

不法行為法における  
損害の帰責基準について

横 井 徹

目次

- 一 問題の所在
- 二 損害の帰責基準をめぐる学説の状況
  - 1 四一六条Ⅱ「相当因果関係」説
  - 2 平井説（保護範囲説）
  - 3 清水説（予見可能性説）
  - 4 危険性関連説
    - (a) 石田説
    - (b) 前田説
    - (c) 四宮説

5 小括

三 英米法の状況

1 proximate cause 概念の変遷

(a) 伝統的アプローチ

(b) 近代の批判説

2 「予見可能性」及び「リスク」

(a) 予見可能性基準

(b) リスク・セオリー

3 小括

四 不法行為責任と因果関係

1 近代の批判説の問題点

2 ハート・オノレの学説

五 結語

一 問題の所在

わが不法行為法における損害の帰責基準について、判例がいわゆる四一六条Ⅱ「相当因果関係」説を採用していること、及び、この判例の立場に対しては学説の厳しい批判が加えられており、判例と学説とが近時対立を深めつつあ

ることは、周知の事柄といえよう。

判例の立場は、債務不履行による損害賠償の範囲を定めた民法四一六条の規定を、損害賠償一般の範囲を決すべき基準を定めたものと理解し、不法行為による損害賠償の場合にもこの四一六条の規定は類推適用されてしかるべきだとするものである。大正一五年の大審院判決（富喜丸事件）は、その基本的立場について「民法第四百十六條ノ規定ハ共同生活ノ關係ニ於テ人ノ行為ト其ノ結果トノ間ニ存スル相当因果關係ノ範圍ヲ明ニシタルモノニ過キスシテ獨リ債務不履行ノ場合ニノミ限定セラルヘキモノニ非サルヲ以テ不法行為ニ基ク損害賠償ノ範圍ヲ定ムルニ付テモ同條ノ規定ヲ類推シテ其ノ因果律ヲ定ムヘキモノトス<sup>①</sup>」と述べており、最高裁も昭和四八年六月七日の判決において「不法行為による損害賠償についても、民法四一六条が類推適用され、特別の事情によって生じた損害については、加害者において、右事情を予見しまたは予見することを得べかりしときにかぎり、これを賠償する責を負うものと解すべきであることは、判例の趣旨とするところであり……いまだちにこれを變更する要をみない<sup>②</sup>」と、この立場の維持を表明している。

これに対して学説は、四一六条と相当因果關係概念とは構造的にも系譜的にも性質を異にするものであって、四一六条の内容を相当因果關係と呼ぶべき理由は何もないとする平井宜雄氏の所説<sup>③</sup>を起点として、今日までに様々な批判説を生み出してきている。とりわけこの平井説は、わが不法行為法への四一六条の類推適用及び相当因果關係概念の採用をとともに排し、従来四一六条<sup>④</sup>「相当因果關係」説によって処理されてきた問題を、事象的因果關係の問題と保護範囲に関する政策的価値判断の問題とに、分解して考えるべきであるとする提言を行った。この学説は多くの学者の共感を呼び、「不法行為法学を語る者にとって出発点となる理論枠組みとなっている<sup>⑤</sup>」とさえいわれる。もちろん、四一六条類推適用の是非と相当因果關係概念の採用の是非とは一応別の問題であるので、平井氏の提言を踏まえなが

らも四一六条の類推適用を肯定しようとする学説も登場してきているが、これらを含め、学説は総じて相当因果関係概念の採用を否定し、この点で判例と鋭い対立関係に立っている。不法行為の責任の画定にあたっては事実的因果関係と政策的価値判断とを明瞭に区別し、そのうえで不法行為責任にふさわしい帰責基準を確立しようというのが、近年の学説に共通した志向となっているのである。

さて、このように判例と学説とが対立したままの状態が続くことは、決して望ましい事柄とはいえない。このような事態は、学説の側からは、四一六条Ⅱ「相当因果関係」説のドグマからの「解放」<sup>⑤</sup>といった評価をもって受け止められているようであるが、しかし学説の志向するところが判例の受け入れるところとなっていない理由を、一度根本に立ち戻って反省する必要もありはしないであろうか。そこで以下、不法行為法における損害の帰責基準についての近年の学説の動向及びその問題点を整理し、理論と実務との間に対話がひらかれる道を模索してみることとしたい。

〔注〕

- (1) 大判大正二五年五月二二日民集五卷四二〇頁。
- (2) 最高判昭和四八年六月七日民集二七卷六号六八二頁。
- (3) 平井宜雄『損害賠償法の理論』、一九七一年、東大出版。
- (4) 森島昭夫『不法行為法講義』、一三三頁、昭和六二年、有斐閣。
- (5) 四宮和夫「不法行為法における後続侵害の帰責基準」、三七頁、法協百年論集3巻、昭和五八年、有斐閣。

## 二 損害の帰責基準をめぐる学説の状況

### 1 四一六条Ⅱ「相当因果関係」説

はじめに、今日の学説の批判の対象となっている四一六条Ⅱ「相当因果関係」説に触れることとしよう。そもそも、わが民法は損害賠償に関する通則的規定を置いておらず、損害賠償を支える基本理念は何か、あるいは、契約法と不法行為法とでは損害賠償の原理は異なるのかといった問題について何も手掛かりを与えてくれない。このためわが草創期の民法学も、「法典ハ損害賠償債権ニ関シ一般的規定ヲ設クル所ナク単ニ債務不履行及ヒ不法行為ニ関シ規定ヲ設クルニ過キス然レトモ損害賠償債権ハ此以外ニ於テ法律ノ規定ニ基キテ生スル場合アルノミナラス契約ニ基キテ生スル場合アリ此等ノ損害賠償債権ハ債務不履行又ハ不法行為ニ基クモノニアラサルカ故ニ損害賠償債権ノ要件損害賠償ノ範囲、賠償方法等ニ関シ適用スヘキ規定ヲ欠ク是レ頗ル法典ノ体裁ヲ失シタルモノニシテ須ラク損害賠償債権ニ関スル一般的規定ヲ設クルコトヲ要ス」(石坂音四郎)<sup>6)</sup>などと述べて、法典の不備を補う努力を開始した。

最初はドイツ法学の直輸入が試みられた。例えば、右の石坂音四郎の『債権法大綱』には「損害賠償ハ被害者ヲシテ損害発生ノ原因タル事実カ生セサリシト同一ノ状態ヲ回復セシムルコトヲ目的トスル」とか、あるいは「賠償範囲ハ因果関係ニ依リテ定マル」<sup>7)</sup>とかいった主張がみられるが、これらがドイツ損害賠償法を支える現状回復の理念、及び、その法技術的表現としての因果関係概念の導入によるものであること、言うまでもない。この場合、石坂は因果関係概念の理解について「如何ナル場合ニ或作為ト結果タル損害トノ間ニ因果関係存スルヤニ関シテハ学説岐レ(一)或ハ結果ヲ生スルニ欠クヘカラサル凡テノ条件 (condicio sine qua non)ヲ以テ原因トナシ(条件説) (二)或ハ結果ヲ生スルニ欠クヘカラサル条件ノ中其重ナルモノ(例ヘハ最有力ナルモノ)ノミヲ原因トナシ(原因説) (三)或

ハ結果ヲ生スルニ欠クヘカラサル条件ニシテ且一般的ニ觀察シテ同種ノ結果ヲ生スル可能ヲ有スルモノヲ原因トナス  
(適用条件説) ……第三ノ見解ニ從フヲ適當トス」といわゆる相当因果關係説を採用し、「苟モ結果カ適當条件ヨリ  
生セルモノナルトキハ直接ナルト間接ナルトヲ問ハス又同時ニ他ノ原因存スルモ行為者ハ其結果ニ對シテ責任ヲ負フ  
從テ行為ト結果トノ中間ニ介入スル事実アル場合ニ於テモ其行為カ一般的ニ觀察シテ結果ノ原因トシテ認ムルコトヲ  
得ヘキ場合ニハ其行為ハ原因タルモノトス故ニ適當条件説ニ依ルトキハ所謂因果關係ノ中断ナル觀念ヲ認ムル必要ナ  
シ」<sup>(8)</sup>という考え方を明らかにした。

石坂説の特徴は、現状回復の理念及び適當条件説(相当因果關係説)に立つ因果關係概念をわが民法にも導入した  
ことにあり、損害賠償法の一般的規定(通則的規定)に相當するものを確立したことにある。すなわち損害賠償の範  
囲は、現状回復の理念を基礎とする相当因果關係概念によって定まるのである。この点、契約法であっても、又、不  
法行為法であっても異なるところはないとされる。ただし、債務不履行の場合には四一六条という賠償範囲に関する  
独自の規定が置かれているため、契約法と不法行為法とで取り扱いが全く同じであってよいというわけには行かない。  
そこで石坂は、四一六条は債務不履行の場合における損害賠償の範囲に、因果的原理とは別の「制限ヲ設ケ」<sup>(9)</sup>たもの  
と理解した。換言すれば、相当因果關係という原理のほか、四一六条所定の予見可能性という制限が債務不履行の場  
合には加わるのである。これが、わが民法学における最初の考え方であった。

次いで、鳩山秀夫も相当因果關係説の採用を主張した。ただし鳩山はその相当因果關係説と四一六条との關係につ  
いて石坂とは異なる解釈を示した。鳩山は言う。「我民法ハ因果關係ニ付テ如何ナル見解ヲ採リタル乎。債務不履行  
ニ付テハ第四百十六條ノ規定アリ、不法行為ニ付テハ特別ノ規定ナシ。此ニ於テカ学者或ハ民法ガ債務不履行ニ付テ  
ハ損害賠償ノ範圍ヲ限定シ、不法行為ニ付テハ之ヲ限定スルコト無カリシモノト解ス。然レドモ余ハ因果關係ノ意義

ニ付テ……理論上相当因果關係説ヲ正当トシ、而シテ民法第四百十六條ハ恰モ相当因果關係説ノ内容ヲ規定シタルモノト解スルガ故ニ、從ツテ損害賠償ノ範圍ニ付テハ債務不履行ト不法行為トノ間ニ差異ナキモノトス。……民法第四百十六條第二項ノ規定ハ敢テ損害賠償ノ範圍ニ付テ相当因果關係説ヨリモ其範圍ヲ拡張シタルニ非ズ。又之レヲ制限シタルニアラス。……余ノ解スル所ニ依レバ我民法第四百十六條第一項及び第二項ヲ合シテ正ニ相当因果關係説ヲ採用シタルモノニシテ、而シテ其相当条件ノ内容ヲ定ムルニ付テ、善良ナル管理者ニ予見シ得ベキ事情ヲ以テ其基礎トシタルモノニ外ナラザルナリ。<sup>10)</sup>

みられるように、鳩山においては四一六條は相当因果關係概念と同一視され、その意味で同條は損害賠償一般の通則的な地位にまで高められている。

ここにいわゆる四一六條<sup>11)</sup>「相当因果關係」説が成立し、あの富喜丸事件の大審院判決に受け継がれて以後、この考え方は例えば我妻栄『新訂債権総論』が「損害賠償は、一方の被った損害を他方に填補させ、もって当事者間の公平をはかろうとする制度であるから、通常の場合に生ずべき損害を填補させることが最もよくその制度の目的に適する。これ、相当因果關係説が損害賠償の通則と認められるゆえんである。……民法第四一六條は、損害賠償の範圍を定める。その内容は、右に述べた相当因果關係の範圍に関する近時の多数説の説くところと合致するとみることができ<sup>12)</sup>る」と述べるように、通説<sup>13)</sup>判例としての地位を占めるようになった。

民法四一六條とは、生じた損害のうち「通常生スヘキ損害」についてはまずもってそれを賠償の対象とし、「特別ノ事情ニ困リテ生シタル損害」については当事者の予見可能性がある場合にのみ賠償の対象とする旨を規定したものである。<sup>12)</sup>換言すれば、通常生ずべき損害又は予見可能な損害であることを帰責の基準にしようとする規定であるといえる。この基準を相当因果關係概念と同一視し、もって四一六條を損害賠償一般の通則にまで高めようとしたのが、

右の四一六条「相当因果関係」説なのであった。

従って四一六条「相当因果関係」説とは、要約すれば、四一六条所定の責任制限基準によって制約された因果関係をもって損害賠償一般の基本原理たらしめようとする考え方であるといふことができる。

## 2 平井説（保護範囲説）

さて、右の四一六条「相当因果関係」説に根本的な疑問を投げかけたのが平井宜雄氏であった。平井氏は、相当因果関係概念及び四一六条の系譜的研究を行い、両者が構造的にも機能的にも全く異なるものであることを主張した。氏がまずなによりも強調するのは、相当因果関係概念は「完全賠償の原則というドイツ損害賠償法の基本構造の中から生まれたもの」<sup>13</sup>だという点である。すなわち氏によれば、すでにドイツ民法第一草案の段階で「損害賠償といふのはいかなる場合でも全利益の給付義務である」という規定が見られるように、ドイツでは完全賠償の原則が損害賠償法の基本原則とされてきた。そしてこの完全賠償の原則を支えるための法技術がいろいろ試みられるなかで、「損害賠償の範囲は因果関係によって、そうして因果関係のみによって定まる」という命題が確立されてきた。この命題は「因果関係のみを要件とすることによって、責任原因の如何を問わず、統一的・抽象的にすべての損害を賠償せしめようとするための概念構成」<sup>14</sup>なのであるが、しかしそれだけにまた問題点もあった。すなわち「因果関係は、*conditio sine qua non* にほかならないのであり、それは、思考の一形式として無限に連続するところの、事象における関係を意味し、したがって損害賠償の範囲の要件を、因果関係のみとするときは、損害賠償義務を生ぜしめる事実を原因として生じる結果は論理的には無限に拡がることになり、債務者は、考えられる限りのおよそありとあらゆる損害を賠償せしめられる」といふ帰結が導かれる「ことになるのである。そこでこの因果関係論の陥穽を埋める努力



が必要とされ、そのような努力の一つの所産として相当因果関係概念が登場した。それは「完全賠償の原則の論理構造をそのまま維持しつつ、しかも損害賠償の範囲を無限に (unferlos) 拡大することなく、法の目的に即して確定」するための概念であり、因果関係概念を「因果関係一般ではなく、法の目的に適ったところの特殊な、法的因果関係」として理解するところに成り立つものであった。かの「完全賠償の原則の論理構造と矛盾することなしに、ありとあらゆる損害を賠償させられることに論理的に導かないようにするにはどのように法律構成すればよいか」という課題は、この相当因果関係概念の登場によって一応の解決をみることになった。従って、相当因果関係概念の「第一次的な関心事は、因果関係を法的観点から限界づけること (Kausalitätsbegrenzung) に存するのであって、直接には、損害賠償の範囲を制限づけるという発想はみられない」<sup>(19)</sup>。

これに対し、民法四一六条はイギリスの判例 *Hadley v. Baxendale* に由来し、賠償範囲の制限を直接的に行おうとする規定である。これは、契約当事者間の契約時における予見可能性を帰責の判断基準とするものであり、従って、債務不履行の場合にのみ妥当する規定である<sup>(16)</sup>。

