



「不法行為と差別」

アブラハム, ローネン[著]
ユラッコ, キンバリー[著]
角松, 生史[翻訳]
饗庭, 未希子[翻訳]
尾下, 悠希[翻訳]

(Citation)

神戸法學雜誌, 71(2):193-299

(Issue Date)

2021-09-30

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81012973>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81012973>



神戸法学雑誌第七十一巻第二号二〇二一年九月

「不法行為と差別」

ローネン・アブラハム^{*}／キンバリー・ユラッコ[†](翻訳：角松生史／饗庭未希子／尾下悠希⁽ⁱ⁾)

* Ronen Avraham. テキサス大学法科大学院教授 (Thomas Shelton Maxey Professor)。矯正的正義に関する章でご協力いただいた Ernest Weinrib と Ben Ziporksy、法と経済学に関する章でご協力いただいた Omri Ben Shahaar, John Donohue, Louis Kaplow, Alon Klement, Ariel Porat, Mitch Polinsky, Uriel Procaccia, Avraham Tabbach, Abe Wickelgren に感謝します。草稿作成中に素晴らしいコメントを寄せてくれた Avichai Dorfman, Ward Farnsworth, Cary Franklin, Ofer Malcai, Jane Stapleton, Steve Sugarman にも感謝します。本稿は、University of Texas Drawing Board Forum, the Israeli Private Law Association Annual Meeting, the Sienna, Toronto, and Tel Aviv Universities Conference, the NYC Tort Group, the Stanford Law & Economics Workshop, the Berkeley Law & Economics Workshop, the Tel Aviv Faculty Seminar, and the University of Texas Faculty Colloquium において受けたコメントからも恩恵を受けました。Chad Barton, Kali Cohn, Siddharth Dilip Dadhich, Cissy Huang, Sarah Valenzuela の優れた研究支援にも感謝します。最後に、本稿に優れたコメントを寄せてくれた Gregory Keating に感謝します。

† Kimberly Yuracko. ノースウェスタン大学法科大学院 (Pritzker School of Law) 教授 (Judd and Mary Morris Leighton Professor)。非常に有益な会話をしてくれた Michael Barsa, Charlotte Crane, David Dana, Jide Nzelibe, Marshall Shapo, James Speta に感謝します。また、図書館のリエゾンである Jesse Bowman の優れた研究補助及び Daniel Rodriguez 学部長からの研究支援にも感謝します。最後に Ronen Avraham に、不法行為法におけるこの非常に重要な問題を私に紹介してくれたこと及び、長年にわたる熱心な協働に感謝します。

現在の不法行為法は、人種やジェンダーに基づいて〔特定の〕個人やコミュニティに矛先を向ける (target) ことへのインセンティブが含まれている。驚くべきことに、このようなターゲティングの基盤は、人種とジェンダーに基づく3種類の統計表 (賃金、平均余命、就労可能年数平均) の一見中立的な使用にある。これら統計表を不法行為における損害賠償計算に利用すると、白人と黒人の間、男性と女性の間で賠償額の著しい不均衡をもたらすのである。このようにして不法行為法上の救済的損害賠償スキームは、個人 (特に子ども) を人種やジェンダーに基づいて補償することで、既存の人種間・ジェンダー間の不平等を恒久化させている。さらに悪いことに、不法行為法は、潜在的な不法行為加害者が将来、女性やマイノリティに対する差別的ターゲティングを行うことへの事前 (ex ante) インセンティブを生み出している。我々は、裁判所における現在の差別的慣行についての詳細な説明を初めて提供する。次に、裁判所が使用している非混合表 (人種とジェンダーを区別の要素として使用する表) の欠点と、その使用が継続されている理由を論じる。また、不法行為法の様々な理論 (矯正的正義、分配的正義、経済的効率性) が、適切な損害賠償額計算に関する誤解をいかに助長してきたかを示した上で、まさにそれら理論が、現在の実務を変えるために利用できることを説明する。次に、人種やジェンダーに基づく表の使用が効率性を理由に正当化されるという従来常識に異議を唱える。その際、これらの表に内在する致命的な欠陥、個人の損害賠償額計算においてこれらの表が裁判所で使用されている方法、そしてこれらの表が生み出すインセンティブに注目する。我々は、同じような差別的慣行が、皮肉にも、障害のあるアメリカ人法、全国小児ワクチン傷害法、さらには公民権法第7編などの連邦法—これら法律の目標がジェンダーや人種に基づく差別を克服することにあるにもかかわらず—にも存在していることを明らかにする。最後に、我々は、より効率的であり、より差別的でない不法行為法の救済システムを推し進めるために、実行可能・低コスト・論理的な解決策を提案する。裁判所は非混合表の使用を直ちに止める

べきである。

もし、異人種カップルの間に生まれた子どもが傷害を受けた場合、もしその子が黒人に見えるなら—バラク・オバマのように—、私は〔陪審員に提示する損害賠償額の計算に〕黒人の表を使うでしょう。しかし、もし彼が教育を受けていて、彼の生活スタイルが平均的な典型的な白人に似ている場合は、私は白人の表を使うでしょう。すべては一般通念の問題です⁽¹⁾。

目次

I. はじめに	197
II. 不法行為による損害賠償額を決定するための現在のアプローチ	205
A. 裁判所	206
1. 平均余命表	207
2. 就労可能年数表	210
3. 賃金表	213
4. 変化の弱い風	216
B. 立法府	219
C. 研究者	222
1. 論文及びロー・レビュー	222
2. ケースブック	224
III. 歪んだ事前インセンティブの存在	228
A. 現実生活における実例	228
1. 鉛系塗料	230
2. ヘルスケア	232

(1) ある法廷経済学者との電話での会話からの引用。

3. 汚染	235
IV. バイアスを生む理由としての不法行為法の諸目的	238
A. 分配的正義の観点	239
B. 矯正的正義の観点	243
C. 経済分析の観点	245
1. 理論：法の経済分析はなぜターゲティングを擁護するのか	245
2. 法と経済学を不面目から救う	250
a. 第一の出口の可能性。非混合表は混合表よりも本質的に精度が低い	250
i. データ表は、時間的なスナップショットしか捉えていない	251
ii. 構造的な問題	255
b. 第二の出口の可能性。グループ間の不一致の存在は、市場の失敗の 結果であり、修正を必要とする	259
c. 第三の出口の可能性。経済効率性は、金持ちと貧乏人の支払意思の 区別を必要としない	262
d. 第四の出口の可能性。私法は経済的効率性だけを目的としたもので はない	263
i. 平等と効率のトレードオフとは？	264
ii. 私法は、平等への選好を考慮に入れるべき場所なのか？	272
3. まとめ	274
V. 連邦法における差別的損害計算	277
A. 公民権法第7編	277
B. 障害のあるアメリカ人法	280
C. 全国小児ワクチン傷害法	282
VI. 解決策	285
VII. 結論	293

I. はじめに

あなたが宅配便の PhedEx⁽ⁱⁱ⁾ 社の上級管理職だと想像してみよう。この会社では、毎日 30,000 台以上の自動車がアメリカ国内を移動している。平均すると、1日に3件の事故が発生し、2日半ごとに1件の死傷者が出ている。多くの被害が生じうるため、多額のお金の問題になる⁽²⁾。他のすべての条件が同じであれば、トラックが必ず非白人が多い居住区を通るようにすることが、経済的に合理的で、おそらくは合法的な行動かもしれない。なぜそうなのか説明しよう。

裁判所はおそらく、居住者の人種的・社会経済的構成とは関係なく、すべての地域で同じ注意水準を適用している。この事実は、〔損害賠償額の計算において〕人種やジェンダーは問題にならないという誤解を助長するかもしれない。しかしそれはもちろん間違いだ。実際には人種とジェンダーは、損害賠償額の計算において、そしてそれゆえに潜在的不法行為加害者による損害回避に関する意思決定において、重要な役割を果たしている⁽³⁾。不法行為法の賠償制度は、従来、被害者を（可能な限り）事故前の状態に回復させることを目的とするものと理解されてきた⁽⁴⁾。米国の黒人及び女性の収入は、それぞれ白人及び男性よ

-
- (2) See *Safety Measurement System: FedEx Ground Package System Inc*, FED. MOTOR CARRIER SAFETY ADMIN., <https://ai.fmcsa.dot.gov/SMS/Carrier/265752/Overview.aspx> [<https://perma.cc/LQ2Y-HMNY>] (最終更新日 2017 年 1 月 1 日); see also Kim Briggeman, *Concerns Raised over Increase in Trucking-Related Crash Deaths*, Missoulia (2011 年 12 月 18 日), http://missoulia.com/news/local/concerns-raised-over-increase-in-trucking-related-crash-deaths/article_fc944f86-2923-11e1-b9f0-001871e3ce6c.html [<https://perma.cc/B4JV-U78T>].
- (3) See Jennifer B. Wiggins, *Damages in Tort Litigation: Thoughts on Race and Remedies, 1865-2007*, 27 REV. LITIG. 37, 61 (2007).
- (4) *Livingstone v. Raywards Coal Co.* (1880) SC (HL) 25, 39 (Scot.) (1880) SC (HL) 25, 39 (Scot.) (「損害が損害賠償によって補償されるべき場合において、損害賠償のために与えられる金額を積算するときは、損害を受けた者や苦しみを受けた者が、現在補償または賠償を受けようとしている不法行為を受けていなかった場合と同じ立場になるような金額を、できるだけ正確に得るべきであ

りも少ないため、不法行為に基づく身体被害や死亡による逸失利益に対して黒人女性が受け取る損害賠償額は、白人男性が受け取る損害賠償額よりも低い⁽⁵⁾。米国では黒人と女性が労働市場において不利な立場に置かれていることが、彼らが受ける不法行為損害賠償の水準に反映されているのである。

以上から次の結論が不可避免的に導かれる。宅配便会社にとって、白人（特に男性）の事故よりも黒人（特に女性）の事故の方がコストがかからない。補償に関するこのような歪んだアプローチは、我々がここで検討している事例において、PhedEx社の注意水準と活動水準に2つの影響を及ぼす⁽⁷⁾。第一に、白人居住区は一般的に黒人居住区よりも平均所得が高いため、PhedEx社は白人居住区では速度を落として運転すべきことを決定するだろう⁽⁸⁾。また、PhedEx社の賠償責任の期待値が増加すると、最適な回避措置の水準が高まる（Learned Handの定式⁽ⁱⁱⁱ⁾を思い出そう⁽⁹⁾）。白人居住区と黒人居住区について、裁判所が同じ注意水準を適用する場合であっても、PhedEx社は全く異なる注意水準を適用するという異常な帰結がもたらされることになる。第二に、これらの歪んだインセ

るといふ一般的なルールについては、意見の相違はないと私は思う。』。

- (5) See *infra* Part II.A.2-.3.
- (6) 寿命と就労可能年数も損害計算の要因となり、不法行為法の損害計算における不平等の一因となる。第II章A.1-.2を参照のこと。これらの要因について、そこで詳細に議論する。
- (7) See STEVEN SHAVELL, *ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW* 5 (First Harvard Univ. Press paperback ed. 2007) (1987).
- (8) 環境問題の文脈では、「より豊かな白人コミュニティにおける NIMBYism [(Not-in-my-back-yard)] は ... 産業界が『最も抵抗の少ない道』を選び、新たな有害廃棄物施設 ... として、資源と政治的影響力の少ないコミュニティを標的にした結果、これらのコミュニティは貧困層と有色人種の人々が暮らす場所である。」 Paul Mohai & Robin Saha, *Which Came First, People or Pollution? Assessing the Disparate Siting and Post-Siting Demographic Change Hypotheses of Environmental Injustice*, ENVTL. RES. LETTERS, Nov. 2015, at 1, 16.
- (9) Learned Handの定式は、最適な回避措置〔の費用〕は行為者の賠償責任の期待値を上限とするべきであることを示唆している。See *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947).

ンティブは、PhedEx社の活動水準に影響を与える。運転速度を落とすと配達時間増加というコストが増えるので、運転手が速度を上げて運転してもそれによる賠償責任コストが少ない黒人地域へのルート変更をPhedEx社は決定するかもしれない。この決定は合理的である。これが活動水準の歪みである。

要するに、PhedEx社は、黒人の居住区に高速で走行する車をより多く送り込み、そこに住む人々を危険にさらすことへのインセンティブを与えられているということである。

この点をよりよく理解するために、不法行為法がどのように損害賠償を計算しているのかを掘り下げてみよう。暗黒の過去には、裁判官は損害賠償額について「直感的」に判断していた。それは「人種や人種差別が、ほぼ証明不可能な形で多大な影響力を持つことを許容していた」⁽¹⁰⁾。今日では、損害賠償額の計算プロセスはより方法的で、おそらくは「科学的」ですらある⁽¹¹⁾。しかし、人種とジェンダーは、今日では構造的な形で、金銭的救済に多大な影響を及ぼしている⁽¹²⁾。なぜか。不法行為に基づく身体被害や死亡の事件の原告は、通常、被告の責任を証明した上で、過去および将来の損害に起因する経済的損害と非経済

-
- (10) Wiggins, *supra* note 3, at 56 (discussing *In re Clyde S.S. Co. (The Saginaw & The Hamilton)*, 139 F. 906, 910 (S.D.N.Y. 1905)). *The Saginaw & The Hamilton* 事件では、裁判所は、2隻の船（Saginaw号とHamilton号）がデラウェア州沖で衝突した際に死亡した2人の「白人」の死亡者と6人の「有色人種」の死亡者の損害賠償を評価した。*The Saginaw & The Hamilton*, 139 F. at 910。「有色人種」の平均寿命が「白人」に比べて極端に短いことを議論した後、裁判官は、死亡者のそれぞれについて個別に損害賠償額の査定に着手した。*Id.* at 914-16. 最終的に、裁判官は、老齢と身体障害が収入能力に及ぼす影響に直接関連する理由から、白人の遺族の賠償額を引き下げることを選択したが、黒人の遺族の賠償額を引き下げることを選択したのは、収入への遺族の依存度に関連する理由からである。*Id.*
- (11) See *infra* notes 31-35 and accompanying text (法廷経済学者が現代の不法行為事件における損害賠償額をどのように計算しているかを説明している)。
- (12) See Wiggins, *supra* note 3, at 61.

的損害の両方の賠償を受ける権利がある⁽¹³⁾。経済的損害とは、医療費や所得喪失に起因して過去および将来受ける損失を指す⁽¹⁴⁾。裁判所は、これらの計算の基礎として、政府が作成した3種類の統計表を主に使用している。平均余命表は統計的余命を決定するために使用され、将来の非経済的損害と将来の医療費における余命乗数を決定する上で重要な要素となる⁽¹⁵⁾。就労可能年数表は、将来の稼働能力喪失に対する損害賠償における残存労働能力乗数を決定する上で重要な要素となる⁽¹⁶⁾。事例によっては、特に原告の収入実績が証明されていない事例では、裁判所は、将来の稼働能力喪失による損害賠償算定のため掛け合わされるべき年収として平均賃金表を使用している⁽¹⁷⁾。

問題は、平均余命表と就労可能年数表がしばしば人種で線引きされ、3種類の表はすべてジェンダーで線引きされていることである。本稿はこれらの表を「非混合表」(non-mixed table)と呼ぶ。男性の統計と女性の統計、黒人の統計と白人の統計を混合していないからである。伝統的に、裁判所は、原告のジェンダー及び(入手可能な場合には)人種に特化した、平均余命、就労可能年数、

(13) (第二次) 不法行為法リステイトメント910条 (AM. LAW INST.1979)。

(14) *Id.*

(15) *See infra* Part II.

(16) *See infra* Part II.A.1. (第二次) リステイトメントは、「生命の長さの決定」を論じるコメントの中で、「人への危害」の損害賠償額を計算する際に、平均余命表や他の証拠(おそらく他の統計表)を使用することについて、次のように述べている。

後遺障害や死に至る傷害の場合、損害額を把握するためには、不法行為時点での負傷者の平均余命を把握する必要がある。そのためには、「多数の者の」平均余命について死亡率表等の証拠を用いることが許される。

(第二次) リステイトメント第924条 (b) 号 cmt.e (上記引用の「 」は著者による強調)。この記述は、特定の人種とジェンダーの個人の平均余命を決定する余命表は、本質的に「多数の者の」平均余命を決定する表であるため、人種とジェンダーに基づく余命表の使用は許されるものと解釈できる。*See id.*

(17) *See infra* Part II.A.2.

(18) *See infra* Part II.A.3.

(19) *See infra* Part II.

平均所得の値を証拠として認めてきた。⁽²⁰⁾

非混合表は、被告が「被害者を見つけた時のままの状態にする」、あるいは損害賠償の目的は「原告を全き状態にする」、「原告を過失行為以前の状態に戻す」という不法行為法の基本的な概念を明示するための技術的かつ客観的なツールとみなされている。そうであれば、黒人女性を全き状態にするということは、黒人女性が白人男性に比べて寿命が短いこと、就労可能年数が短いこと、賃金が低いという事実在即して行われるべきだということになる。それは不法行為法の構造の一部であり、論理でさえもあるのではないだろうか？

我々は本稿で、上の論理には深い欠陥があると主張する。[このような]不法行為法の救済的損害賠償スキームは、既存の人種・ジェンダーの不平等を恒久化させるだけでなく、潜在的な不法行為者に対して、将来に向けて、不利益を受けている集団を将来的にターゲティングすることを促す事前 (*ex ante*) インセンティブを生み出すからである。PhedExの設例によって示そうとしたのが、このようなインセンティブである。我々は、混合表（人種やジェンダーで線引きしない統計を含む表）を使用することが、不法行為法の公正性を向上させるだけでなく（これは一部のフェミニスト研究者や、一人の断固たる裁判官が、長年主張してきたことであるが、実現されていない）、その効率性も向上させるだろうと主張する。しかし、不利益を受けている人々をターゲティングすること（非混合表の使用がもたらすインセンティブ）が非効率的であることを立証することは極めて困難である。法の経済分析における従来の常識では、ターゲティングは社会的費用を削減するから社会的に望ましいという立場が定着して

(20) See, e.g., *Watson v. S. Shore Nursing & Rehab. Ctr., LLC*, 965 N.E.2d 1200, 1209 (Ill. App. Ct. 2012) (アフリカ系アメリカ人男性の余命を測定するために政府の非混合表を使用); *Probst v. Wroten*, 433 So. 2d 734, 744 (La. Ct. App. 1982) (原告の異議申立てに反し、裁判所の裁量権によりジェンダーに基づく余命表を認定); *Johnson v. Misericordia Cmty. Hosp.*, 294 N.W.2d 501, 527 (Wis. Ct. App. 1980) (原告の人種に基づく政府の年俸表を使用), *aff'd*, 301 N.W.2d 156 (Wis. 1981).

いるように思われる⁽²¹⁾。本稿では、これとは逆を主張する。

第2章では、不法行為による損害賠償を決定するための現在のアプローチについて論じる。Aでは、裁判所が損害賠償額を計算する際に、平均余命表、就労可能年数表、平均賃金表をどのように使用しているかについて、初めて詳細な調査を行う。そして、これらの表を使用することについて20世紀における歴史的伝統があったにもかかわらず—これは差別的なコモンローの慣行である—、21世紀になって最初の変化の風が吹き始め、現在では、いくつかの裁判所が混合表を適用することに前向きになっていることを示す。Bでは、裁判所の差別的なアプローチは、古い慣習の受動的な継続に由来しているだけでなく、立法府が、法律を制定したり、人種やジェンダーに基づく表を優先することを表明するパターン陪審説示を支持したりすることにも由来していることを示す。一部の法域では、人種とジェンダーを混合した表に依拠することで損害賠償額を中立化しようとしているが、州法やパターン陪審説示が支持している表のほとんどは、依然として人種やジェンダーで区別している。Cでは、この問題に対する学術的な応答（というより、少数の熱心なフェミニスト研究者の根強い批判を別とすれば、応答の不在）を示す。何世代にもわたる弁護士や研究者たちが、平等の原則よりも *Restitutio ad integrum*（原状回復）の原則を好むように条件づけられてきたこともそこで示す。15冊の不法行為・救済に関するケースブックにおける人種やジェンダーに基づく統計表の差別的影響に関する記述をレビューしてみると、これらの表の潜在的な不公平性、違憲性、不正確性や、将来に関する損害賠償額計算にこれらの表を使用することによって生じる可能性のある歪んだインセンティブについて直接触れている著者はほとんどいないことがわかる。

第3章では、不利な立場にある人々に対するターゲティングにつながるこのようなインセンティブが〔単なる〕仮想的問題ではないことを示す。不利な立場にある集団に対するターゲティングが実務において存在すること、それはこ

(21) See *infra* Part III.

れら集団に対する損害賠償リスクが小さいためであるかもしれないことを示す実証的証拠を我々は提示する。

第4章では、不法行為法の様々な理論（すなわち、矯正的正義、分配的正義、効率性）が、損害賠償額の適切な計算に対する誤解を助長してきたことを明らかにする。そして、現在の実務に積極的な変化をもたらすためにこれらの理論をどのように馴致することができるかを示す。一言で言えば、分配的正義に基づく不法行為法理論は、変化のための最も簡単な道筋を提供する。分配的正義の観点から不法行為法を見る人々は、不法行為法が差別的法制度の一部となつてはならないという考えにより忠実であるためである。

しかし、合衆国のほとんどの研究者や裁判所は、矯正的正義論を支持しているか、不法行為法を「法の経済分析」のレンズから見ている。実際、矯正的正義の理論家は、不法行為法の計算方法を変更する提案には抵抗する可能性が高い。これら理論家は、不法行為法を、事故前に不法行為加害者と被害者の間に存在していた平等を回復するための手段と見なしている⁽²²⁾。しかし、回復されるべき範囲は、不法行為者の違法な行為自体に起因する不平等の排除に限定される⁽²³⁾。矯正的正義論は、社会における分配的正義や差別の問題には関心が無い⁽²³⁾。したがって、矯正的正義の支持者は、不法行為法は、事故がなければ被害者がいたであろう位置に回復させるような損害賠償を被害者に与えることを目指すべきだと考えている⁽²⁴⁾。このことは、同じ不法行為に対して黒人被害者は白人被害者よりもはるかに低い損害賠償を受けることを意味し、我々の見解では、これは不面目なことである。しかし我々は、それに対して理論的な仮の出口をいくつか提供する。これら出口は、矯正的正義の理論家が上のような不面目な立場をとることを避け、人種やジェンダーに基づく表の放棄を支持するようにな

(22) See Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice in a Nutshell*, 52 U. TORONTO L.J. 349, 349 (2002).

(23) See *infra* Part IV.B.

(24) Eliezer Rivlin, *Thoughts on Referral to Foreign Law, Global Chain-Novel, and Novelty*, 21 FLA. J. INT'L L. 1, 17 (2009).

るのに役立つかもしれない。

最後に、第4章Cは、法の経済分析も非混合表の使用を支持することを示す。より正確な情報は、特に統計表のようにそれが無料で提供されている場合は、より効率的であると考えられているからである。不法行為法が生み出すさまざまなターゲティング・インセンティブは、法の経済分析の障害にならない。それどころか、事故が可能な限り経済的損害を生み出さないことが経済学的に理にかなっているとされているため、法の経済分析はターゲティングを受け入れている。さらに、法と経済学の研究者は、矯正的正義の理論家同様、不法行為法によって差別の広範な社会問題を解決することに反対し、代わりに、税制や所得移転制度のようなより広範な立法スキームによる解決策の追求を優先する⁽²⁵⁾。

矯正的正義の場合と同様に、我々は、差別的な損害賠償額を擁護するという不面目から経済分析を救うために、いくつかの出口の可能性を探る。第一に、非混合表の使用は、混合表と比較して、本質的により不正確であるかもしれない。第二に、混合表を使用することで、裁判所は、性差別的・人種差別的慣行に起因する労働市場の失敗を暗黙のうちに修正することができる。仮想的な非差別的な効率的市場に基づいて将来の所得の損失を裁定し、ジェンダーと人種に基づく賃金格差を無視することによって、そのような市場の失敗の修正が可能になる。第三に、一般的な社会厚生関数及び私法に平等の概念を組み込むことを模索する。このような提案は、平等の概念と私法とは別の平面で考えられるべきだという有名な反論とは対立するものである。

第5章では、驚くべきことに、裁判所は、障害のあるアメリカ人法や全米小児ワクチン傷害法などの連邦法違反に対する損害賠償額を裁定する際にも、人種・ジェンダーに基づく表を使用していることを明らかにする⁽²⁶⁾。最大の失望は、公民権法第7編違反の損害賠償額を裁定する際に、裁判所がジェンダーバー

(25) Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. 667, 677 (1994).

(26) See *infra* Part V.B-.C.

スの表を使用していることである。⁽²⁷⁾ これら連邦法が人種やジェンダーに基づく差別を減らそうとする試みであることに照らすと、非混合表の使用はまさに衝撃的である。

第6章では、様々な解決策を探り、現在の慣行に対して当然なされるべき政策的対応を提示する。我々は、単一の混合就労可能年数表、単一の混合余命表、単一の混合賃金表を、損害額計算に使用するものとして採用することを提案する。

とりわけ Martha Chamallas 教授と Jennifer B. Wriggins 教授の献身的な研究を別とすれば、学界ではこの問題はほとんど無視されてきた。Jack Weinstein 判事を除けば、非混合表を繰り返し取り消した判事はいない。⁽²⁸⁾ 非混合表の潜在的な違憲性の問題が未だ説得力のある方法で提示されていないのだろうか。表の不正確さがまだ十分に明らかにされていないのだろうか。適切な効率性の議論がまだ提示されていないのだろうか。もしかしたらこれまでの努力が意図的に無視されているのではないだろうか。この問題をもはや無視してはならないと我々は断言する。裁判所は、非混合表の使用を直ちに停止すべきである。

II. 不法行為による損害賠償額を決定するための現在のアプローチ

米国で適用される不法行為法が損害賠償額をどのように扱っているかを理解することは、不法行為法が生み出す歪んだターゲティングへのインセンティブを理解する上で非常に重要である。過去には、裁判所は何の懸念も抱かずに、⁽²⁹⁾

(27) See, e.g., *Baker v. John Morrell & Co.*, 263 F. Supp. 2d 1161, 1178 (N.D. Iowa 2003) (Bakerの平均余命を参照する際に米国会衆国の生命表を引用), *aff'd*, 382 F.3d 816 (8th Cir. 2004); see also *infra* Part V.A.

(28) See *infra* pp. 687-88 [本翻訳231-232頁], 700-01 [同250-251頁].

(29) See, e.g., *Zuchowicz v. United States*, No. 2-91-CV-1033 (WWE), 1996 WL 776585, at *2-3 (D. Conn. Nov. 25, 1996) (逸失利益を計算するための適切な基準として、31歳の白人女性の平均余命を認めた), *aff'd*, 140 F.3d 381 (2d Cir. 1998); *Frankel v. United States*, 321 F. Supp. 1331, 1337-38 (E.D. Pa. 1970) (女

人種やジェンダーに基づく表を日常的に受け入れていた。今日でも日常的にそうし続けている。本章は不法行為による損害賠償を決定するための現在のアプローチについて論じる。Aでは、裁判所が明示的又は黙示的に認めたアプローチを検討する。Bでは、多くの立法府が（それは衝撃的なことだと我々は思うが）、人種やジェンダーに基づく損害賠償額の計算を可能にする法令やパターン陪審説示を採用していることを示す。Cでは、学界における諸見解をレビューする。まず、この問題を扱う研究者によるロー・レビュー論文に焦点を当て、ついで、損害賠償額差別を扱う（あるいは扱わない）不法行為法や救済法のケースブックの著者が取ったアプローチを探る。

A. 裁判所

2017年になってもアメリカの裁判所が人種やジェンダーに基づく表を日常的に使用していることを、多くの人は信じられないだろう。弁護士、研究者、裁判官がほとんどこの事実に気付いていない主な理由は、おそらく、これらの表の使用が法廷経済学者の証言の中に隠れているからだろう。今日でも、100年

性原告が結婚し、子どもを産み、キャリアを離れるか中断すると仮定して逸失利益額を減額した), *aff'd sub nom. Frankel v. Heym*, 466 F.2d 1226 (3d Cir. 1972); *Morrison v. State*, 516 P.2d 402, 404-05 (Alaska 1973) (白人アラスカ女性のデータ〔の使用〕を支持した); *Powell v. Parker*, 303 S.E.2d 225, 228 (N.C. Ct. App. 1983) (逸失利益計算のための人種に基づく統計〔の使用〕を是認した); *Gilborges v. Wallace*, 379 A.2d 269, 277 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1977) (ジェンダーに基づく表〔の使用〕を黙示的に支持した), *aff'd in part, rev'd in part*, 396 A.2d 338 (N.J. 1978); *Johnson v. Misericordia Cmty. Hosp.*, 294 N.W.2d 501, 527 (Wis. Ct. App. 1980) (逸失利益を計算するための人種に基づく統計〔の使用〕を是認した), *aff'd*, 301 N.W.2d 156 (Wis. 1981).

- (30) *See, e.g., Smith v. United States*, No. 08-2375-JWL, 2009 WL 5126623, at *8 (D. Kan. Dec. 18, 2009) (30歳の黒人女性の平均余命を将来の医療費を計算するための適切な基準として認めた); *Rhoades v. Walsh*, No. 08-368-P-H, 2009 WL 2600094, at *11 n.24 (D. Me. Aug. 19, 2009) ([合衆国治安判事による] 事実認定・法的判断に関する勧告) (逸失利益の計算のための適切な基準として、現在現役で働いている26歳白人男性の労働統計局の就労可能年数を用いた)。

以上前と同様に、将来の被害と費用に対する損害賠償を求める原告は、生涯にわたって被る被害を統計的に証明する専門家の証言を提示することが通常求められている。⁽³¹⁾一般的に、法廷経済学者は、「発生した被害に値段をつける」ために呼ばれる損害額計算の専門家である。⁽³²⁾伝統的に、このような統計計算は、先に述べた平均余命、就労可能年数、国民平均賃金という三大統計表を通じて、人種やジェンダーの偏りを損害計算に注入してきた。以下、それぞれについて順を追って説明する。

1. 平均余命表

平均余命は、原告の将来の医療費や将来の苦痛 (pain and suffering) の損害賠償額を計算する上で重要な要素となる。⁽³³⁾将来の医療費を決定するために、裁判所は通常、原告の残りの人生の間の医療支払い総額を決定するよう陪審員に説示する。⁽³⁴⁾将来の苦痛についても同様の運用だが、経済的費用がすべて償還された後にも原告が被る苦痛について陪審に提示する証拠の種類は異なる。⁽³⁵⁾

余命の証明は、通常、原告の年齢の者の全生存期間の期待値を決定するため

-
- (31) See, e.g., *Ruzzi v. Butler Petrol. Co.*, 588 A.2d 1, 7 (Pa. 1991) (原告の逸失稼得能力を計算する際に陪審員を助けるために専門家の証言を提示することは適切であるとの見解). 損害額計算が通常法廷でどのように提示されるかについては、see *Moody v. Blanchard Place Apartments*, 793 So. 2d 281, 299-301 (La. Ct. App. 2001).
- (32) Thomas R. Ireland, *The Role of a Forensic Economist in a Damage Assessment for Personal Injuries*, in *MEASURING LOSS IN CATASTROPHIC INJURY CASES* 15, 16 (Kevin S. Marshall & Thomas R. Ireland eds., 2006).
- (33) See Robert J. Thornton & Frank Slesnick, *New Estimates of Life Expectancies for Persons with Medical Risks*, 10 J. FORENSIC ECON. 285, 285 (1997).
- (34) Ireland, *supra* note 32, at 31; see also Thornton & Slesnick, *supra* note 33, at 285.
- (35) See, e.g., *Earl v. Bouchard Transp. Co.*, 735 F. Supp. 1167, 1177 (E.D.N.Y. 1990) (原告の残存余命 14 年に対する身体的・精神的損害賠償を認定), *aff'd in part, rev'd and remanded in part*, 917 F.2d 1320 (2d Cir. 1990).

