

アメリカ不法行為法における近因

樑 博 行

はじめに

過失による不法行為が成立して損害賠償の請求をするためには、その過失が発生原因となって損害を引き起こされていなければならない。そのため、被告の行為が実際に損害を引き起したことを原告が証明しない限り、損害賠償を得ることはできない。例えば医療過誤事案では、損害を主張するには実際に過誤が発生したことを示す証拠が必要となる⁽¹⁾。この事実上の損害と原因の関係は、事実的因果関係(cause in fact / factual causation)と呼ばれている⁽²⁾。原則として、この因果関係の有無は、被告の行為によって損害が発生するか否かという基準で判定される⁽³⁾。

事実的因果関係の証明に加えて、原告は被告の行為が原告の被った損害と近因(近似的因果関係：proximate cause)にあることも証明しなければならない。近因とは、被告が注意を払っていれば回避できたにもかかわらず不合理に発生させられた損害を意味する。つまり近因の証明とは、損害を発生させた被告の責任を判定するものである⁽⁴⁾。事実的因果関係が原因と結果の間の関連性を意味するのに対し、近因は原因となる事実ではなく責任と結果との関連性を示している。それぞれが対象とするものは全く異なるのである。しかし、近因なる用語は事実的因果関係と混乱するものであ

(1) See, e. g. Looney v. Moore, 886 F.3d 1058, 1062 (11th Cir. 2018).

(2) 事実的因果関係について検討を加えたものとして、樑博行「アメリカ不法行為法における事実的因果関係」白鷗法学26巻2号87頁(2019)を参照。

(3) これは不存在の基準(but for test)と呼ばれるものである。前掲・91頁を参照。

(4) G. Edward White, TORT LAW IN AMERICA: AN INTELLECTUAL HISTORY 93 (1980).

り、誤解を導くと批判されてきた⁽⁵⁾。

この混乱と誤解を回避するため、不法行為リステイトメント初版および第二版は、近因ではなく法的因果関係(*legal cause*)⁽⁶⁾という用語を用いた。ここでの法的因果関係とは、事実的因果関係と法的に保護された利益の侵害の2つを対象とした、いわば包括的な概念として用いられた⁽⁷⁾。その結果、法的因果関係に事実上のものも含んだため、事実的因果関係との概念的区分が不明瞭となったのである。また、近因なる用語は判決や論文などで広く用いられているが、責任の範囲を明確に示す用語とはなっていなかった⁽⁸⁾。また不法行為リステイトメント第三版は近因ではなく責任の範囲(*scope of liability*)という言葉を用いている。

それでは、近因概念がいかなる経緯をたどって発展し、不明確になったのはいかなる理由からなのか。そして、現在では近因はいかなる概念と機能をもつのか。本稿では、これらに焦点を当てて発展過程を追跡しつつ近因の概念と機能、さらには現在での理論的位置づけについて考察を加える。

一 19世紀における近因理論の形成

1. 理論形成の起源

1630年にフランシス・ベーコン(*Francis Bacon*)は、近因について以下の法格言を残している。“*In jure non remota causa, sed proxima spectatur*” (法においては遠く離れた原因ではなく直近の原因が見られるべきであ

(5) Dan B. Dobbs, Paul T. Hayden, and Ellen M. Bublick, 1 *THE LAW OF TORTS* 2d ed. § 198 (updated 2019).

(6) *RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS* § 9 (1965). 本条では、法的因果関係について以下のように定めている。「不法行為リステイトメントにおいては、法的因果関係は…行為者の不法行為が法的に保護された他者の利益を侵害した事実を表示するために用いられる」と規定し、法的因果関係を責任の根拠の意味で用いている。

(7) *RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: PHYS. & EMOT. HARM* § 26, Comnt. a (2010).

(8) *Id.* at § 29, Comnt. b.

る)⁽⁹⁾。多くの原因とその衝撃を次々に判断することは無限となり、直接の原因の行為だけを判断することが妥当であると考えたからである⁽¹⁰⁾。文言から見れば、ベーコンのこの法格言は近因に関するものであると解することができる。

しかし、この解釈に対しては2つの点で疑問が生じる。第1に、当該法格言と過失による不法行為の成立時期に隔たりがあるということである。彼の法格言が示された当時、不法行為訴訟の原型である直接の侵害行為での訴えである侵害訴訟(trespass)ならびに、間接の侵害行為での訴えである特殊主張訴訟(trespass on the case)において⁽¹¹⁾、ベーコンの法格言を示す実体法上のルールは存在していなかった。イングランドにおいて過失による不法行為が判例法上形成されたのは1870年代であり⁽¹²⁾、またアメリカで19世紀初頭からの判例分析により学説上理論化されたのも同じく1870年代であった⁽¹³⁾。つまり、過失による不法行為が英米で成立したのが19世紀後半ということになる。ベーコンの法格言が示されたのは1630年だったため、年代的に200年以上の隔りがある。ベーコンの法格言を近因の端緒でありかつ画期的な事柄と位置づける論者もいるが⁽¹⁴⁾、年代的相違か

(9) Francis Bacon, A COLLECTION OF SOME PRINCIPAL RULES AND MAXIMES OF THE COMMON LAWS OF ENGLAND, IN THE ELEMENTS OF THE COMMON LAWS OF ENGLAND, Regula 1, at 1 (1630).

(10) *Id.*

(11) イングランドのコモン・ローにおいては、暴行など直接的に物理的な力により人身損害が発生した場合には侵害訴訟が用いられた。そして、例えば丸太を転がしている最中に壁に当たり、はね返った丸太が他者に衝突して損害を与えるなど間接的に物理的な力による損害には特殊主張訴訟が用いられた。これらの訴訟の相違および発展経緯については、樸博行「アメリカにおける過失による不法行為の形成」法政治研究第6号1頁(2020)が詳しい。

(12) *See, e.g., Sneesby v. the Lancashire & Yorkshire Ry., Co.*, 9 L.R.Q.B. 263 (1874).

(13) 1873年にホームズが「不法行為法の理論(The Theory of Torts)」と題する論文の中で、過失による不法行為を理論化している。*See, Oliver W. Holmes, The Theory of Torts*, 7 AM. L. REV. 652 (1873). その中でホームズは、社会的な視点から見て非難に値する行為が不法行為法上の帰責性をもつ過失と定義している。*Id.* at 659.

(14) *See, e.g., 3 American Law of Torts* § 11:1 (updated 2019).

ら妥当とは考えられないのである。第2に、当該法格言は近因について言及するものの、この対象は不法行為法以外の法領域であったということである。ベーコンが示した数々の法格言は、主として土地法から導き出していた⁽¹⁵⁾。また、現在では近因が争点になるのは人身に対する損害である。過失による不法行為の成立以前では故意による不法行為を対象としたものとも考えられよう。しかし、当時用いられた不法行為の訴えである侵害訴訟および特殊主張訴訟で近因を示す例はない。またベーコンが扱った人身損害事案は刑事事件であり⁽¹⁶⁾、この点からも、ベーコンの法格言が不法行為法上の近因の端緒とは到底考えられないことになる。

近因は実体法である不法行為法上の要件である。しかし、ミルソン(S. Milson)は19世紀以前のコモン・ローに遡れば、現代の実体法理論を説明することができないと述べている。元来コモン・ローは訴答手続(pleading)上のルールであり、実体法ではなかったからである⁽¹⁷⁾。これを踏まえれば、イングランドの裁判所は実体法上の理論である近因について、判例法上の理論的発展に貢献しなかったことになる。つまり、近因は19世紀以前には成立することのない理論および概念であったわけである。コモン・ローから実体法を導き出す方向性は18世紀後半から徐々に現れてきたとされ、その後の実体法理論形成の基礎になったと解されている⁽¹⁸⁾。そのため、この時期にはコモン・ローでの過失による不法行為の形成がわずかながら見られるようになった。

これを示す例が1773年のScott v. Shepherd⁽¹⁹⁾である。本件は以下の通りである。被告であるいたずら好きの子供のシェパード(Shepherd)が商店に

(15) Patrick J. Kelley, *Proximate Cause in Negligence Law: History, Theory, and the Present Darkness*, 69 WASH. U. L. Q. 49, 56 (1991).

(16) Bacon, *supra* note 9, at 4.

(17) S. Milsom, *HISTORICAL FOUNDATIONS OF THE COMMON LAW* 2d ed. 42-59 (1981).

(18) Kelley, *supra* note 15, at 58. ここでPatrick J. Kelleyは、W. Blackstone, *COMMENTARIES ON THE LAW OF ENGLAND* (1765)や、W. Jones, *AN ESSAY ON THE LAW OF BAILMENTS* (1781)がその嚆矢であったと述べている。

(19) 96 Eng. Rep. 525 (1773).

火薬を充満させた爆竹を投げ込み、買物をしていた客がそれを拾って投げ返していたが、そのうち原告のスコット(Scott)の顔面に当たって爆発し、原告の片方の眼を焼き失明させた。原告は侵害訴訟で訴えを提起した。陪審は原告勝訴の評決を下した。しかし、ブラックストン(J. Blackstone)裁判官は、本件では爆竹が原告に直接投げられたのではなく間接的に別の客の手から原告に渡り爆発しているため、特殊主張訴訟に該当する訴えであったと評決に反対したのである⁽²⁰⁾。

これに対してディグレイ(C.J. De Grey)裁判官は別の理由で評決を支持した。原告のスコットに爆竹を渡した訴外客の行為は、安全性確保と自己保存のために正当化できると述べた。そして、非難すべきは初めに爆竹を投げたシェパードであるとして、最も非難すべき彼に責任を負わせるべきであると主張したのであった⁽²¹⁾。ディグレイ裁判官は主たる損害原因を発生させた者の行為に帰責性を認めていることから、近因の萌芽を示す判断を行ったと想定できよう。しかし、次節に見るように、過失による不法行為が形成されたのは19世紀である。そこで、ベーコンの法格言と同じく、本判決の中で示されたディグレイ裁判官の意見が過失による不法行為での近因に言及したとは考えられないのである。

2. 19世紀前半における過失による不法行為の発展過程での近因

19世紀に入るとイングランドでは過失による不法行為形成の萌芽が見られるようになってきた。1817年のAnsell v. Waterhouse⁽²²⁾において、馬車の運行中に被告が事故を起こしたことにつき、注意深く乗客を輸送するのが馬車運行者である被告の義務であり、事故を発生させたことにより適切な注意が払われず義務違反があったと判断したのである。イングランド

(20) *Id.* at 526-28.

(21) *Id.* at 529.

(22) 105 Eng. Rep. 1286 (1817).