このように四一六条と相当因果関係概念とが、系譜的にも構造的にも異質のものであることは明らかである——平井氏は、こう主張するのである。

そうとすると次には、四一六条Ⅱ「相当因果関係」という公式のもとになされてきたわが国の判例が四一六条と相当因果関係概念とのうち実際にはいずれの原理に立脚してきたのかという問題が、提起されうる。この点、平井氏は次のように考える。

わが国では「相当因果関係」が四一六条と同一視され、その結果、判例・通説上「相当因果関係」という用語は、四一六条そのものを指すという意味で用いられるに至った。従って実際に機能しているのは四一六条であり、「相当

因果関係」は四一六条によって定められる賠償の範囲を単に正当化するための機能しか果たしてこなかった<sup>17</sup>。わが国では〔損害賠償の範囲は因果関係によって定まる〕という命題はなんら法技術<sup>18</sup>理論的な意味を有しておらず、「わが損害賠償法の構造は、ドイツ損害賠償法の構造と反対の極に立つもの」となっている。

また、氏によれば、問題はこれにとどまらない。「相当因果関係」という名で裁判官が処理してきた問題には性質の異なった各種の問題が混在しているのだが、四一六条<sup>19</sup>「相当因果関係」説はこの点の理論的な認識を不透明にさせてきた。とりわけ「あれなければこれなし (conditio sine qua non, 'but for' rule)」という意味の事実的因果関係と、賠償範囲の制限についての政策的価値判断とが、十分に区別されてこなかった。また、四一六条を「相当因果関係」と呼ぶことは四一六条に関する比較法的研究の上で混乱を生ぜしめ、かつ研究上妨げとなってきた。すなわち、四一六条の比較法的研究の対象は本来英米法に求められるべきであるのに、この用語法は、比較法的研究の対象はドイツに求められるべきだという印象を不当に与えつづけてきたのである。従って、四一六条を「相当因果関係」と呼ぶことは、「無用であるばかりでなく有害ですらある」<sup>19</sup>——平井氏は、こう語るのであった。

そこで平井氏は、右の四一六条<sup>20</sup>「相当因果関係」説批判の観点から、「日本損害賠償法の理論がこれまでのドイツ的観念ないし論理およびそれにまつわる発想形式から離れた新しい見地から組み直さるべきこと」<sup>20</sup>を提言する。それは具体的には「不法行為にもとづく損害賠償の範囲についての裁判官の実際の法的処理」の分析から出発し、それを前提とし素材として、「事実的因果関係・保護範囲・損害の金銭的評価」をもって従来の「相当因果関係」に代わる新たな分析道具概念とする方法である。<sup>21</sup>損害賠償法理論を再構成するにあたって「裁判官の実際の法的処理」の分析から出発するのは、「裁判の現実」を踏まえなければ「どのような解釈的提言も実務に訴える力を失うであろう」と考えられるからであるが、また同時に、わが民法典はドイツ民法典と構造を同じくせず、従って「民法典上の

概念ないし論理によって裁判の結論を理由づけることを任務とする裁判官」は「現実には学者の説く『理論』と異なった法的処理の型を發展せしめてきて」<sup>22</sup>もいるからである。しかし、さきにも触れたようにそれらは学説の影響を受け、本来区別さるべき各種の問題を「相当因果関係」の名のもとに処理してきたところに難点がある。そこで、「(イ)被告の行為と、賠償を求められている損害との間の因果関係の問題（事実的因果関係）、(ロ)事実的因果関係に立つ損害のうち、どの損害の賠償が原告に認められるべきか、という問題（保護範囲）、(ハ)保護範囲内の損害をどのようにして金銭に評価すべきか、という問題（金銭的評価）」<sup>23</sup>の三つを区分し、これらをそれぞれ別異の法的処理に服せしめることが必要なのである。

さて、これら三つの問題のうち取り扱いが最も困難なのは保護範囲の問題であるが、平井氏によれば、従来の四一六条Ⅱ「相当因果関係」説が示してきた保護範囲画定基準は、四一六条の「予見可能性」概念であった。しかし、これには問題がある。さきにも触れたように、この「予見可能性」概念は契約不履行の場合に妥当するものではあっても、「特定の社会関係に立たない不法行為間の法律関係を処理する技術概念としては必ずしも適切ではない」<sup>24</sup>。むしろ不法行為の場合には「予見可能性」概念は排除さるべきである。では、不法行為の場合における保護範囲画定基準はどのようなものであるべきか。

平井氏によれば、それは責任原因（故意・過失）を顧慮して決定さるべきものである。具体的にはこうである。

①故意不法行為の場合——原則として、事実的因果関係に立つ全損害が賠償の対象とされる。しかし損害と被告の「意思」との関係の一つの考慮要因とし、また被侵害利益の重大さをもう一つの考慮要因として、最終的な賠償の範囲を決定する。

②過失不法行為の場合——この場合には、事実的因果関係に立つ損害に対し被告はその発生を防止すべき義務を負っ

ていたか否かをまず問い、その義務の範囲内（これを「義務射程」と呼ぶ）に入っているものについて被告は賠償義務を負う。<sup>25</sup>

以上が、平井説の概要である。要約すれば、それは損害の帰責基準から相当因果関係概念及び予見可能性概念（四一六条）を排除し、また事実的因果関係と政策的価値判断との明瞭な区別を要求したうえで、政策的判断基準として新たに「保護範囲」（又は「義務射程」）概念を導入しようとしたものといえよう。

### 3 清水説（予見可能性説）

右の平井氏の学説を起点として、その後四一六条「相当因果関係」説批判をめざす多くの学説が現れた。その一つに清水兼男氏の学説（「損害賠償の範囲についての一考察」）があり、そこにおいて氏は——平井氏の業績を高く評価しつつ——「完全賠償の原則、そしてこれを支える相当因果関係論は、主観的な要素や価値判断を排除して客観的な因果関係概念のみが損害賠償の範囲を決定するという原則に立つものであるから、これと相対立する予見可能性を導入している四一六条がこの相当因果関係と同じものと解することは、明白な誤りであり、混乱を引き起す原因となる」と述べている。このように四一六条「相当因果関係」説は清水氏においても否定されるのであるが、しかし、平井氏が相当因果関係概念及び四一六条の予見可能性概念とともに排除すべきだとしていたのに対し、清水氏は、平井氏の提起する「保護範囲」なるものは結局「予見可能性」によって決まるのであり、その意味で四一六条の不法行為への類推適用は認められてよいと考える。清水氏の考えは次のとおりである。

「（平井氏は）責任原因により故意を中心とした『意思』的不法行為と『過失』不法行為との二大類型に分け、これに即して保護範囲の画定基準を分化させ、前者については、事実的因果関係に立つ全損害を一応保護範囲に含める

とされる。そしてこの場合、次の二つの因子を保護範囲画定基準として提示される。一つは、被告の意思に重点をおき、現実に惹起された結果が被告の意図した結果とあまりにも大きく喰いちがっていたならば、その結果は保護範囲外に放逐されねばならない。二つは、原告に生じた被侵害利益の重大さを考慮し、その程度が高ければ高いほど保護範囲に含まれる程度は高くなる。そしてこの二つの因子は相関関係にあるが、不法行為法が『損害』賠償法であるかぎり、第二の因子がまず中心とならなければならないというのである。……（この平井氏の考えは）大わくについては妥当なものであろうと思う。しかし、こういう提案は不法行為にのみ妥当するものではなく、債務不履行についてもあてはまるのではなからうか。……（すなわち債務不履行についても）故意の場合には、一定の結果の発生すべきことを知りながら、あえてある行為をするというのであるから、つねに結果の発生を予見しているわけであり、この場合には、それによって発生した特別事情による損害を予見していたことが多いであろう。そして、その損害がとも予見することを期待できないような特殊なものである場合には、被告の意思と余りにも大きく喰いちがっていると、いうことで、保護範囲から除外すればよいであろう。」

「次に『過失』不法行為について、（平井氏は）被侵害利益の重大さと損害を生ぜしめた行為の危険性および社会的有用性との比較衡量を考慮して、保護範囲画定基準と考えるべきだとされる。そして、事象的因果関係に立つ損害に対し、被告がその損害の発生を防止すべき義務を負っているかを問い、その義務の範囲内（これを義務射程とよぶ）に入っていれば（その損害について過失があれば）賠償義務を負うと考えるべきである。言いかえれば『過失』不法行為の保護範囲は『義務射程』によって定まるといのである。そして、従来の予見可能性や相当因果関係のような一般的抽象的公式によって損害賠償の範囲が定まるべきものではなく、具体的な不法行為ごとに個別的に決定されるべきだとし（ている）。……（なるほど）保護範囲が具体的な不法行為ごとに個別的に決定されるべきことは当然であ

り、その類型化の必要性についても異論のないところであるが、画定基準そのものは一般的抽象的であることは、その性質上やむをえないことで、『義務射程』という概念もやはり一般的抽象的公式の一つであることに変わりはない。ただ観点を變えて、被告の側からの予見可能性によって制限する代りに、被告が負っている損害回避義務の範囲に制限することであり、實際上本質的な差異が生ずるとは思われない。事理的因果関係に立つ損害のうち、『通常生ズベキ損害』は当然被告の『義務射程』に入るし、『特別ノ事情ニ因リテ生ジタル損害』については、全く予想することできないようなものにまで回避義務を負わせることは無理だから、その『義務射程』は結局予見可能性によって定まることになるのではなからうか。とすると『過失』不法行為責任の範囲も四一六条によって解決されるということになる<sup>27)</sup>。

清水氏は、このように平井氏の提言をおおむね肯定しつつ、同時に、「保護範囲」といった新しい用語をことさら持ち出す必要を認めず、「現在のところでは、四一六条を不法行為にも適用するのが最もよい方法であろう<sup>28)</sup>」と語っている。

従って、清水説は、四一六条を「因果関係についての規定」として理解するのではなく「自然的な無限の因果関係を限定してその範囲においてのみ損害賠償請求権が発生することを定めたもの<sup>29)</sup>」と理解することにより、四一六条（とりわけ「予見可能性」）をもって損害賠償の一般的基準、つまり政策的価値判断としての帰責基準たらしめようとするものである、ということが出来る。

#### 4 危険性関連説

次に危険性関連説とも呼ぶべき一群の学説（石田説・前田説・四宮説）を取り上げてみよう。はじめに、石田穰氏

の考え方を概観する。

(a) 石田説

石田氏は、まず通説たる学説<sup>30</sup>の特徴及び問題点を次のように整理し批判する。

①通説たる学説は民法七〇九条の「過失」を抽象的過失として理解している。言い換えれば、過失を平均人に要求される注意義務の違反として把握している。しかし、この理解には疑問がある。というのは、過失を抽象的過失と構成することは、いわば行為者は個人的な能力に従って行為しても免責されず、免責されるためには平均人に要求される行為をしなければならぬということを意味するのであって、従って帰責の根拠が行為者に対する個人的非難可能性にでなく行為の危険性に求められ、危険責任の考え方を七〇九条に持ち込むことにつながるからである。<sup>31</sup>

②通説たる学説は、七〇九条の「権利侵害」と「損害」とを峻別する。その結果、学説は「被害者が身体に負傷を受けても入院費用を出せないため入院しない場合、結局、財産上の損害はないことになり慰藉料を別とすれば損害賠償を請求できない」とするが、このような結論は疑問である。<sup>32</sup>損害とは法的保護に値する利益の侵害と構成すべきであり、身体の負傷も、また入院費用の支出や入院期間中の得べかりし利益の喪失も、すべて損害といふべきである。もちろん、損害には行為から第一次的に生じる損害（学説のいう「権利侵害」）とこれから派生して生じる損害との区別を認めることもできるが、これらについてはそれぞれ「第一次損害」・「後続損害」と呼ぶことにする。<sup>33</sup>

③通説たる学説は、因果関係を成立要件としての因果関係と損害賠償の範囲としての因果関係に分け、どちらも相当因果関係で説明する。そして、相当因果関係の内容として民法四一六条を理解する。これにも、次のような疑問がある。第一に、通説は四一六条を行為と第一次損害（通説のいう「権利侵害」）との間の因果関係に持ち込もうとするが、四一六条はそもそも「権利侵害」を問題としていない。第二に、通説は抽象的過失（予見）の対象は「権利

侵害」であるとし、権利侵害（＝第一次損害）の予見可能性のあることを不法行為の成立要件としている。しかし四一六条は、一項において損害につき当事者の予見可能性を問題とせず、二項において「特別ノ事情」につき当事者の予見可能性を要求しているものの、損害についてはやはり予見可能性を要求していない。従って四一六条は、通説のいう成立要件としての因果関係に適用される余地がない。第三に、通説は因果関係の説明にあたり相当因果関係概念を多用するが、ドイツで相当因果関係が主として問題とされたのは、行為と第一次損害との間ではなく、行為と後続損害との間についてである。<sup>34)</sup>

石田氏は、以上のように通説を批判したうえで、不法行為の基本規定たる七〇九条は、本来、帰責の根拠を「行為者に対する個人的な非難可能性」におく「意思責任的不法行為」<sup>35)</sup>として理解されねばならないという考え方を指し示した。氏によれば、不法行為は「帰責の根拠」に依りて意思責任的不法行為と行為責任的不法行為とに、そしてさらに後者は客観責任的不法行為と結果責任的不法行為とに分類できるが、現在の学説はこれらをすべて民法七〇九条のなかに持ち込み、「過失を抽象的過失に、権利侵害を違法性に、因果関係を相当因果関係におき代え」るなど「不法行為法に種々の矛盾や混乱をもたらして」きた。<sup>36)</sup>しかし「民法七〇九条が本来予定していたのは、意思責任的不法行為である」<sup>37)</sup>と考えられ、従って七〇九条は意思責任的不法行為として再構成されねばならない、と石田氏は主張するのである。以下、その内容を略述する。

氏によれば、そもそも不法行為法とは「不法行為規範に違反して他人に損害を加えた者に対して損害賠償というサクションを加えるもの」である。従って、不法行為が成立するためにはまず不法行為規範の定立がみられなければならないが、その不法行為規範とは「加害者に対し損害発生を防止を命じる法規範」をいう。それは「具体的事案に依りて具体的に定立される法規範であり、法律の規定から導き出されることもあるが、多くは条理から導き出される」<sup>38)</sup>。



例えば「行為者が損害発生を認識し、あるいは、認識可能であり、かつ、これによって損害発生を防止することが期待される」場合、当該行為者はその個人的能力に従って損害防止行為をしなければならぬという不法行為規範が導かれる。そして、このような不法行為規範に対する違反が生じた場合、不法行為が成立する。

ところで、右の例のように「加害者が自己の個人的能力に照らして損害の発生を防止するのにこれを防止しなかった」場合、その損害防止をしなかった意思につき加害者に対して非難を加えることが可能である。法はかかる「非難可能性」を帰責の根拠として加害者に対し賠償責任を負わせようとするが、そのようにして成立する不法行為を「意思責任的不法行為」と呼ぶ。<sup>39</sup>

意思責任的不法行為は「帰責の根拠を加害者の一定態様の心理＝意思に求める不法行為」であるので、「成立要件として、加害者の損害発生についての認識や認識可能性、法秩序により損害の防止が命じられているかどうかの判断能力の存在を必要とする」。そして「加害者の損害発生についての認識が故意、認識可能性が過失、法秩序により損害の防止が命じられているのを認識（認容）しうる能力が責任能力と、それぞれ定義される」<sup>40</sup>。

