

事実的因果関係論の正統性

— 成立と普及の実相 —

野々村和喜

第一章 問題の所在

第二章 「事実的因果関係」の取扱い

第一節 成立要件と賠償範囲画定論における二面性

第二節 多様な理解の存在

第三節 「事実的因果関係」の多義性

第三章 事実的因果関係概念の解釈論的意義と限界

第一節 『損害賠償法の理論』とは如何なる「理論」だったのか

第二節 “Cause-in-Fact”概念をめぐる議論の概観

第三節 平井＝事実的因果関係論

第四章 事実的因果関係論の現状と展望

第一節 「因果関係」概念への取組み

第二節 いわゆる「因果関係論」と事実的因果関係論

第五章 結語

第一章 問題の所在

「被告の（契約不履行ないし不法行為と評価される）行為という事実と（賠償を求められていることの）損害と評価される事実との間に存在する *conditio sine qua non* の関係は」、「当該損害について損害賠償責任を被告に問うため不可欠の条件」である。⁽¹⁾

「事実的因果関係」概念⁽²⁾の意義と機能を述べたこの一節がわが不法行為法学にもたらされて、約三十年が経過しようとしている。最近の体系書や概説書にはほぼ例外なくこれに相当する記述があり、右の一節は、普遍的に妥当する命題として定着したかのような状況にある。⁽³⁾ 事実的因果関係という語のこれほどまでに急速かつ広範な普及とその継続は、右の一節の与えた「影響」が如何に大きなものであったかを如実に物語っている。

事実的因果関係という概念を不法行為法理論に一般的に採用すること——正確にいえば、「相当因果関係」⁽⁴⁾によつて表現されてきた問題を「事実的」なものへ限定する」と——に対しては、当初から懷疑的な意見も提出されているところであり、事実的因果関係概念をめぐる議論は結着しているとまで評するのは確かに不正確であろう。しかし、そうした懷疑的な意見も、それらが右に述べた意味での事実的因果関係概念に向けられたものであるならば、やはり冒頭の一節が与えた「影響」の範囲内にあることにかわりはない。

しかしながら、そもそも事実的因果関係なる観念については、これがたんに用語上の普及をみていく以上に、

特定の実体法的争点を指す「概念」として、「事実的因果関係論」ともいうべき法的問題領域を形成した——この語に内在する問題の本質を共有した議論が交わされてきた——とまで、はたして評価されうるものであろうか。

ところで、事実的因果関係概念をめぐっては、その立証問題が事実的因果関係にもなんらかの評価が伴わざるをえないことの証左として認識され、またいわゆる原因競合事例においては、「あなければ、これなし」公式との関連で、当該判断公式をクリアした後に（事実的因果関係に論理的に連続するものとしての）「因果関係」判断に関連する評価問題が存在することが意識されている。⁽⁵⁾さらに、「不作為による不法行為」と呼ばれる事例類型をめぐっても、当該概念が一定の限界を有していることが意識されている。⁽⁶⁾このように、事実的因果関係概念は、各論的困難をはらむ概念としてつねに意識され、同時にこれらの諸問題は、訴訟法上の「自由心証主義」、「賠償範囲画定（規準）論」、あるいは「過失」（ないし「違法性」）という、いずれも事実的因果関係概念そのものとは区別された別個の議論枠組みにおいて扱われてきた。このことは、事実的因果関係概念それじたいをめぐる一般的な議論が従来は積極的に展開されてこなかつた、ということを暗に示すものである。

このような事態が生じていて一つの要因として、事実的因果関係には一般論として十分かつ反論しがたい「明快さ」が備わっている、との想定が広く受け入れられてきていることが挙げられるであろう。この想定、ないしは事実的因果関係概念に備わっているとされているところの「明快さ」というのをひとことでいえば、事実的因果関係とは、被告の行為と損害とを結ぶ事実上の原因——結果の関係であって、不法行為の成立に不可欠の要件であるとともに、「相当因果関係」概念に内在する規範的価値判断を下すため不可欠の前提条件である、という理解に帰着しよう。こ

れば大体において本稿冒頭の一節に符合しているといえるが、同時に、つぎのような疑問をも生じさせるものもあるようにおもわれる。

右の理解には、不法行為責任の成立には事実上の原因—結果の関係（事実的因果関係）が必要であり、その事実的因果関係の存在することが賠償範囲を画定する前提になる、という二つの異なる主張が含まれている。しかしながら、冒頭に引用したところでは事実的因果関係の存在が「被告の責任を追及する不可欠の条件である」とされるに止まっており、すくなくとも、そこから右のような二つの具体的な主張を直ちに導くことはできない。それでは、右の二つの主張のうち、事実的因果関係が事実上の原因—結果の関係であるという前半部分（以下、「本質的意義」という）と、これが賠償範囲画定の前提となるという後半部分（以下、「理論的意義」という）とを分けて考えた場合に、事実的因果関係をめぐるこれら両意義はそれぞれどのような論脈において導かれることになるのであろうか。多少抽象的な問題認識であるとの謗りを免れないとしても、現段階における諸見解に「事実的因果関係」なる用語が普及・浸透している状況のなか、右の点に注意して観察してみると、前述した事実的因果関係概念をめぐる一般論としての「明快さ」じたいに、むしろ不明瞭な部分が存在していることに気づくのである。

従来は、事実的因果関係の存否がいわゆる「あれなければ、これなし」公式によつて判断されるべきであるという主張、または、不法行為における因果関係はいわゆる事実的因果関係に限定して理解されるべきであるという主張に対して問題が提起されたことが多かつた。前者は、事実的因果関係そのものに対する問題提起というよりも、その判断公式の限界を問題視するものであり、後者は、不法行為における因果関係概念が事実的因果関係の存否と賠償範囲

画定という截然たる問題区分に耐えうるものではないという（したがって、両問題の混在する相当因果関係概念への回帰を指向しやすい）問題意識に支えられており、前述した事実的因果関係の立証問題、原因競合事例における因果関係の理解、不作為による不法行為における事実性の問題などをめぐる各論的問題提起は、いずれもこうした観点に立脚するものといえる。しかしながら、これらの問題提起が、事実的因果関係とは事実上の原因—結果の関係であり、それはかつての相当因果関係概念の一部（入口なし第一段階）であるという一般論レベルでの理解を一旦共有してはじめ可能となるものであること、したがって、これらがあくまで各論的な問題として位置づけられること、そして、それらが今日まで事実的因果関係概念それじたいに関する一般的議論を十分に呼び起こしてこなかつたという経験を踏まえるならば、むしろつぎのような考察の視点が採用されるべきである。すなわち、本稿の問題意識は従来のそれと異なり、今日では一般論としての「明快さ」を備えるとされている事実的因果関係概念について、そうした理解が形成された経緯（理論的正当性の存否）に着目して、その「明快さ」にこそ種々の各論的問題に連なる問題性が内在しているのではないかという本稿の仮説を検証することをその目的としている。⁽⁸⁾

具体的には、つぎのような順序で叙述を進めるところにする。

- ① 「事実的因果関係」の取扱い（第二章）——わが国の不法行為法学は、かつての「混迷」状況を加速し、「論争の当事者でないとわからない」状況にあって「一種の行き詰まり状態にはまり込んでしまったきらいがある」とまで評されているが、その一方で、本稿での事実的因果関係概念再考の基点となる平井教授の問題提起以降は、英米法的理論体系と伝統的・ドイツ法的理論体系との対立が鮮明となり、「物別れ」状態ともいうべき状況が生じているとも

いわれる。⁽¹⁰⁾ こうした指摘に対比してみれば、諸学説が事実的因果関係なる語を一様に用いてきた状況は、ある意味で奇妙な現象であるともされよう。すでに述べたように、これは事実的因果関係概念が「明快さ」を備えているという理解が一般に普及してきた結果であると一応考へることができるが、より詳細に観察してみると、従来の諸見解における当該概念の取扱いにはかならずしも一定しない部分がみうけられる。そこで、本稿での関心はまず、最近の体系書・概説書の記述に即してそれらにおける事実的因果関係概念の取扱いを個別に観察したうえで、当該概念をめぐる学説の現状を正確に把握することに向けられる。その際、「事実的因果関係」を基点として諸見解を横断的に比較可能なものとするため、当該概念の「本質的意義」と「理論的意義」という前述二つの意義に着目してこれらを整理する。これは、当該概念の一般論レベルでの「明快さ」を一旦受け入れたうえで各論的な問題を提起するという従来のアプローチ方法とは異なつて事実的因果関係概念の確立そのものに關わる理論的正当性を検証するには、前述の二つの意義に關わる内容を備えるに至つた経緯に目を向けることが不可欠であろう、という本稿の認識に出たものである。

② 事実的因果関係概念の本来的・「理論」的意義（第三章）——現在ではほぼ確立したものとなつてゐる「事実的因果関係」という用語法と、次章に見る諸見解での当該概念の取扱いの理論的正当性を検証するためには、つぎに、わが国における事実的因果関係概念の起源を確認しておく必要がある。事実的因果関係なる語が初めて用いられたのは、周知のとおり平井宣雄教授の『損害賠償法の理論』においてであるが、今日では、事実的因果関係に關し、この平井教授の主張を參照することがいわば慣例化している。そこで、平井教授の主張において事実的因果関係なる概念

がいかなる理論的役割を担わされ、登場するに至ったのかという点の確認が必要となるのである（第一節）。さらに、すぐに明らかとなるように、平井教授によつて採用された事実的因果関係概念はアメリカの Leon Green 教授の示した“Cause-in-Fact”概念を起源とするため、右作業に必要な限度で、同教授の主張を中心とした英米での議論にも目を向ける（第二節）。そして、事実的因果関係概念の本来的・「理論」的意義と限界を解釈論的観点から確定することが「」での課題である（第三節）。

③ 私見（第四章）——以上の確認作業を経て、事実的因果関係をめぐるわが国での議論に対する一定の評価を下す」とが本稿の目的であるが、「」には二つの観点での分析・評価が含まれている。

第一は、事実的因果関係概念をめぐる今日の一般的理解の理論的正当性に関し、平井教授の主張の理論内在的意義との関連においてなされる回顧的な評価である（第一節）。この主眼は、今日の一般的な理解が平井教授の主張との間に理論的に正統な連續性を有しているといいうのか否か、さらに、こうした観点においては、一致した用語法を採用しつつも明確に区別して理解されるべき見解があるのかどうかという点を中心にして、現在の議論状況を再評価することにある。

第二は、事実的因果関係概念の普及・確立という事態そのものに対する本稿と同様の問題意識に基づきながら、当該概念をいわゆる「（相当）因果関係論」という枠組みで再考しようとする最近の動向に対し、本稿での成果がどのような意味をもちうるかというものである（第二節）。こうした試みはすでにいくつか散見されるところであるが、それらはいまだ活発な議論を換起してはいないとはいえ、事実的因果関係概念にどまらない「因果関係」概念を

めぐる広範な議論を内在するものもある。他方で本稿は、事実的因果関係概念を存置した議論枠組みを構想すべきか、広く因果関係を視野に入れた議論を構想すべきか、そしてそれぞれの議論の中身はどのようなものになるかといつた理論的側面を射程に収めるものではない。したがって、ここでは因果関係概念の克服という企てのなかで一般的「因果関係」概念を再度援用することがいかなる「有用性」をもちうるのか、あるいは、そうした試みは平井教授の主張を契機としたわが国の理論的展開とどのように関わってくるのかという観点において、本稿の成果を最大限援用しながら近時の動向を評価することにしたい。

従来、事実的因果関係概念を本稿のような回顧的観点で再検討したものはなかつたといつてよい。⁽¹¹⁾しかし、本稿が試みる作業は、従来適切に議論枠組みが形成されてきた問題と、他方に取り残され、かつ、事実的因果関係概念には解消されない傾向にある問題——その結果、種々の各論的問題提起を帰結し、最終的に「因果関係」論から排除されかねない問題——がなかつたであろうかという点を考えていくうえで有用であろうし、事実因果関係論再構成というさらなる作業にとって不可欠な作業となろう。こうした意義との関連では、また、本稿がいわゆる「因果関係」の概念的分析や因果関係論のなかでも「賠償範囲画定論」として枠付けられてきた議論を正面から取り扱うものではないことにも注意を要する（念のために補足しておくと、本稿は、「『事実的因果関係』とは何か？」という意味での分析——この語から連想されやすい実在的な関係の本質を探究すること——を目的とするものではない）。さらに、本稿の問題意識との関係上、主として学問理論的資料が扱われる点についても、あらかじめお断りしておきたい。

第二章 「事実的因果関係」の取扱い

第一節 成立要件と賠償範囲[画定論]における二面性

— 幾代通・徳本伸一・森島昭夫各教授の見解 — 幾代通・徳本伸一補訂『不法行為法』は最も信頼の寄せられた体系書の一つであるが、それによれば、事実的因果関係とは「純粹に事実的・自然的・機械的・没価値的に事物生起の過程を観察したときに認められるところの、『Yなる者の行為があつたがゆえにXなる者の損害が発生した』といふ具体的かつ現実的な関係」(傍点・筆者)であるとされる。⁽¹²⁾ 同様に、森島昭夫教授も、「『事実的因果関係』というのは、加害行為という事実と損害と評価される事実との間に存在する『あればなればこれなし』⁽¹³⁾ という関係である。条件的因果関係、自然的因果関係ともいわれる」(傍点・筆者)と述べている。これらの見解においては、事実的因果関係に加害行為を起点とした自然科学的・客観的な出来事の連鎖としての本質的意義が認められていることは明らかであろう。

この特徴に加え、幾代教授によるつぎの叙述にも注意したい。すなわち、不法行為責任の成立と賠償範囲の画定という二つの文脈で「相当因果関係」という語が用いられる場合に、それぞれに対応して「直接的結果」と「間接的結果」という二種の結果概念が用いられるこことを疑問視する文脈において、「行為と損害との間の事実的因果関係が直接的か間接的かは、たぶんに連続的で程度の差の問題」であり、「実用法学上の有用性には疑問をいだかざるをえな

い」のであり、「いわば『宙に浮かんだ不法行為』といったものを構成する必要はあるまい」として、「不法行為責任が成立する範囲は、すなわち損害賠償義務の範囲であり、損害賠償義務の発生する範囲において不法行為は成立する、といえば足りよう」とする叙述である。⁽¹⁴⁾従来、これが事実的因果関係概念との関連で意識されたことはなかったとおもわれるが、ここに、成立要件としての事実的因果関係概念がいわゆる賠償範囲画定論に対して有している意味を確認しておく必要がある。

右の指摘を要約すれば、「(相当)因果関係」の直接・間接という区分は、賠償範囲画定論の記述方法として不適切であり、賠償範囲画定論が「(事実的)因果関係」(による表現)から「区別」されるべきであるということにある。この区別は、「不法行為」という最終的な法的結論へ向かう両議論が、異質な(いわば「別次元」の)問題である⁽¹⁵⁾との指摘として言い換えることができよう。すなわち、この見解における事実的因果関係においては、賠償範囲画定論の対象ないし論理的前提という意味での自然科学的な一連の出来事の展開としての意義(この意義を重視する傾向については後述)よりも、実際には上ののような観念方法が採られているとしても、成立要件として求められる行為と損害との「因果関係」——賠償範囲画定論とは「別次元」の問題——であるという、理論的に固有の意味がより重視されていると考えられる。⁽¹⁶⁾

さて、以上の見解を整理すれば、事実的因果関係概念に成立要件としての固有の理論的意義を認め、その本質的意義を自然科学的・客観的な「因果関係」として捉えている見解として理解することができる。そこで、このような本質的・理論的両意義および理論的関連を一体として理解しておくなれば、つぎにみるように、これ以外の見解が若干

異質に映つてくる」とがわかる。

二 四宮和夫教授の見解　四宮教授によれば、「不法行為で問題となる因果関係は、……事実的因果関係であつて、かの『相当因果関係』と異なり、法政策的評価によつてその波及範囲の制限を受けた因果関係という意味での『法的因果関係』、ではない。しかし、因果関係は、被害者に生じた損害の・行為者への・帰責にとつて出発点となる要件であるから、そのような法的帰責の出発点とするに値する、責任原因と結果との関係であれば足りる」⁽¹⁷⁾（傍点・筆者）とされる。ここでは、事実的因果関係が賠償範囲・画定論とは「別次元」の、責任成立をめぐる固有の理論的意義を有する概念として理解されており、この点に関する限り見解一と同様にみえる。

しかし、事実的因果関係の本質的意義に関する理解は、見解一と若干趣を異にしている。教授によれば、「因果関係の判断を行うには、因果関係の存否を問題とすべき」一つの事実を確定しなければならず、……『権利』侵害の因果関係の場合を例にとっていえば、(イ)起点は、被告の故意または過失である。被告の行為のうち、故意をもつてなされた部分または注意義務違反によってなされた部分、である。(ロ)終点は、具体的・個別的に捉えられた『権利』侵害である⁽¹⁸⁾（傍点・筆者）とされる。したがつて、ここでの事実的因果関係には、「故意・過失」と「権利侵害」という法的評価を経た「事実」の間を結ぶものとして、「没価値的」事実経過とは異なる本質が認められている。⁽¹⁹⁾

それでは、四宮教授において、客観的事実としての「(事実的な)因果関係」（あるいは、自然科学的な意味での一連の出来事の連鎖）はどのように扱われているのであろうか。この点は、教授が自説を「相当（因果関係）説のより好ましい方式化である⁽²⁰⁾」とする点に關係してくるようにおもわれる。教授は、民法七〇九条の文言解釈として、「責任設定

的因果関係」と「責任充足的因果関係」という二つの「因果関係」概念を認め、前者は「事実的因果関係」⁽²¹⁾と同義で「因果関係固有の問題」であるとし、後者は賠償範囲画定論に関する問題であり、「厳密には因果関係の問題ではない」としつつ、同時に、「前者と後者とは、因果関係としては同じ性格を有する」と述べている。⁽²²⁾すなわち、四宮教授の理解において修飾語を付さない「因果関係」という概念じたいは、「発生した損害を行為者に帰せしめる基礎として、法律関係をもたない者たちの間に不法行為による法律関係を設定する（すなわち責任者と請求権者とを確定する）、という機能を當むと同時に、加害者の責任をなんらかの意味で限定するという機能を當む」ものとして、賠償範囲画定論をも射程に收めるかたちで捉えられているのである。⁽²³⁾

以上の点を踏まえたうえで、事実的因果関係および賠償範囲画定論と「因果関係」概念との論理的な関連を整理すればつきのようになろう。まず、自然科学的・客観的事実としての「因果関係」は、四宮教授の理解にも存在している。しかしそれは、賠償範囲画定論の対象としての意味と、「法的帰責の出発点」⁽²⁴⁾たる事実的因果関係（責任設定的因果関係）の現実的基礎としての意味の双方を併せもつものとして位置づけられている。つまり、前者は、因果的に展開する「損害」の客観的な広がりがどこで「画されるべきか」という規範的評価の対象⁽²⁵⁾である——一定の後続損害が因果的展開の範疇になれば、それが危険性関連を有するか否か（賠償範囲に含まれるか否か）という評価・判断は不可能であろう。これに対して後者は、規範的評価を経た「行為」と「結果」（「故意・過失」と「権利侵害」）の関係をなおも「事実的因果関係」と表現するところに示されるように、当該規範的評価のさらにもう一段階前の「出発点」としての客観的な出来事そのもの、という意味である。したがって、自然科学的な一連の出来事の展開としての

「因果関係」そのものは、法的な「因果関係」という表現を支える限度で念頭におかれているにすぎず、この意味での「因果関係」は法的概念として積極的な理論的意義を有するものではない。⁽²⁶⁾そして、こうした因果関係概念の整理は、いわゆる「(相当)因果関係」理論の「より好ましい方式化」という標語によつて支えられているのである。

三 「事実的因果関係」の諸意義 以上から、つぎの四点が推論される。第一に、成立要件としての理論的意義を同じくしながら、見解一と二では、あくまで自然科学的・客観的な一連の出来事の展開としてか、なんらかの評価を経たものかという点で、事実的因果関係の本質的意義に相違があり、「成立要件としての側面」において理解のぶ、れがあるのである。第二に、見解二では、自然科学的な一連の出来事の展開としての「因果関係」を、いわゆる賠償範囲画定論の記述方法との関連で念頭におくという理解がある。第三に、四宮教授の理解では、からずしもこの意味での「因果関係」が直ちに「成立要件としての事実的因果関係」を意味するものではない。さらに第四として、第一・第三の点に関して、「成立要件としての事実的因果関係」とは異なる側面（賠償範囲画定論に対する側面）において自然科学的な意味での「因果関係」を觀念する」との理論的な有用さを認めることができそうである。

最後の点に関し、これをかつての「相当因果関係」論の克服過程で登場した事実的因果関係という觀点で捉えるならば、賠償範囲画定論に対する側面において自然科学的・客観的な「因果関係」を觀念することはある意味で当然の成り行きであるとも考えられる。しかし、成立要件としての事実的因果関係に固有の理論的意義は（それが客観的であると否とに関わらず）、この賠償範囲画定論との関連で自然科学的・客観的な「因果関係」を觀念するということ、さらにはその理論的「有用さ」とどのような関係にたつのであろうか。たとえば、その成立要件としての側面と賠償範

囲画定論に対する側面とが、表裏一体として事実的因果関係の理論的意義を支え、さらにその本質的意義をも決定づけるのだとするのもひとつの一見識であろう。この理解の下では、「因果関係」にたつ損害のうちどの範囲を賠償対象に含めるかという法的価値判断が賠償範囲の画定であり、この「因果関係」、そして規範的判断に先行するがゆえに「事実的な因果関係」こそが事実的因果関係であるとの説明に落ち着くことになりそうである。ところが、「事実的因果関係」が賠償範囲画定論の対象としての意味をもたず、かつ、自然科学的・客観的な本質を有するものでもない四宮教授の見解との関係では、ただちにこのような理解を是認することはできない。また他方で、事実的因果関係が自然科学的・客観的な本質的意義を認められながら、賠償範囲画定論と事実的因果関係（ないし「因果関係」概念）との間が理論的に遮断されている見解——ともじつは整合しない部分が残っているといわなければならない。

このようにしてみると、今日の学説における事実的因果関係概念の本質的・理論的両意義の確定と、そうして描き出される今日の「事実的因果関係論」の現状に対する一定の評価が必要なのではないかとのさらなる疑問が生じる。そして、そのためには、本稿冒頭に引用した一節に立ち返った「理論」内在的な考察が不可欠となろう。以下本章では、この作業に移る前に、前述の二側面に関わる理解のぶれを意識しながら、その他の見解における事実的因果関係の取扱いをさらに確認していくことにする。

第二節 多様な理解の存在

一 前田達明教授の見解

時代が相前後するが、前田達明教授も四宮教授と同様に、民法七〇九条に「因リテ」

が二度登場することに着目し、前者を「加害行為と権利侵害を結ぶ因果関係」、後者を「権利侵害と損害を結ぶ因果関係」として区別し⁽²⁷⁾、「因果関係」概念に関して前節の見解⁽²⁸⁾と似通った理解を示す。しかし、前田教授に特徴的なのは、両因果関係が「『因果関係』という次元においては、同じであ」り、「七〇九条は、加害者の行為と権利侵害あるいは損害との間に、因果関係のあることを要件としている」（傍点・筆者）として、これら二種の「因果関係」を本質的には区別しない点である。つまり、両因果関係の本質は、一つの現実の因果関係として捉えられ、当該「因果関係」（行為→権利侵害→損害の全経過を捕らえるもの）がそのまま成立要件としての「因果関係」（事実的因果関係）として位置づけられている。⁽²⁹⁾この点、四宮教授によれば両因果関係の区別は、事実上の因果関係を基礎とした成立要件としての因果関係（「事実的因果関係」）と、同じく事実上の因果関係に対して評価をえた賠償範囲画定後の因果関係との区別に対応するものであった。⁽³⁰⁾

反面、前節一にみた見解ともつぎの点で相違している。すなわち、前田教授における「因果関係」は、まさに「自然的社會的（事実的）因果関係」⁽³¹⁾であるが、「日本の学説判例が『相当』という言葉を用いて行ってきた操作のもつとも主たること」である賠償範囲の画定に関する法的評価を「因果関係の法的限定」（傍点・筆者）と表現するところにも表れているように、当該「因果関係」には、因果的に記述される賠償範囲画定論の対象としての理論的意義がとりわけ強調されている。前節一にみた見解では事実的因果関係に成立要件としての固有の理論的意義が認められ、同時に、当該事実的因果関係と賠償範囲画定論との論理的な関連性が遮断されていたことと対照的である。

