

# アングロ・アメリカ諸国における不法行為法の哲学的・経済学的検討の背景

畑 中 久 彌\*

## 目 次

### はじめに

1. わが国の研究の到達点
  - (1) 不法行為法の目的・機能の変化
  - (2) リアリズム法学に対する反動
  - (3) 矯正的正義論の背景
2. わが国における研究の課題

### 第1章 White による分析とその問題点

1. White の基本的な分析手法
2. 新概念主義の特徴
3. コンセンサス思想に基づく不法行為法学
  - (1) コンセンサス思想と法律学
  - (2) コンセンサス思想と不法行為法学
4. 新概念主義の登場
  - (1) アメリカ社会の理念の変化
  - (2) 不法行為法学におけるコンセンサスの問題点
  - (3) 新概念主義の登場の意義

---

\* 福岡大学法学部准教授

本論文は、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。

5. White の分析の意義と課題

- (1) White の分析のまとめ
- (2) White の分析の課題

第2章 不法行為法の補償機能・公法的理解

1. 不法行為法の補償機能
2. 不法行為法の公法的理解
  - (1) Green の見解 (「変装した公法 (public law in disguise)」)
  - (2) Green の見解の意義
3. イギリスとカナダの状況
  - (1) イギリスの状況
  - (2) カナダの状況

第3章 不法行為法の基礎理論の形成と展開

1. 損失分散理論に対する批判
2. 1970 年以前の議論と不法行為法の基礎理論との関連
  - (1) 「法と経済学」アプローチの登場
  - (2) 異なる潮流の存在
3. 不法行為法の変化に対する歴史的検討の発展

おわりに

1. わが国の研究の課題について
2. 不法行為法の基礎理論の意義と課題
  - (1) 「新たなコンセンサスの探求」と具体的課題
  - (2) 補償機能・公法的理解の有力化に伴う問題
  - (3) 不法行為法の基礎理論の課題

## はじめに

### 1. わが国の研究の到達点

アメリカ、イギリス、カナダでは、20 世紀半ばから現在に至るまで、不法行為法の哲学的・経済学的検討が行われ、さまざまな理論が提唱されてきた（以下、この理論を不法行為法の基礎理論または単に基礎理論と言う）。

これらの理論は、不法行為法上の個々の具体的問題にとどまらず、不法行為法一般の理論的説明にも取り組んでいる。本論文は、これらの諸国において、なぜこのような不法行為法一般を対象とする基礎理論が生じ、発展してきたのかを探ることを目的としている<sup>1 2</sup>。

アメリカ不法行為法に注目するならば、わが国の研究は、不法行為法の目的・機能の変化とリアリズム法学に対する反動が不法行為法の基礎理論的研究の背景にあることを指摘している。また、これら基礎理論一般に妥当する事情に加えて、矯正的正義論に固有の事情も明らかにされている。以下において、これらの研究の到達点をまとめてみたい。

#### (1) 不法行為法の目的・機能の変化

20世紀中葉における事故の急増と責任保険の普及によって、不法行為法は実質的には被害者と保険を結ぶ「導管」となり、責任準則が厳格化する。このような変化は、現代社会において期待される不法行為法の目的・機能が、従前のそれとどのような関係にあるのか、それら目的・機能をどのように調整するのか、新たな厳格責任の根拠と範囲をどのように考えるのか、事故の抑制をどの制度で確保するのかといった問題を生じさせた。

また、製造物責任訴訟や公害訴訟など、訴訟当事者のみならず社会に幅広

---

<sup>1</sup> 本論文は、別稿で要約的に示した検討を、より詳細に展開したものである（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）136-138頁）。背景の検討はアメリカ、イギリス、カナダについて行う必要があるが、アングロ・アメリカ諸国において最初に体系的な基礎理論が提示されたのはアメリカであることから、本論文では主にアメリカを検討の対象とした。

<sup>2</sup> 山田卓生教授は、CalabresiやPosnerの議論を理解するためには、アメリカ不法行為法を築いてきた学者の議論の系譜をたどる必要があると指摘し、代表的な学者を挙げている。本論文では、できる限り、こうした学者らの議論にも目を配ることとしたい。山田卓生「事故法の現状と課題」判タ436号（1981年）49頁。

く影響を及ぼす訴訟が現れてくる。このような訴訟において、裁判官は、当事者間において妥当と考えられる紛争解決と社会的に望ましい解決との相違に遭遇したと考えられる。さらに、それらの事件の背景をなす社会関係の複雑化・緊密化、価値観の多様化によって、社会政策的判断そのものが裁判官にとって非常に困難なものとなる。その結果、裁判官が不法行為訴訟において依拠できる一般的な理論枠組みの提示が要請されるようになる<sup>3</sup>。

### (2) リアリズム法学に対する反動

上記の問題状況を引き起こした理論的背景として、政策的考慮を前面に押し出したリアリズム法学の影響とそれに対応したいわゆる法過程（リーガルプロセス）学派の限界が指摘されている。「その意味で、1960年代に始まり1970年代に一つの潮流を形成するに至った不法行為法の一般理論化という傾向を、リアリズム法学に対する理論的反動とみても、それほど的外れではないであろう」とされる<sup>4</sup>。

### (3) 矯正的正義論の背景

矯正的正義という概念が不法行為法学においてさかんに議論されるようになる時期は、「法と経済学」アプローチよりも若干遅れている。このことは、「法と経済学」アプローチに対する批判として矯正的正義が不法行為法学に登場したとすれば、理解しやすい<sup>5</sup>。わが国の研究によれば、「法と経

---

<sup>3</sup> 小林秀文「アメリカ不法行為法学における新潮流（一）」志林80巻2号（1983年）9-14頁、21頁注（48）。平井宜雄「アメリカにおける『法と経済学』研究の動向」アメリカ法〔一九七六一二〕186-187頁も参照。平井教授は、こうした問題状況のもと、政策や制度そのものの議論が必要と感じられるようになり、政策的提言において十分な経験を積んできた経済学理論が顧みられたと指摘している。

<sup>4</sup> 小林・前掲注（3）12-14頁、21頁注（48）。平井・前掲注（3）も参照。

<sup>5</sup> David G. Owen, *Foreword: Why Philosophy Matters to Tort Law*, in *THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW 2* (DAVID G. OWEN ed. 1995).

済学」アプローチは不法行為法における過去志向的な法的思考様式や伝統的な因果関係の観念にそぐわないものであり、矯正的正義はこれを批判する概念として登場したとされる<sup>6</sup>。

また、矯正的正義は、社会保障など他の制度に対する不法行為法の独自性を示す概念として注目された、との説明もなされている<sup>7</sup>。他の制度による不法行為法の目的・機能の実現等、1960年代に不法行為改革の議論がさかんであったことをふまえると、この指摘は説得的なものといえる。

## 2. わが国における研究の課題

以上の見解は、いずれも説得力のあるものである。ただ、次のような疑問を指摘することができるのではないだろうか。

従前の不法行為法の目的・機能と現代社会において期待される目的・機能とが分裂する場合、両者の関係を調整することが必要になるだろう。そのための理論は、加害行為の抑止や被害者の補償といった個々の目的をさらに正当化する、あるいは調整する役割を担うから、これらの目的・機能論とは次

---

<sup>6</sup> 小林・前掲注(3)9頁、同「アメリカ不法行為法学における新潮流(二)」志林81巻2号(1983年)23頁、吉田邦彦「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』—アメリカ法解釈の新たな動きを求めて—(中)」ジュリ998号(1992年)92-93頁、水野謙『因果関係概念の意義と限界 不法行為帰責論の再構成のために』(有斐閣、2000年)247頁(初出:「不法行為帰責論の再構成・序説(6)—ネグリジェンス法における事実的因果関係と賠償範囲との『区別』論の検討を中心に—」北法48巻5号(1998年))、藤岡康宏『損害賠償法の構造』(成文堂、2002年)95頁(初出:「民事不法行為責任の機能的法理」私法47号(1985年))。

<sup>7</sup> 浅野有紀「不法行為法と矯正的正義(一)」論叢136巻1号(1994年)34-35頁、同『法の社会的権力「私法」の再構成』(岩波書店、2002年)247頁。藤岡・前掲注(5)50-51頁、74頁も参照(初出:「私法上の責任—不法行為責任を中心として」芦部信喜ほか編『基本法学5—責任』(岩波書店、1984年))。

元を異にしたものとなるはずである。不法行為法の基礎理論は、全てがそうだというわけではないが、一般的にそのような性格を有している。それでは、基礎理論を生み出す背景となった目的・機能論（の分裂）は、具体的にいかなる内容のものだったのか。そして新たに登場したとされる目的・機能論は、なぜ従前のそれに完全にとって代わることにならなかったのか。さらに、基礎理論はなぜ哲学的・経済学的知見を必要としたのだろうか。

これらの疑問については、G. Edward White が重要な解答を示している。White は、アメリカ不法行為法学の歴史的展開を辿りながら、不法行為法の基礎理論がどのような時代背景のもとで登場したかを論じている。以下において、White の見解を紹介し、その見解にどのような課題があるかを明らかにしたい。

