

過失不法行為における「義務」論の存在意義

——第三次不法行為法リステイトメント計画をめぐる一論争——

野々村和喜

I 序 論

II 第三次不法行為法リステイトメント計画の経過

1 第三次計画の特徴

(1) 法リステイトメントと限定的アプローチ

(2) 「一般原則」作業

2 諸草案の変遷

- ① 討議草案(一九九九年)／② 第二準備草案(二〇〇〇年)／③ 第一暫定草案(二〇〇〇年)／④ 第二暫定草案(二〇〇二年)／⑤ 第四暫定草案(二〇〇四年)まで

III 義務排除論への道のりと動揺

1 ネグリジェンス法理と義務懷疑論の伝統

(1) ネグリジェンス法理の沿革

(2) 義務要件の成立と後退(人的義務と一般的義務)

(3) 義務懷疑論の伝統

2 義務懷疑論から排除論へ

(1) 承前

(2) ネグリジェンス責任の基礎(複合理論)

(3) ネグリジェンスの衡量アプローチ(balancing approach)

3 義務要件の排除と義務不存在ルール

(1) 「義務」の再定式化

(2) 義務不存在ルール(no-duty rule)

過失不法行為における「義務」論の存在意義

同志社法学 五六巻六号 四五九(一九四七)

IV 義務要件の残存と復帰
(3) 義務要件の残存と復帰

3 義務要件の存在意義
(1) 義務要件の本来的意義 (obligatory sense of duty)

1 義務擁護論の矛先と本章の考察方法

2 義務懐疑論による義務要件批判

(2) 特定の被害に対する責任の前提としての「義務」

(1) 緒論

(2) ポールスグラフ判決と相対的違法の概念

(3) 「義務」の四つの機能と義務要件

(3) 個別事例における救済判断と「義務」

V 結語

I 序論

本稿は、不法行為法上の過失論で多用される「義務」の概念について基礎的考察を試みるものである。次述のように、この作業は不法行為解釈理論の根本にかかわる問題につながりうるけれども、本稿はひとつの準備作業にすぎないことを、あらかじめ表明しておかなければならない。⁽¹⁾

不法行為責任の一般理論に関して、民法典に「義務」を明文で定める規定はないが、解釈理論をみれば、「注意義務」や「行為義務」の概念が直ちに想起される。この概念は、いうまでもなく、主観的・具体的過失から抽象的過失、さらには客観的過失への民事過失論の展開のなかで、過失の基準としての地位を獲得してきた。伝統的通説によれば、「結果の発生することを知るべきでありながら、不注意のためにそれを知りえないで、ある行為をするという心理状態」⁽²⁾、現在の支配的見解のひとつと目される見解では、「予見義務を基礎とする予見可能性」を前提にした「損

害の発生を回避すべき行為義務に反する行為^③と定式化されるように、不法行為における過失は、もはや加害者の心理状態そのもの（具体的過失）ではなく、法的評価に基づく客観的標準を逸脱する行為者の態様（注意義務違反または行為義務違反）と捉えられ、行為者の負う「義務」は、この法的標準を指す重要な概念になっている。^④

このように過失不法行為責任の根拠が客観的義務違反に求められるようになってきたことは、不法行為理論にとつてどのような意味をもつのだろうか。その背後にどのような理論の展開があり、そうした展開が——随時の要請に適切であったと評しようとしても——はたして正当といえるのかは、現代民事過失論の正当性を担保するためにも、是非とも確認されるべき問題であるとおもわれる。

義務概念の採用がもたらした理論的展開をひとことではいえず、「責任の社会化」と表現できるだろう。^⑤ 我妻教授の「損害の公平な分担」への制度目的の転回^⑥、平井教授の政策的比較衡量としての過失理解^⑦、前田教授の「社会構成員への行為義務の分配」と「他の社会構成員がその行為義務を守ることへの信頼」の裏切りとしての信頼責任論^⑧、また理論構成のレベルで違法・有責構成を維持する見解にあってもその実質的な部分に注目すれば、いずれもこうした観点から理解可能である。そして、こうした責任の社会化傾向のなかで、義務概念（あるいはそれを衡量要素とする相關的判断枠組み）は、個別的加害者の責任を一般的・社会的な観点から判断するという視点、言い換えれば、（損害の発生じたいは現代社会において不可避なものとみたくえて）社会政策的観点からの「義務」設定を通じて具体的な損害負担の正当化へ結びつける視点へと、過失責任論の重心を引きつける力をもっていたようにおもわれる。こうした理解によれば、義務概念の結びつく先は、もはや個別の加害者に対する主観的非難には止まりえない。むしろここでは、社会的

な損害分配のための評価基準（もしくはその一衡量要素）としての意味合いが強調されざるをえない。⁽¹⁰⁾

このような責任の社会化傾向に対しては、わが国でも、すでにいくつかの問題提起がなされている。第一に、解理論を念頭に置く問題提起として、「個人の利益保護、行為者に対する責任非難から、損害の公平な分配（損失の填補・補償）へ」という一貫した流れをフォローしつつも、「不法行為制度には、経済的効率性、富の最大化（費用の最小化）という点には尽きない個人の権利の保障という大きな意味」⁽¹¹⁾が内在する、との理解を出発点にする潮見教授の見解がそれである。教授は、「権利侵害から違法性へ」の展開とその延長上で、不法行為による保護領域の拡大とともに明らかにしたところの、加害者権利（＝行動自由）と被害者権利（＝被害利益）の保障、および両者の調整問題という各評価側面を不法行為制度の基本構想へと発展させ、①被害者の具体的被侵害権利への規範的保護要請、②行為者の当該行為に対する規範的無価値判断、および③両者の判断結果を基にした総合的衡量判断を、要件事実モデルの基礎に据える。⁽¹²⁾そこでは、個人的（個別的）正義の実現が制度枠組みの基調とされ、権利侵害（①の反映）と帰責事由ないし故意・過失（②の反映）が、当事者の個人的権利に裏付けられた要件事実として定立されている。^{(13) (14)}

責任の社会化に対する問題提起の第二は、棚瀬教授が、共同体的正義論の立場からおこなう指摘である。それによれば、現代の不法行為法は、交通事故、医療事故、製造物責任など現代型紛争の増大とともに非効率的な伝統的賠償システムからの「脱不法行為化」（ミニマムな生活維持ないし確実な補償への要求）と、効率的・実効的ではあっても生活世界固有の不法観・責任観と摩擦を生じる法の論理を排除しようとする「反不法行為化」（快適な生活環境・コミュニケーションへの希求）という、二つの「危機」に直面しているとされ、この危機に対処し、「法の論理と生活の論理とのぎりぎ

りの調和点」を探求するには、右二つの危機に象徴される法の論理への「反省的な意識」を受け止め、不法行為法の道徳的基礎を問い直す作業が必要とする。⁽¹⁵⁾ そのうえで棚瀬教授は、不法行為法を支える主要な道徳的基礎付けとして個人的正義、全体的正義、共同体的正義の三つを挙げるが、個人的正義は、潜在的加害者（群）の行動自由への配慮からくる「不法の客観化」によって法の論理の優位（責任の空洞化）をもたらし、また、普遍的救済の要請へと結びつく全体的正義は、「被害の集合化」によって紛争当事者の「対面性の喪失」をもたすがゆえに、いずれも、前述のような現代的欲求に応えるには限界があるとして、⁽¹⁶⁾ コミュニティの規範意識を反映する場として紛争当事者の置かれた個別の社会関係を尊重する共同体的正義の観点を踏まえてこそ、不法行為法の論理は右要請に応えることができるのではないかとする。⁽¹⁷⁾

これらの見解からは、すくなくとも、責任の社会化に対する強いアンチテーゼを読み取ることができるといわれる。社会的損害分配システムとしての制度の意義を否定しないまでも、それをただちに要件事実面へと反映させるのではなく、不法行為制度の理論枠組みのなかで個別的な行為・被害の価値的側面（あるいはそれに対する規範的判断）を可視的に重視しようとする態度は、これまでの大きな潮流と比較して際立った特徴を示している。こうした動きを「義務」の観点から捉えなおせば、当初は個別の加害者への主観的非難であった「過失」が、その客観化あるいは責任の社会化の流れに乗って前述のような衡量的判断枠組みの一要素へと後退していくことが、はたして望ましい方向といえるのかどうか、という問題に置き換えることが許されるだろう。

もつとも、責任の社会化傾向と解釈理論の連動したにあまり疑問の目が向けられていないわが国において、右の

ような問題意識を直接の検討課題とすることにはやはり躊躇される。⁽¹⁸⁾そこで本稿では、わが国の議論に直接コミットすることは避けて、右の問題関心と一定の共通性をもつとおもわれるアメリカでの議論、具体的には、アメリカ法律協会において現在進行中の第三次不法行為法リステイトメント計画で交わされた、「義務」概念の一般理論上の処遇をめぐる議論を素材に、社会化する不法行為責任と基礎理論の今後を展望するための手がかりを探ってみたい。

本論に移るまえに、本稿が第三次リステイトメント作業に注目する理由に一言しておく。アメリカ不法行為法のネグリジエンス法理では、伝統的に、損害を回避・防止すべく合理的に行動すべき注意義務 (duty of care) を負う被告が、その義務に違反 (breach of duty) し、他方で原告に生じた損害 (damage) と右義務違反との間に因果関係 (causation) のあることの四要件が、訴訟成立要件 (elements of prima facie case) であると説明される。⁽¹⁹⁾これに対して本稿が注目する議論は、右四要件のうち義務要件を排除し、かつ、加害・被害の両事実を加味した総合的衡量判断としての「ネグリジエンス」要件 (右でいえば義務違反の要件) に一元化する、というリポーター提案に端を発する。この提案をめぐる、はたして義務要件は不要なのか、独立の要件として存置するならばその存在意義はどこに求められるのか、正面から議論されたのである。⁽²⁰⁾

(1) 従来わが国では、過失の客観化 (および違法性論との交錯) に連動して、過失の本質は結果の予見可能性か回避可能性か、いわゆるハンドの公式の定着と加害者の主観的態様との関連如何、さらに最近は、過失論の肥大化現象に対して事前的評価視点が強調されるなど、さまざまな角度からの議論が繰り返されている。本稿は、こうした議論に正面から取り組むものではない。むしろこれらの議論は、交通事故や公害などの多発的損害を契機にした実効的被害者救済に対する現代的要請 (社会的損害分配システムとし

の機能面」と、主観的要件として過失を規定する民法上の要件構造との整合性如何を直接の契機とする。これに対して本稿は、本文でも述べるように、不法行為解釈論と実効的被害者救済への要請との理論的接合をはかるうえで、いまだ一般理論の観点から、過失ないし義務論のより本来的な規範的意義を論じる必要があるのではないかと、との問題意識に立脚するものである。おそらく類似の視点から従来の過失論の展開に問題を提起するものとして、潮見佳男『民事過失の帰責構造』九三―一〇五頁（信山社、一九九五年）（わが国での従来の展開に対し、過失客観化のスローガンの下でもたらされた議論の混線を指摘し、評価規準の「客観化」を受け入れつつ行為者非難に純化した過失論を説く）や、視点は異なるが、吉田邦彦「判批」百選Ⅱ（第五版）一六〇頁以下（二〇〇一年）を参照。こうした視点からの議論が、要件事実としての過失（義務）論にとどまるのではなく、そのような規範的意義（過失論）を支えるより一般的な理論構想へと帰着するものであることは、のちの考察からも看取されるところである。

(2) 加藤一郎『不法行為（増補版）』六四頁（有斐閣、一九七四年）。心理主義的過失理解を基本にしつつ、「本来、主観的な過失として具体的過失を要求すべきところを、ある程度客観化して抽象的過失で足りるとすることは、被害者との関係において過失に一定の評価を加えたもの」（同書七〇頁）とする。

(3) 平井宜雄『債権各論Ⅱ』二七―二八頁（弘文堂、一九九二年）を参照。

(4) もっとも、客観的行為態様に対する評価をどのように要件事実面へ組み込むべきかについては、現在も、とくに違法・有責構成との関連で諸見解の対立・交錯を決定付けている。一九七〇年代以降の、統一的要件主義の理解を基礎に「過失」の客観化と違法性論の吸収を説いた平井＝過失一元論や、ドイツ法学の展開を素材に主観的非難の「違法性」への融合を説いた前田＝違法性二元論を契機とする過失・違法性論争も、現在では、主観的非難としての「有責性」と一般的法秩序違反としての「違法性」との峻別構成（違法・有責構成）を強調する立場や、「過失」と「権利侵害ないし違法性」の二元構成を主張する立場が加わり、錯綜状態にある。違法・有責構成につき、四宮和夫『不法行為』（青林書院、一九八五年）、澤井裕「テキストブック事務管理・不当利得・不法行為（第3版）」一〇二―一〇三頁（有斐閣、二〇〇一年、初版一九九三年）、最近では加藤雅信「事務管理・不当利得・不法行為」一九七―二〇二頁（有斐閣、二〇〇二年）など、二元論を説くものとして、幾代通『不法行為』一〇八―一一頁（筑摩書房、一九七七年）、星野英一「故意・過失、権利侵害、違法性」同『民法論集第六卷』三二八―三二九頁（有斐閣、一九八七年）、森島昭

過失不法行為における「義務」論の存在意義

同志社法学 五六卷六号 四六六（一九五四）

夫「不法行為法講義」二五一―二五二頁（有斐閣、一九八七年）などを参照。

- (5) 前掲注(4)との関連で付言すれば、違法・有責構成は、一般的権利秩序を基礎とする実体法理論において「違法（結果・行態不法）」概念の重要性を説き、三元論は、主観的過失から行為義務論への展開に対し侵害結果に対する法的評価側面の回復を意図するものだが、いずれも、理論構成レベルでの「過失」一元論への反発であったようにみえる。この点を指摘するのは、大村敦志「基本民法Ⅱ・債権各論」一九一―一九二頁（有斐閣、二〇〇三年）（基本的に過失一元論を支持）。すなわち、主観的非難としての過失の客観化、あるいは行為態様に対する評価を衡量因子とする違法判断枠組みを指向して、なんらかの相関的衡量によって責任基準の事案相対化を目指すという方向においてはいずれの見解もほぼ一致すると捉えるならば、従来の議論は、不法行為責任の社会化を「過失」要件に具体化した平井説と、「違法」概念や「権利侵害」概念の理論構成上の意義を強調する立場との間の要件事実面での対立こそあれ、「責任の社会化」という方向性じたいはそれ程異なるものではないということもできるだろう。従来の議論の対立状況に関しては、前掲注(4)所掲の文献のほか、錦織成史「民事不法の二元性——ドイツ不法行為法の発展に関する一考察——」（二・完）論叢九八卷四号九三頁（一九七五年）、同「違法性と過失」星野英一編『民法講座・第六卷』一八八頁（有斐閣、一九八五年）も参照。「権利本位の法律観から社会本位の法律観へ」をキーワードに、末川教授の権利侵害論を起点とする従来の不法行為基礎理論の展開を、要件事実面ではなく制度の基本構想の観点から一貫した展開として描き出す有益な文献として、山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望——権利論の視点から——」論叢一五四卷四・五・六号二九二頁以下（二〇〇四年）を参照。
- (6) 我妻栄「事務管理・不当利得・不法行為（復刻版）」九五頁（日本評論社、一九八八年、初版一九三七年）を参照。
- (7) 平井宜雄「損害賠償法の理論」四〇二以下（東京大学出版会、一九七一年）、同「前掲注(3)」二五頁以下を参照。
- (8) 前田達明「民法Ⅵ」四六頁（青林書院新社、一九八〇年）。同「不法行為帰責論」二二一―二二四頁、二二八頁（創文社、一九七八年）も参照。
- (9) たとえば、四宮・前掲注(4)三〇四頁、三七九頁は、過失要件を違法判断形式（結果不法と行為不法の相互関連）の一要素とみたうえで有責性評価は実質的には違法性の背後に隠れるとし、澤井・前掲注(4)一〇三頁は、そもそも有責性を行為不法（客観的秩序違反としての違法）と捉える。

(10) 前掲注(5)を参照。責任の社会化傾向の究極の形態として、加藤教授による「総合救済システム」の構想を挙げることができ(加藤雅信『損害賠償から社会保障へ』(三省堂、一九八九年)を参照)。のちに考察する第三次不法行為法リステイトメント作業も、七〇年代以降の「不法行為法の危機」に対する責任原理転換に向けたいくつかの試み(邦語文献として、石原治『不法行為改革』(勁草書房、一九九六年)を参照)とその挫折(のちに考察する第三次リステイトメントとの関係ではAMERICAN LAW INSTITUTE, ENTERPRISE RESPONSIBILITY FOR PERSONAL INJURY (1991)が最重要である)を経た、ネグリジェンス法原則内部からの再挑戦である。

(11) 潮見佳男『不法行為法』一五頁(信山社、一九九九年)。

(12) 潮見・前掲注(11)三三頁以下、とくに三八頁、四二〜四五頁を参照。

(13) 潮見・前掲注(11)二五〜二七頁、一五七〜一六〇頁を参照。

(14) 山本論文(前掲注(5))は、潮見教授の見解において「権利」または「帰責事由」が「法秩序」の投影と意義付けられる点に「社会的な責任から個人的権利保障の枠組みへ」という方向性との矛盾を指摘するが(三四六〜三四八頁)、個別的正義の実現を基調にした理論枠組みの提示に、同見解の最大かつ重要な意義を認めている(二九四頁)。

