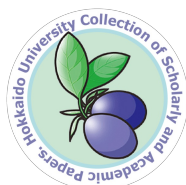




HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ゲートキーパー責任対違法行為者の規制
Author(s)	ワン, ケー・スティーヴン; 森田, 公之//訳
Citation	新世代法政策学研究, 18, 109-160
Issue Date	2012-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/51526
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP018_004.pdf



ゲートキーパー責任対違法行為者の規制※

ケー・スティーヴン・ワン (Ke Steven WAN)

森田 公之 (訳)

I. はじめに

違法行為者に対して直接民事、刑事上の賠償責任を課す法体制は、違法行為を抑止する点に関しては制約のあるものである¹。被害者が違法行為を発見することが困難な場合や政府が違法行為を訴追することが難しい場合、そして違法行為者がわずかな資産しか有していない場合、直接的な賠償責任は、違法行為を抑止することができないかもしれない²。また違法行為に対する刑事責任は資産の少ない者による違法行為を抑止することができたとしても、被害者に対して補償するわけではない。また収監は、法人に対する現実的な制裁とはいえない。例えば、企業による詐欺は投資家や政府にとって発見するのが難しい上に発見するのに高くつく。従って、企業の直接的な賠償責任は違法行為に対して十分な抑止力を提供してい

※ This article was originally published in the Ohio Northern University Law Review, Ke Steven Wan, *Gatekeeper Liability Versus Regulation of Wrongdoers*, 34 OHIO N.U.L REV. 483 (2008).

¹ See Reinier H. Kraakman, *Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Contracts*, 93 YALE L.J. 857, 865-67 (1984). (第三者の賠償責任は、直接的な賠償責任の失敗に対処するのに必要であると記している); Steven Shavell, *Liability for Harm Versus Regulation of Safety*, 13 J. LEGAL STUD. 357 (1984) (ある状況のもとでは、規制は直接的な賠償責任より優れていると記している).

² See Reinier H. Kraakman, *The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, 2 J. L. ECON. & ORG. 53, 56-57 (1986) (直接的な賠償責任の失敗について議論している).

ないのである。

エンロンの崩壊のような企業の不祥事は、企業の不正行為を抑制する手段として、のゲートキーパー——〔株式・債権等の〕引受人、監査役そして弁護士——の利用を強調している³。ゲートキーパーに賠償責任を課するのが望ましいかどうかは、許容範囲内の費用で不正行為を防ぐことのできる良い地位に彼らがいるかどうかにかかっている。例えば、弁護士や会計士は依頼人と彼らの関係から企業不正に気付き、防げるかもしれない。インターネットのサービスプロバイダー（「ISP」）は、低い費用で違法なギャンブルのサイトへのアクセスを遮ることができる。賠償責任をこのような私人へ広げることによって法を執行することの社会的なコストを大幅に削減できる。

しかしながらゲートキーパー責任にもまた限界と不都合な点がある⁴。そのような賠償責任の範囲についての合意がなく⁵、またゲートキーパー

³ See, e.g., STAFF OF S. COMM. ON GOVERNMENT AFFAIRS, FINANCIAL OVERSIGHT OF ENRON: THE SEC AND PRIVATE-SECTOR WATCHDOGS (2002), available at <http://www.senate.gov/~govt-aff/100702watchdogsreport.pdf> (Enron の監査役である Arthur Anderson や弁護士、投資銀行を含めて、「あの差し迫った大惨事を防いだりまたは警告する監視人は一人もいなかった」); see also Jonathan D. Glater, *Round Up the Usual Suspects. Lawyers, too?*, N.Y. TIMES, Aug. 4, 2002, at C4 (企業責任立法は、弁護士を、会計士、経営者その他の企業の不祥事と破産に対して法的な責任を有している者に加えた、と記している)。

⁴ John C. Coffee, Jr., *Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reform*, 84 B.U.L. REV. 301, 308-309 (2004) (ゲートキーパーの失敗の考えられる理由について論じている); Assaf Hamdani, *Gatekeeper Liability*, 77 S. CAL. L. REV. 53 (2003) (ゲートキーパー責任は、市場を歪曲しているかもしれないと論じている)。

⁵ Coffee, *supra* note 4, at 308-309 (ゲートキーパーを、大変な評判資産を有しているがプリンシパルよりずっと少ない便益、報酬をしか受け取っていない者と定義している); Hamdani, *supra* note 4, at 63 (ゲートキーパーを、「ある市場に参入したいと思っている依頼者にとって必要な製品を販売するかサービスを提供するもしくはある種の活動に従事する」者と定義している); Howell E. Jackson, *Reflections on Kaye, Scholer: Enlisting Lawyers to Improve the Regulation of Financial Institutions*, 66 S. CAL. L. REV. 1019, 1050-54 (1993) (ゲートキーパーを、必要不可欠なサービスを提供し、違法行為を監視する能力を持ちかつ違法行為者によって容易に換えられない者と

は全ての状況において不正行為を効果的に抑止できるような良い立場にいない。Coffee 教授は、以下の四つの状況が企業不正に対するゲートキーパー責任を損ねているかもしれないと考察した。一つ目は、「不明瞭な認証や不明確な基準を原因とした貧弱な観察可能性」である。二つ目は、ゲートキーパーと会社の「暗黙の結託」である。そして三つ目は、「企業の経営者による「経済的な支配」である。最後に四つ目は、企業内に抑止できない者がいることから生じる高いエージェンシー・コスト」である⁶。その上、ゲートキーパー責任は、製品やサービスの価格を上昇させることで、市場を歪曲することと不正を防ぐことの間にある避けがたいトレードオフを内在しているのかもしれない⁷。ゲートキーパー責任は、違法行為者だけではなく法律を遵守している依頼者をも追い払ってしまうかもしれない。このような状況では、違法行為者への規制は魅力的な選択肢になるかもしれない⁸。

多くの学者は、違法な行為を防ぐのに司法上の手続きと行政上の手続きのどちらが効果的かを比較している⁹。しかしゲートキーパー責任という

定義している); Kraakman, *supra* note 2, at 53 (ゲートキーパーを、「違法行為者との協調を抑制することで不正行為を抑止することができる私人」と記述している)

⁶ John C. Coffee, Jr., *The Acquiescent Gatekeeper: Reputational Intermediaries, Auditor Independence and Governance of Accounting* 11-14 (Colum. L. Sch., Ctr. for L. & Econ. Stud. Working Paper No. 191, 2001) (ゲートキーパーが企業不正を抑止することに失敗するかもしれない状況について検討している), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=270944.

⁷ Hamadani, *supra* note 4 (厳格責任は、ゲートキーパーサービスへの市場を歪曲するかもしれないと論じている)。

⁸ *Id.* at 60-62.

⁹ See Paul Burrows, *Combining Regulation and Legal Liability for the Control of External Costs*, 19 INT'L REV. L. & ECON. 227 (1997); Richard Craswell & John E. Calfee, *Deterrence and Uncertain Legal Standards*, 2 J. L. ECON. & ORG. 279 (1986); Charles D. Kolstad et al., *Ex Post Liability for Harm vs. Ex Ante Safety Regulation: Substitutes or Complements?*, 80 AM. ECON. REV. 888-89 (1990) (事前の規制も事後の賠償責任も不注意による非効率性と不確実性を是正するのに共に用いられるべきであると論じている); Patrick W. Schmitz, *On the Joint Use of Liability and Safety Regulation*, 20 INT'L REV. L. & ECON. 371, 371-372 (2000) (個々人の有している財産が異なる場合における規制と賠

文脈においてこの比較をしている者はほとんどいない¹⁰。賠償責任と規制は、直接の侵害者とゲートキーパーの両方を対象にすることができるため、不正行為の対処に使える体制が潜在的に四つある（以下の表1にまとめている）。

表1 四つの潜在的な体制

賠償責任	規制
直接の侵害者	直接の侵害者
ゲートキーパー	ゲートキーパー

Shavell教授：直接の侵害者の賠償責任 対 直接の侵害者の規制

本稿での比較：ゲートキーパーの賠償責任 対 直接の侵害者の規制

Shavell教授は、直接の侵害者への賠償責任と規制の選択についてのみ検討している¹¹。しかしながら、ゲートキーパー責任と直接の侵害者への規制との間の選択に対しては僅かな注意しか向けられていなかったのである¹²。本稿では、直接の侵害者への規制とゲートキーパー責任を比較している。

ゲートキーパー責任と違法行為者への規制は、行動のコントロールにおいて異なって機能する。ゲートキーパー責任は、司法手続きに依拠しており、損害賠償訴訟の脅しや差し止めによる救済によって不正行為を防止する¹³。規制はその性質上行政手続きであり、損害が生じるより事前に要件

償責任の併用について論じている); Steven Shavell, *A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulation*, 15 RAND J. ECON. 271, 271-80 (1984); Shavell, *supra* note 1; Donald Wittman, *Prior Regulation Versus Post Liability: The Choice Between Input and Output Monitoring*, 6 J. LEGAL STUD. 193 (1977).

¹⁰ See Hamdani, *supra* note 4, at 60-62 (ゲートキーパー責任が市場を歪曲する原因になる際には規制がより魅力的かもしれないと記している)。

¹¹ See Shavell, *supra* note 1 (賠償責任と規制の相対的な望ましさの決定要因について論じている)。

¹² See Hamdani, *supra* note 4, at 60-62 (いくつかの状況においては、違法行為者への規制はゲートキーパー責任よりも望ましいかもしれないと記している)。

¹³ Shavell, *supra* note 1, at 357-58.

を課す、あるいは事後的に検査することで不正行為を防止する¹⁴。司法に頼ることなしに、政府はそれ自身として制裁を発動することができる。

Shavell教授のように、本稿でもゲートキーパー責任と規制の効果を分析し、それらを功利主義の基準をもとに評価するために、経済学の方法を用いる¹⁵。本稿では、ゲートキーパーは自身の利害をもとに行動できると仮定している¹⁶。混乱を避けるために、本稿では民間によるゲートキーパー責任と政府によるものとの違いを考えないものとする¹⁷。

本稿は、ゲートキーパー責任と違法行為者への規制の分析に対し六つの貢献をするつもりである。第一に、ゲートキーパー責任と規制のどちらが望ましいかを定める要因の一つは、法によるせよアーキテクチャによるにせよ、当事者が現実的な費用で不正行為を抑止することができるかどうかであるべきである、と論ずる¹⁸。ここでいうアーキテクチャとは、サイバー空間におけるコードや物理的世界、とりわけ人工的な環境におけるものを指している¹⁹。たとえば、スピードバンプはスピード違反に対するアーキテクチャ的な制約として機能している²⁰。典型的には、違法行為者の不正行為を防ぐためには、訴訟を起こす必要がある。従って、Shavell教授は賠償責任と規制の間の選択を決定する一つの要因は当事者がすでに行った損害に対して訴訟の脅しに直面しているかどうかであると主張している²¹。しかしながらゲートキーパーは、不正行為を防止するためのアーキテクチャを変更することができる。本稿では、Shavell教授の主張している決定要因は、ゲートキーパー責任には無関係であることを示す。

第二に、部分保険の規制は保険業者がゲートキーパーの注意を観察でき

¹⁴ See *id.*

¹⁵ See *id.* at 358.

¹⁶ See *id.*; see also GUIDO CALABREISI, *THE COST OF ACCIDENTS* (1970); RICHARD POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* ch.6 (4th ed. 1992)

¹⁷ See Shavell, *supra* note 1, at 358.

¹⁸ See *infra* Part III.D. 1.

¹⁹ LAWRENCE LESSIG, *CODE AND THE OTHER LAWS OF CYBERSPACE* 91-92 (1999).

²⁰ *Id.* at 92.

²¹ Shavell, *supra* note 1, at 363.

ない時にゲートキーパーが予防措置を執るのを促すことを示している²²。もし保険業者がゲートキーパーの注意を観察できず厳格責任のもとで保険料をゲートキーパーの注意と関連づけることができないのならば、保険はゲートキーパーの注意を促すことはできないだろう。保険を禁止することはゲートキーパーの資産をリスクにさらすことになるが、増大した賠償責任のリスクはゲートキーパーを市場から追い出してしまうかもしれない。本稿では、注意を払うのに不十分なインセンティブの問題は部分保険が負担するリスクの割合の規制によって解決できることを示す。

第三に、ゲートキーパー責任に対する保険は利用できないかもしれないことを示す²³。Shavell教授が保険について論じている時、彼は賠償責任に対する保険は入手可能であると仮定している。この仮定は、ゲートキーパーに対する賠償責任のコンテキストにおいてはあてはまらない。直接責任のもとでは、人々は自身の不正行為に対し賠償責任を負うことがありうる。保険業者は、被保険者の活動を観察することでリスクを計算することができるかもしれない。しかしながら、ゲートキーパー責任のもとではゲートキーパーは自身の行動ではなく依頼者の不正行為に対して賠償責任を負うこととなりうる。ゲートキーパー責任にはより多くの不確実性が存在するため、保険業者はリスクを計算することができないかもしれない。本稿では、ゲートキーパー責任に対する保険の入手可能性について検討し、その保険の入手可能性はゲートキーパー責任の望ましさを評価する基準であると論じる。

第四に、ゲートキーパー責任と規制はいずれも第三のコストを持ち、市場を歪曲する。本稿では、ゲートキーパー責任と規制は異なる方法で市場を歪曲することを示した²⁴。ゲートキーパーをすることの費用は、違法行為者だけでなく法を遵守する者も追い出すかもしれない²⁵。しかしながら規制は、当事者が取引の効率性よりも規制をもとに彼らの取引を構築する

よう促され、しばしば非効率な取引を引き起こす²⁶。本稿では、ゲートキーパーと規制の費用を比較し、ゲートキーパーにまで賠償責任を拡大するのが望ましい状況を見つけたしている。

第五に、基準に対する歪みを軽減するために政府よりも私人がアーキテクチャの主な構築者になるべきであることを示している²⁷。政府によってアーキテクチャが構築されることによるリスクの一つは、不透明なアーキテクチャが新しい規範の採用を抑制するかもしれないために社会規範の形成を歪曲するかもしれないことにある²⁸。そのような歪曲効果は、全ての者が社会的に最適なアーキテクチャを受け入れるわけではないので、主として私人がアーキテクチャを構築すれば軽減することができる。

最後に、本稿ではゲートキーパーの厳格責任のもとでは事前の規制は必要ないことを示している²⁹。事前の規制は、ゲートキーパー責任が過失責任である場合にのみ望ましい。他方で、直接責任のもとでは「適用される」ルールが厳格責任であろうが過失責任であろうが事前の規制は必要になる。本稿ではさらに事後の規制と賠償責任についての分析をしている。直接責任の体制のもとでは、政策立案者は法執行の費用を節約するために事後の規制と賠償責任を共に用いることはほとんどない。しかしながら、ゲートキーパー責任のもとでは事後の規制と賠償責任は重複しにくく、多くの場合において最適な結果を得るためには共に用いるべきであることを示している。

加えて、本稿では政策立案者がゲートキーパー責任と規制の中から選択する際に考慮すべき様々な要因についても述べている。ゲートキーパー責任は一般的に以下の状況で規制よりも優れている。まず被害者がすでになされた損害についての情報を持っている場合、そしてゲートキーパーが法

²² See *infra* Part III.B.3.a.

