

J.L.Coleman の矯正的正義論と 多元主義的な不法行為理論

畑 中 久 彌*

はじめに

1. Coleman の矯正的正義論の特徴—特に Weinrib との対比において—
 2. 矯正的正義に基づく不法行為法の構成
 - (1) 「不正さ」(wrongfulness)
 - ① 「不正行為」—集団 (community) の規範または慣習に違反する行為—
 - ② 「不正」—「権利」を侵害する行為—
 - (2) 「責任」(responsibility)
 - (3) 不法行為法の二極構造の正当化
 - (4) 矯正的正義に基づく規範の独自性—配分的正義、経済的効率性との違い—
 - ① 不法行為法における「当事者間の正義」と矯正的正義の局限的 (local) 性格
 - ② 矯正的正義によって維持される権利の特徴
 - ③ 回顧的性質
 3. 矯正的正義の自由主義的根拠
 4. 矯正的正義以外の原理によるべき事例
 - (1) DES 訴訟—市場占有率責任—
 - (2) 製造物責任
 - ① 設計上の欠陥
 - ② 非金銭的損失
- おわりに—多元主義的な不法行為理論—
- (1) 局限的な慣習の規範的性格
 - (2) Coleman の不法行為理論の多元主義的性格

*福岡大学法学部教授

はじめに

英米法圏における不法行為法の矯正的正義論の論者としては、わが国では George P. Fletcher、Richard A. Epstein、Jules L. Coleman、Ernest J. Weinrib が著明である。まず Fletcher と Epstein が双璧として登場し¹、次いで Coleman と Weinrib が双璧として登場した²。本稿は、これら四者のうち Coleman の不法行為理論を取り上げ、これまであまり紹介されてこなかった部分を中心に紹介し、検討を加えようとするものである。

Coleman の不法行為理論がほぼ固まったのは、著作 RISKS AND WRONGS (1992) においてである³。そこで、本稿では、主に RISKS AND WRONGS を

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。

¹ Fletcher と Epstein の見解については、小林秀文「アメリカ不法行為法学における新潮流 (2)」法学志林81巻2号（1983）1頁以下、吉田邦彦「契約侵害（債権侵害）に関するアメリカ法の近時の動向」北大法学論集38巻5・6号（下）（1988）1623-1624頁、1627-1628頁注（50）、1632-1633頁、藤岡康宏「損害賠償法の構造」（成文堂、2002）74-81頁、95-96頁〔初出1984〕、小林公「合理的選択と契約」（弘文堂、1991）241-251頁、石原治『不法行為改革』（勁草書房、1996）24頁、27頁注（27）、水野謙『因果関係概念の意義と限界』（有斐閣、2000）180-186頁〔初出1998〕、平田健治『事務管理の構造・機能を考える』（大阪大学出版会、2017）177-182頁を参照。

² Coleman と Weinrib の矯正的正義論は、林田清明と吉田邦彦によってその存在がわが国に紹介され（林田清明「Christopher H. Schroeder, Corrective Justice and Liability for Increasing Risks, 37 U.C.L.A. L.REV.439 (1990)」アメリカ法 [1991-2] (1992) 245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) 89頁、92頁）、浅野有紀によって詳細な紹介と検討が行われた。浅野による Coleman の不法行為理論の紹介と検討については、浅野有紀「不法行為法と矯正的正義—J. コールマンと E. ワインリブの理論を手がかりに— (1) (2・完)」法学論叢（京都大学）136巻1号（1994）39頁以下、同137巻4号（1995）43頁以下、同『法と社会的権力—『私法』の再編成—（岩波書店、2002）254-260頁、281頁注（1）参照を参照。このほか、浅野は RISKS AND WRONGS の解説を著している（浅野有紀「著書紹介 J. L. COLEMAN, RISKS AND WRONGS, Cambridge University Press, 1992, pp.vii+508」アメリカ法 [1994-2] (1995) 311-318頁）。

³ なお、網羅的な調査はできなかったが、RISKS AND WRONGS や Coleman の学説一般について以下の特集が組まれている。Symposium on Risks and Wrongs, 15 HARV. J. L. & PUB. POL'Y no.3 (1992); ANALYZING LAW: NEW ESSAYS IN LEGAL THEORY (Brian Bix ed., 1998); Symposium

通して Coleman の不法行為理論を見ていくこととしたい。

1. Coleman の矯正的正義論の特徴—特に Weinrib との対比において—

英米法圏における矯正的正義論は、不法行為責任における加害者と被害者の直接的関係をどのようにして根拠づけるかを、重要な論点としてきた（以下、この関係を「二極構造」と呼ぶ）。この点については、大きく分けて、事前の平等状態の回復によって根拠づける立場と、それとは異なる根拠づけをする立場がある⁴。

前者の代表的な論者は Weinrib である⁵。Weinrib によれば、他人に対して「不正」を行った者は、そのことによって観念上「利得」し、「不正」を受けた者は、そのことによって観念上「損失」を被る。「不正」を行ったかどうかは、ある一定の規範によって判断され、その規範への違反自体が加害者側の「利得」と観念され、被害者側では「損失」と観念される。「不正」な行為の発生前、加害者と被害者は、観念上平等な状態にあったが、「不正」な行為によって加害者は被害者から「利得」し、被害者はその分の「損失」を被る。事前の平等状態に照らすと、加害者は本来持つべき分よりも多くを

Twenty Years of Risks and Wrongs of Jules Coleman, 12 DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE (2012).

⁴ 不法行為法の二極構造に関する Coleman と Weinrib の見解は、浅野「不法行為法と矯正的正義 (1)」・前掲注 2) 46-53頁、同「不法行為法と矯正的正義 (2)」・前掲注 2) 44-54頁、58-60頁で詳細に論じられている。二極構造の観点から不法行為理論を整理したものとして、拙稿「事実的因果関係の認定と不法行為法の経済学的・哲学的検討」法学論叢 (福岡大学) 51巻 1・2号 (2006) 85-90頁、同「英米法におけるシビル・リコース (Civil Recourse) 理論の意義」法律論叢 (明治大学) 91巻 2・3号 (2018) 231-234頁、同「不法行為基礎理論の研究」明治大学大学院法学研究論集11号 (1999) 135頁も参照。

⁵ Weinrib の不法行為理論については、浅野「不法行為法と矯正的正義 (1)(2)」・前掲注 2)、同『法と社会的権力』・前掲注 2) 260-271頁、275頁、水野・前掲注 1) 180-187頁、橋本伸『「利益吐き出し」原状回復救済に関する理論的考察 (6)—ヒト由来物質の無断利用問題を機縁として—』北大法学論集72巻 6号 (2022) 133-175頁 (橋本は不法行為法のほか原状回復法にも検討を加えている)、拙稿「不法行為法における矯正的正義概念の意義—民法709条を中心として—」新美育文ほか編『不法行為法研究①』(成文堂、2020) 155頁以下を参照。

持ち、被害者は持つべき分よりも少なくしか持っていない。そこで、事前の平等状態を回復するために、加害者から「利得」を剥奪し、被害者の「損失」に補填しなければならない。矯正的正義は、加害者から「利得」を剥奪し被害者の「損失」に補填することによって、両者の事前の平等状態を回復する正義である。「利得」と「損失」は「不正」行為の当事者（加害者と被害者）にのみ生じるから、矯正の対象となるのは加害者と被害者のみとなる。このようにして、Weinrib は、不法行為法の二極構造を根拠づける。

Weinrib の矯正的正義論は、現実の利益を基準にして組み立てられていない。なぜなら、Weinrib は、当事者の事前状態を平等状態として捉えるが、現実の利益に着目した場合、当事者の状態は平等ではない。また、事前状態への回復を正しいこととするならば、事前状態はあるべき当事者関係を示すものとならねばならないが、現実の利益状態はそのような理想的状態とは限らない。さらに、最大の問題として、現実の利益を基準にして利得と損失を捉えると、両者は同量とならない場合がある（多くの場合、同量とならないだろう）。この場合、利得の剥奪と損失への補填によって事前の状態を回復することはできない。

