

事実的因果関係の認定と不法行為法の 哲学的・経済学的検討

畑 中 久 彌*

はじめに

- 1 不法行為法の哲学的・経済学的検討の諸潮流
 - (1) 基本となる四つの立場
 - (2) 不法行為法の「二極構造」の正当化
 - (3) 不法行為法の多元主義的理解
- 2 高度の蓋然性で足りるとし、通常人の判断をその基準とする意義
 - (1) 因果関係の基礎にあるもの
 - (2) 原因を探求する動機と「結果責任」理論
 - (3) 法と経済学および自由領域の確保のための矯正的正義論
 - (4) 小括

おわりに

はじめに

事実的因果関係は、不法行為の要件の一つとされている。現代的な被害においては、加害者の特定が困難であることや、専門的な技術や化学物質が被害の発生に関わっていることから、事実的因果関係の認定が困難になっている。このような場合、高度の科学的知見の助けが必要となるが、その科学の

* 福岡大学法学部講師

分野に統一された知見が存在しないため、事実に因果関係の有無をめぐって、科学的な議論が繰り返られることがある。しかし、科学的知見の一致がないからといって、事実に因果関係の証明を退けたり、見解が一致するのを待っていたりしては、被害者の救済に欠けるおそれが出てくる。

判例は、事実に因果関係の証明について、次のような立場をとっている。すなわち、「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認する高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りる」⁽¹⁾。

この立場は、必要以上に科学的論争にとらわれることなく不法行為の紛争解決を可能とする点で、被害者の救済に資するものといえる。しかし、一点の疑義も許されない自然科学的証明が必要ではないとしても、なぜ高度の蓋然性の証明が必要とされるのか、また、なぜ高度の蓋然性は通常人が疑いを差し挟まない程度とされるのかが問題となる。

この点については、「万人が疑いを差し挟む余地のない確信の形成を要求することは、裁判所および当事者に対して不可能を強いることになる」が、「逆に、訴訟制度が納税者の負担による公の制度として設けられている以上、単なる蓋然性を基礎として裁判所が確信を形成することは、裁判所の実事認定に対する通常人の信頼を危うくする結果となる」との説明がなされている⁽²⁾。そして、「わが国民民事訴訟法においては、ある程度の蓋然性をもって事実の存在が証明されたときは、その事実を証明ありとして認定してよいとすることは、従来からの通説で」あるとされる⁽³⁾。

本稿は、事実に因果関係の認定において通常人の判断を基準とすることは、裁判所の実事認定に対する国民の信頼の確保を根拠とするのみならず、不法行為法の本来的な性質に適うものであるとの指摘を行うものである。

(2)

ところで、現代型不法行為訴訟における因果関係の問題を解決するためには、訴訟法上の証明の問題としてとらえるだけではなく、因果関係の実体概念の問題として検討することが必要であるとの指摘がなされている⁽⁴⁾。この見解によれば、因果関係の判断は、不法行為法の目的・機能たる個別的正義の実現(不法行為法の政策的救済法の側面)⁽⁵⁾と一般的な法規範の実現(不法行為法の政策的規制法としての側面)に最も適合するよう行うべきであるとされる。「具体的には、個別的正義ないし一般的規範設定の観点から背景事実の緻密な分析・検討などを通じた政策的・評価的判断の要請が特に高まる場合に、そのような評価的要素を考慮して因果関係判断を行うことができ」とされる⁽⁶⁾。

本稿もまた、不法行為法の目的・機能の観点から因果関係判断のあり方を検討するものであるが、前述の見解が取り上げた加害行為の抑止や矯正的正義のほか、T.Honoréの提唱による「結果責任」理論を重視することにしたい。この理論は、アングロアメリカにおける不法行為法の哲学的・経済学的検討の一翼を担ってきた見解である。

1 不法行為法の哲学的・経済学的検討の諸潮流

アメリカ、イギリス、カナダでは、1960年代以降、不法行為法の哲学的・経済学的検討が熱心に行われ、様々な見解が主張されてきた。各見解の問題意識は多様であり、また、その時代背景も異なるため、議論の整理は容易ではない。しかし、およそ次のような議論の枠組みが存在するように思われる⁽⁷⁾。

(1) 基本となる四つの立場

まず、大きく四つの基本的立場が形成されている。すなわち、法と経済学、正義論、「結果責任」理論、多元主義理論である。

法と経済学は、各人が合理的に行動したならば実現したであろう状態（法と経済学においては、経済的に効率的な状態）を実現するために、法を用いるとする立場である⁽⁸⁾。この立場は、損害賠償（またはその可能性）という経済的負担を課すことによって、人々の行動に影響を与えようとするものであるが、その目的は、加害行為の抑止それ自体ではなく、経済的効率性に適うよう加害行為の発生をコントロールすることにある。本稿では、合理的行動の結果の実現という観点については検討を留保し、加害行為の抑止という観点を用いることにしたい。以上のほか、法と経済学は、損失の分散や、制度の運用にかかる費用にも目を向けている⁽⁹⁾。

正義論に依拠する立場は、主に矯正的正義（corrective justice）という概念を援用し、加害者が被害者に損害を賠償するという不法行為法の仕組み（この仕組みは「二極構造」と呼ばれることもある⁽¹⁰⁾。本稿もこれに従う）を正当化しようとする。また、不法行為法では、当事者間の関係を超える事情（社会全体の富の最大化など）を考慮するべきではないとする。