²³ See *infra* Part III.B.3.b.

²⁴ See *infra* Part III.C.3.

²⁵ See Hamdani, *supra* note 4.

²⁶ Frank Partnoy, *Financial Derivatives and the Costs of Regulatory Arbitrage*, 22 J. CORP L. 211, 249-51 (1997).

²⁷ See *infra* Part III.D.2.d.

²⁸ See Lee Tien, *Architectural Regulation and the Evolution of Social Norms*, 7 YALE J.L. & TECH. 1 (2005) (「アーキテクチャ的な規制は、プライバシーのような憲法的な規範の進化を政府が歪曲することができるという危険をもたらす」と論じる)。

²⁹ See *infra* Part IV.

やアーキテクチャによって受け入れ可能な費用で不正行為を抑止できる場合である。その他全ての場合には、ゲートキーパー責任の拡大に際しては不正行為を防ぐことの効果と費用を比較検討すべきである。ゲートキーパーが不正行為を効果的に防止することができる時には、ゲートキーパー責任は望ましい。その他の場合には、違法行為者の規制がより魅力的である。

本稿は、以下四つのパートから成り立っている。第二部では、ゲートキーパーの二つの定義を分析し、ゲートキーパー責任が受け入れ可能な費用で不正行為を防止できるかどうかを基準にゲートキーパー責任の範囲を限定する。さらに、直接的な賠償責任の欠点を指摘しゲートキーパー責任が必要な理由を分析している。第三部では、Shavell教授の四つの決定要因に基づいて違法行為者への規制とゲートキーパー責任を比較している。Shavell教授の賠償責任への保険とそれぞれの体制の費用の分析の拡張も行っている。加えて、不正行為を防止する際のアーキテクチャの役割についても分析している。第四部では、異なる賠償責任の規則の下での違法行為者への規制とゲートキーパー責任の併用について検討している。ここでは、事前の規制と事後の規制の両方を分析している。第五部では、筆者の仮説を精緻化するために、不法移民、違法な賭けサイト、企業の不正の三つの典型的な状況を分析している。

II. ゲートキーパーの定義とゲートキーパー責任の必要性

A. ゲートキーパーの定義

驚くべきことに、専門家の間にゲートキーパーの定義についての合意は存在していない。Coffee教授は、ゲートキーパーを「投資家達に仕える外部の専門家」と定義している³⁰。Coffee教授によるとゲートキーパーは二つの決定的な特徴を有している。一つは、長年の業務を通じて、言明や説明の正確さを保証する評判資産を有していること。そして二つ目に、社長よりも不正行為に関与することで得る分け前がはるかに少ないことであ

³⁰ Coffee, *supra* note 4, at 309 (ゲートキーパーを弁護士や会計士のような専門家として定義している)。

る³¹。弁護士や会計士がこの区分にあてはまる。

その他の専門家は、ゲートキーパーという言葉をやより広範囲に、依頼者がその製品やサービス抜きには取引を遂行できないもしくは市場に参入できない製品やサービスを提供する者として用いている³²。この定義は幾分広すぎるとの印象を与える。Windowsの技術が大部分の事業活動に不可欠なことを考えれば、Microsoftはほとんどの経済活動に対してゲートキーパーとして活動していることになるかもしれない³³。一方、Kraakman教授はそのような大まかなゲートキーパーの定義を限定する基準を提案している³⁴。まずゲートキーパーは、受け入れ可能な費用で不正行為を監視できるべきである³⁵。次に、ゲートキーパーは不正行為を確実に抑止することができるべきである³⁶。この制限に従うと、Microsoftは受け入れ可能な費用で全ての不正行為を抑止し監視するのに良い位置にいないかもしれないので、全ての状況においてMicrosoftをゲートキーパーと考えるべきではない。本稿では、ゲートキーパーをやより広く、つまり依頼者の経済活動を遂行するのに不可欠な製品やサービスを提供するだけでなく、受け入れ可能な費用で不正行為を抑止できる位置にいる者を表す言葉として使用している。

B. ゲートキーパー責任の必要性

被害者が不正行為を発見したり政府が起訴したりすることが高くつく場合や罰則の水準に制限がある場合には、直接的な賠償責任は違法行為者

³¹ *Id.*

³² Kraakman教授は、もともとゲートキーパーを「違法行為者との協調を差し控えることで不正行為を抑止することができる私人」と定義した。See Kraakman, *supra* note 2, at 53; see also Hamdani, *supra* note 4, at 58.

³³ Coffee, *supra* note 4, at 309.

³⁴ Kraakman, *supra* note 2, at 100-01.

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.* (ゲートキーパー責任の望ましさを計る四つの部分からなるテストを提案している)。

を抑制するのに失敗するかもしれない³⁷。サイバー空間内の匿名の者を発見しあるいは起訴するのは困難である。米国の管轄権の及ばない不法な外国企業を規制するのは難しいだろう³⁸。被害者は、違法行為者の資産を超えて金銭的な損害賠償を受け取ることはできない。たとえ刑事責任が有限の資産を有している違法行為者を抑止したとしても、被害者に対し補償がなされるわけではない。さらに、法人に対して収監はなんら現実的な制裁とはなっていない。罰金は費用が掛かり国に歳入をもたらさないが、一般に収監より望ましい³⁹。しかし、違法行為を抑止すべき直接責任の失敗は、規制を正当化しない。法執行と違法行為の社会的な費用を削減するゲートキーパー責任は、直接責任や規制の代わりになるものである。ゲートキーパーは、必要不可欠な製品やサービスを依頼者へ提供するため、一般的に費用の少ない方法で不正行為を抑止できるだけのコントロールを握っている⁴⁰。ゲートキーパーは、単に彼らの提供する製品やサービスの提供をやめることで違法行為を抑止できるかもしれない。

しかし、ゲートキーパー責任が常に上手くいくわけでない。Hamdaniは、ゲートキーパー責任のもたらす市場の歪みを論じ、不正行為を制限するのに政府がより積極的な役割を担うことを提案している⁴¹。Hamdaniはさらに、政策立案者はゲートキーパー責任の費用と規制の費用を比較することを勧めている⁴²。Coffee教授は、「少なくとも米国におけるゲートキーパー

の破綻リスクの上昇は、直接ゲートキーパーの支払い能力を脅かさない方法によってゲートキーパーの行動を修正することのできる改革案を考える必要があることを示唆している」と記している⁴³。

Ⅲ. ゲートキーパー責任対規制：四つの決定要因の検討

これまでゲートキーパー責任の範囲と必要性について考察してきたが、この節では規制とゲートキーパー責任を比較する。規制とゲートキーパー責任の社会的な望ましさを評価するために、本稿では費用対効果分析を用いる。社会的厚生は、人々が各々の活動から得た便益から、生じた損害や予防のための費用、社会統制のための行政上の費用を差し引いたものである⁴⁴。Shavell教授は社会的厚生を以下のように説明している。「社会的厚生は、その他の要因には依存せず、諸個人の満足の増加関数として想定される。また一般的に、個々人の満足が対称的に社会的厚生に影響すると仮定されており、つまり社会的厚生の考え方は全ての個人を同等に扱う平等の基本的な考えを包含している。」⁴⁵

A. 不正な行為についての情報の差異

規制とゲートキーパー責任の望ましさを決定する四つ要因について分析する必要がある。一つ目の決定要因は、私人と規制当局の間にある不正行為についての情報の差異である⁴⁶。環境被害のようないくつかの状況においては、リスクは明らかでないかもしれないし評価するのに専門家が必要になるかもしれない。規制当局は課題に対し資源を投入し情報を獲得す

³⁷ *Id.* at 57 (直接的な賠償責任の失敗について論じている)。

³⁸ See Jeffrey Manns, *Private Monitoring of Gatekeepers: The Case of Immigration Enforcement*, 2006 U. ILL. L. REV. 887, 889 (2006) (公的な執行者が対象にするには、主要な違法行為者は扱いが面倒かもしれないと主張している)。

³⁹ RICHARD POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 246 (5th ed. 1998) (罰金を科すことは、収監より優れていると主張している)。

⁴⁰ Manns, *supra* note 38, at 889.

⁴¹ Hamdani, *supra* note 4, at 106-08 (「もし、会計事務所は依頼者である公開会社に監査以外のサービスを提供すべきでない」と政策立案者が決定するとすれば、監査人に監査以外の業務をさせるのは禁止するという規則を公表することは、監査人が依頼者の不正に対し厳格責任を課すより不正防止には費用のかからない方法である」と主張している)。

⁴² Hamdani *supra* note 4, at 107.

⁴³ Coffee, *supra* note 4, at 306.

⁴⁴ Shavell, *supra* note 1, at 358-59 (社会的厚生を定義している)。

⁴⁵ Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness Versus Welfare*, 114 HARV. L. REV. 961, 985-86 (2001). See also STEVEN SHAVELL, *FOUNDATION OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 178-94 (2004).

⁴⁶ Shavell, *supra* note 1, at 359 (政府と私人の間の不正行為についての情報の差異について論じている)。

るかもしれないが、私人には情報収集するのに十分なインセンティブがないかもしれない⁴⁷。Shavell教授は、「一般に私人は情報についての固有の利点を生かすべきである」と指摘している⁴⁸。私人は諸々の活動に参加しており、便益とリスクを評価するのによりよい位置にいるはずである。一方、政府は参考になる情報を収集するために継続的に私人の活動を調査しなければならないが実際には困難である⁴⁹。

もし私人がリスクについてより良い情報を持っているのなら、彼らはゲートキーパーや違法行為者に対し訴訟を起こすことができる。まず、被害者が違法行為者よりゲートキーパーについて良い情報を持っているならば、被害者はゲートキーパーに対してのみ訴訟を起こすことができる。次に、被害者が違法行為者とゲートキーパーの両方について情報をもっている場合に、なぜゲートキーパーに対する賠償責任が必要かを問う必要がある。もし違法行為者が十分な資産を有していないことを理由にゲートキーパー責任が必要とされているのであれば、ゲートキーパーのみが訴えられることができるだろう。また不正行為を防止するのに直接的な賠償責任よりゲートキーパー責任の方が費用効率の良いことを理由としているならば、ゲートキーパー責任の方がより優れているだろう。例えば、雇用主が不法移民を効果的に排除でき、不法移民を同定することが容易で損害に対する支払のための十分な資産を有していれば、雇用主がより費用効率の良い方法で不法移民を防ぐことができる地位にいることから、雇用主責任は望ましいかもしれない。不法移民は捕まる可能性が低いと考えるかもしれないので、直接責任は十分な抑止力を提供しないのである。

私人が常にリスクについてのより良い情報を持っているわけではない。「危険な活動に従事していることの副作用としてのリスクが明確になっておらず、むしろリスクを評価するのに特別な専門性や努力の必要がある場合」⁵⁰には、政府がリスクについて情報上の利点を享受できる。政府は、公害防止など私人が情報を収集するのに十分なインセンティブを有してい

ない仕事について社会的な資源を投入するかもしれない⁵¹。企業不正の場合、一般に投資家は、企業のリスクを伴う活動についてあまり情報を持っていない。通常、投資家が企業不正を発見するにはかなりの時間が掛かり、そのために法律事務所や企業に対し訴訟を起こすのを難しくする。証券取引委員会 (SEC) は、たいいてい公開企業の情報を利用するのにより良い手段を持っているため、SECが企業不正を規制することがより望ましいかもしれない。

B. 損害賠償できる能力

1. 関係者の資産の大きさ

二つ目の決定要因は、ゲートキーパーの損害賠償能力である。資産規模、賠償責任に対する保険そして従業員たる意思決定者の資産などいくつかの要素を検討しなければならない⁵²。損害がゲートキーパーの資産を超えた場合、賠償責任はゲートキーパーが不正行為を防止するように誘導できないかもしれない⁵³。一方、私人が危険な活動に従事する前に政府が事前規制を課すと仮定すると、直接的な規制のもとでは資産は関係ないだろう⁵⁴。私人が事前の規制を破る場合、政府は違法行為者を収監することや企業を潰すこともできる。しかしながら金銭的な制裁を頼りに規制を守らせる場合に、わずかな資産は執行の問題を引き起こす⁵⁵。大部分のゲートキーパーは、十分な資産(「deep pockets」)を持っており通常多額の損害賠償も払える。ゲートキーパーの資産は、違法行為者の資産よりも差し押さえや抵当に利用されやすい⁵⁶。ゲートキーパー選びの際の検討事項の一つは、

⁵¹ Shavell, *supra* note 1, at 360.