(15) 棚瀬孝雄「不法行為責任の道德的基礎」同編『現代の不法行為法——法の理念と生活世界』三〜九頁(有斐閣、一九九四年)を参照。

(16) 棚瀬・前掲注(15)九〜一六頁を参照。

(17) 棚瀬・前掲注(15)一六頁以下を参照。

(18) もちろん、ここまで挙げた見解以外にこうした問題を意識するものがないわけではない。とくに、澤井・前掲注(4)が、みずからの違法(＝結果不法)・有責(＝行為不法)構成を、それぞれの判断基準時として結果発生時(＝口頭弁論終結時)と行為時に具体化させるのは、当事者らの個別的権利に対する評価側面を要件事実レベルに押し上げるひとつの試みといえるだろう。

(19) See generally W. PAGE KEFTON ET AL., PROSSER AND KEFTON ON TORTS § 30, at 164-65 (5th ed. 1984) [hereinafter PROSSER & KEFTON]; DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS § 114, at 269 (2000); GEORGE C. CHRISTIE ET AL., CASES AND MATERIALS ON THE LAW OF

過失不法行為における「義務」論の存在意義

同志社法学 五六卷六号 四六八（一九五八）

TORTS 108-09 (4th ed. 2004); RICHARD A. EPSTEIN, CASPS AND MATERIALS ON TORTS 143-44 (8th ed. 2004); JOHN W. WADE ET AL., PROSSER, WADE AND SCHWARTZ'S TORTS: CASES AND MATERIALS 131 (9th ed. 1994). 本文の四要件は、ネグリジエンスに基づく訴えが成立し、当該損害賠償請求が認められるために判断されなければならないイシュー (issue) であり、原告が主張立証すべき事項である。異論はありうるが、本稿の叙述内容との関係では損害賠償請求権の「成立要件」と同視して一応問題ないと考えられるので、以下でもそのように呼ぶことにする。望月・後掲注(39)一五三頁も参照。

(20) なお、本稿全体の基準時は二〇〇四年一月一日である。本稿の考察対象となる作業部分(第三次リステイトメント第三卷)は、現在までに第四暫定草案の総会承認を終え、次回 A L I 年次総会(二〇〇五年五月開催予定)でこれまで総会承認済みの部分を統合した最終草案(Proposed Final Draft)の提案が予定されている。See American Law Institute, *Actions Taken on 2004 Annual Meeting Drafts*, available at <http://www.ali.org/ali/2004Actions.htm> (last visited Nov. 1, 2004). リステイトメント作業の「プロセス」については後掲注(22)を参照。

II 第三次不法行為リステイトメント計画の経過

1 第三次計画の特徴

(1) リステイトメントと限定的アプローチ

アメリカ法律協会(以下、A L I と略称)は、コモン・ローの基礎的法原則に対する理解の不一致や法概念の不統一からくる法の不確実さ、および、法発展の体系性欠如と法域間のばらつきからくる法の不整合に対し、「法の明確化と簡素化の促進、および、社会の要請により良く適合しうる法の促進」を目的として、一九二三年に設立された民間

団体である。⁽²¹⁾ いわゆる法リステイメント (Restatement of the Law) は、策定当時の判例法を基礎に、重要領域における支配的判例準則の体系的再表現 (codify) を試みるものであり、A L I の設立目的に直結する基幹的プロジェクトである。⁽²²⁾

本稿が対象とする第三次不法行為法リステイメントは、当然ながら、第一次、第二次リステイメントに続くものである。A L I 設立と同時に開始された第一次リステイメント作業は、巨大かつ複雑な不法行為コモン・ロー全体の再表現を目的とするものであった。⁽²³⁾ ここでは、右目的に即して、基礎となる判例準則にできるだけ忠実な構成が採られ、第二次リステイメントもこの構成を踏襲する。⁽²⁴⁾ 第二次リステイメントに関していえば、当時の A L I 会長ハーバート・ヴェクスラーが述べるように、第一次リステイメント以降、不法行為法の社会的機能に関する新たな着想にも影響された急速な展開に対し、「第一次」リステイメントでおこなわれた諸原則の定式を、一連の判決の変遷を踏まえ改訂すること」が目的とされた。⁽²⁵⁾ 一九七九年に再び全四巻が出揃い、第一次リステイメントが全面的に置き換えられるまで、作業開始からじつに二〇年以上を要している。⁽²⁶⁾

これら二つのリステイメントに続く第三次リステイメントは、しかし、かならずしも先行リステイメントのさらなるアップデートを目的とするものではない。第三次リステイメントは、現在までに製造物責任 (Products Liability) と責任分配 (Apportionment of Liability) に関する作業を完了しているが、各巻と抵触しない部分は、なお第二次リステイメントが効力をもつ。⁽²⁷⁾ これらの部分的作業は、第二次リステイメントの改訂を念頭に置くというよりも、不法行為コモン・ローを改めて再表現するものとして企画されている。すなわち、製造物責任法は第二次リステ

イトメント公表を契機に「指数関数的な成長」を遂げ、また、責任分配に関する法は「寄与過失法理の死」によって新領域（いわゆる比較過失の法理）を形成しているとされ、取り急ぎ再表現を要する新たな法領域としてとくに選定されたのである。⁽²⁹⁾

(2) 「一般原則」作業

第三次リステイトメント計画のなかでも興味を惹くのは、右二巻につづく第三巻である。第三巻は当初、ゲイリー・T・シウウォーツ、ハーベイ・S・パールマン両教授をリポーターに、不法行為法の「一般原則 (general principles)」の再表現を目的に着手された。この表題はのちに修正されるが、一般原則という当初の表題からも分かるように、第三巻は、不法行為コモン・ローの一部分というよりも、ALI独自の関心に基づき選定された法領域を対象とする点で、先行二つの作業と共通する。

第一次および第二次リステイトメント計画での経験から、第三次リステイトメントで限定的アプローチが採用された背景に時間的な憂慮が存在したことはたしかである。⁽³⁰⁾しかし、それ以上に今回の一般原則作業の特徴といえるのはつぎの点である。すなわち、法リステイトメントとは過去の判例に示された諸定式の網羅にとどまるものではなく、さまざまな法概念を用いて構成されてきた諸定式から、実質的な準則というに値する原則を抽出することにある（それが適切なかぎり、準則レベルでの伝統的概念・理論構成を置き換えることも必要である）、との基本方針がとくに強調されている。⁽³¹⁾言い換えれば、今回の作業の背後には、コモン・ローの再表現という法リステイトメント計画の第一次目的を超えて、「一般原則」の抽出を通じた法の理論的再構成への目論見がある。「義務」要件の排除というリポーター提

案がなされ、かつ、その背後にあるより根本的な理論枠組みをめぐる議論が生じた理由もここにある。

2 諸草案の変遷

ALIの公式見解として法リステイトメントが公表されるには、繰り返し草案の練り直しがおこなわれる。その過程では、ALIの内外で、諸草案をめぐる活発な議論が交わされる。本稿の考察対象も、そうした議論のひとつである。やや紙幅を費やすが、以下、今回の議論の的になった諸草案の関係規定を確認しておきたい。⁽³²⁾

① 討議草案（一九九九年）⁽³³⁾

第三条 ネグリジエンス責任

行為者は、物理的損害の法的原因となったみずからのネグリジエンスによる行為について、責任を負う。

第四条 行為者のネグリジエンス

行為者は、当該すべての事情に照らして相当な注意を用いなかったときは、みずからの行為につきネグリジエンスである。その行為が相当の注意を欠いていたか否かを評価するときに考慮される主たる判断要素は、その行為によって損害が生じる予見可能な可能性（foreseeable likelihood）、発生が見込まれるその損害の予見可能な重大性（foreseeable severity）、損害発生の可能性を排除または減少させる予防措置をその行為者が講じる場合にその行為者やその他の者に課せられることとなる負担（burden）、である。

第六条 義務

被告のネグリジエンスによる行為が原告に生じた物理的損害の法的原因である場合でも、裁判所が被告は原告に対し

義務を負わないと判断するとき、原告「被告」の誤植であろう——筆者注）は、その損害について責任を負わない。義務不存在の認定は例外的（unusual）であり、その認定の根拠は、法原則または政策上の特殊な問題に対する裁判所の認識（judicial recognition）に求められ、これによって責任の留保が正当化される。

② 第二準備草案（二〇〇〇年）³⁴

第二A条 不法行為請求の基本的要件

行為者は、つぎの各号のいずれにも該当するときは、他者の被った損害について不法行為責任を負う。

- (1) 行為者が、当該相手方を損害から保護する性質と射程をもった法的義務付け（legal obligation）を負うとき
- (2) 行為者が、前号の法的義務付けに違反するとき
- (3) 当該義務付けに対する被告の違反によって、当該相手方に損害が生じるとき
- (4) 当該損害が、行為者の責任の範囲内にあるとき
- (5) 当該損害が、法的に損害と認められるもの（legally cognizable harm）であるとき

第一〇一条 相当の注意に関する一般的な法的義務付け

- (a) 行為者は、自己の事柄に関する行為について、他者に対する法的損害の惹起を回避するべく合理的に行動すべき法的義務付けを負う。行為者は、自己の事柄に関する行為以外の行為については、他者を保護し、または他者の利益を図るべき法的義務付けを負わない。

(b) 〈省略〉

第一〇五条 法的義務付けの範囲の限定

- (a) 第一〇一条に定められた法的義務付けの射程は、通常、当該行為者の行為時点で予見可能な者およびリスクに及ぶ。例外的な事情の下では、裁判所は、行為者の行為の性質（context）、行為者の地位にある者と被害者の地位にある者

との関係、および潜在的な損害の性質と範囲とに関する政策的考慮に基づき、当該行為者の法的義務付けの射程を限定する。行為者の法的義務付けの射程は、事案に応じて、つぎの各号のいずれかを定めることによって限定される。

- (1) 当該行為者の法的義務付けが及ぶ者の範囲の限定
 - (2) 当該行為者が責任を負うことになる損害の種類限定
- (b) 行為者の法的義務付けの射程に関する判断は、裁判所が判断すべき法律問題である。

右二草案の比較から明らかのように、シェウォーツ草案(①)とパウルマン草案(②)の決定的相違は、ネグリジエンス不法行為の要件として、行為者が負う義務(duty)ないし義務付け(obligation)を掲げるか否かにある(①草案三条と②草案二A条を比較せよ)。①草案での「義務」概念には、裁判所の専権的判断に属する免責事由としての意義が認められるにすぎない(六条を参照)。こうした①草案は、アメリカ不法行為法学界にかなりラディカルな提案として受け止められた。激しい議論の的になったのも、そうした伝統的義務要件の処遇である。詳細は次章以下に譲り、つぎに、そうした議論を経て二〇〇一年と二〇〇二年のALI年次総会で議論された二つの暫定草案をみておきたい。右二草案以降の興味深い変遷を確認できる。

③ 第一暫定草案(二〇〇一年)³⁵⁾

第三条 ネグリジエンス

当該すべての事情に照らして相当な注意を用いない者は、ネグリジエンスにより行為する者である。その者の行為が相当の注意を欠いていたか否かを評価するときに考慮される主たる判断要素は、その行為によって損害が生じる予見可

能な可能性、発生が見込まれるその損害の予見可能な重大性、損害発生の可能性を排除または減少させる予防措置をその者が講じる場合にその者やその他の者に課せられることとなる負担、である。

第六条 ネグリジエンスによる物理的損害に対する責任

ネグリジエンスにより物理的損害を惹起した行為者は、その損害について責任を負う。

第七条 義務

被告の行為が、第三条によりネグリジエンスによると認定されうるものであり、かつ、原告に生じた物理的損害の法的原因である場合でも、裁判所が、一般的または当該ネグリジエンス請求について相対的に、被告は原告に対し義務を負わないと判断するときは、被告は当該損害について責任を負わない。義務不存在の判断は例外的であり、その認定の根拠は、法原則または政策上の特殊な問題に対する裁判所の認識に求められ、これによつて責任の留保が正当化される。

④ 第二暫定草案 (二〇〇二年)⁽³⁶⁾

第六条 ネグリジエンスによる行為に対する責任

(a) 行為者は、通常、みずからの行為が物理的損害の危険を伴うものであるときは、相当の注意を用いるべき義務を負う。

(b) みずからの相当の注意の懈怠が物理的損害の事実上の原因となった行為者は、裁判所が第七条により相当の注意義務が適用されないと判断するのでない限り、責任の範囲内にある損害について責任を負う。

第七条 義務

裁判所は、行為者が義務を負わず、または通常の相当の注意義務とは異なる義務を負うと判断することができる。義務不存在の判断、および相当の注意義務を修正する判断は例外的であり、その認定は法原則または政策上の特殊な問題

に基づくものであって、これによって特定の事例類型での責任否定または通常の注意義務の制限が根拠付けられる (warrant)。裁判所が、一般的または当該ネグリジェンス請求について相対的に、被告は原告に対し義務を負わないと判断するときは、被告は、発生したいかなる損害についても責任を負わない。裁判所が、被告は修正された義務を負うと判断するときは、被告は、当該修正された義務の違反についてのみ責任を負う。

④草案六条および七条は総会承認を得たが、なおもリポーターに改訂が要請され、右両条を含む第三章（ネグリジェンス法理とネグリジェンス責任）の最終的な姿を知るには、最終草案の提示をまたなければならぬ。ただし、リポーター署名による二〇〇二年総会決議事項メモ⁽³⁷⁾において両条項の再改訂方針が示されているほか、二〇〇四年四月付で配布された第四暫定草案（第七章 積極的行為義務 (affirmative duties)）に関するもの⁽³⁸⁾に再改訂七条が補遺収録されている。

⑤ 第四暫定草案（二〇〇四年）まで

（第六条 相当の注意を用いるべき義務）

義務を負うとされる行為者は、みずからの相当の注意の懈怠が物理的損害の事実上の原因となったときは、責任の範囲内にある損害について責任を負う。

第七条 義務

(a) 行為者は、通常、みずからの行為が物理的損害の危険を生じさせるものであるときは、相当の注意を用いるべき義務を負う。

(b) 裁判所は、行為者が義務を負わず、または通常の相当の注意義務とは異なる義務を負うと判断することができる。義務不存在の判断、および相当の注意義務を修正する判断は例外的 (exceptional) である。これらの判断は、法原則または政策上の特殊な問題に基づくものであり、これによって特定の事例類型での責任否定または通常の注意義務の制限が根拠付けられる。

以上が現在入手可能な諸草案の関係規定である。①草案から④草案、さらに⑤草案補遺の再改訂七条にかけて、「義務」概念の位置づけに大きな変遷が確認されるだろう。重要な出発点は、①草案での、義務要件の排除と義務不存在ルールの採用というシユウオーツ提案 (義務排除論) である。この提案は、②草案で示されたパールマン教授の対立案にもかかわらず、③草案六条にはほぼそのまま引き継がれている。ところが④草案に至ると、「義務」がふたたび成立要件としての地位を回復する (同草案六条(a)項)。もつとも、同草案六条(b)項では、「裁判所が義務不存在を判断しないかぎり…」とされ、「義務」概念はなお責任留保 (免責) 判断を指す概念と位置づけられているようでもある。しかし、その後の六条改訂方針と⑤草案補遺で明らかにされた再改訂七条をみると、「義務」の成立要件としての地位を回復させる方向が一層強められているようにみえる。

第三次リステイトメントの立場を考察するには公式版の公表を待たねばならないけれども、このような「義務」概念の変遷の裏で、どのような議論があったのか。そもそも、前述したリポーターの基本方針の下で積極的に提示された「義務」要件への否定的態度は、どのような経緯で登場するに至ったものなのか。伝統的「義務」要件をネグリジエンス不法行為の要件から外すべきでないとする見解 (義務擁護論) があったことは容易に推測できるが、それはど

のような趣旨のものであったのか。さらにわが国の議論との関連では、その対立は、リステイトメント作業の任務・役割に対する認識の相違や、アメリカ特有の法制度（陪審制度の下での裁判官と陪審の権限分配）に関連する問題意識に基づくものに止まるのか、否か。

来るべき第三次リステイトメントの公表をまえにして、右の諸点はいずれも興味深い問題である。そこで以下では、義務排除論の主張内容（Ⅲ）と、これに対する代表的な反対論（Ⅳ）を順次考察し、諸草案の変遷につながったとおもわれる議論の一面を確認し、若干の検討を加えてみたい（Ⅴ）。

(21) See American Law Institute Bylaws, available at <http://www.ali.org/ali/ALIBylawsCouncil.ppt.htm> (last visited Nov. 1, 2004).

