

過失の衡量的評価と規範的評価

——アメリカ不法行為リステイトメントにおける過失衡量論をてがかりに——

卯 辰 昇

はじめに

- I アメリカ合衆国不法行為における過失の一般原則
- II ハンドの定式がアメリカ不法行為過失論に与えた影響
- III 「法と経済学」理論へのハンドの定式の取り込み
- IV 危険便益比較とハンドの定式による過失の評価
- V わが国不法行為における過失の評価
おわりに

はじめに

民法七〇九条不法行為成立の要件事実である過失概念は多義的である。伝統的な不法行為理論における過失概念は、通常人の予見可能性を問題にし、行為者の心理的要因を重視する。心理的緊張を欠いて行為したことによって結果を惹起した者に道徳的非難を向けるのである。その意味で過失の評価は社会（共同体）が共有する規範を反映した

ものといえる。過失をもっともプリミティブに表現するならば、「他人を害することなかれ」という社会規範に違反することとしてあらわされる。しかし、市民社会の発展とともに、必然的に自己の行為が他人の活動領域と交差し、他人の権利・利益を侵害する事態が出現してくる。このような行為・活動領域交差の局面においては、規範的理解だけでは過失の正否を判断することが次第に困難となってくる。

そこで、過失を結果回避義務違反を中心に考える学説は、行為者が回避義務に違反して行為したかどうかで過失の有無を判断する。さらに、義務違反の有無を結果の重大性と結果回避のコストを衡量して判断する立場につながる。すなわち、結果発生⁽¹⁾の蓋然性(危険性)と被侵害利益の重大さの因子と行為義務を課すことによって犠牲にされる利益とを比較する。後者が大きい場合に過失を否定するのである。この学説の起源は、アメリカ合衆国のL・ハンド(Learned Hand)判事が示した過失要因の関数化⁽²⁾にちなり、ハンドの定式(Hand Formula)として一般概念化している。さらに、過失を衡量的に評価するという視点でとらえるならば、二〇世紀初頭のヘンリー・T・テリー(Henry Taylor Terry)教授にその起源を求めることができる。

本稿では、過失の衡量的評価(テリー教授の危険便益比較及びハンドの定式にちなる過失を形式的・関数的に比較衡量して評価する立場をこの用語で記述する)が、過失の判断にあたりどのような機能を有し、そして現実の裁判において有効なメルクマールたりえているのかを検討する。具体的には、アメリカ合衆国不法行為第二次リステイメント⁽¹⁾の危険便益比較と現在改訂作業中の第三次リステイメントにおける過失の定義を手がかりに考察する。

不法行為に関する第三次リステイメントは、既に一九九八年に製造物責任(Restatement of the Law Third, Torts: Products Liability)⁽²⁾、二〇〇〇年に責任割合(Restatement of the Law Third, Torts: Apportionment of Liability)⁽²⁾に関する改訂が終了し公表されている。現在、生命侵害、身体傷害及び財物損壊に対する過失不法行為責任の一般的

かつ基本的な原則 (General Principle⁽³⁾) 以下「一般原則」) に関する討議草案 (Discussion Draft) に続いて試案 (Tentative Draft No.1)⁽⁴⁾ が公表されている。

製造物責任及び責任割合に関する第三次リスティメントは、被告の責任を緩和する方向での改訂が行われた。本稿の主たる検討対象とする過失の一般原則に関する討議草案及び試案も、被告の過失の成立を制限する方向に機能するハンドの定式の考え方がより明確に表れている。したがって、製造物責任等と同様、一九八〇年代から続いていたアメリカ不法行為改革の一環としての性格が強くと表れていると考えられる。

一方、わが国では、大正期の大阪アルカリ事件大審院判決 (大判大正五年二月二〇日民録二二輯二四七四頁) において、既に過失の衡量的評価の考え方がとりいれられている。これに影響を及ぼしたのが、東京帝国大学で英米法を教えていたテリー教授である。⁽⁵⁾ テリー教授は、一九三四年に編纂された不法行為第一次リスティメントにおける過失判断要因の一つである危険利益比較 (現行第二次リスティメントに基本的に引き継がれている) の考え方を、二〇世紀初頭にわが国に導入したとされている。

テリー教授の影響を受けた裁判官らが過失の認定にあたって、危険利益比較を自らの裁判で具体化したのであろうか。大阪アルカリ事件大審院判決は、「相当な防止設備を施さずれば責任なし」と判示した。後述のハンドの定式を先取りするがごとくである。大審院の判示を受けて下された差戻審判決 (大阪控判大正八年二月二七日法律新聞一六五九号一頁) は、相当な防止設備をなしていないとして、被告の結果回避義務違反を認定し、過失を肯定した。⁽⁶⁾ わが国でも過失の衡量的評価は定着しているとみることができるのだろうか。

被告の過失を否定し、不法行為の成立を認めなかった裁判例における過失の判断基準はいかなるものであろうか。わが国においては、アメリカ合衆国過失不法行為における通常人としての注意義務と同様の基準で過失の判断を行

い、過失の純粹衡量的評価(相對概念の関数的評価を意味しハンドの定式を典型とみる)は、例外的なものにとどま
ているのではないだろうか。過失の規範的評価に、過失を基礎づける考慮要因の衡量的評価(本評価を基礎づける基
本要因の取捨選択と評価が内在し、その意味で本評価自体規範的といえる)が内在しているとみるべきではないか。
このような筆者の問題意識を敷衍し検討するために、本稿では、(Ⅰ)アメリカ合衆国不法行為における過失の一般原
則、(Ⅱ)ハンドの定式がアメリカ不法行為過失論に与えた影響、(Ⅲ)「法と経済学」理論へのハンドの定式の取り
込み、(Ⅳ)危険便益比較とハンドの定式による過失の評価、について論述する。その上で、(Ⅴ)わが国不法行為に
おける過失の評価、について論じることにした。

Ⅰ アメリカ合衆国不法行為における過失の一般原則

第三次リステイトメント討議草案及び試案(以下、基本的には試案の内容を中心に検討し、第三次リステイトメン
トと表示する。特に区別すべき場合は、「討議草案」を草案とし、試案と区別する。本稿で主として検討する過失
(negligence)に関する条文は、草案が82、試案が83となっている)で提案されている過失の定義は、ハンドの定式
を直截にとりいれたものとなっている。第三次リステイトメントの起草者であるGary T. Schwartz教授は、ハンドの
定式は、過失を経済的に評価する立場からも公正を重視して過失を評価する立場からも有用であるとい⁽⁶⁾う。

はたして、第三次リステイトメントで提案されている考え方が、今日の判例法を適切にリステイトしたものになっ
ているのだろうか。過失論をめぐる学説及び判例を再検討していく必要がある。

一 アメリカ合衆国不法行為における過失概念

アメリカ合衆国不法行為 (Torts) における過失 (negligence) は、通常人の相当な注意という基準で判断される。注意義務の程度は、通常予見される不合理な危険を他人に生じさせないように行為することとされている。そして、不法行為第二次リステイメントでは、行為の不合理性は、Risk-Utility (危険便益) を比較することによって決定される。危険便益比較のような過失の衡量的評価と通常人がなすべき注意義務の範囲と程度といった規範的評価は、相対立する概念なのか、補完的關係なのか、それともいずれかが優越して過失の判断がなされるのであろうか。これが本稿を通底する問題意識である。

過失の衡量的評価の代表とされるハンドの定式は陪審評決を経ない海事裁判の中から生まれている。さらに、ハンドの定式は、一九世紀後半以降の判例準則を第一次リステイメントに採用した危険便益比較 (risk-utility analysis) に由来する。危険便益比較は、一九六五年の第二次リステイメントにも形を変えずに引き継がれている。したがって、過失の危険便益比較は、アメリカ合衆国において約七〇年にわたって不法行為リステイメントで維持されている原則である。

しかし、事実審における陪審裁判では、被告の過失の有無の決定は、陪審員の事実認定の問題とされている。はたして法律の素人である陪審員が過失を衡量的に評価しうるであらうか。この疑問に対しては、陪審員は、過失を衡量的に評価しているわけではないというのが現実であると思われる。一般的には、リステイメントの趣旨に沿った陪審説示 (jury instruction) がなされると想定される。しかし、実際には、過失の有無の判断を行うにあたって、具体的な基準について説明されることは少ない。陪審員は、通常人の注意義務の基準にしたがって、過失の有無を判断するように求められる⁹⁾。陪審員が行う判断は、彼らの通常有する価値基準に基づいたものである。このようにしてなされ

る陪審評決に対して理論的な説明が示されることもない。唯一彼らの属するコミュニティが共有する規範を反映したものであり、その意味で彼らは、過失を規範的に評価するのである。⁽¹⁰⁾

さらに、陪審員は、気の毒な被害者対富裕な加害者という構図で事件を判断し、加害者に対して厳格責任に近い責任を課す傾向があると指摘されている。⁽¹¹⁾陪審裁判での上訴事件における被告の勝訴率は、原告の勝訴率よりも高く、⁽¹²⁾事実審における陪審評決を破棄し、被告の過失を否定する根拠として、危険便益比較のような衡量的評価を上訴審裁判官は用いるのである。

二 過失の衡量的評価の萌芽

現行の第二次リステイトメントにおける過失の一般原則は、前述のように通常人の相当な注意の基準である。そして、注意義務違反の有無の判断の一要因として、第一次リステイトメントで採用された危険便益比較が位置づけられる。とりわけ、リステイトメントの過失原則は、アメリカ合衆国の上訴審での陪審評決の再審理及び事実審での指示評決 (directed verdict)⁽¹³⁾ における基礎的法原則 (black letter law) となつてきた。⁽¹⁴⁾ リステイトメントの採用する危険便益比較は、社会的価値を考慮した経済的視点から過失の有無を判断する立場であり、必然的に被告の過失を否定する方向に作用する。

多くのケースブックで引用されているハンドの定式は、ネグリジエンス (過失) を結果志向的 (consequential) にとらえる立場からは好意的に受け入れられる。一方、過失を多義的なものとして規範的にとらえる立場からは、伝統的な通常人の注意義務の基準を歪曲するものであるとの批判が加えられる。これらの立場の相違は、他人に対する予見しうる不合理な危険を回避しえたかどうかという概念 (以下「予見可能な危険理論」) で通常人の注意義務を規定す

るホームズの立場に遡る。テリーは、ホームズの予見可能な危険理論を不当に予見可能なリスクと再構成し、これがハンドに引き継がれたのである。さらに、ハンドは、より端的に功利主義的な衡量理論を採用するために過失論から予見可能性の要件を取り去った。つまり、有名な「 $B < H < P$ 」の不等式によって当該行為が不当に予見可能なリスクかどうかを判断するのである。したがって、ハンドの定式は限界効用分析を中心とした「法と経済学」に格好の理論的根拠を与えるのである。

三 テリーの過失論

そこで、リステイトメントにおける危険便益比較の考え方とハンドの定式との相違を理解するために、テリーが、一九一五年の論文⁽¹⁵⁾で提示した五つの過失判断要因に立ち戻ることが有益である。