「結果責任」理論は、加害者は一定の能力がある限り過失の有無を問わず結果の発生について「責任」を負わなければならないとする考え方である⁽¹¹⁾

（ここでいう「責任」は、道徳上の責任を含むものとされ、法律上の責任に限られない意味で使われている）。因果関係との関連でいうと、「結果責任」は、行為者に行為の結果の原因を帰属させる役割を果たす⁽¹²⁾。このことは、人のアイデンティティーにとって決定的な意義を持つ。なぜなら、自分の行為によってある結果が生じたと評価されることは、その結果を惹起した主体として自分が認められることを意味するからである。結果を生じさせた原因者として認められないということは、環境に変化を与えた主体としてではなく、環境に埋没し、その変化の一環をなすだけの、受動的な存在として取り扱われることを意味しよう。このような「責任」は、人は共同体において他人に何らかの影響を与えており、その影響をもとにして評価されていること

に由来する。また、こうした「責任」が法的責任に高められるのは、加害行為が悪質であったり、損害の抑止が必要であったりするなど、「特別の要素」が伴う場合であるとされる。「結果責任」は、一定の能力を有しない者には認められないから、因果関係と同一視できる概念ではない。その点の留保が必要ではあるが、不法行為における因果関係要件の根拠が、不法行為責任が「結果責任」に基礎を置くことにあるとすれば、因果関係の認定もまた、「結果責任」の考え方によって影響される可能性があるであろう。

多元主義理論とは、不法行為法が多様な目的・機能を持つことを認め、それら複数の目的・機能の相互関係を明らかにし、それをもとにして不法行為法を検討しようとする立場である⁽¹³⁾。

(2) 不法行為法の「二極構造」の正当化

以上の四つの基本的立場のうち、矯正的正義に依拠する立場は、不法行為法の「二極構造」の正当化を重要な課題としてきた。この立場の発展は、この課題をめぐる議論の深化によるところが大きい。

この課題に対しては、大きく二つの立場がある。一つは、「当事者の事前の平等状態を回復する」という発想に依拠する立場、もう一つは、そのような発想に依拠しない立場である⁽¹⁴⁾。

前者は次のようである。当事者はもともと平等な状態にあったが、不法行為によって加害者が利益を得、被害者が損害を受ける結果、事前の平等状態が損なわれることになる。すなわち、加害者は本来持つべき分よりも多くを持ち、被害者は本来持つべき分よりも少なくしか持たない状態になる。そこで、事前の平等状態を回復するために、加害者から利益を奪い、被害者の損害に補填する必要がある。不法行為による損害賠償は、その役割を担うものであるから、加害者から被害者に利益を移動するかたち（「二極構造」）で、行われなければならない。

しかし、不法行為による利益と損害は、現実には質的にも量的にも一致しないことがある。たとえば、スピード違反による交通事故で人の生命を奪ったという場合、不法行為によって得られる利益は目的地に早く着くなどの微々たるものであろうが、その損害は生命の喪失という重大なものである。このような場合には、加害者の利益を被害者に移しても、損害を填補することはできず、事前の平等状態を回復することはできない。

この難点は、利益と損害を現実のものとして捉えることに起因する。そこで、この問題を克服するために、利益と損害を規範的に捉えることが主張された。すなわち、一定の規範に違反すれば、必ず利益（「規範的利益」）と損害（「規範的損害」）が同規模で生ずるとされる。加害者は一定の規範に違反することで「規範的利益」を得、被害者は「規範的損害」を受けることになるので、事前の平等状態を回復するためには、この「規範的利益」を奪い、「規範的損害」に補填することが必要である。不法行為は、そのような一定の規範の違反により成立し、不法行為による損害賠償は、「規範的利益」の剥奪と「規範的損害」への補填を意味するものとされる（もっとも、利益と損害を規範的なものと捉えるならば、利益の剥奪と損害の填補もまた規範的なものであれば足り、必ずしも現実の財産を用いる必然性はないことになる。この点については、現実の賠償は規範的平等の回復を象徴するものとされている）。

それでは、不法行為を成立させ「規範的利益」と「規範的損害」を生じさせる一定の規範とは、どのようなものであろうか。前述のように、事前状態の回復を必要とする根拠は、当事者間の平等が損なわれることであった。一定の規範とは、その違反により事前状態の回復が必要とされる規範であるから、その内容は、当事者間の平等ということになるだろう。

そうすると、当事者はどのような点で平等であるかが問題となる。この点について、E.J. Weinrib は、当事者は自律的行為者という属性において平等であるとする⁽¹⁵⁾。この立場からは、前述の規範の内容は、「当事者は自律的行

為者として平等の地位にある」というものになるであろう。Weinribは、この規範に照らして不法行為法を検討し、矯正的正義に適うのは過失責任であり、厳格責任については、それが過失責任と類似の発想によって正当化できる限りにおいて、矯正的正義に適うと主張した。