⁵² *Id.* at 361-63.

⁵³ *Id.* at 361 n.7.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.* at 361 n.7.

⁵⁶ See Manns, *supra* note 38, at 899-90 (ゲートキーパーの資産は制裁にさらされやすいことを述べている)。

⁴⁷ *Id.* at 360.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*

ゲートキーパーの十分な資金力にある。

2. 従業員たる意思決定者の資産

関連するもう一つの要素は、企業や企業の従業員たる意思決定者に関連する⁵⁷。自身の資産や仕事が危機にさらされていない限り十分な注意を支払わないかもしれない従業員たる意思決定者の資産の価値を、賠償責任は超えるかもしれない⁵⁸。Shavell教授は、このような場合に政府は従業員たる意思決定者を規制する必要があると主張している⁵⁹。しかし企業は賠償責任を逃れようとするかもしれないので、企業は従業員に対し内部統制を確立するインセンティブを持っている。取締役や株主は経営幹部を管理するための時間や専門性を有していないかもしれない一方で、企業は下位のマネージメントを操作する方法について知っている⁶⁰。従って、規制の必要性は下位のマネージメントに対するものよりも経営幹部に対するものについて、より強くなる⁶¹。たとえ企業が企業幹部に対して十分な支配力を持っていなかったとしても、規制よりも刑事責任が経営幹部の不正行為を抑止することが可能であるべきである。そのためこの点では、Shavell教授に同意しない。

3. 責任保険

i. 保険者が被保険者を観察できないときの予防措置を執るインセンティブ

その他の関連する要因は、賠償責任に対するリスクである。(事前の) 条件付き保険、(事後の) 経験を考慮し格付けした保険、観察されない保険の

三種類の保険が存在する⁶²。火災保険は条件付き保険であり、そこでは理想的には「あらゆるリスクは観察され、それに対してより高い保険料が支払われる」⁶³。消火器は火災のリスクを減少させるので、消火器を備えている家に対する保険料は低くなる。一方、経験によって決められた保険料には被保険者が過去に支払った保険料が反映される⁶⁴。例えば運転中に運転手が疲れていたたりすることを観察することは現実的ではないため、自動車保険は経験に基づき評価している。この場合、保険料は事前の注意よりもこれまでの請求履歴に基づく。観察されない保険は、典型的にはグループ保険である、グループ保険の保険料は、それぞれの集団の一員の特性や保険請求履歴ではなく、集団全体をもとに決められる⁶⁵。保険業者は事前にも事後にも集団の構成員たちを観察しないので、構成員達は追加的な危険を引き受け「モラル・ハザード」を増加させるかもしれない⁶⁶。従って、通常グループ保険は責任保険というよりは、「モラル・ハザード」の少ない生命保険や医療保険に使われる⁶⁷。

被保険者は事故が起きるまで危険な活動に従事するかもしれないので、経験により評価された保険はある程度「モラル・ハザード」に関係している。保険料が増大した場合、被保険者は危険な活動を止めるかもしれないし保険の購入をやめるかもしれない⁶⁸。経験に基づき評価された保険のもう一つの問題は、保険料を増す判断をするには事故の標本数があまりにも少ないかもしれないことである⁶⁹。例えば、五十年に一度は二分の一の確率で家が全焼すると仮定する。この仮定の下もし十年後にある家が全焼した場合、隣の家の保険料をいくら増やすかは標本が少なすぎるために適切

⁶² Wittman, *supra* note 9, at 201-02 (保険と規制の関係について検討している)。

⁶³ *Id.* at 202.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Wittman, *supra* note 9, at 202.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.* at 202-03.

⁵⁷ Shavell, *supra* note 1, at 362.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.* at 362-63.

⁶⁰ *Id.* at 362.

⁶¹ *Id.* at 362-63.

に決定することができない⁷⁰。たとえ事故後に保険料が増加したとしても、新たな保険料は過去のリスクの誤算を補うには不十分であるかもしれず、「モラル・ハザード」を増加させる⁷¹。

ゲートキーパーが損失を補うために保険を購入する場合、ゲートキーパーが最適な注意を払うかどうかのインセンティブは、保険者がゲートキーパーの注意と保険料を結び付けることができるかどうかに依存する⁷²。ゲートキーパーのリスクを減少させる活動が容易に観察可能なとき、予防措置を講じるインセンティブは適切であるはずだ。もしゲートキーパーの注意を観察するのに費用が掛かりすぎる場合は、不十分な注意しか払われないだろう⁷³。ゲートキーパーが賠償責任の全範囲を保証する保険を購入しさらに保険業者がゲートキーパーの注意を観察できなければ、ゲートキーパーは高額な保険料を支払う必要はなくまた注意を怠っていても罰せられないだろう。そして保険業者が損害を全て保証するのでゲートキーパーの資産はリスクにさらされないだろう⁷⁴。従って保険による不適切な注意という問題は、保険業者の被保険者の観察能力に依存して、軽減も悪化もするだろう⁷⁵。

Shavell教授は、保険業者が〔被保険者の〕予防措置を観察しこれと保険料とを結びつけることができなければ、全範囲を保証する保険は社会的に最適ではないと主張している⁷⁶。ゲートキーパーが部分的な範囲を対象とする保険を購入した場合、ゲートキーパーは常に注意を払うわけではなくなるだろう。部分的な範囲を保証する保険のもとでは、ゲートキーパーは負担しなければならないリスクが大きすぎる際には費用に見合った注意

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Id.* at 202.

⁷² Shavell, *supra* note 1, at 361-62 (保険業者の被保険者を観察する能力と被保険者の予防措置を講じるためのインセンティブの関係を論じている)。

⁷³ *Id.* at 362.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ Steven Shavell, *On the Social Function and the Regulation of Liability Insurance*, 25 GENEVA PAPERS ON RISK & INS. 166, 173-74 (2000) (賠償責任保険を規制すべきか論じている)。

を怠るかもしれない⁷⁷。「ゲートキーパーが部分的な賠償責任を負って費用に見合った注意を払うかどうかは予防措置の費用と潜在的な賠償責任の大きさそしてリスク回避度に依存している」⁷⁸。簡単にするために、厳格責任の下で以下の仮設例を考えてみる。ゲートキーパーが100万ドルの期待責任額のうち90%を保証する保険を購入したとする。ゲートキーパーは、事故が起こった場合には10万ドルを支払わなければならない。ここで事前に予防措置を講じることで、危険の可能性を10%から5%へ減らすことができると、5千ドルを節約することになる。もし事前の予防措置の費用が5千ドルより高い場合、ゲートキーパーは事前の注意を払わないだろう。表2に要点を説明している。

表2

	予防措置を講じた場合	予防措置を講じなかった場合
保険料	P ⁷⁹	P
ゲートキーパーの期待支払い額	100,000-5,000	100,000
予防措置の費用	10,000	0
合計費用	P+100,000+5,000	P+100,000

全範囲を保証する保険も部分的な保証を提供する保険のどちらもゲートキーパーの事前注意を促さないのであれば、立法者は賠償責任に対する保険を禁止するべきだろうか。賠償責任に対する保険の禁止の論拠は、ゲートキーパーが保険を購入できない場合にリスクに彼らの資産がさられるので事前の注意を払うであろう、ということとなるだろう⁸⁰。一方で保険の購入を禁止すると、負担するリスクを増すことでゲートキーパーの

⁷⁷ See *id.* at 169-170; see also STEVEN SHAVELL, *ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW* 195 (1987) (モラル・ハザードが存在する場合に部分保険は望ましいか論じている)。

⁷⁸ Shavell, *supra* note 76, at 169.

⁷⁹ 保険業者は予防措置を観察できず保険料を予防措置と結びつけられないため、ゲートキーパーが予防措置を講じたかどうかにかかわらず全てのゲートキーパーに同額の保険料を請求する。

⁸⁰ Shavell, *supra* note 76, at 175-76.

期待効用を下げるという社会的な損失も発生する⁸¹。ゲートキーパーは可能な時には保険を購入し事業に投資するかもしれない。保険の購入が禁止されている時には、ゲートキーパーは事業へ参加しないかもしれない⁸²。保険の禁止は、予防措置を講じるインセンティブを増すことが重要な場合にのみ最適なのかもしれない⁸³。保険規制の論理的根拠は、保険がゲートキーパーの負担するリスクを削減することでゲートキーパーの効用を増し注意を払うのを促すことであるべきである。

部分的な保険は望ましい結果を招くかもしれないので立法者は部分保険が保証するリスクの割合を規制すべきだろうか。例えば法律で、期待債務の50%以上は保証しないと決めることができる。Xをゲートキーパーの期待支払い額と定義する。ゲートキーパーが予防措置を講じるためには、予防措置の費用1万ドルがリスクの削減よりも少ななければならない、つまり先程の例を用いると、 $X \times 5\% > \$10,000 \rightarrow X > \$200,000$ 。

同様に、部分保険が期待責任額の80%を保証する場合、ゲートキーパーの期待支払い額は、\$200,000となる。従って、政策立案者は、保険は期待支払い額の80%を越えては保証してはならないと定めるべきこととなる。部分保険は、リスクを分散させゲートキーパーの注意を促すことができる。しかし法が保険で保証する割合を定めたところでゲートキーパーは保険購入をやめるだろうか。通常ゲートキーパーは十分な資産を有しておりリスクを回避するために保険を購入することを好む。部分的な保険の購入はゲートキーパーの負担するリスクを増すので必然的にゲートキーパーの期待効用を下げるだろう。しかしそのような負担するリスクの上昇は、深刻な市場の歪みを生み出すべきではない。

政府も被害者も不正行為を見つけれない場合や高い訴訟費用のために被害者が訴訟を起こさない場合、ゲートキーパーは賠償責任から逃れる

かもしれない⁸⁴。このような場合、保険の購入を禁止することは望ましいかもしれない。なぜなら保険業者がゲートキーパーの行動と保険料を結びつけられない場合、保険の購入は注意を払うインセンティブを削減するからである⁸⁵。

ii. ゲートキーパー責任に対する保険の入手可能性

直接行為者こそが違法な行為を犯すのであって、保険業者がゲートキーパーの活動を監視することによってゲートキーパー責任のリスクを評価することはとても難しい。賠償責任に伴うリスクは、一部はゲートキーパーの不適切な事前注意に、一部は賠償責任の設計そのものに依存している。賠償責任の設計そのものについてのリスクは産業ごとに異なるが、事前注意に関する危険は企業ごとに異なる。アパートにある消化器やインターネット接続サービス業者 (ISP) の違法なギャンブルサイトへのアクセスを防ぐソフトを事前注意の例として挙げられる。もしゲートキーパーがリスクを削減するために十分な注意を払わないのであれば、保険業者はより高い保険料を課すかもしれない。法律事務所は企業不正を効果的に防ぐことができないが、ISPは違法なギャンブルサイトへのアクセスを防止できるかもしれない。しかしISPの業界内では、違法なギャンブルサイトへのアクセスを制限する能力は企業ごとに異なっている。保険業者にとっては、ISPの賠償責任に伴うリスクのほうが法律事務所の賠償責任に伴うリスクよりも評価しやすいだろう。

保険業者は、企業のリスクに対する評価に自らの利益を足したものと等しくなるように保険料を設定する⁸⁶。保険業者は、ISPの事前の注意と保険料を結びつけ、予防措置を講じるように促すことができる。ISPが事前の

⁸¹ *Id.*

⁸² Mattias K. Polborn, *Mandatory Insurance and the Judgement-Proof Problem*, 18 INT'L REV. L. & ECON. 141, 143-44 (1998) (「自発的に購入する保険の禁止が社会厚生を増すことは絶対でない」と主張している。 *id.* at 141.)

⁸³ Shavell, *supra* note 76, at 175.

⁸⁴ Amanda Cohen Leiter, *Environmental Insurance: Does It Defy the Rule?* 25. HARV. ENVTL. L. REV. 259, 275-76 (2001)

⁸⁵ See *id.* at 276; see also Shavell, *supra* note 76, at 177-78.

⁸⁶ John E. Core, *The Directors' and Officers' Insurance Premium: An Outside Assessment of the Quality of Corporate Governance*, 16 J.L. ECON. & ORG. 449, 450 (2000) (企業統治の質と取締役や執行役員の保険料の関係について論じている)。

注意をより多く払うことでリスクをより削減できるだろう。ISPが事前の注意を払わなかった場合、より高い保険料を支払うだろう。もう一つの例として挙げられるのが、会社役員賠償責任保険（D&O保険）の保険料である。その保険料は、企業統治が弱い企業では高くなる⁸⁷。超過した保険料は、企業の事前注意と企業統治の状態を表している。例えば、DublinとRothwellは原子炉に課せられる保険料が原子炉の安全についての実績に基づき三割増され、あるいは二割削減されることがありえることを示している⁸⁸。

保険は、リスクを評価する技芸である。もしリスクを評価するのに参考にするべき情報が入手できない場合、保険は市場から姿を消すだろう⁸⁹。ゲートキーパーに賠償責任があれば、損失が生じた時にゲートキーパーと違法行為者は連帯責任を負うだろう。一般にゲートキーパーに対する厳格責任は、過失や故意に基づいた責任よりも優れている⁹⁰。従って、ゲートキーパー責任は、概して厳格責任であり、連帯責任である。厳格責任と連帯責任を組み合わせている時、保険市場は必要ないかもしれない⁹¹。連帯責任は、請求者の利用できる資金を拡大することで保険の補償機能を向上させる⁹²。一方、賠償責任の確率と保険業者の期待損失が事前に保険業者が予測または評価することができない保険を有さない者の行動によって影

響を受けるため、連帯責任は不確実性を増す⁹³。さらに連帯責任は、引受業務の決定を台無しにする。なぜならいかなる請求も落ち度がなかったとしても保険適用範囲の上限に達する可能性があるからである⁹⁴。賠償責任の適応範囲がとても大きい場合、不確実性は増す⁹⁵。Kehneは、事故に対する貢献ではなく純資産が賠償責任の主な決定要因である場合、保険市場は効果的な損失回避のインセンティブを提供することができないと指摘している⁹⁶。また、責任を負う関係者を増やすと考えられる連帯責任は、保険の欠如を考慮すれば実際には被害者に対する補償を削減するかもしれないと述べる者もいる⁹⁷。

ゲートキーパーが賠償責任を負っている場合、法律事務所はたとえ自らに落ち度がなくとも代理人となっている会社が行った不正を賠償しなければならない。ゲートキーパーは求償権を持っているかもしれないが、違法行為者は大抵破産しているか保険に入っていないのでそのような権利はめったに執行されない⁹⁸。法律事務所を保険にかけるためには、保険業者は企業の潜在的な行動とそうした当事者が無資力である確率に基づいたほとんど不可能な見積もりをする必要がある⁹⁹。法律事務所はサービスを提供する前に依頼人を選ぶことができるが、悪意のある依頼者を見分けるのは事実上不可能である。従って、法律事務所の賠償責任に対する保険は提供されないだろう。ゲートキーパー責任の望ましさの基準は、ゲートキーパー責任の保険が入手できるかどうかだと考えられる。

⁸⁷ *Id.* at 451.