(22) ALIは、約二七〇〇名の一般選出会員と、生涯会員および職務会員から構成される。民間団体ではあるが、職務会員には、アメリカ連邦最高裁判事、連邦控訴裁判所首席判事、連邦司法長官、州最高裁判官・裁判官、ロー・スクール学長、アメリカ法律家協会（ABA）会長、州法律家協会会長などが名を連ねる。法リステイトメント作業プロセスの概略を示せば、計画ごとに理事会で選出されるリポーター（起草者。通常は学者）を中心に、適宜分割された作業領域の各部分について、準備草案（Preliminary Draft）起草、アドバイザー会議と検討会での検討、その議論を基にした理事会草案（Council Draft）起草、理事会での検討と承認、暫定草案（Tentative Draft）起草、年次総会での検討と承認、さらに、各部分を統合した最終草案（Final Draft）の総会提案と承認を経て、公式版が公表される。See Harvey S. Perlmán, *The Restatement Process*, 10 KAN. J.L. & PUB. POL'Y 2, 5-6 (2000). 法リステイトメント計画の意義につき、松浦以津子「リステイトメントとは何か」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向（下）』四九五頁（有斐閣、一九九二年）も参照。

(23) RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS (1979); RESTATEMENT (FIRST) OF TORTS (1939). 以下たんに「第〔 〕次リステイトメント」というときは、不法行為法リステイトメントを指す。

過失不法行為における「義務」論の存在意義

同志社法学 五六卷六号 四七八（一九六六）

- (24) See William Draper Lewis, *Introduction to RESTATEMENT (FIRST) OF TORTS*, at ix (1939).
- (25) 全四巻（全九五—一か条）からなる第一次リステイトメントは、「不法行為法の個別類型を網羅し（全二三編）、それぞれについて判例準則の整理をおこなう手法を採る。とりわけ法準則が豊富な「故意不法行為（身体・土地・動産に対する損害）」（第一編）と「ネグリジエンス不法行為」（第二編）は、それぞれ単独で第一巻（一条—二八〇条）と第二巻（二八一—五〇三条）を占め、さらに第三巻（第三編から第八編までの全二〇三か条）と第四巻（九編—一三編までの全二四三か条）において、厳格責任（第三編）、名誉毀損（第五編）、家族関係上の利益侵害（第八編）、経済的取引関係の利益に対する侵害（第九編）、ニューサンズをはじめトレスパス以外の土地に関する利益に対する侵害（第一〇編）、救済方法（第二三編）などのチャプターが並ぶ。第二次リステイトメント（全一〇〇〇か条）で削除・追加された部分もあるが、全体の基本構成に変更はない。
- (26) Herbert Wechsler, *Introduction to RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS*, at ix (1965).
- (27) すでに一九六五年にウィリアム・L・プロッサー教授（リポーター）の下で公表された第一巻と第二巻に対して、第三巻と第四巻は、プロッサー草案が準備されていたものの、同教授の他界に伴い、後任ジョン・W・ウェイド教授による右草案の検討・改訂に再度時間を要したという事情がある。また、一九六〇年代から大きく展開した名誉毀損とプライバシー関連の判例法を見極めるため（これはプロッサー教授の希望でもあった）、一九七四年ころまで意図的に先送りされたという事情もある。第三巻と第四巻は一九七七年と七九年に順次公表された。ちなみに第一次リステイトメントは、最初の草案（準備草案）提示から公式版の公表まで一六年を要している。
- (28) RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: PRODUCTS LIABILITY (1998); RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: APPORTIONMENT OF LIABILITY introduction at 4, § 1 cmt. a, and parallel tbs. at 369-71 (2000). これらも「着手から七年で作業を完了」している。
- (29) See Lance Liebman, *Foreword to RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL HARM (BASIC PRINCIPLES)*, at xiii (Tentative Draft No. 1, 2001); Harvey S. Perlman & Gary T. Schwartz, *General Principles*, 10 KAN. J.L. & PUB. POL'Y 8, 9-10 (2000). なお邦語文献に、製造物責任法の改訂経緯の紹介として、藤倉皓一郎「アメリカ製造物責任法における『過失（フォールト）』概念の復活——不法行為法リステイトメント第三版『製造物責任』（最終草案）を中心に——」北村一郎編集代表『現代ヨーロッパ法の

展望』四八五頁（東京大学出版会、一九九八年）、アメリカ法律協会編・森島昭夫監訳『米国第三次不法行為法リステイトメント製造物責任法』（木鐸社、二〇〇一年）（公式版の翻訳）のほか、法リステイトメントではないがアメリカ責任分配法につき、樋口範雄「アメリカ統一比較過失法——過失相殺の日本比較のための一資料——」学習院大学法学部研究年報二二号七九頁（一九八七年）（統一州法委員全国会議（NCCUSL）によるモデル法典の翻訳）、同訳「Dan B. Dobbs著・責任原則と比較過失」学習院大学法学部研究年報二五号九一頁（一九九〇年）がある。

(30) Perlman, *supra* note 22, at 4; Perlman & Schwartz, *supra* note 29, at 9.

(31) Perlman, *supra* note 22, at 4-5; Perlman & Schwartz, *supra* note 29, 10-13.

(32) 以下では、ブラック・レター（条文）のみを挙げ、各条に付されたコメント等は、リポーターの見解として次章以降で適宜取り上げる。なお、以下本文での諸草案の翻訳・引用・掲載については、あらかじめアメリカ法律協会（ALI）の承諾を得ている。

諸草案の著作権はALIに帰属すること、および、各草案表紙に記載のとおりいずれの草案もALI会員の承認を経ず、ALIの公式見解でないことの明示を要請されているので、ここに付記しておく。

(33) RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: GENERAL PRINCIPLES (Discussion Draft, 1989) [hereinafter DISCUSSION DRAFT]. シュウォーツ教授の起草により、故意およびレックレスネスの各定義規定（第一章、一条および二条）と、ネグリジェンス不法行為責任の諸規定（第二章、三条〜十七条）からなる。理事会日程の都合による検討の不十分さを補うため、一九九九年四月五日付で会員に配布され、同年五月開催の第七六回年次総会で事前討議にかけられた素材である。See Geoffrey C. Hazard, Jr., *Forward to RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: GENERAL PRINCIPLES*, at xi-xii (Discussion Draft, 1999).

(34) 未公表だが、本文の翻訳・引用は、ALIの好意で頂戴した現物資料に基づいている。RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: GENERAL PRINCIPLES (Preliminary Draft No. 2, 2000). 起草者はパールマン教授であり、本草案の時点でおお①草案の枠組みを堅持するシュウォーツ教授に対し、「代案」として提案された。See also John C.P. Goldberg, *Introduction to Symposium, The John W. Wade Conference on the Third Restatement of Torts*, 54 VAND. L. REV. 639, 654-55 (2001). コメント等によれば、"legal obligation"ではなくにネグリジェンス不法行為における義務、予見可能性、近因の諸概念をめぐる実務的混乱（さらに、その克服を目指す義務懷疑

過失不法行為における「義務」論の存在意義

論）に対し、事実問題としての因果関係判断や政策的な免責判断と混交してきた「義務」概念を、法律問題としての行為者の行為標準に関する問題側面を捉えたものとして再構成するものとされる。パールマン教授がこの要件の定立にいかなる規範的意義を認めるのかはともかく、後述のように、①草案や義務懐疑論に反対の立場であることは明らかである。資料がなお不十分なうえ、その後の議論への影響も少ないから、本稿では、他の諸草案の特徴・変遷を指摘するための補助資料として紹介するにとどめる。なお、本草案は、故意と厳格責任をも統一的に規律する一般原則を意図するものであった。

- (35) RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL HARM (BASIC PRINCIPLES) (Tentative Draft No. 1, 2001) [hereinafter 'TENTATIVE DRAFT No. 1]. 本草案の提案前、職務多忙の理由でパールマン教授がリポーターの任を離れ、シュウォーツ教授の下で①草案がたたき台とされた。また、本草案からマイケル・D・グリーン教授が共同リポーターに就任しているほか（担当箇所は、第二暫定草案以降に示される因果関係と積極的行為義務に関する部分）、本草案より副題が「物理的損害に対する責任（基本原則）」に変更された。これに伴い、責任根拠（故意、レックレスネス、ネグリジェンス）の各定義規定を第一章に統合し、第二章で「物理的損害」の定義と故意責任・ネグリジェンス責任の各一般規定、第三章でネグリジェンス責任に関する諸規定という配列に変更されている。①草案と条文順序が逆転しているのもそのためである。

シュウォーツ教授は、病に倒れたために二〇〇一年総会での本草案討議に参加していない（同総会直後に他界）。それとの関係はともかく、同総会では六条と七条は承認されず、リポーターに改訂を求める決議がなされた。See American Law Institute, *Actions Taken on 2001 Annual Meeting Drafts*, available at http://www.ali.org/ali/AM2001_ActionsTKN.htm (last visited Nov. 1, 2004).

- (36) RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL HARM (BASIC PRINCIPLES) (Tentative Draft No. 2, 2002) [hereinafter 'TENTATIVE DRAFT No. 2']. 前記の事情から、本草案以降は、グリーン教授とウィリアム・パワーズ Jr. 教授が共同でリポーターを務める。二〇〇一年総会での改訂要請を受け、両条の大幅な改訂案を示したのが本草案である。両改訂案は二〇〇二年総会で総会承認を得た。See American Law Institute, *Actions Taken with Respect to Drafts Submitted at 2002 Annual Meeting*, available at http://www.ali.org/ali/AM2002_Brief_ActionsTaken.htm (last visited Nov. 1, 2004).

- (37) See ALI, *Actions Taken*, *supra* note 36.

(38) See RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: LIABILITY FOR PHYSICAL HARM (BASIC PRINCIPLES) app. at 165 (Tentative Draft No. 4, 2004)

[hereinafter TENTATIVE DRAFT No. 4].

Ⅲ 義務排除論への道のりと動揺

1 ネグリジエンス法理と義務懐疑論の伝統

(1) ネグリジエンス法理の沿革

第三次リステイトメント一般原則作業における義務論争を考察するまえに、まずはネグリジエンス法理の沿革と「義務」概念について簡単に触れておく必要がある。英米において「ネグリジエンス」と称される不法行為(以下、「ネグリジエンス不法行為」という)の成立に関して一般的な説明を引けば、かつての直接的権利侵害に対するトレスパス訴権を基点に、意図的かつ間接的な侵害に対するケース訴権の成立、および、ケース訴権における行為態様面での保護領域拡大(意図的侵害から不注意による侵害への漸次的拡大)に由来するといわれる。⁽³⁹⁾とくにアメリカでは、法の手続的分類を克服して実質的法原則の抽出を指向する動き(リーガル・サイエンス)のなかで、訴訟令状制度の廃止と、産業革命と時期を同じくするフォールト責任原則の高揚を背景に、侵害の直接性基準を用いたトレスパス、ケース両訴権の区別に代わる、意図的侵害と不注意(ネグリジエンス。以下、意味内容の変化にかかわらずこれを指してたんに「ネグリジエンス」という)による侵害という具体的行為者の態様(フォールト)に着目した新たな類型立てが登場する。そ

して、こうした展開とともに「不法行為 (Torts)」が独立の法領域として認識されるようになり、後者の類型が、包括的なネグリジエンス法理へと発展した、と理解されている。⁽⁴⁰⁾

ネグリジエンス法理の形成過程において、責任根拠としての被告の不注意は、行為者が負う注意義務 (duty of care) の存在とそれに違反した事実 (breach of the duty; 義務違反に該当する不合理 (unreasonable) な行為であること) とによって表現され、それゆえ被告のネグリジエンスに基づく損害賠償請求訴訟を提起する原告は、なによりもまず、被告がみずからに対し何らかの義務を負っていたことの証明を求められた。⁽⁴¹⁾ もっとも判例は、行為者の義務が当事者の社会関係に由来すると解するものが比較的多く (いわゆる "privity rule")、かならずしも普遍性を有する義務判断の枠組みが広く共有されていたわけではないようである。⁽⁴²⁾ したがって、本稿の冒頭で示した定式が、当初から一般的準則として確立していたとはいえない。ネグリジエンスという統一的な不法行為類型が確立し、右定式が一般原則としての地位を獲得するには、これに即した判例法の蓄積とともに、オリヴァー・W・ホームズ Jr. 判事の試金石の業績に代表される学界の努力に負うところが大きいといわれている。⁽⁴⁵⁾ しかし、そこでのネグリジエンス一般原則の成立は、同時に、義務懷疑論の伝統をかたちづくることになる。

(2) 義務要件の成立と後退 (人的義務と一般的義務)

ネグリジエンス一般原則の定立にとつての重要な課題は、個別の社会関係に由来する義務 (以下、便宜上「人的義務」と呼ぶ) とその違反という従来の枠組みからの展開として、先行する社会関係をもたない他人事例 (stranger case) にも通用する統一的・普遍的枠組みを提示することであった。そこで提示された一般定式は、形式的には、すでに一九

世紀に著され、ネグリジェンス責任準則の共通項ともなっていた「義務」・「義務違反」・「損害」・「因果関係」の四要件構成であつて、一見すれば、たんに理論的整理が施されたにとどまるかにみえる。しかし実際には、行為の不合理性 (unreasonableness; ないしは義務違反) の起点となる人的義務の存在意義に大きな理論的修正を迫るものであつた。こうした動きは、ネグリジェンス法理の普遍化という作業じたいがもつ当時の方法論的確信に由来している。

現在に至る伝統的ネグリジェンス一般原則の基点に位置するのは、ホームズ判事の見解である。判事によれば、不法行為法は、市民が負う個々の道徳的あるいは慣習上の義務 (人的義務) の強制を指摘しているのではない。近代市民社会においては、そのような義務はもはや存在せず、不法行為責任の根拠は、被告の行為が不合理なものであつたとする法の評価そのものである。被告の行為が不合理とされるのは、その行為に出れば原告に損害を生じることを通常人 (reasonable person) が予見できたであろう場合であり、そのような不合理な損害を生じさせた加害者に責任が課せられるのである。したがつて、被告の責任が被害原告に対して負う (人的) 義務への違反に基づく⁴⁶⁾と捉えるのは、誤りであるといわなければならない。

このような立場は、つぎのような不法行為法観に支えられていた。すなわち、不法行為法の目的は、危害的行為の抑止と、安全を害された者への補償であり、不法行為責任とは、この目的に向けられた手段である。ネグリジェンス不法行為において、法が不合理な行為に対して (のみ) 責任を課するのは、それが、市民の自由な行動領域を侵すことなく抑止と補償をもたらしうる最適の準則とされるからであり、いかなる法的責任も、被告に対する個人的・道徳的⁴⁷⁾非難に結び付けられるのではない。

このようなホームズ判事の見解は、技術革新による生活危険の氾濫という当時の社会状況を背景にした法の飛躍的展開を踏まえて、なおも人的義務とそれへの違反という形式論理の構築に止まってきた従来の法理論から、古典的リベラリズムの世界観に基づく社会的・衡量的価値判断の実態を明らかにしうる（それによって法の予測可能性を担保する）法理論への転換を要求するという、強烈な方法論的確信に裏付けられていた⁽⁴⁸⁾。しかしその一方、それまで責任根拠の出発点に位置づけられてきた「人的義務」の観念は、必然的に、ネグリジェンス一般原則における重要性を後退させることになる。すなわち、不法行為に基づく責任がなんらかの義務に由来するとすれば、それは、訴訟当事者らをもつ社会関係に由来する人的義務ではなく、法が市民社会の安全促進を目的とするものである以上、合理的な注意を用いて危害を防止するべく「万人が、万人に対して負う義務 (duties of all the world to all the world)」(以下、「一般的義務」という)なのである、と。

(3) 義務懐疑論の伝統

このように、ネグリジェンス一般原則の理論的確立と義務要件の後退は、(判例法上の生成期間を除けば)ほぼ同時期に成立した。従来の判例準則における「義務」は被告の人的・道徳的非難に向かうものであるから、との理由がただちに同概念の一般原則上の重要性後退に結びつくのかどうかは、のちに考察するように、なお慎重な検討を要する問題である。しかしこの時点では、前述の人的義務を責任の起点に位置づけてきたことが主たる批判対象だったこともあり、形式主義的な法理論から道具主義的な法理論への強固な動機付けの下で、不合理性判断のより実質的構造を直視すべきであるとのメッセージが急速に受け入れられ、他方で、人的義務の重要性後退に対してはとくに異論はなか

ったようである。

その後、不合理性の判断枠組みとしての通常人基準はさらなる展開を遂げる。すなわち、ホームズ判事において、ネグリジェンス責任の基礎を人的・道徳的義務（および、それへの違反）に求めることは否定的に解されたものの、行為の不合理性は、個々の市民の自由保障という世界観の下で、個々の被告が通常人の注意を欠いていたという意味で解され、したがって（一般的）義務はなおも責任の起点に位置づけられるものであったといえる。しかしその後、不法行為法が市民に合理的な行動を要請する（不合理とされる行為に制裁を課す）のも、行為からもたらされる利益を上回る不利益のリスクを抑制することにより、社会的効用（social utility）の増進が目指されているからだとの理解へ漸次展開し、こうした社会的・衡量的評価としての不合理性判断が、現在までネグリジェンス一般理論に定着していくことになる。⁽⁵⁰⁾

不合理性判断の構造理解の変遷は本稿の検討対象ではないが、この展開によって「一般的義務」要件は、右のような不合理性判断との論理的関連を遮断され、解釈理論上の存在意義そのものに疑問がなげかけられるようになる（義務懐疑論）。たとえば、現代ネグリジェンス理論の権威的存在になっているプロッサー教授の体系書では、つぎのように述べられている。すなわち、「相対的な義務の概念が擬制的であることは明白である。∴義務が存在するかしないとかいう説示は、実質的には、当該原告の利益が当該被告の行為に対して法的に保護されるのか否かという問題である。∴それは、〔当該事案で責任を認めるか否かという〕結論を端的に述べるものにすぎず、そこから結論が導かれるようなものではない⁽⁵¹⁾」、と。そして、現在まで続くこうした伝統が、今回のシュウォーツ教授の提案へと

着実に受け継がれていくこととなるのである。

2 義務懷疑論から排除論へ

(1) 承前

以上のような義務要件の成立・展開過程において、義務排除論との関連でとくに注意したいのはつぎの点である。すなわち、義務懷疑論が疑問視する「一般的義務」の観念は、個別の社会関係に由来する人的義務を責任の基礎に据えることへの否定的態度——しかしホームズ判事の見解では、個別の被告に対する非難という意義はなお正面から否定されてはいなかったようにおもわれる——に端を発する。しかし、行為の不合理性判断を社会政策的観点で捉える見解がおこなう義務懷疑論は、個別の被告に対する非難ないしは具体的損害負担の正当化根拠としての存在意義を否定することにつながるという。さらにいえば、義務排除論へのさらなる展開をみると、加害者への非難という要素はネグリジエンス不法行為責任の準則レベルから姿を消すことになる。人的義務から一般的義務への伝統的展開と、これにつづく義務排除論がもつこうした方向性こそ、のちに考察する義務擁護論の批判的である。冒頭にも述べたように、わが国にも類似の展開があるようにおもわれるが、かならずしも危機感をもって受け止められてはいない。⁽²⁾

