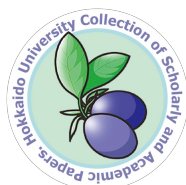




HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	法の効率性の世界 ーランディス・ポズナー著「不法行為法の経済的構造」ー
Author(s)	林田, 清明; HAYASHIDA, Kiyoki
Citation	北大法学論集, 41(1), 440-376
Issue Date	1990-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16757
Type	departmental bulletin paper
File Information	41(1)_p440-376.pdf



法の効率性の世界

— ランディス・ポズナー著「不法行為法の経済的構造」—

WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER,

THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW

1987 HARVARD UNIVERSITY PRESS, ix, pp. 329.

林 田 清 明

はじめに

アイディアの市場

法律も他の科学もアイディア(思想)の「市場」である。⁽¹⁾多くの判決や見解が出され、その中からいくつかのものが判例や理論・学説となる。これらはたえず改良、発展され、あるいは新しく学説や理論が登場する。また立法も生み出される。これらにとどまらず、これらを支えている基礎的な情報が蓄積されている。われわれは、このようなアイディアの市場の中にいるのである。

アイディアの市場は、表現の自由がそうであるように、自由でなければならない。なかでもこの市場への自由な参入とそこでの情報が完全になっていくことが重要である。これらを通じてこの市場を持つ社会全体が豊かになっていくことができる。

わが国の不法行為法は判例および解釈理論ともに百花繚乱、したがって混乱という状況にあるといわれる。⁽²⁾そのような悲観的な見方も成り立つが、アイディアの市場は楽観的なものである。この市場から理論や説が一つでも消え去ることを望むのではなく、一つでも増えることが期待されるのである。いろいろ

法の効率性の世界

ろな理論や考え方が存在することを不法行為法の理論的な混迷とみる必要はない。しかし、市場が閉鎖的ならば、これを悲観しなくてはならないだろう。肝心なのは、自由な参入、つまり、多くの見解やアイディア、理論、ルールがこの市場に持ち込まれることが保障されることである。「かつ消え、かつ結びて」でもよい、いま必要なのは、法律におけるアイディアの市場の多様性である。

不法行為法の“見えざる手”

判例や学説も含めて、理論にはつねに生命がある。⁽³⁾ わずかで消え去るものもあれば、30年以上も君臨する理論や学説もあろう。これは、市場のさまざまな要因が影響するためである。たとえば、法律行為における意思理論はわが国では今日まで1世紀以上にわたり支持されている。不法行為法でも、相当因果関係や違法性における相関関係説はなお大きな力を持っている。かりにこれらの説や理論にとって、他の説が登場すれば、これと競争することになる。競争によってこれまでの伝統的パラダイムに転換が起こることもあり得るし、むしろこれまでのものがなお君臨し続けることもある。理論や学説の生命を握るものは、市場の“見えざる手”である。法律というアイディア（思想）の市場において、多様なアイディアの自由な競争を実現し、これに委ねる必要がある。

法の経済分析

アメリカ法において60年代にはじまる「法と経済」は、伝統的な法学方法とは異なり新しいものである。アメリカ法においては、すでに実務に取り入れられているが、わが国においても法学の新しいパラダイムとなり得る可能性を持っている。⁽⁴⁾ しかし、市場への「新規参入」には多くの誤解と偏見がつきまとい、自由な競争が阻害されることが多い。情報の不完全さによるものであるならば、これについての情報をもっと得る必要があるだろう。⁽⁵⁾

「法と経済」運動の一方の雄、ランディス教授（シカゴ大ロー・スクール）とポズナー裁判官（元シカゴ大学教授で、1981年から連邦控訴第七巡回裁判所判事、また同大学の senior lecturer）は、彼らの主張してきた「法の経済分析」の手法を不法行為法に適用して、その構造——経済的な——を明らかにしている。彼らの基本的な視点は、どのように英米の不法行為法が効率的な結果を生み出してきたかということにある。複雑・多岐と言われる不法行為法が、けっ

してそうではなく、シンプルな原理に貫かれていることを解明したのである。本書は、彼らやボズナー自身がこれまでに書いた論文などの集大成といえるものであるが、単なる集合体ではなく、体系的なものである。「法の経済分析」のアプローチの不法行為法における理論的な完成を示すものといってよいし、現代アメリカ不法行為法の一つの頂点であろう。この分析理論に賛成するにしろ、反対するにしろ、本書なくしてはアメリカ不法行為法の理論の現在と将来を語ることはできないだろう。

本書評は、ランディス・ボズナーの「不法行為法の経済的構造」を検討することによって「法の経済分析」の方法がどのようなものであるかを明らかにすることにある。⁽⁶⁾ここではわが国不法行為法のフレーム・ワークの視点からランディス・ボズナーの理論を検討する。われわれの眼からみたら、ということが重要なことにもよるが、「一つ」の見方を提示することで「法の経済分析」への積極的な（賛否をとわず）関心をひくのではないかと考えるからである。この方法には、かえって本書の考えを誤解させたり、不用意な解釈を持ち込んだり、という危険もある。しかし、前者の利益が大きいと考え、後者に対しては、本書のオリジナルな考えと評者の読込みとを区別した。

不法行為法は、現代的な問題はじめ広範囲で多岐にわたるが、ここでは不法行為の基本的な問題に限って扱っている。本書で章を設けて説明されている共同不法行為や製造物責任は、重要な問題であるが、触れない。

注

- (1) A. Director, The Parity of the Economic Market Place, 7 J. Law & Econ. 1, (1964), R. H. Coase, The Market for Goods and the Market for Ideas, 64 Am. Econ. Rev. 384(Papers & Proceedings, 1974).
- (2) 沢井裕「不法行為法学の混迷と展望」法セ 296 号 77 頁(1979)。
- (3) GEORGE STIGLER, MEMORIES OF AN UNREGULATED ECONOMIST 167(1985).
- (4) むろん、その帰趨は市場の力による。また、法と経済を取りまく状況については、Posner, The Present Situation in Legal Scholarship, 90 Yale L. J. 1113(1981), Ackerman, The Marketplace of Ideas, 90 Yale L. J. 1131(1981)を参照。

(5) 瀬川信久 (発言) 「シンポジウム・民法学の課題と方法」 法時61巻2号 48-53頁 (1989)。

(6) すでに1981年に本書の企画が予告されていた。本書の一部ともなっている、Landes & Posner, The Positive Economic Theory of Tort Law, 15 Ga. L. Rev. 851(1981)。

1. 法の経済分析

A. 「法と経済」

アメリカにおいて「法と経済」運動は、1960年代以来早くも30年になろうとしている。⁽¹⁾これは、「ハーバード・ロースクール誕生以来の画期的な出来事だ」といわれている。⁽²⁾理論的な深化、領域の広がり、批判など多様な発展をしている。また、80年代に入って今日まで「法と経済」の中心的なメンバーは、合衆国連邦最高裁から連邦高裁まで裁判官となって活躍している。「法と経済」と呼ばれる人たちの中でも経済学の原理で法律が説明できるかどうかに関しては見解が分かれている。むしろ経済学の原理だけでは説明できないとする者から、かなりの部分は説明できるとする中庸の道をとる者や、すべて説明できるとする立場まで多様である。

「法と経済」に2つのグループ (学派) があるといつてよいだろう。経済学における方法的な違いを強く反映している。一つは、シカゴ学派と呼ばれるが、自由市場理論を中心とする。他は、改革派またはニューヘヴン学派と呼ばれ、市場が効率的に機能するために国家の介入を積極的に認める。⁽³⁾しかし、「法と経済」は、むしろシカゴ学派によって体系化され、確立したといえる。⁽⁴⁾その推進者がポズナーである。したがって、ポズナーの方法と体系をここでは彼が主張するように「法の経済分析」と呼ぶことにする。一般的には「法と経済」という呼称を当てる。

「法と経済」が、方法的な違いによって分かれるように、その中心とする分析の内容によっても、規範的分析、実証的分析が存在する。規範的分析は、法を規定、改革することを目指している。これに対して、実証的分析は、法的現象を理解、説明しようとするものである。前者が前述のようにカラブレイジは

かに代表される「改革派」であり、後者がシカゴ学派、という図式になる。むしろ、ランディスとポズナーの「法の経済分析」は法の実証的分析を志向している。実証的分析は法システムの理解を明確にすることによって、かえって規範的分析よりも法の進展や改革のための堅実な基礎を提供するものである⁽⁵⁾。むしろ、両者の区別は相対的なものであり、区別が難しいときもある⁽⁶⁾。しかしながら、ランディスとポズナーが本書で行っているのは、不法行為法の実証的分析である。これは、コモン・ロー上のルールが、経済的効率性を増加させるために作られたものであることを実証するものである⁽⁷⁾。

B. 法の経済分析の立場と前提

法の見方

「法と経済」では法を行動主義的に理解するといつてよい。たとえば、「法は人間が作ったものであって、一定の目的を達成するために存在する。」「法の目的は人間のニーズに答えることであって、法律の規定も人間のニーズに答えることである。」⁽⁸⁾。このように、「法と経済」の中心的な目的は、法規範の効果を決定するためにルールの体系と個人の行動との間の相互の関係を分析することにある。

さらに、法の経済分析は、人の行動が自己の利益を図るためになされることを前提にして、法律自体が評価される基準を作り、これらに照らして実際のルールの妥当性を判断するのである。つまり、すべての行動は市場における同じ様に、利益追求をする行動として規定される。法の経済分析をとるときは、経済上の原則は、制定法の解釈、新たな立法、紛争の法的な解決のための指針を提供できるのである。また、法の経済分析には方法的な魅力もある。より広いコンテクストから法律問題や現象を科学的に分析することによって、法的な議論の論理と明快さに寄与するものである⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾。

方法としてのモデル

広く法学における伝統的方法は「隠喩、直喩、類推・アナロジー」である。事実A、事実A'があるとき、AとA'の関係が問題となる。したがって、「AとA'は、“似ている”。」と結論されるときには、「事実を注意深く読み、かつ比較して、曖昧な点を指摘したり、判決の矛盾を明らかにしたり、区別を精緻にし

たり、判決内容を一致させるようにしたり」⁽¹¹⁾することが行なわれる。また、そこで求められるのは、その事件について多くを知ることと理論的な区別、それに緻密で批判的な研究の上での議論である。しかし、これらを行う基準は曖昧である。

これに対して「法と経済」では分析モデルを作る。これによって、社会や人間行動の明白な視点を得ることが可能になる。また、法をドグマから解き放ち、より広い視野からダイナミックに捉えることを可能にするのである。

C. 法の経済分析の哲学的基礎と批判

本書を一貫して流れているのは、裁判官が効率性を最大化させようとしているという仮定に立って、(英米の)不法行為法はもっともよく説明できる、というものである。ここに、なぜ法は効率性を押し進めなければならないか、という問題が出てくる。そこで、ランディス・ポズナーは、法の経済分析の哲学的な基礎として富の最大化の概念を明らかにしている。さらに、法の経済分析そのものに対する批判のいくつかを検討しておこう。

1. 富の最大化

なぜ(経済的)効率性は、法や政策を分析する場合の基準となるのか。その答えとしてポズナーが出したのは、富の最大化という概念である。富(Wealth)とは、社会に存在するあらゆるもの、金銭あるいはそれに相当するものの価値である。

ランディス・ポズナーが用いているのは、カルドア・ヒックスの意味における効率性であるが、彼らはさらに、これを富の最大化の意味に置き換えている。すなわち、富の最大化はつぎの意味を持っている。ある(政策などの)変化によって「勝者」(利益を得る者、という意)が得る利益の金銭的価値(달러・バリュー)が「敗者」の損失の金銭的コストよりも大きいときには、その変化は富を最大化するものである。⁽¹²⁾ランディス・ポズナーは富の最大化概念をパブリック・ポリシーの指標として用いようとするのである。すなわち、行為や制度が正しいか善であるかどうかを判断する基準は、それらが社会の富を最大化しているかどうか、によるとするのである。⁽¹³⁾

なぜ富の最大化を言う必要があるのか？ つまり、「富は価値なのか」という

問いである。⁽¹⁴⁾これは、富の追求が幸福やそのほかの価値の追求よりも道徳的にも優れているからに他ならない。⁽¹⁵⁾ランディス・ポズナーの富の最大化は、功利主義の立場とは異なる。⁽¹⁶⁾「最大多数の最大幸福」では、ある行為や制度あるいは法律の道徳的価値は、全体の幸福をどれだけ増進させたかその効果によって測られる。この幸福というのは、国や全世界というような社会のメンバーのすべてにわたり総計されるものである。つまり、幸福を最大化するものである限りその行為は正しくあるいは善であり、良いということになる。このような功利主義への批判としてポズナーが挙げるのは、まず、誰の幸福を最大化すべきなのか分からないということである。たとえば、「道路の一方の端に1人の子供がおり、他方には羊の群れがある。運転者はどちらに突っ込むべきか？」の例が挙げられる。⁽¹⁷⁾つぎに、幸福やユティリティをどのように測るのが曖昧である。さらに、「ユティリティ怪物」と呼ばれる問題がある。たとえば、「Aは蠅の羽をむしって楽しんでいる。Bは鳩を飼って過ごしている。」⁽¹⁸⁾功利主義では、AはBよりも良い人間だと判断する。

また、富の最大化はカント流の考え方とも異なる。カント学派では、社会的福祉を倫理的行為の基準として人間の自律や私的自治に従わせる考え方である。⁽¹⁹⁾では、つぎの例ではいずれの行為が尊重されるべきなのか。「被害者は、加害者に過失がなかったとしても賠償責任を追求しようとする。他方、加害者には、防ぎようのない事故に対して賠償責任を追求されることによって自己の行為を妨げられない権利がある。」⁽²⁰⁾ポズナーは、カント流の考え方にはこれを決める基準はないという。

さらに、アリストテレスの矯正的正義——わが国では受け入れられている面が多いと思われるが——とも相違する。矯正的正義では、ある者が他人に不正義な行為によって害を加えたならば、被告の行為は法制度によって矯正が求められるようなものであるかどうか問われる。不法は、当事者の行為のそれぞれの実益の比較から決められるのではなく、どれが違法であるか、誰が保護されるかはすでに決定されている。そして、当事者間の正義の実現の問題として考えられるのである。⁽²¹⁾しかし、ポズナーは、社会の富を減少させる行為を「不正義」な行為と呼んだのだとする。このようにして、富の最大化と矯正的正義とは相容れるのである。⁽²²⁾

2. その他の批判

ポズナーの富の最大化概念を批判しているのは、哲学者のドゥオーキンである。その主な批判は、社会的富がなぜ追求に値する目標かということと、富の最大化が衡平（エクイティ）を悪化させるのではないか、という点である。ポズナーは、これにも反論している。⁽²³⁾

また、むしろ法律の世界にも立場の違いはあるが、ある立場への批判として保守的ということで公然となされることはなかったろう。法の経済分析あるいは「法と経済」運動にはこのような批判がなされている。そのためには保守的ということがここでなぜ“批判”となり得るのか、進歩的ならばなぜ良いのか。そしてその基準は何なのか明らかにされなければならない。しかし、保守的か進歩的かの区別自体は曖昧である。⁽²⁴⁾

むしろ興味があるのは、法の経済分析あるいは「法と経済」がなぜに“保守的”という印象を与えたかの方である。経済学における新古典派の理論そのものが保守的でないことは言うまでもない。この立場は、もっぱら市場理論に基づいて人間の行動を分析するものであるが、そのような分析手法を用いても保守的であるとは言えない。では、なぜこの学派の理論を法律の世界に適用するとき保守的であるという印象が生じるのか。結論的に言うと、保守的であるという印象は当たっていない。保守的でもあるし、進歩的でもあるといえる。⁽²⁵⁾

さらに、単一の理論や考え方によって法律を説明するのは、危険だという見方がある。法律は多くのものを考慮した上で結論に到るのであるから、多様な要素や方法を保持している必要がある。したがって、法の経済分析だけによるのは危険である、と。この批判は曖昧ではあるが、漠然とした反感を示すものであろう。しかし、批判の意味が、個々の方法や理論レベルのものであれば、いずれの考え方でも理論でも方法としては、事柄の性質上一貫している必要があるから、意味をなさない。また、法律全体からみれば、法の経済分析は一つの方法に過ぎないわけで、その帰趨は前述のように市場の力による。さらに、法の経済分析が経済的な要素以外のものを考慮しない（傾向にある）というのであれば、それは理論や方法としての性格にかかわるものであり、他の要素を考慮できる理論がどのように優れているかを明らかにすればよいだけのことである。このために法の経済分析を批判や排除する論理とはならない。

おわりに、ランディス・ポズナーなどシカゴ学派に最も向けられる批判が、正義を考慮していないということである。なるほど、法が正義を実現するため

の制度であるという印象は根強い。しかし、何が正義かというのは、困難な問題である。⁽²⁷⁾ポズナーは、正義とは経済的効率性である、という。⁽²⁸⁾ポズナーによれば、コモン・ロー（裁判官によってつくられた、不法行為や契約法を含む法領域）の多くの部分は、分配問題に中立的である。そこでは、裁判官はパイを大きくすることに集中しているのであって、パイの分け前を変える役割を果たすことはあまりない。⁽²⁹⁾「正義」が関係する分配問題はもっぱら立法によって解決される。⁽³⁰⁾ゆえに、法律やその解釈において正義が必要であると考える者が、正義をどのように測り、これを実現していくかの方法を明らかにする必要がある。

注

- (1) R. H. Coase, The Problem of Social Cost, 3 J. Law & Econ. 1 (1960), Calabresi, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, 70 Yale L. J. 499 (1961)がその最初である。LANDES & POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW 6 (1987). 本書を以下では、LANDES & POSNER として引用する。また、経済学からの「法と経済」の評価については、後注4のほか、Krevorick, Law and Economic Theory: An Economist's View, 65 Am. Econ. Rev. 237 (Papers & Proceedings, 1975), Liebhtsky, Price Theory as Jurisprudence: Law & Economics Chicago Style, 10 J. Econ. Issues 23 (1976), Medema, Discourse and the Institutional Approach to Law and Economics, 23 J. Econ. Issues 417 (1989).
- (2) Barrett, A Movement Called 'Law and Economics' Sways Legal Circles, Wall St. J., Aug. 4, 1986, at 1, col. 1.
- (3) 両者の違いについては、ここでは言及しないが、別途に触れる予定である。
- (4) 経済学者からの評価は、G. STIGLER, MEMORIES OF AN UNREGULATED ECONOMIST(1985). 他方、ポズナー批判者からの評価につき、S. Rose-Ackerman, Progressive Law and Economics-And the New Administrative Law, 98 Yale L. J. 341 (1988).
- (5) Posner, The Present Situation in Legal Scholarship, 90 Yale L. J. 1113, 1126 (1981). LANDES & POSNER, 1-28 (ことに p.9 では、法

と経済に向けられる多くの批判は、規範的分析に対してであって、実証的分析に対してではないという。), Posner, *The Uses and Abuses of Economics in Law*, 46 U. Chi. L. Rev. 281 (1979).

