



Title	不法行為帰責論の再構成・序説（８）－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, 49(1), 175-220
Issue Date	1998-05-29
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15773">https://hdl.handle.net/2115/15773</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	49(1)_p175-220.pdf



# 不法行為帰責論の再構成・序説（八）

——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“but for”という言明

——原因の必要的競合事例

第一款 寄与過失事例——イギリスの動き

第二款 寄与過失事例以外の原因競合事例——アメリカの動き

第四節 コモン・ローにおける“but for”テストの顕在化

——原因の「偶然的」な介入事例

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

第一節 はじめに

第二節 「事実と政策との二元論」に対する批判(その一)

——いわゆる「不作為」の不法行為事例

第三節 「事実と政策との二元論」に対する批判(その二)

——事実的因果関係の判断枠組みに関する議論の進展

第四節 「事実的因果関係概念の普遍性」に対する批判

——人間相互の「交渉」事例

〔補論〕 個人主義的責任原理の変容と帰責の在り方

第四章 おわりに

第一節 前章までの要約

(以上、本号)

(以上、四八卷四号)

(以上、四八卷五号)

(以上、四八卷六号)

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

### 〔補論〕 個人主義的責任原理の変容と帰責の在り方

一 第四節でわれわれは、人間相互の「交渉」事例として、Aの言動がBに対して行為の動機や機会を与え、あるいはBがAの言動を利用した事例に注目した。そして、当該「交渉」によってBまたは第三者が損害を被ったときに、Aの帰責性を問うるかという問題状況を設定して、Bの行為の反復可能性の有無とBの行為の目的合理性の有無という観点から、「事実的因果関係概念の普遍性」について幾つかの検討を試みた。例えばBの行為に反復可能性が欠けている場合（Bが目的合理的ではない行為を選択したときは、そうであることが多いし、Bの行為が目的合理的でもありうることである）は、裁判官は「事実的因果関係の普遍性」に固執することなく、端的にBの心の状態を事実認定の中で追体験的に再構成して、Bの行為の「理由」が、Aの言動にあったか否かを決定すべきである。またBの行為に反復可能性がある場合は、事実的因果関係の認定に加えて、反復可能性の具体的な程度（「適合的因果連関」）を判断することが、Aの帰責性を判断するのに有用だと考えられる。

帰責判断のためのファクターないし視点としては、右にあげた「追体験的再構成」や「適合的因果連関」の外にも、様々なものを考えることができるだろう。しかし「区別」論の意義に着目する本稿では、帰責プロパーの問題を十分に

議論している余裕がない（前章第六節では物理的連鎖事例における帰責の在り方を検討したが、これも、「事実と政策との二元論」に当初から内在していた一つの限界を論証するためのものであった）。そこで、以下では第四節の「補論」という形で視角を限定して、「区別」論の成立過程や *but for* テストの法内在的な意義を探る際にこれまでしばしば言及したコモンローにおける個人主義的責任原理が、第四節で着目した人間相互の「交渉」事例における帰責の在り方とどう関連するのかという観点から、幾つかの検討を行うことにしよう。

二 これまで本稿は次の三つの場面で、個人主義的責任原理ないし個人主義に着目した。まず、①「区別」論が成立する以前は、Xの過失や第三者の過失などがYの過失と競合する事例で *but for* という言明が多用されたが、そこではXや第三者をYと独立・対等に捉えて個人の自律を重視する考え方（前章第三節第一款註（13））を背景に、当該言明がYの免責または責任という結論を説得ないし正当化する機能を果たしていた。次に、②危険物を扱うYの「不作為」により当該危険物のリスクが現実化しXが損害を受けるという現代的な不法行為事例において、Yは自己と別個・独立の潜在的被害者のためには作為義務を負わないという伝統的な考え方（本章第二節註（5））から判例は脱却し、一定の条件の下で事実的因果関係の判断と融合させながらYの帰責を肯定していた。さらに、③個人主義の枠組みの中で、加害者と被害者という二当事者に着目し、事後的に事実的因果関係を捉える立場（本章第三節三）は、他の諸原因がいか結果発生に寄与しようとも存在する、加害者の「自己感覚」——これこそが *but for* テストの法内在的機能の出发点と考えられる——を重視する立場と整合的であった。

このうち、①と③では原因の競合（①は同時的競合、③ではより抽象的に、加害者の行為に先立ちまた遅れる諸要因の結合）が問題となっているが、加害行為が他人に動機や機会を与え、あるいは他人がそれを利用するという「交渉」過程は特

に含意されてはいない。また②でも、少なくともXY間で「交渉」が行われることは多くないだろう。しかし、例えば①③においてYが管理する公道の瑕疵を利用して、第三者AがXに損害を与えた場合はどうか。あるいは、②においてYの「不作為」によってリスクが現実化したことが第三者Aに動機を与え、Aがこれを利用してXに損害を与えた場合はどうか。このような場合はYとAとの間に「交渉」を觀念することができ、このとき、コモン・ローにおける個人主義的責任原理は、人間相互の「交渉」事例における帰責判断と交錯することになる。そこで以下では、このように、Yの不法行為を起点とする因果経過に第三者Aが介在することによって、Xに損害が生じたというケースを検討することにしよう。<sup>(2)</sup> 具体的には、YAX間の関係に応じて設定される四つの損害類型におけるコモン・ローの一般的な傾向を概観した上で(三・四)、武装強盗事例及びアルコール飲料の販売・提供という個別の問題を巡る判例の動きについて、分析と考察を試みたい(五・六)(なお判例の紹介の際は、便宜上、Xの勝訴または敗訴を○●で、X敗訴または勝訴の原判決の破棄差戻を△▲で表示する)。

三 まず、Yが作り出しましたは放置していたある状態を、Yと別個・独立の、すなわち事故以前にYとは特別の社会的なつながりがなかったAが、自発的・自律的に利用し、あるいは当該状態に自発的・自律的に対応して、Yと別個・独立のXに対して損害を与えるという場合(以下、「損害類型I」という)を見てみよう。

(1) 伝統的な立場に立つ判例は、この場合にAの加害行為を防止する義務をYに負わせることに極めて消極的な態度をとっていた。例えば、被疑者AがY市が管理する歩道の穴の中に、Aを連行中の警察官Xを投げ落とした事例(● Alexander v. Town of New Castle (Ind., 1888))や、Yが自□の倉庫の窓を開け隣接倉庫との隔壁をずらし帰宅した夜、Aが当該窓から隣接倉庫に侵入しXの商品を盗んだ事例(● Andrews v. Kinsel (Ga., 1901))では、いずれの判決も、Yの

過失と損害との間にAの独立または違法な行為が介在したとき、損害の近因はAの行為でありYは免責されると説いていた。同旨の判決は、Y管理のエレベーターをAが悪用してXを突き落とされたケース（●Cole v. German Savings & Loan Soc. (8th Cir. 1903) —— 「Aの独立した自発的な行為は予見できなかった」）や、最近では、Y管理の建物でAがXを強姦したケース（●City of Mobile v. Langray (Ala. 1977) —— 「Yの建物維持の過失と本件権利侵害との間には、独立した予見不可能な出来事が生じている」）にも見ることができ、なおCole判決とCity of Mobile判決ではAの行為の予見不可能性に言及するが、事案に照らすと予見不可能と言えるのかは、やや疑問である。<sup>(3)</sup>しかしいずれにしても、ここでは、Yとは別個・独立の他人Aがなした自律的な意思決定の結果について、Yは関知しない（右の二判決の「予見不可能」という判断も、このような規範的な意味で捉えるべきであろう）というコモン・ローの個人主義的な責任原理が強く働いていると考えられるのである。以下では、「個人主義的責任原理」という用語をこのように、専らYの免責を正当化するものとして用いることにする（これは、二①の「個人主義的責任原理」がYの責任の正当化をも視野に入れていたのよりは狭く、また二③の「個人主義」が帰責の前提となるYの自己感覚と整合的であったのとはレベルをやや異にする）。

学説も古くは、このような判例の立場をそのまま自説に採用し（Street 1906, 121）、あるいは、介在行為が予見可能な事案にもかかわらず、それを強調しない判例の傾向は正義の観念に合致すると説くものがあった（Edgerton 1924, 364）。近年ではハートとオノレ（Hart & Honore 1985）が、より明確に、自発的な人間の行動、すなわち自由（free）で計画的（deliberate）で情報に基づく（informed）人間の作為・不作為は、それが被告によって作られた状況を利用する意図に基づく場合には因果の連鎖を切断する、というのが伝統的な理論の一般原則であると説き（136）、これを常識原理（common-sense principles）から擁護している。さらにフレミング（Fleming 1992, 222）も、「Aがたとえfaultでも、Aとは他人のBが計画的に選択したCへの侵害について、Aは責任を負わない」という考え方は、われわれの公平感覚に

深く根ざしており、われわれの文化の個人主義的な見地を反映するものだとして、一定の限度でこの立場に理解を示すのである。

(2) しかし以上のような考え方は、今日の社会では貫くことが困難になりつつある。例えば、① Yが危険物(ガソリン)を不注意に管理していた場合(○ Walker, Inc. v. Burgdorf (Tex., 1951) —— ガソリンスタンド経営のYがX車のガソリンを排水溝に流した↓傍にいたAが面白半分<sup>(4)</sup>に放火↓X車に物損。○ Leposki v. Ry Express Agency (3d Cir., 1962) —— Y車が坂道に停車↓吸気管から漏れたガソリンに少年Aが放火↓付近のX宅が延焼)や、② Yの周囲の事情の危険度が高い場合(△ O'Neill v. City of Port Jervis (N.Y., 1930) —— Y管理の工事現場の迂回路が交通量の多い車道に割り込んでいた↓迂回路の通行人がA車にはねられ死亡: △ Gibson v. Avis Rent-A-Car System, Inc. (Fla., 1980) —— 高速道路でY車が停止↓後続のX車も停止↓A車がX車に追突)に法が求めるのは、他人のことを関知せずという態度ではなく、介在行為を視野に入れたYの態度決定である。また、③ YがまずXを危機的状況に陥らせ、それがAの行為を誘発したような場合(○ Brauer v. New York Cent.H.R.R. (N.J., 1918) —— Yの踏切事故により↓Xの積み荷が散乱し↓盗難に遭遇: △ Estes v. Brewster Cigar Co. (Wash., 1930) —— 違法に賭博場を開張していた煙草屋の店主Yが、賭け金を支払わないで店を出たXを「泥棒」と呼びながら追跡<sup>(4)</sup>↓警官Aが発砲しXが負傷)でもYは責任を免れていない。

これらの事例はいずれも(1)と比べて、Yが作り出した状況の、Xに対する潜在的な危険性(損害発生の可能性)は、より高いと考えられる。このため、第三者Aの介在(①②③)にもかかわらず、Yの過失とXの損害との間の事実的因果関係は、比較的肯定しやすい。なぜなら、Aが与えられた状況に対して示した反応には、当該状況の危険性の高さゆえに、(介在行為の目的合理性の有無を問わず)反復可能性が認められやすいからである。<sup>(5)</sup>また、一方でAの独立性は、Yの作り出した状況の危険性の高さゆえに相対的に弱まる場合があり(③)——換言すれば、Aは、より目的合理的にYの

作り出した状況に介在し、他方で、同じく当該危険性の高さゆえに、Aの自律性が弱まることもある(①——面白半分やいたずら心による介在がなされている。ここでは③とは逆に、介在行為の目的合理性はむしろ減少している)と考えられる。これらの独立性または自律性の低下という事情は、いずれも個人主義的責任原理の力を減殺するファクターと言えるだろう。そしてこのとき判例は、当該責任原理から離れ、Yの責任を肯定するために、次のような視点に立つのである。

