

論 説

不法行為法における相当因果関係論の帰趨

— 刑法学の立場から —

曾 根 威 彦

- I はじめに
- II 相当因果関係論とその問題点
- III 相当因果関係論に批判的な見解
- IV 相当因果関係論の再評価
- V おわりに

I はじめに

相当因果関係論は、民法の不法行為法および刑法の犯罪論において、今日、くしくも類似の歩みをたどっているように思われる。相当因果関係論は、従来、学説上、民法学においては、不法行為の成立要件としても、損害賠償範囲の確定基準としても通説的地位を占めてきたし、また、刑法学でも、犯罪成立要件の1つである因果関係論において同様に通説的地位を築いてきた。判例においても、民法では、大正15年5月22日の大審院判決（民集5巻386頁〔富喜丸事件〕）が不法行為法に相当因果関係論を導入して以降、今日に至るまでこの理論は損害賠償法の分野で中心的な役割を果たしてきた。また、刑法でも、かつては条件説が判例における因果関係論とされていたが、いわゆる米兵ひき逃げ事件に関する、昭和42年10月24日の

最高裁決定(刑集21卷8号1116頁)において相当因果関係説⁽¹⁾を採ったとみられる判示がなされ、それ以降の全体的傾向として、相当因果関係説、特に客観的相当因果関係説によるとみられる判例が1つの傾向を形成するに至った。

ところが、その後、民法および刑法の領域において、これまでの相当因果関係論の確固たる地位に動揺が生ずる事態が生じてきた。もっとも、民法と刑法とで、そこに至る経緯には相違がみられる。まず、刑法における相当因果関係論の後退は、1990年代以降の判例の新たな動きに触発されたものであり⁽²⁾、そこでの思考方法は、被告人の行為と結果との結びつきを具体的に探求することにより、行為が結果発生に果たした寄与度の有無、行為の態様等を認定し、これに基づいて因果関係を判断しようとするものであって、最近の判例は、介入行為の異常性の有無を強調する相当因果関係論から離脱して、ケース・バイ・ケースにより客観的帰属基準を展開している、とされる。ここに「相当因果関係論の危機」ということが言われるようになり、相当因果関係論に替わるものとして、学界において「客観的帰属論」⁽³⁾が展開されるようになったのである。客観的帰属論は、まず、結果との間に条件関係のある行為が法的に許されない危険を生み出し(危険の創出)、次いで、その危険が構成要件に該当する結果に実現した場合に(危険の実現)、結果の客観的帰属が認められる、とするのである。

これに対し、民法では、より早くすでに1970年代において、損害賠償法

(1) 以下では、相当因果関係に関する議論ないし理論を「相当因果関係論」と呼び、因果関係に関する学説の1つとして扱うときは(特に条件説に対し)、「相当因果関係説」と呼ぶことにする。なお、他の理論・学説についても同様である。

(2) 代表的な判例として、①第三者の行為が介入した事例として、最決平成2年11月20日(刑集44卷8号837頁〔大阪南港事件〕)、②被害者および第三者の行為が介入した事例として、最決平成4年12月17日(刑集46卷9号683頁〔夜間潜水事件〕)等がある。

(3) 代表的な学説として、山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』(1997年、成文堂〔以下『山中・理論』として引用〕)、同『刑法総論』(第2版・2008年、成文堂)246頁以下。

の分野における平井宜雄の問題提起を契機として、⁽⁴⁾不法行為法の領域において相当因果関係論の抱える問題性が強く意識されるようになった。平井による批判の骨子は、損害賠償の範囲について判例・学説を長らく支配してきた相当因果関係概念が多義的かつ不明確であって、理論的にも実務的にも解釈論の道具として用をなさない、とするものであった⁽⁵⁾（後出II 2）。そして、相当因果関係は、事実的因果関係（条件関係）と保護範囲（および損害の金銭的評価）に分解され、刑法における客観的帰属論と同様、規範の保護目的論（保護範囲論）こそが結果（損害）の行為（故意・過失）への帰責に関し限定的役割を果たすものとされるに至った（後出III 1）。規範の保護目的論は、規範はおよそ一定の利益領域を保護対象として内包しているのであって、具体的侵害結果が、違反された行為規範によって保護された範囲内に帰属する場合にのみ、行為者に損害賠償義務の成立が認められる、とするのである。⁽⁶⁾

刑法および民法における相当因果関係をめぐるとこのような動きは、因果関係が過去の事実の復元という事実認定レベルの問題であり、原因行為に対する規範的価値判断を含むものではない、という前提に立って、相当因果関係論が規範的評価を意味する「相当性」判断を、事実認定に関する因果関係の問題として捉えることに対して疑問を呈示する点で同一の方向にある。この方向性は、相当因果関係概念の中核的要素である「相当性」の問題を因果関係から切り離して、これを理論的にみて相当性判断のもつ規範的性格にふさわしい場所で論ずべきである、との主張へと展開をみせ、

(4) 平井宜雄『損害賠償法の理論』（1971年、東京大学出版会〔以下『平井・理論』として引用〕）23頁以下、429頁以下。

(5) 平井宜雄『債権各論II 不法行為』（1992年、弘文堂〔以下『平井』として引用〕）109頁。

(6) 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 事務管理・不当利得・不法行為』（1985年、有斐閣〔以下『澤井・講座』として引用〕）265頁以下、四宮和夫「不法行為における後続侵害の帰責基準」『四宮和夫民法論集』（1990年、弘文堂〔以下『四宮・論集』として引用〕）300頁以下。

刑法における客観的帰属論、民法における規範の保護目的論へと結実したのであった。客観的帰属論と規範の保護目的論とが、基本的思想を同じくし、共通の根を有するものと評される所以である⁽⁷⁾。

さて、平井理論は学界の注目するところとなり、一ころは「今日、学界では相当因果関係に対する批判はきびしく、体系書からその名が消えつつある」とまで言われるようになったが(澤井・講座259頁)、その後、議論が沈静化すると共に相当因果関係論を再評価する動きもみられるようになり、今日、不法行為法における因果関係論はますます混迷の度を深めている状況にある。この「因果関係の分野の議論の混乱は、基本的には、故意・過失論、権利侵害ないし違法性論の混乱のもらい火であった」との認識が示されていることでもあり⁽⁹⁾、本稿では、筆者の専門領域である刑法学の立場から、不法行為法における侵害および損害の概念、さらに故意・過失論、権利侵害ないし違法性論、ひいては不法行為法の基本構造を踏まえて相当因果関係論の動向について論じ、筆者が日ごろ敬愛してやまない藤岡康宏教授の古稀のお祝いに代えたいと思う。

(7) 潮見佳男『不法行為法』(2005年、信山社)177頁。平井理論が客観的帰属(帰属)論と近親性が強いことを指摘するものとして、加藤雅信『事務管理・不当利得・不法行為』(第2版・2005年、有斐閣)243頁。

(8) 水野 謙『因果関係概念の意義と限界』(2000年、有斐閣)1頁以下、327頁以下参照。

(9) 加藤(雅)・前掲注(7)233頁。

(10) これまでに刑法学者がわが国の相当因果関係に関する民法上の問題点を扱ったものとして、山中・理論274頁以下がある。なお、従来、わが国の実定法学者は、基礎法に言及することはあっても、上位法である憲法は別として、他の実定法領域に分け入ることはほとんどなかった。しかし、法律学もボーグレスの時代を迎えて、これからは実定法相互間の研究交流も活性化することが期待される。本稿がその一助となれば幸いである。

II 相当因果関係論とその問題点

1. 通説・判例の相当因果関係論

(1) 相当因果関係論は、結果（侵害・損害）が発生するのが通常（相当）であると言える場合にのみ、法的意味での因果関係を肯定しようという考え方である。不法行為法においては、故意・過失（行為）→権利・法益侵害→損害という構造をとることから（民法709条）、相当因果関係概念は、これに対応して、従来、不法行為の成立の場面と責任（損害賠償）範囲の場面との双方において用いられてきた。しかし、主として機能してきたのは後者においてであって、責任の成立範囲を「因果関係のレベル」で限定するために登場してきたのが相当因果関係論であったとも言える。相当因果関係による責任成立範囲の限定が問題となるケースは、刑法におけると同様、次の2つの場面に大別して論ぜられる。一つは、①行為当時に特殊な事情が存在していたために権利侵害の結果が発生した場合であって、ここでは相当性判断の基礎（判断基底）をめぐる折衷説（通説）と客観説の対立がみられる。もう一つの局面は、②行為後に特殊な事情が介入して結果発生に至った場合であって、不法行為の危険性が結果へ実現したかどうかを判断するに際して、介入事情の予見可能性（異常性）と結果発生に対する介入事情の影響力（寄与度）が問われることになる。⁽¹¹⁾①は、行為の危険性（相当性）が問題とされる場面であり、②では、それと共に危険の実現（因果経過の相当性）が問題とされてくる。

不法行為法における相当因果関係論への対応については、まず、①不法行為法において相当因果関係という概念を採用する必要があるか否か、という問題があり、次いで、②これが肯定された場合に、因果関係の相当性を判断する基準は何か、という問題が生ずる。⁽¹²⁾というのは、不法行為法に

(11) 潮見・前掲注（7）176頁。

(12) 窪田充見『不法行為法』（2007年、有斐閣）305-6頁。

においては、損害賠償責任について規定する民法709条がその具体的範囲について明文の文言を欠くことから、解釈論上の問題が生じてくるのである。ところで、債務不履行については、民法416条が損害賠償の範囲についてこれを明文で規定しており、この416条が相当因果関係について規定したものであるか否かは、それ自体議論の存するところであるが、仮にこれを肯定した場合、本条を不法行為法に準用（類推適用）しうるか、という問題が生じてくる。というのは、民法は、例えば損害賠償の方法（金銭による損害賠償）について、722条1項が417条の準用を明文で規定しておきながら、416条についてはその準用規定が不法行為法の中に存在しないからである。

