

イギリス近代「過失」法の形成

——イギリス不法行為法研究ノート——

飯 塚 和 之

I はじめに

本稿は、イギリス不法行為法研究の一部として、イギリス近代「過失」法の形成を判例の分析を通して明らかにしようとするものである。

最近、不法行為における違法性および過失をめぐる、いくつかの注目すべき研究・学説がみられる。⁽¹⁾それらは、問題関心、研究視点を異にしながらも、

- (1) それらの例として以下の五つをあげることができる。柳沢弘士「ケメラーの民事不法理論(1~3)」日本法学31巻1, 2, 4号(1965年)——論題から明らかのように、ドイツのケメラー(von Caemmerer)の行状不法理論の紹介である。結論としては、結果からではなく、行状(行為)から不法性を判断し、客観的注意義務を責任要素から違法要素にくり入れるべきである、とする説。前田(旧姓乾)達明「不法行為法についての一考察(1~5)」法学論叢81巻4, 6号, 82巻1, 5, 6号(1967年)——ローマ法以来の違法性と過失、およびその交錯、さらに現代ドイツ民法学説を詳細に検討して、過失を標準人を基準とした結果回避のための注意(行為)義務違反と概念規定するのが今後の方向、とする説。平井宜雄「不法行為責任の範囲に関する法的構成(1~3)」法学協会雑誌84巻12号(1967年), 85巻7号(1968年), 86巻12号(1969年)——違法性および過失の比較法的、機能的検討の後、709条における「過失」は、709条が一般的不法行為要件であるが故に、その結果、「権利侵害の要件」が拡大して意味を失ったが故に、ドイツ民法上の意味における「違法性」を含むところの高度な政策的価値判断を表示する概念へと転化した、とする説。野村好弘「故意・過失および違法性」、加藤一郎編『公害法の生成と展開』(岩波書店, 1968年)387頁以下——公害判例の分析から、ニューサンスにおいては、過失も違法性も受忍限度によって一元的に判断できる、とする、いわゆる(新)受忍限度論をとる説。沢井裕『公害の私法的研究』(一粒社, 1969年)165頁以下——これも公害判例の検討から、客観化され、定型化された側面での故意・過失は、他の諸事実との総合のうえに判断されるべき違法性の一要素であることを自覚的に認めるべきである、とするが、なお帰責原因としての過失を認め、その判断を予見可能性の有無に求める説。

その対象を不法行為法学の中心的課題の一つである違法論および過失論に設定している点で共通している。さらに、それらは、その結論においても類似した傾向——違法性・過失の一元的把握——を示している。また、過失論に限って⁽²⁾みれば、それらは、従来の通説である主観的過失から客観的過失への動きを示している。

ところで、この違法性と過失の未分化、および客観的過失の観念こそ、近代のイギリスにおいて形成された、一個の独立した不法行為類型としての「過失」(negligence)の内容である。そこで、本稿は、この不法行為類型としての「過失」の形成とその内容を明らかにすることによって、過失論の分野における若干の比較法的資料を提供しようとするものである。

II 過失の意味と本稿の課題

今日、イギリス不法行為法では、過失 (negligence) は、一般に二つの異なった意味を与えられている。第一の意味は、不法行為の成立要件として、故意 (intent) とならぶ行為者の主観的要素の意味であり、第二の意味は、一定の要件を伴って独立の不法行為となる一定の行為態様の意味である。前者は、「法的義務にたいする不注意 (inadvertance), というたんなる精神状態⁽³⁾」であり、後者は、「他人を侵害する不注意の作為または不作為による法律上の注意義務違反⁽⁴⁾」である⁽⁵⁾。そして、後者は、その前提である義務の存在、その義務違反、損害の発生を要件に「過失」を理由として訴えうる独立の不法行為⁽⁶⁾＝「過失」不法行為 (tort of negligence) を構成する。この意味での過失の存在

(2) たとえば、加藤一郎『不法行為』(有斐閣、1957年) 64頁。

(3) Winfield, "The History of Negligence in the Law of Torts" (1926), 42 *L. Q. R.* 184, at p. 184.

(4) *Ibid.*, at p. 184.

(5) なお、過失を精神状態とする説を心理説 (mental theory)、独立の不法行為とみて注意義務違反の行為であるとする説を動行説 (conduct theory) という。これについては、Henry W. Edgerton, "Negligence, Inadvertence, and Indifference" (1926). 39 *Harv. L. Rev.* 849—870. に詳しい。

に、異議を唱える説もあるが、大部分の論者は、これを肯定しており、肯定説⁽⁸⁾が、今日の一般的見解である。注意すべきことは、不法行為類型としての「過失」を認める説でも、従来の責任要素としての第一の意味での過失の存在を否定せず、故意とならんで、この意味での過失を要件とする不法行為（たとえば名誉毀損 (defamation)、ニューサンス (nuisance)、不法侵害 (trespass) など）の成立要件の一部としていること、である。

ところで、このような独立の不法行為類型としての「過失」は、いつ頃、どのような形で、イギリス法の中に出現したのであろうか。それを明らかにするのが本稿の課題である。そして、イギリス過失法の歴史を叙述するのは、法の“現状を知るには、その過去と未来を知らなければならない”というホームズ⁽⁹⁾ (Holmes) の命題に従い、イギリス過失法の諸概念、諸準則が、他のイギリス法のそれらと同じく、すぐれて歴史的形成物であることを示そうとするからである。ウィンフィールド (Winfield) も、過失の歴史の再検討のみが、「過失」の存在を明らかにする唯一の解決法であり、そこから戻るとき独自の意見を発表できるであろう⁽¹⁰⁾、と言っている。本稿も、これにならい、過失の歴史⁽¹¹⁾を明らかにするものであるが、「過失」(不法行為)の形成を中心的課題とするので、叙述の中心を、その形成期(19世紀)にあて、その前史(古代・中世

(6) 過失は *negligence* の訳語であるが、本文のように二つの意味を持っている。そこで、本稿では、独立の不法行為類型としての *negligence*、には「過失」を、不注意という精神状態を意味する *negligence*、および両者を含む場合には過失をつかい、両者を区別する。

(7) Salmond, *The Law of Torts* (6th edn., 1924), at pp. 12—13.