なお、「法の経済分析」をこのような意味に用い、以下「」を省略する。また、いわゆる「改革論者」については、つぎを参照、Rose-Ackerman, *supra* note 4.

(6) Ulen, *The Efficiency of Specific Performance*, 83 Mich. L. Rev. 341, 346 (1984). なお、法と経済の方法と考え方については、COOTER & ULEN, *LAW AND ECONOMICS*, preface & ch. 1 (1988), NICHOLAS MERCURO ed., *LAW AND ECONOMICS* (1988), Burrows & Veljanovski, *Introduction: The Economic Approach to Law*, in BURROWS & VELJANOVSKI, *THE ECONOMIC APPROACH TO LAW* 1 (1981)など参照。

(7) LANDES & POSNER, preface vii.

(8) Calabresi, *Concerning Cause and The Law of Torts*, 43 U. Chi. L. Rev. 69, 105 (1975).

(9) Posner, *The Present Situation in Legal Scholarship*, *supra* note 5 at 1113.

(10) COOTER & ULEN, *supra* note 6, at 8-12.

(11) Posner, *supra* note 5, at 1113-1114, Posner, *The Decline of Law As an Autonomous Discipline: 1962-1987*, 100 Harv. L. Rev. 761, 763 (1987).

(12) RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMICS OF JUSTICE* 60 ff, (1981), hereinafter cited as POSNER, EJ. 富の最大化は、効率性がそうであるように、基本的には費用便益基準(テスト)である。Rose-Ackerman, *Evaluating Legal Rules*, 7 J. Policy Analysis Mgmt. 726, 727 (1988).

(13) POSNER, EJ, 115. Posner, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, 8 J. Legal Stud. 103 (1979), Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 8 Hofstra L. Rev. 487 (1980), Posner, *A Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law*, 9 Hofstra

L. Rev. 775 (1981), Posner, Wealth Maximization Revisited, 2 Notre Dame J. Law, Ethics & Pub. Policy 85 (1985).

なお、ランディスやポズナー以外でも、たとえば、最近では、Ellickson, A Hypothesis of Wealth-Maximization Norms: Evidence from the Whaling Industry, 5 J. Law, Econ. & Org. 83 (1989)の実証的な研究がある。また、コモン・ローの効率性の議論については、PAUL RUBIN, BUSINESS FIRM AND THE COMMON LAW, ch.1 (1983)参照。

カラブレイジによるポズナー批判は、GUIDO CALABRESI, THE NEW ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: SCHOLARSHIP, SOPHISTRY, OR SELF-INDULGENCE? 89(1981).

(14) R. Dworkin, Is Wealth A Value?, 9 J. Legal Stud. 191 (1980), reprinted in RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 237 (1985).

(15) POSNER, EJ, at 60 & 65.

(16) 多分に誤解されている点である。なお、功利主義については、つぎを参照, J. SMART & B. WILLIAMS, UTILITARIANISM FOR AND AGAINST 1973.

(17) POSNER, EJ, 53.

(18) POSNER, EJ, 56-7, NOZICK, ANARCHY, STATE, AND UTOPIA, 41 (1961).

(19) BRUCE A. ACKERMAN, PRIVATE PROPERTY AND THE CONSTITUTION 71 (1977).

(20) POSNER, EJ, at 99.

(21) Id., at 73. Weinrib, Toward a Moral Theory of Negligence Law, 2 Law & Phil. 37, 38-43 (1983) (過失法の説明として、矯正的正義の枠組にカント流の内容を盛り込む。), EPSTEIN, GREGORY & KALVEN, TORTS 112 (1984). 不法行為の経済理論に対して、このほかに Fletcher, Fairness and Utility in Tort Theory, 85 Harv. L. Rev. 537 (1972), Epstein, A Theory of Strict Liability, 2 J. Legal Stud. 151 (1973), Coleman, Moral Theories of Torts: Their Scope and Limits Pts. I & II, 1 Law & Phil. 371 (1982), 2 Law & Phil. 5 (1983) (矯正的正義の利益と損失の面に着目する。), Coleman, Book

Review of LANDES & POSNER, *infra* note 3 at 結論). See also, Posner, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, 8 J. Legal Stud. 103 (1979), Posner, *The Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law*, 10 J. Legal Stud. 187 (1981). わが国で不法行為の矯正的正義や経済的説明に言及したのは、藤岡康宏「私法上の責任 — 不法行為責任を中心として」岩波講座基本法学 5 巻 — 責任211、ことに214、221頁 (1984) 参照。

- (22) POSNER, EJ, at 74. ポズナーが裁判官になってから、裁判官の役割と富の最大化の実現の可能性について論じたものとして、Posner, *Wealth Maximization and Judicial Decision-Making*, 4 Int'l Rev. Law & Econ. 131 (1984).
- (23) DWORKIN, *supra* note 14, 255-256, R. DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* 280 (1980). この論文への反論は、POSNER, EJ, 107-115. さらに、カラブレージを巻き込んだ論争もなされている。Dworkin, *Why Efficiency?*, 8 Hofstra L. Rev. 563 (1980); Calabresi, *About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin*, 8 Hofstra L. Rev. 553 (1980). なお、この批判とポズナーの答えについては、別途に触れる予定なので、ここでは省略する。
- (24) Dworkin, *Liberalism*, *supra* note 14, at 181.
- (25) Baker, *The Ideology of the Economic Analysis of Law*, 5 Phil. & Public Affairs 3 (1975).
- (26) 保守的とする批判の背景については、Cohen, *Posnerian Jurisprudence and Economic Analysis of Law: The View from the Bench*, 133 U. Pa. L. Rev. 1117 (1985) など参照。
- (27) GUIDO CALABRESI, *THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS* 24 (1970), Calabresi & Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev. 1089, 1098 & 1102 (1972). なお、正義の問題の多くは、分配的正義と呼ばれるものである。法律学者よりも、経済学者の方が分配的正義の効果については測ることができる。また、正義との関係も曖昧だが、平等については、これには内容がないから捨てるべきで、これなしでもやって行けることを示すものがある。Westen, *The*

Empty Idea of Equality, 95 Harv. L. Rev. 537 (1982).

(28) POSNER, EJ, especially at 115. 評価するのは、Priest, The New Scientism in Legal Scholarship: A Comment on Clark and Posner, 90 Yale L. J. 1284, 1293 (1981). むろん、効率性や富の最大化を法規範として用いることを批判する者もある。Kronman, Wealth Maximization as a Normative Principle, 9 J. Legal Stud. 227 (1980), Armitage, Economic Efficiency As a Legal Norm, 7 Res. in Law & Econ. 1 (1985) (経済的効率性も主観的であるという)。

(29) POSNER, EAL 233 & 241.

(30) ポズナーの法の経済分析の「限界」が、裁判所がかかわる司法領域にあると見てはならないだろう。ポズナーにはすでに、行政、立法におよぶ著書や論稿がある。RICHARD A. POSNER, THE FEDERAL COURTS: CRISIS AND REFORM (1985), POSNER, EAL pts. V (distribution of income and wealth) & VI(the legal process), Posner, The Behavior of Administrative Agencies, 1 J. Legal Stud. 305 (1972), Landes & Posner, Independent Judiciary in an Interest Group Perspective, 18 J. Law & Econ. 875 (1975).

2. 不法行為法の実証的経済分析

A. 法の経済分析の基本概念

ランディス・ポズナーは、本書においては分析の道具や方法については言及していないが、ごく基本的な概念だけに限ってここでは触れておくことにしたい。経済学では、個人はその目的(自己の利益)⁽¹⁾の理性的な最大化をする者と考えられる。したがって、周囲の環境や状況が変化すれば、自己の満足を図るようにそれに応じて自己の行動を変えるのである。また、われわれの現実の世界は資源の稀少な世界である。したがって、資源の使用をめぐる競争は避けられない。任意の交換がなされるとき、つまり市場が存在するとき、資源はその最も価値のある使用へ向かう。言い換えると、完全競争によって資源の効率的配分がもたらされる。

完全競争においては、すべての生産者は同一の価格に直面し、また限界費用が価格と等しくなる点まで生産するのである。市場の均衡は商品を最小の費用で生産することを意味している、また限界利益（価格）と限界費用とが等しくなる点まで生産することを意味するのである。かくして、経済的効率性は限界費用と限界利益が等しくなるとき達成されるのである。すなわち、われわれが資源の稀少な世界にいる限り、経済的効率性（Economic efficiency）は社会の望ましい目標である⁽⁴⁾。

効率性とは、前述から明らかなように資源の使用が望ましいものといえるかどうかを判断する基準である。これは、資源の分配に関する評価であるといえる。効率性には、いくつかの定義がある。パレート最適では、誰かを悪化（worse off）ことなくある者を良くする（better off）ことがないときにのみ、資源はパレート最適に分配されたという。つまり、それよりも優れた状態のない場合である。パレート優越とは、ある状態をS 1とすると、他の状態S より、次のときにのみパレート優越である。誰もS 1において悪化せず、かつ、少なくとも1人がS よりもS 1において良化している。しかし、これらには、ユティリティを測れないし、また、第三者効果を考慮していない、という難点がある。

そこで、カルドア・ヒックス（潜在的パレート優越）基準は、S 1は、つぎのときにのみS よりもカルドア・ヒックスの意味において効率的である⁽⁵⁾。S からS 1への移行において、勝者が敗者に補償することができ、その結果誰もS において悪化せず、かつ、少なくとも一人がS に在ったときよりも良化しているであろう。ランディス・ポズナーは経済的効率性をカルダー・ヒックスの定義において用いている。すなわち、ある政策の変化があるとき、政策の変化による勝者が敗者に補償できる、つまり、政策の変化から得られる利得（ゲイン）が敗者が失うものよりも大きいならば、実際に両者の間で補償がなされようとなされまいと、その政策の変化は効率的であるといえる、とするものである⁽⁶⁾。

限界費用とは、一単位だけ追加的に生産量を増加するときに必要な総費用の増加額である。総費用の図では、それぞれの生産量に対応する総費用曲線の接線の勾配である。

また、勝者にとっての利得（ゲイン）の金銭（ドル）的な価値が敗者にとっての金銭的な価値よりも大きいならば、その政策の変化は富を最大化するものであるといえる。ランディス・ポズナーの不法行為理論、つまり不法行為法の

実証的理論は、不法行為の諸原則が富の最大化の意味において効率的である、
と主張するのである。⁽⁸⁾

B. 事故の社会的費用

一般に事故は注意を払うことによって防止あるいは回避できる。したがって、注意を払うように仕向けることによって事故の抑止の目的を果すことができる。そこで、以下では、どのような責任ルールで注意を払うインセンティブを持つことになるか、つぎに被害者はどのように行動するかを検討する。

1. 事故の経済分析モデル

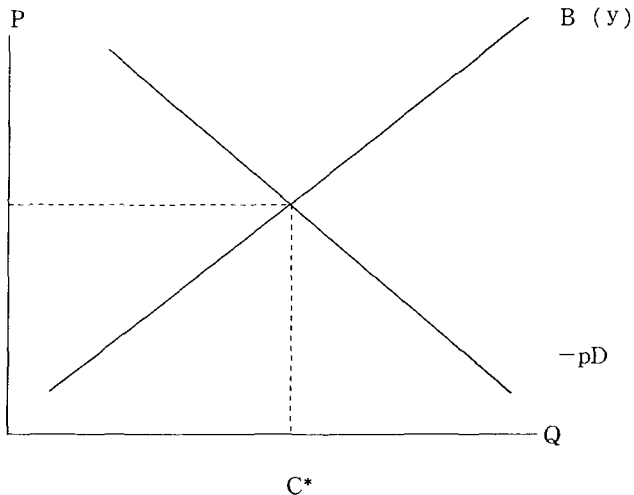
損害賠償法、あるいは事故法の目的は、事故によって生ずる費用を低減することである。交通事故は当事者のみならず社会全体にとってもコスト（費用）を生ずる。コストを生ずる行動よりもコストをなるべく生じない行動（正確には、より少ないコストを生じる行動）の方が望ましいと評価する社会においては、このようなコストを減少させるようにすることが期待されている。

ハンド裁判官は過失責任があるかどうかを判断する場合の要素と式を作り出した。これが、ハンド公式（Hand Formula）と呼ばれるものである。すなわち、Bを防止の費用、Pを事故の可能性、Lを損失、とすると、 $B < P L$ と判断される場合には過失責任を負う。つまり、防止する費用が事故の費用とその可能性を乗じたものより小さいとき、である。⁽⁹⁾しかし、これはおおまかな公式である。被害者の行為を考慮していないし、限界的分析にも欠けている。したがって、より詳しいモデルを作ることが必要である。

事故の社会的費用は、事故が起きたならば生ずるであろう損害とその事故を引き起こすさいに用いられた注意の費用の合計で現わすことができる。⁽¹¹⁾つまり、事故の社会的費用とは、期待責任費用と注意の費用の総計である。⁽¹²⁾すなわち、

$$L(x,y) = p(x,y)D + A(x) + B(y) \quad \dots\dots\dots(13)$$

ただし、 L：事故の社会的費用 A：被害者
 x：Aが払う注意の量 B：加害者
 y：Bが払う注意の量 D：損害
 p：事故の可能性



上図からわかるように、事故の防止のために注意を払えば払うほど、その費用は高くなる。他方、注意を払えば払うほど事故は減少する。 $B(y)$ は、加害者Bが払う注意の費用である。また、 pD は、事故が将来発生する可能性を考慮した費用、すなわち事故の期待費用である。その交点を C^* とする。 C^* より左辺は、 $-pD > B(y)$ である。このとき、事故の期待費用は注意の費用よりも大きいことを示している。したがって、加害者となる可能性にある者は、より安価な方、すなわち注意を払うインセンティブを持つのである。かくして、事故は抑止される。また、右辺は、 $-pD < B(y)$ である。このとき、事故の期待費用は注意の費用よりも大きい。したがって、加害者はより安価な方、つまり事故が起こるに任せるのである。このときは注意を払うインセンティブを持たない。

このように、事故を抑止するための注意を払うインセンティブを作り出すための第1の解決は、適切な注意を払えば過失はなく、したがって賠償責任もないとすることである。

2. 被害者の過失

事故を回避できるのはつねに加害者であるとは限らない。被害者もまた事故の抑止のために注意を払うべき場合がある。実際に払った注意のレベルを x 、 y 、また適切なレベルの注意を x^* 、 y^* とする。 $x < x^*$ 、 $y < y^*$ 、つまり北法41(1・425)425

り不法行為者も加害者もともに過失があるとするとき、「1000円の事故の費用を、Bは100円で、Aは50円の費用で防止できた。このとき、Bに賠償責任があるとしたらAはどのように行動するか。(Aを被害者、Bを加害者とする。)⁽¹⁴⁾」。

Aは、自分に過失があろうとなかろうと、Bから1000円の損害賠償を受けるわけだから、Aは事故を防止するインセンティブを持たない。より安価に事故を回避できたにもかかわらずである。

また、「1000円の事故の費用を、Aは50円で、Bは100円の費用で防止できた。このとき、Aに過失があるため賠償請求できないとしたらBはどのように行動するか。」⁽¹⁵⁾ Bは賠償責任を負わないから、注意を払うインセンティブを持たない。より安価に回避できるAは、賠償責任を追及できないから、注意を払うインセンティブを持つ。以上のように、注意を払うインセンティブをもたらすための第2の解決は、被害者Aが事故の費用をより安価に回避できたのであれば、Aは損害賠償請求をすることができない、とすることである。これが寄与過失法理による効率的な解決である。

3. コースの定理

「法と経済」の出発点ともなったのは、コースの定理である。⁽¹⁶⁾ 法の経済分析によれば、不法行為法は賠償責任を負わすことによって、ある者の行為から生じた経済的外部性を内部化させるための制度である。しかし、コースは、法によらなくても、任意の合意によっていくつかの外部性の問題が解決されることを明らかにしたのである。⁽¹⁷⁾ コースがこれを書く以前には、たとえば鉄道と農夫が別の主体であるときは、鉄道に「ばい煙を生じる権利」を与えると外部性を生じると、考えられていたのである。

ランディス・ボズナーは、つぎの例を挙げている。「汽車のばい煙や火粉が線路用地に隣接する畑の作物に損害を与えている。また、一日あたりの列車の運行数を減らすことによってしか損害を減少させる方法はないとする。」⁽¹⁸⁾

$R(x)$: 鉄道の収益、 x : 一日あたりの列車の運行数、 R_x : 限界利益、 $D(x)$ 農家の全損害、 D_x : 限界損害、とし、また、つぎの表で利益関数は $R(x) = 4x - (1/2)x^2$ 、ただし、 $(R_x = 4 - x)$ によって示されるとする。

x	R(x) (\$)	Rx (\$)	D(x) (\$)	Dx (\$)	R-D(\$)
1	3.50	3	0.50	1	3
2	6.00	2	2.00	2	4
3	7.50	1	4.50	3	3
4	8.00	0	8.00	4	0
5	7.50	- 1	12.50	5	- 5
6	6.00	- 2	18.00	6	- 12

出典：LANDES & POSNER, 表2.1, 32頁.