すなわち、第一次リステイトメントの起草者であるボレン (Francis H. Bohlen) が、テリーの危険便益比較の考え方をリステイトメントにとりいれたとされる。さらに、ハンド自身、第一次リステイトメント草案を検討していたリステイトメントから着想を得て、⁽¹⁶⁾過失判断要因を三つに簡略化し、関数化したとされているからである。

テリーは、上記のように通常人として予見しうる不当に大きなリスクを他人に与えた者は過失による責任を負うとし、次の五つの考慮要因を提示した。

- ① リスクの大きさ。リスクが大きいほどリスクが不当とされる確率が高まる。
- ② リスクに曝されるものの価値ないし重要性。法が保護すべきとみなす主目的 (principal object)。
- ③ リスクある行為が追求する副目的 (collateral object) の価値ないし重要性。
- ④ 主目的に対するリスクを生じさせる行為によって、副目的が達成される蓋然性。すなわち、リスクの効用。

⑤リスクを冒さずに副目的が達成されるであろう蓋然性。すなわち、リスクの必要性。

上記①がハンドの定式のP、②がLに該当し、③ないし⑤の要因が、ハンドの定式のBに該当すると考えられる。⁽¹⁷⁾

このようにテリーの過失の判断要因がハンドの定式の基礎をなしているのは明らかである。さらに、ハンドの定式は第一次リステイトメントにおける危険便益比較の考慮要因を単純化し、相당한注意の基準を具体化したものといえる。⁽¹⁸⁾

しかし、テリーの考え方とハンドの定式における考え方は相違がある。ハンドの定式とは異なりテリーは、副目的である③ないし⑤を常に考慮するわけではない。また、BとP及びLをどのように衡量するかについては触れていない。ただし、テリーの考え方は、⑤の要因を考慮する結果としてハンドの定式を限界費用と限界効用のレベルで理解する立場に近い。⁽¹⁹⁾さらに、テリーの考えを受けてリステイトメントが規定したリスクの不相当性を決定するための要因は、規範的な判断が必要である。

そこで、以下にハンドの定式の基礎となった判決を検討し、どのように過失の衡量的評価が行われているか確認する。その上でリステイトメントの過失評価の構造について検討していきたい。

II ハンドの定式がアメリカ不法行為過失論に与えた影響

ハンドの定式として知られる過失に関する定式は、アメリカ合衆国不法行為法及び「法と経済学」の提唱者に大きな影響を与えてきた。ハンドの定式は危険便益比較に回避費用との衡量を加味し、それらを不等式によって表したところに特徴がある。しかし、この考え方は、先行する一九三〇年代からのハンド判事自身の判決に見いだせる。

Gunnarson v. Robert Jacob, Inc., 94 F.2d 170, 172 (2d Cir. 1938)⁽²⁰⁾ 及び Conway v. O'Brien, 111 F.2d 611, 612 (2d Cir.

(14) 1940)である。

ハンド判事が、キャロル・トローイング (Carroll Towing Co.) 事件において示した過失の決定基準がハンドの定式とよばれ、本判決は、多くのケースブックで象徴的かつ重要な事件として引用されている。これらのケースブックの編纂者は、ハンドの定式を伝統的な過失の決定要因としての不相当に予見可能ナリスクとの対比において引用している。すなわち第二次リステイトメント 88291-293で示される危険便益比較と関連づけられるのである。

以下に本事件を検討するとともに、引用されている関連事件との相違についても検討する。

一 事実の概要

(1) 一九四四年一月四日、ニューヨーク (NY) 港で船頭が乗船していなかった舢舨が係留を離脱し、他の船に衝突したことにより沈没し、積荷の小麦粉が滅失した。舢舨と小麦粉に対する損害賠償責任をめぐる、当該舢舨所有者の過失の有無が問題となった。

コナーズ海運社 (The Conners Marine) は、舢舨 (アンナC) の所有者であり、当該舢舨は、ペンシルベニア鉄道会社 (Pennsylvania Railroad Company) がチャーターしていた。グレイス・ライン社 (Grace Line, Inc.) は、キャロル・トローイング社の所有しているキャロルという名前のタグボートをチャーターしていた。

コナーズ社は、事故の前年一九四三年六月二〇日、NY港での通常の備船契約にしたがい、期限の定めのない一日毎の定期備船契約でアンナCをペンシルベニア鉄道会社にチャーターしていた。なお、備船契約には、船頭の乗務も含まれており、船頭の乗務時間は、午前八時から午後四時までに限定されていた。

(2) 事故当日、アンナCは、貨物の小麦粉 (合衆国政府所有) 積み込み後、マンハッタン島五二番埠頭突端に係留

されていた。さらに、アンナCの外側に五隻の舢が相互に係留網で結ばれ係留されていた。一方、五二番埠頭の北側の公共埠頭（Public Pier）には四隻の舢が係留されていた。一番突端の舢（Brie.R.R.）と五二番埠頭に係留された四隻目の舢（O'Hara）とは一本の係留網で結ばれていた。この係留網によって両埠頭の進入路が塞がれるかたちになっていた。

(3) グレイス・ライン社は、タグボート・キャロルをチャーターしており、キャロルは、公共埠頭に係留されている二隻目の舢（Camden）を引き出すために埠頭の外側から進入しようとしていた。そのためには、二隻の舢をつなぐ係留網をはずす必要があった。キャロルの船長は港務官（Harbor master）と甲板員に進入を妨げている係留網を解き放つよう命じた。ただし、船長は川面に強い北風が吹いていたので作業を行う前に、五二番埠頭の舢が安全に停泊していることを確認するよう命じた。

港務官と甲板員は、アンナCに乗り込み、アンナCと埠頭を結ぶ係留網を含め、すべての舢の係留網を解き再び結びなおした。そうした作業を行った上で、彼らは二隻の舢を結ぶ係留網を振り解き、再びキャロルに戻った。キャロルは舢から離れ、舢の後方にまわり公共埠頭に進入する準備を行っていた。そのとき、アンナCの係留網が外れたために、アンナCを含む六隻の舢が一団となって五二番埠頭から離れ漂流を始めた。潮と風によってアンナCらの舢はつながれたまま流され、アンナCは五一番埠頭の北側に停泊していたタンカーに衝突した。タンカーのスクリューはアンナCの甲板を打ち破り船底までめり込みアンナCは大破した。その後まもなく、午後二時一五分頃、アンナCは傾きだし、貨物の小麦粉は投げ出され沈没した。

(4) グレイス・ライン社が所有するタグボートのグレイスとキャロルの両船ともサイフォンポンプを搭載していた。アンナCの救助のために到着した時に、彼らがアンナCの状態を知ることができれば、アンナCを浮かべ、岸ま

で曳航してることができたはずであった。しかしアンナCの乗組員は前日の夜に下船しており誰も船内に残っていないなかったため、アンナCは浸水するままになっていた。

二 原判決 *Conners Marine Co. v. Pennsylvania R. Co.*, 66 F. Supp.396 (E.D.N.Y.1946).

陪審審理を省略した海事審判として下された事実審判決の要旨は次のとおりであった。

- a. アンナCを含む船団が漂流したのは、タグボート・キャロル及び両埠頭間の船団をつなぐ引き綱を解き放ち、五番埠頭への係留綱を適切に結び直さなかった港務官の過失による。
- b. グレイス・ライン社は、港務官の雇用者として使用者責任を負う。
- c. キャロルの所有者であるキャロル・トローイング社とグレイス・ライン社はアンナCの所有者であるコナーズ社に対し一次的責任を負い、アンナCをチャーターしていたペンシルベニア鉄道会社が二次的責任を負う。
- d. キャロル・トローイング社は、キャロルの所有者として責任を負うが、責任額は五〇％に制限される。
- e. 合衆国政府は、小麦粉の損害に関し完全な損害賠償を得ることができる。
- f. 船頭の不在自体は艇所有者の過失ではない。

三 控訴裁判決 *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

控訴裁は、艇(アンナC)の所有者の過失に関する原判決の判示部分を破棄し、さらに審理を尽くさせるべく原審に差し戻した。この控訴裁判決が、ハンド判事が法廷意見を書いたことからハンドの判決と呼ばれているものであり、各当事者の責任認定について修正を命じた。沈没損害に関し、コナーズ社の過失割合を三分の一として、コナーズ社

はキャロル社、グレイス社それぞれから三分の一の損害賠償を得るというものであった。

(1) 控訴裁における過去の判決例の検討

控訴裁で主として問題となったのは、第一にグレイス・ライン社は少なくとも損害の一部に関して責任を負うべきかどうかということであった。その判断は一種の被用者と考えられる港務官の権限がどこまで及ぶかにかかっている。そして第二に船員が不在中に船が漂流し他船と衝突した場合、当該船の所有者の責任が問われるかということであった。本稿では主として第二の問題を検討するが、このような船頭の不在による責任の可否をめぐる判決例は以外に多い。NY港の管轄である第二巡回区における海事裁判は、非陪審裁判として行われることが多く、事実審の判決にも裁判官の法律的判断が加わりやすい。

ハンド判事は、本控訴裁判決において原審で引用された三判決（④、⑥、⑪）の他、一〇判決を引用し、過失の有無をめぐる判断基準を提示している（〇は船舶所有者の責任を認めたもの）。

① Clapp v. Young, 5 F. Cas. 819 (D.Mass 1843) ○

プロビンスタウン港で、強風のために係留設備が壊れて帆船が流された。帆船所有者は他の船舶に衝突し沈没させたことによる責任を負う。責任根拠は、それが当該港での慣習であったとしても、帆船所有者は誰も乗船させていなかったことにある。

② Feno v. The Mary E. Cuff, 84 F. 719 (E.D.N.Y.1897) ○

ポート・ジェファーンソン港で暴風雨の際に船頭が乗船していない無人の船が流され他の船に衝突した。無人船の過失を認めた。

③ The On-The-Level, 128 F. 511 (E.D.N.Y.1903) ○

船所有者は、停泊中の固定船に与えた損害を賠償する責任がある。すなわち、固定船につながれた船には船頭が乗船していなかったことが重過失であったと認定した。

④ The Kathryn B. Guinan, 176 F. 301 (2d Cir. 1910) ×

船が港外にいる場合と異なり、埠頭に係留されている場合、船頭が乗船していなかったこと自体は、所有者の過失を認める根拠にならない。ただし本件では、衝突した船には船頭が乗船していたが睡眠中であった。

⑤ The Beeko, 10 F.2d 884 (E.D.N.Y.1925) ×

少年達が、ブルックリンのマリンベイシんに係留されていたパワーボートを故意に動かし、他の船に衝突させた。監視人を乗船させていなかったパワーボートの責任を否定した。

⑥ United States Trucking Corp. v. New York, 14 F.2d 528 (E.D.N.Y.1926) ×

NY市の公共埠頭に停泊していた石炭荷役船が夜間に沈没した。NY市は、埠頭料を徴収しながら適切な停泊場所を提供しなかったために沈没したとして荷役船所有会社がNY市に対し損害賠償請求を行った。沈没当時荷役船の船員は下船していた。NY市は適切な停泊場所を提供すべき相当の注意をなす義務があるとして損害賠償責任を認容した。ただし控訴裁で棄却⁽²³⁾。