さて意思責任的不法行為にあつては、「不法行為規範の定立は、具体的事件において生じた具体的な損害に対する関係で加害者の意思が帰責の根拠とされるべきかどうかという吟味において行われる」。例えば「過失」は、加害者が損害の発生を認識しうるのに認識しないで不法行為規範に反する行為をすることを指すが、その「損害発生を認識可能性が加害者の個人的能力に照らして判断される」。また、「加害者の認識可能性の対象となる損害は第一次損害のみであり、後続損害についてまで認識可能性は要求されない」。不法行為規範の定立は、このように「加害者の意思の態様と生じた損害を評価的に関連させて」行われるが、この評価的関連を「有責性関連<sup>41</sup>」と呼ぶ。不法行為が成立するためには、このほかに、もちろん行為と損害との間に因果関係の存在することが必要である。しかし、この因

果關係は、いわゆるあれなければこれなしの条件關係 (conditio sine qua non) で「足りる」<sup>(42)</sup>。

右が、不法行為（意思責任的不法行為）の成立要件に係る問題である。では次の損害賠償の範囲の問題とは、そもそもどのような性質の問題であるか。

石田氏によれば、「ある不法行為が行なわれると、そこから、まず、第一次損害が生じ、次いで、この第一次損害を起点として後続損害が生じる。このうち、どのような第一次損害が損害賠償の対象になるのかの問題は……（右に見たように）不法行為の成立要件の問題である。……次に、どのような後続損害が損害賠償の対象になるのかの問題は、故意、過失とは關係のない損害に関するものであり、不法行為の成立要件の問題ではない。それゆえ、後続損害の範囲は、有責性関連により限定づけられることはできず、これに代る他のなんらかの規準により限定づけられる必要がある。この後続損害の範囲を限定づける規準は何か、損害賠償の範囲の問題である」<sup>(43)</sup>。

「第一次損害は、抽象的にいえば、それを起点として無限に後続損害を惹起する危険性を有している。……しかし、第一次損害の危険性の現実化としての後続損害の中には、第一次損害から偶然的に生じる損害も含まれている。例えば、自転車で足をはねられ治療のため入院したところ、入院先で落雷に会い死亡したとしよう。この場合、足の怪我が第一次損害で死亡が後続損害である。この場合の第一次損害と後続損害の結びつきは、偶然的である。このような偶然的に生じる損害まで損害賠償の範囲に入れるのは妥当でない。……それゆえ、第一次損害の有する危険性と後続損害を機械的に結合するのではなく、それを評価的に結合する必要がある」。この損害賠償の範囲にかかわる評価的思考を「危険性関連」<sup>(44)</sup>と呼ぶ。

「第一次損害と後続損害の間の危険性関連は、両者の間の結びつきが偶然の場合や両者の間に被害者自身の危険な行為が介在している場合を除き一般的に肯定して差し支えない。そして、右の例外的な場合でも、例えば、足の怪

我のため抵抗力が低下し入院先で流行性感冒に罹患したような場合、あるいは、行為者が被害者の非常に珍しい特異体質や異常才能につき認識可能であったような場合には両者の間の危険性関連が肯定されるのである<sup>45</sup>。

なお、民法四一六条との係わりについて論ずれば、「通常損害とは、ある事情に関する行為者の認識可能性を問題とすることなく第一次損害と後続損害の間に危険性関連が認められる場合の後続損害である。特別損害とは、ある事情に関する行為者の認識可能性を問題としてはじめて第一次損害と後続損害の間に危険性関連が認められる場合の後続損害である」。従って、四一六条を——右のように理解しつつ——不法行為における賠償範囲の問題に適用することは可能である<sup>46</sup>。

以上が石田説の概要である。要約すれば石田説は、通説の理解を否定して、不法行為の成立要件の問題、つまりどのような第一次損害が損害賠償の対象になるかの問題については「有責性関連」という概念を、また、損害賠償の範囲の問題、言い換えればどのような後続損害が損害賠償の対象になるかの問題については「危険性関連」という概念を提示する。これらは「評価的關係」を表す概念であり、因果關係を表す概念ではない。もちろん「成立要件としての因果關係」及び「損害賠償の範囲としての因果關係」は必要である。しかし、それらはいずれも条件關係で足り、その条件關係の存否の判断及びその限定づけを「有責性関連」及び「危険性関連」で行う。石田氏は、こう考えるのである。

(b) 前田説

次に、前田達明氏の考え方を概観してみよう。前田氏の学説は、一見、石田氏の学説に類似する。しかし、石田説と異なり、前田説は、民法七〇九条にいう「権利侵害」と「損害」とを基本的に「区別して考えるべきである」とし、その区別された意味での「権利侵害」を展開の順序に従って「第一次侵害」と「後続侵害」とに区分する<sup>47</sup>。石田氏が、

権利侵害と損害とを一括して「損害」と呼び、かつそれを「第一次損害」と「後続損害」とに区分したことは、さきに見たとおりである。そして、「損害」を右の各「権利侵害」から生じたものごとに区分して把握し、損害賠償とはそれら「損害」のうち行為者の責に帰すべき「権利侵害」から生じたものについて賠償の責任を負うことだと考える。従って前田説においては、行為者の責に帰すべき「権利侵害」の範囲を定める基準が必要とされ、この点、「第一次侵害」については義務射程説が、また「後続侵害」については危険性関連説（あるいは危険範囲説）が有効な指針になるとされる。また、前田説においては、行為者の責に帰すべき「権利侵害」から生じた「損害」のうち実際にどれだけを賠償の範囲に含めるかの問題については別途の考慮が必要であり、これについては「立法者は裁判官に任せたのであるから、その基準は判例の中に求めるべきであろう」とされる。前田氏は、以上をまとめて次のように説明する。

「第一次の権利侵害については、義務射程説と同様に考え、後続の権利侵害については、危険性関連ないし危険範囲の侵害を賠償すると考え、これが『故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ』にあたり（したがって、「成立要件」の問題）、……その各「権利侵害」より生ずる入院費、治療費、葬儀費用、得べかりし利益の喪失、精神的苦痛などといった「損害」をどこまで賠償するかが、『之ニ因リテ生シタル損害』の解釈論として、損害賠償の範囲の問題であると考える<sup>48</sup>」。

右に明らかなように、いわゆる「因果関係の法的限定」の問題と損害の具体的レベルでの認識の問題とを区別して論じ、前者を行為者の責に帰すべき「権利侵害」の範囲の問題（成立要件の問題）、後者を「損害賠償の範囲の問題」（不法行為の効果の問題）として扱おうというのが、前田氏の考え方なのである。以下、それぞれの具体的な内容に触れてみる。

①行為者の責に帰すべき「権利侵害」の範囲について、前田氏は次のように説明する。

「第一次侵害について……問題となる帰責の根拠は、故意であり過失である。故意不法行為において、第一次侵害とは、その目的意思によって目指された（目的）結果である。たとえば、商事会社Aの社員Bが、重要な商談に行く途中、交通事故で重傷を負い、約束の場所へ行けず、競争会社Cにその商談をとられて、A商事会社が、もうけを逸したという場合、もし、その交通事故の加害者が、競争会社Cの社員Dで、右の事情を知って、商談横取りの目的で、社員Bを轢いたとすれば、商事会社Aが営業を妨害されたという結果までが、故意を根拠に第一次侵害として帰責される。一方、加害者が、そのような事情を知らず、過失で交通事故を起したとすれば、社員Bの身体傷害という結果が第一次侵害として、その帰責が、過失を根拠にして可能か否かということが検討される。それはどのようになるかという点と、過失を行為義務違反と解する立場からは、その行為義務の防止しようとした法益侵害をなしたか否かという評価による」<sup>49</sup>。

「しからば、第一次侵害から派生する後続侵害 (Folgeberletzungen) についてはどのように考えるか。ここでは、一般社会の観念でいえば、突拍子もない侵害については加害者に負わせるべきではないということであって、それは、実は、(ドイツの) 相当因果関係説の目指したところであり、加害者の侵害行為によって結果発生の客観的可能性が高められたか否かすなわち危険の増大の有無がその基準となる。すなわち、加害者の侵害行為によって、(通常の危険とは異なった) 危険の増大がもたらされ、その危険の実現としての結果は、彼に帰せられるといえよう。それらについては、最近ドイツで主張されている危険範囲説 (Gefahrbereichstheorie) が有益である。一般的にいうと、後続侵害が第一次侵害によって設定された特別の危険の実現であるときは加害者に帰せられるが、それが一般生活上の危険の実現 (あるいは自己危険にもとづく行為の結果) であるときは被害者自身に帰せられるというものである。す

なわち、第一次侵害によって惹起された特別の危険範囲に被害者は意に反して引き入れられたのであり、加害者がその危険を引き受けるのが正義にかなうというものである。それに対して、第一次侵害と因果関係はあるが偶然に (Narrowly) 一般生活上の危険の一つが実現したときは加害者に帰せられない<sup>50)</sup>。

② 損害の賠償範囲 (賠償基準) について、前田氏は次のような問題を論ずる。

すなわち、「損害」とは「権利侵害の結果として、被害者の財産状態および精神状態に発生した不利益」であり、大別すれば「財産的損害」と「精神的損害」とに分類できる。また財産的損害は「積極的損害」と「消極的損害」とに区分できる。この場合、「積極的損害」とは既存財産の減少 (入院費、治療費、葬儀費用の支払など) をいい、「消極的損害」とは財産増加の妨害 (収入が得られなくなったことなど) をいう。これらを区別する実益は、判例が積極的損害・消極的損害等の区別を前提とし、それぞれの賠償基準を適用していると考えられることにある。判例は、積極的損害については「不可避な財産減少」という基準を、また消極的損害については「取得の確実性」という基準を適用して、損害の認定にあたっている<sup>51)</sup>。

#### (c) 四宮説

最後に、四宮和夫氏の考え方を見てみよう。四宮氏は、平井説から石田説・前田説に至る学説の動向を高く評価し、「わが国の不法行為学説は、損害の帰責基準に関して、四一六条Ⅱ『相当因果関係』説から、『相当因果関係』を事実的因果関係 (条件関係) と不法行為にふさわしい責任制限基準に分解して考える立場へと、移行しつつある<sup>52)</sup>」と観察する。そして四宮氏みずからも新しい責任制限基準の解明にむかい、その成果をもって極めて完成度の高い不法行為法の体系書を築きあげている。

そこで、氏による責任制限基準の整序にわれわれの主たる関心を注ぐこととしたいが、その理解のためには、一応、

不法行為の成立要件に係る氏の考え方にも触れておかねばならない。

四宮氏によれば、損害賠償責任を加害者に帰せしめるには、民法七〇九条に示される要件（故意過失・「権利」侵害・損害発生・因果関係）を具備するだけでは足りない。「加害者に責任を帰せしめるには、加害者がわに非難可能性が存しなければならぬが、右の要件を具備しただけではまだ非難可能性があるというには不十分だからである（例、正当防衛の場合や、幼者の場合を考えよ）<sup>53</sup>」。

従って、損害賠償責任を加害者に帰せしめるには非難可能性の存否の判断を経由しなければならないが、その「非難可能性の存否の判断は、一応、次の二つの段階に分けることができる。すなわち、①行為が、行為として考察された場合に、一般人に向けられた法秩序の命令・禁止に反するものとして、一般的非難に値するといえるか否かの判断、および、②行為者個人に対して非難を加えることができるか否かの判断、である（前者がドイツ法にいわゆる『違法性』の問題、後者が『有責性』の問題である）<sup>54</sup>」。

まず、「違法性判断は、結果の発生を予見して回避すべき義務があるのにそれに違反した（要するに、行為義務に反して、結果発生の危険性ある行為をした）、と判断されること」であり、七〇九条の要件とのかかわりでいえば、「その判断を受けるのは、『権利』侵害の危険性ある）『故意又ハ過失』の部分である（『故意又ハ過失』は、むしろ故意行為・過失行為を意味する）。次いで、「有責性判断を受けるのは、違法と判断される行為の、行為者の側面」（行為の違法性を認識して結果回避を決意する精神的可能性）である（その意味で構成要件との関係は間接的である）。かくて、「違法性は、『権利』侵害に関する）『故意又ハ過失』が一般的非難に値するかの判断であり、責任能力を含む有責性は、その違法と評価された『故意又ハ過失』について行為者に人的非難を加えうるかに関する判断」であるといえるが、ともあれ、不法行為の基本的構成要件をなす「『故意又ハ過失』（『権利』侵害を惹起す

るような)は、違法性判断・有責性判断を経て、損害賠償責任を発生させるに足る『故意又ハ過失』となるのである<sup>55)</sup>。では、以上のような違法性判断・有責性判断を経た「故意又ハ過失」は、他の要件とどのようなようにかかわるか。氏によれば、「故意又ハ過失」は、原則として「『権利』侵害」のみに関する<sup>56)</sup>。従って「故意又ハ過失」は、原則として「権利」侵害への(回避可能な)危険性をもった行為として捉えられる。

「『権利』侵害<sup>57)</sup>」は「第一次侵害」と「後続侵害(すなわち、第一次侵害が原因となって同一被害者または第三者に生じた、さらなる『権利』侵害)」とに分類でき、それぞれが当該「権利」侵害と不可分に結びついた損害(侵害損害)を生じさせるが、また、それぞれが被害者の総体財産に波及して生ぜしめる損害(結果損害または総体財産的後続損害)を生む(氏は、後続侵害および結果損害を一括して「後続損害」ともいう)。

これらの「損害」と「故意又ハ過失」との関連に触れるとすれば、「最初の『権利』侵害(すなわち、第一次侵害損害)については故意・過失が存しなければならぬが、それから生ずる(総体)財産的後続損害や後続侵害については、故意・過失は必ずしも必要ではない<sup>58)</sup>」。

ところで、「不法行為法は、『権利』侵害によって被害者に生じた損害を加害者に転嫁するわけだが、そのような転嫁すなわち帰責が可能になるためには、まず、行為と『権利』侵害との間に、さらに『権利』侵害とそれにつづく損害(後続損害)との間に、因果関係がなければならぬ<sup>59)</sup>」。

「因果関係とは、典型的には、二つの事実の間に、甲の事実(原因)があれば同じ事情の下で常に乙の事実(結果)が生ずるという関係の存することをいう。……それは近時の学説が強調するように、事実的因果関係であって、かの『相当因果関係』と異なり、法政策的評価によってその波及範囲の制限を受けた因果関係という意味での『法的因果関係』ではない<sup>60)</sup>」。四一六条Ⅱ「相当因果関係」説は誤りであり、そのうちに含まれる事実的因果関係と責任制限基準



とは分離されねばならない。のみならず、新たな責任制限基準が整序されねばならない。

では、その責任制限基準は、どのように整序されるか。四宮氏によれば、それは、損害の種類（分類はさきに触れた）に応じた帰責原理の違いとして整序しうる。

①第一次侵害損害の場合……「権利」侵害に関する帰責要件がそのまま帰責要件となる。前述のように、「権利」侵害は「故意又ハ過失」と因果関係に立つものでなければならぬが、違法性判断との関連で再度確認すれば、「権利」侵害は「行為者の違反した義務規範の保護目的の範囲内にあるものでなければならぬ<sup>61)</sup>」。従って「権利」侵害の帰責要件は故意・過失、因果関係、保護範囲の三つであり、第一次侵害損害の場合これら三つを備えねばならないが、そのほかに改めて帰責要件を問題にする必要はない<sup>62)</sup>。