そこで、Weinrib は、両当事者の事前の平等状態を、現実の利益においてではなく、観念上のものとして設定する。すなわち、両当事者は、「自律的行為者として平等である」とされる。各人は、自律的行為者という人間像によって設定される自由領域を有しており、この点で平等の自由領域を有している。「自律的行為者としての平等」という規範への違反が「不正」であり、同時に観念上同量の「利得」と「損失」を加害者と被害者に発生させる。実定法上の不法行為法に則していえば、不法行為の要件充足が「不正」を意味し、損害賠償義務の履行が「利得」の剥奪と「損失」への補填を意味することになる。

Weinrib の矯正的正義論は、加害者と被害者の二極構造の体系的根拠づけ

に成功している。しかし、「利得」と「損失」を現実の利益から切り離し、観念上のものと捉えるため、被害者の現実の利益状態の悪化は、不法行為の必須の要件とはならない⁶。また、不法行為法の効果も、被害者に生じた現実の不利益を金銭で補填する形態である必要はない。Weinrib は、このような補填的金銭賠償を、観念上の「利得」の剥奪と「損失」への補填を象徴するものとしているが、象徴でよいのであれば、他の形態の償い方（例えば謝罪）も象徴の候補となるであろうし、被害者の被った現実の不利益の価額を賠償額とする必然性もないことになる^{6a}。

そこで、Coleman は、矯正的正義概念に現実の不利益の発生を組み込むべきであり、矯正の対象も「不正」ではなく「不正な損失」とすべきだと主張する。しかし、被害者に生じた現実の不利益は、加害者側の利得と必ずしも一致しないから、現実の不利益の損害賠償は、両当事者の事前状態の回復

⁶ JULES L. COLEMAN, RISKS AND WRONGS 314, 316, 329 (1992). この点を指摘するわが国の文献として、水野・前掲注1) 187頁、拙稿「不法行為基礎理論」前掲注4) 149頁、同「事実的因果関係」前掲注4) 86頁、同「シビル・リコース」前掲注4) 257頁、同・前掲注5) 176-178頁、同「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)」法学論叢(福岡大学)52巻1号(2007)280頁注(131)がある。

なお、興味深いことに、Coleman と Weinrib は、タクシーの乗車中に事故に遭い飛行機に間に合わなかったが、その飛行機が墜落したという同じ設例を論じている(COLEMAN, *supra* note 6, at 323-324). Coleman は、この設例を用いて「関係の矯正的正義論」(Weinrib の理論が想定されている)を批判している(浅野「不法行為法と矯正的正義(1)」前掲注2)50頁参照)。これに対し、Weinrib は、この設例を用いて、単なる利益は矯正的正義の対象とならないと論じている。すなわち、被害者は、飛行機に乗り遅れたことで命が助かったという利益を得ているが、そのような単なる利益は、不法行為法上、規範的な意義を持たないとされる。Weinrib は、単なる利益と不法行為法上保護される利益を、advantage と right の相違と表現している。Ernest J. Weinrib, *Right and Advantage in Private Law*, 10 CARDOZO L. REV. 1283-1284 (1989).

^{6a} ただし、これらの点は、Weinrib 理論の強みと評価することもできる。浅野『法と社会的権力』前掲注2) 247-248頁、277-280頁、351-354頁、同「不法行為法と矯正的正義(2)」前掲注2) 60-62頁、65頁、拙稿「シビル・リコース」前掲注4) 257頁、同「不法行為法における矯正的正義」前掲注5) 176-178頁参照。

を意味するものではなくなる。そのため、Coleman は、Weinrib のように、両当事者の事前状態の回復によって不法行為法の二極構造を根拠づけることはできない。

他方で、Coleman もまた、Weinrib と同様、矯正的正義論は不法行為法の二極構造を説明できなければならないとしている⁷。Coleman の方法論は“Middle Level Theory”⁸、Weinrib のそれは“Formalism”というように⁹、それぞれ呼び方は異なっているが、内容的には類似した方法論である。すなわち、法的実践に内在する特徴を把握し、その特徴を所与のものとして理論を構築する、というものである。

Weinrib によれば、何を以て法的実践の特徴とするかは、その内部で仕事をしている法律家の経験に照らして、その特徴がなければその法的実践とは言えなくなるもの、とされる。すなわち、法律家が、その最低限の特徴がなければ、私法を固有の法的規律として感じ取れなくなるであろう特徴である^{9a}。Weinrib の矯正的正義論に対しては、経済的効率性や損失の分散、応報といった目的を設定していないが、その代わりにカントの自律的行為者という道徳上の目的を設定しており、さらにはそれに合致しない法的実践を不法行為法

⁷ COLEMAN, *supra* note 6, at 309-310, 314, 321-322, 355, 374, 378-381; *see also id.* at 235. ただし、後述するように、Coleman は法的実践の変化によって核心部分も変わるとし、二極構造の核心性は可変的なものであることや、自身の理論は現在の法的実践を前提としたものであることを、たびたび指摘している (*Id.* at 198-199, 209, 367, 382, 433, 492 n.8; COLEMAN, PRACTICE, *infra* note 8, at 36; *id.* *Tort Liability and the limits of corrective justice*, in IN HARMS WAY 154-155 (*id.* & Allen Buchanan eds., 1994); *id.* *Practice of Corrective Justice*, *infra* note 16, at 65)。この点で、Weinrib と Coleman の姿勢には違いが見られる。

⁸ COLEMAN, *supra* note 6, at 8-9, 198-200, 211, 441 n. 2, 478-479 n.1. Coleman の方法論は、JULES L. COLEMAN, THE PRACTICE OF PRINCIPLE: IN DEFENCE OF A PRAGMATIST APPROACH TO LEGAL THEORY (2001) でも述べられている (*id.* at 3, 5-6, 14-17, 44)。

⁹ Weinrib の Formalism (形式主義)については、前掲注 2) の文献のほか、浅野「不法行為法と矯正的正義 (2)」・前掲注 2) 47-49頁、同「形式主義の今日的意義」金沢法学39巻 2号 (平9) 75頁以下、同「形式主義再考」金沢法学41巻 2号 (平11) 317頁以下を参照。

^{9a} WEINRIB, PRIVATE LAW, *infra* note 11, at 9-10.

から除外していることから¹⁰、自身が拒絶している道具主義の理論になっているのではないかとの疑問が生じる。たしかに、Weinrib の矯正的正義論は、論理上、最上位にカントの道徳論があり、そこから矯正的正義が演繹され、さらに実定私法が演繹されるという体系をなしている。しかし方法論的には、まず法的実践の内在的特徴の経験的把握があり、それを所与のものとして、特徴を説明できる論理を構築する、という順序を辿る。そして Weinrib においては、方法論の方が体系構築よりも優先されており、方法論上の制約の下で体系が構築される¹¹。Weinrib は、前述の疑問が生じることについては自覚しており、カントの自律的行為者概念は、あくまでも形式主義の方法論によって把握された法的実践を説明できるものとして導入されたものと述べている¹²。

Coleman と Weinrib の相違点は、Weinrib が矯正的正義によって説明できない法的責任を不法行為法から除外するのに対し、Coleman は、不法行為法の核心部分は矯正的正義によって説明されるとしつつ、核心から外れる部分も不法行為法の中に入れて、矯正的正義とは別の根拠によって説明する点にある¹³。ここに Coleman の不法行為理論の多元主義的性格が見て取れる。また、Coleman は、帰納の対象となる法的実践の変化を緩やかに捉えてお

¹⁰ Weinrib による私法の特徴の選択の偏りを指摘する文献として、Peter Cane, *Corrective Justice and Correlativity in Private Law*, 16 OXFORD J. LEGAL STUD. 471, 485, 487 n.16 (1996); Susan Randall, *Corrective Justice and the Torts Process*, 27 IND. L. REV. 1, 24-25 (1993)がある。

¹¹ ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 9-10 (「他のどのようなものとも同じく、私法の理論化の出発点は経験である」), 19, 21, 45-46, 214 (1995)(2012) (本書は1995年の版に新たに序文を付したもの); *id.* CORRECTIVE JUSTICE 26-27, 31-32, 311 (2012).

¹² *Id.* PRIVATE LAW, *supra* note 11, at xvii, 50; *id.* CORRECTIVE JUSTICE, *supra* note 11, at 26-27.

¹³ COLEMAN, *supra* note 6, at 198, 303, 345, 367, 384-385, 391, 394, 402-404, 428; *id.* PRACTICE, *supra* note 8, at 36. Coleman は、「核心」(core) どのような意味で使っているかを詳しく述べている (*Id.* at 15 n. 2, 16 n. 4). Coleman は、何を核心とするかについては議論があるが、少なくとも自分が指摘した特徴をふまえないければ、不法行為法の説明は重要な部分を逸することになるだろうと述べる (*Id.* at 6 n 14).