(2) 現行不法行為法の立案者は、当事者が契約関係にある債務不履行との差を設ける意図で、不法行為の因果関係の問題は、民法709条の「故意又ハ過失ニ因リテ」「之ニ因リテ」の解釈により解決される、として416条の準用を規定しなかった、と解されている。また、当初の判例も、709条の因果関係を「社会普通の観念」により解釈上制限する、という方法を採用し、相当因果関係説的口吻を示しつつも、不法行為に416条を類推適用することはなかつた⁽¹³⁾。さらに、かつての学説も、「これ（侵害）によって」と規定する709条の不法行為の損害賠償の範囲が、416条の適用される債務不履行のそれより広い、として416条の類推適用を認めず、その制限は、社会観念上相当な因果関係によって限界づけられる、という態度を維持していた。不法行為法において相当因果関係論を堅持しつつ、416条の類推適用を認める方向で日本の判例・学説に変化が生じたのは、ドイツにおける相当因果関係論が416条の解釈として導入されて以降のことに属するのである。

(13) 例えば、大判大正6年6月4日（民録23輯1026頁）、大判大正9年10月18日（民録26輯1555頁）など。これらの見解を「社会的相当性説」と呼ぶものとして、近江幸治『民法講義IV 事務管理・不当利得・不法行為』（第2版・2007年、成文堂）182頁。

ドイツ民法は、賠償義務者に原状回復を命じるだけで（249条・252条）、日本の民法416条に相当する「賠償範囲」の条文がなく、因果関係がある限り賠償すべし、という完全賠償主義に立っている。しかし、無限の賠償を認めることが法的正義に欠けることから、法的に有意な因果関係を「相当因果関係」という語で表現し、①「因果関係あるところ責任あり」という命題（完全賠償主義）と、②「公平の見地による範囲の画定」という2つの要請を調和させた、とされている⁽¹⁴⁾。その後、ドイツ法の影響を強く受けていた日本の民法学は、416条を媒介として、フランス法の体系を承継している不法行為法にドイツ流の相当因果関係論を導入することになったのである。

③ 学説は、民法416条の解釈論として相当因果関係論を導入したうえで、これを不法行為にも適用すべきことを提案し、それが前掲大正15年の富喜丸事件判決に採用されることになる。本判決は、賠償される損害の範囲ではなく、賠償額の算定時期を問題としたものであるが、416条は相当因果関係の原則を規定したものであり、それは不法行為責任にも妥当する、と判示し、それ以来、416条が不法行為責任にも類推適用されるようになり、この考え方が判例・通説を形成することになった。富喜丸事件判決によって確立された命題は、①不法行為による損害賠償の範囲は、相当因果関係論によって決まる、②416条は相当因果関係を示した条文である、という理解を前提として、416条を不法行為にも類推適用できる、という帰結に集約される⁽¹⁵⁾。

富喜丸事件に関する大審院判決が、相当因果関係論を債務不履行と不法行為の双方に適用しうる上位の理論と解していることは、「民法第416条ノ規定ハ共同生活ノ関係ニ於テ人ノ行為ト其ノ結果トノ間ニ存スル相当因果関係ノ範囲ヲ明キラカニシタモノ」との説示からも読み取ることができ

(14) 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・2001年、有斐閣〔以下『澤井』として引用〕）203頁、澤井・講座261頁。

(15) 窪田・前掲注(12) 310頁。

る。ここでは、相当因果関係を「行為」と「結果」との関係として捉え、その普遍的、一般的性格を明らかにしているのである。416条=相当因果関係という等式は、その後の判例・学説に定着して、相当因果関係論が損害賠償の通則と認められるに至り、さらに同条1項と2項の関係について「第一項は、相当因果関係の原則を立言し、第二項は、(相当因果関係の有無の判断に際して) その基礎とすべき特別の事情の範囲を示すものである⁽¹⁶⁾」と解せられるに至ったのである。

ドイツ民法学の圧倒的影響下にある日本の民法学が、「損害賠償の範囲は相当因果関係によって定まる」という命題をアプリアリに妥当なものとして受容したとき、①債務不履行における損害賠償の範囲に関して規定する民法416条が相当因果関係概念の趣旨で理解されたことは当然の帰結であり、また、②416条が、709条以外に要件を一般的に定めた規定が見当たらない不法行為に準用(類推適用)されることもある意味で必然の成り行きであった。そのことを明らかにしたのが、富喜丸事件判決であり、その後の学説であったのである。そして、このような判例・学説の滔々とした流れに一石を投じたのが、前掲平井宜雄の相当因果関係論批判であった。

2. 平井宜雄の問題提起

(1) 平井による相当因果関係論批判は、次の3点に集約される(平井109-110頁、同・理論90頁以下)。すなわち、①相当因果関係の概念が、ドイツ民法における *adäquater Kausalzusammenhang* を意味するものとして用いられているなら、日本民法の不法行為がドイツ民法のそれと構造を異にする以上、理論的に無意味である。②相当因果関係概念が416条と同じ意味に用いられているなら、416条の解釈問題として論じれば足り、やはり無意味である。③「相当因果関係」の概念は、それが事実的因果関係を意味するのか、その存在を前提とした賠償範囲の画定に要する規範的判断

(16) 我妻 栄『民法講義IV 新訂債権総論』(1964年、岩波書店) 118-9頁。

を意味するのか、を不明確にさせるばかりでなく、実務上金銭的評価の結果得られた金額をも決定したかのように用いられているが、このことは、性質の異なった問題を同一の概念で指示することに連なり、実務上も有用でない、とするものである。以上の指摘のうち、①および②は、比較法的、法制史的な観点に由来する批判であり、③は、実質的な基準としての相当因果関係概念自体に対する内在的批判⁽¹⁷⁾である。以下、順にみてゆくことにしよう。

(2) 平井は、まず、①日本の不法行為法は、規定のドイツ不法行為法的外観にもかかわらず、フランス不法行為法の系譜に連なる、とする。その根拠の一つは、不法行為に基づく損害賠償の範囲について、民法は規定を欠いているものの、現在の判例・学説とも、制限賠償主義に立脚してこれを解釈していることに求められるが、そのことは「相当因果関係」概念を導入したと適合的でない、という（平井13頁）。すなわち、ドイツ民法は、損害との間の因果関係（行為が損害を現実⁽¹⁷⁾に惹起した関係）のみを要件として要求するが、ドイツ民法施行後、賠償範囲が拡がりすぎるといふ理論上および実務上の要請に応じて、因果関係概念を法的観点から限定するという発想の下に「相当因果関係」概念が導入されるに至ったのであって、相当因果関係の概念は、完全賠償の原則のコロラリーとしての法技術的意味を有しており、制限賠償主義を採用する日本民法（416条）とは整合しない、とするのである（平井81頁、同・理論92-3頁）。

次に、②民法416条が相当因果関係を明らかにしたものであるという解釈に依拠して、相当因果関係が416条と同じ意味で用いられる、とする見解に対して、これを真っ向から批判し、416条は、損害賠償の範囲について、完全賠償の原則に立脚する相当因果関係（責任原因と賠償範囲は切断される）を規定したのではなく、制限賠償主義の見地から（責任原因と賠償範囲は結合される）、当事者（債務者）の予見または予見することができ

(17) 窪田・前掲注(12) 311頁以下。

る範囲に制限するという機能を現実に果たしている、と解する。⁽¹⁸⁾したがって、第 1 項と第 2 項の区別は、予見可能性の立証を要求するかどうか、という立証の程度の差異に求むべきものであり、第 1 項は、立証責任が軽減されるという訴訟法的な意味をもつにとどまることになる。結局、416 条は、「因果関係の存在を前提としつつ責任原因を顧慮し裁判官の政策的価値判断に委ねることにより、個別的・具体的事情に応じて賠償の範囲を制限しようとするための概念構成で」あって、416 条自体は（相当）因果関係を規定したものではない、という理解に至る（平井・理論 90-3 頁）。かくて、制限賠償主義を採用する 416 条が存在する以上、416 条を不法行為に準用するという判例の準則を支持すると否とを問わず、損害賠償の範囲については 416 条の解釈のみを論じれば足り、「相当因果関係」への言及は不要であって、相当因果関係概念を用いることはかえって混乱をもたらすもの、と批判するのである（平井 81-2 頁）。

(3) 民法 416 条が相当因果関係を規定したものではないとすると、まず、③ 416 条の類推適用に固執する限り、相当因果関係概念を媒介することなく、債務不履行についての 416 条を直接不法行為に類推適用する途が考えられるが、平井によれば、予測（予見）可能性と関連する契約責任についての規定である 416 条を不法行為責任に類推適用することはできない。というのは、416 条の規定する『債務者』個人の特性を焦点においた『予見可能性』概念は、特定の社会関係に立たない不法行為者間の法律関係を処理する技術概念としては必ずしも適切でない」（平井・理論 453-4 頁）と解するからである。⁽¹⁹⁾そこで、⑥ 不法行為法において相当因果関係の意義を認める立場からは、不法行為については、416 条の適用を放棄し、正面から

(18) 「予見可能の対象となるのは損害ではなく特別の事情である」との指摘に対しては、損害概念が多義的に用いられている以上、損害と特別の事情とを区別するのは概念上も不可能と応えている（平井・理論 91 頁）。