二 澤井裕教授の見解

ついで、澤井裕教授は、因果的な賠償範囲画定論の記述という意味において前田教授や

四宮教授と似通った主張をするが、事実的因果関係の取扱いに関して特徴的な部分がある。

教授は、「『引き起こしていない出来事に責任なし』の命題は責任負担の前提として、①事実的因果関係（要するに原因と結果の関係）があり、かつ、②公平の見地から画された範囲内にある（加害者と被害者の調整）という二つの次元の問題を含んでいる」として、これら二つの次元の問題を事実的判断（事実的因果関係）と規範的評価（保護範囲）として峻別する見解を「基本的に」支持すると述べる。⁽³²⁾しかし、「このような峻別の論理は、事実的因果関係を事実のレベルで判断（法的評価が立証上加えられるとしても）、『範囲』を公平の観点から画するときには確かに論理的に明快であるが、原因行為の起因力が弱く、または発生の反復性（確率）が低いために、因果関係の『ある・なし』に法的評価を必要とする場合には、峻別論は、適切ではない」（傍点：筆者）とも述べ、このような場合、「因果関係と範囲を区別できない領域のあることを率直に認め」、「相当因果関係」概念を再評価すべきであると述べるのである。⁽³³⁾

この見解の特徴は、事実的因果関係と保護範囲（賠償範囲画定）との「峻別」を支持する理由にある。つまり、「峻別」が帰責という結論に向かう判断プロセスの説明として明快である点にその理由が求められており、そうでない場合には、端的に「相当因果関係」概念の再評価を志向するとの結論が導かれるのである。したがって、澤井教授によれば、「偶然の排除」あるいは「反復性・起因力の補強」が必要となる事例では、事実的因果関係が「論理的明快さ」をもたらしえない場面として、事実的因果関係概念の固有の規範的意味が否定されることになる。⁽³⁴⁾

これらの場合に因果関係と範囲とを「峻別」できない理由を要約すれば、おそらくこうである。すなわち、事実的因果関係とは、「原因と結果という自然法則的関連」を意味し、それは本来反復性・必然性を特徴とするが、これを

訴訟において要求することは不可能を強いるものであるから、もっぱら「あればこれなし」テストで判断される⁽³⁵⁾。そうすると、たとえば「偶然」に支配された事例において因果関係の存在が当該テストによって肯定される場合、結論としては帰責が全部否定されるにもかかわらず、一旦、因果関係の存在が肯定されるという関係が生じうる。つまり、因果関係が「ある」という結論が、最終的には「ない」という結論になり、ここでは論理的な違和感を抱かざるをえない⁽³⁶⁾。したがって、この場合には、端的に「相当因果関係がない」と説明するのがよいとされるのである。反対に、結論として因果的に展開する損害の一部でも帰責が肯定されば、「あればこれなし」テストによつて余分な因果関係の存在が肯定されることは、そもそも「法的に意味があるかの視点」からは（実体的に）不要、あるいは事実的因果関係の本来的意義（＝反復性・必然性）との関係で不適切な判断が含まれているとされうるけれども、説明の手法としては——賠償範囲画定に関わる法的評価を鮮明にするという意味で——「明快」といいうるのである。

こうしてみると、澤井教授は、いわゆる「事実的因果関係」を実在的なものとして捉えずに、あくまで「（相当）因果関係」概念を基点とした賠償範囲決定という基本理解を前提にして、「論理的明快さ」に資する限度で事実的因果関係と賠償範囲画定（保護範囲）との「峻別」を支持する、との理解を提示していることができる。

以上のような澤井教授の見解は、「かつての相当因果関係論を再評価する見解」として紹介されることが多いが、これはやや不徹底な評価であろう。おもうに、澤井教授は、相当因果関係概念から抽出された賠償範囲画定をめぐる法的評価の存在（「峻別論」の意義）を積極的に認めつつも、他方に残された「事実的因果関係」には単純に還元しない実体的評価の問題の存在をも意識し、後者の問題を、実体的な「因果関係」をめぐる評価の問題として捉え、そ

こに「相当因果関係」概念を再度用いている。したがって、たんに「峻別論」の限界を指摘して「相当因果関係」論への回帰を主張しているわけではない。むしろ、従来の単純な「峻別論」によって取り残される問題の存在（しかも、それは「因果関係」にまつわる実体的評価の問題であること）を指摘する点、言い換えれば、具体的な事案ごとに「因果関係」によって語られる問題の性質を（確定的に形成された議論の枠内に閉じ込めるのではなく）再度柔軟に捉えようとする態度にこそ、事実的因果関係に関する認識の特徴を認めることができるであろう。⁽³⁸⁾

三 北川善太郎教授の見解 澤井教授の指摘する事実的因果関係の限界をより一般的に意識し、それを「因果関係」における実体的評価の問題として捉えるのが、北川善太郎教授である。教授は、「原因と結果とのつながりを意味する因果関係」（成立要件）に関して、「不法行為と損害の発生との間の因果関係が事実的な因果の系列を問題にしているが、それと同時にその意味の因果関係の存否もすぐれて法的な判断であり、かつ、因果の系列を一定の程度と範囲に限定する法的な基準がさらに必要であり、かかるものとして相当性を利用する意味がある」と述べて、現在でも「相当因果関係」論が通説であるとの認識を示す⁽⁴⁰⁾。すなわち、北川教授における「因果関係」も、責任成立と賠償範囲画定という二側面を併有する一つの因果関係として観念されている点で、基本的に澤井教授と同様であり、両側面それぞれにおける実体的・法的評価を表す「因果関係」を限定する概念としてもとして「相当性」概念を用いることの有用さを説くものである。

もつとも、この見解についても、澤井教授の「相当因果関係」論と同様に、「相当性」によって「成立要件」としての因果関係を限定すべき理由（「事実的因果関係」を独自の法的概念として認めない理由）と、そのことが、理論上一つ

の「因果関係」を観念することとのように関わりあってくるのかという点に留意したうえで、つぎの点に注意しておく必要がある。

かならずしも北川教授によつて明確に述べられているわけではないが、右に紹介した叙述につづけて責任成立に関する因果関係の証明や原因競合事例をめぐる問題を扱う際、結論として、いわゆる賠償責任の範囲に及ぼす影響が説かれている点が注目される。⁽⁴¹⁾ このことからすると、事実的因果関係そのものは、もはや不法行為責任の成立に関する問題を表す独自の法的概念としては観念されず、「(相当)因果関係」判断にまつわる複数の問題側面の一つとして捉えられているということができる(このため、事実的因果関係概念をめぐる議論の現状という本章での分析対象を超える主張が含まれている)。このことから、すくなくともこれまでにみてきた諸見解との関連では、「因果関係」概念の事実的側面を事実的因果関係という独自の概念の下で分離しないこと、反対にいえば、「峻別」論において事実的因果関係概念に還元しつくすことのできない実体的評価の問題が存在すること(澤井教授の指摘する「因果関係のグレイ・ゾーン」)をより一般的に捉えた見解ということができるであろう。

四 潮見佳男教授の見解 さて、これまでにみた見解は、事実的因果関係概念に賠償範囲画定の対象としての意義を強調し(第一節一および本節一)、あるいは、事実的因果関係には解消されえない法的評価の問題を意識しながら、一つの「因果関係」概念を基調にして(本節二および三)、行為と結果との現実的因果関係(「事実的因果関係」と賠償範囲画定の問題の両者が密接な(後者については不可分な)関係にある点を述べるものであった。これらは全般的に、「(事実的)因果関係」を損害の因果的展開として理解することを前提にしてこれを自己の理論に取り込み、あるいは

加工・修正するものということができる。その一方で、前節一にみた見解と同様の特徴を有しつつこれとは異なるものとして、近時注目されるのは潮見佳男教授の見解である。

教授は、「事実的因果関係」という語を、不法な行為と権利侵害との連結を意味するものとして用い、「事実的因果関係」といつても、そこでは、単に過去の事実関係を復元するにとどまらず、その基礎の上に事後的・回顧的視点で評価したときに、権利侵害結果と行為者の行為との間を連結することができるかどうかが問われているのである。……結局、事実的因果関係において下される結果と行為の連結という——しかも事後的・回顧的な——法的評価（規範的価値判断）が、故意・過失に代表される帰責事由判断において下される行為への法的評価（規範的価値判断）——規範の保護目的・義務射程につながる事前的な法的評価——とは異質のものである点の確認こそが重要であると考える⁴²⁾」と述べている。

ここでは、成立要件としての「事実的因果関係」と賠償範囲画定の問題とが「別次元」の問題として明確に区別される点（理論的意義）で幾代教授らの理解と同様の認識を示している。しかし、さらに注目されるのは、そこからさらに進んで、この意味での事実的因果関係がより積極的な法的評価を伴うもの——しかも、それは過失（「帰責事由」）に関わる法的評価とは異質なもの——である点が、事実的因果関係の概念規定にとってとりわけ重要であることが強調されていることにある（この点で幾代教授らの理解とは異質である）。

教授のいう、「帰責事由」判断や「規範保護目的ないし義務射程による賠償範囲画定」とは「異質」の「事後的・回顧的な法的評価（規範的価値判断）」というもののがどのような判断なのかという点は、現時点ではなおも不明確なま

まであるとの感が拭えないものの、従来の賠償範囲画定論の対象としての事実的因果関係、あるいは事実的因果関係概念に解消されえない法的評価を「相当因果関係」という一概念で再び処理しようとするのではなく、事実的因果関係と賠償範囲とが異質であり、かつ、両問題ともに法的評価（規範的価値判断）が問題とされているのだという点を意識的に論じようとする態度は注目に値しよう。

第三節 「事実的因果関係」の多義性

本章でみてきた諸見解を相関的に位置づけなおせば、つきのようになろう。

一 理論的意義について まず、「（事実的）因果関係」の理論的意義に即して整理すれば、まず幾代教授や潮見教授の見解（本章第一節一、第二節四）では、事実的因果関係は、賠償範囲の画定とは「別次元」において、不法行為責任の成立を基礎づける「因果関係」としての固有の理論的意義が与えられていた。これに対し、四宮教授や前田教授の見解（本章第一節一、第二節一⁽⁴⁴⁾）では、「因果関係」が、問題にすべき事案における自然科学的事実関係としての一連の出来事の展開を意味するものとして観念され、当該「因果関係」は、賠償範囲画定をめぐる法的評価の対象として位置づけられている。また、澤井教授や北川教授の見解（本章第二節二および三）では、事実的因果関係概念そのものの独自の実体的・規範的意義が懷疑視され、むしろ、いわゆる「因果関係」をめぐる複数の問題側面という捉え方を基調にして、「因果関係」概念は、責任成立と賠償範囲の画定という二つの法的評価の問題を同時に示す一つの概念として用いられている。以上をまとめれば、前者の見解に比べ、後二者の見解における事実的因果関係概念には、

「『事実的因果関係』の賠償範囲画定論に対する側面」に即した特徴（ないしは、いわゆる「因果関係」概念の賠償範囲画定に対する密接な関連性）が色濃く、いわゆる「(事実的) 因果関係」には、力点の置き方によつて二極的な理論的意義が存在しているということができる。

二 賠償範囲画定論との関連性

さらに、右に整理したうち後二者の見解を、事実的因果関係概念の賠償範囲画定論に対する関連の度合い（論理的関連性）に従つて整理すれば、さらにつぎのようにいうことができる。

その起点に位置するのは北川教授の見解であるが、そこでは、いわゆる「因果関係」が損害賠償という最終的な法的結論に対応する一個の概念として捉えられ、賠償範囲画定論をめぐる評価をも含めたものとして「(相当) 因果関係」概念が定立されている。基本的にこれと同様の理解の下で連なつているのが澤井教授の見解であり、そこでは、「論理的な明快さ」の限度で事実的因果関係と「範囲」の問題との「峻別」が「支持」されている。結局、これらの見解では、事実的因果関係（＝一連の出来事の展開）そのものが成立要件としての独自の理論的意義を有さず、むしろ、いわゆる「因果関係」概念が（澤井教授の場合、すくなくとも実体的には）賠償されるべき範囲をも同時に表すものとして用いられている。もつとも、これらの見解については、かつての相当因果関係概念との関連で、いわゆる「因果関係」とはどのような法的評価を表すものなのかという視点で——「相当性」という、賠償範囲画定をめぐる評価との関連性がかなりずしも明確ではない概念によるものではあるが——、因果関係「峻別」論における事実的因果関係概念には還元されえない実体的評価の問題の存在を指摘する点にこそとくに注意しておくべきことはすでに述べたところである。

右の二つの見解には、さらに前田教授の見解が連なっているが、ここでは、加害行為と権利侵害ないし損害との間の「因果関係」（＝客観的な一連の出来事の展開）が賠償範囲画定の対象として位置づけられ、当該「因果関係」がそのまま成立要件たる「（事実的）因果関係」とされる。事実的因果関係が賠償範囲画定と関連しているという意味では右の見解と同様であるが、無限定のひろがりをみせる「因果関係」が、賠償範囲画定論という法的評価の対象としての意味を有するのみならず、成立要件としての固有の法的意義をも同時に認められている点は右の見解と異なる。

そして、ここまでグラデーションをしめくくるのが四宮教授の見解である。四宮教授が、賠償範囲画定の対象として、自然科学的事実関係としての本質を有する「因果関係」を觀念していることは明らかであるが、それじたいに独自の理論的意義が与えられるとはない。このようにいうと北川・澤井両教授の見解と同一にみえるが、この意味での「因果関係」とは別に、成立要件としての「事実的因果関係」が別個に觀念されるのが特徴である。そして、これは「故意・過失」と「権利侵害」とを結びつける関係であって、右に挙げた諸見解の觀念するいずれの事実的因果関係とも異質である。

三 本質的意義について 最後に、事実的因果関係がどのような理論的意義を与えられるとしても、現在ほとんどの見解があくまで自然科学的・客観的な本質的意義を重視していることとの関係では、つぎの点にも注意しておくべきである。

諸見解の大勢として、事実的因果関係がなんらかの「評価」を伴うことを認める態度が存在するが、その「評価」がいったい如何なる性質の評価かという点は、現在でも一向に明らかではない。⁽⁴⁵⁾むしろ、事実的因果関係概念に対す

る従来の取扱いから推測するに、事実的因果関係を自然科学的・客観的に確認しうる存在として捉えたうえで、事後的な事実の認定に必要な限度で「評価」が伴うと考えられているというほかない状況にある。すなわち、客観的事実としての「因果関係」が認定しうるならばそれに越したことはないが、その認定における一定の証明上の困難を回避する意味において「評価」の存在が肯定されているようである。⁽⁴⁶⁾

しかし、潮見教授の見解の箇所でみたように、事実的因果関係をめぐる「評価」は、かならずしも事実認定のレベルでの「評価」に止まらず、なんらかの実体法上の「規範的価値判断」として捉えられる可能性が示唆され、いわゆる「事実的因果関係」要件の判断をめぐる規範的評価の存在を積極的に意識して——しかも、当該規範的評価を「事実的因果関係」という用語の下で——論じる態度が示されている点が注目される。⁽⁴⁷⁾この点に関していえば、事実的因果関係概念の本質的意義においても大きく異なる二つの意味が形成されつつあるということができよう。

四 まとめ

以上によれば、本稿の冒頭に述べた以上に、事実的因果関係をめぐる諸見解が一致した理解を共有していると断言するには大きな躊躇を覚えざるをえないし、単純にそのようにいうべきでもないであろう。

かつての「相当因果関係」概念に伴う法的評価を、一連の出来事の展開を前提とした賠償範囲・定論として明確化するという議論の方向性の下では、「事実的因果関係」は、当該規範的評価に（明確に分離されたかたちで）先行する一連の出来事の展開の確定作業（事実認定）として理解されうことについてはすでに触れた。しかし、こうした理解を、そもそも「因果関係」という表現に係る「評価」の問題が賠償範囲・定論に解消しうるのか否かという視点で懷疑視する見解からすれば、なおも「（相当）因果関係」概念が複数の評価の側面を有するものとして、事実的因果関

係という独自の概念を否定する方に傾く。また、事実的因果関係概念の定立を認めつつ、これを客観的な事実として捉えてそこに伴う評価を事実認定の限度で理解することに懷疑の目を向けるならば、当該評価の本質をとりわけ強調する方へと傾くことになると同時に、賠償範囲[画定論]に対する側面も、その「対象」としての理論的意義から発展的に変容することとなりうる。

本章でみたように、こうした諸見解のさまざまな方向性は、現在の事実的因果関係概念をめぐる議論にすでに反映されている。そして、このことは、事実的因果関係という法的概念に関する「明快」な理解が（それが受け入れられると否とに関わらず）本稿でとりあげた以外のものも含めた多くの見解を通じて定着しているとしても、各論者の当該概念の取り扱いに微妙な相違を生じさせ、本節で整理されたようないくつかの側面での多義性を招来しているものと考えられる。

このような議論の状況は、たんに「『事実的因果関係』とは何か？」という抽象的な問題設定、さらには事実認定レベルでの問題という議論枠組みにおける見解の相違として説明しうるものではない。むしろ、これらは、いわゆる「因果関係」ないしかつての「相当因果関係」概念から（「事実的因果関係」を含む）複数の議論枠組みへの分化・発展へ、という従来の議論経過の中で生じた見解の相違であり、このことが「事実的因果関係」論の外觀を一層複雑なものにしていると考えられるのである。⁽⁴⁸⁾

そうであるにもかかわらず、平井教授の業績を事実的因果関係概念の参考先とするのが従来の慣例である。このことはいったい何を意味するのであろうか。本章での整理からは、なによりもまず、右にみた議論の現状と一致した参

照方法との間の関係如何が重大な関心事とならざるをえない。そこで、平井教授が提唱した事実的因果関係概念が本来如何なる解釈論的意義を有していたのかという点を再確認しておく必要がある。また、従来の議論を再検討したうえで新たな議論を構想するには、事実的因果関係概念が限定的あるいは否定的に取り扱われる際に前提とされた理解と平井教授の主張との関係も重要な問題となる。以下では、従来の議論と平井教授の「理論」との連続性、とりわけ、従来の議論が平井教授の主張を正しく受け入れたといいうのか否かという問題意識の下、その前提として平井教授の「理論」の内容が本来どのようなものであったかという点に分析の目を向けることにしよう。

第三章 事実的因果関係概念の解釈論的意義と限界

事実的因果関係概念は、周知のとおり、平井宣雄教授の『損害賠償法の理論』（以下、「平井理論」という）によつてわが国にもたらされた。前章にみた事実的因果関係概念の本質的・理論的両意義に関わる取扱いの相違ないし多義性の意味するところを再考するため、平井理論における事実的因果関係概念（以下、「平井＝事実的因果関係論」という）⁽⁴⁹⁾が如何なる解釈論的意義および限界を有していたのかを確認することがこの課題である。

第一節 『損害賠償法の理論』とは如何なる「理論」だったのか

一 平井理論の基本的性質 平井理論の基本的性質はその事実的因果関係概念を読み解く際にきわめて重大な意味を有しているので、やや詳細に確認しておく。

平井理論は、そもそも「四一六条ニ相当因果関係」という理解がもたらす理論的不鮮明さ（理論と現実の乖離）に対する疑問、言い換えれば、相当因果関係という抽象的概念の介在によって問題の所在が見えにくくなっているという問題提起にはじまる。⁽⁵⁰⁾ その問題とは、「当事者がいかなる場合にどれだけの金額を立証・請求し、その結果、金何円の支払いを受け、あるいは支払わなければならないか」という、損害賠償法において「実際的に決定的な」問題であり、その問題意識が、不法行為責任を導く規範原理を起点にした理論（要件論）の構築というよりも、むしろ、当初から賠償範囲画定論（および、損害の金銭評価問題）の明確化に関心を向けさせていたことに注意しなければならない。⁽⁵¹⁾

右の問題意識は、平井理論の分析目的の慎重かつ明示的な限定、すなわち、賠償範囲画定論の明確化という問題関心に対応する検討対象の限定と、いま一つ、そのように限定された対象を分析する際に要請されるべき「理論」の性質、（視点）の特定に反映されている。

前者については、平井教授が述べるように、「不法行為の効果としての損害賠償が本書の対象である」ということに言い尽くされている。すなわち、平井理論の第一次的目的は、相当因果関係という一般的・抽象的概念によって從来説明されてきた問題が賠償範囲の画定という法的処理の具体的判断過程をみえにくくしていること（しかもその説明がわが民法典の構造に沿わないこと）に対する、損害賠償という効果を導く実践的論理（効果論）の検討にある。そして、この限定的な分析（相当因果関係概念からより明晰な賠償範囲画定論への展開）の影響が損害賠償法を構成するその他の法的概念全体に波及することが不可避であるとの考慮の下、「必要なかぎり一般に要件と考えられている問題についても対象として含ませる」⁽⁵²⁾こととされているのである。

後者については、損害賠償法の効果を対象とした「理論」とは、現実を理論的に分析することであるとされ、これが平井理論の方法論的核心となっている。つまり、平井理論は、「その理論の主唱者の法的な価値判断および既存の各種の法規範命題と理論的整合性を保ちつつ説明するための論理なしし概念の構成物を（裁判官に対してその説得を目的として）提供するもの」ではなく、「裁判官の行つてきた法的処理と価値判断およびその理由づけそのものを対象として客観的に分析し、法的処理の性質の差異を明らかにし析出するとともにその価値判断を導く因子と理由づけとをして論理的に整合的命題として構成して判決行動の客観的科学的認識を可能ならしめる概念なしし論理を提供する『理論⁵⁵』」なのであり、これが、実際にはさまざまな因子が考量されて判断されてきたのにもかかわらず、従来一般的・抽象的な概念によつて説明され、かつそれで満足されてきた問題（これはいうまでもなく、のちの賠償範囲画定論である）を解明するのに相応しい「理論」としての性質を有しているのである。

以上の二点は、従来、平井理論の解釈論的意義と関連づけて顧られたことがほとんどない。しかし、平井理論を再度読み解くうえで、とりわけ事実的因果関係概念との関係において、これら二点はきわめて重要な基本的性質となる。⁽⁵⁶⁾ 平井理論の第一次的な目的と、そのために採用された方法論⁽⁵⁷⁾は、最終的に導かれる「理論」がその構想過程で導かれる「解釈論的提案」⁽⁵⁸⁾とは区別されるべきことを前提としており、「解釈論的提案」に関する部分の解釈論的意義は、平井理論全体の構造的理解に基づいて——すなわち、賠償範囲画定論の解明に適した方法論が、一定の「解釈論的提案」（とりわけ「事実的因果関係」概念⁽⁵⁹⁾）をどのような意味において導き、これがどのような理論的正当化を経ているのかという観点において——別個に判断されなければならない問題であることを十分に意識しておかなければならぬ。

二 事実的因果関係概念の「理論」的意義

以上のような基本的性質を有する平井理論において、事実的因果関係概念とはどのような「理論」的役割を果たしたものだったのだろうか。この点を明らかにするには、その方法論的特徴との関連において、第一に、かつての相当因果関係説への批判の文脈における事実的因果関係概念の導出過程、第二に、そこから事実的因果関係「要件論」の結論づけに至る部分を区別して分析することが便宜である。

平井教授がまず取り組むのは、わが国とドイツにおける損害賠償法の構造上の相違に基づいた、わが国における相当因果関係概念の「理論」的不適切さの指摘である。その主張を要約すればこうである。まず、ドイツ損害賠償法の成立過程を振り返って、「〔ドイツ損害賠償法における〕因果関係という概念は、……完全賠償の原則と論理的に結合しつつ、それを支えるところの法技術として生れた⁽⁶⁰⁾」ものとして、賠償範囲画定論を「因果関係」によつて記述することの「特殊＝ドイツ法的」色彩が強調される。ドイツ相当因果関係説が有するこうした基礎を理解すれば、それと基本的構造を異にする（「完全賠償原則」に対比される「制限賠償原則」を採用する）わが国の解釈学が有すべき問題関心としては、「（相当）因果関係とは何か」ではなく、法技術としての当該概念が表している法的処理の実質——「相当」という部分に込められた法的意味の解明——に向けられるはずであった。そうであるにもかかわらず、わが国の解釈学は、法技術的意味を有しない相当因果関係概念を「直輸入」してしまったために、相当因果関係概念の意味の解釈に議論が集中し、問題の実質が隠されてしまった⁽⁶¹⁾。同時に、わが国において相当因果関係概念が四一六条と同義に帰したことにより、当該概念は「もはや法技術的な概念としての分析を許さない單なる『正当化』機能しか果たさなくなる」のであり、「『相当因果関係』概念は論理的には存立の余地がなくなつた」⁽⁶²⁾というのである。そして、こ

の指摘により、平井理論において相当因果関係概念は、効果論の文脈に止まらないわが国の損害賠償法理論から一旦全部捨て去られるべきものとして評価されるのである。⁽⁶³⁾

「」では、右の作業が相当因果関係概念の「理論」的（「法技術的）無意味さ、ないしは用語上の有害さを根拠とするものである点に注意しておかなければならない。言い換えれば、それは賠償範囲[画定論との関係における相当因果関係概念の不適切さを指摘するもので）それ、因果関係概念に内在するであろうその他の意味ないし機能までをも否定するものではない（当然、それを積極的に正当化するものでもない）。しかし、平井理論は、相当因果関係という一概念に複数の（しかも効果論以外における）意味が含まれる」とを認識しつつ、その反面で、賠償範囲[画定論のより実践的な理論構築のためには相当因果関係概念を一旦全部取り去るという前提作業をせざるをえないため、したがって、相当因果関係概念の有する意味のうち賠償範囲[画定論に関わる以外の部分については、なんらかのかたちで概念の置き換えを必要とした。相当因果関係概念を「理論」から排除する」との代わりに、平井理論は、「事実的因果関係」「保護範囲」、および「損害の金銭的評価」という二つの「分析道具概念」を「铸造」するが、これが相当因果関係概念の排斥によって生じる「波及効果」を考慮したもの（概念の置き換え）にほかならない。⁽⁶⁴⁾