り、あくまで現在のアメリカの不法行為法の実践を前提とした場合に、その核心部分は矯正的正義によって説明されるとしている。例えば、Colemanは、「今〔1992年－筆者注〕から25年後に本書を読んだ学者は、(…) 私が不法行為法の核心と呼んでいるものが一点に収縮するか、規範のブラックホールに消滅するかしたために、私の議論が役に立たないと考えるかもしれない」¹⁴と述べている。

このような相違がありつつも、Colemanは、Weinribと同様、現在の不法行為法の核心は当事者の二極構造にあるとする¹⁵。そのため、被害者の現実の不利益を矯正する（回復する）のは加害者でなければならない。そこで、Colemanは、矯正的正義概念の内容を次のように述べる。

「矯正的正義は、不正を行った者（wrongdoer）に対して、その行為が惹起した不正な損失であって、かつその者が責任を負うものを回復する義務を負わせる」¹⁶。

この矯正的正義概念は、不法行為責任は現実の損失を要件とし、その賠償を効果としていること、賠償義務者は加害者であることを、不法行為法の実践から帰納的に引き出し、矯正的正義概念の内容に反映させたものである。

Colemanによる矯正的正義の定義の中では、なぜ現実の損失が必要なのか、また、なぜ加害者が賠償しなければならないのか（二極構造の根拠）は

¹⁴ COLEMAN, *supra* note 6, at 198-199. なお、ここで「一点に収縮する」とされているのは、宇宙論のたとえを使っているものと思われる。

¹⁵ 前掲注7)を参照。なお、Colemanは、Weinribと異なり、不法行為法の構造だけではなく実体的内容も不法行為法の核心を構成するとし、Fault責任と厳格責任も帰納的核心部分に位置づけている（*Id.* at 198, 329; COLEMAN, PRACTICE, *supra* note 8, at 15-16; Jules L. Coleman, *Second Thoughts and Other First Impressions*, in ANALYZING LAW, *supra* note 3, at 297, 301. See also WEINRIB, PRIVATE LAW, *supra* note 11, at xiii; *id.* CORRECTIVE JUSTICE, *supra* note 11, at 10). このことは、後述する「不正さ」と「責任」の議論の内容に反映している。

¹⁶ COLEMAN, *supra* note 6, at 325. See also *id.* at 345, 366; COLEMAN, PRACTICE, *supra* note 8, at 15; Jules L. Coleman, *The Practice of Corrective Justice*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATION OF TORT LAW 53 (David G. Owen ed., 1995).

示されていない。特に後者の根拠づけについては、Coleman は、Weinrib と異なり、利得の剥奪と損失への填補という論理はとれない。この点に関する Coleman の見解は後ほど取り上げることとし、次項ではまず Coleman による不法行為法の説明を見ることとしたい。

2. 矯正的正義に基づく不法行為法の構成

Coleman は、矯正（回復）の対象となるのは「不正な」損失であること、矯正は加害者が行うこと（「責任を負う」）、を柱とする矯正的正義概念を組み立てた。Coleman においては、損失の性質と加害者の責任は別の事柄として捉えられており、それぞれについての理論が必要であるとされる¹⁷。

（1）「不正さ」（wrongfulness）

矯正的正義において回復の対象となるのは、被害者に生じた現実の不利益（損失）であるが、単なる損失ではなく、「不正な」（wrongful）損失でなければならない。では、損失に「不正な」という性質を与えるものは何であろうか。

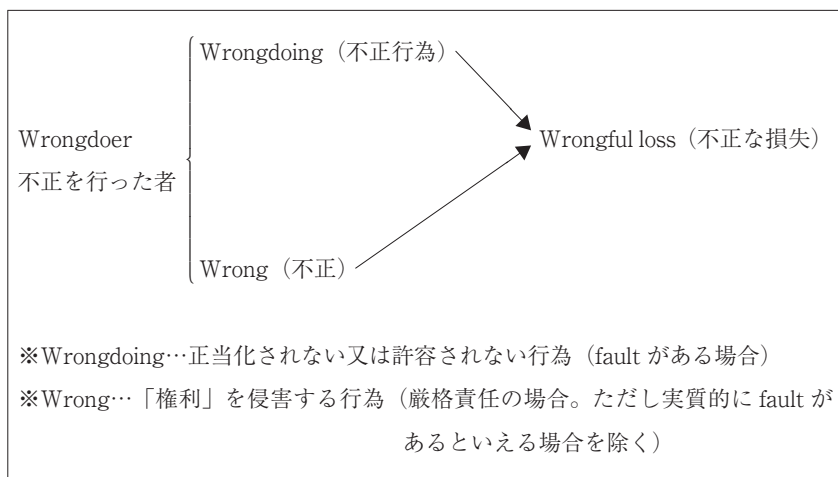
Coleman によれば、それは加害行為の態様であり、「不正行為」（wrongdoing）と「不正」（wrong）という二つの種類があるとされる¹⁸。「不正行為」又は「不正」によって生じた損失が「不正な」損失である。「不正行為」又は「不正」を行った加害者は、「不正を行った者」（wrongdoer）として損害賠償責任を負う。

Coleman が「不正行為」と「不正」という二つの類型を設けたのは、Coleman が不法行為法の核心として構造的特徴だけでなく、実体的特徴も取り上げており、その特徴として Fault 責任と厳格責任の両方を取り上げてい

¹⁷ COLEMAN, *supra* note 6, at 329, 345-346, 361.

¹⁸ *Id.* at 331-332, 344.

るからだと思われる¹⁹。不法行為法の実体的準則に即して言うと、「不正行為」は Fault 責任の事例、「不正」は厳格責任の事例に対応する²⁰。ただし、Coleman においては、後述するように、Rylands 判決の法理や極度に危険な活動についての責任、代位責任も、Fault 責任であるネグリジェンスの拡張として捉えられており、「不正行為」のグループに含まれている。



wrongdoer、wrongdoing、wrong、wrongful、wrongfulness は互いにそっくりの言葉であるが、Coleman においては使い分けられている²¹。そのため、それぞれの語句の訳し分けが難しいことに加え、なかでも wrongfulness は “wrong…” に関する議論を包括する語句として用いられているため訳出が特に難しい。wrongfulness については「不正性」や「不正さ」といった訳が考えられるが、本稿では「不正さ」の方を用いることとしたい。

以下では、加害行為の二つの態様 (wrongdoing、wrong) について紹介

¹⁹ 前掲注13)、15) 参照。

²⁰ COLEMAN, *supra* note 6, at 342-345.

²¹ *Id.* at 328.

することとしたい。

①「不正行為」—集団（community）の規範または慣習に違反する行為—

「不正行為」とは、「正当化されない又は許容されない加害」（unjustifiable or impermissible harming）である。正当化されるどうか、許容されるかどうかを判断するための具体的な基準は、適切な行為規範を遵守しないことである。それは典型的には、合理的注意を払わないことであり、集団における支配的な規範（governing community norms）に違反することである。この点で、「不正行為」の性質は客観的なものとなる²²。

ではなぜ、そのような規範への違反が行為を不正なものとする根拠になるのだろうか^{22a}。矯正的正義は、不法行為法の二極構造を根拠づけなければならないから、加害者が（賠償という）行為をする道徳上の根拠を与えなければならない。Coleman は、集団の規範または慣習を遵守しないことが、そのような道徳上の根拠となることを、次のように説明する。

集団的規範または慣習（以下、慣習で代表させる）は、人々の行動によって作られ、維持される。慣習は、集団における構成員の関係を制御し、内的視点から慣習を受け入れている人々に対して、慣習を遵守して行為する理由を与える。人々は、当該集団の慣習に従って行為することによって、協働することができる。すなわち、個々人は、自らの計画を作り実行する際、予測を必要とする。その予測とは、他人がどのように行動するのか、また自分の行動にはどのような制約がかかるのか、に関するものである。この予測を可能にするのが慣習である。このように慣習の遵守は、集団の全ての構成員にとって利益となるものである。慣習に反する行為は、慣習を遵守している人々

²² *Id.* at 334.