まず、一方で介在行為の予見可能性に注目する判例がある(② Ono三判決——「Yが本件リスクを合理的に予見すべきだったかという過失の存否が問題」…② Ginson判決——「介在が予見可能ならば、生じた危険はYの過失に帰しうる危険の範囲内」。これは当該事案(Yの作り出した危険性の高さと、交通事故というAの介在の仕方——ここではYA間の「交渉」の度合いは極めて低い)に照らせれば説得力を持つだろう。しかし他方で、Yの婦責を肯定するために、Aの介在の予見可能性は不要であることを明言し(① Walker, Inc.判決——「Aの行為という新しい原因を合理的に予見できなくても、Yの過失が継続し、かつ新しい原因と共同作用して権利侵害をもたらしたなら、Yは免責されない」、または損害発生後の回顧的な後知恵(hindsight)に照らして、介在行為の性質を判断すべしとするものもある(① Lepocki判決——「現場付近には小学校があり子どもたちが遊んでいたという状況に照らして、介在行為の異常性の有無を判断すべし」)ことは注目される。さらにYの過失ではなく、それによって生じた、その後の危機的状況と損害発生との間の法的関連性を直截に評価するものもある(③ Brauer判決——「本件損害は、大きな町の通りで財産を強制的に放棄させられたことの自然で蓋然的な結果であった」…③ Estes判決——「誰でもYの言動によってXが店で物を盗み逃げていると自然に考えるであろう」)。

このように予見可能性を重視しない判例①③の考え方は、XがYによる加害行為によって損害を受けた後に、さらに医療過誤等によって損害が拡大した事例にも見ることができるとは、すなわち、この事例では、判例は原則としてYに全額の賠償責任を認めることで固まっております、その理由付けとしては、医療過誤による損害の拡大は、最初の損害に「近い」

(△ *Hooyman v. Reeve* (Wis. 1919))、通常伴う (○ *Lucas v. City of Juneau* (D. Alaska, 1955) —— 但し救急車に乗車中の事故による損害拡大事例)、最初の傷害は医療過誤のリスクを伴っている (○ *Mahoney v. Krushich Pty. Ltd.* (Austl. 1985) —— もっとも予見可能性にも同時に言及する) など、最初の損害と医療過誤による損害の拡大との間の関連性を法的に評価するものが多いのである。学説も、加害者は過失行為の時点で医療過誤を合理的に予見すべきであったとする少数有力説 (*Harper & James & Gray*-1986, 151, 162-167) がある一方で、多数説は、予見可能性を重視しない判例の傾向に賛成している。すなわち、医療過誤を過失行為時に予見できたと解するのは不自然であり (*Williams*-1961, 199-200)、少なくとも合理的な当初の行動計算には影響を与えていない (*Hart & Honore*-1985, 264)、むしろ医療過誤は加害行為と密接・合理的な関連性を有しており (*McLaughlin*-1925, 169)、加害行為に伴う付加的なリスクである (*Winfield & Jolowicz*-1989, 153) によって最初の損害と医療過誤による損害の拡大との間の関連性を事後的に評価すべきである (*Bohlen*-1934, 557、*Williams*-1961, 199-200、*Prosser & Keeton*-1984, 306-307、*Hart & Honore*-1985, 264) と多数説は主張するのである。なお第二次不法行為法リステイメント四五七条も、同様に事後的な評価の重要性を説いている。<sup>(6)</sup>

四 このように〔損害類型Ⅰ〕においては、個人主義的責任原理に基づいてYを免責する考え方(三(1))がある一方で、Yが作出した状況の危険性が高い現代的な不法行為事例では、当該原理に基づかずYの責任を肯定する考え方が優勢となりつつある(三(2))。さらに後者のうち、Yの作出した状況によって第三者Aの介在の動機や機会が与えられている場合(三(2)③及び右に見た医療過誤事例)には、不法行為時の予見可能性ではなく、事後的な評価枠組みの重要性を説く判例・学説が有力となっている。

(1) それでは、Yが作り出したまたは放置していたある状態を、事故以前にYとあらかじめ接触、支配関係など特別の

社会的なつながりのあったAが利用して、Yとは別個・独立のXに対して損害を与えるという場合(以下、「損害類型I」という)はどうだろうか。この場合は、Yは少なくともAの行動について、われ関知せずという態度はとりにくいはずである。すなわち個人主義的な責任原理に反発する動きは、この類型において、より強く現れることになる。

例えば、YとAとが、少年院とそこに収容されている少年という関係にある場合(○Home Office v. Dorset Yacht Co. (H.L.1970)——Y少年院の職員が職務命令に反して就寝→少年Aが脱走→Xのヨットを毀損)や、前科者のための訓練所とその訓練生という関係の場合(○Henley v. Prince George's County (Md.1986)——Y訓練所が度々破壊された→Yは訓練生A(殺人の前科あり)を警備担当に任命→Aは破壊者への殺意をYの係員に洩らす→しかしYは傍観→Aは破壊者を捕まえ殺害)は、いずれもYの責任が肯定されている。その理由付けとして、前者の判決は、損害の予見可能性を肯定し、直截にXに対する注意義務違反を肯定している。これはYがAをコントロールする権限があることに加え、以前にも同種の事故が頻発していたという事案の特殊性に照らして首肯しうる。これに対して後者の判決は、「義務の存否の決定因子の予見可能性は、過失行為時における将来の考慮に外ならないが、近因の要素としての予見可能性は、介在行為を含む、生じたすべての出来事を回顧的に考慮して決定される」とした上で、YがAを任命したことに關する過失と殺害とのつながりは十分だったとしている。YがAをコントロールする権限があることは前者の判決と同じだが、Aの任命時における損害の具体的予見可能性は乏しく、また任命から損害発生に至るプロセス(任命後のAの言動と、それに対するYの無関心)が帰責判断に影響を与えていることにかんがみると、後者の説示もまた説得的である。回顧的な視点を強調する説示は(「損害類型I」)にも見られたが、特に本類型ではY・A間に特別の社会的つながりがあるために、(回顧的に把握しうる)損害発生までのプロセスが大きな意味を持つてくるわけである。

(2) いずれにしても、「損害類型II」では個人主義的責任原理は後退し、帰責判断にその姿を現わさない。そしてか

ような傾向は、XとYとの間に、あらかじめ特別の社会的なつながりがある場合（以下、「損害類型Ⅲ」という）にも妥当する。この場合はAの介在行為はYに対する関係で、独立的・自律的である（従って個人主義的責任原理が適用される理論的可能性がある）ことが少なくないが、それにもかかわらず実際には、X・Y間の特別の社会的関係の存在ゆえに、具体的な被害者たるXに対するYの注意義務違反が認定されることが多いのである。例えば、X・Y間に潜在的介在者の介在を防止する旨の合意が形成されていた場合（○Morse v. Homer's Inc. (Mass., 1936) —— Y宝石店の防犯設備が十分→Xの寄託していたダイヤが強奪）はもちろん、YとXとが運送人と乗客というケース（○Hines v. Garrett (Va., 1921) —— Y列車がXの降車駅を誤って通過→Xは治安の悪い場所で途中下車を強いられ→強姦される。△Homan v. County of Dade (Fla. Cir. Ct., 1971) —— Yバスは度々の投石にもかかわらず強化ガラスにしなかつた→Xが窓外からのレンガに当たり負傷）においても、判決は運送人Yの最高度の注意義務を強調して、損害の予見可能性とXに対する注意義務違反を肯定している。

(3) このような傾向は、X・Y・A間に特別の社会的なつながりがある場合（以下、「損害類型Ⅳ」という）に、さらに顕著となる。例えば、酒に酔ったXがY市の警察に保護され留置場に入れられたところ、留置場の他の酔っ払いAに殴られ負傷したというケース（○Daniels v. Anderson (Neb., 1975)）で、判決は、Xは酔っていたので自己防衛能力がなく、また留置場から逃げることができないこと、さらに留置場内の喧嘩も予想できたこと、にもかかわらず留置場を監視する設備が故障していたことを認定し、YのXに対する注意義務違反を肯定している。

五 以上のように第三者介在事例における判例の一般的な傾向は、「損害類型Ⅰ」の中では個人主義的責任原理に反発する動きが優勢となりつつあり、また「類型Ⅱ」ないし「類型Ⅳ」においても当該原理は後退しているのが現状と言っ

て良いだろう。

(1) しかしながら、近年、「類型Ⅱ」や「類型Ⅲ」の中の個別の問題に関して、伝統的な個人主義的責任原理が再び息を吹き返すという興味深い現象が起きている。まず「損害類型Ⅲ」では、顧客XがYの店内または店の駐車場で武装強盗による被害を受けるケースが七〇年代の後半から争われている。これは、土地建物の占有者である店主Yが被誘引者 (invitee) であるXに対してどのような義務を負うのかという問題であるが、これについては「不作為」の不法行為事例と関連させながら、既に概観した(本章第二節註(7))。すなわち、Xを保護する義務をYに課すことに消極的だった従来の判例に対し、八〇年代以降、特にYの店舗で同種の犯罪が発生していた事例で、損害の予見可能性を理由にYのXに対する注意義務違反を肯定する判決が増加した。ところが近時においては、治安状況がさらに悪化したことに伴い、かえってYの責任を認めることに慎重な態度を示す判決が出現していることが注目されるのである(●Williams v. Cunningham Drug Stores, Inc. (Mich. 1988))。当該判決は、Yの店舗は高犯罪地域にあったが、たとえYが武装警備員を雇用しても犯罪を防止しうるとは限らないこと、本来警察が行うべき犯罪の防止を私人にゆだねるのはパブリック・ポリシーに反することなどを指摘した上で(O' Taco Bell, Inc. v. Lannon (Colo. 1987)の反対意見も同旨)、「元来コモン・ローは不作為の責任を認めることに否定的であった」という個人主義的責任原理を援用し(被誘引者である顧客が社会一般で遭遇するよりも安全な環境をYに備えることを要求するのは不当だ、とも判示する)、これに復帰する姿勢を明確に示したのである。ここでは、損害の回避可能性が乏しいという認定と、損害の抑止という不法行為法の一機能に過大な役割を負わせるべきではないという認識が強く打ち出されており、このためいったんは潜在化していた個人主義的責任原理(Yに対してAの介在は独立的・自律的だから、当原理が適用される理論的可能性はあった)が、再び顔をのぞかせたと考えられるのである。

(2) 次に「損害類型Ⅱ」に属するものとして、未成年者や既に酒に酔っているAに対し、Yがさらに酒を販売しない提供してAがそれを飲んだ後、Aが酒酔い運転による交通事故を起こしXを負傷させるというケースがあり、これについても一定の判例の蓄積がある。以下では、この後者の事例に関する判例の動向を分析・検討することにしよう。この事例について、コモン・ローは伝統的に、損害の近因はアルコール飲料の提供ではなくその消費であるとして、Yの責任をかたくなに否定してきた(例えば *Schiel v. Leach* (Wis., 1939) ¹、より古くは *Belding v. Johnson* (Ga., 1890) ²——もともと酒場内の殺人事件が問題となった事例——など)。このため酒を販売した(提供した場合を含める州もある) Yに対し、Aの引き起こした損害について無過失責任を負わせる法律——通常、酒場法 (Dram Shop Act) と呼ばれる——を制定している州が多い。しかしかような法律を制定していない州も少なくなく、Yを直接的に律するものとして刑法等の規定しかないこともある。また酒場法自体、賠償額の上限が定められていたり厳格な出訴期限の定めがあるなど(州によって様々である)、必ずしも被害者にとつて満足すべき内容とはなっていない。

そこでコモン・ロー上のネグリジエンス法に基づいてYを訴える例は後を絶たなかったのであるが、ついに一九五九年に右に述べた伝統的態度を変更してYの過失責任を認める判決が現れた。しかしこれに対しては、近年再び伝統的な態度に復帰する動きも見られ、状況は混沌としている。そこでまず、この五九年の判決以後今日までの主なアメリカの判例と、七〇年頃からアメリカで問題となっている、いわゆる *social host* (自宅または社交のパーティで招待客をもてなす主人役。以下ではソーシャル・ホストまたは単にホストと言う) の責任——ここでは顧客に対するアルコールの販売ではなく、招待客に対するアルコールの提供が問題となる——に関する主な判例を紹介しておこう。