(8) Winfield, *op. cit.*, at p. 184; Street, *The Law of Torts* (2nd edn., 1959), at p. 103; James, *General Principles of the Law of Torts* (2nd edn., 1964), at p. 149.

(9) Holmes, *The Common Law* (1968, ed. by Mark De Wolf Howe), at p. 5.

(10) Winfield, *op. cit.*, at p. 184.

(11) 過失の歴史については、すでに、伊藤正己「過失の意味とその史的素描」法学協会雑誌(1949年)67巻3号53頁以下がある。これは、氏の構想によれば、一連の過失法研究の序論的地位を占めるものであるが、その後、続稿を發表されていない。本稿は、古代および中世の過失観念の理解について伊藤論文に多くを負っている。

期, 18世紀) については簡単に述べる。

III 近代「過失」法成立前史

【1】 アングロ・サクソン期および中世期

ゲルマン法系では、「人は、自己の危険において行動する。」(A man acts at his peril.) の原則が支配した、といわれる。そして、アングロ・サクソン期および中世初期には、この原則が絶対的であった、とする者もあるが⁽¹²⁾、逆に、行為者の精神状態を全く無視して、不可避の偶然事 (inevitable accident) にまで責任を負わせることはなかった、とする者もある⁽¹³⁾。また、過失の観念については、国王裁判所 (royal courts) ではなく、地方的裁判所 (local courts) の記録から窺うことができるが、その管轄権の比重からみて、これを重視することはできない、とされている⁽¹⁴⁾。中世において、不注意を意味する過失の観念が、実質的に認められるのは、場合訴訟 (action on the case) の出現以後であり、ブラクトン (Henry de Bracton ?~1268) の時代から19世紀に到る過失の歴史は、最初から最後まで場合訴訟の叙述であった⁽¹⁶⁾。そして、過失の観念

(12) Wigmore, "Responsibility for Tortious Acts" (1894), 7 *Harv. L. Rev.* 315—337, 383—405, 441—463; Pollock and Maitland, *History of English Law* (2nd edn., reprinted 1968), vol. I at p. 54; Holdsworth, *A History of English Law* (2nd edn., 1937), vol. III at pp. 375—388 などが、この原則を肯定する。

(13) Holmes, *op. cit.*, at p. 72; Winfield, *op. cit.*, at p. 184.

(14) *Ibid.*, at pp. 184—185.

(15) 中世イギリスの令状体制 (writ system) は、特定の救済方法に特定の令状を要求し、不法行為については、侵害令状 (writ of trespass) が発給され、身体または財産にたいする直接的暴力に基づく侵害について侵害訴訟 (action of trespass) が認められた。13世紀頃、この侵害訴訟の中から、特別場合訴訟 (action upon the special case) とか、場合訴訟 (action upon the case) とか呼ばれる。身体または財産にたいして直接的暴力が加えられてはいないが、事件の特殊性により、暴力が加えられたと同様に、不法行為として扱うべき場合の訴訟方式 (form of action) が生まれた。cf., Maitland, *The Forms of Action at Common Law* (1962, ed. by Chaytor and Whittaker), at pp. 65—69.

は、危険物の管理、公衆的職業 (common calling)⁽¹⁷⁾、寄託 (bailment) および引受 (assumpsit) などの特定の場合に認められ、慣習的義務 (prescriptive duty) ⁽¹⁸⁾ については争いがある。

【2】 18世紀

18世紀初頭、裁判官たちは、精神状態としての過失の名称とその観念を知っていた。それは、上述のような特定の場合に認められていたものであったが、やがて、ほとんどの場合訴訟の領域へと侵入しはじめた。しかし、18世紀の間は、「過失」訴訟 (action for negligence) について語ることはできない。換言すれば、独立の不法行為類型としての「過失」は、形成されていなかったのである。このことを、18世紀に出版された裁判官と法学者の二つの文献によって確認しておこう。まず、1762年に出版されたコミンズ (Comyns)⁽¹⁹⁾ の判決要録 (Digest) を検討する。コミンズは、過失場合訴訟 (action upon the case for negligence) の項目を設けているだけで、「過失」訴訟 (action for negligence) の項目を設けていない。そして、その項目の下にコミンズが配列しているのは、ファイフット (Fifoot) によれば、引受、寄託、火事、慣習的義務、公衆的職業などの乱雑な事項である。⁽²⁰⁾ これは、コミンズの分類が、「訴訟形式という救済手段によるものであり、……⁽²¹⁾実体的な不法行為としての分析」を行ったものではないからであろう。ウィンフィールドの指摘を借りれば、コミン

(16) Winfield, *op. cit.*, at p. 185.

(17) 公衆的職業に過失の観念を認めることには争いはないが、その種類については争いがある。cf., Fifoot, *History and Sources of the Common Law* (1949), at pp. 157—158.

(18) ウィンフィールドは、事例をあげて肯定する。Winfield, *op. cit.* at p. 191. それにたいしてファイフットは、責任は過失からではなく慣習的義務に違反するから生ずる、とする。Fifoot, *op. cit.*, at p. 154.

(19) Sir John Comyns, 1738年から1740年(歿)まで財務裁判所 (Court of Exchequer) の首席裁判官 (Chief Baron) の職にあり、その『イギリス法要録 (Digest of the Laws of England)』は、1762年から1767年にかけて、その歿後に出版された。(Fifoot, *op. cit.*, at p. 164).

(20) *Ibid.*, at p. 164.