しかし、自律的行為者という属性は、両当事者の平等という前提から論理必然に導かれるわけではない。我々は、両当事者を「自律的行為者」とも、「行為を極力控える行為者」とも、「他人に配慮しない行為者」とも見ることができる。どのような属性であっても、両当事者を同じ属性で見ると、形式的には両当事者を平等に取り扱うことになるであろう。両当事者に共通する属性には様々なものがあるが、形式的な平等という点では優劣はつかない。

様々な属性の優劣は、実質的な平等をどれだけ実現できるかによって、判断することになろう。両当事者にとって同じように重要な属性であれば、それはどちらにも偏らない属性だといえるので、実質的な平等を満たすといえる。利害の共通する者であれば、そのような属性を見出すことが可能である。しかし、不法行為法において、両当事者とは加害者と被害者であり、それぞれの利益は行為自由と安全であるから、利害が対立している。そうすると、たとえ共通の属性であっても、それが加害者と被害者にもたらす影響は逆のものとなろう。このような場合には、一方の利益を－可能な限り－偏重しないことが、実質的平等を－可能な限り－実現する方法ということになる。たとえば、ある行為が甚大な被害を生ずる場合には、その行為を許すような属性を選ぶことは、安全を一方的に犠牲にすることになるだろう。また、潜在的加害者層と潜在的被害者層の流動性が低い分野において、加害行為を許すような属性を選ぶことは、潜在的被害者層の利益を一方的に犠牲にすることになるだろう。両当事者を平等に取り扱うためには、こうした事情をふまえて、行為自由と安全のいずれかを－可能な限り－偏重せずにするような属性を選ぶことが必要である。

以上のように、加害者と被害者に共通する様々な属性のうち、どのような属性を選択するかという問題は、行為自由と安全の適切な調整という価値判断にかかわってくる。現実の紛争の態様が多様である以上、そのような価値判断も多様なものとなるであろう。Weinribのように自律的行為者という属性を選択する場合、その説得力は、「現代社会において予見困難な損害にまで責任を課すのは、著しく行為を制約することになるから妥当ではない」という価値判断の妥当性にかかっているというべきである。そのような価値判断が妥当かどうかは、紛争の態様によって変化する。紛争の態様によっては、「行為を極力控える行為者」という属性から導かれるルール（過失責任の性質を伴わない厳格責任）、「他人に配慮しない行為者」という属性から導かれるルール（故意の場合にのみに責任を課したり、故意があっても責任を否定したりするルール）が説得力を持つ場合もあろう。

このように、「事前の平等状態の回復」という考え方は、不法行為法の「二極構造」を正当化し、また、過失責任も厳格責任も無責任も、問題となる場面において行為自由と安全を適切に調整できるのであれば、正当なものと評価することになる。この立場によれば、不法行為法とは、行為自由と安全を適切に調整し（抽象的にいえば各人に自由領域を配分し）、これを法的に保障することを目的とする制度として理解されることになる⁽¹⁶⁾（以下、この立場を「自由領域の確保を目的とする矯正的正義論」と称する）。

以上に対し、「当事者の事前の平等状態の回復」という発想に依拠しない立場がある。この立場は、当事者間の正義の実現という発想にもとづいて、不法行為法の「二極構造」を正当化しようとする。

当事者間の正義の意義については、いくつかの見解が主張されている。まず、当事者が伴う危険を比較し、一方の危険が大きければ、そちらの側に損害賠償責任を課すべきだという見解がある⁽¹⁷⁾。この見解は、各人は同程度の危険を互いに与え合うことができると考える。各人にこのような自由領域を

与える決定は配分的正義上のものである。不法行為法は、その決定がなされた後の、当事者の危険性の比較を担当する制度である。したがって、不法行為法では当事者の態様－危険の相互性－を考慮すればよく、当事者間を超えた事情を考慮する必要はない。このように、不法行為法は、危険の相互性を責任の判断基準とすることによって、当事者間の正義の実現を目的とすることができる⁽¹⁸⁾。

しかし、各人が伴う危険の大小は、単に物理的な力だけで評価されるものではない。一定の規範が遵守されている場合、そこから逸脱する者は、そのことによって危険を高めたことになるだろう(たとえば、交通ルール)。この場合、規範の内容が変化すれば、各人の伴う危険の大小も変化する⁽¹⁹⁾。そうすると、どのような規範を設定するかが問題となり、当事者を超えた社会全体への視野の介入する余地が生じよう。

次に、当事者間の正義を共同体の慣習の維持とする見解がある。富の最大化や配分的正義は、当事者以外の共同体構成員を視野に入れた、包括的な規範である。これに対し、矯正的正義は当事者間の正義であり、局限的な(local)性質を有する。この局限的性質に適合するのが、当該共同体の慣習である。我々は、一定の慣習に基づいて他人の行動を予測し、他人と協働する存在である。円滑な協働を実現するためには、慣習を維持することが必要である。その役割を担うのが不法行為法である。こういった慣習は特定の場所に限られたものだから、当事者間での正義という矯正的正義の局限性と合致する⁽²⁰⁾。

しかし、共同体規範はその適用領域が狭いといっても、当事者間にだけ適用しているわけではなく、当事者以外の人々を含む、一定の集団の存在を前提とする。そう考えると、共同体規範は常に当事者間の正義と一致するわけではない⁽²¹⁾。また、共同体構成員の予測を裏付けている慣習であっても、事実上慣習となっているというだけで、法的に維持されるべきことにはならない。J.L.Coleman は、A.Ripstein との共著論文において、不法行為は各人間

