

マーケットシェア・ライアビリティ理論の新たな展開

— *Hymowitz* 判決のインパクト

伊 藤 博 文

Market Share Liability Theory Still Develops Itself

Hirofumi ITŌ

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す。

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の新たな展開

—Hymowitz判決のインパクト

伊 藤 博 文

目 次

- I. はじめに
- II. *Hymowitz*判決とマーケットシェア・ライアビリティ理論
 - A. *Hymowitz*判決
 - 1. 事実関係と背景
 - 2. 判旨
 - 3. 反対意見
 - B. ニュー・ヨーク州における判例変遷過程
 - 1. *Bichler*判決
 - 2. 判例変更
- III. N.Y.版マーケットシェア・ライアビリティ理論の検討
 - A. *Hymowitz*判決の問題点と批判
 - 1. 全国規模の市場占有率
 - 2. 被告の免責
 - 3. 個別責任
 - B. 他州への影響
 - 1. ニュー・ジャージー州
 - 2. イリノイ州
 - C. マーケットシェア・ライアビリティ理論の適用領域
 - 1. アスベスト
 - 2. 予防接種禍
- IV. 因果関係理論の再考
 - A. 伝統的因果関係理論の意味
 - B. マーケットシェア・ライアビリティ理論の下での因果関係理論
 - C. 集団的因果関係理論
- V. おわりに

I. はじめに

本稿は、マーケットシェア・ライアビリティ理論についての近時の動向を紹介し、その問題点を検討しようとするものである。

まず最初に、マーケットシェア・ライアビリティ理論について簡単に触れておくこととする¹⁾。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る。これは、1980年以降アメリカにおいて製造物責任 (PL: Product Liability) を問う事件の中で、DES訴訟²⁾の一つである *Sindell* 判決³⁾ を契機として展開されてきた理論である。

カリフォルニア州のあの画期的な *Sindell* 判決から9年後の1989年、ニューヨーク州最高裁判所は、*Hymowitz v. Eli Lilly and Co.* 判決⁴⁾ (以下 *Hymowitz* 判決と略す) において、これまで認めてこなかったマーケットシェア・ライアビリティ理論を、判例変更し認めることとしたのである。このニューヨーク州版マーケットシェア・

ライアビリティ理論は、これまでのマーケットシェア・ライアビリティ理論とは、被告に免責を認めない点において、大きく異なる。これは、現代の不法行為法理論における因果関係理論に再考をせまる重大な問題である。そこで本稿は、*Hymowitz* 判決を検討し、あわせて、マーケットシェア・ライアビリティ理論をめぐる諸問題を検討することを目的とする。

II. *Hymowitz* 判決とマーケットシェア・ライアビリティ理論

Hymowitz 判決は、ニュー・ヨーク州におけるDES訴訟の一時代に終わりを告げ、そして新たな段階に踏みいったことを示す画期的な判決といわれている⁵⁾。では、否定肯定両側面からの意味において、どのように画期的なのかについて、判旨に沿って述べていくこととする。

A. *Hymowitz* 判決の内容

1. 事実関係と背景

Hymowitz 判決もDES訴訟の一つである。DES訴訟とは、全米で、妊娠中の流産防止目的で投与された薬品DES

1) マーケットシェア・ライアビリティ理論についての説明としては、次の論文を参照していただきたい。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。安田総合研究所・『製造物責任——国際化する企業の課題』, 有斐閣 (1989年) 45頁。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」, 豊橋短期大学研究紀要 第8号 7頁 (1991年) (本稿は、この論文を補う形で書いている)。

2) DES訴訟については、伊藤・前掲註1), 8頁参照。See also, Comment, *DES and A Proposed Theory of Enterprise Liability*, 46 *Fordham L. Rev.* 963-968 (1978).

3) *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).

4) 73 N.Y. 2d 487, 539 N.E. 2d. 1069, 541 N.Y.S. 2d 941 (1989).

5) Rheingold, *The Hymowitz decision—practical aspects of New York DES litigation.* (Market Share Liability Symposium), 55 n3 *Brooklyn L. Rev.* 883 (1989) at 883. この論文において、*Hymowitz* 判決の原告側弁護士であるRheingold氏は、原告の一人であるMs. Mindy Hymowitzが、このMarket Share Liability Symposiumが開催されたBrooklyn Law Schoolの学生であること、そして彼女が協力してくれたことに謝辞を述べている。Id. 883 note 2.

(diethylstilbesterol)⁶⁾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、この被害に遭ったDES娘達 (DES daughters) が、DES製造者である製薬会社を相手取って損害賠償請求をなした事件である。

DES訴訟で問題となったのは因果関係である。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る。つまり、DESは約250社⁷⁾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世代前になされたために、どの製薬会社が損害を引き起こしたDESを製造したのかを特定する証拠が、原告には十分に揃わなかったのである。この問題に対して、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判断が、注目されたのである。

*Hymowitz*判決は、ニュー・ヨーク州における約700にもおよぶDES訴訟のひとつである。ニュー・ヨーク州最高裁判所は、頻発するDES訴訟に一致した対応を図るべ

く以下の四つの上告⁸⁾に対して一括して判示した。それらが、*Hymowitz v. Eli Lilly and Co.*, *Tigue v. E.R. Squibb & Sons, Inc.*, *Dolan v. Eli Lilly and Company*, *Hanfling v. Eli Lilly and Company*の4事件である。

2. 判 旨

*Hymowitz*判決は、製薬会社側からの上告を棄却し二審判決を支持した⁹⁾。判旨は大分して二つからなる。まず第一に、賠償責任を決定し製造者特定が不能なDES事件においては損害額を分担せしめるに際して、全国規模の市場占有率 (national market) を用いたマーケットシェア理論が適切な理論であるとし¹⁰⁾、第二に、これまで消滅時効 (Statute of Limitation) により提訴できなかったDES訴訟に対する一年間の訴権復活を認める州法は、合憲である¹¹⁾、と判示した。

本稿は判示事項の第二である訴権復活の問題については触れず、第一の論点に重点をおいて進める。なぜならば訴権復活問題は、マーケットシェア・ライアビリティ理論そのものに直接かかわってくる問題ではなく、別個の考察を必要とする論点だから

6) *The Problem of the Indeterminate Defendant: Market Share Liability Theory*. (Market Share Liability Symposium), 55 n3 Brooklyn L. Rev. 863 (1989) at 865.

7) *Id.* 865.