(1) 取引費用がゼロのとき

取引費用がゼロを仮定するために、鉄道と農夫が同一人の経営であるとしよう。この共同の所有者は、二つの行動から生じる利益を最大化しようとするだろう。ここでは、経済的外部性は生じない。なぜなら、作物への被害はこれらの事業の費用だからである。

所有者は、 $Rx = Dx$ 、つまり限界費用と限界利益が等しくなるまで、パイ⁽¹⁹⁾ $(x) = R(x) - D(x)$ を最大化しようとする。上の表では、 $Rx = Dx$ となるのは、 $x = 2$ のときである。このとき、 $R(x) - D(x)$ の最大の価値は $\$4 (= 6.00 - 2.00)$ となる。これは、鉄道、農業のいずれの活動も、中止することなく、なされることが効率的であることを示している。

つぎに、鉄道、農家が隣接して別の主体であるとして検討する。まず、鉄道に「ばい煙を排出する権利」が割り当てられているとしよう。また、農家の総利益を $\$10$ とする。鉄道は一日に 4 本の列車を運行させるだろう。このとき、農夫は、 $\$8$ の損害を受けるから、作物被害を $\$2$ まで下げるために、 $\$6$ を鉄道に提供するだろう。2 本の運行数を減らすことによって、両当事者はより豊かになる（良化する）から、鉄道は農夫の補償（2 から 6 ドルの間で）を受け入れることになる。

つぎに、農家に「ばい煙を出させない権利」が割り当てられているとしよう。農家は作物を作ることができるが、鉄道は運行できない。しかし、鉄道は、列車の運行をすることによって生じる作物被害を補償することを申し出て、農夫はこれを受け入れることになろう。仮に収益を最大⁽²⁰⁾ ($\$8$) にする 4 本の列車を走らせるとすれば、 $\$8$ の作物被害を与えるから、これを補償する。しかし、この場合は収益は最大とはなっていない。したがって、鉄道は 4 本を走らせない。

いずれにせよ、鉄道は $R(x) - D(x)$ が最大となる 2 本の運行をして、これによる損害 \$2 を補償することになる。これは効率的な解決である。

すなわち、コースは、鉄道と農夫の取引費用がゼロであるならば、権利がいずれに割り当てられていても、鉄道は一日に 2 本しか運行しないという効率的な結果が生じることを明らかにしたのである。コースの定理は、いずれに権利が割り当てられていようと、いいかえるといずれの法律上のルールを選ぶと、効率的な結果は達成される。すなわち、損害の配分のルールは事故の抑止には影響しない。いずれが損害を負担するかに関わりなく、事故の社会的費用は低減されるのである。⁽²¹⁾

(2) 取引費用が高い場合

つぎに、鉄道と農家が任意の取引ができないときを考えよう。鉄道に「排出する権利」が割り当てられているとき、鉄道は 4 本の列車を運行するだろう。これは効率的ではない結果を生じる。また、農家に「ばい煙を排除する権利」が割り当てられているとき、鉄道は運行することができない。これは効率的な結果ではない。⁽²²⁾

かくして、コースの定理のもう一つの面は、取引費用が存在するとき、法ルールのもとで効率的な結果が生じるとは限らない。このときには、取引費用を小さくする（最小にする）法ルールが選ばれる、というものである。⁽²³⁾

注

(1) すでにいくつかのところでなされている。たとえば、R. POSNER, EAL, CH. 1.

(2) 自己利益とは、利己的な利益だけを言うのではなく、他人の幸福もまたその満足の一部である。POSNER, EAL, 4.

(3) POSNER, id. at 3-4.

(4) LANDES & POSNER, 230.

(5) Kaldor, Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, 49 Econ. J. 549 (1939), Hicks, The Foundations of Welfare Economics, 49 Econ. J. 696 (1939), Scitovsky, A Note on Welfare Propositions in Economics, Rev. of Econ. Stud. 1941.

- (6) LANDES & POSNER, 16. なお、効率性については、Rizzo, The Mirage of Efficiency, 8 Hofstra L. Rev. 641 (1980).
- (7) LANDES & POSNER, 16, POSNER, EAL 12-13.
- (8) LANDES & POSNER, 16. 富の最大化概念について、また、その批判と答えについては、POSNER, EJ, R. Dworkin, Is Wealth A Value? 9 J. Legal Stud. 191 (1980).
- (9) Learned Hand (1872-1961)は、連邦高裁第2巡回裁判所の裁判官。
- (10) L. Hand, in U. S. v. Carrol Towing Co., 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947).
- (11) 事故を防止するために取られる措置の費用を指す。たとえば、列車のばい煙の防止装置、運転者がする注意のためにかかる費用など。
- (12) 事故の可能性と損失を乗じたもの（ハンド公式では、 $P \cdot L$ ）は、「期待責任費用」と呼ばれる。この関数はランディス・ポズナーの「法の経済分析」に特徴的なもので、ことにカラブレイジの「最安価事故回避者」の方法と異なっている。Cf, Calabresi & Hirschhoff, Toward a Test for Strict Liability, 81 Yale L. J. 1055 (1972).
- (13) LANDES & POSNER, 59.
- (14) LANDES & POSNER, 75 の例による。ただし、数字と単位（ドル）を変えた。
- (15) Id. ただし、数字と単位（ドル）を変えた。
- (16) R. Coase, The Problem of Social Cost, 3 J. L. & Econ. 1 (1960).
- (17) よりドラマティックな例は、A. M. Polinsky, An Introduction to Law and Economics, ch. 3 (1983), なお、A.M.ポリンスキー・入門法と経済（原田博夫・中島巖訳、1986）に見られる。簡単に紹介すると、
 - a. 取引費用ゼロの場合

「工場のばい煙によって近所の住民5人の洗濯物に被害が出ている。住民はそれぞれ\$75の損害を受け、全体で\$375の損害となる。ばい煙による損害は次の2つの方法のうちいずれかで防止することができる。ばい煙の防止装置を\$150の費用で設置するか、あるいは、1住民当り\$50かかる1台の乾燥器を支給する。」この場合、防止装置を設置するのが効率的な防止方法と言えるか。

では、つぎのような権利が割り当てられるときにはどうなるか。

工場に〈汚染できる権利〉がある場合：

住民の選択：全体で\$375の損害を被る

\$250で合計5台の乾燥器を買う

\$150で工場の防煙装置を買ってやる

住民に〈きれいな空気を享受する権利〉がある場合：

工場の選択：汚染を続け\$375の賠償額を支払う

防煙装置を\$150で買い入れ設置する

5台の乾燥器を住民に買ってやる

b. 取引コスト

取引費用ゼロの仮定は、現実的ではない。取引費用は、交渉相手を探す費用、集会費用、交渉過程それ自体の費用、成立した合意を実施する費用などである。

そこで、住民が集まるのに各人に\$60の費用(連絡、交通費、費やす時間など)がかかるとしよう。

住民に〈きれいな空気〉の権利があるとき；

損害を支払う

工場の選択→ 防止装置をつける

5台の乾燥器を買う

このとき工場は、やはり防止装置を購入することを選択するだろう。

工場に〈汚染する権利〉があるとき；

\$75の被害を負担する ($75 \times 5 = 375$)

住民選択→ \$50で乾燥器を買う ($50 \times 5 = 250$)

\$150の防止装置を買うために60の費用で集会を持つ ($150 + 60 \times 5 = 450$)

このとき住民は、乾燥器を買うことになるだろう。これは効率的な結果とはならない。

かくして、取引費用が存在する場合には、〈きれいな空気〉の権利は効率的であるが、〈汚染できる〉権利は効率的ではない。きれいな空気の権利が住民にあるときには、工場は住民とは関係なく選択できるから、取引費用は影響を与えない。ところが、汚染できる権利では、集会の費用(取引費用)を避けるため効率的ではない選択枝を選ばざるをえないのである。

(18) LANDES & POSNER, 31.

(19) 限界費用・限界利益の概念は重要である。収益を最大にするのが、効率的なのではない。

(20) LANDES & POSNER, 34.

(21) ただし、どのような損害配分のルールを取るのかは、当事者の所得分配に影響を与える。鉄道が出費するか、農家が費用を負担することになるからである。しかし、事故の抑止には影響を与えない。

(22) LANDES & POSNER, 37.

(23) POSNER, EAL 43 note 1. Cooter, Cost of Coase, 11 J. Legal Stud. 1 (1982), COOTER & ULEN, LAW AND ECONOMIC 5 & 101 (1988), White, Coase and the Courts: Economics for the Common Man, 72 Iowa L. Rev. 577 (1987).

3. 因果関係

B. ラッセルによると、因果関係はいずれ科学の領域から消え行く運命にあるという。⁽¹⁾因果関係は不法行為でも重要な要件であるが、ランディ・ポズナーはすでに因果関係を消滅させている。彼らによれば、いわゆる事実的因果関係も不要であるし、相当因果関係をはじめとする法的因果関係さえ不要である。「法と経済」をとる者にあっても、カラブレイジなどは法的因果関係⁽²⁾（英米法上のプロクシメイト・コウズ）の存在を肯定している。この意味でも、ランディ・ポズナーの因果関係不要論は徹底したものである。法の経済分析による不法行為アプローチでの第二の特徴であろう。因果関係なしでどのように不法行為は成立するのか、つぎにみてみよう。

伝統的な因果関係論が行ってきたのは、何が原因（あるいは被告の不法行為の結果）であるかを明らかにして、個々の事例をこれに当てはめることであった。しかし、これらはうまく行かなかった。⁽³⁾また、現実には、伝統的な因果関係の考え方に対して、最近いくつかの事例が登場してきて、その再検討を追っている。たとえば、薬害に関する製造物責任事例である DES 事件、「機会の喪失」と呼ばれる事件、有害物質の廃棄による不法行為事件、さらに病気の余兆に関する過誤事件などである。これらは、被告らの不法行為によって原告らを

危険にさらしたため、後に損害が生じたという場合である。これに対して、事実的因果関係の伝統的理論の不都合や欠陥を回避するために、証明責任の軽減なり転換、さらに侵害についてではなく侵害を避けるべき機会の減少などという考え方が出されてきているという状況にある。

A. 因果関係の経済モデル

ランディス・ポズナーは、因果関係を不要とする。彼らの因果関係不要モデルは「可能性増加」アプローチと呼ばれる。⁽⁴⁾ ハンド公式 $B < PL$ にも事故の可能性の要素が含まれているし、事故の社会的費用の関数（等式） $L(x, y) = p(x, y)D + A(x) + B(y)$ にも可能性のファクターが含まれている。⁽⁵⁾ ランディス・ポズナーの「因果関係」はこれに着目する。

前図において、 $B(y) < -pyD$ のとき、賠償責任を課すことは、被告は安全のための措置をとる、つまり注意を払う。ところが、その右辺 ($-pyD < B(y)$) では、適切な注意を払っても注意の費用が高いから、注意を払うインセンティブを持たない。したがって、このとき賠償責任を課しても被告の行為に変わりはない。このように、これらに事故の可能性という変数が大きな影響を与えていることは明かである（不等式が示すように）。ゆえに、賠償責任を課すことによって事故の抑止や安全への適切な注意を払うことが資源の効率的な配分となるとときには、被告の行為は事故の原因と見なされるのである。⁽⁶⁾

ここに、加害者が適切な注意を払ったかどうか（行為基準違反、 ϕ で示される）と事故の発生（ P ）についての、二つの可能性を考えることができる。また、行為基準に違反するかどうかの可能性は、もっと注意を払うかどうかによって防ぐことができる。これを z とする。加害者が行為基準に違反するとき（ ϕ ）、事故が発生する場合（ $\phi p \mid v$ ）と、事故が発生せずしたがって損害も生じない場合（ $\phi p \mid nv$ ）、とが考えられる。また、行為基準に違反しないとき（ $1 - \phi$ ）でも、やはり事故が発生し損害が生じる場合（ $(1 - \phi)p \mid nv$ ）と、事故が発生せず損害も生じない場合（ $(1 - \phi)(1 - p \mid nv)$ ）、とがある。したがって、前記の社会的損失の関数をつぎのように書き改めることができる。

$$L = (\phi)(p \mid v)D + (1 - \phi)(p \mid nv)D + A(x) + B(y, z) \dots \dots (7)$$

行為基準に違反しないために払う注意の z は、事故の発生の可能性（ $p \mid v - p \mid nv$ ）⁽⁸⁾にかかっている。適切な注意 z を払うべきかどうかがこれによって決まる

のである。たとえば、この可能性がゼロならば、 z の最適レベル(z^*)もゼロであるし、 $p \mid v - p \mid nv$ がプラスならば、 z^* もまたプラスである。すなわち、過失ある行為の可能性を低くするために注意を払うことによって事故の可能性も低くなるのである。この限りにおいて、注意を払うことは経済的に意味がある。彼らのこのような経済分析モデルを確率的因果関係と呼んでよいだろう。⁽⁹⁾
⁽¹⁰⁾

B. 確率的因果関係モデルの適用

ランディス・ポズナーの確率的因果関係モデルが実際にどのように適用されるのか、またそれは説得的だろうか。

(1) いずれにせよ事故が起きた場合

「Pは被告のホテルに宿泊していた。ところが、ホテルで火災のため逃げ遅れて死亡した。このホテルには、市の条例に違反して非常階段が設けられていなかった。Pはその部屋の窓から飛び降りて隣の建物に逃げる余地があったとされている。」⁽¹¹⁾

普通には、因果関係の問題として、被告ホテルの過失である非常階段を設けていなかったこととPの死亡との間に因果関係は存在するかが問題とされよう。ランディス・ポズナーのモデルでは、避難施設を設けていなかったことが客の死亡の可能性を高めたかどうかである。設けていなかったことが死亡を高めていなければ、設けていなかったこと(違反)とは無関係である。つまり、被告は z について注意を払う必要はなかったということである。かくして、 $P = P_n - P_c = 0$ であり、伝統的な用法では因果関係はなかった、ことになる。⁽¹²⁾

(2) 注意を払えば事故は回避できたであろう。しかし、注意を払わなかったために事故の可能性がよりあったとはいえないために、責任が否定される場合。

「市街電車の運転手であるPは、スピードを出しすぎて走らせていたところ、木が倒れかかり、電車の屋根を壊しPも負傷した。被告の市には木を除去していなかったことに過失がある。しかし、Pが早い速度で運転していなかったならば、この事故は生じなかったであろうと指摘されている。もう少し遅い速度で走っていたならば、木が倒れる時にはその地点にはそこにいなかったであろう

うからである。⁽¹³⁾。本件裁判所は、事故は早いスピードで運転していても、あるいはゆっくり走っていたとしても、起こり得たであろうとしている。⁽¹⁴⁾ いずれであっても事故が生じたと考えられるから、 $P = P_n - P_c = 0$ である。したがって、 z を運転手が払っても、これによつてはなんらの利益が生じるとは考えられず、したがって、事故を回避できるということは期待できない。⁽¹⁵⁾ 本件は一般には「偶然の一致」とされる事件である。⁽¹⁶⁾ 被告の行為は被害者の損害の「原因」ではなかったのである。