しかしそれでも、このような特徴をもつ義務懷疑論は、すでにみたシェウオーツ教授起草の討議草案で、ネグリジエンス不法行為の一般原則へと積極的に取り込まれるに至る。以下、次々項③にかけ、義務要件が再度復帰するまで

の討議草案（前掲①草案）と第一暫定草案（前掲③草案）の具体的内容をみてみることにする。⁽⁵³⁾

(2) ネグリジェンス責任の基礎（複合理論）

現代の義務懐疑論への展開について言及したように、ここでは、ネグリジェンス責任の理論的基礎に対する理解の変化が重要な意味をもつ。すなわち、不法行為法の道具主義的理解と、その後の社会的政策的視点を基調とした判断枠組みへのさらなる展開とにより、義務要件は一般化・形骸化の途を辿った。ところがシユウオーツ教授は、ネグリジェンス一般原則の形成段階で疑問視された個人的・道徳的非難の要素と、その後に責任根拠・制度目的として位置づけられるに至った社会的効用の増進とはかならずしも矛盾するものではないとし、両者の調和を模索する態度をとっている。まずはこの点を明らかにしておく必要があるだろう。

シユウオーツ教授によれば、①草案三条に規定されたネグリジェンス不法行為の責任基準は、まず「被告により原告に対して加えられた不正 (injustice) を救済するという公平の観点から正当化される」⁽⁵⁴⁾。すなわち、一定の損害発生リスクを有する被告の行為につき、そのリスクの実現によって第三者が損害を被った場合に、当該リスクの実現を回避するための負担と当該リスクの大きさとを比較して前者が後者を下回るときには、その行為に出た被告は、自己の利益を他者の利益に優先させたのであり、被告の「行為は、平等に関する道徳規範 (ethical norm) に違反するものであって、不法行為法は、この違反に対し救済を与える」⁽⁵⁵⁾のである、と。しかし他方で、右責任基準は、「被告に対し、社会の安全を維持する適度のインセンティブをもたらず方法としても理解できる」ともいい、被告が、責任の一般予防的效果 (threat of liability) に応じて合理的な損害予防措置を講じることにより、全体的な社会の福祉が促進される

のだとする。⁽⁵⁶⁾

被告に対する人的・道徳的非難と社会全体の福祉の向上という、一見矛盾する二つの責任正当化根拠を並列的に述べる右のコメントは、不法行為責任の理論的基礎をめぐる矯正的正義論 (corrective justice theory)⁽⁵⁷⁾ の展開と抑止論 (deterrence theory; とくに経済学的アプローチ) との熾烈な対立状況に対して、両者の調和が目指されたことによる (いわゆる「複合理論」⁽⁵⁸⁾)。すなわち、矯正的正義論者が違法行為・損失の社会的抑止を不法行為法の目的とすることに否定的な一方、抑止論者も矯正的正義論を道徳主義のたわごとと捉えるけれども、不法行為が現実には生じ、社会的に望ましくない行為を結局抑止できなかった場合に、矯正的正義論が抑止論を補完すると理解することもできる。このように捉えるならば、不法行為法の基礎が抑止論と矯正的正義論のいずれにあるとみるのが正当かという一見対立する議論を相対化することができる、というのがシュウォーツ教授の基本的態度である。⁽⁵⁹⁾

(3) ネグリジェンスの衡量アプローチ (balancing approach)

このように、シュウォーツ教授は、被告への人的非難がネグリジェンス責任の正当化根拠となることを否定はしない。もともと、当初はこの意味での非難を理論的に構成するものこそ被告の人的義務の概念であったこととの関連では、①草案三条での義務排除提案との整合性に疑問が生じるであろう。しかしこれは、複合理論⁽⁶⁰⁾が取り込もうとした矯正的正義論も、法の一般的枠組みのレベルで抑止論を否定することをねらう抽象化された議論であって、個々の被告に対する道徳的非難 (人的義務によって捉えられていたもの) を呼び戻すわけではないことに関係しているとおもわれる。⁽⁶⁰⁾ ネグリジェンス責任の枠組みを抽象化された社会的・一般的視点から捉え、それに従った理論構成が図られる

かぎりでは、一般的義務論がそれをもたらしたように、人的非難の要素が理論の背後へと後退することは避けられない（複合理論の道德的含意を参照。義務保護論との対立には、まさにこのような議論の視野の違いが背景になっている）。そして、シユウオーツ教授の理論構成のレベルでこのことが示されるのは、ネグリジェンス判断に対する衡量アプローチ（balancing approach）の採用であり、これによって義務排除論が決定付けられることになる。

①草案三条および四条一文によれば、被告がみずからの行為によって生じた損害について責任を負う根拠は、被告の行為が、全ての事情を考慮して合理的な注意（reasonable care）を欠くものであったと評価されること、その意味でネグリジェンスによる行為であること、である（同内容の③草案三条一文および六条も参照）。この被告の合理的注意の欠如は、原則として、被告の行為が有するリスクの大きさ（magnitude of risk）と、被告の行為からもたらされる利益（advantages of conduct）ないしは右リスクの防止にかかる負担（損害予防措置にかかる経済的負担や、その行為の禁止から生じる不便など）との相関的衡量によって判断される⁶¹。前者は、損害発生の見込み可能性と当該予想される損害の予見可能な重大性の相関関係によって定まり、さらに、損害防止のための負担が大きくなればなるほどネグリジェンスは否定されるとされている⁶²。

このような衡量枠組みは、わが国の平井教授の見解⁶³にも相当程度符合するが、そこに具体化された考慮事由からは、被告個人への主観的非難に結びつく観念を見出すことは難しい（被告の負う「義務」も、もはやネグリジェンスの前提ではない）。これについてシユウオーツ教授は、「行為者のネグリジェンスが認められるには、たんに損害発生の可能性があるだけでは足りず、その可能性が、行為時点において行為者に予見可能なものでなければならぬ」とする⁶⁴。

しかし同時に、予見可能性の対象は、通常「行為者として予見すべきリスク」であるから、右の予見可能性の問題は、損害結果を予見できなかった被告にどの程度の負担を課すことができるかという衡量判断に解消されるとし、たとえば、情報収集がなされなかったがゆえにリスクを察知できなかったという場面でも、リスク察知に十分な情報収集にかかる負担と、それによって回避されるリスクの大きさ（情報の安全価値）との衡量判断に取り込まれるという。⁽⁶⁶⁾

結果に対する予見可能性が衡量的判断へ取り込まれるとの指摘との関係では、さらに、不法行為訴訟における事後的判断の不可避性に関する興味深い指摘がある。すなわち、判例上、ネグリジエンスの判断は、事後的な視点からではなく事前的な視点でなされなければならないと強調されることが多いが、「ネグリジエンスの判断は、通常はいかなる損害が予見可能であるかという点の認定に基づいている。不法行為請求のなされる時期——実際に損害が発生したのちに提起されることは避けられないこと——からして、事前的視点でなされるべき判断が、厳密にみれば事後的な視点から導かれることは、ネグリジエンス法システムの興味深い特徴である」としたうえで、「しかし、仮にこのようなバイアスが存在するとしても、ネグリジエンス法のシステムが、このことを一般的に受け入れていることは明らかである」と。⁽⁶⁶⁾

たとえば、被告宅配会社の従業員が、液体の滲出した内容物不明の荷物を開封したところ、中に入っていたニトログリセリンが爆発し、原告所有の建物が損壊したという事案について、米連邦最高裁は、「被告は荷物の中身を知らず、知る術もなかった」として開封時における被告の具体的認識を問題としつつ、被告が荷受時に一つ一つ開封検査

することが可能であるとしても、そのようなことは「実際には多大な不便を伴い、逆にそうすることでもたらされる利点はほとんどない」として、被告の責任を否定している。⁶⁷これに類する一連の判決を引いて、シユウオーツ教授は、裁判所が被告の結果予見不可能を理由に請求を棄却した判例では、実質的には、得られたであろう情報の安全価値（その情報に基づき損害発生が回避される可能性と、生じるであろう損害の重大性とからなる）と、情報獲得のための負担とが、被告のネグリジエンスを判断するうえで重要な考慮因子になっているとするのである。⁶⁸

以上のようなシユウオーツ教授の見解に対しては、前述の複合理論に立脚しつつも、かならずしも被告に対する主観的非難の側面が準則レベルに具体化されていないと指摘できるだろう。ネグリジエンス責任の根拠は、あくまでも予想される損害の大きさと回避負担との、しかも事後的な衡量判断であり、損害結果に対する被告の予見可能性への考慮も、この事後的衡量判断のなかでいわば間接的に実現・正当化されるとの構想が示されている。非常に周到な議論ともいえるが、この立場が従来の義務懷疑論に連続するものであることは明らかであり、他方で被告個人が受ける否定的な法的評価が準則レベルに具体化されず、義務の観念はもはやかつてのような理論的意義を保ちうる構造とはなっていない。

3 義務要件の排除と義務不存在ルール

(1) 「義務」の再定式化

シユウオーツ教授のネグリジエンス衡量アプローチは被告への主観的非難の側面を取り戻す内容ではないばかり

か、①草案三条および③草案六条に端的に示されているように、かつてはまさにこの評価側面を担っていた義務要件を排除するというのが一貫した態度である。そして、シュウォーツ教授の義務排除論は、義務不存在ルールによる義務論の再定式化に支えられている（①草案六条および③草案七条）。

この再定式化の背後には、前述の義務懷疑論によって理論的存在意義の後退が指摘されていたのと同様、従来判例上で展開されてきた「義務」言説へのつぎのような懐疑的理解がある。すなわち、裁判所は、個々の不法行為訴訟においては「義務」の立証が第一の要件であるとするが、その義務とは、「他者を不合理なリスクに曝さぬよう」、または、「合理的な行為の法的標準」に適うように、「合理的な注意を用いるべき一般的な義務」である。しかし、このようにいうことは、当該事例の責任根拠がネグリジェンス不法行為であることを述べるものにはすぎず、このことじたいは不法行為の基本的・一般的原则であるから、個別事例への適用を念頭においてリスティメントでとくに再表現する必要はない。結局、一般的義務が問題とされる事例では、義務は、実際には訴訟上の争点 (Issue) にならないのである。⁽⁶⁹⁾

このような理解に基づき、「義務」要件は、前述の衡量アプローチの裏面でつぎのように再定式化される。すなわち、①草案六条および③草案七条の文言によれば、前述の意味での被告のネグリジェンス、損害の発生、被告の行為と損害の法的因果関係（三要件）を原告が主張立証することで、ネグリジェンス不法行為に基づく請求が一応成立し、これに対し裁判所が、被告は原告に対して義務を負っていないと判断すれば、その被告は責任を免れる。ここにおいて義務は、一応成立しうるネグリジェンス責任の免責ルールへと姿を変えている（義務不存在ルール）。

注意を要するのは、この免責ルールが、義務要件に関する原告の主張立証の不備に対する異議申立て (challenging) や抗弁 (defense) によるものではなく、裁判所の専権的判断に服すると位置づけられている点である。シュウオーツ教授は、義務不存ルールを提案するにあたり「例外的な事例における義務の実際上の機能 (proper role for duty in unusual cases)」と題してつぎのように指摘する。すなわち、「①草案三条に列挙された」ネグリジェンス、法的因果関係、物理的損害の要件が充たされる…事案でも、そのまま被告の責任を認めることが、法原則または政策上の理由からなお都合な事案が存在する」とし、このような事例では、「原告の請求を司法判断のふりにかける必要があり、そのために義務概念を用いることに意味がある」と。⁽²⁰⁾

以上のようにシュウオーツ提案では、前述の衡量アプローチの採用により主観的非難の側面が後退していることに加えて、「義務」そのものについても、ネグリジェンス不法行為の一般的要件との関係では例外的な免責判断(義務不存ルール)としての新たな位置づけが与えられる。そこで以下では、「法原則または政策」の観点から直接導かれる裁判所の専権的判断事項と位置づけられる義務不存ルールの意義をもう少し詳しく考察して、同提案における「義務」要件の最終的な運命を見極めることにする。⁽²¹⁾

(2) 義務不存ルール (no-duty rule)

「法原則」上の義務不存ルールの適用例として挙げられているのは、不法侵入者に対する土地所有者の責任と、酒類提供者(営業的提供者やソーシヤル・ホスト)の第三者に対する責任である。コモン・ローでは、伝統的に、不法侵入者に対する土地所有者の責任を認めないとの判例準則が確立している。しかし、シュウオーツ教授によれば、最近

はこの責任を認める判例もあり、そこでは判例準則が形式的に適用されているのではなく、より政策的な価値判断に基づいて責任の肯否が決せられているという。⁷² 酒類提供者の第三者に対する責任も、合理的な陪審であれば酒類提供者のネグリジェンスと、第三者の損害との間の法的因果関係を認定できる（被告の責任が肯定される）のに対し、義務概念を用いて原告請求を繰り返し吟味することにより、営業的提供者については責任を認め、ソーシヤル・ホストについては責任を認めないとの判例準則が導かれている。⁷³ この種の事例では、被告のネグリジェンスによる行為が第三者の不法な行為の機会を与えるにとどまり、したがって、酒類提供行為とそれに起因する損害とを、より一般的な視点から衡量して判断がおこなわれる。⁷⁴

以上は、確立した判例準則・法原則の正当化という角度から、義務不存ルールの意義を述べるものだが、同ルールのより一般的な問題視角として、シユウオーツ教授はつぎの二点を挙げている。第一は、衡量アプローチに基づき合理的な陪審によって被告のネグリジェンスが認定されうる（被告の責任を認めることができる）としても、その責任ルールが司法による運用に耐えるものであるかどうか（administrability）、である。⁷⁵ これは、たとえば、新たな責任類型（たとえば、ソーシヤル・ホストの責任）の定立が模索されるときにその責任準則の射程を適切に画することができるかどうか、または、原告が被告の総体的な行為（たとえば、鉄道事業や自動車の運転という行為）についてネグリジェンスの成立を認め、抑止効果をもたらすことが社会的に適切かどうかをめぐって問題となる。第二は、原告が相手取った被告を類型的にみた場合に、その者に責任を課すことが、原告請求の目的となっている安全確保機能（safety function）をもつといえるかどうか、である。⁷⁶ たとえば、製薬会社は医師のほか患者に対しても警告義務を負うの

か、または、薬剤師は処方箋どおりの処方をしたがその処方箋の誤りを懸念していたという場合に、被害を被った患者に対して薬剤師は責任を負うのかなどの問題は、いずれも、製薬会社や薬剤師という類型的行為者に対し、社会的にどこまでの安全確保機能を担わせるべきかという価値判断を伴う。

ところで、伝統的義務要件の再定式化として提案された義務不存在ルールが、このように、法的安定や責任ルールの社会的妥当性への要請を具体化するものとして理解されるならば、ネグリジエンスの衡量アプローチ——既述のように、被告に対する主観的非難を具体化するものではなく、社会的な合理性を基調とする——との関係はどのように理解されているのか。この点につき、シユウォーツ教授は、たしかに被告のネグリジエンスの認定と義務不存在ルールとの違いを若干強調している。たとえば、すでに挙げたソーシャル・ホストの責任に関する衡量判断はネグリジエンス要件におけるそれよりも一般的な視点でおこなわれるとの叙述や、本来陪審が認定すべきネグリジエンスの有無につき合理的結論が一致する場合に裁判所が法律問題としてネグリジエンス要件を判断する (determine negligent as a matter of law) ことと義務不存在ルールにおける裁判所の判断とは、後者はより社会的な合理性を考慮する点で異なるとの指摘が、⁽⁷⁷⁾ それである。しかしながら、いずれの指摘も、主としてアメリカ裁判制度特有の陪審制度(裁判官と陪審の権限分配)に配慮したものと考えて差し支えないであろう。というのも、シユウォーツ教授は、ネグリジエンス要件と義務不存在ルールの峻別を述べながら、ネグリジエンスの衡量判断は原則として法律問題であるとし、⁽⁷⁸⁾ 同時に、裁判所によるネグリジエンス判断が許容されるのは、法的安定性の要請から、「裁判所がいま問題になっている行為が、その後の事案でも多くの行為者によって繰り返される可能性が高い」場合に「裁判所が専権的にネグリジエ

ンス判断をおこなうことには重要な意味がある」からだとして、義務不存ルールによる、一般的衡量判断の必要性と同様のことを述べている。⁽⁷⁹⁾ こうした点に鑑みれば、すくなくとも、両判断の峻別が実質的な評価内容の相違を強調するものであるとおもわれない。⁽⁸⁰⁾

以上の考察によれば、義務不存ルールは、一般的な法的安定性または社会的妥当性の観点から、個別のネグリジエンス責任の成否に対して限定を加える例外的な準則であると整理することができるだろう。それと同時に、こうした評価視点は、ネグリジエンス要件における衡量アプローチと同質、あるいはすくなくとも区別が曖昧なままであるといわなければならない。さらに前述との関連でいえば、基礎理論のレベルでは個別的被告に対する非難の要素が盛り込まれていたものの、そのことが、ネグリジエンス、義務不存ルールのいずれの判断枠組みでも、準則レベルに具体化されていないことは重要な点である。この点は、もはや、義務懷疑論の積極的継受と評価することができる。すなわち、義務要件の排除により、個別的被告に対する主観的非難の要素は、かぎりなく後退しているのである。

(3) 義務要件の残存と復帰

このように、一九九九年の討議草案と、その内容をほぼそのまま受け継ぐ二〇〇一年の第一暫定草案では、社会的・一般的な価値判断構造を前面に押し出した枠組みが示された。しかし、両草案でも、（責任の社会的妥当性ではない）当該個別的被告に対する否定的な評価（個人的非難の要素）が、法準則の平面から完全に姿を消してしまったわけではない。右のような構想を基本にしつつも、なお一定の事例については義務言説が温存され、その後の草案におい

