

故意不法行為事例における
過失相殺法理の研究

2023年9月
新潟大学大学院
現代社会文化研究科
岩寄 勝成

故意不法行為事例における過失相殺法理の研究

岩 寄 勝 成

- 序説 研究の目的と考察の順序
- 第1章 日本法の問題状況
 - 第1節 過失相殺法理の歴史的考察
 - 第1款 日本民法典の編纂過程における議論
 - 第2款 ドイツ民法典における法典編纂の流れ
 - 第3款 オーストリア一般民法典における法典編纂の流れ
 - 第4款 旧スイス債務法における法典編纂の流れ
 - 第5款 小括
 - 第2節 過失相殺法理の法的根拠
 - 第1款 我妻栄の見解
 - 第2款 四宮和夫の見解
 - 第3款 平井宜雄の見解
 - 第4款 被害者の義務違反を根拠とする見解
 - 第5款 加害者の違法性縮減を根拠とする見解
 - 第6款 加害行為との因果関係を根拠とする見解
 - 第7款 橋本佳幸の見解
 - 第8款 小括
 - 第3節 故意不法行為事例における過失相殺法理の問題点
 - 第1款 故意と過失の関連性
 - 第2款 故意不法行為と過失相殺
- 第2章 アメリカ不法行為法における比較過失法理の考察
 - 第1節 寄与過失法理
 - 第1款 寄与過失法理の歴史
 - 第2款 寄与過失法理が支持された理由
 - 第3款 寄与過失法理に対する批判
 - 第4款 Last Clear Chance 法理
 - 第5款 危険引受法理 (assumption of risk)
 - 第2節 比較過失法理の形成とその内容
 - 第1款 海事法 (admiral law) における損害分担主義
 - 第2款 連邦使用者責任法の制定
 - 第3款 比較過失法理の誕生
 - 第4款 原告と被告の過失の比較

- 第 5 款 原告の過失と被告の過失の違い
- 第 6 款 比較過失法理における純粋型と修正型
- 第 7 款 各類型に対する評価
- 第 8 款 比較過失法理の適用が問題になる場合
- 第 9 款 小括
- 第 3 節 比較過失法理の構造
 - 第 1 款 発生したリスクの比較
 - 第 2 款 比較する場合に考慮される要因
 - 第 3 款 比較の対象
 - 第 4 款 責任保険との関係性
 - 第 5 款 共同不法行為事例における比較過失法理
 - 第 6 款 因果関係論と近因 (proximate cause) 論
 - 第 7 款 厳格責任と比較過失法理
 - 第 8 款 小括
- 第 4 節 比較過失法理の周辺法理と制度
 - 第 1 款 Single indivisible injury 法理
 - 第 2 款 判断無能力 (disability) 制度
 - 第 3 款 回避可能損害の法理 (avoidable consequences doctrine) と損害軽減 (mitigation of damages) 法理
 - 第 4 款 シートベルト準則
 - 第 5 款 小括
- 第 5 節 比較過失法理に対する伝統的な例外
 - 第 1 款 原告に対して特別な保護義務を被告が負っている場合
 - 第 2 款 Last Clear Chance 法理
 - 第 3 款 willful、wanton、reckless な不法行為の場合
 - 第 4 款 小括
- 第 6 節 比較過失法理が適用されない具体的な場合
 - 第 1 款 公然と明らかな危険 (open and obvious danger) と当事者の期待 (expectations)
 - 第 2 款 被告に no-duty 準則の適用が認められる場合
 - 第 3 款 原告に no-duty 準則の適用が認められる場合
 - 第 4 款 損害の主な原因として原告が寄与していない場合
 - 第 5 款 原告の責任で損害が発生した場合
 - 第 6 款 被告が法令に抵触している場合
 - 第 7 款 原告の注意能力
 - 第 8 款 優位な知識と経験が被告に認められる場合

第9款	安全性の支配に対して被告に優位性が認められる場合
第10款	慣習 (custom) と期待 (expectation) による制約
第11款	職業的な役割による制約
第12款	原告が自分の権利を行使している場合
第13款	小括
第3章	アメリカ不法行為法における故意不法行為と比較過失法理
第1節	故意 (intention) 概念について
第2節	比較過失法理と加害行為の悪性
第3節	裁判事例
第4節	故意不法行為事例における比較過失法理の適用
第5節	故意不法行為における道德問題と免責 (privilege)
第6節	故意と過失が競合する場合
第7節	「不道德な原告」法理
第8節	willful、wanton、reckless 不法行為
第9節	小括
第4章	アメリカ不法行為法における故意不法行為と比較過失法理に関する議論
第1節	Victor E. Schwarts の見解
第2節	Reginald R. White の見解
第3節	Gail D. Hollister の見解
第4節	Carol A. Mutter の見解
第5節	Lee A. Wright の見解
第6節	Dan B. Dobbs の見解
第7節	Ellen M. Bublick の見解
第8節	小括
第5章	日本法の再検討
第1節	学説状況
第2節	小括
結章	

序説 研究の目的と考察の順序

1 今日社会において、様々な活動を通じて発生する事故を事後的に金銭的賠償として取り扱う民法七〇九条が、公害訴訟、薬害訴訟などにおいて極めて重要な役割を担ってきたことについては、もはや詳言を要しない。その民法七〇九条に規定されている不法行為の成立要件が充たされると、加害者は被害者に対して、権利侵害によって生じたと評価される損害を賠償しなければならない。この加害者の不法行為責任が成立するか否かという判定にあたっては、専ら加害者側の行為態様だけが考慮されて、被害者側の事情については、加害者による加害行為を不法と評価する際の事情の一つとして考慮されているだけである。そのような中で、被害者側の事情も考慮して、加害者側の責任の大きさを制限し、被害者に損害の一部を負担させるという目的を持っているのが、この過失相殺制度である。

この過失相殺を実際に行う場合、減額の割合は、加害者の過失と被害者の過失を相対的に比較することが実務上は有力とされている¹。では、加害者の故意で不法行為が行われて、被害者に損害が発生したという場合、同じように過失相殺は行われることはないであろうか。本論文は、この点を研究の対象とするものである。

この問題は、これまで、特に取り上げられて分析されるということがあまりなされてこなかったという経緯がある。窪田充見によると²、「多くは、加害者の帰責根拠が「重い（大きい）」ものである場合に、それに応じて過失相殺は認められにくくなるといった趣旨の説明にとどまっている」、あるいは「故意不法行為については、従来、特にそれのみを取り上げて分析を加えるという作業は、余り行われていない」と指摘されている³。但し、過去においては、故意不法行為と過失不法行為とを問わずに、過失相殺を認めるという見解が通常であったように思われる。その状況に疑問を呈したのは、四宮和夫であり、平井宜雄だった。四宮和夫の説明によると、「加害者に故意があつて、非難可能性がきわめて大きく、他方、被害者の非難可能性はきわめて軽微である、といった場合には、過失相殺をしなくても差支えない、といえよう⁴」とし、平井宜雄によると「故意不法行為の場合には、過失相殺は行われるべきではないと解すべきである⁵」という指摘がなされるに至っている。

しかし、筆者としては、以下の点でいまなお検討の余地があると考え。第一に、仮に

¹ 前田達明『民法VI2（不法行為法）』（青林書院、1980）366頁。

² 窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣、1994）215頁以下。

³ 窪田・前掲注2・216頁～217頁。

⁴ 四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為 中巻・下巻）』（青林書院、1985）624頁。

⁵ 平井宜雄『債権各論II不法行為』（弘文堂、1992）150頁。

故意不法行為の場合には過失相殺は行われるべきではないとして、何故、故意不法行為は過失相殺の対象外にすべきと言えるのであろうか、という点である。四宮は行為の非難可能性の違いに注目し、平井は、「過失相殺の法理は、*si quis ex culpa sua damnum sentit* 法理⁶の厳格さを緩和するために生まれたものであるが、過失不法行為についてまず緩和が問題とされたという経緯をもち、これを反映して、故意不法行為の場合については被害者に過失があっても斟酌は認めるべきではないというのが比較法上支持される解釈だから⁷」と説明されている。しかし、行為の非難可能性の違いが故意行為の場合に過失相殺を行うべきではない理由であるとしても、その法的根拠は必ずしも明らかではない。第二に、故意不法行為を過失相殺の対象外にすると、故意という加害行為と過失という加害行為との間にはいかなる違いがあると言えるのであろうか、という点である。故意行為は対象外とする理由は故意行為と過失行為との間にある帰責根拠の違いにあるのかなど、様々な疑問が生ずるが、この点もやはり議論が手付かずの状態のままと言える。

この問題意識のもと、本論文は、故意不法行為事例における過失相殺法理の適用問題について、事実的不法行為の事例に注目して考察を展開する。事実的不法行為事例の典型例が暴行行為による場合であるが、暴行事例において過失相殺法理の適用が問題になる場面とは、暴行行為を誘発する被害者の挑発的な言動という先行行為があった場合となる。この被害者による先行行為の存在が、故意の暴行事例における特殊な構造となっている。この暴行事例との対比で、同じ故意不法行為事例でも詐欺事例の場面での構造を見てみると、詐欺事例では、加害者による加害行為を誘発する被害者の先行行為は存在しておらず、加害者の積極的な加害行為によって、被害者が欺罔状態に陥った上で財産上の損害を受けているという全体構造を見出すことができるが、これは、通常の過失相殺法理の適用の場面における基本構造と同じであると言える。このため、被害者による挑発的な言動という先行行為があるという点に、暴行事例における特殊な構造を見出すことができるのである。では、被害者による先行行為があることで、過失相殺法理の適用に何らかの影響があるのだろうか。本論文は、暴行事例という故意不法行為事例における過失相殺法理の判断枠組みを明らかにするために、そもそも過失相殺法理の基本的な判断構造をどのように理解すべきなのか、そして、故意不法行為の場面で過失相殺法理が適用されるべきなのか、されなかった場合にその理由と根拠をいかに考えるべきかという基本的、根幹的部分について説明することを研究目的とするものである。

⁶ 平井・前掲注5・148頁に、「自らの過失により損害を蒙ればその者は損害を蒙った者とは解されない」というローマ法源に由来する制度で、これに示されているように、過失(culpa)ある被害者は賠償請求する権利を一切有しなかった(故意による不法行為の場合は別)」と説明されている。

⁷ 平井・前掲注5・150頁。

2 研究の目的とする点は、冒頭に述べたとおりであるが、論証は以下のような手順をとる。まず、本論文における問題の所在を示すために、日本法における過失相殺法理の構造に関する学説を考察して、如何に考えることが可能かを提示したうえで、実際の裁判事例を分析し、故意不法行為である暴行事例での過失相殺法理の適用に関する判断傾向を見出して、問題点を明確化する（第1章）。次に、比較法としてアメリカ不法行為法における比較過失法理とその周辺法理との関係性を整理して、比較過失法理の判断構造を分析し、その判断構造において、被害者と加害者に見られるどのような事情が比較過失をする際に斟酌されているのかを考察する（第2章）。そして、故意不法行為事例において比較過失法理の適用が制限される場合に、斟酌された事情のうち、どのような事情が影響しているのかを分析する（第3章）。さらに、アメリカ不法行為法での故意不法行為事例において比較過失法理がどのように位置づけられるべきかに関する学説状況を概観したうえで（第4章）、最後に、日本における故意不法行為と過失相殺法理に関する学説を考察し、これまでのアメリカ不法行為法における比較過失法理に関する考察成果に基づいて、日本不法行為法において如何に考えるべきかにつき私見を提示する（第5章）、という研究手順である。

なお、本論文では、比較法としてアメリカ法における議論や裁判事例の動向に対して考察を加えるが、日本法との関連が薄く、いわゆる大陸法系に属していないアメリカ法をとりあげたねらいは、単なる比較法的関心ということの他に以下の点にある。すなわち、アメリカ法では過去に採用していた寄与過失法理から比較過失法理の採用へと多くの州が移行しているが、比較過失法理の根拠として指摘されているのは、Fairness や Justice、そして Deterrence であり、特に Fairness や Justice は、日本の裁判所が過失相殺法理を適用する際に使う「公平の理念」という思想にも通ずる根拠として位置付けることができる。このため、アメリカ法の比較過失法理がどのような内容のものであるか、その判断構造はどのようになっているのかを知ることは、日本法における故意不法行為事例での過失相殺制度のあり方を再検討するうえで、非常に有益であると考えた次第である。さらに、故意不法行為事例において過失相殺法理を適用しないとした場合に、その理論的根拠を何処に求めることができるかという点を考える際にも、アメリカ法で展開されている議論内容から、大いなる示唆を得ることができると思われたことも、アメリカ法を比較法として取り上げた理由としてあげることができる。

第1章 日本法の問題状況

本章においては、日本の不法行為法における過失相殺制度、特に、故意不法行為事例において過失相殺制度が、過失不法行為事例と同様に、何ら制約なく適用されるべきなのか、過失不法行為の場合と同様に過失相殺制度を適用することによって生ずる問題点はないのかなどについて考察していく。本章は、序説に示した問題点について具体的に検討を加えることを目的とするが、その前提として、日本法での過失相殺制度がどのような経緯で議論され、制度として確立されるに至ったのかという点について確認をする準備作業が不可欠である。

第1節 過失相殺法理の歴史的考察

過失相殺法理の法制史的な分析などについては、これまできわめて詳細な研究成果が出されている¹。そのような成果があるのに再度、本論分で過失相殺法理を歴史的に考察することは、屋上屋をかさねることになるおそれがあるが、それでも、過失相殺法理が本来どのようなものとして登場し、どのような機能を有するものとして期待されていたのか、という点を筆者なりに整理し直すことで、故意不法行為事例における過失相殺法理の解釈方針を探るにあたって非常に重要な視点を見出すことができるものと思われる。このため、以下において過失相殺法理の歴史的な考察を確認していくことにする。

第1款 日本民法典の編纂過程における議論

まず、ポアソナードが草案作成をした旧民法の施行が延期されて²、新たに民法典が起草されることになると、ポアソナードの民法草案（財産編〔債権〕）第四〇七条から旧民法（財産編第三八七条）と受け継がれてきた被害者の過失（過失相殺）に関する規定は、法典調査会での現行民法の起草段階において、次のような債務不履行（起草委員立案の原案第四一二条）と不法行為（同第七三〇条第二項）の二つの場合に分けて規定されている³。

¹ 長谷川貞之「法典編纂から見た『被害者の過失』①～④完」駿河台法学2巻2号、3巻1、2号、4巻1号（1988～1990）、同「イギリス不法行為法における寄与過失の法律とその理論的基礎（上）（下）」駿河台法学5巻1、2号（1991～1992）。窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣、1994）141頁以下。

² この旧民法編纂の状況については、大久保泰甫『日本近代法の父ポワソナード』（岩波新書、1977）に詳しく説明されている。なお、延期の原因となった民法論争は、明治22年（1889年）から明治25年（1892年）頃にかけて起こっている。

³ 法務大臣官房司法法制調査部（監修）『法典調査会・民法議事速記三』＜日本近代立法

原案第四一二条⁴

「債務ノ不履行ニ関シ債権者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ責任及ヒ其金額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス」

原案第七三〇条第二項⁵

「被害者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得」

この原案第四一二条の起草趣旨について、本条の起草者である穂積陳重は、債務不履行の場合には債務者に普通の意味での過失がなくても責任が負われることになっているため、債務者に過失があったような場合に依然として債権者を元の責任関係に拘束させておくことは妥当ではないから、としている。その理由として、損害賠償の基準を定めた原案第四一〇条（現行民法四一六条）の場合と同様に、「損害賠償ノ多寡ト云フモノハ徳義上ノ関係トカ然ウ云フコトノ畢竟懲罰ノ意味ヲ含ンデ之ヲ増減スルト云フコトハナイ」ということになっているから、原案第四一〇条の例外を規定する必要性から本条を設けるに至った、と説明している⁶。

他方、原案七三〇条第二項の趣旨について、本条の起草者である穂積陳重は、本条がなければ、たとえ被害者に過失があっても、不法行為の要件とその効果を規定している原案第七一九条（現行民法七〇九条）によって、現に生じただけの損害については常に全部賠償をしなければならなくなるおそれがあるから、この点を考慮して本条を設けることにした、と述べている⁷。

法典調査会によって審議された上で確定された以上の議案は、明治29年、内閣によって「民法中修正案」（衆議院議案第四一七条・七二一条二項、貴族院議案第四一八条・七二二条二項）として、第9回帝国議会に提出された⁸。この法案の趣旨説明は、穂積陳重の趣旨説明よりも簡単に行われているが、その内容はほとんど同じと言える⁹。この法案は帝国議会においてまったく修正をされずに、そのまま現行民法（第四一八条・第七二二条二項）に受け継がれている。

資料叢書3 > (商事法務研究会、1984) 81頁、同『法典調査会・民法議事速記五』 <日本近代立法資料叢書5 > (商事法務研究会、1987) 427頁。

⁴ 前掲注3・『法典調査会・民法議事速記三』81頁。

⁵ 前掲注3・『法典調査会・民法議事速記五』427頁。

⁶ 前掲注3・『法典調査会・民法議事速記三』81頁。

⁷ 前掲注3・『法典調査会・民法議事速記五』428頁。

⁸ 広中俊雄『第九回帝国議会の民法審議』（有斐閣、1986）328頁、379頁。

⁹ 広中俊雄『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣、1987）348頁、623頁以下。

このような中、最も議論が盛んに行われたのは原案七三〇条第二項に関する審議であった。穂積委員の趣旨説明に対しては、次のような審議が行われた。

1 梅謙次郎

起草委員の一人である梅謙次郎は、加害者の過失と因果関係のない損害について、加害者が損害賠償責任を負わないとするのは当然であるとして、

梅提案その1 原案第七三〇条第二項は削除されるべき

あるいは、

梅提案その2 「損害ノ一部カ被害者ノ過失ニ因リテ生シタルトキハ裁判所ハ其額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ要ス」

と書き改めることを提案している¹⁰。その理由として梅委員は、不法行為の場合には、加害者に過失がなければ損害賠償責任は問題にはならないので、「債権者ノ過失ニ因ッテ全ク損害ガ生ジタ債務者ノ過失ニ因ッテ生ジタモノデハナイト云フ証明ガアリマスレバ無論本条ノ規定ガ無クテモ夫レハ当然七一九条ガ嵌マリマセヌ従ッテ本条ニハ責任ノ有無トカ何ントカ極メテナイノハ全ク夫レガ為デアリマス」が、被害者の過失によって生じた損害は被害者自身で負担し、その損害を加害者に転嫁させることはできないことを明確にする必要があるから、と述べている。その上で梅委員は、各委員からの質問や反論などを受けた後で、次のような提案をしている。

梅提案その3 「損害ノ全部又ハ一部カ被害者ノ過失ニ因リテ生シタルトキハ裁判所ハ之ヲ斟酌スルコトヲ要ス」¹¹

そして、議長である箕作麟祥による「何ヲ斟酌スルカ」との問いに対して、

梅提案その4 「損害賠償ノ責任及ヒ其金額ヲ定ムルニ付」¹²

を梅提案その3に挿入してもいい、と回答している。

2 土方寧

次に土方寧委員は次のような提案をしている。

¹⁰ 前掲注3・『法典調査会・民法議事速記五』429頁～431頁。

¹¹ 前掲注3・『法典調査会・民法議事速記五』439頁。

¹² 前掲注3・『法典調査会・民法議事速記五』439頁。

土方提案その1 本条二項を削除して、本条一項にあらたに債務不履行の場合の過失相殺を規定した原案第四一七条を追加して、「第四一六条及ヒ第四一七条ノ規定ハ・・・」とする¹³。

このような提案をした理由について土方委員は、訴えられた加害者が被害者の受けた損害が自分の過失によるものではないということを証明することは非常に困難であり、裁判の結果、訴えられた加害者に全く過失がなかった場合もあれば、損害を受けた被害者にだけ過失があったという場合もあり得ることを考慮する必要があるから、と説明している。

さらに土方委員は、前述の梅提案その4が提示された後に、別案として、次のような提案をしている。

土方提案その2 本条二項を改めて、「被害者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ責任及ヒ其金額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得」¹⁴

以上の梅謙次郎委員と土方寧委員による各提案はその後採決に付されたが、何れの提案も賛成が少数であったために採択されるまでは至らなかった。採択されなかった理由としては、審議過程における次のような興味深いやり取りが影響しているのではないかとと思われる¹⁵。

まず、梅提案のその1とその2に対して、横田國臣委員が次のような疑問を提示している。人力車がともに無灯であったために暗闇で衝突した場合とか、船舶が互いに衝突したというような場合をあげながら、衝突について双方に過失があるとか、双方ともに用心して過失なくして衝突してしまったというような場合もあるとして、どちらか一方に過失があると言えるものではない、と。また、実際はそのような証明も困難であるし、後者の船舶衝突の場合には、たとえどちらにどれだけ損害があろうとも損害賠償は認められないと思われるが、前者の人力車の場合は、その過失は双方で分担されると処理するほうがいいのではないかと、とも発言されている。

そして、起草委員の一人である富井政章委員は、起草委員の間でこの原案を決める際に土方提案その1と同じことを述べたことがあるが、それでもその提案にすることに躊躇したのは、両者の条文があまりにも離れ過ぎ、加害者の責任を免責するような重大な過失が被害者にある場合には、そもそも加害者が原案七一九条にいう「過失ニ因リテ他人ノ権利

¹³ 前掲注3・『法典調査会・民法議事速記五』432頁以下。

¹⁴ 前掲注3・『法典調査会・民法議事速記五』439頁。

¹⁵ 以下の各委員の審議過程における遣り取りは、前掲注3・『法典調査会・民法議事速記五』439頁以下に記載されている。

ヲ侵害シタル」には該当しないのだから、そのような場合をあえて本条で規定することは丁寧すぎて重複することにもなるから、と発言されている。この富井委員の発言は、穂積委員の趣旨説明を補足する形で行われたため、富井委員の発言を受けて穂積委員も、土方提案その1については「其實質ニ於テ私共敢テ反対ハシマセヌ」と述べている。

また、長谷川喬委員は、何ら損害も受けていない加害者が、被害者に過失があることだけで、あたかも損害を被っていたかのように損害を差し引きされて免責されるのは不当であるという理由を述べて、土方提案その1と同じく、不法行為の場合にも、原案第四一七条のような責任の有無を斟酌する規定が必要である、と述べている。しかし、双方の過失によって両当事者がともに損害を受け、しかもその損害が等しいという場合には、どちらにも責任がないとも言えるので、「其額ニ付テ斟酌ヲ許シタナラバ其責任ノ有無ニ付テモ斟酌ヲ許スガ至当デアル」と発言している。

この長谷川委員の発言に対して、起草者である穂積委員と梅謙次郎委員が興味深い説明をしている。まず穂積委員は、本条が予定している事例は、例えば、罵詈雑言を浴びせられたために殴るとか、酔っぱらって道路で踊り廻る者が車に乗り懸けられるように、あくまでも被害者だけが損害を受け、かつ、それが被害者自身の過失によるというような場合に限定されているので、「公平デアルト云フコトデ不法行為ト不法行為トヲ算盤デ差引スルト云フコトデハナイ」と反論する。そして梅謙次郎委員は、穂積委員と同様の立場から、本条は被害者が一人の場合を予定している規定であるとして、例えば、長谷川委員が土方提案その1を賛成するために持ち出した事例、つまり、甲から罵られた乙が甲を打ったところ、甲も乙を打ち返したため、双方が損害を受けたという場合のように、被害者が二人いて加害者もまた二人であるという場合には、たとえ当事者間で等しい損害を互いに相殺することがあるにしても、裁判所では決して相殺することはない、と説明している。

さらに梅謙次郎委員は、土方提案その1と自身による梅提案その1を比較しながら、誰の過失でどれだけの損害が生じたのかを証明することができないような場合には、どちらにも責任がないという結論になるのではないかと、それならば本条第二項は削除しておいたほうがいいのではないかと、とも発言している。これに対して土方委員は、ある事実につき責任があるかどうかは、裁判所に来る前に決まっているのではなく、裁判官が事実を調べる過程で決することなので、本条第二項は事実が確定している場合のみをいうのではない、と反論している。

そして再度、横田國臣委員は、前述した長谷川喬委員があげた当事者双方とも損害を受けたという場合ではなく、当事者間に一つの損害しか生じなかった場合、例えば、ある品物を二人で奪い合ったためその品物が壊れたが、その品物が一方の所有する物であったような場合にまで、どちらに過失があるかを確定しないとイケないというのは無理であるとして、本条第二項の原案のままでよいとして、原案に賛成している。これに対して長谷川喬委員は、横田國臣委員があげた事例は共同不法行為の事例であり、その場合には被害者が同時に加害者として扱われることになる、として反論している。

概ね以上のような議論があったが、梅謙次郎委員や土方寧委員の提案はいずれも採択されるまでには至らなかった。そこで土方寧委員は、たとえ賛成する者がなくても、議題になったということが記録に残ればよいとして、土方提案その2を修正して次のような提案をしている。

土方提案その3 「被害者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ責任及ヒ金額ニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得」

この土方提案その3に対しては、横田國臣委員から「試ニ置テモ宜シイ」という意見が出たが、最終的に賛成を得ることはできなかった。その結果、原案に決したことにして、審議は終わっている。

以上の原案第七三〇条第二項に対する法典調査会での各委員の発言内容から、次のようなことが言える。起草委員は、原案第七三〇条第二項が予定している場面につき、被害者のみが損害を受けており、かつ、それが被害者自身の過失によるものであるというような場合に限定して理解している。そして、各委員の発言内容から、原案第七三〇条第二項に対して、被害者の過失によって生じた損害は加害者に転嫁することはできないという発想と、現に生じた損害を加害者と被害者のどちらにどの程度負担させるかということ、過失を基準にして損害分担をするという発想の二つの考え方があった。現在の過失相殺制度は、被害者の損害結果に向けられた加害者による有責な行為につき、被害者自身にも何らかの非難されるべき行為が関与している場合には、加害者と被害者とで損害分担をする制度として位置づけられているため、法典調査会の各委員の発想が今日まで継承されていると言える。

また、日本民法典における過失相殺の規定は、その淵源を辿れば、ボアソナード民法草案四〇七条にまで辿ることができる。

ボアソナード民法草案財産編第四〇七条

「遅延又ハ不執行ニ関シ当事者雙方ニ非理アルトキハ裁判所ハ損害賠償ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス」¹⁶

この財産編第四〇七条を設けた趣旨につきボアソナードは、債務者が義務を履行しない、あるいは、その履行を遅延するような場合、債権者自身にも多少の過失があることは、実際には少なくはないので、このような場合には、「損害賠償ノ責罰ヲ斟酌スルヲ以

¹⁶ 手塚豊「舊民法（財産編・財産取得編前半・債権担保編・証拠編）審査枢密院議事録」法学研究 28 卷 1 号（1955）53 頁、仁井田益太郎『舊民法』（日本評論社、1943）70 頁。

テ至当トス可キヤ必然ナリ」と説明している¹⁷。つまり、財産編第四〇七条においては、被害者の不注意や過失が損害賠償にあたっては考慮されるべきとボアソナードは理解していたと言える。また、民法草案には不法行為の場合における被害者の過失に関する規定が置かれていないが、財産編第四〇七条の適用にあたってボアソナードは次のように説明している。「他人ノ過懲ニ因リ創傷ヲ受ケタルトキ被害者モ亦タ自ラ危害ニ臨ミタルノ関慮多少アルコト尠少トセス」、従って、加害者の不注意による不法行為による損害賠償を定めるときには、「其適用一層夥多ナリトス」と説明している¹⁸。よって、ボアソナードにおいては、財産編第四〇七条の適用にあたっては、必ずしも不法行為の事例を除外するという意図はなかったものと解釈することができる。

このボアソナード民法草案四〇七条が作成される時期とおおよそ同じ時期に、ドイツとフランスにおいて二つの民法典が制定されている。一つは、一七五六年に制定された啓蒙時代の地方特別法の一つである「マクシミリアン・バイエルン民法典（CMBC., Theil IV, I, §20）」と、もう一つは、一八〇四年にフランスの成文法地域と慣習法地域の民法を統一することなどを目的として制定されたフランス民法典（Code civil des Français）である。当時の世界的な流れとして、同じ時期に同じ議論をしていたこの二つの民法典による思想的な影響が、ボアソナード民法草案四〇七条に与えていることは合理的に想像することができる。

CMBC., Theil IV, kapitel I, §20

「被った損害もしくは損失につき自ら過失をもって協働する者は、それにより、加害者が責を負うべき部分についても賠償を請求することはできない」¹⁹

マクシミリアン・バイエルン民法典で取り扱われている範囲は、契約法上の債務不履行による損害賠償の場面だけであったが、この条文は、両当事者に過失があることを前提として、損害につき自分の過失をもって協働する被害者には加害者が負うべき部分についても賠償請求を認めないと規定している。その意味で伝統的なドイツ普通法の色彩の濃いものと言える。

もう一つのフランス民法典であるが、近世自由主義立法の先駆的なものとして位置づけられ、そこには、革命の成果として、自由と平等の思想が組み込まれている。このような

¹⁷ ボワソナード, G. E. 『ボアソナード氏寄稿 再閱修正民法草案註釈 第賦篇人權ノ部中巻』池田真朗・七戸克彦・解題（雄松堂書店、2000）51頁。

¹⁸ ボワソナード・前掲注17・52頁。

¹⁹ 原文は以下の通りである。「Kann derjenige, welcher an dem erfolgten Schaden oder Verlust selbst mit in culpa ist, vo dem anderen schuldhaften Theil derentwegen niemals eine Ersttattung begehren.」

思想的な背景があるため、フランス民法典には、個々の規定をできるだけ一般的かつ広汎に解釈することができるように、判例による解釈と立法による補充の余地を残しつつ、条文が設けられている。この傾向は特に不法行為の分野で顕著であり、そのためであろうか、過失相殺に関する規定もフランス民法典には置かれていなかった。つまり、具体的な事案における個々の事情を裁判官の自由な法発見に委ねようとしているのである。しかし、その債務不履行の場合における被害者の過失問題については、「予見可能な損害 (dammage prévu)」²⁰ についてのみ債務者は責任を負うとする規定である Art.1150, 1151 C.c.を利用して、被害者である債権者自身の過失が共働することで債務不履行が生じた場合には、債務者に故意がある場合を除いて、賠償責任を免責している。その理由は、被害者である債権者自身の過失は、通常、契約締結の際には債務者にとって予見することができないからである。このように、損害に対する債務者の予見可能性の判断を前提としているが、債権者の共働過失の事例では賠償責任の完全な範囲における免責を認めているのである。

それに対して Art.1150, 1151 C.c.に相当する規定のない不法行為の場合では、契約法の場合とは異なり、惹起される損害発生に対して被害者自身の過失が共働する場合と、被害者自身の過失だけで全損害が惹起されるために、加害者につき如何なる損害賠償責任も生じない場合とは区別されるべきとされている。この二つの場合を同じように扱うことは、著しく衡平に欠けるからである。賠償責任の完全な免責を認めるのではなく、裁判官に事件の個別具体的な状況を考慮すべき余地を与えて問題の解決を図るほうが最善であると理解されたわけである。そこで、共働過失の場合については、判例および学説の多くは、ドイツ普通法上の原理ではなく、もっぱら自然法思想に従って賠償責任の範囲の問題として、賠償責任の軽減が問題になるに過ぎないと理解しようとした。しかも、賠償責任の軽減をするための手法としては、過失の範囲を考慮した賠償責任の軽減が主張されている²⁰。

しかしながらフランス法の立場では、誰の行為が損害発生の起因になっているのかを問うて、それぞれの過失行為に帰せられるべき損害が賠償されるべき損害から控除されるという因果関係的な損害控除の概念によって損害の衡平な分担が求められている。加害行為によって生じた損害を全体として一個の損害としつつ、過失割合によってその損害が当事者双方に分割されるという自然法思想からの衡平理念を追求するという立場とは言えない。よって、フランス法の立場は、因果関係的な問題として被害者自身の過失問題を理解しようとしている点では、ドイツ普通法の立場に近いものと言えるが、損害の分配をする

²⁰ 福井勇二郎「十九世紀に於ける仏国民法学の発達」『仏蘭西法学の諸相』（日本評論社、1943）50頁以下、野田良之「註釈学派と自由法」尾高朝雄・峯村光郎・加藤新平編『法哲学講座第三卷』（有斐閣、1956）199頁、山口俊夫『概説フランス法 上』（東京大学出版会、1978）107頁など。

場面では、ドイツ普通法とは異なり、自然法上の思想に従って賠償責任の軽減を処理しようとしていたと言えよう。その後、一八〇四年のフランス民法典は、「Code Napoleon」と改称されて施行されるようになる。

以上の二つの民法典の影響を受けたボアソナードの起草による民法草案が、明治二一年二月二日に開催された司法省の第二九回法律取調委員会で検討されたのである。だが、そこに提出された民法草案財産編人権ノ部第四〇七条を議定評決するにあたっては、何も異議は出ておらず、そのまま通過している²¹。旧民法の施行が延期され新たに民法が起草されることになると、このボアソナード民法草案第四〇七条は、旧民法の財産編第三八七条へと受け継がれ、法典調査会での現行民法の起草の段階には、債務不履行における起草委員立案の原案第四一二条と、不法行為における第七三〇条第二項という二つの場合に分けて規定されるに至っている。

第2款 ドイツ民法典における法典編纂の流れ

1 被害者の過失の処理に関する理論的な経緯

結論から言えば、このような加害者と被害者とで割合的な責任分担をさせるという発想は、比較法的に見ると決して一般的なものとは言えないようである。現行民法典の編纂が行われたのは、自然法思想が最高潮に達していた一八世紀から一九世紀であったが、この時期に日本民法典の起草者が参照していた諸外国、特にドイツにおける過失相殺に関する法典編纂での議論は、次のようなものであったとまとめることができる。

古典期ローマ法以降、中世初期の法律家の多くは、被害者の過失をどのように扱うかに関する一般命題を示していた D. 50. 17. 203. (Pomponius)²²、理髪師事件に関する D. 9. 2. 11. Pr. (Ulpianus)²³などの法源を根拠にして、過失の択一的な認定を行っていた

²¹ 法務大臣官房司法法制調査部（監修）『法律取調委員会・民法草案財産編人権ノ部議事速記一』（日本近代立法資料叢書8）（商事法務研究会、1987）250頁。

²² Christian Wollschläger, *Das eigene Verschulden im römischen Recht*, Zeitschr. d. Sav^o Stift. Romanst. Abt., Bd. 93 (1976), S. 115ff. 「Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire」、つまり、自分自身の過失によって損害を被った者は、何ら損害を被ったものとは見なされない、とされている命題である。なお、この D. 50. 17. 203. (Pomponius) は、De deversis regulis juris antiqui という表題の Digesta の中に収録されている。

²³ Klaus Lüig, *Überwiegendes Mitverschulden*, IUS COMMUNE II (1969), 191-192, 204ff., 206. この事案は、球技の最中に競技者の一人がボールを強打したため、そのボールが近くで奴隷の髭を剃っていた理髪師の手に当たり、理髪師の持っていた剃刀が奴隷の

め、損害の分割をするために加害者と被害者の過失の程度を比較して、どちらかに責任を負わせようとする解決方法は採用されていなかった。この思考は結局、被害者に過失が認められると、その被害者による損害賠償請求を否定するという考えと類似性を有するものであり、後述する英米法における「寄与過失 (contributory negligence)」と同じような内容のものであったと言える。

その後、十一世紀末、Irnerius を開祖としてイタリアのボローニャに興った学派である註釈学派 (Glossatoren)²⁴は、被害者の過失に関する一般的命題とされている D. 50. 17. 203. (Pomponius) について、被害者自身の過失が加害者の過失と相殺され、その結果、加害者の過失は問題とされることはなくなるということを内容としていると解釈している。つまり、当時の註釈学派においては、単なる過失の択一的な認定ではなく、当事者双方の過失の競合という観念が既に芽生えており、かつ、過失の内部的関係において過失相殺を行うことが認められていた、と言える²⁵。また註釈学派は、故意をもって損害を加えた加害者は、たとえ被害者に過失があっても免責されることはないということを、その点が問題になった古典期ローマ法における投槍事件の D. 9.2.9.4 (Ulpianus)²⁶を根拠にして、積極的に解釈している²⁷。その後の一二世紀から一四世紀にかけて註釈学派を受け継

喉を傷つけた、という場合に、誰がアクイリア法上の不法行為責任を負うかが争点になった事例であった。Ulpianus は、理髪師が責任を負う可能性もあると示唆するが、結論としては、そのような場所に腰を下ろす被害者自身が自ら責任を負う、とした。

²⁴ この学派は、古典期ローマ法学者の学説を主たる素材として六世紀に編纂され、その後 500 年もの間眠り続いていたユスティニアヌス法典の本文に注を付けて説明を施すことで、その内容をさらに深め、ある程度理論的かつ実践的、あるいは、部分的には封建的要素も採り入れたほう資料を作り上げた。佐々木有司「中世ローマ法学」碧海純一ほか編『法学史』(東京大学出版会、1961) 74 頁以下、鈴木禄弥『近世私法史』(創文社、1961) 56 頁以下。

²⁵ Lüig, a.a.O., S. 197.

²⁶ Christian Wollschläger, Das eigene Verschulden im römischen Recht, Zeitschr. D. Sav^o Stift. Romanst. Abt., Bd. 93 (1976), S. 128. この事案は、次のようなものであった。投げられた槍を拾い集めなければいけない少年が、誤って危険な時に競技場に走り込んだため、投槍にあたって死亡するに至ったため、投槍者は故意によらない殺害として訴えられた。この時、投槍者は、目的に向かって適法に投げられた投槍の弾道方向に走って行った少年は、自分に対する不注意もしくは過失があると非難されるとして、少年自身が自分の死の行為者とされる、あるいは、そもそも投槍をしてはならないのに投槍をしたのであれば、投槍者にも少年の死について過失があるということになるとして、損害を蒙った被害者にも不注意があった場合には、責任原因の観点から問題が処理される、という註釈であった。

²⁷ Lüig, a.a.O., S. 199.

いだ後期註釈学派（Konsiliatoren）²⁸は、被害者自身の過失に関する問題については、註釈学派以上の展開を示していない²⁹。そして、カノン法（Kanonisches Recht）³⁰の領域では、一二世紀から一五世紀にかけて今世紀に至るまで教会における基礎的法典を形成することになる「教会法大全（Corups Iuris Canonici）」が次第に形成され、そこでは、当事者双方に過失があった場合の解決法理として、「損害分割（Schasdensteilung）」という思想をうかがわせる箇所があるが、結局、その思想は普遍化されることはなかった³¹。過失が競合した場合の解決法理としては、双方の過失の程度を考慮することがあるにしても、依然として当事者のどちらか一方に責任を負担させるというものであった。つまり、古典期ローマ法以後、中世初期の法律家の多くの間では、過失の択一的な認定というよりも、どちらの当事者が責任を負うのかといういわゆる「Entweder-Oder」理論が支持されていたのである。

この支持されていた「Entweder-Oder」理論に対してある転機が生じた。その転機とは、前述した註釈学派、後期註釈学派、そしてカノン法において次第に優勢になってきた双方過失の相殺という発想が次第に学説の中で明確に意識されてきた、ということであった。いわゆる「culpa major」³²理論が提唱されてきたのである。この理論が次第に有力になったことによって、被害者に同等もしくは優越的な過失がある場合だけが過失相殺とし

²⁸ この学派は、実際の生活に有用なローマ法を導くという目的から、註釈学派の釈義方法とは異なり、ユスティニアヌス法典だけでなく、その注釈部分についても、ユスティニアヌス法典の本文を無視して、独自の分析を行う場合もあった。佐々木・前掲注 24・74 頁以下、鈴木・前掲注 24・56 頁以下。

²⁹ Hermann Lange, Schadensersatz und Privatrechtstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie (1955), S. 72.

³⁰ カノン法とは、教会自らが自主的立法権に基づいて制定した法のことを意味する。前述の註釈学派がユスティニアヌス法典の注釈に没頭していた時期に、カノン法の領域では、グラティアヌス教令集が編纂されて、それを契機に、「教会法大全（Corups Iuris Canonici）」が次第に形成されていった。この教会法大全が成立したのは、法王の権威が著大であった一二世紀後半から一五世紀にかけてであった。淵倫彦「カノン法大全」久保正幡先生還暦記念『西洋法制史精選Ⅱ（中世）』（創文社、1988）305 頁以下、阿南成一「教会法—その発展と法精神—」尾高朝雄・峯村光郎・加藤新平編『法哲学講座 第2巻』（有斐閣、1963）163 頁以下など。

³¹ Lange, a.a.O., S. 73.

³² Lüig, a.a.O., S. 206-208. major culpa 理論とは、加害者に故意のある場合を除いて、被害者の同等もしくは優越的な過失は過失相殺として加害者の賠償責任を完全に排斥するが、被害者に軽過失があった場合には、それによって加害者の賠償責任はいかなる影響も受けないという内容の理論である。この内容は、アメリカ法における寄与過失（contributory negligence）法理の内容と共通しているものである。

て、加害者の損害賠償責任を完全に排斥するにすぎないとされるようになった。また、Mevius が最初に提唱し、その後、Rittershusius がカノン法の「causa-proxima」を参考にして明確にした「近因性の理論」も登場する。この理論では、当事者のどちらかの行為が損害に対して近因として最終要素になっているか（ultima et casui proximior）を基準にして、損害賠償責任の存否が決められた³³。このような流れで、culpa major 理論は、次第に理論的な基礎が与えられるようになったが、加害者が被害者に与えた損害に対して、被害者自身の不注意や過失が共働する場合、つまり、被害者の自己過失に应用するように最初に提唱したのは、Chambery の元老院長官となるフランスの法学者 Antonii Fabri であった。この Fabri によると、過失相殺が認められる場合とは、当事者双方の過失が同等の場合に限られ、被害者に優越的な過失があった場合での過失相殺への言及がなされていない。被害者の優越的過失の場合にも culpa major 理論を使って過失相殺による処理が認められるようになるのは、ドイツの Christophorus Besold などの登場を待たなければいけないのである³⁴。

ドイツ普通法時代の一六世紀の中頃から一八世紀にかけて、継受されたローマ法をドイツの実情に適合させようと理論化、体系化をする試みが生じた。いわゆる「パンデクテンの現代的慣用（Usus modernus pandectarum）」である³⁵。このときに、culpa major 理論を利用しつつ被害者自身の過失に関する問題を解決する動きが登場した³⁶。この動きによって、被害者自身に同等ないし優越的な過失がある場合に限って、加害者に対する損害賠償請求は否定されると理解されるようになる。結局、このパンデクテンの現代的慣用において、culpa major 理論は被害者自身の過失問題を解決するための法理として、当時の法律家の間に広く支持され通説的な地位を占めることになった。しかし、浅薄な資料に基づく法形成の所産に過ぎなかったパンデクテンの現代的慣用は、統一性を欠いていたため法としての不確実性を有していたことから、発展していく資本主義関係に対応できるものではなかった。そのために、歴史的な観点という手法を重視しながらユスティニアヌス法典に相応の批判を行いつつ、体系の構築を要求し、そこから法理論を創設しようとした歴史法学派だけが、新しいパンデクテン法の創造に役立つ法学を生み出して、新たな展開を生み出すことになる。そこから創造されるのが、ドイツ普通法の教義としてのパンデクテ

³³ Horst Kaufmann, *Rezeption und Usus modernus der Actio Legis Aquiliae*. 1958, 78ff, Lüig, a.a.O., S. 218.

³⁴ Lüig, a.a.O., S. 207-208. この部分で Lüig は、カノン法における被害者の過失の思想と *Compensatio culpa* を結びつけて考察する部分で言及されている。

³⁵ パンデクテンの現代的慣用の発生およびその展開については、鈴木・前掲注 24・220 頁以下、村上淳一「ドイツ法学」碧海純一・伊藤正己・村上淳一編『法制史』（東京大学出版会、1976）125 頁以下などを参照。

³⁶ Lüig, a.a.o., S. 208ff., Kaufmann, a.a.O., S. 78.

ン法学であった³⁷。

一八世紀後半から一九世紀後半に至る法典編纂の運動では、ちょうど哲学的概念を数学的な思考のうえに機能的に関連させようとする自然法思想が最高潮に達していた³⁸。国際法学者である Hugo Grotius は、その著書である"De iure belli ac pacis"の中で、詐欺、暴力、不正なる恐怖によって、契約または犯罪をなさしめるような原因を相手方に与える被害者は、自らその責任を負うべきである旨を主張している。

De iure belli ac pacis Libri tres. lib. II. caput XVIII.

「暴力を受け、或いは恐怖によって強制されるべき原因を与えたものは自己がその責任を負うのである。けだし、任意行為より生ずる非任意行為は、道徳的には任意行為と考えられるからである。」³⁹

このように「任意行為」と「非任意行為」とを使い分けているところに、行為者の自由意思を私法体系に取り入れる自然法思想の起源を見いだすことができる。Grotius の特徴は、当事者双方に過失がある場合に、その双方過失を衡量することなく、被害者自身の過失をもって加害者の損害賠償責任を免責している点にあるので、前述した被害者の過失に関する一般命題である D. 50. 17. 203. (Pomponius) にそのまま従っていると言える。

また、同じ自然法学者である Samuel Pufendorf は、その著書である"De iure naturae et gentium"⁴⁰ の中で損害賠償法につき、ローマ法の法源に対して法学者の見解に拘泥することなく、自由な解釈を与えている。その中で Pufendorf は、被害者の過失については、当事者双方の過失をそれぞれ比較衡量することで、賠償責任の成否を決めるべきと主張している。具体的には、被害者の過失が加害者の過失よりも大きくなければ、加害者は賠償責任を負うとしている。つまり、Pufendorf は、双方過失の存在を明らかにし

³⁷ エレマー・ポーライ (訳・佐藤千春=瀬川善信) 「パンデクテン学の概念」埼玉大学紀要 (総合編) 第4巻 (1985) 45頁以下。

³⁸ 近代自然法思想については、F. ヴィーアッカー (訳・鈴木祿弥) 『近世私法史』 (創文社、1995) 267頁以下、村上淳一 『近代法の形成』 (岩波書店、2016) 130頁以下、和田小次郎 『近代自然法学の発展』 (有斐閣、1951) 271頁、船田亨二 『法律思想史』 (愛文館、1946) 271頁以下などに詳しく説明されている。

³⁹ グローチウス (訳・一又正雄) 『戦争と平和の法〔第二巻〕』 (酒井書店、1989) 654頁を参照。原文は次の通りである。「At qui causam dedit cur vim pati aut metu cogi debeat habet quod sibi imputet. nam involuntarium ex voluntarion ortum habens moraliter pro voluntario habetur.」

⁴⁰ Samuel Pufendorf, De iure naturae et gentium (1672), lib. III, cap. pr. § 6 (S. 258).

て、それぞれの過失の衡量をすることを認めている点で、同じ自然法学者である Grotius とは異なっていると言える。しかし、Pufendorf は、賠償責任の軽減ということではなく、どちらか一方にだけ責任を負わせるという法的効果のみを言及しているに過ぎない。その意味で、衡平思想が徹底されていないと言える。

これに対して、ドイツの哲学者で近世自然法論者である Christian Wolff が、被害者の過失理論につき決定的な転換を示している。Wolff は、損害に対する被害者の過失が二つの異なった類型に分けて論じられるべきと示唆する。つまり、一つは損害の帰責が被害者自身の過失にのみ帰せられるかどうかという問題類型であり、もう一つは、当事者双方の財産上の利益が同一現象によって打撃を受けた場合に、惹起された損害が当事者間でどのように分割されるかという問題類型である、とする。この二つの類型を考慮しつつ、Wolff は、被害者のみの過失が帰せられる場合には、加害者の加害行為は損害と因果関係にあるとはいえないので、被害者は自分の過失による損害を自分で引き受けなければならなくなる、とする。他方、当事者双方が損害に対して過失を有している場合には、双方の過失は賠償義務の範囲という問題になり、損害賠償責任の軽減が問題になるにすぎない、とする。そして、責任軽減の方法としては、生じた損害から被害者の過失による損害部分が控除されるのではなく、生じた損害を全体として一つのものとして評価し、その単一の損害が当事者双方の過失割合によって分割される、という構成を採用している⁴¹。つまり、この Wolff においても、ドイツの地方国家に依然として重大な影響力を有していたドイツ普通法の原則通り、被害者自身の過失の問題は、損害賠償請求権が否定される問題として位置付けていただけであった。

ところが、一九世紀後半に、ローマ法を素材として体系的な私法理論の構築に力を注ぐパンデクテン法学が最盛期を迎えることになる。このパンデクテン法学においては、被害者自身の過失の問題につき、理論的な根拠づけをしようとする試みが、三つのグループに分かれてなされるようになった。一つは、被害者自身の過失という問題を、二つの因果関係のうちの第二因果関係のもとで扱うとすることで、損害の控除による責任の軽減が問題になるにすぎないとする Friedrich Mommsen⁴²から始まる、Bernhard Windscheid⁴³以降のパンデクテン法学に受け継がれて行く「因果関係の中断（Unterbrechung des

⁴¹ Christian Wolff, *Ius naturae method scientifica pertractatum* (1742), pars II, caupt II, § § 629-632 (S. 473ff.); Peter Aumann, *Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte* (Hamburg Diss., 1964), 43ff.; Werner Rother, *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht* (1965), 30ff.

⁴² 前田達明「不法行為についての一考察(二)」法学論叢 81 卷 6 号 33 頁 (1967)、Friedrich Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht* (1895, 2. Abt) S. 139ff.

⁴³ 前掲注 42・前田・43 頁以下、Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2. Bd., 1. Abt. (1865), S. 30ff.

Kausalzusammenhangs)」理論のグループである。二つは、被害者の自己過失を双方過失の場合も含めて典型的に分類して、それぞれに応じた法的効果を導き出そうとする Ludwig von Bar⁴⁴、Alfred Pernice⁴⁵、そして Gustav Demelius⁴⁶らによる理論グループである。そして、三つは、パンデクテン法学において被害者自身の過失を扱う際に「衡平」の理念を指摘して、「因果関係の中断」理論に見切りをつけて、具体的な事情を考慮しつつ被害者自身の過失という問題を把握しようとする Heinrich Levison⁴⁷や Otto Wendt⁴⁸による理論グループであった。これから以降、「衡平」の思想を根底に置きつつ、当事者双方の過失程度を比較衡量するという基本原理がドイツ民法典の編纂に取り込まれて行くことになる。

パンデクテン法学において被害者自身の協働過失を初めて問題にしたのは、Fr. Mommsen であった。Fr. Mommsen は、まず因果関係を、加害行為と損害賠償を義務づける事実との因果関係、つまり賠償の根拠を問題とする因果関係と、損害賠償を義務付ける事実と生じた損害との因果関係、つまり賠償範囲を問題にする因果関係の二つの場面に区別し、この二つの因果関係が認められる損害についてそのまま賠償されることになるとした。しかし、被害者が注意を払えば回避することができた拡大損害については、加害者に故意がある場合を除いて、賠償されるべき損害には算入されない、とした。そのうえで、被害者自身の過失は賠償を義務付ける事実と生じた損害との因果関係の場面で問題とされるにすぎないので、その効果としては賠償責任の制限を問えば足りる、いわゆる、被害者の過失が加害行為と損害との因果関係を中断する新たな介入行為にあたるとして、その部分の加害者の損害賠償責任を否定するという「因果関係の中断 (Unterbrechung des Kausalzusammenhangs)」理論を提唱するに至った。ただし、Fr. Mommsen は、加害者と被害者の双方過失が同時に発生し、それが損害を生じさせたという場面では、賠償範囲の制限を認めていない。この Fr. Mommsen の理論は、Bernhard Windscheid 以降のパンデクテン法学に継承されていくことになる。

他方、被害者自身の過失について「因果関係の中断」として処理するにしても、因果関係の時間的な段階を重視して、その適用領域を類型化したのが、Ludwig von Bar である。彼によれば、被害者自身に過失がある場合、損害結果に対する加害者の過失行為は共

⁴⁴ L. Von Bar, Die Lehre vom Causalzusammenhang im Strafrecht und Civilrecht, in ; Grunths Zeitschrift, IV Bd. (1877) , S. 21ff.

⁴⁵ Alfred Pernice, Marcus Antistius Labeo : Das Römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, Bd. 2(1878), S. 32ff.

⁴⁶ Demelius, Ueber Kompensation der Kulpa, in ; Jh. JB. 5 (1861) , S. 13-18.

⁴⁷ Heinrich Levison, Über Kompensation der Culpa(Bonn-Inaugural Diss., 1891), insb. S. 8ff., 13ff., 30ff., 41ff. Und 51ff.

⁴⁸ Otto Wendt, Eigene Verschulden, in ; Jh. JB. 31 (1852) , S. 127ff., insb. S. 147ff.

同の条件関係にあるとしても、共同の原因関係にあるとは言えないので、その因果関係は、加害者が故意である場合を除いて、中断されると説明する。被害者の過失を共働過失として過失相殺する場合とは、被害者と加害者が同時に過失行為を行った場合か、被害者の過失が加害者の過失よりも先行している場合である、としている。

この「因果関係の中断」理論は、Alfred Perniceによってさらに洗練されたものになる。Perniceは、Ludwig von Barの見解を参考にしつつ、被害者自身の過失を類型化し、加害者と被害者双方に過失がある場合と、被害者の過失と加害者の過失がともに被害者の損害発生に向けられている場合とを区別して、因果関係の中断が問題になるのは後者の場合であると説明する。さらに、Gustav Demeliusにおいても、被害者の過失を類型化して、当事者の故意や過失による有責的行為が双方に向けられて、両者ともに加害者であると同時に被害者であるという場合と、被害者の自己過失が加害者の過失とともに被害者の損害発生に向けられる場合に区別して、被害者の過失が協働過失として問題になるのは後者の場合である、と説く。そして、その協働過失とは、被害者の過失が相当部分を占める場合には、加害者の過失は因果関係として問題にはならなくなること、被害者の過失が加害者の過失と同程度に因果関係を有している場合には、加害者に悪意がある場合を除き、損害賠償責任はないとすること⁴⁹、そして、被害者が加害者に損害を拡大させる事情があるのを告げることを怠ったような場合には、加害者は、被害者の不注意がなければそのような損害は発生しなかった旨の証明をすれば、その範囲で賠償義務が免除されること、という三つの類型に分けて説明を加えている。

ところが、一九世紀の終わり頃になると、Heinrich Levison や Otto Wendt が登場して、被害者自身の過失の問題につき、因果関係中断の理論ではなく、より具体的な事情を考慮した「衡平の原則」に還元して処理することが主張されるようになっていく。まず Levison は、被害者の過失が加害者の過失に遅れて関与している場合に、損害を最初に発生させた加害者に損害の全部を負担させるのは、過失原理によって考えると不当であるとして、加害者の賠償責任は軽減されるべきである、と説明する。しかし、加害者と被害者双方の過失が損害発生に共働している場合には、いかなる損害賠償請求権も発生しないとす。そのうえで、加害者に悪意がある場合でも、その悪意が被害者の過失を無価値なものにするか、その範囲はどの程度かという点についての考慮が必要になってくる、としている。そして Wendt においては、Levison の主張を継承しながらも、被害者自身の過失という問題を衡平や正義という思想をもとにして、過失の程度の比較衡量をすることを主張しているのである。

以上述べたことが、パンデクテン法学における被害者自身の過失に関する処理方法につ

⁴⁹ Gustav Demelius は、このような場合において、「Volenti non fit iniuria（同意している者には害はない）」というラテン語の法諺から、「同意理論（Einwilligungstheorie）」を提唱している。Demelius, a.a.O., S. 52ff.

いての理論的な説明の流れである。この流れがドイツ民法典にどのように取り込まれて行くのか。次に考察するのはこの点である。

2 ドイツ民法典編纂への流れ

1770年代からイギリスに始まった産業革命は、一九世紀にはヨーロッパ諸国へ波及し、当時のドイツもその例外ではなかった。そのドイツにおける交通、重工業の急激な発展は、1850年から1870年代に発生したが、その発展は産業災害の被害という副産物、とりわけ、工場における労働災害、鉄道・船舶の交通事故、炭鉱での爆発事故などを生み出した。この種の災害や事故は、それまでの時代では思いもよらなかったもので、裁判において被害者は、過失や損害の立証をすることが極めて困難であるという問題に直面した。さらに、国による鉄道に対する徹底した保護育成政策もあって、産業災害の被害者は法律による手当もないまま放置されていた。このことが当時、社会問題となって1860年代には立法改革の諸要求がなされるようになった⁵⁰。被害者自身の過失問題を規定し、日本民法典の起草委員が参照したとされる1888年の第一草案（Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. 1888. [EI] §222）は、次のような経緯を経て起草確定するに至っている。つまり、第一委員会における債権法担当の von Kübel⁵¹が起草した部分草案（Teilentwurf zum Obligationenrecht von v. Kübel, 1882. [TE-OR]）に始まり、第一委員会・委員長 Pape⁵²による起草委員会のための起草法案（Redaktionsvorlage für den Redaktionsausschuss der 1. Kommission von Pape. [Red Vorl] §157）、起草委員会決定による確定草案（Zusammenstellung der sachlich beschlossenen Bestimmungen des Obligationenrechts nach den Beschlüssen des Redaktionsausschusses der 1. Kommission. [Zuset SR] §157）、そして第一委員会草案（Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung der ersten Beratung der 1. Kommission. [KE] §221）を経由して、§222 [EI] に起草確定することになる⁵³。前述した部分草案を起草するにあたって von Kübel が意図したことは、立法理由によると、定立

⁵⁰ 北山雅昭「一九世紀ドイツにおける損害賠償法改革議論に関する一考察」早大大学院法研論集 37号 49頁以下（1986）、西村健一郎「ドイツ労働災害補償法の生成に関する一考察（一）」民商 65巻 4号 528頁以下（1972）、および、これらが引用している諸文献など。

⁵¹ シュッツットガルト上級裁判所長官でヴェルテンベルク代表。

⁵² ライプティッヒ上級商事裁判所長でプロイセン代表。

⁵³ Horst Heinrich Jacobs und Werner Schubert (hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen : Recht der Schuldverhältnisse I [§ § 241 bis 432] (1978), S. 114ff を参照。

された一般命題から演繹的に事件の解決を図るのではなく、事件の個別具体的な事実を考慮した公平かつ妥当な処理であり、そのためには裁判官に自由な裁量を付与する必要がある、という点である⁵⁴。つまり、被害者自身の過失は損害賠償請求権を否定することになるという伝統的なドイツ普通法とは全く別の処理をすることを意図していたことになる。この背景にある法思想を von Kübel は、違法な行為を行う者に何らかの権利を付与することはあり得ないので、違法行為者のために被害者に損害発生を回避するような義務を負わせるようには考えられない、という点に求めている⁵⁵。そして、被害者が何らかの行動を採り、注意を払うことによって損害発生を回避することができたとしても、不法行為そのものがなければ、そのような回避行動をする必要性はなかったのだから、被害者の損害回避可能性を理由にして、被害者が自分の不注意による結果について責任を負わなければいけない、とすべきではないという趣旨についても言及している⁵⁶。

これに対して委員の一人である Gottlieb Planck は、加害者に故意のある場合はともかく、たとえ加害者が生ぜしめた損害であっても、被害者に普通の注意 (gewöhnliche Sorgfalt) を払うことで回避できた損害については、損害賠償請求は否定されるべきではないのではないか、という興味深い動議がなされた⁵⁷。この損害回避の懈怠に被害者自身の過失があると考えるかどうかという視点は、パンデクテン法学では必ずしも明確ではなかったからである。しかし委員会の多数は、第一草案の内容を正当なものとして承認した。ただし、被害者に損害回避の不作为があったことが証明された場合には、この草案内容の規定の適用を否定することは衡平ではないとして、Planck の動議に沿って修正がなされることになった⁵⁸。その後いくつかの変遷過程を経て§222 [EI] に至っている。

§222 [EI]

「他人が惹起した損害発生につき、被害者の過失 (Fahrlässigkeit) が損害回避に問題になるにしても協働している場合には、裁判所は、事件の事情に従って、他人が損害賠償の義務を負うかどうか、および、その負うべき義務の範囲について考慮しなければならない。とりわけ裁判所は、判決を出すにあたり、他人の過失 (Verschulden) と被害者の過失のどちらが重大か、および、その重大な過失による損害範囲を評価しなければいけない。」⁵⁹

⁵⁴ Werner Schubert (hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches : Recht der Schuldverhältnisse Teil 1 [Allgemeine Teil] (1980), S. 58.

⁵⁵ Schubert (hrsg.), a.a.O. [Vorlagen], S. 58.

⁵⁶ Schubert (hrsg.), a.a.O. [Vorlagen], S. 58.

⁵⁷ Jacobs und Schubert (hrsg.), a.a.O. [Beratung], S. 114.

⁵⁸ Jacobs und Schubert (hrsg.), a.a.O. [Beratung], S. 115.

⁵⁹ 原文は次のようなものである。「Hat bei der Entstehung des von einem Anderen

この§222〔EI〕の特徴は、賠償責任の軽減と裁判官の裁量という自然法思想を採用している点に見ることができる。そして、その賠償責任の軽減については、ドイツ普通法や一部のパンデクテン法学で見られた因果関係による損害控除ではなく、Christian Wolffらが主張したような、生じた損害を法的に一個の損害と評価して、それを各人の過失の程度に応じて当事者間で分割する、という方法を採用している点に特徴がある。そして、故意と過失を含む意味での加害者の「過失（Verschulden）」が、被害者の過失と比較考量されている点も興味深い点である。このため、§222〔EI〕は、加害者に故意があり、被害者に軽過失があるという事例に対しても適用されることを予定していることになる。その意味で、加害者の賠償責任を何ら制限していなかったドイツ普通法とは異なる思想も、ここに見出すことができる。

この§222〔EI〕を含む第一草案は公表されると、その基本方針に対して法曹界のみならず経済界などからも意見書や批判が寄せられており、はやくから疑義に晒されていたようである。その理由として、第一委員会の委員一名は五大邦国からの代表者のみで構成され、しかも、プロイセン代表はそのうちの五名を占めていたこと、そして、弁護士界や経済界からは一人も選出されていなかったことが強く影響しているとされている⁶⁰。そこで、第一草案の再検討が急務となり、それに伴って比較的好評だった§222〔EI〕も見直される運びとなった。第二草案（*Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Nach dem Beschlüssen der Redaktionskommission. Zweite Lesung. 1894–1895.〔EII〕*）において、§222〔EI〕が§217〔EII〕へと確定していくことになる。

§217〔EII〕

「損害の発生につき、被害者の過失（Verschulden）が、たとえ損害回避または軽減の不作為によっているにしても、協働している場合には、賠償の義務および賠償の範囲は、その事情によって、とりわけ、損害がいかなる範囲において主として何れの当事者により惹起されたかによって定められる」⁶¹

verschuldeten Schadens, mitgewirkt, so hat das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermitteln, ob und in welchem Umfange der Andere zum Schadensersatz verpflichtet sei. Das Gericht hat bei der Entscheidung insbesondere zu würdigen, ob und inwiefern das Verschulden des Anderen oder die Fahrlässigkeit des Beschädigten überwogen hat.」

⁶⁰ 平田公夫「一九世紀後半のドイツ社会と民法典」上山安敏編『近代ヨーロッパ法社会史』（ミネルヴァ書房、1987）286頁以下。

⁶¹ 原文は次のようなものである。「Hat bei der Entstehung des Schadens, wenn auch nur durch Unterlassen der Abwendung oder Minderung desselben, ein Verschulden des

この§217〔EII〕の特徴は、損害の範囲について何をもって確定しているのか、つまり、因果関係で行うのか、それとも過失によって確定するのか、という点が規定の文言からは明確ではなくなっているという点に見られる。さらに、被害者の損害回避の不作为と、損害軽減の不作为がともに配慮されているという点も特徴として指摘できる。また、「Verschulden」という文言が採用されていることから、被害者自身の故意による行為についても、この規定が適用されることを予定している点も指摘することができる⁶²。

このようにドイツ民法典の第一草案二二二条（1888年）は、定立された一般命題から演繹的に事件の解決を図るというものではなく、事件における個別具体的な事情を考慮した公平かつ妥当な処理を図るために、裁判官に自由な裁量を付与しているという点で、自然法思想を貫徹しようとしていたと言える。しかし、第二草案二一七条（1895年）に至る起草過程では、逆に、裁判官の裁量が働く余地をできるだけ抑制したいという考慮から、加害者が無過失責任を負う場合とか、第三者の行為に対して責任を負う場合にも、この規定を拡張して適用したいという考慮が働いている。この第二草案には、自然法思想ではなく、伝統的なドイツ普通法への依存を見いだすことができる。このような基本的な性格が盛り込まれた第二草案を、現行日本民法典の起草者である穂積陳重は参照したのである。

以上のような経緯でまとめられるに至った。注目すべき点は、この二つの草案において「協働過失（mitwirkendes Verschulden）」という考え方が採用されていることである。ドイツでは、全体として一つの損害としての把握、双方の過失程度の比較衡量、そして、裁判官の裁量という基本原理を導く自然法思想が、当時の法典編纂の運動に大きな影響力を及ぼしていたと言える。また、この考え方に、海事法における損害分担の思想、すなわち、当事者双方の過失を比較衡量して損害を当事者に分担させようとする思想が絡んで⁶³、現在のように損害を割合的に被害者と加害者の間で分配する制度が確立するに至っている。このような思想の影響を日本の法典調査会は受けていたわけである。

そして、前述した一八〇四年のフランス民法典は「Code Napoleon」と改称されたが、そのナポレオン法典は、ナポレオン統治下であるドイツのライン川左岸に位置するヴェス

Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze soweit der Umfang des zu leistenden Ersatzes von dem Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Theile verursacht worden ist.]

⁶² Peter Aumann, Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte(Hamburg-Diss., 1964), S. 183.

⁶³ Ernest A. Turk, Comparative Negligence on the March, 28 Chi.-Kent L. Rev. 189 (1950), 218ff. など。海事法の歴史的経緯とその内容については、前掲注1・長谷川・「法典編纂から見た『被害者の過失』①」駿河台法学2巻2号116頁以下で詳細に説明されている。

トファーレン王国でも施行された。その法律は、ナポレオン法典をそのままドイツ語に翻訳した「バーデン国法 (Badisches Landrecht)」と呼ばれた。このバーデン国法は、ドイツ民法典が施行される一九〇〇年一月一日までヴェストファーレン王国において行われ、債務不履行を理由とする損害賠償請求において債権者の過失を斟酌することを認める条文が置かれている。

Art. 1148a BadLR.

「それ（＝損害賠償請求訴訟）は、債務者の過失に債権者の過失が併発することによって生じた損害もしくは損害の拡大につき、提起することができない。」⁶⁴

この法律では、債権者自身の過失によって拡大された損害以外の部分については損害賠償請求が認められ、その分、損害の控除が行われ賠償責任の軽減がなされる、とされている。この法律が施行されることによって、ヴェストファーレン王国という地域では、ドイツ普通法はナポレオン法典にとって代わられて、その効力を失うことになる。

第3款 オーストリア一般民法典における法典編纂の流れ

オーストリアでは一八一一年に「オーストリア一般民法典 (Österreichische Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch)」が成立した。その民法典には、過失相殺に関する規定として、次のように定められている。

§1304 öst. ABGB

「損害発生につき被害者にも過失のある場合、被害者は、加害者とともに損害をその割合に応じて負担する。その割合を定めることができない場合には、同じ割合で負担する。」⁶⁵

この規定は、被害者自身の過失が協働して自分の損害発生に関与する場合を定めたものである。一八〇一年以来法典編纂の常任担当者であった Franz Edler von Zeiller は、その法典註釈において、加害者の故意は場合によっては被害者の過失を排斥する可能性があ

⁶⁴ 原文は以下の通りである。「Sie(- die Entschädigungsklage) hat auch nicht statt wegen einem Schaden oder einer Schdensvergrößerung, welche aus einer zu dem Versehen des Schuldners hinzugekommenen Verschuldung des Gläubigers entstand.」

⁶⁵ 原文は以下の通りである。「Wenn bei einer Beschädigung ein Verschulden von Seiten des Beschädigten eintritt, so trägt er mit Beschädiger den Schaden Verhältnismässig; und, wenn sich das Verhältniss nicht bestimmen lässt, zu gleichen Theilen.」

る、と述べている⁶⁶。また、損害を全体として単一のものと評価して、割合に応じて分割されるとして、裁判官の裁量を大きく認めている。Zeillerによると、損害の分割にあつては、当事者の過失割合が基準となるとしているが、一方の過失が他方の過失の二倍以上になれば、その一方の過失は他方の過失を完全に排斥することになると説明している⁶⁷。つまり、裁判官の裁量に対して、起草者による一定の内部的な制約が設定されていたことになる。しかし、Zeillerの理解とは裏腹に、法典制定後の学説では、§1304 öst. ABGB.に規定された損害分担について因果関係を基礎に理解しようとする傾向が強まって行ったようである。Fraz Xaver Nippelによると、損害分割の基準となる過失の程度を数量的に確定することはできないこと、§1304 öst. ABGB.は裁判官に衡平な裁量を与えてはいないことを理由に、損害分割は因果関係を基礎とする損害発生への寄与率を考慮して決定すべきとされている⁶⁸。だがその後、ウィーン大学のL. Pfaffは、§1304 öst. ABGB.の本質が、個々の事件において具体的な事情を考慮するために、裁判官に裁量の余地を与えている点にあることを強調した⁶⁹。このPfaffの主張以降、裁判官はたとえ過失の割合的な認定ができなくても、基準に従った損害の等分化をする必要はなく、むしろ、全損害の賠償を認めることも、あるいは、全損害の賠償責任を免責することも、そして、損害の一部のみの賠償責任を課すこともできるという理解が台頭してくることになる⁷⁰。ここに至って、Zeillerの理解であった裁判官の裁量的判断という点が現実的なものになったと言える。

第4款 旧スイス債務法における法典編纂の流れ

そして、同じ一九世紀のスイスにおける立法も、日本の法典調査会の議論において参照されている。スイス連邦の中には、ベルン（Bern）、チューリッヒ（Zürich）、グラウビュンデン（Graubünden）という各州（Kanton）において、自州で制定する民事法典において過失相殺に関する規定が設けられている。さらに、一八八一年に制定された各州に適

⁶⁶ Franz Edler von Zeiller, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erländer der Österreichischen Monarchie*, 3. Band, 1. Abth., 1812. No.2 zu § 1304 öst. ABGB. (S. 116 ff.).

⁶⁷ Zeiller, a.a.O., No.3 zu § 1304 öst. ABGB. (S. 726ff).

⁶⁸ Fraz Xaver J.F. Nippel, *Erläuterungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für die gesamten deutschen Länder der österreichischen Monarchie mit besonderer Berücksichtigung des practischen Bedürfnisses*, 8. Bd., 1835. 1. Abth., Anm. 1 ff. zu § 1304 öst. ABGB.(S. 116ff.)

⁶⁹ Kren=Pfaff=ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 3. Aufl., 1899. 1. Bd., S. 387 Anm. 1.

⁷⁰ Aumann, a.a.O., S. 139.

用される連邦法としての旧スイス債務法にも、過失相殺に関する規定が設けられている。この旧スイス債務法という名称は、一九一一年に現行のスイス債務法（Schweizer Obligationenrecht v. 30.3 1911.）が新たに制定されているため、この現行法と区別するために旧という文字が付け加えられている。この旧スイス債務法には、過失相殺に関する規定として、不法行為による損害賠償請求の場合（Art. 51 Schw. OR.）と債務不履行による損害賠償請求の場合（Art. 116. Schw. OR.）にそれぞれ規定されている。

Art. 51 Schw. OR.

第一項「損害賠償の方法とその範囲は、過失の状況およびその程度を考慮して、裁判官の裁量により定める。」

第二項「被害者にも過失がある場合には、裁判官は、その割合に従って、賠償義務を軽減するか、または免除することができる。」⁷¹

この Art. 51 Schw. OR.のもとになっているのは、一八七一年の Munzinger 草案第九一条（Art. 91 des Munzingerschen Entwurfes v. 1871）と、一八七五年の Fick 草案第八五条（Art. 85 des Fickschen Entwurfes v. 1875）である。

Art. 91 des Munzingerschen Entwurfes v. 1871 / Art. 85 des Fickschen Entwurfes v. 1875⁷²

「賠償されるべき損害の範囲は、関連するあらゆる事情を考慮し、特に、過失の程度を斟酌して、裁判官の裁量によって確定される。」

Art. 85 Abs. 2 des Kommissionalentwurfes v. 1877⁷³

⁷¹ 原文は以下の通りである。

Art. 51 Schw. OR. (1) 「Art und Grösse des Schadensersatzes wird durch richterliches Ermessen bestimmt in Würdigung sowohl der Umstände als der Grösse der Verschuldung.」 (2) 「Ist auch dem Beschädigten ein Verschulden beizumessen, so kann der Richter die Ersatzpflicht nach Verhältniss mässigen oder gänzlich von derselben entbinden.」

⁷² 原文は以下の通りである。「Der Umfang des zu ersetzenden Schadens ist unter Würdigung aller einschlagende Umstände, insbesondere auch mit Rücksicht auf die Grösse des Verschuldens durch richterliches Ermessen festzustellen.」

⁷³ 原文は以下の通りである。「Ist auch dem Beschädigten ein Verschulden beizumessen, so kann der Richter unter Berücksichtigung der Grösse des Verschuldens die Schadensersatzpflicht ermässigen oder derselben ganz entbindung.」

「被害者にも過失がある場合に裁判官は、過失の程度を斟酌して、賠償義務を軽減するか、または免除することができる」

つまり、Art. 51 Schw. OR.の第一項のもとがMunzinger草案第九一条、第二項のもとがFick草案第八五条に追加された第二項というわけである。ベルン大学教授のTh. Guhlによると、このような規定が設けられた背景には、その当時、JheringやBluntschliによって提唱されていた過失と賠償額の範囲との比例に関する思想の影響が多分にある、と指摘されている⁷⁴。また、第二項が追加された背景としては、草案審議の過程で、MunzingerとFickによる草案の後に制定された一八七五年の「鉄道賠償義務法（Eisenbahnhaftpflichtgesetz v. 1. Juli 1875）」の第二項で、被害者自身にも過失があった場合に賠償責任の免除を認め、輸送施設が免責される原因として「不可抗力（höhere Gewalt）」および「第三者の過失（Verschulden Dritten）」、そして「死亡者ないし受傷者の過失（Schuld des Gotöteten oder Verletzten）」が規定されていたことが注目されていたという事情がある。そのため、草案審議において、そのような一般規定を設けるべきか、それとも、判例の解釈を通じて弾力的に運用されれば十分であるのか、という点が議論された。結果、前述したFick草案第八五条に追加条項として第二項を設けることになったわけである。つまり、このFick草案第八五条第二項が追加される下地になったのは、すでに被害者の過失の存否や程度を考慮しようとしていたMunzingerとFickの両草案の中にあつたと理解できる。ただし、Art. 85 Abs. 2では、「過失の程度を斟酌して」となっているが、Art. 51 Schw. OR.では、「（過失）の割合に従って」という表現になっているので、Art. 85 Abs. 2のほうが賠償額の範囲と過失の比例という思想が曖昧になっていると言える。その後、このArt. 85 Abs. 2 des Kommissionsentwurfes v. 1877は、Botschaftentwurfの第五七条（Art. 57 des Botschaftentwurf v. 1878 und 1879）に継承され、この段階で、旧スイス債務法Art. 51 Schw. OR.に従った文言の修正や追加などが行われることになる。旧スイス債務法第五一条第二項では、被害者に過失があつた場合には賠償債務の免責まで法的効果が及び、しかも、その賠償義務の軽減や免責は裁判官が過失の割合に従って判断することになっているので、ドイツ普通法における伝統的な因果関係の中断理論に基礎を置く損害控除の発想ではなく、自然法上の全体としての損害概念と、それを前提とする損害分割の思想が窺われる。ただ、過失割合が分からないという場合には、損害の等分化による分担という手法を用いていない点で、前述したオーストリアの§1304 öst. ABGBなどにおける発想とは明らかに異なっている。そのような場合、旧スイス債務法第五一条第二項では、あくまでも裁判官の裁量に委ねるという意識が色濃く出されている。この旧スイス債務法第五一条第二項が、日本の法典調査会の議論において参照されて

⁷⁴ Theo Guhl, Untersuchungen über Haftpflicht aus unerlaubter Handlungen nach schweiz. Obli.-Recht. 1904. S. 12.

いるのである。

第5款 小活

これまでは、ドイツ、オーストリア、スイスにおける過失相殺制度が確立されるに至る歴史的経緯について考察してきた。この過失相殺制度の歴史的経緯に関する説明の中で、加害者に故意のある場合を除くという文言が、ドイツ、オーストリア、スイスの立法過程において使用されていたことが分かる。つまり、加害者に故意のある場合には、過失相殺制度が適用される対象とは考えられていなかったということになる。

この過失相殺制度における故意の取り扱いについては、ローマ法においても窺うことができるようである。長谷川貞之によると、被害者の自己過失が加害行為に共働する場合に、賠償責任の問題をどのように扱うかに関する法源として、D.2.10.3.3. (Iulianus libro secundo digestorum)⁷⁵と D.18.1.57.3. (Paulus libro quinto ad Plautium)⁷⁶の中に、「悪意の相殺 (compensato doli)」という法理が使用されており、加害者と被害者それぞれに悪意（故意）があり、かつ、その悪意がともに相手方に向けられているという場合に、訴権の発生が認められていない、と指摘されている⁷⁷。この法源は、債務不履行の場合に関するものであるが、これらの法源から、加害者と被害者双方の同種同等の違法で有責な行為は相互に相殺されるという一般的な法理を導くことは必ずしも誤りであるとは言えないとし、悪意を過失に置き換えて、過失の相殺の場合にも妥当させることはできる、

⁷⁵ 原文は、Si et stipulator dolo promissoris et promissor dolo stipulatoris impeditus fuerit, quo minus <ad indicium> venire : neutri eorum praetor succurrere debedit, ab utraque parta dolo compensando.である。これに対する長谷川貞之の訳は次のようになっている。もし問答契約の要約者と諾成者の双方が相手方より故意に法廷に出頭するのを妨げられるならば、それについては、少なくとも、“常識をもって (ad iudicium)”判断される。すなわち、執行官は、両当事者のどちらも救済すべきではない。というのも、両者の故意が相殺されるからである。長谷川・前掲注1・「法定編纂から見た『被害者の過失』(二)」60-62頁。

⁷⁶ 原文は、Quod si uterque sciebat et emptor et venditor domum esse exustam totam vel ex parte, nihil actum fuisse dolo inter utramque partem compensando etiudicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente stare non concedente.である。なお、これに対する長谷川貞之の訳は次のようになっている。買主と売主の双方が家裁による家屋の全部または一部の焼失を既に知っている場合には、両当事者の悪意は相殺され、そして、善意に基づくところの契約は両当事者が悪意であったときには有効に成立するとはいえないから、いかなる訴権も生じない。長谷川・前掲注75・60-62頁。

⁷⁷ 長谷川・前掲注1・「法定編纂から見た『被害者の過失』(二)」60 - 61頁。

とも述べられている⁷⁸。つまり、ローマ法下では、両当事者の過失を相殺させているが、加害者が故意の場合は訴権を認めないという処理をしていることになる。この流れが、先に説明したドイツ、オーストリア、スイスの各民法典の編纂過程において、その姿を現しているものと思われる。したがって、故意の場合は、過失とは同じレベルで比較することはできない、あるいは、すべきではないと考えられてきたということが、歴史的経緯から言えるように思われる。そして、その淵源はローマ法にあり、その思想が継承されて各国の過失相殺制度において共有されているものと推測される。ただ、何故、故意事例の場合に過失行為との相殺がなされるべきではないとされているのかについては、歴史的経緯の考察だけでは明らかにすることはできなかった。

また、ドイツ、オーストリア、スイス以外の国における状況を見てみると、この損害分担の思想、つまり過失相殺法理の採用は、けして一般的なものとは言えない状況のようである。例えば、近代法典の代表的な存在であるフランス民法典⁷⁹の立場は、前述したようにドイツ普通法のものに近似しており、そもそも過失相殺に相当する規定を有していないというものであった。フランス民法典では一九世紀後半になって、やっと判例や学説によって割合的な処理をする「faute de la victim」という概念が提唱されるに至っている。またイギリスでは⁸⁰、一九四五年に Law Reform (Contributory Negligence) Act が制定されるまでは、やはり両当事者の過失を比較衡量することによる割合的な解決をすることはなかったし、後で詳述するアメリカにおいても、今でこそ大多数の州において日本の過失相殺に相当する比較過失 (Comparative Negligence) 法理が採用されているが、それまでは、原告に過失がある場合には、原告の損害賠償請求を禁ずるという寄与過失法理が支配的な状況にあったため、原告と被告の過失を比較衡量するという思想はなかったと言える。そのような状況の中で、海事法における損害分担の思想、すなわち、当事者双方の過失を比較衡量して損害を当事者に分担させようとする思想の影響により、比較過失法理への扉が開かれるようになった。この海事法の損害分担の思想は、ヨーロッパ諸国にも影響を及ぼし、例えば、ドイツ民法典の第一草案第二二二条（一八八八年）、第二草案第二一七条（一八九五年）、オーストリア一般民法典一三〇四条（一八一一年）、そして、旧スイス債務法第五条第二項（一八八一年）において、協働過失という発想に基づく過失相殺法理が検討されるようになっている。ヨーロッパにおいてこの海事法に見られる損害分担の思想、つまり、現在の過失相殺法理に通じる発想を、日本の法典調査会は採用するに至

⁷⁸ 長谷川・前掲注1・イギリス不法行為法における寄与過失の法律とその理論的基礎（下）・62頁。

⁷⁹ Ulrich Magnus, *Drittmitverschulden im deutschen, englischen, französischen Recht*, 1974, S. 65 ff.

⁸⁰ 長谷川・前掲注1・イギリス不法行為法における寄与過失の法律とその理論的基礎（下）・61頁以下。

ったのである。

したがって、日本における過失相殺の一般規定七二二条二項が採用されるに至ったのは、以上のような世界情勢とその歴史的流れに沿う形であったと言える。また、立法段階において、過失相殺法理につき独自の条文を用意したという点から、過失相殺法理を民法七〇九条の要件に吸収させてしまうのではなく、その存在意義を有しているものとして理解していたと言える。

但し、日本の立法過程において、故意不法行為の場合に過失相殺法理は適用除外されるというヨーロッパでの議論の流れが、そのまま継承されているかどうかは不明である。まず、過失相殺法理における「被害者の過失」がどのような場合をその対象として取り上げるのか、そして、その「被害者の過失」についていかなる基準で判断するのか、について法典調査会の議論からは明らかではない。このため、被害者の特異体質や精神病質、既往症や持病、そして年齢などによる機能障害など、いわゆる「素因」と呼ばれる被害者の事情をどこまで射程内のものとして考慮するのか、そして、どの程度まで斟酌して損害賠償額の最終的な金額を算出するのか、という解釈が生じる一つの大きな契機になっていると言える。本稿で研究対象としている故意不法行為事例における過失相殺法理の位置づけも、法典調査会の議論では、あまり検討されたり考慮されたりせず到现在まで至り、平井宜雄の指摘⁸¹が出るまでは意識されてこなかったように思われる。

第2節 過失相殺法理の法的根拠

前節で検討したように、日本の法典調査会は、とりあえず、割合的な責任分担を行うように過失相殺法理を考えていたことになる。そうであれば、そもそも過失相殺法理は、加害者からすると一部とは言え損害賠償責任が減じられることを、逆に、被害者からすると、自分に生じた損害の一部を自分で負担することを要求される制度として理解されていたことになる。では、過失相殺法理によって加害者が減責される正当性ないし法的根拠は何か、過失相殺法理が適用されることで、何故、被害者が責任を負うことになるのか。その正当化理由については、七二二条二項の「被害者の過失」をどのように解釈をして、その意味を定義づけるか、という問題になる。この点について、日本における従来議論を整理しつつ、考察していくことにする⁸²。

⁸¹ 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂、1992）150頁。

⁸² なお、張韻琪「過失相殺の原理と構造に関する学説史的考察 — 現代的課題への対応のために —」法学協会雑誌第134号第11号134頁以下は、モータリゼーションの進行に伴って多くなった交通事故を前提に論じられてきた過失相殺の理論が、新しい社会問題を前にして、どのように修正され、あるいは、修正されなければ、どのようにその正当性を再構築できるか、そして、新しい社会問題の場面で過失相殺を行う場合に、どのような

第1款 我妻栄の見解

過失相殺制度の説明する際にもっともよく指摘される法的根拠は、損害の公平な分担を果たすため、というものである。我妻栄によると、「社会生活に於ては各自は他人に損害を加へざる注意を要すると共に又自ら損害を蒙らざるやう相當の注意を拂つて生活すべきである」としたうえで、「これに違反するときは、その損害は自ら忍受すべく、他人にその賠償を要求し得べきではない。これ、損害賠償理論の中心觀念たる公平の理想の命ずる所である」としている⁸³。つまり、過失相殺制度を適用することで、公平な損害分配を両当事者間で実現することができるというわけである。この損害の公平な分担を果たす制度であるという点を否定する見解はおそらくない。むしろ、発生した損害を公平に分担させるといふ損害賠償法全体の目的にも資する、という内容の説明である。

しかし、この「公平」という言葉によって、加害者の責任を減ずる正当化理由をどれだけ説明できているかは非常に疑問である。確かに、両当事者間で被害者に発生した損害を分担し合うために過失相殺が適用されるのであるが、それでも加害者の責任が減ぜられる積極的な説明にはなっていない。公平な分担を具体的にどのような理由に基づいて行うのかは、「公平」という言葉では十分な説明を果たすことはできない。

第2款 四宮和夫の見解

四宮和夫は、過失相殺法理を適用する際、被害者に事理弁識能力さえも要求すべきではないとしても、過失相殺を規定している七二二条二項の「被害者に過失があった」という部分の「過失」があったと言えるためには、「被害者の行為である」というものでなければならぬとし、その被害者の「行為適格」が必要であるとしたうえで、「例えば、歩道を歩いていた者が、突風のためによろめいて、車道に倒れ込み、制限速度違反の自動車にひかれた場合には、被害者に「過失」はないことになり、加害者は全損害について賠償責任をおわなければならないことになって、不当である、とする。そして、この「不当である」という主張の根拠として、括弧書きで「所有主が危険を負う」の原則に反する、としている⁸⁴。これは、いわゆる、所有者危険負担の原則（*casum sentit dominus*）と同義であると思われる。

理論構成が必要と言えるのかという問題意識から、詳細に過失相殺の理論に関する学説状況を考察されている。

⁸³ 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、復刻版、1988）209頁。

⁸⁴ 四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為 中巻・下巻）』（青林書院、1985）622頁。

しかしながら、窪田は、所有者が危険を負担するという原則が第一の帰責の原理であるとしても、一般的にこの原理は、当該損害について責任を負うべき者が存在しない場合に、被害者自身がその損害を負担するとしている原理であるにすぎないと理解されているのだから、加害者の責任が及ぶと一応評価される損害についての減責理論である過失相殺を説明する原理としては十分とは言えない、という説得力のある指摘をしている⁸⁵。所有者である被害者が発生した危険を負うとする原理は、あくまでも、被害者が過失相殺によって指摘された一部損害について負担する理由になるとしても、加害者が過失相殺で減責されるという理由付けとしては、必ずしも、十分であるとは言い難いと言える。したがって、窪田が指摘するように、所有者危険負担の原則は、「補充的帰責原理」として位置付けられると言える。

第3款 平井宜雄の見解

平井は、過失相殺制度を損害賠償法という全体の体系の中で、どのように位置づけるかという視点で、過失相殺制度を説明している。周知のように平井は、従来、相当因果関係として扱われて来た議論は、事実的因果関係、保護範囲、損害の金銭的評価、という三つの問題に分けて考えることができるとし、その中で損害の金銭的評価は裁判官の裁量に委ねて考える、という立場をとっている⁸⁶。そして、過失相殺制度は、その損害の金銭的評価の段階において問題になる制度であると位置づけ、結局、「金銭的評価における賠償範囲論一般の問題に解消され、金銭を算定するための各種の手続きのうちの一つを占めるにすぎなくなる」と主張されている⁸⁷。

しかし、平井による相当因果関係というドイツ法に由来する法概念を使わずに、三つのプロセスをもって構成し直したことに対して異論はないとしても、この金銭的評価を行う七〇九条とは別条文として七二二条二項が用意されていることの説明としては不十分であると言えよう。また、金銭的評価は裁判官の裁量に委ねるとしても、過失相殺で行う損害の金銭的な評価は、あくまでも七二二条二項に基づいて行われているはずなので、七〇九条での議論と同列で論じることには違和感を覚える。

第4款 被害者の義務違反を根拠とする見解

一 谷口知平の見解

⁸⁵ 窪田・前掲注1・170頁。

⁸⁶ 平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、1971）479頁。

⁸⁷ 平井宜雄「過失相殺」ジュリスト500号179頁（1974）。

谷口は、英米法において議論されている avoidable consequences、あるいは、duty of mitigation の理論を参照しつつ、損害避抑義務という概念を中心とする過失相殺法理を提唱している⁸⁸。つまり、英米法では、avoidable consequences、あるいは、duty of mitigation の理論として、被害者における損害の軽減や回避の義務が論じられ、同じように、損賠賠償における公平の原理ないし信義則の適用規準の一つとして損害避抑義務が考えられているので、「損害賠償算定において客観的な相当因果関係や予見可能性の存否の考慮のみによって、賠償額を認定しようとする従来の傾向を反省し、被害者債権者の態度への道徳的評価を加える損害避抑義務を中心とする過失相殺の法理をもっと活用することが必要ではなかろうか」と主張されている。

谷口の見解によると、過失相殺で損害の一部につき被害者が負担しなければならない理由は、被害者自身が負っている損害避抑義務に違反しているから、ということになる。そして、その損害避抑義務は、公平の原理や信義則などの一般原則から導くことができる、としているようである。そして谷口は、損害避抑義務は被害者の態度への道徳的評価を加えるものとして位置づけている。興味深い指摘であるが、そもそも法益主体は、原則として自己の法益をどのように処分するかにつき自由に判断し行えるはずである⁸⁹。この処分の自由性を抑制するものとして損害避抑義務を位置づけることができると思われるが、抑制すべきか否かは、あくまでも加害者との関係で決められるべきなのではなかろうか。過失相殺の基本構造は、加害者と被害者双方の事情を比較衡量することを前提としているはずである。一般原則から被害者に対して一般的な義務を措定することに少し違和感を覚える。

二 矛盾行為禁止原則に基づく見解

日本において、この見解が主張されているわけではないが、判決を分析、検討する中で言及されていたため、一応、取り上げておくことにする。

この見解はドイツ法において主張されているもので、被害者の過失と加害者の過失との対応関係を厳格に追及するという内容の見解である。具体的には、過失相殺制度を「venire contra factum proprium」の原則、つまり、自分の先行行為に矛盾した行為を禁止する法諺に基づいて過失相殺を説明する Reimer Schmidt の見解である⁹⁰。Schmidt

⁸⁸ 谷口知平「損害額算定における損害抑避義務」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究（上）』（有斐閣、1957）255頁。

⁸⁹ 前田達明『民法VI2（不法行為法）』（青林書院、1980）118頁。

⁹⁰ Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts (1953), S. 109ff.