②後続侵害の場合……後続侵害の帰責基準としては「危険範囲説（危険関連説）を適切とする」が、「一般にいわゆる危険範囲説の判断方式のほかに一種の違法性判断が必要である」。その意味は、こうである。まず、「後続侵害の帰責基準の問題は、第一次侵害者の帰責へ作用する要求と、それへの帰責を妨げる要求とをいかに調和すべきか、という問題とみることができ<sup>63)</sup>」。すなわち、第一次侵害から派生する損害は、何のつみとがもない被害者にそのまま負担させるよりも、加害者に負担させるほうが公平といえようが、しかし、他方、後続侵害のすべてを常に第一次侵害者に負担させるのは、加害者に過度のリスクを負わせることになる。「危険範囲ないし危険性関連という判断基準はまさにこの問いに答えるものに外ならない」。ただし、この判断方式だけでは十分ではない。「後続侵害がさらなる『権利』侵害である以上、その『権利』侵害について不法行為の成否が問題とされてよいはず」だからである。従って、「さらなる『権利』侵害への危険性の設定が改めて一種の違法性判断を受け」なければならぬ。このことは、「後続侵害は第一次不法行為者に、直接の故意・過失を欠いたまま、帰責される<sup>63)</sup>」ことを意味する。

③結果損害の場合……結果損害は「『権利』侵害が被害者の総体財産に波及して生じたマイナス効果」にすぎず、「後続侵害に比べて、不法行為からの保護の必要の度合いが小さい。それゆえ、結果損害の帰責のためには——後続侵害の帰責基準たる危険性関連よりも狭いところの——損害発生『確実性』または『必要性』という基準が要求される」。また、「二種の違法性判断を行なう必要はない」<sup>64</sup>。

四宮氏は、このように損害の種類に応じた各種の帰責原理を指し示し、損害賠償の範囲は生じた損害の種類ごとに異なる帰責原理をそれぞれ適用したうえで総合的に画定されるという考え方を明らかにした。この「賠償すべき損害の種類とそれぞれの損害の範囲を決定する基準」については氏自身がさらなる総括を与えているので、それを次に掲げておく。

「(イ)第一次侵害の侵害損害——違反した規範の保護目的の範囲内にあるか否かの判断(例、船長が定員以上乗せても、すりの被害については責任がない)。

(ロ)後続侵害——危険範囲内にあるか否か(第一次侵害の設定した危険またはその実現の結果によって創出された危険性〔特別の危険〕の実現であるか否か)についての・しかも一種の違法性判断を伴う・判断(例、不法による危険に対応するために、避難しようとしてさらに負傷した場合)。

(ハ)侵害損害・後続侵害それぞれの結果損害(総体財産的後続損害)——確実性(例、不法な仮差押のために支払をよぎなくされた違約金、沈没した船舶により確実に取得しえた逸失利益)または必要性(例、葬儀費用、弁護士費用)<sup>65</sup>」。

## 5 小括

以上概観してきたように、わが国の不法行為学説は、四一六条Ⅱ「相当因果関係」説が取り扱ってきた問題を事実

的因果関係の問題と責任の限界づけの問題とに分けて検討するのが妥当だとする考え方に進みつつあるといえる。すなわち、近年の学説はいずれも右の二つの問題を区別したうえで、事実的因果関係の認められる損害のうちどれだけを賠償の対象とすべきかという問題に答えるべく、様々な責任制限基準を展開させているのである。この場合、「事実的因果関係」をめぐる近年の学説の考え方に少しく注意を払っておく必要がある。というのは、近年の学説は因果関係の存否の判断を独自に行う必要性を主張して「事実的因果関係」概念を提示するのであるが、これらの学説においては「事実的因果関係」とは単なる「条件関係」にすぎないもの、あるいは「無限に連鎖するもの」といった理解がなされているからである。

従って、事実的因果関係に係る判断とは別の法的政策的判断が必要となり、そのために責任制限基準を確立すべきだ、というのが近年の学説に共通した考え方となっている。

〔注〕

- (6) 石坂音四郎『債権法大綱 全』、五二頁、大正六年、有斐閣。
- (7) 石坂、同右、五九頁。
- (8) 石坂、同右、五五―五七頁。なお石坂は、適當条件説の内容を次のように説明する。「例へハ森林ニ於テ乙カ甲ノ為メニ傷ケラレ逃亡スルコト得サリシカ為メ偶々盜賊ノ為メニ殺サレタル場合ニハ甲ノ傷害ハ乙ノ死亡ノ原因ニアラス然レトモ若シ森林カ生蕃ノ捷ム所ニシテ其ノ生蕃ノ為メニ乙カ殺害セラレタルトキハ一般的ニ見テ乙ハ殺害セララル危険多キカ故ニ甲ノ傷害ハ乙ノ死亡ノ原因ト云フコトヲ得」。
- (9) 石坂、同右、六〇頁。
- (10) 鳩山秀夫『日本債権法(総論)』、六三―六七頁。大正五年、岩波書店。
- (11) 我妻栄『新訂債権総論(民法講義Ⅳ)』、一一九―一二〇頁、昭和三九年、岩波書店。

(12) なお、民法四一六条の理解につき、四一六条は、一項において損害につき当事者の予見可能性を問題とせず、二項において「特別の事情」につき当事者の予見可能性を要求しているものの損害についてはやはり予見可能性を問題としない、とする学説（石田説―後述）も存在する。

(13) 平井、前掲注(3)、四八頁。

(14) 平井、同右、九三頁。

(15) 平井、同右、四三―四四頁。

(16) 平井、同右、第3章。

(17) 平井、同右、九四頁。

(18) 平井、同右、九二頁。

(19) 平井、同右、九四―九六頁。

(20) 平井、同右、一〇一頁。

(21) 平井「不法行為責任の範囲に関する法的構成(一)」、法学協会雑誌八四卷二二号、七頁。

(22) 平井、同右、一五頁。

(23) 平井、同右、七頁。

(24) 平井、前掲注(3)、四五―四六頁。

(25) 平井、同右、四五―四六〇頁。再度説明すれば、平井氏の考えはこうである。(a)故意不法行為の場合、事実的因果関係が存在すれば、それだけで一応、保護範囲内のもととされてよい。ただし、生じた損害が被告の「意思」とあまりにも掛け離れ、かつ被侵害利益が重大でないときは保護範囲外とする。(b)過失不法行為の場合には、被侵害利益の重大さ及び損害を生ぜしめた行為の危険性と社会的有用性との比較衡量が、考慮要因となる。総じていえば、損害回避義務の義務射程により保護範囲内であるか否かが決まる。

(26) 清水兼男「損害賠償の範囲についての一考察―民法四一六条の解釈をめぐって―」、大阪学院大学法学研究、一卷一・二号、四頁。

(27) (28) 清水、同右、一三―一六頁。

- (29) 清水、同右、五頁。
- (30) 四一六条「相当因果関係」説といつてもよいが、石田氏が特に念頭においているのは、加藤一郎説である。
- (31) 石田穰『損害賠償法の再構成』（以下、再構成と略記する）、一一頁、一九七七年、東大出版。石田穰ほか『民法講義6』（以下、講義と略記する）、一二四頁、一九七七年、有斐閣。
- (32) 石田、再構成、三五頁。講義、一三七頁。
- (33) 石田、再構成、三七―三八頁。講義、一四四頁。
- (34) 石田、再構成、三九―四〇頁。講義、一三三―一三四頁。
- (35) 石田、再構成、二六頁。
- (36) 石田、講義、一一九頁。
- (37) 石田、講義、一四〇頁。
- (38) 石田、講義、一四二頁。
- (39) 石田、講義、一一一―一二二頁。
- (40) 石田、講義、一四〇頁。
- (41) 石田、講義、一四二頁。
- (42) 石田、講義、一四五頁。
- (43) 石田、再構成、四八頁。
- (44) 石田、再構成、四九―五〇頁。
- (45) 石田、再構成、五二頁。
- (46) 石田、再構成、五五頁。講義、一四五―一四六頁。
- (47) 前田達明『不法行為帰責論』（以下、帰責論と略記する）、二二七頁・二四四頁、昭和五三年、創文社。
- (48) 前田達明『民法VI 2（不法行為法）』（現代法律学講座）（以下、講座と略記する）、三〇二頁、昭和五五年、青林書院新社。
- (49) 前田、帰責論、二二二頁。

(50) 前田、婦責論、二二三頁。前田氏は、石田氏の危険性関連説もいふところは危険範囲説と同じである、という(婦責論、二二八頁)。ただし、前田氏は、四二六条を危険性関連に導入してよいとする石田氏の主張には賛成していない(講座、三〇二頁)。

(51) 前田、講座、三〇五頁・三〇七頁・三一〇頁。婦責論、二四二頁・二三四頁。娘が母親の看護のためウィーンから一時帰国した場合の費用は積極的損害のうち「不可避免性」の認められる例であり、また、富喜丸事件の備船料及び転売利益は消極的損害のうち「取得の確実性」があった例である、とされる。

(52) 四宮和夫、前掲注(5)、三三三頁。

(53)(54) 四宮和夫『不法行為』(現代法律学全集)、二七六頁、昭和五六年、青林書院新社。

(55) 四宮、同右、二八五頁。

(56) 原則に対する例外として、次のような説明がなされている。「例外として、一定の人または人々の『権利』を保護する目的を有する法規が、形式的に、『権利』への一般的・抽象的な危険性ある一定の行為を禁止しまたはそのような危険性を生じないように一定の行為を命令する場合(例、道路交通における速度制限、取締役の貸借対照表の公告義務)には、法秩序は私人の『権利』の防衛線を前進せしめているのであるから、故意・過失は、『権利』の侵害に関することを要せず、これらの法規違反について存すれば足りる」(同右、二九七―二九八頁)。

(57) 四宮氏が「『権利』侵害」という表記法をとる理由は、七〇九条の「権利」はすでに権利として法認されているか否かを問わず、ひろく、「法成員の平均的タイプによって保護を要すると感ぜられる利益」を指すものと解すべきであり、その意味でカギ括弧をつけて権利の語を使用したいからである、とされる(同右、二九七頁)。

(58) 四宮、同右、四〇二頁。

(59) 四宮、同右、四〇三頁。

(60) 四宮、同右、四〇九頁。

(61) 四宮、同右、四三一頁。

(62) 四宮、同右、四三八頁。

(63) 四宮、同右、四五〇―四五三頁。

(64) 四宮、同右、四六〇頁。なお、賠償が認められるための、損害の「確実性」・「必要性」という要件は、前田氏の業績によるものだとされる。前掲注(51) 参照。

(65) 四宮、同右、五三七頁。

(66) 前田、前掲注(48)、一三〇頁。なお、「事実的因果関係」の性質を「風が吹けば桶屋がもうかる」という比喻を使って説明するものに、幾代通『不法行為』、一二二頁(昭和五二年、筑摩書房)、前田、講座、一三〇頁、森島昭夫「因果関係」(法学セミナー増刊『不法行為法』所収)、二八頁(一九八五年)がある。

### 三 英米法の状況

さてここで、英米法の状況を眺めてみよう。実は、わが国の学説が四一六条Ⅱ「相当因果関係」説への批判を開始するようになったのも、英米法における学説の展開の影響を受けたことに由来するのであり、<sup>67)</sup> 英米法の状況を概観することは、わが国の学説の展開をフォローするうえでも、欠くべからざる作業の一つといえるのである。以下では、proximate cause という用語をめぐる判例・学説の変遷、ならびに新たに登場した責任制限原理の内容を描き出してみたいが、その素材となるところは、因果関係を論じたモノグラフとして名高いハートⅡオノレの CAUSATION IN THE LAW<sup>68)</sup> (初版一九五九年、第二版一九八五年) に、多くを負っている。

#### 1 proximate cause 概念の変遷

英米法では、原告が被告を訴えるためには、被告の行為と原告の被った損害との間に、なんらか合理的な結びつきが存在しなければならぬとされている。そして、この結びつきは、通常 proximate cause (近接原因) という用語をもって表現される。<sup>69)</sup>

proximate cause という用語は、もと 'in jure non remota causa sed proxima spectatur' (法におきては、遠き事件ならで最近の事件が考へらる) という法諺に由来し、責任の範囲とかかわらせて因果問題を論じようとする場合に好んで使用される傾向にある。例えば、次のように使用される。

「誰かに対する加害がその行為の自然の結果であれば、その人だけでなく、実際に被害を受けた人たちすべてが、訴えをしてよい。……しかし、そこには一つの限界があり、損害は、ネグリジェンス(過失)が損害の近い原因(proximate cause)であるといえるほどに、ネグリジェンスと結びついていなければならない」(アンドリュース裁判官)。

ただし、この proximate cause という用語は、その意味するところが極めて曖昧であり、この用語ほど多くの議論的になっているものは他にないとさえいわれている。そこで、まず、この用語をめぐる考え方の変遷をたどってみることにしよう。

#### (a) 伝統的アプローチ

proximate cause についての伝統的なアプローチは、一言でいえば、「因果関係の問題はコモンセンスの原理によって決定さるべき純粹な事実の問題である」<sup>(71)</sup> という考え方に落ち着く。

すなわち、まず第一にこのアプローチは、proximate cause とは事実の問題のみに係る用語だと素材に考えるところに特徴をもつ。この点を、次のような例でもって説明してみよう。<sup>(72)</sup>

ニューヨーク州では、失火が複数の建物に燃え広がった場合、損害は被害を受けた最初の建物についてのみ賠償されうる、というのが一八六六年以来の法となっている。責任をこのような形で限定しているのは、大都会(火が出たら多くの建物が類焼を免れがたい)の経済生活(そこでは火災に対する保険もまた可能かつ容易である)の必要に合わせるためである。つまり、この種の制限なしには、営利企業は巨額にふくらむ賠償の支払いで身動きがとれなくな



るか、又は、そうした負担を顧慮して操業をあきらめることになりかねないのである。理由はともあれ、このような責任の制限は、一般には、因果関係とおよそ関係のない性質の制限であると考えられよう。つまり、それは法の特定の部門において特定の法制度が採用した特定の「政策」であって、他の管轄区で同じ制限が認められていないとしても驚くには値しない、と受けとることができるのである。そこで、裁判所がこのルールを適用して二番目に類焼した家屋の所有者の訴えを棄却する場合、そこに働く原理は、最初に焼けた家屋の所有者の訴えを、例えば「被告の失火が最初の原因であったとしても火が拡大したのは第三者が灯油を注いだためである」として、棄却する場合に働く原理と、異なっているようにみえてくる。この二つのケースにおいて働く原理を右のように異質のものと考え、一つは政策の問題、他は事実関係の問題というごとくに区別するのが、伝統的アプローチなのである。

伝統的アプローチは、従って、右の問題に関し、①原告が二番目の家屋の所有者である場合には「被害を最初に受けたのでなくとも失火が惹起した家屋の損壊について損害賠償は認められるか」という法の一般問題について裁判官が原告に不利な解答を出すときに原告の請求は棄却され、②他方、原告が最初の家屋の所有者である場合には「当該家屋の損壊は被告のネグリジェントな行為によって惹起されたか」という特定の事実問題について裁判官が原告に不利な解答を出すときに原告の請求は棄却される、と考える。