の境界を越えることであり、その境界は様々な自由と安全の利益衡量によって画定されると述べている⁽²²⁾。

以上のように、事前の平等状態の回復という発想を退ける場合、危険の相互性あるいは共同体の慣習の維持のみを理由として矯正的正義を根拠付けるのは困難である。

「事前の平等状態の回復」という発想に依拠しない立場は、「結果責任」理論に依拠することで、不法行為法の「二極構造」を正当化することができる。

「結果責任」は、加害者にその行為の結果の原因を帰属させる社会的評価であるから、加害者と被害者との間に固有の関係を作り出すことになる。矯正的正義は「結果責任」を前提としていると理解すれば、矯正的正義も加害者と被害者の固有の関係を前提とすることになり、「二極構造」を正当化することができよう。この立場からは、当事者間の正義に関する前述の見解は、「責任」を法的責任に高める要素として取り込むことができるであろう。

(3) 不法行為法の多元主義的理解

多元主義の立場にも様々な見解が存在するが、不法行為法を複数の目的・機能に照らして検討するという点では一致している。残る課題は、どのような目的・機能をどのように組み合わせるか、である。

この立場の詳細な検討は他日を期すことにし、ここでは、法と経済学、自由領域の確保を目的とする矯正的正義論、「結果責任」主義という複数の立場を肯定した上で、それらの相互関係を調整するのが妥当であると指摘しておきたい。

2 高度の蓋然性で足りるとし、通常人の判断をその基準とする意義

(1) 因果関係の基礎にあるもの

近時、わが国の不法行為法学においては、因果関係が不法行為の要件とされる根拠が検討されている⁽²³⁾。そのなかに、因果関係は人間の心理や感情に基礎を有すると指摘する見解がある。すなわち、自分の行為によって世界に差異をもたらしたという感覚、あるいは、責めるべき人や物を探し出すという応報感情が、不法行為法における因果関係の基礎にあるとされる⁽²⁴⁾。

この見解は、法と経済学のような、将来の目的の実現に資するように因果関係を理解する立場を批判し、不法行為法における因果関係の回顧的な性質を根拠づけようとするものである。したがって、高度の蓋然性や通常人の判断を証明の基準とするという、因果関係の認定のあり方を直接議論するものではない。

しかし、そこで指摘される因果関係の根拠は、因果関係の認定のあり方にも影響を及ぼすといえるのではないだろうか。すなわち、世界に差異をもたらしたという感覚の有無に従って、因果関係の有無が判断されるのである(なお、応報感情については、もしそれが因果関係の認定に影響を及ぼすとなると、因果関係が安易に認定される危険が生じよう)。

このような感覚の発生を通常人を基準にして判断するのであれば、事実的因果関係について自然科学的証明が必要でないことを説明できるかもしれない。すなわち、通常人が疑いを差し挟まない程度にまで証明がなされたら、通常人は、その結果を引き起こしてしまったのは自分だとの思いを持つであろう。

しかし、このように考えても、なぜ通常人を基準にしてそのような感覚の発生を認定するのか、また、人は、自然科学的証明に疑いが残っていても、その結果を引き起こしたのは自分だとの感覚を持つとみなせるのか、といった疑問が残る。

(2) 原因を探求する動機と「結果責任」理論

こうした問題点は、因果関係を次のように理解することで解決できるように思われる。

ある見解によれば、因果関係とは、前述のような応報感情に基礎を置きつつも、さらに、ある事柄をもう繰り返さない、ある事柄がもう起きて欲しくないといった思いのもとで、その事柄の原因を探そうとする人間の営みから生じる観念であるとされる⁽²⁵⁾。

不法行為法における事実的因果関係の認定も、このような人間の営みの一環であると考えれば、それは、被害の発生を今後繰り返さないという思いのもとに、その被害の原因を探る営みであると理解することができる。

この営みには、多かれ少なかれ、何らかの科学的知見が必要とされよう。それでは、科学的知見による原因の探求は、不法行為法の場合にはなぜ一点の疑いのない自然科学的証明ではなく、高度の蓋然性で足り、さらにその基準が通常人の判断とされるのであろうか。

まず、一点の疑いも許されない自然科学的証明が必要とされない理由については、次のように説明することができる。前述したように、ある行為が被害の原因となったかどうかの検討は、その行為を将来的に許容するかどうかの判断に連なるものである。被害の原因の探求においても、自然科学的に完全な証明がなされなければ原因が分からないとして原因とおぼしき行為を放置するよりも、ある程度の不確実性は残しながらも、原因とおぼしき行為を原因と特定し、被害が繰り返されるのを未然に防止する方がよいと考えるべき場合がある。とくに被害が甚大な場合には、たとえ蓋然性が高くなくとも、ある行為を被害の原因として特定すべき場合もあろう⁽²⁶⁾。

また、行為の結果の予測に伴う不確実さを完全に排除することは、人間の能力の限界からして不可能であるから、行為には未来への賭という性質が伴わざるを得ない。そのような賭は、一定の範囲で許容せざるを得ない。ある行為が被害を生ずる蓋然性が高くなく、かつ被害が甚大なものでない場合に