に、平均余命表を使用することから始まる。⁽³⁶⁾ 表は余命の決定的な証拠を提供するものではなく、陪審員は、特定の原告の健康状態や生活習慣の証拠に基づいて数値を調整することが奨励されているが、表がしばしば陪審員の評決を決定⁽³⁷⁾する。一般的に、裁判所は入手可能な最も信頼性の高い表を受け取ることを好む。そのため、専門家は連邦政府の合衆国生命表の最新版に基づいて証拠を提示する傾向がある。⁽³⁸⁾ 合衆国生命表は、人口全体、各ジェンダー、特定の人種区分（白人、黒人、ヒスパニック、非ヒスパニック白人、非ヒスパニック黒人）、およびそれらの人種区分内のジェンダー別の平均余命統計を提供している。⁽³⁹⁾

伝統的に、専門家は原告のジェンダーや人種に固有の余命統計を提供している。⁽⁴⁰⁾ 実質的には、黒人の少年と白人の少年が、1歳のときに同じ傷害を負った場合、将来の医療費の支給額が大幅に異なることを意味している。この格差の規模についてある程度の見当をつけるために、封筒の裏に書くような簡単な（簡単過ぎる）計算をしてみるとよいだろう。一人の少年の年間医療費が2,000ドルだとしよう。最新の合衆国生命表を使用すると、黒人の少年は、人種の違いにより、白人の少年よりも11,000ドル少ない損害賠償金を受け取ることになる。⁽⁴¹⁾ 同じシナリオを白人のきょうだいに適用すると、白人の少年は、単にジェ

(36) See Thornton & Slesnick, *supra* note 33, at 285, 287-90.

(37) 4 Jerome H. Nates et al., *Damages in Tort Actions* § 36.02 & n.35 (2004) (citing *Sullivan v. Price*, 386 So. 2d 241 (Fla. 1980)).

(38) See, e.g., *id.* § 36.02 n.34 (citing *McCue v. Low*, 385 N.E.2d 1162 (Ind. Ct. App. 1979)); see also T.W. Anderson, *Life Expectancy in Court* 21-22 (2002) (平均余命計算の基礎として合衆国生命表を使用); Richard B. Singer, *How to Prepare a Life Expectancy Report for an Attorney in a Tort Case*, 37 J. Ins. Med. 42, 43 (2005) (平均余命計算の基礎として合衆国生命表を使用).

(39) See, e.g., Elizabeth Arias, *United States Life Tables, 2008*, NAT'L VITAL STAT. REP., Sept. 24, 2012, at 1, 4 tbl.B.

(40) See, e.g., Thornton & Slesnick, *supra* note 33, at 286.

(41) 2008年の合衆国生命表によると、1歳白人男性の平均寿命は75.5歳である。アジア人については、前掲注39, at 4 tbl.B. 1歳黒人男性の統計的平均寿命は70.6歳である。*Id.* 上記の差を計算するために、この平均余命に両者の年間医療費を

ンダーを理由に、彼の女きょうだいよりも 9,600 ドル少ない損害賠償を受けることになる。⁽⁴²⁾

多くの場合、特定の傷害や健康状態を考慮して平均余命を調整すると、人種やジェンダーに基づく偏りが計算に取り込まれる。多くの法廷経済学者は、障害や麻痺や喫煙習慣などの健康要因による平均余命の減少を反映するために、「相対死亡率」⁽⁴³⁾を適用している。多くの場合、これらの相対死亡率は人種やジェンダーに特化している。⁽⁴⁴⁾これは、損害賠償額の計算において人種やジェンダーに基づく格差をさらに拡大させている。

伝統的に、裁判所は、将来の医療費や苦痛の損害賠償の計算において、人種やジェンダーに基づく平均余命統計の使用を容認してきた。⁽⁴⁵⁾驚くべきことに、今日でも多くの裁判所がそうしている。⁽⁴⁶⁾

2,000ドルと仮定して掛け合わせた。その差は11,000ドルとなった。

- (42) 2008年の合衆国生命表によると、1歳白人男性の統計的平均寿命は75.5歳である。*Id.* 1歳白人女性の統計的平均寿命は80.3歳である。*Id.* 上記の差を計算するために、この平均余命に両者の年間医療費を2,000ドルと仮定して掛け合わせた。その差は9,600ドルであった。
- (43) 相対死亡率 (RMR) は、一般人口と比較して、その人がどの年に死ぬ可能性が高いかの相対的な確率を表している (例えば、RMRが2の場合、その人がある年に死亡する可能性が2倍であることを意味し、RMRが3であれば、その人がある年に死ぬ可能性が3倍であることを意味する、など)。Thornton & Slesnick, *supra* note 33, at 285.
- (44) *See, e.g., id.* at 287-90.
- (45) *See, e.g., Watson v. S. Shore Nursing & Rehab. Ctr., LLC*, 965 N.E.2d 1200, 1209 (Ill. App. Ct. 2012) (アフリカ系アメリカ人男性の余命を測定するために非混合の政府の表を使用)。
- (46) *See, e.g., Adkins v. Asbestos Corp.*, 18 F.3d 1349, 1350-51 (6th Cir. 1994) (将来の苦痛の損害賠償算定のための平均余命を計算する際に、原告の人種とジェンダーに特化した標準的な余命表を使用した第一審裁判所の使用を支持); *Smith v. United States*, No. 08-2375-JWL, 2009 WL 5126623, at *8 (D. Kansas Dec. 18, 2009) (将来の医療費を計算するための適切な基準として、30歳黒人女性の平均余命を認めた); *Diebold v. Gulf States Optical Lab., Inc.*, No. CIV.A. 96-579, 1997 WL 537689, at *2 (E.D. La. Aug. 25, 1997) (交通事故により背中を負傷し

2. 就労可能年数表

米国では、将来の稼得能力の喪失に対する原告の損害賠償額を計算する上で、就労可能年数が重要な要素となっている。将来の稼得能力喪失を確定するために、裁判所は通常、就労可能年数継続期間中の原告の将来の収入を決定するよう陪審員に説示する。⁽⁴⁷⁾ 他国の裁判所はその国の定年を基準にしているのに対し、米国では（一般的には）定年が存在しないため、裁判所は労働市場分析の結果に基づいて、原告個人の将来の収入と雇用のパターンを予測する。⁽⁴⁸⁾ 女性や黒人は労働市場での地位が低い⁽⁴⁹⁾ため、不法行為においても同様に地位が低い。⁽⁵⁰⁾

平均余命表と同様に、就労可能年数表は、将来の稼得能力の喪失を決定するための出発点となるものであり、原告の状況に応じて調整される可能性がある。⁽⁵¹⁾

た原告に将来の医療費として3,000ドルを認め、これは、彼の年齢である9.6歳の白人男性の残存余命にわたり、月額40ドルのカイロプラクティック治療を想定して算出); *Smith v. U.S. Dep't of Veterans Affairs*, 865 F. Supp. 433, 441 (N.D. Ohio 1994) (原告の年齢と人種に基づいた平均余命を使用した上で、統合失調症を理由に減額して、原告の将来の医療費を算出した)。

(47) *See Ireland, supra* note 32, at 26-30.

(48) *See id.*

(49) イスラエルでの就労可能年数の議論については、*see Rivlin, supra* note 24, at 22-26. オーストラリアでの同様の議論については、*see PAUL THOMSON ET AL., EXPERT ACTUARIAL EVIDENCE* 6-9, https://www.cumsar.com.au/docs/expert_actuarial_evidence.pdf [<https://perma.cc/RD7Z-U3B8>]. 英国での議論については、*see What Retirement Age Should Be Agreed For Loss of Earnings Claims?*, KENNEDYS (Mar. 10, 2011), <http://www.kennedyslaw.com/article/defaultretirementage/> [<https://perma.cc/X6BG-GLKT>].

(50) Shirley J. Smith, *Revised Worklife Tables Reflect 1979-80 Experience*, in BUREAU OF LABOR STATISTICS, U.S. DEP'T OF LABOR, BULLETIN 2254, WORKLIFE ESTIMATES: EFFECTS OF RACE AND EDUCATION 1, 1-2 (Feb. 1986), <https://www.bls.gov/opub/reports/worklife-estimates/archive/worklife-estimates-1986.pdf> [<https://perma.cc/U33N-LPFQ>].

(51) *Id.* at 4-5.

(52) 平均余命の計算と同様に、どちらの側も、問題となっている特定の個人の特性

様々な表があるが⁽⁵³⁾、多くの専門家は、労働統計局 (BLS)⁽⁵⁴⁾ が定めた就労可能年数表や、Skoog, Ciecka, Kruegerの表に依拠している⁽⁵⁵⁾。BLSの表は、ジェンダー別、特定の人種区分 (白人と「黒人・その他」)、およびそれらの人種区分内のジェンダー別の就労可能年数を示している⁽⁵⁶⁾。Skoog, Ciecka, Kruegerの表は、様々なレベルの教育到達度における男女別の就労可能年数を示している⁽⁵⁷⁾。専門

- に応じて、統計的な就労可能年数を上下させる証拠を提示することができる。See, e.g., *Earl v. Bouchard Transp. Co.*, 735 F. Supp. 1167, 1176 (E.D.N.Y. 1990) (統計的就労可能年数よりも早期退職するという事故前の意思を原告が証言したため、原告の就労可能年数を統計的な就労可能年数の平均値から引き下げた), *aff'd in part, rev'd and remanded in part*, 917 F.2d 1320 (2d Cir. 1990).
- (53) 他の就労可能年数表を含む代替的な計算として、Thomas R. Ireland, *Why Markov Process Worklife Expectancy Tables Are Usually Superior to the LPE Method*, 16 J. LEGAL ECON. 95, 100-01 (2010)、就労確率表 (LPE法) について、see VOCATIONAL ECON., INC., *CALCULATION OF WORKLIFE EXPECTANCY USING THE LIFE, PARTICIPATION, EMPLOYMENT METHOD 1* (2006), <http://www.vocecon.com/resources/ftp/data/lpecalc.pdf> [<https://perma.cc/T33X-ULQG>] (「個々人の生存 (L)、参加 (P)、雇用 (E) のそれぞれの確率を併せて結合確率を計算し、特定の年における就労確率」を計算する)。
- (54) See 2 JEROME H. NATES ET AL., *DAMAGES IN TORT ACTIONS* § 10.03 (3) (c) (iv) (2016); see also 29 Am. Jur. *Proof of Facts* 3d § 53 (1995) (稼得能力喪失に関する専門的証拠の見本として平均的な就労可能年数の基礎として労働省の統計を使用)。
- (55) Frank L. Slesnick et al., *A 2012 Survey of Forensic Economics: Their Methods, Estimates, and Perspectives*, 24 J. Forensic Econ. 67, 86-87 (2013).
- (56) See, e.g., BUREAU OF LABOR STATISTICS, *supra* note 50, at 9 tbl.A-1, 13 tbl.A-2, 15 tbl.A-4, 19 tbl.A-5.
- (57) See, e.g., Edward M. Foster & Gary R. Skoog, *The Markov Assumption for Worklife Expectancy*, 17 J. FORENSIC ECON. 167, 181 (2004); Kurt V. Krueger et al., *Worklife in a Markov Model with Full-Time and Part-Time Activity*, 19 J. FORENSIC ECON. 61, 64-65, 74-77, 79-82 (2006); Gary R. Skoog et al., *The Markov Process Model of Labor Force Activity: Extended Tables of Central Tendency, Shape, Percentile Points, and Bootstrap Standard Errors*, 22 J. FORENSIC ECON. 165, 183-221 (2011) [hereinafter Skoog et al., *Markov Process Model*]. See generally Gary R. Skoog & James E. Ciecka, *A Markov (Increment-Decrement)*

家は、特定の産業に特化した就労可能年数予測表や、特定の障害に特化した表を採用することがある。⁽⁵⁸⁾

要するに、裁判所は、原告が属する人種やジェンダーに固有の就労可能年数統計を日常的に受け入れている。⁽⁵⁹⁾ 過去の時代と同じく、陪審員は、基準給与の

Model of Labor Force Activity: Extended Tables of Central Tendency, Variation, and Probability Intervals, 11 J. LEGAL ECON. 23 (2001) (5段階の異なる教育レベルの75歳までの全年齢に対応する大規模な表を使用)。

- (58) 例えば、Skoog と Ciecka は、メジャーリーグの野球選手や鉄道労働者の就労可能年数表を作成している。Gary R. Skoog & James E. Ciecka, *An Autoregressive Model of Order Two for Worklife Expectancies and Other Labor Force Characteristics with an Application to Major League Baseball Hitters*, 18 J. LEGAL ECON. 47, 48, 55-63 (2012); Gary R. Skoog & James E. Ciecka, *Worklife Expectancy via Competing Risks/Multiple Decrement Theory with an Application to Railroad Workers*, 19 J. FORENSIC ECON. 243, 248-57 (2006)。これらの表はどちらも、人種又はジェンダーによってその知見を区別していない。ただし、鉄道労働者表の許容性には疑問がある。 Wisconsin州東部地区は、2012年の未公表の判決で、この表は信頼性がないと批判した。Larson v. Wis. Cent. Ltd., No. 10-C-446, 2012 WL 359665, at *5 (E.D. Wis. Feb. 2, 2012) (経済専門家の意見及び年金給付の喪失に関する予備的申立てに対する命令) (citing Marcel v. Placid Oil Co., 11 F.3d 563, 567 (5th Cir. 1993))。
- (59) See, e.g., A.M. GAMBOA JR. & DAVID S. GIBSON, GAMBOA GIBSON WORKLIFE TABLES: BY GENDER, LEVEL OF EDUCATIONAL ATTAINMENT, AND TYPE OF DISABILITY (2010)。これらの表の信頼性については、法廷経済学者の間でいくつかの意見の相違がある。法廷経済学者のThomas Irelandは、Gamboa-Gibsonの表は信頼性がないため意義がないと主張し、(1) 表の基礎となっているデータは、恒常的障害の保有率に関する情報を収集することを意図していない政府情報から得られたものである、(2) 障害を変数として入れた場合、LPE法は有効ではない、(3) 一般的な障害の状態は、特定の傷害に特化した就労可能年数を反映していないと論じている。Thomas R. Ireland, *Why the Gamboa-Gibson Disability Work-Life Expectancy Tables Are Without Merit*, 15 J. LEGAL ECON. 105, 105-06 (2009)。
- (60) But see MICHAEL L. BROOKSHIRE & STAN V. SMITH, ECONOMIC/HEDONIC DAMAGES 127 (1990)、同文献は、継続的な就労・雇用の記録がある黒人男性については個別に分析せねばならず、表から導かれる稼得能力へと調整することは彼に害をなすことになるとする。ただし、Brookshire と Smith は就労年数調整は人種及

推定値に対して調整を加えることができるため、人種やジェンダーに基づく損害賠償額の格差が生じる機会がここでも生じる⁽⁶¹⁾。

そのことの含意を示すために、封筒の裏に書くような概算をもう一度やってみよう。BLSの最新の統計によると、同じ学歴水準が予想される16歳の白人の少年と黒人の少女が同じような傷害を負った場合、受け取る損害賠償額は途方もなく異なる。それぞれの平均年収が25,000ドルだと仮定すると、将来の稼得能力喪失に対して、白人男性の方が黒人女性よりも30万2,500ドル多い額を受け取ることになる⁽⁶²⁾。

3. 賃金表

不法行為による損害賠償において人種・ジェンダー差別を生じさせる第三の重要な要因は、全国平均賃金である。一般的に、裁判所は、将来の稼得能力喪失

びジェンダーによって分類すべきだとも論じている。平均的な黒人は平均的な白人と比較して確率的に就労可能年数が短い、黒人女性の場合はその差がそれほど大きくないからだとされる。*Id.*

(61) 基本年収を計算して、それを個人の就労可能年数に掛け合わせた後、法廷経済学者は給与成長率、個人消費率、市場外損失、税金、インフレのための割引率などの追加要因を、通常考慮に入れる。T.L. “Smith” Boykin III, *The Economist’s New Clothes: Exposing Unreliable Testimony*, DRI FOR DEF., Sept. 2011, at 36, 38-41, 86. 給与上昇率も個人消費率も、人種やジェンダー毎に特化することができる。*See id.* at 40-41; *see also* ELIZABETH M. KING & JAMES P. SMITH, COMPUTING ECONOMIC LOSS IN CASES OF WRONGFUL DEATH 36-40 (1988).

(62) *See* BUREAU OF LABOR STATISTICS, *supra* note 50, at 6 tbl.5.

(63) 実際には、人種とジェンダーが、原告の教育到達度に関する法廷経済学者の予測に影響を与え、結果として格差はさらに大きくなる。*See id.* at 5 tbl.4. さらに、予想年収が上昇するにつれて、格差の規模は増大する。年収25,000ドルを超えると、格差の総和が大幅に増加する。このような年収増による格差拡大は、例えば、複数の原告が両方とも大学に出席し、同じ大学に進学し、すべての授業に出席し、すべての試験で同じ成績を取っていたとしても、やはり発生する可能性が高い。

を予測するために、原告の確立された収入記録と就労可能年数とを統合する⁽⁶⁴⁾。しかし、収入記録が当該個人の収入予測を反映していない場合（子どもであるため収入記録がない場合や、現在の仕事が最終的なキャリアを示しているとはいえない若年成人の場合など）は、裁判所はBLSの年収表に依拠する⁽⁶⁵⁾。例えば、ミシシッピ州最高裁判所は、収入記録を立証できない子どもが不法行為により死亡した事件では、労働省の全国平均賃金を将来の逸失利益を計算するための適切な出発点とした上で、「信頼できる証拠」の提示があれば上下に調整できるとしている⁽⁶⁶⁾。これらの表は、最も一般的には、男性と女性の全国平均賃金の統計を提供しているが⁽⁶⁷⁾、教育水準別および職業別のデータも提供されてい

(64) See Ireland, *supra* note 32, at 26.

(65) See, e.g., Greyhound Lines, Inc. v. Sutton, 765 So. 2d 1269, 1277 (Miss. 2000) (en banc).

(66) *Id.*（「亡くなった子どもの収入が合衆国労働省が設定した全国平均と同等であったであろうという反論可能な推定がある。……いずれの当事者も適切な信頼に足る証拠の提示によって推定を反証することができる。そのような証拠には、子どもの年齢、平均余命、早熟、精神的及び肉体的健康、知的発達、および関連する家族の状況に関する証言が含まれるが、これらに限定されるものではない。このような証拠により、訴訟当事者は、測定される個人の人生の適性や才能に適合するような証明を行うことができる。」）。

(67) See BUREAU OF LABOR STATISTICS, U.S. DEP'T OF LABOR, HOUSEHOLD DATA ANNUAL AVERAGES: 2. EMPLOYMENT STATUS OF THE CIVILIAN NONINSTITUTIONAL POPULATION 16 YEARS AND OVER BY SEX, 1975 TO DATE (2015), <https://www.bls.gov/cps/aa2015/cpsaat02.pdf> [<https://perma.cc/TR92-Y7SE>].

(68) See BUREAU OF LABOR STATISTICS, U.S. DEP'T OF LABOR, HOUSEHOLD DATA ANNUAL AVERAGES: 7. EMPLOYMENT STATUS OF THE CIVILIAN NONINSTITUTIONAL POPULATION 25 YEARS AND OVER BY EDUCATIONAL ATTAINMENT, SEX, RACE, AND HISPANIC OR LATINO ETHNICITY (2015), <https://www.bls.gov/cps/aa2015/cpsaat04.pdf> [<https://perma.cc/BC4T-LPGB>].

(69) See BUREAU OF LABOR STATISTICS, U.S. DEP'T OF LABOR, HOUSEHOLD DATA ANNUAL AVERAGES: 39. MEDIAN WEEKLY EARNINGS OF FULL-TIME WAGE AND SALARY WORKERS BY DETAILED OCCUPATION AND SEX (2015), <https://www.bls.gov/cps/aa2015/cpsaat39.pdf> [<https://perma.cc/E4FP-JPVX>].

る。賃金ベースの選択には将来の収入予測の検討が含まれるため、法廷経済学者には幅広い裁量権が与えられており、その決定はもちろん「常識的な合理性の基準」に適合していなければならない。⁽⁷⁰⁾

ほとんどの裁判所は、原告の個人的特徴や家族の背景を考慮して、教育達成度の可能性も踏まえた原告固有の予想に基づいて、予測平均収入を調整することを好む。⁽⁷¹⁾ 裁判所は一般的に、医師の意見よりも、そのような職業専門家の意見を支持する。⁽⁷²⁾ このような予測は、教育や機会への原告のアクセスに対して既に存在する人種やジェンダーによる差別的な影響を強め、将来にわたってその差別を本質的に永続させる。⁽⁷³⁾ 例えば、最近のミシシッピ州の事件では、高卒者

(70) George A. Barrett & Michael L. Brookshire, *Assessing Economic Damages in Personal Injury and Wrongful Death Litigation: The State of West Virginia*, 16 J. FORENSIC ECON. 315, 317 (2003).

(71) 裁判所は通常、原告の人種やジェンダーに応じて個々の原告を考慮する。See, e.g., *Wheeler Tarpeh-Doe v. United States*, 771 F. Supp. 427, 455 (D.D.C. 1991) (医療過誤により失明と神経損傷を受けた8歳の少年の逸失利益を計算する際に、専門家が黒人男性大卒者の平均賃金を使用したことについて検討), *rev'd sub nom. Tarpeh-Doe v. United States*, 28 F.3d 120 (D.C. Cir. 1994) (被告は不法行為責任を負わないという理由で破棄); *Vincent ex rel. Vincent v. Johnson*, 833 S.W.2d 859, 865 (Mo. 1992) (en banc) (稼得能力喪失の計算にあたり陪審員が女性平均賃金の使用を拒否〔訳注：著者確認の上で修正した〕したことを支持し、「当裁判所は、将来の女性平均賃金が男性平均賃金の3分の2にすぎないという前提で、女兒の最低賃金喪失額の裁定を最小限に評価することを陪審員が拒否したことを誤りとは考えていない」と述べている); see also *Musick v. Dorel Juvenile Grp., Inc.*, 818 F. Supp. 2d 960, 964 (W.D. Va. 2011); *Athridge v. Iglesias*, 950 F. Supp. 1187, 1193 (D.D.C. 1996), *aff'd per curiam.*, Nos. 96-7261, 89CV01222, 1997 WL 404854 (D.C. Cir. 1997)..

(72) E.g., Barrett & Brookshire, *supra* note 70, at 319.

(73) 他国の文脈でのこの問題に関する議論として、イスラエルの *Migdal Insurance Co. v. Rim Abu Hanna* を見よう。同判決は、「稼得能力喪失の項目の下での原状回復とは、負傷者を将来における彼の運命の場所に連れて行くことを意味し、彼を彼の男性祖先（及び女性祖先）の地位に戻すことではない」としている。CA 100064/02 *Migdal Ins. Co. v. Abu-Hana* (3) TakSC 3932 (2005) (Isr.), <http://>

の平均収入は28,631ドル、短大卒者の平均収入は36,021ドルであると専門家が証言している。⁽⁷⁴⁾ 裁判所が先ほどの例に基づいて白人男性と黒人男性の将来の稼働能力喪失を計算していると仮定すると、仮に、白人・黒人どちらの原告も就労可能年数が同じであると仮定しても、(家族関係のパターンに基づいて)白人少年については短大卒の全国平均収入、黒人少年については高卒の収入を用いると、白人原告の方が黒人原告よりも294,861ドル多くの損害賠償を受けることになる。

4. 変化の弱い風

なぜこのような差別的な慣行が長年にわたって存続してきたのかは不可解である。ある事件では、経済的損害額計算に関与した専門家が、これまでに何千もの逸失所得に関する分析を行ってきたにもかかわらず、「不法行為に基づく死亡事件において、人種・ジェンダー中立的な計算を彼に依頼してきた人はいない」旨の証言をしたことが述べられている。⁽⁷⁵⁾ このように、人身損害訴訟では人種・ジェンダーに基づく損害計算が行われてきた長い歴史があるが、⁽⁷⁶⁾ 米国や

elyon1.court.gov.il/files_eng/02/640/100/p04/02100640.p04.pdf [https://perma.cc/44XP-T8FL]. この事例については Rivlin, *supra* note 24, at 22 においてさらに議論されている。

- (74) *Sears, Roebuck & Co. v. Learmonth*, 95 So. 3d 633, 638 (Miss. 2012) (en banc).
- (75) *United States v. Bedonie*, 317 F. Supp. 2d 1285, 1315 (D. Utah 2004), *rev'd and remanded sub nom. United States v. Serawop*, 410 F.3d 656 (10th Cir. 2005). この専門家の経験は、我々が実務弁護士達とこの点について話した際にも繰り返された内容であり、我々自身もそれを経験している。不法行為訴訟における原告側の弁護士達にインタビューしたところ、彼らは専門家の統計の出典を全く知らず、この文脈での人種差別やジェンダー差別が問題になることについて考えたこともなかった。
- (76) 裁判所は長い間、不法行為訴訟においても非混合の平均余命表、就労可能年数表、給与表を使用することに反対してきた。See, e.g., *Watson v. S. Shore Nursing & Rehab. Ctr., LLC*, 965 N.E.2d 1200, 1209 (Ill. App. Ct. 2012) (黒人男性の平均余命を測定するために政府の非混合表を使用); *Probst v. Wroten*, 433 So. 2d 734, 744 (La. Ct. App. 1982) (原告の異議を認めず、第一審裁判所の裁量権によ

その他の国のいくつかの裁判所が、人種・ジェンダーに中立的な枠組によく移行し始めている（主に将来の稼得能力喪失と余命に関してであるが⁽⁷⁷⁾）。例えば、*Wheeler Tarpeh-Doe* 事件では、コロンビア特別区連邦地方裁判所は、人種ミックスの原告の将来の逸失利益について、人種・ジェンダーに対して中立的な計算に基づくことを要求した⁽⁷⁸⁾。裁判所は、黒人男性の平均収入は原告の稼得能力を表わすものではないとし、より広義には、「性差や人種間の賃金格差に起因する現在の差別や、将来の差別の可能性を、賃金喪失による損害賠償の計算に組み入れることは不適切である⁽⁷⁹⁾」としている。

上の点の文脈を明確にするために、もう一つの有名な人種ミックスの事例、1896年の判決である *Plessy v. Ferguson* を思い出してみよう。この事件では、*Plessy* は8分の7白人であるにもかかわらず、電車から追い出された⁽⁸⁰⁾。19世紀

りジェンダーに基づく平均余命表を承認); *Johnson v. Misericordia Cmty. Hosp.*, 294 N.W.2d 501, 527 (Wis. Ct. App. 1980) (原告の人種に基づく政府の年俸表を使用), *aff'd*, 301 N.W.2d 156 (Wis. 1981)。

- (77) カナダでは、裁判所は損害賠償額のジェンダー中立的な概念に向かって移動している。See, e.g., *Shaw ex rel. Shaw v. Arnold*, 1998 CarswellBC 2731, para. 69 (Can. B.C. S.C.) (WL) (原告の年齢の男性と女性の損害額を平均化することによって女性原告の逸失利益を計算する); *Walker v. Ritchie*, 2003 CarswellOnt 10, para. 132 (Can. Ont. Super. Ct. J.) (WL) (原告の逸失利益を計算する上で、ジェンダー中立的な平均所得統計の使用が適切であると判示), *aff'd*, [2006] 197 O.A.C. 81 (Can. Ont. C.A.), *rev'd*, 2006 SCC 45, [2006] 2 S.C.R. 428 (Can.). イスラエルの裁判例である *Migdal Insurance Co.* (3) TakSC 3932 について前掲注(73) 参照 [訳注: 著者確認の上で修正]。

米国におけるそのような慣行の例については、see *G.M.M. ex rel. Hernandez-Adams v. Kimpson*, 116 F. Supp. 3d 126, 139 (E.D.N.Y. 2015), and *McMillan v. City of New York*, 253 F.R.D. 247, 248-49 (E.D.N.Y. 2008)。

- (78) *Wheeler Tarpeh-Doe v. United States*, 771 F. Supp. 427, 455 (D.D.C. 1991), *rev'd sub nom. Tarpeh-Doe v. United States*, 28 F.3d 120 (D.C. Cir. 1994) (被告が不法行為責任を負わないという理由で破棄)。
- (79) *Id.*
- (80) *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 541-42 (1896) は、*Brown v. Bd. of Educ.*, 347 U.S. 483 (1954) によって覆された。

は終わり、20世紀も終わった。何世紀もの間で進歩したことは、人種ミックス児が白人と同じように扱われるようになったただけだとしてもいうのだろうか？ 辛いことに、最近いくつかの裁判所が、人種ミックスではないマイノリティの原告についても、ジェンダーや人種を無視している⁽⁸¹⁾。しかし残念なことに、そうしたのはごく少数の裁判所にとどまっている。

例えば、*United States v. Bedonie* で、ユタ州連邦地方裁判所は、2人のネイティブアメリカンの被害者の将来の所得喪失に対する損害賠償額を評価する際に、人種やジェンダーに基づくデータを適用することを拒否した⁽⁸²⁾。裁判所は、人種やジェンダーに基づく減額が正当であることを被告が証明できない限り、人種・ジェンダーに中立的な混合データを使用すべきだと結論付けた⁽⁸³⁾。控訴を受けた第10巡回控訴裁判所は、非混合統計に基づく損害賠償額の減額は、本件の状況下では不適切だと断言した⁽⁸⁴⁾。第10巡回控訴裁判所は、地裁は「公正性の問題として、裁判所は暴力犯罪の被害者に有利になるように、また不適切なステレオタイプを永続させる可能性を退けるように、その裁量を行使すべきである」としたのであり、人種に基づくアプローチを拒否することは地裁の裁量の範囲内であると判示した⁽⁸⁵⁾。

これらの裁判所は、人種別・ジェンダー別の表が「不適切」または「不当」で

(81) 後掲注 (82)-(88) 及び対応する本文参照。

(82) *United States v. Bedonie*, 317 F. Supp. 2d 1285, 1319 (D. Utah 2004), *rev'd and remanded sub nom. United States v. Serawop*, 410 F.3d 656 (10th Cir. 2005). これらは2つの併合事件である。*Id.* at 1288. 1つはDUI（飲酒運転）による交通事故で死亡したネイティブアメリカンの10代の少年に関するものであり (*id.* at 1288-89)、もう1つは父親に殺害されたネイティブアメリカンの女兒に関するものである (*id.* 1291-92)。裁判所は、必要的被害弁償命令法 (Mandatory Victims Restitution Act) に基づく損害賠償を決定する必要があった。*Id.* at 1298-99, 1302.