て義務要件が復帰するという展開をみせている。

たとえば、①草案と③草案では、積極的行為義務 (affirmative duty) 事例で「義務」の存在意義が積極的に認められている⁽⁸¹⁾。これは、基本的には、積極的行為義務についてコモン・ローが伝統的に消極的態度を採っていること（被告は作為義務を負わないという原則の下で例外的に作為義務が認められる準則構造）と関連している⁽⁸²⁾。しかし興味深いのは、そうした判例準則との関係よりも、先行行為に基づく作為義務（⑤草案四〇条）の責任限定機能に関するつぎのような指摘である。すなわち、作為義務が認められるには、「[先行]行為に典型的なリスク」が生じたのでなければならず、この要件によって、先行行為と因果関係のない損害については義務が課せられないことが保障される⁽⁸³⁾。言い換えれば、たとえば先行行為と損害がきわめて遠い関係にある場合には、被告の責任を認めたくうえで責任範囲 (scope of liability) のルールに従って責任範囲が限定されるのではなく、当該被告にどのような作為義務を認めるかによって、特定の損害に対する被告の責任が限定されるというのである⁽⁸⁴⁾。

また、当初はラディカルにおもわれた義務不存在ルールも、③草案七条ではつぎのような新たなコメントが付され、微妙な変化をみせている（同条条文の変更も参照）。それによれば、「義務の不存在を判断する際に、裁判所は、原告と被告間の一般的な関係に着目することがある。∴しかし、当該具体的なネグリジエンス請求との関係で〔相対的に〕義務を否定する判断もある」とし、後者の場合には、「原告が被告に対して提起しうるその余のネグリジエンス請求の余地が認められる。このような場合の争点は、いかなる義務も存在しない (complete absence of duty) ということではなく、〔当該被告が当該原告に対して負う〕義務の限定如何 (limitations on duty) である⁽⁸⁵⁾」と。義務不存在ルール

は、訴訟で問題になる以上はたしかに個々の請求に対する判断ではあるが、前述の一般的問題視角だけをみれば、義務の不存在は問題となつてゐる責任の社会的妥当性に従つて判断され、原告が被告に対しその余のいかなる請求を提起しうるかは、とくに問題にならない。そうすると、このような特定の損害に対する相対的な義務判断を認めることは、被告がいかなる義務を負うのか(当該事例においてどのような義務は負わないのか)という準則レベルの問題を通じて、被告の当該損害に対する責任の基礎の明確化を図るという理論構成が念頭にあるとも理解できる。

このように、ネグリジエンス責任の理論枠組みにおける「義務」要件が、責任ルールの社会的妥当性に純化した衡量的判断に解消しつくされず、個々の被告に向けられた規範的評価を指す概念として一定の意味をもつ可能性は、義務排除論と義務不存在ルールに彩られた一般原則作業でも若干見え隠れしていた。その後は、すでに紹介したように、シュウォーツ教授がリポーターの任を離れた④草案六条(a)項において、「相当の注意を用いるべき義務」がネグリジエンス不法行為の第一要件に復帰し、⁸⁶⁾法原則の表舞台に再登場する。同条(b)項では「裁判所が〔④草案〕第七条により相当の注意義務が適用されないと判断するのでないかぎり…」と規定され、同草案七条二文の義務不存在ルールの性質にも大きな変更がなかったものの、さらに⑤草案の段階になると、ネグリジエンス責任の要件が「〔相当の注意を用いるべき〕義務を負うとされる行為者は…」に改められて存在意義をさらに回復するとともに、これに應じるかたちで義務不存在ルールも、ネグリジエンス責任の前提たる義務の「存否または修正」に関する判断である旨がより明確化されることになった。このような草案修正の過程では、義務要件の存在意義に関するより説得的な議論が展開されたものと考えられるが、次章(Ⅳ)では、義務要件の復帰に強い影響を与えたとおもわれる見解を、シュウ

オーツ提案との対比において考察する。⁽⁸²⁾

- (39) 英米ネグリジェンス法理に関する邦語文献として、望月礼二郎「ネグリジェンスの構造(一)」法学三三六卷四号二一九頁(一九七三年)、同『英米法(新版)』一三七―一四四、一五一―一五四頁(青林書院、一九九七年)を参照。
- (40) See, e.g., PROSSER & KEETON, *supra* note 19, §§ 6, 28, at 28-31, 160-61; DOBBS, *supra* note 19, § 112, at 263-66; G. EDWARD WHITE, TORT LAW IN AMERICA: AN INTELLECTUAL HISTORY 3-19 (exp. ed. 2003).
- (41) See Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint, 275 U.S. 303, 308-09 (1927); Carrington v. Louisville & N. R.R., 6 So. 910, 911 (Ala. 1889); Byrd v. English, 43 S.E. 419, 420-21 (Ga. 1903); Zabron v. Chuard S.S. Co., 131 N.W. 18, 20-21 (Iowa 1911). 本稿は判例法の分析を目的とするものではないので詳論は避けるが、いずれも、直接的契約関係の不存在、不法侵入者であること、経済的損失や精神的苦痛など物理的損害を伴わない損害であることなどから、被告が原告に対して義務を負う関係にないとして請求を否定している。 See also DOBBS, *supra* note 19, § 112, at 263.
- (42) See *supra* note 41; DOBBS, *supra* note 19, § 112, at 263-69.
- (43) See Brown v. Kendall, 60 Mass. 292 (1850); Heaven v. Pender, 11 Q.B.D. 503 (C.A. 1883) (英); MacPherson v. Buick, 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916); Donoghue v. Stevenson, 1932 App. Cas. 562 (英).
- (44) OLIVER WENDELL HOLMES, JR., THE COMMON LAW (1881).
- (45) See DOBBS, *supra* note 19, § 113, at 266-69; WHITE, *supra* note 40, at 13.
- (46) See Oliver Wendell Holmes, Jr., *Codes and the Arrangement of the Law*, 5 AM. L. REV. 1, 6 (1870); *idem*, *The Theory of Torts*, 7 AM. L. REV. 652, 660-61 (1873) [hereinafter *Torts*].
- (47) See HOLMES, *supra* note 44, at 79-81, 108-11, 144, 161-63.
- (48) See WHITE, *supra* note 40, at 12-14.

過失不法行為における「義務」論の存在意義

同志社法学

五六卷六号

四九九 (一九八七)

過失不法行為における「義務」論の存在意義

同志社法学 五六卷六号 五〇〇（一九八八）

(49) Holmes, *Torts*, *supra* note 46, at 660-61.

(50) なお、アメリカ不法行為法における行為の不合理性判断につき、いわゆるハンドの公式の登場から前掲③草案（本稿Ⅲ2③）で考察する「衡量アプローチ」までの展開を辿る論稿として、卯辰昇「過失の衡量的評価と規範的評価——アメリカ不法行為法リステイメントにおける過失衡量論をてがかりに——」早稲田法学会誌五三号四七頁（二〇〇三年）がある。論者は、衡量的判断によって「過失」の規範的意義が失われてゆくことに強い警戒感を表明している。

(51) PROSSER & KEFTON, *supra* note 19, at 537-38. このような義務概念への懐疑的態度は、ホームズ判事以来現在まで脈々と受け継がれてきた。See, e.g., Henry T. Terry, *Negligence*, 29 HARV. L. REV. 40, 40 (1915); Percy H. Winfield, *Duty in Tortious Negligence*, 34 COLUM. L. REV. 41 (1934). なお、判例上この点を最も詳細に論じるのは、Fazzolari v. Portland School Dist., 734 P.2d 1326 (Or. 1987) (en banc) である。早朝の公立高校で生じた強姦事件につき被害生徒が教育当局を提訴した事案で、本件強姦事件は予見不可能としてなされた被告に有利な指示評決をめぐり、予見可能性の意義が問題とされ、発生した事故や被害につき一般的ナリスクが予見可能であれば足り、そのリスク判断には、事故や被害の種類、請求相手方、被告の採りうる措置の内容が考慮されるとされた (Fazzolari, *supra*, at 1338-39)。同判決は、シユウォーツ提案において、義務排除論を支持する最有力な先例上の根拠として引用されている。

(52) 過失一元論への反論として「違法」や「権利侵害」概念の理論構成上の意義を強調する見解では、たしかに、「主観的要件」の名の下「有責性」や「過失」が対置される。しかし、従来はそれ以上の議論の深化はやや乏しかったようにおもわれる。この点につき前掲注（4）および（5）を参照。その意味では、卯辰論文（前掲注（50））は、過失の客観化を受け止めつつさらなる理論的深化をねらう数少ない試みのひとつといえるだろう。

(53) ところで、第三次リステイメント第三巻に付された「一般原則」という当初の副題は、不法行為法に普遍的に通用する総則規定を連想させるが、リポーターによれば、その射程はある程度限定されるとされる。第一に、同草案は、「偶発的被害 (accidental injury)」を対象とする。第二に、同草案は不法行為法の「一般」に関するものであるから、専門家責任や土地所有者責任など「特殊」類型は射程外となる。第三に、同草案は不法行為法の「核心」に関するものであるから、物理的損害から派生したの

でない精神的苦痛や経済的損失に関する責任については扱われな⁵⁴。See DISCUSSION DRAFT, *supra* note 33, reporter's introductory note at xxi. しかしいずれの草案も、これらの限定を、かならずしも厳格に維持しているわけではない。むしろ、ネグリジェンス不法行為に普遍的に通用する原則としての意図が見え隠れしており、さしあたり支持を得やすい類型として「偶発的な物理的損害」に射程を限定したとみるのが素直である。一般原則との表題が付された当初から、射程の限定は念頭にあつたようであるから (see Liebman, *supra* note 29, at xiii)、事後的に右副題が変更された経緯もそのように理解できるだろう。義務擁護論が声高に主張されたのも、普遍的原则を見据えたりポーターの起草方針に対し、本文に述べたような危機感が存在したからにはかならない。See Goldberg & Zipursky, *Place of Duty, infra* note 88, at 664-65.

(54) DISCUSSION DRAFT, *supra* note 33, § 4 cmt. j (see also TENTATIVE DRAFT NO. 1, *supra* note 35, § 6 cmt. b).

(55) *Id.*

(56) *Id.*

(57) アメリカ不法行為理論における矯正的正義論を分析する邦語文献として、浅野有紀「不法行為法と矯正的正義——J・コールマンとE・ワインリブの理論を手がかりに——(一)・(二)完」論叢一三六卷一三三頁、一三七卷四号四二頁(一九九四〜九五一年)〔同「法と社会的権力——「私法」の再構成——」二五〇頁以下(岩波書店、二〇〇二年)も参照〕がある。矯正的正義論とは、法と経済学アプローチや行為合理性の社会政策的理解などによる不法行為法の抑止機能論に対し、「権利」と「義務」という基本概念を用いて、不法行為法を両者の間に生じた不均衡(加害と被害)を規律するものと捉えて、社会的目的に向けられたものではなく私人間の道徳規範として正当化しようとする一連の試みである。浅野・前掲一三六卷一三三頁〜三六頁も参照。

(58) See Gary T. Schwartz, *Mixed Theory of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice*, 75 TEX. L. REV. 1801 (1997).

(59) See Schwartz, *supra* note 58, at 1824-28. なお、矯正的正義論の立場から抑止論の取り込みを試みる論稿としては、Ernest J. Weinrib, *Deterrence and Corrective Justice*, 50 U.C.L.A. L. REV. 621 (2002)がある。ワインリブ教授の見解の骨格につき、浅野・前掲注(57)一三七卷四号四六〜五七頁も参照。

過失不法行為における「義務」論の存在意義

同志社法学 五六卷六号 五〇二(一九九〇)

- (60) See Schwartz, *supra* note 58, at 1815-23. 矯正的正義論にも見解のバリエーションがあり、シユウォーツ教授も、みずからの見解(衡量アプローチ)と整合しないものがあることを自認する(DISCUSSION DRAFT, *supra* note 33, § 4 reporter's note cmt. j.; TENTATIVE DRAFT No. 1, *supra* note 35, § 3 reporters' note cmt. d.)。浅野教授も、「矯正的正義は、…何らかの紛争を、当事者の対応する権利義務の確定によって解決する形式であるにすぎない」とし、これは不法行為における当事者性を支えるが、「当事者の権利と義務の具体的内容を定めるには、矯正的正義の枠を超えた考察が必要である」とする。なお論者は、個別具体的紛争での「実質的な不正」(権利侵害と行為基準の逸脱)の判断には社会の要求が考慮され、これが矯正的正義の「形式」にフィードバックされることによって責任の類型化・法の一貫性・安定性がもたらされるとする。矯正的正義論への抑止論の取り込みを試みるワインリブ教授の見解に近いと、えようか。

(61) DISCUSSION DRAFT, *supra* note 33, § 4 cmt. d (see also TENTATIVE DRAFT No. 1, *supra* note 35, § 3 cmt. e).

- (62) *Id.* § 4 cmt. e (see also TENTATIVE DRAFT No. 1, *supra* note 35, § 3 cmt. D, e)に挙げられた例が二つある。電力会社が堤防沿い水面上二三フィートの高さに電線を設置していたが、その川は昔からセーリングを楽しむ人が多く、その金属製マストは大体高さ二四フィート程度であった。その川に不慣れな被害者が友人に誘われてセーリング中に川岸に接近した際、マストが電線に接触して感電した。このとき、マストと電線が接触する可能性とその場合の被害はきわめて大きく、他方で電線を二五フィートに上げる費用はそれほど高くないから、電力会社はネグリジェンスにあたる。また、嵐の中被害者が通りを走行中、市が植樹した街路樹が被害者の車に倒れ掛かって、自動車に損傷するとともに被害者が受傷したが、その街路樹は一五年前に植えられたもので、外見上は健康に育っており、今回の倒壊ではじめて内部腐食が判明した。六〇平方フィートにおよぶ市内には約六〇〇〇本の街路樹があり、一年ごとに走行車内から目視検査を実施していた。今回のような事故を防ぐには一年ごとに一本あたり二〇分をかけた検査が必要である一方、今回のような事故が起きる可能性は低いから、市の行為はネグリジェンスにあたらなう。See *supra*, § 4 cmt. e, illus. 1 & 2.

(63) 平井・前掲注(3)三〇頁を参照。

(64) DISCUSSION DRAFT, *supra* note 33, § 4 cmt. f (see also TENTATIVE DRAFT No. 1, *supra* note 35, § 3 cmt. g).

- (65) *Id.*
- (66) DISCUSSION DRAFT, *supra* note 33, § 4 reporter's note cmt. f (see also TENTATIVE DRAFT No. 1, *supra* note 35, § 3 reporters' note cmt. g).
- (67) Parrot v. Welles, Fargo & Co., 82 U.S. 524, 534-35 (1872) (the Nitro-Glycerine case).
- (68) DISCUSSION DRAFT, *supra* note 33, § 4 reporter's note cmt. f (see also TENTATIVE DRAFT No. 1, *supra* note 35, § 3 reporters' note cmt. g).
- (69) *Id.* § 6 cmt. a ("duty as a non-issue"). 伝統的な義務懐疑論に「^①本稿Ⅲ-②および③」も参照。
- (70) *Id.* § 6 cmt. c ("proper role for duty in unusual cases").
- (71) なお、本文（本項および次項）は、もっぱらシユウォーツ提案（義務排除論を基礎にした義務不存在ルール）を考察対象とする。つまり、シユウォーツ提案（①および③草案）では、義務不存在ルールが純然たる政策的免責判断として位置づけられるのに対し、④草案では、義務要件の復帰に伴って義務不存在ルールの意味が若干修正されているので、注意が必要である。義務要件の復帰後にもなお義務擁護論との間で存在する対立点については、後掲注（87）を参照。
- (72) See DISCUSSION DRAFT, *supra* note 33, § 6 cmt. c & reporter's note cmt. c; TENTATIVE DRAFT No. 1, *supra* note 35, § 7 reporters' note cmt. a; see, e.g., Rowland v. Christian, 443 P.2d 561 (Cal. 1968); Nelson v. Freeland, 507 S.E.2d 882 (N.C. 1998).
- (73) DISCUSSION DRAFT, *supra* note 33, § 6 cmt. c (see also TENTATIVE DRAFT No. 1, *supra* note 35, § 7 cmt. a).
- (74) *Id.* § 6 cmt. d (see also TENTATIVE DRAFT No. 1, *supra* note 35, § 7 cmt. b. 酒類提供者の責任に関しては、水野謙『因果関係概念の意義と限界——不法行為帰責論の再構成のために——』二二七—二三四頁（有斐閣、二〇〇〇年）での整理と分析をも参照されたい。
- (75) DISCUSSION DRAFT, *supra* note 33, § 6 cmt. e (see also TENTATIVE DRAFT No. 1, *supra* note 35, § 7 cmt. c).
- (76) *Id.* § 6 cmt. g (see also TENTATIVE DRAFT No. 1, *supra* note 35, § 7 cmt. e).
- (77) *Id.* § 6 cmts. d & h (see also TENTATIVE DRAFT No. 1, *supra* note 35, § 7 cmts. b & d).

