的であるとする考えからは、数え切れない小規模の製造者から成り組織立っていない産業界にこの理論が適用された場合には、明らかに不合理となろう、とも述べたのである²⁴⁾。

b. 企業責任理論の採用されない理由付け

*Sindell*判決はこの理論が採用し得ないことを次のように述べている。少なくとも200の製造業者がDESを製造した。*Hall*判決においては、6製造業者が合衆国における信管製造業者全体を代表していたのであり、この判決で採られた原理を多数の製造

22) *Id.* 933.

23) 345 F. Supp. 353.

24) *Id.* 933-935. Fordhamの論文(前掲註7)は、この業界責任理論を議論し、DESから生じた損害に対する損害賠償を求める訴訟への適用可能性について理論的に精緻化し、この理論の下での因果関係のを次のように説明している。「ちょうど、伝統的な共同行為理論に基づく訴において、被告らの共同的な意図が損害賠償責任認容の理由となるように、業界全体の基準が原告に対する損害賠償責任認容の理由となるのである。被告それぞれがこの基準に固執していたことが、この基準を存続し続けさせ、結果として、特定し得ない特殊で有害な製造物を作り出すことになってしまったのである。したがって、その業界構成員のそれぞれが、原告への損害発生に寄与したのである。」この論文は、業界責任理論に基づく訴訟での訴訟原因のための七つの要件を掲げている。そして、仮に原告がこれらの要件を立証したならば、因果関係の立証責任は、被告側に転嫁されるべきであり、被告らは、自らの製造物がその損害を生ぜしめなかったことを立証することのみより、自らを免責せしめ得るとしている。

者が存在する場合に適用することには、注意を喚起していたのである。さらに、Hall判決において、被告らが危険をコントロールしていたという結論は、被告らが安全管理についての幾つかの機能を交易協会に委ねていたという申し立てに基づいたものであった。本件においては、そのような主張もない。重要なのは、薬品業界は食品医薬品局によって厳重に規制されているということである。つまり、食品医薬品局が、薬品製造と薬品試験を、そして警告ラベルの記載内容をも含めて薬品の市販方法を、積極的にコントロールしているのである。したがって、薬品製造業者によって遵守された基準は、かなりの程度まで、政府によって提示・強制されたものである。確かに、薬品製造者はこれらの基準に従ったのだから当然のこととして、賠償責任を免れ得るというのではない。しかし政府が、薬品の試験及びマーケティングに対する基準を形作るのに広範囲にわたる役割を果たしているのであるから、ただ単に薬品業界の基準に従っていたということだけで、自分が製造しなかった薬品の使用から生じた損害について製薬会社に責任を負わせることは不公正であろう、と判断したのである²⁵⁾。

4. マーケットシェア・ライアビリティ理論の提示

a. マーケットシェア・ライアビリティ理論の根拠

以上の三理論を否定したうえで、*Sindell*判決は次のように判示した²⁶⁾。もしこれまでの伝統的な先例、例えば*Summers*と*Hall*の理論に執着するとすれば、原告敗訴と判示せざるを得なくなる。つまり、原告の母親が服用したDESを供給した製薬会社を特定することを原告に要求したり、DESの製造者すべてをこの訴訟に参加させるように要求すれば、結果として、原告はなんの救済も受けられなくなるであろう。このような結果は回避されねばならない²⁷⁾。

責を負うことのない原告と過失ある被告との間では、後者が損害の費用を負担すべきなのである。より広い政策的な観点からも、被告らが欠陥製品を製造したのであるから損害分散能力は被告が原告よりも優れている。損害のリスクは、製造者が保険にかけることができ、事業をするコストとして一般に分散させることができるのである。製造物の欠陥を発見しこれを防止し、有害な効果について警告を発するのに、製

25) *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P. 2d at 935

26) *Id.* 936.

27) 判例変更を可能とする根拠をRESTATEMENTに求めている。*Summers*における択一責任理論の変更可能性はRESTATEMENT (2d) TORTS Sec. 433 B comment hに次のように書かれている。「事件に関与した行為者の内の一人が被告として訴訟参加しない若しくはできないといった事実関係から生ずる事件の複雑さから、また時間の経過による影響といった理由から、また行為者の行為の性質もしくは行為者たちがつくり出した危険性における実質的な差異という理由から、ここで述べられたルールが何らかの修正を受けることが必要であるとされる事例も存在すると考え得るのである。しかしながら、そのような事例は起こってはいないのであり、またその起こり得る状況を予想することは困難であるから、この項においてはそのような問題を扱うことを予定してはいないのである。しかしながら、第三項に述べられているルールは、そのような状況がこのルールの修正を必要とした場合には、可能なルール修正を排除しようとは意図していないのである。」

造者が最善の位置にいるのである。欠陥及び有害な効果を警告しなかったことについての責を製造者に負わせることは、製品の安全性に対するインセンティブをもたらす。この考慮は、医薬品が関連している場合には、特に重要となる。なぜならば、消費者は、有害な薬品によってもたらされる深刻で、時には永続し、時には致命的な身体損害から自らを守るのに、実質的に無力なのであるからである。よって何らかの救済手段を原告にもたらすためにマーケットシェア・ライアビリティ理論を提示する。

b. マーケットシェア・ライアビリティ理論の内容

すでに述べたように、“確率”という点において *Summers* における択一責任理論そのままでは、因果関係の立証を被告らに転嫁させるのに適切でない。しかし、*Sindell* 判決は、別の観点からこの因果関係問題に対処している。つまり、*Sindell* の事実関係においては、原告に損害をもたらした薬品を被告のいずれかが供給したという可能性を、被告それぞれが流産防止の目的でもって販売したDESがこの目的で販売したすべての製造者が販売した薬品の総生産量に占めるパーセントで量ることが合理的である、とする。原告の主張によれば、Eli Lilly and Companyと他の5、6社が、流通したDESの90パーセントを製造したとされる。事実審でこれが事実と判断されれば、比較的小数の製造者が原告に損害を生ぜしめたDESを製造した可能性が相応して存在することになる。そして問題となっている製造者が責任を免れるのはわずか10パーセントの可能性となる。原告が、原告の母親が服用したであろうDES