〈a 酒屋・酒場・レストランの責任が問われたケース〉

- [1] ○ Waynick v. Chicago's Last Dept Store (7th Cir., 1959) —— 既に酒に酔った客に酒を提供することを禁ずる刑法の趣旨は、酔っ払いによって被害を受ける公衆の保護にある。
- [2] △ Rappaport v. Nichols (N.J., 1959) —— Yは一般大衆の保護を目的とする州法に違反して未成年者Aにアルコールを提供した。酒酔い運転による事故は多発しており、YはAの行為を通じて大衆に対する不合理なリスクが生ずることを合理的に予見できた。
- [3] ○ Jardine v. Upper Darby Lodge No. 1973, Inc. (Pa., 1964) —— 酒場Yが既に酔っ払ったAにさらに酒を供与したことは州法違反であり、これは過失を構成し本件損害の近因となる。酔っ払った人は、特に車を運転するとき、他人を脅かす危険な道具に等しい。
- [4] ○ Berkeley v. Park (N.Y. Sup. Ct., 1965)
- [5] △ Vesely v. Sager (Cal., 1971)
- [6] ● Keaton v. Kroger Co. (Ga. App., 1977) —— ロモン・ロー上、Yは免責される（一八九〇年の *Balding* 判決を用）。新しい訴訟原因を作るのは立法部の仕事である。
- [7] △ Rees v. Albertson's, Inc. (Utah, 1978)
- [8] ● Kowal v. Hoffer (Conn., 1980)
- [9] ● Felder v. Butler (Md., 1981)
- [10] ○ Corrigan v. United States (E.D. Va., 1984)
- [11] ● Riverside Enterprises, Inc. v. Rahn (Ga. App., 1984)
- [12] △ Sorensen v. Jarvis (Wis., 1984) —— 未成年者に酒を販売すること（刑法違反）は当然に過失であり、過失

と損害との間に事実的因果関係があれば、あとはポリシー判断が責任の決定に重要である。まず、①酔っ払いに關する問題は社会的問題だから立法部が扱うべしという見解には反対する。けだし、一般の過失責任から社会の一部分の人だけを免れさせるのは不当だから。②いったん責任を認めると責任の分断点がなくなり、例えばソーシャル・ホストにも責任が及んでしまい不当だという見解にも反対する。けだし、ホストも社会的正義と常識に従って責任を負うべきだから。③新しい責任ルールを認めると裁判所の負担が重くなり不当だという見解にも反対する。けだし、裁判所の重要な仕事はコモン・ローを現代的で活力に満ちたものに保つことだから。

[13] ○ *El Chico Corp. v. Poole* (Tex. 1987) —— 酒酔い運転と死傷事故との間の悲劇的な関連性は明白であり、損害の合理的な予見可能性はあった。しかも、Yは提供するアルコールの量を制御する権利を有していた。

[14] △ *Lee v. Kiku Restaurant* (N.J. 1992) —— [2] を引用(但し同乗者から賠償請求がなされた事案。過失相殺が認められた)。

〈b〉 ソーシャル・ホストの責任が問われたケース

[15] ○ *Wiener v. Gamma Phi Chapter of Alpha Tau Omega Fraternity* (Or. 1971)

[16] ● *Edgar v. Kajet* (N.Y. Sup. Ct. 1975) —— 酒場法はホストには適用がない。損害の合理的予見可能性を問うて売主でない人にも責任を認めることは、パンドラの箱を開けることになる(ゲストのアルコール許容度の到達をホストはどのように知りうるのか?、どの範囲でホストはドリンクのサービスを拒否すべきなのか?、野外バーベキューやピクニックなどの場合はどうなるのか?など)。広範なヒアリングや調査を経てパブリック・ポリシーを考慮した上で立法部が決定すべし。

- [17] ○ *Coulter v. Schwartz & Reynolds & Co.* (Cal., 1978)
- [18] ● *Runge v. Watts* (Mont., 1979) —— 酒場と異なりソーシャル・ホストには金銭的動機がなく、またゲストの酔いのレベルを観察しにくい。パブリック・ポリシーを考慮して立法部が決定すべし。
- [19] ● *Cole v. City of Spring Lake Park* (Minn., 1982)
- [20] △ *Congini by Congini v. Portersville Valve Co.* (Pa., 1983)
- [21] ● *Klein v. Raysinger* (Pa., 1983) —— 後続の事故の近因はアルコールの提供ではなく、その消費である。
- [22] △ *Kelly v. Gwinell* (N.J., 1984) —— Yは本件損害を合理的に予見できた。また次のようなパブリック・ポリシーが存する。① 毎年多くの酒酔い運転による死亡事故が発生している、② 酒酔い運転の刑事罰はニユー・ジャージー州が全米で最も厳しい、③ ソーシャル・ホストが金銭的利益を受けていないことは重要でない。問題はホストが酒の供与をコントロールできるかどうかである、④ ホストの責任を認めると社会的な集いにおける楽しみは制限されようが、被害者の保護及び酒酔い運転の抑止の方が重要な価値である、⑤ ホストの行為は比較的容易に改めることができる、⑥ ホストが支払う保険料は増加するかもしれないが、酒酔い運転の結果社会全体が被る巨大な損失と比較すべし。
- [23] △ *Clark v. Mincks* (Iowa, 1985)
- [24] △ *Koback v. Crook* (Wis., 1985) —— 未成年者に酒を提供することを禁ずる刑法の違反は当然に過失となる。政策的にも、① Yの住宅所有者責任保険は本件損害も担保している、② 社会正義と常識もYの責任を肯定する、③ 責任を認めることにより偽りの訴えが生じるおそれはない、④ 責任を認めることにより生活の喜びが失われるかもしれぬが、被害者の保護及び酒酔い運転の抑止の方が重要な価値である。

[25] ○ Sutter v. Hutchings (Ga., 1985)

[26] ○ Hart v. Ivey (N.C., 1992)

六 (1) まず、判例の全体的な傾向を見てみると、酒屋・酒場・レストランなどアルコール飲料の販売を業とする者に  
関する事例 a では、五九年の連邦控訴裁判所判決〔1〕とニュー・ジャージー州最高裁判決〔2〕を境に、各州はコモ  
ン・ロー上の責任を認めつつある。このような傾向の背後には、交通量の増大等に伴い酒酔い運転の事故が増加しつ  
つあり〔2〕〔4〕〔10〕〔13〕がこれを指摘する、もはやAの行為やXの損害について無関心なYの態度を是認する伝統的  
な個人主義的責任原理を貫くことが、困難となってきたという事情が存すると考えられる。だが、これに対して伝  
統的な態度を崩そうとしない州も存在している〔6〕〔8〕〔9〕〔11〕。なおカリフォルニア州〔5〕は、コモン・ロー  
上の責任を肯定した(酩酊状態の客に酒を供与することを禁ずる州法の趣旨と損害の予見可能性を説く)が、その後、州民  
法が改正されて<sup>7)</sup>伝統的な近因理論に復帰している。

次にソーシャル・ホストの責任が問われている事例 b においても、判例の態度は混沌としている。例えば、ニュー・  
ジャージー州〔22〕は、a〔2〕と同じく、ここでも責任を認めるのに積極的であるが、ニュー・ヨーク州の高位裁判  
所は、事例 a ではコモン・ロー上の責任を認めるが〔4〕——損害の予見可能性を指摘する、b ではこれを否定する〔16〕。  
なおオレゴン州〔15〕及びカリフォルニア州〔17〕は、コモン・ロー上の責任を認めた(いずれも損害の予見可能性を指  
摘する)が、その後州法が改正されて<sup>8)</sup>ホストの責任は制限または否定されるに至っている。

(2) 以下では、このような傾向の判例を、その理由付けに沿ってやや細かく見てみることにしよう。

第一に、損害の近因はAによるアルコールの消費であって、Yによる販売・提供ではないという伝統的な理由付けを

採用する判例が、依然存在する (a [6] [8] [9] [11]、b [21])。このうち [9] は、A は自らの不法行為に責任を負うべきだからと説明する。A が責任を負っても直ちに Y が免責される理由はないが、これは、Y は A にアルコールを飲む機会を与えただけだから、その後の A の自発的・自律的な行動の結果については関知しない、という個人主義的責任原理をリステイトしたものと読むべきであろう。これに対して Y の責任を認める a [3] は、A を自律的な個人ではなく「危険な道具」と見ている。この観点の下では、A の目的合理性と自律性は、もはや消失していることになるだろう (この意味で「損害類型Ⅰ」で面白半分やいたずら心<sup>1</sup>の介在がなされた場合を凌駕している)。酒に酔った人について、なおその自律性を肯定しうるか否かという人間観の相違が、ここにはあるように思われる。

第二に、Y と A との間に存する特別の社会的なつながり (これが「損害類型Ⅱ」の特徴である。四(1)を具体的にどう評価すべきかが問題となる。まず、事例 a のように、Y が酒場や酒屋などの経営者である場合は、Y は顧客 A の酔いの度合いを見極める能力を持ち、また A に対する酒の供与を制御しうる立場にあると考えることができる (13) )。もしこう考えるならば、伝統的な個人主義的責任原理が前提とする A の Y に対する独立性は存しないことになる (このように本類型では、当該独立性は Y による A の制御可能性と裏腹の関係にある。これに対し「損害類型Ⅰ」では、A によって、Y の作り出した状況が目的合理的に利用されるとき、A の独立性が弱まると考えられる。両者は、いわばベクトルの向きを異にしている)。もつとも少年院や前科者の訓練所の責任が問われた四(1)の事例と比べると、当該独立性はなお認める余地もあり、微妙なところである。それでは、Y がソーシャル・ホストの事例 b ではどうだろうか。ここでも a [13] と同様に Y は酒の提供を制御できると割り切る判例 [22] ③⑤がある一方で、複数の判例は、ホストは訓練されておらずまた接待等に忙しいため、ゲストの酔いのレベルをチェックする能力に乏しい、と慎重な態度を見せている (16) (18)。A の独立性が認められるかは、事例 a よりもさらに微妙と言えらるう。なお Y がホストの場合は、Y に責任を課すこ

とよつてAに対する接待が萎縮して、社交的な集いにおける楽しみが減少するという反作用が生じる。かような反作用は、まさにYA間に特別の社会的なつながりが存するがゆえの一つの現象と言えるが、しかしこれに言及する判例は、いずれも利益考量上、YA間のこのような社会的関係よりも、被害者の保護または、Yに不法行為責任を課すことによつて期待しうる損害発生の抑止的效果に大きな価値を見いだして、Yの責任を認めている(〔17〕〔22〕〔24〕)。

第三に、損害の合理的予見可能性については、事例a bを問わず、これを明確に否定する判例は見当たらなかった。

この理由として、まず酒酔い運転の危険性が高いことが一般に知られていることがあげられよう。また本事例におけるYA間の特別の社会的なつながりにかんがみると、Yは既に酒の販売ないし提供をする時点(＝過失行為時点)で、Aがその後自動車運転をすることを知っている場合が多く(この点で、帰責判断における回顧的視点を強調した四(1)のHendy判決とは事案を異にする)、さらに仮に知らなかった場合でも、自動車の使用が普及している今日の実態〔13〕はこれを指摘する)に照らせば、YがAの酒酔い運転による事故を予見できなかったという主張は、やはり成立しにくいからである。