(19) 契約法における債務者の主観的な予見可能性と、不法行為法における客観的な経験則上の予測可能性とを混同することの問題性につき、後出 IV 2。

相当因果関係を問うという方策が模索されることになるが、平井は、最後⁽²⁰⁾に、相当因果関係論そのものの問題性を取り上げてこれを批判する。上記③の相当因果関係に対する内在的批判がこれである（前出（1））。すなわち、相当因果関係論は、それが因果関係論の一つであることによって事実認定上の問題を含むと同時に、「相当」因果関係論として規範的評価をも含むこと⁽²¹⁾によって、そこに概念上の論理矛盾が露呈されている、という。

現在、不法行為における相当因果関係論をめぐる学説状況は、①平井の問題提起を受けて、相当因果関係論に批判的な立場から、これに替わる基準を模索する見解と（後出III）、②相当因果関係論批判にもかかわらず、なおこの理論に好意的な見解（後出IV）とに大別される。以下、順にみてゆくことにしよう。

III 相当因果関係論に批判的な見解

1. 相当因果関係に替わる判断枠組

相当因果関係論に上に挙げたような問題性があることを踏まえ、特に相当因果関係概念の多義的性格を指摘した批判から導かれるのが、相当因果関係に替わる3個の判断枠組である。平井は、伝統的に相当因果関係の問題として扱われてきた損害賠償の範囲に関する項目を次の3つの領域に分解し、それぞれの性質の差異に応じて解釈論が構成されるべきことを主張する（平井110頁、同・理論135頁以下・429頁以下）。すなわち、損害賠償の範囲は、①まず、事実認定の問題として、賠償が求められている損害が加

(20) この方向を示唆するものとして、平野裕之『民法総合6 不法行為法』（2007年、信山社）318頁。ただし、予見可能性と相当因果関係を対抗的に捉える点は疑問である（後出IV参照）。

(21) ドイツにおける相当因果関係の崩壊を指摘するものとして、窪田・前掲注(12) 314頁。

(22) 相当因果関係における「相当性」の実質は、保護範囲という政策的価値判断の問題、とする（平井・理論94頁以下・139頁。）

害行為と事実的因果関係に立つかどうか判断され (but for [あれなければ、これなし] テスト)、②それが肯定された場合に、法律解釈とその適用の問題として、事実的因果関係に立つ損害のうちどこまでのものが保護範囲 (義務射程) に含まれるかどうか判断され、最後に、③保護範囲に含まれるとの規範的判断がされた損害について、実務上形成された一定の準則の枠内で裁量的判断として金銭的評価が行われる、とするのである。平井理論が公表されると、(民法) 学界は、これにきわめて高い評価を与え、⁽²³⁾ 不法行為に関する体系書も平井の問題提起を積極的に評価し、平井理論を基本的⁽²⁴⁾に継承するものも現れた。相当因果関係論が多義的かつ不明確で、理論的にも実務的にも解釈論の道具として用をなさない、という批判を前提とした事実的因果関係・保護 (賠償) 範囲・損害の金銭的評価の三分法は、多くの学説の受け入れるところとなったのである。⁽²⁵⁾

以上の各項目を刑法理論に引き直して言えば、①は、条件説的意味での因果関係論 (条件関係論=conditio 公式)、②は、客観的帰属論 (ないし伝統的な意味での相当因果関係論)、③は、量刑論ないし刑罰論上の問題ということになろう。このうち、①の条件関係 (事実的因果関係) の問題は、刑法では相当因果関係に内在するものとしてではなく、その前提として理解

(23) 澤井裕・法学協会雑誌90巻7号 (1973年) 77頁以下など。なお、磯村保『「相当因果関係」をめぐる理論と現実 (1) (2)」NBL510号24頁以下・511号48頁以下 (1992年) 参照。

(24) 平井理論 (義務射程説) をもっとも積極的に導入したのものとして、幾代通『不法行為』(1977年、筑摩書房 [以下『幾代』として引用]) 111頁以下 (後に、幾代通=徳本伸一『不法行為法』(1993年、有斐閣 [以下『幾代=徳本』として引用]) 116頁以下がある。ただし、保護範囲の問題と損害評価の問題を区別する実益はないとして、両者を合わせて「保護範囲」と呼び、これを等しく義務射程の解釈問題として処理する (幾代128-9頁、幾代=徳本133-4頁)。

(25) 平井・理論の核心は、損害賠償法の範囲に関して伝統的な解釈論とは別の次元に属する「理論」をもって分析するという手法で研究を進めた点にあり、「保護範囲」という概念もそこでの分析道具の一つであって、賠償範囲設定基準でないことを自ら繰り返し明示している、とするものとして、古賀哲夫=山本隆司編『現代不法行為法学的分析』(1997年、有信堂) 61頁 (山本執筆)。

されており、両者は必ずしも相互に排斥し合う関係に立たず、⁽²⁶⁾ 事後的因果関係の存在は相当因果関係論の帰趨に決定的な意味を持つものではない。また、③の裁判官による裁量的判断は、刑法においては刑罰目的（一般予防）との関連で、「当該行為を処罰することによって一般予防目的を達成することができる場合にのみ、行為と結果との間の相当因果関係を認めれば足りる」とする考え方の是非をめぐって議論されている問題と関わって⁽²⁷⁾ くる。相当因果関係を刑罰目的との関係で考える場合には、刑罰論の前提としての因果関係論から切り離されて然るべき地位が与えられることになるが（例えば、構成要件・違法・責任から区別された可罰性の要件）、少なくともわが国ではこのような理解は一般的でない。そこで、本稿では、伝統的な相当因果関係論の核心部とほぼ表裏の関係に立ち、また、刑法における客観的帰属論との結びつきも強い②の保護範囲説（義務射程説）についてみてゆくことにしたい。

2. 保護範囲説—義務射程説

(1) 最初に、平井の保護範囲説を考察する前提として、この問題と密接に関連する彼の不法行為構造論・要件論についてみておくことにしよう。まず、「違法性」概念は、従来、①民法709条の「権利」の要件を拡大するという機能と、②主観的過失と対比された客観的要件としての機能を担ってきたが、「権利侵害から違法性へ」の命題が定着するとともに、①の機能を担った「違法性」概念はその役割を果たし終えり（平井・理論382-3頁）、他方で、「過失」が単なる心理状態ないし主観的要件から、不法行為が成立したかどうかという判断一般を含む高度に法的かつ規範的概念に転化⁽²⁸⁾ したことから、②の機能も喪失することとなった。次に、「権利」の範

(26) ただし、条件関係を直ちに刑法上の因果関係として構成する条件説と相当因果関係説との対立はある。

(27) この問題については、例えば辰井聡子『因果関係論』（2006年、有斐閣）72頁以下参照。

困が拡大された結果、不法行為成立の限定的機能を失った「権利侵害」の要件は、理論的に独立の要件たる地位を失い、「過失」または「損害」の発生の要件に吸収されたものと解する（過失一元論）。したがって、709条の要件は、①「過失」行為または「故意」行為の存在、②「損害」の発生、③この①と②との間の「因果関係」の存在に再構成されることになる（平井20頁以下、同・理論419頁以下）。権利侵害および違法性が不法行為の独立の要件としての地位を失った平井の不法行為構造論（過失一元論＝新過失論⁽³⁰⁾）は、過失（・故意）の要件が「保護範囲」の理解に決定的意味を付与することになるのである。

平井は、賠償範囲（保護範囲）の決定基準を定立するための基本的な理論的視角として、判例・実務が民法416条の類推適用を通じて不法行為についても制限賠償主義という構造をもつものを作り上げてきたことに着目し、この構造を前提とすれば、賠償範囲を責任原因（故意・過失）と結合させることが決定基準を考える際の理論的視角でなければならず、賠償範囲は不法行為を成立させる要件の解釈として決せられなくてはならない、とする（平井⁽³¹⁾122頁）。したがって、（基本型）不法行為の賠償範囲は、709条の要件の解釈によって決せられることになるが、このうち、①損害の発生、②事実的因果関係の存在は、賠償範囲を論じる前提として決定基準の問題から除外され、また、③権利侵害の要件は実際には意味を有しないから、結局、④決定基準としては故意または過失が残ることになり、この2

(28) 平井・理論324頁は、違法性と故意・過失とを一括して「過責」と呼んでいる。

(29) 平井・理論420頁は、過失が意思と離れた行為として位置づけられることから、過失を故意と同列に並べて説明する仕方は改められるべきである、という。

(30) 吉村良一『不法行為法』（第3版・2005年、有斐閣）80-1頁。民法における「新過失論」は、過失を客観化して捉える点で刑法における「新過失論」と同様であるが、後者が違法論の内部において過失を扱うのに対し、前者が違法性を過失に吸収する点でその方向性を異にしている。

(31) この点で、完全賠償の原則を前提とする相当因果関係説を決定基準とすることはできない、という。

つに応じて決定基準が別個に定立されることになる（平井122頁以下⁽³²⁾）。

まず、④不法行為の原型ともいべき故意不法行為については、これと事実的因果関係に立つ損害は原則としてすべて賠償されるべきであるが、まったく無制限にすることは必ずしも適切ではないから、異常な事態の介入の結果生じた損害についてはこの限りでない⁽³³⁾、とする。これに対し、⑤過失不法行為の賠償範囲の決定基準は、過失の存否を判断する基準である行為義務の及ぶ範囲によって定められると解し、これを「義務射程」と呼ぶ。「行為義務」は、損害回避義務とその前提をなす予見可能性に裏づけられた予見義務とから構成されており、ここでは、保護範囲の画定基準と「過失」=損害回避義務判断を規定する因子とが相おおう関係にある、と解されている（平井・理論460頁）。結局、平井理論にあつては、過失が損害回避義務違反に収斂し、それが同時に義務射程の判断を介して保護範囲を画する機能を営むことになるのである。