(21) 伊藤前掲論文, 84頁。

ズは、「不法行為法 (law of torts) を書いたのではなく、諸救済方法 (remedies) の分類を試みた」⁽²²⁾のであった。

つぎに、ブラックスタン (Sir William Blackstone) の『イギリス法釈義』 (Commentaries on the Laws of England (1765—69))⁽²³⁾ をみよう。この「釈義」は、当時のイギリス法を純粋な形で説明したといわれている。その第3巻第9章「人的財産にたいする権利侵害について」 (Of Injuries to Personal Property) で、ブラックスタンは、「法の理性と解釈による黙示の契約」 (Contracts implied by reason and construction of law) を扱っている。そこに過失の観念がみられる。すなわち、「(その黙示の契約) は、なんらかの公職 (office), 職業 (employment), 信託 (trust), もしくは義務 (duty) を引受けるすべての者は、その者を雇用もしくは信託する人々と、そのことを誠実 (integrity), 勤勉 (diligence), ならびに熟練 (skill) をもって遂行することを契約する、という推定から生ずる。そして、その者が、それらのいずれかの資質を欠くために個人になんらかの権利侵害が生じた場合には、その個人は、それゆえ、特別場合訴訟 (special action on the case) による損害賠償の救済方法を有する」⁽²⁴⁾と述べられている。ここには、過失の言葉はみられず、その観念がみられるにすぎない。

IV 近代「過失」法の形成

18世紀の代表的著作にも、「過失」訴訟の記述をみることはできなかった。IVにおいては、19世紀を中心とする判例の検討によって、「過失」訴訟の形成

(22) Winfield, *op. cit.*, at p. 195.

(23) ブラックスタンとその著書『イギリス法釈義』については、堀部政男「英米の法律家一人とその思想、サー・ウィリアム・ブラックスタン (1~4)」法学セミナー (1970) 176~178号, (1971) 180号に詳しい。

(24) Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. III, at pp. 163—165, そこであげている例は、公職者, 看守, 弁護士, 旅店主, 運送人, 渡船人, 蹄鉄工, 仕立屋などである。

過程を明らかにする。判例の内容としては、交通事故および製造者責任の二つの場合に限定する。そして、時期的には、前者では19世紀初期の事件を、後者では19世紀中葉から今世紀にかけての事件を扱うことにする。

【1】 交通事故の場合

ここでは、当事者間に事前になんらの関係の存在しない事例として、交通事故の事例を検討する。

(1) *Mitchel v. Alstree* (1676)⁽²⁵⁾

【事実】 被告は、Lincoln's Inn 広場に馬を馬車に馴らすために連れ出した。その馬は、非常な暴れ馬で被告の手を離れ、原告に重傷を負わせた。

【判旨】 「人混みのために損害 (mischief) の生ずる恐れのある場所に、暴れ馬を連れだしたことは、被告の落度 (fault)⁽²⁶⁾ であった。最近、当裁判所に、雄牛を自己の畜舎かう逃し、その牛が、原告を突き刺した、屠殺業者 (butcher) にたいする訴えが提起された。原告の第一訴答 (declaration) は、被告の囲いの欠陥 (default)⁽²⁷⁾ が原因である、と申し立てた。」。原告勝訴。

本件は、17世紀の事件であるが近代「過失」法の端緒を含んでいる。というのは、本件が、制定法、公衆的職業、寄託などから生ずる義務とは関係なく、ある者の不注意な行為から生じた損害にたいして場合訴訟の申立が認められたことを示しているからである。また、動物の管理における落度 (fault) や囲いの欠陥 (default) などに責任を負わせており、これらの言葉には、過失 (negligence) の観念を窺うことができる。さらに、本件は、「人々一般に対して合理的な常識を行使すべき義務が存在することを示しており、かつ、当該事情に対する注意 (advertence) は、合理人の注意でなければならない、という近代の準則の基礎を備えている。⁽²⁸⁾」⁽²⁹⁾とされている。

(25) 1 Vent. 295, 86 Eng. Rep. 190.

(26) 有泉亨『不法行為理論の操作的構成』(勁草書房, 1957年) 37頁は「馬を殺す為め」としているが、1 Vent. at p. 295 には、breaking and tamingとあり、また、2 Lev. at p. 172 には、make them tractable and fit for a coachとあるから、「馬車に馴らすため」が正しいと考える。伊藤前掲論文82頁も「馴らす」の訳をあてている。

(27) 1 Vent. at p. 295, 86 Eng. Rep. at p. 190.

(2) Rogers v. Imbleton (1806)⁽³⁰⁾

【事実】 被告は、自己の馬車を原告の馬に暴力でもって (with force and violence) 衝突させ、その馬に重傷を負わせた。その結果、その馬は死亡した。原告の申立に対して、被告は、原告の訴答は侵害訴訟に基づいていない、として妨訴抗弁 (demurrer) を提出した。

【判旨】 「裁判所は、以下のような明解な意見を公にした。すなわち、当該権利侵害は、原告の第一訴答において、全くの過失、不注意、および適切な注意の欠缺 (mere negligence, inattention, and want of proper care) に帰因する、と明白に申し立てられたのであるから、妨訴抗弁は支持されえない。しかし (裁判所は) 被告に、その妨訴抗弁を訴訟費用 (costs) の支払をもって取下げること、および本案宣誓供述書 (affidavit of merit) を提出することを認める、と提案した⁽³¹⁾。そこで、被告側の弁護士は、この提案に応じた。

本件の争点は、馬車対馬の衝突に際して、その馬もしくは馬車の統御者が不注意であったときに、その損害に対して侵害訴訟と場合訴訟のいずれが救済方法となるか、であった。そして、裁判官は、全くの過失、不注意および注意の欠缺が場合訴訟の対象になることを承認したのである。本件判例集のどこにも、場合訴訟の言葉は見当たらないが、侵害訴訟によるべきとする被告の妨訴抗弁を裁判所が否定しているところから、そのように考えられる。さらに、本件で注目してよいのは、「注意の欠缺」の表現が、過失、不注意とならんで使用されていることである。「注意の欠缺」に責任を負わせることを逆に考えれば、損害を生じさせてはならない一定の注意義務があり、その義務に違反しない (注意の欠缺がない) 限り、責任を負わない、ということにならないだろうか。そうなると、「注意の欠缺」は、「過失」不法行為の中心的要素である注意義務の観念を含んでいるように思われる。この点の解明は、この時期の他の判例の検討が必要なので、今後の課題にしておく。

(28) 注意義務の程度が、合理人 (reasonable man) のそれであることを宣明したのはアルダーソン裁判官 (Alderson, B) である。(Blyth v. Birmingham Waterworks Co. (1856), 11 Ex. 781, 784, 156 Eng. Rep. 1047, 1049.)

