HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	純粋経済損失の歴史分析と経済分析・紹介
Author(s)	新堂, 明子
Citation	北大法学論集, 57(4), 308 [167]-244 [231]
Issue Date	2006-11-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16927
Type	bulletin (article)
Note	研究ノート
File Information	hogakuronshu57-4-8.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

純粋経済損失の歴史分析と経済分析・紹介

新　堂　明　子

はじめに
Ⅰ．Gordley 教授の歴史分析
Ⅱ．Atiyah 教授の政策考慮
Ⅲ．経済分析
（1）Bishop 教授の経済分析
（2）Rizzo 教授の経済分析
（3）小括
（4）「ヨーロッパにおける純粋金銭損失に対する責任：経済学による再定式化」
（5）Mattiacci 特別研究員の経済分析
おわりに

はじめに

1990年代から現在に至るまで、コモン・ロー諸国、大陸法諸国を問わず、法学者、法律実務家、裁判所、立法者の誰もが、過失不法行為法における純粋経済損失という現象に直面し、そこから生じる問題を解決しようと挑戦し続けているといわれる[1]。しかし、純粋経済損失という概念を使わないと思われる日

[1] Mauro Bussani & Vernon Valentine Palmer, The notion of pure economic loss and its setting, Mauro Bussani & Vernon Valentine Palmer (eds.), Pure Economic Loss in Europe (2003), p. 3; Willem H. van Boom, Pure Economic Loss: A Comparative Perspective, Willem H. van Boom, Helmut Koziol & Christian A.

本法においては、それに関する問題をあまり熱心に議論しているとはいえない。そこで、本稿は、欧米における議論を紹介することを目的とする。

欧米においても、この現象をどう分析するかについて、大方の同意があるわけではない。しかし、一般に、大きく分けて、損害指向アプローチと権利指向アプローチの２つがあるといわれる。損害指向アプローチでは、この現象を、発生した損害の種類という観点から分析する。つまり、人的損害や物的損害と対置されるところの、経済損失が発生したという視点でとらえるのである。他方、権利指向アプローチでは、この現象を、侵害された権利の種類という観点から分析する。つまり、法的に保護される権利または利益と対置されるところの、法的に保護されない債権または期待権が侵害されたという視点でとらえるのである。具体例に引き直してみよう。損害指向アプローチでは、Ｄ（被告）は、Ａ（第三者）に対して人的損害または物的損害をもたらした結果、Ｐ（原告）に対して純粋経済損失をもたらしたととらえる。他方、権利指向アプローチでは、Ｄは、Ａに対して人的損害または物的損害をもたらした結果、ＰのＡに対する債権または期待権を侵害ししたととらえる[2]。なお、イギリス法は損害指向アプローチをとるが、ドイツ法は権利指向アプローチをとる（ドイツ民法823条参照）。

広くヨーロッパをみると、英・独法と仏法の比較が興味深い。イギリス法とドイツ法は、純粋経済損失という法的概念を用いて、それに対する過失不法行為責任を原則として否定する――しばしば排除ルール（exclusionary rule）と呼ばれる――。そのうえで、排除ルールの例外の有無や要件を議論する。他方、フランス法は、純粋経済損失という法的概念を知らず、それに対する過失不法行為責任を原則として肯定する――しばしば回復ルール（recovery rule）と呼ばれる――。そのうえで、回復ルールの例外の有無や要件を検討する（フランス民法1382条参照）。フランス法を敷衍すれば、理論的には、純粋経済損失の賠償責任は肯定されるであろうが、実務的には、その他の理由から、たとえば、

Witting (eds.), Pure Economic Loss (2003), p. 1.

近時の日本語の文献として、能見善久「比較法的にみた現在の日本民法（純粋経済損失の問題を中心に）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅰ・全般的観察』(1998) 619頁以下がある。

[2] van Boom, *supra* note 1, at 2-3.

十分な直接の因果関係が欠けているために、あるいは、損害の発生の確実性が欠けているために、否定されることがある[3]。

日本法は、純粋経済損失という法的概念を用いないと思われる。そのためか、日本では、欧米での議論が抽象的には認識されているように思われるが、具体的にどのような紛争が裁判所に持ち込まれているのか、または、具体的にどのような紛争が法学者により議論されているのか、は十分に理解されているとはいえない。そこで、本稿は、純粋経済損失の歴史分析と経済分析を紹介するが、その際には、どのような具体的な紛争を念頭に議論されているのかも検討したい。

Ⅰ. Gordley 教授の歴史分析

カリフォルニア大学バークリー校法理学教授James Gordleyは、「ネグリジェンスにおける純粋経済損失に対する賠償否定ルール：歴史の偶然？」(後に「純粋経済損失に対する不法行為責任」に改題)[4]という論文で、そのルールの起源を分析する。以下、それを紹介する。なお、本稿は、アメリカ法を検討対象に含めていないが、Gordley教授は、イギリス法とアメリカ法を含むアングロ・アメリカ法を検討対象に含めている。

(1) 19世紀より前

---

[3] *Ibid.*, at 4-10.

[4] James Gordley, The rule against recovery in negligence for pure economic loss: an historical accident?, van Boom, Koziol & Witting (eds.), *supra* note 1, at 25-56 [James Gordley, Liability in Tort for Pure Economic Loss, Foundations of Private Law, Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment (2006), pp. 263-284].

本稿では、もっぱら、同教授の分析を紹介することとする（同教授が引用する原典を参照することはしない)。筆者（新堂）は、同教授の分析を理解するために必要な範囲で、Black's Law Dictionary (8th ed., 2004); 碧海純一ほか編『法学史』(1976) ；原田慶吉『ローマ法－改訂－』(1955) ；椿寿夫＆右近健夫編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』(1990) などを参照した。なお、生没年は、CD-ROM『世界大百科事典』(日立デジタル平凡社)、http://www.britannica.com/やhttp://www.newadvent.org/などを参照した。

英米法においては、19世紀に入ってはじめて、ネグリジェンスに基づく訴訟が承認された。そのため、それより前は、ネグリジェンスに基づく責任を制限するという問題は存在しなかった。

大陸法においては、古代ローマ時代から、過失（negligence または *culpa*）に基づく訴訟が承認されてきた。しかし、19世紀終わりから20世紀はじめまで、過失に基づく訴訟を制限するという問題は追究されてこなかった。敷衍すれば、物理的損害と経済的損失を区別することによってではなく、その他の方法によって、問題は解決されていた。

(ア) ローマ法

ローマ法においては、アクィーリア法（*lex Aquilia*）（B.C.287ごろに制定された。）が、被告の故意または過失による損害に対する賠償を原告に認めていた。このアクィーリア法訴権（*actio legis Aquiliae*）は、もともと、つぎの２つの制限に服していたが、中世までに、それはともに消えてしまった。

第１の制限は、損害が物理的に直接的になされたときのみ、被告は責任を負う、というものである。しかしすでに、ローマ法学者は、原告にアクィーリア法訴権そのものが許されないときでも、事実訴権（*actio in factum*）または準訴権（*actio utilis*）を許すことによって、事実上、この制限を廃棄した。すなわち、アクィーリア法訴権においては、被告の身体によって原告の身体に対して（*a corpore in corpus,* by the body to the body）損害が与えられなければならず、たとえば、被告が原告を殴る、あるいは、被告が原告の物を壊す、などの例が考えられる。しかし、被告の身体によってではあるが（*a corpore*）原告の身体に対してではなく（*non in corpus*）損害が与えられた場合には、アクィーリア法訴権は認められないが、事実訴権が認められるようになった。たとえば、被告が原告の指輪を川の中に投げるという例が考えられる。さらに、被告の身体によってでもなく（*non a corpore*）原告の身体に対してでもなく（*non in corpus*）損害が与えられた場合には、アクィーリア法訴権は認められないが、準訴権が認められるようになった。たとえば、被告が原告の奴隷を自由にしたために、奴隷が脱走したという例が考えられる。

第２の制限は、それが存在することがつぎのように推定される。第１の制限の箇所で検討したように、原告の有体物が物理的に壊された場合または原告の手の届かない所に置かれた場合、ほぼ常に、原告は損害を回復できると認められた。しかしさらに、学説彙纂（*Digesta*）（A.D.533に最初に出版された。）

によれば、手権（*manus*）に服従する息子の死亡の場合、父親は損害を回復できると認められた。しかし、この手権に服従する息子の死亡という制限は、中世までに消滅し、どんな人の死のためにも救済が認められるように一般化された。かくて、妻は夫の死による経済損失の救済を認められるようになった。

この第２の制限の消滅を受けて、中世や初期近代の法学者は、原告は損害を受ければ賠償を受けることができ、そして、そこにいう損害とは原告の財産（*patirimonium*）の減少を意味すると単純に言明していた。しかし、彼らは、物理的損害とその他の損失を区別していたわけではなかった。もちろん、彼らは、原告が今日でいうところの純粋経済損失を受けたにもかかわらず救済される事例を列挙している[5]。けれども、彼らは、原告が今日でいうところの純粋経済損失を受けた場合のすべてについて救済されると主張しているわけではない。ここで注意すべきは、純粋経済損失という範疇は、今日の判例や学説が創り出した概念であり、19世紀以前の法学者が知っていた概念ではない点である。彼らは、たしかに、原告は損害を受ければ賠償を受けることができ、そして、そこにいう損害とは原告の財産の減少を意味するとする一般的な答えをするが、それは具体的な問いに対するものである。その彼らの目の前の具体的な問いとは、ローマの法学者がすでに問答していたものであり、つまり、被告の身体によって原告の身体に対して損害が与えられた場合ではない場合に、原告は救済されるかというものである[6]。

㈠　自然法学派

ローマ法学者も、中世ローマ法学者も、不法行為の一般理論を考察していたわけではなかった。前者は、救済が与えられる具体的な事例を議論していただけであるし、後者は、ローマ法のテキストを調和させようとしていただけである。それに対して、16世紀初頭の後期スコラ学者、そして、その後の北部自然法学者は、一般理論を模索した。

彼らは、人は、すでに自己に帰属するものを害された場合だけでなく、将来、価値のあるものを取得することを妨げられた場合もまた、救済されるべきであ

---

[5] たとえば、被告が原告の家の前の道に汚物を置いたために原告が法律により罰金を支払わなければならなかった場合、原告の秘書が原告の秘密を暴露した場合、弁護士の技能不足のために顧客が損失を被った場合、原告は救済される。

[6] Gordley, *supra* note 4, at 264-266.

るかを問うた、およそはじめての学者であった。まず、Thomas Aquinas（1224/25-1274）は、ある人が過失により（culpably）別の人から、彼のものを奪ったとき（別の人と彼は同じ人）、前者は後者に賠償する義務があるが、ある人が別の人から、彼のものになったかもしれない何かを得るのを妨げたときにも、前者は後者に賠償する義務があるとする。ある人が別の人から、聖職禄を近く得るであろうのを妨げた例や、ある人が別の人の種を潰して、収穫物を得るのを妨げた例を挙げる。これに対して、Cajetan（1468/69?-1534?）は、Aquinas に反論した。すなわち、収穫物の例と聖職禄の例とを区別しようとする。一方で、種の賠償を求める者は、この種に対する権利を有しているから、それが可能なのであり、そして、収穫期に収穫物を得られるであろうという彼の希望は、この種に対する権利に基礎を置くものであるから、その賠償を求めることができるのである。他方で、聖職禄の賠償を求める者は、この聖職禄に対する権利を有していないから、それが不可能なのである。つまり、原告がそれに対していかなる権利をも有さないところの利益を獲得するのを被告が妨害したからといって、被告は原告に賠償しなければならないわけではない。原告はいかなるものに対してもいかなる権利をも取得していないのであり、何も彼のものになっていないのであり、かくて、原告には何も賠償されるべきものはないのである[7]。これに対して、後期スコラ学者は、Cajetan を拒否した。すなわち、意思によらない取引においては、ある人が別の人を害しておいて、前者が後者にその取り上げたものを返還しない場合または前者が後者にその取り上げたものを賠償しない場合、矯正的正義（Aristotelian ideas of commutative justice）は破られる。そこにいう前者が後者から取り上げたものの中には、権利だけではなく、権利に基づく利益の獲得への期待と権利に基づかない利益の獲得への期待があるが、後期スコラ学者は、矯正的正義の見地により、後 2 者を区別することはなかった。かくて、後期スコラ学者は、矯正的正義を理由として、人はその権利や、上記のような利益ないし期待を侵害されたら賠償されるべきであるとした[8]。さらに、Grotius（1583-1645）は、不法行為法におけ

[7] Cajetan の議論は、19世紀終わりから20世紀はじめに、イギリスおよびドイツにおいて、再び現れ、純粋経済損失に対する責任の否定の考え方を吹き込むことになる。

[8] アリストテレスの矯正的正義の考えを引く。

る基本原則についての有名な記述の中で、つぎのような説明を加えた。すなわち、過失（fault）から損害が生じれば義務が生じる、つまり、損害は賠償されなければなければならない、そして、損害とは人が彼のもつところのものよりも少なくもつ場合である。

後期スコラ学者は、Cajetan が誤っていることについては、おおよそ賛成していたのに対して、どのくらい損害賠償を支払うべきかについては、錯綜した議論をおおいにしていた。まず、Aquinas は、先の例で、聖職禄や収穫物を賠償すべきではあるが、その価値の全部を賠償する必要はなく、当該の人物と事柄の状態に従い、それより少なくて足りるとした。というのは、被害者は、たとえ加害者が何もしなかったとしても、さまざまな要因によって聖職禄や収穫物を得るの妨げられたかもしれないからである。この Aquinas の議論に後期スコラ学者は賛成し、さらに議論を洗練させていった。まず、たとえば Molina（1535-1600）は、先の収穫物の例で、収穫期の収穫物の価値が賠償されたとすれば、過剰に賠償されたことになる、というのは、収穫期が近づくにつれて、作物の生産に必然の危険や必要な労働が増加するため、収穫物の価値は減少するから、という。また、たとえば de Lugo（1583-1660）は、子馬が殺されたとき、その持主が代替の子馬を容易に調達できる場合が通常であるから、子馬が殺された時の子馬の価値が賠償されるべきであるが、それが困難な場合は、子馬が親馬になった時点の価値が賠償されるべきである、という。あるいは、不法行為者が耕作地の所有者を追い出した後、作物を栽培せず土地を占有していただけのとき、不法占有者は土地を返還するだけではなく、所有者が耕作地を追い出されなかったならば栽培していたであろう作物も賠償しなければならない、という。ただし、親馬や作物の価値の全部を賠償する必要はなく、危険や費用を控除しなければならない。さらに、親馬や作物に対する希望、すなわち、将来、利益を獲得することへの期待は、子馬や土地だけに基礎を置くものではなく、所有者のそれらを育てる費用を投入すると決定する意思にもまた基礎を置くものである。将来、利益を獲得する機会（opportunity）は、現在においても、一定の価値があり、土地や子馬の現在の価値はそのような機会に依存するものである[9]。

[9] 賠償されるべき利益が加害者の意思だけではなく被害者の意思にも依存する。すなわち、損害の発生の不確実性（機会の喪失）を問題にしていると思われる。

後期スコラ学者がCajetanの考えを拒絶し、GrotiusとPufendorf（1632-1694）はCajetanの考えに言及すらしなかったことから、彼の考え、すなわち、原告がそれに対して権利をもたないところの利益を獲得する機会（chance）喪失に対する賠償を否定すべきかどうかの論争は忘れ去られてしまった[10]。

(2) 19世紀終わりから20世紀はじめまで

このころ、まずはドイツにおいて、つぎにイギリスとアメリカにおいて、純粋経済損害に対して、被告の責任を否定するルール――原告の救済を否定するルール――が発現した。そして、Gordley教授は、Cajetanの議論と同様、その根拠は脆弱なものであったにもかかわらず、概念法学の時代には、この責任および救済を否定する議論は優勢であったとする。

(ア) ドイツ法

1900年ころまで、ドイツ法には、ローマ法のテキストの影響が残存していた。

それより遡って、19世紀のはじめには、ローマ法に示唆されて、原告はある種類の損害のために救済されるべきではないという考え方が現れた。すなわち、原告の人身および所有物への損害のためにのみ被告は責任を負うべきであるとの結論が示された。その根拠として、ローマ法のテキストを指摘するだけの法学者もいたし、Rudolf von Ihering（1818-1892）のように、何らかの方法により制限されないとすれば、責任は広すぎるものになるであろうと議論する法学者もいた。

それより下って、19世紀の終わりには、上記の責任を制限する方法は、それより広く責任を否定する方法に取って代わられた。Otto von Gierke（1841-1921）およびJosef Kohler（1848-1919）は、被告は原告の行為および人格の自由に関連する権利の一揃いを侵害すれば責任を負う、といった。さらに、ドイツ民法823条１項は、「故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う[11]。」と定めた。起草者は、つぎのように考えた。人身や所有権のような権利の侵害こそが不法行為である、というのは、そのような権利は、いかなる者に対しても主張されうるという意味で

---

[10] Gordley, *supra* note 4, at 266-270.