⑦ The Sadie, New York & Cuba Mail S.S. Co. v. Fulton Lighterage Co., 57 F.2d 908 (S.D. N.Y.1932) ○

暴雨風警報が出ているにもかかわらず、船頭を乗船させていなかった船に訴訟可能な過失があったことを認定した。当該船は別の船とつながり沖側に停泊しており、損害は埠頭側の船に生じた。

⑧ The P.R.R. No. 216; Christie Scow Corporation v. Pennsylvania R. Co., 56 F.2d 604 (2d Cir. 1932) ○

船頭が日曜日に船から下船すべきではなかったという理由で、係留されていたタンカーに衝突した船の責任を認定

した。

⑨ The East Indian, 62 F.2d 242 (2d Cir. 1932) ○

船頭は、舢が流される前に船に戻ったが、他船に衝突し損害を与える前に、舢を十分にコントロールする事ができなかった。しかし港湾労働者が係留綱を振り払う傾向があることを知りうべきであったとして、船頭の不在自体(係留綱の解き放ち時点)に過失を認めた。

⑩ The Conway No. 23; Conway Bros., Inc., v. New York Cent. R. Co., 64 F.2d 121 (2d Cir. 1933) ×

船頭の不在とその船に生じた損害との間の因果関係を否定する理由付けを行い、別段の事由が証明されない限り、(船主に)責任はないとした。

⑪ The Trenton; The Pride; The P.R.R. NO. 231; The Loyali; Fulton Lighterage Co. v. Erie R. Co., 72 F.2d 283 (2d Cir. 1934) ×

沖合にいた別の船が係留中の船の係留綱を切ったために他船に衝突した。事件当夜暴風風にもかかわらず船頭は下船していたが、衝突した船の責任を否定した。船頭が下船していたことに過失は認められず、また明白な危険が想定され得なかったとされた。

⑫ Bouker Contracting Co. v. Williamsburgh Power Plant Corp., 130 F.2d 96 (2d Cir. 1942) ○

平底船の船頭が適切な予防措置をとらずに下船したために、平底船に五〇%の責任を認定した。

⑬ O'Donnell Transp. Co. v. M. & J. Tracy, Inc., 150 F.2d 735 (2d Cir. 1945) ×

午前九時から午後一時三〇分まで船頭を乗船させていなかった舢の責任を否定した。その間舢は接岸されていた。

(2) 過失の判断

上記一三判決の内、船頭が乗船していなかったことに過失を認め、船主に責任を負わせたものが七判決(①、②、③、⑦、⑧、⑨、⑫)、過失を否定ないし責任がないとしたものは六判決(④、⑤、⑥、⑩、⑪、⑬)であった。

過失を認定した七判決のうち、三判決は、暴風雨の最中あるいは暴風雨警報が発令されているにもかかわらず船を無人にしたものであった(①、②、⑦)。③判決は、沖合に停泊中の固定船につながれた舢に船頭を乗船させていなかったことを舢船主の過失であると認定した。⑫判決は、船頭が損害発生の蓋然性を認識しながら、何らの予防措置をとらずに下船していたことに過失を認めたものである。⑧判決は、日曜日であってもタンカーは舢を解き放つ可能性のあることを知っていたにもかかわらず船頭が下船していたことに過失を認めた。また、⑨判決は、港湾労働者が係留綱を振り払う傾向があることを知りうべきであったとして過失を認めた。

一方、過失を否定した六判決のうち、⑥及び⑪判決では、適切に舢を係留した上で夜間に下船していたものであった。④判決は、適切に係留した上で夜間船内で就寝していた事例であり、船主の過失を否定した。⑤判決は、監視人をおかずに係留していたパワーボートであっても、他の者の故意による行為によって惹起された損害に関して、船主の過失を否定したものである。⑩判決は、船頭が乗船していたとしても損害を防止し得たかどうか不明であるとして船主の責任を否定した。また、⑬判決は、本来の勤務時間に船頭が下船している間に舢が沈没した事件である。しかし、船頭は下船する前に舢の係留地点の水深を計測し、前夜から水深が変化していないことを確認していた。舢の沈没は、氷により船尾に穴があき沈没したものであるが、船頭は当該事故を予見し得なかったとして船主の過失を否定した。

四 ハンドの定式と定式化の限界

ハンド判事は、上記判決の検討からは、船頭が乗船していない間に係留から外れ流出した船が、他の船舶に損害を与えた場合に、当該船の所有者の責任を認定するか否かの一般的な準則は見いだせないという。そこで、本控訴裁判決においてハンド判事は、結果として生ずる権利侵害に対して負うべき船の所有者の義務は、以下の三変数の関数となることを示した。周知のとおり、本控訴裁判決でハンド判事が示したこの過失責任判断の関数はハンドの定式として知られており、法の経済分析における最も有名な定式とされている。

(1) ハンドの定式の考え方

ハンド判事は、過失の有無を以下の算式にしたがい判断すべきことを示した。「すべての船は係留から離脱する可能性があり、責任の限定ができない。また流出すれば他の船舶の脅威になるので、他の類似の状況と同じく、結果として生ずる権利侵害に対して負うべき船の所有者の義務は、次の三つの変数の関数となる。すなわち、①船が流出するであろう蓋然性、②結果として生ずる権利侵害の大きさ、そして③適切な予防措置の費用負担、である。」

この概念を数学的に定式化すると、この考え方を明確にあらわすことができる。蓋然性をP、損害をL、そして、負担をBとすれば、責任の有無は、BがLにPを乗じたものより小さいか否か、すなわち、 $B < L \times P$ によって決定される。

本事案にこれを適用した場合、ハンド判事は「舢舨が係留から離れる確率とその結果生ずる損害の大きさは、場所と時間によって異なる。たとえば嵐が迫っているならば危険はより大きく、さらに舢舨が常に行き交うような混雑した港にいるなら、危険はなおさら大きくなる」という。

(2) 控訴裁判決における船所有者の過失判断

本件では、船頭が一月三日午後五時に下船した二二時間後の翌日午後二時頃、船の一団が係留を離脱した。その間、船の船頭は戻っていないかった。そして証言で彼が偽りの事実をねつ造したこと自体、船の管理を怠ったことに弁解の余地がないことの明らかな証拠になると判断されたのである。

事故の発生時が、特に日の短い一月の戦争絶頂期ということから、船の出入りは激しかった。性急さと雑踏の避け得ない状況の中で、日中の勤務時間中にコナーズ社に（同社が船頭の不在に対する正当化事由を立証できない限り）、船頭を乗船させておくべきことを義務づけることは公平にかなうものであると判断される。

したがって上記「B \times P」の定式にてらして、コナーズ社は適切な予防措置の負担（B）をなしていないかったとして過失が認められた。

(3) 定式化の限界

船が係留から離脱して他の船舶と衝突する事件は、アメリカ合衆国において多数存在している。上記判決の中でもいくつか引用されている。しかしハンド判事は、「船頭が乗船していない間に係留から外れ流出した船が、他の船舶に損害を与えた場合に、当該船の所有者の責任を認定するかどうかの一般的な準則は見いだせないように思われる」と述べる。このような代数的なアプローチの方法にはある種の問題があることを認めているのである。

この認識はハンド判事後の判決に如実にあらわれる。すなわち自動車事故により同乗者が傷害を負い同乗者が運転者に損害賠償請求をおこなった事件の判決 *Moisan v. Loftus*, 178 F.2d 148 (2d Cir. 1949) において、運転者の重過失を否定するのに次の定式により説明している。¹²⁴ すなわち過失を次の三つの関数、①リスク回避のために要求される注意 (Care: C) ②損害発生確率 (Probability: P) ③損害の大きさ (Damage: D) の関係であらわし、要求され

る注意義務は、損害発生確率に損害の大きさを乗じたものに等しくなるとする。つまり $C = P \times D$ の定式であらわされる。

しかしハンド判事は次のように述べて、本質的に数量化が困難な変数を関数的に定式化することの限界を認めている。つまりこれら三つの変数のうち、なんとか定量的に把握できるのはCだけであるとする。損害の大きさ(D)はある一定の限度内(ただし限度額の近似的な数値を求めることさえ容易でない)で可変的であり、また発生確率(P)は、なんらかの統計が利用可能であれば理論的には測定しうるが、そのような統計は決して存在しないと否定的である。さらに発生確率は損害の大きさによっても変化するという。そしてこのような定式化の努力は幻想であり、これら三つの変数のうちのいずれかが特定の状況においてなんらかの決定因子になる場合にのみ有効性が確認できるとはならないという。

五 過失の評価と因果関係(近因)

(1) 結果発生の蓋然性に対する予見可能性

一方、本事例を過失の有無に関する問題に限局することは問題がある。船頭の不在が過失であるとして船主の責任を認めた上記二判決(⑧ The P.R.R. 事件及び⑨ The East Indian 事件)は、船頭が乗船していれば、船頭は係留綱を結び直す正当な権限により船を係留させておくことができたであろうという。

本案では、港務官が係留綱を結び直す責任を負っていた。さらに港務官が舛を引き出す作業を行っている最中に、アンナCは係留を離脱した。たとえば、アンナCに船頭が乗船していたとしても、港務官がアンナCを舛直し、同船が係留を離脱する前に、船頭が港務官に代わって同船の離脱を防止するだけの時間的余裕はなかったはずである。した

がって、船頭ないし同船の所有者は、アンナCを無人にすることによって、同船がタンカーに衝突後沈没する危険発生の蓋然性を予見し、防止すべき義務があったかどうかを問題とすべきであった。

本事案と同様、日中の四時間半船頭を乗船させていなかったにも関わらず船主の責任を否定した⑬ O'Donnell事件は、船頭の権限を問題としたものである。本事案と O'Donnell 事件とで過失の判断が分かれたのは、船頭の不在に対して正当化事由があるか否かにかかっていたように思われる。すなわち、⑬事件は、船頭は十分な予防措置をとった上で下船しており、当該事故を予見し得なかつたとして船主の過失を否定した。しかし、はたして正当化事由の有無でこの二つの判決を区別しうるであろうか。本事案に⑬事件の判決理由を引用した場合、船頭が適切に船を係留した上で、正当な理由があつて勤務時間中に下船していれば、船頭に過失はないということになる。

(2) 事実的因果関係と過失の評価

むしろ、本事案は因果関係の問題として再構成されるべきである。通常、裁判官は、他の全ての条件が同じであると仮定し、被告の具体的行為とは異なる行為によつて結果が左右されるかどうかで事実的因果関係の有無を判断する (but for test)。本事案において、船主は、(a) 船頭を常に乗船させておく、(b) 必要な場合に船頭を乗船させておく、という二つの異なる注意義務を負うことが考えられる。本事案における船主及び船頭の注意義務の程度は、少なくとも (a) ではなく、(b) である。