## 第1章 White による分析とその問題点

### 1. White の基本的な分析手法

White は、1970年代までのアメリカ不法行為法の歴史的展開を、五つの段階に区分している。①コモンロー上、不法行為法が独自の法分野として形成される時期、②科学主義的な法律学の影響下にある時期、③リアリズム法学の影響下にある時期、④「コンセンサス思想」の影響下にある時期、⑤1970年代における新概念主義（Neoconceptualism）の時期、である<sup>8</sup>。

---

<sup>8</sup> G. EDWARD WHITE, TORT LAW IN AMERICA: AN INTELLECTUAL HISTORY ch.1-7 (Expanded ed. 2003). これ以降の時期については、1980年から2000年までの分析（予想に反してネグリジェンスが維持された時期）と、21世紀の不法行為法学の展望とが示されている。なお、本書の初版（1980年に出版）は、1970年代の不法行為法学までを検討の対象としていた。

White は、これら五つの時期の不法行為法の特徴を、その当時のアメリカ社会の理念と「損害についての思潮 (ethos)」から説明しようとする。White によれば、そのような「思潮」には、損害を不運と結びつける考え方や、「被害者のほとんどが法制度その他の機構によって補償される資格を持つ」という考え方とがあるという<sup>9</sup>。

## 2. 新概念主義の特徴

不法行為法の基礎理論は⑤の新概念主義に該当する<sup>10</sup>。White は、新概念主義の特徴を以下のように述べている。抽象論に没頭していること、その論文は方法的に著しく多様で、論題が多岐にわたり、その核心はしばしば一般的で抽象的な内容となっていること、新概念主義の論者らの共通点は、理論的展望の主張への関心という漠然とした点にしか見出せないこと、判例分析を核心とするような1950年代の伝統的な法的分析ではなく、経済学など法律学以外の学問に基づいてそのような展望を述べることが多いこと、である<sup>11</sup>。White の指摘する新概念主義の特徴は、たしかに不法行為法の基礎理論の特徴を一完全ではないにせよ一言い当てている。

それでは、なぜ新概念主義が不法行為法学に登場したのだろうか。その原因は、新概念主義に先行する時代、すなわちコンセンサス思想の時代に求められるだろう。コンセンサス思想はなぜうまく行かなくなったのだろうか。

---

<sup>9</sup> *Id.* at xxvii.

<sup>10</sup> White が1970年代の新概念主義の論者として検討しているのは、G. Calabresi、E. Posner、G. P. Fletcher、R. A. Epsteinである。

<sup>11</sup> WHITE, *supra* note 8, at 212-13.

### 3. コンセンサス思想に基づく不法行為法学

#### (1) コンセンサス思想と法律学

White は、20 世紀半ばにおけるアメリカの思想の特徴を、コンセンサス思想と表現している。この時期の思想は、アメリカ文化における継続的な、そしてアメリカ文化に固有の特徴と価値を強調したとされる<sup>12</sup>。

コンセンサス思想は法律学に次のように反映した。法形成者らの一致しうる中心的価値または基本原理を探求すること、そのような原理として合理性 (rationality) を想定すること、そしてその原理の保障を手続に求めることである<sup>13</sup>。

このような立場は、リアリズム法学の弱点を克服するという意義を有していた。アメリカ不法行為法学には、社会的利害を衡量し、望ましい社会的結果を実現しようとの姿勢があるが、これをもたらしたリアリズム法学は、1930 年代以降、強い批判にさらされる。リアリズム法学は、裁判官の政策的判断を拘束するものは存在しないと主張したため、「法の支配」ではなく「人の支配」に通ずるものであり、ひいては当時台頭してきたナチズムなどの全体主義的政治体制に通ずると批判されたのである。また、リアリズム法学は裁判所に指針を示すこともほとんどなく、ニューディール期に立法をしばしば無効にした裁判所に制約を課すこともなかったとされる。このような

---

<sup>12</sup> *Id.* at 145. White は具体的には次のように述べている。多元主義、相互依存、社会的流動性は、第二次世界大戦までにアメリカにおける生活の身近な特徴と考えられるようになり、現代的な自由主義の価値—思いやりのある政策決定、職業の専門化、積極的主義的政府に対する信頼—が公認されるようになった。歴史家は、「自由主義」はアメリカ人が幅広く共有するイデオロギーになったと主張し、政治学者は、多元的社会における利害の調整が国家の役割となったと主張し、社会学者、心理学者、評論家は、「本来的性格 (natural character)」、アメリカ人の「アイデンティティ」、「典型的なアメリカ人」が存在すると主張した。

<sup>13</sup> *Id.* at 140-42, 145.



結果を避けるために、裁判官の判断をその「直観（intuition）」に委ねてしまうのではなく、その判断に何らかの制約を設ける必要があると指摘されるようになった。

法制度の中心的な価値として合理性が主張されたのは、このような限界を克服するためであった。アメリカ法は理性に基づくものであり、全体主義的命令に基づくものではないというのである。また、リアリズム法学は、積極主義的な政府を信頼したが、他方において、法形成者はそれ以外の者と同程度に非合理的な判断をしがちであるとの確信も有していた。そのような非合理的判断を回避し合理性を保障する方法として、手続の持つ意義が目されるようになった。裁判官は、自分の判断を公にしよう求められるとか、他の裁判官と議論するとかいった制度的役割に拘束されている。それは裁判官に対する批判または批判の可能性を保障し、裁判官の個人的偏見の働きを抑制する。その結果、法はより理性的で客観的なものになるとされる<sup>14</sup>。

このような法過程（legal process）に依拠する主張は、1950年代以降ひろく受け入れられ、リアリズム法学の生み出した政策志向性に大きな変更をもたらすことなく、これを正当化することに成功したとされる<sup>15</sup>。

## (2) コンセンサス思想と不法行為法学

Whiteによれば、上記の傾向は不法行為法学にも見出すことができる。W. Prosserは、リアリズム法学が定着させた利益衡量という政策的アプローチを、法理の合理性を想定することによって継承したとされる。また、R. Traynorは、法過程による合理性の実現を想定することによって、積極主義

---

<sup>14</sup> *Id.* at 113, 140-42; G. Edward White, *The Evolution of Reasoned Elaboration*, 59 VA. L. REV. 279, 282-83, 285-86 (1973); cf. BRUCE ACKERMAN, *RECONSTRUCTING AMERICAN LAW* 38 (1984).

<sup>15</sup> WHITE, *supra* note 8, at 146. リアリズム法学と法過程学派の関係については、望月礼二郎『英米法〔新版〕』（青林書院、1997年）62頁も参照。

的な司法を展開したとされる。不法行為法学におけるコンセンサス思想の特徴を明らかにするために、White による両者の分析を見てみたい。

① Prosser について

White は、Prosser には次のような基本的発想があったと指摘している。不法行為法は法理の集合であり、各々の法理はさらに包括的な定式へと縮減できる<sup>16</sup>。不法行為法の準則は、個別事情を十分考慮できる程度に柔軟であるべきだが、判決の結果が予測でき、その予測によって各人が自らの行為の指針を得られる程度には固定したもの (rigid) であるべきである。以上のような Prosser の「法理的 (doctorinal)」アプローチは、「包括的ではあるが行為の指針となる程度には固定した準則」という制約のもとで、Prosser の社会工学的な発想—各人の利害を調整し、望ましい社会的結果を実現する—を活かすものであった<sup>17</sup>。

このような Prosser の立場には、次のようなコンセンサスが含意されていた。コモンローの実態は法理として分析できること、それらは変化しかつ増え続けること、それらは急進的な修正に抵抗すること、それらの分析は専門家の手に委ねるのが最適であること、である。Prosser は、利益衡量を適切に拘束する準則は法理として認識可能であり、かつその法理には継続性があると考えたのである。そして、このような準則の探求は、アメリカ法制度の整然とした過程を発展させるという彼の主たる関心に資するものであった<sup>18</sup>。Prosser の不法行為法学には、法形成者の一致しうる基本原理の探求と過程への注目—つまりコンセンサス思想に基づく法律学の特徴—を見て取ることができる<sup>19</sup>。

---

<sup>16</sup> WHITE, *supra* note 8, at 157.

<sup>17</sup> *Id.* at 157-58.

<sup>18</sup> *Id.* at 177-78.