⁸⁸ Micheal Trebillock & Ralph A. Winter, *The Economics of Nuclear Accident Law*, 17 INT'L REV. L. & ECON. 215, 229-30 (1997) (保険料と原子炉の安全のための注意の関係について論じている)。

⁸⁹ See Kenneth S. Abraham, *Environmental Liability and the Limits of Insurance*, 88 COLUM. L. REV. 942, 955-56 (1998) (保険市場では、不確実性が賠償責任を無力化することかもしれないことに言及している); see also STEVEN SHAVELL, ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW 198 (1987) (当事者達は、一定のタイプのリスクに対する保険をかけていないかもしれないことを論じている)。

⁹⁰ Hamdani, *supra* note 4, at 59 (厳格責任の二つの長所について論じている)。

⁹¹ Benjamin J. Richardson, *Mandating Environmental Liability Insurance*, 12 DUKE ENVTL. L. & POL'Y F. 293, 301-02 (2002) (「保険に入ることを求められるリスクを取り巻く不確実性」について論じている)。

⁹² See Abraham, *supra* note 89, at 959-60; see also Richardson, *supra* note 91, at 302.

⁹³ Abraham, *supra* note 89, at 959-60.

⁹⁴ Richardson, *supra* note 91, at 302.

⁹⁵ Abraham, *supra* note 89, at 959-60.

⁹⁶ Jeffrey Kehne, *Encouraging Safety Through Insurance-Based Incentives: Financial Responsibility for Hazardous Wastes*, 96 YALE L.J. 403, 419 (1986).

⁹⁷ Ralph A. Winter, *Liability Insurance, Joint Tortfeasors and Limited Wealth*, 26 INT'L REV. L. & ECON. 1, 2-3 (2006) (賠償責任に対する保険への様々な賠償ルールの効果进行分析している)。

⁹⁸ Abraham, *supra* note 89, at 959-60.

⁹⁹ *Id.* (保険業者が賠償責任に対する保険についてとても困難な見積もりをする必要があることに言及している)。

iii. ゲートキーパーは保険を購入するだろうか。

ISPや雇用主はゲートキーパー責任への保険を入手できるかもしれない¹⁰⁰。なぜなら彼らはよりよく不正行為を抑止できるからである。仮にISPや雇用者にゲートキーパー責任への保険が提供されていた場合、彼らはそれを購入するだろうか。個人とは異なり、一般にゲートキーパーはリスクを取引先に分散させることに長けている。加えて、ゲートキーパーにとって保険料はかなり高いだろう¹⁰¹。一方、ある実証研究はほとんどの企業が保険を購入していることを示している¹⁰²。MeyersとSmithは、以下のよう理由を分析している。

「分散所有されている企業にとって、所有者たちのリスク回避は一見したところ保険購入のインセンティブを提供しない...私たちは保険の持つ以下の七つの性質が企業の保険需要を引き出していることを示している。第一に、保険は比較的风险に耐えやすい請求権者にリスクを割り当てる。第二に、破産に伴う期待取引費用を下げる。第三に、請求権の管理をより効率よくする。第四に、契約条件の遵守を監視する。第五に、企業の不動産投資を保証できる。第六に、企業の税負担を削減する。最後に第七に、企業への規制を減らすことができる。」¹⁰³

企業は、破産コスト、エージェンシー・コスト、税コストを削減するた

めに保険を購入する¹⁰⁴。また保険会社は被保険者に助言もする¹⁰⁵。「保険は、リスク分散以外にも何らかの便益を提供しなければならない。その便益の一つにリスクの削減が挙げられる。保険業者は、個々の企業よりも最適な安全対策についてより良い情報を持っているかもしれない。」¹⁰⁶また保険業者は、費用に見合う監視業務を提供する¹⁰⁷。さらにSkoghは、保険需要の取引費用理論を提案している¹⁰⁸。彼は、契約費用を削減するために保険が購入されると主張している¹⁰⁹。保険契約は、火事のリスクや第三者の賠償責任など契約に含まれるべき条件を規定している¹¹⁰。リスク回避とは関係なく、保険の購入は取引費用を保険業者に移転する¹¹¹。たとえば、ISPは日々の取引を保証し訴訟リスクを避けるために保険を購入する¹¹²。ゲートキーパー責任は企業を破産させることは少ないが、その他の便益は依然としてあり、ゲートキーパーは保険を購入するだろう。

¹⁰⁴ Richard MacMinn & James Garven, *On Corporate Insurance*, in the HANDBOOK OF INSURANCE 544 (Georges Dionne ed., 2000) (企業の保険購入に対する税と破産の影響を指摘している)。

¹⁰⁵ Kyle D. Logue, *Tax Law Uncertainty and the Role of Tax Insurance*, 25 VA. TAX REV. 339, 371-72 (2005) (なぜ公開会社が税対策の保険を購入するか考察している)。

¹⁰⁶ Daryl J. Levinson, *Collective Sanctions*, 56 STAN. L. REV. 345, 372-73 (2003) (「保険が実際にリスクを削減するかもしれない」ことを指摘している)。See YORAM BARZEL, *ECONOMIC ANALYSIS OF PROPERTY RIGHTS* 60-61 (2d ed. 1997); see also FRANK H. EASTERBOOK & DANIEL R. FISCHER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW* 52 (1991); Mayers & Smith, *supra* note 101, at 286; RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 478 (5th ed. 1998)。

¹⁰⁷ Clifford G. Holderness, *Liability Insurers as Corporate Monitors*, 10 INT'L REV. L. & ECON. 115, 116 (1990) (監視業務が「保険の訴訟とリスク移転機能を共に提供するかもしれない」ことを指摘している)。

¹⁰⁸ Goran Skogh, *The Transaction Cost Theory of Insurance: Contracting Impediments and Costs*, 56 J. RISK & INS. 726, 726-32 (1989)。

¹⁰⁹ *Id.* at 727.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.*

¹¹² ISP Insurance, http://www.ispinsurance.com/internet_service_providers_insurance.htm (last visited Feb. 4, 2008)。

¹⁰⁰ ISP Insurance, <http://www.ispinsurance.com/index.html> (last visited Feb. 4, 2008) (保険会社は、雇用慣行賠償責任保険や過失怠慢賠償責任保険を提供していることを指摘している)。

¹⁰¹ See Sean J. Griffith, *Uncovering a Gatekeeper: Why the SEC Should Mandate Disclosure of Details Concerning Directors' and Officers' Liability Insurance Policies*, 154 U. PA. L. REV. 1147, 1168-70 (2006) (「常に危険を自身で負うよりも保険を購入した方が高くつく」ことを指摘している)。

¹⁰² See David Mayers & Clifford W. Smith, Jr., *On the Corporate Demand for Insurance: Evidence from the Reinsurance Market*, 63 J. BUS. 19 (1990) (企業の保険に対する需要を考察するために再保険のデータを用いている)。

¹⁰³ David Mayers & Clifford W. Smith, Jr., *On the Corporate Demand for Insurance*, 55 J. BUS. 281, 293 (1982) (企業が保険を購入する理由を論じている)。

C. 私人と国民一般が被る費用

次の決定要素は、ゲートキーパー責任と規制を用いた場合に私人と国民一般が負担する費用である。「運営費用のほとんどは損害が生じたときにだけ発生するため、賠償責任には潜在的に長所があるように思える。¹¹³」しかしながら、様々な要因が規制の短所を埋め合わせるように思える。多くの場合、規制が求めるのは消化器や救命ボートなどの安全装置の存在であり、執行費用がより安い¹¹⁴。また執行の費用を削減するために執行の確率的方法が用いられる¹¹⁵。

ゲートキーパー責任の費用は訴訟費用や司法制度といったものに伴う費用を含め、直接責任の費用より複雑である¹¹⁶。ゲートキーパー体制の費用は、運営費用（ゲートキーパーの取り締まり）、私的費用（依頼者とゲートキーパーの取引に対する負担）や第三者が負担する費用を含んでいる¹¹⁷。「規制の運営費用は、規制機関を維持するための公的な費用と順守のための私的な費用とを含んでいる。¹¹⁸」

1. 運営費用

ゲートキーパー責任体制の費用の第一の要素は、「気まぐれなゲートキーパーを見つけ、起訴する」運営コストである¹¹⁹。運営費用は、「時間、努力そして関係者や政府が負う訴訟費用、裁判を行う際に掛かる公的な費用を含むように広く定義¹²⁰」するべきである。そのような運営費用は、ゲートキーパーの事情により異なる。私人の被害者がいない場合や生じた損

害を見つけるのが難しい場合には、政府はゲートキーパーによる遵守を監視し必要ならば起訴する必要がある¹²¹。損害が生じるか否かに関わらず固定の監視費用が掛かる。例えば、私人の被害が存在しないために、政府は不法移民の排除を求められた場合、雇用主を監視する必要がある。政府が企業不正を抑止しなければならない場合、政府は会計事務所を取り締まる必要がある。なぜなら投資家や一般の市民は、企業不正を見つけることができないからである。一般的にゲートキーパーの規制は、違法行為者の規制よりも費用対効果が高い。多くの場合ゲートキーパーの方が少なく、容易に見つけることができる上に損害賠償に足りる十分な資産を有している。不法移民の排除の例を考えると、毎年アメリカに入ってくる数千の移民を監視するより雇用主を監視する方が容易である。

被害者が容易に被害に気づく場合、被害者は彼らの権利を行使するのによい位置にいる。もし被害者が訴訟を起こすことで権利行使する場合、運営費用は被害が生じた時にのみ発生する。「通常このようなことはまれなので、運営費用は低くなるだろう。」¹²²理想的にはゲートキーパーが適切な注意をすれば、（一定の固定費用を除き）訴訟は存在せず、故に運営費用もないだろう¹²³。損害が生じたとしても運営費用が大きくないと信じられる理由がいくつかある¹²⁴。まず関係者は、裁判の費用と比較して安価な費用で和解できる¹²⁵。次に、既知の違法行為者の一部分の統制に資源が集中されることである¹²⁶。

規制もまた損害が生じた否かに関わらず運営費用を伴う¹²⁷。政府は、損害のリスクが取り除かれていたとしても監視する必要がある¹²⁸。リスク

¹¹³ Shavell, *supra* note 1, at 364.

¹¹⁴ *Id.* at 370.

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Id.* at 363-64.

¹¹⁷ Kraakman, *supra* note 2, at 75.

¹¹⁸ Shavell, *supra* note 1, at 363-64

¹¹⁹ Kraakman, *supra* note 2, at 75.

¹²⁰ Shavell, *supra* note 1, at 363-64.

¹²¹ Manns, *supra* note 38, at 902（「政策立案者は、政府、ゲートキーパーそして市場に課す費用が同様のレベルの公的執行に伴う費用より少ないかどうかを考慮しなければならない。」）。

¹²² Shavell, *supra* note 1, at 364.

¹²³ *Id.*

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ Shavell, *supra* note 1, at 364.

¹²⁸ *Id.*

な関係者とそうでない関係者の区別をすることができないので、既知の違法行為者に焦点を絞ることはありそうにない¹²⁹。確率的な執行の方法により運営費用は削減できるが、規制の目標を達成するために必要な検査を最低限行う必要がある¹³⁰。

2. 私的費用

ゲートキーパー体制の費用の二つ目の要素は私的費用であり、これには遂行費用、賠償責任の残余リスクそして「そのリスクを制限するための戦略に伴う費用」が含まれる¹³¹。ゲートキーパーは監視し不正行為を防止する必要がある、そのために遂行費用がかかる。またゲートキーパーは、危険だが潔白な依頼者の行動を抑止することで法的リスクを避ける必要がある。最も保守的なゲートキーパーでさえ、不正行為を監視するために最善の努力をしても法的リスク（残余リスク）に直面するかもしれない¹³²。もしゲートキーパーが企業不正のような依頼者の行動に責任を負っているなら、依頼者を断続的に監視し賠償責任の残余リスクを削減するために危険な取引を止めさせなければならないだろう。ゲートキーパーの遂行費用は、「ゲートキーパーが不正行為と執行の社会的な費用を削減するかぎり有益である」¹³³。もしゲートキーパーが、従業員候補が不法滞在者かどうか確認するように事実を確認することを求められるだけならば、低い遂行費用で社会的な損失を削減するのでゲートキーパー責任は支持されるだろう。ゲートキーパーが依頼者の法遵守を保証するために依頼者の行動を継続して観察する必要がある場合、遂行費用は非常に高くなる。ゲートキーパーはどうすれば依頼者の心を読み解き、悪意ある依頼者を見抜けるのか。

規制と同じくゲートキーパー責任も損害が生じたか否かによらず固定

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ Kraakman, *supra* note 2, at 75.

¹³² *Id.* at 76.