8) *Hymowitz v. Eli Lilly and Co.*: the Supreme Court, 136 Misc. 2d 467, 518 N.Y.S. 2d 891 (*for plaintiff*), the Supreme Court, Appellate Division, 139 A.D. 2d 431, 526 N.Y.S. 2d 825 (*affirmed*); *Tigue v. E.R. Squibb & Sons, Inc.*, the Supreme Court, New York County, 136 Misc. 2d 482, 518 N.Y.S. 2d 996 (*for plaintiff*), the Supreme Court, Appellate Division, 139 A.D. 2d 437, 526 N.Y.S. 2d 922 (*affirmed*); *Dolan v. Eli Lilly and Company*, the Supreme Court, New York County (*for plaintiff*), the Supreme Court, Appellate Division, 139 A.D. 2d 978, 527 N.Y.S. 2d 331 (*affirmed*); *Hanfling v. Eli Lilly and Company*, the Supreme Court, New York County (*for plaintiff*); the Supreme Court, Appellate Division, 139 A.D. 2d 977, 527 N.Y.S. 2d 330 (*affirmed*).

9) *Hymowitz*, *supra note* (4), at 1080.

10) *Id.* 1078.

11) *Id.* 1079., *See* Ch. 682, §4 [1986] N.Y. Laws 1567 (McKinney)

である。

そこで第一の判示事項を更に詳しく述べると、*Hymowitz*判決には次の三つの検討されるべき問題点が存在する。まず、一にマーケットシェア・ライアビリティ理論に全国規模の市場占有率を利用することである。二に、被告に免責を認めないことである。三に、被告の責任は連帯責任 (joint and several) ではなく個別責任 (several) とすることである。この三点を個別に見ていくこととする。

まずは、全国規模の市場占有率を採用する点を次のように説明している¹²⁾。「まったく現実的な理由から、当法廷は、全国規模の市場占有率を用いたマーケットシェア・ライアビリティ理論を採用する。当法廷は、全国の市場占有率を採用することは、個々の製薬会社の責任とこの州で彼らが引き起こした現実の損害との間に不均衡をもたらす結果となることを承知している。よって、我々のマーケットシェア・ライアビリティ理論は、訴訟の積み重ねにより、賠償責任がこの州における因果関係と近似になるという考えに依拠することはできない¹³⁾。また、全国の市場占有率を用いることは、特定の個人に対して或る被告が作り出したリスクと賠償責任との間に合理的な関連づけをもたらさしめない¹⁴⁾。そうではなく、当法廷は、個々の被告が社会全体に対して作り出したリスクの大きさにより評定される全帰責性 (over-all culpability)

に応じて損害を分担させるために採用するのである。全国市場を用いることは、妊婦投与の利用目的でDESを市場に置いたことに対する被告全員の帰責性に応じて被告の賠償責任分担額を決めるのに公平な手段であると、当法廷は確信する。この状況下において、これが、原告らにふさわしい救済をもたらし、一方でまた、被告間で原告の損害を合理的に分配するものである。」

そして、被告に免責を認めないことは次のように述べている¹⁵⁾。「確かに、被告が妊婦投与の目的でDESを市場に置くことに参加したのでないならば、被告に責任はない。仮にDES製造者が妊婦投与の目的での販売に参加してはいなかったことを立証できたならば、免責を認めないことは不公正かつ不公平となろう。しかしながら、ここでの賠償責任はあらゆるリスクに基づくものであり、また単独の事件の因果関係問題ではないので、たとえ妊婦投与目的のDES製造に参加していなかったとしても、特定の原告の損害を引き起こしたのではない被告の免責を認めるべきではない。DES製造者がより特徴のある錠剤を製造したとか、特定の薬局にのみ売られたといったことだけから、製造者が免責されるのは、偶然にすぎない。これらの偶然は、決して、製品を市場に置いたことに対する被告の帰責性を減少させるものではない。」

最後に、被告らの責任は個別責任となることを次のように述べている¹⁶⁾。「当法廷

12) *Id.* 1078.

13) これは、*Sindell*判決に対する間接的な批判と考えられる。See *Sindell, supra note (3)*, 26 Cal. 3d 588 at 612.

14) これは、*Collins*判決 (*Collins v. Eli Lilly Co.*, 116 Wis. 2d 166, 342 N.W. 2d 37 (Wis. 1984)), *Martin*判決 (*Martin v. Abbott Laboratories*, 689 P. 2d 368 (Wash.1984)) に対する批判と考えられる。

15) *Hymowitz, supra note (4)*, at 1078.

16) *Id.* 1078.

は、DES製造者の賠償責任は個別責任であり、全ての市場参加者が訴訟に参加していない時、その損害賠償額は増加されるべきではないと、判断する。現実の問題として、このことが、何人かの原告に100パーセントの賠償をなさないことになることを、当法廷は理解している。しかしながら、当法廷は、賠償責任の偶発的回避防止のために免責を認めないことと均衡させるために、被告の公平な負担分を越えて賠償額を増加させるような同種の効力を認めないのである。」

3. 反対意見

*Hymowitz*判決にも反対意見が存在する。既に述べた多数派意見に対して、Mollen判事は、多数派意見の採る次の二点に対し反対意見を述べている。まず第一に、因果関係不存在の立証可能な被告らに免責の可能性を認めるべきであり、第二に、被告間の責任を個別責任とせず連帯責任とすべきであったと批判している¹⁷⁾。まず第一点についてである。多数派はマーケットシェア・ライアビリティ理論を採ると言いながらも、被告に免責の機会を与えないとするならば、実質的には共同行為理論を採っているのと同じ結論となってしまう。これは、意識的並行行為 (conscious

parallelism)¹⁸⁾に基づく *Bichler*判決 (本稿 II-B-1参照) を否定しているのと矛盾するのではないか¹⁹⁾。そして損害を引き起こしたDESを明らかに製造しなかったと立証できる被告まで賠償責任を負わせることは、不法行為法の根本原理からの著しい逸脱であり、あまりに不公正である。さらに第二点についてである。原告に100%の損害賠償をもたらす為には被告間の賠償責任は個別ではなく、連帯責任でなければならない。これは、一年間の訴権復活を認めた州法の趣旨に部分的に合致し、被告間にとっても負担部分請求 (contribution) を行使する可能性がある以上公平が保てるとする²⁰⁾。この反対意見が *Hymowitz*判決を否定・批判する強力な論拠となるのである。

B. ニュー・ヨーク州における判例変遷過程

1. *Bichler*判決

ニュー・ヨーク州におけるDES訴訟において最初の州最高裁判決となったのは、1982年の *Bichler v. Eli Lilly & Co.*²¹⁾であった。*Bichler*判決は、一審原告勝訴、二審原告勝訴の後、*Sindell*判決が否定した共同行為理論を採用し、原告勝訴の結論を導いている。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

17) *Id.* 1083.

