

アングロ・アメリカ諸国における 多元主義的な不法行為理論 (2)

畑 中 久 彌*

はじめに

第1章 Englard の理論

第2章 Schwartz の理論 (以上、51巻3・4号)

第3章 Owen の理論

第1節 哲学的・経済学的検討の意義と課題

1. 製造物責任における哲学的・経済学的検討の必要性
2. 事故法における非難の中心的役割

第2節 自由・平等・共通善の組み合わせ

1. 自由
2. 平等
3. 共通善
4. 価値の序列

第3節 不法行為法の個別的検討

1. 故意に惹起された損害と非難
2. 偶然的損害と非難
3. 製造物責任
4. 懲罰的損害賠償の正当化と限界付け

第4節 不法行為法の哲学的・経済学的検討における Owen 理論の位置

1. 矯正的正義・配分的正義
2. Owen 理論と Carabresi 理論 (以上、本号)

おわりに

* 福岡大学法学部准教授

本稿は、明治大学審査博士 (法学) 学位論文 (2000年3月26日授与) 「不法行為基礎理論の研究」の一部を、修正・加筆したものである。

第3章 Owenの理論

第1節 哲学的・経済学的検討の意義と課題

David G. Owenによる不法行為法の哲学的・経済学的検討は、わが国でもすでに製造物責任論を中心として平野晋教授によって紹介され、検討されている⁷⁷。本章では、平野教授の紹介と検討をふまえつつ、Owenの理論が不法行為法の個別法理とどのような関係にあるか、多元主義的な不法行為理論の中でどのような位置にあるかを検討したい。

本節では、そのような検討に入る前に、Owenがなぜ哲学的・経済学的検討を必要と考えたのかを紹介しておきたい。

1. 製造物責任における哲学的・経済学的検討の必要性

Owenの問題意識として重要なのは、製造物責任の合理性である。Owenは、製造物責任の論文（1980年公表）の中で、製造物責任を合理的に運用するためには十分な基礎理論が必要だと述べている。すなわち、裁判所は、製造物責任の問題解決に適切と思われる社会政策について、筋の通ったように（reasoned）述べる必要がある。この種の基礎的な指針がなければ、裁判所は空虚なルールに委ねられ、機械的にルールを適用するか、あるいは直観的にこれを適用することにしかならないという⁷⁸。

Owenは、従来の裁判例や学説を検討し、そのような政策として、①補償と損失移転・分散、②黙示的な安全の表示と消費者の期待、③抑止、④過失の推定、⑤危険の管理、⑥費用の内部化を指摘する。そして、このうち②と

⁷⁷ 平野晋『アメリカ不法行為法－主要概念と学際法理－』（中央大学出版部、2006年）291-322頁。

⁷⁸ David G. Owen, *Rethinking the Policies of Strict Product Liability*, 33 VAND. L. REV. 681, 685 (1980).

⑤を積極的に評価しつつも、時代背景が変化し（たとえば資源の稀少性の認識、私保険の普及、無料の医療制度の利用等）、また、行為を過度に抑止することになり、さらに、これらの政策は曖昧で実務的な指針にはなりがたいとして、従来の裁判所と学者の主張する政策に対して、概ね消極的な評価を与える⁷⁹。

では、いかなる基礎理論を製造物責任に与えるべきであろうか。Owen は、倫理学上の根本的な問題が製造者と被害者の関係に含まれていると指摘する。すなわち、製造者は、製造物の利用者らの安全の利益を自分に充当しようとし、被害者は製造者と他の消費者の経済的利益を自分に充当しようとする。これは、人々がお互いをどのように取り扱うかという問題に関わっており、製造物による事故は、根本的には道徳に関わる出来事である⁸⁰。それゆえ、製造物責任の基本原理を確立するためには、道徳理論を検討しなければならない。

2. 事故法における非難の中心的役割

また、Owen には、事故に関する不法行為法では非難 (fault) が中心的役割を果たしているし、果たすべきだとの認識がある。そして、その非難の内容を具体化するために、哲学的・経済学的検討が必要だと考えるようである。

まず、Owen は、厳格責任の歴史的推移について次のように認識している。すなわち、1960年代より前、厳格責任とその法理は歩調を揃えて発展していたが、1960年代初頭以降、そのような状況が変化する。消費者の権利の拡大

⁷⁹ *Id.* at 703-15. この論文でなされた政策の批判的検討のうちには、公正と効率性、価値の優先順位といった、後の Owen の基礎理論に通ずる発想が現れている。

⁸⁰ David G. Owen, *The Moral Foundations of Products Liability Law: Toward First Principles*, 68 NOTRE DAME L. REV. 427, 429-30 (1993). 本文で見たような製造物責任と哲学の関係に関する見解は、後の論文で不法行為法一般に拡大された。David G. Owen, *Foreword: Why Philosophy Matters to Tort Law*, in THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW 7 (DAVID G. OWEN ed., 1995)

という日光の下、欠陥製品に関する厳格責任の法理が芽吹き、広がり、繁茂したように見えたが、その根は浅薄なものであり、恒久的に養分を供給できるものではなく、厳格責任の法理は1980年代に枯れ始めた。これから何年かの間（この指摘は1992年のもの）、多くの裁判所は「厳格」責任の「法理」を製造物責任に適用しようとし続けるであろうが、製造物責任の「厳格性」は、実務的にも道徳的にもその説得力を失ってきたのであり、これを廃棄する傾向は続くものと見込まれる⁸¹。Owen は、このような厳格責任の変遷の理解にもとづいて、非難（fault）が不法行為法の核心であると指摘している。

さらに、Owen は、このような歴史的検討にとどまらず、倫理的観点から非難の中心性を検討する必要があるという。社会は事故による損害に関心を持つべきであり、法は、この点で伝統的に被害者の補償と加害者の制裁を行えるとされてきた。これらを望ましい目的と考えるならば、厳格責任を採用することになりそうであるが、そこには根本的な問題がある。鉄道や自動車はその性質上損害をもたらさざるを得ないものであるが、現代の生活は、そのような危険を数多く必要としている。あらゆる注意を払って製造し利用するとしても、「適切な」偶然の損害が生ずるであろう。この場合には、事故被害者の保険による対応が妥当である。そうすると、「適切な」事故とそうでない事故とを区別することが重要である。しかし、厳格責任はこのような区別ができず、あまりにも粗野な（blunt）ものである。それゆえ、社会を助けるための法的な道具としては、厳格責任は規範的な力を有していないのである。

ここで役に立つのが、倫理学、不法、道徳的非難（moral fault）、功績（desert）といった観念である。不法行為の成立には因果関係と損害の発生とが必要とされるが、中心的な問題は、「不法に」損害を惹起したかどうかであ

⁸¹ David G. Owen, *The Fault Pit*, 26 GA. L. REV. 703, 709-10 (1992).

