



Title	不法行為帰責論の再構成・序説（２）－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; MIZUNO, Ken
Citation	北大法学論集, 47(6), 59-111
Issue Date	1997-04-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15702
Type	departmental bulletin paper
File Information	47(6)_p59-111.pdf



不法行為帰責論の再構成・序説（二）

——ネグリジエ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 平井説と其の後の学説に見る「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 ネグリジエンス法における「区別」論の成立過程

第一節 はじめに

(以上、四七卷五号)

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 'due to' 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

(以上、本号)

第四節 コモン・ローにおける 'due to' テストの顕在化

——原因の「偶然的」な介入事例

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

第四章 おわりに

* 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)(四七卷五号)の冒頭に記した。

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

一 一九世紀半ばに独立の不法行為類型としてネグリジェンスが判例に登場する以前に侵害訴訟 (*trespass*) と特殊主張侵害訴訟 (*trespass on the case*) という二つの訴訟類型が存したことは、既にわが国でも紹介されている(望月1973, 410-415が簡潔に整理する)とおりであるが、このネグリジェンス法前史において、事実的因果関係あるいは賠償範囲の問題がどのように取り扱われていたのかは必ずしも明確ではない。ただし、一八〇〇年以前のコモン・ローは訴答手続 (*pleading*) に関する法がその中心を占め、今日的な意味での実体法が存したと言えるかどうかは疑わしいからである。⁽¹⁾

もっとも、ある論者は事実的因果関係に関連して、イングランドでは古くは *de iure* テストが責任を決定付けるルールだったと主張している (Smith-1911, 109 n.22)。しかしそこにおいて、当該ルールの内容や射程が十分に検討されているとは言えない。⁽²⁾ また賠償範囲に関しては、一七世紀初めにF・ペーコンが有名な第一格率——「法においては遠因ではなく近因が注目される (*in jure non remota causa, sed proxima spectatur*)」——を唱え (Bacon-1861 [初出1630], 327)、これは、一九世紀以降のネグリジェンス訴訟で、いわゆる近因理論として度々裁判所によって引用されている。だが、ペーコンがそこであげた例は専ら土地の譲渡等の土地法に関するものであり、侵害訴訟または特殊主張侵害訴訟に関するものは含まれていないのである。⁽³⁾

しかし、侵害訴訟または特殊主張侵害訴訟の成立・発展過程をより具体的にたどると、「因果関係」に関連する幾つかの注目すべき動きが存在する。以下それを見ていくことにしよう。

二 まず、イヤー・ブックス (Year Books)⁽⁴⁾ の時代 (一三世紀末のエドワード一世の時代からヘンリ八世治世の一五三五年まで) を振り返ってみよう。この時代において、被告が直接的に暴力を行使して (vi et armis)⁽⁵⁾、原告に損害を与えたことを理由とする侵害訴訟においては、「人は自らの危険で行為する」 (A man acts at his peril) という命題が妥当し (Holdsworth-1923b, 375 など)、被告は極めて厳格な (strict) 責任を負うていたと解されている (なおこの厳格責任は、損害を与えた奴隷・動物・無生物を guilty と捉えて被害者に引き渡すギリシアやローマ以来の制度に由来していると言われており⁽⁷⁾、これに着目する Zwer-1982, 784 は、物が損害を惹起したと当該物に対する所有者の直接支配により、被害者が復讐 (vengeance) の念を向けるべき所有者が同定されるとし、ここに復讐概念と密接する事実的因果関係概念の淵源を求める)。しかし、被告は幾つかの免責事由——被告の行為は自己防衛のためだった、合法的なものであった、または被告の「行為」と呼ぶべきものが存在しないなど——を主張することはできたのであり、被告の責任は決して絶対的な (absolute) ものではなかった (Winfield-1926a はこれを強調し、被告が絶対的責任を負うというのは神話だと断じる) ことにまず留意する必要がある。

その上で「因果関係」論との関係で注目すべきは、侵害訴訟の中で最も古くから存した類型の一つである家畜の侵害訴訟 (cattle trespass) において、被告が免責を主張するケースである。すなわち、家畜の侵害訴訟で典型的なケースは、Y の家畜が Y 地から逃げ出し、X 地に侵入し、X 地の地表や作物に損害を及ぼすというケースであるが、この場合は、家畜の不法侵入として所有者たる Y が (家畜逃走の予防措置をあらかじめとるなどしていても) 厳格責任を負うことは異論はない (もともとこれが政策的に望ましいかどうかについては議論がある)⁽¹⁴⁾。ここでは、当時の他の侵害訴訟の事案一般 (土地に対する不法侵入の外、人や動産に対する侵害事例など) に見られるように、受動的被害者たる X と能動的加害者たる (家畜の所有者) Y という図式 (この図式は Horwitz-1977, 95 に示唆を得た)⁽¹⁵⁾ が容易に成立し、生じた損害とそれ

を引き起こした原因との関係は単純で定型的なものである。これに対して、Yが公道上で自己の家畜を追っていた (drive) ところ——すなわちYの家畜は合法的にY地の外に置かれていた——、公道沿いのX地のフェンスの囲い方に欠陥があり、Yの家畜がその箇所からX地に迷い込んでしまった場合はどうだろうか。ここでは上に述べた典型的なケースとは異なり、一方的な不法侵入があつたとは言い難く、受動的被害者、対能動的加害者という図式は一見明白には成立しない。従つて、損害の(法的な意味での)「原因」は、いったいどちらの側にあつたのが強く意識され、問題とならざるをえなくなる。特に中世では土地の境界にフェンスを設けることが慣習上の義務とされていたことが多く、Xがこの義務に違背しながら、なおYに対する侵害訴訟で勝訴できるかが問われることになつたのである。

これに関する一四七〇年の判決 (Y.B. Pasch. 10 Edw. 4. S.S. vol. 47, p. 67) は、Xの土地の囲い方に瑕疵があり (それが損害を引き起こしたのだから) ⁽¹⁶⁾ Yは not guilty ⁽¹⁷⁾ であるというYの答弁を容れて次のように判示する。「①もし私の土地に種がまかれていたのなら、公道沿いに家畜を追う者が〔土地への不法侵入について〕賠償義務を負う (Dandy 首席裁判官)」。②「言い換えれば」あなたはあなたの土地を囲い込む義務がないので、公道沿いに家畜を追う者が〔不法侵入の〕リスクを負担する。しかし本件土地は〔以前より囲われており、Xには囲い込む慣習上の義務があつたと解せられるの⁽¹⁸⁾で〕同様に解釈できない (Jiffleton 裁判官)」。③ある人が市場で家畜を買い、それを道路沿いに追っていたところ、家畜が私の家に入り込んだ場合、彼はこれを正当化できるだろうか (Dandy 首席裁判官)。④いや正当化できない、けだしあなたはあなたの家を囲い込む義務がないからである (Choke 裁判官)」。⑤私道に面しているか、公道に面しているかで違いがある。……公道に利益を有している者のすべては、公道に隣接する土地を有する者が土地を囲い込む慣習上の義務を負うことについて利益を有する。……本件で私の囲い地が開いたままで、Aの家畜が私の囲い地に入ってくるのなら、私はAに対して訴権を有しない。けだしそれは私の fault ⁽¹⁹⁾ だからである (Moyle 裁判官)」。]

本件では、当時の侵害訴訟の中では例外的に、法的な観点から見て損害を引き起こしたのが、当事者のどちらの側だったのかが問われ、判例は、土地に種がまかれていたか(①)、以前からXが土地を囲い込んでいたか(②)、私道ではなく公道沿いに土地があるか(⑤)等によって土地囲い込みの慣習上の義務の有無が決定されるとした上で、一方で、公道に隣接するX地をXが囲い込む義務がない場合にはYが不法侵入のリスクを負担し(②)——なおこの解釈は過失責任が台頭する一九世紀後半に変更された⁽²⁰⁾、他方で、Xに囲い込みの義務があったにもかかわらず、囲い方に瑕疵があった場合には、Xに fault があるためXは訴権を有さない(⑤)——これは一九世紀初頭に現れる寄与過失理論(次節第一款三)の先駆けとなる考え方である⁽²¹⁾という解釈を行ったのである。

しかし、前述したように、このイヤー・ブックスの時代における侵害訴訟で扱われた事件の多くは定型的で単純、すなわち一方的な暴力(ないしそれに類するもの)の行使が問題となっており、この意味で、能動的加害者対受動的被害者という図式が容易に成り立つのが通例であったと想定される。従って、訴訟において原因と結果という因果の連鎖が(事実上の問題として・または法的な観点から)あえて問題とされることは、通常は少なかつたと考えられるのである。

なお侵害訴訟の要件(本節註(5))を満たさない場合に提起される特殊主張侵害訴訟事例(例えば王国の慣習に違背したとして、火元管理者の失火責任の外、宿屋の主人の荷物の管理責任などの公共的職業に従事する者の責任が問われる場合)においては、失当な行為(mistfeasance)が問われる侵害訴訟事例と異なり、被告の不作為(nonfeasance)が問題となることが多い。このため、被告の不作為と原告の損害との結びつき(tie)が正面から取り上げられることになる(Winfield-1926b, 193; Malone-1970, 20)とすることが、少なくとも理論的には言えそうである。しかし、失火責任や荷物の管理責任などの従来の代表的な特殊主張侵害訴訟事例では、通常、損害のありうべき原因に厳格に対処する義務

が被告にあると考えられていたので、「因果関係」の有無があえて争点となり、あるいはその存在が否定されることは、やはり少なかったと想定される。⁽²²⁾ 侵害訴訟事例や特殊主張侵害訴訟事例で「因果関係」が大きく取り上げられるようになるには、時代の変化を待つ必要があったのである。

三 すなわちイヤー・ブックスの時代が終わり一七世紀に入ると、特筆すべき二つの軍事技術または社会生活上の、改良または変化がヨーロッパに現れた。一つは、小銃の技術改良であり、火繩式小銃に代わって一七世紀初めごろより、扱いの容易な火打石式の小銃がヨーロッパに広まったこと⁽²³⁾があげられる。またもう一つはこのころより、ヨーロッパでは道路交通が盛んとなり始めたこと⁽²⁴⁾がある。例えば揺れが比較的少ないスプリング付きのコーチ(懸架式馬車)が流行し、またイギリスでは一五五五年一般幹線道路法によって各教区に道路の修理義務が課せられるようになったのである。⁽²⁵⁾

このような状況の下で姿を現したのが、①銃の暴発事例と②馬の暴走事例に関する判例であった。①では、兵士XYが小戦闘の軍事教練中にYのマスクット銃が暴発し(——詳細は不明)、Xが負傷したケース(Weaver v. Ward (Hobart, 1617))が、②ではYが乗っている馬が暴走して、(a)広場または(b)公道にいたXが負傷したケース(a) *Mitchell v. Alestree* (Ventris, 1676)、(b) *Gibbons v. Pepper* (Ld. Raym., 1695)がある。ここでは侵害訴訟(①②(b))または特殊主張侵害訴訟(②(a))を提起されたYが、事故発生は偶発的である(①——*Milom* 1981, 296-297によればこの抗弁はイヤー・ブックスの時代にはほとんど見られなかった)・Yの意思に反している(①②(a)(b))・不可避的である(②(b))と抗弁した点が特徴的である。

このうちまず、判決①はYの責任を認めたが、その理由として、Yに全く *fault* が無いのなら、すなわちYが銃を発射する時にXが銃の前を横切った場合や本件事が不可避だった場合には、Yの責任は存しない(がそのような状況に

はなかつた)と判示した。このケースでは、両当事者が、わずかなミスで多大・多様な損害を招きかねない銃という危険物をそれぞれ能動的に扱って活動をしている——このため損害の発生態様は偶然的・非定型的である——という特色があり、これはイヤー・ブックスの時代には見られなかった現象だと言える。判決はこの時、Yの *fault* の有無や事故発生時のXの状況にも着目することを(少なくとも一般論としては)明言し、侵害訴訟の嚴格責任法理が、大きく変容していく可能性を示唆したのである(もともと銃の暴発事例で被告に過失がないことを理由に現実には免責が認められたのは、①判決から実に三〇〇年近くも経過した *Stanley v. Powell* (Q. B. 1890)⁽²⁶⁾ においてである)。

次に判決②(b)は、Yの抗弁は全面否認訴答(*General issue*)において行うべきだったとして訴答手続の誤りを理由にYの責任を認めたが、傍論で、もし馬がYの意思に反して暴走したのならYは *not guilty* である旨を判示した。⁽²⁷⁾ この事案は、Yの馬が能動的かつ一方的に、受動的被害者に損害を与えたケースである——これはイヤー・ブックスの時代の多くの事案と共通する——が、損害発生時点だけに注目すれば、第三者が被告を原告の土地に運んだ場合(本節註(10))や第三者が被告の手を取って原告に暴行を加えた場合(①判決の傍論)などと同様に、被告の自発的意思に基づく「行為」が存しなかつたケースと評価できないだろうか。これは、従来の判例でも認められてはいたが必ずしも実例が多くなかつたと思われる事態が、馬の暴走による事故という新しい損害類型の出現によってまさに現実化したものと言える。判決②(a)で原告が、侵害訴訟ではなく特殊主張侵害訴訟を提起したことは、この点に着目するとよく理解できるのである。というのはこうである。

判決②(a)は、災難がおそらく生じるであろう多くの人々がいた広場にYが荒れ馬を馴らすために連れていったことを *fault* と評価して、Xの請求を認容している。言い換えるならば、判決は侵害訴訟では取り上げることのない状況、すなわち、直接的に暴力を行使して損害が発生した(と侵害訴訟の下では主張されうる)時点——しかしこの時点では

Yは馬を制御できず (Prichard-1976, 18がこの点を強調する)、上に述べたように、自らの「行為」が存しなかったというYの抗弁が認められる可能性がある——よりも、前の状況に着目し、損害の発生に至るより長い因果経過を問題とし(特殊主張侵害訴訟の手續的構造がこれを可能とする)、それにfaultという評価を与えたのである。なお本判決は、両当事者が事故以前は赤の他人であるという点で、宿屋の主人と顧客のように(外にも公共運送人や鍛冶屋など公共的職業につく者の責任事例はそうである)事故以前から当事者間に一定のつながりがあることが多かった従来の特種主張侵害訴訟事例とは一線を画しており、また馬の暴走以前の因果経過に着目し、この意味で損害の発生態様を(馬の暴走という現象を介在させた)間接的なものと捉えている点で、一八世紀から一九世紀にかけての判例理論、すなわち損害の生じ方(直接的か間接的か)により訴訟形式(侵害訴訟か特殊主張侵害訴訟か)が定まるといふ考え方(次節第一款一)の、いわば先駆けとなった判決であるとも考えられている (Prichard-1976, 15-18)。