## ② Traynor について

White によれば、Traynor の基本的発想は、裁判による合理性の保障と積極主義的な司法像にあるとされる<sup>20</sup>。裁判官は、理性的で時機に合った準則を述べる固有の地位にあり、裁判という職務を遂行するだけで人は合理的な結果にたどりつく。裁判官は「敵対的偏見」と「政治的、個人的圧力」から解放されている。そして、「合理的な結果に関心を持つことが不可欠」であることを理解している。裁判官が、時間をかけ注意して自らの判断を正当化する限り、個々の結論に達した際の動機は重要なものではなくなる<sup>21</sup>。

ここでは、私心のない（disinterested）裁判官や公平な学者（detached scholar）によって「客観性」が実現され、職務に就く者の熟慮によって合理的な結果が一何らかの方法で一現れると想定されている。合理性の存在が前提とされ、その実現が裁判という法過程によって保障されると考える点に、コンセンサス思想が現れている<sup>22</sup>。

## 4. 新概念主義の登場

それでは、なぜ1950年代、60年代の不法行為法学は、新概念主義を生み出すことになったのだろうか。コンセンサス思想に基づく不法行為法学には、いかなる問題が存在したのだろうか。

---

<sup>19</sup> G. T. Schwartz も、このような法理的コンセンサスが当時存在していたことを、次のように述べている。「1950年代、不法行為の論者ら〔ただし、Gregory、Ehrenzweig、Green、Morris は除かれている一筆者注〕は、損失分散その他の広範な公共政策上の問題にほとんど関心を示さず、むしろ、不法行為の法理の内在的首尾一貫性に相変わらず興味を持っていた。その内在的首尾一貫性は、主として正・不正（right and wrong）に関する偏狭な常識によって補われるものであった」。Gary T. Schwartz, *The Beginning and the Possible End of the Rise of Modern American Tort Law*, 26 GA. L. REV. 601, 636 (1992).

<sup>20</sup> WHITE, *supra* note 8, at 208.

<sup>21</sup> *Id.* at 188-89.

(1) アメリカ社会の理念の変化

まず、White が分析の基本的視点とするアメリカ社会の理念を見てみよう。コンセンサス思想を成り立たせていた 20 世紀半ばの共通の価値観—愛国心、品位 (decency)、機会の平等など—は、1970 年代のアメリカ社会では失われてしまう<sup>23</sup>。その結果、人々は自分の個人的な信念に目を向けるようになる。自分の信念を確認し、それを他人と共有することに強い関心を抱くようになる。支配的な価値観についての社会的な合意あるいは専門家間での合意が欠如しているため、ある理論は別の理論と同じ程度に好ましいものに見えるようになる。

新概念主義のような理論的展望の主張が学問において再生したことは、上記の傾向と似通ったところがある。White は、理論の信頼性 (authoritative) を保障することよりも、できるだけ力強く (forcefully) 表明することに努力が払われるようだ、と評している<sup>24</sup>。

しかし、この説明は、新概念主義の一般的な傾向を示すものではあるが、前述した不法行為法学におけるコンセンサスの崩壊を直接説明するものではない。White は、Prosser と Traynor の基本的発想を分析して、その崩壊の原因をさらに具体的に指摘している。以下で見ていきたい。

---

<sup>22</sup> 当時、支配的価値観が存在していたとの指摘は、David G. Owen, *The Intellectual Development of Modern Product Liability Law : A Comment on Priest's View of the Cathedral's Foundations*, 14 J. LEGAL STUD. 529, 531 (1985); Schwartz, *supra* note 19, at 612, 637-38 でもなされている。Schwartz は、ウォーレン・コートの司法積極主義、政府レベルでの公共政策の積極主義にも触れている (*Id.* at 609 et seq.)。その他、不法行為法における積極主義的裁判官像に触れたものとして、George L. Priest, *The Invention of Enterprise Liability : A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law*, 14 J. LEGAL STUD. 459, 519 (1985) がある。

<sup>23</sup> White だけではなく、M. Rosenfelt も類似の主張を行っている。それによれば、アメリカ社会における価値観の分裂は、公法だけではなく私法の解釈にも影響し、危機をもたらしている。MICHEL ROSENFELD, *JUST INTERPRETATIONS : LAW BETWEEN ETHICS AND POLITICS* 13 (1998)。

(2) 不法行為法学におけるコンセンサスの問題点

① Prosser について

Prosser のアプローチは、リアリズム法学の知見とこれに対抗する法理志向の不法行為理論とを融合するものであった<sup>25</sup>。このうち、リアリズム法学の政策的アプローチは、不法行為法の補償機能を支持するものであった。他方、伝統的な法理志向のアプローチも、不法行為法に対する一定の見方に一暗黙のうちに一立脚していた。すなわち、不法行為法は民事上非難すべき行為への警告を目的とするという見解である（これは、19世紀後半から20世紀初頭にかけて支配的であった）<sup>26</sup>。そうすると、Prosserによる両方のアプローチの統合は、これら二つの機能の対立を抱え込むように見える。しかし、前述したように、不法行為法学は「各人が行動の指針にできる程度に利益衡量を許容する法理」を探求すべきであり、そのような法理は判決から得られるとすれば、不法行為法の合理性の検討は、不法行為法の目的・機能論とひとまず切り離すことができる。諸々の判決から上記のような法理を抽出し、これを首尾一貫した簡潔な体系にまとめ上げれば、合理性が自ずと現れ出るわけである。Whiteの分析によれば、Prosserは政策上の問題を提起し議論したが、熱意をもってそうすることはほとんどなかったとされる<sup>27</sup>。

しかし、現実には不法行為法の補償機能が有力に進展していく。前述のように、19世紀の思想に基づく不法行為法の主な機能は、非難すべき民事上の行為の制裁または抑止であった。しかし、損害に対するアメリカ社会の考え方は変わっていく。積極的でパターナリスティックな国家の介入、包括的

---

<sup>24</sup> WHITE, *supra* note 8, at 213-14.

<sup>25</sup> *Id.* at 153, 157, 177-78.

<sup>26</sup> *Id.* at 151-52.

<sup>27</sup> *Id.* at 177-78.

な福祉国家という 20 世紀の思想とともに、被害者のほとんどが法制度その他の機構を通して補償を得る資格を持つと想定されるようになった。パターンリスティックな国家による社会一般への損害の配分は、公正で効率的な補償のための公衆間での危険の調整という不法行為法の公法的理解を発展させる。不法行為法は行政的、配分的な性格を持つことになる。このことを認めるならば、コモンロー（判例法）に立法が介入してもなんら不当ではない。また、公衆が求めるならば全面的に法理を変更してもかまわない。ここにはもはや、法理の分類と簡潔化にはとどまらない新たな不法行為像の示される可能性が存在する<sup>28</sup>。こうして 1970 年代初頭、多くの学者は、不法行為法は今や補償制度であり公法的領域にあると考えて、不法行為法の公法的問題に関する新たな理論的見地を検討し始めたのである。White によれば、それは、Prosser が貢献した、法理の表面的な首尾一貫性を崩すものであった<sup>29</sup>。

合理性の存在という抽象的な前提に立ち、法理と法過程が合理性を保障するというコンセンサスは、不法行為法の機能の進展とそれに伴う議論の展開に対応できなくなった。その結果、新たなコンセンサスが求められ、それを担うものとして新概念主義が登場した、といえる。

---

<sup>28</sup> *Id.* at xxvii, 60, 62, 146-50, 178,181, 330-31. 類似の指摘として、ALAN BRUDNER, *THE UNITY OF THE COMMON LAW* 201 (1995); 藤岡・前掲注(6) 50-51 頁、54-55 頁、浅野・前掲注(7) 243-244 頁がある。Cf. Donald Harris, *Evaluating the Goals of Personal Injury Law: Some Empirical Injury Evidence*, in *ESSAYS FOR PATRICK ATIYAH* 305 (PETER CANE & JANE STAPLETON eds. 1991)。イギリスの状況については、JOHN COOKE & DAVID OUGHTON, *THE COMMON LAW OF OBLIGATION* 234 (2000) 参照。

<sup>29</sup> WHITE, *supra* note 8, at 178-79. I. England も同様の指摘を行っている。IZAHK ENGLAND, *THE PHILOSOPHY OF TORT LAW* 101 (1993)。同様の問題意識はイギリスにも存在している。H. Street, *The Twentieth Century Development and Function of the Law of Tort in England*, 14 *INT'L & COMP. L. Q.* 862, 875 (1965)。

## ② Traynor について

White は、Traynor の基本的立場の問題点を、次のように指摘する。いかなる問題についてもコンセンサスに基づく合理的な解決が存在し、訓練された者は遅かれ早かれそれに到達すると主張することは、熟慮を経たコンセンサスに基づかない数多くの判決に目を閉ざすことになる。後知恵的に（hindsight）、それらの判決をアメリカ社会にとって「最良」のものとする示すことになる。それはまた、裁判という部局にたまたま就いた者に無欲かつ公平で賢明な性格を与えるものであり、その者らを非凡な人間集団とする主張でもある。White は、裁判官を政策形成者と捉えることは不当ではないが、裁判官になった人々や裁判という過程がそれ以外の人々よりも合理的な状態にあったと想定することはできない、と批判している<sup>30</sup>。

## (3) 新概念主義の登場の意義

1970年代になると、1950年代、60年代のコンセンサス思想は行き詰まることになった。White の見解によれば、不法行為法の基礎理論の登場は、抽象的な合理性の想定と、法理と法過程による合理性の保障という発想—すなわち1950年代、60年代のコンセンサス—の行き詰まりを背景としたものである。基礎理論は、新たなコンセンサスを模索する試みとして、あるいは少なくとも法的問題にアプローチできる哲学的前提を確認しようとする試みとして、位置付けることができる<sup>31</sup>。

## 5. White の分析の意義と課題

### (1) White の分析のまとめ

White は、不法行為法の分析に際して、アメリカ社会の理念に注目する。

---

<sup>30</sup> WHITE, *supra* note 8, at 209 ; cf. JANE STAPLETON, *PRODUCT LIABILITY* 75-76 (1994) .