についての相当な市場占有率を占めていた製造者らを参加させたならば、原告に損害を生ぜしめたものを被告らが製造しなかったということを立証させる挙証責任を被告らに転嫁することの不公正は、明らかに消失する。ここで *Sindell* 判決は、“相当な (substantial) パーセントの市場占有率”が必要であるとのみ述べている。訴訟において、特定のマーケットにおける相当な市場占有率を提示することは、被告らの間で損害を分配するのに手近な手段をもたらす。各々の被告は、原告に損害を生ぜしめた薬品を自らは製造していなかったことを示さない限りは、判決額総額をそのマーケットの市場占有率によって案分した応分額について責任があると判断される。一旦、必要とされる被告らを訴訟に参加させるという責任を原告が果たしたならば、今度は被告らが、訴訟に加わっておらず損害をもたらす薬品を供給したであろうDES製造業者に対して反訴訴答をなし得るのである、とする。

このマーケットシェア・ライアビリティ理論によれば、個々の製造者の賠償責任は、自らの製造物がもたらした損害に対する責任と近似になる。市場占有率と賠償責任との関連におけるいくつかの子細な不整合は不可避である。したがって、ある被告は特定のマーケットにおける市場占有率によって基礎づけられるものと幾らか異なったパーセントによる損害額の応分に対して責任があるとなることもある。時が経過してしまったことからして、数学的な正確さで持つて市場占有率を決定することは、恐らくは不可能であろう。しかし、被告製造者らの間で市場占有率との正確な相関で損害額を分割することの困難さ故にこの理論

の採用が否定されるべきではない。賠償責任の正確な分割ができない場合、事実審が、でき得る限りの最善をなし得るのである、とする。

*Sindell*判決は、マーケットとは何かを定義しそこでの市場占有率を決定するという現実的な問題を無視しているわけではなく、訴訟手続における訴答の段階では正しく決定し得ないという立証上の問題として捉えているが、明確な定義は行っていないのである²⁸⁾。

Ⅲ. マーケットシェア・ライアビリティ理論の展開

この*Sindell*判決におけるマーケットシェア・ライアビリティ理論のもたらしたインパクトは、多大なものであった。全米の各州におけるDES事件への対応も、さまざまのものであるが、大きく分けて次の三態様に分類できると思われる²⁹⁾。まず第一は、DES事件に対し従来の不法行為法理論から逸脱することを拒否し、原告敗訴の結論に至った州である。第二は、*Sindell*判決においては否定され採用されなかった理論に基づいて原告を勝訴させている州である。第三は、マーケットシェア・ライアビリティ理論を修正発展させた理論に基づいて原告を勝訴させている州である。これらの様々な対応について見ていくこととする。

A. 否定する判例

*Sindell*判決以降マーケットシェア・ライアビリティ理論を否定し、DES事件における原告敗訴の結論に至った州判決は、ミズーリー州とアイオワ州の最高裁判所である。

1. ミズーリー州 *Zaft v. Eli Lilly & Co.*

ミズーリー州におけるDES訴訟は、*Zaft v. Eli Lilly & Co.*, (1984)³⁰⁾であった。この事件では、一審原告敗訴の後、ミズーリー州最高裁判所においても原告敗訴となった。ミズーリー州最高裁判所は、次のように原告敗訴の理由付けを行なった。原告による主張は、訴訟原因を維持するのに前提となる被告と損害を生ぜしめた物との因果関係の立証を要求するミズーリー州の不法行為法理論を、当法廷に捨てさせるほどの説得力を、持ち合わせていない。また、原告を勝訴させることは、安全な製造物を作り出させるインセンティブを殆どもたらすことなく、製薬会社の新薬開発研究意欲を損なうものである、と判示した³¹⁾。

2. アイオワ州 *Mulcahy v. Eli Lilly & Co.*

アイオワ州においては、*Mulcahy v. Eli Lilly & Co.* (1986)³²⁾事件において、原告敗訴の結論が導かれた。ここでは、原告側が主張した、企業責任理論、択一責任理論、

28) *Id.* 937-8. この*Sindell*判決は、ロー・スクールの学生の書いた次の論文を大いに参考している点で興味深い。Comment, *DES and A Proposed Theory of Enterprise Liability*, 46 Fordham L. Rev. 963 (1978).

29) *Sindell*判決以降の動きを分析するにはいろいろな手法がみられる。*Collins*判決や*Martin*判決が、マーケットシェア・ライアビリティ理論を否定しているとする見方もあるようだが、本稿はこの二判決は完全に否定しているのではなく、批判発展させていると考えている。

30) 676 S.W. 2d 241 (Mo. banc 1984).

31) *Id.* 247.

32) 386 N.W. 2d 67 (Iowa 1986).

マーケットシェア・ライアビリティ理論について、次のような理由から否定している。企業責任理論は、DESの製造者を特定できない原告は主張できない。なぜならば、特定できない被告の行為を、同様の行為を同時に行なっていた者の集団行為と見做して、それらに全責任を負わせることはできないからである³³⁾。また択一責任理論も、本件において原告は、被告らが問題となっているDESを製造した可能性のあることを立証できなかつたのであるからDES事件に適用されない³⁴⁾。そして、マーケットシェア・ライアビリティ理論も政策的な考えから、否定される。つまり、この問題の解決は立法府が解決すべきものであり、社会工学的に解決されるべき分野の問題である、とする³⁵⁾。

B. DES事件に対する別のアプローチ

DES事件において、原告勝訴の結論に至ったのは、カリフォルニア州の*Sindell*判決のみではなかつた。ニュー・ヨーク州とミシガン州は、マーケットシェア・ライアビリティ理論とは別のアプローチ、つまり*Sindell*判決では否定された理論にもとづき、原告に救済を認めたのである。