第四に、未成年者または酔っ払った(と視認できる)成人にアルコール飲料を販売・提供することを禁ずる法律が州によつては制定されていることがある(違反者が刑事的なサンクションを受けるのかどうかは、州によつてまちまちである)。このとき当該制定法の趣旨をどう捉えるのかが問題となる。五九年以前の判例には、当該法規違反を民事責任の成立・不成立に關わらしめるものは存在しなかつたようであり、同様の傾向は五九年以後の判例にも、少なからず見られる(a〔6〕〔9〕〔11〕、b〔18〕〔26〕)。しかしより多くの判例は、制定法の趣旨を酔っ払いによつて被害を受けることが予想される一般大衆を保護するものと広く捉え、その違反をXに対する義務違反または過失と考えることによつて、Aによるアルコールの消費こそが近因なりという伝統的理論からの脱却を図っている(a〔1〕〔2〕〔5〕〔10〕〔13〕、b〔17〕)。

(〔20〕〔25〕)。法の趣旨を必ずしも明らかにしないが、a〔3〕〔12〕、b〔23〕〔24〕も制定法違反を過失と捉えている。

第五に、裁判所と立法部の役割分担をどのように捉えるべきかが問題となる。これは、Yの民事責任を規定する制定法がない場合に、裁判所が独自の判断でYのコモン・ロー上の責任を認めることが許されるのか、という形で問題となる。①これについてニュー・ヨーク州の高位裁判所(b〔16〕)は、裁判所が「バンドラの箱を開ける」ことを嫌い、パブリック・ポリシーの考慮を立法部に委ねようとする。またジョージア州(a〔6〕)、メリーランド州(a〔9〕)、モンタナ州(b〔18〕)も同様に消極的な態度を示している。これは、酒の嗜好品としての性格上、いったんYの責任を認めると社会全体に与える影響が大きいこと(〔16〕)は広範な調査とヒヤリングの必要性を説く、また特に事例bでは、ソーシャル・ホストの注意義務の基準を設定しにくい(〔16〕〔18〕)。これは第二で触れた、ホストがゲストをチェックする能力に乏しいという問題である。ことなどによるものである。②これに対し積極的な立場をとるのがウイスコンシン州である(a〔12〕、b〔24〕)。同州は、裁判所の重要な仕事はコモン・ローを現代的かつ活力の満ちたものに保つことであるという基本認識(a〔12〕)に立って、様々な政策的判断(未成年者に酒を販売した者をそれ以外の過失行為者よりも保護することの不公平さ、住宅所有者責任保険による損失の分散の可能性、酒酔い運転の抑止、虚偽の訴えの発生可能性の低さなど)を積極的かつ明示的に行っている。これはウイスコンシン州が伝統的に進取の気風に富み政治的にもリベラルが強いと言われている(外務省北米局1992:7)ことと関連しているのだろうか。またニュー・ジャージー州も、裁判所の役割を前向きに捉えてYの責任を積極的に肯定している(a〔2〕、b〔22〕)。これは、第三、第四で触れた事故の予見可能性や州法の趣旨の外、酒酔い運転に関する全米で最も厳しい刑事罰の存在、酒酔い運転の抑止(ウイスコンシン州と同旨)、ホストの行為改善の容易さ(①の見解と対立する)、社会全体の損失の大きさなどを重視したことによるものである。③しかし、このような裁判所の積極的な姿勢に対しては反発する動きもある。(1)で触れたように、カリフォル

ニア州とオレゴン州では、事例 a ないし b で裁判所が Y の責任を肯定したにもかかわらず、その後立法部は Y の責任を限定または否定する法律を制定している（註（7）・（8））。この立法趣旨は必ずしも明らかではないが、Y の責任を認めることによる、社会全体に与える影響力を恐れたのだろうか（もしそうなら、①の見解と通じるものがある）。

七 以上に述べた各損害類型の帰責の在り方を、個人主義的責任原理の変容と関連づけながら要約するならばこうである。

個人主義的責任原理とは、Y が作り出した状況を A が利用して（または当該状況によって A が動機や機会を与えられて）X に損害を及ぼした場合、A が Y に対する関係で独立性（ないし対等性）と自律性（ないし自発性）を有していると評価できるならば、Y は A の介入を関知せず、X に対して責任を負う必要はないという基本的な考え方である。この考え方が前提とする A の独立性と自律性は、目的合理性もしくは反復可能性の有無（これは第四節でも注目した要素である）またはその他のファクターと連動しながら、損害類型に応じて様々な形で変容しており、このことが Y の帰責性の有無とその法律構成に影響を与えていると考えられる。すなわち――、

まず、損害発生時までに Y A 間及び X Y 間に、接触、支配関係など特別の社会的なつながりがない〔損害類型Ⅰ〕においては、Y の作り出した状況の危険性が高まるにつれて、A の介入の独立性または自律性は（目的合理性の高低と連動しながら）弱まっていく。従ってこのとき、個人主義的責任原理の力は減殺され Y の責任は肯定しやすくなる（なお当該危険性の高まりは、同時に、Y の過失と X の損害との間の反復可能性をも高めるのであり、この意味で事実的因果関係と帰責性の判断は密接している）。そして判例・学説は、Y の責任を肯定する際には、介在行為の予見可能性を問題とするもの（Y のもたらした状況の危険度が高く、Y A 間の「交渉」の度合いが低い場合。このときは Y の X に対する過失が肯定される

ことが多い」と、Yの過失とAの介在との合理的な関連性の有無やその程度を、回顧的な後知恵をもって事後的に評価すべしとするもの（このときはYの抽象的過失が損害の近因とされることが多い）に分かれている（三(2)）。

次に、損害発生時までにはYA間に特別の社会的なつながりがある〔損害類型Ⅱ〕では、まず当該つながりゆえにAの独立性が弱いことがある（Yが少年院や訓練所のケース）。このとき判例は、介在行為ないし損害の予見可能性を具体的にまたは回顧的な考慮の中で肯定し、Yの責任を肯定する（四(1)）。しかしYがアルコール飲料をAに販売ないし提供した場合は微妙である。まずYが酒場などの経営者の場合は、酔っ払ったAまたは未成年者Aに対するアルコールの販売・提供を制御しうる立場にあるので、Aの独立性は弱いと一応言えそうだが、Yがソーシヤル・ホストの場合は、YはゲストAの酔いのレベルをチェックしにくいので、Aの独立性は高いとも考えられる（六(2)第二）。またAの自律性については、酒に酔ったAを仮に「危険な道具」にすぎないと見るならば、これは存しない（Aの介在行為の目的合理性も消失する。六(2)第一）ことになる。このようにアルコールの販売・提供の事案では、個人主義的責任原理が前提とするAの独立性と自律性の有無は、YによるAの制御可能性の捉え方や人間観の相違によつて左右されている（なおYによる酒の提供・販売とXの損害との間の反復可能性の有無は、酒酔い運動による死傷事故の一般的頻度に加えて、YによるAの制御可能性（これはAの独立性と裏腹の関係にある）や、Aに危険な運転を避ける能力（自律性）が残されているのか等の判断にやはり左右されるから、この事案でも、帰責判断と事実的因果関係の存否の判断内容は密接している）。さらにここでは、個人主義的責任原理と並んで（あるいはそれと連動して）、損害の予見可能性（これは肯定されやすい。六(2)第三）、制定法の趣旨を保護法規として捉えるか否か（六(2)第四）、アルコールの嗜好品としての性格上、帰責判断が社会全体に与える影響の大きさをどう考えるか、さらには不法行為法の目的、特に損害の抑止機能を重視するか否か（六(2)第五）という判断も、帰責判断に影響を与えているのである。

また、損害発生時までにはX・Y間に特別の社会的なつながりがある〔損害類型Ⅲ〕では、当該つながり及び損害の予見可能性を理由としてYのXに対する注意義務違反が肯定されやすい(四②)。しかし、そもそもこの類型では、通常、

Aの独立性・自律性は失われていないので、個人主義的責任原理の適用によってYの責任が否定される理論的な可能性は存していると言うべきである。そしてこの可能性がまさに現実化したのが武装強盗事例であり、損害の予見可能性にもかかわらず、Yの責任を否定する判決が現われたのである(五①)。そこでは、不法行為法の持つ損害の抑止的機能に過大な役割を負わせるべきではないという認識が強く打ち出され、個人主義的責任原理の適用・復活を支えている。

最後に、適切な事例は少ないが、X・Y・A間に特別の社会的なつながりがある〔損害類型Ⅳ〕では、YのXに対する注意義務違反は肯定しやすくと考えられる(四③)。

### 第三章第四節〔補論〕 註

(1) 前章第三節第二款では、この外にも、馬の暴走という誰にも過失がない事由がY管理の公道の瑕疵と競合した事案も取り扱い、そこにおいても「Aなければ(Bifor) Cなし」という言明が、Aと競合する原因Bを非難の対象から外すというプリミティブな法感情と連動して、Yの免責または責任を説得ないし正当化する役割を果たしていたことを確認した。しかし、馬の暴走のように人的な原因とは言えないものについては「個人の自律」は観念できないので、個人主義的責任原理を援用することは困難と言うべきであろう(前章第三節第二款六参照)。

(2) 第三者が介入する事例以外にも、被害者自身が介入するケースとして、例えば加害行為後の自殺事例がある。これについて五〇年代ごろまでのアメリカの判例は、Yの責任を否定することでほぼ固まっており、大きく三つの理由付けがなされていた。① 第一に、被害者(以下Aという)の自殺時の状況いかにかわからず、およそAが自殺をした以上、それはAの自己決定、意思、または自発性に基づくものであると割り切り、同時にAの自殺の予見可能性を指摘するものがある(●Schaffer v. Washington City, Virginia Midland & Great S.R.R. (U.S. 1882) — アメリカのリーディング・ケース: ●Salsedo v.

Palmer (2d Cir. 1921) : ● Scott v. Greenville Pharmacy (S.C. 1948) —— 但しYが鎮静・催眠剤を違法販売した事例など)。これは三(1)で見るのと同じく、個人主義的責任原理を前面に出した判決と言えらるう。② 第二に、自殺時にAがその意思作用(volition)を欠いてはいなかった、または制御できない衝動に駆られてはいなかった点を重視するものがある(● Daniels v. New York, N.H. & H.R.R. (Mass. 1903) : ● Brown v. American Steel & Wire Co. (Ind. Ct. App. 1909) —— Y社の無防備の機械の歯車に被害者Aが巻き込まれ重傷を負った事例) : ● Long v. Omaha & C.B. S.R.R. (Neb. 1922) : ● Arnow v. Red Top Cab Co. (Wash. 1930) : ● McMahon v. City of New York (N.Y. Sup. Ct. 1956) など。これらは「いずれも自殺の予見可能性の有無には言及していない」。これは、①のように自殺、即被害者に自律性あり、という機械的認定をするのではなく、Aの自律性の内容をAの心理的・精神的側面から分析しようとするものである。しかし、これらの判例の多くは、意思作用の有無や制御できない衝動の存否のメルクマールとして、Aが自殺という自己の行為の目的とその物理的效果を認識していたかどうかに注目しており(● Daniels判決、● Brown判決、● Long判決、● Arnow判決)。そしてこれは容易に肯定されるから、このメルクマールに従えばYの責任が肯定される余地は極めて乏しいことになる。③ 第三に、△ Tate v. Canonica (Cal. Ct. App. 1960) は、傍論で五〇年代までの判例がYの責任を否定する傾向にあったのは「コモン・ローが自殺を犯罪と解していたことと関連しているのでは」と推測する。学説にもこれを示唆するものがある(Prosser & Wade & Schwartz 1994, 335)。この関連性を実証することは困難であるが、確かに初期のコモン・ローは自殺を神への裏切りと臣民の維持に利益を有する国王への犯罪と捉え、これを重罪(felony)と解し、不名誉な埋葬や死者の財産没収などの刑を科しており、また近代に入っても、自殺の未遂は長らく軽罪(misdemeanour)とされてきた(イギリスでは六一年の自殺法の制定まで、アメリカでは州によって異なる)(Smith & Hogan 1992, 379-382; Perkins & Boyce 1982, 120-124)。もし「この自殺の犯罪性を強調するのならば、犯罪行為の介在は予見できない(一人は誰でも合法的に振る舞うことを信頼する権利があるから。Holmes 1920, 132参照)」という理屈を用いて、または人(自殺者の遺族)は犯罪行為によって利益を受けてはならないという考え方(イギリスのリーディング・ケース、○ Prigg v. Pointer's Transp. Servs. (Assize, 1957) でY側が主張)によって、Yの責任が否定される余地は出てくるのかもしれない。

