

不法行為の法経済学*

落合 仁 司

1. 序

不法行為法はある主体の行為が他の主体に損害(不利益)をもたらした場合に、その損害をいずれの主体がどの程度負担すべきかを判定する規準を与える。言い換えれば不法行為法は加害者の行為する権利と被害者の損害を被らない権利が衝突した場合に、双方の権利の境界を判定する規準を与えるのである。このとき権利の境界が実定法において明確に規定されているのであれば問題は比較的少ないが、不法行為法における権利の境界は必ずしも明確には規定されておらず、裁判官による境界の設定に待つ処が多い。すなわち不法行為における損害負担責任の判定はいわゆる過失の判定に帰着することが(因果関係の判定を除けば)多いが、いかなる行為に過失があるかは実定法において明確に規定されている訳では無く、裁判官による価値判断に委ねられているのである。不法行為法における過失判定は権利の境界が実定法的には不明確な場合すなわちハード・ケースにおける権利判定の典型例となっているのである。このような不法行為法における過失判定に際して、裁判官は加害者の行為による利益と被害者の損害による不利益を比較衡量することによって損害負担の責任を分配していると見ることが出来る。利益衡量による過失(すなわち損害賠償責任)判定である。利益衡量は不法行為法における過失判定に限らずハード・ケースにおける権利判定一般に対して最も有力な裁定方式となっている。すなわち実定法において不明確な権利の境界は衝突する権利によって保護される利益の双方を比較衡量することによって明確化されるのである。

このようにハード・ケースの裁定において利益衡量方式が有力に採用されていると言う事実からいくつかの命題が主張される。その第1は、実定法において境界の

明確ではない権利の画定は裁判官の自由な裁量に委ねられると言う命題である。これは司法的立法論あるいは司法的裁量論と呼ばれる主張である。また第2に、裁判官は権利分配において利益衡量方式を採用することによってたとえば公共の福祉等の何らかの政策目的の実現を意図していると言う命題が主張される。これはある政策目的を最大に達成するように社会諸資源(その権利)を分配しようとすると言う意味において功利主義と呼ぶべき利益衡量の解釈である。この第2の命題は不法行為法における過失判定に際しての利益衡量の解釈としてポズナーによってとりわけ強調されている。すなわちポズナーによれば過失(ネグリジェンス)判定における利益衡量方式(ハンドの定式)は資源配分の効率を目的としているのである¹⁾。このような利益衡量方式の功利主義的解釈は不法行為法領域を中心に70年代以降急速に展開してきた「法と経済学」に共通する主張である²⁾。ポズナーをはじめとして「法と経済学」は裁判あるいは法制度を経済的効率等の政策目的を達成するための手段として捉えるのである。このような「法と経済学」が司法的裁量論を前提していることは明らかであろう。なぜならば司法的裁量論が成立せずハード・ケースにおいても裁判官が発見すべき法原則が存在し潜在的には権利の境界が確定しているならば、政策目的を達成すべく自由裁量によって権利を分配することは最早不可能となり功利主義は実現しえないからである。

本稿はハード・ケースの裁定における利益衡量方式が必ずしも司法的裁量論と功利主義の組み合わせによって解釈しうるものではないことを、不法行為法における過失(したがって損害賠償責任)判定に即して明らかにするものである。すなわち本稿はハード・ケースの裁定方式としての利益衡量を、第1にハード・ケースにおいても発見されるべき法原則が存在し潜在的には権利の境界は確定されているとすれば法の支配の原則と、第2に裁

* 本稿の作成に当り文部省科学研究費環境科学特別研究「環境規制の経済分析」から財政的な援助を、また本誌レフェリーから貴重な助言を戴いた。記して感謝したい。なお本稿における全ての誤りが筆者の責に帰せられることは言うまでもない。

1) Posner [1972] を参照。

2) Calabresi [1970], Posner [1981] を参照。「法と経済学」の展開については浜田 [1977], 平井 [1980], 小林 [1982] を参照。