以上の一七世紀の新しい動きを要約・敷衍するならば、こうである。銃の暴発・馬の暴走という新しい紛争事例では——銃の暴発、馬の暴走または馬を広場に連れていくという出来事や行為と被害者の負傷との間に事実上の因果関係があることは明白であり、それが裁判であえて問題とされることはなかったが——損害発生時にYの「一方的な」加害「行為」が存するとは評価しにくいという特殊性がある。このような場合に初めてXの損害という「結果」に対する「原因」の探求が、法的な帰責の有無という結論と直結させて意識的に行われ、そこではXまたはYのfaultの有無が重要な意味を持ったのである。すなわち能動的行為者同士の事故である銃の暴発事例では、Yのfaultと共にXの状況をも考慮することによって、XとYのどちらが(法的観点から見て)損害を引き起こしたのかを決定することが可能となり——これは公道沿いの困い地への家畜の侵入事例(二)での考え方の延長線上にある——、また馬の暴走事例では、特殊主張侵害訴訟で把握される、より長い因果経過の中でYのfaultを認定することにより、馬の暴走ではなくY

のそれ以前の行為に損害の法的な原因を見いだすことが可能となったのである。このような考え方は一八世紀の終りごろから急増した馬車や船舶の衝突事例でさらに進展を見せる。次節ではこの動きを検討しよう。

第二章第二節註

(1) 例えば、訴答手続の有様に着目して侵害訴訟と特殊主張侵害訴訟の歴史を詳細にたどる Milson (1981, 283-313) 参照。また、Kelly (1991, 57) は、当時の裁判所が事実上の因果関係についても賠償範囲についても法を展開させなかったと断じらる。

(2) スミスが参照する Pollock & Maitland (1968 [初出 1898], 470-471) が「古代法における因果性」の項で取り上げるのは、重罪 (felony) にあたる殺人 (homicide) の告発を受けた者に関するヘンリー一世の法(二三世紀に至るまで適用された)であり(例えば A が B を野獣のショーに連れて行き当該野獣が B を殺した場合、A が B をショーに連れていかなければ B は殺されなかったのだから A は罪を負う)(なお Holdsworth-1923a, 53 参照)、それが一三世紀ごろより現れた侵害訴訟にどのような影響を与えたのかは究明されていない。なるほど侵害訴訟では(その当初は)、被告が国王の平和に反した (contra pacem) という要件の効果として、勾引令状 (captias) が発行され、また国王への罰金が裁定されるなど、「準刑事法的性格」(Fleming-1992, 16) が色濃く残っていた。しかし、そのように民事刑事が完全に分化していない時代でも侵害 (trespass) は、重罪 (felony) より軽い犯罪という位置付けがなされており (Milson-1981, 285-287)、重罪に関する準則が侵害訴訟に適用されたかどうかはやはり不分明と言わざるをえないのである。

(3) Kelly (1991, 56) は、これをもって、侵害訴訟または特殊主張侵害訴訟において現在の近因理論のような準則が正式には存しなかったことの強力な証拠だとする。

(4) イヤー・ブックスについては、Holdsworth (1908 [初出 1906])、Winfield (1925, 158-183)、高柳 (1956, 52)、望月 (1990, 104-106) などを参照。

(5) ミルソムによれば、これと並んで被告の行為が国王の平和に反した (contra pacem) ことが、当初は侵害訴訟の要件とされた(前註(2)参照)——これらの要件を満たして初めて当該訴訟は国王裁判所に係属され、原告は訴訟開始や執行のた

めに勾引令状を発行されるという利益を得ることができた——が、この要件は当初からかなり擬制的に認定されることが多く、また一三七〇年ごろにこの要件を不要とする特殊主張侵害訴訟を国王裁判所で正面から提起できるようになったことを大きな契機として、この要件は次第に形骸化していった (Milsom-1958, 1981, 283-313)。なお *vi et arms* という要件についても、その原義は暴力(三)及び武力(*arms*)の行使を意味したはずであるが、これも有形力の行使さえあれば要件を満たすと解されるようになっていった(簡潔な叙述として Williams & Hepple-1984, 44)。

(6) 例えば *Leame v. Bray* (East. 1803) の Gros 裁判官が傍論として引用する 21 Hen. VII (ヘンリ七世の治世第二一年—一五〇五年) の判決は、「もし当該侵害が、侵害時に当事者〔被告〕自身の行為によって行われたのなら、……それが偶発的に (accidentally) または不運 (misfortune) によって生じたのであっても、彼は侵害訴訟において責任を負う」と判示する。

(7) 損害を与えた物を損害を受けた被害者に引き渡す (noxal surrender) のような制度が、やがて損害を与えた物の所有者が賠償金を支払う代わりに、当該物の引渡しを拒む (buying the vengeance off) という選択を認める制度に変わり、さらにこの選択肢が消滅し所有者が厳格責任を負うだけになった」というのが一般に説かれている歴史的推移である (Pollock & Matland-1968 [初出 1898], 472-474; Holmes-1963 [初出 1881], 10-16; Malone-1970, 4-5; Zwierny-1982, 781-783)。

(8) *son assault demesne* もっともイヤー・ブックス以前のヘンリ一世の法時代においては、この抗弁すら認められていなかったと言われている (Holdsworth-1923a, 51)。

(9) ミルソムは次のような被告の承認と異議 (confession and avoidance) —— 個別的抗弁 (special plea) の一種。相手方主張の事実を認めた上でその法的効果を否定する新事項を付加する。—— Y が X を叩いたことは認めるが、それは、てんかんの治療のため、すなわちてんかんに伴うけいれんを引き起こす悪魔を追い払うためだった (Milsom-1981, 296)。

(10) これらの主張に対し、原告は、第二訴答 (replication) として被告の主張した事実を否認し、被告の行為は自らの不法による (*de injuria*) ものであり被告主張の免責事由は存しないと主張することが認められていた (Milsom-1981, 296)。

(11) 自己防衛の抗弁を認めないヘンリ一世の法の時代(前註(8))においてすら、加害者と主張されている者が全く受動的で、被害者の行為こそが損害を引き起こしたと考えられる場合は加害者は免責された (Holdsworth-1923a, 51-52)。なおイヤー・ブックスの時代において「被告自身の行為」というのが責任の一要件であると解する判例として、例えば前註(6)に掲げたものがある。この外、当時は被告による不可抗力の抗弁が、損害を引き起こしたのは被告の行為ではないという意味

でなされることがあったと言われている (Holdsworth-1923b, 380)。なおイヤー・ブックスの時代が終わった一七世紀にも同旨と解される判例がある (Smith v. Stone (Style 1647) —— 第三者Aが力づくでYをXの土地に運んだ場合は、X地への不法侵入の責めを負うのはAであってYではない)。

(12) 侵害訴訟では特殊主張侵害訴訟と異なり、原告は現実の損害を立証する必要がないと一般に説明されているが (Fleming-1992, 17; Prosser & Keeton-1984, 30)、土地への侵入を巡る訴訟では損害の主張・立証がなされることが(今も昔も)多かったようである。なお Winfield & Jolowicz (1989, 360) は、(国王の) 平和違反という観念があった初期の時代(も)ともこの時代でも当該観念は形骸化していたことについては前註(5)参照)はともかく、現在の、特に土地に対する不法侵入を巡る訴訟では損害なしのケースはまれであると指摘する。

(13) 但し、家畜の所有者が自己の家畜を他人の土地にあえて追いやったり、あるいは家畜の逃走に気付いてから合理的な時間を超えて、当該家畜を他人の土地にとどまらせ続けた場合などには、所有者自身の不法侵入 (trespass) やはり厳格責任) が成立する。家畜の不法侵入が成立するのは、家畜の逃走にその所有者が気付かなかつた場合や、YがX地に迷い込んだ自己の家畜を直ちにX地の外に追いやったような場合(本文で後述する一四七〇年の判決はこのような事案だった)である (Fleming-1992, 354 n. 6)。

(14) 例えば中世イングランドの経済は家畜(特に羊)の放牧に負うところが少なくないので、家畜の所有者に厳格責任を負わせるのは酷だと考えることもできる。もともともこれに対しては、中世の囲い地のフェンスは石作りであることが多いため家畜は逃げにくく、厳格責任は必ずしも所有者に大きな負担とはならなかつとも言われている (Malone-1970, 25)。なお現在では当該責任を(損害の大きさは通常少ないものの) 危険(報償)責任の立場から根拠付けることも可能であり、この立場がイギリスの一九七一年動物法に反映されていると言われている (Fleming-1992, 353; 動物法については Winfield & Jolowicz-1989, 457-465も参照)。

(15) ホーウィッツは、一九世紀前半のアメリカの判例が厳格責任から過失責任へと責任法理を変遷させた大きなきっかけは、能動的行為者同士の事故である衝突事故ケースの登場であり、そこにおいて判例は当事者の fault に着目することにより因果関係を探求する傾向を強めたと言っている。この考え方に対しては、アメリカでは実証的裏付けに乏しいなどの批判が寄せられ、またその批判には一定の合理性があると考えられる(詳しくは次節第二款註(2))。しかし少なくともイギリスの

コモン・ローの歴史的展開を検討する際には、この視点を取るものが有用かつ妥当であると考える。

- (16) Holdsworth (1923b, 378) によれば、Yは当該瑕疵が損害を「引き起こした」ことを答弁で強調しており、これが当該事案における実質的争点であったと考えられる。もともと、このような因果性の存否に直接関わる言葉は、(of) (Sedgwick Society Publication) による英訳版(イヤー・ブックスの原文はオールド・フレンチで書かれている)掲載の訴訟記録の中では見つけることができなかつた。

- (17) 侵害訴訟または特殊主張侵害訴訟でYまたは裁判所が使う用語。Yの責任を全面的に否定または否認することを意味する。
 (18) Xの主張によれば、本件土地にはエンドウやソラマメが生育しており、それがYの家畜に踏み荒らされるなどして損害を被ったのであり、これが事実ならば本件土地は、家畜が飼育されているのではなく、種がまかれて作物が生育しているのだから、Xには本件土地を囲い込む義務がないということになりそうだが(判旨①参照)、他方で本件土地は、Yの主張によれば法的記憶の及ばぬ時代から(from time out of memory) 囲われていた(のに事件当時フェンスの一部が朽廃していた)のであり、Littleton 裁判官はおそらくこの点を重視して、Xには囲い込みの義務があつたものと解しているようである。

- (19) ネグリジエンス法前史ないしその揺籃期における fault または default という言葉が、慣習上の義務違反(本判決ではこの意味で用いられた?) ないし注意義務違反という意味内容をどこまで明確に伴っていたのかは若干微妙であり、場合によってはより一般的に「判断ないし行為の過誤」(『英米法辞典』(有斐閣・1991) 335) または「落ち度」(望月1973, 415-416) と訳した方がしっくりくることもある。本稿ではこれらを踏まえた上で、判決に登場する fault または default という言葉はあえて和訳せず、英語のまま用いることにする。

- (20) すなわち Tillet v. Ward (Q. B. 1882) (事案は本文③と同一) では、家畜が侵入してくるリスクは「町の内外の道路上で家畜を追うことから生ずる必然的で不可避のリスク」であり、従ってYは責任を負わないと解されたのである。この新しい解釈は、Fletcher v. Rylands (Ex. 1866) の Blackburn 裁判官の有名な傍論——公道上の人または公道に隣接する財産の所有者は、不可避の事故のリスクを引き受けている(だから公道で生じた事故について侵害訴訟が提起されても厳格責任ではなく過失責任が妥当する)——を受け継いだものである。なおX地を囲い込む義務がある場合にはXの寄与過失が認定されることについては、現在も異論がない。

- (21) Holdsworth-1923b, 378. Holdsworth (1923b) を引用する塚本 (1966, 323) や村田 (1992, 68-69) も、本判決に寄与過

失理論の萌芽を見る。なお寄与過失理論については次節第一款で考察する。

(22) 例えば一七世紀の判例だが *Turberville v. Stamp* (Ld. Raym. 1697) は「だれでも自分自身の物を、他人を傷つけないように使用しなければならぬ」というイヤー・ブックスの時代以来の準則を適用し、延焼は強風によるもので偶発的事故だとするYの抗弁を退けYの責任を肯定する。もっとも「第三者が許可なく私の家に入り火を付けた結果、隣家が延焼した場合は、私は隣人に責任を負わない」とする判例もある (Y. B. 2 Hen. 4. l. 18. pl. 6 (1401). *Foot*-1949. 166 に英訳あり)。しかしこれは、「因果関係」が否定されたというよりも、そもそも「私」が王国の慣習に違反していなかったと考えられる事案である。またミルソムによれば、荷物の管理責任については、宿屋の主人が泥棒の侵入を許した場合、泊まり客の荷物が盗まれた場合には、主人の責任が肯定されていた (Milsom-1954. 108)。

(23) 『世界大百科事典』(平凡社・1988) 13巻 432 同書によれば、発射するのに時間がかかり雨天時には使用不可能だった火縄式に代わり、火打石式発火装置が発明されたのは一五二五年のことである(もっとも当初は不完全なものが多く実用化には時間がかかった)。なお一六一八年から始まった三〇年戦争において、スウェーデン王グスタフ・アドルフが、この火打石式小銃を採用したことが知られている。

(24) 一六八〇年のウィーン市街について、次のような興味深い叙述が残されている。「つねに人間と馬とワゴンがひしめきあっている街路では、しばしば通行人の安全が脅かされる。馬車の馭者や輿(こし)の運搬人は『どけーどけー』と叫びたて、歩いている人間は一台をやっと避けたかと思うと、別の車にぶつかるといったありさまだ」(タール 1991 [原書 1969]. 363)。(25) もっとも道路の整備が本格的に進み、馬車が改良され、馬車の利用が飛躍的に増大するのは一八世紀の後期以降のことである(次節第一款一。本文②(a)(b)で紹介する判例も馬車ではなく馬に乗った加害者の責任が問われている)。イギリスの一般幹線道路法もその実効性には問題があり、大雨が降っただけで幹線道路は文字どおり泥の海になってしまったと言われている(タール 1991 [原書 1969]. 335-336)。

(26) この判決は、公道上の事故についての侵害訴訟で過失を責任要件とする一九世紀後期からの判例の流れ(前註(20)の Blackburn 裁判官の傍論を契機とする)に沿うものであり、公道上の事故以外の侵害訴訟でも過失が責任要件となることを明言したものとて名高い。