[11] 椿＆右近・前掲注4・72頁の和訳を引用した。

絶対である。これに対して、契約に基づく権利のような債権は、契約における相手方当事者のような特定人すなわち債務者に対してしか主張されえない。すなわち、不法行為は、債権を侵害することによってなされることはない、というのは、債権は、債務者によっては侵害されえても、その他のいかなる者によっても侵害されえないからである。

起草者は、純粋経済損害について議論していたわけではなかった。彼らは、絶対権と相対権を区別していただけであった。しかし、Gordley 教授は、第三者が相対権を妨害したときに、債権者が相対権[12]の妨害を理由に救済されないとすれば、今日でいうところの純粋経済損害を理由に救済されないという帰結になるとする。

Gordley 教授は、まとめて、つぎのように分析する。純粋経済損害の賠償を否定するルールは、もともと、概念に基づく議論に今日ではみえるところのものに依拠していた。すなわち、DがAのPに対する義務の履行を妨害したとき、PはDに対して救済を求められない、なぜならば、Pは、Aによって義務を負担されており、Dによって義務を負担されていないからである。このような議論のやり方は、19世紀の概念主義――ドイツ人のいう概念法学――に特有のものである。概念法学は、一方で、原告の救済を制限することによって、いかなる原理原則または趣旨目的が推進されるのかを考慮しない。概念法学は、他方で、万人に主張できる絶対権と特定人にしか主張できない相対権という概念から、原告の救済を制限することを引き出そうとする。しかし、絶対権と相対権という概念は、不法行為の救済の制限という懸案に適合するように案出されたものではないから、これらの概念が、その問いの答えを含むとは期待できない。Gordley 教授は、概念主義が不評を買う直前にドイツ民法が起草されたという歴史の偶然が、そこにはあるのであるとする[13]。

(イ) コモン・ロー

ドイツ法と同様に、イギリス法においても、それゆえに、アメリカ法においても、ネグリジェンスでは純粋経済損失の賠償は通常はなされえない、といわれるようになった。Gordley 教授は、とくにイギリスの15個の判決を選んで、

---

[12] Gordley 教授は、たんなるもうかる機会はひとまずおく（let alone mere economic opportunities）、と書き添える。Gordley, *supra* note 4, at 272.

[13] *Ibid.* at 271-273.

おもにイギリスの判例法理を検討する[14]。

Gordley 教授の結論は、つぎのとおりである。ドイツ法においては、賠償否定への転換はある一瞬に集約されるが(民法成立時点)、イギリス法においては、そのような転換点は、はっきりしているわけではないが、あることはある。そして、その転換点では、ドイツ民法典の起草者に影響を与えたものと同様の概念的な議論が、イギリス判例法に決定的な役割を果たした。

(a) イギリスでは、19世紀に入ってはじめて、ネグリジェンスに基づく訴訟が認識された。ネグリジェンスにおいて、今日でいうところの純粋経済損失が救済されるかどうかの問題が意識されたのは、世紀の変わり目になってやっとのことであった。その時期までには、数個の判例が救済を否定していたが、純粋経済損失を理由にしてそうしていたわけではなかった。たとえば、損害が遠く離れすぎているからとか（remote)、救済を肯定すると救済されるべ

---

[14] ここでは、もっぱら、同教授の主張を要約することとする。その際も、同教授が選択した15個の判決とそれらに対する彼の評価を全部説明することにせず、同教授が重要と位置づけた判決とそれらに対する彼の評価を概説することにする。

英ネグリジェンス法における純粋経済損失の賠償否定の判例法理は、本稿においてではなく、別途検討することにしたい。近時の日本語の文献として、つぎのものがある。早稲田大学英米判例研究会（矢頭敏也代表)「資料 英米判例研究(九)・ネグリジェンスと経済的損失――プロフェッショナル・ネグリジェンスの一側面」(1984) 比較法学18巻２号111頁以下；望月礼二郎「ネグリジェンスの構造・再論」(1990) 社会科学研究42巻１号１頁以下；同「ネグリジェンスの構造・再論・補論」星野英一＆森島昭夫編『加藤一郎先生古稀記念・現代社会と民法学の動向 上 不法行為』(1992) 441頁以下；田井義信『イギリス損害賠償法の理論』(1995) 183頁以下；安藤誠二「ネグリジェンス法 そのⅡ（純粋経済的損失救済の原状)」(1995) 海事法研究会誌129号１頁以下；蘇田三千穂「英米『ネグリジェンス』法における『純粋な経済的損失』法理の諸相」(1997) 白鴎法学９号165頁以下；松田健児「イギリス法における純粋な経済的損失とネグリジェンス責任 ―― Hedley Byrne 準則の基礎づけをめぐって (一)、(二)、(三)」(1997) 創価法学26巻２＝３号81頁以下、27巻１号63頁以下、(1998) 27巻２＝３号121頁以下；川元主税「英連邦におけるネグリジェンス法の展開(一)――「関係的経済損失」を中心に ――」(2005) 名城法学55巻１号49頁以下など。

き原告の数が膨大になるからとか、という理由である。前者は、因果関係の局面で問題をとらえていたのであり（causation）、後者は、原告の数が確定しない状態を避けるための実際的な要請からきていたのである（pragmatic desire）[15]。

しかし、20世紀に入ると、先導的な体系書の著者らは、前述の先例を取り上げて、従来とは異なる解釈を施すようになった。すなわち、財産に対する権利の侵害とは異なり、役務に対する権利や契約に対する権利の侵害のためには通常は起訴することができないとか、注意義務がないところにネグリジェンスに基づく訴訟はないとか、不法な行為をした者は権利を侵害された者にだけ責任を負うなどというようになった。

(b) 判例は、そのような学者の解釈を取り入れることとなった。それが、*La Societe Anonyme de Remorquage a Helice v. Bennets*[16]である。被告が過失により、荷を詰めすぎて、船を沈ませた。その船主と原告は曳船契約を締結していた。そこで、原告は被告に、被告がその船を沈ませなかったら原告がその船を曳いて稼いだであろう金銭の回復を求めた。原告の弁護士は、損害が遠く離れすぎていないから賠償されると主張した。それを争う代わりに、被告の弁護士は、曳かれる船の所有者に対しては注意義務に違反し損害が生じているが、原告の曳く船に関する限り損害なき侵害（*iniuria sine damno*）しかないと主張した。結局、裁判官は被告の議論に賛成した。すなわち、原告は侵害（*iniuria*）だけでなく、つまり被告の義務違反だけでなく、自身（原告）への損害（*damunum*）も、しかも法によって認められるという意味での損害も、立証しなければならないと判示した。

Remorquage 後、損害が遠く離れているかどうかが問題なのではなく、原告

---

[15] Gordley 教授は、つぎの３つの判決を挙げる。

Cattle v. The Stockton Waterworks Co.（1875）L.R. 10 Q.B. 453;
Simpson & Co. v. Thomson（1877）3 A.C. 279;
Anglo-Algerian Steamship Co. Ltd. v. The Houlder Line, Ltd.［1908］1 K.B. 659.

[16] ［1911］1 K.B. 243.

が被った損害の種類が問題なのであるとする判決が続くことになる[17]。

その集大成ともいえる判決が、*SCM (United Kingdom) Ltd. v. W.J. Whittall & Son Ltd.*[18]と *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*[19]である。両方とも、被告が過失によって電線を切断したために、原告の工場への送電が切断された事案である。それらにおいて、原告は被告に逸失利益の賠償請求をしたが、棄却判決であった。

Gordley 教授は、つぎのようにいう。これらにおいて裁判所は、純粋経済損失の賠償否定ルールを明示していたわけではないが、言外に意味していたといえるであろう。もし、原告の第三者に対する契約上の権利（債権）を被告が妨害しても責任を負うことがないとなれば、いわんや、原告が第三者から将来いくらかの利益を受けるであろうという単なる期待（利益）を被告が妨害しても責任を負うことはないとなるからである。さらにいえば、被告が責任を負うためには、被告は、原告が万人に対して主張できる物権のような権利に違反しなければならないのであって、特定人に対してしか主張できない債権のような権利に違反しただけでは足りないのである。

ここで、Gordley 教授は、ドイツ制定法とイギリス判例法の間において、その議論の結果だけでなく方法までもが、偶然に一致していることを驚愕とともに指摘する。同教授は、ドイツの議論もイギリスの議論も、20世紀初頭には説

---

[17] Gordley 教授は、つぎの７つの判決を挙げる。

Elliott Steam Tug Co. Ltd. v. Shipping Controller [1922] 1 K.B. w127;
Morrison Steamship Co. Ltd. v. Greystoke Castle [1947] A.C. 265;
Best v. Samuel Fox & Co. Ld. [1952] A.C. 716;
Attorney-General for New South Wales v. Perpetual Trustee Co. (Ltd.) [1955] A.C. 457;
Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute [1966] Q.B. 569;
Electrochrome Ltd. v. Welsh Plastics Ltd. [1968] 2 All E.R. 205;
Margarine Union GmbH v. Camvray Prince Steamship Co. Ltd. [1969] 1 Q.B. 219.

[18] [1971] 1 Q.B. 337.

[19] [1973] 1 Q.B. 27.

得力があったようにみえた――しかしその後、疑われるに至った――演繹的または概念的な議論を体現しているとする。つまり、ドイツ民法制定時もイギリス判例成立期も、概念的な議論が優勢であった時期と偶然に重なるのである。そして、イギリスにおいては、概念的な議論の優勢な時期を過ぎても、長い間、純粋経済損失の賠償否定ルールがいまだ説得力があると考えたためか、あるいは、先例を尊重するためか、裁判官は同様の判決を繰り返すこととなったのである。

(c) 純粋経済損失の賠償否定ルールが成立してからの長い間、たった2度だけ、それに裂け目が入ったことがあったが、その2度とも、塗り込められた。*Donoghue v. Stevenson*[20]と *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*[21]である。おそらく、その時の裁判官は、当該ルールがもはや説得力をもたないと考えたのであろう。けれども、その後の裁判官は、当該ルールをまたもや繰り返した。すなわち、これらの判決の言明は、過失により製造された物品の場合（*Donoghue v. Stevenson*）および過失により提供された情報の場合（*Hedley Byrne*）にだけ適用されると判示したのである。

Gordley 教授は、つぎのように結論づける。コモン・ローは、ときに、事案ごとに常識や経験（common sense or experience）でもって問題を解決する。しかし、純粋経済損失の賠償認否については、そのような方法ではなく、演繹的または概念的な説明（rationale）でもって問題を解決したのである[22]。

(ウ) まとめ

Gordley 教授の主張は、つぎのとおりである。

> 「概念的な説明が説得力をもったようにみえた時期に、純粋経済損害の賠償否定ルールが成立したというのは、歴史の偶然である。たしかに、不法行為の救済を制限することは必要である。そして、歴史の偶然から、これが採用されたからといって、政策や常識や経験の見地から、この賠償否定ルールが最適な賠償制限ルールではないというわけではない。しかし、それが最適な制限であるとすれば、それはあまり

---

[20] [1932] A.C. 562. 人身損害を扱ったものである。そのため、Gordley 教授がここでこれを引く意図が必ずしも明らかではないように思われる。

[21] [1964] A.C. 465. 純粋経済損害を扱ったものである。

[22] Gordley, *supra* note 4, at 273-280.

に偶然の一致といえるであろう[23]。」

Ⅱ. Atiyah 教授の政策考慮

P. S. Atiyah 教授は、1967年に、経済損失の分野では最も有名な論文「ネグリジェンスと経済損失」[24]を発表する。*Hedley Byrne* 判決に触発されて執筆したものである。論文の前半は、判例を丁寧に分析したものであるが、後半は、政策考慮（Policy Considerations）と題して論じたものである。ここでは、この後半部分を簡単に紹介することとする。

Atiyah 教授は、まず、つぎのようにいう。現行法が純粋経済損失に対する賠償を認めることに消極的である主な理由の１つには、裁判所が１つの事件から多数の訴訟が生じることを避けたいと願うからである。しかし、このような理由づけの有効性については、疑問が湧くかもしれない。

そして、同教授は、自動車運転者の過失により引き起こされた交通事故で負傷して、職場で働けなくなった被用者の事例、つまり、使用者に結果的金銭的損失が生じた事例を検討する[25]。

このとき、使用者は、運転者から当該金銭損失の賠償を受けることができない。その意味は、損害はそれが生じたところ、つまり使用者のところに留まるということである。ところで、被用者が病気やケガで休職するリスクは、使用者が予想すべき通常のリスクであり、それと比べると、上記の第三者の過失により被用者が休職するリスクは、微少のリスクである。そして、通常のリスクと微少のリスクの両事例において、金銭損失は、ビジネスを通じて分散され、産業（industry）全体によって負担され、ひいては、社会（public）全体によって負担される。つまり、製造者から消費者への価格転嫁がそれである。

このとき、使用者は、運転者から当該金銭損失の賠償を受けることができる、と仮定してみる。その結果は、特定の使用者から特定の運転者へと負担が移転されるのではなく、製造物の消費者から構成される社会全体（community）か

---

[23] *Ibid.* at 280.

[24] P. S. Atiyah, Negligence and Economic Loss（1967）83 L.Q.R. 248.

[25] このとき、使用人の提供役務の損失に基づく訴権（*actio per quod servitium amisit*）は適用されないと仮定する。

ら自動車運転者から構成される部分社会（motoring community）へと負担が移転されるのである。つまり、賠償責任保険制度によって、過失による交通事故の費用を自動車運転者が全体として負担するのである。

金銭損失の賠償を認めるかどうかを決するためには、このような大きなスケールでの負担転嫁の利点と欠点を考えなければならない。

そこで、同教授は、まず、このような大規模な負担転嫁の欠点を考慮する。すなわち、その欠点は明らかである。自動車運転者の過失による交通事故で被用者が負傷するたびに使用者が自動車運転者に対して別個の請求権を取得するとすると、それは非常に高価かつ非効率的な損害分散の方法となるからである。他方、現在の制度、つまり使用者が自動車運転者に対して別個の請求権を取得しないという制度によると、損害は、産業全体ひいては社会全体により吸収されるので、まったく費用がかからずに分散されるからである。

そして、同教授は、つぎに、このような大規模な負担転嫁の利点を考慮する。すなわち、その利点はあまり明らかではない。第１に、罪のない当事者から過ちのある当事者へと責任が転嫁されるから、利点があるようにみえるではないかと反論されるかもしれない。しかし、ここでは、特定の過失ある運転者自身が損害賠償を払うのではなく、彼の保険会社、ひいては運転者から構成される部分社会がそれをするのである。したがって、ここでは、第１の利点はない。第２に、運転者から構成される社会のほうがより適切な費用を負担すべき社会であると主張されるかもしれない。おおざっぱにいえば、運転者が危険をつくるのであるから、その運転者がその危険を負うべきである、といえるかもしれない。しかし、社会全体を整然と区別して、どんなグループがどんなリスクを生み出すかを識別することができるならば、それは確固たる議論となるが、実際には、そうではない。「自動車運転の部分社会（motoring community）」は、消費者全体の集合と明確に区別できるものではなく、ある意味では、消費者全体の集合をも包含するものである。つまり、消費者は、全員が全員、自動車運転者ではないとしても、全員が全員、自動車による物品運送や旅客運送から利益を得ているからである。かくて、自動車運転の部分社会によって負担されるリスクのコストは、長い目で見れば、全人口間に分散される。したがって、第２の利点もない。第３に、特定の状況においては、上記のような方法で損害が分散されない場合がある、といえるかもしれない。つまり、すべての使用者が大企業であり、被用者がケガをさせられ休職させられることによる損害を分配

できるわけではない。ある中小企業の使用者が、特定の時期に特定の被用者が休職することにより大打撃を受ける場合もないわけではない。これは、一面で、真実である。しかし、ここで考慮すべきは、すべての状況において――というのは、法は、損害を分散できる使用者か、できない使用者かをなかなか区別できないから――、使用者に請求権を認めることに、欠点に勝る利点があるかどうかということである。そして、その答えは、否である。すなわち、使用者に自己の名前で損害賠償を求める別個独立の請求権が与えられるとすれば、桁外れの数の訴訟を伴う結果となり、欠点に勝る利点があるとはいえない。

以上の結論として、Atiyah 教授は、つぎのようにいう。まず、ある人に物理的損害が生じ、その結果として、別の人に金銭的損失が生じたとき、後者に対して別個独立の請求権が認められがたいというのは、健全な感覚である。また、ある人に物理的損害が生じ、さらに、同じ人に金銭的損失が生じたとき、後者の損失に対する賠償を求める請求権が認められることに、異論はない。そこではなお、ただ１人の原告とただ１つの請求権しかないからである[26]。さらにいえば、物理的損害から金銭的損失が結果として発生した場合（それぞれの損害が別々の当事者に負わされていたとしても）、法は、すべての請求を物理的損害を被った当事者を通じて一元化（channel）すべきであると要求している。実際のところ、法は、すでにこれをかなりの程度で実現している。たとえば、１つには、保険代位の法理は、保険会社をして被保険者の名前で請求することを認めていること、２つには、物理的損害を被った者の家族が被った金銭的損失については、一定の範囲で、前者に対する賠償を認めることにより、前者をして家族に対する義務を履行できるようにしていること、３つには、受託者は寄託者のために損害賠償をとることができること、４つには、使用者が物理的損害を被ったときの被用者が被った金銭的損失については、使用者に対して十分な損害賠償を与えて、使用者をしてそのうちのいくらかを被用者に渡せるようにすることが考えられること、が挙げられる。

---

[26] これを寄生的請求（parasitic claim）という。そこでは、物理的損害から金銭的損失が発生する必要があるかどうか、すなわち前者の結果として後者が発生する必要があるかどうかが問題とされている。Atiyah 教授は、そこでもなお、１人の原告と１個の請求権しかないから、金銭的損失が結果的損害でなければならないとする要件は不要であることが正当化されるという。

そして、Atiyah 教授の結論は、つぎのようである。法が満足のいくようなものにみえない理由は、経済的損失を被った者が物理的損害を被った者を通じて一元化されるかどうかを決するルールが恣意的な性質をもつからである。契約当事者――事後に物理的損害を被った者と事後に金銭的損失を被った者――が事前にリスクを分配するために設計された契約の中の条項が、第三者――過失不法行為者――の責任の有無を判断すべきであるというのは、誤りである。法は、契約に左右されることなく、あまねく、金銭的損失を被った者が物理的損害を被った者の名において訴えることを許すべきであり、あるいは、物理的損害を被った者が金銭的損失を被った者の受託者として訴えることを許すべきである。

したがって、たとえば、第三者の過失により負傷して休職した被用者に休職中も給料を支払い続けた使用者は、その給料分の取戻しが認められるべきである。そしてそれは、たとえば、被用者と使用者が、上記の事態になったときでも、使用者は被用者に給料を支払う義務があるとする契約を締結していようがいまいが、あるいは、被用者が損害賠償を得たときには、使用者が被用者に既払い給料を返還させるとする契約を締結していようがいまいが、認められるべきである。さらにそれは、被用者が実際に給料を受領したかどうかも関係なく、認められるほうがより望ましい。また、使用者に第三者に対する直接的な請求権を与えることによるよりもむしろ、被用者に使用者の受託者として損害賠償を保持させることにより、使用者の被用者からの既払い給料の取戻しが認められるべきである。しかし、使用者が被用者に支払った給料分を超えて被った金銭的損失については、その取戻しが認められるべきではない。使用者のこのような損害を被るリスクは、第三者の過失によらない通常の病気やケガによる被用者の休職から使用者が被る損害のリスクと――後者のほうが前者よりも程度はずっと大きなものではあるが――、基本的には変わらない。これらは、使用者が負担すべきリスクであり、被用者を通じてその損失の賠償を実現することもできないのである[27]。

---

[27] Atiyah, *supra* note 24, at 269-276.