は、被害の再発防止の観点からは重要ではないとして、それと同種の行為を行うことが許容されよう。蓋然性の低さを理由とする事実的因果関係の否定は、そのような意義も持つといえる。

次に、高度の蓋然性が通常人が疑いを差し挟まない程度とされる点を考えてみたい。なぜ科学者集団ではなく通常人の判断が基準となるのであろうか。

この点については、Honoréの「結果責任」理論が有益な手がかりを与えてくれるように思われる。Honoréにおいては、行為者に行為の結果の原因を帰属させるのは、人としてのアイデンティティーの維持に根拠を持つだけでなく⁽²⁷⁾、社会的評価にも根拠を持つとされている。この「結果責任」の社会的側面は、Honoréの次のような考え方と結びつくものと思われる。

Honoréによれば、法は「協働原則 (cooperative principle)」に根拠を置くものとされる。集団に属する個人は、相互に協働する義務を負担している(これを協働原則という)。各人の協働の企てとそれへの従事、そこでの行動調節の繰り返しから、集団は慣習を生み出す。構成員がそこから逸脱することは、協働原則に反することになる。当該集団がその逸脱に敵対的な反応を示す場合には、その反応の強さに応じて、協働原則を維持し強化するために法が用いられる⁽²⁸⁾。Honoréにおいて、損害賠償責任は、法的制裁によって「結果責任」を強化するものとされている。このことは、前述の法と協働原則との関係を示すものといえるのではないだろうか。すなわち「結果責任」は協働原則に根拠を持ち、共同体構成員の協働を可能にする規範であるといえるのではないだろうか。

ある被害の原因となった行為を確認することは、そのような被害を繰り返さないという問題意識にもとづくものであるから、そのような行為が今後社会的に許容されるかどうかという判断に連なっているものといえる。ある行為をすることは、いわば未来に向かって賭をすることであるが、その賭けが許されるかどうかは、賭けの結果が社会的な影響を与えるものである以上、

科学者だけではなく、加害者以外の共同体構成員の納得を得なければならない。被害の原因の探求についても、それがあつる行為の社会的許容性の判断に連なる場合には、科学者だけではなく、最終的には共同体の他のメンバーすなわち通常人の納得を得なければならないであろう。

以上をまとめると、事実的因果関係の認定は、被害が繰り返されないようにとの思いによるものであるが、不法行為におけるそれは、治療等を目的とするものではなく、「結果責任」の一環としてなされるものである。「結果責任」は、社会的協働を可能とする規範であるから、「結果責任」によって要求される事実的因果関係の認定もまた、社会的協働を可能とするものでなければならない。そのためには、科学者集団が納得するだけではなく、それ以外の者も納得することが必要である。このように考えれば、科学者集団ではなく、通常人の判断を基準とすることが説明できるのではないだろうか。

通常人の判断を基準とすると、精確さが犠牲になる可能性がある。しかし、我々の行為は必ず社会的影響を持ち、社会的協働の観点から評価されている（我々は社会的に常に「結果責任」を負わされる）。社会的協働のためには、科学者集団のみならず、それ以外の者の納得が必要であるから、通常人が基準とならざるをえないであろう。不法行為法における事実的因果関係の認定は、精確さの点で犠牲を払う場合もありうるが、不法行為法が「結果責任」を基礎としている以上、やむをえない犠牲ということができないのではないだろうか。

ただし、注意すべきは、科学者集団の見解が軽視されることにはならない、ということである。なぜなら、被害を繰り返さないためには、被害の原因についての科学的探求を十分ふまえることが必要だからである。それは、判断の主体が通常人であったとしても、当然必要とされる姿勢である⁽²⁹⁾。

なお、以上のように事実的因果関係の認定の意義を捉えることは、加害行為を抑止するという発想とどう違うのか、との疑問も生じうる。たしかに、

同様の被害を将来繰り返さないという問題意識が事実に因果関係の認定に潜んでいるとすると、そこには加害行為の抑止という将来の目的が介在することになる。しかし、被告に不法行為責任を課すことによって加害行為を抑止しようとするのではなく、被害の原因を特定することそれ自体によって、加害行為の抑止に間接的に資するのである。このことは、治療においてであろうが、不法行為法においてであろうが、事実に因果関係にそもそも備わった性質であり、不法行為法の目的・機能によって因果関係の認定に付与された性質ではない(不法行為法の目的・機能が影響するのは、社会的協働という観点から通常人の納得が要求されるという点にある)。将来の被害予防は、個々の被告とは関係のない事情であるから、その点で被告の自由が犠牲にされるかもしれない。しかし、それは、不法行為法上の加害行為の抑止という政策による犠牲ではなく、不法行為法におけると否とを問わず、事実に因果関係の認定そのものに根ざす犠牲といえるのではないだろうか。

(3) 法と経済学および自由領域の確保のための矯正的正義論

高度の蓋然性によって原因を特定するという立場には、原因ではない行為を原因と見なす誤りが伴うことになる。それにもかかわらず、高度の蓋然性をもって不法行為における事実に因果関係を認定する根拠について、法と経済学および矯正的正義論の立場からは、次のように説明することができる。