国内の慣習と同じく、コモン・ローでは行為者による一般大衆に対する義務の違反こそが過失であると述べたのである⁽²³⁾。また馬車が横転して被害を受けた原告が損害賠償を請求した1821年のBretherton v. Wood⁽²⁴⁾でも、イングランドの慣習では乗客を安全に輸送することがコモン・ロー上の義務であると判断したのである⁽²⁵⁾。

アメリカにおいても、1820年から1840年にかけて過失による不法行為を形成させる判例が現れてきた。1822年のニュー・ヨーク州地方裁判所はGuille v. Swan⁽²⁶⁾で、熱気球が原告の庭に落下して損害を与えた事案を審理した。本件では、落下による損害よりも、落下した被告を救出するために要した損害の方が大きかった。そこで裁判所は、気球が落下すれば多くの救助者と野次馬がやってきて原告の庭が被害を受けることは自然の結果であるため、これらの者と気球を落下させた被告は共同不法行為者になると判断したのである⁽²⁷⁾。

1840年代になると、実体法としての過失による不法行為がさらに認識され、それに伴い各州裁判所で近因の理論も確立されるようになる。まず1847年に、ニュー・ヨーク州地方裁判所はVandenburgh v. Truax⁽²⁸⁾で近因に関連した判断を下した。本件の事実は以下の通りであった。被告が子供と口論の末につるはしを持って追いかけたところ、その子供は原告の店に入り助けを求めた。その際にワイン樽の蛇口にぶつかり、ワインを流出させる損害を発生させたのであった。本判決は、被告による違法行為が自然に第三者である原告に損害をもたらしたと述べ、被告にワイン流出にかかる損害の賠償を命じたのであった⁽²⁹⁾。同年にサウス・キャロライナ州控訴

(23) *Id.* at 1288.

(24) 129 Eng. Rep. 1203 (1821).

(25) *Id.* at 1206.

(26) 19 Johns. 381 (N.Y. 1822).

(27) *Id.* at 383.

(28) 4 Denio 464 (N.Y. 1847).

(29) *Id.* at 467.

裁判所も *Harrison v. Berkley*⁽³⁰⁾ においてニュー・ヨーク州地方裁判所と同様な判断を示した。本件は、被告が奴隷に酒類を販売することを禁じた州法に違反して奴隷に酒を売った。その後、奴隷が路上で死んでいるのが発見され、奴隷主が被告を訴えた事件であった。本判決は、本件では直接の結果を考慮すべきであるとして、次のように述べた。第三者の違法行為が介在すれば新しい行為者が結果を誘発するため、自然に発生する結果でなければ賠償は得られない⁽³¹⁾。自然に発生するとは合理的に結果が予想できることであり、このような場合には直接かつ自然な結果になると述べたのである⁽³²⁾。そして原告勝訴の評決を下した原審の陪審判断を維持したのである⁽³³⁾。

19世紀前半には近因との関係で考慮すべき責任を制限する2つの法理論が確立されていた。まず第1が、直接の契約関係にない者に対する不法行為救済を否定する法理論である。損害賠償を直接の法的関係と原因から導く傾向が既に存在したのである⁽³⁴⁾。第2が、過失による不法行為の制限理論として寄与過失(*contributory negligence*)が適用されつつあったことである⁽³⁵⁾。

まず第1の直接の契約関係にない者への救済を否定するルールは、1848年のイングランドの判決である *Winterbottom v. Wright*⁽³⁶⁾ で示された。本件は以下の通りである。原告のウィンターボトム (*Winterbottom*) は、郵便馬車で郵便物を配達する契約を郵政長官と結んだアトキンソン (*Atkinson*) に、郵便配達員として雇用されていた。被告であるライト (*Wright*) は、郵便馬車の提供と整備をする契約を郵政長官と結んだ。原告は郵便馬車

(30) 32 S.C.L. (1 Strob.) 525 (S.C. 1847).

(31) *Id.* at 548.

(32) *Id.* at 549.

(33) *Id.* at 551.

(34) Kelley, *supra* note 15, at 70-71.

(35) *Id.* at 71.

(36) 10 M. & W. 109 (1842).

を運転中に荷車が壊れて傷害を負った。そこで、被告が安全を確保すべき義務に違反し原告に損害を負わせたと主張して、過失による不法行為(negligence)を原因とした損害賠償を求めた。この請求について本判決は、直接の契約関係(privity of contract)にない者の間では、一方の過失により損害を受けても損害賠償を請求できないと判断したのであった⁽³⁷⁾。

第2の寄与過失は、過失のある当事者に損害賠償を否定する法理である。1809年にイングランドでの判決であるButterfield v. Forrester⁽³⁸⁾において示された。原告に懈怠があれば通常の注意を払っていなかったことになり、たとえ不法行為損害を被ったとしても損害賠償が認められないと判断されたのであった⁽³⁹⁾。アメリカでは、1820年代以降に機械化社会となり多くの事故が発生した。この状況を受けて、当該法理が州裁判所を介してイングランドから継受されたと考えられている⁽⁴⁰⁾。現在では、原告自らの安全確保に対する注意義務違反とされ、当該違反が損害と近因がある場合には、原告の損害賠償を完全に否定する法理とされている⁽⁴¹⁾。

19世紀前半には過失による不法行為が理論的に成立していなかった。また過失による事故が多発しつつあった時期でもあり、何らかの方法で損害賠償請求の訴えを回避することが考慮されて然るべき状況でもあった。そのためこれを目的として、責任を制限する法理が形成されたとも解すことができよう。不法行為責任を制限すれば、特定の者への帰責性つまり不法行為責任の特定化が可能になることも考えられる。したがって、近因理論は不法行為責任の制限を目的にこれらの法理と重複して出現したと解されているのである⁽⁴²⁾。

(37) *Id.* at 114.

(38) 103 Eng. Rep. 926 (1809).

(39) *Id.* at 927.

(40) 樺博行「寄与過失を巡る問題」白鷗法学第26巻1号445, 449-450頁(2019)を参照。

(41) *Nesvig v. Town of Porter*, 668 N.E.2d 1276 (Ind. 1996).

(42) *Kelley*, *supra* note 15, at 71.

3. 19世紀後半における近因の理論的發展

その後の1850年代以降、多くの近因を示唆する判決が出されることになるが⁽⁴³⁾、これらの判例を踏まえて1860年のアディソン(C. Addison)は、近因を不法行為責任の法理として位置づけた。一般的な事件の流れを見れば、損害は違法行為の結果として生じるものではなく、違法行為と損害は十分に結合もしくは連結したものではないと述べたのである⁽⁴⁴⁾。換言すれば、不法行為事案での事実的因果関係は不明確であると指摘したわけである。そのため、何らかの損害への介在原因が存在しようとも、最初に違法行為を行った者が事件の経緯の中で自然に起こった結果に対して責任をまたなければならぬと主張したのである⁽⁴⁵⁾。

このように当時考えられた近因の意義はいくつかあった。第1がアディソンの考えと同じく、原因と結果の間に何らかの介在原因があり、それらの関係が間接的であれば、因果関係の立証が困難になるからである⁽⁴⁶⁾。第2が、違法行為による損害に対して複数の被告の間で不公平な賠償がなされるのを回避するためである⁽⁴⁷⁾。第3が、原告の損害に責任をもつ非難すべき者を探求するルールだからである⁽⁴⁸⁾。そして第4が、過失による不法行為事案で近因を用いることにより、一般通常人(reasonable person)が損害発生につき予見していない場合にはその責任が回避できるからである⁽⁴⁹⁾。

以上の意義を踏まえて、近因を判定する基準が2つ示された。結果発生が自然な連続性をもつかで近因を判定する基準と、結果発生が予見できる

(43) *Id.* at 72.

(44) C. Addison, *WRONGS AND THEIR REMEDIES, BEING A TREATISE ON THE LAW OF TORTS* 4 (1860).

(45) *Id.* at 5.

(46) T. Cooley, *A TREATISE ON THE LAW OF TORTS* 69 (1880).

(47) *Fleming v. Beck*, 48 Pa. 309, 313 (1864).

(48) F. Wharton, *A TREATISE ON THE LAW OF NEGLIGENCE* 73-84 (1874).

(49) Frederick Pollock, *LAW OF TORTS: A TREATISE ON THE PRINCIPLES OF OBLIGATIONS ARISING FROM CIVIL WRONGS IN THE COMMON LAW* 27-28 (1887).

かで近因を判定する基準である。第1の自然の連続性(natural sequence)の基準を提唱した代表的な論者がワートン(F. Wharton)である。ワートンは、何ら因果関係に介在するものがなければ、行為の自然な連関から過失を導きだせると述べたのであった⁽⁵⁰⁾。彼は、近因を過失つまり帰責性のある者を導くことを目的とし、因果関係の連続性に焦点を当てた。予見可能性を近因の判定基準とすると、事実の連続性の外にある行為者つまり有責ではない者に責任が及ぶことを懸念したわけである。

第2の予見可能性から結果を導く基準を採るのがポロック(Frederick Pollock)である。彼は、近因と遠隔な因果関係を区分し、近因こそが責任の根拠となると述べた⁽⁵¹⁾。一般通常人が損害発生を予見(foressee)できることこそ、自然かつ確実であると判定できると主張したのである⁽⁵²⁾。彼は、ワートンの主張では論理を追求し過ぎており形而上学的な思考であると反論し⁽⁵³⁾、一般通常人の予見により妥当な一般常識が誘導されると述べたのである⁽⁵⁴⁾。この一般常識が近因を判定するため、近因の意味も広くなる。そのため、近因は責任の根拠と位置づけられているが、より広く過失の成立に関係する概念とも解すことができる。

ところで、判例の多くは第1の基準を採った⁽⁵⁵⁾。被告の行為と損害との間にある出来事の連続性とその性質を検討することで、被告の行為と当該損害との間に近因があると判定できたからである⁽⁵⁶⁾。一方で、第2の予見可能性を基準とする判例も少なからず見られた⁽⁵⁷⁾。その理由は、①契約違

(50) Wharton, *supra* note 48, at 81.

(51) Pollock, *supra* note 49, at 21.

(52) *Id.*

(53) *Id.* at 33.

(54) *Id.*

(55) Kelley, *supra* note 15, at 74.