(29) Potter, *An Historical Introduction to English Law and its Institutions* (3rd edn., 1948), at p. 373.

(30) 2 Bos. & Pul. (N.R.) 117, 127 Eng. Rep. 568.

(3) Williams v. Holland (1833)⁽³²⁾

【事実】原告の馬車に、原告の息子であり、使用人である J. Williams と幼い娘 Mary A. Williams が乗り、左側車輪を歩道にのせて停車していた。それに、被告の馬車が激突し、二人は、非常な暴力で (with great force and violence) 地面に投げ出され、負傷した。原告の馬車は、無価値となり、また原告は、息子の労務を奪われ、医療費 (doctor's bill) その他を出費させられた。

【判旨】ティンダル首席裁判官 (Tindal, C. J.) は、原告の第一訴答を検討した後で、「本訴訟において、原告の第一訴答は、訴訟原因 (ground of action) は被告の自分自身のギッグ馬車の運転中の不注意および過失 (carelessness and negligence) による権利侵害である、と述べている。そして、そのような不注意および過失は、厳密かつ十分に、それ自体、場合訴訟の対象である (such carelessness and negligence is, strictly and properly in itself, the subject of an action on the case)。」⁽³³⁾ (傍点一筆者) と、不注意および過失に基づく権利侵害にたいして場合訴訟が認められることを明言する。さらに、ある事件⁽³⁴⁾を先例として分析し、「われわれは、上述の事件は以下のような平易かつ解かりやすい準則を確定したものと考える。すなわち、権利侵害が、被告の不注意および過失によって惹き起こされた場合に、その行為が直接的 (immediate) であるにもかかわらず、それが故意行為 (wilful act) でない限りは、場合訴訟を提起する自由がある、という準則である。そして、その事件の先例に基づいて、われわれは、本件訴訟方式は権利侵害に基づ⁽³⁵⁾く損害賠償回復のために維持される、と考える。」と判示した。

本判決の意義は、前述 (2) の判決と同じく、かつそれより明確に、侵害訴訟の領域に過失の存在を理由に場合訴訟の適用を認め、過失 (行為) による権利侵害を救済したことにある。⁽³⁶⁾ 前述のように、侵害訴訟は、直接的暴力による身体または財産に対する権利侵害の救済方法であった。そして、「過失は、いかに重大であっても、『暴力をもって』(vi et armis) なされたとはいえないか

(31) 2 Bos. & Pul. (N.R.) at p. 118, 127 Eng. Rep. at pp. 568—569.

(32) 10 Bing. 112, 131 Eng. Rep. 848.

(33) 10 Bing. at p. 115, 131 Eng. Rep. at p. 849.

(34) Moreton v. Hardern and Others (1825), 4 B. & C. 223.

(35) 10 Bing. at pp. 117—118, 131 Eng. Rep. at p. 850.

(36) 前述, 注(15)

⁽³⁷⁾ら、本件のような場合、従来は侵害訴訟によってのみ救済されたのである。しかし、本件では、直接的暴力的行為を故意行為と過失（行為）に區別して、過失の場合は、場合訴訟によってもよい、としたのである。これをミルナー⁽³⁸⁾（M. A. Millner）は、「かみそりのような鋭い定式化」と評価した。

ここで認められた過失場合訴訟（action upon the case for negligence）から「場合」の語が消え、「過失」訴訟（action for negligence）の用語が使われたのは、本件より後の時期からである。たとえば、本件から約10年後の、馬車を不注意に放置しておいたためにその馬車で遊んでいた7歳に満たない少年が被害を被った事件で、⁽³⁹⁾裁判所は、原告の寄与過失（contributory negligence）を否定して「過失不法行為訴訟」（action of tort for negligence）⁽⁴⁰⁾の存在を認め、被告に責任を負わせた。また、その判例集の原告側理由由呈示の部分には、「過失」訴訟（action for negligence）の語が、はっきりと認められる。⁽⁴¹⁾当事者間に事前の関係がない者同士の訴訟では、19世紀半ばにして、「過失」訴訟の名称が現われたわけである。それは、その後、次第に今日的意味での実体をそなえた「過失」不法行為に対する救済方法となっていくのである。

【2】製造者責任の場合

ここでは、欠陥商品の製造者の、消費者に対する責任——製造者責任（manufacturer's liability）——が、「過失」不法行為責任として形成される過程を明らかにする。

(1) Langridge v. Levy (1837)⁽⁴²⁾

【事実】銃製造者である被告は、原告の父に、或る銃を Nock の製造した

(37) Fifoot, *English Law and Its Background* (1932), at p. 76, 伊藤正己訳『イギリス法』（1952年），89頁。

(38) Millner, *Negligence in Modern Law* (1967), at p. 17.

(39) Lynch v. Nurdin (1841), 1 Q. B. 30, 113 Eng. Rep. 1041.

(40) 1 Q. B. at p. 34, 113 Eng. Rep. at p. 1042.

(41) 1 Q. B. at p. 31, 113 Eng. Rep. at p. 1041.

(42) 2 M. & W. 519, 150 Eng. Rep. 863.