(27) もっとも本判決は、何かを恐れた馬が暴走し、それに乗っていたYが馬を止めることができなくなったため、Yは道に

立っていたXを含む数人に気をつけるように注意したにもかかわらず、Xは道に出ることもなくそこにとどまり続けたという事案であり、見方によればX側の過失を問いた——一方的に加害行為がなされたとは言えない——ケースであった。

(28) 特殊主張侵害訴訟 (trespass on the case) は、侵害訴訟のように、有形力の行使を伴う違法行為に関して発行される定式化された令状により開始するのではなく、当該事件における (on the case) 諸状況に照らすと令状の発行が妥当である、ということをも個別的理由付ける条項 (cum clause) を含む令状によって、初めて開始された (Milsom-1958, 407; 1981, 303-304)。

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

一 イギリスを初めとするヨーロッパにおける馬車の利用は、交通需要の急増とそれに対応する道路の整備や馬車の改良などにより一八世紀に飛躍的に増大したが、特に一八世紀後期以降、郵便馬車と乗合馬車が発達して、馬車は多くの人々に利用される公共機関としての性格を強く持つようになった。また一九世紀に入ると、馬車は軽量化のためのさらなる改良がなされ、ますます高速化する。このような事情を背景にして、イギリスでは一八世紀末から馬車による交通事故を巡る判例が急増した。またこれに加えて船舶の衝突事故事例も散見されるようになる。

これらの判例を「因果関係」との関係で検討するのが、ここでの課題であるが、その前に、一七七〇年ごろから一八

三〇年代ごろまでの判例において、XのYに対する権利侵害が直接的な場合は侵害訴訟 (Trespass) を、間接的な場合は特殊主張侵害訴訟 (Trespass on the case) を提起すべし、という準則が確立していたことをまず確認しておきたい。この準則は、一八世紀のコモン・ローに現れた「奇妙な人工的産物」(Milsom-1965. 503) とも評されているが、これをさかのぼるならば一七世紀後期の Michil 判決 (前節III) に行き当たり (Priehard-1976. 15-18)、判決は、被告がいわば行為支配を失い、従って侵害訴訟の下では原告敗訴の可能性があるとときに、特殊主張侵害訴訟で初めて把握可能な損害の発生に至るより、長い因果経過に着目し——この意味で損害の発生態様を間接的なものと捉え——、そこに損害発生の法的な原因を見いだしたのであった。その後 Scott v. Shepherd (W. Bl. 1773) ——いわゆる「爆竹 (squib)」判決として名高い——が、この直接性／間接性の準則を明示的に述べ (自由な行為者の介在がないときには侵害は直接的であり、侵害訴訟によって責任が肯定されるとした)⁽⁴⁾、xvraに Day v. Edwards (T. R. 1794) が、馬車による交通事故事例で初めてこの準則を採用したのである。その後、馬車の事故事例における直接性／間接性の準則は、かなり複雑かつ精緻に発展したが (この複雑性とそれに伴う訴訟方式選択のリスクこそが、統一的なネグリジェンス法を生み出した大きな要因である。本節註(8) 参照)、これを要約すればおおよそ以下のとおりである。⁽⁶⁾

まず、侵害訴訟は次の場合に提起できる。① Y馬車がX馬車または歩行者Xに衝突して、物損または人損を与えた場合 (上記 Day 判決の事案)、② 衝突の結果、被害車の乗客または御者であるXが人損を被った場合、さらに、③ 衝突の結果、被害車の御者が振り落とされ、危険を感じた乗客Xが馬車から飛び降りて負傷した場合にも侵害の直接性は維持される (この③は上記 Scott 判決の延長線上にある)⁽⁷⁾。次に、特殊主張侵害訴訟が提起できるのは、④ Yが公道上に放置した障害物に、X馬車が衝突した場合、⑤ (上記 Michil 判決を馬車事例に当てはめれば) Y馬車の馬が暴走し、Yが馬を制御できなくなった状態で歩行者 (または他の馬車) Xに衝突した場合、そして、⑥ Y自身ではなく、Yの被

用者がY馬車を運転中に歩行者（または他の馬車）Xに衝突した場合である。

二 さて判例は、このような馬車（または船舶）の衝突事例で「原因」と「結果」の関係をどのように認定していたのだろうか。ここで注目されるのは、前節で着目した状況、すなわち被告の一方的な加害行為が存在することが一見明白ではない、という状況が、この衝突事例でより、頻繁かつ鮮明に現れたということである。これは、両当事者の運転する馬車同士が衝突する——XもYも能動的な行為者である——事例（上記①②のケース）で最も顕著である（これに対し例えば上記③のケースでは、能動的加害者対受動的被害者の図式は比較的成立しやすい）。判例はこの時、X・Yのどちらが「加害者」と言えるのか、すなわちどちらの行為が、法的観点から見て「原因」と評価できるのかを判断するために、本来厳格責任が妥当するはずの侵害訴訟が提起される場合でも、Yの加害行為の直接性と並んで、Yの過失または過失という抽象的評価を導くに足る具体的な状況を認定または前提とし、さらにあるいは、Xの過失（またはその評価を導く状況）の有無を問題にする姿勢をのぞかせる。例えば——、

Wakeman v. Robinson (Bing, 1823) (X勝訴) は、Xの運転する四輪馬車にYの引く馬が衝突しXが負傷した事案（上記②のケース）で、Yの馬は近くの荷馬車の騒音に驚き制御不可能だったとするYの個別的訴答を退け、Yには事故時に手綱の引き方を誤るなどした default があり、事故は明らかにこの default によって生じたと判示する。

また、Kapp v. Salisbury (Camp, 1810) (X勝訴) は、Yの荷馬車がXの郵便馬車に衝突し物損が生じた事案（上記①のケース）で、侵害訴訟なのだからYの意図は責任決定に重要ではないとしつつも、本件事故が不可避の事故またはXの過失によるものならばYには責任がないという一般論を展開する（もともと、事故はXの過失によるものであり自分には default がないというYの主張は、個別的訴答の中で行うべきであったとする）。

らるに、Percy v. Walter (Car. & P. 1834) (X勝訴)の事案は、Y運転の一頭立て二輪馬車のシャフトがYの荷馬車を引く馬の肩にぶつかり、馬が死んだというもの(上記①のケース)であったが、Gates裁判官は陪審に対して「問題はどのようにシャフトが馬の肩にのめり込んだのか、すなわちYが当該シャフトを荷馬車の馬にぶつけたのか、それとも荷馬車の馬が〔Xによって〕シャフトにぶつけられたのである」と説示し——これはまさに能動的加害者同士の事故で原因がどちらの側にあるのが意識的に問われたものである(なおMalone-1970, 33 n.108と望月1973, 413はトレスパス・アプローチの不合理さを示すものとして本判決に注目する)——、これを受けてX勝訴の評決がなされている(Yが衝突時に酔っ払っていたという証言があり、おそらくこれが事故の法的原因として重視されたものと思われる)。

同様に、Cottrell v. Starkey (Car. & P. 1839) (X勝訴)は、歩行者XにYの荷馬車が衝突した事案(上記①のケース)で、事故がX自身のfaultから生じたものではなく、Yのfaultによって生じたものである、と判示する。

他方で、特殊主張侵害訴訟が提起される場合でも上記⑥のケースでは、(Yの支配可能性が存しないとも考えられるが)事故態様自体はYの被用者を含む能動的加害者同士の事故であり、このとき例えばGough v. Bryan (M. & W. 1837) (X勝訴)では、両当事者の過失の有無が問題となり、四輪馬車を運転するYの被用者には過失がなく、荷馬車を運転するXの息子に過失があるとYが訴答(但し訴答の方式を誤ったためYは敗訴)している。

三 以上のように、能動的な行為者同士の衝突事例で、法的原因の探求のために、訴訟方式のいかんを問わず、両当事者の過失の有無を探求しようとする判例の動きは、同時期に——すなわち二つの訴訟方式の峻別の不合理さを理由に統一的なネグリジェンス法が成立する以前に、——判例が寄与過失理論を承認していたことと連動して(Malone-1981, 97の言葉を借りれば、寄与過失事例においては「trespassとfaultとcausationのすべてが絡み合う」)、ドラスティックな効果

をもたらすことになった(四)で見ると、当時の「but for」という言明は、まさにこの効果のドラスティックさと深い関わり合いを持っていた。

すなわち、まず、寄与過失理論のリーディング・ケースとして知られる *Butterfield v. Forester* (East, 1809) では、Xの乗る馬がスピードを出し過ぎて、Yが自宅の修理のため公道の一部のみを占拠する形で置いた丸太を避けられず負傷したという上記④のケース(特殊主張侵害訴訟)が争われ、*Ellenborough* 首席裁判官はX・Y双方に注意義務違反ないし *fault* があったことを前提に寄与過失理論を説き、Xを敗訴させたのであった。しかし、丸太の置かれ方とXだけが能動的に活動をしたことに着目するなら、このケースは、「完全にX自身の *fault* だけから」(*Bayer* 裁判官) 事故が生じたという評価も不可能ではない事案だったと言えるのである。これに対して、これまで見てきたような能動的な行為者同士が衝突する事故類型では、法的原因の探求の過程でXの過失が認定されるとき、Y側にも過失を導くに足りる状況が存することがより明確に判断できる場合が多いと考えられる。しかし寄与過失理論を適用するなら、この場合もYは全面的に免責される結果となるのである。なお付言すれば、能動的な行為者同士の事故で、判例が両当事者に過失がありうることを示唆または明言し、それでもなおYを免責するという思い切った解決を初めて示したのは、二で紹介した判例の動き(ここでは一方当事者のみの過失が認定されている)にやや遅れ、一八三八年に下された一連の判決においてであった(例えば、*Hawkins v. Cooper* (Car. & P.) では、酒を飲んで道路を横断中のXに、通常とは反対の側を走行中のY馬車が衝突した事案が争われ、判旨は、「寄与の程度が」いかなる程度であろうともX自身の不適切な行為によって事故が生じたことを強調する。同じく歩行者に運転ミスの馬車が衝突した *Woolf v. Beard* (Car. & P.) も、歩行者が通常の注意を払えば事故を避けえたことを重視する。この外、鉄道馬車同士の衝突事例に *Bridge v. Grand Junction Ry.* (M. & W.) がある)。

このようなドラスティックな結論を導く寄与過失理論については、多くの論者が検討を重ね、様々な論拠を主張して

いる(例えば、クリーン・ハンズの原則、同意あれば被害なしの準則、抽象的な近因理論、または事故防止という政策論など)⁽¹⁰⁾が、より説得的な学説は、① 企業活動の発展を助成しようとする社会的要請や、② (企業側に不利で被害者側に同情的な判断を行う) 陪審を裁判所がコントロールする必要性などを指摘する⁽¹¹⁾。しかし、一九世紀半ばごろまでのイギリスでは大企業が被告になるケースはまだ少なく、この時期における当理論の誕生を促したのは——これもまた有力説が強調するように——、③ コモン・ローに伝統的に内在する個人主義的⁽¹³⁾な責任原理であったと考えるべきではないだろうか。すなわち、X自身が注意をしなければ結果の発生を避けることができた以上、Xとは独立の社会の構成員たるYの所為に藉口して賠償を請求する(前掲Butterfield判決のEllenborough首席裁判官の言葉を借りれば、Xが当該障害物を「頼り」「利用する」ことは許されないという発想が、当理論の根底にあったと考えられるのである。このような発想は、論者(James-1965, 105; Fleming-1992, 269)が指摘するように、出来事の責任を唯一の(sole)原因主体に割り当てようとするコモン・ローの伝統的態度⁽¹⁴⁾——これは複数の主体のうち、法的責任を負うのは一人でなければならぬというものであり、XとYの中でYが唯一の責任主体と考えられるときに限りYの責任を認める寄与過失理論(の反対解釈)とは、想定している状況に微妙な差異があるが——にも通じるものと思われる(なおここで紹介した侵害訴訟の判例が、Xのいずれか一方のみのfaultを認定していたことも、あるいは、これと関連づけた説明が可能かもしれない)。

そして以上の個人主義的態度の帰結こそが、(X自身の過失も寄与しているために) Yの過失だけ(alone)前掲Hawkins判決(1838)がこの言葉を強調する(に事故発生の原因を求めることができなるときは、Yに対する賠償を一切認めないという寄与過失理論の誕生であり、その後、政策論①②などに支えられ当理論が浸透・展開⁽¹⁵⁾していったと考えられるのである)。

四 さて、「but for」という言明の持つ機能に着目してネグリジェンス法の揺籃期の動きを探るのが、本章のそもそもの目的であったが、われわれはここでようやく当該言明に巡り合うことになる。すなわち、*Tuff v. Warman* (C.B. (N.S.), 1853) (X勝訴) は——この時期には過失による直接的な侵害の事例で訴訟方式の峻別論が崩壊しており(本節註(8))、本件も一般的なネグリジェンス法の下で審理されているが——、船舶の衝突事例⁽¹⁶⁾で次のように判示したのである。

「本件及び更に他のすべての類似の事件において、陪審が審理すべき適切な問題とは、損害が完全に (entirely) Yの過失または不適切な行為によって生じたのか、それともX自身の過失または通常で一般的な注意と用心の欠如によって、X自身がある程度まで当該災難に寄与しているかどうか、すなわち、X側のそのような過失または通常の注意と用心の欠如がなければ、(but for ①)、当該災難は起こらなかったであろうと言えるかどうかである。そして……後者が肯定される場合には、Xには賠償を請求する権利がない。ただし、彼自身の fault がなければ、(but for ②)、災難は生じなかったであろうからである。しかしながら、単に過失または通常の注意もしくは用心の欠如があっただけでは、Xは賠償する権利を失わない。権利を失うのは、Xの過失または通常の注意と用心の欠如がなければ、(but for ③) 災難が生じたのであろう場合である。……〔本件で〕Xの〔見張りの〕怠りは、当該侵害の直接的原因ではなかった。すなわち、それがなければ、(without which ④) 侵害が生じなかったであろう、そういう原因ではなかったのである。」(Wightman 裁判官)。

この判示は、当時のイギリスで下された判決の中で、最も詳細に寄与過失論を説くものの一つであり、「他のすべての類似の事件」にも通用する一般論を述べようとする意欲的なものである(次款で取り上げる一九世紀のアメリカの代表的な体系書にも度々引用されている)が、特に「but for (without which)」という言明が①から④まで用いられていることが注目される。このうち、まず④では、まさにXの見張りの怠りと侵害との間の事実的因果関係の有無をテストするた