は、法的義務には真正義務（Verbindlichkeit）とは別に、「より強度の弱い」義務があり、その義務を保険法にならって、間接義務（Obliegenheit）と名付けている。この「より強度が弱い」という意味は、義務者は権利者に対して履行請求権、訴求可能性、損害賠償義務もなく、違反した場合には、義務者に対する他の法的不利益が予定されているだけ、という意味である。そして、協働過失（過失相殺）を規定したドイツ民法二五四条は個人的権利領域という思想の現れであり、法益領域の主体は、領域内で生じた損害について自身で保証しなければならず、第三者が権利領域に侵入して損害を加えた場合にも、義務者は自身によって加えた損害に対して保証責任（Einstehenmüssen）を負うことになる、と Schmidt は説明している⁹¹。その一方で、ドイツ民法二五四条は過失責任を使って、被害者の行為の拒否を示している、とも指摘している。つまり、自己の権利領域における危険回避を命じる一般的な義務はないが、自己加害をしないという間接義務が生じるため、自己加害によって損害賠償請求の主張が法秩序によって拒否されるというのである。このような法秩序による拒否の基礎にあるものは、自己の行動に反して振舞うこと、つまり自己の矛盾行為の禁止という法思想である。このため、自己加害をする者は、自己に発生した損害を他者に転嫁してはならなくなるという説明である。被害者自身が先行行為で発生した損害につき因果的な関与を有しているにもかかわらず、その損害全額を加害者に対して賠償請求することは、自分の先行行為に矛盾することになるので許されないという自己矛盾禁止という思想に基づいているのが、ドイツ民法二五四条に規定されている協働過失（過失相殺）であるというわけである⁹²。

この矛盾行為禁止の原則は、言い換えれば、禁反言の原則とも言える。加害者の責任が減じられる正当化の理由としては興味深い指摘であると思われる。しかし、Schmidt のいう間接義務という概念の内容が問題である。Schmidt は、法的忠告、あるいは違法以外の法的拒否などの説明を付加しているが⁹³、これらの概念に具体性が欠如しているという問題点が残っていると言える。また、そもそもこの *venire contra factum proprium* の原則によって禁止されているのは後行行為なのであり、先行行為である自己加害行為を拒否することはできない、つまり、全く想定されている事例とは異なる原則で説明しようとしている点で、無理のある説明になっている。

三 勝本正晃の見解

⁹¹ R. Schmidt, Soergel / Siebert Kommentar zum BGB Bd.2 (1967) § 254 Rdn. 13f.

⁹² この見解で説明する論文は日本では見当たらないが、磯村保「矛盾行為禁止の原則について — 信義則適用の一場面 —」法律時報六一巻、二、三、五、一三三号（1989）は、この矛盾行為禁止原則について言及し、裁判例をもとに詳細な分析を行っている。

⁹³ Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten, Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts (1953), S. 104.

勝本は、被害者の過失について次のように説明している。「過失相殺における賠償権者の過失が、債務不履行又は不法行為そのものには包含せられず、又、過失そのものとも独立して存在する」とし、さらに「賠償権者の加担行為は、そのみでは独立して何等の違法性も有しない」ので、「此点に於て、加担行為は、債務不履行、不法行為とは全く法律上の意義を異にする」と主張されている。その上で、賠償権者の過失が過失相殺の対象となる根拠について、「何人と雖ども、自己の行為によって、不当なる義務を他人に負担せしめることは出来ないのであるから、賠償権者は、自己の行為によって、賠償義務者の負担を増加せしめざるべき一般的不作為の義務を負っている」とし、「蓋し此場合に於てのみ、自己の過失は、賠償義務者の責任を、不当に増大せしめる虞れがあるからである」とされている。さらに「若し此過失を斟酌せずして、全部の賠償責任を認むれば、賠償権者は自己の行為によって他に不当なる損害を発生せしめたものとして過失の責に任ずべきことになるのである」ともしている⁹⁴。そこで、賠償義務者と賠償権者の責任を、調整清算して、損害の範囲を決める法理が過失相殺である、という説明である。

つまり、被害者の過失は加害者の過失とは異なるものであるため、被害者の過失で生じた損害について加害者に責任を負担させることは、加害者の賠償義務を不当に拡大することになり、その意味で、加害者に対する義務違反と言える、というわけである。しかし、加害者の過失とは異なる被害者の過失が、どのような内容であれば有責なものと言えるのか、という点が明らかではない。過失相殺による調整清算を生じさせる被害者の過失の内容が不明であるという点で、勝本の見解には限界があるように思われる。

四 奥田昌道の見解

奥田は、ドイツにおける「*obliegenheit*」⁹⁵に関する議論を援用して、過失相殺の根拠を説明している。奥田の説明によると、この「*obliegenheit*」という概念とは、「債権者の損害避免義務、損害拡大防止義務などは真正の法上の義務（その違反に対し相手方に対し損害賠償義務を負う）ではなく、ただ消極的に賠償請求権を失うとか賠償額を減額されるなどの不利益を被るにすぎない」という内容の概念であるとしている⁹⁶。つまり、違反者に対して積極的なサンクションを科すものではないが、利益を喪失させるという意味での法的強制力を伴う義務のことを意味するものであるというわけである。奥田はこの「*obliegenheit*」を

⁹⁴ 勝本正晃「過失相殺に関する民法の規定の適用に就いて（一）」法学一卷二号 40 - 45 頁（1932）。

⁹⁵ なお、生田敏泰「ドイツ法におけるオブリーゲンハイトについて —民法を中心に」早稲田法学 41 号 1 頁以下（1991）で、詳しくドイツ法の議論状況が説明されている。

⁹⁶ Reimer Schmidt, *Die Obliegenheiten* (Versicherungswirtschaft, 1953), S.105.

「間接義務」と訳して、「過失相殺における債権者の「過失」は、他人に対する義務を前提とし、かつ、義務違反による損害賠償の責任要件とされる通常の過失とは異なる」が、「過失相殺の現実的処理の上では、債権者の自己過失（自己に対する過失）は、他人に対する通常の過失と同様に取り扱うほかない」と説明している。つまり、被害者は、自身が負っている損害の回避または拡大防止に向けた間接義務に違反しているために、損害の全部または一部の負担を甘受しなくてはいけなくなる、というわけである。

確かに、過失相殺で問題となっている被害者の過失を、加害行為を中心に展開されてきた違法性とは距離を置く間接義務として理解して理論構築するという点は興味深い指摘である。しかし、何故、賠償請求権者である被害者に対して間接義務という義務が課せられるのかという点について、奥田は明らかにされていない。

五 能見善久の見解

過失相殺を論じる場合に損害分配機能が過度に強調されていることを批判して、事故支配力や損害支配力という概念を用いて、過失相殺を事故や損害発生を抑止という視点から再構成しているのが能見善久である。能見によると、被害者にも注意深い行動をとるインセンティブを与える制度が過失相殺であるとして、そのような機能を有する過失相殺が認められるのは、「当該被害者が他人に損害を与えたとしたら責任を負わされるのと同じレベルの過失がある場合に限られる」べきである、と説明している⁹⁷。このため能見は、過失相殺が認められるのは、「当該被害者が他人に損害を与えたとしたら責任を負わされるのと同じレベルの過失がある場合に限られる」べきであるとする。つまり、加害者の過失と被害者の過失をパラレルに構成し、事故抑止・損害抑止の意味がないような場面での過失相殺の適用を制限しているのである。

しかし、加害者に責任能力が要求されるのは、加害行為が対他人であるためである。他方、過失相殺における被害者の過失は、あくまでも、被害者自身の権利や利益に向けられているものである。過失相殺でも被害者に責任能力が要求されるべきということ、被害者が自分の行為で加害者に損害賠償の支払いという面で不利益を与えることになり、違法であるということ認識することを要求することになる。はたして、このような能力を被害者に課すことが本当に必要なのかは疑問である。

また、加害者の過失と被害者の過失をパラレルに構成するため、過失相殺の局面でも、被害者の事理弁識能力ではなく、責任能力を要求すべきだとする。しかし、過失と責任能力を別個の原理に支えられたものとして切り離して捉える場合には、被害者につき責任能力を要求する論理的必然性はないのではないかと、という疑問も残る。また、加害者に責任

⁹⁷ 能見善久「過失相殺の現代的機能」森島昭夫教授還暦記念論文集『不法行為法の現代的課題と展開』（日本評論社、1995）136頁以下。

能力が要求されるのと同様に被害者にも責任能力が要求されるとしても、加害者に損害賠償の支払という面で財産上の不利益を発生させるから、自分の行為が違法であると被害者が知ることができるという責任能力が本当に必要と言えるのか、という価値判断的な疑問も生じる。

六 被害者の行為規範違反に基づく見解

加害者に行為規範違反があり、帰責事由ありとされて賠償責任が認められた以上、責任の縮減を行為規範レベルで正当化することには問題があるとして、被害者の過失を被害者の行為規範違反と把握して、行為規範違反としての評価を経た後での回顧的な損害分担作業で考慮される被害者の損害回避行為に対する帰責性評価が過失相殺であるとする見解がある。

前田達明は、民法七〇九条の「過失ある不法行為」の帰責根拠は意思責任ではなく、「信頼原則」であるとする⁹⁸。つまり、「社会生活上、あらかじめ、行為義務がそれぞれの行為者について設定されているのであり、それは、社会構成員への行為義務の分配であり、またそれは危険の分配でもある」から、「各人は、他の社会構成員がその行為義務を守ることへの信頼が裏切られたところに、「過失ある不法行為」ありとして、損害賠償請求が許される」というわけである。その上で、「過失は客観的行為義務違反であるから、違法性の要素であり、したがって、「過失相殺」とは「違法性相殺」のことであり、「危険の引受」や「被害者の承諾」が「違法性阻却事由」であるのと調和するし、また、被害者の行為が事故発生に寄与しているというだけでは、「過失相殺」はなされないのであって、違法な行為が寄与していなければならないのだから、この点からも、「違法性相殺」と考えるのが合理的であると説明する⁹⁹。つまり、「722条2項は「過失」相殺とされているが、加害者と被害者における違法性の衡量、すなわち、「違法性」相殺の規定であるということになる」というわけである¹⁰⁰。結局、過失相殺において問題になるのは被害者の過失責任であるとして、徹底した行為義務化を図る見解と言える。

窪田充見においては、加害者に行為規範違反があり、帰責事由ありとされて賠償責任を負担すべきものとされた以上、責任の減縮を行為規範レベルで正当化することには問題があるとした上で、被害者に生じた損害を他人に転嫁するためには、行為規範たる義務違反が必要であるが、このような行為規範違反が認められる場合でも、「自己の法益を侵害しないために必要な行為の枠組みを逸脱したこと（あるいは自己の法益を侵害しないために必要な注意を払わなかったこと）は、加害者との間の回顧的な損害分配作業においては意味を有し

⁹⁸ 前田・前掲注 89・362 頁、同『民法学 6』（有斐閣双書、1975）68 頁。

⁹⁹ 前田・前掲注 89・362 頁、同・前掲注 98・『民法学 6』212 頁。

¹⁰⁰ 前田・前掲注 98・『民法学 6』212 頁。

得る」と説明している¹⁰¹。そして、加害者の責任要件を充足し、相当因果関係内の損害について責任を負担すべき地位に加害者はあると評価されても、「当該損害が、被害者によっても回避・縮減可能であり、そうしたことが期待され得る場合には、その一部（または全部）を被害者自身が負担し得べきことを、被害者に対して主張することは可能」であるとしている¹⁰²。つまり、被害者の過失を被害者の行為規範違反と理解せず、行為規範違反としての評価を経た後の回顧的損害分担作業の次元でなされる被害者の損害回避行為に対する帰責性評価として把握しているのである。また、「損害回避・縮減の期待ということは、法秩序の命令からは導けないが、所有者危険負担という法以前の原理を基礎として導くことが可能」として、所有者危険負担の原則を採用しつつ、被害者に損害回避・縮減の期待があったことが、過失相殺の根拠になるとしている。

この窪田説の「損害回避・縮減の期待ということは、法秩序の命令からは導けないが、所有者危険負担という法以前の原理を基礎として導くことが可能」という部分に対して潮見は、被害者についての法内在的な帰責原理とは言えないか、と指摘している。つまり、行為規範違反により加害者にシフトされた損害を再度、被害者側へとシフトするための法原理、そして、これの発現としての自己危険回避義務と考えることができるのではないか、という指摘である¹⁰³。

他方、この窪田の見解と似ているが、潮見佳男は、窪田が採用している所有者危険負担の原則を基礎にすべきではない、と主張されている。その理由は、「賠償額の減額調整が問題になるのは、すでに成立要件面で帰責事由ありと判断された加害者の損害負担を修正する場面」なので、所有者危険負担の原理ではなく、「加害者危険負担の考え方の原理面での優位性」が認められる場面であるから、というわけである。そこで潮見は、「被害者についての法内在的な帰責原理を基礎」として考えることはできないか、と主張されているのである¹⁰⁴。つまり、加害者による行為規範違反によって、加害者にシフトされた損害を再度被害者側にシフトバックするための法原理が過失相殺であり、そして、その法内在的な帰責原理の発現として自己危険回避義務が被害者側に課せられる、という説明である。

第5款 加害者の違法性縮減を根拠とする見解

まず、川井健は、過失相殺によって加害者が減責されることの反射的効果として、被害者が損害負担をすることになるとして、加害者の違法性が縮減しているということから過失相殺の根拠を説明しようとしている。川井は次のように説明している。「過失相殺において

¹⁰¹ 窪田・前掲注1・196頁以下。

¹⁰² 窪田・前掲注1・205頁以下。

¹⁰³ 潮見佳男『不法行為法』（信山社、2005）311頁。

¹⁰⁴ 潮見・前掲注103・311頁。

は、法文の文字からすると、被害者の心理的態様が問題とされることは明らかだが、判例により修正された諸場合を統一的に矛盾なく説明するためには、むしろ逆に加害者の行為に焦点をあわせなければならないのではないか。すなわち加害者がどこまで責められるべきか、換言すれば、加害者の違法性の度合いが問われ、その度合いに応じて損害賠償の範囲が画されるのではなかろうか¹⁰⁵と主張されている。つまり、加害者の行為の違法性の度合いを図る前提として被害者の年齢、具体的行動を考慮に入れて、本来なすべきであった対応から現実になした対応が欠けていた程度に応じて加害者の責任の軽減する、というわけである。

同じように、西原道雄においても、客観的に判断される加害者の非難可能性の大小に応じて賠償額に差をつけるとして、加害者の社会的非難可能性を基礎にした違法性の相殺という考え方が主張されている¹⁰⁶。

また、広中俊雄は「過失相殺の制度は、不法行為制度における具体的衡平の確保を図ろうとするもの」とした上で、その根拠について次のように説明している。「その決定的根拠は、被害者その人が非難に値するという点にあるよりも加害者の責任の量（賠償額）を減縮すべき事情が存在するという点にある、と理解しなければならない」と主張している¹⁰⁷。そして、その主張の裏付けとして、最高裁が、七二二条二項にある「被害者」について「被害者側」と解釈していることや、「被害者」に行為の責任を弁識するに足る知能が備わっていることも必要としないとしていることが妥当なのは、過失相殺の法理を加害者の責任を減縮することに基づいているという意味においてである、としている。

さらに、内田貴は、各種事情を総合的衡量することに基礎を置きつつ、「被害者の行為態様や素因、さらには加害者と被害者の人間関係といったファクターが、加害者の帰責性（過失・違法性・寄与度等の表現で表現される。有るか無いかではなく量的概念である）の程度に影響し、それが賠償額の縮減を要請する」と説明されている¹⁰⁸。つまり、過失相殺による減額調整するにあたっては、客観的な影響の度合いとか、加害者と被害者の主観的容態なども考慮して行われる、というわけである。

このように加害者の違法性と賠償額をリンクさせて過失相殺法理を説明しようとする見解に対しては、若干の疑問が残る。川井や広中が主張するように、加害者側の行為態様で賠償額という責任の大きさが決まるというのであれば、そもそも被害者側にいかなる事情があったとしても、被害者側に生じた損害は一定のものになるということが前提にならな

¹⁰⁵ 川井健『現代不法行為法研究』（日本評論社、1978）292頁、同「過失相殺の本質」判タ 240号 10頁以下（1970）。

¹⁰⁶ 西原道雄「幼児の死亡・傷害と損害賠償」判例評論 75号 7頁以下（1969）、同「生命侵害・傷害における損害賠償額」私法 27号 110頁以下（1965）。

¹⁰⁷ 広中俊雄『債権各論講義〔第六版〕』（有斐閣、1994）500頁。

¹⁰⁸ 内田貴『民法Ⅱ 債権各論』（東京大学出版会、1997）413頁。

いと、論理的な整合性が維持できなくなるのではなかろうか。例えば、自動車が衝突したり接触したりして物損が発生したという場合、その場合の被害者の損害額は、被害車両の違いで異なってくるのは、裁判実務においても当然のこととされている。他方、生命や身体の場合には、西原道雄が提唱された死傷損害説¹⁰⁹が逸失利益という消極損害項目につき裁判実務においても採用されているのであれば、この疑問は幾分緩和することになるかもしれない。しかし、死傷損害説に立脚するにしても、生命や身体侵害の場合に、一定額の損害額を認定することは、逸失利益以外の積極損害項目では一般的ではない。このような裁判実務の状況を考えると、加害者の違法性と損害賠償額をリンクさせて、過失相殺の法的根拠を説明することは困難であると思われる。

他方、内田は総合的に事情を考慮するとしているため、必ずしも加害者側の行為態様だけで減額調整がなされるとはしていない。確かに、過失相殺と言っているからには、加害者と被害者の双方の総合的な事情を考慮して相殺をする、ということになるべきである。この内田が示唆する点、そして、西原が指摘した行為者の社会的非難可能性という視点は、過失相殺法理の構造を考える上で、非常に意義のあるものと言える。

第6款 加害行為との因果関係を根拠とする見解

過失相殺法理は加害者の減責を問題にしており、加害者の責任が限定されることの反射的效果として被害者の損害負担が生じる、と説明する点で加害者の違法性縮減に着目した見解と同じなのであるが、加害行為と因果関係のある損害という点からアプローチする見解もある。野村好弘の提唱する割合的因果関係論と、浜上則雄の提唱する部分的因果関係論である。

野村は、因果関係を量的概念として把握し、これを賠償額に反映させることを提唱している。前述したように平井宜雄は相当因果関係を、事実的因果関係、保護範囲の画定、損害の金銭的評価という三段階の枠組みとして構成し直してみせたが、それを「ひとつの相対的な座標軸でしかない」として、因果関係を「substantial factor test」、つまり「重要な要素のテスト」とした把握し直したものが、事実的因果関係としての割合的因果関係であることを野村は主張している¹¹⁰。そして、割合的に把握した因果関係を賠償額に反映させるというわけである。

他方、浜上は、通常損害は複数の原因によって発生するが、それぞれの加害原因はそれぞれ固有の因果関係上の影響力で、全体の損害と結びついている、と考えている。このよ

¹⁰⁹ 西原・前掲注106・「幼児の死亡・傷害と損害賠償」7頁以下、同・前掲注106・「生命侵害・傷害における損害賠償額」110頁以下。

¹¹⁰ 野村好弘「因果関係の本質」交通事故紛争処理センター創立10周年記念論文集『交通事故損害賠償の法理と実務』（ぎょうせい、1984）62頁以下。

うな発想に基づいて、「全体の損害に対して部分的な因果関係のみをもつものであるから、責任も部分的な責任しか生じないものである」と主張している¹¹¹。

さらに、この部分的因果関係という見解に賛同しているのが中野貞一郎である。中野は「個々の事件における具体的な照明状態に依存し、相対的にのみ大まかな数値を示しうるにすぎぬ主観的な心証度や、それじたい証拠によって認定しなければならない自己の損害発生に対する寄与度によるよりも、むしろ、証明度の軽減をはかりつつ、過失相殺の規定（七二二条二項）の類推適用というかたちで、被害者側の（ないし事故以外の）事情の因果系列における加功ある場合にいわば原因相殺（因果減殺）を認めるといほうが適当なように思う」としている。そのように理解すれば、「過失相殺と一括して損害の公平な分担という制度的理念に直結できるとともに、それらの事情の斟酌の有無、程度を裁判所の自由裁量にかからせることができるし、過失相殺における過失割合と同様に実務を通じて客観的事情の類型化による因果割合の基準を立てていくことも可能になる」と述べている¹¹²。

確かに、下級審での交通事故裁判例や公害訴訟の裁判例の中には、分割責任を認める方向での問題処理をしているものがある。その意味では、裁判実務に即した理論と言えるであろう。しかし、浜上が述べているように損害が一つの原因のみで発生している事例は少なく、通常はむしろ複数原因によって生じているものと思われる。そのような状況下で、原因となる事実を選択するという作業は、それ自体、法的評価を伴ってくることになる。そうすると、単に事実の問題として位置付けることは不可能になってくる。つまり、原因を選択した時点で、損害負担を正当化するものを選択していることにはなからうか。また、因果関係要件とはそもそも、ある結論をその行為者の行為に帰することができるかどうかを判断するものである。よって、因果関係要件においては、まさに「あるか、ないか」という判断しか行うことができないはずなのである。両説は、このようなより根本的な問題点を有しているものと思われる。

なお、齋藤航も因果関係に言及する主張をしているが、野村説や浜上説とは大きく異なる内容となっている。齋藤は、アメリカ不法行為法における回避可能損害の法理と比較過失法理の関係性について詳細に検討した結果、個別に認識可能な損害項目の具体的な内容が、原告の過失によって生じたと言える損害が確定できるなら、それによって減額処理をし、できない場合には、全体の損害額と過失割合を認定することで割合的に減額するという「部分的減額優先の原則」の妥当性を主張したうえで、損害の分割可能性にまず着目して、分割可能であれば因果関係の判断、分割が難しい場合には過失相殺という割合的減額

¹¹¹ 浜上則雄「損害賠償法における『保証理論』と『部分的因果関係の理論』①民商法雑誌 66 卷 4 号 545 頁（1972）。

¹¹² 中野貞一郎「相当因果関係の蓋然性と損害賠償額」別冊ジュリスト続民事訴訟法判例百選 169 頁（1972）。

を図る、という見解を述べられている¹¹³。

第7款 橋本佳幸の見解

橋本は、被害者の損害負担という側面について、領域原理という損害分配原理を使って、過失相殺制度を説明しようとしている¹¹⁴。まず、この領域原理であるが、「一定の不利益を、その根本原因（損害危険）が誰の領域（影響範囲・活動範囲（Geschäftskreis））にあったかを基準に分配するという危険分配原理」であると説明する。その上で、「過責原理は、成立要件論、すなわち加害者への損害転嫁を支配するにすぎない。過失相殺において被害者が損害を負担するのは、いわば損害の一部留保であるから、これについてまで過責原理に縛られる理由はない。過失ある場合に損害を転嫁されるにすぎない加害者とは異なって、法益主体たる被害者は、自らに生じた損害を第一次的に、過失の有無にかかわらず負担すべき法的地位にある（「所有者は事変による損失を負担する」）。そうであれば、過失相殺事例における損害分配（損害の一部留保）についても、過責原理よりも厳格な損害分配原理を用いるべきである。具体的には、領域原理を用いることが、被害者の法益主体性と最も整合しよう」という。さらに、「過失相殺事例においては、生じた結果は、加害者の義務違反行為の結果であるにとどまらず、被害者（責任無能力者）の義務違反行為の結果（被害者の特別の危険の実現）でもある。ところが、成立要件論は加害者の行為について法的評価を加えるにすぎない。そのため、被害者の義務違反行為が競合したことを加害者・被害者いずれの負担となすべきかは、成立要件論のみによっては定まらない」し、「責任無能力者に過失がないのはもちろんのこと、加害者も被害者の当該行為それ自体を防止すべき義務を負っているわけではないため、過責基準を用いることもできない」から、領域原理を基準にして、偶然の原因競合から生じた不利益の分配を図る必要性が生じる、とも説明を加えている。損害発生危険がどの領域で生じたのかで、損害分配を決定するという視点は、従来の過失相殺法理の拡大適用に理論的な正当性を与えるにあたり、非常に興味深く魅力的なものであると思われる。重要なポイントである領域の設定についても、誰の影響の範囲内での危険発生か、そして、誰の活動範囲内での危険発生と判断できるかという基準で判断するとしている点が、これまで言及してきた見解の中でも何度か登場した「所有者危険負担」の原則との比較でも特徴的である。ただ、補充的帰責原理と把握されている所有者危険負担の原則と何らかの棲み分けが図られる制度設計がな

¹¹³ 齋藤航「不法行為における被害者の過失に基づく損害賠償額の減額方法 — comparative negligence と avoidable consequence の適用関係 —」香川法学 40 卷 1・2 号 128 頁（2020）。

¹¹⁴ 橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程 — 責任無能力者の「過失」と素因の斟酌をめぐって —」法学論叢第 137 卷第 6 号 36 頁以下（1995）で本文の内容を説明している。

されるものなのかどうか。そして、交通事故を念頭に置いて導き出された領域原理という新たな根拠によって、交通事故以外の問題を被害者救済という視点から、どこまで図られるのかが必ずしも明らかにされていないのではないか、と思われる。

第8款 小括

以上見てきたように、過失相殺の法理によって、加害者の責任が何故減縮されるのか、被害者は加害者の減縮された責任を何故負担しなければならないのか、という点につき様々な見解が示されてきた。各見解の主張内容から言えることは、過失相殺法理において「被害者の過失」をめぐって問題になってきたのは、何故、過失相殺法理によって、加害者の責任が減縮するのか、さらに、何故、被害者に発生した損害を被害者自身に負担させることができるのか、という点であった。

思うに、過失相殺法理が適用される場面は、いったん加害者側の事情により損害賠償請求権が成立するか否かの検討を経た上で、賠償額の減額調整が問題となっている場面、加害者が抗弁として減額を主張立証しているという場面である。このため、過失相殺法理の適用場面では、加害者が被害者側の事情を考慮して減額を検討すべきと主張することになる。過失相殺法理の体系的な位置づけをそのように考えれば、加害者側の事情だけを考慮して賠償責任の大きさが決まると考えることに対しては躊躇を覚える。また、過失相殺が問題になっている場面では、所有者危険負担の原則はそもそも問題にならないのではないか、という指摘が潮見からなされている。さらに、潮見からは、被害者についての法内在的な帰責原理として自己危険回避義務を観念することはできないか、という指摘がなされている。このような帰責原理を観念すれば、何故、被害者が過失相殺法理で一部の損害を自己負担しなければいけない帰責根拠を示すことができる、というわけである。しかし、被害者が日常生活を営む上で、加害者に課されている義務ほど強いものではないにしても、義務という視点で、ある一定の行為を被害者側に要求するという発想が、そもそも行動の自由をできるだけ保障すべきであるという憲法からの要請のもとで馴染む発想なのか、という疑問が残る。

だが、加害者側に要求されるのと同じ義務としないまでも、被害者に一般的に求められる「期待可能性」という視点から、被害者に一定の行為を要求することは可能ではなかろうか。ある被害を受けた場合に、その被害者に対してどのような行為をすることが期待できるのか、その期待は相当性のあるものなのかという視点から、被害者側の行為態様を評価するという意味である。この期待可能性に反する行為態様が被害者側に認められると、非難可能性があるとの評価ができ、過失相殺法理による一部損害の負担が課せられると考えるのである。このように考えれば、損害の一部が期待可能性に反する原告によるものであるという加害者による過失相殺の抗弁が認められれば、原告の支配領域内の事情で発生した損害分について、加害者に移転することはできないと考えることができるように思わ

れる。また、何故、被害者は自身に発生した損害の一部を自分で負担しなければいけないのかについては、原告の支配領域内で行われた、あるいは行われなかった期待可能性のある行為態様によって原告の帰責根拠を示すことになるのではないかと考える。

そうであれば、被害者に対してある行為を行うことが期待されていたという内容を、そもそも故意の加害者が、自分の責任の減責を求めて主張・立証することができるかとされるべきなのか。過失相殺法理は、最終的に損害賠償額を確定する段階で問題になってくるが、「相殺」と言っている以上、被害者側の事情だけを考慮するものではないはずである。つまり、加害者側の事情も考慮されて、損害賠償額を算出することになるのである。そこで問題になってくるのが、本稿の研究対象である故意不法行為事例における過失相殺法理の適用が認められるべきか、という問題である。そもそも、加害者が故意に基づく不法行為を行った場合に、被害者側が損害発生に寄与している点を主張して、減額できる余地を認めるべきなのか、という問題なのである。

第3節 故意不法行為事例における過失相殺法理の問題点

第2節で考察したような帰責根拠を過失相殺法理は有しているのであるが、そもそも過失相殺法理が機能している場面は、加害者による過失行為と、被害者側に認められる事情とを考慮して、公平の見地から損害賠償責任を減殺するという場面である。しかし、加害者による加害行為は過失行為に限られず、故意による加害行為の場合も想定することができるし、実際の裁判事例でも件数的には過失不法行為の事例ほどではないにしても、存在している。では、この故意不法行為の場面で、過失相殺法理の適用が問題になった場合に、過失相殺法理の適用をそのまま認めてもいいのであろうか。

過失相殺の法理は、加害者による権利侵害によって生じた被害者である原告から損害賠償請求がなされた場合の被告から主張される抗弁として位置づけられている。つまり、加害者の不法行為の成立要件が充たされたことを前提にして、成立要件での主張立証において考慮されなかった損害について、被害者と加害者との間で公平に分配するために、被害者に何等かの義務違反があったことを理由に、再度被害者に転嫁するための制度として理解されている。このことを故意不法行為事例で考えると、故意によって加害行為を行った加害者が、不法行為の成立要件が被害者による主張立証によって充たされた後で、被害者の義務違反を指摘して、加害者がいったん負った損害の一部を、被害者にシフトバックするということになる。

しかしながら、そもそも、故意不法行為を行った加害者は、被害者にある損害が発生することを認識、認容した上で加害行為を行っているのである。つまり、被害者の権利や保護法益をもともと侵害する意図で加害行為を行っていると言える。加害行為の悪性という面に着目すれば、過失不法行為の場合よりも、かなり悪性は高いと評価することができる。そのような高い悪性を有する不法行為を意図的に行った加害者には、相手である被害

者の義務違反を指摘して、自分の責任の減縮を主張する資格はそもそもあると言えるであろうか。

本節では、故意不法行為事例に過失相殺を適用することが妥当であるか否かについて明らかにする。

第1款 故意と過失の関連性

周知のごとく、民法七〇九条の「過失」については、一九六〇年代から一九七〇年代にかけて、交通事故や産業事故などの不法行為訴訟が急増し、判例上、過失の客観化と言われる現象が生じ、過失の内容が加害者の心理状態として把握されていたのが、客観的行為の次元で把握され、加害者がなすべきであった注意義務を怠ったという行為義務違反として理解されるようになった。伝統的な過失概念が全面的に修正されたのである。

それに対して、故意については、伝統的な理解によると、他人の権利の侵害という結果が発生すべきことを認識しながら、それを認容してあえて行為を行うという心理状態であるとされていた¹¹⁵。つまり、権利・法益侵害を認識していたというだけでは不十分ということである。さらに、前田達明によると、「外界を支配操縦する目的的意思」¹¹⁶という言葉を使って、故意を説明しようとしている。この目的的意思が行為意思であり、これをもって故意責任の根拠として当該加害行為を違法と評価するという説明である。

では、何に対する認識・認容があれば、故意があったと評価されるのであろうか。つまり、被害者の権利・法益への侵害に対する認識・認容なのか、それとも、他人の権利・法益への一般的な危険性のある一定の行為を禁止している保護法規違反という事実に対する認識・認容なのか、という問題がある。

この点について四宮和夫は、保護法規は個人の権利・法益の防御線を形成しているのだから、保護法規違反による不法行為の場合には、故意の対象は保護法規違反という事実についての認識・認容であると説明されている¹¹⁷。

¹¹⁵ 加藤一郎『不法行為〔増補版〕』（有斐閣、1974）67頁、幾代通『不法行為』（筑摩書房、1977）25頁、森嶋昭夫『不法行為法講義』（有斐閣、1987）159頁、石田穰『損害賠償法の再構成』（東京大学出版会、1980）31頁など。なお、不法行為法上の故意の種類として、結果発生を確実なものと認識していた場合や、結果発生を意欲していた場合である確定的故意。一定範囲の誰かの権利・法益を侵害することに対する認識・認容がある場合の概括的故意（最判昭和32年3月5日民集11巻3号395頁にて言及されている）。そして、結果発生の可能性を認識しながら、これを認容した場合の未必の故意。以上の故意概念が民法の不法行為において登場してくる。

¹¹⁶ 前田達明『不法行為帰責論』（創文社、1978）207頁。

¹¹⁷ 四宮・前掲注84・298頁。

これに対して潮見佳男は、保護法規において行われているのは故意ないし過失による権利・法益侵害行為を定型化する操作なので、このことから、故意の対象が保護法規違反の事実に至るまで変更されるのは適切ではないと説明されている¹¹⁸。

思うに、通常の故意不法行為者の場合、その実態において、結果を発生させるという意思が認められる場合が多いのであり、保護法規に違反しているか否かという点に関する意識はほとんどないのが通常ではないかと思われる。そうであれば、他人の権利・法益に対する侵害に向けた意思があれば、保護法規違反に対する加害者本人の意思とは無関係に、その結果に対する責任を負担させるというのが法秩序の命令と言えるのではなからうか。

さらに、権利・法益侵害という結果の認識ないし認容だけで、故意責任を負担することに対する説明が十分になるのか、という問題もある。つまり、加害行為の違法性の認識が加害者に必要か否か、という問題である。

この違法性に対する認識は、過去において、故意の要件としては位置付けられていなかったというのが多数説であった¹¹⁹。

さらに、最近の違法性認識に対する否定的な見解として、平井宜雄は次のように説明されている¹²⁰。故意の内容に関する現在の支配的な見解は、故意を行為者の内心として理解して、ほぼ次のように定義づけられている。「一定の結果（違法な侵害）の発生を認識しながらそれを容認して行為するという心理状態」である¹²¹。これに対して平井は、理論的な疑問を提示して、故意を再度定義づけし直している。理論的な疑問とは、「通説は「違法」な侵害または「違法性の意識」について語るけれども、過失と区別された意味における「違法性」はわが国の不法行為法においては理論的位置づけを与えられないはずである。「違法な侵害」は、現実には「過失」または「損害の発生」の要件に解消されていると解すべきである。「心理状態」の語が用いられるのは、故意と過失とを主観的要件として統一的に扱う必要にもとづくものであり、両者の性質が異なるという認識に立脚すれば、故意は明確に「意思」の一態様として既定されるべきである。通説における故意の定式化および論点は、ドイツ民法八二六条における故意の概念を参考としたものであるが、個別的要件主義に立つドイツと同じように故意を把握する理論的必然性は存在しない。」¹²²というものである。そこで平井は、故意または故意不法行為について「損害を加えよう

¹¹⁸ 潮見佳男『不法行為法Ⅰ』（信山社、2009）260頁。

¹¹⁹ 鳩山秀夫『贈訂日本債券法各論 下巻』（岩波書店、1924）901頁、末弘巖太郎『債権各論』（有斐閣、1918）1068頁、我妻栄『債権各論下巻一（民法講義Ⅴ4）』（岩波書店、1972）104頁。

¹²⁰ 平井・前掲注86・70頁。

¹²¹ 加藤・前掲注115・67頁、幾代・前掲注115・25頁、森島・前掲注115・159頁、前田・前掲注98・25頁、四宮・前掲注84・300頁など。

¹²² 平井・前掲注86・70頁。

とする意思（加害の意思）またはそのような意思を持って損害を生じさせる行為」¹²³として、単純に定義し直しているのである。

さらに、故意をそのように再定式することで次のような帰結を生じると平井は説明する¹²⁴。「故意は加害の意思であり、意思の存否を判断すれば足りるので、それを離れて、容認する意思の有無とか「違法性」の認識が必要か否かを論じること自体」意味がなくなる。また、法人は観念的な存在であるため、そもそも故意を問題とする余地がないと言えるので、「加害の意思の存否は、当該不法行為者につき、個別的・具体的に決すべきである」としている。そして、「故意不法行為は、歴史的には不法行為の原型であり、故意以外の要件（すなわち culpa）にもとづく不法行為はその後の歴史的な発展によるもの」なので、故意と過失とは、その帰責根拠が異なることになる、とする。以上のことから、被害者が損害賠償請求をする場合、「加害の意思だけしか認定できない場合で過失に基づく予備的主張もなされない（かつ釈明にも応じない）場合には、過失にもとづく不法行為責任を認めることはできないと解すべき」であるし、「故意の存在が認められるならば、損害の発生および因果関係の存在の要件が充たされている以上、行為の危険性または被侵害利益の重大さの程度如何を問わず、常に不法行為が成立すると解すべき」である、と平井は説明している¹²⁵。

以上のように、平井は通説とは異なり、故意と過失を区別して定義付けるべきと主張されている。その上で、このように区別して考えることには意義があるとも平井は指摘している。通説によると、損害賠償という効果が同じであることを理由に故意と過失の区別をする実益はないと一般的に説明しているが、その一方で、故意と過失の区別が存在していることを認めている、と平井は指摘されている。たとえば、第三者による債権侵害の事例では、通説は、故意の場合に限って不法行為の成立を認めているし、故意の場合の慰謝料額は過失の場合よりも多額になることがあり、損害賠償の範囲についても、四一六条類推適用説（相当因果関係説）の説明によると、故意の場合は四一六条二項にいう特別事情による損害を予見していたことが多いためである、とされている。

このような差異が生じていることについて加藤は、「相当因果関係の適用上の差であって、理論上の差ではない」¹²⁶とし、さらに幾代は、「故意一重過失一過失というふうに、非難可能性における連続した程度の差の問題として把えられることによる」¹²⁷と説明している。しかしながら平井は、これらの説明には理論的矛盾があると指摘している。たとえば、故意だけを成立要件とする不法行為類型があるとしていることは間違いなく、その類

¹²³ 平井・前掲注 86・70 頁。

¹²⁴ 平井・前掲注 86・71 頁。

¹²⁵ 平井・前掲注 86・70 - 71 頁。

¹²⁶ 加藤・前掲注 115・65 頁。

¹²⁷ 幾代・前掲注 115・28 頁。

型を認めている以上は、解釈論として故意と過失との区別を明確にすべきであり、その差異に否定的なのは矛盾している、と指摘している。さらに、故意と特別事情の予見可能性との関連性については、権利侵害についての認識があるからといって必ずしも特別事情について予見があるとは限らないし、非難可能性の差であると説明しても、そもそも七〇九条所定の「過失」を結果回避義務違反と考え、その結果回避を期待できる前提として予見可能性が必要とする判例準則を無視するものになるのではないかと指摘されている¹²⁸。よって、故意と過失の理論的な差異を認めて、解釈論上の差異を明確にすべきであり、特に、その差異を認めるべきなのは、損害賠償範囲においてである、としている¹²⁹。

このように故意と過失の差異を損害賠償額に反映すべきとする見解はその他にも存在する。たとえば、淡路剛久においては、非難可能性の程度を賠償額に反映するという点で通説と共通しているのであるが、故意と過失の違いだけではなく、故意の中に、意欲する故意、容認する故意、認識ある故意を区別して、それを賠償額に反映させるべき、と主張されている¹³⁰。あるいは、沢井裕においては、故意責任と過失責任はともに結果回避義務違反という面で共通しているが、故意と過失の段階的相違を違法性に反映させて、その違法性の程度に応じた賠償額を決定すべきではないかと主張されている¹³¹。さらに、窪田においては、なぜ故意があると責任を負担するのかという点につき、意思責任であるという説明では、責任を負担するということに向けた意思は通常考えることはできないので不十分であるとしつつ、故意責任を正当化するためには、客観的な行為態様に対する否定的な評価と、それを前提とした上での結果に向けた認識と認容ということになると説明し、行為に対する無価値評価を強調されている¹³²。

思うに、故意と過失とは区別して把握されるべきであろう。その理由の一つに、両者の間にある帰責根拠の差異がある。まず過失については、結果回避義務違反を中心に把握して、その前提として予見可能性が要求されるという把握の仕方についてはほぼ異論はないものと思われる。過失不法行為において加害者の帰責根拠とされるのは、加害者にこの過失があったと評価されたためである。憲法で保障されている行動の自由に基づく権利行使や義務の履行においては、民法一条二項で「信義に従い誠実に行わなければならない」と

¹²⁸ 平井・前掲注 86・73 頁。

¹²⁹ 平井・前掲注 86・73 頁。

¹³⁰ 淡路剛久『公害賠償の理論〔増補版〕』（有斐閣、1978）101 頁。

¹³¹ 沢井裕『公害の私法的研究』（一粒社、1969 年）75 頁。

¹³² 窪田充見『不法行為法』（有斐閣、2007）41 - 42 頁。また、四宮・前掲注 84・300 頁は、故意または過失は、通常、権利侵害またはその結果発生の可能性に関するものであるから、権利侵害という結果の発生またはその可能性を認識しながら、あえて認容して、直接権利侵害に向けられた行為をすること、と故意を定義づけている。窪田と同様、行為に対する無価値評価を加味しているものと思われる。

されている。つまり、他人の法益を害さないように行動しなさいというこの命令規定が、個別具体的な事件において、それぞれの結果回避義務として具体化されるが、この義務に違反したことに對して民法七〇九条は損害賠償責任という法的制裁を科しているわけである。

これに對して故意については、民法の世界では私的自治の原則が適用されるため、自由な意思によって作出された結果についてはその意思者に帰責される、という意味原則というものが存在している。この私的自治の原則とは、一般的抽象的自由権が規定されているとされる憲法一三条が認める原則であり、その一部は、個別的具体的自由権を規定した憲法一八条から二三条において具体化されている原則である。この私的自治の原則は、民法九〇条によって制限され、原則として、公序良俗に反しない限りで、取引当事者の意思通りの取引が認められている。法律行為自由の原則とか、契約自由の原則と言われている原則である。このような原則の中で故意とは、社会的な承認を得ている法益を意思によって侵害したことを意味する。よって、この法益侵害の結果について法は、その故意に基づく行為者に対して法益侵害の償いを要求すべきとして、民法七〇九条において故意責任を規定していると理解できる。つまり、自己の自由意思にもとづいて行為をすることが認められる反面、その行為の結果については自己責任を負う、ということが私的自治の原則の帰結であると理解することができるのである。

しかし、この通説的な意思に基づく責任という説明で十分と言えるかについては、依然疑問が残る。たとえば、Aがある地域への出店を計画していたが、その地域にはすでにBという同業者が存在していたが、Aからすると競争相手としては格下で脅威とはならないと判断して、計画していた出店を実行したため、Bの売り上げは著しく減少した、というような場合である。この場合、Aには確かにBに生じるであろう営業上の損害発生に対する認識と認容があるが、Aに七〇九条の故意責任があったと評価されるのであろうか。自由競争の原理が認められている社会においては、Aの出店行為によってBに営業上の損害が生じたとしても、それは正当な自由競争の結果なのであり、自由競争の原理のもとでは許容されている行為であると評価することができる。そうであればAの出店行為は、七〇九条の不法行為とは評価されず、違法性はないという説明がなされることになるのではなかろうか。よって、権利や法益侵害が損害に対する認識や認容があっても、それが正当な行為として評価される場合には、不法行為責任が生じることにはならないのである。よって、最終的に故意責任を基礎づけるためには、問題となった加害行為の客観的な行為態様に対する相当性が認められるか否かという評価、無価値評価が加味されなければならないと考える。特に、過失とは異なる加重的な効果を故意が導くというためにも、単に権利・法益侵害の結果に対する認識・認容だけでなく、加害行為から法的な責任が発生することに対する認識、つまり、違法性の認識が必要となるとして故意を理解するほうが適切であるとも言える。

以上のように、七〇九条の過失を客観的行為義務違反と把握する場合、体系的には、故

意の場合は、権利侵害の認識・認容という意思に帰責根拠を置き、過失の場合は、法秩序による命令規範や禁止規範に対する違反に帰責根拠を置く、というように別個に扱われるべきことが学説上は認識されているが、裁判事例においては厳密に故意と過失とが区別されているとは言えない。このことが影響しているためか、故意不法行為の事例においても、過失相殺が行われている場合がある。

第2款 故意不法行為と過失相殺

七二二条二項には「被害者」と規定されているため、不法行為が既に発生していることを前提にしている。そこで、過失相殺はどのような加害行為であっても適用されるのか、という点が問題になってくる。具体的には、故意不法行為の場合に過失相殺が適用されるべきか、という問題になる。

実は、この問題について言及している文献は少ない。たとえば、四宮は七二二条二項の「過失」に故意は含まれるか、ということについて、故意を含みうると指摘しているだけである¹³³、平井は、故意不法行為の場合には過失相殺が行われるべきではないと解すべきであるとしているくらいである¹³⁴。この点、故意不法行為を取り上げて分析を加えている窪田は、「故意不法行為については、従来、それのみを取り上げて分析を加えるという作業は、余り行われていない。原則として、過失相殺の認定に対しては否定的（消極的）にとらえるのが一般的であると思われるが、必ずしも絶対に過失相殺の適用を認めないということも明確にされてはいない」と指摘している¹³⁵。おそらく、故意と過失の差異について、非難可能性における連続した程度の差という把握の仕方が一般的であることから、とりわけ故意の場合を過失と切り離して考える必要はないとしているのかもしれない。

しかしながら、前述したような帰責原理の違いを意識せずに、単線的に連続した非難可能性の程度の差と考えることに、本当に妥当性があるのだろうか。また、故意不行行為の場合、加害者は権利侵害を認識し、それによる結果発生を認容した、つまり、被害者の権利侵害と損害発生に対する加害者の主観的態様が問題になってくるが、この態様が連続した非難可能性の程度の中でどのように評価されるべきかについては、結果回避義務違反として理解されている過失との比較において明確にされていないように思われる。

そこで、この加害者による主観的態様が具体的に問題になった裁判事例を考察することで、故意不法行為事例において過失相殺法理の適用の是非について検討していくことにする。

¹³³ 四宮・前掲注 84・617 頁。

¹³⁴ 平井・前掲注 86・150 頁。

¹³⁵ 窪田・前掲注 1・217 頁。

第1項 暴行事件に関する裁判事例

故意不法行為事例における過失相殺として、我妻がその著書で想定されている「被害者が加害者を憤慨せしめて加害行為を誘発」した事例¹³⁶が、本論文の対象とする暴行事例であり、事実的不法行為に関する事例として位置付けられるものである。暴行事例において過失相殺法理が問題になる場面として、被告の故意による暴行行為を、被害者である原告が誘発しているという場面がその典型になる。この暴行事例に対して、マルチ商法などの詐欺商法、いわゆる取引的不法行為が故意に基づいて行われたという場合とを比較してみると、単に事実的不法行為においては、被害者と加害者が偶発的に接触する、つまり、事前に加害者が被害者の事情について知らない場合が多い、というだけではない。暴行事例の場合には、被告による故意の加害行為に対して、原告の何等かの形での関与行為、たとえば、原告の挑発などがあつた、という状況があると言える。つまり、被告の故意不法行為に対する原告による先行行為があり、その先行行為が被告の故意不法行為を惹起させている、と評価することができる状況である。これに対して、マルチ商法も含めた詐欺事例では、加害者の故意不法行為がまず先行しており、その後、被告による儲け話を迂闊に信用した、などという原告の過失が問題になっている場合が多い。つまり、先行している被告の故意不法行為は、原告の過失、つまり、安易に被告の話を信用してしまうという過失を導き出すことを含んだ行為であると評価することができる。

以上のように、損害を発生させた被告の故意不法行為と原告の行為を全体的視点で見ると、過失相殺法理が問題になる場面での事実的不法行為としての暴行事例と、取引的不法行為としての詐欺的事例の間には、構造的な違いがあると言える。暴行事例の場合は、被告の故意不法行為の中に原告の関与が組み込まれていないため、過失相殺法理の適用の可否が大きな問題になってくる。単純に原告に暴行を加えて傷害を負わせたのではなく、被告の加害行為を誘発し、被告の暴行行為を引き出したということに対して、被害者の関与を認めることができるか否かという点において、過失相殺法理が適用されるべきか否かが問題になってくるのである。本論文は、この構造的差異に注目して、対象事例を事実的不法行為である暴行事例に限定していく。この暴行事例の分析を通じて、過失相殺法理の判断構造を如何に把握すべきか、その判断構造において被告の故意不法行為をどのように位置付けて、過失相殺法理の適否を判断すべきかについて論証する¹³⁷。そこでまず、暴行事例に関する裁判実

¹³⁶ 我妻・前掲注 83・209 頁。

¹³⁷ 取引的不法行為事例に関する論文として、窪田・前掲注 1、同「取引関係における過失相殺」岡山大学法学会雑誌 40 卷 3・4 号 443 頁（1991）、内橋一郎など『先物取引被害と過失相殺 — 過失相殺の抑制に向けた理論と実務—』（民事法研究会、2006）、吉岡和弘「消費者被害と過失相殺理論の再構築 — 過失相殺の二元的適用（試論）」全国豊田商事被害者弁護団連絡会編『虚構と真実 — 豊田商事事件の記録』（耕文社、1992）、王冷

務の実態について考察していくことにする。

①名古屋地判昭和 48 年 3 月 18 日判タ 306 号 228 頁

本件は、Y が建設現場で杭用の杉丸太で A の頭部を殴打し転倒させ、死亡させるに至ったため、A の遺族が Y に対して損害賠償を請求した事例である。Y が A を殴打し転倒させるに至った経緯は、次のように認定された。Y が建設現場で組立ハウスの土台用の杭打ち作業に従事していたところ、Y が新しく買い入れて大切に使用していた個人持ちの鋸を A が無断で使用して杭用杉丸太を切っているのに Y が気づいたので、「鋸がいたむからやめてくれ。後は之が挽くからよい。」と A に対して制止したところ、A は喧嘩腰で「この野郎、調子に乗りやがって、挽きたければなんぼでも挽け。」と言い返し、右鋸を地面に乱暴に投げ出した。このため AY 間で口論が始まり、押し問答の挙げ句、殴り合いの喧嘩が始まった。最初、体格の大きい A が Y を殴打して転倒させたが、素手ではかなわぬと見た Y は、杭用杉丸太を手に取り、A の頭部を強打して A に頭蓋骨骨折、頭蓋内出血の重傷を負わせ、搬送先の病院で A は死亡したのである。

本件での争点は、Y の所有物を無断で使用していたため、それを制止しようとした言を A が素直に聞き入れず、かえって喧嘩腰の態度をとり殴打、暴行に至ったという事実を、過失相殺の割合としてどのように評価するのか、という点であった。

裁判所は、Y が A に頭蓋内出血などの重傷を負わせ、死亡させたことが明らかであるから民法 709 条の不法行為で賠償責任を負うことは言うまでもないとしつつ、他方、A の本件死亡という不幸な結果を招くに至ったそもそもの事の始まりを、右認定の事実関係に徴して考えてみると、被告が自己の大切に使用していた個人持ちの鋸を A が無断で使用して杭用杉丸太を挽いているのを見咎めたことは、若年の A に対する態度としては些か狭量に過ぎる憾みがないではないけれども、いわゆる職人かたぎの然らしめるところとすれば、それは無理からぬところであるから、A としては、素直に被告の注意を聞き入れて右鋸の使用を中止すればよく、もしそうしさえすれば、事はそれで収まったであろうことは推測するに難くない。しかるに、A は、このような挙に出るところか、かえって、被告に対し「この野郎、調子に乗りやがって、挽きたければなんぼでも挽け。」といい、かつ被告の大事にしていた右鋸を地面に放り出すなどの喧嘩腰の態度に出たため、被告と口論となるや、遂に最初に手拳で被告の顔面を殴打する暴行に及び、そのために前記認定のとおり右両名の殴り合いの喧嘩、闘争に発展したものに相違ないとして、「見咎め、制止した被告の言を素直に聞

然「投資取引損害賠償と過失相殺に関する一考察 (1) ～(4・完)」南山法学 41 卷 3・4 号 327 頁 (2018)、42 卷 2 号 89 頁 (2019)、42 卷 3・4 号 331 頁 (2019)、45 卷 3・4 号 423 頁 (2022)、齋藤航「契約違反における過失相殺の法的性質 (1) ～(5・完)中央ロー・ジャーナル第 15 卷第 3 号 85 頁 (2018)、第 15 卷第 4 号 43 頁 (2019)、第 16 卷第 1 号 71 頁 (2019)、第 16 卷第 3 号 31 頁 (2019)、第 16 卷第 4 号 75 頁 (2020) などがある。

き入れず、かえって喧嘩腰の態度をとり、被告に対し先ず殴打、暴行に及んだことは、その後同人の死亡にまで発展するに至った被告との本件喧嘩、闘争の発端となったもので、もし、これさえなかったならば、殴り合いの喧嘩にもならず、ひいては A の本件死亡を招来するようなこともなかったであろうことが明らかであって、A のこの落度はまた同人の本件死亡の遠因となったことを否定し難いとして、Y の故意と A の過失の割合を比較衡量すると、Y を 8 割、A を 2 割と認めることを相当とする、と判示した。

②東京地判平成 2 年 3 月 20 日判タ 733 号 132 頁

A は、パブにおいて飲食しているとき、居合わせた女性客に絡み、同店の店員 Y から再三、注意されたのに反発し、「表に出る」などと粗野な言辞を弄し、Y の肩などを押すようにして出入口に向かった。Y がドアを開けた時、A が突然、Y の肩に力を加えたのに対して Y は腹を立て、A の手首をつかんで勢いよく外に引っ張り出したため、A は石柱に前額部をぶつけ、翌日死亡した。そこで、A の遺族 X らが Y に対して不法行為に基づく損害賠償を請求したのが本件である。

本件における争点は、A による粗野な言動や挑発行為、そして、受傷後の診療拒絶行為を考慮した場合の過失相殺の割合についてであった。

裁判所は、Y の正当防衛の抗弁については、A が小柄な初老の男であるのに対して、Y は身長 170 cm のポディービルディングを習う青年であること、A による強度の侵害は予想されなかったこと等を理由に否定した。しかし、過失相殺の抗弁については、Y の暴行は「酩酊して本件填補を訪れた A が女性客に絡むという所為に端を発し、それを注意した Y に対する A の粗野な言辞やさらに Y を挑発するような所作に起因するものであり」、しかも A は受傷後に搬送された病院内でも泥酔して暴れ、診療を拒否したため適切な治療を受けられなかったことが認められるなどの事情もからんでいるため、過失相殺として 5 割を減ずるのが相当である、と判示した。

③東京高判平成 8 年 6 月 26 日判タ 941 号 231 頁

A が駅のプラットフォームで喫煙していたところ、Y は、前にも A に喫煙を注意したことがあったので、「何で吸ってんだよ。前にも注意したろ。」などと言いながら左肩あたりで肘を小突いて注意したところ、A が向き直って「何も小突くことはねえだろ。」と文句を言いながら近づいてきた。Y は A がつかみかかってくるように感じ、咄嗟に回し蹴りをしたところ A の顔面にあたり、A は転倒して頭を打ち、翌日頭蓋骨骨折による死亡した。このため A の遺族 X らが Y に対して不法行為に基づき損害賠償を請求したのが本件である。

本件での争点は、Y の回し蹴りの原因となっている、A が Y を小突いたことと、A の喫煙行為とを考慮した場合の過失相殺の割合についてであった。

裁判所は、Y が「単に口頭で注意しても効果がないと考え、有形力の行使した心情もあながち理解できないではない」としつつ、Y はいきなり A が「前方よりろめいて鞆を取り落

とす程に A を小突いたのであるから、その行為は社会的に許容される限度を超えていたものというべきで」あるし、Y は A がつかみかかってくるように感じたとしても、両者の年齢差などを考えると「重大な危害を加えられるおそれを感じずような状況にあったとは考えられないから、もとより A の死亡という重大な結果を予想して行ったものではないとはいえ、更に回し蹴りを加えた第一審被告の行為につき大幅な責任軽減を認めるのは相当ではない」として、第一審判決が A の過失割合を 3 割としていたのを、2 割に軽減した。

④長野地松本支判平成 12 年 3 月 28 日判タ 1069 号 220 頁

本件は、高校三年生であった A は、近くの高校生らである Y ら 7 名から生意気だなどと因縁を付けられ、近くの小学校に呼び出されたうえで、集団で殴る蹴るなどの暴行を受けたために、翌日、Y らの暴行による硬膜下出血により、入院先の病院で死亡するに至ったため、A の両親 X らが Y らに対して損害賠償を請求した事案である。

この事案での争点は、死亡した A が被告らの挑発にのって喧嘩になるかもしれないと予想しながら呼び出された小学校に出向いたという事情を考慮して、過失相殺が適用されるべきか否か、という点であった。

裁判所は、Y らの X らに対する共同不法行為に基づく損害賠償責任を認定したうえで、被告らの過失相殺の抗弁の主張について次のように判示した。死亡するという結果になることを十分予想しながらこれを辞さない意思で A が小学校に出向いたことという事情については、「本件事件の発端は被告らによって作られたものであること、被告らのほとんど一方的な暴行により A を死に至らしめていることなどの本件の事情を考慮すると、A が被告らの挑発にのって喧嘩になるかもしれないと予想しながら呼び出された小学校に出向いたとしても、そのことから直ちに A に過失があったと認めるのは相当でない。」と述べた。

⑤東京地判平成 24 年 9 月 13 日 (LEX/DB 文献番号 25496979)

ホステスとして稼働している原告が、客である被告に対し、被告から暴行を受けて傷害を負ったとして、不法行為に基づく損害賠償を求める本訴を提起した事案である。

この事案での争点は、被告が原告に対し、原告に携帯電話機を毀損されたほか、原告から暴行を受けて傷害を負ったという事情を斟酌して、過失相殺がなされるべきか否か、という点であった。

裁判所は、原告には、被告の携帯電話機を水没させるという被告の暴行を誘発した行為があるため、原告にも相当の落ち度があるものといわざるを得ないとして、原告の過失割合を 2 割として過失相殺をするのが相当であるとした。

⑥東京地判平成 26 年 5 月 29 日 (LEX/DB 文献番号 25519586)

原告が、地下鉄の電車内で被告から暴行を受けて受傷したなどと主張し、被告に対し、不法行為に基づき損害賠償等の支払を求めた事案である。

この事案では、特に、原告による挑発的な発言が過失相殺として考慮されるべきか否かという点が争点となった。

裁判所、原告の最後の発言である「何だ、口だけか。」の前には、被告の「何か文句あるのか。」「何か文句あるなら言えよ。降りて話をするか。」との挑発的な発言があったことや、原告の最後の発言後、被告は、突然、一方的に本件傷害行為に及んだものであることからすれば、被告の本件傷害行為により原告が被った損害については、1割の限度で過失相殺を行うのが相当であるとした。

⑦東京地判平成 29 年 10 月 31 日 (LEX/DB 文献番号 25539657)

原告が、被告から左眼付近を右手で殴られる暴行を受けたことにより左視神経障害等の傷害を負ったとして、被告に対し、不法行為に基づく損害賠償請求をした事案である。

この事案での争点は、本件暴行に至るまでの経緯として、原告の被告に対する有形力の行使が本件暴行の契機となったと認められることが過失相殺として考慮されるか、という点である。

裁判所は次のように判示した。本件暴行は、もともと原告と被告の共通の知人が女性関係にだらしがないなどと、被告が言ったことに原告が腹を立て、被告に対して、「ホテルマンが聞いて呆れるわ」や「お前は馬鹿か」などと罵声を浴びせて、サンダルで被告の頭頂部を叩く暴行（有形力の行使）を加えたことに端を発するものである。以上の本件暴行に至った経緯として、原告の被告に対する有形力の行使が本件暴行の契機となったと認められることからすれば、原告にも本件暴行に関して相当な過失があるといわざるを得ないが、本件暴行が故意に基づくものであり、その行為態様も、原告の被告に対する有形力の行使に比して身体の重要部分である左眼付近を殴打するものであり、原告の有形力の行使と対比しても危険性が高いことに鑑みると、本件暴行に関する原告の過失は 3 割と認めるのが相当であるとした。

⑧横浜地裁川崎支判平成 30 年 11 月 22 日労働判例 1208 号 60 頁

被告と同じ会社の従業員であった原告が、勤務中に、会社の事業所内において、当時会社の従業員であった被告から暴行を受けて受傷したとして、被告に対しては不法行為に基づく損害賠償請求をした事案である。

この事案での争点は、被告の暴行行為の前にあった原告による一連の挑発行為が過失相殺として斟酌されるか、という点にある。

裁判所は次のように判示した。本件暴行は、会社の事業所内において会社の従業員同士の間で勤務時間中に行われたものではあるが、その原因は、本件暴行前から生じていた原告と被告との個人的な感情の対立、嫌悪感の衝突、原告の被告に対する侮辱的な言動にあり、本件暴行は、私的な喧嘩として行われたものと認めるのが相当である。本件暴行は原告の以上のような発言等によって誘発されたものと認められるから、本件暴行による損害の発生に

については、これを誘発した原告にも少なからぬ過失があり、その過失割合は 3 割を下らないものと認めるのが相当であるとした。

⑨宮崎地判平成 31 年 3 月 27 日 (LEX/DB 文献番号 25562912)

元暴力団員である亡 P3 の相続人である原告が、暴力団組織 S 会に所属する被告 P2 が亡 P3 の右上腹部を刃物様の物で 1 回突き刺し亡 P3 を死亡させたことについて、被告 P2 及び S 会幹部である P は共同不法行為責任を負うと主張して、被告らに対し、不法行為による損害賠償を請求した事案である。

この事案での争点の一つに、亡 P3 の本件刺突行為に先立つ暴力団関係者に対する挑発的な言動を斟酌して過失相殺を行うべきか、という点がある。

裁判所は、亡 P3 が被告 P2 に対して暴行を加えたとは認められず、また、亡 P3 の本件刺突行為に先立つ暴力団関係者に対する挑発的な言動が本件刺突行為の原因になったことは否定できないものの、亡 P3 の言動と人の生命を侵害する本件刺突行為との間には保護法益に大きな差異があること、本件刺突行為が故意行為に基づくものであること及び亡 P3 の言動は慰謝料の金額を決定するに当たり考慮していることに鑑み、過失相殺は行わないとした。

⑩東京地判令和 3 年 1 月 28 日 (LEX/DB 文献番号 25587453)

原告が、被告の暴行で傷害を負い後遺障害が残存したとして、被告に対し、不法行為に基づく損害賠償請求をした事案である。

この事案での争点は、被告の暴行行為の前に行われた原告の先制攻撃が過失相殺として考慮されるか、という点である。

裁判所は、原告の先制攻撃や挑発行為がなければ被告は原告に対する暴行に及ばなかったことなどからすると、過失相殺が認められ、本件においては 2 割の過失相殺を認めることが相当であるとした。

第 2 項 裁判例の分析

以上の裁判事例を見てもわかるように、被告の暴行行為が故意に基づく場合というのは、いわゆる「喧嘩」という行為類型に該当する場合が多く、そこで過失相殺の適否が問題になる場合の被害者の過失とは、被告に対して原告が挑発した、あるいは、被告の暴行行為を誘発したという行為である。つまり、原告による挑発に乗ったうえで、被告が暴行行為を原告に加えているため、原告と被告の間には一定の関係性があったということになる。そのため、原告に対する権利侵害を被告は十分に認識・認容したうえで、暴行行為を行ったと評価することができるのである。①～⑩の裁判例のうち、過失相殺の適用が否定されたものは④と⑨であるが、④と⑨以外の事案においては過失相殺の適用が肯定されている。

まず④の事案では、挑発行為をしているのが被告であり、その挑発行為に原告が乗った結果死亡したという点に事案としての特徴がある。そこでの過失相殺については、本件事件の発端が被告によって作られたものであり、被告によるほとんど一方的な暴行により A を死に至らしめているなどの事情と、原告による挑発に乗って暴行現場に出向いて行ったという過失とを比較して、過失相殺の適用が否定されている。

次の⑨判決の特徴は、被告による暴行行為に先行する行為としての原告の挑発的な言動について完全否定はしていないが、原告の挑発的言動と被告の殺傷行為が対象としている保護法益には大きな差異があり、しかも被告の行為が故意不法行為であるという点に鑑みて、過失相殺を否定している点にある。言い換えれば、原告と被告の行為との間には、各行為の悪性や非難可能性の違いが見られるということを指摘していると理解することができる。また、行為の悪性や非難可能性という視点から見れば、被告の故意不法行為はその最大値となる行為態様と言える。この点についても、行為の悪性や非難可能性として視点が絡んでいると言えよう。しかし、故意不法行為の場面で過失相殺の適用が否定される理由については、判決文では明確にされていない。

他方、④⑨以外の暴行事例においては、被告の暴行行為と原告の過失とを比較して、過失相殺の適用が肯定されている。その過失相殺の適用が肯定される理由として共通して指摘されている点は、被告の暴行行為を挑発ないし誘発した原告の言動に「相当」の落ち度が認められ、かつ、その原告の言動が被告の暴行行為の「起因」となっていると認定されている点である。しかしながら、いくら原告による挑発などの行為があったとしても、場合によっては、被告の側で忍耐すべきではなかったかと評価できる場合もあり得るのではないか。そのような場合においても、被告による過失相殺の主張が認められるというのは、どうも腑に落ちない。この点につき、窪田充見は、被害者の挑発が絡んだ暴力事例について、被害者の挑発行為は加害者を怒らせることになるであろうが、その怒ったという精神状態は「ただちに「暴行」という行為につながるものではないはずであるから」、正当な理由がとうてい認められない被害者の先行行為があった場合の被告の暴行行為の場合との間には、「クッションがあり、同一視することができないと思われる。」と指摘されている¹³⁸。以上のように考えた上で、窪田はさらに次のようにも指摘する¹³⁹。衝突事故における過失相殺の場合には、被害者の過失は「加害者の過失（不法行為）と相俟って自らの損害を生ぜしめた」ものであるが、「加害者の過失（不法行為）を惹起することに向けられた」ものとは言えない。一方、暴行事例での被害者による挑発行為は、自分の損害に直接向けられた行為ではなく、加害者の不法行為自体に働きかけているものである。このため、「同じ暴行でも、何の理由もなくなされたそれと被害者の挑発によってなされたそれとでは、評価が異なってくる可能性がある」のではないか、という指摘である。そこで、その被害者の挑発行為で加害者の行為態

¹³⁸ 窪田・前掲注1・248 - 249 頁。

¹³⁹ 窪田・前掲注1・250 頁。

様についての評価が変わる場合として、窪田は、被害者の承諾ある場合や、被害者による急迫不正の侵害があった場合などの場合、そして、「他の者との関係ではいざしらず、まさしく挑発行為をなした当該被害者に対する関係においては、自己の減責を基礎づけるための被害者の行為（挑発）を取り上げることが正当化される」場合を指摘し¹⁴⁰、過失相殺がなされるか否かの判断は「挑発に加えられたマイナスの評価」によって大きく影響を受けている、とされている¹⁴¹。つまり、被害者による挑発行為に対する非難可能性のマイナス評価が大きければ大きいほど、過失相殺の適用が肯定される傾向が顕著であるということである。そうすると、このマイナス評価分が、加害者の暴力行為という不法行為の非難可能性の評価に反映するため、加害者が過失相殺という減責の主張ができるようになる、として考えられているわけである。このように考えれば、加害者による故意の加害行為に先行する行為として、被害者の挑発行為が独立して位置づけられ、加害行為を惹起する要因ないし契機になったりした場合には、過失相殺の適用が肯定される、と説明することは可能であるように思われる。

ただ、被害者が何らかの形で関与し、加害者が自発的に故意不法行為を行ったわけではないという場合であれば、加害者による過失相殺という減責主張を肯定することにつき頷ける部分もある。では、被害者による挑発ないし誘発行為があった場合に、故意不法行為を行った被告が過失相殺を主張することができるか否かの判断がどのように行われていると考えるべきなのか。筆者は、過失相殺法理をどのような制度として把握するのか、という理解の仕方が関連しているのではないかと考えている。過失相殺法理とは、発生した損害を当事者間で公平に負担しあうことにその理念があるとされている。だが、その一方で、原告による七〇九条の成立要件の主張立証に対して、被告が原告の落ち度が損害の発生に絡んでいと主張することに正当性が認められるか、という視点も重要になってくるように思われる。この視点で考えると、行為の悪性や非難可能性が最も高いとされる故意の不法行為を、被告が行っている場合には、その被告が過失相殺を主張することに正当性が認められないということにつながってくると言える。つまり、強い悪性や非難可能性が認められる故意不法行為を行った者は、発生した損害を公平に分担するように要求することが認められないということになる。先に検討した過失相殺の適用を否定した④と⑨も含めた裁判例で考えると、原告の挑発に乗って故意不法行為を行った被告に、過失相殺を主張させる正当性があると言えるか、という視点で見ることできる。

ただ、そのように考えてみても、いくら被害者の挑発に応じる形で被告の故意不法行為が行われたとしても、加害者に故意があったと評価できる場合には、被害者の法益侵害という結果に対する認識・認容が存在していたことになるはずである。そうだとすると、認識・認容した結果について全面的に責任を負担させるべきと考えることが、民法の基本原則であ

¹⁴⁰ 窪田・前掲注1・251頁。

¹⁴¹ 窪田・前掲注1・252頁。

る私的自治の原則に合致する処理と言えるのではないとも言えるように思われる。では、何故、故意という不法行為に大きな悪性や非難可能性を見出すことができるのか。故意の不法行為を行った者は、そもそも道徳や倫理的な視点から、故意行為を行わないという反対動機を自分で形成することができたはずである。しかし、その反対動機を形成せずに、自分でその動機形成を乗り越えてしまったという点に、故意不法行為を行った者の行為態様に、強い悪性や非難可能性を見出すことができるように思われる。そのように考えれば、原告による挑発に乗って直ちに故意不法行為を行った被告には、この強い悪性や非難可能性のある行為態様があったと評価することができる。だが、被告が原告の挑発的な言動で追い込まれてしまい、自分で反対動機を形成することができない、あるいは、反対動機を形成することが期待できないという事情が認められる場合には、被告の故意不法行為の悪性や非難可能性の強さが低下すると評価することができるように思われる。この悪性や非難可能性の低下がどの程度認められるかで、過失相殺の適否が前に検討した①～⑩の裁判例に分かれたのではないかと推察することができる。

そうすると、被害者の挑発行為を起因とする故意不法行為の事例においても、過失相殺を適用して損害賠償責任を減じて考えるべきとは必ずしも言えなくなるように思われる。少なくとも、前述した窪田が指摘された点が斟酌されたうえで、過失相殺法理の適否が検討されるべきではなかろうか。

第3項 小活

故意不法行為責任の帰責理由は、意思原則であるとして説明されているのが一般的である。つまり、自由な意思によって作出した結果は、そのような意思を有した者に帰属する、という原則である¹⁴²。権利侵害という社会的にも法的にも「マイナス」と評価される悪結果を目指している意思という点に、法的に非難される理由を見出し、その悪性の強い意思が意思ドグマによって、損害賠償という法的サンクションを行為者に課す根拠になるとして説明されている¹⁴³。このような故意不法行為責任の帰責理由に関する理解から判断すると、被害者の権利侵害が加害者の「意思」の対象となっているということから、その「意思」通りの権利侵害という結果発生に対してそのまま法的責任を負ってもらう、ということになる。意思通りのまま法的責任を負うということは、意図した結果に対して全面的に責任を負う、つまり、故意不法行為事例の場合には過失相殺は適用されない、として理解すべきということになる。

このような理解でも十分説明が可能であると思われるが、本稿では、過失相殺法理は、

¹⁴² 前田達明『民法のなぜがわかる』（有斐閣、2005）25頁。故意不法行為の帰責事由を、行為者の意思の非難可能性におくものとして、平井・前掲注86・420頁などもある。

¹⁴³ 前田・前掲注98・『民法学6』26頁。

発生した損害の公平分担という理念の実現を目指しているだけではなく、過失相殺を主張する正当性が、加害者である被告に認められるかという視点も重要なのではないか、という点を指摘した。そのために、故意不法行為を行った被告には、過失相殺を主張する正当性は一般的には認められない、ということになると理解している。また、故意不法行為を行った場合、何故、過失相殺ができなくなると言えるのかについては、故意の本質をどのように理解するかに関わる問題であり、本稿では、行為者が反対動機を自分で形成することができたにもかかわらず、反対動機を形成せずにそれを乗り越えて行為をした、という行為態様に強い悪性や非難可能性を見出すことができるのではないか、という考えを示してみた。このため、挑発的言動が原告によってなされても、自分で暴行行為をしないという反対動機を形成することができた、あるいは、形成することが十分に期待できたという場合には、被告には過失相殺を主張する正当性を見出すことができず、逆に、原告によって反対動機を形成できなかった、あるいは、形成することを十分に期待できなかった場合には、被告による過失相殺の主張に正当性が認められる余地が出て来る。そのように理解すべきではないか、という立場を明らかにした。

このような理解であれば、故意不法行為が法秩序あるいは社会倫理秩序から見ても非難に値するという法的評価¹⁴⁴からも首肯できるように思われる。さらに、何故、故意不法行為事例において過失相殺法理が適用されるべきではないのかについては、特に、反倫理的・反道徳的な故意に基づく加害行為には、悪性や非難可能性という性質が強く認められるため、一般原則であるクリーンハンズ原則と通ずる原理が機能して、加害者自ら、損害賠償額の減額請求を抗弁として主張する資格は認められない、と理解することもできるように思われる。

¹⁴⁴ 四宮・前掲注 84・305 頁。

第2章 アメリカ不法行為法における比較過失法理の考察

本章では、比較法的視点から考察するために、アメリカ法における過失相殺法理、つまり、比較過失法理の内容について考察する。

まず、その前に、何故、アメリカ法を比較法として分析するのかという点について述べておく。その理由は以下の通りである。一つは、個人的な興味が強い法体系であるからである。ドイツ法を比較法の対象としている過失相殺の研究はすでに存在しており、その数も豊富である。既に指摘されているところによると、ドイツ法においては、故意の加害行為に対して過失相殺は適用されていない¹として、紹介されている。二つに、法体系が全く異なるためか、過失相殺法理に関連するイギリス法とアメリカ法の研究成果はほとんどないという状況にあるが、それでも、イギリス法についての研究はいくつか存在している。しかし、アメリカ法となるとその数は非常に絞られてくる。特に、過失相殺法理に関する研究となると、日本においてアメリカ法における議論を紹介している例はほとんどない²。特に、本論文のテーマである故意不法行為事例における過失相殺法理に関する研究は皆無である。確かに、アメリカ法は法体系を日本法とは異にしているが、本当に参考にならないのであろうかという疑問点もアメリカ法を比較法として検討する動機の一つになっている。そして三つに、アメリカ法における比較過失法理に関する裁判事例の豊富さである。アメリカ思潮の主流とされるプラグマティズム³が、過失相殺法理が問題になった事例において、どのように適用され、あるいは、適用が排除されているのかを考察することは、法体系の違いを超えて、十分に意義のあるものと思われる。最後に次のような意義もあると考えている。過失相殺法理に関する裁判事例の豊富さに反して、アメリカ法の過失相殺法理に言及している文献は少ない。そのような状況下において、アメリカ法における過失相殺法理全体から、故意不法行為事例における過失相殺法理の適用の可否という問題を考察する研究成果を、社会に提示することの意義は非常に大きいと判断したからである。

以上の理由によりアメリカ法を比較法の検討対象とするに至ったが、まず、日本法の過失

¹ E.ドイチュ/H. J. アーレンス『ドイツ不法行為法』（日本評論社、2009）110頁。なお、ドイツでは、mitverschulden（共働過失）として過失相殺の作業がなされている。

² 樋口範雄『アメリカ不法行為法』（弘文堂、2009）225頁では、比較過失制度の概要に関する説明が行われている。なお、アメリカ法では、comparative negligence（比較過失）として過失相殺的な処理がなされている。

³ 魚津郁夫『プラグマティズムの思想』（ちくま書房文庫、2006）、小川仁志『アメリカを動かす思想 — プラグマティズム入門』（講談社現代新書、2012）、伊藤邦武『プラグマティズム入門』（ちくま新書、2016）、シェリル・ミサック（加藤隆文訳）『プラグマティズムの歩き方 上巻』（勁草書房、2019）『プラグマティズムの歩き方 下巻』（勁草書房、2019）、仲正昌樹『プラグマティズム入門講義』（作品社、2015）等を参照。

相殺法理にあたるアメリカ不法行為法の比較過失法理の全体像を考察していくことにする。

なお、第2章以降の比較過失法理に関する裁判事例や論文の対象になっている事例の大半は、日本法でいう事実的不法行為に関するものであり、取引的不法行為に関するものではないことをあらかじめ述べておく⁴。

第1節 寄与過失法理

第1款 寄与過失法理の歴史

アメリカ不法行為法が一つの独立した法分野として確立されるに至ったのは、一九世紀末とされている⁵。Negligence 不法行為が確立される契機になったとされている事件が、Brown v. Kendall 事件⁶である。この事案の概要は以下の通りである。原告と被告の奏法が所有する犬が喧嘩を始めたため、二匹の犬を引き離そうとして被告が持っていた杖を振り上げたところ、被告の後ろに立っていた原告の目に当たり、原告が負傷したというものであった。そこで、原告が被告に対して trespass を理由に損害賠償請求を提起した。マサチューセッツ州最高裁の首席裁判官である Lemuel Shaw は、故意と過失とを区別して、故意によらない侵害に対しては、被害者に対する注意義務違反によって被害者に損害を与えたという negligence として不法行為の中に確立したのである。この判決以降、アメリカにおける不法行為類型は、故意による不法行為と negligence による不法行為という二つの類型に分類されるようになったようである。

この不法行為法の確立の背景には、産業革命の進展と企業の保護育成がある。アメリカという連邦国家が成立した初期の頃の事故は、主に隣人間で頻繁に起こっていたものであったが、時間が経過するにつれて、国内において様々な産業が発展し、徐々に新しいタイプの大事故が増えるようになった。自由な発想で考える人々は、そのような事故から発生する責

⁴ Andrew R. Klein, Comparative Fault and Fraud 985 (2006) は、取引的不法行為、特に Fraud (詐欺) 事例を対象にした論文で、裁判所が詐欺事例に対して比較過失法理の適用をしない理由として、不法行為法領域で採用されている all-or-nothing ルールがあるという説明がなされている。また、齋藤航「契約違反における過失相殺の法的性質 (4)」中央ロー・ジャーナル第16巻第3号34頁(2019)も、比較過失法理はそもそも不法行為分野で機能する法理であり、基本的には契約法分野においては適用されない、と言及されている。このため、取引的不法行為では、加害行為が行われる前に当事者間に何らかの契約関係があるため、基本的には契約法理に基づいて処理されることになる。

⁵ Samuel J.M. Donnelly, The Fault Principle : A Sketch of Its Development in Tort Law during the Nineteenth Century, 18 Syracuse L. Rev. 727 (1967) .

⁶ 60 Mass. 292 (1850) .

任が、社会の進展にとって支障になり、社会システムの構築にとって負担になっていると理解し始めるようになった⁷。

⁷ イギリスの一九世紀の初期は、相対的に安全であると言える産業や農業がある社会であり、危険性が潜在的にある機械が存在する時代ではなかった。鉄道、水蒸気船、製材機械、綿織り機、あらゆる産業の登場によって、新しい法制度が機能するようになった。Leon Green, *The Duty Problem in Negligence Cases*, 29 Colum. L. Rev. 255, 260 (1929) . 産業コストを悪化させたのは、急速で大量の田舎から都市部への移住であり、産業の拡張は、衰退する農業経済の残り部分を吸収していった。新しい労働者階級は不衛生で危険な工場地帯に集中し、その街は、歴代の土地所有者に要求していた社会的責任という家父長的な意味から解放されたように、新しい産業使用者の瞬間的な必要性に見合うように作られていった。G. Trevelyan, *English Social History*, c. XV (2d ed. 1946) . あらゆる種類の法的な衝突に見られる社会的不安とその数の増大は、この状況の必然的な結果であった。アメリカにおいても産業革命と同じ結果が発生し、より少ない社会コストを達成し、階級対立もより少なくなっていた。しかし、イギリスと同様にアメリカでも、この機械化と都市化の流れは、低所得者層から重税を徴収するようになり、他方で、裁判所に新たな事故を処理するように要求する大きな重荷を増加させていった。この新たな発展によって最も危険で、法的衝突を生じさせたのは、輸送手段の急速な進展だった。実質的な資本投資の重要な手段となった輸送システムは、継続する産業化や都市化にとって必須のものであった。Malone は、寄与過失に関する事例は、路面電車やその他の輸送方式が関与した事故から生じている、と指摘する。地方経済の福祉にまで拡張された議論について裁判所は無視することができなくなった。これは、価値あるサービスがなくなることがないように社会が常に要求している結果であった。Wex S. Malone, *Comparative Negligence – Louisiana's Forgotten Heritage*, 6 La. L. Rev. 125, 139 (1945) .また、V. Schwartz, *Tort Law and the Economy in Nineteenth Century America: A Reinterpretation*, 90 Yale L. J. 1717 (1981) で Schwartz は、新たな産業の経済的な利益を納めるために意図的に構築され、一九世紀の不法行為法原理を見るアメリカ不法行為法史が広がっていることに異議が唱えられたが、その代わりに、一九世紀の過失制度が印象的な厳しさをもって主な産業に適用されて、被害者救済という福祉に鋭い関心を示したのが不法行為法であると結論付けた。Richard A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. Legal Stud. 29, 73 (1972) も参照してほしい。しかし、John P.S. McLaren, *Nuisance Law and the Industrial Revolution – Some Lessons from Social History* 155-221 (1983) で McLaren は、産業人口に関する事例が一九世紀に訴訟になったとき、判事は大抵、好ましい産業利益に対して控えめだったが、他の産業ないし社会要因が足を引っ張るような影響をもったため、コモンローは機能しなかったが、その理由は、産業化によって生じた諸問題にコモンローが適用できなかったからである、と論じた。一九世紀の前半が真正な自由放任主義の終わりであるという見方は明らかに間違っているが、普及しつつある政治的、法律的な制度が、産業化に毅然と効果的

そこで登場するのが過失相殺法理であった。つまり、加害者の立場に立たされる産業側が、常に法的責任を負担しなければならないことにならないように、その責任を制限するために誕生したのが過失相殺法理であるという位置づけなのである。このアメリカ法における過失相殺法理には、寄与過失法理と比較過失法理があるため、この両制度について検討する。しかも、両法理の間には大きな違いがあるとされているので、この点も含めて検討する必要がある。

まず、寄与過失とは、原告自身に対する注意義務を尽くさなかった場合の原告の過失のことを意味している⁸。過失に基づく損害賠償請求訴訟では、原告の寄与過失 (contributory negligence) は完全な抗弁として位置づけられている。この寄与過失法理は、アメリカにおいてかつて支配的だったルールであったが⁹、現在では、数は少ないが、いくつかの裁判管轄で維持されているのみである。

この寄与過失法理には、次のような2つの側面があるとされている。

- 1 原告の寄与過失は過失に基づく損害賠償請求訴訟で問題になること。
- 2 原告に寄与過失が認められると被告に対する損害賠償請求が禁じられること。

ただし、労働者補償法やコモンローにおけるある特定の場面では¹⁰、原告の寄与過失が全

に対応するのに慣れていないというほうが正しい。その理由は、それらの制度は急速に産業化している国の社会的経済的な現実にもはや適合しないという前提を基礎にしているからである。一八世紀における政治と法律の概念は、一九世紀にも適用できる部分があるが、一九世紀においては、財産権と財産権の主体の保護を福祉社会は重視しているという確信が前提になっている。財産権の保護は社会の継続的な安定性や福祉に重要であると考えられているので、財産権を守るルールを課したり、適用したり、解釈したりする者が、財産権の利益を考え、少なくとも従うということは、自明なことと言える。政治と法律の主な機能は、確立された秩序を保護し、平和を維持し、個人的な不安を軽減するものとして見なされている。だが、社会変革とか、社会秩序の改善をするものとしては見なされていない。同じ趣旨の説明として、F. Steel and S. Rodgers-Magnet, *Issues in Tort Law*, at 313-375 (1983) がある。

⁸ Restatement Second of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm) § 3 cmt. b (2010) .

⁹ 被告が Last Clear Chance を有している場合を除き、被告によって受けた損害につき、被告は自分の過失行為で原告に対して責任を負うことになるが、その被告に対する損害賠償請求を原告の寄与過失は禁じる、と Restatement (Second) of Torts § 467 (1965) に記載されている。

¹⁰ Wex A. Malone, Prologue to Symposium on Comparative Negligence in Louisiana, 40 La. L. Rev. 293 (1960) では、帰責を説明する手段としての fault の役割、そして報復としての寄与過失の役割について疑問視されている。Jeffrey O'Connell, A Proposal to Abolish Contributory and Comparative Fault with Compensatory Savings by Also Abolishing the

く考慮されないという場合もある。そして、寄与過失法理においても、原告の損害賠償請求額を減らすことはあるが、否定されないという非常に例外的な場合もあるとされている¹¹。だが、被告の賠償責任を減額することを認める場合には、寄与過失法理をそのまま使用するのではなく、ほとんどの州が比較過失 (comparative negligence) 法理を採用し適用した。現在では、この比較過失法理が定着していると言える¹²。

Collateral Source Rule, 1979 U. Ill. L. F. 591、そして P. Atiyah, *Accidents, Compensation and the Law* 149-150 (3d ed. 1980) では、不法行為制度の機能という視点から、あらゆる人身損害訴訟での抗弁の無効となる事例の存在について議論されている。その一方で、イギリスでは、全不法行為訴訟の 6.5%しか占めない事故被害者というその僅かな不法行為訴訟の原告にとって、補償という面で好ましい結論になるかどうかにつき疑問が提示されている。アリゾナ州では、憲法上の条項で、寄与過失の抗弁ないし危険引き受けの抗弁が、あらゆる事例で事実問題として位置づけられ、陪審員に委ねられるものとするとしているが、抗弁に全くならないと陪審員が決めることも認められている、と解釈されている。Seltzer v. Chesley, 512 F.2d 1030 (9th Cir. 1975) ; Manhattan-Dickman Constr. Co. v. Shawler, 113 Ariz. 549, 558 P.2d 894 (1976) . その結果、アリゾナ州では 1984 年に比較過失法が制定され、陪審員が比較過失は抗弁であると判断した上で、原告の損害額を減額する審理がなされることになっている。Ariz. Rev. Stat. Ann. § 12-2505 (West Supp. 1984) .

¹¹ そのようなルールは、たとえば、Federal Employer' Liability Act, 35 Stat. 65 (1908)、そしてその修正として、53 Stat. 1404 (1939) , 45 U.S.C. § § 51 et seq. (1982) に親和性があると長い間位置づけられている。

¹² 1985 年春までに、比較過失は少なくとも 43 州で、33 の制定法、司法判断としても 10 という数で採用されている。だが現在では、過失のある原告の請求を禁ずる寄与過失法理が残っている州は、アラバマ州、メリーランド州、ノースカロライナ州、バージニア州とワシントン DC だけになっている。この状況については、D.B. Dobbs, 1 *The Law of Torts* 2d.ed. § 220, at 772.(2011)、そして、樺博行「寄与過失を巡る問題」白鷗法学第 26 巻 1 号 450, 451 頁 (2019) においても説明されている。ただテネシー州では、原告の過失が近接 (proximate) というよりも遠隔 (remote) であると認定するのを陪審に認めており、遠隔である場合には、原告の賠償額が禁止されるのではなく減額されている。このことを示す裁判事例として、Frankenberg v. Southern Ry. Co., 424 F.2d 507 (6th Cir. 1974) などがある。J. W. Wade, W. K. Crawford, and J. L. Ryder, *Comparative Fault in Tennessee Tort Actions: Past, Present and Future*, 41 *Tenn. L. Rev.* 423, 430-444 (1974) . 1985 年までは、比較過失法理は、パナマ運河地帯、プエルトリコ、ヴァージン諸島だけのルールで、コロンビア地区では寄与過失法理だった。Alvis v. Ribar, 85 Ill. 2d 1, 52 Ill. Dec. 23, 421 N.E.2d 886 (1981) ; Goetzman v. Wichern, 327 N.W.2d 742 (Iowa 1982) ; Hilen v. Hays, 673 S.W.2d 713 (Ky. 1984) では、司法的に比較過失法理を採用する内容が示されている

この比較過失法理が定着する前までのアメリカ法では、all-or-nothing ルールが支配していたが、その理由は次の通りである。寄与過失法理の始まりとして多くの著書で指摘されている事例が、1809年の *Butterfield v. Forrester*¹³ というイギリスの有名な事例である。

【*Butterfield v. Forrester* 事件】

被告は家の修繕のために、家の前に材木を置いていたが、完全に道を塞いでいたわけではなかった。原告は、現場からそう遠くない酒屋から馬で通りかかり、材木に衝突し、落馬して負傷した。事故があった時刻として、夏の8月の夜8時あたりだったため、離れた場所からでも障害物を認識することは十分に可能であった、という証言があった。原告は早い速度で馬を走らせていたために、障害物を回避することができなかった。原告が酔っていたという証拠はなかった。

事実審は、もし馬に乗っている者が合理的な注意を払っていれば、障害物を発見し、回避することができたであろう場合に、原告がかなり速い速度で馬を走らせ、通常の注意を払っ

が、*Harrison v. Montgomery County Bd. Of Educ.*, 295 Md. 442, 456 A.2d 894 (1983) では、比較過失法理の採用が否定されている。制定法としては、*Ariz. Rev. Stat. Ann. § 12-2505* (West Supp. 1984) ; *Ind. Code Ann. § 34-4-33-1~13* (Burns Supp. 1985) ; *Ohio Rev. Code Ann. § 2315.19* (1981) が参考になる。第二次世界大戦後10年、つまり1955年以降は特に、しばらくの間、その傾向が宣言されてきた。たとえば、*William L. Prosser, Comparative Negligence*, 51 *Mich. L. Rev.* 189, 304 (1950) ; *Robert A. Lefflar, The Declining Defense of Contributory Negligence*, 1 *Ark. L. Rev.* 1 (1946) ; *John W. Wade, Comparative Negligence – Its Development in the United States and its Present Status in Louisiana*, 40 *La. L. Rev.* 299 (1980) .

¹³ 11 East 60, 103 Eng. Rep. 926 (K.B. 1809) . この事案は、過失の議論が十分に発展する随分前に出されたものだが、その事例での事実に基づいて、被告は完全に過失はないとされた。その理由は、原告の行為を予見することができなかったし、それに対する措置を講ずる必要性がなかったから、という理由の判決として解釈されている。*Dan B. Dobbs, Accountability and Comparative Fault*, 47 *La. L. Rev.* 939 (1987) ; *Wex S. Malone, Comment on Maki v. Frelk*, 21 *Vand. L. Rev.* 930 (1968) . この事例は、法理がコモンローに何気なく滑り込む様子を例示している。*Bohlen* は、そのことについて次のようにコメントした。一般原理に関する疑問もないし、そのような原理を特別な事実に適用したり、そのような事実が裁判所によって出される結論を必要としていることを指し示す論理的な疑問もない。無意識に至った結論に対する説明をするために、寄与過失の抗弁の基礎がどのような法的根拠なのかを事後的に究明することになる、と。*Francis H. Bohlen, Contributory Negligence*, 21 *Harv. L. Rev.* 233 (1908) . また、*Hoffman v. Jones*, 280 *So.2d* 431, 442 (Fla. 1973) での *Robert* 判事の主張では、この事例が、寄与過失法理に関する、コモンローでの最初の宣言ではない、という反対意見が述べられている。

ていなかったと認定できれば、陪審は被告勝訴の評決を出すことができる、とした。原告は、公道に置かれていた材木で馬が躓き負傷した場合に、訴訟で責任追及することができるという先例を指摘したうえで、事実審の陪審への説示は誤りであると主張して、上訴した。上訴審での首席判事である *Ellenborough* 卿は、もし通常の注意を自分で払っていなかった場合、他人の過失によっておかれた障害物に責任を求めることができず、原告の賠償請求が認められるためには、過失によって道路に置かれた障害物の存在と、原告に障害物を回避するための通常の注意がまったく払われていなかった、ということの2つの行為が必要であると指摘した。

通常の注意をもって障害物を発見できたとすれば、原告の過失だけで損害が発生したと言えるため、上訴は棄却された。

この判決に対する *V. Schwartz* の見解がある。Schwartz によると、この判決は、そもそも原告に一種の危険引受があるため、原告は被告に対して責任追及する余地はないことを示したものとかが、あるいは、後述する *Last Clear Chance* 法理と同じ内容の法理を示したものの、などの解釈が可能であるとしている¹⁴。だが、一九世紀のアメリカ法は、イギリスにおける *Edward Law* 首席判事の意見を重視して、寄与過失法理としてこの判決内容を受け入れた¹⁵。

第2款 寄与過失法理が支持された理由

¹⁴ Victor E. Schwartz, *Comparative Negligence* (3d ed. 1994) § 1-2(a), at 5.

