



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	不法行為帰責論の再構成・序説（3）－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, 48(1), 131-188
Issue Date	1997-06-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15713
Type	departmental bulletin paper
File Information	48(1)_p131-188.pdf



不法行為帰責論の再構成・序説（三）

——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

(以上、四七卷五号)

第二節 ネグリジェンス法前史

第三節 因果関係はなぜ、どのように問題となったのか

——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

(以上、四七卷六号)

——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

(以上、本号)

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)

第四章 おわりに

個人主義的責任原理の変容と帰責の在り方

* 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」な介入事例

一 前節でわれわれは「but for」という言明Aが、被告の帰責の有無という結論B——これは被告の帰責を決定付ける何らかの政策的・実質的判断 α によって導かれる——と直結して用いられていた損害類型を検討した。すなわち、ここでは $(\alpha \rightarrow B \parallel A)$ という図式が成立していたと言える。しかし、通常われわれがイメージする「but for」テストとは、賠償を認めるか否かという実質的な判断 α に先行して、 $(\text{but for}$ テストの先行性。第二章第三節二)、その判断を受けるべき対象を確定する機能を有しているはずである。これを図式化すれば、 $(A + \alpha \rightarrow B)$ である。このような図式の成立を促した事例として、本節では、Yの過失行為の後に、「偶然的」な原因が介入してXに対する損害が生じた類型を取り上げて検討を行うことにする。

なお、このような損害類型の検討は、ドイツ法との比較においても注目値することを、ここで強調しておきたい。すなわち、ドイツで「あれなければこれなし」公式を中核とする条件説を最初に唱えたブーリ(Bühlmann)が、刑法における共同正犯を単独正犯と同一の原理から捉えて過失共同正犯を肯定した⁽¹⁾ことに見られるように、また条件説を最初に採用したライヒ最高裁判所の判決(一八八〇年)(過失致死罪を肯定)⁽²⁾が、「被告人の行為自体に完全な原因力が備わ

つていならば、他人が、その結果に、共働的に作用したという事情によつても、その原因性は失われることがない」と判示したことに象徴されるように、条件説は、少なくとも当初は、原因の同時的な競合事例で有効な帰責定式として提唱され機能していたと考えられるのである。これは、前節までに検討した英米法の動きと共通するものがあり興味深い。さらに、この条件説に反対して相当因果関係説を最初に理論的に展開したクリース (Kries 1888) は、具体的な因果性が肯定された後に、因果関係を一般的・抽象的に判断することの必要性——ここでは結果発生(3)の「客観的可能性」がキー・ワードとなる——を説き、「客を乗せた馬車の御者が酩酊または居眠りをして道に迷い、迷った道で客が雷に打たれた場合」を例にあげて、このような偶然的惹起を、「客観的可能性」を増大させる相当の惹起から区別すべしとしている。ちなみにわが国でドイツ流の相当因果関係説を評価する論者 (古くは石坂 1916: 295、最近では澤井 1996: 203-204 など) も、度々この落雷事例を強調している。そしてこの落雷事例こそ、本節で取り上げる、原因が「偶然的」に介在する一例にはかならないのである。

このように、ドイツにおける条件説と相当因果関係説が当初想定していたそれぞれの状況は、前節までの類型と本節で検討する類型とパラレルの関係にある。もつとも、ドイツの条件説は各原因の等価性というドグマからの論理的な帰結であるとされ、また相当因果関係説の論者も結果発生(3)の「客観的可能性」を主張しており、ここにはコモン・ローのように直截に政策的・実質的判断 (右の二つの図式の α) を行おうとする自由な態度は窺えないことに留意すべきである (これは、ドイツでは賠償範囲の決定にあたり裁判官の価値判断を排除する法技術として因果関係概念を用いようとしていた (平井 1971: 45) ことと関連するものと思われるが、このような硬直的な姿勢が結局は相当因果関係概念の変容を招いた (平井 1971: 57-75) と言われている)。以下では原因の「偶然的」な介在事例について、“but for” という言明を責任と直結させず、プラス・アルファの判断を重視する動きを鮮明に打ち出したコモン・ローの法理が、どのような経緯で生まれ、

どのような内容を持っていたのかを見ていくことにする。

二 しかし本論に入る前に、そもそも「偶然的」介在とはどのような事態を指すかについて検討する必要があるだろう。言い換えれば、われわれが、ある事態が生じたのを「偶然」と感じるのはどのような場合なのか。これについては、科学哲学上の議論を参考にしつつ、本節の検討に必要な限りで、次のように考えたい。

「偶然」とは、まず、「われわれの眼にとまらないほどのごく小さい原因が、われわれの認めざるを得ないような重大な結果を引き起こす」(ポアンカレ1953 [原書1908], 73) ときの、生じた結果を言うことがある。その典型例が氣象事例である。大気の平衡が崩れて落雷や暴風雨が生じる場合、そのメカニズムは説明できるとしても、具体的にいつ・どこで・どの程度のもが生じるのかを正しく予測することは今なお(天気予報の精度が低かった時代はなおさら)困難である。これは、落雷や暴風雨直前の大気の不安定な平衡状態という初期条件を精確に知ることができず(どこがどのように不安定なのか)、そして大気の乱れ方が、この不透明な初期条件に強く(鋭敏に)依存することに由来する(ポアンカレ1953 [原書1908], 74; ルエル1993 [原書1991], 63-67)。いわゆるバタフライ効果(ブラジルで一匹の蝶がはばたけばテキサスで竜巻が起きる?というある氣象学者のフレーズで知られる)は、鋭敏な初期値依存性という考え方によって説明しうるのである(余田1996)。(この外、円錐をその頂点の上に立てたときの倒れ方やビリヤードの玉の動きなども初期値依存性の一例である⁽⁴⁾)。それではこのような偶然的の生起は、「あれなければこれなし」という言明の歴史的な発生基盤である機械論的な自然観(第一章第三節註(15))の下で、すなわち古典的な決定論によって説明することは可能であろうか。これは「偶然」と「必然」の関係という大きな問題に連なるが、(量子力学が扱うミクロのレベルを捨象すれば⁽⁵⁾)古典的な決定論は今なお(大気の乱流やビリヤードの玉の動きなどカオス理論が扱う場面でも)有効であり、鋭敏な初

期値依存性という発想（これは今世紀初頭にポアンカレが唱えたものだが、カオス理論の中核的概念として現在再び注目されている⁽⁶⁾）を媒介として「偶然」との間に折り合いを付けることは可能だという見解⁽⁷⁾に賛成したい。

次に、「偶然」とは、異なる因果系列が交叉する場合を指すことがある⁽⁸⁾。屋根から瓦が落ちて下を歩行中の通行人にぶつかるといふのがよく持ち出される例だが、本節では、①馬車の御者の過失により客が道に迷い、迷った道で、②落雷に遭遇したという（上記クリースの）設例と、③運送人の過失により目的物の運送が遅滞していたところ、④暴風雨に遭遇した事例（五以下）を検討する。ここでは一方の因果系列①③と他方の因果系列②④とが交叉していると考えられるが、われわれがこれを因果系列の「交叉」と捉え又はこの交叉を「偶然」と感じる理由は、一方の因果系列である暴風雨や落雷の生成が初期条件に強く依存しており、初期条件のわずかな変化により当該遭遇地点に暴風雨や落雷が現出しない可能性があったこと、及び、他方の因果系列に属する御者や運送人が、暴風雨や落雷の生成を合理的に予測しまたはその現出を利用する合理的な意図を有していなかったことによるものと思われる⁽⁹⁾。

三 それではこれらの事例で、「御者や運送人の過失がなければ (but for) 落雷や暴風雨に遭遇しなかった」という言明は成立するだろうか。ここではその考察を行う前提として、まず、そもそも a なければ b なしという言明が、科学（または言語）哲学上（三）あるいは法的に（四）、何を意味しているのかについて、次節以降の議論のためにも検討しておくことにしよう。

① 現在の有力な見解に従えば、まず、a の後に b が続いたという過去の一回的な事実をもって因果関係を主張する、すなわち時間的先後と因果関係とを同視する (post hoc ergo propter hoc: このあとに、ゆえにこのために) ことはできない。さらに因果関係の主張は、過去の反復の事実の受動的な観察のみによっても厳密には行いえないと解すべきである。も

つともこれに対しては、a、b間の恒常的連接の觀察の結果、心の内的な印象としてa、b間の因果的必然性が生じるといふ経験主義哲学者ヒューム (Hume-1866ab [初出 1739~1740]) の見解が対立する⁽¹⁰⁾。しかしわれわれは、例えば昼の後には必ず夜が来るからといって、昼は夜の原因だとは言わず (collateral effectの問題⁽¹¹⁾)、あるいは気圧計が低下した後に台風が来るからといって、気圧計の低下が台風襲来の原因であるとは考えない (因果関係の非対称性の問題⁽¹²⁾)。つまり過去の反復の事実によって帰納されるのはあくまでa、b間の因果関係の仮説にすぎず、これについて、「もし」aがなければ、という能動的で主体的な問い掛けをわれわれが思想上または実験を通じて行うことによつて、因果関係は初めて確認されるのである⁽¹³⁾。このことは前世紀半ばにJ・S・ミル (1826) が主張した差異法⁽¹⁴⁾が、実験科学において原因を発見するための有力な手段として認められてきたことから首肯できる。そしてこれが可能となるためには、将来においてもaの後にはbが続くという反復の可能性があること、言い換えればaが未実現のケースを想定しうる必要がある⁽¹⁵⁾。このように、繰り返し返されるものでなければ、われわれは因果関係を語ることはできない。

② 他方でaあればb、またはaなければbなしという反事実的条件法 (第一章第三節註⁽¹⁶⁾) の含意について、今世紀半ばごろから有力となった見解は次のように主張する。まず当該言明は、論理的な必然性とは無関係であり、(第一章第三節三で検討したように) 形式論理学上の議論とも次元を異にする。また反事実的条件法は、定義により前件aを実現してその真理性を確かめること (直接的・経験的検証) には服さない。さらに、(Goodman-1983, 18, 註49の例をアレンジすると) 例えば、「今年の元旦に私のポケットにあったすべてのコインは五〇円玉だった」という言明Aが成り立つときに、「当該コインは今年の元旦に私のポケットにあった」という事実から「そのコインは五〇円玉だった」という結論は演繹できる。しかし、だからといってわれわれは、このとき、「仮にあるコイン (今年の元旦に私のポケットにあったものと同一ではないとする) が今年の元旦に私のポケットにあったとすれば、それは五〇円玉であつただろう」

という反事実的条件法Bを主張しようとは思わない。なぜなら、言明Aは「すべての……は……」という形式を取るものの、あくまで（時間的・場所的に制約された条件の下で成立する、その意味で）偶然的な言明にすぎず、反事実的条件法Bを支える（suppose）力を持たないからである。言い換えれば反事実的条件法を支えることができる言明は、直接的な観察をこれから受けなければならぬ未実現のケースを決定する際に、われわれが進んで身を託すような言明でなければならず、われわれは通常これを（自然・物理・因果）法則と呼んでいる。そして、このような法則的言明に支えられる反事実的条件法の前件と後件の間には、形式論理学上の真理値には依存せず、換質換位した文に顕現する特別なつながり、すなわち物自体の世界に成り立つ非論理的な必然性が存在すると考えられるのである（例えば、法則的言明に支えられる「もしその銅片が熱せられるならば、それは膨張するだろう」という反事実的条件法を換質換位すると「その銅片は膨張しなかったのだから、熱せられなかった」となる）。

このように、ある法則が既知であるときに（見解①とこの点で前提を異にする。なお右の記述では、偶然的言明と法則的言明がどのように区別されるのか、あるいは言明がどのような確証の過程を経ると法則と呼ばれうるのかという問題は一応捨象した⁽¹⁸⁾が、本稿では①で述べた差異法的な発想と反復可能性を重視したい）、反事実的条件法の成立を説くことによつて、われわれは当該条件法の前件と後件との間に、普遍的な法則に支えられた個別の「つながり」があることを主張していると考えられるのである。

四 さて以上の議論①②は、不法行為における帰責という法的な議論に対しても、一定の有益な視点を提供するものと思われる。しかし法的なレベルでは右の哲学的な議論に加えて、さらに次の二点に着目する必要があると考える。

第一に、訴訟においては、しばしば厳密な科学的法則ではなく、いわゆる経験則に依存して具体的な因果関係が認定

されることが多い。これは、因果関係の自然科学的証明が困難なケース（医療過誤や公害訴訟など）における議論（第一章第三節註（3））とも関連するが、ここでは本節（以降）の議論のために、自然科学的証明がそもそも問題とならないより、日常的な「人間の行動法則」（伊藤1996, 88-104）は、民事裁判における経験則の多くがこれであるとして、実務経験に裏打ちされた行動法則の体系を提示する）を取り上げてみよう。例えば「人の財産的行為（取引行為）は原則として経済的利益を追求するものである」という経験則（伊藤1996, 98）は一般に妥当すると思われるが、ここでは財産的行為と経済的利益の追求との間に厳密な対応関係が存するのではなく、あくまで「原則として」当該対応関係が成り立つにとどまり、その意味で反復可能性（三①）のレベルがやや低いことに留意すべきである。しかし反復可能性がまったく否定されるという訳ではなく——もしそうなら人間の行動に関する経験則はそもそも成立しなくなる——、判決を下すという限られた法的空間では、そのようなレベルの低い反復可能性を前提とする経験則に依拠することは許されてよいと考える。この意味で、反復可能性の確認が不法行為のような社会的現象では実行不可能だとするわが国の一部の学説（第一章第三節註（8）対応の本文二）の理解は、やや一面的であるように思われる（もともと人間の行為の主観的性格が、より前面に出て反復可能性の程度が極めて低い場合もありえ、これをどう処理すべきかという大きな問題は残っている。これに關しては第三章第四節で検討する）。

第二に、裁判所がこのような経験則を用いて因果関係を認定する際には、右の議論①②の区別はかなり相対的になるものと思われる。すなわち経験則は、一方で過去の反復の事実によって帰納される仮説的な性格を持っている（このことは特に反復可能性のレベルが通常の自然法則と比べて低い、人間の行動法則に關して顕著である）と考えられる。このとき裁判所がその帰納的仮説を前にして、「あれなければ（but for）」という問い掛けを能動的に（主として思考上）行うことによつて因果関係は確認され①、裁判所の事実認定の説得力は増すと考えられる。条件関係論は既に決定された

結論を単に正当化する論理構成にすぎないと捉えるわが国の一部の学説（第一章第三節註（7）対応の本文二）は、この帰納と確証の問題を等閑視しているように思われる。しかし他方で経験則は、裁判所がそれに依拠すべき一定の（レベルはやや劣るが）法則的な性格を併せ持っていることもまた疑いがない（このことは、経験則の内容が物理法則など通常の自然法則である場合に強く言えるが、人間の行動法則についても、裁判所は仮説の確証ということを特に意識しない場合が少なくないと思われる）。従ってこの点に着目すると、裁判所が用いる「あれなければこれなし」という言明は、経験則という一種の（普遍的な）法則の存在を前提として、それに支えられた反事実的条件法が成立するということを意味しており、そこでは裁判所は前件と後件との間に帰責のための判断を始めるに値する個別的なつながりが存することを主張している②と解することもできるのである。