しかし、以上のようなYの責任に否定的なアメリカの判例の態度は、六〇年代以降変容する。すなわち、④ Aが自殺という行為の性質を理解していたことを重視せずに(②対照)、当該理解の有無にかかわらず、AがYの不法行為によって作られた制御できない衝動に駆られて自殺をしたか、または理性を失って自殺をしたかどうかを直截に問題として、もしこ

れが肯定されれば〔Aの行為は非自発的であるから〕Yは責めを免れないとする判決が増えてきたのである(△Tate判決: △ Orcutt v. Spokane County (Wash.1961): ▲ Sasiot v. Chicago Hoist & Body Co. (Ill.App.Ct.1964)——自殺時にAは理性を奪われるような精神状態ではなかったと認定)・▲ Tucson Rapid Transit Co. v. Tucci (Ariz.App.Ct.1966): △ Fuller v. Preis (N.Y.1974)——事故によって脳挫傷になった事例: ○ Exxon Corp. v. Brechen (Tex.1975)——事故を契機に精神分裂病になった事例など)。なお、イギリスのリーディング・ケース、○ Pinner 判決も、この考え方をとっている(Aは神経症により些細な心配が拡大し、生きること耐えられなくなって自殺をしたと認定した)。

このように、判例は、個人主義的責任原理がその前提とするAの自律性・自発性について、①↓②↓④と、より実質的観点から捉えるようになってきている。特に④においては、(精神)医学の発達を背景に(○ Exxon Corp. 判決がこれを指摘する)Aが自殺時に自己の行為を支配できたかどうかの判断が直截になされており、この結果、Yの責任を肯定する判決が増大していると考えられる。

学説の多くも、④の判例の態度に賛成している。すなわち、Yの不法行為によってAの自由意思の機能が奪われているとき(Hart & Honore-1985:156; Fleming-1992:224は、出来事の連鎖の予見可能性と非自発性を指摘する)、自己の行為の性質の理解や行為支配が奪われた場合(Prosser & Keeton-1984:310)または自殺が加害者の過失により生じた状況に合理的に反応したと認められる場合(Payne-1962:13-15.このようにAの反応の目的合理性を重視すると、Aの自律性というよりも、個人主義的責任原理のもう一つの前提である、Yに対する独立性が低下することになる。本文②(2)参照)に、論者はYの帰責を肯定している。これらの論者はフレンジングを除いて、いずれも自殺の予見可能性の有無を問うてはいない。これに対して、Aの精神状態は、Yの不法行為とAの自殺との間の事実的因果関係の有無にのみ関連し、事実的因果関係がいったん肯定されれば、その後は自殺の予見可能性の有無によって賠償範囲を決定すべしとする少数有力説が存在する(Harper & James & Gray-1986:158-159 n.41)。両者の考え方の当否については、次章において検討することにしよう。

(3) Cole 判決の事案は次のとおり。Y社のエレベーター・ホールには照明がないため、エレベーターが正常な位置に止まっているのかの判別が困難であったところ、Xが当該エレベーターを使用する際に少年Aがエレベーターのドアを開け、Xを招き入れたが、エレベーターはその階に止まっていなかったため、Xは落下して重傷を負った。Yは事故以前に度々Aがエレベーター付近で遊んでいるのを黙認していた。また City of Mobile 判決の事案は次のとおり。Y市の美術館(修理の

ため閉鎖中) わきの駐車区域に車を止めたXが、身元不明の黒人Aに引きずり出され、美術館の地下室で強姦された。当該地下室はこれまでも度々浮浪者等が寝泊りし、荒廃状態にあった。これらの事案に照らすと、いずれにおいても損害の合理的予見可能性が存したと言えなくもないのである。

(4) この事案では、YとXは賭博場の開張をした者とそれに参加した者という関係にあるため、両者は、損害発生以前から既に社会的な接触関係にあつたと言える。しかしこの事案では、当該接触関係があるために、特別の注意義務がYに課せられていたという事情はないと考えられるので、〔損害類型I〕の中で取り扱うことにした。

(5) これに対して(1)の事例では、目的合理性は顕著だが反復可能性の存在は微妙である。これらは、第四節五(2)で述べた法則論的知識 $\alpha$ と $\beta$ の存否の問題である。

(6) リステイトメント四五七条は、「もし過失不法行為者が他人の人身侵害について責任を負うのならば、過失不法行為者は、当該他人の損害が合理的に必要とする援助を行う際の、第三者の標準的な(ordinary)努力から生じる付加的な人身侵害に対してもまた責任を負う。第三者の行為が適切になされたか、不注意になされたかは問わない」と規定し、この「標準的な」の意味について同条コメントbは、「通常の(usual)」あるいは「予見可能の」という意味ではなく、出来事が生じてから、すなわち新しい力が介在する状況を知りながら回顧的に見て(in retrospect)、それほど異常ではないという意味であると説いている。

(7) California Civil Code §1714 (as amended by Stats.1978, ch.929, §2, P.2904) (b) は、明文で、a [5]とb [17]の考え方を廃止するのが立法部の意図であろうたい、第三者の損害の近因はアルコールの提供ではなく、その消費であると規定する。

(8) 1979 Oregon Laws ch.801 §2 は、ソーシャル・ホストはゲストが起こした損害について、原則として責任を負わないと規定し、成人の客が酔っ払っていることを視認できた場合や未成年の客に身分証明書の提示を求めるのが合理的であった場合などは例外だとする。なおカリフォルニア州については前註(7)参照。

## 第四章 おわりに

### 第一節 前章までの要約

一 これまでわれわれは、わが国の議論状況を意識しながらも、専らネグリジェンス法における「區別」論の意義を探ってきた。本章ではこれまでの考察を振り返り、それらが、わが国の不法行為歸責論を再構成するための、どのような示唆ないし手掛かりを与えるのかについて検討する。まず本節では、前章までの考察をやや丁寧に要約することにしよう。

はじめに、本稿の目的や分析の視角は次のとおりである（第一章）。

(1) 現在のわが国では多くの学説が、「相当因果関係」概念の批判の上に成立している「區別」論、すなわち「不法行為における賠償範囲の決定は、政策的な価値判断に属し、それに先行する事実的因果関係の確定という事実の平面における問題とは區別されるべし」という考え方をとることを明言し、またはこれを当然視してきたかのごとくである。しかし学説の中には、損害の因果的な展開の在り方を、危険性の実現という視角をとることによって帰責の問題と関連づけて論じたり、あるいは、特に医療過誤における医師の「不作為」による不法行為事例では、事実的因果関係の認定に規範的判断を伴うことを承認するものなどが見受けられる。また「區別」論を提唱した平井説自体も、加害行為の後に被害者または第三者の自由意思による行為が介在する場合には、*but for* テストの適用が、少なくとも困難に「思える」ことを意識しているなど、「區別」論に対する学説の態度は、実は不透明と言わざるをえないのである（以上、

**第一節**。さらに近時では、因果関係に関する「あれかこれか」という二分論的な定式化に反対して、因果関係概念の規範性を重視する動きや、「あれなければこれなし」という言明が、訴訟上、反復可能性を捨象しているとした上で、自然法則的の反復性を因果関係判断において考慮に入れるドイツ流の相当因果関係説を（危険範囲説と並んで）再評価する動きも現われており、「区別」論に関する状況の不透明さは、いっそう増しているのである（以上、**第二節**）。

(2) なるほど学説はこれまで、原因の重畳的、択一的または仮定的競合事例における *but for* テストの適用可能性（これに関する本稿の立場は第一章第三節註（二）参照）や訴訟上の因果関係の証明の在り方（立証の負担の軽減策）などについては、議論を重ねてきた。しかし、事実的因果関係や *but for* テストに関するより基本的な問題、具体的には、「区別」論に内在すると考えられる、① *but for* テストの先行性（帰責判断をする際には、政策的・規範的判断に先立って、まず、*but for* テストを行い事実的因果関係を確定する必要がある）、② 事実と政策との二元論（事実的因果関係は事実の平面の問題であり、政策的価値判断と内容的に区別されなければならない）、③ 事実的因果関係概念の普遍性（事実的因果関係の有無は、あらゆる損害類型において確認可能ならずである、また確認しなければならぬ）という三つの異なるレベルの問題について、多くの学説は、いずれも明確な態度を見せてこなかったのである。そして、まさにこのことが、例えば、事実と政策との安易な二元化や事実的因果関係概念のいたずらな普遍化などを招き、「区別」論に関する問題状況を不透明にした根本的な原因ではなからうか、というのが本稿の出発点たる問題意識である。本稿は、このような意識に基づき、「事実的因果関係は *but for* テストによって判断される」という基本命題の意味を、理論的に探求することを目的とする。その際の具体的な分析視角としてはまず、①「あれなければこれなし」という言明の含意を（法以前の）科学哲学的立場から必要な限りで検証し、かつそれを反実証主義的立場（分析哲学・歴史哲学）やヴェーバー社会学から相対化しつつも、② しかしし重点是あくまで法的な空間の中に置き、その中で裁判官が「あれなければこれなし」とい

う言明をどのような文脈ないし意図で用いたのかに着目する。そしてこの視角を有効に機能させるために、比較法的視座を英米のネグリジェンス法（この意味は第一章第三節註（18）参照）に求め、リーガル・リアリストらが「區別」論を主張するに至った経緯やその後の「區別」論の動揺を検討の中心に据える。③その検討の際には、わが国（及び一部のわが国の学説の背後にあるドイツ）の議論状況にも関心を払い、わが国の帰責論を再構成する示唆ないし手掛かりを得ることを終局的な目標としたい（以上、第三節）。具体的な検討結果は、次のとおりである。

## 二 まずコモン・ローにおける「區別」論の成立過程を振り返ろう（第二章）。

(1) ネグリジェンス法の前史において「因果関係」が問題となったのは、例えば、①公道上のYの家畜が、フェンスに欠陥のあるX地に迷い込み、Xの作物に被害を与えた事例、②軍事教練中に兵士Yの銃が暴発し、兵士Xを負傷させた事例、または、③Yが乗っている馬がYの意思に反して暴走し、広場や公道にいたXを負傷させた事例などである。これらはいずれも、受動的被害者に対して、能動的な加害者による「一方的な」①②加害「行為」③がなされたとは言いにくい事案であり、このようなとき初めて、損害の（法的な意味での）「原因」が当事者のどちらにあるのかが意識的に争われたり①②、損害発生前のYの行為に「原因」を見いだせないのが問題となったのである③。そして判例は、当事者の「有無を認定することを通じて、すなわち法的な帰責の有無と直結させながら、当該「原因」を探求したのである（以上、第二節）。

(2) このような考え方は、交通の発達を背景として一八世紀の終わりごろから急増した馬車同士の衝突事例でさらに顕著なものとなる。すなわち判例は、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（本来嚴格責任が妥当するはずの侵害訴訟事例でも）、両当事者の過失の有無を認定しようとしたのだった。