- (78) *Id.* § 5 cmt. b.
- (79) *Id.* § 5 cmt. d & § 6 cmt. h (see also TENTATIVE DRAFT NO. 1, *supra* note 35, § 7 cmt. f & § 8 cmt. c). 原告または第三者の行為と共に働いて損害が惹起された場合の被告行為のネグリジェンスについては独立の規定がある。DISCUSSION DRAFT, *supra* note 33, § 17; TENTATIVE DRAFT NO. 1, *supra* note 35, § 19. もっとも規定を置く趣旨は、①草案四条や③草案三条に規定された「ネグリジェンス」の基本的枠組みが具体的なネグリジェンス請求でどのように適用されるのかを示すためである。See DISCUSSION DRAFT, *supra* note 33, scope note to §§ 15-17; TENTATIVE DRAFT NO. 1, *supra* note 35, scope note to §§ 17-19. もっとも、州管理の高速道路や、南北が優先道路となっている交差点に関して、飲酒運転者がカーブを曲がりきれないことによる事故や、東西から交差点に進入する車の一旦停止懈怠により生じる事故を予見することは可能だが、州の設計・管理懈怠や南北から侵入する運転者の視認懈怠を理由に責任を課すことは過酷すぎるのであり、第三者の行為が直近の要因であるような損害については、「法は、被告に過度の警戒を求めないようにしなければならない」とされ、義務不存ルールにおけると同様の社会的な評価視点が用いられている。See DISCUSSION DRAFT, *supra* note 33, § 17 cmts. g & h; TENTATIVE DRAFT NO. 1, *supra* note 35, § 19 cmts. g & h; see also DISCUSSION DRAFT, *supra* note 33, scope note to §§ 15-17; TENTATIVE DRAFT NO. 1, *supra* note 35, scope note to §§ 17-19.
- (80) なお、③草案八条では、ネグリジェンス判断の性質につき、「より正確には、法律問題と事実問題の混ざり合った問題である。このことのゆえに、その判断の性質は、裁判所が判断すべきものか、陪審が判断すべきものか、一概にいうことはできない」とのコメントが追加され、やや動搖をみせようとする。TENTATIVE DRAFT NO. 1, *supra* note 35, § 8 cmt. b.
- (81) DISCUSSION DRAFT, *supra* note 33, § 6 cmt. b and reporter's note cmt. b (see also TENTATIVE DRAFT NO. 4, *supra* note 38, §§ 40-45).
- (82) *Id.*
- (83) TENTATIVE DRAFT NO. 4, *supra* note 38, § 40 cmt. e. (「義務」の語が用いられるのは、一般的義務の要件が復帰したのちの解説だからであり、純粹な政策的免責判断としての「義務不存ルール」の趣旨でない)。
- (84) *Id.* もっとも、通常の作為による不法行為に関しては、「予見可能な原告」のルール(後述IV②を参照)が伝統的な義務要件を意味するのかどうかは明確でないが「近時の学者は、予見可能な原告の問題を近因 (proximate cause) 論として捉える傾向にある

る」とされ、義務概念の機能は消極的に解されており、義務要件復帰後もこの立場は一貫して維持されている。DISCUSSION DRAFT, *supra* note 33, § 6 reporter's note cmt. a.; TENTATIVE DRAFT NO. 1, *supra* note 35, § 6 reporters' note cmt. d; TENTATIVE DRAFT NO. 2, *supra* note 36, § 6 reporters' note cmt. f. 1)れは、義務要件復帰後もその実際上の機能が依然として懐疑的に捉えられていることによるが、そこに指摘されうる問題については、後掲注(87)を参照。

(85) TENTATIVE DRAFT NO. 1, *supra* note 35, § 7 cmt. a. ("proper role for duty"). なおこの部分は、④草案以降条文に具体化された(前出の条文訳を参照)。

(86) See TENTATIVE DRAFT NO. 2, *supra* note 36, § 6 cmt. b.

(87) 次章(IV)との関連において、義務要件の復帰と義務擁護論との理論的関連についてあらかじめ補足しておきたい。本文に述べた義務要件の復帰後も、不作為事例や義務の制限がとくに問題にならない場合には実際上争点を形成しないとの理解が、基本的に維持されている。See TENTATIVE DRAFT NO. 2, *supra* note 36, § 6 cmt. f. ("物理的損害に関する事案であれば、裁判所は、通常の義務の存否や内容を検討する必要がない")とする)。また、義務要件と義務不存在ルールとの関係についても、被告が原告に対し注意義務を負うことは不可欠の要件であるが、原告は訴答を要せず、被告がその不存在ないし制限を主張立証すべきものであるとしている。See *supra* § 7 cmt. b and reporters' note at 21-22. 義務要件に対してなおもこうした懐疑的理解が示されるのには、物理的損害事例において事実上の因果関係が認められるかぎり、被告が原告をそのようなリスクにさらしたことは明白であり、したがって当該リスクの実現を回避すべき義務の存在を認めることができるとの理解(一般的義務論に対する強固な支持)が存在しているからである。See TENTATIVE DRAFT NO. 4, *supra* note 38, app. at 16f. 既述した、不作為事例における「義務」の積極的機能を認めながら不作為事例については近因論での処理を一貫して指向する(前掲注(84)を参照)というのも、同じ理解に基づいている。

しかしながら、被告による義務不存在の主張が退けられ、またはそれに対する義務不存在判断によって責任が否定されるときに、その判断がいかなる性質のものか(被告への主観的非難に関するのか損害の発生態様に関するのか)が明確にならなければ、それは理論的所在が不明の立証軽減措置にすぎないであろう。衡量アプローチに基づくネグリジェンス判断の性質につき、のちに事実問題と法律問題の融合であるとのコメントが追加されたのも(前掲注(80)を参照)、被告の責任存否に対する判断の性質になら

かの有益な区別の存在するであろうかがわわしている。すなわち、被告の責任を判断する際には、社会的・一般的な利益衡量という問題視角が、被告に対する主観的非難という問題視角と交錯せざるをえないのであり、次章で考察する義務擁護論が明確化を試みるのは、まさにこの点である。See Jordan K. Kolar, Note, *Is This Really the End of Duty?: The Evolution of the Third Restatement of Torts*, 87 MINN. L. REV. 233, 264-68 (2002). それゆえ、義務要件の処遇をめぐる義務擁護論の主張が、たんに伝統的枠組み（一般の義務）への回帰をいうのではない点には注意が必要である。

IV 義務要件の存在意義

1 義務擁護論の優先と本章の考察方法

前章（Ⅲ）で考察したシュウォーツ提案に対して最も強力に義務擁護論を展開したのは、ジョン・C・P・ゴールドバーグ教授とベンジャミン・C・ジパースキー教授である。既述のように、シュウォーツ提案に結実する義務要件への懐疑的態度は、ホームズ判事を起点とするネグリジェンス理論の社会化傾向に裏付けられているが、これに対してゴールドバーグ教授らは、そうした議論の前提そのものに十分な再検討が加えられてこなかったことを問題視する。すなわち、「一般的義務」の概念が無内容と批判されるのも、社会全体の福祉の増進を不法行為法の主目的に設定して、そうした理解に基づいて諸判例が解釈されるからにすぎない。しかし、実定的レベルで被告の「義務」の存在が責任の基礎に位置づけられてきたことの本来の意味を確認しないままに、義務懐疑論を受け入れることには理論的根拠がない、と。⁽⁸⁸⁾

そこで本章では、かつての人的義務に対する批判を契機に現在まで支配的見解をかたちづくっている義務懐疑論に對して、ゴールドバーグ教授らがどのような視点で右展開に疑問符を打ち、「義務」要件にいかなる理論的意義を認めようとしているのかを考察する。もつとも、右の考察をすすめる際には、人的義務から一般的義務論、さらには義務排除論への展開をみる過程で義務懐疑論者らを支えてきた理論の基礎（反形式主義、プラグマティズム）と、ゴールドバーグ教授らがおこなう義務擁護論の理論的視角との決定的な相違を避けて通ることができない。なぜなら、この基本的態度の相違こそ、「義務」概念を含む法の形式（解釈理論の構成）に有用性を認める否かという根本的な対立を生むものだからであり、ここに義務懐疑論の淵源があることは前述のとおりだからである。しかし、第三次リステイトメント計画をめぐる義務論争から新たな動きを読み取ることを限度とする本稿では、こうした基本的態度の相違の意味やそれぞれの正当性を吟味する作業は他日を期すほかない。以下では、まず義務懐疑論者がおこなう「義務」要件批判の理論的な意味を確認したうえで（本章2）、それとの対比においてゴールドバーグ教授らの見解を特徴づけていくことにする（本章3）。

2 義務懐疑論による義務要件批判

(1) 緒論

義務懐疑論や排除論による義務要件批判は、前述のように「およそ他人に危害を及ぼしてはならない」という高度に一般化された義務がほとんど無内容なものになっていること、言い換えれば、そこで実際に下されている判断はも

はや責任の有無と同義に化し、「義務」という表現に似つかわしくない(同概念の使用はむしろ混乱を生じさせる)という点に向けられている。これに対して、ゴールドバーグ教授らは、なによりもまずつぎのように指摘する。すなわち、一般的義務の観念が無内容におもわれるのは、それが「万人が万人に対して負う義務」と捉えられているからであるが(ホームズ判事の見解を参照)、すくなくとも大多数の裁判所はそのような意味で用いてはいない。シユウオーツ教授の提案は判例準則と乖離しており、法リステイトメントの限度を超えている、と。⁽⁸⁰⁾

仮にゴールドバーグ教授らの指摘が正しいならば、そのような裁判実践の存在にもかかわらず、「義務」概念を用いた理由付けが法的擬制(政策的判断ないしは個別的責任の社会的妥当性に関する判断の隠れ蓑)にすぎないと論難されるのは、どうしてであろうか。ゴールドバーグ教授らの表現を借りれば、「義務懐疑論が多くは不法行為法学者の本能に刷り込まれ⁽⁸¹⁾」てきたというだけの理由で看過されてしまったのだろうか。この問題は、義務懐疑論者が義務言説の機能をどのように理解し、これを批判するのかという問題に関わっており、著名なポールスグラフ対ロング・アイランド鉄道会社判決⁽⁸²⁾に対する批判的論評が格好の素材となる。以下、ポールスグラフ判決(ニューヨーク州最高裁)の内容を簡単に考察したうえで、現代義務懐疑論の権威的存在となつているプロツサー教授の議論をみることにする。

(2) ポールスグラフ判決と相対的違法の観念

わが国でもよく知られた判決だが、以下、簡単に概要を示す。事実は、概略つぎのようなものであった。Xは、目的の地までの切符を購入して、Y社の駅ホームで汽車を待っていた。その間に到着した、Xの目的地とは異なる行先の汽車が発車しはじめたとき、二人の乗客がその汽車に駆け寄って乗車しようと試みた。うまく飛び乗れなかった乗客

の一人が危うく転落しそうになったため、Y従業員が車掌が車内から引つ張り込もうとし、同じくY従業員の駅員が背後から押し上げたところ、乗客が持っていた小さな新聞紙包みがレール上に落下した。落下時点では包みの中身は外部から分からなかったが、火花らしきものが入っていたらしく、落下の拍子に爆発した。爆発の威力は大きく、ホームの反対側にあった秤がなぎ倒され、それにぶつかったXが負傷した。Xは、Y従業員が乗客を汽車に押し込もうとした行為がネグリジェンスにあたるとして、Yに対しネグリジェンスに基づく損害賠償を請求した。ニューヨーク州事実審裁判所は、Y従業員らの行為がネグリジェンスにあたり、賠償額六千ドルが相当とするX勝訴の陪審評決に基づき、請求を認容した。Yの上訴に対し、同州高位裁判所上訴部は、原審陪審判断を妥当とし、乗客が駅員らの助けを得られなければ、乗客は汽車に乗車できずに事故が生じることもなかったし、乗客もなんとか乗車しようと試みることもなかったことが容易に推測される、として原判決を維持した⁹²。これに対し、Yが同州最高裁判所に上告した。

ニューヨーク州最高裁（カードゾ裁判官による法廷意見）は、「Y社保安要員〔車掌・駅員〕の行為は、本件包みの持ち主との関係では違法（wrong）であったとしても、離れた場所にいたXとの関係では違法ではなかった」として、各下級審判決を覆す判断を下した。さらに重要部分を引用すれば、つぎのようになる。すなわち、「ネグリジェンスは、それが法的に保護された利益の侵害でないかぎり、言い換えれば権利を侵害したのでないかぎり、訴えることができない。…Xは、意図的でない侵害について、それが、合理的な人においてそうした侵害を生じる不合理な危険を伴うと考えるような行為による侵害である場合には、その侵害に対する保護を求めることができる。法的にみて、

…これがXの保護されうる限界である。通常の警戒役（ordinary vigilance）の視点で、なんらの危険が明らかでなかったならば、すくなくとも外形上Xに害悪を及ぼさない行為は、X以外の者（包みを所持した乗客）との関係で、身体的安全に対するリスクを伴うものでなかったのにもかかわらず、その行為が違法なものであったからという理由で、不法行為となるものではない。…Xは、みずからの権利に基づき、みずからに対する違法について訴えるのであり、〔Yが〕他人に対して負う義務の違反からくる利益を代位して訴えるのではないのである。⁹⁴」

右法廷意見によれば、本件請求が認められるには、Yの行為がXとの相対的な関係において「違法」と評価されなければならぬ。しかし見方によっては、その論理構成は複雑なものとなりうる。⁹⁵後述との関係では、とくに、当該具体的な賠償請求を基礎づける意味での相対的違法の意義を述べる部分（傍線部）と、相対的違法という論理構成のより一般的な理論構造について述べる部分（傍点部）とを分けて考察しなければならない。ここでは前者のみ考察し、後者は、ゴールドバーグ教授らの見解の箇所（本章3）で改めて考察する。

前者について、Yの行為がXとの関係で違法であるとは、その行為がXの保護法益（本件ではXの身体の安全）を侵害する行為であるということであり、合理的な人間の視点で、当該行為が当該侵害を発生させる「不合理な危険」を伴っていたと評価されることを意味する。すなわち、個別の訴訟で問題になった法益侵害との関係において（しかもその発生態様をも考慮して）、被告の行為が、その法益に対して不合理な危険を伴うものであったと評価できるのでないかぎり、被告の行為はネグリジエンスにあたらず、したがって原告の請求は認められないというわけである（いわゆる「予見可能な原告（foreseeable plaintiff）」のルール）。しかも、この意味での相対的違法は、Xの具体的請求を基礎付

ける被告のネグリジェンスを事例相対的に捉えることを意味している。法廷意見が、「合理的に予想されるリスクが、負担されるべき義務 (Duty) を規定するのであり、リスクが関係を設定するのである」とし、「ネグリジェンスとは、リスクと同様、関係的な概念 (a term of relation) である」と述べるのも、その趣旨に沿うものである。⁽⁹⁷⁾

このように、具体的請求を基礎付ける意味でのネグリジェンスが相対化され、それとともにリスクや義務といった一般的概念もまた相対的に捉えられるのは、本判決が当初から、本件の特徴でもある損害発生態様の異常さ・複雑さからくる問題の処理をねらっているからである。しかしこうした理論構成の下では、被告の行為がネグリジェンスにあたるか否か（救済が認められるか否か）は個々の訴訟・請求ごとに、その法益侵害が当該被告にとって合理的に予見可能だったといえるか否かに従って判断されることになり、一般的準則の抽出を困難にする。近因法理による解決を説いたアンドリュース裁判官の反対意見や、義務懐疑論者が批判したのも（次述⁽⁹⁸⁾）、まさにこの点である。

(3) 個別事例における救済判断と「義務」

ポールスグラフ判決が述べた相対的違法の観念に対し、プロッサー教授は明確な反対論を展開した。⁽⁹⁹⁾ 本稿との関係でとくに重要なのは、「予見可能な原告」のルール（原告の法益侵害に対する責任を基礎づける意味で、被告の行為がネグリジェンスと評価されるには、合理的な人間にとって当該法益侵害をもたらす不合理なリスクが予見可能だったのでなければならぬ）が一般準則としての意義をもちえないとの指摘、および、特定の法益侵害に対する被告の責任を判断する際に実際に用いられている評価視点（すくなくとも結果発生の子見可能性ではない）を教授が改めて模索するなかで、「義務」要件の有用性を疑問視する部分である。

理論構成として、被告の責任は結果の予見可能性によって決定されるべきかという問題に対し、プロッサー教授はつぎのようにして疑問を投げかける。すなわち、この問題には古くから議論があり、被告の行為がネグリジェンスであるか否かを決する予見可能なリスクが、当該被告が責任を負うべき結果の範囲であるとする見解と、被告にとって何が予見可能であったかはネグリジェンスの存否を決する際に重要な要素だが、被告が責任を負うべき結果の範囲如何にとって決定的ではないとする見解の対立がある。予見可能なリスクに責任を限定する見解(前者)の根拠は、大きく三つある。それは第一に、被告の行為の結果は甚大になることがあるのに対して、ネグリジェンスとは社会的な行為標準からの些細な逸脱であるから、被告の非難原因と損害賠償の効果を一致させるのが公正であること、第二に、理論的にもネグリジェンス不法行為の基礎理論に適用ものであること、第三に、考えられるなかでも明確な責任の限界を示すものであり、法の安定と予測可能性に資すること、であるがいずれも説得的ではない。被告のネグリジェンスが甚大な被害に引き合わないといっても、責めのない原告にとつてはなおさらであり、また、訴訟においては原告が被った具体的な被害との間で被告の行為を評価するほかないのであるから、被告の責任は予見可能であった範囲の結果に限られるとの抽象論を説いても意味がない。⁽⁹⁹⁾このような視点で諸判例をみるとときには、被告にとつて何が予見可能で何が予見不可能であったかという判断は、なんら確定した基準ではない——むしろ、予見不可能とおもわれる結果が発生した事案では原告に有利な判断がされる場合が多いのではないかとさえいえる。⁽¹⁰⁰⁾結局、リスクの予見可能性は、被告が責任を負う結果の確定について、それが確定した基準に基づいているとの幻想にすぎないのである。⁽¹⁰¹⁾