さらに、(b) の場合、常に船頭を船に縛り付けておくことはできず、船頭が下船することに正当な理由があつたとすれば、アンナCがタンカーと衝突した時点で乗船していなかつたとしても、船頭に衝突による損害についての過失を問えない。しかし、本件では、船頭の下船に正当化事由を見いだしたがたい。結果発生の予見可能性を問題とするならば、船頭の過失は認定しうる。船頭が損害発生の蓋然性を認識しながら、何らの予防措置をとらずに下船してい

たことに過失を認めたと上記⑫ Bouker 事件判決は、この考え方である。

(3) 沈没損害に対する近因

本件では、港務官の権限を前提にすると、船主側の下船に対する正当化事由の有無に関わらず、衝突損害は生ずると考えられる。したがって、船頭の不在と衝突損害との間に事実的因果関係はないとの結論に至るのである。

しかし、船頭は、正当化事由なしに下船していた。もし、船頭が乗船していれば、少なくとも、沈没損害は回避し得たはずである。船頭の不在は、沈没損害に対する原因となった可能性は否定しえない。

正当化事由のない船頭の長時間の下船に関する過失の程度は大きい。したがって、第一次の衝突損害に対する過失を問うことなく、乗船していれば、船頭に沈没を防止すべき義務が生じ、その義務に違反した過失がある。船頭の不在が沈没損害の近因であると認定し、その原因に寄与した過失を認めたものにすぎないとも考えられる。

Ⅲ 「法と経済学」理論へのハンドの定式の取り込み

過失の衡量的評価はポズナー (Richard Posner) やランデイス (William Landes) 等に代表される、「法と経済学」派を中心に肯定的に受け入れられた。不法行為法における「法と経済学」は、法の目的は、経済効率性を最大化することにあるとする。効率性の観点から責任の分担をとらえ、事故（損害）回避最適者に責任を課すことにより、事故抑止にもつながると考えるのである。しかし、ポズナーは、ハンドの定式を無条件に評価しているわけではなかった。以下、ハンドの定式が「法と経済学」に積極的にとり入れられていった経緯を確認しておきたい。

1 カラブレイジ理論への影響と過失の定式化

前述のように、過失の定式化についてのハンド判事自身の否定的な評価にかかわらず、上記判決で示されたハンドの定式(あるいはBPCテスト)⁽²⁵⁾は、どのように法が社会生活における安全性の適切なレベルを決定すべきかについてのその後の議論の基礎となった。本定式は、相当な注意を払っていれば、すなわちBVCであれば過失は問われず、逆にBACの場合に十分な回避行動をとらなかつたことが過失と評価されることを意味していた。これはカラブレイジの第一次費用低減という目標を、注意義務・過失の制度を通じて達成しようとした試みとして把握することが可能である。カラブレイジはコースの定理を前提に事故法の機能ないし目的は、事故によって生ずる費用(事故費用)と事故を回避するための費用(事故回避費用)の和を最小にすることであり、この目標はさらに三つに分類されるといふ。

第一は事故の数およびその損害の程度を軽減することであり(第一次費用の低減)、第二は事故から派生する社会的費用を低減することであり(第二次費用の低減)、そして第三は第一次、第二次費用を低減する制度を管理運用するための費用を低減することである(第三次費用の低減)。ここで実際には取引費用がゼロでないから、事故費用を最も安価に回避できる者(最安価損害回避者)に事故費用を負担させるとすれば、最も効率的であるとされる⁽²⁷⁾。

このようにハンドの定式は、「法と経済学」の著名な提唱者であるカラブレイジによって意識的に過失の判断基準としてとりいれられていった。事実「法と経済学」は事故抑止の問題の研究からはじまり、安全性は経済の問題として把握されたからである。

ちなみに国家の市場への介入を最小限にとどめようとする新古典派経済学の効率性を中心とした価格理論によって法を説明する立場をとるカラブレイジ、ポズナー等を「法と経済学」の第一世代ととらえる⁽²⁸⁾。このような立場からは

市場での自由競争をつうじた効率性を重視し、コストを極力かけない社会を評価することになる。不法行為法の目的は事故によって生ずる費用を低減することにあるとされるのである。⁽²⁹⁾

一方、いかなる人間も安全性をコストの問題と天秤にかけることは許されないとの見解がある。自動車事故による死傷者をなくすためには自動車交通をいっさい禁止すればよいという主張もありうる。確かにこの方法により、事故をなくすことは効果的であるが、自動車交通の禁止の代償としてのコストがかかりすぎ、今日絶対的な安全性を求めることは正しいこととはされない。かくして、安全と危険はつねに相対的な問題であり、安全のためにどれだけのコストが支払われるべきかということになる。⁽³⁰⁾

2 ポズナーのハンドの定式を適用した判決

このことをポズナーは、富の最大化として定義できる経済効率性こそコモンのローの責任ルールが追求してきたものであるとし、便益を上回る費用をもたらす責任ルールを拒絶する。つまり、責任を課すことの目的は、当事者に費用の観点から正当化される事故回避措置をとらせることによって、経済的に最適な抑止を達成することであるとする。ハンドの定式を精緻化しモデル化したのである。

具体的にポズナーが裁判官としてハンドの定式を適用したものととして著名な判決が United States Fidelity & Guaranty Co. v. Plovridba, 683 F.2d 1022 (7th Cir. 1982) である。船倉に転落し、死亡した港湾労働者の雇用者である荷役会社の保険者が、船の所有者(船主)に対して支払った保険金の求償を求めて提訴したものである。原審地裁判決(E.D.Wis.No.78-C-257)は、被告船主に過失はないとして原告の請求を棄却したところ、原告からの上訴を受けて下されたものである。

この判決では乗組員の乗務時間外に開いていたハッチから船倉に転落して死亡した港湾労働者に対する船主の責任を否定する理由として $B \sqrt{PD}$ との判断を示している。すなわち、適切な予防措置の費用負担 (B) は単にハッチを閉めるだけの行為で行いうるが、これは港湾労働者が引き上げた後に乗組員が時間外に行わなくてはならない。また、翌日朝の作業開始時にハッチを開けて準備を行う必要がある。したがって、これらの費用負担は相対的に大きい。一方事故は、時間外に港湾労働者が船倉に保管されていた酒を盗む目的で不法に侵入したために生じたものであり、このような事故の発生確率 (P) は高くなかったというものである。しかし、結果として生ずる権利侵害の大きさ (D) をあわせて具体的に定量化して判断しているわけではない。さらに B および P の判断も定量的評価にはほど遠い判断がなされているにすぎないと考えられる。

本件は、被告が伝統的な予見義務に基づく注意をなしていたかどうか、そして被害者である港湾労働者の寄与過失を問題にすれば、被告船主の過失は容易に否定される事例である。しかし、港湾関係の制定法 (Longshore and Harbor Workers' Compensation Act) で寄与過失の抗弁が封じられていたために、過失の衡量的評価によって被告の過失を否定せざるを得なかった事例と理解される。

3 ハンドの定式とポズナー富の最大化理論

上記判決に示されている考え方はハンドの定式における BP テストとは異なる。すなわち、ハンドの定式は注意や防止措置の限界分析に欠けているため、どこまで防止措置をとればよいかの意思決定をするには十分でない⁽³¹⁾とされる。ポズナーは、ハンドの定式を限界費用と限界効用のレベルで理解する立場に近く、それ故に前述のテリーを「法と経済学」の原型と理解するのである。⁽³²⁾

そこでポズナー理論では、①全体費用ではなく、限界費用を考慮することを中心とし、さらに、②加害者たりうる者と被害者たりうる者との両者に適切な注意を払うことを要求すること、③予想される事故の当事者のそれぞれが被害者でもありうるし、加害者でもありうると思定すること、④当事者はリスクを嫌悪するものと想定すること、⑤紛争処理コストを含め、補償されざるコストが存在すると想定すること、そして、⑥不確実性、失敗および誤解という要因を導入する⁽³³⁾。

「法と経済学」における不法行為法や損害賠償法の目的は前述のカラブレイジの事故法の機能・目的から明らかのように、事故の社会的費用を最小にするための制度である。つまり、限界収益よりも限界費用が小さいことは、アリステレスの「矯正的正義」を功利主義の観点からとらえるならば、経済的効率性を損い道徳的悪であるとし、これを矯正しようとする過失責任主義は道徳にかなうことになる。したがって、限界収益と限界費用とが等しくなるまで注意を払うことが効率的であり、富の最大化は過失を基礎とする民事責任ルールのもとで具体化されるとの帰結になるのである。

IV 危険便益比較とハンドの定式による過失の評価

ハンド判事の提示した過失の定式は、行為者の過失を判断するさいに、考慮の対象となる要因を比較衡量する考えである。上記の「法と経済学」理論への取り込みとともに、この考え方は、その後多くの判決・ローレビューで引用されるようになった⁽³⁴⁾。

1 連邦最高裁におけるハンド判決の引用

ハンド判決 (159 F.2d 169) を引用する多くの判決の中で、連邦最高裁判決としては、*East River S.S. Corp. v. Transamerica Delaval*, 476 U.S. 858 (1986) がある。裸用船契約 (bareboat charter) によって四隻の原油タンカーを用船していた原告等が、タービンの欠陥 (能力不足) に起因して生じた損害に関し、不法行為上の過失責任ないし厳格責任を訴訟原因として被告タービン製造者に対して損害賠償請求を行ったものである。製造物自体の欠陥除去費用やこれを原因とした運航不能による経済的損失を、海事事件において過失責任および厳格責任を訴訟原因として請求することはできないとした。

身体傷害や財物損壊などの波及損害が生じていない品質上の問題を訴因とする限り、製造者の不法行為に基づく損害賠償責任を認容することは、当該費用が製造物の価格に転嫁されることになり正当化しえないとした。このような問題は、保証契約に基づく契約責任として解決されるべきとの判断があるとともに、ハンドの定式に即した損害回避費用としての経済的負担が大きすぎるとして被告の過失を否定したのである (476 U.S. 872)。

2 第二次リステイトメントとハンドの定式

一方、一九六五年の第二次リステイトメントは、第一次リステイトメントを基本的に継承し危険便益比較の考え方を維持した。危険便益比較のような衡量的評価の考え方は、ハンド判決以前からリステイトメントにとりいれられていた。したがって、ハンドの定式は第二次リステイトメントには特別の影響を与えなかったと評価しうる。

ところで、過失に関する一般原則の改訂をアメリカ法律協会 (A.L.I.) が正式に採択し、不法行為第三次リステイトメントとして公表するまでには数年を要すると思われる。⁽³⁵⁾ 第三次リステイトメントにおける過失の一般原則は、ハ

ンドの定式の考え方をより明確にとりいれている。今後の改訂の帰趨を予測するためにも、第一次・第二次リストメントがとった基本的な過失評価の構造を検討してみたい。

3 過失責任の原則

現行第二次リストメントにおいては、次のような要因によって他人の利益を侵害したものは生じた損害に対して責任を負うとされる⁽³⁸¹⁾。

- (a) 侵害された利益が意図しない侵害から保護されるものであること。
- (b) 当該侵害行為が他人あるいは他人の属する集団との関係で過失があること。
- (c) 行為と侵害との間に法的因果関係があること。
- (d) 他人は、自身で傷害を被るような行為をしていないこと。