(56) *Id.*

(57) この傾向はイングランドでは既に1850年に見ることができる。1850年に財務部裁判所(Court of Exchequer)はGreenland v. Chaplin (155 Eng. Rep. 104 (1850).)で、一次損害の被害者から二次損害の被害者への損害賠償を認める判断をしたのである。

反の際の特別損害賠償を容認する基準が適用される場合に類似しており、②行為の予見可能性を科学的に分析できると想定され、③当時の社会情勢の中で違法性を判断する際に予見可能性を示唆することで社会的な確執を生まないようにしたことが挙げられている⁽⁵⁸⁾。

1876年に合衆国最高裁判所は、*Milwaukee and St. Paul Railway Company v. Kellog*⁽⁵⁹⁾で、第1の基準を採った。主たる過失の裏に何らかの直接の原因が存在しているかもしれないので、それを検討しなければならないと考えたからである⁽⁶⁰⁾。しかし、本判決は予見できる原因でなければならないとも述べている⁽⁶¹⁾。つまり予見可能性を近因を判断する上で補助的に位置づけたわけである。過去から現在までの行為の連続性を原則としつつ、予見可能性を補助的に入れることで近未来にもその範囲を広げたと解すことができよう。ところで、本判決は近因の判定を陪審に委ねる判断も行った。近因は科学または法的なものではなく事実に関する問題であるので、陪審がその認定を行うことになると述べたのであった⁽⁶²⁾。

ケロッグ(Kellog)判決前後には、予見可能性をも含めた近因の基準が学説により提示されていた。1870年にグリーン(Nicholas St. John Green)は、すべての事件には背景があり単一の出来事だけではなく、真の因果関係は先行する出来事の集合体から判断すべきであると述べた⁽⁶³⁾。またその集合

本件は、被告が水先案内をした汽船が別の汽船と衝突したはずみで汽船の船首に付けてあった錨が水中に落下し、その衝撃で原告がケガを負った事件である。同裁判所は陪審による原告勝訴の評決を認容したのである。この判断理由は不明である。しかし、一次損害の加害者が二次損害の被害者に対しても損害賠償責任を負うことにつき、予見可能性を言及していないものの、自然の流れの連続性から結果を導くものとは異なる論理構成があったと強く推定できるのである。

(58) Kelley, *supra* note 15, at 77.

(59) 94 U.S. 469 (1876).

(60) *Id.* at 475.

(61) *Id.*

(62) *Id.* at 474.

(63) Nicholas St. John Green, *Proximate and Remote Cause*, 4 AM. L. REV. 201, 211 (1870).

体には予見することで回避できた結果を含めるべきであり、近因は集合体から判定されるべきと主張したのである⁽⁶⁴⁾。

グリーンの主張に対して1874年にワートンは、意思がなければ原因は存在しないと主張し、違法行為の原因を行為者の意思に求めた⁽⁶⁵⁾。過失は合理的に想定される(reasonably expected)ものではなく⁽⁶⁶⁾、また予見可能な損害を回避しなかったとしても必ずしも責任があるとはいえないと結論づけたのである⁽⁶⁷⁾。

ワートンは、行為者の意思を違法行為の原因とする。しかし、ワートンの説にしたがえば、意思の内容は主観的なものであるため各個人により変化するものとなる。そこでホームズ(Oliver Wendell Holmes)が、これらの主観的効果を否定し、ワートンの説に反対した。彼は、個人ではなく社会一般の常識を反映した一般通常人により、予見できる損害が過失責任の範囲に該当すると主張したのであった⁽⁶⁸⁾。ホームズは近因について言及することはなかった。しかし、個人の意思とは区別された客観的な法的擬制としての一般通常人を用いて、その予見可能性に過失による不法行為判断を委ねたのである。

19世紀における近因を巡る論争は、その判定基準の詳細な検討に由来する対立ではなく、過去から現在に至るまでの損害発生に寄与する事実の関連を概念化する中で現れてきたものであった。責任の範囲を特定する目的で近因の概念が現れてきたものの、結果的に概念上の論争に陥ってしまったと評することができる。19世紀の末になり近因の機能的側面に考慮して、一般通常人による予見可能性という社会一般の常識に基準を求めるとまでは、長い時間を必要としたのである。19世紀前半には近因が事

(64) *Id.* at 215.

(65) Wharton, *supra* note 48, at 90.

(66) *Id.* at 12.

(67) *Id.* at 81.

(68) Oliver Wendell Holmes, Jr., *THE COMMON LAW* 86-89 (1881).

実的因果関係の中で責任の所在を確定する目的で萌芽し、そして19世紀後半にはこの萌芽を踏まえつつ、近因を巡る議論は概念を確定することに主たる目的が置かれていた⁽⁶⁹⁾。また、近因は因果関係とは無関係に、予見可能性で責任の範囲の確定を目的とする概念とも考えられるようになってきた。近因の機能的分析が加わったことがまさに19世紀末に芽生えた新しい視点だったのである。

二 20世紀初頭における近因

1. 1920年代までの議論

19世紀には近因の基準が示されつつあったが、その完成を見ることはなかった。19世紀後半にはプラグマティズムの影響から、形而上学から離れて経験を根拠として法がとらえられるようになったが、この考えが近因にまで反映されるには時間を必要としたと考えられる⁽⁷⁰⁾。

20世紀初頭になると、1909年にビングラム (Joseph W. Bingham) は明瞭に近因を定義しようとした。これを行うにあたり、彼はまず義務違反について言及した。義務違反とは、具体的な状況下で発生する行為または怠慢であり⁽⁷¹⁾、裁判所が管轄権を及ぼし判断を加えることができるものであると述べたのである⁽⁷²⁾。そして境遇、暴力、もしくは怠慢の視点から責任を確定するものが近因であると定義した⁽⁷³⁾。責任の前提である法的な非難の是

(69) 近因が過失による不法行為との関連で重点的に扱われるようになるには、19世紀末まで待たなければならなかった。1893年にエィムズとスミスが共著により初めて近因を過失による不法行為との関係で扱うようになった。See, James B. Ames and Jeremiah Smith, *SELECTION OF THE CASES ON THE LAW OF TORTS*, new ed. 269-319 (1917) (1st ed. 1893).

(70) 19世紀後半の法学の動向、とりわけプラグマティズムとの関連については、樸博行「世紀転換期におけるアメリカ不法行為法形成を支える制度的背景—大学における専門教育の視点から—」白鷗大学法政策研究所年報第13号155頁(2020)を参照。

(71) Joseph W. Bingham, *Some Suggestions Concerning "Legal Cause" at Common Law*, 9 COLUM. L. REV. 16, 25 (1909).

(72) *Id.* at 19.

(73) *Id.* at 23.

非は、被告の行為が原告に特定の結果をもたらす原因となっているか否かで判断することになる⁽⁷⁴⁾。ただしビンガムは、近因概念の普遍化ではなく、義務範囲を明確に決定することこそが重要であると主張した⁽⁷⁵⁾。義務を明確化し類別化して、各々の義務に対して何らかの判定ルールを設定すべきであると述べたのである⁽⁷⁶⁾。

1911年から1912年にかけてスミス(Jeremiah Smith)は、近因の判定基準を検討した⁽⁷⁷⁾。彼は、責任を負わせるためには、被告の違法行為が損害発生の実質的要因でなければならないと主張した⁽⁷⁸⁾。近因についての裁判所の判断根拠が明示されるべきというのがその理由であった⁽⁷⁹⁾。

1920年になるとビール(Joseph Beale)は、陪審ではなく裁判所が判断するための因果関係の基準を検討した⁽⁸⁰⁾。ビールによれば、近因が表す近さ、つまり直近とは以下を意味するという。まず、直近とは論理的に連鎖が直接的であることを意味する⁽⁸¹⁾。積極的(能動的)な力が直接の結果、つまり損害を引き起こせばそれは直近になるが、消極的(受動的)な力による直接の結果は必ずしも直近を意味しない⁽⁸²⁾。したがって、被告の行為が積極的にその後の結果発生に貢献するものであれば直近に該当する⁽⁸³⁾。そして、被告の行為が停止したとしても損害を発生させる危険性があり、それが予見できるのであれば直近となる⁽⁸⁴⁾。その一方で、損害発生の危険性を

(74) *Id.* at 35.

(75) *Id.* at 154.

(76) *Id.*

(77) Jeremiah Smith, *Legal Cause in Actions of Tort*, 25 HARV. L. REV. 103, 223, 303 (1911-1912).

(78) *Id.* at 308.

(79) *Id.* at 315.

(80) Joseph Beale, *Proximate Consequences of an Act*, 33 HARV. L. REV. 633 (1920).

(81) *Id.* at 636.

(82) *Id.* at 644.

(83) *Id.* at 646.

(84) *Id.* at 650.

もたらさないのであれば、直近ではなく遠隔ということになる⁽⁸⁵⁾。ビールは、直近の判定を、陪審ではなく裁判所が担うと考えていた⁽⁸⁶⁾。責任の範囲を決定する因果関係の遠近は法的問題であるため、判断は裁判官に委ねられるべきと主張したのである⁽⁸⁷⁾。

1924年にエドガートン(Henry W. Edgerton)は、ビールに対して以下のように反論した⁽⁸⁸⁾。近因は、責任の範囲の確定というよりもむしろ法的な結果を導き、法的効果を生じさせるものである。当事者間の公正を保つだけでなく、社会の利益を実現する機能をもつと主張した⁽⁸⁹⁾。この主張に対して、1925年にマクローリン(James Angell McLaughlin)は、因果関係というよりもむしろ利益に傾斜したと論じていること、また近因の要素が広範過ぎることから、近因の要素が不明確になると批判した⁽⁹⁰⁾。彼は近因の機能を、被告がもたらした結果すべてに必ずしも責任を負わせないために、責任の範囲を限定するものであるととらえたのである⁽⁹¹⁾。

1920年代までの20世紀初頭における近因理論では、19世紀の概念確定のみに焦点を当てる議論を超越するような、新しい考えが提示されたわけではなかった。議論の中心となったのは、近因の判断を裁判所に委ねることの是非であったのである。また、単なる因果関係の遠近にかかる主張ではなく、社会的利益を加味した判断が次第に展開されたのであった。つまり、20世紀初頭では法的問題として近因がとらえられ、そしてその機能は責任の確定に向かったのであった。

(85) *Id.* at 651.

(86) *Id.* at 636.

(87) *Id.* at 640.

(88) Henry W. Edgerton, *Legal Cause*, 72 U. PA. L. REV. 211, 343 (1924).

(89) *Id.* at 348.

(90) James Angell McLaughlin, *Proximate Cause*, 39 HARV. L. REV. 149, 193-94, 196 (1925).

(91) *Id.* at 155.

2. グリーンによる近因の理論的根拠

1920年代初頭の議論を踏まえて、1927年にグリーン(Leon Green)は、「近因の理論的根拠(The Rationale of Proximate Cause)」を刊行した。その中でまずグリーンは、不法行為法事案が複雑な事実関係で発生しているだけでなく、違法行為、因果関係、そして損害で成り立っているために一層複雑になると指摘した⁽⁹²⁾。この複雑さを回避する目的で、近因概念を単純化すべきであると主張したのである⁽⁹³⁾。過失による不法行為事案では、裁判所が事実的因果関係に対応して救済範囲を決定する基準として近因が用いられていると分析し⁽⁹⁴⁾、裁判所に係争中の事案で少なくともこの意味で近因を用いることが必要であると主張した⁽⁹⁵⁾。また、原告の利益保護範囲を決定するものであるから陪審ではなく裁判所が近因を判断すべきであると述べた⁽⁹⁶⁾。この判断は因果関係というよりもむしろ政策的なものを対象としており⁽⁹⁷⁾、妥当な公の秩序(public policy)も判断要素に含まれているのであった⁽⁹⁸⁾。

彼は、近因は単なる因果関係ではなく、過失の成立要件である被告の有する義務範囲を決定する基準となることを何度も指摘した⁽⁹⁹⁾。原告の利益を侵害する損害を発生させないことが被告の義務であり、また損害が発生していない限り利益は侵害されていないことになることを主張したのである⁽¹⁰⁰⁾。そして近因の存在は、損害発生の予見可能性のある利益の侵害または義務違反で判断されることに言及した⁽¹⁰¹⁾。一般通常人が損害発生を相当

(92) Leon Green, RATIONALE OF PROXIMATE CAUSE 2 (1927).