ただし、Atiyah 教授は、その論文の最後に、物理的損害から金銭的損失が生じるのではなく、金銭的損失だけが生じた場合――たとえば、過失ある助言や瑕疵ある製品の事例――においては、別の問題が浮上するという。そのような経済的損失が過失ある助言や瑕疵ある製品から直接的に生じるときには、そ

まとめると、Atiyah 教授は、経済損失の典型として、企業損失の事例を考えている。そして、被害者集団（企業全体ひいては価格転嫁される社会全体）が責任を負うべきか、加害者集団（部分社会）が責任を負うべきか、を考察する。前者では、企業に独自の請求権を与えないため、費用をかけずに、社会全体にリスクを分散させることができるが、後者では、企業に独自の請求権を与えるため、費用がかかる。したがって、前者のほうが後者よりも望ましいと結論づける。しかし、企業が被る損失の中には、企業が負担すべきものと負担しなくてもよいものとがあると付言する。つまり、使用者は、使用者が被用者に事故後も支払う給料分は負担しなくてもよいが、それを超える分は負担すべきである。そして、給料分については、請求数を減らすために、使用者は被用者を通じて加害者を訴えるべきである。

Ⅲ．経済分析

1982年、経済損失の経済分析をめぐって、Bishop 教授と Rizzo 教授が論争を巻き起こした。時代は下り、2003年には、Bussani 教授、Palmer 教授、Parisi 教授の連名で、論文「ヨーロッパにおける純粋金銭損失のための責任：経済学による再定式化」が発表され、2004年には、Mattiacci 研究員がさらに洗練された分析を提示するに至っている。

（1）Bishop 教授の経済分析[28]

の回復が認められるべきは明らかであり、実際ももちろん、その回復が認められている。

[28] Bishop 教授（1982年当時、Lecturer, London School of Economics）は、経済損失について、以下の４つの論文を執筆している。

W. Bishop, Economic Loss in Tort（1982a）2 O.J.L.S. 1;

W. Bishop, Economic Loss: A Reply to Professor Rizzo（1982b）2 O.J.L.S. 207;

William Bishop & John Sutton, Efficiency and Justice in Tort Damages: the Shortcomings of the Pecuniary Loss Rule（1986a）15 J.L.S. 347;

(1) W. Bishop 教授の論文「不法行為における経済損失」[29]の目的は、コモン・ローが金銭損失に対する責任を例外的にしか認めないことを正当化するべく一般的な理論を提供することにある。同教授の結論を先取りすれば、コモン・ローは、意識的にせよ無意識にせよ、経済的な効率性（economic efficiency）という目的を実現するために、金銭損失に対する責任を限定するというものである。そこでいう経済的な効率性とは何かといえば、最適な抑止と効率的なリスク分配（optimal deterrence and efficient risk distribution）ということになる。

注意すべきは、Bishop 教授は、本論文は、記述的ないし実証的な説明をしているのではなく（positive）、規範的な主張をしている（normative）、としていることである。すなわち、本論文は、複雑な経済損失の問題に混乱させられていて、その適切な処理を模索している、弁護士、裁判官あるいは研究者を対象として執筆しているとする[30]。

(2) 個人的損失と社会的費用

Bishop 教授は、つぎの２つの例を挙げて、自らの考えの要点を示す。

(ア) 第１例は、つぎのとおりである。M（Mississauga）とE（Etobicoke）

William Bishop, Economic loss: economic theory and emerging doctrine, Furmston (ed.), The Law of Tort, Policies and Trends in Liability for Damages to Property and Economic Loss (1986b), pp. 73-82.

[29] Bishop (1982a), *supra* note 28, at 1.

[30] *Ibid.* at 3.

Rizzo 教授は、Bishop 教授が記述的ないし実証的な主張をしているのか規範的な主張をしているのか、明確ではないとして批判する。というのは、Bishop 教授は、冒頭で、自分の主張は規範的であると主張していながら、末尾で、おおむね、裁判所は効率的な結論にたどりついていると主張しているからである。Rizzo (1982a), *infra* note 39, at 197-198.

Bishop 教授は、Rizzo 教授の批判に対して、自分の目的は主に規範的なところにあると再度確認する。Bishop教授の応答は、つぎのとおりである。自分の説明が、判例の記述として精確かどうかも興味深いが、しかし、自分は、裁判所が常に正しい判決を下すことを想定するわけではない。われわれがどのように経済損失を処理すべきか、それが重要な問題である。Bishop (1982b), *supra* note 28, at 210.

という２つの町が隣接しており、両町を結んで鉄道が通っていた。この鉄道会社は、危険な化学物質を運搬する列車が脱線したときの危険を最小にするために、特別な装置を装着することを検討していた。そこで、列車の脱線で危険な化学物質が流出しても、人々が適時に避難すれば彼らに生命の危険はないが、およそ１週間は、列車の脱線が起きた町から他方の町へと大量に避難しなければならなくなると仮定する。そして、上述の装置の費用は1000万ドルであり、その耐用年数は10年であるとし、他方、上述の住民避難の費用は400万ドルとする。さらに、装置を装着すると、10年に１度の割合で起きる脱線を防止できるとする。かりにこれらだけが関連諸費用であるとすれば、鉄道会社は装置を装着することを奨励されないことになる。というのは、損害を防止するための費用（1000万ドル）が損害の発生したときの費用（400万ドル）を上回るからである。

各町には多くの卸売商や小売商がいて、各人が通常の量の取引を行っていると仮定する。さらに、各商人は、少なくとも短期間は、原材料の費用のほかに余分な費用をかけずに、通常よりも多くの量の取引に対応することができると仮定する。そしてとりあえずは、各商人は、危険中立的選好をもつと仮定する。

そこで、Ｍでの列車脱線とＭからＥへの１週間の大量避難が各商人にどのような影響を及ぼすかを考える。一方で、Ｍの商人は、その１週間は、売上げを上げることができないが、他方で、Ｅの商人は、その１週間は、２倍の売上げを上げることができる。この点では、脱線の影響は、一集団から別集団へと富を移すことにほかならない。

そこで、Ｍの商人は１週間で800万ドルの利益を逸失すると仮定する。かりに、Ｍの商人が純粋経済損失を回復する請求権をもつとする。すると、鉄道会社は、住民への直接の損害（400万ドル）とともに、Ｍの商人への間接の損害（800万ドル）も賠償しなければならなくなる。これ（1200万ドル）は、上述の特別装置の費用（1000万ドル）を上回る。したがって、鉄道会社はその装置を装着することを奨励されることになる。しかし、社会の見地からは（from the society's point of view）、これは誤った決定である。つまり、社会厚生計算（social welfare calculation）によれば、正味の損失（net loss）は400万ドルであって、1200万ドルではない。というのは、800万ドルの純粋経済損失は社会的費用ではなくして、代金受領という富の移転でしかないからである。すなわち、それは、一集団（Ｍの商人）にとっては損失であるが、他集団（Ｅの商人）

にとっては利益であるからである。

結論としては、純粋経済損失の賠償を認めるべきではないということになる。

(イ) 第２例は、第１例と同じであるが、商人が、ごくごく短期間だけでも、需要の激増に対応して供給を拡大することが容易にはなされない点のみが異なる。つまり、Ｅの各商人は、さらなる助けを借りなければならず、しかも、そのトラブルのときだけ有給で仕事を引き受けてくれる人を雇わなければならない。さらに、いまいる従業員も、そのトラブルのためにイライラさせられたり、オーバー・ワークさせられて、給料の増額を要求することになる。Ｅの人々とＭからＥへと避難した人々が購入するために、物品の価格が上昇する。以上の事実においては、短期的には、製造の費用が上昇する[31]。

このとき、Ｍの商人に対する経済的損失はＥの商人に対する経済的利益とはならない、すなわち、たんなる損失（利益）の移転とはならない。一方で、Ｅの商人に対する余分な費用は社会的費用であり、他方で、Ｅの商人に対する余分な利益は損失（利益）の移転である[32]。結局、列車脱線事故の社会的費用を精確に計算しようとすると、当該事故状況に大きく左右されることになる。Bishop 教授は、「豊富な資源をもち、顕著な洞察と眼識をもつ、超人的な裁判所であれば、だいたいにおいて、それを精確に計算できるであろう、同じように恵まれた潜在的な不法行為者の鉄道会社が計算できるであろうように。」と評価する[33]。つまり、それを精確に計算することは非常に困難であるということである。

結論としては、個人的損失と社会的費用を精確に区別することができるのであれば――実際は困難であるが――、前者に対する賠償は認めるべきではないが、後者に対する賠償は認めるべきであるということになる[34]。

---

[31] 第１例においては、少なくとも一時的な需要の変動に対して、水平な（flat）限界費用曲線が描かれる。第２例においては、少なくとも一時的な需要の変動に対して、右上がりの（upward-sloping）限界費用曲線が描かれる。Bishop (1982a), *supra* note 28, at 6.

[32] さらに、何人かの消費者は、値が上がったために、商品の購入をあきらめざるをえない。これも、社会的費用となる。*Ibid.* at 6.

[33] *Ibid.* at 6.

[34] *Ibid.* at 4-7.

Rizzo 教授は、Bishop 教授が経済損失事例の多くにおいては、社会的費用が

まったくないか、または、社会的費用額が被害企業の逸失利益のほんの一部分か、そのどちらかしかないと主張するのに対して、それどころか、経済的損失は社会的費用を常に含むと主張する。Rizzo (1982a), *infra* note 39, at 201-204.

Rizzo 教授は、結果として経済損失が発生する事故が予測されうる場合と、予測されえない場合を分けて論じる。

(ア) 結果として経済損失が発生する事故が予測されうる場合

(a) ある事故のために、ある企業が生産を休止させられる確率を0.10とする。この産業には、50の企業があるとすると、平均で1年に5社が生産を休止させられることになろう。通常の生産が1社あたり10単位の供給量 (output) であるとすると、残りの45社は、産業全体の供給量を変えないように保つためには、50単位を増産しなければならない。平均で1社あたり$1\frac{1}{9}$単位を増産しなければならない。したがって、事故発生前には、企業は将来の供給量の状況を以下の方法で計算することになる。

$$(11\frac{1}{9}\times 9/10)+(0\times 1/9)=10$$

これは単純に、企業は、0.90の確率で生産を通常より多くするであろうし、0.10の確率で生産を休止しなければならないであろう、ということを意味する。つまり、期待供給量は10単位であろう、ということを意味する。

10単位の期待供給量が高い分散 (variance) をもつことがあらかじめわかるとすると (すなわち、それは$11\frac{1}{9}$または0になりうる。)、この産業はどう調整されるのであろうか。まず、完全競争の状況を仮定し、また、限界費用が上昇する局面に限定する。そうすると、価格は限界費用と等しくなければならないため、供給量が増加して限界費用が上昇すれば、価格も上昇するであろう。供給量のうちの最後の単位がより高い値をつかまえるだけでなく、供給量の全単位が当該価格をつかまえるので、より多くの余剰となる。かくて、ある与えられた大きさの企業について、その供給量が増えるにつれて、その余剰 (profit) は、比例的に増えるだけではなく、逓増的に増える (profits not only increase as its output rises, but they will increase at an increasing rate)。かくて、変動する供給量への対応が必要な企業の期待余剰は、供給量が一定である企業の期待余剰よりも、大きいであろう。前者の企業は、余剰ゼロ (1/10のウェートで) を、比例的よりも大きい逓増的な割合の余剰 (9/10のウェートで) で、ならすのである。前者の企業においては、より大きい余剰が余剰ゼロを補償するので、期待余剰はより大きいのである。

より大きい期待余剰は、もちろん、より多くの供給量に対応可能な生産能力 (capacity) (以下「能力」と省略する。) の建設を促進する。そこから、過失

ある事故の存在が社会的費用を押し付けていることが、ただちにわかる。より多くの資源がその産業の能力の拡大に振り向けられれば、結果として、その他の有効な利用に振り向けられる資源がより少なくなるからである。

(b) **(a)**での検討のとおり、企業は能力を拡大するであろうと想定する。この拡大は、期待余剰が通常のレベルに戻るまで、続くであろう。しかし、休止状態における余剰ゼロと相殺するためには、通常よりも増産させられた状態においては、余剰が通常の余剰よりも多くなければならない。これを実現するためには、平均費用（通常の余剰）が価格よりも安い状態で企業は操業していなければならない。しかし、この実現は、企業の大きさが拡大されて通常よりも増産させられた状態に完全に適合しているとすると、不可能である。完全競争のもとでは、余剰は企業の大きさに対して最小化される。その代わりとして、企業が通常よりも多い余剰を確保するためには、その大きさは、通常よりも増産させられた状態にちょうどよい規模よりも小さい規模でなければならない。したがって、短期的な限界費用は、事故がない世界における、企業の大きさが供給量の（不変の）レベルに完全に適合している場合よりも、高くなるであろう。

まとめると、社会的費用には少なくとも、以下の２つの要素がある。**(a)**産業においてより大きな能力を建設するための拡大された資源、**(b)**被害企業が生産したであろう供給量の単位を生産するためのより高い短期的な限界費用、である。

(c) 不法行為者は被害企業の逸失利益を賠償する義務があると仮定する。そうすると、これらの企業は、通常よりも増産させられた状態においても、通常の余剰を維持すべく均衡させながら、生産するであろう。事故状態においても、通常の余剰が保証されているので、それ以外の状態においても、通常よりも多くの余剰をもつ必要がないからである。これらの企業が通常の余剰の程度で生産するということは、価格が最低平均費用まで押し下がったであろうということを意味する。さらに、このことは、企業の大きさが通常より多い供給量のレベルに完全に適合しているであろうということも意味する。したがって、短期的な限界費用は、過失ある事故があった場合となかった場合とで同じになるであろう。

(d) **(c)**での検討によって、生産側の社会的費用は、余分な産業の能力をつくるための資源にかかる費用だけとなった。過失ある事故のために、余分な５社に相当するものが存在すると仮定する。余分な５社が生産する供給量の価値は、被害企業が生産を中止させられた供給量の価値と等しい。通常の余剰のみがもたらされるために、余分な５社によっても、被害企業によっても、生産費用（通常余剰）の合計は等しくなければならない。したがって、被害企業の逸失余剰は、追加された企業の実現余剰と等しい。長期的には、これらの余剰

は、生産を休止させられた能力をつくるための資源にかかる費用、あるいは、新しい能力をつくるための資源にかかる費用を精確に計算する。過失ある事故がない世界においては、追加的な能力は不必要であろうから、被害企業の逸失余剰（余分な企業の実現余剰）、それをもとに精確に計算された、被害企業の建設費用（余分な企業の建設費用）は社会的費用となるのである。

まとめると、社会的費用には、**(a)**産業においてより大きな能力を建設するための拡大された資源、**(b)**被害企業が生産したであろう供給量の単位を生産するためのより高い短期的な限界費用、があるが、不法行為者に被害企業の逸失余剰の賠償を義務づければ、**(b)**の費用はゼロとなるのであるが（**(c)**）、**(a)**の被害企業の逸失余剰（余分な企業の建設にかかる費用）は社会的費用の構成要素となるのである（**(d)**）。

(イ) 予想されえない場合

事故以外で、供給量を変動させる原因（たとえば需要量の変動）があるとすると、企業は、時に能力に余裕のある状態で、時に能力いっぱいの状態で、時に能力を超えた状態で、操業しているであろう（under slack, peak or greater than peak conditions）。どの時期に事故が起きるかはわからない。

一方で、企業全体が能力いっぱいで操業している時に、または、企業全体が能力を超えて操業している時に、事故が起きたとすれば、（Bishop 教授が正しく主張するように）その事故は社会的費用を生み出すことになる。被害企業の逸失生産は、より高い限界費用で作り直されることは、明らかであるためである。

他方で、企業全体が能力に余裕のある状態で操業している時に、事故が起きたとすれば、（Bishop 教授は誤って主張するように）その事故が社会的費用を生み出すことにはならない、とはならない。そのようなときには、事故前の供給量を、45社で生産するときと50社で生産するときとでは、短期的な限界費用は、前者のほうが後者よりも疑いなく高い。事故前には被害企業の余剰であったものは、事故後には被害企業が生産できなかった供給量を生産した企業の費用に変換させられる。したがって、どのようなときでも、事故は、生産費用の増加効果を通して、社会的費用を生み出すのであり、そして、このような社会的費用の正しい算定基準は、被害企業の逸失余剰なのである（後掲**(２)(3)(ア)**参照）。

Bishop 教授は、Rizzo 教授が経済損失は常に社会的費用を含むと議論したことに対して、つぎのように応答する。Bishop (1982b), *supra* note 28, at 208-209.