上記の基準は、過失責任成立のための基本的な要件を定めるものであり、格別の要件が提示されているわけではない。

問題は、過失責任成立の要件として、ホームズに由来する法のリアリズムを重視する立場から、不合理な危険の予見可能性を中心に考えるか（予見可能な危険理論）否かにある。リストメントは、リアリズム法学とは異なり、「何をなし、何をなすべきではない」という行為規範を明確に示し、責任の根拠を明らかにしようとするものである。行為規範は、時代によって変化し、従事する職業によって、そして年齢によっても変化する概念である。行為規範を法概念に接合させたものが注意義務である。したがって、注意義務は不法行為の成立にあたって考慮すべき重要な概念であることは否定しえない。

一方、ハンドの定式は、リスク（危険）の大きさと回避コストを比較することによって、当該行為が過失かどうかを決定する。しかし、明確にこれらの費用を衡量して過失の有無を決定している裁判例は多くない。また、現行不法行為リステイトメントのとする立場はこれとは異なる。

そこで、他人に対して不合理な危険を生じさせないための相当な行為の基準を定めるものとして⁽³⁷⁾がある。通常人ならば、次のような注意を尽くせば、当該行為が他人の利益を侵害するリスクを伴うことを認識すべきであると規定する。

(a) 通常人であれば有したであろう状況に対する注意、理解、関連した経験の記憶、知識、そして判断。

(b) 行為者自身が有する高度の注意、理解、記憶、知識、知性、判断。

本条は、ある行為が過失に該当するか否かを決定するにあたって考慮すべき要因を規定している。行為者に過失責任を負わせるためには、行為者が当該行為が、意図しない侵害から保護されるべき身体の安全といった他人の利益を侵害するリスクを内包していることを認識することが必要である。したがって、本条は行為者の内心を重視し、過失責任成立の要件として意思の緊張の欠如を問題とするものである。

上記(a)の基準は、行為者の主観的な注意の程度ではなく、客観的に求められる基準である。さらに、(b)の基準は、客観的な通常人基準に、行為者本人が通常人以上の知識等を有する場合に、主観的要件を加味して注意義務の程度を高めていると考えられる。

しかし、この基準だけでは、当該行為が過失ある行為といえるかどうかを決定するには不十分である。行為者が認識しあるいは認識すべきであったリスクを内包する行為であるだけでなく、当該行為が不合理なものでなければならぬのである(§289 cmt. b)。行為が不合理なリスクを内包したものでどうかを決定する基準が、§291から§293であ

り、これが、テリー以来維持されている危険便益比較の考え方である。

本稿では行為義務の基準を中心に過失論の検討を行っている。そのような意味から§291から§293が重要である。以下これらの条項を検討した上で、第三次リステイトメントにおける過失の一般原則を検討したい。

4 過失の評価における危険便益比較

(1) リスクの不合理性の決定基準

危険便益比較によってリスクの不合理性 (unreasonableness) を判断する§291は、通常人が他人に対するリスクがあることを認識して行為を行った場合、当該リスクは、不合理なものであるとする。ただし、リスクの大きさ (magnitude of the risk) が、法が行為から得られる効用 (utility of the conduct) と認める利益を上回る場合に、当該行為は不当であり、過失にあたとされる³⁸。したがって、行為から生ずるリスクが行為によって得られる便益を上回らない限り、当該行為は過失があるとはされないのである (§291 cmt. b)。

そこで、リスクの不合理性を決定するために、リスク (危険) と便益を比較することが必要になる。リスクの大きさは、法が行為から得られる便益と認めるものと比較されるのである。法が認める利益の大きさと一般人が考える利益の大きさが異なる場合は、法が認める利益が比較されるべき利益の大きさとなる。この両者の相違は、個々の利益の社会的価値 (social value) の評価の差によってもたらされる (§291 cmt.d)。

(2) 行為から得られる便益

社会的価値という概念は極めて規範的である。時代によりまた国によっても異なっている。行為者の行為から得られる便益を決定する要因について規定する§292³⁹によれば、行為者に過失があるかどうかを判断するために、法が行為

から得られる便益（行為の有用性）と認めるものを決定する要因として以下のものが考慮される。

- (a) 行為によって促進されるいは保護される利益に法が認める社会的価値。
 - (b) 上記利益が、その行為をなすことよってどの程度促進されるいは保護されるか。
 - (c) 上記利益が、他のより危険の少ない行為によつてどの程度促進されるいは保護されるか。
- (3) リスクの大きさの判断基準

一方、§§33は、被告の行為により不相当なリスクによる損害が原告に生じ、被告が過失による責任を負うかどうかを決定するためのリスクの大きさは、以下の要因を考慮して決定されるとする。⁽⁴⁾

- (a) 被侵害利益に対して法が認める社会的価値。
 - (b) 行為者の行為が他人または他人の属するクラスの一員の利益をどの程度侵害するか。
 - (c) 利益侵害を受けたことよつて生ずる損害の大きさ。
 - (d) リスクが損害として具体化したときに、利益侵害を受けると想定される被害者数。
- (4) 衡量的評価としての危険便益比較

上記§§33に規定される要因は、前述のテリーの過失判断要因のうち、副次的目的に関する第三ないし第五要因に対応する。また、§§33に規定される要因は、同じく第一要因と第二要因に対応する。さらに、§§33に対するコメントは、被侵害利益の社会的価値が大きいほど、正当化されるリスク（危険）の大きさは減少するという。一方、生命や身体に対するリスクを生じさせるような不合理な行為であっても、他人の財物に対してわずかな物的損害しか与えていない場合は、当該行為は正当化されうる (§§203 cmt.a)。ここに、テリーの第一要因である「リスクが大きいほどリスクが不相当とされる確率が高まる」との考え方があらわれていると思われる。

本コメントは危険便益比較とわが国における民事違法論（相關関係理論）との親近性を感じさせる。すなわち、侵害される権利が生命・身体のように重大なものである場合は、侵害行為の悪性が小さくとも違法性が認められるという考え方である。わが国不法行為における過失に関する検討において再考する。

具体的に、危険便益比較によって被告の過失を否定したものととして、次のような判決がある。【1】Hydrogen Technology Co. v. United States of America, 831 F.2d 1155 (1st Cir. 1987) は、連邦捜査機関（FBI）から詐欺事件として捜査を受けた水素生成装置の発明会社が、FBIが捜査のために当該装置を取り外し、過失によって当該装置を損壊したとして、連邦不法行為法により合衆国政府に損害賠償請求した事件である。政府からの略式裁判の申立を承認した事実審の判断を支持し、FBIは、生成装置を取り外しFBIの研究施設で装置を分解し分析するための相当な注意義務を尽くしていたとして政府に過失はないと判示した。連邦捜査機関職員に要求される注意義務を尽くし、生成装置の所有者に生ずるリスクをも認識して調査を行ったと結論づけた。この場合の便益は、社会的価値としての捜査によって得られる利益であり、危険は、FBIの捜査によって明らかにされる装置に内在する企業機密である。【2】Harnischfeger Corp. v. Gleason Crane Rentals, Inc., 585 N.E.2d 166 (Ill. 1991) は、クレーンの運転中に高圧線に接触し傷害を負った運転者に対して損害賠償を行ったクレーンメーカー等がクレーンのレンタル会社に対して責任分担請求を行った事件の控訴審判決である。本判決は、危険便益比較によってレンタル会社に当該警告義務を課すことの負担は、運転者に生ずる危険の大きさと確率に比較して小さいと判示し、レンタル会社の責任を認定した。【3】Lyon v. Hardee's Food Systems, Inc., 824 P.2d 198 (Kan. 1992) は、レストランの外の段差のある木製格子にまずいてけがをした歩行者が、レストラン経営者に対して損害賠償請求を行った事件である。被告の過失によって欠陥が生じた場合、それがわずかな欠陥であっても被告は免責されないとして、原告の請求を認めた。わずかな欠陥の

抗弁に危険便益比較は適用されないことを明らかにした判決である。そして、【4】*McCarty v. Olin Corp.*, 119 F.3d 148 (2d Cir. 1997) は、列車内の銃乱射事件で死亡した者の遺族が、銃弾メーカーに対して提起した損害賠償請求事件である。原告は、不相当に殺傷力を高める弾薬が使用された銃弾には欠陥があり、被告銃弾メーカーは当該欠陥製品による損害に対して厳格責任を負うとともに、このような危険な製品を流通させたことに過失があると主張した。原告の請求を棄却した原審判決を支持した。被告は、弾薬量を調整する法的義務を負わず、また、列車内での銃乱射者から被害者を守るべき法的義務はない。銃弾を流通させて得られる利益が、潜在的な損害を上回るとしたものである。

5 厳格責任に対する衡量的評価

一方、ハンドの定式の影響を考える上で、製造物責任 (P.L.) における厳格責任理論についてもふれておきたい。第二次リステイトメントでは、製造物責任に対して厳格責任を課すとされる、§402Aの規定が導入された。同項によれば、厳格責任は「不相当に危険な欠陥状態 (a defective condition unreasonably dangerous)」にある製造物によって惹起された損害に適用されるものとなっていた。

この規定により製造者の責任要件は、従来の製造者の行為に着目する過失 (negligence) にかえて、製造物の危険性に着目する欠陥 (defect) の有無に変更されたとされる。したがって、アメリカ合衆国の P.L.法 (州制定法あるいは州コモンロー) は無過失責任 (厳格責任) が採用されているとの理解が行われている。しかし、実は設計欠陥などにおける製造物責任基準 (欠陥性判断基準) は、多くの判決でハンドの定式に由来する危険効用基準 (risk utility test) が採用されるようになったのである。⁽⁴⁾

危険効用基準は、製造物の有する危険性と有用性を比較し、危険性が有用性を上回る場合において、欠陥の存在を肯定する考え方である。危険性と有用性を判断する要因としては、①製造物の有用性と必要性、②損害発生蓋然性と損害の程度、③代替設計の可能性、④製造業者による危険回避可能性(代表的なものとしてウェード教授が示した七要因のうちの一部)などがあげられている。危険と効用を考慮する過失責任原則を示すハンドの定式の左辺と共通性があるといえるのである。

さらに一九九八年の不法行為第三次リステイメント⁽⁴²⁾では、特に、製造物の欠陥を①製造上の欠陥、②設計上の欠陥、③指示・警告上の欠陥と明確に区分した上で⁽⁴³⁾、厳格責任は製造上の欠陥にのみ適用されることになった⁽⁴⁴⁾(a)。

設計上の欠陥は、合理的な代替設計の不採用による合理的な安全性の欠如をもって欠陥としており⁽⁴⁵⁾、さらに、原告が代替設計による製品が経済的にも技術的にも採用可能であることを立証することまで求められることになった⁽⁴⁶⁾(§ 6 cmr. d)。