五 以上の二～四の検討をもとに、御者や運送人の過失事例を考察すればこうである。まず、ある初期条件がなければ落雷や暴風雨は当該遭遇地点に現出しないと見える。これは初期条件と落雷・暴風雨の発生との間には、古典的決定論が通用し（二）かつ反復可能性のある気象法則が存在し、これに支えられて当該反事実的条件法を説く（三②）ことが可能となるからである。次に過失行為がなければ、当該遭遇地点に被害者や目的物は存在しなかった。これは直観的に理解できることだが、あえて理論的に説明すればこうなるだろう。御者の居眠り事例を例にとれば、①御者の居眠りという事実aに続いて馬の制御不能（その結果、当該遭遇地点に被害者が現出）という事実bが続いた（これは過去及び将来にわたっての反復可能性があると二応考えられる）。ここでaがなければという問い掛けを思考上行うと、御者が居眠りをしなければ馬は制御可能であり運送が速やかに行われるのが通例であると考えられるため、これに基づいてbの不成立が帰結する。従ってaなければbなしと言うことができ、a・b間の因果関係（経験則）は少なくとも法的な議論のレ

ベルでは確認される。②あるいは居眠りによって馬が制御不可能になるという経験則（反復可能性を前提とする）が既知であるという前提に立って、それに支えられるところの反事実的条件法が成立すると言うこともできよう（このように①②の区別は相対的である。四参照）。つまりそれぞれの因果系列に関しては「*but for*」テストは成立する。問題は、各因果系列の「交叉」という事態を「*but for*」テストによって含意できるかどうかである。両様の解釈が成り立つ余地があるが、ここでは以下の理由により積極的に解したい。

まず自然界における因果律は、「事件を一列に並べた鎖に対して名付けられた名前」(Hanson-1958, 64; 註137)というよりも、「相互に交叉し合った……ネットワーク (webs) に対する表現」(ibid.⁽¹⁶⁾)と理解するのが事態適合的な場面があると考えられる。そして当事者間の法的紛争の解決という局面でも、自然界の因果律を事実に判断することが要請される場面では、このネットワーク的発想に立ち交叉する他方の因果経過をも視野に入れて「*but for*」テストを行うことが、むしろ望ましいことだと考える。このように解すると「御者や運送人の過失がなければ」という前件Aに、「もし当該氣象条件が存しなければ」という前件Bを暗黙裡に付け加え、あるいは前件Aを判断する際に同時的な状況たる前件Bをも視野に入れて、「*but for*」テストを行うことは許されてよい。すなわち「当該氣象条件の下における当該過失行為」とそれに続く損害の発生との間に、氣象法則と経験則に基づく因果関係が認められることになるのである。

なお付言すれば、当該氣象条件の下で当該過失行為が生じることとは、まさに「偶然」的現象であり、極めてまれな出来事である——ドイツの相当因果関係説の言葉借りるならば、結果発生のお客様的可能性は、非常に低い——が、しかしこのことは、当該条件下で、当該過失行為が再び生じれば同様の損害が発生するという反復可能性を否定するものではない（言い換えれば客観的可能性と反復可能性という概念は、このような損害類型では乖離しているのである。このことは相当因果関係説と事実的因果関係との理論的な関係を考察する際に重要な意味を持つてくる。第三章第四節参照）。反復可能性を前

提とした“but for”テストは「ネットワーク的発想」を用いることにより、因果系列の交叉の場面でも成立すると考えられるのである。

六 さて、以上のことを前提に、公共運送人 (common carrier) Y —— 鉄道会社である事例が多い —— が、過失により X の荷物の輸送を遅滞している間に、暴風雨・洪水・または付近の火災の延焼等 (ドイツの学説が想定する落雷事例は見当らなかつた) により、当該荷物に損害が生じた事例を検討することにしよう。これは主としてアメリカで、東部の工業化や南部の綿花産業の進展等により鉄道輸送が盛んになり始めた一九世紀後期から、二〇世紀初めにかけて各法域を二分して争われた問題である。ニュー・ヨーク州のリーディング・ケースから、まず見ていくことにしよう。

Michaelis v. New York Central R.R. (N.Y., 1864) —— 商人 X が、A 地で仕入れた商品 (布地とピロッド) を B 地に運送するよう鉄道会社 Y に依頼したが、Y はそれを運び忘れ荷物保管用の Y の建物にそれを保管していたところ、近くを流れる川が解氷により氾濫し、当該荷物は濡れるなどの被害を受けた。

(判旨) X 勝訴。① 運送人の義務と責任は、荷物が運送のために、運送人の管理 (custody) 下へ受け取られたときに始まり、荷物が安全に所有者へ運ばれたときに終わる。② 運送人は、商品が被ったあらゆる侵害について、不可抗力 (act of God) 又は社会の敵 (public enemy) の場合を除く外は、その侵害がいかなる方法によって生じたとしても、責任を負う。③ 運送人が免責されるためには、不可抗力は侵害の唯一の直接的な原因でなければならぬ。もし、人間の何らかの協同 (co-operation) あるいは人のとった措置の何らかの混和 (admixture) があれば、侵害は法的な意味で不可抗力ではない。④ A 地方では洪水による洪水は珍しいことではなく、突発的で予見不可能であったとは言えない。⑤ 仮に、(言われているように) 洪水の規模が三〇年振りであったとしても、もし Y がそれ以前の過失行為

によってXの商品を並外れた洪水の影響を受けるべき場所に置いていなければ、商品は洪水によって侵害を受けることはなかっただろう。⑥ 繰り返そう。……本件でYの失当行為や過失がなければ、(but for)、Xの商品に対し侵害は生じなかったであろう。⑦ しかも川が氾濫を始め、その知らせを受けてからも、YはXの商品の保護のために何らの措置もとらなかった (Wright裁判官)。

本判決は、同じ年に下されたRead v. Spaulding (N.Y., 1864) (運送人Yが不合理に運送を遅滞している間に、並外れた (extraordinary) 洪水によってXの荷物が損傷) が、「不可抗力による免責を主張するためにはYは自分が事故当時 fault から免れていたことを証明しなければならない」と判示した (X勝訴) のを受け、より詳細に理由を展開するものである。まず判旨①で、Yの責任は自己の管理下にある荷物について生じるとした上で、②で当該責任の具体的な内容を説き、公共運送人が厳格な責任を負うことを確認する。このような責任の捉え方は、コモン・ローの伝統に忠実な考え方だと言える。すなわち、公共運送人 (スペースに余裕がある限りだれに対しても運送を引き受けなければならない) の責任は、宿屋の主人 (innkeeper) の荷物の管理責任 (第二節註 (22)) と同様に厳格なものであり (innkeeperとしての責任と言われることもある)、これは顧客との契約に基づくというよりも、法が政策的な見地から、公共運送人という公共的な職業に携わる身分 (status) を有する者に課している責任であると伝統的に考えられてきたのである。本判決は、このような伝統または政策論を強調することによって、不可抗力によるYの免責のためには、不可抗力が唯一の直接的原因でなければならぬという結論を導き③、それを正当化またはYに対して説得するために 'but for' という言明をYの過失に関して用いた⑤⑥と考えられるのである (なお本判決は洪水の予見可能性に言及し④、また河川の氾濫後の損害回避義務違反⑦) をも認定している。③は傍論とも言えるが、後述するように判旨③はその後の判決をリードしている。そしてこのような 'but for' という言明の用い方は前節までに検討した用い方と変わるところがない。すなわち当該言

説
明Aは実質的判断 α によって導かれる結論Bと直結して用いられており、 $(\alpha \rightarrow B \parallel A)$ の図式が成立していると考えられるのである。

論
Michael's 判決の考え方は、その後の判決に影響を与えた。すなわち、同じニュー・ヨーク州の *Bostwick v. Baltimore & Ohio R.R.* (N.Y., 1871) (Y勝訴の原判決を破棄差戻) は、YがX所有の木綿を、すべての区間を鉄路で運ぶという契約に違反して、ある区間を蒸気船で運んだところ、蒸気船が沈み(——詳細は不明)木綿が滅失したという事案で、当該損失は航海の危険に基づくものというYの抗弁を退け、Michael's 判決を引用して、「荷物が危険にさらされたのはYの default のためであり、もし荷物が、正当な注意を伴って運送されていれば、沈没する船に積み込まれることもなかった」と判示している。⁽²⁶⁾他の州の判決も、例えば、*Hernsheim v. Newport News & M.V.Co.* (Ky. 1896) (Yの妨訴抗弁を容れた原判決を破棄差戻) は、Xの煙草の輸送をYが遅滞中に付近で生じた火災により煙草が焼失した事案で、(Michael's 判決には言及しないものの)「Yが合意どおりに直ちに輸送をしていれば、火災による損失は生じえなかった」ことを主たる理由に、損失は過失の直接的な結果である旨判示している。また、*Bibb Broom Corn Co. v. Atchison, Topeka & Santa Fe Ry.* (Minn., 1905) (X勝訴) は、Xのブルーム・コーンの輸送をYが遅滞している間に、予見も備えもできなかった洪水に襲われた事案で、Michael's 判決等に言及しつつ「もしYの過失がなければ、損失が生じなかったのなら、Yを免責する健全な理由は存しない」と判示し、さらに、*Alabama Great Southern R.R. v. Quarles & Couturie* (Ala., 1906) (X勝訴) は、Xの木綿の運送をYが始発駅で遅滞中にサイクロン(——これは終着駅は襲わなかった)に見舞われた事案で、Michael's 判決に賛成して、「運送契約は不可抗力の場合を除く外あらゆる損失又は損害に対する保険契約である」ことを強調している。⁽²⁷⁾

以上の判決は、Yの主張する火災の予見不可能性について、明示的に (*Bibb Broom Corn 判決*) またはおそらく暗黙の

うちに(その他の判決)認めた上で、にもかかわらず不可抗力の抗弁を退け、Yが責任を負う旨を実質的判断に基づき説いていると考えられる。これに対して、Green-Wheeler Shoe Co. v. Chicago, R.I. & P. Ry. (Iowa, 1906) (Y勝訴の原判決を破棄)は、Xの荷物(内容不明)の輸送をYが遅滞中に異例で並外れた洪水に遭遇した事案で、右の諸判決に触れた上で次のように説いている。

「Yは本件洪水を予期できず、またYの不注意な遅滞が荷物をそのような危険にさらすことを予見できなかった。しかし、当該遅滞が荷物をそのような危険にさらしたこと、及び遅滞がなければ荷物は破損しなかったことは明らかである。そしてYは、不注意に遅滞をすれば、荷物がYの管理下でそのような何らかの不慮の災難に襲われがちである時間が延び、それ故、荷物が失われるというYに対する危険が増大することを、合理人が予見できたように予見すべきであった。」(McClain裁判官)。

この判決は、およそ荷物は、運送人の管理下で不慮の災難にあう(微少なから一定の)リスクを伴い、かつこのリスクが時間の経過とともに増大するという認識に基づいて、その増大の合理的な予見可能性を肯定している点で、やや異色と言えるだろう。しかし、この判決の着想の前提には、運送人は当該リスクを——たとえ微少であろうと、ましてや自己の過失によって増大すれば当然に——引き受けるべしという伝統的なコモン・ローの考え方または(運送を依頼した者への)政策的配慮の存在を窺うことができる。この限りで本判決は、ニュー・ヨーク州の判決を初めとするこれまでの判決と、やはり同じ流れの中で理解できるのである(なおドイツでは、客観的可能性を極めて広く解する立場から、一九一五年のライヒ最高裁判所が同様の説示を行っている⁽²⁸⁾)。

七 以上に対して、公共運送人の責任を否定する判例群が存在する。これらは、六で紹介した判例よりも古くから存し、

また六の判例が登場した後も、これを批判し続けたのである。ペンシルベニア州のリーディング・ケースからまず見てみよう。

Morrison v. Davis (Pa., 1852) —— Yは運河の中を馬が引くボートで荷物を運送する業を営んでいたところ、事件当日、足の不自由な馬を用いたため運送が遅れている間に、並外れた洪水に襲われてボートが座礁し、Xの荷物が損傷した。

(判旨) Y勝訴。①運送の遅滞がなければ、(Had it not been for……)ボートは洪水が来る前に事故発生地点を無事に通り過ぎていただろう。②しかし、本件災難の近因は洪水であり、足の不自由な馬を用いたYのfaultは遠因であった。③faultの結果について人が責任を負うのは、自然で近い結果に限るのであり、それ故通常予想(forecast)によって予見できるものに限られるというのが一般的な準則である。④例えば、鍛冶屋が釘を馬のひづめの生き身に打ち、足を不自由にしたため馬が遅れて森の中を通過中に、木が(たまたま)落下し馬の乗り手が死亡した場合、この侵害について鍛冶屋は責任を負わない(Juridical裁判官——)もつとも、Yは広告で、いかなる例外もなしに責任を負う旨を約しており、これに関してY勝訴の原判決を破棄差戻す。

本判決は、アメリカでネグリジェンス法に関して近因理論を唱えた古典的な判決の一つとして知られているが、ここで判決は、(Xが強調した)公共運送人に関する厳格な責任法理に直接触れておらず(なお判旨④は中世に公共運送人と同様に厳格な責任を負っていた鍛冶屋(註(24))の事例を持ち出しているが、ここでも厳格責任に言及しない)、当該責任法理の当然の帰結としてYの責任を導くという手法は採っていない。従って、but forに類似の言明(①)は、六で取り上げた判決のように責任の正当化のためには用いられてはおらず、むしろ当該テストの成立にもかかわらず、(「but for」テストの先行性)、近因理論を用いて(ここでは「自然で近い」という、Xの侵害に至る出来事の連鎖の中でYの行為が占

める位置に着目する考え方と、予見可能性という考え方——この両者は今日に至るまで近因に関する代表的な考え方であるが——を併用しかつ同視している)、Yの責任を否定している点が注目されるのである。もう一つ、同時期のマサチューセッツ州のリーディング・ケースを紹介しよう。

Denny v. New York Central R.R. (Mass., 1859) —— YがXの羊毛をA駅からC駅まで輸送中に、途中のB駅で機関車不足のため六日間立往生をした。その後B駅を出発した列車がC駅に到着して、Xの羊毛を駅の倉庫で保管中に、付近の川が氾濫し、突然の洪水によってXの荷物は損害を受けた。

(判旨) X勝訴の原判決を破棄差戻。①もしC駅に定刻に着いていれば、Xの荷物が洪水に遭うことはなかった(原審はこの陪審の認定を根拠にXを勝訴させた)。②しかし、他人の権利を侵害した者(wrongdoer)は、近い結果に関してだけ責任を負うのが古くからの普遍的な準則である(Morrison判決参照)。③YのB駅での運送の遅滞に関して過失があるが、B駅とC駅間及びC駅での保管に関しては何ら過失はなかった。④そしてB駅での過失は(損害から)遠い。ただし、当該過失は羊毛がB駅を出発するやいなや、能動的、作用的で勢いのある原因としての機能を停止したからである(Merrick裁判官)。

本判決は、洪水の予見可能性については論ぜず、いささか比喩的または形而上学的な近因理論(④)を用いている(これは、事実と政策との二元論を強調するリーガル・リアリスト(次節参照)の批判の対象となった)が、判決の基本的な構造はMorrison判決と変わらない。すなわち、But forテスト(A)だけで責任を決定した原判決を破棄し、公共運送人の責任法理という政策論に代えて近因理論を、結論(B)を導くプラスαの考え方として用いており、ここでは(A+α→B)という図式が成立していると言えるのである。