「」のうち「事実的因果関係」概念の「铸造」については、アメリカの Leon Green 教授の方法論における“Cause-in-Fact”概念を参照している⁽⁶⁵⁾が、平井教授自身も明言するところであるが、上述の意味、すなわち効果論の限度で相当因果関係概念を排除するという場合に、それに伴って必要となる（置き換えられた）因果関係概念が、なぜ「あれなければ、これなし」の関係として置き換えられるべきなのかは、平井理論からはかならずしも明らかではない。平井

教授は、わが国における相当因果関係概念と英米法における近因 (proximate cause) 概念とが「広く帰責の関係一般をもす意味で用いられる」因果関係概念の機能という意味で同質であるとし、後者に関する批判的分析を展開した Green 教授の方法論が有益であるとして、「わが国では法的因果関係を論ずる意味が存しない以上、因果関係といふ概念を *conditio sine qua non* の意味に限定して用ひる」とが分析道具概念として適切だと考へる」と述べるに止まつて⁽⁶⁹⁾いる。つまり、平井理論が事実的因果関係概念を「分析道具概念」の一つとして「铸造」し、それを相当因果関係概念の排斥の「波及効果」に対する手当⁽⁷⁰⁾とする手当⁽⁷¹⁾との正当性は、Green 教授の主張における“Cause-in-Fact”概念の正当化作業に全面的に委ねられていると理解せざるをえない。

三 一つの問題領域としての「事実的因果関係」」⁽⁷²⁾のように、平井理論における事実的因果関係概念は、決して「因果関係」概念の分析の結果として導かれたものではなく、あくまで、効果論の分析・再構成という目的の限度で、しかも Green 教授の方法論に依拠して引き合⁽⁷³⁾に出された「分析道具概念」であるに止まつて⁽⁷⁴⁾いる。そうとはいえ、平井理論が、事実的因果関係が成立要件であると主張する」と（事実的因果関係要件論）との関連では、右にみた意味での「分析道具概念」としての事実的因果関係概念に成立要件としての理論的意義が与えられる根拠がつまらない問題となる。

端的にいえば、平井教授は「の点についてなんら明確に述べていない。しかし、「の」とじたい、からはずしも驚くべき」とではないともいいう。なぜなら、すでにみた平井理論の第一次的目的（効果論の再構成）に沿つて考えるならば、そこの事実的因果関係要件論の意義は、あくまでその第一次的目的との関連、すなわち効果論と要件論と

の論理的関連のなかで確定されなければならないのだからである。

平井理論が効果論の側面において相当因果関係概念の「理論」的不適切さを指摘し、要件論と効果論の両側面において相当因果関係概念を排斥する際、その作業の裏になおも「因果関係」として記述されるべき問題があるとしても、かならずしも当該問題の意義や内容を確定することまでを要求されるわけではあるまい。平井理論の目的との関連では、賠償範囲の画定として捉えられる種々の価値判断の実質を解明することこそが重要なのであった。したがって、いわゆる事実的因果関係に対しては従来賠償範囲画定論の文脈において用いられてきた「因果関係」とは異質の問題である、といえば足りる。このような平井理論の実質からすれば、事実的因果関係要件論に関する前記のような取扱いはむしろ当然でさえあることができるであろう。

平井教授によれば、事実的因果関係とは、「当該損害賠償請求訴訟において認定され得る被告の一連の行為のうちで『あれなければこれなし』の関係を肯定し得る限度において画定される行為⁽⁷²⁾」と、「損害の事実⁽⁷³⁾」との間ににおいて存在する「あれなければこれなし」という「論理的関係」⁽⁷⁴⁾そのものである。そして、「この『あれなければこれなし』の関係が存在するかどうかは、法的価値判断を含まないところの事実関係の科学的探求によって明らかにされなければならない」⁽⁷⁵⁾。従来は、右のような平井＝事実的因果関係論のうちの後半部分、事実的因果関係が科学的探求によって明らかにされるべき事実関係であるという部分が、積極的な要件論の主張として重視されてきたようにおもわれるが、右にみたところからすれば、むしろその前半部分、すなわち平井理論の第一次的な目的との関連における「事実」ということの意味と、「論理的関係」としての事実的因果関係ということの意味、そして、それらの反映した内

容として、当該関係の起点となる「被告の行為」の捉え方にこそ注意されるべき特徴が隠されている。

「事実的因果関係が事実の問題であるのは……賠償の範囲を制限するための政策的価値判断（保護範囲）と対立する意味において用いているからである」⁽⁷⁶⁾と平井教授自身も述べているように、事実的因果関係というのは、効果論の側面において相当因果関係概念を問題視し、その限度で当該概念を排斥する際、なおも要件論の側面での意味を効果論から眺めるという意味において「事実の問題」であるということにとどまっている。なるほど、「事実的因果関係」は「あればなればこれなし」という論理的関係そのものであって社会学的・自然科学的事実としての実在的な因果関係をいうではないのだとすれば、当該「関係」そのものが法的評価であること（評価としての性質）を当然の前提にする、すくなくともそのことと矛盾しないものと理解できる。⁽⁷⁷⁾こうなると、結局平井理論は、事実的因果関係の性質が要件論の側面において「客観的事実」でなければならないことをとくに積極的に主張しているわけではなく、あくまで賠償範囲の画定をめぐる法的価値判断（効果論）と対比されるものとして「事実」と述べるに止まっていると理解するのがむしろ素直な理解であるということになろう。

右のように考えるならば、平井Ⅱ事実的因果関係要件論の一つの特徴として、その起点を「被告の一連の行為」とすることの意味もつぎのよう理解されうる。すなわち、これは、とりわけ不作為事例を念頭に置いて、客観点な損害回避義務違反としての「過失」と「事実的因果関係」との峻別を図るために⁽⁷⁸⁾あり、この区別が要求されるのは、賠償範囲画定基準としての「義務射程」論が責任原因（要件）たる「過失」と密接に関連しているという理由による、言い換えれば、効果論のレベルにおいて、賠償範囲画定論の核心である「義務射程判断（過失判断の反映）」と「事実

的因果関係」とをあくまで混合させないという限度でその根拠を有していると考えられる。すでに述べたように、不法行為責任の成立要件としての事実的因果関係判断に固有の規範的な評価が伴いうるか否かという問題（事実的因果関係概念の中身の問題）じたいはそもそも平井理論の射程に含まれていないというべきであるならば、この特徴がたちに自然科学的・客観的な事実としての本質的意義を積極的に主張・正当化するものとして理解されるべきではない。

反対にいえば、平井＝事実的因果関係論は、それが不法行為責任の成立に関する判断として、効果論（過失に基づいた「義務射程」による賠償範囲画定）とは異質の議論であることを指摘する以上の意義を有しておらず、もとより、「因果関係」によって表現されるべき問題を「事実的」側面に限定し、かつ、それが自然科学的な一連の出来事の展開を指すという趣旨の積極的な主張を含むものとして理解されるべきであるということはまったく必然的ではないというべきなのである。

四 まとめ 以上にみたように、平井＝事実的因果関係論は、賠償範囲画定論の生成過程において、それに対立させられた一つの問題領域として位置づけられているというべきである。さらに、その問題領域としての「事実的因果関係」そのものの内容じたい、なんら詳細な分析を経ているわけではない。このことは、自然科学的・客観的な事実経過としての事実的因果関係という理解の普及・浸透という現状、および、その状況に一步立ち入って考察した場合に認められた、本質的・理論的両意義における諸見解の概念取扱い上の相違に対し、平井理論を起点にした「事実的因果関係論」としての正統性という意味で一考を要求するものといえよう。

もつとも、「事実的因果関係」とは客観的・自然科学的な出来事の経過をいうのだという、現在最も浸透・普及し

ているとおもわれる理解じたいは、いわゆる「因果関係」を連鎖的な出来事の経過を示す概念として理解したうえで、その意味での「因果関係を認めるか認めないか」という問題に介在する評価問題を排除し、したがってその後に残る問題」）そ「因果関係」と称するにふさわしい問題であるとの結論を導く、という思考の過程を辿るならば、あながちおかしな論理ではないであろう。実際、こうした思考方法が平井理論のなかにも存在しているであろうことを明確に否定できない部分もある。しかしながら、本節にみた平井＝事実的因果関係論の諸特徴に着目するならば、右の思考過程を辿ることを暗黙の前提として受け入れるのではなく、一つの問題領域として指摘されたにとどまる平井＝事実的因果関係論の一展開として、従来のわが国における「事実的因果関係論」の解釈論的正当性ないし正統性が再考されなければならなくなるようにおもわれる所以である。

もうとも、平井理論における事実的因果関係概念の「铸造」作業が Green 教授の方法論に全面的に依拠していること、それと同時に、事実的因果関係概念に関する十分な叙述が展開されていないことにかんがみれば、右に述べた従来の事実的因果関係論を再考する必要性を裏付ける作業として、Green 教授の理論における“Cause-in-Fact”概念の理論的意義を確認したうえで、“Cause-in-Fact”概念から事実的因果関係概念へとふう「輸入」過程を辿り、平井＝事実的因果関係論の解釈論的意義をより確定しておこうとするが有益であらう。次節以降の課題である。

第一節 “Cause-in-Fact”概念をめぐる議論の概観

— “Cause-in-Fact”概念の登場経緯 Leon Green 教授の主張は、決してアメリカ不法行為法学に突如として

表れたと「うわけではない。それは、広く英米法系諸国に存在する一つの問題意識、すなわち、「法的原因」(legal cause)」⁽⁸⁰⁾ ないし「近因」(proximate cause)」⁽⁸¹⁾ という法概念の意味解明に向けられた継続的な一連の試みのなかに位置づけられる。

「法的原因」ないし「近因」とは、ネグリジョンスにおける訴因 (cause of action) の本質的要素であり、訴えられた損害が被告の行為によって生じたものであるという意味において被告の作為ないし不作為と原告の被った被害とを結ぶ合理的つながり (reasonable connection) を指す用語である。ながらく裁判所に採用されてきた概念である。⁽⁸²⁾ これは、語義上いわゆる「因果関係」として理解されるが、判例上は、「因果関係に立つ」という結果について「りと」「とく」賠償責任が認められたわけではないとの関係で、「法的な意味における因果関係とは何か?」という問題を設定し、これに対する理論的回答を与える試みが重ねられてきた。

これに関しては、110世紀初頭に、この問題の多様性を指摘する見解が登場する。なかでも、Jeremiah Smith 教授は、「裁判所は、法的原因をめぐる準則を定立するにあたり、自らに提出された問題が、どのような場合であれば、不法行為者の不法行為によって現実に (in reality) 起きられた結果 (effect) につき彼を責任から免れさせうかを決定する」⁽⁸³⁾ である。ところを前提にしては「なぜだらうか?」となる疑問を出発点にしてくる。そのうえで、從来主張された「空間的・時間的近接性 (contiguity in space or nearness in time)」、「But-For ルール」、そして「蓋然的結果 (probable consequence)」といった「法的原因」に関する一元的な説明に対し、責任を、現実に因果的展開が存在する場面で制限あるルールとしている「裁量的 (arbitrary)」であると指摘し、むしろ「」における「問題は、

被告の行為を原告に生じた損害の法的な意味における原因 (the cause) として裁判所が扱うかどうか、あるいは、当該損害についてが被告に責任ありと裁判所がするかどうか」である——それは、哲学者や論理学者が原因とするものが何かという問題ではない——と述べる。⁽⁸⁴⁾ 問題の本質を「このように捉える Smith 教授は、多くの判例を引き合いに出しながら、従来示されてきた一元的諸基準が「いずれも普遍的に妥当しえないものである」と逐一検証したうえで、前示のような問題の本質を有する「法的原因」概念を单一の基準に還元する」とはできないと結論づける。そして、新たな「法的原因」の基準として Smith 教授が提唱するのが、「実質的要因 (substantial factor)」ルールなのである。⁽⁸⁵⁾

一元的基準を排する態度を示しながら当該一基準を提示する点は理解に苦しむところがあるが、この点は、判例法体系における法理論の役割に拠るところが大きいであろう。ノーリッド Smith 教授の提唱する「実質的要因」ルールの中身に深く立ち入ることではないが、従来の見解との関係で Smith 教授の主張が有する意義は、むしろ、「法的原因」性の有無をめぐる判断が、定義的な判断公式に還元されえない多様性を有すると指摘した点に求められる。⁽⁸⁶⁾

Henry Edgerton 教授も、Smith 教授と結論は全く異なるものの、同様の発想に基づいて「法的原因」をめぐる問題にアプローチする。Edgerton 教授の主張は、Smith 教授の「実質的要因」ルールを発展させた Joseph Beale 教授の「直接性 (directness)」基準⁽⁸⁷⁾に対する批判として展開されるが、そこでは、生じた結果の直接性（間接性）によって責任の限界が画せられるとこのは「程度の問題 (matter of degree)」であって、その線引きは論者によつて異なりうるとされる。⁽⁸⁸⁾ そして、違法な行為と危害の発生があつた場合に、法が一方を他方の原因 (the cause) として取り扱うといふことに関し、「この問題を包摂し、かつ事案の解決に十分な明確さをもつた準則を諸事例から抽出するのが不可

能である」と正面から認めるべきである」として、より端的に、「判断公式としての正義」⁽⁸⁹⁾という結論を示す。すなわち、Edgerton 教授は、「法的原因」とはすでに結びついた（あるいは、従来の判断公式によって結びつねらる）原因、のなかでも「正義によつて結びつくる原因 (justly-attachable cause)」⁽⁹⁰⁾であるとして、より柔軟な定義の必要性が主張されるのであり、「法的原因」をめぐる問題の多様性を指摘したものと評価である。

さて、これら比較的初期の見解に一致して指摘である」とは、「法的原因」の判断基準を一元的・概念的定義から解放して、「法的原因」をめぐる問題の「多様性」(ないし柔軟な理解の必要性)を指摘する点に关心が集まっていることである。」のように「うと、」これらの見解を「『法的原因』概念の再構成」としてではなく、あえて「問題の多様性を指摘した」見解として本稿が評価している理由が問われるであろう。」の点が、つづくように、Green 教授の理論の意義を捉えるうえで重要な、」の時期の見解の特徴であるようにおもわれる。

たとえば、Smith 教授による「実質的要因」準則は、(一定の「力 (force)」として觀念される) 被告の不法行為が一定時点まで継続していたか否かを因果関係存否の判断基準とし、また、Edgerton 教授の「判断公式としての正義」も、因果関係に立つ原因を限定するという問題意識が存在している。つまり、」の時期の見解はいずれも、客観的・事実的な因果的展開の存在する」とを大前提として、それを限定する法的考慮を説明するための適切な理論 (適切な判断指針) を提示する」と、を主たる関心事としていたことを示している。反対に言えば、依然として「限定された『因果関係』の認定」ないしは「『因果関係』の限定」という、いわば実在的な「因果関係」概念論の範疇における問題認識を離れるものではなかった。それゆえにこそ、一元的・概念的定義の定立に向けられた従来の手法の不適切

⁽⁹²⁾

さを示して問題の多様性を指摘するという主張の核心を有していながら、結論としては、なおも「因果関係の存否」判断としての一元的公式が指向されたこととなつたということができる。⁽⁹³⁾

この時期の思想的背景（リーガル・サイエンス）から推測するに、この時期の近因理論が因果的な出来事の展開を限定づけることに関心を示したことは、ある意味で当然であったといえるかもしない。さらに、この時期の議論の背後には、不法行為法のかつて扱っていた具体的な事例が近代になって次第に複雑・高速化してきたことに伴い、裁判所の処理を従来の一元的・定義的基準（「近接性」や「蓋然性」、あるいは「あれなければこれなし」公式など）によって説明する」との限界が認識される」とによつて、先例の示す妥当な結論に理論を適合させる（当該概念の複雑さを正面から認識する）という動機が第一に存在していたことも見過⁽⁹⁴⁾されるべきではない。⁽⁹⁵⁾しかし、ついにみる Green 教授の主張を念頭におけば、「法的原因（ないし「近因」）」概念に一元的・定義的基準では説明し尽くされない問題の多様性が存在することを指摘した反面、その問題認識には、なおも自然科学的・客観的な一連の出来事の展開としての「因果関係」の存在が大前提とされ、（賠償範囲の限定をも含めた）損害賠償という最終的結論に直結する意味での一つの因果関係ないし原因性を問題とするものであつた（その中で問題の多様性を指摘した）点は、この当時の見解の特徴として注意されなければならないであろう。

右のような特徴は、第二章にみた事実的因果関係概念を賠償範囲^{画定論}の対象として位置づけるわが国の傾向に通じるものがある。そして、こうした「因果関係」の理解の仕方じたいを独自の方方法論に基づいて分析し、その一部として“Cause-in-Fact”概念を提唱したのが、ついにみる Leon Green 教授の見解である。

II Leon Green 教授の理論 Green 教授における「因果関係」概念の取扱い方は、右にみた見解とは大きく様相を異にしている。端的にいえば、「因果関係」（ないしは、自然科学的・客観的な一連の出来事の展開）を法的に如何に限定するかではなくして、法的ないし政策的な問題を如何に「因果関係」概念から脱皮させるかという点こそが Green 教授の関心事であった。しかも、この問題関心と、裁判官と陪審の権限分配という観点において法運用を明快なものにするところ⁽⁹⁷⁾方法論との密接な関連を看過してはならぬ。⁽⁹⁶⁾ Green 教授の主張はすでにわが国でも若干紹介されているが、以下、「Cause-in-Fact」概念の角度から簡単にみておこうとする。

Green 教授の主張は、従来「近因」という語で扱われてきた問題に「因果関係」の問題として論じる⁽⁹⁸⁾ことが適切ではないものが含まれており、そのこと⁽⁹⁹⁾が理論の「重大な混乱」を来たしたという問題意識にはじまる。要約すれば、その主張は以下のとおりである。すなわち、ネグリジョンスにおける判断は、骨格として、「(1)被告の行為は被害者の被つた被害に寄与したのか否か? (因果性問題)、(2)被害者は、その被つた被害について被告の行為に対し法の保護を受けているか否か? (義務問題)、(3)被告は、被害者の被つた被害について法の課した義務に違反したか? (ネグリジョンス問題)、(4)当該被害の結果として被害者の被つた損失の金銭的評価はどうか? (損害〔評価〕問題)」という四段階に分けられるとし、いわゆる「因果関係」については上掲⁽¹⁾の問題に限って問題とすれば足り、それは陪審が判断すべき「事実問題」であるとする。⁽¹⁰⁰⁾つまり、この意味での「因果関係」(Cause-in-Fact)、それが、現代のネグリジョンスにおいて被告の責任の出発点として独自の意義を有するに至つた因果関係であり、そこには道徳的〔規範的〕意義は含まれていないというのである。⁽¹⁰¹⁾

」のように述べたハーバード、「Cause-in-Fact」概念は「*the way it happened*」定式化される。すなわち、Cause-in-Fact とは、被告の 1 連の行為 (defendant's conduct as a whole) が被害者における被害の発生に実質的に寄与 (substantially contribute) したか否かに関するもので、物理的・科学的に証拠に基づいて判断されるべき問題であり、法的な評価を伴わない。⁽¹⁰³⁾ これは、不作為が Cause-in-Fact となることがなく、また、事実上の因果関係が過失による被告の行為という規範的評価を経たものを起点とするのであることを意味する。⁽¹⁰⁴⁾ もひと言、「原因」としても一定の被害の発生には通常複数の「要因 (factor)」が存在するのであるから、被告の行為が原告に生じた被害の唯一の原因である必要はない、あくまで、被告の行為が「実質的な要因」といえるか否かが問題とされる。⁽¹⁰⁵⁾ そして、」の意味での Cause-in-Fact の判断公式としては、Smith 教授の「実質的要因」ルールが「問題を十分適切に表している」と⁽¹⁰⁶⁾ 判断される。

」の定式が、前節にみた平井＝事実的因果関係論と酷似していることは一見して明らかである。しかし、」の Green 教授の主張には、なおも裁判官と陪審の権限分配という方法論的観点から理解されなければならぬ側面が残されている。それは、平井＝事実的因果関係論と明確に異なっている部分、すなわち判断公式として「実質的原因」準則を採用する点に表れており、」の点」そが、平井＝事実的因果関係論の解釈論的意義とわが国における従来の「事実的因果関係」論の正統性を考察するうえで見過さざるのできないポイントとなつてゐる。

Green 教授によれば、」われる But-For テストではなく「実質的要因」ルールを採用する理由は、But-For 公式が判断不可能な問題を提起すると同時に、当該テストによる判断が実際には責任の存否を判断する」となる点に求められてくる。」の点」、Smith 教授において「実質的要因」ルールが「法的原因」の判断基準とされたのは、一つの実

在的「因果關係」としての「法的原因」概念に本質的な評価の多様性を、可能な限り包摂しうる基準と考えられたからであった。しかし、Green 教授においては、Cause-in-Fact が、「何が起り得ただらうか (what might have happened)」よりも「何が起らなかへ、『実際に何が起り得たのか (what has happened)』」であるは、現実に被告の行為が結果の一要因 (a factor) だったのか否かに関する「事実問題」である、当該問題のみがこのにおける判断事項であるから、仮定の世界を論じる判断公式では問題を正しく捉えられないにこそ「実質的要因」ルール採用の理由がある。⁽¹⁰⁹⁾ そうと云ふべく、反対に But-For 公式が排斥されるのは、当該公式が陪審に対する説示 (instruction) の公式として不適切だからであつて、Cause-in-Fact 概念の本質的意義に不適合だからではない。むしろ Green 教授は、この問題が常に単純であるとは限らないが、その判断にあたつては、ひとつの事件においてみられる要因の多様性の影響を評価する能力が要求される限り、なおも適切になされると述べる⁽¹¹⁰⁾のである。

右の点に注目するならば、Green 教授において Cause-in-Fact は「法的評価を伴わぬ」とされるとの意味が、つまりは「陪審に属すべき問題である」という主張に関連づけて理解されなければならぬことがわかる。つまり、Cause-in-Fact は「原因の探求なし」「因果関係」の問題が客観的事実の問題であるという概念的・実体的主張がとくに強調されるわけではなく、むしろ、それが「陪審の判断すべき問題」——「実質的要因」ルールという柔軟な判断公式のもので、陪審に求められる判断能力に従つて判断されるべき問題——であるという手続的な主張にこそ重点が置かれている。反対に⁽¹¹¹⁾、Green 教授は、Cause-in-Fact の判断に何らかの評価が存在するとしても、それは陪審の「良き判断 (good judgment)」の問題として制度に解消されると考へてゐるのであり、評価の存在はむしろ肯

定められてゐるのである。

ゆいとゆ、右の点が Green 教授によつて積極的に論じられてゐるわけではな。しかし、それは Green 教授が見出す法理論の価値がこの判断の実質をより概念的・実体的に探求するのを必要としないからであつて、かくなくとゆ、Cause-in-Fact は「事実問題」である。この主張が、Cause-in-Fact とは一切の価値判断を含まない実体的概念である。この回観がいつのいつ文脈は、Green 教授の主張のスリードも見出されえな。⁽¹³⁾

II Wex Malone 教授の批判とその意義

この Green 教授の主張（正確には、その理諭的定着）に対しても、Wex Malone 教授によつて、あわめて原理的な観点からの批判が寄せられたとなつた。この批判は、アメリカの理諭界における Green 教授の主張との関連で大きく取り上げられる見解であるから、若干触れておく必要があつた。

「近因」概念をめぐる問題の多様性が認識されて以降、「事実」と「政策」とが明確な一線で画され、とりわけ Cause-in-Fact は、それが陪審の判断や裁判問題であり、裁判官はその審理を指示することしかできないと一般に考へられてゐるが、「」の単純な原因の問題をめぐつては、政策と事実との間のミステリアスな関係が目の前に広がつてゐる。このようにおもわれる⁽¹⁴⁾ ふうの象的な叙述ではある Malone 教授の批判は多方にわたるが、Cause-in-Fact が「事実問題」であることを Green 教授の主張に向けられた批判を整理すれば、つまの一一点に集約される。

批判の第一は、Cause-in-Fact の判断とは、つねに「判断する者の田的」に拘束されるものであるから、「価値」の存在を免れる、ことである。Malone 教授によれば、ある行為が被害の事実上の原因であるか否かは、たゞに証拠（事実）から導かれ得るのではなく、それが原因であるところには、示された証拠に対する

一定の評価が必要となる。そして、その評価じたいが「事実認定者 (trier) の田的」に拘束されるものであるがゆえに、その「田的」は同じ Cause-in-Fact に関する結論は完全に異なり得る。⁽¹¹⁵⁾ わたし、いのちに田的に拘束されるのは裁判官も同様であって、法的紛争の解決とどう田的に従つて「原因」といふ得るものか【陪審付託に先立つて】⁽¹¹⁶⁾ は裁判官が取捨選択する過程において、政策的判断が Cause-in-Fact の判断に影響を与えてくる、と。⁽¹¹⁷⁾