<sup>31</sup> WHITE, *supra* note 8, at 209-10.

新概念主義は、1970年代以降のアメリカ社会の価値観の分裂を背景として登場したとされる。価値観の分裂は、各人が自分の信ずる理論的展望を強く主張する傾向を生み出す。しかし、それらの主張を評価する基準がないため、各人の主張が同程度に好ましいものに見えてくる。このような特徴は、不法行為法学における新概念主義の論者らが包括的な理論を強く主張していること、そして厚生経済学と倫理学に基づく様々な主張が林立していることによく合致している。また、Whiteによる直接の指摘があるわけではないが一価値観の分裂は、合理的な解決の存在というコンセンサス思想の前提に疑いを投げかけるものといえるだろう<sup>32</sup>。

これに加えて、Whiteは不法行為法に固有の事情を明らかにしている。法過程による合理性の保障への疑問と、損害に対するアメリカ社会の考え方の変化、それと密接に関わる不法行為法の目的・機能論の展開である。補償機能と不法行為法の公法的理解が有力化した結果、「整序された法理は合理性を具現化している」というコンセンサスが崩壊し、新たなコンセンサスが探求されるようになった。

それでは、なぜ、その探求は、経済学や哲学など、法律学以外の学問に依拠することになったのだろうか。Whiteによる直接の指摘はないが、1950年代、60年代のコンセンサスが崩壊したことは、法理と合理性の抽象的な結合が説得力を失い、合理性の実質にふみ込む議論が必要になったことを示している。1970年代以降、法理の整序だけでは合理的な解決が得られないと考えられるようになったのである。そうだとすれば、法理の整序に重点を置いてきた（とされる）伝統的な法律学内部よりも他の学問に理論的展望を求めるのは、理解できる結果といえる。不法行為法の基礎理論の論者であ

---

<sup>32</sup> *Id.* at 189.



る E. Weinrib の見解は、「新形式主義（New Legal Formalism）」とも評され<sup>33</sup>、1950年代、60年代のコンセンサスと類似の性格を有しているが、その Weinrib でさえ、法理の内在的首尾一貫性にとどまらず、カント哲学の「自律的行為者」概念によって自らの基礎理論を正当化しているのである。

## （2）White の分析の課題

White の分析に対しては、不法行為法の目的・機能の変化と新概念主義との関係について、次のような疑問が生じてくる。不法行為法の補償機能・公法的理解は、その台頭にもかかわらず、なぜ1970年代以降のコンセンサスにならなかったのだろうか。

この点を明らかにするために、次章において、不法行為法の補償機能・公法的理解に関する議論を検討していきたい。

## 第2章 不法行為法の補償機能・公法的理解

### 1. 不法行為法の補償機能

White は、「加害者の非難性と関係なく損害を賠償すべきである」という考え方を不法行為法の補償機能として捉えている<sup>34</sup>。この考え方は、他の論者においても不法行為法の目的として掲げられているが<sup>35</sup>、補償機能は、ア

---

<sup>33</sup> Weinrib は、法の自律性を尊重するべく、いわゆる形式主義の立場から基礎理論を主張した。それによれば、法律関係は、何らかの法内在的な存在により規定されており、この点で、政治を含む非法的な社会関係と区別される。Weinrib の見解は、「自律的行為者としての当事者の平等」というカント哲学的な規範に依拠するから、法外在的な議論を介入させているのではないかとの疑問がある。

<sup>34</sup> 補償機能の具体的内容は論者によって一様ではないが、以下では White の考え方に従う。

<sup>35</sup> E.g., W. PAGE KEETON ET AL., PROSSER AND KEETON ON THE LAW OF TORTS 20 (5th ed. 1984).

アメリカ不法行為法学上、そのままの形で有力な地位を占めたわけではないように思われる。White は、責任保険の浸透によって補償機能が進展したというよりも、補償機能の進展こそが責任保険の浸透を促したと考えることができるとしている<sup>36</sup>。しかし、補償機能の進展に着目した 20 世紀初頭から 20 世紀半ばまでの論者においては、損失分散能力や「企業責任 (enterprise liability)」といった発想も重視されていたように思われる<sup>37</sup>。

高柳賢三博士は、1922 年に Illinois Law Review に論文を寄稿している。そこでは、不法行為法の機能として、損害の予防と補償が取り上げられている。高柳博士によれば、きわめて危険で、それに伴う損害を予見できるにも関わらず、社会的有用性のゆえに禁止には至らない活動が存在する。こうした活動による損害については、加害者の非難性と関係なく不法行為法の補償機能を実現すべきである。「その損害は、当該行為自体の不可欠の費用に属する。企業は、保険と価格調整という手段によって、十分にその費用を提供することができる」<sup>38</sup>。ここでは、補償が責任の根拠となりつつも、企業活動の不可避的な費用という発想<sup>39</sup>と損失分散という発想が付け加えられている。

---

<sup>36</sup> WHITE, *supra* note 8, at 148-49.

<sup>37</sup> Cf. Schwartz, *supra* note 19, at 638, *but see id.* at 640; KEETON, *supra* note 35, at 24; ALLEN M. LINDEN, CANADIAN TORT LAW 4 (4th ed. 1988). なお、わが国で企業責任というと、民法 709 条に基づく法人自体の責任を指すのが一般的である。本論文で取り上げる「企業責任」論は、これと異なっており、損失分散能力など企業に固有の事情を責任基準に反映させようとする試みである。企業の責任の厳格化を意図して主張されることが多い。

<sup>38</sup> Kenzo Takayanagi, *Liability without Fault in the Modern Civil and Common Law*, 16 ILL. L. REV. 163, 169, 172-73 (1921). なお、この論文については我妻栄博士の紹介がある。我妻栄「序」岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』(有斐閣、1958 年) 11-15 頁。

<sup>39</sup> この発想は、第二次不法行為リステイトメントにも見受けられる。Cf. RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS §519 cmt.d.

これと類似の考え方は、その後の多くの論者に認めることができる。たとえば、L. Green は、ネグリジェンスにおける注意義務の設定に影響を及ぼす正義性の要素として、類似の考え方を述べている<sup>40</sup>。1930年には、L. M. Feezer がより詳細な検討を加えている。それによると、「不法行為訴訟によって金銭的損失の負担を課される被告は、損失を保険によって、またはその営利活動を遂行する費用に加えることによって、分散することができる。いずれの場合にも、損失は最終的には社会に分散されるのである。この損失分散を社会的に承認する限り、社会的な相互依存を促す高度の文明社会が生み出す損害については、社会が自らに最終的な責任を認めるものと思われる」<sup>41</sup>。1940年代以降、このような考え方はより積極的に議論されるようになる。F. James は次のように述べている。伝統的な不法行為法は、正義・公正の感覚もしくは危険な行為の抑止、またはそれらの両方を根拠として、損害を被害者から加害者に移転する。この移転について社会一般は利害を有しなかった。しかし、機械の普及した時代においては、甚大な被害が定期的に発生する。この損害については、被害者への補償を確実なものとし、社会全体（またはその構成部分）に損害を分散することが最も適切であり、最も効率的である。これは労災分野に現れているが、他の領域でも損害は単に移転されるのではなく、責任保険によって分散されるようになった。補償と損失の広範な分散は、事故の割合を増加させない限り好意的に評価され、拡大されるべきである<sup>42</sup>。James 以降の論者としては、C. O. Gregory、

---

<sup>40</sup> Leon Green, *The Duty Problem in Negligence Cases*, pt. 2, 29 COLUM. L. REV. 255, 256 (1929).

<sup>41</sup> L. W. Feezer, *Capacity to Bear Loss as a Factor in the Decision of Certain Types of Tort Cases*, 78 U. PA. L. REV. 805, 809-10 (1930).

<sup>42</sup> Fleming James, JR., *Accident Liability Reconsidered: The Impact of Liability Insurance*, 57 YALE L. J. 549, 549-51, 557-58, 563, 569 (1948).

A. Ehrenzweig、R. E. Keeton、C. Morris を挙げることができる。Gregory は、異常に危険な活動についての責任や労災補償制度を絶対責任と捉え、責任保険の浸透による損害の分散または吸収を論じている<sup>43</sup>。Ehrenzweig<sup>44</sup> と Keeton<sup>45</sup> は、James と同じく、機械が普及した時代の一見非難できない加害行為についての責任を論じ、そのような責任の根拠の一つとして損失分散能力を位置付けている。Morris によれば、損失分散という経済学の主張は、その前提が疑わしく、また、過度の単純化に立脚したものであるが、一定の現状にはおおよそ合致するものとされる<sup>46</sup>。

## 2. 不法行為法の公法的理解

White は、不法行為法を公法的に捉える論者として、前述の Green を挙げている。

### (1) Green の見解（「変装した公法 (public law in disguise)」）

Green は、当該事案の事実関係と法理を超える司法過程の第三の側面、すなわち直接の訴訟当事者以外の利益を強調している。裁判所は、「我々人民 (we the people)」の利益、あるいは社会秩序に適した利益を有する重要な集団の利益の考慮から、逃避すべきではない。その際、裁判所は、事実審の与える記録にはないような「事実」を考慮せねばならない。このような「背景的事実 (environmental facts)」(グリーンはこれを「公共政策」としてい

---

<sup>43</sup> Charles O. Gregory, *Tresspass to Negligence to Absolute Liability*, 37 VA. L. REV. 359, 395-96 (1951).