このような立場は、ネブラスカ州(McClary v. Sioux City & P.R.R. (1873)) —— 出発の遅れた列車が強風により脱線、「列

車の遅れは乗客の負傷からあまりに遠い」、『アーカンソー州 (Martin v. St. Louis, I. M. & S. Ry. (1892)) —— 「輸送の遅滞は、それなければ損害が生じなかった出来事の一つであるが、木綿の消失の直接的で近い原因ではない」』、『ミシシッピ州 (Yazoo & Mississippi Valley R. R. v. Millsaps (1899)) —— 「遅滞中の火災による木綿の消失は予見できず」』などの外、連邦裁判所の³⁰⁾とるところとなった。すなわち、『Memphis & Charleston R.R. v. Reeves (U.S., 1869) (Y勝訴の原判決を破棄差戻)』は、『輸送遅滞中に生じた洪水による煙草の滅失事例で』、『Morrison 判決と Denny 判決の示す原則の健全さを我々は完全に納得している』と判示し、また Scott v. Baltimore, C. & R. Steam-Boat Co. (7th Cir., 1884) (Y勝訴) では、『荷物が埠頭にある間の火災による焼失に関する免責条項を定めた船荷証券の解釈が争われ、判決は「輸送の遅滞があっても、当該火災がYの意図又は懈怠によるものでない限り、Yは免責される」と説いたのである。

もともと、『Thomas v. Lancaster Mills, of Clinton, Mass. (7th Cir., 1896)』では、『YがXの木綿をA地点からC地点まで水上輸送をする際にCの手前のB地点までは、しけで運んだが、BからCまでの輸送の手筈が整わず、荷物を積んだし、けをBに一七日間保留しておいたところ、運河沖を走る蒸気船の火花から生じた火災により木綿が消失したという事案で、水上輸送中の火災による事故の免責を定めた契約の適用が争われたが、判決は「Yの輸送の遅滞は、それだけでは火災による木綿の消失の近因であるとは言えない」としつつも次のように判示し、Xを勝訴させたのである。

「① 公の政策は、明示の約定があっても、公共運送人自身の過失によって生じた損失について彼を免責するものではない。② 本件で損失の直接的原因是は、明らかに蒸気船の火花から生じた火災であるが、もしYの過失が能動的で十分な損失の近因として、その直接的原因と競合し (concur) 又は混合 (mingle) しているのなら、Yは明示の約定にもかかわらず免責されない。③ Yは運送の遅滞の場合、合理的に予見できる不合理な危険からYが管理している財産を保護する義務を負う。④ Yの保険者としての性格から、Yの過失が、損失を生じさせる他の原因と競合した場合、Yは契

約によっても免責されない。⑤ 本件で、B地点には多くの船が係留していたため、当該はしけは蒸気船の通る沖の方に係留を余儀なくされ、しかも事故当時は季節風が吹いていた。また木綿は可燃性である。はしけはYの遅滞により危険にさらされ、この危険によって木綿は消失し、しかもこの危険は通常の用心深さをもって予見すべきであった」(Dennis 裁判官)。

本判決は、当該約定の適用範囲を決するに当たり、一方で公共運送人に関する責任法理の特殊性(①④)を十分に意識して、Yの過失が直接的原因と「競合又は混和」したときのYの免責を否定する(②⑤)。これは六で紹介した判例(特に Michael 判決は判旨③で「協同又は混和」と表現する)の態度に通じるものがある。他方で、本判決は予見可能性に基づく近因理論(③⑤)を用いることによって、直接的原因との競合又は混和は、直接的原因の子見可能性がありYが生じうべき損害を防止すべき立場にあつたときに、初めて成立すると解している。つまり本判決の議論の枠組みは「but for」テストの成立を前提として、それにプラス・アルファの実質論を加えるというものであつた(図式(A+α↓B)が成立する)が、そのプラス・アルファの内容として近因理論の外に公共運送人の責任法理をも重視することによって、六の判例との折衷を図っていると考えられるのである。

八 このように比較的影響力を持つ連邦裁判所が、両者の折衷を試みつつも(A+α↓B)の図式を採用し、「but for」テストの先行性を説いたことは注目に値するが、以上の公共運送人をめぐる判例の二つの大きな流れは、最終的にどちらかの流れに一本化されるということはなかった。しかし、(当時の産業の発達に深く関わっていた公共輸送人に関する判例は、ただでさえ人々の耳目を引いたと考えられるが、それに加えて)六と七の判例間の緊張関係は、かえって「but for」という言明なししテストだけで責任が正当化ないし決定できるのかという問題を浮き彫りにさせ、その後の

説 判例や学説に影響を与えたと考えられるのである。

論 例えば、七で紹介したアーカンソー州の Martin 判決は、Y の過失が「それがなければ……火災が生じなかったであろうところの、先行する一連の出来事の一つである (one of a series of antecedent events without which …… the fire would not have happened)」ということだけでは Y の責任を問えない姿勢を明確にしたが、この判示は、同州で、公共運送人以外

の責任が問われた事例にも影響を与えている。すなわち、Pittsburg Reduction Co. v. Horton (Ark., 1908) では、子供 A が危険物 (雷管) を Y 社の工場敷地内から拾い、一週間後にこれを X に譲ったところ爆発により X が負傷したというケースが争われ、判決は、Martin 判決を参照して、Y の過失と X の侵害との間には「直接的なつながりがなければならぬ。すなわちそのつながりは、それがなければ侵害が発生しなかったであろう、先行する一連の出来事の一つ以上、何か (something more than ……) でなければならぬ」と強調している (雷管の危険性を知悉している A の両親が、A の雷管保持を許していたこと) によって因果関係は中断されるとして Y 勝訴)。そしてこの Pittsburg 判決こそが、事実的因果関係と賠償範囲との「区別」論の出発点となった二〇世紀初頭のスマイス説によって注目された判決の一つなのである (Smith-1911, 110 n. 24)。

次節では、いよいよ、このスマイス説を含むリーガル・リアリストらの議論に焦点を合わせ、彼らの議論の主眼がどこにあり、「区別」論——この中には本節で注目した「but for」テストの「先行性」と並んで、本節で取り上げた判例では必ずしも明確なものとなっていなかった「事実と政策との二元論」も含まれる——が、どのような文脈で主張されていたのかを検討することにしよう。

第二章第四節 註

(1) 内田(1973, 8冊2, 43冊1)は、刑法における過失協働の理論を検討するにあたり、このようなプーリの見解を批判的に紹介する(内田は、共同正犯を単独正犯と同一の原理から眺めようとするプーリのような立場は、共同正犯の特性を無視し、因果関係論において条件説を不当に拡張しようとするのだと主張する)。また刑法における条件説を擁護する岡野(1977, 28)も、プーリの因果関係論が共犯論を前提とした立論であったとする(もともとプーリ説が、当時のドイツにおける革命勢力を抑圧し、共犯論に関する市民的・進歩的な見解を打破する目的で唱えられたと主張する一部の学説には疑問を投げ掛ける)。

(2) RGE 1, 373 事案は、被告人が毒物の入った酒瓶を自宅に放置した過失と酒好きの夫が内容を確かめずに飲んだ過失とが競合して、夫が死亡したというものである。この判決については、林(1986(1), 126)を参照。

(3) 因果的な決定論を貫くと結果の発生は必然的であり、従って結果の発生の「可能性」を云々することは、結果を導く現実の条件の全部を知らないがゆえであるということになりそうである(存在論的知識の欠如)。これが可能性を主観的無知に帰する「主観的可能性概念」であり、プーリの立場はこれに近い。これに対して、新カント学派に属する生理学者であるクリースは、機械的唯物論や実証主義哲学の流れの中で理解可能な条件説に対するアンチテーゼとして「客観的可能性概念」を主張した。すなわち彼は、「一定の諸事情の下で、ある出来事が脱落し並びに発生しようということ、すなわち両者が客観的に可能であろうことは、諸事情の表示が、その中に一般的で、不正確な幾つかの異なった在り方や幅(Spielraum)を含んでいるときは全く維持しうる」として、このような一般的・抽象的な判断枠組みの中では、法則論的知識に基づく「客観的可能性概念」を指定すべしと主張したのである(クリース説については、原文を詳細に訳出する山中1977、思想的背景も併せ分析する振津1979、さらに林1986(2)、1804-1805も参照)。

(4) ポアンカレ1953【原書1908】、72-93; ルエール1993【原書1991】、56-60。例えば、逆にした円錐は平衡点から少しでもズレていれば、すぐ倒れてしまい、そのズレは一定の時間が経過するごとに倍々となる。またルエールによれば、既にデューエムが一九〇六年に、ビリヤード台の玉の軌跡の計算が、初期条件にどうしても含まれる小さいあいまいさによって困難となることを指摘している。

(5) 現在の物理学の有力な見解によれば、量子力学における不確定性原理は、「かくれた変数の理論」によって決定論的に説明することはできず(フアイマン1983【原書1969】、1966, 190)、そこにおいては素粒子の運動の観測や測定結果(波動関数)はまさに原理的に確率的ないし統計的なものとどまっている(なお神はサイコロ遊びをしないとして、このような確率解釈に

強く反対したアインシュタインと、量子力学の確立に大きく貢献したハイゼンベルクとの対話については、ハイゼンベルク1974〔原書1969〕、76-114(参照)。しかしこのことは、科学の理想は因果法則の発見ではないという極論には結びつかないと考えるべきである。並木(1992)が説くように、「不確定性原理と矛盾しないほどほどのところで、……力学系の行動は古典的な決定論にしたがう」(160)のであり、「身近の物体や太陽系の行動は大部分がニュートン力学を中心とする古典物理学によって理解することができる」(66)からである。

(6) ルエール(1993〔原書1991〕)によれば、「今日われわれがカオスと呼んでいるのは、初期条件に強く依存するような時間的发展のこと」であり(90)、主として、大気の乱流をめぐる一九六〇年代以降の物理学上の諸学説によって議論が進展してきた(88-105)。このような中で、今世紀初頭のポアンカレやデューエムの着想の先見性が改めて注目されている(67)——ルエールは、彼らのアイデアが長い間忘れ去られていた理由として、第一に、そのアイデアを生かす道具立てとなる理論が揃わなかったこと、第二に、量子力学の出現により、科学者の関心が長い間そちらに奪われ、古典力学の枠内でのカオスの研究が進展しなかったことを指摘する)。なおこのようなカオス理論は、近年では、いわゆる複雑系(complex system)の科学——生命現象や政治現象なども含めた複雑なシステムに共通する理論を、分析的にはなく構造的に説明しようとする動き——の中で論じられることがある(例えばキャステイ1996〔原書1994〕、田中三彦1996など)。もともとワールドトップ1996〔原書1992〕、「一」は「カオスだけでは、複雑系の構造、一貫性、自己組織的結合力を説明することはできない」と説く)。この複雑系の科学が、法律学を含む社会科学にどのようなインパクトを与えているのかは、興味深い問題である(社会科学が扱うべき社会的諸現象は、複雑系が対象とする自己一環境一組織化現象に外ならないと説くモラン1993〔原書1990〕、23や「自己組織性」を多角的に検討する吉田民人ほか(1995参照)が、しかしここで私が強調したいのは、(複雑系の科学と対置される)古典的決定論が、今日でもなお一定の理論的な有効性を持っているということである。

(7) ルエール1993〔原書1991〕、40-41(「偶然性と決定論のあいだのジレンマは多分にみかけ上の問題だ」)、51-66(なお黒崎(1995)も、カオス理論が「世界に対する完全な予知と制御」という近代のパラダイムから抜け出す視点を示唆している(極めて不安定かつ不確実な結果を扱うから)ことを強調しつつも、基本的にはそれが決定論に従うことを認めている(なお津田1996も「カオスは論理的には決定論的で、現象面では不可能性がある」と指摘する)。

(8) 古くはアリストテレスが「形而上学」の中で、「何人かが木を植えるために穴を掘り、財宝を発見する」事例を偶然ある

いは偶有性の例としてあげている (アリストテレス [384-322 B. C.] 1994, 264-265)。なお九鬼 (1935) は、アリストテレスのあげる事例を目的々積極的偶然 (二つの事象間に目的以外の関係の存することを積極的に目撃する場合) と呼び、屋根から瓦が落ちて軒下のゴム風船に当たるとなるような因果的積極的偶然 (事象間に因果性以外の関係の存することを積極的に目撃する場合) と区別する (88-134)。しかしこの区別は微妙であろう (目的性を有する人間の行動も反復可能性が認められる限度で因果性を肯定できるから。後述四)。またモノー (1972 [原書 1970], 133) は、「完全に偶然的な一致」として因果系列の交叉 (屋根師が落とした金槌が歩行者にあたる事例) に言及するが、ここでの偶然はルーレット遊びのように操作的ではなく本質的であるとす。しかしポアンカレ (1953 [原書 1908], 75, 82) は、この事例も、二つの世界の最初の状況が極めてわずか変化しさえすれば (極めて些細な事情により、歩行者が一秒遅く通るか、屋根師が一秒早く物を落とすかすれば) 因果系列の交叉は起こらないで済んだのであり、この意味でルーレット遊びにおける偶然 (明らかに万事は心棒の回りを回転する針に与える最初の一撃にある) と本質的に変わらないはずであると説いている。本文の以下の記述は、このポアンカレの着想に示唆を得ている。

なお九鬼とモノーの見解については、小林直樹 (1995, 47-53) が解説をしている。

(9) 気象現象における「初期値敏感性」を本質的な予測不可能性と密接させて説く田中三彦 (1996, 29) 参照。また堀米 (1964, 124) は、「歴史における偶然について、二つの因果系列のぶつかり合いという説明だけでは足りず、結局われわれの予見もしくは予測または知識の限界が関係してくると説いている。

なお、前節で取り上げた原因の同時的な競合事例の典型例である車同士衝突事例では、道路上という限られた空間の中で、一定の限度で臨機応変に対処することが可能な (＝初期条件への依存が弱い) 車の運転をしている主体同士がぶつかるのであり、この意味では、加害者と被害者が「偶然に」同一の場所遭遇・接触したとは言いにくいと考える。

(10) もっともヒュームが経験主義をどこまで貫いていたのかについては議論がありうる。例えば Hume (1886a [初出 1739], 423; 訳 (1) 199) は、因果関係に由来し、かつ疑い、不確実性を完全に免れている諸議論というものを措定し、それを立証的知識 (proofs) と呼んでいる。杖下 (1982, 83-84) はこれに着目し、ヒュームの主たる関心は因果的知識の心理発生的説明にあったのであり、因果連関の事実的確実性自体は彼はこれを承認していたとする興味深い見解を唱える。また Hume (1886a [初出 1739], 320; 訳 (1) 41) は、「一方が他方を生み出す力があるとき、両者は原因と結果の関係で結ばれていると捉えているが、大抵は訳註の中で、このことは「ヒュームの〔経験主義の〕立場では厳密には言えないことである」と評

する(註(1) 295、なお 336も参照)。さらに、Hume (1886c [初出1742], 63、註109) は原因の定義として、「ある対象にもう一つの対象が続き、第一の対象と類似の対象すべてに、第二の対象と類似の対象が続く」という恒常的連接の考え方をとることを明らかにしつつ、それに加えて(一七五三—四年に発行されたK版以降では)「もし第一の対象がなかったなら、第二の対象も存在しなかったであろう(if the first object had not been, the second never had existed) 場合の第一の対象」という定義を述べている。これは、まさに本文中で述べる「もし『がなければ』という能動的な問い掛けまたは反事実的条件法であり注目される。これについてフリーユール・ヴィージー(1989 [原書1987], 174) (ヴィージー執筆)は、経験主義に忠実であろうとすれば「ヒュームは後半〔の記述〕を主張することはできないはずである」と批判し、また杖下(1982, 74)は、「己れが下したこの定義に潜むある種の貴重な洞察と含みをヒュームは自覚することなく、自らの著作の中でその方向を発展させることはなかった」としている。

(11) これは、真の原因(地球の自転)が別にあり、一見すると原因と結果の関係にある二つの現象(昼と夜)が、実は双方とも真の原因の結果にすぎないという問題である(Mackie 1974, 33-34, 51-52, 83-85)。なお碧海(1965, 222-223)はこの「昼と夜」の問題を紹介し、ヒュームの規則性説を人知の発展段階との関連で擁護するが、あまり説得的ではないように思われる。受動的観察と既存の知識だけでは因果関係を確認できない場合があることを正面から認めるべきではないだろうか。ヴィージーの言葉を借りれば「もし地球が地軸の回りを回転するのを止めたとしたならば昼夜の継起はなくなるであろう、ということとは、出来事の系列を受動的に記録することによっては見出しえないのである」(フリーユール・ヴィージー 1989 [原書1987], 172)。