Bishop 教授は、最初に、Rizzo 教授がとる２つのアイディアを説明する。すなわち、予想された事故（**(ア)**）と予想されなかった事故（**(イ)**）を区別するというアイディア、そして、能力に余裕がある時期に事故が発生して生産を中止させられる場合も、限界費用が上昇するために、社会的費用も上昇するというア

(3) 一応の結論

そして、Bishop教授は、一応の結論として、つぎのようにいう。以上の主張の中には、何がそもそも社会的費用なのかという複雑な問題があり、その解決は無限にある当該の事実に依存する。さらに、責任肯定ルールと責任否定ルールのどちらが効率的かを決めるためには、そのどちらかのルールのもとで、経済損失を生じさせる不法行為の被害者と加害者が事故を回避する（avoidance）ための措置を講ずる誘因（incentive）をもつかどうか、その複雑な効果を知らなければならない[35]。

イディアである。

まず、Rizzo教授は、予想された事故に対応して余分な投資が工場や設備に行われる場合（(ア)(a)）――予想されない事故に対応して余分な投資が工場や設備に行われることはない。――、その投資は、資源の使用を意味し、かくて、社会的費用すなわち被害者に回復されるべきものであることを意味すると主張するが、自分（Bishop教授）も同感であり、前稿でも同様に説明したと応答する。

つぎに、Rizzo教授は、たとえ能力に余裕がある時期に事故が起きたとしても、被害企業の逸失余剰は社会的費用であると主張する。Bishop教授がいうには、Rizzo教授は、自分の主張の根拠として、２つの議論を提示する。１つには、能力に余裕がある時期の事故においても、限界費用は上昇するという議論である。この議論に対しては、自分（Bishop教授）も同感であり、前稿でも同様に説明したと応答する。しかしここで、Bishop教授は、限界費用について、理論としては上昇するにしても、実際には問題とするほど上昇しないのではないかと付言する。このことをもって、自分のピーク・ロード・プライシング・モデル（peak load pricing model）は掘り崩されないと主張する。２つには、事故は能力に余裕がある時期にだけ発生するわけではないという議論である。この議論に対しても、自分（Bishop教授）は同感であり、前稿でも同様に説明したと応答する。

さらに、Bishop教授は、賠償を否定するのが実際にはよいのではないかと説明する。というのは、一方で、賠償を否定することが効率的と判断された場合には、事故を回避するべく余分な支出がなされるが、他方で、賠償を否定することが非効率と判断された場合には、余分な能力が建設されるが、前者のほうが後者よりも費用の節約になるからである。ただし、これも経験により立証されるべき事柄である。

[35] Bishop教授は、非効率な防止策の可能性を検討している（第３例）。Bishop

(1982a), *supra* note 28, at 9.

Martin（M）建設会社の過失により、Spartan（S）製鉄所への電線が切断されたため、S製鉄所は数日間、製造を停止させられた。S製鉄が履行できなかった注文は、Athenian（A）製鉄が受けた――A製鉄は容易に（余分な費用を負担することなく）注文に応じられた――。一方で、Sは、事故を回避する措置（avoidance action）（電線を地中に深く埋めること、あるいは、非常時用発電機を備え付けること）を50ドルで講じることができると仮定する。そして、Sの逸失利益は70ドルとなると予想する。他方で、Mは、事故を回避する措置を30ドルで講じることができると仮定する。

以上の事実においては、Sの個人的損失は社会的費用ではなく、Aへの損失（利益）の移転にすぎない。効率性だけをみれば、SもAも事故回避措置を講じるべきではないし、事故は起こるべきである。しかし、Sだけをみれば、Sは50ドルを費やして事故を回避する誘因がある。というのは、そうすることによって、Sは自分が個人的損失を被るのを避けられるからである。このとき、かりにSがAと安価に交渉できるとすれば、両者は以下の合意ができるであろう。すなわち、Sは事故回避措置を講じない代わりに、Aがもうけた70ドルの利益から50ドルまたはそれ以上の賠償をSにする、という合意である。このような合意により効率性が実現されるが、このような合意の形成は不可能である。

以上の状況においては、Sは50ドルを費やして事故を回避すると予想される。これは、社会的に非効率なだけでなく、Mに責任を負担させるよりも高くつく。可能な結論は、つぎのように評価されうる。最善策（first best）は、加害者も事故回避措置を講じず、被害者も事故回避措置を講じない場合である（加害者の費用は0ドル、被害者の費用は0ドル、損失が移転された者の利益は70ドル）。次善策（second best）は、加害者は事故回避措置を講じるが、被害者は事故回避措置を講じない場合である（加害者の費用は30ドル、被害者の利益は70ドル）。最悪策（third best）は、加害者も事故回避措置を講じて、被害者も事故回避措置を講じる場合である（加害者の費用は30ドル、被害者の費用は50ドル、被害者の利益は70ドル）。

結局、被害者が事故回避手段を有するときには、最善策が実現されることはない。以上のような状況において、以下のような議論がなされることがある。すなわち、加害者がより安い事故回避機会を有するならば、加害者に純粋経済損失の賠償責任を負担させるべきである。これによれば、次善策が実現されることがめざされており、最善策の実現という効率的な結論であるとはいえない。ともかく、上記のような議論は、当該事件における事実によって、その説得力の有無が左右されることになる。

このような複雑で不透明な状況の中で、裁判所は、個別の事件ごとに法解釈して法適用するほど、資源が充実しているわけではない。平均して効率的な結論をほぼ達成するような、そして、意思決定者に対する許容できるほどの明確な指標となるような、ルールないし推定（a series of rules or presumptions）を立てることが望まれよう。それは、どのようなものであろうか。

純粋経済損失について、一方で、原則として賠償を肯定するが、例外的に否定するという制度が考えられ、他方で、原則として賠償を否定するが、例外的に肯定するという制度が考えられる。経済的効率性の視点からは、どちらの制度を選択するかは、重要ではなかろう。Bishop 教授によれば、大陸法は前者の制度を[36]、コモン・ローは後者の制度を選択した、とされる。一般に、後者の制度、すなわち、経済損失の賠償責任を原則否定（例外的に肯定）する制度を選択することには、いくつかの根拠があろう。というのは、前者の制度、すなわち、原則肯定（例外的に否定）する制度を選択するとすれば、潜在的加害者が過剰に事故防止行動をとることになるからである。しかし、例外類型も多数存在し、それぞれに根拠があろう。そこでつぎに、Bishop 教授は、過去の判例を 6 つの範疇に分類して、それぞれを詳細に経済分析するが、本稿は、その紹介を省略する[37]。

---

[36] 一般には、フランス法は前者の制度を、ドイツ法は後者の制度を選択した、とされる。

[37] Bishop（1982a）, *supra* note 28, at 13.

原則として賠償否定が推定されるものとして、(ア)失われた利益（lost profit）（*Spartan Steel v. Martin* [1973] Q.B. 27（C.A.）等）、(イ)失われた仕事（lost job, lost wages）（*Cattle v. Stockton Water Works*（1875）L.R. 10 Q.B. 453等）の 2 つの類型が検討される。*Ibid.* at 14-19.

原則として賠償肯定が推定されるものとして、(ウ)所有者または所有者と契約を締結した第三者が、その契約の履行のために他用途に転用が不能な投資（サンク・コスト）をしていたとき（private property rights and private investment; protection of property and protection of investment expectations）、(エ)工場の排出物により漁場（共有地）が汚染されたために、漁民が漁業をすることができなくなったとき（common property resources）、(オ)ある人が公道や水路を塞いだために（パブリック・ニューサンス）、公衆が被る通常の損害のほかに特別の損害を被ったことを立証したとき（collective investment and public nuisance）、(カ)不実表示と失望させられた受益者の 4 つの類型が詳細に説明さ

(4) 結論

Bishop 教授は判例を分析したうえで、つぎのようにいう。

「判決を下す場合には、裁判所はたいていおおよそ効率的のようにみ

れる。*Ibid.* at 19-29.

不実表示については、つぎのような説明がなされる。一方の極端な例としては、2人のトレーダーの間で、ある会社の株式を売り買いする際に、会社指標の不実表示がなされたために、一方が得をして、他方が損をした。このとき、社会は損失を被っていないので、賠償は否定される。他方の極端な例としては、起業家がヴェンチャー・キャピタルを集めたかったが、会計士がそのヴェンチャーのプロスペクトについて投資家を誤解させた。このとき、社会の稀少資源の分配が歪められたので、賠償は肯定される。これらのうちのどちらが典型的な過失ある不実表示の事例であるかを論理的に判断するのは不可能であるが、一般には、ある財産をその市場価値よりも高価にまたは安価に譲渡していれば、市場内部の相互作用を通じて、ある程度の歪曲に結局は帰着する、といえよう。ここでは、その程度までの純粋経済損失の賠償は正当化される。*Ibid.* at 28.

失望させられた受益者については、つぎのような説明がなされる。一見すると、損失（利益）が移転しただけのようにみえるかもしれない。原告に対する利益逸失と偶然により相続した幸運な人物に対する利益獲得とは釣り合っているからである。しかし、これでは、将来の遺言者に対する影響を考慮していない。遺言者が弁護士の助言を信頼することができなくなれば、彼は、死亡時に自己財産をコントロールするための法的な仕組みを信頼できないものとみなすことになる。彼は、死亡前に、富を消費しようとするか、あるいは、富を移転させようとするであろう。遺言者は、そのどちらもすることができるので、信頼できる遺言法が存在したとすれば、それによる行動が価値あるものと考えたであろうよりは、そのどちらの行動も価値なきものと考えることになるに違いない。したがって、弁護士の過失ある行動は、社会的費用を生じさせるものであって、たんなる損失（利益）の移転ではない。以上は、遺言の場合――失望させられた受益者の利益逸失が偶然の相続人の利益獲得に対応している場合――の議論であるが、契約の場合――一方の利益逸失が他方の利益獲得に対応している場合――の議論も同様である。*Ibid.* at 28-29.

失望させられた受益者については、拙稿「第三者に対する契約責任と不法行為責任――失望させられた受益者を題材として――」(2006) 北大法学論集57巻1号466頁以下参照。

える結果を出してきた。明示された裁判の理由づけはたいてい経済的な効率性に関連する問題を無視してきたことからすると、これは意外な結論のようにみえるかもしれない。しかし、もしわれわれが、経済理論の重要部分は実際は体系化された常識にすぎないことを思い起こせば、曖昧な直感から進むべき道を感知する裁判官が、経済理論の視点から基本的には健全なルール群を創出し発展させてきたことは、驚くに値しない[38]。」

（2）Rizzo 教授の経済分析[39]

(1) Mario J. Rizzo 教授の論文「不法行為法における経済損失の理論」[40]の目的は、統一された視点から、どのように経済損失の判例法理は理解されるのかを提示することにある。その統一された視点とは、訴訟費用を減らすのが望ましいと強調する、単純な経済的モデルを用いるものである。同教授は、これは、判例でも、さらに、Atiyah 教授の論文でも、それとなく主張されてきたものであるが、しかし、誰もいまだこれを基礎にして法を包括的に説明することはしていないという。

注意すべきは、Rizzo 教授は、ここで用いる仮説は強力なので、経済損失を発生させる故意と過失の伝統的な二分法を克服できると主張する点である[41]。

---

[38] Bishop (1982a), *supra* note 28, at 29.

[39] Rizzo 教授（1982年当時、Assistant Professor of economics, New York University）は、経済損失について、以下の２つの論文を執筆している。

Mario J. Rizzo, The Economic Loss Problem: A Comment on Bishop (1982a) 2 O.J.L.S. 197;

Mario J. Rizzo, A Theory of Economic Loss in the Law of Torts (1982b) J.L.S. 281（古賀哲夫「アメリカの製造物責任と経済的損失――Santor-Seelyルールの分析――」(1994) 名古屋学院大学論集社会科学篇31巻１号173頁以下、246-249頁に詳細に紹介されている。）

[40] Rizzo (1982b), *supra* note 39, at 281.

[41] *Ibid.* at 282.

(2) Rizzo 教授の仮説

裁判所は、以下の単純な社会厚生関数の最大化に調和するように行動しているといえる。

SW ＝ E (VR) － E (L) － C

E (VR) とは、賠償を認めることの社会にとっての期待価値であり、E (L) とは、全部込みの訴訟の期待費用であり、そして、C とは、経済的損失を被った者から物理的損害を被った者へと、その損失を差し向ける (channel) ――そして、後者は前者に、その損失の補償を約束する (indemnify) ――ための契約を締結する費用である。

E (VR) ＝賠償を認めることの期待価値
E (L) ＝訴訟の期待費用
C ＝差し向け契約締結費用

上記の関数の最大化が意味するところは、明白である。

E (L) が E (VR) を上回るのであれば、賠償は否定されるべきである。加えて、E (L) が C を上回るのであれば、賠償は否定されるべきである。後者の場合、裁判所は E (VR) を考慮する必要はない。というのは、私的合意は常により安価に問題に対処できるからである。このことは、もちろん、当事者が現実に差し向け契約を締結するであろうことを意味しない。というのは、C は、E (L) よりは安価であるが、E (VR) よりも高価であるかもしれないからである。

E (L) ＞ E (VR)　または　E (L) ＞ C　ならば、賠償否定

他方、E (L) が E (VR) よりも少なく、かつ、E (L) が C よりも少ないのであれば、賠償は肯定されるべきである。

E (L) ＜ E (VR)　かつ　E (L) ＜ C　ならば、賠償肯定[42]

[42] *Ibid.* at 283-285.

以上のRizzo教授の論旨を、Bishop教授はつぎのように要約する。純粋金銭損失の回復は、そのような金銭的損失を受ける潜在的な被害者（P）が物理的被害を受けた被害者（A）から補償を確保する契約（a contract securing an indemnity）を締結するよう奨励するため、否定される。そして、Aは、自分の訴訟の中で、Pに補償する費用（his indemnity costs）を回収し、かくて、裁判所は、2つの訴訟を1つに減らすのである。そして、以上のRizzo教授の難点を、Bishop教授はつぎのように6つ指摘する。Bishop (1986b), *supra* note 28, at 74-77.