ところで、このような事故類型では、両当事者に過失があることが少なくないが、しかしこのとき、(統一的なネグリジェンス法が成立する以前に既に判例が承認していた) 寄与過失理論——その根底には、コモン・ローに内在する個人主義的責任原理がある——を適用すると、Yは全面的に免責される結果となってしまうのである。一九世紀の半ば、イギリスで詳細に寄与過失理論を説いたある判決は、まさにこのような原因の同時的・必要的競合事例で生じるドラステイックな結論を受け入れるようにXを説得し、またはその結論を正当化する文脈で、*but for* という言明を用いたのである。つまり原因AとBが必要的に競合して損害Cが生じたときに、「AなければCなし」と言明することは、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」を表明し、Bを「非難」の対象から外す機能がある。そしてこの文脈では、「*but for* テストの先行性」は影を潜めているのである(以上、**第三節 第一款**)。このような *but for* という言明の用い方は、アメリカで一九世紀半ばごろから頻発した次のような事例にも見ることが出来る。すなわちYが管理する公道の瑕疵と馬車を引く馬の暴走(馬車の所有者には過失はない)とが競合し、Xが人損や物損を受けるというケースで、多くの州は、当時の道路状況下で責任を認めればYの財政が逼迫するという危惧と、馬の暴走による事故は日常的な危険にすぎないことを強調ないし暗黙の前提として、Yの免責という結論を導き、この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と考えられるのである(「馬の暴走がなければ事故は生じなかったではないか」。しかしこの立場に立つと、結局Yの責任が認められるのは、Yの過失が損害の唯一の原因である場合に限られてしまう。これに対し一部の州は、馬の暴走事例を含む原因競合事例において「唯一の原因」説を正面から退け、Yの義務内容がXの侵害防止にある場合には、これを理由としてYの責任を肯定した。しかしその際に *but for* という言明を、今度はYの過失に関して用いることにより、競合する他原因を「非難」の対象から外し、Yの責任をY自身に対し説得していたのである。このようにいずれの立場においても、Yの帰責の有

無、と、い、う、結、論、と、直、結、さ、せ、て、*put for*、と、い、う、言、明、が、用、い、ら、れ、て、い、る、こ、と、に、注、意、し、た、い。こ、う、し、た、判、例、の、動、き、に、沿、つ、て、学、説、も、近、因（賠償範囲）の問題をあくまで原因競合事例の中で捉え、*put for*、と、い、う、言、明、を、当、該、事、例、に、お、け、る、法、的、原、因、の、探、求、と、い、う、文、脈、で、用、い、る、も、の、が、多、か、つ、た、の、で、あ、る（以上、第三節第二款）。

(3) これに対して賠償を認めるか否かの判断に先行し、*put for*、テストの先行性）、その判断を受けるべき対象を確定するために *put for*、と、い、う、言、明、が、用、い、ら、れ、る、契、機、と、な、つ、た、の、は、公、共、運、送、人、Y が、運、送、を、遅、滞、中、に、暴、風、雨、等、に、遭、遇、し、X の荷物が滅失・毀損したという事例である。これは原因の「偶然的」な介入事例であり、一九世紀後期以降のアメリカで数多く争われた。ここでは、コモン・ローの伝統に忠実に従い公共運送人の責任を厳格に認める立場に立ち、その結論をYに説得するために *put for*、と、い、う、言、明、を、用、い、る、従、来、型、の、判、例、が、あ、る、一、方、で、*put for*、テ、ス、ト、に、よ、つ、て、事、実、的、因、果、関、係、の、存、在、を、認、定、し、つ、つ、も、損、害、が、予、見、で、き、な、か、つ、た、こ、と、な、ど、を、理、由、に、Y の責任を否定する判例が拮抗していた。そしてこの後者の問題処理こそ「区別」論の一つの萌芽と見るのである。なお、ここでは併せて次の三つの検討も行った。

第一に、もともと原因が同時的に競合する比較的単純なケースで、婦責の有無と直結して用いられた *put for*、と、い、う、言、明、が（第三節）、原因の「偶然的」な介入事例で、規範的判断に先行して事実的因果関係を確定するために用いられるに至った（*put for*、テストの先行性）という右の動きは、ドイツ法の動きとパラレルである。すなわち、「あれなければこれなし」公式を中核とするドイツの条件説は、少なくとも当初は、原因の同時的な競合事例で有効な婦責定式として機能していたのに対し、相当因果関係説が当初想定していた状況は、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という、まさに原因の「偶然的」な介入事例（結果発生の「客観的可能性」は低く相当因果関係は存しない）だったのである。

第二に、右の暴風雨事例で、われわれが暴風雨の遭遇を「偶然」と感じるのは、① 鋭敏な初期値依存性(暴風雨の発生は、大気の不安定な平衡状態という初期条件に強く依存している)が存在し、しかも② 異なる因果系列(運送人の過失→運送の遅滞、大気の不安定な平衡→暴風雨の発生)が交叉しているからだと考えられる。

第三に、a なければ b なしという言明について、① まず(科学ないし言語)哲学上の含意は次のとおりである。これは一方で、a の後に b が続くという過去の反復の事実から帰納される a b 間の因果関係の仮説を、将来にわたる反復可能性が存することを前提に、思考または実験上(もし a がなければどうなるか)、能動的に確認することを意味する。しかし他方で因果法則が既知の場合には、当該言明は、因果法則に「支えられた」反事実的条件法の主張に外ならず、このとき前件と後件との間には非論理的な(形式論理学の真理値に依存しない)必然性が存している。② この考え方は示唆的であるが、特に法的空間においては、人間の行動法則のように反復可能性のレベルが自然法則と比べてやや低いものも、経験則として成り立ちうると考えたい。そして、かような経験則は一方で仮説的性格を持つため、a なければ b なしという言明は、因果関係を確証し事実認定の説得力を増す機能があり、他方で経験則には法則的性格があることも否定できないため、当該言明は、前件と後件の間に帰責判断を開始するに値する特別なつながりがあることを主張するものだとも考えられるのである。③ このように解すると、暴風雨事例の各因果系列は当該言明によって含意できる。問題は、因果系列の「交叉」をも含意できるかであるが、かような自然界における因果律を事実に判断すべきときには、他方の因果経過をも視野に入れた、「ネットワーク的発想」に立って、これを肯定すべきである。従って、「当該現象条件下の当該過失行為」と損害との間には、反復可能性を前提とする事実的因果関係が認められる(但し相当因果関係説の言う客観的可能性は低い)ことになる(以上、第四節)。

(4) さて、今世紀初頭に登場した、多元主義への回帰を一つの特徴とするリーガル・リアリストらの多くは、右のよ

うな「區別」論の萌芽事例に着目しつつも、しかしまさに損害類型の多様性を承認するがゆえに「區別」論を貫徹しようとはしなかった。例えばスミスは、近因に関して幾つかの補助的準則をあげるが、「but for」テストの先行性<sup>1)</sup>や「事実と政策との二元論」を特に強調せず、むしろ、事象的因果関係の問題が賠償範囲と密接している類型（不法行為の結果が不法行為時の状況に物理的に連鎖・波及する事例。スミスは婦責の根拠を不法行為の「力」の継続に求める）、事象的因果関係の探求が中心的な争点となる類型（「不作為」の不法行為事例）、事象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が争われる類型（Yの管理する危険物が、第三者を介して、Xに損害を与える事例）というように、婦責判断における事象的因果関係の意義には様々なものがあることを敏感に感じ取っていたのである。

これに対して、リアリストの一人と目されるL・グリーンは、陪審と裁判官の役割分担という観点から、因果関係の問題と義務の及ぶ範囲（保護範囲）の問題を、陪審の審理すべき事実問題と裁判官の判断すべき法律問題とに「區別」すべしと再三説いたのである（「事実と政策との二元論」）<sup>2)</sup>が、ここでは次の二点に注意が必要である。第一に、グリーンは保護範囲論は、従来の近因理論における不毛な形式主義の克服を狙ったものだが、グリーン自身は準則懷疑主義を徹底し、保護範囲の具体的な定式化を拒んでいた。第二に、グリーンは因果関係を事実問題としながらも、「but for」テストはとらず「実質的要因準則」を採用していた。このためグリーン説にあつては、法的な判断と「実質」性判断とが混在していたのではないかという疑問が拭えず、またその帰結として「but for」テストの先行性<sup>3)</sup>も主張されていない。従つてこの意味では、グリーンは「區別」論を必ずしも貫徹してはいなかったと考えられるのである。しかしその後、ハーバーやプロッサーが、体系書の中で、まず「事実と政策との二元論」に関してグリーン説を踏襲しながらも、賠償範囲については具体的な類型に応じたより、明確な準則の定立を試み、次に従来の学説と同様、事象的因果関係については「but for」テストを採用し、さらに、おそらく体系的記述を志向する立場から、いわば理念型として「but for」テ

ストの「先行性」をも説いたことよって、「區別」論は、初めてまとまった形で成立するに至ったのである（以上、第五節）。

(5) しかし「區別」論には、ミスも着目した物理的連鎖事例において、当初から問題点が内在していた。なぜなら、当該事例の典型例である延焼事例や連鎖的な交通事故事例では、多くの英米の判例は、「完全賠償主義」すなわち実質的に賠償範囲の制限機能を有していない言明を用いて、（汽車・汽船・自動車などを扱う際に失火や衝突をした）過失のあるYに、すべての損害の賠償責任を負わせる立場をとっているからである。ここでは、Yのもたらした危険がただ同質的に拡大したという、事実のレベルでの損害の因果的な展開の在り方と、法的な帰責判断とを直結させることに判例は抵抗を示しておらず、また予見可能性概念による賠償範囲の制限は法技術的に困難である（概括的な危険性はどこまでも及んでいるから）。つまり右のような損害波及事例では、「區別」論の一側面である「事実と政策との三元論」は、見いだしえないのである（なお素因事例についても同様に「完全賠償主義」が妥当している。第六節註（14）参照）。そしてこれに賛成する学説は、「過失ある加害者よりも罪のない被害者を保護するのが公平である」という公平観を唱え、または因果関係の役割を限局することに反対して「Yが舞台上に登場する前に既に舞台はセットされていた」と説き、あるいは「YはXをあるがままに捉えなければならない」としていたのである。

しかし他方で、「區別」論をとる論者が最重要視するアメリカの *Restatement* 判決は、Y社の駅員が列車から落ちかかったAを押し上げたところ、花火入りの紙包みが落下・爆発し、その衝撃でホームの端にある秤が倒れXが負傷したという物理的連鎖事例で、過失概念の相対性を強調し予見可能性によって賠償範囲を制限しており、右に見た「完全賠償主義」をとる判例との関係が問題となる。だがこのケースには通常の損害波及事例とは異なり、次の二点の特徴があることに注意したい。第一に、駅員の行為自体に、失火事例で認められるような抽象的な危険防止義務違反たる過失を認め

る、のは困難である。このため判決は、Xに対する具体的な過失の有無を正面から問題とせざるをえなかった。第二に、概括的な危険性がどこまでも及ぶ事例と異なり、Aの花火の所持は外観からはわからず、また花火の落下により秤が倒れるという事態も通常は起こりそうにもない。つまりこの事案では、損害の拡大の質的態様が異例であるため損害の見可能性がないことを理由に、Xに対する過失を否定することが容易だったのである。この一点に照らすならば、Palsgraf判決の明示した過失概念の相対性という構成は、ネグリジエンス法において重要な意義を有しながらも、しかし「完全賠償主義」を妨げるものではない。これを敷衍するならばこうである。

鉄道・船舶・自動車など多数の人命に影響を与えかねない危険物をYが扱う場合には、具体的な被害者に対する相対的な過失ではなく、より抽象的で高度な危険防止義務違反を判例は問うことが多い。このときは、当該過失と結果との間の法的なつながりを別個に問題とせざるをえず、そして損害が同質的に拡大する場面では、当該同質性という事実の平面に着目して判例は「完全賠償主義」をとっており、それには説得力があると考えられるのである。もつとも損害が同質的に拡大しても、その量的な規模が極めて異例な場合には、政策的に賠償範囲を制限せざるをえない場面が出てくることは予想されよう（アメリカの連邦控訴裁判所が傍論でこれを指摘する外、かつてニュー・ヨーク州は大規模な都市型火災事例で、一番目以降の建物には予見可能性は及ばないという硬直的な準則を宣明した）。このように「區別」論の一面面である「二元論」は、すべての物理的連鎖事例で貫くべきではなく、損害の拡大の質的態様が異例な類型および量的な規模が極めて異例な類型に限り妥当すると考える（以上、第六節）。

