

# 不法行為における法と経済

落 合 仁 司

## 0 環境の保全と不法行為法

環境の汚染あるいは破壊は大きく二つの類型に分類される。第一の類型は大気汚染、水質汚濁、土壌汚染、騒音、悪臭、振動等によって生命・身体及び財産に具体的の損害が生じるタイプであり、第二の類型は自然や歴史的風土の破壊によってその景観、印象等の固有の価値が失われるタイプである。不法行為法が従来係わって来た環境汚染は主として第一の類型に属するものであり、とりわけ環境汚染によって生じた損害の負担の分配に関してであった。近時、ナショナル・トラスト運動等の興隆によって注目を集めつつある第二の類型の環境破壊に対しては、不法行為法は必ずしも係わって来た訳ではなかった。しかしナショナル・トラストが環境に財産権を設定することによってその破壊を防止することを目指すものである以上、不法行為法が何らかの係わりをもたざるをえなくなることは十分に予想しうる。本稿においては環境汚染による損害の負担分配という従来から不法行為法が係わって来た領域に焦点を絞りつつも、今後予想されるより広い意味での環境保全と不法行為法の係わりをも視野に収めながら、不法行為における法と経済の相互関係について考察してみたい。

## 1 不法行為法における効率と正義

不法行為の一般理論には大きく二つの潮流が存在している。第一の潮流は不法行為の成立要件としての過失の判定に加害者の行為と被害者の損害との費用便益分析を用いることによって、経済的効率が最大となるように損害賠償責任

を分配すべきであるとする功利主義的な不法行為理論であり、第二の潮流は予め存在している生命・身体及び財産に対する権利を侵害した場合に過失の有無は問わず損害賠償責任が生じる、言い換えれば侵害された権利の原状を回復するすなわち矯正的正義を達成するように損害賠償責任を分配すべきであるとする自由主義的な不法行為理論である。この第二の潮流は無過失責任あるいは危険責任を主張しているように見えるかもしれないが、むしろ過失—無過失という加害者側の要因に着目するのではなく生命・身体及び財産に対する権利という被害者側の要因に着目して不法行為要件論を構成していると見るべきである。最近の不法行為要件論における過失一元論と権利侵害（違法性）一元論の対立との関連で言えば、第二の潮流は権利侵害一元論に新たな視角からスポットを当てると言えよう。

第一の功利主義的な不法行為理論は過失判定において加害者の行為の有用性と当該行為がもたらす損害の蓋然性と重大性の積との比較衡量によって過失の存否が判定されていることに着目する。このような過失判定の規準はアメリカ法においてはハンドの公式として定式化されているが、平井宜雄によれば日本法においても同様の定式が見られる<sup>1)</sup>。第一の理論はこの定式において行われている行為の有用性と損害の蓋然性と重大性の積との比較衡量を、行為の限界効用と損害の期待限界不効用の比較という経済学的な費用便益分析であると見なすのである<sup>2)</sup>。このとき過失判定の境界は行為の限界効用と損害の期待限界不効用が均等する行為あるいは損害の水準におかれることになる。したがって、行為と損害との間の因果関係は明らかであるとすれば、過失一元論に立つと行為の限界効用より損害の期待限界不効用が上回る水準の行為あるいは損害に対して加害者に損害賠償責任が課されることになる。これは損害賠償責任の有無の境界が行為の効用から損害の期待不効用を差し引いたネットの社会的効用（社会的余剰）を最大化する行為あるいは損害の水準に設定されることに他な

1) 平井〔1971〕を参照。

2) その最も明確な定式化は Landes & Posner〔1981〕に見られる。

らない。(ちなみにこのように定義された社会的効用を最大化する行為あるいは損害の水準が行為の限界効用と損害の限界不効用を均等させる行為あるいは損害の水準である。) 言い換えれば功利主義的不法行為理論は損害賠償責任が社会的効用を最大化するようにすなわち経済的効率を目的として分配されると主張しているのである。

このような功利主義的不法行為理論はアメリカにおいて G. カラブレジによって創始され、R. ポズナーらによって発展させられたものであるが、浜田宏一によって日本に紹介され、また平井宜雄の法政策学の源泉ともなっている<sup>3)</sup>。