難をもたらす場合に至れば大いなる推論が要求されるのであり、その推論は、やはり当該判断の基礎に横たわる政策的判断によって方向づけられているのである。⁽¹⁸⁾ と。

「」のよう⁽¹⁹⁾ Malone 教授の批判は、政策的判断と一線を画した「事実問題」としての Cause-in-Fact という理解に対して、あわめて原理的な観点から展開された。そして、Malone 教授は、「単純な原因の探求を解決する際に政策的判断が多分に影響を及ぼすとしても、そのことは単純な原因の探求とわれわれが近因と呼んでいる複雑な処理との間を適切な一線で画する」とができない、「ハリににならな」が、「」の「違」は、性質上のものではなく、多分に程度の差である」と結論づけてくる。

もともと、」の批判によると、Cause-in-Fact が「法的原因」なし「近因」概念と再び接近し、両者が本質的に同一の価値判断の上に成り立つことが認識されたとしても、不法行為法における「因果関係」概念が再び「法的原因」なし「近因」概念に帰一するのか、あるこそ、Cause-in-Fact が政策的判断に左右されるとしても、当該価値判断の中身なし性質がなんらかの区別された意義を有するかのところ Cause-in-Fact 概念を維持すべき」とになるのか、Malone 教授自身は何も述べていない。それゆえ、翻って「因果関係」という概念は結局どのように理解されるべきなのかどう端的な問い合わせてはならない。しかし、」の点は、Malone 教授の批判の実質的意義 (Cause-in-Fact として Green 教授の主張のどの部分を批判したのか) に注意しておく必要がある。

端的に云ふと、Malone 教授は、「因果関係」概念に対する Green 教授の取組みじたいを全面的に否定するわけではないようにおもわれる。むしろ、その批判の核心は、当該問題を客観的事実の問題として捉えることだ、そこのの

政策的価値判断の可能性が否定される」とが適切ではな」という点にこそ存在していた。⁽²⁰⁾ そして、そのために、Green 教授の主張を契機とした Cause-in-Fact をめぐる概念的な理解が、誤りである」とを指摘したものとして理解され。したがって、Malone 教授による批判は、「因果関係」概念そのものの再構成を積極的に主張したものでもなければ、同時に、Green 教授が Cause-in-Fact を陪審（制度）に専属させ、当該判断の性質ないし実質に関わる問題を制度に解消せよだ」と（Cause-in-Fact 判断の実質なし機能に関わる部分）の意義までをも否定するものでもない」とになる。むしろ、「法的原因」なら「近因」概念、すなわち「因果関係」概念に対するアプローチの仕方じたいについては、Green 教授の展開した主張となんら抵触するのではないと理解されるのである。

四 新たな展開 右のように、Green 教授の主張の普及と定着に向けられた Malone 教授の批判は、かなりずしも不法行為における「因果関係」概念に対し、Green 教授が示した取り組み方針などを否定するものではない。それはあくまでも Cause-in-Fact を客観的事実として理解するという、ある意味で短絡的な理解が存在し、その存否判断のためにもむねて硬直的な判断公式である But-For テストを採用すると、う当時の傾向に警鐘を鳴らすものであつたと言え。Malone 教授の展開した批判は、むしろ、Green 教授がした「因果関係」概念への取り組みを支持しつつも、その後の誤った展開を止むからう方向性を有して、たゞもづつ」とがであるよんにおめわれる。

だとえば、その後の議論の嚆矢となる H.L.A. Hart 教授による詳細な研究は、「近因」概念に内在する政策的考慮を抽出すべしのが適切な試みといふことでも、その作業において「因果関係」概念が克服されたとみるのは誤つてゐるとして、より直接に、「因果関係」概念が法においてどのような意味で用いられて

いるのかといった点、すなわち、いわゆる「因果関係」という概念のいわば機能的な側面を考察する視点を展開している。⁽¹²²⁾ すでにみたように、Cause-in-Fact が制度に基礎づけられた概念であら、Green 教授の主張がその限度に止まる、いわゆるかんがみれば、その主張を、「単純な」因果関係概念の定立——言い換えれば、Cause-in-Fact と表現される普遍的な存在を主張するもの——として捉えるのではなく（アメリカにおいて、実際にいつた動向が生じたのは事実なのであるが）、仮にそのように捉えた場合の理論的問題に関する Malone 教授の指摘を受けて、むしろ、「因果関係」の機能面に着目するという議論の展開は参考になる。

また、近時、Richard Wright 教授による特徴的な議論も展開されている。⁽¹²³⁾ Wright 教授によれば、「リアリストたるは、『近因』という語の使用を排除する」と、そもそもなかつたけれども、“causation-in-fact”、いわゆる『因果関係』の問題であり、近因判断は現実に惹起された危害についての責任に妥当な制限を設ける非因果的な政策的判断であるとする主張が学問理論的・司法的に受け入れられたという意味では大いに成功した⁽¹²⁴⁾。しかし、彼らが Cause-in-Fact の包括的かつ政策中立的な定式化に失敗した、⁽¹²⁵⁾一方では、Malone 教授の批判を契機として「次第に現実の因果関係をめぐる問題じたいが政策的判断によって侵食されてくると考えられ」、他方で、H.L.A. Hart 教授と Tony Honore 教授、および Richard Epstein 教授により、因果関係概念を事実問題に限定する考え方に対しても、われめて異質な応答がなされた⁽¹²⁶⁾（結論として、この批判理論を否定的に解する）、と述べる。そのうえ Wright 教授は、リアリストが失敗した Cause-in-Fact 概念の定式化を再度試みるのである。

Wright 教授の見解のなかでも注目されるのは、Cause-in-Fact が事実の問題として維持されるべきであるとい

主張するしながら、Green 教授が（陪審制度に関連づけられた）客観的な事実間のつながりと、どう説明に止めていたところを、「行為の不法性 (tortious aspect of defendant's conduct)」と結果との間ににおける関係として記述⁽¹²⁷⁾し、なおも実体的規範に係る問題として、これを矯正的正義論 (corrective justice) によって基礎づけようとするものである。これが Cause-in-Fact が「事実の問題」であるながら、それが実体的・規範的な評価を伴つものであることは (Green 教授が裁判制度に解消した問題) も、実体的な理論として正面から問題にするのがよかつである。Cause-in-Fact じたいのやうなる分析と云ふ点では、Cause-in-Fact を再度「因果関係」のシグナルがドモ戻して、「因果関係」と云ふ言説の機能に着目する Hart 教授らの分析觀点とは異なる。Cause-in-Fact は、その実体的規範的理論化に成功してくるかどうかといふ問題を置くことである) Cause-in-Fact を単純な因果関係の問題として捨て置かない態度は、Hart 教授らと共通する方向性を有してしまはるが、ドモあいのどねば。

第三節 平井＝事実的因果関係論

— 平井＝事実的因果関係論の実質的意義 — すでに本章第一節にみたように、平井理論に関する限りでは、その基本的構造としての二点に注意しておく必要がある。第一は、平井理論の基本的性質として、損害賠償という効果を導く実践的論理（効果論）の探求を第一次的な目的とし、その際に、いわゆる相当因果関係概念に内在する評価・判断の構造を明晰なものとする「理論」を再構成するという性質があり、平井「理論」は、むしろ現在いわゆる賠償範囲定論と呼ばれている議論枠組みの確立へ向けられた問題関心を基礎にしているのである。第一に、いわ

ゆる相当因果関係概念は、右のような基本的性質を与えられた「理論」において無意味である（さらに、用語上「有害」でさえある）とされることに基づいて完全に払拭されるのであり、平井理論の「因果関係」概念に対する取組みは、あくまで「法技術的」な側面からのものに止まっている。そして第三に、相当因果関係概念を払拭した（これは、「因果関係」概念論としての分析を放棄することにほかならない）のちの「理論」再構成には当該概念と有機的に関連していいた諸問題に対する手当て（概念の置き換え）が必要となるが、この作業には、相当因果関係概念と「近因」概念との同質性を前提として、後者に関する特徴的分析を展開した Green 教授の方法論が、「分析道具概念」としていわば借用されており、いわゆる「事実的因果関係」もそのうちの一つである。

右のような平井理論の構造からすれば、「因果関係」概念に対する平井理論の取組みは、そもそも目的からして、「因果関係」概念が賠償範囲の画定という法的処理を記述する「法技術概念」として適切ではないことを指摘する限度でなされたものであり、いわゆる「（相当）因果関係」概念は、その意味で消極的にのみ扱われることが予定されていたといえる。すなわち、平井理論における事実的因果関係概念は、「因果関係」概念分析の結果として示されているのではなく、あくまで賠償範囲画定論に伴う法的価値判断と対立する異質な問題領域を指す概念という限度で理解されなければならないのである。したがって、平井^{II}事実的因果関係論に、相当因果関係概念の払拭（当該概念に内在した規範的評価の抽出、ないし直接の問題化）によつて「あれなければ、これなし」の関係（^{II}事実的因果関係）が残されることとなつたと解する余地があるとしても、それは、事実的因果関係が自然科学的な一連の出来事の展開であり、その意味での実在的な事実的因果関係がすなわち不法行為責任成立要件であるという趣旨を積極的に主張してい

るものはおよそ「」とができないのである。

「」のようにしてみると、従来の学説が、事実的因果関係の「事実的」という点に重点を置きつつ、「」これを成立要件として受け入れる傾向を示してきたことに對しては、平井理論の参考方法としてやや不適切な面があつたことを認めなければならぬようにおもわれる。むしろ、平井理論における事実的因果関係概念を参考する場合に留意すべき点は、当該概念が、いわゆる賠償範囲画定論とは別個の法的評価を扱う問題領域を示し、そもそも扱う問題領域が「別次元」であるという限界の指摘に止まるようにおもわれる（すでに述べたように、本稿は「」によじたい平井理論の欠陥であるとは決して考えないが、「」によって、事実的因果関係、ひいては「因果関係」概念をめぐるわが国の議論が若干混乱していることがある）。そして、平井教授がかなりずしも明確に述べることのなかのたこの点については、前節での、「事実的因果関係」概念（用語）の借用先アメリカの Cause-in-Fact 概念をめぐる議論展開の概観について、つまのように補足することがやれるであろう。

1) “Cause-in-Fact” 概念と事実的因果関係概念 Green 教授の主張は、陪審制度と「」アメリカに特徴的な裁判手続との関連においてこそ意味を有してくるのであり、そこから Cause-in-Fact が客観的事実の問題であると「」概念的主張を取り出す」とはできない。たしかに、Cause-in-Fact が「事実」に関する問題であると「」理解は Green 教授以降一定のインパクトをもつてアメリカ不法行為法に浸透したのであるが、Green 教授は、あたかも Smith 教授に代表される比較的初期の見解を發展させる如く自然科学的な一連の出来事の展開とそこにかぶせられる法的評価の両者を含めた「因果関係」概念を基礎にして「近因」概念を分析した、といふのは全く異なる。むしろ、

Green 教授における Cause-in-Fact 概念は、「義務問題」と称される問題と対立する意味においていたしかば「因果関係」の問題として表現されたりぬけれども、陪審制度との関連（陪審による「良き判断」に支えられた Cause-in-Fact の機能的側面）において、はじめてその本質が語られるのである。わなればならぬ。

「因果関係」概念に対するよりした取組みは、「事実」としての Cause-in-Fact 概念理解に対する Malone 教授の批判によつて、正しく軌道修正が図られてゐる。すなれば、Malone 教授は、「Cause-in-Fact=客観的事実」という概念的理解をもむて原理的な観点からの批判し、Cause-in-Fact 判断における政策的判断〔価値判断〕の可能性（いわば Green 教授の主張にすでに存在してゐたもの）を理論的に肯定すべしと主張した。そして、裁判手続きにおける裁判官の役割の問題として Cause-in-Fact 判断と伴う価値判断の問題に光を当てねりむか、「一層実態に即した裁判手続きの説明を可能にする」と目的があつたと考へられるのである。

これを受け、その後、Hart 教授らに代表される近時の動向は、不法行為における「因果関係」を客観的な存在を指し示す概念としてではなく、この語の機能に着目した分析を開いた。あぬこな Wright 教授にあつては、Cause-in-Fact 概念を維持しながら、その判断を矯正的正義という（陪審制度という制度面からではなく）独自の規範的評価に支持された概念として、より実体的な説明を試みると、スタンスが見受けられる。

ゆゑに、先にみたいたれりの議論とは、かなづかしむ Cause-in-Fact をめぐる議論との単純な連續性を認めぬといふがである。また、当該議論の分析視角は一定してはない。したがつて、これらの議論の動向をのべのよつて整理し、あるじよよ区別して分析すれば、わが国における「事実的因果関係」論なし」「因果関係」論との接点を見出すことがで

あるかという点については、それら諸見解の一層精緻な分析とともに今後の課題といわざるをえない。しかし、「Cause-in-Fact=客観的事実」という単純な理解を克服した議論としてみるならば、いまだわが国には存在しない視角を提供していくところがでしよう。平井は事実的因果関係論の Green 教授の方法論に対する依拠には大きなものがあり、また、そのことを前提とすればわが国における従来の事実的因果関係概念に関する一般的傾向の正統性が疑われる」と考へるならば、英米における「such」した議論の展開は、従来の議論の再考を迫るという限度に止まらず、今後の議論に参考になるようにもおもわれる。

第四章 事実的因果関係論の現状と展望

ここまで、わが国における事実的因果関係論の微妙なぶれを確認して（第二章）、その一致した参考先である平井理論の再検討（前章第一節）、さらにその参照（借用）先である Green 教授の主張とこれを中心とする英米での議論展開の概観を通じた平井は事実的因果関係論の実質的意義の確定（前章第二節および第三節）を順次おこなってきた。本章では、本稿の当初の疑問、いわゆる事実的因果関係をめぐる確定的議論と個別の諸見解相互間に見られた微妙な理解のぶれについて、本稿の立場から一定の説明を加え、今後の議論の展望を試みることにする。

第一節 因果関係概念への取組み

— 因果関係概念への取組み 事実的因果関係の本質的・理論的両意義に関して諸見解を整理したところから明

らかなように、従来は、一致した確定的な事実的因果関係概念理解が共有されてきたとはかならずもいえない（第二章参照）。事実的因果関係の本質的意義を自然科学的・客観的な一連の出来事の展開として理解する傾向が支配的である一方、当該概念の理論的意義に関しては、これを賠償範囲画定論（あるいは成立要件論）とどのように関連づけられているかという点で、つぎの二つの傾向が認められる。すなわち、事実的因果関係概念を成立要件としての固有の意義を有するものとしてのみ理解する（賠償範囲画定論とは「別次元」の問題として理解する）見解がある一方で、これを賠償範囲画定論の対象として位置づける見解、あるいは、賠償範囲画定論と密接に関連づけて一つの「因果関係」を觀念する態度を堅持する見解が存在する。また、以上のいずれの見解とも異なって、「事実的因果関係」を客観的な事実として捉えることじたいに疑問を提起し、当該概念が実体的・規範的評価を伴うことを明確に意識しようとする見解も存在している。

すでに述べたように、これらの諸見解を事実的因果関係論という議論内部での見解の相違として平面的かつ単純に整理し尽くすことは不可能であり、また適切でもない。そこでまず、諸見解がさまざまな点（側面）で微妙に相違しつつ、事実的因果関係概念の本質的意義をめぐり、これを「因果関係」としての事実的・客観的な本質をもつものとして觀念する、というひろく一般的な傾向の存在することに着目すれば、本稿での成果からつぎのような指摘ができるであろう。

すなわち、平井理論が、「相当因果関係」概念という従来用いられてきた概念の枠内に止まる議論ではないことに注意されるべきである。いわゆる「賠償範囲画定論」という新たな議論枠組みの構築を志向し、そこでなされるべき

具体的な法的判断構造の析出という第一次的目的を有した平井理論が展開する相当因果関係概念批判は、「(相当) 因果関係」の概念的分析としてではなく、その「理論」の基本的性質に関連づけられたものとして、いわば「因果関係」概念に対する取組みとして理解されなければならない。この取組みとは、「相当因果関係」概念の「理論」的排斥、という一事（「理論」と「因果関係」概念との消極的関連）をもつて語り尽くされるのであり、そこでの「因果関係」概念は、損害賠償法において「決定的に重要」とされる問題（原告に与えられる損害賠償の範囲とその額の算定をめぐる判断の実質）を解明する際に、当該問題じたいを不明確にする概念として、より正確にいえば、当該問題の記述にとつて不適切な（さらには「有害」な）用語として排斥することにほかならないのである。もちろん、この作業は不法行為法理論における「因果関係」概念の意義を一括して否定するものもあるから、いうまでもなく「因果関係」概念の再定式化（ないし手当て）が不可欠となるが、ここでとくに注意されなければならないのは、平井教授の志向した「理論」（「解釈論的提案」ではない）と「因果関係」概念との消極的な関連、すなわち、平井理論において「因果関係」概念は不用とされるにとどまったという論理的関連なのである（以上につき、前章第一節一および二参照）。

二 「事実的因果関係」概念の正統性 以上のように理解すると、「(相当) 因果関係」概念に対する手当て（「理論」から派生する「解釈論的提案」）として示された「事実的因果関係」概念（平井＝事実的因果関係論）についても注意が求められる。つまり、平井教授が「相当因果関係」概念が新たな賠償範囲画定論に完全に解消されるとは考えていたわけではない（そもそもそうした方法論じたい採用されていない）ことはもちろんであるが、「相当因果関係」概念の理論的排斥によって生じる「波及効果」を平井教授は考慮していた。そして、この手当てが、右に述べた「因果関係」概

念に対する取組みの裏面として、つまるところ「工具」を注意を要する。すなはち、「相当因果関係」概念の排斥に伴う手当てとして「铸造」された二つの「分析道具概念」は、損害賠償という効果をめぐる法的判断の具体的構造を明晰なものにするという第一次的目的にとって、これを適切に記述するまことに「道具」として、しかも、平井理論が消極的に取り扱う「相当因果関係」概念と「近因」概念との同質性のみを根拠にして、後者に関する分析を展開した Green 教授の主張から借用された概念であった（以上につき、前章第一節一および三参照）。そして、「分析道具概念」としての事実的因果関係概念は、従来の相当因果関係概念の分析によって導かれたという単純な論理的連續性をそもそも有してはおらず、ましてや自然科学的・客観的な出来事の展開としての「因果関係」という意味でも、これに関する詳細な分析を経てはいるわけではない。これらのことからかんがみれば、事実的因果関係概念をめぐる平井理論の実質的意義（平井＝事実的因果関係論）を積極的に確定するためには、Green 教授の主張を平井理論の目的レベルで同質な部分を中心に分析し、同時に提示される “Cause-in-Fact” 概念の意義を解明したうえ、これを事実的因果関係概念としてわが国に「輸入」する場合に認める意義の限度を確定する」とによって、当該概念を「理論」内在的に再評価するという作業が不可欠となる。

この点に関する本稿の成果によれば、Green 教授の主張の分析を経たのちにおいても、平井＝事実的因果関係論にも、事実的因果関係が自然科学的・客観的な一連の出来事の展開そのものであるという主張を見出すことはできない。むしろ、Cause-in-Fact 概念は、英米法における陪審制度と関連づけられてこそその意義が見出される。つまり、Cause-in-Fact を概念的に捉えるとしても、Green 教授自身も認めていたように、当該裁判制度の理論的な意義と機

能、あるいはそ」でなされるべき評価の理論的性質が見過されではならない。

「」とは、Green 教授が価値を見出す「分析理論」が、「法的原因」ないし「近因」概念に対して採ったアプローチ方法において、そもそも Smith 教授らに代表される比較的初期の見解とは完全に異なるものであったという点からも確認しうる（わが国における議論の不明瞭さのきつかけを理解するという限度では、こちらの方がより有用な視点である）。すなわち、後者の諸見解は、あくまで「因果関係」にかぶせられる法的評価の存在ないし多様性を指摘するに止まつて（「」れらは結局、「因果関係の認否」をめぐる判断とばとのようなものか」という概念的な問題意識を離れるものではなかつた）が、Green 教授の「分析理論」における Cause-in-Fact 概念は、陪審制度（および、そ」でなされる一定の評価）を前提として成立する概念であり、従来用いられてきた「法的原因」ないし「近因」概念（としての「因果関係」概念）とは、理論的基礎を異にして（「」の「」からすれば、Cause-in-Fact（また、わが国における「事実的因果関係」）概念は、一連の出来事の展開そのものを指し示す概念として捉える」とが不適切であると「」とに疑いない。そして、わが国での賠償範囲画定論構築のため「分析道具概念」として借用する平井理論においても「」とは同様（「」）といふのであり、Cause-in-Fact（「事実的因果関係」）概念は、いわゆる「保護範囲」をめぐる法的評価とは異質の法的・規範的評価そのもの、あるいは一つの問題領域じたいを指し示す概念という限度で理解されなければならなくな（以上につづき、前章第一節三、四および第一節一参照）。

以上のような、事実的因果関係概念の成立経緯を念頭におけば、「」で問題としている「事実的因果関係」に対する諸見解に共通の一般的傾向は、すくなくとも平井＝事実的因果関係論の延長としての正統性が疑われなければならぬ

ない。従来の学説は、「事実的因果関係」の「事実的」という点を重視しつつ、他方で、「事実的因果関係」を「相当因果関係」の概念的・論理的延長に位置づけてきたようにおもわれるが、これらはいざれも、平井理論の参照方法として不適切であると評価される。むしろ、平井は事実的因果関係論を参照するにあたって留意すべき点（「事実的因果関係」概念の解釈論的意義）は、当該概念が、いわゆる賠償範囲画定論とは別個の法的評価を扱うものとして、そもそも扱う問題領域が「別次元」であるという限界の指摘に止まっているということであった。そして、従来の諸見解に生じたこの認識のずれ（正統性の欠如）こそが、つぎに述べるように、いわゆる賠償範囲画定論をも含めた「相当因果関係」概念の全体的な克服として記述された議論の展開のなかで、諸見解の辿る道すじに多様性をもたらし、結果的に当該概念の取扱いの相違を生じさせていると考えられるのである。

三 賠償範囲画定論の記述と「事実的因果関係」 従来は、一般的に、「客観的な事実の問題として因果的に展開する損害のうち、そのどこまでを賠償させるのが妥当か」という政策的ないし規範的判断が、責任の成立に関する判断とは異質なのである」と理解され、そのように説明されてきた。こうした理解の形成に対し、本稿の立場から指摘されるべきことは、従来の諸見解が、「相当因果関係」によって表現される規範的評価（「因果関係」概念の実質）の構造を解明し、責任の成立に関する判断とは異質の法的評価の存在が明らかになつたことのいわば反射として、当該判断の対象となるべき損害の因果的な展開を自然科学的な一連の出来事の展開としての事実的因果関係と捉え、大半の見解がこれを成立要件に位置づけるという若干短絡的な理解を受け入れてきたのではないかということであろう。

すでに述べたように、こうした理解は、いわゆる「因果関係」概念を連鎖的な一連の出来事の経過を指す概念とし

て理解したうえで、その意味での「因果関係」を認めるか認めないか（「あるかないか」という意味でのいわゆる「存否」の問題ではない）という問いに内在する法的評価（これが従来、「賠償範囲の画定（制限）に関する評価」と称されてきた）を排し、残る問題こそ「因果関係」と呼ぶにふさわしい問題であるとの結論を導く、との思考過程を辿るならば、あながちおかしな論理でないともいいう。しかしながら、平井¹¹事実的因果関係論の実質的意義と、当該概念の本質的意義における従来の諸見解との間における決定的な相違を考えれば、こうした思考方法じたい、たんに、「因果関係」として連鎖・波及する損害のどこまでを「賠償されるべき損害」のなかに取り込むべきか（一連の損害の展開を前提にして、それをどこで断ち切るべきか）、というかたちで賠償範囲画定論を記述するためには、「事実的」な「因果関係」が欠かせない前提であることを述べているにすぎないであろう。言い換えれば、原告に生じた「損害」を一連の出来事の展開として観念しなければ、それを一定の基準で「画する」というかたちで規範的評価を記述することができないというだけのことのようにおもわれる。

事実的因果関係がこの意味で観念されるのであれば、当該概念の意義は、賠償範囲画定論の前提——賠償範囲画定論内部の前提概念として、その法的価値判断を「因果関係」判断として記述するための道具——という限度で正当化されるに止まる。そうであるならば、この意味での事実的因果関係は、「相当因果関係」概念の克服過程で導かれるものであるというよりも、むしろ、「相当因果関係」概念に内在していた法的評価の一側面を克服するために形成した賠償範囲画定論の、さらにその内部で必要となる基礎概念であるにすぎないということになる。そして、従来の諸見解がこぞって用いてきた事実的因果関係なる概念がこの意味の限度に止まるのであれば、ここでことさら問題にす