¹⁵ ただし、Ernest Turk は、そのアメリカでの嚆矢になったのは、1824年の *Smith v. Smith*, 2 Pick. (19 Mass.) 621 (1824) という事例であるとしている。Ernest A. Turk, *Comparative Negligence on the March*, 28 Chi.-Kent L. Rev. 189, 198 (1950) . アメリカの初期の頃の論文では、損害賠償を請求する原告は、自分が通常の用心をしながら行動をしたことを立証しなければならないという点が、民事陪審裁判 (*Nisi Prius*) に関する Selwyn William, *An abridgement of the law of nisi prius* (1811) において述べられている。Butterfield 事件でも、それは権威あるものとして引用されている。ルイジアナ州も、他の民事裁判管轄と同様に、20世紀の初頭で比較過失原理の方向に動いているが、ルイジアナ州では、寄与過失法理と調和する形で受け入れられていることは注目に値する。Malone, *supra* note 7, at 125; Wex A. Malone, *The Formative Era of Contributory Negligence*, 41 Ill. L. Rev. 151 (1946) . 最終的にルイジアナ州は、1980年に施行された立法によって、現在では趨勢になっている比較過失法理を採用しているが、忘れられた遺産として寄与過失法理を支持する声も出ている。Civ. Code Ann. Art. 2323 (West Supp. 1985) ; *Bell v. Jet Wheel Blast, Div. of Ervin Industries*, 462 So.2d 166, 169-170 (La. 1985) .

被害者に過失があれば、それが些細なものであったとしても、被害者は損害賠償請求をすることができないとする寄与過失法理は、被害者救済の視点で考えると、非常にユニークな内容の法理と言える。では、何故、このようなユニークな内容の法理がアメリカにおいて受け入れられるようになったのか。

たとえば、ニューヨーク州で寄与過失法理が重要視されるようになるのは、1850年代で産業企業が勃興するようになってから、とされている¹⁶。産業が勃興すると同時に、労働災害もまた激増してくるのだが、産業資本の保護育成を目的に裁判所は、寄与過失法理を使って、企業の負うべき賠償責任を制限する姿勢を見せるようになっていったのである。そして、産業発展とその規模の拡大とともに、アメリカでは特に、東部の工業地帯と西部の資源開発地域とを結ぶパイプの役割を果たす鉄道網の敷設と輸送規模の拡張が重視された。そのような中で、自由放任主義の経済理論が支配的になり、各個人の利益追求を自由に委ねることによって、社会全体の福祉は最高になるという理論がアメリカ社会に蔓延するのである。そのため、労働者は自分のことは自分で注意すべきであり、危険な業務に従事する労働者はその業務に付随する危険な部分を引き受けるという思想が強まったとされている¹⁷。

このような社会経済情勢に比例して、労働災害に関する損害賠償請求訴訟も増加していった。イギリスにおいて労働災害を受けた被用者が使用者に対して提起した損害賠償請求訴訟では、雇用に随伴する通常の危険 (an ordinary risk incident to employment)、被害を受けた労働者による危険引受 (assumption of risks)、寄与過失 (contributory negligence)、そして Doctrine of Common Employment が、使用者側からの抗弁として主張されるのが通常とされている¹⁸。特に、労働災害を受けた被用者にとって大きな障害になったのは、Doctrine of Common Employment と寄与過失法理であり、これらの法理を継承したアメリカにおいても同様の状況だった¹⁹。

この Doctrine of Common Employment は、イギリスで起きた Priesly v. Fowler 事件²⁰を先例として打ち出された法理である。Doctrine of Common Employment とは、同僚の労働者間の傷害事故に対して、使用者責任の原則 (Vicarious Liability)、つまり、使用者は被用

¹⁶ Malone, supra 7, at 152-155.

¹⁷ 加藤一郎「アメリカにおける労働者〔災害〕補償法の発展」法協 82 巻 4 号 445 頁 (1966)。

¹⁸ 長谷川貞之「イギリス不法行為法における寄与過失の法理とその理論的基礎 (上)」駿河台法学第 5 巻第 1 号 18 頁以下 (1991)。なお、この Doctrine of Common Employment については、長谷川は共同雇用の法理 (長谷川・同 26 頁)、樋口は同僚被用者の法理 (樋口範雄『アメリカ不法行為法』(弘文堂、2010) 211 頁)、と訳している。

¹⁹ Lawrence M. Friedman & Jack Ladinsky, Social Change and the Law of Industrial Accidents, 67 Colm. L. Rev. 50 (1967) .

²⁰ 1837, 1835-42 All Eng. Rep. Ex. 449., 150 Eng. Rep. 1030, 7 L. J. Ex. 42.

者の行為の結果に対して責任を負うことはない、という内容の法理のことである²¹。この使用者責任の原則は、「Respondeat superior」を意味するものであり、近代的な社会生産体制のもとでは、厳格責任として支持されていた²²。この厳格責任を課される使用者側から主張される最も強力な抗弁として登場したのが、Doctrine of Common Employmentなのである²³。この Doctrine of Common Employment の最大の特徴は、雇用に付随する通常の危険を、雇用契約を締結する当事者の意思解釈と結びつけた点にあると思われる。このため、同僚被用者との間で発生した事故については、使用者の責任は問題にならず、労働災害を受けた被用者は、その雇用契約の意思解釈によって無権利に近い状態に置かれることになる。

しかし、この Doctrine of Common Employment は、イギリスでは、一八八〇年に制定された使用者責任法（Employer's Liability Act）によって、一定の条件や状況のもとで廃止されるようになった。他方、アメリカにおいては、Doctrine of Common Employment による結局、同僚被用者の責任を被害者が負うことになるため、アメリカの個人主義的思考からするとその正当化は難しかったのではなかろうか。この法理を修正する法律、つまり、被用者に過失がない場合には、同僚被用者の過失によって生じた事故につき、使用者に対して損害賠償請求ができるようにするという法律が州レベルで制定されるようになり、Doctrine of Common Employment は過去の話になっていったのである²⁴。

労働災害を受けた被用者にとって大きな障害になったもう一つの寄与過失法理は、イギリスでもアメリカにおいても労働災害損害賠償訴訟の中で培われ続けて行った。しかし、そ

²¹ なお、Dobbs は、この共同雇用の法理を労働裁判の場面で適用される危険引受の一種と見ている。Dan B. Dobbs, *The Law of Torts* § 210, at 538 (2001) .

²² この用語はラテン語に由来し、上位の者に責任を負わせるという意味がある。現在においては、職務執行の範囲内で行われた従業員や代理人による違法行為に対して、使用者や本人が責任を負うという意味になっている。Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* 1569 (11th ed. 2019) .

²³ 判例上この法理が確立されたのは、*Hutchinson v. York*, 1850, Exed. 343, 155 Eng. Rep. 150 とされている。簡単にこの事案の内容を説明すると、列車が機関士双方の過失によって互いに衝突し合い、一方の列車の乗務員が死亡したため、その遺族が鉄道会社に対して損害賠償請求を提起したというものである。結論として裁判所は、使用者に対する損害賠償請求を否定している。その理由は、被用者は鉄道業務に従事する場合、自分の技術や注意の不足からだけでなく、同僚の被用者の技術や注意の不足から生じる危険に晒されることを承知しているはずなので、被用者は、使用者との雇用契約を、このような危険を犯すことを合意のうえで締結したものとみなしなければならないから、というものだった。

²⁴ 林弘子「アメリカにおける労働災害補償制度（一）」法政研究 37 巻 5=6 号 405 頁（1966）、同「アメリカにおける労働災害補償と民事損害賠償（上）（下）」労働法学研究会報 1269 号 37 頁以下、1280 号 39 頁以下（1977）。

の寄与過失法理の位置づけは両国において異なっているようである。まず、初期のイギリスにおける損害賠償制度においては、人はその行為によって他人に損害を生じさせ、かつ、法定の訴訟形式に該当する訴えを提起させられた場合、その損害が故意、過失もしくは偶然のいずれによって生じたかは問題にならず、全て賠償責任として負担しなければならない、という法原理が存在していた²⁵。つまり、人が自分の行為によって他人に損害を加えた場合には、その行為が法の定める訴訟形式に該当すれば、行為者の意思状態の如何を問わずに、生じた損害に対して法的責任が発生すると解釈されていたのである。このため、行為者の帰責という観点には全く言及されておらず、「人は自分の危険で行為する (a man acts at his peril)」という厳格責任が損害賠償制度に存在していた²⁶。しかし、法理論が進化して、行為自体の評価が行われるようになると、行為者側の諸事情を考慮するようになり、前述した厳格責任の衡平性に疑問が投げかけられるようになった。その結果、「人は自分の危険で行為する。しかし、自分を危険に陥らせるものは自分の行為の直接の結果であり、疎遠な結果ではない (a man acts at his peril; but it is the immediate and note remote consequences of his act which imperil him)」という法思想が登場するに至った²⁷。つまり、損害を発生させた行為が、被害者自身の行為の結果であれば、この被害者にはいかなる訴権も発生しない、という思想である。ここに、寄与過失という言葉は一言も触れられていないが、寄与過失法理の萌芽があると見ることは可能であろう。よって、イギリスにおける寄与過失法理は、厳格責任を緩和させるために登場したという位置づけを与えることができるのである。

これに対してアメリカでは、前述したように、当時成長期にあった企業を育成して産業発展を促進するために、人身事故における加害者の責任をある程度制限することで、行為者の経済的自由を積極的に保護しようとして、寄与過失法理が定着していった。このような寄与過失法理が誕生する基盤においてイギリスとの違いがあるのだが、アメリカにおいては特に、個人主義的思考がその思想を寄与過失法理に託したような形になっていると言える。この点、Prosser が非常に興味深い指摘をしている。寄与過失法理が何故、支持されているか、それは、コモンロー上の高度な個人主義的態度と各当事者の利益を自分自身の注意ないし思慮のもとに委ねようとする政策的配慮ではないか、というものである²⁸。つまり、被害者

²⁵ William Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. III (5th ed. 1942) , p.375 et seq.

²⁶ *Id.* at 375.

²⁷ *Id.* at 379.

²⁸ W. Page Keeton, et al., *Prosser and Keeton on The Law of Torts* 452 et seq. (5th ed. 1984) . なお、個人主義という用語は多様に使用されていると指摘しつつ、簡潔に個人主義という概念を概観しているのが、Robert Justin Lipkin, "Beyond Good Samaritans and Moral Monsters: An Individualistic Justification of the General Legal Duty to Rescue", 31 *UCLA L. Rev.* 252 (1983) である。この Lipkin の説明に従うと、個人主義について Prosser は、社会もしくは共同体、あるいはその各構成員に対して、個人を対立的ないし

自身に損害発生に対する寄与や関与が認められる場合には、その損害は自分自身で被るべきではないか、というわけである。

また、一九世紀末のアメリカ社会における事故は隣人間で頻繁に発生するようなタイプの事故であったが、時間が経過するにつれて徐々に新しいタイプの大事故が増えるようになった。一般人の視点をもつ陪審員は、そのような事故が自分と同じような者に生じる不幸として把握するため、非常に原告勝訴の志向になっていった²⁹。つまり、鉄道などの輸送機関から展開されていく大規模な企業組織による事業は、土地に対する外来者の侵入という形で登場するが、そのような形で生じる紛争には、陪審員と同じような生活圏に属している具体的な被害者が絡んでおり、そもそも隣人間の紛争を個人主義的な発想や倫理観で処理をしてきた陪審員からすると、この侵害している外来者に対する嫌悪感の表明として、被害者に対して同情的な評決が出される傾向にある、というわけである。

アメリカ社会におけるこの時代の経済的な発展は、ほぼ全面的に、特に起業家層において、行動の自由の保障という思想の進展を伴った。この思想の進展によって、「過失なければ責任なし (no liability without fault)」という過失責任主義が確立されて、各人の行動の自由を

独立的に把握して、個人の自律や自己決定を尊重するという考え方として理解しているものと思われる、とする。さらに、アメリカにおける個人主義の起源として、個々人が神に対して単独で対面、面接すると考えるピューリタニズムと、未開の地に勇敢に分け入って戦う精神であるフロンティアスピリットがあげられるのが、アメリカにおける一般的な認識であるとされている。高木八尺『高木八尺著作集第3巻 アメリカ外交』(東京大学出版会、1971) 5 - 17 頁、本間長世『アメリカ史像の探求』(東京大学出版会、1991) 18 - 40 頁を参照。なお、Prosser は、ピューリタニズムの影響を受けた個人主義が寄与過失の考え方を支えているとしているが、この個人主義について Pound は、ultra-individualism と称して、この思想がアメリカの法的思考様式に多大に影響を与えていると示していることが興味深い。Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law* 37 (1921) .さらに、アメリカ独立宣言の中核的な位置づけになっている John Locke の思想も、このアメリカ個人主義に大きく影響与えていることも間違いないと指摘する文献も存在する。Paul J. Zwier, *Cause in Fact in Tort Law - A Philosophical and Historical Examination*, 31 *DePaul L.Rev.* 769, 792-793 (1982) を参照。

²⁹ Malone, *supra* note 7, 156-158. Malone は、陪審員の態度が最近変わってきたという証拠がある、とする。たとえば、Gary T. Schwartz, *Foreword: Understanding Products Liability*, 67 *Calif. L. Rev.* 435, 450 (1979) では、最近の製造物責任事例に関する連邦レベルでの研究は、複数の裁判管轄からデータを集めて、すべての陪審判決の少なくとも半分で、被告が勝っていることを示している。また、研究対象になった期間での医療過誤訴訟のうち 33% だけ原告が勝ち、故意不法行為や財産権侵害の訴訟のうち 43% において原告が勝っている、とも示している。原告は他の民事訴訟のタイプではより勝訴率は高くなり、全訴訟のうち 51% で原告は勝っている。

保障し、同時に、その活動から生じた損害については過失のあった行為者に対してのみ責任を追及できるように限定されるようになった。起業家層は、新しく発展していく社会にとって重い足枷になるような事実認定を裁判所がすることを非難し、行動の自由の尊重という思想を見失っている陪審員の傾向を嘆いていたが³⁰、個人主義的な視点から、保護されなかった人々の避難所³¹として裁判所が見なされるようになったというのが、世論の傾向であった。そのような社会において支持された公平性と道徳観から、被告個人の過失から法的責任を検討するのと同じように、原告個人の過失も考慮されるべきではないか、と考えるように

³⁰ 行動の自由は、一九世紀リベラリズムの代表的な哲学者によって理解されたように、政府による介入からの自由を意味していた。哲学者たちの著書を買っている支配的なテーマは、自然法と神の手による物質的な進歩と産業拡張をしっかりと確認することであった。これらの哲学の要約は、R. Hofstadter, *Social Darwinism in American Thought 1860-1915* (1945) で詳細に述べられている。この Hofstadter の見解は、不運な結果に対する責任を免責し、ますます拡大する経済的發展に寄与することに対して、社会での哲学者の役割としての正義を再度確認する社会哲学を内容としている。しかし、起業家層からすると、この思想が産業革新に歩調を合わせることに對する法的な障害になるとして、苛立ちを大きくした。また、Grant Gilmore, *Products Liability: A Commentary*, 38 U. Chi. L. Rev. 103, 112 (1970) は次のように指摘する。振り返ってみると、一九世紀の契約法の構造は、積極的ないし消極的ではない履行、そして理解に苦しむ程度の支払いに対して好意的であるように思える。未だに豊かであると考えていない社会で、しかも飢餓や欠乏の恐れを記憶に留めている社会は、社会的活動、特に製造された商品の総生産量を増やす活動を維持するシステムに対する危惧よりも、人の心に重くのしかかっている。そのような社会的活動は、可能な方法で推奨されるべきであり、実際に、無制限に出版や発表の自由が認められていることに加えて、最も優秀な、あるいは少なくとも最も尊敬に値する経済理論家が強く賛同されることで受け入れられている、と指摘している。推奨される手段の一つが、法的構造の素早い準備であり、それは企業や活動のリスクを、一般の人々に担わせ、社会に役立つ活動から偶然に出た損害という結果から、その活動をした者を隔離するのである。法的ルールや原理が、責任から活動者や企業家をうまく免責している間は、一般人の法的保護という機能が停止している過程にあったと言える。その過程が、同じ利便さとして、不法行為や契約のどちらかに残されているのである、と述べている。また、Edward Robin, *The Historical Development of the Fault Principle : A Reinterpretation*, 15 Ga. L. Rev. 925 (1981) では、産業革命の初期に判事が示した産業保護主義は、産業成長に対する不安に動機付けされたものではなく、産業革命前から存在する損害割り当てに対する深く保守的な発想が由来となっている、とされている。Robin は、産業化の顕著な特徴として、隔離効果というよりも、過失主義原則による補償制度がしっかりと成長している点あげられる、と結論づけている。

³¹ Bohlen, *supra* note 13, at 254-255.

なるのである。おそらくこのような発想は、原告自身の過失で自身の損害額を減らすというルール³²を確立することによって満足されることになるが、まずは、被害者に同情的で恣意的な判断をする陪審員に対する不信感から、より厳しい内容のルールの確立が要求されるようになった。このような経緯が、寄与過失法理を受容する土壌になっているのである³³。

だが、新たに受け入れられた寄与過失法理は、初期の頃はあまり広がることはなく、数少ない判事によって触れられる程度であった³⁴。このような状況にあった寄与過失法理が明確な形をなし始めたのは、一八世紀と一九世紀初頭であった³⁵。

³² これはかなり初期の頃の寄与過失に関する事例である。Raisin v. Mitchell, 9 C. & P. 613, 173 Eng. Rep. 979 (C.P. 1839) では、裁判所によって両当事者に過失があると認められ、原告が勝った裁判であったが、損害賠償額が減額されている。

³³ 陪審をコントロールする効果的な説示に関する寄与過失の論文は、Malone の二つの論文にある。Malone, supra note 7, at 125 と Malone, supra note 10, at 151 である。Malone は、これらの論文で、たとえば、土地占有者に招待された者が、土地占有者に対して損害賠償請求訴訟を起こした事例のほうが、自動車事故における場合よりも、原告の過失の問題につき裁判所が説示する傾向がより強い、と示している。他方、陪審側からの議論の例としては、L.F. Powell, Contributory Negligence: A Necessary Check on the American Jury, 43 A.B.A.J. 1005 (1957) がある。また、Schwartz は、ニューハンプシャー州とカリフォルニア州での一九世紀における陪審員の意見に関する研究を発表している。Schwartz は、陪審員の決定を裁判所が支持するパターンを見出し、この二つの州の裁判所は、寄与過失基準における厳密性の緩みの部分に対して、根本的な考え方の多様性が反映されている、と結論付けている。もちろん、陪審員の決定と論じられている根本原理は、ここでの議論における寄与過失原理の運用の一部である。しかし、裁判所がその原理を多かれ少なかれ公平に強制していること、そして、その原理が現在よりもより専門的な産業を対象としていないことは、現状におけるその原理、特に all-or-nothing という面を説明する場合に、経済的な要因を把握する必要性があるとする Schwartz の見解とは一貫性がないように思われる。

³⁴ 両当事者のうち互いに不履行があることで生じた損害に関する賠償請求はできないということは、ローマ法時代から存在する法原則であり、将来変えられることはないルールである、という Black 首席判事の発言がある。Black, C.J., in Railroad Co. v. Aspell, 23 Pa. 147, 149-150 (1854) .

³⁵ J. Baker, An Introduction to English Legal History c.19 (2d ed. 1979) では、一七世紀後半に最初の始まりを見出している。S. Milsom, Historical Foundations of the Common Law 392-400 (2d ed. 1981) . また、Percy H. Winfield, The History of Negligence in the Law of Torts, 42 Law Q. Rev. 184 (1926) ; W. Holdsworth, supra note 25, at 446-459 ; William W. Buckland and Arnold D. McNair, Roman Law and Common Law 284-288 (1936) . たとえば、ローマ法大全に、D.4.3.36. (Marcianus) 「両当事者が悪意に行動し

第3款 寄与過失法理に対する批判

寄与過失法理は all-or-nothing ルールに支配されており、訴訟上、積極的抗弁 (affirmative defense) として位置づけられているため、寄与過失に関する証明責任を負うのは被告ということになる³⁶。被告がこの証明に成功すると、原告に認められた寄与過失は、たとえ被告に過失があったとしても、原告に対する損害賠償責任から免責されることになる。現在でも寄与過失法理の下では、僅かな過失でも原告にあると評価されると、被告に重大な過失があったとしても、原告による損害賠償請求は認められない。

【McSwane v. Bloomington Hosp.& Healthcare Sys.事件】³⁷

た場合、両者は、悪意を理由に相手方を訴えることはできない (Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent.)」という法文があり、当事者が被害者であると同時に、加害者でもあるという場合に、訴権は発生しないとしている。このようなローマ法に寄与過失原理の起源はあると指摘されているのが一般的であるが、Bohlen, supra note 13, at 252 n.2 では異なる見解が述べられている。

³⁶ かつては裁判所の中に、寄与過失がないことに関する証明責任を原告に課す、とするところもあった。しかし、現在ではこのルールは採用されていない。比較過失法理では、その証明責任は明確に被告に課されている。この証明責任に関する裁判事例として、Barber v. LaFromboise, 908 A.2d 436 (Vt.2006) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告は自分で自動車を運転して南に進行していたが、途中の交差点で、原告の自動車のすぐ前の自動車が減速をして右折のウィンカーを出して右折をした後に、左折しようとしていた被告が運転する自動車を発見したため、ブレーキをかけたが結局、被告運転の自動車との衝突を回避することができなかった。原告は衝突の影響によって、2年前に外科的に治療をした消火器疾患などが悪化したとして、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。これに対して被告は、比較過失による積極的抗弁を主張した。陪審は、原告と被告ともに過失があったが、原告には72%の過失が、被告には28%の過失があると認定したため、原告が控訴した。控訴審で原告は、比較過失という積極的抗弁の重要な要素があることを証明する責任が被告にあると説示するのを拒否したことに不利益な誤謬を事実審は犯していると主張した。バーモント州の最高裁は、被告が証明責任に関する説示を事実審が拒否したことが明らかに誤りで不利益になることを認定して、同意した。被告に過失があったことを証明するだけでなく、過失が原告の負傷の近因となっているという証拠の優越性によって証明することも、負傷した原告の負担になると事実審は明確に説示したが、被告の立証責任に関する十分な説示を事実審は与えなかった。事実審の判決は破棄され、事案は差し戻された。

³⁷ 916 N.E.2d 906 (Ind.2009) .

患者とその前夫は、患者の手にある裂傷に対する治療を求めて病院に行った。トリアージの看護師、つまりどのような処置が必要かを即座に判断する看護師が、デスクに貼った家庭内暴力に関するメモ用紙を患者に見せた。患者は激しく首を振った。患者の母親が病院に来て、看護師に、暖炉でポーカーをしていた患者を前夫が暴行したと思うと知らせた。2人のセキュリティーガードが前夫を武器の携行がないかどうかを調べ、禁酒テストも行ったが、武器の携行も飲酒もしていなかった。患者が病院から車いすで出てきた時、看護師は前夫と一緒に病院を出てはいけないと言った。しかし、患者が前夫とともに病院から去った後、前夫は患者と自分自身を撃った。そこで、患者の遺産管理人が、病院と治療を行った外科医を被告として、損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、病院と外科医に対する略式判決を認めた。

インディアナ州の最高裁は、事実審判決を次のように述べて支持した。病院は、患者に対して負っている義務を履行している。病院は患者の危険性を指示したうえで、いくつかの行動をとっている。他方、患者自身による、患者の前夫とともに病院を去るという事実は、患者の寄与過失にあたる、と判断した。

【Dunleavy v. Miller 事件】³⁸

被告は通りを東に向かって進行した後、交差点で左折したが、被告の自動車は反対車線にあった。このため原告が運転する自動車と対向したため、原告は衝突する直前にブレーキをかけたが、原告の自動車が横転して右に曲がり、被告の自動車に衝突した。この事故で原告は、被告の過失によって、複数の擦り傷、打撲傷、そして深刻な閉鎖性頭部外傷を負った。そこで、原告は被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告の損害が9万1267ドルであったが、被告には76%、原告には24%の過失を配分した結果、原告の賠償額は6万9363ドルに減額された。そこで原告は控訴した。原告は控訴審で、「Sudden emergency」に関する説示を陪審に与えていない、と主張した。控訴審は、「Sudden emergency」に関する説示を陪審員は受けるべきという原告の主張を支持するのに十分な証拠があるとして、事実審判決を破棄し、責任と賠償額について差し戻した。被告は、ニューメキシコ州は過失訴訟での「Sudden emergency」原理の遵守を撤回すべきで、現在のUniform Jury Instruction on sudden emergency, N.M. Rules Ann. 13-1617 (1986) の適用をやめるべきであるとして上告した。

ニューメキシコ州の最高裁は、「Sudden emergency」³⁹に関する陪審説示は、統一陪審説示のルールにある考え方と一致しておらず、その原理は不必要で、潜在的に陪審の混乱

³⁸ 116 N.M.353, 862 P.2d 1212 (1993) .

³⁹ 「Sudden emergency」法理とは、自分の過失によらずに突然の緊急事態あるいは危険に晒された人の行為については、通常人がそのような場面で同じような行動をとる限り、過失あるいは寄与過失による責任を問われることはない、という法理である。Garner, supra note 22 at 660.

を招き、事案の一部を強調しすぎることになり、「Sudden emergency」は過失訴訟における陪審への説示としてもはや使用されるべきではない、とした。さらに、*Scott v. Rizzo*, 96 N.M. 682, 687, 634 P.2d 1234, 1239 (1981) において、州の最高裁は、比較過失法理を採用して、寄与過失法理を放棄したこと、そして、寄与過失法理による厳しい結果を改善するために採用されたルールである Last Clear Chance 法理も廃止された、とも説明している。州の最高裁は、被告の事後的に申し出たで生じた費用と被害者の賠償額とを相殺する判決の一部を除き、原告勝訴の判決を無効にして、事実審に事案を差し戻した。

伝統的なコモンローから生じたこの寄与過失法理に対しては、被害者に過失があれば、それがいかに些細なものであっても損害賠償請求が否定されることになるという点で、救済されるべき被害者にとってはあまりにも過酷な結論ではないか、という指摘がなされるようになってきた⁴⁰。つまり、発生した損害に対する法的責任を原告と被告のどちらか一方にすべて負担させるという意味で、原告や被告にとって衡平な法理とは言い難いというわけである。

また、経済学の視点からは、原告に寄与過失があったとしても、原告の防止費用が被告のものよりも低い場合にかぎって、賠償請求が禁じられるべきであるとして、寄与過失法理を一定程度評価した上で修正を加えるという見解も存在している⁴¹。もっとも、法と経済学の代表的論者である Calabresi は次のようにも指摘している。比較過失法理は、過失を客観的に評価して受け入れるのに望ましいものであり、より過失のあった当事者にとっても、もっとも損害を拡張した者に対して責任を課するという方法によって、当事者の望みは満足させられるのだから、比較過失法理の採用というよりも、過失責任主義により大きな修正を加えることで、過失責任主義を維持することができるのでは、と⁴²。

しかし、経済的な視点で示された結論が、寄与過失法理において妥当するとは限らない。経済学が依って立つ視点と法律学の視点とで違いがあるからである。この点につき Schwartz は、経済学的な防止費用の多寡という視点ではなく、公平性に基づいて寄与過失法理の正当性は示されるとしている⁴³。つまり、寄与過失法理が適用される場面とは、公平性という観点から、個人としての加害者が個人としての被害者に対して補償することを要

⁴⁰ Prosser, *supra* note 12, at 4.

⁴¹ William L. Landes and Richard Posner, *The Positive Economic Theory of Tort Law*, 15 *Ga. L. Rev.* 851, 885-892 (1981) ; R. Posner, *Economic Analysis of Law* § 6.4 (3d ed. 1986) など。

⁴² G. Calabresi, *The Costs of Accidents*, 302-303 (1970) .

⁴³ G. Schwartz, *Contributory and Comparative Negligence : A Reappraisal*, 87 *Yale L. J.* 697, 704-710 (1978) .

求しないという思想が受け入れられる場合である、ということを示している。しかし、何故、寄与過失法理によると、被害者が損害発生に寄与していれば、損害賠償責任を加害者に対して請求できなくなるのか。そもそも、被害者に損害が発生する主因が加害者にあるという場合、損害発生の際機を作ったのは加害者であるはずなのに、何故、免責されるのか。このことと公平性という観点がどのように結び付くのか、という点については何ら明らかにされていない。

第4款 Last Clear Chance 法理

この寄与過失法理から出て来る極端な結論に対して何らかの修正を加えるべきということで登場したのが、Last Clear Chance 法理である。つまり、寄与過失の抗弁に関する例外の一つとして位置づけられるのが、Last Clear Chance 法理である。

この法理は、原告が回避することができない危険に、自分の過失で自身を置いたという場合に機能する法理である。この法理の起源は、イギリスで起きた Davies v. Mann 事件とされている。

【Davies v. Mann 事件】⁴⁴

被告は馬と荷馬車を操作していたが、過失でロバを殺してしまった。ロバは前足を縛られて道路に放置されており、少しスピードを出しながら道路に沿って進行していた被告の荷馬車の進路から回避することができなかった。道路に動物を放置することにつき原告側に違法な行為があるが、原告には損害賠償請求する権利が認められる、と判断された。過失に関する一般法理として、原告の側に過失があるが、通常の注意義務を果たすことで、被告の過失の結果を回避することができなければ、原告には損害賠償請求をする権利が認められる。それゆえに、馬と荷馬車を被告が過失で操作していたが、前足を拘束されたまま道路に放置され、そのために少しスピードを出して道路を進行している被告の荷馬車の進路から退避することができなかったロバを殺してしまったという場合には、道路に動物を放置しておくという原告の側に違法行為があっても、原告には損害賠償請求する権利が認められる。

つまり、本来この損害発生に寄与した原告の過失は賠償請求を禁止する事実になるが、被告が事故を防止するために Last Clear Chance 「最後の明確な機会」をもっていたと評価できるのであれば、原告の賠償請求は認められるとしているわけである。この Last Clear Chance 法理で注目すべき点は、いったん原告は危険に自身を置いているのに、自分を救助するために何もしていないが、被告は通常の注意を払っていれば損害発生を回避できた、と

⁴⁴ 1842, 10 M. & W. 546, 152 Eng. Rep. 588.

している点である⁴⁵。ただし、Prosser は、この Davies 事件が提示している法理を「Jackass doctrine」と呼び、Last Clear Chance 法理自体を、過失法理自体を無用に複雑にするものとして批判している⁴⁶。

過去の裁判事例を見てみると、特に初期の頃の事例では、原告側に寄与過失が認められても、Last Clear Chance 法理に基づいて原告の賠償請求を認めている裁判事例もあるが⁴⁷、

⁴⁵ この点に言及する裁判事例として、Dominguez v. Manhattan & Bronx Surface Transit Operating Auth., 46 N.Y.2d 528, 388 N.E.2d 1221, 415 N.Y.S.2d 634 (1979) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。事故当時 11 歳の未成年者は、被告会社が所有し、その従業員が運転していたバスに乗ろうとして、バス停から出発し始めた時に、未成年者はそのバスの側面に飛び乗った。その後、バスの運転手は次のコーナーまで運転し、右折をし始めた。しかし、バスはタクシーに進路を遮られたため、急に進路を変更したことで、縁石を乗り越えて鉄道の高架下にある支柱に衝突し、飛び乗った未成年者を振り落としてしまい、重傷を負うに至った。そこで、負傷した未成年者の母親が、被告会社を相手取って損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告に有利な事実認定をし、事実審は、証拠の優越性から、バスの運転手が未成年者の存在を知っていたことが証拠によって裏付けられていないとして、陪審評決を認めないようという被告の申立てを否定した。そこで被告は控訴した。控訴審は、バスの運転手がバスの側面に未成年者が存在していることを知っていたという陪審による事実の決定を支持するのに十分な証拠はないと結論づけた。ニューヨーク州の最高裁は、Last Clear Chance 法理を適用するために原告が危険であったことをバスの運転手が知っていたかどうかについて、事故を起こしたバスに同乗していた他の客の証言や、バスに備えてあったバックミラーの使用に関する証言などから、負傷した未成年者がバスの側面に掴まっていたことバスの運転手が知っていたことを支持する十分な証拠があるとして、事実審判決を維持するのに十分な証拠はなかったと結論づけるのは誤りであるとして、控訴審判決を棄却し、差し戻した。

⁴⁶ William P. Prosser, Handbook of the law of Torts, 437 n.99 (1971) .

⁴⁷ Last Clear Chance 法理の適用の誤りを指摘して、寄与過失のある被害者に損害賠償請求をする余地を残した裁判事例として、Robinson v. District of Columbia, 580 A.2d 1255 (D.C.1990) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。被害者は、労働省の駐車場に自動車を駐車した後、その駐車場の北にある出入り口の部分で通りを横断する機会をうかがっていた。被害者が横断しようとしていた通りの反対側には、コロンビア特別区の市庁舎の車両で入り口のランプがあった。このランプが点滅していたため被害者は、警察車両が近づいていると思ったが、その車両の運転手が被害者を見たと思っていたので、被害者はその車両に注意を払わなかった。横断歩道には、両サイドに歩行者用の信号機がついていたが、その横断歩道を使わずに、被害者は通りを横切ろうとした。その通りの中央にある黄色の二重線の部分に達したとき、被害者は、警察車両にはねられた。被害者は、通りの片方の車線に交通がないことを確かめていたため、警察車両にはねられる

Last Clear Chance 法理という例外がよく利用されるのは、鉄道事故事例である。たとえば、原告の自動車と列車が衝突したことで提起された損害賠償請求訴訟では、原告が軌道上で気を失い、あるいは他の理由で無力になっている一方で、機関車が迫りくるまでに、他の従業員が原告の危険や無力状態を発見していた場合、原告が軌道に入っていたという最初の過失はそれほど問題にせず、被告である鉄道会社に対する原告の損害賠償請求が認められている事例がある。ただし、被告である鉄道会社は、効き目の弱いブレーキで運転していたという過失に対する責任ではなく、原告の危険な状態を発見した後に発生した合理的な注意義務によって回避できたことに対してだけ責任が問われている⁴⁸。

また、裁判事例の中には、Last Clear Chance 法理ではなく、「Discovered Peril」（発見された危険）という法理を適用しているものがある。この法理は、Last Clear Chance 法理と同じ内容のものであり、原告による寄与過失がある場合には原告の損害賠償請求が認めら

前に、その車両に気づいていなかった。被害者は、コロンビア特別区に対して損害賠償請求訴訟を提起した。指示評決を求めた被告の申立てを事実審は認め、通りを横断するために横断歩道を使用しなかったことで、交通法規に原告は違反したこと、この事故の法的因果関係はこの交通法規違反にあること、そして、そのために合理的な陪審であれば、原告に寄与過失があったと認定する以外になかったとして、コロンビア特別区の法律によって損害賠償請求は禁止されると結論づけた。そして、この事件に Last Clear Chance 法理が適用されないとするにあたって事実審は、警察車両の運転手が原告をいったん視認していれば、事故を回避することができたと合理的な陪審であれば認定することはなかったと結論づけた。原告は、この事件に Last Clear Chance 法理が適用されないという判決を出すにあたって事実審には誤りがあると主張し、控訴した。コロンビア特別区の最高裁は、Last Clear Chance 法理に関する陪審への説示が正当化されるためには、原告は次の四つの証拠を示す必要があると確認した。一つは、原告と被告の両方の過失によって引き起こされた危険な立場に原告があったこと。二つは、原告はその危険に気づかず、また、危険から自身を回避することができなかったこと。三つは、被告は、原告が危険である、その危険に気づいていない、あるいは、その危険な状態から自身を引き離すことができないことに気づいていた、あるいは、合理的な注意を払うことで気づくべきであったこと。四つは、被告は、危険性に気づいて、原告が危険から自身を引き離すことができないことに気づいた後で、使用できる方法で原告が負傷することを回避することができたが、それをしなかったこと。本件では、この四つ目の要件が問題になったが、この要件に従うと、被告の行動は、被告自身が実際に視認したことだけでなく、視認すべきであったことに従って判断されるべきであるとして、事実審にはこの四つ目の要件の認定について誤りがあり、事実審は運転手が事故を回避する Last Clear Chance があったかどうかを陪審が判断することを認めるべきであった、と最高裁は判断した。最高裁は被告勝訴の事実審判決を取り消して、差し戻しをした。

⁴⁸ 第二次不法行為法リステイトメント § 479。

れないとする場合でも、原告に寄与過失の抗弁に対する反論を認める、つまり、原告による損害賠償請求を認める法理である⁴⁹。この Discovered Peril Doctrine を使った裁判事例として次のものがある。

【Walker v. Spokane, Portland & Seattle Ry.事件】⁵⁰

被害者が運転する自動車は、被告である鉄道会社の線路上で停車したため、電車と衝突したために、被害者の自動車が破損し被害者は死亡した。そこで、原告である被害者の遺族が、被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、被告勝訴の評決を出したため、原告は控訴した。唯一の争点は、事実審が、Last Clear Chance 法理を陪審に適正に提示したかどうかというものであった。つまり、原告を負傷させるのを回避する最後の機会が被告にあったと陪審が認定すれば、原告に過失があり、その過失が自分の負傷の原因となっているという事実があっても、原告は賠償請求することができることになる。オレゴン州での Last Clear Chance 法理は、「発見された危険 (discovered peril) 法理」として知られているものである。事実審は、この法理を適用するために、被害者が軌道上にいたこと、そして被害者が自分の危険について気づいているか、あるいは、危険な状態から自身を救出することができないという両方を、電車の乗組員が実際に知っていなければいけないと陪審に説示した。原告は、Last Clear Chance 法理を適用可能にするために、電車の乗組員が、被害者の物理的な状況を認識していることだけが必要である、つまり、被害者が危険に気づいているとか、危険な状態から自身を救出することができないと、実際に電車の乗組員が認識していることまでは必要ではない、と主張した。この後者の要素については、電車の乗組員が、被害者が窮状について気づいていたか、自身を危険から救出することができないと認識していたに違いないと陪審が認定している場合に十分認められるとも主張した。

オレゴン州の最高裁は、Last Clear Chance 法理について事実審が陪審に適正に提示していた、とした。最高裁は、現実には危険を知っていたということは、被害者が実際にそこにいたことを知っていることと、明らかに危険であるか、その危険な状況から自身を救出することができないということを知っていることの両方を含んでいるように要求される、とした。もし電車の乗組員が、被害者の存在を知っていたが、移動するであろうと判断していたとすると、被害者は危険な状態にあったとは認識していなかったことになる。最高裁は、事実審の判決を認容した。

⁴⁹ この Discovered Peril doctrine 以外にも、Humanitarian doctrine、Subsequent-negligence doctrine、Supervening-negligence doctrine、Doctrine of ultimate negligence、Doctrine of subsequent negligence などの言葉が、Last Clear Chance 法理と同じ内容の法理として使用されることがある。Garner, *supra* note 22 at 1054.

⁵⁰ 262 Or.606, 500 P.2d 1039 (1972) .

このオレゴン州の最高裁が判決の中で述べているように、Last Clear Chance 法理は、被告が実際に危険を発見し、合理的な注意を払っていたという場合に適用されるというわけである。つまり、この Last Clear Chance 法理と Discovered Peril 法理の両方において重視される事実は、原告が孤立して、誰からも援助を受けることができない無力な状態 (helpless plaintiff) という事実である。この点は第二次不法行為法リステイトメント § 479 にも規定されている。

第二次不法行為法リステイトメント §479

Last Clear Chance : 無力な原告 (helpless plaintiff)

被告による続いている過失から生じる損失の危険に、原告が自身を過失で晒している場合、その原告は次のような場合に生じた損害につき賠償請求できる。

(a) 原告が合理的な警戒や注意をしても直前にある損失を回避することができなかった場合

(b) 被告が合理的な注意や能力で、次のようなときに、損失を回避するために存在する機会を利用しなかったことに過失がある場合

(i) 被告が原告の状況を認識し、原告が置かれている危険を実現し、ないし実現する合理性があるとき

(ii) 原告に対して実行する警戒義務が被告にある場合に、被告が原告の危険な状況を発見し、危機を回避することに合理性があるとき

だが、その原告が Helpless Plaintiff であっても、実際には援助がないわけでないという場合、被告が実際に原告の危険を発見したが、回避しなかったことに過失があれば、Last Clear Chance 法理による利益を主張する可能性はある。逆に、原告が明らかに危険を認識しており、自分で動くことで損害を回避できると被告が判断していた場合には、不注意な原告に対しては Last Clear Chance 法理が適用されず、寄与過失が適用されることになる⁵¹。

⁵¹ 本文掲載以外の裁判事例として、Louisville & Nashville R.R. v. Vanderpool, 496 S.W.2d 349 (Ky. Ct. App.1973) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。

被告である鉄道会社の敷地内への不法侵入者である被害者は、電車が衝突する前の数分、鉄道の軌道上に座っていた。事故発生後、被害者を発見した証人は、被害者の息にはアルコールの匂いはしなかったと陳述している。電車は、事故現場を超えて 500 呎まで進み停車したが、この事故によって頭部を負傷したことで被害者は死亡した。そこで、原告である被害者の遺産管理人は、500 呎以上離れたところで被害者を発見していたら、被害者を轢くことを回避する最後の明らかな機会が被告の従業員にはあったと主張して、被告に対して過失に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、指示評決を求める被告の申し出を否定し、陪審は原告勝訴の評決を出した。被告は上訴した。ケンタッキー州の最高裁は、事故を回避するために被告の従業員には、被害者が危険であることに気づくのに

たとえば、次のような裁判事例をあげることができる。

【First Nw. Trust Co. of S.D. v. Schnable 事件】⁵²

被害者である 8 歳の子供が暗く雨の降っている夕刻に混んでいる交差点を渡っている時に、被告である運転手が被害者をはねてしまった。そこで、原告である被害者の後見人が、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。被害者は交差点に入ったとき信号機が青であったと主張したが、他の証人によると、信号機は黄色だったとのことだった。被告は交差点に進入している時は青信号で、制限速度内で走行していたが、暗い色彩の服を着ていた被害者を一度も確認しなかった。事実審は、子供の寄与過失が軽くないので、S.D. Codified Laws § 20-9-2 に基づいて賠償請求が禁止されていると結論づけた。そこで、原告は、Last Clear Chance 法理を本件に適用していないことにつき事実審には誤りがあると主張して上告した。

サウスダコタ州の最高裁は、Haase v. Willers Truck Service, 72 SD 353, 34 NW.2d 313 (1948) などの先例を引用して、Last Clear Chance 法理は、歩行者が危険に気づいていない場合、そして、自動車の運転手が歩行者に衝突するのを回避するのに間に合うように歩行者を実際に発見し認識しなかった場合には適用されないと述べた上で、判例に則って事実審は、被告は事故前に被害者を認識していなかったと矛盾しない証拠に基づいて事実認定しているとして、Last Clear Chance 法理の適用が事実審において適正に否定されてい

十分な時間があったと原告は立証しなかったので、被告は勝訴判決を得る権利を有している、とした。被害者が立ち上がり、電車との衝突を回避するのに間に合うように動くことができなかつたのが明らかな場所に不法侵入者はいなかった。被害者が不注意で危険を自身から除く様子ではなかったため、被告の従業員が危険に気づく機会を有していなかったと言えるので、被告には責任はない、とした。最高裁は下級審判決を破棄した。

なお、この裁判事例では、不注意の事例で実際の危険の発見が被告に要求されたが、原告に援助がないこと (helpless) は要求されなかった。第二次不法行為法リステイトメント § 480 条を参照。

第二次不法行為法リステイトメント § 480

原告に損失が生じるのを回避するのに間に合うように、被告の過失によって生じた危険を、合理的な警戒をすることで発見することができた原告は、次のような場合に賠償請求することができる。

- (a) 被告が原告の状況を知っている場合
- (b) 原告が不注意で、そのために損失を回避するのに間に合うように危機を発見できなかったと被告が気づいているか、気づくのに理由がある場合
- (c) 損失を回避する既存の機会を、合理的な注意と能力で、被告が利用しなかったことに過失がある場合

⁵² 334 N.W.2d 16 (S.D. 1983) .

る、とした。最高裁は、子供が絡む過失に基づく損害賠償請求訴訟での責任問題につき、被告勝訴の判決を認容した。

このように、寄与過失法理による原告への過酷な結論を回避するために Last Clear Chance 法理が登場したのであるが、寄与過失法理も Last Clear Chance 法理ともに all-or-nothing ルールに支配されていることに違いはない。つまり、寄与過失法理の場合には原告が、Last Clear Chance 法理の場合には被告が、生じた損害に対する責任を負うとする法理なのであり、all-or-nothing ルールの範疇からは明らかに出ていないのである。

そして、Last Clear Chance 法理の適用の可否を審査する際、被告が損害発生回避について最後の機会を発見したとか、その機会を発見して損害発生を回避することができたということを、証拠に基づいて認定することになるが、果たして、どの程度の立証ができればそのような判断が可能になるのかは、事実を認定する陪審にとって非常に困難な作業になったのではなかろうか。そして、何をもって原告は孤立無援で何もできない無力な状態にあったと立証すべきなのかを判断するのも容易なことではないように思われる。このようなことが、Last Clear Chance 法理の適用を混乱させた原因の主たるものとして考えられるのではなかろうか。そこで、all-or-nothing ルールの支配の中で、被害者の過失を別の次元で考慮してはどうか、という発想が登場するようになったのである。それが、次に言及する「危険引受法理」である。

第5款 危険引受法理 (assumption of risk)

寄与過失法理には危険引受法理と同じ側面がある。危険引受法理とは、ローマ法の格言である「被害者の同意 (volenti non fit injuria)」に由来する法理である。この危険引受法理が適用されると、原告の損害賠償請求は禁じられることになる⁵³。このローマ法の格言について Bohlen は、コモンローの個人主義的な傾向がその格言には表現されており、個人の行動の自由が中核に位置付けられている、と指摘している⁵⁴。つまり、危険引受の法理とは、危険を顧みずに被害者が行動に出た場合には、その加害者は免責され、被害者の救済を否定するという内容の法理なのである。この法理の根底にある思想について Glannon は、Bohlen と同様に、被害者の意思と選択を尊重している法理だが、そこにはアメリカ的な個人主義と自由主義の思想が強く反映されていると説明する⁵⁵。アメリカにおいては、個人の創意と自

⁵³ 危険引受と寄与過失という二つの法理は抗弁事由として同じであるが、多くの事例を通じて、二つの法理の間には大きな混乱がある、と指摘されている。Charles Warren, Volenti non Fit Injuria in Actions of Negligence, 8 Harv. L. Rev. 457, 459 (1895)。

⁵⁴ Francis H. Bohlen, Voluntary Assumption of Risk, 20 Harv. L. Rev. 14 (1906) .

⁵⁵ Joseph W. Glannon, The Law of Torts, 537-538 (2010) .

由な選択を信頼する風潮があり、たとえその選択が危険であっても、何でも自分で決めてその結果を自分で引き受けることが相当な程度で支持されている傾向にあるとして、ここに危険引受法理を支える実質的な理由があるというわけである。このため、寄与過失法理とともに原告の訴えを完全に禁止する危険引受の法理は、伝統的な法理として維持されていると言える。だが、この二つの法理は同じ理由に基づいてはいないし、多くの事例で重なり合ってもいない。

危険引受の法理は被告の義務の否定を含むものとされ⁵⁶、他方、寄与過失法理は、被告の義務の履行に対する抗弁として、原告の過失を位置付けられていることと対比することができる。Bohlen は指摘する⁵⁷。Bohlen によると、危険引受の法理の場合は、原告の側に完全に合理性のある行動があることを想定しているが⁵⁸、寄与過失の場合はそれがないと整理することができる⁵⁹。また、危険引受法理で典型的なのは、認識された危険について自発的あるいは故意にその危険を受けたという場合である。他方、寄与過失法理の場合は、危険を不注意で気づかなかったことが想定されている。この二つの法理に関する混乱の唯一の原因は、二つの法理がどのように棲み分けているのかという判断基準を設定してこなかったということに由来しているが、寄与過失法理と危険引受法理に共通的な点を引き出すとすれば、両者ともに、買主の危険負担 (caveat emptor) の概念と、一八世紀に労使間で生じた契約自由の原則の基礎にある個人主義思想が根底にあり、さらに、両者ともに、買主の危険負担 (caveat emptor) の概念と、一八世紀に労使間で生じた契約自由の原則の基礎にある個人主義思想が底辺にあるという説明がなされている⁶⁰。

第2節 比較過失法理の形成とその内容

これまで寄与過失法理について考察してきたが、この法理は、被害者に少しでも過失があれば損害賠償請求をすべて否定するという内容のものであった。被害者の賠償請求を否定するという意味で、危険引受法理と同じ位置づけとなる。さらに、Last Clear Chance 法

⁵⁶ Bohlen, supra note 13, at 245. 第一次知覚 (primary sense) であるリスク引き受けと、第二次知覚 (secondary sense) であるリスク引き受けがあるが、第二次知覚のほうが事実上、寄与過失になるという区分をして、その概念に言及する場合がある。

⁵⁷ Bohlen, supra note 54, at 11.

⁵⁸ Smith v. Seven Springs Farm, Inc., 716 F.2d 1003 (3d Cir. 1983).

⁵⁹ Bohlen, supra note 13, at 247.

⁶⁰ 危険引受と寄与過失の間の法理的な区分に関する分析は、Bohlen, supra note 13, 243-252; Warren, supra note 52, at 458-461; Fleming James, Assumption of Risk, 61 Yale L. J. 141 (1952). ここで述べられた区分は、Pritchard v. Liggett & Myers Tobacco Co., 350 F.2d 479, 484 (3d Cir. 1965) で引用されているものである。

理についても、結局、損害発生を回避する最後の機会が被告にあれば、被告が損害賠償責任を全て負担するというもので、寄与過失法理も Last Clear Chance 法理も、生じた損害に対する責任を、原告ないし被告のどちらか一方にすべて負わせるという内容の法理であるとまとめることができる。

しかし、原告ないし被告に全部の責任を負担させるという結論については、けして衡平なものとは言い難いものがあった。そこで、all-or-nothing ルールから解放された別の原理で、問題を処理してはどうかという思想や立場が登場することになった。それが、比較過失法理である。そこで、この比較過失法理の思想が登場するに至った背景について、考察を加えていくことにする。

第1款 海事法 (admiral law) における損害分担主義

all-or-nothing ルールからの解放として損害に関与する当事者の過失等を比較考慮し、損害を当事者間で分担し合うようにしようという発想、つまり、比較過失法理 (comparative negligence) のような発想が登場するようになった背景には、海事法による損害の分担主義の影響が大きいとされている⁶¹。アメリカにおける海事法は当初、イギリスの海事法の影響を受けていたが、その後、独自の運用がなされるようになっていく。

まず、アメリカの海事法に影響を与えていたイギリスの海事法であるが、損害の平等分担の原告が確立されるのは、オレロン海法 (Rolls of Oleron) と呼ばれる法律⁶²と、各過失に起因する損害部分の立証が非常に困難であったという事情の影響によるものとされている⁶³。このオレロン海法は、中世の三大海法⁶⁴の一つとして位置づけられており、船舶双方の

⁶¹ 長谷川貞之「法理としての「比較過失」の制度的意義 —アメリカ不法行為法における比較過失の法理誕生の背景からみて—」駿河台法学第6巻第1号44頁(1992)。

⁶² コトバンク (<https://kotobank.jp>) におけるオレロン海法項目での解説によると、オレロン海法とは、12世紀頃にフランスの西海岸オレロン島を中心に行われた海事裁判所の判決を収録したもので、判例法として成立していたもので、全ヨーロッパにおける海法に継承されたり起源になったりしている (<https://kotobank.jp/word/オレロン海法-41750>, 2022年3月30日最終閲覧)。

⁶³ Kennes C. McGuffie, *The Law of Cokkision at Sea* (British Shipping Law, Vol. 4, 1961), p.98.

⁶⁴ 中世の三大海法とは、オレロン海法、コンソラート・デル・マーレ、そして、ウィズビー海法の三つをいい、これらは各国の海事法や海洋事故に関する裁判実務に多大な影響を与えた。田中誠二『海商法詳論〔増補版第三版〕』(勁草書房、1985)6頁以下、石井照久『海商法<法律学全集三〇>』(有斐閣、1964)51頁以下。なお、コトバンク (<https://kotobank.jp>) におけるウィズビー海法項目での解説によると、ウィズビー海法

過失によって衝突が生じてしまった場合には、損害の分担に関する規則が規定されていた法であった。たとえば、オレロン海法第一五条には、次のような規定があった。

オレロン海法第一五条⁶⁵

「一船ガ沖合停泊所ニ投錨シ居ル所ニ他ノ船舶ガ外海ヨリ来リ、誤導ノ為ニ、其ノ途ニ在リタルトキ當該船舶ニ衝突シ、之ニ因リテ其ノ船舶ガ損害ヲ受ケ双方葡萄酒ガ漏洩シタルトキハ、各船舶折半シテ其ノ損失ヲ分擔スベク、一船舶内ノ損失ハ又商人間ニ於テ分擔セラルベシ。而シテ他ノ船舶ニ衝突シタル船舶ノ船長ハ自己ノ意思ヲ以テ為サシタルニアラザルコトヲ誓ヒ又其商人モ彼ト共ニ之ヲ宣誓スルコトヲ要ス。何故ニ此ノ判決ガ為サレタカノ理由ハ、或古船ガ衝突ニヨリテハ之ニ損害ナキコトヲ知ルトキハ故意ニ新優船ノ航路ニ横タハルコトアルベク、又其ノ損害ヲ他船ト分配スルコトヲ知ルトキハ其ノ通路ヲ避クベキガ故ナリ。」

つまり、この条項は、船舶衝突という事故において両当事者に過失や非難可能性が存在する場合には、衝突によって生じた損害を当事者間で平等に分割せよ、と規定しているものである。これは、双方の過失を比較考慮してその程度に応じて損害分担を認めるとしているコンソラート・デル・マーレ⁶⁶と比較すると、オレロン海法における平等分割という視点が一層際立って来る。このため、海事法における損害分担の法理は、衝突で生じた損害を当事者間で平等に分配するというオレロン海法系の流れと、双方の過失を比較衡量してその過失の程度に応じて損害の分配を決めるというコンソラート・デル・マーレ系の流れがあり、今日では、この二つの規準で船舶事故によって発生した損害の分担を考えるようになっているが、このうちアメリカの海事裁判所が採用したのが、オレロン海法系の規準であり、損害を平等に分担するという方法であった⁶⁷。しかし、どのような船舶事故においても、発生した損害を平等に分担し合うようにするという解決方法については、あまりにも大雑把過ぎ

とは、ハンザ同盟の海事慣習法を編纂したものであるとなっている

(<https://kotobank.jp/word/ウイスビー海法-1272613>, 2022年3月30日最終閲覧)。

⁶⁵ 樋貝詮三『海の慣習法』(良書普及会、1943) 683頁より引用。

⁶⁶ コトバンク (<https://kotobank.jp>) におけるコンソラート・デル・マーレ項目での解説によると、コンソラート・デル・マーレは、13世紀ないし14世紀に、スペインのバルセロナで編集・出版された地中海沿岸地域の海商法のこと、地中海沿岸の諸都市は、古くから海上通商が盛んに行われ、商人たちの間で、次第に海上通商に関する慣習法が形成されていき、この慣習法を一つの文書にまとめたものであるとなっている

(<https://kotobank.jp/word/コンソラート・デル・マーレ-1167792>, 2022年3月30日最終閲覧)。

⁶⁷ 長谷川・前掲注 61・44頁。

て、正義衡平に反するのではないかと思われるようになったため、アメリカでは損害の平等分担の規準をさらに一歩進めた損害の比例的分担の方法を採用するようになった。この流れが、陸上における事故においても適用されるようになり、all-or-nothing ルールに拘束されていた寄与過失法理から、比較過失法理へと進む契機になったとされている⁶⁸。

第2款 連邦使用者責任法の制定

アメリカにおける陸上での事故の場合において、損害の比例的分担を採用した最初の法律が連邦使用者責任法である。イギリスでも制定されるに至った使用者責任法は、アメリカにおいては、一九〇八年に連邦使用者責任法（Federal Employers Liability Act）として制定された⁶⁹。この連邦使用者責任法には、州際事業に従事する鉄道などの被用者が、事業において傷害を受けた場合の損害賠償訴訟についての規定が用意されており⁷⁰、被害者である被

⁶⁸ Thomas J. Schoenbaum, Admiralty and Maritime Law, § 14-1 (4th ed. 2004) を参照。

⁶⁹ 35 Stat. 65 (1908) , as amended by Stat. 291 (1910) , 45 U.S.C. § 51.

⁷⁰ 45 U.S.C.A. § 53. この法律に基づいて提起された裁判事例として、CSX Transp., Inc. v. Begley, 313 S.W.3d 52 (Ky.2010) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。被害者は被告である会社に 1970 年から 1998 年まで勤務していたが、1990 年代の半ばに経験した股関節と膝の痛みを理由に退職した。医師は、変形疾患の一つである変形関節症（osteoarthritis）が被害者の症状に起因していると診断した。28 年間の勤務のうち最初の 20 年間の被害者の仕事は、線路沿いにある粗れきの上にゆっくりと徐行している列車から飛び降りて、様々な作業をした後で、再度列車に戻るというものであった。被告は 1990 年にこの作業を打ち切っている。そこで被害者は、被告が安全な作業環境を整えず、作業に伴って累積していった疾患が自分の関節炎の原因になったと主張して、Federal Employers Liability Act, 45 U.S.C.S. に基づいて損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は 25 万ドルの損害賠償請求を原告に認めた上で、原告と被告に同等の過失があるという評決を出し、事実審は、12 万 5000 ドルの損害賠償請求を原告に認める判決を出した。控訴審も事実審判決を支持して、原告に損害賠償請求を認めた。被告は、近因などに関する説示を与えることを事実審が拒否したことを控訴審が認めることに誤りがあるか否かについて検討する裁量的審査を求めて被告が申立てをした。ケンタッキー州の最高裁は次のように述べた。被告は FELA 訴訟において近因の立証は重要になってくるので、陪審に近因について説示する必要があると主張するが、近因の立証は証拠によって確立しており、陪審はその点に疑問をもっていなかったため、事実審が説示を拒否したことに誤りはない。そして、原告が自分の安全のために通常のケアを怠ったかどうかについて、原告の行動がわずかでも全体ないし部分的に原告の関節炎に寄与しているかどうかについて、そして、各当事者に一定の割合の過失を割り当てることについて、事実審は陪審に説示をしているとして、事実審判決を取り消すほどの誤りはなかった、と最高裁は結論づけた。

用者の過失割合に応じて賠償額を減じるようにしていた。

連邦使用者責任法第五三条

「被用者の受けた身体的傷害またはそのような傷害による死亡を理由にして損害賠償請求をするために、運送事業者を相手に提起されるすべての訴訟においては、被用者に寄与過失があったとしても、その被用者による損害賠償請求に影響することはなく、賠償額は、陪審員により被害を受けた被用者に帰せられるべき過失の程度に応じて減額されるものとする。」

この連邦使用者責任法以外にも、数は少ないが、被告の責任範囲を制限するような内容の条項をもったものがあつた⁷¹。

第3款 比較過失法理の誕生

このような立法動向の中で、労働法分野以外でも、損害の比例的分担に関する法理を一般的に規定する立法が登場するようになる。まず、一九一〇年には、ミシシッピ州で一般比較過失法が立法化され、一九三一年にウィスコンシン州、一九五五年にアーカンソー州がそれに続いた⁷²。

このような流れが劇的に生じたのが、一九六〇年代と七〇年代であつた。比較過失法理はその多くが立法化によってなされたが、一九七三年以降は、司法分野でも、比較過失法理が採用されたフロリダ州のリーディングケースとされる *Hoffman v. Jones* 事件⁷³に続いて、多くの州で同じ裁判事例が登場するようになった。

【*Hoffman v. Jones* 事件】

トラックと自動車衝突した事故で被害者が死亡したため、原告である被害者の妻と遺産管理人が、被告であるトラック運転手とトラックの所有者に対して損害賠償請求訴訟を提起した。トラックの運転にあつた過失が、被害者の死亡の原因になっていると原告は主張した。両当事者の比較過失に関して被告が要求した説示を事実審が拒否して、陪審は被告勝訴の評決を出した。控訴審は、事実審判決を破棄して、再審理を要求した。その理由は、寄与過失があつても他者に対する損害賠償請求をすることを禁じていない比較過失法理が適用されることで、訴訟に関与している者に帰せしめられる過失の量に比例して賠償

⁷¹ たとえば、*The Jones Act*, 46 U.S.C.A. § 30104 である。これは、船員のために FELA ルールを採用しているものである。

⁷² Schwartz, *supra* note 14, at § 1.04(b).

⁷³ 280 So.2d 431, 78 A.L.R.3d 321 (Fla. 1973) .

額は減額されることになるから、とした。控訴審は、比較過失法理を確立するような判決を出したが、寄与過失法理を比較過失法理に置き換えるべきか、という裁量上訴を申請した。

フロリダ州最高裁は次のように述べた。寄与過失法理はフロリダ州の法律であるとし、その後ずっとフロリダ州の裁判所によって統一的に適用されてきたので、この法理に反する裁判所のすべての手続きを却下しようとする先例に控訴審は抵触している、と最高裁は述べた。それにもかかわらず最高裁は、寄与過失法理を比較過失法理に置き換えるべきかという質問に対して積極的に回答し、過失訴訟での原告はもはや、原告の寄与過失のために賠償請求が否定されることはない、とした。そのうえで最高裁は、本件に対してこの意見を適用するが、その他の審理中の事案には一般的に適用しない、とした。

その後一九八〇年代までには、ワシントンDC⁷⁴と四州、つまり、アラバマ州⁷⁵、メリーラ

⁷⁴ ワシントン DC の裁判事例として、Jarrett v. Woodward Bros., Inc., 751 A.2d 972 (D.C.2000) をあげることができる。この裁判事例の内容は以下の通りである。

被害者は、事故当時 19 歳で、ジョージワシントン大学の学生であった。被害者は友人と大学の近くにある人気のレストランバーで夕食をとり、同時にアルコールを購入しようとしたが、被害者の身分証明書によって拒否された。帰宅途中に、被害者はさらに友人と、被告がオーナーとなっているバーに立ち寄り、そこではかなりのアルコールを飲んだ。かなり飲酒をした後で被害者は一人でバーを立ち去り、通りを歩いていた時に、被告の自動車が衝突して死亡した。毒物学に基づく報告書によると、被害者は事故時にかなり酔っており、その泥酔が死因として寄与している、となっている。被害者の両親は、未成年者や既に酔っている者へのアルコール販売や飲酒を禁じている Alcohol Beverage Control Act, D.C. code Ann. § 25-121 (1996) 違反を理由にして、被告に対して不法死亡訴訟を提起した。コロンビア特別区の実事審は、被害者は制定法上の保護対象の範囲内には当たらないとして、被告勝訴の正式事実審理を経ないでなされる判決を出した。控訴審では、Alcohol Beverage Control Act, D.C. code Ann. § 25-121 (1996) 上の基準に被告は違反しているが、コモンロー上の過失に基づいて、被告を相手に損害賠償請求をすることができるか、そして、たとえ注意の基準が立証されたとしても、被害者の泥酔が賠償請求を禁止するかどうか、について審理された。控訴審は、制定法上の保護対象の範囲から泥酔した未成年者を除くのは、未成年者がアルコールを摂取することから保護するという立法趣旨と矛盾することになり、被害者ないしその両親は、制定法上の基準に被告が違反していれば、裁判上の主張ができる、と述べた。また、法律問題として、寄与過失ないし危険引受の可能性のある被害者の行為でも、被告の制定法上の義務を免除することができないので、賠償請求は禁止されなかったとした。つまり、抗弁として寄与過失を認めていたが、原告自身の過失から原告を保護することを目的とした制定法に被告が抵触していた場合には、寄与過失の抗弁が認められなかったのである。

⁷⁵ アラバマ州での裁判事例としては、QORE, Inc. v. Bradford Bldg. Co., Inc., 25 So.3d 1116, 1126 (Ala.2009) があげられる。この裁判事例の内容は以下の通りである。A は、B から購入した不動産に、薬局を収容する建物を建設し、開発された建物を C に売却する予定であった。その不動産が売却される前は、ガソリンスタンドが経営されていた。この不動産の売買契約に基づいて B は、地下の燃料貯蔵タンクとそれに関連する燃料ラインを不動産から撤去し、撤去した後を埋め立てて土地を圧縮することになっていた。A は、薬局を支えるために構造上必要な点を備えているかどうかを検査するために、D を雇った。D は検査をした上で、A に報告をした。その報告には、薬局はガソリンスタンドがある場所に建てられることが書かれ、現在ある燃料ラインと地下の貯蔵タンクなどの施設は、提案されている建物や駐車場スペースから取り除かれるべき、という提案がなされていた。さらに、D からの報告の後、A は被告を雇って、建築資材の試験を行った。そして A は、原

告と契約を締結し、被告は薬局の建物を建設することになった。被告による耐久性テストが行われた後で、原告は薬局の建物の基礎として機能するコンクリート床板 (slab) を建設した。しかし、本件不動産の土壌は適切に埋め戻されていなかったため、床板が埋没し始めて破損してしまった。原告は必要な修繕を行い、床板の修理に 22 万 3000 ドルの費用がかかった。そこで、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、原告に対して過失責任が被告にあるという陪審の事実認定による評決に基づいて判決を出し、原告に 19 万 1937 ドルの損害賠償請求を認めた。しかし被告は、原告に寄与過失がある場合には、過失訴訟において被告に過失があると立証されても、損害賠償請求をすることができない、と主張して上訴した。アラバマ州の最高裁は、法律問題として寄与過失を立証するには、被告は、原告が損害を受ける危険に自身を晒していること、そして、事故が生じる時点でその危険について原告が意識的に認めていたことを立証する必要があると述べた。そして、原告が床板を建設した時点で、土地に問題があることを原告に知らせて、タンク施設に入れた土壌が十分に埋設されたことを確認し、建築基準にその素材が合致しているか否かを被告に警告するように被告が原告に依頼するのは不合理ではないが、適切に埋設されているかどうかを原告に依存するのは間違いであるため、原告には寄与過失はないとした。最高裁は、事実審判決を支持した。つまり、この事案は、損害を受けることにつき原告に過失があったか否かが争われ、被告が原告に安全確認を依頼することはできても、義務違反である過失までは認められない、とした事案である。

ンド州⁷⁶、ノースキャロライナ州⁷⁷、バージニア州⁷⁸だけが、寄与過失法理を採用しているだ

⁷⁶ メリーランド州の裁判事例としては、*Warsham v. James Muscatello, Inc.*, 189 Md.App.620, 985 A.2d 156, 167 (2009) をあげることができる。この裁判事例の内容は以下の通りである。被害者は、A 会社に雇われている者で、被告によって賃貸されていた倉庫タイプの建物がある現場に派遣された。被害者が自動車を運転して来た時に、倉庫にアクセスする際に、凍結した部分があるから危険であると被告は指摘していた。無事に到着した被害者は、倉庫の事務所を出て、氷で滑らないようにという警告板を出した後で、倉庫のドア近くにあったバケツの中の塩をカップでばらまき始め、倉庫にアクセスする者が滑らないようにした。しかし、広範囲に凍結している部分に塩をまいている途中で、被害者自身が転倒してしまった。そこで、被害者は、倉庫と土地の所有者である被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、寄与過失法理と危険引受の法理によって訴訟を提起できないとしつつ、正式事実審理を経ないでなされる判決を求める被告の申し出を認めた。だが原告は、被告に正式事実審理を経ないでなされる判決を事実審が認めたことに誤りがあるとして控訴した。メリーランド州の控訴審は、危険に直面するという不合理な選択をしたことに対して原告には寄与過失の責任が認められる可能性があり、合理的で安全な選択肢が他にあることが明らかである場合、原告が危険な方法を選択することは自由であり、それは、危険引受や寄与過失、あるいはその両方に該当することになるかもしれないので、他者を救うために行動した原告は、危険引受や寄与過失の抗弁から必ずしも保護されることにはならない、とした。そして、現場の状況証拠から、原告には合理的に安全な代替手段があり、原告が採った氷の上を歩くという選択は現場の状況から強制されたものとは言えず、原告が危険に直面する選択を不当に、そして自発的に行ったと評価することができ、法律問題として、原告は、危険引受の法理と寄与過失法理によって損害賠償請求ができないとして事実審判決を控訴審は支持した。

⁷⁷ ノースカロライナ州の裁判事例としては、*Crawford v. Mintz*, 195 N. C. App. 713, 673 S.E.2d 746, 749 (N.C.Ct.App.2009) があげられる。この裁判事例の内容は以下の通りである。不動産業を営んでいた被告は、A 不動産会社に雇われて、売り出し中の住宅に関するリストを作成するための情報を提供していた。その義務の一部として、被告は、住宅は市の下水システムに接続されていると A 会社に情報を提供していたが、実際は、浄化槽 (septic system) に接続されていた。原告側の不動産会社が、市の下水システムに接続されているという不正確な A 会社の情報のコピーを取得し、原告との間で共有していた。その上で、原告は本件不動産を購入したが、購入後で、未処理の下水が庭の芝生から出てきたため、原告は、浄化槽で下水が処理されているだけで、市の下水システムには接続されていなかったことが分かった。原告は、浄化槽の修繕を二回行い、その後で市の下水システムに接続するための費用を支払った。そこで、原告は、被告に対して過失と不実表示を理由とする損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、7278 ドルの損害賠償請求を原告に認めた。被告は、寄与過失の問題について陪審に提示することを事実審が拒否したことに誤り

けになっており⁷⁹、その他の州では、少数ではあるが、寄与過失を限定された事例において適用している⁸⁰、という状況になっていた。

があると主張し控訴した。ノースカロライナ州の控訴審は次のように判示した。寄与過失を立証するには、原告側に正当な注意を欠いていたこと、そして、原告の過失と発生した損害との間に近接な因果関係があることを被告は立証しなければならないという一般論に基づいて行われることが必要である。過失による不実表示に関する事実審の説示によると、被告の表示を信頼したことにつき正当な注意を払ったことを原告が立証したこと、そして、本件不動産において下水システムに接続されていないことを原告が発見できなかったことの認定をするように陪審は要求されたが、この説示には、過失による不実表示の問題につき原告勝訴と陪審が判断するにあたって、原告に寄与過失はなかったと認定する必要性があるという要求もあったのだから、事実審が与えた説示は、全体を通じて、陪審を誤解させた可能性はないとした。

つまり、この事案は、ノースカロライナ州では、寄与過失が認定されると、原告の損害賠償請求が禁じられることになっていることが示されているのである。

⁷⁸ たとえば、O'Neill v. Windshire-Copeland Associates, L.P., 267 Va. 605, 595 S.E.2d 281 (Va.2004) がある。この裁判事例の内容は、以下の通りである。原告は、アパートの二階のバルコニーに設置されているレールを超えて後ろに倒れ、四肢麻痺になった。そのアパートは1963年に建てられ、市の建物規定では、バルコニーのレールは48 分の高さであると要求されていた。だが、問題のアパートのバルコニーにあるレールは32 分の高さしかなかった。バルコニーが市の規定に違反しているので、その設置者である建物所有者には過失があると主張して、原告が損害賠償訴訟を提起した。被告である建物所有者は、原告はバルコニーに慣れ親しんでおり、事故の前に原告はアルコールを摂取していた、と主張した。陪審は、被告には過失があったが、原告にも寄与過失があると認定した。事実審は被告勝訴の判決を出した。控訴審は州の最高裁に、被告に過失がある場合でも、原告の寄与過失で賠償請求が認められないかどうかに関する質問を提示した。最高裁は、第二次不法行為法リステイトメント § 483 はバージニア州では採用されていないため、市の建物規定に違反する被告の行為が過失に当たり、原告の負傷の近因になっているという場合には、原告に寄与過失がある場合には、損害賠償請求を認めることはできないと回答した。

⁷⁹ Schwartz, supra note 14, § 1.05(e)(3)を参照。

⁸⁰ インディアナ州では、比較過失法理よりも寄与過失法理のほうが、政府に対する賠償請求とか、医療過誤訴訟とかで適用されている。裁判事例としては、Clay City Consolidated Sch. v. Timberman, 918 N.E.2d 292 (Ind.2009) を、研究論文としては、Bruce D. Jones, Unfair and Harsh Results of Contributory Negligence Lives in Indiana: The Indiana Medical Malpractice System and the Indiana Comparative Fault Act, 6 Ind. Health L. Rev. 107 (2009) を参照した。Clay City Consolidated Sch. v. Timberman 事件の内容は

現在では、アメリカの圧倒的多数の州、その他のコモンローの国⁸¹や大陸法体系の国⁸²において採用されている一般的な制度と比較過失法理はなっている。つまり、アメリカの比較

次のようなものであった。事故当時 13 歳であった被害者は、被告の学校に通学しており、そこでバスケットボールの練習をしている時に、気絶してしまった。バスケットボールのコーチは直ちに被害者の母親に通知した。この事故の後、被害者は歩くことができるが、ランニングなどの激しい活動には参加しないと、被害者の母親はコーチに告げていた。その後、被害者は何事もなく学校に通い、医師の許可はなかったが、バスケットボールの練習に何等制限がない状態で参加していた。そして、コーチが被害者にランニングドリブルをするように要求すると、その最中に被害者は倒れて死亡した。そこで、被害者の両親は、インディアナ州の児童不法死亡法と Ind. Code § 34-23-2-1 に基づいて学校側に過失があったとして損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、被害者自身の過失が死亡に結びついていると主張した。陪審は、原告勝訴の評決を出した。そこで被告は控訴し、控訴審は、第一審判決を棄却し、差し戻した。原告は、被害者に寄与過失があったか否かを認定する際に、7 歳から 14 歳の子供は寄与過失を行うことができないと推定するとインディアナ州法がしていると事実審は陪審に説示し、もし陪審が、被害者自身の過失が自身の死亡に寄与していることを証明する証拠を被告が提示しなかった場合には、被害者には寄与過失はなかったと推定すべきで、被害者に寄与過失があったと証明される証拠を被告が提示していると認定すれば、7 歳から 14 歳までの子供は寄与過失を行えないという推定を無視して、被告が提示した証拠を重視していることになるが、控訴審は、7 歳から 14 歳までの子供が過失行為に対して責任があると認定されるかどうかについて、インディアナ州法は肯定的であるとも否定的であるとも言えない、という理由付けをしているとしたため、原告は上告した。インディアナ州の最高裁は次のように判示した。インディアナ州法は、7 歳から 14 歳までの子供が、自分の過失で自身の負傷に寄与しないという反論の余地のある推定を認めていると判断した上で、事実審の説示は、被害者を支持する推定を反映していると言えるため、被告には、被害者の年齢、精神的な能力、知性および経験に基づいて、被害者の行動に責任があるという証拠を提示することで、その推論を覆す権利があったが、反論の証拠が提示されてはいないため、被害者を支持する推定は継続的な効果をもたらすことになり、事実審の説示には誤りはなかったとして、原告勝訴の陪審評決を支持した。

⁸¹ カナダについては、Allen M. Linden & Bruce Feldthusen, *Canadian Tort Law*, 493-94 (8th ed. 2006)。イギリスについては、W.V.H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, 363-64 (18th ed. 2010) を参照。

⁸² A.M. Honore, *Causation and Remoteness of Damages*, in *XI International Encyclopedia of Comparative Law, Torts*, ch. 7, § 146 (1985) . ヨーロッパにおける寄与過失に関する詳細な研究については、U. Magnus / M. Martin-Casals, *Unification of Tort Law : Contributory Negligence* (2004) を参照した。

過失法理では、原則として、原告の過失に比例して賠償額⁸³を減額する、という処理がなされているのである。ただし、原告が負った損害との関係で、原告の過失が原因となっていない場合⁸⁴、あるいは、原告の過失による危険が具体化した危険とは異なっている場合には、原告の過失は被告の過失と比較されることはない、という例外的な場合も用意されている。

このように、アメリカのほとんどの州では、現在、過失が認められる原告が賠償請求をする場合、原告の過失に応じて割合的に賠償額が減額されていると言える。だが、寄与過失法理の根強さという点が、イギリスとの比較において、アメリカでは際立っている。過失責任主義からの論理的な帰結として、当事者の過失を比較ないし比例的に考えて事件を解決する余地はあり得るが、伝統的な all-or-nothing ルールを変更することにはならなかった⁸⁵。

⁸³ ほとんどの事例では、懲罰的な損害賠償請求における比較過失による減額が認められていない。つまり、懲罰が加えられるほどの非難可能性を有する加害行為が問題となった場合に、比較過失法理の適用が否定されていると整理することができる。

⁸⁴ Restatement Third of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm) § 26 cmt. m (2010); Restatement Third of Torts (Apportionment of Liability) § 4 (2000) .

⁸⁵ C. Gregory, Legislative Loss Distribution in Negligence Actions, 72 et seq. (1936) . 比較過失法理は、必ずしも、過失原理と調和している必要はない、と Gregory は主張する。そして、原告の過失と被告の過失とを比較する公平性のある結論ということに対して、Fleming は、比較過失法理による責任割り当てにおいて公平性が図られない場合もある、と指摘する。たとえば、責任保険の加入率で言えば、被害者である原告よりも、加害者である被告が加入している場合が多く、そのため、原告の損害が被告の責任保険でカバーされる傾向が強い、という。J. Fleming, The Law of Torts 247 (6th ed. 1983) . このような実態としての違いがあるため、比較過失法理による責任割り当てを行うと、被告の保険会社から、保険に入っていない原告へ、保険金が支払われるだけになる。それゆえに、個人的に自分の過失分に応じた損害額を支払った過失のある被告だけが、原告が寄与した分の損害について何ら填補を受けることができなくなってしまうという批判を比較過失法理は受けることになる、と Atiyah や O'Connell は述べている。P. Atiyah, Accidents, Compensation and the Law 144 (3d ed. 1980) ; O'Connell, supra note 9, at 591. この点につき Schwartz は、非対称的な他の事例を示しつつ、明らかに利己主義で反社会的な、他人を危険に晒すという被告の過失の特徴と、自己防衛ができないという原告の過失との間には、独特的な等価性はない、とする。等価的な関係性が認められないとしながらも Schwartz は、公平性という要因に基づく比較過失制度を支持しており、特に、原告の過失を無視することでより公平さを欠いてしまうため、原告の過失には道徳的な側面がある、としている。そのような考え方が広く社会で共有されるようになれば、社会における公平性という視点に基づいて、実践的ないし哲学的な点で問題があるとしても、割り当てルール (apportionment rule) は正当化されるようになるかもしれない、とも述べている。Schwartz, supra note 43, at 697.

このため、all-or-nothing ルールに対する強い不満がアメリカではかなり初期からずっと存在し、その不満が過失の公平な比較という形をとるようになった、という指摘もある⁸⁶。

しかしながら、アメリカにおいては寄与過失法理の影響は非常に強く、裁判所は、法理の適用を制限したり、回避したりして、間接的に寄与過失法理を何度も非難するだけであった。その一方で、「過失」概念の重要性は、事故法の中で衰退していった⁸⁷。現代社会での生活で発生した事故による損害は、単なる事故に巻き込まれた個人の問題としてではな

⁸⁶ たとえば、裁判所は、注意の程度と関連する過失の程度を確立することで過失を比較するように試みている。おそらくもっとも最初に試みられたのは Turk である。Turk によると、19 世紀の中盤にあったイリノイ州での裁判では「gallant attempt」と呼ばれるものがあったという。この短い歴史に関しては、Turk, *supra* note 15, at 305-313 ; Leon Green, *Illinois Negligence Law*, 39 Ill. L. Rev. 36 et seq. (1944) ; A. Chalmers Mole and Lyman Wilson, *A study of Comparative Negligence*, 17 Cornell L. Q. 333, 335 (1932) において詳しく説明がなされている。この別名「Galena」原理と呼ばれる、つかの間の革新を起こした概念には、損害の割り当てという発想が含まれていないが、それは現代の比較過失の内容になっており、より過失が少ないと思われる者が勝訴するという all-or-nothing ルールとなった、と Elliott は説明している。D. Elliott, *Degrees of Negligence*, 6 S. Cal. L. Rev. 91 (1932) . さらに、Green は、比較過失法理に対しては、過失責任に対する道徳的観点からの厳しい反応がなされ拒否されもしてきた、という。「19 世紀における道徳は厳しいものであり、その道徳は絶対的なものを要求する。被告が責任を負うべきなのか否か、というどちらかなのである。妥協は認められない。」と。L. Green, *Judge and Jury* 122 (Kansas City, Mo: Vermon, 1930) . また、Wade も同様に、yes か no かで明確に応えられる単純な問題に対するコモンロー上に広がった多くの意見に言及している。Wade, *supra* note 12, at 299. 多くの州では、産業事故のような、特別な事情をカバーする比較過失法理に関する制定法が作られた。その制定法は州内での鉄道労働者に適用され、州間の鉄道労働者のための連邦利用者責任法 (Federal Employer' Liability Act) によって設定された枠組みに従った。そのような制定法のリストは、Schwartz, *supra* note 14, Appendix C に掲載されている。さらに、Harrison v. Montgomery County Bd. of Educ., 295 Md. 442, 452-453, 456 A.2d 894, 899 (1983) では、20 世紀初頭でのメリーランド州の制定法が説明されており、ある労働災害に対する賠償請求に対して比較過失法理を適用したが、そのような損害をカバーする無過失補償のプランを採用することが取り消された。そして、Va. Code § 56-416 (1981) では、鉄道労働者が、法が要求する警告シグナルを出さなかった場合の踏切事故を等級化して過失の程度がグレーディングされている。

⁸⁷ Kenneth S. Abraham, *Adopting Comparative Negligence: Some Thoughts for the Late Reformer*, 41 Md. L. Rev. 300 (1982) ; A. Ehrenzweig, *Negligence Without Fault* (1951) ; Rufus C. Harris, *Liability Without Fault*, 6 Tul. L. Rev. 337 (1932) ; Charles O. Gregory, *Trespass to Negligence to Absolute Liability*, 37 Va. L. Rev. 359 (1951) .

く、事故を引き起こした企業の社会費用の一部としてみなされるべきである、という思想が大きくなってきた⁸⁸。それは、製品などを通じた営業活動をしている企業から利益を得ている者の間で公正に発生した損害は分配されるべきという意味を含有していた。この考え方は、責任のある当事者が個人であっても⁸⁹、保険を通じた損害の分配制度によって強化され、個人で事故を引き起こした行動につき、個人的な道徳の欠如に対する非難というよりも、社会構成員としての要素を重視して処理するというものである。このような考え方は、使用者の無過失責任の形成にも大きな影響を与えた。そして、多くの州では、自動車事故に対する不法行為責任の代用として no-fault 保険が進展し、さらに、不合理な危険のある製造物によって引き起こされた損害については、厳格責任が多くの裁判管轄において採用されている⁹⁰。Keeton と O'Connell による著書で提示された Keeton-O'Connell Plan、つまり、すべての自動車保有者が無過失の自動車保険 (no-fault auto insurance) を購入し、不法行為訴訟の大半を不要とする改革案が大きな反響を生んだのも⁹¹、そして、「落ち度なき過失 (negligence without fault)」に基づく企業責任と呼ばれる責任が作り出されたのも、この流れの一環と言える⁹²。その他、自動車事故について被害者保護が不十分であるという欠陥が不法行為法には存在するという指摘は数多く散見されるが、その中心になったのが寄与過失法理であったため、寄与過失法理を抱える不法行為制度自体を廃止すべきではという議論さえ登場していたことがあった⁹³。しかしながら、様々な批判に対処して、過失なければ責任なしという過失責任主義を基本にする不法行為制度を維持するための改革が試みられて、寄与過失法理の修正が図られるようになった。このような動

⁸⁸ Albert A. Ehrenzweig, Assurance Oblige – A Comparative Study, 15 Law & Contemp. Prob. 445 (1950) ; Wex S. Malone, Damage Suits and the Contagious Principle of Workmen's Compensation, 12 La. L. Rev. 2331 (1952) .

⁸⁹ F. James, Accident Liability Reconsidered : The Impact of Liability Insurance, 57 Yale L. J. 549 (1948) ; W. Friedman, Social Insurance and the Principles of Tort Liability, 63 Harv. L. Rev. 241 (1949) では、イギリスについても言及している。

⁹⁰ G. Calabresi, Product Liability : Curse or Bulwark of Free Enterprise, 27 Clev. St. L. Rev. 313 (1978) .

⁹¹ Robert E. Keeton & Jeffrey O'Connell, Basic Protection for the Traffic Victim (1965) .

⁹² この点は、A Ehrenzweig, supra note 87 で言及されており、落ち度なき過失に関する歴史的な分析等がなされており、立法と司法の両面で企業の責任が将来認められる可能性について検証されている。Wex S. Malone, The Brave New World – A Review of Negligence Without Fault, 25 S. Cal. L. Rev. 14, 15 (1980) ; James A. Henderson, The Boundary Problems of Enterprise Liability, 41 Md. L. Rev. 659 (1982) ; Gary T. Schwartz, The Vitality of Negligence and the Ethics of Strict Liability, 15 Ga. L. Rev. 963 (1981) .

⁹³ Dobbs, supra note 21, § 398, at 1111.

きも比較過失法理の登場に大きく寄与していると言える⁹⁴。

第4款 原告と被告の過失の比較

寄与過失は原告の過失を意味するが、原告が提起する過失訴訟では、必ずその一方で、被告の過失が問題になっている。通常、寄与過失は contributory negligence、比較過失は comparative negligence と表記されている。この negligence という言葉とは異なる fault という言葉も存在しており、comparative fault という言葉が使われることもある。fault と negligence とは類似している言葉であるが、fault と negligence の違いは、原告の fault は、通常 negligence を意味しているとされている。特に、比例的な分割責任における原告の過失を論じる場合には、comparative negligence という言葉が主に使用される傾向にある⁹⁵。

前述したように、寄与過失とは、原告自身に対する注意義務を尽くさなかった場合の原告の過失のことを意味している⁹⁶。この定義における原告の過失は、明らかに被告の過失とは異なっている。何故なら、被告の過失とは、他者に対する合理的な注意義務を果たさなかったことを意味しており、自分自身に対する注意義務を問題にする原告の過失とは異なっているからである⁹⁷。また被告は、原告自身に対する注意義務違反を理由に、原告に対して訴訟を起こすことはない。それでも、原告の注意義務を問題にするというのは、次のような場面に限られているからである。その場面とは、

1 原告自身の安全に対する合理的な注意義務違反によって、賠償請求額が減額されたり、請求自体が認められなかったりする場合

2 原告には自身を保護する義務はないとされる場合

とされている。後者の2の場合とは、たとえば、原告が自身の安全性を維持するために、

⁹⁴ Id. at 1111.

⁹⁵ 1998年に文部省客員研究員として非常にお世話になった University of Texas in Austin の Thomas O McGarity の説明によると、Fault という言葉は、Negligence よりも広い意味を有しているため、確かに原告の negligence を意味するが、Fault と Negligence の違いは、Negligence には義務違反がベースにあるという点である、ということであった。このため、原告の Negligence は原告の Fault を意味するとも言えるが、原告に Fault があると言っても、それが原告の Negligence を意味するわけではないということのようであった。

⁹⁶ Restatement Second of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm) § 3 comment. b (2010) .

⁹⁷ Restatement Third of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm) § 3 comment. b (2010) ; Restatement Third of Torts (Apportionment of Liability) § 3 comment. A. (2000) を参照。

被告に頼る権利を有している、というような場合である。原告に注意義務がないという主張は、自身の危険な行為に対して自身を保護する被告の義務が及ぶ範囲内で行われ、被告に対する権利として主張される。

しかし、被告に過失がなければ過失訴訟を提起できないのと同じように、原告に過失がなければ、比較過失の問題にはなり得ないのである。この原告の寄与過失がないと指摘されている裁判事例として、次のようなものがあげられる。

【Harmon v. Washburn 事件】⁹⁸

被告は、約 10 台で構成されたキャラバンの先頭車両を運転していた。被告が高速道路で左折している時に、原告は被告の車両を追い越そうとした。運転手が方向指示器を出したかどうか証拠で問題になっているが、原告と被告の車両が衝突したため、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、被告勝訴の評決を出し、事実審は原告の訴えを棄却した。原告は、法律問題として、原告には寄与過失はなかったとして上訴した。

サウスダコタ州の最高裁は、証言に基づいて、S.D. Codified Laws § 32-26-18.1 に抵触して、曲がるサインを使用することに関して過失が被告にはあったとし、事実審には、被告の過失の問題につき、法律問題として認めなかったことに誤りがあったとした。さらに、法的に認められている追い越し区間で他の車両を追い抜くことに原告には過失はないので、裁判所は比較過失法理を適用することを認めるべきではないとして、事実審判決を破棄して、事案を差し戻した。

【Phillips v. Seward 事件】⁹⁹

被害者は、ある通りを右折して他の通りを北上するために、右折車線に入って停車した。その被害者の車両の後ろに、加害者が運転するトラックが停車した。この右折車線は信号機でコントロールされておらず、被害者は、北上する直進車などを優先させるために、停車していたが、しばらくすると被害者の車両は、右折ではなく左折しようとして合流することができずに停車したため、同時に前に進んだ加害者が運転するトラックが、被害者が運転する車両の後部に衝突し、被害者は負傷した。そこで、被害者は原告として、加害者である被告とその被告を雇っている会社に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、被告と被告の会社勝訴の評決を出し、事実審もその評決に基づいて被告とその会社勝訴の評決を出した。そこで、原告は、被告側は事故の少なくとも一部につき原告自身の過失による結果であるという重大な証拠を提示することができなかったため、事実審は、寄与過失に関する陪審への説示につき誤りがあったと主張した。

アラバマ州の最高裁は、本件のように、停車した後に進み始め、再度停車したことだ

⁹⁸ 751 N.W.2d 297 (S.D.2008) .

⁹⁹ 51 So.3d 1019 (Ala.2010) .