判あるいは法制度は社会構成員の権利の衝突を裁定し構成員の自由を両立可能とする機能を果しているのであってそれ以上の社会諸資源の配分は構成員の自由な相互行為に委ねられるとする自由主義あるいは自然権論の組み合わせによって解釈するのである。不法行為法における過失判定の解釈においてそれは、利益衡量方式が経済的効率ではなく法的あるいは矯正的正義を目的としておりまたその背後に自由な交換の保護の原則とも言うべき法原則を前提していると言う主張として展開される。本稿の主張はドゥオーキンやハイエクの法の支配の原則と自由主義の組み合わせによる法理論を利益衡量の背後にある法原則を具体的に提示することによりさらに展開したものであると言えよう³⁾。

以下、第2節において不法行為の過失判定がハードケースの裁定方式としての利益衡量の典型例になっていることを確かめ、第3節においてポズナーの司法的裁量論を前提した功利主義による不法行為理論を検討し、第4節において本稿の積極的な主張を展開する。

2. 過失判定と利益衡量

不法行為法はある行為によってもたらされた損害を行為者(加害者)に負担させるべきかあるいは被害者に負担させるべきかを判定する規準を与える。このとき加害者に損害を負担させる(損害賠償責任を課す)効果を導く要件を不法行為の成立要件と言う。わが国の民法における不法行為の成立要件としては、(1)行為と損害の間に因果関係があること、(2)行為に故意または過失があること、(3)利益侵害(損害)に違法性があることが一般的に重要であるとされてきた。以下においてはこの第1の要件である行為と損害の間の因果関係は自明である場合に議論を限定する。したがって以下の議論においては第2及び第3の要件が充たされれば不法行為は成立することになる。

ところで最近の民法解釈学においては不法行為の成立要件として第2の故意・過失の要件と第3の違法性の要件を統合し一元化する学説が有力になりつつある。いわゆる新過失論あるいは新受忍限度論である⁴⁾。何故にこのような学説が有力になりつつあるかはここでは触れな

いが、これらの学説が不法行為責任の判定を(因果関係の判断をさておけば)過失の判断に一元化するものであることは明らかである。すなわち過失有りならば加害者に損害賠償責任が生じ過失無しならば被害者に損害の受忍が課されるのである。以下の議論においてはこのような新過失論あるいは新受忍限度論の立場を採ることにする。

それでは不法行為責任を判定する規準としての過失の存否はいかにして判定されるのであろうか。言い換えれば過失の判定はいかなる因子によって規定されるのであろうか。この過失判定因子の定式に当っては英米法における1つの有力な不法行為類型であるネグリジェンスの過失判定因子を参照することが有益である。なぜならば新過失論は英米法におけるネグリジェンスの構造に示唆を受けて、わが国の不法行為法を再構成する試みだからである。ネグリジェンスにおいて過失は行為による「危険の大きさ(magnitude of risk)」と「行為の有用性(utility of conduct)」の比較衡量によって判定される。すなわち「危険の大きさ」が「行為の有用性」を上回れば過失有りとなり判定されるのである。このとき「危険の大きさ」は行為によってもたらされる「損害の蓋然性(likelihood of loss)」と「損害の重大性(seriousness of loss)」の積によって量られ、「行為の有用性」は「損害回避費用(cost for avoidance of loss)」をも包含して量られる。(したがって行為の回避そのものによって損害を回避する場合には「損害回避費用」は「行為の有用性」に一致する。)このことはネグリジェンスにおける過失判定が損害の期待不効用と行為の効用と言う二因子の比較衡量によって規定されることを含意する。すなわちネグリジェンスにおける過失判定は被害者の不利益と加害者の利益との比較衡量によるのである。

新過失論はこのようなネグリジェンスにおける過失判定因子に示唆を受けて、わが国の判例における過失判定因子を抽出する⁵⁾。新過失論によればわが国の不法行為規範における過失判定は、(1)行為から生ずる損害発生の危険の程度ないし蓋然性の大きさ、(2)被侵害利益の重大さ、(3)損害回避義務を負わせることによって犠牲にされる利益と(1)(2)の因子との比較衡量によって規定されていることになる。すなわちわが国の不法行為法における過失判定は英米法におけるネグリジェンスの過失判定とほとんど同型であり、被害者の不利益(損害の期待不効用)と加害者の利益(行為の効用)との比較衡量に