1. 共同行為理論

—ニュー・ヨーク州のアプローチ

ニュー・ヨーク州におけるDES訴訟は、

*Bichler v. Eli Lilly & Co.*³⁶⁾において争われた。一審原告勝訴、二審原告勝訴の後、ニュー・ヨーク州の最高裁判所は、*Sindell*判決が否定した共同行為理論でもって原告勝訴の結論を導いている。*Bichler*判決においては次のように判断している。原告の立証は、子孫にガンを発生せしめてしまうことが、妊娠中のDES投与に際しての予見可能なりスクであったことを十分に立証し、製造者（被告）敗訴の評決を支持するのに十分なものであった。そして、DESを市場に置く前に十分な動物実験をなさなかつたことにおいて、被告たる製造者間にconscious parallel conductを認定できると判示し、共同行為理論に基づき被告らに損害賠償責任を負わせたのである³⁷⁾。

2. DES版・択一責任理論

—ミシガン州のアプローチ

ミシガン州におけるDES訴訟は、*Abel v. Eli Lilly & Co.*³⁸⁾において争われた。一審は原告敗訴、二審では逆転して原告勝訴の後、ミシガン州最高裁判所は二審を支持し、*Sindell*判決が否定した択一責任理論を修正採用し原告勝訴の結論を導いたのである。*Abel*判決は*Summers*判決を論拠としつつ、加害者を特定できなかった原告らに対して、DES事件特有の択一責任理論、DES版・択一責任理論 (DES version of alternative liability) でもって被告らに連帯責任を負

33) *Id.* 72.

34) *Id.* 74.

35) *Id.* 75-6. 社会工学 (Social Engineering) とは、米国で唱えられている学問範疇のひとつで、社会学的法則に基づいて社会構造の調整、創出を目的とする学問である。

36) Ct. App., 450 N.Y.S. 2d 776 (1982).

37) *Id.* 782.

38) 343 N.W. 2d 164 (Mich. 1984). 182人の原告 (約70の原告が製造会社を特定でき113の原告は特定できなかった) が16の製薬会社 (当初は30会社であった) を被告とする訴訟で、この16の被告が1947年から1964年までにミシガン州でDESを製造・販売したとされる。 *Id.* at 168, 175.

わせ、救済の手を差しのべたのである。

まず、被告を特定できない原告は、*Summers*判決による択一責任理論により挙証責任を転嫁できる。この択一責任理論は、被告すべてが不法行為をなしたのであるが、ただその中の特定しえない一人の被告が、原告に損害を生ぜしめた場合に適用される。もしある原告が、可能性のある被告全員を訴訟に参加せしめ、その他の訴訟原因をなす要素を立証したならば、裁判所は、厄介な因果関係の立証責任を被告に課すべきである。被告らが、自らを免責させることができない場合、連帯責任 (joint and several) を負うこととなる³⁹⁾。この場合原告は、(a)すべての被告が原告に対し不法行為があり、(b)原告は被告の誰かの行為によって損害を被った(これを立証するためには被告となりうる者全てを訴訟に参加させなければならない)のであり、(c)原告はどの被告が加害者かを特定できない、という三要件を満たさなければならないとした。

この択一責任理論は、*Summers*判決に由来するものであるが、*Abel*事件は*Summers*事件とは次の点で異なるとする。「*Summers*において、個々の被告は唯一の原告に対して過失があった。結果としては、被告のいずれか一人が損害をもたらしたのではあるが、被告それぞれは、原告に損害を負わせる可能性があった。本件において、原告らは、被告それぞれが原告一人一人に対し過失があったのではない。従って、本件の被告一人一人は、原告一人一人に対し、損害

をもたらす得はしなかったであろう。これとは異なり、*Summers*においては、個々の被告は特定の原告に対し過失があった。本件では、個々の被告は、ある原告に対し過失があった。しかし個々の被告は、原告すべてに対して過失があったわけではない。よって、被告全員が個々の原告に対して過失があったわけではない。個々の被告は、原告それぞれの損害を引き起こしたのではない。よって択一責任は、本件にはそのまま適用はできないのである⁴⁰⁾。そこで、DES版・択一責任理論では、事実的因果関係の立証と可能性のある不法行為者全員を訴訟に参加させるという択一責任理論の要件を満たす代わりに、(a)被告はDESを製造販売し、(b)原告の母親はDESを服用し、(c)原告の母親はミシガン州で製造または販売されたDESを服用し、(d)DESが原告の損害発生の原因である、という4つの要件を立証できれば、挙証責任は転嫁されると判示したのである⁴¹⁾。

C. 修正理論

*Sindell*判決における理論構成を評価しながらも、そのまま採用することなくマーケットシェア・ライアビリティ理論を発展させて、原告勝訴の結論を導いているのが第三のアプローチである。

1. 危険寄与度理論

— ウィスコンシン州のアプローチ

ウィスコンシン州においては、*Collins v. Eli Lilly Co.*⁴²⁾がDES訴訟に対するウィス

39) *Id.* 174.

40) *Id.* 172.

41) *Id.* 173, 175.

42) 116 Wis. 2d 166, 342 N.W. 2d 37 (Wis. 1984).

コンシン州最高裁判所の判断となった。*Collins*判決においては、*Sindell*判決の否定した三つの理論を同様に否定し、そしてマーケットシェア・ライアビリティ理論も否定し、独自の危険寄与度理論 (risk contribution theory) により被告に損害賠償責任を負わせている。まず、「当法廷は、挙証責任を被告らに転嫁せしめるという *Sindell* 判決における基本的公平観については問題としない」としながらも、マーケットシェア・ライアビリティ理論そのままでは採用し得ないと述べている。つまり、*Sindell* 判決自身も、『問題となる市場を定義し市場占有率を決定するという実際の問題を重視しないわけではない』と認めているが、実際に、この市場占有率確定方法が明確でない以上、現実的な適用性において限界がある。*Sindell* 判決に従わなくさせる第一の要因は、市場占有率を定義し立証することが、現実的に困難だからである。さらには、市場占有率を決定するためには第二の小事実審 (mini-trial) が行なわれることとなり、これは訴訟経済上無駄な司法制度利用となるであろう⁴³⁾。