(3) いずれにせよ事故が起ったかどうか明らかではない場合

つぎの二つの事件は似ているが、どこが違うのだろうか。

(a)「Xは被告Yのはしけから海の中へ落ちた。被告には救命ブイを乗せていなかったことに過失があるとされた。Xの妻は、Xが甲板に出ていると知っていた。妻は、綱を求めてキャビンに走り込み、再び現れたときには、夫のXはすでに溺れていた。」⁽¹⁷⁾

本件裁判所は、被告にはXの溺死について責任はないとした。その理由は、Xの妻が彼に救命ブイを投げることができたときには、Xは溺れていたであろうからであるとした。ランディス・ポズナーのモデルで言えば、[救命ブイを備えていなかったことによってXが溺死する可能性]－[適切に備えていたとして溺死する可能性]は、正であるが、非常に小さいために最適な注意(z)はゼロに近い。

(b)「PはDのしゅんせつ船で働いていた。ところが、船から落ちたので、彼の同僚が綱を投げてくれた。この綱に手がとどいていたが、掴むことができず、溺死した。Dの船には適当な救命用具が備えられていなかった。」⁽¹⁸⁾

本件の裁判所は、この綱がもっと大きくてより浮かび易いものであったならば、Pは掴むことができたであろうと考えた。このケースでは、注意を払うことが効率的であったろう。

前の(a)ケースとどこが違うか。 $p \mid v - p \mid nv$ は、(b)ケースにおいてより大きかったのである。⁽¹⁹⁾

(4) 被害者が不明の場合

誰が被害者かわからない場合とは、損害・侵害がある者の過失によることは明らかであるが、その侵害がこの者の過失による結果であるかどうか、高い可

能性がない場合である。

「原子力施設から放射能が漏れ、付近の住民のガンの可能性を高めた。すなわち、つぎの20年間に100から111にガンの数が増加した。」⁽²⁰⁾

施設の所有者は明らかに11の癌について責任がある。これらは、注意をしていれば回避できたものであるからである。では、111のうちどれがこの放射能によるものか明らかにすることができるか。これは伝統的な因果関係では困難な問題となろう。多くの場合、因果関係は特定することが難しいと考えられる。⁽²¹⁾

しかし、ランディス・ポズナーのモデルでは、これにアプローチすることができる。誰かが賠償責任の訴えを起こすとすると、放射能が漏れ出なかったならば癌にかからなかった可能性は、 $(111-100)/111=0.099$ となる。かりに、裁判所がこのパーセント（わずか10%）でこの者の請求を認めれば、111人のすべては、原子力施設から賠償責任を取りうることになる。これは正しいといえない。⁽²²⁾ 多すぎる賠償額を支払うことになるからである。

（5）加害者が不明の場合

「A・Bの2人が同時に発砲し、このうちの一発が原告Pに命中した。しかし、いずれの銃弾によるか分らない。」⁽²³⁾

この例では伝統的に因果関係と共同不法行為が問題となった。原告は因果関係を証明することができるか。できなければ賠償請求を棄却すべきか。本件裁判所は、それは、不都合と考えて、証明責任の転換をした。つまり、被告らの行為が原告の侵害を惹起しなかったことの証明責任を被告に課したのである。⁽²⁴⁾

また、共同不法行為について、A、Bはどのように責任を負うべきか。いずれか1人、たとえばAが適切な注意を払っていれば、すなわち、過失がなければこの者は賠償責任を免れる。そこで全責任は他方のBが負うことになる。そうすると、Bはこれを免れるために適切な注意を払うべきインセンティブを持つ。つまり、過失基準での共同責任は、両加害者が適切な注意を用いるようなインセンティブを作り出すのである。⁽²⁵⁾

（6）可能性が非常に低く、予見コストあるいは管理コストのために法的な手続きが保証されない場合。この場合はわずかでも可能性はあるから、伝統的な意味での「因果関係」はあるといえる。ランディス・ポズナーは、因果関係のと

ところで論じているが、ここでは賠償責任があるかどうかは、違法性の判断である⁽²⁶⁾と考える（つぎの4.違法性の項を参照）。

ランディズ・ポズナーの法の経済分析においては「因果関係」は消滅している⁽²⁷⁾。それは彼らの事故の経済分析モデルから導き出されたものである。これまでに、伝統的に因果関係の問題とされてきたものには、事実的因果関係をはじめ、賠償範囲を確定する法的因果関係までさまざまなものがある。混乱した因果関係の代わりに、それが簡明と説得力をもたらしのであれば、「効率的」な要件として「可能性増加」アプローチを取ることも考えてよかろう。ただ、その理論モデルは実際に多くの場合を説明でき、わが国においてもうまく行くかどうか検討される必要があろう。

因果関係が原因と結果の連鎖をたどるのではなく、行為によって当該の結果が生じる可能性を高めたかどうか、の判断になるから、発想の転換をしなくてはならない。しかし、加害者や被害者が不明な場合などのようにこれまでの因果関係論ではないとして否定されるか、あるとは認められても構成が困難であるような場合には、明らかに可能性の増加の問題として考えた方がよい場合がいくつかある。また、公害事件における「科学論争」、医療事件における医学的情報など、不法行為法が周辺諸科学の力を借りなければならない場合は多い。可能性アプローチを取るとすれば、これらへの可能性に向けて法学の方の準備ができたといえよう。しかし、具体的にどの程度の可能性の増加の有無が論議となろう。いずれにせよ、因果関係を脱却する点で参考になるし、興味深い理論となろう。さて、これまで伝統的に法的因果関係として扱われてきた、もう一つの因果問題はどこでどのように検討されるのであろうか。

注

- (1) COOTER & ULEN, LAW AND ECONOMICS 343 (1988)による。
消滅論は、因果縮減論 (causal minimalism) の極である。アメリカ法では、L. グリーンが代表的である（後注12の文献参照）。Cf., H. L. A. HART & T. HONORÉ CAUSATION IN LAW xxxiv(2d Ed. 1985).
- (2) Calabresi, Concerning Cause and The Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr., 43 U. Chi. L. Rev. 69 (1975), S. Shavell An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts, 9 J. Legal Stud. 463 (1980). ランディズ・ポズナーの因果関係

不要論は、これらに、多くを負っているとしている。LANDES & POSNER, 230 note 7. なお、「法と経済」では因果関係は限定された役割しか持たないことやポズナーとカラブレイジの因果関係について伝統的因果論からの評価については、HART & HONORÉ Id. at lxviii & lxxi.

(3) LANDES & POSNER, 228.

(4) Landes & Posner, Causation in Tort Law: An Economic Approach, 12 J. Legal Stud. 109 (1983). 故意の場合は、後述8を参照。

(5) ランディス・ポズナーは、probability を当てているが、ここでは、わが国のいわゆる「蓋然性」説と区別するために、確率の語を用いた。

(6) LANDES & POSNER, 229.

(7) なお、事故の確率の増加は、ハンド公式のレベルで簡単につきのようにも考えることができる。 $P = P_n - P_c$. 但し、 P_n : 被告に過失があるならば、その事故が起こる可能性、 P_c : 被告が適切な注意を払ったとしても事故が起こる可能性。ゆえに、 $B < (P_n - P_c)L$ となる。POSNER, TORT LAW 561.

(8) LANDES & POSNER, 233.

(9) 考え方は、前記の注意の最適レベルと同じである。

(10) LANDES & POSNER, 233.

(11) Weeks v. McNulty, 101 Tenn. 495, 48 S. W. 809 (1898).

(12) Malone, Ruminations on Cause-in-Fact, 9 Stan. L. Rev. 60 (1956), Green, Foreseeability in Negligence Law, 61 Colum. L. Rev. 1401 (1961), The Causal Relation Issue in Negligence Law, 60 Mich. L. Rev. 543 (1962).

(13) Berry v. Sugar Notch Borough, 191 Pa. 345, 43 Atl. 240 (1899).
ただし、Pがスピードを出しすぎていたことは事故の寄与過失ではないとされている。

(14) Id. at 240.

(15) See, POSNER, supra note 7, 560.

(16) HART & HONORÉ CAUSATION IN LAW 158 (1959), Shavell, supra note 2, 482 (1980), Rizzo, The Imputation Theory of

Proximate Cause: An Economic Framework, 15 Ga. L. Rev. 1007, 1008 (1981). Prosser, Torts 275 (4th Ed., 1971)は、スピードが危険を増加させていなかったならば、責任はないとする。しかし、Grady, Proximate Cause and the Law of Negligence, 49 Ia. L. Rev. 363, 444 (1984)は、事實的因果關係は存在するが、予見できなかったから法的因果關係 (proximate cause) はないとする。

- (17) N. Y. Cent. R. Co. v. Grimstand, 264 Fed. 334(2nd Cir. 1920). See, Grady, Id. at 392.
- (18) Kirincich v. Standard Dredging Co., 112 F. 2d 163 (3rd Cir. 1940).
- (19) LANDES & POSNER, 241.
- (20) LANDES & POSNER, 242.
- (21) Ibid.
- (22) Id. at 262.
- (23) Summers v. Tice, 33 Cal. 2d 80, 199 P. 2d 1 (1948).
- (24) LANDES & POSNER, 242-243.
- (25) Id. at 243.
- (26) LANDES & POSNER, 243.
- (27) 批判するのは、Wright, Actual Causation vs. Probabilistic Linkage: The Bane of Economic Analysis, 14 J. Legal Stud. 435 (1985), Wright, Causation In Tort Law. 73 Cal. L. Rev. 1735 (1985). ただし、彼はハート・オノレの説を取っている。

4. 違法性

賠償責任を課す以上、いずれの社会においてもなんらかの形で、どの行為が不法か違法かの判断はつねに存在する。英米不法行為法が、わが国の不法行為法のように独立した要件として違法性を持っているわけではないが、その判断はなんらかの形で存在する。英米の過失法において、伝統的にこの判断がなされてきたのはネグリジェンスの判断においてである。これは後に述べるように、違法性の面と過失の面とを同時に含む要件であるといえよう。また、「法と経済」やランディス・ポズナーでも、違法性が要件として独立して考察され

ているわけではない。しかし、「法と経済」や法の経済分析は、アメリカ法の伝統的な不法行為論よりも「違法性」の要件としての役割を強調しているといえる。⁽³⁾

法の経済分析アプローチにおける「違法性」の法的枠組とは、基本的に「より安価な費用回避者」の問題と「法的救済」の問題とを含むものである。むしろ、ランディス・ポズナーがそう言っているわけではない。評者はそう考えうると解しているのである。法の経済分析による違法性は、基本的にはつぎの4つの構造をもっていると考えることができる。

(1) 外部不経済の内部化

ランディス・ポズナーにおける“違法性”の第一の役割は、外部不経済を内部化することにある。⁽⁵⁾不法行為法自体が賠償責任によって外部性を内部化する制度とみることができる。⁽⁶⁾交通事故も運転する行為から生じる外部性であるが、いわゆる公害や大気・水の汚染は外部不経済の代表的な例である。なぜ外部性を内部化する必要があるかは、行為者や企業がその生産に結びつく費用のすべてを負担しないとき、これらの商品の市場価格が、社会にとっての資源の使用の実際の価格を反映しないからである。つまり、生産の私的費用と社会的費用とに差が生じている。この結果、ある商品はより安価な値段がつけられ、ある商品は標準よりも高い値段をつけられる。外部性を内部化させることは、社会的費用を正当に反映していない行為にタッグ（値札）を付けることに外ならない。

公害や汚染を発生させている者（のグループ）とこれによる被害を受けている者（のグループ）が社会には存在する。公害や汚染による被害をめぐって社会のメンバー間に紛争があるとき、いずれの行為を社会的に是認するのかの判断が必要となる。つまり、行為者にその行為から生じる不経済を内部化させる必要があるかどうか判断されなくてはならない。つまり、社会はどちらに“味方”するかを決定しなくてはならないのである。⁽⁷⁾これが、カラブレイジとメラムドのいうエンタイトルメント問題である。比喩的に言えば、誰が勝ち、誰が負けるかを判断する要件である。したがって、エンタイトルメント問題は、不法行為責任に限らず、広く法一般にみられる。

社会が原告と被告のいずれの行為を是認するのかの問題は、わが国では伝統的に違法性要件が扱ってきた問題である。エンタイトルメント問題を違法性の問

題と考えてよからう。つぎの例で考えよう。ある町には原告の経営する店が一軒しかないが、ここへ被告がスーパーを開いたらどうだろうか。原告には売上
の減少による収益の損失が生じるだろう。明らかにこの損失は被告の行為によ
ってもたらされたものである。原告が「勝ち」、被告は賠償責任を負わなければ
ならないか。他方、被告には営業・行為の自由があり、自由競争といえない
か。だとすれば被告は責任を負わないだろう。また、一般には、このような判
断を被告は適切な注意を払ったかあるいは通常人として予見しえたか、つまり
過失の判断には委ねないだろう。以上のように、社会的に見ていずれの行為が
是認されるかを判断することが違法性の役割である。言い換えると、違法性は
外部不経済が生じているかどうかそして、内部化させるべきかの判断を行うも
のである。⁽¹⁰⁾

なお、エンタイトルメント問題したがって、違法性は、不法行為に限らず、
広く法律全体に及ぶ。カラブレイジ・メラムドは、この問題をさらに所有ルー
ル、責任ルール、制限ルールに分けている。所有ルールは、当事者の任意の取
引によって買い取ることによってエンタイトルメントが保護される場合であ
る。制限ルールは、その譲渡が制限されている場合である。責任ルールは、不
法行為法の領域であり、エンタイトルメントを侵害すれば賠償責任によって保
護されるものである。⁽¹¹⁾制限ルールは、譲渡や利用などが制限される場合である。
ここで関係するのは、責任ルールである。

外部不経済を内部化させる方法は、当事者の合意による取決や補助金などによ
るほか、損害賠償を負担させることによっても行なえる。不法行為はこの点
で重要な役割を果たしている。不法行為法がその役割を果たしている責任ルー
ルの例を見てみよう。たとえば、信玄公旗立松事件では、鉄道省の営業による
機関車の運転と線路の隣地の土地所有者の松の所有権のいずれを保護するの
かの判断をしなければならなかった。⁽¹²⁾「誰が勝つ」とは、この者（被害者）の
行為を損害賠償で保護することによって、加害者に自己の行為から生じる煙害
による外部不経済を内部化させることである。内部化させるべきなのにこれに
失敗した例もある。⁽¹³⁾事故や公害はこの「勝敗」の分かりやすい例である。

(2) 「より安価な事故回避者」

a. 外部不経済を内部化する者が、つねにそれを生じさせている者であるわけ
ではない。ここに誰が内部化するべきかの問題が生じる。違法性の第二の役割

は、「誰がより安価な（事故から生じる社会的）費用の回避者か」を捜し出すことである。カラブレイジのアプローチでは「最安価事故回避者」である。⁽¹⁴⁾ランディス・ボズナーの方法は、カラブレイジの「最安価事故回避者」の方法とは異なっている。⁽¹⁵⁾実際に最安価事故回避者を捜し出すことは困難である。⁽¹⁶⁾そこで、最安価事故回避者が分らないときには、一旦、汚染者に賠償責任を課すこと、つまり被害者にエンタイトルメントを与えること、が示唆されている。この判断が誤りであったとしても、最安価事故回避者から「買取」することができ⁽¹⁷⁾るだろうとしている。

さて、ランディス・ボズナーによると、「より安価に事故を回避できる者」に賠償責任を負わせることによって、事故の抑止へのインセンティブを作り出すことができるのである。⁽¹⁸⁾かくして効率的な事故の抑止という不法行為法の目的が達成されるのである。より安価な事故回避者を探す具体的な例をいくつか検討してみよう。まず、事故の例から、そしてつぎに汚染の例を見よう。

交通事故の例では、加害者と被害者のいずれが「より安価な事故回避者」かについては、前述のように被害者の過失の問題がある。被害者がより安価な事故回避者であるときには、寄与過失や比較過失が問題となる。これらは、より安価な事故回避者を探すプロセス、つまり違法判断であるといつてよい。また、わが国の自賠法の運行供用者の判断も基本的には「より安価な事故回避者」を発見することであり、この枠組で捉え直すことができよう。⁽¹⁹⁾

つぎに前述の鉄道・農夫の、公害・汚染の例で見よう。鉄道会社の利益と農夫の被害はつぎの表のとおりとする。ただし、農夫は、\$ 0.50の費用で線路から防火帯を設けることができ、これによって作物被害を減少させることができるとする。また、 D^*x は、農夫が防火帯を設けることによる作物被害（列車による作物への損害と防火帯の費用）を示す。

x	$R(x)$ (\$)	$D(x)$ (\$)	$R(x) - D(x)$ (\$)	$D^*(x)$ (\$)	$R(x) - D^*(x)$ (\$)
1	3.50	0.50	3.00	0.00	3.50
2	6.00	2.00	4.00	0.50	5.50
2.5	6.88	3.13	3.75	1.13	5.75
3	7.50	4.50	3.00	2.00	5.50
4	8.00	8.00	0.00	4.50	3.50

出典：LANDES & POSNER, 38 表 2・2.