損害回避義務の存否および程度は、過失概念を規定する3つの因子、すなわち、①行為から生じる結果（損害）発生の蓋然性（危険）、②行為によって侵害されるであろう利益（被侵害利益）の重大さ、③この①および②の因子と行為義務を課すことによって犠牲にされる利益との比較衡量、の3要素によって決定される（平井30頁・123頁）。このうち、損害回避義務の程度を決定する①および②の要素により、過失（損害回避義務の違反）があると判断された場合に、加害者の違反した損害回避義務が賠償請求権者および当該損害をその義務射程内に含むべきか否かを問い、肯定されるならば保護範囲に含まれる、とするのである。損害回避義務の程度を判断する2つの因子（上記の①および②）は、義務射程を判断する基準であつて、被侵害利益の重大さの程度が大であればあるほど、また、行為から生

(32) ただし、平井・理論457頁では、「意思」的不法行為と「過失」不法行為の区別として論じている（前掲注（29）参照）。

(33) 「異常な事態……」という表現は、相当因果関係説に似ている、とするものとして澤井222頁。

ずる危険の程度が大であればあるほど、義務射程の及ぶ範囲が損害および人の範囲の双方について大となる⁽³⁴⁾。

結局、平井理論において、過失不法行為の保護範囲を判断するプロセスは、①行為と損害および両者間の事実的因果関係の認定→②過失の有無の法律的判断→③賠償の対象となるべき「損害」の構成→④「損害」が義務射程に含まれるかの規範的判断→⑤義務射程に含まれる損害についての金銭的評価、と要約されるのである。

(2) 平井の「保護範囲」論(義務射程説)は、行為規範によって保護された範囲内に具体的侵害結果が帰属する場合にのみ損害賠償義務の成立が正当化される、とする規範の保護目的論の一つであるが⁽³⁵⁾、賠償範囲の基準に関する「保護範囲」に関しては、必ずしも多くの支持を得るに至ってはいない。その理由としては、①制限賠償主義に立つからといって、(主観的な)責任原因と(客観的な)賠償範囲とが必然的に結びつくものではなく⁽³⁶⁾、制限する基準を義務射程説以外にも求めうること、②平井理論にあっては、過失判断が賠償範囲の判断に直結することにより、過失要件に加重な負担が課せられていること、また、③行為時の事前の視点に立った判断であるべき過失判断に、本来事後的な視点に立った判断であるべき賠償範囲に関する判断が結び付けられていること、などが指摘されている⁽³⁷⁾。

上記の批判のうち、①の指摘は、制限賠償主義の下でも、責任原因のいかんにかかわらず、一定範囲の損害について賠償を認めるという考え方もありうるとした上で、現にわが国では、一般に故意・過失・無過失によって賠償すべき損害の範囲が変わるとは考えられていない、というものである。論者は、「平井教授は、……現代の損害賠償法の課題を解決するとい

(34) なお、予見可能性は、損害回避義務の前提をなすものとしての地位のみを与えられ、判例において416条2項の予見可能性として問題となったものは、このように位置づけ直されるべきである、としている。

(35) 潮見・前掲注(7)177頁参照。

(36) 例えば、磯村・前掲注(23)NBL511号53頁注(9)。

(37) 前田陽一『債権各論II—不法行為法』(2007年、弘文堂)75頁。

う観点から、一つの政策的判断として、責任原因と賠償範囲の結合を提案しておられるのではないであろうか」とするが、責任原因と賠償範囲を直結させる見解の背景には、単なる政策論を超えて、平井の立脚する不法行為法の構造論ないし要件論が潜んでいると考えられる（前出（1））。すなわち、民法709条の要件は、「故意」以外には「過失」のみで足り、両者（故意と過失）はそれぞれ独立の不法行為類型と考えるべきである、と説明する平井理論においては（平井24-5頁）、その当否は別として、「故意か過失か」という責任原因の相違が賠償範囲の画定にとって決定的意味をもつ、と言わざるを得ないであろう。

⑥の批判も、③の問題と深くかかわっている。違法性要件を否定しこれを過失要件に統合する過失一元論における「過失」概念の下では、「過失」が「損害の発生を回避すべき行為義務に違反する行為」と再定式化され、「過失」の判断の中に、ドイツ民法的意味における違法性と固有の意味での過失とが共に含まれることになる。ドイツ法的体系である客観的な違法性と主観的な故意・過失の二元説を排し、フランス法的に過失に一元化する立場を採用する以上、過失要件が負担加重に陥ることは避けられないのである。⑥の批判に関連して、平井理論では、保護範囲が過失の問題に代替されており、保護範囲を独自に取り上げる意味がなくなっている、との指摘もある。これは、義務射程によって賠償すべき損害の範囲を画定しようとする考え方は、ある損害について加害者に注意義務があるかどうかを問うものであるから、「過失」=損害回避義務違反の判断をすることが同時に賠償範囲（保護範囲）の判断をすることになり、過失判断と別個に保護範囲論を展開する意味がなくなってしまう、というものである。これに対し、平井は、故意不法行為についてはそれだけで保護範囲を独自に問題とする意味があり、過失不法行為についても保護範囲を問題にする理論的意

(38) 森島昭夫『不法行為法講義』（1987年、有斐閣）327頁注（25）

(39) 吉村・前掲注（30）81頁参照。

(40) 森島・前掲注（38）316頁、324頁。

味がある、と応えているが、故意の要件よりも過失の要件の方が決定的に重要である（平井25頁）、として過失一元論に立脚する平井にあって、保護範囲論の中に、包括的かつ客観的な過失概念⁽⁴¹⁾を前提としつつ、さらにこれに付加すべき要素を見出すことは困難であろう。

義務射程説に対しては、客観的帰属論に立脚する刑法学者の立場からの批判もある（山中・理論277頁）。すなわち、この見解が「危険創出論や危険実現論と切り離して、行為義務の射程に関する下位基準を求めることなく第1次的に侵害された行為規範から一切を説明しよう」というのであれば、……、あまりにも不明確で基準たりえない」とする。論者は、その原因を「ドイツ民法やオーストリア民法で展開されてきた危険論をその中に含んだ保護範囲論を、それとは切り離して用いようとした点」に求めるが、その要因も、結局は、事前的な過失の存否・程度のみを問題とし、行為により創出された危険が結果（損害）へと実現してゆく事後的なプロセスを自己の理論の中に内包していない平井の不法行為構造・要件論（過失一元論）に帰するといえよう。平井の「保護範囲」論（義務射程説）は、規範的価値判断である過失犯論（違法論）そのものであって、平井が自認するように、およそ「因果関係」論の名に値しない。平井が、相当因果関係を事実的因果関係と保護範囲（および損害の金銭的評価）とに分解したとき、法的意味での「因果関係」論は、（違法論と共に）彼の不法行為論からその姿を消したのであった。

3. 危険性関連説

(1) 相当因果関係論に批判的な立場においては、416条＝「相当因果関係」説からは解放されたとしても、それに替わる基準を何に求めるかにつ

(41) 平井・理論417頁によれば、正当防衛や正当業務行為等も、「過失」の構成要素の一つである行為者の具体的状況における行為として捉えられる。ただし、平井91頁以下では、責任無能力等と共に「不法行為の成立を阻却する事由」として構成されている。

いて、今なお混沌とした状況を呈している（四宮・論集285頁）。その中で、平井らによって展開された義務射程説を批判し、これに対抗する形で展開されたのが危険性関連説である。危険性関連説は、保護範囲説（義務射程説）と同様、「規範の保護目的」論の一つであるが、規範の保護目的を、①第1次侵害（第1次損害）と②後続損害とに分かって考える点にその特色がある。①加害行為の直接の結果として発生した損害（第1次損害）には、義務射程という考え方が当てはまるが、②それから派生した損害（後続損害）については、賠償範囲確定の基準として義務射程ということが機能せず、第1次侵害と後続損害の間の評価的關係である「危険性関連」（危険範囲）という別の基準で賠償範囲を確定しなければならない、とするのである。⁽⁴²⁾ 石田穰によれば、因果関係は、①第1次損害に関わる責任設定（根拠）因果関係、および②後続損害に関する責任充足因果関係に共通のものとして条件関係で足りるが、⁽⁴³⁾ 損害の範囲の限界づけは、①については有責性関連が妥当するものの、⁽⁴⁴⁾ ②については危険性関連が妥当する、という。

①第1次損害が損害賠償の対象になるか否かは、「故意・過失と関連付けられる損害は何か」という「有責性関連」の問題であって、不法行為の成立要件の問題であるのに対し、②どのような後続損害が損害賠償の対象となるかは、これとは別次元の問題であって、後続損害自体に対する故意・過失を問題とすることなく、「第1次損害の有する危険性との関連でどのような後続損害が損害賠償の範囲に入るのか」、換言すれば「どのような後続損害との関係で第1次損害が危険性を有すると言えるのか」といった視点から考えられるべきである、とする。具体的には、④不法行為が

(42) 石田穰『損害賠償法の再構成』（1977年、東京大学出版会〔以下『石田・再構成』として引用〕）48頁以下、50頁。なお、同136頁は、民法415条が第1次損害に関する規定であり、同416条は後続損害に関する規定である、としている。

