HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	不法行為帰責論の再構成・序説（５）　－ネグリジェンス法における事実的因果関係と賠償範囲との「区別」論の検討を中心に－
Author(s)	水野, 謙
Citation	北大法学論集, 48(4), 91-123
Issue Date	1997-12-26
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15733
Type	bulletin (article)
File Information	48(4)_p91-123.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

不法行為帰責論の再構成・序説（五）

――ネグリジェンス法における事実的因果関係と賠償範囲との「区別」論の検討を中心に――

水野　謙

目次

第一章　はじめに
第一節　平井説とその後の学説に見る「区別」論
第二節　「区別」論に対する近時の批判説
第三節　「区別」論の三つの側面・本稿の目的・分析の視角
第二章　ネグリジェンス法における「区別」論の成立過程

第一節　はじめに
第二節　ネグリジェンス法前史
——因果関係はなぜ、どのように問題となったのか
第三節　被告の免責または責任を正当化するための“but for”という言明
——原因の必要的競合事例
第一款　寄与過失事例——イギリスの動き
第二款　寄与過失事例以外の原因競合事例——アメリカの動き
第四節　コモン・ローにおける“but for”テストの顕在化
——原因の「偶然的」な介在事例
第五節　リーガル・リアリストらによる「区別」論の意義
第六節　「完全賠償主義」と「事実と政策との二元論」の関係
——物理的連鎖事例における帰責の在り方
第三章　ネグリジェンス法における「区別」論の揺らぎ
第一節　はじめに
第二節　「事実と政策との二元論」に対する批判（その一）
——いわゆる「不作為」の不法行為事例
第三節　「事実と政策との二元論」に対する批判（その二）
——事実的因果関係の判断枠組みに関する議論の進展
第四節　「事実的因果関係概念の普遍性」に対する批判
——人間相互の「交渉」事例
〔補論〕個人主義的責任原理の変容と帰責の在り方
第四章　おわりに

（以上、四七巻五号）
（以上、四七巻六号）
（以上、四八巻一号）
（以上、四八巻三号）
（以上、本号）

＊ 引用文中の傍点は断りのない限り、すべて引用者（水野）が付したものである。その他、本連載における文献または判例の引用の仕方については、本連載（一）（四七巻五号）の冒頭に記した。

第三章　ネグリジェンス法における「区別」論の揺らぎ

第一節　はじめに

一　前章第五節及び第六節の検討を通じて、われわれは、事実的因果関係と賠償範囲との「区別」論が、それを主張したリーガル・リアリストたちの間でも、また判例においても必ずしも貫徹されてはいないことを知った。

すなわち「区別」論の一つの側面である「“but for” テストの先行性」（第一章第三節一）について、「あれなければこれなし」の関係にある前件の総体を当然の前提とする者（N・グリーン）は、当該テストにそもそもあまり関心がなく、また抽象的な近因理論に捉われず具体的な判例の分析を重視する者（スミス、マクローリン）は、現実の裁判過程で当該先行性が必ずしも問題とならない損害類型を知っていた。他方で、物理的連鎖事例における判例の多くは、「区別」論のもう一つの側面である「事実と政策との二元論」（第一章第三節一）を意識せず、損害の事実的な展開の在り方を帰責判断と直結させる「完全賠償主義」をとっていた。そしてこの「完全賠償主義」について、リアリストらの間では「力」（スミス）や正義（マクローリン）の観念などに訴え、またその後の学説でも例えば因果関係の役割を

限局することに反対する視座に基づいて（ハートとオノレ）、これを根拠付けようとする論者がいたのである。

このように考えると「区別」論は、裁判官と陪審との役割分担を強調する者（L・グリーン）や不法行為法の体系的な記述を志向する者（ハーパー、プロッサー）が、スローガンまたは一つの理念型としてこれを唱えたという側面は否めない。もっとも物理的連鎖事例を巡る判例でも、損害の拡大の量的な規模や質的な態様が異例な事案では、ごく例外的に、政策的判断や、あるいは予見可能性という一種の規範的概念によって賠償範囲を制限する（二元論）ものがあり、さらにこの中には、事案の特質から、被告の抽象的な危険防止義務違反ではなく、具体的な被害者との間の相対的な過失を問うものが存したことは注目される（二元論を主張する者は、この相対的な過失概念と二元論とを連動させて論じることが多い）。このことは、「区別」論を単なるスローガンまたは理念型として保持するのではなく、物理的連鎖事例以外においても、「区別」論が妥当しやすい領域と妥当しにくい領域とを、より具体的に類型化していく作業が必要であることを示唆していると言えるだろう。

二　そこで本章では、一九四〇年代ごろまでの学説が提唱した「区別」論が、五〇年代以降どのような批判に直面したのかに着目し、この「区別」論の揺らぎの中で事実的因果関係概念及び帰責判断がいかなる理論的な深化を遂げ、また「区別」論の妥当領域がどのように限定されていったのかを検討する。具体的な素材としては、学説による次の大きく三つの「区別」論批判を取り上げることにしよう。すなわち――、

第一に、いわゆる「不作為」の不法行為事例に注目して、「区別」論の一つの側面である「事実と政策との二元論」を批判したマローン(Malone-1956)の主張を取り上げる。ここでは「不作為」の不法行為事例で事実的因果関係を探求する過程において、なぜ、あるいはどのように政策的な判断が混入しやすいのかについて、マローンが注目した判例に

即して、あるいは前章までの考察で得られた科学（または言語）哲学上の知見を生かしつつ考察したい（第二節）。

第二に、リーガル・エコノミストによる二元論批判を一つの素材にして、事実的因果関係の判断枠組みの問題を検討したい。ここでは政策論に基づき、損害が生ずる以前の、事前のリスク判断を重視して因果関係の判断を行おうとするリーガル・エコノミストに対する伝統的立場からの批判、それに対するさらなる反批判等の学説の動きを取り上げ、その中で、事実的因果関係概念や“but for”テストの法内在的機能が、どのように解明されていったのかを見ることにしよう（第三節）。

そして第三に、「区別」論に伏在する「事実的因果関係概念の普遍性」（第一章第三節一）の妥当性について、人間相互の「交渉」事例とでも呼ぶべき事案類型において、これを正面から疑問視したハートとオノレ（Hart & Honoré-1959;1985）の見解を取り上げる。なおその際に、ハートらの見解を相対化し、またドイツ法の影響を受けているわが国の学説を再検討する一つの布石として、ドイツの相当因果関係説に関する知見を社会学に応用したヴェーバーの見解にも注目したい（第四節）。そして以上の検討を踏まえた上で、人間相互の「交渉」事例で、判例が具体的にどのような帰責判断を行っているのかについても、併せ概観することにしよう（補論）。

第二節　「事実と政策との二元論」に対する批判（その一）
——いわゆる「不作為」の不法行為事例

一　リーガル・リアリストらが唱えた「区別」論に対して、最初に大きな打撃を与えたのは、アメリカのマローン

(Malone-1956) であった。本節ではこのマローンの見解を中心に検討を行うことにしよう。

マローンは、“but for” テストによる判断には「事実と政策とのミステリアスな関係」(61) が顔を出すと主張して、「区別」論の一側面である「事実と政策との二元論」を正面から批判した。その際にマローンはまず、そもそも原理的に“but for” テストには政策的判断が混入せざるをえないという見地から二元論を批判した上で（一）、判例の検討を通じて具体的な二元論批判を展開している（二）。

このうち、二元論の原理的な批判としてマローンは次のように主張する。まず事実認定者(trier)は、新しい事実のデータを評価する際に自分が求めている目的によって必ず影響を受ける[1]と考えられる。例えば交通事故の「原因」を何と捉えるのかついて、道路工学の専門家と裁判官とでは注目する観点は明らかに異なるのである (62)。また事実認定者の、認定と同時に批判をしたいという素朴な衝動を無視するのは、決して好ましいことではない (66)。マローンはこのように述べた上で、さらに次のように批判を行うのである。まず、① 以前の認定（観察）事実から引き出された一般的命題 (generalities) を、単に目前の事実に投影しても因果関係を得ることはできない。例えば夜空に恒常的に星座 a に続き星座 b が現れても、a は b の原因とは言えない (65)。② 因果関係が確証 (establish) されるのは、「あれなければ (but for) これなし」と言えるだけのある程度の確実性 (affinity;assurance) が、当該事実間に存在する場合に限られると考えるべきである (65)。③ このとき“but for” テストは、〔もし……がなければ〕何が起こったであろうか (what *might* have happened) という、明らかに存在しない事実に関する評価にかかわり、事実認定者の想像力に訴えるため、限りない推量を行う余地があり政策的な配慮が入り込まざるをえない (67) とするのである。