危険寄与度理論は、被告らの行為が社会的に危険な行為となったことに損害賠償責任を負わせる帰責の根拠を求めるものである。マーケットシェア・ライアビリティ理論を完全に拒絶するものではなく、市場占有率が確定可能であるとすれば、この市場占有率が被告間で賠償責任を分割するに一つの要素であると考えられるものである。また、この救済方法はDES事件に事実関係が類似している状況に適用しうるものであると

する。「被告それぞれは、社会に危害をもたらすリスクに寄与していたのであり、よってその結果として、Therese Collinsのような個人の原告に対する身体損害をもたらすリスクに寄与したのである。よって、個々の被告は、FDA、数多くの科学者、医学研究者らが、有害な副作用を持つ薬であると最終的に結論付けたものを、製造販売したことについて、何らかの範囲において帰責性の一端を負わしめられるものである⁴⁴⁾。それにもまして、損害を被った原告とおそらくは責任のある製薬会社の間においては、製薬会社の方が、損害の費用を吸収するのによりよい立場にいるのである。製薬会社は、損害賠償責任に対して自ら保険を掛けることができ、損害賠償額を吸収し、その費用を業務上の費用として一般消費者に転嫁させることができるのである。製薬会社か消費者に損害の費用を負担させることが、責を負わない原告のみにその負担をさせることより、好ましいと判断する。最終的には、損害賠償負担の費用が、製薬会社に十分な試薬検査を行わせるインセンティブとして作用するであろう。このインセンティブは、大量市販される薬品の事件においては特に重要である。なぜならば、ほとんどの場合、消費者と医師は、医薬品供給者と研究組織からの助言に依存しているのであり、この結果として実質的に、有害な薬品によってもたらされる重大な身体損害から自らを守るのに、全く無力なのである。この事件の審理において、原告は、事実審の満足の行くまで、これらの要素を一つずつ立証しなければならない。しかし

43) *Id.* 48.

44) *Id.* 49. 危険寄与度理論の根拠としてCollins判決は、Fisher, *Products Liability—An Analysis of Market Share Liability*, 34 Vand. L. Rev. 1623, 1646 (1981)を参照している。

ながら、原告は、原告の母親が服用したDESを被告が製造もしくは販売したことを立証する必要のないことを強調しておく。むしろ、原告は証拠の優越原理に基づき、原告の母親が服用したタイプのDES（例えば、色、形状、印、大きさ、その他見分けやすい特徴）を被告が製造か販売したことのみを立証すればよいのである。原告は、問題となっているDESの製造販売された時間とか地理的状况に関する事実を主張や立証する必要はない。もし原告がこれらの要点を立証できれば、この原告は、一人の被告から損害賠償額の全額を得ることができる。しかしながら、一人以上の被告が訴訟に参加している場合には、原告は、過失相殺の原理に基づき陪審が分割した賠償責任比率に応じた損害賠償額をそれぞれの被告から得ることができるのである。」⁴⁵⁾

2. 市場占有率・択一責任理論

—ワシントン州のアプローチ

ワシントン州のDES訴訟は*Martin v. Abbott Laboratories*⁴⁶⁾であり、*Sindell*判決の三理論を否定するのは*Collins*判決と同様であるが、マーケットシェア・ライアビリティ理論を否定するのではなく、これを発展修正した理論、市場占有率・択一責任理論 (Market-Share Alternate Liability) でもって原告に救済をもたらしている。まず、マーケットシェア・ライアビリティ理論の問題点を次のように述べている。

「*Sindell*判決におけるマーケットシェア・ライアビリティ理論は、考え方として

は魅力的なものではあるが、当法廷は、この理論が潜在的に損害賠償責任分担をゆがめてしまうものであるが故に、本件に適切な理論とは考えない。

*Sindell*判決が、問題となっている市場の『相当な』市場占有率を定義しなかったことのみならず、この理論では、『相当な』市場占有率が原告の損害の100%に対する連帯責任を生ぜしめると規定していることから、市場責任を歪めてしまうからである。」⁴⁷⁾ この問題点を解消するために市場占有率・択一責任理論は、原告は被告一人のみを相手取って訴えを起こすことが可能であると、以下の点を原告が主張する必要があるとする⁴⁸⁾。(a)原告の母親はDESを服用したこと、(b)DESが服用後に起こった原告の身体損害を生ぜしめたこと、(c)原告の母親が服用したタイプのDESを被告が製造・市販したこと、(d)DESを製造・市販するという被告の行為が、原告に対する法的義務違反となっていること、である。審理段階において、原告は、これらの点一つ一つを事実審の満足が行くように立証しなければならない。しかしながら、原告は、原告の母親が服用したDESを或る被告が製造・市販したことを立証する必要はない。むしろ、原告は、証拠の優越原理に基づき、或る被告が原告の母親が服用したタイプ（例えば、一回の服用量、色、形、しるし、大きさ、その他識別しうるような特徴）のDESを製造もしくは市販したということだけを、立証する必要がある。原告は、問題となっているDESが流通した時間お

45) *Collins v. Eli Lilly Co.*, 342 N.W. 2d 37 (Wis. 1984) at 50.

46) 689 P. 2d 368 (Wash. 1984).

47) *Id.* 380.

48) *Id.* 382.

よび地域に関する事実については、主張も立証もする必要はない。原告の母親が服用したDESのタイプは、その母親が知り得べき知識であり、時間と流通に関する事実は、DESの製造業者と販売会社が知っているべきはずの知識であるからである。

この市場占有率・択一責任理論は、市場における「相当な市場占有率」を占める者を訴訟参加させるという、*Sindell*判決における要件を排除している。この要件は、市場占有率・択一責任理論の下では、或る特定の被告が当該損害を生ぜしめたという確率に影響はしないからである。以下に示すように、或る特定の被告の持つ潜在的な賠償責任は、その被告が原告へ損害を生ぜしめた確率に比例するのである。

被告らの個々は、原告の母親が服用した特定のタイプのDESを製造・流通させていなかったこと、または、自らは原告の母親が当該薬品を入手した地理上の市場地域ではDESを流通させなかったこと、もしくは、原告の母親が当該薬品を服用した期間内にはDESを供給していなかったことを、証拠の優越原理に基づき立証することにより、賠償責任から免責され得る。