けで、そのような状況下で合流しようとした原告に不合理な過失があるとは公平に考えても言えないし、被告側は、原告に寄与過失があったという実質的な証拠を提示することができなかったのだから、事実審は陪審に寄与過失の説示をしていることに誤りがあると言えるとして、陪審評決に基づいて出された判決を棄却し、再審理のために差し戻した。

このように原告に寄与過失がないと評価された事例は他にもある。つまり、原告が危険を予見しなかったり、危険を減じる手段をとらなかったりというような場合には、裁判所は、被告による比較過失の抗弁を認めることはないのである。さらに、この点について言及している裁判事例としては、次のような事例があげられる。

【Phillips v. U.S.事件】¹⁰⁰

原告はミズーリ州のWayne郡で自動車修理の経営者で自営業者であった。原告は、T. J. Mooreが所有するダンプカーの修理をするために、原告の工場の北約3哩にある高速道路上のある場所へ呼ばれた。Mooreのダンプは、急な丘を上っている時に動かなくなっていた。ダンプがとまった場所は、どちらの側にも路肩がないアスファルト路面で2車線の高速道路だった。ダンプの正面は上り坂のほうに向いており、高速道路上の南方面のレーンで止まった。原告は助手と一緒に現場に行き、自分の車から降りて、歩いてダンプのフロントまで行った。原告はダンプを牽引して高速道路から出さず、そのまま道路の真ん中で作業をし始めた。道路の真ん中にダンプが停車していたので、同じ南向きのレーンを走行している車は、逆車線を走行するように要求された。道路は乾燥して、昼間で見通しがよい場所だった。原告が停車したダンプのフロントでエンジンの修繕に取り組んでいたが、そこにTerry Whitmerが運転する工兵隊所属のトラックが南に向けて通過して、停車したダンプの前で止まった。このため停車したダンプと工兵隊のトラックの後部が面する形になった。Whitmerが停車したダンプを救助しようとして牽引チェーンをとりだそうとしたとき、その工兵隊のトラックがゆっくりとバックをし始めた。このため原告の足が二台のトラックの間に挟まれ、上半身を回して工兵隊のトラックと面してトラックを押し返して脱出を試みた。この時原告は背中を痛めてしまった。二台のトラックの間隔は4呎ほどであった。原告の背中への負傷の結果、医療費の総額はおよそ2500ドルで、負傷のために54週間全く働くことができなかった。原告の負傷時に原告は自動車技術者の資格をもち自営業者となっており、近々、自身が経営する自動車修理工場を取得することになっていた。事故の1ヶ月前に頭金1万ドルを入れて工場を購入し、以降月々400ドルの支払をすることになっていた。しかし原告は背中への負傷のため月々の支払ができなくなり、結局、工場の売主に差し押さえられてしまった。原告は、合衆国の工兵隊と25万ドルで和解を申し立てたが、工兵隊がこれに応じなかったため、損害賠償請求訴訟を提起した。連邦地方裁判所は次のように述べた。General Missouri Lawは、訴訟提起できる過失の要件を証明するため

¹⁰⁰ 743 F. Supp. 681, 686-87 (E.D.Mo.1990) .

に、次の三点を原告は立証しなければならない。

- 1 被告は原告に対して義務を負っていること
- 2 被告は作為ないし不作為につき義務の不履行があったこと
- 3 そのために原告が負傷をしたこと

さらに、Section 304.010 of the Missouri Revised Statutes では、ミズーリ州の高速道路で自動車を運転する者はみな、高度の注意義務を果たさなければならないとなっている。そこで原告は、被告は原告に対して高度の注意義務で自動車を運転する義務を負っていることを主張立証した。この主張立証は確立した。だが被告は、原告にも最大限の注意を払う義務があり、高速道路の真ん中でダンプの整備をしたことは、最大限の注意を怠ったものであると主張した。しかし、原告のこの行為は、原告の負傷の直接の原因ではなく、遠因ないし先因に過ぎないと判断した。ミズーリ州では比較過失法理の純粋型が採用されているが、一方当事者の過失が近因であり、他方当事者の過失は近因ではないという場合には、比較過失の適用はないとして、本件において比較過失法理が適用されても、原告の行為は直接的なものではないため、原告にはいかなる割合の過失もない、と認定した。

【Marple v. Sears, Roebuck & Co.事件】¹⁰¹

被告の倉庫従業員としてアルバイトで働いている A は、売り場から倉庫に冷蔵庫を移動するように命じられた。二つの車輪が付いている丈夫な台車に冷蔵庫を置いて、店のメイン通路で台車を押していた。メイン通路と倉庫に続く通路が交差する地点に着いたとき、A は、行く先に数人の顧客がいたため立ち止まった。何度か「すみません (excuse me)」と顧客に声をかけたが反応はなかったため、他の通路を通っていくことにした。再度、動き始めた後に、顧客カウンターで立っていた原告に A の台車が衝突したため、原告は負傷をした。そこで、原告は、A の雇い主である被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。すべての証拠が提示された後に、寄与過失に関する証拠がないと認められたため、事実審は、責任問題に関する指示評決を求める原告の申し出を認めて、陪審は原告の損害賠償請求を認めた。被告は、責任問題につき原告勝訴の評決を指示したことなどについて事実審には誤りがあるとして上訴した。

ネブラスカ州の最高裁は、被告は自分の立場を支持するために、いくつかの裁判事例を引用しているが、どれも本件とは異なる内容のものであり、特に、被告が引用する Ybarra v. Wassenmiller, 206 Neb. 164, 291 N.W.2d 725 (1980) の事例では、寄与過失が被害者であったかどうかの問題になっている事例であるが、本件では原告の寄与過失は問題にならないと被告自身が認めておらず、事実審も、「excuse me」と従業員である A が言っているのは警告としては考慮され得ないとして、責任問題について事実審は適正に評決を指示していると判断した。

¹⁰¹ 505 N.W.2d 715, 717-18 (Neb.1993) .

なお、原告に寄与過失があったかどうかを判断する場合、合理人という判断基準が適用されている。危険と有用性のバランスなど過失の有無を評価する他の手段もまた、被告の場合と同様に原告の場合にも考慮される。この合理人という判断基準に関する事例としては、次のようなものがあげられる。

【Basham v. Hunt 事件】¹⁰²

被害者は、仲間と居酒屋でアルコールを飲み、その店を出て北に向かって進んだとき、南向きの車両に対して赤信号になっている交差点に到達した。その時、被害者は、交差点に入って、ゴミ収集車の前で手を降り始めた。被害者の仲間は被害者に交差点から出るように叫んだが、被害者は言うことをきかなかった。ゴミ収集車の男は、被害者に対して怒鳴り始めたが、被害者も怒鳴り返したため、ゴミ収集車の男は車両から降りて原告に話しかけた。ゴミ収集車の男が車両に戻った後、被害者の仲間が被害者を交差点から連れ出すために、ゴミ収集車の後ろに回るまでに、ゴミ収集車は動き始めたため、被害者は負傷した。そこで、被害者は、被告である市とゴミ収集車の運転手を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、時効法によって請求が認められないという理由に基づいて被告に正式事実審理を経ないでなされる判決を出すことを認めた。原告は、事実審が正式事実審理を経ないでなされる判決を出すときに誤りがあるなどと主張して控訴した。

イリノイ州の控訴審は、原告自身の寄与過失が原告の負傷の50%以上寄与しているとして、原告が勝訴することはないという被告の主張について、合理的な思慮分別

(reasonably prudent) のある人が同じ状況下で自身の安全に対して払うであろう程度の注意を払って行動せず、それが負傷の法的原因になっているという場合に原告に寄与過失があると認めることができるが、交差点の真ん中に立っていた行為、通りの真ん中から原告を連れ出そうとする周囲の人々の努力を原告は拒否していること、そして、ゴミ収集車の運転手が原告をトラックから離そうと警告と努力をしているにもかかわらず、原告が市のゴミ収集車にずっと上ろうとしていたことなどに関する証拠から、原告に50%以上の過失があるということは明らかであるとして、被告勝訴の事実審判決を支持した。

【Pleiss v. Barnes 事件】¹⁰³

原告は、友人である被告の家の屋根板を交換するのを手伝うことになったが、屋根にアクセスする手段として、被告は家のアルミニウム製の樋に、アルミ製の梯子を置いた。初日、原告はその梯子を6回ほど使用し問題はなかったが、二日目に板の束を屋根に運んでいる間に、梯子はゆっくりと捻れ始め、原告が梯子から落ちた後、元の状態に跳ね返った。梯子から落ちたため、原告は手首を負傷してしまった。そこで、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は被告勝訴の評決を出したため、原告は、過失の割

¹⁰² 332 Ill.App.3d 980, 773 N.E.2d 1213, 266 Ill. Dec. 143 (2002) .

¹⁰³ 260 Neb. 770, 619 N.W.2d 825 (2000) .

り当ての影響について陪審は説示されなければいけないとしている Neb. Rev. Stat. § 25-21, 185.09 に基づいて、過失の割り当てについて完全な説示を陪審に対して事実審がしなかったことは、不利益な誤謬 (prejudicial error) となるなどと主張して上訴した。

ネブラスカ州の最高裁は、寄与過失法理は、合理的で通常の思慮分別のある人 (reasonable person of ordinary prudence) という基準で判断されるが、本件の場合、梯子が危険である可能性があることを被告が知っていたかどうかではなく、固定化されず縛られていない梯子が、特定の危険を生じることを理解していたかどうかが問題になると示した上で、証拠によると、被告がそのような特定の理解をしていることは示されていないと判断したため、事実審がこのような点について陪審に説示をしていないことに誤りがあるとして、事実審判決を覆して、差し戻した。

【Sawyer v. Comerci 事件】¹⁰⁴

被害者は、右腹部の継続的な痛みのために、妻と一緒に病院の緊急治療室に行った。その日の緊急治療室の担当者だった被告医師は、被害者を検査した結果、便に血液が付着し、白血球数が増加していたため、被害者を入院させた。また、被告は、外科医にも診断してもらう必要を感じたため、A 外科医に相談をした。そのとき緊急治療室の看護師が、被告に対して、被害者が退院しようとしていることを知らせてきたため、被告は退院を止めるように説得をしたが、結局、被害者は退院してしまった。一般的に、医師のアドバイスに反して退院する患者は、医療アドバイスに反する (against medical advice) と記載された文書に署名することになっていたが、被告は、被害者が退院する時点で、緊急治療室でこの書式を作成することが可能であるとは考えていなかったため、被害者はこの書式に署名はしていなかった。また、被害者は、この緊急治療室にいた間に、他の医師の診断を受けるように指示されていたが、そうはしなかった。その日から5日後、被害者は、救急車で緊急治療室に搬送されてきたが、結局、その翌日に死亡した。そこで、被害者の妻が原告となって、被告は合理的に思慮分別のある (reasonably prudent) 緊急治療室の医師に課されている標準的な治療に従わなかったなどと主張して、損害賠償請求訴訟を提起した。陪審裁判における証拠提示の終わりに、陪審は、被害者に寄与過失があったかどうかを検討することができるとの説示を事実審から受けた。結局、陪審は被告勝訴の評決を出したため、原告は、被害者に寄与過失があると陪審が判断することができるほどの十分な証拠を被告は提示できなかったため、このような陪審説示を事実審が与えたことには誤りがあると主張して上訴した。

バージニア州の最高裁は、被告に一応推定される過失があったことを (prima facie case of negligence) を原告は立証するように要求されているが、それと同様に、寄与過失が原告にあったと被告が主張するには、一応推定される寄与過失が原告にあったことを立証しなければならないので、原告の寄与過失に関するちょっとした証拠だけで被告が立証した

¹⁰⁴ 264 Va. 68, 563 S.E.2d 748 (2002) .

としても、その被告は寄与過失に関する陪審説示を受ける資格はなく、寄与過失の抗弁を主張立証するのであれば、被告は、標準的な治療から原告自身が離脱し、その離脱が発生した損害の近因になっているということを立証しなければならない、とした。その上で最高裁は、被害者に一応推定される寄与過失があるということを被告は立証することはできていないと判断した。他方、最高裁は、被害者には自分の損害を軽減する義務があるとして、医師の治療後の患者の自分の健康を無視する行為は、損害額の軽減 (mitigate) をする根拠にはなりうるが、全損害賠償請求を禁止するものではないとして、本件の場合、陪審が事実として、本件の場合には、被害者が自分に生じた損害額を最小限に押さえるために合理的に行動したかどうかを認定することができる十分な証拠はあるとも述べた。最高裁は、事実審判決を覆して、差し戻した。

このように比較過失法理が適用される場合には、原告による寄与過失に関する立証が非常に重要になってくるが、この原告に寄与過失があるか否かが問題になってくる場面として次のような問題が指摘されている。その問題とは、他の者を救助する過程で原告が自身を危険にさらしている場合、比較過失法理が適用されて責任を問われることはないと言われていたものである。その理由は、他者を救助するということは、その際発生する危険が救助者に及ぶことが状況的に想定されることなので、その危険が及んだとしても、救助行為それ自体合理的なものと評価することができるから、とされている。この点が問題になるのが、いわゆる「Rescue Doctrine」が適用される場面である¹⁰⁵。救助と比較過失の具体的な事例と

¹⁰⁵ Rescue Doctrine とは、Wagner v. International R.Co.,232 N.Y 176, 133 N.E. 437

(1921)において Cardozo 判事が初めて言及した法理である。この裁判事例の内容は、原告のいところがドアの開いたままだった列車に乗っており、その列車がカーブを曲がって走行している間に、そのいところが列車から投げ出されたため、列車を停車した後、車掌は原告に橋に行くように求められたが、暗闇の中で原告は足場を失って、その橋から落下し負傷した。そこで、原告が被告である鉄道会社に対して損害賠償請求訴訟を提起したというものであった。事実審は、陪審に、原告が橋に行くように車掌から要求されて、車掌がライトを点けて行かなかったとしても、原告の負傷に対して被告は責任を負わないと説示し、陪審は被告勝訴の認定をした。原告は上訴した。ニューヨーク州の最高裁判所において Cardozo 判事は次のように述べた。人は危険であれば救助を要求するし、苦痛の叫びは救助を呼んでいるのだから、救助を求めていることは普通のことであり、そのような要求に対する反応を無視することは普通ではないため、被害者にとって危険であるということは、救助者にとっても危険であることを意味する。したがって、救助に伴う危険は、単なる wanton な行為でなければ、寄与過失として評価されない、とした。そのうえで、原告の落下が被告の過失によるものか、救助に向かった原告が緊急事態を前にして wanton であったか、合理的なものであったかは、陪審で審理されることになる、とした。以上のような形で Cardozo 判事は、Rescue Doctrine について言及し説明をしている。

しては、以下のようなものがある。

【Brock v. Peabody Coop. Equity Exch.事件】¹⁰⁶

被害者の家から1ブロックほど離れたところに、被告が所有する小麦貯蔵のための倉庫があったが、夕刻に近所の者から、被害者の息子がその倉庫に落ちて無力な状態になっていることを、被害者は知らされた。その倉庫には、ねずみや虫などを駆除するために液体のシアン化ガスを入れられていた。その液体は、あらゆる生命体にとって有毒で致命的なものであることを被告は知っていた。被害者は息子を救出するために倉庫に入り、息子を救助することができたが、被害者自身はシアン化ガスを嗅ぐことで死亡した。そこで、被害者の夫が原告となって、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は原告に2万5000ドルの損害賠償請求を認め、その評決に基づいて事実審は判決を出した。しかし、被告は、被害者に寄与過失があるため、損害賠償請求を原告はできないと主張して上訴した。

カンザス州の最高裁は、原告による損害賠償請求を認めない法律問題としての寄与過失となる無謀 (rash) と reckless が被害者にあったかどうかという点につき、Parnell v. Security Elevator Co., 174 Kan. 643, 258 P.2d 288 を引用して、被害者が他者の生命を救助するために自らを危険に晒した場合には、被害者の行為は reckless でも rash とも言えないので、寄与過失が被害者にあったとは言えないとし、人が危険から人を救出する場合、救出された者の先行過失は救出を行った者に帰責されないというルール (Bond v. B. & O.R.R. Co., 82 W. Va. 557, 96 S.E. 932, 5 A.L.R. 201) によって、被害者の息子がどのようにして倉庫に侵入したかは重要ではないとも指摘した上で、上訴は棄却された。

【Kimble v. Carey 事件】¹⁰⁷

被告は、州間高速道路において西に向かって走行していたが、建設用トラックの後部に衝突したことで、発火した自分の車両の中に閉じ込められてしまった。そのとき、東に向かって走行していた原告が、被告の車両が燃えているのを発見したため、高速道路を渡って被告を救助しようとして、原告は東向きの車線の真ん中に両手を空中にあげて立ったが、A が運転する車両に跳ねられた。A は、非常に暗くなっていたこともあり、原告に衝突する直前までに原告を視認することができなかった。そこで、原告は、A と被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した (後、A に対する訴訟を原告は取り下げている)。原告は、被告の過失 (飲酒運転) によって危険な状況が生じ、被告の過失がなければ緊急事態における救助 (emergency assistance) は生じなかったし、被告の過失が原告の負傷の直接で近接した原因になっている、と主張した。事実審は、被告の過失は原告に向けられたものではなく、原告の負傷とは関係がないが、原告による救助行為は非常に reckless や rash な行為なので、合理的な判断とは言えないとして、法律問題として原告には過失があるとし

¹⁰⁶ 186 Kan. 657, 352 P.2d 37 (1960) .

¹⁰⁷ 279 Va. 652, 691 S.E.2d 790 (2010) .

た。

バージニア州の最高裁は、Rescue Doctrine とは、人間の生命を保護するにあたり、他の状況下よりも大きくなっているリスクを引き受けている場合でも、救助した行為は正当化されるため、寄与過失法理や危険引受法理が適用されることなく、救助行為が極端に rash や reckless でなければ、法は、救助した者の負傷に対する損害賠償請求を認めると述べた。そして、被告は自分に過失があったことは認めているので、原告は被告に対して損害賠償請求することができることになるが、Rescue Doctrine を適用するか否かを検討する場合には、原告の行為が自身の安全性を rash あるいは reckless に無視した行為と言えるかどうかという問題につき陪審に提示されるべきだったので、法律問題として原告に寄与過失があったという認定につき事実審には誤りがあるとして、一部認容、一部棄却、一部差し戻しをした。

ちなみに、第三次不法行為法リステイメント § 32 のコメント d は、原告による救助行為の事例において、原告の過失責任を完全に否定することを拒否している。つまり、他者を救助するという行為の社会的な価値と利他的な救助者の動機は、救助者が合理的に行動したかどうかという視点から評価して検討する、と述べている。この点に言及している有名な裁判事例が、次に示す *Zimny v. Cooper-Jarrett, Inc.* 事件である。

【*Zimny v. Cooper-Jarrett, Inc.* 事件】¹⁰⁸

被害者は、高速道路の左車線を東に向かって走行していた。被害者の母親は助手席に同乗していた。A も同じ高速道路を東にむかって走行していた。ある地点に到達すると、A が運転する車両は制御不能になり、高速道路の右手にある雪の吹きだまりに入ってしまった。A は、その雪の吹きだまりから出るために後進したとき、右手の車線で走行していた身元不明のトレーラトラックに衝突され、トレーラトラックは制御を失い右車線と中央車線の一部を塞ぐ形で停車し、そのとき、B は東にむかって自分の自動車を運転して中央線を走行しており、前方の車線が塞がれているのを視認したが、その障害を通りすぎることにした。B の車が被害者の車を追い越したとき、B の車が後部を左右に振出し、左後ろが滑り、被害者の乗客側のドアに衝突した。その衝撃で被害者の車は反時計周りで、高速道路の左車線の縁石に車の正面が衝突するまで回った。被害者は、ガソリン漏れの可能性を危惧して、母親を車から引き離すために、自分の車を回った。このとき、被告会社が所有し、C が運転するとトレーラトラックが、事故現場にさしかかり、ブレーキをかけジャックナイフ現象を起こし、D が所有し、E が運転するバンに衝突した。衝突された E が運転する車両は、さらに F が運転する車両に衝突し、他方、C が運転するトレーラトラックは、他のトレーラトラックに衝突し、この衝突によって被害者はトレーラトラックと被害者の車に挟まれて負傷し、45 日後に死亡するに至った。原告である被害者の母

¹⁰⁸ 8 Conn. App.407 (1986) .

親は、合計9名を被告にして、損害賠償請求訴訟を提起した。そのうち8名の被告とは和解したため、この損害賠償請求訴訟は、被告のみを相手に進行していった。陪審は、原告に対して107万4171ドルの損害賠償請求を認める評決を出したが、被害者の比較過失である20%を反映して85万9337ドルに損害賠償額を減額した。被告は、Rescue Doctrineに関する陪審への説示において事実審には誤りがあったなどと主張して上訴した。

コネチカット州の最高裁は次のように述べた。Rescue Doctrineは、ある状況下で他者を救助する努力が合理的である場合についてだけ適用されるが、救助される者が直面している危険に対して、救助者が単独で、あるいは一部分だけ責任を負っているような場合には適用されないし、第三者の危険が原告自身の過失によって一部生じている場合には、原告の過失が、救助行為に伴う負傷を作り出す寄与要因になっているので適用されない。よって、本件のような比較過失法理の事例にはRescue Doctrineは適用されず、比較過失法理の分野に不当に拡張されるべきではないとした。よって、救助しようとした原告自身に過失があれば、全損害のうちの一部だけの損害賠償請求が認められるべきであるとし、事実審によるRescue Doctrineの説示に誤りはなかったとして、事実審判決を支持した。

このZimny事件で述べられているRescue Doctrineは、過失訴訟事例における過失の有無の認定方法、つまり、行為の危険性と有用性のバランスをとるという方法に似ているため、独立したルールとはなっていないようである¹⁰⁹。この比較過失法理とRescue

¹⁰⁹ Rescue Doctrineでは、基本的に、原告の行動が不誠実 (bad faith)、故意、悪意でなければ、原告自身の過失に対する責任から原告は完全に免除されるのであるが、裁判所の中には、このRescue Doctrineを部分免責として使っているところもある。また、前掲注107に掲載したKimble v. Carey事件でも、救助者は、安全を無視してrashだったり、recklessであったりしていない限り、自分の負傷に対して損害賠償請求することができる、とされている。ただ、この二つの判決の立場によると、Rescue Doctrineは、最初の加害行為をした不法行為者との関係において、救助者としての行動につき制限を加えるものと理解しているため、もし原告が救助を止めている間に、被救助者の過失によって負傷させられている場合には、Rescue Doctrineの恩恵を受けることはなくなる。

本文掲載の裁判事例以外には、Hutton v. Logan, 566 S.E.2d 782 (N.C.App.2002)がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告が、長く曲線を描いている道路を西向きに走行しているときに、道路の反対側にある溝に入り込んで大破した車を発見した。同じ道路を原告と同方向に走行していた別の車が停車して、大破した車とその運転手を救助しようとしていた。原告は、溝から大破した車が引き上げられているときに近づいて停車した。そこに、後続していた被告が原告の車に衝突したため負傷した。そこで、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、被告は、寄与過失に関する指示評決を求める申し出を認め、被告勝訴の判決を出した。原告は、N.C.Gen.Stat. § 20-166(d) (2001) とコモンロー上のRescue Doctrineに依拠して、原告がrecklessであると認定さ

Doctrine との関係性について言及している裁判事例として、次の Ouellette v. Carde 事件がある。

【Ouellette v. Carde 事件】¹¹⁰

被告は、自分の車のマフラーとテイルパイプを交換しようとして、自分の家と直結しているガレージに車を駐車して、油圧ジャッキで車の後部を持ちあげた。被告はさらに後部車軸の下に二つのジャッキを入れて、それに車の後部が寄りかかるようにした。そして被告は、車の前輪をブロックし、シャーシにマフラーとテイルパイプをつなげているボルトを緩めた。しかし、車のシャーシが、ジャッキにのっている後部車輪にかなり近くまで接近していたため、被告はテイルパイプを取り外すことができなかつたため、後部バンパーの下にバンパージャッキを入れて、車を持ち上げたことで、後部車軸の右側がジャッキにのっていない状態になった。しかし被告は、テイルパイプではなく、マフラーを外そうとして引っ張り始めたため、車の右側がバンパージャッキから落ちて、被告は車の下敷きになってしまった。意識を失っていた被告が回復した後で、ガレージの電話から、長年の友人で隣人でもある原告に電話をしたが、途中で被告は気絶してしまった。原告は急ぎガレージに向かったが、車が落ちた事でガソリンタンクが損傷し、ガソリンが床に広がり、電話の下の床に被告が横たわっているのを発見した。原告はレスキュー隊に連絡をし、レスキュー隊は、ガレージの外に避難するように言い、ガレージの電動ドアを空けるように指示した。ドアが半分から4分の3ほど開いた時に、ガソリンが爆発し、原告も被告も火傷を負った。原告は緊急治療室に搬送され、治療を受けたが、この火傷の治療の他に、原告は極度の不安とパニック発作を起こし、3年間にわたって不安神経症の治療も受けることになった。そこで、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、8万5000 ドルの損害賠償請求を原告に認める評決を出し、事実審はこの評決に基づいて判決を出した。被告は、陪審に対して比較過失法理につき被告が主張することを禁止し、Rescue Doctrine について陪審に説示することに事実審には誤りがあったなどと主張して上訴し

れない限り、原告の行為は寄与過失にはならないなどと主張して、上訴した。ノースカロライナ州の最高裁は、Rescue Doctrine の重要となる前提は、危険な状態にある者を安全な状態にする必要性を認識していることであるが、本件では、誰が加害者であるかは不明であるが、被告ではないことは明らかで、被告はこの事故による危険とは全く関係がない第三者なので、Rescue Doctrine は本件において適用することはできないとした。よって被告は、原告による救助行為が reckless、wanton、intentional な行為であると立証することは要求されないとして、事実審が指示評決を認めたことに誤りはないと判断した。他方、もし Rescue Doctrine が、過失における危険と有用性による判断の成果であるとしても、救助者が最初の不法行為者ないし、後続の不法行為者を訴えていてもいなくても、救助の有用性は、救助者の行為の合理性との関係性で判断される、とも述べている。

¹¹⁰ 612 A.2d 687 (R.I.1990) .

た。

ロードアイランド州の最高裁は、Rescue Doctrine とは、危機にさらされている者を reckless でない方法で救助しようとした場合に、他者の過失で生じた危険に直面している者を救助した者は寄与過失法理で責任を問われることはないという法理であり、救助の義務がない者による救助活動において負傷した者の寄与過失法理で生じる厳しい不公正性を訂正し、救助活動を促進するために発展してきた法理である、と述べた。そして、本件では、ロードアイランド州は比較過失法理を採用しているが、Rescue Doctrine はこの比較過失法理の基準のもとで審査されることが要求されているかどうか争点になっている。Rescue Doctrine には、救助を促進するという重要な政策が反映されているとは言っても、救助した者が rash ないし reckless である場合には、救助した者による損害賠償請求は制限されるべきであり、その限りで、Rescue Doctrine は比較過失法理が採用されても生きていくことになるため、被告は、救助者の行為が rash ないし reckless であることを立証しなければならないと最高裁は述べた。本件の場合、原告である救助者の行為が rash ないし reckless であったと被告が主張立証していないので、事実審は、比較過失法理に関する陪審に対する説示をしなかったことにつき誤りはなかったと判断した。

この行為の危険性と必要性のバランスという手法は、原告である土地の所有者が、隣接する土地で被告が火災の危険のあるビジネスをしているのに、そのビジネスを止めなかったことに対して、原告に過失責任は必ずしもないとされる場面で典型的に現れている¹¹¹。

¹¹¹ 本文掲載の LeRoy Fibre Co. v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry. Co. 事件以外では、Hennessey v. Pyne, 694 A.2d 691 (R.I.1997) を示すことができる。この裁判事例の内容は以下の通りである。ゴルフコースに隣接したコンドミニアムのオーナーである被害者に、被告が打ったコースを外れたゴルフボールが直撃した。そこで、被害者は、被告を相手に、損害賠償請求訴訟を提起した。この訴訟において原告は、生活妨害、過失、暴行を理由として主張した。事実審は、ゴルファーはゴルフコースを合法的に使用しているので、被害者に対して何ら義務を負っていないとして、被告勝訴の正式事実審理を経ないでなされる判決が出された。被告は上訴した。ロードアイランド州の最高裁は、ゴルファーによる財産権の使用はそれ自体非合理的ではないし、この事件は、被害者に損害賠償請求を認める場合として、生活妨害法が想定した行為類型でもない、とした。さらにゴルファーとオーナーは通常の言葉の意味での隣人でもないし、原告であるオーナーはゴルファーが打ち始めるのに気づいておらず、原告を襲った軌道を外れたゴルフボールで負傷するとも考えていなかったため、暴行行為が成立したとは言えない、と判断した。その一方で、コンドミニアムがある方向にゴルフボールが逸れた場合、ゴルファーは、警告音を発する義務があるかもしれない、とも最高裁は述べた。さらに、オーナーが自発的に負傷の危険を予測していたかどうかについての事実認定については疑問があるとして、正式事実審理を経ないでなされる判決の一部を棄却、一部を認容した。つまり、この事案では、ゴルフコー

たとえば、LeRoy Fibre Co. v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry. Co.事件がこれに該当する。

【LeRoy Fibre Co. v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry. Co.事件】¹¹²

原告は、自分の土地に約700トンの藁を積み上げて保管していた。この原告の土地に隣接して被告の鉄道が走っていたが、ある日、被告の列車から出された火花が強風で流され、原告の保管していた藁に引火して全てを焼失してしまった。そこで、原告は被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、大量の火花が放出することを認めて、列車を運行していたという過失が被告にあった、そして、被告の過失が原告の損害の原因になった、と事実認定をしたが、鉄道から100呎以内に藁を保管していたことに、原告に寄与過失があるとも事実認定した。原告は、寄与過失の問題は陪審に提示される必要はないと主張して上訴した。

連邦最高裁は、土地所有者による土地使用は、他者による違法行為によって制約され得ないとし、本件において、被告による鉄道運営は合法的なものであり、その近くにある他の財産権は、合法的な財産権の利用による危険に服さなければならないかもしれないが、土地所有者である原告は、鉄道会社に近接していることで財産権の使用が制約されていないし、鉄道の注意深い運営ないし不可避な事故から生じた危険以外の危険に服す必要はないとして、寄与過失の問題は、完全に場違いの問題であると判断した。

スの近くにある家の所有者が、自分の庭にいても、誤ったゴルフボールの危険を引き受けていることにはならない、とされたのである。

¹¹² 232 U.S. 340, 34 S. Ct. 415, 58 L. Ed. 631 (1914) .

なお、Sudden Emergency Doctrine¹¹³、negligence per se ルール¹¹⁴、no-duty ルール¹¹⁵の

¹¹³ 本文掲載以外の裁判事例としては、Lyons v. Midnight Sun Transp. Serv., Inc., 928 P.2d 1202 (Alaska 1996) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。加害者は、被告会社が所有するトラックを、南に向けて運転していたとき、前方にあった駐車場から被害者の運転する車が出てきたため、加害者は急ブレーキをかけハンドルを左に切ったが、被害者はさらに道路の車線に出るために進行していたため、加害者が運転するトラックは被害者の車に衝突し、被害者は死亡するにいたった。そこで、被害者の夫が原告となって、被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。原告は、加害者がスピード違反という過失に基づいて運転していたと主張した。陪審は、Sudden Emergency Doctrine に関する説示を受けた後、実際に加害者には過失があるが、加害者の過失は事故の法的な原因ではないという事実認定をした。原告は、自動車事故の場合、Sudden Emergency Doctrine を適用して考えるのは適切ではないこと、そして、Sudden Emergency Doctrine は、不法行為責任を分配する比較過失法理とは両立し得ない法理であるとして、Sudden Emergency Doctrine の説示を陪審に与えるべきではなかったとして上訴した。アラスカ州の最高裁は、Sudden Emergency Doctrine とは、自分の過失で生じたものではない突然で予期していない危機に直面した者は、より穏やかでより慎重な時間にある者に法が求めているのと同じ判断や思慮分別を行うことが期待されないとする法理であるが、差し迫った危機に直面した者であったとしても、同じ状況下にある合理人と同じ行為をしなければならない、と述べた。そのうえで、緊急事態であろうがなかろうが、人が行わなければいけない注意義務の基準は、その状況下での合理人の注意義務に設定されるが、説示があってもなくても、訴訟当事者は、どのような状況だったかを立証する証拠を裁判で提示し、合理人がその状況下でとったのと同じ行為を訴訟当事者がとったと陪審に主張する権利があるとした上で、裁判で提示された証拠によると、Sudden Emergency Doctrine が積極的に機能する事実関係を事実審は認定していないので、Sudden Emergency Doctrine は適用されるべきではないとした。ただ、Sudden Emergency Doctrine に関する説示を与えるという誤りは無害であるとして、事実審判決を支持した。つまり、この事案では、Sudden Emergency Doctrine が、寄与過失ルールを修正するためにあるとして論じられているのである。

¹¹⁴ 本文掲載以外の裁判事例として、Russell v. Mathis, 686 So.2d 241 (Ala. 1996) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。事故発生当時 79 歳だった被害者は一般道路から高速道路に入ろうとした時に、高速道路を走行してきた自動車に衝突されて死亡した。被害者の視界は、被告によって排水路の修繕工事をするために三台の車両が停車していたため、遮られていた。そこで、遺言執行者は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は被告勝訴の評決を出した。原告は、寄与 negligence per se に関する事実審の陪審への説示に誤りがあるとして上訴した。アラバマ州の最高裁は次のように述べた。被告は、被害者が道路規則に違反していたことを証明することで、原告側に寄与過失があることを立証することができるが、原告による違反行為が、原告が主張している負傷を引き

ような過失分析の際に使われる他のルールは、比較過失法理の場面にも適用されている。なお、Emergency 原理と negligence per se ルールに関する代表的な裁判事例として、前者の場合は Henson v. Klein 事件、後者の場合は Absolon v. Dollahite 事件をあげておこう。

【Henson v. Klein 事件】¹¹⁶

建設会社に勤めていた原告は、週末に、湖の屋形船で数人の顧客を楽しませることになり、原告の友人である被告は、原告の雇用主の要求に応じて、原告を手助けするために同行した。湖のボートハウスには、ゲストが使用できる二台の水上バイクが設置されており、原告はこの水上バイクに乗ることにした。リーダーとして原告が先頭について、その 45 呎後方に被告がいたが、原告が突然左に鋭く曲がり、急に被告の進行路で減速し止まったため、被告は衝突を回避することができず、衝突により原告は重大な負傷を負った。他のボートと同じように、水上バイクにもブレーキは付いていなかった。そこで、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、陪審に対して次のように説示した。原告を含めて、水路を使用する者の安全のために通常の注意を払う義務が原告にはあり、この義務には、人間の生命、身体的安全ないし財産を危険に晒さないようにするために、道路規則 (Rules of the Road) に従って合理的で思慮深い行動に基づいて水上バイクを操作することが含まれている、と。陪審は、説示に従って、被告勝訴の評決を出し、事実審

起こした、あるいは、その原因になったと立証されなければならない。そのため、本件における事実に基づいて、原告の行為が規則に抵触しているかどうか、その違反が原告の負傷を引き起こしているかどうか、その原因になっているかどうかを認定しなければならないと事実審は陪審に説示した。道路交通規則 (Title 32, Chapter 5A, Section 112(b) of the 1975 Code of Alabama) によると、警察官が指示している場合を除き、一時停車標識に近づいているあらゆる車両の運転手は、明確にマークされた停車線で停車するものとするが、停車線がない場合には、本線の走行車両を見ることができる本線に一番近いところに停車するものとし、停車した後は、運転手は、合流線に進入している時は、非常に近いところまで本線に近づいていることが差し迫った危険となるが、規則により他の車両に優先交通権を譲るものとするとなっているため、事実審による陪審への説示に誤りはなかったとした。最高裁は事実審判決を支持した。

なお、Restatement Third of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm) § 14 (2010) は、negligence per se ルールを原告であろうと被告であろうと各行為者に適用し、コメントで説明されている両当事者に用いられる、としている。

¹¹⁵ No-duty doctrine とは、財産の所有者や占有者は、その財産にある認識できたり、明らかである危険状態について訪問者に対して警告したり、保護する義務を負わない、という意味の法理である。Garner, *supra* note 22 at 1258.

¹¹⁶ 2010 WL 3374243 (Ky. 2010) .

はそれに基づいて判決を出した。そこで原告は、被告の義務として Sudden Emergency Doctrine に従うことが要求されると陪審に説示したり、原告は被告よりも優先交通権を持っていると陪審に説示をしなかったりということに、事実審には誤りがあるとして上訴した。

ケンタッキー州の最高裁は、寄与過失法理のもとでは全ての損害を原告に割り当てられていたが、Sudden Emergency Doctrine は原告を責任から解放することになるため、寄与過失法理との関連性が強いと言えるが、ケンタッキー州において寄与過失法理から比較過失法理に移行したからといっても、Sudden Emergency Doctrine は義務違反があるかどうかという問題にのみ関連し、損害額がどのように割り当てられるかという方法には影響を与えないものなので、Sudden Emergency Doctrine の必要性は変わらないと指摘した上で、事実審は陪審に対して各当事者に適用される義務について適正に説示をしたとして、事実審判決を支持した。

【Absolon v. Dollahite 事件】¹¹⁷

被害者は、歩行者の信号機のサインが横断可を示した時、通りを横切ろうとした。通りの真ん中にある中央分離帯に被害者が辿り着いた時に、信号機が止まれる点滅になったが、被害者は分離帯から降りて、通りの残りを横切ろうとした。だが、被害者が渡りきる前に、他の通りから右折してきた被告の車にはねられた。そこで、被害者は、はねた車の運転手と運転手の使用者を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、正式審査を経ないでなされる判決を求める申立てをして、原告には寄与過失があるので損害賠償請求をすることができないと主張した。この寄与過失とは、被害者が Md. Code Ann., Trans. § 21-203 (2002) に違反しているという意味である。事実審は、§ 21-203 は、停止の信号が点滅をし始めたら、歩行者は中央分離帯に停まるという絶対的義務を確立しているとして、この分離帯から被害者が降りたことに寄与 negligence per se があると言えるとした。

メリーランド州の控訴審は、法律問題として原告には絶対的義務であり過失があったと規則に基づいて事実審は判断しているが、法定義務違反は過失の証拠に過ぎず、それだけでは negligence per se を立証していることにはならないという長い間確立されてきたメリーランド州の一般法則に反するとして、原告が法定の注意義務に違反していたとするのであれば、違反に関する証拠が、寄与過失ないし注意義務の欠如をも示す他の証拠とともに、陪審に提示されるべきであるとして、事実審判決を取り消して、差し戻した。

第5款 原告の過失と被告の過失の違い

原告の寄与過失の問題は、通常、被告の過失の問題との比較で検討されるため、この二つの過失の違いは重要である。しかし、自身を危険に晒している者が、他人を同じ危険に

¹¹⁷ 376 Md. 547, 831 A.2d 6 (2003) .

晒している者、つまり加害者と、同じ道徳上の立場に立っているとは言えない¹¹⁸。このため、研究者の中には、原告に寄与過失があるか否かを決める場合には、準主観的な基準（quasi-subjective standard）などの他の制限を加えた基準を使用することを提言する者もいる¹¹⁹。たとえ客観的な合理人という判断基準が被告と同様に原告に適用されても、合理人という基準で考えれば、他人を晒すことはないであろう危険に、自分自身をさらすことはないとは言えない。たとえば、川でおぼれる自分の子供を救うために、毒ガスの入った樽を放り込んだとしても、投げ込んだ者の行為は合理的だったと評価されるであろう¹²⁰。だが、その樽を身内ではなく他人に押しつけるという場合には、その同じ行為であったとしても、合理的であったとは評価されない。

さらに、被告に要求される合理的な注意義務が、原告自身の過失から原告を保護するためとして、被告に求められることがある。被告が特定の危険を予見し回避するのに、原告よりもよい立場にあるという理由からである。その結果、原告が被告と同じような行為をしているだけでは、寄与過失としての責任が原告にあるという評価にはならない¹²¹。たと

¹¹⁸ Gary T. Schwartz, *Mixed Theories of Torts Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice*, 75 *Tex. L. Rev.* 1801, 1828 (1997) は、自身に対する損害は他人に対する損害以上の道徳上の憤慨を生じさせない、とは言えないとしている。

¹¹⁹ 研究者の中には、原告の寄与過失は、準主観的な判断基準で決められるべき、とする者がいる。たとえば、Richard Wright, *The Standards of Care in Negligence Law in Philosophical Foundation of Tort Law* 249 (David G. Owen, ed.1997) である。自身に対する危険は、他者に対する危険より許容されるべきという考えについては、Ellen M. Bublick, *Comparative Fault to the Limits*, 56 *Vand.L.Rev.*977, 1029-34 (2003) ; Schwartz, *supra* note 43 at 697 を参照。

¹²⁰ *Brock v. Peabody Coop. Equity Exch.*, 186 Kan. 657, 352 P.2d 37 (1960) では、子供を救うために、シアン化合物のガスで満たされた倉庫のような施設の中に入ろうとしている母親には、寄与過失があるとは必ずしもならない、とされた。

¹²¹ この点に言及している裁判事例として、*Stubbs v. Pancake Corner of Salem, Inc.*, 254 Or. 220, 458 P.2d 676 (1969) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。被害者は、何人かとともに被告のレストランのコーナーに座っていた。そのうちの誰かがケチャップの瓶を要求したため、ウエイトレスが持ってきたが、そのウエイトレスはケチャップの瓶を持ってきて蓋を開けようとしたが、できなかった。顧客の証言によると、ウエイトレスはその瓶をテーブルのコーナーで叩いた上で、被害者にそれを放り投げ、開けるように要求した。被害者は渡された瓶を開けようとしたが、その瓶は割れて、被害者の手首をかなり切ってしまった。そこで、被害者は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審が原告勝訴の判決を出したため、被告が上訴した。被告は、訴因となる十分な事実を原告は主張していないとして、被告が主張した訴答不十分の抗弁 (demurrer) を事実審が却下したことに誤りがあると主張した。オレゴン州の最高裁は、被告の従業員が原告に

えば、もし被告が運転手で事故を起こしたため、乗客が原告となって運転手を訴えたとしても、被告が自動車の周囲を見張り、注意深く運転するように期待されているだけであれば、被告にだけ責任が割り当てられることになるため、このような場合には、原告には寄与過失さえ認められないのである¹²²。ただ、同乗している者が免許を取得しており、仮免許の運転手が事故を発生させたという場面で、免許を持っている者が被告になった場合に、この被告に認められる義務の有無やその程度に関する裁判事例として、以下のようなものがある。

【Boomer v. Frank 事件】¹²³

原告は A 通りを東に向かって自動車を運転し、被告の友人は B 通りを南に向かって自動車を運転していたが、A 通りと B 通りが交わる交差点で、被告の友人は左折して東に向かって走行しようとした時に、原告の自動車と衝突した。この交差点には、南向きの車両に対して一時停止の標識があった。被告所有の自動車を運転していた友人は、事故当時 15 歳で、仮免許で運転をしていた。助手席に乗っていた被告は、事故当時 16 歳だったが、運転免許を取得していた。そこで、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、正式事実審理を経ないでなされる判決を求めて申し出たため、原告はそれに応じて、何人かの証人陳述書を提示した。事実審は、被告には義務もないし、義務違反に関する証拠もないとして、正式事実審理を経ないでなされる判決を求める被告の申し出を認めた。事実審は、運転免許を持っている者は、仮免許の者が運転する車の助手席に乗っている場合、運転手と同じ合理的な注意を払う義務がないとして、被告勝訴の正式事実審理を経ないでなされる判決を出した。そこで、原告は、上訴した。

瓶を渡したことに過失があると本件の状況下で陪審は合理的に認定し、コーナーで十分な力で叩けば瓶が割れるかもしれないこと、そして、他の者によって更なる力が加えられれば割れるかもしれないと合理人であれば予見することができると認定しているので、法律問題として、被告の従業員によって生じた危険が合理的に予期され得るとすることはできる、と述べた。ただし、原告は被告が瓶をコーナーで叩くのを見ていたのだから、負傷する蓋然性があることを予見することができたとして、原告にも過失があったとした。つまり、各当事者の立場は必ずしも同じものとして把握されず、過失と寄与過失の有無を判断する際には、異なる基準が採用されることになるとしたのである。

¹²² Misrepresentation で払われるべき注意の程度が争点になった Greycas, Inc. v. Proud, 826 F.2d 1560 事件において、連邦第 7 巡回控訴裁判所の判事である Richard A. Posner は、意見として次のように述べた。他の当事者が適正な注意を払っていることを考えると、適正な注意を要求するということが、選択肢の中の一つになり得るが、もし潜在的に不法行為の犠牲者になるかもしれない者が、他人の過失を引き受けるように要求されても、選択肢の中にある注意の程度がより高度になるということはない、と説明する。

¹²³ 993 P.2d 456, 460 (Ariz.Ct.App.1999) .

アリゾナ州の最高裁は、被告は、被告の友人の過失について責任を負うことはないが、被告には友人を監督する義務があると言えとした。確かに、被告は、友人を監督するために同乗してはいないが、友人は仮免許しか取得していない以上、免許を取得している被告には監督する義務が法律で課されていると言え、とした。その上で、被告に義務違反が認められるためには、監督する義務を適切に果たしたと言えず、その義務違反が事故発生の原因に寄与していると証拠に基づいて証明されなければいけないが、いくつかの証人陳述書によると、被告には監督義務違反が認められると合理的に認定することができるとして、最高裁は、事実審判決を棄却した上で差し戻した。

【Brawner v. Richardson 事件】¹²⁴

原告は、友人が運転する自動車の助手席に座り、友人は北に向かって自動車を運転していた。信号機が設置されていない交差点で右折するため、友人は減速し停車したが、生垣で視界が遮られたため、少し前方に自動車を移動した。友人は他の車両を確認しなかったため交差点に進入し始めたが、被告の自動車が衝突するまでは、被告の車両を確認することはなかった。この事故で負傷した原告は、適切な警戒、制御、そして速度を維持することができなかったこと、そして、通行権を譲ることをしなかった点につき、被告には過失があるとして損害賠償請求訴訟を提起した。他方、被告は、運転手が他の車両を警戒することを補助することを引き受けている点で、原告には寄与過失があり、適切な警戒を維持しなかったこと、近づいてくる被告の車両の運転手に対して警告しなかったことに過失があると主張した。陪審は、原告に75%、被告に25%の過失があると認定した。原告は、寄与過失の抗弁は陪審に説示されるべきではなかったし、違法な速度で交差点に入る運転手は、法定の通行権を失うことを事実審が説示している点に誤りがある、と主張して上訴した。

オレゴン州の最高裁は、同乗している者は自分の安全のためにあらゆる注意を払うことから免除されているのではなく、通常の思慮深い人が同じ状況下で払う注意をする義務があるとして、危険に対して防御し、安全を図るために、同じ状況下で合理的な思慮深い同乗者の義務から免れられない過失が原告にあるとすることは、被告による積極的抗弁の内容からは明らかになっていないのに、原告が運転手を補助する義務を負っているということを陪審に提示することには誤りがあったとした。控訴審は、事実審判決を棄却し、差し戻した。

【Thompson v. Michael 事件】¹²⁵

事故当時17歳だった被害者は、事故当時16歳だった加害者が運転する自動車に同乗し、午後11時頃、法定速度時速35^{マイル}のカーブした道路を、時速55～60^{マイル}で走行してい

¹²⁴ 57 Or. App. 178, 643 P.2d 1365 (1982) .

¹²⁵ 433 S.E.2d 853 (S.C.1993) .

た。加害者は自動車のコントロールを失い、中央線を越えて反対車線に侵入したことで、対向車と正面衝突した。この交通事故によって被害者は重傷を負った。そこで、被害者は、加害者に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、加害者の父親は family purpose doctrine に基づいて責任を負うと認定した。family purpose doctrine とは、不法行為法の中の一つの原理で、車の所有者の許可のもとで、家族が車を使用している間に引き起こされた事故に対して、車の所有者が法的責任を負う、という原理をいう。被告は、被害者に寄与過失がなかったという事実認定と、family purpose doctrine に基づいて加害者の過失責任を加害者の父親が負うという認定について上訴した。

サウスカロライナ州の最高裁は、同乗者には、自分の安全に十分な注意を払うように運転手に警告する義務があり、警告を無視して速度を変えない場合には、自動車の停止を要求して自動車から降りる必要があるが、本件での被害者は加害者に対して速度違反を警告した 30 秒後に自動車事故が発生しているという証拠があるため、被害者側には寄与過失がないという事実認定は適切になされていると言えるとした。また、family purpose doctrine は代理法に由来する法理であるが、親が所有している自動車が家族の一般的な使用と便宜のために提供されなかった場合には、親に責任を課すための代理関係が認められないとした。本件では、父親は自動車を加害者の妹に与えており、加害者はその妹が許可した場合にだけ自動車の運転ができる状態であるため、父親が family purpose doctrine の下で責任を負うかどうかについては疑問が残るとして、この部分についてのみ事実審判決を棄却した。

以上の事例の場合、被告とされる者が直接の加害行為を行ったわけではなく、直接の加害者に対して何等かの注意義務を負っていたと言えるか、という点が問題になっているということに特徴があると言える。その場合、被告にどのようなことを行うことが期待されていたのかについて、たとえば、Brawner 事件では合理人という判断基準を使って、また Thompson 事件では family purpose doctrine という法理を使って、その内容を確定していると言える。この場合は、比較過失法理の適用を検討する際に、原告がどのような行為を行うべきであったかという社会からの「期待」という視点からアプローチすることと、非常に類似する発想をうかがうことができるように思われる。

第 6 款 比較過失法理における純粹型と修正型

前述したように、根強く残っていた寄与過失法理は、アメリカにおいても比較過失法理にほぼ取って代わられるようになった。ところが、アメリカは周知の如く、州毎によって不法行為法が異なっているため、同じ比較過失法理と言っても、その内容に違いが生じている。具体的には、比較過失法理には二つの異なった、そして、互に内容の異なる制度が存在している。

そのうちの一つは基本的な比較過失法理であり、過失事例でのあらゆる原告に対して比

較過失を適用するというものである。純粹型比較過失法理と呼ばれるものである。この純粹型のもとでは、原告にも寄与過失があっても、自分の寄与過失のために賠償請求が禁じられるということはない。この純粹型比較過失法理は、連邦法と15から20の州で採用されている¹²⁶。なお、日本不法行為法における過失相殺制度の最も近い内容は、この純粹型比較過失法理であると言えるであろう。

そして、もう一つは、修正型比較過失法理と呼ばれるもので、一定の判断基準に原告の寄与過失が到達した場合に、原告の賠償請求を禁止するというルールである。さらに、この修正型には、次の二つの異なる内容の基準があるとされている。

1 greater-than version (修正型1)

1つは、原告の過失が被告の過失より大きい場合には¹²⁷、原告の賠償請求は完全に禁止されるというルール内容である。

2 equal to version (修正型2)

もう一つは、原告の過失が被告の過失より大きくはないが、少なくとも同程度であった場合¹²⁸でも、原告の賠償請求は禁止されるという内容のルールである。

¹²⁶ Restatement Third of Torts (Apportionment of Liability) § 17, 151-159 (2000) ; Schwartz, supra note 212, § 2.01(a); Henry Wood & Beth Deere, Comparative Fault § 1.11 (3d ed.1996) に詳細な説明がある。

¹²⁷ たとえば、N.H. States. Ann. § 507:7-d は、原告の過失が被告の過失よりも大きくない場合に、原告は賠償請求することができる、としている。

507:7-d 比較過失

原告自身ないし原告の法的代理人による訴訟での損害賠償請求を原告の寄与過失は禁止することはないので、寄与過失が、被告の過失、あるいは、1人以上の被告に対する損害賠償請求の場合に、被告全体の過失よりも大きくなければ、死亡、人身損害あるいは財産権損害に関する不法行為訴訟で損害賠償請求が認められる。

¹²⁸ たとえば、Ark. Code Ann. § 16-64-122。

16-64-122. 比較過失

(a)人身損害、不法死亡、ないし財産権侵害という、過失を基礎にした損害賠償を求めるあらゆる訴訟では、訴えている当事者に責任のある過失と、訴訟の相手方に責任のある過失とを比較することで、責任は決められる。

(b)(1)原告が損害賠償を求めている相手方に責任のある過失より、原告の過失のほうが小さい場合、原告は、自分の過失の程度に応じて減額された損害賠償額を請求する権利を取得する。

(2)原告の過失が、原告が損害賠償を求めている相手方に責任のある過失と同等か、程度として大きい場合、原告は損害賠償を請求する権利を取得することができない。

(c)この条項にある「過失」という言葉は、作為、不作為、危険引き受け、保証契約違

この修正型比較過失法理を適用している裁判所でも、原告が一定の判断基準を超えているかどうかについて判断をする際¹²⁹に、原告の過失を部分的にしか考慮することをしな

か、あるいは、原告が受けた損害の近因となっている法的義務違反、というあらゆる行為を含むものである。

(d)質問書 (interrogatory) によって、比較過失という争点が陪審員に提示された事例では、当事者の弁護士は、質問状に対する回答について、陪審員に主張することが認められる。

なお、修正型1と2を採用している州が最も多いという状況については、Dan B. Dobbs, Paul T. Hayden and Ellen M. Bublick, *The Law of Torts* § 218 (2d ed. 2011) において説明されている。

¹²⁹ この場合に該当する裁判事例として、*Stehlik v. Rhoads*, 253 Wis.2d 477, 645 N.W.2d 889 (2002) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。被告は、新しいバギー車を購入した。そのバギー車には、バギー車の操作に伴う様々な危険に関する警告を含んでいた保証登録 (warranty registration) があり、被告はそれに署名した。ここに書かれている危険に関する警告は、ステッカーとして前輪や後輪のガード、後部バンパー、そして後部座席に貼られていた。バギー車を購入した翌日、被告は家でパーティーを開き、暗くなった後で、丘の明かりのない道を、バギー車で運転するのをゲストらに許可した。このとき、被告は、説明もせず、安全ヘルメットを着用するようにも要求していなかった。このパーティーの前からずっとアルコールを飲んでいて原告は、バギー車に乗ることにした。原告は、長距離運転手と改造したストックカーのレイサーなどのキャリアがあった。原告はバギー車に乗っている間、ヘルメットを着用しなかった。最初に原告は一人で乗車していたが、その後、数員の同乗者を乗せて走った。事故発生時には、4歳の子供を同乗させていたが、この子供を原告は自分の前に座らせて、丘の側面を走行した。バギー車が転倒した時、原告は堅い壁に自分の頭を打ち付け、深刻な頭部外傷を負った。そこで、原告は、被告を過失と過失委任 (negligent entrustment) で訴えた。この過失委任とは、危険物の所有者が、知っているか知るべきである人に、危険物、たとえば、銃とか自動車を預ける行為によって、不合理な危険性を有する行為で使用させてしまうという過失行為のことを意味する。陪審は、原告と被告の双方に過失があったと認定し、事故に関する過失につき原告：被告=30：70、ヘルメットに関する過失については原告：被告=60：40としたうえで、原告の負傷の90%はヘルメットの不着用によるものであると認定し、原告の損害賠償額を85万3277ドルとした。事実審は、事故の原因となった被告の過失分である30%と、ヘルメットの不着用による過失分である90%によって、原告の損害賠償額を減額し、5万4198ドルとした。

ウィスコンシン州の最高裁は、過失委任が規定されている第二次不法行為法リステイメント § 390 が陪審に説示されていれば、原告がストックカーレースなどで経験を積んで

ったり、複数の被告側に認められる全過失と原告の過失を比較したりすることで、原告に賠償請求の余地を認めている場合もある。この二つの種類の違いを明確にするために、二当事者という単純な事例で比較してみる。たとえば陪審が、原告の過失 60%、被告の過失 40%、と認定したとする。原告の損害は一万ドルであり、その結果、被告は 4000 ドルの責任を負う。純粹型比較過失法理を適用した場合、原告は損害のうち 6000 ドル分を負担しなければならない。しかし修正型比較過失法理の場合だと、原告に 60%の過失が認められている以上、被告の過失よりも大きいという評価になるため、いずれの修正型を使っても、原告は賠償請求することはできなくなる。つまり、修正型比較過失法理の場合は、伝統的な寄与過失法理と結論的には同じになるが、両者の違いは、原告の過失が被告の過失と同等であるだけでなく、原告の過失が大きかった場合には¹³⁰、原告の賠償請求が認められないとして、伝統的な

いるプロの運転手であるということから、被告が原告を信用することに過失はなかったという結論に至ったかもしれないとし、不適切な者が使用したりするなどを許可した場合には、許可した者に過失があるとされる可能性を示している第二次不法行為法リステイメント § 308 は、物を委託された者による自傷行為を含むような場合には適用されないとした。また、シートベルト抗弁がヘルメットの抗弁として適用されるか否かについて最高裁は、シートベルトの不着用自体は過失ではないが、シートベルトを着用できたり、負傷とシートベルトの不着用との間に因果関係があることを示す証拠があれば、その点について陪審に説示するのが必要であり適切であるし、過失には能動的過失と受動的過失があり、シートベルトの不着用は受動的過失を意味するが、これはヘルメットの不着用の場合と類似しているから、ヘルメットの抗弁について陪審は、ヘルメットに関する過失と事故発生の過失を別々に考えて、それぞれの過失を割り当てなければならない、とした。そして、原告が安全ヘルメットを着用しなかったことに対する被告の過失については、バギー車を使用する通常の成人が、安全ヘルメットを着用しないという個人的な決定をしたことは、バギー車の所有者よりもはるかに責任があり、かりにバギー車を使用した成人がヘルメットを着用しなかった責任をバギー車の所有者に課すことは、所有者に不当な負担を課すことになるので、通常の成人によるヘルメット不着用の責任を、所有者に割り当てることはできない、とした。最高裁は、事実審判決を棄却し、差し戻した。

つまり、この事案では、原告がヘルメットを着用しなかったことは、賠償額の減額にはなるが、原告の過失が被告の過失よりも大きかったかどうかを決める際には考慮されない、とされたのである。

¹³⁰ この場合に相当する裁判事例として、本文掲載以外のものとして、*Wassell v. Adams*, 865 F.2d 849 (7th Cir. 1989) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告の婚約者は、海軍に入隊するために、シカゴにある海軍訓練所に入所していた。ここでの基礎訓練が終わった後で、原告と婚約者は結婚することになっていた。原告は、婚約者の両親とともにシカゴを旅行し、被告が所有するモーターに滞在した。このモーターの近くの区域は殺人、売春、強盗などの犯罪が多い地域であったが、被告は原告らにそのことを告げな

寄与過失法理よりも原告による損害賠償請求が認められる余地が多く残されているという点にある。たとえば、次のような裁判事例がある。

【Hamilton v. Oppen 事件】¹³¹

原告は被告の農場で働いていたが、その農場にある農業機械のコンバインのホッパーに残った濡れたトウモロコシを掃き出している間に、滑ってしまい、らせん状の刃物であるオーガーで脚を切断し負傷した。そこで、原告は被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。原告は、被告がオーガーを清掃する方法を教えることを怠ったと主張した。陪審は、原告の過失を60%、被告の過失を34%、その他の者（コンバインの製造業者が危険と設計について十分な警告をしなかったこと）の過失を6%であると認定した。なお、コンバイン製造業者と原告とは和解している。しかし、原告は、裁量基準の濫用に基づく再審理を規定している NDR.Civ.p. § 59(b)(2) に事実審が抵触していること、そして、陪審が不適切な平均額評決 (quotient verdict)¹³²を出しているとして、再審理を受ける権利が自分にはあることを理由に上訴した。

かった。原告は、モーテルで新聞を読んだりテレビを見たりして過ごした後で、結婚後に住む予定であったアパートを見に行った。その後、モーテルに戻った原告は、深夜に一杯の水を求めて彼女の部屋に入ってきた者によってレイプされた。数年前にも、このモーテルではレイプ事件があった。原告は、婚約者と結婚したが、レイプによる心的外傷性ストレスを引き起こしたため、被告を相手取って損害賠償請求訴訟を提起した。原告の主張によると、被告は近隣の危険な状態について原告に警告しなかったこと、そして暴行に対して彼女を保護するための予防措置を取ること、たとえば、警備員を配置しておかなかったことなどにつき過失がある、ということだった。陪審は、被告には過失があり、賠償額は85万ドルで、さらに、原告にも過失があったとして原告の過失分が97%であると認定した。その上で陪審は、原告に2万5000ドルの損害賠償請求を認めた。原告は、陪審による過失の分配が、証拠の明白な重みに反しているとして、再審理を地裁に対して求めた。地裁は、原告の再審理の申し出を拒否したため、原告は控訴した。イリノイ州の控訴審は、被告には過失が認められるが、willful、wanton な行為は認められないので、原告に寄与過失があったとする陪審評決が、証拠の明らかな重みに反していないと地裁判事が認定したことに裁量権の濫用は認められないとして、控訴審判決を支持した。

この事案では、セキュリティが備えられたモーテルで起こったレイプ事件の被害者について、陪審は、過失の97%を原告である被害者に課している点に特徴がある。

¹³¹ 653 N.W.2d 678 (N.D. 2002) .

¹³² 平均額評決 (quotient verdict) とは、陪審が評議時間を短縮したいなどの理由で、予め合意のうえで、一人ひとりが原告の得るべき賠償額を書き出し、その合計額を陪審員の人数で割って出した評決のことである。田中英夫『英米法辞典』(東京大学出版会、1991) 693頁。

ノースダコタ州の最高裁は、まず NDR.Civ.P. § 59(b)(2) に関して、事実審がその裁量を濫用したことを立証する責任が、再審理を求める者にあるとしたが、原告はその立証ができていないとした。そして、平均額評決につき陪審が不適切な判断をしているという点については、ノースダコタ州の判例法によると、平均額評決で不適切とされるのは、個々の陪審員の見積もりを平均化することではなく、評決を無効にする計算の結果でも拘束されるということを事前に合意させていることであるが、この不適切であるか否かの判断は、陪審の宣誓供述書 (affidavit) によって証明される可能性がある。陪審の宣誓供述書はいずれも、陪審が過失の割合の計算結果に拘束されることが事前に同意されていると明確に立証されているものであるから、事実審はその裁量を濫用していなかったと結論づけた。最高裁は、事実審判決を支持した。そして、マーリング判事は、陪審が原告に 49% 以上の過失があると評決を出したため、陪審は損害賠償の問題に到達することはなかったと触れている。

【Lake v. D & L Langley Trucking, Inc.事件】¹³³

被害者は、ピックアップトラックで高速道路を北上し、トレーラートラックを運転していた加害者も被害者から少し離れて北上していた。その高速道路には追い越し禁止を示す黄色の実線はなかったし、交差点が近いことを示す標識もなかった。加害者は、被害者によるブレーキランプや方向指示器の点灯がなかったため、被害者を追い越すことにして、左車線に入った。しかし、被害者は、何度も事故が発生した道路を通行していたため、バックミラーやサイドミラーで後方を確認せずに左折を開始した。被害者は、加害者が運転する車両が追い越し中であることを知らなかった。このため、被害者の車両と加害者の車両が衝突し、被害者は負傷したため、加害者の雇い主である被告会社を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告に 86%、被告に 14% の過失があるという評決を出したが、原告には 50% 以上の過失があると認定されたため、ワイオミング州の比較過失法、Wy. Stat. Ann. § 1-1-109 (2009) によって、原告はこの訴訟で全く賠償請求をすることができなかった。原告は、被告の過失がわずか 14% であることを示す証拠が不十分であるとして、再審理を主張して上訴した。

ワイオミング州の最高裁は、事実審は、原告が方向指示器を使用せず、衝突前に適切に警戒をしていなかったことを十分に裏付ける証拠を保持し、陪審は、提示されたすべての証拠に基づいて、事故がどのように発生したかを認定した上で、被告に 14% の過失を割り当てたとして、事実審判決を支持した。つまり、原告に 86% の過失を割り当てたことが認容された。

同じ事実関係においても、かりに事実審が原告の過失を 50% と認めた場合には、純粹型の比較過失法理と修正型 1 の場合には、原告は賠償額として 50%、あるいは 5000 ドルを賠償

¹³³ 233 P.3d 589 (Wyo. 2010) .

請求することができることになる。しかし、修正型2を適用すると、50%の過失が原告に認められている以上、原告の賠償請求は否定されることになる。このように原告の過失が50%である場合には、結論が大きく異なってくるが、修正型1と2の場合は、寄与過失法理に対する道徳的な支持や賛同がどの程度残っているかによる違いなのではないか、と思われる。つまり、純粋型の場合には完全に寄与過失法理の発想がない責任分配になっていると言えるが、修正型の場合には依然、寄与過失法理の発想が残っていると見え、さらに修正型1の場合は、2との比較で、寄与過失法理の思想がより強めに反映されていると言えるように思われる。

第7款 各類型に対する評価

まず、純粋型の比較過失法理に対しては、研究者¹³⁴、多くの裁判所¹³⁵、そして FELA¹³⁶のような連邦法によって好意的に受け止められていると言える。他方、立法のほうは修正型の比較過失法理に好意的な傾向にある。司法分野で純粋型の比較過失法理が支持されていることを示す有名な裁判事例を以下で示しておこう。

【Hoffman v. Jones 事件】¹³⁷

被害者が運転する自動車と、被告の従業員である加害者が運転するトラックが衝突して、被害者が死亡した。そこで、被害者の妻が、被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。原告は、事故発生時に被告所有のトラックを運転していた加害者に過失があったと主

¹³⁴ Prosser, supra note 12 at 25.

¹³⁵ 本文に掲載している裁判事例以外として、Kaatz v. State, 540 P.2d 1037 (Alaska 1975) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。被害者は、ある建設会社に雇用されていたが、アラスカ州のあるプロジェクトで砂利が必要だったために、ある地点までその砂利を運搬する仕事に被害者は従事することになった。事故は発生したのは12月で、事故現場の天気はどんよりと曇っており、断続的な雨と濃霧でかなり低温の状況だった。被害者とその同僚は、トラックにブルドーザーを搭載して現場に向かったが、その途中で、高速道路のわずかな勾配を下り始めたとき、その勾配で道路は右に曲がっていたが、そのカーブに到達する前に、搭載していたブルドーザーが勾配で移動したため、縁石を超えてトラックは転落してしまい、被害者とその同僚は死亡した。そこで、被害者の妻は、アラスカ州に対して損害賠償請求訴訟を提起した。原告は、凍結した道路を適切に維持することができなかつた点で州には過失があると主張した。事実審は、州の過失が両死亡者の死亡原因であるとした一方で、事故現場の高速道路が非常に滑りやすい状態であることを被害者は知らされており、ブルドーザーの経験を有する者が、そのような状況下のもと高速道路でトラックを運転することは不合理であるとしつつ、被害者に寄与過失があることは完全な抗弁となっていると結論付け、寄与過失法理を適用して、州勝訴の判決を出した。原告は、被害者の行為は寄与過失ではないし、それに代わって裁判所が適用すべきなのは比較過失法理である、と主張し上訴した。

アラスカ州の最高裁は、被害者が高速道路に入るにあたって、道路が凍っている状態であることを知っていたことを前提に事実審は判断しているが、証言によると知らなかったというものもあるため、事実審は、被害者が知っていたか、知るべきであったかを認定しないといけないとして、被害者の過失に関して事実審に審査するように差し戻した。また、アラスカ州で適用されるのはもはや寄与過失法理ではなく、比較過失の純粋型である、とも述べた。最高裁は、一部認容、一部破棄をして、損害額に関する問題につき差し戻した。

¹³⁶ 45 U.S.C.A. § 53.

¹³⁷ 280 So.2d 431, 78 A.L.R.3d 321 (Fla. 1973) .

張した。他方、被告は、寄与過失の抗弁を主張した。この訴訟において原告は、陪審への比較過失法理に関する説示を要求したが、事実審判事は拒否し、陪審は被告勝訴の事実認定をした。事実審は、最高裁の意見確認 (certification) をするために、過失訴訟において、裁判所は比較過失法理を寄与過失法理に置き換えるべきかどうか、という問題について裁量上訴をし、これをフロリダ州の最高裁は認めた。

フロリダ州の最高裁は、原告に寄与過失があると、それによって損害賠償請求が禁止されるかという問題について、寄与過失法理の歴史的正当性が何であれ、今日では、訴訟当事者の一方に発生した損害の全部を負担させることは、公正かつ公平であるとは言えないので、寄与過失法理を採用した立場を再検討すべきであると指摘した。その上で、寄与過失法理から比較過失法理への移行を支持する理由として、比較過失法理のほうが責任を決定するのにより公平な制度であり、より社会的に望ましい損害分配方法であるという点にあるが、州議会は、この問題を司法の問題であるとして、ほとんど何もしていない状態であるが、司法としては、法的紛争が公平に解決されることを重視すべきであるので、寄与過失法理よりも比較過失法理のほうが公平な解決により資することになるとして、過失訴訟における原告に寄与過失があるからということで損害賠償請求が禁止されることはないと考えたと判示した。

【Li v. Yellow Cab Co. of Cal.事件】¹³⁸

原告は、ある通りの内側の車線を北上していたが、途中、サービスステーションに入ろうとして、南向きの三車線を左折し始めた。他方、被告の従業員である加害者は、その通りを南に向かって走行していたが、原告が運転する自動車の右後部に衝突して、原告を負傷させた。そこで、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。加害者が時速 30 ㎞で走行していたこと、その速度は事故現場では安全ではなかったこと、事故現場から約 70 ㍎のところにある交差点では黄色信号で加害者が通過したこと、原告が左折を開始したのは加害者運転の自動車がかかり接近していた時で、危険がかかり差し迫っていたと認定し、原告には寄与過失があり、しかも、原告の過失は結果の近因であるため、原告は損害賠償請求をすることができないとして、被告勝訴の判決を出した。原告は、原告の過失行為が結果に寄与している場合に損害賠償請求を禁止する寄与過失法理を、カリフォルニア州の裁判所は適用するべきではない、と主張して上訴した。

カリフォルニア州の最高裁は、Cal. Civ. Code § 1714 が、比較過失法理を採用することを排除していないこと、そして、論理、実務経験、基本的正義という視点から、寄与過失法理による all or nothing のルールよりも比較過失法理による処理のほうが望ましいという理由から、寄与過失法理の代わりにカリフォルニア州では比較過失法理の純粋型が採用されるべき、と述べた。最高裁は、比較過失法理の純粋型によって、たとえ原告が事故に寄与していても、被告に過失の一部の責任を負担させることができるとした。

¹³⁸ 13 Cal. 3d 804, 532 P.2d 1226, 119 Cal. Rptr. 858, 78 A.L.R.3d 393 (1975) .

【United States v. Reliable Transfer Co, Inc.事件】¹³⁹

原告所有の沿岸貿易船（coastal tanker）は、風が強かったが晴れていた夜に、燃料油を搭載して、ニューヨーク州のアイランドパークに向けて、ニュージャージー州のコステイブルフックを出港した。しかし、ニューヨーク港の外側にあるロックアウェイポイント沖にあった砂州に座礁してしまった。防波堤の最南端は通常、沿岸警備隊によって維持されている点滅ライトで示されていたが、原告の貿易船が航行した時は、そのライトが点滅していなかった。そこで、原告は、海事法（Admiralty Act）, 41 Stat. 525, 46 USC § 741、および、連邦不法行為訴訟法（Federal Tort Claims Act）, 28 USC § 1346 に基づいて、連邦地裁に米国を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。地裁は、沿岸警備隊が防波堤に設置しているライトの点滅を維持できなかったことにつき 25%、原告所有の船の船長に 75% の過失があると認定したが、実務に定着している損害分割に関する海事上のルールは、船舶への損傷の二分の一を負担するように各当事者に要求していると示した。控訴審は、地裁が述べた過失割合で座礁事故が発生したと認定することに明らかな誤りはないとして、この地裁判決を支持した。しかし、過失の程度に比例した損害賠償の分割のほうがより公平である可能性があり、継続されていた均等分割のルールの有効性を検討するように、419 U.S 1018 に基づく裁量的上訴があり、連邦最高裁はこれを認めた。

連邦最高裁は、過失の程度を公平に割り当てることのできない場合、当事者間で均等に損害賠償責任を分割することは公平な解決策であるが、本件のように異なる過失割り当てが出来ている場合には、海事上のルールは不必要であり、かえって不公平な結論を導くことになるとして、損害賠償責任の公正かつ公平な分配という目的を達成するためには、可能な限り、比較過失法理に基づいて損害賠償責任を割り当てることで実現できるとした。最高裁は、控訴審判決を棄却して、最高裁の意見と一致する手続きをするように求めて、この事案を差し戻した。

【Placek v. City of Sterling Heights 事件】¹⁴⁰

原告は、二車線の高速道路を時速 30~35 ㎞で東に向かって走行していた。原告の自動車の前には A の運転する自動車が走行していたが、途中の交差点で減速をして右に曲がった。そこで、原告は、左車線に移動して交差点を通過したが、その交差点の半分を過ぎたあたりで、警察官が運転している車両の右側に衝突した。その警察官は、緊急走行で南に向けて移動しており、事故が発生した交差点に近づくと、警察官はサイレンを作動し始めた。警察官は、交差点に近づく前に減速をしたが、交差点に入ると再度加速をし始めた。交差点には、原告と警察官の視界を遮る障害物はなかった。警察官の車両が衝突したことで負傷した原告は、市に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、訴因が認められ

¹³⁹ 421 U.S. 397, 95 S. Ct. 1708, 44 L.Ed.2d 251 (1975) .

¹⁴⁰ 405 Mich. 638, 275 N.W.2d 511 (1979) .

ないという原告敗訴の評決に基づいて判決を出した。原告がシートベルトを着用していたかどうかに関する質問を原告にすることを事実審が認めたことに誤りがあるとして、控訴審は、その評決を破棄し、新たな審査のために差し戻した。二度目の裁判でも、原告に訴因が認められないという評決が出され、この評決は控訴審によって支持された。ミシガン州の最高裁は、この州において比較過失基準が採用されるべきかどうかについて、上告する許可を与えた。

ミシガン州の最高裁は、Kirby v. Larson, 400 Mich. 585, 256 N.W.2d 400 (1977) がミシガン州において比較過失法理を確立した判例であると指摘した上で、寄与過失法理には潜在的な不正があるとして、損害賠償責任の公正な分配という目的を達成するには、当事者の過失に応じて責任を分配する純粋型の比較過失法理が最もふさわしいと言えるが、Kirby 事件以降に提起した訴訟での原告が、純粋型の比較過失法理による利益を受けることができないとすると、訴訟提起するという原告の勤勉さという意味では同じであるのに不公平な結論になるとして、ミシガン州の寄与過失法理は比較過失法理に置き換えられる、とした。ただし、原告の注意義務に関する事実審による陪審への説示には誤りがあるが、被告の過失という問題は、陪審によって決められるべき事実問題であるという事実審判決を支持した。最高裁は、事実審判決を破棄して差し戻した。

【Alvis v. Ribar 事件】¹⁴¹

本件事故が発生した交差点では、道路の建設工事が行われており、そのための一時的に一時停止の標識が設置されていた。しかし、被告が運転する車両が制御不能になり、この一時停止の標識を固定している金属製のバーに衝突し、被告の車両に同乗していた原告が負傷した。そこで、原告は、被告に過失があったと主張して、損害賠償請求訴訟を提起した。なお、原告は、道路建設工事の主催者である郡とその建設工事の請負人に対しても損害賠償請求訴訟を提起したが、これらは後に併合されている。原告の訴状には、比較過失法理に関する項目 (count) があったが、この項目は被告の申立てで事実審によって棄却された。そこで、原告は、寄与過失法理を廃止し、その代わりにイリノイ州の法律として比較過失法理を採用するようにイリノイ州の最高裁に要請した。

イリノイ州の最高裁は、寄与過失法理を支持する根拠として、誰も自分の過失を利用して他人を訴えてはならないという古い諺があるが、両訴訟当事者に過失がある場合に、原告が損害賠償請求をする場合には、原告に過失が完全でないとする必要はなく、原告の過失が比較的少なければ、原告が損害賠償請求をする行動の自由は奪われてはいけなし、負傷の全責任を負わされる原告の窮状も無視するわけにも、過失責任があった被告を完全に免責することを容認することもできないとして、比較過失法理に置き換えられるべきと述べた。その上で、当事者の相対的な過失に応じて損害賠償額を配分するという視点から、純粋型の比較過失法理が妥当であると述べた。イリノイ州の最高裁は、コモンロー上

¹⁴¹ 85 Ill.2d 1, 421 N.E.2d 886, 52 Ill. Dec. 23 (1981) .

の寄与過失の原理を破棄し、それに代えて、純粹型の比較過失の原理を採用しつつ、控訴審や事実審の判決を破棄し、差し戻した。

この司法分野で支持されている純粹型の比較過失法理に対しては、形式的な判断に終始して、結果として不公平な処理方法になってしまうのではないか、という批判的な意見もある。その主な理由は、純粹型の場合には、過失の90%を負っている原告が、10%しか過失がなかった被告に対しても、賠償請求をすることができるという処理になるから¹⁴²、という点にある。

他方、純粹型の比較過失法理が評価される場合は、原告や被告に比例的な損害分担を負担させる、という点が重要視されている。つまり、過失の90%が原告にあるという場合でも、結局、原告の受けた損害の内の90%を原告が負担することになるというわけである。原告のみならず被告も負傷していたという場合、特に、この状況は自動車衝突事故でよく見受けられるが、90%の過失を有する原告は、被告に生じた損害額のうちの90%を負担することになる。非常に大きな寄与過失が原告に認められているが、僅かであっても認められている以上、それは当然のことであるとされている。

さらに、修正型1では、過失の49%を原告が負っている場合、原告は51%の損害分を賠償請求できることになるが、逆に51%の過失が原告に認められる場合には、原告は賠償請求ができなくなる。このような処理をする修正型1に対しては、被告に49%の過失があるのに、被告は賠償責任から完全に免除されることになる、という結論を正当化することは難しいのではないかと¹⁴³、という批判的意見がある。他方、修正型の場合には、伝統的な寄与過失法理による請求禁止を排除しているのではなく、単に原告の賠償請求のハードルを下げているだけ、と位置付けて積極的に評価している見解も存在している¹⁴⁴。

以上の議論状況を概観すると、比例的な過失の割合による責任分担という処理方法は、純粹型のように、原告と被告が共同で引き起こした損害を分け合う方法として適正であると言っているだけではなく、純粹型で生じた比較過失法理によって生じるいくつかの問題点を回避するために修正型が登場するに至っており、all-or-nothingルールに対する特別な例外を考慮しているというのが、アメリカ法における責任分配方法の全体像と言えるであろう。

¹⁴² このような極端な事実認定はあまりないようであるが、前掲注・130にある *Wassell v. Adams* 事件では、陪審が、原告に97%の過失があると認定している。

¹⁴³ 前掲注・141の *Alvis v. Ribar* 事件は、あとで立法によって取って代わられる基本版を主張している。

¹⁴⁴ たとえば、*Placek v. City of Sterling Heights*, 405 Mich. 638, 661, 275 N.W.2d 511, 519 (1979) ; *Li v. Yellow Cab Co. of Cal.*, 13 Cal. 3d 804, 532 P.2d 1226, 119 Cal. Rptr. 858, 78 A.L.R.3d 393 (1975) などにおいて、その点が言及されている。

第8款 比較過失法理の適用が問題になる場合

このように比較過失法理における純粹型と修正型とは、原告の寄与過失の大きさに適用か否かが異なってくるとは言えるが、原告の寄与過失が存在する場合に比較過失法理は適用されることに間違いはない。しかし、その比較過失法理の適用が問題になる場合があるとアメリカ法では指摘されている。それは主に次の三つの場面である。

1 厳格責任の場合

アメリカの不法行為は、不法行為とされる類型が三種類あるとされている。過失に基づく不法行為 (negligent torts)、故意に基づく不法行為 (intentional torts)、そして厳格責任である。この厳格責任であるが、大量生産、大量消費を可能にした産業発展の後、欠陥製品で大量の被害が生じるような事態を迎えた現在社会において、一定の場合には、無過失であっても責任を負わせるべきであるという思想として登場したものである。この思想を基礎にもっている責任類型が厳格責任である。

つまり、被告に過失がない場合に厳格責任は問題になるのであるが、そのような場合の責任分担が問われている場合に、原告の寄与過失だけが問題になるのか、という疑問が生じる。だが、現在の制定法においては、比較過失法理を広く適用する傾向にあり、それは、通常の過失訴訟だけでなく、厳格責任訴訟でも同様に適用されているのが一般的な傾向であると言える。

2 故意行為や reckless 行為の場合

被告の不法行為が故意や reckless である場合には、一般的に比較過失法理は抗弁にはならないとされている。しかし、第三次不法行為法リステイメントの責任分割における第一条のコメント C は次のように述べている。

Restatement Third of Torts (Apportionment of Liability) § 1 comment. C (2000)¹⁴⁵

c. 故意不法行為に関する特別な問題点 (Special issues involving intentional torts)

故意不法行為は、割り当てという特別な問題を提示する。原告自身の行為が不合理であると故意不法行為者が主張した事例で、この問題は最も顕著になる。この問題は、特定の事例でこのリステイメントのルールを適用する場合に考慮されている。このリステイ

¹⁴⁵ Restatement Third of Torts (Apportionment of Liability) § 1 comment. C (2000) は、原告の比較過失が他の過失事例には適用されるが、故意不法行為事例には適用されないというような故意不法行為の犠牲者に対して適正な特別ルールを作り出すことができるように判事に柔軟性を与えている、とする。

メントは、故意不法行為者を射程に入れている特別なルールを用意している。基本的な考え方としては、故意不法行為の被害者に適正な救済を与える一方で、責任の比例的な割合にしたがって法的に有責性のある行為者全員の間で、責任は分配されなければいけない、というものである。結果、このリステイトメントは、故意不法行為を含めて全責任に適用され得るものであるが、故意不法行為の被害者に対して、適正な特別ルールを適用する柔軟性を裁判所に用意するものである。

伝統的に原告の過失は、故意不法行為に対する抗弁にはならないとされてきた。つまり、司法と立法は一般的に、比較責任を採用した際、故意不法行為を除外していたのである。故意不法行為が含まれるべきかどうかは、次の二つの基本的な問題点を提起する。第一に、原告の過失は、故意不法行為者に対して原告の損害賠償額を減額する対象とすべきか。第二に、故意不法行為につき、一人ないし二人の被告に責任があるとされた場合、各不法行為者に責任の割合が割り当てられるべきなのか。そのような割り当ての問題は、次のような点に影響を及ぼす。

(a)原告自身の責任割合と、故意でない不法行為者を含めた被告の間で、原告の損害賠償額をどのように減額するのか

(b)様々な行為態様の被告に、連帯責任である共同不法行為責任を課すのかどうか。

(c)故意の被告以外の被告に対する責任の割り当てをどうするのか

(d)故意不法行為者に割り当てられた部分について、他の被告も責任を負うべきかどうか

(e)和解に適用されるルール

(f)寄与と免責

裁判所の中には、故意不法行為に対する比較抗弁 (comparative defense) として原告の過失が提示されるとしているところもあるが、ほとんどの裁判所はそのように考えていない。このリステイトメントは、その問題について特定の立場を採用していない。原告の過失が故意不法行為に対する抗弁となるという実体ルールがある場合、損害賠償額は減額されるのであり、賠償請求が禁止されるわけではない。原告の過失が、故意不法行為に対する抗弁にならないという実体ルールがあるとしても、原告の過失は、故意不法行為者ではない他の不法行為者に対する比較抗弁にはなる。

被告ないし他の関連のある当事者に、故意不法行為に対する責任につき当事者が複数絡んでいる訴訟では、事実認定者が、原告と故意不法行為者も含めて、各当事者と関連のある者に対して、責任の割合を割り当てることになるが、特別なルールがこのような事例には適用される。故意不法行為者が絡む場合、共同不法行為責任を考慮しなければならない。結果的に 12 条は、原告の個人的な負傷、つまり、不可分な損害に対して故意不法行為者は連帯して責任を負うことになる、としている。そして 14 条は、故意不法行為による特別な危険から他者を保護しなかったことに基づく責任がある者は、その者に割り当てられた比較責任に加えて、故意不法行為者に割り当てられた比較責任の部分に対しても、連帯責任を負う、としている。その上で、23 条 comment e は次のように述べている。

e. 比例的割合

寄与分に対して請求する場合、その寄与の大きさは、事実認定者が各人に割り当てた責任の割合によって決められる。

例示として、AがBとCによる共同不法行為によって損害を受け、事実認定者は、BとCに責任があり、Aの損害が10万ドル、Aに割り当てられた責任は10%、Bには30%、そしてCには60%が割り当てられると認定した、とする。共同不法行為責任制度を有する裁判管轄では、AはBから9万ドルの賠償を受けることができる。AがBから9万ドルの賠償をしてもらおうと、BはCからCの寄与分である6万ドルの賠償を得ることができる。故意不法行為者が寄与しているとして、損害を回復するのを故意でない不法行為者に認めている。

寄与分がある者に割り当てられた責任分は、原告による訴訟で要求されている者に帰属させられる。その割り当て分は、責任があるとされている者に対する寄与分に関する訴訟において、原告に訴えられた者に帰せしめられない。責任が認められる他の者による、あるいは、その者に対する寄与分を求める訴訟の中で、その者に帰せしめられることになる。

例示として、AがB、C、そしてDを訴えたが、DはBの被用者である。事実認定者は、10万ドルの賠償額を認めて、Bに10%、Cに50%、そしてDに40%の責任を認めた。そして、Dの責任分についてBは代理責任を負うとも認めた。適用法令に従って、Bは、10万ドルの賠償責任を連帯で負うことになり、Bは10万ドルを支払った。Cは資力がないため、BはDを訴えた。連帯責任制度のもとで、BはDから8万ドル(40/50×10万ドル)を寄与分として回復することができる。原告によるBに対する訴訟で、Bに責任があると認定されても、Dの責任分は、Bの寄与分に関する訴訟においてBに帰せしめられない。

次に、Dに資力がないため、Bが寄与分につきCに対して請求をしたとする。BはCから寄与分として5万ドルを請求することができる。Dの責任分は、寄与分を求めるBの訴えの中でBに帰せしめられることになる。

Cが10万ドルに対する連帯責任として全額を支払ったとする。Dは資力がないため、CはBに対してその寄与分につき請求をする。CはBから5万ドルを回復することができる。

原告に割り当てられた責任分は、ある被告に対する求償の中で減額される場合もあるが、他の被告に対する求償では減額されない。原告の責任分で減額されなかった被告は、他の被告からその減額分につき回復請求することができない。

例示として、AがBによる自動車の過失運転で負傷し、Cは医師でAを診療したが、Aの負傷状態を悪化させたとする。Aは拡大した負傷分に対してBとCを訴えた。陪審は、10万ドルの損害を認め、Aに対しては30%、Bに対しては自己を過失で引き起こしたということで30%、Cに対しては医療過誤があったということで40%の責任割り当てを認定した。Bに対するAの損害賠償請求の場合、Aの30%分の責任によって減額される。AのCに対する損害賠償請求では、Aの30%分による減額がなされる。CがAに対して10万ドルの連帯責任を負い、CはBからその寄与分である3万ドルを求償することができる。BがAに対して7万ドルの連帯責任を負う場合には、BはCに対してその寄与分である4万ドルの

求償をすることができる。

以上を要するに、前半部分のコメント C では、原告の過失は故意不法行為事例には考慮されないとして、故意不法行為の被害者に対して適正な特別ルールを作り出すことができるように裁判官に柔軟性が与えられている。比較過失法理が適用される場面は、不法行為事例における責任分担が問題になっている場合に限定されているが、責任分担の割合を考える際に、故意不法行為者に有利になるように比較過失法理で減額することは認められてはいない。そして、後半部分のコメント e では、日本法でいう共同不法行為における連帯責任において、過失相殺法理がどのように絡んでくるのかが、具体的な事例を使って説明されている。

ただ、何故、加害行為が故意による場合には、原告の比較過失は考慮されないのか、という理由部分については全く言及されていない。しかし、故意不法行為事例の場合には、比較過失法理の適用がなされないというスタンスを明確に示している点で、日本法における議論状況とは大きく異なっていると言える。

3 生活妨害 (nuisance) の場合

比較過失法理の適用が問題になる最後の場合として、生活妨害事例があげられている。裁判所の中には、比較過失法理を、人身損害を伴う生活妨害に関する訴訟において、その適用を拡張しているところがあるが、原告の寄与過失が生活妨害という加害行為に対して抗弁になるかどうかという疑問は、生活妨害という概念の幅の広さと不透明さで複雑になっている。

そもそも、nuisance とは英米法における概念で、不法妨害とか生活妨害などと訳されている不法行為の一類型として位置づけられている。たとえば、Prosser は、nuisance の定義について、次のように述べている。利益が侵害されたとか、損害や負傷が生じているが、侵害につながるある特定の作為や不作為の行為とは関連性はなく、nuisance を生じさせる行為の類型には、他者の利益を意図的に侵害する行為、過失または無謀な行為、あるいは異常に危険な行為が含まれている、という説明である¹⁴⁶。このような行為に対する損

¹⁴⁶ Prosser, *supra* note 12, at 596-602 は、私的な生活妨害に関する法律について、合計 600 頁を使って詳細に検討している。その他の文献としては、F. Steel and S. Rodgers Magnet, *Issues in Tort Law* at 313-375 (1983) ; Robert C. Ellickson, *Alternatives to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines as Land Use Controls*, 40 *U. Chi. L. Rev.* 681, 719 (1973) ; Guido Calabresi and Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972) ; Edward Rabin, *Nuisance Law: Rethinking Fundamental Assumptions*, 63 *Va. L. Rev.* 1299 (1977) など多数存在している。

害賠償請求訴訟での寄与過失法理の扱いは、たとえば、原告所有地の隣地を借りて、石油とガスの探索をした被告が、高圧で塩水を油層に注入するという水攻法を行うことで、原告の土地の井戸が原油などによって汚染されて使用することができなくなったとして、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起したという裁判事例において問題になった¹⁴⁷。この裁判では、井戸の詰まりが原告の原因によるものであるかどうかという点が争点となったが、第七巡回控訴裁判所は、寄与過失は nuisance 事例において抗弁にはならないとして、この争点につき陪審に説示する必要はないと判断している。

確かに、nuisance 事例の中にも、被告の行為によって nuisance の原因が作成されたという場合には、通常の過失訴訟でも被告に過失が認められるかもしれないが¹⁴⁸、nuisance の場合においては原告の寄与過失は抗弁とされない。そして、被告による自分の土地の使用の結果が、nuisance の基準によって、原告による自分の土地の使用に対して、不合理に干渉することになっていると評価されると、原告に過失があっても抗弁にはならなくなる¹⁴⁹。また、被告が、法律に抵触して原告の利益を必然的に侵害している行為を行い、そのような状況が維持されている場合には特に、寄与過失法理は適用されない¹⁵⁰。つまり、こ

¹⁴⁷ *Mowrer v. Ashland Oil & Refining Co.*, 518 F.2d 659 (7th Cir. 1975) (Ind. law) がこの裁判事例である。なお、*Woods v. Khan*, 95 Ill. App.3d 1087, 51 Ill. Dec. 470, 420 N.E.2d 1028 (1981) では、被告が飼っている 5 万羽の鶏による悪臭が問題になり、*Branch v. Western Petroleum, Inc.*, 657 P.2d 267 (Utah 1982) では、*Mowrer* 事件と同様に、被告による隣接地における石油掘削によって、原告が自分の土地の井戸水を使用することができなくなったということで問題になった裁判事例である。このような nuisance 事例における原告の寄与過失の扱いについて考察をしているのが、Warren A. Seavey, *Nuisance: Contributory Negligence and Other Mysteries*, 65 Harv. L. Rev. 984, 988 (1952) である。

¹⁴⁸ *Missouri K. & T.R.R. v. Burt*, 8 Tex. Civ. App. 406, 27 S.W. 948 (1894) のように、列車によって引かれてしまった動物の死骸を残し、その死骸が道の真ん中で腐敗したという裁判事例がある。この裁判事例は、H. Wood, *Law of Nuisance* § 143 (3d ed. 1893) においても詳細に説明されている。

¹⁴⁹ *Mowrer v. Ashland Oil & Refining Co.*, 518 F.2d 659 (7th Cir. 1975) (Ind. law) ; *Cline v. Franklin Park, Inc.*, 210 Neb. 238, 313 N.W.2d 667 (1981) ; *Restatement (Second) of Torts* § § 822, 825, 828 and Comment h (1979) などにおいて言及されている。より古いものとして、*Snow v. Marian Realty Co.*, 212 Cal. 622, 299 P. 710 (1931) ; *Associated Metals & Minerals Corp. v. Dixon Chem. & Research, Inc.*, 82 N.J. super. 281, 197 A.2d 569 (1963) ; *Bohan v. Port Jervis Gas Light Co.*, 122 N.Y. 18, 153 N.E. 341 (1926) などがある。また、J. Joyce, *A Treatise on the Law Governing Nuisances* § 18 (1906) では、nuisance 事例での寄与過失の扱いについて詳細に検討されている。

¹⁵⁰ *Kall v. Carruthers*, 59 Cal. App. 555, 211 P. 43 (1922) ; *Baum v. Coronado Condominium Assn.*, 376 So.2d 914 (Fla.App.1979) ; *Woods v. Khan*, 95 Ill. App.3d 1087,

のような状況は、意図的ないし故意的な違法行為に関する事例であるため、意図的ないし故意的な違法行為の場合、すでに見てきたように、原告の寄与過失は抗弁事由にはならないのである¹⁵¹。

だが、このような私的な nuisance 事例の中には、故意的な意図があるという場合だけではなく、過失行為によって nuisance が生じたという場合もある。また、企業が営利活動によって被害者を出すことが、統計学上において確からしさがあるとしても、このことをもって、被告が鉄道会社やトラック会社などに対する法的な非難に直ちにはならないという性質を有する公的な nuisance 事例もある。このような nuisance 事例において原告の寄与過失が抗弁にならないとされるのは、たとえば、自分の土地から利益を享受することに対する不合理な干渉となった場合に、その隣人である被告に対して損害の填補を求める必要があるからである¹⁵²。また、被告による行為が個人に対して損害を与え得るものであっても、社会にとって非常に有益であるため禁止されることはないという場合には¹⁵³、原告に

51 Ill. Dec. 470, 420 N.E.2d 1028 (1981) ; Botsch v. Leigh Land Co., 195 Neb. 509, 239 N.W.2d 481 (1976) ; Rindge v. Sargent, 64 N.H. 294, 9 Atl. 712 (1887) ; Varjabedian v. City of Madera, 20 Cal.3d 285, 142 Cal. Rptr. 429, 572 P.2d 43 (1977) ; Boomer v. Atlantic Cement Co., 26 N.Y.2d 219, 309 N.Y.S.2d 312, 257 N.E.2d 870 (1970) ; Branch v. Western Petroleum, Inc., 657 P.2d 267 (Utah 1982) ; Spur Industries, Inc. v. Del E. Webb Dev. Co., 108 Ariz.178, 494 P.2d 700 (1972) などの裁判事例がある。また、Jeremiah Smith, Reasonable Use of One's Own Property as a Justification for Damages to A Neighbor, 17 Colum. L. Rev. 383 (1917) において詳細な検討がなされている。

¹⁵¹ たとえば、Paddock v. Somes, 102 Mo. 226, 14 S.W. 746 (1890) は、被告が原告の土地に違法に排水管を敷設し、排水が原告の土地で行われ続けたため、原告が損害賠償請求と差止請求訴訟を提起した裁判事例である。この裁判の中で、ミズーリ州の最高裁は、自分の財産権に対する損害を防ぐことができたとか、防がなかったという事実は、抗弁にはならないと言及して、nuisance 事例においては、寄与過失法理は自己防御の法理 (law of self-defense) が問題にならないのと同様に問題にならない、と述べている。また、Prosser, supra note 46, at 598-599, 624-625, 629-630 においても言及されている。

¹⁵² たとえば、Branch v. Western Petroleum, Inc., 657 P.2d 267 (Utah 1982) という裁判は、料理などにも使用する原告の井戸水が、石油を採掘している被告によって出された産業廃棄物によって汚染されたため、原告が損害賠償請求訴訟を提起したというものであったが、ユタ州の最高裁は、被告の生産活動は合法的で社会にとって重要な事業であるが、原告が使用する権利のある水を使用することができなくなることで引き換えで、産業廃棄物の処理をする許可を与えてはいないと指摘しつつ、寄与過失法理は nuisance 事例において抗弁にはならないと述べている。

¹⁵³ 被告が経営しているセメント工場から出される埃、煙、振動などによって原告が財産権を侵害されたとして、原告が損害賠償請求訴訟と差止請求訴訟を提起した Boomer v.