(ア) すべてのAとPが、めったに起こらない事故を想定して、補償契約を締結する費用は、莫大なものである。すべてのAとPが、めったに起こらない訴訟の費用を節約するために、補償契約を締結するべく莫大な費用をかける方法は、奇妙にみえる。

(イ) 補償契約の内容については、AはPに無限定に補償すると勝手に取り決められるものではなく、AはPに合理的な費用を補償するものでなければならない。そこで、裁判所は、補償契約の内容を監視しなければならなくなる。そのような裁判所の監視費用は、高価かつ不確実なものである。

(ウ) 電話やガス、電気、水道などの会社側Aと消費者Pが締結する契約は、その契約締結費用を最小にするべく約款による。その約款の中に特別な補償契約の条項を挿入する費用は、莫大なものである。

(エ) 差し向けが機能する唯一の事案類型がある。企業Pは、たとえば、生産者Aと一定の需要量を保証して（guarantees）契約を締結することがあり、または、消費者Aと一定の供給量を保証して契約を締結することがある。あるいは、使用者Pは、被用者Aと一定の給料や期間を保証して契約を締結することがある。すなわち、Pは、需要量、供給量、さらに、労働の需要の変動のリスクすべてを引き受けることになる（Bishop教授は、Pを「天然の保険者（natural insurers）」と呼ぶ）。このとき、差し向けがなされているといえるが、ここでの「差し向け」は、格別の理由で引き受けられた合意の偶然の結果であることに留意する必要がある。すなわち、このような「天然の保険者」の事例のほかには、補償契約の類は、取引世界や法的実務に知られておらず、あるいは、ほとんど知られていない。

(オ) Bishop教授は、Rizzo教授は訴訟費用の大きさや重要性を過度に強調してきた、と批判する。多くの事例では、裁判外で和解がなされており、また、被告の同一の行為に対して、複数の原告の損害賠償請求訴訟が提起される場合には、請求の併合、さらには、集団訴訟（the class action suit）などの訴訟数を減らして訴訟費用を節約する仕組みが用意されている。

(カ) Bishop教授は、Rizzo教授は経済損失に関するコモン・ローを説明す

(3) 経済損失は、損失（利得）の移転か、それとも、社会的費用か。

Rizzo 教授は、Bishop 教授と異なり、純粋経済損失の多くの事例は、経済理論からみると、社会的費用となると主張する。

(ア) インプット切断事例（input cutoff cases）

第１例は、つぎのとおりである。原告会社への電力供給または進入通路が被告の過失により切断された場合である。このとき、原告は被告に対して、休業期間の逸失利益を賠償請求するのが通常である。

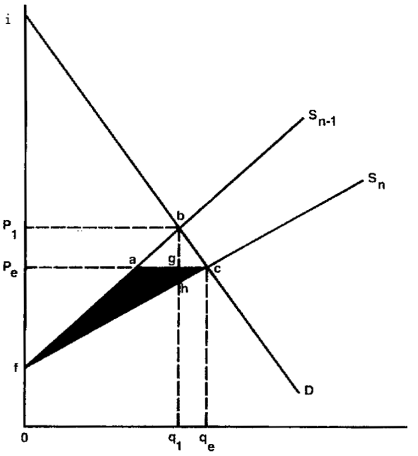

図１

（Rizzo（1982b）, *supra* note 39, at 287から転載した。ただし、“i” は筆者（新堂）が補充した。）

図１をみてみよう。当該会社が製造する製品について、D は需要曲線を表し、S_n は操業中の全企業の供給曲線を表す。他方、S_{n-1}は、１企業が電力切断事故により生産中止に追い込まれたときの供給曲線を表す。

るための記述的ないし実証的なモデルを提示したが、リーガル・ルールを変更するための理論を提示しなかった、と批判する。昨今、コモンウェルス諸国の判例が変化しつつあるが、その説明ができない、というものである。

Bishop 教授は、差し向けでうまく説明できる事案類型は、「天然の保険者」に限られており、コモン・ローが採用してきた一般的なルールを説明できない、と結論づける。

S_n より上で均衡価格水平線 p_ec より下の面積 fp_ec は、電力切断事故前の生産者余剰（producer's surplus）を示す。D より下で均衡価格水平線 p_ec より上の面積 ip_ec は、電力切断事故前の消費者余剰（consumer's surplus）を示す。電力切断事故後は供給曲線が S_n から S_{n-1} へと上方にいくために、S_{n-1} より上で均衡価格水平線 p_1b より下の面積 fp_1b は、電力切断事故後の生産者余剰を示す。D より下で均衡価格水平線 p_1b より下の面積 ip_1b は、電力切断事故後の消費者余剰を示す。結局、社会全体としては、fbc 面積分の余剰がなくなったのである。

生産者余剰の増減をみてみよう。面積 fca はその減少を表し、面積 p_ep_1ba はその増加を表す。前者は電力切断事故による休業企業がその負担を被らなければならず（逸失利益）、後者は残りの操業企業がその恩恵を受けることができる。それをさらに分析してみると、面積 fagh と面積 ghc に区分できる。面積 fagh は、0から q_1 までの生産を継続する課程で、費用に転換させられた余剰を表す。つまり、0から q_1 までの生産を継続するにも、電力切断事故の前後を比較すると、より高い費用がかかるのである。他方、面積 ghc は、q_1 から q_e までの生産をすることによる余剰を表す。しかし、より高い価格 p_1 のために、q_1 から q_e までの生産が継続されることはないのである。まとめると、電力切断事故による休業企業の逸失利益（面積 fca）は、社会的費用となるのである。

面積 fac だけが社会的費用となるのではない。面積 bgc と面積 abg も社会的費用となる。面積 bgc と面積 abg は、電力切断事故前は消費者余剰であったが、電力切断事故後は追加的費用となる。ところで、法は、原則として、これらの費用の賠償を認めようとはしない。というのは、通常、これらの費用は、消費者大衆に拡散されて負担されるからである。すなわち、0から q_1 までの製造された製品の価格が p_e から p_1 まで上がり、それが消費者に転嫁され、q_1 から q_e までの生産は継続されずに、余剰は消滅するからである。まとめると、消費者余剰である面積 bgc と面積 abg は、電力切断事故によって、社会的費用となるのである。

再度確認しておくが、面積 p_ep_1ba は、消費者余剰から残りの操業企業の生産者余剰への移転を表しているのであって、休業企業から操業企業へのそれを表しているのではないことに注意する必要がある。休業企業の逸失利益（面積 fca）は、操業企業に移転しているわけではないのである[43]。

---

[43] Rizzo (1982b), *supra* note 39, at 286-288.

(イ) アウトプット破壊事例（output destruction cases）

第2例は、つぎのとおりである。被告研究所から漏れ出たウィルスによって引き起こされた畜牛の疫病のために、農相は、6日間、家畜市場を閉鎖した。ウィルスの漏出を回避するべく重い注意を怠ったとして、被告の過失が認定された。市場が閉鎖されていた期間、原告競売人は自己のサービスを提供することができなかったため、被告に失われた所得を請求した[44]。

被告の行為による社会的費用とは何か、そして、原告の失われた所得はその一部なのか、を分析する。以下の仮定を置くとする。第1に、何頭かの牛が病気に罹る前に、すべての牛に競売サービス以外の資源は投入されていたこととする。第2に、競売サービスは、短期間では、まったく転用不能なものであるとする。第3に、競売人は、競落された牛1頭ごとに報酬が支払われるものとする。

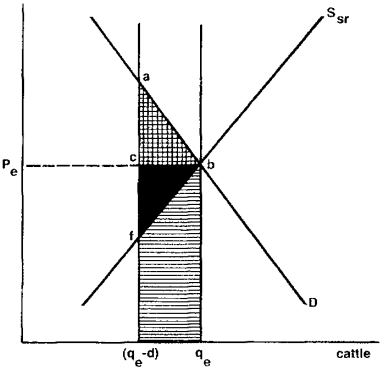

図2

（Rizzo（1982b）, *supra* note 39, at 289から転載した。）

図2をみてみよう。q_e は、ウィルスが漏れ出なかったならば、市場に連れて来られた牛の数である。d は、市場から取り除かれた病気に罹った牛の数である。S_{sr} は、疫病が発生しなかった場合の短期間の供給曲線である。

(q_e-d) と q_e の間の距離は、もはや市場では入手できない牛の数である。需要曲線Dより下で価格線 p_e より上の面積 abc は、消費者余剰における結果的

[44] *Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute* [1966] 1 Q.B. 569.

損失（consequent loss）を表す。供給曲線 S_{sr} より上で価格線 p_e よりも下の面積 cbf は、生産者余剰における集合的損失（aggregate loss）を表す。このときの生産者には競売人だけではなくその他の要素も含まれるが、競売サービスは短期間ではまったく転用不能なものであるので、競売人の失われた所得のすべては上記の面積 cbf の中に表すことができる。そして、売れない牛（廃棄物）の製造する原材料費は、面積 fbq_e (q_e-d) で表す。以上の３つの面積は、研究所の過失から生じる第１次的な社会的費用の構成要素となる[45]。

したがって、競売人の逸失利益から報酬を控除したものと、病気に罹った牛の病気に罹らなかった場合の市場価値を被告が賠償するとすると、面積 cbf と面積 fbq_e (q_e-d) の合計額が内部化されることになる。他方、一般には、消費者余剰における損失（面積 abc）は賠償されず、そのような社会的費用は不法行為者に賠償が課されることはない。そのような賠償訴訟では訴訟費用が高くつくために、賠償を否定することは合理的である[46]。

(4) つぎに、Rizzo 教授は、**(2)**の仮説で判例をうまく説明できるとして、多数の判決を分析するが、本稿では省略する[47]。

---

[45] 第２次的な社会的費用については、Rizzo 教授もいうように、第１次的な社会的費用と比較して大きくはなく、賠償も肯定されないので、本稿では省略する。

[46] Rizzo (1982b), *supra* note 39, at 288-290.

以上の議論は、不法行為の最適な損害賠償は不法行為の社会的費用と同じであるという考え方を受け入れたうえでのものであった。原則として正しいが、２つの主要な例外がある。第１に、被告が故意に不法に利益を獲得したとき、最適な損害賠償は、不法行為の社会的費用とともに、その利益も含まれるべきである。第２に、原告の目的が遺言または生命保険契約により第三者から財産の移転を受け取るものであり、被告が故意または過失によりこれを妨げたとき、最適な損害賠償は、移転されるはずであった財産の価格である。*Ibid.* at 290-291.

[47] Rizzo 教授は、まず、**(ア)** E (L) ＞ C ならば、賠償は否定されるとする仮説で説明できる判例を列挙する。*Ibid.* at 296-297.

つぎに、**(イ)** E (L) ＜ E (VR) かつ E (L) ＜ C ならば、賠償は肯定されるとする仮説で説明できる判例を４つに分類して列挙する。**(a)**差し向け契約の締結の費用が高価な場合、**(b)** 2 人以上が物理的損害を被った場合（各人が、各人の被っ

(5) Rizzo 教授は、最後にこう付言する。

> 「本稿は、衡平の考慮（equity consideration）に基礎づけられる非効率を必ずしも排しない、その程度において、コモン・ローに関する『富の最大化』文献のいくつかのものとは異なっている。『賠償を認めることの価値』とは、複数の意味を許容する一般的なことばである。しかしながら、われわれの理論の主な貢献は、衡平の考慮がどのようなものであるにせよ、それは法システムの利用コストによって制約されるものである、と提示したことにある[48]。」

（3）小括

純粋経済損失は、個人的損失か、社会的損失か。これについて、Bishop 教

た物理的損害とともに経済的損失の賠償を請求する場合、それをすべていちいち否定するためにかかる費用がとても高いから）、(c)物理的損害が生ぜず、経済的損失だけが生じたために、差し向け契約の締結ができない場合、かつ、経済的損失が原告に集中している場合（訴訟費用が安くなるから）、(d)物理的損害を被った人の代わりに、経済的損失を被った人が訴える場合（賠償を肯定しても、追加的訴訟費用がかからないから）。*Ibid.* at 298-307, 309-310.

Rizzo 教授は、自分の仮説は、故意不法行為と過失不法行為を問わず、判例を説明できるとする。たとえば、DがAに対して、AがPとの間の契約に違反するように働きかけた場合（アメリカ法における「契約関係に対する妨害（Interference with Contractual Relations）」）、経済損失の賠償が肯定される。これをもってして、法は、故意不法行為による経済損失事例と過失不法行為による経済損失事例で、根本的に異なる扱いをしているのである、としばしばいわれることがある。しかし、Rizzo 教授は、これを否定する。その主張はこうである。たしかに故意不法行為におけるほうが過失不法行為におけるよりも、経済損失の賠償が肯定されやすいといえるであろうが、このことが、法が前者と後者で基本的に違う扱いをしているということを表しているわけではない。結論において差異が表れる理由は、故意不法行為の多くの事例が、物理的損害が生ぜず、経済的損失だけが生じたために、差し向け契約の締結ができない場合、かつ、経済的損失が原告に集中している場合（訴訟費用が安くなるから）((c))であるからである。*Ibid.* at 307-309.

[48] *Ibid.* at 310.

授と Rizzo 教授は、結局、同じ結論に達している。Bishop 教授の第 1 例を、Rizzo 教授の図 1 で表そうとすると、供給曲線 S_n と S_{n-1} がほとんど変わらないものとして表すことができる。Bishop 教授の第 2 例を、Rizzo 教授の図 1 で表そうとすると、供給曲線が S_n から S_{n-1} へと上に上がるものとして表すことができる。

そして、Rizzo 教授は、供給曲線 S_n と S_{n-1} がほとんど変わらないのは、産業全体に余剰能力があるからであり、これが社会的損失であるとするのである。

（4）「ヨーロッパにおける純粋金銭損失に対する責任：経済学による再定式化」

純粋経済損失についての先行研究が法システムごとに分断されたものであったのに対して、本論文[49]は比較法の概観図を示している点で意義は大きい。ま

---

[49] Mauro Bussani, Vernon Valentine Palmer & Francesco Parisi, Liability for Pure Financial Loss in Europe: An Economic Restatement (2003) 51 American Journal of Comparative Law 113.

本論文の前注によると、Mauro Bussani は、Professor of Law, University of Trieste, Vernon Valentine Palmer は、Professor of Law and Director of European Legal Studies, Tulane University、Francesco Parisi は、Professor of Law and Director, Law and Economics Program, George Mason University, School of Law とのことである。

そのほか、Bussani 教授と Palmer 教授は、以下の 2 つの論文を公表している。

> Bussani & Palmer, *supra* note 1, pp. 3-24;
>
> Mauro Bussani & Vernon Valentine Palmer, Between Contract and Tort: Pure Economic Loss in Europe, Nili Cohen & Ewan McKendrick (eds.), Comparative Remedies for Breach of Contract (2005), pp. 189-217.

前者は、ヨーロッパの各法域における、純粋経済損失問題への対処方法を調査し、その結果をまとめた著書の巻頭論文である。

後者は、前者の論文および著書をふまえたうえで、純粋経済損失問題への対処方法には、3 形態（liability regimes）あるとする。すなわち、第 1 に、寛大な形態（liberal regime）―― 仏、白、伊、希、西。制定法（不法行為法）における一般条項は、純粋経済損失の救済を排除しない。――、第 2 に、実務的

た、本論文は、純粋経済損失の賠償を排除するルールに対して、伝統的な法律学に基づく説明とともに、経済学における効率性に基づく説明を整理している。

(1) 最初に、著者らは、本稿の目的をつぎのように述べている。一方で、比較法や法史学の研究者は、経済損失ルール（賠償否定ルール）が歴史の所産であり、近代における法的ドグマティズム（legal dogmatism）によって現在のように形作られたものである、と結論づける。他方で、著者らは、経済損失ルールは裁判所のプラグマティズム（judicial pragmatism）、すなわち、裁判所や立法者による漸次的断片的な試行錯誤によって現在のように形作られたものである、とする仮説を主張する。著者らによると、裁判所や立法者はそこで、行為者に効率的に誘因（incentives）を与える必要性と、選択された責任制度を管理するための費用の最小化とを比較考量しているということである[50]。

著者らは、つぎに、純粋経済損失が問題となる「標準事例」を４つほど列挙する。それぞれの事例について、それぞれの法システムが、どのように解決しているかも提示するが、対応はまちまちである、と結論づける。

(ア)　「間接損失（Ricochet loss）」

ＰがＡの船を曳くとする契約を締結した。Ｄの過失ある行為により当該船が沈んだために、ＰはＡとの契約を履行できず、期待された利益を逸失した。つまり、Ｄの過失ある行為により、Ａに物理的損害が生じ、Ｐに金銭的損失が生じた。このＰの経済損失を間接損失という。

そのほか、雇用契約損傷（the impairment of an employment contract）事例がある。たとえば、ＡはＰスポーツ・チームの主力選手であったが、Ｄの過失ある運転によりＡは死亡しまたは就労不能となったため、Ｐは収入源を失ったという事例（「花形選手の喪失（Loss of a Star）」）である。そのほか、「電線事例（Cable Cases）」もある。

な形態（pragmatic regime）――英、スコットランド、蘭。裁判官が、ケース・バイ・ケースで、不法行為における注意義務の概念を通じて、純粋経済損失の救済の是非を判断する。――、第３に、保守的な形態（conservative regime）――独、墺、葡、瑞典、芬。制定法（不法行為法）が絶対権侵害の救済しか認めないために、判例法（契約法）が、第三者のための保護効を伴う契約の法理などを通じて、純粋経済損失の救済を肯定する場合がある。――である。

[50] Bussani, Palmer & Parisi, *supra* note 49, at 116-117.

(イ)　「移転された損失（Transferred loss）」

ＰはＡの船をチャーターした（傭船契約を締結した）。当該船の修理期間中に、Ｄが不注意にもプロペラを傷つけたため、修理期間がさらに延び、その間、ＰはＡの船を借り上げられなかった。つまり、Ｄの過失ある行為により、Ａに、船の所有権を侵害されたことによる損害が生じ、通常はそれとともに船を使用できなかったことによる損失が生じるが、船の使用権は傭船契約によりＡからＰへと譲渡されているため、後者の損失も移転されているのである。このＰの経済損失を移転された損失という。

そのほか、売主Ａに権原を留保するが買主Ｐに危険は移転する内容で、目的物をＡからＰへ運送中、運送人Ｄの過失により目的物が損傷したという場合がある。

(ウ)　公共サービスおよびインフラの閉鎖

過失ある行為が、公設市場、公道、公海の閉鎖を余儀なくさせることがある。その閉鎖によって、これを利用して生計を立てている個人は直接に経済損失を被ることになる。たとえば、Ｄの過失により河川に化学物質が流出したが、その除去作業のために、しばらくの間、船舶は当該水路を利用できず、マリーナ、レンタル・ボート、ホテル、さらには、漁師も経済損失を被ることになる。

経済損失の賠償責任を認めるかどうかの議論の中で最大の懸念とされる、無限の範囲の人々に対して、無限の金額の責任を負わせることになりはしないかということが、すなわち、責任範囲の不確定性の問題が、この事例において最も顕著に現れる。

(エ)　情報や助言またはプロフェッショナル・サービスに瑕疵がある場合

ＤによってそのクライアントＡに対して情報や助言またはプロフェッショナル・サービスが提供されたが、それらがＤとは契約関係にない第三者Ｐによって信頼されることがある。かりにそれらの情報や助言またはプロフェッショナル・サービスが誤って提供されたとすると、Ａに対しては、契約違反になる場合もあるし契約違反にならない場合もあるが、いずれにせよ、Ｐは、純粋金銭損失を被ることになる[51]。

著者らは、ヨーロッパの各法域裁判所の上記4事例への対応について、つぎのようにまとめている[52]。

---

[51] *Ibid.* at 117-120.