めに、「without which」という言明が用いられたと考えられる。そしてこれを満たさない場合には、原告の寄与過失が否定されるという意味で、当該テストは寄与過失理論の適用を排斥する機能を果たしている。これは我々の通常イメージする「but for」テストが、帰責判断の入り口の段階で（＝「but for」テストの先行性、第一章第三節一）被告の責任を否定する機能を持つことに対応している。これに対して①②③、特に②における「but for」という言明は、テスト④が満たされ、さらに被告についても当該テストが成立する場合、すなわち原因の必要的な競合事例において初めて問題となり、三で述べた原理や政策を実質的な理由として、裁判所が「被告を全面的に免責すべし」という結論に達したときに、原告に対しこのドラスティクな結論を受け入れるよう説得し（あなたが「E」を犯しさえしなければよかったではないか）、またはその結論を（原告に対する「非難」の念を表明することによって）正当化する機能を担っていると考えられるのである。「but for」テストが政策的・規範的判断に先立つて行われるのと異なり、ここでは既に出されている結論をあくまで説得・正当化するという文脈ないし意図で「but for」という言明が用いられていることに注意すべきである。

このことをより一般化して説明すればこうである。すなわち、原因AとBとが競合して損害Cが生じたときに「AなければCなし」と言明することは、日常的な感覚またはプリミティブな法感情のレベルにおいて、Aの競合に対する「後悔、憤激ないし非難の念」⁽¹⁷⁾を表明し、Bを「非難」の対象から外すという考え方を含んでいると考えられるのである。そしてこのような当該言明の機能については、事象的因果関係の判断枠組みの問題と関連して、近時の学説において理論的に興味深い進展を見ることができ（第三章第三節参照）。しかし、われわれは取りあえず、裁判所が、必要的競合事例で当該言明をどのように機能させていたのかについて、さらに具体的な検討を続けることにしよう。次款では、当該言明を巡る、アメリカの動きを探ることにする。

第二章第三節第一款註

- (1) 産業革命初期の交通需要の急増に対応するため、イギリスでは、中世以来公道を維持してきた教区に代わって、各地に設立されたビジネス・トラストが道路を建設し通行料を徴収するようになる。これが *turpnie* と呼ばれる有料道路であり、一八世紀に多数建設され、同世紀末にはロンドンから放射状に地方へ向かう道路網が完成した。またこの時期に、スコットランドの J. L. McAdam (1756~1836) が、維持費が安く排水が良く荷馬車の運行にも耐えられるよう、小石を何層にも敷き詰める道路建設の新技术 (マカダム法。イギリスだけでなくヨーロッパやアメリカ各地の道路建設法の主流となった) を開発した (『世界大百科事典』(1988・平凡社) 293頁、17巻520-521、27巻88。さらに一八世紀には、懸架装置に鋼製のスプリングを組み込んだ装置 (タルム式スプリング) が発明されて、従来のスプリングに比べ馬車の揺れが大幅に減少した (タール 1991 [原書 1969], 368)。
- (2) イギリスでは、一七世紀初頭から馱馬車が定期的に各都市を結んでいたが、それが多くの人々に利用されるようになってからは、一七八四年に (馱馬車と郵便サービスを合体させた) 郵便馬車制度が開始して以来である。それまでは郵便を馬車で運ぶことは違法だった (タール 1991 [原書 1969], 394-396。道路未整備故の転覆事故などを恐れたためであろうか)。
- (3) 楕円型スプリングの発明 (一八〇四年。コーチの底と車軸の間に直接取り付けられたので懸架装置が不要になった)・車高の低いコーチの開発 (一八二〇年・前輪車軸と後輪車軸をつなぐ支柱の除去 (一九世紀初頭より高純度の鋼が生産され車体のフレーム自体で前輪車軸と後輪車軸が連結した) など (タール 1991 [原書 1969], 407-408)。
- (4) 事案は、少年 Y が市場の人込みの中に投げた爆竹を拾い上げた A 店主がそれを B 店の前に投げ、B がそれを拾い上げ再び投げたところ、当該爆竹が X の顔面に当たって爆発し X が失明したため、X が Y に対し侵害訴訟を提起したというもの。小数意見が、直接的な結果については侵害訴訟を、直接的ではない結果に関しては特殊主張侵害訴訟を提起すべしとの一般論を展開した上で、本件では特殊主張侵害訴訟を提起すべきだったと判示した (Blackstone 裁判官) のに対し、多数意見はこの一般論に賛成しつつも、A と B が爆竹を投げたのは自己防衛のためであり、ここには自由な行為者 (free agent) の介在はなく、ただ Y の行為しか存しないとして (De Grey 首席裁判官、侵害訴訟の下での Y の責任を肯定した。
- (5) Kenyon 裁判官は Reynolds v. Clarke (Ld. Raym. 1725) の傍論 (「もし丸太が公道に置かれており、それによって人が負傷し

た場合は、彼は特殊主張侵害訴訟を提起しなければならない。しかしもしある人が、彼に目掛けて投げられた丸太によって負傷したのなら、彼は侵害訴訟を提起しなければならない」を引用して、「侵害訴訟と特殊主張侵害訴訟の区別は完全に明確である」と強調し、馬車同士の衝突事例で特殊主張侵害訴訟を提起したXの訴えを退けた。

(6) 本文の①⑥に対応する判例は以下のとおり(傍線の判例は本文や註の中で紹介・引用する/したもの)。①(馬または馬車の物損) — *Day v. Edwards* (T. R., 1794); *Knapp v. Salisbury* (Camp, 1810); *Pearcy v. Walter* (Car. & P., 1834) / (歩行者の人身損) — *Boss v. Liton* (Car. & P., 1832); *Cotterill v. Starkey* (Car. & P., 1839) / ② — *Hopper v. Reeve* (Taunt., 1817); *Wakeman v. Robinson* (Bing., 1823) / ③ — *Leame v. Bray* (East, 1803) / ④ — *Butterfield v. Forrester* (East, 1809) / ⑤ — これに相当する馬車事例は見つけられなかった(なおYによって馬の制御不能が主張された *Wakeman* 判決(②)では制御上の default が認定されている)が、船舶の衝突事例として *Ogle v. Barnes* (T. R., 1799) がある。⑥ — *Savignac v. Roome* (T. R., 1794); *Gough v. Bryan* (M. & W., 1837) など。

(7) すなわち準則③は、Yの行為の結果に何らかの因果的な加工がなされれば、即ちXの侵害が「間接性」を帯びるとしているのではなく、Yの行為の結果に対して介入する人間の「反応」が、Yの行為と法的に独立した「行為」とは呼べない場合には、Yの唯一の「行為」によってXの侵害が生じたことになり、侵害の「間接」性は否定されるというものである。この準則は、侵害訴訟と特殊主張侵害訴訟の峻別を判例がやめ、統一的なネグリジェンス法が成立してからも(次註(8))その後の判例に影響を与え(例えば *Clark v. Chambers* (Q. B., 1878) は、第三者介入事例で *Scott* 判決を参照する。またアメリカの *Ricker v. Freeman* (N. H., 1870) (次款註(12))も *Scott* 判決に注目する)、賠償範囲の問題に関して興味深い問題を提出する(次章〔補論〕)が、ここではこれ以上の検討は割愛する。

(8) *Scott* 判決(前註(4))や *Day* 判決(前註(6))などによって確立した、侵害訴訟と特殊主張侵害訴訟との峻別論を厳格に維持することは、原告にとって訴訟方式の選択のリスクを著しく高める結果となり、この不合理さを理由に当該準則は徐々に崩壊していった。すなわち、まず *Williams v. Holland* (C. P., 1833) (馬車同士が衝突)が、権利侵害が直接的だが不注意になされた場合に特殊主張侵害訴訟の提起を選択する自由を認め(本判決を軸とする侵害訴訟と特殊主張侵害訴訟の融合過程については *Prichard*-1964 参照)、次に「制定法 (Common Law Procedure Act, 1852, s. 41) によって侵害訴訟と特殊主張侵害訴訟の併合が可能となった。さらに *Holmes v. Mather* (Ex., 1875) (馬車が歩行者に衝突)が、無過失の被告は侵害訴訟にお

いても責めを負わないと判示した(この判決は、Fletcher判決におけるBlackburn裁判官の有名な傍論(前節註(20))と並んで公道上の事故を過失責任と捉える重要な契機となった)。その後、公道上の事故に加えて、公道上以外の事故で侵害訴訟が提起される場合もやはり過失を責任要件とする判例が集積し(銃の暴発に関するSantley判決(前節註(26))はその代表例である)、過失を中核とする独立の不法行為類型としてのネグリジエンス法が成立していったのである(Prichard-1964の外、Winfield & Goodhart-1933; Fleming-1992, 16-20 等)。

(9) マローンがここで参照するのが、前節の註(15)でも紹介したHorwitz (1977, 96) である。ホーウィッツは、このような能動的な行為者同士の衝突事例で初めて、だれが実際に侵害を引き起こしたのが問題になるとして、「現代のネグリジエンス〔法〕は、因果関係の問題として、すなわち現在の用語を用いるなら寄与過失の問題として、その最初の限定的な姿を現したのである」と主張する。

(10) 寄与過失または比較過失に関する論稿は枚挙にいとまがない(一九二八年から一九三四年に限定しても九〇篇に及ぶと言われている。塚本1966, 321 参照)が、寄与過失の認められる根拠に関する議論を網羅的に整理するものとしては、古くはSchotfield (1890)・Bohlen (1908)・Prosser (1953) などがあり、近時では、Harper & James & Gray (1986, 262-290) が法と経済学の論者の見解なども含めて包括的に紹介する。なお寄与過失に関する邦語文献については、長谷川(1991, 14 註7) 参照。

(11) この①②も、多くの学説が指摘するところである。例えば、Malone (1946) はニュー・ヨーク州の鉄道事故を素材に①②を主張する。またProsser (1953, 468-469; 註572-573) なども参照。もともと②が前提とする陪審への不信については、当該不信任感が寄与過失法理を支えていたこと自体は認めつつも、当該不信任感には合理的な理由がないとする(陪審制度を評価する立場からの) 強い異論がある(Landsman-1994 がこれまでの論議を具体的なデータとともに整理する。例えば一九世紀のアメリカの陪審判決の実証的研究によれば、陪審は原告に有利に判断する傾向があったが、慎重かつ分別ある判断をしていたという)。(12) Prosser-1953, 468; 註573。またPound (1921, 47-48) も、使用者責任を限定的に解する立場や危険の引受の法理と並んで寄与過失の考え方を、ピュリタニズムの影響を受けた個人主義 (id. 1921, 37 は ultra-individualism が英米特にアメリカの法的思考様式に作用しているとする) によって説明している。

(13) 個人主義という言葉は多義的に用いられる(Lipkin-1983, 255 n. 23 が簡潔に概観する) が、本稿では、社会もしくは共同

体またはその各構成員に対して、個人を対立的または独立的に捉えて、個人の自律や自己決定を尊重する考え方という意味で用いることにしたい。なおイギリスの個人主義の起源については、これまで一六世紀以降のプロテスタンティズム、人口変化、市場経済の発展などの関連で説明されてきた(マルクスやヴェーバーなど)が、近年、MacFarlane (1978) がよくな進化的歴史観を批判して、主に地方史や社会史における家族構造の在り方に着目して、イングランドには一三世紀から現在に至るまで、資本主義的・個人主義的な社会が一貫して存在し続けていると説き注目を集めている(中村敏子 1990, 67)によれば、この新説には肯定的な受け止め方が増えている。なお中村氏のご教示によれば、マクファーレンは九一年にケンブリッジ大学の教授(人類学)に着任し、その影響力は強まりつつあるとのことである)。また事実的因果関係の哲学的・歴史的基础を探求する Zwiier (1982, 788-790) は、一七世紀におけるイギリスの裁判所が、王権神授説を主張する国王との対決の中で個人の権利の確保に努めたことに、コモン・ローにおける個人主義の一つの起源を見いだしている。

他方で、アメリカにおける個人主義の起源については、ピューリタニズム(個人の、神に対する単独の面接)とフロンティア精神(単身荒野と戦う)に求めるのが、アメリカ史家の一般認識のようである(高木 1971, 5-17; 本間 1991, 18-40)。なお本間 は、ピューリタニズムとフロンティア精神が衰えアメリカの都市化と人種の多元性が目立つ今日において、アメリカの自己像が混乱してきていることを指摘する)が、われわれはこれに加えて、アメリカ独立宣言の原理的核心にもなったロックの思想の影響も忘れる訳にはいかないだろう(Zwiier-1982, 792-793)。

(14) 寄与過失の外にも、(a) "last human wrongdoer" の法理(侵害に最も時間的に近接する最後の有責の人間のみに法的責任を負わせるという考え方)が一部の判例の支持を受け、また (b) コモン・ローは伝統的に共同不法行為者間の求償を否定していた(従って共同不法行為者のうち原告から請求を受けた者のみが、全額の賠償を最終的にも負担する。イギリスでこの法理が否定されたのは一九三五年の法改革法においてである)(Fleming-1992, 220, 260)。もっともこれらの法理については、個人主義的責任原理とは別の観点から説明する学説が多い。例えば Prosser (1971, 247) は(a)について、法的責任主体を一つ以上探求するとは「余計で不経済で論点を混乱させる」という考え方があったからでは?と推測し、Bohlen (1908, 238) は、last wrongdoer を訴えた被害者の保護という政策論を主張する。また(b)についても Fleming (1992, 260) は、deeper pocket の不法行為者に全額の賠償をさせれば、損失の分散につながる。もっとも(a)の法理を学説で最初に唱えた Wharton (1878) (次款五) は、人間の意思を含まない法的原因はない(a)という立場から、Dの侵害に先行し寄与する物理的条

件Bは、Last wrongdoer Cの不法行為をremoteにはせず(76)、独立した人間Cの不法行為こそが因果関係を切断し(110)、最初の不法行為者Aを免責すると主張する。ここには、自律的な他人Cのなした意思決定の結果についてはAは関知しないという考え方、言い換えれば、社会において各個人が独立に存在し独立に自己決定をしているという認識を前提とした、やや突き放した、コモン・ローの個人主義(前註(13))的な責任原理を見て取ることができる。

(15) その後の判決は、「最後の機会(last opportunity)」の準則を唱え、Xに過失があってもYが結果回避の機会を有していれば(Davies v. Mann (M. & W. 1842)) 又は注意を払えば有することができたのなら(British Columbia Electric Ry. v. Loach (P. C. 1915)) XはYに対し賠償請求ができると解して、寄与過失理論のXに対する苛酷さを和らげる努力をしたが、イギリスでは特に一九一一年に、ブリュッセル条約に従い海上衝突事故について事故当事者双方のfaultの程度に応じて損失を配分する法律(Maritime Convention Act 1911, s. 1)が制定されたことを大きな契機として、寄与過失理論への批判が高まり、一九四五年の制定法(The Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945, s. 1(1))によって、陸上の事故についても当事者双方のfaultに応じた損失分配が定められたのである。なおアメリカでは一九六〇年代から、寄与過失理論に代えて比較過失理論をとる法域が増増したと言われている(Winfield & Jolowicz-1989, 156-158; Fleming-1992, 268-272など)。