<sup>44</sup> Albert A. Ehrenzweig, *Negligence without Fault*, reprinted in 54 CAL. L. REV. 1422, 1439-41, 1455 (1966).

<sup>45</sup> Robert E. Keeton, *Conditional Fault in the Law of Torts*, 72 HARV. L. REV. 401, 405, 407, 436-37 (1959).

<sup>46</sup> Clarence Morris, *Hazardous Enterprise and Risk Bearing Capacity*, 61 YALE L. J. 1172, 1176 (1952).

る）は容易に法理化できないが、訴訟で取り扱う事実を凌駕し、確固たるものと考えられた法理を無益なものとするほどに重要なものである<sup>47</sup>。

このように、訴訟当事者を超えるような利益が判決で重視されることから、不法行為法は「変装した公法」とされる。不法行為法においては、公共の利益がより明らかであるような法域と同程度に精密で入念な調査が必要とされる。

ただし、Green は、法理の存在意義を否定してはいない。事実、法理、政策は協同関係にあるとしている。法理の存在意義は、問題を類型化すること、そして、その問題の処理の仕方を規律する政策を一見して把握できるようにすることにある<sup>48</sup>。

## (2) Green の見解の意義

Green によれば、現代（1960 年当時）は、1800 年代初頭以降、裁判所による政策の見直しと法理の修正が最も現れている時期である。そして、法律家はもはや政策的な主張をおそれず、多くの裁判所は政策的な主張によって対応する兆候があるとされる<sup>49</sup>。このような指摘は、Prosser の「法理的」アプローチの崩壊に関する White の説明と合致している。また、(1) で見た Green の見解は、不法行為法に対する社会的必要性の影響を認めるものといえるから、後述する Feezer の社会正義論に共通する発想ともいえる。

## 3. イギリスとカナダの状況

不法行為法の補償機能、公法的理解を窺わせる主張は、1970 年代以前のイギリスとカナダにおいても認めることができる<sup>50</sup>。

---

<sup>47</sup> Leon Green, *Tort Law Public in Disguise*, pt.1, 38 TEX L. REV. 1, 2-3 (1959).

<sup>48</sup> *Id.* at 265, 268-69.

<sup>49</sup> *Id.* *Tort Law Public in Disguise*, pt.2, 38 TEX L. REV. 257, 267 (1960).

(1) イギリスの状況

①補償機能について

責任保険が不法行為責任のあり方や不法行為責任の拡大に影響を及ぼしたとの見解は、裁判所には妥当しないとの指摘がある<sup>51</sup>。

立法面での影響については、次のような指摘がなされている。1980年代の労災補償制度の導入に際して、企業は自らがもたらす危険について責任を負うべきとの考えや、全ての事故を補償する危険は商品生産の一部であるとの考えが存在したとされる<sup>52</sup>。それらは、企業は自活すべきである（pay its way）という発想に基づくものといえる。また、人身損害賠償制度に関するピアソン委員会の報告書にも、損失分散能力への言及が見受けられる。ピアソン委員会は、製造者は欠陥製品による人身損害に対して厳格責任を負うべきだと主張した。その論拠の一つとして、次のように述べている。「製造者は必要な保険の締結に最も適した地位にあり、少なくとも価格を通してその費用の大部分を転嫁するものと想定できる。消費者が全体として保険料—それは、自分が利益を得る製品によって惹起される損害に対するものである—を支払うことは、正当であり理解できることである……」<sup>53</sup>。

---

<sup>50</sup> コモンウェルス諸国について、Brudnerは包括的に次のように述べている。「責任保険は、過失という伝統的基準の適用に対して（場合によってはその定義に対してさえも）密かな影響を及ぼしてきた」。BRUDNER, *supra* note 28, at 154.

<sup>51</sup> Jane Stapleton, *Tort, Insurance and Ideology*, 58 MOD. L. REV. 820, 827-28 (1995).

<sup>52</sup> STAPLETON, *supra* note 30, at 30; cf. GLANVILLE WILLIAMS & B. A. HEPPLER, FOUNDATIONS OF THE LAW OF TORT 201 (2d ed. 1984).

<sup>53</sup> Report of Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury, vol.1, para1235, 1236 (1978). 本報告書については、飯塚和之「イギリスにおける身体損害(人身損害) 補償論—ピアソン委員会報告書」ジュリ 691号 (1979年) 214-221頁参照。

学説には次のような主張が見受けられる。1951年、G. Williamsは、不法行為法の目的として、宥和（appeasement）、正義、抑止、補償を取り上げ、補償について次のように述べている。補償という目的からは、他人に損害を惹起した者は、過失に関わりなく損害を回復しなければならない。しかし、道徳的な非難を欠く場合、なぜ被告は被害者に補償すべきなのか。Williamsは、「企業責任」をその論拠とすることができるという。企業の不法行為責任は、原材料と同様、通常の営利活動の代価と見なされる、との発想である<sup>54</sup>。A. L. Goodhartも、同年、同じ雑誌に寄稿した論文で、被告の保険者としての地位に着目している。それによれば、厳格責任の「法は、危険の作出者を罰するものではなく、保険者の地位に置くものである。……私の財産を破壊したのは危険の作出者である。私はその者がダイナマイトを貯蔵していることさえ知らなかったから、生じうる損害に対して自家保険をかけられない。他方、危険の作出者は、その状態がどのようなものであるかを正確に知っているから、自身を経済的に保護できるのである」<sup>55</sup>。1960年には、D. Payneが、過失責任の道徳性に対する損失分散の影響を指摘している。実務上、多くの事故類型において責任保険が普及しており、「付保された被告の損害賠償の負担は、その者によって個人的に負担されるのではなく、問題の危険類型の付保者集団全体に分散される。被告が営利活動を行っている場合には、責任保険の保険料は、商品と役務の価格の一部として一般消費者に転嫁されるだろう。たとえ保険がなくとも、現代における企業規模は、他人に対する損害の責任を通常の支出として吸収しうる程のものである。裁判所は、少なくとも理論的には、この保険という要素を人身損害訴

<sup>54</sup> Glanville Williams, *The Aims of the Law of Torts*, 1951 CURRENT LEGAL PROBS. 137, 151-52.

<sup>55</sup> A. L. Goodhart, *The Third Man or Novus Actor Intervens*, 1951 CURRENT LEGAL PROBS. 177, 178.

訟において無視してきた。しかし、それが過失準則の道徳性に深く関連することは、ほとんど否定することができない<sup>56</sup>。1961年には、J. A. Jolowiczが次のような見解を示している。Jolowiczによれば、厳格責任は過去の不幸な遺産ではなく、その範囲と機能を再評価する必要があり、損害を被告のものとするのが正当な場合には厳格責任を課す必要があるとされる（ただし過失責任を完全に放棄する必要はない）。Jolowiczは、このように主張する際、不法行為法の抑止機能の非効率性、企業活動の通常経費、価格機構を通じた損失分散を論じている<sup>57</sup>。

### ②不法行為法の公法的理解について

不法行為法における公共政策という観点は、C. R. Symmonsの議論に見受けられる。Symmonsは、「裁判所が、『損失を最小に感じこれを最適に負担できるところに』損失を負わせるべきであるのならば」、原告の加入している保険にも注意を払うべきだと述べている<sup>58</sup>。

### ③法改革の中断と不法行為法の合理性をめぐる議論

WilliamsとB. A. Heppleは、前述したピアソン委員会の主な提案が実行されようとしていないことを指摘し、「法改革がこのように中断した結果、不法行為法の合理性に関する理論的な議論への関心が復活した」としている<sup>59</sup>。

---

<sup>56</sup> Douglas Payne, *Compensating the Accident Victim*, 1960 CURRENT LEGAL PROBS. 85, 88 ; see also Harris, *supra* note 28, at 305.

<sup>57</sup> J. A. Jolowicz, *Liability for Accidents*, 26 CAMBRIDGE L. J. 50, 54-56, 58, 60 n.51, 61, 63 (1968).

<sup>58</sup> C. R. Symmons, *The Duty of Care in Negligence Recently Expressed policy Elements*, pt.2, 34 MOD. L. REV. 528, 539 (1971).

<sup>59</sup> WILLIAMS & HEPPLER, *supra* note 52, at 196-97; see also COOKE & OUGHTON, *supra* note 28, at 237 (ピアソン委員会の提案の実現状況について).