3) Hayek [1973, 76, 79], Dworkin [1977] を参照。法の支配の原則と司法的裁量論の対立については深田 [1983 a], 自由主義と功利主義の対立については井上 [1983], 深田 [1983 b] を参照。

4) 新過失論については平井 [1971], 新受忍限度論については淡路 [1975] を参照。

5) 平井 [1971] を参照。

よっていると言うのである。

不法行為法の過失判定(したがって損害賠償責任判定)においては加害者の行為する権利と被害者の損害を被らない権利との衝突が裁定されることになる。このとき何が過失であるかあるいは衝突している権利の境界は何処かは必ずしも実定法(制定法はもとより判例法においても)において明確に規定されている訳ではない。すなわち不法行為法における過失判定はハード・ケースにおける裁定の典型例となっているのである。したがって不法行為法の過失判定における利益衡量方式もハード・ケースの裁定における利益衡量方式の具体例となっている。以下における利益衡量による過失判定の含意の検討も利益衡量によるハード・ケースの裁定の含意をめぐる議論の典型例として読むことが出来る。

3. 利益衡量と交換機会

被害者の不利益と加害者の利益との比較衡量による過失判定において衡量される利益はいわゆる総体利益ではなく限界利益である。すなわち行為(したがって損害)の付加的な変化による被害者の不利益の増分と加害者の利益の増分とが比較衡量されるのである。このように利益衡量とは限界利益の比較衡量であるとする解釈が最近の「法と経済学」の基本的な主張の1つとなっている。たとえばポズナーはネグリジェンスをめぐる膨大な判例を解釈して、ネグリジェンスにおける過失判定は危険の限界の大きさ(被害者の限界不利益)と行為の限界的有用性(加害者の限界利益)との比較衡量によっていると主張している⁶⁾。わが国については平井がほぼ同様の主張を提出している⁷⁾と見ることが出来る⁷⁾。

このような限界利益の比較衡量による過失判定においては、被害者の限界不利益と加害者の限界利益が均等する行為(したがって損害)の水準に過失判定の境界が置かれることになる。すなわち被害者の限界不利益が加害者の限界利益を上回る水準の行為は過失有りとして加害者に損害賠償責任が生じ、被害者の限界不利益が加害者の限界利益を下回る水準の行為は過失無しとして被害者に損害の受忍が課されるのである。言い換えれば被害者の限界不利益と加害者の限界利益の均等する行為(したがって損害)の水準が、被害回避の権利(損害回避義務)と加害行為の権利(損害受忍義務)との境界となっているのである。このようにして画定される加害行為の権利の境界を越えて行為し被害回避の権利を侵害した場合に加

害者に課される損害賠償額は、ここでは境界を越えた行為(したがって損害)によってもたらされる不利益の総額に等しいとしておこう。損害賠償の範囲及び額の算定は本稿の直接の課題ではないので、以下の議論に必要な限りにおいて損害賠償額を特定しておくのである。

以上に述べた限界利益の比較衡量による過失判定したがって権利分配は、損害の回避あるいは受忍とその補償との交換の機会を検討することによって権利を分配することと同等である。なぜならば被害者の限界不利益が加害者の限界利益を上回るならば被害回避に損害回避の不利益(損害回避費用)を補償してもなお利益があるので損害回避と補償との交換が生じうるし、また被害者の限界不利益が加害者の限界利益を下回るならば加害行為に損害受忍の不利益を補償してもなお利益があるので損害受忍と補償との交換が生じうる。したがって、被害者の限界不利益と加害者の限界利益が均等する行為(損害)の水準に権利の境界を設定することは取りも直さず損害の回避あるいは受忍とその補償との交換の機会が汲み尽される行為の水準に権利の境界を設定することに他ならないのである。すなわち限界利益の比較衡量による権利分配とは損害をめぐる交換の機会が汲み尽される状態を保護するように権利を分配することなのである。あるいは利益衡量は交換機会の判断と同等であると言い換えてもよい。