ある行為が被害の原因となっていると高度の蓋然性をもって評価できる場合、そうした行為に対して損害賠償責任を課せば、将来的に加害行為を抑止するインセンティブを生み出すことができる。完全な自然科学的証明ではないから、事実に因果関係が存在しない可能性がある。この点で、高度の蓋然性による認定は、加害者の行為自由を侵害するおそれがある。しかし、高度の蓋然性がある場合には、加害者の行為自由を侵害することになるかどうかは微妙なところである。このような場合には、むしろ加害行為の抑止の可能

性を重視すべきであるように思われる⁽³⁰⁾。

高度の蓋然性までは認められない場合はどうであろうか。加害行為を抑止するインセンティブを生み出すというという観点からは、高度の蓋然性がある場合に限定する必要はないから、事実的因果関係を認めることができないわけではない。しかし、蓋然性が低くなればなるほど、加害者の行為自由を侵害するおそれが高くなり、自由領域の確保という観点からは認められないと判断すべき可能性が高くなるといえよう⁽³¹⁾。

以上のほか、法と経済学の観点からは、制度運用の費用の低減をあげることができる。一点の疑義も許されない自然科学的証明が必要だとすれば、科学的知見に争いがある場合は事実的因果関係を容易に否定することになり、制度の運用費用は低減できる。しかし、それでは被害者の救済に欠けることになるから、採ることはできない。逆に、わずかな可能性があれば事実的因果関係ありとする立場では、制度を容易に運用できることにはなるが、行為自由を大きく損なうことになる。これも採ることはできない。以上の両極端の場合をのぞき、制度の運用費用の観点からは、どの程度の蓋然性が望ましいであろうか。高度の蓋然性すなわち通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信が持てるという基準であれば、他の蓋然性の程度の認定よりも容易に運用することができるといえるのではないだろうか。

(4) 小括

因果関係という概念は、同様の被害を繰り返さないという問題意識のもと、被害の原因を探る営みに由来するものと考えられる。この立場からは、事実的因果関係の認定は、ある行為について将来それを繰り返してよいかどうかという問題意識に連なるものと理解することができる。このような問題意識のもとで被害の原因を探求する場合には、原因の特定は、一定の疑のない自然科学的証明には至らなくとも、高度の蓋然性をもって足りるとする方が妥

当な場合があり得る。とくに、被害が甚大である場合には、原因の特定に必要な蓋然性を低くすることも可能であろう。

さらに、不法行為法の哲学的・経済学的検討の諸潮流のうち、「結果責任」理論によれば、通常人の判断を基準とすることが説明できるように思われる。前述のように、事実に因果関係の認定は、ある行為について将来それを繰り返してよいかどうかという問題意識に連なったものと理解することができる。この問題意識のもとで原因を探る営みは、医学など様々な分野で行われているが、不法行為法における事実に因果関係の認定は、ある行為を将来繰り返してよいかどうかについての社会的決定の一環をなすという意義を有している。したがって、被害の原因の特定は、科学者集団のみが納得するだけでは足りず、その他の共同体構成員の納得をも必要とするといえる。ここから、不法行為法における事実に因果関係の認定は、通常人を基準とすることが求められる。

また、原因の探求は、将来、同様の被害が生じないようにするためのものであるから、たとえ通常人であっても、科学的知見を十分ふまえて判断しようとするはずである。通常人の判断を基準にして事実に因果関係を認定するとしても、科学的知見を十分にふまえることが必要である。

法と経済学および自由領域の確保を目的とする矯正的正義論の立場からは、高度の蓋然性および通常人の判断を基準とする事実に因果関係の認定は、加害者の行為自由を大きく損なわない範囲で、加害行為の抑止および制度運用の容易さに資するものと理解することができる。

おわりに

本稿では、不法行為法の哲学的・経済学的検討の観点から事実に因果関係の認定の意義を明らかにし、事実に因果関係の証明に関する判例の立場に検討

を加えた。判例が事實的因果關係の証明について高度の蓋然性で足りるとし、さらにその基準を通常人の判断に置いていることは、被害者救済という点、裁判所的事實認定に対する国民の信頼の確保という点に加えて、不法行為法における事實的因果關係の認定の本来的意義という点からも、積極的に評価することができるように思われる。ただし、不法行為法における事實的因果關係の認定は、同様の被害を繰り返さないという思いのもと被害の原因を探求する営みでもあるから、通常人の判断を基準にするとしても、科学者集団の見解を十分にふまえることが必要である⁽³²⁾。また、被害の深刻さを斟酌し、証明に必要とされる蓋然性の程度を引き下げ場合もありえよう⁽³³⁾。

最後に、本稿の視点から、過失における判断と事實的因果關係における判断の相違について触れておきたい。潮見佳男教授は、「事實的因果關係判断において下される結果と行為の連結という一しかも事後的・回顧的な一法的評価（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）一規範の保護目的・義務射程につながる事前的な法的評価一とは異質なものである点の確認こそが重要である」とされる⁽³⁴⁾。そして、潮見教授は、「過失判断が行為時の科学技術・学問の水準によるのとは対照的に、「因果關係判断は、評価時の科学技術・学問の水準を規準としてなされる」とし、その理由について、因果關係判断は事實の復元を目的としているから、「事態の推移をできるだけ正確に確定するためには、利用しうる範囲でもっとも進んだ水準をもってすることに躊躇する理由がないからである」と述べている⁽³⁵⁾。