(2) カナダの状況

カナダでは、1980年代に不法行為法の基礎理論がさかんに議論されるようになったとされる<sup>60</sup>。これに対し、不法行為法の目的・機能論は、それ以前にも存在していた。

たとえば、1941年、C. Wright は次のように述べている。すなわち、不法行為法の目的は「損失を調整し、ある者が他人の行為によって被った損害を補償すること」である。不法行為法の発展は、社会的、道徳的、経済的な思想を反映している。「全ての法は一種の社会工学と記されてきたが、このことは……不法行為法において最も明らかであった」<sup>61</sup>。1961年になると、Wright は損失分散を明確に指摘するようになる。しかも、Wright は、法の内在的研究のみならず社会学的検討の必要性を説いている。これは前述のGreen の見解に共通するものといえるだろう<sup>62</sup>。その他、同年、O. E. Lang が「行為はその危険を負担する」との原則を主張し、抑止や損失分散を論じている<sup>63</sup>。

なお、現時点からの評価ではあるが、損失分散という考え方は権利の回復を拡大する論理であったと指摘されている。損失分散理論の主な意義は、企業活動の自由を劇的に破壊することなく、社会保障の論理を導入したことにあった。それゆえ、社会保障制度が整ってくれば、この論拠の必要性は減少するという<sup>64</sup>。

---

<sup>60</sup> Jhon McLaren, *The Theoretical and Policy Challenges in Canadian Compensation Law*, 23 OSGOODE HALL L. J. 609, 616 (1985).

<sup>61</sup> Cecil A. Wright, *Introduction to the Law of Torts*, 8 CAMBRIDGE L. J. 238, 239, 240-41, 243 (1944).

<sup>62</sup> *Id.* *The Adequacy of the Law of Torts*, 25 CAMBRIDGE L. J. 44, 48-49, 50-51, 53, 56, 57, 61 (1961).

<sup>63</sup> O. E. Lang, *The Activity-Risk Theory of Tort : Risk, Insurance and Insolvency*, 39 CAN. B. REV. 530, 532, 533, 536, 537, 541 (1961).

<sup>64</sup> LINDEN, *supra* note 37, at 4.

### 第3章 不法行為法の基礎理論の形成と展開

#### 1. 損失分散理論に対する批判

不法行為法の補償機能と公法的理解は、同じ次元の議論ではない<sup>65</sup>。なぜなら、公法的理解は、当事者を越えた広範な社会政策が当事者間の紛争解決に反映するとの主張であり、必ずしも被害者に有利な紛争解決を支持するわけではないからである。不法行為法の公法的理解は、補償機能の拡大を許容する論拠として位置付けられるべきだろう。そこで、以下では、補償機能が不法行為法学における新たなコンセンサスとならなかった理由を検討したい。

##### ①損失分散理論に対する批判

第2章で見たように、アメリカ不法行為法学における補償機能への支持は、損害を企業の運営費用として捉えるといった発想や被告の損失分散能力を考慮するといった発想を伴っていたものと思われる。補償機能がコンセンサスに至らなかったのは、このうちの後者の発想、すなわち損失分散理論に弱さがあったからではないだろうか。

F. H. Bohlen は、1932年の時点ではあるが、Greenの見解について、「損失の負担能力は、意識的であれ無意識的であれ、いかなる裁判所の判決にも影響を与えていないと信ずる」と批判している<sup>66</sup>。Prosserも、危険分散能力を厳格な製造物責任の根拠とすることについて、次のように批判的な立場をとっている。「製造者は不可避的な損害を吸収するのに適した地位にあ

---

<sup>65</sup> Cf. WHITE, *supra* note 8, at 151. whiteによれば、「不法行為法の中心的な目的が被害者の補償であるという信念は、不法行為の問題に対する『政策的』アプローチと両立するものであった」(傍点筆者)。

<sup>66</sup> Francis H. Bohlen, *Judge and Jury*, 80 U. PA. L. REV. 781, 794 (1932) (book review).

り、価格機構を通じて社会に広範に分散できるのだから、そのような損害を集団として吸収すべきだ」と言われるが、裁判所と立法者そして公衆の感覚は、そのように重い負担を製造者に負わせるというものではない。また、ある集団が損害を負担すべきかどうかは、保険に基づいて決定できないし、決定してはならない。さらには、消費者に対して、他人を補償するための著しい価格上昇を認めるよう強いるべきかどうかを決めることはできない。責任保険を無視すべきでないのは明らかだが、それは付け足しに過ぎず、問題の核心ではない<sup>67</sup>。

さらに、現在からの評価だが、当時、不法行為法の抑止または警告機能がなお重視されていたとの指摘がある。G. L. Priest は次のように述べている。「企業責任」は1930年頃に始まり、1950年代半ばまでに学者集団のほぼ完全な支持を獲得し、1960年代初頭実践された。しかし、このようにしてコンセンサスになった「企業責任」は、危険の分散だけを根拠にしていたわけではない。製造者と消費者の立場の違い、費用の内部化という考え方も根拠としていた。Priestによれば、危険分散を唯一の根拠とすることを躊躇させたのは、費用の内部化という考え方だったとされる<sup>68</sup>。

## ② Morris と Keeton の見解

前述のように、Morris と Keeton は不法行為法の損失分散機能を肯定する論者である。しかし、両者においてすら、損失分散の位置付けは限定的なものであった。

---

<sup>67</sup> William L. Prosser, *The Assault upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer)*, 69 YALE L. J. 1099, 1120-22 (1960).

<sup>68</sup> George L. Priest, *The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law*, 14 J. LEGAL STUD. 461, 481, 520-21 (1985).

Morris は、損失分散という要素は必ずしも被害者の補償につながらないと指摘している。被害者が損失の負担能力に優れているならば、被害者が損失を負担すべきだからである (Keeton も同じ指摘をしている)。また、損失分散能力に依拠して処理の仕方を変えるためには、裁判官が経済的要素を考慮するよう訓練され、事故被害の経済学の専門家の補助を受けることが必要である。さらに、貧困か裕福かというだけで訴訟の有利不利が決まるのは、我々の正義の感覚に反している<sup>69</sup>。

Keeton は、責任が損失分散のみを根拠にすることはないと述べている。責任は社会の道徳的感覚に基づく非難性を根拠としており、損失分散はこれに影響する要素に過ぎないとされる。危険分散能力の考慮は、それ以外の根拠に基づく帰責を妨げてきた障害物を取り除く役割を果たす (たとえば、慈善行為の免責に対する責任保険の影響)。このような意義は重要だが、責任の根拠として過失に取って代わるものではない。過失の意義の継続的变化に影響する一つの要素に過ぎない<sup>70</sup>。

### ③政治的背景の変化

G. T. Schwartz は、不法行為責任が1960年代から80年代にかけて拡大し、それ以降安定した状態に入ったと指摘し、こうした変化の一因を公共政策の理念の変化に求めている。

Schwartz によれば、1960年代と70年代初頭、不法行為法はきわめて個人主義的で道徳的色彩を帯びたものに見えたが、その背後には広範な社会責任の原理があった。社会責任の原理は、増加する事故被害者を補償すべきとの主張に弾みを与えた。責任の拡大した1960年代、知的生活とロースクー

---

<sup>69</sup> Morris, *supra* note 46, at 1176-77, 1179.

<sup>70</sup> Keeton, *supra* note 45, at 427-28, 436-38, 441-44.

ルはリベラル左派に立脚していた。当時の法理は、おそらくは保守主義的な批判に対して脆弱なものだったであろうが、そのような批判者がいなかったのである。当時、過度の費用負担とか契約の軽視とかといった問題を指摘しても、その指摘は旧態依然としたものであり、不適切なものとして退けられたであろう。しかし、1970年代半ばになると、社会福祉政策の多くが実現し、その拡大には、資源の制約への認識と厳格な政策分析が求められるようになった。1980年頃には、公共政策の分析は新自由主義あるいは新保守主義に転換するに至った<sup>71</sup>。

このような政治状況の変化の指摘は、「法と経済学」アプローチの登場についての White の説明と一致する。White によれば、1950年代、60年代の不法行為法は、規制的・配分的な特徴を有していた。これに対して、「法と経済学」アプローチは、不法行為法の機能を非規制的・非配分的なものに帰させるものである。その法理は、私的な相互交渉の調和と促進を目的としたものとなる<sup>72</sup>。Schwartz の指摘した上記の事情は、このような White の主張をよく説明するものといえるだろう。

## 2. 1970年以前の議論と不法行為法の基礎理論との関連

### (1) 「法と経済学」アプローチの登場

以上のように、損失分散という発想は、抑止機能や社会的道徳感情を不法行為法から除外するものではなかった。その結果、補償機能は、不法行為法

---

<sup>71</sup> Schwartz, *supra* note 19, at 609-19, 693-94, 701; *id.* *Foreword: Tort Scholarship*, 73 CAL. L. REV. 548, 548-51 (1992). 1980年代における資源の稀少性の認識は、後述の D. G. Owen にも見られる。David G. Owen, *Rethinking the Policies of Strict Product Liability*, 33 VAND. L. REV. 681, 705-06 (1980).

<sup>72</sup> WHITE, *supra* note 8, at 219.