交換という誰をも不利化すること無しに誰かを有利化しうる機会を汲み尽した状態は、誰かを不利化すること無しには誰をも有利化しえないと言う意味において効率的である。したがって過失判定の境界を交換機会が汲み尽される行為(損害)の水準に設定することは、取りも直さずそれを効率的な行為の水準に設定することに他ならない。すなわち利益衡量による過失判定とは行為あるいは損害の配分が効率的となるように過失を判定することなのである。これよりポズナーをはじめとする最近の「法と経済学」は不法行為法が損害(行為)配分の効率を目的として適用されていると主張する⁸⁾。利益衡量による権利分配は資源配分の効率と言う政策目的を達成するための手段として解釈しうるというのである。これはある政策目的を最大に達成するように社会諸資源(その権利)を配分するという意味において明らかに功利主義的な利益衡量の解釈である。利益衡量の功利主義的な解釈からすれば、たとえば公共の福祉等の政策目的と個人の

6) Posner [1972], Landes & Posner [1981] を参照。

7) 平井 [1971] を参照。

8) 最も体系的なものとしては Landes & Posner [1981] を参照。

自由が衝突した場合に、個人の自由を制限するように権利が分配されることも充分にありうる。

このような利益衡量による権利分配の功利主義的な解釈が、ハード・ケースにおいては裁判官の自由な裁量によって権利を分配しようとする司法的裁量論を前提していることは明らかであろう。なぜならばハード・ケースにおいても潜在的には権利の境界を画定しようする法原則が発見されて司法的裁量論が成り立たないならば、ある政策目的を達成するために合理的に権利を分配することは最早不可能となり功利主義は実現しえないからである。この意味において、ポズナーをはじめとする「法と経済学」は司法的裁量論を前提とした功利主義によって利益衡量による権利分配を解釈していると言っているのである。

4. 交換機会と潜在原則

利益衡量すなわち交換機会の判断による権利分配は果して経済的効率の達成を目的としているのであろうか。経済的効率を目的とすることはコースの定理から見て疑問である。コースの定理によれば加害者あるいは被害者のいずれに権利(加害行為あるいは被害回避の権利)を分配しても損害配分の効率は達成されるのである⁹⁾。なぜならば加害者に加害行為の権利(被害者に損害受忍義務)を分配するならば被害回避に損害回避の不利益を補償してもなお利益のある限り損害回避と補償との交換(加害行為の権利の売買)が生じうるし、また被害者に被害回避の権利(加害者に損害回避義務)を分配するならば加害行為に損害受忍の不利益を補償してもなお利益のある限り損害受忍と補償との交換(被害回避の権利の売買)が生じうる。したがって加害者あるいは被害者のいずれに権利を分配しても損害の回避あるいは受忍とその補償との交換(権利売買)の機会が汲み尽されることによって損害配分の効率は達成されるのである¹⁰⁾。このことは効率の達成を目的とする限りわざわざ利益衡量などするまでもなく、いずれに権利を分配しても構わないことを含意している¹¹⁾。それでは利益衡量(交換機会判断)による権利分配は一体いかなる機能を果しているのであろうか。

加害者と被害者の間の権利分配は経済的効率の達成を目的としている訳ではなく、むしろいわゆる法的正義の

実現を目的としているのである。なぜならば加害者に権利が分配される場合には被害者が補償を支払って損害を回避して貰う(加害者から権利を買う)のであり、また被害者に権利が分配される場合には加害者が補償を支払って損害を受忍して貰う(被害者から権利を買う)のであって、いずれの場合にも損害配分の効率は達成されるが、いずれの場合によって正反対の正義(権利者の利益を保護すること)が実現するからである。権利分配は経済的効率等の政策目的を達成するための手段ではなく、権利と権利が衝突した際にいずれが権利者であるかを判定することによりその者の利益を保護するという意味において法的正義を実現する制度なのである。したがって法的紛争処理を越える社会諸資源の配分は社会構成員の自由な相互行為に委ねられるのである。このような裁判あるいは法制度の理解はむしろ伝統的なものであるが明らかに自由主義的であり、ポズナーらの功利主義的な理解と鋭く対立している¹²⁾。コースの定理は権利分配についての自由主義的な理解を支持しているように思われるのである。それでは本稿の本来の問題にもどって、このように自由主義的に理解される権利分配において利益衡量方式が採られていることの含意は何であるかを問おう。