18) “conscious parallelism”, “conscious parallel conduct”, “conscious parallel activities” と三種の用語が用いられているが、ここでは、いずれも『意識的並行行為』と訳する。『意識的並行行為』とは、「複数企業の行動が並行的 (斉一的) で各企業は他の企業の行動を意識して行動しているが、これらの企業間には cartel等相互に行動を制約する取決めはないこと。例えば、価格先導者 (price leader) の価格引上げを意識して、追随企業が価格を上げる場合には、これらの企業には cartelはないが、意識的並行行為がある。これは、それ自体として違法ではないが、違法の状況証拠の一つとなることがある。」(英米法辞典 (1991年), 182頁)。

19) *Hymowitz*, *supra* note (4), at 1083.

20) *Id.* 1084.

21) 79 A.D. 2d 317, 436 N.Y.S. 2d 625, *affd* 55 N.Y. 2d 571, 450 N.Y.S. 2d 776, 436 N.E. 2d 182 (1982).

DES投与に際しての予見可能ナリ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ったことにおいて、被告たる製造者間に意識的並行行為（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²²⁾。

そもそも、このBichler判決の共同行為理論に基づく判決には無理があった²³⁾。それはSindell判決が述べているように、共同行為理論が適用されるには、被告間に“暗黙の了解（tacit understanding）”が存在していなければならないのであり、DES製造者の行ったことは共同行為理論が適用され得るものではなかったのである。つまり、問題となる被告らの行為とは、「被告らが互いの薬品検査結果と販売促進方法を信頼するに際しての被告らの似通った模倣的な行為なのである。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、同一また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ろう。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ろう。本件（Sindell判決）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、共同行為理論に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」と判示している²⁴⁾。この点が問題なのであった。

2. 判例変更

Hymowitz判決は、このBichler判決を覆す形で出現してきた。Hymowitz判決もDES娘達に救済の手を差し伸べたのであるが、この判決がもたらしたニュー・ヨーク州の判例変遷過程における最大の意義は、ニュー・ヨーク州がマーケットシェア・ライアビリティ理論を認めたことである²⁵⁾。Hymowitz判決は、Sindell判決と同様の理由付けで共同行為理論適用を否定する。つまり、DES製造者の行為に意識的並行行為

22) 450 N.Y.S. 2d 776 at 782.

23) このBichler判決は、被告側の訴訟上の対応のまずさも一因となって、後に覆される運命をたどったといえる。つまり、被告側は、原告が訴えの理由（Cause of Action）を十分述べていないことに対して、訴え却下の動議をなし、また市場占有率に応じた額についてのSummary Judgementを求める動議をなし、そして必要な当事者を訴訟に参加させていないことに対する異議を述べるべきであった。このような展開で訴訟が行われたならば、裁判所は共同行為理論が支配的な法となるとは判断しなかったであろうと思われる。

24) Sindell, *supra* note (3), 607 P. 2d at 933.

25) Hymowitz, *supra* note (4), at 1076.

(conscious parallel activity) があつたとみなしこれだけで、共同行為理論を適用することは、合理的かつ公平な限度を越えて共同行為理論を拡張し過ぎることになる。被告DES製造者らの行為はただ単に製薬業界の慣行に従ったに過ぎないからである、と判示する。

そして、DES製造者らの多様な個々の帰責性に、より近似になるように賠償責任を絞り込める責任根拠はマーケットシェア・ライアビリティの考えだとする²⁶⁾。

Ⅲ. N. Y. 版マーケットシェア・ライアビリティ理論の検討

マーケットシェア・ライアビリティ理論は、*Hymowitz*判決の出現により、ニュー・ヨーク州版マーケットシェア・ライアビリティ理論という新たな様式を加えることとなった。*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、カリフォルニア州独自の判決理論であったが、ニュー・ヨーク州が判例変更をなしマーケットシェア・ライアビリティ理論を採用したことは、かつて全米に製造物責任訴訟で厳格責任主義を浸透させて行くのにこの二州が先頭に立ち多大な貢献をしたのと同

様に²⁷⁾、今後マーケットシェア・ライアビリティ理論が不法行為訴訟における定式化された理論として、あらたな展開を促進させる可能性が高くなったと言えよう²⁸⁾。ここでは、マーケットシェア・ライアビリティ理論の一式としてのニュー・ヨーク州版マーケットシェア・ライアビリティ理論の問題点を検討することとする。

A. *Hymowitz*判決の問題点と批判

*Hymowitz*判決におけるマーケットシェア・ライアビリティ理論の問題点は、これまでに述べたように、1. 全国規模の市場占有率を用いること、2. 被告に免責を認めないこと、3. 被告の責任を個別責任とすること、の三点に集約できた²⁹⁾。この*Hymowitz*判決に対しては、いくつかの判例評釈がなされている。*Hymowitz*判決が今後どのような評価を受けるかは未知ではあるが、現状では批判的な論調が圧倒的である³⁰⁾。数ある批判の中で最も強調されているのは、被告に免責を認めなかった点に集中しているのである。そこで、まず各個別の問題点に対する批判を紹介し、それから検討を加えることとする。

まず、マーケットシェア・ライアビリティ理論自体についての批判がある。「社

26) *Id.* 1078.

27) 例えば、ニュー・ヨーク州においては、*McPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916)。カリフォルニア州では、*Escola v. Coca Cola Bottling Company*, 24 Cal. 2d 453, 150 P. 2d 436 (1944), *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, 59 Cal. 2d 67, 377 P. 2d. 897 (1963) などが先駆的役割を果たした。

28) マーケットシェア・ライアビリティ理論の一般定式化については、伊藤・前掲註1), 20-24頁参照。

29) 本稿, I-A-2参照。

30) 本稿が参照した否定的な判例評釈を掲げる。*Note, Market share liability—did New York go too far?: Hymowitz v. Eli Lilly & Co.*, [539 N.E. 2d 1069 (N.Y.)], 64 *St. John's L. Rev.* 363-77 (1990); Casenote, *Hymowitz v. Eli Lilly: New York Adopts a "National Risk" Doctrine for DES*, 25 *Tort & Ins. L.J.* 150-6, (1989); *Market Share Liability New York Style: Negligence in the Air?*, 55 *Mo. L. Rev.* 1047-73 (1990); Fine, *A Personal Perspective from the "Manufacturer"*, (Market Share Liability Symposium), 55 *n3 Brooklyn L. Rev.* 899 (1989).