る。Owenによれば、「不法に」損害を惹起した場合、我々は道徳的に非難され、過失を認められることになる。これに対して、「適正な」損害の惹起は非難されず、過失は認められない。

では、不法かどうかをどのようにして決定するのか。Owenは、不法と非難そして過失を結び付けているが、それだけでは非常に曖昧であり、いかなる基準でも容認できそうである。この問題に答えるためには、人の行為の道徳的性質について検討する必要がある⁸²。

第2節 自由・平等・共通善の組み合わせ

Owenは以上のように考えて、個別法理の検討から、より体系的な基礎理論の構築へと進んでいった。個別法理の検討は第3節で行うこととし、本節ではOwenの一般的な理論構成を見ておきたい。

Owenは、EnglandとSchwartzと同様、多元主義的立場に立つことを明らかにしている⁸³。具体的には、自由と平等そして共通善を組み合わせる構成である。

1. 自由

(1) 自由

Owenによれば、自由は最も重要な価値である。自由は、自由意思という観念—自分自身の人生の目的を合理的に選択する能力と、その目的を達成するための手段を有すること—にもとづいている。我々は、自分にとって最も価値のある人生の目的を選択し、自らの選択と行為を通じてそれを実現しよ

⁸² *Id.* at 717-19; David G. Owen, *Philosophical Foundations of Fault in Tort Law*, in *THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW* 201-02 (DAVID G. OWEN ed., 1995).

⁸³ Owen, *supra* note 80, at 434.

うとする。それは人の道徳的特権であり、責任である。自由はこのようにして人に尊厳を与える。

このような重要性にもとづいて、自由は、平等、利他主義 (altruism)、共同体の富等に優先する地位にあるとされる。法の最も重要な機能は、自由を保護し拡大することにある⁸⁴。

(2) 真実 (truth)

自由には真実という観念が組み込まれる。真実とは、人の確信が現実 (reality) と一致していることである。目的の選択とその追求が理性的で、実効性を伴ったものであるためには、世界の事物とその原因結果の相互作用を認識することが必要である。換言すれば、知識が欠如すれば、目的と手段の選択は失敗することになる。それゆえ、真実を増やすことで自由は拡大する。不法行為についていえば、人は損害から自分を守るために真実を必要としている。損害に対する非難は、しばしば真実の用い方と真実を用いる理由にもとづいている⁸⁵。

2. 平等

各人の自由が拡大すると、人々の間で自由が衝突するという問題が生じてくる。そこで、各人の自由に境界を引くことが必要になる。では、どのように線引きすればよいだろうか。その際、根本的な基準になるのが平等である。Owenによれば、平等は次のような内容を有している⁸⁶。

まず、故意によって損害が生じた場合を見てみよう。人は、自分の利益の拡大のみを目的として、他人に損害を与えるような選択をなすべきではない。

⁸⁴ Owen, *Philosophical Foundations of Fault*, *supra* note 82, at 202-04. 平野・前掲注 (77) 295頁参照。

⁸⁵ Owen, *Philosophical Foundations of Fault*, at 204-06. 平野・前掲注 (77) 313-315頁参照。

⁸⁶ Owen, *Philosophical Foundations of Fault*, *supra* note 82, at 206. 平野・前掲注 (77) 295-296頁参照。

なぜなら、我々は、「他人を不当に害することなく自らの目的を追求する」という抽象的権利を平等に保障されているからである。故意に損害を与える行為は、この抽象的権利を逸脱するものであるから、不法と評価されることになる⁸⁷。

しかし、損害が偶然に生じた場合は事情が異なる⁸⁸。込み入った社会で人々が自分の目的を追求しようとするれば、偶発的な損害が生ずることは避けられない。では、誰がその損害を負担するべきであろうか。「受動的」被害者よりも「能動的」行為者の方が事故に対する非難を受けるべきだとして、行為者に損害を負担させるのは誤りである。「受動的」被害者を「能動的」行為者に優先させるのは、行為よりも安全を優先する発想に立っている。しかし、たとえ自己の安全を唯一の目的とする者であっても、動的な世界では環境が常に変化するから、それに応じて行為し、調整を繰り返して行かなければならない。行為の持つこのような重要性に鑑みれば、行為と安全の価値は等しいというべきである。したがって、事故が生じたからといって、行為者が当然に事故に対する非難を負うべきことにはならない。また、たとえ不作為であっても（つまり「受動的」被害者であっても）、他人の選択の幅を制約しているのだから、他人の行為の利益を害していることになる。つまり、「受動的」被害者も、「能動的」行為者も、不利益を与え合っているのである。このように、損害が偶然に生ずる場面では、行為と安全、作為と不作為というだけでは、非難の対象が決まらないのである。損害の惹起のみを以って不法とする考え方は、行為と作為の側を非難の対象としているが、以上に照らしてみると、偶然の損害に関しては根拠の弱い考え方というべきである。

Owenによれば、自由と平等に立脚する非難のあり方とは、行為者の選択

⁸⁷ Owen, *Philosophical Foundations of Fault*, *supra* note 82, at 207-08.

⁸⁸ *Id.* at 208-09. 平野・前掲注 (77) 296-297頁参照。

が「人としての平等な地位を尊重するものであったかどうか」を基準とするものである。具体的には、「行為者は、十分な理由もなく他人に損害を与える選択をしたことについて、非難される」。実際的な必要性にもとづいて、十分な理由を伴って、他人に損害を与えること（あるいはその危険にさらすこと）を選択しなければならない場合があるが、そのような行為は適切なものとされる。

以上のような平等の考え方は、換言すれば、「他者の同様の権利と両立するような、最大限の（行為と安全の）自由を各人に認めること」であるとされる⁸⁹。

3. 共通善

(1) 共通善

自由は各人の利益の実現を目的とする概念である。共通善とは、これとは対照的に、集団全体の利益に関わる概念である。人々が社会を構成して共同の富を増やすことは、個々人の利益になることもある。しかし、共通善によれば、個々人の富は集団全体の富に服従するものとされる。ここでは、自治はそれ自体として価値を持つのではなく、社会的な利益を増加するための道具として価値を認められるにすぎない⁹⁰。

(2) 功利と効率性

Owen は、功利と効率性をこのような共通善の主な内容と考えている。そして、それらは、不法行為責任を包括するには不完全なものであるが、不法行為法の中心的問題の解決に役立つ指針を提供するという。

功利主義の目的は、損失に対する最大の便益を生み出すこと、すなわち社会に最大の純益 (net benefit) をもたらすことにある。これに対して、共同

⁸⁹ Owen, *Philosophical Foundations of Fault*, *supra* note 82, at 210.