このようにPL法の欠陥判断基準においても、ハンドの定式に由来する、費用便益分析的な考え方が採用されるようになり、行為者の行為を問題とする過失責任類似の基準であることがより明確になったと考えられる。

6 危険便益比較とハンドの定式による衡量的評価

行為者が、相当な注意をなしたかどうか、ハンドの定式のように数量的に評価することは可能であろうか。過失の衡量的評価に批判的で、リステイメント作業に冷淡だった代表的な者はレオン・グリーンである。アメリカ司法制度の特徴である陪審制を根拠に事実的因果関係と区別された政策的価値判断によって賠償範囲が決定されるとする峻

別論を説いた論者である。⁽⁴⁴⁾ 過失の認定は、因果関係の認定と同様か、あるいは、因果関係以上に事実上の問題とともに、法律上の規範的価値判断が必要である。因果関係と同様事実認定としての陪審の果たす役割は大きい。

陪審員は、裁判官が彼らに対して行う説示 (jury instruction) に基づき過失の有無を判断する。しかし、たとえば、カリフォルニア州では、ハンドの定式のような衡量的評価による過失判断を行うような説示は行われていない。あくまでも、被告は通常人の注意義務を尽くしたかどうかで判断される。相当な注意をなしたかどうかを数量的に評価することは可能であろうか。通常人による相当な注意とは何か。過失の規範的な判断がより要請されているように思われる。

一方、以下に検討する第三次リステイトメントは、衡量的アプローチは、行為から生ずる不利益が効用を上回る場合に、当該行為は過失があるとする単純な考え方に基礎をおいている (§3 cmt.f)。これは、ハンドの定式を最も一般的に、そして広義に表現したものである。行為から生ずる結果を考慮し結果回避措置をとらせることにより事故回避に寄与すると考える結果志向論者にとっては受け容れられやすいものである。

しかし、不利益と効用はどのように評価されるか明確ではない。第三次リステイトメントは、評価基準に関する考え方を何ら提示せず、衡量的アプローチは、陪審員が、評決に至る過程で考慮すべき重要な要因を明確にするというだけである (§3 cmt.h)。

7 不法行為第三次リステイトメントにおける過失の衡量的評価

アメリカ法律協会 (ALI) は、不法行為に関するリステイトメントのうち、前述のように、すでに製造物責任と責任割合に関する部分の作業を終了し公表している。

一方、不法行為のうち、もっとも重要な概念である過失の一般原則に関する改訂作業中であり、現在までに二種類の討議草案(Discussion Draft)が公表されている。ひとつは、Schwartz教授が起草者(Reporter)となっている「故意、重過失、過失」に関する条項を網羅した(§§1-17) 討議草案である。⁽⁴⁵⁾ もう一つは、同じくSchwartz教授が起草したコモロー上の厳格責任に関する条項(§§18-23)とHarvey Perlmán教授起草の不法行為の一般的な定義(§A)、不法行為における時効の機能(§A)そして過失の一般規定(§§101-105)からなる討議草案である。⁽⁴⁶⁾ 本討議草案に続いて二〇〇一年三月には、試案(Tentative Draft)が公表されている。⁽⁴⁷⁾

(1) 「一般原則」における過失の定義

従来、過失は、通常人が相当な注意(reasonable care)を欠いて行為したことと定義される。⁽⁴⁸⁾ 相当な注意を欠いて不合理なリスクを生じさせたか否かの判断は、衡量的評価である危険便益比較によるとされてきた。第三次リステイメントで提案されている相当な注意の基準は、従来のリステイメントで採用されてきた基準である危険便益基準とは異なっている。ハンドの定式のような関数による不等式であらわされているわけではないが、ハンドの定式に由来する過失の衡量的評価の基準が直截に採用されているのである。

すなわち、あらゆる状況のもとで要求される相当な注意を欠いて行為した者は過失があるとす。行為が相当な注意を欠いて行われたか否かを判断するための主たる要因は、①行為が損害を惹起する蓋然性を予見しうること、②損害が生じた場合の損害の重大性、そして③損害発生蓋然性を軽減させるために必要とされる回避措置をとることによる負担、の三つである(§§(草案)、§§(試案))。これは、過失の有無を決定するための基準として、危険便益基準(risk-benefit test)を採用すべきことを示唆している。⁽⁴⁹⁾ リスク(危険)とは、行為者の行為によって予見可能なリスクが具体化した場合に、損害額としてあらわされるものである。そして便益とは、行為者が結果回避措置をとらな

いことよって行為者あるいは第三者が得る利益であり、行為者が損害回避措置をとることよって必要とするであろう負担額をあらわす。この基準は、費用便益基準 (cost-benefit test) そのものである。費用は、行為者が結果を回避するために要する費用を意味し、便益は、結果回避措置をとることよって実現するであろうリスクの軽減を意味する。したがって、本条は過失に対する衡量的アプローチ (balancing approach) をとることを明確にしたものである (83 cmt.e)。

このように、第三次リステイトメントの特徴は、不法行為法の基本的な概念である通常人 (reasonable person) を条文に規定しなかったことにある。従来のリステイトメントは、相当な注意の基準として、通常人がなすべき行為とは何かを規範的に考慮する立場である。そして、衡量的評価である危険便益比較は規範的価値評価の一つとして内在すると考えられる。これに対し第三次リステイトメントは、相当の注意の基準を、唯一ハンドの定式の基礎をなす上記三要因を衡量的に評価することよって導く立場である。

ただし、コメントにおいて、相当な注意を具体化した行為とは、「不相当な危害」の発生を回避する行為であり、「相当地に慎重」な行為の基準と同一である (83 cmt.a) と説明し、「通常人の相当な注意」基準と異なるものではないことを強調するのである。

(2) 過失の衡量的評価の基準

上記のとおり、第三次リステイトメントにおける過失の判断基準は、従来の危険便益比較と同様、衡量的評価によっている。しかし、第三次リステイトメントでは、ハンドの定式に内在する費用便益衡量 (cost-benefit balancing) を中心とした経済的評価を前面に出すのは明白であり、従来のリステイトメントの立場とは異なっている⁽³⁰⁾のである。

現在の法状況に照らして基準が変化した要因は何か。アメリカ合衆国では過失の判断基準が費用便益比較のような

純粋かつ単純な衡量的評価に帰一したのであるうか。

合理的注意の判断基準を費用便益比較等の衡量的手法に求めることについては批判がある⁽⁵¹⁾。もつともあり得べき批判は、純粋な費用便益比較は法律上の概念とは相容れないというものである。

確かに、過去のリステイトメントにおいても危険便益比較といった衡量的評価が、通常人の注意義務の基準を決定する概念として採用されていた(§§291-293)。xviiに、規範的評価を本質とする通常人の行為基準を定める§283においても、通常人とは、行為から生ずる危険性とその危険を回避するための措置の困難さを比較(衡量)しながら行為をなす者であると規定する(cmt.c)。通常人ならば、行為をなすか否かを決定する思考プロセスに、衡量的評価が内在するとみなしているといえよう。

しかし、危険便益比較は費用便益比較とは異なり、社会的価値を中心とした被侵害利益の性質(便益)と行為の侵害性(リスク)を比較する立場である。したがって、危険便益比較をどのように行うか価値評価を挿入して規範的に考慮する必要がある。ただし、リステイトメントが比較の方法を明確に提示しているわけではなかった。

(3) 陪審説示と過失の認定基準

正式事実審理における陪審説示においても過失の判断は、リステイトメントで採用されている危険便益比較によるべきとされる。しかし、現実の説示は、被告の行為が通常人としての注意義務を果たしたか否かといった単純な形式で行われるのは前述したとおりである。

たとえば、最近のアメリカ合衆国たばこ訴訟における巨額の陪審評決(二八〇億ドルの懲罰損害賠償)⁽⁵²⁾は、陪審員の被告たばこ会社に対する規範的価値評価を反映したものと考えられる。一人の「被害者」に対する賠償金額として、法の解釈に結果志向的な考えを挿入する立場からは合理的とはされないだろう。とりわけ、法の経済分析でモデルと

するのは、経済合理人（「個人は市場についてのすべての情報を知っており、自分の収益や満足を最大化するよう、完全に利己的・合理的に行動する」ことを前提とする）である。

しかし、現実の人間の心理に基づく行動や思考はきわめて主観的である。陪審員の判断にこのモデルを挿入するのは正しくない。被告に対する主観的評価によって過失を判断し、賠償金額の評決を行うのが、規範的価値評価の原則である。

第三次リステイトメントで意図しているところは、リステイトメントの条文の中に直截にハンドの定式にしたがった簡易な過失の判断基準を示そうとしたものと推測される。これにより規範的評価に衡量的評価を内在させ、過失の成立に一定の制限を加えようとする意図がうかがえる。とりわけ、相当の注意の基準となる原理が、ハンドの定式に由来する費用便益分析に収束すると考えるところに問題がある。⁽⁸³⁾

V わが国不法行為における過失の評価

1 危険便益比較と違法性の評価

現行リステイトメント §8291、293 のとる危険便益比較は、違法性の判定は、被侵害法益の性質と侵害行為の態様との相関関係において考察すべきであるとするわが国の相関関係理論と親近性のある概念である。危険便益比較により過失の有無を判定するのは、加害者への非難を本質とする有責性と違法性の判断を同時に行っているに等しい。したがって、危険便益比較によるネグリジエンス（過失）の判断は衡量的評価であり、被侵害利益としての社会的価値と行為に内在する危険（リスク）の大きさを比較するのである。不法行為の要件が「故意過失」（平井説）、または「違法性」（前田説）のいずれかであるとするとわが国の一元説の立場がこれに近いと思われる。

権利として熟してはいないが、生成途上にある権利（利益）に対する侵害や名誉毀損など必然的に利益が衝突する局面において、衡量的評価たる違法性の判断が必要になるとみるべきである（後述の保護法益の確定機能としての衡量的評価の問題）。

これは、アメリカ合衆国における危険便益比較においても妥当する。前述の危険便益比較に関連した【3】Lyon事件において、危険便益比較を否定した判決にみることができるとすなわち、過失の衡量的評価は、過失の規範的評価に内在する。しかし、衡量的評価は必須のものではなく、またいずれかが優越するものでもない。

2 過失の衡量的評価の構造

そこで、わが国の過失論についてみると、伝統的不法行為理論における過失概念は、違法な結果の発生することを知るべきでありながら、不注意のためにそれを知りえないで、ある行為をするという心理状態と理解されてきた。そして、過失（故意を含めた有責性）と違法性は区別してとらえられる（過失・違法二元説）。すなわち、過失は、行為者に対する非難としての有責性を問題として、主観的にとらえられる。有責性のもつとも強い徴表として、刑法法規違反・取締法規違反・公序良俗違反等が措定される。これらの社会規範に反することが、結果発生の見込み可能性を前提とした損害回避義務を内容とする行為義務違反を構成し、行為不法としての評価を受ける。⁽⁵⁴⁾一方、違法性は生じた権利侵害ないしは違法な利益侵害として客観的にとらえられる。法秩序に反する結果を惹起したことに對して結果不法としての評価をうけるのである。さらに、違法性は、被侵害利益の種類と侵害行為の態様との相関関係において判断すべきとする我妻博士の相関関係理論は、行為不法の要素と結果不法の要素を相関関係的に評価し、「違法性」を決定する。したがって、不法行為成立の可否は実質的に一元的（一体的）に判断される。過失・違法二元説にたち、