^{22a} 以下の記述は *Id.* 355-360頁、436-437頁の要約である。なお、本文中に出てくる「内的視点」という概念と、大多数の者が当該規範を受け入れているという条件設定は、H.L.A. ハートの法理論に依拠するものと思われる。See *id.* at 7.

にただ乗りすることになるから、禁止されなければならない。これを、フェアプレイの観点からの禁止と表現することもできよう。集団内において人々は、—その慣習を大多数の人々が内的視点から受け入れているという条件の下で—慣習の遵守について権利を有し、義務を負う。矯正的正義は、慣習違反の行為によって損失を惹起した者に対し、その損失を回復する義務を負わせることによって、慣習に基づく協働を維持する役割を果たす。

危険の惹起は、集団内の大半の人々の関心事である。それゆえ、慣習の具体的内容は、不合理な危険の惹起 (unreasonable risk taking) を禁止するものとなる。

以上のように考えた場合、不法行為法はどのように説明されるだろうか。まずネグリジェンスを見てみよう。ネグリジェンスは合理的な注意を払わないことであり、不合理な危険といえるから、慣習からの逸脱と認めることができる。したがって「不正行為」に該当すると評価できる。

厳格責任に属するとされてきたいくつかの法理も、上記と同様の説明をすることができる²³。Colemanによれば、Rylands事件判決²⁴が責任の根拠とした「土地の非自然的利用」は、(その一つの理解の仕方として)「正当化できない利用」と理解することができる。すなわち、貯水池の造成は、他の環境下では許容される危険であるが、イギリスにおいては降雨量が十分にあるから、必須のものではない。それゆえ、それ自体が不合理な危険である²⁵。

ここではColemanは、同判決の準則と慣習との関係については論じていない。しかし、非自然的な利用は社会にとって不必要な危険と理解されているから、この不必要さを根拠にして、慣習からの逸脱と認めることができる

²³ 以下の議論は、RISKS & WRONGSのほか、Jules Coleman & Arthur Ripstein, *Mischief and Misfortune*, 41 MCGILL L. J. 91, 118-119 (1995) においても述べられている。

²⁴ Rylands v. Fletcher, L. R. 1 EX. 265 (1866), L. R. 3H. L. 330 (1868).

²⁵ COLEMAN, *supra* note 6, at 368.

だろう（すなわち、危険である限り、必要性がなければならない）。

また、Coleman は、極度に危険な活動（ultrahazardous activity）についての責任も、そのような活動に従事すること自体に fault が認められるとして、Fault 責任と考えることができるとしている²⁶。代位責任についても、「危険な活動に従事する者を使用することは、それ自体が危険な活動である」として、上記と同様に捉えられている²⁷。

Coleman は、Epstein、Fletcher、Weinrib の理論を検討し、それぞれの長所を自身の理論に組み込んでいる。Coleman は、Fletcher のいう非相互的な危険とは、Coleman の理論でいえば、集団の規範または慣習に反する不合理な危険に該当すると述べている^{27a}。

②「不正」—「権利」を侵害する行為—

「不正」とは「権利に反する行為」（action contrary to rights）²⁸、すなわち「権利を侵害する」行為である²⁹。ただし、ここでいう「権利」は、わが国の民法学における権利概念とは大きく異なっている。Coleman は、加害行為の正当性如何にかかわらず不法行為責任を生じさせる利益を「権利」と呼び、加害行為に正当性がない場合（すなわち fault がある場合）に初めて不法行為責任が生じる利益を「正当な利益」と呼んでいる^{29a}。

Coleman は、「不正」の具体的事例として、Vincent 事件判決を取り上げている³⁰。この事件において被告の行為は緊急避難として正当なものであつ

²⁶ *Id.* at 368-369.

²⁷ Coleman & Ripstein, *supra* note 23, at 119 n. 43; COLEMAN, *supra* note 8, at 36.

^{27a} COLEMAN, *supra* note 6, at 268, 358. *See also id.* at 256.

²⁸ COLEMAN, *supra* note 6, at 340.

²⁹ *Id.* at 335-336, 343.

^{29a} *Id.* at 331.

³⁰ *Id.* at 371. Vincent v. Lake Erie Transportation Co, 124N. W. 221 (1910). 暴風雨の下で、被告は自分の船を原告のドックに係留し続けた。被告が海に出ることは不合理なことであった。暴風雨により船がドックに激突し損害を与えた。裁判所は係留措置を合理的なものと認めたが、ドックに与えた損害の賠償を被告に命じた。

たにもかかわらず、被告は賠償責任を課された。行為の正当性に関わらず利益侵害を以て責任が肯定されたという点で、同事件の判決は、Coleman のいう「不正」（「権利」侵害）に合致している。

では権利はどのような内容を持つのだろうか。法と経済学において、権利は富や効用の移動の一コマとなる。これに対し、古典的な自由主義理論においては、権利は私的自治の領域を確保するものであり、同意のない利用 (non-consensual taking) はその正当性の如何に関わらず不正とされる³¹。Coleman は、権利内容の具体化自体は上記のいずれの立場からなされてもよいが、矯正的正義における権利については、私的自治の領域確保を内容とすべきと考えているようである。

Coleman は、加害行為の正当性如何にかかわらず財産上の権利を侵害から保護することは、当該集団の構成員に、他人の行動に対する安定的な予測をもたらすと指摘している^{31a}。

なお、Coleman における「不正」の類型は、Epstein の厳格責任論に通ずるものといえる。Coleman は、Epstein の理論はあらゆる不法行為責任を包括するというよりも、その一領域を説明するものであったと評価している³²。

(2) 「責任」 (responsibility)

上記の「不正さ」の理論は、生じた損失の性質に関するものであった。Coleman は、「不正な」損失が賠償されるためには、加害者がその「不正な」損失について責任を負わなければならない、とする。

上述したように、損失の「不正さ」は、加害行為の態様に基づいて評価される。すなわち、「不正な」損失とは、加害者の加害行為の「不正さ」が要

³¹ COLEMAN, *supra* note 6, at 343-344, 486 n16.

^{31a} *Id.* at 437.

³² COLEMAN, *supra* note 6, at 371.

件となっており、その行為によって発生した損失であって、かつその「不正さ」が及ぶ範囲の損失である。そのため、加害者の行為と損失との間に因果関係があること、そして、加害者がその損失について「不正な」者であったことは、「不正な」損失という概念から論理的に導かれる事柄となる。これらの事柄は、加害者が損失について責任を負うことを意味しているといえる。

そのため、Coleman は、責任の理論と「不正さ」の理論との間には重要な関連があると述べる。すなわち、「不正行為」は *fault*（落ち度）を前提とし、「不正」は *fault* を前提としない。責任が *fault* を要件とするか否かは、損失の側の「不正さ」の理論に依存している³³。

また、Coleman は、責任の理論については概要を示すに留めるとしているが、（近接性の問題も含めて）因果関係の問題を責任の理論の箇所でも論じている³⁴。

しかし、上述したように、Coleman の「不正な」損失という概念の中には、上記の責任の理論の内容も全て含まれているように思われる。そのため、「不正さ」の理論とは別に「責任」の理論を立てることは、屋上屋を重ねているのではないかと、との疑問がある。この点について Coleman がどのように考えているかは、明確ではない。推測するに、Coleman においては、損失の性質決定と加害者の賠償責任の問題は、概念の上で別の事柄として把握されているのではないだろうか（被害者側の要件と加害者側の要件）。そのため、Coleman は、同じことを損失の側から表現するか、加害者側から表現するかの違いに留まるものであったとしても、両者を分けているのではないだろうか。

なお、Coleman は、矯正的正義において、加害者の賠償義務を第三者が

³³ *Id.* at 344-346.