「優良、安全、信頼できる銃 (a good, safe, secure gun)⁽⁴³⁾」である、と虚偽的に表示して販売した。父は、原告にその銃を渡した。原告がそれを発砲したところ暴発し、原告は手を負傷した。

【判旨】 パーク裁判官 (Parke, B.) は、原告側の主張した「過失」の一般原則ともいえるような包括的な原則——「ある者が、契約もしくはその他によってある義務を負っているとき、その義務違反が生じた場合には、その義務違反により損害をうけた者は、その不法行為者 (wrong-doer) にたいする救済方法を持つ⁽⁴⁴⁾」——を「すぐれて司法的理由⁽⁴⁵⁾」で拒否した。パーク裁判官は言う。「われわれは、本訴訟は際限のない責任範囲を導びく原則——それは被告側の弁論の過程で非常に強調された——⁽⁴⁶⁾」を定めずとも支持される、と考える。」と。そして、一切の契約、もしくは表示のない物の単なる引渡からは、その物のために生じた損害を理由にいかなる訴訟も維持されえない、とする。しかし、本件では、被告の側に詐欺的不実表示 (fraudulent misrepresentation) があつた、として責任を認めた。

本件は、表示にあたっての過失を認めたものではなく、詐欺を認定し、かつ契約関係 (privity of contract) がなくとも、当該銃が原告の使用に供されることを被告の側で知っていたから、被告は責任あり、としたのである。本件の重要性は、原告側の主張した、義務の観念を含む一般原則の登場にある。本件では、裁判所の保守性のために否定されたが、この義務の観念は、その後の判例で注意義務の観念として鮮明になる。これについては、次の事例をみた後で検討する。

(2) Winterbottom v. Wright (1842)⁽⁴⁷⁾

【事実】 被告は、通信大臣 (Postmaster-General) との契約で郵便馬車を供給することを引受けた馬車製造者。原告は、通信大臣との契約で馬および御者を提供して運送を引受けていた者に雇われていた御者。原告は、被告の供給した馬車の使用中に、その馬車とその隠れた瑕疵 (latent defect) のため転倒し、その結果、負傷し、かたわになった。

(43) 2 M. & W. at p. 519, 150 Eng. Rep. at p. 863.

(44) 2 M. & W. at p. 530, 150 Eng. Rep. at p. 868.

(45) Frederick G. Kempin, Jr., *Legal History* (1963), at p. 74.

(46) 2 M. & W. at p. 530, 150 Eng. Rep. at p. 868.

(47) 10 M. & W. 109, 152 Eng. Rep. 402.

【判旨】 エィビンガー首席裁判官 (Lord Abinger, C. B.) は、「被告は、われわれの判決を受ける資格がある。」⁽⁴⁸⁾とした後で、その理由を述べる。その要旨を示す。Levy v. Langridge 事件の原則を拡大すべきでない。その事件で、原告は契約能力がなかったが、実質的には被告との契約者であった。本件は、被告が第三者との契約者であった、という理由で提起され、被告はそれに基づいてその馬者を使用するであろうすべての者に責任を負う、と (原告側は) 主張している。しかし、契約の効力を、契約当事者に限らなかつたら、その限界をみることのできない全くばからしい法外な結果が生じるだろう。エィビンガー卿は、以上のような理由で原告の主張を拒んだ。他の裁判官 (Alderson, B., Gurney, B. (Alderson 裁判官に同意), Rolfe, B.) も、同様な意見を述べた。

本件は、被告と第三者との契約の直接の当事者でない原告が、被告の契約違反の結果、損害を被った場合に、被告の責任を追及できるか否かという事例の典型的なものである。原告は、被告に過失および詐欺があると主張した。それに対して、裁判所は、過失および詐欺の認定をするまでもなく、原告と被告との間には契約関係がないから訴は認められない、と判示したのである。このことを、ウィンフィールドは、「(本件を審理した) 財務裁判所 (Court of Exchequer) にとっては、『契約関係』の催眠術が非常に効きすぎていたため、『過失』不法行為においては、被告と第三当事者との契約の存在を一切考慮することなく、被告の責任が決定されるべきことを見落したのである。」⁽⁵⁰⁾とやっている。そして、このような裁判所の態度を、当時支配的であった引受訴訟の包括的な性格に求める。「不法行為としての『過失』は、過失場合訴訟 (action upon the case for negligence) の背後に隠れたほんの幼児であり、その存在は、半分ほど意識されていたか、忘れられていた。」⁽⁵¹⁾と。そして、ウィンフィールドは、「過失——ある事柄を行なう場合の不注意な方法という、もう一つの意味の——についての古い判例の多くは、被告がなんらかの者のため

(48) 10 M. & W. at p. 113, 152 Eng. Rep. at p. 404.

(49) (1838), 4 M. & W. 377, 前記 Langridge v. Levy の控訴審判決, 原判決を確認している。

(50) Winfield, "Duty in Tortious Negligence" (1934), 34 Colum. L. Rev. at pp. 54—55.

(51) *Ibid.*, at p. 55.

に、なんらかの行為を行なうことを『引受け』(undertaken) た場合であり、『引受』(undertaking) は、不法行為 (delict), 準契約 (quasi-contract), 契約 (contract), 寄託 (bailment) に関する責任を包括する都合のよい多義的な言葉であった。⁽⁵²⁾と説く。本件の裁判官たちが、契約と不法行為を区別できなかったのは、もともと、それらが引受という多義的な言葉の中に包み込まれていたためである。しかし、本件のような場合、原告の救済を拒否することは不合理である。そこで、その後の事件では、これを不法行為責任で追及することになる。

契約関係のない者の責任を、その者の「過失」に求めるとき、義務の存在が前提となる。ウィンフィールドは、この義務の観念が Langridge 事件および Winterbottom 事件の再構成から抽出されてくることを明らかにしている。⁽⁵³⁾それは以下のような論理をたどる。すなわち、(i) A・B間に契約が存在する。(ii) 契約当事者でないCが、Aの、Bとの契約の不完全ではあるが故意でない失当行為 (misperformance) により損害をうける。(iii) Cは、Aを「過失」不法行為 (tort of negligence) を理由に訴える。(iv) Aは、「私の義務はBに対してだけ存在する」と抗弁する。(v) そこで裁判所は、「Cに対する義務は存在したか」という疑問を処理せざるを得なくなる。かくして、この疑問に対する考慮が第一義的重要性を帯び、義務の存在が「過失」の重要な要素となる。⁽⁵⁴⁾この定式が現実化するの(54)は後述の Heaven v. Pender 事件においてである。

(3) George and Wife v. Skivington (1869)⁽⁵⁵⁾

【事実】原告 J. George は、原告 E. George (その妻) の使用のために、そのことを知っていた被告から洗髪剤を買った。それは使用に適し、完全に使用でき、身体傷害を起こさない、という約束で売られた。ところが、それを使用した原告 E. George は身体傷害を被った。

(52) *Ibid.*, at p. 55.