自らを免責し得なかった被告は、まず当該DES市場で等しい市場占有率を有していたと推定され、当該DES市場におけるこの一応の市場占有率に対応したパーセント分だけのみ、原告の得る判決金額に対して賠償責任を負う。これらの被告らは、この推定を反駁することができる。その際、地理的に特定された原告のDES市場での被告個々の市場占有率を立証することによって、自らの潜在的な賠償責任を削減させることができる。つまり、証拠の優越の

原理に基づいた市場占有率の立証により、判決額全部との対応において、その被告は当該DES市場における自らの市場占有率分に対してのみ責任があることとなる。その他の被告らが自らの実際の市場占有率を立証できなかった限りにおいては、この被告らの推定された市場占有率は、市場占有率が100%となるように調整されるのである。

この賠償責任額の分割方法の適用は、次の例によって示される⁴⁹⁾。「原告の判決における損害額が\$100,000で、被告XとYは、その他訴状に挙げた被告らが免責された後も賠償責任があるとされていると、仮定しよう。もし、この二者の内のどちらも自らの市場占有率を立証できなければ、この二者は、等しい市場占有率を占めていたと見なされ、それぞれ50%ずつ判決総額に対して責任を負うこととなる。つまり、被告Xが\$50,000、被告Yも\$50,000ということになる。次に、被告Xが、自らは当該市場の20%を占めていたと立証し、被告Yは自らの市場占有率を立証し得なかったと仮定しよう。被告Xは、損害額の20%、つまり\$20,000に対して責任を負い、被告Yは残りの80%、\$80,000に対して責任を負うこととなる。そして、被告Xが20%、被告Yが60%の市場占有率を立証したと、仮定しよう。この場合、被告Xは判決額に対する20%、つまり\$20,000、被告Yは判決額に対する60%、\$60,000に対して責任を負うこととなる。残りの市場占有率20%は訴状に挙げられなかった被告達の責任であるから、原告は判決額全部を得られないのである。被告らは、自らの推定された市場占有率を低くするため、もしくは実際にはそれより低いはずの市場占有率を立証する

49) *Id.* 383.

ために、第三者を被告として訴訟参加させることができる。

被告が自らの賠償責任を減少させる能力は、或る特定の被告が損害を引き起こしたという潜在的な賠償責任分担における不釣り合いを、個々の市場占有率に応じて賠償責任が課されることにより、減少させることができるのである。当事者一人一人が立証責任を負う場合には、どの被告も、自らがそれぞれの市場において数字上生ぜしめたであろう損害額以上の賠償責任を負わされることはないであろう。当法廷は、原告が要件として個々の因果関係責任を立証することを排除することが、賠償責任を強めるものであることを、認める。しかしながら、個々の市場占有率に応じて被告らに賠償責任を分割させることを認めて、さらには、原告は全損害額を賠償してもらえないことがあると前提するならば、このことはまた、賠償責任を制限することにもなる。この選択的市場占有率責任理論の下で、特定の被告に帰せられるべき因果関係上の帰責性が希薄化されることは、賠償責任がそれに対応して希薄化されることによって、バランスが保たれ得るのである。」

3. 危険寄与度修正理論

—ニュー・ジャージー州のアプローチ

ニュー・ジャージー州では *Shackil v. Lederle Laboratories*⁵⁰⁾ において、マーケットシェア・ライアビリティ理論が検討された。この事件は、DES事件ではなく、予防

接種禍に基づく損害賠償請求事件であった。三種混合ワクチン（ジフテリア、百日ぜき、破傷風）に含まれる百日ぜきワクチンを製造した複数の製薬会社を相手取った訴訟である。このワクチンを接種した子供が慢性髄膜炎と重度の知恵遅れを起し、結果として突発的発作を患うこととなってしまったのである。第一審原告敗訴の後、ニュー・ジャージー州高等裁判所は、危険寄与度修正理論 (risk modified market share) に基づき、原審を破棄したのである。

この危険寄与度修正理論は、DES訴訟での一連のマーケットシェア・ライアビリティ理論に関する判例と同様に、複数の被告に集団的責任を負わせる理論であるが、この理論は個々の被告に免責のためのより大きな可能性を与えている点において、ウィスコンシン州の危険寄与度理論ともワシントン州の市場占有率・択一責任理論とも異なる理論となっている。まず、市場占有率ではなく、欠陥薬品を製造したという危険性に損害分担の根拠を求める点で、マーケットシェア・ライアビリティ理論とも市場占有率・択一責任理論とも異なり、比較過失法理により損害分担率を決定しない点において危険寄与度理論とも異なり、この理論の下では、被告らは連帯責任 (joint & several) ではなく個別 (several) 責任を負うものとしている⁵¹⁾。また危険性を帰責の根拠とするが故に薬品の欠陥性判断を重要視しているのも特徴である⁵²⁾。

50) 530 A. 2d 1287 (N.J. Super A.D. 1987).

51) *Id.* 1302, 1304.

52) *Id.* 1304. 本判決は中間上訴裁判所の判例であり最終審の判断をおおいでないこと、及びDES事件ではないことからして、本稿で是非を論ずるのは早計であると考えてた。マーケットシェア・ライアビリティ理論検討のためにも今後の動きが注目される場所である。

IV. マーケットシェア・ライア ビリティ理論の検討

A. 一般的原理化への課題

*Sindell*判決で提示されたマーケットシェア・ライアビリティ理論は、はたしてアメリカ不法行為理論における一般的原理として定着するものであろうか。もし可能ならば、この一般的原理化のために越えなければならない課題点とはどのようなものであろうか。

マーケットシェア・ライアビリティ理論の持つ問題点は次の三点に集約できよう。第一に、*Sindell*判決が要件として、相当な市場占有率を構成する製造業者を訴訟に参加せしめることを要求しているものの、この相当な市場占有率の確定方法が曖昧であることである。関連市場の「相当な割合」という要件は具体的事例において明確な基準として適用できるか⁵³⁾。第二に、複数の被告に集団的責任を負わせた場合、損害額をどのように分担させるか、つまり連帯責任か個別責任かが明確でないことである⁵⁴⁾。第三に、市場占有率そのものが、複数の被告間の分担比率の根拠とするのに本当に適切な手段であるのか、という問題である。