マローンの右の主張①〜③のうち、まず①②は、本稿が「あれなければこれなし」という言明について科学（言語）哲学を参照しつつ検討したこと（前章第四節三）に照らすとおおむね理解できる。すなわちマローンが①であげる星座

の例は、一見すると原因と結果の関係にある二つの現象が、実は双方とも真の原因の結果にすぎないという collateral effect の問題であり（前章第四節註（11））、この問題は、出来事間の恒常的連接の観察の結果、心の内的な印象として因果的必然性が生じるとするヒュームの立場（前章第四節註（10））によっては解決できず（マローンもヒューム説をとらない旨を明言する(67)）、マローンが②で説くように、「あれなければ」という問い掛けを能動的に行うことによって、初めて因果関係は確証されると考えるべきなのである（前章第四節註（13））。次にマローンは、この因果関係の確証の問題と関連させて、③で「明らかに存在しない事実に関する評価」という問題を持ち出し、これをてこに“but for”テストに政策的判断が介入することを正当化しようとするのであるが、この③の主張は、なお検討の余地があると考える。この問題については、マローンの二元論に対する具体的な批判を考察した上で、改めて検討することにしよう（三）。

二　マローンは、以上のような原理的な二元論批判を行った上で幾つかの判例群にスポットを当て、政策的判断がどのように“but for”テストに混在しているのかを具体的に説いている。マローンが最初に取り上げたのは、よく知られている次のような判例である。

Reynolds v. Texas & Pac.Ry.（La.,1885）――X（体重二五〇ポンドの女性）は真夜中、定刻に遅れて到着したY社の列車に乗るために、明るい待合室から急いでホームに向かう途中、照明のない階段を踏み外し、狭いホームを飛び越えて重傷を負った。

（判旨）X勝訴。①階段に手すりがなくホームが狭い以上、Yには階段を十分に照らしていなかった過失がある。②Xは太っているので、たとえ昼間の光の下でも同様に階段を踏み外したであろうとYは主張する。しかしYの過

失はXに対する事故の可能性（chance）を非常に増加させる。過失がなくとも事故は生じたであろうという単なる可能性（mere possibility）は、過失と侵害との因果の連鎖を切断するに十分ではない。③ 裁判所は……出来事の自然で通常の経緯を考慮するのであり、ありそうもない想定はしない。本件証拠の全傾向は事故と過失を結びつける（Fenner 裁判官）。

本判決は、Yの過失が事故発生の可能性を高めたことをもって事実的因果関係を認定し、あれなければこれなしという判断において、どの程度の蓋然性が必要であるのかについては直接的な言及を避けている。マローンはこの点に着目して、事故のリスクの増加の判断と事実的因果関係の評価とが、場合によっては一体となりうると指摘し、これが可能となるためには、Yの違反した準則が、まさに本件のようなX（急いで階段を下りる乗客 ―― 体重に関係なく ――）を保護するためにあることが必要だと主張するのである（74 ―― 但し叙述の一部を整理・敷衍した）。[2]

マローンのこの主張は、因果関係の判断は常にリスクの増加に関する判断を意味するというものではなく、あくまでYの違反した準則の解釈（裁判所の当該準則に対する法政策的な判断）がリスク判断を要求するときに限り、裁判所はリスク増加の判断を因果関係の判断に直結させる（80-81）というものであることに注意したい。このことは、マローンが次に注目する船員の救助事例（76-77）において、さらによく理解することができる。

すなわち一九二〇年代ごろまでのアメリカの判例は、船員の救助のための適切な措置を怠った船主の責任を否定するものが多かった。例えば Ford v. Trident Fisheries Co.（Mass.,1919）は、Y社のトロール船の揺れによって、船員が海中に転落して行方不明になった事案で、トロール船の救命ボートが甲板に縛り付けられて緊急の場合にすぐ使えるようになっておらず、しかも当該ボートのオールは一本しかなかったことを認定した上で、「仮にYに過失があっても、もしボートが吊り柱に吊り下げられボートを漕ぐ異なる方法があったのなら船員が救助された、ということは明ら

かではない」と判示してYを勝訴させたのである(この外、New York Cent. R.R. v. Grimstad (2d Cir.,1920) では、救命ブイが甲板に用意されていれば船員が救助されたという証明はなされていないとされ、やはり船主側が勝訴している)。このように判例は事実的因果関係の認定のレベルで責任を否定するものが多いが、これらの判決の背後にはコモン・ローの一般原則、すなわち伝統的に不作為の不法行為責任(ないしその前提となる、他人に対して積極的な援助を行う義務)を認めることに極めて消極的な判例の態度が影響していたとマローンは考えるのである。(3)

ところがこれに対して、Harris v. Pennsylvania R.R. (4th Cir.,1931) を嚆矢として、三〇年代ごろから救助事例で船主側の責任を認めるケースが続出するようになったのである(例えば Harris 判決は、船主が船員を救助する義務があることを明確に肯定した上で、船員が溺れた後の救助活動の懈怠の責任を肯定し、また Bochantin v. Inland Waterways Corp. (E.D.Mo.,1951) は、船上に救命設備が用意されていなかったことが船員の死亡の近因だと判示している)。そしてこのような判例の変遷についてマローンは、船員の労働法上の権利が一九二〇年の The Jones Act によって拡大したことを契機に、裁判所も船員に対して同情的な取り扱いをするようになったからではないかと推測する。すなわち、このような政策的判断の転換があって初めて、救助活動に着手しても失敗するかもしれない可能性があっても事実的因果関係が認定されるようになった。けだしそのような可能性こそ、法が船員をそれから守ろうとするリスクの一部であるから、とマローンは肯定的に分析するのである。

この外にもマローンは、危険な業務(鉄道やガソリンスタンドなど)を行うY社が十分な消火設備を備えておらず、また仮に消火体制が十分でもXへの被害を防止できたかは不分明なケースにおいても同様の主張を行い、「結局、真の問題は、どのような行為準則がその保護の範囲内に可能性(chance)の利益を含んでいるかである」(81)としている。そしてガソリンスタンドから出火して付近のX地が延焼した事例(Valentine v. Minneapolis, St.P & S.Ste.M.Ry.(Mich.,

1908）における次のような判示に注目する。「たとえXが自己の森林を救える可能性が、Yの弁護士の言うように単なる『ギャンブラーのチャンス』であっても、Xはそのチャンスに賭ける権利があり、Yはそのようなチャンスを壊す権利を有してはいないのである」。

三　マローンはこのような具体的な検討を行った上で、事実の探求と政策の問題とは裁判の過程で常に絡まり合っており、事実的因果関係と近因を質的に区別することは困難であることを指摘する（97）のであるが、ここで注目されるのは、右に紹介した具体的な事例[4]がいずれも、――マローンは特に明言しないが――いわゆる「不作為」の不法行為事例に位置付けることができるという点である。例えば、右の Reynolds 判決では、鉄道会社Yが階段を十分に照らしていなかったという不作為が問題とされ、また救命ボート事例では、船主が救助のための適切な措置を講ずることを怠っていたことがやはり問題となっている。前章までの検討を振り返っても、事実的因果関係に関する具体的な判例の分析を行ったリーガル・リアリストのうちスミスは、事実的因果関係の存否が主要な争点となる事案類型として、危険を伴う業務を行うYの作為業務違反（不作為）の事例に着目していたのだった（前章第五節四）。

一体なぜ①このように「不作為」の不法行為事例が、論者の関心を呼ぶほど多く争われ、また②マローンによれば、当該事例で事実的因果関係を判断する際に政策的な判断を介入させやすいのだろうか。まず前者の問題（①）から考察してみよう。

①現代の多くの不法行為事例では、一定の危険を内在する又は招来しやすい物を管理する者が管理を怠ったという不作為の責任が問われることが多い（②で検討するように事実的因果関係の判断が争点となりやすいのは、まさにこのような損害類型である）。このような現代型の事例では、コモン・ローに内在する個人主義的な責任原理[5]、すなわち加害者

とは別個独立の社会の構成員である潜在的被害者のために加害者は作為義務を負う必要はないという考え方を貫徹することは、もはや困難である。そしてこのような新しい立場に立つ判例が前世紀の終わりごろから登場し始め[6]、論者の注目を集めたと考えられるのである。これを換言するならば、ある判決[7]が言うように、「元来コモン・ローは不作為の責任を認めることには否定的であり、裁判所は、人々が互いに助け合うように強いることには乗り気ではなかったのである」が、このような考え方は社会の緊密化に伴い、特に危険物の管理責任が問われる場面では維持することが困難になりつつあるのである。