¹³³ *Id.*

の私的費用を負担する¹³⁴。その固定費用は、責務に就いている過程で負担される¹³⁵。遂行費用は、厳格責任体制か過失責任体制かで異なるだろう。厳格責任は、ゲートキーパーが監視と執行に必要以上に労力を注ぐよう仕向けるかもしれない。一方、過失責任体制の下では、ゲートキーパーは「合理的」な監視をすることを求められるが最適な抑止力を提供しないかもしれない¹³⁶。厳格責任の下では、賠償責任の残余リスクは、容易に遂行費用を上回るだろう¹³⁷。

規制の下で、政府は一般に特定の誰かに焦点を絞らず監視するだろう。しかしゲートキーパー責任は、違法行為者になりそうな者の小集団に注目する傾向がある。なぜならゲートキーパーはより違法行為者についての情報を有しており、事前に監視することができるからである。そのためゲートキーパーは、特定の違法行為者の小集団に注目するのだろう。加えてISPのようなゲートキーパーはインターネット上で監視し、抑止した多くの経験があるので、規制よりもゲートキーパー責任は遂行費用が低い¹³⁸。従ってゲートキーパー責任は大幅な追加的な費用を必要としないだろう。

3. 第三者の費用

i. ゲートキーパー責任における第三者の費用

最後のゲートキーパーの費用は、ゲートキーパーや依頼者ではなく第三者にかかる第三の費用である¹³⁹。最終的にゲートキーパーは依頼者や顧客に費用を拡散させるので、ゲートキーパーの費用が高い場合に依頼者や顧客はゲートキーパーを使わないことを選択するかもしれない。賠償責任の高

¹³⁴ Shavell, *supra* note 1, at 364.

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ Kraakman, *supra* note 2, at 76.

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ See generally Assaf Hamdani, *Who's Liable for Cyberwrongs?*, 87 CORNELL L. REV. 901 (2002).

¹³⁹ Kraakman, *supra* note 2, at 75.

い残余リスクに直面しているゲートキーパーは、契約条約を変更し危険だが潔白な依頼者を選び好みするかもしれない¹⁴⁰。例えば、雇用主は、不法滞在者の可能性が高いと考えられる民族の者を雇うのを避けるかもしれない。この場合明らかに、ゲートキーパー責任はまともな従業員候補に損失をもたらす。同時に依頼者は高いゲートキーパーの費用を避けるために契約条約を変更するかもしれない¹⁴¹。小さな会社は、法で許されている場合、ゲートキーパーの費用を避けるために弁護士に意見を求めないかもしれない、それによって双方の負担するリスクが増すことになる。ゲートキーパーが取引するのに必要な場合、依頼者は過度の抑止を避けるために「柔軟」なゲートキーパーを選ぶかもしれない¹⁴²。ゲートキーパー体制の費用がゲートキーパーの利益よりも少ないとき、ゲートキーパーは費用を依頼者や顧客に負担させるだろう。またゲートキーパーの負担する費用が利益より多い時、ゲートキーパーは市場から退出し社会はその損失を負担するだろう¹⁴³。

ii. 規制における第三者の費用

事前の規制も市場を歪曲する第三の費用を伴う。事前の規制には二つの不利な点がある。事前の規制は、規制費用を課す、非効率的な規制上の裁定行動のインセンティブを作り出す¹⁴⁴。規制上の裁定行動とは、規制産業が「現実もしくは経済的リスクと規制の状況の利点を利用する場合」のことである¹⁴⁵。資本市場の弾力性により、資本市場を規制するのは例えば消費者製品のような他の市場よりも難しい¹⁴⁶。「需要面では、投資家はある

証券から他の証券に容易に移行し、国境を越えて資産を移動させさらに国外の機会を活用することができる。供給面では、投資銀行、商業銀行やその他の仲介者は、投資家の需要を満たし規制を逃れるために新しい金融商品や新しい取引の技術を導入する準備ができています。¹⁴⁷」一方、財やサービスの伝統的な市場はそこまで柔軟ではない¹⁴⁸。化学製品製造業者が、資金不足である場合と公害を引き起こしている場合を考えてみる。公害そのものを規制する方が公害を引き起こしている業者に資金提供している資本市場に干渉よりも効果的である¹⁴⁹。さらなる問題は、市場の参加者が取引の効率性よりも規制をもとに取引を構築するように誘導されていることである¹⁵⁰。一方、事後の規制は、深刻な市場の歪みをもたらさない。なぜなら、事後の規制は不確実性の発生からそのパワーを得ているので、規制上の裁定行動は持続しづらくさらに結果は効率的である¹⁵¹。

事前の規制は、投資家に投資家の行動に影響するシグナルを送り誤解させることがあるので、市場は間違った方向へ導かれるかもしれない¹⁵²。事前の規制の水準を上昇させることは、有益な取引を抑止し、企業統治を悪化させ、また才能ある経営者を非公開会社のような規制のない分野に向かわせ、そして経営者の企業価値を増やすインセンティブを減らすかもしれない¹⁵³。例えば会社は、厳格な証券規制のために株式の公開をためらうか

Perspective. 102 YALE L.J. 387, 391-92, 422 (1992) (「現代の資本市場と伝統的な財・サービス市場の根本的な違い」について説明している)。

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ See *Derivative Financial Instruments Relating to Banks and Financial Institutions: Hearing Before the Senate Comm. on Banking, Housing, and Urban Affairs*, 104th Cong. 2-3 (1995) (Alan Greenspan, 連邦準備制度理事会議長の証言)。

¹⁵¹ Partnoy, *supra* note 26, at 252.

¹⁵² Larry E. Ribstein, *Market vs Regulatory Responses to Corporate Fraud: A Critique of the Sarbanes-Oxley Act of 2002*, 28 J. CORP. L. 1, 25 (2002) (市場が「数年に及ぶ規制者や改革者の誇張された規制の有効性についての主張」によって誤った方向に導かれるかもしれないことを指摘している)。

¹⁵³ *Id.* at 18-19.

¹⁴⁰ *Id.* at 77.

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ Manns, *supra* note 38, at 915.

¹⁴⁴ Partnoy, *supra* note 26, at 249.

¹⁴⁵ Regulatory Arbitrage, http://en.wikipedia.org/wiki/Regulatory_Arbitrage (last visited Feb. 18, 2008).

¹⁴⁶ Joseph A. Grundfest, *The Limited Future of Unlimited Liability: A Capital Markets*

もしれない。厳格な規制と情報公開の規則への懸念は、アメリカの証券市場を他国の証券市場より魅力のない市場にするかもしれない¹⁵⁴。もしアメリカの証券市場の規制費用が非常に大きいならば、発行者はアメリカの証券市場で上場するのを避け彼らの投資需要は他の国へ向かうかもしれない¹⁵⁵。

専門家は、事前の規制と事後の規制を区別している¹⁵⁶。事前の規制を用いると政府は現在生じている費用だけではなく将来発生しそうな費用も見積もらなければならない¹⁵⁷。事後の規制の場合、政府ではなく私人がそのような費用を見積もる¹⁵⁸。政府は、損害が生じた場合にのみ損害を確認すればよい¹⁵⁹。しかし事後の規制のみに頼るのは資源が不足しているため望ましくない¹⁶⁰。関係者によって情報の質が異なるため、事前の規制は過剰抑止ないし過小抑止の問題を引き起こす¹⁶¹。それに対し、事後の規制は歪曲効果がほとんどない。なぜなら違法行為者の直接の責任に対し何も付け加えないからである。例えば、会社はその企業不正に対して責任を負う。もし政府が企業不正を事後的に確認することを企業が知っていたら、株式を公開する企業は少なくなるだろうか。そのようなことは考えがたい。

事前の規制とゲートキーパー責任は共に歪曲効果があるが、それらは異

¹⁵⁴ See Andreas J. Roquette, *New Developments Relating to the Internationalization of the Capital Markets: A Comparison of Legislative Reforms in the United States, the European Community, and Germany*, 14 U. PA. J. INT'L BUS. L. 565, 574 (1994); Kun Young Chang, *Reforming U.S. Disclosure Rules in Global Securities Markets*, 22 ANN. REV. BANK. & FIN. L. 237, 240-241 (2003).

¹⁵⁵ Chang, *supra* note 154, at 240-41.

¹⁵⁶ See Jon D. Hanson & Kyle D. Logue, *The Costs of Cigarettes: The Economic Case for Ex Post Incentive-Based Regulation*. 107 YALE L. J. 1163, 1273 n.456 (1998) (事後の規制が事前の規制よりも高くつくか検討している)。

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ *Id.*

¹⁶⁰ See Samuel Issacharoff, *Regulation After the Fact*. 56 DEPAUL L. REV. 375, 383 (2007) (事後の規制の重要性について検討している)。

¹⁶¹ Hanson & Logue, *supra* note 156, at 1275.

なる方法で市場を歪曲することを示す。ゲートキーパー責任の下では、ゲートキーパー業務の価格の上昇は違法行為者だけではなく法を順守する依頼者も追い出す「逆選択」の効果を持っているかもしれない¹⁶²。一方「規制は、市場価格で社会的な事故の費用を内部化しない」¹⁶³。事前の規制は多くの場合、当事者が取引の効率性ではなく規制をもとに取引を組み、規制を回避しようとするために非効率な取引をもたらす。もちろん政府がある種の行動に税を課せば事前の規制の歪曲効果は、ゲートキーパー責任のもたらすものと同様になる。政府は、適切に規制を設計することで事前の規制の歪曲効果を軽減できる。一方、ゲートキーパー責任は歪曲効果がゲートキーパーの管理できない価格の上昇によって生じるため回避な歪曲効果をもたらす。従って、ゲートキーパー責任より規制の方がより柔軟性がある。

以上の議論より、被害者が損害を容易に見つけることができ、ゲートキーパーが不法滞在者かどうかの確認のように事実の確認だけをすればよい場合には、ゲートキーパー責任が最適であることがわかる。以下の表に要点をまとめている。

表 4

	被害者がいない場合	被害者が容易に損害を見つけることができる場合	違法行為者の規制
運営費用	損害が生じる前に固定費用が発生	損害が生じた時のみ費用が発生する	小集団に焦点を絞ることなく、損害が生じる前に固定費用が発生

表 5

	事実の確認	依頼者の行動の監視	違法行為者の規制
私的費用	低い費用	法外な費用	
	小集団に焦点を絞り、固定費用	小集団に焦点を絞り、固定費用	小集団に焦点を絞らず、固定費用

¹⁶² Hamdani, *supra* note 4, at 73.

¹⁶³ Trebilcock & Winter, *supra* note 88, at 227.

表 6

	私的費用が低い場合	私的費用が高い場合	違法行為者の規制
第三者の費用	低い	高い	非効率な取引

表 7

ゲートキーパーの賠償責任	違法行為者の規制
運営費用	運営費用
私的費用	第三者の費用
第三者の費用	

D. 損害のための訴訟の脅しに関係者が直面しない可能性

1. ゲートキーパー責任の新たな決定要因

一つまだ検討されていない決定要素が残っている。「損害のための訴訟の脅しに関係者が直面しない可能性」¹⁶⁴である。訴訟は以下の場合に起こされないだろう。まず損害が広く拡散している場合。次に、損害が明らかになるまで長い期間がかかる場合。そして特定の関係者を損害の起因とすることが難しい場合である¹⁶⁵。Shavell 教授は「そのような可能性は、賠償責任によってつくられたリスクを低減するインセンティブの希薄化をもたらす」と論じている¹⁶⁶。しかしそのような可能性は、規制の機能に影響を及ぼさない¹⁶⁷。Shavell 教授は以下のように記している。

「損害を個々の企業に帰することができたとしても、訴訟に成功する見込みが、企業の意思決定者の行動に与える影響は微々たるものだろう。例えば、時が経過し責任のある従業員を特定する明らかな方法がなくなるかもしれないし、責任のあった者はすでに会社にはいないかもしれない。従って、実際の意思決定者は訴訟の脅しや制裁の見込みに影響を受けないかもし

¹⁶⁴ Shavel, *supra* note 1, at 363.

¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ *Id.*

¹⁶⁷ *Id.*

れない。¹⁶⁸」

Shavell 教授は、企業に対する訴訟が意思決定者を抑止できない場合、政府が意思決定者を規制する必要があることを示唆している。しかしなぜ法が意思決定者を規制すべきなのか。法は違法行為者の対象を絞らずに不正行為を抑止することができるだろうか。企業に対し成功した訴訟は、企業統治や企業の構造の変化をもたらし不正行為をより困難なものとするかもしれない。ゲートキーパー責任は、違法行為者を狙うことなく効果的に違法行為を抑止するかもしれない。Sahvell 教授の主張は、ゲートキーパー責任にはあてはまらないように思える。

Kraakman 教授は「副次的な賠償責任は第三者が違法行為者を罰するのを促すかもしれない」また「副次的な賠償責任は違法行為者に対する訴訟提起に際し交渉の切り札となるかもしれない」と指摘している¹⁶⁹。通常、ゲートキーパーは、ゲートキーパー責任体制の下で不祥事を回避するために違法行為者を発見する必要がある。例えば、雇用主は雇用法にしたがうために不法移民を排除しなければならない。そして会計事務所は、ゲートキーパー責任を回避するために不正行為を行っている企業を狙い撃ちしなければならない。一方、インターネットと情報技術の発展と共にサイバー空間で不正行為を防ぐ代替手段も存在するかもしれない。ISP は、弁護士や会計士よりも違法行為者の行動を制御する強い力を持っているので、将来の不正行為を防ぐために違法行為者を特定する必要がない。彼らは単純に、大部分の不正行為を抑止するコードを設計する必要があるだけであり、それは違法行為者を探すより大幅に安価である。コードは破られるかもしれないし技術は回避されるかもしれないが、好ましい効果を持つために、そのような技術は完全に頑強でなくてよい¹⁷⁰。最高の暗号技術でさえ

¹⁶⁸ *Id.*

¹⁶⁹ Kraakman, *supra* note 2, at 57.