1. 市場占有率の確定問題について

市場占有率の確定方法が曖昧であるという問題は、*Collins*及び*Martin*判決に指摘されているとおりである。市場占有率と一口に言っても、どのような場合にどのよう

な数値を用いるのかがはっきりしていないのである。これは、この理論を不法行為理論の一般原理として定式化するには不可避の問題である。*Sindell*判決は「Fordham」の論文は、75から80%の市場占有率を必要条件として提示していたが、当法廷は、相当な(substantial)パーセントの市場占有率が必要であるとのみ判断する」としており、また「市場占有率と賠償責任との関連におけるいくつかの子細な不整合は不可避である。したがって、ある被告は特定のマーケットにおける市場占有率によって基礎づけられるものと幾らか異なったパーセントによる損害額の応分に対して責任があることもある。時が経過してしまったことからして、数学的な正確さで持って市場占有率を決定することは、恐らくは不可能であろう」として欠陥を認めている。この後のカリフォルニア州の判例*Murphy v. Squibb & Sons, inc.*⁵⁵⁾では、*Sindell*判決の多数派意見を書いたMosk判事により、DES販売量が全国市場占有率10%では『相当な市場占有率』にあたらないと判断された。確かに、事件ごとに事実問題として陪審が判断する問題とも言えようが、これでは曖昧過ぎよう。この曖昧の解消は、マーケットシェア・ライアビリティ理論の一般原理化には不可避である。けれども、この問題は以下に述べるように、市場占有率を帰責根拠の一要素と考える危険寄与度理論の下では、『相当な市場占有率』確定の曖昧さ問題は、かなり希薄化されるであろう。

53) 藤倉皓一郎・「市場占有率にもとづく賠償責任——アメリカにおける薬害(DES)訴訟判例の展開」, 民事責任の現代的課題 中川淳先生還暦祝賀論集世界思想社(1989年)12頁。

54) 藤倉・前掲書12頁。

55) 221 Cal. Rptr. 447 (Cal. 1985).

2. 損害の分割方法について

マーケットシェア・ライアビリティ理論は、個別責任かそれとも連帯責任を負わせるものか、市場の相当な割合という要件は連帯責任を前提とするのであろうか。Sindell判決はこの点については明確にしていなが、Martin判決は判決内容から次のように推測している。Sindell判決では、被告らが、たとえ100%より少ない市場占有率を占めていたとしても、被告らは原告の損害の100%を支払うのだと要求している。連帯責任を要求している以上、マーケットシェア・ライアビリティ理論の下で潜在的に生じてしまう損害賠償責任分担のゆがみが発生する。これはMartin判決が示した例によって表現できる⁵⁶⁾。「かりに、原告の損害は\$100,000であり、原告は、問題となっている市場で合計60%の市場占有率をなすDESの製造業者らを訴訟に参加させたと、仮定しよう。被告Xは、その市場の20%を占めている、つまり訴訟に参加した被告ら全員が占めていた市場占有率の三分の一を占めていたとする。もし被告Xがその市場の占有率分だけ賠償責任を負うとしたら（これが個別責任である）、この被告は、損害の20%、つまり\$20,000に対して賠償責任があることになる。しかしながら、被告らが判決額の100%を支払うことが要求されるとすれば、被告Xは、判決総額の三分の一、つまり\$33,333を支払わなければならないことになる。これは、訴訟に参加した被告全員が占めていた市場占有率の三分の一に相応するものである。換言すれば、被告Xは67%（つまり\$13,333）も余分に支払わなければならないことになろう。『相当な市場占有

率』の定義が、被告の賠償責任をゆがめる程度に、直接的に影響することは明白である。訴訟に参加することが要求される被告の市場占有率が低ければ低いほど結果としてのゆがみは大きくなるのである。」

これからして、マーケットシェア・ライアビリティ理論の下で被告らに連帯責任を負わせることは、本来ならば可能でなかった挙証責任の転嫁が認められた原告に比べて、被告にとってはかなり酷な結果となる。被告らは個別責任を負うとする方が妥当な結論が得られるのではなかろうか。Sindell判決以降の判決が示す結論も、理論的に一貫するのは、被告は各自の市場占有率に基づいて、その限度で原告の損害を賠償するという個別責任の立場である⁵⁷⁾。

3. 市場占有率を根拠とする問題について

マーケットシェア・ライアビリティ理論を産み出す出発点は、次のようなものであった。DES事件では伝統的な不法行為理論に従えば原告敗訴の結論に至らざるを得なくなる。しかし何ら責を負わない原告達が救済を受けられないという結論は、法の正義・公平観からして余りに不合理である。よって被害者の救済をなすために伝統的な不法行為法理論に修正を加え、妥当な結論を導こうとするものであったといえよう。この「被害者の救済」という理念は、政策的な観点から支持される社会的正義とか公平の観点から生じてくる発想である。

この理念に合致する結論を生み出すためにどのように法理論を修正して行くかである。或る行為によって利益を得ている者があり、その一方で、その行為によって損害

56) Martin v. Abbott Laboratories, 689 P. 2d 368 (Wash. 1984) at 383.