(16) 海上における船舶同士の衝突事故は、一九一一年の制定法により比較過失理論が適用されている(前註(15))が、この事件では、まだ寄与過失が問われている。

(17) 刑法における「条件説」を検討するEngisch (1931, 8) 参照。もともとエンギッシュは、conditio sine qua non公式にこのような機能があることを認めつつも、当該公式は因果関係それ自体を把握するものではなく、あれなければという仮定はある因果のカテゴリーに基づいて初めて可能であると主張して(18——林1986, 272の言う「発見公式性への疑問」。なお前章第三節註(7)参照)、いわゆる合法則的条件公式(19)——ある行為は、具体的な結果が外界の変化(Vorgänge)の連鎖を通じて当該行為と自然法則的に結合しているとき、当該結果の原因である)を提唱した。なお莊子(1979, 146)は、本文で述べたエンギッシュ説を肯定的に引用しつつ、トレーガーの相当因果関係説は、条件説におけるこのような仮説的消去法に潜在する感情をより洗練したものであると説く。また林(1986, 1257)も、「あれなければこれなし」公式の心理的側面として当該感情に言及する。

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

一 前款の終わりで、われわれは、イギリスの寄与過失、すなわち被告の過失と原告の過失とが競合する事例に関するある判決が、被告の免責を説得または正当化するために、*but for* という言明を使用したことを見た。これに対しアメリカでは、寄与過失に関する少なくとも初期の判例は、イギリスの先例をほぼ無批判に受け入れており、当法理の理論的な検討を特に行ってはいない。⁽¹⁾むしろアメリカで注目すべきなのは、一九世紀の半ばごろから頻発した次のような事例、すなわち地方自治体Yの管理する公道の瑕疵 (*defect*) (路上の穴や急カーブでのガードレールの不設置など)と馬の暴走(騒音に驚く又は馬具が偶発的にはずれるなど)とが競合して、馬車に乗っているXまたはXの馬もしくは馬車が損害を受けるというケースである。ここでは、公道の瑕疵という行政の不作為が一方の競合原因となっており、行政による危険の現出または防止に関する責任が問われているのであり、この意味で、当該不作為は損害の発生に対して——他方の競合原因である馬の暴走と同様に——能動的な影響力を及ぼしていると言える。このため、前節及び前款で注目した能動的な行為者同士の事故と同様に、ここでも損害の法的な「原因」の探求が切実な課題となったのである。そして、この事例において *but for* という言明を、イギリスの上記判例と同様にYの免責のために用いる判例が再三現れ、それに対して他の判例が反発するなど(今世紀にはほとんど顧みられなくなったが)一九世紀のアメリカの学説の強い関心を呼んだ興味深い動きが存在する。本款ではこれらの判例の動きを、その他の原因競合事例と比較しつつ分析し(二)(四)、またこれらの動きに一九世紀後期のアメリカの学説がどのように対応したのかについても検討したい(五)と考えるが、その前に以下のことを確認しておきたい。

第一に、アメリカでは——州ごとに差異があり各論者によっても捉え方が違うが——、一九世紀の半ば前後に、産

業化の進展という社会的要請を少なくとも一つの背景に、過失を中核とする一般的なネグリジエンス法がその最初の姿を現したと言つてよいだろう。しかしここで扱う公道の管理については、各州の制定法が——州によつては一九世紀の初頭から——各地方自治体に管理義務を課しており、従つて、当該瑕疵により傷害や物損を被つた人に対する賠償は、ネグリジエンス法の成立する以前から、判例もこれを認めていた⁽⁴⁾のである。

しかし第二に、本款で扱う事案、すなわち馬車を引く馬の暴走等と公道の瑕疵とが競合して損害を引き起こす事例が争われたのは、主として一九世紀の半ばごろからである（これは、イギリスと比べてアメリカでは本格的な馬車の製造と、それに対応する道路の整備⁽⁶⁾が遅れたことに由来するのだろうか）。このため、制定法に基づく賠償請求が争われたこれらの判例の動向は、同時期に成立したネグリジエンス法に対しても、微妙な影響を及ぼすことになつた。

第三に、本款で扱う判例では、騒音による馬の暴走については、気性の荒い馬であることを知りながら、あえてそれを用いたような場合は格別、それ以外の場合は馬が本来的に物音などに驚きやすい動物であることに鑑みて、馬車の所有者に過失はないと考えられている。また馬具などが偶然はずれても、やはり所有者の過失は問われていない。従つてここでは、道路管理者の馬車所有者に対する寄与過失の抗弁は認められないのが通常であつた。

二 さて、公道の瑕疵と馬の暴走とが競合した事例について、まず、この問題を最も詳細に検討したメイン州の判決を紹介しよう。

Moulton v. Sanford (Me., 1862) —— XがY町の橋を馬車で通行中、馬が水中に飛び込む小動物に驚き制御不能となつて暴走した。橋には欄干がなく、馬車は川に投げ出され、Xの身体・馬・車が損害を受けた。

（判旨）五対三でY勝訴。▲多数意見▼①馬の暴走と橋の瑕疵の両者が共同で引き起こした損害を、両者の間に割

り当てることはできない。② Y町の負う道路や橋の修理義務は公的なものであり、特別の制定法に由来する。③ 多くの道路が不完全なことは避け難いことなのに、もしY町が責任を負うのなら、町は旅行者の安全を守る保険者になつてしまふ。これは法律の健全で公正な解釈ではない。④ 人は家庭や戸外で偶発的事故や侵害にあいがちであり、その賠償を共同体に要求する理由はない。本件瑕疵がなくても暴走した馬は他の事故を引き起こしたかもしれない。⑤ 馬の暴走がなければ本件事故は生じなかつたと蓋然性をもつて言える。⑥ もし、当該瑕疵以外に、結果に直接寄与し両当事者に fault のないもう一つの近因があるならばY町は責任を負わない (Davis裁判官)。▲反対意見▼多数意見は、(賠償されるべきXの侵害の発生態様を定める) 制定法の文言 (through any defect or want of repair or sufficient railing in any highway, …… or bridge, ……) に新たに alone という言葉を付け加えて、Yの責任を判断している。しかし、およそ通行人への侵害が、瑕疵だけ (alone) で生じることがまれであり、それがなければ出来事が生じなかつた他の諸事実の共存を前提とすべきである (Appleton 首席裁判官)。

本判決は、同州のリーディング・ケース、Moore v. Abbot (Me., 1850) (公道の瑕疵と馬具の破損の競合事例。Y勝訴) を受け、より詳細な議論を展開したものである。すなわち本判決は、原因が必要的に競合する (①と⑥はこのことを前提とする) 事例で制定法 (②) を縮小解釈して、Xの侵害の (法的に重要な) 原因が——反対意見の言葉を借りれば——Yの瑕疵だけ (alone) であることをYの責任発生要件と解することによって、Yの責任を否定している (⑥)。(8) としてこの一見奇妙とも言える (侵害が瑕疵だけで生じることがまれだという反対意見は一応もつともである) 結論を実質的に導いたのは、当時の道路状況の下でYの責任を全額 (①) 認めると、Yは旅行者の「保険者」となってしまう (③) という (財政上の) 危惧と、本件交通事故は市民が甘受すべき日常的な危険の一つが実現したものにすぎない (④) という認識であつたと言えよう。その上で本判決は、この実質論を背景に、当該結論を説得または正当化するために

but for」という言明を馬の暴走に関して用いた(⑤)、すなわち(少なくともYが有しているであろう)プリミティブな法感情(Yのあまり知らぬ馬の暴走、さなければ損害は生じなかった。だからYを責めることはできない)に訴える(前款四)ことによつて、他方の競合原因であるYを「非難」の対象から外し、賠償を受けられないXの説得を試みたと考へることができるのである。

なお付言すれば、少なくともニュー・イングランドの各州(メインの外、コネティカット、マサチューセッツ、ロード・アイランド、ヴァーモント、ニュー・ハンプシャー)の町では伝統的に、コモン・ロー上は道路の維持管理義務を市民に對して負わないと解されていたようである(判旨③はこの理解を前提としている)。

三 これに對し、同じくニュー・イングランドのマサチューセッツ州は、公道の瑕疵と馬の暴走が競合した事例(以下類型(a)という)でメイン州とは結論を異にしていた時期があつた。これを次に見てみよう。

Palmer v. Andover (Mass., 1849) —— X運転の荷馬車が急カーブの坂を下る途中、馬と荷車をつなぐ箇所が外れ、荷車だけが坂下の、Y町が管理する欄干のない橋から落下した(損害の詳細は不明)。

(判旨) X勝訴。①(個人が放置した道路上の障害物に通行人が衝突し、当該個人の責任が問われた先例を見ても)町Yが道路を整備していればXが侵害を受けることがなかつたことは明らかである。②本件侵害が、仮に道路の障害物または未整備とXの側の馬具等に関する不注意との結合した(combined)効果によつて引き起こされたのなら、Xが町Yに對して賠償を請求できないことは〔障害物を放置した個人への請求が通行人の寄与過失により否定された先例に照らして〕明らかである。③しかし、Xに過失がない偶発事故が一次的な(primary)原因として生じ、それが道路の瑕疵と結合してXへの損害が生じた場合にまでYに對する賠償を認めないのなら、およそ旅行者に對する保

障は極めて制限されてしまう。④ けだし旅行者が注意をしていますが、馬が驚き馬具が破損する等の偶発事故が生じるのは通常の成り行きだからである。⑤ そしてまさにこのような偶発事故による損害を防ぐために、法律は適切な欄干の設置を要求している。従って、⑥ 損失が、偶発的事故と道路の瑕疵との結合した結果であり、⑦ 瑕疵がなければ (but for) 損害を被ることはなかったとき、⑧ 一次的な原因が偶発事故で X の側に過失がなかったのなら、Y は責任を負うと解すべきである (Dewey 裁判官)。

本判決は、マサチューセッツ州で類型(a)に関して争われた最初の判決であるが、メイン州(二)と異なり、旅行者保護(③)という観点と、本件のような偶発事故が度々発生する(④)という認識、そして立法趣旨の解釈(⑤)から、自治体の責任を肯定したものである。そして判決は、以上の実質論を背景に、but for という言明を橋の瑕疵に、関して用いている(⑦)。これは、当該瑕疵と損害との間の事実的因果関係をテストしたというよりも、それを前提とした上で、右の実質論から導かれる結論、すなわち本件瑕疵が損害の唯一の原因でなくても Y は責任を負うということを Y に説得する役割を果たしている(いくら偶発事故が競合していても、あなたが橋を未整備のままにしておかなければ良かったではないか)ように思われる。

本判決の実質論は、一応の説得力があったと考えられる。現にニュー・イングランドのヴァーモント州、そしてニュー・ハンプシャー州は本判決と同様の説示を行い、自治体の責任を肯定している⁽¹⁰⁾。しかし、マサチューセッツ州のその後の判決は、本判決の射程を次のように制限して、原因の競合事例で Y の責任を認めることに否定的な態度を明確にしたのである。

まず、公道の瑕疵と第三者の過失が競合した事例(以下これを類型(b)という)を扱う Rowell v. Lowell (Mass., 1856) (郵便局 A の階段とそれに続く Y 管理の歩道が凍り付いていたため、郵便局を出た X が転倒)は、Palmer 判決との類型の相違を

強調し、「偶発事故ではなく第三者の *default* が結果発生に寄与している」として請求認容の評決の再審理を命令(類型(b)の *Kidder v. Dunstable* (Mass., 1865) 同前)次に、類型(a)の *Davis v. Dudley* (Mass., 1862) (XがY管理の公道を馬の引くそり、で通行中に、その棍棒が馬の踵に落下。驚いた馬がそりを離れて約一五〇メートル走り、Y管理の公道上の木材の山にぶつかり足を骨折)は、*Palmer* 判決との事案の相違を——必ずしもよく理解できないが——強調した(「本件はXの支配を脱した馬の事故であり、事故発生の瞬間までXが相当の注意を払い続けたとは言えない」としてY勝訴)。さらに類型(a)の *Tius v. Northbridge* (Mass., 1867) (X馬車の馬がY管理の公道で病気になり制御不能となった。馬車は欄干のない土手を乗り越え、X・馬車・馬に損害発生)は *Davis* 判決を肯定的に引用し、被害者が損害発生時に馬への支配を失っていた場合(瞬間的な制御不能の場合は除く)は、地方自治体に対する賠償を請求できないという一般論を述べYを勝訴させたのである (*Igo v. Cambridge* (Mass., 1911) 同前)。

しかし以上の一連の判決は、専ら *Palmer* 判決との類型や事案の相違を強調するだけであり、それ以上にYの責任を否定する積極的な理由を述べようとしない。これは、二で紹介した *Moulton* 判決が述べるような政策論を暗黙の前提としたためであるとも考えられるが(判決理由では引用されていないが、Y側の弁護士は常に *Moulton* 判決を援用する)、同時に、その政策論を離れても、Yの過失が損害の唯一の原因でなければならないという考え方、言い換えれば偶発事故や第三者の過失が損害発生に競合する場合は、それだけで加害者Yは免責されて当然だという発想が、当事者や裁判所の間に根強く伏在していたことを物語るものではないだろうか。そして、このような発想は、「Yのあずかり知らぬ原因の競合がなければ損害は生じなかったのだから、Yは非難の対象から外れても構わない」というプリミティブな法感情(メイン州の前掲 *Moor* 判決と *Moulton* 判決、マサチューセッツ州の上記 *Igo* 判決などは、「but for」という言明を馬の暴走に關して用いることにより、この法感情を判決文の中に表出させている)によって支えられていると考えられるのである。なお

類型(b)のように、競合する他原因が、(所有者の過失が問われない馬の暴走以外の) 第三者の過失(人的な原因)であるときは、当該法感情は、イギリスにおける寄与過失事例がそうであったように、英米法に伝統的な個人主義的責任原理(Yと第三者とを独立的・対立的に捉えて責任の帰属を決定する立場。前款三)を背景にしているとも言えるだろう。

四 さて、以上のような考え方に対して強く異を唱えたのが、ニュー・ヨーク州の一連の判決であった。すなわち、同州は、馬の暴走事例を含む原因競合の事例を広く取り扱い、そこにおいて、Yの過失が損害の唯一の原因でなければならぬというテーゼを正面から退けたのである。以下、主な判決を年代順に見ていこう。