¹⁷⁰ See A “Speed Bump” vs Music Copying, *Bus. Wk.*, Jan. 9, 2002 (プリンストン大学の Edward Felten 教授のインタビュー)、available at http://www.businessweek.com/bwdaily/dnflash/jan2002/nf2002019_7170.htm; see also Peter K. Yu, *Anticircumvention and Anti-Anticircumvention*, 84 DENV. U. L. REV. 13, 22-25 (2006) (既存の技術手段は充分効果的か考察している)。

やる気のある違法行為者の不正行為を抑止することができない。そのような技術の目標は、高度に洗練されたハッカーを抑止することではなく、「技術的に洗練させていない人々を誠実に保つ」のに手を貸すことである¹⁷¹。

特にサイバー空間における匿名性のために、ゲートキーパーは違法行為者を抑止するインセンティブを持っていないかもしれない。ISPがIPアドレスを見つけ出せても、不正行為を行っている時に誰がコンピューターを使っているかを見つけるのは難しい。違法行為者の対象を絞らずともISPは違法のギャンブルサイトへのアクセスを防ぐことができる。ゲートキーパー責任体制は、特定の違法行為者に対する抑止よりも、不正行為の予防と補償を得ようと努力するだろう¹⁷²。従って、違法行為者が訴訟の脅しに直面するかどうかはゲートキーパー責任と規制の望ましさの決定要因ではない。代わりに、ゲートキーパーが法なりアーキテクチャなりによって、受け入れ可能な費用で不正行為を抑止できるかを決定要因にするべきである。

2. アーキテクチャの望ましさ

i. 行動を規制する四つの要因

Lawrence Lessig教授は、行動を規制する四つの制約を特定している¹⁷³。法は、制裁の脅しによって行動を制限できる¹⁷⁴。法は人々に対し、一定のやり方で行動するよう命じ、従わなかった場合に罰することを約束する¹⁷⁵。例えば、法は人々に著作権保護の技術を回避しないことを求める。法は

¹⁷¹ See Fred von Lohmann, *Measuring the Digital Millennium Copyright Act Against the Darknet: Implications for the Regulation of Technological Protection Measures*, 24 LOY. L.A. ENT. L. REV. 635, 639 (2004).

¹⁷² See Kraakman, *supra* note 1, at 889-96.

¹⁷³ Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 HARV. L. REV. 501, 507 (1999).

¹⁷⁴ *Id.*

¹⁷⁵ *Id.* (法、規範、市場そしてアーキテクチャが行動を制限する四つの手段であることを主張している)。

人々が法を破った際に制裁を課す¹⁷⁶。この法体制のもとで不正行為を抑止するためには、違法行為者を対象とする必要がある。社会規範も同様に行動に影響を与える¹⁷⁷。人々が公共のコンピューターを使用した場合や喫煙した場合、社会規範が統制する。社会規範は、政府ではなく社会によってもたらされる事後の制裁の脅しによって行動を制限する¹⁷⁸。市場は価格を通じて行動を制限する¹⁷⁹。例えば映画の価格は、観客を制限する。契約と所有権は対価を支払わずに資源を用いることを防ぐ。従って、市場は行動への独立した制限である¹⁸⁰。

最後の規制手段は、「アーキテクチャ」である。「アーキテクチャ」は、現実世界もしくはサイバー空間のコードであり特に人工的な環境を表す。例として、スピードバンプは、スピード違反に対するアーキテクチャ的な制限として作動している¹⁸¹。人は暗号を用いることで受け手しか理解できない言葉を話すことができる¹⁸²。このような自発的なアーキテクチャ的制約も行動を規制する。

法、規範、市場そしてアーキテクチャは不正行為を抑止することができるので、立法者はゲートキーパーが違法行為者を対象にできるか、規範を形成できるか、不正行為の費用を増すかそしてアーキテクチャを変更することができるかどうかを分析するべきである。もしゲートキーパーが前述の四つのことをできるのであれば、ゲートキーパー責任は望ましいかもしれない。その他の場合、政府が不正行為を規制すべきである。

ii. アーキテクチャの特徴

ゲートキーパーに賠償責任を課すことにより、立法者は、法、規範、市

¹⁷⁶ *Id.* at 508.

¹⁷⁷ *Id.*

¹⁷⁸ Lessig, *supra* note 173, at 507.

¹⁷⁹ *Id.*

¹⁸⁰ *Id.*

¹⁸¹ LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 92 (1999).

¹⁸² Lessig, *supra* note 173, 509.

場やアーキテクチャによって行動を制限することをゲートキーパーに対し期待しているかもしれない。違法行為者の追放は、不正行為を抑止する最も明確な方法である。しかし違法行為者を見つけ出すことや特定の違法行為者に対し危害を帰属させることは必ずしも容易ではない。社会規範はソフトローであり、不正行為を防ぐのに依拠することはできない。市場は両刃の剣である。ある財やサービスの価格の上昇は、必然的にまっとうな市場参加者に対し歪曲効果を与える¹⁸³。アーキテクチャだけが、もし適切に適用されるならば、効果的で手頃な抑止力をもたらす。

議会が不正行為を抑止しようとするとき、彼らはほとんどいつも法によって違法行為者に制裁を課す。不正行為が「一般の人に普及している」¹⁸⁴場合、法的禁止の問題は警察や検察官が担当するには違反者があまりにも多いかもしれないことである¹⁸⁵。政府は執行の確率を上げることや制裁を厳しくすることで抑止力を改善できるかもしれないが、比較的重要でない違反を抑止するために増やせる制裁には限度がある¹⁸⁶。いくつかの研究が、不正行為の抑止において「制裁の厳しさよりも発見の確実性の方が遥かに重要」であることを示唆している¹⁸⁷。低い法の遵守率は、「実際上の曖昧さ」¹⁸⁸を作り出しおり、法の道徳的権威を傷つける¹⁸⁹。

¹⁸³ Hamdani, *supra* note 4, at 74.

¹⁸⁴ Edward K. Cheng, *Structural Laws and the Puzzle of Regulating Behavior*, 100 NW. U. L. REV. 655, 656 (2006).

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ See generally Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 169 (1968) (法を執行に用いられるべき最適な資源や制裁の量について検討している); Cheng, *supra* note 184, at 659.

¹⁸⁷ See Becker, *supra* note 186, 176 n.12 (1968) (Lord Shawness を引用している)。

¹⁸⁸ See Kolender v. Lawson. 461 U.S. 352, 357-58 (1983) (曖昧さの基準を設定している); see also Margaret Raymond, *Penumbra Crimes*. 39 AM. CRIM. L. REV. 1395, 1428 n.140 (2002) (執行されない法に伴う一つの問題は、潜在的になが「現実」の規則なのかの明確さを欠いていることである)。

¹⁸⁹ See Francis A. Allen, *The Morality of Means: Three Problems in Criminal Sanctions*. 42 U. PITT. L. REV. 737, 746-47 (1981) (刑事法が抑止を目的としてのみ執行されているならば国家の道徳的権威は落ちるかもしれないことを示している)。

一方、アーキテクチャは「望ましくない行動の収益を下げ、より困難なものにすること」で不正行為を防ぐ¹⁹⁰。アーキテクチャの考えは、最近の研究の二つの新しい見解に由来している。一つは、現代犯罪学における状況的犯罪予防運動であり¹⁹¹、もう一つはサイバー空間におけるアーキテクチャや「コード」の考えである¹⁹²。状況的犯罪予防の焦点は、アーキテクチャを設計することで犯罪の機会をなくすことにある¹⁹³。そこには、「努力を増やす」、「リスクを増やす」そして「報酬を減らす」といった方法が含まれる¹⁹⁴。例えば、バスでの代用通貨（トークン）の使用は、運転手の持ち運ぶ現金を減らすことで強盗の率を減らすかもしれない¹⁹⁵。アーキテクチャは、高い遵守率を生み出しやすく、違反者の内の小集団に違反を限定しそして個人より中央集権化された組織を規制する¹⁹⁶。

行動を規制するのに法が使われた場合、人々は彼らの裁量でその法を破ることができ捕まるまで罰を回避できる¹⁹⁷。一方、アーキテクチャは、「自動化され、即時的かつ柔軟」である¹⁹⁸。アーキテクチャは自己執行的であり法によって与えられている自由裁量を削減する¹⁹⁹。アーキテクチャを回

¹⁹⁰ Cheng, *supra* note 184, at 657.

¹⁹¹ Ronald V. Clarke, *Situational Crime Prevention*, 19 CRIME & JUST. 91, 94 (1995) (「関連したリスクや困難さを増やし報酬を減らすことで」犯罪を減らす方法について検討している)。

¹⁹² Lessig, *supra* note 181, at 6 (ソフトウェアもハードウェアもサイバー空間を制限できることを指摘している); Joel R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 TEX. L. REV. 553, 554 (1998) (「技術的な性能とシステム設計は参加者に規則を課す」ことを指摘している)。

¹⁹³ Clarke, *supra* note 191, at 94.

¹⁹⁴ See *id.* at 109 tbl. 1; see also *id.* at 107-22.

¹⁹⁵ Ronald V. Clarke, *Situational Crime Prevention: Its Theoretical Basis and Practical Scope*, 4 CRIME & JUST. 225, 243 (1983).

¹⁹⁶ Cheng, *supra* note 184, at 665-66.

¹⁹⁷ Dan L. Burk, *Legal and Technical Standards in Digital Rights Management*, 74 FORDHAM L. REV. 537, 548-49 (2005) (法的管理と技術的管理の違いを考察している)。

¹⁹⁸ James Grimmelman, *Regulation by Software*, 114 YALE L.J. 1719, 1729-30 (2005) (ソフトウェアの三つの特徴を説明している)。

¹⁹⁹ *Id.*

避できない限り、人々が違法行為を行うのは不可能である²⁰⁰。従って、アーキテクチャは法より取り締まりを行い執行する上で費用対効果が高いかもしれない²⁰¹。さらに、アーキテクチャは予防に役に立つ²⁰²。アーキテクチャは、同時にいくつかの種類の犯罪を防止しようとし、法の執行により生じる代替効果を減らす²⁰³。もし警察が強姦を取り締まると、犯罪者は暴行や強盗のようなその他の犯罪へ向かうかもしれない。街路照明のようなアーキテクチャは、強姦を減らせるだけではなく暴行、強盗またその他の犯罪を減らすことができる²⁰⁴。

専門家は、物理的アーキテクチャが住民と隣人による自然な監視の機会を作り、縄張り意識を植え付け、共同体を形成し、犯罪の標的を保護することができる、と指摘してきた²⁰⁵。デジタルアーキテクチャは、さらに多くの事をできる。デジタルアーキテクチャは、物理的アーキテクチャよりも「細かい意思決定が出来る」²⁰⁶。プログラマーは、ソフトウェアの中でほとんどの事を表現できる²⁰⁷。ソフトウェアは、正確さとほとんど費用の掛からない複製という特有の利点を享受できる²⁰⁸。そのため、ISPはデジタルアーキテクチャを変更することで効果的にサイバー犯罪を抑止することができるかもしれない。

法とアーキテクチャは、互いに完璧な代替物ではない²⁰⁹。不正行為を抑止するという問題への完全な解決策は、法とアーキテクチャの併用を求めらるだろう。法の効果的な利用は、違反者を限定するというアーキテクチャ

の能力に依存している。一般の人々はアーキテクチャを回避するための専門性も忍耐も有していないため、アーキテクチャはより高い遵守率を生み出す²¹⁰。同時にアーキテクチャは全ての違反者を防ぐことはできないため、アーキテクチャの成功は手に負えない少数の違法行為者を罰する法を求める²¹¹。違法行為者を小集団に絞れば、執行はより容易であり費用対効果も高まる²¹²。

iii. アーキテクチャは正当な使用を歪曲させるか

前述した通り、市場規制は財やサービスの値段を上げ、正当な使用を必然的に歪曲する²¹³。より高い価格は、幾人かの財の消費をやめさせるか安価な代替物に向かわせる。しかしアーキテクチャの歪曲効果は価格のもたらす効果とは異なっている。アーキテクチャは大きく二つに分類できる、一つはスピードバンプのように効果的に不正行為を抑止できるアーキテクチャであり、もう一つは犯罪多発地域での照明のような違法行為を防止するのに役立つアーキテクチャである²¹⁴。スピードバンプは、正当な使用を歪曲し注意深い運転手の効用を減らす。しかしスピードバンプの歪曲効果は一部の道路に限られる。この歪曲効果にもかかわらず、効用の減少を安全の便益が上回るのでスピードバンプの使用は望ましい。

犯罪多発地域の照明は、正当な使用に対し明らかな歪曲効果を与えてはいないが、効果的に違法行為者を抑止してもいないだろう。アーキテクチャは、価格よりも柔軟である。当然、不適切に設計されればアーキテクチャは「全ての潜在的な便益を獲得できないかもしれないし逆効果を招くかもしれない」²¹⁵。つまりアーキテクチャに特有の欠点というよりは設計者

²⁰⁰ *Id.*

²⁰¹ *Id.*

²⁰² JON BRIGHT, CRIME PREVENTION IN AMERICA: A BRITISH PERSPECTIVE 10 (1992).

²⁰³ Neal Kumar Katyal, *Architecture as Crime Control*, 111 YALE L.J. 1039, 1135 (2002) (代替の問題を説明するために法とアーキテクチャを比較している)。

²⁰⁴ *Id.*

²⁰⁵ *See generally id.* at 1048-71.

²⁰⁶ Grimmelmann, *supra* note 198, at 1730.

²⁰⁷ *Id.* at 1730-31.

²⁰⁸ *Id.* at 1732.

²⁰⁹ Burk, *supra* note 197, at 548-49 (法とアーキテクチャは互いに補完するべきだと主張している)。

²¹⁰ Cheng, *supra* note 184, at 665.

²¹¹ *Id.* at 658.