(43) 石田・再構成46頁注（28）参照。

(44) 石田・再構成40頁、55頁以下注（4）参照。

後続損害の危険性を高めた場合、それは第1次侵害によって生じた「特別の危険」の実現であって、危険性関連が肯定され、①それが日常生活の中で一般的に生ずる危険に過ぎない場合は（一般的生活危険）、危険性関連が否定される、というのである。

(2) 上記の後続損害（広義）をさらに結果損害と後続侵害＝後続損害（狭義）に分かつ四宮和夫は、3つの損害概念（①〔第1次〕侵害損害・②結果損害・③後続侵害）に応じて賠償責任を負わせるべきか否かの基準を分化して考える。⁽⁴⁵⁾すなわち、まず、①「権利」侵害⁽⁴⁶⁾（第1次侵害〔例えば身体傷害〕）と不可分に結合している「（第1次）侵害損害」（例えば負傷）については、「権利」侵害が行為者の違反した規範の保護目的の範囲内にあることによって行為者に責任が負わされるならば（四宮431頁）、侵害損害につき当然に責任を負うことになる。次に、②権利侵害が被害者の総体財産に波及して生じさせる「結果損害」（例えば、損害の回復のために必要な弁護士費用の支出）については、不法行為からの保護の必要の度合いが低いことから、下記の危険性関連の基準より狭い「確実性」または「必要性」の要件があれば賠償の範囲に入る。そして、③第1次侵害が原因となって同一被害者または第三者に生じた「さらなる権利侵害」としての「後続侵害」（例えば、交通事故の負傷者が治療中に医師の過誤により第2の被害を受けた場合）については、第1次侵害の設定した危険、またはその実現の結果によって創出された危険の範囲内であれば（危険性関連）、賠償の対象となる⁽⁴⁷⁾（四宮435頁・451頁）。

四宮説の特色は、平井説とは異なり、「権利」侵害と損害とを峻別する点にある（区別説）。そのことは、上記①の侵害損害が権利侵害と不可分

(45) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為 中巻』（1983年、青林書院新社〔以下『四宮』として引用〕）429頁・447頁以下、同・論集281頁以下。

(46) 法的保護に値する利益を含む広い意味で理解されている（四宮396頁）。「権利」としてカギ括弧が付されているのは、その趣旨で理解されよう。

(47) ただし、後出（3）参照。

的に結合しているにもかかわらず、両者を概念的に区別する点にも現れている。そして、区別説の根拠は、①民法709条の表現に照らして、「権利」侵害までを不法行為の要件とみているように読めること、②損害の発生は、不法行為の成立要件と効果を媒介する中間項の役目を果たしていること、③709条が「権利」侵害と損害の発生とを区別しつつ、故意・過失を「権利」侵害にのみ結び付けていること、に求められている。したがって、このような民法の立場に忠実であろうとすると、種々の損害の帰責基準を考える際にも、「権利」侵害と損害の発生とを区別する必要がある、「権利」侵害（および故意・過失）は不法行為の成立要件、損害の発生は損害賠償請求権の発生要件として別々に取り扱うのが便宜かつ適切である、ということになるのである（四宮286頁）。

四宮が「権利」侵害と損害とを区別する見解を採用した背景には、不法行為の要件について、ドイツ民法的発想を前提として、違法性と有責性とを峻別し、したがって違法性を過失から独立させて扱う立場を採ったことが関係している（平井119頁参照）。四宮によれば、損害賠償責任を加害者に帰せしめるには、加害者側に非難可能性が存しなければならないが、その存否の判断は、①行為が一般人に向けられた法秩序の命令・禁止に反するものとして、一般的非難に値するか否かの判断（違法性）と、②行為者個人に対して非難を加えることができるか否かの判断（有責性）とに分けられる（四宮・276頁）。一方、過失概念は、①結果予見可能性→②行為の違法性認識可能性→③結果回避に向けての意思形成可能性→④結果回避可能性、の4要素から構成されるが、このうち、①国民一般に向けられた命令禁止＝行為義務の中核を形成する①と④が行為の面における一般的非難可能性として違法性に、②行為を行為者に帰せしめうるか否かに関係する②と③が行為者における人格的な非難可能性として有責性にそれぞれ関係する、と説く（四宮283-4頁）。たしかに、違法論について行為不法論を採る四宮において、過失が違法性に接近することは避けられないが（四宮277頁以下）、過失概念に有責性の側面を認める点において、両者がまった

く同化してしまうわけではないのである。⁽⁴⁸⁾

709条は、有責性の側面を内含する過失（および故意）を「権利」侵害にのみ結び付けていると解する四宮にとって、直接の過失（および故意）なしに一定の要件の下に行為者への帰責が認められる損害概念（特に後続損害）が「権利」侵害概念から区別されたのは当然の成行きである。もっとも、同じ損害であっても、「権利」侵害（身体傷害）と不可分に結合している侵害損害（負傷）については、後続損害とは異なり、「権利」侵害との概念的区別は可能であるとしても、それと表裏の関係にある以上、過失要件との実質的な結びつきは否定し得ないであろう。危険性関連説が、第1次侵害（損害）については義務射程説（規範の保護範囲説）に従い、後続侵害（損害）についてのみ「特別の危険の実現」か「一般生活上の危険か」を問題とするのもその間の事情を物語っている。

「権利」侵害と（後続）損害との区別は、必然的に、因果関係概念に、①行為と「権利」侵害との間の責任設定的因果関係（成立要件としての因果関係）と、②「権利」侵害と後続損害との間の責任充足的因果関係（責任範囲〔損害賠償の範囲〕としての因果関係）との区別をもたらすことになる（四宮403頁以下）。因果関係としては同じ性格を有するものの、①故意・過失によって帰責される損害（侵害損害）と、②何らかの意味で「完全賠償の原則ないし精神」に依拠して帰責される損害（後続損害）とに対応して、因果関係にも2つのものが認められてくるのである（四宮・論集292頁以下）。ところで、四宮は、過失と違法性を区別する見地から義務射程説に批判的立場を採りつつ、他方で、相当因果関係説の復権にも懐疑的であり、民法416条の不法行為法への適用を拒否するのである。⁽⁴⁹⁾それは、

(48) 故意と過失の双方に共通に係する帰責判断基準として違法性概念を設けておく必要が存する、とも説く（四宮288頁）。

(49) これに対し、石田・再構成55頁は、同じ危険性関連説に立ちつつ、416条の内容が危険性関連の考え方により説明が可能である、としてその不法行為法への導入を肯定する。

彼の違法論がいわゆる結果不法論を排斥する行為不法論であることに起因していると考えられるので、以下、その点についてみてゆくことにしよう。

(3) 行為不法（違法）論によれば、他人の「権利」を侵害する行為が違法とされるのは、「権利」を侵害したからではなく、「権利」侵害行為が同時に侵害回避のための行為義務に違反しているからである。不法行為の基礎となる違法性は、人の行為が法秩序の課する行為義務に違反したか否かによって判断されるのであって（四宮278-9頁）、「権利」侵害それ自体ではなく、「権利」侵害への危険性・行為自体の反社会秩序性（行為不法要素）および侵害の危険性に脅かされる法益の重要性（結果不法要素）が違法性判断で役割を営む要因となる（四宮401頁）。ここでは、結果不法の概念が狭く捉えられ、「権利」侵害のみが結果不法要素であって、「権利」侵害への危険性は行為不法要素と捉えられている。たしかに、行為義務に違反する行為の危険性は行為不法要素であるが、「権利」侵害への危険性自体は結果不法要素と解さなければならない。「権利」侵害の危険性が不法要素とされるのも、「権利」侵害自体が違法性を帯びるからであって、危険性概念は「侵害」を前提として初めて意味を持つと考えられるのである。いずれにせよ、四宮のかかる行為不法論は、不法行為法における因果関係の理解に端的に反映されてくることになる。

四宮は、因果関係一般について、平井理論に従って相当因果関係論を否定した後、まず、①故意・過失と（第1次）権利侵害の関係について、いわゆる規範の保護目的論を展開する（四宮431頁以下）。すなわち、加害者が、その故意・過失によって生じた「権利」侵害について責任があるというためには、「権利」侵害が行為者の違反した義務規範の保護目的の範囲内にあるものでなければならない。したがって、ここでは、侵害された「権利」侵害ないし被害を受けた人や侵害の仕方が、違法判断の一部として、行為者の違反した行為義務が保護または防止しようとしたものであるか否かが問われることになるのである。また、②「権利」侵害と後続損

害との因果関係についても、相当因果関係概念が事実的因果関係と責任制限基準（帰責基準）とに分化されなければならない、とした上で、後続侵害の帰責基準に関し、基本的に危険（性）関連説（危険範囲説）に従いつつも、危険範囲ないし危険性関連という判断基準だけでは後続侵害の帰責にとって十分でない、とする（四宮447頁以下）。

まず、④危険性関連自体の理解として、四宮は、「危険範囲説は、権利侵害への危険性という、本来的帰責事由の特質を核として作られた基準であって、違法性判断に類する価値判断になじむもの」として、危険性関連自体がすでに違法性を基礎づける要素であることを認めている（四宮・論集304頁以下）。これを後続侵害との関係でみれば、新たな「権利侵害」に対する第1次侵害行為の危険性の深さ・広さを判断することを意味し、危険性関連は、具体的状況に即した、また侵害の態様・法益の性質に応じた違法性判断的価値判断に服さなければならない、として、正当にも、危険性関連を結果不法的に理解しているのである。この点に関する限り、行為の危険性（行為の相当性）と危険の実現（因果経過の相当性）をその内容とする相当因果関係論との間に実質的な相違はないとみるべきであろう。しかし、四宮は、後続侵害の帰責基準として、このように、危険性関連自体が違法評価（結果不法）と不可分の関係にあることを認めつつ、そのほかに一種（別種）の違法性判断を要求する。