第二の自由主義的不法行為理論は個人の生命・身体あるいは財産に対する権利が予め少なくとも潜在的にはその境界が確定されて存在していることを前提する。なるほど加害者の権利と被害者の権利が衝突する場合など権利の境界が不確定となるケースが存在するがこのようなケースの検討は第4節に委ね、本節では権利の境界が確定しているケースを考える。第二の理論はある行為によって他者の生命・身体あるいは財産に具体的な損害がもたらされた場合、当該行為と損害との間の因果関係が明らかであるならば、過失の存否にかかわらず当該行為者に損害賠償責任を課すというものである。すなわち自己の行為によって他者の生命・身体あるいは財産に対する権利を侵害した者は損害賠償責任を負うのである。これは一見したところ無過失責任あるいは危険責任の主張のようであるが、むしろ過失の有無といった加害者側の要因ではなく被害を受けない権利の有無といった被害者側の要因に着目した不法行為要件論である。したがって不法行為の成立を限定する要因は因果関係をさしおけば被害者側の権利の有無であり、ここに権利を生命・身体あるいは財産に対するものに限定しその境界が確定されているとしたことの意義が存在するのである。この理論は個人の生命・身体あるいは財産に対する権利を侵害から保護し、ひとたび侵害された権利を原状に回復させるという意味において矯正的正義を実現するよう

3) Calabresi [1970], Calabresi & Melamed [1972], Posner [1972] [1981], 浜田 [1977], 平井 [1980] を参照。

に損害賠償責任を分配せよと主張する。言い換えればこの理論は権利によって境界設定された個人の生命・身体あるいは財産に対する自由をその侵害から絶対的に保護することを目指すという意味においてまさに自由主義的不法行為理論なのである。

このような自由主義的不法行為理論はアメリカにおいて G. フレッチャー及び R. エプスタインによって展開され、小林秀文によって日本に紹介された<sup>4)</sup>。また淡路剛久によって強調されているフランスのスタルクの不法行為理論もこのような潮流に棹さすものと思われる<sup>5)</sup>。

以上に見て来たように不法行為の一般理論においては今日、経済的効率によって責任を分配する功利主義的理論と矯正的正義によって責任を分配する自由主義的理論が鋭く対立している。以下ではまず不法行為理論のこのような対立の背景にある功利主義と自由主義の対立に簡単に触れた後、功利主義的不法行為理論の問題点を検討し、続いて権利の境界が不確定なケースを想定することにより自由主義的不法行為理論の可能性を検討したい。

## 2 功利主義と自由主義

不法行為理論における二潮流の対立の背景には功利主義と自由主義の対立がある。功利主義とはたとえば社会的効用等の目的を最大化するように社会的諸資源を配分し諸個人の行為を組織すべきであるとする哲学である。これに対して自由主義とは諸個人の行為の許容される範囲すなわち権利の境界を設定するルールを前提として、ルールによって権利として認められる範囲の自由は絶対的に保護されるべきである、あるいはルールによって認められている他者の権利を侵害しない限り最大限の自由が保障されるべきであるとする哲学である。したがって功利主義の立場に立てば社会的目的の達成のために必要とあらば権利として認められた自由を制限することも許されるのに対して、自由主

4) Fletcher [1972], Epstein [1980], 小林 [1982/83] を参照。

5) 淡路 [1984] を参照。

義の立場に立てば社会的目的の達成にとってたとえ障害となろうとも権利として認められた自由を制限することは許されないのである。

自由主義が諸個人の行為の許容される領域としてのあるいは他者による侵害から保護される領域としての権利の境界を設定するルールをその不可欠の前提としていることは強調されねばならない。諸個人の自由はこのような権利のシステムとしてのルールを前提することによって始めて両立可能となるからである。あるいは他者による強制が存在しない状態としての自由はルールによる境界設定を待って始めてその意味が確定されるのである。自由主義はこのような権利のシステムとしてのルールに違反しない限りいかなる自由も許容されねばならないと主張する。ルールによって自由の境界が確定している限り諸個人のいかなる自由な行為も何らかの社会的秩序を帰結すると考えるのである。この意味における社会秩序こそがハイエクの言う自生的秩序 (spontaneous order) に他ならない<sup>6)</sup>。