このように伝統的アプローチは、①裁判所が便宜または正当と考えるがゆえに、あるいは特定の種類の損害は制定法の範囲の外にあるものだと考えるがゆえに設けられる責任の制限と、②近接的に惹起された損害にのみ賠償はなされるべきという一般原理の適用として、当該損害は被告の行為によって近接的に惹起されたか否かに関してなされる事実認定とを区別し、そして、この区別をまじめに受けとめようとするものなのであった。proximate cause は、このうちの後者の、「事実」の問題を扱うものとされていた。

さて第二に、伝統的アプローチは、事実問題を決する基準はコモンセンスにあるとする。理由は、簡単である。被告が損害を惹起したかどうかといった事実の問題に決定を下す基準は、法が発明するものでなく、法の外において、良くも悪しくも通常人の一般的観念の中にあるものの一部とみられるもののうちに見いだされるべきだ、というのである。ダニーディン卿 (Lord Dunedin) は言う。「私は、訴訟というものは、コモンセンスによって決せられるべき純粋な事実問題しだいで定まるものと思う」。

以上が、因果問題に対する伝統的アプローチの特徴である。

#### (b) 近代の批判説

伝統的アプローチは、コモンセンスに立脚した proximate cause 概念によって「事実」問題を解決しようとした。しかし、コモンセンスによるというだけでは結論を容易に導き出せない多くの事件が存在する。例えば、次にあげるいくつかの事例がそうであろう。<sup>73</sup>

① 一六歳未満の年少者に危険な武器を販売することを禁じた制定法に違反して、被告は一三歳の少年にエア・ライフルと弾薬とを販売した。少年の母は、武器を被告に返し返金してもらおうよう、少年に命じた。被告がライフルの引き取りを拒んだので、少年の母はそれを少年から奪い、隠した。六ヶ月後、少年はそれを見つけ出し、友達にその使用を許した。友達が発砲した結果、原告が負傷し片方の目が失明した。〔被告の制定法違反は、原告の被害の proximate cause であるか。〕 [Henningson v. Markowitz (1928) 132 Misc. 547, 230 NYS 313]

② 被告は、制定法上の義務に違反して、交差点の適切な修理を怠った。原告は、適法に公道を進行してきて、あるトラックの運転手から交差点のなかの泥穴にはまった車両を引き上げる手伝いを頼まれた。彼はかがんでトラックの軸にロープの端を結びつけ、他方、トラックの運転手はもう一方の端を乗用車に結びつけた。原告(義足をはめてい

た)がトラックの運転手に開始の合図をして、二つの車両の間から出たとき、彼は足を泥穴につっこんでしまった。彼は穴から出るために、トラックの後端をつかんだが、そうしたとき、ロープのゆるみが健康な足にからみ、足首を折ってしまった。〈被告の制定法違反は、原告の被害の proximate cause であるか。〉

[Hines v. Morrow (1921) 236 SW 183 (Texas Civil Appeals)]

③ある男性が喧嘩中に腹を刺されて、内臓を貫く重傷を負った。証拠によれば、彼は病院へ運ばれ、そこで感染症を防止するため二回分の抗生物質をうたれた。しかし、一回分をうたれた段階で、この薬が彼に合わない徴候はあらわれていた。これ並びにその他の過誤の結果、彼は肺炎をおこし、死亡した。刺し傷は、彼が死亡した時点ではすでに癒えていたのであるが……。〈被疑者はこの男性の死亡を惹起したかが、陪審に問われた。〉

[R. v. Jordan (1957) 40 Cr. App. R. 152]

右の諸事例は、伝統的アプローチに従えば、すべてコモンセンスによって決せられるべき事実問題ということになるが、しかし、これらのような複雑な事例に出会うとコモンセンスはなかなか適切な光を投じない。そこで、伝統的アプローチとは手を切るべきだとする新しい考え方が登場してくる。それが近代の批判説であり、それらはこそって、伝統的アプローチは政策の問題と事実の問題とを区別する基準を取り違えていると批判する。

近代の批判説によれば、被告の行為が法の目的に照らして損害の原因といえるかどうかという問題のなかで、唯一「事実的な要素」といえるのは、その損害が当該行為なしに起こりえたかどうかということである。<sup>24</sup>従って「事実」問題とは、厳密に言えば、cause in fact (事実的因果関係) 又は conditio sine qua non (それなくしては或ものが在らざる条件=不可欠条件) の問題に限定される。他の残りの要素はすべて法の政策の問題であり、どんな制限が正しく且つ便宜であるか、またどんな制限が法規範のもつ規準 (rationale) 又は目的に合致するかについての裁判

所の見解のなかに、よりどころを見いだすべきものである。そうとすれば、proximate cause という用語は、「事実」の問題よりもむしろ「政策」の問題にかかわるものということが出来る。すなわち、前述の火災をめぐる訴訟を例にとって説明すれば、ニューヨークの火災ルールの適用による（二番目の家屋の所有者に対する）責任の制限も、また第三者の介入を理由とする（最初の家屋の所有者に対する）責任の制限も、ともに法的政策の観点から下された責任の制限である、ということになる。

かの伝統的アプローチによれば、ニューヨーク火災ルールの適用による責任の制限は、proximate cause とは関係のない「政策」の適用の結果であり、また、第三者の介入を理由とする責任の制限は、政策とは関係のない「事実」問題につき proximate cause 概念を適用して得られた結果であった。しかし、批判説からこれを見れば、右の二つの制限は、ともに責任をどこで区切るかという政策的判断基準たる proximate cause 概念を適用して導き出された制限なのである。

このように、proximate cause 概念を事実問題に係るものとしてみる立場から政策の問題に係るものとして見る立場への転換をはかり、伝統的アプローチのように責任の問題がコモンセンスによって解決されるのを待つのでなく、proximate cause 概念に本来含まれている政策的価値判断作用を積極的に見据えていこう、というのが近代の批判説の考え方であるといえる。

「われわれが“proximate”という言葉で意味するのは、便宜のゆえ、公的政策のゆえ、または正義の大まかな感じのゆえに、法が、一連のできごとをある一点をこえて追及することを任意にやめるということである。これは論理ではない。実践的な政策である」<sup>(76)</sup>（アンドリュース裁判官）。

近代の批判説に共通する考え方は、右のとおりである。しかし、このような批判説も、①責任の限界を定めるため

の一般的政策を見いだすことは可能でもなく望ましくもないとする立場と、②逆に、それを少なくとも望ましいと考  
え、あるケースでは可能でもあるとする立場とに分かれる。これらのうち前者を代表するのがグリーン(Leon Green)  
であり、後者を代表するのがプロッサー(William L. Prosser)である。以下、近代の批判説を代表する両者の考  
え方を概観してみよう。

グリーンは、裁判官と陪審との権限の配分の明確化という観点から、伝統的な因果関係の問題を二つの要素に分解  
する。<sup>76</sup>一つは事実の問題、他は法的政策の問題である。すなわち、純粹に事実的な要素(事実的因果関係)には陪審  
が関与し、また、その前提として事件を陪審に付託するかどうかを決定する段階で裁判官も関与するが、法的政策の  
問題には裁判官のみが関与するといふのである。<sup>77</sup>この場合、まず事実的因果関係とは何かが問題となるが、グリーン  
は、批判説に立つ他の多くの論者の説くところと異なり、事実的因果関係と、but for テストの適用により答えられ  
るといわれる sine qua non の観念とは、同じ事柄を指しているのではないと考える。理由の一つは、二人の独立  
した不法行為者がそれぞれ損害を生むに十分ななにごとかをするとという例外的なケースがないわけではなく、そのよう  
なケースにおいて but for テストを適用すると、「誰にも責任なし」という好ましくない結論を導き出さざるを得  
ない、ということにある。しかし、主な理由は、「実際には起こらなかったが何が起こるはずだったか」を裁判官や  
陪審に決めさせ又は考えさせることは不可能であり、その意味で but for テストは望ましくなく、と彼が考えるか  
らである。いふなれば、事実の問題は、実在的な(substantial)・実質的な(material)又は感知することのできる  
(appreciate)要素をもった用語のみで記述されるべきなのである。彼の見解によれば、こうした言葉こそが、事実問  
題について従うべきフォーミュラを陪審に提供するのである。

さて、残る政策の問題は、裁判官にとっての問題であって陪審にとっての問題ではない。そして、それは常に、原

告の利益は法によって保護されているものであるのか、また、原告の利益はまさに当の危険 (hazard) に対して保護されているものなのか、といった問いかけなのである。なお、右にいう危険とは、実際に起こった出来事がかねてから起こりそうであったこと、又は、予見可能であったことを意味していない。というのは、グリーンは、予見可能性が損害の責任問題を決定するうえで役に立つという考えを拒否するからである。グリーンは、事件の起きた状況下において被告が義務、とりわけ原告に対する義務、を負っていたかどうかの問題と、proximate cause の問題、すなわち第三の要因が不法な行為と損害との間の因果関係を切るかどうかの問題とを区別しようとはせず、それらをもに政策の問題として取り扱うのである。

では、政策とは何か。グリーンによれば、それは、責任の存否及び範囲の問題について考えることを任務とする裁判官の様々な考慮を、一言で言い表わしたものである。これには、一般原則は存在しない。裁判官は、特定の事件において損害がもたらされた様子をつぶさに把握することに努めねばならないし、またそれが済んだら、これこれの事実に基づくとき被告は責任を負うかどうかについて、多少とも直観的に、問い且つ、答えねばならないからである。裁判官の機能は、その時・その場所の社会に受け入れられる判決を言い渡すことにあり、一般的な政策がこの判決の役割に取って替わることはできないのである。

なお、グリーンと同様の趣旨で、エドガートン (Edgerton) も次のように述べている。「(法的原因の) 主題を覆い、訴訟を充分解決する力をもつルール、などというものを抽出することはできないし、また、すべきでもない。……解決は、行為を損害の原告として扱うことが合理的であるか否か、あるいは、正当であるか否かを証明しようとする、いろいろな考慮要素のバランスにかかっている。……これらの考慮要素は、数の面でも価値の面でも無数にあり、かつ通約できないものである」。

以上を要約すれば、グリーンは、伝統的アプローチの因果問題を事実の要素と政策の問題とに分け、その政策の問題は裁判官の個別具体的な判断に委ねるのがよい、とする考え方を示したのであった。

次に、プロッサーの考え方を見てみよう。プロッサーは、proximate cause とは政策上のイッシューであり事実的因果関係 (cause in fact) の問題とは区別されるとする近代の傾向に賛成する。<sup>78</sup>そして彼は、事実的因果関係の問題を、若干の例外はあるとしながらも、不法な行為がなかったとしたら損害は起こらなかったかどうかという問題 (but for テスト) と同一視する。

「proximate cause とは、行為の結果ゆえに生ずる行為者の責任に対して、実際必要なるがゆえに裁判所が設けざるをえない制限である。その制限は、ときに因果的な制限でもあるが、多くは、因果関係とかかわりをもたない、多様な政策的考慮に基づく制限である。<sup>79</sup>裁判所はこうした考慮を因果的な用語で言い表わす傾向にあるが、そうした傾向はそれに含まれる真の問題をしばしば不明瞭にしている」。

ところでプロッサーは、ネグリジエント法のなかに種類の異なる二つの「政策」が存在することを、少なくとも暗に、認めている。その一つの種類は、彼のテキスト (初版) のなかの「義務」とか「保護された利益」とかの項目の下で論じられているものであって、「原告に対する危険は合理的に予見できないが他人に対する危険が予見できる場合に、原告は賠償されうるか」という問題や、「精神障害・恐怖 (fright) 又はショックについて賠償は認められるか」という問題に関するものがこれに属する。もう一つの種類は「proximate cause」の見出しの下に論じられるものであり、そこにおいて彼は、裁判所がふだん因果問題として取りあげる事件に対して適用できる政策のルールを、バラバラにはあるが、いくつか掲げている。彼が適用しようとするそれらの政策の原理は、かなり、はばの広いものである。例えば、その原理のうちの一つは「合理的に予見しうる介入原因は、通常、行為者をして責任を免れしめ

ない」というものであるが、これに対応するものは「予見不能かつ異常な介入原因が予見不能な結果を生じさせた場合には、行為者は責任を免れる」というものなのである。しかし、ともあれ、これは政策を定式化しようとする一つの試みといえることができる。

なお、グリーンとの対比でいえば、プロクサーは、裁判官や陪審の直観的判断にたよることに消極的である。そして、ひどく旧式なあの proximate cause というルールに取って替わるべき政策が判決に道筋を示し、かつまた、陪審をして事実問題に従事せしめるにふさわしい問題の立て方がなされるように、十分一般的な用語で組み立てられることを期待するのである。

## 2 「予見可能性」及び「リスク」

以上、近代の批判説が、伝統的アプローチにおける因果問題を事実的要素の問題と政策の問題とに区分する様子を概観してきたわけであるが、次には、その政策の問題として新たに提案されるようになってきた基準の内容に触れてみることにしよう。ふるい因果的基準の代替として提案されるものに、予見可能性基準およびリスク (risk) 基準がある。前者はネグリジェンス不法行為法において、また、後者は不法行為一般に適用されるといわれる。まずは、予見可能性基準について概観する。

### (a) 予見可能性基準

予見可能性 (foreseeability) に言及する判例は古くから存在し、またその数もきわめて多い。古くは、損害の予見可能性は、被告がネグリジェントであったか否かの問題にのみ関係し、ネグリジェンス (過失) が証明された被告の責任の範囲の問題には関係しない、とされていた。そのリーディング・ケースは、いわゆるポレミス (Polemis)



事件（一九二一年）である。

ボレミス事件とは、原告所有の船舶が港で荷を積み替える作業中に、被告（備船者）の使用人が作業用の厚板を船艙に落としてしまい、それによって発した火花がたまたま船艙内に充満していたガソリンの蒸気に引火し、船舶が全焼してしまったというものである。この事件において、被告側は、結果たる損害は合理的に予見しえなかったという抗弁をおこなったが、控訴院はこれを認めなかった。

「ある行為がネグリジェントであるか否かを判断するためには、その行為が損害を引き起こすことを合理人なら予見できるか否かについて判断する必要がある。すなわち合理人が予見できないなら、その行為はネグリジェントではないのである。ただしこの場合、その行為から損害の生ずる蓋然性が認められさえすればよく、その行為から実際に生じた損害が人の予期するのとりの種類の損害である必要は必ずしもない。……行為がいったんネグリジェントであると決まれば、その行為の作用が正確に予見されなかったという事実は、重要でない」（スクラットン裁判官）。

この控訴院が示した判断基準、すなわち、ネグリジェンスをおかした者はそのネグリジェンスの直接的な結果として生じた損害のすべてについて責任を負うとのルールは、一般に直接結果説（direct consequence test）と呼ばれている。予見可能性への言及はあるものの、因果関係のイッシュューから予見可能性の問題を排除するのであるから、この直接結果説において、予見可能性の問題が政策の問題（責任の範囲の問題）として意識される余地は、およそなかったということが出来る。

さて、これより少し後、責任の問題に予見可能性をかかわらしめる判例が登場した。いわゆるボルズグラフ（Balsgraf）事件（一九二八年）が、それである。この事件の概要は、次のとおりである。<sup>81</sup>