る必要はない。

しかしながら、本稿がとくに問題としたいのは、平井理論の示した「事実的因果関係」概念に与えられるべき意味が、はたして右の限度にとどまっていたと解してよいかという点である。さらにいえば、従来の見解が、右のような賠償範囲画定論の記述に欠かせない前提としての「事実的因果関係」理解をさらに前進させて、同じ意味での「事実的因果関係」を不法行為責任の成立要件として要求されるべき（固有の法的・規範的評価を反映した）概念であるとしてきたことについては、論理的必然性が完全に欠落しているというほかないであろう。従来は、この点をあまり意識することなく、本節一に述べたような「相当因果関係－（マイナス）賠償範囲画定論＝（客観的事実としての）『事実的因果関係』」という論理的関連が若干安易に受け入れられ、さらにこれが平井理論の重要な一内容とされて、結果的に事実的因果関係概念が成立要件としての固有の意義をもたされてきた点にこそ、問題の根源があるようにおもわれるるのである。

右のような図式じたいが、平井理論のおこなった「因果関係」概念に対する取組みとは異質なものであり、平井は事実的因果関係論に対する正統性を有しないことはすでに述べた。しかし、賠償範囲画定論において「因果関係」が前提概念として捉えられることが、その後の賠償範囲画定論の展開（同時に、「事実的因果関係論」の明快な理解の確立）のなかで、「因果関係」概念の帯びる色彩に相対的な差異を生じさせているようにおもわれる。すなわち、賠償範囲画定論につき「因果関係」概念を基調として記述するという態度を採った場合、事実的因果関係は、成立要件としての固有の意義よりも賠償範囲画定論の対象としての色彩を強めるが、他方、賠償範囲が「因果関係」の認否の問

題としてではなく「義務射程」や「保護範囲」として表現される法的価値判断として記述される場合には、事実的因果関係そのものは、不法行為責任の成立に限定された固有の理論的意義を有する概念としての色彩を強める。事実的因果関係の理論的意義をめぐる従来の諸見解の相違の多くは、以上のように説明できよう。

もつとも、以上に述べたレベルでの見解の相違は、あくまで賠償範囲画定論の記述方法にのみ左右される相対的なものであり、事実的因果関係論に着目する本稿としては、当該議論の枠内における見解の相違というよりも、本節一に述べたような事実的因果関係概念理解を示す見解として一体的に理解されうる。そして、賠償範囲画定論における「因果関係」概念と事実的因果関係とを同視した点こそ、これらに共通する問題点として指摘されなければならない。

四 「事実的因果関係論」の展望 本節一にも述べたように、平井＝事実的因果関係論の実質的意義は、相当因果関係概念と完全に区別されたものとして捉えられなければならない。したがって、事実的因果関係概念をめぐる議論は、「相当因果関係」概念の延長にある「因果関係」の問題として、その存否をどのように決するかという認定作業の問題にとどまるのではなく、むしろ、平井＝事実的因果関係論によって提起された一問題領域を積極的に展開する（新たな「事実的因果関係論」の形成）という方向が未開拓のまま残されているといえる。

このような意味で、平井＝事実的因果関係論の実質的意義を正当にうけとめ、これを積極的に展開する必要性を敏感に感じ取っているのではないかとおもわれる見解は、すでにわが国の学説の中に見受けられる。前項までに述べたこととは対照的に、これらの見解は、平面的な議論の内部で位置づけられるべきではなく、従来の一般的見解とはその性質を全く異にする見解として積極的に評価しておく必要があろう。

事実的因果関係を、責任成立要件としての固有の理論的意義を有するものとして、賠償範囲画定論とは「別次元」に位置づけ、かつ、そこにとどまる」となく、当該概念に内在する規範的な評価の存在を見出す見解（本稿のみた範囲では、潮見教授に代表される見解）の叙述に見出される問題意識は、右の点を明確に意識するものとして、従来の諸見解とは区別されうる。事実的因果関係そのものに内在する実体的評価の側面を意識して論じるものであり、本稿の提起する「事実的因果関係論」という議論枠組みの必要性に関する認識で一致していると理解できよう。すなわち、これらの見解は、事実的因果関係概念をめぐって多様な理解が存在している現状において、前項までとは異なるレベル（平井＝事実的因果関係論に対する正統性そのもののレベル）で比較・対置して理解されるべき見解であるということができる。そして、これらを正当に評価し、従来の見解との異質性を明確にしておく」とは、事実的因果関係論の多義的な現状を克服し、今後の議論を整理していくうえで重要な意味を有しうるものとおもわれる。

もつとも、これらの見解の詳細な中身は、現段階では未だ十分に解明されていふとはいえない。しかし、この方向性が平井＝事実的因果関係論に対して正統なものである」とじたいは、Green教授の主張を起点とする議論の展開からも支持されうるであろう。

前章第二節でみたように、アメリカ（より広く英米法系諸国）においては、Green教授の主張に端を発する Cause-in-Fact 概念が一旦は客観的事実に関する問題として定着しつつも、近時は、Malone教授の批判を契機として、不法行為責任の成立という法現象における当該概念の機能的・規範的な意義を重視した分析が散見される。こうした海外の議論が、具体的な理論のレベルでどの程度わが国の議論に有益であるといえるか、あるいは、事実的因果関係概

念を媒介としてわが国の議論にどのように取り入れうるかという点は、なおも各論者の思想的基盤や、各法域における裁判制度の差異などを考慮した比較法的研究に基づいて慎重に判断されるべき事柄であり、今後の課題とせざるをえない。しかし、すくなくとも回顧的には、Green 教授から平井＝事実的因果関係論を経由してわが国で形成したいわゆる「事実的因果関係論」における不明瞭な側面を指摘するという意味での十分なインパクトを有しており、こうした議論の展開方向と従来の一般的な「事実的因果関係論」との異質性を明確に意識する必要があろう。その意味で、わが国でおける今後の議論の展開に対して示唆的なものとなるであろう」とは十分に予想される。

本稿における検討を通してみれば、わが国における従来の事実的因果関係論は、「相当因果関係」との論理的・概念的な連續性を維持する傾向が支配的であつたために、不明瞭な状況が存在していたといわざるをえない。そのうえで、本稿は、いわゆる「因果関係」という語で表現されてきた問題のうち、客観的な事実の認定方法というレベルでの評価でもなければ、従来賠償範囲画定論として形成された（「過失」概念と密接に関連する）規範的評価——客観的な因果系列の存在を前提にして下される規範的評価——とも異なる、「事実的因果関係」の存否そのものに関わる固有の法的評価の性質とは如何なるもののか、そして、それはどのような判断構造を有し、実際の判断としてどのように司法上の結論として表れうるものなのか、ひいてはそれを支える規範原理は何かという観点での分析こそが、海外の理論動向の詳細な分析と合わせて、今後の「事実的因果関係論」がコミットしていくべき問題ではないのかとおもうのである。⁽¹³⁰⁾

第二節 いわゆる「因果関係論」と事実的因果関係論

一 本稿の立場 前節では、従来の諸見解における事実的因果関係概念の取扱いの不一致という当初の疑問に対し、従来の支配的な理解が、平井理論ないし平井Ⅱ事実的因果関係論の実質的意義の理解との関係において正統性を欠くものとして評価されるべきこと、および、それらの見解と正統性のレベルで対置されるべき見解がすでに若干存在していることを示したうえで、前者の見解内部での賠償範囲画定論との関係における相対的な見解の相違、および、前者と後者の見解の相違という二つの対立軸によって、現状に対する説明を試みた。その上で、詳細な議論の内容を今後の課題として留保しつつも、平井理論に連続する発展的な展開として、事実的因果関係概念を相当因果関係概念克服の過程における一つの問題領域ないし議論枠組みを指示す限度で捉え直し、当該用語そのものを存置した新たな議論枠組みが構想されるべきではないかという認識を示した。この主張は、客観的事実の問題として限定的に理解されることにより、結局は「因果関係とはなにか?」という（かならずしも法の分野に限られない）一般的・抽象的概念に関わる議論にとらわれがちであった従来のいわば実在的な事実的因果関係概念論を、当該概念をめぐる実質的判断構造の解明に転換する契機を、また、各論的困難をめぐる例外的な議論の傾向からより実践的・体系的な議論へと方向づける契機をもたらしうるのではないかと考えている。

他方で、本稿と同じく従来の事実的因果関係概念そのものに対する問題意識を有しながら、つぎに述べるように事実的因果関係概念じたいに否定的な態度を表明する見解がすでに存在している。いわゆる「因果関係論」という分析

観点において批判を提出し、現在有力な地位を築きつつある見解がそれである。私見では、これらの見解と本稿とは実質的にはかならずしも矛盾しないと考えるが、最後に、これらの見解と「事実的因果関係論」との関連性に言及し、今後の議論の構想に向けた一助としたい。

二 松浦以津子教授による「因果関係—閑門論への疑問」 松浦以津子教授によれば、事実的因果関係をかりに支配的な傾向に従つて客観的な事実として捉えようとしても、そもそもその有無判断を導く際には、いわば「あれば、これなし」公式の「あれ」に関して、責任の成立という法的な目的に関連づけられた「絞り」がかけられており⁽¹³¹⁾、「单なる事実の連鎖関係を確定する作業とは異なるべき」であると⁽¹³²⁾、このことを「明白にすべき」であるとされる。そして、(b)へ限られた事例にしか適用されえない「あれば、これなし」公式が、事実的因果関係の基準といいうかについても疑問を呈し、最高裁の採用した「高度の蓋然性」基準を引き合ひに出して、「確定する対象が事実関係であるというだけであり法的価値判断である」とにかわりはない⁽¹³³⁾と述べる。

松浦教授の示す右の「疑問」は Malone 教授の展開した批判内容⁽¹³⁴⁾と酷似しているが、松浦教授は事実的因果関係概念の起源である Green 教授の主張にも言及して、陪審制度という特徴的な裁判制度を有するアメリカにおいて Cause-in-Fact 概念が有した「実践的な理由」がわが国には存在しないのであるから、「事実的因果関係も法的価値判断である」という立場をとると、それでは、事実的因果関係と損害賠償の範囲として論じられる問題とは、質的にどのような違いがあるかという疑問が生まれる。はたして一段階の法的評価を加える必然性があるかどうかは疑問である。むしろ、因果関係に関する問題のうちある特定の場合に事実的因果関係の問題として処理し、別の場合に損害賠償の

範囲の問題として処理していると考える方が実態に即しているのではないか」と述べるのである。⁽¹³⁵⁾

本稿の立場からすれば、事実的因果関係概念が客観的な事実の問題に止まりえないこと、そして、現在支配的なもうした理解がGreen教授の主張からそのまま連続的に正当化される」とには疑問が残るのではないかと「一点の限度で、松浦教授の「疑問」は首肯しうる内容である（もつとも、前者をめぐる問題については、従来、これが例外的取扱いを要する場面における問題として限定的に位置づけられてきた」という点で、そもそも問題設定の手法に疑問があり、すでに述べてきたように、この問題はむしろ事実的因果関係概念の正統性に関わる問題に端を発しているとおもわれるのではあるが、ともかくすでに多くの見解が認識しているところである。そうすると、松浦教授の疑問は、平井教授の事実的因果関係概念の定立がGreen教授の分析手法の借用であったことの問題性に向けられた後者の問題がより基幹的であるといえる）。しかしながら、事実的因果関係概念をめぐる支配的な理解が疑われるべきであることからただちに、その後の議論が一つの「因果関係」概念にまつわる同質的な法的評価を分析すべしとの方向付けを与えられるべきかどうかという点は、一考を要するようにおもわれる。⁽¹³⁶⁾ 松浦教授は、自らの疑問の前提として、平井理論以降に形成された事実的因果関係概念が、いわゆる「〔相当〕因果関係判断の第一段階」を構成する概念であると考えているようである。しかし、本稿の分析によれば、これとてそう単純な問題ではなさそうである。すでに述べたように、平井教授の主張した事実的因果関係概念が「相当因果関係」概念と論理的連続性を有するものと解すべきではない以上、前者を後者の「第一段階」として捉える必然性はどこにもないからである。

たしかに、松浦教授が、「事実というレベルに焦点を当てた『事実的因果関係』という概念の部分についてはすぐ

に学説に受け入れられた。他方、因果関係の問題を事実的因果関係に限定するという考え方は、学説に支持されたとは言⁽¹³⁷⁾いがたい」と正当にも指摘しているように、「因果関係」概念を「事実的」なものに限定するという発想は、「相当因果関係」概念の論理的延長に事実的因果関係を位置づけるものにほかならないのであり、この点に関する従来の支配的理解が不適切であることに疑いない。しかし、その不適切さは、平井理論の基本的性質と、そこに関連づけられた平井＝事実的因果関係論の実質的意義との関係において指摘されるべきであると考える本稿では、右のように指摘される事実的因果関係概念が「(相当) 因果関係」概念へ回帰的に解消されるべきであるか否かは即断しえない事柄である。本稿の結論と松浦教授の提示する「疑問」との相違は、事実的因果関係概念そのものを「相当因果関係」概念の概念的・論理的延長にある「因果関係」関門論として理解するか否かに由来するが、これを肯定的に解したうえで、事実的因果関係概念を否定し、以って一つの「因果関係」概念をめぐる議論へと回帰することは、本稿での成果によれば、平井教授の示した「因果関係概念への取組み」とはすくなくとも相容れないものとなる。

右の「二関門論」に対し強いていうならば、それは、平井理論の受容過程におけるわが国の「因果関係」論が、支配的な傾向として、「相当因果関係」概念の論理的延長上に展開するという思考枠組みを無意識のうちに選択してきたということに帰するであろう。たしかに、事実的因果関係と賠償範囲画定論とのそれぞれ存在するとされてきた法的評価が「質的」に異なるのか否かは一つの重要な問題である。ただし、賠償範囲画定論を「相当因果関係」概念にまつわる法的評価の一側面として抽出する議論が形成されたのちになされるべき議論は、そうして解明された問題とは異なるがなおも「因果関係」によって表現されてきた問題の個別的な分析であって、それが当初抽出された法的評

価と同質か異質かという問題はそのつぎに取り組まれるべき問題なのではなかろうか。この点を意識することなしに一元的な「因果関係」概念枠組みへと回帰することは、議論に無用の混乱を生じさせる危険をはらんでいるようにおもわれてならない。

三 水野謙教授の「『区別』論」分析 最近公表された水野謙教授の研究も、根本的に松浦教授と同様の視点から「因果関係」を問題とし、それゆえ同時に、松浦教授と同様の問題点を含んでいるようにおもわれる。きわめて複雑・精緻な論理展開を示す水野教授の分析を十分に咀嚼できているか自信がないが、その内容はつぎのようによく要約することが許されるであろう。

水野教授はまず、平井教授の主張を整理したうえで、「不法行為における賠償範囲の決定は政策的な価値判断に属し、それに先行する事実的因果関係の確定という事実の平面における問題とは区別されるべきである」⁽¹³⁸⁾ という考え方（水野教授はこれを「『区別』論」と呼ぶ）が、基本的部分では賛成されつつも、「そう解する論拠や具体的な問題解決の在り方をみてみると」、これがかならずしも貫徹されているわけではないという。⁽¹³⁹⁾ 水野教授によれば、「『区別』論」には、①「“but for” テストの先行性」、②「事実と政策との一元論」、そして③「事実的因果関係概念の普遍性」という三つの側面⁽¹⁴⁰⁾があるとされるが、各側面に関わる問題状況がそれぞれに論じられることにより、「『区別』論」貫徹の可能性が一転して「次元の異なる問題が不透明なまま絡まり合っている現状」⁽¹⁴¹⁾を生じさせているという。そして、このことの原因は、「『事実的因果関係は、原則として『あればなければ（“but for”）これなし』テストによって判断される』 という基本的な命題の意味を、十分に検討してこなかつたことに存する」として、「そもそも事実的因果関係

とは何なのか、『あれば、『あれなければ ("but for") これなし』テストは何をどのように判断しようとするものなのかについて、正面から論じる』必要性を強調する。⁽¹⁴²⁾

右の整理から明らかなように、水野教授も、松浦教授と同様に、いわゆる「因果関係」概念を「事実的なものに限定する」ことに対する疑問を問題関心の中核に据えているのであり、「因果関係概念」というものが、不法行為帰責論の中でのどのような意義を有し、あるいはいかなる限界を抱えているのかを明らかに⁽¹⁴³⁾することをこそその目的としているが、その分析観点は、事実的因果関係概念の意義ではなしに、その「判断公式」として説明上用いられてきた「あれば、これなし」公式の分析、そしてそこから、いわゆる「因果関係」概念に秘められた機能ないし役割を探求することに向けられている。以上のような水野教授の問題意識を言い換えれば、「因果関係」をもって語られる問題とはなにかという一般的・抽象的な問題と、それが具体的な事例においてどのように当てはまり、事例相互間においてどのような相違をもたらすのか、ということにある。なるほど、水野教授は、諸事例を損害発生態様に従つて分類し、それぞれについて「因果関係概念」の機能を明らかにすることを試みている。具体的には、「損害の波及・拡大事例」、「不作為不法行為事例」、および「人間の相互交渉事例」の三類型を定立し、それぞれにつき「因果関係概念」の機能を分析して、帰責論の再構成を試みるのである(つぎに紹介するように、同一類型内でも「因果関係」概念の取扱いは異なりうる)。⁽¹⁴⁴⁾

その結果、水野教授によれば、①「事実と政策の二元論」が妥当する類型、②当該「二元論」に固執する必要性に乏しい類型、および③「事実的因果関係概念の普遍性」が見出しえない類型の大きく三類型があり、各類型における

「因果関係」概念の意義は異なるとされるが、誤解をおそれずに要約すれば以下のようないく結論が示される。

まず、①類型では、「あればこれなし」公式適用の前提となる一般的・抽象的レベルにおける因果法則を具体的な事案に適用することが可能であるため、賠償範囲の画定という個別具体的な政策的判断を「(事実的) 因果関係」概念と切り離した二元的構成が妥当し、損害が「定型的」に発生・拡大し、あるいは「偶然」的な介在事情によって拡大する場合には、保護範囲説ないし危険性関連説が説得的に機能するのだという。⁽¹⁴⁵⁾ これに対し（というよりもむしろ、ここに分類しえない諸事例の集合としての）②類型では、「因果関係」判断に諸々の評価が混在していることを認めざるをえず、これらの類型では、「因果関係」によって「帰責」（つぎの(a)および(b)類型では「範囲」）を論じることが説得的であるという。⁽¹⁴⁶⁾ この②類型に分類されるものとしては、(a)「同質的」な損失拡大事例、(b)例外的に賠償範囲を制限ないし否定すべき事例、(c)加害行為による素因の顕在化・被害拡大事例、(d)不作為による損害発生事例であるが、それぞれ、具体的「過失」のレベルにおける価値判断が事態適合的ではなく(a)類型)、「抽象的危険防止義務の違反」が宙に浮いて「過失」の位置づけが曖昧になり(b)類型)、実際上は被告における「過失」よりも損害発生・拡大様の異常さをめぐる価値判断がなされており(c)類型)、あるいは、「因果関係」の存否判断に「法的な評価」を混在させざるをえない(d)類型) という特徴を有するために、これらの類型では、「Yの違反した義務がXの損害と直結していない」という構造上の理由から、Yの義務違反とXの損害との間の事実上のつながりを法的に評価する『因果関係』概念が必要となる⁽¹⁴⁷⁾として、「『区別』論」における「事実的因果関係」よりも、それを中核とした「ふくらみのある因果関係概念」を指定して、（たんなる事実確定ではないという意味での）「帰責」を論じるべきであると述べる。さらに、

以上二類型に加えて、「人間相互の交渉事例」の中でも、「反復可能性」が觀念しえない事例では、事実的因果関係を前提とした保護範囲論ないし危険性関連説（①類型）も、「ふくらみのある因果関係説」（②類型）も無力であるとし、この場合には、「因果関係概念の限界」を認識せざるをえないと指摘する。⁽¹⁵⁰⁾

以上のような水野教授の主張のなかでも注意されるのは、水野教授の「因果関係概念」（とくに「ふくらみのある因果関係概念」）が、各損害発生態様類型ごとに固有の意義と機能を負わされ、議論が、いわば「因果関係概念の機能類型論」に転化しているのではないかという点である。誤解をおそれずにいえば、②類型における(a)類型では、「完全賠償主義」に基盤付けられた賠償範囲決定原理としての「因果関係」概念、(b)類型では、「行為不法的」な「過失」判断と並存しうる）「結果不法的」賠償制限枠組みとしての「因果関係概念」（行為不法的評価は受けるべきであり、「過失」の意義づけを明確にすべしとする）、(c)類型では、「過失」ないし「保護範囲論（義務射程説）」と並存しうる賠償制限枠組みとしての「因果関係概念」、(d)類型では、「過失」とは別個の規範的評価としての「(事実的)因果関係概念」、ともいいうべきものがそれぞれ主張されているようである。そうすると、本稿の立場から提起しうる問題として、右のようにさまざまな機能を背負うこととなつた「因果関係概念」が、なおも「因果関係」という一概念によつて束ねられることにどれ程の意味があるのであろうかという疑問が生じる（②類型において「事実と政策の二元論」に固執しないとされているのも、事実的因果関係という語義にとらわれる必要はないという限度に止まることになりはしないか）。

右の疑問は、不法行為帰責論の再構成を最終目的に掲げる水野教授にしてみれば、この三類型にそれぞれ分類される損害発生態様に従つた具体的的事例類型ごとになされたるべき、より詳細な帰責論全体のレベルでの枠組みの相違をも

視野に入れた理論構想に解消される問題として理解されるべきなのかもしれない。たしかに、事実的因果関係概念を未着手の一問題領域として捉えるべしと考える本稿の立場からも、事実的因果関係概念がかならずしも普遍的に妥当する概念ではなく、「政策」に対置させられた「事実」という二元的構成がすべての損害発生態様類型を貫いて維持しえないことを述べる水野教授の主張は、「因果関係」概念には依然として未解明のさまざまな規範的・政策的評価が内在していることを指摘する限度で首肯しうる。また、そうした諸評価を例示した水野教授の類型論は、「因果関係」概念をめぐるあらたな分析対象を示したという意味できわめて意義深いものがある。しかしながら、従来の「事実的因果関係論」（水野教授のいう「『区別』論」）じたいが、かならずしも理論的な正統性を有していないと考える本稿の立場からは、その「『区別』論」の膠着状況を克服する試みが「因果関係」概念の下に整理され、反面で、その中身が損害発生態様類型（「因果関係」概念の機能類型）との縦割り的議論におわっていることには疑問を感じるのである。⁽¹⁵¹⁾むしろ問題は、そこで明らかにされつつある諸評価の内容・性質を、「因果関係」概念そのものとは一応切り離された議論として、かつ、一般論のレベルで成立しうる議論として分析し、体系化するという作業なのではなかろうか。やはり、「区別」でも、「因果関係」という一概念への議論の回帰を志向するという「事実的因果関係論」の今後の展開方向をめぐり、松浦教授と同様の疑問を抱かざるをえない。

四 まとめ 以上要するに、いわゆる「相当因果関係」概念の概念的・論理的延長に位置づけられた理論的発展として事実的因果関係概念ないし（相当）因果関係概念「区別」（「二関門」）論が成立しうるか、という観点に立つてこれに疑問を提する見解は、いずれも、その疑問の出発点として実在的「因果関係」たる事実的因果関係という理解

を前提にしてゐる。これに対し、すでに私見として述べたように、「事実的因果関係」なる概念は、すくなくとも平井教授の「理論」を起点とするわが国の議論としては、実在的な意味での「因果関係」、ないしは「相当因果関係」の概念的・論理的延長に位置づけられるべきものではないのであり、こうした理解が現在普及しているとすれば、それはなんら理論的な正統性を有していない。仮に現在までに、別個の主張として、一般的な理解に沿つた「事実的因果関係」概念が提唱されていたというのであれば別であるが、わが国においてそうした主張はもとよりなされたことがない。

以上のように考へるならば、本節にみた諸見解は、実在的な意味での事実的因果関係概念と賠償範囲画定論という二議論の分化のみによつて「相当因果関係」概念を克服したとはいえないことを指摘する限度で評価されうる。しかし、「相当因果関係」概念を「二関門」的に構成すること、あるいは当該概念を「区別」ないし分割することとの理論的不適切さを指摘するものではありえても、改めて不法行為法における「(相当)因果関係」概念がどのように克服されうるのかという点については、有益な視座を示していいようにおもわれる。¹⁵³⁾直接的にいえば、右に述べた限度での事実的因果関係概念に対する疑問が、ただちに、「二関門」化ないし「区別」化される以前の「因果関係」概念に立ち返つて再考されるべしとの結論につながる必然性はない。むしろ、この点に関しては、「二関門論」ないし「『区別』論」としてなされた「相当因果関係」概念の克服、および、その一部である事実的因果関係概念という議論の前提という、従来の諸見解によつて若干安易に受け入れてきた理解こそがわが国における事実的因果関係論の重大な問題を生じさせているという点を正面から意識すべきである。