(ただし $R(x) = 4x - (1/2)x^2$; $D(x) = (1/2)x^2$; $D^*(x) = (1/2)(x-1)^2$).

鉄道会社は自分の利益を最大化するように行為する。すなわち、前述した過失責任ルールによって賠償責任を負うことになるから、鉄道会社は、列車の運行による利益と作物被害に対する賠償費用を考慮する。鉄道会社は、その利益を最大にする、一日2.5本の列車を走らせるだろう。これによって、 $\$15.25 (= 6.88 + 10.00 - 1.13 - 0.50)$ の利益を得る。一日2本では、 $\$5.50$ 、一日3本では、 $\$5.50$ だからである。つまり、1日2.5本が効率的な解決である。これ以上走らせるときには、作物への損害をすべて負担しなくてはならないから、悪化する。一日2.5本を超えては列車を走らせないということである。

つぎに、農夫は、鉄道会社が自己の利益に基づいて行為し、また、過失責任ルールによって責任を回避できることを期待できるから、やはり自己の利益を最大にするように行為する。このとき考慮するのは、自己に過失がある場合には、賠償請求できないという、寄与過失ルールである。このために、作物被害を最少にするインセンティブを持つ。すなわち、線路から後退させて作物を植え付けることによって、損害を減少させることができ、そうするインセンティブを持つのである。

この例では、効率的な解決とは、鉄道と農夫がともに、より安価な費用回避者として、作物被害の減少のためにそれぞれの防止措置を取ることであり、かくして、資源の効率的利用が図られる。⁽²¹⁾

b. 違法性阻却事由

不法行為法には、「より安価な費用回避者」を捜すプロセスがすでに定型化されている要件が存在する。⁽²²⁾違法性阻却事由である。いくつかの例を簡単に挙げる。まず、承諾あるいは合意は、相互に望ましいと考える取引をすることになるから、価値を最大化するものとして、効率的である。不法行為法は、これを違法性阻却事由とすることによって認めているのである。

また、危険の引受は、危険な行為に従事することに明示的・黙示的に同意する者に対しては、被告は賠償責任を免れるというものであるが、これは取引費用が低い場合に問題となる。⁽²³⁾スポーツや娯楽などに参加したり、観戦したりするときに多いが、原告は危険な行為を控える(スポーツの観戦など)ことによって事故(たとえば、ボールが飛んでくることによる、自分への侵害)を避けることができるわけだから、効率性は原告がそうすることを促すのである。⁽²⁴⁾

さらに、緊急避難は、この行為によって守られる物の価値と、毀損される物の価値を比較して、前者が大きいときには、富の最大化をするものとして、効

法の効率性の世界

率的である。⁽²⁵⁾このとき、違法性阻却事由として法はこれを認めるのである。たとえば、火災がさらに広がることを避けるために、原告の家を破壊するなどの例がある。このように、違法性阻却事由は誰がより安価な損失回避者かを探す役割を果すものである。⁽²⁶⁾

(3) 管理費用 (administrative costs)

「より安価な事故回避者」と関連するもう一つの面が、管理費用の問題である。管理費用とは、あるシステムを管理するための費用である。⁽²⁷⁾たとえば、訴訟制度や過失責任制度を利用するなどの費用である。管理費用は、訴訟事件の数とそれぞれの事件を解決する費用にかかっている。⁽²⁸⁾管理費用のこの面を違法性判断とするのは、賠償責任の有無を決定するのに重要な役割を果たしているからである。⁽²⁹⁾ただし、管理費用の問題がつねに違法性の問題であるというわけではない。管理費用は、たとえば寄与過失と比較過失の採用についても問題となったし、後述する無過失責任と過失責任の制度上の比較においても議論される。

ランディス・ポズナーは、前述した因果関係、正確には可能性の増加の問題の類型として「可能性が非常に低く、予見コストあるいは管理コストのために法的な手続きが保証されない場合」を挙げているが、⁽³⁰⁾わずかにしる可能性の増加はすでに存在しており、「因果関係」要件はクリアーされている。ゆえに、この類型の問題は、賠償責任があるかどうかの違法性の判断である。彼らは、このタイプの事件を管理費用の高低にかかるものとして考えているのである。ここでは、ランディス・ポズナーによる、つぎの二つの場合を考えてみよう。

(a)可能性が非常に低く、管理コストが高いために、賠償責任がないとされる場合がある。具体的には、自己に身体的な損害は加えられていないが、事故を目撃したために被ったというような精神的損害の場合である。事故の目撃によって衝撃を受け、損害を被るというのは身体への被害に較べ、可能性は小さい。わずかではあるけれども可能性は存在しているわけだから、「因果関係」は存在している。ところが、精神的ショックには個人差があり、また、ショックによる被害がどんなものであるかについて平均的なものがないこと、などによって証明は困難あるいは不確実である。このため管理コストは高いといえる。⁽³¹⁾ただし、身体上の被害に伴う精神的苦痛の損害の賠償は、純然たる精神的ショックの訴訟におけるよりも損害の立証の費用が安価であるから、認められ

やすい。⁽³³⁾このとき、経済的効率性は管理費用を最少にすることを要請するのである。すなわち、賠償責任を管理費用が高いために認めないのである。精神的ショックの「損失」を被害者が負担することが、より安価な事故の回避となるのである。⁽³⁴⁾

また、著名なポールズグラフ事件も、事故の生じる可能性は非常に低く、管理コストが高い場合に当たる。⁽³⁵⁾この事件は、被告鉄道会社の車掌が、列車が動き出した後に乗り込もうとする乗客を押し込もうとしたところ、乗客がつまずき、持っていた荷物をホームに落とし、この中の花火が爆発した。このため、プラットホームに居たほかの乗客が驚き、パニックになり動いたために（花火の爆発の衝撃によるのではなく）ホームの反対側にあったスケールが倒れ、このためポールズグラフ夫人が驚き、もっぱら吃音になったこと（身体上の損害ではない）⁽³⁶⁾対して損害賠償請求したものである。本件裁判所は、被告には賠償責任はないとした。被告の行為が事故の可能性をわずかでも高めている以上「因果関係」は存在する。しかし、注意を払ったとしても、わずかな可能性のためにその注意を払うことによるメリット（利益）がないのである。⁽³⁷⁾

(b)反対に、事故の可能性は低いが、管理費用がそれほど高くないときには、賠償責任は肯定される。たとえば、宿痾や「卵の殻（薄い）頭蓋」(eggshell-skull) ⁽³⁸⁾ルールがその例である。これらでは、平均以上の感受性を体質として持っている人に危害を加え、予見できない結果が発生した場合に、そのような結果にまで賠償責任を課すべきかどうか問題となる。

可能性が非常に低いにもかかわらず存在すれば、「因果関係」は存在する。では、なぜ予見できない結果について賠償責任を負うのだろうか。まず、予見できない結果が発生したのだから、予見し得なかった部分については賠償請求できないとするとどのようなことになるか。賠償請求できないとすると、期待責任費用は実際の平均的侵害費用をかなり下回ることになる。賠償責任を認めるか否かは、事故の抑止へのインセンティブに大きな影響を与える。⁽³⁹⁾

また、かりに「平均以上の感受性を持つ者は賠償請求できない」というルールを作ることも可能ではある。しかし、実際に適用することはできないであろう。平均以上の者が実際に受けた損害を決定するための管理費用は、高くない。したがって、賠償責任は肯定されるのである。⁽⁴⁰⁾以上のように、管理費用の問題は、経済的効率性の問題の一環である。⁽⁴¹⁾

(4.) 法的救済の選択（金銭賠償の原則と差止）：取引費用

以上のほかにも、違法性は役割をもっている。誰を勝たせるかの問題の後には、どのような保護を与えるべきかの問題が存在している。⁽⁴²⁾そこで、本稿は、違法性の要件に法的救済（賠償、差止）の選択の問題を含めることを提案する。⁽⁴³⁾法的救済の問題は、「より安価な損害回避者」を中心とする違法判断と密接に関連する、違法性要件のもう一つの面である。具体的には、わが国の不法行為法のとる金銭賠償の原則と差止に関して問題となる。

なぜ不法行為法は金銭賠償を原則としているのだろうか。差止はどんなときに認められるのだろうか。この問題は不法行為事件のそれぞれについてたえず問題となる性格のものではない。わが国の不法行為法は、賠償を原則としている（民法722条1項）。差止という法的救済が求められるときに、賠償か差止かの問題が浮上するのである。

不法行為は、契約の場合とは異なって、事故が発生するまでは見知らぬ第三者であるから、加害者と被害者における取引費用が高い。不法行為法が、賠償を原則としているのは、この取引費用が存在するためである。

不法行為で差止による救済が効果的ではないことは、つぎの交通事故の例から明かである。たとえば、Aが不注意な車の運転によって歩行者のBをはねて負傷させたという事件で、BはAに対して運転を差止めることができるのだろうか。Bにとって差止が意味を持つのは、あらかじめBがAに対して差止をしておくことが必要である。このためBは誰が自分を跳ねて負傷させるかを特定して、差止をする必要がある。できないことはないけれども、見知らぬ第三者では一般的には不可能に属する。このように、誰を相手とするかの差止を実行するについての費用が高いのである。⁽⁴⁴⁾

また、いったん多数の原告に差止が認められると、被告は、差止する「権利」を原告らから「買い取る」ことができない。差止を求めるには被害者の意思の統一が必要であるため、被告が多数の被害者の合意を取りつけて、差止を止めさせることは不可能であろう。このとき取引費用は高いのである。資源の効率的な利用からみると、差止は非効率的な結果を生じるのである。したがって、損害賠償による方法が効率的な救済である。不法行為法は、賠償を原則としたのである。⁽⁴⁵⁾そして、賠償と差止の、法的救済の選択を決定しているものは、取引費用である。取引費用の低減は、効率性の要請である。

このような法的救済の選択の判断は、違法性以外の要件、因果関係や過失、

損害の要件などでは考えにくい。このように、法的救済の選択は、侵害の有無あるいは違法な結果や行為の存在の判断と密接に関連しているから、違法性要件において決めることが妥当と思われる。不法行為における法的救済を決定することそのものは、違法性判断の重要な役割である。

以上のように、法の経済分析では、被告の行為に違法性があるかどうかは、経済的効率性の基準によって判断される。⁽⁴⁶⁾ 効率性の基準から違法であるとすることによって、不法行為法は資源の効率的な使用を促しているのである。違法性の構造として、いくつかの違法の面を明らかにした。経済的外部性の内部化をはじめ、より安価な事故回避者、管理費用と事故の抑止、そして法的救済の決定、などの類型がみられるのである（さらに検討が進めば、違法性のこれらのサブ・フォーミュラにかぎらず、ほかにも違法性の類型が存在する余地がある）。

わが国でこれまで違法性の判断基準として用いられてきたのは、いわゆる相關関係説である。しかし、法の経済分析ではこれを取らない。効率性が不法行為における違法判断の基準となる。被侵害利益や侵害行為の態様やそれらの強弱といった曖昧な判断によらない、より分析的で有益な判断方法と言えないだろうか。

さらに、経済分析の効率性基準は、不法行為にとどまらず、刑法や憲法における違法性判断の有力な基準ともなる可能性をもつものである。

注

(1) R. W. M. DIAS & B. S. MARKESINIS, ENGLISH LAW OF TORTS 55 (1976).

(2) Id. at 29-40 & 55-60.

(3) たとえば、クラブレイジにおいてもエンタイトルメント問題が強調されている。Calabresi & Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harv. L. Rev. 1089, 1090 (1972), hereinafter cited as Calabresi & Melamed.

(4) このような「読み込み」は、彼らのアプローチからの「逸脱」であるかも知れないが、詳細については、林田清明「効率性 対 違法性—民事違法の経済理論」北大法学論集41巻3号（近刊予定）参照。

(5) 彼らに限らず広く「法と経済」でもそう言えるだろう。

- (6) LANDES & POSNER, 187.
- (7) Calabresi & Melamed, 1090.
- (8) Id. at 1092.
- (9) POSNER, EAL, 169.
- (10) 違法性と過失は基本的には区別される。違法性と過失を融合させる一元論でも、時と場合によっていずれかの面を強調するか、使い分けることが必要となろう。いわゆる新過失論について、平井宜雄・損害賠償法の理論383頁(1971)、新違法性論については、淡路剛久・公害賠償の理論98頁以下参照。なお、融合現象については、前田達明「近年の民事責任論における過失概念違法性概念との接近ないし総合の傾向はなぜ生じたか。」民法学6(不法行為の重要問題)62頁(1975)、中村哲也「現代不法行為法における過失・違法性論の動向と課題」法政理論16巻2号1頁(1984)など参照。
- (11) Calabresi & Melamed, 1092.
- (12) 大判大正8年3月3日民録25輯356頁。
- (13) たとえば、大判大正5年5月16日民録22輯973頁(軌道会社が官庁の許可を受けて架橋した以上、これによって漁業権を書したとしても不法行為とはならないとされた事例)など。
- (14) カラブレイジの方法については、平井宜雄・現代不法行為理論の一展望80頁(昭55年)、森島昭夫「損害賠償責任ルールに関するカラブレイジ理論」私法学の新たな展開405頁(1975)、など参照。
- (15) Posner, Book Review of the Costs of Accidents-A Legal and Economic Analysis by Guido Calabresi, 37 U. Chi. L. Rev. 636 (1970).
- (16) Calabresi & Melamed, 1119.
- (17) G. CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS 135 et seq. (1970), Calabresi & Melamed, at 1119.
- (18) 林田、前注4参照。
- (19) この試みについては、林田清明「事故の抑止と交通事故における損害賠償」判タ654号51頁(1988)。
- (20) 前述の鉄道・農夫の例, LANDES & POSNER, 38-40. ここでは、過失責任による解決を前提としたが、本書では、過失責任と無過失責任

- (ことに、寄与過失を含む)による解決が比較されている。ここでの例が示すように、過失責任ルールは無過失責任ルールよりも多くの情報を得ることが必要になる。無過失責任と比較して、責任ルールを管理する費用が高くなる。Id. at 41.
- (21) LANDES & POSNER, 39-40. なお、裁判所が、農夫が植え付けるときに防火帯を設けることを考慮しない可能性についても言及されている。Id. at 41. 加害者だけが、事故や損害をより安価に回避できるとは限らない。
- (22) ランディス・ポズナーは、英米不法行為における *defences* をこのように位置づけている。LANDES & POSNER, 171. なお、法の経済分析による違法性阻却事由の位置づけと各事由の検討については、林田、前注4。
- (23) D. DOBBS, R. KEETON, & D. OWEN, PROSSER & KEETON ON TORTS, pp. 480, (5th ed., 1984) hereinafter cited as PROSSER & KEETON.
- (24) LANDES & POSNER, 139.
- (25) Id. at 179.
- (26) Id. at 171-181.
- (27) CALABRESI, *supra* note 17, at 225.
- (28) A. M. POLINSKY, AN INTRODUCTION TO LAW AND ECONOMICS 48-49 (1983).
- (29) ちなみに、カラブレイジでも、管理費用を抑えることは、一般的抑止における第一の指標である。CALABRESI, *supra* note 17, at 143.
- (30) LANDES & POSNER, 243.
- (31) Id.
- (32) Id. at 244. たとえば、航空機事故を聞いてショックを受けたとしても、それによる被害であるということの証明は困難であろう (Id. at 245.)。できないことはないが、精神的ショックによる被害であることを証明するための費用が高くつくのである。cf. CALABRESI, *supra* note 17, 216.
- (33) LANDES & POSNER, 245. なお、英米でのこの動きについては、林田清明「英米の精神的ショック・ケースにおける因果関係対保護範囲」

大分大経済論集36巻6号193頁(1985)参照。

(34) O. W. HOLMES, THE COMMON LAW 76 (Howe ed. 1963).

(35) LANDES & POSNER, 246.

(36) 248 N. Y. 339, 162 N. E. 99 (1928). スケールは、原告の腕、尻、太股にあたっている。その後のポールズグラフ事件の実態が明らかにされている、NOONAN, PERSONS AND MASKS OF LAW ch. 4 (1976).

(37) LANDES & POSNER, 246.

(38) 「不法行為者は被害者の損害の範囲を予見できなかったとしても、その全部について賠償責任がある」という英米法上のルール。一般には、予見可能性、とくに予見できない結果に対する責任、すなわち法的因果関係の問題として議論されてきた背景がある。PROSSER & KEETON, *supra* note 23, at 292, G. Williams, The Risk Principle, 77 L. Q. Rev. 179 (1961). *Dulieu v. White* [1901] 2 K. B. 669, *Vosburg v. Putney*, 80 Wis. 523, 50 N. W. 403 (1891).

(39) The allocative gain が明らかにあるという。LANDES & POSNER, 250.