²¹² *Id.* at 667.

²¹³ Hamdani, *supra* note 4, at 62.

²¹⁴ *See* Cheng, *supra* note 184, 664 (執行を促すアーキテクチャと望ましくない活動を防ぐアーキテクチャを区別している)。

²¹⁵ Katyal, *supra* note 203, at 1085.

の問題である。従ってアーキテクチャが不正行為の抑止にのみ役立つときには、ゲートキーパーへ賠償責任を広げるのは不適切である。アーキテクチャによる不正行為の抑止が均一である場合には、直接侵害者の違法行為に対しゲートキーパー責任を適用するのが望ましいかもしれない。

iv. アーキテクチャが社会規範の形成を歪曲する効果

Lessig 教授は、アーキテクチャが透明性の問題を持っていることを主張している²¹⁶。アーキテクチャによる規制は、「その由来を隠す」かもしれない²¹⁷。また透明性の欠如が市民に対する説明責任を妨げると同時に予防に役立つかもしれないことを指摘する論者もいる²¹⁸。アーキテクチャは、資源と権利、社会規範の間の関係を変えうる²¹⁹。アーキテクチャは、「通常の」規範の形成を歪曲するリスクをもたらす²²⁰。大抵、新しい技術の社会的な経験の成果が社会規範である²²¹。不透明なアーキテクチャは新たな社会規範の採用を阻むかもしれない。仮に代替りのアーキテクチャが公開されていたとしても、市民は高度な技術分野の専門用語を理解できないかもしれない。市民が新しい技術を体験できなければ新たな社会規範は発達しないだろう。その他のアーキテクチャに対する批判として、プライバシーが脅かされることや地理的な代替が挙げられる²²²。

最も重要なことに、専門家たちはアーキテクチャの変更における政府の

役割に注目している²²³。政府が「アーキテクチャの」構築者、規制者そして刑事法の執行者として振る舞うことができる、と専門家たちは主張している²²⁴。しかし私は、規範を歪曲することを避けるために、私人がアーキテクチャの主な構築者であるべきだと考える。不十分な安全についての家主の賠償責任がアーキテクチャの変革を促すだろうと主張している専門家も何人かいる²²⁵。また専門家たちは、社会は家主がアーキテクチャ的予防を改善するのを支援するために保険業者に依拠することを示唆している²²⁶。しかし「裁判官と陪審は常に正確に賠償責任と費用を測定できるわけではないので、賠償責任は社会的に非効率な予防策をもたらさう」²²⁷。全ての家主が保険を購入するわけではないので、全ての住宅で最適なアーキテクチャが採用されないかもしれない。照明が薄暗く、鍵が信用できない住宅でもより安い家賃で借りたい人がいるかもしれない。主に私人によってアーキテクチャが設計されるならば、市民は異なるアーキテクチャを体験する機会があり競争的な環境で規範を形成する。

私人によって設計されていたとしても、最適なアーキテクチャとそうでないものとの違いは、サイバー空間ではそれほど明確ではない。インターネットは数個の層を持ち、高い層が低い層に流れる情報を管理できる。賠償責任がISPにアーキテクチャを改善するように促す場合、高い層のISPは全てのネットワークを方向づける力を持つ。そのような大きなISPはよく保険を購入するので、社会的に最適なアーキテクチャを採用するだろう。分権化され階層アーキテクチャを持たない現実世界と異なりISPにより設計されるアーキテクチャも同様に規範の形成を歪曲するだろう。

加えて、ゲートキーパーのアーキテクチャを管理する能力の差異も考慮すべきである。ほとんどのゲートキーパーは、監査の基準のような様々な専門的な基準を変更する能力を持ち、アーキテクチャを変化させる力を持っている。ISPはアーキテクチャによって違法なギャンブルサイトへのア

²¹⁶ See Lessig, *supra* note 181, at 98; Lee Tien, *Architectural Regulation and the Evolution of Social Norms*, 7 YALE J. L. & TECH. 1 (2004-2005) (「アーキテクチャ的な規制は、プライバシーのような憲法的な規範の展開を政府が歪める危険をもたらす」ことを主張している)。

²¹⁷ Lessig, *supra* note 181, at 98.

²¹⁸ Tien, *supra* note 216, at 2.

²¹⁹ *Id.* at 20-22.

²²⁰ *Id.*

²²¹ 社会規範は競争の下に発展している。See, e.g., Randal C. Picker, *Simple Games in a Complex World: A Generative Approach to the Adoption of Norms*, 64 U. CHI. L. REV. 1225 (1997) (社会規範の競争について分析している)。

²²² Katyal, *supra* note 203, at 1128-38.

²²³ *Id.* at 1090-1126.

²²⁴ *Id.*

²²⁵ *Id.* at 1112-15.

²²⁶ *Id.*

²²⁷ Katyal, *supra* note 203, at 1114.

クセスを防げるが、法律事務所は経済界の多くのアーキテクチャを変更することができない。従って、アーキテクチャに対する支配力はISPのようないくつかのゲートキーパーには当てはまるが、法律事務所のようなゲートキーパーには当てはまらない。

Kesan と Shah は、アーキテクチャがプライバシーに干渉し第三者に損害を与える場合や法や政策と適合しない場合に、私人によって作成されたアーキテクチャに干渉すべきことを主張している²²⁸。彼らは政府がアーキテクチャに影響を与える四つの方法を特定している。それは、規制を強いる技術、税控除のような市場を基盤としたインセンティブ、情報公開の要件そして望ましい初期設定である²²⁹。私は、私人が可能ならばアーキテクチャを改良することを促すために政府が賠償責任を使うべきであると信じている。一方、アーキテクチャが問題を引き起こしている場合には、政府はそのアーキテクチャを規制するのにためらうべきではない。

IV. ゲートキーパー責任と違法行為者の規制の併用

四つの決定要素の検討は、ゲートキーパー責任を望ましいものとする決定要因と逆の要因を明らかにした。このことは、ゲートキーパー責任も規制も不正行為を抑止するに際して排他的な解決策ではあるべきではないことを示している。次に、この二つの方法を共に用いることが不正行為防止の完全な解決策かを検討する。

A. 事前の規制とゲートキーパー責任

賠償責任と規制の併用は、ほとんど注目されていなかった²³⁰。既存の研

²²⁸ Jay P. Kesan & Rajiv C. Shah, *Setting Software Defaults: Perspectives from Law, Computer Science and Behavioral Economics*, 82 NORTRE DAME L. REV. 583, 632-33 (2006) (政府が干渉し私人によって設計された設定を疑うべき状況を検討している)。

²²⁹ *Id.* at 627-32. 規制を強いる技術の一つの例は、テレビにおける字幕を付ける技術である。政府は、ある初期設定を有利にするために調達権能を用いることができる。

²³⁰ See Paul Burrows, *Combining Regulation and Legal Liability for the Control of Exter-*

究が取り組んでいる範囲ではほとんどの専門家が、事後の規制と賠償責任とではなく事前の規制と賠償責任の併用について考察している²³¹。通常、事前の規制は安全性が懸案事項である場合や偶然の出来事が取り返しのつかない損害をもたらす場合に価値がある。事前の規制の要件は、もっともなものである。例えば、ほとんどの人は牛乳が細菌汚染を防ぐために殺菌されることに同意するだろう²³²。監視する必要があるものが車の運転のように変更可能な行動ではなく「固定」の物体である場合にも、規制は望ましい²³³。

事前の規制は、過失責任の不確実性や非効率性を修正するために賠償責任と組み合わせることができる²³⁴。例えば、速度制限のない世界では運転手は時速100マイルで運転するかもしれない。運転手は、制動距離や反応距離等の証拠によって過失はないと証明できれば事故の責任から逃れるかもしれない。ほぼ間違いなく時速100マイルの運転自体が無謀な行動だと考えられるが、しかし市民は不注意な運転の正確な基準の見解を持っていないだろう。では時速90マイル、80マイルや70マイルでの運転はどうか。事前の規制の一種である速度制限は、過失責任の非効率性や不確実性を修正するのに必要かもしれない。

賠償責任ルールが厳格責任であった場合、それでも事前の規制は必要だろうか。事前の規制は依然として望ましいかもしれない。事前の規制の二

nal Costs, 19 INT'L. REV. L. & ECON. 227-44 (1999); Richard Craswell & John E. Calfee, *Deterrence and Uncertain Legal Standards*, 2 J. L. ECON. & ORG. 279 (1986); Charles D. Kolstand, Thomas S. Ulen & Gray V. Johnson, *Ex post Liability for Harm vs. Ex Ante Safety Regulation: Substitutes or Complements?*, 80 AM. ECON. REV. 888-901 (1990) (過失責任の非効率性や不確実性を是正するために事前と事後の規制は共に使われるべきだと主張している); Patrick W. Schmitz, *On the Joint Use of Liability and Safety Regulation*, 20 INT'L REV. L. & ECON. 371, 371-72 (2000) (個人間に富の差がある場合の賠償責任と規制の併用について論じる); Shavell, *supra* note 1; Shavell, *supra* note 9; Wittman, *supra* note 9.

²³¹ Kolstand, *supra* note 230.

²³² Shavell, *supra* note 1, at 369.

²³³ *Id.* at 368-70.

²³⁴ Kolstand, *supra* note 230.

番目の理論的根拠は個々のリスクへの態度に違いがあることである。例えば運転手は速度制限がなければ高速道路で無茶をするかもしれない。事前の規制は、リスク志向の行動を減らすことができる。しかし企業はリスク回避的な人々とリスク志向の人々と構成されており結果としてほとんどの企業がリスク中立的になっているため、前述の論拠は企業にとっては弱いものである。三番目の理論的根拠はリスクについての政府の優越的な知見である²³⁵。例えば運転手は、時速80マイルで運転するリスクを正確には知らないかもしれない。ふたたびこの論拠も企業に対しては弱いものである。なぜなら企業は政府同様、個人のリスクな行動についてよい情報を持っているからである。さらに事前の規制は、証拠の負担の削減と不正行為の抑止によって不法行為体制の運営費用を節約する²³⁶。

ゲートキーパー責任はゲートキーパーに事前注意を促し、その機能は事前の規制と似ている。ゲートキーパー責任のもとでも事前の規制を用いる必要があるか。もしゲートキーパーが違法行為者の不正行為に対し過失責任として責任を負うのであれば、事前の規制は過失責任の非効率性と不確実性を修正するのに望ましい。ゲートキーパー責任が厳格責任であればどうであろう。ピザの店の雇用主が配達人の事故に対し厳格責任を負っていると場合を考える。雇用主は、かれの配達人にある速度以下で運転するように求めるだろう、これは政府の課す速度制限と似ている。前述の二番目、三番目の理論的根拠はゲートキーパー責任の事情に適応できないようだ。従って事前の規制は、ゲートキーパー責任のもとでは不必要のように思われる。

私たちはゲートキーパーの賠償責任の異なるルールが事前の規制の望ましさに与える影響を見てきた。厳格責任としてのゲートキーパー責任のもとで、違法行為者に対する賠償責任の異なったルールは事前の規制の望ましさに影響を与えるか。もし違法行為者が不正行為に対し厳格責任を負うとすると、それ故ゲートキーパーは不正行為を抑止するために事前の注意を払うだろう。違法行為者が事故に対し過失責任ルールの下で責任を負

²³⁵ Shavell, *supra* note 1, at 359-60.

²³⁶ Peter L. Kahn, *Regulation and Simple Arithmetic: Shifting the Perspective on Tort Reform*, 72 N.C. L. REV. 1129, 1138 (1994).

うとしても、ゲートキーパーは厳格責任を負っているので事前の注意を払うだろう²³⁷。それゆえゲートキーパーの厳格責任のもとでは、違法行為者に対する賠償責任ルールの差異は事前の規則の望ましさに影響を与えない。表8がこの点を表している。

表8

	ゲートキーパーが厳格責任を負っている場合	ゲートキーパーが過失責任を負っている場合
違法行為者が厳格責任を負っている場合	事前の規制は望ましくない	事前の規制は望ましい
違法行為者が過失責任を負っている場合	事前の規制は望ましくない	事前の規制は望ましい

専門性を必要とする分野では、ゲートキーパー責任と事前の規制の併用の論拠は強い。陪審は技術的な複雑さの故に事実を決定するのに良い立場にいないこともある。事前の規制には二つ重要な利点がある²³⁸。一つは、規制機関が陪審の限られた技術的な知識を補う専門家として仕える事が出来ることである²³⁹。もう一つは、費用の掛かる司法制度に頼らずに不正行為を事前に防ぐために私人に方向性と明確性を提供出来ることである²⁴⁰。

B. 事後の規制とゲートキーパー責任

次に事後の規制について論じていく。直接の賠償責任や事後の規制は、法のある領域よりも優位に立つ。その二つの方法は重複し通常区別するのが難しい。立法者はいつも法執行の社会的費用を節約するためにどちらか一つを選ぶ。ある分野では賠償責任や事後の規制のどちらかが使われ、環境汚染のような他の分野では賠償責任と事後の規制は同時に用いられる。

²³⁷ Shavell, *supra* note 76, at 172 (「企業は従業員の過失を防ぐ努力にかかわらず従業員の過失に対し責任を負うかもしれない」と指摘している)。

²³⁸ Kahn, *supra* note 236, at 1186 (規制が不法行為システムを補完できる事を言及している)。

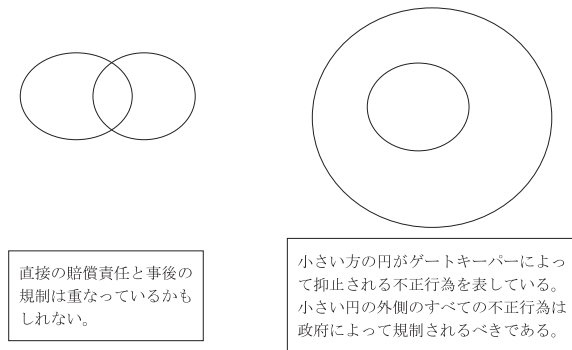
²³⁹ *Id.*

²⁴⁰ *Id.*

しかしゲートキーパー責任には、限界があり優位に立つ分野は少ない。全ての状況でゲートキーパーは不正行為を監視するのに良い位置にいるわけではなく、立法者はある種の不正行為を抑止するのにゲートキーパー責任に完全に頼ることはできない。