(93) *Id.* at VI.

(94) *Id.* at 39.

(95) *Id.* at 40.

(96) *Id.* at 77.

(97) *Id.* at 105.

(98) *Id.* at 109.

(99) *Id.* at 6, 21, 24, 25.

(100) *Id.* at 17.

(101) *Id.* at 76.

に予見できたにもかかわらず損害が発生すると、相当な注意を払うべき義務の懈怠となり、被告は過失による不法行為の責任を負わねばならないと結論づけたのであった⁽¹⁰²⁾。

グリーンに類似する考えは、1907年にサーモンド(John W. Salmond)により示されていた。彼はイングランドの判例を分析して、先見性(foresight)のある一般通常人による損害への予見可能性を、過失の成立要件である義務違反と責任の範囲を決定する要因であると述べていた⁽¹⁰³⁾。これに対してグリーンは、一般通常人には既に先見性が備わっており、またこの考えを採用して因果関係を判断している判例がアメリカではほとんどないと反論した⁽¹⁰⁴⁾。つまりグリーンは、サーモンドが主張した過失の成立要件である義務違反と責任の範囲の判定要因としての予見可能性とはとらえなかった。近因を義務範囲を確定する基準とし、近因の判定要因として予見可能性を位置づけたわけである⁽¹⁰⁵⁾。

グリーンの著書の評価は分かれた。最も評価できる法律書であると評された一方⁽¹⁰⁶⁾、彼の近因概念は既に認識されていることであり、何ら新しい知見を示すものではないと批判された⁽¹⁰⁷⁾。この批判は妥当ではなかった。彼は、19世紀の概念論争から脱して、予見可能性で判定される近因を、過失による不法行為の成立要件の判断基準としたからである⁽¹⁰⁸⁾。

グリーンの著書が刊行される以前の1925年前後にかけて、判例は予見可能性を近因の判定基準にするようになっていた。端緒となったのが、

(102) *Id.* at 138.

(103) John W. Salmond, *LAW OF TORTS, A TREATISE ON THE ENGLISH LAW OF LIABILITY FOR CIVIL INJURIES* 8th ed. 137 (1934). なお、本著の初版は1907年であり、グリーンは1924年の第6版を引用している。

(104) Green, *supra* note 92, at 177-78.

(105) White, *supra* note 4, at 95.

(106) Ralph Stanley Bauer, *Book Reviews*, 77 U. PA. L. REV. 147, 148 (1928).

(107) Henry W. Edgerton, *Book Reviews*, 29 COLUM. L. REV. 229, 230 (1929).

(108) White, *supra* note 4, at 96.

1921年に下されたテキサス州控訴裁判所判決のHines v. Morrow⁽¹⁰⁹⁾である。本件は、トラックが鉄道の踏切を横断中に穴に落ちて運転手がケガを負い、鉄道管理者を相手取って過失による不法行為を原因として損害賠償を請求した事案である。本判決は、予見可能性が近因の構成要素であると述べた⁽¹¹⁰⁾。そして、本件では穴の存在が予見不可能であるため、被害者の運転手が損害賠償を得られると判断したのである⁽¹¹¹⁾。その後、1925年にはニュー・ジャージー州最高裁判所判決であるMigliaccio v. Public Service Ry. Co⁽¹¹²⁾が下された。本件は被告の運転する車に衝突された自動車の同乗者がケガを負い、事故後1年以上経過した後に肺結核のため死亡し、自動車事故のケガが生命力を低下させ結核を悪化させたとして、遺産管理人が損害賠償を求めて訴えを提起した事案であった。まず本判決は、過失による不法行為では、原告は一般通常人の視点から被告が相当かつ蓋然的に損害を発生させると予見し、損害発生と損害結果との間の近因を証明しなければならないと述べた⁽¹¹³⁾。そして、本件では死亡という損害と自動車事故との間に近因が不在であるという理由から⁽¹¹⁴⁾、損害賠償請求を認めた原審判断を覆したのである⁽¹¹⁵⁾。

三 パルズグラフ(Palsgraf)判決とその影響

1. パルズグラフ判決の概要⁽¹¹⁶⁾

グリーンが示した損害への予見可能性を近因の判定要因として位置づけ

(109) 236 S. W. 183 (Tex. 1921).

(110) *Id.* at 185.

(111) *Id.* at 187-88.

(112) 130 A. 9 (N.J. 1925).

(113) *Id.* at 10.

(114) *Id.*

(115) *Id.* at 11.

(116) 本判決は不法行為法の重要な判決の一つであり、わが国においても紹介されている。米村滋人「注意義務の範囲・相当因果関係」ジュリスト別冊アメリカ法判例百選85・172頁(有斐閣, 2012)を参照。

ることに同意する判例が見られるようになってきた。しかし、近因が過失による不法行為の成立要件である義務の判定基準として機能することは明確には認められていなかった。この状況の下で、1928年にニュー・ヨーク州最高裁判所の首席裁判官であるカードーズ(Benjamin N. Cardozo)は、近因と予見可能性を巡る新しい判断をPalsgraf v. Long Is. R.R. Co.⁽¹¹⁷⁾の法廷意見で示したのである。

本件事実は以下の通りである。ニュー・ヨーク州にあるロング・アイランド鉄道の駅で動き出した列車に荷物を抱えて飛び乗ろうとした乗客がいた。乗車を援助するため、列車の乗務員がドアを開けて手を伸ばすとともに、プラットホームに立っていた駅員が乗客を後ろから押した。その際、乗客は持っていた荷物を線路上へ落としてしまったのだが、荷物の中には花火が入っており、落下した瞬間にそれが爆発したのである。その衝撃は反対側のプラットホームの端に設置されていた鉄道荷物の重量を計測するための秤を倒し、その場にいた原告のバルズグラフを直撃してケガを負わせたのである⁽¹¹⁸⁾。原告は鉄道を管理運営するロング・アイランド鉄道会社を相手取って、損害賠償を求めて訴えを提起した。被告に雇用された列車乗務員と駅員のいずれも、荷物の中に花火が入っていることを認識していなかったが、第1審は原告勝訴の判断を下し、そして控訴審も第1審判断を維持した⁽¹¹⁹⁾。

ニュー・ヨーク州最高裁判所のカードーズ裁判官は法廷意見の中で、過失による不法行為では、相当に(reasonably)認識される損害発生の危険性によって、服すべき義務の範囲が確定されると述べた⁽¹²⁰⁾。しかし、本件では荷物の中身を乗務員や駅員が認識していないため、彼らの行為が原告の身体を不合理に侵害するものではないと指摘した⁽¹²¹⁾。その上で、コモ

(117) 248 N.Y. 339 (1928).

(118) *Id.* at 340-41.

(119) *Id.* at 339-40.

(120) *Id.* at 344.

(121) *Id.* at 345.

ン・ロー上の救済を求める原告は、被告の行為が危険を生じさせていることを立証しなければならないが、本件ではそれがなされていないことに言及した。そして、本件では責任を決定する訴訟原因(cause of action)が重要であるため近因は無関係であり、被告が原告との関係で過失があればその結果への責任が生ずると述べたのであった⁽¹²²⁾。以上の理由から、カードゾ裁判官は控訴審判決を破棄する判断を下したのである⁽¹²³⁾。

カードゾ裁判官は、被告が原告の被る可能性のある危険性を認識していないために義務を負わされないと考えた。そこで、過失責任の要件である義務が不在のため、被告は原告が被った損害への責任をもたないと結論づけたわけである。カードゾ裁判官は、危険を認識する予見可能性から義務の範囲を導いたのである。

グリーンが近因により義務の範囲を決定したことに対して、前述したように危険性から近因を分析したのがビールであった。彼は、損害を発生させる危険性があり、それが予見できるのであれば近因であると述べていた⁽¹²⁴⁾。しかし、カードゾ裁判官が用いた危険性とは、過失責任の要件である義務の範囲を決定する要因であった。

本判決で、アンドリュース(William Andrews)裁判官は、反対意見の中で注意義務が個人ではなく社会の視点から判断されると述べた⁽¹²⁵⁾。他者の安全を非合理に脅かす行為を抑えることが義務であると位置づけたのである⁽¹²⁶⁾。またアンドリュース裁判官にとって、近因のいう直近とは便宜、公の秩序または概括的な意味での正義(rough sense of justice)を意味し⁽¹²⁷⁾、一般通常人による予見可能性がその判断要因であった⁽¹²⁸⁾。注意義務を一般

(122) *Id.* at 346.

(123) *Id.* at 347.

(124) Beale, *supra* note 80, at 650.

(125) 248 N.Y. at 349.

(126) *Id.* at 350.

(127) *Id.* at 352.

(128) *Id.* at 355.

通常人つまり社会の一般常識より導く彼の解釈は⁽¹²⁹⁾、1873年にホームズが「不法行為法の理論 (The Theory of Torts)」の中で示した社会的非難に値する行為を過失と位置づけたことに相通じている⁽¹³⁰⁾。過失による不法行為を判断する上での前提に社会的状況の考慮を置いているからである。同稿が発表されて半世紀以上経過しているにも関わらず、依然としてこの考えが後の判断に影響を与えていたことが理解できるのである。

2. パルズグラフ判決への批判

グリーンは本判決の評釈で以下のように述べた⁽¹³¹⁾。義務は認識される危険性の範囲で決定されるというが、本件では義務をもつ者は危険性を認識すべき乗客ということになる⁽¹³²⁾。そこで、原告には義務がないことになると批判する⁽¹³³⁾。アンドリュース裁判官による反対意見については、本件が近因の争点を含むとらえていることを明解な論理と評価する⁽¹³⁴⁾。さらに、近因での直近という意味を便宜、公の秩序または概括的な意味での正義とらえたことが、近因を極めて深く理解していると述べた⁽¹³⁵⁾。しかし、彼なりの近因判定基準を示す必要があったと批判した⁽¹³⁶⁾。さらにグリーンは、機能を考慮せずに予見可能性に言及することは空虚で有用とはいえないとも述べている⁽¹³⁷⁾。これは形而上学的なものであり、説得力のある科学的なものではないと評したのである⁽¹³⁸⁾。

(129) これは18世紀のイングランドで萌芽した、今日でいう過失の考えである。なお、イングランドとアメリカでの過失による不法行為の発展経緯については、前掲注11 樫博行・2-19頁を参照。

(130) Holmes, *supra* note 13, at 659 .