すなわち、⑤後続侵害がさらなる「権利」侵害としての側面を有する以上、第1次侵害—その結果に対する危険性関連の存否の判断に際して、第1次「権利」侵害の帰責について要求される違法性判断に類した価値判断が必要である、とするのである。というのは、後続侵害がさらなる「権利」侵害である以上、その「権利」侵害の帰責のために、違法性判断に類する価値判断を行わないと、第1次「権利」侵害の帰責との均衡を欠くからである（四宮453頁）。問題となるのは、さらなる「権利」侵害への危険性の設定が受けるとされる「一種の違法性判断」「違法性判断に類する価値判断⁽⁵⁰⁾」の内容であるが、それが基本的に上記④と同様に行為義務の射程

を問うものであるとすれば、それは、まさに行為不法論の見地から、不法が結果不法に尽きるものではなく、それとは別に義務違反性を内容とする行為不法の要素を不可欠とみることの現れといえよう。危険性関連（危険範囲）説が、一方で、相当因果関係説のより好ましい方式化であり、他方で、規範（保護）目的説の母胎から生まれ出たものである、とするのは（四宮・論集303頁）、そのハイブリッド的な二面的性格をよく物語っている。

IV 相当因果関係論の再評価

1. 相当因果関係論の復権

平井理論の公表直後に学界で沸騰した議論が沈静化するとともに、その後の学説の展開においてこの理論に一定の距離をおいた冷めた見方も現れ、今日では、伝統的な相当因果関係論の立場から、平井理論に疑問を提起し、あるいはこれに批判的な見解も現れるに至っている。これらの立場では、平井の提起した三分法、特に保護範囲論に対し相当因果関係論にとって替わるものというほどの位置づけが与えられていないのである。

批判的見解の1つとして、たしかに不法行為論において「相当因果関係」という言葉が概念上の混乱をもたらしてきたことから、これに替わる用語法に一定の理解を示しつつも、保護範囲論と相当因果関係論との間に本質的差異を認めず、「相当因果関係」（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、とする見方がある⁽⁵¹⁾。これは、平井の呈示した新しい判断枠組によっても従来と何ら変わるものではなく、相当因果関係論におい

(50) 四宮・論集318-9頁注(55)によれば、ここでいう価値判断は、違法性阻却、行為義務の可能性契機を実質的に規定する利益衡量、相関関係論に含まれる価値判断を包含する、としてかなり雑多な要素が考慮されている。

(51) 森島・前掲注(38)307-8頁。

ても同じように妥当な結論を得ることができるのであって、結局、両者の相違は説明の仕方の違いだけではないか、という主張を含んでいる。例えば、相当因果関係概念は、「相当・因果関係」と表現しうるように、事実的因果関係の部分と帰責相当性判断とから構成されており、後者の帰責相当性判断は、賠償範囲の限定機能、因果関係否定機能、因果関係拡大機能を持つものであって、客観的帰責論（平井理論）が問題とする点の多くは、この3種の機能の中で解決されてしまう、という見解がある。⁽⁵²⁾

また、平井理論の登場以降、学説のほぼ共通する了解事項であった「事実的因果関係」と「賠償範囲」の問題の区別に関しても、因果関係と賠償範囲の問題は必ずしも区別できない場合がある、として両者の区別を相対化する動きもみられる。原因行為の起動力が弱く、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、峻別論は適切でなく、例えば、殺人を企図して、森に追いやったところ想定したとおり落雷で死亡した場合は、追いやったことが死亡原因であることは否定できず、また、「(保護) 範囲」外という概念も当てはまらないから、むしろ因果関係の「濃淡」を問題として、「偶然」は法的に意味のある因果関係でないので「相当因果関係がない」と言う方が素直であろう、とする（澤井195頁以下）。事実的因果関係が採用する *conditio* テストが、自然法則的因果関係から遠ざかると同時に、「法的に意味があるか」の視点も欠落させていることから、このテストの後に「相当性」の法的検証を必要とする、とし（澤井197頁）、⁽⁵³⁾上記の例のように、事実的因果関係は否定できないものの、そうであるからといって賠償範囲外であると言うまでもない、いわば中間領域（因果関係のグレイ・ゾーン）においては、自然法則的反復性・必然性を因果関係判断において考慮に入れる相当因果関係論の有用性が肯定されてくるのである。

平井理論およびこれを支持する見解は、因果関係は過去の事実の復元と

(52) 加藤（雅）・前掲注（7）235頁以下、244頁。

(53) 水野・前掲注（8）327頁以下、343頁以下参照。

いう事実認定レベルの問題であって、原因行為に対する規範的価値判断を含むものではない、という前提に立ち、規範的評価を意味する「相当性」判断を因果関係の問題として捉えることに対して懐疑的である。たしかに、因果関係は規範的価値判断ではなく、事実に色彩の濃いものではあるが、そうであるからと言って、単に物理的、論理的な純粋に事実認定レベルの判断でもなく、不法行為責任を基礎づけるにふさわしい社会的、法的評価を帯びる判断なのである。平井の「事実に因果関係」は、法的な「因果関係」それ自体ではなく、法的因果関係の前提としての「条件関係」を示しているに過ぎない。また、相当因果関係の認定は、もとより「相当性」の有無・程度という評価的性質を帯びた判断であるが、それは決して規範的価値判断そのものではないのであって、これとは区別されなければならない。その点で、従来の相当因果関係論が損害賠償範囲との関わりでこのような規範的価値判断を含んでいたとすれば、それは排除されなければならないが、相当因果関係の理論が本来的にそのような性格を有しているわけではないのである。

以下に、相当因果関係論に好意的な立場についてみてゆくが、これにも①相当因果関係概念の有用性はこれを評価するものの、民法416条の類推適用には消極的な見解と、②相当因果関係＝民法416条自体を再評価するものがある。

2. 民法416条の類推適用に否定的な立場

(1) 相当因果関係概念の有用性を評価しつつ、民法416条の類推適用に反対するものとして、澤井 裕の「相当性説」がある。澤井は、まず、不法行為法の解釈について、「被害」の認識から出発すべきである、という観点から、平井過失論に顕著に現れている加害「行為」中心の体系に反対し、また、完全賠償主義を前提とする賠償範囲の限定等を根拠に、違法性と過失（・故意）との関係について、二元説を採るドイツ法的発想がベターである、と主張する（澤井86・134-5頁）。次いで、違法性（広義）概念

について、それが、①民法709条の構成要件における「権利・法益侵害」の側面と、②有責性から区別される意味での「違法性」(狭義)の2つの側面があることを指摘し、後者の「違法性」は、結果発生時を基準として生じた結果から判断される客観的法秩序違反である、としてこれを結果不法論の立場から理解する(澤井102-3頁)⁽⁵⁴⁾。さらに、(権利)侵害と損害の関係について、前者の「侵害」は、権利への打撃という事実を示し、因果関係の連結点として故意・過失の対象となるのに対し、後者の「損害」は、不法行為の効果として侵害に起因する金銭評価の不利益状態を指す、として両者を明確に区別するのである(澤井108・112-3頁)。

このように不法行為の構造に関する論理的説明として侵害と損害を区別する見地から、責任成立の因果関係(責任設定的因果関係)と損害範囲の因果関係(責任充足的因果関係)が峻別される。前者の成立的因果関係は、どの範囲の侵害行為を行為者に帰責せしめうるかの問題(主観的帰責)であり、後者の範囲的因果関係は、侵害の結果生じた損害のうちどこまでを行為者に賠償させるのが公平かの問題(客観的帰責)であって、両因果関係を区別する実益は、範囲的因果関係については成立にかかわる故意・過失が及ばなくてもよいところにある、とするのである(澤井・講座296頁以下)。澤井が違法と責任(過失)を峻別する意義は、2つの因果関係の相違に端的に現れている。まず、①成立的因果関係の帰責範囲は、「違法かつ有責」の限度で帰責され、次に、②範囲的因果関係の帰責範囲については、そのうち第1次権利侵害を損害の面から把握した第1次損害の評価に関しては、第1次権利侵害成立の要件がこの損害の要件にもなり、第1次侵害が原因となって生じた第2次侵害(後続侵害)と(後続)損害に関しては、第1次侵害と第2次侵害との間に危険性関連が要求されるが、第2次侵害は利益衡量的違法評価を受けるものでなければならない、としている。

(54) これに対し、行為不法の側面は、侵害行為時を基準とする侵害の回避可能性の有無によって判断される、としてこれを有責性の問題と捉えている。

(2) 澤井は、平井による相当因果関係論批判に一定の理解を示しつつ、結局は、相当因果関係説に立ち戻る（澤井203-5頁）。まず、①反復性・蓋然性を要求する相当因果関係説は、行為後に偶然の事情が介入したときに、「偶然」には、法規範が抑止しようとする危険性が含まれない（危険性関連がない）ことから、これを排除することが容易である。しかし、②加害行為の後に、被害者自身または第三者の自由な意思が損害を発生させた場合は（例えば、受傷に後続する医療過誤）、確率は低くても偶然とはいえ法的に有意である。このような場合、反復性・蓋然性をもって認定することは許されず、事実的因果関係の存否と賠償の範囲は一体として法的価値判断に従って認定される、という。介入事情により結果として生じた損害（例えば、医療過誤による死）が、侵害行為につき規範が抑止しようとした特別の危険性の実現であるならば（行為と結果の間に危険性関連があるならば）、侵害者は結果につき責任を問われ、反対に、単なる日常的（生活）危険の実現である場合には、第1次侵害者に責任はないことになる（危険性関連説）。