以上のような動向は、比較法的に見るならば、ドイツの判例が生み出した「社会生活上の義務（Verkehrspflichten）」あるいはその前身の「交通安全義務（Verkehrssicherungspflichten）」（「社会生活保安義務」と訳されることもある）の生成過程と興味深い対応関係にあると言えそうである。けだし不作為の不法行為責任については、「無からは有は生じない」として、かつては不作為に先行する作為（先行行為）と結びつけて理解する学説が有力であったが、社会生活上の義務や交通安全義務を巡る判例の大勢は、むしろ他人に損害を与えるおそれのある抽象的な危殆化状況自体を――それが被告の作為によってもたらされたか否かを問うことなく――直截に問題視し、それを回避するために、危険源を創設しまたは維持継続する者に広く当該義務を課そうとしているのである（Bar-1980,18；抄訳(1)130,[8] 潮見1995b［初出1993～1995］,212―215）。ここには、社会の緊密化に伴って危険物の管理責任をより積極的に認めていこうとするコモン・ローの動きと共通する側面が含まれていると言えるだろう。

なお、ここで「不作為」という言葉の意味について若干の補足をしておきたい。コモン・ローは、「自分のつくりだしたのではない・他人への危害のリスクを除去するよう注意する義務（不作為についての注意義務）」（望月1990,43）を一般的には認めようとはしない（例えば通りがかりの人が他人を救助する義務は一般には存しない）[9]。しかし本稿は、

このような、いわば純然たる不作為責任には注目していない。本稿が専ら着目しているのは、被告が危険物を扱っているため、他人への危害のリスクがあらかじめ抽象的には予測される場面で、被告の「不作為」によって当該リスクが現実化してしまったというケースである。このように被告の「不作為」が問われる場面は大きく二つに分かれており、本稿が着目する後者の「不作為」は、しばしば前者と対比して「偽物の不作為（pseudo-nonfeasance）」と呼ばれることもある（McNiece & Thornton-1949,1272；Weinrib-1980,254）。しかし現代の不法行為訴訟でより大きな意味を持つのは、この後者の「不作為」事例だと考えられるのである。

さて、右のように扱う領域を限定した上で、次に問題となるのが、このような場面では特に、不作為と作為の区別は微妙になることが多いという点である。例えば論者（Logie-1989,116）の例を借りれば、Y車が赤信号で止まらずに（＝不作為）、歩行者Xに衝突した（＝作為）場合などがそうである（わが国では、前田達明 1980,110、長谷川 1990,209、窪田 1993,108などが、柵がなかったために（＝不作為）、二階の窓に置いていた（＝作為）植木鉢が落ちて通行人を負傷させた例に言及する）。しかし本稿では「不作為」という用語を――作為的な側面を場合によっては含意することを認めつつ、しかしより重要なことは――、一定の抽象的な危険の発生を防止するための措置をYが（不作為または作為的所作を通じて）取らなかった（＝一般的・抽象的な過失）という局面に着目して用いることにしたい。右の例では赤信号の無視即過失と考えるべきであるし、また二で紹介した Reynolds 判決は、当該階段の照明不十分を即過失と捉えている。そしてこのような一般的・抽象的な過失の存在こそが、危険物の管理が問われる事例の最大の特徴であり、このときPalsgraf 判決が強調した、具体的な被害者に対する相対的な過失概念は後退する（前章第六節七）と考えられるのである（以上については、被告が潜在的な危険状況を作出した点に危険防止の作為義務の発生根拠を求める Logie-1989,121 や、「偽物の不作為」が問われる場面では事故の発生以前に被告によるリスクの創出があると指摘する Weinrib-1980, 253-

255、さらに比較法的にはドイツの社会生活上の義務概念が、作為不法行為も取り込み抽象的な危殆化段階で禁止規範を設定する役割を果たしている点にも示唆を得ている[10]）。

② 次に、このような「不作為」不法行為事例で政策的判断が混入しやすい理由を ―― 直観的に理解できることではあるが ―― あえて理論的に分析するならば、次のように言えるだろう。例えば救命ボート事例では、救命ボートの機能（波間から人を救助する）に関する因果法則（ボートの構造と運用を前提とする一種の物理法則）の存在は明らか（既知）であると一応考えられる。従ってここで用いられる「あれなければこれなし」という言明は、因果関係を能動的に確証するためというよりも、むしろ既知の因果法則に支えられて個別の因果関係の存在を主張するための反事実的条件法と理解できるのである（このように「あれなければこれなし」という言明には大きく二つの機能があることについては前章第四節三・四参照）。

しかし、もし救命ボートがあれば（不設置がなければ）被害者を救えた（損害は生じなかった）と説くことによって個別の因果関係を主張しうるためには、当該条件法に明示されていない種々の前提（現実に被害者がどのように沈んでいったのか、仮にボートが備えられていてもボートはどのように降ろされたのだろうかなど）の探究が可能でなければならない[11]。このような探究可能性は、およそ反事実的条件法を主張する際には不可欠と言えるが、しかし権利侵害の抽象的な危殆化の段階で義務違反が問われる「不作為」（この意味は右の①参照）の不法行為事例においては、探究すべき非明示的な前提が、具体的な危険回避義務違反が問われる通常の作為不法行為事例におけるよりも、数が多くまたそれぞれの個別性が強いのが通例である（この例外が前章第六節で取り上げた物理的連鎖事例である。ここでは失火に続く延焼事例のように、被告の抽象的・一般的な義務違反が物理的連鎖の起点となっていることが多いが、しかしそれに続いて損害が拡大する際の質的態様が定型的であることが多い点に特色がある）。このため反事実的条件法は一般には主張しにくく、またその主張によって

前件と後件との間の（帰責の前提となる）個別的なつながりを説くことが困難になると考えられるのである。一で述べたマローンの主張③はこのように分析することができるだろう（マローンは因果関係それ自体の確証の問題②と、因果法則が既知の場合にどのように反事実的条件法を主張するのかという問題③とをおそらく同列に論じているため、記述がやや不明確となっている[12]）。

そしてこのような困難さを前にして、マローンは、被告の「不作為」によって事故発生の潜在的なリスクが抽象的に増加していることが明らかであり、かつ被告の違反した準則に関する解釈ないし政策的判断が、当該リスクの増加さえあれば個別の事情（＝「非明示的前提」）の探究を省略して事実的因果関係を肯定してもよいと命ずる場合には、当該困難は軽減し、また、この限りで事実的因果関係と政策的判断とは融合すると考えるのである。

四　さて、右のマローンの見解に対しては、一方で事実的因果関係の判断に政策的判断を介入させることを嫌う立場からの反論があり、他方で個別の準則の解釈を抜きに、損害のリスク判断をより直截に因果関係判断に反映させるべしというリーガル・エコノミストからの異論がある。このうち後者の立場の検討は次節で行うことにして、本節ではこのうち前者、すなわち不作為の不法行為事例においても、事実的因果関係の判断と政策的判断とを分離し二元論的立場を貫こうとするL・グリーン（**四**）とその弟子ソード（**五**）の見解を検討することにしよう。

まずリーガル・リアリストの中で二元論を強く主張したグリーン（前章第五節六）は、不作為事例でも作為事例と同様にYが現実になした作為部分にのみ注目し、この作為部分が結果の発生に実質的に寄与しているのかを事実のレベルで判断すべしとして、“but for”テストを不作為事例でも行おうとする判例の現状を批判する（Green−1962a）。例えばKabzenell v. Stevens（Cal. App.,1959）では、Yバスが、急カーブの狭い山道で対向車Aを避けるために路肩に乗り

上げた際に、その衝撃で乗客Xが負傷したケースが争われ、判決は「Yバスが警笛を鳴らさなかったこと(法令違反)が過失だとしても、それとXの負傷との間に事実的因果関係はない、けだしAが警笛に気付いても、反対車線の路肩に別の車が停車していたのでA車の回避行動には限界があったから」と判示している。これをグリーンは批判し(550 n.15)、Yの行為の過失的な側面とXの侵害との間の因果関係を探究するのではなく、Yの積極的な行為(affirmative conduct)すなわちバスの運転自体とXの負傷との間の因果的なつながりをまず問うべきであり――そしてこれは明白に肯定される――、その上でYの過失を否定すべきであったとして、「過失は因果関係に基づかねばならないが、宙に浮いた過失(negligence in the air)[これは前章第六節で検討したPalsgraf判決で、Cardozo判事が述べた言葉である――水野註]によって因果関係が基礎付けられることはありえない」(551)と主張するのである。[13] なおわが国の平井説も、事実的因果関係存否の判断に当たって前提とされる行為には不作為は含まれないと解し、これによって二元論を維持しようとしていることについては本稿の冒頭で検討したとおりである(第一章第一節四)。