(83) *Id.* at 1319.

(84) *United States v. Serawop*, 505 F.3d 1112, 1126 (10th Cir. 2007).

(85) *Id.* [原文には改変引用が判決文ママの旨の注記がある] (*Bedonie*, 317 F. Supp. 2d at 1319の引用).

あるとして、それらの適用を拒否したが、表に反映された人種・ジェンダー格差は長期的にはほとんど影響がないはずだという根拠に基づいて、人種とジェンダーに基づく統計の使用を拒否した裁判所もある。例えば、*Reilly v. United States*では、裁判所は、女性原告の稼得能力の喪失を40%減額する専門家の案を却下したが、この案は、同年齢の女性は同年齢の男性よりも残存就労年数が少ないというBLSの判断に基づいていた⁽⁸⁶⁾。裁判所は次のように述べる。「特に現在進行中の女性の就労率の変化に照らすと、21世紀の女性の雇用パターンに関するこのような統計の証拠価値を、事実の問題として真剣に疑う⁽⁸⁷⁾」。同様に、*Drayton v. Jiffie Chemical Corp.*で裁判所は、黒人女性原告の将来の収入を人種やジェンダーに基づく計算に基づき減額することを拒否したが、それは、裁判所が「将来、黒人女性が...白人男性に匹敵するような有益な雇用を得る能力に対してこれらの不利益が与える影響がかなり少なくなる可能性を認める⁽⁸⁸⁾」からである。

興味深いことに、これら裁判所は、人種とジェンダーの使用について憲法上の議論をせず、これらの表を使用することは保険数理上の問題として不適切であると主張したにすぎない⁽⁸⁹⁾。また、これら裁判所は、このような算定ルールが不法行為の潜在的な加害者に与える歪んだターゲティング・インセンティブを暴き出そうとはしなかった⁽⁹⁰⁾。

B. 立法府

不法行為法は州法であり、したがって、望ましくないコモンローの慣行は、

(86) *Reilly v. United States*, 665 F. Supp. 976, 997 (D.R.I. 1987), *aff'd in part and remanded*, 863 F.2d 149 (1st Cir. 1988).

(87) *Id.*

(88) *Drayton v. Jiffie Chem. Corp.*, 591 F.2d 352, 368 (6th Cir. 1978).

(89) *See generally Drayton*, 591 F.2d 352; *Reilly*, 665 F. Supp. 976.

(90) *See Drayton*, 591 F.2d at 368 (すべての要因についての司法の裁量とは対照的に、将来の収入計算のための特定の数値を割り当てることを拒否); *Reilly*, 665 F. Supp. at 997 (そのような統計の証拠としての価値を疑う)。

それが適切と思われる場合には、州議会が修正することができる。実際、過去数十年の間に、すべての州が不法行為のコモンローを覆す法律（損害賠償の上限を定めるのがその典型例である）⁽⁹¹⁾を可決してきた。したがって、同様の懸念を軽減するために、各州が混合平均余命表または中立平均余命表を義務付ける法律を制定することを期待する人もいるかもしれない。実際、いくつかの州では、損害賠償額について特定の平均余命表や就労可能年数表を優先的に使用することを明示した法律やパターン陪審説示を採用している⁽⁹²⁾。しかし残念ながら、このような州の支持を受けた表のほとんどは、人種やジェンダーの線引きで区別⁽⁹³⁾されている。

具体的には、3つの州が独自の平均余命表を成文化している⁽⁹⁴⁾。このうち、ノースカロライナ州は年齢のみに基づいた混合表を成文化しており、人種やジェンダーの区別⁽⁹⁵⁾はしていない。他の2つの州（サウスカロライナ州とバージニア州）は、人種中立の表を成文化しているが、ジェンダーは区別⁽⁹⁶⁾している。対照的に、コロラド州、ジョージア州、ロードアイランド州の3つでは、余命と就労可能年数を証明するために、特定の余命表と就労可能年数表の使用を認めるこ

(91) See generally Ronen Avraham, *Database of State Tort Law Reforms (5th)* (Univ. of Tex. Sch. of Law, Law & Econ. Research Paper No. e555, 2014), <https://ssrn.com/abstract=902711> [<https://perma.cc/G2PG-TX9X>] (1980年から2012年の間に米国で最も普及した不法行為改革法の州別データセット)。

(92) See *infra* notes 94-102.

(93) See, e.g., *Eackelbary v. Nipper*, No. 9476, slip op. at 11 (Ohio Ct. App. May 21, 1980) (ジェンダーに基づく説示において「性別 (sex)」を要素として挙げている (quoting *Immel v. Richards*, 93 N.E.2d 474, 476 (Ohio 1950))); see also *Franchell v. Sims*, 424 N.Y.S.2d 959, 962 (N.Y. App. Div. 1980) (same); *King v. Louisville & Nashville R.R. Co.*, No. 87-199-II, 1987 WL 26384, at *5 (Tenn. Ct. App. Dec. 9, 1987) (citing *Crowe v. Provost*, 374 S.W.2d 645 (Tenn. Ct. App. 1963)) (same).

(94) N.C. GEN. STAT. § 8-46 (2015); S.C. CODE ANN. § 19-1-150 (2014); VA. CODE ANN. § 8.01-419 (2015).

(95) N.C. GEN. STAT. § 8-46.

(96) S.C. CODE ANN. § 19-1-150; VA. CODE ANN. § 8.01-419.

とを保証する法律が可決されているが⁽⁹⁷⁾、これらの表は人種とジェンダーで区別されている⁽⁹⁸⁾。さらに多くの州では、特定の平均余命表を優先することを述べたパターン陪審説示が行われている⁽⁹⁹⁾。我々が調査した陪審説示のうち、11件に関連規定があった⁽¹⁰⁰⁾。10の規定は、ジェンダーに沿って規定されている⁽¹⁰¹⁾。6件の規定は人種中立であり、5件の規定は人種に沿って区別している⁽¹⁰²⁾。

-
- (97) COLO. REV. STAT. § 13-25-102 (2016); GA. CODE ANN. § 24-14-44 (2013); 9 R.I. GEN. LAWS § 9-19-38 (2012).
- (98) COLO. REV. STAT. § 13-25-102; GA. CODE ANN. § 24-14-44; 9 R.I. GEN. LAWS § 9-19-38. 驚くべきことに、2014年以前、コロラド州はノースカロライナ州と同様に、年齢のみに基づく表を義務づけていた。See COLO. REV. STAT. § 13-25-103 (2014年廃止).
- (99) See *infra* note 101.
- (100) See *infra* note 101.
- (101) これらの州には、アラスカ州、カリフォルニア州、カンザス州、ケンタッキー州、ミシガン州、ミネソタ州、ニューヨーク州、ノースダコタ州、テネシー州、及びワシントン州が含まれる。ALASKA CIVIL PATTERN JURY INSTRUCTIONS § 20.13 (ALASKA CIVIL PATTERN JURY INSTRUCTIONS COMM. 2016); CAL. CIVIL JURY INSTRUCTIONS § 3932 (JUDICIAL COUNCIL OF CAL. 2016); PATTERN INSTRUCTIONS KAN. CIVIL 4th § 171.45 (KAN. JUDICIAL COUNCIL 2008); MICH. MODEL CIVIL JURY INSTRUCTIONS § § 53.01-.02 (MICH. COMM. ON MODEL CIVIL JURY INSTRUCTIONS 2017); 4A MINN. PRACTICE: JURY INSTRUCTION GUIDES--CIVIL § 91.85 (MINN. DISTRICT JUDGES ASS'N, 6th ed. 2014); 1B N.Y. PATTERN JURY INSTRUCTIONS--CIVIL app. A (COMM. ON PATTERN JURY INSTRUCTIONS ASS'N OF JUSTICES OF THE SUPREME COURT OF THE STATE OF N.Y., 3d ed. 2010); 2 N.D. PATTERN JURY INSTRUCTIONS--CIVIL § § 70.47, .50 (STATE BAR ASS'N OF N.D. & N.D. PATTERN JURY INSTRUCTION COMM'N 2000); 8 TENN. PRACTICE: TENN. PATTERN JURY INSTRUCTIONS--CIVIL app. C (COMM. ON PATTERN JURY INSTRUCTIONS (CIVIL) OF THE TENN. JUDICIAL CONFERENCE 2012); 6 WASH. PRACTICE: WASH. PATTERN JURY INSTRUCTIONS--CIVIL § 34.04 (WASH. SUPREME COURT COMM. ON JURY INSTRUCTIONS, 6th ed. 2012); RONALD W. EADES, KY. WRONGFUL DEATH ACTIONS § 13:3 (2012). 我々が調査した州の中で、ニュージャージー州の裁判所規則だけがジェンダー中立の表を認めていた。N.J. Ct. R. 1:13-5, app. I.
- (102) 上記の州のうち、アラスカ州、カリフォルニア州、ミネソタ州、ニュージャージー州、ニューヨーク州、およびワシントン州は、人種中立の表または統計がよ

興味深いことに、非経済的損害賠償の上限など、他のほぼ全ての不法行為改革法は、不当である、公序と矛盾する、あるいは平等保護やデュー・プロセスを含むさまざまな憲法規定に違反するなどとして、州裁判所で争われた。⁽¹⁰³⁾しかし、[人種・ジェンダー別の表の使用に関する]上の州法については、これらが不公正である、公序と矛盾する、違憲であるといった理由で、それら州法自体を争おうとする試みは見られないというのが、我々の調査の結果である。

C. 研究者

1. 論文及びロー・レビュー

1990年代以降、損害賠償額計算に人種やジェンダーに基づく表を使用することによる差別的影響に注目が集まっている。⁽¹⁰⁴⁾研究者たちは、損害賠償額計算に

り望ましいと表明している。ALASKA CIVIL PATTERN JURY INSTRUCTIONS § 20.13; CAL. CIVIL JURY INSTRUCTIONS § 3932; 4A MINN. PRACTICE: JURY INSTRUCTION GUIDES--CIVIL § 91.85; N.J. Ct. R. 1:13-5, app. I; 1B N.Y. PATTERN JURY INSTRUCTIONS--CIVIL app. A; 6 WASH. PRACTICE: WASH. PATTERN JURY INSTRUCTIONS--CIVIL § 34.04. 他の州は、人種に基づく表を支持した。PATTERN INSTRUCTIONS KAN. CIVIL 4th § 171.45; MICH. MODEL CIVIL JURY INSTRUCTIONS § § 53.01-.02; 2 N.D. PATTERN JURY INST.--CIVIL § § 70.47, .50; 8 TENN. PRACTICE: TENN. PATTERN JURY INSTRUCTIONS--CIVIL app. C; Eades, *supra* note 101, § 13.3.

(103) *See generally* Avraham, *supra* note 91.

(104) *See, e.g., infra* notes 106-08 and accompanying text; *see also* Elaine Gibson, *The Gendered Wage Dilemma in Personal Injury Damages* (損害賠償額の計算における「隠された偏見を明らかにする」試み及び「これらの偏見が障害者女性の貧困化にどのように貢献しているか」の考察), in *TORT THEORY* 185, 185 (Ken Cooper-Stephenson & Elaine Gibson eds., 1993); Alec Shelby Bayer, Comment, *Looking Beyond the Easy Fix and Delving into the Roots of the Real Medical Malpractice Crisis*, 5 *HOUS. J. HEALTH L. & POL'Y* 111, 128-29 (2005) (非経済的損害賠償が抑制された場合、女性—特に主婦—は、料理や一般的な家庭維持といった家族への貢献の価値が補償されないままであり、彼女は医療費しか賠償を受けることができないから、女性はより多くの損害を被るとの指摘); Amanda Edwards, Note, *Medical Malpractice Non-Economic Damages Caps*, 43 *HARV. J. ON LEGIS.* 213, 221 (2006) (「女性やマイノリティに影響を与える特有

非混合表を認めるという事実審裁判官の決定は、ステイト・アクション^(iv)として表現可能であり、したがって違憲であると認識している⁽¹⁰⁵⁾。彼らは一般的に、人種・ジェンダーに基づく表は、原告を先の世代の平均余命や就労可能年数に固定することで、歴史的な人種的・社会的不平等を永続させることを実際には意味すると主張する。しかし、先に述べたように、裁判所はこれらの批判をほとんど無視している⁽¹⁰⁶⁾。

先に述べたように、数名の熱心な研究者—とりわけ Martha Chamallas と Jennifer Wriggins—が³、将来の損害賠償額を人種やジェンダーに基かせること

の被害、陪審員の傾向、欠陥のある経済表への依存などの理由から、非経済的損害賠償額の上限は、これらのグループを静かに悩ませている」。

- (105) *See, e.g. Jennifer B. Wriggins, Constitution Day Lecture: Constitutional Law and Tort Law: Injury, Race, Gender, and Equal Protection*, 63 ME. L. REV. 263, 272 & n.48 (2010) (非混合表の平等保護の意味合いと州の行為を認める可能性について論じている)。
- (106) *See, e.g., Anita Bernstein, What's Wrong with Stereotyping?*, 55 ARIZ. L. REV. 655, 711 (2013) (裁判所における人種中立的なデータの使用は法的効果を与えられているという命題について、*McMillan v. City of New York*, 253 F.R.D. 247, 251 (E.D.N.Y. 2008) 引用); *see also Elizabeth Adjin-Tettey, Replicating and Perpetuating Inequalities in Personal Injury Claims Through Female-Specific Contingencies*, 49 MCGILL L.J. 309, 311 (2004) (裁判官が歴史的に不利な立場にあるグループからの不法行為の請求者への標準以下の損害賠償の裁定を制裁するとき、社会におけるマイノリティの疎外を強化するとの主張); Martha Chamallas, *Civil Rights in Ordinary Tort Cases: Race, Gender, and the Calculation of Economic Loss*, 38 LOY. L.A. L. REV. 1435, 1439 (2005) (「女性やマイノリティの労働力参加率が急速に変化しているにもかかわらず、労働市場における差別の歴史的パターンは、不法行為の判決でも再現されている」); Deirdre M. Smith, *The Disordered and Discredited Plaintiff: Psychiatric Evidence in Civil Litigation*, 31 CARDOZO L. REV. 749, 821-22 (2010) (人種に基づく統計の使用を中止すべきであるという議論を支持するために、*McMillan*, 253 F.R.D. at 250, 255-56 を引用); *cf. Michael I. Meyerson & William Meyerson, Significant Statistics: The Unwitting Policy Making of Mathematically Ignorant Judges*, 37 PEPP. L. REV. 771, 797 (2010) (「法廷での手続に人種に基づく DNA 番号を導入することは、根本的に誤解を招く恐れがある」)。

の法的・社会的含意全体について研究している。彼らは、この問題に対する2つの主要な解決策—稼働能力喪失の損害額算定のための混合表または男性の表の利用—のいずれかを提唱している。これらの研究者は、人種・ジェンダーに基づく統計一般に言及しているが、これらの統計が将来の医療費や将来の苦痛の損害賠償に与える影響については、あまり詳しく論じず、むしろ、将来の逸失所得に限定する⁽¹¹⁰⁾。しかし、上述したように、これらの見過ごされた費用も、企業の事前の責任計算やターゲティング・インセンティブの重要な要素を構成しており、損害賠償額の計算にとって決定的に重要である⁽¹¹¹⁾。

2. ケースブック

非混合表に対する批判は〔法科大学院〕1年生用の不法行為ケースブックにおいてもなされているが、将来の損害賠償額における人種やジェンダーの偏りについての議論は、他の理論的・経済的な問題に比べて、これらのケースブックではあまり注目されていない。不法行為法及び救済法に関する現行のケースブック15冊を調べたところ、不法行為法ケースブックでは6冊、救済法ケース

(107) MARTHA CHAMALLAS & JENNIFER B. WRIGGINS, *THE MEASURE OF INJURIES* 158-70 (2010); Chamallas, *supra* note 106, at 1445, 1450; *see also* Meyerson & Meyerson, *supra* note 106, at 810; Wriggins, *supra* note 105, at 275; Wriggins, *supra* note 3, at 60-61; Laura Greenberg, Comment, *Compensating the Lead Poisoned Child: Proposals for Mitigating Discriminatory Damage Awards*, 28 B.C. ENVTL. AFF. L. REV. 429, 430 (2001).

(108) 米国裁判弁護士協会 (ASS'N OF TRIAL LAWYERS OF AM.), *SHOW ME THE MONEY: CALCULATING ECONOMIC DAMAGES* (Feb. 2003), Westlaw WINTER2003 ATLA-CLE 325; Martha Chamallas, *The September 11th Victim Compensation Fund: Rethinking the Damages Element in Injury Law*, 71 TENN. L. REV. 51, 70-71 (2003).

(109) *See supra* notes 107-08; *infra* notes 110-11.

(110) *See* Chamallas, *supra* note 106, at 1438; Meyerson & Meyerson, *supra* note 106, at 802; Greenberg, *supra* note 107, at 430.

(111) 研究者は、混合表の使用により女性が不利益を受ける可能性があるため、将来の医療費や苦痛の裁定には焦点を当てていない可能性がある。

ブックでは2冊のみが、損害賠償額計算における人種・ジェンダーの役割について言及・論じていることがわかった。⁽¹¹²⁾この8冊の教科書のほとんどが1,000ページを超える長さのものであるが、この問題に充てられているのは、将来の損害賠償計算を支える統計表の使用に関する数文から、人種とジェンダーに基づく統計に関する批判的示唆に関する数ページ程度である。^{(113)(v)}

- (112) 以下の書籍をレビューした。GEORGE C. CHRISTIE ET AL., *CASES AND MATERIALS ON THE LAW OF TORTS* 1000, 1007 (5th ed. 2012); 3 DAN B. DOBBS ET AL., *THE LAW OF TORTS* 23-24 (2d ed. 2011); MEREDITH J. DUNCAN & RONALD TURNER, *TORTS* (2d ed. 2012); RICHARD A. EPSTEIN & CATHERINE M. SHARKEY, *CASES AND MATERIALS ON TORTS* 857-59 (10TH ED. 2012); WARD FARNSWORTH & MARK F. GRADY, *TORTS* (2d ed. 2009); JOHN C.P. GOLDBERG ET AL., *TORT LAW* 478 (2d ed. 2008); JAMES A. HENDERSON, JR. ET AL., *THE TORTS PROCESS* 558-71 (7th ed. 2007); CANDACE S. KOVACIC-FLEISCHER ET AL., *EQUITABLE REMEDIES, RESTITUTION AND DAMAGES* (8th ed. 2011); DOUGLAS LAYCOCK ET AL., *MODERN AMERICAN REMEDIES* 211-12 (4th ed. 2010); DAVID I. LEVINE ET AL., *REMEDIES* 528-35 (5th ed. 2009); EMILY SHERWIN ET AL., *AMES, CHAFEE, AND RE ON REMEDIES* (2012); ELAINE W. SHOBBEN ET AL., *REMEDIES* (5th ed. 2012); ROBERT S. THOMPSON ET AL., *REMEDIES* (4th ed. 2009); AARON D. TWERSKI & JAMES A. HENDERSON, JR., *TORTS* 668 (2d ed. 2008); and FRANK J. VANDALL ET AL., *TORTS* (3d ed. 2011).
- (113) CHRISTIE ET AL., *supra* note 112, at 1000 (原告の能力低下期間を証明するための非確定的な平均余命表や就労可能年数表の使用について説明し、この点に関するパターン陪審説示の例を示す一パラグラフ); 3 DOBBS ET AL., *supra* note 112, at 23-24 (損失期間を確定するためのベースラインとして使用される平均余命表や就労可能年数表が「人種やジェンダーによって統計的な期待値が異なるため、論争を引き起こす可能性がある」と説明する1パラグラフ); EPSTEIN & SHARKEY, *supra* note 112, at 857-58 (就労可能年数の期待値の算出に関する批判的検討が増加していることを指摘する1ページ); *id.* at 858-59 (人種及びジェンダーに基づく統計に関する司法の対応を報告する1ページとして *McMillan v. City of New York*, 253 F.R.D. 247 (E.D.N.Y. 2008), 及び *CA 100064/02 Migdal Ins. Co. v. Abu-Hana* (3) TakSC 3932 (2005) (Isr.)); *id.* at 859 (9.11犠牲者補償基金の特別管理人 (special master) [参照、訳注v] (が、全被災者について白人男性をベースとした表を使用したことに言及する1パラグラフ)); GOLDBERG ET AL., *supra* note 112, at 478 (人種やジェンダーに特化した統計を使用することが平等保護条項に違反するかどうか、または違反しないとしても裁判所が統計の

将来の損害賠償計算における人種やジェンダーに基づく統計の具体的な問題については、5冊のケースブックでしか触れられていない。⁽¹¹⁴⁾これらのケースブックの議論は通常数文にとどまっているが、非混合の生命表・就労可能年数表をめぐって潜在的な論争があることを認め、Martha Chamallas や Jennifer Wriggins 等の研究者による批判的な反応を参照している。⁽¹¹⁵⁾ John C.P. Goldberg

偏りを調整すべきかどうかを問う2パラグラフ); HENDERSON ET AL., *supra* note 112, at 558-71 (事例と平均余命表を用いて実際の逸失利益と稼得能力の喪失の違いを説明し、女性や若年層の逸失利益を計算する課題を検討する数ページ); LAYCOCK ET AL., *supra* note 112, at 211 (不法行為訴訟では、ジェンダーと人種に基づくデータが異議なく導入されていることが多いことに言及している1パラグラフ); *id.* at 211-12 (保険業界において、人種に基づく保険料と保険金は一般的に放棄されたが、ジェンダー別の保険料と保険金は存続していることを論評する1パラグラフ); LEVINE ET AL., *supra* note 112, at 528-35 (カナダの裁判所が、原告女性に対するジェンダー中立的な統計の使用が誤りとなるかどうかについて判示した *Walker v. Ritchie*, 2003 CarswellOnt 10 (Can. Ont. Super. Ct. J.) (WL) を分析する4ページ); *id.* at 531-33 (逸失利益の決定におけるカナダ裁判所とアメリカ裁判所のアプローチを対比させた2ページ。1つの裁判所はジェンダーに基づく賃金の使用を決定した *Caron v. United States*, 410 F. Supp. 378, 398 (D.R.I. 1975)、2つの裁判所は、*Walker*, 2003 CarswellOnt 10, *United States v. Serawop*, 505 F.3d 1112, 1126 (10th Cir. 2007)、及び *Wheeler Tarpeh-Doe v. United States*, 771 F. Supp. 427, 455 (D.D.C. 1991)。そして、1つは、子どもの逸失稼得能力を「地域社会の人々の平均的な収入」を基準にするようにとの控訴裁判所の指示を覆したもので、*Greyhound Lines, Inc. v. Sutton*, 765 So. 2d 1269, 1276 (Miss. 2000) (en banc) (quoting the court below)); *id.* at 534-35 (*McMillan*, 253 F.R.D. 247 における Weinstein 判事の推論を再検討する3パラグラフ); TWERSKI & HENDERSON, *supra* note 112, at 668 (特に若い女性原告の場合、将来の損害賠償額を計算することが困難であることを論じている2パラグラフ)。

- (114) See CHRISTIE ET AL., *supra* note 112, at 1000, 1007; 3 DOBBS ET AL., *supra* note 112, at 23-24; GOLDBERG ET AL., *supra* note 112, at 478; LAYCOCK ET AL., *supra* note 112, at 211-12; TWERSKI & HENDERSON, *supra* note 112, at 667-68.
- (115) See CHRISTIE ET AL., *supra* note 112, at 1007 (citing CHAMALLAS & WRIGGINS, *supra* note 107); EPSTEIN & SHARKEY, *supra* note 112, at 857-58 (Martha Chamallas, *The Architecture of Bias: Deep Structures in Tort Law*, 146 U. Pa. L.

らは、2パラグラフのノートで、過去の差別の影響を再現するような人種と性差のある損害賠償の合憲性に疑問を呈している。簡潔ではあるが、短い文章で大きな緊張感が伝わってくる。⁽¹¹⁶⁾ Douglas Laycock らは、連邦雇用差別法は雇用者が出資する保険におけるジェンダーによる格差を禁じているが、人種とジェンダーに基づくデータが、不法行為裁判ではいまだに日常的に異議なく導入されていることを学生に思い出させている。⁽¹¹⁷⁾

3つのケースブックは、この議論を発展させ、パラグラフのみならずページを割いて、問題を検討している。⁽¹¹⁸⁾ James A. Henderson, Jr. らは、稼得能力喪失損害の決定に関与する変数を説明し、考慮に入れられる統計表と要因を特定している。⁽¹¹⁹⁾ Richard A. Epstein と Catherine M. Sharkey は、歴史的に使われてきた表の使用を批判する Chamallas の議論の一部に同意し、人種・ジェンダーに基づく統計が損害賠償額決定の根拠として拒否された3つの例を提示している。⁽¹²⁰⁾

Rev. 463, 481-83 (1998) の議論の一部の再掲); HENDERSON ET AL., *supra* note 112, at 571 (citing Greenberg, *supra* note 107); LEVINE ET AL., *supra* note 112, at 534 (最初に August McCarthy, *The Lost Futures of Lead-Poisoned Children: Race-Based Damage Awards and the Limits of Constitutionality*, 14 GEO. MASON U. C.R.L.J. 75 (2004) を引用。次に、Chamallas, *supra* note 108 を引用; さらに Martha F. Davis, *Valuing Women: A Case Study*, 23 WOMEN'S RTS. L. REP. 219 (2002) 引用。); TWERSKI & HENDERSON, *supra* note 112, at 668 (Martha Chamallas, *Questioning the Use of Race-Specific and Gender-Specific Economic Data in Tort Litigation: A Constitutional Argument*, 63 FORDHAM L. REV. 73, 75 (1994) 引用; さらに、Lucinda M. Finley, *The Hidden Victims of Tort Reform: Women, Children, and the Elderly*, 53 EMORY L.J. 1263, 1281 (2004) を引用)。

(116) GOLDBERG ET AL., *supra* note 112, at 478.

(117) LAYCOCK ET AL., *supra* note 112, at 211-12.

(118) See EPSTEIN & SHARKEY, *supra* note 112, at 857-59; HENDERSON ET AL., *supra* note 112, at 558-71; LEVINE ET AL., *supra* note 112, at 528-35.

(119) HENDERSON ET AL., *supra* note 112, at 558-71.

(120) EPSTEIN & SHARKEY, *supra* note 112, at 858-59 (McMillan v. City of New York, 253 F.R.D. 247 (E.D.N.Y. 2008)、CA 100064/02 Migdal Ins. Co. v. Abu-Hana (3) TakSC 3932 (2005) (Isr.)、9.11犠牲者補償基金の3事例を検討している)。

David I. Levine と共著者は、カナダの *Walker v. Ritchie* 事件を用いて、カナダの裁判所がジェンダー中立的な収入表の使用を認めることを決定したことと、人種・ジェンダーに基づく表の利用に関する様々なアメリカの事例における理由付けを比較対照する⁽¹²¹⁾。

人種およびジェンダーに基づく統計表の差別的影響に関するケースブックの注釈の検討からは、今日の学生は、人種およびジェンダーに基づく損害賠償額の公正性、効率性、憲法上の諸問題や、将来の損害賠償額計算にそれらを使用することによって生じる可能性のある歪んだターゲティング・インセンティブについて十分に教育されていないと結論づけることができよう。

Ⅲ. 歪んだ事前インセンティブの存在

前章では、裁判所や立法府の差別的な実務と、そのような実務に対して、目的意識を持った学界の関心が不十分であることを明らかにした。冒頭の PhedEx の設例は、このような実務が生み出す、歪んだターゲティング・インセンティブを示そうとしたものである⁽¹²²⁾。しかし、そのようなインセンティブが実際に実務で機能しているという主張には、どれほど信憑性があるだろうか。潜在的な不法行為加害者は、実際に損害賠償表に基づいた計算に基づいて行動するのだろうか、それともこの問題は単なる学術的な机上演習に過ぎないだろうか。本章では、現実生活における事例をいくつか紹介する。

A. 現実生活における事例

理論的な例であれば、多くの文脈が考えられる。しかし、実際に企業がこれらの計算を行っていることを示す現実的証拠はあるだろうか？まず、2005年に流出したウォルマートのメモを見てみよう。このメモは、特定の人口集団に関

(121) See LEVINE ET AL., *supra* note 112, at 528-35.

(122) See *supra* Part I.

連する費用を同社が戦略的に考慮していることを浮き彫りにする⁽¹²³⁾。とりわけ、不健康な人々がウォルマートで働くことを抑制する提案である⁽¹²⁴⁾。メモは、不健康な人が求人に応募しないようにするために、「すべての仕事に何らかの身体活動を含める（例えば、すべてのレジ係がカート集めを行うなど）」ことの確保をウォルマートに推奨する⁽¹²⁵⁾。さらに、「既存の …… 労働力の行動を変えるよりも、健康的な労働力を引き付けて維持する方がはるかに容易だろう …… こうすれば、不健康な人々はウォルマートで働こうとしなくなる」とメモは述べる⁽¹²⁶⁾。端的に言えば、このメモは、肥満労働者の高額な医療費と、それらの費用がウォルマートの収益に及ぼす負の影響に対する、合理的なアクターとしての評価を示したものである。その際、労働者自身に対してこの計算が及ぼす結果については配慮していない。

それでも、ウォルマートのメモは、会社の収益向上のために誰かを傷つけようと提案したわけではない。会社の方針が潜在的な従業員に与える影響を無視しただけである。実際、ターゲティングの意図を証明するメモを見つけるのは非常に難しい。しかし、1991年に流出した世界銀行のメモを検討してみよう。企業は低所得者の被害者をターゲットにして賠償責任コストを最小限に抑えようとする可能性があることを、それは示している⁽¹²⁷⁾。世界銀行の当時のチーフエコノミスト（後のハーバード大学学長）である Lawrence Summers は次のように書いている。

(123) Steven Greenhouse & Michael Barbaro, *Wal-Mart Memo Suggests Ways to Cut Employee Benefit Costs*, N.Y. Times (Oct 26, 2005), http://www.nytimes.com/2005/10/26/business/walmart-memo-suggests-ways-to-cut-employee-benefit-costs.html?_r=0 [<https://perma.cc/CT8E-CT2M>].

(124) *Id.*

(125) *Id.* (ウォルマートの収益担当執行副社長 M. Susan Chambers のメモの引用)

(126) *Id.* (ウォルマートの収益担当執行副社長 M. Susan Chambers のメモの引用)

(127) Lawrence Summers, *The Bank Memo*, WHIRLED BANK GROUP, <http://www.whirledbank.org/ourwords/summers.html> [<https://perma.cc/RDN8-XMFE>].