⁹⁰ *Id.* at 212-14.

体の富を最大化しようとする配分的効率性は、功利主義を経済学的に変化させたものであり、その哲学的基礎を仮定的な合意に置くものとされる。

これらによれば、損害を惹起する行為の正当性は、その行為による社会的便益と社会的損失の比較によって決定される。社会的便益が社会的損失を上回ると見込まれる場合、行為は正当なものとされる。逆に損失の方が大きいと見込まれる場合、行為は不法とされる。ラーニッド・ハンドの定式はこれを具体的に現したものである。また、Guido Carabresiの理論は、事故よる費用と事故の防止費用の総額を最小化するものであり、共同体の富の最大化（または浪費の最小化）を目的としたものであるとされる⁹¹。

(3) 共同体主義

Owenは、功利と効率性の他にも、共同体的な理念として「共同体主義 (communitarianism)」を取り上げている。共同体主義とは、共同体それ自体を目的論的に善と見なす考え方である。これによれば、各人の状況は、自分自身よりもむしろ共同体構成員間の相互関係によって特徴付けられる。人としての豊かさは、他人との相互依存と支え合いを通してのみ開花するのである。この立場からすると、自治とは、人の社会的性質を認識しない不毛で非現実的な観念である。人間の価値は、各人がお互いに切り離された (atomistic) 孤独な状態にあるのではなく、分かち合い (sharing) にあるというのである。

このような共同の分かち合いは事故法にも組み込まれている。すなわち、事故の危険と費用を共同体を介して分散するという考え方である。これは一定の範囲では製造者に責任を課すことで実現できる。また、私的なものであれ公的なものであれ、保険制度に基礎を与える。陪審制度もこのような理念に資するものとされる。しかし、Owenによれば、このような分かち合いと

⁹¹ *Id.* at 214-15. 平野・前掲注 (77) 308-309頁参照。

いう理念は、意味のある規範を提供せず、ほとんど指針にならないとされる⁹²。

なお、Owen の懲罰的損害賠償論を見ると、個人に還元されない共同体独自の利益という見方が登場している。これは負担の分かち合いという発想ではないが、共同体主義に沿うものといえそうである。

4. 価値の序列

(1) 自由と共通善

平等の自由も共通善も、加害行為の道徳的性質を評価する価値として、説得力を有している。しかし、前述したように、両者はその性質からして真っ向から対立している。それゆえ、不法行為法への適用の結果が相互に対立する可能性がある。その場合、どちらを優先して非難の有無を認定すべきであろうか。

前述したように、自由は共同体に対して優越的な地位にある。したがって、二つの価値が著しく対立する場合には、原則として自由が共同体に優先すべきである。しかし、自由という価値は、その抽象的のゆえに、個々の事案において、首尾一貫した明確な解決を与えない場合がある。こうした理由から自由が不十分な指針しか示せないとき、効率性が明確で説得力のある指針を提供できるならば、共同体の方が自由に優先すべきである。このように、自由が回答を与えない場合、功利と効率性が不法行為法に道徳的な意味を提供することになる。それは二次的ではあるが、重要な役割であるとされる⁹³。

(2) 利益の序列

故意的不法行為においては、機会や財産よりも生命、身体の価値を重視すべきである。しかし、損害が偶然生じた場合には、行為と安全は等しい価値を持つから、そのような利益の序列は認められないとされる⁹⁴。

⁹² Owen, *supra* note 80, at 457-59. 平野・前掲注(77) 315-322頁参照。

⁹³ Owen, *Philosophical Foundations of Fault*, *supra* note 82, at 216-17.

第3節 不法行為法の個別的検討

Owen は、以上のような基礎理論を構築するまでに、いくつかの個別法理の検討を経ている。そこに現れている発想は、以上の基礎理論と必ずしも同じものではないが、平等の自由と共通善の対立、前者の優越的地位という基本部分は、当初から変わっていない。そこで、Owen の基礎理論が完成する前の時代の研究も含めて、Owen の個別法理の検討を紹介することにしたい。具体的には、故意的不法行為、ネグリジェンス、製造物責任、懲罰的損害賠償を取り上げる。

1. 故意に惹起された損害と非難

前述のように、他人に損害を与えることを故意に選択した者は、まずそれだけで非難を受けることになる。この考え方は、故意的不法行為において、いわゆる *prima facie case* (「一応有利な事件」) として採用されている。ここでは、被告は抗弁が認められない限り非難を受けることになる。ただし、その非難は、故意に損害を与える選択であっても十分な理由があれば許容されるとの発想によって、覆される場合がある⁹⁵。

他人の財貨の窃盗は、被害者の意思を部分的に併合する行為と評価できる。行為者は、同意なくこのような併合を被害者に強いることによって、独立かつ平等な被害者の自律的地位を侵害する。この場合、正義は被害者の独立を回復するよう求める。矯正的正義と不法行為法は、この独立性を実現し両当事者の不法な結合を取り消すために、盗まれた財貨（またはそれに等しい金銭）の返還を行為者に求めるのである。被害者の盗まれた意思はこれによって回復され、行為者が意図した損害は行為者自身に戻されることになる。

⁹⁴ *Id.* at 217-20. 平野・前掲注 (77) 309-310頁参照。

⁹⁵ Owen, *Philosophical Foundations of Fault*, *supra* note 82, at 220.

前述のように、不法という評価は、十分な理由を伴わない損害に限定される。故意による損害について、そのような十分な理由が認められるためには、損害の発生が、優先的に保護される価値にもとづくものであるとの事情が必要である⁹⁶。

また、故意に惹起された損害は、一般的には真実の破壊にもとづいている。このような場合、加害者に対する非難は、損害の惹起ではなく真実の歪曲に対するものとなる。一般的にいて、故意に損害を与えることが成功するのは、事前に被害者から真実を盗むことに大きく依存している。詐欺と名誉毀損は、このような故意による真実の歪曲にもとづいている⁹⁷。

2. 偶然の損害と非難

Owenによれば、偶然生じた損害に関するコモン・ローの準則は、非難とかたく結び付いている。Owenは、このことも自身の理論から説明できるという⁹⁸。偶然の損害を厳格責任によって処理しようとする、次のような問題に遭遇することになる。

厳格責任の下では、故意であろうと偶然であろうと、AはBに与えた損害について責任を負うことになる。AはBを危険にさらすことで享受したものをBに返還するのだと考えれば、そのような矯正は平等の原理に合致するように思われる。法がBの安全に優越的な地位を割り当てている場合、自由と平等という価値は、厳格責任の形で矯正的正義を適用することを求めるだろう⁹⁹。

しかし、Bが優越的な防御の権利を割り当てられていない場合はどうだろうか。平等という観念は、諸々の利益の比較を求める。Bの安全の方がA

⁹⁶ *Id.* at 221-22.