³⁴ *Id.* at 347. このほか、行為性の否定による免責（agency-defeating excuse）も「責任」の側に振り分けられているようである（*Id.* at 335, 482 n. 10）。

履行することは可能であるが、ノーフォールト制度がそれを行うことはできない、としている³⁵。

(3) 不法行為法の二極構造の正当化

前述したように、Colemanの方法論は、法的実践の核心部分を所与のものとするから、矯正的正義の定義には加害者による賠償が含まれることになる（「責任」の部分）³⁶。では、法的実践がそうなっているからというのに留まらずに、なぜ加害者による賠償が求められるのであろうか。その規範的根拠は何であらうか。Weinribは、当事者の事前の平等状態の攪乱とその回復という発想によって、加害者の損害賠償責任を説明した。これに対し、Colemanは、矯正対象となる損失を被害者の現実の不利益と捉えるため、Weinribのように事前の平等状態の回復という発想を取ることができない。

Colemanは、Weinribほどには、私法固有の構造の探求とその構造に基づく私法の体系化—Weinribの努力は私法の結晶化とも表現できるように思われる—に力を注いでいない。Colemanは、自身の矯正的正義論は、支配的な社会的実践の解釈ないしは理解の仕方であり、抽象的な原理ではなく実践からの帰納によって導かれるものであるとしている³⁷。この方法論からすれば、加害者の責任と現実の不利益の回復については、それをそのまま帰納的に矯正的正義概念に組み込めば足り、それ以上に何らかの根拠づけをする必要はないと思われる。

しかし、Colemanは、上記のように断った上で、自身の依拠した社会的実践が、ある種の政治哲学や文化に位置づけられることに言及している。後

³⁵ *Id.* at 493 n. 7.

³⁶ *Id.* at 324.

³⁷ *Id.* at 433. Colemanは、矯正的正義概念の道徳的根拠づけを（基本的には）自らの課題とはしていない。COLEMAN, PRACTICE, *supra* note 8, at 10 n. 10, 12.

述するように、Coleman はそこにおいて、加害者が責任を負う根拠を述べている。

Weinrib にとって、私法とは、政治にも経済にも他の目的にも還元されることのない固有の存在であり、それ自体として存立している。したがって、私法の説明は私法それ自体の内在的論理に基づいてなされなければならない。Weinrib 自身は、自らの方法論的立場から自説については「私法の目的」という表現を避けており、あえて「目的」という言葉を用いて表現しなければならないのであれば、という留保を付けた上で、「私法の目的は、ただ私法であることである」と述べている³⁸。これと同じ趣旨の発言として、「私法は、固有の規範的現象であるから、自立した学問領域でもある」、「私法を、それ自身の編成理念によって息を吹き込まれる固有の規範的営みとして扱う」、「私法を、それ自身の言葉で研究するに値する我々の知的遺産の一部として認める」、「私法は、思考と話法 (discourse) に関する固有のモードによって息を吹き込まれる。(…) 法が思考と話法に関する固有のモードを具体化しているということは、尊い思想である」といった発言がある^{38a}。

これに対し、Coleman は、不法行為法を、他の様々な社会的営みや学問分野から切り離して捉えてはいない。Coleman は、市場と契約法と不法行為法を包括した、自由主義 (liberalism) の政治的・道徳的理論を提示している³⁹。Coleman は、加害者が責任を負う理由についても、自由主義の観点

³⁸ WEINRIB, PRIVATE LAW, *supra* note 11, at 5, 21.

^{38a} 出典は順に WEINRIB, PRIVATE LAW, *supra* note 11, at 214; *id* CORRECTIVE JUSTICE, *supra* note 11, at xiii, 301, 332. *See also id.* at 342. より具体的に私法の意義を述べたものとして、「私法の任務は、相互に首尾一貫し、自己決定の自由という理念を反映し、そして無数の個別具体的な人間交渉に適用できるような形で、権利と義務の意味を作り上げることである」との発言がある (*Id.* at 87)。浅野は、Weinrib の原著が著される前の段階で Weinrib 理論のこの特徴に注目し、不法行為法の役割として積極的に評価している (浅野「不法行為法と矯正的正義 (2)」・前掲注 2) 62-64頁、65頁)。

³⁹ 浅野「Risk & Wrongs」・前掲注 2) の解説を参照。

から説明している⁴⁰。すなわち、利益の追求や維持は人に行為の理由を与えるものであり、しかもそれは善が多様化した社会において中立的なものである。利益を侵害した者は行為する理由を与えられる。すなわち、加害者は、被害者に対してその損失を補填する行為をしなければならない。また、上記のような自由主義における利益と行為の説明は、矯正の対象となるのが被害者の現実の不利益であることも根拠づける。被害者が損害賠償請求という行為の理由を得るのは、自らの利益を損なわれたからである。

また、後述する Coleman のネグリジェンス論も、当事者間の正義という矯正的正義の二極構造性を根拠づけるものといえる。すなわち、矯正的正義の目的は局限的な慣習の維持であると考えてることによって、加害者と被害者の固有の関係を正当化することができる。

以上のようにして、Coleman は、利得と損失が対応しないことを前提としつつ、利得の剥奪と損失への補填による事前状態の回復という発想に依拠することなく、不法行為法の二極構造を説明できる矯正的正義論を提示した。

また、このことによって Coleman の矯正的正義論は、矯正の対象を損失に限定しつつ、二極構造を維持することに成功した。そのため、Weinrib と異なり、利得の剥奪を矯正的正義の枠内に組み込む必要はなくなった。Coleman は、矯正的正義とは別に、利得の剥奪を対象とする「償還的正義」(restitutionary justice) を設け、「不法行為法は不正な損失を回復する義務を果たすための中心的な制度であり、利得の償還 (restitution) は不正な利得を回復するための法的救済である」と述べている⁴¹。

⁴⁰ COLEMAN, *supra* note 6, at 433-434; see also *id.*, *Plactice of Corrective Justice*, *supra* note 16, at 54.

⁴¹ COLEMAN, *supra* note 6, at 369-340. Birks は、Coleman のこの主張を捉えて、Coleman は利得償還的損害賠償 (restitutionary damages) を不法行為法の核心部分から外すのみならず、不法行為法の範囲外に属すものと述べているように思われると指摘し、損失は民事不法の必須の要件ではないとする自身の立場から (Birks は民事不法は原告に対する義務の違反を意味す

（４）矯正的正義に基づく規範の独自性—配分的正義、経済的効率性との違い—

①不法行為法における「当事者間の正義」と矯正的正義の局所的（local）性格

Coleman によれば、矯正的正義は当事者間の正義という不法行為法の特徴を表している。では、そこで実現されるべき正義の実質的内容は何だろうか⁴²。配分的正義及び経済的効率性と矯正的正義との間には次のような相性の悪さがある。

まず、配分的正義は、関連する集団の構成員全員に適用されるものであり、当事者間の正義というにはあまりに包括的過ぎる。次に、経済的効率性も、関連する集団の構成員全員の選好または富に適用される基準だから、包括性という点で配分的正義と同様の問題を有している。

このように見てくると、配分的正義も経済的効率性も、矯正的正義の実質を構成するものとは考えられない。これら両理論の包括的性質に比べて、当事者間の正義を目的とする矯正的正義は、むしろ局所的な（local）ものだからである。

ではどのような規範であれば、矯正的正義の局所的性質に適合するのだろうか。Coleman によれば、それは集団（community）の規範または慣習だとされる。集団には、不合理な危険の惹起を禁ずる非公式的の慣習（informal convention）が生じてくる。これらの慣習は、局所的なサイズの集団の行動を支配するようになる。このことによって、当該集団の構成員は他人の行動に対する予測を発展させ、また自分の行為に関する制約を内面化する。このような慣習がなぜ重要であるかは、先に「不正行為」のところで見たとおりで

るとしている）、批判を加えている。Peter Birks, *The Conception of a Civil Wrong*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW, *supra* note 16, at 33, 35-37, 41, 51.

⁴² COLEMAN, *supra* note 6, at 350-351, 354-360を参照。

ある。

これらの慣習は特定の場所に限られており、包括的なものではない。すなわち、当事者間での正義という矯正的正義の局限性と合致する。このように考えるならば、矯正的正義における義務の根拠はこれらの慣習に違反することである。

慣習を遵守しないことから生ずる損失は、慣習に違反した者が回復しなければならぬ。このことは、集団の慣行 (practice) —すなわち、慣習に基づいて他人の行動を予測し、協働すること—を維持する機能を果たす。そして、矯正的正義が関心を持つ慣習は、当該集団の構成員間における危険惹起の合理性に関するものである。

以上の理論によって、矯正的正義は、配分的正義とも経済的効率性とも異なる内容の規範を対象とする概念となる⁴³。合理的危険に関する集団的規範や慣習は、その規範や慣習が妥当する集団の構成員のほとんどにとって利益となるものであり、それゆえ、経済的効率性にも資する傾向にあらう。このことから、矯正的正義の内容は経済的効率性によっても説明することができる場合が多くなるだろう⁴⁴。この点で、両者は一致する場合が出てくるが、両者はそもそも観点や目的 (point or purpose) が異なるのであり、規範の内容が一致するのはあくまでも結果的なものにすぎない。矯正的正義は、全社会的規模で見れば非効率な社会規範や慣習であったとしても、それが局限的範囲の集団の構成員において妥当し、その協働に資するものである場合に

⁴³ もっとも、この点については、次のような批判がある。すなわち、集団の規範はその適用領域が狭いといっても、当事者間にだけ通用しているわけではなく、当事者以外の者を含む一定の広がりがある集団を前提にするだろう。そう考えると、集団の規範は常に当事者間の正義と一致するわけではない。「社会規範は社会的な相互作用を調整できる。しかし、『当事者間の』正義という理念に内容を与える意味において『局限的』であるのではない」。Gerald J. Postema, *Risks, Wrongs, and Responsibility: Coleman's Liberal Theory of Commutative Justice*, 103 YALE L. J. 861, 883 (1993) (book review).