会的観点からして、マーケットシェア・ライアビリティ理論は恐ろしいほどの失敗である。それは、ただ単に、アメリカにおける訴訟禍危機を増殖させるだけである。我々の社会は、製造物価格の上昇、製品安全性の低下、有益な新製品開発への躊躇という困難を経験することになる。この危機は、伝統的な不法行為法理論への回帰を強く求めることとなる³¹⁾といった訴訟禍に対する過剰反応的な批判的論調も多く見受けられる。こうした批判は、マーケットシェア・ライアビリティ理論自体の論理的欠陥を合理的に指摘するものではなく、単に製造物責任訴訟での被告側の論理に過ぎず、一部の偏った情報に判断根拠をおくものとする³²⁾。

1. 全国規模の市場占有率

*Hymowitz*判決の問題点の第一点、全国規模の市場占有率を損害分担比率とすることについて、次のような批判がある。

全国規模の市場占有率を用いるということは、全米50州の足並みが揃わないと全国市場を用いることに問題が生ずる。「ニュー・ヨーク州のマーケットシェア・ライアビリティ理論は、完全な世界を前提としている。この理論は、損害分散の平均化という当初の目的に合致するような統一の行動を必要とする。つまり、この理論は、50州すべてが同じ判決の理由付けを適用したときのみ、うまくいくのである。統一

的行動が図れなければ図れないほど、不公平は被告にとって深刻なものとなる。少なくとも、6州が明白にマーケットシェア・ライアビリティ理論を拒絶し、そして5、6州だけがこの理論を採用しているとすれば、統一の行動の期待は薄い。したがって、仮に或る州がマーケットシェア・ライアビリティ理論賛成支持会の一会員になつても、全州の完全なる追従を確実にする唯一の方法は、包括的な連邦議会の立法によるしかないのである。」³³⁾

確かに、全米50州の裁判所がDES訴訟に対して統一の行動をとることは不可能に等しいであろう。また、そのような行動をとることを短期間で実現するには立法府が一番適しているといえよう。しかしながら、そのような立法府の行動が期待できないからこそ、DES訴訟は現在も続いているのである。たとえ今回は、DES事件の被害者に対する救済立法がなされたとしても、今後同種の薬害訴訟等が起きた場合、やはりまた法廷が被害者救済への道の出発点となるのではなかろうか。裁判所が損害の効率的な分配方法を考案することは、後の立法段階でおおいに参考となることは当然である。

ここでの問題点は、マーケットシェア・ライアビリティ理論における帰責の根拠たる市場占有率は、全国規模の市場占有率を用いて定型化して損害分担をなすべきか、それとも各訴訟毎に市場占有率を決定して

31) *Market Share Liability New York Style: Negligence in the Air?*, supra note (30), at 1073.

32) こうした訴訟禍問題に対する反論として、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), 松本恒雄監修・「米国のPL陪審判決の実態を検証する」NBL 483号 28頁 (1991年), 樋口範雄・「不法行為制度の危機と改革の意義——アメリカの医療過誤訴訟を例にとって」, ジュリスト 987号 86頁 (1991年) 参照。

33) *Market Share Liability New York Style: Negligence in the Air?*, supra note (30), at 1073.

いくつかの選択である。まず *Hymowitz* 判決は次のように考えている。全国規模の市場占有率を用いることは、特定の個人に対して被告が作り出したリスクと賠償責任との間に合理的な関連づけがあるからではなく、個々の被告が社会全体に対して作り出したリスクの大きさによって量られる全帰責性 (over-all culpability) に応じて損害を分担させるためであると。この背景には数百にもおよぶ DES 訴訟を迅速かつ公平に処理するためには、個別の訴訟毎に市場占有率を確定していたのでは、効率的でないという配慮も働いたと考える。

一方で、ワシントン州のマーケットシェア・ライアビリティ理論である市場占有率・択一責任理論では、市場占有率確定は各訴訟毎の事実問題として事実審が判断すると考える。各訴訟毎に、全国規模の市場占有率が特定の地域の市場占有率のいずれが関連地域の市場に近似となるのかを判断するのは、事実審が最適の立場にあるとす

る考えである³⁴⁾。

Sindell 判決以来マーケットシェア・ライアビリティ理論は市場占有率を帰責の根拠とする以上、どのようにこの市場占有率を確定するかは大きな問題である。DES 事件のように或る程度定型化された訴訟においては、個別的特徴の重視という点を無視してでも、効率的かつ迅速な訴訟処理が望まれるであろう。また、マーケットシェア・ライアビリティ理論が他の領域において活用される場合には、当然、市場占有率確定問題は出てくる。この場合も定型化が可能な段階に至るまでは、個別に確定せざるを得ないのではなからうか³⁵⁾。

2. 被告の免責

Hymowitz 判決の問題点の第二で、最も批判の集中する点は、被告に免責を認めなかった点である。この点は次のように批判される。

「裁判所は、正義と公平の理念から何ら

34) *George v. Parke-Davis*, 733 P. 2d 507 (1987), at 512.

35) 原告側の弁護士であった *Rheingold* 氏は、*Hymowitz* 判決における全国規模の市場占有率の採用を次のように批判する。「新しい原理を打ち立てようとするどの裁判所にも付きものように、*Hymowitz* 判決も、多くの問題点を後続の訴訟において解決するようにした。……未解決のままの主たる問題は、どのように“全国規模の市場占有率”が決定されるかである。現在の第一法廷における訴訟では、*Sindell* 判決に後続したサン・フランシスコでの訴訟において既に確立された市場占有率形式を用いることに、多くの被告らは好意を示した。この形式は陪審を伴わない長期の審理後の数年間で作り出されたものである。これは“行列表 (matrix)”として知られているスキームであり、製薬会社各社と個々の錠剤の強さに対応して年毎の市場占有率が示されている。ほとんどの被告がこのサン・フランシスコ行列表に魅せられ、そして実際原告側がこれを拒絶する理由は、各製薬会社に対して相対的に低い市場占有率を割り振っていることにある。これは、多数の訴訟のために作成されたものとはいえ、市場占有率の立証には不可避の問題を持っている。」その主たるものは「第一に、ただ単に多くの製薬会社には、長年にわたる DES 製造のデータが全く無いことである。製薬会社はどれだけ DES を売ったか知らないのである。第二に、売られたか消費された DES の総量は重大な論争点なのである。消費された DES の大多数は或る特定の供給者によるものと結びつけることができないのである。サン・フランシスコ行列表における巨大な分母 (もしくは全市場推定量) を採用した結果、特定の会社の市場占有率 (分子) はとても小さいものとなった。この数学的問題に加えて、サン・フランシスコ行列表は、少なくとも以下の二つの理由により問題がある。第一に、その行列表に載っている供給者は、ニュー・ヨーク州では訴えることができない、もしくは事業から撤退してしまった、もしくは訴えることのできない継承会社により吸収合併されてしまった、または、破産してしまったということがある。第二に、訴えることのできる被告についてでさえ、ニュー・ヨーク州における訴訟において全原告が可能な被告全部を訴えているのではないことである。」*Rheingold, supra note (5)*, at 894.