⁹⁷ *Id.* at 205.

⁹⁸ *Id.* at 223.

⁹⁹ *Id.* at 224-25.

のもたらす利益よりも価値があると A が認識する場合、B の安全を犠牲にする A の選択は、B の平等の価値を否定するものとなる。ここに不法が認められる。これと逆の場合には、A に B への補償を求めるのは適切ではない。なぜなら、そのような要求は、平等の地位を超えて B の利益を保護しようとするものだからである¹⁰⁰。

また、因果関係の観点から見ても、A が偶然かつ合理的にもたらした損害については、賠償は認められない。なぜなら、作為と不作為の選択は全て - 少なくとも潜在的には - 他人に「損害」をもたらすからである。ある選択はそれに関わる機会を他人から奪うことになる。B が Y 地点に立っており、そのままそこに止まることを選択する場合、その選択は、A が Y 地点に移動する機会を奪うことになる。このとき A が Y 地点に移動し衝突して損害が生じたならば、A の移動の決定だけではなく、B の止まる決定も損害の原因と見ることができる。前述した優越的地位の割り当てがない限り、「受動的な」被害者であっても自らの損害を招いたと考えられる。被害者は、たとえ事故の時点で全く動いていなかったとしても、その事故以前には一連の選択を行っていたのである¹⁰¹。

不確実な世界では、たとえ適切に行為を選択したとしても、損害を生ずる危険が不可避的に伴う。それゆえ、何らかの公正な基準に照らして合理的と評価されるのであれば、そのような危険は、もはや被害者が防御し負担すべき「背景的危険」といわねばならない。このような見方に立つ場合、非難は損害の惹起だけでは認められない。前述のように、十分な理由を伴わずに他人に損害を与えることが非難されるのであり、十分な理由にもとづく損害は適切なものとされる。Owen は、ラーニッド・ハンド定式がそのような非難の具体的基準になるとしている¹⁰²。

¹⁰⁰ *Id.* at 225-27.

¹⁰¹ *Id.* at 227.

以上のように、Owenによれば、法が行為者と被害者（むしろ、事故の時点で受動的であった被害者は、より早い時点での行為者というのが適当である）を平等に扱うならば、偶然の損害について包括的な厳格責任を認めることは、道徳的根拠を欠くことになる。自由と平等そして功利によれば、偶然の損害については、非難にもとづく責任の制度が求められるのである。その結果、厳格責任の領域はわずかなものとなる。Owenは、そのような領域として、商取引上の不実表示、製造上の欠陥、動物についての責任、特別に危険な活動についての責任をあげている¹⁰³。

3. 製造物責任

Owenは、前述した複数の価値に照らして、製造物責任を検討している。

(1) 自由

製品を生産し交換しそして利用することは、製造者と利用者の自治を促進する。これに対し、製品によって偶然に損害が生じた場合には、被害者の自治が制約されることになる。しかし、だからといって製品の生産・販売のみを理由として責任を課すことは、包括的な厳格責任を生み出すことになる。それは道徳的に受け入れがたい。前述のように、製品利用者もまた自分の損害の発生に関与しているのである。製造者の責任は、製造者の行為の不法にもとづくものでなければならない。

では、どのようにして不法の有無を評価するだろうか。ここでは、利用者の被った損害が適切なものかどうか、製造者と利用者の自由はどのように線引きされるべきかが問題となる。Owenは、自由という概念だけではこれらの問題を決定できず、真実と平等、功利によって自由の概念の内容をより豊かなものとする必要があるという¹⁰⁴。

¹⁰² *Id.* at 226.

¹⁰³ *Id.* at 228.

(2) 真実と予測

製造者と利用者の予測がそれぞれ現実と一致しており、それゆえ真実であったならば、製品は安全に利用され、利用目的が達成されることになる。製造者と利用者が、製品の全性質と利用者の知識の程度、そして製品の利用状況を理解していれば、製品による事故は全く生じないであろう。

予測と真実の合致という観点からは、まず製品の安全性について誤った期待を積極的に惹起した場合が問題となる。製造者が意図的にそのような虚偽を作出する場合には、製造者は消費者の自治を盗み取ったことになる。それゆえ、その窃盗から生じた損害を賠償すべきである。また、たとえ故意ではなく過失しかなかった場合でも、製造者による安全性の主張は不法であり、道徳的に責めを負うことになる。では、過失さえ認められない場合はどうだろうか。Owen は、この場合も自由と真実の理念によって厳格責任が支持されるという。製造者が製品を売るために安全性を「約束する」場合、その目的は、約束の事項が重要で真正なものであることを買主に信じさせることにある。このような安全性の情報は、利用者にとって重要であり、高い価値を有している。なぜなら、そのことによって消費者は、限られた資源を自己防衛から他の目的に移すことができるからである。真正な安全性の情報は、このように利用者の自治を高めることによって、製品に価値を付加するのである。消費者はその対価を支払うのが公正である。しかし、その情報が誤っている場合には、買主は自治と取引上の利得を失うことになる。法の重要な目的は、自治と取引における売主と買主の平等を促進することにあるから、法は売主に対して当該取引における虚偽と不平等の修正を求めるべきである。売主が価格が適正でないことを知るべきであったかどうかとは無関係に、この修正は求められる¹⁰⁵。

¹⁰⁴ Owen, *supra* note 80, at 459-62. 平野・前掲注 (77) 295頁参照。

¹⁰⁵ Owen, *supra* note 80, at 462-464.

では、これよりふみ込んで、製造者は、製造物の危険を警告し安全な利用を指示することによって、消費者に情報を提供する積極的義務を負うだろうか。今日では、製造者は消費者への危険を認識した場合、これを警告すべきであると信じられている。また、未知ではあるが合理的に予見可能な危険についても、消費者は、その発見と警告を製造者に期待している。このような合理的期待は根本的には平等の尊敬にもとづくものである。これに対して、販売時に合理的には発見できない危険はどうだろうか。Owenは薬剤についてこの問題を論じている。このような場合、消費者は、便益を期待しながらも、不可知の危険が常に伴うことを理解している。科学技術の便益が危険を超えると合理的に思える場合には、消費者はおそらく製造者にその便益を要求するであろう。ここでは、製造者は消費者の合理的要求を実現する存在であり、消費者の選好の導管 (conduit) に過ぎないのである。薬剤の場合、不可知の危険から生じた損害については、製造者に責任を課すべきではない。