(40) LANDES & POSNER, 249-250.

(41) Calabresi & Melamed, 1093.

(42) *Id.* at 1092.

(43) See, Calabresi & Melamed, 1092. むろんランディス・ポズナーは、法的救済の問題を違法性の問題とはしていない。この点についてはさきに触れた英米の「違法性」の事情があるからである。なお、法の経済分析からする、法的救済の分析については、林田「賠償と差止—法の経済分析による法的救済のモデル」北大法学論集41巻4号（近刊予定）。

(44) LANDES & POSNER, 42-43.

(45) わが国はじめ、多くの国ではそうであるといえよう。

(46) このことの証明と適用については、林田、前注4。

5. 過 失

英米法のネグリジェンスは、有責性の面からみるときは、わが国の過失と捉えてよい役割を持っている。おおまかに言えば、ネグリジェンスは違法性と過失を兼ね備えた、いわば「新過失」なのであり、「新違法性」なのである。このままにしておいたほうがよいか、ネグリジェンスをわれわれから見て峻別した方がよいかは、理論的に、また実際にそれが可能か、またその必要や意味があるという問題と関係している⁽¹⁾。

「法と経済」でも、またランディス・ポズナーの「法の経済分析」でも、ネグリジェンスのこのような区別をとりたててしていない。しかし、それが伝統的に未分化のままであった「二つ」の機能は、より分化して捉えられているようである。カラブレイジの「最安価事故回避者」概念は、過失法の要件のうちどこに位置づけられるかは、興味ある問題だが、ネグリジェンスの規範面（違法面）⁽²⁾、すなわち注意義務の要件に位置づけられると思われる。ランディス・ポズナーも、意識して区分しているわけではないが、彼らが維持するアプローチから全体としてみればやはり区別されているように思われるし、われわれからすると区別したほうがよいと感じられる⁽³⁾。彼らの効率性に基づいた「より安価な事故回避者」と「適切な注意を払ったかどうか」の判断は区別されており、両者には判断することの内容の違いがある。

ランディス・ポズナーの「過失」とは、行為者そして被害者が適切な注意を払ったかどうかである⁽⁴⁾。なぜ適切な注意を払うべきなのか、また適切な注意を払わなかったことはなぜ非難に値するのか、を見てみよう。

A. 過失責任ルール

前記の図(2.B.)において、 c^* の点より左辺は、 $-pD > B(y)$ であるから、行為者は、 $B(y)$ を選ぶことによって事故をより安価に回避できる。これより右辺は、 $-pD < B(y)$ であるから、 $-pD$ を選ぶ。このとき、事故は生じることになるが、不可避免的に生じたものである。かりに、このとき行為者に賠償責任を負わせるとしても、注意を払うインセンティブを持たない。なぜなら、 $-pD < B(y)$ であるから、事故を起こるに任せて責任を負うことになる。しかし、これは、

法の効率性の世界

無過失責任である。⁽⁵⁾

加害者は、自分が適切な注意を払わなかったことから生じたときのみ、つまり $y < y^*$ のときに被害者の損害について責任がある。過失ルールは事故が発生した場合、加害者が実際に払った注意の量が適切な注意のレベルよりも低いときに、被害者が受けた損害を支払わなくてはならない。A の過失を一応おいておくと、すなわち $x^* = 0$ とすると、事故の社会的費用 L はつぎのときに最小となる：

$$L(0, y^*) = p(0, y^*)D + B(y^*) \quad \dots\dots\dots(6)$$

B は $y > y^*$ のときには責任はない。

$0 < y_0 < y^*$ のとき、 B が過失ある方か過失ない方かのいずれかを選ぶのは、つきにかかる（ただし、 y_0 は適切なレベルの注意 y^* よりも小さい、実際に払った注意のレベル）；

$$p(0, y_0)D + B(y_0) \leq B(y^*)$$

ところが、

$$L(0, y_0) = p(0, y_0)D + B(y) > L(0, y^*)$$

である。（定義により、 y^* は $L(0, y)$ を最小にする。）

$B(y^*) < L(0, y^*) < L(0, y_0)$ であるから、 B は過失なき方を選ぶ。それゆえ、過失ルールは、加害者となり得る者 B が最適な注意を払うべきインセンティブを与えるのである。⁽⁷⁾

過失判断とは、(i) どこまで注意をすれば「適切な注意」を払ったといえるのか、注意義務の基準の設定の問題と、(ii) 実際に行為者が払った注意のレベルと適切な注意のレベルとの比較の問題、を含むものである。裁判所は、被告が払った注意のレベルを前提として、当該の事故を回避するために被告がどれだけ追加的に注意に投入するべきであったか、を問うことになる。これは、限界レベルでの分析・評価がなされるのである。⁽⁸⁾ かくして、過失とは、注意を払わなかったことであるが、その注意とは、これを払うことによる利益がその費用を超えている場合である。

過失が有責性として、行為の非難可能性の面だと言われるのは、じつは事故の回避のために適切な注意を払わなかったことにより、社会の資源を浪費する結果となるからに他ならない。最も重要なことは、過失ルールが、個々の行為者のレベルにおいて、適切な注意を払うべきインセンティブを作りだしている、ことである。⁽⁹⁾

B. 客観的基準

適切な注意を払ったかどうか（過失）の判断は、行為者自身の基準によるのではなくて、合理人という客観的な行為基準によってなされている。被告の置かれた状況で、合理人はどのように行為するかである。なぜ個別の基準によらずに、客観的な基準によって過失は判断されるのであろうか。個人の最適な注意のレベルを y_i^* とし、合理人による基準を y^* とする。個別的な基準によらないときはつぎの不都合が生じる。まず、注意の限界費用が比較的低い人にとっては、 y^* が y_i^* よりも低いときには、この者は、 y^* 以上の注意を払おうとしない。そうしても期待責任費用を低減しないからである。また、 y_i^* が y^* よりわずかに低いときには、 y^* を払うインセンティブを持つ。ところが、これは効率的ではない。余分に注意を払うことによって得る利益（期待責任費用の低減）が、この注意の費用よりも小さいからである。このように、個別基準を取らないことによる非効率性が生じるのである。

ところが、個別的基準をとるには、行為者それぞれについての事故回避能力が知られてはならない。この情報、すなわち個々人の適切な注意のレベルを得るには費用がかかるのである。かくして、客観的な基準が取られるのである。これらから、つぎのことが言える。一つは、個々の適切な注意を決定する費用が低いときには、客観的基準からの「逸脱」が認められる。たとえば、眼が不自由である者や医者の例がある。二つには、よく注意するために行為のレベルを下げるのが容易に可能であるならば、客観的な基準からの逸脱は認められにくい⁽¹²⁾。たとえば、反応の鈍い運転者はゆっくり運転することによって注意を増加することができる。

また、慣習は、慣習上の注意のレベルが効率的であるとは言えないから、一般にこれに従っているというだけでは、過失がなかったとは言えない⁽¹³⁾。

注

- (1) アメリカ法において、違法の面と過失の面とを区別して独立の要件としたのは、グリーンくらいではないか。LEON GREEN, THE LITIGATION PROCESS IN TORT LAW (2d ed. 1977). なお、彼の保護範囲論については、平井宜雄・損害賠償法の理論(1971)、林田清明「グリーンの保護目的・保護範囲論」九大法学39号89頁(1980)など参照。

- (2) カラブレイジ自身ではないが、カラブレイジのアプローチを採用した、カリフォルニア州の判決は、「注意義務」の存在において最安価事故回避者を判断しようとしたが、困難であるとしている。この判決のボズナーからの批判は、Posner, *Some Uses and Abuses of Economics in Law*, 46 U. Chi. L. Rev. 281, 297 (1979).
- (3) 本稿のとは異なる読み方があって当然であるが、それぞれぜひ確かめて頂きたい。わが国のいわゆる新過失論や新違法性論の立場からは、興味深いだろう。
- (4) 繰り返すが、彼ら自身が“違法と過失”を区別しているわけではないので、正確には評者の読み方・見解に過ぎない。
- (5) POSNER, EAL, 149-150. なお、過失の分析については、Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. Legal Stud. 29, 32-33 (1973), Landes & Posner, *The Positive Economic Theory of Tort Law*, 15 Ga. L. Rev. 851 (1981)を参照。
- (6) Id. at 63.
- (7) Id. at 63-64.
- (8) LANDES & POSNER, 87.
- (9) LANDES & POSNER, 63. 同じ「法と経済」でも、カラブレイジとボズナーの分析方法と考え方は対象的であるが、過失法の機能についても際だっている。カラブレイジは、事故の抑止からは過失法には批判的で、悲観的でさえある（たとえば、CALABRESI, *THE COSTS OF ACCIDENTS* 276 は、“absurd”と言う）。これに対して、ボズナーは無過失責任より過失責任が優れているとする。後述の、無過失責任の項を参照。
- (10) PROSSER & KEETON, 173 et seq.
- (11) LANDES & POSNER, 124. なお、POSNER, EAL, 151-152 も参照。過失判断における行為の客観的基準の説明は、伝統的になされるものより、説得的といえるだろう。
- (12) LANDES & POSNER, 126.
- (13) LANDES & POSNER, 133. 同旨、PROSSER & KEETON, 195.

6. 損 害

損害が生じていなければ、不法行為法による賠償を論じる必要はない。損害要件は、損害が発生していること(特定)、また、損害の算定を主たる役割としている。ハンド公式で言えば、Lに等しい損害が賠償されるべきことになる。国にではなく、被害者に賠償することの意味は、これが被害者に訴えるインセンティブを与えるからである。不法行為制度はこれによって維持されている。また、被害者が過剰な予防をすることを防ぐためである。これによって効率的な資源の使用が促される。⁽¹⁾

A. 算 定

「法と経済」や「法の経済分析」の方法に対する“反感”の一つは、木に竹を接ぐような議論をする上に、仮定に仮定を重ねて強引に押すように見えることにもあろうかと思われる。人の生命を計ることができるのだろうか。計れもしないのにこれをできると仮定して、事故の抑止などと言っているのではないか、と。つまり、 $B \geq PL$ のハンド公式が示すように、損害のLが分からなければ、行為者は注意や回避のために要する費用と比較することができないわけだから、事故の抑止もあったものではないのではないのか。

「法と経済」や「法の経済分析」では、人の生命の価値を計ることができるのか。⁽³⁾計れないだろうし、かりに計ったとしても不確実である。⁽⁴⁾ではなぜ、ハンド公式を、そして「法の経済分析」を維持できるのか？

事故の抑止の目的にとっては、損害が実際に何であるかを知る必要はない。行為者が知る必要があるのは、注意の費用と、不注意だったときに増加する死亡の危険を甘受するのに被害者がどれだけ要求するかである。ランディ・ポズナーが挙げる例でみてみよう。平均人が殺される可能性の0.00001の増加に対して1ドルを要求すると仮定する。したがって、「1ドルは、この可能性を減少させるための余分の注意からの損害の減少である。」可能性は0.00001であるから、この危険のレベルでの損害Dは、\$100,000である(pD , $p=0.00001$)⁽⁵⁾。むろん、これは被害者の生命がこれだけに値するというわけではなく、かりに被害者に割り当てられたとしたら加害者に正しいインセンティブを与えるこ

となる損害の額である。⁽⁶⁾このように、被害者の生命の価値を実際に知ること⁽⁷⁾は必要ではない。

B. 懲罰的賠償

損害の公平な賠償を是とするわが国の伝統的な不法行為法(観)では、懲罰的賠償は、賠償法に報復の理念を持ち込むものとして考慮されなかったし、むしろ嫌悪される傾向にあったといえよう。他方、アメリカ法においても懲罰的賠償についてはさかんな議論がある。懲罰的賠償とは、加害者が加えた現実の損害⁽⁸⁾以上の賠償責任を負わすことである。超えている分が「懲罰的」といえる。しかし、不法行為の目的に利するならば、これを一定認めてもよいのではあるまいか。たとえば、他人の土地であることを知ってこれを侵害する場合に、相手方がいわゆる公共性の強い事業をしているとか、相手方の行為の有用性がより認められる場合だと、妨害排除請求が権利濫用として認められない場合がある。被害者の土地所有者は既成事実のもとに損害賠償で甘んじざる得なくなる。これでは、侵害者は侵害をしないようにするインセンティブを持たない。このとき懲罰的賠償を認めてはどうだろうか。どんな場合に、どんな条件で、またどう算定するのか。⁽⁹⁾

ランディス・ポズナーが懲罰的賠償を認めてよいとしているのは、意図的な侵害と無謀な場合である。⁽¹⁰⁾故意不法行為のすべてに肯定されるとしているのではない。まず、故意による不法行為の多くでは、加害者を特定しこれを訴える可能性は、1以下である。なぜなら、加害者は特定されないようにするし、訴えられないようにするからである(ひき逃げ事件を想像せよ)。かりに三つの故意不法行為が行われてそれぞれ100の現実の損害が生じたが、加害者を特定できたのは二つだけだとすると、残り一つの100は不明として社会的費用は被害者が負担することになる。このとき、特定し、訴えられる可能性は $2/3$ である。最適な抑止の観点からは、社会的費用を賠償費用と等しくなくてはならないから、 $2/3$ という実行エラー(enforcement error)を帳消しにするのが望ましい。そこで、二人の賠償額は、それぞれ100の現実の損害ではなく、 $150(=100 \div \frac{2}{3})$ の賠償を負わせることにするのが懲罰的賠償を認めることである。⁽¹²⁾

懲罰的賠償が正当化される第二の理由は、現実⁽¹³⁾に生じた損害を正確に算定することが困難か、そうする費用が高くつくためである。たとえば、侮辱された

ときの損害はいくらだろうか。これを算定するのは困難である。そこで、侮辱による損害が1から1000まであり、かりに裁判所が全部のケースについて300を損害として認めるとすると、多くの場合には過少抑止となる。したがって、すべてのケースにおいて1000の賠償を認めることによって過少抑止を防ぐことができる。つまり、このようにすることによって、侮辱をしたければ裁判制度⁽¹⁴⁾を通じた「取引」ではなく、市場による取引を促すことになるのである。

懲罰的賠償を認めて行くと、誤った場合にこれを肯定したり、認めるべき場合に認めなかったりする、エラー・コストが生じうる。しかし、懲罰的賠償を認める場合や類型が明らかになっている限り、分類の間違ひの可能性は小さい。このため、分類の誤りによるエラー・コストは抑止の面において得られる利益よりも小さいと考えられるから、懲罰的賠償は認められるのである⁽¹⁵⁾。

懲罰的賠償とはいっても、またこれが裁判官の裁量によるとはいっても、恣意的な算定では意味がない。懲罰的賠償はどのように算定されるだろうか。ポズナーが示しているのは、 $D=C/P_c$ の式である⁽¹⁶⁾。Dは全損害、Cは社会的費用、 P_c は加害者が特定され、訴えられ、賠償責任ありとされる可能性⁽¹⁷⁾である。これは、最適な抑止は加害者に判決で認められる額の費用が被害者にとっての侵害の費用と等しいという前提から認められるのである⁽¹⁸⁾。たとえば、「コレクションの可能性(P_c)が0.9、被害者への費用(C)が1800だとすると、損害額は $1800 \div 0.9 = 2000$ である」⁽¹⁹⁾。このうち通常の賠償責任は1800であり、200が懲罰的部分である。

このように、ランディス・ポズナーが懲罰的賠償を認めるは、故意による不法行為一般にではない。侵害する意図をもって不法行為を行う場合と無謀による場合である。むろん、懲罰的賠償をこれらに認めることが事故の抑止の目的にとって効率的だからにほかならない。

C. 比較過失／過失相殺

アメリカ法の比較過失 (comparative negligence) を取り上げるのは、これがわが国の過失相殺と同様の機能を果たしていると考えられるからである。また、比較過失は、近年、寄与過失に代わって、より「公平」感があることから、採用されつつある⁽²⁰⁾。比較過失は、原則的には加害者、被告など(ときには第三者)のそれぞれの過失の割合に応じて、賠償額を分割するものである。分割に

は、いくつかの方法があるが、純粹に割合に応じて配分するもの（わが国の過失相殺と同じように）や被告の過失と較べて大きければ、あるいは50パーセントを超えていれば分割を認めないものなどがある。⁽²¹⁾

比較過失は、寄与過失と同じように事故の抑止に寄与するものだろうか。⁽²²⁾ ランディス・ポズナーは、寄与過失と同じく、事故の抑止の目的を果たしているとする。たとえば、歩行者Aが信号を無視して道路を横断し、スピードを出し過ぎていた運転者Bの車に跳ねられて負傷する、という例で考えてみよう。この生じる事故費用（ハンド公式でいえば、 $P \cdot L$ ）を3000円とする。また、Aが、適切な注意を払うときの費用が100円とする。Aが、不注意であるときには30%減額されるとする。⁽²³⁾ このとき、期待責任費用は、900（ $=0.3 \times 3000$ ）円である。100<900であるから、歩行者Aは適切な注意を払わない、ということになる。ところが、ドライバーのBが適切な注意を払う費用が200円であるとする。Bは自分が不注意でなければ賠償責任を免れることができるから、適切な注意を払うときに生じる200円の費用と過失があったときに負担するはずの賠償責任（の費用）2100（ $=0.7 \text{（} =1.0-0.3 \text{）} \times 3000$ ）と較べるはずである。むろん、200<2100だから、適切な注意を払う。これを知って、歩行者Aは、自分が注意を払わなければ3000円の事故費用を負担しなくてはならないから、100円を払う。かくして、一見すると比較過失のもとでは、被害者は注意を払わないように見えるが、事故の抑止の目的を果たしている。