行為不法、結果不法をそれぞれ過失・違法性に割り当てたうえで、総合的に行為の「違法性」（法秩序違反）を判断するのである。このように理解するならば、行為不法、結果不法それぞれに考慮すべき要因の取捨選択は、社会が共有する規範を反映したものになる。⁽⁵⁵⁾

しかし、上記の伝統的な理解に対して、今日、過失はより行為的にとらえる傾向にあり、過失は、結果を回避すべき行動をとるべきであったのに不注意で結果発生を回避できなかった状態とされる。「違法性」概念を否定し、過失と違法性を一元的にとらえる平井説では、過失は予見可能性を前提として導かれる損害回避義務から生ずる行為義務に違反する行為として定式化される。これは、本稿でみてきたリステイトメント^{§§291~293}における危険便益比較の考え方である。

そのうえで、平井教授は過失概念をハンドの定式⁽⁵⁶⁾を用い次の三つの因子で説明する。①過失ありと主張されている行為から生ずる結果（損害）発生蓋然性（危険）、②前記行為によって侵害されるであろう利益（侵害利益）の重大さ、③前記①および②の因子と行為義務を課すことよって犠牲にされる利益との比較衡量、である。平井教授はこれらの因子に関し判例を詳細に分析し、代表的な行為類型にしたがい、具体的な危険の因子や被侵害利益の重大さを明確にしていく。そして、①と②は相関関係にあり、被侵害利益が重大なものであれば損害発生蓋然性が低くても結果回避義務の水準は高くなる。したがって、その行為からいったん損害が生ずれば過失 \parallel 結果回避義務違反ありと判断される可能性が高くなる。

しかし、前述のように①と②の因子だけの相関関係において過失が判断される場合は少なく、①・②と③が比較衡量される例が多い。いわば二段階の衡量がなされることになる。すなわち、①と②の相関関係によって危険が回避義務を要すると判断されるほどに大きな場合であっても、結果回避義務を負わせることによって犠牲にされる行為者や

社会の利益が大きい場合には、比較衡量の結果、回避義務がないといった結論もあり得るのである。

たとえば、アレルギー体質を有する使用者にとつては、特定の薬剤の使用により重篤な副作用たる結果発生の蓋然性及び被侵害利益が大きいことは明白である。しかし、本人に期待される効用が残る可能性はもちろん、特定の薬剤によつて効用を受けるものが存在する。危険便益比較は、このような危険があつてもなお効用が期待される場合に、損害が生じたとしても過失を否定する。保護に値すべき効用があるか否かを危険との衡量的評価において判断するのである。これが、他の法益との衡量に基づき保護領域を確定する機能を有する第一段階の衡量的評価であり、危険便益比較の本質はこの点にある。このような衡量的評価の基礎には、アメリカ不法行為リステイトメント危険便益比較における社会的価値を考慮した過失の評価（§§291～293）と同様の考え方があつた。

これに対して結果回避義務を負わせることによりその義務の履行により予想される負担が禁止同然の効果を生じさせるとすると、社会全体としての経済効率性にとつてマイナスになるとの価値判断が行われる。上記第一段階の衡量的評価によつて過失ありとされる場合であつても、なお、過失を否定すべき衡量的評価を機能させるのである。いわば第二段階の衡量的評価である。このように、行為義務を課すことによつて犠牲にされた利益との比較衡量を行うわけであるが、この比較衡量こそハンドの定式における第三の因子（B）に対応するものである。これに対し、第三の因子をあげると加害者保護という「一方の価値判断に荷担すること」になるとの反対論が表明されている。⁽⁵⁷⁾

3 衡量的評価による過失の否定

アメリカ合衆国過失不法行為と対比する観点から、わが国における過失の衡量的評価の事例として次の裁判例をとりあげてみたい。

大阪地判昭和五五年二月二〇日判時九六八号九四頁は、ビル建築工事による地盤沈下等により隣接建物に生じた損害に關し、被告請負人の過失を否定し、原告の損害賠償請求を認めなかった事例である。本件で主張された被害のうち、地盤沈下によるものについては被告の過失の有無が争点となった。

本判決は、①原告建物は、鉄骨造5階建であるのにこれに必要な基礎が施されていないなどの構造上の欠陥があった、②被告は、工事開始当時、①の事情を知らず、むしろ必要な基礎工事がされていると思っていた、③被告は、念のため原告建物の設計図を見せて欲しいと頼んだが、原告がこれに応じなかった、④工事開始後原告建物が本件工事現場側に傾斜したので、被告はそれ以上の傾斜を防止する措置をとった、⑤原告建物に5階建建物に必要な基礎が施されていれば本件工事により傾斜したり損傷したりすることはなかったとの事実を認定し、このような事実関係のもとでは、原告建物に構造上の欠陥があることを予見して結果を回避すべき義務はないとして被告の過失を否定したのである。

本件事例における被告の過失は、加害行為による被害発生危険性を予見することができる場合に、被告に被害発生危険を回避すべき義務が生じ、具体的な加害行為がこの義務に違反することを意味する。本件では、被告に被害発生予見可能性がなかったとされた。調査義務を尽くしたかどうか疑問がないわけではないが、原告の協力が得られなければ、調査自体不能であった。結果回避コストを加味して考えるならば、容易に回避コストを負担できなかった事例である。あるいは、協力が得られなかった場合に、より高度の回避措置をとる義務まで負わせるべきかどうかの判断に帰結する。本件の事例では、概括的な結果発生予見可能性を規範的に考慮した上で、結果回避コストの判断に必要な事例であると思われる。

おわりに

以上本稿において、過失の衡量的評価を①アメリカ不法行為リストイメントにおける危険便益比較、②ハンドの定式、そして③「法と経済学」における過失の効用分析を中心に考察してきた。特に、衡量的評価をもっとも単純化したハンドの定式に示された費用便益的な衡量方法が、法は経済効率性の向上に寄与するとの結果志向的立場をとる「法と経済学」に積極的に取り入れられていった経緯をみてきた。

また、危険便益比較はわが国における違法性の評価基準である相關関係理論と同様の概念であることを指摘した。過失の有無の判断は、本質的には規範的评价に帰一するととらえるならば、衡量的性格を有する違法性評価は法解釈のプロセスとして規範的评价に内在する。しかし、違法性の確証といった衡量的評価は行為者に対する帰責の有無の決定にあたり必須のものととらえるか、あるいは、その周辺概念を加味した総体的な過失評価の一環としてとらえるか、その構造分析が重要である。また、行為不法要素としての行為類型と結果不法要素としての権利(利益)類型ごとの構造分析も必要である。これを類型論的分析ととらえるならば、その検討は本稿では必ずしも十分ではない。他日を期すことにしたい。

このように、本稿では、過失の衡量的評価は、過失の規範的评价に内在するものととらえた。過失の衡量的評価や「法と経済学」は、心理的緊張を欠いた行為に対する道徳的非難を中心とした伝統的過失論に比較すると、過失をより外的、行動主義的にとらえるものである。すなわち、過失は効率のかつ適切な注意を払わなかったことであり、注意をはらう(抑止のための行為をする)ことによる便益がその費用を超えている場合に事故を防止しなかったことであるとされる。したがって、ハンドの定式は過失の判断を費用便益分析の中で定式化したものと理解されるのである。

そして、最も経済効率性を重視した過失の衡量的評価を行うのがハンドの定式である。

第三次リステイトメントで提案されている考え方は、ハンドの定式を直截にとり入れたものである。本来、危険便益基準は、通常人としての判断基準の内容をなすものであり、過失の判断基準が、通常人基準から危険便益基準に置き換わるものではない。

たしかに、相当な注意義務の基準点を設定し、過失責任の有無を決定することで、合理的な資源配分を行う際に、限界分析による社会的効用の最大化を目的とするポズナーの富の最大化理論は概念の明確性において魅力的ではある。しかし、ハンドの定式に由来する閾数操作による比較衡量は、単純に数値を挿入することにより代数的に結論がえられるものではないことに留意する必要がある。つまり、BPLテストによりPとLの数値が確定しえたとしても、その行為義務に対応するBの水準を事前に決定することは不可能ではないにしても相当の困難が伴う。さらに、PとLないしはBのそれぞれ数%の変化によって不等号が逆転し過失の有無が正反対になる可能性ははたして妥当であろうか。また、損害発生の蓋然性と被侵害利益の大きさととの相関関係によって定まる結果回避義務との比較衡量によって、その行為の社会的有用性故に、なお過失が否定される事態が生じうることの問題点も指摘しうる。

通常人の相当な注意義務を条文から削除した第三次不法行為リステイトメントに対する批判は根強く存在している。従来の過失事案における判例を正しくリステイトしたものでどうか十分検討するとともに、今後の帰趨を注視していく必要がある。さらに、危険便益比較とわが国民事違法論との類似性に着目し、過失の規範的評価の判断要因をより明確にするために、わが国過失論とアメリカ不法行為リステイトメントの異同を検討していく意味があると考えらる。