製造上の欠陥に対する責任については、全く異なった予測が問題となってくる。消費者は、製造者が誤る場合があること、また、多くの種類の製品を欠陥なく製造するには莫大な費用がかかることを抽象的には理解している。しかし、製品を購入する際、消費者の実際の期待は、「自分が手にした製品は、同種の製品と同じ性質を有しているであろう」というものである。同種の製品と同じ対価を支払ったのに欠陥製品を受け取った場合には、当該製品の価格と外観とによって、買主は誤った安全性の予測にとらわれてしまう。この場合、買主は、その製品に真に見合った対価を支払うことができない。これは、真実に対する買主の権利を否定するものである。製造上の欠陥についての責任は、以上のように、誤った予測を惹起したことが根拠となる¹⁰⁶。

(3) 平等と危険管理

製造者は製品の安全性を決定する点で立法者的地位に立つといえる。企業

¹⁰⁶ *Id.* at 465-468. 平野・前掲注(77) 313-315頁参照。

の所有者、潜在的な事故被害者、事故と関係のない大量の消費者など、影響を被る者の利益を平等に尊重しなければならない。そこでは静的安全だけではなく、対立する諸々の利益に適正に配慮することが求められる。そのような利益として、身体の完全性、富、便利さ (convenience) 等を指摘できるが、行為と安全が等しい価値を持つとすると、身体の完全性に優越的な配慮を与えることはできない。平等の原理が製造者に求めるのは、製品価格の不合理な上昇あるいは効用の不合理な低下を伴うことなく、できるだけ製品の安全性を改善することである¹⁰⁷。

また、平等は製造物の危険の管理にも関わってくる。製造者は、製品の安全性 (危険管理) に対して、もともと絶大な力を持っている。これに対して、消費者のそれは些細なものに過ぎない。このように、両者の間には初めから危険管理に対する配分的不平等が存在している。各人の自由はその人の持つ力に左右されるから、この不平等は法的、道徳的に重要な問題となる。見知らぬ者同士の間で事故が発生した場合には、当事者が事故以前に有していた力の配分は事故の責任問題と無関係である (Owen はこれを矯正的正義の要請としている¹⁰⁸) が、製造物責任の場合には、両者の有する資源が相互に影響し合っている。製造者の存在は利用者が製品を求めることに依存し、利用者の富は、製造者がどのように製品の有効性と安全性そして価格を決定するかに依存しているからである。このような関係は、不合理な危険から利用者を保護するために製造者の資源を用いる根拠となる¹⁰⁹。つまり、事故以前の資源の偏りが責任の問題に影響することが認められるのである。Owen は、以上のように論じて、平等という価値によれば、危険管理能力の差異を考慮することが求められるという。

¹⁰⁷ Owen, *supra* note 80, at 468-72.

¹⁰⁸ *Id.* at 473 n. 183.

¹⁰⁹ *Id.* at 472-73.

以上の平等の考察から、どのような準則がもたらされるだろうか。第一に、製造者は、当該製品の危険について有する、あるいは有すべき重要な情報を消費者に提供すべきである。第二に、製造上の欠陥から生じた損害については、製造者はその努力と能力に関係なく責任を負わねばならない。前述のように、製造者は製造過程での失敗を防止する排他的な能力を有しており、この点で製造者と利用者の間には絶大な不平等があるからである。また、立法者として製造者を見る場合、製造者は、消費者一般と株主を尊重するのと同様、潜在的な被害者を尊重すべき義務を負う。まず、被害を被った消費者は、他の消費者に比べて著しい不均衡を受けることになる。なぜなら、被害者は、他の消費者に供給された製品と等しい質を持つように見えた製品、そしてそのようなものとして販売された製品に対して、同種の製品と等しい価格を支払っているからである。この不平等は不公正であり、修正されるべきである。また、平等の背後にある原状回復の発想は、製造者が被害者の損害を吸収し、株主に転嫁することを求める。なぜなら、理論的にいえば、株主は欠陥製品の生産から不当な利得を受け取ることになるであろうからである。製造者も、製品管理費用を不適切に削減し、また、その製品の本来の価値に見合わない完全な対価を得ているのだから、不当に利得している¹¹⁰。

しかし、設計上の欠陥については異なった問題が生ずる。製造者は、関係当事者に平等に配慮しなければならない。ここでは、一般消費者と株主に配慮し、最適な注意の範囲内で安全性を最大化するよう要求される。製品の効用を不合理に低めなければ除去できないような（または十分に低減できないような）危険、あるいは価格を不合理に上昇させなければ除去できないような（または十分に低減できないような）危険は、合理的なものとして許容される¹¹¹。

¹¹⁰ *Id.* at 473-74. 平野・前掲注（77）302-303頁参照。

¹¹¹ Owen, *supra* note 80, at 474-76. 平野・前掲注（77）303-305頁参照。

利用者の自治は他の消費者や製造者の自治に優先して保護されるわけではないから、他の関係者に平等に配慮しなければならない。つまり、製品に内在する危険を自発的に引き受けた者、あるいは製品を正当に利用しなかった者は、損害について道徳的に責めを負うことになる¹¹²。

(4) 効用と効率性

功利主義が製造者に課す義務は、株主と消費者の富を最大化するように製品を製造することである。消費者の富は「製品の価値」という観念で表され、さらに消費者の選好に関わる三つの指標に分けられる。すなわち、製品の有効性（効用）と価格（手に入れやすさ）そして安全性である。

株主の利益と製品価値の最大化を求めると、これらの利益が対立することになる。たとえば、安全性の改善は、概して株主の利益と製品の手に入れやすさを減少させる（つまり、価格を上昇させる）。安全性や価格の変動の背景には、その影響を被る集団が存在している。これらの集団は、立法者としての製造者に対して、「有権者」的地位を占めている。「有権者」らは利益、安全性、効用、製品の手に入れやすさを求めるが、これらは相互に非通約的な（incommensurable = 同じ基準ではかれないこと）価値である。製造者は、こうした価値を平等に尊重しながら比較することを強えられるのである。功利（と平等）にもとづく評価は、非通約的価値の比較という困難を生じてしまう。

Owen は、経済的効率性にもとづいて、この問題を解決することを提案する。経済的効率性によれば、困難な衡量は市場の判断に委ねられる。すなわち、「投票者」たる消費者は、互いに競争し合う「候補者」として製造者が申し出る「製品の価値（有効性・価格・安全性）」を比較する。そして、消費者の選好を最大化するような製品を購入する。これは金銭による「投票」といえる。このようにして、市場は、「製品の価値」すなわち消費者の富を

¹¹² Owen, *supra* note 80, at 476.