このような自由主義は18世紀のイギリスにおいてヒュームを中心に形成されて来たものであるが、近年 F. ハイエクを初めとして J. ロールズ, R. ドウウォーキン, R. ノーゼックらによってその再構築が活発に行われている<sup>7)</sup>。彼らの理論は他の社会理論と同様に法理論においてもかなりの影響力を保っている功利主義に対して真向から挑戦するものであり、とりわけハイエクとノーゼックは功利主義の批判と自由主義の再構築に大きな成果をあげている<sup>8)</sup>。前節で述べた自由主義的不法行為理論もこのような自由主義復興の潮流に棹さすものなのである。もちろん自由主義にも問題が存在しない訳ではないが、それについては自由主義的不法行為理論の可能性とともに第4節において検討することにし、次節においては最近の再興された自由主義の視点からの功利主義批判を踏まえつつ、功利主義的不法行為理論の問題点を検討してみたい。

6) Hayek [1973] を参照。

7) Hayek [1973/76], Rawls [1971], Dworkin [1977], Nozick [1974] を参照。

8) Hayek については落合 [1985], Rawls については塩野谷 [1984], Dworkin については深田 [1983], Nozick については井上 [1983] の解説が勧められる。

### 3 功利主義的不法行為理論の問題点

ある行為の効用と当該行為によって生じる損害の期待不効用の差として定義される社会的効用を最大化するように損害賠償責任を分配せよと主張する功利主義的不法行為理論には大きく二つの問題点が存在している<sup>9)</sup>。

問題点の第一は損害をもたらす行為の限界効用が当該行為が高い公共性を持つ等の理由で生命・身体あるいは財産に対する損害の期待限界不効用を著しく上回る場合であっても、加害者に損害賠償責任を課さないことによって被害者の生命・身体あるいは財産を何の補償もなしに犠牲にすることは果して正当であるかという問題である。確かに生命・身体あるいは財産に対する重大な損害はその期待限界不効用が極めて大きく、損害をもたらす行為の限界効用を多くの場合上回り、損害賠償を獲得しうるので問題はないと言いうるかもしれない。しかし当該行為による利益が多数者に及び損害による不利益が重大ではあっても少数者にしか及ばない場合等、多数者の利益のために少数者の自由を犠牲にしうる功利主義に本質的な欠陥が露呈するケースは常に存在しうる。公共の福祉等の社会的目的を最大化するために個人の生命・身体あるいは財産に対する権利を犠牲にすることの正当性は依然として問われねばならないのである。たとえば損害をもたらす行為が社会的にいかにも有用であったとしても個人の生命・身体あるいは財産への損害を（それがもたらされること自体はさておくとしても）全く補償しなくともよいとする主張を正当化することは極めて困難であると思われる。むしろ当該行為によって得られる社会的利益の一部を損害賠償に振り向けることはそれが社会的目的達成の効率を阻害するとしても正義にかなったことであるという主張に正当性があるように思われる。いずれにせよ功利主義的不法行為理論は社会的目的を達成するために個人の自由を犠牲にすることを認めるという問題を常に持っているのである。

9) 功利主義的不法行為理論のより詳細な紹介と本稿とは別の角度からの批判的検討を行ったものとして落合 [1984] がある。

問題点の第二は社会的効用を最大化するように損害賠償責任を分配するためには裁判官が加害行為の効用及び損害の期待不効用を知っている必要があるが、これらの情報は果して知ることが可能なのかという問題である。損害をもたらず行為の社会的有用性を知るためには、当該行為者が私企業である場合にはその利潤に社会的有用性が反映されていると考えられるので利潤を見ればよいのであるが、私企業であったとしても価格規制等の政府規制が加えられている場合や公企業あるいは政府である場合にはその利潤を社会的有用性の指標として見ることは不可能であり直接にその社会便益を測定する必要がある。しかしこのような社会的便益を評価するという問題はいわゆる公共財の便益評価という極め付きの難問なのである。このような難問を裁判官がよく解きうるとは（たとえばグローヴス・メカニズム等を検討したとしても）極めて想像しがたい。さらにより本質的な問題として、目的達成の効率を規準として損害賠償責任を分配するためには、行為あるいは損害の水準が変化したときどの程度社会的効用が変化するか（社会的限界効用）について予測せねばならないことがあげられる。これは単に現在の行為あるいは損害の水準における社会的効用（あるいは損害発生時点の行為の水準における社会的効用）がどの程度かという原理的には観察にもとづいて測定しうる類の問題ではなく、現在における行為あるいは損害の水準が変化した未だ存在せざる状態における社会的効用を測定するというまさに予測の問題なのである。これは一見すると効用の測定可能性（及び比較可能性）の問題であるように思われるが、それに止まるものではなく、損害賠償責任の分配の変更といった与件の変化が社会全体の資源配分の状態にいかなる変化を及ぼし社会的効用をどのように変化させるかを問う、社会についての予測可能性の問題なのである。功利主義は社会的目的を最大化するような資源配分の状態を達成するために社会を操作するというその基本的性格から、ある政策的操作が社会の状態にいかなる変化を及ぼすかを予測することを必然的に要請されるのである。すなわち功利主義は社会についての予測可能性さらには操作可能性をその不可欠の前提としているのである。しかし社会について