他方で、近時有力になりつつある法的「因果関係概念」への回帰の傾向に対し右のような視点で疑問を呈する際には、再度、従来の一一致した用語法を採用しながらも特長的な認識を示している見解がすでに存在していることに注意しなければならないであろう。なかでも注目されるのは四宮教授や潮見教授に代表される見解（第二章第一節二、および前節四参照）であるが、これらは、「事実的因果関係」概念に実体的・規範的評価の存在することを正面から見据えようとするものであり、その意味で——賠償範囲画定論の成立の反射としてではなく、「（相当）因果関係」論の展開、として——事実的因果関係という用語法を採用するものであって、平井¹¹事実的因果関係論に連なる正統性を有する見解と評価しうる。他方で、たとえば澤井教授の見解にあっても、事実的因果関係なる用語に解消されえない評価問題の存在を意識した理論の体系化を試みる点では、同様の肯定的評価が下されることはすでに述べたとおりである。これらの見解は、一様に、相当因果関係概念とその賠償範囲画定論への展開という一議論の形成過程において、他方に残された事実的因果関係概念の存在意義に正面から取り組むものといえよう。そうであるとすれば、本稿が意識したわが国における事実的因果関係論と平井¹¹事実的因果関係論との間の正統性は、正面から意識されることはなかったとはいえる、各論者それぞれに意識されつづけてきた部分もあつたということができそうである。そうすると、ここにおける問題はむしろ、そのように意識されている規範的評価の分析を「事実的因果関係」概念の下で取り扱おうとするのか、再度一般的・抽象的「因果関係」概念に問題を帰属させつつ同じ規範的評価の説明を試みるのか、という各々の構想する議論枠組みの相違に帰着する。

右のことを併せ考へるならば、事実的因果関係概念を相当因果関係概念の論理的延長に位置づけることを内容とす

る「二一閥門論」や「区別論」を批判し、これを契機としてより一般的な「因果関係」概念を再評価するという議論の方向性は、いわゆる事実的因果関係概念の正統な解釈論的意義を修正した理解に基づく議論の展開であるといわざるをえない一方で、このことがただちに理論的批判の対象となりえないこともまた明らかであろう。むしろ、一般的な「因果関係」概念から出発して相当因果関係概念克服の過程を再度やり直すか、賠償範囲画定論の確立の他方に取り残された事実的因果関係という問題領域での議論を構築するのか、そのいざれが理論的正当性をもちうるのかという点こそがいままさに問われているのである（本稿の主張がこれらの見解とただちに矛盾するものではないと考える理由は（）にある）。言い換えれば、いづれの議論枠組みを構想するにせよ、それが「事実的因果関係とは何か？」ないしは「因果関係とは何か？」という抽象的・概念的議論をしているのでは決してないと（）こと、および、そこで扱おうとしている規範的評価の実質を明示する配慮こそが求められるというべきであろう。

もつとも、このような理解に沿って、はたして「事実的因果関係」概念の下に分析されるべき法的評価がどのように構成されるのかという点は、完全に今後に残された問題である。しかし、すくなくとも、「因果関係」という一概念に解消される問題として新たな議論を構想することは、ふたたび議論の混乱を招くと同時に、従来の誤った理解を推し進めることになりかねないという理論系譜上の問題性が感じられる。この点を考えれば、「因果関係」概念における異質な評価判断の存在と、「事実的因果関係」概念によって表された評価判断の中身の分析こそが今後に残された問題というべきであろう。

第五章 結語

以上の考察によれば、「事実的因果関係」概念をめぐる議論の現状において、かならずしも意識されてこなかった一定の混乱が生じてることを認識しなければならない。稿を閉じるにあたり、本稿における主張の骨格部分を整理すればつぎのようになる。

平井教授によつてなされた痛烈な批判を嚆矢として、従来は、いわゆる相当因果関係概念のなかでも「過失」（帰責事由）に深く関わるとされる賠償範囲画定機能をめぐる議論が盛んになつたことは周知のとおりである。しかしながら、すでにみたように、平井理論を包括的な「因果関係」概念分析として理解することは適切ではない。平井理論は、「因果関係とは何か?」という一般的・抽象的・概念的な問題設定に基づく「理論」ではなく、「（相当）因果関係」なる概念に担わされてきた機能の一側面（賠償範囲画定機能）を析出しようとする「因果関係概念に対する取組み」である。その意味で、「事実的因果関係」も、「因果関係」という概念の線上において相当因果関係と論理的に連続する関係にあるのではないと理解しなければならない。

しかしながら、そのような平井教授の因果関係概念に対する取組みも、学説に受容される過程で変容を來たし、その結果として一定の混乱を生じさせているといふ。すなわち、成立要件としての固有の理論的意義（機能）を認められた「事実的因果関係」が、賠償範囲画定論の前提（対象）としての理論的位置づけという色彩を強められてくるために、本来はその理論的意義（機能）とは区別されるべきであるにもかかわらず、自然科学的・客観的な本質的

意義が反射的に受け入れられてきた傾向にある。」では、すくなくとも平井＝事実的因果関係との間において、現在一般に普及している理解が正統性を有していないといわなければならない。さらに、我が国においては、「事実的因果関係」を現在の一般的傾向に即した内容において概念規定する議論はそもそも存在しないのであるから、不法行為責任の成立要件たる「事実的因果関係」概念の機能を支える規範原理の解明、そして、当該原理とその他の責任根拠との関係、さらには、当該概念に固有の規範的考慮とその効果といった諸点は、なおも未開拓のまま残されているといわなければならぬようにおもわれるるのである。

「因果関係」という概念の用いられる文脈が法の分野に限らず、きわめて一般的・抽象的な議論を招来しうる概念であることはいうまでもない（それゆえに扱い難い概念である）。これに対して、不法行為法における因果関係論は、当該概念の多義性を認識したうえで、確認しうる意義の一つ一つを個別の法的議論の対象にするという仕方でなされたといえよう。こうした因果関係概念に対する取り組み方じたいは、「因果関係」概念を克服し、これを扱いやすいものとてきたという意味で積極的に評価されるべきである。しかし、本稿でみてきたように、「事実的因果関係」はいまだその過程を十分に経てはいえない。このことからすれば、「事実的因果関係」概念の問題性を指摘し、これを再び克服する議論として「(相当) 因果関係」概念への回帰を指向する近時の動向も、これが唯一正統な試みであるとはいきれないであろう。

以上のような認識にたてば、まず一般論に関わる問題として、アメリカにおける Cause-in-Fact 概念をめぐる議論の展開をより詳細かつ機能的に整理してみると有益な作業となろうし、体系論的には、規範原理レベルにおいて

事実的因果関係とその他既存の価値判断枠組みとの関係を分析するという作業も必要となろう。また、わが国の解釈論に直結する議論としては、不法行為における「因果関係」概念の用いられ方を事例類型ごとに分析し、事実的因果関係概念の具体的機能を一層明晰化し、理論としての意義を確立する作業が求められることになろう。現在の議論状況に対する漠然とした疑問を出発点に回顧的な観察を主題とした本稿にとって、これら発展的議論のいずれもが本稿に連なる重要な課題となる。

(1) 平井宣雄『損害賠償法の理論』一三五頁以下および四三一頁（東京大学出版会、一九七一年）（以下、平井『理論』として引用）。なお、平井宣雄『債権各論Ⅱ』八二頁以下（弘文堂、一九九二年）（以下、平井『各論Ⅱ』として引用）は、「不法行為の成立要件として、行為と損害の間に要求される因果関係とは、事実的因果関係である」としたうえで、「事実的因果関係とは、当該具体的加害者（訴訟上は被告）の行為……が当該具体的被害者（原告）の損害……を現実に惹起した、という事実の平面における関係である」と定義し、「『もしC〔加害者の行為〕がなかつたならば、D〔被害者の損害〕は生じなかつたであろう〔あればなればこれなし〕公式と呼ぶ』といふ関係が存在すると認められるならば、原則として事実的因果関係は存在する」として、同趣旨を述べる。

(2) 本稿は、「被告の行為が原告に生じた損害（ないし結果）を生じさせたという事実上の関係」という、さしたる議論もないままで広く受け入れられてきた当該概念の意義・内容にとらわれることなく、各論者における意義を個別に理解して、それらを相互に比較することを目的とするため、「事実的因果関係」をたんに用語として用いている。以下では、とくに「」（かぎ括弧）を付さずにこの語を用いるが、右の意味で用いるのを原則とし、各文脈に即して必要な記述を付記する。

(3) 「事実的因果関係」に言及する主なものとして、平井『各論Ⅱ』八二頁のほか、前田達明『民法VI2』一二六頁以下（青林書院新社、一九八〇年）、四宮和夫『不法行為』四〇八頁（青林書院、一九八五年〔中巻初版一九八三年〕）、森島昭夫『不法行為法講義』二八二頁（有斐閣、一九八五年）（以下、森島『講義』として引用）、森島昭夫「因果関係」不法行為法

研究会『日本不法行為法リストメント』（初出・ジュリ八八三号）四二頁以下（有斐閣、一九八八年）（以下、森島「因果関係」として引用）、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〕一九六頁（有斐閣、二〇〇一年〔初版一九九三年〕）、幾代通＝徳本伸一補訂『不法行為法』一一八頁（有斐閣、一九九三年）、藤岡康宏＝磯村保＝浦川道太郎＝松本恒雄『民法IV』〔第2版〕二七二頁〔藤岡康宏〕（有斐閣Sシリーズ、一九九五年）、田山輝明『不法行為法』〔補訂版〕八六頁（青林書院、一九九九年）、潮見佳男『不法行為法』一二六頁（信山社、一九九九年）、吉村良一『不法行為法』〔第2版〕八八頁（有斐閣、一〇〇〇年）、などが挙げられる（「事実的因果関係」概念に関する本稿では、平井教授の著書公表以降のものを取り上げて いる）。

(4) たとえば、北川善太郎『債権各論』〔第2版〕一二五二頁（有斐閣、一九九五年）は、「不法行為と損害発生との間の因果関係が事実的な因果の系列を問題にしているが、それと同時にその意味の因果関係の存否もすぐれて法的な判断であり、かつ、因果の系列を一定の程度と範囲に限定する法的な基準がさらに必要であり、かかるものとして相当性を利用する意味がある」と述べる。澤井・前掲注(3)一九五頁以下も、基本的に同様の認識を示す（ただし、本稿第二章第一節一参照）。これらの見解における事実的因果関係概念の意義については後述するところを参照されたい。さらに、わが国の最高裁判所が、学説の傾向とは対照的に、依然として「相当因果関係」（ないし「因果関係」という表現に固執していること（「事実的因果関係」なる語が採用されていないこと）をここで注記しておくべきであろう。

(5) 前掲注(3)に挙げた体系書では、ほぼすべてにおいて立証問題が総論的にではなく補足的に言及されている。判例としては、いわゆる東大ルンバール事件最高裁判決（最判昭和五〇年一〇月二十四日民集二九卷九号一四一七頁）で示された「因果関係」の認定基準としての「高度の蓋然性」がとりわけ有名だが、これも「因果関係の有無」に関する問題として構成して、その立証問題を論じるものである。なお、「高度の蓋然性」基準については、近時、最判平成一二年二月二十五日民集五三卷二号二三五頁が、「不作為による不法行為」にも当該法理が妥当すべき旨判示された（後掲注(7)も参照）。また、事実的因果関係の立証問題は、公害事件（責任の有無というよりも責任の配分が問題となつた局面）をめぐって大いに議論が交わされたことは注目される。

(6) たとえば、四宮・前掲注(3)四一二頁以下における説明がとくに詳しい。幾代＝徳本・前掲注(3)一一一頁以下や、森島『講義』二八五頁以下も、「」での問題を「事実的因果関係」ではなく「保護範囲」ないし「損害賠償の範囲」に位置づける。もちろん、ひとくちに「原因競合事例」といっても、比較的早い段階で「因果関係」概念論から切り離された「仮定的因果関係」（「凌駕的因果関係」ともいわれる）をめぐる問題と、「重複的・異時的因果関係」と呼ばれる問題とでは、議論の辿った道すじを異にするというべきであろう。しかし、いわゆる「仮定的因果関係」が「事実的因果関係」の問題ではありえないとされるとしても、本稿の抱く疑問は、前者のみならず「重複的」「異時的」な原因競合において、いわゆる「あればなればこれなし」公式の適用上の例外という取扱いがなされる」とに対しても当てはまる。なお、原因の競合問題はさらに共同不法行為の理論にも関連するが、本稿では立ち入らない。

(7) 「不作為による不法行為」については、かつて Law School 誌上で特集（「特集・不作為不法行為の検討」Law School 五一号四頁以下（一九八三年））が組まれた。そのうち事実的因果関係概念に関連するものとしては、伊藤進＝織田博子「不作為不法行為序説と判例の整理」Law School 五一号一六頁以下がある（「通常の行為と損害との間の因果関係（事実的因果関係）を判断する場合にあっては、特定の行為が特定の損害発生の原因となつたか否かという観点から検討が加えられるのであるが、不作為の場合には『特定の行為』が存在しないのであるから、適切な行為がなされたとすれば、損害が回避できたか否かという観点から、いわば逆の検証がなされる」と述べる）。その後、事実的因果関係概念に関する一般的な議論が必ずしも十分ではなかつたことにもよるのであろうが、不作為事例における「事実的因果関係」の取扱いは学説上一致していない。たとえば、もつとも特徴的なものとして「因果関係のないことが実は不作為不法行為の特徴である」と述べるものの（前田・前掲注(3)一〇九頁）もあれば、最近では逆に、「行為と権利侵害との間の因果関係が問題となるときに法的・規範的判断が先行する」とは、何も不作為不法行為に限られるものではなく、……作為不法行為の因果関係との判断手続面での相違を過度に誇張すべきではない」と述べるもの（潮見・前掲注(3)一二九頁以下）もある。さらに従来は、不作為事例における「事実的因果関係」判断は「違法性」や「過失」の判断に吸収されるとの説明が一般的であって、事実的因果関係概念そのものの意義は片面的に捨象される傾向があつた。たとえば、「違法性」の内容としての作為義務違反判断

との関連で説明するものとして、四宮・前掲注(3)二九二頁、幾代・前掲注(3)二〇〇頁、「過失」判断に吸收されるとするものとして、中井美雄編『不法行為法（事務管理・不当利得）』一一一頁〔植木哲〕（法律文化社、一九九三年）、さらにはどちらに関するのか現状ではまったく明らかではないとするものとして、中井美雄「不作為による不法行為」山田卓生編『新現代損害賠償法講座①』一三〇頁（日本評論社、一九九五年）がある。なお、平井教授はこの問題を「あればこそれなし」公式の適用上の例外として処理するが、のちに述べるように、上掲の諸見解と単純に比較しうるものではなく、事実的因果関係概念の有する解釈論的意義に立ち返った吟味が必要である。

(8) 敷衍すれば、平井教授による事実的因果関係概念の定義は一見きわめて単純明瞭にみえるが、「……が……を現実に惹起した」との説明はたんに「事実的因果関係」を言い換えているにすぎない。むしろ、事実的因果関係概念の実質に関わりうるのは、その「判断公式」として「あればこそれなし」公式を採用しつつ、一定の事例では例外的な処理を必要とせざるをえないということにある。平井『各論Ⅱ』八四頁は、「〔事実的因果関係が〕法律上の概念である以上、事実的因果関係といつても社会科学的・自然科学的事実の問題ではなく、広い意味で責任を負わせるべきか否かという法律的な判断が介入せざるをえない問題である」と述べるにもかかわらず、平井教授は、当該「判断公式」によって表されるべき事実的因果関係概念の実質的法的価値判断の内容に言及しない。もっともこの叙述が、原因競合事例に対する当該「判断公式」の機械的適用から生じる不都合を回避するため、とくに理由を示すことなく「公式の適用の例外」として処理することを正当化する文脈のものである点に注意が必要である。以上の点に注目すれば、「判断公式」それじたいではなく、各論者が事実的因果関係概念にどのような実質的意義を見出し、それを自らの理論に取り込んでいるのかという点はきわめて興味深い問題となるし、翻つて平井教授の示した事実的因果関係概念とは何であったのかという点の再確認が不可欠となるのである。

なお、近時は、ひとまず法的な議論を離れて、「あればこそれなし」という「判断公式」（ないし「言説」）そのものに内在する種々の価値判断ないし実質的意義に着目し、そこから一般的な意味での「因果関係」概念が有する意義と、不法行為帰責論において当該概念の機能しうる限界を分析するというアプローチを採用する研究として、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に向けて——』（有斐閣、一〇〇〇年）があるが、これについては本稿第四章第

二節で言及する。

(9) 北川・前掲注(4)一二三四頁。

(10) 吉田邦彦「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』(上)——アメリカ法解釈論の新たな動きを求めて——」ジュリ九九七号五八頁(一〇〇〇年)。

(11) 従来「因果関係」概念に関する分析は数多くなされてきたが、本稿のように、平井教授の主張以降の「事実的因果関係」概念を扱つたものはほとんどない。水野教授の研究が本稿とアプローチを微妙に異にしていることは前述(前掲注(8)参考照)のとおりであり、近時公表された矢澤久純「事実的因果関係に関する一考察」新報一〇六卷三=四合併号二一五頁(二〇〇〇年)も、もっぱら本稿のいう事実的因果関係の「本質的意義」に向けられた問題意識に基づくものであつて、当該概念の「理論的意義」にもあわせて着目する本稿とは分析観点を若干異にしている。なお、後者については、議論の混乱を避けるためにも本稿では扱わないこととし、私見との関連については今後の作業に委ねたい。

(12) 幾代=徳本・前掲注(3)一一六頁。

(13) 森島『講義』前掲注(3)二七七頁。

(14) 幾代=徳本・前掲注(3)一二九頁以下。

(15) 幾代=徳本・前掲注(3)一三〇頁によれば、「不法行為という概念は、……一つの法的判断のわく組み」であり、「人の『歩くこと』とか、『走ること』とかいったような、一つの物理的な実体を伴つた概念として捉えるべきものではな」く、「つねに、他人に生じた特定の損害と、それについての当方の賠償義務という効果と、この二つに関係づけられて存在するもの」である。これらの叙述は、事実的因果関係概念は成立要件判断の文脈で「不法行為」という法的帰結に向かう法的評価を示すものであるのに対し、賠償範囲の画定は効果の文脈において「不法行為」という法的帰結に向かう一つの法的評価であつて、両者はそれぞれ別個の文脈に属する問題として位置づけられる結果であるようにおもわれる。したがつて、「事実的因果関係」は、からずも賠償範囲画定の対象であるとか、因果関係の第一段階であるとかいう意味(後述)ではないということになろう。このような理解の下では、責任成立範囲と賠償範囲とは、最終的結論の段階において完全に一致し

た範囲を示し、そこには「宙に浮かんだ不法行為」の生じる余地はない。

- (16) 森島『講義』三〇六頁は、「具体的にどの範囲の損害を加害者に賠償させるべきかという問題は、反面で、被害者に賠償されない損失を負担させることになり、被害者と加害者の間の損失負担にかかる政策的な価値判断となる」と述べるが、「因果関係」に関する森島教授の認識を前提にすれば、賠償範囲の画定をめぐる評価の本質を強調することが、これと事実的因果関係とがまったく異なる文脈に属する問題であることを鮮明にしているといえよう。また、森島『講義』三〇七頁において、「賠償すべき損害の範囲の問題を論ずるのに、相当因果関係や法律上の因果関係という概念を用いるか、それとも保護範囲という概念を用いるかは、ある程度は、言葉の問題といえる。要するに、無限に連続していく事実的因果関係の連鎖のなかで、ある範囲の損害に限って加害者に賠償責任を負わせようという法的な評価・判断であることを示しうるものであればよい」（傍点・筆者）とされ、事実的因果関係の存否判断が賠償範囲画定論とが別次元の問題であり、それゆえ、ここに「因果関係」という表現を用いるか否かは言葉の問題にすぎなくなるとされている点は、右の理解を補強するものである。もっとも、以上の諸点と、賠償範囲画定論が、実際上、事実的因果関係という一連のつなぎを合理的に画定する問題として捉えられていることとは、区別して理解されなければならないが、これについては本稿で順次明らかとなる。

(17) 四宮・前掲注(3)四〇九頁。

(18) 四宮・前掲注(3)四一二頁。

- (19) 四宮・前掲注(3)四二三頁は、「Aの自動車が制限速度を超えるスピードで街を走っていたところ、歩行者Bが、停車した車の背後から突然現れたので、Aの車がBをひいてしまった」という例を挙げ、「因果関係の起点は、最も『権利』侵害に接着した行為の違法な部分である。この場合は、衝突時点における速度違反が、因果関係の起点である」（傍点・筆者）とする。四宮・前掲注(3)四一二頁以下は、「もっとも、現実の紛争では、まず被害者における『権利』侵害＝損害の事実が与えられ、因果関係の認定は、そこから遡って加害者の行為に（さらには故意・過失に）至る、という仕方でなされることであろう。その場合には、実際上、因果関係に関する一応の判断が故意・過失なしの違法性判断に先行するのであって、故意・過失を念頭に置かない、あるいは故意・過失の存在を仮定した、行為と結果との因果関係が問題となるわけである。

この場合は、故意・過失が確定されたのち改めて、被告の行為のうち故意・過失に当たる部分を起点とする因果関係が成立しているか否かを検討しなければならないであろう」とも述べ、あくまで理論的な説明にとどまる趣旨を述べているが、事実的因果関係の本質的意義をめぐる本節一の見解との相違は明白である。なお、矢澤・前掲注(11)二三三頁は、このレベルで四宮教授の見解を支持している。

- (20) 四宮和夫「不法行為法における後続損害の帰責基準」法学協会編『法学協会百周年記念論文集第三巻』三一頁（有斐閣、一九八三年）。

(21) 民法七〇九条にいう「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ」の「因リテ」と「之ニ因リテ生シタル損害」の「因リテ」を区別する意味では前田達明教授も同様の説明をする。こうした解釈方法は、主にドイツ法を参照する学説にみられる傾向であるが、両「因果関係」概念の意義ないしその理論的な位置づけには微妙な相違がある（前田教授の見解につき次節一参照）。こうした理解じたい、かならずしも我が国に一般的といえないことにも注意すべきであり、いわゆる賠償範囲画定論と「因果関係」概念に関する森島教授の指摘（前掲注(16)参照）に象徴されるように、平井教授の理論以降わが国の諸学説における「因果関係」の用法には留意すべき相違がある。

- (22) 四宮・前掲注(3)四〇三二頁、および四〇八頁。

- (23) 四宮・前掲注(3)四〇三二頁。

- (24) 四宮・前掲注(3)四〇七頁は、「責任制限に関しては不法行為責任にふさわしい原理を探求すべきである」とし、「後続侵害」については「危険性の関連」および「一種の違法性判断」、「結果損害」については「確実性」ないし「[賠償の]必要性」という基準による賠償範囲画定論を展開する。すなわち、「事実的因果関係」の成立要件としての固有の意義といつても、同時に、賠償範囲画定論においても「因果関係」概念によって捉えられるところの順次拡大・展開する一連の出来事の連鎖という観念が意味を有している。

- (25) 「ここにいう「対象」が、平井『各論Ⅱ』一二二頁の「事実的因果関係の存在は、賠償範囲を論じる前提であるから」と述べる際の「前提」と異なることに注意を要する（これにつき、本稿第三章第一節参照）。

(26) 四宮教授の理論体系においては、この自然科学的な一連の出来事の展開としての因果関係は法的に意味のある概念ではなく、むしろ、かつての相当因果関係概念の理論的分析を、事実上の現象の因果的な記述による表現を出発点にして行うことに基づく前提概念にすぎないと考えられる。このことは、当該「因果関係」に賠償範囲画定基準（危険性関連など）による限定づけが施され、当該基準によって法的に補強されたところまでが賠償範囲としての因果関係（法的には賠償範囲の限界が因果関係の最終点であり、全部である）として理解されるところに示されている。これは、四宮教授にいう「法的因果関係の範囲内での完全賠償の原則」（四宮・前掲注(3)四五一頁以下）とも整合し、その具体化として理解できる。

(27) 前田・前掲注(3)一二七頁。

(28) 前田・前掲注(3)一二七頁。

(29) 前田・前掲注(3)一一六頁以下は、「加害行為と権利侵害ないし損害の間の自然的・社会的（事実的）因果関係の問題」を「条件関係」「条件的因果関係」「条件関係」「事実的因果関係」といった用語を用いて説明する学説もあるが、このことこそ一般的用語からして「因果関係」というべき問題であるから、端的にこの語を用いることとする」とし、また、前田達明『不法行為帰責論』二二二五頁（創文社、一九七八年）も、「この『条件関係論』は、自然科学的認識によつて明らかにされ、既に決定された結論を単に正当化する論理構成にすぎない」（傍点・筆者）から、「右のような「事実的などの」修飾語は不用で、単に、「因果関係」の有無として議論されればよい」と述べる。

(30) 四宮教授の見解との異同については、前掲注(21)とその本文を参照。

(31) 前田・前掲注(3)一二六頁。

(32) 以上につき、澤井・前掲注(3)一九五、一九六頁。

(33) 以上につき、澤井・前掲注(3)一九五頁以下。澤井教授は、このような領域を「因果関係の濃淡」ないし「因果関係のグ

レイ・ゾーン」と呼ぶ（澤井・前掲注(3)一九五頁以下および二一九頁以下参照）。

(34) 「相当性」による法的評価を「（事実的）因果関係」判断に取り込むべき場合としては以下のような例が挙げられている（澤井・前掲注(3)二二一頁以下）。「偶然」に関する事例としては、いわゆる雷事例（YがXを落雷により死亡させる意図