澤井の相当因果関係論は、上記の説明から明らかなように、因果関係の存否に反復性・蓋然性（その意味での相当性）を超えた法的価値判断を要求し、かつ、危険性関連の思考を自説の内に取り込んでいるが、他方で、保護範囲論的な説明もなされている。すなわち、相当因果関係において、危険性関連説の根底にある日常危険と特別危険の区別を重要視し、これを規範の保護範囲（目的）論によって説明しようとするのである。もっとも、相当因果関係の存否と規範の保護目的との関係は、澤井において必ずしも明らかではない。例えば、交通事故で車道をふさいだAは、その後ろから来て車道を進めなくなったBが道路を迂回して第三者Cの土地を損壊した場合、相当因果関係はあるが、交通規範の保護目的内になくから、CはAに賠償請求することはできない、という（澤井・講座264頁）。しかし、澤井にとっては、特別の危険であるか一般的生活危険であるかが決定的意味を持っているのであって、この場合、Aの行為に基づくBの

行動が被害者である第三者 C にとって特別の危険であれば、相当因果関係が認められて同時に交通規範の保護目的に取り込まれることになり、反対に、日常的危険であって相当因果関係が否定されるのであれば、直ちに規範の保護目的から外れるということになると考えられる。澤井において、規範の保護目的の基準は、単に実現された危険の性格を事後的に説明するための概念道具にすぎないように思われる。

後続侵害（第 2 次侵害）との因果関係については、その判断基準が第 1 次侵害の判断基準と同一でよいのか、が問題とされる（澤井 217 頁以下）。澤井は、この 2 つの侵害を区別することなく、共に保護範囲の問題として義務射程という同一の基準で判断する平井理論を批判し、後続侵害については直接の故意・過失を欠いても賠償すべき場合があってよい、という考え方を基礎として、第 1 次侵害との危険性関連をもって判断基準とする危険性関連説を基本的に支持する。そして、第 1 次侵害者が後続侵害につきどの程度の責任を負うべきかは、①起因力・反復性の程度、②特別危険か生活危険か（因果関係の質）、③第 1 次侵害の違法性・有責性の有無・程度が考慮されて定まる、とする。この基準を刑法における相当因果関係概念に引き直して考えれば、①は、行為の結果に対する危険性の判断により確認される行為の相当性（広義の相当性）、②は、行為の危険性が具体的な因果経過を通じて結果へ実現したといえるか、という因果経過の相当性（狭義の相当性）の問題ということになろう（なお、③は、損害賠償の範囲を確定するための民事法固有の基準であって因果関係論の枠を超えている）。ここでは、故意・過失（予見可能性）との直接連関を否定する点で、より結果不法の考え方が色濃く示されており、結果不法論を基礎とする危険性関連説と相当因果関係論との間に親和性を認めることができよう。⁽⁵⁵⁾

(3) もっとも、澤井は、不法行為賠償規範と契約賠償規範との質的相違

(55) 澤井も、刑法における相当因果関係論において「妥当な結論が導かれているのは、異常であるかないかの判断に際して、危険性関連説のいう「評価」が加えられているからだ」としている（澤井・講座 261 頁注（1））。

を根拠に、民法416条の不法行為法への類推適用を峻拒する（澤井208-9頁）。すなわち、不法行為賠償規範について、これを完全賠償主義に立ちつつ、その不公正を是正しようとするものと解した上で、損害項目につき、①ありえないような異常な出来事を排除し、②相当性による検証——その重要な準則として危険性関連（「法の保護目的」と「日常危険か特別危険か」による判断）——また、③賠償額につき、相当性による検証を加える（必要がある）、と説く。しかし、このような事情は、必ずしも類推否定説の絶対的な根拠とはなりえないように思われる。不法行為法と契約法との間に質的相違があることはもとより当然であるが、そのことと416条の不法行為賠償責任への準用の可否とは別の問題であろう。

まず、上の①については、「異常な出来事」のうち、「損害」に関しては通常性（相当性）判断により相当因果関係が否定され（1項）、「特別の事情」については、予見可能性判断により通常性（相当性）判断の基礎から外されることになる（2項）。ここでは、予見可能性が主観的なものか（契約賠償規範の場合）、客観的な経験則上のものか（不法行為賠償規範の場合）、という相違はあるものの（後出3参照）、基本的に両者に共通の基準が含まれている。また、②のうち、「日常危険か特別危険か」という判断は、まさに客観的な結果不法そのものの判断であって、ここでも不法行為法と契約法との間に差異を認める必然性はないように思われる。なお、「法の保護目的」が澤井説において果たしている役割には、上述のような疑問があり、また、③は、(相当)因果関係の領域を超えた問題⁽⁵⁶⁾であって、いずれも416条類推適用の可否とは直接の関連性をもたないと考えられる。

3. 民法416条の類推適用に肯定的な立場

(1) 不法行為法において相当因果関係論を展開する立場であっても、民法416条を類推適用することには批判的な見解が多い（前出2）。たしか

(56) 澤井自身も、「賠償範囲まで対象とする意味では相当因果関係説というのは妥当ではなく、相当性説というべきか」としている（澤井209頁）。

に、債務不履行（契約法）と不法行為法という異なる法制度内で安易に法理・法原則の相互流通性を認めることには問題もあろう。しかし、損害賠償の範囲をいかに画定するか、という問題が債務不履行と不法行為に共通の関心領域であることも否定できない。問題は、416条が高次の原理である（相当）因果関係を規定するものとして、不法行為法にも適用しうる一般性・普遍性を有しているか、ということである⁽⁵⁷⁾。この点で、ドイツ法との差異を意識しつつ、416条も、一種の相当因果関係を定めたものであって、一般的蓋然性（通常損害の場合）と予見可能性（特別損害の場合）という2つの基準に立脚して損害賠償の範囲を画しているものとし、不法行為にも基本的に同じ原理が妥当する、とみる考え方が今日もなお存在する⁽⁵⁸⁾。

この見解は、民法416条の規定の特質が「通常」「特別」という概念による因果関係の評価にある、とした上で、因果の展開が「通常」であるかどうかの判断は、その事柄が生起する一般的蓋然性があるかどうかによるのであって、「特別の事情」、すなわち偶然的な事情、異常な事情によって生じた損害は除外される、という。そして、被害者の行為または第三者の行為が加わって生じた損害については、その行為がその状況において無理からぬものとみられる場合に限り「通常損害」と認められるが、その場合においても、違法行為が被害状況に対して、また、その被害状況が被害者または第三者の行為に対して与えた影響力・起因力の大きさが検討され評価されねばならない、とする。もっとも、損害賠償の範囲を画するためには、一般的蓋然性（および債務者の予見可能性）の基準とは別に、法規範の存立目的（契約目的）と発生した損害との対応関係という観点から損害を捉える必要がある、ともいう（船越441-2頁）。

(57) 416条が「損害賠償の範囲としての相当因果関係に関する規定である」ことを明言しつつ、その不法行為への適用の可能性を探るものとして、田山輝明『不法行為法』（補訂版・1999年、青林書院）94頁以下。

(58) 船越隆司『民事責任の構造と証明』（1992年、尚学社〔以下『船越』として引用〕）436頁以下。

(2) 以上の、一般的蓋然性（通常損害の場合）と予見可能性（特別損害の場合）という2つの基準（相当因果関係）と規範目的の双方により損害賠償の範囲を画する、という契約責任における考え方は、不法行為責任における損害賠償の範囲についても妥当する、として416条の不法行為責任への準用を認める（船越455頁以下）。ただし、契約責任とは異なり、加害者と被害者が特別の関係に立たないことが多い不法行為の場合、「通常損害」と「特別損害」の調整を図ることが必要となる、として次のように説く。⁽⁵⁹⁾すなわち、不法行為の場合には、さらに一步進めて「通常損害」の範囲は、2つの意味において拡大される、とするのである。

まず、(a)被害者の体質の素因はその人に内在的にまたは固有のものとして備わっているものであって、決して加害行為時に被害者にたまたま存在した付帯状況ではないから、これにより拡大した損害も「通常損害」であって、ここでは「社会全体としての存在可能性に対する一般的予見可能性があれば足りる」という。この「内在的な固有の事情か偶然の付帯状況か」という区別は重要であって、前者の体質の素因のように行為当時すでに存在した事情は、不法行為時に他にありえなかった事実として、一般的予見可能性の有無にかかわらず、そのすべてが損害（侵害）発生客観的可能性（危険性）を判断する際の基礎に置かれるべきであろう。このように解するならば、被害者の体質がきわめてまれで異常である場合にも、相当性判断の基礎資料に含まれて通常損害といえるか否かが判断されることになるのであって、行為時の事情は、特別の事情であっても、そのすべてが通常損害を基礎づけうることに注意しなければならない。⁽⁶⁰⁾もとより、通常損害が肯定されて相当因果関係が認められた場合であっても、行為者の

(59) 不法行為における「特別損害」に対する予見可能性の客観化を示唆するものとして、加藤一郎『不法行為』〔増補版〕（1974年、有斐閣）156頁。

(60) この基準は、刑法において客観的相当因果関係説として知られているところであるが、刑法の客観説においても、行為後の介入事情と同様に行為時に存在した事情についても「注意深い一般人」「科学的一般人」が認識しうるものに限定する立場がある（平野龍一『犯罪論の諸問題（上）』（1981年、有斐閣）40頁以下）。

故意・過失による限定が加わることは当然であるが、これは客観的帰責を問う相当因果関係の存否とは別個の問題である。主観的帰責においては、特別事情（判断基底）とは異なる損害結果自体の行為者の予見（故意の場合）ないし予見可能性（過失の場合）が問われることになる。⁽⁶¹⁾