の予測可能性には原理的な批判が存在する。大まかに言えば社会予測を可能にするために必要な情報は社会を構成する極めて多くの個体に分散してほとんど伝達不可能な形式において存在しており、これを一箇所に集中することが困難なばかりではなく、予測理論そのものが特定の社会の状態を個別的具体的に予測しうるほどの精度を期待しえないという批判である。さらにこのような原理的批判をさておくとしても裁判官に損害賠償責任の判定においてその判断の持つ社会的帰結を予測することが可能であるか否かは極めて疑問である。それでもなお裁判官に社会的目的達成の効率という規準によって損害賠償責任を分配させるとするならば、そこにおける裁判官の社会的効用に対する評価は極めて恣意的なものにならざるをえない。これは損害をもたらす行為の有用性と損害の蓋然性あるいは重大性に対する評価を裁判官の恣意に委ねることによって損害賠償責任の判定を裁判官に白紙委任することに他ならない。このような帰結は功利主義本来の目的を達成しえないのみならず、ルールによる裁判という大原則に抵触するものであることは言うまでもない。功利主義的不法行為理論は損害賠償責任の分配が社会的効用に対していかなる帰結をもたらすかを予測せねばならないという問題を常に抱えているのである。

#### 4 自由主義的不法行為理論の可能性

個人の生命・身体あるいは財産に対する権利のシステムとしてのルールの存在を前提して、自己の行為によって他者の権利を侵害しその生命・身体あるいは財産に損害を与えた者に損害賠償責任を課すべしと主張する自由主義的不法行為理論は、権利の境界が不確定な場合についての検討なしには完結しえない。不法行為の成立は行為と損害との間の因果関係をさておけば、ひとえに被害者に保護されるべき権利が有るか否かにかかっているからである。不法行為紛争とは加害者の行為をなす自由と被害者の損害を被らない権利とが衝突する紛争に他ならないが、この紛争において多くの場合に問われることは加害者の自由と被害者の権利との境界なのである。したがって既存のルールにおいて権利の



境界が確定しえない場合には不法行為紛争を処理するために権利の境界を新たに設定することが要請されるのである、確かに自由主義的不法行為理論においては保護されるべき権利の対象を個人の生命・身体あるいは財産に限定しているので、権利の境界は比較的明確であるように思われる。しかしいかなるルールといえども権利の境界の確定した中心部分と不確定な疑わしい半影部分が同時に存在する開かれた構造を持っているのであり、生命・身体あるいは財産についてのルールもその例外ではありえない。したがって損害賠償責任を判定するためには、常に存在しうる不確定な権利の境界を新たに確定していかねばならないのである。

それでは既存のルールの疑わしい半影部分である境界の不確定な権利はいかにしてその境界を確定されるのであろうか。この新たな境界設定を裁判官の自由裁量に委ねるということであるならば、功利主義的不法行為理論と何ら選ぶ処はないことになる。彼らの言う行為の限界効用と損害の期待限界不効用との衡量による損害賠償責任の境界設定とは裁判官の恣意的判断以外の何物でもなかったからである。しかし当該権利の境界は既存のルールにおいて不確定なのであるから、既存のルールからの形式論理的な演繹によって当該権利の境界を確定することが不可能であることは言うまでもない。ここでは権利の新たな境界設定に対して裁判官の自由裁量でもなく既存のルールからの演繹でもない第三の方法が要請されているのである。