過失が認められたとしても¹⁵⁴、これが抗弁事由から外されるということもある。よって、

Atlantic Cement Co., 26 N.Y.2d 219, 309 N.Y.S.2d 312, 257 N.E.2d 870 (1970)、鉄道会社である被告の道路上の鉄道建設と運用によって nuisance があったとして損害賠償請求訴訟が提起された Rasch v. Nassau Electric Railroad Co., 198 N.Y. 385, 91 N.E.785 (1910)、Story v. N.Y. El. Ry., 90 N.Y. 122 (1882)、あるいは、Barboglio v. Gibson, 61 Utah 314, 213 P. 385 (1923) などが、被告の活動に高い公共性や有用性が認められる場合の nuisance 訴訟に関する事例である。これらの裁判事例でも、寄与過失法理は抗弁とされていない。また、Note, Nuisance and Legislative Authorization, 52 Colum. L. Rev. 781, 784 (1952) や Fleming James, Nature of Negligence, 3 Utah L. Rev. 275, 283 (1953) においても、社会的有用性の高い被告の行為による nuisance 訴訟について考察がなされている。

¹⁵⁴ Philadelphia & R.R. v. Smith, 64 F. 679 (3d Cir. 1894) では、下方にある原告の土地に浸水しないように路線の路床の部分に土手を建設しており、近くの川に水を排水するために掘られていたその土手の元にある溝の水量を、被告が適切にコントロールしなかったために、原告の土地が浸水されて損害を受けたと主張していたが、原告は自分の土地への溝を開け続ける義務があったのに、それを怠ったために、原告は損害を被ることになったとして、寄与過失法理を適用せずに、被告勝訴の事実審判決を第三巡回裁判所は認容した。また、Kafka v. Bozio, 191 Cal. 746, 218 P. 753 (1923) は、原告の過失によって明らかに作られた生活妨害に対する抗弁に寄与過失法理はならない、とされている。Gould v. McKenna, 86 Pa. 297 (1878) では、原告の家に隣接する被告のトタン屋根が原告の壁に向かって雨をこぼすため、雨押さえとして 12 呎の長さまでトタンをめくりあげたのだが、激しい雨が降ったため、雨水が溜まった後で溢れだし、この雨押さえを超えてこぼれ出て、原告の建物に入ってしまった、原告が被告を相手に損害賠償請求と差止請求の訴訟提起をしたというものだった。思慮深く、注意深い人であれば保護するために何をするかという視点から、原告は境界壁を設置して自身を保護しなかったと陪審は認め、事実審は被告勝訴の判決を出し、ペンシルベニア州の最高裁は、このような nuisance においては寄与過失が抗弁にならないとして、事実審判決を認容した。

その一方で、過失による生活妨害の事例において、寄与過失が抗弁になる場合があるとされている場合がある。たとえば、Copart Industries, Inc. v. Consolidated Edison Co., 41 N.Y.2d 564, 394 N.Y.S.2d 169, 362 N.E.2d 968 (1977) がある。この事例は次のようなものであった。原告は 5 年という期間で旧海軍工廠の一部を借り受け、自動車関係の事業を行っていた。この原告が借りた土地の隣には、被告が経営する発電所があり、この発電所の煙突から有害物質が放出されたために、顧客から預かっていた自動車の外部に損傷が生じた。そこで原告は事業を辞めざるを得なくなったため、被告に故意による nuisance があり、損害が発生したとして、損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、過失に基づく nuisance と原告の権利を意図的に侵害している nuisance について認めた。そこで事実審は、nuisance が過失行為のみによっている場合には寄与過失は抗弁になるが、被告の加害

故意による nuisance 事例の場合にだけ、比較過失法理が除外されているということにはならないことになる。

さらに、比較過失法理が nuisance 事例において重要にはならないとする理由は他にもある。それは、通常の交通事故事例において原告の寄与過失を比較するようなことが、nuisance の事例ではめったに提示されることはないから、というものである。たとえば、次のような裁判事例がある。原告の土地の上流に隣接する土地の所有者である被告は、灌漑のために川からバイパスを作ったが、これによって、被告と原告の土地を通過する川の流れる速度が遅くなった。原告は、元の流量を制限するような方法で、川の一部を砂や砂利で被告は埋めてしまい、そのことで川が原告の土地に逆流して、原告の土地の表土を洗い流してしまい、土地を整地するこれまでの努力を無駄にしてしまったと主張し、原告の土地の表土に対する損害賠償請求と、継続している nuisance を止めるように差止請求の訴訟を提起した。事実審は、原告の土地への侵害に対する差止請求を却下したが、損害賠償請求は認容した。オレゴン州の最高裁は、通常の私的な nuisance 訴訟において、寄与過失が問題になる機会は全くないとしつつ、土地の使用に対する侵害の基本的な訴訟原因は、被害土地の占有者による軽減行為の可能性が実質的にない状態で発生しているが、本件の場合も原告による軽減行為という寄与過失はない、と述べている¹⁵⁵。

また、nuisance 事例において被告からの抗弁が認められない場合として、次のような事例がある。たとえば、被告が経営するコークス工場から有害で大量の気体や固体が意図的

行為が故意で意図的なものである場合には、寄与過失は抗弁にはならない、とした。また、最高裁でも、原告が依拠している *Boomer v. Atlantic Cement Co.*, 26 N.Y.2d 219 は、有害な排出行為を含む nuisance 訴訟において被告の過失を立証する必要性は否定されていないし、過失行為は nuisance が行われる加害行為類型の一つであると述べつつ、過失による生活妨害の事例では寄与過失が抗弁になり得るとする事実審判決が認容された。

この nuisance における原告の寄与過失について、Restatement のコメントは次のように述べている。この *Copart Industries, Inc.* 事件は、たとえ被告に過失がなくても、被告が作り出した状況に対して、被告は責任を負うことになるという事例であるとするべきではない。被告は過失がなくても厳格責任を負うという場合、被告による抗弁は、原告の寄与過失を指摘することができないわけではない。ただし、このことは、公的な nuisance にそのまま適用できるものではない。実際に、もし原告の利益に対する侵害が不合理であるのと同様に、意図的である、たとえば、侵害の目的で行動をしたか、あるいは、生じることが実質的に確かであることを知っているか、そのどちらかであれば、後者の場合は産業 nuisance の場合の典型的なのだが、被告による侵害を回避できなかった点で原告に寄与過失があるとするのは不適正である、というのがリステイトメントの立場である。

Restatement (Second) of Torts § § 825, 828, Comment h (1979)。

¹⁵⁵ *Phillips Ranch, Inc. v. Banta*, 273 Or. 784, 792, 543 P.2d 1035, 1039-1040 (1975) .

に放出されて、被告の工場周辺の居住者である原告が、被告による放出行為が健康被害や土地価格の減少という損害発生に影響しているとして、損害賠償請求訴訟と差し止め請求訴訟を提起したという裁判事例がある¹⁵⁶。ウエストヴァージニア州の連邦地裁は、大気汚染によって価値が下落した地域に住むかどうかにつき、現代社会では現実的に住民に選択肢がなく、最初に被告がそこにいたという理由だけで、永遠に続く nuisance に耐えるべきであるとして、被告の土地の周りの隣地所有者に対して被告が主張できるのは公序良俗 (public policy) に反しているとして、nuisance の源に原告が接近しているという被告による寄与過失の抗弁は認められない、とした。

そして、原告が土地を借りて保管設備を設置していたが、その土地に隣接する土地の下水処理システムを被告が変更したため、原告が借りている土地に雨水が入り込み、倉庫中の商品に損害を与えたとして、原告が損害賠償請求と差し止め請求の訴訟を提起したという裁判事例がある¹⁵⁷。この裁判でバーモント州の最高裁は、被告が主張する、保管設備は建設中であったが、原告の事務員は原告が借りた土地に地表水が進入していることを知

¹⁵⁶ この裁判事例は、Patrick v. Sharon Steel Corp., 549 F. Supp. 1259 (N.D.W. Va. 1982) である。その他の裁判事例として、McQuade v. Tucson Tiller Apartments, Ltd., 25 Ariz. App. 312, 543 P.2d 150 (1975) ; Lawrence v. Eastern Airlines, Inc., 81 So.2d 632, 634 (Fla. 1955) ; J. C. Curry v. Farmer's Livestock Market, 343 S.W.2d 134 (Ky. 1961) ; Ensign v. Walls, 323 Mich. 49, 34 N.W.2d 549 (1948) ; Associated Metals & Minerals Corp. v. Dixon Chem. & Research, Inc., 82 N. J. Super. 281, 306, 197 A.2d 569, 582 (1963) ; Kellogg v. Village of Viola, 67 Wis.2d 345, 227 N.W.2d 55 (1975) ; Spur Industries, Inc., v. Del E. Webb Dev. Co., 108 Ariz. 178, 494 P.2d 700 (1972) などがある。また、このような場合に言及している文献として、Guido Calabresi and Jon T. Hirschoff, Toward a Test for Strict Liability in Tort, 81 Yale L. J. 1055, 1080-1082 (1972) ; J. Joyce, supra note 148, § 49 などがある。なお、Restatement (Second) of Torts (1979) では、nuisance が訴訟の対象になり得るかどうかを決める際に考慮されるべきファクターが検討されている。同じく、nuisance が訴訟になりうるか否かの判断要素について、Nissan Motor Corp. v. Maryland Shipbuilding and Drydock Co., 544 F. Supp. 1104, 1119 (D. Md. 1982) ; Spencer Creek Pollution Control Assn. v. Organic Fertilizer Co., 264 Or. 557, 505 P.2d 919 (1973) などにおいても、具体的に検討されている。

¹⁵⁷ この裁判が、Capital Candy Co. v. City of Montpelier, 127 Vt. 357, 249 A.2d 644 (1968) である。その他の裁判事例として、LeRoy Fiber Co. v. Chicago M. & St. P. Ry., 232 Ill. 340, 34 S. Ct. 415, 58 L. Ed. 631 (1914) ; Taulbee v. Campbell, 241 Ky. 410, 44 S.W.2d 275 (1931) ; North Bend Lumber Co. v. Seattle, 116 Wash. 500, 199 P. 988, 19 A.L.R. 415, 423 (1921) ; Kellogg v. Chicago & N.W.R.R., 26 Wis. 223 (1870) ; Emry v. Raleigh & G.R.R., 109 N.C. 589, 14 S.E. 352 (1891) ; Smith v. Ogden & N.W.R.R., 33 Utah 129, 93 P. 185 (1907) などがある。

っていないながら、保管設備を占有していたという内容の抗弁について、次のように述べている。被告の過失によって雨水が原告の占有地に入っているという事実は、その事実を認識していたとしても、原告がその土地を利用することを排除するものではなく、被告による不正行為によって、原告が隣地を十分に使用したり、その利益を享受したりすることを被告は奪ったという事実関係のもとでは、原告の寄与過失は抗弁としては主張できないし、この理由で損害賠償請求を禁ずるためには、生じる負傷を原告において確実に予見することができ、その結果として損害が発生することが必然であると言えないといけない、とした。

つまり、原告による寄与過失があるという被告による抗弁の主張が認められると、事実として認められた被告による違法行為の結果を回避することに対する不合理な犠牲を、原告に強いることになるというわけである。たとえば、被告による不適切な排水溝の設置によって、そこから出る排水に晒されるため、損害を回避するのに、原告は、収穫するために自分の土地の一部に種付けるのを控えたり、被告の工場から出ている悪臭やばい煙が原告の土地などに入らないようにしたりするために、永遠に窓を閉め続けなければならない¹⁵⁸、というような犠牲の発生が考えられる。つまり、そのような犠牲を甘受するように、法は要求しないというわけである。

あるいは、チーズやバターの製造所を営んでいる被告が、原告の土地に流れている川に汚物を放棄しているため、水が汚れて腐臭がするようになり、原告に損害が生じているとして、損害賠償請求訴訟を提起したという裁判事例がある¹⁵⁹。アイオワ州の最高裁は、原告が、既に nuisance がある土地を購入し住み始めたことが立証された場合でも、寄与過失の法理は適用されない、としている。さらに、nuisance によって発生した損害の賠償請求訴訟で、原告によって被告の過失が主張された場合には、被告の過失から生じた損害を悪化させる唯一の原因が原告の作為や不作為になると断定することはできないとして、原告の作為や不作為とは別に、被告の作為や不作為の効果としての損害が原告に生じている

¹⁵⁸ この点に言及している裁判事例として、Curtis v. Kastner, 220 Cal. 185, 191, 30 P.2d 26, 29 (1934) をあげることができる。

¹⁵⁹ Bowman v. Humphrey, 132 Iowa 234, 109 N.W. 714 (1906) . なお、隣接した被告の田に引き入れられた水が、被告の意図的、あるいは不注意で原告の土地に侵入するようにして、原告の土地に停滞するようになったため、酪農場を営んでいた原告の乳牛がその停滞した水を飲んで病気になるとか、ミルクが汚臭を放出するようになったなどとして、将来そのような浸水が生じないようにする差止請求と、浸水による損害の賠償請求訴訟を提起したという事例である Rozewski v. Simpson, 9 Cal.2d 515, 71 P.2d 72 (1937) では、提出された証拠によって、原告の土地が水浸しになっている直接の原因は、土手に切れ目を入れたことであり、その切れ目を入れたのは原告自身であるとされて、被告勝訴の事実審判決をカリフォルニア州の最高裁は認容している。

と言えるので、原告は損害賠償請求をすることができる、と述べている。

そして、nuisance 訴訟の場合、原告が nuisance による結果を回避したり最小限にしたり、あるいは減らすような合理的な方法を採用しなかったことは問題にはならないとしている裁判事例もある。さらに、原告の寄与過失が nuisance 事例において抗弁になることを否定することを指摘している文献も数多く存在している。これらの文献の多くは、H. Wood からの流れを辿っている内容になっている。その Wood が主張されているのは、当事者は費用が大きくならないようにしなければならないわけでも、他人の違法行為によって奪われた法的な権利を自分で確保するように行動しなければならないわけではない、という内容である¹⁶⁰。これは、nuisance の結果から被害者を保護するための基本的な責任を、nuisance を行っている者に課すということを示している。このため nuisance による被

¹⁶⁰ H. Wood, *supra* note 148, § 435. この Wood の主張からの流れとその影響が記されている文献が、Seavey, *supra* note 147, at 989 である。この Wood の主張の基礎にある概念と対立する議論が最近登場している。その多くは、経済的な分析の視点によるものである。たとえば、Calabresi and Melamed, *supra* note 146, at 1115-1124 ; Frank I. Michelman, *Review*, 80 *Yale L. J.* 647, 669-674 (1971) ; Richard A. Epstein, *Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability*, 3 *J. Legal Stud.* 165, 197-201 (1974) などが、nuisance 事例における法と経済学の視点からの分析をした文献として代表的なものと言える。このような経済学的な視点からの議論は、nuisance と土地使用の衝突事例では取引費用を観念することができないため、nuisance の被害者にも責任を課すことで、損害の発生や拡大という社会的なコストを抑制するという効果が期待できるとする内容のものである。このことは、Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *J. Law & Econ.* 1 (1960) において詳細に説明されている。また、A. Pigou, *Economics of Welfare*, 134 (4th ed. 1932) では、*LeRoy Fiber Co. v. Chicago M. & St. P. Ry.*, 232 340, 34 *S. Ct.* 415, 58 *L. Ed.* 631 (1914) における事実のように原則的に仮説が利用された、としている。さらに、Grant Gilmore, *Products Liability: A Commentary*, 38 *U. Chi. L. Rev.* 103 (1970) では、もし Coase が想定しているモデルとより複雑な現実問題との間に明確な関係性がなければ、複雑な現実と簡単なモデルとを比較することで導ける結論は嘘ということになり、あるいは、もし真実であるとすれば、事故の事実によって結論を導くことができることになる、とする。そして、簡単なモデルから複雑なものへの進化として、あるいは、Coase による説明にあるような、取引費用がなくすべての交換が自発的であるという世界と、取引費用が常に存在せず、たとえあったとしても、自発的な交換はわずかであるという世界との間には、関係性はないのではないかと、もしている。この Coase の見解に対する異なった受け取りかたとして、George P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 *Harv. L. Rev.* 537, 547 (1972) ; Frank I. Michelman, *Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law*, 80 *Harv. L. Rev.* 1165, 1235-1245 (1967) などがある。

害者は、たとえ nuisance による影響が被害者の財産に及んで進行しているとしても、それを軽減するようにしなくてもよい、としているのである。たとえば、被告が土地から石油を掘削して出すことで、石油と塩水が原告の所有地に流れ込み、その結果、作物や材木が駄目になってしまい、悪臭が発生したという損害を被った原告が、nuisance の軽減と損害賠償を求めて訴訟を提起した裁判事例がある。この事例においてインディアナ州の最高裁は、原告が通常の注意を払うことで自身の財産を保護しなかったと被告は主張するが、この事例は過失による損害賠償請求訴訟ではなく、nuisance が持続することによる損害賠償請求であり、その nuisance を禁止したり軽減したりするように求める訴訟なのであるから、過失訴訟における原告の健全さは要求されない、と述べている¹⁶¹。このように、被告の土地からの nuisance を防ぐために、原告はその nuisance による被害を回避するように、自分の土地を整備するという積極的な手段を講ずる必要はないとされていると言える¹⁶²。言い換えれば、nuisance で生じた危険に対して自己防禦という注意義務¹⁶³、あるいは、制限された義務¹⁶⁴を原告は負っていないということを意味している。したがって、nuisance 事例において、原告の作為や不作為を問題視する抗弁は、かなり限定された場面でしか認められないということになる。たとえば、原告に義務違反のようなものがなくて

¹⁶¹ この事例が、Niagara Oil Co. v. Ogle, 177 Ind. 292, 98 N.E. 60 (1912) である。その他の裁判事例として、White v. Chapin, 102 Mass. 138 (1869) ; Jarvis v. St. Louis, I. M. & S. R. R., 26 Mo. App. 253 (1887) ; Missouri K. & T. R. R. v. Burt, 8 Tex. Civ. App. 406, 27 S.W. 948 (1894) ; Gulf C. & S. F. R. R. v. Reed, 22 S.W. 283 (Tex. Civ. Ap. 1893) などがある。

¹⁶² 原告に積極的な防御の必要性はないと指摘している裁判事例として、Philadelphia & R. R. R. v. Smith, 64 F. 679 (3d Cir. 1894) ; Tennessee Coal & I. Co. v. Hamilton, 100 Ala. 252, 14 So. 167 (1893) ; Athens Mfg. Co. v. Rucker, 80 Ga. 201, 4 S.E. 885 (1887) ; T. A. Snider Preserve Co. v. Beemon, 60 S.W. 849 (Ky. App. 1901) ; Underwood v. Waldron, 33 Mich. 232 (1876) ; Raddock v. Somes, 102 Mo. 226, 14 S.W. 746 (1890) ; Gould v. McKenna, 86 Pa. 297 (1878) ; Carroll Sprongs Dist. Co. v. Schnepfe, 111 Md. 420, 74 A. 828 (1909) ; Schiro v. Oriental Realty Co., 272 Wis. 537, 76 N.W.2d 355, 73 A.L.R.2d 1368 (1956) などがある。

¹⁶³ Cooley, C. J., in Underwood v. Waldron, 33 Mich. 232 (1876) の中に、この理由付けが詳細に述べられている。

¹⁶⁴ たとえば、North Bend Lumber Co. v. City of Seattle, 116 Wash. 500, 199 P. 988, 19 A.L.R. 415 (1921) は、被告の過失を無視して、少なくとも、他者による過失行為が自分の権利や利益を害すると認識するようになるまで、財産権を適正で普通に使うことが財産権所有者に認められた権利である、としている。ただし、この事件では、道徳的に認められる危険が存在しているか否か、損害を与えるという危険を完全に無視して財産権を使用したり、修繕したりできるか否かについての確定作業は裁判所によってなされていない。

も、原告による行為が、負傷に同意するものであったり、負傷を自身で招いたり、intentional ないし reckless に危険に対して不合理に自身を暴露するようなものと評価されると、発生した損害は原告によって生じた結果であるとして、その損害については賠償請求することから排除されるべきということになる¹⁶⁵。

これまでの nuisance 事例には、土地の使用や享受に対する干渉という事実が含まれており、それは身体的な負傷や財産権侵害という他の事例よりも、伝統的に厳格責任が要求されてきたと言える¹⁶⁶。また、nuisance という概念は、高速道路の利用のような公に認めら

¹⁶⁵ たとえば、*Sherman v. Fall R. Iron Works Co.*, 2 Allen (84 Mass.) 524 (1861) は、隣地にガス管が不完全に設置されたためにガスが漏れて、原告が馬を預かるビジネスのために借りていた土地の井戸水の中にガスが入ってしまい、借りた時ほどではなくなったが、その nuisance によって不利益を受け続けているとして、ガス管を敷設した被告に対して損害賠償請求と差し止め請求の訴訟提起がなされたという事例である。マサチューセッツ州の最高裁は、原告は自身の過失によってこれから続いて生じる損害を認めているため、賠償請求することはできないが、井戸の使用ができなくなることが不便であること、あるいは、井戸からガス臭を取り除く為に合理的で適正な費用をかけていることが認められる限りにおいて、被告は免責されることはない、と述べている。その他の裁判事例として、*Willitts v. Chicago, B. & K. C. Ry.*, 88 Iowa 281, 55 N.W. 313 (1893) ; *Emry v. Raleigh & G.R.R.*, 109 N.C. 589, 14 S.E. 352 (1891) などがある。また、nuisance の源を発生させている被告に対して訴訟を提起するだけの目的で土地を購入した原告は、損害賠償請求が否定されるかもしれないということが、F. Harper, *Law of Torts* 394 (1933) で示されている。つまり、原告が nuisance を主張する場合、その原告自身の権利濫用という側面が考慮される場合があるということである。たとえば、産業地域の中に家を建てることを選択した場合、その者は田舎で生活をする場合よりも不愉快なことに対して耐えなければならないということが、Percy H. Winfield, *Nuisance as a Tort*, 4 Cambridge L. J. 189, 200

(1931) において指摘されている。原告の行為として問題になってくる危険引受という法理は、nuisance を原告が知っており、土地に関する不利益を被告から原告が受けているという場合にだけ問題となるということに注意すべきである。以上の内容に関する論文としては、Fleming James Jr., *Assumption of Risk*, 61 Yale L. J. 141 (1952) ; Seavey, *supra* note 146, at 984, 994-995 において詳しく検討されている。また、*Hartman v. City of Brigantine*, 23 N. J. 530, 537, 129 A.2d 876, 880 (1957) ; *Schiro v. Oriental Realty Co.*, 272 Wis. 537, 76 N.W.2d 355, 73 A.L.R.2d 1368 (1956) などの裁判事例においても説明されている。

¹⁶⁶ *Rylands v. Fletcher*, L. R., 1 Ex.265 (1866) , L. R. 3 H. L. 330 (1868) において、裁判官によって指摘されている厳格責任の事情の中には、たとえば、土地の利益に対する侵害というものが含まれている。この判決に関する分析として、Francis H. Bohlen, *The Rule in Rylands v. Fletcher*, 59 U. Pa. L. Rev. 298, 373, 423 (1911) ; Fleming James Jr.,

れた権利に対する被告の不合理的な干渉が問題になった場面で使用されてきたが、そのような nuisance の場合でも、nuisance によって受けた個人的な損害、たとえば、身体的負傷や財産権侵害という被害を受ける被害者に対して損害賠償請求をすることを認めているのである¹⁶⁷。他方で、交通事故に関する訴訟において普通に見られるような、明白な危険を注視して回避したりしなかったというような原告による典型的な寄与過失に関する裁判事例が数多く見られるが、nuisance 事例においては、寄与過失が原告に見られた場合に、その寄与過失の抗弁が認められるべきか否かについては見解が分かれている¹⁶⁸。

ところで、この nuisance という行為を歴史的に考察してみると、nuisance という加害行為は、過失よりも古い不法行為形態と言えるが、その対象となる行為の範囲は、幅広く不定形のものであった¹⁶⁹。具体的にこの nuisance が不法行為のうちの一つとして認識されるようになったのは、十九世紀の後半あたりである¹⁷⁰。これと同時期に、寄与過失法理が同じ訴訟場面で登場した。このため、nuisance も含めたあらゆる不法行為における帰責根拠

Accident Liability: Some Wartime Developments, 55 Yale L. J. 365, 366 et seq. (1946) がある。また、身体的負傷に対する厳格責任の例としては、Chavez v. Southern Pacific Transp. Co., 413 F. Supp. 1203 (E. D. Cal. 1976) ; Siegler v. Kuhlman, 81 Eash. 2d 448, 502 P.2d 1181 (1972) などがある。危険な動物に対する厳格責任については、Marshall v. Ranne, 511 S.W.2d 255 (Tex. 1974) があるが、この事例では原告が被告のイノシシによって負傷したというものであった。あるいは、原告が土地の利益を享受している最中に、nuisance によって原告の身体的損害や動産に関する損害を引き起こすことがある。たとえば、工場からのガスが、近隣住民に何らかの疾病を引き起こすかもしれないという場合である。これまで私的な Nuisance によって損害が引き起こされている事例においては、寄与過失の抗弁が適用されると指摘してきた。この点については、Comment, 24 Ind. L. J. 402, 411 n.40 (1949) で指摘されている。しかし、Turner v. Thompson, 102 Ill. App.3d 838, 58 Ill. Dec. 215, 430 N.E.2d 157 (1981) ; Melendres v. Soales, 105 Mich. App. 73, 306 N.W.2d 399 (1981) などの事例では、生活妨害を分類して、公的な nuisance 事例における責任が厳格であるため、寄与過失の抗弁は排除されている。

¹⁶⁷ Restatement (Second) of Torts § 821C, Comment d と Illus. 2 (1979) ; Prosser and Keeton, supra note 28, at 648 ; Comment, 24 Ind. L. J. 402 (1949) . 裁判事例としては、Guy v. State, 438 A.2d 1250, 1255 (Del. Super. 1981) がこの点に言及している。

¹⁶⁸ Raoul Berger, Contributory Negligence as a Defense to Nuisance, 29 Ill. L. Rev. 372 (1934) ; Comment, Nuisance or Negligence; A Study in the Tyranny of Labels, 24 Ind. L. J. 402 (1949) ; Notes, 35 Mich. L. Rev. 684 (1937) ; Notes, 38 Mich. L. Rev. 1337 (1940) , 19 Minn. L. Rev. 249 (1935) .

¹⁶⁹ William L. Prosser, Nuisance Without Fault, 20 Tex. L. Rev. 399, 410 (1942) ; Winfield, supra note 165, at 189.

¹⁷⁰ Winfield, supra note 165, at 197.

として過失が位置づけられていたために、この過失に対する抗弁として寄与過失法理はみなされていた¹⁷¹。それから一世紀が経過したとき、特にアメリカにおいてその傾向が大きくなったが、交通事故における身体的損失や財産権損害の事例において、帰責根拠としての過失とその抗弁として寄与過失法理という位置づけが明確になってきた¹⁷²。それゆえに、裁判所が、被告の加害行為が nuisance になっているという事実に対して特別な重要性を付与せずに、寄与過失の抗弁を適用しているのは、それほど驚くことではなかった¹⁷³。現在においても、nuisance が過失によってなされているという事例では、寄与過失については一般的に抗弁として位置づけられている¹⁷⁴。

¹⁷¹ あらゆる寄与過失事例の始まりとして紹介される *Butterfield v. Forrester*, 11 East 60, 103 Eng. Rep. 926 (K. B. 1809) を参照。

¹⁷² Bohlen, *supra* note 166, at 373, 423 ; James, *supra* note 165, at 365.

¹⁷³ たとえば、*Pfau v. Reynolds*, 53 Ill. 212 (1870) ; *Irwin v. Sprigg*, 6 Gill 200 (Md. 1847) ; *Casey v. Malden*, 163 Mass. 507, 40 N.E. 849 (1895) ; *Smith v. Smith*, 2 Pick. 621 (Mass. 1823) ; Notes, 29 Ill. L. Rev. 372 (1934) などで指摘されている。また、*Crommelin v. Coxe & Co.*, 30 Ala. 318 (1857) では、裁判所は明らかにこのような考え方を受け入れたが、原告の隣の土地からの浸水から自分の土地を守るために、土を盛って対処しなかったという場合には、寄与過失の抗弁は主張できない、としている。また、被告が浸水を防ぐための掘削をすることに参加していないという事実について、被告は責任を負わないと、これらの事例では認定されている。

¹⁷⁴ Restatement (Second) of Torts § 840B(1) (1979)。このリーディングケースは、*McFarlane v. Stratford*, 129 Conn. 506, 29 A.2d 775 (1942) である。その他、脚注 154 に掲載している *Copart Industries, Inc. v. Consolidated Edison Co.*, 41 N.Y.2d 564, 394 N.Y.S.2d 169, 362 N.E.2d 968 (1977) においてニューヨーク州の最高裁は、本件の場合には過失による nuisance ではなく、故意に基づく nuisance の事例であり、この場合には、寄与過失の抗弁は問題にはならない、と述べている。逆に、原告による nuisance が問題になった事例として、*S. C. Loveland, Inc. v. East West Towing Co.*, 608 F.2d 160, 168 (5th Cir. 1979) がある。この事例は次のような内容のものであった。舢艀による牽引サービスをしていた被告会社の従業員は、原告所有の舢艀を州所有の橋の近くにある土砂堤に停泊させて、放置していたが、2日後に到来した嵐によって、その舢艀が碇を引きずったまま漂流して州所有の橋に衝突した。衝突前に、州の沿岸警備隊から電話連絡を受けていた原告はタグボート会社を雇い、原告の舢艀をニューオリンズからタンパまで曳航しようとしていた。しかし、タグボート会社が原告の舢艀を発見するために舢艀は州所有の橋に衝突した、というものであった。そこで、被告に対して原告が損害賠償請求訴訟を提起したが、第五巡回区裁判所は、寄与過失の抗弁は nuisance 領域においても機能するが、被告が故意または reckless である場合、または、原告が不法侵入 (trespass) をすることによってのみ自分を保護することができたという場合には、寄与過失の事実認定をしてもそれは機能しないと

だが、いわゆる公的な nuisance とされる被告の加害行為の場合は、過失以外の帰責根拠に基づいている場合がある。たとえば、爆破などの被告による異常な危険な行為、高速道路上に違法な障害物を設置するとか、掘削をするなどの制定法に抵触する行為などが、公的 nuisance と評価されている。場合によっては、公的 nuisance を通じて、妨害のみならず傷害も被告が意図していたと評価される場合もある。最近の判例によって、そのような公的 nuisance に関する訴訟では、通常の原告の寄与過失が、かりに危険に対して intentional あるいは reckless な暴露であったとしても¹⁷⁵、抗弁にはならないとされている¹⁷⁶。

つまり、原告の寄与過失を斟酌しない公的とされる nuisance の場合は、一般的傾向として、被告による nuisance が著しく危険である場合と把握されていると整理できるが、これは公的 nuisance を厳格責任として位置づけているとも言える。しかし、nuisance という概念が厳格責任として使われている場合に、異なるルールの適用を要求することについては

して、本件での原告の解が nuisance になるとしても、それは寄与過失にはならないと判断している。

¹⁷⁵ この事例として、前掲注 174 の C. Loveland, Inc. v. East West Towing Co., 608 F.2d 160, 168 (5th Cir. 1979) がある。また、Worth v. Dunn, 98 Conn. 51, 118A. 467 (1922) は、鉄道会社に委託されて鉄道の施設内での壁を爆破した被告に対して、鉄道会社の許可なく施設に入っていたために、ダイナマイトで壁を爆破した際に負傷をした原告が、損害賠償請求訴訟を提起したというものである。コネチカット州の最高裁は、一般的に、nuisance に基づく損害賠償請求において寄与過失の抗弁は適用されず、nuisance の結果として負傷をした者が正当な注意を払わなかったとしても、その負傷に関する損害賠償請求が禁じられることはないが、被害者の willful, wanton, reckless な行為によって負傷の蓋然性が高くなり、その負傷に寄与しているのであれば、その損害賠償請求は禁じられることになる、と指摘している。Restatement (Second) of Torts § § 840B(3), 840C (1979) にも同様の趣旨が記載されている。

¹⁷⁶ この点については、Restatement (Second) of Torts § 840B(2), (3) (1979) に明記されている。また、この点を指摘している裁判事例としては、Hoffman v. Bristol, 113 Conn. 386, 155 A.499 (1931) ; Flaherty v. Great Northern R. R., 218 Minn. 488, 16 N.W.2d 553 (1944) ; Hanson v. Hall, 202 Minn.381, 279 N.W. 227 (1938) ; Delaney v. Philhern Realty H. Corp., 280 N.Y. 461, 21 N.E.2d 507 (1939) ; Clifford v. Dam, 81 N.Y. 52 (1880) などがある。

根拠がない¹⁷⁷。同じことは、傷害の結果を意図した nuisance 場合にも当てはまる¹⁷⁸。

では、被害者が負傷するという結果が生じるという不合理な傾向が見られるが、悪意 (wanton) と呼ばれるほどの傾向にはないという場合、被告による加害行為が nuisance に形式的に合致すると、原告の寄与過失は抗弁となるのだろうか。nuisance となるためには、公的な権利を行使する人を不合理に危険に晒していなければならないとされ、nuisance は積極的な行為によってなされなければならないとも多くの州で指摘されているが¹⁷⁹、その一方では、過失の分類として訴訟することができるとしている事例も多く存在している。

nuisance は通常、妨害行為であり、多かれ少なかれ継続性という要件を有している¹⁸⁰。高速道路の摩耗による欠陥や、私有地にも認められる多くの危険においても、そのような要件を満たしていると言える。過失による nuisance は、nuisance 以外の過失行為や怠慢な行為よりも、人を危険性に晒すということはないかもしれない。しかも、nuisance とされる行為を全体的に考察すると、他の過失行為と明確に区別できるほどの形式的な論理に基づく特徴が、nuisance については何もないと言える。そのように考えると、寄与過失の抗弁を nuisance の事例から排除するというのは根拠が乏しくなる。実際に裁判所は、寄与過失の抗弁を nuisance 事例から完全には排除していないのである¹⁸¹。つまり、制定法や法に抵触する場合を含めた nuisance と、単なる過失による nuisance との間の線引きをするという根拠を見出すには、まだ解決されるべき問題点が残っていると言える。実際に、安全に関する制定法に抵触する場合でも、原告の寄与過失が抗弁となる事例として扱われるのが一般的であるとされている¹⁸²。制定法の重要性が安全性という点にあり、負傷するという不合理な

¹⁷⁷ Winfield は、nuisance に関する説明としてどれを選択するかについて、前掲注・165 に掲載している Ryland v. Fletcher 事件で十分に考慮された悪意に関する説明を常に選択することになるであろう、と述べた。Winfield, supra note 165, at 194. 特にアメリカでは、Ryland 事件が最初に受け入れられたことで、異常に危険な活動に対する厳格責任の認識が広がっているが、nuisance 事例の場合にも十分に機能している、と Prosser は指摘する。Prosser, supra note 169, at 399 ; Comment, 42 Miss. L. J.488 (1971) .

¹⁷⁸ 他方、そのような事例は、産業公害事例以外では、相対的にあまり見当たらない。

¹⁷⁹ たとえば、Crommelin v. Coxe & Co., 30 Ala. 3138 (1857) ; Bacon v. Rocky Hill, 126 Conn. 402, 11 A.2d 399 (1940) などがある。

¹⁸⁰ Prosser, supra note 169, at 402 n.8 ; James Jr., supra note 165, at 369.

¹⁸¹ 裁判事例において言及しているものとして、Deane v. Johnstone, 104 So.2d 3, 65 A.L.R.2d 957 (Fla. 1958) ; Hartman v. City of Brigantine, 23 N.J. 530, 129 A.2d 876 (1957) などがある。また、研究論文としては、Seavey, supra note 147, at 984 ; Comment, Nuisance: Contributory Negligence or Statute, 32 Minn. L. Rev. 105 (1948) ; Note, 15 U. Chi. L. Rev. 779 (1948) などが代表的なものとして指摘できる。

¹⁸² William L. Prosser, Contributory Negligence as a Defense to Violation of Statute, 32

結果が違反行為でもたらされるという公的 nuisance に対する私法的な損害賠償が求められている事例でも、同じことが言える。私法的な責任が問われている以上は、過失責任に基づいて法的責任の有無が検討されるのは当然のことである。さらに、制定法に抵触する違反行為は、過失による nuisance よりも危険でない場合もあるとも言える。たとえば、高速道路に穴が許可なく掘られたが、安全が確保され照明もされていた場合は、ライトや配置人員なしで放置されたままの掘削よりも、危険性は少ないと言える。そうすると、論理的な一貫性を維持して考えれば、制定法違反の行為が、異常な危険性を有し、意図的な行為であるという場合を除けば、原告の寄与過失は抗弁事由とされるべきということになる¹⁸³。

しかしながら、いくつかの事例では、制定法違反をする意図という点を強調することで、公的 nuisance の事実認定がなされ、被告による加害行為が故意的なものとして評価されている¹⁸⁴。だが、このような把握の仕方は、ある行動をするという意図と、行為から生じる負傷を与えるという意図とを混同していると言える¹⁸⁵。たとえば、多くの自動車事例では、制定法違反の行為を意図的に行った場合が含まれているが、もし意図的な行為が、違法である場合も含めて、悪意まで含むということが明確であるほどの危険性を有していなければ、単なる過失事例として統一的に扱われてもよい¹⁸⁶。寄与過失の抗弁に十分に正当な政策が反映され、その適用の一貫性が求められるなら、どのような事例においても寄与過失の抗弁は適用されるべきということになる。しかし、この点については疑問視している指摘もあり¹⁸⁷、

Minn. L. Rev. 105 (1948) ; Note, 15 U. Chi. L. Rev. 779 (1948) .

¹⁸³ この点は、いくつかの裁判所において一貫した主張になっている。例えば、Curtis v. Kastner, 220 Cal. 185, 30 P.2d 26 (1934) などがある。この事例は、Casey v. Malden, 163 Mass. 507, 40 N.E. 849 (1895) での見解とは対照的である。Pfau v. Reynolds, 53 Ill. 212 (1870) は、強調はしていないようだが、線引きについて明らかにしていない。他方、ニュージャージー州は、公的な nuisance に関するすべての事例から、通常の寄与過失の抗弁を排除することで問題を解決している。Hammond v. Monmouth County, 117 N.J.L. 11, 186 A. 452 (1936) ; Turner v. Thompson, 102 Ill. App.3d 838, 58 Ill. Dec. 215, 430 N.E.2d 157 (1981) .

¹⁸⁴ Flaherty v. Great Northern R.R., 218 Minn. 488, 16 N.W.2d 553 (1944) ; Hanson v. Hall, 202 Minn. 381, 279 N.W. 227 (1938) .

¹⁸⁵ Prosser, supra note 169, at 112-113 は、寄与過失を抗弁としない意図は、行為をするという意図ではないし、禁じられた行為を行うという意図ではなく、他者を害するという意図であり、他者の権利を侵害するという意図を意味する、としている。James Jr., supra note 165, at 367 ; Seavey, supra note 147, at 989 ; Comment, 28 Tenn. L. Rev. 561, 566-567 (1961) などにおいても、同趣旨のことが言及されている。

¹⁸⁶ Alabam Freight Lines v. Phoenix Bakery, Inc., 64 Ariz. 101, 166 P.2d 816 (1946) など
で具体例を見出すことができる。

¹⁸⁷ たとえば、Jeremiah Smith, Sequel to Workmen's Compensation Acts I, 27 Harv. L.

この寄与過失の抗弁の適用範囲を制限するために、多くの裁判所が公的 nuisance の概念を広く適用している理由になっている¹⁸⁸。つまり、この公的 nuisance は、寄与過失の抗弁をより抑制しつつ、さらにその適用範囲を拡張する傾向を示しているのである。たとえば、コネチカット州の裁判所は、被告に過失があること、そして、その他の要件が合致すれば、制定法違反ではない場合であっても、その nuisance は公的 nuisance になるとしている¹⁸⁹。

第9款 小活

Rev. 235, 243 (1914) は、寄与過失法理が退廃的な内容であれば、そもそも退廃的な法理は最終的には消滅するであろう、としている。 Ezra Ripley Thayer, *Public Wrong and Private Action*, 27 Harv. L. Rev. 317, 342 (1914) は、寄与過失法理自身は、立法と司法の両面からの攻撃によって、多くの問題点が指摘されて崩れている、としている。その他には、同種の趣旨が書かれている文献として、Leflar, *supra* note 11, at 1 ; Fleming James, Jr. and John J. Dickinson, *Accident Proneness and Accident Law*, 63 Harv. L. Rev. 769, 786 et seq. (1950) がある。

¹⁸⁸ この部分で引用している事例のほとんどがこのタイプのものである。 *Delaney v. Philhern Realty H. Corp.*, 280 N.Y. 461, 21 N.E.2d 507 (1939) は、2つの責任問題が含まれた事例である。すなわち、(1)許可なく歩道を横切る形でパイプが敷設されている、(2)許可を得てパイプが敷設されていたが、パイプの側面にある板が不注意に置かれていた、という問題である。控訴審は、もし許可が出されていなければ、公的な道路に障害物があるというのは公的な nuisance になるが、許可が出されているが、公的な道路に障害物を置くことが不適切に実行されていた場合は、その結果生じた妨害は、過失から生じたようなものになる、とした。 *Delaney v. Philhern Realty H. Corp.*, 280 N.Y. at 465, 21 N.E.2d at 509.

¹⁸⁹ この点に関する裁判事例として、*De Lahunta v. Waterbury*, 134 Conn. 630, 59 A.2d 800 (1980) ; *Beckwith v. Stratford*, 129 Conn. 506, 29 A.2d 775 (1942) などがある。また、この点に関する文献として、Walter Werner, *Public Nuisance in Personal Injury Actions in Connecticut*, 15 Conn. B. J. 199 (1941) ; Fleming James Jr. and Chief Justice Maltbie, *The Law of Negligence*, 24 Conn. B.J. 61, 73 et seq. (1950) ; Comment, *Nuisance or Negligence: A Study in the Tyranny of Labels*, 24 Ind. L. J. 402 (1949) などがある。 *United EL. Light Co. v. Deliso Constr. Co.*, 315 Mass. 313, 52 N.E.2d 553 (1943) では、厳格責任を広げるために意図に関する概念が濫用されているが、*Hammond v. Monmouth County*, 117 N.J.L. 11, 186 A. 452 (1936) では、公的な nuisance 事例において、通常の寄与過失法理を明らかに排除している事例である。コネチカット州の事例とは逆のものとして、*Deane v. Johnstone*, 104 So.2d 3, 65 A.L.R.2d 957 (Fla. 1958) がある。この事例についても、Seavey, *supra* note 146, at 948 ; Comment, 28 Tenn. L. Rev. 561, 567-568 (1961) などにおいて検討されている。

まず、第1節から第3節までを要すると次のようになる。寄与過失法理に対する当初の抵抗は、過失責任主義という視点から生じた懐疑性に基づいて行われてきた。つまり、何故、過失行為を行った被告が、原告に過失があることによって完全に免責されるのか、という疑問である。そこで、比較過失法理がアメリカ法において誕生するのであるが、その最も大きな影響を与えたのが海事法であり、その後で制定された連邦使用者責任法であった。ここで、責任分担という思考が生み出されることになったのであるが、比較過失法理は修正を加えられることになる。おそらく、過失のあった原告が、何故、損害賠償請求をすることができるのか、という寄与過失法理に親和性のある思考が影響しているものと思われる。この思考は、アメリカのコモンローに見られる高度な個人主義的思想と、各当事者の利益を自身の注意ないし思慮のもとに委ねさせようとする政策的配慮が多分に影響しているものと推測できる。そこで、公平性を有する責任分配としての比較過失法理との調和を維持しつつ登場したのが、49%ルールや50%ルールと言われる比較過失法理の修正型であると思われる。つまり、分割責任という思考が採用されても、その一方で、寄与過失法理のように、一定の原告には損害賠償請求をすることができないようにすべきではないという思想はできるだけ尊重されるべきはないか、という発想が作用しているというわけである。そこで、有責性や非難可能性の程度によって、損害賠償請求することができる原告と、できない原告を区別して扱うようになったものと思われる。

次に、第4節から第6節までの検討から、アメリカ法においては、まず、原告による寄与過失がある場合に、その非難可能性の大きさによって比較過失法理の適否が検討され、原告の寄与行為に見られる非難可能性が被告のそれよりも小さいという場合に、比較過失法理が適用できるとしているとして整理することができる。そして、比較過失法理が適用される場合に、原告と被告の過失程度や有責性・非難可能性(culpability)の程度を斟酌して、損害額の減額調整がなされるという作業手順になっていると整理することができる。つまり、比較過失法理の適用を検討する場合には、原告と被告、両当事者の行為態様や内容などを比較考量しているのである。被告の積極的抗弁として比較過失法理が位置付けられているからと言って、原告の行為態様だけを考慮して比較過失法理を運用しているわけではないという点は、日本法における過失相殺法理の構造を考える際に注目に値するものと言えよう。

そして、第8款の比較過失法理の適用が問題になる場面であるが、厳格責任と生活妨害責任の場合は、そもそも、被告の過失を成立要件としていないため、比較過失法理の適用ができるかという点が問題になっていた。もう一つのrecklessなどの加害行為の場合であるが、これは、通常の被告の過失行為そのものではないため、この場合も原告の過失と比較することができるのか、という点が問題になっていた。recklessなどの加害行為は、おそらく、日本法では過失行為の一形態に位置づけられるのではないかと思われるが、その行為の違法性や悪性が、故意行為にかなり近いとされるため、故意行為の射程距離で比較過失法理の適用の可否が議論されているようである。被告による故意不法行為の場合には、比較過失法理

の適用対象にはならないとしている効果が、どこまで及ぶのかという射程距離の問題として議論されている点も非常に注目に値する。この故意不法行為に関する内容は、第3章において改めて詳述することにする。

第3節 比較過失法理の構造

第1款 発生したリスクの比較

比較過失法理では、原告の過失と被告の過失を比較した上で賠償責任が決められることになるが、原告へ要求される行為基準と被告に対して要求されている行為基準を比較するのは、そもそも次元が異なる基準なので難しいと言える。もちろん、比較過失法理はそのような比較を要求しているのではない。アメリカ法における比較過失法理の特徴として、原告の過失と被告の過失を比較するというのは、因果関係のある被告の過失と並んで、因果関係のある原告の過失を比較考慮する、という意味として把握されている¹⁹⁰。すなわち、被告の行為が損害の発生に関与したリスクと、原告の行為が関与したリスクを互いに比較する、ということである¹⁹¹。このことは結局、すべての過失訴訟で言えることだが、被告によってもたらされた危険が不合理に高いものであるかどうかについて相対的に評価しなければならないということになる。

たとえば、時速100キロで走っていた被告の車と、70キロで走っていた原告の車が衝突したとする。そして事実審が、衝突する危険を不合理に高めることになるその速度と、重大な損害という結果の両面から、両当事者に過失を認めた、とする。見方によっては、原告と被告によって生じた衝突のリスクは同等であると言えるが、被告の場合、100キロでの運転によって、原告よりも大きな損害を発生させる、より大きな可能性を作り出していると言える。仮に原告の行為によって作り出されたリスクよりも、被告の行為によるリスクのほ

¹⁹⁰ Richard A. Epstein, Plaintiff's Conduct in Products Liability Actions : Comparative Negligence, Automatic Division and Multiple Parties, 45 J. Air L. & Com. 87 (1979)で反対の内容が論じられている。

¹⁹¹ David W. Robertson, Eschwing Ersatz Percentages : A Simplified Vocabulary of Comparative Fault, 45 St. Louis U. L.J. 831 (2001). Robertson が提唱しているのは、過失の大きさを考えて各当事者に責任を割り当てることである。これは標準行為からどのくらい離れているかという行為内容の比較のような、当事者の行動同士の比較ではない。原告と被告にそれぞれ異なる義務や注意義務の水準があっても、その比較を認める制度の一つが比較過失制度であり、被告が大きな過失にならないようにする注意義務を負うだけでなく、原告は通常の注意義務に従うという場合もある。このような場合には、それぞれ異なった基準が考慮されることになる、と Robertson はいう。

うがはるかに大きければ、比較相対的に、原告よりも多くの過失が被告にあったと認め易くなる。このように、どの程度であれば危険があったと評価できるかという問題が過失の判断につながってくるように、このリスクの程度という要素は過失判断をする際に必須の判断要因になっている。このため、比較過失法理の下では、原告と被告の両過失を比較して、被告自身の過失がどの程度あったと認められるかが判断されることになる。かりに事実審が、被告の100キロの速度が原告の70キロの速度よりも3倍のリスクを作り出していると評価すれば、責任の割り当ては、被告75%、原告25%となる。この割り当てに関する評価は、雑で粗いもののように思えるが、まったく評価しない場合よりも結論としての妥当性はあるとされている¹⁹²。

このように、原告と被告の過失を比較するということは、正当化されない、発生したリスクの比較することを意味している。たとえば、原告が、負傷した子供を病院に急いで搬送するため、55キロ制限のところを75キロで走行していたとする。この75キロ走行によって生じたリスクは、子供を救助するために正当化されるかもしれない。だが、子供の負傷内容を考えて、走行速度の75キロがあまりにもスピードオーバーであるとか、他人や子供自身にリスクを与えることから、原告は65キロ以上で走行すべきではなかったと、陪審が判断したとする。この場合陪審は、65キロから75キロにスピードアップしたことで生じた危険を重視することになるであろう。そこでのポイントは、制限オーバーのスピードでどのくらいリスクが生じたかではなく、増したリスクがどのような要因によるものなのか、という点にある。かりに被告のスピードが、衝突のリスクをあげているだけでなく、スピードそのものによってエンジンが損傷するかもしれないというリスクの発生までに及んでいた

¹⁹² たとえば、Kaatz v. State, 540 P.2d 1037, 1048 (Alaska 1975) では、伝統的な all-or-nothing ルールよりも、比較過失法理の下でより正確な割り当てが決められている。だが、メイン州では、根本的に異なった制度が採用され、過失の相対的な程度を無視して判断するように裁判所が陪審に指示した結果、50%以上の過失がある被告は、50%の過失があるにも関わらず、損害の20%だけを支払うように要求された。あるいは、Pelletier v. Fort Kent Golf Club, 662 A.2d 220 (Me. 1995) は、妻が打ったボールがゴルフコースのフェアウェイを横切っている鉄道に跳ね返り、自分の鼻に当たったことで負傷したため、ゴルフコースに対して損害賠償請求訴訟を提起したという事例である。事実審は、妻に対して賠償請求を認めた上で、妻の寄与過失によって賠償額を減額した。メイン州の最高裁は、事実審の判決を認容した。最高裁は、招待客に対してクラブ側は注意義務を負っており、鉄道列車が走っているという欠陥のある土地を支配する意図は明白になっているので、クラブの義務は招待されたゴルファーが使用する土地にまで及んでいる、とした。さらに、最高裁は、Me. Rev. Stat. Ann. Tit. 14, § 156 は、当事者の過失割合に比例して賠償額を決めるようには要求していないので、陪審が認めた金額は妻の過失に比例して減額される必要はない、と述べた。最高裁は、事実審の判決を認容した。

としても、エンジン損傷のリスクは、スピードオーバーという被告の過失を評価するにあたっては考慮されることはない¹⁹³。

また、原告と被告の責任割合について比較する際、他の原因との割合を考え合わせる場合もあるが¹⁹⁴、通常の過失訴訟では、因果関係ではなく¹⁹⁵、訴訟当事者の過失を裁判所は比較検討している。過失訴訟では通常、因果関係が all-or-nothing ルールで判断されて、いったん因果関係が認められると、原告の過失と被告の過失とが比較検討されるようになる。たとえば、被告に 75%の過失があるという場合、それは原告の過失との比較というよりも、被告が負担するリスクが原告の負うリスクよりも大きい、ということの意味している。このとき被告の過失が、発生した損害に関連する全過失のうちの 75%にあたり、原告の過失が 25%となると、原告の賠償請求額は 25%分減額されることになる。たとえば、原告の損害が 1 万ドルだった場合、25%分の減額によって原告は、7500 ドルの賠償請求が認められることになる。このように処理されることで、被告は、自分の過失分に相応する賠償額に対して責任を負うことになるし、原告も自分の過失割合に応じた損害を、自分で負担することになる。

第 2 款 比較する場合に考慮される要因

このように当事者間で相対的過失 (relative fault) の割り当てを判断する際に、多くの重要な要因が考慮されていなければならないほど、より理想的な責任分担を実現することができる。このため、たとえば、突然の緊急事態に直面した場合に当事者がとった行動の合理性を考えたり、その行動が命を守る目的でなされたために正当化できるかどうか、なども考慮さ

¹⁹³ このことは、自身に対してでも他人に対してでも、事実審は、同じような一般的な種類のリスクをすべて考慮に入れるべきではない、ということを行っているのではないという趣旨を述べている論文として、Robert Cooter & Ariel Porat, Does Risk to Oneself Increase the Care Owed to Others? Law and Economics in Conflict, 29 J. Leg. Stud. 19 (2000) ; Kenneth W. Simons, The Puzzling Doctrine of Contributory Negligence, 16 Cardozo L. Rev. 1693, 1725-26 (1995) がある。

¹⁹⁴ 厳格責任の事例では逆に、責任の割り当ては、因果関係の比較問題として説明されている場合もある。たとえば、比較による割り当てがなされる場合として多くの訴訟タイプがあるが、裁判所によっては、因果関係の割合が非難可能性・有責性 (culpability) の割合を計る役割を果たしている、と述べているところがある。

¹⁹⁵ Robertson は、比較過失法理による損害の割合について五つの誤解があるとして、それをリストアップしており、そのはじめに、被告の過失が 30%とすると、損害の 30%が被告の過失で引き起こされたという誤った見方を挙げている。つまり、因果関係の割合で責任分割がなされる場合がある、という指摘である。Robertson, supra note 191, at 838.

れるべきとも言われている¹⁹⁶。その行為が非合理で危険なものかどうかは、損害が生じる蓋然性、損害の大きさ、リスクを避ける費用などによって判断されることになる¹⁹⁷。この緊急事態の事情は確かに責任分担の割合を検討する際に考慮されているが¹⁹⁸、それは通常の過失訴訟における一般原則というよりも、非常に特殊な事情であるため、緊急事態という事実だけが過度に強調されてしまうおそれがある¹⁹⁹。

¹⁹⁶ たとえば、Eaton v. McLain, 891 S.W.2d 587, 592 (Tenn. 1994) がこの点について言及している。この事例は、原告が被告の家で夜を過ごし、翌早朝、原告は暗い玄関に降りていき、地下への入り口を開けたが、その入り口を原告は浴室のドアと信じて入ったところ、原告は階段から落ちて負傷した、というものであった。そこで、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。原告は、被告には、玄関と浴室のライトを消したこと、地下への入り口に鍵を設置しなかったこと、そして階段の位置について原告に警告しなかったことに、過失があったと主張した。陪審は原告に40%の過失、被告に60%の過失があると認定した評決を出した。控訴審は、その判決を破棄したが、テネシー州の最高裁は、被告がライトを点けて、地下への入り口に鍵をかけることをしなかったことに関する過失の主張には、義務の要因に関する十分な証拠を原告が提示できなかった、とした。さらに、被告には、階段の位置につき原告に警告すべき義務がない、ともした。そのように、被告に過失原因があると立証するのに必要な事実について原告が提示できなかったので、原告の訴えは棄却されるとした。そして、この事案では、六つの要因が指摘されている。①被告の行為と原告の負傷の間に相対的な親密の関係性があること、②当事者がリスクを知っていたとか、知るべきであったというような、リスクに直面した時の当事者がとった行動の合理性、③原告が負傷しないように回避するために現在ある機会を設けることが合理的に出来なかったという程度、④即断を要求する当然の緊急事態の存在、⑤他人の生命を守ろうとしたなど、当事者が何をしようとしたのかという重大性、⑥年齢、成熟さ(maturity)、経験度、教育歴、などの当事者の能力、という要因である。

¹⁹⁷ Restatement Third of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm) § 3 (2010) には、行動において合理的な注意義務を欠いていたかどうかを確認する際にもともと重視されている要因として、予見可能性とか、人の行動が負傷を惹起する傾向にあるとか、結果として生じる負傷の重大性への予見可能性とか、負傷のリスクを軽減するか減らすための事前注意の程度、などがあると説明されている。

¹⁹⁸ Restatement Third of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm) § 9 (2010) は、行為者が予期せぬ自体に遭遇し即断を要求された場合、行為者の行動が合理的な注意深い人物の行動と言えるかという視点で検討される、としている。

¹⁹⁹ このため、一般説示によってすでにカバーされているし、緊急事態に関する説示が過度に一当事者の視点を強調しすぎる可能性があるという理由で、緊急事態を考慮することに対して反対している裁判所が多い。その一方で、アメリカの裁判所の中には、いまだに、緊急事態に関する説示を認めているところもある。

では、心理状態 (state of mind) は、責任の割り当てを検討する際に、考慮されるのであろうか。標準的な見解によると、過失とは客観的行動を意味し、心理状態ではないとされている。そのような見解は、合理的で思慮深い人間という水準によって行動が評価され、個人の主観的な能力によって評価されない²⁰⁰、という標準的な見解と合致している。だが、行為者の心理状態が行動の有用性 (utility) に影響を与えている場合には、その行動で生じた不合理なリスクを評価する際に、行為者の心理状態という要素は重要になってくる。たとえば、ある子供の生命を助けるためという行為者の目的は、救命スピードを上げることにあるので、その救命行為の有効性が認められ易くなるかもしれない。逆に、他人を驚かして自身の嫌悪感や悪意を満足させるという場合には、そのような行為に有用性は認められないことになる²⁰¹。

そこで、第三次不法行為法リステイトメントは、行為によって生み出されたリスクについて、各人の実際の認識 (awareness)、意図 (intent)、無関心 (indifference) を考慮に入れて判断することを示している²⁰²。どのような要因を考慮するかを定式化することは非常に難しい問題であるが、不合理に危険な行為か否かという視点で判断して、道徳的な価値基準で比較検討されるということはないようである。ただ、過失を比較する場合に、行為者の判断能力を重視しすぎると、不当な結果を導くおそれが生じるかもしれない。ある事例では、過失の割り当てを判断する場合に、行為者の人としての能力、たとえば、年齢、

²⁰⁰ 子供の場合は、寄与過失の評価に対して、特別でより低い注意義務の水準や仮定がなされる。たとえば、7歳から14歳の子供は、寄与過失の抗弁が適用されないと仮定されている。

²⁰¹ Gregory C. Keating, Reasonableness and Rationality in Negligence Theory, 48 Stan. L. Rev. 311, 369 (1996) を参照。

²⁰² Restatement Third of Torts (Apportionment of Liability) § 8 (b) (2000)。

b. 因果関係と責任範囲

行為が損害を引き起こし、その人の責任の範囲内で損害が発生した場合にだけ、責任分担の割合を決めるのに行為は重要になる。

例示 (Illustration)

1. Bが夜間に赤信号で停車しているとき、Bの後部にAが衝突する。Bは、Aがよく道路を注視していなかったと主張して、Aを訴える。Aは、Bには、テールランプを点灯していなかったことと、飲酒したことに過失があったと主張する。Bに責任の割合を割り当てる場合、事実認定者は、テールランプを点灯していなかったことが、衝突の原因であると認定されると、テールランプをBが点灯していなかったことを考慮することになる。Bが酔っていないくても、同様の事故が起きるであろうとか、Bの酔いが衝突の法的原因ではないと事実認定者が結論づけると、Bの酔いについて事実認定者は考慮することはない。

成熟度、教育が考慮されるべき、とされている²⁰³。これらの考慮要因は、実際に、行為者が子供である場合に、伝統的に考慮されてきた要素と言える²⁰⁴。しかし、このような要素が大人の場合でも考慮されるとなると、本来なら、客観的な基準に基づいて危険な行為に対する責任が問われるべきなのに、これらの要因を満たすことになると、標準以下の行動をした大人であっても免責される余地を認める可能性が生じる。

第3款 比較の対象

当事者間で責任をそれぞれ割り当てるという場合、過失事例における標準的な見方によれば、比較過失法理とは、各当事者の過失ないし非難可能性や有責性 (culpability) の比較をしているように聞こえるし、各人によってもたらされた不当な危険性を比較しているようにも理解することができる。この比較の対象になっている過失とは、事実上、因果関係がある過失であり、生じた負傷がリスクによってもたらされたという意味での法的因果関係のある過失のことを意味している。

しかし、比較過失法理において考慮されているのは、因果関係そのものではない。事実的因果関係と法的因果関係は不法行為法における基本概念であり、事実的因果関係がなければ、結果的に生じた損害が危険にさらされた保護法益とは異なることになり、過失につ

²⁰³ Eaton v. McLain, 891 S.W.2d 587 (Tenn. 1994) .

²⁰⁴ 子供の年齢、経験値などの寄与度の問題に関する情報を考慮する要因が指摘されている場合がある。たとえば、Hanson v. Binder, 260 Wis. 464, 50 N. W.2d 676 (1952) である。この事例は、運転手の車が通る道に子供が飛び出たため、原告である子供の両親が運転手に対して人身傷害に関する損害賠償請求訴訟を提起した、というものであった。陪審は、次のように互いの比較過失を確定した。子供の過失は 62% で、運転手の過失は 38% である、と。州の最高裁は、各人に要求される通常の注意には違いがあるという評価をせずに、寄与過失の事実認定が事実審によって適正になされたとして、事実審判決を認容した。最高裁は、原告による再審を求める申し出を認めるにあたり、轢かれた子供が自分より年上の少年に付き従っており、その年上の子供が運転手によって確認されず、被告の車の前で通りを横切ったという証拠によって、もし運転手が注意をしていれば、子供たちの存在を確認することができたという理由で、特別な注意義務を運転手に課しているというのが事実審の意見であるのは明らかである、と認定した。また、運転手よりも子供の過失のほうが大きいと陪審が事実認定をしたという事実は、通常の注意の基準が行為者によって異なることは適正ではないということを示しているということにつき、事実審に同意する、ともした。つまり、この事例での Woods 判事は、主観的な要因が責任に結びついていたとしても、それは寄与度の判断には全く影響しない、と結論づけているのである。

いての検討が排除されることになるのである。このため、第三次不法行為法リステイトメントは、加害行為が損害を引き起こし、その損害がその加害者の責任の範囲内にある場合にだけ、責任の割合を決めるとしている²⁰⁵。

この割合に関する問題で最近の争点になっているものは、責任割合を検討する場合に、比較されるべきなのは過失なのではなく責任そのものではないか、という点である。裁判所の判決²⁰⁶や研究者の論文²⁰⁷の中には、事実審は、比較過失を行う際に、各当事者の過失の大きさを決めることができる²⁰⁸、と示しているものがある。比較過失に関する具体的な数字を持っている陪審は、被告の行為と原告の負傷との間にある通常の関係性における近接性を相対的に考慮すべきではないか²⁰⁹、という内容の主張である。それは、法的因果関係に関して比較検討しているようにも聞こえるが、過失の面において、両当事者がそれぞれ損害という結論に寄与し、両当事者がともに過失において同等であるという場合に、一方の過失が他方の過失よりも発生した損害により近接していると評価されれば、その分責任が大きくなる²¹⁰、というわけである。ただ、近接性の程度は帰責根拠である過失の大きさを検討する際に考慮されている要素の一つであるため、このような主張内容にはあいまいさが多分にあると言えるのではなかろうか。なお、実際の裁判では、両当事者の過失の

²⁰⁵ 第三次不法行為法リステイトメント § 8b を参照。だが、高速道路を走行していた原告が運転する自動車が牛に衝突した後で一般道路をそれて、その側面である石の土手に突っ込んだことで、原告や同乗していた原告の娘が負傷したため、州の運輸局を相手に損害賠償請求訴訟が提起された *Reynolds v. Kansas Dep't of Transp.*, 43 P.3d 799 (Kan. 2002) では、運輸局には高速道路の安全性を維持する義務があり、その義務に違反していると認定しつつ、比較過失法理を適用するにあたり、事実に因果関係による all or nothing という考え方は、比較過失法理が適用される場合には除外されることが示されている。その結果、運輸局には 35% の過失、原告には 20% の過失があると事実認定され、事実審判決がカンザス州の最高裁によって認容された。

²⁰⁶ 被告の行為と原告の負傷との間にある因果関係上の相対的な近接さ (relative closeness) は、寄与度の割合を評価する際の一つの要素である。この点について言及している裁判事例として、*Eaton v. McLain*, 891 S.W.2d 587, 592 (Tenn. 1994) がある。

²⁰⁷ 第三次不法行為法リステイトメントによると、責任の割り当てに考慮される一つの要因として、過失と危険性を創出した行為と被害との因果的な関係性の強さがある、とされている。

²⁰⁸ この点について、Schwartz, *supra* note 14, § 17.01(a) で詳しい説明がなされている。

²⁰⁹ 前掲注・206 で触れた *Eaton v. McLain*, 891 S.W.2d 587 (Tenn. 1994) において、この点が考慮されている。

²¹⁰ おそらく引用された記述は、通常の言葉にも関わらず、損害を回避する最後の機会を有している当事者が、最初の過失当事者よりも、過失の点でより責任が大きい、と示すことを意図したものである。

大きさが比較された上で、責任の大きさが決定されている。

第4款 責任保険との関係性

比較過失法理を論ずる場合、基本的には、一人の被告と一人の原告という場面が想定される。この単独の被告の場面では、責任保険と比較過失法理との関係性に関する議論もある。そこで、その議論の内容について概観することにする。

人身事故に関する事例で、特に乗り物同士の衝突によって生じる事例、いわゆる交叉不法行為の事例では、原告と被告ともに負傷している場合が多い。もし一方が提訴すれば、通常、他方が抗弁を主張し、それが認められるか、敗訴するかという結論になる。もし事実審が両当事者に過失があり、両者ともに負傷していると認定すれば、少なくとも損害額の算定の場面で別の手続きが必要になる。たとえば、純粋型ないし修正型の比較過失法理において陪審が、

(a)原告の過失が40%であり、10万ドルの損害を受けていること

(b)被告の過失が60%であり、1万4000ドルの損害を受けていること

と事実認定をしたとする。最初の段階では、比較過失法理による減額に共通して言えるのは、裁判官ないし陪審が、40%分を原告の賠償額から減額することである。それは、一時的に、6万ドルの判決を原告に与えたことになるであろう。しかし、次の抗弁の段階では、被告にも同じ手続きが繰り返されなければならない。つまり、被告の抗弁から60%分を減額することになり、1万4000ドルの損害のうちの40%、つまり5600ドルの潜在的な判決を被告に与えることになるであろう。

多くの州では、このような被告による抗弁は、通常、被告の過失が原告の過失よりも大きい場合が多いため、一部認容という結論となるだろうが、被告による抗弁は純粋型の比較過失法理においてだけ成功するのではなく、修正型の比較過失法理でも、一定の条件のもとで成功する可能性がある。では、原告に認められるであろう6万ドルという賠償請求に対して、被告に認められるであろう5600ドルの賠償請求は相殺（set-off）されるべきなのか。

仮に相殺すべきだとすると、原告が賠償請求できるのは5万4400ドルということになり、この金額は、原告の比較過失で賠償額が減額された額から、被告の比較過失分を減額した分である。原告に認められた賠償金額は、原告の過失に対する正確な評価を表している。そして、この評価は、原告は自分が受けた損失のうちの40%を自分で受け入れることを意味している。しかし、さらに被告との間で相殺をすると、原告の過失を反映した適切な賠償請求額よりも減額されることになる。これでは、損害回復のための賠償請求という意味が後退してしまう。実際に賠償額を支払っているのが保険会社であることを考えると、5600ドル分の相殺によって残る賠償額を被告の責任保険会社が、原告に対して支払うことになる。他方、原告の責任保険会社は、被告の賠償請求額が原告の賠償請求額との

相殺でゼロになってしまうので、被告に対しては何ら支払う必要はなくなるのである。この場面での責任保険会社の利益状態を比較すると、原告の責任保険会社だけが支出を免れていることになる。このため裁判所の中には、両当事者に全責任保険がある場合、相殺は認められるべきではないとしたり、あるいは、責任保険がない場合には、一方の当事者が無資力であった場合に備えて相殺は認められるべき、としているところもある²¹¹。

²¹¹ 同じ趣旨を述べている裁判事例として、*Jess v. Herrmann*, 26 Cal. 3d 131, 161 Cal. Rptr. 87, 604 P.2d 208 (1979) がある。この事件は、原告である事故犠牲者と被告である事故加害者は、両者ともに自動車事故に巻き込まれて負傷したが、各当事者は、その事故が相手の過失によって引き起こされたと主張して、互いに損害賠償請求訴訟を提起したというものだった。陪審は、両者に過失が部分的にあると認定し、事実審は、訴訟当事者それぞれの損害額を相殺し、被告の賠償請求を否定して原告勝訴の判決だけを出した。両者ともに上告した。カリフォルニア州の最高裁は、当事者の保険の範囲の視点から、相殺には不公平な効果が潜在的にあるということを考慮せずに、強制的に相殺ルールを事実審は適用したと認定し、この場合の相殺は、カリフォルニア州の財産責任法（California's financial responsibility law Cal. Veh. Code § 16000 et seq.）における原則的な目的を無効にし、被保険者を犠牲にして不公平な思いがけない利益をもたらす可能性がある、と結論づけた。最高裁は、事実審判決を無効にして、当事者の実際の保険範囲を確認し、その補償の範囲の観点から適正な判決を出すために、事実審に事案を差し戻した。

また、*Stuyvesant Ins. v. Bournazian*, 342 So. 2d 471 (Fla. 1976) でも、相殺に消極的な意見が述べられている。この裁判事例も自動車事故に関するもので、互いに損害賠償請求をし合っている交差訴訟である。比較過失法理に基づいて、事実審において陪審は、一方当事者とその妻に対して 8500 ドルと 1500 ドルをそれぞれ認め、他方当事者とその夫には 1万9000 ドルと 1000 ドルをそれぞれ認め、他方当事者に 1万ドルの損害賠償請求を認めた。控訴審では、第一審判決が棄却されて、各人に認められた全額の賠償請求が認められた。この判決は、それぞれの被保険者に対して陪審が査定した全額につき保険会社が責任を負うべきであり、被保険者間で相殺をしてはいけない、とした点に特徴がある。フロリダ州の最高裁は、この控訴審判決を支持した。その理由として、陪審が、一方当事者が他方当事者に対して賠償責任を負うとされた金額を決めた場合、それぞれの責任の程度によって実損害額は既に減額されているのであり、被保険者に代わって保険会社が支払うべき金額が決定されているからである、としている。

そして、*Miller v. Amundson*, 117 Wis. 2d 425, 345 N.W. 2d 494 (1984) も、交叉不法行為訴訟において、一方当事者である被保険者が、他方当事者に対する訴えが認められているものと、他方当事者が被保険者に対する訴えが認められているものとを相殺して考えるべきかという争点について、ウィスコンシン州の控訴審は、相手側の寄与分を斟酌して算出された損害額に対して、被保険者は自動車責任保険で賄うように判断をした事実審判決を認容した。州の最高裁は、事実審が相手方の損害賠償請求分を相殺するのを拒否した

なお、いくつかの制定法の中には、責任保険がある場合に、比較過失法理が問題になる事例において、相殺の適用を禁じているものも存在している²¹²。他方、Uniform Apportionment of Tort Responsibility Act という制定法では、当事者の合意がある場合についてだけ、相殺の適用が認められている²¹³。

第5款 共同不法行為事例における比較過失法理

共同不法行為事例の場合、つまり、被告が複数存在している場合の場合においても、比較過失法理は問題になる。純粹型ないし修正型の比較過失法理では、原告は、過失が認められる被告に対して損害賠償を請求する権利が認められている。共同不法行為による伝統的な連帯責任のルールは、複数の被告に対して認められているため、ある被告が自己負担分を超えて原告に賠償額を支払った場合には、その被告は他の被告に対して求償することができることになる。

注意すべき点は、修正型の比較過失法理では、原告の過失分が複数の被告の合計過失分よりも大きいという場合には、原告の賠償請求は制限されることになる。そこで、問題となるのは、原告の過失分を比較するのが、各被告の過失なのか、それとも、被告側の過失をまとめた分なのか、という点である。たとえば、原告の過失が40%、被告AとBの過失がそれぞれ30%とする。被告側の過失が一体として扱われず、一つにまとめることができない場合には、原告の過失が各被告の過失よりも大きくなれば、各被告に対する損害賠償請求は認められないということになる。このように各被告の過失と個別に原告の過失を比較するという処理方法を採用した裁判事例があるが、それが次にあげている Reiter 事件である。

【Reiter v. Dyken 事件】²¹⁴

被告1である不動産代理店は、購入希望者の何人かに家を見せていたが、その際、被告2である建物所有者に協力してもらっていた。被告2の建物物件に来た際、被告1の従業員である原告は、空き家となっている建物の外側に張っていた氷の部分で滑り、転倒し負傷した。原告は、被告1と被告2に対して負傷したことに對する損害賠償請求をした。陪審は、被告2に30%の過失、原告に50%の過失、そして被告1に20%の過失があるとす

ことに誤りはないとして、相手方は自分の責任全体をカバーする保険を有しており、自分の責任に対する賠償額を相殺することは、自分を保険会社と一緒に共同の保険者にしてしまい、自分の賠償額を消滅させることになるのと同じであると述べている。

²¹² Ore. Rev. State. § 31.615 ; R. I. Gen. Laws § 9-20-4.1.

²¹³ Uniform Apportionment of Tort Responsibility Act § 6 rptrs.には、「主張、反対主張は互いに setoff にはならないが、当事者の合意があれば別である。」となっている。

²¹⁴ 95 Wis.2d 461, 290 N.W.2d 510 (1980) .

る評決を出した。Wis. Stat. § 895.045 を適用するにあたり事実審は、Reber v. Hanson, 260 Wis. 632, 51 N.W.2d 505 (1952)に基づいて、被告1と被告2の過失を合わせたものより原告の過失が大きくなかったので、原告には損害賠償請求できる権利があるが、最終的に、安全場所法 (safe-place statute) に基づく雇用主の義務違反として、被告2に対して全請求額の30%に制限した損害賠償請求を原告に認めた。そこで原告は、Reber 事件による理論的根拠に基づいて、被告らの複合的過失として組み合わせたのは正しいとしても、長年にわたる比較過失法の解釈を変更すべきではないか、として上訴をした。

ウィスコンシン州の最高裁は、負傷した者が損害を回復する権利を取得するかどうかを決める場合、個々の被告の過失と負傷した者の寄与過失とがそれぞれ比較検討されると § 895.045 は要求しているが、この制定法に立法府は制限を設けなかったので、原告のいう変更を認めると、ウィスコンシン州に存在する損失配分の不法行為制度全体に重大な影響を与える可能性があるため、それは立法府の問題として考えるべきとして、上訴を却下した。

だが、ほとんどの州の制定法においては、すべての被告の過失をまとめ、原告の過失が被告側のまとめた過失よりも小さいという場合に、原告による賠償請求を認めるとしている²¹⁵。このような処理方法は、Uniform Apportionment of Tort Responsibility Act でも採用されている²¹⁶。被告側の過失をまとめるという処理は、損害全体に対する最初の責任は各被告にある、という考え方との一貫性があると言える。他方、共同不法行為責任制度自体を廃止し、原告の過失割合で原告の訴えを禁ずるかどうかを決めるにあたり、被告側の過失をまとめて検討することを認めるルールを維持しているところもある²¹⁷。

²¹⁵ たとえば、Mass. Gen. Laws Ann. ch. 231 § 85 では、「比較過失法理は、原告の過失が、関与した人ないし人々の過失分の合計よりも小さい場合に適用される」としている。

²¹⁶ Unif. Apportionment of Tort Responsibility Act § 3(b)(2002)を参照。

²¹⁷ たとえば、B.G.'s, Inc. v. Gross, 23 P.3d 691 (Colo. 2001) では、被告が原則として損害賠償責任につき比例的な責任部分を超えて負担してはならないと州議会は明確に表明しているが、全ての状況において共同不法行為責任を廃止しているわけではなく、たとえば、Colo. Rev. Stat. § 13-21-111.5(4) は、不法行為に加担することを意識的に共謀している者に対して共同不法行為責任を残している、とされている。その B.G.'s, Inc. v. Gross 事件は、次のような裁判事例である。原告の夫は二人の友人と一緒に被告が経営する施設でアルコールを飲んだ後、まだ酔いがさめていない間に、二人の友人のうちの一人が運転する自動車が事故に遭い、原告の夫が死亡したため、原告は、被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。被告は夫がアルコールによって見るからに酔っていると分かっていたのであるから、Colo. Rev. Stat. § 12-47-801 に違反しており、それが夫の死亡原因になっている、と原告は主張した。陪審は、死亡した夫には被告以上の過失があると事実認定をして、被告勝訴の評決を出した。しかし、控訴審は、被告とその従業員の過失を合わせたも

第6款 因果関係論と近因 (proximate cause) 論

原告の寄与過失が帰責原因として位置づけられるためには、発生した損害との間での因果関係があることを必要とするのであろうか。この点について、アメリカ法における初期の寄与過失法理の段階では、因果関係にかなりの関心があったため、寄与過失法理は、因果関係概念の進展を通じて登場していると言える状況であった²¹⁸。この議論状況が、比較過失法理にも影響を与えているため、寄与過失法理と因果関係論について、ここで少し考察しておく。

中世の法律家も、損害の原因が原告自身の行為にもあるという抗弁について検討をしている²¹⁹。確かに、損害発生と加害行為の因果関係と、原告自身の行為と損害発生との因果関

のよりも、夫の過失が小さいと事実認定をして、友人である運転手の過失と被告の過失の割合を合計したうえで、第一審判決を破棄した。コロラド州の最高裁は、原告に対する被告の責任の大きさについて再審査することを認めた。複数の被告が訴訟で指名されている場合、個々の被告を別々にではなく、複数の被告の過失を合計したものと、被害者の過失を比較することを制定法は意図していると解釈しており、さらに、被告は、Colo. Rev. Stat. § 13-21-111.5(3) により、損害を発生させることに全体的に、ないし部分的に過失があると考えている訴外当事者を指名することが認められており、指名された訴外当事者の過失は、原告が損害賠償請求することができるかどうかを決める目的で、被告の過失との合計で考慮されることになる、と最高裁は述べている。

もう一つの裁判事例である *Rodenburg v. Fargo Moorhead Young Men's Christian Ass'n*, 632 N.W.2d 407 (N.D.2001) も、共同不法行為責任を廃止すると同時に、被告側の過失をまとめるというルール立法化をすることを反映している内容になっている。この *Rodenburg v. Fargo Moorhead Young Men's Christian Ass'n* 事件は、青年キリスト教協会 (YMCA) の施設内で、原告を撃った被告と、施設の安全性を維持する合理的な防御策を講じなかった YMCA に対する損害賠償請求訴訟を原告が提起したものだ。ノースダコタ州の最高裁は、不法行為に協調したり、その行為を援助したり助長したり、あるいは、不利益になるような行為を承認したり採用したりした者は、合計された過失に対応する全損害に対して共同して責任を負うという場合を除いて、二人以上の当事者が負傷という結果に寄与していることが認定された場合、各当事者の責任は共同ではなく、その当事者の過失割合に応じた損害額についてのみ責任を負う、と述べている。そして、過失不法行為者の行為と、故意不法行為者の行為を比較して、それらの責任は個々に存在し共同ではなく、各人がその当事者に寄与する損害額についてのみ責任を負う、とも述べている。

²¹⁸ W. Holdsworth, *supra* note 25, at 449.

²¹⁹ W. Holdsworth, *supra* note 25, at 377-380 や P. Winfield, *supra* note 35, at 459-462 などにおいて詳しく説明されている。

係が同時に発生しているという場合、原告の寄与過失は、抗弁事由と呼ぶには値しないものであった。それどころか原告は、自分の行為が事故の直接の原因になっているという理由で、損害賠償請求することができない、とするのが寄与過失法理の内容である²²⁰。

その寄与過失法理に関する初期の頃の裁判例や見解を見ると、因果関係に言及しているものが多い²²¹。因果関係に言及しているということは、賠償額を減らす方式というよりも、

²²⁰ Turk, *supra* note 15, at 196.

²²¹ Francis H. Bohlen は、Bohlen, *supra* note 13, at 233 において、1809 年の Butterfield 事件よりも前に、寄与過失法理が用いられていたと指摘しており、その裁判事例の一つとして、Cruden v. Fentham, 2 Esp. 685, 170 Eng. Rep. 496 (K.B. 1798) をあげている。この裁判事例は、原告の使用人が原告所有の馬に乗っており、被告が運転していた一頭馬車が道路の反対側を走行していた際に衝突をしたというものであった。主席判事である Kenyon 卿は、もし原告が、被告が走行していた道路側に乗り越えていたとしたら、負傷は原告自身によるものであるが、あらゆる人や馬車が通るのに十分な広さがあった場合でも、道をはみ出すことは正当化されない、と陪審に命じている。ちなみに、Butterfield 事件での Bayley 判事は、もし原告が通常の注意をしていれば、障害を発見しているはずなので、その事故は、原告自身の過失から生じていると考えられる、と述べている。また、Flower v. Adam, 2 Taunt. 314, 127 Eng. Rep. 1098 (C.P. 1810) は、被告によって道路に置かれたゴミの山に原告の馬が驚いて暴れだし、馬車をひっくり返してしまったという事件で、Mansfield 首席判事は、その置かれたゴミが原告の馬に影響を与えたとはかなり遠隔すぎると考えたし、Lawrence 判事は、直接的で近接的な原因は、乗り手の技術不足である、と述べている。Bridge v. Grand Junction Ry. Co., 3 M.&W. 244, 150 Eng. Rep. 1134 (Ex.1838) では、被告の不注意が原告の負傷が生じたことに部分的に寄与したように、原告であるドライバーの不注意も部分的に負傷の原因になった、という被告による抗弁は認められないとされている。その理由として、通常の注意をしていれば、被告の過失による結果を原告は回避できたかもしれないという場合にだけ、原告の賠償請求が禁じられるというのは、原告が自身で違法行為を行ったものとみなされるから、としている。

このように、寄与過失法理に関する初期の裁判事例では、原告の過失が、被告の過失よりも時間的に遅く生じるのであるが、たとえば、被告の違法行為によって生じた危険を原告の過失で回避できなかったという時系列的な偶然性は、被告の古い過失から、原告の新しい過失への移行がより容易になされていると言える。しかも、そのような事例では、原告の行為が、損害のより直接的な原因になっていると指摘されている。また、責任のある者の最後の違法行為を、負傷の唯一の法的因果関係として見なすという傾向が、初期の頃に明らかに見られるので、寄与過失法理の適用は、必然的に、この Last wrongdoer rule、つまり、Last Clear Chance 法理の適用の余地を残すことになっている。W. Holdsworth, *supra* note 25, at 460, 462 ; Bohlen, *supra* note 13, at 236 ; Fleming James Jr., Last Clear Chance : A Transitional Doctrine, 47 Yale L. J. 704 (1938) などにおいてもこの点が言及

all-or-nothing 方式を寄与過失法理が採用している理由を説明するのに役立つ。科学的な意味において損害発生については多くの要因があると言えるであろうが、法は法的因果関係を探求すべき、という発想で初期の頃は支えられていた。そこで、Wright が示したのは次のような内容だった²²²。原告は、被告による過失行為ないし生活妨害を主張することができるが、この主張に対して被告は、問題の事故が部分的に原告自身の過失によるものであると証明して、その抗弁が認められるように十分な立証活動を展開することができる。問題の損害発生が被告の過失によるものであると主張する原告は、この被告による抗弁の立証が成功することによって、求める賠償額全額を得ることができなくなるのである。

Wright が仮定したように、被告の過失によって損害を被ったという原告の主張が、唯一の原因が被告の過失であったということを意味しなければ、原告の立証は意味をなさなくなる。つまり、いったん複数の法的原因の可能性が認められると、被告を相手にしている原告の主張内容は崩壊してしまうのである²²³。だが、all-or-nothing 方式において、損害発生に寄与している他の要因を考慮し、選択的な解決があることを示す先例は、海事法の場合を

されている。

²²² Lord Wright, *Comparative Negligence*, 13 *Mod. L. Rev.* 2, 5 (1950) ; Nicholas St. John Green, *Proximate and Remote Cause*, 4 *Am. L. Rev.* 201 (1870) .