⁴⁴ COLEMAN, *supra* note 6, at 358.

は、その規範や慣習を維持することになる。危険の合理性の判断も、経済的効率性ではなくそのような観点から判断されることになる⁴⁵。

②矯正的正義によって維持される権利の特徴

人々の現実の利益配分は、配分的正義の観点からすれば改善の余地がある。矯正的正義は、そのような問題のある利益配分であっても、不法行為による悪化から保護する役割を果たす。ここにも配分的正義と異なる矯正的正義の独自性が存在する⁴⁶。

しかし、配分的正義上問題のある利益配分を維持することが、なぜ認められるのだろうか。Coleman は、本格的な検討は別の機会に委ねるとした上で、この点をまず社会的事実によって説明している。すなわち、Coleman の知る限り、誰も合衆国における利益配分の状態が配分的正義に正確に合致しているとは信じていない。しかし、そのような利益であっても、侵害されたら通常は回復を請求できる、と考えることは信じがたいことではない。

ただし、Coleman は、どのような利益配分であっても矯正的正義によって保護されるとは考えていない。矯正的正義が保護する利益配分には一定の条件がある。すなわち、その利益配分が、ほとんど全ての人々によって—明示的にでなくても黙示的には—受け入れられている、という条件である^{46a}。Coleman は、矯正的正義によって保護される権利は“*real right*”でなければならないとし、“*pretender*”と対比させている。この対比は次のような意味のものと思われる。すなわち、たとえ権利という名目で、ある者に一定の利益が与えられているとしても、それを多くの人々が受け入れていない場合には、その権利は「見せかけ」(*pretender*)だけのものに過ぎない。矯正的正

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ 以下は *Id.* at 350-354頁の要約である。Cf. Robert E. Goodin, *Compensation and Redistribution*, in COMPENSATORY JUSTICE 147, 149 (John W. Chapman ed., 1991) (「実務上、賠償の支払は、事前の配分パターンに関する正義とは関係がない」)。

^{46a} ハートの法理論はここにも影響しているのかもしれない。

義が保護する権利は、たとえ配分的正義には合致していなくても、侵害から保護されるべきと多くの人が考える権利である。その権利は、多くの人によって侵害からの保護が支持されており、多くの人に受け入れられているという意味で、社会に「現実的に」(real) 存在している権利である。

配分的正義上最適とはいえない利益配分であっても、それを暴力的破壊から保護することが社会的安定に資すると考えるからこそ、矯正的正義はその状態を維持する。このように、矯正的正義による利益保護の背後には、当該配分状態が維持に値するものであるとの—社会的に共有された—感覚が存在している。この点で、「矯正的正義は、配分状態の道徳的価値から独立して、行為のための理由を作り出すことはできない」⁴⁷。矯正的正義は、配分的正義に還元されない独自性を有しつつも、配分的正義の影響を一定程度受けている。

以上は社会的事実に基づく説明であった。Coleman はさらに規範的観点から次のように説明する。一定の利益配分が保護の対象となるかどうかは、究極的には、その利益配分が、重要な社会制度と社会的協定の作出・維持にどの程度貢献するかにかかっている。例えば、財産権の設定は、市場の維持にとって重要な意義を有しており、たとえ配分的正義上最良のものではなくても、個人の利益と社会的安定を—個人の実践とイニシアチブを促し、自らを尊いものと思う気持ちを促す方法で—高める制度を維持するのに役立つ。

③回顧的性質

以上のほか、Coleman は、既存の不法行為法の典型的な訴訟構造から、事例毎の回顧的判断 (backward-looking) を不法行為法の核心的特徴の一つとして指摘し、法と経済学の将来志向的判断 (forward-looking) との間に

⁴⁷ Jules L. Coleman, *Second Thoughts and Other First Impressions*, in *ANALYZING LAW*, *supra* note 3, at 309; *see also id.* at 310.

齟齬があると述べる。すなわち、不法行為法における賠償責任の「判断は、過去の出来事の結果として裁判所の前に現れた二当事者 A・B の観点から構成されなければならない。すなわち、A が行ったと B が主張するもの、である。これに対し、最適な保険者又は再安価回避者の探索は、歴史によって上記と同様の拘束を受けない」⁴⁸。

Coleman は、回顧的判断について、さらに次のように述べる。「通常、当事者を訴訟に集めた (bring together) 出来事に伴う要素が、責任を課す理由を提供する。これらは事故法の核心的な特徴である」⁴⁹。Fletcher もまた、Coleman と異なった根拠づけによるものであるが、責任の判断において考慮される事情を当該加害・被害に関わる事情に限定している⁵⁰。

3. 矯正的正義の自由主義的根拠

Coleman は、市場、契約法、不法行為法を包括した自由主義 (liberalism) の政治的・道徳的理論を提示している。それは、いかにして協働が可能となり、社会的安定が実現するかを論証しようとする試みといえる。

自由主義的な自治の概念によれば、社会において各々の追求する生き方は様々であり、その内容は政治権力によって特定されるべきではない (善の多様性)。しかし、善き生の追求が各人にとって可能になるためには、一定の環境が整備されねばならない。安定した社会的実践や社会制度は、価値観が多様化した社会において、各人が自らの目的を追求する際の前提となるもの

⁴⁸ COLEMAN, *supra* note 6, at 375; see also *id.* at 374, 430, 492 n. 8, *id.* *Second Thoughts and Other First Impressions*, in *ANALYZING LAW*, *supra* note 3, at 297.

⁴⁹ COLEMAN, *supra* note 6, at 431.

⁵⁰ GEORGE P. FLETCHER, *THE BASIC CONCEPT OF LEGAL THOUGHT* 87-92 (1996). この点に関する Fletcher の議論については、拙稿「不法行為基礎理論」・前掲注 4) 143頁、同「事実的因果関係」・前掲注 4) 100-101頁注 20) を参照。See also Jules L. Coleman, *Second Thoughts and Other First Impressions*, in *ANALYZING LAW*, *supra* note 3, at 298.

である。

市場は、価値観が多様化した社会において、安定した枠組みを作り出す働きをする。すなわち、価値観が分裂した社会であっても、人々は市場を通して協働することができ、社会的安定を実現することができる。しかし、市場は、その必要性が高まれば高まるほど—すなわち価値観が分裂すればするほど—、不確実性のために協働を実現しにくくなっていく。そこで契約法が必要とされる。契約法は、人々の局所的な (local) 協働を実現するための法といえる。

矯正的正義に基づく不法行為法もまた、個々人の善き生 (good life) の追求に資する。矯正的正義は、「不正行為」の箇所でも述べたように、危険に関する慣習の維持によって人々の局所的な協働を可能にする。また、「不正」の箇所でも述べたように、権利の保護によって重要な社会制度 (たとえば財産権) を安定させ、人々が他人の行為を予測し、また、積極的に活動できるようにする。このように、矯正的正義に基づく不法行為法は、善き生の追求に必要な環境を整備する意義を有している⁵¹。

4. 矯正的正義以外の原理によるべき事例

Coleman は、矯正的正義だけで現行の不法行為法を説明するわけではない。Coleman が矯正的正義以外の事例とするものを見てみよう。

(1) DES 訴訟—市場占有率責任—

Coleman は、いわゆる「市場占有率責任」(market share liability) を形成した DES 訴訟のうち⁵²、Sindell v. Abbott Laboratories (以下、Sindell 判