問題を解く鍵は既存のルールの中心部分は確定した境界を持つ権利のシステムであり、その半影あるいは周辺部分においてのみ権利の境界の不確定が存在しているという事実にある。確かに既存のルールの確定した中心部分からの演繹によって不確定な半影部分の権利の境界を確定することは定義によって不可能である。しかし半影部分の権利の境界は裁判官の全くの自由裁量が可能であるほどに不確定ではありえない。なぜならば裁判官は新たな権利の境界設定に際して、当該権利が既存のルールにおいて確定している権利のシステムと原理的に整合的 (coherent) であるか否かあるいは当該紛争以外の状況に普遍的に

適用可能であるか否かを検討せざるをえないからである。すなわち裁判官はルールの中核部分における裁定においてもルールの中心部分との原理的整合性の要請あるいは普遍化可能性の要請（ハイエクによれば普遍化可能性の要請は原理的整合性の要請に帰着する）に拘束されているのである<sup>10)</sup>。ここで言う整合性とは既存のルールからの形式論理的な演繹可能性を意味するものではなく、既存のルールにおいて確定されている権利のシステムとの両立可能性と言い換えることの出来るものである。したがって原理的整合性の要請とは新たに境界設定された権利によって保護される自由が既に権利として認められている自由と両立可能となるための前提条件であるとも考えられるのである。

このような原理的整合性の要請はルールの開かれた構造を個々の紛争の処理を通じて部分的に閉じていくという裁判の本質的な特徴に深く関係していると思われる。しかし本稿においては既存のルールとの原理的整合性が裁判において何故要請されるのかという問題についてこれ以上の検討は行わない。ただ原理的整合性の要請が既存のルールを不問の前提としてそれとの整合性を考慮しながら新たな権利を境界設定することを要求するという意味において本質的に保守主義的な要請であることのみを確認しておきたい。言い換えれば原理的整合性の要請は既存のルールを基本的に維持しながら新たな状況に対応してルールを部分的に変化させていくというまさに保守主義的な要請なのである。したがって自由主義的不法行為理論が不可遑的に遭遇せざるをえないルールの開かれた構造をいかに閉じるかという本節の中心的な問いに対する答えは保守主義的な権利の境界設定理論ということになる。自由主義的不法行為理論の可能性はその保守主義的な帰結を自覚的に認知する処に開かれているのである<sup>11)</sup>。

10) Hayek [1973] を参照。

11) 不法行為理論における自由主義と保守主義の関係について本稿とは別の角度から検討したものとして落合・浜田 [1989] がある。

## 【参考文献】

- 淡路剛久 1984『不法行為法における権利保障と損害の評価』有斐閣。
- Calabresi, Guido 1970 *The Costs of Accidents — A Legal and Economic Analysis*, Yale U. P.
- Calabresi, Guido & Melamed, A. Douglas 1972 “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of The Cathedral”, *Harvard Law Review*, Vol. 85, No. 6.
- Dworkin, Ronald M. 1977 *Taking Rights Seriously*, Harvard U. P.
- Epstein, Richard A. 1980 *A Theory of Strict Liability: Toward a Reformulation of Tort Law*, CATO Institute.
- Fletcher, George P. 1972 “Fairness and Utility in Tort Theory”, *Harvard Law Review*, Vol. 85.
- 深田三徳 1983『法実証主義論争——司法的裁量論批判——』法律文化社。
- 浜田宏一 1977『損害賠償の経済分析』東京大学出版会。
- Hayek, Friedrich A. 1973/76 *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 1/2 Univ. of Chicago P.
- 平井宜雄 1971『損害賠償法の理論』東京大学出版会。
- 平井宜雄 1980『現代不法行為理論の一展望』一粒社。
- 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。
- 小林秀文 1982/83「アメリカ不法行為法学における新潮流(1)(2)」『法学志林』第80/81巻。
- Landes, William M. & Posner, Richard A. 1981 “The Positive Economic Theory of Tort Law”, *Georgia Law Review*, Vol. 15.
- Nozick, Robert 1974 *Anarchy, State and Utopia*, Basil Blackwell.
- 落合仁司 1984「不法行為の法経済学」『経済研究』第35巻 第4号。
- 落合仁司 1985『自由と普遍——ハイエクの道德哲学——』(仮題)勁草書房(近刊)。
- 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。
- Posner, Richard A. 1972 “A Theory of Negligence”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 1.
- Posner, Richard A. 1981 *The Economics of Justice*, Harvard U. P.
- Rawls, John 1971 *A Theory of Justice*, Harvard U. P.
- 塩野谷祐一 1984『価値理念の構造——効用対権利——』東洋経済新報社。