- (1) アメリカ法の主要分野のうち、判例を中心に発達した諸領域をとりあげ、判例法のルールを条文の形にまとめ (estate)、かつ説明 (comment) と例 (illustration) を付したものである。本稿の考察の対象とするリステイトメントは、アメリカ法律協会 (American Law Institute: ALI) が編纂する不法行為 (Torts) に関する部分である。一九八六年以降に公表されるリステイトメントが第三次のリステイトメントとなる。リステイトメントは、条文の形式をとっているが、制定法律でないことはもちろん、立法化を目的としたものでもない。したがって、基本的に裁判官を拘束するものではないが、実際には特定のリステイトメントの条文が、類纂に引用されるとともに、アメリカ法の理論的展開を検討する上で格好の素材と考えられる。なお、リステイトメントの位置づけについて論じたものとして、松浦以津子「リステイトメントとは何か」星野英一・森島昭夫編『現代社会と民法学の動向下』(有斐閣、一九九二年) 四九七頁以下参照。
- (2) リゾートホテルに宿泊中の女性が、ホテルの不法滞在者に強姦された事例をあげる。ホテル経営者と不法滞在者の連帯責任を緩和し、分割責任を認めるとともに、被害女性の過失を勘案した過失相殺を認めることを提唱する。
- (3) 現行第二次リステイトメント §821 (過失責任成立の要件) から §28A ~ D (過失の立証、裁判所及び陪審の機能) までの部分。
- (4) Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles) (Tentative Draft No. 1, March 28, 2001)。筆者が ALI に email で問い合わせたところ、「一般原則」の改訂が正式に採択されるまで数年を要するであろうことであった (2002/8/9)。すなわち、特定分野のリステイトメント作業の実施が承認されると、当該分野の専門家 (学者) が起草者 (Reporter) として指名される。少数の顧問 (Advisors) からなる顧問会の指示を得て作成された討議草案 (本稿で検討) に続いて公表されるのが試案 (Tentative Draft: 本稿で検討) である。試案 (No. 1) が、現在 ALI の全メンバーによって検討され、修正が加えられていく (No. 2以降) が公表される。ALI の総会に提案最終草案 (Proposed Final Draft) として提出されるまでに数年を要するのが通常である。最終草案が ALI の総会で承認され、正式に公表されるまでさらに一年程度要するので、ALI の説明のように、順調に作業が進んで改訂が完了するまでに数年を要するというのは、妥当なところであろう。なお、現在の一般原則の改訂作業に続き、因果関係、厳格責任の不法行為理論等重要な法理論の改訂作業が予定されているとのことである。
- (5) 瀬川信久「危険便益比較による過失判断—テリイ教授から、ハンドの定式と大阪アルカリ事件まで—」中川良延他編『日本民法学の形成と課題下』(有斐閣、一九九六年) 八一頁。
- (6) 本件事件で損害賠償請求の対象となった被告工場から排出される亜硫酸ガスにより近隣農作物被害が生じたのは明治三十九年度および四〇年度である。被告において被害の発生と被害の大きさは予測可能であり、その意味で故意とも評価しうる過失がある (原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学四号 (一九七六年) 七六頁は故意とみる)。問題は違法性の有無であり、被告の結果回避義務が問題となる。大阪控訴院は、その当時既にドイツやアメリカ合衆国各地で高煙筒が建設され、わが国においても日立鉱山で五六〇尺の高煙筒の効果が認められていたと認定した。被告が最善の防止義務を尽くしていなかったことが違法であるとして、被告の過失を認めた。この判決に後のハンドの定式にみる $\mu > D > B$ の衡量的評価の心髄をみるのである。

(7) UCLA School of Law Professor. 二〇〇一年七月死去。

- (8) Kenneth W. Simons, "The Hand Formula in the Draft Restatement (Third) of Torts Encompassing Fairness as Well as Efficiency Values", 54 *Vand. L. Rev.* 992(2001).
- (9) Stephen G. Gilles, "The Invisible Hand Formula", 80 *Ya. L. Rev.* 1015(1994).
- (10) 契約法を關係的契約規範ととらえる内田貴教授は、「裁判実務に見られる現象の正当化理論として、共感者としての共同体の道徳的直感である「納得の合理性」を重視する（内田貴「現代契約法の新たな展開と一般条項（四）」*NOBL* 五七号（一九九三年）三七—三八頁）。契約法と異なる不法行為法の局面でも、陪審員の行う過失の評価は、共感者としての共同体（コミュニティー）の道徳的直感に根ざしていると解されることである。
- (11) Stephen G. Gilles, "On Determining Negligence: Hand Formula Balancing, the Reasonable Person Standard, and the Jury", 54 *Vand. L. Rev.* 837(2001).
- (12) Kevin M. Clemons & Theodore Eisenberg, "Appeal from Jury or Judge Trial: Defendants' Advantage", Working Paper Series (2000) <<http://www.ssm.com/>> (visit:2002/09/07). 陪審評決を不服とする被告からの上訴事件における勝訴率が三二%に対し、原告からの上訴事件における勝訴率は二三%である。
- (13) Trial（正式事実審理）で提出された証拠から勝敗が明かで陪審に付すべき真の争点がないと判断されるとき、裁判官の指示どおりになされる評決をさす。
- (14) Gilles, supra note 11, at 814.
- (15) Henry T. Terry, "Negligence", 29 *Harv. L. Rev.* 40 (1915).
- (16) Michael D. Green, "Negligence = Economic Efficiency: Doubts", 75 *Tex. L. Rev.* 1606 (1997).
- (17) Gilles, supra note 11, at 826.
- (18) Robert E. Keeton et al., "Cases and Materials on Tort and Accident Law", 10-11, 155-76 (3d ed. 1997).
- (19) 瀬川・前掲注（5）八一四頁。他の選択肢と比較して、事故を起こした当該行為が他の選択肢よりもどれだけリスクが大きかったかを基準とすることによる。
- (20) ヨット船内の調理用プロパンガスの爆発により死亡した船長の妻と息子から、ヨット所有者に対して提起された損害賠償請求訴訟の上訴審判決。妻からの損害賠償請求を棄却した原審地裁判決を破棄し、請求を認容したが、息子からの請求に対する原審判決は支持された。本判決において、ハンド判事は、船内に設置されたプロパンガスの爆発に起因してヨット所有者が責任を負うのは、爆発による危険の大きさに発生確率を乗じたものが、当該危険の発生を防止するために必要とされる負担の大きさを上回る場合であると判示した。
- (21) 後掲脚注（8）、参照。
- (22) 本事件に関する評釈「論考（つづ）」「United States v. Carroll Towing Co.」159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)「過失の判定式」英米判例百選（一九九六

- 年) 一七〇頁、平野晋「アメリカ不法行為法入門第五回危険の計量 (calculus of risk) —— ハンド・フォーミュラ」国際商事法務 Vol.20, No.9 (1992) を参照した。
- (23) United States Trucking Corp. v. New York, 18 F.2d 775 (2d Cir. 1927). 夜間船員が下船する慣習があったとしても、沈没による損害については船主が責任を負うとして、原審判決を棄却した。
- (24) バーモント州法 (Vermont Statutes, Revision of 1947, Title 47, Chap. 434, Sec.10, 223) 上、同乗者が自動車事故で傷害を被った場合に運転者に対して損害賠償請求が可能なのは運転者の重過失が立証された場合に限りされるとされていた。本件では運転者に重過失があるか否かを決定する何らかの定式化が可能かどうかが問題とされた。
- (25) Keeton, supra note 18, at 11.
- (26) コースの定理は、仮に取引費用がゼロであれば、誰が損害の費用を負担するとされても、損害費用と損害回避費用の和が最小となるように費用が負担される (社会的に効率的な) 結果になるというものである。
- (27) 尾島茂樹「わが国における「法と経済学」研究と不法行為」森島教授還暦記念『不法行為法の現代的課題と展開』(日本評論社、一九九五年) 五五～五六頁。
- (28) 一方クーター、ユーレン等、取引費用の存在を重視し、ゲーム理論の成果をとりいれる立場を「法と経済学」の第二世代とよぶ。
- (29) 尾島・前掲注 (27) 五六頁。
- (30) P. S. アテア (望月礼次郎訳) 『法の迷走・損害賠償―非難文化の温床―』(木鐸社、一九九九年) 一三三頁。
- (31) 林田清明「損害賠償の経済学」山田卓生編『新・現代損害賠償法講座―総論』(日本評論社、一九九七年) 三四三頁以下。
- (32) 瀬川・前掲注 (5) 八一～四頁。
- (33) 新美育文「不法行為基礎理論の素描―「法と経済学」理論」森島教授還暦記念『不法行為法の現代的課題と展開』(日本評論社、一九九五年) 三五頁及び引用の文献参照。
- (34) 筆者が法律文献データベース Lexis で、本ハンド判決 (150 F.2d 189) をシェパードサイジング (Shepard's Citations) したところ (2002/11/07)、全米の連邦、州裁判所の一七二の判決がハンド判決を引用している。
- (35) 前掲脚注 (4) 参照。
- (36) §281 Statement of the Elements of a Cause of Action for Negligence.
- (37) §289 Recognizing Existence of Risk.
- (38) §291 Unreasonableness; How Determined; Magnitude of Risk and Utility of Conduct.
- (39) §292 Factors Considered in Determining Utility of Actor's Conduct.
- (40) §293 Factors Considered in Determining Magnitude of Risk.

- (41) 危険効用基準を採用した代表的な裁判例として、*Barker v. Lull Eng'g Co.*, 573 P.2d 443, 454 (Cal.1978) があげられる。
- (42) *Restatement of the Law Third, Torts, Products Liability*, 1998年公表。1997年5月10日「ALIの総会で最終草案 (Final Draft) が採択され、行きすぎた厳格責任の弊害を修正するものとして注目された。
- (43) 第二次リステイトメント §402A では、これらの三分類は明確でなく、欠陥の判断基準は消費者期待基準 (consumer expectation test) である。
- (44) 水野謙「因果関係概念の意義と限界」(有斐閣、二〇〇〇年) 一一五—一一九頁。
- (45) *Restatement (Third) of Torts: General Principles Discussion Draft*, April 5, 1999.
- (46) *Restatement (Third) of Torts: General Principles Preliminary Draft No. 2*, May 10, 2000.
- (47) 討議草案と試案、そして最終草案の位置づけと、現在の検討状況に関しては前掲脚注(4)参照。
- (48) *Restatement (Second) of Torts* §8291-93 (1965)。
- (49) 第一次リステイトメント以来維持されている衡量的評価である risk-utility test と第二次リステイトメントで規定されている衡量的評価である risk-benefit test は、両者の間「危険便益」と日本語に訳出するが、明確に区別される。
- (50) Gillies, supra note 11, at 813.
- (51) Stephen R. Perry, "Cost-Benefit Analysis and the Negligence Standard", 54 *Vand. L. Rev.* 895 (2001).
- (52) 日本経済新聞二〇〇二年一月五日夕刊。陪審団は、「アメリカ合衆国では喫煙が原因の疾病で年間二万人八千人が死亡しているとして、被告たばこ会社は一人当たり百万ドルの賠償金を支払う義務がある」ことを賠償金算出の根拠とした。
- (53) Perry, supra note 51, at 898.
- (54) 澤井裕「事務管理・不当利得・不法行為」(第二版)〔有斐閣、一九九六年〕一六八頁は、過失・故意が法的評価を受けるのは、「行為」態様としての結果回避義務であり、その非難性は心理状態を含めて総合的に判断されるとする。
- (55) 一方、相関関係理論において相関的に考察される要因がすでに違法判断の性質を帯びていることに対する批判がある。四宮和夫『不法行為』(青林書院、一九八五年) 三三三頁及び引用の文献参照。
- (56) 平井宜雄「債権各論Ⅱ不法行為」(弘文堂、一九九四年) 三三頁において、平井教授は *Conway v. O'Brien*, 111 F.2d 611 (2d Cir. 1940) 事件におけるハンド判事の法廷意見を定式化の例として説明する。本判決は原告によるパーモント州法に基づく被告の重過失を立証する証拠が陪審を説得するのに十分であるとした事実審の判断を控訴裁でハンド判事が却下したものである。本件はその後連邦最高裁に裁量上告が許可され、最高裁は控訴裁判決を取り消し、事実審判決を認容した (*Conway v. O'Brien*, 312 U.S. 482 (1941))。前掲脚注(24) *Molsan* 事件判決で過失の例としてハンド判事自身がこれを引用している。
- (57) 森島昭夫『不法行為法講義』(有斐閣、一九八七年) 一九六頁以下。