事故の抑止の目的を果たしているなら、寄与過失でも比較過失でもよいわけであるが、経済学者は一般に、比較過失に消極的である。というのは、比較過失をとるときは、管理費用が生じるからである。⁽²⁴⁾ すなわち、30パーセントや70パーセントなどというように、どのようにそれぞれの過失の割合を計算するのか？ 当事者はじめ裁判所も、この割合を決めるために余分の資源を費やさなければならぬ。⁽²⁵⁾ つぎに、分割による賠償責任の範囲の予測が困難となるため、「妥当な範囲」をめぐって訴訟自体が増えることになる。

比較過失は、過失ある被害者にも賠償を与える点で、不法行為制度を被害者に保険を与えるために利用するものである。⁽²⁶⁾ わが国で過失相殺をする場合にも比較過失と同じ問題が生じる。過失相殺は、一見公平のようであるが、これによる費用が生じていることにも注意しなければならない。⁽²⁷⁾ これはさらに、事故が生じるのに任せて、事後的に賠償責任を配分するのが被害者救済なのか、あるいは、事故が回避されるように不法行為制度を用いるのがよいのか、の大き

な問題にもつながっているのである。

注

- (1) POSNER, EAL 176.
- (2) A. M. POLINSKY, AN INTRODUCTION TO THE LAW AND ECONOMICS 1 (1983) (ポリンスキー・入門法と経済 (原田博夫・中島巖・訳、1986) 5 頁) に出てくる、無人島に物理学者、化学者そして経済学者の三人だけが残った話は、笑止である。
- (3) 伝統的な算定方法にしてみたところで、正確に計ることができていないわけではない。
- (4) LANDES & POSNER, 187.
- (5) Id. at 188.
- (6) Ibid.
- (7) なお、損害の具体的な算定の問題については、主婦の逸失利益については POSNER, EAL 177、精神的苦痛につき POSNER, EAL, 182 参照。なお、Komesar, Toward a General Theory of Personal Injury Loss, 3 J. Legal Stud. 456 (1974), Brown & Johnson, Wrongful Death and Personal Injury: Economics and the Law, 29 S. Dak. L. Rev. 1 (1983), Anderson & Roberts, Economic Theory and the Present Value of Future Lost Earnings, 39 U. Miami L. Rev. 723 (1985), LaCroix & Miller, Lost Earnings Calculations and Tort Law, 8 U. Hawaii L. Rev. 31 (1985), Cohen, Toward an Economic Theory of the Measurement of Damages in a Wrongful Death Action, 34 Emory L. J. 295 (1985), Note, 60 N. Y. U. L. Rev. 1113 (1986).
- (8) LANDES & POSNER, 160-162, & 184-185. アメリカ法において懲罰的賠償について議論や問題があることについては、PROSSER & KEETON, TORTS 9 et seq. HARPER, JAMES, GRAY, LAW OF TORTS, vol. 4, 526-534 (2nd Ed. 1986) 参照。最近の議論については、Symposium: Punitive Damages Articles, 56 So. Cal. L. Rev. 1 (1982).
- (9) 権利濫用における差止に代わる懲罰的賠償については、林田清明「権利濫用法理の経済分析」(別稿予定)。
- (10) 無謀な場合は、故意ではないけれども、期待事故費用と事故の回避費

- 用との差が大きい場合をいう。LANDES & POSNER, 162. Landes & Posner, *New Light on Punitive Damages, Regulation*, Sept/Oct. 33 (1986). ほぼ同様の結論を示すのは, Cooter, *Economic Analysis of Punitive Damages*, 56 So. Cal. L. Rev. 79, 79-80 (1982). 意図的な不法行為で、重大なものか、反復されるものに限るとする (COOTER & ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 338 (1988).)。
- (11) LANDES & POSNER, 184. 過失法では、資源の誤った配分を生じるとしている。Id. at 162.
- (12) 正確には50についてだけが懲罰的である。なお、根拠については後注(16)～(18)の本文を参照。
- (13) LANDES & POSNER, 161.
- (14) Id. at 161.
- (15) Ibid.
- (16) 批評している本書にはないが、POSNER, *TORT LAW* 33 によっている。また、COOTER & ULEN, *supra* note 10, 388 & 392. なお、Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 *Pol. Econ.* 169 (1968)参照。
- (17) コレクション費用と呼ばれる。
- (18) かくして懲罰的賠償を認めることによる過剰抑止の問題は生じない。
- (19) POSNER, *TORT LAW* 34 の例による。
- (20) ランディス・ボズナーの統計によると、9州のみが寄与過失を維持している。LANDES & POSNER, 83-84.
- (21) 他に軽過失・重過失の区別による方法もある。詳しくは、KEETON AND PROSSER, *supra* note 8, 470.
- (22) 寄与過失が、事故の抑止に寄与することについては先に明らかにした。参照。
- (23) ちなみに、寄与過失では100%である。
- (24) LANDES & POSNER, 20 & 82.
- (25) わが国で、割合の合理性と費用について言及したものとして、それぞれ、小山昇「第一事故と第二事故の症状の因果関係－交通事故において」判タ460号17、18頁(昭和57)、林田清明「使用者責任と共同不法行為が交錯する場合の求償」判タ613号91、93頁(1986)。

(26) POSNER, EAL 157-8.

(27) これを容易にあるいは安価にしようとする実務からの努力については、林田、前注25、94頁注(22)に掲げた文献など参照。

7. 無過失責任

「法と経済」でも過失責任と無過失責任をめぐっては、考え方に差異がある。むろん、いずれの責任制度をとったら事故の抑止に寄与するかが基本的な視点である。たとえば、カラブレイジは、過失責任制度を効果的ではないとして批判的である⁽¹⁾し、他方ポズナーは、無過失責任よりは過失責任が事故の抑止に寄与するもの⁽²⁾としてみる。

A. 責任ルールのモデル

いくつかの責任ルールの特徴を明らかにして、無過失責任の位置と機能を見よう⁽³⁾。

(1) 無責任ルール

「責任なし」というのもまた一つの責任ルール⁽⁴⁾である。当事者の事故回避のためのインセンティブに影響を与えるからである。加害者Bは被害者Aが受けた事故の費用について責任がないとすると、注意を払うインセンティブを持たない。 $y = 0$ と仮定すると、 $Ax = -pxD$ となる位置まで注意を払うインセンティブを持つ。

いずれか一方が注意を払えば事故を回避できる、選択的注意ケースの場合には、被害者となり得るAが、より効率的な事故の回避者である。この場合、 $y^* = 0$ であるから、 $Ax = -pxD$ となる位置が最適である。また、両方とも注意を払うことによって事故が防止できる、共同の注意ケースにおいては、 x 、 y も正であるから、責任なしとするルールは効率的ではない。

加害者と被害者のインプットが部分的に代替され得るものであるときは、被害者の注意のレベルは責任なしのルールのもとでは、 x^* より大きくなる。たとえば、ドライバーの一定の注意が最適であるとき、このドライバーが歩行者

をはねたとし責任がないとすると、歩行者はおそらく x^* 以上の注意を払わなくてはならない。

(2) 過失責任ルール

加害者は、自分が適切な注意を払わなかったことから生じたときのみ、被害者の損害について責任があるとする責任ルールである。過失ルールでは加害者が実際に払った注意の量が適切な注意のレベルよりも低いときに、被害者が受けた損害を賠償する必要がある。⁽⁵⁾ Aの過失を一応おいておくと、すなわち $x^* = 0$ とすると、事故の社会的費用 L はつぎのときに最小となる；⁽⁶⁾

$$L(0, y^*) = p(0, y^*)D + B(y^*)$$

$y > y^*$ のとき、 B には責任はない。

$0 < y_0 < y^*$ のとき、 B が過失ある方が過失ない方かのいずれかを選ぶのは、つぎの判断にかかると；⁽⁷⁾

$$p(0, y_0)D + B(y_0) \geq B(y^*)$$

前述5.A.のように、 B は過失なき方を選ぶ。したがって、過失責任ルールは、加害者の立場におかれる者(B)が最適な注意を払うべきインセンティブを与え⁽⁸⁾る。

(3) 無過失責任

この責任ルールのもとでは、被害者は注意を払わない。なぜなら、被害者は被った損害を全部賠償してもらうことができるからである。加害者は、事故が発生したならば、賠償せねばならないから、損害は加害者にとって費用となる。この場合、 $x = 0$ のとき、 $B_y = -pyD$ となるまで注意を払う。⁽⁹⁾

無過失責任あるいは厳格責任は、つぎのいずれかの場合に効率的となる。

(a) 選択的注意、(b) $x^* = 0$ すなわち、被害者が事故をそらすか、あるいはそれが発生する可能性を減少させるために取りうる手段が合理的でない (cost-justified) 場合。⁽¹⁰⁾

B. 過失責任と無過失責任の比較

無過失責任と過失責任の違いはどこにあるか。両者はつぎの2つ、事故の回避するための行動をとるインセンティブと、責任ルールを管理するための費用

の点で異なる。

(1) 事故回避のインセンティブ

無過失責任ルールをとった方が、過失責任ルールでよりも加害者となる者がより注意を払うことになるだろうか？ $x^* = 0$ とすれば、無過失責任あるいは過失責任にかかわらず、Bは y^* を選ぶ。なぜなら、無過失責任ではBは適切なレベルの注意を払ったか否かにかかわらず損害について賠償しなければならないから、Bは適切なレベルを越えて注意を払わない。つまり、定義によれば、 y^* 以上のレベルではBにとって注意の限界費用コストがAへの損害に対する責任の（期待される）減少よりも大きいのである。他方、過失ルールのもとでは、Bは y^* 以上の注意を用いない。と言うのは、適切な注意、つまり y^* で生じた事故に対して彼は責任がないからである。⁽¹¹⁾

$x^* = 0$ と仮定してきたが、無過失責任ルールでは、被害者Aは注意を払うインセンティブを持たない。⁽¹³⁾事故が生じても賠償してもらうことができるからである。また、過失責任ルールでは、Aはインセンティブを持たない。なぜなら、注意のコストが期待される損害額の減少よりも大きいからである。

(2) 責任ルールの管理費用

責任制度を維持するためにはこれを管理する費用がかかる。この管理費用にはつぎのものが含まれる。一つは、情報コストである。Bの注意の実際のレベルが y^* に等しかったかどうかを確定するための費用である。これは、無過失責任ではないコストである。過失責任のみ認められるものである。二つは、請求費用である。⁽¹⁴⁾法的な請求をプロセスし、コレクトするコストである。たとえば、損害や因果関係を確定するための費用。⁽¹⁵⁾これらの費用は過失責任においてよりも、無過失責任において高い。というのは、無過失責任での請求の数が多いからである。無過失責任では訴えるに価する事故が存在すればいつでも請求は生じる。しかし過失責任では被害者が「被告は適切な注意を払わなかった」ことを立証できるときにのみ、請求が存在するのである。

つぎに、具体的にどのように異なるかをポズナーが挙げる例で検討しよう。⁽¹⁶⁾
「100件の事故が生じ、1件当りの事故の費用を\$100とする。このうち、10件は\$50で回避でき、残り90件は\$120で回避できる。さらに、訴訟するためには、過失責任のもとでは\$10、無過失責任のもとでは\$8の費用がかかるとする。」

過失責任のもとでは、10の事故は回避される。つまり、 $1000 (= 10 \times \$ 100) > 500 (10 \times \$ 50)$ だからである。これによって、社会的には、\$ 500の節約となる。したがって、管理上の費用はない。なぜなら訴訟が提起されてからのみ費用は生じるからである。

他方、無過失責任においては、(a)節約は同じで、\$ 500である。なぜなら10事故が回避されるからである。残り90は回避されない。なぜなら、 $\$ 100 < \$ 120$ だからである。また、(b)訴訟をするためのコストについては、費用は、 $\$ 720 (= 90 \times \$ 8)$ である。

ゆえに、管理上の費用を計算に入れるとき無過失責任の方が過失責任より費用がかかる。ランディス・ポズナーは、寄与過失が認められるならば、無過失責任あるいは過失責任のいずれが事故の抑止にとってより好ましいかはいえないとするのである。無過失責任に寄与過失が認められないならば、それは過失責任よりも効率的ではないとしている。⁽¹⁷⁾ なお、厳格責任は加害者が事故の費用を低減することになる、新たな技術へのインセンティブを作り出すことになることも、過失ルールとは違う点と指摘されている。⁽¹⁸⁾

無過失責任の領域

終わりに、無過失責任が妥当する領域を考えてみよう。無過失責任がより優れた責任ルールとなるのは、不法行為者や被害者の注意よりも、むしろ加害者となり得る者の行動を変えることが最適な事故の抑止となる場合である。⁽¹⁹⁾ たとえば、動物に対する責任や非常に危険な行為に対する責任などがある。

以上のように、法の経済分析による無過失責任の位置づけや考え方は、伝統的な考え方よりも明確と言えないだろうか。

注

(1) G. CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS 276, 316 (1970), Calabresi & Hirschhoff, Toward a Test for Strict Liability in Torts, 81 Yale L. J. 1055 (1972). カラブレージの考え方は、事故の当事者のうちいずれが、事故の費用と事故回避費用との間の費用便益の分析をなし、また、なされた後その決定に基づいて行動する最良の立場にあるかである (Id. at 1060-1061.)。

(2) LANDES & POSNER, 54-84, especially at 82. 無過失責任に対する

- カラブレイジの考え方に対するポズナーの批判については、Posner, *Strict Liability: A Comment*, 2 J. Legal Stud. 205, 213-215 (1973)参照。
- (3) Brown, *Toward an Economic Theory of Liability*, 2 J. Legal Stud. 323 (1973).
- (4) LANDES & POSNER, 62.
- (5) *Id.* at 63.
- (6) *Ibid.*
- (7) *Ibid.*
- (8) *Id.* at 63-64.
- (9) *Id.* at 63.
- (10) *Ibid.*
- (11) 無過失責任ルールが過失責任よりも安全へのインセンティブを作り出すことになるかについては、これを肯定するカラブレイジと否定するポズナーの議論がある。Calabresi & Hirschhoff, *supra* note 1, Posner, *Strict Liability : A Comment*, 2 J. Legal Stud. 205 (1973).
- (12) LANDES & POSNER, 64.
- (13) LANDES & POSNER, 65; COOTER & ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 365 (1988).
- (14) *Id.* at 65.
- (15) 適切な注意の問題を含まない。
- (16) POSNER, *TORT LAW* 523 et seq.
- (17) Posner, *supra* note 2, 221. ポリンスキーも、管理費用だけではどちらでもないという。A. M. POLINSKY, *AN INTRODUCTION TO LAW AND ECONOMICS* 48-49 (1983).
- (18) COOTER & ULEN, 367. わが国で、いわゆる自賠法の賠償責任ルールをより厳しくみてきたことや、原子力損害賠償法の規定などは、新技術の開発を促すものとして説明できるかも知れない。しかし、その場合にも、事故の抑止にとってどの責任ルールが効率的かは重要である。
- (19) LANDES & POSNER, 107.