⁵¹ COLEMAN, *supra* note 6, at 5-6, 12, 62-66, 68-71, 105, 124-130, 136-141, 147-148, 160-161, 164, 181-183, 192-193, 197, 360, 431, 434-438. 浅野「Risks & Wrongs」・前掲注 2) 参照。

⁵² Sindell v. Abbott Laboratories, 163 Cal. Rptr. 132 (1980), 607P. 2d. 924 (1980); Hymowitz v. Eli

決とする）と、Hymowitz v. Eli and Co.（以下、Hymowitz 判決とする）との相違に注目する。

DES (diethylstilbestrol) は人工的に合成された女性ホルモンであり、数百の製薬会社によって製造・販売され、数百万人の妊娠中の女性に投薬されたが、服用した母親から生まれた子に癌性腫瘍の発生率が高いことが分かり、妊娠中の女性に投薬することが禁じられた。その後、癌に罹患した子が、DES を製造・販売した製薬会社に対して損害賠償を請求する訴えが、アメリカ合衆国の各地で提起された。大多数の原告は、どの製薬会社の薬を原告の母親が服用したかを特定する手掛かりをほとんど有していなかった。被告会社にも、原告の母親に製品を供給したことを直接否定できる記録はなかった。そのため、DES 訴訟では事実的因果関係の有無をめぐる争点が形成された。

Sindell 判決は、加害者を特定できない原告が、DES 市場の「相当な割合」を占める製薬会社を被告とすることを要件として、立証責任を被告に転換した。そして、被告会社は、免責事由を立証しない限り、DES 市場における各自の占有率に相応する責任を負うとした。これが「市場占有率責任」(market share liability) と称される責任である。Sindell 判決によれば、被告会社は、自社の薬と原告の損害との間に因果関係が存在しないことを証明すれば、責任を負わない。

これに対し、Hymowitz 判決は、被告会社は特定の個人、薬局、地域に売却しなかったことを証明しても、製品を流産防止剤として販売しなかったこ

and Co., 539 N. E. 2d. 941 (1989). DES 訴訟については、藤倉皓一郎「市場占有率に基づく賠償責任—アメリカにおける薬害 (DES) 訴訟判例の展開—」中川淳還暦記念『民事責任の現代的課題』(世界思想社、1989) 3 頁以下、渡邊知行『『加害者不明の共同不法行為』について(1)(2)(3)』法政論集(名古屋大学)140号(1992)216-233頁、同144号(1992)450-481頁、同145号(1993)464-472頁、新美育文「因果関係の証明と市場占有率による責任—Sindell v. Abbott Laboratories」藤倉皓一郎ほか編『英米法判例百選』(1996)174-175頁、大塚直「割合的責任—Hymowitz v. Eli Lilly & Co.」樋口範雄ほか編『アメリカ法判例百選』(2012)170-171頁等を参照。

とを証明できない限り、免責されないとした。

Coleman は、Hymowitz 判決の方が、市場占有率責任を正しく解釈しているとする。というのも、Sindell 判決には、両立不可能な二つの側面—すなわち、矯正的正義の側面と「過失対応プール」(at-fault pools) の側面—があるからである⁵³。

まず、Sindell 判決における矯正的正義の側面から見ていこう。Coleman によれば、Sindell 判決は、製造者が負担すべき責任を確定する方法が実際には存在しないことから、市場の占有率に応じた割合で損害賠償を負担するという原則を採用したものであり、「市場占有率が因果的答責性 (causal responsibility) を合理的に代替するものであるならば」、Sindell 判決は矯正的正義を追求したものと見える。このような代替措置は、因果関係の認定に伴う実際上の困難に対応したものに過ぎないからである⁵⁴。

次に、「過失対応プール」の側面を見てみよう⁵⁵。過失対応プールとは、自動車事故を例にすると、次のようなシステムである。運転者が等しく過失を伴い同程度の頻繁さで運転している場合、望ましい解決方法は費用を等しく分割することである。これに対して、他の運転者よりも頻繁に運転する者は、それに応じた費用を負担すべきである。ここでは、運転者の「市場の占有率」が費用分割の基準となる。過失対応プールにおいて、一定期間の自動車事故による被害者の損害の総費用が積算され、自動車の運転に過失を伴った運転者の間に分配される。その過失が実際に損害を生じたか否かは関係ない。DES 訴訟の市場占有率責任にも同じことがいえる。各々の製薬会社が同程度の過失を伴って欠陥のある薬を生産したのであれば、それぞれが負担すべき賠償

⁵³ COLEMAN, *supra* note 6, at 405-406. 過失対応プールについては、浅野「不法行為法と矯正的正義 (1)」・前掲注 2) 43-44頁を参照。

⁵⁴ COLEMAN, *supra* note 6, at 398-399.

⁵⁵ *Id.* at 404.

額は各々の得た市場の占有率に従うべきである。このように、市場占有率責任も過失対応プールとしての性質を有している。

では、過失対応プールにおいて、実際に損害を引き起こさなかったことは免責事由となるだろうか。これを肯定すると、過失対応プールは完全に破壊されることになる。それゆえ、過失対応プールと矯正的正義は両立できない。Coleman はそのように考えて、製品と損害との間の因果関係に基づく免責を認めない Hymowitz 判決の方が、市場占有率責任の論理をより正しく表していると主張している⁵⁶。

Coleman は、市場占有率責任に過失対応プールの性質を見出し、これをより徹底させるために矯正的正義の側面を排除した。このようにして市場占有率責任は、一定の種類の欠陥製品がもたらす損害を取り扱った「局限的な又は制約された (constrained) 過失対応プール」を実行する取り組みと解釈される。この場合、不法行為訴訟は、そのようなプランを実行するための公開の討論機関という性格を帯びることになる⁵⁷。

(2) 製造物責任

Coleman によれば、製造物責任は、経済的効率性によって説明される部分と矯正的正義によって説明される部分から構成される⁵⁸。

製造物責任は不法行為責任として構成されている。Coleman は、このことを製造者と消費者の合理的交渉に基づいて説明する⁵⁹。すなわち、製造者と消費者が実際に契約しようとする高い取引費用がかかるから、契約が不完全なものとなったり、契約自体が得られなくなったりするだろう。不法行

⁵⁶ *Id.* at 406.

⁵⁷ *Id.* at 405.

⁵⁸ *Id.* at 428.

⁵⁹ *Id.* at 417-419. Coleman の製造物責任論に対しては、Cane による批判がある。Peter Cane, *Markets and Morals in Contract and Tort*, LEGAL STUD. 396, 413-14 (1993) (book review).

為法はこの問題を解決するために設けられた手段である。したがってその責任内容は、取引費用がないならば生ずるであろう状態を再現するべきである。では、製造者と消費者の合理的交渉の再現と考える場合、製造物責任はどのような内容を持つことになるのだろうか。設計上の欠陥と非金銭的損失(non pecuniary cost) に対する Coleman の分析を見てみよう。

①設計上の欠陥⁶⁰

Coleman は、設計上の欠陥テストをネグリジェンスとして理解し、このテストの適用に際しては、著しい不確実さと予測の不可能性が生ずると指摘する。消費者は合理的な費用による安全を望み（保護される価値が安全に費やされる費用を下回る点まで）、他方、製造者は予測の可能性を望む。これら両者の希望に基づいて選択される準則は、製品利用者の寄与過失を抗弁とする簡潔な厳格責任である。このような責任準則は、設計上の欠陥テストを全て放棄することによって実現することができる。その結果、製造者は、消費者の損害が製品の誤使用または注意不足によるものでない限り、製品がもたらした全ての損害について責任を負う。Coleman は、このようなルールが効率的であり、設計上の欠陥を評価する他のどのような手段よりも容易に運用できるとしている⁶¹。

⁶⁰ COLEMAN, *supra* note 6, at 413. Coleman は、設計上の欠陥の存否について次のような判断基準を取り上げている。①期待テスト、②ラーニッドハンド・テスト、③危険・便益テスト、④規制・遵守 (regulatory/compliance) テストである。①によれば、製品の安全性が消費者の合理的な期待を下回った場合に製造者は責任を負う。②によれば、注意に要する費用が損害に見込まれる費用を下回った場合に製造者は責任を負う。③によれば、実行可能なあらゆる設計のうちで便益を最大化する設計が採用されなかった場合に、設計に欠陥が認められる。④によれば、相応しい基準が規制当局 (regulatory agency) によって設定される。Alan Schwartz, *Proposals for Products Liability Reform: A Theoretical Synthesis*, 97 YALE L. REV. 353, 384-391 (1988).