学において完全には支配的な地位を獲得するには至らず、複数の目的・機能が不法行為法に混在する事態が生じたものと思われる。

最初に本格的な形で登場した不法行為法の基礎理論は、「法と経済学」アプローチである。「法と経済学」アプローチは、不法行為法の目的・機能が上記のように混在する中で、補償機能、抑止機能、公正さや社会の道德感情の実現を新たな方法で統合したものといえる。

ところで、従前の議論のうち、Morris と Keeton の見解には「法と経済学」アプローチとの連続性を認めることができる。Morris は、経済学的視点に触れ、その必要性を説いているし、Keeton は、損失の分散と抑止を関連付けて論じている。とくに Keeton の見解は、1959 年に示されたものであるが、抑止、損失分散、社会的道德感情といった観点を不法行為法の具体的準則に照らして検討したものである。1970 年代以降にさかんに議論されるようになった基礎理論の萌芽的存在ともいえるだろう。もっとも、Keeton の主張と「法と経済学」アプローチには、次のような相違もある。抑止についていうと、Keeton による損害の内部化の主張はいわゆるピグー理論に近い。これに対して、「法と経済学」アプローチはいわゆるコース理論にも基礎を置いている。また、危険の分散の位置付けも異なっている。Keeton は、危険分散を非難性の内容に含ませており、究極的には社会の道德感情に結び付けているが、Calabresi は事故費用の最小化という経済学の発想に含ませている。こうした相違はあるが、「法と経済学」アプローチと従前の見解との間には、いくつかの共通点が認められる。不法行為法の基礎理論がまず「法と経済学」アプローチとして登場した背景には、経済学的視点が不法行為法学に生じつつあったという事情も影響したと思われる。

## (2) 異なる潮流の存在

1970 年以前の議論の内容をふまえると、不法行為法学の新たなコンセンサスの探求は、「法と経済学」アプローチ以外の方向で生じてきても不思議

ではない。

①補償機能・公法的理解について

補償機能・公法的理解をめぐる議論には、「法と経済学」アプローチには必ずしも収斂しない発想が存在していた。Keetonの見解は上記の通りである。また、Feezerは、損失分散能力の議論にとどまらず、より一般的に不法行為法における社会正義を論じている。それによれば、個人的な権利に関わる諸々の概念は、個人的自由に関する現代的な理念と内在的な関連を有している。18世紀および19世紀の法哲学が理解していたような自由は、より集団主義的な自由にとって代わられるようになった。裁判所は、当代の代表的な経済哲学・社会哲学に主体的に関わることを避けられない。さもなければ、過ぎ去った時代の哲学に固執することを選択せねばならない<sup>73</sup>。このようなFeezerの主張は、「法と経済学」アプローチだけではなく、他の様々なアプローチとも接合可能なものといえる。その他、L. Voldも、不法行為法による危険の配当という観点から、現在の配分的正義に連なるような主張を行っている<sup>74</sup>。

②補償機能・公法的理解以外の立場について

不法行為法の基礎理論に先立つ議論の中には、補償機能・公法的理解とは一線を画す立場も存在していた。Whiteが言うように、価値観が分裂し各人が自己の信念を強く主張する時代が到来したとすると、それ以前には説得力を欠くように見えた立場を顧み、再びそれを主張する者も登場するだろう。

1937年にBohlenは、「不法行為法の主たる目的は、訴訟当事者の対立する利益の『公正な』調整を実現することである」と述べている<sup>75</sup>。この指摘

<sup>73</sup> L. M. Feezer, *Social Justice in the Field of Torts*, 11 MINN. L. REV. 313, 326, 327 (1927).

<sup>74</sup> Lawrence Vold, *The Functional Perspective for the Law of Torts*, 14 NEB. L. BULL. 217, 224 n.17, 227 (1936).

には、「当事者間の公正」という矯正的正義の基本的発想との類似性を見て取ることはできないだろうか（もっとも、Bohlen 自身は、社会的利益と世論の影響を認めている）。

その他にも、道徳、正義という言葉を用いて不法行為法を検討する見解が存在していた。1908年にJ. B. Amesは次のように述べている。法と道徳原則の調和は進んだが、完全な調和はまだ達成されていない。法制度をできる限り最適な正義の道具にするための系統的な研究が必要である。Amesによれば、道徳的非難性に基づく責任（過失なければ責任なし）によって厳格責任（「自己の危険において行為する」）を代替することが、道徳的な原理をより実現することになる。Amesが用いる正義、道徳の意義は曖昧であり、「我々の公正の感覚」とか、「法は、社会の合理的な必要性を実現するために存在する」といった指摘があるに過ぎない<sup>76</sup>。「法と経済学」アプローチは、これら道徳、正義、公正といった概念の内容を具体化するものといえる。しかし、アリストテレスの正義論等も、これらの概念の具体的な内容として十分耐えうるものである。注目すべきは、Williamsが正義を不法行為法の目的の一つに位置付け、その内容をアリストテレスに基づいて具体化していることである。Williamsによれば、不法行為法を道徳によって構成する見解は困難に直面する。なぜなら、道徳によって不法の償いを根拠付けるのであれば、その償いは自由意思によってなされるべきことになるからである。「カント的な思想のモラリストは、次のように主張するだろう。すなわち、あなたが誰か他人によって行為を強制されたなら、善き行為の道徳的価値は存しないのだと。それゆえ、道徳は不法行為者に補償を求めるとの見解

<sup>75</sup> Francis H. Bohlen, *Fifty Years of Torts*, 5 HARV. L. REV. 725, 725-26 (1937).

<sup>76</sup> James Barr Ames, *Law and Morals*, 22 HARV. L. REV. 97, 99, 109, 110 (1908).



は、不法行為法の正当化にとって十分ではないのである。社会は、道徳—または正義—の求めによって、この再調整（readjustment）を強制する、といわねばならない。アリストテレスはそう主張するだろう。なぜなら、彼は、正義は社会における均衡の回復を求めるものだと言っているからである。これはトマス哲学の見解でもある。トマス哲学は、国家の目的は自然法の維持であると主張する。……権力、地位、そして尊敬が金銭所有によって決定される限り、不法行為法は反社会的な要素を抑止する手段の一つであり、……善を強める手段の一つだと考える」<sup>77</sup>。

以上のほか、1950年代、60年代のコンセンサスを何らかの形で復活させる試みも考えられる。Weinribの見解は「新形式主義」と称されるが、この立場は、その主観的意図はともかくとして、不法行為法学の歴史的展開の上では、そのような役割を担うものとしても位置付けることができるのではないだろうか。

### 3. 不法行為法の変化に対する歴史的検討の発展

不法行為法の変化や不法行為法の動向に関する認識の変化は、基礎理論の内容に影響を与える。Schwartz、D. G. Owenの以下のような指摘は、不法行為法における非難またはネグリジェンスの意義を問い直す契機となりうるものである<sup>78</sup>。

Schwartzは、1960年以降の不法行為責任の拡大を、法理的にはネグリジェンス（および合理性基準）の拡大として捉えている。様々な抗弁が廃

---

<sup>77</sup> Williams, *supra* note 54, at 143.

<sup>78</sup> Cf. Gary T. Schwartz, *The Vitality of Negligence and the Ethics of Strict Liability*, 15 GA. L. REV. 963 (1981); David G. Owen, *Philosophical Foundations of Fault in Tort Law*, in THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS, *supra* note 5, at 201.

止され、ネグリジェンス本来のあり方が実現されてきたというのである。Schwartzによれば、多くの損害はおそらく過失によって生じたものであろうから、完全な姿のネグリジェンスは、控えめな役割にとどまるものと評価されるべきではない。アメリカ不法行為法は、1960年に至るまでネグリジェンス本来の姿を実現する仕事を行ってこなかったが、1960年頃になると、ネグリジェンスに対する制約のいくつかが異常なものとなってきた<sup>79</sup>。また、責任の拡大したこの時期、裁判官は、不法行為法におけるネグリジェンスの伝統と、それに組み込まれた公正と抑止の論理、そして損失分散の論理—これらはネグリジェンスの伝統と十分容易に結合し、ネグリジェンスによって取り込むことができる—に依拠したとされる<sup>80</sup>。しかし、そのような拡大は、1980年代には終焉し、不法行為責任は、基本的には既存の法理を維持する安定期に入ったとされる<sup>81</sup>。

Owenも同様の見解に立ちつつ、事故法における非難 (fault) の中心的地位を論じている。20世紀初頭には多くの免責が認められていたため、過失またはネグリジェンスに基づく責任は低い水準に止まっていた。しかし、1960年代および70年代には、免責の廃止によってネグリジェンスが劇的に解

---

<sup>79</sup> Schwartz, *supra* note 19, at 608.