ここだけの話だが、世界銀行は LDCs [後発開発途上国] への汚い産業の移住をもっと奨励すべきではないだろうか？ 健康を害する公害の費用測定は、罹患率と死亡率の増加から得られる逸失利益に依存する。この観点から見ると、健康を損なう汚染量を一定とすれば、それは最もコストの低い国で行われるべきであり、それは最も賃金の低い国になるだろう。賃金の低い国に有毒廃棄物を大量に投棄することの背後にある経済的論理は反論の余地がないものだから、我々はそれを直視すべきだ。⁽¹²⁸⁾

このメモのような、いわば「まだ煙が出ている銃」に近い明白な証拠でもない限り、差別的意図を証明することは難しい。そのため我々は、差別的効果 (disparate impact)^(vi) の証明と類似した課題に直面する。

悪評やボイコット、社会規範の遵守が、より一般的にそのようなターゲティングを防止してくれるかもしれない。しかし今のところターゲティングは続いている。本章の残りの部分では、現実生活における人種・ジェンダーに基づく格差が、十分な経験的証拠によって示されている3つの重要な分野について検討する。これらの証拠は、禁じられた差別の亡霊の気配を感じさせるようなものである。

1. 鉛系塗料

まず、鉛系塗料の有害な影響を管理する際に、家主が行う可能性のあるターゲティングから見てみよう。1991年、疾病対策予防センター (CDC) は、鉛系塗料を「幼児の最も一般的で社会的に壊滅的な環境疾患」と認定した。⁽¹²⁹⁾ 鉛系塗料による鉛中毒は、学習障害を引き起こし、深刻な行動問題につながる可能性

(128) *Id.* (世界銀行チーフエコノミスト、Lawrence H. Summers から世界銀行流通局への覚書 (1991年12月12日) を引用)

(129) CTRS. FOR DISEASE CONTROL, U.S. DEP'T OF HEALTH & HUMAN SERVS., STRATEGIC PLAN FOR THE ELIMINATION OF CHILDHOOD LEAD POISONING xi (Feb. 1991).

がある。⁽¹³⁰⁾子どもは大人よりも多くの鉛にさらされる傾向があり、鉛の吸収率が高いため、子どもは鉛中毒の最大のリスクを負っている。⁽¹³¹⁾胎児も危険にさらされている。女性から胎盤を介して胎児に鉛が伝わる可能性がある。⁽¹³²⁾低所得のマイノリティの家庭は、鉛を主成分とする塗料を使用した古い家に居住する傾向が強いため、米国で鉛中毒にかかった子どもの大半は、貧しいアフリカ系アメリカ人とラテン系アメリカ人の子どもである。⁽¹³³⁾

その結果、古い物件を購入した投資家にとって、鉛塗料を封印してアパートをリフォームするインセンティブは希薄である。⁽¹³⁴⁾残念ながら、2015年の *G.M.M. ex rel. Hernandez-Adams v. Kimpson* 事件では、まさにこれが起こった。⁽¹³⁵⁾同判決で Weinstein 判事は、鉛系塗料の影響を最も受けている地域の有毒な危険地帯を一掃しようとする家主の動機の〔弱さの〕背後に歪んだインセンティブが存在することを指摘した研究者たちを引用した。貧しいマイノリティに属する子どもたちに傷害を負わせる方が安価なので、家主たちにとっては、それらコミュニティにある劣化した住宅の鉛系塗料を除去するインセンティブが小さいという指摘である。⁽¹³⁶⁾〔より安価であることの〕背後にある理由を我々は既

(130) Clifford L. Rechtschaffen, *The Lead Poisoning Challenge: An Approach for California and Other States*, 21 HARV. ENVTL. L. REV. 387, 390-91 (1997).

(131) *Id.* at 390.

(132) *Id.*

(133) See Chamallas & Wriggins, *supra* note 107, at 138-53.

(134) 後掲注 (136) 及び対応する本文参照

(135) *G.M.M. ex rel. Hernandez-Adams v. Kimpson*, 116 F. Supp. 3d 126 (E.D.N.Y. 2015).

(136) *Id.* at 143; 「貧しいマイノリティの子どもに傷害を負わせる方がより安価であるため、有毒性の危険を除去する対策を、鉛塗料の影響を最も受けている地域において行うことのインセンティブが低くなる」(Chamallas, *supra* note 106, at 1441の引用(一部改変は判決原文ママ、強調は削除) see also *id.* at 141 (「マイノリティグループのメンバーに傷害を与えた場合の損害賠償額が低くなると、法制度は彼らに対する不法行為を奨励してしまうという歪んだ効果をもたらす」(Meyerson & Meyerson, *supra* note 106, at 808の引用。一部改変は判決原文ママ)。

に知っている。鉛塗料中毒の被害者のほとんどが子どもであり、特定の子どもがどのようなキャリアを歩んでいたか、[不法行為による] 阻害がなければどのくらいの収入を得ていたかを示す個別の証拠がないため、裁判所は非混合表の統計表に依拠する。これら統計表は、黒人とヒスパニック系である被控訴人について、相応する白人の被害者と比較してかなり低い賠償額を示すのである。⁽¹³⁷⁾ Weinstein 判事は、このような〔統計表の使用が家主のインセンティブに及ぼす^(vii)〕効果を以下のように要約する。人種に基づく統計の使用は、「鉛に汚染された子どもたちが、現在についても、将来についても『不十分な補償』を受け続ける」ことを確実にするのである。⁽¹³⁸⁾

2. ヘルスケア

数多くの研究・学術論文により、米国のマイノリティが劣悪な医療を受けていることが確認されている。⁽¹³⁹⁾ 例えば、ニューヨーク市を対象に実施されたハー

(137) Chamallas, *supra* note 106, at 1440-41.

(138) *Kimpson*, 116 F. Supp. 3d at 154 (Greenberg, *supra* note 107, 457の引用)

(139) *E.g.*, Amber E. Barnato et al., *Hospital-Level Racial Disparities in Acute Myocardial Infarction Treatment and Outcomes*, 43 *Med. Care* 308, 308 (2005) (「これらの所見は、平均して、黒人は、エビデンスに基づいた医学的治療を受ける率が低く、心臓手術を受ける率が高く、急性心筋梗塞 (AMI) 後のリスク調整済死亡率が悪い病院に行っていたことを示している」); Jerry Cromwell et al., *Race/Ethnic Disparities in Utilization of Lifesaving Technologies by Medicare Ischemic Heart Disease Beneficiaries*, 43 *MED. CARE* 330, 330 (2005) (「類似のメディケア健康保険が適用されているにもかかわらず、高齢者の間欠的血液透析 (IHD) 利用率及び死亡率は、白人とマイノリティの間だけでなく、マイノリティグループ自身の間でも著しく異なっている」); Lisa C. Ikemoto, *Racial Disparities in Health Care and Cultural Competency*, 48 *St. Louis U. L.J.* 75, 76 (2003) (「ヘルスケア業界の制度化された実務を見ると、英語オンリー、民族中心、人種差別的な文化があり、それが患者のケアを妨げていることがわかる」); Timothy Stoltzfus Jost, *Racial and Ethnic Disparities in Medicare: What the Department of Health and Human Services and the Centers for Medicare and Medicaid Services Can, and Should, Do*, 9 *DEPAUL J. HEALTH CARE L.* 667, 668-72

バード大学の研究では、マイノリティのコミュニティにサービスを提供している病院では、過失によって引き起こされた有害行為の数が多いことが報告され

(2005) (「黒人メディケア患者が白人メディケア患者と比較して受ける治療の質に格差があることを指摘し、『メディケアプログラムの管理者がこれにどのように対処できるか』を指摘している。」); Sidney D. Watson, *Race, Ethnicity and Quality of Care: Inequalities and Incentives*, 27 AM. J.L. & MED. 203, 206 (2001) (「ヘルスケア専門家は、マイノリティの患者に対して、異なる—そして一般的にはより少ない—ケアを提供している。アフリカ系アメリカ人が入院した場合、受ける外科的介入、診断検査、医療サービスが白人よりも少なく、また、受ける医療的介入の適切さの程度が白人よりも小さい。診断、症状、支払源が同じであった場合にもそうである」); Michael Foster, *Don't Sacrifice the Tort System on the Altar of Health Care Reform*, FLA. B.J., Dec. 1994, at 22, 27 (「保険に加入している患者であっても、黒人や貧しい地域に住む患者は、より悪いケアを受けている。」); see also *Racial Disparities in Health Care: Confronting Unequal Treatment: Hearing Before the Subcomm. on Criminal Justice, Drug Policy & Human Res. of the H. Comm. on Gov't Reform*, 107th Cong. 6-7 (2003) (Elijah E. Cummings 議員 (下院行政改革委員会委員) の発言) (ヘルスケアにおける人種格差に関する医学研究所 (IOM) 調査の結果について検討し、参考人は「医療における人種格差を終わらせるという国家の目標を...達成するために...実施しなければならぬ...様々な...イニシアティブに対処する」と述べている)。But see Darrell J. Gaskin et al., *Do Hospitals Provide Lower-Quality Care to Minorities than to Whites?*, 27 HEALTH AFF. 518, 526 (2008) (「マイノリティの患者が病院でケアを受けるとき、彼らは白人患者が受けるのと同じ水準のケアを受ける」ことを示唆しており、したがって、焦点は「病院内ではなく、病院間で質の格差をなくすこと」(強調付加)に置くべきだとしている。)

ている⁽¹⁴⁰⁾。医学研究所が実施した別の研究でも、同様の結果が得られている⁽¹⁴¹⁾。

この格差の理由は完全には解明されていないが、マイノリティに関する賠償責任リスクの方が低いことが関係している可能性がある。マイノリティや女性の原告に関係した医療過誤訴訟の場合、医療提供者が支払わなければならない損害賠償額は、白人男性の原告が提訴した場合よりも低い⁽¹⁴²⁾。さらに、医療過誤訴訟における非経済的損害に対する賠償額についてはほとんどの州が制定している上限額が⁽¹⁴³⁾、その格差をさらに悪化させている。マイノリティや女性は通常、

(140) この研究は、「有害事象」(医療的介入による傷害)による被害に関連するさまざまなリスク因子を分析し、「全有害事象についても、過失に起因する有害事象についても、標準化された発生率が黒人について高かった」ことを明らかにした。HARVARD MED. PRACTICE STUDY, PATIENTS, DOCTORS, AND LAWYERS: MEDICAL INJURY, MALPRACTICE LITIGATION, AND PATIENT COMPENSATION IN NEW YORK 6-2 (1990); ; Joanne Doroshow & Amy Widman, *The Racial Implications of Tort Reform*, 25 Wash. U. J.L. & Pol.U. J.L. & Pol'y 161, 162-63 (2007) (上記の Harvard Medical Practice Study について検討し、不法行為改革のマイノリティに対するより大きな意味合いについて論じている)を参照。同研究では、上の発生率の相違全体は有意ではないとするが、マイノリティ患者の割合が高い病院では過失による有害事象の発生率が高いことを指摘している。HARVARD MED. PRACTICE STUDY, *supra* at 6-2.

(141) 2002年の研究は、議会の要請を受けて「患者が受けたヘルスケアの程度の差のうち、ケアへのアクセス、支払能力、保険適用などの要因に起因するものではないものを分析」したものである。Alan Nelson, *Unequal Treatment: Confronting Racial and Ethnic Disparities in Health Care*, 94 J. Nat'l Med. Ass'n 666, 666 (2002) Ass'n 666, 666 (2002). 同研究では、「保険の状態、所得、年齢、重症度が同等であっても、ヘルスケアにおける人種的・民族的格差が存在する」ことが明らかになった。(Id. INST. OF MED, UNEQUAL TREATMENT. UNEQUAL TREATMENT: CONFRONTING RACIAL AND ETHNIC DISPARITIES IN HEALTHCARE (Brian D. Smedley et al. eds. 2003) から得られた重要な知見を強調している)。

(142) これは、マイノリティの平均的な収入が白人よりも少なく、彼らの経済的損害(人種やジェンダーに特化したデータを使用して、白人男性が女性やマイノリティよりも経済的に価値があると予測して計算されている)に影響を与えているからである。Edwards, *supra* note 104, at 220.

(143) See *id.* at 221

所得が低いため、逸失所得額の計算で経済的損害について高額な損害賠償を受け取る可能性が低い⁽¹⁴⁴⁾。非経済的損害に対する賠償額の上限が制定される前は、非経済的損害を構成する苦痛によって、経済的損害に対する賠償額の低さを補うことができたが、今ではそうではなくなっている⁽¹⁴⁵⁾。非経済的損害に対する賠償額の上限は、女性やマイノリティの総体的被害回復を大幅に制約する。そして、この分野の弁護士は成功報酬ベースで仕事をしているため、彼らの事件をそもそも引き受けてくれる弁護士を見つけられる可能性が低くなっている⁽¹⁴⁶⁾。その結果、女性やマイノリティは、男性や白人に比べて賠償責任リスクが著しく低いことになる。前者の集団が受けるケアが劣っている理由が、これで説明できるかもしれない。

3. 汚染

汚染もまた、格差が現場に存在する分野の一つである。広範な文献で、汚染度の高い事業体と低所得者層のコミュニティとの関係が強調されている。研究者及び自然科学者は一般的に、環境上の危険、汚染、および地域にとって望ましくない土地利用 (*locally undesirable land uses*, LULU) が、より貧しいマイノリティ・コミュニティに不均衡に配分されていることについて同意している⁽¹⁴⁷⁾。このようなコンセンサスは、最近の研究でも裏付けられている⁽¹⁴⁸⁾。

環境不正義に関する文献は、町や地域が不利な条件に置かれていることと産

(144) *See id.* at 220

(145) *See id.* at 219-20.

(146) *See id.* at 219

(147) Kathy Seward Northern, *Battery and Beyond: A Tort Law Response to Environmental Racism*, 21 WM. & MARY ENVTL. L. & POL'Y REV. 485, 497-98 (1997) 「環境負荷が不均衡に配分されていることについての認識は遅れていたが、米国では、汚染を抑制するための国家の努力に関連する負担が、貧しい人々や政治的に弱い人々に降りかかっているということについて、強い見解の一致が現在見いだされる」(脚注省略)

(148) *See infra* note 150.

業活動との間における立地上の相関関係を示しているが、「因果関係」の証拠は、かつてはあまり一般的ではなかった。相関関係は、不利な条件にある集団が、不動産価格の低さや職場への近接性といった他の利点のために工場の近くに住むことを選択したこと⁽¹⁴⁹⁾に起因するものと推測されていた。しかし、限られた数の研究ではあるが、このような選択／利便性モデルのもっともらしさに疑問を投げかけるものがある⁽¹⁵⁰⁾。

リークされたLarry Summersのメモを思い出し⁽¹⁵¹⁾てみよう。国内の法的賠償責任についても同様の計算が行われていないと考える理由はない。国内の環境規制は貧困地域やマイノリティ地域を保護することを目的としているが、企業がこれらの地域で環境法令に違反した場合、法的措置を求める住民には政治的な力がないため、ほとんどの場合、その結果は（仮にあるとしても）深刻なものではないだろう。このような弱さの一部は、期待される賠償額が低い⁽¹⁵²⁾ため、このような地域の住民が適切な法的代理人を得ることが困難であることに起因している。したがって、アフリカ系米国人の多い郡の化学施設の事故リスクは他の郡のリスクの2倍であるという2004年の研究結果は、驚くべきものではない⁽¹⁵³⁾。

(149) See Lynn E. Blais, *Environmental Racism Reconsidered*, 75 N.C. L. Rev. 75, 80-81 (1996).

(150) 2015年11月に発表された最新の研究は、人種差別が現在の汚染産業施設の不公平な配置を最もよく説明できると結論づけている。Mohai & Saha, *supra* note 8, at 15-16. しかし、Vicki Been & Francis Gupta, *Coming to the Nuisance or Going to the Barrios? A Longitudinal Analysis of Environmental Justice Claims*, 24 *ECOLOGY L.Q.* 1, 34 (1997) も参照（立地プロセスは、意図的にも無意識的にも、所得が貧困水準以下の人々の割合が高い地域をターゲットにしてはいないことを示唆している）。

(151) 前掲注127-128及び対応する本文参照。

(152) See Edwards, *supra* note 104, at 219

(153) M.R. Elliott et al., *Environmental Justice: Frequency and Severity of U.S. Chemical Industry Accidents and the Socioeconomic Status of Surrounding Communities*, 58 *J. Epidemiology & Community Health* 24, 24 (2004).

黒人をターゲティングするインセンティブからは、地方自治体も逃れられない。有害廃棄物の投棄に際して、黒人のコミュニティや家族を立法府がターゲティングした歴史が示されている。⁽¹⁵⁴⁾ 顕著な例として、ノースカロライナ州によるウォーレン郡への有毒廃棄物投棄がある。この地域は、そのような廃棄物を収容するのに科学的に見て適していなかったが、居住者のほとんどが黒人で、貧しく農村部の政治的に無力な家族であり、歴史的に見て彼らの抗議は州当局にほとんど影響を与えることはなかった。⁽¹⁵⁵⁾ 貧困の中に生きる人々であるウォーレン郡の市民達は、州によるターゲティングの後に、荷物をまとめて引っ越すことも選び得たと、理論上は言えるかもしれない。しかしそれはおよそ現実的な選択肢とは言えなかった。

ウォーレン郡の事件は黒人が多数派のコミュニティに関するものであったが、環境的に危険な場所の近くに住む多くの黒人家族は、相応する白人家族には見られないようなやり方で、立法府から取り扱われている。このことは、賠償責任が人種に依存していることの懸念を、より詳細な水準で示している。例えば、テネシー州ディクソン郡では、州が認可した埋立地がアフリカ系アメリカ人と白人の両方の家族の井戸を汚染した。⁽¹⁵⁶⁾ しかし、この2つのグループに対する扱いは著しく異なった。⁽¹⁵⁷⁾ 一例として、井戸の検査やモニタリングは黒人家族と白人家族で扱いが異なっていた。州政府は、水の毒性調査に黒人家族の井

(154) See generally Robert D. Bullard & Beverly Wright, *Disastrous Response to Natural and Man-Made Disasters: An Environmental Justice Analysis Twenty-Five Years After Warren County*, 26 UCLA J. Envtl. L. & Pol'y 217 (2008).

(155) *Id.* At 223-24. ようやく2003年になってウォーレン郡の市民は、彼らの居住地域に性急に計画された142エーカーの有毒廃棄物処理場による被害の救済を受けた。1982年以来ウォーレン郡に保管されていた汚染土壌を無害化したり中和したりするためには、州と連邦政府の財源による1800万ドルの費用をかけた措置が完了した後のことである。 *Id.* at 221.

(156) See *id.* at 236

(157) *Id.* at 236-37.

戸を含めることさえしなかったのである。⁽¹⁵⁸⁾ ディクソン郡の郡政委員会は、地下水への漏出を主張する複数の白人家族との間の訴訟については全会一致で和解したが、同じ漏出を主張して提訴した唯一の黒人家族のことは無視した。⁽¹⁵⁹⁾

まとめれば、歪んだ事前インセンティブが少なくともある程度存在することが、理論的・経験的証拠により示唆されている。本稿次章は、不法行為法の様々な理論を扱う。我々は、人種とジェンダーに基づく統計表を内在的に吟味する。Aでは分配的正義の観点から、Bでは矯正的正義の観点から、Cでは法と経済学の観点から、そのような統計表の使用について考察する。

IV. バイアスを生む理由としての不法行為法の諸目的

我々は米国の裁判所が、圧倒的に非混合表を使用していることを確認した。⁽¹⁶⁰⁾ この実務は、不法行為理論の誤った適用から生じるのか、それとも不法行為理論に内在するものなのか。この疑問に答えるために、本章では、不法行為法の理論的基礎について論じる。

AとBでは、不法行為法の矯正的正義と分配的正義の理論が、人種・ジェンダー混合の統計表の使用を受け入れることがどうすれば可能か、ごく簡単に示す。しかし、差別の文脈における矯正的正義と分配的正義に関する全面的議論は、本稿の範囲を超える。

Cでは、まず、伝統的な法の経済分析が、不利な立場にある者をターゲティングすることが社会的に望ましいことを示唆していることを示す。次に、上のような経済分析の視点に対するいくつかの代替案を提示し、[ターゲティングが] 社会的に望ましいとは到底言えず、実際には混合表の使用こそが、法と経済学が追求する最適な抑止にとって必要であることを示すことを試みる。

(158) *Id.* at 237-40.

(159) *Id.* at 236.

(160) *See supra Part II.A*

A. 分配的正義の観点

分配的正義の理論家は、不法行為法の正当化として複数の論拠を採用する多元主義者であることがしばしばである。彼らはしばしば、⁽¹⁶¹⁾矯正的正義や法と経済学の論拠を承認する一方で、不法行為法による分配の可能性から社会的な善が生じ得るし、⁽¹⁶²⁾生じるべきであると議論する。不法行為法の分配的正義の理論的根拠についてはごく簡単に述べるにとどめる。分配的正義の支持者にとって混合表の分配上の利点は明らかであるから、不法行為賠償額計算にあたって混合表の使用を喜んで受け入れるのが自然だと思われるからである。

一言で言えば、不法行為法における分配的正義上の論拠は、三つの主な理論

(161) See, e.g., IZHAK ENGLAND, *THE PHILOSOPHY OF TORT LAW* 2 (1993); ARIEL PORAT & ALEX STEIN, *TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY* 12 (2001); Ronen Avraham & Issa Kohler-Hausmann, *Accident Law for Egalitarians*, 12 *LEGAL THEORY* 181, 217 (2006) (「不運に対する補償と不注意な行為に対する責任における公正性についての私たちの直観を最も適切に受け止めるためには、リスクに対する責任と被害に対する補償に関して正義が何を求めるものを理論化する際に、[修復的正義]と[分配的正義]の両方の洞察を統合しなければならない」); Guido Calabresi & Jon T. Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, 81 *YALE L.J.* 1055, 1083-84 (1972); Guido Calabresi & Alvin K. Klevorick, *Four Tests for Liability in Torts*, 14 *J. LEGAL STUD.* 585, 593-94 (1985); Tsachi Keren-Paz, *Egalitarianism as Justification: Why and How Should Egalitarian Considerations Reshape the Standard of Care in Negligence Law?*, 4 *THEORETICAL INQUIRIES L.* 275, 278-79 (2003) (平等主義、矯正的正義、経済分析、損失分散、公正性の観点からの洞察に基づく); Gary T. Schwartz, *Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice*, 75 *TEX. L. REV.* 1801, 1801 (1997).

(162) 前掲注161で掲げた文献参照。

に基づく一つの論拠として概念化できる。「損失分散」⁽¹⁶³⁾、「公正性」⁽¹⁶⁴⁾、「平等主義」⁽¹⁶⁵⁾である。第一に、損失分散からは、「(他の)すべてのことが同じであれば、事故の損失は多くの負担者に分散されるべきである」と論じられる。予測可能な小さい損失の方が、予測不能な相当量の突然の損失よりも被害が小さいからである。損失分散は、不法行為法は事故の第一次費用（事故によって引き起こされた絶対的な損失）を削減するだけでなく、第二次費用（事故費用を負担しなければならない個人に対して及ぼす負の影響）を削減しようとするべきであるという Calabresi の議論によって支えられている⁽¹⁶⁶⁾。そして、負の影響は、不利な集団に属する個人ほど大きくなるのだから、政策立案者は、事故費用の範囲とその負担者の数だけでなく、その負担者が有利な集団に属しているか不利な集団に属しているかにも関心を持つべきであるということになる。

第二に、分配的正義論者は、公正性が不法行為法において決定的な考慮要素である⁽¹⁶⁸⁾と考える。この観点からは、「ルールの望ましさ」を判断する際には、「第三者への影響も含めて、法的ルールの分配的影響が重要になる」⁽¹⁶⁹⁾。例えば Gregory Keating は、不法行為は、双方に便益をもたらす一方でリスクも伴う活動に関する負担と便益の公正な配分の問題である⁽¹⁷⁰⁾という見解を採る。この視点

(163) GUIDO CALABRESI, *THE COSTS OF ACCIDENTS* 39-45 (1970) [小林秀文訳『事故の費用—法と経済学による分析』(信山社、1993年)45-51頁)] Calabresi は「損失分散」を効率性の文脈で、すなわち過剰抑止との関係で論じているが、この考察には正義の要素も含まれていることは否定できない。

(164) Gregory C. Keating, *Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents*, 74 S. CAL. L. REV. 193, 219-21 (2000).

(165) Keren-Paz, *supra* note 161, at 277; see also Ken Cooper-Stephenson, *Corrective Justice, Substantive Equality and Tort Law*, in *TORT THEORY*, *supra* note 104, at 48, 48.

(166) Keren-Paz, *supra* note 161, at 283.

(167) Calabresi, *supra* note 163, at 26-27.

(168) See Keating, *supra* note 164, at 194-95.

(169) Keren-Paz, *supra* note 161, at 284 (強調省略)。

(170) See Keating, *supra* note 164, at 194-95 (著者確認の上修正)

は、不法行為法は不正な行為とその是正の問題であるとする矯正的正義の理論家のそれとは相反する。⁽¹⁷¹⁾ 公正性は、仮にするとしても間接的にしか、矯正的正義のアプローチには関与しない。分配的正義のアプローチからは、公正性が分配の基準である。⁽¹⁷²⁾ 危険な活動から生ずる負担と便益が公正に分配されたといえるのは、その活動から利益を享受している者がその負担を負う場合であるということになる。不正な行為がなかったとしてもそうである。この考え方によると、無過失の事故の費用は、不運な被害者だけが負担すべきものではなく、過失の事故の費用は、傷害を発生させる不正な行為を行った不運な加害者だけが負担すべきものでもない。⁽¹⁷³⁾

最後に、一部の分配的正義論者は、不法行為法の第三の理論、すなわち平等主義を支持する。⁽¹⁷⁴⁾ 平等主義的〔不法行為〕制度の支持者は、個人が負うべき注

(171) See Keating, *supra* note 164, at 194-95.

(172) See also Avraham & Kohler-Hausmann, *supra* note 161, at 181 (「矯正的正義の理論とそれを制度的に具現化した不法行為法は、公正性に対する平等主義的コミットメントとは相反するものである。同様の不正な行為に対して異なる責任を、また身体的完全性に関する同様の損失に対して異なる補償を決定する際、矯正的正義は運に対して〔公正性に対する平等主義的コミットメントの観点からは〕正当化不能な役割を与えているからである。」)

(173) See *id.* at 217-19 (「誰かに過失が認められる場合、仮に損害と〔過失と〕の間に直接の因果関係が認められない場合でも (*Palsgraf* [v. *Long Island Railroad Co.*, 162 N.E. 99 (N.Y. 1928)] の事例)、過失行為が損害の原因となったことが明らかでない場合でも (*Summers* [v. *Tice*, 199 P.2d 1 (Cal. 1948) (in bank)] の事例)、原因ではないことが明らかな場合でも (*Hymowitz* [v. *Eli Lilly & Co.*, 539 N.E.2d 1069 (N.Y. 1989)] の事例)、被告が損害との因果関係を反証できない場合でも (*Sindell* [v. *Abbott Laboratories*, 607 P.2d 924 (Cal. 1980)] の事例)、責任を負わなければならない; see also Keating, *supra* note 164, at 202.

(174) E.g., Avraham & Kohler-Hausmann, *supra* note 161, at 184-85; Ken Cooper-Stephenson, *Economic Analysis, Substantive Equality and Tort Law*, in TORT THEORY, *supra* note 104, at 131; Tsachi Keren-Paz, *An Inquiry into the Merits of Redistribution Through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness*, 16 CAN. J.L. & JURIS. 91, 91-92 (2003); Tsachi Keren-Paz, *The Limits of Private Law: Tort Law and Distributive Justice iv-v* (Dec. 2000) (unpublished J.D. thesis, York

意水準はその社会的有利性の程度に依存し、金持ちは貧乏人よりも多くの注意を払うべきであると主張する。⁽¹⁷⁵⁾ Keating の公正性概念は当事者の相対的な社会経済的条件を無視するが、⁽¹⁷⁶⁾ 平等主義的アプローチは無視しない。

分配的正義論者が採用する3つの主要な論拠のそれぞれが、混合表の使用を義務づけることで不法行為法の差別的影響を軽減する可能性を支持している。⁽¹⁷⁷⁾ 第一に、損失分散理論の支持者は、混合表の使用を歓迎するに違いない。ターゲティングは、不利益を被っている人口集団を、実際の負傷や死亡について相当程度より高い事前確率にさらすので、⁽¹⁷⁸⁾ 非混合表は、事故の費用の配分を誤り、二次的事故費用を増加させる原因となる。次に、公正性の論拠を採用する分配的正義論者は、不法行為による損害賠償の計算に混合表を採用することの支持する傾向がもともとある。非混合表の利用は一部の関係者（たとえば非混合表の予測よりも、より多く成功した女性や黒人）にとっての過少補償を招く危険があり、過少補償のリスクが全ての人口集団に平等に配分されることを公正性は要求しているからである。⁽¹⁷⁹⁾ 最後に、平等主義的観点を採用する分配的正義の理論家も、不法行為の損害賠償計算における混合表の使用の義務化を歓迎するに違いない。そのような表であれば、より恵まれない者をターゲティングする不当なインセンティブを生まないからである。⁽¹⁸⁰⁾

University) (on file with the National Library of Canada).

(175) Keren-Paz は、「過失の認定は、自分の利益と他者の利益の均衡を適切にとることができなかつたことに基づいている」のだから、「潜在的被害者の損失を防ぐために……被告がどの程度の負担をするべきか判断するための道徳的に有意な基準は、回避費用と事故の期待損失を負担することに関する当事者の相対的能力である」と主張する。Keren-Paz, *supra* note 161, at 278.

(176) *See id.* at 285.

(177) *See supra* Parts II, III.

(178) *See supra* Part III.

(179) *See supra* Part II.

(180) *See supra* Part III.

B. 矯正的正義の観点

分配的正義と同様に、矯正的正義にも単一の理論は存在しないが、いくつかの共通項がある。Ernest Weinribの表現によれば、矯正的正義とは、他者を傷つけた者に責任を課すことで、惹起された不正を是正するという考え方である⁽¹⁸¹⁾。矯正的正義によれば、不法行為法は、被告が原告に与えた損害を、そしてその損害のみを是正するために、何らかの事後的正義の提供を被告に求める。この観点は、著名な矯正的正義の理論家及び裁判所を、損害賠償額の計算に人種やジェンダーの特徴が含まれていることを批判すべき義務から保護してきた⁽¹⁸²⁾。矯正的正義は当事者間の正義であって社会全体の正義ではないのだから、人種差別や性差別などの社会問題は、矯正の仕組みの一部を構成してはいないというのである⁽¹⁸³⁾。

我々は、矯正的正義の理論家が人種・ジェンダー間の不公平という不都合な真実と係わり合い、矯正的正義の論拠が実は反差別の概念を包含する可能性を認めるべき時が来たと主張する。この結論に到達するには二つの道がある。第一に、不法行為理論は、被害者の所得の喪失ではなく、むしろ所得能力の喪失を補償することをしばしば志向してきたことを見いだされる⁽¹⁸⁴⁾。このように考えれば、なぜ白人の少年と黒人の少女が同じような傷害に対して同じ補償を受けべきなのか、容易に理解できる。規範的な問題として、彼らの所得能力は平等であると認められるべきである。彼らの人生の物語はまだ書かれていないのであって、それぞれの物語に平等な機会が与えられるべきである⁽¹⁸⁵⁾。この読み方は、将来の給与と将来の就労可能年数の両方の見積りを含む逸失賃金の損害賠償額の計算に、反差別の目標を組み入れることを正当化するのに役立つ⁽¹⁸⁶⁾。同様

(181) Weinrib, *supra* note 22, at 349.

(182) 1 DOBBS ET AL., *supra* note 112, at 19–20; *see also* Rivlin, *supra* note 24, at 23.

(183) *See, e.g.*, Rivlin, *supra* note 24, at 23.

(184) 1 Dobbs et al.

(185) *See*, Rivlin, *supra* note 24, at 22.