(131) Leon Green, *The Palsgraf Case*, 30 COLUM. L. REV. 789 (1930).

(132) *Id.* at 789.

(133) *Id.* at 790.

(134) *Id.* at 790-91.

(135) *Id.* at 791.

(136) *Id.*

(137) *Id.* at 800.

(138) *Id.* at 801.

コーワン(Thomas A. Cowan)は、カードーズ裁判官の論理が移転された故意の法理⁽¹³⁹⁾に似た移転された過失(transferred negligence)の法理の形成を試みたと評した⁽¹⁴⁰⁾。そして法廷意見および反対意見のいずれも乗客への義務を考慮していないと批判したのであった⁽¹⁴¹⁾。

パルズグラフ判決から50年が経過した1978年に、キートン(Robert E. Keeton)は同判決の逸話を公表した⁽¹⁴²⁾。これは、1926年から1927年にかけて行われた不法行為リステイトメント初版の顧問会議の席上、参加者が行った仮説を巡る議論に関するものであった。Aが車の過失運転により道路上にいたBに接触しそうになった。Bは無意識に何が入っているのかも知らずに、ダイナマイトの入った箱を打ちつけてしまった。その際、箱の中のダイナマイトが爆発し、飛んだ破片によって道路に面した建物の10階で窓ふきをしていた人が落下し、Bにケガを負わせたという設定であった。カードーズ裁判官は直観ではあるがAに責任があると考え、グリーンはAの義務違反の範囲内で発生した危険ではないという理由から責任がないと考えた。ボーレン(Francis H. Bohlen)は、極めて異例な事案であるためAに責任があるとはいい難いと述べている⁽¹⁴³⁾。

ここでの仮説はパルズグラフ事件と類似したものであるが、カードーズ裁判官の結論はパルズグラフ判決での判断とは異なっていたのである。彼が判断を変更した理由は不明である。この逸話を通じて、キートンは利益が複雑に交錯する事案においては統一的なルールはなく、裁判所による事案ごとの妥当な判断が必要であると主張している⁽¹⁴⁴⁾。これを考慮すれ

(139) 移転された故意法理(transferred intent)とは、行為の結果が当初の目的とした相手ではなく、その他の者に発生した場合でも、故意の存在を認める法理である。これについては、樺博行『アメリカ民事法入門第2版』158頁(勁草書房、2019)を参照。

(140) Thomas A. Cowan, *The Riddle of the Palsgraf Case*, 23 MINN. L. REV. 46, 48 (1938).

(141) *Id.* at 49.

(142) Robert E. Keeton, *Palsgraf Anecdote*, 56 TEX. L. REV. 513 (1978). この逸話は、シーヴィー(Warren Seavey)がキートンに渡した当時の手記から明らかになった。*Id.*

(143) *Id.* at 514.

(144) *Id.* at 517-18.

ば、カードーズ裁判官が具体的妥当性を追求したことは疑いない。

ところで、現実的な視点からパルズグラフ判決を見るホワイト(G. Edward White)は、同判決を以下のように分析する。第1に、原告は何ら損害に寄与する行為を行っていないこと。第2に、鉄道会社は損害賠償保険に加入しているため、原告に支払うべき損害賠償が当該保険から支出されるはずであること。第3に、原告はプラットホームにいただけで単なる傍観者と位置づけることはできず、あくまでも鉄道利用者であること。これらを考慮して、カードーズ裁判官は、従業員による過失行為で損害を受けた原告の救済と、鉄道会社が損害賠償を請求される将来的な脅威との間で比較考量を行ったと結論づけたのである⁽¹⁴⁵⁾。

パルズグラフ判決は、近因ではなく過失による不法行為の要件となる義務の範囲を示した。そしてこれ以降は、現実の損害と加害者の関係で過失が検討されるとともに、近因の重要性が低下したのである。1920年代の近因の基準をいかに求めるかという議論を継受したのは、アンドリュース裁判官の反対意見であったのである。

3. イギリスにおけるワゴン・マウンド(The Wagon Mound)判決

パルズグラフ事件と事実関係が類似する事案に、1961年のイギリスの枢密院(Privy Council)によるThe Wagon Mound⁽¹⁴⁶⁾がある。本件事実は以下の通りであった。オーストラリアのシドニー港に停泊していたThe Wagon Mound号が、過失により海中へ重油を流出させた。これだけでは重油に引火して火災が発生する危険性は予見されなかった。しかし、重油の下に綿が浮いており、溶接工が使用していた溶接機から飛んだ火花で綿が燃え、それが重油に引火して火災を発生させた。その結果、原告のドッ

(145) White, *supra* note 4, at 100.

(146) Overseas Tankship (U.K.), Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co., Limited (The Wagon Mound), [1961] 2 W.L.R. 126.

クが焼け落ちたのであった。枢密院は、自らが確実に発生させた結果に対してのみ被告に責任を負わせるべきであると考えて、原告勝訴の判断を下した⁽¹⁴⁷⁾。責任は損害の発生または確実に発生することで成立するが、確実さは一般通常人による予見可能性で決定されると述べた⁽¹⁴⁸⁾。予見可能性がなければ責任は成立しないと判断したのである⁽¹⁴⁹⁾。

従前よりイギリスでは、予見可能性が違法行為者に対する道徳的な非難または弁明を決定する重要な要因になると位置づけられていた⁽¹⁵⁰⁾。本判決でも、予見可能性は確かに損害賠償責任を決定していた。つまり不法行為者の責任の範囲の決定は、法の一般原則の適用ではなく、社会的認識としての一般通常人を通じて裁判官の正義感覚によりなされると考えられていたわけである⁽¹⁵¹⁾。The Wagon Mound判決は、この背景の中で判断されたことになる⁽¹⁵²⁾。ただし、この予見可能性の機能では本件を含め被害者を救済することはできない。そのため救済を担保すべき別途方法の確立が急がれたのである⁽¹⁵³⁾。

四 予見可能性の機能の相違

パルズグラフ判決の後、一般通常人が当該損害を予見できなければ、被告の過失は不在であるにとらえる考え方⁽¹⁵⁴⁾と、予見可能性を近因判定要素にとらえる考え方に分かれた。前者の考え方では、被告がもつ原告への

(147) *Id.* at 139.

(148) *Id.* at 142.

(149) *Id.* at 138.

(150) H. L. A. Hart & Tony Honoré, *CAUSATION IN THE LAW* 230 (1959).

(151) *Id.* at 261.

(152) P. W. Burke, A. W. LeP. Darvall & R. Merkel, *Causation in the Law: A Comment on the Wagon Mound*, 3 MELB. U. L. REV. 197, 209 (1961).

(153) *Id.* at 210.

(154) D. E. Buckner, *Comment Note - Foreseeability as an element of negligence and proximate cause*, 100 A.L.R.2d 942, § 3(a) (1965). カードーフ裁判官が示した相当に認識される危険性が検討されるために、前者の考えは危険性理論分析(risk analysis)とも別称されている。

義務の存在と、義務の範囲内で損害発生危険性が存在したのかが検討されることになる⁽¹⁵⁵⁾。具体的な事案では、原告を損害から保護するための義務に違反したか否かが審理される⁽¹⁵⁶⁾。損害発生への予見可能性は、被告の義務とその範囲を判定する要因として機能するのである⁽¹⁵⁷⁾。

義務判定要素として予見可能性を位置づける管轄地域が、カリフォルニア州である⁽¹⁵⁸⁾。1968年にカリフォルニア州最高裁判所はRowland v. Christian⁽¹⁵⁹⁾において、いかなる者も義務を負うが、それを履行せずに損害を引き起こすと責任が発生すると述べていた⁽¹⁶⁰⁾。そして義務を負わせるための判断要素として、一般通常人による損害発生の予見可能性を求めたのである⁽¹⁶¹⁾。本判決が先例になり、2002年にはカリフォルニア州民事法典(California Civil Code)が、通常の注意を欠いて他者に損害を発生させる者が責任を負うと定めた⁽¹⁶²⁾。2012年改正法でも当該文言は改正されず旧

(155) *Id.* at § 3(b).

(156) *Id.* at § 3(d).

(157) *Id.* at § 2(b). しかし、予見可能性以外の多くの要因を裁判官が考慮することになれば、被告の義務を確定するための予見可能性は機能しなくなるとも指摘されている。See, Leon Green, *Foreseeability in Negligence Law*, 61 COLUM. L. REV. 1401, 1418 (1961). 予見可能性については、1931年以降1951年に至る20年間では、実際に損害の発生を被るであろう者(予見可能性の対象となる者)に対する義務に限定する傾向にあり、義務内容と範囲を限定する役割があったことが一般的に認識されていた。この認識の下では、カードozo裁判官の判断の通り、パルズグラフ事件での原告はその予見可能な行為がもたらす効果の範囲外にあったことになる。Fleming Jr. James & Roger F. Perry, *Legal Cause*, 60 YALE L. J. 761, 787 (1951).

(158) カリフォルニア州以外でも、ニュー・ヨーク州 (Goergen v. State, 196 N.Y.S.2d 455 (1959).)、ペンシルバニア州 (Dahlstrom v. Shrum, 84 A.2d 289 (Pa. 1951).)、ニュー・ジャージー州 (Avedisian v. Admiral Realty Corp., 164 A.2d 188 (N.J. 1960).)、ワシントン州 (McLeod v. Grant County School Dist., 255 P.2d 360 (Wash. 1953).)、ルイジアナ州 (Stewart v. Gibson Products Co. of Natchitoches Parish Louisiana, Inc., 300 So.2d 870 (La. 1974).)で採用されている。

(159) 443 P.2d 561 (Cal. 1968).

(160) *Id.* at 564.

(161) *Id.*

(162) CAL.CIV.CODE § 1714 (a).

法を踏襲している⁽¹⁶³⁾。

後者の考え方では、近因の成立要件として予見可能性が検討される。被告が責任を負うには、被告の義務違反に加えて原因とその結果である損害が近因を構成しなければならない⁽¹⁶⁴⁾。近因は、被告の行為と原告の損害の間にある事実的因果関係を前提に、論理や公の秩序など多くの要素を考慮して責任の範囲を確定する目的で用いられるようになった⁽¹⁶⁵⁾。つまり近因は、被告の行為と相当に密接な関係をもつ損害、または被告の行為により発生が相当に予見された損害の責任を確定する機能をもつことになった⁽¹⁶⁶⁾。そして損害発生への予見可能性は、予見された損害に相当な注意を払ったかを判定する近因の判断要素になったのである⁽¹⁶⁷⁾。

近因判定要素として予見可能性を用いる管轄地域には、ウィスコンシン州がある⁽¹⁶⁸⁾。ウィスコンシン州最高裁判所は1952年のPfeifer v. Standard Gateway Theater⁽¹⁶⁹⁾でこの方法を採用した。予見可能性は、相当な注意をしたかを判定する際に適用されると述べたのである⁽¹⁷⁰⁾。本判決は、カードozo裁判官の判断を引用しながら、アンドリュース裁判官の考えの方が

(163) West's ANN.CAL.CIV.CODE § 1714 (2012). また最近の判例では2011年にカリフォルニア州最高裁判所はCabral v. Ralphs Grocery Co. (248 P.3d 1170 (Cal. 2011).)で、損害が遠隔であり間接的な原因から発生し、損害発生の危険性が予見できないと思われる場合には義務がみとめられないと判断している。Id. at 1174.