²²³ しかし、Wright 卿の主張は、唯一の近因的、あるいは決定的な原因が発見され得るということを前提にしているもので、Last opportunity ルールと同様に、時系列における位置づけにおいて、どの原因が決定的なのかどうかを決めることができると Wright は信じているものと思われる。しかも Wright は、原告と被告の間の問題だけでなく、事故によって負傷した第三者に対して、どちらの行為に負傷の法的因果関係があると認められるかという場合でも、決定的な要因を発見することができる、と考えている。しかしながら、Wright の主張内容は、イギリスで確立された比較過失法理に関する立法において採用されていない。なお、この点に関して言及している論文として、G. L. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence*, § 62 (1951) がある。

除き、なかったと言える²²⁴。おそらく、ローマ法²²⁵でも現代のヨーロッパ大陸法²²⁶でも、当事者間で損害を分け合ったり、割り当てたりする明確な手続が登場するまでには、かなりの時間を要している。

他方、アメリカ法では、寄与過失法理の問題を、加害者の過失と発生した損害との間に介在する中断原因としての「近因 (proximate cause)」として位置付けようとする見解も存在している²²⁷。もちろん原告は、自分の過失が損害の法的原因になっていなければ、寄与過失

²²⁴ 比例的な損害賠償ルールの足跡をたどると、海事法に関する裁判管轄内において広がっている比較過失原理が明確に触れられているのは、中世の海事法においてである。海事法裁判所での原理の起源や生成は、Turk, *supra* note 15, at 218 や Frederic R. Sanborn, *Origins of the Early English Maritime and Commercial Law*, 117-118 (1930) において詳しく説明されている。長年、アメリカでは、ある者の過失が大きく、他者の過失が小さいという場合に、過失の大きい者が全損害に対して責任を負うという場合でなければ、両当事者に過失がある場合、損害を均等に分けるという海事法上のルールに従ってきた時代がある。その後、世界の他の地域の大半は、過失に比例して損害の割り当てをするという海事法のルールに移行している。その史的変遷過程につき、G. Gilmore and C. Black, *The Law of Admiralty* § § 7-4, 7-20 (2d ed. 1975) において詳細に分析されている。最終的に、*United States v. Reliable Transfer Co.*, 421 U.S. 397, 95 S. Ct. 1708, 44 L. Ed.2d 251

(1975) において、連邦の最高裁は、当事者の過失を比較した程度に従って割り当てるというルールを採用するに至っている。比例的な損害負担という視点で海事法が発展してきたという初期の頃の研究は、M. Louis Franck, *Collisions at Sea in Relation to International Maritime Law*, 12 *Law Q. Rev.* 260 (1896) と同じ著者による補足的論文ある 42 *Law Q. Rev.* 25 (1926) において、詳細に検討されている。

²²⁵ Turk, *supra* note 15, at 189, 208-218 では、いくつかの引用がなされている。だが、Hillyer は、イギリスの研究者は寄与過失法理における all-or-nothing ルールの起源をローマ法の中に読みとっているが、大陸法の研究者はローマ法に比例的な損害負担原理の源があると把握している、と指摘している。H. Hillyer, *Comparative Negligence in Louisiana*, 11 *Tul. L. Rev.* 112, 119-121 (1936) . さらに、2000 年以上も割合的な損害分担ルールが続いていると指摘している論文として、Francis S. Philbrick, *Loss Apportionment in Negligence Cases*, 99 *U. Pa. L. Rev.* 572, 766, 799 (1951) がある。

²²⁶ 比例的な損害分担ルールの基礎は、1784 年のプロイセン法と 1804 年のナポレオン法において見出すことができるが、比例的損害分担ルールに関する主な制定法が立法化されるのは一九世紀後半になるようである。この点に関する詳細な説明として、Turk, *supra* note 15, at 238 がある。

²²⁷ 因果関係の理論が、寄与過失法理に関する主な説明になり、それが全体的にもっとも満足のいく説明方法であるとする見解も存在する。たとえば、P. Winfield, *Torts*, 414 (4th ed. 1948) ; F. Pollock, *Torts*, 370 (14th ed. 1939) などがそれに該当する。

法理によって賠償請求自体が禁止されることはならない。しかし、寄与過失の抗弁が適用される場合、原告の過失が損害の中断原因としての近因として位置付けられれば²²⁸、寄与過失を理由に原告は賠償請求することができなくなる、というのである。

しかし、この説明では、事実に適合しないところが生じる。寄与過失法理の典型的な事例としてよく扱われるのは、原告と被告の両運転手が事故によって第三者を負傷させた、という場合である。原告と被告の二人の運転手が、警戒をしていなかったために交差点で衝突をし、この衝突によって近くにいた第三者が負傷したという場合、両運転手は第三者に対して責任を負うことになる²²⁹。この結論は、今日では、裁判所の中で一般的な傾向になっているが、このような責任を認めるという結論は、各運転手の過失とその過失による衝突とが事実問題としての原因であり、それらの原因は第三者が負傷したこととの間に法的因果関係があるということの意味している。だが寄与過失法理を適用すると、両運転手は、それぞれに過失があり、その個々の過失と損害との間に因果関係があると認定されているため、自身の負傷について他者に対して賠償請求することができなくなるはずである。しかし実際には、このような場合、寄与過失原理が適用される必要性も余地もない²³⁰。寄与過失法理は、原告の過失だけが損害の原因となっている場合には適用されず、原告と被告の過失が両方、損害の発生に寄与している場合にだけ適用される²³¹。もちろん、原告の過失と損害との間に因果

²²⁸ 寄与過失法理は、被告に過失が実際にあったが、被告の過失と起こった事故との間の因果関係に原告自身の不注意も貢献していると評価できるので、正確に言えば、被告の過失は法的な原因とはなっていない、という見方に基礎を置いている。このような説明をしているものとして、Bowen, L. J., In *Thomas v. Quartermaine*, 18 Q.B.D. 685, 697 (C.A. 1887) がある。

²²⁹ たとえば、この裁判事例として、*Hryhorchuk v. Smith*, 390 So.2d 497 (La.1980) ; *Maday v. Yellow Taxi Co. of Minneapolis*, 311 N.W.2d 849 (Minn. 1981) などがある。より古い伝統的な裁判事例としては、*Lotesto v. Baker*, 246 Ill. App. 425 (1927) ; *McDonald v. Robinson*, 207 Iowa 1293, 224 N.W. 820 (1929) ; *Fraser v. Flanders*, 248 Mass. 62, 142 N.E. 836 (1924) ; *Beranek v. Petracek*, 184 Neb. 516, 169 N.W.2d 275 (1969) などがある。加害者同士がどのような関係に立つのかについては、たとえば、*Erickson v. Gilden*, 76 Ill. App. 3d 218, 31 Ill. Dec. 758, 394 N.E.2d 1076 (1979) においては、過失があったとして別々に訴えられた二人の運転手が、ともに損害発生に寄与しているためとして、被害者に対して共同不法行為者として扱われている。

²³⁰ この交叉訴訟については、たとえば、*Elder v. Pacific Tel. & Tel. Co.*, 66 Cal. App.3d 650, 136 Cal. Rptr. 203 (1977) ; *Watson v. Lucerne Mach. & Equip. Inc.*, 347 So. 2d 459 (Fla. App.1977) ; *Tallahatchie Valley Elec. Power Assn. v. Clinton*, 347 So.2d 348 (Miss. 1977) ; *Mays v. Siekman*, 197 Neb. 77, 247 N.W.2d 613 (1976) などにおいて言及されている。

²³¹ たとえば、C. Clark, *Code Pleading*, 307 n.76 (2d ed. 1947) によると、寄与過失の抗

関係がある場合にだけ適用される、法的因果関係に関する特別な定義を構築して、寄与過失法理の適用にその定義が合致するようにすることは可能である。これができた場合にのみ、この近因による説明は有効になりうるとする主張もある²³²。

だが、近因という視点からだけでは、何故、遠因とされる行為による責任から被告は免除されるようになるのか、という点について十分な説明にはなっていない。Prosserによる説明、つまり、「コモンロー上の高度な個人主義的態度と、各当事者の利益を自身の注意ないし思慮のもとに委ねさせようとする政策的配慮」²³³として寄与過失法理が適用され、被告は免責されると説明するほうがより説得力があると言えるのではなかろうか。

以上のような寄与過失法理における因果関係論の影響を受けて、アメリカ法における比較過失法理では、原告の寄与過失と損害との間に因果関係があることが要求されている場合が多いと言える。

第7款 厳格責任と比較過失法理

過失責任主義のもと社会を構成する人々は、自分で引き起こすかもしれない損害に対する責任を負うという危機に晒されながらも、合法的な行為を選択して生活をしている²³⁴。原告の行為が非難に値しない場合には、かりに寄与過失であっても一般的には抗弁にはならない。だが、原告に合法の域を超えた寄与過失があり、被告の行為も非難に値している場合

弁は、必要な証拠によって原告の過失が認められるため、それゆえに原告の過失の否認とは内容的には一致しなくなる、と指摘されている。確かに論理的にはそうなるが、Pleadingのルールでは、pleaderに主張内容が一致するようにするという制限をかけていないし、一般的にはどちらの抗弁も認められているので、被告の主張内容に任せられるべき問題となると思われる。

²³² Bohlen, *supra* note 13, at 241 n.1 ; Charles Lowndes, *Contributory Negligence*, 22 *Geo. L. J.* 677-678 (1934) .

²³³ Keeton, *supra* note 28 at 452 et seq.

²³⁴ この点については、Restatement (Second) of Torts § § 507, 519 (1977) ; Charles O. Gregory, *Trespass to Negligence to Absolute Liability*, 37 *Va. L. Rev.* 359 (1951) ; Henry H. Foster and Robert E. Keeton, *Liability Without Fault in Oklahoma*, 3 *Okla. L. Rev.* 1, 172 (1950) において詳細に説明されている。その例示的な裁判事例として、*Yukon Equip., Inc. v. Fireman's Mut. Ins. Co.*, 585 P.2d 1206 (Alaska 1978) ; *Luthringer v. Moore*, 31 *Cal. 2d* 489, 190 P.2d 1 (1948) ; *Whitman Hotel Corp. v. Elliott & Watrous Eng. Co.*, 137 *Conn.* 562, 79 A.2d 591 (1951) ; *National Steel Serv. Center, Inc. v. Gibbons*, 319 N.W.2d 269 (Iowa 1982) ; *Koos v. Roth*, 293 *Or.* 670, 652 P.2d 1255 (1982) ; *Branch v. Western Petroleum, Inc.*, 657 P.2d 267 (Utah 1982) があげられている。

には、過失責任主義のもとで、原告の寄与過失は抗弁の対象になるとせざるを得ない²³⁵。

しかしながら、被告の行為が、合法的ではあるが異常に危険な性質があるために、被告による行為によって損害が拡大してしまうという場合があり、しかも、その拡大を生じさせるのに、原告よりも被告のほうがよい地位を占めていたという場合がある²³⁶。このような被告による行為に対して、実際の社会では、被告の危険な行為によって生じた損害を被告自身が補償するという条件付きで、被告の行為が認められているという場合もあるため、それゆえに潜在的な被害者を保護する義務を、被害者自身から被告である企業側に移転している場合もある²³⁷。このような場合には、通常の過失責任主義は問題にならなくなる²³⁸。つまり、個人の不注意による責任が、会社の責任に転嫁されるという場合である。このことと同じ発想が、労働者補償法 (worker' compensation acts) の基礎になっている。

²³⁵ Lowndes, supra note 232 at 689.

²³⁶ 責任保険でカバーされていれば、不法行為法上の扱いにくい制度を通じてよりも、より効果的に損害が分配されるという事情がある。よって、保険の分野では、部分的な責任を認めたり、制限したりする法理が受け入れやすいものと思われる。この点については、Clarence Morris, Hazardous Enterprises and Risk Bearing Capacity, 61 Yale L. J. 1172 (1952) が詳細に検討されている。

²³⁷ James, supra note 153 at 275 ; R. E. Keeton, Conditional Fault in the Law of Torts, 72 Harv. L. Rev. 401 (1959) . Bamford v. Turnley, 3 Best & Sm. 66, 84-85, 122 Eng. Rep. 25, 33 (Ex. 1862) において Baron Bramwell 判事は次のように述べている。公とはすべての個人で構成されており、すべての者にとっての損失と利益のバランスの上に成り立っている。多くの個人にとっていいものが、公共の利益として受け入れられる。損失が一個人によって受け入れられている場合でも、全体的な視点からみれば、その個人は利益を受けるという場合もある。つまり、物事が公共の利益に適っている場合には、損失を受けている社会の中の一個人の損失分は、利益を得ている人の利益から補償されると言える。鉄道には公共の利益があるが、鉄道を有することで得られる利益が、その土地を利用することで生じる損失を補償するのに十分でなければ、公共の利益はない。したがって、鉄道を敷設するための補償なしに個人の土地を取得するのが正当であるとは誰も考えない。列車を走らせるのは公共の利益になるが、その費用を支払わなければ、公共の利益はない。このような費用の一つが、鉄道所有者が列車を走らせなかったら存在したであろう森林の価値を燃やしてしまった場合である。もし森林が鉄道会社の所有であった場合、鉄道会社は森林を燃やした費用に対して列車を走らせることで補償されると認識するであろうし、もし会社の利益を得るにあたって他者の森林を燃やしたのであれば、明らかに森林の所有者に対して補償すべきと考える。

²³⁸ Restatement (Second) of Torts § 524 (1977) ; Lowndes, supra note 232 at 689. 裁判事例として、Ashland Oil, Inc. v. Miller Oil Purchasing Co., 678 F.2d 1293, 1308 (5th Cir. 1982) (La. law) などがある。

また、危険な動物を維持することに対する責任、少なくとも損害発生を回避することに対する責任もまた厳格に対処されおり、ここでは通常、原告の寄与過失は抗弁にはならないとされている²³⁹。このような場合、被告の行動には、利益追求的な側面があると言えるが、場合によっては危険性があるものの、社会的効用性・有用性があるという場合もある²⁴⁰。

他方、牛による土地侵入に対する責任に関する議論が二〇世紀初頭において行われているが、寄与過失法理はここでは抗弁とされるべきと示されている²⁴¹。では、何故、抗弁とされるべきなのか。それは、過失責任主義が厳格責任よりも優先的に適用されているため、とされている²⁴²。そのことが、牛の土地進入に関する裁判事例のほとんどでは、牛が侵入しないように何らかの措置を講じる義務を原告が負っているのか、被告が自分の牛を原告の土地内に入れないようにする義務を負っているのかという争点に表れていると言える²⁴³。

²³⁹ *Franken v. City of Sioux Center*, 272 N.W.2d 422 (Iowa 1978) は、ペット用のケージに虎を入れていた場合であり、*Wojewoda v. Rybarczyk*, 264 Mich. 641, 225 N.W. 555 (1929) は、不注意にも犬の上に寝たという場合であった。*Muller v. McKesson*, 73 N.Y. 195 (1878) では、獰猛な番犬の存在を忘れていたという場合であり、*Tidal Oil Co. v. Forcum*, 189 Okla. 268, 116 P.2d 572 (1941) では、獰猛な犬の殺処分を依頼された被害者がその犬に噛まれて死亡した、という場合である。*Moore v. McKay*, 55 S.W.2d 865 (Tex. Civ. App. 1932) は、ドアベルを鳴らすと凶暴な犬が目覚めることを警告するサインがあったにもかかわらず、手紙の配達人がドアベルを鳴らしたという場合であった。*Restatement (Second) of Torts* § § 484 (1965) , 515 (1977) .

²⁴⁰ *Mary C. McNeely, A Footnote on Dangerous Animals*, 37 Mich. L. Rev. 1181, 1198, 1199 (1939) は、過失責任主義の基礎に基づく可能な責任と関連させつつ、行為の有用性を論じている。しかし、公共の施設である動物園は慎重に扱われるべきとされているが、その理由は、動物園は教育的な役割を果たしており、利益追求ではないから、とされている。さらに、*Lowndes, supra note 232 at 693* は、確かに動物園は危険が少ない施設で、その利益は非金銭的な形を通じて社会に還元されるので、このような利益の費用である損失を引き受けていると言える主体が動物園である、と説明している。

²⁴¹ *Lowndes, supra note 232 at 696*.

²⁴² *Warren A. Seavey, Speculations as to "Respondeat Superior," in Harvard Legal Essays*, 433,437 et seq. (1934) ; *Fleming James and John J. Dickinson, Accident Proneness and Accident Law*, 63 Harv. L. Rev. 769, 777 et seq. (1950) .

²⁴³ *Holgate v. Bleazard*, [1917] 1 K.B. 443 (K.B.D. 1916) は、このことを示しており、たとえ原告が適正なフェンスを維持するために、被告である隣の土地所有者と契約していたとしても、原告がフェンスを維持しなかったことが、牛による土地侵入に対する隣人訴訟における抗弁にはならない、としている。*Wheeler v. Woods*, 205 Iowa 1240, 219 N.W. 407 (1928) は、もし動物が、原告によって仕切られたフェンスを通過して侵入したとしたら、牛による土地侵入に対する賠償請求を否定するという説示を支持している。このフェ

だが、たとえ厳格責任が問題になっている場面であったとしても、原告が危険に対して同意し、あるいはその危険を受け入れるのであれば、原告による損害賠償請求は否定されることになる²⁴⁴。かりに、原告が実際にその危険を知り認識していたが、その危険に不合理に遭遇してしまったとしても、原告が危険を受けるのも、危険から去るのも自由であるという視点から考えると、原告の損害賠償請求は否定されることになる²⁴⁵。

このように原告の損害賠償請求を否定する法理のことを、第2章、第1節、第5款で既に言及している「危険の引受法理 (assumption of risk)」²⁴⁶というが、初期の頃のアメリカ法では、原告が危険を認識した上で遭遇したとしても、それは危険の引き受けを構成するとして処理していない²⁴⁷。確かに、初期の頃に危険引受法理が問題になっているのは、原告による行為が不合理で、単なる不注意以上の過失を意味しているため、原告の賠償請求が否定されたという裁判事例においてであるが、危険の引き受けが問題となるということは、原告が意図的に危険に対して自身を不合理に暴露しているという場合を想定していることになる²⁴⁸。他方、この危険引受法理は、自分自身に対する保護義務を被害者から、危険を創り出し

ンスを設置する義務については、Williams が興味深いことを述べている。原告である土地所有者がフェンスを造ったにもかかわらず、隣人の牛が開いた部分に近づいて、自分が作ったキャベツなどの農作物に向かうことが明白であれば、裁判所は、牛によって侵入するのを防ぐのに合理的に効果的なことをする負担を、牛の所有者である被告に要求する可能性がある、と。 Williams, *supra* note 223 at 286.

²⁴⁴ Eastern & S. A. Tel. Co. v. Cape Town Tramways Co., [1902] A. C. 381 (P.C.) は、原告は自身の行為で、Rylands v. Fletcher, L. R. 3 H. L. 330 (1868) におけるルールで課される義務の射程外に自身を置くことになる、としている。この Cape Town Tramways 事例での原告は、電報用のケーブルは僅かな電流によっても故障を受けやすい、と主張した。裁判所は、路面電車のシステムから電流が流れ出るのを防ぐ被告の義務は、非常に感度の高い方法による保護手段にまで拡張しない、とした。また、同種の裁判事例として、Lake S. & M. S. R. R. v. Chicago, L. S. & S. B. R. R., 48 Ind. App. 584, 92 N.E. 989 (1910) , 95 N. E. 596 (1911) がある。Prosser, *supra* note 169 at 405.

²⁴⁵ Restatement (Second) of Torts § 515(2) (1972) . 同じルールが適用された爆発物による負傷の事例として、Worth v. Dunn, 98 Conn. 51, 118 A. 467 (1922) ; Wells v. Knight, 32 R. I. 432, 80 A. 16 (1911) などがある。

²⁴⁶ Keeton, *supra* note 28 at 565-566. Correia v. Firestone Tire & Rubber Co., 388 Mass. 342, 446 N.E.2d 1033 (1983) では、近因という言葉の代わりに言及されている法理である、と位置付けられている。

²⁴⁷ Meistrich v. Casino Arena Attractions, Inc., 31 N. J. 44, 155 A.2d 90 (1959) ; James Jr., *supra* note 165 at 141, 185.

²⁴⁸ Worth v. Dunn, 98 Conn. 51, 118 A. 467 (1922) は、reckless な行為による負傷の危険に対して不必要に暴露すること、としている。

た加害者に移転するのを制限することも意味している。このため Larson は、ある意味で、保険原理における事故損失の配分に関連するルールにある自己責任原則と類似の発想があるのではないかと指摘している。また、労働者補償法 (worker' compensation acts) には、労働者が誤った行為をし、その行為が重大で意図的であったという場合に、その労働者を補償の対象から排除するという条項があるが、おそらく同じ発想を見出し得るのではないかとともに指摘している²⁴⁹。

このように、危険引受法理や労働者補償法 (worker' compensation acts)、そして、保険原理における損失分配ルールにおいては、基本的に同じ発想を底辺において見出すことができるとすると、この発想は、不合理に危険な製造物によって生じた損害に対する厳格責任に基づく訴訟にも適用されるように思われる。つまり、製造物の中にある欠陥を発見できなかったとか、欠陥に存在に対して注視しなかった²⁵⁰という意味で、比較過失法理は抗弁にはならない²⁵¹が、自発的に知っていた危険に対して、不合理に自分自身を原告が暴露したという場合は、通常、危険引受法理が適用される場合であり、これは抗弁として主張が認められている²⁵²。このことは、異なるタイプの厳格責任訴訟において、どこまで類似性が認められる

²⁴⁹ A. Larson, Workmen's Compensation Law § § 30, 32 (1932) .

²⁵⁰ Restatement (Second) of Torts § 402A, Comment n (1965) .

²⁵¹ この点に言及している裁判事例として、LeBouef v. Goodyear Tire & Rubber Co., 623 F.2d 985 (5th Cir. 1980) ; Borel v. Fibreboard Paper Products Corp., 493 F.2d 1076, 1097 (5th Cir. 1973) ; Luque v. McLean, 8 Cal.3d 136, 104 Cal. Rptr. 443, 501 P.2d 1163 (1972) ; Williams v. Brown Mfg. Co., 45 Ill.2d 418, 425, 261 N. E.2d 305, 309 (1970) ; Williams v. Ford Motor Co., 454 S.W.2d 611 (Mo. App. 1970) ; Findlay v. Copeland Lumber Co., 265 Or. 300, 509 P.2d 28 (1973) ; McCown v. International Harvester Co., 463 Pa. 13, 342 A.2d 381 (1975) ; Ellithorpe v. Ford Motor Co., 503 S. W.2d 516 (Tenn. 1973) などがある。また反対の事例として、Hoelter v. Mohawk Serv., Inc., 170 Conn. 495, 365 A.2d 1064 (1976) ; Codling v. Paglia, 32 N.Y.2d 330, 345 N.Y.S.2d 461, 298 N.E.2d 622 (1973) などがある。さらに、Atkins v. American Motors Corp., 335 So.2d 134, 143 (Ala. 1976) では、寄与過失法理は一般に、第二次不法行為法リステイメント § 402A のルールが、過失自体の形式であるというアラバマ州の法理のもとで、抗弁として適用できるようになっている。そして、論文としては、R. Keeton, Assumption of Products Risk, 19 Sw. L. J. 61 (1965) ; Dix W. Noel, Defective Products: Abnormal Use, Contributory Negligence, and Assumption of Risk, 25 Vand. L. Rev. 93 (1972) ; William L. Prosser, The Fall of the Citadel (Strict Liability to the Consumer) , 50 Minn. L. Rev. 791, 838-840 (1966) ; John W. Wade, Strict Liability of Manufacturers, 19 S. L. J. 5, 21-22 (1965) などがある。

²⁵² 事例や文献は前掲注・251 の中に引用されている。また、Moran v. Raymond Corp., 484 F.2d 1008 (7th Cir. 1973) (Ill. law) ; Hale v. Firestone Tire & Rubber Co., 756 F.2d

べきかという射程距離に関する論点になってくるが²⁵³、結論を言えば、他の厳格責任のタイ

1322, 1331 (8th Cir. 1985) (Mo. Law)などもある。比較過失法理で処理している裁判事例としては、*Friley v. International Playtex, Inc.*, 604 F. Supp. 126 (W. D. Mo. 1984) ; *Johnson v. Clark Equip. Co.*, 274 Or. 403, 547 P.2d 132 (1976) などがある。だが、*Hornbeck v. Western States Fire Apparatus, Inc.*, 280 Or. 647, 572P.2d 620 (1977) は、危険の引き受けの抗弁に関する制定法上での廃止が議論されている。賠償請求を禁止するには、原告の行為は自発的でなければならないし、不合理でなければいけない、としている。*Nessick v. General Motors Corp.*, 460 F.2d 485, 493 (5th Cir. 1972) (Tex. law) は、不合理と同じレベルとして自発性を扱っているが、少し理解が難しくなっている。Aaron D. Twerski, *Old Wine in a New Flask – Restricting Assumption of Risk in the Products Liability Era*, 60 Iowa L. Rev. 1 (1974) が、この点につき詳しく検討をしている。

²⁵³ Noel, *supra* note 251 at 116 は、消費財の製造や供給は、異常ないし普通でない危険な行為であるとしている。そして、製造物に関する厳格責任の政策的理由と、他の厳格責任の理由とは異なっているし、厳格的な製造物責任は、製造者の過失を費うために、保証責任とそれに類似する法理に基づいて成立しているもので、抗弁としての寄与過失につき異なった扱いをすることは正当化できる、ともしている。さらに、リステイトメントにある制限が少なくとも、他の厳格責任の内容よりも、製造物責任事例において明らかになっている。おそらくそれは、各事例で現れている製品の誤使用の状況に大きな違いがあるからだと思われる。たとえば、第二次不法行為法リステイトメント § 402A, Comment n には、欠陥を認識していないことと、危険に出くわすことの認識との間に明確な区分がなされているが、比較的責任のない無視、たとえば、チョコレートバーの菓子を消費者が精査していないということと、重大な非難に値するような無視、たとえば、離陸する前に飛行機の燃料補給をパイロットがチェックしなかったこととの間には、線引きがなされていない。*Kassouf v. Lee Brothers, Inc.*, 209 Cal. App.2d 568, 26 Cal.Rptr.276 (1962) と、*Rudisaile v. Hawk Aviation, Inc.*, 92 N. M. 575, 592 P.2d 175 (1979) という二つの事例は、Richard Epstein, *Modern Products Liability Law* 119-123 (1980) において詳しく分析されている。また、Epstein は、Comment n は、§ 402A の歴史的背景に沿って読まれるべきで、その歴史的背景とは、初期の草案は、食品のみをカバーし、それから身体的な利用のための食品とその他の製品だけを意図しており、その後で他の製造物に広げられた、という経緯のことである。Epstein は、食品の購入者のような特定の消費者は、製品の欠陥を見抜く義務を有さないとして、Comment n は、供給者と消費者に対するそれぞれの期待だけを反映している、と結論づけている。したがって Epstein は、その Comment n について、製造物の中でも重要な分類、たとえば、食品とそれに類似するものについての取引について述べられているものと解釈されるべき、と提言している。だが、この解釈には少し難しい面があると言える。その理由として、Comment n は、初期の頃の暫定的な草案では、食品やそれに類似する製品に制限されていたとはされていないからである。草案の後であら

プ²⁵⁴と一致するように、その適用範囲が明確に確定されるようになっている。だが、そのような状況は、比較過失法理が幅広く受け入れられることで崩壊したと言える。多くの裁判所は、厳格な製造物責任の事例において、原告の寄与過失を意図的に抗弁と位置づけるのではなく、原告が誤った行為をしたという事実に基づいて、比較過失法理を適用しているのである²⁵⁵。

ゆる製品をカバーするように訂正された、と最初に示しているだけなのである。

Restatement にあるその他の制約には、特に製造物責任の事例で注視すべきものがある。欠陥を発見したり、事故発生を防御したりしなかったこととは別に、損害発生に寄与したかもしれない原告の過失に関する考慮を排除しているのである。たとえば、スピードを出している運転手が、部分的に欠陥のあるタイヤのバーストのため自動車の制御を失ったとすると、そのスピードは、自動車の制御喪失と、運転手の負傷の重大性に寄与しているが、バースト自体には寄与していない、としている制約がある。

²⁵⁴ Restatement (Second) of Torts § 402A, Comment n (1965) .

²⁵⁵ Murray v. Fairbanks Morse, 610 F.2d 149 (3d Cir. 1979) ; Lewis v. Timco, Co., 716 F.2d 1425 (5th Cir. 1983) ; Edward v. Sears, Roebuck and Company, 512 F.2d 276 (5th Cir. 1975) ; Butaud v. Suburban Marine & Sporting Goods, Inc., 555 P.2d 42 (Alaska 1976) ; Daly v. General Motors Corp., 20 Cal. 3d 725, 144 Cal. Rptr. 380, 575 P.2d 1162 (1978) ; Coney v. J. L. G. Industries, Inc., 97 Ill.2d 104, 73 Ill. Dec. 337, 454 N.E.2d 197 (1983) ; Kennedy v. City of Sawyer, 228 Kan. 439, 618 P.2d 788 (1980) ; Thibault v. Sears, Roebuck & Co., 118 N.H. 802, 395 A.2d 843 (1978) ; Day v. General Motors Corp., 345 N.W.2d 349, 357 (N.D. 1984) ; Drappel v. Sciano, 37 Wis.2d 443, 155 N.W.2d 55 (1967) などが典型的な事例である。なお、Minn. Stat. Ann. § 604.01, subdivision 1, 1a (West Supp. 1985) は、比較過失法の目的から、過失には、人を厳格な不法行為責任に服させるような作爲ないし不作為の行為が含まれる、としている。だが、Seim v. Garavalia, 306 N.W.2d 806 (Minn. 1981) は、厳格 (strict) 責任というよりも制定法上の絶対 (absolute) 責任として、犬による咬傷法のもとでの責任を区別しているため、比較過失法のもとでの減額を認めなかった。しかし、Mich. Comp. Laws Ann. § § 600,2945, 600.2929 (West Supp. 1985) ; Wash. Rev. Code Ann. § § 4.22.005, 4.22.015 (West Supp. 1986) を参照。Speck v. Unit Handling Div. of Litton Systems, Inc., 366 N.W.2d 543 (Iowa 1985) は、比較過失を用意する一九八四年立法の発行日前に提起された厳格な製造物責任に関する訴訟であったが、この訴訟では比較過失法理を適用するのを否定しているが、これと比較すべきである。Young's Mach. Co. v. Long, 100 Nev. 144, 692 P.2d 24 (1984) ; Mulherin v. Ingersoll-Rand Co., 628 P.2d 1301 (Utah 1981) . Duncan v. Cessna Aircraft Co., 665 S.W.2d 414 (Tex. 1984) は、純粹な比較過失法理は、危険の引受や製品の誤用を含みつつ、厳格な製造物責任の事例にコモンローの問題として適用できる制定法で認められた法理だが、他の抗弁も含みつつ、過失訴訟に適用できる、としている。L.

このことは、次に述べる二つの結論を導くことになる。一つは、抗弁として考えられている原告の誤った行為のタイプは、リステイトメントの枠²⁵⁶を超えて、認識された危険に意図的に出くわす場合以外の不合理な行為にも拡張されるようになっている、という結論である。その結果、この原告の誤った行為による効果によって、原告の損害賠償額は減額される

Frumer and M. Friedman, *Products Liability* § 16A[5][g] (1982) ; C. R. Heft and C. J. Heft, *Comparative Negligence Manual* § 1.110 (1978 and 1984 Supp.) ; P. Sherman, *Products Liability For the General Practitioner* § 9.04 (1981) ; Schwartz, *supra* note 14 at c.12 ; Henry Woods, *The Negligence Case: Comparative Fault* c.14 (1978) ; Rudi M. Brewster, *Comparative Negligence in Strict Liability Cases*, 42 *J. Air L. & Com.* 107 (1976) ; David A. Fischer, *Products Liability – Applicability of Comparative Negligence to Misuse and Assumption of Risk*, 43 *Mo. L. Rev.* 643 (1978) ; Harvey R. Levine, *Strict Products Liability and Comparative Negligence: The Collision of Fault and No-Fault*, 14 *San Diego L. Rev.* 337 (1977) ; Henry Woods, *Product Liability: Is Comparative Fault Winning the Day?*, 36 *Ark. L. Rev.* 360 (1982) など多数が存在する。提案された統一比較過失法 (*Uniform Comparative Fault Act*) は、過失には作為ないし不作為の行為が含まれるとしつつ、厳格な不法行為責任、たとえば、強制できるほど明確な同意にはなっていない危険の不合理な引受、他の場合であれば被告が責任を負うことになるだろう製品の誤用、そして、負傷を回避したり、損害を軽減したりするなど不合理に何もしなかったことに原告の責任を認めるに至っている。U. C. F. A. § 1, 12 *U. L. A.* (West Supp. 1985, at 41) ; 40 *La. L. Rev.* at 421 (1980)、*Iowa Code Ann.* § 668.1 (West Supp. 1985) も同様である。

²⁵⁶ *Coleman v. Western Elec. Co.*, 671 F.2d 980 (6th Cir. 1982) . この事件は次のようなものであった。原告が被告会社の敷地内でリール状になっている電話ケーブルを降ろす作業をしている際に、腕を押しつぶされたため、原告が被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。第一審における陪審は、原告勝訴の評決を出し、40万ドルの損害賠償請求を認めた。他方、陪審は原告に65%の寄与過失があったことも認めていたため、連邦地裁は、ミシガン州の比較過失法に基づいて、原告に14万ドルの損害賠償請求を認めた。原告は、ミシガン州法では、原告の傷害が安全装置の欠如ないし欠陥によって惹起された場合、原告の寄与過失によって賠償額を減額することはできないとして、判決修正の申し立てをしたが、地裁はこれを却下した。そこで原告がこの却下した命令には妥当性がないとして控訴した。第六巡回控訴裁判所は、ミシガン州法では、適切な安全装置の欠如が負傷の直接の原因になっている場合には、原告の寄与過失によって損害の回復が妨げられるべきではない、として地裁判決を破棄した。この事件では州法である比較過失法の解釈が問題になっているが、リステイトメントの内容そのものと言える解釈がなされている。しかし、最近では、この原告の寄与過失の内容がかなり拡張されて、リステイトメントの想定している内容を超えていると言える。

ことになる²⁵⁷。ただし、危険引受法理が採用される前に禁止されていた原告側の誤った行為のタイプに対してのみに限定して、原告の賠償額の減額を認めている裁判事例も存在している²⁵⁸。しかし、現在においては、原告側の誤った行為は、原告による損害賠償請求を禁止

²⁵⁷ その効果は、裁判所が純粋型ないし修正型の比較過失法理を採用したかどうかによって、様々にあり得る。純粋型の場合では、もし原告の寄与過失があれば、寄与過失の効果は常に、賠償額を減額することになる。修正型の場合では、原告の過失が全過失分の半分以下になった場合にだけ、寄与過失に応じた減額をすることになるが、全過失分とは、比較された責任の帰属主体の全部を意味する。その結果、厳格な製造物責任事例で、寄与過失法理から修正型の比較過失法理に移行する効果は、第二次不法行為法リステイメント 402 条 A の Comment n にある危険引受法理に固執している裁判管轄でも、かりに原告の寄与過失が 50% 基準を超えていなくても、認識された危険に自発的に出くわしているかどうかで、不合理な原告による行為として評価されれば、原告の請求自体を認めないということになるかもしれない。Forsythe v. Coats Co., 230 Kan. 553, 639 P.2d 43 (1982)。他方、もちろん、危険の引き受けとして扱われるために、以前から請求を認めないとされる行為が、現在では、損害額の減額事由になっているかもしれない。Prince v. Leesona Corp., 720 F.2d 1166 (10th Cir. 1983) (Kan. Law)、La Bree v. Schrieber Co., 116 Ill. App.3d 15, 72 Ill. Dec. 69, 452 N.E.2d 1 (1983)。以上のことは、原告の誤用という行為が、比較原理法理のもとで考慮されるが、州の比較過失法における”not as great as”基準にもし原告が合致していなければ請求を認める、としている Mulherin v. Ingersoll-Rand Co., 628 P.2d 1301, 1304 (Utah 1981) もある。

²⁵⁸ Prince v. Parachutes, Inc., 685 P.2d 83, 89 (Alaska 1984)、Austin v. Raybestos-Manhattan, Inc., 471 A.2d 280 (Me. 1984) は、比較過失法のもとで、原告による製品誤用が抗弁になるかどうかを裁判所は判断していないが、比較過失法理が適用されるための原告の態様について言及している裁判事例である。まず、Prince v. Parachutes, Inc., 685 P.2d 83, 89 (Alaska 1984) は次のような事例であった。原告はスカイダイビングの練習のためパラシュートについて学んだ後で、背にインストラクターが同伴する形で何度かスカイダイビングの練習をしたが、最後に原告は着地に失敗して重大な負傷をした。このため原告は、パラシュートに縫い付けられた警告書の内容が十分であり不適切であったとして、製造物責任に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、原告が数回のスカイダイビングを行っていたことから、パラシュートの特性についての知識を実際に有していたので、問題となっているパラシュートの飛行特性について原告に警告する義務は被告にはない、として被告勝訴の判決を出した。また、その判決の中で判事は、因果関係の問題について原告は正式事実審理を経ないでなされる判決を受ける権利があるとも述べた。そこで原告はその命令に基づいて上訴した。アラスカ州最高裁は、厳格責任における被告による寄与過失の抗弁については、Restatement (Second) of Torts § 420A, comment n (1965) に規定されており、それによると、原告が自発的かつ不当にすでに認識していた危険に遭遇したと

するよりも、賠償額を減額する方向で斟酌されていると言える。

他方、比較過失法理を通常用いている裁判所の中には、厳格責任は過失責任とは違うという形式的な理由に基づいて、厳格な製造物責任訴訟に比較過失法理を適用するのを拒否し

認定される場合には、原告の損害賠償請求は認められないとなっているが、本件の原告はすでにリスクを引き受けているので、警告義務は被告にはないとして被告勝訴にした事実審判決は妥当である、とした。また、Austin v. Raybestos-Manhattan, Inc., 471 A.2d 280 (Me. 1984) は次のような内容の事例であった。被害者はある会社で清掃員として働いていたが、働いている過程でアスベストに暴露されていたために、胸膜中皮腫で死亡した。そこで、被害者の財産管理人である原告が、アスベスト製造業者である被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。連邦地裁の陪審は、被告の製造物が被害者の癌による死亡の原因となっていると認定して、原告勝訴の評決を出した。そして地裁は、被害者自身にも寄与過失があるが、それは被告の過失と同等かそれ以上であったとして、メイン州の比較過失法である 14 M.R.S.A. § 156 (1980) に基づいて被告勝訴の判決を出した。そこで、メイン州の比較過失法である 14 M.R.S.A. § 156 (1980) が、本件の 14 M.R.S.A. § 221 (1980) に基づく厳格責任訴訟における原告の寄与過失に基づいて適用できるか、について裁量上訴された。連邦最高裁は、本件の場合の被害者の寄与過失として、既に知っている危険に対して被害者が自発的かつ不当に遭遇するという寄与過失が認められるが、両法の立法過程や理由などを検討した結果、14 M.R.S.A. § 156 (1980) は、14 M.R.S.A. § 221 (1980) に基づく被告の過失との比較を要求する範囲で前述の被害者による寄与過失との比較が認められる、とした。さらに、Suter v. San Angelo Foundry & Mach. Co., 81 N. J. 150, 406 A.2d 140 (1979) は、寄与過失法理であろうか比較過失法理であろうか、被告による積極的抗弁を拒否している。この事例は、従業員による機械操作の過程、つまり産業機械の欠陥から負傷が生じたもので、たとえ機械の使用に過失があったとしても、それは製造業者にとっては意図的ないし合理的に予見可能な行為と言える、という事例であった。そして、法律は、社会が保護を求める利益としての適正な安全措置として、従業員自身で注意する能力を求めない、ともしている。Bell v. Jet Wheel Blast, Div. of Ervin Industries, 462 So.2d 166, 173 (La. 1985) は、欠陥機械による産業事故と従業員の過失が寄与している従業員の負傷事故の事例に比較過失を適用することができない、とした。その理由として、そのような事例では、厳格な製造物責任の基本的な政策目標を達成できなくなるから、としている。その目標とは、たとえば、製造者に対してより安全な製品を製造するインセンティブを用意したり、責任保険を得ることができるような製造費用を製造業者自身が設定できるという観点から、製品を流通させる者に事故負傷の費用を負担させることで負傷事故を減らす、というものである。注意深く製品を扱うことに対する追加的なインセンティブを用意していないので、現実に注意深い製品使用を促進するのに資したり、より安全な製品を作るという製造業者のインセンティブを大きく損なわないであろう場合に、そのような考え方が支持されているのである。

ているところもある。そのように判断することで、比較過失法理を採用する前と同じルールが残ることになる。つまり、原告側に認められる誤った行為は通常、認識された危険に対して原告が自発的に出くわしていなければ、原告の行為は抗弁にはならないが、認識した危険に自発的に出くわしていれば、原告の賠償請求が禁止されるという処理になっている²⁵⁹。だが、他の場合では、比較過失法理を採用している裁判管轄でも、厳格で広範囲な製造物責任訴訟では寄与過失法理を認めたり、さらに条件が合致する限りで²⁶⁰、不合理な原告の行為とされるあらゆるタイプの行為²⁶¹に対して、損害賠償請求を禁止するために、他の法理を適用しているところもある。

²⁵⁹ *Correia v. Firestone Tire & Rubber Co.*, 388 Mass. 342, 446 N.E.2d 1033 (1983)、*Smith v. Smith*, 278 N.W.2d 155, 161 n.7 (S. D. 1979)、*Harris v. Karri-On Campers, Inc.*, 640 F.2d 65 (7th Cir. 1981)、*Melia v. Ford Motor Co.*, 534 F.2d 795 (8th Cir. 1976)、*Kinnard v. Coasts Co.*, 37 Colo. App. 555, 553 P.2d 835 (1976) など。だが、寄与過失法理は、危険引受法理とは区別されるが、不法行為法の中で厳格責任を主張する訴訟での抗弁にはならないし、過失訴訟を除く製造物責任訴訟でも同じである、とされている。*Welch v. F. R. Stokes, Co.*, 555 F. Supp. 1054 (D. Colo. 1983) ; *Jackson v. Harsco Corp.*, - Colo., 673 P.2d 363 (1983)、*Ariz. Rev. Stat. Ann. § 12-2509 B* (West Supp. 1984)などを参照されたい。

²⁶⁰ *Smith v. Smith*, 278 N.W.2d 155 (S. D. 1979) . 裁判所は2つの抗弁を認識し、それぞれについて定義づけをした。「危険の引き受け」は、認識された危険に暴露するかどうかを原告が選択する合理的な機会がある場合とした。「製品の誤用」は、それが作られた様式や目的以外によって製品を消費者が利用すること、として定義づけた。危険の引き受けという定義は、明確には述べられていないが、第二次不法行為法リステイトメント § 402A, Comment n が参考になる。それによると、選択が不合理でなければいけない、となっている。誤用の定義は、一般的には、厳格責任は言うまでもなく、過失法のもとで後退しているように見られている。文字通り適用されると、厳格な製造物責任における寄与過失の抗弁にとってかなりの制約になる。だが、抗弁は時折認められている。*McBride v. Ford Motor Co.*, 105 Idaho 753, 673 P.2d 55 (1983)などを参照。*Sherman*, supra note 255 at § 9.06 も参照されたい。*LeBouef v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 623 F.2d 985 (5th Cir. 1980) は、抗弁としてというよりも、欠陥の定義の要素としての通常の使用法の問題として扱うことの好ましさを示しているし、製造業者によって意図されたというよりも、製品の合理的に予見可能な使用という視点で論点の検討をしている。*Fiske v. MacGregor, Div. of Brunswick, - R. I.*, 464 A.2d 719 (1983) は、原告が認識していた危険に出くわしたとして賠償請求が否定されたが、もし原告の行為が、厳格責任とか保証契約責任訴訟での比較過失のもとで扱われる有責性のレベルに達していなかったなら、過失で危険に出くわしたとする、としている。

²⁶¹ *Bolm v. Triumph Corp.*, 71 A. D. 2d 429, 422 N.Y.S.2d 969 (1979) .

このように厳格責任と比較過失法理の関係性について考察を進めると、厳格責任としての製造物責任に比較過失法理の適用を促進する主張には、法理的な考慮と機能的な考慮が含まれているということが分かる。この点についていくつかの主張がなされているが²⁶²、その一つの主張として、消費者の誤った使用が製品の欠陥に影響して、事故が誘発されている

²⁶² 厳格責任は、通常であれば寄与過失が適用される過失そのものを問題にしているという考え方の合理性は、一応支持されていると言える。たとえば、提案された Uniform Comparative Fault Act, Comment to § 1, 12 U. L. A. (West Supp. 1985 at 41)、再版された 40 La. L. Rev. 419, 422 (1980) と、Gustafson v. Benda, 661 S.W.2d 11, 19 (Mo. 1983) などで支持されている。ちなみに John W. Wade 学部長は、UCFA の草案において統一州法 (Uniform State Laws) の委員に対する報告者である。その他、裁判事例としては、Collins v. Eli Lilly Co., 116 Wis2d 166, 199-201, 342 N.W.2d 37, 53-54 (1984) ; Dippel v. Sciano, 37 Wis.2d 443, 155 N.W.2d 55 (1967) ; Powers v. Hunt-Weswson Foods, Inc., 64 Wis2d 532, 535-537, 219 N.W.2d 393, 395 (1974) などがある。だが、その主張に説得力があるとはいえない。おそらくそれは、実質的な過失を想定したうえで、加害者は自分の過失が裁判で認定されなくても責任に服すべきであるという前提によっている。このことは実際に時折明らかに生じている。たとえば、Andrew v. White Line Bus Corp., 115 Conn. 464, 161 A. 792 (1932)。寄与過失の流れでは、Hensel v. Beckward, 273 Md. 426, 330 A.2d 196 (1974) がある。だがそれは、普通、原理の問題としてではない。通常は、陪審というよりも、合理性に関する立法者の判断を参照しながら、合理性という視点で過失要件の適否を検討しているように思われるが、例外的に、事案で認められた事実や事情が、過失認定を要求するという場合もあるように思われる。Tedla v. Ellman, 280 N.Y. 124, 19 N.E.2d 987 (1939)。たとえば、知的障害者の扱いで行われているように、過失法の応用は、過失原理から出ているということを確認することになる。Vaughan v. Menlove, 3 Bing. N. C. 468 (C. P. 1837)。だが、過失原理に対する公平性を弱化させることで、無過失が好ましいということが確立されるのに役立つかもしれないが、過失原理が十分に機能していないという事実から、無過失は過失と同じであるということにはならない。この点については、Fischer, supra note 255 at 439-442; Marcus L. Plant, Comparative Negligence and Strict Tort Liability, 40 La. L. Rev. 403, 406-407 (1980) ; Aaron Twerski, From Defect to Cause to Comparative Fault – Rethinking Some Products Liability Concepts, 60 Marq. L. Rev. 297, 319 (1977) などでも言及されている。また、これと関連した議論として、厳格な製造物責任は、欠陥製品を流通させる社会的な過失に基づいている、というものがある。John C. Fleming, Foreword: Comparative Negligence at Last – By Judicial Choice, 64 Calif. L. Rev. 239, 270 (1976) . 過失という言葉は、非難に値する行為と何ら非難に値しない行為とを含むと再定義され得るが、欠陥製品を流通させるという社会的過失は、寄与過失に要求される個人的な有責性のタイプとは全く関係はない。そのように考えれば、その製造業者の過失と消費者の過失を、合理的に比較することはできなくなる。

というような視点も含めて、様々な角度から、製造物責任の内容に、様々な原告側の複雑な過失内容を反映しようとしているものがある²⁶³。この消費者による製品の誤った使用は、多くのパターンが考えられ得る²⁶⁴。しかし、誤使用の事例の中には、消費者に責任はないと判断すべきものがある。たとえば、製品の欠陥によって、その使用の誤りになる可能性が高いのに、何等かの安全措置を講じるのを供給者が省略しているという場合である²⁶⁵。この場合における供給者としての被告の責任は、厳格責任が意図している損害発生防止という視点によって、軽減されるべきではない。他方で、原告の誤った行為が、通常考慮される寄与過失とは異なっているため、原告の寄与過失を考慮して責任分配をするよりも、それを無視して考えたほうがより公平であると思われる場合もある²⁶⁶。

このように、原告による誤った行為には様々なタイプが考えられて、非常に複雑であるため、包括的な枠組みの設定が難しいと言える。そのため、比較過失法理の適用が可能というよりも、より洗練された責任調整のための比較過失法理を個別に適用して処理することが望ましいとされ²⁶⁷、比較過失法理を規定しているリステイトメントによって提示された斟

²⁶³ Fischer, *supra* note 255 at 643.

²⁶⁴ Fischer, *supra* note 255 at 34 ; Aaron Twerski, *The Many Faces of Misuse: An Inquiry Into the Emerging Doctrine of Comparative Causation*, 29 *Mercer L. Rev.* 403 (1978) .

²⁶⁵ Aaron Twerski, *The Use and Abuse of Comparative Negligence in Products Liability*, 10 *Ind. L. Rev.* 797, 808-814 (1977) は、自動車事故における第二次衝突による負傷から原告である被害者を保護し、そして製品の使用についての誤った判断という不合理な危険から原告を保護する義務について論じており、以上の保護目的は、法律が部分的ではなく、全体的に達成すべき目標である、とする。 *Jackson v. Harsco Corp., - Colo. -*, 673 P.2d 363 (1983) においても、同様の主張が展開されている。

²⁶⁶ Twerski は、そのような注意を要求する製品のメンテナンスや修理をする場合に合理的な注意を払うことを原告がしなかったこと、そして、その製品の典型的な性能の限界まで製品を使用するという誤使用に対して比較過失法理を適用することに好意的である。誤使用にはその他2つの対照的なタイプがあるとする。1つは、典型的な性能の範囲内で十分に使用される過失、たとえば、時速 50 ㎞でダメになる欠陥タイヤで制限速度を超える場合で、そのような場合には、被告の責任は軽くなることはない。2つは、たとえ欠陥があっても責任を課されることはないような被害者による異常な製品の誤使用であり、この場合、製造業者は責任を負う必要がないが、その理由は、その製品が負傷の近因ではないからである。Twerski は、 *Hoelter v. Mohawk Serv., Inc.*, 170 *Conn.* 495, 365 *A.2d* 1064 (1976) で述べられた事情では比較過失法理の適用が妥当すると示している。Twerski, *supra* note 265 at 815-818.

²⁶⁷ 比較過失法理を採用したほとんどのアメリカの州は、第二次不法行為法リステイトメントが、§ 402A の厳格な製造物責任条項を含みつつ、1965 年に出版されて以降、同じ条項を維持している。なお、Wade, *supra* note 12 at 302 は、7つの州と連邦政府だけだが、

酌要因が実際の裁判において考慮されていると言える。むしろ、選択的な枠組みの提示がなされることが期待されているかもしれない。数は少ないが裁判所の中には、部分的にリストメント方式をひっくり返しているところもある。たとえば、通常、欠陥を原告が発見しなかったという過失については、認識された危険を意識して想定していたという場合を除いて、それは明らかに原告の過失とは評価されない²⁶⁸。オレゴン州の裁判所などは、州の比較過失法のもとで、原告の過失は、厳格な製造物責任事例においても、賠償額の減額要素として考慮されなければならないとしつつ、製造物責任事例では、特定の危険な欠陥を発見することが過失認定の際に考慮されるようにするために、欠陥を発見したり、安全措置をとったりすることを被害者がしなかったという不注意さ、怠惰さ、無知さなどがあったという事実も、原告の寄与過失として考えるということが要求されている²⁶⁹。同じことが、他の厳格責任訴訟の場合にも試みられる²⁷⁰。このことは、原告に対する注意が、比較過失法によって要求されていると理解することができる。ただし、社会での公平性を維持するために、原告の行為を考慮することのメリットが、過失責任主義が及ばなかった分野にも拡張されることによるデメリットを超えているかどうかは、未解決の問題であると言える²⁷¹。

1960年代の後半までに変わった、と指摘している。

²⁶⁸ Restatement (Second) of Torts § 402A, Comment n (1965) は、責任が厳格責任になってから、厳格責任事例に適用されるルールが適用される、としている。

²⁶⁹ Sandford v. Chevrolet Div., 292 Or. 590, 642 P.2d 624 (1982)。West v. Caterpillar Tractor Co., Inc., 336 So.2d 80, 90 (Fla. 1976) では、比較過失法理のもとで、欠陥を発見したり安全措置を講じることをしなかったこと以外の過失が、原告の寄与過失として考慮された。Coney v. J. L. G. Industries, Inc., 97 Ill.2d 104, 73 Ill. Dec. 337, 454 N.E.2d 197 (1983) も同様である。

²⁷⁰ 比較過失法理は、製造物責任に基づく訴訟以外の厳格責任訴訟に適用されてきた。Bradfield v. Transworld Airlines, Inc., 88 Cal. App.3d 681, 152 Cal. Rptr. 172 (1979) では、ワルシャワのしきたりのもとでの厳格責任が問題になった。Wurtzler v. Miller, 31 Wis.2d 310, 143 N.W.2d 27 (1966) では、犬の咬傷法が問題になった。

²⁷¹ Plant, supra note 262 at 418 は、もし比較過失法理が機能することが認められなければ、完全に無罪で、損害が発生するのを回避するのにベストを尽くした被告が、過失のある原告によって引き起こされた一部の損失を含む全損害に対して責任を負うという一方で、過失ありと認められた、あるいは証明された被告が、一部寄与した原告に対して生じた損害の一部も責任を負うことになるというのは、厳格責任の分野では想定外の結論になるであろう、としている。だが、過失のある被告に対する厳格責任訴訟において原告の寄与過失が考慮されないとするのは疑問である、ともしている。Fischer, supra note 255 at 33 は、製品の消費者全てに損失を負担させるという提案から、消費者の誤行為に帰属させるべき損失を、他の消費者に移行させるのは不公平ではないか、という議論があるが、この提案と結論によって、とりわけ、市場の競争状態、つまり、製品需要の融通性のなさ

このことは特に、危険な企業活動によって損害を受ける被害者に対する法的責任が、その危険を引き起こし拡張する能力を有している企業から、そのような能力をもっていない個人に転移されるという場合に疑問視されるようになる。

第8款 小括

本節では、比較過失法理がどのような構造を有する法理なのかについて考察してきた。その考察の結果を日本法の過失相殺法理との比較で整理すると次のようになる。

まず、第1款、第2款、第3款で考察したのは結局、比較過失法理では何と何を比較していると言えるのか、つまり、比較過失法理の構造をどのように理解すべきか、という問題であったと言える。この問題点については、責任を分割する際に考慮されるのは当事者の過失であり、その過失は、損害が生じる蓋然性、損害の大きさ、リスクを避ける費用などによって判断されている、ということになる。さらに、第三次不法行為法リステイメント § 8(b) では、各人の行為によって生み出されたリスクについて、それぞれの実際の認識 (awareness)、意図 (intent)、無関心 (indifference) を考慮に入れて判断するとしており、道徳的な価値基準ではなく、不合理に危険な行為と評価できるかという視点を設定して考えている。また、比較する場合に何を比較するのかについては、裁判実務では各当事者の過失が比較対象に

と、責任のインセンティブになる付加的な安全性を求める他の消費者にとっての有用性が欠けている、ということに関して調査がなされていない、と指摘する。そして、比較過失法理の適用から生じる利益が、不適用による不利益より勝っているかどうかは疑問であり、そこには、被告によって生じた危険、たとえば、製品の欠陥が不合理な危険を生んでいるということと、原告の寄与行為との関係に明確な違いを追求する場合に阻害となる不確定さという問題が含まれているのかもしれない、とも述べている。さらに、Calabresi や Hirschhoff は、比較過失法理を拡張することに対して、効率性を重視する経済理論に基づく議論が、公平性から来る法的な議論よりも、より強制的な支援を用意することはない、とする。経済学者によって支持されている効率性に基づく危険の配分は、寄与過失法理とも比較過失法理とも調和しないが、経済学者は、all-or-nothing ルールが、損失の最小費用回避者などの発見することに資するかもしれない、ともしている。さらに、消費者の行動に過失があるという事実は、関連する費用や利益を評価する際に、消費者よりも製造業者のほうがよい地位にあるということと関連していないわけではない、とも述べている。Calabresi and Hirschhoff, *supra* note 156 at 1064. もちろん、異なる意見を有する研究者も存在している。たとえば、Epstein, *supra* note 253 at 6-7 は、消費者の誤行為による結果に対して製造業者の責任があるとする代わりに、消費者は、向こう見ずで、愚かな、そして過失のある自身の行為に対しては責任を負うべきであり、過去において、飲酒の運転手は、自分の自動車の製造業者に対する賠償請求はできなかったが、今日では、そのような賠償請求はできる余地があるし、実際に賠償請求している事例もある、としている。

なるとされているが、非難可能性（culpability）を比較するとする見解も学説上は有力であった。ただ、前述した過失の判断構造を考えると、認識、意図、無関心などの有責性に結び付くファクターによって、過失の有無や大きさが実際の裁判において判断されていると言えるため、比較過失法理において、過失を比較するのか、非難可能性を比較するのかという議論に、それほど大きな違いはないと言えるように思われる。

そして、日本法の過失相殺法理との比較で特徴的である第5款の共同不法行為事例における比較過失法理の適用については、共同被告の過失分の総計と、原告の過失との比較を行うとして、原告の過失分が共同被告の過失総計より大きい場合には、原告による損害賠償請求を認めないとしている点に、寄与過失法理の思想が依然、色濃く反映されていると言える。また、第6款の因果関係論と近因論が、比較過失法理においても考慮されているという点も、日本法との比較で言えば、非常に特徴的であると言える。もっとも、日本法においても、因果関係が全く斟酌されていないとは言えないが、因果関係で分割的に責任を分けて考えていると把握すると、第1章、第2節、第6款で言及した部分的因果関係論や割合的因果関係論と発想的に通じるものがあるように見える。しかし、損害が可分であり、その損害項目と近因との間に因果関係があるのか否かが判断されていると理解すれば、アメリカ法の比較過失法理における因果関係論と近因論の議論は、日本法の過失相殺法理の判断構造を検討するにあたって十分参考になると思われる。

第4節 比較過失法理の周辺法理と制度

これまでは、比較過失法理がどのような過程を経て適用の認否が判断されるのか、というその判断構造を考察してきた。ただ、比較過失法理と関連する、あるいは、類似する他の法理などもアメリカ不法行為法では存在しているため、責任分配の方法として比較過失法理が単独で存在しているとは言えない。そのため、その他の法理などとの関連性が問題になってくる。そこで、第4節では、比較過失法理を取り囲む周辺法理について考察していくことにする。周辺法理を考察することで、逆に比較過失法理の特徴を浮き彫りにすることが可能になってくると思われる。

第1款 Single indivisible injury 法理

この Single Indivisible injury と呼ばれる法理は、日本法で言えば、共同不法行為の場面で問題になる連帯責任のことで、直訳すれば「不可分損害」ということになる。つまり、複数の共同不法行為者とされた被告は誰でも、原告が受けた全損害に対して、あるいは、他の被告の行為が原告に生じた損害発生に対して寄与している部分についても、損害賠償責任を負うということになるという内容の法理のことである。

この Single Indivisible injury 法理がもともと想定しているのは、複数の加害者が寄与して

いるという共同不法行為の事例であるが、第3節、第5款で考察したように、発生した損害に対して加害者の行為以外に、原告自身による何らかの落ち度が寄与している場面、つまり、原告が自身に対して加害行為を行ったとみなして、原告と被告の責任分割が問題になってくる場面である。このように考えた場合、原告に過失があっても、それが原告に生じた損害の近因と言えなければ、原告の寄与過失による責任が問題になることはない、とする裁判事例²⁷²がある。つまり、このような場合には、Single Indivisible injury 法理が適用されないとされている事例である。その裁判事例を見てみよう。

【Brandon v. County of Richardson 事件】²⁷³

女性である被害者は子供の頃に性的虐待を受けて、10代後半に性同一性障害を発症した。このため、自分の性別に対する強い嫌悪感が生じて、行動としても感情としても別の性の特徴を示すようになった。被害者は違う町に引っ越しをして、異なる性と名前で新しい生活を始めた。被害者は、その町でレイプされた後、6日後に二人によって殺害され、この二人は殺人罪で有罪判決を受けた。そこで、母親である原告は、被告である郡と郡の保安官に対して、自分の娘を守らなかったことに対して不法死亡訴訟を提起した。事実審は、6223 万ドルの経済的損害、そして、8 万ドルの非経済的な損害賠償請求を認めたが、二人のレイプ犯による故意の不法行為に対して 85%、そして被害者の過失に対して 1%の責任割当をした。原告と被告はともに上訴した。

ネブラスカ州の最高裁は、郡が被害者を保護する義務を怠ったこと、その義務を果たさなかったことに過失があること、そして、被害者が死亡する前に受けていた苦しみとして 8 万ドルの損害を被ったという認定を支持したが、ネブラスカ州の比較過失法では、故意の

²⁷² 本文掲載の裁判事例以外に、Townsend v. Legere, 688 A.2d 77 (N.H.1997) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告は、氷と雪で覆われた集合住宅内の歩道ですべって転んだため負傷した。そこで、原告は、集合住宅の管理者である被告に対して、安全な状態に歩道を維持したり、氷や雪による危険に対して防御措置を講ずることをしなかったと主張して、損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、原告が犬を連れており、正当な注意を払っていなかったという点で寄与過失が原告にあると主張した。陪審は、重要な寄与過失が原告にあったことを認める評決を出した。原告は上訴し、説示の内容を証明する十分な証拠がないのに原告に過失があったと認定した点、そして、寄与過失について陪審に事実審が説示をした点に誤りがあったと主張した。ニューハンプシャー州の最高裁は、歩道を歩いている間に、正当な注意を原告が払わなかったという証拠がないとして、原告の寄与過失を認定した特別評決の部分の支持しなかった。なお、犬の行動に関する被告側の証言は、寄与過失に関する事実認定を支持するものではないとした。証拠がない状態では、原告に寄与過失があるとされる可能性はないため、原告敗訴の判決を出す基礎にはなり得ない、とも指摘した。最高裁は、事案を事実審に差し戻した。

²⁷³ 624 N.W.2d 604, 627 (Neb.2001) .

不法行為への責任分割の割当が認められていないため、事実審による故意犯への85%の割当を否定し、被害者に1%の寄与過失があったことを認めた。事実審では故意の不法行為に対して被告が被害者を保護する義務を有し、その義務を果たさなかったという事実認定が認容されたため、最高裁は、被害者が厳しい精神的苦痛を受けたかどうか、もし受けたとして、警官の行為が近因であったと言えるかどうか、そして、原告の共同生活の損失(loss of society)の確定をする必要があるとして、事実審に差し戻しを命じた。

【Norfolk S. Ry. Co. v. Sorrell 事件】²⁷⁴

原告は、被告である鉄道会社の従業員で、アスファルトを車載したトラックを運転していた。線路沿いの砂利道を走行していたとき、対向車として同僚Aが運転するトラックが接近してきた。そのとき、原告が運転するトラックが横転し、原告はそのことによって負傷した。そこで、原告は、被告が適度に安全な職場を提供できなかったこと、そして、その過失が原告の負傷の原因になっているとして、Federal Employer's Liability Act (FELA), 45 U.S.C.S. § 51-60に基づいて、被告に対する損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、FELA 責任に関する陪審への説示において、被告の過失と原告の寄与過失に異なる因果関係の基準を適用することを述べている。つまり、本件においては、負傷の直接の原因になったとする原告の寄与過失を認定するように説示していた。陪審は、150万ドルの損害賠償請求を認める原告勝訴の評決を出した後、被告は、FELAにある比較過失制度は、原告と被告の過失に同じ因果関係の基準が適用されることを要求しているため、異なる基準を適用することは不適切であると主張した。控訴審は、因果関係の基準は被告と原告とで同じでなければいけないという被告の主張を否定した。

ミズーリ州の最高裁は、45 U.S.C.S. § 51のもとでの被告の過失と、§ 53のもとでの原告の寄与過失には異なった因果関係の基準を事実審は誤って適用した、と認定した。その理由として次のように述べた。コモンローでは、過失と寄与過失の因果関係の基準は同じであるが、FELAはそのような方法を明らかにとっていない。また、異なる因果関係の基準を適用すれば、§ 53のもとで要求されているように、寄与過失に比例して賠償額を減額することが難しくなるであろう。§ 53では使われていないが、§ 51で使われている「全体ないし一部」という言葉に含まれている意味からすると、因果関係の1つの基準を適用するコモンロー上のやり方を採用することは正当化されない。

【Rascher v. Friend 事件】²⁷⁵

²⁷⁴ 549 U.S. 158, 127 S.Ct.799, 166 L.Ed.2d 638 (2007) .

²⁷⁵ 279 Va. 370, 689 S.E.2d 661 (2010) . ちなみに、Restatement Third of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm) § 26 comment. m (2010) は、被告の不法行為に適用される事実上の因果関係に関する同様のルールは、原告の寄与過失が原告に生じた損害の事実上の原因になっているかどうかを決める場合にも適用される、としてい

原告は住宅街の二車線を自転車に乗って走行しており、交差点に時速 25 マイルで近づいた。被告は、およそ 50 呎先の反対車線で自動車を停車し、明らかに、学校への車道に入るために左折しようとして待っていた。原告は被告を視認し、被告も自分を見たと確信していた。原告は、0.5 秒から 1 秒の間に自転車のスピードメーターを見るために視線を下にし、時速 19 マイルで走行していると認識した。原告が見上げたとき、被告が左折をし、自転車の走行車線において被告の自動車が原告の前方 5 呎しかないところにいたことに気づいた。原告は、被告の自動車の後部乗客側に衝突し負傷した。そこで、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、確かに、被告が優先権を放棄しなかったことに過失があるが、交差点から目をそらし、スピードメーターを見下ろした時に、合理的な確認を維持する通常の注意を払うことができなかつた点にも原告に寄与過失があり、被告の左折をもっと早く確認することで事故を回避することができたであろうと認定され、事実審は被告勝訴の判決を出した。

バージニア州の最高裁は、寄与過失は過失と近因という独立した要素で構成されており、被告が抗弁として寄与過失を主張する場合には、原告に過失があることだけでなく、その過失が事故発生の近因で、直接的で、効果的なものであったことを立証しなければならぬと指摘した上で、事実審は原告がスピードメーターを確認しなければ事故を回避することができたかもしれないと推定したが、証拠としては、この点につき原告に過失があると立証できているとは言えないし、自転車運転者が自分のスピードを確認するためにメーターをほんの一瞬見るという行為は、その状況下では合理的な行動であった、と評価した。また、証拠によると、原告は本件事故のあった交差点から 50 呎以内にあることが分かり、原告がスピードメーターをちらっと視認して、時速 20 マイルで走行していたとすると、原告が交差点まで到達するのは 2 秒未満であると合理的に推定でき、原告が事故を回避する機会はなかったと合理的に認定することができるので、法律問題として原告の行為が事故の近因であるとは言えない、と指摘した。最高裁は、事実審判決を取り消して、差し戻した。

以上の裁判事例では、原告と被告がそれぞれの過失行為によって、それぞれの損害を発生させていると考えられていた。しかし、既に前述しているように、複数の被告に対して過失責任が追及されるが、損害を分割して考えることができないという場合を、Single indivisible injury 法理²⁷⁶は想定していた。ただし、原告に発生した損害全体を一つのものとして把握し、

る。

²⁷⁶ Michael J. Kleffner, Successive Torts Resulting in a Single, Indivisible Injury: Plaintiffs, Prepare to Prove the Impossible, 64 Mo. L. Rev. 1006 (1999) . Single indivisible injury 法理とは、作為者や不作為者が複数人存在し、それぞれが独立して行動をしているが、それらが一緒になって第三者に対して一つの損害として生じる法的な原因になっている場合、そして、それぞれの行為がその損害に関与しているのがどのくらいの比例的な割合になる

被告の加害行為と原告の寄与行為があたかも共同不法行為であるように観念して、損害を分割して考えることができる。そこで、被告の加害行為による損害部分と、原告の寄与行為による損害部分を分割して考えることができないことになれば、Single indivisible injury 法理が適用された場合と同じようになり、比較過失法理を適用して分割責任を導き出すことが難しいということになる。

しかしながら、この Single indivisible injury 法理を基礎にしつつも、比較過失法理による処理を認めている事例も存在している。その代表的な事例として、Owens Corning Fiberglas Corp. v. Parrish 事件²⁷⁷がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。石綿の接触してその繊維を吸引することで呼吸器系疾患になったとして、原告である被害者らは石綿製造業者を被告として損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、寄与過失を決める際に、被害者の喫煙歴と、防御マスクを着用しなかった期間を考慮するように陪審に説示した。さらに事実審は、マスクを着用しなかった被害者に対する使用者の過失を検討する場合にも、比較過失法理に関する説示を与えて、使用者にも過失を割り当てるのを陪審に認めていた。陪審は、原告に部分的に過失があったと認定した上で、損害賠償請求を認めた。原告は過失に関する事実認定につきケンタッキー州の控訴審に控訴した。控訴審は、事実審判決を破棄し、再審のために事案を差し戻した。そこで、被告は最高裁に上訴した。ケンタッキー州の最高裁は、比較過失として、被害者の喫煙歴か、防御マスクの着用をしなかったことのどちらかを陪審が考慮するのを事実審が認めたこと、そして、防御マスクを着用しなかった被害者の使用者にも過失の割当をするように陪審に認めたことについて、誤りはなかったとして、控訴審判決は破棄され、事実審の判決を支持した。

つまり、この事案は、被告と原告はそれぞれ別々の損害を引き起こしたが、その各損害の境界線が不明確であるために、裁判所に提出された証拠では分割して把握することができなかったという場合であった。しかし、Single indivisible injury 法理を使いながら、裁判所は、原告と被告の両者が全損害に対して責任を負うとしつつも、被害者の喫煙という事実を考慮して、結果的に責任分担することが認められたのである。

また、この Owens Corning Fiberglas Corp.事件のように、アスベストと喫煙が被害者の

のかを決めることができない場合、そのいずれにしても、全損害に対して責任を負わせられることになり、それがたとえ、ある人の行為だけで全損害を発生させているのでもなく、同じ損害を他の不法行為者の行為が生じさせているかもしれない場合でも、全損害に対する責任を負担させられるが、被害者は自分の選択によって、複数の不法行為者のうちの一人ないし複数人に対して個別に損害賠償請求をすることができるし、不法行為者全員に対して連帯責任として、全員ないし複数人を相手に損害賠償請求することもできる、という内容の法理である。日本の七一九条に規定されている共同不法行為者の連帯責任と同じ内容のものと考えることができる。

²⁷⁷ 58 S.W.3d 467 (Ky.2001) .

健康被害に影響したとして問題になった事例として、Dafler v. Raymark Indus., Inc.事件がある²⁷⁸。この事件でも健康被害という不可分の損害が問題となっているが、責任分割を観念することができるかとされている。その内容は以下の通りである。喫煙者である負傷した原告は造船所で働き、後に肺癌になった。そこで、造船所内にあるアスベストに暴露された結果として肺癌になったと主張して、アスベスト製造業者に対してアスベストに関する製造物責任訴訟を提起した。事実審は、喫煙で肺癌になったのが70%、アスベストで肺癌になったのが30%であるとし、それに従って損害賠償額を分けた。ニュージャージー州の最高裁は、事実審判決を支持した。最高裁は、被告の製品によって原告が暴露されたことと合わせて、原告自身による喫煙によって肺癌になっているとして、賠償額を分配できることを証拠は十分に示しており、それぞれの原因によって生じた損害に対して被告に全責任を負わせるよりも、粗くても賠償額を分配することを認めるほうが、公平の観点から好ましいと述べた。つまり、ニュージャージー州の最高裁は、肺癌の発生という危険の度合いを相対的に判断して、被告が設置したアスベストは30%しか原因になっていないとする一方で、原告による喫煙が肺癌の70%の原因になっている、という判断をしたのである。Owens Corning Fiberglas Corp.事件では呼吸器疾患、Dafler事件では肺癌という発生した結果が異なっているが、原告と被告の結果に対する寄与度が明確に示されるかどうかは、証拠に基づく立証の内容によっていると言える。

このように、不可分な損害であった場合には、原則として、Single indivisible injury 法理に基づいて原告と被告が連帯責任を負うことになるが、不可分であっても、各過失行為による寄与度を観念して、賠償責任の分配が行われるのが一般的な処理になっている。Single indivisible injury 法理は、日本民法における共同不法行為責任、特に、強い関連共同性が認められる場合と同じ場面を想定していると言えよう。

第2款 判断無能力者 (disability) 制度

比較過失法理に関する裁判事例を考察すると、子供の注意義務によって損害が軽減されることを認める事例が多く存在していることに気付くが、実際に、過失のある子供が原告となった場合に、原告の寄与過失が比較過失法理において考慮されている場合が多い。このことは、被害者である子供が自分の安全に対して注意を払うことと、他者が子供の安全に対して注意を払うことを、別々に把握するということを意味している。このため、子供が判断無能力者であるために、自分自身の安全に対して十分な注意を払うことができないという場合に、比較過失法理がそのまま適用されて被告の賠償責任が軽減されることになるのが問題になる。

では、原告が判断無能力であり、その原告の寄与過失が問題になった場合に、寄与過失の

²⁷⁸ 259 N.J.Super.17, 611 A.2d 136 (1992) ; 132 N.J 96, 622 A.2d 1305 (1993) .

有無はどのような基準で判断されるのか。この点について言及している裁判事例が次のものである。

【Madison by Bryant v. Babcock Ctr., Inc.事件】²⁷⁹

原告（当時 32 歳）は、精神障害がある女性で、被告が管理する住宅に自発的に入所した。被告は、自閉症、精神遅滞などの障害を有する人々に住宅やその他のサービスを提供していた。原告は被告が管理する住宅に住んでいる間、動物保護施設での仕事とゴミ捨て場でのリサイクルのための選別作業に従事していた。ある夜、全員が寝静まった後で、原告は密かに家を出て、被告が管理する住宅に住んでいた二人の男性に見知らぬ他の家に連れて行かれた。原告は、ここで家事の仕事をするものと思っていたが、性的接触を持たされて、性感染症に感染してしまった。そこで、原告は、被告が居住者に対して十分なコントロールと監督をしていなかったために、注意義務に違反しているとして、損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、法律問題として、原告の不正な外出を防止するために、原告を常に監視する法的義務を被告は負っておらず、原告が負った損害の近因は、原告自身が自発的で意図的な行為であるとして、被告勝訴の判決を出した。原告は上訴した。

サウスカロライナ州の最高裁は、サウスカロライナ州法（S. C. Code）§ 44-26-90（2002）には、その者が無能力者であると裁定されない限り、障害のない者と同じように、契約に署名し、契約関係を締結し、市民権を行使することを否定されてはいけなると規定されているが、原告自身が自分のことは自分で処理できていたと言っていたということだけに基づいて、原告は自分自身で決意をする能力を有していたとする事実審の理由付けには誤りがあり、原告の行動は原告自身の精神能力の状態に照らして評価されなければいけないし、原告自身の業務を処理する能力とその欠如は、陪審が決めなければいけない問題であるとした。

この裁判所は、原告が判断無能力である場合の原告の寄与過失は、原告という行為者の主観によって判断されるとしている。判断無能力者の場合、通常であればどのような判断や行為がなされるかという判断が難しいため、行為無能力者に寄与過失があったか否かは、その者の主観的な基準で判断せざるを得ないのである。

あるいは、判断無能力者が高齢者である場合において、寄与過失の有無について次のような基準で判断した裁判事例がある。

【Stacy v. Jedco Constr., Inc.事件】²⁸⁰

被害者は年齢のために、夫婦として特別養護老人ホームに引っ越した。被害者は年齢のわりには健康状態は良好だったが、次第に悪化する短期記憶喪失を伴う老人認知症に苦し

²⁷⁹ 638 S.E.2d 650 (S.C.2006) .

²⁸⁰ 119 N. C. App. 440, 583 S.E.2d 415 (2003) .

み、白内障手術も受けて、厚い眼鏡をかけていた。被告は、本件の特別養護老人ホームを拡張する工事に取り組み始めたが、居住者が工事現場に進入することを防止することが示されていたが、障壁は設置されていなかった。被害者は、この工事現場に強い関心を示して、繰り返し工事現場に足を踏み入れた。工事責任者は、施設の経営者に連絡をして、被害者が工事現場に繰り返して進入していると伝えたことで、被害者は立ち入り禁止であることを被告経営者から警告されていた。しかし、被害者は記憶障害のため、この警告を覚えておらず、工事現場には黄色いテープで進入を防止しようとして使用されたが、被害者は引き続き工事現場に進入した。被告の管理者は被害者の娘と話し合って、介護者を雇って被害者から目を離さないようにした。このことは一時的に成功したが、被害者は再度工事現場に進入したが、工事現場に通じている被告施設の裏口にあった木製のスロープとドアの間にギャップがあったため、被害者はそこで転倒して腰を骨折した。そこで、被害者の後見人である娘が原告となり、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、指示評決を求める被告の申立てを否定し、さらに寄与過失に関する被告の積極的抗弁について指示評決を求める原告の申立ても否定したうえで、懲罰的損害賠償請求を求める原告の主張についての指示評決を求める被告の申立てを認めた。事実審判決は評決に基づいて出されたが、評決とは異なる判決を求めた原告の申立ては否定されたため、原告は上訴した。

ノースカロライナ州の最高裁は、寄与過失の問題について、精神的能力が完全に低下している者に対しても、寄与過失を認めることはできるが、その場合の判断基準は客観的で合理的な人という基準ではなく、むしろ、同じ状況下での同じ精神的能力者が払える注意を基準に基づいて判断されるとした。被害者自身の過失が自身の負傷に寄与したかどうか、被害者の介護者の過失が寄与しているのかという点について、陪審には回答する責任があり、どちらの問題についても回答することが可能であるとして、被告は寄与過失の問題について新たな裁判を受ける権利があると結論づけた。

この裁判では、客観的な基準で寄与過失の有無を判断するのではなく、同じ程度の能力者がどのような注意を払うことができるか、という判断基準が示されている。つまり、通常の過失に要求される判断基準ではなく、判断無能力者において想定できる注意義務の程度を基準にするという形で判断基準の客観性を維持していると言える。Madison by Bryant 事件との違いは、被告が創りだした危険の存在と、その危険が他者に及ばないようにする注意義務が被告にあるという事実の有無と言える。被告が創りだした危険に複数の人が暴露されるという場面では、当然、その危険が行為無能力者にも及ぶことが想定され、その危険源に対して判断無能力者がどの程度の注意を払うことを要求できるか、という意味での客観的な視点が作用しているものと思われる。

では、原告の能力に何ら問題なく制限がない場合であれば、原告の寄与過失の判断基準は異なってくるのか。その場合には、原告の寄与過失の有無は客観的な基準によって判断されることになるとする裁判事例として次のものがある。

【Nelson v. Novant Health Triad Region, L.L.C.事件】²⁸¹

原告は、医療記録をコピーする会社の従業員で、被告である病院の医療記録部に配属された。病院の記録部への通常の通路は、地下の廊下を通過して食堂の食器洗浄室を通過していくというものであった。そのドアの反対側には、食事のトレーを運ぶカートが壁に沿って並べられており、その廊下の床は光沢がありガラスのような外観であった。この廊下を通ろうとしたとき、原告は転倒して右膝を強打し負傷した。そこで、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告は被告の過失によって負傷し、原告には寄与過失はないと認定し、1万4500ドルの損害賠償請求を認める評決を出した。事実審は、陪審に質問を提示し、原告勝訴の陪審評決を指示するほどの重大な事実問題があるとした。そこで被告が、原告には寄与過失があり、その過失に異議を唱える証拠を原告は提出できなかったと主張して、上訴した。

ノースカロライナ州の最高裁は、寄与過失が判断される場合の基準は客観的な合理人という基準であり、問題の廊下を通過するために前方を見ることが、床を見下ろして歩くことよりも多かれ少なかれ合理的であったかどうかを決めるのは、陪審によって決められるべき事実問題であるという事実審の判断に同意した。

この裁判事例は、原告の寄与過失の基準が、客観的な合理人による基準であるとされた事例である。原告は、自分に明確な寄与過失があるため、部分的な損害賠償請求が認められることになり、被告は賠償責任から完全に免責されることはない。これは、原告自身の不適切な行為から原告を保護する義務を被告が負っているという理由に基づくものである、とされている。つまり、原告の判断能力が絡む事例の場合には、行為者の主観的な判断基準で寄与過失の有無が判断されるが、判断能力に問題がなければ、通常の客観的な判断基準で寄与過失の有無が判断される、というわけである。

だが、原告が判断無能力であることを被告が知っていた場合²⁸²は、原告が自分自身を危険に晒す可能性があったとしても、原告の寄与過失は考慮されないとしている裁判事例もあ

²⁸¹ 159 N. C. App. 440, 583 S.E.2d 415 (2003) .

²⁸² 本文掲載の Madison by Bryant v. Babcock Ctr., Inc.事件以外の裁判事例として、Dodson v. South Dakota Dep't of Human Serv., 703 N.W.2d 353 (S.D.2005) がある。この裁判事例でも、うつ病と躁病の幅広い気分変化を特徴とする双極性障害と診断された患者が、退院した翌日に自殺をしたという場合において、サウスダコタ州の最高裁は、合理人という基準による寄与過失に関する事実審の説示について、患者の寄与過失を判断するにあたり、患者自身の精神的な無能による効果を評価するように説示されるべきであったとして、事実審判決は破棄されて差し戻されている。ここでも行為者本人の能力を基準に寄与過失が判断されるべきとされている。

る²⁸³。

【Maunz v. Perales 事件】²⁸⁴

原告の息子は、家庭医によってうつ病と診断され、息子の友人に何度か自殺をほのめかしていた。息子の父親は地域医療センターに息子を入院させ、診断の結果、大うつ病性障害 (major depressive disorder) と診断された。病院の記録にある情報を確認した後で、被告医師は初めて息子と会った。父親は、被告医師に薬物療法について相談し、被告は他の薬に変更した。その後、父親は、母親の希望もあって、被告と退院について相談し、被告は退院に同意した。息子は入院後、約 45 時間で退院することになったが、退院した翌日に息子は地元の店に行き、ショットガンを購入し自殺した。そこで、息子の両親が原告となって、被告は息子の自殺の危険性に対して不注意で評価し、適切な治療計画を策定し実行しなかったとして、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、息子に寄与過失があると主張した。陪審は、両当事者の過失を比較することが認められ、息子に 79%、被告に 21% の過失を分配した。そこで、原告は上訴した。

カンザス州の最高裁は、非監護状態での患者の自殺に関する医療過誤訴訟で、寄与過失が抗弁になり得るかという争点について、カンザス州の法律と、他の裁判管轄における説得力のある意見を分析したうえで、寄与過失の有無に関する評価は、その患者自身の精神能力に基づいた基準でなされるべきあり、精神的に問題のある患者の場合、患者の能力と治療に協力する能力の観点も加味すると、行為の結果に対して患者自身に責任を課すのは不合理である、とした。

つまり、この裁判では、精神能力に問題がある原告自身が自殺をするという可能性を見極めたうえで、自殺という選択の可能性をできるだけ排除するという注意義務が被告に課せられているため、被告の注意義務違反自体が争点になっている。このような原告自身の精神能力について把握している被告の注意義務違反が争点となった場合に、原告自身の判断能力の問題を指摘して、それが損害発生に寄与しているという抗弁を被告が主張することに合理性を認めることはできないとしているのである。

第 3 款 回避可能損害の法理 (avoidable consequences doctrine) と損害軽減 (mitigation of damages) 法理

回避可能損害の法理とは、原告が自身の過失によって発生した損害分に関する賠償請求することを否定するが、それは、発生した損害は原告が合理的な注意を払うことで回避され、

²⁸³ 特に、シートベルトに関する裁判事例においては、寄与過失に対して主観的な判断基準で判断されている。

²⁸⁴ 276 Kan. 313, 76 P.3d 1027 (2003) .

損害を軽減することができたから、という内容のものである²⁸⁵。つまり、被害者は、発生した損害の拡大を最小限に止める義務を負い、通常抑止できることから生じた損害を、加害者に対して請求することができない、というわけである。このような理解に基づけば、被害者自身の過失による損害分に対しては、被害者自身がその責任を負担するという処理になるため、比較過失法理と共通している点があると言える。

他方、損害軽減法理とは、回避可能損害の法理と同義とされているが²⁸⁶、被害者が、受けた損害を出来る限り少なくするための合理的な注意を払わずに、損害の拡大を防止しなかったという場合に、拡大した損害について被害者は加害者に対して損害賠償請求をすることができない、という内容の法理として一応、定義づけられている。ただ、この法理の場合は、損害発生に対する寄与ではなく、発生した損害が拡大することに対する寄与という場面を想定していると言えるため、その意味で、回避可能損害の法理とは少し適用対象となる場面が異なっているとも言える。ただ、実際の裁判において損害軽減法理は、回避可能損害の法理とも呼ばれることが多く、前述したように、一般的には同義の法概念とされている。このため、以下では、回避可能損害の法理として説明を続けていくことにする。

この両概念ともに、被害者に発生した損害全体を加害者が全額負担するのではなく、部分的に、被害者も自己負担するという場合を想定している概念である。その意味で、損害分担を導く法理であると言えるため、比較過失法理と共通している点があると言える。では、比較過失法理との違いは何処にあると言えるのか。これらの法理が適用された裁判事例として次のようなものがある。

【Willis v. Westerfield 事件】²⁸⁷

被告は、赤信号で止まっている原告の車の後部に衝突し、交通事故報告をしている警察官に対して、原告の車に衝突するのを回避するために停車することができなかった、と述べた。その衝突から2年半後、被告は宣誓証言 (deposition) において、突然に、しかも何らの警告もなしで車線変更を原告がして、交差点でブレーキをかけたこと、そして、路面が濡れて原告が急に車線変更をしたため、原告の車の衝突するのを回避することができなかったことを被告は証言した。そこで、原告とその配偶者は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。被告は最初、積極的抗弁として、原告の寄与過失を主張し、以下のような理由に基づいて、インディアナ州の比較過失法による過失の割り当てを求めた。原告の主治医の主尋問における証言によると、原告は負傷を悪化したり重篤化したりするようなことを、事故発生以降一切行っていない、ということであった。また、反対尋問では、原告は、薦められる物理療法を求めたりしておらず、状態をより良くすることを特段しな

²⁸⁵ Garner, supra note 22 at 1200.

²⁸⁶ Id. at 169.

²⁸⁷ 839 N.E.2d 1179 (Ind. 2006) .

かった、と証言した。事実審は、医師が勧める治療を原告がしなかったことが、原告の負傷の程度を悪化させたという医療専門家による証言を被告は提示しなかったので、原告が損害を軽減しなかったという抗弁を支持することにはならない、とした。

インディアナ州の控訴審は、被告が医療の専門家の証言を提示していないため、損害軽減に関する説示を与えることに誤りがある、として、事実審の損害賠償額に関する部分について破棄し、差し戻した。

この裁判事例における控訴審は、被害者の負傷を悪化させたという行為が、損害軽減法理の対象になるとしたうえで、その法理は責任に対する積極的抗弁ではなく、責任が認定された後で原告の賠償請求が認められた損害額を減額する抗弁として位置付けられる、としている。過失訴訟において原告は、負傷後の損害を減らす義務を負い、認定された原告の賠償額は、合理的な注意義務を原告が払わなかった分につき減額される、というわけである。よって、被告は、この減額分につきその因果関係について立証する必要があり、負傷後の原告の不合理な行為が、原告の負傷を悪化させたこと、そして、どのくらい悪化させたかを立証しなければならない、とされている。回避可能な損害については、加害者が責任を負担するのではなく、本来、原告が負担すべきものであるが、その法的根拠として、原告には負傷後に損害額を軽減する義務があり、それに違反して損害が拡大した場合には、原告自身その拡大した部分については自己負担をすべきであるから、とされている。

この回避可能損害の法理は、不法行為法以外の分野においても適用されており²⁸⁸、損害軽減法理でも、損害を最小限にするために原告が負担した合理的な費用を回復することができる、とした裁判事例がある²⁸⁹。その事例において裁判所は、損害を軽減する義務が原告に

²⁸⁸ Dan B. Dobbs, *Law of Remedies* § 12.6 (2d ed. 1993) に詳細に説明されている。なお、回避可能損害の法理と比較過失法理の詳細な内容については、齋藤・前掲注 4・31 頁、同「契約違反における過失相殺の法的性質 (5・完)」中央ロー・ジャーナル 16 巻 4 号 75 頁で言及されている。この論文において、アメリカ不法行為法では、回避可能損害の法理と比較過失法理の両方が適用されるのに対して、アメリカ契約法では、原則として回避可能損害の法理のみが用いられ、比較過失法理は用いられていない、と指摘している。

²⁸⁹ たとえば、*Borley Storage & Transfer Co., Inc. v. Whitted*, 271 Neb. 84, 710 N.W.2d 71 (2006) をあげることができる。この裁判事例の内容は以下の通りである。

弁護士の依頼人は、商売上の販売、そして、資産や利益に担保権の優先順位を保存するのに必要な継続的な助言等を弁護士から受けることができたにもかかわらず、依頼人に助言等を弁護士が出さなかったため、10万6000ドルの価値がある担保を依頼人は失うことになった。この助言を出さなかったことに弁護士には過失があると主張して、損害賠償請求訴訟を提起した。控訴審は、事実審での陪審評決を認容した。その理由は、1988年に担保権の価値が崩落した時に損害を軽減することを依頼人がしなかったことが、自動的に依頼

はあると指摘しているが、義務という言葉が使用されていても、それは、義務違反として原告を被告が訴えることができるということを意味するものではない、と指摘している。つまり、原告が合理的な努力を行うことで回避できる損害については、被告に対して賠償請求することができないという意味に過ぎないのである。このため、原告が損害を軽減できなかったことを証明することを被告に課しているだけなのである²⁹⁰。

この回避可能損害の法理に関するその他の裁判事例として、原告が医療上の注意を医師から遅れて受けたことが不合理であったとか、あるいは、医療上の注意に従うのを原告が拒否するのが不合理であったとかいう場合、原告自身による拒否や遅延行為によって生じた損害の悪化分につき賠償請求することができない、としているものがある²⁹¹。たとえば、次

人の損害にはならなかったこと、そして、弁護士は、軽減することで回避され得たであろう損害に対してのみ責任を負う、と陪審に説示したことについて誤りはなかったから、という点にあるとした。事実審判決は認容された。

なお、回避可能損害の法理や損害軽減法理に関する原則については、Id. at § 3.9 において Dobbs が詳しく解説されている。また、長谷川義仁は、イギリス法を参照して、損害発生後の原告の過失については、損害軽減義務法理が適用され、発生前の原告の過失については寄与過失法理が適用されると分析したうえで、日本法では、この損害軽減義務は契約分野においてしか議論されていなかったが、不法行為法領域においても十分受容することができるとし、不法行為責任と契約責任の競合による過失相殺法理の新たな姿を打ち出している。長谷川義仁『損害賠償調整の法的構造』231頁（日本評論社、2011）。

²⁹⁰ この点に言及している裁判事例として、*Tibbetts v. Dairyland Inc. Co.*, 999 A.2d 930 (Me. 2010) がある。裁判事例の内容は以下の通りである。

被害者である原告はバイク修理業を営んでおり、ある夜、顧客のバイクを自分の家に持ち帰った夜に、天気が良かったために試乗をしていた。原告が試乗している時に、自動車が原告の前に飛び出してきたため、事故が発生し、被害者は重傷を負うに至った。原告は、保険会社に対して保険金の支払請求訴訟を提起した。事実審判決は、和解で受けた13万ドルを、陪審が賠償額として認定した32万5000ドルから減額し、19万5000ドルという金額を結果として出していた。事実審は、その全金額を支払うように保険会社に命じ、医療費用につき5000ドルの支払責任が保険会社にあると認定した。保険会社が交叉上訴をした。州の最高裁は、損害額の軽減に関する証明責任に関する事実審の説示は明らかに誤りではないとして、事実審は保険会社の清算分を適正に減額している、とした。ただし、説示の過程で、被害者が自分の損害を軽減することができたことの立証責任は原告にあると述べているので、その立証責任の負担について誤りがあったが、これに対して被害者側は反論をしなかった、と述べている。

²⁹¹ 本文掲載以外の裁判事例として、*Preston v. Keith*, 217 Conn.12, 584 A.2d 439 (1991) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。

原告である被害者は、被告である運転手の過失の結果、受けた人身損害について損害賠

のような裁判事例である。

【Bryant v. Calantone 事件】²⁹²

原告である患者は、心臓に問題を抱えていることに気付いていたが、歯科治療の前と後で、抗生物質を服用するように心臓専門医によって忠告されていた。原告は、口内衛生のために被告である歯科医のところに行った。原告は被告に、施術の前と後で抗生物質を服用しなければいけない、と述べた。被告は原告に錠剤を与えたが、原告は必要とするものはそれだけと言った。原告は、抗生物質に関してさらなる質問をしなかった。しかし原告は病気になり、心臓外科施術を受けないといけなくなった。原告とその妻は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、原告勝訴の判決を出したため、被告が上訴した。

ニュージャージー州の最高裁は、上告人である歯科医は、比較過失法理に関する説示を陪審にしなかったことに事実審には誤りがあると主張しているが、治療期間における患者の行為が、損害額の問題に関連しているため、回避可能な損害に関する説示を陪審は与えられていないという点に明らかな誤りがある、と認定した。

この裁判事例では、全額の損害賠償責任を回避するために被告は、損害を被った後の原告の行為²⁹³が不合理であることだけでなく、全損害のうちのどの部分の損害項目が減額対象

償請求訴訟を提起した。事実審は、原告には50%の寄与過失があると認定しつつ、5593ドル50%の損害賠償額を認める評決を陪審は出した。そこで原告は、賠償額増額決定と、評決撤回を求めて控訴した。しかし控訴審は、この両方の申出を否定した。そこで原告が上訴した。この上告審で提示された争点は、損害減額義務という原則につき事実審が適正に陪審に説示したかどうか、という点であった。上告審は、他者の過失による被害者は、負傷が拡大しないように防ぐ合理的な注意を払うように要求される、とした。さらに、被害者の負った負傷が、被告である運転手の過失の近因によるものであるという立証責任は、被害者に課されている、ともした。また、損害額の減額の説示には、減額と近因との関係についての説示を含む必要はない、とも指摘した。最終的に州の最高裁は、控訴審判決の一部を破棄し、一部を認容した。

²⁹² 286 N.J.Super.362, 669 A.2d 286 (1996) .