⁶¹ COLEMAN, *supra* note 6, at 413-15, 423-424.

②非金銭的損失

厳格責任の利点として、私的な社会保険の機能 (private social insurance) を果たすことが指摘されている。製造者は保険の購入に適しており、さらに消費者にその費用を分散できる。それゆえ、製造者に損失を割り当てることは、消費者が製造者を介して保険を利用することといえる。

これを経済的効率性の観点から検討してみよう。製造者と消費者の合理的交渉を想定する場合、(上記の意味での) 保険料の分担はどのように行われるだろうか⁶²。

Coleman によれば、合理的な消費者を想定する場合、消費者は金銭的な損失に保険をかけるが、非金銭的な損失については保険をかけない⁶³。このような違いは、いわゆる「限界効用」の増加の有無から生ずる。たとえば、事故によって働けなくなる場合のために保険を利用することはありうることである。例えば同じ100万円であっても、働くことのできる現在よりも働けない将来の方が価値が高くなると考えるからである。他方、非金銭的な価値には限界効用の増加が認められない。つまり、精神的な苦痛を被った者にとって、100万円の価値が以前よりも増加するわけではない。それゆえ、将来被るかもしれない精神的な苦痛のために保険料を支払うことはないであろう。このような前提の下で製造者と消費者の交渉を仮定すると、消費者は非金銭的な価値については製造者を介した保険の購入を選択しないだろう。このように考えるならば、不法行為法上、消費者たる被害者は製造者から非金銭的な価値を賠償されないことになる。

では、非金銭的損失は賠償されなくてよいのだろうか。Coleman は賠償の必要性を認める。そこで援用される根拠が矯正的正義である⁶⁴。すなわち、

⁶² *Id.* at 420-421.

⁶³ Coleman はこのような非金銭的損失として苦痛 (pain and suffering) を挙げている。*Id.* at 421.

そのような非金銭的損失は、たとえそれに保険をかけるのが効率的ではなくても不正なものとなりうる。非金銭的損失に関する製造者の賠償責任は矯正的正義に基づくものである。

おわりに—多元主義的な不法行為理論—

(1) 局限的な慣習の規範的性格

Coleman は、矯正的正義における賠償義務の根拠は「不正さ」であるが、「不正さ」の中身自体は矯正的正義からは導かれない、とする⁶⁵。それは、賠償義務を発生させる一次的義務（first-order duty）によって設定される。

では、一次的義務の内容はどのように決定されるだろうか。Coleman は、経済的効率性によって矯正的正義の中身が埋められることもあり得るとしつつ、一次的義務の中身を演繹的に特定できる理論は構築できないだろう、としている。矯正的正義の役割は、不法行為法の内容構成を示すことによって、不法行為法の法的実践の指針となり、また、判断の制約となる、というものである⁶⁶。

しかしながら、Coleman において第一次的義務に関する理論的枠組みがないわけではない。以下、この点について見ていくこととしたい。

Coleman も、不法行為法の二極構造と矯正的正義とを結合させていた。

⁶⁴ *Id.* at 426, 428.

⁶⁵ 以下の論述については、COLEMAN, PRACTICE, *supra* note 8, at 32-34参照。

⁶⁶ *Id.* at xiv, 33, 54. Weinrib も、矯正的正義論を、概念構成によって法的判断の枠組みと方向性を示すものとしている（WEINRIB, PRIVATE LAW, *supra* note 11, at xiv, 218-219, 222-227; *id.* CORRECTIVE JUSTICE, *supra* note 11, at 8, 10, 13, 75-77, 79, 96-97, 314-315, 320-321）。Weinrib は、危険の程度は事例毎に決定される問題であるとして、矯正的正義に不確定さが伴うことを認めている（*Id.* PRIVATE LAW, *supra* note 11, at 222）。Simons は、そのため裁判所は抑止や補償といった外在的目的に依拠するよう促されるとし、Weinrib は多元主義論者（pluralist）であると指摘している。Kenneth W. Simons, *Justification in Private Law*, 81 CORNELL L. REV. 698, 737-738 (1996) (book review).

Coleman の不法行為理論の特徴は、局限的な慣習の維持に矯正的正義の根拠を置くことである。当事者間の平等状態の回復を目的としないから、利得と損失の矯正という発想に立つ必要はない。しかも、この根拠は、配分的正義と経済的効率性を矯正的正義から退ける役割も果たしている。

Coleman のいう局限的な慣習は、事実上の存在なのだろうか。それとも規範的存在なのだろうか。Coleman は、ハートの法理論をふまえて慣習の準則性に関する議論を展開している⁶⁷。この議論をふまえないと上記の問題について確かな解答を得ることはできないが、本稿では検討が及ばなかった。本稿では、Coleman が、Arthur Ripstein との共著論文において次のように述べている点に注目することとしたい⁶⁸。すなわち、不法行為は各人間の境界を越えることであり、その境界は様々な自由と安全の利益衡量によって画定される。そして「裁判官は、慣習あるいは伝統となっているものに訴える場合がある。このことはまた、様々な活動の重要度に関する暗黙の判断を反映している」。

これに対し、RISK AND WRONGS における記述は次のようなものであった⁶⁹。すなわち、「慣習は、経験的な (epistemic) 予測と規範的な予測の両方をもたらす。「うまくいく (successful) 慣習は、社会構成員が行為を調整するという意味において効率的である。必ずしも、危険を最適に低減するまたは分散するという意味においてではない」。「(…) 慣習上の規範によって作り出される権利と義務は、その規範が適切な意味で社会規範又は慣習であるという条件の下で、すなわち、その規範が大部分の人々によって受け入れられるという条件の下で、当該集団の全ての構成員に降りかかる」。

RISKS AND WRONGS の記述においては、規範的観点は弱く、それよりも、

⁶⁷ COLEMAN, PRACTICE, *supra* note 8, at 74-102 (“Lecture Seven-The Conventuality Thesis”).

⁶⁸ Coleman & Ripstein, *supra* note 23, at 110-112.

⁶⁹ COLEMAN, *supra* note 6, at 359, 360.

集団構成員が現実に遵守しているかどうかという事実状態が注目されている。上述したように、この点をどのように評価するかは、慣習の準則性に関する Coleman の議論の理解を必要とする。しかしここではその議論は措き、上記の Coleman & Ripstein の共著論文と比べてみると、この論文では、抽象的内容ではあるが、規範的評価が明確に示されている。この論文をふまえると、集団構成員の予測を裏づけている慣習であっても、最終的には自由と安全の調整というテストにかけられることになる。

そうすると、次の疑問が生じてくる。結局、自由と安全の調整という観点から正当性を検討するのだから、それは配分的正義による自治の公正な配分と区別できないのではないか。しかし、Coleman は、なお矯正的正義の独自性を主張することができよう。自由と安全の調整という包括的な見地に立ったとしても、局限的なサイズの集団の規範の維持という課題は、重要性を失うわけではない。それゆえ、この課題に適する制度が求められる。矯正的正義は、自由と安全の調整という包括的なテストに拘束されながらも、独自の存在意義を有しているといえる。

(2) Coleman の不法行為理論の多元主義的性格

Coleman の不法行為理論は、矯正的正義以外にも不法行為法の根拠づけを認めており、多元主義的な理論ということが出来る。不法行為法の実質的な根拠となるのは、集団的規範・慣習の維持、私的自治の保護、経済的効率性、過失対応プールであった。不法行為法の各種の準則は、それぞれに適した根拠によって正当化される。

Coleman は、DES 訴訟と製造物責任の分析において、ある準則の妥当性を複数の観点から検討するというアプローチを行っていた（DES 訴訟は過失対応プールと矯正的正義の観点から、製造物責任における精神的損害は経済的効率性と矯正的正義の観点から検討されていた）が、結論的には、ネグ

リジェンスと極度に危険な活動の責任を矯正的正義によって根拠づけ、設計上の欠陥を経済的効率性によって根拠づける（非金銭的損失は矯正的正義によって根拠づける）。このように、Coleman の不法行為理論は、全体として多元主義的である一方で、基本的には個々の制度や準則を個々の不法行為理論と一対一で対応させており、この点では一元主義的性格を有している。