最大化するインセンティブを製造者に提供することになる。しかし、市場は現実にはうまく機能しないから（たとえば、消費者は必ずしも合理的に行動するわけではない）、市場に委ねるだけでは効率性を実現できない。そこで、製造物責任法が必要になる。過度の危険を有する製造物の販売を抑止することによって、効率性を促進する役割を担うことになる。具体的には、第一に、製造物の危険を発見するために、経済的に効率的な調査への投資を促すこと、第二に、経済的に効率的な程度で、安全に関する情報を消費者に与えるよう促すこと、第三に、経済的に効率的である限り、製造上と設計上の欠陥を最低の水準まで減少させるよう促すこと、である¹¹³。

そうすると、製造上の欠陥であっても、経済的に効率的なものであれば許容されることになりそうである。しかし、Owen は、法の効率的運用を考慮すると結論が異なってくるという。ほとんどの製造上の欠陥は製造者の過失から生じたものであること、そしてそのような過失の証明は費用がかかり、被害者にとって多くの場合不可能であるとすれば、手続上の効率性を理由にして、製造上の欠陥に対する厳格責任が支持されることになろう¹¹⁴。

（５）負担の分かち合い

負担の共有には二つの方法がある。第一の方法は、事故が生ずる前に共同体の資源を事故抑止のために用いるというものである。たとえば、製品をより安全なものとするのが考えられる。自動車の安全性を高めるために、より頑丈に、そしてスピードが出ないように作るのである。その反面、価格が上昇したり効用が減少したりすることになる。共同体の個々人は、それだけ不利益を被ることになる。しかし、共同体は、被害者の自治の悲惨な破壊を避けるために、安全性を優先することがある。第二は、損失分散という方法である。具体的には、第一当事者保険の購入によるもの、課税によるもの、

¹¹³ *Id.* at 477-81.

¹¹⁴ *Id.* at 482-83.

製造者に損害を吸収させて株主と消費者に転嫁させるものがある。実際、製造者は、製造物責任訴訟を通じて、無計画的な責任保険を提供している。これは様々な理由から批判されるが、事故費用を製造者と一般消費者に内部化させるという積極面を有している。適切な費用の内部化は、公正と効率性の促進という点で望ましいものである。また、共同体の分かち合いという観念は、陪審を通して、個々の製造物責任の紛争解決に入り込んでいる¹¹⁵。

しかし、共同体による負担の分かち合いは他の制度によって満たすことができる。それゆえ、私的な不正義を矯正するために設けられた民事訴訟において、そのような分かち合いを重複させる必要はほとんどない。また、負担の分かち合いという観点からは、製造者も利用者も知り得なかった薬剤の危険については、次のような方法が望ましいとされる可能性がある。すなわち、共同体のほとんどの構成員は、そのような予見不可能な危険については事前に保険をかけ、共同体に広範に転嫁することを選択するだろう。そして、そのような分散は、最も公正で効率的な保険を通してなされるから、大雑把な責任保険よりも損害保険が利用されるであろう¹¹⁶。Owen は、以上のように負担の分かち合いを論じた上で、そのような考え方は大雑把で、ほとんどの場面で役に立たないことを知るべきであるとしている¹¹⁷。

(6) 実践性

自由と共通善のどちらによっても決められない場合、法は実践性 (practicality) に着目する。すなわち、不当に法的に介入せず、各人に各自の事柄を各自が最善と考えるように処理させること、そして、理解しやすく適用しやすい単純な準則を考案することである¹¹⁸。

¹¹⁵ *Id.* at 484-87, 489.

¹¹⁶ *Id.* at 490, 492.

¹¹⁷ *Id.* at 492. 平野・前掲注 (77) 315-322頁参照。

¹¹⁸ Owen, *supra* note 80, at 499.

(7) 製造者と消費者はどのように行為すべきか

以上をふまえると、製造者と利用者に求められる行為は次のようになる。製造者による製品の安全性の決定から見ていこう。まず、様々な「有権者」の自治と平等を最大化するべきである。次いで、各人の利益に平等に配慮しつつ、各人の富を最大化するべきである。最後に、道徳理論から役立つ指針が得られない場合には、自己すなわち株主の利益と実践性にもとづいて意思決定すべきである。

次に利用者を見てみよう。まず、自分の意思を積極的に行使した決定については、それに伴う予見可能な結果について、責めを負うべきである。次いで、自分の不合理な行為から生じた事故について責任を負い、他者の平等な価値を尊重するべきである。さらに、製造者が隠れた危険を全て明らかにし、共同体の利益となる安全水準を決定した場合には、利用者は事故の危険を受け入れ、私的に保険をかけるべきである。最後に、利用者は、製造者の保証 (assurance) と製造物の外観にもとづいて製品の安全性を合理的に信用し、また、実践性の観点に立って、私事を律しうべきである¹¹⁹。

4. 懲罰的損害賠償の正当化と限界付け

Owen は、自由と功利を中心として、懲罰的損害賠償の正当化と限界付けを試みている。この検討は、Owen が基礎理論を体系化する前のものであり、共通善という視点は明確な地位を与えられていない。しかし、功利にもとづく検討や、個人に還元されない共同体独自の利益を観念するなど、後の Owen の共通善と類似の発想を見出すことができる。

(1) 懲罰的損害賠償の正当化

自由の観点からは、懲罰的損害賠償を課される行為は、個人と共同体に対する窃盗と評価される¹²⁰。

¹¹⁹ *Id.* at 499-500.

まず、個人に対する窃盗という考え方を見てみよう。他者の自由な行為領域を故意に侵害した場合、侵害者は被害者の自治を窃盗したものとされる。そのような侵害行為を矯正するためには、盗み取られた財貨の回復（Owenはこれを補償賠償 *compensatory damages* としている）に加えて、懲罰を課さなければならない。なぜなら、窃盗とは、次の二つの事柄に関わっているからである。第一に、被害者から窃盗者への財貨の移転と、第二に、被害者から窃盗者への自由の不法な移転である。懲罰は、窃盗者の価値と自由を減少させることによって、窃盗者に対する被害者の平等を回復するように作用するのである。

次に、共同体の価値を見てみよう。これも窃盗によって減少している。共同体は平等な自由を構成員に割り当てている。窃盗者とその他の構成員を比較すると、前者は窃盗した分だけ後者よりも多くの自由を割り当てられることになる。窃盗者はこのようにして共同体から価値を盗む。懲罰は、平等の権利という共同体の価値を回復するように作用する。

以上のように、懲罰的損害賠償は、被害者と社会の両方に対する加害者の「借り」を返させ、適切な道徳的均衡を回復するように作用するのである¹²⁰。

次に、功利による懲罰的損害賠償の正当化を見てみよう。功利は、自由とは異なって、富の包括的な増加を目的とする将来志向的な原理である。懲罰的損害賠償を認めることによって、安全性を向上させ、不法行為者を教育し、不法行為者その他の者に対して警告することができる。また、補償賠償に加えて懲罰的損害賠償が必要とされるのは、社会構成員の多くが責任準則を遵守しないからだとされる。すなわち、訴訟費用など高い取引費用のために、違反者の多くは発見されないままとなる。利己的な者は、富の包括的な増加

¹²⁰ David G. Owen, *The Moral Foundations of Punitive Damages*, 40 ALA. L. REV. 705, 709-10 (1989).