²⁹³ 回避可能な結果という原則は、違法な行為が生じた後で問題になる。たとえば、Trustees of Univ. of D.C. v. Vossoughi, 963 A.2d 1162 (D.C. 2009) がその裁判事例と言える。事例の内容は以下の通りである。

原告である教授は、継続している研究を、教材や装置を提供している大学で研究室を構えて行っていた。その教授が大学によって雇用されなくななくなった後で、大学は教授の研究室を閉鎖するように命じたが、その命令は延期された。しかし、その研究室は後に、教授が知らない間に、きれいに大学によって片付けられた。そこで、教授は、研究、教材、

となるかを特定し、その特定された損害項目は、原告が合理的に行動すれば回避されたという事実上の因果関係が認められるということを証明しなければならない、ということが要

装置など失われた財産権につき損害賠償請求訴訟を提起した。事実審において陪審は、被告である大学には、動産に対する不法侵入、横領 (conversion)、そして過失につき責任があるとして、165 万ドルの賠償請求を認めた。被告は、事実審において損害額の軽減に関する説示がなかったこと、そして、教授が所有していなかった財産権に対する損害賠償を認めた陪審評決について異議申立てをした。上告審は、失われた物品についてはその価値を測ることは難しいが、それらの価値の公平な評価を陪審が認めることのできるほどの証拠があるとして事実審の賠償額の算定につき認容した。さらに、賠償額の軽減に関する説示がなかったことについては、大学が教授の物品を取り除き、破壊する前に、教授が財産権を保護しなかった場合に賠償額の軽減は問題になるが、本件の場合、取り除かれた後での問題なので、賠償額の軽減に関する説示がなかったことについて問題はないとして、事実審の判決を認容した。

求られている²⁹⁴。この事実上の因果関係の証明は、専門家による証言を求めることになる²⁹⁵。

²⁹⁴ この点を示す裁判事例として、*Morgan v. Scott*, 291 S.W.3d 622 (Ky.2009) がある。事案の内容は以下の通りである。

Morgan は、ピックアップトラックを試乗するために、家族とともに自動車販売特約店に立ち寄った。店の販売員は、Morgan としばらくピックアップトラックについて話をした後、Morgan の運転免許証をコピーして、Morgan と一緒に試乗した。しかし、販売員は、試乗車のガソリンが不足していることに気づき、販売店に戻ることにした。販売員は、給油をした後、上司との話が終わるまで、待つように Morgan に頼んだ。だが、Morgan は販売員が戻って来る前に、その販売店から試乗車を運転して去ってしまった。なお、この販売店の方針として、顧客が試乗する場合には販売員が同行すること、となっていた。販売店を試乗したまま去った Morgan は、トラックのコントロールを失って、対向車線を超えて、Scott (女性) が運転する車両に衝突したため、Scott は膝を負傷し、左大腿骨を骨折した。そこで、Scott は Morgan と自動車販売特約店を相手に、損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、Scott の要した治療費用である 27 万 4339 ドル、将来の治療費用として 50 万ドルなどを認める評決を出した。その上で陪審は、自動車特約販売店と Morgan との間で過失を分配した。Morgan と自動車特約販売店は、それぞれ上訴した。

ケンタッキー州の最高裁は、自動車販売特約店には、負傷者に対する通常の注意義務違反があったとされるほどの事情があったとは認められない、とした。他方、Morgan は、Scott が自分の医師の治療アドバイスに従って損害を軽減しなかったという Scott の主張につき陪審に説示しなかったため事実審には修正可能な誤りがあると主張した。最高裁は、ケンタッキー州の法律では、当事者は損害を軽減する必要があるとされているので、他の当事者が損害を適切に軽減しなかったという証拠をもう一人の当事者が提示した場合には、陪審は損害軽減に関する説示が与えられるべきである、とした。このため問題は、損害緩和の説示に適合する具体的な証拠が提示されたかどうかということになる。Morgan は、Scott の継続的な喫煙と肥満が自身の状態を悪化させていると主張するが、そのことを示す具体的な証拠を提示することができなかった、と最高裁は判断した。つまり、Scott の減量と喫煙の停止が大腿骨の治療を遅らせることになったという証拠がないため、Morgan は Scott の肥満と喫煙に関する損害軽減の説示を求めることはできない、とした。

この事案では、被害者の喫煙や肥満が骨の治療を難しくしているという適正な証拠が被告によって提示されなかった。つまり、因果関係要件の有無が問題になっていると言える。ただし、*Borley Storage and Transfer Co., Inc., 1 v. Whitted*, 271 Neb.84, 96, 710 N.W.2d 71, 81 (2006) は、事実審における陪審への説示で、軽減を努力すれば原告の損害が減ったであろうという証拠なしで、軽減という抗弁を認めているようである。しかし、その説示での誤りにつき、後でなされるより正確な説示によっておそらく、その誤りは修正されていると思われる。

²⁹⁵ この点に言及する裁判事例として、*Cartier v. Northwestern Elec., Inc.*, 777 N.W.2d

損害を拡大させた不合理な行為があったことが証明されると、原告の損害賠償請求額は、原告によって合理的に回避できた分だけ減額されるが、原告の請求それ自体は棄却されることはない²⁹⁶。その点で、回避可能損害の法理は、修正型の比較過失法理とは異なっている部分があると認められる。

しかし、比較過失法理と回避可能損害の法理はともに、原告の賠償請求額を減額する制度として共通項があると言える。通常の比較過失法理が適用される場合は、各当事者の過失が損害全体に寄与している、とされる。つまり、原告と被告がともに、それぞれの損害に対して同時に因果関係と持っているということになる。それに対して、原告に発生した損害が一つのものとして観念できる、つまり、不可分な損害の場合には、裁判所は、比較過失法理を使って、損害全額を引き起こした原告と被告の過失の割合に応じて分割して、原告と被告の間で責任を割り当てる処理をする²⁹⁷。

866 (N.D. 2010) がある。内容は以下の通りである。建物所有者である被害者は、地下室の天井でダクト作業をしていた時に、不適正に配線された変圧器にもたれかかった結果、電気ショックを受けて転倒した、と主張した。これに対して配線をした Northwestern Elec.は、被害者の地下室に不適正に変圧器を配線したことは認めたが、被害者自身も、負傷する危険性を想定しており、暗闇で安全でない梯子を不適正に使用していたことから、負傷を回避するための合理的な注意を払っていなかったという過失がある、と主張した。さらに、Northwestern Elec.は、リハビリをしている過程で被害者は自分の臀部を過剰に保護しているとして、損害を緩和するための合理的な注意を払っていないとも主張した。陪審は、各当事者に 50%の過失を認定した。事実審は、Northwestern Elec.に対して、3万 2565 ドルの支払を命じた。被害者は、事実審が陪審に対して行った二つの説示において誤りがあるとして上訴した。一つは、損害を軽減するか負傷を回避するために合理的な注意を払わなかったことを含めた"fault"の定義づけに関する説示。もう一つは、損害を回避したり最小化したりするために通常の注意を払うことで回避できる負傷分に対して損害賠償請求をすることができる」と述べた「損害の回避ないし最小化する義務 (duty to avoid or minimize damages)」に関する説示であった。

ノースダコタ州の最高裁は、被害者が家でのリハビリ運動を継続しなかったことが、被害者が損害を軽減しなかったことと発生した損害との間に因果関係があることを証明する合理的な証拠がないとする十分な証拠がない、とした。さらに、被害者は、因果関係を十分な証拠に基づいて立証する必要性があることのみを主張しているだけで、専門家による証言がそのためには必要であることについては言及していない、とも述べた。結局、負傷の危険性を被害者は推測できたが、回避するために合理的な注意をしていなかったという過失が被害者にもある、とした事実審判決を支持した。

²⁹⁶ Borley Storage and Transfer Co., Inc., v. Whitted, 271 Neb.84, 95, 710 N.W.2d 71, 80 (2006) .

²⁹⁷ Owens Corning Fiberglas Corp. v. Parrish, 58 S.W.3d 467 (Ky. 2001) は、被害者がア

他方、回避可能損害の法理は、発生した損害につき、二つ以上の損害項目を裁判所が認定できるときに、適用される原則である²⁹⁸。二つ以上の損害項目があると判断すると、裁判所は、特定の損害項目に対する原因となった行為をしたことに対する責任として、原告に対して責任を割り当てることができる。この責任の割当は、過失の割合を基礎に判断されるのではなく、特定の損害項目が原告の責任として認められるという因果関係に基づいて判断される²⁹⁹。たとえば、被告が損害を与えてしまった後に、不合理にも、原告が抗生物質を採らず、そして、必要とされた4週間の病院での診療を原告が受けなかったという場合に、回避可能損害の法理が適用されると、追加的に発生した損害項目については、被告の責任は問題にはならなくなる³⁰⁰。このように、診療の追加日数分という損害項目については、法的因果

スベスト繊維の吸引で引き起こされる呼吸器系疾患、つまり、石綿肺に罹患したとして、加害者であるアスベスト製造業者に対する損害賠償請求訴訟が提起された、という事例であった。この中で、被害者は、喫煙していたこと、現場で働いていた時に保護マスクを着用していなかったことが問題になった。明確な原因が明確な損害を生んでいる、あるいは、明確な原因が一つの不可分な損害を生み、法廷に提示された証拠によって、一つの不可分な損害に各当事者の行為が寄与していることを認めるために、合理的な根拠が見出された場合には、事実審は、比較過失ではなく、明確な原因ごとに損害を割り当てるように、陪審に説示しなければいけないが、本件では、原因ごとに損害を割り当てることが証拠によってできないので、比較過失法理を適用して、事実審は各当事者の過失を比例的に割って、損害を割り当てるように陪審に説示しなければならない、とした。

²⁹⁸ Restatement (Second) of Torts § 465 (1965) .

²⁹⁹ つまり、原告の合理的な注意義務を果たさなかったことが、自分で損害の一部を被ることになり、全部が被告の過失行為によるものではないと認められる、ということを被告が証明しなければならない。そのためには、原告が合理的に行動していないという証明では不十分である。つまり、被告は、自分の行為によって発生した損害とそれ以外の損害について、計測可能であると立証できることを証明しなければならない。前掲注・287の *Willis v. Westerfield*, 839 N.E.2d 1179 (Ind. 2006) がこの点について言及している。

³⁰⁰ たとえば、この点に関する裁判事例として、*Keans v. Bottiarelli*, 35 Conn. App. 239, 645 A.2d 1029 (1994) がある。事例の内容は以下の通りである。

原告である患者は被告である歯科医に対して、赤血球と血小板の製造を抑制する血液疾患を患っていると告げた。しかし、被告は、原告の血液に関する質問を一度もせず、原告の歯を抜いた。原告は、術後合併症となり、状態が悪化しているにも関わらず、被告に連絡をとろうとする努力をしなかった。結局、原告は入院した。そこで原告は被告を相手に損害賠償請求をした。事実審は、原告勝訴の判決を出したが、被告の術後説明に原告が従わなかったことが入院になったと結論づけた。そして、原告の入院費用について損害額を減額した。州の控訴審は、歯科医による治療過誤を立証するために必要な要素を原告が立証したと事実審が認定したことに、明らかな誤りはなかったとした。その上で、患者の

関係がある分だけ賠償請求を原告はできなくなるのである³⁰¹。この回避可能損害の法理のように、因果関係に基づく分割責任が、拡大損害（enhanced injury）の事例においても問題になった場合がある。たとえば、Jahn v. Hyundai Motor Co.事件がその場合にあたる。

【Jahn v. Hyundai Motor Co.事件】³⁰²

行為は最初の負傷を悪化させているとして、損害額を減額することに同意した。最終的に控訴審は、事実審判決を認容した。

³⁰¹ 回避可能損害の法理の合理的な説明をする場合、アメリカの裁判では、法的因果関係に基づいて行われる場合が多い。たとえば、次の裁判事例をあげることができる。それは、Preston v. Keith, 217 Conn. 12, 584 A.2d 439 (1991) である。

この裁判は、原告であるバスの運転手がスクールバスを運転していた時に、最初の自動車事故に遭った。このとき原告は、重傷を負わなかったため、最小限の治療を受けただけだった。次に、原告は別の自動車事故に遭い、このときは腰の捻挫を負った。そこで原告は、整形外科の治療と理学療法による治療を受けた。この整形外科医は、原告は試験的に仕事に復帰することができると判断した。その後で、原告のスクールバスと被告の自動車が衝突し、原告は腰の傷害を再度負ってしまった。原告は再度、休職をして、週に3回理学療法を受けるようになった。そこで、原告は、本件事故が被告の過失によって引き起こされたとして、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審で陪審は、原告に50%の過失があったと事実認定をして、原告に5593 ㉔の賠償請求を認める評決を出した。原告は控訴審に上訴した。控訴審は、まず、事実審における損害軽減に関する説示は適切であったとした。原告が損害を軽減しようとしなかったことが、負傷を拡大することになったと認定された場合に限り、軽減原則が適用されるべきであるという内容について、事実審によって与えられた説示によって、その内容が陪審に十分伝えられている限り、法的因果関係と損害の軽減との関係性について陪審は説示される必要はない。そして、過失訴訟において被告が損害軽減に関する問題につき立証責任を負うこと、そして、陪審はそのことについて説示されなければいけないと控訴審は結論づけた。

³⁰² 773 N.W.2d 550 (Iowa 2009) . この裁判事例においてアイオワ州の最高裁は、ちなみに、この Reed v. Chrysler Corp.事件とは、泥酔した運転手が自動車のコントロールを失い、橋脚台に衝突して逆さまに転倒したという自動車事故で、その自動車の後部座席に同乗していた原告（運転手と同様に泥酔していた）が重症を負ったため、自動車製造業者を相手に損害賠償請求訴訟を提起したというものである。原告は、フロントガラスと取り外し可能な金属の屋根に欠陥があったと主張した。アイオワ州の最高裁は、運転手による事故を発生させたことが設計上の欠陥と関連性があること、その欠陥だけが事故から発生した負傷を大きくしていなければいけないこと、そして、事故を発生させた運転手の過失は、その過失が被害者の拡大損害と法的因果関係があると立証されていなければ関係性はないという要件はないと述べて、被害者の拡大損害の訴えに対する抗弁として、運転手と

加害者の自動車が交差点での一時停止の標識を無視して、被害者が乗っている自動車に衝突したが、被害者が乗っている自動車のドライバー側のエアバックが作動せず、被害者は頭蓋骨、左腰などの骨折を含む複数の重傷を負った。そこで、被害者は、自動車製造会社であるヒュンダイに対して損害賠償請求訴訟を提起した。製品に欠陥がなければ損害を回避することができた、という理由である。被害者が乗っている自動車を運転していた者にも過失があり、それが事故発生の一因であることを被害者は認めている。しかし、その運転手の過失と自動車製造会社の過失とは比較することができない、と主張した。

アイオワ州の最高裁は次のように述べた。拡大損害責任の理論では、製品の欠陥は衝突事故の原因ではないため、その事故から生じる負傷について製造業者は賠償責任を負うことはない。そして、この拡大損害と比較過失との関係については、多数意見によると、同時因果関係の原則（principle of concurrent causation）³⁰³は拡大損害の場合に適用され、結果として比較過失法理が適用される場合があるとする。同時因果関係の原則とは、特に財産保険に関連している原則で、二つ以上の原因による結果として損害が発生している場合に、保険でカバーされる損害とそうでない損害が生じるが可能性があるが、発生した損害を全て保険でカバーされる、とする原則のことである。州の最高裁は、前例である *Reed v. Chrysler Corp.*, 494 N.W.2d 224 (Iowa 1992) を覆し、比較過失法理を採用している Iowa Code ch. 668 という条項が拡大損害事例に適用され、さらに、Iowa Code § 668.4 という連帯責任条項が、可分・不可分の損害に対して責任がある当事者に適用されるとして、第三次不法行為法リステイトメント § 16 と § 17 にその法律を合わせた。これらの原因は同時に発生しているか、一つが他方よりも最初に発生している。

このような回避可能損害の法理は、比較過失法理の事例における過失分割責任のルールとは対照的に、因果関係分割責任と呼びうると Dobbs は指摘している³⁰⁴。すなわち、発生した損害に対する原因という意味での因果関係とは、法律学的には、一人の行為によって生じた一つの結果の責任を、その一人に帰属させるという意味として考えられており、それを法的因果関係というが、因果関係分割責任という言葉は、この法的因果関係とは異なっており、原告の行為と同様に被告の行為も、発生した損害という結果に対して因果関係があるという場合を想定している、と Dobbs は述べている。

また、この分割責任におけるパーセンテージという表現について、Robertson が興味深い指摘をしている³⁰⁵。もともと比較過失法理では、パーセンテージという表現は使われていない、という指摘である。パーセンテージを使って割合責任を示す裁判所があるが、それは

被害者が酔っていたことは衝突事故との関係において主張することができない、とした。

³⁰³ Garner, *supra* note 22 at 273 の説明によると、同時にある結果を生じさせる複数原因のことを意味する。

³⁰⁴ Dobbs, *supra* note 12 at 823.

³⁰⁵ Robertson, *supra* note 191 at 831.

ミスリーディングで、たとえば、拡大損害としての治療費用の追加分は、パーセンテージの問題ではなく、公平の見地から、被害者に帰属させることができる責任としての損害項目である、というものである。これは、興味深い指摘であり、次のように整理することが可能であると思われる。拡大損害を損害項目として原告は請求するという場合、その拡大損害に関する責任範囲は、発生した損害全体から分離、分割が可能であることを前提にしている指摘であると理解すべきではなかろうか。つまり、発生した損害のうち原告が合理的な措置を施していれば発生を回避することができた部分が、損害全体から切り離されて認識できる場合には、因果関係的にも分離することができ、Dobbs のいう因果関係分割責任という考え方にも馴染むという整理である。パーセンテージあるいは比率というどちらかの表現を使うかというよりも、加害者が被害者にある損害項目を発生させ、被害者もその損害の拡大に関与したという場合に、その損害項目に対する各責任を割り当てる場合の根拠としていえる。

このように、部分的な責任を導く回避可能損害の法理だが、比較過失法理による割合責任と必ずしも同じ結論になるとは言えない。たとえば、原告の損害が10万ドルで、原告の寄与過失が5%であったとする。比較過失法理のもとでは、原告の賠償請求は、5%分減額されることになり、その結果、9万5000ドルという金額になる。しかし、原告の唯一の過失が、負傷後、抗生物質を摂取せず、その過失が原告の損害状態を一層悪化させ、追加の治療保養として1万ドルが必要となったとする。回避可能損害の法理が適用されると、原告に9万ドルの請求だけが認められることになる。

では、比較過失法理と回避可能損害の法理が競合した場合は、どちらが優先的に適用されるのか。ほとんどの州では比較過失法理が採用されており、回避可能損害の法理による原告と被告間の責任割合の査定方法は実際にはなかなか受け入れられなかった。その理由としてDobbsは、因果関係による責任割合（causal apportionment）を査定することの困難さをあげている³⁰⁶。そのため、比較過失法理だけが責任割合を評価する唯一可能な方法として採用されてきたとされている。たとえば、高速道路での自動車事故で、被告の過失の結果として原告の足が折れたことが証拠で明確にされたが、原告の腕が折れていた原因が証拠で明確にされなかったという場合、この事故を契機にして腕が折れているにもかかわらず、折れた腕に対する責任は原告にだけあると結論付けることは妥当ではない。つまり、Dobbsによると、比較過失法理による責任分担は、特に因果関係上の割合が認められない場合によく利用されている、と分析しているのである。

では、比較過失法理と回避可能損害の法理との関係については、どのように整理されているのか。従来の議論によると、次に述べる第1項と第2項のように分類されることがある。

第1項 事故発生への適用と拡大損害への適用の区別

³⁰⁶ Dobbs, *supra* note 12 at 824.

まず、原告と被告の双方が原告の負傷につき非難可能性が認められる場合、責任割合は比較過失法理で行われる³⁰⁷。このとき、回避可能損害の法理は適用されない。ただし、裁判所

³⁰⁷ 原告と被告ともに非難可能性がある場合に、比較過失法理で処理されているという裁判事例として、*Baker v. Morrison*, 309 Ark. 457, 829 S.W.2d 421 (1992) と *Waterson v. General Motor corp.*, 111 N.J. 238, 544 A.2d 357 (1988) をあげることができる。

まず、*Baker v. Morrison* 事件は、次のような内容の裁判事例であった。高速道路において、原告は被告の車両を追い越してから、車線を元に戻そうとした時に、後方から過失によって被告の車両に追突された。そこで、原告が被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告勝訴の評決を出した。控訴審で被告は、事故時に原告がシートベルトを着用していなかったことに関する証拠を排除する予備的申し立てを事実審が否定したことに誤りがあると主張した。また、原告がシートベルトを着用していなかったことは寄与過失に関する証拠であり、法的因果関係に関する医学的証言がない場合でも、陪審はシートベルトの着用によって原告の損害は軽減されたと合理的な陪審なら結論づけることができる、とも主張した。州の最高裁は、原告がシートベルトの着用をしていないことは、通常の注意義務を尽くしていないことなので、そのような不作為が損害の近因でなければ、比較過失法理を適用するための過失として考慮されない、とした。また、原告がシートベルトを着用していないという事実は、比較過失法理の証拠になり、被告は、負傷の全部ないし一部の近因がシートベルトの不使用であることを証明する責任を負っている、とも述べている。その上で、最高裁は、原告の負傷とシートベルトの不使用との関係に関する証拠がないので、その負担を被告は負っていない、と結論づけた。

この事案では、損害軽減がなされなかった事例であるが、比較過失法理による責任分割がなされる場合に因果関係が要求されたものである。

次の *Waterson v. General Motor corp.*, 111 N.J. 238, 544 A.2d 357 (1988) は、次のような内容の裁判事例であった。原告の自動車は制御不能になり、電信柱に衝突したが、この事故は、原告の車の右後方の車軸に欠陥があったために生じたものであった。事故当時、原告はシートベルトを着用していなかった。事故の結果、原告は股関節脱臼、左鎖骨や左肋骨の骨折などの負傷を負った。そこで、原告は、被告となる自動車の製造元と販売業者を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、両被告に対して2万8000ドルの損害賠償請求を原告に認めただけで、原告がシートベルトをしなかったことが、自分の負傷に40%寄与していると認定した。ニュージャージー州の最高裁は、シートベルトを装着していなかったことは、賠償請求を否定する寄与過失を構成しないが、装着しなかったことが、原告の負傷の程度や重大さを増加していることを被告が証明できた場合、原告の賠償額を減額するのに使うことができる、とした。その理由は、争点は、事故原因にシートベルトを装着していなかったことが寄与しているかどうかではなく、シートベルトを装着していなかったことが原告の負傷の程度にどのように寄与したかという点にある、として破棄し

の中には、このように比較過失法理で処理されるべきところを、回避可能損害の法理の発想で処理しているところもある³⁰⁸。

【McDonnell v. Chally 事件】³⁰⁹

被害者が乗客として乗車していた自動車の後部部分に、加害者が運転する車両が衝突したことで、被害者は首と背中に負傷した。そこで、被害者は加害者に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審において陪審は、負傷した者の損害を軽減しなかったことにつき、40%の過失が負傷した原告にある、と認定した。さらに事実審は、原告が体重を軽くしようとしなかったこと、医者によって命じられたように身体的なセラピーを施さなかったことで、損害を軽減しなかったと認定することができると、陪審に説示した。

アイオワ州の控訴審は、アイオワ州の法律のもとでは、そのような説示は適正であったとした。被告は、原告が体重を軽くすれば損害の軽減になり、そのような状況下では体重

た。最高裁は破棄差戻をした。賠償額の算定公式を採用するにあたり、シートベルトを装着しなかったことは厳格責任での賠償請求を禁止する寄与過失にはならないが、原告の負傷の程度や重大さをシートベルトの不着用が損害を増大させたことを被告が立証した場合には、装着しなかったことが賠償額の減額事由になる、とした。

³⁰⁸ 本文掲載の裁判事例以外のものとして、McKay's Family Dodge v. Hardrives, 480 N.W.2d 141 (Minn. Ct. App. 1992) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。

原告は、被告であるリサイクル工場から約4マイルのところで自動車販売店を営んでいた。1985年の春頃から、原告の敷地内に置いている自動車に小さな黄色のスポットがあることに気づき始めた。そのスポットを除去すると、自動車に腐食の損傷が残った。この問題はその後数年続いたが、そのスポットは、被告の工場から排出された煙が風によって原告の自動車販売店に向かって吹いた時に出現していた。そこで、原告は、自動車の損傷に関する過失、ニューサンス、不法侵入に基づいて損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、被告が過失でアスファルト工場を操業し、自動車の損傷の近因がその過失行為であると事実認定した。事実審は、原告勝訴の判決を出し、被告に対して修繕費用などの支払いを命じた。被告は控訴した。控訴審は、評決とは異なる判決を事実審が認めなかったことに誤りはないと認定した。東南から風が吹くことで自動車販売店の車に残されたスポットは、事実審判決を支持するのに十分な証拠があると認定した。一方、控訴審は、比較過失法理に関する説示を事実審が陪審にしなかったことに誤りがあるとした。損傷を妨げたり、損害を軽減したりするためにあらゆる合理的な方法を採用する義務が自動車販売店にはある、とも言及した。つまり、より頻繁に自動車を洗浄することで、損傷を防止したり、軽減したりすることができたという推論を支持する証拠を原告が提示できた場合には、比較過失法理に関する説示を陪審にするのを拒否することには誤りがある、というわけである。

³⁰⁹ 529 N.W.2d 611 (Iowa 1994) .

を軽くするのは合理的であるという重要な証拠を示す負担を負っていた。原告の神経科医は、体重の軽減が背中の変和感をかなり改善すると強くアドバイスをしたが、原告は、28の身体的セラピーの内、9だけ参加したという証拠があった。控訴審は事実審判決を認容した。

統一不法行為分割責任法（Uniform Apportionment of Tort Responsibility Act）や州の制定法³¹⁰の中には、この回避可能損害の法理を支持して、損害発生回避をしなかったという過失割合に基づく損害額の軽減を示しているものがある。しかし、Paul LeBelによると、この法律には、いくつかの問題点があると指摘されている。たとえば、原告が合計1万ドルの損害を受けたとすると、陪審は、被告に損害の一部を負担させるために全体の過失における被告による過失のパーセンテージを考えるはずである。さらに、原告だけの過失で追加損害として1万ドルが生じたとすると、陪審は、やはり全過失における原告の過失のパーセンテージを考えて、原告の損害賠償額を減額することになるのではないか。だが、原告に個別の損害項目を生じさせている過失があると認定される場合、パーセンテージで責任を分割するという方法に本当に合理性があると言えるのか、という指摘である³¹¹。このような問題点を含んだ裁判事例として次のようなものがある。

【Ridley v. Safety Kleen Corp.事件】³¹²

被害者は自分の娘を同乗させてピックアップトラックを運転していたが、被告会社の従業員が運転するトラックと交差点にて衝突した。そこで、被害者である原告は、被告会社と郡に対して損害賠償請求訴訟を提起した。原告の主張によると、被告会社のトラックが道路面に書かれた「STOP」という表示を無視して交差点に進入し、郡は事故が発生した交差点に設置されている交通制御装置をメンテナンスする責任を負っていた、ということであった。これに対して被告会社は、原告はシートベルトを着用していなかったと積極的抗弁を主張した。事実審において被告会社は、運転手にシートベルトの着用を要求しているフロリダ州の交通法（Florida Safety Belt Law）に関する説示を要求したが、拒否された。最終的に、陪審は、原告勝訴の評決を出した。陪審は、事故に対して100%の過失が被告会社にあると事実認定をした。原告も郡も寄与過失が認定されておらず、原告のシートベルト不着用は、原告の負傷に寄与していないと認定された。控訴審は、事実審判決を破棄し、フロリダ州の制定法に関する説示を被告会社が求めたのに、それを拒否したこと

³¹⁰ E.G., Minn. Stat. Ann. § 604.01 には、寄与過失とは、損害結果の回避を怠ったり、損害を軽減しなかったりすることが不合理であったということを含む、とされている。

³¹¹ Paul A. LeBel, Reducing the Recovery of Avoidable “Seat-belt Damages”: A Cure for The Defects of Waterson v. General Motors Corporation, 22 Seton Hall L. Rev. 4 (1991) を参照。

³¹² 693 So.2d 934 (Fla. 1996) .

に修正可能な誤りを事実審は犯しているとした。

フロリダ州の最高裁は、シートベルト法とそれに違反した場合の効果について、陪審に説示しなかったという点に誤りがあったという点について認めた。そして、原告がシートベルトを着用しなかったことで、原告の損害を軽減すべきか否か、そして、軽減するとしてどの程度軽減すべきか、という点について再審理のため本件を差し戻した。最終的に、原告がシートベルトの着用を怠ったこと、そして、負傷を引き起こした事故の原因にその不着用が寄与している点に過失があったと認定された場合、原告の損害を事実審がどのようにして減額するかを検討した結果、最初に、事故を引き起こした事に対する寄与過失と、シートベルト不着用という原告の過失をまとめて扱い、比較過失法理によって原告の損害割合分を減額する、とした。したがって、陪審が原告に過失があるかどうかを検討する場合には、原告の全寄与過失を計算するように陪審は説示されるべきである、とした。

この裁判事例では、事故発生に寄与した原告の過失と、拡大損害に関与した原告の過失の両方を含んだ過失の事実認定をするように陪審に要求して、算定方法を明確化にしようと裁判所が試みている。つまり、シートベルトを装着しなかったという原告の過失と、原告の運転における過失の問題が認められても、その両者を区別せずに行為全体を意識して、比較過失法理を適用して処理すべき、としているのである。この裁判事例は、シートベルト不着用という原告の過失による拡大した損害項目が比較的、特定されやすい事例だと思われるが、発生した損害の原因行為をも含めて全体的な行為の流れの中で、割合的に原告の過失分を算定するという難しい方法を採用しているのである。この方法では、場合によっては、本来原告が負担すべき損害分について、被告に負担させるという可能性が生じることになり、不当な結論を招くのではないかと危惧される。

第2項 受傷後の原告の行為への適用

拡大損害に対して回避可能損害の法理が適用されるということは、加害者による加害行為によって損害を受けた後に発生した損害項目については、原告の行為の結果として考えるということを意味する。実際に、裁判所は、もし第一次損害である最初の受傷に原告の過失が寄与しているとして、比較過失法理のもとで、原告の過失が割り当てられることになれば、原告の過失は寄与過失として考慮される、とする。だが、第二次損害である受傷後の損害を原告が軽減できなかったことは、可能であれば因果関係的に分けられるために、回避可能損害の法理に関する問題となる、と一般的には考えている³¹³。たとえば、この点について

³¹³ 本文掲載の裁判事例以外として、次のようなものもある。たとえば、Shuette v. Beazer Homes Holdings Corp., 124 P.3d 530 (Nev. 2005) である。この裁判事例は、原告である建物所有者が、欠陥住宅を建築されて損害を被ったとして、被告である建築会社に

言及している裁判事例として、次のようなものがある。

【Ostrowski v. Azzara 事件】³¹⁴

被害者は糖尿病患者で、感染したつま先を治療するために加害者である医師を紹介された。加害者はつま先の爪を除去したが、被害者は手術を受けた結果、合併症を引き起こした。そこで被害者は、医療過誤訴訟を提起した。陪審は、被害者にも51%の過失があると認定し、事実審は加害者勝訴の判決を出した。控訴審は事実審判決を認容した。被害者はさらに上告した。

ニュージャージー州の最高裁は、外科手術の時点で原告の行為にだけ比較過失法理が適用され、賠償額を算定するときに考慮されるべき損害の軽減については、悪化している状況に寄与した外科手術の後の原告の行為について適用される、とした。それゆえに、原告の寄与過失の程度を決定する際に、外科手術後における原告の行為を事実審が考慮することに誤りがある、とした。最高裁は、控訴審判決を破棄し、差し戻した。

【Kocher v. Getz 事件】³¹⁵

加害者である運転手は、優先交通権を与えなかったために、被害者の自動車と衝突した。そこで、被害者は、加害者に対して損害賠償請求訴訟を提起した。そのとき原告は、自動車が衝突したことで、負傷と損害、そして治療費用の支出を被ったと主張した。これに対して被告は、原告の損害と負傷は原告自身の過失によって生じていること、そして、その損害を原告は軽減しようとしなかったこと、を積極的抗弁として主張した。陪審は、原告勝訴の評決を出して、25万ドルの損害賠償請求を認めた。控訴審は、インディアナ州の比較過失法のもとでの過失の割り当てと損害額の算定方法に関する説明を否定している点

対して提起された損害賠償請求訴訟である。事実審は原告勝訴の判決を出し、733万3515ドル、弁護士費用などに関する賠償請求を認めた。被告は上訴した。判決の中で比較過失法理と損害軽減義務の関係が問題になり、ネバダ州の最高裁は、比較過失法理は損害の原因に直接関与している行為に対してのみ適用され、損害や結果を拡大しただけとされる重大な行為には適用されないので、損害をもたらすにあたり重大な要素になっている場合に限って、被害者の過失は法的に自分の損害の原因に寄与していることになる、と述べている。また、損害軽減義務の問題は、損害が拡大するのを回避するために被害者が合理的な注意を払わなかったという立証責任を負った加害者が、賠償額を軽減しようとする場面で問題になる、としている。さらに、本件で言えば、建築の時点で欠陥が存在していた場合には、比較過失法理は適用されず、その時に存在している条件に家屋所有者の行為が寄与した後で、欠陥が発現されたという場合であれば、寄与過失の抗弁は適正になる、としている。

³¹⁴ 111 N.J.429, 545 A.2d 148 (1988) .

³¹⁵ 824 N.E.2d 671 (Ind. 2005) .

で、事実審には裁量の濫用があるとして、事実審判決を破棄差し戻しにした。

インディアナ州の最高裁は次のように述べた。加害者は、優先交通権を与えなかったことは認めたが、その事故によって被害者に重大な損害を発生させたことについて否定している。また、事故後の時点で、被害者は、代わりのパートタイム労働を見つけ出す努力を十分に行わなかったために、損害を軽減しようとしなかったと主張した。事実審はインディアナ州の比較過失法のもとで比較過失に関する説示を否定したが、その法律は、原告が軽減しなかったことに関する被告の主張について陪審に説示しているものである。事実審は、インディアナ州の比較過失法、Ind. Code §34-51-2-1のもとで比較過失に関する説示をするのを否定したが、原告が軽減しなかったことに関する被告の主張について陪審に説示している。損害の軽減とは、不法行為によって生じたと認定された後で被害者に付与された損害額に対する抗弁である。他方、損害の軽減は、最終的な責任問題に対する抗弁ではない。事実審は、被告は過失を認めているので、比較過失法理に関する説示を拒否している。よって、事実審の判決は認容されるとした。

このような裁判事例を検討すると、シートベルトのような安全装置を使っていない原告は、シートベルトを使わないことで事故を引き起こしたわけではないので、比較過失法理による事故発生の責任を課されることにはならなくなる。同様に、原告がシートベルトを使用していなかったという事実は受傷前よりも受傷後で重視されるべき事実で、損害項目も特定されるとすると、回避可能損害の法理という責任緩和ルール（mitigation rule）が原告に適用されることになる。そうすると原告の受傷前にあった過失は、責任緩和ルールによる解決には馴染まないということになるが、もしそうであれば、その損害項目が、原告が損害を受ける前に発生したものかどうかということが問題となってくる。つまり、原告の過失が受傷前か後かという時間的な区別で整理することも可能ということになる。しかし、時間的な区別で考えたとしても、比較過失法理の性質から導き出される本質的な違いを発見することはできないのではないかと、と思われる。実際の裁判でも、原告の過失が受傷よりも前に生じたかどうかという問題は、必ずしも重要とされていないように思われる。特に、加害行為が続いている場合、どの時点から「前」で、どの時点から「後」なのかを、合理的に検討することは難しい場合もあるからである³¹⁶。

³¹⁶ Cipollone v. Liggett Group, Inc., 893 F.2d 541 (3d Cir. 1990) は、被害者が被告会社製造のたばこを喫煙していたため肺癌を患って死亡したため、被害者の遺族が被告を相手に損害賠償請求をした事案であった。この事案は、被告の明示的保証違反（breach of express warranty）を理由とする損害賠償請求訴訟であるが、1966年に連邦たばこラベリング広告法（15 U.S.C. § § 1331-1340）が出されたため、被害者による自発的喫煙が何時の時点からの比較過失法理の適用対象になるかが問題となった。陪審は、1965年以降の被害者の喫煙行為を比較過失法理の対象行為として考慮するとしたが、被害者が喫煙の喫煙の危険性を信じる可能性がないため、被告による広告で十分であり、明示的な保証を構

【Cipollone v. Liggett Group, Inc.事件】³¹⁷

原告である夫は、喫煙によって妻が肺癌になり、後に喫煙で死亡したとして、たばこ会社に対して、N.J. Stat. Ann. § 12A:2-313(1) のもとで、明示の品質保証 (express warranty) 違反、詐欺、不法行為に基づいて損害賠償請求訴訟を提起した。妻は 40 年以上も喫煙をして、たばこ会社に対する損害賠償請求訴訟を提起した後の 1 年後に死亡した。事実審では、陪審は、明示的な保証契約違反に基づいて 40 万ドルの損害賠償請求を原告に認める評決を出した。また、陪審は、製品の危険性について適切に警告しなかったことに対して厳格な責任があるとしたが、原告の妻にも寄与過失があるとして、評決が出された。つまり、たばこの喫煙による害について原告の妻は認識しており、自発的に喫煙することを選択していたと事実認定されたため、妻の負傷に対する責任の 80% を原告の妻に、たばこ会社には 20% の責任を、陪審は割り当てた。ニュージャージー州の法律では、原告の妻に 80% の責任を陪審は帰せしめているので、警告しなかったことに基づく損害賠償請求は認められない。ニュージャージー州の地裁は、この陪審評決に基づいて判決を出した。

控訴審は、1966 年に連邦たばこラベル広告規制法、15 U.S.C.S. § § 1331-1340 が施行された後、原告の妻に寄与過失があるか否かの決定を陪審がするのを地裁が認めたことに誤りがあったこと、そして、夫の明示の品質保証の訴えを支持するのに十分な証拠があるので、たばこ会社が求めた評決とは異なる判決を地裁が否定すること、ないし、比較過失法理の抗弁を禁止することには誤りがないこと、などと述べた。その上で控訴審は、明示の品質保証違反を理由に、たばこ会社敗訴とした陪審評決を破棄し、1965 年以降の妻の行為に基づく夫の訴えを棄却する判決を認容した。控訴審は、たばこによる危険性と有用性、そして、警告をしなかったという主張に基づいて、たばこ会社勝訴とした判決を破棄し、差し戻した。

この裁判事例は明示の品質保証違反に関する部分だが、一応、州の法律が施行される前と後で分けて、被害者の過失がどの時点であったのかを把握しようとしている。被告による過失行為があった後も、長らく原告に損害に寄与する行為が継続されたような場合には、医療

成しているとして、事実審が明示的保証違反に基づく損害賠償請求において比較過失法理を適用しなかったことに間違いはない、と控訴審は述べた。また、Del Tufo v. Township of Old Bridge, 147 N.J.90, 685 A.2d 1267 (1996) では、コカインの過剰使用していたという情報を警察に伝えなかったという被逮捕者による継続した過失は、寄与過失として処理され、回避可能損害の法理は適用されなかった。なお、Dan B. Dobbs & Caprice L. Roberts, Law of Remedies : Damages-Equity-Restitution § 3.9, at277 (3d ed.1993) は、時間的に区分して整理することに対して、「正しい場合もあるが、差異の本質ではない」と指摘している。

³¹⁷ 893 F.2d 541 (3d Cir. 1990) .

過誤や欠陥商品の事例と同じように、かなり事情が複雑になってくる。そのような場合には、被告の過失行為による負傷前の原告の行為は、場合によっては、損害の回避に関する問題としての比較過失法理に基づいて処理され、負傷後の原告の行為は、完全に被告を免責する被告の過失に代わる新規原因（superseding cause）として処理される可能性もある³¹⁸。

このように一般的には、被害者がシートベルトを着用しなかったという事実は、被害者の損害額を陪審が決定する際に考慮されるだけであり、事故発生の問題を処理する際の事実認定の段階では考慮されていない。そのことを次の裁判事例が示している。

【Spier v. Barker 事件】³¹⁹

³¹⁸ Lynch v. Scheininger, 162 N.J.209, 744 A.2d 113 (2000) では、医師の過失によって、いくつかの異常性のある子供を出産させられたことで、母親が危険に晒されたか否かが議論され、その中で、回避可能損害の法理と被告の過失に代わる新規原因のどちらで処理されるべきかが論じられた。危険があるにも関わらず出産をするという母親の決意は、回避可能損害の法理では減額の対象になるが、中断原因に基づいて検討されると、被告の加害行為と損害との因果関係が否定される余地が生じるため、原告による損害賠償請求自体が認められなくなるという違いが生じる。

³¹⁹ 35 N.Y.2d 444, 323 N.E.2d 164, 363 N.Y.S.2d 916, 80 A.L.R.3d 1025 (1974) .その他の裁判事例として、Halvorson v. Voeller, 336 N.W.2d 118 (N.D.1983) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。

被害者（事故当時 18 歳）はオートバイを運転して西から交差点に進入しようとする時、その交差点で自動車を停車させていた被告は南から東に向かって侵入していったところ、被害者は被告が運転する車の運転手側に衝突し、オートバイから放り出され、重篤な脳障害を負った。そこで、被害者の保護者が被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告に 276 万 7324 ドルの損害賠償請求を認めたが、評決とは異なる判決を求める被告の申し立ては認めなかった。ノースダコタ州の最高裁は、被告が、ヘルメットを被害者が着用していなかったことに関する証明を下級審が認めなかったことに誤りがあると主張したが、評決とは異なる判決を求める被告の申し立てを認めなかった。また最高裁は、ヘルメットの着用が負傷リスクを少なくするであろうという資格のある専門家による十分な証言がある限り、保護用のヘルメットをオートバイ運転手が着用しなかったという証拠は、損害額を軽減するのを認めることになる、とした。そして、責任問題について陪審の決定を認容したが、損害額の問題について、被害者がヘルメットの着用していなかったという証拠を認めるのを拒否している点に下級審には誤りがあるとして、最高裁は、損害額の問題に関する再審理つき破棄し差し戻した。

つまり、負傷を最小化しなかったことがヘルメットを着用しなかったことによるとなると、ヘルメット着用をしなかったことは、原告が負傷する前になされた行為なのであり、負傷した後になされた行為ではない、という批判を受けることになるというわけである。

原告は、1964年製フォード車を運転して高速道路を走っていた。その日の天候は寒かったが、晴れており、夕方であったが視界は良好だった。走っていた高速道路は時速50³²¹の速度制限がなされており、原告は、高速道路を降りるとき、時速を20から40³²¹に減速し、同時に左の方向指示器を出した。原告は、高速道路の中央付近にきたとき、バックミラーに二個のヘッドライトを確認し、一般道路に入るために右折していたが、原告の自動車を追い越そうとした被告の自動車によって、被告の自動車の右前方が原告の自動車の左前方に追突した。最初の追突によって、原告は車から放り出され、左後方の車輪に原告の足が巻き込まれた。原告の自動車にはシートベルトが装備されているが、事故時に原告は着用していなかった。そこで、原告と被告は互いに損害賠償請求訴訟を提起した。事実審で被告は、シートベルトが負傷を防止したり軽減したりするのに非常に効果的な装置であり、もし原告がシートベルトを着用していたら、原告は自動車から放り出されることも、おそらく重症を負うことはなかったであろう、という証言をするエンジニアを召喚した。陪審は、原告と被告の両方に対して、訴訟原因がないという評決を出した。

ニューヨーク州の最高裁は、原告が事故の発生を回避しようとしなかったかどうかという認定と、原告がシートベルトを着用していなかったという認定を同時に事実審が認めているのは不正確であるとした。その一方で、最高裁は、陪審が損害額の問題に直面した場合に、シートベルトの着用が原告の負傷の一部の発生を妨げるかどうかを考慮するように、陪審が説示されるのは適正である、とした。

つまり、被害者がシートベルトを着用しなかったという事実は、被害者の損害額を陪審が決定する場合に十分考慮されるものであり、事故発生 of 責任の有無を検討する際に考慮されるべきものではない、というわけである。

では、原告の過失行為と因果関係が適用される損害項目を、負傷後ではなく、負傷前の原告の過失行為が引き起こしている場合は、どのように処理されるのか。たとえば、原告が自動車追突事故で、シートベルトを締め忘れていたために拡大損害を受けたという場合である。このような場合でも裁判所は、回避可能損害の法理を適用して、原告の拡大損害に関する賠償請求を制限している場合が多い³²⁰。回避可能損害の法理に基づく処理をするには、ま

³²⁰ たとえば、Karczmit v. State, 155 Misc.2d 486, 588 N.Y.S.2d 963 (N.Y.Ct.Cl.1992) である。この裁判事例は、回避可能損害の法理や損害軽減法理という言葉は使用されていないが、それらが適用された場合と同じ結論を導いている。この裁判事例の内容は以下の通りである。

原告は、原告の妻が自動車事故で死亡したことから、被告である州に対して死亡損害賠償請求訴訟を提起した。原告の主張によると、被告は、道路の排水がよくないことと、ガードレールが適正に維持されていないことによる責任を負うべき、ということであった。被告は、本件自動車事故において、被害者がシートベルトを着用しなかったことが考慮されて、損害賠償額は減額されるべきと主張した。控訴審は、被告に責任があるとしたが、

ず、原告に過失があること、そして、その過失から発生した各損害項目とその総額を、被告が主張立証しなければならなくなる。その立証に成功すると、原告の過失から発生した各損害項目は、完全に原告が負担すべきものとして認められることになる。つまり、その損害項目の発生に対して、被告との間で割合的に関与しているのではない、ということも被告は示さなければならないのである。かりに被告が各損害項目につき証明することができなくなると、回避可能損害の法理は適用されなくなり、部分的にでも被告はその損害項目について責任を負担することになる³²¹。

第3項 第三次不法行為法リスティメント（責任分配）と統一不法行為責任分配法（Uniform Apportionment of Tort Responsibility Act）

責任分配を規定している第三次不法行為法リスティメントは、その§ 1において、二人またはそれ以上の人の間での責任分配の問題に対処し、死亡、人身傷害（精神的苦痛も含む）、あるいは、物権損害に対するすべての訴訟の場合に適用される、と示している。そのうえで、責任分配の問題を4つのカテゴリーに分類している。1 原告の様々な行為が関連する場合、2 連帯責任、3 因果関係による責任分配、4 寄与と免責 という4つである。第1カテゴリーでは、寄与過失およびリスク引き受けとか、過失による損害分配、危険引受の法理など、さまざまな寄与過失について扱われているが、その多くは第二次不法行為法リスティメントの条項に委ねられている。第2カテゴリーでは、原告の行為の特徴、例えば、一般的な原告の過失とか、製造物責任における原告の過失などが扱われているが、ここでも、その多くが第二次不法行為法リスティメントの条項に委ねている。第3カテゴリーでは、因果関係による責任分配の問題が扱われており、被告が全責任ではなく、部分責任を負うという場合について言及されている。最後の第4カテゴリーでは、連帯責任における原告の一

事故時に被害者がシートベルトを着用していなかったこと、シートベルトが着用されていれば被害者の負傷の程度は非常に軽い負傷で済んだ、とも判断した。シートベルトの抗弁と N.Y.C.P.L.R. 1411 は、原告による損害賠償請求を否定していないが、賠償額の減額の根拠になるため、装着可能なシートベルトを使用しなかったことから被告の賠償負担は25%になる、と控訴審は判断した。つまり、被告である州と原告の妻である被害者の有責性のある行為は同等であるが、被害者がシートベルトを着用しなかったという事実は、被告の比例的な負担として25%まで減額される、としたのである。

³²¹ このように被告は、一般的に、回避されたであろう損害の総額に関する証明責任を負うとされている。Infra note 343にある *Caiazza v. Volkswagenwerk*, 647 F.2d 241 (2d Cir. 1981) では、原告である *Caiazza* がシートベルトの着用をしていなかったという結果に関する証明責任を被告が負っているとされた。多くの事例では、結果が回避できたという証明によって、損害のある割合が原告に割り当てられると裁判所はしている。

部損害の負担に関する義務の定義や免責などについて規定されている。

第二次不法行為法リスティメントとの比較した場合の第三次不法行為法リスティメントの大きな特徴としては、比較過失法理が、不法行為者が複数いる際の責任分配法理として扱われている、という点に見出すことができる。つまり、第3カテゴリーと第4カテゴリーの内容が、第二次不法行為法リスティメントとの比較で、大きな特徴として指摘することができる。その連帯責任について第三次不法行為法リスティメントは、topic2 の § 10 から § 17、そして、topic5 の § 26 において言及している。これらの条項では結局、発生した損害を分割することができない場合とできる場合に分けて整理されている。

まず、topic2 であるが、その趣旨は、複数人が被害者に対して連帯責任を負う場合には、被害者は全額の損害賠償請求を、連帯責任を負う者に対して行うことができる、としている。つまり、損害が不可分である場合には、日本法と同じく連帯責任を共同不法行為者が負うというわけである。第三次不法行為法リスティメントは、さらに、この連帯責任のタイプを3つ用意している。1つは、原則通り、全員で連帯責任を負うタイプ、2つは、原告が誰かを被告として指名して賠償請求し、その被告が全責任を負うタイプ、そして、3つは、原告が被告全員に請求してもいいし、特定の被告を相手取って請求してもいいというハイブリッドタイプである。

他方、損害を因果関係で分割できる場合の責任分配については、topic5 の § 26 で扱っている。この § 26 の趣旨は以下の通りである。まず、不可分であるが、法的な因果関係によって損害を3つの構成部分を分けて考える、としている。1つ目は、加害者のみが全面的に因果関係を有する部分、2つ目が、被害者のみが全面的に因果関係を有する部分、そして、3つ目が、加害者と被害者の両方の行為が損害を、因果関係を有しながら、それ以上因果関係的な分割を図ることができないという部分である。つまり、§ 26 の手続きとしては、まず、損害を以上の3つの部分に分けること、そして次に、3つ目の部分については比較過失法理で処理する、という組合せが採用されているようである。つまり、最初に、被告は自分で引き起こした全損害に対して、減額されることなく責任を負う。次に、被告の過失と原告の過失から損害が生じて、因果関係を分割して考えることができる場合には、それぞれの過失と因果関係のある損害について責任を分担する。さらに、因果関係を分割して考えることができない場合には、回避可能損害の法理ではなく、比較過失法理に基づいて割り当てられなければならない、としている。

なお、本稿の対象事例である故意不法行為であるが、その故意については、§ 1 のコメント c. で言及されている³²²。このコメントでは、第二次不法行為法リスティメント § 481 に

³²² 故意 (intent) について第三次不法行為法リスティメントは、§ 12 において、第二次不法行為法リスティメント § 8A に、その定義などの説明を委ねている。その定義によると、故意とは、自分の行為によって結果を引き起こしたいと行為者が望んでいること、あるいは、その結果の発生が実質的に確実であると信じていること、とされている。

あるように、伝統的に、原告の過失は、被告による故意不法行為の場面では抗弁にならないとし、比較過失法理を採用した際に、故意不法行為が無視されたが、故意不法行為が絡む重要な問題が二つあると指摘されている。その二つの問題とは、第一に、故意不法行為者に対する賠償額が原告の過失によって減額されるべきか否か。第二に、二人以上の被告のいつの一人が故意の者であった場合、その責任の割合はどうなるのか、という問題である。前者の問題については、一部の裁判所で故意不法行為事例において原告の過失が比較過失法理の対象になるとしているが、大半の裁判所はそうではないとしつつも、第三次不法行為法リステイトメントでは、この問題に対する立場を明確にしないとして、各州や裁判所において柔軟対処できるようにしている。また、後者の問題については § 12 において、故意不法行為者も過失不法行為者とともに連帯責任を負うとしている³²³。

また、同じ責任分配に関する統一制定法として、統一不法行為責任分配法 (Uniform Apportionment of Tort Responsibility Act) があるが、この制定法は、従前の統一比較過失法 (Uniform Comparative Fault Act) を発展させる中で比較過失法理を採用し、これを責任分配の法理として扱っているもので、2002 年に公布されている。しかし、ほとんどの州が統一不法行為責任分配法を採用しておらず、2009 年にノースカロライナ州でやっと導入されたとのことである。しかし、制定法において比較過失法理を採用している州、たとえば、インディアナ州 (Ind. Code Ann. § 34-6-2-45 (b))、アイオワ州法 (Iowa Code § 668.1 (1))、アラスカ州 (Alaska Stat. Ann. § 09.17.900)、ミネソタ州 (Minn. Stat. § 604.01)、ワシントン州 (Wash. Rev. Code Ann. § 4.22.015) などでは、比較過失法理における過失の定義として「不合理に損害を回避し、または損害を軽減しなかったこと」までを含めているところがあることを考えると、統一不法行為責任分配法の影響があることを若干の州において感じ取ることができる。ただ、「損害を軽減しなかった」という過失を認めていながら、実際の裁判において、損害発生後の原告の過失につき、回避可能損害の法理を適用して処理しているものがあり、裁判所による制定法の文言解釈に幅がある、あるいは、大きく異なっているという状況を見出すことができる。その裁判例として、たとえば Kocher v. Getz, 事件がある³²⁴。すでに本論文では脚注 314 で引用されている裁判事例だが、再度簡単に紹介する。この事例では、自動車衝突事故による被害者の原告は、事故後にパート就職するなどして損害を軽減するようにすべきだったのか、という点が争点になっている。裁判所は、原告が事故後に損害を最小化しなかったことは、比較過失における「過失」には該当しない

³²³ なお、§ 14 では、コメントとイラストレーションの部分で、故意不法行為によって惹起された特定のリスクから被害者を保護するための合理的な予防措置を講じていないために過失があれば、その過失者も連帯して責任を負う、と説明されている。なお、共同不法行為のような複数被告となり、その中に故意の被告がいるという場合については、本稿第 2 章第 3 節第 5 款で説明されている。

³²⁴ 824 N. E.2d 671 (Ind.2005) .

としている。つまり、前述のインディアナ州の制定法にある「傷害、死亡、財産上の損害と
思われるものに対して原因となった、あるいは、寄与をした全ての当事者の過失」という文
言に、被害者の事情は該当しないと判断しているのである。おそらく、事故後に発生した損
害についての減額なので、回避可能損害の法理に基づいて判断したものと思われる。

何故、普及していないのか、その理由については定かではないが、実際の裁判において、
比較過失法理や回避可能損害の法理による処理が一般的に行われている場合が多いという
状況、そして、州の制定法にも、統一不法行為責任分配法が浸透しているとはあまり言えな
い状況のように思われる。

第4款 シートベルト準則

このような損害の発生に対する寄与か、損害が発生した後で生じた二次的損害に対す
る寄与かという点が論じられる典型的なケースが、シートベルトの装着に関する事例であ
る。つまり、交通事故が発生し原告が被告に対して損害賠償請求をする際に、被告が抗弁と
して、原告がシートベルトを着用していなかったことが主張されるのである。そこで、第4
款では、このシートベルト事例において、比較過失法理がどのように位置づけられていたの
か、について考察していくことにする。

自動車などを運転している際に、安全という観点から考えると、原告がシートベルトを着
用しないのは、合理的な行為とは言えない。このため、今日では、シートベルトの使用への
認識が広がり、制定法もシートベルトの着用を要求している状況からすれば、シートベルト
を着用していないということは、原告に寄与過失ありと評価することができる³²⁵。

³²⁵ たとえば、Barnes v. Paulin, 73 A.D.3d 1107, 900 N.Y.S.2d 886 (2010) において、次
のように裁判所は言及している。人身損害の賠償請求訴訟で、被告は、陪審評決に基づく
ニューヨーク州の下級審判決を上訴した。その判決は、CPLR4404 に従って、証拠の重さ
に反しているとして、原告勝訴で10万ドルの支払を被告に対して認めたものだったが、現
在と将来の損害額の問題に関する評決を撤回して、再審理をするように求めた申し立てを
否定したものだ。原告も、被告の専門家による証言を除外するという偏見防止申し立
て (motion in limine) の一部を否定し、過去の苦痛や被害に対する10万ドルと将来の苦痛
や被害に対する10万ドルの損害をそれぞれ受けたと認定した陪審評決に基づいた判決に対
して、利用できるシートベルトを使用しなかったことにつき10万ドルに減額することは、
被告にとって有利な判決であり、10万ドルしか認められなかったことが原告にとって不利と
なったとして、交叉上訴をした。ニューヨーク州最高裁は次のように述べた。将来の苦痛
や被害の問題に関する事実審での証拠は、原告にとって重要な証拠であるため、原告勝訴
の評決は、証拠の解釈について公平ではなかったと立証する責任を被告は果たせなかつ
た。そして、原告の主張に反して事実審は、原告の利用できるシートベルトを着用しなかつ

しかし、この結論は、多くの州の制定法によって採用されていない。歴史的にみると、ほとんどの裁判所は、シートベルトの不着用の事例を、全賠償請求を認めない寄与過失法理の適用対象として考えていなかった³²⁶。その理由として、たとえば、シートベルトをしていなかった原告が車から放り出されるとか、車中のある部分に原告が当たったという場合だと、最初の衝突ではシートベルト不着用による負傷は生じず、二回目に原告に加えられた衝撃で初めて負傷が生じていると考えられていたからである。このため、比較過失法理の適用も認められていなかったが、原告の損害額を減額する手段として、回避可能損害の法理、あるいは損害軽減法理があり、ともに、シートベルトの使用で合理的に損害発生を回避できたとする被告の立証によって、損害の一部について被告を免除し、立証できなければ原告の賠償請求が認められる、という処理になっていた。このような経緯を経て現在では、かなりの数の裁判所が、回避可能損害の法理³²⁷、あるいは比較過失法理³²⁸に基づいて、原告の損害額を

ったことと、受けた負傷と損害との間の因果関係について証言することを、被告の専門家に対して適正に求めている。シートベルトの不着用は、被告によって立証されなければいけない積極的抗弁になるが、その反証がなければ、車両に備えられたシートベルトのすべてが稼働可能で利用することができた、ということが推定されなければいけない。結局、最高裁は、シートベルトが着用されていなかったとして、原告の損害賠償額の減額を認めた。

Restatement (Third) of Torts (Apportionment of Liability) §3 コメント b では、制定法がない場合でも、シートベルトを着用していなかったことは、責任割合を考える際の一つの要因としてみなすとしている。Kelly H. Foos, *Toward a Rational Seat Belt Policy in Kansas*, 56 U. Kan. L. Rev. 1005 (2008) では、シートベルト不着用が不合理であることを示すデータを引用し、寄与過失という抗弁が、シートベルトの不着用の場合に認められるべき、と論じられている。

³²⁶ Leonard Schwartz, *The Seat Belt Defense and Mandatory Seat Belt Usage : Law, Ethics, and Economics*, 24 Idaho L. Rev. 275 (1988) .

³²⁷ *Spier v. Barker*, 35 N.Y.2d 444, 323 N.E.2d 164, 363 N.Y.S.2d 916, 80 A.L.R.3d 1025 (1974)、そして *Halvorson v. Voeller*, 336 N.W.2d 118 (N.D.1983) では、ヘルメットの不着用が問題になり、比較過失法理ではなく、回避可能な結果の原則に基づいて処理されている。

³²⁸ 前出の *Ridley v. Safety Kleen Corp.*, 693 So.2d 934 (Fla. 1996) 以外の裁判事例として、*Hutchins v. Schwartz*, 724 P.2d 1194 (Alaska 1986) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告の自動車がヘッドライトを点灯したまま交差点に進入したが、そのヘッドライトに気づかずに被告運転の自動車が左折を開始したため、原告の自動車が、被告の自動車の助手席型に衝突した。この事故で、原告は負傷したため、被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告がシートベルトを着用していなかったという立証により、被告に 60%、原告に 40%の過失があるとして、約 1937 万の損害賠償請求を原告

減額調整している。たとえば、原告の全損害額が10万ドルであったが、原告がシートベルトを着用していなかったことで1万ドルの損害が生じた、とする。このような場合に裁判所は、かりに事故を引き起こすことに対する原告の過失が10%、シートベルトをしなかったことにつき5%の過失があると認定したとすると、比較過失法理によって処理する場合、原告のシートベルト不使用の5%に加えて、事故発生における過失分も加味して15%が原告の全損害から減額される。他方、回避可能損害の法理による処理の場合、裁判所は最初に、事故発生における過失分で損害額を9万ドルに減額し、それから、シートベルト不着用によって生じた損害分を認定して、5%だけその損害分を減額するという処理になる³²⁹。

比較過失法理の適用によって生じる複雑さを解決する一つの方法は、固定した割合で、制

に認める評決を出した。1968年以上に製造された自動車にはシートベルトを装備させる義務が自動車製造業者に課されているが、シートベルトが付けられている自動車を運転する場合に、シートベルトの着用を義務づけている法律はなかった。しかし、安全上の予防措置としてのシートベルトの重要性と利用可能なシートベルトを着用する必要最小限の労力という観点から、アラスカ州の最高裁は、シートベルトの不着用という事実は、損害額を決める際に、陪審が考慮する適切な要素であると結論づけた。そのシートベルト不着用という事実は、損害額の軽減という目的にとって重要な証拠になるし、比較過失法理においても、適切な損害額に達するのに関連するあらゆる要素を含めることを想定しているので、シートベルトの不着用という事実は、損害額を分配するために重要な要素になる、と述べた。

この裁判事例では、制定法上の義務がないため、裁判所は一般用語での注意義務を想定しなければならなかった。そして、陪審にシートベルトの着用と注意義務との関係という問題を投げかけて、シートベルトの不着用が注意義務違反か否かを決めなければならなかった。ウィスコンシン州は、シートベルトやヘルメットの過失を扱うために異なる制度を採用したが、ともに、原告の賠償請求額の減額要因として扱っている。たとえば、*Stehlik v. Rhoads*, 253 Wis.2d 477, 645 N.W.2d 889 (2002)。また、いくつかの制定法でも減額を認めている。たとえば、Cal. Veh. Code § 27315(i)、Ohio Rev. Code Ann. § 4513.263(F)では、陪審によって寄与過失として考慮されなければならず、賠償額は減額されることになるかもしれない、と規定されている。

³²⁹ Restatement (Third) of Torts (Apportionment of Liability) § 26 (2000) を参照。*Waterson v. General Motors Corp.*, 111 N.J. 238, 544 A.2d 357 (1988) は、*LeBel*, supra note 311 at 4 において詳しく説明されている。ウィスコンシン州は、ヘルメット不着用の事例で、より複雑な制度を採用した。そこでは、最初に、原告の損害につき、事故発生に関与した原告の過失の割合で減額し、それから、原告のヘルメットに関する過失と被告の過失を比較して、ヘルメット不着用によって生じた損害を区別することなく、さらに減額するように陪審に要求されている。*Stehlik v. Rhoads*, 253 Wis.2d 477, 645 N.W.2d 889 (2002) を参照。

定法上の減額を行うことである。このため、減額は5%のような小さな割合の数字を下回ってはいけないという制限を判決の中で裁判所が加えたり、制定法で規定しているところがある³³⁰。また、被った苦痛と医療費用については減額をするが、その他の損害項目については減額をしない、と制定法で区別をしている立法例もある³³¹。

³³⁰ たとえば、Vredeveld v. Clark, 504 N.W.2d 292 (Neb. 1993) をその例としてあげることができる。この裁判事例の内容は以下のようなものであった。原告は友人と映画を見た後で、自動車に乗って帰宅した。ある交差点で原告は北に向かって左折するために停車した。停車した後で、被告が停車している原告の自動車の後に付いて停車した。その後、被告は南に方向を変えるために、原告の自動車に近づき、原告の自動車を押し出すように接触した。衝突した後、原告は、背中から肩にかけて凝りを覚えたため、通院することになった。そこで、原告は、被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。原告は、シートベルトを着用しておらず、この裁判の前に3件の事故にも巻き込まれている。ネブラスカ州の最高裁は、事故後1か月ほどして乗客は肩に痛みを覚えるようになったが、肩への負傷が以前にはなく、首や肩に厳しい痛みを生じさせるような事故を乗客は思い出すことができなかつたので、独立参入原因 (intervening cause) に関する説示をすることを保証していること、そして、シートベルトを着用していなかつたことが原告の負傷に寄与していると示す証拠を被告は提示することができなかつたが、損害額を減額するのを陪審に認めたので、その説示は不適正で不利益なものである、と判断した。Neb. Rev. Stat. § 27-403

(Reissue 1989) のもとで最高裁は、事故に巻き込まれた車両の2つの証拠写真が衝突の衝撃力を証明していることを認めたことに、裁量権の濫用はなかつたとも判断した。結局、この裁判では、シートベルト不使用による負傷は少なくなつたことが証明されたが、減額は5%にとどまつた。

また、州の制定法として、Mich. Comp. Laws Ann. § 257.710e(7)や、Mo. Ann. Stat. § 307.178(4) では、1%以上減額しないとされている。

³³¹ たとえば、この点は、Pringle v. Valdez, 171 P.3d 624 (Colo. 2007) で示されている。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告は居酒屋を数名の友人と去り、被告が運転する自動車の助手席に乗車して帰宅した。居酒屋から去ってすぐに、被告はコンクリートの障害物に突っ込み、シートベルトをしていなかつた原告は、フロントガラスに飛ばされた。原告の頭部はフロントガラスを突き抜けたため、原告は複数の裂傷と擦り傷、そして神経障害を含む損害を被った。裂傷は事故後外科的な手術を必要とするようなものであった。そこで、原告は、被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、原告が事故時にシートベルトをしていなかつたという証拠があるが、原告の損害額を算定する場合には、そのシートベルトをしていなかつたという事実を考慮しないように陪審に説示をした。陪審は、身体障害、外観損傷につき40万ドル、そして、非経済的損害について10万ドルの損害賠償請求を原告に認めた。被告は、原告の非経済的損害だけが軽減されるべきとしているシートベルト抗弁に関する説示を、事実審は陪審に与えていないとして、上訴し

しかしながら、多くの州では、シートベルト不着用という事実が、事故の発生に対する寄与になることを認めず、その結果、事故の発生によって生じた損害について、比較過失法理の適用による減額調整はなされていない³³²。このシートベルトを着用していなかったことが事故発生の寄与行為として評価されるべきか否かという問題は、特に、自動車の設計上の欠陥事例、つまり、厳格責任に位置づけられる製造物責任訴訟で顕著になる。

【Estep v. Mike Ferrell Ford Lincoln-Mercury 事件】³³³

原告は一人で運転中に、路面の油膜で自動車のコントロールを失ってしまい、自動車は堤防を超えて茂みのある丘を乗り越えて、川の中で停車した。自動車の運転手席のエアバックは作動せず、原告は背中に重傷を負い、治療のため高額な外科治療が必要になった。そこで、原告は、被告である自動車製造業者に対して製造物責任訴訟を提起した。事実審

た。コロラド州の最高裁は、原告に認められた10万ドルの非経済的損害賠償請求の中には、Colo. Rev. Stat. § 42-4-327(7) (2007)にあるシートベルト抗弁条項にある「pain and suffering (苦痛)」に該当する、不便さ、感情的ストレス、そして生活の質への侵害に対する賠償請求が含まれているので、陪審は損害額の減額をするためにシートベルトの不着用を考慮するように要求されると説示されるべきであった、とした。しかし、外観損傷に対する賠償請求は、シートベルト抗弁条項のもとの軽減対象にはならないので、40万ドルはそのまま認容される、ともした。

³³² たとえば、Amend v. Bell, 89 Wash.2d 124, 570 P.2d 138 (1977)である。この裁判事例は、制御されていない交差点での自動車同士による衝突によって負傷した原告が、優先交通させなかった運転手である被告を相手に、人身傷害に基づく損害賠償請求訴訟を提起したことから始まったものである。被告は、優先交通をさせなかったことが衝突の法的原因であることを認めた。他方で、被告は、原告はシートベルトが装備された自動車を運転していたが、シートベルトを着用しなかったために、負傷したとも主張した。このように被告が自分の行為が原告の負傷の法的原因であると認めつつ、原告にも法的原因があったと主張している場合に、寄与過失の問題を残しながら被告の行為に関する証拠をみな受け入れることができるか、という点についてワシントン州の最高裁は、原告のシートベルトを着用していないことは、寄与過失ではないとした。その理由は、利用可能なベルトを着用する法律上の義務はないし、コモンロー上の義務も課されていないからである、とした。事実審は、負傷した原告がシートベルトをしていなかったことは寄与過失にはならないとして、着用していなかったという証拠を適正に除外した、とした。州の最高裁は、事実審判決を認容した。

なお、Christopher Hall, Annotation, Nonuse of Seatbelt as Reducing Amount of Damages Recoverable, 62 A.L.R.5th 537 (1998)では、その立法例も含めて研究されている。

³³³ 672 S.E.2d 345 (W.Va. 2008) .

は、原告勝訴の判決を出し、99万3157ドルの損害賠償請求を原告に認めた。

ウエストヴァージニア州の最高裁は次のように述べた。ウエストヴァージニア法典(W. Va. Code) §17C-15-49 (d)につき下級審は次のように解釈した。この17C-15-49違反、つまり、シートベルトの不着用は、損害賠償訴訟の手続きにおいて、過失と寄与過失に関する証拠として認められないが、被害者がシートベルトを着用しなかったことが、発生した損害の近因であったかどうかを裁判所は判断する。つまり、シートベルトの不着用という事実は因果関係の判断の際に考慮されるということである。また、(d)条項は、裁判所は、陪審への特別な尋問調書によって、被害者がシートベルトを使用していなかったこと、そして、シートベルトをしていなかったことが損害の軽減をしていないことに結びついていること、を認定することができるが、この場合に陪審は、被害者の損害回復について、その5%を超えない範囲で減額することができる、としている。本件の場合、陪審がこの5%削減を認めているため、事実審は、W. Va. Code §17c-15-49 (2004) に基いて安全ベルトの証拠を排除することを認容している。安全性ベルトを原告が着用しなかったことで負傷の可能性が高まったとして、原告が寄与していると被告が立証できれば、それが損害額の軽減という問題に影響する可能性はある。しかし、耐衝撃性の事例を除くという但書がないのに、そのような証拠の使用を認めることは、安全性ベルト法に規定されている明確な要件を軽視することになる。州の最高裁は、事実審の判決を認容した。

この裁判事例は、シートベルトに関する事故であるが、エアバックに関する制定法上の文言に基づく処理をする場合も同様である。つまり、エアバッグの不配備問題に関する証拠の提出が、自動車製造者に認められていないのである。そもそも、シートベルトが正常に機能しないことを問題にしている訴訟提起において、その機能しないシートベルトを着用していないという証拠が提出されても意味がないというわけである³³⁴。また、立法例として、厳

³³⁴ この点に言及している裁判事例として、Rougeau v. Hyundai Motor Am., 805 So.2d 147 (La.2002) をあげることができる。この事例の内容は以下の通りである。

原告である運転手は被告である自動車修理工を雇い、車両の前面を調整し、前面にあるフレームを強化した。1週間後、原告は、シートベルトを着用せずに、交差点を通過した後、何の前触れもなく右に鋭く曲がり、正面にあった鉄製の電柱に衝突して負傷した。そこで、原告は、被告である自動車製造業者と自動車修理工に対して損害賠償請求訴訟を提起した。原告は、訴えから耐衝撃性の部分を除外し、自動車のブレーキ、タイヤ、そして前部の振動システムの設計に欠陥があるとだけ主張した。ルイジアナ州の最高裁は、耐衝撃性の事例、あるいは、安全制御装置に欠陥があると原告が主張している事例とは対照的に、自動車にはシートベルトが備え付けられているが、原告が着用していなかったという証拠は、ブレーキ、タイヤ、そして前部の振動システムの設計に欠陥があるという主張の設計上の欠陥を反証するものとは関連がないが、シートベルトを着用していなかったという証拠は、負傷を引き起こした過失が運転手自身にあることの立証として関連性がある。

格責任とされる製造物責任訴訟では、シートベルト不着用の証拠は認められないことが、州の制定法で明確に規定されている場合もある³³⁵。

このようなシートベルトの着用に関するルールは、エアバック以外にも類似の事例に適用されている。たとえば、自転車におけるヘルメットの不着用の問題は、シートベルトと同じ分野の問題として扱われている。

【Dare v. Sobule】³³⁶

被害者はオートバイに乗って東に向かって走行している時に、西に向かって走行していた加害者の自動車の前で左折をした。その際、被害者は加害者の自動車の衝突し、その衝撃で自動車を超えて被害者は投げ出されて、頭部から地面に着地したために、被害者は頭部損傷で死亡した。被害者の両親は、子供の不法死亡に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、当事者双方に過失があり、その各過失と主張されている損害との間には法的因果関係があり、原告に認められる過失は80%、被告の過失は20%と認定した。そして、衝突によって生じた法的因果関係のある被害者の損害額は、4089ドルであるとも認定した。事実審は、原告勝訴の評決を認容し、被告が抗弁としてヘルメットを被害者が着用していなかったことを主張しておらず、その問題が陪審に提示されていない場合に、ヘルメットの着用問題に関する説示を付加的に陪審に提示することは適正ではない、とした。そこで、オートバイに乗っている際にヘルメットを着用していないことが寄与過失にならないと陪審に事実審が説示しなかったことは破棄事由となる誤りであると被告は主張した。

コロラド州の最高裁は、シートベルト不着用に関する証拠を認めない裁判事例によりつつ、被害者がヘルメットを着用していなかったという証拠は、被害者に過失があることを

La. Rev. Stat. Ann. § 32:295.1(e)のもとでは、運転手によるシートベルト不着用の証拠を提出するのを自動車製造業者に対して認めることはできない。製造物責任訴訟は、この§ 32:295.1(e)の範疇に入る訴訟だからである。ただし、州の最高裁は、そのような証拠が製造物責任訴訟で証拠能力を有するのは次のような場合だけである、とした。(1)過失の証拠としての目的以外の何等かの目的に対して証拠的な価値がある場合、たとえば、設計全体ないし自動車の特定の部位に欠陥がないことを示しているような場合である。(2)その証拠としての価値が、偏見というリスクを上回ることがないか、あるいは、その他の証拠に関するルールで禁止されていない場合。(3)シートベルトの不着用という事実を、寄与過失ないし損害軽減として考慮することは禁止されているが、適正な制限のある説示である場合には、その説示は陪審に与えられる。

³³⁵ Ark. Code Ann. § 27-37-703(a)(1)では、適正に調整され装備されたシートベルトを自動車占有者がしなかった場合ことは、民事訴訟の証拠として認められていないが、シートベルトの不着用以外の証拠に関する製造物責任訴訟での主張は認められている、と規定されている。

³³⁶ 674 P.2d 960 (Colo. 1984) .

立証したり、損害額を軽減することを認めることにはならない、とした。その理由は、
(1)被告の過失を被害者が予期することはできないので、被害者に過失があるとして、そのことに基づいて被告は軽減されるべきではない。
(2)被害者がヘルメットを着用しなかったことを前提にする証拠によって、両当事者の過失によって引き起こされた損害を部分的にのみ支払うとなると、不法行為者にとって結果的に棚ぼたになる。
(3)その証拠を認めると、原告がヘルメットを着用していれば、どんな負傷が回避されたのかということに関する専門家の論争へと導くことになる。
というものであった。最高裁は、事故に対して20%だけ被告に部分的な責任があるという陪審評決に基づいた事実審判決を破棄し差し戻した。

【Halvorson v. Voeller 事件】³³⁷

被告は停車標識で停車した後、交差点に北に向かって進行し始めた時、原告が運転するオートバイが東に向かって進行していた。被告は東に向かって車線を横断していた時に、原告は被告が運転する自動車の運転手側に衝突し、オートバイから投げ出されたため、重度の脳障害を負った。陪審は、276万7324ドルの損害賠償請求を原告に認めた。

ノースダコタ州の最高裁は、オートバイの運転手が保護用のヘルメットを着用していなかったという証拠は、負傷の程度を軽減するヘルメットの着用効果につき専門家の証言が十分にある限り、損害額を減額するのを認め得る、とした。そのうえで、責任問題についての陪審の決定を認容し、賠償額の問題についてヘルメットをオートバイの運転手が着用していなかったという証拠を認めるのを拒否した点で、下級審には誤りがあるとして、賠償額の問題について破棄し差し戻した。

結局、この裁判では、ヘルメットを着用しなかったことによって生じた分の損害を軽減されている。

【Stehlik v. Rhoads 事件】³³⁸

被告は、ATV、いわゆる四輪バギーを購入し、四輪バギーに関連する様々な危険の警告を含む保証登録に署名した。その登録には、同乗者がいる場合、ヘルメットや他の保護ギアを着用していない場合、運転の訓練を受けていない場合、アルコールを飲んで運転している場合、所有者の説明書を読まず、あるいは訓練を受けずに車両を運転することを他者に認めた場合などが記載されていた。しかも、書かれている危険のうちの幾つかに関する警告は、前提ガード、後輪ガード、後部バンパー、そして四輪バギーの座席の背面にも掲示されていた。四輪バギーを購入した翌日、被告は、自宅でパーティーを開いた。暗くなりアルコールを振る舞った後に、照明のない丘の道で、説明もせずに、しかも、ヘルメッ

³³⁷ 336 N.W.2d 118 (N.D.1983) .

³³⁸ 253 Wis.2d 477, 645 N.W.2d 889 (2002) .

トも着用せずに、購入した四輪バギーを運転することを、ゲストに対して被告は許可をした。そこで、ゲストであった原告が、アルコールを飲んだ状態で四輪バギーに乗車することにした。原告は、ワシントン郡の保安官であり非常勤の警察官で、勤務関連の運転経験がある者であった。しかし、原告が運転したところ、四輪バギーは丘の側面を横転してしまい、頭をコンクリートの壁にぶつけて、頭部に重傷を負った。そこで、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、事故発生に対して、原告と被告の両者に因果関係のある過失があるとし、原告に30%、被告に70%の過失があると割り当てた。さらに、陪審は、ヘルメットの着用が可能であったが、着用しなかったことに対して原告と被告の両者に過失があると判断した。このヘルメットの過失については、原告に40%、被告に60%の過失があるとした。そして、陪審は、原告の負傷のうち、90%がヘルメットの不着用という過失によるものであるとして、原告に85万3277ドルの賠償請求を認めた。巡回裁判所は、ヘルメットを原告が着用しなかったことに対する被告の過失についての特別評決の質問書に答え、事故を引き起こした被告の過失による損害部分まで、原告による賠償請求を制限した。つまり、原告の寄与過失である30%、さらに、陪審がヘルメットを着用しなかったことに割り当てた損害部分である90%で、原告の賠償額を減額した。

ウィスコンシン州の最高裁は、ヘルメットの抗弁が問題になる事例での陪審は、連続した不法行為や拡大損害の事例におけるのと同じように、被告側の全過失分に対する原告のヘルメット過失を比較するように要求されるべきであるが、普通の判断をすれば、乗り物に乗ろうとしている者はヘルメットの着用をすべきであると思慮できるはずなので、四輪バギーの所有者は、使用可能なヘルメットを着用するように四輪バギーの大人の利用者に要求しなかったことに対して責任を負わないと判断した。

前二者、つまり、Dare 事件と Halvorson 事件と、後者の Stehlik 事件とは、事案の内容が異なっている。前二者の事例の場合は、被告による運転と原告による運転がともに事故の発生に寄与しているが、最後の Stehlik 事件の場合は、被告は原告が四輪バギーに乗車することの許可を与えているため、事故発生への直接的な寄与がなされていない。つまり、前二者の事例では、事故過失とヘルメットの不着用という過失を明確に区別することができるが、Stehlik 事件では、事故の発生は原告の運転が原因となっているだけであり、ヘルメットを着用していようがいまいが事故発生とは何ら関係性が認められないのである。このため、Stehlik 事件では、公平な責任分担という視点から、原告の事故過失と被告のヘルメットの着用を指示しなかった過失との比較を要求していると言える。このように、シートベルト不着用と事故発生とは何ら関係ないため、事故発生から生じる損害額から減額をするという目的ではシートベルトの不着用という過失は証拠として提示されるべきではないという趣旨が、ヘルメットの不着用に関する問題の場合もそのまま継承されている。

また、このヘルメットの不着用に関する多くの事例では、原告の負傷前の段階における事前予防としての注意が払われていなかった、として把握するという特徴が示されている。あるいは、使えるパラシュートを着用していなかったパイロットは不着用自体が不合理とし

て批判されるかもしれないが、パラシュートがないことが飛行機自体の機能不全を引き起こすということはない。また、ボートに上船する時に乗員がライフジャケットを着用していないこと、機能する消火器やスプリンクラーが施設に設置されていないこと³³⁹、そして、ビ

³³⁹ 防火システムがない場合に関する裁判事例として、*Shantigar Found. v. Bear Mountain Builders*, 441 Mass.131, 804 N.E.2d 324 (2004) をあげることができる。この裁判事例の内容は以下の通りである。

原告の財団は、学生や訪問者がワークショップやクラスに参加できるように、精神的な学習センターとして使用するために、納屋を改装していた。この改装は、100万ドル弱の費用で約2年間続いたが、問題の火災が発生する時点でほぼ完成していた。原告は、改装工事を行うために被告との間で契約を締結した。被告には、この改装工事に関わる従業員が一人いたが、Cove Building Companyにも被告は業務委託をした。この改装工事の設計者は、この納屋は危険であると証言して、スプリンクラーの設置を推奨したが、法的には要求されていないとして、原告は設置しなかった。ただし、法律では熱探知機と煙探知機の設置は義務付けられており、納屋全体に設置される予定だったが、問題の火災時にはそれらのすべては設置されておらず、システムは機能していなかった。床や階段の木材の表面に亜麻仁油を布に含めて使用したが、その油を吸っている布が残っていた廊下で火災が始まった。原告は、被告とCoveを相手に過失訴訟と契約違反の訴訟を提起した。Coveとの間には和解が成立した。そこで、被告に対する訴訟のみが残ることになった。陪審は、被告には原告との契約において違反はなく、改装工事においても過失はなかったが、改装工事に携わった他者を監督する点で過失が被告にはあり、その過失が納屋の損害の原因になっていると認定した。さらに、原告にも過失があり、その過失によって火災が発生していると判断して、原告と被告のそれぞれに過失を割り当てるように陪審は説示され、結果、原告に60%、被告に40%の過失があると認定した。原告は控訴した。原告は、陪審に提出された過失割り当てについてCoveを入れていないため、事実審の判断には誤りがあると主張した。控訴審は、比較をするのは、裁判に参加している全被告の合計過失と原告の過失との間でなされるべき、とした。マサチューセッツ州の最高裁は次のように述べた。陪審の検討から和解した不法行為者を取り除くことは、本件の場合のように原告にとって不利に働く可能性があるが、共同不法行為の法理、寄与過失法理、あるいは比較過失法理に反することはないし、実際にはそれらの法理と一致している。また、Mass. Gen. Laws ch. § 85に規定されている比較責任は、裁判に参加した当事者にしか適用されない。既に成立している和解のため、本件においてCoveは裁判に参加しておらず、陪審評決の枠から適正に外されている。よって、州の最高裁は、事実審判決を認容した。

また、*Acculog, Inc. v. Peterson*, 692 P.2d 728 (Utah 1984) も、防火施設がないことが指摘された裁判事例である。事例の内容は以下の通りである。

原告が所有する貨物を運搬するための屋根付きのバン自動車は、7000ドルの価値があるとされていたが、加熱を調整するために新しい燃料フィルターを自動車販売特約店である被

ルの所有者が重い大理石のパネルの安全性を維持しなかったこと³⁴⁰はすべて、加害行為によって発生した負傷とは別途、考慮されている。Dobbsによると、原告が負傷する前の段階における事前予防は、合理的な注意義務の通常の特徴を有しており、このような注意義務は、寒冷気候に備えて温かい洋服を用意することから、砂漠の横断者に水入りの水筒を用意することまで幅広く適用範囲が対象になる、と説明している³⁴¹。シートベルトの事例の場合、負傷前の段階で、自己防衛措置を原告がとらなかったのかどうか、あるいは、損害額を減額することが適正だったかどうか、という問題が常に生じることになる。

この自分を保護する工夫をしなかったことに対する責任を原告に課すのを否定する理由として指摘されるのが、シートベルトの着用義務が制定法上にないこと、それゆえに、着用しなかったことをもって過失であるとは認定しない、というものである。しかし現在では、連邦政府レベルでのシートベルト着用の推奨政策の結果、制定法はシートベルトの着用を、少なくとも、前席に乗車する者に要求するのが普通になっている³⁴²。よって、被告は原告の

告が取り付けたのと同じ日に火災になり、この火災によって破壊されたのは、バン自動車以外にはその自動車に搭載されていた一式の地質学装置で、約4万1687ドルの過失があるとされているものであった。原告は、バン自動車と搭載していた装置が破壊されることで、3万3000ドルを超えると評価される利益喪失が生じたと主張した。なお、原告は、火災当日、バン自動車に消火器を搭載していなかった。原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、原告は契約のもとで利益を喪失したことの証明ができなかったこと、そして、喪失した利益がどのくらいになるかに関する証拠もない、ということを実証した。さらに、事実審は、原告が消火器を持ち運んでいなかったという原告の寄与過失について陪審に説示をしていた。原告は上訴して、事実審による寄与過失の説示は誤りであり、事実審は喪失した利益に関する問題について被告勝訴の評決を指示すべきではなかった、と主張した。ユタ州の最高裁は、

(1)原告が火災を引き起こしたとする証拠がない場合に、事実審が原告の寄与過失について陪審に提示したことには、不利益な誤謬がある。

(2)敗訴の者に最も有利な観点から証拠を検証し、敗訴の者に有利な判断を支持するような証拠とそこから導き出される推論に合理的な根拠がある場合、その指示評決は支持される。

とした。州の最高裁は、原告に部分的な過失があったと認定した陪審評決を反映した事実審判決を取り消して、事案を差し戻した。この裁判では、価値ある装備品を守るために消火器を保有しなかったことが、寄与過失として認められず、回避可能損害の法理の適用が控えられた。

³⁴⁰ Business Men's Assurance Co. of Am. v. Graham, 891 S.W.2d 438 (Mo.Ct.App.1994) .

³⁴¹ Dobbs, supra note 12 at 830.

³⁴² たとえば、Conn. Gen. Stat. Ann. § 14-100a(c) には、その旨の規定がある。

過失を予見する必要性は必ずしもなく、それゆえに、シートベルトで自身を保護しなかったことに過失があるとはいえないとするのは少し古い裁判事例であり、そのまま現在でも通用するとは言いがたい。せいぜい、ある特定の事例に対してのみ当てはまることであり、同じ事例全体にあてはまることではないと言える。

しかし、もし原告の賠償額が原告自身の過失を反映して減額されているとしたら、加害行為者は棚ぼたを得ることになるかもしれない。あるいは、シートベルトに関する原告の過失が被告の過失と絡んだ場合には、原告自身が自分の過失の結果を受け入れなければならない可能性も生ずる。このため、原告の負傷前の過失は事故そのものを引き起こしてはならず、それゆえに事故によって発生した損害を減ずるのは認められるべきではない、という主張が生じる³⁴³。このような主張は、機械的に判断すると、シートベルトを着用しなかった

³⁴³ 立場を変えて言えば、被告は、たとえ、事故を引き起こしていなかったり、最初の損害を引き起こしていなくても、実際に生じた損害、あるいは拡大された損害に対して責任を負うことになる。このことは、たとえば、製造物責任の事例で問題になっている。製造物責任の事例では、製造者が、負傷をさらに悪化させた車の欠陥に対して責任を負うことになるが、その負傷自体は他の運転手が引き起こしたものであり、製造者が起こしたものである。この点については、*Caiazza v. Volkswagenwerk, A.G.*, 647 F.2d 241 (2d Cir. 1981) も触れている。この裁判事例の内容は以下の通りである。

原告は、妻を同乗してシートベルトを着用せずに高速道路を西方向に走らせていたが、被告が運転する自動車が、原告の自動車の後方に衝突し、完全に裏返しにして、進行方向を反転させてしまった。原告は自動車から投げ出されて、明らかに意識不明の状態であった。この衝突事故で原告は、妻よりも軽度の傷害である腰椎の圧迫骨折と脳震盪を負った。重度の脳震盪、後頭部の血腫などの傷害を負った。そこで、原告は、追突した運転手と自動車製造業者を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告の自動車のドアハンドルに欠陥があり、それが原告の損害を拡大していること、そしてもし原告がシートベルトをしていれば、25%分減額されるだろう、と認定した。第一審は、原告の損害総額のうちの3分の2がドアハンドルの設計上の欠陥による損害、そして、シートベルトの不使用につき25%分を減額した賠償額を原告に認めた。被告は控訴した。連邦控訴審は次のように述べた。コドリグ判決 (*Codling v. Paglia*, 32 N.Y.2d 330, 298 N.E.2d 622, 345 N.Y.S.2d 461 (1973).) で定立された製造物責任の原則、つまり、欠陥製品のメーカーは、その欠陥が損害を引き起こす重大な要因である場合に、被害者に対して責任を負うが、この責任は、通常の前定されている使用方法によった場合、合理的な使用方法によった場合、そして、原告は、合理的な注意を被害者が払っても、その損害の発生を回避できなかった場合に発生する、とする原則のうち、被告は、原告のシートベルトの不使用は、この合理的な注意を被害者が怠っていたことになると主張しているが、ニューヨークの裁判所では、この合理的な注意の行使については、寄与過失法理に使用される過失の認定と同一の解釈になる、と控訴審は指摘した。そして、被告は、原告らがシートベルトを着用して

ことが負傷前に生じているので、負傷後の過失だけが回避可能損害の法理の適用対象として考えられる、となる。だが、自動車でのシートベルトの着用が社会的に当然となった時点で、この主張の弱点が明確になったように思われる³⁴⁴。たとえば、イギリスでは、シートベルトの着用をしなかったことは、比較過失法理の主張になるとされている³⁴⁵。では何故、裁

いれば、どのような損害を回避できたかを立証する責任を負うが、その判断をするために、陪審に特別尋問がかけられるべきとして、第一審判決の一部を認容、一部を破棄差し戻した。

³⁴⁴ シートベルトの着用が義務付けられていない状況での議論が、Justice Feldman in *Law v. Superior Court*, 157 Ariz. 147, 755 P.2d 1135 (1988) において触れられている。この裁判事例の内容は以下の通りである。

被告は、自分の両親の自動車を運転していたが、突然、原告が運転する自動車の前に出たため、原告は衝突を回避するために激しく進行方向を変えた。そのため、原告の自動車は横転してしまい、原告とその妻はシートベルトをしていなかったために、自動車から投げ出されてしまった。この事故の結果として、原告は整形外科を受けるほどの重傷を負った。そこで、原告は、被告とその両親に対して過失に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。証拠開示 (discovery) の手続き過程で、被告は、シートベルトに関する原告の使用と経験について情報開示を求めた。これに対して原告は、シートベルトの着用の義務はないのだから、シートベルトの使用に関する証拠は重要ではない、と主張した。事実審は、シートベルトの不着用に関する証拠能力 (admissibility) を認めず、開示制限命令

(protective order) を原告に対して与えたが、控訴審は否定した。アリゾナ州の最高裁は、他者を負傷させるのを回避する義務とは無関係に、比較過失法理のもとでは、シートベルトの不着用は、賠償額を減額するために陪審が考慮することができる一つの要素である、とした。また、シートベルトの抗弁は次のような場合に使用することができることも述べた。(1)負傷の日時が比較過失法の発効日より後である場合、(2)シートベルトの不着用が過失であると判断できるほど、被害者が分別年齢にある場合、(3)シートベルトの不着用があらゆる条件のもとで不合理である場合、(4)制限装置が使用されていれば、シートベルトの不着用が負傷を起こすことはないし、実際に生じた負傷を拡大することもないような場合、(5)合理的な蓋然性で拡大損害の程度を証拠で示した場合、である。このシートベルトの抗弁は、制定法上ないしコモンロー上の義務に基づいているのではなく、予見可能な負傷や損害を最小限に止めるために合理的に行動するという義務に基づいて主張される。シートベルトを締めなかったことに事故被害者の過失があることは、事故発生とは何ら関係はないとして、最高裁は、事実審による開示制限命令は復活されると判断した。

また、Brian T. Bagley, *The Seat Belt Defense in Texas*, 35 St. Mary's L.J. 707 (2004) では、1980年代の13%から2002年の75%までシートベルトの使用率が上昇していることを示す統計が引用されている。

³⁴⁵ W.V.H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort* 372, 378-79 (18th ed. 2010) では、裁判

判所ないし立法者は、自分を不合理にも保護しなかったことに対する責任から、原告を免れさせるルールを採用したのか。初期の頃の裁判所は、合理的な注意義務としてシートベルトの着用が要求されていたとしても、被害者がシートベルトを着用していたであろうということに加害者は気づいていなかったから、というのが理由とされている³⁴⁶。いずれにしても、シートベルトに関する過失の問題で、原告には負傷前に事前の注意を払わなかったという過失は、原告の損害額を減額することを否定する理由としては、少なくともアメリカにおいては、必ずしも説得力のあるものとはならなかった。しかし、たとえば、原告が大量の可燃性の物質をもっており、それ自体に着火する危険性はなかったが、いったん火がつくと、一気に燃え上がり広がるというものだった、とする。そのような物質を取り扱うことになれば、合理的な注意義務として、スプリンクラーの設置が要求されることになるであろう。その設置は、危険性の程度と、それに要するコストのバランスによって行われることになるが、負傷前に事前予防をとらなかったという過失が原告にあるとすると、おそらく裁判所は、回避可能損害の法理を適用することを認めるか、損害を軽減させるために比較過失法理を使うことを認めることになる³⁴⁷。このような場合には、原告は火が燃え広がるという危険性に直

所は概して、シートベルトの不着用につき 15%~25%、原告の賠償額から減額している、と示されている。

³⁴⁶ Dobbs によると、初期の頃のシートベルト問題を陪審に預けることは、けして好ましいものではなかったとされている。その理由として、シートベルト上の過失の問題が、陪審の間で原告の人气がなかった場合に、差別的な取り扱いの元になったり、あるいは、シートベルトの安全性問題について理解している陪審を得ることは不幸にもできなかったし、陪審の多くがシートベルトに対して偏見を抱いていたからである、とされている。

Dobbs, supra note 12 at 832.