責を負うことのない原告に救済をもたらすと同時に、原告と被告両者の利益バランスを保つこともなさなければならない。ニュー・ヨーク州最高裁判所は、加害者たり得ない被告に免責を認めなかったことで、不法行為法の基本的な因果関係原理から逸脱してしまった³⁶⁾。Hymowitz判決は「不法行為法における基本的な因果関係概念を排斥するものである」³⁷⁾。さらに「Hymowitz判決は、DES製造者自らが、原告が服用した特定の薬を絶対に製造していなかったと立証できたときでも、マーケットシェア・ライアビリティ理論の『攻撃的（原告側からの）』使用を認めている。この論理の当然の帰結として、原告が責を負うべき製造者を特定できた時において、被告はマーケットシェア・ライアビリティ理論を『防御的（被告側から）』に使用することを可能にすべきであろう。よって、妊娠期間中の使用目的で製造されたDESの5パーセントを販売していた被告は、責を負うべき当事者として特定されたときであっても、原告の損害の5パーセントのみについて責任を負うこととなる。ある特定の被告の全責任は、その時点で非難可能性と完全に一致するであろう。これ以外に解することは、マーケットシェア・ライアビリティ理論を、特定の事件における立証の可否という偶然性に基づく宝くじに変えて

しまうことになる。もちろん結果は、馬鹿げたものとなるだろう。」³⁸⁾

Hymowitz判決は、被告自らが損害を引き起こしていないと立証できるのは単なる偶然に過ぎないとして、被告に免責を認めない³⁹⁾。免責を認めないことは、結果として、自らは加害者たり得ないと立証可能な被告にも賠償責任を負わしめることとなり、つまりは、因果関係が存在しないのに賠償責任を負うこととなる。これは、不法行為法の根本原理からの著しい逸脱であり、あまりに被告にとっては不正と考えることも可能である。

しかしながら、ここでの問題の捉え方はもう一つの角度からなされるべきであろう。Hymowitz判決が免責を認めなかった理由、つまり、被告の偶発的責任回避を防ぐということの真意は、被告らの行為そのものが作りだした社会全体へのリスクを帰責の根拠として重要視しているからなのである⁴⁰⁾。よってその帰責性が偶発的な立証の成否に左右されて回避されることは好ましくないと考えてのことである。この論理的帰結を実現させるのに、伝統的不法行為理論法から逸脱してまでなさなければならないのか、また、この結果が是とされるならば伝統的不法行為法理論はなぜこれを逸脱としてしまうのか、これが検討すべき問題である。この点はセクションIVにお

36) Note, *Market share liability—did New York go too far?: Hymowitz v. Eli Lilly & Co.*, [539 N.E. 2d 1069 (N.Y.)], *supra* note (30), at 373, 377.

37) Casenote, *Hymowitz v. Eli Lilly: New York Adopts a “National Risk” Doctrine for DES*, *supra* note (30), at 154, 156.

38) *Market Share Liability New York Style: Negligence in the Air?*, *supra* note (30), at 1073. この批判の帰結がおかしいことは明白である。被告が特定できた場合、原告はマーケットシェア・ライアビリティ理論を使うことなく通常の製造物責任訴訟を行うであろう。マーケットシェア・ライアビリティ理論はdefenseではない。

39) Hymowitz, *supra* note (4), at 1078.

40) *Id.*

いて検討する。

3. 個別責任

*Hymowitz*判決の問題点の第三は、被告の責任を連帯責任ではなく個別責任とする点である。

*Hymowitz*判決は、賠償責任の偶発的回避を防止するために免責を認めないことと均衡させるために、被告の公平な負担分を越えて賠償額を増加させるような効力を認めないとする⁴¹⁾。つまり、マーケットシェア・ライアビリティ理論と個別責任の組み合わせは公平な政策的均衡策であると考えるのである⁴²⁾。これはカリフォルニア州のアプローチと同じ考えである⁴³⁾。

これに対しては次のように批判される。まず、反対意見中において、原告に100%の損害賠償額をもたらすためには、被告間の賠償責任は、連帯責任でなければならないとされる⁴⁴⁾。さらに原告側弁護士の意見として、「連帯責任を否定され、原告らすべては、まだ明確に計算可能でない損害額の実質的部分を奪われてしまった。ニュー・ヨーク州における市場占有率が最終的にどのようになるかによるが、原告らは、恐らく全損害の50%以下しか回収で

きないであろう」⁴⁵⁾と述べられている。

マーケットシェア・ライアビリティ理論における被告間の責任形態は、個別責任とすべきであろう。連帯責任(共同責任)は、共同行為理論における複数の共同不法行為者が共通の意図を持って行った場合に課される責任形態であり、共同行為理論を採用しなかった経過からして、連帯責任を持ちだすのは論理一貫しないのではなからうか。また、原告と被告のバランスを考慮せざるを得ないのが、二者対峙構造をとる裁判制度の宿命であり、これを無視することは法廷による解決を放棄することとなろう。

B. 他州への影響

これまでのところ、DES訴訟において、マーケットシェア・ライアビリティ理論は全米の6州で、各州最高裁レベルでの判断が下されている。カリフォルニア州⁴⁶⁾、ミズーリー州⁴⁷⁾、アイオワ州⁴⁸⁾、ウィスコンシン州⁴⁹⁾、ワシントン州⁵⁰⁾、そしてニュー・ヨーク州⁵¹⁾であり、この6州の中でミズーリー州とアイオワ州がマーケットシェア・ライアビリティ理論を明白に否定している。ここで、*Hymowitz*判決が、どのような影響を他州に与えているかを見る

41) *Id.*

42) *See Rheingold, supra note (5), at 888.*

43) *Brown v. Superior Court*, 44 Cal. 3d 1049, 751 P. 2d 470, 245 Cal. Rptr. 412 (1988).

44) *Hymowitz, supra note (4), at 1084.*

45) *Rheingold, supra note (5), at 889.*

46) *Sindell, supra note (3); Brown v. Superior Court*, 44 Cal. 3d 1049, 751 P. 2d 470, 245 Cal. Rptr. 412 (1988); *In re: Complex DES Litigation*, No. 830-109, Amendment to General Order No. 12 (Super. Ct. San Francisco County Jan. 20, 1989). (so-called "San Francisco matrix")

47) *Zaft v. Eli Lilly & Co.*, 676 S.W. 2d 241 (Mo. 1984).

48) *Mulcahy v. Eli Lilly & Co.*, 386 N.W. 2d 67 (Iowa 1986).

49) *Collins v. Eli Lilly Co.*, 116 Wis. 2d 166, 342 N.W. 2d 37 (Wis. 1984).