さて、このような主張を支える論拠としてグリーンは、① Yの積極的な行為の側面に着目する自分の因果関係論は「より簡明な用語に還元できない」(553 n.22)ほど明確なものであるのに対し、② 「あれなければこれなし」という判断が正しいかどうかは決して確実には証明できず(556――当該判断が困難なケースとしてマローンが注目したReynolds判決やFord判決等に言及する(559 n.43))、通常過失の問題で論じられるべき蓋然性判断(558 n.39)が入り込みやすいと批判し、さらに ③ 当該蓋然性の判断は、事実のレベルでの因果関係の認識には役に立つとは限らない、けだしYの不法行為の結果Xが被害を受ける蓋然性が、非常に低くても現実にXが被害を受けることがあり、逆に非常に蓋然性が高くてもY以外の原因によってXの被害が生じることがあるから(557)などと主張するのである(なお平井説も過失と因果関係の交錯現象を回避すべきこと、すなわちグリーンの論拠②と同様の主張を行っている)。しかし以上のグリーン説

は、三までに検討してきたマローンの見解または判例の現状に対する、十分な批判にはなっていないように思われる。なぜなら――、

第一に、グリーンの論拠①は、Yの積極的な行為に着目すれば、「あれなければこれなし」の判断をせずに因果関係を認定できるというもののようであるが、これは厳密には誤っていると考える。なるほど例えばY車が脇見運転で歩行者Xに衝突したという事例を想定すると、Yの運転自体とXの損害との間の因果関係は、たしかに直観的に肯定できよう。しかしこの直観は、既知の基本的な物理法則（物同士が衝突すれば作用・反作用の力が働くなど）に支えられて、「もしY車がXに衝突しなければXは負傷しなかっただろう」という反事実的条件法（ないしそれに含意される個別の因果関係の存在）を容易に主張できることに由来すると考えるべきであり、このときこれを容易に主張できるのは、反事実的条件法に明示されていない、すなわち非明示的な前提（三②）が少ないからにすぎないのである。

第二に、従って問題は、事実的因果関係（あれなければこれなし）の判断にあたり、非明示的な前提が少なくなるような前件を選択すべきか否かという点に帰着するが、グリーン説によれば、せっかくそのような前件（Yの行為の積極的局面）が選択されても、結局過失の有無を論じる場面で、「Yの過失行為がなければXの損害は生じなかった」と言えるかどうかの判断がなされるようであり（上記 Kabzenell 判断に対するグリーンの批判参照）、問題を先送りしただけであるという批判ができよう（なお実務の慣行及びグリーン説によれば、因果関係と過失の判断はいずれも陪審がこれを行うのであり、ここには陪審と裁判官の役割分担という発想は入る余地がない）。

さらに第三に、果たして問題を先送りしていいのかという疑問がわく。けだし事実的因果関係の判断は原則として回顧的になされるべきであり、右の Kabzenell 判決を例にとると、急カーブを曲がる前の警笛を鳴らすべき時点で、Yがたとえ対向車の存在を予見していても――大衆保護のための法令がある以上予見義務があったというべきである

が――、カーブを曲がる前には視認できなかった(=事後的に判明した)と思われる別の車の存在をもって、Yが警笛を鳴らさなかったこととXの損害との間の事実的因果関係を、判決のように否定することは可能である。これに対して過失判断は事前の判断に基づくべきであり(グリーンの論拠②も、過失判断の中で蓋然性判断を行うとしており、このことを前提としていると考えられる)、従ってグリーン説のように因果関係の内容を空疎にして問題を先送りすると、事前にはわからなかったが事後的に判明した事実をいかに評価すべきかという、過失判断の中では論じきれない問題が残ってしまうおそれがあるのである。[14] またこのように危険物を管理する者の責任が問われる場合は、(特別の正当化事由がない限り)法令違背即過失と捉えて(Kabzenell 判決はこう考えている)、すなわち抽象的な危険の発生に着目して、その発生を招いた「不作為」(この意味については三①参照)の過失を起点とする事実的因果関係を判断することが、不特定の人命を生じうべき危険から保護すべきYの立場に照らして妥当だと考えられるのである(なお比較的法にも、三①で述べたドイツの社会生活上の義務違反においては「注意義務の前進ないし有責性連関の切り詰め」という現象が存在すると言われている)。[15] 言い換えれば、具体的な被害者との間の相対的な過失ではなく、不特定の潜在的な被害者を想定して、抽象的な危険の発生を招いたことを即過失と捉える限りにおいて、グリーンの批判する「宙に浮いた過失」という考え方は妥当性を有するのである。そしてこのとき当該過失行為と結果との間の事実的因果関係を問題とせざるをえず、マローンは、まさにこの場面で二元論が崩壊することを指摘したのである。

第四に、論拠②のいう蓋然性と③の蓋然性とは用いられている場面が異なっていることに注意すべきである。すなわち②で蓋然性という用語が使われているのは、船員の救助事例を例にとると、一定の物理法則に支えられた反事実的条件法の主張が、非明示的な諸前提の存在ゆえに、すなわち船員の沈み方や現場の状況などの過去の事実が認定しづらく、また救助体制が整っていたらどのような救助が行われていただろうかということが不分明であるがゆえに、困難である

からである。これに対して③でグリーンが例示するのは、Aの轢死体がB鉄道会社の線路の上で発見されたが、事故後の検証によって、Aを轢いたのは事故現場付近でB社と線路が交差するC社の列車であり、事故後Aの轢死体がC社の職員によってB社の線路上に運ばれた疑いが強まったというケースである。ここでは②と異なり過去の事実をいかに認定するか、すなわち、ある仮説h（「C列車がAを轢いた」）をどのように検証すべきかが直接的に問われており、具体的には、測定データe（事故後の検証結果）が得られる前の、背景知識の情報g（Aの轢死体がB線路上で発見された）だけに基づく仮説hの事前確率P（h, g）と、背景知識の情報gの下での測定データeに基づく仮説hの事後確率P（h,e & g）との関係が問題となっているのである。すなわちここでの論点は、グリーンのように、事前の蓋然性判断は事実的因果関係の認定には役に立たないとして、仮説の事後確率が事前確率の影響を受けずして決定可能と考えるか、あるいは事前確率が追加的な情報によってより正確なものへと変更したのが事後確率であるという立場（ベイズの定理）[16]をとるべきかである。これは確率と事実認定という、非常に重要ではあるが同時に極めて大きなテーマに連なる問題であり、「区別」論に着目する本稿の射程をはるかに越える。ここでは、ベイズの定理は現代の確率論的帰納法で極めて重要な役割を果たしているにもかかわらず、それを不法行為訴訟における事実認定において仮に無限定に用いるならば、極めて奇異な結果が生じるということだけを指摘しておくにとどめたい。[17]なぜなら、ベイズの定理における事前確率とは過去の一回的な事実（Aの轢死体がB社の線路上に置かれていた）に関する主観的確率にすぎず、ここでは具体的な事情（轢死体が何者かによって運ばれたかなど）を捨象した、論者[18]の言葉を借りれば external な証拠に基づいて当該確率が判断されるのであり、それを事実認定の出発点に据えることは、われわれの正義感覚に反する結果になりうると考えられるからである。[19]従ってグリーンの論拠③は、それ自体として十分に理解できるものと言えよう。しかし「不作為」の不法行為事例に関して今問題としている論拠②とは、明らかに次元を異にしているのである。

五　次にソード（Thode-1968；1969；1977）は、基本的にグリーンの二元論と duty-risk アプローチを受け継ぎグリーンと同様の批判を行う。すなわち因果関係の起点は、Yの行為の過失的側面でなく作為自体に設定すべきであり、何が起こったであろうか（what might have happened）ではなく何が生じたのか(what happened)を判断すべしとする（例えばThode-1968,431；1969,1344-1345）。これに対する反批判を繰り返すことは避け、以下ではグリーンの主張とは異なる点と、グリーンが正面からは主張しなかった点を簡単に検討することにしよう。