57) 藤倉・前掲書20頁。

を蒙った者があれば、その利益を得たものが賠償すべきではないか。多額の利潤をあげてきた者達が何のとがを負わないのは不合理である。現代の製造物責任訴訟における消費者対製造業者という対立構造では、損害分散能力を持つ企業側に責任を負わせるべきである。よって、利益を得ている者と被害者を結び付ける因果関係が立証できないならば、何らかの方法で、集团的責任を負わせられてしかるべきである。そこで、特定された加害者集団の間で公平に損害が分散される方法は、市場占有率であるとする発想である⁵⁸⁾。

ここで、被告たる製薬会社に責任を負わせる帰責の根拠には二種ある。利益の損する所に責任を求める報償責任と社会的に避難される危険を生ぜしめた行為そのものに責任の根拠を求める危険責任である。マーケットシェア・ライアビリティ理論は前者に基礎を置き、ウィスコンシン州の危険寄与度責任理論は後者に基礎を置くものである。

利益の存する所に責任をもたらす報償責任に徹するならば、DES事件のような薬害事件の場合、その帰責性が市場占有率によりうまく表せるとは限らない。つまり、新薬開発市販のために多額の試験研究費を投資した上で薬品売上から利益を受けた先発製造業者の利益は、後発の製造業者の得た利益に比べれば、相対的に多くはない。市場占有率が高ければ必然的にその企業の得た利益が高いとは言えないのである。報償責任を徹底すれば、DESの製造・販売による純益が帰責の根拠とされ、この純益がDES市場の総純益額に占める割合が損害分

担の比率とされるべきである。確かにこの純益についての立証の困難さは、市場占有率の確定と同様に単純なものではない。しかしその困難さが同等ならば純益によるべきであろう。DES市場で多額の収益をあげ、たまたま市場占有率が低く、または、偶然にも被告となることを免れ得た業者がその収益を内部に留保したままであること、かたや、多額の投資をしわずかな収益しかあげられず市場占有率がその市場で高かったばかりに、多額の賠償金を負担することになるのは被告間でも不公平であろう。額に関係なく単に収益をあげたことが帰責要因になるのではなく、問題なのは損害分担能力なのである。いずれにせよ市場占有率が高ければ、常に損害分散能力も高くなるとは限らないのである。

一方で、危険責任に基づく集团的責任理論は、将来に向けて同様な不法行為が再発されないように潜在的な不法行為者に損害回避の為のインセンティブをもたらすべく、危険な行為に反省を促す意味で賠償責任を負わせるものである。よって帰責の根拠は利益にあるのではなく、社会的に避難されるべき危険である。帰責の根拠を危険に置くとするれば、どのようにしてこの危険が確定されるのか。危険寄与度理論によれば、危険は様々な要素から陪審により判断されその危険の比率に応じて比較過失 (comparative negligence) 原理のもとで賠償責任は決定されるとする。市場占有率はこの過失相殺をなす一つの要素となるものにすぎない。

いずれにせよ不法行為法制度の目的が被害者の完全なる救済にあるのか、それとも

58) この発想過程は結論が先に来て、本末転倒のような印象を受けるが、これが判例法たるコモン・ローの特色であるとも言えよう。理論的整合性を重んずるあまりに結果の妥当性に目をつむることが、真の意味での法の正義ではなからう。

加害行為の抑止にあるのかと考えることで、結論に差がでてくる。不法行為法の目的を損害の填補にのみ求めれば、被害者にとって立証上有利かつ填補の確実な理論を採用することが可能となるが、加害行為の抑止という観点を忘れずにいるならば、必然的に危険という考えを取り入れざるを得なくなる。集団的責任を認め確率的な因果関係により責任分配をはかる場合、公平な損害の分散のため及び被告間の不公平感を和らげるためにも、できる限り多くの要素が考慮されるべきであろう。できる限りの要素を考慮に入れて損害の分担率を決定するという点において、また現行の比較過失法理により責任の分担をはかろうとすることにおいて従来の不法行為法理論からの逸脱が少ないという点からも、ウィスコンシン州の危険寄与度理論が優れていると考えるのである。

B. アメリカ製造物責任理論の発展における位置づけ

マーケットシェア・ライアビリティ理論は1980年に打ち立てられその後さまざまな批判修正を加えられ今日に至っているが、この理論はアメリカ製造物責任理論の発展の中でどのような位置をしめるものであろうか。周知のごとく、アメリカにおける製造物責任理論の展開は、カリフォルニア州の判例が主導する形で発展してきた⁵⁹⁾。1960年代から始まった本格的な製

造物責任理論の発展は、 트레이ナー判事を中心とする改革に意欲的な判事達によるカリフォルニア州の一連の画期的な判例を考えることなくしては理解することはできない。これは、 *Escola* 判決⁶⁰⁾ や *Ybarra* 判決⁶¹⁾ がどれだけ、重要な意味を持っていたかということは、この後の各州の判例が、カリフォルニア州の判例を先例として引用していることでも、また製造物責任理論を研究するに当たって無視できない判例の多くは、カリフォルニア州に集中していることでも明かであろう。

では、この *Sindell* 判決もこの流れに沿うものとなり、アメリカ製造物理論の発展における画期的な判例になり得るものであろうか。10年経過した現在、この判例を全面的に肯定し従う判例はほとんど見あたらない状況からして、淘汰されてしまう可能性も存在する。しかし *Sindell* 判決は商品大量消費社会において弱者たる一般消費者に厚い保護をもたらすという意味においては、この潮流に沿うものであり、潮流を一にするという意味では、先例としての価値は失われていくことはないであろう。現在のアメリカ製造物責任理論は、損害賠償額の高額化と訴訟禍により様々な形で問題提起され、責任を制限する方向があると指摘できようが⁶²⁾、被害者への救済はまだ拡大する傾向にある⁶³⁾。マーケットシェア・ライアビリティ理論は確率的因果関係の問題として捉えられ⁶⁴⁾、多くの論稿が検討を

59) 木下毅・「アメリカ私法」有斐閣 (1988年) 125頁参照。

60) *Escola v. Coca Cola Bottling Company*, 24 Cal. 2d 453, 150 P. 2d 436 (1944).

61) *Ybarra v. Spangard*, 25 Cal. 2d 486, 154 P. 2d 687 (1944).

62) ABA, *Report of the Action Commission to Improve the Tort Liability System*, at 2, 40 (1987).

63) Galanter, *Reading the Landscape of Dispute: What we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society*, 31 UCLA L. Rev. 4. (1983).

64) アメリカにおける不法行為法の教科書は *Sindell* 判決を事実的因果関係 (Cause in Fact) の項で扱っている。Prosser & Keeton, *Torts* [5th ed.] at 271 (1984); Franklin & Rabin, *Tort Law & Alternatives* [4th ed.], at 222 (1987).