まず、乗客Xの乗るA社の列車とY社の列車とが、両列車の運転手の過失により衝突したとき、YはAの過失を理由に免責を主張できるかが問題となった。これについては、イギリスのある判決(Thorogood v. Bryan (C.B. 1849))が——乗合馬車の衝突事例においてであるが——、「乗客の側(on the part of)に注意や用心の不足があった」ことを理由に、寄与過失の法理を適用してYの免責を認めていた。⁽¹⁾これに対して、Chapman v. New Haven R.R. (N.Y. 1859) (X勝訴)は、「他人の過失から侵害を受けた者は、損害賠償を求めることができるというのが一般的な準則であり、この例外は〔被害者に寄与過失がある場合〕である。本件でXはA列車に対して、支配(control, management)も助言をする権限も有していなかった。Thorogood判決のようにAの過失をXに帰することは、右の準則に新しい例外を作ることになるが、それはフィクションに基づき正義と両立しない」(Johnson 首席裁判官)と判示したのである。

この判決は、同様の事案を扱うWebster v. Hudson River R.R. (N.Y. 1868) (X勝訴)に受け継がれ、「Aの過失はYの過失の言い訳(excuse)を提供しなす」(Hunt 首席裁判官)ことが改めて確認されている。

さらに、Pollitt v. Long (N.Y. 1874) (下流からYダム①、Xダム②、Xダム③の三つのダムが設置されていたところ、Y

ダム④の建設ミスにより、せき止めていた水が流出し、Xダム④⑤を引き裂いた)は、Yの過失と競合するもう一つの作用因、すなわちXダム④がせき止めていた多くの水量がXダム⑤の侵害をもたらしたのだから、XはXダム⑤については賠償を請求できない、と原判決が説示したことに対するXの異議を認めた。判決は言う。「原判決の説示はYの過失が唯一の原因(Sole cause)でなければならぬと考えたようだが誤っている。問題は、Yダムの決壊がXダム⑤に対する侵害を引き起こしたのか否か、言い換えれば、そのような決壊がなくとも、(in the absence of)侵害が生じたかどうかであり、もし侵害が生じないのなら他の原因が関わっていてもYは責任を免れない」(Grover裁判官)。ここでは、「Xダム④が水をせき止めていたこと」がYの過失に競合しているが、判決は「唯一の原因」説を正面から退け、代わりにDuffin¹⁰、類似の言明をYの過失に関して用いることによって責任を肯定したのである。

さて、以上のような判例の流れの延長線上に現れたのが、ニュー・ヨーク州で初めて争われた、次のような、馬の暴走と公道の瑕疵との競合事例であった。

Ring v. Cohoes (N.Y. 1879) —— Xの乗るそり、馬車を引く馬が暴走し制御不能となり、Y管理の公道脇の消火栓のノズル(側溝上に飛び出していた)にぶつかり、そこから投げ出されたXが負傷した。道路の反対車線には灰の山が置かれていたので通行可能な道幅は狭くなっていた。

(判旨) Y勝訴。①「マサチューセッツ州やメイン州などの判例と、ヴァーモント州やニュー・ハンプシャー州などの判例の対立を概観した上で」侵害に近い二つの原因が競合して公道上の旅行者に侵害を与え、一方が公道の責められるべき瑕疵で、他方が両当事者に責任のない出来事ならば、地方自治体は、その侵害が瑕疵がなければ、(if not)生じなかったときには責任を負うと解するのが合理的なルールである。② Yは、暴走する馬に備えて公道を合理的に安全にしておく義務がある。従って馬が暴走したということは抗弁とならない。③ もっとも、本件消火栓は適切

に設置されており、灰の山は、それがなければ事故が生じなかったという意味での、事故の原因ではなかった (Baron 裁判官)。

本判決は、馬の暴走事例に関する判例が、他の州である、程度の集積を見せ、しかも二分しているという時期に、ニュー・ヨークという比較的影響力を持つ州が、Yの義務(これがコモン・ロー上の義務なのか制定法上の義務なのかは判決文からは不明であるが)の内容を規定し(②)、「Dut for」という言明を、上記のコモン・ロー上の原因競合事例と同じくYの帰責原因である当該瑕疵に関して用いる(①)ことにより、Yの責任を、一般的な原因競合事例と同様の手法で、結論付ける理論的な余地を認め(但し具体的な事情③によりYの責任を否定)、従来の判例の対立に、より広いパススペクティブからの一つの区切りを付けたものとして注目されるのである。また本判決に続く、Taylor v. Yonkers (N.Y., 1887) (Yの管理する歩道上でXが転倒。歩道は、①隣接の土手から砂利や石が落下して傾斜し②かつアイスバーンになっていた。①についてYの過失が認められた)においても、原審が右のRicker判決を参照して本件事故を①と②の競合事例とした上で、①がなければ事故は発生しなかったと判示(X勝訴)したのに対し、判決は原審の枠組み自体は否定せず、しかし①がなければXが転倒しなかったとはだれも言えないとして破棄差戻しをしている(Taylor判決については、瀬川1996, 821が別の角度から取り上げている)。

なお右のニュー・ヨーク州のように、「唯一の原因」説に反対し、第三者の過失(または原因と目される行為)の競合事例と馬の暴走事例と同様の手法で取り扱う判例は、ニュー・ハンプシャー州において見ることが出来る。すなわち、同州は一八六〇年の一連の三つの判決で馬の暴走と公道の瑕疵との競合事例を扱い、いずれも公道の管理者の責任を認めていた(本節註(10)参照)が、Ricker v. Freeman (N.H., 1870)で原因競合事例一般に通用する準則を提示したのである。⁽¹²⁾

五 さて、これまで見てきた（または類似の事案を扱う同趣旨の）判例の動きは、一九世紀後期に、アメリカで相次いで刊行された不法行為法に関する体系書の注目を浴びることになった。これらの著書の刊行は、統一的なネグリジェンス法の成立・発展に影響を与えたと言われている (White-1980, 18-19) が、日本でまたアメリカから入手することのできた幾つかの体系書の内容を、*'but for'* という言明に着目しながら紹介するならば、次のとおりである。

まず、アディソン (Addison-1874 (第三版)) は、「因果関係」に最も関連していると思われる「遠いが十分に不法行為とつながりのある損害」の項で、「違法または不法な行為をした者は、出来事の通常で自然な成り行きの結果生じたすべての結果に対して責任を負う」とした上で、いわゆる「爆竹」ケース(前款註(4))を肯定的に取り上げている(9)が、事実的因果関係を意識した記述は行っておらず *'but for'* テストにも一切言及していない。しかし興味深いことに同書は、原告の寄与過失は「侵害の共同 (co-operative) 原因」だという捉え方をし (26)、さらにイギリスの *'but for'* 判決(前款四)を参照して「原告の過失がなければ (*but for*) 損害が生じなかった」ことが寄与過失の要件だと再三強調している (27, 185, 203) のである。

次に、ウォートン (Wharton-1878 (第二版)) は、「因果関係 (causal connection)」の項で J・S・ミル (Mill-1843) の見解を参照して、「ある特定の出来事の前件は、それがなければ (*without which*) 当該出来事が存在しえない条件であることは認めよう」としつつも、むしろ条件と原因とを区別し、物理学と異なり、法的な世界で「原因」と呼べるのは人間の意思を含むものに限られることを強調する。その上で二と三で紹介した Moulton 判決や Rowell 判決を（おそらく反対の趣旨を述べる判決として）引用し、また寄与過失事例も参照して、「原告の侵害に各々が侵害の不可欠の前件である幾つかの独立した条件が先行しても、そのことは、これらの前件の一つがその人の過失によって作られ

説
た、そ、う、い、う、人、を、免、責、す、る、も、の、で、は、な、い、 (…… the fact that the plaintiff's injury is preceded by several independent conditions, each one of which is an essential antecedent of the injury, does not relieve the person by whose negligence one of these antecedents has been produced from liability for such injury.) と説いている (885)。

さらに、クーリー (Cooley-1880) は「近因と遠因 (proximate and remote cause)」の項で、法が近因に着目するのは、遠い原因の立証が事実上困難であるからだと言き (69)、近因と事実上の因果関係の問題とを同一の平面で論じるかのようである。しかし同時に同書は、Chapman 判決 (四) 等を参照して ('put for' という言明は用いないものの)、「もし損害が、二人の人間の、競合する不法行為や過失から直接的に生じたのなら、……各当事者は当該侵害について……責任を負い、……いずれの当事者も他方の不法行為を証明することによって、自分を自身免責することができない」 (78-79) ことが近因に関する重要な命題だとしている。

このように、当時の学説の大勢は、賠償範囲と区別された**事実的因果関係の存在を意識せず** (アディソン、クーリー) または**重視していない** (ウォートン)。従って、**事実的因果関係の有無を確認するために 'put for' テストが必要である**という意識も希薄であった (ウォートンはミルの議論を前提としているが、議論の中心は必要条件の等価性というミルの主張に強く反対して条件と原因との区別を説くことにあった)。その代わり、**いずれの論者も寄与過失や第三者の過失が競合する事例を、法的原因の探求という視点から重視し、さらに一部の論者はそこで 'put for' という言明を用いている** (アディソン) という点が注目されるのである。

このような中で、**シヤーマン||レッドフィールド (Shearman & Redfield-1874 (第三版)) は、被告の過失と第三者の過失が競合する事例で、'put for' という言明を被告の過失に関して用いて、被告の過失は侵害の唯一の原因でなくとも近因たりうることを明言し (810)、またこの議論と関連させて寄与過失事例を取り上げている (827, 846)。**さらにシヤ

マンらは第四版(1888, §26)及び第五版(1898, §26)において、「ある出来事の近因とは、①自然で継続的な順序で②すなわち新しい独立の原因の介在によって中断されることなく当該出来事を生じさせるもので、③それがなければ(without which)当該出来事は生じなかったであろう原因のことである」としたのである。⁽¹⁴⁾この定義①②③は、その後の各州の判決に度々引用されるなど実務に強い影響を及ぼしたが、これまでの学説①はウォートンが、②はウォートンとクリーリーが既に主張していた)と比べて、近因の部分的な定義に“put for”類似の言明を用いる立場を鮮明にしている③)点が注目される。もともとシャーマンらはこの定義③を述べるに当たり、Ring判決(四)等を参照しており、⁽¹⁵⁾原因が競合する事例における法的原因の探求という文脈で、“put for”という言明を用いる姿勢を依然保ち続けていたのである。

六 本款の判例・学説の動きを要約しておこう。

アメリカの判例は、馬の暴走または第三者の過失がYの過失または道路管理の瑕疵と競合する事例で、“put for”ないしそれに類似する言明を用いることが多い。ここで当該言明は、何らかの政策的・実質的判断によって導かれるYの免責またはYに責任ありという結論、言い換えればYの過失がYに責任を負わせるに足りる法的原因であるかどうかに関する裁判所の結論を、説得または正当化あるいは少なくともリ、ステイトする役割を果たしたのである。すなわちまず、他原因の競合によってYが免責されるという考え方(Yの過失が「唯一の原因」でなければならぬという発想)は、馬の暴走事例で多く現れた。これは、個別事案における政策的判断を基盤としつつも、同時に「Yの過失と競合する原因さえなければ……」という言明が表白させるところの(少なくともYが持つ)プリミティブな法感情をも満足させるものであった(競合原因が第三者の過失の場合には、これは個人主義的な責任原理とも関連する)。しかしニュー・ヨーク州やニ

ユー・ハンブシャー州などは、「唯一の原因」説に正面から反対して、馬車事例とその他の競合事例を同列に扱いつつ、Yの義務内容が（たとえ原因の競合事例でも）Xの侵害防止にあることを強調して（またはそれを暗黙の前提として）、Yの責任を肯定する。その際に「but for」という言明を（Yの過失と競合する原因に関してではなく）Yの過失に関して用いることにより、（Yの過失と侵害の発生との間の因果関係——これは過失の内容そのものだとも言えるが——を確認すると同時に）Yの過失と競合する他原因を「非難」の対象から外し、Yが責任を負うという判断をリストイットまたはYに対して説得しているものと考えることができるのである。

そして、学説は、このような判例の動きに沿って、近因理論（賠償範囲）の問題を、原因競合の事例における法的責任の帰属の問題と密接させて考えるものが多く、さらにそこにおいて「but for」（類似の）言明を、寄与過失事例以外では被告の過失に関して用いることよって、「唯一の原因」説を排斥するものが存在したのである。

以上のように、ネグリジエンス法の前史（前節）と揺籃期（本節一款・二款）を通じて、判例・学説が注目してきた「因果関係」に関する一つの大きな問題群は、原因が（同時的に）競合する比較的単純な事例であり、ここではYの帰責の有無という結論と常に直結させながら、「but for」という言明を用いる動きが連綿と続いていたのである。

これに対して、賠償を認めるか否かの判断（結論）に先行して、当該判断を受けるべき対象を確定またはテストするために「but for」という言明が用いられるようになった——すなわち「区別」論の一側面である「but for」テストの先行性（第一章第三節一）が浮き彫りになった——のは、どのような損害類型であり、またどのような議論を経た上でのことだったのであろうか。次節では、これを検討することにしよう。

(1) 例えば、アメリカにおける寄与過失のリーディング・ケース、Smith v. Smith (Mass., 1834) (Y勝訴)では、Xの馬車が、公道上にYが放置した障害物に衝突し、Xの馬と馬車が損害を被ったケースが争われたが、判旨はイギリスのButterfield判決(前款三)などを先例として引用する外は、「Xは、通常の注意を用いたことを証明しえないのなら、本件訴えを続行できない。ただし、その証明なしには、X自身が自分自身の侵害の原因でなかったことが、決して明確ではないからである」と述べるにとどまる。なおアメリカでは、その後イギリスと同様に、「最後の明白な機会(last clear chance)」の法理や比較過失理論によって寄与過失理論の緩和・批判が行われたが、この検討は「Dut for」という言明の役割に注目する本稿には直接関連しないので割愛する。

(2) 例えば、前節及び前款で参照したホーウィッツ (Howitz-1977) (前節註(15)・前款註(9)参照)は、①一九世紀初めころまで、侵害訴訟はもろろん特殊主張侵害訴訟においても厳格責任が妥当していた(90)が、やがて、②馬車や船舶の衝突事故を契機に、判例は当事者のfaultに着目する(ことによりcausationを探索する)傾向を強め(88-95)さらに③(鉄道会社の土地などから生じた)火災の延焼ケースという一方的な加害事例でも、過失を責任要件と解する(ことによりcausationの問題と切り離して過失を論じる)ようになった(99)とする。そして、④過失を中核とするネグリジエンス法へ向かう、このような「変革(transformation)」の兆しは、「ニュー・イングランドでは一八二〇年ごろから三〇年ごろには既に現れ始め、その後の経済や産業の発展への「助成金(subsidy)」の役割を果たしたと説いている(99-101. Gregory-1951, 365, 382とFriedman-1985, 300-302も)この「助成金」テーゼを主張する(9)。