まず、ソードは、Yの過失がなければXの損害は生じていなかったかどうかという問題は、事実的因果関係の判断においては行うべきではないとした上で（この点はグリーンと同じ）、この先送りされた問題を、グリーンとは異なり、陪審の行う過失判断ではなく、Xへのリスクが Yの義務の及ぶ範囲内かどうかという裁判官の判断すべき保護範囲の局面で論じるべしと主張する。すなわち、Yの義務の及ぶ範囲（ソードはこれをリスクの配分と捉える）を考える際に、“but for”テストは一つの有用な判断材料となりうるとするのである（Thode-1977,28;なお id.1968,434 同旨）。これは、裁判官と陪審の役割分担というグリーンの思想の中核を徹底したものと言えようが、しかしソードは保護範囲を決定する際には定式化不可能な政策的判断がなされるというグリーンの立場（前章第五節六）をも踏襲しており（Thode-1977,28)、そこでは“but for”テスト以外にも、例えば介在原因（intervening cause）が存したかなど、様々な角度からの判断がなされるとしているのである。

しかしここには、事実的因果関係の判断がいかにして政策的判断と混合するのか、という分析的な視点はもはや存在せず、「あれなければこれなし」の判断は初めから政策的判断の一つに組み込まれているようである。そしてこのような立場の下では、右の分析的視点に基づく批判が機能しえないために、判例実務がこれまで明示的に行ってきた事実的

因果関係に関する判断が、かえって混沌とした政策的判断の下で専横的に（批判の及ばない形で）なされてしまうおそれがあるように思われる。ある論者は、ソード説によればでっちあげの義務概念によって判決をいかにももっともらしく装うことが可能となると危惧する（Strachen-1970,390-391）が、このような危惧は、事実的因果関係概念についても同様に当てはまると考えられるのである。

次にソードは、事実的因果関係のレベルでは現実に何が生じたのかを判断するべきであり、ここでは“but for”テストを用いるべきではないとする自説に従うならば、原因が仮定的に競合する場合（例えばYの失火という現実的原因によってXの家屋が焼失したが、翌日、当地方を大洪水が襲ったため、もしYの失火がなくてもXは同様の損害を被ったといえる場合）に、当該テストがもたらす不都合な結果（現実的原因と結果との間の事実的因果関係が否定されてしまうこと）を避けることができると主張している（Thode-1968,431-432. この外ソードは、重畳的競合事例でも“but for”テストは妥当しないと批判するが、この批判に対する本稿の反批判については第一章第三節註（1）参照）。このような原因の仮定的競合事例については、わが国と同様英米でも一定の関心を集めている（第一章第三節註（1）、第二章第一節註（3）⑤⑨）が、事実的因果関係概念のあくまで基本的な意義の探究を目的とする本稿においては、これに十分に言及している余裕がない。ただあえて私見を簡単に述べるならば次のとおりである。

仮定的な原因の競合事例で、「あれなければこれなし」公式が不当な結果を招く（事実的因果関係が否定されてしまう）ように見えるのは、反事実的条件法の前件（右の例では「Yの失火がなければ」）が示す「可能的世界」[20]についてリアリズムの立場（Yの失火が存在しないことを除けば現実の世界と全く変わらない世界が実在すると想定する立場。哲学上は少数説に属すると言われている[21]）を選択したからだと考えられる[22]。しかしこのような立場をとることは、この場合は特に必要がないことではないだろうか。すなわち「あれなければ」という前件を主張するときに、仮定的原因（翌日の大洪水）

をあえて反事実的条件法の非明示的な前提の中に付け加えなければならない必然性は存しない。可能的世界をどこまでリアリスティックに捉えるかは、当該反事実的条件法の主張の目的に照らして便宜的に決定される筋合いのものと考えるべきだからである。このように解すると、仮定的な原因の因果経過を捨象して“but for”テストを適用することによって、現実的原因と結果との間の事実的因果関係を肯定することは十分可能になるのである（そして問題はむしろこの先にあると考えられる点については第一章第三節註（1）参照）。

六　以上のように、“but for”テストと事実的因果関係概念とを切り離し、事実的因果関係概念のいわば縮減を企図するグリーンやソードの見解については、そもそも当該テストないし反事実的条件法を用いずして事実的因果関係は主張しえないのではないかという原理的な疑問をぬぐえず、また事実的因果関係と過失とのあるべき差異を曖昧にし（グリーン）、あるいは事実的因果関係にどのように政策的判断が混入するのかの分析をかえって困難なものとしてしまう（ソード）という欠陥から免れていないと思われる。さらに仮定的因果関係の問題は“but for”テストの枠内で解決可能であり、この問題をもって当該テストを批判すること（ソード）もまた当たらないと考える。

従って、事実的因果関係を確証ないし主張するために“but for”テストを用いるという従来からの枠組みに立った上で、当該テストと政策的判断との絡まり合いを分析したマローンの見解は、少なくともその基本的な方向としては当を得ていると考えられるのである。しかしマローンは、あくまでも被告の違反した準則を個別に解釈した場合に、事故発生の一般的・抽象的なリスクの増加判断と事実的因果関係の認定とを政策的にリンクすることが許されることがありうる、という立場に基づいていたことに注意したい。これに対して、社会全体の効率性や富の最大化という政策的な目標を達成するために、個別の準則の解釈という枠組みを超えて、より一般的に抽象的なリスクの増加と因果関係概念と

を直結させる立場が、七〇年代の半ばごろから一部の論者によって有力に主張されてきている。次節では、この主張を発端に展開された事実的因果関係の判断枠組みに関する議論をフォローしながら、「あれなければこれなし」という言明の法内在的な機能を再検討することにしよう。

第三章第二節　註

（1）これは一九世紀に既にJ・S・ミルが示唆していた（前章第五節二）ことであるが、マローンは二〇世紀半ばのリーガル・リアリストのうちF・S・コーエン（Cohen-1950［id.1960に所収］）の見解を参照している。なおjudicial psychologyなどを重視し、リアリストの間で主流だった道具主義的アプローチに反対するコーエンの思想とその位置付けについてはRumble（1968,154-159,228）参照。

（2）なおイギリスにおいてMcGhee v. National Coal Board（H.L.,1972）（煉瓦焼き窯の清掃に従事していたXが皮膚炎に罹患しXの雇用者Yを訴えた）が、作業後の皮膚の洗浄施設を設けていなかったYの過失を認定した上で、Yの過失がXの侵害を引き起こしたということは証明されていないが、Yの過失は皮膚炎になるリスクを高めるものであることを理由に、Xの請求を認めている。この判決は、因果関係の判断とリスクの増加に関する判断とを、少なくとも当該事例においては直結させており、本文で紹介したReynolds判決と同一の枠組みの中で捉えることが可能のように思われる。

しかし、イギリスの有力な学説は「リスクの増加」の問題を直接論じることはせず、本件の事案を①Yの当該過失と②作業中に汗で濡れた皮膚に煉瓦の埃が付着すること（これについてはYに過失はない）ととが競合したものと捉え、このときXに全額の賠償を認めた点に本判決の意義を見いだすにとどまっている（例えばWinfield & Jolowicz-1989,134は、本件を"but for"テストの適用が困難な重畳的競合事例と解し、またFleming-1992,199は、原因①②は累積的（cumulative）であり、このとき判決がall or nothing原則を採用してYに全額の賠償を命じた点に着目する）。

（3）ちなみにカナダの判例であるが、Vanvalkenburg v. Northern Nav.Co.(Ont.,1913)のように、事実的因果関係ではなく直截に船員を救助する義務を否定するものも存在した。

（4）本文二で紹介した事例の外にもマローンは、原因の択一的競合事例（Summers v. Tice(Cal.,1948)などに言及する）や原

因の重畳的競合事例（Anderson v. Minneapolice,St.P.& S.S.M.Ry.(Minn.,1920) などに言及する）なども取り上げて、事実的因果関係と政策的判断との関連の仕方を検討する。しかし本稿では、択一的競合事例についてはわが国の民法七一九条一項後段が立法的解決をしていることから検討を割愛し（第一章第三節註（1）、第二章第一節註（3）③）、また重畳的競合事例の問題も“but for”テストの枠内で対処可能だと考えるので、これもまた検討の対象から除外する（第一章第三節註(1)、第二章第一節註（3）⑥）。