(186) *See id.* at 26.

(187) *See id.*

の考え方は、将来の医療費や将来の苦痛など、余命表に関係する損害賠償の他の構成要素から差別を取り除くにも役立つかもしれない。⁽¹⁸⁸⁾

矯正的正義の視野を広げるための第二のアプローチは、その枠組みに基本的人権を読み込むことである。イスラエル最高裁は、アラブ人女性の稼得可能性の喪失を計算するためには、人種及びジェンダーに中立的な統計が必要であるとする判決の論拠の一部として、上のような矯正的正義の概念を用いた。⁽¹⁸⁹⁾ ある判事は、この論拠を「基本的な価値観と普遍的な信条を包含する矯正的正義の新しい読み方」とみなした。⁽¹⁹⁰⁾ この矯正的正義の概念の下では、人種とジェンダーを混合した統計は、不法行為法の目標と矛盾しない。⁽¹⁹¹⁾ しかし、イスラエルの事例でさえ、賃金表を扱っただけで、平均余命や就労可能年数表は扱っていない。⁽¹⁹²⁾

関連して、矯正的正義がこの問題に現実的レベルで関与することを可能にする道がもう一つ存在するかもしれない。立憲民主主義の下では、救済 (rectify) への被害者の権利—それは多くの権利の体系であるが—が不法行為法の運用にどのような影響を与えるか、考える必要があるだろう。つまり、立憲民主主義の下においてコモンローが矯正的正義の目的をどのように遂行するのかは、憲法規範の影響を受けるという議論である。⁽¹⁹³⁾ 被害者を害した不法行為者は、被害者の憲法上の権利の射程外で被害者を事後的に救済することはできない。⁽¹⁹⁴⁾ 不法行為法が長年認めてきたように、脆弱な頭蓋骨ルール (eggshell skull rule)^(viii) は、不法行為者が、被害者の身体的なありようをそのまま受容しなければならない

(188) *See id.* at 23 & n.112.

(189) *Id.* at 22–23 (CA 100064/02 Migdal Ins. Co. v. Abu-Hana (3) TakSC 3932 (2005) (Isr.) を検討している).

(190) *Id.* at 23.

(191) *See Rivlin, supra* note 24, at 23.

(192) *Id.* at 22–23.

(193) *See Keren-Paz, supra* note 161, at 295–96.

(194) *See Weinrib, supra* note 22, at 352–54.

ことを要求している⁽¹⁹⁵⁾。立憲民主主義の下では、不法行為者もまた、被害者をその憲法上の権利の射程において受容しなければならないと主張することができ⁽¹⁹⁶⁾る。もし憲法規範が、個人がジェンダーや人種に基づく差別を受けてはならないとするのであれば、矯正的正義の理論家は、そのような憲法規範にも従わなければならない。

紙数の制約から、本稿では上の考え方やその他の考え方をさらに展開することはできない⁽¹⁹⁷⁾。ここで法の経済分析に移ろう。

C. 経済分析の観点

先に示したように、人種・ジェンダーに基づく統計を使用することは、不法行為者が特定のグループに向けて危険な行動をとるインセンティブを与える⁽¹⁹⁸⁾。しかし、こうした行動は効率的だろうか？

本節では、従来の法の経済分析が、現在の不法行為法制度の下で行われている不利な立場にある人に対するターゲティングを擁護する理由を説明する。その後、我々は、法の経済分析内在的に、考え方の転換が大いに必要だと主張し、この転換を達成するための代替的アプローチを提案する。

1. 理論：法の経済分析はなぜターゲティングを擁護するのか

上記の例で示したように、不法行為法の現在の構造は、潜在的な不法行為者が不利な立場にある集団をターゲティングすべく動機付けている。表面的に見れば、このターゲティングは効率的である。最適抑止モデルは、不法行為法を用いて、防止措置のコストと防止されない事故による被害のコストを最小化す

(195) John C.P. Goldberg, *Two Conceptions of Tort Damages: Fair v. Full Compensation*, 55 DEPAUL L. REV. 435, 466-67 (2006).

(196) See Weinrib, *supra* note 22, at 352-54.

(197) もう一つ考えられるアプローチは、「完全な補償」と「公正な補償」の区別に基づくものである。例えば、Goldberg, *supra* note 195, at 437-38 (強調省略)。

(198) See *supra* Part III.

るような行動をとるように企業を誘導する。⁽¹⁹⁹⁾それが企業の選択に対して及ぼす効果は、一般的に言って肯定的なものである。不法行為法は、最適な注意措置、製品の安全性試験その他の社会的に有益な解決策によって、過剰な事故コストの回避を動機づける。⁽²⁰⁰⁾しかし、不法行為法がこうしたことを達成するというのには、潜在的な賠償責任の私的費用が最も低い代替案を合理的な企業が選択するように導くことによる。⁽²⁰¹⁾損害賠償額計算の際に人種とジェンダーが考慮される場合、企業は、それぞれ「最も安い」人種・ジェンダーである黒人及び女性をターゲティングすることになる。⁽²⁰²⁾PhedExの設例を思い出そう。⁽²⁰³⁾あのような経営判断を下すためには、何も経営者が偏屈者である必要はない。不法行為法が提供する経済的インセンティブ—黒人に対する事故を起こす方が白人に対する事故を起こすよりも安くつく—に従うだけで十分である。

裁判所が過失を判断する際に、潜在的な被害者の人種やジェンダーを考慮せず同じ注意水準を適用したとしても、ターゲティング・インセンティブは残る。例えば、黒人が多いか白人が多いかにかかわらず、すべての地域で速度制限を一律に実施したとしても、ターゲティング・インセンティブがなくなるわけではない。合理的な行為者が、最もコストのかからない人種やジェンダーの集団に対して、不均衡に被害を配分することを奨励するのは、⁽²⁰⁴⁾補償制度の構造なのである。

(199) See CALABRESI, *supra* note 163, at 26-27

(200) See *id.* at 244-46

(201) See *id.*

(202) See *id.*

(203) See *supra* Part I.

(204) Adjin-Tetteyは、このインセンティブの歪みを認識し、次のように述べる。

「現行制度は、人間の生命と潜在能力の価値の相対性を生み出し、強化する。好まれる個人的特徴や社会経済的背景を有する人は他の人よりも価値があるという印象を与え、後者のカテゴリーに属する人を傷害する方がより安くつくようにしている。これは、不正な行為に対するディスインセンティブや抑止力を生み出すという不法行為法の中心的な目的の一つを損なうものである。」

Adjin-Tettey, *supra* note 106, at 344 (強調は著者)。また参照、Ariel Porat,

そして、そのようなターゲティングは⁽²⁰⁵⁾効率的だと経済学の議論は主張する。結局のところ、ある種の被害者が裁判により受け取る損害賠償額が体系的により低いのであれば、不法行為者が彼らをターゲティングしない理由があるだろうか？ そうすれば、不法行為者の（私的）費用は節約できることは確かだ。ならば、社会全体の費用も節約することになるのではないか？

実際、法と経済学の観点から問わねばならないのは、不利な立場にある者をターゲティングすることが⁽²⁰⁶⁾社会的費用を削減するのか、単に私的費用を削減するだけではないのかということである。多くの法と経済学の研究者は、高い賠償責任費用は、高所得者には高い生産性があるため、社会が彼らに対して高い価値を置くことを反映したものと認識するだろう。⁽²⁰⁷⁾このような法と経済学者にとっては、不法行為者が節約する私的費用は、社会的費用の節約をも反映したものである。⁽²⁰⁸⁾したがってこの見解によれば、ターゲティングは効率的である。⁽²⁰⁹⁾

この観点を説明するよい例を挙げてみよう。異なる集団の構成員が、その構成員の安全のためにどれだけの投資をするかを知りたいとする。有利な集団に属する個人は、不利な集団に属する個人よりも安全性に投資する意思がより多くあることがわかった。⁽²¹⁰⁾なぜだろうか？ 他のすべての条件が同じであれば、彼らの逸失所得がより大きいため、予防措置へのより大きい投資も費用対効果上正当化されるからである。⁽²¹¹⁾

以下のスクールバスの例を考える。あなたが、私立学校にサービスを提供す

Misalignments in Tort Law, 121 *Yale L.J.* 82, 86-87 (2011) (富の文脈における不法行為法の同様の不整合について論じている)。

(205) Porat, *supra* note 204, at 101-02.

(206) *Id.*

(207) Adjin-Tettey, *supra* note 106, at 344-45; *see also* Porat, *supra* note 204, at 86-87

(208) Porat, *supra* note 204, at 100-01.

(209) *Id.*

(210) *Id.*

(211) *Id.*

るスクールバス会社のマネージャーであるとしよう。あなたの会社は、全員が白人の男子校と全員が黒人の女子校という2種類の学校にのみサービスを提供している。同社がサービスを提供するこれら2つの学校にどのようにバスと運転手を割り当てるべきか、あなたは決定する必要がある。会社には、安全性の高い最新のバスと、安全性の低い古いバスがある。非常に優秀で経験豊富な運転手を雇用しているが、あまり良くない経験の浅い運転手も雇用している。

子ども達は、将来所得に関する統計予測が異なる以外、すべての点において同じだとしよう。所得に関連しない損失（医療費、慰謝料など）は100万ドルで同一だが、逸失所得は、白人少年は100万ドル、黒人少女は50万ドルだとする。普通の運転手の場合、子ども達が傷害を負うリスクは0.3%である。傷害を負うリスクを0.2%まで下げる、より良い運転手の提供の申し出がある。良い運転手に切り替えるために、白人少年、黒人少女が合理的に支払う意思がある金額はそれぞれいくらだろうか。白人の少年は2,000ドルまで支払うだろう。なぜか？それがリスクを減らすことによる期待利益だからである。運転手を交代すればリスクが0.1%（0.3%→0.2%）減少し、これに彼の損失総額の期待値200万ドルを掛け合わせると、2000ドルとなる。同様の計算をすると、対照的に、黒人の女の子は最大1500ドルを支払うという結論になる。それがより良い運転手をもたらす彼女の期待利益だからである。このように、支払意思額から評価すれば、子ども達（または彼らの善意の代理人）は、逸失所得予測が異なるという理由だけから、安全性に対して異なる金額を投資するのが合理的である。⁽²¹²⁾

この議論を続けるとどうなるか。裁判所は、不法行為の加害者に対して、潜在的な被害者自身が投資の意思を有したであろう以上の事故回避措置へ投資するインセンティブを与えるべきではない。⁽²¹³⁾それはパターナリスティックであり、被害者の選好や自律を軽視することであり、そして、重要な点であるが、厚生を最大化しない。⁽²¹⁴⁾上の例に戻ろう。より安全な運転手を雇うためには、1,800

(212) *Id.*

(213) *See id.* at 104-05.

(214) Porat, *supra* note 204, at 127; *see also* STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECO-

ドルの追加費用がかかるとする。白人の少年にとっては、期待される利益よりも費用の方が低いため、単に費用対便益上の理由から、乗り換えは有益である。対照的に、黒人の女の子は、乗り換ええないことを選択した方が得である。1,500ドルの期待費用を節約するために1,800ドルを支出する価値がないからである。彼女たちは、よりリスクの高い運転手はそのままにして、代わりに、例えば1,600ドルの現金を受け取ることを選好するだろう。この額では、より良い運転手を手に入れることはできないが、期待損失を補償して余剰が出るものであり、それで他のニーズを満たすことで、彼女らの全体的厚生を向上させることができる。

要するに、両グループに平等な安全性を義務付ける政策は、安全性を差異化するインセンティブをつけた上で不利なグループに現金を分配する政策よりもパレート劣位⁽²¹⁵⁾である。法における効率性について論じる最も影響力のある研究者であるKaplowとShavellの有名な主張にあるように、不法行為法は効率性に合致するように調整されるべきであり、不利なグループへの分配は税制と所得移転制度を通じて行われるべきだ⁽²¹⁶⁾というのである。ほぼこのようにして、法の経済分析は、現在の不法行為法制度とそのターゲティング・インセンティブを正当化することになる。

以下では、このような不面目から法の経済分析を救うために、いくつかの可能な出口を提供してみよう。我々が提供する出口が成功したとしても、それぞ

NOMIC ANALYSIS OF LAW 178-79 (2004) [田中亘／飯田高 訳『法と経済学』（日本経済新聞出版、2010年）202-203頁]（注意をする際にかかる費用と、事故による期待損害額の削減とが等しくなる場合に社会的厚生は最適化されると説明している）。

- (215) See Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness Versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice*, 32 J. LEGAL STUD. 331, 350 (2003).
- (216) Kaplow & Shavell, *supra* note 25, at 677. See generally Louis Kaplow, *On the (Ir) Relevance of Distribution and Labor Supply Distortion to Government Policy*, 18 J. ECON. PERSPS. 159 (2004)（この主張を行っている）。

れの成功の仕方は同じではない。それにもかかわらず、強い出口と弱い出口の両方を議論する価値があると考えている。

2. 法と経済学を不面目から救う

a. 第一の出口の可能性。非混合表は混合表よりも本質的に精度が低い

不法行為から生じる損害賠償を定量化しようとする試みは、必然的にある程度の不正確さを伴うものであるが、多くの要因から、不法行為損害賠償を決定する際の平均余命、就労可能年数、賃金表の使用には、正確性に関して特別な限界があることが示唆される。⁽²¹⁷⁾ *Kimpson* 判決で Weinstein 判事は、特に人種ベースの表を批判し、現在の表は、非常に不利な状況から出発して本人の可能性の頂点にまで立つ個々の子どものレジリエンスを無視していると評価した(レジリエンス理論が要請する観点)。⁽²¹⁸⁾ *McMillan v. City of New York* 事件において Weinstein 判事は、人種ベースの期待値表の使用は、社会経済的要因をコントロールすれば格差の多くが完全に消えてしまう事実を無視していると批判した。⁽²¹⁹⁾ しかし実際には、これらの表にはさらに根本的な統計的誤りがつきまとうのだが、そのことは表について論じた者たちによってあまり吟味されていなかった。⁽²²⁰⁾

これらの表には3つの明白な問題がある。第一に、これらの表は、表が編纂される前の世界に対するスナップショットにのみ基づいているため、人種間・

(217) 損害賠償額決定における正確性は、不法行為法の正当かつ重要な目的であるとさしあたり仮定する。この点については、本稿でさらに論じる。

(218) See G.M.M. *ex rel. Hernandez-Adams v. Kimpson*, 116 F. Supp. 3d 126, 153 (E.D.N.Y. 2015); see also Marc A. Zimmerman, Editorial, *Resiliency Theory: A Strengths-Based Approach to Research and Practice for Adolescent Health*, 40 HEALTH EDUC. & BEHAV. 381, 381 (2013).

(219) *McMillan v. City of New York*, 253 F.R.D. 247, 250 (E.D.N.Y. 2008) (Audrey Smedley & Brian D. Smedley, *Race as Biology Is Fiction, Racism as a Social Problem Is Real*, 60 AM. PSYCHOLOGIST 16, 23 (2005) を引用している).

(220) Cf. Zimmerman, *supra* note 218, at 381.

ジェンダー間の収斂に向っていく重要な歴史的傾向を無視している。第二に、ある母集団の平均値という単一の統計値しか提供していないことが一般的であるため、不正確に測定されている。さまざまな個人の分布を表すのに平均値だけを使い、標準偏差を無視することには問題がある。第三に、人種ベースの期待値表は、分布の歪度を無視している。以下で示すように、異なる集団（男性対女性、白人対黒人）の分布が反対方向に歪んでいるときに問題が生じることがあり、集団の平均の差異に外れ値が影響を与えることを示唆している。i と ii で、これらの懸念をより詳細に説明する。

i. データ表は、時間的なスナップショットしか捉えていない

不法行為による損害賠償を決定する際に、平均余命、就労可能年数、賃金表を使用することに関する懸念の一つは、これらの表はすべて、ある時点での世界の現状を見ているにすぎないという事実に関連する。⁽²²¹⁾ Weinstein 判事は最近、Kimpson 判決と McMillan 判決でこの問題を強調し、人種や民族に基づく統計は、職場などの分野で差別と闘うための法的・制度的な努力が継続しているにもかかわらず、将来にわたって現状が維持されることを前提としており、時代遅れの人種概念に依拠した表は「今日の米国における『人種』遺産の微妙な現実を説明することができない」と論じている。⁽²²³⁾

これらのデータソースに基づく将来予測は、補正なしでは、必然的にモデルに系統的な不正確さを導入し、不法行為者の非効率的なインセンティブにつながる。この種の限界の例としては、平均余命の傾向的变化、労働人口への参加（就労可能年数表に関連）、学業成績（賃金表に関連）の3つが挙げられる。

1. 平均余命

男性の平均余命は女性に比べて約5年短い³が、女性より速いスピードで伸び

(221) *McMillan*, 253 F.R.D. at 251.

(222) *See Kimpson*, 116 F. Supp. 3d at 152-53.

(223) *McMillan*, 253 F.R.D. at 251.

ている⁽²²⁴⁾。例えば、1840年代から記録が残っているイギリスでは、平均余命の差は1967年にピークを迎え、それ以降は比較的急に減少している⁽²²⁵⁾。英国の保険会社 Legal & General の助成を受けた保険数理士や科学者からなる専門家グループがこの傾向の根源を調査したところ、タバコやアルコールの消費などのライフスタイルの選択が平均余命の差の多くを説明することがわかった⁽²²⁶⁾。専門家パネルのヨーロッパ全体に関する記述は、喫煙関連の死亡が「男女格差の40～60%を占めている」ことを見出しているが、この傾向は、男性（もともと喫煙人口がはるかに多い）が女性よりも高い割合で喫煙習慣を放棄しているため、現在は逆になっているように見える⁽²²⁷⁾。1840年代のイギリスでは、平均寿命の格差はわずか9ヶ月だった⁽²²⁸⁾。このことは、現在の格差縮小傾向がしばらくの間続くことを示唆している。

2. 労働人口への参加

混合表の使用の根拠となるもう一つの傾向として、アメリカの労働力のジェンダー別人口動態の変化が挙げられる。現在支配的な損害額推定モデルにおけ

(224) 例えば、「1989年から2009年にかけて、男性の平均余命は4.6年伸びたが、女性は2.7年しか伸びなかった。また、全国的に見て、女性の方が男性よりも平均余命が伸びなかったり、寿命が短くなったりしている」。Ali Mokdad, *Girls Born in 2009 Will Live Shorter Lives than Their Mothers in Hundreds of US Counties*, Inst. for Health Metrics & Evaluation (Apr. 19, 2012), <http://www.healthdata.org/news-release/girls-born-2009-will-live-shorter-lives-their-mothers-hundreds-us-counties> [<https://perma.cc/BUB9-9H5A>].

(225) *Lifespan and the Sexes: Catching Up*, *ECONOMIST* (Jan. 12, 2013), <http://www.economist.com/news/science-and-technology/21569362-rich-world-men-are-closing-longevity-gap-women-catching-up> [<https://perma.cc/W9PB-P8VL>].

(226) LONGEVITY SCI. ADVISORY PANEL, LSAP PAPER 2, LIFE EXPECTANCY: PAST AND FUTURE VARIATIONS BY GENDER IN ENGLAND AND WALES 1, 20 (2012), http://www.longevitypanel.co.uk/_files/life-expectancy-by-gender.pdf [<https://perma.cc/A8K6-GAYB>].

(227) *Id.* at 19–20.

(228) *See id.* at 7, 8 figs.1 & 2.

るジェンダー格差は、少なくとも一部では、平均的に見て女性が労働人口に参加する可能性が低いことに依存している⁽²²⁹⁾。

その結果、比例的に、若年層労働人口に占める女性の割合が高くなっている⁽²³⁰⁾。また、労働者の所得は40歳前後で最大になると考えられている⁽²³¹⁾、現在の労働人口参加率の傾向が続くとすれば、女性の生涯所得も過去の世代に比べて大きく増加する可能性が高い。また、一部の企業では、出産した女性従業員の復職を柔軟に認める施策を実施していることから、完全離職する女性が減る可能性が高い⁽²³²⁾。このような変化は、現在の教育到達度の動向も考慮すると、特に可能性が高いと思われる⁽²³³⁾。

3. 相対的な学業成績

法廷経済学のモデルにおいて使用されている賃金表も、学力の向上傾向を考慮に入れていないことで、同様の不正確さの影響を受けやすい。多くの研究に

(229) 例えば、1986年最終更新の労働統計局による推定就労可能年数は、40歳の男性の推定就労可能年数が20年であるのに対し、同年齢の女性はあと14.3年しか働かないと予測されており、その差は40%近くに達している。Smith, *supra* note 50, at 3. 現在、学士号を取得している40歳の女性が雇用されている場合、残りの就労可能年数は21.78年と予測されている。Skoog et al., *Markov Process Model*, *supra* note 57, at 204 tbl.25.

(230) Laura Cox Kaplan, *How Young Women Are Changing the Workplace*, WORLD ECON. F. (Oct. 29, 2014), <https://www.weforum.org/agenda/2014/10/millennial-women-changing-workplace/> [<https://perma.cc/XTL5-6HWD>]; *see also* Cate Doty, *Addressing the Gender Gap in College Aspirations*, N.Y. TIMES: THE CHOICE (Oct. 23, 2009), https://thechoice.blogs.nytimes.com/2009/10/23/addressing-the-gender-gap-in-colleges/?_r=1 [<https://perma.cc/7A4A-TQ6W>].

(231) Katie Bardaro, *Pay Goes Nowhere After 40*, Payscale (2011), <http://www.payscale.com/career-news/2011/03/pay-goes-nowhere-after-40> [<https://perma.cc/M3TP-TMGL>].

(232) *See* Kaplan, *supra* note 230.

(233) *See* Doty, *supra* note 230.

において、学歴と稼得能力増大との相関が証明されている⁽²³⁴⁾。実際、女性の大卒者100人につき、男性の大卒者は73人しかいない⁽²³⁵⁾。それに対応した男性と女性の稼得能力比率の変化は、既に明らかになっているかもしれない⁽²³⁶⁾。すべての年齢層において、女性は平均して男性の約80%の収入を得ているが⁽²³⁷⁾、30歳未満で子どものない未婚の女性の収入は、男性の収入を大幅に上回っている。ニューヨーク、メンフィス、アトランタなどの大都市では、この差は15%から20%の範囲に及ぶことさえある⁽²³⁸⁾。注目すべきは、労働統計局（BLS）による「高給取りの管理職に就く労働者の過半数を初めて女性が占めるようになった」という数年前の発表である⁽²³⁹⁾。

要するに、不法行為損害賠償を推定するモデルを作成する際に法廷経済学者が使用するデータセットは、ある時点でのデータしか見ていない。しかしこのアプローチは、ダイナミックで刻々と変化する世界における流動性を考慮しておらず、モデルに多くの不正確性を導入し、当事者のインセンティブを体系的に歪めてしまう。

(234) ANTHONY P. CARNEVALE ET AL., THE GEORGETOWN UNIV. CTR. ON EDUC. & THE WORKFORCE, THE COLLEGE PAYOFF: EDUCATION, OCCUPATIONS, LIFETIME EARNINGS 1 (Aug. 2011), <https://cew.georgetown.edu/wp-content/uploads/2014/11/collegepayoff-complete.pdf> [<https://perma.cc/8JDH-YFJ6>]; *Earnings and Unemployment Rates by Educational Attainment, 2015*, BUREAU LAB. STAT., http://www.bls.gov/emp/ep_chart_001.htm [<https://perma.cc/D5JS-TH2N>] (last modified Mar. 15, 2016).

(235) Doty, *supra* note 230.

(236) Belinda Luscombe, *Workplace Salaries: At Last, Women on Top*, TIME (Sept. 1, 2010), <http://content.time.com/time/business/article/0,8599,2015274,00.html> [<https://perma.cc/TG7P-ZTAP>].

(237) *Id.*

(238) *Id.*

(239) *Id.*

ii. 構造的な問題

上では、男女間や人種間の収斂傾向を考慮したより洗練されたモデルを法廷経済学者が構築すれば、理論的には解決可能である問題を示した。不正確な表の使用が、政策的に良くない判断であることは明らかだ。しかし、正確な表の使用はどうだろうか。それは良い政策なのか？ここでは、表の平均のいかなる使用にも内在している、簡単には解決できない構造的な問題について検討する。

1. 標準偏差の無視^(x)

法廷経済学者は、「損失期待値の高低の範囲を設定する」ために、多くの異なるシナリオを提示するのが一般的である。⁽²⁴⁰⁾この慣行は、彼らが大きい標準偏差を扱わなければならないことにも起因していると思われる。⁽²⁴¹⁾

裁判所がデータの不正確性に気づかない理由の1つは、CDCが合衆国保健福祉省で発行している合衆国生命表（2008年）には、分散や標準偏差の推定値が含まれていないことであろう。⁽²⁴²⁾その結果、裁判所は、公表されている平均値が分布全体の良い推定値を提供していると信じているようである。⁽²⁴³⁾この想定は誤っている。実際、様々な研究者が、平均余命データの精度を推定する試みを行ってきた。⁽²⁴⁴⁾例えば、CieckaとCieckaによると、CDCの表は、39歳の男性の余命は平均で36年であることを示唆している。⁽²⁴⁵⁾しかし、彼らが計算した標準偏

(240) Kent Gilbreath, *Experiences from Two Decades: Some Practical Advice for Forensic Economists*, LITIG. ECON. DIG., Spring 1996, at 35, 38.

(241) *See id.*

(242) Arias, *supra* note 39, at 10 tbl.1.

(243) *See, e.g., Baker v. John Morrell & Co.*, 263 F. Supp. 2d 1161, 1178 (N.D. Iowa 2003), *aff'd*, 382 F.3d 816 (8th Cir. 2004).

(244) 一般的に参照、HUGH RICHARDS & MICHAEL DONALDSON, *LIFE AND WORKLIFE EXPECTANCIES* (2d ed. 2010); James Ciecka & Peter Ciecka, *Life Expectancy and the Properties of Survival Data*, LITIG. ECON. DIG., Spring 1996, at 19 (正確な平均余命データを推測しようとする)。

(245) Ciecka & Ciecka, *supra* note 244, at 29 tbl.2. 一般的に参照、Richards & Donaldson, *supra* note 244.

差 14.1 は、大多数（データを言えば約 3 分の 2）の男性の実際の余命に約 22 年から 50 年までの幅があることを示唆している。⁽²⁴⁶⁾

就労可能年数予測データにも同様の困難がある。Skoog, Ciecka, and Krueger は、特に高齢者の場合、就労可能年数予測表の標準偏差が推定平均と推定中央値のどちらよりも大きくなる可能性があることを示している。⁽²⁴⁷⁾

最後に、BLS の賃金表データ内にも大きな分散が見られる。これは特に、賃金の差異が大きい職業に当てはまる。⁽²⁴⁸⁾

多くの観察結果が投入されるため、混合表を使用すれば分散が減少することを推測する者もいるだろう。しかし数学的には、この結果は保障されない。混合された分布の分散が実際に小さいことを知ることが可能となる場合に限りて言えば、混合表を使用することが厚生を増大させるかもしれない。⁽²⁵¹⁾ リスク回避型の個人は、大きな損失を被る小さい可能性よりも、〔確実な〕小さい損失を

(246) See Ciecka & Ciecka, *supra* note 244, at 26 tbl.1.

(247) Skoog et al., *Markov Process Model*, *supra* note 57, at 196 tbl.17.

(248) *May 2012 National Occupational Employment and Wage Estimates United States*, Bureau Lab. Stat., http://www.bls.gov/oes/current/oes_nat.htm [<https://perma.cc/2TA3-SAMZ>] (last modified Nov. 27, 2013).