三 このように「區別」論は、提唱当時から必ずしも貫徹されてはいなかったが、五〇年代以降学説によって正面から批判を受け、大きく動揺するに至った（第三章）。

(1) まずマローンは、アメリカの次のような判例、すなわち夜間十分な明かりがない（＝鉄道会社Yの過失）ホームの階段を、肥満した乗客Xが踏み外して負傷したり、救命ボートの設備が不十分な船（＝船主Yの過失）から、船員Aが落ちて行方不明になったケースなどに着目する。ここでは、いずれもYの過失と損害との間の事実的因果関係の認定は困難であるが（太っているXは、昼間でも階段を踏み外したかもしれないし、波の荒さによっては救命ボートは役に立たなかったかもしれないから）、判例は、Yの違反した準則の解釈を通じて（当該準則は、体重に関係なく急いで階段を下りる乗客を保護するためにある）、事故のリスク増加の判断と事実的因果関係の評価を一体として行い、あるいは被害者に対する政策的判断の転換によって（船員の労働法上の権利が拡大したことを受けて、救助失敗のリスクがあっても、法は船員を当該リスクから守ろうとするようになった）事実的因果関係を認定した、とマローンは肯定的に分析して、「事実と政策との二元論」を批判したのである。

ここでは次の二点が注目される。第一に、右の事例は、Yが一定の危険を内在する又は招来しやすい物を扱っているため、他人への危害のリスクがあらかじめ抽象的には予測されたところ、Yの「不作為」により当該リスクが現実化したという点で共通している。すなわち、かような「不作為」の不法行為事例では、純然たる不作為事例（例…通行人が他人を救助しなかった）とは異なり、抽象的な危険の現実化をYが防止しなかったことに過失を見いだしうるのである（なおドイツの「社会生活上の義務」も、抽象的な危殆化段階で禁止規範を設定していると言われている）。第二に、このような「不作為」事例で用いられる「あれなければこれなし」という言明は、既知の因果法則（例…ボートの構造と運用を前提とする物理法則）に支えられて、個別の因果関係を主張する反事実的条件法と解される。だが、権利侵害の抽象的な危殆化段階で義務違反が問われる場合は、反事実的条件法の主張の際に探究すべき非明示的な前提（例…仮にボートが備えられていたら、どう降ろされたか）の数が多く個別性が強いのが通例である（この例外が失火に続く延焼事例のような、損害拡

大の質的態様が定型的な物理的連鎖事例である。しかし政策的判断によつては、事故発生のリスクの増加さえあれば、かような非明示的、前提的探求を省略して、事後的因果関係を肯定しても良いと命ずることがある。マロンの主張は、このように分析できるのである。

このような主張に対して、グリーンは「事実と政策との二元論」を肯定する立場から、「不作為」事例でもYが現実になした作為部分と損害との間の因果関係を認定すれば足り、残りは過失判断に吸収すべしと主張する。しかし、事後的因果関係と過失の判断は判断基準時が異なると解すべきである。従つてグリーンのように因果関係の内容を空疎にして問題を先送りすると、事故以前にはわからなかったが事故後に判明した事実の評価という、（事後的因果関係の枠組みでは考慮しうるが）過失判断の中では論じきれない問題が残つてしまう不都合が生じる。またYが危険物を扱う場合に、権利侵害の危殆化段階で過失を問うことには合理性があると考えられ、このとき当該過失行為と結果との間の事実的因果関係を問題とせざるをえない。マロンは、まさにこの場面で「二元論」の崩壊を指摘したのである（以上、第二節）。

(2) 次にリーガル・エコノミストらは、七〇年代の半ばごろから、効率性や富の最大化という政策的な目標を設定して、事故発生以前の事故のリスクという視点で因果関係概念に接近することが、当該目標に資する結果になるという認識を明らかにし、この限りで「事実と政策との二元論」を批判した。例えばカラブレイジは、(1)で見た照明のない階段を乗客が踏み外した事例で、個別の準則を解釈するまでもなく（この点でマロン説と異なる）、より一般的に、リスクの増加判断と因果関係の認定を直結させるべきであり、このことが、将来の権利侵害の抑止につながると主張したのである。このようなリーガル・エコノミストらの見解は、つまるところ、法外在的な目標を設定し、それを達成するために、事後的因果関係の判断枠組みとして事前のリスク判断を道具主義的に選択するものに外ならない。

しかし事実的因果関係概念について伝統的な立場に立つ学説は、右のような考え方をとろうとはしない。なぜなら、伝統的学説は、あくまで当事者間の紛争解決を第一義に考え、特定の被害者の損害と特定の加害者の行為との間の関連性を事後的に問おうとするからである。論者の言葉を借りれば、相対立する当事者間の裁判手続と、両当事者間の個別の因果関係こそが、不法行為法の最も内在的な形式なのである。こうした観点は、加害者と被害者を、各人の特性を捨象し抽象的に捉え、かつ両当事者のみに着目する矯正的正義の考え方に由来するものであり、これを重視する学説は、両当事者をカント哲学の言う自律的意志を持つ者（感情や衝撃に基づかない、抽象的・消極的な自由意志を持つ理性的存在者）と把握し、あるいは事実的因果関係概念を集団ではなく個人に着目するという意味で、個人主義との関連で捉えている。

このような事実的因果関係の判断枠組みを巡る学説の対立（事前の視点か、事後の視点か）に関しては、コミュニティ・アンのな思考を強調することにより両説の止揚を試みる説などがあるが、特に注目されるのは、カント哲学における自律的意志の積極面を強調して、伝統的な立場をいわば行為不法的な見地に立つて正面から批判する動きである。例えば、ある論者はカント倫理学に従えば、損害発生以前の行為者の意志作用が重視されるべきなのに、事後的观点に基づく因果関係概念を主張することは、生じた損害が予測されたものと一致するとは限らない以上、背理であると主張する。この批判は、既存の訴訟制度の枠組みの中で、自律的意志の消極面を強調するにとどまる伝統的学説とは必ずしも噛み合っていない。しかし右の批判は、一体われわれは何故に、予測とコントロールを越えるためカント哲学の道徳律が及ばない損害の展開に対しても、（少なくともいったんは事後的观点から）加害行為との間の事実的因果関係を問おうとするのか、という根源的な問題を突き付けるのである。

これについては、ネーゲルの次のような主張が示唆に富んでいる。確かにおよそあるゆる事柄は、行為者のコントロールが及ばない諸原因の結合による影響力から免れてはいない。しかし、にもかかわらずわれわれは、自分の行為が何ら

かの作用を外界に及ぼしてしまつた、という(事後的、視点に基づく)「行為者としての後悔」に駆られることがある。ネーゲルはこの点に着目して、行為する「自己」は決して外的な出来事の一部に埋没しないこと、そして、われわれは自分や他人を、より内的な観点から評価していることを説くのである。ここで注目されるのは、「行為者としての後悔」という捉え方が、「加害行為をしなければ(Ditto)」結果は生じなかつたはずではないか」という、加害者から見れば後悔、被害者から見れば憤怒の情と結びつくという点である。すなわちかような法感情は、ネグリジエンス法の揺籃期では、政策的判断によつて導かれた責任の有無という結論を当事者に説得するという、限られた文脈で機能していたが(第二章第三節)、ネーゲルの注目した普遍的な「自己感覚」を、ことすることによつて、より、一般的な文脈で、"Ditto" テストを根底で支えるものとしての資格を得たと考えられるのである(以上、第三節)。

(3) さらにハートとオノレは、日常言語学派の立場から日常会話における常識的な因果言明の内容を探求し、Aの言動がBに対して行為の動機や機会を与え、あるいはBがAの言動を利用した事例(ハートらはこれを人間相互の「交渉」事例と呼ぶ)においては、Aの言動とBの行為との間には、普遍的なつながり——本稿の用語では事象的因果関係の前提をなす反復可能性——は、存しないと説いた。すなわちAの言動はBの行為の「原因」ではなく「理由」とどまり、当該「理由」はBの「心の状態」を再構成することによつて確認されるのである。このような考え方は、「事象的因果関係概念の普遍性」を唱える学説に大きな衝撃を与えうるものであり、思想的には、ホップズ(第一章第三節註(15))以来の因果的行為論に反対するアンスコムの影響を受けている。そして同様にアンスコム説の系譜を引くウリクトは、歴史的な出来事を動かすのは、「法則的結合の妥当性に依拠しない、実践的な推論」であると説いたのである。

右のような考え方は、自然科学と異なり歴史現象には個別性があり、追体験による内からの理解が重要だとしたドイツの歴史学派や実証主義批判の動きと共通する面があるが、このドイツの動向に対するヴェーバーの批判を検討するこ

とによって、さらなる相対化が可能になる。ここでヴェーバーは、一方で、理念型たる目的合理的な行為は、目的と手段との間に成立する法則論的知識（ $\alpha$ ）に基づく因果分析によって解明可能だと主張し、他方で、歴史的事実の理解のためには、当該歴史的事実がなければという「思考実験」を行う必要がある、その場合は、ある状況に対する人の通常の反応に関する法則論的知識（ $\beta$ ）に照らして、実際とは異なる結果が客観的に可能であったならば、当該事実が実際の結果に対して「適合的因果連関」にあると説くのである。この後者の主張は、歴史的事実の因果関係の確証の在り方自体に、相当因果関係説の発想を活用するものであり、ここでは事実的因果関係と相当因果関係が「区別」されず、「融合」していることに注意したい。これは、因果系列が交叉する原因の「偶然的」な介入事例（第二章第二節——反復可能性はあるが客観的可能性は存しない。ここでは「区別」は可能であった）とは異なり、人間相互の「交渉」事例の積み重ねである歴史的事実においては、事象間の反復可能性と結果発生の客観的可能性が両立可能であることに由来するものと考えられるのである。

以上のヴェーバーの見解にかんがみると、人間相互の「交渉」事例で、法則論的知識 $\beta$ に基づく反復可能性が成立しないことに着目したハートとオノレの見解と、 $\alpha$ に基づく目的合理性がない実践的推論の存在を指摘したウリクト説とを接合することが可能になる。すなわち、AとBとの「交渉」により、Bまたは第三者に損害が生じた場合のAの帰責性の有無について、差し当たり次のように解してみたい。①まずAの言動とBの行為の間に、法則論的知識 $\alpha$ に基づく目的合理的な関連性がない場合は、Bの行為には反復可能性がないことが多いだろう（例…さほど重大でない交通事故に遭遇後、被害者が自殺をした場合）。このときは、まずBの「心の状態」を追体験的に再構成する必要がある。その上で、Aの言動とBの行為の間に、前者が後者の発生を一般的に助長する程度の反復可能性がある（「適合的因果連関」がある）か否かを検討し（しかし反復可能性がないときは、これも否定されるだろう）、さらにかような単なる規則性に還元されえ

ない法的評価のありようを探求すべきである(その一つの試みとして第四節〔補論〕参照)。次に、Bが、法則論的知識 $\alpha$ に基づいて目的合理的な行為を選択した場合でも、②法則論的知識 $\beta$ に基づく反復可能性が存しないことはありうる(例…犯罪の少ない田舎で、A所有の無施錠の空き家を利用して、Bが近くを歩行中の被害者を強姦した場合)。このときは①と同様の処理を行う必要があるが、③反復可能性が存する場合は(例…BがAの言動を受けて取引社会における利潤を追求した場合)、端的に「*but for*」テストによって事実的因果関係を認定し、その上で反復可能性の具体的な程度を知るために「適合的因果連関」のテストを行うべきである(後者のテストは③の場合に最も機能する)。さらに規則性に還元されない、その他の法的評価も加える必要があると考えたい(以上、第四節)。