をもって、森に行かせたところ、実際に雷が落ちて死亡した場合)、「反復性・起因力の補強」に関する事例としては、加害行為と結果との間に他人の自由な意思が介在する場合(高校教師の違法な懲戒権の行使と生徒の自殺、生徒に対する保護監督義務違反といじめによる自殺との間の因果関係が問題となる場合)である。

(35) 澤井・前掲注(3)一九七頁。

(36) 澤井・前掲注(3)一九六頁は、この場合、因果関係の「範囲」を問題にしようとしても「そもそも、範囲内の部分がない」と説明している。

(37) 前掲注(34)に紹介した例は、従来、「事実的因果関係」の存在を肯定したうえ、保護範囲ないし賠償範囲の問題として処理すべき問題とされてきた(幾代Ⅱ德本・前掲注(3)一四四頁など参照)。しかし、澤井教授においては、「事実的因果関係」には「反復性・必然性」という性質が伴い(この性質に関するかぎりでは、四宮・前掲注(3)四〇九頁も同旨)。ただし、水野謙・前掲注(8)一〇頁以下および一二二頁注(2)参照)、したがって、これらの場合には「あれなければこれなし」公式によつて得られる結論(すべての範囲で肯定される)と「事実的因果関係」として認定されるべきものとが完全に乖離すると考えられているようである。すなわち、澤井教授は、「事実的因果関係」を「あれなければこれなし」公式と同視しないのであり、一定の困難事例において「相当性」により限界づけられる「相当因果関係」の性質と、「事実的因果関係」に「反復性・必然性」が認められる場合に、当該「事実的因果関係」となおも保護範囲の判断によつて限界づけられた賠償範囲との間に生じる差に当たる部分の「事実的因果関係」の性質とが一致する限度で、従来とは異なる法的評価の存在を示唆している。澤井教授はこの新たな法的評価を「反復性・必然性」という言葉で表現しているが、これが正当といふるか否かはおくとしても、従来の「事実的因果関係」とその判断公式としての「あればこれなし」公式との関係をめぐる理解とは異なることを特筆しておくべきであろう。なお、澤井裕「不法行為における因果関係」星野英一編『民法講座6』二九八頁(有斐閣、一九八五年)も参照(「事実的因果関係」レベルで下されるべき否定的な法的評価(「因果関係の『ある・なし』に關わる評価」)を、「法的に意味のある因果関係」か否かという表現で示している)。

(38) 田山輝明教授も、「確かに事実的因果関係が肯定できない事例において、過失について論じることは無駄であるが、相當

因果関係論を前提とする多数説によれば、常にそのような順序で審理をし、判決を記述しなければならないわけではないから、……それがそのまま多数説に対する批判にはならないとおもわれる」として、「事実的因果関係についても常に単純に存否の判断が可能であるとは限らない」のであり、法的評価抜きで事実的因果関係の存否を判断することは困難な場合があることを認めるべきであるとして、澤井教授と同様の趣旨を述べている（田山・前掲注（3）八九頁）。

(39) 北川・前掲注（4）二五一頁。

(40) 北川・前掲注（4）二六三頁。

(41) 北川・前掲注（4）二五一頁以下。たとえば、単独では結果を発生させない複数の行為が合体して被害が発生したとされる場合について、「原則として各原因事実にかかる個々の行為者の全被害の賠償責任は認められない」という結論のみを述べる（成立要件としての因果関係を述べている箇所であるから、成立要件の文脈における「相当性」による法的限定の必要性を述べてもよかつたはずである）。同一の事例については、通常（事実的な）因果関係を肯定する結論が示され、賠償範囲画定を「因果関係」に沿って記述する場合（四宮教授の基礎概念としての因果関係や前田教授の成立要件としての因果関係）は範囲の限定づけ、これとは異質のものとして捉える場合（幾代教授や森島教授）は「保護範囲」の画定という別の議論がつづく。

(42) 潮見・前掲注（3）一二七頁。

(43) 潮見・前掲注（3）一二六頁が、成立要件として求められる因果関係を「事実的因果関係と称するのが、最近の学説の傾向である」と述べるのは、正当にもこの点を指摘するものと理解したい。また、吉村良一教授も、「事実的因果関係とは言つても、それはあくまで損害賠償という法的評価を発生させるための要件であり、これを自然科学的な意味での因果関係と同視すべきではない。この意味で、事実的因果関係といつても、單なる過去の事実関係の復元ではなく、そこには必然的に法的評価が必要となる」とし、潮見教授と同旨を述べる（吉村・前掲注（3）九〇頁）。

(44) 四宮教授における「事実的因果関係」が自然科学的な一連の出来事の展開を意味するものではないことについては、前掲注（19）とその本文参照。

(45) 前掲注(5)ないし(7)参照。

(46) ほぼすべての体系書が、事実的因果関係概念に関する簡単な記述のすぐのちに「立証上の問題」を概説することがこのことをよく示している。また、「不作為による不法行為」に関する従来の事実的因果関係概念の扱いも、このような理解を前提にしている。

(47) また、四宮教授が「事実的因果関係」という語の下で、同様に法的評価の存在を意識している点にも注意を要する。また、事実的因果関係概念に関する問題ではないが、「相当因果関係の存否」をめぐる法的評価として（「相当性」概念の枠内において）同種の指摘をする北川教授や澤井教授の見解にも注目すべきであろう。

(48) 前田・前掲注(3)一二六頁、四宮・前掲注(3)四〇七頁、森島『講義』・前掲注(3)一七八頁、幾代通『不法行為』一一一頁以下（筑摩書房、一九七七年）、藤岡ほか・前掲注(3)二七一頁以下〔藤岡〕、吉村・前掲注(3)八八頁など。

(49) 平井教授の著書の標題が示すとおり、平井理論は不法行為法（正確には債務不履行を含めた「損害賠償法」）を全体系的な視野において分析した大著であるから、事実的因果関係概念に限定して分析することのは是非が問題となりうるけれども、平井理論の論理展開の方法がそうした分析に耐えるであろうことはのちに整理するとおりである。

(50) 平井教授は冒頭でつぎのように述べている。「疑問の余地の存しないもののごとに考えられてきた……四一六条＝『相当因果関係』という等式は、一步立ち入って考察してみると、次のような疑問を抱えていることに気付くのである」（平井『理論』四頁）と。この「疑問」とは、不法行為に対する民法四一六条適用の可否として記述すれば足りる問題に「相当因果関係」というレトリックが用いられることの意義如何であった。平井教授が断じているところでは、これらの「疑問」は、「債務不履行であると不法行為であるとを問わず、損害賠償の範囲一般が『相当因果関係』によって定まる」という論理をアприオリに妥当するものごとく前提し、その論理と四一六条といわば『つじつま』を合わせ、しかも、そのような論理なしし概念の構成が債務不履行についての規定である四一六条の機能する現実の姿を説明できない、という現象、すなわち、四一六条をめぐる『理論』と『現実』との乖離という現象、を示すものにほかならない」（平井『理論』六頁）。

(51) 平井『理論』七頁。

(52) 平井『理論』一六頁。

(53) この点について平井『理論』一六頁は、自らの問題関心を効果に関する部分に限定するとしても、「損害賠償という比較的単純な効果がもたらされるところの損害賠償法においては、要件の問題は効果の問題と混同されて論じられることが多く、また、そこで用いられる概念の機能を明らかにするためには、効果はその要件と独立してではなくしてその関数として捉えられる必要が大きいのである」と述べる。ある概念が、変数としての要件判断」とに可変的な「関数」として効果を確定する機能を意識したこの叙述は、関数公式としての効果論の側面から相当因果関係概念を克服することが、変数としての要件じたいをめぐる問題を含んでいないことを暗に示している（後掲注(60)参照）。

(54) 平井『理論』一六頁。

(55) 平井『理論』一七頁。

(56) 山本隆司「いわゆる『保護範囲説』」四六頁以下（有信堂高文社、一九九七年）も、平井理論における方法論的基盤の重要性・特殊性を指摘する。また、同論文七〇頁が「私の平井・理論理解が少数であったことを報告しておく」と付記しているのは注目に値する。

(57) 平井理論は、「四一六条Ⅱ相当因果関係」説に対する疑問を出発点とするが、四一六条から分離された相当因果関係説にも否定的態度を示している。すなわち、平井『理論』三二三頁以下は、相当因果関係概念が四一六条と結合しようとしてしまいと、四一六条と同一レベルの問題として「『相当因果関係』という概念がわが国の裁判の理由づけとして用いられるべき必然性」が論証されない限り、如何なる解釈的提案も「結局四一六条を不法行為に適用すべきか、あるいはすべきでないか、といふだけにとどまっている」とし、「これまで行われてきたところの裁判官の現実の法的処理を前提とし・それを素材としつつ、不法行為の保護範囲について元来は債務不履行についてのみ適用さるべき基底として立法されたところの四一六条を適用したことが、どのような概念および論理構成上の問題を生ぜしめているのか、裁判官の表明する理由づけは、はたして裁判官の現実の法的処理に即した法技術的な概念および論理の構成となっているかどうか、ということを明らかにすることが、最初になされるべき作業なのである」と。これは、自らの理論が、民法四一六条と相当因果関係概念の関係にとどま

らず、不法行為法における「因果関係」概念の意味と機能という観点から「相当因果関係」概念を再検討するものであることを明示したものである。ここにおいて、平井理論が「因果関係」概念に対する一般的な分析を中心に展開するものだと理解されうる余地が生じるが、平井理論は、あくまで賠償範囲の画定という目的を正面から捕らえた理論に「因果関係」概念を用いることの法技術的な適切さ（理論的正当性）という視角を採用しているのであって、たんに「因果関係」概念を分析するものとして平井理論を理解するのは適切ではない。

(58) 平井『理論』一八頁参照。

(59) 最終的に平井理論が提示する「解釈論的提案」はつぎの三つである。第一に、過失概念の再構成（損害回避義務違反としてのいわゆる過失一元論）、第二に、損害賠償という法的效果を（過失と関連づけられた）保護範囲および損害の金銭的評価という二段階に理解すべしとする理論との関連において主張されたいわゆる損害＝事実説、第三に、そうして明確化されるべき理論の定立に伴って、従来「（相当）因果関係」概念を用いて説明されてきた問題を成立要件としての「事実的因果関係」に限定して理解すべきとする事実的因果関係論である。これらは、平井教授の不法行為の成立要件論——過失、損害、および因果関係の三要件構成——に結実する（平井『理論』四一九頁参照）のであるが、従来は、この主張が従来の不法行為要件論に大きな転換を要求するものとして捉えられ、これこそが平井『理論』の核心と捉えられてきたといえるであろう。

(60) 平井『理論』三三頁以下、とくに三三三頁。

(61) 平井『理論』四〇頁は、因果関係という概念が人間の価値判断を伴うものであるのにもかかわらず、「因果関係の客観的性質を暗黙の前提としたところに……〔ドイツにおける〕『因果関係論』の一つの陥穰が存在していたのである」と述べる。のちに述べるように、「事実的因果関係」を実在的・概念的に捉えた場合には、この指摘は「事実的因果関係」との関係でも問題となりえよう。しかし、平井教授のこの指摘はむしろ、つぎのような文脈で意味を有している。すなわち、因果関係概念による賠償範囲の画定という問題に客観的性質を有するものとしての因果関係概念が用いられたからこそ「因果関係概念がドイツ損害賠償法特有の、しかも一定の目的を実現するための、一つの法技術概念である、という認識に到達するまでに、ドイツの学者は長い道程を歩むことが必要であった」（平井『理論』四五頁）のであり、その間、ドイツ因果関係論は

「やむるだけ客観的な」とばをもつて構成されるよう努められた」(平井・『理論』七一頁)。しかし、上述のとおり、その実質的争点は、当初から、因果関係概念如何と、よりも、そこにある一定の目的(賠償範囲の制限)に向けられた側面を有していたのである。そして、この点を考慮すれば、ドイツにおいても、因果関係概念の解明と、よりも、当該概念によって表される法的処理の実質を解明する方向で因果関係論が展開していたのであり、そのレベルでこそわが国における議論との同質性が認められるべきであった(その反面で、「因果関係概念」じたいは法技術概念として全く無意味である)といふ点を補強する文脈である。

- (62) 平井『理論』八三頁、および九四頁。
- (63) 平井『理論』九三頁。
- (64) これについては、平井『理論』九四頁以下参照。
- (65) 平井『理論』一二五頁以下。
- (66) 平井『理論』一二三四頁は、「因果関係にはそもそも意味がある」とはたびたび述べてきたとおりであるが、それを事実的因果関係という意味に限定する」とによつて分析道具概念としての有用性を与えるのが「これを立てる」との目的である」と述べるが、これは、事実的因果関係概念が一般的・抽象的な「因果関係」概念によつて表されてきた法的価値判断の一部を賠償範囲(法定論の分析のために置き換えたものである)と示している。このような観点からすれば、平井理論の「分析道具概念」には、相当因果関係概念のうち効果論に関連しない部分を置き換える役割を果たすもの(「事実的因果関係概念」と、法技術的に無意味な相当因果関係概念を効果論の側面において新たな「理論」に再構成するためのもの(「保護範囲」と「損害の金銭的評価」という二種のものが含まれていると、ともである)。
- (67) 平井『理論』一二六頁。
- (68) 後にみるよいか、Green教授は、“Cause-in-Fact”を「あれなければ」れなしの関係であるとは考へない(本章第一節一一参照)。
- (69) 平井『理論』一〇一頁。また、平井『名論II』七九頁以下、八二頁も参照。

(70) もとも、不法行為法における因果関係を「あれなければこれなし」の関係として限定的に理解すべしとする主張は、ドイツの Caemmerer 教授の主張（いわゆる「規範保護目的説」の展開）にも関連づけて補強されているが、平井『理論』六五頁は、Caemmerer 教授の主張じたいが Green 教授の方法論に依拠しているとし、事実的因果関係概念の（「分析道具概念」としての）意味は Green 教授の方法論に全面的に由来するものと理解されている。

(71) 平井『理論』四一九頁、四三一頁、平井『各論Ⅱ』八二頁。

(72) 平井『理論』四三五頁、平井宣雄「因果関係論」有泉亨編『現代損害賠償法講座1』一〇一頁（日本評論社、一九七六年）。

(73) 平井『各論Ⅱ』七六頁、八三頁。

(74) 平井『理論』一三五頁以下、四三三頁以下。

(75) 平井『理論』一三六頁。

(76) 平井『理論』一三五頁。

(77) 平井『理論』四三三頁以下。従来「あればこそ」公式は、客観的に存在する事実的因果関係を判断する单なる公式として理解される傾向が強いが、平井理論によれば、「原因」と曰われる事実は複数存在しているのが通常であり、「事件Bの原因が事件Aであるか否か、という問題は、価値判断と関係のない・客観的な事実の世界の問題ではなく、原因としてAを選び出すことは、客観的な事実によっては決して決定される」とはできない（平井『理論』三九頁）のであり、一定の評価が伴わざるを得ないことは当然視されている。したがって、不法行為責任の成立にとって必要な「原因—結果」という関係をどのような法的評価として規定するかは平井理論で言及されていないものの、当然にのこされた問題として理解しておく必要がある。なお、前掲注(8)も参照。

(78) 平井『理論』四三六頁以下、平井『各論Ⅱ』八三頁。

(79) 平井『理論』四六〇頁、平井『各論Ⅱ』一一三頁。

(80) 現在“proximate cause”という概念は、Green 教授の登場以降、賠償範囲の限定に関する政策的判断を指す語として用い

「われじこるが、Green 教授による分析が登場する以前は、ひらく “causation” による表現された問題一般を指す概念であつたようだ。」（同上）現在の用法ではなれば、「因果関係」によって表現されじこた問題全般を含む意味で用じてゐる。

- (81) W. KEETON, D. DOBBS, R. KEETON & D. OWEN, PROSSER AND KEETON ON THE LAW OF TORTS § 41, at 263-64 (5th ed. 1984) [hereinafter cited as PROSSER & KEETON]. 「近因 (proximate cause)」 ふつう表現は、『——』の第一格律 “In jure non remota causa, sed proxima, spectatur (法における遠因ではなく、近因が注目される)。” (Bacon's Maxims of the Law, Regula I) に由来する表現であるとこわれるが、これが法的原因をもぐら問題の普遍的解決策であるふれられたゝこそが、際限のなじ混乱と禍根の根源であつたとの批判がある (See Smith, *infra* note 82, at 106.) (もひくも Smith 教授の批判が法的原因との関連において有する意義についてせば、後述を参照)。なお、水野謙・前掲注(8)三三四頁以下も、この格律がそのややネグリジエハス法によつて不適切であつたと指摘してゐる。
- (82) Smith, *Legal Cause in Actions of Tort* (pt. 1), 25 HARV. L. REV. 103, 103 (1911).
- (83) Smith, *Legal Cause in Actions of Tort* (pt. 2), 25 HARV. L. REV. 303, 303 (1912).
- (84) Smith, *supra* note 82, at 103-04 (1911).
- (85) Smith, *supra* note 83, at 309, 311-314 (1912). 「実質的要因」 ルールの内容を整理しておけどもハドある。もひく、一般ルールとして、被告の不法行為は、賠償を求められてじる損害の作出に対する「実質的要因」でなければならぬ。「実質的要因」とは、複数の因果的な前件の実質的部分であれば足り、複数の「実質的要因」のうちの一つであれば足らぬ。もひく、「損害の作出に対する実質的要因」 ふさ、被告の不法行為の影響が、損害発生時なしとはすくなくとも直接損害を生じやせる最終的かつ加害的な力 (the final active injurious force) が発動する時まで明確に継続していなければならぬ。もひく、この定式が判例の説明なしし従来の法的原因概念の一元的理解に対する批判といふ以上に、因果関係概念の定式化として実用的かどうかは疑問である。この点に関して Smith 教授は、「おそらく、一切の異論を受け付けない法的原因の定義なし公式は定立しえない。しかし、何らかの定義が定立されるとが望ましいのであり、問題はもつとも異論の少ない定義せんのよくなのかどうか」といふ (Id. at 309.) ふ述べるのであり、法的原因の確定的な定義よりも現実 (判断基準)

の多様性の體諭とその説明を志向して、いたりふを示してしまふ。

- (86) なお、Smith 教授は、法的原因とは因果関係の存否 (existence) じたいに關わる事實問題であるところ批判が加えられねりふを予想して、むしろ「〔それが〕事實の問題である限り、裁判所の判断は政策的・便宜的考慮に影響されるべきではなふ」 (*Id.* at 304.) として、従来の取扱いとの間の齟齬を指摘する。反対に、従来主張されてきた定式を放棄すれば陪審に多大な権限を与へねりふとなるから、法的原因の判断は事實問題であつても裁判所が判断すべき問題であるとする主張 (J. CLERK & W. LINDSELL, THE LAW OF TORTS 146 (5th ed. 1909).) に対する、「この見解は陪審員に対する疑念から恣意的な例外を認めるものにすぎない」と、「因果関係の問題は、十一人の陪審員が、被告の不法行為が損害の原因であり、單なる前件たる事實ではなく、よりふ合理的に結論づけられがちであると裁判官が考えなう限り、当該問題が陪審に付託されねりとはなし」 のであるから、陪審に多大な権限を与へねりふにせなむなし (*Id.* at 303-07.) と述べて、定式の多様化に対する志向を擁護してしまふ。

- (87) Beale, *The Proximate Consequences of an Act*, 33 HARV. L. REV. 633, 658 (1919). Beale 教授における原因の近接性 (proximity) の基準は、「一・被告は義務に違反して行為（たゞ）行為懈怠）」 へいなければならない。二・その結果創出された力 (force) は、(a) 直接に結果を生じやせままで作用（active）」 へけるか、または、直接に結果を生じやせぬがやで作用しつづけた別の力を創り出してしまなければなら、あらば、(b) 結果を生じやせた活動的な力 (active force) の基礎となる新たな活動的危険 (active risk) を創り出さなければなら」 と説明されている。

- (88) Edgerton, *Legal Cause* (pt. I), 72 U. P. A. L. REV. 211, 215 (1924).
- (89) *Id.* at 211.
- (90) Edgerton, *Legal Cause* (pt. 2), 72 U. P. A. L. REV. 343, 344 *et seq.* (1924).
- (91) *Id.* at 348. Edgerton 教授は、「裁判所が現實に生じた全ての結果を法的原因として捉えようとしたのは、現實に何が起りたのか疑ねじふか、一曰が二四時間しかな」 [司法經濟上の考慮] へからやうとがその理由なのではなく、違法な行為によって現實に生じた全ての結果について責任ありとすが多くの事件で公正を欠く、あることは途方もない結果

したがふであるからである」 (*Id.* at 345.) と述べる。

(92) たとえども Smith 教授の「実質的因素」ルールに関する前掲注(85)を参照。ソリでは一連の力 (force) の連鎖的作用によつて觀念される「因果系列」を、当該力の作用の仕方によつて限界づけるといふ手法がある。

(93) Smith 教授は、法的原因の定式化を試みる前提として、裁判所が被告の行為を法的原因として扱うかどうか、ないし被告に責任ありとするかどうかという問題は「1. 被告の不法行為が事實上原告の損害の原因であったか? / 2. それが肯定される場合に、被告の行為が事實上の原因となつた損害の全部または一部について、被告を免責する裁量的な法のルールが存在するか?」 といふ二つの問題に分けられると述べる (Smith, *supra* note 82, at 103-04.)。しかし、ソリの区別は、いわゆる Cause-in-Fact に積極的意義を付与するものではなく、むしろ、法的原因に関する判断が單なる客観的な因果関係存否の判断でせん、それを前提として法的な評価がソリにかぶせられていて、その評価の實際上の多様性を浮き彫りにするためになされてくるとみるとよい。Edgerton 教授は、ソリした作業からしてしないが、その記述は、もはや前提たる現実の因果的展開を制限する定義的 (definitive) な「基準」の可能性如何に費やされてくる。

(94) ソリの時期にソリした議論が巻き起つた経緯 (思想的潮流) そのものは到底本稿が扱うものではないが、ソリの問題は、一九世紀末葉から二十世紀初頭にかけて、法学の整序と一貫を至上命題とするリーガル・サイエンスに与した学者たちが、その帰納的・科学的方法論によつて導かれる法原理と、絶え間なく生成・展開する判例との関係を如何にして調整するかといふ問題意識の下に、提起されたのが始まりであるわれれ (E. WHITE, TORT LAW IN AMERICA: AN INTELLECTUAL HISTORY 31-37, 56-62, 92-94 (1980).)。White 教授によれば、リーガル・サイエンティストの創造的エネルギーは法原理の洗練に集中し、その結果、損失負担のシフトを抑制する傾向を強めたのだとわれる (*Id.* at 62)。なお、ソリの時期以降の議論の展開との関係について、PROSSER & KEETON, *supra* note 81, § 42, at 276-280 参照。

(95) See E. WHITE, *supra* note 94, at 56-57.

(96) Green 教授は、因果関係に限らず、不法行為法における様々な理論が重なり合ひ、矛盾していることが困難や誤解の大いな原因であると、「ソリした混乱をみる」一定の基本的想定を立てない限り、これらの諸理論すべてを貫く道を見つ

けるのは不可能である」としたうえで、従来は「法は、裁判官によって用いられる形式的ルールとして考へられてきた」が、「ネグリジョンスやその他の不法行為ケースの処理に向けられた如何なる提案も、法準則 (rules of law) だけではなくそれらの運用 (administration) をも考へたものでなければならぬ」と述べる。そして、「定義や準則 (definitions and rules) —— それも、すべての時間と場所に通じる意味を数個の単語に閉じ込めようとする懸念な試みである—— に対する信頼を防ぐべくしてのものにして」、「分析理論 (theory of analysis)」としての法理論を志向するに述べたうえで、「いたした方法論を採用するのを、それが「単に問題を提示するものであら、答へを導く」と意図するのではなし」からであら、「裁判官と陪審員の役割分担を可能にして、それぞれの判断を可能な限り自由にやるのである」と述べる (L. GREEN, JUDGE AND JURY 21, 27-29 (1930).)。See also E. WHITE, *supra* note 94, at 76 ([Green 教授] は、『法 (law)』 いた『統治 (government)』 の類義語であら、それゆえ、公共政策的考慮はあらゆる法律問題の解決に決定的であるといふ自由の確信をとりわけ強調して、「わが国における事実的因果関係論の現状との関係を考へておいて無視であな」。松浦以津子「因果関係」山田卓生編『新現代損害賠償法講座①』一五四頁(日本語論社、一九九七年) も、わが国とアメリカの裁判制度の違ふの限度で、Green 教授の理論の継承として事実的因果関係概念がわが国において成立しうるかの点に疑問を唱へる (これひとつは、本稿第四章第二節二参考)。

(97) 平井『理論』1〇1頁以下・松浦・後掲注(32)1511頁以下。

(98) See Green, *Proximate Cause in Texas Negligence Law (pt. I)*, 28 TEX. L. REV. 471, 475 (1950) [hereinafter cited as Green, *Proximate Cause*]; Green, *Duties, Risks, Causation Doctrines*, 41 TEX. L. REV. 42, 43 (1962) [hereinafter cited as Green, *DutiesThe Causal Relation Issue in Negligence Law*, 60 MICH. L. REV. 543, 548 (1962) [hereinafter cited as Green, *Causal Relation*]; Green and Smith, *Negligence Law, No-Fault, and Jury Trial—I*, 50 TEX. L. REV. 1093, 1117 (1972). 従来の議論はやや古めの評価だ、当時のアメリカにおける思想的潮流 (ワーガル・コトリズム) のなかで形成されたものであるべきだ (E. WHITE, *supra* note 94, at 63 *et seq.*)。むしろ、Green 教授自身がワーガル・コトリズムに与

したがてかた争はれてゐるが、「近因」理論に關しては、それめぐらのトマツズムに対する低い評価がリーガル・コアリズムの挽回軌を辿るにあたつた（*See id.* at 75-83, 91-113; Note, *When Cause-in-Fact More Than a Fact: The Malone-Green Debate On The Role of Policy in Determining Factual Causation In Tort Law*, 44 L.A. L. REV. 1519, 1520 (1984).）。

(99) L. GREEN, *supra* note 96, at 31; Green, *Proximate Cause*, *supra* note 98, at 475. たゞ、平井『理論』101頁参照。

(100) Green, *Causal Relation*, *supra* note 98, at 546; *see also* L. GREEN, *supra* note 96, at 32-37.