(249) 例えば法律関係職業では、賃金の 75 パーセントイルと 25 パーセントイルの間の差は、賃金の中央値よりも大きいのが実態である。See *Occupational Employment and Wages in 2014*, Bureau Lab. Stat. (Apr. 2, 2015), <http://www.bls.gov/opub/ted/2015/occupational-employment-wages-2014.htm> [<https://perma.cc/YA9X-ZCG4>]. 他のほとんどすべての主要な職業集団において、90 パーセントイルと 10 パーセントイルの間の差は賃金の中央値よりも大きい。See *id.*

(250) SARA E. BURKE, COMBINED VARIANCE OF TWO GROUPS WITH EQUAL NUMBERS OF OBSERVATIONS 3 (Jan. 2014), <http://www.saraemilyburke.com/stats/CombinedVarianceEqualNs.pdf> [<https://perma.cc/7UYA-8489>] (「標本サイズが大きくなるにつれて」、2つの同一分布の結合標本の分散は「〔元の〕2つの分散の平均に、2つの平均間の差の半分の2乗を加えたものに近づく」ことを示している。) すなわち、2つの分布を x と y 、結合分布を c とすれば、 $[[\text{Var}]_c = (V_x + V_y) / 2 + [((\bar{x} - \bar{y}) / 2)]^2$ となる。*Id.* 右辺第2項の大きき次第で、 VAR_c は、元の二つの分布の大きい方よりも大きいかもしれないし、小さいかもしれない。

(251) See *id.*

好むという保険のメカニズムと同様に、厚生観点からは、少数の人について大きい誤補償を行う（非混合表を使う場合）ことよりも、多数の人に対して小さい誤補償を行う（分散の小さい混合表を使う場合）方が望ましいかもしれない。⁽²⁵²⁾

2. 分布の歪み

実際、表を構成する基礎データの詳細が公表されるまでは、裁判所は、混合表を使用することで分散が小さくなるかどうかを知ることはできない。⁽²⁵³⁾したがって、前述の議論は、効率性を理由に人種・ジェンダーベースの表を放棄する十分な理由にはならないだろう。

ここで、分布の非対称性または歪度を測定する分布のもう1つの特徴に目を向けよう。次の図が示すように、分布が対称的な場合は、多くの場合、平均、最頻値、中央値が同じ値になる。しかし非対称的な場合は、これら3つの統計量は同じ値にはならない。データの歪度は、興味深い問題を提起する。第一に、有利なグループの分布が正に歪んでおり、不利なグループの分布が負に歪んでいる場合、分布の平均の差が統計的に有意であっても、最頻値や中央値の差は統計的に有意ではないかもしれない。その場合、男性と女性、あるいは白人と黒人を区別して扱う正当性は著しく弱くなる。

図1が示すように、分布が互いに離れて向いているとき、中央値間の距離、最頻値間の距離は、平均間の差よりも小さい。⁽²⁵⁴⁾平均間の差が、統計的に有意で

(252) 裁判所が日常的に、政策立案における使用を意図された表と裁判所における実際の使用との間にミスマッチが生じるような表の使い方をしているため、個人レベルでは更なる不正確さが生じる可能性がある。See Sonja B. Starr, *Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination*, 66 STAN. L. REV. 803, 842-50 (2014) (犯罪者の再犯予測の文脈で、個々の予測の「予測区間」と、集団平均または与えられた変数の効果について推定される「信頼区間」との間の不一致を論じている)。

(253) See *id.*

(254) *Id.*

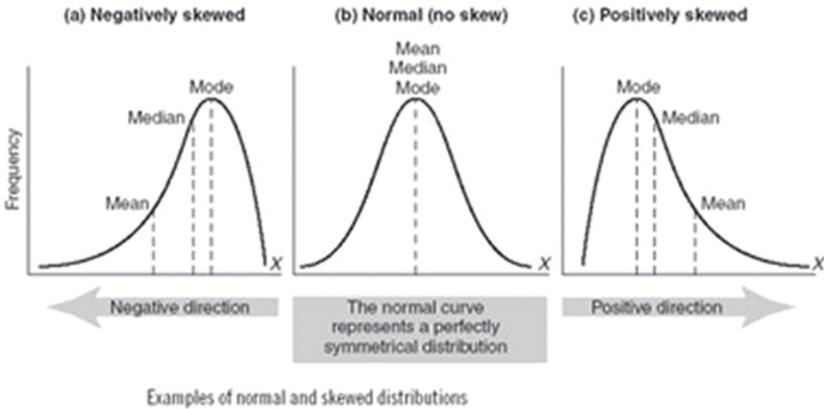


図1：ロングテール対正規分布⁽²⁵⁵⁾

あるとしても、中央値間の差、最頻値間の差が統計的に有意ではないということが理論的にはありうる。そのような場合には、これらの二つの集団は一つの集団として扱われるべきである。テール部分を見捨てること（分布の平均ではなく中央値を使用する場合のように）の規範的な正当化は、テール部分にいる人々に集団全体の運命を決定させることには、あまり意味がないかもしれないということである。結局のところ、裁判所は、子どもの長期的な損失がどのようなものになるかを、「そうでないよりはそうである可能性が高い」という信頼度から予測しようとしているのである。したがって、裁判所が補償の精度を最大化しようとし、全体の分布を反映するために1つの統計量を選択しなければならないとすれば、おそらく、（平均余命または就労可能年数に基づけば）最も多くの人々が稼ぐ給与を反映するものとして、最頻値を選択すべきである。あるいは、（平均余命または就労可能年数に基づく）母集団の少なくとも50%が獲

(255) Jacob Montgomery, *Measures of Central Tendency*, WASH. U. ST. LOUIS (Sept. 5, 2016), <http://pages.wustl.edu/montgomery/articles/2577> [<https://perma.cc/L64C-PWDX>]. [訳注：画像は、同文献の参照元である <http://experimentaltheology.blogspot.com/2012/03/central-tendency-in-skewed.html> 所収のものを用いた。]

得するだろう給与を反映するものとして、中央値を選択することもできるだろう。

b. 第二の出口の可能性。グループ間の不一致の存在は、市場の失敗の結果であり、修正を必要とする

前章では、裁判所が不正確で不十分な表を系統的に使用しており、それが当事者の注意深さ（*diligence*）のインセンティブを歪めている可能性がある⁽²⁵⁶⁾と論じた。この実務が、スキルに対して投資する被害者の意欲も歪めているという議論を検討する。

雇用者が仕事への定着性を重視することはよく知られている⁽²⁵⁶⁾。しかし、歴史的に見て、女性は男性よりも仕事への定着度が低い⁽²⁵⁷⁾。この現象の背景には、相互に排他的ではないいくつかの理由が考えられる。特定の女性の仕事への定着度が低いのは、雇用者の差別が原因である可能性がある。直接的な理由（雇用者が女性や黒人を最初に解雇し、次に男性と白人を解雇することを好む場合など⁽²⁵⁸⁾）、または間接的な理由（白人男性優位の職場が女性や黒人に敵対的で、女性や黒人が仕事を辞めたり、昇進に不可欠な重要な紐帯の機会を逃したりする場合など⁽²⁵⁹⁾）である。仕事への定着性が低いのは、一部の女性被用者の選択によることもありうる。女性は子育てに直接関わりたいと思っているかもしれないし、職員の昇進を管理する職場の方針は、働く母親が子育てをしながら満足に

(256) Kenneth A. Couch & Robert Fairlie, *Last Hired, First Fired? Black-White Unemployment and the Business Cycle*, 47 *DEMOGRAPHY* 227, 229 (2010).

(257) *Id.*; see also Lucinda M. Finley, *Female Trouble: The Implications of Tort Reform for Women*, 64 *TENN. L. REV.* 847, 856-57 (1997).

(258) Couch & Fairlie, *supra* note 256, at 227; Note, *Last Hired, First Fired Layoffs and Title VII*, 88 *HARV. L. REV.* 1544, 1544 (1975); see also *Guthrie v. Colonial Bakery Co.*, No. 16455, 1972 WL 276, at *1, *4 (N.D. Ga. Mar. 9, 1973) (order and final decree) (リストラ中に、女性はレイオフされたが男性は雇用継続が許された事件に関する判決).

(259) See Finley, *supra* note 257, at 856-57.

雇用義務を果たすために必要な柔軟性を欠いているかもしれない^{(260)(xi)}。

これらの間接的なケースのいずれにおいても、雇用者は、他の点では同一の黒人や女性の候補者よりも、白人男性を雇うことを合理的に選好するかもしれない。確率的に言えば、白人男性を雇った方が、当該職務への訓練からの見返りが大きいので、より大きい利益が見込まれるからである⁽²⁶¹⁾。問題は、雇用者によるこのような合理的な差別が社会的に非効率的であるかどうか、また、そうだとすればなぜかということである。

そのような差別は確かに非効率的であるというのが答えである。理由はたくさんある。第一に、このような思考サイクルの自己永続性から非効率性が生じうる。雇用者が、①仕事に対する定着性が必要な仕事に女性を雇用しにくくなる、②女性に適した職場づくりのための取り組みを怠る、③育児を選択する女性のニーズとのバランスが不十分で、従業員の定着率を向上させるための取り組みを怠る。だとすれば、一部の（多くはないにしても）女性にとって、男性と比べて育児により多くの時間を費やすことが合理的な対応かもしれない⁽²⁶²⁾。そうすると、女性はその仕事で活躍するために必要なスキルを身につけることができなくなり、雇用市場における定着性に関する雇用者の誤った思い込みを、意図せず裏付けることになるのである。この場合、そのような信念は自己確認的である⁽²⁶³⁾。黒人従業員についても同じような考え方ができる⁽²⁶⁴⁾。女性被用者や黒

(260) *See id.* at 861-62.

(261) *See id.*; *see also* Couch & Fairlie, *supra* note 256, at 227, 229.

(262) *See* Finley, *supra* note 257, at 861-62.

(263) Couch & Fairlie, *supra* note 256, at 227, 229.

(264) 雇用者が黒人従業員にメンターシップの機会を提供しなかったり、黒人従業員との結びつきを促す政策を実施しなかったりすると、同じような自己確認のパターンが現れる。*See* David A. Thomas & Suzy Wetlauffer, *A Question of Color: A Debate on Race in the U.S. Workplace*, HARV. BUS. REV., Sept.-Oct. 1997, at 118, 122. 例えば、一部の黒人従業員は、ゴルフは一般的に初期費用が高く高所得者に人気があることから、ゴルフイベントによって疎外感を感じていることが報告されている。

人被用者の本質的に不変の選好が雇用者側の上のような推測の動因ではないと仮定すると、仮に労働市場における一般的雇用慣行が差別的ではなく、思い込みがグループ間で非対称でないとすれば、不利な立場にある集団である女性や黒人が、雇用者により高い利益をもたらしうる可能性がある。そのため、社会レベルにおける非効率が発生しているといえる。⁽²⁶⁵⁾

雇用市場におけるこのような差別は社会的に望ましくないものなのだから、裁判所は、性差別的・人種差別的な慣行や集団間の非対称的な思い込みに起因する市場の失敗を、賃金格差を無視することによって暗黙のうちに是正すべきだというのが、上の議論の帰結である。したがって、不法行為法は、仮想的な、非差別的・効率的市場に基づいて、将来の逸失収入を裁定すべきだということになる。

この議論の難点は、被害者—特に子どもやその善意の代理人—が人的資本の開発に投資するインセンティブが、不法行為訴訟で裁判所が非混合表を使用している事実によって現実に影響を受ける可能性は低いと思われることにあるだろう。ほとんどの人は仕事を探しているが、事故に遭う人はごく少数である。雇用市場の不完全性が、不利な立場にある集団の若年成人人にとっての人的スキルへの投資インセンティブを歪めてしまう可能性があることは、容易に理解できる。〔これに対して〕事故は非常に稀であるため、不法行為法における差別的慣行が人的資本への非効率的投資につながるという一般原則 (**broad principle**) は、特に子どもたちに関しては、説得力がない。法と経済学運動は、法的ルールの第一階の効果、すなわち当事者が注意を払うインセンティブへの効果を実証的に証明することすらできていない。第二階の効果—被害者が人的資本に投資するインセンティブへの効果—の存在〔の証明〕は、もっと先の話である。

(265) See Andrea Moro, *Statistical Discrimination*, NEW PALGRAVE DICTIONARY ECON., http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2009_S000544 [<https://perma.cc/2H66-XL9N>].

- c. 第三の出口の可能性。経済効率性は、金持ちと貧乏人の支払意思の区別を必要としない

法の経済分析の古典的な帰結は、政策は常に人々の支払意思（WTP）に依存した費用便益分析を行った上で検討されるべきであり、そこに分配上の配慮を付け加えるべきではないということである。⁽²⁶⁶⁾ 富裕層の WTP は貧困層のそれよりも大きい⁽²⁶⁷⁾ のだから、安全性の決定などの政策は、この違いを反映したものでなければならない⁽²⁶⁷⁾ ということになる。

最近、Ariel Porat 教授と Avraham Tabbach 教授は、法の経済分析では、社会が富裕層と貧困層の安全対策に異なる価値を置く必要はないことを示唆している。⁽²⁶⁸⁾ Porat と Tabbach は、富裕層は、生涯にわたって富を消費できることに高い価値を見出しているため、自己に関するリスクの軽減に貧困層よりも多くの費用をかける意思がある、という観察から始める。⁽²⁶⁹⁾ しかし、富は譲渡可能なものであり、社会は私的価値よりも社会的価値を考慮すべきであるから、富裕層の安全性と貧困層の安全性のどちらに投資するかの決定に際しては、それら個人に対して平等に投資すべきである。⁽²⁷⁰⁾ したがって、生命の価値は富とは無関係に決定されるべきであるとされる。⁽²⁷¹⁾

Porat と Tabbach の議論は正しいが、我々が本稿で焦点を当てている不愉快な現実から、法と経済学を救うことはできない。我々の主張は彼らの主張を超越しており、不法行為法は、最適な安全投資を決定する際に〔富のみならず〕人的資本も考慮すべきではないと主張するのである。人的資本は、既存の貨幣的

(266) このような命題のより一般的な定式化として、Kaplow, *supra* note 216, at 159–75.

(267) See Porat, *supra* note 204, at 100; see also Ariel Porat & Avraham Tabbach, *Willingness to Pay, Death, Wealth, and Damages*, 13 AM. L. & ECON. REV. 45, 45–52 (2011).

(268) Porat & Tabbach, *supra* note 267, at 45–52.

(269) See *id.* at 52–57.

(270) *Id.* at 55.

(271) *Id.*

な富とは異なり、譲渡可能ではない。本質的には、PoratとTabbachの主張は、人が70歳になってしまえば、他の人と比べてより多く安全のために投資する必要はないということである。例えばMark Zuckerbergであっても、〔70歳になってしまえば〕彼はすでに富を創造しているので、彼の命を守るために他の人よりも気を配る理由はない、ということである。⁽²⁷²⁾ 彼が死ねば、他の誰かが彼の富を手に入れることになるのだから。しかし、18歳の時点ではそうは言えない。もしその時にZuckerbergが死んでいたら、彼の富はすべて創造されておらず、その富を創造しえたはずの人的資本が消滅していただろう。したがって、法と経済学の運動は、PoratとTabbachの鋭い指摘を受け入れたとしても、他の条件が等しければ (*ceteris paribus*)、価値のある人的資本を守るために社会はより多くの資源を費やすべきであると主張することになる。⁽²⁷³⁾ 蓄積された富の場合とは異なり、人的資本が死滅した場合、それに対応する第三者への正の外部性は存在しない。

これに対して我々は、人種やジェンダーに関連した人的資本の統計的差異は無視されるべきだと主張する。PoratとTabbachの議論は法と経済学を救うことはできない。

d. 第四の出口の可能性。私法は経済的効率性だけを目的としたものではない

法と経済学の研究者が、差別的ターゲティング実務との結びつきを—我々の見解ではこれは受け入れ難いものである—避けるためのもう一つの出口の可能性は、平等の概念を、第一に社会厚生関数に、第二に私法に、組み入れることである。KaplowとShavellは、前者を受け入れるが、後者に異議を唱える。⁽²⁷⁴⁾ 具体的には、彼らの理論では、公正性の原則、特に分配的正義の原則は社会厚生分析に組み込まれうる。個人は平等性への選好を有し、これら選好は、芸術や自然やおいしいワインへの選好と同様、彼らの福祉 (well-being) に影響を

(272) See *id.* at 55-57.

(273) *Id.* at 45-57.

(274) See Kaplow & Shavell, *supra* note 215, at 332-33, 336, 351-52.

与えるからである⁽²⁷⁵⁾。ここでは二つの問題が生じる。第一に、社会厚生関数の中において平等に占めさせるべき割合を、正確にどの程度とすべきだろうか。そしてそのためにどこまでの費用を払うべきだろうか。そして第二に、私法の領域内でも平等に対して地位を占めさせるべきだろうか、という二つの論点である。我々は、この二つの問題に順番に取り組んでいく。

i. 平等と効率のトレードオフとは？

最初の論点から始める。平等を説明する一つの方法は、効率性に対して辞書的に平等を優先させることである。そうすると、すべての人は平等に創造されているという原則に対して、原状復旧 (*restitutio ad integrum*) の原則が規範的に優越することは、結局のところあり得ないと主張することになる。簡単に言えば、人種やジェンダーのせい、あるいは人種やジェンダーが法制度における自らの「価値」に与える影響のせいターゲットされるとすれば、そんな仕打ちには誰も値しないということである。スクールバスの例は、事後的な差別的扱いであれ、事前インセンティブの歪みであれ、どちらに対しても私たちが嫌悪感を有していることを示すために考案されたものである⁽²⁷⁶⁾。私たちは不利な立場にあるグループに属する被害者に対してより低額の損害賠償を支払うことが不公平であると感じるだけでなく、そもそもそれらグループをターゲットしてバスや運転手を割り当てることが不公平であると感じる。だからこの例は不快なのである。同じだけ社会の保護を受けるべき価値のある個人が過少に保護されているからこそ、私たちは不快な思いに悩まされる⁽²⁷⁷⁾。この議論

(275) *Id.* 彼らは、政策評価は福祉（福祉に対して平等が及ぼす影響を含む）のみに基づいて行われるべきであり、独立した公正性概念には重きを置くべきではないと主張している。*Id.* at 360. 本稿では、我々は彼らの枠組みを受け入れ、したがって、他の（単純な厚生主義者ではない）帰結主義的な見解は無視する。後者は平等は（一般的に、または救命などの特定の文脈においては）本質的に価値のあるものであると主張するものである。*See id.* at 332-33.

(276) *See supra* Part IV.C.1.

(277) *See* Porat & Tabbach, *supra* note 267, at 73.

を続けるとどうなるか。費用便益分析は、厳格な平等へのコミットメントが確立されてから始めるべきである。⁽²⁷⁸⁾したがって、社会は、平等へのコミットメントを放棄して、女性やマイノリティをターゲティングすることを許すべきではなく、むしろ、一見正確な原状復旧の統計的適用を放棄し、社会が平等に対して与えている優先順位の価値を認識する、より正確ではない統計的適用を選ぶべきである。

このような出口の可能性に一つ問題があるのは、多くの人々が、平等の概念は社会へのコストを度外視しても常に効率に対して優先すべきものだと考えていないかもしれないということである。実際、ほとんどの人は平等に辞書的優先性は与えない。多くの方は、平等と、平等主義的な損害賠償ルールを持つことに伴う「非効率性」による社会へのコストとの間に、何らかのトレードオフがあると考えているのではないか。⁽²⁷⁹⁾そのため、議論のより穏健なバージョンでは、平等への選好は社会厚生関数の一部を構成すべきであるが、それは効率性よりも辞書的に優先的に考慮されるべきではない、むしろそれに与えられるべきは一定の重みづけである、という立場を推し進める。政策立案者は、富だけでなく厚生を最大化する必要がある。厚生には平等性への人々の選好が含まれるのだから、政策立案者は平等を考慮すべきであるが、それは人々の福祉に影響を与える範囲内でのみである。⁽²⁸¹⁾したがって、ほとんどの人々は非差別的な選好を持っているので、少なくともある程度は、法の経済分析は、非差別的な政策を支持すべきである。少なくとも、そのような政策が資源配分の誤りの観点から見て費用が大きすぎない限りにおいては。⁽²⁸²⁾

(278) See *id.* at 49–50, 50 n.4 (citing Tomas J. Philipson et al., *Terminal Care and the Value of Life Near Its End* (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 15649, 2010), <http://www.nber.org/papers/w15649.pdf> [<https://perma.cc/NT72-5CZU>]).

(279) See *id.* at 45.

(280) See *id.* at 58–59.

(281) See *id.*

(282) See Porat, *supra* note 204, at 102. (「社会がすべての構成員の生命と手足に同一

この考え方の主な問題点は、十分な数の人々が社会の中で人種差別的・性差別的な（他者顧慮的（other-regarding））選好を有している場合には、あるいは厚生⁽²⁸³⁾の最大化は不平等を正当化すると考えるため全体としての厚生分析が差別の維持をやむをえないもの⁽²⁸³⁾と考える場合には、「望ましい」結果をもたらさないことである。

政策立案が常に狭い効率性のみを考慮するものではないとするもう一つの理由としては、ルール功利主義⁽²⁸⁴⁾が考えられる。ルール功利主義（行為功利主義と区別される）の考え方は、最大の善（good）を生み出す傾向がある一般的なルールに〔常に〕従う方が、個別の場合において効率性に勝るアドホックな例外を認めてよりよい結果を得ようとするよりも、全体として見ればより良い結果⁽²⁸⁵⁾が得られるというものである。

ルール功利主義は、行為功利主義に比べて確かに安定性を提供する⁽²⁸⁶⁾。私たちのほとんどは、その場しのぎのロボットの費用便益分析によって個別の決定がなされるような社会には住みたくなく、むしろ、たとえ稀に望ましくない結果を生み出すことがあっても、一般的に効率的なルールが常に実行される社会

の価値を割り当てることで、効率性の目標がどのように妨げられるというのか、私には解らない。〕

(283) 興味深いことに、そのような選好は除外されるべきだということに同意する経済学者と平等主義者の両方を見出す事ができる。ノーベル経済学賞を受賞した John Harsanyi は社会厚生関数からそのような選好を除くべきだと主張する。JOHN C. HARSANYI, RATIONAL BEHAVIOR AND BARGAINING EQUILIBRIUM IN GAMES AND SOCIAL SITUATIONS 62-64 (1977). 政治哲学者の Ronald Dworkin も同様である。RONALD DWORIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 234 (1977) [木下毅／小林公／野坂泰司訳『権利論（増補版）』（木鐸社、2004年）315頁]。外的選好の問題を完全に扱うことは本稿の範囲を超えるが、本文では外的選好を計算に入れていることに注意してほしい。

(284) HARSANYI, *supra* note 283, at 62-64; BARBARA MACKINNON, ETHICS: THEORY AND CONTEMPORARY ISSUES, CONCISE EDITION 37-39 (2d ed. 2013).

(285) HARSANYI, *supra* note 283, at 62-64; MACKINNON, *supra* note 284, at 37-38.

(286) HARSANYI, *supra* note 283, at 61-63; MACKINNON, *supra* note 284, at 37-38.

に住みたいと考えているのだから、ルール功利主義は魅力的である。⁽²⁸⁷⁾なぜか？歴史と常識が、前者の社会は住むに劣る社会であることを教えてくれるからである。⁽²⁸⁸⁾人を殺してはいけないというルールは、たとえ1人を殺すことによって社会が5人を救うことができたとしても、効率的なルールである。⁽²⁸⁹⁾この議論は続ける。確かに行きすぎた行為功利主義は、不利な立場にある集団に対する継続的ターゲティングにつながり、その結果、その集団をターゲティングするという行為者の決定は、その外に負の外部性をもたらすことになる。⁽²⁹⁰⁾

ルール功利主義は、不法行為法におけるターゲティング問題に出口の可能性を提供していると、この議論は続ける。不利益を被っている者をターゲティングしないことは、たとえ特定のケースにおいて有益ではないことが示されたとしても、全体的には有益である可能性があることを示唆しているからである。⁽²⁹¹⁾

この点をより明確に理解するために、ここでの問題と、1人を殺すか5人を殺すかのジレンマを扱った有名な「トロッコ問題」との類似性を観察してみよう。⁽²⁹²⁾「トロッコ問題」と似たようなケースで、会社のマネージャーは、運転手をどのように訓練することを望んでいるだろうか？朝のブリーフィングの光景を想像してみよう。「バスのブレーキが故障して子どもを轢かなければならない場合、右に白人の男の子がいて左に黒人の女の子がいるときには、運転手は前者を避けるべきである」とマネージャーが運転手にブリーフィングする様子

(287) See MACKINNON, *supra* note 284, at 38–39.

(288) HARSANYI, *supra* note 283, at 62–64.

(289) See MACKINNON, *supra* note 284, at 37–38.

(290) See *id.* at 36–37.

(291) See *id.* at 37–38.

(292) もともと Philippa Foot によって提案された、基本的「トロッコ問題」は、ブレーキが故障して5人の男に向かっているトロッコを操る運転手の立場にある人が、軌道上の分岐線を使って5人の男を避け、しかし分岐線上に立っている1人の男を殺すことにするかどうかを問うものである。See PHILIPPA FOOT, VIRTUES AND VICES AND OTHER ESSAYS IN MORAL PHILOSOPHY 23–25 (1978); see also MACKINNON, *supra* note 284, at 36.

を想像できるだろうか？単純な行為功利主義からすれば、運転手は最もコストの低い人に向かう進路を取るべきである。これは、白人の少年ではなく黒人の少女を殺すことを意味するだろう。元々のトロッコ問題で言えば、線路上の5人ではなく1人を殺すことだろう。⁽²⁹³⁾

元々のトロッコ問題に対する古典的アプローチの一つは、ルール功利主義による解決である。他者を救うために積極的行為をとり、それにより他の無実の生命を奪うことになるのであれば、そのような行為はすべきではない。無実の命を奪ってはならないというルールに違反することは、個人の道徳的重要性とそれに結びついた権利を毀損するからである。社会的厚生⁽²⁹⁴⁾の観点からは、ルール功利主義は、運転手が特定の集団をターゲティングせず行動をランダム化すべきことを意味するかもしれない。⁽²⁹⁵⁾黒人女性をターゲティングすることは、将来の厚生への大きな損失をもたらすような態様で、社会的結束を損なうかもしれない。それにより失われる厚生は、運転規則を「最適」に調整することで得られる厚生よりも大きいのではないか。⁽²⁹⁶⁾

残念なことに、ルール功利主義は、我々の問題に適切な出口を提供することができそうにない。第一に、ルール功利主義は、（常に黒人や女性を対象とするようなことはしないという）運転手の規範を守ることが、全体としての社会的厚生を最大化すると単純に主張することはできない。ルール功利主義は、非混合表の使用を排除することが、正確に言ってどのように長期的に福祉を改善するかを実証的に証明するか、あるいはより堅固な理論的議論を提供しなければならぬ。⁽²⁹⁷⁾これが達成可能であるとの見方もあるが、証明はされていない。ルール功利主義が問題を解決するとただ主張するだけでは、論点をはぐらかす

(293) See MACKINNON, *supra* note 284, at 36-38; see also FOOT, *supra* note 292, at 19-24.

(294) See MACKINNON, *supra* note 284, at 36-39.

(295) See HARSANYI, *supra* note 283, at 61-64; MACKINNON, *supra* note 284, at 37-39.

(296) See HARSANYI, *supra* note 283, at 61-64; MACKINNON, *supra* note 284, at 37-39.

(297) See HARSANYI, *supra* note 283, at 61-64; MACKINNON, *supra* note 284, at 37-39.

だけである⁽²⁹⁸⁾。第二に、関連して、ルール功利主義の下でも、例えば100人を、10万人を救うためであれば、1人を殺すことが望ましいかもしれない⁽²⁹⁹⁾。したがって、ありそうもないとまでは言えない仮定の下で、ルール功利主義は、不利な集団をターゲティングすることを運転手に要求することになるかもしれない。例えば、恵まれない地域の子どもたちが社会全体の厚生に本当にあまり貢献しないものと仮定する。彼らは全員が病気だとか、薬物中毒者だとかということにしよう。さらに、有利なグループのメンバーの平等への選好は、トラックが彼ら自身の子どもたちに対して向かっていくのを見ることへの抵抗を克服するほど強くないと仮定する。これらの仮定の下では、ルール功利主義の下でさえ、ターゲティングは望ましいかもしれない。しかしそれはやはり間違っているように思える。結局のところ、ルール功利主義でさえ、何らかの費用便益分析を必要とするのだ。

いかなる費用便益分析であっても、それを行うためには、より安価な不利益を受けているグループをターゲティングすることに伴うコストが実際にどのようなものであるかを探らなければならぬ⁽³⁰⁰⁾。法と経済学の研究者にとっては、裁判所が事後的に損害賠償をより「正確に」評価しているという事実—非混合表の利用—に由来する事前インセンティブの調査が必要である。この考え方を具体化するために、Kaplowによる古典的な例から始めよう。まず、不法行為の潜在的な加害者が、自分が生み出す損失の価値を事前に予想することができない場合である（運転手が見慣れない場所を通過し、その地域における潜在的被害者の典型的なプロフィールについては何も知らない⁽³⁰¹⁾と想像してみよう⁽³⁰²⁾）。このような場合、正確性を求めることにコストがかかると仮定すれば、正確な損

(298) See HARSANYI, *supra* note 283, at 61–64; MACKINNON *supra* note 284, at 37–39.

(299) See HARSANYI, *supra* note 283, at 61–64; MACKINNON, *supra* note 284, at 37–39.

(300) See Louis Kaplow, *The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis*, 23 J. LEGAL STUD. 307, 307 (1994).

(301) See *id.* at 307, 311–16.

(302) *Id.* at 313–14.

害賠償を裁判所に要求しても、不法行為者がすでに選択した注意水準を向上させることにはならないため、社会的な浪費となる。⁽³⁰³⁾したがって、裁判所は「不正確な」=平均的な損害賠償を与えるべきであり、それによって訴訟費用を節約すべきだということになる。⁽³⁰⁴⁾しかし、我々のケースでは、混合表も非混合表も同じようにコストがかかるため、この分析は、一方のタイプの表を使用する方が他方のタイプの表を使用するよりも効率的であるかどうかを判断するのには役立たない。

潜在的な運転手が、事故の相手が「価値の低い」被害者であるかどうかを予測できる場合、従って、例えば主に黒人が住む地域にルートをとることで、そうなるかどうかに対して影響を与えることができる場合には、話は変わってくる。⁽³⁰⁵⁾その場合、事後的な損害賠償額が実際に生じた損失の大きさを反映するとすれば、注意水準と活動水準に関する将来の決定は、それに応じて調整されるだろう。⁽³⁰⁶⁾Kaplowの古典的な枠組みは、そのような場合には「正確さに由来する行動の変化が、より大きな正確さを求める費用を正当化するほど十分に望ましいものかどうか」を検討するように私たちに問うている。⁽³⁰⁷⁾

しかし、繰り返しになるが、政府は統計表を無償で提供しているので、人種やジェンダーに基づく統計表の使用は無料である。したがって、Kaplowの枠組みによれば、正確性の高さは、不法行為者の潜在的な損害を最小化するような決定へのインセンティブを与えるので、常に望ましい。⁽³⁰⁸⁾この結果もまた、Kaplowの枠組みの下では、不法行為者が支払う損害は彼女が与えた社会的損害に等しいので、⁽³⁰⁹⁾社会的に望ましいと考えられる。支払われる損害賠償額を最小化する

(303) *Id.*

(304) *See id.* at 321-22.

(305) *Id.* at 314-16.

(306) Kaplow, *supra* note 300, at 314-15.

(307) *Id.* at 315.

(308) *Id.* at 314-16.

(309) *Id.* at 318-19.

ことで、不法行為者は、彼女が与える社会的被害も最小化する。⁽³¹⁰⁾この観点からはターゲティングは、問題ではないのみならず、実際に望ましいことですからあ⁽³¹¹⁾る。

しかし、社会厚生関数において平等を優先する社会では、不法行為者の損害賠償責任は、彼女が引き起こした社会的危害と等しくはない。⁽³¹²⁾このような社会において、白人や男性に対してではなく黒人や女性に対して不法行為者が危害を加えた場合にその損害賠償責任を軽減することは、引き起こされた社会的危害に対して社会が認めるところの集合的価値を反映してはいない。⁽³¹³⁾そのような社会が平等を選好するということは、被害者が黒人であろうと白人であろうと男性であろうと女性であろうと、すべての場合において社会的危害が同じであることを意味する。⁽³¹⁴⁾したがって、このような社会では、正確性を高めることは(たとえそれに費用が伴わないとしても)、実際には社会的費用を節約することにはならず、それを黒人や女性に逆行的に転嫁するだけで、社会的厚生全体を低下させることになるからである。⁽³¹⁵⁾

(310) *Id.*

(311) *See id.*

(312) *See Kaplow, supra note 300, at 314-16, 321-23.*

(313) *See id.*

(314) *See id.*

(315) また、潜在的な被害者の「価値」を知ることに対して不法行為者が投資するインセンティブについて考えると、関連する議論が浮上する。Kaplowが示したように、不法行為者が(裁判所において反映されるところの)潜在的な被害者の価値を知ること投資するインセンティブは、裁判所が損害賠償額を決定するに際して、どの程度の正確さを採用するかに依存する。*Id.* at 316. 不法行為者の潜在的利益が情報費用を上回れば、十分なインセンティブが存在する。*Id.* at 317. 別の言い方をすれば、Kaplowの枠組みでは、事後損失に関する情報は、それが裁判所の事後評価による賠償額に反映されている場合のみ価値がある。*Id.* しかし、平等に配慮する人々は、(裁判所によって決定された)「価値の低い」被害者がどこにいるのかを知ること不法行為者が投資することを望まないだろう。つまり、不利益を被っている犠牲者たちがどこにいるのかを不法行為者が知ることを望まない。平等に配慮する人々はターゲティングは社会的な

ii. 私法は、平等への選好を考慮に入れるべき場所なのか？

次に、そもそも私法が、社会全体の問題である差別に対処するための適切な場所であるかどうかという第二の問題について考えてみる。仮に、社会厚生関数にとって平等が重要であることを受け入れたとしても、それがどの程度重要なのかも、傷害や死という稀な状況における集団間の不平等について社会が心配すべきなのかも、まだ明らかではない。むしろ社会は、分配的正義に関連する制度（すなわち税制や所得移転制度）の枠内で、効率的な財政的方法で、集団間の不平等を削減すべきではないか。⁽³¹⁶⁾この議論を続けると、不法行為法はやはり効率性のみを追求し、彼らが被った現実の被害に応じて被害者を補償すべきである⁽³¹⁷⁾ということになる。別の言い方をすれば、差別の問題を解決するために不法行為法を微調整することは、エンジンの弱い車のへこみを直すようなものである。物事を少しは改善するかもしれないが、社会における差別の問題を本当に解決することはない。

実際、私法は効率性のみに向けられるべきなのか、それとも分配的正義からの関心を考慮に入れるべきなのかという問題は、法的分析の一つの分野となってきた。⁽³¹⁸⁾KaplowとShavellの有名な論文が論じたように、私法が行うすべての分配について、それに代替しうる法制度を考えることができる。後者の法制度

無駄だと信じているからである。See *id.* かくして彼らにとっては、混合表の方が優れていることになる。

(316) See Kaplow & Shavell, *supra* note 25, at 667-69.