（5）コモン・ローにおける個人主義ないし個人主義的責任原理については、前章第三節第一款註（13）参照。この責任原理は、本文で扱う不作為の不法行為において被告の作為義務を否定する方向に働くと考えられる外、コモン・ローのさまざまな理論に関連している。例えば、Xに注意義務違反ないし fault があればYに対する賠償を一切認めない寄与過失理論は、この個人主義的責任原理と密接に関連していると考えられるし（前章第三節第一款(三)）、外にもこの責任原理は、Yの不法行為を起点とする因果経過に他人のなした自律的な意思決定が介在した結果損害が発生しても、Yは関知しないという考え方（これについては次註（6）・本章〔補論〕参照）、あるいはコモン・ローがお節介（officiousness）またはお節介をする人（officious intermeddler）に冷淡であり（古典的文献として Hope-1929; 邦語文献として山田1987など）、この意味で利他主義を優遇しない（例えば事務管理制度は、一般的・統一的形態としては認められていない。Albert-1986; 木下1988［初出1986］,222—228参照）ことにも関連している。

（6）本文で紹介した Reynolds 判決（一八八五年）や Valentine 判決（一九〇八年）などの外、リーガル・リアリストのスミスが着目した Sowels v. Moore（Vt.,1893）は、公道の近くの湖で氷の切り出し作業をしていたYが法定のフェンスをしていなかったことを即過失（作為義務違反）と捉えている（前章第五節註（14））。その上で、当該過失とXの馬の溺死との間の因果関係を否定している）。もっとも、危険物を管理する被告が潜在的な危険を創出していた場合に、第三者が当該危険を利用して（すなわち前註（5）で述べた、他人の自律的な意思決定が介在して）原告に損害を与えたという類型では、一九世紀の終わりごろから今世紀初めのコモン・ローでは、被告の不作為はXの損害の近因ではないとして被告の責任を否定するものが多かった。このような損害類型でも被告の責任を肯定する判決が増えたのは一九三〇年代ごろからである（本章〔補論〕参照）。

（7）Williams v. Cunningham Drug Stores,Inc.（Mich.,1988）. 事案は、Xが高犯罪地域にあるY店に入ったところ武装強盗に巻き込まれ撃たれたというもので、判決は本文で述べたような説示を行ってYの犯罪防止義務を否定している。この

ような武装強盗事例では、外にも Shipes v. Piggly Wiggly St. Andrews,Inc.（S.C.,1977）（XがY店で買物後、照明が消えていた店の駐車場で暴行された）や Meadows v. Friesman R.R. Salvage Warehouse（Mo.App.,1983)（XがY店で武装強盗に撃たれて重傷を負った）などがYの責任を否定している（Shipes 判決では近所でこれまで暴力的犯罪がなかったことをおそらく重視して、Yは第三者の犯行を知るべき理由がないとし、また Meadows 判決ではY店が高犯罪地域にあったとの主張にもかかわらず、YがXを第三者の犯罪行為から守る一般的義務がないことを強調する)。しかし、コモン・ローの伝統的な個人主義的責任原理と整合的なこのような立場に対しては、八〇年代ごろからY側の責任を肯定する判例が集積しつつある。特にY店内または付属の駐車場で同種の強盗事件が頻発していた場合には、武装した警備員を配置しあるいは駐車場の照明を拡充するなどして未然に事件の発生を防止する義務がYにはあったとされることが多くなったのである（Butler v. Acme Markets,Inc.（N.J.,1982), Cohen v. Southland Corp.（Cal.App.,1984)、Taco Bell,Inc. v. Lannon（Colo.,1987）など）。しかし、かような積極的な立場に対しては、例えば、本来政府に課せられるべき犯罪防止義務を大衆に移転することはパブリック・ポリシーに反するといった本事例固有の反対論も存在し（Williams 判決は本文で引用した説示に加えてこのような主張も行う）、判例の帰趨はなお不透明な状況にある。

（8）バールによれば、社会生活上の義務の前身である交通安全義務は、交通の開設という先行的作為から生じる（保証人としての）義務ではなく、むしろ危険物に人が接近することを阻止しなかった不作為によって初めて増加する、抽象的な危険を回避する義務として位置付けられるべきであり、ここに、「先行する危険行為に伴う作為義務の発生」という従来の限定的な不作為不法行為概念の枠組みからの脱皮が見られるとするのである。

（9）例えば救助義務が特別に肯定されるのは、救助可能な者と救助を必要とする者との間に特別の関係が存するとき（使用者と被用者とか船長と乗客という関係にある場合には救助義務が肯定されることが多い。またいったん救助を開始した場合にはそれをやり遂げる義務があると言われることもある）に限られている（Weinrib-1980；Fleming-1992,147-149)。これに対して、欠陥住宅を購入した一般市民が、建築計画を承認した市当局や地方議会の責任を問うという事案において、かつてのイギリスの判例は、被告が法令上のチェック権限を行使しなかったという不作為に由来する責任を肯定したことがあり（Anns v. Merton London Borough Council（H.L.,1977)）、コモン・ローの伝統的な立場を踏み出して作為義務を拡大するものとして注目を集めたことがあった。しかし現在では、Anns 判決の射程は、一方当事者が制定法上の権限を行使する公的機関である場合

に制限的に及ぶにすぎないと解されている(Anns 判決後のイギリスの判例の動向については、望月1990;1992参照)。

(10) 潮見(1995b[初出1993〜1995],215)参照。また山本(1991b)は、違法性に関するドイツの現在の学説で最も有力と思われるのが、絶対権の侵害を直接侵害と間接侵害に分ける二分説だとした上で(961)、「行為が侵害結果を包含しているわけではなく、それ自体は侵害危険を伴って絶対権を危殆化する段階までで尽きており、他の事象の介在を経て侵害結果が発生するという場合」が間接侵害だとして、この間接侵害事例において「違法性判断のために行為が危険の抑止や操縦を命じる社会生活上の義務に違反しているかどうかを問題にする必要がある」と説いている(967)。なお社会生活上の義務がその制御を命じる危険の度合い(抽象的危険で足りるか、それともある程度具体的な危険である必要があるか)についてはドイツの学説は分かれているが、この議論の背後には、ドイツでは抽象的な危険を直截に問題としうる保護法規違反について既に条文が用意されており(BGB八二三条二項)、これと社会生活上の義務違反との住み分けをどうすべきかというドイツ法に特有の問題が存するようである(山本1991b,973)。なお社会生活上の義務に関するその他の主な邦語文献に、錦織(1975)や山本(1991a)などがある。

(11) E.Nagel(1961,72;訳 I 102-103)の言葉を借りればこうである。反事実的条件法は、その前件の直説法の形(「救命ボートがある)が、ある法則とその法則の適用に必要な初期条件(救命ボート事例では多くが非明示的である)と結合するときに、その後件の直接法の形(「被害者が救助される」)がその前件の直説法の形から、論理的に導きだされることを主張するメタ言語的言明である(この限りで論理的な三段論法が通用する)。従って反事実的条件法が真であるかどうかは、それを基礎付けている仮説や想定(これは当該条件法には含まれていない)が明示されている場合にのみ明らかとなるのである。ナーゲルのこのような解釈は、様相論理学の範疇で反事実的条件法の在り方を考えていこうとする通常の立場を踏まえた上で、形式論理よる演繹が一定の限度で役に立つことを示すものと言えよう。

(12) なおマローンの主張②と③の区別は、確かに人の行動法則のような反復可能性が必ずしも高くない経験則が問題となる場面では相対的になるだろう(前章第四節四)。しかしマローンがあげる具体例はいずれも、既知の一般的な物理法則に支えられた個別的な反事実的条件法の問題として捉えるのが事態適合的であり、その限りで②と③とを同列に論じるのは、ややミスリーディングだと考えられるのである。

(13) 外にもGreen(1964)は、Yが自己所有のトラクターを十分に整備せずに被用者Xに運転させたところ、トラクターの故障

によってXが負傷したというケースで、仮に整備をしていても故障箇所が事前に発見できたかは疑わしいとして請求認容の原判決を破棄差戻した Commercial Standard Ins.Co. v. Martin (Tex.,1963)を批判し、Yがトラクターの運用を続けたという行為と事故との間には因果的につながりがあることは明白であり、判決は因果関係の問題と過失の問題とを取り違えていると批判する。Green & Smith (1972,1117,1119) も、Yの行為の affirmative な側面に着目すべき事を強調する。なお Green (1962ab ; 1964)は因果関係の判断にあたり substantial factor という言葉を用いておらず、Green (1962a,554) も、"substantial", "appreciable", "material" factor formula は、ほとんど価値を持たないとしている。これは前章第五節六で紹介したグリーン説を改説するかのごとくであるが、Green & Smith (1972, 1118) 及び Green(1976,1197) では、因果関係の説明に再び substantial という言葉が用いられている。