[52] *Ibid.* at 121.

表1

		賠償肯定	賠償否定	未決または不明
(ア) 間接損失	「電線事例」	仏、白、希、伊、西、蘭	墺、英、芬、独、葡、スコットランド、瑞典	
	「花形選手の喪失」	仏、伊	墺、白、英、芬、独、希、葡、瑞典、スコットランド、蘭	西
(イ) 移転された損失		墺、白、仏、芬、独、伊、蘭、葡	英、希、スコットランド、瑞典	西
(ウ) 公共サービスの閉鎖		仏	墺、白、英、芬、独、葡、スコットランド、西、瑞典	伊、希、蘭
(エ) 専門家による助言に瑕疵がある場合	弁護士、および、公証人	墺、白、英、仏、独、希、伊、スコットランド、西、蘭		芬、葡、瑞典
	会計士	白、伊、瑞典、芬、蘭	墺、独、英、スコットランド	仏、西、希、葡

(2) 経済学による再定式化

著者らは、経済損失について、その伝統的理論を批判的に検討したうえで[53]、その経済分析を提示する[54]。注意すべきは、経済学の基礎的な考え方を理解することによって、経済損失原則や判例法理を記述的ないし実証的に説明することができるようになるとともに、立法者や裁判所を規範的に指導することができるようになる、と指摘する点である[55]。

まず、著者らは、純粋経済損失を排除するルールにつき、「原告は、個人的な純粋経済損失を賠償されえない。」と言い直す。

---

[53] 純粋経済損失に対して、(ア)予見可能性によってその賠償の可否を決する議論、(イ)絶対権と相対権の区別によってその賠償の可否を決する議論、(ウ)人身は有体財産より価値があり、有体財産は無体財産より価値があるとの区別によってその賠償の可否を決する議論、(エ)訴訟の洪水を防ぐ「水門（floodgate)」議論を批判的に検討する。 *Ibid.* at 123-131.

[54] *Ibid.* at 131-134.

[55] *Ibid.* at 134.

過失責任制度においては、行為者が適切な行為のレベルをとらないときはいつでも、社会的外部性による責任を彼に課すのが望ましい。その適切な行動のレベルを x^*とする。その場合の適切な賠償のレベルを D とする。D は、以下の公式に決定づけられる。

① $D = Ls(x) \quad \forall \quad x < x^*$（すべての $x < x^*$について）

この公式の意味は、不法行為者が社会的最適レベル x^*よりも低いレベルでしか予防措置（precaution）（以下「予防」と省略する。）を講じなかったときはいつでも、社会的損失 Ls と同じ額の損害賠償 D が支払われるべきであるということである[56]。

この公式の適用は、さまざまな理由で問題をはらむ。

第１に、①によると、責任の範囲が個人的損失 Lp によって決められることにならずに、社会的損失 Ls によって決められることになる。しかし、その2つを切り離すのは、問題がある。というのは、被害者の観点からは、賠償されるべきよりも多く賠償される状況を生み出すこともあるし、反対の状況を生み出すこともあるからである。

② $D > Lp \quad \forall \quad Lp < Ls$（過大賠償）
$D < Lp \quad \forall \quad Lp > Ls$（過小賠償）
$D = Lp \quad \forall \quad Lp = Ls$（完全賠償）

個人的損失と社会的損失が一致するときだけ（$Lp = Ls$）、多すぎもせず少なすぎせず損害が賠償されている状態にあるいえよう。

第２に、①によって定式化された責任ルールは、いくつかの矛盾する結論をもたらす。たとえば、

③ $D < 0 \quad \forall \quad Ls < 0$（Lp がいかなる値をとろうとも）

[56] 著者らが社会的損失というとき、生産者余剰と消費者余剰の合計の減少部分を考えている。*Ibid.* at 137, 139.

すなわち、当該行為が、たとえ被害者が個人的損失を被っているときでも（Lp ＞0）、社会的利益をもたらす場合であれば（Ls ＜0）、負の責任、つまり被害者が加害者を賠償するという責任が発生することになる。このような最適責任レベルの適用によるとすると、個人的損失が社会的利益をもたらすときはいつでも、不法行為に対して奨励金が支給されることになる。

これら２つの実際的な問題点を指摘することにより、経済損失ルールが現代法システムの間で共通するところなく発展してきた理由を説明できよう。

ところで、現実の世界では、①の公式のうえにさらに④の制約が付け加えられる。すなわち、現実の世界では、これらの付帯条件によって、さきほどの実際的な問題点は露呈しないのである。

④　D ＝ Ls　s.t.（付帯条件として）　D ＞0　かつ　D ≦ Lp

現実の世界では、個人的損失のための責任の額は負であるということはなく（たとえ不法行為が社会的利益を生み出したとしても被害者は加害者に賠償を求められることがあるということはなく）（D ＞0）、そして、責任の額が被害者の損失の範囲を越えるということはない（損害賠償が賠償されるべきよりも多く賠償される状況にあるということはない）（D ≦ Lp）、という２つの制約が存在するのである。

このような経済損失ルールの再定式化は、つぎのことを示唆する。個人的経済損失が他の第三者により享受される利益と相殺されるときはいつでも、経済損失に対する責任は排除されるべきである。そのようなときは、不法行為は社会的損失を生み出していないのである[57]。

著者らは、まとめとして、つぎの表を示す[58]。

説明が必要な類型は、**(b)**から**(e)**までの４つであろう。

(b)類型と**(c)**類型においては、経済損失ルールが有効な役割を果たしている。たとえば、**(c)**類型においては、同ルールが、社会的損失に無関係な個人的損失に対する責任を排除する役割を担っており、あるいは、**(b)**類型においては、同ルールが、個人的損失のうちの社会的損失に対応する部分に責任を限定する役

[57] *Ibid.* at 135-138.

[58] *Ibid.* at 140.

表 2

	個人的損失対社会的損失	関連する条件	救　　済
(a)	Lp＝Ls	Ls＞0	D＝Ls
(b)	Lp＞Ls	Ls＞0	D＝Ls
(c)	Lp＞Ls	Lp＞0 Ls≦0	D＝0 (D＜0)
(d)	Lp＜Ls	Lp＞0	D＝Lp＋T T＝Ls－Lp
(e)	Lp＜Ls	Lp≦0 Ls＞0	D＝Ls または Ls＜D≦0

割を担っている。**(c)**類型は、一方で、被害者に失われた売上げが生じたが、他方で、被害者の競争者が同様の物品を同等の費用で製造して販売した場合が典型である。**(b)**類型は、**(c)**類型と同様の説明ができるが、より現実的な場合である。たとえば、被害者の遅れた売上げの場合、あるいは、被害者の競争者が同様の物品をより高価な費用で製造して販売した場合がありうる。

(d)類型においては、消費者余剰の失われた分のせいで[59]、社会的損失が個人的損失を上回っている（Lp ＜ Ls）。事前の抑止（ex ante deterrence）を効率的なレベルに維持するためには、不法行為者に期待される責任のレベルは社会的損失 Ls と同じにすべきである。しかし、事後の責任（ex post liability）が D ＝ Ls の算定基準で課されるとすると、被害者は過大に賠償されることになる、つまり、彼は実際に被った損失よりも多く賠償されることになる（D ＞ Lp）。

そこで、いくつかの法システムにおいては、不法行為における損害賠償は実際の損害を超えてなされるべきではないとする一般法則によって、全社会的損失につき完全賠償責任の適用を排除しようとしたといえるのではなかろうか。

つぎに、著者らは、被害者の過大賠償を避けながら、事前の誘因（ex ante incentives）を有効に保つべく解決策、しかも異例の解決策を考案する。そのような解決策の１つとして、責任を賠償から切り離すというものがありうる（decoupling solution）。すなわち、一方で、加害者の期待責任を期待社会的損失 Ls に連動させ（linked）、他方で、被害者の賠償を実際に被った個人的損失 Lp までとする（capped）、という解決策である。加害者が支払った金額 Ls と

[59] Rizzo 教授の議論を参照のこと。

被害者が受け取った金額 Lp の差額は、罰金または税金として国庫に納めるようにするか、あるいは、当該目的のために創設された財団に払うようにすればよい（T ＝ Ls － Lp）。

(e)類型は、不法行為が社会的損失を生み出す一方で（Ls ＞0）、直接的な被害者には利益を生み出す場合である（Lp ≦0）。実際に問題となりうる事例ではなく、教室設例である。このとき、直接的な被害者には、加害者に対して訴訟を提起する誘因はまったくないが、社会的費用を負担する第三者には、加害者に対して訴訟を提起する誘因がある。これこそが、純粋経済損失について責任を肯定すべきか否定すべきかの判断しがたい事例の１つである。責任を否定することになれば、事前の効率的なルール D ＝ Ls に違反することになろう。責任を肯定することになれば、無限に訴訟が提起されるであろうが（the open-ended litigation）、加害者においても勘定が足りなくなるであろう（the balance deficit）。

このとき不法行為は、直接的な被害者に正ではない個人的損失を与えているが（Lp ≦0）、同時に、他者に現実の損失を与えている（Ls ＞0）。したがって、不法行為の損失全体は、Ls ＋｜Lp｜となる。しかしながら、社会的損失だけが賠償責任という形で不法行為者に課されるべきであることから（D ＝ Ls）、無限に提起される訴訟も認容しなければならなくなり、そのことが非効率的な過剰抑止へとつながっていく。

このような非効率的な過剰抑止を避けるためには、つぎの２つの選択的な解決策を検討する必要がある。１つには、加害者が、直接的な被害者から利益 Lp を回収する一方で、全他者の全損失 Ls を完全に賠償するという方法がある。２つには、全他者の法的請求の数や額を適切に制限する裁量的基準を編み出す一方で、直接的な被害者が利益を保持するという方法がある[60]。

以上の分析をまとめておこう。まず、「社会に関連する経済損失（socially relevant economic losses）（社会的損失）」と「純粋に個人に関連する経済損失（purely private economic losses）（個人的損失）」を区別する。前者は、個人的損失と、それに一致する社会的損失を生じさせるものである。後者は、被害者に損失を生じさせるが、それと差し引きできる利益を第三者に生じさせるため、社会的損失をまったく生じさせないものである。そして、排除ルールを経済学により再定式化すると、原告は純粋に個人的な経済損失に基づく賠償を排

[60] Bussani, Palmer & Parisi, *supra* note 49, at 139-143.

除される、ということになる[61]。

(3) つぎに、著者らは、経済分析の視点を通じて、排除ルールを考え直す作業にとりかかる。すなわち、裁判所は、その曖昧なプラグマティズムに従って、アド・ホックに排除ルールを適用したりしなかったりしているようにみえるが、経済分析の視点を通じて、そのような現象の根底にある理論を解き明かす作業である。そこでは、**(1)**の**(ア)**から**(エ)**までの類型を分析しているので、本稿では、それを紹介しておく。

(ア) 「間接損失（Ricochet loss）」

経験的調査（前掲表１）によると、「花形選手の喪失」事例では、ヨーロッパにおける法システムの大多数は責任を否定しており、「電線事例」では、その約半分が賠償を肯定している。経済分析によれば、この２つに分かれた処理を簡単に説明できる。

多くの場合、所有物の市場価格は、すでに、将来それを有効に使用して生じる収益の流れを現在に引き直した価値（the discounted present value of the flow of income）を含んでいる。「花形選手の喪失」事例では、選手の給料は、すでに、クラブ・チームが選手から稼ぎたいと願う利益の大半を含んでいる。１次被害者である選手に対する損害賠償が失われた給料であるとすれば、２次被害者であるクラブ・チームに対する損害賠償をさらに認めることは、１つの損害に対して２重に賠償を認めることになる。つまり、過大責任と過大予防が引き起こされることになる。かくて、経験的調査の結果は、経済学により簡単に説明できる。

しかし、すべての場合が、このように説明できるわけではない。「電線事例」のような場合、所有物の市場価値は、第三者がそれを使用して得られる利益のすべてを含んでいるわけではない。たとえば、電話や電気、ガス、水道の料金は、利用者がそれらのサービスを利用して得られる利益のすべてを含んでいるとはいえない。このとき、もし排除ルールが適用され、供給者が被った損害に責任が限定されるのであれば――その理由は、無限の責任を危惧しただけであり、最適な誘因を考慮したわけではないが――、その賠償は、事故によって生じた社会的損失に足りないことになる。現実の世界の多くにおいては、社会的

[61] *Ibid.* at 143.

損失は、供給者が被った損害より多く、利用者が被った損失より少ない、その中間におそらくあろう。これらの中間の事例においては、排除ルールの部分的適用が求められるであろう。

(イ)　「移転された損失（Transferred loss）」

経験的調査によると、「移転された損失」事例では、ヨーロッパにおける法システムの間で、回復ルールを適用するところと排除ルールを適用するところに割れている。

最適な抑止のためには、不法行為者の賠償責任の総額は、不法行為による社会的損失の総額より少なくてはだめで、等しくなければならないが、不法行為者が１つの損失のために１次被害者と２次被害者に２重に責任を負ってもだめである。そして、その総額は、１次被害者に支払われようが、２次被害者に支払われようが、分けて支払われようが、抑止の観点からは、無関係である。

さらに、契約当事者（１次被害者と２次被害者）は、将来、責任を負わされるか負わされないかを考慮して、契約の価格を決定する。たとえば、保険会社（２次被害者）が、保険代位が許されると事前にわかっていれば、いいかえれば、回復ルールが適用されると事前にわかっていれば、その期待責任の負担費用は下がり、保険料も下がる。あるいは、排除ルールが適用されると事前にわかったうえで、売主または貸主（１次被害者）から買主または借主（２次被害者）へと損失は移転されるという内容の契約が締結されたとすれば、危険が移転されることによる費用を代金から割り引くという内容の契約が締結されたのであろう。つまり、経済学における効率性からは、どちらのルールがとられているかが事前に明らかにされていればよいだけで、それが排除ルールであろうと回復ルールであろうとかまわないということになる。

したがって、経験的調査の結果と効率性基準の説明は、調和していることがわかる。

(ウ)　公共サービスおよびインフラの閉鎖

前にも述べたとおり、ここでは、無限の責任と無限の訴訟の問題が、最も顕著に現れる。経験的調査によっても、ここでは、フランスと若干の未決または不明な国々を除いては、責任を認めることに消極的である。

被害者からみれば、最善の公共サービスを利用する機会は失われたが、次善の公共サービスを利用する機会は得られたのであるから、最善の機会と次善の機会の差の分だけしか損失を被っていない。さらに、完全に弾力的な市場にお

いては、被害者が損失を受けた分、受益者が利益を受けることになり、社会的損失はなくなるため、賠償は否定されてよい。しかし、弾力的でない市場においては、被害者の個人的損失は社会的損失となるため、賠償は肯定されてよい。しかし、このときでも、無限の訴訟に対応し、無限の責任を実現する制度を管理する費用が極端に高価であることも考慮する必要がある。

したがって、経験的調査の結果と効率性基準の説明は、調和していることがわかる。

(エ) 情報や助言またはプロフェッショナル・サービスに瑕疵がある場合

経験的調査によると、ヨーロッパの裁判所は、弁護士および公証人の場合には、純粋経済損失の賠償を認めることに積極的であるが、監査役および会計士の場合には、純粋経済損失の賠償を認めることに消極的である。

一方で、弁護士や公証人は、通常、クライアントまたは制限された範囲の第三者――おそらくクライアントに意図された受益者――のためになるサービスを提供する。弁護料や公証料の中には、弁護士や公証人が、将来、その業務に過誤があるために責任を負うかもしれない場合の費用が含まれている。顧客は、報酬の一部として、業務の品質に対する黙示の保証のための料金、そして、業務に過誤あるときの賠償を得る権利のための料金をすでに支払っている。したがって、弁護士や公証人は、それらの狭い範囲の第三者が受けた純粋経済損失の責任を負うことになる。

他方で、監査役や会計士によって提供された情報は、より広範な人々が利用することもあろうし、信頼することもあろう。かりに、監査役や会計士が、それらすべての第三者が受けた純粋経済損失の責任を負うとすれば、将来、その情報に瑕疵があるために責任を負うかもしれない場合の費用は莫大なものとなる。そして、監査役や会計士から情報を入手したクライアントが、その高騰した費用を負担することになる。かくて、プロフェッショナル・サービスへの需要が最適とはいえない状態が発生することになる[62]。したがって、監査役や会計士は、それらの広い範囲の第三者が受けた純粋経済損失の責任を負わないほうが望ましいということになる。

(2)における効率性基準の説明（総論的）は、**(3)(エ)**における効率性基準の説明（各論的）と違う点に注意する必要がある。とりあえずは、経験的調査の結果

[62] 著者らは、このような顧客が支払う報酬の高騰を外部性と位置づける。

と(3)(エ)における効率性基準の説明（各論的）は、調和していることがわかる[63]。

（5）Mattiacci 特別研究員の経済分析

(1) Giuseppe Dari Mattiacci 特別研究員の論文「純粋経済損失と複数の外部性の内部化に関する経済学」[64]は、まずこう述べている。本研究は、純粋経済損失に関する法律学によるアプローチと経済学によるアプローチの違いを強調するものであり、後者に焦点を合わせるものである。さらに、伝統的な経済理論とは異なる新しい仮説を提示するものとなる。

なお、Mattiacci 研究員は、「回復ルール（recovery rule）」を、被害者が自分の被った損害を完全に賠償されるとするルールとして使い、「排除ルール（exclusionary rule）」を、被害者が社会的損失（被害者の損失から第三者の利益を控除したもの）しか賠償されないとするルールとして使う[65]。

(2) Mattiacci 研究員は、自説を展開する前に、過去に紹介された経済学アプローチを見直す。

(ア) 純粋経済損失の問題は、外部性の内部化の問題である。不法行為法に共通の問題であり、とどのつまりは、不法行為法とは、取引費用のかかりすぎるために任意の契約が内部化できなかった外部性を、内部化する仕組みである。純粋経済損失の問題の特徴的なところは、複数の外部性が発生し、しかもそれは、一方で負の外部性を生み出すが（被害者の損害（the victim's harm））、他方で正の外部性を生み出す点にある（受益者の利益（the gainer's gain））。

そこで、同研究員は、つぎのように主張する。純粋経済損失の問題は、この

---

[63] Bussani, Palmer & Parisi, *supra* note 49, at 144-151.