原告（Helen Palsgraf）は、Rockaway Beachへ行くため切符を買って、被告鉄道会社の駅のプラットフォームに立つ

ていた。ある列車がその駅に着いたが、それは彼女の行き先とは別のところへ向かうものであった。二人の男がそれに乗ろうとして走ってきた。列車はすでに動き始めていたが、一人はうまく列車のデッキに乗れた。もう一人の男は、ある包みを抱えていて、列車に飛び乗ったものの、落ちそうにみえた。列車内の車掌が、開いていたドアから身をのりだし、中に引き入れようとした。また、プラットホームにいた別の車掌が、その男を後ろから押した。この行為により包みがほどけ、レールの上に落ちた。それは長さ約一五インチの小さい包みで、新聞紙に包まれていた。実はそれには花火が入っていたが、外見からは中身はわからなかった。花火は、落ちて爆発した。その衝撃で、何フィートも離れた、プラットホームの他の端にあった秤が吹き倒された。秤が原告にあたり、訴えの原因となる被害を生じさせた。<sup>(82)</sup>

原告は車掌にネグリジェンスがあったとして被告鉄道会社に損害賠償を請求したが、ニューヨーク州最高裁は、四対三で、これを認めなかった。多数派を代表して、カードーズ (Cardozo) 裁判長は理由を次のように述べた。

「被告会社の車掌の行為は、包みを持っていた者との関係で違法行為 (wrong) であつたとしても、遠くに立っていた原告との関係では違法行為でなかった。つまり、彼女に対しては、その行為は全くネグリジェンスではなかった。その場の状況では、落ちた包みのなかに、かくも離れたところにいる人を危険な目にあわす潜在力が含まれていると知るすべは、何もなかったのである。ネグリジェンスは、それが法的に保護された利益の侵害、つまり権利の侵害をとまなうのでなければ、訴えうるものではない。いわゆる宙に浮いたネグリジェンス (negligence in the air) の証明では、役に立たないのである。<sup>(83)</sup>……ネグリジェンスは……このように関係を示す用語である。かかわりのある事物から離れた、抽象的なネグリジェンスなるものは、たといそれが十分理解可能なものであるとしても、決して不法行為とはいえない。……かくして、因果関係の法、つまり近い (proximate) か遠い (remote) かということは、本件

とはかわりを持たない。責任の問題は、責任にともなって生ずる結果の測定の問題よりは、常に先行するものだからである<sup>84</sup>。

みられるように、この判決は、因果関係の問題に入る前に解決すべき問題のあることを指摘している。それは、ネグリジェンスの成立それ自体に係る問題であり、ネグリジェンスが成立するための損害の予見可能性というものは具体的内容をとまなうものでなければならぬ、との指摘である。すなわち、損害発生の一般的可能性だけから導かれた抽象的なネグリジェンスは、訴えうるネグリジェンスではない。予見可能性には、損害（発生）の予見可能性だけでなく、「原告」の予見可能性も含まれねばならない。「損害」を予見できただけでなく「原告」をも予見できたときにはじめて、ネグリジェンスは成立する。こう考えるのである。

判決は、この意味における予見不可能な原告 (unforeseeable plaintiffs) に対する責任を否定したものであった。この判決が「予見可能性」に言及したのは、損害の予見可能性がある場合に生じる（損害回避のための）注意義務は予見可能な被害者に対する具体的<sup>85</sup>な義務でなければならぬことを指摘し、もってネグリジェンスの成立自体を厳密に解しようとしたがためである（ポレミス事件判決との違いがここにある）。ただし、この義務のイッシュューに係る予見可能性が、責任の実在性 (existence) の問題と深いかわりを有するが、責任の範囲 (extent) の問題あるいは政策の問題といまだかわりを持つものでないこと、言うまでもない。

そこで、次に、予見可能性の概念と責任の範囲の問題とのかわりに触れてみることにしよう。

予見可能性概念に責任範囲制限機能を持たせようとする営みは、まず、学説によって始められた。その代表は、グッドハート (A. L. Goodhart) である。

グッドハートは、さきのポレミス・ルールを批判する趣旨において、「人は予見可能性のある損害についてのみ責

任を負う」とする考え方を打ち出した。すなわち、グッドハートによれば、結果 (consequences) はネグリジェンスからは生じえず、身体の動きといったような行為 (act) からのみ生じうる。それゆえ、「損害」を被告のネグリジェンスあるいはネグリジェントな行為の結果と呼ぶことは、適切でない。損害は、被告の行為の結果なのであり、その行為は一定の予見可能な結果とのかかわりにおいてネグリジェントである、と言うのが正しい。もし、ネグリジェンスが結果に依存するのだとすれば、逆に、結果がネグリジェンスに依存しないことは明白である。<sup>86</sup>

いくぶん強弁のきらいはあるが、グッドハートは、このように「結果の予見可能性」という視点からネグリジェンス概念の相対的性格 (relativity of negligence) を強調した。そして、これを次のような主張へと導いた。

「不法行為者は彼がそれについて現実にネグリジェントであったところの結果についてのみ、すなわち、彼の立場におかれた合理人が有り得べきこととして予期し且つ相当の注意をもって回避したであろう結果についてのみ、有責とされるべきである。その他の結果については彼はネグリジェントではなかったのであり、従って不法行為者ではなかったのである」。<sup>88</sup>

ここにみられる原理こそが、責任範囲の問題にかかる予見可能性基準 (foreseeability test) なのである。

さて、かかる考え方は、のちに判例の受け入れるところともなった。いわゆるワゴンマウンド (The Wagon Mound) 事件<sup>89</sup> (一九六一年) がそれである。まず、事件の概要に触れよう。

原告 Morts Dock は、オーストラリアのシドニー港内に埠頭を所有し、造船業及び修理業を営んでいた。被告所有の貨物船ワゴンマウンド号が、約六〇〇フィート離れたところに停泊していた。その船は、不注意で、大量の重油を湾内にこぼし、油があたり一面に広がった。油は埠頭の造船台のきわまで達し、造船台の使用を妨げた。この点で小さな損害を与えたが、損害は軽微だったので、原告は別段クレームをつけなかった。(二日後) 油に火がついた。

埠頭で原告の作業員が溶接作業をしていたときに飛び散った溶解金属が、海面に浮かぶ綿屑に火をつけ、それが引火させたものであった。火は、埠頭及びそこにつながれていた二隻の船に大損害を与えた。事実審裁判所は、水面に広がった時点で油（引火点は華氏一七〇度であると検査官は述べていた）が燃え出す可能性のあることを、被告は「知らなかったし、また、合理的に知り得べくもなかった」と明瞭に評決した。（しかし）判決は原告の勝訴となった。これはニューサウスウェールズ州最高裁によっても確認された。被告は、枢密院司法委員会（Privy Council）に上訴し、そこにおいて原審判決が破棄された。<sup>⑧</sup>

枢密院の見解を、シモンズ卿（Viscount Simonds）が次のように述べた。

「ポレミスの権威に対してはしばしばリップ・サービスが払われているけれども、その権威が大いにゆらいでいることを示すには以上の所説〔ポレミス判決以後の判例の紹介〕で十分である。われわれの見解によれば、ポレミス〔ルール〕はもはや有効な法（Good Law）と認められるべきではない。多くの場合、このことによって〔従来と〕異なった結果が生み出されることはおそろくないが、しかし、これによって法が単純化され、少なくとも若干の場合には明らかな不正義が回避されるものと期待される。というのは、若干の些細な損害を生むことが予見できなくごく軽微なネグリジェンスの行為のゆえをもって、行為者が、およそ予見可能な結果についても、また、極めて重大な結果についても、それらが「直接的」といわれる限り、すべて有責とされることは、現代の正義または道徳観念に合致しないと思われるからである。人は自己の行為の蓋然的な結果について責任を負うものと考えられねばならぬということ、民事責任の原則である（もっともこの原則には若干の当面関係のない制約が附せられるが）。それ以上のものを彼に要求するのは苛酷すぎるルールであり、これ以下のものを要求することは、文明化された秩序がある最少限度の行為水準の遵守を必要とするということが無視するものである」。

「ネグリジェンスについての不法行為責任を考える際に、その要素を分析し、原告は、彼に対して被告が負っていた義務、その義務の被告による違反、およびよって生じた損害を証明しなければならぬと述べることは正当である。しかし損害が与えられるまでは責任は存在しえない。不法行為責任の根拠になるのは行為ではなくて結果である。宙に浮いたネグリジェンス (negligence in the air) の如きものは存在しないといわれるが、まさにそれと同様に、宙に浮いた責任 (liability in the air) の如きものも存在しない。Aが、Bの不注意 (carelessness) ——これは中立的な語 (a neutral word) である——によって惹起された損害、たとえば不注意な油の漏洩によって惹起された火災について訴を提起した、と仮定せよ。AはBに対していかなる義務を負っていたかを知ることが意味をもつことはもちろんだが、問題になる責任は火災による責任だけである。責任をその文脈から切離してBは有責である又はないと述べ、しかるのちに、いかなる損害について彼が有責であるかを問うことは、無益である。なぜなら、彼の責任はその損害についてのものであり、それ以外のものについての責任ではないからである。もし(実はそうなのだが) Bの責任(有責性)が結果たる損害の合理的予見可能性にかかっているとすれば、それ〔責任〕は、現に生じた損害——訴えられている損害——の予見可能性によらずしていかに決定されようか。そして、もし、損害が予見不可能であるためそもそも責任が否定されるとすれば、いかにして責任を復活させて賠償を支払わせることができようか。

「われわれは若干の一般的所見をもってこの問題をしめくくる。われわれの第一義的な関心は、損害が「直接的」なものでありさえすれば予見不可能性はどうでもよいという命題を排斥することにあつた。そうすることにおいて、われわれは不可避的につきのように主張する。すなわち、責任の決定における本質的要因は、損害が、合理人の予見すべきであつたような種類 (kind) のものであつたか否かである」。

ここには明らかに、責任範囲の問題への、予見可能性概念の適用がみられる。これを言い換えれば、ネグリジェン

スの成立それ自体の問題（有責性の問題）と責任の範囲の問題（賠償の問題）とに、同一の基準（same test）の適用がはかられているのである。合理的予見の及ばない種類の損害について被告は責任を負わないとするこの明快なルールは、ネグリジェンスの成立をまず確定しその後賠償の範囲を決するという従来の思考方法をくつがえし、予見可能性概念がネグリジェンス法のなかに占める地位をその後飛躍的に高めるのに貢献した。

さて、このように予見可能性基準が責任制限機能をもつようになったことを確認するにしても、それですべての問題が解決するわけではない。予見可能性基準の適用により、かえって不合理な判決が導かれることもある。後続損害（ulterior harm）と呼ぶことのできる損害発生ケースが、これにあたる。<sup>92</sup> 例えば、被害者を救助しようとして現れた救助者がこれまた負傷してしまったケースとか、あるいは被害者が異常に薄い頭蓋骨の持ち主であったがために思わぬ被害までも生んでしまったケース（egg-skull case）などにおいて予見可能性基準を硬直的に適用すると、被害者の救済の面で薄くなる。「不法行為者はその被害者に対しあるがままの状態において責任を負う（a tortfeasor takes his victim as he finds him）」というのが古くからの法でもあり、予見可能性基準はこれと調和しなければならぬ。そこで登場するのが、予見可能性基準についての拡大ドクトリンである。

これは、「因果的原理からみて被告が惹起したのではないにしても、被告の行為が必要条件（necessary condition）となっている「予見可能」な損害に対しては、被告は責任を負う」とするもので、サーモンド（Salmond）がこれを主張した。サーモンド自身の言葉をもってすれば、「一般原則として、被告は、自己の行為のすべての予見可能な結果に対して責任を負う」<sup>93</sup>のである。

しかし、これでもまだ問題が残る。後続損害のうち、egg-skull caseのような場合はよいとしても、被害者本人の行為とか第三者の行為が介入したがために被害が生じた場合、被害は「被告の行為のすべての予見可能な結果」のう

ちに含まれるかどうか問題となることもありうるからである。例えば、被告が掘ったまま放置した穴に原告が第三者によって突き落とされたとき、第三者が不注意で押した場合だけでなく故意に突き落とされた場合にも被告は責任を負うのか、あるいは、いずれにせよ第三者の行為につき予見可能性があれば被告は責任を負うのか、といった問題が生じうるのである。

この第三者の介入 (intervention of a third party) 問題は、予見可能性基準にとっての最も困難な問題となっているが、不法行為リステイトメント (Restatements of Torts) 四四七条及び四四八条は、第三者の介入のあることをネグリジェントな行為の行為時に気付く (realize) べきであった場合には、被告は責任を負うとしている。しかし、その「行為時」とは何かとなると、これまた様々な議論が可能であり、予見可能性基準はいまだ多くの問題を残したままの状況にあるといえる。<sup>94)</sup>

(b) リスク・セオリー

次に「リスク」基準 (リクス・セオリー) なるものに、簡単に触れてみよう。

リスク・セオリーはセイビー (Seavey) が提唱し、その後フォスター (Foster) ・キートン (Keeton) ・ウィリアムズ (Glanville Williams) などによって受け継がれた。この理論は、一言でいえば、損害賠償の範囲は行為から発生した危険 (risk) の範囲によって定まる、とするものである。これは、前述のカードーン裁判官が下したポルズグラーフ事件判決等に表示される考え方を一般化したものとして、打ち出された。カードーンは、ネグリジェンスは特定人との具体的な関係においてしか成立しない (relativity of negligence) との意味でネグリジェンスが「関係用語」 (a term of relation) であることを強調した裁判官であるが、それと同じ趣旨で次のように述べていた。「合理的に知覚されるリスクが、従われるべき義務を定める。そして、リスクとは、関係を意味する。つまりそれは、危惧



(apprehension) の及ぶ範囲内にいる他人または人々に対するリスクである<sup>95</sup>。シイビーはこの考えをネグリジェンス法のみならず、不法行為法全般に適用しうるものとすべく、理論化をはかったのである<sup>96</sup>。

この理論が不法行為法における責任制限基準の確立を自己の課題とするものであったことは、明白である。被告の有責性をまず判断し、しかる後に因果的原理 (proximate cause) により賠償の範囲を決するという古い思考方法と比べれば、この理論が、有責性の問題と責任範囲の問題とに同一の基準を適用させようとした予見可能性理論と、同じ思考方法をとるものであることが知れるのである。

従って、リスク・セオリーは予見可能性基準と異なる原理を、別段、提出しようとするものではなかったといえる。ただ、違いは、リスク・セオリーが不法行為全般にわたる基準を提供しようとした点にある。すなわち、ネグリジェンスのみならず厳格責任 (strict liability) にも適用可能な基準の確立という課題がそれである。

厳格責任とは、行為者の落ち度 (fault) を問題とすることなく成立する不法行為責任であり、ライランズ対フレッチャー (Rylands v. Fletcher) 事件判決 (一八六八年) 以降認められてきた責任類型である。「ライランズ対フレッチャー」ルールは、「もし逸出 (escape) したら他人に害をなすであろうような物を、自己の土地に、その土地の非自然的な利用 (non-natural user of land) の過程で持ち込んだ者は、その物の逸出によって他人がこうむった損害につき責任を負う<sup>97</sup>」とするもので、この事件では、貯水池から水を流出させ他人の石炭採掘場に損害を与えた者の fault なき責任が認められた。その後、ガス・爆発物等の場合にもこの責任が問われるようになり、責任の範囲の問題が解決されねばならなくなっていたのである。