50) *Martin v. Abbott Laboratories*, 102 Wash. 2d 581, 689 P. 2d 368 (Wash. 1984); *George, supra note (34).*

51) *Hymowitz, supra note (4).*

こととする。

1. ニュー・ジャージー州

ニュー・ジャージー州では *Shackil v. Lederle Laboratories (1989)*⁵²⁾ (以下 *Shackil* 判決と略す) 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 (DPT: 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た事件である。第一審原告敗訴の後、ニュー・ジャージー州高等裁判所は、危険修正・市場占有率 (risk modified market share) 理論⁵³⁾ を提唱し一審を破棄した。この後ニュー・ジャージー州最高裁判所は、二審を破棄、原告敗訴とし、危険修正・市場占有率理論はDPTワクチンの製造物責任を問う場面では採用すべきでないとした⁵⁴⁾。

Shackil 判決は次のように述べる。この事件に「集団的責任 (collective liability) を課すことは、必要とされる医薬品の継続的な入手可能性を脅かし、より安全なワクチンが開発される期待を減じさせ、公の政策および公衆衛生上の配慮を損なうこととなろう。さらには、議会によって制定された連邦小児ワクチン事故法 (the National

Childhood Vaccine Injury Act)⁵⁵⁾ に基づく補償制度が、ワクチン事故被害者の補償的救済をなすという目的を殆ど満たしてくれることで満足できる。」⁵⁶⁾

つまり、「マーケットシェア・ライアビリティ理論をこの事件に適用することは、生命を救うワクチンを十分に供給し続け、現状の予防接種方法のより安全な代替手段を開発するという社会目的に反するのである。当法廷の意図は、ワクチン製造者を賠償責任から隔離するのではなく、苦渋の現実を認識すること、つまりこの理論の適用がもたらす賠償責任を必要以上に負わすことが有用な活動を不可避的に抑制してしまうことなのである。……ここまでの議論により、当法廷の意見がワクチンという状況にのみ制限されることが明確にされなければならない。マーケットシェア・ライアビリティ理論を適用することが公の政策に適いかつ他に救済手段が無いという状況のようなマーケットシェア・ライアビリティ理論の適用が適切な状況下でも、この理論適用に対して当法廷が冷たい反応を示すであろうと予想するように、当判決を解釈すべきではない。本判決は、当法廷が初めてマーケットシェア・ライアビリティ理論に接したものであり、よってルールというよりも例外を示すこととなったのである。」⁵⁷⁾

これに対し、反対意見を述べたO'Hern判事は次のように述べる。「ニュー・ジャージー州は適用が適切と思われる事件には

52) *Shackil v. Lederle Laboratories*, 561 A. 2d 511 (N.J. 1989).

53) 危険修正・市場占有率理論と訳すのが的確と思われる。この危険修正・市場占有率理論については、伊藤・前掲註1), 20頁参照。

54) *Shackil*, *supra note* (52), at 512.

55) the National Childhood Vaccine Injury Act of 1986, 42 U.S.C.A. §§300 aa-1 to -34

56) *Shackil*, *supra note* (52), at 512.

57) *Id.* 529.

マーケットシェア・ライアビリティ理論を認めるべきであった。私には、なぜ、この製造物とこの産業の性質からして、注意義務違反を主張するにはマーケットシェア・ライアビリティ理論が適切な因果関係原理であるということを原告が立証するのを許さなかったのか、理由がわからない。当法廷がこの判決記録においてマーケットシェア・ライアビリティ理論を拒絶するならば、ニュー・ジャージー州はカリフォルニア州とニュー・ヨーク州の足並みから外れることとなる。この偉大な二州が、市場を混乱させることなくして、州民の要請に合致するように州法を変えられるのであれば、この産業がニュー・ジャージー州民の要請に応えられない様を私は見ないですむ。この薬品の必要性を巡る政策的問題は無視できはしない。しかし被告らがこの製造物は不可避免的に危険であるとの抗弁をなすときに、この問題はふれられることになろう。⁵⁸⁾

*Shackil*判決はマーケットシェア・ライアビリティ理論に対して否定的ではなく、むしろこの判決が例外なのであり、今後ニュー・ジャージー州がマーケットシェア・ライアビリティ理論を予防接種禍訴訟以外の領域で採用する可能性は高いといえよう。

2. イリノイ州

イリノイ州におけるDES訴訟に州最高裁が判断を下したのは、*Smith v. Eli Lilly & Co. (1990)*⁵⁹⁾ (以下*Smith*判決と略す)で

ある。*Smith*判決は、「マーケットシェア・ライアビリティ理論は健全な (sound) 理論ではなく、我々の不法行為法原理から余りにも逸脱しすぎており、一世代前にDESにさらされた原告達が提起した訴訟には適用すべきではない」⁶⁰⁾とし、DES訴訟には両当事者の責に帰し得ない理由から十分な資料が集まらず市場占有率も確定不能であるから、マーケットシェア・ライアビリティ理論の採用を否定する。特に*Hymowitz*判決のマーケットシェア・ライアビリティ理論については、「*Hymowitz*判決がどのように受けとめられるかを判断するのは早計ではあるが、これは、明らかに、確立した不法行為法原理からの逸脱という点において最たるものであり、実損害と賠償責任を均衡しえないという欠点を持っている。」⁶¹⁾「この理論が後続の裁判所で採用されなかったように、ニュー・ヨーク州の理論が幅広く受け入れられることはない」と述べている⁶¹⁾。

しかしながら、Clark判事による反対意見は、ニュー・ヨーク州のマーケットシェア・ライアビリティ理論を採用すべきであったと述べている⁶²⁾。「なぜならば、*Hymowitz*判決の理論はこの事件に表わされた不公正を救済する為の公正かつ合理的な手段をもたらし、これまでのマーケットシェア・ライアビリティ理論の欠陥を補うものだからである。」⁶²⁾「全国規模の市場占有率を確定することは、非常に困難で、金と時間のかかる過程であることは疑う余地はない。私

58) *Id.* 541. これに続いて、「原告 (Deanna Marrero) は充分苦しんだ。原告は、どの法が原告の苦痛の終焉を見つけてくれるかを言い当てる必要はなかった。少なくとも、彼女がその選択をなす前にルールを知る機会を与えられるべきであった。」として反対意見を締めくくっている。

59) 560 N.E. 2d 324 (Ill. 1990).

60) *Id.* 337.

61) *Id.* 334.

62) *Id.* 345.