右のようなプロッサー教授の議論は、現代の支配的ネグリジェンス理解（社会的・衡量的評価に基づく行為の不合理性判断）の前提になるものである。右の叙述には、予見可能性の論理で責任の限界付けを試みたポールスグラフ判決に対する批判とともに、法の一般理論がいかなる視点で組み立てられるべきかという根本的問題（形式主義とプラグマティズム）に関わるメッセージが含まれている。しかしここで注意したいのは、右の批判にも示されているように、プロッサー教授の関心が、個別の訴訟における被告の責任、言い換えれば特定の法益侵害に対する賠償責任がどのように判断されるのかという問題に集中していることであり、この文脈において、予見可能性による理論構成が形式論理にすぎないとの批判に曝されていることである。このような議論の視野は、個別の請求を基礎付ける意味での相対的違法に関するかぎり、「宙に浮いたネグリジェンス」の判断を拒否するポールスグラフ判決も同じである（次述3①を参照）。そしてこの一致のゆえに、その批判は相対化された義務概念にも向けられることになる。

前述のように、ポールスグラフ判決の法廷意見は、予見可能な不合理なリスクが存在する場合に被告はそれを回避すべき義務を負うが、本件では原被告間にこうした義務負担関係がなく、結果的に侵害された法益に対する関係で被告は原告に対して義務を負わず、その行為はネグリジェンスにあたらないとの構成を採る。プロッサー教授は、このような具体的原被告間の法的紐帯としての「義務」による理論構成に対し、つぎのように述べて有用性を疑問視する。すなわち、ネグリジェンス法理の生成期に登場した義務（人的義務）の概念は、産業革命と期を同じくして、産業保護を目的に事業者の責任を合理的範囲に制限するために機能していたといえる。しかしながら、著名なドナヒューー対ステイブソン判決⁽¹⁰⁾の隣人原則の登場に示唆されるように、「関係 (relation) の概念は変化し、それとともに

義務の観念も変化しているのであって、これが問題をややこしくしているのである⁽¹⁴⁾。個別的相対的な当事者関係に由来する義務が責任の前提条件であるとのルール (priority rule) は、現在までに「ことごとく修正されており」、「これは移動する砂丘のようなものであって、確かな土台となるものではない。裁判所が義務を負うといえばそこに義務があるのであり、憲法と同じく法はわれわれが作り上げるものなのである。：特定の損害について責任を負うべきか否かを判断するにあたり、われわれの定立した準則がこの事案にも妥当するだろうかと問うことは何の助けにもならない。そのようなことは、犬がみずからの尻尾を追い掛け回すようなものである⁽¹⁵⁾」と。

以上のようにして、プロッサー教授はポールスグラフ判決法廷意見が示した相対的違法構成を激しく批判した。とりわけ、「予見可能な原告」のルールは、かつての人的義務論への回帰をもたらすものであり、現代の不法行為訴訟における判断の実際を捉えていないとして、強く拒絶されている。ポールスグラフ判決が予見可能性概念を用い、特定の法益侵害に対する現実の責任問題をリスクや義務を用いて理論構成したことに対しては、シュウォーツ教授も同様の疑問を提示している⁽¹⁶⁾。ポールスグラフ判決が提示した問題は、責任範囲の問題、すなわち現実に発生した被害のどこまでを被告に負担させるのが妥当かというさまざまな考慮が複雑に入り組む個別具体的判断であり、被告における結果の予見可能性という形式的論理構成で覆い隠されるべきではない、というのが義務懷疑論者の考えである。それゆえ、右のような不当な形式論理において、右予見可能性と同義の具体的原告被告間の法的紐帯を意味する「義務」概念も、特定の法益侵害に対する責任を限界付ける法的判断の構成概念としてはもはや機能しないと批判され、このことが、義務要件の一般化や排除への指向をより強固なものにしているのである。

3 義務要件の存在意義

(1) 義務要件の本来的意義 (obligatory sense of duty)

以上のように、義務懷疑論者の批判は、被告のネグリジェンスを原告に生じた「特定の法益侵害の予見可能性」によって限界付ける理論構成に向けられたものであり、それが、「当該予見可能なリスクを回避すべき義務」への批判に結びついている。しかし、このように構成された「予見可能な原告」ルールへの批判が正当であるとしても、相対的違法の観念を——個別の責任の基礎付けという視野に議論を閉じ込めるのではなく——より普遍性をもつ法形式という視点から考察すれば、「義務」概念はなおも重要かつ独自の存在意義をもちうる（そして、もたせるべきである）とするのがゴールドバーグ教授らの見解である。

法廷意見がサー・フレデリック・ポロックを引用して述べるように、個別の訴訟では特定の被害の救済可否こそが問題なのであるから、「いわば宙に浮いたネグリジェンスの証明は要しない」ともいえるし、法廷意見における相対的違法も基本的にこうした視野をもっていることはたしかである——そのかぎりでは、義務懷疑論者の批判はかならずしも不当ではない。しかし、これも法廷意見が示唆しているように、原告に生じた特定の法益侵害との関係で被告の行為がネグリジェンスにあたらないとの評価は、当該訴訟では問題になっていない他の種類の保護法益や、原告以外の者の保護法益との関係ではネグリジェンスにあたる可能性がある（結果とは無関係な違法な行為のありうる）ことが想定されている）ということを否定するものではない。^④ ポールスグラフ判決では結果的に被告の責任が否定された事実案だったためこの点は正面から取り上げられていなかったが、被告の行為が原告の法益侵害との関係でネグリジェンス

にあたらない（相対的に違法ではない）との判断には、被告の行為は非難可能であったかどうか、それが原告の当該法益侵害による損失を負担させるのに十分な非難事由であるか、という段階的な構造があると理解するのも、あながち不当ではない。⁽¹⁰⁾

すでに引用した法廷意見の説示（前出の傍点部分）に即していえば、①「通常の警戒役」の視点でYはいかなる危険を察知し、配慮すべきだったのか、しかし仮になんらかの配慮をすべき状況にあったとしても、②Xの身体の安全に配慮すべき状況にはなかったから、Yの行為はXの法益侵害について訴えうるネグリジエンスを備えていない、との判断を内在していると考えられることもできる。しかし本件では、新聞紙の包みの中身が外部から認識できない状況であったこと、しかも車掌ら従業員の行為はむしろ乗客の安全を確保するための行動であり、一般的にも違法な行為ではないとされた。⁽¹¹⁾このような本件固有の事情のゆえに、とくに①の判断を要することなく、直接②の判断を導くことができる事案であったといえるのではないか。こうした理解が正当であるならば、ポールスグラフ判決という相対的違法の観念を、当該事案における救済可否を特定の法益侵害に対する被告の非難可能性、すなわち当該法益侵害の予見可能性に基づく、当該侵害を回避すべき義務の存否という視点（その意味での相対的構成）で判断したものと理解し、そこから「義務」概念の不当性を導くことには問題があることになる。同判決が示す一般的な理論構造としては、むしろ、「義務」存否による被告の行為じたいの非難性の基礎（①）に加え、それと原告の法益侵害との間に一定の関係性（②）があると評価できる場合に、そしてその場合にかぎり、当該法益侵害に対する被告の責任が認められる、との構造を示していると考えられることができる。

ゴールドバーグ教授らが擁護しようとするのは、右①の意味での「義務」である。それは、およそ理論的には無内容な「万人が万人に対して負う義務」（一般的義務）でもなければ、ポールスグラフ判決に対し義務懷疑論が批判したような、原告に生じた特定の法益侵害との関係において被告が回避を義務付けられていたか否か、あるいは被告の行為が不合理なものだったかどうかということでもない。教授らによれば、被告は「原告が被った種類の損害の惹起を回避すべく（または、そのような損害を防止すべく）義務付けられていたのかどうか」という問題である。そこでは、当該行為の時点で被告はどのように行動することが義務付けられていたのか、その義務付けによってどのような種類の法益が保護されるのか、さらに、その義務付けがどのような人的集団に対して向けられているのが問題になるとされる。⁽¹³⁾

このような義務が、現実には発生した特定の法益侵害についての被告行為の不合理性ないしネグリジェンス（義務違反）を問う前に存在するものでなければならず、ゴールドバーグ教授らはこれを、「義務の本来的意義（primary sense of duty）」と呼んでいる。⁽¹⁴⁾ 教授らによれば、義務懷疑論・排除論の最大の問題は、前述のように特定の法益侵害に対する救済可否判断基準としての予見可能性や義務といった法形式を克服されるべきものとみる一方で、当該法益侵害に対する関係でのネグリジェンスを問う前提として（表現を借りれば「責任の入り口として」）要求されるべき、右の本来の意義における義務を見落としている点にあるとされるのである。

(2) 特定の被害に対する責任の前提としての「義務」

もつとも、本来の意義における義務も実際には原告に生じた具体的法益侵害を起点に判断されることになれば、義

務違反（ネグリジェンスないし行為の不合理性）の問題との区別はあいまいになり、ポールスグラフ判決と同様、形式論理ではなく諸種の考慮因子の総合的・衡量的判断を直視すべきだとする義務懷疑論の批判を免れることは難しいであろう。このような批判を回避するには、一般論としてのみならず、実際の判断においても本来的意義における義務と義務違反の両判断を区別しうるよう、前者の意義をより明確化する必要がある。

この点の補強としてゴールドバーグ教授らは、つぎのような事例を挙げる。たとえば、ハーバー対ハーマン判決¹⁵⁾は、被告所有のボートから浅瀬と知らずに飛び込んだ原告（ソーシャル・ゲスト）が脊椎損傷の傷害を負ったことにつき、被告の責任が問題となった。裁判所は、被告がボート所有者として警告すべき義務を負っていたか否かを問題とし、被告はそのような義務を負っていないとして請求を否定した。この事案では、被告による警告があれば原告は浅瀬に飛び込むことなく負傷することもなかったことは明白であり、争点は、被告が右のような警告義務を負うかどうかであった。また、タラソフ対カリフォルニア大学評議会判決¹⁶⁾では、精神科医である被告の患者が、原告に対する暴行事件をおこしたため、原告の傷害について被告精神科医の責任が問題となった。この事案でも、被告が原告の利益を保護するため思慮深く行動すべき義務を負っていたとすれば、被告の義務違反がなければ原告の被害を回避できたであろうことは明白であり、争点は、被告は精神科医としてそのような警告義務を負うのか否かである。さらに、ギヤモン対オステパティック病院判決¹⁷⁾では、被告病院が、切断された標本用の身体部位を誤って別人の所持品バッグに入れ、それを受け取った遺族ら原告が極度の精神的苦痛を被った事案である。当然ながら、被告が遺族らの精神的苦痛に配慮していれば被害は回避されえたのであり、したがって本件での問題は、はたして被告がそのような法益に配

慮すべき義務を負うのかどうかであり、裁判所はこれを肯定した。

これらの事例によれば、本来の意義における義務の問題が最も鮮明に看取されるのは、「原告との関係においてどのような行為の成り行きが賢明であったかが比較的明快」な場合、言い換えれば、特定の法益侵害の発生過程（当該法益侵害が回避された可能性として望まれた行為）が容易に認定できる場合である。¹⁸⁾そして、そのような行為を被告に義務付けることができるか否か、そしてこれのみが、本来的な義務の問題である。このことを逆にいえば、被告の負う義務が適切に履践されたとしても当該具体的法益侵害を回避できたかどうか疑わしい事案であっても、そのような蓋然性の問題を義務判断にもち込むことは許されない。それは特定の法益侵害の救済可否にかかわる問題、義務違反または法的原因（この両者が、とくに前者との関係においてどのように振り分けられるのかここでは置く）において評価されるべき問題であつて、被告の責任の前提問題である義務の判断とは関係がない。

以上のような理解によれば、ポールスグラフ判決が特定の法益侵害（リスク）の予見可能性を問題とし、その存否に義務の存否を結びつけたことには、問題があることになる。すなわち、被告の義務における問題は、「属性集団としてみた被告が、原告の属する人的集団に対する被害のリスクを予見するのに最適の地位にある」か否かであり、「被告と同様の状況にある者が一定の損害の発生をどの程度予見しうるのか」である。¹⁹⁾それゆえ同判決の結論は、被告の義務が存在しないからではなく、当該義務が原告の当該法益侵害に向けられたものではなかった点にこそ根拠が求められなければならない。²⁰⁾

(3) 「義務」の四つの機能と義務要件

しかし、被告の「義務」に関する問題と、当該具体的事実関係の下での具体的法益侵害の蓋然性ないし予見性や不合理なリスクに対する法的評価との区別が論理的には一応理解できたとしても、そのようにして、被告の負う「義務」を特定の法益侵害に対する責任の前提に位置づける理論構成に、ゴールドバーグ教授らがいかなる規範的意味を認めようとしているのかは、依然としてやや不明確である。シュウォーツ提案との対比において、最後にこの観点から教授らの見解を考察しておこう。

教授らは、懐疑論者が不当にも看過している義務の本来的意義を取り戻すため、裁判所による義務言説には四つの異なる機能があると指摘する。⁽²⁾ すなわち、前述の義務本来の意義である①義務付けとしての義務 (obligatory sense of duty)、②右義務と義務違反が関連付けられる(当該法益侵害に対する関係で当該行為が不合理なものである) という意味での義務 (nexus between duty and breach)、③法律問題としての義務違反不存在の判断をあらわす義務 (no breach as-a-matter-of-law)、④政策基底的免責判断としての義務 (policy based exemption) である。

これらを前述のシュウォーツ提案と照合してみれば、同提案は、右のうち④が義務概念の主要な実際の機能であると理解し、ネグリジエンス責任を基礎付ける諸要素とは別の例外的な義務不存在ルールとして再構成するものといえる——さらに、陪審の合理的推論が社会的合理性に抵触する場合には、これと同じ評価視点で裁判所によりネグリジエンス判断③がおこなわれる。言い換えれば、同提案は、右①および②の意義をも、③や④のような責任ルールの社会的妥当性の観点を基調とした総合的衡量判断枠組み (all-considered judgment) へと解消し、それに従った準則の

定立を試みるものである。しかしゴールドバーグ教授らは、総合的衡量判断枠組みなどというものは「法準則というに値するための決定的な特質を欠いて」⁽¹²⁾おり、「法を、アド・ホックな政策判断の寄せ集めではなく、一貫性をもった法として描き出すには、義務付けとしての『義務』をネグリジェンス法にとどめるのが肝要である」とする。⁽¹³⁾

このようなゴールドバーグ教授らの立場は、義務懐疑論がかつての形式的理論（その構成物としての「義務」）への批判に由来することに対比すれば、形式主義への回帰を指向するものである。それでは、「義務」要件を保持した法形式によってどのようなネグリジェンス法の枠組み・構想が示されるのか。この点については、教授らが、右四つの意義のうち不当にも看過されているとする①と②の区別がとりわけ重要であり、そしてその規範的意義に関しては、義務懐疑論の批判しかつての人的義務や相対的違法の観念との違いにも再度留意しなければならない。

義務要件が本来的に有する義務付けの問題は、前述のように、被告の地位にある者はいかなる危険に配慮して行動すべきかであり、原告に生じた特定の法益侵害に配慮すべきであったか否かを（しかも事後的視点で）問題とすべきものではない。そうすると、特定の法益侵害に対する責任を正当化する根拠が別途求められるが、ここでは、被告が一定の義務を負う地位にあったことに加えて、「義務違反が、原告に向けられた義務への違反でなければならない」⁽¹⁴⁾のだとする。ゴールドバーグ教授らが、義務要件と周到に区別しようとするこの後者の評価が、関連付け（lexis requirement）と呼ばれるものである。

この関連付けは、義務懐疑論においては（プロッサー教授の批判にもよくあらわれているように）、義務要件の一般化と義務違反（ネグリジェンス）判断の法的・政策的評価の強調により、当該事実関係における救済可否判断として被告

行為と特定の法益侵害との総合的衡量判断へと解消される。しかし、ゴールドバーグ教授らの見解では、そのような展開に必然性はない。教授らにおいて義務違反は、あくまで伝統的な理論に従い、当該事実関係に照らして被告が右義務に違反したといえるか否かであり（したがって陪審が判断すべき事項であり）、現実の法益侵害と被告行為の社会的有用性などとの（損害発生態様をも踏まえた事後的な）法的衡量判断、あるいは当該法益侵害の保護に対する政策的ないし規範的な判断を含むものではないと解されている。⁽¹⁵⁾むしろ教授らが問題視するのは、たんなる事実への当てはめ（陪審の義務違反認定）にとどまるものではなく、しかも、被告に対する非難原因（義務要件）と、原告の法益侵害との関連性（義務と義務違反の関連性）という「義務」言説に内在する異質の法的な評価が、義務懷疑論・排除論の見解によれば、社会政策的な視点に基づく一元的な総合的衡量判断（シユウオーツ提案におけるネグリジエンス要件）へと埋没してしまう点にある。そのうえで教授らは、脱道徳主義（人的義務論の否定）とネグリジエンス判断の社会化という従来の展開を基本的には受け入れつつも、そこで求められる法的評価を形式主義の否定と義務違反判断の社会政策的視点へのシフトによって一元的に手当てするのではなく、一方では被告の義務付け、他方では当該事案における義務違反と義務の関連付けを区別した形式（理論構成）へと具体化し、被告の責任の基礎と、原告に生じた法益侵害の救済可能性とを異質の評価側面として明確に区別することによって、ネグリジエンス法の一体性・一貫性を獲得しようとするのである。

ゴールドバーグ教授も認めるように、こうした区別は、出合い頭の交通事故などきわめて単純な物理的損害事例でほとんど区別不可能になることがある。⁽¹⁶⁾しかし、損害発生態様が複雑な場合、原告や第三者の行為が介在する場合、