加えているものの結論がでていないのが現状であり、今後も修正を加えられ発展していく理論と思われる。

V. おわりに

以上マーケットシェア・ライアビリティ理論について考察し、その問題点を指摘してきたのであるが、このアメリカ不法行為法の新たな潮流を検討することから、どのようなものを学びとることができるだろうか。私には、これら一連の判決に関与している判事達の「被害者救済」への並々ならぬ意欲というものを感じずにはおられないのである。彼らは、様々な表現でもってその意欲を判決文中に書き記している。

まず、*Sindell*判決におけるMosk判事は、次のように述べている⁶⁵⁾。「我々の住む産業化した複雑な現代社会においては、科学技術の発展が代替可能な商品を生みだし、これらの商品は、消費者に危害を加えることがあったり、製造者を特定できないものなのである。これに対する裁判所の対応は、厳格に伝統的な理論に固執しそのような商品で損害を被った人達に救済手段を否定するか、それともこれらの変化する要請に合致すべく救済手段を形作っていくかのいずれかである。Traynor判事が、かの画期的な事件*Escola v. Coca Cola Bottling Company (1944)*⁶⁶⁾の賛成意見中で、大量生産と複雑な流通機構の時代においては伝統的なネグリジェンスの基準では消費者に対する製造者の責任を規律していくには

十分ではないのだと述べたのと同様に、当法廷も、因果関係と賠償責任についての何らかのルールを採用することが、このように頻発する事件状況では、適切であることを認めるべきであろう。」そして、*Abel*判決においても⁶⁷⁾「永遠に変化し続ける法の流れにおいて、法理論を発展させることを受け入れないことが、当法廷の意図するところではないのと同時に、当法廷は、まったく必要がないところに新しい理論を採用すべきではないとも考える。しかしながら、伝統的な法概念では求められている新たな社会的要請に答えられない場合には、新たな法的対応がこの隙間を満たす様に、つまり公平な損害分担という社会的必要性に答え得る様に、発展させなければならないのである。」さらには、*Collins*判決においてCallow判事は次のように述べている⁶⁸⁾。「本件において、当法廷が、将来再び起こることのない一回限りの特異な事実関係を扱っているのではないことは、明白である。当法廷は、伝統的な不法行為理論の考えからは逸脱することとなるであろう救済手段をDES事件に認めるか、それとも、おそらくは過失のあった被告らが何ら責を追うことなく損害を被った原告に対して賠償責任を負わないことを認めるか、いずれかの選択に直面しているのである。正義と基本的公正の観点から、当法廷は、前者を選択するものである。……コモン・ローには、判例拘束性の原理の下で、自らを発展させ、変化する社会的要求に合致するように自らをも変化していくという、動

65) *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P. 2d 924, at 936.

66) *Escola v. Coca Cola Bottling Company*, 24 Cal. 2d 453, 467-468, 150 P. 2d 436 (1944).

67) *Abel v. Eli Lilly & Co.*, 343 N.W. 2d 164 (Mich. 1984), at 176.

68) *Collins v. Eli Lilly Co.*, 342 N.W. 2d 37 (Wis. 1984), at 45.

的な原理が内在している。この判例拘束性の原理は、正しく理解されれば、決して静的なものではないこととなる。裁判所が判例変更をなしたり、判例変更が必要な新たな事実関係へコモン・ローの諸原理を適用することを永遠に妨げるものではなかったのである。」⁶⁹⁾

なら責を負うことのない消費者、何も知らされないまま医薬品の投与を受け、この結果自らの身体に取り戻しようのない損害を被ったごく普通の人々が、伝統的な不法行為法理論に従えば救済を受けられないとして済まされる問題ではないはずである。何も裁判所がこの問題に取り組む必要はなく、立法・行政が対処すれば良いという反論は、説得力があるようには思えない。被害者らが何ら救済を得れなかったからこそ、被害者らは法廷の前で訴えているのであり、法的判断になじまないといった理論構成から司法が消極的な態度で、こうした問題に取り組んでいては、何等解決の糸口も見いだせないであろうし、こうした問題に被害者救済の観点から積極的に裁判所が対応することこそが、三権分立の精神に合致するものではなかろうか⁷⁰⁾。

法理論として法そのものは、社会変化に対応しなければならないのであり、それは立法府の対応より裁判所が積極的に対応して行かなければならないものである。過去

の判例の固執し先例の拘束性を重視する余り、本来変えなければならない法理論を変えないで、被害者らの救済の手をさしださないことが法の正義にかなうものであろうはずはない。法的理論構成の一貫性、精緻さを過度に重要視し、法が本来の追求すべき社会的正義の理念を忘れてしまうことが是認されるべきではない。社会変革は、立法行政のみの専属権ではなく、司法が前二者を監視するという意味においても、もっと積極的な対応がなされるべきである。われわれが学ぶべき点は、たとえいびつな形であろうとも、現行の法理論・制度を修正することによって被害者を救済しようとする裁判官達の意欲であろう。法の実現は、法理論の緻密さがもたらす静的安定性を追求することではなく、むしろ伝統的なものに対する変革をも厭わず被害者を本当に救済しようとする意欲によって可能となるのではなかろうか。こうした意欲、社会的な弱者を救済したいと望む正直な気持ちを具体的な法の形に実現していくことが、静的な法的安定性を好むわが国の裁判制度下において、真の意味での法の実現を成し得る道なのではなかろうか⁷¹⁾。この意欲の差が、我国とアメリカとの製造物責任理論発展の差として現れていると考えるのは間違っているであろうか。

69) Biekski v. Schulze, 16 Wis. 2d 1, 11, 114 N.W. 2d 105 (1962) を先例として引用している。

70) 裁判所と立法府との関わりについては、イリノイ州における過失相殺法制定の経緯が大変興味深い。イリノイ州の上訴裁判所が寄与過失原理を捨て過失相殺原理を採用するという判例変更を、立法府のなすべきこととしてためらい行わなかった。にもかかわらず立法府は法改正をなしえなかったため、結局州最高裁判所がコモン・ローのルール変更をなすに至った。この後州議会は法案を成立させたのである。See Franklin & Rabin, *Tort Law and Alternatives* [4th ed.] at 381 (1987).

71) 法の実現については、田中英夫・「英米法総論・下」519頁 (1980年) 参照