また、(b)負傷した人がその後に体験する異常事態については、第1次被害後に様々な体験をする可能性を秘めている以上、直ちに416条2項の「特別事情」とみることはできない、という。「特別事情」は、行為後の異常事態のうち、「加害行為時において被害者自身に固有のものではなく、その外部に存在した特殊な状況をさす」というのである。例えば、事故により視力を失いまたは片足を失った者が後遺症のために火災の際に逃げ遅れて死亡した場合、第1次被害が後続損害を生ずる一般的蓋然性のある限り「通常損害」であって相当因果関係がある、とする。この事例の場合、通常損害とみる結論は妥当であるが、「火災の際に後遺症のために逃げ遅れる」という事情を「特別事情」でない、とみることはできないであろう。このような事情はむしろ、行為後に生じた特別事情であるが、行為者の不法行為に起因し、これによって誘発された事情であって、その事情を予見することが可能であることから、その事実が判断の基礎に置かれて通常性（相当性）判断がなされ、これが肯定されるのである。⁽⁶²⁾「違法行為が被害状況に対して、またその被害状況が被害者または第三者の行為に対して与えた影響力・起因力の大きさが検討され評価されねばならない」とするもの、この意味で理解されなければならない。

(3) 船越説が、416条を不法行為責任に適用するための工夫を重ね、ま

(61) 民法709条と416条の予見可能性の対象の区別を強調するものとして、田山・前掲注(57)93-4頁。

(62) 船越460頁の挙げる、自動車事故の負傷者が病院に運ばれる途中、第2の自動車事故で死亡した事例において一般的蓋然性が否定されたとした場合、それは単に特別事情であるからということではなく、特別事情であってしかも経験則上予測不可能な事態として相当性判断の基礎からはずされ、死亡結果が通常損害とみられないことによるのである。

た、相当因果関係と規範目的との両立を図った点は多とすべきであるが、⁽⁶³⁾ 416条の基本的理解には疑問の余地がある。まず、416条1項と2項の関係であるが、両者は「通常（損害）」と「特別（損害）」という対抗関係にあるものではなく、1項が相当因果関係に関する一般的、通則的規定であり、2項はそのうちの特殊の場合を規定したものと解さなければならぬ。416条は、「通常生ずべき損害」（相当性の認められる損害）の中に、「特別の事情」によらない場合（原則）とよる場合（例外）とがあり、後者については行為者（債務者）の予見可能性を要求している、というだけのことである。⁽⁶⁴⁾ それは、通常生ずべきなのが「損害」という結果（上記(b)の例では被害者の死）であるのに対し（1項）、特別の「事情」は損害を生じさせた原因（b)の例における火災）であること（2項）からも明らかである。1項は、損害が債務不履行によって通常生ずべきものである（一般的蓋然性がある）場合は、債務不履行（行為）と損害（結果）との間に相当因果関係が認められる、と規定したものと解することができる。これに対し、⁽⁶⁵⁾ 2項は、行為（債務不履行）当時特別の事情が存在し、また、行為後に特別の事情が介入した場合には、そのうち当事者が予見または予見可能であった事情についてのみこれを判断基底に置き、債務不履行と損害との間の相当因果関係を認めるとするもの、と解することができよう。⁽⁶⁶⁾

次に、416条の不法行為への類推適用の可否であるが、一般条項である1項については「債務の不履行」を「不法行為」に置き換えることによ

(63) 相当因果関係と規範の保護目的との関係について、一般的蓋然性の認められる場合（通常損害）においても、規範の保護目的の範囲外の損害は、賠償責任の範囲外である、とする（船越488頁以下）。

(64) 船越469頁・491頁も、「特別損害」も特別事情に対する予見可能性とそれを基礎にした一般的蓋然性の問題として検討される必要があることを認めている。

(65) これは、刑法学における実行行為と構成要件の結果との間の相当因果関係とも共通する命題である。

(66) これは、当事者（債務者＝行為者）の予見（可能性）を問題としている点で、いわゆる主観的相当因果関係説に相当する考え方であって、賠償範囲が狭く限定されている。

て、その準用を認めることができる。問題となるのは 2 項であるが、ここでは債務不履行と不法行為との法制度上の相違を考慮すべきである。「債務不履行の場合には、当事者は合理的な計算に基づいて締結された契約により初めから債権債務の関係において結合されているのであるから、債務者がその債務の履行を怠った場合に債権者に生じる損害について予見可能性を問題とすることには、それなりの意味がある……⁽⁶⁷⁾」と言え、「特別の事情」について行為者の主観的予見可能性を問うことによって賠償範囲を限定すること（主観的相当因果関係）に妥当性が認められる。これに反して、「多くの場合まったく無関係な者の中で突発する不法行為に」については、相当因果関係説を採る場合においてもこれをより広く捉える必要があり、少なくとも行為当時存在した事情については、それが予見可能なものであると否とを問わずすべて考慮に入れるべきであり、また、行為後の介入事情については、予見可能性を問題とせざるを得ないとしても、それは当事者の主観的な予見可能性ではなく、客観的な経験則上の予測可能性を問題とすべきであろう（客観的相当因果関係⁽⁶⁸⁾）。

V おわりに

わが国の不法行為法における相当因果関係論の「悲劇」は、次の 2 点に根ざしている。その 1 つは、完全賠償原則と責任制限との間の論理的整合性を保持しようとするあまり、過度の要素・内容をその中に盛り込んだ点にある。その意味で、平井が相当因果関係概念を分解し、事実的因果関係、賠償範囲および損害の金銭的評価に分かって論じたことにはそれなりの意義があった。しかし、事実的因果関係は法律上の因果関係の前提に過

(67) 最判昭和 48 年 6 月 7 日（民集 27 卷 6 号 681 頁）における大隅判事の意見。

(68) 判例理論が、賠償範囲の問題について、予見可能性を問わない「相当因果関係」概念を用いることは、それなりの合理性がある、とするものとして磯村・前掲注 (23) NBL511 号 52 頁。

ぎず、また、賠償範囲（および損害の金銭的評価）の問題は、因果関係論、したがって相当因果関係論を超える課題を内容とするものであった。事実に因果関係と賠償範囲の間隙を埋め、この両者を媒介するものとして、純化された本来の意味での相当因果関係概念は、なおその存在理由を有していたといえる。

また、民法における相当因果関係論の後退の背景には、債務不履行による損害賠償の範囲に関する416条を不法行為法に適用しうるか、という特殊事情が存在した。そのため、不法行為による損害賠償について規定した709条の解釈に相当因果関係論を採用することが可能か、という本来の主題が背後に退き、この問題が正面から問われることがなかった。不法行為法における相当因果関係論の課題は、賠償範囲の限定に関する帰責相当性の判断にどのような内容を盛るか、という政策判断にあるが、相当因果関係説が416条に論理必然的に結びつくものではなく、416条準用説は、709条の解釈論としての相当因果関係論の1つとして、416条の枠組みに即して帰責相当性を考えるという立場であるに過ぎない⁽⁶⁹⁾。不法行為法における相当因果関係論の帰趨は、一に不法行為構造論・要件論、ひいては違法性の本質に関する理解いかに係っているといても過言ではないのである。

民法416条を離れて考えた場合、①709条に相当因果関係論を適用することを拒否する見解は、次のような論理過程をたどる。まず、①不法行為構造・要件論において、過失と違法性との区別を峻拒し、過失一元論（新過失論）を採用する。したがって、②違法論の種別に関する従来の区分に従えば、違法判断に行為者の主観を考慮する行為不法論に至り、次いで、③行為不法論に立脚する保護範囲論（義務射程説）の見地から、侵害と損害の区別、したがって責任設定因果関係と責任充足因果関係との区別を否定して、両者を統一的に捉え、因果関係論としては、これをもっぱら事実に因果関係に限定して、保護範囲論（および損害の金銭的評価）を因果関係の

(69) 加藤（雅）・前掲注（7）240頁。もっとも、416条の規範内容を考えると、従来の通説・判例の考え方によって妥当な結論が得られる、とされている（同241頁）。

領域から排除する。そこに、相当因果関係概念が介在する余地はないのである (平井)。

もっとも、②相当因果関係論を否定する立場においても、④不法行為構造・要件論において過失と違法性との区別を肯定する場合においては (二元論)、③過失 (・故意) によって帰責される損害が問題となる責任設定因果関係と、完全賠償主義に依拠して帰責される損害 (危険性関連) が問題となる責任充足因果関係とは区別されることになる。ただし、責任充足因果関係においても一種の違法性判断が行われ、しかも、⑤違法論において行為不法論を採用する場合においては、責任設定因果関係はもとより責任充足因果関係もまた主観的な事前判断によらざるを得ず、そこに事後判断による結果不法を基礎とした相当因果関係論が存在する場はなくなる (四宮)。

以上に対し、③基本的に相当因果関係論の適用を肯定する立場は、④について過失と違法性との区別を肯定した上で (二元論)、⑤違法性の本質について結果不法論を採用し、③危険性関連説の立場から、侵害と損害の区別を前提として、主観的な責任連関 (故意・過失) が問われる責任設定因果関係と、もっぱら客観的な違法連関 (危険性関連) が問われる責任充足因果関係との区別を肯定して、少なくとも後者につき相当因果関係論的思考方法を採用することになるのである (澤井)。さらに、④民法416条が相当因果関係について規定していると解する場合には、それが持つあてはめの余地の開かれた性格に照らし、部分的手直しを施した上でこれを不法行為法へ準用することの容認へと至るのである (船越)。