(53) *Ibid.*, at p. 55.

(54) (1883), 11 Q. B. D. 503.

(55) L. R. 5 Ex. 1.

【判旨】 四裁判官 (Kelly, C. B., Channell, B. (Kelly 首席裁判官に同意), Pigott, B., Cleasby, B.) が同様な意見を述べた。ケリー首席裁判官の意見のみを要約して掲げる。「私は、われわれの判決は原告勝訴に決定すべきである、との意見である⁽⁵⁶⁾。問題は、契約当事者でない妻に訴権が認められるか否かである。特定の目的のために売られる物品を合成し、それが買われた目的を知っている被告＝薬種商 (chemist) は、その物品の製造にあたっての未熟 (unskilfulness) および過失 (negligence) に基づく場合訴訟によって責任を負うか否かが問題である。被告は、洗髪剤の製造にあたって通常の注意 (ordinary care) を尽すべき義務があった (傍点一筆者)。この義務は、買主にたいしてはもちろん、契約当事者ではなかったその妻にも及ぶ。なぜなら、被告はその洗髪剤が彼女によって使用されることを知っていたからである。

本件は、或る物がだれの使用に供されるかを知って、その物を販売した製造・販売者はその物の瑕疵から生じた損害について、契約関係のない者に対しても責任を負う、としたのである。裁判所は、「過失」のルートを通して、一世代前に Langridge v. Levy 事件で詐欺 (fraud) のルートを通して到達したと全く同じ目的地に到着したのである⁽⁵⁸⁾。そして、「過失」は、義務の観念を内包することによって、詐欺を表現する際のたんなる添えもの (make-weight)⁽⁵⁹⁾ としてではなく、一個の独立した不法行為類型として観念されつつあった、と考えられる。本判決では、義務は注意義務としてあらわれている。その内容は、洗髪剤を合成する際の薬種商としての「通常の注意義務」⁽⁶⁰⁾ (Kelly, C. B.) あるいは「十分かつ通常の (due and ordinary) 注意義務」⁽⁶¹⁾ (Pigott, B.)」である。これらの義務を負う相手は、契約当事者に限られない。被告がその物の使用者

(56) L. R. 5 Ex. at p. 3.

(57) コモン・ロー上、妻 (married woman) は無能力者で契約能力を認められなかった。その後、Married Woman's Property Act, 1882 により、単独で特有財産の所有、処分が認められ、同じく単独で訴えかつ訴えられるようになり、Law Reform (Married Woman and Tortfeasor) Act, 1935 で完全な能力者となった。田中和夫『英米契約法 (新版)』(有斐閣, 1965 年), 76 頁; Harry Street, *The Law of Torts* (2nd edn. 1959), at p. 484.

(58) Winfield, "History," at p. 198.

(59) *Ibid.*, at p. 198.

(60) L. R. 5 Ex. at p. 3.

(61) L. R. 5 Ex. at p. 5.

を知っていた場合には、その者に対しても義務を負う。義務を負う者の範囲が条件つきで拡大されたわけである。そして、次の事例になると、この条件がさらに緩和され、特定の者に対する注意義務から一般の者に対する注意義務へとその範囲が拡大する。

(4) *Heaven v. Pender* (1883)⁽⁶²⁾

【事実】 被告は、船舶の塗装、修理のために使用される乾ドックの所有者で、その目的のために足場を設置しておいた。原告は、被告のドック内で船舶の塗装をすることを船主と契約した塗装親方職 (master painter) の雇用下にあった船塗装人 (ship painter)。原告は、被告の設置した足場を使用中に、船舶から下がっていたロープが切れ、ドックに落下し損害をうけた。

【判旨】 判決は、三裁判官 (Brett, M. R., Cotton, L. J., Bowen, L. J.) によって下された。ブレット首席裁判官の意見、「本訴訟は、形式上も実体上も、『過失』訴訟 (action for negligence)⁽⁶³⁾ である (傍点——筆者)」。そして、「訴えうる『過失』は、被告が通常の注意および熟練 (ordinary care and skill) を尽す義務を負う者にたいして、通常の注意または熟練の使用を懈怠し (neglect), その懈怠によって、原告が自己の側に寄与過失なく自己の身体または財産に損害をうけたこと、⁽⁶⁴⁾ によって成立する⁽⁶⁴⁾」ものである。「本件での問題は、被告がそのような義務を原告にたいして負っているか否かである⁽⁶⁵⁾」。言葉を換えれば、「本件で、われわれが解決しなければならない問題は——契約または詐欺によって形成される関係以外で、二人の一方が他方にたいして、その他方の身体または財産にたいする損害を回避するために必要な通常の注意または熟練を尽す義務を負う、二人の者の関係についての適切な定義はどのようなものか。および、本件が、そのような定義に含まれるか否か——⁽⁶⁶⁾ である。」。そして、ブレット裁判官は、自らの問に、以下のような有名な命題をもって答えた。「通常感覚で考えた者が、もし当該事情に関して自己の行為について通常の注意と熟練を尽さなかったとすれば、他人の身体または財産にたいする損害の危険を惹き起こすであろうと、即座に認識するであろうような立場に、或る者が、他人に関して、或る事情で置かれた場合には、いつでも、そのような危険を回

(62) 11 Q. B. D. 503.

(63) 11 Q. B. D. at p. 506.