(164) Buckner, *supra* note 154, at § 4.

(165) Id. at § 2(d).

(166) Id. at § 4.

(167) Id. at § 5.

(168) その他にはイリノイ州 (Neering v. Illinois Cent. R. Co., 50 N.E.2d 497 (Ill. 1943).)、インディアナ州 (Phares v. Carr, 106 N.E.2d 242 (Ind. 1952).)、ミズーリ州 (Phillips v Stockman, 351 S.W.2d 464 (Mo. 1961).)、ノース・キャロライナ州 (Whitley v. Jones, 78 S.E.2d 147 (N.C. 1953).)、オレゴン州 (Stoneburner v. Greyhound Corp., 375 P. 2d 812 (Or. 1962).)、テキサス州 (Hopson v. Gulf Oil Corp., 237 S.W.2d 352 (Tex. 1951).)、そしてウエスト・バージニア州 (Miller v. Bolyard, 97 S.E.2d 58 (W.Va. 1957).)で、近因の主要要件として予見可能性を用いている。

(169) 55 N.W.2d 29 (Wis. 1952).

(170) Id. at 31.

より論理的であると結論づけたのである⁽¹⁷¹⁾。しかしウィスコンシン州最高裁判所は、1974年のA. E. Inv. Corp. v. Link Builders, Inc.⁽¹⁷²⁾で、以下の判断を示したのであった。まず、義務が損害を発生させる行為の抑止力になるととらえた⁽¹⁷³⁾。次に、被告の行為は他者への損害発生を予見することが可能であり、実際に損害が発生すれば過失であると判定できると考えた⁽¹⁷⁴⁾。そして過失が判定されると、被告は予見可能のみならず、予見不可能であってもすべての損害に対しても責任をもつと述べたのである⁽¹⁷⁵⁾。つまり本判決ではウィスコンシン州最高裁判所は、予見可能性を義務および近因成立の2つの場面で適用したことになる。ただし、本判決は一定の行為が損害の実質的要因であれば義務の有無の判定は無意味となると述べており⁽¹⁷⁶⁾、明白な事実的因果関係が存在する場合には義務の判断での予見可能性の考慮が不要となる。

それでは予見可能とはどこまでが射程と考えられるのか。発生する損害が相当に予見される範囲内である限り、損害は予見可能といえる。一般通常人による予見が基準であり、社会一般の判定に委ねられているため、予見可能性は柔軟にとらえられていることになる。損害の性質や範囲、さらには損害発生の方法の詳細を証明することまで求められているわけではないからである。あくまでも予見される結果は、一般通常人の経験にしたがって確からしい(probable)ものに限定され、非日常的であり起こり得ないと想定されるものは除外されることになる⁽¹⁷⁷⁾。具体的には、パルズグラフ判決が示したように、被告の過失行為に誘発された危険性の範囲内で損害が発生しておかなければならないことになる⁽¹⁷⁸⁾。なお、危険性の範囲内

(171) *Id.* at 34.

(172) 214 N.W.2d 764 (Wis. 1974).

(173) *Id.* at 766.

(174) *Id.*

(175) *Id.*

(176) *Id.* at 767.

(177) *See, e.g.,* Boone v. Udoto, 747 S.E.2d 76, 78 (Ga. 2013).

(178) *In re Signal Intern., LLC*, 579 F.3d 478, 491(5th Cir. 2009).

とは継続的な物理的な力のみならず、周期的に発生する物理的な力が及ぶ範囲をも含むと解されている⁽¹⁷⁹⁾。そのため、遠隔で発生した損害原因への警戒はその範囲外ということになる⁽¹⁸⁰⁾。

五 不法行為リステイトメントにおける近因の意味と予見可能性の機能

不法行為リステイトメント初版(RESTATEMENT (FIRST) OF TORTS)での過失の定義は、不合理な損害発生の危険性に対して他者を保護するため法により設定された基準に達しない行為であり⁽¹⁸¹⁾、一般通常人が不合理な利益侵害と認識する作為および不作為であった⁽¹⁸²⁾。また、過失の成立要件として原因となる行為と、結果となる侵害の間に法的因果関係(legal cause)があることが求められた⁽¹⁸³⁾。法的因果関係が成立するには、実質的要因(substantial factor)が必要となる旨を定めていた⁽¹⁸⁴⁾。この法的因果関係は、一般通常人から見て行為者の行為が損害を生み出す効果をもつものと定義されていた⁽¹⁸⁵⁾。さらに実質的とは行為が現実には損害発生の原因となっていることであり⁽¹⁸⁶⁾、責任の範囲を決定する要因とされたのである。

一般的に、過失による不法行為は違法な損害に加えて、(a)義務、(b)義務違反、(c)事実的および責任の範囲を決定する近因で構成される⁽¹⁸⁷⁾。不法行為リステイトメント初版でいう法的因果関係が近因であれば、近因は実質的要因で決定されることになる。しかし、435条で被告の行為が損害発生の実質的要因であれば、被告は損害発生を予見できなかったことだけ

(179) *Id.* at 492.

(180) *McDermott v. State*, 73 A.3d 886, 894 (Conn. 2013).

(181) RESTATEMENT (FIRST) OF TORTS § 282 (1934).

(182) *Id.* at § 284.

(183) *Id.* at § 281.

(184) *Id.* at § 431.

(185) *Id.* at § 431 Cmts. a.

(186) *Id.* at § 431 Cmts. b.

(187) *Dobbs*, *supra* note 5, at § 125.

では責任を免れないと定められていた⁽¹⁸⁸⁾。つまり損害の予見可能性がなくても、被告の行為が確実に損害を発生させたものであれば、法的因果関係の存在が認定されるわけである⁽¹⁸⁹⁾。そして法的因果関係は、事実的因果関係を絞り込む機能をもつことになる。

しかし、前述したように不法行為リステイトメント初版では、法的因果関係は過失の成立要件であり、因果関係を構成するものではない。そこで不法行為リステイトメント初版では、法的因果関係は実際には過失の成立要件のみならず事実的因果関係に作用する機能をも包含する広範な概念と位置づけていたことになる⁽¹⁹⁰⁾。また、予見可能性の文言は規定されているが、具体的な効果を生じさせない概念であった。従前とは異なり、義務および近因の判定要因ではなかったのである。

不法行為リステイトメント第二版(RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS)も初版と同様な考え方を採った。過失の定義も初版と同一であり⁽¹⁹¹⁾、行為者の行為と損害の間に法的因果関係があることを過失成立の前提としている⁽¹⁹²⁾。法的因果関係の成立要件として、実質的要因が必要とされ⁽¹⁹³⁾、実質的要因の定義も、一般通常人の行為が現実には損害発生の原因となることが初版と同じく定められた⁽¹⁹⁴⁾。さらに、予見可能性の有無に関わらず行為者に責任を負わせることも同様であった⁽¹⁹⁵⁾。

不法行為リステイトメント第三版(RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS)の3条は、過失について従前とは異なる定義をした。行為者が相当な注意

(188) *Id.* at § 435.

(189) *Id.* at § 435 Cmts. b.

(190) RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: PHYS. & EMOT. HARM, *supra* note 7, at § 26 Cmt. a.

(191) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS, *supra* note 6, at § 282.

(192) *Id.* at § 281(c).

(193) *Id.* at § 431(a).

(194) *Id.* at § 431 Cmts. a.

(195) *Id.* at § 435(1).

(reasonable care)を果たしていない場合であると定めたのである⁽¹⁹⁶⁾。行為者が過失による責任を負うのは、①相当な注意を果たす通常の義務(ordinary duty)が存在し、②行為と損害との間に事実的因果関係があり、③損害が責任の範囲内で発生している場合のいずれも満足する必要があると定めた⁽¹⁹⁷⁾。①でいう通常の義務とは、人身損害発生危険に対して相当な注意を払う義務である⁽¹⁹⁸⁾。従前と異なるのは、②の事実的因果関係が定められているが⁽¹⁹⁹⁾、法的因果関係なる文言が削除されていることである。これは責任の範囲という文言に改正された。

改正理由の第1が、従前の不法行為リステイメントでは法的因果関係が事実的因果関係をいわば包含していたが、第三版では26条で事実的因果関係が、そして29条で③の責任の範囲が各々定められたため法的因果関係の文言が不要になったためである。第2が、法的因果関係をあえて規定すると事実的因果関係と混同するためである。そして第3が、不法行為法上の法的因果関係の概念が近因を意味することがあり、不法行為リステイメントでの義務または責任の意味と異なっているためである⁽²⁰⁰⁾。

近因は、不法行為リステイメントではすべての版で規定されていない。近因が責任の範囲を示すには不明確な文言であるため、不法行為リステイメントではそれを定めなかったのがその理由である⁽²⁰¹⁾。つまり、不法行為リステイメントにおいては過失の要件であることを明確にするために責任の範囲という文言が用いられたのである。

ところで予見可能性は、機能しなかった従前とは異なり、不法行為リステイメント第三版では過失の判定基準として作用する。相当な注意の判

(196) RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIAB. FOR PHYSICAL HARM, *supra* note 7, at § 3.

(197) *Id.* at § 6.

(198) *Id.* at § 7.

(199) *Id.* at § 26.

(200) *Id.* at § 26 Cmts. a, § 29 Cmts. g.

(201) *Id.* at § 29 Cmts. b.