8. 故意不法行為

ランディス・ポズナーは、故意不法行為の経済分析も押し進めている。これは、他の「法と経済」の分析よりもすすんでいる。法の経済分析の一つの成果⁽¹⁾といってよいだろう。

A. 「故意」の意味

故意とは何か？ わが国では、たとえば、一般的には「故意とは違法な結果—ここでは、他者に対する違法な侵害の発生すべきことを意図し、または少なくともそうした結果の発生すべきことを認識ないしは予見しながら、それを容認して行為する、という心理状態をいう。」⁽²⁾と定義される。また、故意と過失を区別する必要はないとする見解さえ見られる。⁽³⁾しかし、この定義のほどには、故意の意味は明かではない。つぎの例のうちで故意があるといえるのはどれだろうか⁽⁴⁾

(1) 結果の認識

「航空会社は、年間何人かの旅客が航空機事故によって死亡したり、負傷したりすることを知っている。この航空会社はこれらの事故の被害者に対して故意による不法行為責任を負うと言えるか。」⁽⁵⁾

(2) 侵害する意図

「“XがYを襲おうとしている”と明白かつ合理的に信じたYは、自己防衛のためにXを殴った。しかし、事実はXはYを殴るつもりはなかった。これは、Xの意図によるものか。」⁽⁶⁾

(3) 違法に侵害する意図

「“Xが自分を襲おうとしていない”ことを知っているYは、Xが嫌いだったから、または彼の財産を奪おうと思ってYを襲った。」⁽⁷⁾

(4) 無 謀

「Yは通勤で混んでいる通りを運転している。ところが、脇を休ませたかったので、自分の目を閉じた。YはXをひいた。Yの行為は故意によるものか、あるいは過失によるものか。」⁽⁸⁾

(5) うまくいく可能性のない、侵害意図

「Yは高いビルの屋上に立っていたが、下の地面に彼の嫌いなXがいるのを見つけた。YはXをめがけて硬貨を投げた。ところが、思いがけずXに当たってしまった。Yは故意による不法行為者か。」⁽⁹⁾

ランディス・ポズナーによると、故意には三つの意味がある。第一に、侵害する意図が存在する場合(上記の例3)、第二に、「高い可能性をもって起こる」⁽¹⁰⁾

(上記の例2)場合、第三に、可能性は低いが、回避するための費用が負である場合である(上記の例5)。起こりうる可能性が高いから故意があるとみるのは、特徴的である。ちなみに、上の例で(1)は、 $B < PL$ に変わりはないから過失の事例、(4)では、 B は PL に較べてはるかに低く、 P は高いが、故意ではなく、無謀な事例に該する場合である。

B. 経済分析モデルと適用

つぎに、経済分析によるモデルを明らかにし、いくつかの事例に適用してみよう。事故法で用いた等式を応用すると、

$$L = p(x, y)(D - G) + A(x) + B(y)$$

ただし、 A を被害者、 B を加害者、
 G は、加害者の利益、とする。⁽¹²⁾

むしろ、故意によらない不法行為法では G はゼロと仮定されている。加害者が加害行為によって「利益」を得るというのは、一見すると奇妙に映るかも知れないが、犯罪行為がそうであるように、故意によって行為をする以上そこには何らかの利益があるからこれを行うと考えられる。

$$D - G > 0 \quad (0 \text{ か正})$$

$$(1) D - G = 0$$

加害者にとっても被害者にとっても盗まれた目的物の価値が同じ場合である。⁽¹³⁾

$$(2) D > G$$

故意不法行為の典型的な場合は、暴行、詐欺や横領などいった、任意によらない「強制的な取引」である。たとえば、「強盗が被害者を負傷させ、被害者に

とってもまた強盗にとっても同じ価値のものを盗んだ。」⁽¹⁴⁾ が、 $D > G$ の例である。なぜ故意による不法行為は賠償する必要があるのか、つぎの例で考えよう。

	pD (\$)	pG (\$)	A(x)(\$)	B(y)(\$)	L (\$)
侵害がなされない場合	0	0	0	0	0
〃 なされた場合	50	35	10	15	40

出典：LANDES & POSNER, 154, 表 6. 1.

(a) 責任がないとき、つまり、Bによる強制的取引が認められるとき；

Bは、Aを侵害することから\$20 ($35 - 15$) の純益を得る。これに対して、所有者は盗まれないように予防措置を取ることになる。つまり、 $A(x)$ の\$10を費やす。これを知って、泥棒のBがさらに $B(y)$ に投資し、さらに所有者が防備に投資していくと大きな費用になる。このように、財貨の移転と成し遂げるための投資やこの予防のための費用は、社会的な観点からは浪費である。⁽¹⁵⁾

(b) Bに責任があるとするとき；

Bの期待責任費用は、\$50である。このときBはどのように行動するかというと、 $\$20 < \$50$ だから、侵害しないことに決定する。つまり、Bは「合理的な泥棒!？」ということになる。BがAを侵害することを思いとどまると、Bの行動の期待費用は、AとBとの出費にその行動から生ずると期待される損害額を足したものであるから、全体として $(10 + 15) + 15 = \$40$ の節約となる。⁽¹⁶⁾

以上のように、Bの故意による侵害に賠償責任を課すことはつぎの意味を持つ。まず、価値の最大化とはならない“取引”、つまり、強制的な取引を回避できる。つぎに、社会的な観点からは浪費される、AやBの出費を防ぐことができる。このように、故意不法行為においても事故の抑止は働いている。故意不法行為による損害の賠償は、任意ではない強制的な取引を排除し、市場を通じた取引を促すのである。取引費用が高くない場合には、当事者は市場を通じた取引によって価値や富の最大化を図ることができるのである。かくして、故意による不法行為を賠償させることは効率性を促進しているということができ⁽¹⁷⁾る。

(3) $D < G$

故意による不法行為による利益が損害を上回る、つまり、GがDより大きいと考えられる、より困難な例を考えてみよう。

(a) 「Aの所有する森の小屋からBが食料を盗む。」⁽¹⁸⁾

盗まれたものは所有者よりも加害者にとってより価値がある。つまり、BはAに喜んで支払うであろう。しかし、取引費用が両者の取引を妨げている。

この例では、故意の侵害があるが、価値を最大化するものである。しかし、法は、このような立場に置かれる所有者が、その財産を保護するために余分の資源を用いないようにするために、不法行為として扱うのである。⁽¹⁹⁾

(b) 「BがAの車を切望している。BのユーティリティがAよりも大きい。しかし、Bは貧しく買うことができない。Bがこれを盗む。」⁽²⁰⁾

この例でも、功利主義的意味において $G > D$ である。しかし、ランディス・ポズナーの法の経済分析の意味においては、喜んで支払うという意味を持たない幸福（ユーティリティ）は、効率的ではなく、実際には $G < D$ であると考えられる。⁽²¹⁾したがって、故意による不法行為が成立するのである。

(c) 「Bが、Aよりも目的となる物に価値をおいている。つまり、かりに市場を通した取引が用意されているならば、BはAがその物を手放すために喜んで支払うだろう。取引費用も低い。けれども、市場による取引は、任意によらず盗むことの適切な代用物ではない場合。」⁽²²⁾より具体的な例として、つぎを挙げよう。「裕福で、サディスティックな男が、強姦する毎に喜んで10万ドルの罰金を払うとする。また、彼の犠牲者はレイプに対して5万ドルを受け取ることで十分賠償されたと感じている。しかし、強姦が禁止されたならば、セックスに1,000ドルまでしか喜んで払わないとする。」⁽²³⁾

この男の強姦は4万9000ドルまで社会的価値を高めている。しかし、マーケットの代替物はない。その意味で上記(a)のケースに似ている。つまり、収益があるが、市場を通じては実現できない。しかし、(a)の場合では、盗むことは市場取引の代替物だったのであって、このレイプの例とは異なっている。ここでは、市場の代替物はないのである。市場により任意の取引によって当事者は価値を増大させるという前提から見ると、この例では強制的な取引⁽²⁴⁾しかないから、価値の増加はない。⁽²⁵⁾したがって、不法行為が成立する。

C. そのほかの故意による不法行為

以上のほかに、故意不法行為のいくつかの場合と問題を扱う。⁽²⁶⁾

名誉毀損

名誉毀損は、故意による不法行為でもあり、勘違いや不注意によっても起こるが、無過失責任でもある。無過失責任とする理由は、名誉毀損される者（被害者）が、これを防止する手段を持たないことである。また、いずれか一方（ここでは加害者）の注意によって回避される場合である。加害者に無過失の責任を負わせることによって、名誉毀損を回避するための十分の注意をさせ、また行為のレベルを考慮させるのである。⁽²⁷⁾

侮 辱

侮辱という不法行為の場合には、上に述べたような財貨や富の移転があるわけではない。しかし、これは故意の不法行為である。すなわち、相手を侮辱すること、つまり相手の幸福（ユーティリティ）を減少させることによって加害者は満足（幸福）を得ている。侮辱による加害者の満足が、被害者のそれよりも大きいときには、この「取引」は幸福を最大化するものである。しかし、これは、富を最大化するものではない。⁽²⁸⁾したがって、故意による不法行為として賠償責任を課し、これを防止するのである。

なお、故意不法行為における懲罰的賠償については、前述の損害の項（6.）参照。

ま と め

さて、不法行為における責任ルールのひとつを扱ってきたわけであるが、それらが数字の上でどのようなになっているか、ランディス・ポズナーのモデルに沿ってまとめてみよう。つぎの表のうち、どれが故意で、過失の場合か説明

不法行為事件の分類

事件	y=0 のときの期待損害額			
	p	D (\$)	pD (\$)	y (\$)
1	0.002	10,000	20	20,000
2	0.002	10,000	20	15
3	0.002	10,000	20	5
4	0.900	10,000	9,000	10,000
5	0.800	10,000	8,000	2
6	0.010	10,000	100	-10
7	0.900	10,000	9,000	-10

出典：LANDES & POSNER, 158, 表 6. 2.

できるだろうか。

事件1は、不可避な事故の場合である。事故の回避費用が期待事故費用より異常に高いから、期待事故費用に見合う費用で回避できない場合である。事件2は、一般的な過失の事例である。回避費用は期待事故費用よりも少ない。事件3は、重大な過失の場合に相当する。過失の事例よりもはるかに小さい費用で回避できるのである。事件4は、起こり得る可能性が高いから、故意と見られてよい場合である。事件5は、無謀な場合である。事件6は、起りうる可能性は低いけれども、回避費用が負であるから、故意とみられてよい事例である。⁽²⁹⁾事件7は、起りうる可能性が高く、故意による不法行為の場合である。

注

- (1) Landes & Posner, An Economic Theory of Intentional Torts, 1 Int'l Rev. Law & Econ. 127 (1981), LANDES & POSNER, 149. ただし、ランディス・ポズナーの故意不法行為の分析の評価については、つぎを参照。Ellis, An Economic Theory of Intentional Torts, 3 Int'l Rev. Law & Econ. 45 (1983).
- (2) 幾代通・不法行為25頁（昭和52）。また、前田達明・不法行為法（昭和55）では、「故意とは、「権利侵害」という社会的法的に「マイナス」と評価される結果を目指して行為することである。すなわち、「権利侵害」を目指して、自己の身体を含めた外界を支配操縦する目的意思が「故意」である。」（25頁）という。
- (3) たとえば、淡路剛久・公害賠償の理論102頁は、過失と故意の区別は損害賠償額への反映をさせる、非難可能性のある態様としての意味をもたせている。なお、安中公害損害賠償請求訴訟、前橋地判昭57.3.30判時1034号3頁、参照。
- (4) POSNER, TORT LAW 43 (1982)の例による。
- (5) LANDES & POSNER, 149. POSNER, Id. at, 43.
- (6) Id. at 150.
- (7) POSNER, supra note 5, at 43.
- (8) Id. LANDES & POSNER, 157.
- (9) POSNER, supra note 5, at 43.
- (10) LANDES & POSNER, 152.

- (11) Id. at 152.
- (12) Id. at 153.
- (13) Id. at 153.
- (14) Id. at 154.
- (15) Id. at 154.
- (16) Id. at 154.
- (17) Id. at 155-156.
- (18) Id. at 156.
- (19) Id. at 156.
- (20) Id. at 156.
- (21) Id. at 156-157.
- (22) Id. at 157.
- (23) Id. at 157.
- (24) Id. at 157.
- (25) Id. at 157.
- (26) このほかにも、ポズナーにはプライバシーの経済分析に関するものがある。Posner, The Right of Privacy, 12 Ga. L. Rev. 393 (1987), Posner, Privacy, Secrecy, and Reputation, 28 Buff. L. Rev. 1 (1978), Posner, An Economic Theory of Privacy By the Supreme Court, 1979 Sup. Ct. Rev. 173, Posner, The Economics of Privacy, 71 Am. Econ. Rev. 405 (1981).
- (27) Id. at 165.
- (28) POSNER, EAL, 195.
- (29) LANDES & POSNER, 159.

結 論

不法行為法は決して複雑ではなかったのである。法の経済分析は、そのシンプルな像を浮かび上がらせている。英米の不法行為法を一貫する原理は、経済的効率性である。すなわち、ランディス・ポズナーは「コモン・ローのロジックは経済的論理である。」⁽¹⁾という。これは不法行為法においては、つぎの結論

を導きだしている。第一に、不法行為法は効率的な行動をするためのインセンティブを作り出している。第二に、不法行為のルールの上すべてではないが、その多くは効率的である。したがって、不法行為法の構造は性質上経済的である。

不法行為法にとっては、革命的な — という修飾があげさでない — 分析方法がここに、その体系とともに生まれたのである。ランディス・ポズナーの本書は、「法と経済」や彼らが進める法の経済分析の基本的な文献となろう。さらに、不法行為法それ自体の発展にとっても貴重な情報を付け加えるものである。また、わが国の不法行為法においても、十分参考にされる考え方や方法を持っている。

しかし、法の経済分析がすべてであるというわけではない。「法と経済」の立場から分配問題を考慮していないとする批判や、⁽²⁾ 矯正的正義の立場からランディス・ポズナーの法の経済分析は不法行為をうまく説明できないとするものもある。⁽³⁾ また、伝統的な立場からは、法の経済分析の実証的理論は抽象的すぎて、最善とは言えないとするものもある。⁽⁴⁾ いずれにせよ、「法と経済」や法の経済分析を拒絶する者にとってもまた、法の経済分析は「法と経済」におけるもっとも一貫した理論として、その不法行為法の諸原則の経済的な効果や説明について眼を向けざるを得ないであろう。⁽⁵⁾

「法と経済」や法の経済分析をアメリカ法において生んだものは何か。わが国以上に、法学教育の専門性や実務や緊密に直結している点、裁判官や法学教育にたずさわる者の多様なバックグラウンドと多様な考え方、そしてこれらを保証している自由な機会である。⁽⁶⁾ 文字どおり、アメリカ社会の中から生まれてきたといってよい。

法の経済分析を誰が行うべきか。個人的な意思決定で躊躇させるものは、法の経済分析の将来性と機会費用であろう。「法と経済」はそれ自体広がりつつあり、また多様化しつつある。法の経済分析についても、今のところ限界はなく、経済法、不法行為法、契約法を超えて、刑法、訴訟法、行政法や憲法など各分野へ発展しつつあるといえよう。しかし、まだ残されている領域や問題も多い。⁽⁷⁾ 他方、経済学と法学とを結んだ、正しい意味での学際的研究であるため、参入には機会費用が伴う。つまり、法律を学ぶ者は経済学を勉強しなくてはならない。経済学者は法律を、といった具合で余分の負担を伴う。むしろ、前者にとっては経済学を学ぶことが必要であるが、そのすべてを学んだ上でなくてはできないというものではない。まず、自分の関心を持つ法律問題にとって、それに

関係する経済学の部分から始めることが肝心であろう。⁽⁸⁾ 必要が需要を生むと⁽⁹⁾ いうてよい。

ランディス・ポズナーの多くの論文がそうであるように、本書の文章は決して難しくなく、分かりやすいと思う。したがって、多くの人がアプローチすることが可能である。そのなかには、はじめに述べたように本書評とは異なった読み方（「法と経済分析」への批判も含めて）をすることも可能である。本稿でランディス・ポズナーの、不法行為に関する法の経済分析の魅力の一端を、そして経済が法律問題の多くをまた多方面にわたって分析できる有力な方法⁽¹⁰⁾ であることを、示すことができたならば幸いである。

注

- (1) LANDES & POSNER, 312.
- (2) Susan Rose-Ackerman, Evaluating Legal Rules, 7 J. Pol. Analysis Mgmt. 726 (1988)(book review of LANDES & POSNER).
- (3) J. Coleman, The Structure of Tort Law, 97 Yale L. J. 1233 (1988). 彼の考え方は、JULE COLEMAN, MARKETS, MORALS AND THE LAW (1988, Camb. Univ. Press)に詳しい。本書の批評としては、ほかに、Balkin, Too Good To Be True : The Positive Economic Theory of Law, 87 Col. L. Rev. 1447 (1987).
- (4) Powers, On Positive Theories of Tort Law, 66 Tex. L. Rev. 191 (1987).
- (5) cf. Powers, id. at 192.
- (6) これについては、ポズナー裁判官の示唆を得た。1989年4月12日付私信。
- (7) Posner, The Law and Economics Movement, 77 Am. Econ. Rev. 1 (Papers & Proceeding ; 1987), Rose-Ackerman, supra note 4 (in 1.).「法と経済」が、なお成長しつつあることについては、Ulen, Law and Economics: Settled Issues and Open Questions, NICHOLAS MERCURO ed., LAW AND ECONOMICS 201 (1989).
- (8) Posner, The Present Situation in Legal Scholarship, 90 Yale L. J. 1113, 1130 (1981).
- (9) このほか、法学者の失業問題など関連する問題については、Posner,

Id., at 1129-1130, COOTER & ULEN, 12.

(10) POSNER, EAL, at 3.

〔付記〕 本稿は、1987年北海道大学法学部の民事法研究会において報告したものの一部と同年秋の法の経済分析に関する講義の一部をもとに書き改めたものである。賜った多くの批判や意見と学生諸君の質問にお礼申し上げます。

また、本稿は米国での研修中に書かれた。この機会を与えてくれた米国学術審議会協会（The American Council of Learned Societies）、イエール大学ロー・スクールおよび北海道大学法学部に感謝します。

(1989.11.11. ニュー・ヘヴン)