(64) 11 Q. B. D. at p. 507.

(65) 11 Q. B. D. at p. 507.

(66) 11 Q. B. D. at pp. 507—508.

避するために通常の注意および熟練を尽すべき義務が生ずる。」と。「そして、そのような通常の注意または熟練の懈怠には、そのために損害が発生した場合には、『過失』訴訟によって強制される (enforce) 法的責任が生ずる」と、述べ、この命題が「過失」訴訟成立の原則であることを明らかにしたのである。

ボウエン裁判官の同意を得たコットン裁判官は、ブレット首席裁判官の命題には賛成しなかったが結論においては一致した。

本件は、被告の責任を認めるのに「過失」訴訟の方法によった。従来の過失場合訴訟の中で附随的に認められてきた「過失」の観念は、本判決でブレット首席裁判官が宣明した準則により、一個の独立した一般準則として抽出されたのである。⁽⁷⁰⁾ さらに、本件を含めたその後の判例によって、直接的侵害と間接的侵害の古い区別は消滅し、故意行為 (willful act) と「過失」行為の区別が重要な区別となった。⁽⁷¹⁾ そして、「過失」事件においては、被害当事者に対して、原告が予め一定の義務を負っていたか否かの判断が責件の判断の必須の前提となったのである。ウィンフィールドも、「Heaven v. Pender 事件は、『過失』法の中に義務が組み込まれた歴史的時点である。その後の諸判例は、義務の範囲およびその存在確認基準の探求ほどには、義務の証明の必要性を強調することに関心を示していない。」⁽⁷²⁾ と述べている。

(5) Heaven 事件の影響とその後の発展

ブレット首席裁判官の宣明した準則の一般性は、当時の保守的な裁判官たちにとって、余りにも急進的であったようである。それは、首席裁判官の理由づけを拒否した本件の他の二人の裁判官の態度にも表われている。また、ブレット首席裁判官自身も、約10年後の一事件で、⁽⁷³⁾ 本件での自己の準則に或る限定を加えざるを得なかった (もっとも、それは、彼自身の意志によったものではな

(67) 11 Q. B. D. at p. 509.

(68) 11 Q. B. D. at p. 510.

(69) 11 Q. B. D. at pp. 514—517.

(70) Millner, *op. cit.*, at p. 11.

(71) Kempin, Jr., at p. 75.

(72) Winfield, "Duty", at p. 58.

(73) Le Lievre and Dennes v. Gould, [1893] 1 Q. B. 491.

く、その間に貴族院の判決が⁽⁷⁴⁾介入したためと推測されるが)。それは、家屋建設の進行状況について誤った証明書(certificate)を発行した検査人(surveyor)を信頼して、その家屋下の土地を抵当に家屋所有者に融資をしていた抵当権者および抵当譲受人が、誤った証明書のために純粹に金銭的損害(pecuniary loss)を被ったことを理由とする事件である。この判決で、ブレット(本件当時はエッシャー卿(Lord Esher))首席裁判官は、Heaven事件の自己の準則に制限を加えて、「過失」不法行為の成立に枠をはめたのである。エッシャー卿の言葉をそのまま引用すれば、「もし、ある者が、他の者に近接しているか、または、他の者の財産に近接している場合には、その者は、他の者の身体または財産に損害を惹き起こす恐れのあることを行なわない義務を負う。⁽⁷⁵⁾」ことになる。当事者の身体または財産の間に、一方が他方に損害を惹き起こすほどの近接性(proximity)⁽⁷⁶⁾(傍点一筆者)があつてはじめて、注意義務が生ずるといふ、いわゆる近接性の制限を加えたのである。

エッシャー卿の、この近接性の原則は、約40年後の有名なDonoghue v. Stevenson⁽⁷⁷⁾事件で、アトキン卿(Lord Atkin)のいわゆる“隣人原則”(neighbour principle)による修正により打破され、Heaven事件の準則が再び甦る

(74) Derry v. Peek (1889), 14 App. Cas. 337, 本件は、過失によって虚偽の事実を発表することは、被告に自己の表示が真実であるとの信念がある限り詐欺とはならず、それ以外の不法行為(たとえば「過失」)にもならない、とする。なお、「過失」に基づく不実表示に関する最近の研究として、塚本重頼「英法に於ける過失による虚偽の発表の責任」中大80周年記念論文 605頁(1966年)；佐藤正滋「過失に基く不実表示についての一考察」学習院大学法学部研究年報4号 99頁(1968年)がある。

(75) [1893] 1 Q. B. at p. 497.

(76) 近接性という言葉は、エッシャー卿の意見の中ではなく、スミス卿(A. L. Smith, L. J.)の意見の中にみられる。[1893] 1 Q. B. at p. 504.

(77) [1932] A. C. 562. 本件は、「ビンの中のかかたつむり事件」と通称されている。その事實は、被告の「過失」によりその製造過程で混入された腐敗したかたつむりの入ったジンジャービールを飲んだ、被告と契約関係のない原告が、ショックを受け重い胃腸炎にかかった、というものである。貴族院は、被告に有害物質をビンに入れてはならない注意義務があったことを認め、その義務違反に責任あり、と判示した。

のである。

(6) Donoghue v. Stevenson 事件による近代「過失」法の確立

製造者責任の指導的判例となった Donoghue 事件については、わが国でもいくつかの紹介がみられる。⁽⁷⁸⁾そこで、本稿では、「過失」法の形成に関する部分のみをとりあげる。