定は、3条が定める「人の行為が損害をもたらし得る予見可能性、損害発生の実確な予見、そして損害発生の危険性を除去または軽減するための警告」⁽²⁰²⁾により行われる。損害発生の予見可能性が、相当な注意の存否を判定する主たる要因になるのである。3条が示す相当な注意を検討すると以下の通りである。

第1に相当な注意とは、一般通常人の注意で不合理な損害発生の危険性を回避するものである⁽²⁰³⁾。これは3条の主たる要因により示されるが、これを具体化するための補助的要因もある。例えば緊急時になされる行為⁽²⁰⁴⁾、行為者が未成年の子供⁽²⁰⁵⁾、身体障がい者⁽²⁰⁶⁾、さらには特定の知識や技能をもつ者⁽²⁰⁷⁾である場合がそれに該当する。また慣習も補助的要因になる⁽²⁰⁸⁾。危険物を扱う者が幼児かそれとも一定の知識を備えた成年者であるかにより、自ずと結果が異なることになる。第2に不合理な損害発生の危険性は、行為による利益と比較考量して決定される。損害が利益を超える、または警告のため経費が損害回避利益を超える場合には、危険に該当すると考えられている⁽²⁰⁹⁾。例えば、僅かな金額で損害発生の防止が可能であったにもかかわらず、その不作為により多額の損害が発生すると当該危険性に該当する。第3に過失となるには、単なる危険性の見込み(likelihood)では足りず、行為時にある程度確実な予見可能性が必要である。また、予見可能性は行為者の将来的予測能力や危険な状態の認識能力にも関連して判断される⁽²¹⁰⁾。成年者が行為時に、損害発生と被害者がある程度特定できる場合がこれに該当する。第4に危険性の除去および軽減の

(202) *Id.*

(203) *Id.* at § 3 Cmts. a.

(204) *Id.* at § 9.

(205) *Id.* at § 10.

(206) *Id.* at § 11.

(207) *Id.* at § 12.

(208) *Id.* at § 13.

(209) *Id.* at § 3 Cmts. e.

(210) *Id.* at § 3 Cmts. g.

ため、警告は軽減すると考えられる程度で足り、損害発生を完全に防止する必要はない。例えば、小売店において客が床のゴミで転倒しケガを負う場合である。小売店主が店内の床にゴミが落ちていたことに気づいていたならば、店の状態の確認とゴミの除去を継続しなければ過失に該当する可能性がある。そこで、ケガを負った原告は、店内の確認が不十分でありゴミが除去されていなかったことを立証する必要がある⁽²¹¹⁾。

不法行為リステイトメントは、第二版まで法的因果関係を定めて、この判定に実質的要因を据えて過失成立の判断基準としたため、近因とは関係しなかった。リステイトメント第三版は、従前の版とは異なり、法的因果関係ではなく責任の範囲という文言を用いた。さらに、リステイトメントで初めて相当な注意の判定要素に予見可能性を用いたのである。相当な注意が過失の成立要件であるため、予見可能性は過失を判定するための重要な要因となる。つまり、初版から第三版までリステイトメントは責任の範囲に焦点を当て、近因とは関係をもたなかったのである。

パルズグラフ判決は過失を義務の範囲から導き、過失がある場合に現実に発生した損害への責任を負わせる論理を示したが、一方で不法行為リステイトメントは責任の範囲に該当する場合を過失とし責任を負わせる構成をしている。過失の要件である義務違反から重層的に過失の成立を見る立場と、結果発生過程から過失を見る立場の相違である。視点は異なるように見えるが、不法行為リステイトメントはパルズグラフ判決の義務の範囲の確定をせず直ちに責任の範囲の検討を行っているに過ぎない。この相違から、予見可能性が用いられる段階、つまり義務の範囲の確定かそれとも責任の範囲の確定かが異なっているのである。

(211) *Id.* at § 3 Cmts. i.

六 近因と予見可能性を巡る問題

1. 予見可能性の対象範囲

近因を義務や責任の範囲であるととらえる管轄地域では、予見可能性は行為が損害発生危険性つまり義務または責任の範囲にあったかを確定する要素となる⁽²¹²⁾。行為がない⁽²¹³⁾、または行為者が損害発生危険性を誘発しない限り、予見可能な損害に対する責任はなく、行為者は責任を負わない⁽²¹⁴⁾。一方で、近因の判定基準として予見可能性が用いられる場合には、あくまでも因果関係の一部である近因が成立するに過ぎない。

また、損害額が予想よりも結果的に高くなったとしても、行為者は損害額の予見不可能を理由として予想を超過した損害額の賠償を免責されない⁽²¹⁵⁾。不法行為損害賠償では、こわれやすい頭蓋のルール(thin skull rule / eggshell skull rule)が適用され、不法行為者は損害のすべてに責任を負わねばならないからである⁽²¹⁶⁾。当該ルールは、既存損害のみならず将来に発生する損害をも適用対象とするため、予想外の損害額にも行為者に賠償責任を負わせる。また、当該ルールは過失の成立そのものに作用しない。行為者が危険な状態を発生させたことのみならず焦点が当てられ、それによる直接の損害へ責任を負わされるのである⁽²¹⁷⁾。

必ずしも予見されていない発生過程での損害にも、不法行為者に責任が及ぶ⁽²¹⁸⁾。これについては、サウス・カロライナ州最高裁判所が2006年に

(212) *People v. Brady*, 129 Cal. App. 4th 1314, 1333 (2005).

(213) *Dobbs*, *supra* note 5, at § 205.

(214) RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIAB. FOR PHYSICAL HARM, *supra* note 7, at § 29 cmts. d and j.

(215) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS, *supra* note 6, at § 435 (1).

(216) これは、被告の過失行為に対する原告の予見不可能かつ稀な損害への被告の責任を認める法理とされている。See, *Black's Law Dictionary* 11th ed. (2019). したがって、既存の損害が悪化したとしても、損害原因となる行為と既存の損害の間には近因があると認められている。See, 57A Am. Jur. 2d Negligence § 480 (updated 2020).

(217) *Rowe v. Munye*, 702 N.W.2d 729, 741 (Minn. 2005).

(218) *Dobbs*, *supra* note 5, at § 207.

下したJ.T. Baggerly v. CSX Transp., Inc.⁽²¹⁹⁾が参考になる。本件は以下の通りである。鉄道保守を行っていた被告が鉄路の下に十分な砂利を敷くのを失念したため、鉄道脱線の危険性が発生していた。この砂利不足の鉄路に居眠り運転の道路清掃車が乗り上げて立ち往生したのだが、その際運行中の列車と衝突したため当該列車の機関士である原告に損害を与えた。本判決は、予見可能性が近因を決定するための基準であると述べて、被告の行為から自然かつ確実に予見できる結果により近因の有無を判定すると述べた⁽²²⁰⁾。運転手の居眠りが原因で道路清掃車の線路への侵入と立ち往生は予見できなかったが、鉄路の下に十分な量の砂利を敷かなかったことにより道路清掃車が鉄路内に入り立ち往生するであろうことが予見できれば、近因があると判断したのである⁽²²¹⁾。そして、鉄路は常に十分な砂利が敷かれ適切に維持されているにもかかわらず、毎年数回自動車と列車の衝突事故が発生していた。本件においては、十分な砂利を敷かなかった保守不足により道路清掃車が鉄路内に侵入し、立ち往生して列車と衝突する事故が発生することは相当に予見可能であったと結論づけたのである⁽²²²⁾。

予見可能性は、多様な視点から違法行為と損害の関係を確認する概念となっている。これは、法的擬制である一般通常人が予見できることである⁽²²³⁾。つまり、社会的視点から予見可能性が導かれているのである。

2. 直近の決定

19世紀以来、近因の成立には原因と結果、つまり損害が遠隔ではなく直近に(proximate)あることを必要とした。しかし、現実には時間的および物理的距離のみで違法行為と損害とを分離することはできない。例えば10年前に製造された瑕疵ある製造物が、現在になってその瑕疵を原因と

(219) 635 S.E.2d 97 (S.C. 2006).

(220) *Id.* at 101.

(221) *Id.* at 102.

(222) *Id.*

(223) 3 American Law of Torts § 11:3 (updated 2019).

した損害を発生させるからである⁽²²⁴⁾。また、製造された場所が損害発生地と遠隔な場所になっていることも多い⁽²²⁵⁾。したがって、時間的および物理的距離は直近を決定する重要な要素には必ずしもならないのである。

確かに、時間的および地理的な距離を考慮すれば直近が認められないことがある。バルズグラフ事件では、花火の爆発が反対ホームにいた原告に損害を与えたが、結果発生地が原因発生地と地理的に距離があったために、カードーズ裁判官は被告である鉄道会社の責任を否定したとも推定できる。しかし、バルズグラフ判決ではそもそも近因を検討していなかったため直近に言及していなかった。そこで他の事案を見ると、時間的距離については、2003年の第1巡回区連邦控訴裁判所による *Staelens v. Dobert* がある⁽²²⁶⁾。本件は、タンクローリーを運転していた控訴人が自動車に追突されて事故の被害者となった。その後3時間以上経過して、捜査員により事故現場に持ち込まれた捜査用具に足を引っかけてケガをした事件であった。控訴人は、後続のケガも自動車運転者の過失と近因があるとして、当該ケガの賠償を求めた。本判決は、後続のケガが相当に予見できるものではないと述べて控訴を棄却している⁽²²⁷⁾。また地理的距離については、電柱に自動車が衝突して送電できなくなったため2マイル離れた原告の工場が操業停止となった事案がある。2003年のインディアナ州控訴裁判所による *Hammock v. Red Gold, Inc.*⁽²²⁸⁾ である。本判決は、事故現場と工場との間には地理的距離があり危険が及ぶ範囲外といえるため、事故が工場の操業を停止させたとは相当に予見できるものではなかったと述べたのであ

(224) 時間の経過につき、イリノイ州控訴裁判所は、*Stephenson v. Air Products & Chemicals, Inc.*, 252 N.E.2d 366, 371 (Ill. 1969)で、被告により損害が発生させられ、その影響から原告が5年後に別の損害を被った場合には、近因があると認めている。

(225) 損害の原因と結果が距離的に遠隔にあることは19世紀末から考慮されていなかった。See, e.g., *Delaware, Lackawanna and Western R. Co. v. Salmon*, 39 N.J.L. 299 (1877).

(226) 318 F.3d 77 (1st Cir. 2003).

(227) *Id.* at 79.

(228) 784 N.E.2d 495 (Ind. 2003).

る⁽²²⁹⁾。時間的および地理的距離の判断は正確に測った結果ではなく、あくまでも事案における妥当性から考慮されたものである。つまり、直近であるか否かの判定はルールが存在せず、具体的な事案毎に相当な予見可能性を考慮して行う個別判断に委ねられているのである⁽²³⁰⁾。

3. 介在原因と予見可能性

原因が損害と遠隔にあれば、その間に介在原因(intervening cause)が存在していることが想定される。この介在原因が新規に損害を発生させる原因になると、これは最初に行われた過失行為と結果の間の因果関係を切断する新規切断原因(superseding cause)を構成する⁽²³¹⁾。予見可能性を責任の範囲の判定要素ととらえる管轄地域では、新規切断原因は事実的因果関係を切断し⁽²³²⁾、そして最初の不法行為者は責任を免除されることになる⁽²³³⁾。従前では、この新規切断原因は因果関係の切断効果を持たず、最初の不法行為者を免責しなかった⁽²³⁴⁾。しかし現在では、最初の不法行為と損害との間の因果関係を新規切断原因により実際に切断されているかの判定が陪審に委ねられることになったのである⁽²³⁵⁾。

介在原因の発生は予期せぬ出来事であるため予見が困難である。しかし、予見できる場合には、介在原因が最初の不法行為で発生させられた損害危険性の範囲内にあるとされ、介在原因は新規切断原因にはならず最初

(229) *Id.* at 506.