(14) この点は潮見 (1995a [初出1992],104) に示唆を受けた。潮見はそこで、医療水準に基づいて事前に判断される医療過誤における過失と、事実審口頭弁論終結時に判断される事実的因果関係とは内容が異なりうることを指摘している。

(15) 潮見 (1995b [初出1993～1995],214-215) 参照。すなわち「過失非難は、侵害結果たる権利・法益にではなくて、この『社会生活上の義務』違反に結び付けられたのである」。なお潮見 (1995a [初出1992],103) は、医療過誤などの現代型不法行為においては、因果関係 (客観的責任要件) の次に過失 (主観的責任要件) を判断するという伝統的責任体系 (「宙に浮いた過失」を嫌うグリーンの立場はこれに近いか) が逆転していることも指摘する。

(16) ベイズの定理は比較的簡単な形では、

①P(h,e & g)=②P(h,g) × ③P (e,h & g) / ④P (e,g)

と表現できる (h、e、gについては本文参照)。

すなわちベイズの定理とは、仮説hの事後確率①が、hの事前確率②とhによるeの予測確率③(gにhの情報を加えたときにeがどれほど確からしくなるか) さらにhを使わずgだけにもとづくeの予測確率④によって決定されるというものである (内井1995,173-175)。

(17) 不法行為訴訟における事実認定の過程でベイズの定理をとることに強く反対する論者に Wright (1988,1061-1063)がいる。Wright はある確率で何かが生じうることを受け入れることは、当該状態が実際に生じたといういかなる確信をも含意しないと強調して、ベイジリアンはリンゴ (事前確率) とオレンジ (事後確率) とを混合しているようなものだと批判する。

（18）Kelman（1987,592）は、Aが九九発、Bが一発の銃弾を放ったところ、一発の銃弾だけが被害者に当たったという例を持ち出し、このときXYの射撃に関するより具体的な情報（internal evidence）が得られる以前の、Aが犯人である事前確率は、銃弾の数という極めて外部的な情報（external evidence）に基づく外はなく、九九パーセントであるとする。

（19）前註（18）の例で、事後的に、命中弾のマーキングとABそれぞれの銃を調査したところ、命中弾はAではなくBの銃弾であるという鑑定結果が出たとする。また鑑定の確からしさを八〇パーセントとする。このときベイズの定理（前註（16））に従うと、①仮説h（Aが命中弾を発射した）の事後確率は、以下の②〜④の確率によって求めることができる。すなわち、

②仮説hの事前確率：九九パーセント

③hによるe（鑑定結果）の予測確率：これはAが命中弾を発射し（二〇パーセント）かつBが発射していないこと（二〇パーセント）を意味するから0.2×0.2＝0.04、すなわち四パーセントである

④g（背景知識＝前註（18）に記した外部的情報）だけに基づくeの予測確率

：｛0.01（gの下でのBの命中確率）×0.8（eの下でのBの命中確率）×0.8（eの下でのAの命中弾でない確率）｝＋｛0.99（gの下でのAの命中確率）×0.2（eの下でのAの命中確率）×0.2（eの下でのBの命中弾ではない確率）｝＝0.046，すなわち四・六パーセントであるから、

事後確率①は、②×③／④≒0.8609、すなわち約八六・〇九パーセントとなる（Wright-1988,1058 n.312参照）。しかし命中弾がBの銃弾であるという鑑定結果が出ているときに、われわれはAが八割を超える事後確率で命中弾を発射したという数字（これは事前確率②の数字が大きな影響を与えている）を果たして尊重するであろうか。

なお、このような事前確率（主観的確率）ないしベイズの定理を事実認定の場で採用する危険性を説く邦語文献に、長谷部（1994,86,88註(20)）がある。このほか竹内（1977,207）も、ベイズの定理を用いると、事前確率の想定に偏見が入る可能性が高いことを指摘する。また川浜（1993）は、ベイズの定理とわれわれの日常の確率判断とのズレを指摘し（(三)226-228）、また主観的確率概念の事実認定における実用性に疑問を投げ掛ける（(四・完) 425-433）。

（20）可能的世界（possible world）という概念を用いて様相論理学のモデル理論を提示したものとして名高いのがKripke(1963)とクリプキ（1985［原書1980；初出1972］）である。クリプキは可能的世界の意味論を唱えることによって、必然性という概念を分析性という概念から引き離し（飯田1995,340参照）、科学的実在論（前章第四節註（12）で述べたように、本稿はさしあ

たりこの科学的実在論の立場に従っている）の立場に大きな理論的支柱を与えた（野家1985,254参照）。

（21）雨宮1987,205. 可能的世界について徹底的にリアリズムの立場をとるルイスは（以下の記述は Lewis-1973；1986などを検討する雨宮1987や飯田1995,197-219による）、可能的世界は現実世界と同様に具体者から成る全体であり（具体者としての可能的世界）、現実世界に存在する個体とは同一ではないが、それに対応する者が存在する（対応者理論 ――これはライプニッツに由来する）と考える。例えば「仮にカンガルーに尻尾がないならば、カンガルーはひっくり返るであろう」という反事実的条件法は、カンガルーに尻尾がないことを除いてわれわれのこの世界に最も類似している可能的世界において、カンガルーが実際にひっくり返るならば真であるとルイスは主張する。このように「……がないならば……であろう」とか「ありえたかもしれない」などという日常的な様相的語法を使用するだけで、無数の可能的世界の存在に現実にコミットすることになると考えるルイス説は相当に大胆であり、クリプキをはじめルイス説に反対する多くの論者は、可能的世界とは抽象的存在者であり、それは唯一の世界であるこの世界の一部であるという立場をとっている。

（22）この問題は、わが国では特に刑法学者が豊富な議論をしている。このうち、可能的世界に関して徹底したリアリズムの立場をとっていると考えられるのは林（1986,1262-1267）である。林は、死刑執行人Yが殺人犯Aの執行ボタンを押す直前に、被害者の父親XがYを突き飛ばして代わりにボタンを押したという設例で、現実化していない条件（Yがボタンを押すこと）を当該判断に付け加えるべきだという立場から、Xの行為と死の結果との間の条件関係を否定する（これに対し、前田雅英1994,225-227 は「付け加え禁止説」の立場から、山口1988；1995 は「結果回避可能説」の立場から、条件関係を肯定する）。あるいはAの蹴った球をBがヘディングして窓ガラスに当てたが、ヘディングしなくても球は塀に反射して同じ窓ガラスに当たっていたという設例で、林は「Bの行為の因果性を判断するためにBのヘディング行為を取り去って考え、しかも『塀での反射』という仮定的な付け加えをしないとすると、球はどこへ飛んでゆけばよいのであろうか」と主張する。このような主張は、前註（21）で見たルイス説の「具体者としての可能的世界」の発想に近いように思われるのである。なお林はこう論じた上で、付け加えるべき要素は結局確定しないとして、ここに条件説の一つの限界を見て、「あれなければこれなし」公式に代わり「合法則的条件説」（前章第三節第一款註（17））を主張している。

引用文献

■日　本

雨宮民雄　1987：「訳者解説」N・グッドマン『事実・虚構・予言』（勁草書房）二〇二頁
飯田　隆　1995：『言語哲学大全Ⅲ　意味と様相（下）』（勁草書房）
内井惣七　1995：『科学哲学入門　科学の方法・科学の哲学』（世界思想社）
川浜　昇　1993：「「法と経済学」と法解釈の関係について」
（三）民商法雑誌一〇九巻二号二〇七頁
（四・完）民商法雑誌一〇九巻三号四一三頁
木下　毅　1988［初出1986］：「日米比較原状回復法」『アメリカ私法　日米比較私法序説』（有斐閣）一九八頁［初出――四宮和夫先生古稀記念論文集『民法・信託法理論の展開』（弘文堂）］
窪田充見　1993：「（書評）平井宜雄著『債権各論Ⅱ不法行為』弘文堂（一九九二年）」法律時報六五巻一号一〇四頁
潮見佳男　1995a［初出1992］：「人身侵害裁判例に見る「加害者の過失」『民事過失の帰責構造』（信山社）一頁［初出――NBL四九八号、四九九号］
――――　1995b［初出1993～1995］：「民事過失の帰責構造――過失の規範化と行為者の意思――」『民事過失の帰責構造』（信山社）一四七頁［初出――阪大法学四三巻一号、四号、四四巻一号、四号、四五巻二号］
竹内　啓　1977：『統計学と経済学のあいだ』（東洋経済新報社）
錦織成史　1975：「民事不法の二元性（二）――ドイツ不法行為法の発展に関する一考察――」法学論叢九八巻三号二五頁
野家啓一　1985：「訳者あとがき」ソール・A・クリプキ『名指しと必然性』（産業図書）二四七頁
長谷川貞之　1990：「不作為不法行為の成立要件――遊び仲間のレール上への置石と不作為の不法行為責任――〔最判昭和六二年一月二二日・判批〕」駿河大法学四巻一号二〇三頁
長谷部恭男　1994：「事実認定と確率理論・再訪」法律時報六六巻九号八三頁
林　陽一　1986：「刑法における相当因果関係(1)」法学協会雑誌一〇三巻七号一二三一頁
前田達明　1980：『民法Ⅳ²（不法行為法）』現代法律学全集14（青林書院新社）