(12) 台風の襲来こそが気圧計の針を低下させ、その逆ではないという非対称性が存在することを直視することは、「自然現象には、規則性という認識論的、論理的関係に還元できない」、「自然の側からの強制」と解される他のない『因果的構造』がある(小林道夫 1990, 93; id. 1996, 57 同旨)ことを認める立場(科学的实在論)につながる。またブンゲ(1972 [原書1963], 61-62)も「ヒュームの規則性説は『弱すぎる』として原因と結果との間の産出性を重視し、「この産出性が、原因—結果の結合を本質的に非対称的にする」と説いている。なおこのような立場に対しては言語哲学の影響を受けた科学的相対主義の立場からの批判が存する(小林道夫 1990, 94; id. 1996, 127)が整理し反批判を行っている。しかし本稿では取りあえずは、この科学的实在論の立場——これは少なくとも近代の物理学が暗黙の又は当然の前提としていた立場であると思わ

れる——に従いたい。そして、このような科学哲学的立場を人間相互の「交渉」が問われる場面で相対化する際に、日常言語学派の哲学の動向にも関心を払うことにする(第三章第四節。なお小林説と私のアプローチの異同については第一章第三節註(16)参照)。

(13) ポーム 1969 [原書 1957], 15-18; プンゲ 1972 [原書 1963], 54 (「非形式科学における法則命題は、もしで始まるべきなのである」(傍点は翻訳のまま。なお種村 1994, 125-6 は、現代の因果性論の到達点としてプンゲの見解を肯定的に検討する)。(ウリクト (Wirth) 1984 [原書 1971], 94 「因果法則ないし法則的結合は、幸運な観察を繰り返すだけでは、確認しえない……。『法則をテストにかける』ということが、そこでの問題である」); フリューヴィージー 1989 [原書 1988], 173 (ワイジー執筆) (「われわれは能動的に、可能な因果的説明を考案し、それをテストする実験を工夫し、実験を遂行し、その結果から結論を引き出さなければならぬ。これは、出来事の系列の単なる受動的な記録ではないが、われわれが行っている因果関係の探究の現実である」)。なおポームは、具体例として、湿地帯でマラリアに罹患する人が多い原因として、①湿度原因説と②(「湿地帯に発生する」)蚊(の運ぶバクテリア)原因説が唱えられたが、湿度の有る無し、蚊のいるいないの四グループに分かれて実験が行われた結果、②説が正しいことが確認されたケースを紹介する。

(14) ミルの差異法とは、「研究対象たる現象が生起している一事例と、それが生起していない一事例とが、ただ一つを除いてすべての状況を共有しており、またその一つというのが前者の事例においてのみ起こっているとすれば、この両事例で状況の唯一の違いを作り出しているその一状況が、その現象の結果または原因または原因の不可欠の部分である」(富永 1993, 125-126) というものである。このように、差異法によって原因を探究しうるためには、研究対象たる現象に探求されるべき原因があらかじめ、しかもただ一つ含まれていることが必要である (Salmon 1984, 114-115註 30) が、当該現象の中のある状況(例えばYの過失行為)の原因性を問うという局面では、原因の重畳的競合事例の場合を除き(第一章第三節註(1))、この差異法は有効に機能することになる。

(15) 山本 1985, 122 もっともここで注意すべきは、この反復が本当に将来においても生じるのかはだれも確言できないという点である(例えば地球の自転は明日止まるかもしれない)。この意味で本文で述べた能動的な問い掛けは、因果的な結合を決定的に実証するものではない。(ウリクト 1984 [原書 1971], 93)。従って本文のように古典的な決定論をマクロのレベルでとると言っても、それは(何らかの法則に基づき)未来に対する予測を可能とする、そういうレベルの決定論をとるとい

う趣旨にとどまり、未来の出来事が文字どおり既に決定済みであるという決定論に賛成しているわけではない。もつともわれわれは日常生活においては実践的な決断（飯田1988, 91）をもって当該反復を想定して（明日も地球は自転するだろう）、因果的な結合関係を将来に向かって受け入れようとしている。

(16) 反事実的条件法に関する議論は、一九五〇年前後より主として英米の様々な哲学者によってなされており、また論者の間でも微妙な見解の対立がある。これらを詳細に紹介することは本稿の目的ではない。ここでは以下の法的議論の展開に必要な限りで最大公約数的な議論を紹介するとどめる（E. Nagel 1961; ウリクト 1984 [原書 1971]; 藪木 1973; Goodman 1983; 兩宮 1987などを参照）。

(17) けだし、論理的な必然性を導く論理的な決定論は内容的に空虚であり（山本 1985, 119）、採りえないからである。例えばアリストテレスが運命論の一つとして紹介する「海戦問題」では、明日海戦があるかないかのいずれかであるという同語反復の真理から、実際にどちらが生ずるにせよ、必然的に不可避的に生起することが帰結するとされている（だから何をしてもしようがないと考えるならば、これはいわゆる「忘却者の詭弁」となる）。しかしこれでは具体的に何が生じるかについて一切語っていないことは明らかであり、アリストテレス自身も当該決定論を退けている（以上については山本 1985, 118-119; フリュージャー 1989 [原書 1987], 118-121 (フリュー執筆)を参照)。なお、「あれなければこれなし」という言葉を最初に明示的に用いたと考えられるホップズ（第一章第三節註(15)も類似の議論を行いつつ「明日は雨が降るか降らないかのいずれかである」というのは、必然的 (necessary) である）、「すべての出来事はいかに偶然または自発的であろうとも必然的に生じる」ことを強調している (Hobbes 1841 [初出年不明], 277)。このようにホップズにあつては、科学的事在論(前註(12))が想定するような因果的構造に立脚した必然性の観念をどこまで明確に意識していたのかは、やや疑問である（フリュージャー 1989 [原書 1987], 122 (フリュー執筆); 黒田 1992, 79-80 (「ホップズの決定論は……分かった、空虚な真理に帰着する」参照)）。

(18) 反事実的条件法の検討を行う論者の中でも、例えば Goodman (1983) は「私は因果的なつながり (causal connections) と偶然的な相関関係 (accidental correlations) との区別をあてにしなす」(34, 註71)と述べるなど、ヒュームの経験主義の影響を色濃く受けており（「ヒュームに反対して」帰納法を正当化する問題」に関心を向ける論者」は多くの実りのない議論を呼び起こした」(61, 註107)）、法則的言明と偶然的言明との区別についても、帰納法に基づく予言の妥当性をいかに定義するのかと

いう問題だとし (65: 冊111) 、これを述語の投射可能性 (projectibility) の問題に置き換えて、投射の実践の中で妥当な投射と妥当でない投射とが区別されていくとしている (Ch. 4) 。本稿は、このような経験主義の立場を前提としつつも、しかしそれには一定の限界があることを認め、実験者による能動的な構成を重視する——これが近代科学の発想であり、また(先験的総合判断の次元においてではあるが) ニュートンの自然観や因果律を救おうと努力したカントの、いわゆるコペルニクス的転回(われわれの認識が対象に従うのではなく、逆に対象が認識に従う。三木 1951: 94-95 参照)とも関連している——ものである。このような発想は、反事実的条件法を説く学説の中では、特に藪木 (1973) に示唆を得ている。

(19) ハンソンは、連鎖のアナロジーでは物理学や自然界における因果律を本当の意味では表すことができず、原因語から結果語への推理を行うためには、当該事象が生じる体系の背景や文脈(理論的パターンや情報)の全体の理解が不可欠であることを強調する (Ch. 3) 。しかしハンソンは、本稿が扱うような因果系列の交叉という事態の解明には特に関心はなく(むしろ偶発事象では因果連鎖型の説明が可能である旨を明言する (65: 冊112))——もっともハンソンが因果系列の「交叉」という捉え方をどこまで意識していたのかは明らかではない)、その主張の力点は、原因語と結果語の決定は文脈に依存し(例えば、ある出来事の原因は観察者の立場によって異なる。これは「原因」の選択・抽出に当たり法的判断が働く(本稿第一章第三節註(4)) ことと同種の問題である)、その意味で「理論負荷的 (theory-loaded) 」であると説く点にあった(なおこの点を強調すると註(12) で触れた科学的相対主義の立場に近づく。そして小林道夫 1990: 94 は相対主義者の一人として、言語哲学の影響を受けたハンソンの名をあげている。なおポストモダンリズムの観点から理論負荷性に着目する和田 1996: 87 参照)。本稿の記述は、ハンソンの着想にあくまでヒントを得たものにとどまることを、ここで確認しておきたい。なおネットワークと同趣旨の語は、社会学の場面でも用いられる(例えば、部分の全体に対する貢献を主張する機能主義に批判的なエアラス 1994 [原書 1970] は、諸個人・諸集団・諸国家による相互依存関係に着目し、この形成過程を *verticality* と表現し、因果連鎖によってではなく内在的な関係構造の動態に基づいて社会の発展を捉えようとする) が、ここでは人間の社会的行為を因果関係概念で把握できるかという問題は考察せず(これについては人間相互の「交渉」事例を扱う第三章第四節参照)、自然界の因果律のレベルの問題に限定して論を進める。

(20) 小澤 1992、小澤 (1992) によれば、アメリカの鉄道は、一九世紀の前期までは州政府によって建設されたが、一八五〇年代に鉄道業は、当時の自由企業礼賛の風潮と州政府の経営の困難によって私企業の形態に転換し、特に南北戦争後の

鉄道会社は地域の政治・経済と密接な関係を持ちつつ、大幅に資本を集積し経営を拡大した(7-8)。

(21) 公共運送人の責任の歴史については、Holmes (1963 [初出1881], Lecture V (特に154-162))とBeale (1897)を参照。ホームズによれば、公共運送人の責任は、中世のコモン・ローにおいてすべての受寄者に共通した厳格な責任が、公共的な職業に従事する者と明示の引受をなした者とのみ残存したものである。これに対してピールは受寄者の責任一般が、かつて厳格な責任であったと言えるのかについて疑問を提示する。

(22) 公共運送人の厳格責任を正面から論じ、確固たるものとした判決として名高き *Forward v. Pittard* (1 R. 1785) の Mansfield 裁判官は、「王国の慣習、すなわちコモン・ローによって、運送人は、この一〇〇年間のすべてのケースで、契約責任(適切な注意と慎重さが求められる)以上の責任を負うてきた。すなわち運送人は保険者の性質を有している」と判示する。なお七で取り上げる Thomas 判決の判旨④参照。

(23) 公共運送人の責任を傍論ではあるが明確に議論し、前註の *Forward* 判決に影響を与えた *Coggs v. Bernard* (1d. Baym., 1703) の Holt 裁判官は、「公共運送人が不可抗力と国王の敵以外のすべての出来事に対して責任を負うのは、法政策 (policy of the law) によって考案された政治的取り決め (political establishment) である」と判示する。

(24) 註 (22) の Mansfield 裁判官の判旨や職業の公共性に着目する註 (21) の Holmes (1963 [初出1881]) 参照。なお *Tobiner & Grodin* (1967, 1249-1254) は、「このような身分に着目するコモン・ローの伝統的な責任法理(外に鍛冶屋、食品の売り主、獣医、洋服屋などが、中世の時代には当事者間の合意や過失と離れた厳格な責任を負うていた)は、公共運送人と宿屋の主人の責任という限られた例外を除き、近世に入り一旦は衰退に向かったが(メインの言う「身分から契約へ」、社会の産業化や他者との共存の必要性の高まりによって生じた経済的・道徳的不正義(個人主義を基調とする法理論と社会の現実とのギャップ)は正のために現在再び脚光を浴びるに至ったことを強調している(なお *Rinalta* 1970も、新「身分的」アプローチでネグリジェンス法に伝統的な「関係」的な性質を見直し、カリフォルニア州の近年の動向を検討している)。

(25) 何をもって運送人を免責する不可抗力と考えるのかは一つの問題であるが、一般に不可抗力は、人間の支配を全く超え人間の行動や過失と無関係な不可避の自然現象だと解されており (*Dibble v. Morgan* (U.S., 1873) など)、人為的な原因に基づく火災は含まれないとされている(註 (22) の *Forward* 判決の外、*Merchants' Despatch Co. v. Smith* (Ill., 1875) など)。従って本文で取り上げる *Hernsheim* 判決や次註の *Condict* 判決など火災によるXの荷物の焼失が争われた事案では不可抗力とい

う言葉は用いられていない。

(26) この外、火災による免責条項の適用の有無が争われた *Condict v. Grand Trunk Ry.* (N.Y. 1873) も *Michaels* 判決に賛成し、Yの運送の遅滞は不合理であり、その fault が Xの損失(遅滞中の火災による焼失)に寄与したことを理由にYの責任を認めている。

(27) なおイギリスの関連判例に、*Davis v. Garrett* (Bing. 1830) (Y船が通常の航路を外れた間に暴風雨に見舞われXの荷物が損傷した事案でX勝訴)がある。もつとも、この事案は本文中で紹介したケースと異なり、*but for* テストが成立するかは微妙なケースであった(判決は、航路を外れていなくてもやはり暴風雨に遭遇したであろうとするYの主張を容れている)。しかし判決は、「同一の損失が生じたに違いない (must have happened) と言えない限り、不法行為者は自己の不法を割り当て又は制限することはできない」と述べてXを勝訴させている。

(28) *RGZ 81, 359* (平井 1971, 51-52 参照)。判旨は「二八日の航海が二九日に延期されたことよって(はしげが大嵐に遭遇するという)危険が増大したかということが問題となり、この問題は、一般的経験に基づいて見れば肯定されるべきである」と述べ、一〇月の終わりの好天の日に航海をすぐ始めれば、たとえ天気予報が翌日も好天だと言っていたとしても、好天に恵まれる見込みはより多いと判示している。このように因果関係の相当性を極めて広く解する立場は、コモン・ローのような政策的・実質的判断とは異質であり、むしろ裁判官が具体的な事情を勘案することをできるだけ排除しようとする完全賠償の原則の影響を受けたものと考えられている(平井 1971, 55-56。なお一参照)。

(29) 近因理論の歴史をたどる *Kelley* (1991) によれば proximate cause という言葉および考え方をネグリジエンス法で明確に用いた判決は、アメリカでは *Harrison v. Berkeley* (S.C. 1847) を嚆矢とするようである。この判決は、Yが州法に違反して奴隷Aに酒を売ったところ、Aが酒に酔い路上で凍死したというケースで、Aの所有者からの請求を認めている(損害はYの過失の自然な結果であり、また奴隷の意思は子どもの意思と同様に弱い (feeble) ものだから予見可能だったとする)。このように奴隷や子どもなど無能力者の行為が介在して損害が展開するという事例は多く存在し、近因理論の一つの類型を形成している。例えば、イギリスの *Lynch v. Nurdin* (Q.B. 1841) (Yが子どもたちの遊んでいる場所に馬車を放置) やアメリカで一九世紀後期から問題となった「転車台 (turntable) 事件 (*Sioux City & Pacific R.R. v. Stout* (U.S. 1873) がリーディング・ケース。Y鉄道会社の転車台を付近の子どもXが動かし足を切断。Xは不法侵入者 (trespasser) であるが、判旨は、転車台の危険性、子

どもの接近の予見可能性、低廉な事故回避費用（転車台に通例のように鍵を掛ければよかつたことなど）を指摘しXを勝訴させた）の外、八で紹介する Pitsburg Reduction Co. 判決もそうである。