しかしこの主張は、やや理念的に過ぎ実証的な裏付けに乏しい面がある。例えば、②の主張はイギリスの判例分析には極めて貴重な示唆を与えるが、一八二〇〜三〇年のアメリカの判例では、ホーウィッツ自身が認めるように、衝突事故はまれにしか争われていない。また、Schwartz (1981, 1728)が主張するように、①の特殊主張侵害訴訟では、アメリカでも過失が責任要件と解されていたふしがある。さらに④についても、Rabin (1981, 933-954)やSchwartz (1989, 670-680)は、厳格責任から過失責任への「変革」という捉え方や「助成金」テーゼに対してその一面性を批判し、一九世紀以前も以後も両責任は並存し、また二つの責任の結合的または中間的な領域も存在し、さらには政府や地方自治体の「無」責任のルールもあったなどと主張する。この外、White (1977, 1980, 48)は、一九世紀後半の思想的背景(普遍的概念を求め科学的方法を強調する動き)が不法行為法の誕生に影響を与えた一要因だとする。なおアメリカにおけるネグリジエンス法の

成立過程に関する主な邦語文献に、藤倉 (1981) と竹川 (1990) がある。

(3) 制定法の内容は各州または年代によって異なるが、マサチューセッツ州の一八七七年の法律第二三四条を紹介すれば以下のとおりである (Wharton-1878, §358 n. 1. に於て)。

第一条 公道、町道、街路、土手道及び橋は、馬、馬車及び乗り物を伴う旅行者にとつて、一年のすべての季節を通じて、合理的に安全でかつ便利であるように、それらが位置する町、市又は場所の費用において、修理された状態で保たれなければならない。但し、他の規定が存するときはこの限りではない。

第二条 もし、ある人が身体に対する侵害又は財産に対する損害を、公道、町道、土手道又は橋の、中又は上の、修理又は十分な欄干の、瑕疵又は不足によつて (through a defect or want of……) 受け又は被つたとき、法律によつて修理を義務付けられた県 (county)、町、場所又は人の側に合理的な注意 (care and diligence) があれば、当該瑕疵若しくは不足を補修することができたのなら又は当該損害若しくは侵害を防ぐことができたのなら、彼は以下に定める方法によつて、当該県、町、場所又は人から、それによつて被つた損害額の賠償を受けることができる。但し、当該県、町、場所又は人が、当該瑕疵について合理的な通知を受け又はそれらの側が適切な注意を行使していれば通知を受けることができた場合に限られる。また、被害者の乗り物及び積み荷の重量が六トンを超える場合は、当該損害の賠償を請求することはできない。

第三条 前条までに定めた状態で侵害を受けた人は、侵害を受けてから三〇日以内に、当該公道、町道、土手道又は橋を修理された状況に保つ義務のある県、町、場所又は人に対して当該侵害又は損害の、時刻、場所及び原因を通知しなければならぬ。もし、当該県、町、場所又は人がその損害額を支払わない場合は、被害者は、侵害又は損害発生の日から二年以内に、当該県、町、場所又は人に対して、当該損害額の支払いを求める不法行為訴訟を上位裁判所に提起することができる。但し、当該訴訟で、合計金額が四〇〇〇ドルを超える賠償金の支払を求めることはできない。

このように瑕疵に関する通知を賠償金の支払の要件としたり、責任限度額を定めるなどの立法上の措置は、マサチューセッツ州以外の多くの州でもとられていたようである (Wharton-1878, §§960-970)。なお法律の言う「合理的に安全」「瑕疵」「不足」を判断する際には、判例は、各事案に現れた一切の事情を個別に考慮しているようである (Shearman & Redfield-1941, §351) が、本文で取り扱った判例はすべて瑕疵の存在を前提として議論を進めている。

(4) 例えど、Swift v. Berry (Conn., 1792) (X勝訴) は、腐っていた橋から原告の乗る馬そりが落下した事例で町の管理責任

を認め、Lobell v. New Bedford (Mass. 1804) は、橋の穴から原告の馬が落下した事例で、「一般的で通常の注意によって回避できる瑕疵については、町は警告・警戒する制定法上の義務を負う」と判示する。

(5) アメリカで大規模なコーチが製造され始めたのは一八二三年であり、また、アメリカの最も典型的な馬車であるバギーは一八二六年から作られた(タール 1991 [原書 1969], 416)。

(6) L・グリーン (Green 1958, 15) は、当初、軍事的使用及び国家の安全のために作られた公道は、やがて馬車の製造開始とともに、その建設に拍車がかかったと指摘する。

(7) Moore 判決は、Moulton 判決の判旨③と同様の指摘をする外、原因の競合事例では、損害は、瑕疵によって (through) 生じたものとは言えないとする。これは、損害が瑕疵だけ (alone) によって生じたことを要求する原判決の説示に対する X の異議を退けたものである。

(8) 判旨⑥の考え方は、自動車時代の Mornault v. Hampden (Me. 1950) (工事現場の警告ランプを無視した X 車が、公道上のゴミの山に衝突。比較過失による減額がなされず X は全面敗訴) にも受け継がれた。メイン州がこの解釈を最終的に捨てたのは一九七三年の Thorbjohnson v. Rockland-Rockport Lime Co. (被害車がスリップしてガードレールの無い県道から落下。乗員死亡) においてである(法がガードレールの設置を要求するのは、まさに本件のような事故を防ぐためとする)。

(9) Wharton 1878, §266, §956 及び Shearman & Redfield 1941, §342 参照。これは、伝統的なコモン・ローが、「国王は悪をなしえず (The King can do no wrong)」の法理を採用し、政府や地方自治体の不法行為責任を否定していた(邦語文献に宇賀 1986、岩淵 1975、錦貫 1987, 39-40 などがある) ことと関連するものと思われる。なおニュー・イングランド以外の多くの州では、制定法がない時代においての特許状 (charter) に基づいて、各地方自治体に公道の通行料の徴収を認める代わりに修理義務を課していたが、この義務に違背したときは自治体は市民に対して賠償責任を負うと考えられていた。これを、コモン・ロー上の原則を適用したものと考える (Wharton) か否か (Shearman & Redfield) については見解が分かれている。

(10) ヴァーモント州の Hunt v. Pownal (1837) (X 勝訴) は、(馬の暴走事件ではないが) Y 管理の公道の瑕疵 (悪路) と馬車の隠れた欠陥 (車輪のナットが外れやすくなっていた) が競合して、馬車が公道沿いの川に転落し乗客 X が負傷した事案で、公道の瑕疵のみから損害が生じたことが責任要件だとする Y の主張を退け、「本件損失は偶発事件と Y の道路の修理の懈怠との結合した結果である。このような状況下では Y は当該損失につき責任を負うと考える。もし偶発事件が生じなければ

Xは損害を被ることはなかったことは明らかだが、Yが義務を履行していれば、同じく損害が生じないという結果が続いたであろう。……もし、道路が不十分または修理不足でなければ侵害が妨げられたのなら、損失は——Xがその危険を増大させるように振る舞わなかったのであれば——Yが公平の見地から (in justice) これを負担すべきである」(Redhead裁判官)と判示し(こゝでも公平の見地という実質論を背景に "but for" 類似的の言明が道路の瑕疵に関して用いられている)、この判旨は馬の暴走と公道の瑕疵(樹木が通行をある程度妨げていた)の競合事例の Kelsey v. Glover (Vt. 1843) (X勝訴) に引き継がれている。

また、ニュー・ハンプシャー州における馬の暴走事例のリーディング・ケース、Clark v. Barrington (1860) (X勝訴) では、Y管理の公道上の障害物に馬車がぶつかり、驚いた馬が暴走したため馬車が転覆し乗客Xが負傷したケースが争われ、判決は、マサチューセッツ州の Palmer 判決(本文参照)及びヴァーモント州の Hunt 判決(本註参照)を参照しつつ、「道路は本件のような偶発事故が生じた場合に合理的に安全であるように作られなければならない」(Belows裁判官)ことを強調する(これは Palmer 判決の判旨⑤の実質論に近い)。本判決は、Tucker v. Heniker (N.H. 1860) (Xの借りた馬が仮に気性が荒くても(Xは善意無過失)、瑕疵ある公道の管理者Yは免責されなく)や、Winship v. Enfield (N.H. 1860) (公道の瑕疵(路上の障害物)と馬の暴走が競合した場合に、一旦公道を建設した以上、管理者Yの財政不足はYを免責する理由とはならない——これは Moulton 判決(メイン州)の実質論の一つ(財政上の危惧)と対立する)に受け継がれている。

(11) の考え方は、Tuff v. Warman (C.B. (N.S.), 1858) (前款④)の原審(C.B. (N.S.), 1857)で批判の対象となり(但し傍論)、The "Milan" 判決(Lush, 1861) (船舶の衝突事例)で、「乗客を運転手と同視するのは極めて不合理である」と正面から退けられた。

(12) Ricker 判決では、YがXの腕をつかみXを振り回してから手を放したところ、Xがその勢いで近くにいたAにぶつかりそうになったため、Aは防衛本能に基づきXを押しやったところ、Xは近くのフック(hook)にぶつかり負傷したという事案が争われ、判決は次のように述べてXを勝訴させた。「①過失は、それが唯一の又は直近の(immediate)原因でなくとも侵害の近因とみなされるかもしれない、という原則は明確に確立しているとわれわれは考える。もしYの、悪意でなくとも不注意で思慮のない理不尽な行為が、X自身の fault 以外の他の物や人や出来事と競合して侵害を作り出したため、そのような不注意で不法な行為がなければ(but for)侵害は生じることがなく、(競合する)両者の状況が出来事の順序におい

て密接に侵害と結びついているのならば、たとえYの不注意で不法な行為が出来事の連鎖または時間の推移において最も近い (nearest) 原因でなかったとしても、Yは責任を負う。②もしAが本能的にXを押しやったのならAの押しはYの行為であるという本件説示は正しい。Aの行為はYの行為の直接的で不可避の結果であり、Yは不幸な結果へと直接導く因果の連鎖を始動させた (Sott 判決 (前款註(4)・(7)参照)。Aの行為は非自発的であり、Aは、Yが不法に作った侵害の原因の連鎖の単なる一つの環にすぎず、一枚の板のようなものである。板ではなく、その板に押しつけた人が責任を負うべきである。 (Foster 裁判官)。

右の判決理由①は②と比べて一般論としての色彩が濃いように思われるが、①は他の州の判決にも引用される (Take v. Milliken (Me. 1873) —— 公道上に障害物を置いていたYの過失と、Aの馬車がそれに衝突したことが競合して大きな音が発生しX馬車の馬が暴走しXが負傷、という事案でYの責任を肯定。メイン州はこの判決によって、Yが公道を管理する地方自治体である場合と民間人の場合とで異なる解釈を行う姿勢を鮮明にした) など注目を浴びている。

(13) もっともシャーマン||レッドフィールドの体系書の第四版と第五版は直接には入手・参照しえなかった。本文のカギ括弧内の記述は、次註(14)の判例が引用するシャーマンらの当該記述からの重引である。なお第六版 (1913, 286) は参照できたが、第四版と第五版の記述と同一の記述がなされている。

(14) 例えば *Dickson v. Omaha & St. L. Ry.* (Mo. 1894) (Y鉄道会社が法定のフェンスを設けなかったため軌道内に牛が侵入↓Yの従業員Aの運転する機関車が当該牛に衝突↓機関車が脱輪↓○○○フィート離れた転轍機の箇所でも機関車が横倒し↓Aが死亡という事案で、Scheman らの定義①②③を引用した上で、特に②に注目してXを勝訴させた)、*Laidlaw v. Sage* (N.Y. 1899) (Yの事務所内で強盗犯人Aによるタイナマイトが爆発↓傍らの乗客Xが重傷という事案で、XはYが自らの身を守る盾になるようXの肩を一ハインチ動かしたと主張。判決はシャーマンらの定義①②③を引用した上で、おそらく特に③に注目して、爆発の規模が極めて大きかった本件ではAの行為が唯一の作用因 (efficient cause) だと判示)、さらに *Williams v. San Francisco & N. W. Ry.* (Cal. App. 1907) (Yが線路脇に不注意に置いた木材の山に、汽車の音に驚き暴走した馬車 (A運転) が衝突↓Aは路上に投げ出され死亡という事案で、右の定義①②③を紹介した上で、木材の放置がもしなければ事故は生じなかったのかを問う(③に注目)、また馬が汽車の音に驚くことは合理的に蓋然的な事実であり、本件事故は合理的に予測できた(①の解釈)としてYの責任を肯定した) などがある。なお *Williams* 判決が引用した①②③は、その後カリフォルニア州の陪審に対する説示に関する規則 (Cal. Jury In-

structions, Civil 井104 (1943)) に採用され (Prosser-1950, 424 n. 270-271) 「今日〇 Book of Approved Jury Instruction (BAJI) No. 3. 75 に受け継がれている (No. 3. 75 を巡る今日の議論状況については、本稿第一章第一節註 (3) ⑥参照)。
 (15) この点もシャーマンらの体系書の第四版と第五版においてどうであったのかは確認できない (前註 (13) 参照)。しかし第六版 (1913, §26 n. 8) では、Ring 判決や Taylor 判決 (四) などが参照されている。

引用文献

■日本 (事典類は本文を参照)

岩淵正紀 1975: 「アメリカにおける政府の不法行為責任と裁量免責の法理」

- (1) 判例時報七七五号三頁
- (2) 判例時報七七六号三頁
- (3) 判例時報七七八号三頁
- (4・完) 判例時報七七九号三頁

宇賀克也 1986: 「アメリカ国家責任法の分析」法学協会雑誌一〇三巻九号一六七九頁

莊子邦雄 1979: 『犯罪論の基本思想』(有斐閣)

瀬川信久 1996: 「危険便益比較による過失判断——テリー教授から、ハンドの定式と大阪アルカリ事件まで——」星野英一先生

古稀祝賀『日本民法学の形成と課題下』(有斐閣) 八〇九頁

高木八尺 1971: 『高木八尺著作集第3巻アメリカ外交』(東京大学出版会)

高柳賢三 1956: 『英米法源理論〔全訂版〕』(有斐閣)