Donoghue 事件でアトキン卿は言う。「両国（スコットランドおよびイングランド一筆者）の法は、『過失』損害賠償訴訟を維持するためには、原告は、被告が当該事情において原告に対して損害を回避するための合理的な注意を尽すべき義務を負っており、原告がその義務違反によって損害をうけたことを立証しなければならぬように思われる。⁽⁷⁹⁾」と。そして、事実問題である義務違反 (breach of duty) には触れない、として「われわれは、法律問題として、申立てられている事情において、裁告は原告にたいしてなんらかの注意義務を負っていたかという問題にのみ関心を寄せる。⁽⁸⁰⁾」とする。そして、アトキン卿は、イギリス法にも、義務を生ずる関係についての一般概念 (general conception) が存在するとして、その一般概念を、今日ではよく知られた有名な言葉で明らかにしたのである。「人は、その隣人に損害を与えるおそれあることが合理的に予見可能な作為または不作為を回避するために、合理的な注意を尽さなければならない。それでは、法律上、私の隣人とはだれか (Who is my neighbour?)。その回答は——問題となっている 作為または 不作為に、自己の意思を向けるに際して、自己の行為によって直ちにかつ直接的に (closely and directly) 影響をうけるものと合理的に予見すべかり程度に自己の行為によって影響される人々——であろう。」ここに述べられた言葉は、今日、「隣人原則」⁽¹⁸⁾として知られている。そして、これは、50年前の Heaven 事件でエッシャー

(78) たとえば、「びんの中のかたつむり [Donoghue v. Stevenson]」(英米法ノート) 法学セミナー(1957年) 16号 54頁; 内田力蔵「物の製造者の責任・判例法の発展」『英米判例百選』ジュリスト (1964年), 295号の2, 204頁, など。

(79) [1932] A. C. at p. 579.

(80) [1932] A. C. at p. 579.

(81) この言葉は、聖書、ルカ伝第10章第29節からの引用である。

(82) [1932] A. C. at p. 580.

脚が宣明した定式の貴族院による画期的な再表現であった。⁽⁸²⁾

この Donoghue 事件において、三つの要件、(1)原告に対する注意義務の存在、(2)その義務違反、(3)その結果としての損害の発生、を満たして、訴えることのできる独立の不法行為類型としての「過失」不法行為が確立されたのである。近代「過失」法の形成を明らかにする、という本稿の課題は、これで一応果されたわけである。ところで、この形成を促したものはなんであったか。つぎに、それを検討しよう。

V 産業革命および法改革の影響と「過失」法の発展

法の発展を規定するのは、第一に、法の背後にある社会経済的条件、第二に法現象内部における相互作用である。イギリス近代「過失」法の形成に即して言えば、第一の社会経済的要因として産業革命の影響、第二の法的要因として法改革の影響をあげることができる。

産業革命は「生産組織の変化であったことはもちろん、同じく、社会の全分野にわたる生活状態の革命でもあった。⁽⁸³⁾」。大きな社会変動の中で、従来は侵害されることのなかった利益が、また従来は保護されることなく放置されてきた利益が、法の保護を求めて裁判所の面前にあらわれた。本稿でみた、交通事故の場合についてみれば、従来、侵害訴訟のみで保護されていた身体、財産に対する侵害を、まず直接的侵害を故意と過失に区別し、過失場合訴訟を認め (Williams v. Holland)、さらに、間接的侵害に「過失」不法行為訴訟を認めて (Lynch v. Nurdin)、被害者を救済した。製造者責任の場合は、契約関係のない者の利益を、最初は詐欺訴訟で保護し、その後、詐欺の認められない場合でも、「過失」訴訟によって保護したのである。産業革命の、「過失」不法行為に及ぼした影響を、ある論者の指摘を借りて要約すれば次のようになる。

(83) Millner, op. cit., at p. 13.

(84) J. Bronowski and Bruce Mazlish, *The Western Intellectual Tradition* (1970), at p. 364.

「この、ほんの一世紀の間に、法は、産業革命の新しい商業的、機械的、製造的危険を処理しえなくなった古い責任理論を廃棄した。そして、それは、「過失」の理論——開かれた理論 (open-ended doctrine) ——を生み出したのである。⁽⁸⁴⁾」

「過失」法の形成に影響を与えた法的要因として、19世紀半ばから行なわれた、訴訟方式の廃止を含む一連の法手続の改革をあげることができる。産業革命を経たイギリスでは、社会関係の緊密化は、新たな侵害類型を生みだし、旧来の固定した訴訟方式は、市民の権利救済を妨げていた。硬直化した訴訟方式にかわる柔軟な実体法の要求が強まり、法典主義者ベンタム (Jeremy Bentham) の影響もあって、一連の法改革の中で訴訟方式が廃止された。すなわち、1832年の Uniformity of Process Act, 1833年の Real Property Limitation Act を経て、1852年の Common Law Procedure Act によって、令状の中に訴訟方式、訴訟原因を記入する必要はなくなり、令状は単なる呼び出し令状 (writ of summons) のみとなった。さらに、1873—75年の裁判所法 (Supreme Court of Judicature Acts, 1873—75) は、手続法の運用を裁判官の広範な裁量にゆだねたのである。⁽⁸⁵⁾ これらの結果、不法行為訴訟における判断の基準は、その行為が訴訟方式にあてはまるか否かではなく、加害または被害の態様がいかなるものであるか、ということになったのである。

VI 要約

ブラクトン (Henry de Bracton ?—1268) の時代から18世紀に至る全ての時代を通じて、過失は不注意という精神状態を意味した。それは、場合訴訟の出現に伴って現われ、主として、引受、寄託、公衆的職業などの中で成長した。18, 9世紀の産業上の発展は、社会関係の緊密化をもたらし、侵害類型は増大した。そして、原告側弁護士の執拗な「過失」訴訟の主張は、法改革の時期

(85) Kempin, Jr., *op. cit.*, at p. 75.

(86) Maitland, *op. cit.*, at pp. 8—9.

を経て、裁判官たちの心に「過失」不法行為の觀念とその存在を意識させることになった。このようにして、18世紀後半から19世紀初頭にはじまる近代「過失」法の形成は、Heaven 事件 (1883) で独立の不法行為類型としての「過失」の存在を一応確認され、Donoghue 事件 (1932) までの50年間は、その発展の時期であり、Donoghue 事件によって最終的に確立された一連の過程であった、といえよう。

筆者の住所； 国立市東 2-4 一橋大学院生寮内