論 (30) 相異なる州の市民間の訴訟は連邦裁判所に係属する（合衆国憲法第三編一節一項七号）。

第五節 リーガル・リアリストらによる「区別」論の意義

一 本節では、二〇世紀の始めごろよりアメリカで盛んとなったリーガル・リアリズムにくみすると考えられる論者が、事象的因果関係と賠償範囲の問題を「区別」して論じるべしと提唱したことの持つ意義を探りたい。なおここでは、そもそもリーガル・リアリズムとは何であったのかを直截に論じる余裕はない。リアリズム法学の内容は実に多岐多様であり——指導的なリアリストと目されているルウエリン (Llewellyn-1931, 1233) の言葉を借りれば、リアリスト学派と呼ばれるものは存在しない——、その捉え方は論者の関心により様々だからである。ここでは、その多様な動きに関心を持ちつつも取りあえずそれを背景に置き、一九世紀までの因果関係概念に対し新しいアプローチを試みた動きに専ら着目して、議論を進めることにする。

二 従来の因果関係概念を最初に攻撃したのは、ニコラス・グリーン (Nicholas St. J. Green-1954 [初出1870・再録1933]) であった。彼は一八七六年に四六歳の若さで死亡した後、一九三三年に論文集が刊行されるまで長い間注目されず——この理由の一つにハーバード・ロー・スクールの講師時代に発表した一八七〇年の論文が無署名だったことがある

うが、もう一つはグリーンがリーガル・リアリズムの発想をあまりに先取りしていたことがあげられる。Patterson (1953: 476) の言葉を借りるならば、「もし半世紀遅くに生きていれば、彼はリーガル・リアリストと呼ばれた」と考えられる⁽¹⁾。二〇世紀初期のリーガル・リアリストらに与えた影響は少なかつたと言われている⁽²⁾。しかし、ホームズらが参加するメタフィジカル・クラブ⁽³⁾の一員であつた彼の議論は、法は一つの科学であると考へたリーガル・サイエンスの立場と、その後のリーガル・リアリズムの考へ方を併せ持つものとして示唆に富み、参照に値する。

N・グリーン (1954 [初出1870・再録1933]) によれば、①「法においては遠因ではなく近因が注目される」というペーコンの第一格率 (第二節一) は、「法が科学として完成されるべきなら、法の解釈は確実であるものを扱わねばならない」という一般な真実を述べたもの (これは、明白かつ必然的に結果を伴う近因に関する知識こそが真の知識だというスコラ哲学の思想を前提する) であり、これを裁判所が具体的な解釈を導くために準用したことに近因理論の混乱の発端があつた⁽⁴⁾ (453-459)。そして、②近因理論が前提とする因果の連鎖 (chain of causation) という発想は自然界には存しない作り事であり、現実にはただ一つの決定因 (determinate cause) から他の原因が次々と連鎖していくのではない。真の原因は、結果に対する前件の全体 (whole set of antecedents) であり、特定の目的のために原因が探求される場合は、その目的の範囲内にある前件が抽出され原因と呼ばれ、他の前件は無視され又は条件と呼ばれる (460-461)。③自然科学で探求されるべき近因とは、ある結果との関係で真の近因というものではなく、知りうる限り最も近い原因 (例えば体の動きの原因をさかのぼると、筋肉、神経を経て取りあはず脳的作用に行き着く) という意味を持つているが、法の世界では、各当事者の権利と責任を決定するために、原因の探求がなされる。近い又は遠いという用語の意味は、この目的に照らして伸び縮みするのであり、時間もしくは空間または科学もしくはは論理とは関係がない (461-462)。④ネグレジエンス法において、被告は自分の違法行為 (misconduct) の自然で蓋然的な結果について責任を負い、当該違法行為は、

慎重に予見すれば避けることができた当該結果の近因と呼ばれる。近いと呼ばれる損害は、被告の違法行為や軽率さや気ままさの程度に応じてしばしば変化する(463)。

今日ではN・グリーンは、ホームズと並び、科学的に整序された法分析の手法を通じて普遍性・確実性・客観性を追求するリーガル・サイエンスの立場を代表する論者として認識⁽⁵⁾されている。たしかに、彼は法を確実性を求める科学として完成することに好意を示すかのごとくである(①)。しかしこの論文は、近因あるいは因果の連鎖という既存の抽象的なドグマの妥当性を科学とは無関係な文脈の下で再考することに力点を置き(③)、そこから得られる結論もまた予見可能性や被告の態度に応じて個別的なものとならざるをえないことを承認している(④)。これは賠償範囲の問題が高度に個性的で文脈依存⁽⁶⁾であることを反映したものと考えることができるが、少なくともこの問題に関するN・グリーンの主張は、リーガル・サイエンスの立場を踏み出し、問題の個別性や多様性を直視するリーガル・リアリストらの見解の先駆けとなるものであったと言えるだろう。

しかし本稿が注目する「区別」論に関しては、N・グリーンの見解ははっきりとしない。まず彼は *Jefferson* テストには一切言及していない。もつとも見解②は、(引用はないが) J・S・ミルの『論理学体系』の影響を受けていることは明らかである。すなわちミルは、真の原因は、それがなければ、(but for which) 結果が発生しなかったであろう前件の総体 (the whole or set of antecedents) であるとした上で、哲学的に言えばこれらの中から一つだけを選んで原因という名前を付すことはできないとしつつも、現実には、直接の会話 (immediate discourse) の目的に従って、当該諸条件の総体から特定の条件が抽出されると説いていた (Mill-1973 [初出1843], 327-334) のである。従って、N・グリーンも、原因が抽出される前件の総体の中の各条件が、それぞれ結果に対して、あれなければこれなしの関係にあることを(暗黙裡に)承認していたと想像できる。しかし彼にとつては、諸条件の総体の存在は当然の前提であり、むしろ見解

の主眼は、当該総体の中から法的な観点に従って近因が選択されるという点にあった。⁽⁷⁾従って、Yの過失行為のみに焦点を絞り、それと結果との間の事実的因果関係を *but for* テストによって確証ないし主張する(前節三・四)という現実の裁判過程は、特にこれを意識していなかったと言わざるをえないのである。なお、N・グリーンがわざわざ自然科学の議論を参照するにもかかわらず、自然科学上の近因理論⁽⁸⁾——これは当時の自然哲学上の有力説と同一である——を法的な世界の近因理論と対比するにとどまり、因果法則や原因の証明や発見の手續に無関心であったことも、このような流れの中で理解することができらるだろう。それまでの近因理論を最初に批判したことでは知られるこの論文は、事実的因果関係との「区別」論を主張するものではなかったと考えられるのである。

三 今世紀に入ると近因理論は様々な論者によって検討されるようになった。まず、レオン・グリーン (Leon Green-1927) 以前の主な学説として、ボーレン (Bohler-1901)、スミス (Smith-1911~1912)、ビール (Beale-1920)、エジャートン (Edgerton-1924)、そしてマクローリン (McLaughlin-1925) の各説を見ることにしよう。論者の見解は、一部錯綜している部分もあり全体の要約は困難だが、「区別」論に着目するならば、大きく次の二点を指摘することができるだろう。

第一、これらの論者は、程度の差はあるがいずれも**具体的な判例を素材として**、**損害類型に**⁽⁹⁾**応じた、近因に関する判例の準則を抽出しよう**と試みている。これはN・グリーンには見られなかった態度である。例えば、スミス(1911~1912)——彼の議論は一九二〇年代までの近因に関する議論の出発点ないし叩き台となった——は、近因に関する**一般的な準則を多くの判決理由から帰納的に抽出することを重視して**——これはリーガル・サイエンスの方法論に近い——、「**実質的要因 (substantial factor) ルール**」⁽¹⁰⁾を提唱したが、そこでは七つの「**補助的な準則**」をあげて場合分けを行って

いる(311-314)のである(これは問題の多様性を重視するリーガル・リアリズムの思考様式——「多元主義への回帰」こそリーガル・リアリズムの一つのキーワードであった⁽¹¹⁾——と言えよう⁽¹²⁾)。すなわち——、

- ① 実質的要因とは因果関係のある前件 (causative antecedents) の中で、実質的な部分を占めるものを言う。
- ② Yの不法行為が実質的要因であるためには、その効果が、損害発生時まで、または損害を直接に発生させる最後の活動的で加害的な力 (final active injurious force) を始動させる (set in motion) まで、はつきりと継続しなければならぬ。

③ Yの不法行為は、もしYの不法行為がなくても同じ結果が生じるなら、法的原因とは考えられない。この例外は、二人の不法行為者が同時かつ独立に作用し、各不法行為がそれだけで損害結果をもたらすのに十分な場合である。

④ Yの不法行為の遂行 (commission) がなければ (but for) 損害は生じなかつたであろうという事実は、法律問題として、Yの不法行為が損害の法的原因であつたという結論を必然的なものとはしない。この事実は一般に因果関係の存在を立証するために不可欠の要素ではある。しかしそれは唯一の「責任」要件ではない。

⑤ ②が満たされなくても、Yの不法行為が、最後の力の作用から生じる損害をXが被るようになる実質的な要因であればYは責任を負う。

⑥ 最後の活動的で加害的な力が、(Yと共同して行為していない) 第三者の不法行為によるものであつても、またはそれによって始動するものであつても、Yは必ずしも免責されない。

⑦ Yが特定の結果を予見または意図せず、またそれがありそうもないことだということは、必ずしもYを免責するものではない。

第二に、「but for」テストに言及する三人の論者(スミス、エジャートン、マクローリン)はいずれも、近因探求の

際にまず最初に当該テストが行われるべきこと、すなわち「區別」論の一側面である「put for」テストの先行性（第一章第三節一）をあらゆる損害類型において積極的に主張していたわけではないことに注意すべきである。また因果関係は事実の問題であり、賠償範囲はそれと異なる法的・政策的判断によつて決定されるという考え方——「區別」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）——も、すべての論者がこれを探っていたわけではないのである。この第二の、「先行性」と「二元論」に関する点は、「區別」論の射程に直接関連し、本稿の議論にとつて重要と思われるので、以下ではこの点を、三人の学説に沿つてやや詳しく考察することにしよう（四・五）。

四 まずスミス説から検討しよう。スミス（1911～1912）はPittsburgh判決（一九〇八年。前節八参照）などに注目して、「Put for」の要件は、一般に不可欠だが唯一の責任要件ではないと解している（上記の補助準則④）——この言明は当該テストの先行性を一般に承認することとくである——が、準則④及び当該テストに関するもう一つの準則③は、あくまで他の準則と並列的に取り扱われているにすぎないことに注意すべきである。これはスミスがまず何よりもYの不法行為の「力」の作用に着目して、それを近因理論の出発点に置いている②こと——この視点は、Yは自己の不法行為の蓋然的な結果ではなく自然な結果に対して責任を負うべしとするボーレン（1901）に由来し、ビール（1920）（後述五）に受け継がれている——、そしてスミスのあげる補助準則の想定している損害の類型が互いに異なっていることに由来するものと思われる。

すなわち、準則②でスミス（及びボーレン）が主として念頭に置いていたのは、Yの不法行為の結果が不法行為時に存する状況に物理的に連鎖・波及して、最終的にXに損害を及ぼしたケース（以下これを物理的連鎖事例という）であった。この物理的連鎖事例に関する判例・学説の動きについては次節で整理するが、その要旨を先取りするならばこう

である。すなわちこの類型の具体例としては、Yが動物を刺激した場合の外、Yが自動車や列車を不注意に運転して連鎖的な交通事故を招いた場合やYの失火（原因は自動車または汽船の煙に含まれる火の粉であることが多い）による延焼事例などが含まれる。このように物理的連鎖事例は自動車・列車・汽船のように危険度の高い交通機関の發達に伴い、（主に一九六〇年代ごろまで）判例をにぎわしたものであり、判例の大勢はYの責任を予見可能性の有無にかかわらず肯定していたのである（例外的に社会政策的な配慮を行い、または損害の生じ方によってはYの過失もしくは不法行為の成否自体を問うことにより責任を制限する判例がある）。そしてここでは「but for」テストによつて事象的因果関係の存否を問ひ、その上でそれと「區別」された賠償範囲の問題を扱うことは特に重要な意味を持たないと考えられる。なぜならミスがYの不法行為の「力」という言葉を再三用いて強調するように、Yの不法行為の結果はまさに、反復可能性のある物理的法則の適用を通じて連鎖的にXに波及しているのがこの事例の特徴であり——従つて当該物理法則に支えられた個別の事象的因果関係の存在は自明である——、しかもそれが責任の一つの根拠付け（＝賠償範囲の決定事由）となっていることが多いからである。例えば *Isham v. Dow's Estate* (Vt., 1898) は、YがXの飼ひ犬を面半分に撃つたところ、傷ついた犬がXの家に走り込みXを負傷させたケースで、「Yの行為によつて犬は荒々しく動きはじめ、その動きは他の作用の介在なしにXの負傷まで継続した」ことを理由にYの責任を認めている。

これに対して準則③でミスが注目した判例は、いわゆる「不作為」の不法行為事例（詳しくは第三章第二節で検討する）であつた（なおミスが例外としてあげる重疊的競合事例の検討は省略する。第一章第三節註（1）、第二章第一節註（3）（参照）。ここでは、危険を伴う業務を行うYが法令等によつて定められた行為義務を怠つている場合が多く、現代的な重要性を持つ不法行為類型と言え、この類型の特徴は、もしYが作為義務を懈怠していなければ損害が生じなかつたといえるのかが一見して明白とは言えず、事象的因果関係の存否が主要な争点となることが多いという点にある。

さらに、準則④を導くに当たりミスが注目した *Pittsburgh* 判決は、Yの管理すべき危険物（雷管）が第三者を介してXに損害を与えたという類型——ここでは準則⑥が妥当する——にも属している（準則⑥では外にも、公道に停車した鉄を乗せたトラックが問題となった *Lane v. Atlantic Works* (Mass.: 1862) などが参照されている）。ここで損害発生局面に注目すれば、当該危険物の物理的な効果（雷管の爆発やトラックの荷崩れ）がXに損害を与えたのだから、Yの管理義務違反とXの損害との間に「あれなければこれなし」の関係を認めることは（管理義務の懈怠という点から不作為不法行為事例に分類しうるにもかかわらず）一応可能である⁽¹⁵⁾。しかし「あれなければこれなし」の関係が認定されても、第三者の介在の仕方によっては、Yを法的に非難しえない場合が出てくるのであり、これが準則⑥で重要な争点となることが多いのである。例えば前記 *Pittsburg* 判決は、子供の雷管の保持を両親が黙認していたことを理由に因果関係の切断を肯定する。これに対してYがトラックを放置している間に第三者がトラックの荷崩れを引き起こしXを負傷させた *Lane* 判決では、第三者の介在にもかかわらず、荷崩れの子見可能性を理由にYの責任が肯定されている。このように、準則⑥では、事、実、的、因、果、関、係、の、成、立、に、も、か、か、わ、ら、ず、賠、償、範、囲、が、制、限、さ、れ、る、べ、き、か、ど、う、か、が、大、き、な、問、題、と、な、る、と、い、う、意、味、で、前、節、で、取、り、上、げ、た、自、然、現、象、の、偶、然、的、介、在、事、例、と、同、じ、く、事、実、的、因、果、関、係、の、持、つ、先、行、的、な、役、割、が、浮、き、彫、り、に、さ、れ、て、い、る、と、言、え、る、の、で、あ、る。