リスク・セオリーは、こうした課題をも解決すべく、予見可能性理論をより一般化させたものとして登場した。それは、損害が危険の範囲内 (within the risk) に生じたものか否かを帰責の基準とし、損害がその範囲内に生じた

のであれば、因果関係に基づく判断 (causal test) は不要とした。その主張は、危険 (risk) という言葉となんらかわりを持つ分野に影響を与えた。たとえば、リステイトメントはネグリジエンス概念を定義するにあたり risk という用語を使用し、また製造物責任等の判例では risk 概念の導入によって賠償責任の範囲を拡大する傾向が生み出された。<sup>98)</sup>

ただし、そうした影響の大きさは、リスク・セオリーの主張がそのまま一般に受容されていたことを必ずしも意味しない。たとえば、リステイトメントは危険な動物の占有者の絶対責任についてリスク・セオリーに近い考え方を示しているが、因果基準を捨てているのではなく、その点でリスク・セオリーとの間に距離を保っている。

他方、リスク概念の社会的浸透にともない、リスク概念それ自体も次第に変質していった。もと特定人との具体的な関係における実地的 (practical) ・限定的な概念であったものが、責任の拡大の要請に対応すべく思弁的 (theoretical) ・無制約的な概念に移行していったのである。従って、リスク・セオリーは、その本来の意図に反して著しく責任制限機能を低下させたものとなってきた。<sup>99)</sup>

### 3 小括

英米法においては、コモンセンス的因果原理 (proximate cause) によっては解決の困難な事例に対応すべく、事実的因果関係と責任制限原理との区別の必要性が、比較的早期から論じられてきた。そのなかで、責任制限原理として予見可能性基準やリスク基準 (リスク・セオリー) が提唱されてきたが、それらは実際には、責任の拡大の面で一定の貢献をしたものの、本来の責任制限機能の面では、十分な効果を生み出していない状況にある。

[注]

(67) 特に平井氏は英米法における学説の影響を強く受け、「私は……このグリーンの方法論を検討することによって、日本損害賠償法の新しい理論構成のための道具概念をいわば『鑄造』する準備作業としたい」と述べている。平井、前掲注(3)、一〇二頁。

(68) HART & HONORÉ, CAUSATION IN THE LAW (2nd ed. 1985)

(69) プロッサー・キートンによれば、ネグリジェンスにもとづく訴訟原因の要素は次のようにまとめられる。(1)不合理な危険から他人を保護するために、人が一定の基準に従うべきことを要求する法的な義務又は責務が存在すること。(2)人がその要求されている基準に従わなかったこと、すなわち義務違反があったこと。(3)行為とそれにより生じた被害との間に合理的に密接な因果関係が存在すること。これは一般に legal cause とか proximate cause とか呼ばれるが、事実的原因の観念を含むものである。(4)他人の利益に、現実に、損失又は損害が引き起こされていること。PROSSER & KEETON, THE LAW OF TORTS, 164 et seq. (5th ed. 1984).

(70) Palsgraf v. Long Island R. Co., Court of Appeals of New York, 248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928). (引用は 162 N.E. 103 によった。)

(71) タニーデイン卿の言葉。(HART & HONORÉ, *supra* note (68), 96.)

(72) HART & HONORÉ, *supra* note (68), 89 et seq.

(73) *Id.* 95 et seq.

(74) *Id.* 90.

(75) 162 N.E. 103.

(76) HART & HONORÉ, *supra* note (68), 104 et seq.

(77) この点、望月礼二郎氏の次の指摘は参考になる。「アメリカの Green は、彼のいわゆる causal relation issue に価値的評価を介入させることに反対する。その主張によれば、『因果関係』の問題として論ずべきことは、被告のネグリジェンス(法的評価の所産)と原告の損害との間の因果的関連性ではなくて、事実たる被告の行為と事実たる原告の損害との関連性に限られる。この主張は、それがおかれる文脈ないし彼流の、ネグリジェンス訴訟での諸イシューの配列に照らして理

解されるべきである。すなわち、この主張は、裁判官が事件を陪審に付託するか否かを決定する際の一つの問題としての、しかも、同じく裁判官が扱うべき義務イシューおよびネグリジェンス・イシューに先行する問題としての、因果関係イシューについてなされている(彼の主張する純粹に事実的な次元での因果関係を認め得なければ、裁判官は、義務イシュー等の問題を考察することなく、いわんや陪審に事件を付託するまでもなく、no caseとして訴を棄却する)。望月礼二郎「ネグリジェンスの構造」法学三六卷四号・三七卷二号(右の引用は三七卷二号二六頁)。

(78) HARR & HONORÉ, *supra* note (68), 105 et seq.

(79) これは PROSSER, TORTS (1st ed.) における文章であるが、第四版では次のように言い表されている。「その制限は、ときに、いやむしうくまれに、因果的事実の制限であるが、たいていは純粹に政策的な制限である」。PROSSER, LAW OF TORTS, 237 (4th ed. 1971).

(80) In Re Arbitration between Polemis and Furness, Withy & Co. Ltd., Court of Appeal [1921] 3 K.B. 560. 引用は PROSSER, WADE AND SCHWARTZ, CASES AND MATERIALS ON TORTS, 305 (7th ed. 1982). 以下同様。

(81) Palsgraf v. Long Island R. Co., Court of Appeals of New York, 248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 (1928). この事件に触れたものに、平井、前掲注(3)、一一六頁、及び加藤一郎「不法行為における過失と因果関係」『英米判例百選Ⅱ私法』(二八頁)がある。

(82) 以上、カードーン裁判長がまとめた認定事実である。(引用は 162 N.E. 99 による)。

(83) 162 N.E. 99.

(84) 162 N.E. 101.

(85) カードーン裁判長の言葉をかりれば、「関係」的な義務ということになるうか。この点、次の望月礼二郎氏の指摘は興味深い。「英米法では、被告の注意義務は、予見可能な被害者に対するものとして(かつ論理的には予見可能な損害にも関するものとして)観念される。いいかえれば、注意義務は、特定の被害者(と特定の損害)に関する相対的なものであり(relativity of negligence)その意味で義務の観念は方向性をもつといわれる(directional notion of duty)。このような、相対的なまたは方向性をそなえた注意義務の観念は英米法に特有のものであり、それは『コモンローの個人主義的偏見』(common law's individualistic bias)をもつとも顕著に表わすものだといわれる」。望月、前掲注(77)、二九頁。

- (86) HART & HONORÉ, *supra* note (68), 261. 246<sup>o</sup>. A. L. GOODHART, *ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND THE COMMON LAW* (1931).
- (87) カードーン裁判官と同じく、グッドハートにおいてもネグリジェンスは「関係」(relation)用語なのである。違いは、グッドハートが予見可能性の対象について一層絞りをかけている点にある。
- (88) 望月、前掲注(77)論文〔三七卷二号二〇頁〕の紹介による(GOODHART, *ESSAYS*.)。
- (89) Overseas Tankship (U.K.) Ltd. and Morts Dock & Engineering Co. Ltd. (The Wagon Mound (No.1)) [1961] A.C. 388. このワゴンマウンド事件はボレミス事件と対比して論じられることが多いが、それらを解説したものに、芦川豊彦「英国不法行為法(過失)における因果関係に関する一考察——ワゴンマウンドを中心として——」愛知学院大学法学研究四卷二号(昭和三八年)田井義信「予見可能性ルール」(『英米判例百選Ⅱ私法』二六頁)がある。
- (90) PROSSER, WADE AND SCHWARTZ, *supra* note (80), 307. のブリーフによるものである。
- (91) A.C. 422-426 [1961]. (訳文は、望月、前掲注(77)三七卷二号三二—三三頁によった。但し、一部手直し。)蛇足ながら、判決の主旨は、油による汚損という種類の損害でなく火災という種類の損害は、油が漏洩した当時には、油の引火点の高さなどからして——このことは検査官が調査にあたっていた——合理的に予見することは不可能だったのであり、従ってボレミス・ルールにおいていわれる「直接的」結果にあたるものとしても)賠償の対象にならない、というものである。
- (92) HART & HONORÉ, *supra* note (68), 263 et seq.
- (93) *Id.* 275. SALMOND, *TORTS* (12th ed.).
- (94) HART & HONORÉ, *supra* note (68), 275 et seq.
- (95) ボルスグラフィフ事件において述べた見解(162 N.E. 100)。
- (96) HART & HONORÉ, *supra* note (68), 254. なお、リスク・セオリーを紹介したものに、松浦以津子「不法行為法における『予見可能性』——アメリカ法におけるリスク・セオリー——」私法四二二号がある。
- (97) 望月礼二郎『英米法』(現代法律学全集)二五一頁(改訂版、昭和六〇年、青林書院)による。
- (98) 松浦、前掲注(96)一五一頁。なお、リステイトメントは、ネグリジェンスを「損害が生ずる不合理な危険(unreasonable risk of harm)から他人を保護するために法によって定められた基準に達しない行為」と定義しているが(Restate-

ment of Torts, vol. 2 § 282) 'risk' という用語を使用してネグリジエンス概念を説明するのは、古くはハーパージュエームスをはじめ、プロッサー・フレミング・ストリート等、今日の標準的テキストにおける一般的傾向となっている。すなわち、次のとおり。① HARPER & JAMES, THE LAW OF TORTS, VOL. 2 929 (1956). 「ネグリジエンスとは、損害が生ずる不合理な危険<sup>リスク</sup>を含んでいる行為であり…」② PROSSER, THE LAW OF TORTS, 145 (4th ed. 1971). 「ネグリジエンスとは、リスクの問題、すなわち損害を生むことが確認できる危険 (danger) の問題<sup>リスク</sup>である…」③ J. G. FLEMING, THE LAW OF TORTS, 101 (6th ed.). (リステイトメントの定義を踏襲している。)④ STREET ON TORTS, 157 (8th ed. by M. BRAZIER) 「一定の損害を生む危険<sup>リスク</sup>から他人の利益を保護するために、法は人々が一定の状況下で従うべき一定の行為の基準を定立する。そして、もしこの基準に従わなかったことからそうした損害が生じた場合、訴えうるネグリジエンスが成立する。」但し、ネグリジエンスの意味については古くから心理説と行為説の対立があり、行為説の多くは危険という用語を使用しているので、リスクという用語をもってするネグリジエンス概念の説明が、リスク・セオリーの登場によって開始されたと理解してはならない (伊藤正己「過失の意味とその史的素描」法協六七巻二号)。

(6) HART & HONORÉ, *supra* note (68), 284 et seq.

#### 四 不法行為責任と因果関係

##### 1 近代の批判説の問題点

不法行為による責任の範囲の画定という問題は、すぐれて法的政策の問題であって、事実的因果関係の問題とは區別されるべきである。また、因果関係の問題は、事実的因果関係 (cause in fact) または条件関係 (conditio sine qua non) に限定して考察されるべきである。——これが、英米法における、またわが国における近代の批判説の支配的な考え方であった。

この分析視角は、きわめてシャープである。かかる分析方法の提唱されるべき理由は、伝統的アプローチによるので

は因果イシューに「過度の負担」(グリーン)がかかるというものであった。しかし、学説の展開を振り返ってみるとき、逆に、法的政策に過度の負担をかけることになってはいないか、という問題を提起することも許されよう。それは、言い換えれば、事実的な要素それ自体のなかに責任範囲の画定につながる手がかりをなにか見いだすことはできないか、という問題提起である。

この点をもう少し敷衍してみれば、次のようになる。

近代の批判説が、事実的因果関係というイシューの存在を明確化したことは、きわめて正当である。なぜなら、それは、およそ事実的因果関係のないところに責任の生ずる余地はないという意味で、責任が発生する可能性の限界点を明らかにしうるからである。まさに、「被告の行為が事実上(その発生に)寄与したのでない損害についてまで(被告に)責任を負わせるほどに強力なポリシーは存在しない」といえるのである。しかし、この事実的因果関係は、一般に、条件関係を意味すると理解されている。わが国の平井説をはじめとする学説も同様である。そして、その条件関係とは、ひらたく言えば、「風が吹けば桶屋がもうかる」式の事実の連鎖だとして受けとめられている。

こうした理解に立てば、責任範囲の画定はすべて法的政策の問題だとする考えがおのずと生み出されてもこよう。この点が、実は、問題なのである。果たして、事実的因果関係を条件関係と理解するのは妥当であるのか。事実的因果関係のなかに、責任範囲の画定につながる一定の手がかりは見いだしえないのか。このような問題を、ここで考えてみたい。

ところで、原因(cause)と条件(condition)との区別の必要性を論じ、因果関係それ自体のなかに、責任の範囲の問題をある程度まで解決できる要素を見いださそうとする研究が存在する。ハート||オノレの研究が、それである。「中間の道」(middle way)を行くというその学説の内容を、以下、紹介してみよう。

## 2 ハート・オノレの学説

ハート・オノレは、近代の批判説が事実の問題と政策の問題との区別を明らかにした点を評価しつつ、他方、それが因果イッシュューは法的責任の問題を解決するうえでほとんど重要性をもたないとしていることを疑問とする。すなわち、近代の批判説は「ある違法な行為なしに損害は生じなかったことがいったん確定すれば、裁判官が検討すべき因果問題はもう残されておらず、唯一の問題は不法行為者の責任にどんな制限を設けたらよいかということだけであって、これについての解答は因果関係の意味をあれこれ探ることによって得られるものでない」と考える傾向にあるのだが、これは因果問題を重視しない考え方である。ハート・オノレによれば、近代の批判説がこのような「因果ミニマリズム」(causal minimalism)の傾向に走るのは、伝統的アプローチへの批判意識から、コモンセンス的因果原理を捨て去ろうとしたことによる。伝統的アプローチが依拠する「コモンセンス」なるものはおよそ説明不可能なもので、確固とした判断基準を提示するものでない、というのがその理由であった。しかし、ハート・オノレにおいては、「法が関心をもつのは(哲学者や科学者の観念でなく)普通人の因果観念である、という裁判所によってしばしばなされる主張は正しいと思われる」<sup>103</sup>のであり、また、「コモンセンスは説明不可能なものでも恣意的なものでもない」と考えられる。「裁判所は、〔法において使用されるのは普通人の因果観念であり、それは多様な形態の法的責任の一部になっている〕<sup>104</sup>といつも主張している」<sup>105</sup>のであるから、普通人の観念を無視して法的責任の問題を考えるのは妥当でない。

ハート・オノレは、以上のような考えのもとに、「日常言語の分析」(analysis of ordinary language)を試みた。そして、その研究の成果によれば、「因果関係に係る概念というのは、日常生活においてわれわれがそれを使用する場合と同じく、単一概念ではない」<sup>107</sup>ことが明らかになった。すなわち、「いくぶん中心的なところに物理的な操作



または介入といった概念がある。そのまわりに、広い意味で因果的といえる諸概念が集まっており、これらは様々に中心概念とかかわっている。これら互いに関連する諸観念の間には、人々に行為をする理由及び機会を与え、あるいは事象の生ずるきっかけを与えるという観念が存在している<sup>108</sup>のである。