このように人間相互の「交渉」事例では、「心の状態」の追体験の再構成や「適合的因果連関」が帰責判断の要素となりうるが、それに加えてコモン・ローでは、個人主義的責任原理の変容が、帰責のための法的評価に当たり重要な意味を持っている。ここで個人主義的責任原理とは、典型的にはY A間に「交渉」がある場合に、すなわちYが作り出した状況をAが利用して(またはAが動機や機会をYに与えられて)Xに損害を及ぼした場合に、AがYに対し独立性と自律性を有するならばYはXに責任を負わないというものである(被害者Aの自殺事例については第四節〔補論〕註(2)参照)が、かような考え方は、今日の社会では貫徹しにくくなってきているのである。例えば、Yの作り出した状況の危険性が高い場合は、損害発生時までにY A間に社会的なつながりがない事例でもAの独立性は弱まり(例…YがXを危機に陥らせ、それがAの行為を誘発した場合——Aの介入の目的合理性は高い)、または自律性が弱まることがある(例…Yの作った危険な状況にAが面白半分に反応した場合——Aの目的合理性は低い)。このとき、判例は個人主義的責任原理を適用しないで、Yの過失とAの介入との関連性を事後的視点から評価するものが多いのである。そして、このような個人主義的責任原理からの乖離は、損害発生時までにY A間またはY X間に社会的なつながりがある事例でさらに顕著

なものとなっている。しかしここで注目されるのは、近年この後者の事例を扱うアメリカの判例で、伝統的な個人主義的責任原理が再び息を吹き返すという興味深い現象が生じていることである。

例えば、Y・X間に社会的なつながりがある事例として、顧客XがYの店内で武装強盗Aによる被害を受けるケースがあり、かつてはYの責任を容易に認める判例が多かった。しかし近時においては、治安状況のさらなる悪化に伴い、不法行為法における損害の抑止的機能を重視すべきではない（犯罪の抑止は本来警察が行うべきであり、それを私人にゆだねるべきではない）という立場から、Aの介在の独立性・自律性に再び着目してYの責任を否定する判決が出現している。また、YがアルコールをAに販売・提供し、その後Aが交通事故を引き起こしXを負傷させたケースでは、Aによるアルコールの消費こそが損害の近因だとする伝統的な立場に対して、近時では賛否両論の様々な動きを判例に見ることが出来る。例えば、Yがアルコールの提供を制御できると解するか（これを肯定すればAの独立性は弱くなるが、特にYがソーシャル・ホストの場合は微妙である）、酒に酔ったAはなお自律性を有していると言えるのか（Aは「危険な道具」にすぎないとする判例があるが、これも人間観の相違により左右される）、Yの行為を禁ずる制定法がある場合は、それを保護法規と捉えるべきか、さらにアルコールの嗜好品としての性格をどう勘案すべきか（裁判所と立法部の役割をどう分担すべきか。ある判決は、裁判所が「パンドラの箱」を開けることを嫌う）などの点で、判例は対立している。結局、これらの問題は、個人主義的責任原理が適用される要件としてのAの独立性と自律性をどう考えるかという問題と並んで、不法行為法の目的や機能をどれだけ積極的に捉えるべきなのかという、より深い問題にも関連しているのである（以上、第四節〔補論〕）。

## 引用文献

## ■日本

外務省北米局 (監修) 1992: 『最新アメリカ合衆国要覧——50州と日本——』 (東京書籍)

## ■外国

Bohlen, F.H. 1934: "Review of Harper, Law of Torts," 47 Harv.L.Rev.556.

Edgerton, H.W. 1924: "Legal Cause," 72 U.of Pa.L.Rev.211,343.

Fleming, J.G. 1992: *The Law of Torts*, 8th ed. (The Law Book Co.).

Harper, F.V. & James, F. & Gray, O.S. 1986: *The Law of Torts*, vol.4 (Little,Brown & Co.).

Hart, H.L.A. & Honoré, T. 1985: *Causation in the Law*, 2nd ed. (Oxford University Press). (グロート＝オヘン『法における因果性』(井上祐司・真鍋毅・植田博 訳)(九州大学出版会))

Holmes, O.W. 1920: *Collected Legal Papers* (Peter Smith).

McLaughlin, J.A. 1925: "Proximate Cause," 39 Harv.L.Rev.149.

Payne, D. 1962: "Foresight and Remoteness of Damage in Negligence," 25 Mod.L.Rev.1.

Perkins, R.M. & Boyce, R.N. 1982: *Criminal Law*, 3rd ed. (Foundation Press).

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).

Prosser, W.L. & Wade, J.W. & Schwartz, V.E. 1994: *Cases and Materials on Torts*, 9th ed. (Foundation Press).

Smith, J.C. & Hogan, B. 1992: *Criminal Law*, 7th ed. (Butterworths).

Street, T.A. 1906: *The Foundations of Legal Liability: A Presentation of the Theory and Development of the Common Law*, vol.I (Theory and Principles of Tort) (Edward Thompson Co.).

Williams, G. 1961: "The Risk Principle," 77 L.Q.Rev.179.

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

## 引用判例

## ■外國

- Alexander v. Town of New Castle, 17 N.E.200,115 Ind.51 (1888).  
Andrews v. Kinsel, 114 Ga.390,40 S.E.300 (1901).  
Arsnow v. Red Top Cab Co., 159 Wash.137,292 P.436 (1930).  
Belding v. Johnson, 12 S.E. 304 (Ga.,1890).  
Berkeley v. Park, 47 Misc.2d 381,262 N.Y.S.2d 290 (N.Y.Supp.Ct.,1965).  
Brauer v. New York Central & Hudson River Railroad,91 N.J.L.190,103 Atl.166 (1918).  
Brown v. American Steel & Wire Co., 43 Ind.Ct.App.560,88 N.E.80 (1909).  
City of Mobile v. Largay, 346 So.2d 393 (Ala.,1977).  
Clark v. Mincks, 364 N.W.2d 226 (Iowa,1985).  
Cole v. City of Spring Lake Park, 314 N.W.2d 836 (Minn.,1982).  
Cole v. German Savings & Loan Society,124 F.113 (8th Cir.,1903).  
Congini by Congini v. Portersville Valve Co., 504 Pa.157,470 A.2d 515 (1983).  
Corrigan v. United States, 595 F. Supp. 1047 (E.D.Va., 1984)  
Coulter v. Schwartz & Reynolds & Co.,21 Cal.3d 144, 145 Cal.Rptr.534,577 P.2d 669 (1978).  
Daniels v. Anderson, 195 Neb.95,237 N.W.2d 397 (1975).  
Daniels v. New York,New Haven,& Hartford Railroad, 183 Mass.393,67 N.E.424 (1903).  
Edgar v. Kajet, 84 Misc.2d 100,375 N.Y.S.2d 548 (N.Y.Supp.Ct.,1975) aff'd 55 A.D.2d 597,389 N.Y.S.2d 631 (1976).  
El Chico Corp. v. Poole, 732 S.W. 2d 306 (Tex., 1987).  
Estes v. Brewster Cigar Co.,287 P.36 (Wash.,1930).  
Exxon Corp. v. Brecheen, 526 S.W.2d 519 (Tex.,1975).  
Felder v. Butler, 293 Md.174,438 A.2d 494 (1981).

- Fuller v. Preis, 35 N.Y.2d 425,322 N.E.2d 263,363 N.Y.S. 2d 568 (1974).  
Gibson v. Avis Rent-A-Car System,Inc., 386 So.2d.520 (Fla.,1980).  
Hart v. Ivey, 332 N.C.299,420 S.E.2d 174 (1992).  
Henley v. Prince George's County, 305 Md.320,503 A.2d 1333 (1986).  
Hines v. Garrett, 131 Va.125,108 S.E.690 (1921).  
Homan v. County of Dade, 248 So.2d 235 (Fla.Cir.Ct.,1971).  
Home Office v. Dorset Yacht Co., [1970] A.C.1004.  
Hooyman v. Reeve, 168 Wis.420,170 N.W.282 (1919).  
Jardine v. Upper Darby Lodge No.1973, Inc., 413 Pa.626,198 A.2d 550 (1964).  
Keaton v. Kroger Co., 143 Ga.App.23,237 S.E.2d 443 (1977).  
Kelly v. Gwinnell, 96 N.J.538,476 A.2d 1219 (1984).  
Klein v. Raysinger, 470 A.2d 507 (Pa.,1983).  
Koback v. Crook, 123 Wis.2d 259,366 N.W.2d 857 (1985).  
Kowal v. Hofher, 181 Conn.355,436 A.2d 1 (1980).  
Lee v. Kiku Restaurant, 127 N.J.170, 603 A.2d 503 (1992).  
Leposki v. Railway Express Agency, 297 F.2d 849 (3d Cir.,1962).  
Long v. Omaha & Council Bluffs Street Railway, 108 Neb.342,187 N.W.930 (1922).  
Lucas v. City of Juneau, 127 F.Supp.730 (D.Alaska,1955).  
McMahon v. City of New York, 141 N.Y.S.2d 190 (N.Y.Sup.Ct.,1955).  
Mahoney v. Krushich Pty.Ltd., 59 Austl.L.J.R.504 (1985).  
Morse v. Homer's Inc., 295 Mass.606,4 N.E.2d 625 (1936).  
O'Neill v. City of Port Jervis, 253 N.Y.423,171 N.E.694 (1930).  
Orcutt v. Spokane County, 364 P.2d 1102 (Wash.,1961).

Pigny v. Pointer's Transport Services Ltd., [1957] 1 W.L.R.1121 (Assize).  
 Rappaport v. Nichols, 31 N.J.188,156 A.2d 1 (1959).  
 Rees v. Albertson's, Inc., 587 P.2d 130 (Utah, 1978).  
 Riverside Enterprises, Inc. v. Rahn, 171 Ga.App.674,320 S.E.2d 595 (1984).  
 Runge v. Watts, 180 Mont.91,589 P.2d 145 (1979).  
 Salsedo v. Palmer, 278 F.92 (2d Cir.,1921).  
 Scheffer v. Washington City, Virginia Midland & Great Southern Railroad, 105 U.S.249,26 L.Ed.1070 (1882).  
 Scott v. Greenville Pharmacy, 48 S.E.2d 324 (S.C.,1948).  
 Seibel v. Leach, 233 Wis.66,288 N.W.774 (1939).  
 Sorensen v. Jarvis, 119 Wis.2d 627,350 N.W.2d 108 (1984).  
 Stasiof v. Chicago Hoist & Body Co., 50 Ill.App.2d 115,200 N.E.2d 88 (1964).  
 Sutter v. Hutchings, 254 Ga.194,327 S.E.2d 716 (1985).  
 Taco Bell, Inc. v. Lannon, 744 P.2d 43 (Colo.,1987).  
 Tate v. Canonica, 180 Cal.App.2d 898,5 Cal.Rptr.28 (1960).  
 Tucson Rapid Transit Co. v. Tocci, 3 Ariz.App.330, 414 P.2d 179 (1966).  
 Vesely v. Sager, 5 Cal.3d 153,95 Cal.Rptr.623,486 P.2d 151 (1971).  
 Walker, Inc. v. Burgdorf, 244 S.W.2d 506 (Tex.,1951).  
 Waynick v. Chicago's Last Department Store, 269 F.2d 322 (7th Cir.,1959).  
 Wiener v. Gamma Phi Chapter of Alpha Tau Omega Fraternity, 258 Or.632,485 P.2d 18 (1971).  
 Williams v. Cunningham Drug Stores, Inc., 429 Mich.495,418 N.W.2d 381 (1988).

\* 本稿は、一九九一年度および一九九二年度の文部省科学研究費補助金(特別研究員奨励費)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(一九九六年六月二十八日授与)に基づくものである。