は、また、立法府によるDES娘問題に対する解決策が訴訟によるものよりも、より効率的な救済をもたらすことにも同意する。しかしながら、立法府がそのような行動を起こすまで、この裁判所が、変化し続ける我々の社会の要請に応えられるようにコモン・ローを発展させ続ける義務を負っているのである。」⁶³⁾

C. マーケットシェア・ライアビリティ理論の適用領域

マーケットシェア・ライアビリティ理論は製造物責任を問う訴訟で発展してきたが、この理論を適用し得る領域が、DES訴訟だけとか製造物責任訴訟のみに限るといふ必然性はない。

*Hymowitz*判決において、マーケットシェア・ライアビリティ理論は「DES訴訟だけに限られたものなのかについて、裁判所はDES訴訟に限ったものと考えているようであるが、この点を明確に宣言していないが故に、今後、その他の製造物責任訴訟等にこの理論が用いられる可能性はある」⁶⁴⁾とし、*Hymowitz*判決の影響が他の製造物責任訴訟領域に蔓延することを危惧する考えがある。

しかしながら、*Hymowitz*判決は、マーケットシェア・ライアビリティ理論は「特異な状況と考えられる場合に対する特別な原理ということを判決文中で明白にしてい

る。そこで、DES訴訟を他のものと区別するものは、すべての製薬会社が実質的に識別できない危険な製造物を製造し、そして更に消費者(母親)が、あらゆる可能性において一つの製造物を使用し、タバコの喫煙者やアスベスト労働者の訴訟のように、多くの異なる供給者からの製造物に何年もの間さらされたのではない」⁶⁵⁾という点である、として制限的に考えるべきであろう。とくに、製造物責任訴訟でも、製造上の欠陥(Manufacturing Defect)ではなく、設計上の欠陥(Design Defect)の場合に適用されている。以下にその具体例を示す⁶⁶⁾。

1. アスベスト

アスベスト訴訟においてもマーケットシェア・ライアビリティ理論を認めた判例は見当たらない。まず、「アスベストを含有する製品には適用できない。なぜならば、含有率の程度が大きく異なり同一物とは見なせないからである」とプロッサーが述べており⁶⁷⁾、判例も、マーケットシェア・ライアビリティ理論を採用することは伝統的な不法行為理論からの過度の逸脱であるとするもの(*Thompson v. Johns-Manville Corp.*)⁶⁸⁾やアスベスト製品のアスベスト含有率が異なることからマーケットシェア・ライアビリティ理論を拒絶するもの(*Mullen v. Armstrong World Indus. Inc.*)⁶⁹⁾、アスベスト含有量の差からくる危険度の違いが

63) *Id.* 352.

64) Casenote, *Hymowitz v. Eli Lilly: New York Adopts a "National Risk" Doctrine for DES*, *supra* note (30), at 156.

65) Rheingold, *supra* note (5), at 892.

66) Shackil, *supra* note (52), at 517, 518.

67) Prosser and Keeton, *TORTS* 5th. ed. (1984) at 714.

68) 714 F. 2d 581 (5th Cir. 1983) at 583.

69) 200 Cal. App. 3d 250, 246 Cal. Rptr. 32 (Ct. App. 1988).

存在すること及び市場占有率で責任を負わせるのは不公正であることから適用否定するもの (*Goldman v. Johns-Manville Sales Corp.*)⁷⁰⁾、アスベスト訴訟には近因 (proximate cause) を立証することが重大な政策的理由から要求されるとするもの (*Blackston v. Shook & Fletcher Insulation Co.*)⁷¹⁾ 等がある。

2. 予防接種禍

DPTといった様なワクチンを接種することから生ずる予防接種禍問題も、製造物責任の問題として捉えられ、ワクチン製造会社を相手取って、マーケットシェア・ライアビリティ理論に基づき損害賠償を求める訴訟が起きている。結論として、マーケットシェア・ライアビリティ理論を予防接種禍訴訟に認めた判例は今のところない。

オレゴン州最高裁は、不法行為法の基本原理に大きな変革を必要とさせるマーケットシェア・ライアビリティ理論は、DPT製造者に対しては採用し得ないとし、そのような変革は立法府が行う領域だとする (*Senn v. Merrell-Dow Pharmaceuticals, Inc.*)⁷²⁾。カリフォルニア州控訴裁判所は、1. 原告が訴えている欠陥 (Defect) が設計上の欠陥 (Design Defect) ではないこと、2. 因果関係発見の遅れは製品の欠陥やその他の要因に基づくものではないこと、3. マーケットシェア・ライアビリティ理論を適用すると新薬開発を助長させると

いう重大な政策に妨げとなる、という理由から、Salk polioワクチン製造者に対し、*Sindell*判決の適用をしなかった (*Sheffield v. Eli Lilly & Co.*)⁷³⁾。カリフォルニア州連邦地裁は、マーケットシェア・ライアビリティ理論は製造上の欠陥 (manufacturing defect) を争う製造物責任訴訟には不適切である (*Morris v. Parke, Davis & Co.*)⁷⁴⁾ と判示している。そして前述の *Shackil* 判決も否定する⁷⁵⁾。

IV. 因果関係理論の再考

*Hymowitz*判決の意味するものは何であったであろうか。ニュー・ヨーク州版マーケットシェア・ライアビリティ理論の下では被告に免責は認めないということは、因果関係が存在しなくても賠償責任ありと判断し得ることを意味する。多くの論稿が批判するようにこれは、我々の不法行為法理論からすれば、大きな逸脱と考える。

この判決はただ単なる誤りであり、後の歴史が誤謬を正すであろうとして、無視し得るものであろうか。それとも、*Hymowitz*判決はマーケットシェア・ライアビリティ理論に新しい息吹を吹きこみながら、次世代の不法行為法理論の片鱗を我々に見せているのであろうか。そこで何らかの答えを得るために、ここでは考察範囲を少し広げて、伝統的因果関係理論の再検討について触れてみることにする⁷⁶⁾。

70) 33 Ohio St. 3d 40, 514 N.E. 2d 691 (1987).

71) 764 F. 2d 1480 (11th Cir. 1985).

72) 305 Or. 256, 751 P. 2d 215 (1988) at 223.

73) 144 Cal. App. 3d 583, 192 Cal. Rptr. 870 (1983).

74) 667 F. Supp. 1332, (C.D. Cal. 1987).