因果的意味を言い表す言葉が数あるなかで、右の中心概念を端的に示す言葉は「原因と結果」(cause and effect)である。この意味を探ることにより、「因果関係」(causation)という言葉の意味もまた明確になり、その他の「結果」(consequence, result)、『惹起された』(caused by)、『のせいだ』(due to)、『つなぐ』(lead to)、『やる』(made)等の言葉も単にスタイルの変わったただけのものであることが明らかになる<sup>109</sup>。

では、日常言語としての「原因と結果」とは、そもそもどんな意味であるのか。ハートゥーオノレは、これを次のように説明する。

「人間は、その身体を適切に動かすことによって、生物・無生物を問わず客体に、また環境に、好きなように変更を加えることを学んできた。またこうした単純な努力を〔押す・引く・曲げる・こわす・傷つける〕といった他動詞で表現することをも学んできた。ここに含まれるプロセスは、直接に身体による事物への第一次的操作から成り、時間もほとんどかからないものである。しかし人間はその活動の範囲を広げることが学び、そうした比較的単純な行為をすることによって、条件しだいでは、現に操作している客体だけでなく他の客体にも二次的な変化をもたらし得ることを発見した。ここに、身体的な動きや操作によって始められたプロセスは、空間的にあるいは時間的に伸長され、完成しがたくもなり、また一連の、ときには明らかに異なった種類の変化を含むことになった。このためわれわれは、単純な他動詞よりも、むしろ『原因』と『結果』という相関的な用語を使うようになったのである。すなわち、結果とは望んだ二次的な変化であり、原因とは、事物に操作を加えて第一次の変化をもたらすわれわれの行為、あるいはこ

うした第一次の変化それ自体のことをいうのである。例えばわれわれは、ある物をおつけて他のものを動かすとか、石を投げてガラスを割るとか、殴って負傷させるとか、物を火にのせて熱くさせるとかのことをするのである<sup>⑩</sup>。

ところで、「われわれの共通の経験が教えるところでは、われわれが操作する事物は、そのまま放置すれば、その本来の性質又は運動の特性からして、われわれが操作を加えてもたらそうとした状態とか変化とはちがった状態を維持し、ちがった変化を示していくはずのものである<sup>⑪</sup>」。

従って、右にいう「原因」とは、「事物が自然に展開するコースに干渉し、あるいは介入するあるもの<sup>⑫</sup>」として定義することができる。そしてこの観念こそが、通常人が「原因」という言葉を使う際の内容となっているのである。

「原因」という言葉は、日常生活ではまた「ある出来事がなぜ起こったのかが理解しがたくて、説明が求められる場合にも、一般に使用される」。例えば、出血多量で死んだことを知りたいのではなく、なぜ出血多量という状態が生じたのかを知りたい場合、死の原因は何かと尋ねられる。この場合、出血多量という死の一般的原因でなく、通常起こらないことがなぜ起きたのかが、知りたい点なのである。この点が、まさしく、コモンセンス上の関心事 (common-sense interest) なのである。このコモンセンス的な関心も、また、事物の通常のコースに対して加えられた特別の事情 (介入等の内容) の解明に向けられている<sup>⑬</sup>。

このように、事物の通常のコースにある介入ないし干渉が加えられ、そこからまた新たな自然的な展開がはじまっていくという流れがある場合、その介入ないし干渉が、一般に「原因」と呼ばれているのである。

さて、われわれ人間相互の間では、「Aという人がBという人の (行為の) 条件を作出し、Bはそれを利用する、というのが一般の事情になっている。この場合、Aの行為は、Bが自己の行為によってもたらすものの不可欠条件

(condition sine qua non) である。しかし、この関係は、Bの行為はAの行為の一部であるという結論を導くものでない。Aの行為は、Bの行為の始まるところで終わる。つまり後者は、両者の間に不可欠な (sine qua non) 結びつきがあるにもかかわらず、新しい行為 (novus actus) なのである<sup>(14)</sup>。

このように、事物の一連の経過のなかでつぎつぎに新しい介入・干渉が加わっていくというのがわれわれの社会の実情なのであるが、われわれは、新たな介入・干渉が登場するまでは、ある行為にはじまる一連の事物の経過は、その行為を「原因」とする「結果」とみることができると例え、「(殴られて) 目のまわりにあざができた場合のように、結果がもし他人の自発的行為または異常な偶然性の介入なしに生じたとすれば、それは作用主自身(殴った本人)が引き起こした介入の一部と考えられる。これに反して、もしAが誰かを殴った結果、その者が意識不明となり、そしてBが(Aとは無関係に)その者を刺す有利な状況をつかんだとすれば、その刺したBの行為は、Aの介入の一部をなさない<sup>(15)</sup>」のである。

従って、「原因」とは、このような意味においても事物の自然のコースに加えられた新たな介入・干渉といえるのである。

この点から、「原因」と「条件」とが同じものでないことが理解できる。右の例をかりて言えば、Aが誰かを意識不明におとし入れた行為は、その者を刺すに有利な状況をつかんだBにとっての不可欠条件ではあるが、Aの行為は刺された男の死亡の原因ではない。Aは男の死亡を惹起 (cause) したのではないのである。

これをより一般化していえば、次のようになる。すなわち、ある結果がある行為に始まる事物の自然的コースのうちであれば、その行為が「原因」であり、その行為がなされた場面における他の諸要素が「条件」である。これを逆に言って、ある行為に始まる事物の展開が通常のコースをたどれば、その行為はその通常の事物の展開にとっての

「原因」であるが、しかし、異常なコースをたどれば、事物の通常のコースが乱されたと判断され、途中に新たな介入・干渉があったことが推測される。そして今度は、その新たな介入・干渉が結果にとっての「原因」と判断され、最初の行為は「条件」となるのである。

コモンセンスはこのように「原因」(cause)と「条件」(condition)とを区別する。そして、この区別をもとに、損害を惹起(cause)したと判断される者に責任を負わせることを妥当とする(ふたたび右の例でいえば、男の死亡という損害の惹起を理由とする責任は、Aでなく、Bが負うべきであるとする)。このような意味で、「損害の惹起」(causing harm)こそが——コモンセンスにあつては——帰責の基本原理とされているのである。

右のごとく、損害の責任はその損害を惹起した者が負うべきである。損害を「惹起」したかどうかは、行為と損害との間に特別な介入原因が存するか否かによって決まる。そして、特別な介入原因が存する場合には、行為と損害との間の因果関係(causal connection, causation)は否定される。では、その特別な介入原因として(コモンセンスによって)認められるものには、どのようなものがあるのか。多くの判例にあたって整理したところによれば、これには二種類のものが存在する。一つは「人間の自発的行為」(voluntary human action)、他は「異常なできごと」(abnormal occurrence)である。<sup>11)</sup> ①「人間の自発的行為」とは、作用主たる人間(第三者又は被害者)が他者からの圧力なしに完全に自由な意思で行った行為を指し、これについては「人間の自由な、意図的かつ事情に通じた行為又は不作為で、被告のつくりだした状況を利用する意図にでたものは、因果関係を否定する」という原則が妥当する。<sup>12)</sup> ②「異常なできごと」とは、天災等の不可抗力(acts of God)とか、それ自体は異常ではないが他との結びつきにおいて異常となるもの(偶然の一致)とかを指し、被告の行為がなくてもその事象自体は生起したであろうという意味で、因果的に独立した出来事のことをいう。これについては、「事象(違法な行為)と事象(第三の要因)との異

常な結合は、その結合が作用主たる人間（被告）によって意図されたものでない場合に、因果関係を否定する<sup>(19)</sup>という原則が妥当する。

もし、右のような特別な介入原因が存在しない場合には、ふたたび基本原理に立ち返り、損害の原因を作った者（すなわち損害を惹起させた者）が——まさに損害の惹起を理由として——責任を負う。もちろん、予見可能性とか保護範囲とかの他の政策的要素を考慮することが否定されるわけではない<sup>(20)</sup>。しかし、責任の問題の解決をいきなり政策的判断に委ねるのでなく、まずもってコモンセンスの因果原理によってみるのが重要である。

以上が、ハート・オノレの主張の要点である。ハート・オノレの考え方をいくぶん比喩的に表現すれば、それは「人間をすでにセットされた舞台に登場してくる者として描く<sup>(21)</sup>」発想をとるものである。つまり、「その行為は情景（scene）に加えられた変化を構成し、新たな役者が登場するか、あるいは異常なできごとが事物の通常のコースを乱すときに終わる<sup>(22)</sup>」と考えるのである。無論、この手法ですべての問題が解決されるわけではないが、しかし、コモンセンスの因果原理を軽視して法的政策ばかりを強調する近代の批判説のとり道は「あまりにも近道<sup>(23)</sup>」（too short a way）である。——ハート・オノレは、こう考えるのである。

[注]

(19) JOHN G. FLEMING, THE LAW OF TORTS, 170 (6th ed. 1983).

(20) HART & HONORÉ, *supra* note (68), 3.

(21) これはハート・オノレの造語で、「因果関係・最少限綱領主義」とでも訳しえようか。ハート・オノレによれば、六〇年代に登場したポスナー（Posner）を中心とする経済理論学説も「因果ミニマリズム」のグループに加えうるとされる。ちなみに、経済理論学説とは——ハート・オノレによれば——おおよそ次のような主張をなすものである。「AがBの財産を

減少させるような仕方で行為しようとするとき、Aの行為が不法行為として扱われるかどうかは、もし彼がこの仕方で行為するのをやめたら行爲した場合よりも彼およびBにかかるコストの合計が少なくなるか否かにかかっている。これが不法行為法のルールであり、もしAがBの財産を減少させる行爲をしてしまったとしたら、Aの行爲とBの損失とのコストの合計がAが行爲しなかった場合のコストに比べて大きい場合に、彼はBに賠償しなければならぬ。」なお、ハート||オノレは、「因果ミニマリズム」とは逆の立場を「因果マクシマリズム」と呼び、エプシュタイン (Epstein) をその代表にあげている。ハート||オノレ自身は、これら両者の中間の道を行くというわけである。

(103) HART & HONORE, *supra* note (68), 1.

(104) *Id.* 26.

(105)(106) *Id.* xxxiv. (ローマ数字は序文のページ数)。

(107)(108) *Id.* xxxiv. のちに触れるように、ハート||オノレは、コモンセンスの意味での「原因」とは、事物の自然的な展開のコースに物理的な操作を加えること、あるいはなんらかの介入がなされることを指しているとし、種々の因果的言葉はいずれもこの観念とかわりをもっているとする。そして、そのうえで、コモンセンスの因果観念を次の三つのパターンに分類する。①原因〔例、そのガス爆発が建物を崩壊させた〕②理由の提供〔彼は銃で脅して男に金を出させた〕③機会の提供〔車を施錠せずに放置しておいたら車が盗まれた〕。またこれに対応して、責任の概念を ① causing harm ② inducing wrongful act ③ occasioning harm の三つに分類する。ハート||オノレの研究の紹介という観点からすれば、本来これらの内容にも触れるべきであろうが、本稿ではその説明は割愛することにした。

(109) *Id.* 27.

(110) *Id.* 28 et seq.

(111) *Id.* 29.

(112) *Id.*

(113) *Id.* 32 et seq.

(114)(115) *Id.* lxxviii.

(116) *Id.* lxxix.

(117) *Id.* 133.

(118) *Id.* 136. 本文で述べたように、意識不明者を自発的に刺したBの行為は、男を意識不明にしたAの行為と男の死亡との間の因果関係を否定する。

(119) *Id.* 163. 例、鉄道会社のネグリジェンスにより違った目的地へ運ばれてしまった原告が、あてがわれた宿舎で偶々爆発事故に思い負傷した場合、その偶然の一致は、被告鉄道会社のネグリジェンスと負傷との間の因果関係を否定する〔(Central of Georgia R. Co. v. Price, (1898) 32 SE (Ga.))〕。

(120) *Id.* xvii. ハート＝オノレは、法的責任の範囲を画定するうえでの判断基準たりうるものとして、①necessity ②later intervention ③probability ④the scope of the rule of law ⑤equity をあげている。これらのうち、②がハート＝オノレの強調点であり、③において予見可能性が、また④において保護範囲が触れられる。

(121)(122) *Id.* 179.

(123) *Id.* 130.

## 五 結語

近代の批判説は、事実的因果関係の問題と法的政策の問題との区別を明らかにした点において大きな貢献をした。しかし、その批判説は、「事実的因果関係」を *sine qua non* の「条件関係」と理解したために、法的責任の画定の問題はすべて政策的レベルでの責任制限基準の確立をつうじてしか果たしえないと考えた。こうした考え方はわが国にも受け継がれ、いわゆる四一六条Ⅱ「相当因果関係」説批判として、様々な責任制限基準の確立が試みられてきた。その学説の努力は、きわめて完成度の高い理論を提供するところまでできているのであるが、しかし、それだけにかえって実務との間のみぞを広げつつあることも確かである。問題は、学説が事実的因果関係を条件関係にとらえ、因果的な帰責原理とは異なる責任制限基準の追究に向かっていることにある。

この点、ハート||オノレが「おおよそのケースについて責任は、因果的な原理及び制限に従うべきこと」を示し、且つ「何ゆえに *sine qua non* の関係では十分でないか」を明らかにしたことは、大いに示唆に富むものと思われる。

確かに、わが国においても、事実的因果関係からする責任の制限の問題についてなら関心が寄せられていないわけではない。例えば、「日本不法行為法リステイメント」を作成しようとしている研究グループは、事実的因果関係に係る一つの問題として「原因の重複」と名づける問題をあげ、「ある事実によって損害が生ずる前に、他の事実によって当該損害が生じたときは、前の事実と損害との間には因果関係がないものとする<sup>125</sup>」という考え方を明らかにしている。これは、一見、ハート||オノレの提起する問題をすでに包摂しているかのように見える。が、実は、そうでない。これは、事実的因果関係を条件関係としたうえで、結果を生み出す原因(条件)が複数あると考えられる場合の取り扱いを論じたものにすぎない。これに対して、ハート||オノレは、ある行為者がその生み出した損害に責任を負うべき基本原理を明らかにしめようとしたのであり、その原理は「原因の重複」の有無にかかわらず貫かれるべきものであった。

ハート||オノレによれば、不法行為において因果的原理が重視されるべきである理由は、それが普通人のコモンセンスに適用のものであるとともに、不法行為法がわれわれ個人々人を「自分の行為をコントロールする能力をそなえたインテリジェントな存在」として取り扱い、且つ「そうするように促している<sup>126</sup>」からである。ハート||オノレの問題提起をどう受けとめるかについては、こうした不法行為法の機能・目的にまで論点が及ぶことになるが、ここでは、ハート||オノレの言葉を引用して、結びとしたい。

「コモンセンス的因果原理によって設定される責任の制限は、個人々に自分の行動をコントロールするよう訴える



ことよって損害を最少限にとどめるよう企図されたシステムとしての法にとって、ふさわしいものといえるのである<sup>(127)</sup>。

[注]

- (124) HART & HONORE, *supra* note (68), lxxx.
- (125) 不法行為法研究会『日本不法行為法リステイトメント』、四〇頁、昭和六三年、有斐閣。
- (126) HART & HONORE, *supra* note (68), lxxix.
- (127) *Id.* lxxx.

[追記]

本稿は拙いものではあるが、恩師 家崎宏教授が近く還暦を迎えられるので、それを記念するため、これを先生の机下に捧呈したい。