(230) Dobbs, *supra* note 5, at § 208.

(231) 新規切断原因には、①神の仕業(Acts of God)と呼ばれる自然現象、②重大な過失や通常では発生しない過失、③第三者の故意による不法行為や犯罪などがある(REST. 2d TORTS § 448 (1965).)。なお、新規切断原因については、前掲注139櫻博行・188頁を参照。

(232) *See, e.g.,* Derdarian v. Felix Contracting Corp., 414 N.E.2d 666, 670 (N.Y. 1980).

(233) *See, e.g.,* Alston v. Advanced Brands and Importing Co., 494 F.3d 562 (6th Cir. 2007).

(234) *See, e.g.,* Loftus v. Dehail, 65 P. 379 (Cal. 1901).

(235) *See, e.g.,* Mitchell v. Cedar Rapids Community School Dist., 832 N.W.2d 689 (Iowa 2013).

の不法行為を免責しない⁽²³⁶⁾。例えば、電力会社が過失により信号機への電力供給を止めてしまった場合、交差点内での自動車事故の発生は十分に予見可能である。そのため、その後に発生した自動車事故での運転手の過失は新規切断原因にはならないのである⁽²³⁷⁾。

しかし、事実関係によりこの例とは反対の結果になる場合がある。2009年のテキサス州最高裁判所判決であるColumbia Rio Grande Healthcare, L.P. v. Hawley⁽²³⁸⁾が典型例である。本件は、被告である病院に原告が入院して結腸切除術を受けた際に、病理検査でステージⅢのガンが確認されていた。しかし、病理医は11か月もの間、担当医や原告にこれを知らせなかった⁽²³⁹⁾。原告は病院の過失を主張して損害賠償請求の訴えを提起した。第1審および原審は原告請求を認容する陪審評決を維持した。しかし、本判決は破棄差戻しの判断を下した。まず、病理医により11か月間にわたりガンの罹患を担当医と原告へ知らせていなかったことが、損害の予見不可能な介在原因になると述べた⁽²⁴⁰⁾。しかしこの介在原因は、新規切断原因とはならなかった。病理医が病院と直接の雇用関係にない独立契約者(independent contractor)⁽²⁴¹⁾であるため、病院に病理医の過失を代位させ

(236) See, e.g., Transp. Cabinet, Dept. of Highways v. Babbitt, 172 S.W.3d 786 (Ky. 2005).

(237) Goldberg v. Florida Power & Light Co., 899 So.2d 1105, 1116 (Fla. 2005). 過失により状態を危険にして、そしてそこに何らかの介在原因が予見できる場合にも、当該原因は新規切断原因とはならず、最初の不法行為者が責任を負うことになる。例えば、トラックが交差点内の視界を遮るように駐車しており、その後に後続の自動車が交差点内で事故を起こした場合には、当該事故は予見可能性があり、後続の自動車運転手の過失行為は新規切断原因とはならず、最初の不法行為者が責任を負うことになる。Atlantic Mut. Ins. Co. v. Kenney, 591 A.2d 507 (Md. 1991).

(238) 284 S.W.3d 851 (Tex. 2009).

(239) *Id.* at 855.

(240) *Id.* at 858.

(241) 特定の仕事の委託を受け、当該業務を自由な方法で行える者である。独立契約者が違法行為を行ったとしても、雇用者は責任を負わない。See, Black's Law Dictionary 11th ed. (2019). つまり、独立契約者は過失による損害について主たる責任を負うことになる。See, 31A AM. JUR. 2d EXPLOSIONS AND EXPLOSIVES § 64 (updated 2020). なお、独立契約者については、前掲注139樫博行・207頁を参照。

られないと判断したからである⁽²⁴²⁾。そして、原告の生存可能性について第1審で陪審に説示されていないこと⁽²⁴³⁾、および独立契約者である病理医の過失を病院に代位させられないことを陪審に説示していないことを理由に、原告勝訴の判断を下した原審に破棄差戻したのである⁽²⁴⁴⁾。

原則として予見不可能な介入原因は新規切断原因となる⁽²⁴⁵⁾。最初の不法行為の因果的連鎖外から外れて発生した損害は予見不可能である。例えば、自動車事故が起り、被害者が救急車に乗せられて病院に向かっている途中で、別の事故の発生により新たな損害が加わる場合である⁽²⁴⁶⁾。この場合には後続する第三者の不法行為が新たな損害を発生させているため、最初の不法行為と損害との間には第三者の不法行為が介入することになる。そのため予見可能性を近因の判定要素ととらえる管轄地域では、近因を切断するのである⁽²⁴⁷⁾。近因が新規切断原因により切断されると、最初の不法行為者の負わされる予定であった責任は、後続する不法行為をなした第三者に移転するのである⁽²⁴⁸⁾。しかし、介入原因があっても、自然で継続的な出来事の連続性があれば新規切断原因は成立しない⁽²⁴⁹⁾。

おわりに

近因は古い概念であり、過失による不法行為の概念が形成された19世紀以降に、自然の流れの中で連続して出来事が起こったかを見る基準として具体化されてきた。そして、一般通常人が損害発生を自然に予見できるかにより判定する傾向が現れた。

20世紀を迎えると、近因は因果関係の分類には属さず、責任を負わせ

(242) *Id.* at 862.

(243) *Id.* at 860-62.

(244) *Id.* at 864.

(245) *Duphily v. Delaware Elec. Co-op., Inc.*, 662 A.2d 821, 829 (Del. 1995).

(246) *Hale v. Brown*, 197 P.3d 438 (Kan. 2008).

(247) *Id.* at 441.

(248) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS, *supra* note 6, at § 452(2).

(249) *Id.* at 440.

る範囲を決定する基準として作用させ、事案ごとに検討して判定する考えが出現した。それとともに近因を明確に概念化し普遍化する傾向も消滅した。これは経験を根拠に⁽²⁵⁰⁾個別具体性を追求する⁽²⁵¹⁾アメリカ不法行為法の特徴と軌を一にしたといえるものであった。

その後、パルズグラフ判決が下された。法廷意見では、近因に言及することはなかった。現実には発生した損害と行為者との関係で過失をとらえ⁽²⁵²⁾、義務の範囲から行為が過失に該当するかを導き、その上で救済の是非が決定されることになったため、近因が不要とされたわけである。

不法行為リステイメントは初版以来、実質的にはパルズグラフ判決を採用して修正を加え、義務の範囲からではなく責任の範囲で過失をとらえようとした。予見可能性を適用するのも義務の範囲ではなく、責任の範囲であった。しかし、不法行為リステイメント初版と第二版は、責任の範囲を意味する文言として法的因果関係を規定したため、当該因果関係と近因との間での概念的区分が不明確になってきた。不法行為リステイメントでは、近因を因果関係の一分類として位置づけていないにもかかわらず、文言上類似していたためである。その後、不法行為リステイメント第三版は、法的因果関係に代えて責任の範囲と規定するに至っている。そして一般通常人による予見可能性は、裁判官により責任の範囲を確定する判定要素になった。

現在でも管轄地域により、近因は依然として陪審により決定され、事実の因果関係の範囲を絞り、責任の及ぶ範囲を決定する機能をもつ。予見可

(250) Oliver Wendell Jr. Holmes, *THE COMMON LAW* 1 (Boston; Little Brown 1923).

(251) *Lochner v. New York* 198 U.S. 45, 76 (1905). (ホームズ裁判官による反対意見)

(252) 現実には発生した損害と特定の行為者との関係で過失をとらえる方法論は、一般的にリーガル・リアリズムが採る傾向であった。リアリストと位置づけられるルウェリンによれば、現実的(realistic)といえる方法は、裁判官の行動ではなく、人々が法と考えるものを対象に検討しているかということであると述べた。See, Karl N. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence - The Next Step*, 30 COLUM. L. REV. 431, 462 (1930). また、存在と当為を分離して、現在法が何をなしているのかを客観的に知ることが必要であると主張したのである。Karl N. Llewellyn, *Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound*, 44 HARV. L. REV. 1222, 1236 (1931).

能性は、近因を判断する際に適用される。また一部の著書においても、このように位置づけて近因を説明している⁽²⁵³⁾。

近因を巡る対立は、現在も解決を見出すことなく平行線のままである。そもそも目的を過失成立か、それとも責任の範囲の確定にするかの視点の相違からの対立であり、次元の異なるものである。近因で責任の範囲を確定するのではなく、過失成立に焦点を当て、責任の問題を併せて処理しようとしたのがパルズグラフ判決であった。現実には発生した損害および加害者との関係で過失が検討されたのである。その結果、一部の管轄地域では近因の重要性が低下したわけである。

パルズグラフ判決の影響が、約100年後の現在まで継続していることになる。パルズグラフ判決や不法行為リステイトメントのように近因を検討することのない立場にある管轄地域では、責任の範囲を確定して、ただちに過失の成立要件の具備を判定できる。一方、近因の存在を明確に認める管轄地域では、近因を成立させる直近や予見可能性の精査を必要とし、その後には過失の成立要件の具備が判定される。近因の判定のための時間を必要とするが、過失による不法行為事案での安定的な判断形成に貢献していることも否定できない。歴史的変遷の中で過失による不法行為と同調しつつ発展し、そして対立した概念が近因である⁽²⁵⁴⁾。したがって、近因を巡る対立は過失による不法行為法の根底にかかわる議論を示すものであり、今

(253) See, e.g., Joseph W. Glannon, THE LAW OF TORTS 5th ed. 239 (2015).

(254) 一般通常人からみた予見可能性はアメリカ不法行為法での責任判定基準に該当する概念である。一般通常人は法的擬制で特定の人物を指すものではなく、社会的常識を導くものである。つまり、一般通常人の予見可能性とは社会的視点から十分に予測できることである。19世紀末のホームズから20世紀初頭のパウンド(Roscoe Pound)、そしてリーガル・リアリズムの根底に流れる一貫した視点を反映したものであったといえる。なお、ホームズの法思想が出現する背景については、前掲注70 樫博行・157頁以下を参照。また、ホームズを含む20世紀初頭の法思想史状況と、リーガル・リアリズムのパルズグラフ判決を含む不法行為法への影響については、樫博行「リーガル・リアリズムとアメリカ不法行為法」白鷗法学27巻1号52頁(2020)を参照。これらを踏まえると、一般通常人の予見可能性は不法行為法の中で調和し易い概念であったことが理解できよう。

後も将来にわたり継続するのである。

〈2020年度科学研究費基盤研究(C)「実体法を手段とした私人による法実現の比較法的研究－証券関係法と信託法を素材に－」課題番号[18K01342]による研究〉

(本学法学部教授)