(317) See Keren-Paz, *supra* note 161, at 276-79.

(318) E.g., Ronen Avraham et al., *Revisiting the Roles of Legal Rules and Tax Rules in Income Redistribution: A Response to Kaplow & Shavell*, 89 IOWA L. REV. 1125, 1126-32 (2004); Christine Jolls, *Behavioral Economics Analysis of Redistributive Legal Rules*, 51 VAND. L. REV. 1653, 1653-58 (1998); see also Kaplow & Shavell, *supra* note 25, at 669; Keren-Paz, *supra* note 161, at 278-86; Chris William Sanchirico, *Deconstructing the New Efficiency Rationale*, 86 CORNELL L. REV. 1003, 1005-14 (2001); Chris William Sanchirico, *Taxes Versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View*, 29 J. LEGAL STUD. 797, 797-98 (2000).

においては、私法は効率化に向けられており、分配は税制と移転制度を介して行われるが、その方が全ての人の福利が向上するのである。⁽³¹⁹⁾

上記論文とは対照的に、Kyle Logue と本稿筆頭著者 (Ronen Avraham) は、富の分配のために、私法の「現場」(on the ground)の方が税制と所得移転制度よりも効率的であり得るための条件について述べている。⁽³²⁰⁾ 実際、税制と所得移転制度を通じた分配の方が私法を通じた分配よりも理論的には効率的であるとしても、現実には、前者による分配は、それ自体における歪曲や様々な市場の失敗にさらされる。⁽³²¹⁾ したがって、実際には、私法による分配の方が望ましいことも多い。喩え話として、高速宇宙船の開発問題を考えてみよう。

理論的には光速まで近づくことは可能だが、この理論的な可能性を実際に実現することには現実的な困難が伴うため、超高速宇宙船を作ることはできない。純粹に理論的とはいえ、より速く移動する代替案があるからといって、より遅い現実的な宇宙船など作るべきではないと主張する人はいない。⁽³²²⁾

要するに、この出口は、十分な数の人々が平等主義的法制度に対して十分に強い選好を持っている場合は、不法行為法の差別的な影響を排除する方が効率的かもしれないという。⁽³²³⁾ このような制度は、不法行為の加害者、被害者、社会の残りの人々の間で行われたであろう仮想的なコースの交渉を模倣するものである。⁽³²⁴⁾ そして、税制や所得移転制度は歪みや非効率性を免れないのだから、不

(319) Kaplow & Shavell, *supra* note 25, at 669.

(320) Avraham et al., *supra* note 318, at 1149.

(321) *Id.* at 1127-30.

(322) *Id.* at 1154.

(323) *See id.* at 1127-30.

(324) *See* John J. Donohue III, *ADVOCACY VERSUS ANALYSIS IN ASSESSING EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW*, 44 STAN. L. REV. 1583, 1589-90, 1601 (1992) (book review).

法行為法自体を変更して、混合表を使うことで不法行為法の差別的影響を排除する方が効率的かもしれない。⁽³²⁵⁾

さらに、差別問題全てを大規模に解決する方法として私法を使用することは無意味だという議論は、非常に重要な問題を見落としている。非混合表の排除は、不法行為法が生み出す事前のターゲティング・インセンティブという、より小さな問題の解決を目的としている。実際、混合表に移行することには費用がかからず、事前のターゲティング・インセンティブを即時に排除することになるが、このような事前インセンティブを排除するために、ジェンダー間・人種間の平等性を大規模に促進しようというのは、よりコストがかかり、時間のかかる過程である。⁽³²⁶⁾ エンジンの弱い車のへこみを直すべきではないという主張はミスリーディングである。エンジンの弱い車を運転するしかないのであれば、へこみを直すことが最適かもしれないのだ。⁽³²⁷⁾

3. まとめ

人種とジェンダーを統計的に考慮した不法行為補償の仕組みは、合理的なアクターに対して、不法行為責任の費用が低くなることが確実であるような人口集団に属する個人に対して不利益を与えるような選択を奨励することになる。このことは実際には、不法行為制度が、過去のデータに依拠することで人種・ジェンダーによる差別を永続させるだけでなく、潜在的不法行為者に対して歪んだ事前インセンティブを与えることで差別を未来にまで押し付けることを意味している。⁽³²⁸⁾

我々は、法の経済分析は混合表を支持すべきであると考え。平等の観念も考慮に入れば混合表が厚生を最大化するからだけではなく、混合表は非混合表よりも効率的であるからである。表の不正確さ、時代遅れになるという性質、

(325) *See id.*

(326) *See Kaplow, supra note 300, at 314-16, 321-23.*

(327) *See id.* at 312-20.

(328) *See id.*

平均の使用によって歪曲された分布の示す可能性といった事実を考えると、混合表を使用することの方が効率的だと思える。しかし、我々の目標はさらに野心的なものだった。正確な非混合表を使っても非効率的と言えるかを検討した。我々の目的は、効率性と公正性の間の古典的なトレードオフの議論に加わるのではなく、むしろ不法行為法を、より効率的であると同時により公正なものにできることを示すことにあった。社会厚生関数における平等の役割に関する合理的な仮定の下では、ターゲティングは、すでに不利益を被っている人々に余分な費用を課す一方で、被告は社会的費用を節約することはできない（節約するのは彼らの私的費用のみである）。そのため、結局のところ、不利益を被っている人々をターゲティングすることは非効率的であるというのが我々の主張である。⁽³²⁹⁾

不法行為法をより効率的なものにしようとする試み（単に差別問題解決のためだけではなく）として見た場合、損害賠償の計算方法を変更しようとする本稿の提唱は、既存の不法行為理論を微調整して不法行為法の効率性を高めようとする法と経済学の伝統の中で書かれた他の何百もの研究論文と何ら変わるところはない。⁽³³⁰⁾

実際、現代の不法行為法が損害額を評価するアプローチと、費用便益分析を行う行政機関がとるアプローチとを比較すると、本稿が提案するアプローチと

(329) 以下の観点からも同様の結果を導くことができる。子どもを失うことの親にとっての損失の重大性は余りに大きいので、社会的厚生観点から見て、不利益を被っている子どもを失うことと有利な状態にある子どもを失うことの差は、パーセンテージで見ればほぼゼロであり、無視すべきである。〔著者確認の上以下略〕

(330) 全般的に参照、*e.g.*, Avraham et al., *supra* note 318（租税や所得移転が私法よりも効率的な場合について検討している）；Donohue, *supra* note 324（既知の差別制度から生じる害が効率を低下させると主張している）；Kaplow, *supra* note 300（情報の正確さが効率性に果たす役割について検討している）；Porat, *supra* note 204（害を引き起こすディスインセンティブに対して、富が与える負の影響について検討している）；Weinrib, *supra* note 22（社会を無視して両当事者の関係性のみを反映する司法制度を提唱している）。

行政機関のアプローチとの類似が明らかになる⁽³³¹⁾。例えば環境分野では、実際の損失を問わず、異なる環境被害に対して一律の金額が設定されている（同様に、失われる生命も一律の費用として計算する⁽³³²⁾）。このようなルールのアプローチはアドホックな情報をほとんど利用しないため、裁判においても非常に効率的であると考えられる。費用便益分析を利用する行政機関の方が、おそらく不法行為法よりもはるかに事故防止の実効を挙げていることに鑑みれば、一律アプローチの使用は注目⁽³³³⁾に値する。同様に、高速道路の安全性に関連した様々な決定は、一方では不法行為事件を裁く裁判所と、他方では高速道路の建設・修理、自動車検査、制限速度の設定などを行う行政機関の両方によって行われる⁽³³⁴⁾。しかし、不法行為法がより「正確な」補償方法を使おうとするのに対し、行政機関は単純な一律の表を適用している。

もっと身近なところでは、民間の安全規制機関としての保険会社も一律の表を使っているのではないだろうか⁽³³⁵⁾。例えば、自動車保険の第三者賠償責任保険料を設定する際の経験料率の計算式では過去の事故を考慮するが、運転手が傷害を負わせたのが男性か女性か、黒人か白人かは考慮されていない⁽³³⁶⁾。保険会社は、おそらく被害者の身元がランダムであると考えており、そのため保険料の割増はこれら要因を無視している⁽³³⁷⁾。交通事故による損害賠償はジェンダーや人種に基づいて算定されているにも関わらず、民間の保険会社は、あたかも損害

(331) See Porat & Tabbach, *supra* note 267, at 50 & n.4 (Philipson et al., *supra* note 278 を引用)。

(332) W. Kip Viscusi, *Regulation of Health, Safety, and Environmental Risks*, in 1 HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS 591, 592-654 (A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell eds., 2007)。

(333) See Porat & Tabbach, *supra* note 267, at 50 & n.4 (Philipson et al., *supra* note 278 を引用)。

(334) Viscusi, *supra* note 332, at 592-654.

(335) *Id.*

(336) *Id.*

(337) *Id.*

賠償額がジェンダーや人種によらないものであるかのように、事前に価格を設定している。⁽³³⁸⁾ 裁判所にも同様のことが可能なはずであり、混合表のみを使用すべきである。

V. 連邦法における差別的損害計算

ここまでの議論は、コモンローに基づく不法行為法に焦点を当ててきた。しかし驚くべきことに、裁判所は連邦法違反により被害を受けた原告に与えられる損害賠償を計算する際にも、人種やジェンダーを考慮している。それもただの連邦法違反ではない。最も進歩的な制定法であるはずの公民権法第7編⁽³³⁹⁾、障害のあるアメリカ人法⁽³⁴⁰⁾、全米小児ワクチン健康被害法⁽³⁴¹⁾などでもそうである。これら連邦法違反の場合には憲法を適用することが容易なのだから、このような実務の違憲性は法廷で容易に立証できると予想されるだろう。しかし裁判所は、これら法律で保護されている被害者に対する損害賠償を裁定する際に、人種やジェンダーに基づく表を日常的に使用している。本章では、この問題の概要を簡単に説明する。

A. 公民権法第7編

最も皮肉な人種やジェンダーに基づく損害賠償額の計算は、公民権法第7編のケースで発生する。第7編は、人種、肌の色、宗教、ジェンダー、または国籍に起因する職場での差別を受けた労働者に対する制定法上の訴因である⁽³⁴²⁾。最高裁は、画期的な判決で、第7編は、雇用者が女性被用者に対してより大きい

(338) *Id.*

(339) 42 U.S.C § 2000e-5 (g) (2012).

(340) *Id.* § 12117 (a).

(341) *Id.* § 300aa-15 (3) (A).

(342) *Id.* § 2000e-2.

退職金拠出額を要求することを禁止していると判示した⁽³⁴³⁾。 *City of Los Angeles Department of Water & Power v. Manhart* では、雇用者は、余命表を用いて女性従業員の方が男性従業員よりも長生きであると判断し、退職後の女性に対してより多くの年金を支払わなければならないため、年金費用が高くなると決定した⁽³⁴⁴⁾。〔これに対して〕裁判所は、「保険数理的研究により、性別 (sex) のみならず、人種や国籍に基づく平均余命の差があることを疑いなく明らかにすることができるとも。しかし、この法律は雇用市場において人種を無関係にするように設計されているのである」と判示した⁽³⁴⁵⁾。その後まもなく、 *Arizona Governing Committee for Tax Deferred Annuity & Deferred Compensation Plans v. Norris* では、裁判所は同様に、女性の方が寿命がより長いことを理由に、より低い退職年金を受け取るべきではないと判断した⁽³⁴⁶⁾。「ある集団に関する一般化は、それが真実であったとしても」、集団に基礎を置いた取り扱いを正当化することはできないとしたのである⁽³⁴⁷⁾。

第7編の文脈における人種やジェンダーに基づく損害賠償額は、法の目的と相反するように思われるが、裁判所がフロント・ペイ^(xii)の妥当性を判断する際に、人種・ジェンダーに基づく表を含め、人種・ジェンダーに基づく考慮事項を使用することが認められているという証拠が存在する⁽³⁴⁸⁾。裁判所がフロン

(343) *City of L.A. Dep't of water & Power v. Manhart*, 435 U.S. 705, 702, 716-17 (1978).

(344) *Id.* at 705.

(345) *Id.* at 709 (footnote omitted). 裁判所は、この事例は「男女間の架空の差異に関わるものではない。当事者が紛れもなく真実と認めるような一般化に関するものである。女性は、生物学的な分類として、男性よりも事実長生きするのである」とした。*Id.* at 707.

(346) *Ariz. Governing Comm. for Tax Deferred Annuity & Deferred Comp. Plans v. Norris*, 463 U.S. 1073, 1086 (1983) (per curiam).

(347) *Id.* at 1084-85 (alterations in original) (quoting *Manhart*, 435 U.S. at 708).

(348) フロント・ペイとは、「原告の現在の地位と拒否された地位との間の賃金差」を意味する。*Colwell v. Suffolk Cty. Police Dep't*, 967 F. Supp. 1419, 1432 (E.D.N.Y., 1997), *rev'd*, 158 F.3d 635 (2d Cir. 1998).

ト・ペイの妥当性を判断する際、原告の賃金を決定するために統計表を使用することはほとんどないが、⁽³⁴⁹⁾余命と就労可能年数を考慮する可能性があり、これらについては非混合統計表を参照する可能性がある。⁽³⁵⁰⁾*Baker v. John Morrell & Co.* では、裁判所は、原告が「65歳まで働くことを想定していた」と指摘している。⁽³⁵¹⁾当時、原告は44歳であった。⁽³⁵²⁾裁判所はBakerの余命について言及するとき、現在の女性の平均寿命が79.5歳であることを裁判所に顕著な事実 (judicial notice) として認めた。⁽³⁵³⁾このことを顕著な事実として認めるべく裁判所に求めたのは女性原告であるが、このような裁判所の考えは、他の事件や他の法律分野におけるこれらの表に対する裁判所の見解をも推測させる。興味深いことに、*Baker* 判決で裁判所は、原告の余命を「フロント・ペイの決定における中立的な考慮事項」として⁽³⁵⁴⁾している。

もちろん公民権法第7編の文脈におけるこのような（非混合）統計表の影響は限定されたものである。フロント・ペイの損害賠償額の理論の中心的な部分に損害軽減があるからである。原告が同等の職を見つけ得たであろう期間後に⁽³⁵⁵⁾ついては、損害賠償はカットされる。また、裁判所は、定年退職年齢や退職時

(349) 統計的な賃金表が使用される可能性は低いが、その理由は、補償的損害賠償金が公民権法第7編の文脈では最大で30万ドルに制限されているからである。42 U.S.C. § 1981a (b) (3) (2012)。公民権法第7編は職場での差別を扱っているため、原告は一般的に賃金表が必要ないような確立された収入を有している。See, e.g., *Donlin v. Philips Lighting N. Am. Corp.*, 581 F.3d 73, 90 (3d Cir. 2009)。

(350) See, e.g., *Donlin*, 581 F.3d at 87 (要素の説明); *Baker v. John Morrell & Co.* 263 F. Supp. 2d 1161, 1178 (N.D. Iowa 2003) (「裁判所は、第5の要素である Baker の余命と就労可能年数は、前払金の分析において中立的な考慮事項であると認める。」(引用略)、*aff'd*, 382 F.3d 816 (8th Cir. 2004)。

(351) *Baker*, 263 F. Supp. 2d at 1178.

(352) *Id.* at 1176.

(353) *Id.* at 1178.

(354) *Id.*

(355) E.g. *Gilster v. Primebank*, 884 F. Supp. 2d 811, 856, 859 (N.D. Iowa 2012) (原告の余命は49.8年であると認定したが、その期間は「Gilsterが別の分野で競争力を身につけ、教育を修了するために必要な資格を得るのに十分な期間」であ

期の予定に関する原告の証言など、平均就労年数に関連する他のデータポイントも使用している。⁽³⁵⁶⁾ とはいえ、非混合表の利用の雇用差別事件における実際の影響が小さいものであっても、人種やジェンダーに基づく差別を減らそうとする第7編の試みに照らすと、非混合表が使われていること自体が象徴的な意味で衝撃的である。

B. 障害のあるアメリカ人法

障害のあるアメリカ人法 (ADA) は、第7編で定められた救済措置を用いて⁽³⁵⁷⁾ いる。例えば、*Colwell v. Suffolk County Police Department* では、3人の警察官が、ADA に違反して身体障害の結果として昇進を拒否されたと主張して警察署を提訴した。⁽³⁵⁸⁾ 裁判所は、男性についての平均余命の値を示すニューヨーク州パターン陪審説示の表1を参照して、原告の余命と就労可能年数を決定した

るため、フロント・ペイ賠償額を5年分に制限した)、*rev'd and remanded on other grounds*, 747 F.3d 1007 (8th Cir. 2014); *see also Dollar v. Smithway Motor Xpress, Inc.*, 787 F. Supp. 2d 896, 920 (N.D. Iowa 2011) (「退職するまでのフロント・ペイを支給することは、損害軽減に関する原告の義務と、それに対応する、将来軽減された場合の金銭的影響を見積るべき地裁の義務を無視している」。(quoting *United Paperworkers Int'l Union v. Champion Int'l Corp.* 81 F.3d 798, 805 (8th Cir. 1996))), *aff'd in part, vacated in part*, 710 F.3d 798 (8th Cir. 2013); *Baker*, 263 F. Supp. 2d at 1184-85 (原告の余命が20年を超えていたにもかかわらず、原告の前払金を3年分に減額した)。

(356) *E.g.*, *Gotthardt v. Nat'l R.R. Passenger Corp.*, 191 F.3d 1148, 1156 (9th Cir. 1999) (原告が70歳で定年退職するまでの前払金の支給を支持); *Warren v. Cty. Comm'n*, 826 F. Supp. 2d 1299, 1313-16 (N.D. Ala. 2011) (原告が65歳で定年退職すると想定され、それまでのフロント・ペイを支給); *Baker*, 263 F. Supp. 2d 1161, 1178 (原告の「65歳まで働くつもりだった」という証言を、彼女の就労可能年数の証拠として認めた)。

(357) 42 U.S.C. § 12117 (a) (2012).

(358) *Colwell v. Suffolk Cty. Police Dep't*, 967 F. Supp. 1419, 1422 (E.D.N.Y., 1997), *rev'd*, 158 F.3d 635 (2d Cir. 1998).

(人種には言及していないが⁽³⁵⁹⁾)。Tobin v. Liberty Mutual Insurance Co. では、原告は雇用者が双極性障害に対応しなかったことを理由に、追加の年金給付を含む損害賠償金を受け取った。被控訴人が統計的予想よりも長生きすると予測したにもかかわらず、裁判所は陪審員の裁定を支持した⁽³⁶⁰⁾。非混合表の差別的効果が(極めて明らかに)証明されているにもかかわらず、明確な法的指示がなければ、裁判所は、ADAの下での差別に対する損害賠償を裁定する際に、これまでもそしてこれからも、非混合表を使用してきたし、使用し続けるだろう⁽³⁶²⁾。

- (359) *Id.* at 1435 n. 14. 「裁判所が使用した余命表」に基づいて、陪審員は52歳の男性の余命が76.7歳、48歳の男性の余命が76.1歳、47歳の男性の余命が75.9歳であることを告げられた」。 *Id.* 「陪審員は、同じ表によると、52歳の男性の方があと10.8年、48歳の男性の方があと13.9年、47歳の男性の方があと14.7年、労働力として活動的であると告げられた」。 *Id.* at 1435 n.15.
- (360) Tobin v. Liberty Mut. Ins., No. 01-11979 DPW, 2007 WL 967860, at *10 (D. Mass. Mar. 29, 2007), *aff'd and remanded*, 553 F.3d 121 (1st Cir. 2009).
- (361) *Id.* at *1, *10. Tobin 判決では、第1審は「原告から提供された余命表を顕著な事実として認め、白人の60歳男性があと20.3年生きると予想されると陪審員に説示した」。 *Id.* at *10. 陪審員は、被控訴人は余命表の予測よりも7.5年長生きすると判断した。 *See id.* 裁判所は陪審員の裁定を支持し、「余命は本来推論によるものであり、陪審員は特定の個人がどのくらい生きるかの証拠を提供しない保険数理表に拘束されてはいない」と判断した。 *Id.* (引用略)。
- (362) *See, e.g., Hillmann v. City of Chicago*, 14 F. Supp. 3d 1152, 1177 (N.D. Ill. 2014) (専門家証人の分析が「原告の健康状態や具体的な余命を考慮しておらず、原告の年齢の男性の統計的平均余命のみを考慮していた」ことを認めた(強調:筆者)), *aff'd in part, rev'd in part, and remanded*, 834 F.3d 787 (7th Cir. 2016), *cert denied*, No. 16-903, 2017 WL 236881 (S. Ct. May 15, 2017) (mem.); *Rutledge v. United States*, No. 06-00008, 2008 WL 3914965, at *11 (D. Guam Aug. 21, 2008) (米国の経済専門家の証言を受け入れ、その専門家は2003年版の合衆国生命表(人種とジェンダーの両方で線引きされた表を含む)に依拠した)。 *Aff'd*, 417 F.App'x 635 (9th Cir. 2011). *See Webner v. Titan Distrib., Inc.*, 101 F. Supp. 2d 1215, 1237 (N.D. Iowa 2000) (原告の就労可能年数と余命が前払金の計算上の要素であると認定したが、「[原告の] 同等の雇用を得る能力に対する [これらの要因の] 重要性についての」証言がなかったため、裁判所はそのような重要性について推測することを拒否し、これら要因を無視した), *aff'd in part, rev'd*

C. 全国小児ワクチン傷害法

もう一つ重要な、補償に関する連邦法の枠組みとして、1986年の全国小児ワクチン傷害法 (National Childhood Vaccine Injury Act of 1986) ⁽³⁶³⁾ がある。この法律は、特定のワクチンによって負傷したり死亡したりした人々が、従来の不法行為制度の外で補償を請求することを可能にし、同時にワクチン製造業者の賠償責任、保険、訴訟費用を削減することを可能にしている ⁽³⁶⁴⁾。

将来の逸失利益の計算には、平均賃金だけでなく、就労統計の知識も必要であることを忘れてはならない ⁽³⁶⁵⁾。最も興味深い事例の1つは、*Childers v. Secretary of Health & Human Services* ⁽³⁶⁶⁾ であり、就労可能年数の問題の理由付けにおいて注目に値する ⁽³⁶⁷⁾。*Childers* 判決では、申立人の専門家が男女混合の就労可能年数予測データを提示し、被申立人の専門家が男女別の就労可能年数予測データを提示した ⁽³⁶⁸⁾。女性の子どものジェンダーベースの就労可能年数値の使用については、相反する判例が見出された ⁽³⁶⁹⁾。裁判所は最終的にジェンダーベースの就労可能年数を否定し、次のように述べた。

一部の女性が歴史的に労働力から何年も離れて過ごすことができたからといって、プログラム〔によって補償される〕女子は、常に男子よりも実質的

in part, and remaded, 267 F.3d 828 (8th Cir. 2001).

(363) 42 U.S.C. § § 300aa-1 to 34 (2012). Section 300aa-15 (3) (A) は、18歳以降に傷害を負った者の「実際の子供に与えられる逸失利益」に対する補償を規定している。Section 300aa-15 (3) (B) は、18歳以前に傷害を負った者で「稼働能力を損った」可能性が高い者のための「稼働能力の喪失」に対する補償の枠組みを規定している。

(364) *See Schaefer v. Am. Cyanamid Co.*, 20 F.3d 1, 2-3 (1st Cir. 1994).

(365) *See supra* Part II.

(366) *Childers v. Sec'y of Health & Human Servs.*, No. 96-194V, 1999 WL 218893 (Fed. Cl. Mar. 26, 1999).

(367) *See id.* at *16-18.

(368) *Id.* at *16.

(369) *Id.* at *17.

に小さい「逸失稼得」額を得るべきだろうか？私はそうは思わない。むしろ、300aa-15 (a) (3) (B) の法規定のどこにも、男性と女性の間にも明示的な区別が、そして黙示的区別すらも、見られないことに注意したい。実際、上述したように、歴史的に見て女性労働者の収入は男性労働者よりもやや少なかったにもかかわらず、基本的収入はすべての労働者の収入を平均することによって決定することを、この計算式は義務づけている。したがって、同計算式の下で男性と女性の平均収入を異ならせないと同様に、就労可能年数についてもジェンダーで異ならせる理由はないと考える。⁽³⁷⁰⁾

Childers 判決が性差のある就労可能年数を明示的に否定しているのは、就労可能年数を扱った判例の中では例外的である。同判決で特別補助裁判官は、相反する先例を見つけたにもかかわらずそうしたのである。⁽³⁷¹⁾

対照的な例として、Edgar *ex rel. Edgar v. Secretary of Department of Health and Human Services* は、18歳前に負傷した女性の申立人に関係する事件である。⁽³⁷²⁾ 被害者の就労年数中の総収入について、申立人は、過去の大卒の男女の就労年数の中央値で予測したにもかかわらず、判決は、高卒女性の推定労働生活に基づいて予測した。⁽³⁷³⁾ 実際、より一般的に、我々の調査におけるサンプルで

(370) *Id. Hastings* 特別補助裁判官は脚注でこの議論を続けている。ワクチン傷害プログラム以外の事例で「ジェンダーに基づいて男女で異なる『逸失利益』額を構成することは不適切であると判断した」裁判例と彼の結論は同様だというのである。*Id. at* *17 n.20. 特に、*Hastings* 特別補助裁判官は、逸失利益の裁定において、裁判所がジェンダーを区別することを拒否した2つの事例である *Caron v. United States*, 548 F.2d 366, 371 (1st Cir. 1976) と *Reilly v. United States*, 665 F. Supp. 976, 997 (D.R.I. 1987) を指摘している。

(371) *Childers*, 1999 WL 218893, at *17.

(372) *Edgar ex rel. Edgar v. Sec’y of the Dep’t Health & Human Servs.* 26 Cl.Ct. 286, 287-88 (Cl. Ct. 1992), *vacated on other grounds*, 989 F.2d 473 (Fed. Cir. 1993).

(373) *See id. at* 291-93. 29歳時の推定就労可能年数については、BLSの統計では完全に合致するものは見つけられなかったが、Tables A-5 (ジェンダー・人種ベース) と Tables A-6 (ジェンダーベース) では非常に類似した統計が見られた。

は、特別補助裁判官は、余命や就労可能年数に関して、ジェンダーや人種に基づく統計の方をより頻繁に使用していたことが明らかになった。⁽³⁷⁴⁾ 余命または就労可能年数の数値を提供している9例のうち4例は、人種とジェンダーで区別されているBLSのWorklife Estimates: *Effects of Race and Education* (1986年2

Bureau of Labor Statistics (労働統計局), *supra* note 50, at 19 tbl.A-5, 20 tbl.A-6.

(374) 平均余命統計を検討した事例はサンプルの中に9件あった。See *Childers*, 1999 WL 218893, at *16-18 (女性の経験のみに基づく平均就労可能年数を拒絶し、男女合わせた平均就労可能年数を支持した); *Edgar*, 26 Cl. Ct. at 291-93 (ジェンダーと教育レベルに基づいた様々な労働時間収入予測についての特別補助裁判官の意見を参照した); *Sheehan v. Sec'y of the Dep't of the Health & Human Servs.*, 19 Cl. Ct. 320, 322 (Cl. Ct. 1990) (引用なしで、申立人が「少なくともあと20年以上働くこと」を前提とした); *Hanagan ex rel. Hanagan v. Sec'y of the Dep't of Health & Human Servs.* 19 Cl. Ct. 7, 16 (Cl. Ct. 1989) (ジェンダーや人種を特定せずに、男性の申立人の想定平均余命を述べた); *First Commercial Bank v. Sec'y of the Dep't Health & Human Servs.*, No. 89-14-V, 1989 WL 250131, at *15 (Cl. Ct. Oct. 30, 1989) (引用なしに、傷害を負わなければ、少なくとも27年間、生産性の高い仕事をするのができたことを認定するよう勧告した); *Shaw v. Sec'y of the Dep't of Health & Human Servs.*, No. 89-7-V, 1989 WL 250126, at *8 (Cl. Ct. Sept. 22, 1989) (「18歳時点で、白人男性の平均就労可能年数は39.4年である」(Bureau of Labor Statistics, *supra* note 50, at 13 tbl. A-2)); *Strother v. Sec'y of the Dep't of Health & Human Servs.*, No. 88-32V, 1989 WL 250120, at *11 (Cl. Ct. Sept. 18, 1989) (Bureau of Labor Statistics, *supra* note 50 の人種とジェンダーを区別した Table A-2 に基づいて就労可能年数の予測を行った); *Schroeder ex rel. Meland v. Sec'y of the Dep't of Health & Human Servs.*, No. 88-22V, 1989 WL.No. 88-22V, 1989 WL 250110, at *12 (Cl. Ct. Aug. 29, 1989) (余命を決定するために専門家の証言を用いているが、特定のデータを引用していない)。*Euken ex rel. Euken v. Secretary of the Department of Health & Human Services*, No 91-1059V, 1992 WL 132548, at *7 (Cl. Ct. May 28, 1992), *rev'd*, 34 F.3d 1045 (Fed. Cir. 1994) では、特別補助裁判官は39.4年という就労可能年数の根拠としてBLSの統計を参照したが、特定の出版物や表の名前は挙げなかった。しかし、BLSはTable A-2に17歳の白人男性の予想される現役生活年数として39.4年という数字を示しており、Table A-1やTable A-3の他の就労可能年数はいずれも一致しない。See Bureau of Labor Statistics (労働統計局), *supra* note 50, at 9 tbl.A-1, 13 tbl.A-2, 14 tbl.A-3.

月)を引用しているか、またはそこまで辿ることができた。⁽³⁷⁵⁾

VI. 解決策

我々は、人種やジェンダーに基づく表の使用には、不正確な差別的損害賠償額を提供することに加えて、潜在的な不法行為者に歪んだ事前インセンティブを与えることで差別を永続させるという破滅的効果があるため、不公正であり非効率的だと主張してきた。本章では、我々が望ましい代替案と考えるものを概説する。

不法行為による死亡の場合については、Ariel Porat が支持する一つの簡単な解決策がある。被害者の所得に依存しない損害賠償を与えることである。⁽³⁷⁶⁾それによれば、ウォール街の弁護士を殺しても、ホームレスを殺しても、金銭的には同じ結果になる。不法行為者は、すべての被害者に同額の損害賠償を支払うことになる。⁽³⁷⁷⁾「その金額は、社会が人々の生命に置く価値を反映したものになるだろう、以上」というわけである。⁽³⁷⁸⁾この考え方を敷衍すると、被害者が死亡せずに負傷しただけの場合にも、損害賠償は負傷そのものに基づくべきであって、被害者の所得に依存すべきではないということになる。このように、損害賠償は、人身事故の被害者が医療費に加えてそれに関連した金銭的・非金銭的損失を被るという事実を反映して、医療費のいくらかの乗数に相当する額とす

(375) Bureau of Labor Statistics, *supra* note 50, at 13 tbl.A-2. 4つの事例は、余命または就労可能年数の予測値を決定したが、特別補助裁判官の想定や専門家の証言の特定の統計上の根拠を見つけるのに十分な情報は提供していない。Euker, 1992 WL 132548, at *7; Sheehan, 19 Cl. Ct. at 322; First Commercial Bank, 1989 WL 250131, at *15; Schroeder, 1989 WL 250110, at *12.