このように、事、実、的、因、果、関、係、の、問、題、が、賠、償、範、囲、と、密、接、し、て、い、る、類、型、事、実、的、因、果、関、係、の、探、求、が、中、心、的、な、争、点、と、な、る、類、型、事、実、的、因、果、関、係、の、成、立、に、も、か、か、わ、ら、ず、賠、償、範、囲、を、制、限、す、べ、き、か、ど、う、か、が、争、わ、れ、る、類、型、と、Yの帰責にあたり事実的因果関係の持つ意味合いは様々であることを、ミスは判例の具体的な検討を通じて敏感に感じ取っていた——だからこそ“*put for*”テストの先行性を特に強調しない——と考えられるのである。またYの不法行為の「力」の作用を近因理論の出発点としていることに象徴されるように、事実と政策との二元論に関する強い意識もミスには見ることが

できない。⁽¹⁶⁾しかし、「Yの行為の因果『力』がXの損害という結果にまで到達している、だからYは責任を負うべし」という説明は——たしかに事実と政策とを区別しない、この意味で比喩的なものと言えようが——、少なくともわれわれの素朴な帰責感覚には合致しており、⁽¹⁷⁾また科学的实在論(前節註(12))——本稿は取りあえずこの立場に従っている)の立場とも整合的である。しかも物理的連鎖事例で当該「力」の作用を帰責事由と密接に関連させる判例が現に存することは前述のとおりである(前記Griggs判決。なお次節も参照)。賠償範囲について初めて本格的に論じたスミスが、「區別」論に足を踏み入れつつも、それを貫徹しなかったことは、このように十分に理由があり、また理解しうるものであった。

五 次に、スミス説の外に「Put for」テストに言及するエジャートンとマクローリンの見解を検討しよう。

まずエジャートン(1924)は、近因に関して原則として予見可能性説をとり(352——これはTerry-1914の影響を受けている)⁽¹⁸⁾、スミスの準則②を発展させたビール(1920)の見解を批判する。ここで批判されているビールは、⑧「他のいかなる力の介在なしに結果をもたらす活動的な力は、結果の直接的な原因である」というテーゼを基本に据え(⑨)——物理的連鎖事例の一例である延焼事例などを想定している)、そのバリエーションとして、⑨ Yの行為がYの行為後に介在する活動的な力を作った事例(Yの撃った動物がXを押し倒した場合、Yの作った危険に対するXの救助活動、XがYにより受傷した後の医療過誤など)(646-650)でもYの責任を肯定する。これに対してエジャートンは、Yの不法行為の後、通常ではありえない事態が生じてXがさらなる損害を受けた架空の事例(Yによって負傷したXが入院中に、看護婦と恋に落ち、それを知った看護婦の夫がイライラのあまり向こう見ずな運転で病院に駆け付ける途中、退院してきたXをひいた)を想定し、ここでは「Put for」テストは成立するがYの責任は後続損害について否定されるべしとしてビール説⑨に反対

するのである (324)。このように現実には争われそうもない出来事の連鎖事例をあげると *put for* テストの先行性は一見受け入れられやすい。しかしピール説^⑨においては、介入する第三者ないし X 自身の活動が、Y の起こした危険に對し通常ありうべき反応をしており (もつともこのような説明をピールは明示的にはしていないが)、エジャートンのあげる想定例はピールへの十分な批判とはなっていないように思われる。また当該想定例のように、第三者の自由な行動が介入したときに、そもそも *put for* テストが成立するのか自体、大きな問題と言える (第三章第四節)。しかもエジャートンは当該テストをあくまでピールに反対するために援用するにとどまり、特にその先行性を一般に承認する趣旨であったと考えることもできないのである。

もつともエジャートンが、法的原因は当事者間の公平や社会的な利益に資する正義の観念によって決定されると説き (348-352, 366)、第三者介入事例などの場合に現実の原因 (*actual cause*) を与えた者が必ずしも全責任を負うとは限らないとしている点は注目される。すなわちエジャートンは、「区別」論のもう一つの側面である事実と政策との二元論については、これに否定的な態度を取るものとは解せられないのである。

この最後の点に関してエジャートンの立場をさらに押し進めたのが、マクローリン (1925) である。マクローリンはまず、因果関係 (*causation*) は事実の問題であるのに対し、賠償範囲の問題は正義と公平の観念が関連する法律問題であるとして、二元論の立場をとることを明言し (155)、さらに近因という用語が本来意味すべきものを超えて過度に使用されている (*overwork*) のは好ましくないという視点から、Y に義務違反がない場合、X に寄与過失がある場合、または事實的因果関係が存しない場合は、そもそも近因という言葉を用い (て責任を否定するべきではないとして、近因という言葉が持つ含意のスリム化を企図する (151-152))。そして賠償範囲の問題について、一方で物理的連鎖事例で (ボーレン、スミス、ピールらの説くように) Y に全部の責任を負わせるべしとするが、その理由としてこれまで

の論者のように比喩的な「力」の観念に訴える——これが事実と政策との二元論を遠ざける大きな原因であった——のではなく、「何かを始めた者は始めたことについて責任を負う」というのが正義の観念に合致することを指摘し(156)、他方で自発的行為が介入する場合には、その介入の蓋然性がYの不法行為によって増大したのならYは責任を負うべし(169-175)（ビールと結果はば同旨か）などと説くのである。

しかし「but for」テストの先行性については、マクローリンは次のように主張する。すなわち、事実的因果関係(cause in fact)は近因の問題を提起する前に扱わなければならない(=「but for」テストの先行性)とし、しばしば言われている(これはTerry-1914.16が、「もしある結果が、そもそもある原因の結果でなければそれは当該原因の近い結果ではない」と述べたのを彼が敷衍したものである)が、このことはアカデミックな分析のための方法論としては賛成できるが、現実の訴訟では必ずしもあてはまらない、従って仮に因果関係の遠さが証明されれば、事実的因果関係の探究は不要である(156)とするのである。

このようにマクローリンは、「but for」テストと賠償範囲に関する準則とを二元的に區別し、近因という言葉を後者の意味に限定して用いる姿勢を明確にしつつ、帰責を導く実際の過程においてはその適用の前後は問わず、両者を並列的に取り扱っていたと言えるのである。

六 さて、以上のような学説の議論とレオン・グリーンの見解とはどのような関係にあるのだろうか。

L・グリーンは、従来ほどの論者よりも裁判官と陪審との役割分担を強調して(特にGreen-1930b)、裁判所が判断すべき義務の範囲と陪審が判断すべき過失の問題とを峻別する⁽²⁰⁾。その上で、義務の及ぶ範囲(保護範囲)内にXが損害を被るリスクが存したのかという新しい観点に立ってYの帰責の有無を決しようとした(duty-risk分析)。そして彼はこ

の視点に基づき、従来の近因理論に見られる不毛の形式主義——causation という言葉を不必要に用い、原因と結果が「近い」か「遠い」かを問う考え方——を具体的な判例分析を通じて批判したのである。ここには、N・グリーンの近因理論批判(もつともN・グリーン説は引用されていない)や近因という言葉が過度に使用されているというマクローリンの視点との連続性や共通性が感じられる。しかし、L・グリーンは右で検討してきた論者と大きく異なり、従来の判例を自己の分析視角から批判することには熱心であったが、近因理論に代わる具体的な定式を作り上げることは終始(一九六〇年代の著作に至るまで)懐疑的であったことに注意すべきである。すなわちグリーンは、保護範囲の決定の際には合理人の子見可能性はほとんど重要性を持たず、⁽²¹⁾判決の基礎には常に、裁判所が訴訟当事者以外の人々の福祉についても広く考慮して行う政策的判断があると解しており、⁽²²⁾従ってその判断の定式化は不可能であると考えていたのである。⁽²³⁾このようなグリーン⁽²⁴⁾の発想は、リーガル・リアリズムの一内容たる準則懐疑主義(rule skepticism)を徹底したものと位置付けることができるだろう(もつともグリーン自身は自らをリアリストとは考えていなかったようである⁽²⁵⁾)。

それでは事実的因果関係に関する彼の立場はどうであったか。グリーン(1927)は、因果関係(causal relation)はすべての法的責任に共通の普遍的な(universal)要因であり、またこれは自然現象(natural phenomenon)であり形而上学的なテストには服さず、陪審が常識または科学的な探究によって決定すべき事実問題だとする(130)。保護範囲に関する右の議論と併せ、まさにグリーンは二元論をとっていると言えるが、しかしここで興味深いのは、グリーンがbut for テストをとらず、Yの行為が結果の発生に実質的に(substantially or appreciably)寄与していたかどうかを直截に問うべしとして、スミスの主張した実質的、因、準則を(スミスとは異なり事実的因果関係のみを知るために)いわず借用している点である(134)。グリーンが事実的因果関係を事実問題だとしながら、あえてbut for テストをとらなかつた理由は必ずしも明らかではないが、さしあたり次の四点を指摘することができる。①まずグリーンは、結果

の発生には常に複数の原因があることを強調する。そしてこの原因の複數性のドグマの帰結として、Yの行為が複數の原因の中で実質的な役割を示していたことを（Yの責任要件として）要求するのである（134）。②しかし、この実質性の判断は法的判断ではないのかという疑問がわくが、グリーンは例えばYがXに軽い打撃を与えたところXが重篤な症状を呈した事例をあげて、Xの打撃が実質的要因かどうかは科学的、事実の問題なのだとする（144）。ここには医学的な判断を自然科学上の判断と同視し——しかしこれに対しては、医学（特に病変論）と自然科学（的手法に基づく因果関係論）とは本質的に相容れないのではないのかという疑問が提出されよう——、しかも、それを法的結論に直結することによって、独自の法的判断を回避しようとするやや偏狭な態度を見て取ることができる。③またグリーンは、Xの利益がYの違反した準則の保護範囲内にあることを比較的安易に認定し、問題の多くを実質的要因の有無のレベルで論議しようとする傾向がある（145）。これはグリーンが保護範囲の定式化をしようとしないうことの反面とも言えるが、この結果、②のような「科学」的判断を伴わない場面では、やはり法的な判断が実質性判断に混在せざるをえなくなり、またその混在を可能とする枠組みとして実質的要因準則が現実機能していたように思われる。またこのことの帰結として、実質性判断と *prima facie* 分析とはしばしば併存的に行われ、実質性判断の先行性も特に主張されていない。④この外——これは六〇年代からの論文で顕著であるが——、グリーンは不作為の不法行為事例で「あれなければこれなし」の判断に政策的判断が介入することを嫌い、不作為事例においてもY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問おうとしている。これは③とは対照的に、当該準則を事実のレベルで機能させることを企図するものだが、この当否は第三章第二節で検討することにしよう。

七 このようにグリーンは立場はやや複雑であり、また必ずしもその実質において「區別」論を貫徹しているとは言え

ない側面がある。しかしグリーンが、いわば一つのスローガンとして、賠償範囲（保護範囲）と因果関係の問題が、裁判官が判断すべき法律問題と陪審が審理すべき事実問題とに「区別」される（これは五で検討したマクローリンの立場を裁判官と陪審の役割分担という観点から発展させたものと言える）ことを繰り返して説いたことのインパクトは大きかった。

これは、アメリカの法文化に陪審制度が根付いていたことや、賠償範囲に関する彼の *cause-in-fact* 分析が——その有用性はともかく——斬新で裁判官の判断過程の一面を鋭く言い当てていたことなどによるものか思われるが、いずれにしても、賠償範囲と因果関係の問題が二元論的に「区別」されるべしというグリーンの主張は、その後の三〇年代から四〇年代にかけての、ハーパー (Harper 1933) やプロッサー (Prosser 1941) らの体系書に取り入れられるなどして大方の支持を得るようになった。

もっともハーパーとプロッサーは二元論をとる点ではグリーンと共通するが、次の点ではグリーンとは異なる立場であったことに注意すべきである。まず①賠償範囲については、物理的連鎖事例や原因が介在する場合など、具体的な類型に応じたより明確な準則の定立を試みている (Harper §111-129; Prosser §48-49)。また②事実的因果関係について原則として *but for* テストを採用する (Harper §109; Prosser §46)。この①②の態度はグリーン以前の学説の大勢と共通している。さらに③ハーパーとプロッサーは、不法行為法の体系的記述をおそらく重視して *but for* テストの先行性を次のように説いたのだった。すなわち、「近因つまり法的原因は事実上の原因の限界を画するもの (delimitation) であり」(Harper §110)、「*but for* 準則はせいぜい責任排除 (exclusion) の準則である。すなわち Y の過失がなければ (*but for*) 当該出来事が生じなかったとしても、Y に責任があるということはまだ帰結しない。けだし因果性以外の諸考慮がまだ議論されずに残っており、それが責任を妨げるかもしれないからである」(Prosser §46)。

このように、①②によって従来からの学説との整合性を確保しつつ、当時の耳目を集めたグリーンの二元論に関する

スローガンを取り入れ、かつ③によって体系的な記述を志向した両者の見解は、いわば一つの理念型として影響力を持つことになったのである。しかし、このようにしていったんは成立したかに見えた「区別」論は、その後の論者による批判の中で揺らぎ、それに伴って、因果関係概念や帰責論について新たな展開が生じている。これについては第三章で考察するが、われわれはその前に、物理的連鎖事例で一部のリーガル・リアリストが「二元論」をあえて強調しなかったこと(本節四)の意義を振り返り、「区別」論に当初から内在していた限界ないし問題点についての検討を次節で行うことにしよう。

第二章第五節 註

(1) なお Horwitz (1992: 55, 63, 註68, 78-79) は、N・グリーンの時代と異なり、リーガル・リアリストたちの時代には、ハイゼンベルクの不確定性原理が提唱され(一九二七年)、自然科学においても因果関係概念は大きな挑戦を受けていた、従って法律学における近因理論の見直しも受け入れられやすかったのでは、と推測する。不確定性原理はあくまで量子力学というミクロのレベルで決定論的世界観を見直すものであったと考えられる(第四節註(5))が、不確定性原理が提唱された当時のインパクト(なお戦間期の不安定な社会や哲学と量子力学との相乗的な関係についてはフォイヤー 1977「原書 1974」を参照)を考えると、一つの時代背景としてホーウィッツの見解は理解できる。

(2) Robertson (1978: 410)・Horwitz (1992: 54, 註66) など。もっとも N・グリーンの見解(のうち本文二①で紹介した部分)は Smith (1911, 105 n. 5) に引用されている。

(3) Gilmore (1977, 50-51, 註73) によれば、メタフィジカル・クラブは一八七〇年から七二年(White 1980, 6)によれば七四年)にかけて、ケンブリッジまたはボストンで定期的な会合を開いていた。メンバーには N・グリーンやホームズの外、リーガル・リアリズムの一つのバックボーンであるプラグマティズムへの道を開いた哲学者パースがいた(『岩波哲学小辞典』(1979・岩波書店) 203)によれば、プラグマティズムはこのメタフィジカル・クラブにおけるダーウインの進化論とそれに対立する宗教に関する議論を契機として、無意味な哲学的空論を排除する意図で形成された)。