(101) See, e.g., L. GREEN, *supra* note 96, at 35, 191; Green, *Proximate Cause*, *supra* note 98, at 474-475; Green and Smith, *supra* note 98, at 1108.

(102) Green, *Duties*, *supra* note 98, at 42. Green 教授によれば、かいつのレスパス (trespass) たゞしきーべ (trespass on the case) における被告の行為の原因性 (cause) が唯一単独の訴因だつたのだから、それは因果的関係 (causal relation)、因果的関連 (causal connection)、たゞし事実上の原因 (cause-in-fact) の同義であつた。あると、「原因 (cause)」 ふくわ語は、非難 (blame)、喪失 (fault)、違法行為 (wrongdoing)、あると有責性 (culpability) たゞの類義語である、互換性のあら概念であつた。しかし、当初ほんじん問題が生じぬるなかつた因果関係の觀念も、責任の基礎としての当初の意義を失わなくなが、ネグリジョンス訴訟が過失責任 (fault liability) として展開するに至つて被告の責任制限の手段としての「近因」理論が発展し、「原因」たゞし「因果関係」ふくわ用語法が一つの意義を有する、といつた。その結果、責任の基礎としての因果関係 (causal connection) ふくわ被告の抗弁としての近因 (proximate cause)との區別をめぐつて重大な混乱が生じたのだふくわ (Green and Smith, *supra* note 98, at 1116-1117; *see also* Green, *Duties*, *supra* note 98, at 42-43.)。なお、英米不法行為法の歴史的沿革についてたゞ、堀月礼一郎『英米法〔新版〕』1117頁以下（青林書院、一九九七年）、堀月礼一郎「ネグリジョンスの構造（1）」法学116巻4号11頁以下（以下「ネグリジョンス（1）」）を参照。あると、Green 教授が、Cause-in-Fact ふくわ評価される被告の行為に対し“cause”ふくわ表現を用ふやう、あると“factor”ふくわ表現を好み用ふやうとする、後に述べるむべく、Cause-in-Fact に關する判断を

陪審によるしめつけられる Green 教授の主張の意義あり、被告の行為と被害との間の関係を因果関係概念の範疇で厳密に捉えてしならなければならぬと指摘するのである。(See Note, *supra* note 98, at 1526 n. 39.)。

(103) L. GREEN, *supra* note 96, at 191; Green, *Causal Relation*, *supra* note 98, 548-549.

(104) たゞべきは、ある者が自動車で被害者と衝突したとした場合、運転手がアクセルを踏んでいたかブレーキを踏み損ねたとか、あるいは単純に止まり損ねたといったら、被告の行為を彩り、それをネグリジョントにする項目 (detail) としてのみ意味を有し、「車を運転する」という積極的所業「それが被害者の被つた被害の惹起について重要な要因」であつて、「行為 (act) の懈怠は、たゞに一連の積極的な行為 (conduct) に付随するのであり、容易にそんに取り込まれうる」という (*Id.* at 546-47.)。

(105) *Id.* at 548-49.

(106) Green, *Proximate Cause*, *supra* note 98, at 475.

(107) L. GREEN, *supra* note 96, at 190.

(108) *Id.* at 192; see also Green, *Causal Relation*, *supra* note 98, at 556-57.

(109) L. GREEN, *supra* note 96, at 191-194; Green, *Causal Relation*, *supra* note 98, at 556.

(110) *Id.*

(111) L. GREEN, *supra* note 98, at 192-193 (「陪審が手続的ルールの範囲内にじぬ限り、その判断が当該問題の最終的結論であるQ」。 「具体的な事件における裁判の判断がなされるのは予期しえないのである、その結論を準則や公式で統制するQ」。 手続は陪審を判断を下すに付けて自由にしてよい——自由であればある程好ましい——のであり、……統治 (government) が陪審に対する判断を下す権限を与えてくる以上、裁判官や学者がなし得ないQは、問題を陪審に付託するの上適切なフレーズを定立てるQのみである」と述べる); Green, *Proximate Cause*, *supra* note 98, at 475; Green, *Causal Relation*, *supra* note 98, at 554-555 (「事実関係に関する全ての事件の証拠から、被告の行為が原告の被害に寄与したとした推論が導かれうるかどうかを決する際」 [問題を陪審に付託するかどうかを決する際] に、裁判所が、正義に適つた帰結に本

質的と考えられる政策に大いに影響されたことであつて、それがわめて明らかである。また、因果関係問題が陪審に付託された場合、当該問題を考慮する際に、陪審員が、全体的な事実関係や、被害者が被告によって賠償されるべきであると彼らが考えるかどうかというところに影響されることがあるのも疑うべくもない」とし、「法準則は、法を運用する者の終局的判断のための舞台をセットするにあらだる」と述べる。なお、望月礼一郎「ネグリジエンスの構造 (I)・(II)」法学三七巻三号一六頁も参照。

(112) Green, *Proximate Cause*, *supra* note 98, at 475.

(113) Green 教授は、「幾千もの異なる態様でわれわれが存在しつゝのは、われらがした能力に基づいて、ほとんどの人々は通常の生活状況においてあるかすれども推測能力を有してゐる (be capable of making very good guesses)」として、「ローレーにおける発展した裁判手続は、そのような判断を要求してゐる」 L. GREEN, *supra* note 96, at 193.)。まだ、「なければならない原因の程度を計る方法は存在しないが、それは裁判所ならし陪審の裁量 (the good judgment) によるべきなれど」 と述べる (Green, *Proximate Cause*, *supra* note 98, at 475.)。See also Green, *Causal Relation*, *supra* note 98, at 555-56.

(114) Malone, *Ruminations on Cause-in-Fact*, 9 STAN. L. REV. 60, 60-61 (1956).

(115) *Id.* at 61-62 (「だらえども、証拠として提出されたタイヤが、他のタイヤとは『違つ』といふことを認めるためには、事実認定者 (trier) の経験的背景が少なからず要求される。そのタイヤが『古い』、『欠陥がある』あることはそれが当該自動車に装備されていることが自動車保有者側のネグリジエンスを構成するところだためには、結論に達する事実認定者の相当な能力が動員されなければならぬ。そして、これらの判断の一つからその他の判断に移行する際、われわれが『事実』の問題から『判断』ないし『評価』の問題へと微妙に移行していくことに注意しなければならない」と述べる)。

(116) *Id.* at 62-63. Malone 教授の挙げる例はつまるところの少年が運転する車が砂利道を猛スピードで走行していたといふ、当該車のタイヤが石を跳ね上げて歩行者の顔面に当たったという場合、運転していた

少年の隣人、道路技術者、物理学者はそれぞれ異なった原因を指摘するであらう。すなわち、隣人は少年の両親の無関心 (indifference) や、道路技術者は道路の構造上の不備を、そして物理学者は一定の力と方向で石に衝撃が加えられたことをそれぞれ原因として指摘するであらう。しかし、そのいやれかがより適切であるとはいえない。なぜなら、彼らはそれぞれの有する目的 (purpose) に応じて原因という言葉を用ひてゐるのであるから、と。なお、この Malone 教授の指摘を、すでに平井教授が配慮していたりとも注意を要する (平井『理論』三九頁参照)。

(117) Malone, *supra* note 114, at 61-62 「原因は、その存在が証言のみによつて確証されうる」という意味においては事実ではなし」。裁判官などは陪審員は「原因が存在するといふ結論を出しうる前提として、証言によつて提示された事実を何らかの判断能力 (some judging capacity) に関連づけなければならぬ」。すなわち、事実認定者は、証拠的事実からの推論 (deduction) をしてゐるのであり、しかも、それは自覚的になされてゐる (self-performing) わけではなく、個人としての知的な営みを利用してゐる。そうすると、これが過程は、一定の答えに到達するにあたつて決定的な役割を果たしており、それが生の事実 (raw fact) の一部でないことが明らかである。すなわち、「生の証拠は解釈 (interpretation) を必要とするのである」)。

(118) See *id.* at 64-68. Malone 教授の主張は、Green 教授の主張における裁判官の役割にも向けられてゐる。すなわち、Green 教授によれば、裁判官は Cause-in-Fact を関してそれを判断するために十分な証拠が揃つてゐるかどうかを判断するのみであり、それ以降の Cause-in-Fact の判断は陪審に委ねられるやうであるとするが、Malone 教授は、「事実の確定」と同様に、裁判所は、事実関係の不存在といふ陪審の推論が法の容認しないものとなるであらう場合に、訴えを却下するがあることは評決を指示するかの権限を維持してゐる。それゆえ、裁判官には推論の手続 [陪審の判断] そのものについての推論をかる権限が与えられてゐるのである」といつ。むへとく、Green 教授自身がこの批判をすでに受け入れている、おまか、そのうえで Green 教授の主張の意義 (裁判手続との関連における理論の構築) がより鮮明に際立つてゐる、前掲注(11) 参照。

(119) *Id.* at 97.

(120) Note, *supra* note 98, at 1535-1538 せ、同法経済上の観点から Malone 教授の展開した批判の意義を評価する。

(121) H.L.A. HART & T. HONORÉ, CAUSATION IN THE LAW (2nd ed. 1985).

(122) Hart 教授は「*もはや逃げく*」。「〔因果関係に関する裁判所の判断の事実としての性質〕を支持する者によれば、法準則が有する妥当な射程、田的、ないし政策」こそが、違法な行為をめぐる責任範囲を決するにあたって誤解を招くような因果説を不適切にも用いてきた者たちの考えていたりのすべてを表現しているといふ。……しかしながら、そうした問題が『近因』を論じる際に裁判所が考慮すべきであるという主張と、そうした問題が裁判所の考慮している、あるいは考慮しておいたりのすべてであらう主張とは区別しなければならない。前者は、因果の観念を法『政策』によって置き換えることを主張するものであり、後者は、置き換えるべきものは何もないという主張である。前者は好ましく、いやあらうが、後者は誤りである。近代の見解における一定のシグマティズムと矛盾は、これら二つの問題を区別しながらだに起因してゐる」(Id. at 5.)。この叙述から明らかなるよハリ、Hart 教授と Honore 教授は、近因概念に政策的判断が内在するよハリ、その指摘によって近因概念の不明確さが克服されると同時に法における因果関係概念が完全に置き換えられるよハリ、これは別問題である(因果関係論の方面からの分析がなおも残される)。しかし明確に意識しておる。

(123) Wright, *Causation in Tort Law*, 73 CALIF. L. REV. 1735 (1985) [hereinafter cited as Wright, *Causation*]; Wright, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, 1988 IOWA. L. REV. 1001 [hereinafter cited as Wright, *Pruning*].

(124) Wright, *Causation*, *supra* note 123, at 1738.

(125) *Id.* at 1738-1739.

(126) *Id.* at 1742-1758. Wright 教授は、不法行為責任判断は、①不法行為責任を生じれや得るよハリの潜在的原因の特定(tortious conduct inquiry; 行為不法性判断)、②不法な行為が当該被害に現実の寄与をしたかどうかの判断 (causal inquiry; 因果性判断)、ある③政策なし法原理によって被告の責任を縮減なし阻却する判断 (proximate cause

inquiry; 近因判断) によるべきであるが、これがこの段階の判断が全体として、被告の行為が当該被害の「特定の原因 (the cause)」であるだからかに關する判断を構成するもの (Id. at 1744; See also Wright, *Pruning*, *supra* note 123, at 1004.)。Malone 教授や Hart 教授の見解は、因果関係の判断枠組みにおいて「特定の原因」判断をもつてのものであるとする批判である。たゞ、Wright 教授は、「“the cause” とは、『(ある法律的適合法的な) 原因』の遠まわしな表現である」 (Id. at 1012.) とする。

(127) Wright, *Causation*, *supra* note 123, at 1759-1761, 1766 *et seq.* Wright 教授は、行為の不法な側面に着目して因果関係を論じる考え方を裁判所による採用されたものとし、「驚くべきこと」として、この点を指摘する著述家は多い。「「たゞ」 と「「これ」」を、これを指摘する者が「たゞ」や「これ」と区別する必要性をあらわす言葉であるが、(Id. at 1759-1760)。

(128) Wright, *Pruning*, *supra* note 123, at 1004. See also Zwier, “Cause in Fact” in *Tort Law—A Philosophical and Historical Examination*, 31 DEPAUL L. REV. 769 (1982) (Cause-in-Fact を報復的正義 (retributive justice) に基づいていたとする)。

(129) E.g., 2 F. HARPER & F. JAMES, THE LAW OF TORTS §§ 20.1-20.2, at 1109-1110 (1956 & Supp. 1968); W. PROSSER, HAND BOOK OF THE LAW OF TORTS § 41, at 237 (4th ed. 1971); PROSSER & KEETON, *supra* note 81, § 41, at 264-269; J. FLEMING, THE LAW OF TORTS 218-223 (9th ed. 1998); A DUGDALE *et al.*, CLERK & LINDSELL ON TORTS, at 45-47, 48 (18th ed. 2000)。

このへた現状をなおるべく英米法系諸国に存在するが、時代を経るにつれて “But-For” ルートの限界 (たゞでは、Cause-in-Fact の内容如何) に対する認識が顕著となり、例外的取扱いに対する叙述が確実に増加していく (原則と例外が逆転している) 傾向は注目に値する。たゞ、最近の文献によると、D. DOBBS, THE LAW OF TORTS § 166, at 405-407 (2000) (PROSSER & KEETON, *supra* note 81 の後継書である) は、Cause-in-Fact が自然科学的なものではあるまいと自然としながら、現実に具体的場面に応じて、①最も単純な因果関係存否に対する科学的な疑義、②多数加害者のうちの誰が加害者かをめぐる問題、③被告にネグリジエンスがなかつたとしても被害の発生を阻止したながらあつた場合の判断、④被告のネグリジエントな行為によってかかる損害が生じたことであるが、これら異

なる問題としてそれぞれ表れて いるとして理論的整理を試みている。この見解の検討は他日に期すほかないが、きわめて興味深い。

- (130) 矢澤・前掲注(11)一四〇頁以下も、事実的因果関係概念の有用性を指摘する（なお、前掲注(19)参照）。もつとも、矢澤教授は、「起点と終点との間のつながり」に関する法的評価としての事実的因果関係と「不法行為者が賠償責任を負うか否かに関する法的価値判断」とはやはり異なると考えるべきなのではないかとしつつ、事実的因果関係概念の存置を、①疫学的因果関係などのように「因果関係プロパーが問われるケース」が存在すること、および、②適法行為選択の抗弁の援用をめぐる問題の体系的位置づけを明確にしうることの二点に求める（矢澤教授によれば、被告が適法な行為をとったとしても被害発生を免れなかつたという場合につき、従来は事実的因果関係の存在を認めたりで問題を処理する見解が多いが、規範違反が結果発生の原因であるとはいえないことを理由に、この場合には事実的因果関係が否定されるべきであるという（矢澤・前掲注(11)一三九頁））。しかしむしろ、「起点と終点との間のつながり」に関する法的評価がいかなる規範的意味を有しているのか、という点がより一般的な問題なのではなかろうか。①や②が事実的因果関係概念存置論の一部分を構成しているであろうことを否定するのではないが、これらのみによって事実的因果関係をめぐる議論がすべて解消することはおもわらない。ただし、矢澤教授の分析は、「どのような関係があればよいのか」ではなくに「起点」と「終点」の抽出過程（「何と何の関係なのか」）にこそ従來看過されてきた法的評価が存在するという問題設定に対応する範囲で展開されている（矢澤・前掲注(11)一一九頁参照）。

- (131) 松浦以津子「因果関係」山田卓生編『新現代損害賠償法講座①』一五〇頁以下（日本評論社、一九九七年）。
- (132) 松浦・前掲注(131)一五一頁。
- (133) 松浦・前掲注(131)一五五頁。
- (134) 本稿第三章第二節三参照。
- (135) 松浦・前掲注(131)一五五頁。
- (136) 松浦教授の主張は、現在の「事実的因果関係」論が平井＝事実的因果関係論に対する正統性を有しないという限度では

本稿と同一ではあるが、それによつて平井理論（松浦教授によれば「因果関係二関門論」）は全面的に克服されるとし、再度、不法行為法における「因果関係概念」の解明として問題を設定すべしとするところに特徴がある。しかし、本稿では、事実的因果関係＝客観的事実という理解が否定されるからといって、そもそも平井理論じたいは克服されないし、そこにこそ平井理論の意義が存在しているのではないかろうか。

- (137) 松浦・前掲注(131)一三三頁。
- (138) 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——』四頁（有斐閣、一〇〇〇年）。
- (139) 水野・前掲注(138)四頁以下。
- (140) 水野・前掲注(138)一三頁。
- (141) 水野・前掲注(138)一四頁。
- (142) 水野・前掲注(138)一四頁。
- (143) 水野・前掲注(138)一六頁。
- (144) 小池泰「書評」法律時報七二巻一〇号一〇〇頁（一〇〇〇年）は、これを「不法行為帰責論の三層構造的アプローチ」と呼ぶ。なお、「因果関係概念」の意義と限界をめぐつて最終的に提示される「三層構造」は、からずしもこの三類型と一致しているわけではないことに注意を要する（これについては後述を参照）。
- (145) 水野・前掲注(138)三四四頁。同時にここでは、具体的な加害者の行為が、具体的に生じた被害者の結果に対して一般的・抽象的レベルでの法則的関連性がないこと、すなわち加害者について「抽象的危険防止義務違反」を論じえないことが「事実と政策」の区別が必要となる特徴として挙げられている。
- (146) 水野・前掲注(138)三四五頁。以下の(a)～(d)の諸類型に共通する「因果関係」判断の枠組みとして、水野・前掲注(138)二二二一頁は、「Yの抽象的危険防止義務違反（過失）の有無をまず認定したうえで、それが肯定された場合には、抽象的・一般的な危険が具体的にどのように現実化してXに損害を及ぼしたのかという事実のレベルでの損害展開を把握し、さらに、これに対する規範的な評価を加えて、義務違反と損害との間の法的な意味での『因果関係』の有無を把握すべき」だと述べる。

(147) 以上の(a)～(d)類型とそれぞれの特徴については、水野・前掲注(138)二三三一頁以下を参照。なお、この箇所で水野教授が用いる「因果関係概念」には、すくなくとも普遍的・実在的な意味はすでに捨て去られており、本文に紹介した水野教授の主張（とくに「因果関係概念」の意義）を詳細に理解するには、全体の通読が不可欠であることを付け加えておく。

(148) 水野・前掲注(138)二三三六頁。

(149) 水野・前掲注(138)二四五頁。

(150) 水野・前掲注(138)三四五頁。

(151) 水野教授の示す見解の一部について付言すれば、水野・前掲注(138)二三四四頁は、不作為事例を「Yの不作為がなければXの損害は生じなかつたと言うために、不作為と抽象的な危険の発生との間に成立する一般的・抽象的な因果法則……を認定するだけでは足りず、当該法則が含意し得ない個別の非明示的的前提……を認定する必要があり、かつこの認定が困難な場合である」（傍点・筆者）と述べて、同書二四五頁は、「不作為による不法行為のゆえに、損害との間の事実的因果関係が認定しづらい類型」（傍点・筆者）では二元論に固執する必要はなく、（被告の注意義務の程度に連動する）「ふくらみのある因果関係概念」として認定すべきであるという。ここで、「ふくらみのある因果関係」が、一般的な意味での「因果関係概念」との間に如何なる位置づけをもつて主張されているのかを考えてみると、水野謙「判批（最高裁平成二一年二月二十五日判決）」ジュリー一六五号八六頁（二〇〇〇年）が、まさに不作為による不法行為が問題となつた（医師の適切な診療懈怠（肝臓ガンの早期発見義務違反）と患者の死亡との間の因果関係を肯定した）事案について評したところによれば、「不作為があつたからこそ、個別の因果関係を是認する際に探求すべき諸前提が非明示的となつてゐる本件では、かような解釈は当事者間の公平に適う」からと説明されている。

しかし、「ふくらみのある因果関係」の措定が要請されるのは、その前提として「（存在するはずであるが認定が困難な）事実的因果関係」を補完するためのものなのであろうから、そうすると、「ふくらみのある因果関係」とは「事実的因果関係」プラス・アルファのものとして考えざるをえず、「（あらゆる規範的評価を含みうる）因果関係概念」へと問題が移行しているようにおもわれる。

もつとも、水野教授は「あればこれなし」公式の意味解明を突破口にして、これを①反復の事実から帰納された仮説に基づいて能動的に問い合わせることによる「因果関係の確証」と、②既知の因果法則に支えられた反事実条件法の成立による「個別のつながりの主張」という二つの意味を有する公式として捉えたうえで（水野・前掲注⁽¹³⁾八六頁以下）、不作為事例では反復可能性を前提とする本来的な「因果関係の確証」（水野・前掲注⁽¹³⁾八一頁以下）が問題になるのではなく、むしろ、既知の法則を前提とした「個別のつながりの主張」をしているがゆえに、当該法則に当てはめられるべき前提の「非明示性」が政策的判断によって克服される必要があるという論理展開を示している（水野・前掲注⁽¹³⁾一六〇頁以下）。したがって、水野教授にしてみれば、不作為事例では「ふくらみのある因果関係概念」を認定すれば足りるということが、かならずしも二元論を維持すべき場合との間で上述のような概念的なぎれを生じさせることにはならない（両取扱い共に、（異質な問題ではないかとの疑問が生じうるとしても）正当な「因果関係概念」の意義ということになるのであろうか。

(152)　窪田充見「判批」民商一二一卷四二五号六四一頁(一〇〇〇年)は、水野・前掲注⁽¹⁵⁾八四頁の主張について、「因果法則に含まれない諸前提をめぐる問題についての水野〔教授〕の指摘は、非常に重要な内容を含むものだと考えられるが、作為・不作為に共通した不法行為法理論一般の中で考えられていくべきもののように思われる」と指摘する。本稿と同一の疑問を示しているのではなかろうか。なお、小池・前掲注⁽¹⁴⁾一〇一頁によれば、「帰責判断をも含む法的因果関係を認めることは、因果関係論を純化した平井説からすると理論的後退でしかない以上、本書のような理論的整序をするには判例の内在的理解以外の論拠が必要となろう」とし、「賠償範囲に関する帰責理論の構築は、『but for』テストの意味と機能』といふ視点からの分析作業とは別立てで行われた方が、論旨をより明確にしたのではないだろうか」とされる。

これに対し、水野教授は、「抽象的危険防止義務」が問題となる事例で「『区別』論」を維持すると「過失概念が不相当に肥大化してしまう」ため、「具体的結果と直結しない『宙に浮いた過失』（ここでは義務射程説は機能しない）を觀念すべき場合がある」と述べて、「過失」とは區別されるべき評価の存在と、当該評価の「因果関係概念」への取り込みを正当化する（水野謙「因果関係概念と不法行為帰責論」法教二四六号七五頁(一〇〇一年)）。しかし、問題は、（それがいわゆる賠償範囲[画定規準（過失）と異質なのかという点も含めて]当該評価を導く規範原理は何かなのであって、当該評価が「因果

「関係」概念の範疇に取り込みうるか否かではないようにおもわれる。水野教授の説明には、まさに平井教授の指摘した「相当因果関係説」への「理論」的批判（なぜ「因果関係」概念をそこに用いるべきなのかという点の説明がなされない限り、解釈論的な正当化を果たしたとはいえないという批判）がなおも当てはまるようにおもわれる。小池教授の指摘もそのような趣旨であろうか。

(153) 水野教授の研究が、賠償範囲[画定論]によつても事実的因果関係概念によつても捕らえきれていなかつた種々の評価が、「相当因果関係」概念の中に取り残されているという点を指摘した（そして、それらの評価問題の存在を論証した）点において高く評価されるべきことはもちろんである。