¹²¹ *Id.* at 711-12.

に反するように行為しうる。このような状況で責任準則の遵守を促すには、補償賠償のみならず懲罰的損害賠償を認める必要がある¹²²。

以上の他にも、懲罰的損害賠償を正当化する根拠として、支配力と真実および信頼の濫用が指摘されている。まず、支配力の観点からは、多くの資源を有する者は、他者に損害を与えないよう、より高い水準の注意を払わねばならないとされる。支配力が増加すればするほど、他者の権利の侵害を避ける責任も増加するのである。支配的地位にある者がそのような注意を払わないことは、損害の蓋然性に対する意図的な無関心を意味する。それは道徳的には故意的不法行為に等しいものである。Owen は、このような支配力の重大な濫用に対して、懲罰的損害賠償が適切な場合があるという¹²³。次に、真実と信頼の濫用の観点を見てみよう。Owen は、各当事者の保持する真実が平等でなかった場合について、次のように論じている。すなわち、そのような場合、他人と真実を共有する義務は、通常、認められない。真実を知らぬことを利用して利得しようとする場合でさえ、そうである。これは、法が真実を通常の資源として取り扱うからである。しかし、相手方に真実を与えなければならない、あるいは相手方の利益を保護するよう積極的に行為しなければならない関係が存在する。たとえば、医師は信頼を根拠として患者にそのような義務を負っている。医師が当該関係の基礎に虚偽があることを知っており、患者がその虚偽によって損害を被った場合には、補償賠償に加えて懲罰的損害賠償を認めるのが適切である。なぜなら、この場合、医師は少なくとも故意にその信頼から搾取したことになるからである。それは、信頼にもとづいて人生の計画を追求する患者の自由を盗み取ることである。医師は、そのような窃盗によって、利得または便宜という自らの目的を促進するため

¹²² *Id.* at 713-16. その他、懲罰的損害賠償を認めることで、利己的な者に他人の権利を等しく尊重させる効果も指摘されている。

¹²³ *Id.* at 717-18.

だけに、患者を手段として利用したのである。これは患者の平等の尊厳を否定するものである¹²⁴。

(2) 懲罰的損害賠償の限界付け

Owenによれば、以上の道徳的正当化は、同時に懲罰的損害賠償を限界付けるものでなければならない。

まず、自由について見てみよう。偶然の事故の場合には、被害者の財貨と自由に対する窃盗があるわけではない。自由を最も尊重する制度の下では、偶然の事故は必然的なものと見なされるからである。このように窃盗が認められない場合には、被害者の損害がどれほど大きかろうと懲罰的損害賠償は妥当ではない。

また、窃盗と認められる場合でも、量的な問題がある。窃盗した財貨の返還に加えて、訴訟費用を賠償するのが公正である。さらに、不法の程度に応じて付加的な罰金を支払うべきである。しかし、それ以上は道徳的に不適切であり、支払うべきではない¹²⁵。

次に、功利について見てみよう。功利の立場からすると、懲罰的損害賠償の主たる目的は抑止である。しかし、ほとんど全ての行為は何らかの危険を伴っているから、全ての損害を防止しようとすることは、抑止として最適のものではない。抑止の対象は、過度に危険な活動である。さらに、そのような活動についても、懲罰を加えるための取引費用を考えると、抑止が割に合わない場合がある¹²⁶。

自由と功利が対立する場合、懲罰的損害賠償はどのように処理されるのだろうか。Owenは、「共同体は、公共善の促進のみを理由として市民を懲罰することはできない」とし¹²⁷、自由を優先させている。しかし、責任の有無

¹²⁴ *Id.* at 719-21. このほか Owen は真実と信頼の濫用例として詐欺を取り上げている。

¹²⁵ *Id.* at 722-23.

¹²⁶ *Id.* at 724-25.

¹²⁷ *Id.* at 725.

ではなく量の大小が問題となる場合には、自由の優先性は弱まるとする。

(3) 懲罰的損害賠償の具体的法理－賠償額の算定問題－

Owen は、以上の道徳理論を具体的な法理に即して検討しているが、ここでは賠償額の算定について見ておきたい。

懲罰的損害賠償は、①原告の直接盗み取られた財貨の返還、②返還過程で費やされた原告の財産（訴訟費用）の回復、③原告の窃盗された自由の回復、④社会に対する損害の回復から構成される。①②は、主として補償賠償によって達成され、精神的損害を別とすれば算定が容易である。しかし、③と④、すなわち自由と社会に対する損害はきわめて抽象的なものであるため、首尾一貫した算定ができない。Owen の理論においては、自由という基準によって決定できない場合には、功利によって決定することができる。しかし、功利にもとづいて算定しようとしても、最適な抑止の評価が問題となるので、曖昧なものになってしまう。人の行動は合理的というにはほど遠いからである¹²⁸。

Owen は、適切な賠償額を評価する基準はないとして、次善の解決策として、二倍・三倍賠償基準 (a multiple damages standard) を提案する。すなわち、補償賠償を含めるならば、三倍額賠償が適切な基準であり、それ以上の賠償額は一般的には国庫に収納されるべきであるという。懲罰的損害賠償の総額のうち、三倍額賠償の部分が被害者の財貨と自由の回復に対応し、それ以上の部分は、共同体の構成員の損なわれた価値の回復と加害行為の抑止に対応すると考えられるわけである¹²⁹。

¹²⁸ *Id.* at 732-34.

¹²⁹ *Id.* at 735-37.