(376) See Porat, *supra* note 204, at 102.

(377) See *id.* at 101-02.

(378) See *id.* at 97-107. Poratが老人を殺すことと若者を殺すことについて同じ考えを持っているかどうか、つまり、彼らの命は平等に評価されるべきだとするのかがどうかは明らかではない。

ることができる。⁽³⁷⁹⁾

このようなアプローチは、訴訟費用の削減や、不利な立場に置かれた者をターゲットにする事前インセンティブを排除するなど、様々な利点をもたらすが、何世紀にもわたるコモンローの判例に矛盾するものである以上、すぐに裁判所が採用することはないだろう。また、少なくとも米国では、立法府によって採用される可能性も低い。大規模災害における被害者補償基金が創設される際には同様の考え方がしばしば採用されてはいるのだが。

したがって、本稿では、裁判所が不法行為事件の損害賠償額計算に使用するために、単一の混合就労可能年数、単一の混合平均余命表、および1つの混合賃金表を採用すべきであるという、可能な限り最も単純な現実的解決策を擁護する。これは、国内のどの裁判所でも直ちに実施できる解決策である。

具体的には、将来の苦痛に対する損害賠償額を算定するには、原告の苦痛のほかに、余命の期待値の証明が必要である。第一の要素については、裁判所は、これまでと同様の方法で苦痛の推定を継続できる。⁽³⁸⁰⁾ 仮に変更が必要だとしても、それは本稿の範囲を超えている。⁽³⁸¹⁾ 第二の要素については、ジェンダーと人種に基づく表ではなく、混合余命統計を用いることを提案する。次に、将来の医療費に関する損害賠償額を算定するためには、原告の医療費のほかに、継続期間の期待値を設定する必要がある。我々の提案では、第一の要素については、裁判所は原告の年間医療費を立証するために、従来同様、専門家の証言を必要とする。⁽³⁸²⁾ しかし、第二の要素については、裁判所は人種の区別なく、ジェ

(379) See Ronen Avraham, *Putting a Price on Pain-and-Suffering Damages: A Critique of the Current Approaches and a Preliminary Proposal for Change*, 100 Nw. U. L. REV. 87, 110-15 (2006).

(380) See *id.* at 111.

(381) 裁判所が苦痛を推定する方法には多くの問題が存在する。See *id.* at 93-97. しかし、その議論は本稿の範囲をはるかに超える。

(382) 原告の特定の健康上の特徴や習慣（例えば、心臓病を患っている、家族全員が90歳まで生きている、など）に基づいて、裁判所が平均余命統計を調整するという現在の慣行については、議論の余地がある。

ンダーを問わない平均余命の統計を使用し、計算からバイアスを排除する。⁽³⁸³⁾

最後に、将来の逸失所得の損害賠償額を計算するためには、将来の賃金だけでなく、就労可能年数を立証する必要がある。この点について、我々は二つの提案をする。第一に、裁判所は原告の将来の収入を決定するために専門家の証言を求めるべきではない。その代わりに、人種・ジェンダーを考慮しない全国平均賃金を用いるべきである。我々の提案は、ChamallasとWrigginsが提案した、白人男性の表を全員に使用する提案とは異なる。彼らの提案は過剰抑止につながり、不必要に賠償責任コストを増加させ、製品やサービスをより高価なものにしてしまう可能性がある。第二に、就労可能年数期待値の計算には、裁

(383) 社会経済的要因を調整すれば、人種間の平均寿命の差は著しく最小化されるか、あるいは消滅することが研究で実証されている。See Hilary Waldron, *Mortality Differentials by Race* (Office of Policy, U.S. Soc. Sec. Admin., Working Paper No.99, 2002), <http://www.ssa.gov/policy/docs/workingpapers/wp99.html> [<https://perma.cc/F8ZE-FZET>]; see also Morgan Kelly, *Study Reveals Impact of Socioeconomic Factors on the Racial Gap in Life Expectancy*, PRINCETON U. (Apr. 4, 2012), <http://www.princeton.edu/main/news/archive/S33/35/55M88/> [<https://perma.cc/WGF4-HU4W>] (社会経済的な相違が、黒人と白人の間の平均余命の格差のうち70%–80%を説明することを示した)。実際には、人種によらない平均余命を将来の医療費の基準にすることは全く妥当なことである。男女間の平均余命の格差の理由はあまり明確ではなく、遺伝的要因、社会的選択(強力な支援ネットワークの構築を含む)、雇用状況などが考えられる。Id. 確かに、この差が女性の積極的な選択によるものであるのなら、女性はより長い余命期待値の恩恵を受けるべきだと主張する人もいるかもしれない。See id. しかし、女性の平均余命に影響を与えている遺伝的、社会的、雇用的要因を区別することが困難であることを考えると、我々は、ジェンダー混合表に依拠することが最も適切であると主張する。さらに、Cary Franklinが他の文脈で論じたように、裁判所は、その法律が女性に利益をもたらすと主張して差別的な法律を弁護しようとする試みには懐疑的である。See generally Cary Franklin, *The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law*, 85 N.Y.U. L. Rev. 83 (2010) (1970年代の訴訟戦略と現代の裁判所への影響を論じている)。

(384) See Chamallas, *supra* note 106, at 1445; Wriggins, *supra* note 105, at 272–73.

判所は混合された就労可能年数統計表を使用すべきである。その結果、差別やバイアスのない損害賠償額が得られるであろう。⁽³⁸⁵⁾

これらの提案を採用すれば、確かに現行制度の中で人種やジェンダーによって不利な立場にある人たをより平等にすることはできるが、人種やジェンダーによって現在制度の中で有利な立場にある人たちの損害賠償額を減らすことにはなる。しかし、解決策は単純である。平均所得ではケガをしたときの損失を十分にカバーできないことを心配する有利な立場にある人々は、第一当事者保険（民間又は公的）に加入すべきである。平均よりも長生きしたり、平均よりも長く働くことで、将来の損害に対して十分な損害賠償が受けられないのではないかと心配する人も、同様に、保険に加入すべきである。

法と経済学の研究者は、混合表を使うことで、被害者の予防措置に対するインセンティブが歪められる—補償が多ければ多いほど注意を払わなくなるというモラル・ハザード問題が生じる—ことを懸念するかもしれない。しかし、そのような心配は杞憂である。第一に、物損事故と比べて人身事故ではモラル・ハザードははるかに発生しにくい。安定した収入が保障されていれば一生重度障害者でいたいと思う人は、全くいないわけではないかもしれないが、ほとん

(385) 原告特有の個人的な実績 (merit) に基づいて逸失利益の上下調整を行うべきかどうかについては、いくつかの問題が残っている。この考え方は理論的には魅力的に見えるが（「全き状態にする」という不法行為法の目標とより密接に合致する）、そのような試みは、適用に際していくつかの問題を引き起こす。第一に、成人原告のキャリアチェンジの可能性を排除する可能性がある。原告の職業が清掃員であったことに基づいて調整すると、原告がより有利な職業に転職することはなかったと仮定してしまう。他方、原告が転職を意図していたという主張を認めると、戦略的行動への不適切なインセンティブを生み、原告がこのような行動を意図していたと偽って主張することを助長する可能性がある。第二に、このような慣行は、家族の特性 (family demographics) に基づくバックエンドの差別を可能にする。調整を認めることは、家族の力関係や両親の決定が原告の収入と相関すると被告が主張する余地を残すことになりかねない。そうすれば、損害賠償額における既存の社会経済的格差を、家族の背景というレンズを通して再現することになる。

どの人はそのような命の危険を冒すことはないだろう。第二に、さらに重要なことは、ここでの我々の主張は、子どもに適用した場合に最も説得力があるということである。子どもがこのような政策変更の焦点である限り、子どもがこのようなモラル・ハザード的行動をとると予測することは、およそ現実的ではない。

実際、不法行為制度は、財やサービスのコストにあらかじめ組み込まれた保険制度として概念化することができる⁽³⁸⁶⁾。したがって、制度を平等主義的なものにするには直感的に支持できるものがある。基本的には同一の保障を提供し、潜在的な保障に不満を持つ人には個人のニーズに応じて追加の保険に加入させるのである⁽³⁸⁷⁾。

不法行為による損害賠償を保険の一形態として概念化すると、この提案は現在の傾向に沿ったものになる⁽³⁸⁸⁾。多くの州議会は、生命保険契約におけるジェンダー中立的な混合表の使用を明示的に認める法令を成文化している（ただし、ほとんどの州はジェンダーベースの表を使用する選択肢も排除していないことは認めざるを得ない⁽³⁸⁹⁾）。同様に、多くの州が男女差別を禁止しており、ほとんどの州が障害保険における人種差別を禁止している⁽³⁹⁰⁾。オバマケアは、健康保険における性差別と人種差別の両方を禁止している⁽³⁹¹⁾。

我々の提案は、イスラエル最高裁判所が提示したアプローチと比較することができる。同裁判所はこの点では世界で最も先進的な最高裁の一つである⁽³⁹²⁾。第

(386) See Heidi Li Feldman, *Harm and Money: Against the Insurance Theory of Tort Compensation*, 75 TEX. L. REV. 1567, 1569-70 (1997).

(387) See *id.*

(388) このような不法行為法の理解は確立されている。See, e.g., *id.* at 1569 n.9 (保険理論としての不法行為法に関する経済学者の議論を列举する)。

(389) Ronen Avraham et al., *Understanding Insurance Antidiscrimination Laws*, 87 S. CAL. L. REV. 195, 246-50 (2014).

(390) See *id.* at 232-52.

(391) 42 U.S.C. § 18116 (a) (2012).

(392) CA 100064/02 Migdal Ins. Co. v. Abu-Hana (3) TakSC 3932 (2005) (Isl.).

一に、我々の分析はこれまでのところ、子どもに適用された場合に最も説得力があったが、分析の論理は年齢とは関係なく、確立した収入記録のないすべての原告に対して裁判所がそれを適用することを妨げるものではない。対照的に、イスラエル最高裁は、人種、ジェンダー、出身地、宗教に関係なく、損害賠償の計算に全国平均賃金を使用することを要求しているが、その判旨は、収入記録のない未成年者や若年成人に限定されている⁽³⁹³⁾。人身傷害の原告の大部分は成人であり、その多く（特に女性）は収入記録のない成人であるため、平等性を未成年者の場合のみに制限することは、制度全体への影響を小さくすることになる⁽³⁹⁴⁾。しかし、成人にも混合表を適用することを提案することは、現行の制度からのより大きい逸脱を必要とする。我々の意図は、まず裁判所に子どもへの混合表の使用を開始するように説得することであるから、より複雑になる可能性のある成人のケースについては、更なる検討の余地を残しておくことにする。我々のアプローチとイスラエル最高裁のアプローチとの間の第二の比較点は、我々が例外なく全国平均賃金を適用することを提案していることである⁽³⁹⁵⁾。対照的に、イスラエル最高裁は、社会の平均所得を推定値としているが、資格、学歴、将来の成功への願望などの理由で、稼得能力が全国平均よりも高かったか低かったであろうことを立証できると信じる場合には、当事者に上下への乖離を主張することを認めている⁽³⁹⁶⁾。しかし、（我々は）このような逸脱を

(393) *Id.*

(394) *See id.*

(395) *Cf. Sherri R. Lamb, Toward Gender-Neutral Data for Adjudicating Lost Future Earning Damages: An Evidentiary Perspective*, 72 CHI.-KENT L. REV. 299, 338 (1996)（「原告を通常の範囲から外すような証拠が出ない限り、各人を平均と同等とみなす」ことを示唆）。

(396) *Migdal Ins. Co.* (3) TakSC 3932. Weinstein 判事は、この選択肢については長々と議論していないが、不法行為法は個人の特性に基づいた個別の評価であるべきだという彼の一般的な結論と一致するように、原告を範囲から外すべき証拠が出ない限り、全国平均を使用する可能性を強調している。See *G.M.M. ex rel. Hernandez-Adams v. Kimpson*, 116 F. Supp. 3d 126, 153-54 (E.D.N.Y. 2015)。

認めることの事前的利益はゼロであり、不法行為法の中でこの問題に対処するより良い方法は、関係者が保険に加入できるようにすることであると、改めて主張する。

第三に、イスラエル最高裁のアプローチは、男女同一の退職年齢を採用しているが(実際には男女は異なる年齢で退職する可能性があるが)、男女同一の余命表は採用していない。⁽³⁹⁷⁾我々は、同一の余命表を使用することを提案する。賃金表や就労可能年数表の場合とは異なり、混合余命表を使うことは、女性の方が一般的に平均寿命が長いいため、女性に不利であることに注意しよう。混合余命表を使用するという我々のアプローチは、不法行為法は、対象となるグループが誰であろうと、人種やジェンダーを問わず、ターゲティング・インセンティブを生み出すべきではないという我々の考え方⁽³⁹⁸⁾に由来する。

被告は、混合表に基づいて原告に対して補償することを余儀なくされた場合、おそらく我々の提案に対する明白な批判を提起するだろう。なぜ差別を「是正」する提案の費用を被告が払わなければならないのか? 被告としては、結局のところ差別は社会の問題であり、そのようなものとして、すべての人が平等に負担を負うべきであると主張するかもしれない。したがって、被告には非混合表を用いた正確な損害賠償を支払わせ、不利益を被ったグループの被害者には、税金や所得移転を利用して政府から差額を支払うというのが公正な解決策⁽³⁹⁹⁾なのではないか。このようにすれば、社会問題の責任を被告の肩に負わせるの

(397) *Migdal Ins. Co.* (3) TakSC 3932.

(398) 最近の欧州連合(EU)司法裁判所の判例では、男性と女性でリスクが異なっても賠償額は同じであるべきと判断された。*Case C-236/09, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL v. Conseil des ministres*, 2011 E.C.R. I-800, at I-805. 同様のアプローチは、先述の *Norris* と *Manhart* の画期的な事例において、米国最高裁が採用したものである。*See supra notes 343-47 and accompanying text.*

(399) *See, e.g., Kaplow & Shavell, supra note 25, at 667* (経済分析や、規範的要因よりも効率性に焦点を当てることに対する批判は、「所得税制度—ここでは貧困層への無償給付を含むと解されている—が、希望する所得分配を達成するために

ではなく、社会全体で負担を分担することができる、というのである。しかし、この修正は、私たちの裁判所が差別的な実務—このような実務は、他の制度であれば嫌悪を催させるような代物である—を永續させ続けるという事実に対処できるものではない。もっと重要なことは、このようなアプローチは、不利な立場にある人々をターゲティングする事前インセンティブを維持することになる⁽⁴⁰⁰⁾ということである。

上記の解決策に微調整を加えることで、表向きは上の問題を解決することができる。被告は、混合表に従って裁判所で支払いを行い、その後、差額分の税額控除を受けるといふものだ。この解決策は、費用を分散させ、裁判所のイメージを守るという点では成功しているが、別の点で欠陥がある。税額控除を受ける被告は、非混合的特性を前提として損害賠償計算を行うインセンティブを継続的に持つことになる。したがって、この代替案の下では、社会はターゲティングを助成することになる。

被告が提起するかもしれないもう一つの議論は、従業員数15人以上の雇用者のみを対象に職場での差別を禁止している公民権法第7編に関連するものである⁽⁴⁰¹⁾。この裾切りは、小規模な雇用者が差別禁止規範のコストを負担すべきではないという社会的判断を反映している⁽⁴⁰²⁾。したがって、大企業である不法行為被告のみが混合表に従って責任を負うべきであり、小規模な不法行為被告は非混合表に従って責任を負うべきであるというのである。この議論に対する応答としては、大なり小なり誰もが住宅差別を禁じている公正住宅法（Fair Housing Act: FHA）からこそ社会はヒントを得るべきであるということかもしれない

自由に利用できるならば、無意味なものになるだろう」と指摘する)。

(400) See *supra* Part I.

(401) 42 U.S.C. § 2000e (b) (2012).

(402) Jacqueline Louse Williams, Note, *The Filmsy Yardstick: How Many Employees Does It Take to Defeat a Title VII Discrimination Claim?*, 18 CARDOZO L. REV. 221, 233 (1996) (「主要な反対意見の一つは、中小企業における雇用者と被雇用者の関係は個人的なものであるということであった」 (citing 110 CONG. REC. 13085 (1964) (remarks of Sen. Cotton))).

(特定の一戸建て住宅や持ち家住宅については限定的な例外を設けている)⁽⁴⁰³⁾。明らかに、社会は、住宅市場における差別と闘うために、FHAを通じて、大規模な物件所有者と小規模な物件所有者の両方に対して、法令遵守の負担を課することを意図している。したがって、不法行為の被告は、どのような規模であっても時には混合表に基づいて支払うべきだとする社会的なきざしが、少なくとも少しはある。

VII. 結論

2003年時点で利用可能な、関連実証データのレビューによると、裁判所は不法行為による損害賠償額によって人種やジェンダーに関連した経済的不平等を再現していることが示唆された。⁽⁴⁰⁴⁾ これらの違いは、一般的には裁判官の偏見

(403) 42 U.S.C. § 3603.

(404) EDIE GREENE & BRIAN H. BORNSTEIN, DETERMINING DAMAGES: THE PSYCHOLOGY OF JURY AWARDS 54-58 (2003). Rand社が1985年に実施した、1959年から1979年の間にCook郡で行われた9000件の民事陪審員裁判に関する調査では、黒人が受けた賠償額はより小さく、同等の白人の賠償額の約4分の3であることがわかった。AUDREY CHIN & MARK A. PETERSON, DEEP POCKETS, EMPTY POCKETS: WHO WINS IN COOK COUNTY JURY TRIALS, at v, viii (1985). しかし、原告の人種が陪審員の賠償裁定額に与える影響に関するデータは極めて限られており、よく調べてみると、矛盾した結果も示唆されている。GREENE & BORNSTEIN, *supra*, at 54-55. このテーマに関するある研究(強姦に関する民事賠償事件のシミュレーション)では、大学生は白人原告に高い損害賠償を、陪審員資格のある成人は黒人原告に高い損害賠償を授与しており、矛盾した結果となっている。Id. 著者らは、原告の人種による損害賠償額の違いの理由について、有意な実証的根拠を見いだせなかった。Id. 原告のジェンダーの影響については、より多くのデータが利用可能であり、これらは、法廷では男性の方が女性よりも有利であることを示唆している。See *id.* at 55-58. Jury Verdict Research CorporationとWashington State Task Force on Economic Consequences of Gender in Civil Litigationのアーカイブデータは、より詳細な報告を行い、そこでは男性原告の方が女性原告よりも高い損害賠償額を受け取っていることが示されている。See *id.* at 55-56.

に起因するものと見なされている⁽⁴⁰⁵⁾。〔しかし〕本稿では、政府の人種やジェンダーに基づいた統計表を用いて損害賠償額を決定するという「中立的」な慣行に（も）その責任がある可能性⁽⁴⁰⁶⁾があることを示した。我々は、現在の裁判所における損害賠償額裁定の慣行は、不公正のみならず非効率的であるため、廃止されるべきと論じた。我々はまず、不法行為による損害賠償を決定するための現行のアプローチを検討することから始めた。これらのアプローチには、裁判所が使用している平均余命、就労可能年数、平均賃金統計表などがある。前述したように、これらの表の多くは、ジェンダーと人種の両方で線引きされたデータを提供している。これらの表の使用とその結果として生じる差別に対する学問的反応は、主に平均賃金表に焦点が当てられてきたが、平均余命表と就労可能年数表の両方から生じる差別はほとんど無視されてきた。このような注目の欠如はほとんどの不法行為ケースブックの中で続き、差別の問題が不法行為法の中心ではないという認識を次世代の弁護士に植え付けている。

次に、不法行為法に関連する様々な理論、すなわち、矯正的正義、分配的正義、効率性の検討に移った。我々は、混合表の使用は、不法行為理論のアプローチにとって有害なものではないことを示した。

我々は主に効率性の観点から問題を分析することに重点を置いた。この点では、分析結果は暗いものである。従来⁽⁴⁰⁵⁾の常識では、効率性は非混合表の利用を要求し、不利な立場にある者をターゲティングすることが効率的な帰結をもたらすとされている。我々は、社会的厚生⁽⁴⁰⁶⁾の最大化は、非混合表の使用を容認するだけでなく、実際にはそれを要求していることを示した。このような試みが実際に成功するかどうかは、まだわからない。

最後に我々は、差別と戦うことがその唯一の目的であるはずの法律を含む連邦法において皮肉にも非混合表が用いられていること（我々の見解ではそれは受け入れられないものである）を暴露し、検証した。

(405) See GREENE & BORNSTEIN, *supra* note 404, at 54–58.

(406) See Chamallas, *supra* note 115, at 467.

いくつかの根本的疑問が残っている。本稿が提示した議論は、人種やジェンダーを超えて拡張することができるだろうか？例えば、四肢麻痺を患っている人のための表を含め、障害（者）の平均余命を調整する表が別個に用意されている⁽⁴⁰⁷⁾。これらの表を使用することは、原告が重い傷害を負っている者であればあるほど、その引き起こした危害に対して被告が受ける「割引」が大きくなることを意味し、全体的な公正性の観点からもインセンティブの観点からも問題がある⁽⁴⁰⁸⁾。関連する問題として、本稿で提示された議論が全ての年齢層の原告に適用できるかという点がある。前述したように、イスラエル最高裁は、不利な立場にある集団の保護を、まだ収入記録が示されていない未成年者と若年成人に限定している。ジェンダーや人種を問わず、子どもたちは同じ傷害に対して同じ損害賠償を受けるべきであるという考えを理解することは、成人の場合においてこの考え方を飲み込むよりも簡単だろう。しかし、ここで提示した議論と論理は、成人についても同様の結論を示唆している。

もう一つの興味深い質問は、マイノリティに有利な場合の非混合表の使用に関連するものである。Weinstein判事は、アファーマティブ・アクションを理由として、そのような使用は正当であると考えているようだ⁽⁴⁰⁹⁾。

最後に、おそらく最も重要な問題として残されているのは、非混合表を使用する慣行が、不公平で非効率的であるだけでなく、違憲であるかどうかという点である。この慣行が確かに違憲であるという主張は、いくつかあるが、惜しむらくはほとんど無視されている。にもかかわらず、この問題は全く単純なものではないので、別稿で議論する⁽⁴¹⁰⁾。

(407) *McMillan v. City of New York*, 253 F.R.D. 247, 248 (E.D.N.Y. 2008).

(408) *See Chamallas, supra* note 106, at 1441.

(409) *See McMillan*, 253 F.R.D. at 255-56.

(410) *See generally* Kimberly A. Yuracko & Ronen Avraham, *Valuing Black Lives: A Constitutional Challenge to the Use of Race-Based Tables in Calculating Tort Damages*, 106 CALIF. L. REV. (2018年刊行予定) (共著者たちがファイルで保有). [106 CALIF. L. REV. 325-372. Martha Chamallas と Jennifer Wriggins は、[人種・ジェンダーに基づく] 賃金表の使用は違憲であると長い間主張してき

さしあたり最も差し迫った問題は以下である：裁判所は非混合表の使用を直ちに停止すべきだ。

た。*Id.* (manuscript at 5) [訳注：at 327-28. 同論文に関する訳者（尾下）による紹介として、尾下悠希「不法行為訴訟の損害賠償額算定における人種差別」（アメリカ法2021-1号（2021年）掲載予定。なお、訳者達は同論文の翻訳も予定している]

[訳注]

- (i) 本稿は Ronen Avraham/Kimberly Yuracko, *Torts and Discrimination*, OHIO STATE LAW JOURNAL, Vol. 78, No. 3, pp.661-731 (2017) の翻訳である。機械翻訳サービス DeepL 翻訳 (<https://www.deepl.com/translator>) を用いて生成した訳文をベースに訳者3名で分担して修正した。頁末の脚注は原注、以下の注は訳注である。原文にはないが理解の便宜等のために訳者が補充した箇所を〔 〕(亀甲括弧)で示した。斜体強調は原文のままとした。原文は Part I~VI で構成されているが、これらを本文では「第1~6章」と訳している(それ以下のA~C等についても“part”と記されている場合があるが、こちらは適宜省略するか「節」等とした)。翻訳を快諾し、訳者からの質問にも迅速に答えて頂いた両著者、そして訳文について教示を頂いた方々(山本顕治、高橋裕、水野倫理、田中喜行、平井直知)に謝意を表したい。また訳者達は、神戸大学エコノミー学大学院プログラム ELS-G セミナーにおいて、本翻訳に関する報告を行った(2021年6月18日(共催:神戸大学社会システムイノベーションセンター研究プロジェクト「法と経済学ワークショップ」(研究代表者:村上佳世)))。同セミナーの参加者から頂いた教示にも併せて謝意を表したい。本稿は、JSPS 科研費 18H00796 の助成を受けたものである。
- (ii) 某大手運送会社と名称を類似させた、もちろん架空の会社である。
- (iii) 「ハンド (Hand) 裁判官の提示した過失責任認定のための判断枠組。事故回避費用が事故の蓋然性と損失の重大性の積より小さいときに、それにもかかわらず回避措置をとらなかったことを過失 (negligence) であるとした」(田中英夫(編集代表)『英米法辞典』(東京大学出版会、1991年)401頁)
- (iv) 「憲法的な権利保障は、一般に連邦政府及び州を拘束するもので、私人による行為を拘束しないと考えられている。個人の権利は、あくまで政府の権限に対する制限であって、私人の行為への制限ではないというわけである。しかし、その最高裁も、一定の場合には、私人の行為が政府の行為ないし州の行為 (state action) となり、憲法に拘束されることを認めてきた。これが政府の行為ないしステイト・アクション理論である」(松井茂記『アメリカ憲法入門(第8版)』(有斐閣、2018年)216-217頁。ステイト・アクション理論に関する邦語文献リストとして、宮下紘「ステイト・アクション法理の理論構造」一橋法学7巻2号239-307頁(2008年)240頁注(4)及び平松直登「ステイト・アクション法理と水平的効力(1)合衆国憲法の権利条項の名宛人と私人間における人権保障のあり方」法学研究論集48号(2017年)41-62頁(43頁注(9))参照。なお本論文の著者達は、別論文で、ステイト・アクション理論のリーディングケースである *Shelley v. Kraemer* の射程に関する4つのありうる解釈を示した上で、いずれ

- の解釈でも人種別統計の例が *state action* にあたることを論じている (Yuracko & Avraham, *supra* note 410, pp.348-358. 参照、尾下・前掲注 (410))。
- (v) *Special master* は「特別補助裁判官」(「特定の行為または措置 (中略) を裁判所の代表として行うため任命される補助裁判官」田中編・前掲訳注 (iii) 796頁) 「特別裁判所主事」(小山貞夫編著『英米法律語辞典』(研究社、2011年) 1048頁) という訳語があるが、ここでの9.11犠牲者補償基金の *Special Master* である Kenneth Feinberg の場合、航空運輸安全および航空システム安定化法 (*Air Transportation Safety and System Stabilization Act of 2001, Pub. L.107-42*) に従って司法長官から任命されているので、「特別管理人」と訳した(参照、ケネス・R・ファインバーグ (伊藤壽英訳) 『大惨事後の経済的困窮と公正な補償』(中央大学出版部、2016年) 52頁)。他方、本文の他の箇所(注370、注371に対応する本文、注375)の場合は裁判所によって任命されていると思われるので、「特別補助裁判官」と訳した。
- (vi) 「人種・性別・出身国・年齢・身体的障害などにつき一見中立的に見えることが結果的には不当な差別の効果・影響をもたらすこと；特に雇用関係で問題とされる；差別するという意図がなくても成立する点が重要」(小山編・前掲訳注 (v) 326頁)。文献参照も含めて、安西文雄「間接差別と憲法」明治大学法科大学院論集20号(2017年) 1-22頁。
- (vii) 著者確認の上誤記を修正した。
- (viii) 「英米法における被害者の素因の取り扱いは、いわゆる『エッグ・シェル・スカル・ルール (*Eggshell skull rule*)』または『不法行為者はその被害者があるがままの状態を引き受ける (*A tortfeasor takes his victim as he finds him*)』という命題により明確に示されている。この命題におると、素因による損害の発生・拡大のリスクは、加害者が負担することになる。この命題は、イギリスにおいて、*Eggshell skull case* (卵の殻のように薄い頭蓋骨事件) として有名な1901年の国王座部 (*Kings Bench*) の判決が打ち出したものである。この判決以降、被害者の訴因による損害の発生・拡大のリスクを加害者が負担するという原則は、上述の『不法行為者はその被害者があるがままの状態を引き受ける』という形で命題化され、現在まで一貫して維持されている」(永下泰之「損害賠償法における素因の位置 (1)」北大法学論集 62巻4号 (2011年) 671-745頁 (677頁))。
- (ix) 著者に確認して誤記を修正した。
- (x) 原文は *Standard Error* (標準誤差) となっているが内容的に見て「標準偏差」の方が適切と判断し(平井直知の教示による)、著者に確認の上修正した。
- (xi) 日本におけるこの点に関する議論として、文献参照も含めて、原ひろみ「女性の活躍が進まない原因」川口大司編『日本の労働市場』(有斐閣、2017年) 150

-181頁（特に160頁、167-169頁（統計的差別とフィードバック効果））。

- (xii) 「〔公民権法〕第7編の706条 (g) (1) によれば、裁判所は、違法な差別に対して、①当該行為の差止め、②被用者のバックペイ付の復職や採用を含む、適切な積極的是正措置 (affirmative action)、③その他、裁判所が適切と考えるあらゆるエクイティ上の救済 (equitable relief)、を命じることができる。(中略) 採用を命じるにあたって現に空職がない場合には、空職ができれば最初に雇用し、かつ、それまでの間についても賃金および諸給付を支払うこと (フロント・ペイ) が命じられる。当事者間に深刻な敵対関係が生じた等の事情のために採用命令が不適切と認められる場合にも、本人が他で相当の職につくまでの間、やはりフロント・ペイの支払いが命じられる。」(中窪裕也『アメリカ労働法 (第2版)』(弘文堂、2010年) 237-238頁)

「フロント・ペイはエクイティ上の救済であり、雇用差別の被害者が利用できる『全き状態にする』(make whole) ための救済措置の一要素である。『全き状態にする』救済措置には、差別の被害者を、もし不正が行われていなかったとしたらその人が置かれていたであろう状況にできるだけ近づけることで、当該被害者を全き状態にするために必要とされる全ての行動が含まれる。……フロント・ペイの救済措置は、復職または差別のない配置が利用可能な救済措置であるにもかかわらず、個別請求における特別の理由から拒否された状況において、被害者を補償するものである。差別の被害者を全き状態にするために、フロント・ペイの補償は、一般的には、そのような非差別的な配置が達成されるまでの間与えられるのが一般的である。」(合衆国雇用機会均等委員会 (EEOC) ウェブサイトからの引用 (<https://www.eeoc.gov/federal-sector/front-pay>))。