専門家の責任がどこまで及ぶのかが問題になる場合などには、被告がいかなる義務を負っていたかという問題と、当該具体的な事実関係の下で原告の法益侵害が被告によって救済されるべきかという結論との間に距離が生じる。このような距離が生じる場合に、当該法益侵害に対して被告は義務を負っていたか、あるいは被告の行為が不合理であったかを衡量的に判断することは、さまざまな特徴をもつ個別事案を統一する判断枠組みとしてはあまりにも柔軟すぎるし（ゴールドバーグ教授らの言葉を借りれば「裁判所の味覚」に左右されるとさえいえる）、潜在的被告がそうした判断をどのように受け止めるかという点でも問題がのこるだろう。ゴールドバーグ教授らは明確に結論付けていないが、このような意味でも、前述のような理論構成によって法的判断の性質・力点を明示し、判断の名宛人である紛争当事者への説得力を増すことは、重要な意味をもちうるようにおもわれる。

以上のような、ゴールドバーグ教授らが主張するいわばネグリジェンスの段階的構造と義務要件の意義が、かつての人的義務論と全然異なることはすでに明らかである。かつての人的義務論は、個々の具体的な原告が特定の被告を訴え、その請求が認められるための基礎（個別当事者間の法的紐帯）としての意味をもっていた。たしかにこの概念は、被告の具体的責任を寸でのところ否定するレトリックとして用いられたのであり、これに対して、なぜ責任が否定されたのかを明らかにせねばならないと考えた義務懐疑論は、そのかぎりでは正当であったといえる。しかし他方、個別の救済可否を決する判断の枠組みという視野において、義務要件は一般化され、独自の存在意義を失いつつある。そして、シュウォーツ提案によって義務排除論への展開が現実味を帯びた現在、そのような議論の視野が、逆に、個々の被告の責任の基礎、特定の法益侵害に対して被告が責任を負うべき根拠、そして両者の区別を不鮮明にす

るものであり、同時に社会政策的な視点に基づくネグリジエンス判断への一元化は、法を「裁判所の味覚」、あるいはより危険な政策的圧力に曝すものとして警戒されなければならないとするゴールドバーグ教授らの主張もまた、正当な指摘を含んでいるようにおもわれる。⁽⁸⁷⁾

- (87) John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *The Restatement (Third) and the Place of Duty in Negligence Law*, 54 VAND. L. REV. 657, 661-63, 692-97 (2001) [hereinafter *Place of Duty*]; see also John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *The Moral of MacPherson*, 146 U. PA. L. REV. 1733, 1735-43 (1998) [hereinafter *MacPherson*]. ネグリジエンス責任の道具主義的理解を基礎にした従来の展開したいを疑問視する立場から問題を掘り起こして、義務要件の存在意義を見出そうとするゴールドバーグ教授らの論証は、不法行為責任の理論的基礎をめぐる哲学的議論にまで説き及ぶ。しかし本稿では、ゴールドバーグ教授らが指向する理論構成とシユウォーツ提案との対比を限度とした。

- (88) Goldberg & Zipursky, *Place of Duty*, *supra* note 87, at 664-74.

- (90) *Id.* at 662.

- (91) Palsgraf v. Long Island R.R. Co., 248 N.E. 99 (N.Y. 1928). 同判決を紹介・解説する邦語文献として、平井宜雄『損害賠償法の理論』一六頁以下（東京大学出版会、一九七二年）、加藤一郎『ボールスグラフィ事件——アメリカの不法行為における過失と因果関係』同『民法における論理と利益衡量』一八八頁以下（有斐閣、一九七四年）、藤倉皓一郎『判批』英米判例百選（第三版）一七二頁以下（一九九六年）も参照。

- (92) Palsgraf v. Long Island R.R. Co., 222 App. Div. 166, 225 N.Y.S. 412 (App. Div. 1927). なお、法廷意見は、本文に挙げた因果関係的な判断のち、「Y社は乗客Xに対し、公共交通機関事業者に求められる最高度の注意を払うべきであったことも看過されてはならない」と付け加えている（*id.*）。さらに、「ラザンスキー裁判官の反対意見は、「汽車の乗車口は、「乗り遅れた」乗客が乗車を試みることはないよう、発車前に閉じられるべきであること」からすれば原審陪審のネグリジエンス認定は妥当であるとしつつ、「爆発物

入りの荷物を運んでいた乗客のネグリジェンス（これは当時のニューヨーク州制定法に違反する）が介在」しており、「Y社のネグリジェンスは、Xに生じた被害の原因ではなく、遠すぎる」とする（*id.* at 168-69）。興味深いのは、いずれの意見でも、Xに生じた被害とは無関係にYが負う義務に言及されている点である。後述のように州最高裁では、注意義務の内容としての「予見可能な原告」の観念と因果関係の近接性のいずれが被告の責任範囲の決定基準とすべきかが争われており、義務を論じる視角がやや異なっている。

(93) *Palsgraf*, *supra* note 91, at 99.

(94) *Id.* at 99-100.

(95) なお、ポールスグラフ判決の「相対的違法」ないし「予見可能な原告」のルールは、第二次リスティメントに取り入れられ、つぎのような規定に具体化されている。

二八一条 ネグリジェンスに基づく訴訟の要件

行為者は、つぎの各号に該当するときは、他人の利益に対する侵害について責任を負う。

- (a) 侵害された利益が、故意によらない侵害に対して保護されるものであるとき
- (b) その行為者の行為が、当該他人またはその者を含む人的集団との関係において、ネグリジェンスであるとき
- (c) その行為者の行為が、当該侵害の法的原因であるとき
- (d) 〈省略—奇与過失の法理〉

RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS, *supra* note 23, § 281. 右(b)号でネグリジェンスの関係性を述べた部分がそれである。この規定に關しても、義務懷疑論・排除論と義務擁護論とは理解が異なりうることにつき、Goldberg & Zipursky, *supra* note 88, *Place of Duty*, at 673-74. を参照。

(96) *Palsgraf*, *supra* note 91, at 100.

(97) *Id.* at 101.

(98) *Id.* at 101-05.

過失不法行為における「義務」論の存在意義

- (99) William L. Prosser, *Palsgraf Revisited*, 52 MICH. L. REV. 1 (1953).
- (100) わが国でも有名な、そして平井説にも大きな影響を与えたレオン・グリーン教授も、同趣旨を述べている。See Leon Green, *The Duty Problem in Negligence Cases (Pt. 1)*, 28 COLUM. L. REV. 1014, 1025 (1928)。「判断の対象となる行為が現におこなわれ、実際の訴訟として裁判所に持ち込まれるまでは」特定の原告が特定の被告から保護されているとか、後者が前者に特定の義務を負っているといったことは、決して語るべきでないとする。
- (101) Prosser, *supra* note 99, at 15.
- (102) *Id.* at 16-19.
- (103) Donoghue v. Stevenson [1932] A.C. 562, 580.
- (104) Prosser, *supra* note 99, at 13.
- (105) *Id.* at 15-16.
- (106) Gary T. Schwartz, *Cardozo as Tort Lawmaker*, 49 DEPAUL L. REV. 305, 313-16 (1999).
- (107) *Palsgraf*, *supra* note 91, at 100, 101.
- (108) 法廷意見は、「財産上の利益に対して侵害をもたらすおそれのある行為が、〔結果的に〕たとえば身体の安全の利益に対する予見不可能な侵害をもたらした場合など」には、本件とは異なる問題が生じうるとし、ただ本件では論及しないとされた (*id.* at 101)。
- (109) 法廷意見の議論の視野は、すでに考察した義務懐疑論と同様、被告のネグリジェンスに関する判断をあくまで原告との関係に閉じ込めるものであるため、原告に対して一定の危険性をもつ行為と、予見不可能な結果の発生する場合だけが特殊な問題として括り出されているが、もう少し一般化を試みれば本文に述べるように理解することも可能であり、本判決を曲解することにもならなうべきである。See Goldberg & Zipursky, *Place of Duty*, *supra* note 88, at 685-86; see also *Palsgraf*, *supra* note 91, at 100-01.
- (110) *Palsgraf*, *supra* note 91, at 100.
- (111) 本文に述べた①に関わる判断として、「Yは、(Xの利益侵害とは無関係な)一定の義務を負っていた」との判断が省略されているとみるのである。前掲注(92)も参照。

- (112) Goldberg & Zipursky, *Place of Duty*, *supra* note 88, at 699.
- (113) *Id.*
- (114) *Id.* at 700.
- (115) Harper v. Herman, 499 N.W.2d 472 (Minn. 1993).
- (116) Tarasoff v. Regents of Univ. of Cal., 551 P.2d 334 (Cal. 1976).
- (117) Gammorn v. Osteopathic Hosp., 534 A.2d 1282, 1283 (Me. 1987).
- (118) See Goldberg & Zipursky, *Place of Duty*, *supra* note 88, at 701.
- (119) *Id.* at 728.
- (120) *Id.* at 685-86 & n.81.
- (121) *Id.* at 705-723.
- (122) *Id.* at 722.
- (123) *Id.* at 731.
- (124) *Id.* at 709.
- (125) ゴールドバーグ教授らは、あくまでも事実集約的 (fact-intensive) な判断として陪審に専属すべきであるとする。その一方で、裁判所が「義務」概念を用いておこなう法律問題としての義務違反判断は、むしろ社会政策的な免責枠組みとして明示されるべきだとする (see *id.* at 712-717 & n. 189)。
- (126) *Id.* at 705-06.

(127) アメリカにおける「不法行為法の危機」が、訴訟の急増による紛争解決の経済的・時間的コストの高騰とともに、潜在的加害者の過剰な事前対応により日常生活の制約が生じたことは良く知られている。このような責任ルールの波及効果さえ衡量的判断枠組みにおいて考慮されうるともいえるかもしれないが、それはあくまで対症療法であって、不法行為における個人間の法的交渉がもつ意味を否定してよい積極的な理由にはならないであろう。そして、この意味を考えるとときには、衡量的判断枠組みはあまりにも

紛争当事者の意識とかけ離れたものになる危うさをはらんでいるようにおもわれる。なお、アメリカでの不法行為法改革について、リチャード・S・ミラー¹⁸松本恒雄「アメリカ合衆国における不法行為法改革の動向(上)・(下)」判タ六二二号一五頁、同六二二号三〇頁(一九八七年)も参照。

(128) なお、シュウォーツ教授は、ゴールドバーグ教授らの見解を人的義務論 (privacy rule) と同旨のものともみなしている。See DISCUSSION DRAFT, *supra* note 83, §6 reporter's note cnt. a. しかし、ここまで本文で考察したように、ゴールドバーグ教授らの見解が人的義務論と異なることは明らかであろう。ゴールドバーグ教授らも、この点をみずから強調している。See Goldberg & Zipursky, *Place of Duty, supra* note 88, at 707 n. 157; *idem*, *MacPherson, supra* note 88, at 1748, 1823-24, 1826-30.

V 結 語

以上本稿では、第三次リステイトメント作業におけるシュウォーツ教授の提案と、それに対するゴールドバーグ教授らの反対論を中心に、アメリカ・ネグリジェンス法理における「義務」要件をめぐるひとつの議論を考察してきた。各見解をみるなかで両見解の相互関係に配慮した考察を加えてきたが、稿を閉じるにあたり、再度簡単な整理と検討を加えておきたい。

すでに考察したところから明らかのように、シュウォーツ提案とゴールドバーグ教授らとの間で交わされた議論は、たんに、ネグリジェンス法の準則解釈の対立にとどまるものではない。アメリカでは従来、社会的損害分配システムとしての不法行為法理解が支配的であり、わが国にも平井教授の議論を通じて大きな影響を受けていることは否定できないであろう。この大きな潮流は、ネグリジェンス法においてはかつての人的義務論の克服と一般的義務概念

への移行、およびネグリジェンスにおける事後的衡量判断枠組みとなつて、プラグマティックな法理論を形成してきた。この伝統的な潮流が、今回のシユウォーツ提案により、いよいよ法リステイトメントの準則レベルへと押し上げられる動きをみせたのである。これに対し、ゴールドバーグ教授らの議論は、準則レベルでのプラグマティズムの貫徹（義務排除論と衡量アプローチ）を拒絶し、義務要件を中心とする形式主義への回帰を主張した。それは、ネグリジェンス法を一貫した法として捉えるためには、両当事者の利益の社会政策的な衡量判断という、責任そのものを相対化させる枠組みではなく、個人対個人の具体的な法的交渉という側面を捉えたより一般的・普遍的な法の形式が不可欠であり、かつ現に存在しているとの主張である。このような両見解の対立は、たんに「義務」概念の解釈のみならず、不法行為法の論理を構成する諸価値をどこに見定めるのかという、より高次の方法論的視座の相違に由来するといえる。

このような議論の性質を反映して、ゴールドバーグ教授らの見解でとりわけ興味深くおもわれるのは、被告に対する法的義務付け（一般的な権利保護要請）の問題と、原告に生じた特定の法益侵害との関連付け（法益侵害の個別的保護要請）の問題とを理論的に明確に区別し、前者をあらわす法概念として「義務」を再定義するという段階的構想である。義務懷疑論では、この二つの問題は、特定の法益侵害の救済可否判断の理論構成という議論の視野において、予見可能な原告のルールが社会的・一般的衡量判断への展開をみた際に、正面からではないにせよ一旦は否定されたものである。しかしこの段階的構想は、「義務」概念を通じて被告の責任の基礎を明らかにし、他方で原告の法益侵害の保護判断の決め手を明確にするという、責任の相対化を伴う衡量的判断では明示できない責任の評価構造を提示す

るものであり、個人間における法的救済の正当性を担保する有益な視点をもたらしものであるようにもおもわれる。

安易な類比は慎むべきであるが、あえてわが国で意識されている一定の問題に重ね合わせてみれば、つぎのようなものを考えることができる。近年発展の著しい医事紛争では、医療水準論による過失論（行為義務論）の拡大には目を見張るものがある。しかしその一方で、裁判所が定立する義務規範と、医療従事者の行為モデルとがかならずしも一致しないという危機感も同時に存在している（事後的鑑定による義務認定も要因の一つであろう）。このような局面では、やはり、被告がなぜ責任を負うのか、他方で原告はなぜ保護される・されないのかが、それぞれに対応する価値への法的評価を明示した理論構成によって示されることが望まれる。たんに、「被告がこれこれの措置を講じておれば当該結果を回避しえたのだからそうすべきであった」との判断は、義務規範としてはやや問題がある。そのような義務が認定されたのは医療従事者として一般的にそうすべきだという意味なのか、当該事案の特殊事情に基づくものなのか明確にならないかぎり、義務規範としては適切に機能しえない。義務擁護論のいう段階的構想によれば、このような局面においても、行為時点に妥当する義務規範（過失）と被害の当該事案における要保護性評価（被害法益の創設・抽出のほか、不作為における因果関係にも内在するとおもわれる）¹²⁹に対する法的判断とを明示することが期待できるのではないだろうか。

もちろんわが国でも、過失の本質をめぐる議論や、過失と相当因果関係の交錯・峻別を意識する見解（平井教授の保護範囲論に対抗するかたちで登場した危険性関連説）が論じられるなかで、右のような問題意識は存在しているとおもわれる。しかしながら、冒頭にも述べたように、従来の不法行為基礎理論・帰責原理にかかわる議論は、抽象的理論

構成レベルにかなりの重心がおかれ、実際の判断にはなかなか適用しにくい面があつたことも否定できない。その意味では、ゴールドバーグ教授らが示す段階的構想は、たんに形式主義への回帰というにとどまらず、実際の判断の受取り手の立場からより説得力のある説示を提示することへの指向、いわばへより紛争当事者の意識に根ざした法理論を指向するものとして、わが国にも参考になる新たな視点をもたらさうものであるようにおもわれる。

もつとも、本稿が考察できた範囲はきわめて限られている。ゴールドバーグ教授らの見解に限っても、被告に対する義務付けや義務違反との関連付けのそれぞれの具体的判断枠組みがどのようなものになるのかを明らかにできていないし、裁判実践を拠りどころとする教授らの見解を諸判例から検証する作業も果たせていない。さらに、このような理論構想の歴史的・実践的な正統性を吟味するうえで参照・比較を試みるべきその他の有力な見解にも、本稿は触れることができなかった。第三次リステイトメント計画に関しても、規定内容が大幅に改訂された経緯のすべてをゴールドバーグ教授らに結び付けることは到底できないから、アメリカ不法行為法学の鳥瞰的な見取り図を描いてみる必要もある。本稿での準備作業を具体的な解釈論へと結びつけていくには、乗り越えるべき検討課題は山積している。しかし、わが国の理論・実践の両面にある程度の影響を与えてきたアメリカでのネグリジェンス理論が、きわめて基礎的な部分で再び動きを見せていることはたしかである。そして本稿で考察した議論も、こうした動きの一例であることに変わりない。

なお、「第三次不法行為法リステイトメント（物理的損害に対する責任）」は、現在までに総会承認を経た部分が、二〇〇五年五月に最終草案として提案される予定である。

- (129) ゴールドバーグ教授らも、義務と義務違反の関連性（個別的要保護判断）はいわゆる近因理論で扱われてきた問題に接合すると指摘する。Goldberg & Zipursky, *supra* note 88, at 712 n. 169. また、本稿では扱えなかったが、ゴールドバーグ教授は別稿でも、関連性の要件による近因理論の再構成を試みている。See John C.P. Goldberg, *Rethinking Injury and Proximate Cause*, 40 SAN DIEGO L. REV. 1315, 1336-40 (2003).

- (130) たとえば、そもそも義務は免責的な機能しかなく、過失責任主義は一般的・包括的な責任原理として存在しているわけではないとすらゴロン教授の見解もある。See Robert L. Rabin, *The Historical Development of the Fault Principle: A Reinterpretation*, 15 GA. L. REV. 925 (1981).