本稿のように事實的因果關係の認定を、同様の被害が将来起こらないようにするための原因の探求と捉え、ある行為が将来的に許容されるかどうかの社会的決定に連なるものと捉えると、その認定は行為義務の判断と重複するのではないかと、との疑問が生じる。しかし、同様の被害を将来繰り返さないためであれば、行為時の科学技術・学問の水準ではなく最新のものをを用いて、

被害の原因を探究することが望ましい。このように、本稿の考え方に立つても、事実的因果関係の判断は評価時の科学的知見によるべきことになる。また、被害の原因を明らかにすることで将来の被害を防ぐということであるから、可能な限り正確に被害の原因を捉える必要がある。これは主に回顧的な作業となる。このように、本稿の立場からも、事実的因果関係の認定は行為義務の判断とは異なるということが出来る。

-
- (1) 民集29巻9号1417頁(いわゆる東大ルンパール事件)。
 - (2) 伊藤眞『民事訴訟法 第3版再訂版』(有斐閣、2006年) 301-302頁。
 - (3) 野崎幸雄「因果関係論・総論」西原道雄・沢井裕編『現代損害賠償法講座5』(日本評論社、昭和48年) 124頁。平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』(弘文堂、平成4年)も、前述の判例の立場について、民事訴訟法の原則を述べたものと解することができ、異論なく承認されるべきものであるとしている(89頁)。
 - (4) 米村滋人「法的評価としての因果関係と不法行為法の目的(1)ー現代型不法行為訴訟における責任範囲拡大化を契機とする因果関係概念の理論的検討ー」法協122巻4号(2005年) 537-538頁。
 - (5) この見解は、個別的正義についても、「社会一般の状況や潜在的原被告集団の置かれている状況等」への視野を排除するものではないとしている。すなわち、現代型不法行為訴訟において「不法行為法の目的となるべき『矯正的正義』ないし『個別的正義』それ自体が、行政作用や立法作用とも重なりうる『政策的』判断を含むものとして捉え直されなければならない」。この主張の背景には、裁判所が「積極的な証拠の解析を通じた背景事実の認知(その際には先行する行政手続が裁判所の行うべき作業の一部を代替する結果となっているとさえ言いうる)と専門的知見に関する緻密な分析判断を行うことによって、訴訟に現れた事実のみからは判断しえない具体的解決に関する妥当性判断を導いていると見ることができよう」との認識がある。米村・後掲注(6)参照。この見解における個別的正義の実現と一般的な法規範の実現の意義については、同860-867頁も参照。
 - (6) 米村滋人「法的評価としての因果関係と不法行為法の目的(2)ー現代型不法行為訴訟における責任範囲拡大化を契機とする因果関係概念の理論的検討ー」法協122巻5号(2005年) 892-893頁。
 - (7) 議論の全体像については、吉田邦彦「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』ーアメリカ法解釈の新たな動きを求めてー(上)(中)(下)」ジュリ997号(1992年) 61頁以下、同998号(1992年) 92頁以下、同999号(1992年) 88頁以下、拙稿「不

法行為基礎理論の研究」明治大学大学院法学研究論集第11号（1999年）135頁以下を参照。

- (8) GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS 69-70, 135-39(1970).
- (9) *Id.* at 28.
- (10) justice between the parties, bilateral relationship, bipolarity などと表現される。
- (11) 「結果責任」理論については、嶋津格「不法行為法における『不運』の位置について」棚瀬孝夫編『現代の不法行為法—法の理念と生活世界』(有斐閣、1994年) 149-151頁、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』(有斐閣、2000年) 187-192頁、吉田信一「H. L. A. ハートとT. オノレの法的因果関係論 A Theory of Legal Causation: H. L. A. Hart and T. Honoré」富山国際大学国際教養学部紀要1号（2005年）187-188頁、拙稿「T. Honoré の『結果責任』理論と不法行為法の哲学的・経済学的検討」東亜法学論叢第7号（2002年）を参照。
- (12) Cf. Christopher H. Schroeder, *Causation, Compensation and Moral Responsibility*, in THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW 356-57(DAVID G. OWEN ed., 1995).
- (13) 多元主義理論については、拙稿・前掲注(7) 145-147頁を参照。
- (14) 浅野有紀教授は、道具主義 (Coleman の立場) と非道具主義 (Weinrib の立場) という対立に着目されている。浅野有紀「不法行為法と矯正的正義—J・コールマンとE・ワインリブの理論を手がかりに—(一)(二・完)」論叢136巻1号(1994年) 32頁以下、同137巻4号(1995年) 42頁以下。特に136巻1号43-46頁を参照。
- (15) Weinrib の見解については、浅野・前掲注(14) を参照。
- (16) 矯正的正義の論者は、不法行為法の根拠を各人の自由ないし自治に求めることが多い。このことをふまえると、行為自由と安全の調整は、各人の自由領域を画定する作業といえるだろう。これは各人に何をどれだけ配分するかという問題であるから、いわゆる配分的正義の領域に属する問題である。
- わが国において、自由領域の確保ないし行為自由と安全の調整という観点から矯正的正義を捉える見解として、藤岡康宏『損害賠償法の構造』(成文堂、2002年) 74-85頁、浅野有紀『法と社会権力』(岩波書店、2002年) 266-267頁を参照。
- (17) G. P. Fletcher の見解である。小林秀文「アメリカ不法行為法学における新潮流(二)」志林81巻2号1頁以下を参照。
- (18) Fletcher によれば、不法行為法における矯正的正義の意義は、事前状態の回復ではなく、事故に関わる事情だけを考慮の対象とする(当事者の個人的な属性(保険取得の容易さ等)や社会的な事情(富の最大化等)を考慮しない)点にある。Fletcher は、このような矯正的正義の意義を当然のものとはせず、両当事者の合理的交渉によって正当化している。すなわち、当事者は、どういうルールを適用す