自由主義的に理解される法的紛争処理あるいは権利分配は紛争当事者達の権利の境界を画定しようする何らかの規範の存在を前提している。そのような規範が存在しないとすれば紛争当事者のいずれに正義があるか(いずれの利益が保護されるべきか)は判定しえないからである。しかしハード・ケースにおいてはそのような規範を実定法に見出すことは定義によって不可能である。それではハード・ケースにおいては法的正義による裁定はありえないのであろうか。ハード・ケースの裁定はしばしば利益衡量方式によっている。この利益衡量方式の背後に、実定法ではありえないが潜在的には権利の境界を画定しえ裁判を拘束しようする法原則とも言うべき規範が存在していると考えられるのである。そもそも利益衡量方式とは紛争当事者間の交換の機会が汲み尽される状態を保護するように権利を分配することであった。したがって利益衡量方式は当事者達の自由な交換が帰結する状態は保護されるべきであるとする法原則の表現として見る事が出来るのである。すなわちハード・ケースの裁定において利益衡量方式を採用することは、取りも直さず自由な交換の保護の原則とも言うべき法原則によって権利の存否を判定することに他ならないのである。言い換えればハー

9) Coase [1960] を参照。

10) 損害の回避あるいは受忍とその補償との交換にいわゆる取引費用がかからないことが前提されている。

11) 取引費用が存在する場合には利益衡量による権利分配が効率の達成に貢献しようすることを Posner [1972] は強調している。

12) Hayek [1973, 76, 79], Posner [1981], 井上 [1983], 深田 [1983 b] を参照。

ド・ケースにおいても法的正義による自由主義的な裁定は可能なのである。このように利益衡量によるハード・ケースの裁定を自由な交換の保護の原則と言う法原則による権利判定と見る立場は、いわゆる法の支配の原則を支持する立場であって、司法的裁量論とは鋭く対立している¹³⁾。本稿はハード・ケースの裁定における利益衡量方式についての司法的裁量論を前提とした功利主義による解釈(ポズナーをはじめとする「法と経済学」の解釈)を批判的に検討し、法の支配の原則を前提とした自由主義による解釈(ドゥオーキン、ハイエクの解釈)の妥当性を主張するとともに、利益衡量方式の背後に潜在している法原則として自由な交換の保護の原則を具体的に提示しえた。この法原則は契約の解釈等において広範に見出しうるものであるがその詳しい検討は後日に期したい。

(同志社大学経済学部)

参 照 文 献

- [1] 淡路剛久(1975)『公害賠償の理論』有斐閣。
- [2] Calabresi, Guido(1970), *The Costs of Accidents—A Legal and Economic Analysis*, Yale U. P.
- [3] Coase, Ronald(1960), "The Problem of Social

Cost," *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1.

[4] Dworkin, Ronald M.(1977) *Taking Rights Seriously*, Harvard U. P.

[5] 深田三徳(1983 a)『法実証主義論争——司法的裁量論批判——』法律文化社。

[6] ——(1983 b)「自然権論と功利主義」長尾龍一・田中成明編『現代法哲学 2』東京大学出版会。

[7] Hayek, Friedrich A.(1973, 76, 79), *Law, Legislation and Liberty*, Univ. of Chicago P.

[8] 浜田宏一(1977)『損害賠償の経済分析』東京大学出版会。

[9] 平井宜雄(1971)『損害賠償法の理論』東京大学出版会。

[10] ——(1980)『現代不法行為理論の一展望』一粒社。

[11] 井上達夫(1983)「正義論」長尾龍一・田中成明編『現代法哲学 1』東京大学出版会。

[12] 小林秀文(1982)「アメリカ不法行為法学における新潮流(1)」『法学志林』第80巻, 1。

[13] Landes, William M. & Posner, Richard A.(1981), "The Positive Economic Theory of Tort Law," *Georgia Law Review*, Vol. 15, 851.

[14] 落合仁司・浜田宏一(1983)「法の論理, 経済の論理」長尾龍一・田中成明編『現代法哲学 3』東京大学出版会。

[15] Posner, Richard A.(1972) "A Theory of Negligence," *Journal of Legal Studies*, Vol. 1, 29.

[16] ——(1981), *The Economics of Justice*, Harvard U. P.

13) Hayek [1973, 76, 79], Dworkin [1977], 深田 [1983 a], 落合・浜田 [1983] を参照。