ゲートキーパー責任と事後の規制はリスクを管理する仕組みとして相互排他的ではない。一方、ゲートキーパー責任が効果的であるためには違反者の規制を必要とする。また事後の規制の成功は、違反者を限定するゲートキーパーの手腕に掛かっている。例えば、立法者は不法移民を抑止するのに雇用主のパスポートの保証に頼ることはできない。法を効果的に執行するためには、政府は国境を越える不法移民を監視する必要もある。政府の監視は、雇用主が不法移民を排除している企業以外の領域に対象を絞ればより費用対効果が高くなるだろう。それゆえ、事後の規制とゲートキーパー責任を同時に用いるのが望ましいだろう。ここでの主張を以下の表で説明する。

表9



V. 三つのゲートキーパー的状況

ここでは、三つの異なる状況で規制とゲートキーパー責任とを比較する。三つの状況とは、不法移民、違法なギャンブルWebサイトそして企業不正である。最初の二つの状況では、私人の被害者はいない。雇用主は賠償責任を回避するために不法移民を排除する必要があるが、ISPは違法行為者を特定することなく違法なギャンブルサイトへのアクセスを抑止できる。

企業不正の場合、被害者はゲートキーパーに対し訴訟を起こすが不正行為についてよい情報を持っているわけではない。

A. 不法移民

第一のシナリオは不法移民についてである。規制体制のもと、政府は毎年数千の国境を越えてくる不法移民を監視し国外退去させなければならない。これはとても費用がかかる。効果的な手段がないままに、将来彼らはまたアメリカに入学しようとするだろう。さらに移民の何人かは無資力であり、金銭的な制裁は意味をなさないかもしれない。一方ゲートキーパー責任のもとでは、政府はより少ない数の雇用主を監視し、雇用主は身分証明書やパスポートの単純な確認を引き受ける。第一に、この状況には民間の被害者がいないため、私人と政府の情報の差異を考慮しない。

第二に、一般的に雇用主は、移民より多くの資産を持っており制裁に対する反応がよい。雇用主は確認作業を行うことで効果的に不法移民を抑止できるので、雇用主の賠償責任のリスクを測るのは可能であり保険も入手可能だろう。パスポート確認装置のように雇用者の予防措置を監視するのが容易であるために、保険業者は保険料を雇用主の予防措置に結び付けることができるだろう。予防措置を怠った者はより高い保険料を支払わなければならないので、保険料は雇用主が予防措置を執るように促すだろう。雇用主は二つの理由から保険を購入するだろう。まず保険が最適な事前注意についての情報を提供することで雇用者のリスクを低減するからである。次に保険が雇用者の契約費用を減らし訴訟リスクを回避するのに役立つからである。

第三に、雇用主は使用者の身分証明書やパスポートを確認することで容易に不法移民を抑止できる。雇用主は合法的な移民と不法移民を区別できる²⁴¹。それゆえ雇用主の賠償責任は不法移民を排除するように促すだろう。

²⁴¹ See Illegal Immigration Enforcement and Social Security Protection Act of 2005, H.R. 98, 109th Cong. (2005) (雇用関係を確認するために改良された社会保障カードを用いることを検討している); Jeffrey L. Ehrenpreis, *Controlling Our Borders Though Enhanced Employer Sanctions*, 79 S. CAL. L. REV. 1203, 1217-18, 1223-27 (2006).

また民間の被害者がおらず、国民一般はそれぞれの被用者の身元を確認できないために、政府は雇用主の法遵守を監視しなければならない。いくつかの提案されている改革案は、体制をより効果的にするだろう。例えば、ボナー計画 (Bonner Plan) は「雇用主の法遵守を執行するための国土安全保障省の職員を一万名」供給するだろう。そして「雇用主の遵守を執行しボナー計画の違反を訴追するために国土安全保障省に一億ドルを」配分する²⁴²。

雇用主の賠償責任の運営費用は規制の費用より少ないはずである。雇用主の遵守を保つために、政府が監視する必要のあるのは、修正可能な業務ではなく使用者のパスポートなどの「固定の」物体である。いずれのアプローチも損害の発生にかかわらず固定費用が掛かるが、雇用主を規制するための運営費用は直接何千もの移民を規制するよりはずっと少ない。身分証明書やパスポートを偽造するのが難しい国では、身元確認の執行費用は高すぎないはずである。雇用主は、パスポートの確認が正確な結果をもたらすので賠償責任の高すぎる残余リスクや不確実性に直面しないだろう。弁護士が彼らの監視に費やす最大限の努力にもかかわらず企業不正を完全に防ぐことはできないのに対し、雇用主は確認することで不法移民を効果的に防ぐことができる。第三者の費用については、雇用主はパスポートの確認により正確な結果を得て不法移民と合法的な移民を区別できるために、特定の民族に対する差別をしないだろう²⁴³。

雇用主の賠償責任と事後の規制の併用は最適な抑止を達成するために必要である。雇用主の確認は引き寄せられる不法移民を減らすだけなので、全ての不法移民を抑止するわけではない。政府は国境を越えてくる移民を監視しアメリカ内にいる不法移民に対して効果的に法を執行しなければならない。つまり関連する全ての決定要因は雇用主の賠償責任を支持しており、これは規制よりも優れているだろう。

²⁴² See Press Release, Rep. David Dreier, Rep. Dreier Introduces Two Immigration Reform Bills as 109th Congress Begins (Jan. 4, 2005).

²⁴³ Ehrenpreis, *supra* note 241, at 1217-18.

B. 違法なギャンブルWeb サイト

規制体制のもとでは、政府が匿名の違法行為者を追跡するのは困難である。一方ISPの賠償責任は不正行為を抑止するのに望ましいかもしれない。まず、不法移民の場合と同様に、私人と政府の間にある知識の差は民間の被害者がいないために考慮しない。次にISPは十分な資産を持っているので発生した損害を賠償することができる。ISPはアーキテクチャによって効果的に違法なギャンブルサイトへのアクセスを阻止できるので、ISPの賠償責任と保険のリスクを算出するのは比較的容易である。またISPが保険を買うことを信じるに十分な理由がある。ISPは、ネットワーク・アーキテクチャを変えることで違法なギャンブルサイトへのアクセスを高くしない費用で阻止できる。コードやソフトウェアは正確さと複製に費用がかからない特有の利点を持っている²⁴⁴。いくつかのサイトはアメリカの管轄権外にあるが、ISPはそれらのサイトへのアクセスを違法行為者の特定抜きに阻止できる。従って、ISPの賠償責任はISPがアーキテクチャによって違法なギャンブルサイトへのアクセスを閉鎖することを促す。

政府はISPの法遵守を監視しなければならないため、インターネット上に違法なギャンブルサイトが出現してもしなくても運営費用はかかるだろう。法を遵守していないことを隠すのは難しいのでその運営費用は減らすことができるだろう。市民がインターネットを監視し違反を警察に報告できる場合、ISPが違法ギャンブルサイトへのアクセスを防止していないことを隠すのは困難である。さらに政府は運営費用を削減するために確率的な規制の執行方法を用いることができる。その確率的な執行方法は無作為にインターネットを監視し違法なギャンブルサイトを探すものである。違法なギャンブルサイトへのアクセスを防止するための遂行費用は高くはない。なぜならISPがネットワークのアーキテクチャを管理できるからである。ISPは、「ハッカー」よりもインターネットを管理できる優秀な能力を持っているため賠償責任の残余リスクは低い。違法行為者がISPのフィルター技術を回避し違法なギャンブルサイトをインターネット上に主催するとともまれな状況において、ISPは法的リスクに直面するかもしれ

²⁴⁴ Grimmelmann, *supra* note 198, at 1732.

ない。フィルター技術が正確な結果をもたらせば、ISPはリスクイダが合法的サイトを区別する必要がなくなり第三者の費用も低くなるだろう。

ISPの賠償責任と規制の併用は、効果的に違法なギャンブルサイトを抑止するのに重要である。インターネットでは複製費用が低いため、もしISPにサイトが閉鎖されても違法行為者は容易にサイトを新しいドメインに移すことができる。規制は違法行為者を法的リスクにさらすことができ、さらなる不正行為を抑止できる。すなわち関連する全ての決定要因はISPの賠償責任を支持しており、これが違法なギャンブルサイトの問題に対する望ましい解決策であるように思われる。

C. 企業不正

第三のシナリオは企業不正についてである。まず、健康関連のリスクや環境リスクなど明らかになるのに長い時間がかかるものとは異なるが、企業不正には情報の非対称性があるために投資家が企業不正を見つけるのは難しい。一般的に投資家は企業不正についての十分な情報や確実に企業不正を見つけるための資源を持っていない。それにひきかえ、一般にSECは公開企業についての情報を利用できる。第二に、法律事務所は、大抵企業不正を補償するのに十分な資産を有している。しかし法律事務所の賠償責任は利用できないかもしれない。前述したように、法律事務所は企業不正を抑止するのによい地位にないために法律事務所の賠償責任のリスクを算出するのは難しい。

第三に、法律事務所は悪意のある依頼者となない依頼者を区別できないため企業不正を抑止するのによい地位にない。企業不正を抑止するためには、法律事務所は依頼者の日常の取引を監視しなければならないが、取引量が膨大なためにそれは不可能に近い。そのため抑止力は企業が企業不正に対し賠償責任を負わされる程度にまで希薄化される。さらにISPがネットワークのアーキテクチャを変更できたのとは異なり、法律事務所は実業界の多くのアーキテクチャを変えることができない。従って、法律事務所の賠償責任体制は法やアーキテクチャによって高くない費用で企業不正を抑止できないだろう。

最後に、投資家も政府も法律事務所の法遵守を監視するのが難しく、こ

のため運営費用は禁止的なものとなる。それに加えて法律事務所も依頼者の日々の取引を監視するのは遂行費用が高いために難しい。法律事務所は、監視の不確実な結果のために賠償責任の高い残余リスクに直面するだろう。賠償責任のリスクを恐れるために、法律事務所はリスクイダが潔白な依頼者を差別するかもしれない。法律事務所の法遵守費用が業務の利益を越えた場合、法律事務所はその費用を依頼者に負担させるだろう。例えば法律事務所が市場から退出し社会がその損失を受け入れなければならない。法サービスが法により義務づけられている場合、高価な弁護士費用を懸念し企業は上場しないかもしれない。それゆえ、第三者の費用が高くなるだろう。

事前の規制もまた第三者の費用を持ち市場を歪曲する。私人は、取引の効率性ではなく規制に基づき取引を行うかもしれない。一方政府は企業に望ましいとされる業務をするように求めることで第三者の費用を削減できる。そのため事前の規制の第三者の費用は法律事務所の賠償責任に伴う第三者の費用よりも低いかもしれない²⁴⁵。規制の運営費用はいくつかの理由により低いかもしれない。まず規制はある種の業務を求めるが、法を遵守していないことを隠すのは困難かもしれない。会社が年次報告を公開しないという失態隠し通すのは、雇用主や投資家がこの違反行為を知っている際にどれほど容易だろうか。政府はまた運営費用を削減するために確率的な規制の方法を用いることができる。SECは、無作為に選んで企業の業務を調査するかもしれない。つまり企業不正に対して補償できないことを除けば、規制に好都合な全ての決定要因と規制を信じるに足るいくつかの理由は企業不正の問題を解決するのに魅力的である。

VI. 結論

この論文の目的は、Shavell教授の賠償責任と規制の四つの決定要因をゲートキーパー責任に応用することである。私は、ゲートキーパー責任のもとでの決定要因が直接責任のもとにおけるよりもずっと複雑であること

²⁴⁵ Hamdani, *supra* note 4, at 116-117 (「ゲートキーパーに賠償責任を負わせるよりゲートキーパーを規制した方が費用は少ないかもしれない」)。

を見出した。ゲートキーパー責任を活用するには、賠償責任の一般的な決定要因が満たされるべきである——私人なり政府なりは発生した損害を容易に発見できなければならない。ゲートキーパー責任の一つの決定要因は、違法行為者が訴訟の脅しに直面するかどうかではないことを示した。それよりも、ゲートキーパーが法や規制によって高くない費用で不正行為を抑止できるかどうか決定要因の一つであるべきである。政府は財政的制約のために監視業務をゲートキーパーへ任せる傾向がある。しかしゲートキーパーは、常に良い監視者であるわけではない。ゲートキーパー責任が最適ではない結果をもたらすとき、政府は不正行為を規制するために積極的な役割を担うべきである。単純な理論がそうであるように、この論文で示唆したことが現実に対応するわけではない。

ゲートキーパー責任と規制の併用の望ましさを判断するには更なる研究が必要である。法的なコントロールがより複雑さを増していき、立法者は最善な抑止をするためにゲートキーパー責任も規制も両方使う必要があるかもしれない。さらに、犯罪予防のための効果的なアーキテクチャは全く明らかなわけではない。アーキテクチャが違法行為を抑止するのに役立つ場合、政府は私人に適切なアーキテクチャを導入するよう税制上の優遇策を採用することで働きかけることができる。アーキテクチャが効果的に不正行為を抑止できなければ、立法者は私人に賠償責任を通じてアーキテクチャを導入するよう促すべきではない。抑止の有効性は、ゲートキーパー責任がふさわしいかを決定するもっとも基本的な変数である²⁴⁶。一般的に設計者がサイバー空間ではより支配力を持つため、デジタル・アーキテクチャは効果的に不正行為を抑止する可能性を持っているように思われる。

²⁴⁶ Kraakman, *supra* note 2, at 100-01.