第4節 不法行為法の哲学的・経済学的検討における Owen 理論の位置

1. 矯正的正義・配分的正義

Owen は、矯正的正義と配分的正義についてそれほど深く論じていない。それは、こうした概念をあまり使わずとも、矯正的正義の論者らと同様の問題意識に立つ理論を構築できたからであろう。すなわち、Owen の理論は、正義概念よりもむしろ自由（および真実）・平等という概念にもとづいているが、行為自由と安全の調整という発想に見られるように、自由・平等という概念の下で、矯正的正義の論者らと実質的には同様の議論を展開しているといえるのである。

とはいえ、矯正的正義・配分的正義の概念が Owen の理論にとって意味を持つ場面もあり、また、Owen の矯正的正義論と配分的正義論にも注目すべきものがある。

まず、Owen の矯正的正義論を見てみよう。Owen によれば、矯正的正義は、個別交渉の内在的な公正さと結果の回復の必要性とを問題とし、当事者の事前の比例的平等の回復を求める概念である¹³⁰。このような矯正的正義論は Weinrib の理論に近い。しかし、Weinrib の理論は、一方で現実の損害を不法行為の要件としつつ、他方において、現実の不利益を伴わない権利侵害につき不法行為を認める。このように、現実の損害の位置づけが曖昧である¹³¹。これに対し、Owen は、懲罰的損害賠償論で見たように、自由という抽象的な価値そのものの侵害を認めている。このことは、現実の損害に対応しない賠償もまた、矯正的正義による原状回復の発想と両立しうることを示唆するものといえよう。

また、製造物責任論で見たように、矯正的正義という概念は、当事者の資源の偏りを考慮するか否かという問題において考慮されている。この点で、

¹³⁰ Owen, *Philosophical Foundations of Fault*, *supra* note 82, at 211-12.

Owen の理論においても固有の役割を与えられている。

配分的正義も、Owen 理論の中で固有の役割を有している。第一に、平等の自由という発想の下で、各人の行為自由と安全は等しい序列にあるとされる。しかし、権利の優先順位が定められている場合には、その序列が尊重される。事故が偶然に生じた場合には、加害行為の価値が財産的利益（または単なる便利さ）であり、被侵害利益が身体の完全性であったとしても、それらの利益の重要性は異ならないとされる。これに対して、何らかの公正な基準にもとづき、安全が行為自由に優越するとされる可能性がある（その逆もありうる）。Owen によれば、これは所有権と政治哲学に関わる配分的正義の問題である¹³²。このことは、Owen の製造物責任論に現れている。Owen は、危険管理能力における製品利用者と製造者の圧倒的な不平等を責任準則に反映させている。これは配分的正義にもとづく評価といえるだろう。第二に、同じく製造物責任において紹介した製造者の立法者の地位である。製造

¹³¹ ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 131, 135 n. 25, 155-56 (1995); cf. Ernest J. Weinrib, *Causation and Wrongdoing*, 63 CHI.-KENT L. J. 407, 415-16 (1987). Weinrib の矯正的正義論は、いわゆる名目的損害賠償の正当性を認めながら、懲罰的損害賠償に対しては消極的評価を下すようである。しかし、Weinrib の矯正的正義論からすれば、現実の損害は不法行為の不可欠の要件とならないはずであるから、いずれの賠償形態も正当化できるはずである。

Weinrib は、権利 (right) と利益 (advantage) を区別し、利益を損ねることなく権利を侵害する場合もあれば、利益を損ねても権利を侵害したことにならない場合もあるとした上で、不法行為にとって重要なのは権利の侵害であるとしている。そして、Weinrib の理論は、権利侵害の有無と自律的行為者としての平等の地位の侵害とを一体のものとして捉えるようである。そのような地位の侵害は必ずしも現実の損害を伴わずともなされ得るものと考えられるから、Weinrib の理論からは、現実の損害を不法行為の不可欠の要件とすることは導き出せないと思われる。Ernest J. Weinrib, *Right and Advantage in Private Law*, 10 CARDOZO L. REV. 1283, 1284, 1293 (1989).

Weinrib の不法行為論における損害の意義については、拙稿「不法行為基礎理論の研究」明治大学大学院法学研究論集第11号（1999年）142頁、同「事実的因果関係の認定と不法行為法の哲学的・経済学的検討」福岡51巻1・2号（2006年）86頁参照。

¹³² Owen, *supra* note 84, at 225 n. 96. なお、Owen は、不法行為法の哲学的探求はここで終了し、ここから先は純粋な倫理学と政治哲学の分野に踏み込むことになるとしている。

者は、製品の安全性を決定する立法者として、様々な集団の利益を考慮しなければならない。そこでは、被告企業と被害者だけではなく、一般消費者と株主の利益も考慮されている。このような発想は、責任準則を設定する際に考慮すべき事情として、責任準則の影響範囲を選択したものといえる。J. Stapleton の理論からすれば、これは配分的正義の問題となろう¹³³。

以上のように、Owen の理論は、正義論にもとづく従来の不法行為法の検討を、その実質的内容において継承したものといえる。たとえば、不法とは自由で平等な他人の地位を侵害することであること、被害者も損害の因果的連鎖を構成すること等である。しかし、従来にはない発想も見受けられる。たとえば、真実と予測という観点からの自由の具体化である。また、自由という観点からの懲罰的損害賠償論にも特徴がある。自由それ自体の侵害という発想によって、現実の損害に対応しない賠償額を正当化する点で。

2. Owen 理論と Carabresi 理論

Owen の理論は、自由と共通善を基礎とし、その内容を具体化して不法行為法の各場面に適用するというものである。その際、自由の方が共通善に属する価値よりも優先的地位を与えられている。

アングロ・アメリカにおける不法行為法の哲学的・経済学検討の展開から見てみると、このような発想は Carabresi の理論と共通のものである¹³⁴。ただし、そのような共通点を持ちつつも、Owen は自由・平等という概念を詳細に具体化している。Carabresi の理論からすれば、Owen の理論は、Carabresi が厳密に定義しないまま残した正義・公正の概念を、自由・平等という概念によって具体化しようとする試みと位置付けられるだろう。もっとも、Owen 理論における共通善は、経済的効率性だけではなく共同体主義も含む

¹³³ Stapleton の配分的正義論については、拙稿「T. Honore の『結果責任』理論と不法行為法の哲学的・経済学的検討」東亜 7 号 (2002年) 180頁を参照。

ことに注意しておく必要がある。

Owen の理論は、以上のように正義・公正の内容を具体化することで、どのような場合に経済的効率性にもとづくべきかを Carabresi よりも明確にしたといえるのではないだろうか。

(続)

¹³⁴ Carabresi によれば、事故法の達成すべき主要な目的は正義 (justice) ・公正 (fairness) と事故費用の削減である。両者の関係については、事故費用の削減を効果的に達成するような制度であっても、我々の正義・公正の感覚に反する場合には、承認することができないとされる。正義・公正は、事故費用を削減する措置を拒否あるいは制約する役割を担っており、いわば事故法が通らねばならない最終のテストである。Carabresi は、これを拒否権 (veto) と表現している。GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS 24-26, 24 n. 1 (1970).

正義の内容に関しては、事故法批判の視点となる正義と、政治的事実として存在する共同体の正義感覚とが指摘されている。Carabresi は、共同体の正義感覚は必ずしも合理的ではないという。Id. at 291-92, 294.