[64] Giuseppe Dari Mattiacci, The Economics of Pure Economic Loss and the Internalisation of Multiple Externalities, Boom, Koziol & Witting (eds.), *supra* note 1, at 167.

本書の前書きによると、Guiseppe Dari Mattiacciは、Marie Curie Fellow at Hamburg University, Utrecht School of Economics, Universiteit Utrechtとあるが、現在は、Associate Professor of Law and Economics at Universiteit van Amsterdam, the Amsterdam Center for Law and Economicsである（http://www.kernbureau.uva.nl/）。

[65] *Ibid.* at 171-172.

正と負の外部性を同時的に内部化する問題としてとらえられるべきこととなる。しかしこの正と負を単純に差し引きするのではなく、もっと複雑な計算をしなければならない[66]。

(イ) 経済損失に関する経済分析における先行研究は、損害賠償の大きさの問題のみに焦点を当ててきたが、同研究員は、つぎのように批判する。

1つには、先行研究は、厳格責任ルールをとるか過失責任ルールをとるかを区別しないが、区別すべきである。

2つには、加害者が予防措置（precaution）（以下「予防」と省略する。）を講ずることで期待損失を減らせるのであれば、同様に被害者も生産能力（capacity）（以下「能力」と省略する。）を増強することで事故の効果を軽減できるし、同様に受益者も能力を増強することで利益を増加させることができる。先行研究の中には、このような過大能力（すなわち、事故のない世界におけるよりも事故のある世界におけるほうが能力が大きくなること）を非効率であるとして批判するものがある[67]。しかし、このような過大能力を被害者または受益者がとる予防の1つの形とみることができるのではなかろうか。つまり、最適な解決は、加害者、被害者および受益者のとる予防のレベルの組合せになるのではなかろうか。そうすると、過大能力が効率的か非効率かは問題とならなくなり、能力の適切なレベルはどこにあるかが問題となることになる[68]。

(3) 純粋経済損失問題の分析

以下、Mattiacci 教授の経済分析を紹介する。

加害者、被害者、受益者の3者だけが巻き込まれる事故を想定する。まずは、1人（加害者）だけが予防を講ずることができるという事故を検討する（(ア)）。つぎに、2人（加害者と被害者（(イ)）、または、加害者と受益者（(ウ)））だけが予防を講ずることができるという事故を検討する。最後に、3人ともが予防を講ずることができるという事故を検討する（(エ)）。

3者とも知らぬ者どうしであり、合理的な、富の最大化を図ろうとする、危険中立的な人間であると仮定する。そして、不法行為責任のみが適用されると

---

66 *Ibid.* at 174-175.

67 Mattiacci 研究員は Rizzo 教授を例として挙げる。

68 Mattiacci, *supra* note 64, at 175-176.

仮定することにする。つまり、受益者は自分が獲得した利益を返還することを請求されないと仮定したことになる。

不法行為法の目的は、事故の集計費用、すなわち、予防費用と、事故による損失と利益を足し合わせたものを最小化することにあると考えられる。

(ア) 1人（加害者）だけが予防を講じられる場合

ここでは、事故が加害者の予防によってのみ防止されうる場合を分析する。すなわち、被害者と受益者は受動的な行為者でしかない。以下の仮定を置く。

x ＝加害者の予防費用、$x \geqq 0$

$p(x)$＝事故発生確率、$0 < p(x) < 1$，$p_x < 0$，$p_{xx} > 0$ [69]

h ＝被害者の損害

g ＝受益者の利益、$h > g > 0$

d ＝損害賠償

ここでは、厳格責任と単純過失責任しか問題とならない。被害者は受動的であるために、寄与過失責任は問題とならないからである。

(a) 予防の社会的な最適レベル

社会的費用の最小化の問題は、以下の関数により表現される。

① $\min_x [p(x)(h-g)+x]$

①' $p_x(h-g)+1=0$

$p_x(h-g)=-1$ [70]

①を最小化するための唯一の x を x^*と仮定する。x^*は加害者のとりうる予防

---

[69] $p(x)$は単調に減少し、原点に向かって凸である。

すなわち、最初のほうの1単位の予防費用増加では、事故発生確率は多く下がるが、予防費用増加につれて、その効果は逓減し、最後のほうの1単位の予防費用増加では、事故発生確率はほとんど下がらなくなる。

[70] ①関数$[p(x)(h-g)+x]$の1階の導関数①'（$p_x(h-g)+1$）がゼロになることが、①関数を最小化するための条件である。そのときの x を x^*と仮定する。

ロバート・D・クーター＆トーマス・S・ユーレン（太田勝造訳）『新版・法と経済学』352頁以下参照。

の社会的な最適レベルということになる。単純化するために、x^*を正と仮定する。

(b) 厳格責任

厳格責任のもとでは、加害者は、被害者に損害賠償 d を p (x)の確率で支払い、自らの予防費用 x も負担する。加害者費用の最小化の問題は、以下の関数により表現される。

② $\min_x [p(x)d + x]$

②' $p_x d + 1 = 0$

$p_x d = -1$

$d = h - g$である限り、すなわち、排除ルールが適用される限り、加害者が負担する費用の総額は、社会全体が負担する費用の総額に等しくなる。もし $d = h - g$ ならば、加害者は最適な予防（$x = x^*$）を講ずるであろう。もし $d > h - g$ のとき、加害者は過大な予防（$x > x^*$）を講ずるであろう。もし $d < h - g$ のとき、加害者は過小な予防（$x < x^*$）を講ずるであろう。

したがって、厳格責任のもとでは、排除ルールのみが効率的なのである。

(c) 単純過失責任

単純過失責任のもとでは、加害者は、自己に過失があるときだけ、すなわち、自己の予防のレベルが要求されるレベルよりも低いときだけ、被害者に賠償を支払わなければならない。要求される予防のレベルが最適レベル x^*と等しいと仮定する。加害者費用の最小化の問題は、つぎのようになる。

③ $\min_x \begin{cases} ㋐ & x \geqq x^* \text{ ならば } x \\ ㋑ & x < x^* \text{ ならば } p(x)d + x \end{cases}$

加害者は、x^*の予防を講じれば、過失なしとされ、賠償せずにすむので、x^*より多い予防を講じる誘因はない。かくて、加害者は、x^*の予防を講じ、x^*の費用を負う。しかし、過失ある加害者が負担する費用、さらに、加害者が講ずる予防の程度（過失ある加害者となるか過失なき加害者となるかの選択）は、損害賠償の額 d に依存する。

もし $d \geqq h - g$ であれば、加害者は x^*を講じるであろう。実際、もし $d \geqq$

$h-g$であれば、③㋑は$x \geqq x^*$により最小化される（②参照）。かくて、加害者にとっては、少なくともx^*を講じることが、ともかくも有利なのである。しかし、加害者は、いったんx^*を講じると、過失なしとされ、賠償せずにすむ。したがって、加害者は、x^*よりも多く予防を講じようとはしないであろう。

もし$d<h-g$であれば、加害者はx^*の予防を講じなく、x^*よりも低い予防しか講じないリスクが生じる。実際、もし$d<h-g$であれば、③㋑は$x<x^*$により最小化される（②参照）。かくて、dが十分に低ければ、加害者にとっては、過失ありとされ、安価な損害賠償をするほうが、過失なしとされ、高価な予防費用を負うよりも、有利なのである。いいかえると、$d<h-g$のとき、x^*より小さい$\hat{x}$が、$p(x)d+x$を最小化すると仮定する。そうすると、$p(\hat{x})d+\hat{x}<x^*$のとき、加害者は過失ありとされ、安価な損害賠償をすることになる。

まとめると、$d \geqq h-g$とは、排除ルール（$d=h-g$）も回復ルール（$d=h$）も含まれるが、そのもとでは、予防の要求されるレベルが最適レベルx^*に置かれていれば、排除ルールも回復ルールも効率的である。問題が生じるのは、$d<h-g$のとき、つまり社会的損失すらも賠償されないときである。

㈠について、Mattiacci 研究員は、こうまとめる。

> 「加害者だけが予防を講じられるとき、厳格責任のもとでは、排除ルールが最適であり、他方、単純過失責任のもとでは、回復ルールも排除ルールもともに最適である[71]。」

㈠　加害者と被害者が予防を講じられる場合

ここでは、事故が加害者と被害者の予防によって防止されうる場合を分析する。すなわち、被害者は、損失を減らすために能力を増やすことができ、その結果、受益者の潜在的な利益を減らすことができる。反対に、受益者は、受動的な行為者でしかない。以下の仮定を置く。

y＝被害者の（損失を減らすための）能力にかかる費用、$y \geqq 0$

$h(y)$＝被害者の損失、$h_y<0$，$h_{yy}>0$ [72]

---

[71] Mattiacci, *supra* note 64, at 178.

[72] $h(y)$は単調に減少し、原点に向かって凸である。

$g(y)$＝受益者の利益、すべての y について、

$$h(y) > g(y) > 0,\ h_y < g_y < 0,\ h_{yy} > g_{yy} > 0$$ [73]

(a) 予防の社会的な最適レベル

社会的費用の最小化の目標は、以下の関数により表現される。

④ $\min_{x,y}[p(x)(h(y) - g(y)) + x + y]$

④' $p_x(h(y) - g(y)) + 1 = 0$ および $p(x)(h_y - g_y) + 1 = 0$

$p_x(h(y) - g(y)) = -1$ および $p(x)(h_y - g_y) = -1$ [74]

④を最小化するための唯一の x と y を x^*と y^*と仮定する。

(b) 厳格責任

厳格責任のもとでは、一方で、加害者は賠償を支払うので、加害者費用の最小化の問題は、②と同じである。

② $\min_x[p(x)d + x]$

②' $p_x d + 1 = 0$

$p_x d = -1$

もし $d = h(y^*) - g(y^*)$ ならば、④' $p_x(h(y) - g(y)) = -1$（社会的費用の最小化）は、②' $p_x d = -1$（加害者費用の最小化）と等しくなるため、効率的な結果を生む。すなわち、もし損害賠償が社会的損失と等しいならば（もし排除ルールをとるならば）、かつ、もし被害者が最適な予防 y^*を講ずるならば、加害者は x^*を講ずるであろう。

すなわち、最初のほうの１単位の能力費用増加では、被害者の損失額は多く減るが、能力費用増加につれて、その効果は逓減し、最後のほうの１単位の能力費用増加では、被害者の損失額はほとんど減らなくなる。

[73] $h(y)$のほうが $g(y)$よりも上にある。そして、１単位の能力費用増加では、被害者の損失額の減り方のほうが受益者の利益額の減り方よりも大きい。

[74] ④関数$[p(x)(h(y) - g(y)) + x + y]$の２つの１階の導関数④'（$p_x(h(y) - g(y)) + 1$）および$(p(x)(h_y - g_y) + 1)$がゼロになることが、④関数を最小化する条件となる。そのときの x と y を x^*と y^*と仮定する。

厳格責任のもとでは、他方で、被害者は自分の損失から賠償を差し引いたものを負担するので、被害者費用の最小化の問題は、つぎのようになる。

⑤ $\min_y [p(x)(h(y) - d) + y]$

$\min_y [p(x)\, g(y) + y]$

⑤' $p(x)\, g_y + 1 = 0$

$p(x)\, g_y = -1$

もし損害賠償が社会的損失と等しいならば（排除ルールをとるならば）、被害者は、$d = h(y) - g(y)$を受領して、$h(y) - d = g(y)$を負担する。かくて、被害者は皮肉にも、被害者の損失の代わりである受益者の利益を最小化しようとする。④' $p(x)(h_y - g_y) = -1$（社会的費用の最小化）は、⑤' $p(x)\, g_y = -1$（被害者費用の最小化）と異なるため、非効率な結果を生む。つまり、被害者はy^*を講じないであろう。かくて、被害者がy^*を講じないならば、加害者もx^*を講じないであろう。

まとめると、一方で、被害者に最適な予防レベルy^*を講じさせるためには、$d = g(y)$に固定されるべきであるが、他方で、加害者に最適な予防レベルx^*を講じさせるためには、$d = h(y) - g(y)$に固定されるべきである。ということは、損害賠償について、被害者と加害者の両方が最適な予防レベルを講じるように誘因を与えるように定めることは不可能である。というのは、加害者に最適な誘因を与えるように定められた損害賠償のレベルでは、被害者をして非効率なレベルの予防を講じさせてしまうであろうが、被害者に最適な誘因を与えるように定められた損害賠償のレベルでは、加害者をして非効率なレベルの予防を講じさせてしまうであろうからである。

(c) 単純過失責任

加害者費用の最小化の問題は、③と同じである。したがって、選択される予防レベルも、同じである。

③ $\min_x \begin{cases} ㋐\ x \geqq x^* \text{ ならば } x \\ ㋑\ x < x^* \text{ ならば } p(x)\, d + x \end{cases}$

もし$d \geqq h(y^*) - g(y^*)$であれば（もし被害者がy^*を講じるならば）、加害

者は x^*を講じるであろう。$d \geqq h(y^*) - g(y^*)$とは、排除ルール（$d = h(y^*) - g(y^*)$）も回復ルール（$d = h(y^*)$）も含まれるが、そのもとでは、予防の要求レベルが最適レベル x^*に置かれていれば、排除ルールも回復ルールも効率的である。

しかし、単純過失のもとでは、過失なき加害者は被害者にまったく賠償を支払わない。かくて、x^*が与えられているとき、被害者は自分の損失のすべて $h(y)$を負わなければならないので、被害者費用の最小化は、つぎのようになる。

⑥　$\min_y [p(x)\,h(y) + y]$

x^*が与えられているとき、被害者は $y > y^*$の予防を講じる。というのは、被害者は社会的費用よりも高い費用を負うからである。かくて、排除ルールも回復ルールも非効率である。

(d)　寄与過失責任

寄与過失責任のもとでは、被害者は、自己に過失がないときだけ、すなわち、自己の予防のレベルが要求されるレベルよりも高いときだけ、加害者から賠償を受けられる。要求される予防レベルが最適レベル y^*と等しいと仮定する。被害者費用の最小化の問題は、つぎのようになる。

$$⑦\quad \min_y \begin{cases} ㋐\quad y \geqq y^* \quad ならば \quad p(x)(h(y) - d) + y \\ \qquad\qquad\qquad\qquad\quad p(x)\,g(y) + y \\ ㋑\quad y < y^* \quad ならば \quad p(x)\,h(y) + y \end{cases}$$

過失なき被害者費用の最小化の問題（⑦㋐）は、厳格責任のもとでの被害者費用の最小化の問題（⑤）と同じである。というのは、過失なき被害者は、賠償を受けられるからである。したがって、加害者に適切な誘因を与えるためには、排除ルールが適用されるべきであるが、排除ルールのもとでは、過失なき被害者は、残りの損失 $g(y)$を負う。

被害者には、$y < y^*$の予防を講じる誘因がないことは明らかである。事実、⑦㋑は $y > y^*$により最小化される[75]。しかし、⑦㋐も $y > y^*$により最小化さ

[75] ④’（社会的費用の最小化の問題）と⑦㋑’（被害者費用の最小化の問題）

れるかもしれないので、被害者は、過大な予防を講じるかもしれない[76]。

から、つぎの式が得られる。

④’ $p(x^*)(h_y(y^*)-g_y(y^*))+1=0$
$h_y(y^*)-g_y(y^*)=-1/p(x^*)$
⑦㋑’ $p(x^*)h_y(y^*)+1=0$
$h_y(y^*)=-1/p(x^*)$

$h_y<g_y<0$と仮定したので、

$h_y(y^*)<h_y(y^*)-g_y(y^*)=-1/p(x^*)$
$p(x^*)h_y(y^*)+1<p(x^*)(h_y(y^*)-g_y(y^*))+1$
$p(x^*)h_y(y^*)+1<0$
$p(x^*)h_y+1<0$