るつもりなのかを裁判官・陪審に問うことができ、その上で裁判官・陪審を選択できるとする。貧困な側に依拠する者は、富裕者側に受け入れられないだろうし、社会全体の、あるいは他の何者かの富に依拠する者は、両当事者から反対されるだろう。当事者は当該紛争を自身のものとするからである。それゆえ、当事者の富も社会的な富も根拠にできない。そうすると、責任を決定するために残された根拠は、当事者間に生じた出来事となるだろう。それは紛争を生み出した当該交渉関係(the transaction)である。GEORGE P. FLETCHER, *BASIC CONCEPTS OF LEGAL THOUGHT* 88-93 (1996)。Fletcherは、そのような当事者間の関係に該当するものとして、危険の相互性を捉えているように思われる。

しかし、もし仮に、当事者の合理的交渉によれば、当事者の事故に関わる態様しか考慮できないことになるとしても、どのような基準によって当事者の態様を評価すべきなのだろうか。紛争当事者はそこまで合意できるのだろうか。疑問なしとしない。

- (19) G.C. Keatingは、危険の相互性は危険が生じた理由も含めて判断すべきだとしている。Gregory C. Keating, *Reasonableness and Rationality in Negligence Theory*, 48 *STAN. L. REV.* 311, 315 n. 17, 324(1996); *id.*, *The Idea of Fairness in the Law of Enterprise Liability*, 95 *MICH. L. REV.* 1266, 1310(1997)。
- (20) COLEMAN, *RISKS AND WRONGS* 354-55, 357(1992)。コールマンの見解については、浅野・前掲注(14)を参照。
- (21) Gerald J. Postema, *Risks, Wrongs, and Responsibility: Coleman's Liberal Theory of Commutative Justice*, 103 *YALE L.J.* 861, 883(1993)(book review)。
- (22) 共同体構成員の予測を裏付けている慣習であっても、最終的には自由と安全の調整というテストにかけられることになる。Jules Coleman & Arthur Ripstein, *Mischief and Misfortune*, 41 *MCGILL L.J.* 91, 110, 112(1995)。Colemanは、この論文以前にも、矯正的正義の根拠となる慣習が規範的な評価に服することを示唆していたが、そのような評価の基準は一般的なものとどまっていた。
- (23) 吉田・前掲(7)、水野・前掲(11)、野々村和喜「事実的因果関係論の正統性—成立と普及の実相—」同法53巻5号(2002年)73頁以下、同「不法行為における事実的因果関係の法的モデル—Richard W. Wright教授の見解を契機にして—」同法55巻3号(2003年)147頁以下、米村・前掲注(4)(6)。
- (24) 水野・前掲注(11)、塩原真理子「共同不法行為責任における責任範囲の問題(三・完)」都法42巻(2002年)160—162頁。
- (25) 中島義道『哲学の教科書』(講談社、2001年)160—169頁。
- (26) 米村・前掲注(6) 876頁。
- (27) これはHonoréの「結果責任」の個人的側面でもある。したがって、Honoréにおいても、「当該結果を惹起したことを認めなければ、あなたは人としてのアイデ

ンティティーを否定することになる」という基準に従って、原因者を特定することが考えられる。吉田・前掲注(11)参照。ただし、Honoréにおいては、「結果責任」は一定の判断能力のある者にしか課せられないので、判断能力を欠く者についての因果関係の判断は留保しておきたい。

(28) TONY HONORÉ, MAKING LAW BIND 3, 5, 18, 39-40, 51, 64, 66, 111-12, 137, 269(1987).

(29) 東大ロンパール事件における経験則の使い方について、「『経験則』の内容が具体的に示され、批判・検討が広く行える余地を用意することが最小限度必要で」あるところ、「本件判決が『経験則』の内容を具体的にしないまま、医師による鑑定とは異なる事実認定をしたことには問題が残る」との指摘がなされていることは重要である。新美育文「判批」『民法判例百選Ⅱ[第四版]』(平成8年)168頁。

(30) 米村・前掲注(6)869頁参照。

(31) アングロアメリカでは、加害行為の抑止や経済的効率性の実現といった目的が正義に反しない範囲で認められるべきだとする立場は、Calabresiによって指摘された。多元主義の論者のうち、D.G.OwenやG.T.Schwarzは、こうした枠組みをふまえつつ、正義の内容を具体化する試みを行っている。

(32) 新美・前掲注(29)。

(33) 米村・前掲注(6)876頁。

(34) 潮見佳男『不法行為法』(信山社、2002年)127頁。

(35) 潮見・前掲注(34)129頁。