<sup>80</sup> *Id.* at 607-08. 従前の厳格責任が検討対象から外されている点に注意を要するが、Schwartzは不法行為責任の拡大を次のように説明している。1900年代から1950年代にかけて、アメリカ不法行為法は一般的に安定した状態にあった。1960年以降、以下のような点において、不法行為法に変化が現れてくる。すなわち、慈善事業、政府、家族構成員の免責が排除され、ネグリジェンスに服したこと。ネグリジェンスが土地所有者の責任にまで拡大されたこと。医療上のネグリジェンスにおける Locality 法理が衰退したこと。ネグリジェンスによって惹起された経済的損失、精神的損害の変化。寄与過失から比較過失への移行 (危険の引受もこれに吸収)。なお、製造者の責任は、厳格責任法理に支配されるようになったが、この法理はネグリジェンスの要素を強調する方法で解釈されている。*Id.* at 605-06.

<sup>81</sup> *Id.* at 602, 603-04, 647, 683-701.

放されることになった。この傾向は80年代になると鈍化し、90年代には完全な横ばい状態となる。Owenは、社会の発展に伴って将来新たな不法行為責任が生ずるだろうが、ネグリジェンスの大規模な発展は終了した、という。そして、以上の歴史的展開を次のようにまとめている。すなわち、不法行為責任は免責から非難に基づく責任の領域に進み、厳格責任に至る手前で非難の領域に回帰していく<sup>82</sup>。

## おわりに

### 1. わが国の研究の課題について

本論文では、はじめに、不法行為法の基礎理論の背景に関するわが国の研究課題として、以下の三点を指摘した。①基礎理論形成の背景となった目的・機能論の具体的内容は何か、②新たに登場した目的・機能論がそれ以前の目的・機能論に完全には取って代わらなかった理由は何か、③経済学的・哲学的知見が必要とされた理由は何か、である。

本論文の検討からは、次のように言えるのではないだろうか。不法行為法の目的・機能の変化は、19世紀の思想を反映した警告・抑止機能に対して、20世紀の福祉国家的思想を反映した補償機能・公法的理解が台頭するという形で現れた（上記①の解答）。しかし、損失分散という発想の限界、抑止（または費用の内部化）機能への執着、さらには、WhiteとSchwartzが指摘する1970年代以降の政治的背景の変化により、補償機能は従前の目的・機能論に完全には取って代わらなかった（上記②の解答）。とはいえ、補償

---

<sup>82</sup> David G. Owen, *The Fault Pit*, 26 GA L. REV. 703, 707-09, 715-16 (1992).

機能・公法的理解の進展は不法行為法学のコンセンサスに対して大きな影響を及ぼした。「裁判の合理性はその手続によって保障されており、整序された法理は合理性を具現化している」という1950年代、60年代のコンセンサスが崩壊し、合理性の実質をふまえた新たなコンセンサスの探求が求められるようになった<sup>83</sup>。そのような合理性の実質は、法理の整序だけでは得られないため、実質的な価値を理論化している他の学問分野の成果が援用されるに至った<sup>84</sup>（上記③の解答）。

## 2. 不法行為法の基礎理論の意義と課題

### (1) 「新たなコンセンサスの探求」と具体的課題

不法行為法の基礎理論は、1950年代、60年代に不法行為法を基礎付けていた法理的・法過程的コンセンサスに代えて、実質的な価値の内容に踏み込んだ新たなコンセンサスを得ようとする試みといえる。このように基礎理論の意義を理解するならば、経済学的・哲学的知見が必要とされたことも理解できる。

そして、基礎理論の誕生した背景からすると、基礎理論は、不法行為法の一般理論として、次のような課題への対応を求められているといえる<sup>85</sup>。

### (2) 補償機能・公法的理解の有力化に伴う問題

前述のように、不法行為法の基礎理論が形成された背景には、補償機能・公法的理解の台頭があった。I. Englandは、これによって次のような問題が生じたと述べる。事故の増加により社会は被害者の救済を強く求めるようになり、それに応じて過失の性質は客観的なものへと移行していく。すなわ

---

<sup>83</sup> Izahk England, *The System Builders*, 9 J. LEGAL STUD. 27, 30 (1980) .

<sup>84</sup> 平井・前掲注(3)。

<sup>85</sup> 藤岡・前掲注(6)、浅野・前掲注(7)。

ち、従来の道義的非難性よりも、配分的目的（distributive goals）に適うものへと変化していく<sup>86</sup>。ネグリジェンスは、私人間での公正（それは矯正的正義として表現されることが多い）だけでなく、配分的意義を持つようになる。このように法理の実態が変化すると、私人間での公正と配分的目的をネグリジェンスの枠内においてどのように位置付けるべきかが問題となる<sup>87</sup>。それは、ネグリジェンスとはそもそも何なのかを再検討する契機になる。

また、不法行為法の伝統的な諸目的（応報、補償、抑止）が相互に対立するようになったとの指摘がある。応報は、非難可能な不法行為について賠償責任を課すことを求め、補償は、責めない被害者が損害の賠償を受けることを求め、抑止は、被害の惹起を思いとどまらせることを求める<sup>88</sup>。このように複数の目的・機能が存する場合、それらの間の調和が問題となる。これら三つの目的は互いに衝突する可能性を有しているが<sup>89</sup>、不法行為責任が明らかに行為者の道義的非難を根拠としている間は、それほどの衝突もなく実現されていた、とされる。すなわち、道義的非難に基づく過失を理由に賠償責任を課す場合には、加害者に対する応報が意図されている。そのようにして課される賠償責任は、被害者への補償と同時に、不注意の防止といった抑止効果も併せ持つものである<sup>90</sup>。しかし、この調和は、前述した事故の激増と保険の広範な利用によって覆されることになる。不法行為責任が配分的な性格を強めるにつれて道義的な非難性は弱まり、応報的要素が弱まることに

<sup>86</sup> England, *supra* noted 83, at 27-28, 68 ; WILLIAMS & HEPPLER, *supra* note 52, at 197, 201.

<sup>87</sup> BRUDNER, *supra* note 28, at 153-54; Bob Hepple, *Negligence : The Search for Coherence*, 1997 CURRENT LEGAL PROBS, 69, 71-72.

<sup>88</sup> Michel D. Bayles & Bruch Chapman, *Introduction*, in JUSTICE, RIGHTS, AND TORT LAW 3 (MICHEL D. BAYLES & BRUCH CHAPMAN eds. 1983) .

<sup>89</sup> ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 39, 40-42 (1995) .

<sup>90</sup> England, *supra* note 83, at 27-28.

なる。また、責任の客観化は行為者にその注意力を超えた義務を課し、抑止効果を弱めることになったとされる。さらに、応報と抑止のこのような弱体化は、補償の進展に伴う損失分散—私保険、社会保険—の発達によって、一層拡大されることになる。損害賠償責任を課しても、実際には加害者ではなく保険から支払われるからである<sup>91</sup>。そこで、もはや応報、補償、抑止という目的・機能は、不法行為法において調和しがたくなっているとし、各々の目的を調和して達成できないならば、それぞれに見合う制度を用いるべきだとの主張が生じる<sup>92</sup>。たとえば、不法行為法に費やされる巨額の社会的費用への批判や、補償機能、抑止機能、懲罰機能はそれぞれ保険政策、行政規制政策、刑事政策によって追求すべきとの見解である<sup>93</sup>。このような考え方の当否を判断するには、不法行為法の存在意義について検討することが必要になる。すなわち、損害を事故被害者と加害者との間で配分するという事故処理のあり方がどのような意義を有するかを検討しなければならない。England は次のように述べている。「合衆国では、1960年代に始まる第一期において、学者の主たる関心は、不法行為法の諸領域を保険に基づく補償制度で代替する主張に集中したように見える。その後—実に興味深いこと—に理論的な研究が突如多発したことは、学者の関心が責任の問題へと逆転したことを示すものであった」<sup>94</sup>。このような学者の問題意識の変化は、不法行

---

<sup>91</sup> *Id.* at 28-29 ; see WHITE, *supra* note 8, at 149-50.

<sup>92</sup> WEINRIB, *supra* note 89, at 41-42.

<sup>93</sup> See Stephen D. Sugarman, *Doing Away with Tort Law*, 73 CAL. L. REV. 555, 590-91, 603, 610, 616-17, 664 (1985).

<sup>94</sup> ENGLAND, *supra* note 29, at 102. 不法行為法の独自性を探求するという問題意識は、イギリスにも存在している。ANDREW BURROWS, *UNDERSTANDING THE LAW OF OBLIGATIONS* 120, 122-23, 126 (1998).

為法による事故処理への懐疑に対応して、そのような事故処理の合理性が探求されたという問題関心の展開を反映しているのではないだろうか。あるいは、他の制度への代替が検討されたにも関わらず、現実にはそれが実現しなかった結果、不法行為法の生命力を問い直そうとの問題意識が登場した、といえるのではないだろうか。

### （3）不法行為法の基礎理論の課題

以上のように見てくると、不法行為法の基礎理論には、不法行為法の内部的な課題と、他の制度に対する不法行為法の独自性の探求という課題が存在するといえる。前者についていうと、不法行為法における諸々の準則がどのような価値に立脚するものであるのかを検討しなければならない。後者についていえば、加害者が被害者に賠償するという不法行為法の特徴の意義は何かを検討しなければならない。そして、本論文での検討をふまえれば、実質的価値にふみ込んだ不法行為法のコンセンサスの探求が、その解答を与えるべきことになる。