すなわち、⑦㋑は減少関数であり、$y>y^*$により最小化される。そして、定義域は$y<y^*$なので、$y<y^*$から$y=y^*$に限りなく近づくまで予防が増えるとき、被害者費用は減る（yがy^*を下回って減るときは、被害者費用は増える）。

さらに、被害者に過失があるとき、加害者は損害賠償を支払わないので、加害者の予防の最適レベルは$x=0$である。xがx^*を下回って減るときは、被害者費用は増える。

[76] ④’（社会的費用の最小化の問題）と⑦㋐’（被害者費用の最小化の問題）から、つぎの式が得られる。

④’ $p(x^*)(h_y(y^*)-g_y(y^*))+1=0$
$h_y(y^*)-g_y(y^*)=-1/p(x^*)$
⑦㋐’ $p(x^*)g_y(y^*)+1=0$
$g_y(y^*)=-1/p(x^*)$

たとえば、被害者の損失が受益者の利益の倍数と仮定する。

$h(y)=ag(y),\quad a>1$

④’（社会的費用の最小化の問題）を書き直すと、つぎのようになる。

まとめると、回復ルールのもとでは、加害者の誘因が損なわれるが、排除ルールのもとでは、被害者は過大な予防を講じるかもしれない。

(イ)について、Mattiacci 研究員は、こうまとめる。

> 「加害者と被害者だけが予防を講じられるとき、厳格責任のもとでも、」「単純過失責任のもとでも、」寄与過失責任のもとでも、「回復ルールも排除ルールもどちらも最適ではない[77]。」

(ウ) 加害者と受益者が予防を講じられる場合

$$ag_y(y^*) - g_y(y^*) = -1/p(x^*)$$
$$(a-1)\,g_y(y^*) = -1/p(x^*)$$

まず、$a<2$のとき、

$$g_y(y^*) < -1/p(x^*)$$
$$p(x^*)\ g_y + 1 < 0$$

すなわち、⑦㋐は減少関数であり、$y > y^*$により最小化される。

つぎに、$a \geqq 2$のとき、

$$g_y(y^*) \geqq -1/p(x^*)$$
$$p(x^*)\ g_y + 1 \geqq 0$$

すなわち、yがy^*を上回って増えるときは、被害者費用は増える。前注においては、yがy^*を下回って減るときは、被害者費用は増える、とした。したがって、被害者は、$y = y^*$をとることになる。

現実には、とても大きい被害者への損失は、とても大きい受益者への利益と、ほとんど完全に相殺されることがある。そのために、被害者の損失の大きさにもかかわらず、社会的損失は非常に小さいことがある。この場合、(小さい)社会的損失を最小化するべき、被害者の予防の社会的に最適なレベルのほうが、(大きい)過失なき被害者費用を最小化するべき、被害者の予防の個人的に最適なレベル(受益者の利益から加害者の賠償を控除したものに等しい)よりも、ずっと小さくなるであろう。

[77] Mattiacci, *supra* note 64, at 179.

ここでは、事故が加害者と受益者の予防によって防止されうる場合を分析する。すなわち、受益者は、利益を増やすために能力を増やすことができ、その結果、社会的損失（被害者の損失から受益者の利益を控除したもの）を減らすことができる。反対に、被害者は、受動的な行為者でしかない。以下の仮定を置く。

z＝受益者の（利益を増やすための）能力にかかる費用、$z \geqq 0$

$g(z)$＝受益者の利益、すべての z について、

$h > g(z)$，$g_z > 0$，$g_{zz} < 0$ [78]

ここでは、厳格責任と単純過失責任しか問題とならない。被害者は受動的であるために、寄与過失責任は問題とならないからである。

(a) 予防の社会的な最適レベル

社会的費用の最小化の問題は、以下の関数により表現される。

⑧ $\min_{x,z}\,[p(x)(h-g(z))+x+z]$

⑧' $p_x(h-g(z))+1=0$ および $-p(x)\,g_z+1=0$

$p_x(h-g(z))=-1$ および $p(x)\,g_z=1$

⑧を最小化するための唯一の x と z を x^*と z^*と仮定する。

(b) 厳格責任

受益者は、期待利益から利益を増やすための（能力を増やすための）費用を控除したものを最大化するように行動する。受益者利益の最大化の問題は、つぎのようになる。

⑨ $\max_z\,[p(x)\,g(z)-z]$

⑨' $p(x)\,g_z-1=0$

---

[78] $g(z)$は単調に増加し、左上に向かって凸である。

すなわち、最初のほうの１単位の能力費用増加では、受益者の利益額は多く増えるが、能力費用増加につれて、その効果は逓減し、最後のほうの１単位の能力費用増加では、受益者の利益額はほとんど増えなくなる。

$$p(x)\,g_z = 1$$

⑧’ $p(x)\,g_z = 1$（社会的費用の最小化）は、⑨’ $p(x)\,g_z = 1$（受益者利益の最大化）と等しくなるため、効率的な結果を生む。かくて、加害者が $x = x^*$を講ずるとすると、受益者は $z = z^*$を講ずるであろう。しかも、厳格責任のもとでは、加害者は被害者の損失を賠償する。かくて、加害者費用の最小化の問題は、②における問題と同じとなる。$d = h - g(z^*)$のときだけ、加害者は $x = x^*$を講ずるであろう。すなわち、排除ルールが適用されるとき、かつ、受益者が $z = z^*$を講ずるとき、加害者は $x = x^*$を講ずるであろう。したがって、排除ルールだけが、加害者と受益者の両方が予防の最適レベルをとるように仕向けることになろう。

(c) 単純過失責任

単純過失責任のもとでの受益者利益の最大化の問題は、厳格責任のもとでの受益者利益の最大化の問題と同じである。加害者費用の最小化の問題は、③における問題と同じである。したがって、講じられる予防レベルも同じとなろう。すなわち、もし $d \geqq h - g(z^*)$ならば、加害者は $x = x^*$を講じるであろう。すなわち、要求予防レベルが最適予防レベルに設定されるとすれば、回復ルールも排除ルールも効率的となる。

(ウ)について、Mattiacci 研究員は、こうまとめる。

> 「加害者と受益者だけが予防を講じられるとき、厳格責任のもとでは、排除ルールが最適であり、他方、単純過失責任のもとでは、回復ルールも排除ルールもともに最適である[79]。」

(エ) 3者ともが予防を講じられる場合

Mattiacci 研究員は、**(イ)(ウ)**の応用として説明をするが、本稿では、結論だけ紹介しておく。

> 「加害者、被害者および受益者が予防を講じられるとき、厳格責任のもとでも、」「単純過失責任のもとでも、」寄与過失責任のもとでも、「排

[79] Mattiacci, *supra* note 64, at 182.

除ルールも回復ルールもいずれも最適ではない[80]。」

そして、Mattiacci 研究員は、(ア)から(エ)までを、つぎの表にまとめている。

表

予防者	責任ルール	回復ルール(d=h)	排除ルール(d=h−g)
(ア) 加害者	(b) 厳格責任	× (非効率)	○ (効率的)
	(c) 単純過失責任	○	○
(イ) 加害者と被害者	(b) 厳格責任	× (加害者)	○ (加害者)
		× (被害者)	× (被害者)
	(c) 単純過失責任	○ (加害者)	○ (加害者)
		× (被害者)	× (被害者)
	(d) 寄与過失責任	× (加害者)	○ (加害者)
		× (被害者)	× (被害者)
(ウ) 加害者と受益者	(b) 厳格責任	× (加害者)	○ (加害者)
		○ (受益者)	○ (受益者)
	(c) 単純過失責任	○ (加害者)	○ (加害者)
		○ (受益者)	○ (受益者)
(エ) 3者とも	(b) 厳格責任	× (加害者)	○ (加害者)
		× (被害者)	× (被害者)
		○ (受益者)	○ (受益者)
	(c) 単純過失責任	○ (加害者)	○ (加害者)
		× (被害者)	× (被害者)
		○ (受益者)	○ (受益者)
	(d) 寄与過失責任	× (加害者)	○ (加害者)
		× (被害者)	× (被害者)
		○ (受益者)	○ (受益者)

(4) 新たな仮説

Mattiachi 研究員の提示する新たな仮説は、純粋経済損失の問題に対する最善の解決を模索するものであるが、つぎのとおりである。

すべての当事者は、同時に、自己の行為によって生じた正の外部性と負の外部性を負うべきである。正の外部性と負の外部性を切り離すという方法によれば、これを実現できるのである（A way to do this is to decouple positive and negative liability）。

第1に、加害者は、被害者には負の外部性を与え、受益者には正の外部性を

[80] *Ibid.* at 183.

与えるので、彼は両方とも負担すべきである。すなわち、加害者は、被害者の損失に等しい賠償を支払い、受益者の利益に等しい賠償を受け取るべきである。

第２に、被害者は、自分の損失を減らすことによって、受益者の利益も減らしているので、彼は両方とも負担すべきである。すなわち、被害者は、自分の損失についてまったく賠償を受け取るべきではないが、受益者の利益に等しい賠償を受け取るべきである。

第３に、受益者は、自分の利益を増やすことができるだけなので、彼はそれをすべて自分のものにできるようにすべきである。

伝統的な不法行為法が、以上の最善の解決に向かって、歩み寄れるのかどうか。

１つの具体的な方法としては、つぎのとおりである。まず、加害者は、被害者の損失から受益者の利益を差し引いたものに等しい賠償を支払うべきである。つまり、排除ルールが最適である。もし、賠償が罰金という形で国庫に支払われるとすれば、被害者は、自分の損失のすべてを負う。また、被害者は、受益者の利益に等しい補助金を受け取るべきである。受益者は、支払わなければならないものもなければ、受け取れるものもない。つまり、自分が得た利益は確保できる。

もう１つの具体的な方法としては、つぎのとおりである。まず、加害者の賠償金は、被害者に対しては、受益者の利益に等しい分だけ支払われるべきである。もし加害者の賠償金が受益者の利益よりも高ければ、その分は国庫に支払われるべきであり、もし加害者の賠償金が受益者の利益よりも低ければ、その分は追加的な補助金として被害者に支払われるべきである。受益者は、支払わなければならないものもなければ、受け取れるものもない。つまり、自分が得た利益は確保できる。

Mattiacci 研究員は、まとめとして、つぎのようにいう。この責任切り離し解決（the decoupling solution）は、前述の**(3)(エ)**（加害者、被害者および受益者が３人とも予防を講じられる場合）の分析枠組みによって簡単に裏付けられうる。また、これは、厳格責任ルールが適用されるところでの議論であって、過失のあるなしが問題とされないところでの議論である。しかし、現実世界の法システムにおいては、この責任切り離し解決が実現されることはめったにない。また、一般には、厳格責任ルールではなく、過失責任ルールが適用されている[81]。

[81] *Ibid.* at 184-187.

(5) 結論

Mattiachi 教授の結論は、つぎのとおりである。

第１に、純粋経済損失の問題は、不法行為法を通じて、負の外部性とともに正の外部性を内部化することができるかという問題として把握される。加害者だけではなく、被害者も受益者も予防を講じられる存在として考慮される。当事者の能力ないし余力は、予防の１つの形態ととらえ直され、一部の先行研究がいうような非効率なものととらえなくてもよくなる[82]。

第２に、先行研究は、賠償の範囲、すなわち賠償額の大きさ（the magnitude of compensation）のみに焦点を絞ってきた――個人的損失の賠償をも認めるか（回復ルール）、社会的損失の賠償しか認めないか（排除ルール）――。しかし、効率的な――最善（責任切り離し）ではなく次善であることがしばしばの――結果をもたらす賠償額の大きさは、つぎの３つの要素に左右される。第１に、加害者、被害者および受益者の予防の大小が、事故の損失の大小を決めること、第２に、過失の存在（過失なければ責任なし）、第３に、損失を減らし、または、利益を増やすための誘因を追加的に与える仕組みがあること、たとえば補助金があること、の３つである[83]。

このように、賠償の範囲、すなわち賠償額の大きさは多くの要素に左右されるものであるから、先行研究がいうように、一概に、回復ルールが望ましいとか、排除ルールが望ましいとはいえない。さまざまな組合せが考えられるものであるから、賠償額の大きさについて、すべての法システムに共通のルールを要求するべきではない。そして、それぞれの法システムが採用するルールに大いなる違いがあることも、それで説明することができるのである[84]。

おわりに

(1) ここまで、純粋経済損失の歴史分析と経済分析を紹介してきた。簡単に総括しておく。

(ア) ドイツ法やイギリス法では、純粋経済損失の賠償を原則として否定し

---

[82] *Ibid.* at 189.

[83] *Ibid.* at 188.

[84] *Ibid.* at 188-189.

ている。

これに対して、Gordley 教授の歴史分析からは、つぎのように結論づけられた。19世紀終わりから20世紀はじめにかけての概念的法学が優勢であった時代に、この排除ルールは確立した。つまり、この排除ルールは、歴史の偶然の産物である。

これに対して、Bishop 教授の経済分析からは、つぎのように結論づけられた。裁判所は、経済学における効率性と同調するような判決を下し、判例を形成してきた。つまり、この排除ルールを確立した判例は、経済学における効率性によって説明できる。

(イ) 経済分析においては、そこで提示された仮説が、記述的ないし実証的なものか（positive）規範的なものか（normative）が争われることがある。しかし、本人が論文の中で自分の仮説をどう位置づけたかどうかにかかわらず、以上の論文を通読してみて、筆者（新堂）は、結局、いまある判決ないし判例をいかに経済学により統一的に説明できるかに関心が向かっているという印象をもった。つまり、以上の論文は、記述的ないし実証的な要素が強いように思われる[85]。

そのために、経済分析がなされる過程で、具体的な紛争や事例が類型的に提示され議論されてきた。従来の法律文献も、紛争や事例の類型化を試みてきたが[86]、それとの摺り合わせの作業については、筆者（新堂）の今後の課題としたい。

(ウ) 純粋経済損失の経済分析をみると、２つの異なる方向性すなわち効率性がみえてくる。

１つには、訴訟費用と訴訟便益、さらに、物理的損害を負った者に経済的損失を負った者がその損失を差し向ける（channel）費用を計算するというアプローチをとる分析である。Atiyah 教授が先駆的に提示し、Rizzo 教授が完成させたものである。従来、法学者が訴訟の洪水を防ぐ「水門（floodgate）」議

---

[85] ただし、論文「経済学による再定式化」における切り離し解決と、Mattiacci 教授の最善の解決は、規範的な政策論である。

[86] さまざま文献があるが、代表的な単著書を挙げておく。Cane, Tort Law and Economic Interests (2nd ed. 1996); Bernstein, Economic Loss (2nd ed. 1998); Feldthusen, Economic Negligence (4th ed. 2000).

論などとして主張してきたものに通じる。

２つには、損害（damage）ないし損失（loss）を個人的費用と社会的費用とに分類し、前者であれば、賠償は否定され、後者であれば、賠償は肯定されるというアプローチをとる分析である。ここでは、損害ないし損失を予防する誘因を与えるような責任が規定されなければならないという視点が重要である。Bishop 教授が先駆的に提示したものであり、21世紀に入って、その手法の精度は飛躍的に上がった。

損失を個人的費用と社会的費用とに分類する上記の議論の功績は、以下の指摘をしたことにある。すなわち、被害者がある利益を逸失する代わりに、受益者がその利益を吸収することがある。このとき、被害者から受益者への損失（利益）の移転があるだけで、社会全体としては損失を被っていないことになる。従来、法学者が注目してこなかった事柄である。

(2) 最後に、純粋経済損失（損害指向アプローチ）、または、第三者による債権侵害（権利指向アプローチ）と、第三者のためにする契約や第三者のための保護効を伴う契約との関係を述べておく。

加害者Ｄ（被告）の過失により、被害者Ａにも損害ないし損失を与え、被害者Ｐ（原告）にも損失を与えたとする。

純粋経済損失または第三者による債権侵害の法律論からとらえ直せば、つぎのとおりである。ＰがＡに対して、契約またはそれ以外の関係から生じる債権ないし期待権をもっている。それをＤが侵害した結果、Ｐに損失が生じた。そこで、ＤのＰに対する過失不法行為責任を認めるかどうかが問題となる。

他方、第三者のためにする契約や第三者のための保護効を伴う契約の法律論からとらえ直せば、つぎのとおりである。ＤとＡの間には契約がある。それにＤが違反した結果、Ｐに損失が生じた。そこで、ＤのＰに対する契約責任または過失不法行為責任を認めるかどうかが問題となる。

３者間関係のうちのどの関係を中心に考えるかの違いである。なお、イギリス法において盛んに論じられている、専門家の第三者に対する責任と、建築請負および下請契約における契約関係にない者の間の責任については、どちらのとらえ方もできる問題である。前者の責任については、以前に検討したが[87]、

[87] 拙稿・前掲注37。

後者の責任については、今後の課題としたい（2006年５月30日脱稿）。

〔後記〕

本稿は、2006（平成18）年度科学研究費補助金（基盤研究（B）（研究代表者は北海道大学大学院法学研究科の瀬川信久教授）および若手研究（B））による成果の一部である。

また、本稿に紹介した経済分析（とくにMattiacci研究員のもの）を理解するにあたり、北海道大学大学院法学研究科の曾澤恒助教授には貴重なご助言を頂戴した。ここに記して感謝申し上げる。本稿の誤りについては、責任は筆者にある。