75) *Shackil*判決については、本稿III-B-1参照。

76) ここでの因果関係論の考察は、様々な制約から網羅的ではなく部分的なものになっている。因果関係論についての本格的な考察は、今後の課題としたい。

A. 伝統的因果関係理論の意味

因果関係は、そもそも不法行為の成立要件として不可欠のものであって、これを欠く場合には、不法行為の成立そのものがないとされる⁷⁷⁾。Sindell判決におけるマーケットシェア・ライアビリティ理論では、因果関係を市場占有率によって推定し賠償責任を認めるものであった。これは、被告に免責の機会を与えることにより、原告・被告間での立証困難性の不均衡を解消するものであった⁷⁸⁾。しかしながら、Hymowitz判決のマーケットシェア・ライアビリティ理論では、被告に免責を認めないことが因果関係の存在が無くとも賠償責任を認めることになり、伝統的な不法行為法理論から大きく逸脱することになると帰結される。この論理では、不法行為の成立要件の一要る事実的因果関係を、必要としなくなることを意味してしまう。つまり、こうした因果関係の理解では、Hymowitz判決の結論を包摂し体系立てて理解することはできないのである。

伝統的因果関係論の意味する因果関係とは、加害者と被害者という特定の個人を結び付ける概念であり、考慮の前提となるものは個人という単位なのである。我々の不法行為法理論そのものも、出発点として加害者という個人を前提としている。よって加害者が複数の場合、共同不法行為という概念操作を用いる。しかしながら加害行為の向けられた被害者は、たとえ複数存在し

ても、個人単位なのである。つまり、或る集団と或る集団を結び付ける因果関係理論⁷⁹⁾を、我々の不法行為法理論は熟慮してこなかったのではなからうか。

B. マーケットシェア・ライアビリティ理論の下での因果関係理論

マーケットシェア・ライアビリティ理論の求める市場占有率に基づく因果関係は、個人ではなく集団を結び付けていると考えることによって理解が容易となろう。マーケットシェア・ライアビリティ理論での因果関係は、市場占有率に表わされる蓋然性である。この蓋然性に基づき損害賠償責任を推認する方法は、市場占有率に限定されるべきものではない。それが社会全体に対してのリスクであっていいわけである。つまり、次に述べる集団的因果関係理論では、そもそも市場占有率でなければならぬという必然性はないのである⁸⁰⁾。

C. 集団的因果関係理論

ここまでは、マーケットシェア・ライアビリティ理論を通じて集団的因果関係論を考えてきていたのであるが、さらにその枠を一步広げ集団的因果関係理論そのものを考える必要がある。

マーケットシェア・ライアビリティ理論の出現といった「新しい動向は、不法行為法を個人的責任の追求という伝統的使命と観念している者にとっては容易に受け入れ難い面があるが、集団主義の信奉者に

77) Prosser and Keeton, *supra* note (67), at 263.

78) Brown v. Superior Court, 227 Cal. Rptr. 768 (Cal. App. 1 Dist. 1986) at 777.

79) 被告に集団性を求めるのと同時に原告にも集団性（例えばクラスアクション）を求める考え方もある。Delgado, *Beyond Sindell: Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs*, 70 Calif. L. Rev. 881, (1982) at 900.

80) 伊藤・前掲註1), 22頁参照。

としてはありうべき解決の一つとなろう。……『蓋然的因果関係』の提唱は、かかる集団主義的傾向を反映した学説とみることができようか。換言すれば、福祉国家時代の現代的不法行為を処理していくには、伝統的な自然的因果関係だけでは不十分で、蓋然的因果関係の存在の認定が新たに社会的に要請されつつある⁸¹⁾と考えることができよう。伝統的因果関係理論を包摂しかつHymowitz判決の結論を説明し得るのは、集団的因果関係理論ではなからうか。この理論に明確な定義があるわけではないが、おおよそ次のように理解できようか。

集団的因果関係理論では、加害行為に何らかの形で参画した複数の帰責主体の集合する集団と、加害行為から損害を被った個人単位の被害者の集団という、二つの集団を結び付けるものが、因果関係となる。よってその集団の一構成要素である被告と同じく一構成要素である原告が一对一の対応をなす必要はなく、結果として生ずる損害賠償責任は加害者集団のなかで何らかの分配基準に基づき分担されることとなる。このような理解からすれば被告に免責を認めないHymowitz判決の理解が容易となるのではないであろうか⁸²⁾。残された課題は、加害者集団と被害者集団を策定する作

業とその理論的深化となろう。

V. おわりに

われわれに残された今後の選択肢は、三つ存在すると考えられる。まず、1. Hymowitz判決を誤謬として葬り去り、再度伝統的不法行為理論に回帰しこれを堅持していくか⁸³⁾、それとも、2. これまでの因果関係理論を再考しHymowitz判決を説明し得る理論を構築するか⁸⁴⁾、もしくは、3. このような事件を不法行為法という枠組みのなかで解決する方法を放棄し、これを立法府の手に委ね、なんらかの補償スキームによる解決をはかるか、つまり最終的には不法行為法と決別するか⁸⁵⁾の選択である。社会変化に対応するために、いずれかの選択がなされなければならない時が到来しつつある。

「われわれは、二世紀にわたって同一の不法行為法理論の上に生きることはできない」とTwerski教授が述べられている⁸⁶⁾。法はドラスティックに変化するものであると考えてのことであろう。そうとすれば、Hymowitz判決におけるマーケットシェア・ライアビリティ理論は、我々に21世紀の不法行為法理論を垣間見せてくれているのかもしれない。全体像がまだはつきりせ

81) 木下毅・『アメリカ私法』(1988年)、77頁。

82) 不法行為法理論は、被害者救済＝損害填補という目的が強調されるにつれ、不法行為の成立要件を緩和させ、損害賠償を可能とする範囲を拡大する方向に向かってきた。この方向性が、伝統的な因果関係理論がもとめる加害行為と損害の発生との間の明白な関連という厳格さを緩和する方向に向かわしめる。アメリカ法における割合責任論については、藤倉皓一郎・「アメリカ環境訴訟における割合責任論——私法的救済の公法的展開」、国家学会百年記念「国家と市民」第一巻(1987年)252頁参照。

83) これは多くの判例評釈がとる立場である。

84) 不法行為法理論を修正する立場に立つものとして、Delgado, *supra note* (79), at 908.

85) 不法行為法を廃止する立場として、Sugarman, *Doing Away with Tort Law*, 73 Calif. L. Rev. 558 (1985). See also, Rabin, *Some Reflections on the Process of Tort Reform*, 25 San Diego L. Rev. 13, at 46. 加藤雅信編著・『損害賠償から社会保障へ——人身被害救済のために』三省堂(1989年)。

86) Twerski, *Market Share—A Tale of Two Centuries*. (Market Share Liability Symposium), 55 n3 Brooklyn L. Rev. 869 (1989) at 882.

ず、体系的に捉えにくい箇所が多々存在するもの、そのように解すれば理解しやすい。

従来の不法行為理論から脱却して、新たな因果関係理論を構築することに、不法行為法の死滅を回避し次世紀の不法行為法理論を誕生させる可能性が存在すると考えられはしないだろうか。どのように捉えるに

せよ、何らかの変化が不法行為法理論に起きることは確かであろうし、それが法としての宿命であり、社会変化の激しい現代社会における不法行為法においては、当然のことである。アメリカ不法行為法は次世紀に向けて、もう既に一步を踏みだしたのかも知れない。