前田雅英 1994: 『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会）
望月礼二郎 1990: 「ネグリジェンスの構造・再論」社会科学研究四二巻一号一頁
——— 1992: 「ネグリジェンスの構造・再論・補説」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の課題 上』（有斐閣）四四一頁
山口　厚 1988: 「因果関係論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 ——総論I』（日本評論社）四三頁
——— 1995: 「条件関係論の意義」法学教室一七五号六五頁
山田卓生 1987: 『私事と自己決定』（日本評論社）
山本宣之 1991a: 「ドイツ法における社会生活上の義務と有責性」民商法雑誌一〇五巻一号
1991b: 「ドイツ法における社会生活上の義務と違法性」神戸法学雑誌四一巻三号九五頁

■外　国

Albert,R.A. 1986: "Restitutionary Recovery for Rescuers of Human Life," 74 Cal.L.Rev.86.
Bar,v. 1980: *Verkehrspflichten:richterliche Gefahrensteuerungsgebote im deutschen Deliktrecht* (*Heymanns Verlag*).（フォン・バール「社会生活上の義務 ——ドイツ不法行為法における裁判官により形成された危険防止命令 ——」（浦川道太郎抄訳）（一）早稲田法学五七巻一号（一九八一年）一一九頁、（二）早稲田法学五七巻二号（一九八二年）二六一頁）
Cohen,F.S. 1950: "Field Theory and Judicial Logic," 59 Yale L.J.238.
——— 1960: *The Legal Conscience* (Selected Papers of Felix S.Cohen) ed.by L.K.Cohen (Yale University Press).
Fleming,J.G. 1992: *The Law of Torts*, 8th ed. (The Law Book Co.).
Green,L. 1962a: "The Causal Relation Issue in Negligence Law," 60 Mich.L.Rev.543.
——— 1962b: "Duties, Risks, Causation Doctrines," 41 Tex.L.Rev.42.
——— 1964: "Observations: The Importance of Identifying the Issue in Litigation," 42 Tex.L.Rev.835.
——— 1976: "Strict Liability under Sections 402A and 402B: A Decade of Litigation," 54 Tex.L.Rev.1185.
Green,L. & Smith,A.E. 1972: "Negligence Law, No-fault,and Jury Trial-1," 50 Tex.L.Rev.1093.
Hart,H.L.A. & Honoré, T. 1959: *Causation in the Law* (Oxford University Press).

——— 1985: *Causation in the Law*, 2nd ed. (Oxford University Press). (ヘーナ＝オノレ『法における因果性』(井上祐司・真鍋毅・植田博訳) (九州大学出版会))

Hope, E.W. 1929: "Officiousness," 15 Cornell L.Q.25.

Kelman, M. 1987: "The Necessary Myth of Objective Causation Judgments in Liberal Political Theory," 63 Chi.-Kent L.Rev.579.

Kripke, S.A. 1963: "Semantical Analysis of Modal Logic I: Normal Propositional Calculi," *Zeitshrift für mathematische Logic und Grundlagen der Mathematik* 9, S.67.

クリプキ 1985 [原書1980;初出1972]: 『名指しと必然性』(八木沢敬・野家啓一訳) (産業図書) [原書 ——Kripke, S.A., *Naming and Necessity* (Harvard University Press).;初出 ——Davidson, D. & Harman, G.ed., *Semantics of Natural Language* (Reidel Publishing Co.) pp.253-355.]

Lewis, D. 1973: *Counterfactuals* (Basil Blackwell).

——— 1986: *Meaning, Quantification, Necessity* (Routledge & Paul).

Logie, J.G. 1989: "Affirmative Action in the Law of Tort: The Case of the Duty to Warn," 48 Cambridge L.J.115.

McNiece, H.F. & Thornton, J.V. 1949: "Affirmative Duties in Tort," 58 Yale L.J.1272.

Malone, W.S. 1956: "Ruminations on Cause-In-Fact," 9 Stan.L.Rev.60.

Nagel, E.1961: *The Structure of Science: Problems in the Logic of Sientific Explanation* (Harcourt, Brace & World). (ナーゲル『科学の構造 I 一般編・II 自然科学編・III 社会科学編』(勝田守一校閲・松野安男訳) (明治図書出版・一九六八～一九六九年))

Rumble, W.E. 1968: *American Legal Realism: Skepticism, Reform, and the Judicial Process* (Cornell University Press).

Strachen, D.M.A. 1970: "The Scope and Application of the 'but for' Causal Test," 33 Mod.L.Rev.386.

Thode, E.W. 1968: "The Indefensidle Use of the Hypothetical Case to Determine Cause in Fact," 44 Texas L.Rev. 423.

——— 1969: "Observations: A Reply to the Defense of the Use of the Hypothetical Case to Resolve the Causation

Isue," 47 Texas L.Rev.1344.

——— 1977: "Tort Analysis: Duty-Risk v. Proximate Cause and the Rational Allocation of Functions between Judge and Jury," [1977] Utah L.Rev.1.

Weinrib,E.J. 1980: "The Case for a Duty to Rescue," 90 Yale L.J.247.

Winfield,Sir P.H. & Jolowicz,J.A. 1989: *Tort*, 13th ed. (by Rogers,W.V.H.)(Sweet & Maxwell).

Wright,R.W. 1988: "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof : Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts," 73 Iowa L.Rev.1001.

引用判例

■外　国

Anderson v. Minneapolis,St.Paul & Sault Ste.Marie Railway, 146 Minn.430,179 N.W.45 (1920).

Anns v. Merton London Borough Council, [1978] A.C.728 (1977).

Bochantin v. Inland Waterways Corp., 96 F.Supp.234 (E.D.Mo.,1951).

Butler v. Acme Markets,Inc., 89 N.J.270,445 A.2d 1141 (1982).

Cohen v. Southland Corp., 157 Cal.App.3d 130,203 Cal.Rptr.572 (1984).

Commercial Standard Insurance Co. v. Martin, 363 S.W.2d 228 (Tex.,1963).

Ford v. Trident Fisheries Co., 232 Mass.400,122 N.E.389 (1919).

Harris v. Pennsylvania Railroad, 50 F.2d 866 (4th Cir.,1931).

Kabzenell v. Stevens, 168 Cal.App.2d 370,336 P.2d 250 (1959).

McGhee v. National Coal Board, [1972] 3 All E.R.1008 (H.L.).

Meadows v. Friedman Railroad Salvage Warehouse, 655 S.W.2d 718 (Mo.App.,1983).

New York Central Railroad v. Grimstad, 264 F.334 (2d Cir.,1920).

Reynolds v. Texas & Pacific Pailway, 37 La.Ann.694 (1885).

Shipes v. Piggly Wiggly St.Andrews,Inc., 238 S.E.2d 167 (S.C.,1977).
Summers v. Tice, 33 Cal.2d 80,199 P.2d 1 (1948).
Sowles v. Moore, 65 Vt.322,26 A.629 (1893).
Taco Bell,Inc. v. Lannon, 744 P.2d 43 (Colo.,1987).
Valentine v. Minneapolis, St.Paul & Sault Ste.Marie Railway, 155 Mich.151, 118 N.W.970 (1908).
Vanvalkenburg v. Northern Nav.Co., [1913] 30 Ont.L.R.142.
Williams v. Cunningham Drug Stores,Inc., 429 Mich.495,418 N.W.2d 381 (1988).

＊ 本稿は、一九九一年度および一九九二年度の文部省科学研究費補助金（特別研究奨励費）による研究成果を発展させた、北海道大学審査博士（法学）学位論文（一九九六年六月二八日授与）に基づくものである。