竹川雅治 1990: 「アメリカ「不法行為法」におけるネグリジェンスの形成過程」札幌法学一巻二号五三頁

塚本重頼 1966: 『英国不法行為要論』増補版 (中央大学出版部)

中村敏子 1990: 「イングランドの家族史再考——アラン・マクファーリン紹介——」北大法学論集四〇巻三号六四九頁

長谷川貞之 1991: 「イギリス不法行為法における寄与過失の法理とその理論的基礎(上)」駿河台法学五巻一号一頁

林 陽一 1986: 「刑法における相当因果関係(一)」法学協会雑誌一〇三巻七号一二三一頁

- 藤倉皓一郎 1981: 「アメリカにおける不法行為法理論の誕生」 矢崎光圀ほか編『近代法思想の展開』(有斐閣) 二八三頁
- 本間長世 1991: 『アメリカ史像の探求』(東京大学出版会)
- 村田輝夫 1992: 「イギリスにおける過失相殺論研究序説——寄与過失論の変遷と一九一一年海事条約法制定過程を中心として——」 文経論叢(弘前大) 二七巻一・二合併号 経済学篇 1・116三頁
- 望月礼二郎 1973: 「ネグリジエンスの構造(一)」 法学三六巻四号四〇九頁
- 1990: 『英米法〔改訂第二版〕』現代法律学全集55(青林書院)
- 錦貫芳源 1987: 「国家賠償責任と司法権の限界」 西村宏一ほか編『国家補償法大系 2・国家賠償法の課題』(日本評論社) 三二頁

■外国

- Addison, C.G. 1874: *The Law of Torts*, 3rd ed. (Little, Brown & Co.).
- Bacon, Sir F. 1861 [初出 1630]: "The Maxims of the Law," *The Works of Francis Bacon*, vol. VII, reprinted in the edition 1963 (Friedrich Frommann Verlag Günther Holzboog).
- Bohlen, F.H. 1908: "Contributory Negligence," 21 Harv. L. Rev. 233.
- Cooley, T.M. 1880: *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract* (Callaghan & Co.).
- Engisch, K. 1931: *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände* (Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)).
- Fifoot, C.H.S. 1949: *History and Sources of the Common Law Tort and Contract* (Stevens & Sons).
- Fleming, J.G. 1992: *The Law of Torts*, 8th ed. (The Law Book Co.).
- Friedman, L.M. 1985: *A History of American Law*, 2nd ed. (Simon & Schuster).
- Green, L. 1958: *Traffic Victims*. (Northwestern University Press).
- Gregory, C.O. 1951: "Trespass to Negligence to Absolute Liability," 37 Va.L.Rev.359.
- Harper, F.V. & James, F. & Gray, O.S. 1986: *The Law of Torts*, vol.4 (Little, Brown & Co.)
- Holdsworth, Sir. W. S. 1908 [初出 1906]: "The Year Books," *Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol.II, p.96, reprinted in the edition 1968 (Verlag Sauer & Auermann KG). [初出——22 L. Q. Rev. 266.]

- 1923a: *A History of English Law*, vol.II, 3rd ed. (Methuen & Co.).
- 1923b: *A History of English Law*, vol.III, 3rd ed. (Methuen & Co.).
- Holmes, O.W. 1920: *Collected Legal Papers* (Peter Smith).
- 1963 [初出 1881]: *The Common Law*, ed. by M.D.Howe (Little, Brown & Co.). (id. 1881 と題名・内容・出版社は同一だが頁の割振が異なる)
- Horwitz, M.J. 1977: *The Transformation of American Law 1780-1860* (Harvard University Press).
- James, F.Jr. 1965: *Civil Procedure* (Little, Brown & Co.).
- Kelly, P.S. 1991: "Proximate Cause in Negligence Law: History, Theory, and the Present Darkness," 69 Wash. Univ.L.Q.49.
- Landsman, S. 1994: "America's Experience with the Civil Jury," (シムス・「民事陪審に関するアメリカの経験」椎橋邦雄記) 山梨学院大学法学論集三〇号 一三三―一三六
- Lipkin, R.J. 1983: "Beyond Good Samaritans and Moral Monsters: An Individualistic Justification of the General Legal Duty to Rescue," 31 UCLA L.Rev.252.
- MacFarlane, A. 1978: *The Origins of English Individualism* (Basil Blackwell & Mott). (マクファーン・『イギリス個人主義の起源』(酒田利夫訳) (リプロボート・一九九〇年))
- Malone, W.S. 1946: "The Formative Era of Contributory Negligence," 41 Ill. L.Rev., 151. (マロー・「善行過失の形成時代」(村井衛平訳) 神戸学院法学大集二一号 (一九七五年) 四三―九頁)
- 1970: "Ruminations on the Role of Fault in the History of the Common Law of Torts," 31 La.L.Rev.1.
- 1981: "Some Ruminations on Contributory Negligence," 65 Utah L.Rev.91.
- Mill, J.S. 1973 [初出 1843]: *A System of Logic Ratiocinative and Inductive — Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*, Book I-III (University of Toronto Press).
- Milsom, S.F.C 1954: "Not Doing is No Trespass: A View of the Boundaries of Case," [1954] Cambridge L.J. 105.
- 1958: "Trespass from Henry III to Edward III," 74 L.Q.Rev.195, 407, 561.
- 1965: "Reason in the Development of the Common Law," 81 L.Q.Rev.81, 496.

- 1981: *Historical Foundations of the Common Law*, 2nd ed. (Butterworths).
- 1985: *Studies in the History of the Common Law* (The Hambledon Press). (Milsom 1954; id. 1958; id. 1965 未所収)
- Pollock, Sir F. & Maitland, F.W. 1968 [和訳 1898]: *The History of English Law Before the Time of Edward I*, vol. II, 2nd ed., reissued with a new introduction & select bibliography by S.F.C.Milsom (University Press).
- Pound, R. 1921: *The Spirit of the Common Law* (Marshall Jones Co.)
- Prichard, M.J. 1964: "Trespass, Case and the Rule in *Williams v. Holland*," [1964] Cambridge LJ. 234
- 1976: *Scott v. Shepherd (1773) and the Emergence of the Tort of Negligence* (Selden Society).
- Prosser, W.L. 1950: "Proximate Cause in California," 38 Cal.L.Rev.369.
- 1953: "Comparative Negligence," 51 Mich.L.Rev.465. (「トロイサー「過失相殺」(村井衡平訳)神戸学院法学大巻四号(一九七六年)五六九頁)
- 1971: *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. (West Publishing). (生前最終版)
- Prosser, W.L. & Keeton, W.P. 1984: *The Law of Torts*, 5th ed. (by Keeton, W.P. & Dobbs, D.B. & Keeton, R.E. & Owen, D.G.) (West Publishing Co.).
- Rabin, R.L. 1981: "The Historical Development of the Fault Principle: A Reinterpretation," 15 Ga.L.Rev.925.
- Schofield, W. 1890: "Davies v. Mann: Theory of Contributory Negligence," 3 Harv.L.Rev.263.
- Schwartz, G.T. 1981: "The Law and the Economy in Nineteenth-Century America: A Reinterpretation," 90 Yale LJ.1717.
- 1989: "The Character of Early American Tort Law," 36 UCLA L.Rev.641.
- Shearman, T.G. & Redfield, A.A. 1874: *A Treatise on the Law of Negligence*, 3rd ed. (Baker, Voorhis & Co.)
- 1888: *A Treatise on the Law of Negligence*, 4th ed. (Baker, Voorhis & Co.).
- 1898: *A Treatise on the Law of Negligence*, 5th ed. (Baker, Voorhis & Co.)
- 1913: *A Treatise on the Law of Negligence*, 6th ed., ed.by R.G.Street (Baker, Voorhis & Co.)
- 1941: *A Treatise on the Law of Negligence*, revised ed. by C.S. Zipp, vol.II (Baker, Voorhis & Co.).
- Smith, J. 1911~1912: "Legal Cause in Actions of Torts," 25 Harv.L.Rev.103,303.

- 説
 タール 1991 [原書 1969]: 『馬車の歴史』 (野中邦子訳) (平凡社) [Tarr, L., *The History of the Carriage* (Vision Press).]
 Wharton, F. 1878: *A Treatise on the Law of Negligence*, 2nd ed. (Kay & Brother).
 論
 White, G.E. 1977: "The Intellectual Origins of Torts in America," 86 Yale L.J.671.
 ——— 1980: *Tort Law in America: An Intellectual History* (Oxford University Press). (ペーパーバック版は一九八五年に発行)
 Williams, G. & Hepple, B.A. 1984: *Foundations of the Law of Tort*, 2nd ed. (Butterworth). (原書初版(一九七六年)の翻訳——
 ハイリアムズ & ヘップル 『イギリス不法行為法の基礎』 (飯塚和之・堀田牧太郎訳) (成文堂・一九八三年))
 Winfield, Sir P.H. 1925: *The Chief Sources of English Legal History* (Burt Franklin).
 ——— 1926a: "The Myth of Absolute Liability," 42 L.Q.Rev.37.
 ——— 1926b: "The History of Negligence in the Law of Torts," 42 L.Q.Rev.184.
 Winfield, Sir P.H. & Goodhart, A.L. 1933: "Trespass and Negligence," 49 L.Q.Rev.359.
 Winfield, Sir P.H. & Jolowicz, J.A. 1989: *Tort*, 13th ed. (by Rogers, W.V.H.) (Sweet & Maxwell).
 Zwier, P.J. 1982: " 'Cause in Fact' in Tort Law — A Philosophical and Historical Examination," 31 Depaul L. Rev.769.

引用判例

■ 外国

- Boss v. Litton, 5 Car. & P.407,172 E.R.1030 (1832).
 Bridge v. Grand Junction Railway, 3 M. & W.244,150 E.R.1134 (1838).
 British Columbia Electric Railway v. Loach, [1916] 1 A.C.719 (P.C., 1915).
 Butterfield v. Forrester, 11 East 60,103 E.R.926 (1809).
 Chapman v. New Haven Railroad, 19 N.Y.341 (1859).
 Clark v. Barrington, 41 N.H.44 (1860).
 Clark v. Chambers, 3 Q.B.D.327 (1878).
 Cotterill v. Starkey, 8 Car. & P.691,173 E.R.676 (1839).

- Davies v. Mann, 10 M.& W.546,152 E.R.588 (1842).
Davis v. Dudley, 86 Mass. (4 Allen) 557 (1862).
Day v. Edwards, 5 T.R.648,101 E.R.361 (1794).
Dickson v. Omaha & St.Louis Railway, 124 Mo.140,27 S.W.476 (1894).
Fletcher v. Rylands, 1 L.R.-Ex.265 (1866).
Gibbons v. Pepper, 1 Ld.Raym. 38,91 E.R.922 (1695).
Gough v. Bryan, 2 M.& W.770,150 E.R.967 (1837).
Hawkins v. Cooper, 8 Car.& P.473,173 E.R.580 (1838).
Holmes v. Mather, 10 L.R.-Ex.261 (1875).
Hopper v. Reeve, 7 Taunt.698,129 E.R.278 (1817).
Hunt v. Pownal, 9 Vt.411 (1837).
Igo v. Cambridge, 208 Mass.571,95 N.E.557 (1911).
Kelsey v. Glover, 15 Vt.708 (1843).
Kidder v. Dunstable, 73 Mass. (7 Gray) 104 (1856).
Knapp v. Salisbury, 2 Camp.500, 170 E.R.1231 (1810).
Laidlaw v. Sage, 158 N.Y.73,52 N.E.679 (1899).
Lake v. Milliken, 62 Me.240 (1873).
Leame v. Bray, 3 East 593,102 E.R.724 (1803).
Lobdell v. New Bedford, 1 Mass.153 (1804).
The "Milan," Lush.388,167 E.R.167 (1861).
Mitchil v. Alestree, 1 Ventris 295,86 E.R.190 (1676).
Moore v. Abbot, 32 Me.46 (1850).
Morneault v. Hampden, 145 Me.212,74 A.2d 455 (1950).

- Moulton v. Sanford, 51 Me.127 (1862).
 Ogle v. Barnes, 8 T.R.188,101 E.R.1338 (1799).
 Palmer v. Andover, 56 Mass. (2 Cush.) 600 (1849).
 Percy v. Walter, 6 Car.& P.232,172 E.R.1220 (1834).
 Pollett v. Long, 56 N.Y.200 (1874).
 Reynolds v. Clarke, 2 Ld.Raym.1399,92 E.R.410 (1725).
 Ricker v. Freeman, 50 N.H.420 (1870).
 Ring v. Cohoes, 77 N.Y.83 (1879).
 Rowell v. Lowell, 73 Mass. (7 Gray) 100 (1856).
 Savignac v. Roome, 6 T.R.125,101 E.R.470 (1794).
 Scott v. Shepherd, 2 W.Bl.892,96 E.R.525 (1773).
 Smith v. Smith, 19 Mass. (2 Pick.) 621 (1824).
 Smith v. Stone, Style 65,82 E.R.533 (1647).
 Stanley v. Powell, [1891]1 Q.B.86 (1890).
 Swift v. Berry, 1 Root 448 (Conn.,1792).
 Taylor v. Yonkers, 105 N.Y.202,11 N.E.642 (1887).
 Thorbjohnson v. Rockland-Rockport Lime Co., 309 A.2d.240 (Me.,1973).
 Thorogood v. Bryan, 8 C.B.115,137 E.R.452 (1849).
 Tillett v. Ward, 10 Q.B.D.17 (1882).
 Titus v. Northbridge, 97 Mass.258 (1867).
 Tucker v. Henniker, 41 N.H.317 (1860).
 Tuff v. Warman, 2 C.B.(N.S.)740,140 E.R.607 (1857) (匹特) ; 5 C.B..(N.S.)573,141 E.R.231 (1858).
 Turberville v. Stampe, 1 Ld. Raym.264,91 E.R.1072 (1697).

Wakeman v. Robinson, 1 Bing.213, 130 E.R.86 (1823).
Weaver v. Ward, Hobart 134, 80 E.R.284 (1617).
Webster v. Hudson River Railroad,38 N.Y.260 (1868).
Williams v. Holland, 10 Bing.112,131 E.R.848 (1833).
Williams v. San Francisco & Northwestern Railway, 6 Cal. App.715,93 P.122 (1907).
Winship v. Enfield, 42 N.H.197 (1860).
Woolf v. Beard, 8 Car.& P.373,173 E.R.538 (1838).
Y.B.2 Hen.4,f.18,pl.6 (1401).
Y.B.Pasch.10 Edw.4,S.S.vol.47, p.67 (1470).

* 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。