- (4) 第二節一で述べたようにベーコンの第一格率は、(時代的背景としてスコラ哲学の影響はもちろん考えられるが) 直接的には当時の土地法に関する判例の準則から導かれたものであり(なお *Smith v. Liff* は、判例理論に含まれる形式的同一性に着目して共通の原則を見いだしたベーコンのアプローチを科学的と評する)、一般的な真実を述べたものという N・グリーンの方、ややミスリーディングだと思われる。しかしこの格率を、一九世紀半ばのネグリジェンスに関する判例が突然準用しはじめたことに、混乱の端緒を見る点は慧眼であったと言えよう。
- (5) *White* 1980. 7. 例えは *N. Green* (1933 [初出 1872] 69) は、口頭・文書による名誉毀損に関する *Townsend* の体系書 (1872) が性質の異なる侵害を同一の項目の下で扱っていることを論難して、より有用な法的なクラス分けを志向している。ホワイトはこれをリーガル・サイエンスに典型的な概念主義的 (conceptualistic) な発想だと評している。
- (6) なお平井 (1992, 122) は「賠償範囲の決定基準は、究極的には具体的な損害賠償額の算定という、とくに個別性・具体性の高い問題に行きつかざるをえない問題である」と述べている。
- (7) このような発想は、同じくミルの見解を前提としつつ、人間の意思に着目して法的原因を探究する *Wharton* (1878) (第三節第二款五) と共通する部分がある。なお *Horwitz* (1992, 54-56; 脚 66-68) は、「(一見) 客観的 (な用語で表現される) 因果関係に潜むイデオロギー的側面に、一九世紀の段階で気づいていた数少ない論者としてウォートンと N・グリーンに着目している。
- (8) N・グリーンは引用こそしていないが、当時の自然哲学者 *Hershel* (1996 [初出 1830]) によれば、問題の究極的原因に到達しうる見込みは通常は少なく、手持ちのわれわれの知識でそれ以上分析できず基本的要素的と認めなければならぬ現象に到達し、これが他の現象を規則的にもたらず場合、前者は後者の近因と呼ばれるのであり(なお内井 1995, 24, 87 参照)、この説明は N・グリーン²の自然科学上の近因に関する説明に極めて似ている。なおハーシエルの主要な関心事は、この近因という意味での原因または法則をいかに発見しまた証明するのかという手続的側面にあった。そしてハーシエルの当該手続に関する規則を發展させたのがまさにミルであり、ミルの提唱したいわゆる五つの規準 (*Canon*) (一致法、差異法、一致差異併用法、残余法、共変法) はよく知られている(内井 1995, 23-32) (なお差異法が、*'Put for'* という言明を理解するのに極めて重要な示唆を与えることについては前節三参照)。
- (9) このように判例の具体的な姿に着目するリーガル・リアリストの先駆者に、ピンガムがいる。ピンガムは、分析法学者(ラ

ングデルやテリーなど)のように、法が法規範や法原則の体系であるとはせず、判決において真に決定的なものとは具体的事件の事実であると考えた(早川1975, 25-26)。この意味で、法は権威的な形式ではなく、むしろ精神的な形式(Mental form)をとり、人間(裁判官)の思考の中で柔軟に変化しうるのである(Bingham-1912, 116)。ビングムはこのような立場から、法的義務の具体性を説き、また(But for テストに言及しつつ)何が原因であるかは見る人によって異なることなどを主張している(Bingham-1909, 23-25)。

(10) この準則は、不法行為法の第一次リステイトメント(一九三四年)(スミスと同じくハーバード・ロー・スクールの教授であったポーレンが大部分を起草した)の四三二条(a)に採用され、「行為者の過失行為は、彼の行為が他人に損害をもたらす実質的な要因であるのならば、他人に対する損害の法的な原因である」と規定されている。なお次註(11)に述べるように、第一次リステイトメントはラングデル主義者によって制定されたが(松浦1992も参照。また瀬川1996, 829-831は、ラングデルと並ぶ分析法学者テリーの考え方がリステイトメントに採用されたと説く)、スミス説の力点は、むしろ本文で述べたような、より具体的な補助準則の提唱にあったと見るべきである(なお後註(12))。

(11) Gilmore (1977) は、南北戦争以後、ラングデルやホームズらのリーガル・サイエンスの時代(「確信の時代」)においては、法は一元的、自己完結的、論理的体系と捉えられ(例えばロコという単一概念が作り出されたのは一九世紀後半である)、「なお法準則の分類や法的概念の分析という業績に注目して、ラングデルを分析法学者と呼ぶことも可能(例えば早川1975, 8 田中英夫1976, 265もラングデルに「分析法学的傾向」を見る)だが、ギルモアは、「法は一つの科学である」というラングデルの主張を重視して彼の業績をリーガル・サイエンスという角度から捉えている——水野註「個々の判決理由やその事実的関係などは軽視される傾向にあった(第一次リステイトメント(前註)を作成したアメリカ法律協会の正式な態度はまさにラングデル主義そのものであった)のに対し、リーガル・リアリズムの時代(「不安の時代」)には、南北戦争以前の「発見の時代」に特徴的だった多元主義(pluralism)——例えば契約や不法行為の法理は一元的な理論の下に包摂されていなかった)への回帰が行われ、例えば多数の判例を掲載するケイス・ブックが刊行されたなどと主張している。

このようなギルモアの捉え方は明快である反面、やや割り切りすぎている面もある。例えばギルモアは、ホームズズの思想の多義性を指摘しながらもラングデル主義との親近性を強調する(Sproule 1983)が、これはホームズズのリアリストへの影響・連続性を強調する多数説(例えば Runble-1968, 237. また代表的リアリストの Frank 1949, 259; 訳357は、ホームズズの思

想に健全な法的懐疑主義 (legal skepticism) を見る) とは趣を異にする。またギルモア自身が認めるように (87, 脚 125)、多くのリアリストは、一つの正しい法準則が存在するというラングデル主義の基本的教義を捨てようとはせず、この点でもリーガル・サイエンスの時代との断絶は存在しないと考えられる。もっとも、多元主義的な発想がリアリズムの一つの大きな特徴であり、それがリーガル・サイエンスの時代に、特にラングデルによって軽視される傾向にあったということ自体は、これを疑う余地はないであろう。

(12) スミスが、旧来の形式主義 (formalism) 的側面とリーガル・リアリズムの側面とを併せ持っていたことについては Horwitz (1992: 317) などお種口訳ではこの部分は省略されている。も同旨。なお White (1980: 56) は、ポレン、スミス、ピールをリーガル・サイエンスの時代の論者として紹介するが、初期のサイエンティストのラングデル (二元的な理論と合致しない多くの判例を誤っているものとして切り捨てた) とは異なり、彼らは既存の種々の準則を revise することを志向していると説いている。

(13) Smith (1911 ~ 12: 110 n. 24, 313 n. 32) は外に、Gliman v. Noyes (N. H., 1876) (Y が不注意に X の牧場の横木 (bar) を開けたままにしておいたため、X 牧場の羊が逃げ出した。羊はその後、熊に殺された。判旨は、Y の過失行為がなければ (but for) 羊は殺されなかったとしつつも、それは損害の近因ではないとした。なお判決の中で Lord 裁判官は、公共運送人の責任が問われた Davis 判決 (前節註 (27) 参照) にも言及している)、Schultz v. Eckardt Mfg. Co. (La., 1904) (Y の過失で機械のベルトが壊れたままになっていたので、従業員 X がベルトを修理しようとして試みたところ、偶発的な事故により X が負傷した。判旨は Y の fault は被害の法的原因ではないとした) などを参照している。

(14) Sowles v. Moore (Vt., 1893) (公道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ところ、突進してきた X の馬が氷を切り出した穴から湖に落ち溺死した。判旨は、たといフェンスがあったとしても馬のスピード等を考えると同じ結果になっていたとして、Y の不作為は X の馬の溺死の法的原因とは言えないとした)。

(15) もっとも物理的な効果の発生に第三者が関与したという点を重視すると、ここに反復可能性のある法則的な関係 (前節三・四) が存すると言えるのかは問題となりうる。これについては第三章第四節で検討する。

(16) これに関連して Smith (1912: 317-318) は、(近因について) 実質的要因ルールを適用する際には、裁判官にとつての法的な困難さではなく、陪審によって解決されるべき事実問題としての困難さが生ずるとも述べている。もっともこの点は、

二元論に消極的な態度を示すものというよりも、アメリカの裁判所の実務（近因の問題は、今も昔も裁判官の説示を受けて原則として陪審が審理している）に影響されただけなのかもしれない。しかし後に見るL・グリーンのように、事実問題と「區別」される政策論を直截に賠償範囲の問題の中で論じようとする姿勢がスミスには乏しかった（スミスのように実務の慣行を前提としても、裁判官が説示を通じて政策論を展開することは可能である）ことは否めないように思われる。

(17) なお林(1988(1))は、「人間行為が法則的に外界事実へ順次影響を与えてゆくさまを『力』の伝播に譬えて観念することは、むしろわれわれの帰責感覚に合致しているといえるかもしれない」と説き(1248)、刑法上の仮定的因果関係に関する議論でこの帰責感覚を指摘して、仮定的な原因の競合によっても行為者の責任は肯定されることの一つの論拠としている(1262)。

(18) 法的概念の整序に力を注ぎ、この意味で分析哲学の立場に立つTerry(1914)（なおテリーの法学方法論については瀬川1996, 823-824参照）は、純粹に事実の問題である現実的原因(actual cause)と近因の問題とを区別して捉え(16)、後者にあっては、生じた結果が問題となっている原因の蓋然的な(probable)結果であるかどうか(17)ここでは細部にわたる蓋然性は要求されない）が重要な意味を持つとしている(18, 30)。

(19) さらにBeale(1920, 650-651)は、⑨と並んで、被告の活動的な力が休止したがそれが危険な場所で休止したため新しい損害のリスクを作り、またはそれまでのリスクを増大させた事例（Yの管理する危険物に関する事案など）を扱っている。

(20) Green-1927, 122-127; 1930a, 798; 1950, 722-724; 1961, 1417など。

(21) Green-1927, 120; 1930a, 797; 1961, 1417-8など。

(22) 11)では例えば運営上の(administrative)政策、道徳的政策、経済的政策、さらにはすべてを包括する正義にかなう政策などが含まれる(Green-1935, 606; 1950, 773)。このような見解の背後には、「われわれ人民(we the people)」はあらゆる訴訟に利害を有し、われわれの利益はあらゆる訴訟で無視することは許されない」(id. 1961, 1418)という独特の訴訟観が横たわっているようである。なおグリーンは保護範囲論を直截に論ずる邦語文献に林田(1978, 1979)がある。

(23) L. Green(1961, 1418)は、「自説は問題を解決しないが裁判官に何が問題かを認識させる長所を持っているとする。

(24) 準則懷疑主義については、Rumble(1968, 48-106)が丁寧な解説する。また、リーガル・リアリストをルウェリンに代表される準則懷疑主義者と、フランクに代表される事実懷疑論者とに大きく二分して論じる田中英夫(1976, 279)も参照。

もつとも準則懷疑主義においては、これまでの準則に懷疑の目を向けるにとどまらず、(準則の外にある裁判官の態度や価値などに着目するなどして)裁判所の行動を予測することが重要な意味を持つていたと言われている(Rumble 1968, 79; 田中英夫 1976, 279)が、果たしてL・グリーンがこのような視点を明確に有していたのかどうかはやや疑問である。さしあたりは既存の準則への懷疑を徹底した論者としてグリーンを捉えておくにとどめたい(なお次註参照)。

(25) L. Green (1933, 277) は、「私の思ひ出せる限りで、私は自分の著作の中で『リアリズム』という単語を決して用いておらず、また私はそれに対して偏見は持つていないがその意味するところを知らない」と述べている。Robertson (1978)はこの理由として① L・グリーンはイェールやコロンビアの有力なリアリストたちとの交流が少なかったこと(グリーンは一九二六年から一九九年までイェールの客員教授を勤めたが、その間またその前後はワシントン、デューク、ノースカロライナ、テキサス等の大学に勤務している)(395-396)、②グリーンは自らの哲学的な位置付けには関心はなく、常に現実の問題に目を向けていた(401-403)ことを指摘している。しかしLlewellyn (1931)が代表的なリアリスト二〇人の一人としてグリーンを位置付けて以来、グリーンがリーガル・リアリストであることは異論なく承認されている。なお Frank (1939, viii; ix 聖ら)は、グリーンを準則懷疑主義者ではなく事実懷疑論者(fact skeptic)と位置付けている。すなわち既存の形式的な準則に対して懷疑的な立場をとる者の多くが真の法準則の探究を断念していない(前註(11)のに対し、(フランクを含めた)事実懷疑論者は、判決が依拠している事実そのものが捕捉しがたい(guilty)ので、(仮に真の法準則があっても)判決の予測や高度の法的確実性の追求を不可能としており、グリーンも後者に属するとするのである。しかし少なくとも賠償範囲については、グリーンは(本文で述べたように)既存の近因理論という準則への懷疑を徹底して、個別の事案ごとに行うべき政策的な判断の定式化すら断念している(ここでは事実への懷疑は主要な論点とはならない)と位置付けるのが妥当であろう。

(26) 病因(例えばYのXに対する打撃)は、それがなければ病気が生じないという意味でまさに病気の原因と言える(川喜田 1977, 900)が、しかし当該病因が生体に入ったん変化を生じた後の過程(病変論が扱う領域)にあつては、グリーンのおける例におけるXのように、病人は一人一人が例外者であり個体差が極めて大きいと考えられる(澤瀉(おもだか) 1960, 236-237; 川喜田 1982, 266)。言い換えれば、客観的な法則性への志向が曖昧とならざるをえないのが医学(特に病変論)の宿命なのである(川喜田 1977, 53)。従つてここでは、裁判官の実践的な法的価値判断をより直截に反映する余地がないの

かが、正面から問われるべきであらう。

引用文献

■日本 (事典類は本文を参照)

- 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
- 碧海純一 1965: 『法と言語』(日本評論社)
- 飯田 隆 1988: 『科学の方法』沢田允茂ほか編『哲学への招待』(有斐閣双書) 七七頁
- 石坂音四郎 1916: 『日本民法第三編債権総論上巻』(改訂第七版・一二巻合本) (有斐閣書房)
- 伊藤滋夫 1996: 『事実認定の基礎 裁判官による事実判断の構造』(有斐閣)
- 内井惣七 1995: 『科学哲学入門 科学の方法・科学の目的』(世界思想社)
- 内田文昭 1973: 『刑法における過失共働の理論』(有斐閣)
- 岡野光雄 1977: 『刑法における因果関係の理論』(成文堂)
- 小澤治郎 1992: 『アメリカ鉄道業の展開』(ミネルヴァ書房)
- 澤瀉(おもだか) 久敬 1960: 『医学概論 第二部 生命について』(誠信書房)
- 川喜田愛郎 1977: 『近代医学の史的基盤上』(岩波書店)
- 1982: 『医学概論』(真興交易(株)医書出版部)
- 九鬼周造 1935: 『偶然性の問題』(岩波書店)
- 黒崎政男 1995: 『2045年からのメッセージ』⑥基調報告『日本経済新聞一九九五年一月一四日(北海道版) 朝刊三〇頁
- 黒田 亘 1992: 『行為と規範』(勁草書房)
- 小林直樹 1995: 『人間の科学と哲学(Ⅰ)——法学者の「哲学的人間学」ノート——』法学協会雑誌 一一二巻一号二頁
- 小林道夫 1990: 『科学の实在論』神野慧一郎編『現代哲学のフロンティア』(勁草書房) 六八頁
- 1996: 『科学哲学』哲学教科書シリーズ(産業図書)
- 澤井 裕 1996: 『テキストブック 事務管理・不当利得・不法行為』[第2版]。(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
- 田中英夫 1976: 「アメリカ法学」碧海純一ほか編『法学史』(東京大学出版会) 二四三頁
- 田中三彦 1996: 「サンタフェ研究所の全貌」週刊ダイヤモンド八四卷四四号二六頁
- 種村完司 1994: 『知覚のリアリズム』(勁草書房)
- 杖下隆英 1982: 『ヒューム』(勁草書房)
- 津田一郎(談) 1996: 「物理学者が考える複雑系は「論理」と「現象」の関係」週刊ダイヤモンド八四卷四四号五四頁
- 富永健一 1993: 「現代の社会科学者——現代社会科学における実証主義と理念主義」(講談社学術文庫)
- 並木美喜雄 1992: 『量子力学入門——現代科学のミステリー——』(岩波新書)
- 早川武夫 1975: 『アメリカ法学の展開——自然法学から行動法学まで——』(一粒社)
- 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卷七号一三二頁
- (二) 法学協会雑誌一〇三卷九号一七五〇頁
- 林田清明 1978: 「相当因果関係概念の理論的根拠——レオン・グリーンンの不法行為理論」九大法学三六号五頁
- 1979: 「グリーンンの保護目的・保護範囲論」九大法学三九号八九頁
- 平井宜雄 1971: 「損害賠償法の理論」東大社会科学研究叢書38(東京大学出版会)
- 1992: 『債権各論Ⅱ 不法行為』法律学講座双書(弘文堂)
- 振津隆行 1979: 「クリースの「客観的可能性」の概念とその若干の適用について——危険概念理解のための予備的一考察——」刑法雑誌二二卷三二四号四一頁
- 堀米庸三 1964: 『歴史をみる眼』(日本放送出版協会)
- 松浦以津子 1992: 「リストイテメントとは何か」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向下』(有斐閣) 四九五頁
- 三木 清 1951: 『哲学入門』(岩波新書)
- 藪木榮夫 1973: 「必然性と反事实的条件文」哲学研究五二六号三三頁

- 山中敬一 1977: 「規範の保護目的の理論(一)」 関西大学法学論集一七巻四号五三七頁
 山本 信 1985: 『改訂版 哲学の基礎』(放送大学教育振興会)
 吉田民人ほか編 1995: 『自己組織性とはなにか 21世紀の学問論にむけて』(ニールヴァ書房)
 余田成男 1996: 「カオスと気象 バタフライ効果って何?」 AERA Book 『気象学のみかた』 六七頁
 和田仁孝 1996: 「法社会学の解体と再生 ポストモダンを超えて」(弘文堂)

■外国

- アリストテレス [384-322 B.C.] 1994: 『形而上学』(石崎勉訳) (講談社学術文庫)
 Beale, J.H. 1897: "The Carrier's Liability: Its History," 11 Harv.L.Rev.158.
 ————1920: "The Proximate Consequence of an Act," 33 Harv.L.Rev.633.
 Bingham, J.W. 1909: "Some Suggestions Concerning 'Legal Cause' at Common Law," 9 Colum.L.Rev.16.
 ————1912: "What Is the Law?," 11 Mich.L.Rev.1, 109.
 Bohlen, F.H. 1901: "The Probable or the Natural Consequence as the Test of Liability in Negligence," 49 A.L.Reg.79.
 ボーム 1969 [原書 1957]: 『現代物理学における因果性と偶然性』(村田良史訳) (東京図書) [Bohm, D., *Causality and Cause in Modern Physics* (Routledge & Paul).]
 ブンゲ 1972 [原書 1963]: 『因果性——因果原理の近代科学における位置』(黒崎宏訳) (岩波書店) [Bunge, M., *Causality — The Place of the Causal Principle in Modern Science* (The World Publishing Co.).]
 Buri, v. 1860: *Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begrünstigung* (Ferber).
 キャステイ 1996 [原書 1994]: 『複雑性とパラドックス なぜ世界は予測できないのか?』(佐々木光俊訳) (白揚社) [Casti, J.L., *Complexification: Explaining a Paradoxical World through the Science of Surprise* (Harper Collins Publishers).]
 Edgerton, H.W. 1924: "Legal Cause," 72 U.Pa.L.Rev.211,343.
 エリアス 1994 [原書 1970]: 『社会学とは何か 関係構造・ネットワーク形成・権力』(徳安彰訳) 叢書・ウニベルシタス(法政大学出版局) [Elias, N., *Was ist Soziologie?* (Juventa Verlag).]
 フォイヤー 1977 [原書 1974]: 『アインシュタインと科学革命——世代論的・社会心理学的アプローチ』(村上陽一郎・成俣薫・

- 大谷隆禎訳 (文化放送) [Feuer, L.S., *Einstein and the Generation of Science* (Basic Books).]
- フアイマン 1983 [原書 1965~1966]: 『物理法則はいかにして発見されたか』(江沢洋訳新装版) (ダイヤモンド社) [Feynman, R.P., 第一部 — “The Character of Physical Law” (コネル大学における一九六四年の講演)・第二部 — “The Development of the Space-Time View of Quantum Electro-dynamics (一九六五年のノーベル賞受賞講演).]
- フリューヴェイグーシ 1989 [原書 1987]: 『行為と必然性 — 決定論的世界観と道徳性 —』(産業図書) [Flew, A. & Vesey, G., *Agency and Necessity* (B.Blackwell).]
- Frank, J. 1949: *Law and the Modern Mind*, 6th printing (Coward-McCann, Inc.). (フランク 『法と現代精神』(棚瀬孝雄・棚瀬一 代訳) (弘文堂・一九七四年))
- Gilmore, G., 1977: *The Ages of American Law* (Yale University Press). (『アメリカ法の軌跡』(室月礼一郎訳) (岩波現代選書・一九八四年))
- Goodman, N. 1983: *Fact, Fiction, and Forecast*, 4th ed. (Harvard University Press). (グッドマン 『事実・虚構・予言』(岡宮民雄 訳) (勁草書房・一九八七年))
- Green, L. 1927: *Rationale of Proximate Cause*, reprinted in the ed. 1976 (Rothman Reprints, Inc.).
- 1930a: “The Palsgraf Case,” 30 Colum.L.Rev.789.
- 1930b: *Judge and Jury* (Vernon).
- 1933: “Innocent Misrepresentation,” 19 Va.L.Rev.242.
- 1935: “The Torts Restatement,” 29 Ill.L.Rev.582.
- 1950: “Proximate Cause in Texas Negligence Law,” 28 Tex.L.Rev.471,621,755.
- 1961: “Foreseeability in Negligence Law,” 61 Colum.L.Rev.1401.
- Green, Nicholas.St.John 1933 [初出 1872]: “Slander and Libel,” in *Essays on Tort and Crime*, ed.by J.Frank (G.Banta Publishing) [初出 — 6 Am.L.Rev.593].
- 1954 [初出 1870; 再録 1933]: “Proximate and Remote Cause,” 9 Rutgers L.Rev.52 [初出 — 無署名で 4 Am.L.Rev.201 に発表した同名論文; 再録 — *Essays on Tort and Crime*, ed.by J.Frank (G.Banta Publishing)].

- Hanson, N.R. 1958: *Patterns of Discovery: An Inquiry into the Conceptual Foundations of Science* (Cambridge University Press). (ク
ンノン『科学的発見のパターン』(村上陽一郎訳)(講談社学術文庫・一九八六年))
- Harper, F.V. 1933: *A Treatise on the Law of Torts: A Preliminary Treatise on Civil Liability for Harms to Legally Protected Interests*
(The Bobbs-Merrill Co.Publishers).
- ハイゼンベルク 1974 [原書 1969]: 『部分と全体 私の生涯の偉大な出会いと対話』(湯川秀樹序・山崎和夫訳)(みすず書房)
[Heisenberg, W., *Der Teil und das Ganze: Gespräche im Umkreis der Atomphysik* (Piper).]
- Herschel, J.F.W. 1996 [初出 1830]: *A Preliminary Discourse on the Study of Natural Philosophy*, with new introduction by A.Pyle,
Reprinted. (Routledge/Thoemes Press).
- Hobbes, T. 1841 [初出年不明]: "The Questions Concerning Liberty, Necessity, and Chance, Clearly Stated and Debated between
Dr.Bramholl, Bishop of Derry, and Thomas Hobbes of Malmesbury," *The English Works of Thomas Hobbes of
Malmesbury*, ed. by Sir William Molesworth, Bart., vol. V, reprinted in the ed. 1962 (Scientia Aalen).
- Holmes, O.W. 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. 1992: *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy* (Oxford University Press).
(ホーウィッツ『現代アメリカ法の歴史』アメリカ法ゼーシタス3 (樋口篤雄訳)(弘文堂・一九九六年))
- Hume, D. 1886a [初出 1739]: "A Treatise of Human Nature Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reason-
ing into Moral Subjects," Book I, in *The Philosophical Works* by David Hume ed. by T.H.Green & T.H.Grose, vol.1
(Reprint in the ed. 1964) (Scientia Verlag Aalen). (トモール『人性論(一)〜(二)』(大槻春彦訳)(岩波文庫・
一九四八〜一九四九年))
- 1886b [初出 1739〜1740]: "A Treatise of Human Nature Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of
Reasoning into Moral Subjects," Book II〜III, in *The Philosophical Works* by David Hume ed.by T.H.Green &
T.H.Grose, vol.2 (Reprint in the ed. 1964) (Scientia Verlag Aalen). (トモール『人性論(三)〜(四)』(大槻
春彦訳)(岩波文庫・一九五二〜一九五三年))

- 1886c [初出 1742]: “An Enquiry Concerning Human Understanding,” in *The Philosophical Works* by David Hume ed.by T.H.Green & T.H. Grose, vol.4 (Reprint in the ed. 1964) (Scientia Verlag Aalen). (スコット「人間知性の研究」『人間知性の研究・情念論』三頁 (渡部峻明訳) (哲書房・一九九〇年))
- Kelly, P.S. 1991: “Proximate Cause in Negligence Law: History, Theory, and the Present Darkness,” 69 Wash.Univ.L.Q.49.
- Kries, v. 1888: “Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben,” *Vierteljahreszeitschrift für Wissenschaftliche Philosophie*, Bd.12.S.179ff.u.287ff.
- Llewellyn, K.N. 1931: “Some Realism about Realism —— Responding to Dean Pound,” 44 Harv.L.Rev.1222.
- McLaughlin, J.A. 1925: “Proximate Cause,” 39 Harv.L.Rev.149.
- Mackie, J.L. 1974: *The Cement of the Universe: A Study of Causation* (Clarendon Press).
- 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 Tronto Press).
- モーロ 1972 [原書 1970]: 『偶然と必然 現代生物学の思想的な問いかけ』(渡辺格・村上光彦訳) (みすず書房) [Monod, J.L., *Le Hasard et la Nécessité: Essai sur la philosophie naturelle de la biologie moderne* (Éditions du Seuil).]
- モーロ 1993 [原書 1990]: 『複雑性とはなにか』(古田幸男・中村典子訳) [Morin, E., *Introduction à la pensée complexe* (ESF éditeur).]
- Nagel, E. 1961: *The Structure of Science: Problems in the Logic of Scientific Explanation* (Harcourt, Brace & World). (ナーゲル『科学の構造』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)
- Patterson, E.W. 1953: *Jurisprudence: Men and Ideas of the Law* (The Foundation Press).
- ポアノカレ 1953 [原書 1908]: 『科学と方法』(吉田洋一改訳) (岩波文庫) [Poincaré, H., *Science et Méthode*.] (英訳版: *Science and Method* (Routledge/Thoemmes Press・1996 —— a reprint of the 1914 ed.))
- Prosser, W.L. 1941: *Handbook of the Law of Torts*, 1st ed. (West Publishing).
- Rintala, B.B. 1970: “The Supreme Court of California 1968-1969 —— Foreword,” 58 Cal.L.Rev.80.
- Robertson, D.W. 1978: “The Legal Philosophy of Leon Green,” 56 Tex.L.Rev.393

- ルエール 1993 [原書 1991]: 『偶然とカオス』(青木薫訳)(岩波書店) [Ruelle, D., *Chance and Chaos* (Princeton University Press).]
- Rumble, W.E. 1968: *American Legal Realism: Skepticism, Reform, and the Judicial Process* (Cornell University Press).
- Salmon, W.C. 1984: *Logic*, 3rd ed. (Prentice-Hall). (中尾ハ『論理学 三訂版』(山口正明訳)(培風館・一九九一年))
- Smith, J. 1911~1912: "Legal Cause in Actions of Torts," 25 Harv.L.Rev.103,303.
- Terry, H.T. 1914: "Proximate Consequences in the Law of Torts," 28 Harv.L.Rev.10.
- Tobriner, M.O. & Grodin, J.R. 1967: "The Individual and the Public Service Enterprise in the New Industrial State," 55 Cal.L.Rev.1247.
- Townsend, J. 1872: *A Treatise on the Wrongs Called Slander and Libel, and the Remedy by Civil Action for those Wrongs*, 2nd ed. (Baker, Voorhis).
- ウォルトロップ 1996 [原書 1992]: 『複雑系』(田中三彦・渡山峻征訳)(Waldrop, M.M., *Complexity: The Emerging Science at the Edge of Order and Chaos*.)
- Wharton, F. 1878: *A Treatise on the Law of Negligence*, 2nd ed. (Kay & Brother).
- White, G.E. 1980: *Tort Law in America: An Intellectual History* (Oxford University Press). (ゾーナーブック版が一九八五年に発行)
- ウリクト 1984 [原書 1971]: 『説明と理解』(丸山高詞・木岡伸夫訳)(産業図書) [Wright, G.H.v., *Explanation and Understanding* (Cornell University Press).]

引用判例

■外国

- Alabama Great Southern Railroad v. Quarles & Couturie, 145 Ala.436,40 So.120 (1906).
- Bibb Broom Corn Co. v. Atchison, Topeka & Santa Fe Railway, 94 Minn.269,102 N.W.709 (1905).
- Bostwick v. Baltimore & Ohio Railroad, 45 N.Y.712 (1871).
- Coggs v. Bernard, 2 Ld.Raym.909,92 E.R.107 (1703).

- Condict v. Grand Trunk Railway, 54 N.Y.500 (1873).
 Davis v. Garrett, 6 Bing.716,130 E.R.1456 (1830).
 Denny v. New York Central Railroad, 79 Mass. (13 Gray) 481 (1859).
 Dibble v. Morgan, Fed.Cas.No.3881, 1 Woods 406 (1873).
 Forward v. Pittard, 1 T.R.27,99 E.R.953 (1785).
 Gilman v. Noyes, 57 N.H.627 (1876).
 Green-Wheeler Shoe Co.v. Chicago,Rock Island & Pacific Railway,130 Iowa 123,106 N.W.498 (1906).
 Harrison v. Berkley, 32 S.C.L. (1 Strob.) 525 (1847).
 Hershheim v. Newport News & M.V.Co.,35 S.W.1115 (Ky.,1896).
 Isham v. Dow's Estate, 70 Vt.588,41 Atl.585 (1898).
 Lane v. Atlantic Works, 111 Mass.136 (1872).
 Lynch v. Nurdin, 1 Q.B.29 (1841).
 McClary v. Sioux City & Pacific Railroad, 3 Neb.44 (1873).
 Martin v. St.Louis,Iron Mountain & Southern Railway, 55 Ark.510,19 S.W.314 (1892).
 Memphis & Charleston Railroad v. Reeves, 77 U.S. (10 Wall.)176 (1869).
 Merchants' Despatch Co. v. Smith, 76 Ill.542 (1875).
 Michaels v. New York Central Railroad, 30 N.Y.564 (1864).
 Morrison v. Davis, 20 Pa.171 (1852).
 Pittsburg Reduction Co. v. Horton, 87 Ark.576,113 S.W.647 (1908).
 Read v. Spaulding, 30 N.Y. 630 (1864).
 Schoultz v. Eckardt Mfg.Co.,112 La.568,36 So.593 (1904).
 Scott v. Baltimore,C.& R.Steam-Boat Co., 19 Fed.56 (7th Cir.,1884).
 Sioux City & Pacific Railroad v. Stout, 84 U.S. (17 Wall.) 657,21 L.Ed.745 (1873).

Sowles v. Moore, 65 Vt.322,26 A.629 (1893).

Thomas v. Lancaster Mills,of Clinton,Mass., 71 Fed.481 (7th Cir.,1896).

Yazoo & Mississippi Valley Railroad v. Millsaps, 76 Miss.855,25 So.672 (1899).

RG 1880.4.12; RGSt.1,373.

RG 1915.2.15; RGZ 81,359.

* 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（特別研究員奨励費）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。