³⁴⁷ この点を示す裁判事例として、Desco Corp. v. Harry W. Trushel Constr. Co., 186 W.Va.430, 413 S.E.2d 85 (1991) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。

被害者は、駐車場のドア部品などを製造、販売していたが、仕事が大幅に忙しくなり、部品などの保管場所が必要になった。そのために、被害者は、元請け業者との間に書面で契約を締結し、被害者の製造工場に隣接した場所に、3万平方呎の倉庫を建設することにした。その契約によると、元請け業者は、倉庫に防火装置としてスプリンクラーシステムを設定し設置するように要求されていた。元請け業者は、スプリンクラーシステムを設計し設置するために、さらに下請け業者との間で下請契約を締結した。被害者の損害保険会社は、その下請け業者に対してスプリンクラーシステムの設計について提出して承認を得るように要求した。さらに、スプリンクラーシステムが設置された後で、下請け業者に対して、システムが作動に適していると認定する前に、防火システムの実地実験をすることを損害保険会社は主張した。下請け業者は、要求通りにして、システム設計について損害保険会社の承認を取得した。しかし、倉庫において火災が発生し、火災は急速に拡大したため、約 200 万ドルの損害を被害者にもたらした。損害保険会社は、保険契約者である被害

者に対して保険金を支払ったため、元請け業者や下請け業者に対して代位請求をした。ウエストバージニア州の巡回裁判所は、過失に関する再審査を否定し、スプリンクラーシステムの費用に関する契約上の損害を制限したため、被害者が上訴した。

被害者と元請け業者は、元請け業者の契約違反に合意していたので、事実審は責任に関する評決を指示した。また、損害保険会社による下請け業者の被告引込訴状（third party complaint）を却下した。過失の主張は陪審に提示されたが、当事者は契約上の損害を事実審が決定するように要求した。被害者は、契約損害の賠償請求を認めた事実審判決を上訴したが、ウエストバージニア州の最高裁は認容した。請負契約の完成が遅延することが損害になることを、請負業者は合理的に予見するように期待され得ないという事実認定に基づいて判決が出されているので、契約上の損害に関する事実審の判決には、破棄事由になる誤り（reversible error）はないと認定された。また、スプリンクラーシステムが稼働可能でない場合には、火災による損害発生危険性について気付いていないと裁判で被害者は認めたので、陪審になされた危険の引き受けに関する説示に誤りはないとも認定された。さらに最高裁は、過失の割り当てを陪審に指示することで、争点は適正に示されたとしつつ、行為の合理性に関する説示を要求する権利を被保険者は付与されているという訴えを拒否した。最高裁は、スプリンクラーシステムの完成費用に契約上の損害が制限されていると事実審が認識しているとして、事実審による過失に関する陪審説示を認容した。

この裁判では、スプリンクラーが稼働する前の倉庫に商品を運び入れた原告が、比較過失法理で処理されて、その損害を引き受けることになった。これと一致する事例として、*Waterway Terminals Co. v. P.S. Lord Mechanical Contractors*, 256 Or.361, 474 P.2d 309 (1970) がある。この裁判事例は次のような内容のものであった。

原告は、大きなドックと倉庫を建設している途中だった。設備は主に、水位から倉庫まで貨物を自動的に移動させるものであった。原告は、システムに使う機械を供給し、設置するために、被告と契約を締結した。ドック内で持ち上げる6台の貨物の設置と設置の下請け契約をして、その装置によって川に浮かぶ荷船から資材がドックのレベルまで引き上げられるようにした。設置するためにドック内で溶接する必要があったが、溶接機を使用している際に火災が発生し、原告は損害を被った。原告は、元請け会社と下請け会社に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、原告の寄与過失について陪審に提示した。事実審は、原告による損害賠償請求を禁止するために、原告の過失が損害の原因でないといけないと説示するよりも、原告の過失が火災の近因でなければいけない、と何度も説示してきた。判決は原告勝訴となったため、元請け業者と下請け業者は再審理を求めた。上告人である元請け業者と下請け業者は、効果的なスプリンクラーシステムないし防火扉がなかったことが火災を引き起こしたのではないことは明らかなので、上告人による寄与過失の主張は、不利益となる誤謬であると主張した。オレゴン州の最高裁は、何が火災を広げ、ドック部分を消失したのかということよりも、何が火災を引き起こしたのかを、「火災原因」という文言が意味していると陪審が理解する傾向にあるかどうかで、上告人の主

面しているため、損害額の減額を考える場合には、防火装置の設置の有無は、特に考慮されるべき事実になっていると言える。

第5款 小活

以上のような法理や準則が、比較過失法理の周辺に存在しているのであるが、まず、第2款の判断無能力者の場合については、判断無能力者である未成年者が原告になったとして

張の有効性が左右される、とした。最高裁は、主張されているものが損害を課した火災全体を引き起こしたものであると陪審は理解しているとして、不利益な誤謬は結果として存在していない、と結論づけた。また、損害については、元請け業者と下請け業者によって引き起こされた損害を分配していないが、消滅された財産の種類に応じて損害を分けており、原告の損害に関する証拠は、そのように分けることに根拠があるとして提示されているため、この点についても誤りはない、とした。最高裁は、原告勝訴の事実審判決を認容した。

また、原告の損害賠償請求を否定する場合に寄与過失法理ではなく、危険引受の法理を使用している裁判事例もある。Skarpness v. Port of Seattle, 52 Wash.2d 490, 326 P.2d 747 (1958) である。この裁判事例の内容は以下の通りである。

シアトル港には、港の施設に船を係留し、網や漁業用の道具を保管するために、漁師によって借りられていた多くのネット用の小屋があった。問題の小屋のドアは鍵がかけられておらず、原告はいかなる者の立ち入りも制限しようとしていなかった。原告は、夜間警備員を雇い、消防設備を維持していた。警備員は夜間警備をしていたが、問題の小屋が火災で焼失し、原告はそこに預けていた漁業用の道具を全て焼失した。証拠により、火災は急速に燃え広がり、小屋の全焼は小屋の設計によるものであるということだった。その小屋には自動スプリンクラーシステムも、防火壁も設置されていなかった。この小屋が建てられてから数年してシアトル市の条例で、防火壁か、その代替として自動スプリンクラーシステムの設置が要求されるようになった。原告である漁師は、被告であるシアトル港に対して、損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、被告に対して次のようなことにつき責任があるとした。安全で、適正で、役に立つ建物を用意していなかったこと、小屋に防火壁を使っていなかったこと、あるいは代替として、スプリンクラーシステムを装備していなかったこと、である。事実審は、そのような構造内に原告が保管していた点に寄与過失があるとして損害賠償請求を禁止したが、安全な建物を用意する制定法上の義務を被告は果たさなかったため、寄与過失法理は適用されないと認定した。ワシントン州の最高裁は、原告は自発的に火災の危険があることを知っており、より高いレンタル料金の小屋が利用可能であったのに、レンタル料金の安い本件の小屋を利用したのであるから、その危険を引き受けているとも言えるので、原告勝訴の判決を破棄して、事実審に事案を差し戻した。

も、比較過失法理を適用して責任分担を調整するという処理をしており、判断無能力者の主観状態で比較過失法理の適用を考える、ということであった。日本法的な視点で考えると、比較過失法理を適用して、被害者である判断無能力者に発生した損害の一部を負担させる、つまり、責任の一部を負担させるとなると、判断無能力という点が責任発生の際の障害事由として問題にならないのか、という点が気になる点である。ただ、日本の不法行為法においては、責任能力があることを前提にして損害賠償請求をしているということを前提にしているとするれば、その概念がないアメリカ法においては、比較的年齢の高い未成年者のような場合に、過失相殺法理が適用されるとする処理の余地は出て来るように思われる。

そして、第1款の Indivisible injury 法理の部分では、共同不法行為事例の場合の複数の被告の地位に原告が替わり、その原告の落ち度と被告の過失行為との共同不法行為事例と見なして、発生した損害が不可分である場合には、Indivisible injury 法理で処理をするということであった。ただし、原告の過失で発生したリスクと、被告の過失で生じたリスクが、別のものであると立証されれば、Indivisible injury 法理で処理されず、原告の過失で生じたとされるリスクによって発生した損害は、原告自身で負担しなければならないとしているようである。そもそも損害が不可分であると判断されている事例で、原告の過失で発生したリスクによる損害が、どの程度のものになるのかを立証することはかなり困難であると思われるが、比較過失法理の発想によって、できるだけ責任分担の思想が実現されるように検討するという方向性がアメリカ法において窺われる。

また、第3款の回避可能損害の法理と、第4款のシートベルト準則であるが、この部分では比較過失法理の適用問題か、拡大損害原因の問題か、という棲み分けが問題になっていたとまとめることができる。この棲み分けを整理する際に、その整理を困難にしている原因は、例外の裁判事例がいくつか存在しているためである。ただ、そうであっても、全体的な流れという視点で把握すれば、次のように整理することができると思われる。まず、回避可能損害の法理は、その加害者による損害の発生前後という区分ではなく、発生した損害を分割して認識できる場面で適用される法理であり、因果関係として分割して認識できる損害項目について減額する際に機能する法理として位置付けられる。他方、比較過失法理は、発生した損害を分割して考えることができない、つまり、損害が因果関係的に不可分である場合に、減額する法理として機能していると言えるのではないと思われる。ただ、シートベルト準則の場合、シートベルトの着用の有無は事故の発生とは無関係であることは間違いなく、被害者に発生する損害をそれくらい軽減できるかという場面に問題になるだけなので、いわゆる拡大損害の部分については、裁判事例によって損害を分割して損害項目ごとに認識できるか否かが異なってくるため、場合によっては比較過失法理が、その他の場合には回避可能損害の法理が適用されて処理されている、と整理することができるように思われる。

つまり、事故発生に関する場面と、事故後に原告の支配領域内で生じる場面で、比較過失法理の適用が分けて考えられており、あくまでも比較過失法理は、事故発生に関する場面の適用に限定されているというわけである。いずれの場面でも、公平な責任分担という思想

がベースになっていると言えるが、ただ、アメリカ不法行為法においては、被告に故意 (intention) があれば、その比較過失法理の適用が除外されているという点が維持されていることは、再度確認しておく必要がある。

第5節 比較過失法理に対する伝統的な例外

先に確認しているように、寄与過失法理では、原告に過失が認められると、原告の損害賠償請求が認められなくなるが、比較過失法理の場合には、三つの主な例外が認められて、その適用が除外されている。では、その例外とは、どのような場合か。この三つの例外とは、原告に対して保護義務を被告が負っている場合、Last Clear Chance 法理が適用される場合、そして、被告による willful、wanton、reckless な不法行為の場合、とされている。以下、それぞれについて検討を加えていく。

第1款 原告に対して特別な保護義務を被告が負っている場合

まず、原告に対して保護義務を、特別に被告が負っている場合について検討をする。裁判事例の中には、原告の無能力、注意力不足などを理由に、原告を保護する合理的な注意義務を被告が負っているとされる場合が散見される。このような場合に、原告が被告の注意義務違反で損害を受けると、被告には原告を保護する義務があったため、原告の過失分に基づく減責を抗弁することができなくなるとされている。つまり、原告に過失があったとしても、それが責任分担の根拠となるか否かは、被告が負う義務の内容によって異なってくる、ということになる。

その原告に対する保護義務が被告に課されている場合として二つある。一つは制定法、二つは判例法である。まず、制定法の場合であるが、通常は、被告の過失が制定法違反であると立証された場合でも、原告に過失があればそれは抗弁として主張されているが³⁴⁸、

³⁴⁸ 第二次不法行為法リステイトメント § 483、および § 3 コメント a を参照。なお、第二次不法行為法リステイトメント § 483 は次のような内容の規定である。

「制定法の効果が、生じたような損失に対して被告に全責任を据えることでなければ、原告の寄与過失は、制定法に抵触する被告の過失に対する賠償請求を禁止する。

§ 3 コメント a 被告の過失に対する基準と同じ原告の過失に対する基準

この項は第二次不法行為法リステイトメント § 483 を引用する。§ 463 は、当事者に過失があると判断する基準を定義づけていない。その疑問は第二次不法行為法リステイトメント § 281 から § 429 において触れられている。だがこの項は、原告に適用される過失基準について定義づける。また、原告の賠償請求を禁止するという厳しい効果をもたらす寄与過失法理を廃止する。これらの法理はもはや、比較責任法理のもとで、原告の過失だけで賠償額を減額している場合には、適正ではない。

原告の無能力などから原告自身の保護義務が制定法に規定してあり、それに被告が抵触すると、被告の減額に関する主張は抗弁として認められなくなる。裁判所の中には、その制定法は厳格責任を課している、と理解しているところもある³⁴⁹。そのよい例が児童労働法

原告の行為を評価するための過失基準は、被告の行為を評価する過失基準と同じである。第二次不法行為法リステイメント § 282 から § 328 を参照。この原告の過失には、Reckless、重過失、ないし故意が含まれ得る。原告の人格的要素、たとえば、年齢、精神能力、身体的特徴などが考慮されるかどうかは、被告の属性が考慮されるかどうかを決めるのと同じ基準によって判断される。第二次不法行為法リステイメント § 283a から § 283c を参照。第二次不法行為法リステイメント § 464 は、子供の寄与過失を評価する客観的な基準に対する例外を作っている。だがこの項で述べられているルールは、原告の人格的要素が、被告が原告に対して負っている法的義務に影響するかどうか、たとえば、精神障害者に対して注意をする責任がある精神病医が、原告が負傷することから守るために、原告自身の寄与過失で軽減されることがない法的義務を負うかどうかについて言及されている。それは被告の法的義務の問題であり、それ自体、このリステイメントの範囲を超えている。

³⁴⁹ たとえば、*Van Gaasbeck v. Webatuck Cent. Sch. Dist.*, No. 1, 21 N.Y.2d 239, 287 N.Y.S.2d 77, 234 N.E.2d 243 (1967) がこの裁判事例と言える。この裁判事例の内容は以下の通りである。スクールバスの運転手は、原告の息子が車道の西側に住んでいるため、道路を横断しなければならないという事実を知りつつ、原告の息子をスクールバスから降ろした。しかし、原告の息子が通りを横切ろうとしたとき別の自動車にはねられて死亡した。原告は、息子の遺産管理人として、被告である学区、バス運転手、自動車運転手を相手取り、損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告の息子が車の前を走るという過失が事故の直接の原因であると認定した場合、事件全体の解決になるという裁判官の説示によって、陪審は、全被告勝訴の評決を出した。控訴審は、満場一致で陪審評決を支持した。原告は、本件のバス運転手が児童を降ろす行為が、N.Y. Veh. & Traf. Law § 1174(b)に抵触することになり、それは絶対責任を生じる、として上訴した。ニューヨーク州の最高裁は、制定法違反が過失自体になることも、絶対責任を生じることもあるが、寄与過失の抗弁について、過失自体になる制定法違反の場合と、絶対責任を生じる制定法違反の場合との間には違いがあり、前者の場合には、寄与過失の抗弁を利用することができるが、後者の場合は利用できない、と指摘した。その上で、N.Y. Veh. & Traf. Law § 1174(b)の明確な目的は、子供が運転手による注意深い監視の下で道路を横断することであり、運転手がバスの前を子供が横断するのを見守るだけでなく、信号を点滅させて対向車に停止を警告することにあるので、この制定法の違反に対して絶対的な責任が課せられるべきと判断する、とした。しかし、自動車運転手である被告に対する訴訟原因は、その制定法違反にあるのではなく、コモンロー上の過失にあるので、被告は寄与過失の抗弁を主張することができる、と最高裁は述べた。

(Child Labor Statute) である。もし未成年が児童労働法に違反して労働している間に負傷したとしても、未成年者の寄与過失は、損害の一部を自己負担するという結論にはならなくなる。その理由は、制定法の目的が未成年を自身の無能などによって生じる危険から保護をするため、という点にある³⁵⁰。このルール of 適否は、人の未経験、判断力の欠如、自身を守るといふ能力の欠如、あるいは過失の傾向から、その者を保護するためという個別の立法趣旨によって決まる。もっとも典型的な事例は、次に掲載している裁判事例に見られるような、子供や特定の成人などに認められる無能力から本人を守ることが意図した

³⁵⁰ たとえば、この点に言及している州の最高裁判決として、*Strain v. Christians*, 483 N.W.2d 783 (S.D. 1992) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。被害者は、14歳のとき、自分の父親のために家族農場で働き、放課後に被告の農場でも働くようになった。被告は大きな二台のトラクターを所有していたが、最初の二年間は、被害者は干し草を積み上げたり、小さなトラクターを使っていた。被告のもとで働き始めて三年目に、被告は、被害者に大きなトラクターを農場で操作することを許可した。そこで、被告は、被害者にトラクター操作の安全講習を受けることを要求し、被害者は首尾よく安全講習を完了した。ある日、昼食をとるために、被害者と被告は町に出て、昼食が終わった後に、被告が被害者をトラクターが駐車していた場所に連れて行き、自分の家まで乗って帰るように言った。先に家に帰った被告は少し昼寝をしたが、その後まもなくして、被害者が乗ったままのトラクターが横転して、炎上しているのを発見した。被害者は死亡した。そこで、被害者の両親が原告となって、サウスダコタ州の児童労働法 (South Dakota's child labor statute) § 60-12-3 (1978) によって禁止されている被害者の生命や健康にとって危険な業務に被害者を被告に従事させたとして、被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、被害者を危険な業務に従事させたことを否定し、そして、両親の同意のもとで被害者を雇い、事故は被害者自身の過失によるものであると主張した。事実審は、寄与過失の抗弁について陪審に説示することを拒否した。陪審は、7万5000ドルの損害賠償請求を原告に認め、事実審もその金額で原告勝訴の判決を出した。被告は、事実審が陪審に寄与過失について説示をしなかったことに誤りがあるとして上訴した。サウスダコタ州の最高裁は、児童労働法は、雇用主が誠実に行動していたとしても、子供に生じた負傷に関する責任を雇用主に負わせていることを意図して制定された法律であるので、この法律に違反したという事実が認められると厳格責任が生じるため、被害者の寄与過失の抗弁を被告は主張することはできないと解するとした。また、両親が被害者の雇用に同意していたという点については、児童労働法は、子供が危険な業務に従事させられること防止することを目的としているので、両親が雇用に同意していたからといって、損害賠償請求が認められないということにはならない、とした。最高裁は、原告勝訴の事実審判決を支持した。

制定法³⁵¹とか、仕事上の回避できない危機から労働者を保護するためという制定法³⁵²に関するものである。このことが争点になった裁判事例として、以下のものをあげることができる。

【Del E. Webb Corp. v. Superior Court 事件】³⁵³

被害者は、死亡した前日に、夕食の前に六本、夕食時に一本、そして、夕食後に五本以上のアルコールを被告の店で購入し、店の閉店時間である午前1:00に店を出て行った。ある施設の警備員は、午前2:20、4:45、5:00に施設内を巡回したが、内側も外側もラ

³⁵¹ また、前掲注・349で言及した Van Gaasbeck v. Webatuck Cent. Sch. Dist., No1, 21 N.Y.2d 239, 287 N.Y.S.2d 77, 234 N.E.2d 243 (1967) もこの裁判事例としてあげることができる。

³⁵² 本文の Wilson v. Vukasin 事件以外の裁判事例として、Gordon v. Eastern Ry. Supply, Inc., 82 N.Y.2d 555, 626 N.E.2d 912, 606 N.Y.S.2d 127 (1993) がある。この裁判事例は以下のような内容のものであった。原告である被害者は、被告の完全子会社である A 会社の従業員で、被告は事故が発生した鉄道車両とその車両が置かれている土地を所有しており、その土地を A に賃貸していた。原告は、その車両の外部を清掃している最中に、車両の側面に寄りかかっている梯子から落下して負傷をした。そこで、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。原告の主張によると、鉄道車両を清掃しているとき、原告が梯子から落下し負傷したことに對して、足場法と呼ばれる N.Y. Lab. Law § 240(1) に基づいて被告は責任を負う、というものであった。それに対して、被告は、事故が発生した土地を原告が所有していることは認めつつも、A にその土地を賃貸していたので、所有者としての責任を負うことはできない、と主張した。事実審は、原告勝訴の判決を出した。そこで、被告が控訴した。ニューヨーク州の控訴審は、§ 240(1)は法定義務を委任することができないとしており、所有者が現場を監督ないし管理をしている必要はないとして、被告には占有者としての責任があるとした。また、被告は、原告は車両清掃のために使用していたサンドブラスターの欠陥によって負傷したのであり、法令違反の被告の行為によって引き起こされたものではない、と主張した。これに対して控訴審は、本件事故は原告に安全な足場や梯子を提供しなかったことが重大な原因であり、サンドブラスターの欠陥が、負傷に対する被告の責任を切断するほどの異常な性質のものとは言えないとした。さらに、被告は、車両にサンドブラスターをかけるときには、梯子ではなく足場を使用するように繰り返し指示していたが、原告はその指示に従わなかったとして、原告の寄与過失の存在を主張した。これに対して控訴審は、§ 240(1)の對する抗弁として労働者の寄与過失を主張することはできず、原告が雇用主から提供された安全装置の使用を拒んだ場合に免責されるが、雇用主による安全でない器具の使用または安全でない慣行に従事することを回避するための指示は、安全装置の提供とは言えないとして、事実審判決を支持した。

³⁵³ 151 Ariz.164, 726 P.2d 580 (1986) .

イトで照らされていたプールに被害者を発見しなかった。それにもかかわらず、脹脛まで捲れ上がったズボンはいた被害者が午前6:00にプールで発見された。被害者の靴は、プールサイドに残されており、靴の中にソックスが織り込まれていた。被害者の死体解剖報告書によると、被害者が死亡した時の血中アルコール度は0.27%であり、被害者の体はプールに2~5時間ほどあったとなっている。そこで、被害者の妻が、被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、寄与過失の抗弁と危険引受の抗弁という積極的抗弁を主張した。事実審は、アルコールの売主は酔った客にアルコールを提供した過失に対して責任を負うことはないとして、正式事実審査を経ないでなされる判決を求める被告の申し出を認めた。被告は、寄与過失の抗弁や危険引受法理という積極的抗弁を、居酒屋訴訟(dram shop action)の被告は主張できないとする高等裁判所(superior court)の判決を破棄するように求める特別訴訟(special action)を提起した。

アリゾナ州の最高裁は、居酒屋法(dramshop law)である Ariz. Rev. Stat. § 4-244(14)は、アルコールの販売人に絶対責任を課す立法的な意図を明らかにしていないこと、その法律は酔った者だけを保護する意図をもったものではないこと、そして絶対責任を課しても公益に叶っていないこと、という理由に基づいて、積極的抗弁を被告が主張できないと高等裁判所が判断したことに誤りがあったとした。

【Wilson v. Vukasin 事件】³⁵⁴

原告である、独立した保険査定員は、雹による被害を住宅が受けているか否かを調査するために、被告の住宅に行った。被告の梯子は、ガレージの屋根に上れるように使用されていた。二人の男がともに屋根に上り調査をした。調査が完了した後、被告が屋根に残っている間に、原告は梯子を降り始めた。原告が梯子を降りているとき、梯子からコンクリート床に落ちてしまい、右の踵を負傷した。そこで、原告が被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、梯子の角度があまりにも小さいため、梯子が一般的にその仕事には向いていなかったとして、梯子の不備が原告の負傷の近因であると結論づけた。そして、原告は梯子の選択と使用について通常の注意を払っていなかったとして、50%の減額をした。そこで、原告は、事実審がモンタナ州の足場設置法(Montana Scaffolding Act)を適用しなかったことに誤りがあるとして、上訴した。

モンタナ州の最高裁は、事実審は、梯子が足場ではなく、作業場所としても使用されていなかったため、足場設置法を適用しないと結論づけ、法を遵守しなかったこと自体が過失になるとして比較過失法理を適用しているが、原告は被告のガレージの屋根に雹の被害の有無を検査していたのだから、この検査は屋根の修理に不可欠であったと言えるので、足場設置法の適用はあると言えるとした。そして、足場設置法が適用されると、その違反行為そのものが過失と認定されるので、寄与過失の抗弁を被告は主張することができなくなるとした。よって、最高裁は、事実審が比較過失法理の適用をして、損害賠償額を算定

³⁵⁴ 277 Mont. 423, 922 P.2d 531 (1996) .

している点に誤りがあると結論づけた。最高裁は、損害賠償額全額を認める原告勝訴の判決を出すように指示して、事実審判決を破棄した。

さらに、銃³⁵⁵、アルコール³⁵⁶、薬³⁵⁷のような危険な物品の販売を禁止している制定法

³⁵⁵ 銃の規制に関する裁判事例として、*Tamiami Gun Shop v. Klein*, 116 So.2d 421 (Fla. 1959) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。未成年である被害者は、被告から銃を購入した歳、銃を購入するために自分の年齢を詐称した。被害者は、銃の練習からの帰路、乗っていた自動車が激しく路面でバウンドしたときに、弾の入っていた銃が偶然に発砲したため、親指を失うという負傷した。そこで、被害者は原告として、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。原告の主張によると、銃の販売は Fla. Stat. Ann. Ch. 790.18 と、17 歳以下のいかなる者にも銃を販売してはいけないというマイアミ市条例 No.5325 に抵触し、これらの刑法違反が負傷の近因である、というものであった。被告は、負傷は原告の寄与過失によって引き起こされたものであると主張した。下級審は、被告の寄与過失の抗弁という積極的抗弁を主張することを認め、陪審は、原告に 3 万 6250 円の損害賠償請求を認めた。控訴審は、本件にかかわる制定法と市条例は、実際に発生する負傷のリスクから原告が含まれる未成年者を保護することを意図したものであるとして、そのような場合、被告は寄与過失の抗弁を主張することができないとした。そこで、被告が上告した。フロリダ州の最高裁は、法令や条例違反の場合に寄与過失の抗弁を主張することができないとする場合として、児童労働行為を含む事件があるが、この場合には、雇った児童に寄与過失があっても、雇用主は全責任を負うことになるという例を示した上で、銃などの危険な物品を未成年者に販売することを禁止する法令の場合、未成年者というクラスを保護するために、かりに未成年者に寄与過失があっても、銃の販売者は全責任を負うことになる、とした。

³⁵⁶ アルコール規制に抵触する提供した居酒屋 (dram shop) の場合は、自発的にアルコールを飲んでいて被害者との関係で、寄与過失の抗弁を主張することができるとする判決が多い。その一例として、*Lee v. Kiku Restaurant*, 127 N.J. 170, 603 A.2d 503 (1991) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。

原告は、韓国美術の輸入業を営む店のセールスマンで、同僚の被害者を祝うために被告であるレストランに連れて行った。そのレストランで原告を含めた三人は日本酒を飲んで、ほとんど歩くことができないほど酔っていた。レストランを出ると店のマネージャーの家でパーティーを続けることをマネージャーが提案したため、マネージャーに運動能力がまだあるのかを尋ね、いまだ元気であるというマネージャーの回答から、三人はマネージャーの自動車に乗り込んだ。しかし、レストランから約 5 マイル離れたところで、三人が乗った自動車は後方からトラックに衝突されて、車内にいた三人は重傷を負った。搬送された病院では、事故時での三人の血中アルコール度からかなり酔っていたことが判明した。そこで、原告は、明らかに酔っていた自分に被告の従業員がアルコールを提供したとして、被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、陪審に対して、合理的に思慮できる人であれば、アルコールを提供することで、酔った者の行為によって他者を負傷させることになるかもしれないという不合理な危険性を引き起こしたり、寄与したりする

は、同じように扱われる傾向にある。このため買主は、自身の寄与過失があるにもかかわらず、禁止条項に抵触した販売者に対する賠償請求が全額、認められる場合がある³⁵⁸。し

ことになるだろうと予見することができるという場合には、明らかに酔っている者にアルコールを従業員が提供したのであれば、レストランには過失があると説示した。陪審は、被告の従業員が明らかに酔っている原告にアルコールを提供しているが、三人にも過失があり、そのすべての過失が事故発生の近因であると事実認定をして、損害額を7万5000ドルと査定して、被告に10%、同僚に10%、マネージャーに80%の過失を認定した。被告は、過失の分配として寄与過失を検討することを陪審に認めた事実審の判断には誤りがあるとして、控訴した。控訴審は、運転手と同乗者の寄与過失の問題を陪審に提示することに誤りはなかったとしつつも、レストランの過失とそれに続く運転手と同乗者の行為との関係について、陪審に適切に説示しなかった、と結論づけた。ニュージャージー州の最高裁は、陪審は、各当事者の過失が原告の負傷に寄与した程度に基づいて、過失を分配すべきであるとして、原告の過失を決定する場合には、中毒になるまで飲酒したことで、原告の負傷が引き起こされたという程度を陪審は考慮することができる、とした。最高裁は、自発的に酔っている者は自分の行動の結果に対して責任を負わなければならないという思想が判例法に反映されているが、酔った客にアルコールを提供したという過失に対する責任から居酒屋は免れるわけではないので、居酒屋の過失によって引き起こされた損害に比例して責任を負うものと考え、とした。最高裁は、原告勝訴の判決を破棄した控訴審判決を修正し、比較過失法理にしたがって原告、被告、そして運転手の間で過失を割り当てることにつき陪審に事実審が説示をするという指示を付けて事案を差し戻した。

³⁵⁷ 薬販売の規制に抵触していることが問題になった裁判事例として、*Zerby v. Warren*, 297 Minn. 127 N.J. 170, 603 A.2d 58 (1973) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。事故当時14歳だった被害者は、接着剤を嗅ぐことで死亡した。その接着剤は、被害者の友人（事故当時13歳）が購入したもので、友人も接着剤を嗅いでいた。接着剤は、被告が所有し経営する店から購入されたものである。そこで、被害者の財産管理者は、被告には接着剤の販売にあたり過失があり、その販売は Minn. Stat. § 145.38 に違反していると主張して、損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、寄与過失ないし危険引受法理に基づく抗弁を主張した。事実審は、被告に対する絶対責任法理にのみ基づいて裁判を進めるとして、原告勝訴の判決を出した。被告は上訴した。ニュージャージー州の最高裁は、Minn. Stat. § 145.38 は絶対責任を課しているため、事実審が比較過失の抗弁や危険引受の抗弁を認めなかったことは適切であるし、また、被害者の友人の行為は、被告の違法行為に対する単なる反応に過ぎず、生じた結果の近因ではないため、友人に対する寄与の主張は適正に拒否されており、Minn. Stat. で課されている公的な義務に違反しているとして、被告の減責主張を事実審は適切に否定している、とした。最高裁は、原告勝訴とした事実審判決を支持した。

³⁵⁸ この傾向を示す裁判事例として、*Magna Trust Co. v. Illinois Cent. R.R.*, 728 N.E.2d

かし、その一方で、比較過失法理の適用を認め、被告の抗弁を認めている裁判事例も存在している³⁵⁹。

797 (Ill. Ct. App. 2000) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。

被害者は、鉄道車両に付いている連結器を調整しようとしている時に、二台の車両の間に挟まれて死亡した。その鉄道車両を所有していたのが被告である。そこで、被害者の遺産管理人は、鉄道会社である被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。原告は、連結器にカップリングピンがないにもかかわらず、州間の運行にその車両を使用することを被告が認めていた点で安全装置法 (Safety Appliance Act)、49 U.S.C.S. § 20301 (1994) に抵触しており、この抵触が被害者の死亡の近因であると主張した。陪審は、原告勝訴の評決を出し、180 万ドルの損害賠償請求を認めた。被告は、原告の寄与過失ないし危険引受の抗弁に関する証拠を提示することを認めなかった点に事実審には誤りがあるとして控訴した。イリノイ州の控訴審は、安全装置法は欠陥のある装置の危険に晒されている者に対して安全を提供するために、鉄道会社に特別な義務を課しているとして、この安全装置法違反の責任が問題になっている場合に、被害者の寄与過失や危険引受の抗弁を認めることは、議会の意図と矛盾することになるため、寄与過失や危険引受の抗弁を主張することができないとした。控訴審は、事実審はこれらの抗弁を認めなかったことに裁量権の濫用はないと示した。

³⁵⁹ この裁判事例としては、Sowinski v. Walker, 198 P.3d 1134 (Alaska 2008) をあげることができる。この裁判事例の内容は以下の通りである。

未成年者は店で購入したアルコールを飲んだ後、友人とともにオフロード車に乗り、川に隣接する砂浜を走行した。運転をしていた未成年者は、その砂浜から測道に車を出して、その測道を走行した。そして、運転している未成年者の父親が所有する土地を通過して、連邦政府が所有する土地を横切った。運転している者の父親は、自分の土地に不法侵入してこないようにするために連邦政府の土地にケーブルを敷設していたが、未成年者が運転していたオフロード車はこのケーブルに衝突し、運転していた未成年者と被害者は死亡した。死亡した二人の未成年者の遺族は、二人の未成年者にアルコールを販売した店と、危険のない測道を維持していなかった連邦政府に対して、損害賠償請求訴訟を提起した。このうち、前者のアルコール販売をした店に対する損害賠償請求について陪審は、二人の未成年者にアルコールを店が提供したことが、発生した事故の原因であると認定し、さらに、店の寄与過失は 35%、運転していた未成年者に 25%、同乗していた未成年者に 2%の過失の割り当てをした。事実審は、事故に対する 35%分の責任だけでなく、二人の未成年者の責任分である 27%についても損害賠償をする責任を店側に認めた。その理由として、アラスカ州の制定法と判例法は寄与過失の抗弁を認めていないと裁判所は認めたため、被害者側の責任分によって被告の店は減額することはできないから、とした。そこで、被告は上訴した。アラスカ州の最高裁は、Alaska Stat. § 04.21.020 は、未成年者を保護するために設計された法律であるが、これはアラスカ州が寄与過失法理を採用していた

また、制定法に保護規定がない場合でも、裁判所は、判断能力の不十分な未成年の原告を、自身の無能力から保護する義務を、被告に要求することができるとしている場合もある。典型的にあげられる一つの事例として、精神面や肉体面で不十分であるとして、被告の注意義務のもとに原告が保護されるとする、たとえば、精神的あるいは感情的な問題を抱えている自殺願望のある患者が、自殺を防ぐように合理的な注意義務を払うことを病院に期待しており、もしその注意義務を病院が払わなかったら、患者自身に過失があっても、原告となる患者の遺族からの財産的損害賠償請求訴訟において、原告からの損害賠償請求が否定されることはないのである³⁶⁰。

第2款 Last Clear Chance 法理

次に、Last Clear Chance 法理についてであるが、この法理の内容に関する説明については既に、第2章、第1節、第4款において説明をしているので、ここでは、比較過失法理と Last Clear Chance 法理との関係、つまり、Last Clear Chance 法理が例外的な位置づけになっていることについて考察をする。

伝統的な Last Clear Chance 法理のもとでは、過失のある原告は、自分で損害発生を回避できなくなっても、もし被告に損害発生を回避する最後の機会があれば、賠償額を減額されることなく、全額の賠償請求をすることができるという処理になる。Last Clear Chance 法理を適用すると何故、原告は全額賠償請求できるのかに関する説明として、因

時のものであり、「裁判所は、各当事者の過失の割合に応じて、各当事者に責任を負担させるように判決を出さなければいけない」とする Alaska Stat. § 04.21.020 に取って代わった Alaska Stat. § 09.17.080 は、比較過失法理に基づく規定であるのは明らかであるため、居酒屋 (dram shop) は、アルコールを提供した店とアルコールを飲んだ未成年者が関与した訴訟では、各自の過失の割合に対してのみ責任を負うと解する、とした。

その一方で、Spragg v. Shuster, 398 N.W.2d 683 (Minn. Ct. App. 1987) は、前掲注・357にある Zerby v. Warren 事件では、比較過失法理を採用した後でも、未成年者である原告が飲酒したという過失を比較過失法理の問題にしていなかつつも、寄与過失法理に近い処理、つまり、原告の損害賠償請求を認めない処理をする法律構成として、被告と原告との共犯 (complicity) の問題として考えていることを示している。

³⁶⁰ McNamara v. Noneyman, 406 Mass. 43, 546 N.E.2d 139 (1989)、Tomfohr v. Mayo Found., 450 N.W.2d 121 (Minn. 1990)、Cowan v. Doering, 111 N.J. 451, 545 A.2d 159 (1988)、Bramlette v. Charter-Medical-Columbia, 302 S.C. 68, 393 S.E.2d 914 (1990) などの裁判事例は、被告が損害発生を回避義務を負っていると評価される場合には、原告の寄与過失法理ないし危険引受法理 (assumption of the risk) の適用は問題になり得ない、と示している。

果関係の視点から説明をする場合がある。つまり、被告が損害発生回避のための最後の機会を持っていた場合に、原告の過失と発生した損害との間には因果関係にはないので、それゆえに全く考慮されるべきではない、というものである。

しかし、Dobbs は、そのような説明は正しいものとは言えない、と指摘する³⁶¹。多くの事例では、二人ないし二人以上の加害者の過失が絡んで一つの損害を引き起こしている場合には、それぞれの加害行為には法的因果関係があるとされて、各加害者に対して責任が認められているから、というのである。つまり、その複数加害者の中の一人が原告であると考えれば、原告による自身に対する加害行為にも発生した損害との間には因果関係はあると判断できる、という意味である。そこで、最近の研究によれば、適切な予防措置のレベルに至る原告自身の注意義務が注目されている³⁶²。

このように Last Clear Chance 法理はそもそも、寄与過失法理に対する例外として位置づけられている法理であり、寄与過失法理が適用されるべきではないと裁判所が判断した場合、請求を認めないという厳格さを修正する司法的な試みとして、Last Clear Chance 法理は位置づけられている。そのような法理としての趣旨を考えると、比較過失法理がいったん採用されれば、Last Clear Chance 法理はほとんど、立法的³⁶³にも司法的³⁶⁴にも不要と

³⁶¹ Dobbs, *The Law of Torts* 804 (2011) .

³⁶² Dari-Mattiacci & Nuno Garoupa, *Least-Cost Avoidance : The Tragedy of Common Safety*, 25 *J. L. Econ. & Org.* 235 (2009) では、Last Clear Chance 法理は事故を防止する機能があるかもしれないが、効率性はよくないとされている。

³⁶³ Conn. Gen. Stat. Ann 52 条 572h(I)、Minn. Stat. Ann. 604.01 条を参照。

³⁶⁴ 本文掲載の裁判事例以外には、*Spahn v. Town of Port Royal*, 330 S.C. 168, 499 S.E.2d 205 (1998) があげられる。この裁判事例の内容は以下の通りである。被害者は自動車の屋根に乗せていたボートが落ちて、一部、道路に触れていたため、ボートを道路上で回収しようとしていたが、被告である町の警察官である A が運転する自動車はそのボートに衝突し、被害者は A によってはねられて負傷してしまった。そこで、原告である被害者が被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。原告は、Last Clear Chance 法理について事実審は陪審に説示するように要請した。しかし、事実審は、原告の要請を否定し、陪審は被告勝訴の評決を出した。控訴審は、Last Clear Chance 法理は比較過失法理に包摂されているため、比較過失法理によって当事者の過失を割り当てる際に陪審が考慮すべき要因として、Last Clear Chance 法理は残っているとした。サウスカロライナ州の最高裁は、裁量上訴 (certiorri) を認めて、Last Clear Chance 法理が比較過失法理の採用に包摂されているかどうかを説明することになった。最高裁は、近因の問題に基づく Last Clear Chance 法理は、比較過失法理のもとでは不必要であるが、原告が危険にさらされ、危険から脱出できなかつたかどうかを、被告の過失の割合に関する要因として考慮する必要があるため、当事者の過失を比較検討する際には、Last Clear Chance 法理の要素について陪審に説示されるべきである、とした。

いうことになる³⁶⁵。そのような中、Last Clear Chance 法理に言及した有名な裁判事例として、Penn Harris Madison Sch. Corp. v. Howard 事件と Fouts v. Builders Transp., Inc.事件がある。

【Penn Harris Madison Sch. Corp. v. Howard 事件】³⁶⁶

高校三年生である被害者は17歳で、友人が小学校でピーターパンの劇を作成するのを手伝っていた。ロッククライミングや懸垂下降の経験も持っていた被害者は、観客の上を飛ぶピーターパンのキャラクターのために滑車装置を設計しそれを構築した。被害者は、登山用のハーネス、金属リング、繊維の網目、滑車、そして屋根の垂木から下げるケーブルの装置を作った。この装置のテストは被害者自身が行った。被害者は、多くの人が見守っていたリハーサルの夜、友人が支えていたはしごから飛び降りたが、身体とケーブルを結びつけていた滑車が機能せず、被害者は体育館の床に落ちて、顔面、手、脾臓、手首に重傷を負った。そこで、被害者の母親は、小学校を運営している被告会社に対して、損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、被害者に過失が少しあったが、その部分については責任を被害者自身が負うことはないとして、原告勝訴の判決を出して、20万ドルの損害賠償請求を認めた。控訴審は、友人が被害者のためにはしごをしっかりと保持している間に、滑車を被害者が取り付けるのを、被告会社のスタッフが手伝ったという証拠はなく、どのようなメカニズムで被害者が転落したかは不明であるが、事故の発生を回避するためのLast Clear Chance が被害者自身にあったことは証拠によって明らかであるとして、Last Clear Chance 法理を適用して処理すべきであるとした。そこで、被告は、Last Clear Chance 法理のもとで、陪審が被告に責任を課すのを事実審は認めるべきではなかったと主張して、上訴した。

インディアナ州の最高裁は、本件事故当時、立法府は比較過失法理ではなく、寄与過失法理を採用していたため、Last Clear Chance 法理に関する説示に誤りがあったが、被害者の転落を警戒し、あるいは防止する最後の機会が被告にあったという証拠はなかったとして、控訴審判決を支持した。

【Fouts v. Builders Transp., Inc.事件】³⁶⁷

被害者は、事故が発生した交差点において赤信号で南に向かってミニバンを停車していた。その交差点を西に向かっていた訴外Aは、被告が所有するトレーラーを運転し、信号が青から黄に変わった時に交差点に進入したが、すでに被害者が発車していたため、Aは急ブレーキをかけた。しかし、交差点に進入する前に停車することができなかったために衝突した。そこで、被害者は、医療費用、賃金喪失、労働力喪失、精神的苦痛を主張し

³⁶⁵ Henry Woods & Beth Deere, Comparative Fault, § 8.3 (3d ed. 1996) .

³⁶⁶ 861 N.E.2d 1190 (Ind. 2007) .

³⁶⁷ 222 Ga.App.568, 474 S.E.2d 746 (1996) .

て、損害賠償請求訴訟を被告に対して提起した。陪審は、原告に3万7779ドルの損害賠償請求を認める評決を出したが、事実審は、評決を修正して5000ドルに損害賠償額を下げた。被告は、Last Clear Chance 法理に関する説示が不適切であったとして事実審判決に誤りがあったと主張して、控訴した。

ジョージア州の控訴審は、Last Clear Chance 法理が損害の分配に関するルールに取り込まれている限りで廃止されているが、本件での事実審は、Last Clear Chance 法理を両当事者に適用できると誤って判断したため、陪審は Last Clear Chance 法理が適用される可能性があるかと判断し、原告にも寄与過失があったが、A に Last Clear Chance があったと解釈した可能性があるとした。この可能性を排除できなかったということは、Last Clear Chance 法理の誤った適用であると言えるとして、事実審判決を破棄した。

このように、多くの州において比較過失法理が採用されるに至ったため、Last Clear Chance 法理は、ひと握りの寄与過失法理を採用する州にしか残っていないという状況にある³⁶⁸。たとえば、Last Clear Chance 法理が適用された裁判事例として、Outlaw v.

³⁶⁸ たとえば、前掲注・366の Penn Harris Madison Sch. Corp. v. Howard, 861 N.E.2d 1190 (Ind. 2007) は、インディアナ州での事件であり、次にあげる Grady v. Brown, 968 A.2d 1084 (Md. 2009) は、メリーランド州の事件であるが、いずれも寄与過失法が残っている州であり、Last Clear chance 法が認められている州での事件である。その Grady v. Brown 事件とは次のような内容のものである。

北向き車線と南向き車線の二車線の高速道路を、被害者とその妻が乗っていたバイクが北上していた。だが、直進していた被害者は、右側から直進してきた被告の自動車と衝突したため負傷をした。そこで、被害者は、被告は自分に優先通行権 (right of way) を与えず、衝突を回避するために間に合うようにバイクを確認しなかった点に過失があると主張して、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。個別評決 (special verdict) で陪審は、被告に過失はないと事実認定した。評決とは異なる判決か、再審理を求めて原告は申立てをしたが、事実審はいずれも否定した。原告は、メリーランド州の中間控訴裁判所である特別控訴裁判所 (court of special appeals) に申し立てをして、それが認められた。特別控訴裁判所は、原告は本線にいたが、被告は本線へ合流するための助走車線にいたため、原告に優先交通権があったとしつつ、事実審判決を支持した。つまり、被告の車両は停車線に至るまでに、本件の運転手が走行していた車線に侵入したり妨害したりしていないという事実があるが、これは、支線にいた運転手に対して不利な判決を出してきた多くの Boulevard Rule 事例が想定しているものとは異なるので、Boulevard Rule に基づいて判断すべきではない、という理由であった。そこで原告は控訴した。控訴審での争点は、Boulevard Rule に基づいて、法律問題として被告の運転に過失があったため、評決とは異なる判決を求めた原告の申し出を事実審が否定したことに誤りがあるかどうか、という点であった。Boulevard Rule とは、支線から高速道路の幹線に進入しようとしている運転手

Johnson 事件をあげることができる。

【Outlaw v. Johnson 事件】³⁶⁹

被害者は、高速道路の橋脚に関する整備プロジェクトに携わっていた会社に、蒸気ローラーの作業員として採用されていた。被害者は、橋の建設現場での作業が終了した後に、監督者から蒸気ローラーをある場所に移動するように指示されたため、その場所に向けて被害者は蒸気ローラーを運転して移動した。他方、被告は、アメリカ郵便請負会社のトラック運転手として雇われていた者で、トラックを運転しているときに、突然、前を走行していた車両が左車線に線路変更をしたことで、被害者が運転する蒸気ローラーが現れたため、右に路線を変更しようとしたが衝突した。このため被害者は負傷をした。事故周辺の道路は、黄色のコーンで右車線が封鎖されていたため、被告は左車線を走行していたのである。そこで、被害者は、被告とその雇い主の会社の過失で負傷したとして、損害賠償請求訴訟を提起した。他方、被告は、被害者の会社は被害者が高速道路で蒸気ローラーを運転するのを許可した点に過失があると主張し、その過失分を賠償額から減額すべき、と主張した。陪審は、被害者である原告は、被告の過失によって負傷し、原告も自分の過失が負傷に寄与しているが、被告には Last Clear Chance があったと認められるため、原告は 45 万ドルの損害賠償請求が認められる、とした。事実審は、既に原告が自分の会社から労働者補償法による給付金である約 11 万 7000 ドルを 45 万ドルから引いた金額の損害賠償請求を原告に対して認めた。被告は、事実審が Last Clear Chance 法理を陪審に説示する際に誤りがあるとして、控訴した。

(これを unfavored driver という) は停車して、幹線を進行している運転手 (これを favored driver という) に優先通行権を与えないといけない、という合衆国交通法 (United States traffic law) における原則のことである。控訴審は、Boulevard Rule は、本線を走行している車両を視認するために、停車線になっているところでとどまるように運転手に対して要求していないし、また、高速道路の交通状況を見るために、本線に入る前に、徐々に道を上っていき停車することになるが、本件の場合には完全に停車してしまった後で発生した事故なので、被告は Boulevard Rule に抵触していない、とした。そして、判決に対する反対意見として、高速道路の本線に入らない場合、支線の運転手は本線の運転手に優先交通権を譲ることになるが、譲らずに本線に進入してしまった場合には、通常、法律違反になるため、Last Clear Chance 法理などに基づいて責任を負う場合がある、という点が指摘されている。

なお、Boulevard Rule はメリーランド州にあるルールのうちの一つであるが、全州が制定法や判例法で同じ条項を用意しているわけではない。たとえば、ニューヨーク州では、私道から公道に入る場合にそのルールが適用されるが、公道の交差点の場合には適用されていない。

³⁶⁹ 660 S.E.2d 550 (N. C. Ct. App. 2008) .

ノースカロライナ州の控訴審は、寄与過失のあった原告が Last Clear Chance の主張に成功するには、次の五点について立証しなければならないとした。原告が不注意に自分を危険の状態に晒したこと、危険な状態から原告が脱出する能力がないことを被告が知っていたこと、または、合理的な注意を払うことでそれを認識すべきであったこと、合理的な注意を払うことで負傷を回避する時間と能力を被告が有していたこと、その原告が負傷するのを回避する手段を被告が使用しなかったこと、そして、その結果、原告が負傷したこと、である。このいずれも原告は十分な証拠に基づいて立証しているため、事実審は陪審に Last Clear Chance 法理を説示するのに誤りはなかったと控訴審は判断した。

また、裁判以外のものでは、第三次不法行為法リステイメントにおいても、比較過失法理の登場によって Last Clear Chance 法理は廃止されたという立場が採用されている³⁷⁰。ただ、比較過失法理の修正型では、もし原告の過失が被告の過失よりも大きければ、あるいは同程度であっても、原告の請求を認めていない州がほとんどであるため、大きな過失があると認定された原告の請求を認めないという範囲内で、Last Clear Chance 法理は維持されるべきではないか、という議論が一時期あったようであるが、Last Clear Chance 法理の意義に関する疑問³⁷¹が依然あると指摘されて、ほとんどの州では、Last Clear

³⁷⁰ §3 コメント b は、Last Clear Chance 法理は、分類上、寄与過失となるような行為につき、被告を免責しない、としている。

³⁷¹ 本文に掲載している Hale v. Beckstead 事件以外の裁判事例として、Danculovich v. Brown, 593 P.2d 187 (Wyo. 1979) もあげることができる。この裁判事例の内容は以下の通りである。被害者の友人である被告は、被告が所有し運転している自動車です町を走行した際、ビールを購入して飲んだ。その後で、被害者の婚約者を拾って、さらに町中を北に向かって、制限速度を超えて走行し、追い越し禁止区域を示す黄色の二重線は無視して、別の車両を追い越した。だが、五度ほど曲がっている道路に対応しきれずに、被告の運転する自動車は横転し、被害者は死亡した。被害者の両親は、Wyo. Stat. Ann. § 1-38-102 (1977) に基づいて、損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、被告に重大な過失があると認定し、被告に 53%、被害者に 47% の過失を割り当てた。原告は、陪審に対する事実審の説示に、Last Clear Chance 法理を含めなかったことに誤りがあるとして、上訴した。ワイオミング州の最高裁は、ワイオミング州の比較過失法が、原告の過失が被告の過失と同等か、より大きい場合には寄与過失法理を廃止していないので、Last Clear Chance 法理は、制定法があるにもかかわらず、寄与過失法理が活きている範囲内で有効であると言えるが、比較過失法が適用される場面で Last Clear Chance 法理を維持することに実際上の合理的根拠はない、と指摘した。その上で、事故の発生を回避するための Last Clear Chance を被告が利用できなかったことは原告の負傷の近因となり、それゆえに原告の過失は遠因となるという事実をその法理は前提としているとすることに合理性があるので、比較過失法の下で陪審は、当事者の過失があることと相対的な割合について認定しなけれ

Chance 法理の維持がなされておらず、現在の主流である比較過失法理のもとでは支持されていないというのが現状と言える³⁷²。たとえば、Last Clear Chance 法理の意義に対する

ばならないが、被告の行為が負傷の近因でないと陪審が判断した場合には、被告には過失がないと認定されるので、Last Clear Chance 法理を検討する必要性はなくなる、とした。比較過失法の下での損害分配は、Last Clear Chance 法理の検討は必要ではないとして、事実審判決を支持した。ただし、willful と wanton という行為に関する問題は陪審に提示されるべきであったとして、事実審判決は一部取り消されて差し戻された。

³⁷² Schwartz, supra note 14 at § 7.02(g)を参照。だが、裁判所の中には、Last Clear Chance 法理を適用し続けるべきとするところもある。たとえば、Good Low v. United States, 428 F.3d 1126 (8th Cir. 2005) である。この裁判事例の内容は以下の通りである。事故当時 18 歳だった原告は、パーティーに参加して大量のアルコールを摂取した後、自動車を運転していた。そこへ、連邦政府の職員であるインディアン居留地の警察官が、原告のスピード違反と不規則運転を確認したため、原告を追跡し始めたが、原告は道路から外れて湿地に逃れ、その後アルファルファ畑の中に車を乗り入れたが、原告は畑にあった干し草の俵に衝突して停車した。さらに追跡をしていた警察官は、干し草の俵に衝突している原告の自動車を発見したが、その自動車の中に原告を発見することができなかった。車に乗ったままの警察官は点滅する頭上ライトやサイレンを使用していなかったが、ヘッドライトを使用していた。原告は、その警察官の車両から数尋前方におり、アルファルファ草の上に頭をあげていた。しかし、時速 15 マイルで走行していた警察官は停車することができず、原告を引いてしまったため、原告は骨盤骨折や尿道裂傷などの重傷を負った。そこで、原告は、連邦不法行為請求法、28 USC § 1346(b)に基づいて損害賠償請求訴訟を提起した。地裁は、地面に人や目的物を見ることができない地域において、不適切なスピードで運転していた点で警察官に過失があると事実認定をしたが、サウスダコタ州の法律では、原告の過失が被告の過失より大きい場合には、原告は損害賠償請求をすることができないとなっているため、原告の損害賠償請求を棄却した。そこで、原告は、自分の過失が被告の過失より大きいとしても、Last Clear Chance 法理によって自分の損害賠償請求は棄却されるべきではない、と主張して控訴した。連邦第八巡回区控訴裁判所は、原告には、警察官に従うことで危険から自身を守ることができたこと、そして、アルファルファ草のうえに頭をあげて顔を警察官に示すことができたが遅過ぎたこと、対向する警察車両から自身を守ることができなかった点で、「継続的過失 (continuing negligence)」があると認められるが、原告に対する危険を被告が発見したが、合理的な注意を払いつつ行動しなかったという推論を支持する証拠がある場合にだけ、原告の継続的過失は Last Clear Chance 法理を無力化するというのがサウスダコタ州でのルールであるとして、負傷した者の危険を発見する義務があるとはいっても、被告がその危険を実際に発見せず、衝突するまでのどの時点においても、負傷した者が危険から回避することが物理的にできるという状況では、Last Clear Chance 法理の適用は否定されるので、Last Clear Chance 法理に

疑問を呈する裁判事例として、Hale v. Beckstead 事件をあげることができる。

【Hale v. Beckstead 事件】³⁷³

被告は半分だけ完成している自分の住宅の内部をペイントするために、原告を雇った。被告はペイント用品を購入したが、ペイントについては原告の裁量に委ねられていた。被告の住宅は建設中であったため、二階のバルコニーには手すりが設定されていなかった。原告がペイントの作業をしている際に、二階のバルコニーから誤って転落し負傷をしたため、敷地所有者責任（principles of premises liability）を根拠に、原告は被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、被告の部分的に完成している住居の状況によって原告が置かれた危険性は、公然かつ明らか（open and obvious）であったため、原告に対して被告は注意義務を負っていなかったという理由で、被告勝訴の正式事実審査を経ないでなされる判決を出した。さらに、控訴審は、第二次不法行為法リステイトメントで具体的になっているように、公然かつ明らか危険という法理（open and obvious danger rule）は、招待者に対して土地所有者の義務として適用されるルールであるとして、事実審判決を支持した。

ユタ州の最高裁は、Last Clear Chance 法理を、第二次不法行為法リステイトメント § 479 にあるように、被告が危険を是正するか、危険を阻止する最後の機会を有している限り、寄与過失のある原告でも損害賠償請求が認められるとする法理であるとしつつも、比較過失法理が採用されて以降、比較過失法理の枠組みの下で過失を割り当てている際に利用される多くの手法の一つとして Last Clear Chance 法理は利用されるだけであると述べた。しかし、ユタ州では、比較過失制度が制度化された時点で、リステイトメントに見られるような「公然かつ明確な危険」法理を立法府は廃止していないので、敷地所有者責任とは、両当事者の過失の結果として被告の敷地内において招待客である原告が負傷した場合に、原告の損害賠償請求が認められないとする代わりに、敷地所有者には招待客に対して負っている注意義務があると考えられるので、本件では、被告がその注意義務に違反したかどうかの判断に影響を与える重要な事実問題が残っていると言える。このため、控訴審は、正式事実審査を経ないでなされる判決を不適切に支持したとして、控訴審判決を取り消して差し戻した。

このように、Last Clear Chance 法理はほとんどの州で採用されていないが、この法理が基礎にしている事実は依然、過失の有無や寄与過失を決定する場合にも考慮されている。たとえば、多くの通常の過失事例では、被告は損害発生危険を創出しているが、その被害は、いくつかある手段の中の一つによって回避されるかもしれないし、原告自身の努力で回避できるかもしれない。だが、Last Clear Chance 法理に関する事例での被告も、他者

よって原告の損害賠償請求が認められることにはならないとして、地裁判決を支持した。

³⁷³ 116 P.3d 263 (Utah 2005) .

では回避できない被害の危険を創出しているのである。不合理に大きな危険を創出している者は、より小さな危険を創った者よりも、過失があるとされるのは一般的には合理的であり適正であると考えられる。そうすると、Last Clear Chance 法理において重視されるのは、被告の側により大きな過失が認められる場合ということになる。その結果、Last Clear Chance 法理が機能するのは、被告により多くの過失の割合が当てられる場合に限られるとされている³⁷⁴。

³⁷⁴ Malcom M. McIntyre, The Rationale of Last Clear Chance, 53 Harv. L. Rev. 1225

(1940) では、Last Clear Chance 法理の事例では、被告の過失が原告のものよりも大きいとされていると言及している。また、第三次不法行為法リステイメント §3 コメント b は、A の危険を B が知り、その結果 B に過失があるとされた点を事実認定者が考慮することを示している。

§ 3 comment b

原告と被告の行為の時期：Last Clear Chance 法理、損害軽減、そして回避可能損害 7 条のコメント k (k. 原告の過失以外の抗弁 (Defenses other than plaintiff negligence)。この条項は、原告の過失の評価によらない、時効法、契約上の責任制限、特権 (privilege)、免責 (immunity)、ないし統一商事法典 (Uniform Commercial Code) での法定抗弁のような、抗弁を緩和するために適用されない。) で述べられているルールによると、被告の行為、原告の行為、そして両行為の相対的な時期にかかわらず、あらゆるタイプの原告の行為に、この項が適用されることになる。この項は第二次不法行為法リステイメント §478 の「被告の過失と関連する原告の過失の時期」の後を継いだものである。Last Clear Chance 法理は、他の場合であれば過失とされるような行為をした原告を明確に免除しない。

この項は原告の負傷をさらに悪化させるような原告による不合理な行為に適用される。損害軽減や結果回避可能性についてのルールは、このような行為をした原告を免責しないし、賠償請求も排除しない。トピック 5 は、原告の負傷全部と被告の行為に因果関係があるが、原告の行為は単に負傷をさらに悪化させているという場合のように、原告の負傷の一部について因果関係のある行為をした当事者間で責任を割り当てることを示している。

原告と被告の行為の時期は、事実認定者が原告に割り当てる責任の程度と関連しているかもしれない。また、原告ないし被告、どちらかの行為による責任の範囲内に、原告の負傷があるかどうかにも関連するかもしれない。

例示

1 高速道路上で過失によって A 運転の自動車のガソリンが切れてしまった。B は A の自動車を発見したが、過失で衝突することを回避することができず、A を負傷させた。A は Last Clear Chance 法理で自分の過失を免責されない。責任を割合で割り当てるにあたり、事実認定者は、B が A の危機を認識し、その結果過失となっていることを考慮するかもしれない。

第3款 willful、wanton、reckless な不法行為の場合

まず、寄与過失法理のもとでは、原告に寄与過失があったとしても、原告に対して意図的に被害を強いた行為をした被告は、原告に寄与過失があったということを、抗弁事由として主張することはできない³⁷⁵。つまり、全額の賠償責任を故意の被告は負わなければならない

2 1と同じ事実で、Bが危険な運転をしていたとする。Last Clear Chance 法理でAは自分の過失を免除されない。責任を割合的に割り当てる場合に、事実認定者は、BがAの危機を認識しその結果危険な行動をしたという事実を考慮するかもしれない。Bの危険な行為が予見できないもので、危険の範囲を超えてAの過失を導いたものであるかどうかは、適用される実体法で決められるのであり、これらのルールによるものではない。

3 Aが過失でシートベルトをしていなかった。Bは自動車を過失で運転をしており、そのためAの車に衝突してしまった。Aはフロントガラスを突き破り、重症を負った。シートベルトの着用についての考慮を排除する制定法がないかぎり、Aがシートベルトを着用していないという行為は、Aの過失になるのかどうかを決める際に、そして、もしAに過失があると評価されると、シートベルトを着用していないことで原告に生じた損害の一部に対する責任の割当をする際に、重要になってくる。

4 Aが過失でBの足を折った。Bは過失ないし故意に抗炎症薬を服用するようという医師の命令に従わなかった。この不作為は、Bの足をより遅く治癒することになり、そのため余分に2週間仕事に従事することができなかった。Bの薬を服用しなかったという不作為は、2週間という遅延に関連する損害責任の一部に影響しているため、2週間という遅延部分によって生じた損害賠償額は減額される。だが、損害賠償請求をすることから完全に原告は禁止されるのでも、事実認定された損害額から2週間分を除外しないわけではない。トピック5は、Aの過失だけで引き起こされたことと、Aの過失とBの薬を服用しなかったという共同で生じたこととの間にあるBの全損害額の割当に関する疑問である。

5 Aは過失でBの足を折った。治療後1週間でBは折れた足のままスキーに行った。このことでBは再度足を負傷し、2週間仕事に復帰するのが遅れることになった。足が折れたままスキーに行くBの行為は、2週間という遅延に関連する損害額に対する責任の割合に影響する。足が折れたままスキーに行くとBが決めたことは予見できるものではなく、Aの過失によって引き起こされた危険の範疇を超えていると事実認定者は認めるかもしれない。原告によって主張される医療過誤によって医師がかかわる要因を作り出したことに原告の過失が影響していることは、§7 コメント m で言及されている。

³⁷⁵ 本文掲載以外の裁判事例として、Lambrecht v. Schreyer, 129 Minn. 271, 152 N.W.645 (1915)がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告は自分の家族と一緒に、軽い馬車を運転していた。他方、被告は材木を積んだ荷馬車を運転していた。当事者はかねてより仲がよくなく、原告が被告を追い越した時、被告を怒らせることになった。被告

けないという処理になっているのである。このことを示す裁判事例としては、次のものがある。

【Galveston, H. & S.A.Ry.Co. v. Zantzinger 事件】³⁷⁶

17歳の子供が許可なく、ゆっくりと動いている列車のエンジン部分によじ登ったことから、驚かして列車から子供を引き離すために、機関士が水蒸気を放出した。驚いた子供はエンジン部分から飛び降り、電車の軌道上に落ちて負傷した。そこで、その子供が受けた負傷に対して、原告である子供とその母親が、鉄道会社を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。第一審では原告が勝訴したため、被告が控訴して二つの問題点があることを示した。控訴審で争点になったのは、(1) 実際に生じた結果との関係で機関士には故意があったが、電車に上った子供の過失が寄与過失として考慮されないとすべきか、そして(2) 子供が電車から飛び降りるという行為が、機関士による加害行為に対する抗弁になると通常言えるかどうか、であった。最初の争点について裁判所は、機関士の行為が故意であり過失ではないとして、子供が刑法上の不法侵入者であるという事実は、機関士の暴行行為を正当化することにならない。二つ目の争点について裁判所は、機関士の暴行に反応した子供の行為は過失とは評価され得ないので、陪審に子供の寄与過失の説示を提示しなかったことに事実審には誤りはない、とした。子供は、鉄道会社の従業員による故意不法行為によって生じた損害を回避するようには要求されなかった。

さらに、この故意不法行為事例に関する議論の一環として、裁判所は、被告が willful、wanton、reckless な不法行為による責任を負う場合にも、原告の過失は抗弁にはならないとする議論がある。たとえば、次のような裁判事例がある³⁷⁷。

は大声で叫びむち打ちながら、原告の後を追いかけて抜き去ろうとしたときに、被告は原告の2頭の馬のうち1頭をムチで打ってしまい、それで原告の馬車が制御不能になり、切り株に突進して、原告は負傷するに至った。事実審は陪審に対して、もし原告が運転している馬の1頭を被告が悪意、wantonness、reckless で打ったこと、それで原告が負傷したことによって、原告に対する暴行が成立するということを説示した。陪審は、750ドルの損害賠償請求を原告に認める評決を出した。被告は再審理を求めた申し出が否定されたため上訴した。ミネソタ州の最高裁は、被告による一連の行為は暴行になるので、陪審への説示は適正であったとした。さらに、暴行に関する民事訴訟において、寄与過失の抗弁を被告は主張することはできないとして、事実審判決を支持した。

³⁷⁶ 92 Tex.365, 48 S.W.563 (1898) .

³⁷⁷ 本文掲載以外の裁判事例として、Sparks v. Alabama Power Co., 679 So.2d 678 (Ala. 1996) がある。

被害者は、レースの印が付いている道路を運転するという限定された範囲内でレースに参加していた。絶縁されていない電線をぶら下げている被告会社所有の40呎の木製の支

【Wolfe v. Baube 事件】³⁷⁸

原告である遺産管理人は、自動車事故による被害者の死亡につき、その運転手に対して訴訟を提起した。陪審は、原告と被告の両者は、意図的で wanton があり有罪であると認定し、比較過失法理のもとで、被告勝訴の評決を出した。原告に意図的ないし wanton の行為があり、有罪となるかどうかという争点につき、事実審の判断に誤りがあると主張して、原告である遺産管理人は控訴した。

バージニア州の控訴裁判所は、積極的な危険に対する認識が意図とか wanton に含まれていることが行為の重要な構成要素であるという意味で、意図とか wanton な行為は重過失よりも程度として落ち度が大きいとしつつ、事実審判決を破棄した。意図的ないし wanton 的な行為があった被告は、もし原告に意図ないし wanton な行為がなければ、原告の寄与過失に頼ることができない。被告はかなり酔っており、ヘッドライトも点けていなかった。原告はスピードを出していたが、被告の車を見たときは減速していた。つまり、原告の行為は意図的でも wanton でもなかった。控訴裁判所は、遺産管理人による不法死亡訴訟で被告勝訴の評決を出すことを認めたことを破棄し、賠償額の金額の決定に限定して再審理を要求した。

【Murray v. Chicago Youth Ctr.事件】³⁷⁹

負傷した子供とその母親は、市の教育委員会、市のユースセンター、ユースセンター職員に対して、小さなトランポリンの結果として生じた治療費用と重大な負傷について損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は最終的に、745 Ill. Comp. Stat. Ann 10/2-201 (1992)

柱に、被害者の友人の一人によって運転されていた自動車が衝突し横転した。この事故が発生した後、被害者は自分の自動車を現場まで運転し、損傷した自動車にいる自分の友人の状態をチェックしたが、被害者は自分の自動車に戻るときに、肩が電線に触れたために死亡した。そこで、被害者の妻が、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、被告の wantonness につき指示評決を求める原告の申立てを認めた。陪審は、原告による被告の過失主張につき被告勝訴の評決を出した。原告は再審理の申立てをしたが、事実審はその申し出を否定した。そこで、原告は、wantonness の主張を支える重要な証拠を提示しているのに、再審理の申し出を事実審が否定したことには誤りがあるとして、上訴した。アラバマ州の最高裁は、wantonness の主張に対する抗弁に寄与過失はならないし、過失と wantonness は質的に異なる行為なので、陪審は被告の過失を認定せずに、被告の wanton を認定する可能性があるが、被告が wanton として行動したという原告の主張を支える重要な証拠について原告は提示できなかったため、事実審が原告による過失の主張につき、被告勝訴の評決を指示したことは適正であったとし、事実審判決を支持した。

³⁷⁸ 241 Va. 462, 403 S.E.2d 338 (1991) .

³⁷⁹ 224 Ill.2d 213, 864 N.E.2d 176 (2007) .

と 745 Ill. Comp. Stat. Ann. 10/3-108(a) (1992) の事実認定に基づいて、被告らに対する損害賠償請求を認めた。イリノイ州の控訴審は、745 Ill. Comp. Stat. Ann. 10/3-109(c)(2) (1992) に規定されている免責条項に対して、willful と wanton の場合は例外として扱われるとして、負傷した子供と母親が主張する被告の willful と wanton についての事実認定に基づいて、原告である子供と母親の損害賠償請求を全額認容した。

イリノイ州の最高裁は、控訴審判決を再審理することを認めた後で、もし被告に willful や wanton な行為があったと証明されれば、745 Ill. Stat. Ann. 10/1-210 (2002) で規定されている willful 行為と wanton 行為の定義に合致していることになるため、比較過失法理は適用されない、と述べた。最高裁は、控訴審判決を破棄し、事実審に差し戻した。

このように、被告と同じように原告にも wanton、reckless な行為がある場合には、被告の不法行為と原告の寄与行為が同じレベルで同じ性質のものとみなされるため、比較できる対象になるため、原告による全額の損害賠償請求は認められなくなるのである³⁸⁰。

³⁸⁰ Harlow 事件以外には、Sorrells v. M.Y.B. Hospitality Ventures of Asheville, 332 N.C.645, 423 S.E.2d 72 (N.C.1992) がある。この事件は次のような内容のものであった。被害者は三人の友人とともに、被告が経営するレストランに行き、テキーラを飲んだ。その後、被害者は他のドリンクを注文しようとしたが、被害者の友人の一人が、被害者は運転しているし、これ以上は飲ませるべきではないと告げたため、ウエイトレスは被害者からの注文を拒否した。被害者がトイレに行くためにテーブルを離れたとき、ウエイトレスが、被害者以外の者の飲み物についての注文があるかどうかを確認するためにテーブルに再度戻ってきたところ、被害者もトイレから戻ってきたため、被害者はテキーラをもう一杯と注文した。そこでウエイトレスは、誰が運転をしているのかを再度確認した。ウエイトレスは、被害者が運転をしているため、これ以上は飲むべきではないと再度言われた。その時点で、被害者ともう一人の彼の友人は非常に酔っており、支障がある徴候が視認できるほどであった。再度、被害者と一人の友人はトイレに行き、テーブルに戻る途中にあるスタンドバーに立ち寄り飲み物を注文した。ウエイトレスは被害者らが再度飲み物を注文したことをマネージャーに報告したが、マネージャーは、様々なアルコール度数で作られた Ice Age Tea という大きなドリンクを被害者らに提供した。被害者はその飲み物を飲み終えた後、友人らは、被害者に対して、自分で運転せずに、他の者に運転してもらうように言った。しかし、被害者は、この要請を拒否して自分で運転し、州間高速道路を走行中に、自動車のコントロールを失い、橋桁の台に衝突して死亡した。被害者の遺産管理人は、被害者にアルコールを提供した被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、被害者の寄与過失に基づいて却下 (dismiss) するように求める被告の Rule 12(b)(6) に基づく申立てを認めた。原告は控訴し、控訴審は事実審判決を棄却し、再審理するために差し戻した。被告は裁量審査を求める申立て (petition) をし、ノースカロライナ州の最高裁はそれを認めた。ノースカロライナ州では、原告に寄与過失が認められ

【Harlow v. Connelly 事件】³⁸¹

未成年者が乗車していた自動車を、酔った運転手がハイスピードで運転していたが、その自動車が制御不能になりクラッシュしたため、未成年者が負傷した。その隣に乗車していた友人が、運転手と自動車の所有者を相手取り人身損害の賠償請求訴訟を提起した。運転手と所有者は、未成年者には寄与過失があり、損害賠償請求はできないと主張して、正式事実審理を経ないでなされる判決を求めて申し出た。事実審は、その申し出を認め、もし、次の3点が明らかでなければ、酔った運転手によって運転された車に乗ったことに対して、未成年者に寄与過失があるかどうかという審査を陪審はすることになる、と判断した。その3点とは、(1) 運転する能力に影響があるほど運転手が飲んでしたこと、(2) 未成年者はそれを知っていなければいけないということ、(3) 似た環境で同じ選択に直面した人が思慮深い人であれば、その運転手と一緒に乗ったりしなかったであろうということ、である。

ケンタッキー州の控訴審は次のように判示した。運転手と一緒に乗る選択をするにあたり、未成年者が適正に車を選ばなかったことが、運転手が酔っていたという責任を免責することにはならないし、また、未成年者も wanton 行為していたと認められるため、wanton 行為を行っていた運転手は、未成年者の wanton に関する抗弁を禁じられることはなく、比較過失法理の適用となる、とした。

この被告による willful、wanton、reckless な行為が、故意行為とどのような関係性にあるかが問題になるが、日本法で言えば、重過失行為の範疇に属する行為類型であるように思

ば、通常の過失行為をした被告に対する損害賠償請求は認められないとなっている。控訴審は、法律問題として、支障のある状態で被害者が自動車を運転したという主張は、寄与過失を立証したのとして事実認定されるので、原告の主張は、被告の過失が通常のものであれば、認められないことになる、と最高裁は述べた。そして最高裁は、ドリンクを提供することを控えるように要求された後に、視覚的にも泥酔している被告にアルコールを提供している被告の行為は willful や wanton という過失行為に十分に該当するので、被害者の寄与過失は損害賠償請求ができなくなるほどの行為ではない、という原告の主張に対して次のように述べた。本件では、アルコールによる影響のある状態で高速道路を走行する者は、犯罪を規定している NCGS § 20-138.1 に抵触しており、この法令に willful に違反することは、有責性の認められる過失を構成するものと言えるが、原告は訴状で主張されているこれらの事実のいずれについても異議を申し立てることができない。被告の過失が通常のものである以上は、損害賠償請求が認められるための被害者の過失もこれと同程度のものであることが必要になる、と述べた。最高裁は、控訴審判決を破棄して差し戻した。

³⁸¹ 548 S.W.2d 143 (Ky.Ct.App.1977) .

われる。つまり、アメリカ不法行為法では、故意不法行為そのものではないが、行為の悪性や非難可能性において故意不法行為にかなり近い性質を有する willful, wanton, reckless な行為が被告に認められると、故意不法行為事例の場合と同じように、被告は原告に寄与過失があったという抗弁を主張することができなくなるとしているのである。重過失行為と故意行為を同じ類型の中で論じることには疑問を感じるが、行為の悪性や非難可能性という視点で見れば、重過失行為はかなり故意行為に近接する類型になると見ていると言える。したがって、アメリカ不法行為法においては、故意不法行為ないしそれに近接する不法行為については、比較過失法理に基づく抗弁を被告は主張することができないとされていることがわかる。

第4款 小括

比較過失法理に対する例外的な法理や制度については次のようにまとめられる。損害発生を回避することができる最もよい地位が被告にあれば、たとえ原告に過失が認められても、比較過失法理の対象にはならないというのが、原告に対する特別な保護義務が被告にある場合と Last Clear Chance 法理の場合であった。被告に制定法などを根拠にして原告に対する特別な保護義務が課されている場合には、結局、原告に過失があつて損害が発生した場合でも、その原告の過失は、被告の特別な保護義務に包括されるため、一般的には、原告の過失は比較過失法理の適用対象にはならないとされているようである。しかし、場合によっては、原告の過失が大きくなり、被告の保護義務の中では包含できない程度の違法性が認められる場合には、例外的に、比較過失法理の適用対象になるとしているようである。

このように Last Clear Chance 法理を位置付けて考えると、被告の過失がより大きいと認定された場合に適用される法理として考えることもできるため、第2章、第2節、第6款で説明した比較過失制度の修正型と、内容において同じ発想が共有されていると言える。しかしながら、寄与過失法理によってもたらされる厳しい結果を回避するために登場した Last Clear Chance 法理には、責任分割という発想がないため、現在においては、比較過失法理にほぼ取って代わられており、裁判実務においても、それが適用されたという事案は見受けられないという状況にある。

そして、もう一つの場面である willful, wanton, reckless な不法行為の場合であるが、これらはともに、もともと過失行為として位置づけられる行為形態であると考えられる。ただし、その非難可能性の程度からすると、限りなく故意に近い行為態様として位置づけられている。このため、willful, wanton, reckless という行為形態の場合は、故意不法行為の場合と同じく、原告の過失は比較過失法理の対象にならず、損害賠償額が減額されないという処理になっている。そのように扱う理由として、多くの裁判事例において、被告による willful, wanton, reckless という行為に認められる非難可能性 (culpability) の大き

さが指摘されているという点が非常に興味深い。

このように、比較過失法理に対する伝統的な三つの例外において重視すべき点は、被告の過失と原告の過失を比較して、その非難可能性の度合いを検討しているという視点である。その上で、本稿の目的との関連で注目したいのは、被告による willful、wanton、reckless という重過失行為とも言える行為類型の場合は、行為の悪性や非難可能性という意味において、故意にかなり近くに位置づけられる行為形態であるため、原告の過失と比較しても、かなり程度の非難可能性が認められる、という点である。このため、比較過失法理の適用対象からは除外されるべき、と考えられていることは非常に示唆に富んでいると言える。

日本の民法七〇九条には「故意又は過失」と明記されているが、実際、講学上、故意不法行為についてほとんど触れられていないのが現実である。これに対してアメリカ不法行為法では、そもそも不法行為責任は、過失不法行為責任、厳格責任、そして故意不法行為責任の三類型に大別されており、たとえば、アメリカのロースクールにおける不法行為法の講義においても、故意不法行為の扱いにおいて日本における場合との間には違いがあるように思われる。

さらに、日本の裁判実務においても扱われる不法行為は、そのほとんどが過失不法行為であるため、過失相殺法理についても、そのほとんどが過失不法行為の事例における説明に終始していると言える。つまり、故意不法行為事例における検討は、日本ではほとんどなされていないと言える状況である。その意味で、アメリカ不法行為法におけるこの willful、wanton、reckless な不法行為の場合や故意不法行為事例における比較過失法理の扱いは、日本法においても大きな意義を有していると言える。そこで、willful、wanton、reckless な不法行為の場合における比較過失法理の位置づけについては、章を変えてさらに検討を加えることにする。

第6節 比較過失法理が適用されない具体的な場合

第1款 公然と明らかな危険 (open and obvious danger) と当事者の期待 (expectations)

これまでの比較過失法理をめぐる考察から、寄与過失法理では、原告に過失が認められると、被告は責任から免れることができたが、この点を比較過失法理は修正して、原告に過失があっても、原告は依然、減額された限度でのみ損害を賠償請求することができるようにした、という経緯があったことがわかった。もちろん、そもそも被告に注意義務が課されていない、あるいは、原告が自分で自身を保護することが合理的に期待できたため、被告に過失がないとされた場合には、被告は責任から免れることになる³⁸²。

³⁸² この点は、Wex S. Malone, Some Ruminations on Contributory Negligence, 1981 Utah

ただ、原告が自分に対する注意を十分に払うことが期待される場合に、被告の過失をどのように評価するかは難しくなる。特に、原告の行動が被告の過失と関連しているという場合に問題になってくる³⁸³。たとえば、かりに原告である患者が、正確な診断書を作成するのに十分な情報を被告の医師に対して提示していないにもかかわらず、患者が十分な情報を提供していると被告の医師が判断した、というような場合である。このような場合、原告の過失分は損害額の減額として認められるべきであるが、そもそも被告に全く過失がないとしたら、被告の責任は問題にならなくなる。この不十分な情報提供によって被告に過失がないとされた事例以外の裁判事例として次のものがある。

【Padilla v. Rodas 事件】³⁸⁴

2歳の子供が、約5分間、世話をするものがない状態で家の外に子供を両親が残した後で、被告である家屋所有者の裏庭にあるプールで溺死した。そこで、原告である死亡した子供の両親が、被告に対して、子供を監視していなかった過失があるという理由で、損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、被告の監視に過失があったこと、そしてプール施

L. Rev. 91; Wex S. Malone, *Essays on Torts* 197 (1986) において言及されている。

³⁸³ この原告と被告の過失の関連性に言及している裁判事例として、*Solanki v. Ervin*, 21 So.2d 552 (Miss.2009) がある。この裁判事例は次のような内容のものであった。被害者は高速道路を走行中に、エンストを起こして黄色のラインの近くの左レーンに停車したが、停車した周辺的高速道路には、草の生えた中央分離帯があるが、左側の路肩部分のない場所であった。その高速道路を被害者と同じ方向に向かって被告はトラックで走行していたが、停車していた被害者の車に衝突し、被害者は脳損傷を負い、9日後に死亡した。そこで、被害者の夫と娘がトラックの運転手に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は被告勝訴の評決を出した。ミシシッピ州の巡回裁判所は、評決とは異なる判決 (judgment notwithstanding the verdict) を求める原告の申し出を否定したため、原告は上訴した。ミシシッピ州の最高裁は次のように述べた。ミシシッピ州法典の 63-3-903(1)(2) (Rev. 2004) には、停止が回避できない場合を除き、高速道路の舗装された部分や走行部分では、人がいるいないにかかわらず、いかなる車両も停止、駐車、または放置をしてはいけないとある。証拠に基づいて、被害者が自分の車を路肩に乗せることが可能ないし合理的に実行可能である場合に、高速道路の走行車線に車を停車させたという事実が判明した場合には、裁判所は、その停車させた行為が過失となることを陪審に説示し、証拠の優越から、その過失が事故の唯一で直接の原因であると判断された場合には、被告の過失も事故の近因であったとしても、被害者の過失との割合で損害賠償額が決まる、とした。つまり、路肩がない場所で走行車線に停車せざるを得なかったとしても被害者には過失が認められるが、事故発生を回避できる注意義務はもっぱら被告にあったことが証拠で認定されるべきとしている裁判事例である。

³⁸⁴ 160 Cal. App.4th 742, 73 Cal.Rptr.3d 114 (2008) .

設の扉に欠陥があったとして、施設管理責任に基づき原告勝訴の判決を出した。そこで、被告が上訴した。

カリフォルニア州の最高裁は次のように判断した。裏庭にいた被告が電話に出るために立ち去ったとき、その子供は原告によって監視されていたことは間違いなく、原告は子が土を持って歩いているのを目撃しており、他方、両親が家に入ることで、子供を監視しなくなっていたことを被告が認識していたことを示す証拠は何もない。また、たとえプールエリアに設置されている扉の一つに欠陥があっても、原告は子供の死亡という結果との因果関係を立証することができていない。最高裁は事実審判決を認容した。

つまり、原告である2歳の子供の両親が子供を監督していたのだから、被告である家屋所有者には死亡した2歳の子供に対する注意義務はなかった、とした裁判事例である。

【Foss v. Kincade 事件】³⁸⁵

母親と一緒に友達の家を訪れている間に、家に設置されていた書籍の入っていない書棚が息子に倒れて負傷したため、原告である母親が、被告である訪問した友達の父親を相手に過失に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。第一審は、配置された書棚の危険から友達を保護する義務を有していないとして、原告の訴えを棄却した。そこで、原告が控訴した。

控訴審は次のように判断した。合理的な注意義務の基準は、それぞれの事例における特定の環境に基づいて決定されなければいけない。その環境を総合的に考慮した後で、書棚の危険から息子を保護する義務が友達にはないと控訴審は結論づけた。そして、被害者を傷つける危険性から被告はあまりにもかけ離れているので、公序良俗（public policy）として被告に法的責任を課すことができない、とも述べている。第一審判決は認容された。

つまり、書籍の入っていない本棚が3歳児に倒れた時、被害者である3歳児は母親の監護下にあったので、家屋の所有者にはその3歳児に対する保護義務はない、とした裁判事例である。

Padilla 事件と Foss 事件では、事故が発生した時点で、被害者に対する保護義務が要求されていたのは原告か被告か、という視点で被告の責任の有無が判断されている。この二つの裁判では、事故は被告の支配領域内で発生しているが、事故が発生していた時点で、原告に保護義務の履行が要求されていると判断できるとして、被告の責任はないとされている。

このような原告に対して注意を払うことが期待される場合の被告の過失という問題は、「公然と明らかな危険（open and obvious danger）」法理が適用されて処理される。これは、被告が危険な状況を作り出していたとしても、原告が合理的な注意を払っていればそ

³⁸⁵ 746 N.W.2d 912 (Minn. Ct. App. 2008) .

の危険性に気付くことができたはずなので、十分に安全性を確保することができたと言えるような場合を想定した法理である。たとえば、自動車が曲がり角に合法的に駐車されていれば、自動車の通行の支障になっても、通常は危険であるとは言えない、という場合である。そこに駐車した車の所有者は、他の自動車の運転手が、その危険を察知して回避するであろうと期待することができるのである。このとき、被告が駐車した自動車に原告の車が追突した場合に、原告が損害賠償請求したとしても、追突された被告は抗弁として、原告の損害を引き起こした危険は明白かつ発見可能であるため、分別のある人であればその危険を回避して損害を被ることはなかったと主張することができる。つまり、車を駐車した所有者である被告には過失はなく、それゆえに責任はないという結論になるわけである。この点について Dobbs はその理由として、そもそも被告は駐車している自分の車に対して、合理的に危険であると判断することができなかつたからである、としている³⁸⁶。そもそも被告に過失が認められない場合には、損害賠償額の減額を伴う比較過失の問題ではなくなるというわけである³⁸⁷。

この「公然と明らかな危険」法理に基づいた裁判事例として次のものがある。

【Lang v. Holly Hill Motel, Inc.事件】³⁸⁸

被害者は、モーテルで一室を借りて、二階にある自分の部屋に入るために階段を二段上った時、階段から落ちて腰骨を折った。そこで、被害者の遺言執行者（executor）はモーテルに対して過失に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、オハイオ州の基本建築基準法（Basic Building Code）かりに階段が抵触していたとしても、公然と明らかな状況にあるので、被告は被害者に対して注意義務を負っていないと主張しつつ正式事実審理を経ない

³⁸⁶ Dan B. Dobbs, Accountability and Comparative Fault, 47 La. L. Rev. 939,950 (1987) を参照。

³⁸⁷ 本文に記載している裁判事例以外には、たとえば、タッグフットボール（tag football）を12歳の子供が住んでいるアパートメントの共有部分でしている最中に、その子供が芝のスプリンクラーの頭部分でつまずき転倒したことで負傷したため、被害者である未成年者とその両親が、共有部分の維持管理に過失があったとして、地主を相手に過失訴訟を提起した McFarland v. Kahn, 123 Ariz. 62, 597 P.2d 544 (1979) 事件、あるいは、従業員が納屋の屋根から落ちて負傷したために、高所での仕事に対して転落防止ネットを設置するように要求している安全規則（safety regulation）を使用者が遵守していなかったこと、そして、職場を安全にしなかったことにつき過失があると主張して、従業員が使用者に対して損害賠償請求訴訟を提起した Stinnett v. Buchele, 598 S.W.2d 469 (Ky. 1980) でも、「公然と明らかな危険（open and obvious danger）」法理が適用されて処理されている。

³⁸⁸ 909 N.E.2d 120 (Ohio 2009) .

でなされる判決を申し立てた。第一審は、被告勝訴の判決を出した。これに対して原告は、建築基準法に違反している場合 open-and-obvious 法理（公然と明らかな法理）は適用されないので、正式事実審理を経ないでなされる判決は不適切であるとして控訴した。控訴審は、問題の階段が公然と明らかな危険状態にあり、被害者がその危険な状態を理解することを妨げるほかの要因はないとしつつ、建築基準法違反の場合には、open-and-obvious 法理は適用されないと判断し、第一審判決を支持した。だが、控訴審は、Administrative building code provision の抵触が、open and obvious 法理の適用を禁止し、過失訴訟での正式事実審理を経ないでなされる判決を排除しているかどうかについて、第一地区控訴裁判所と第十地区控訴裁判所の判決に矛盾があると判断したため、この点に関する原告の裁量上訴（discretionary appeal）をオハイオ州の最高裁は受け入れた。

オハイオ州の最高裁は次のように述べた。オハイオ州では「公然と明らかな」法理は依然として有効であり、原告が公然と明らかな危険によって負傷した場合には、法律問題として被告の過失を立証するのに必要な注意義務はないため、第一審による正式事実審理を経ないでなされる判決は一般的に適切である。また、建築基準法は行政規則の一つであるが、行政規則違反それ自体が過失であると判断すると、事実上、訴訟当事者の立証要件に関する規則を提案ないし採用する能力を行政機関に付与することになる。よって、行政法規に抵触しているだけでは、義務違反があるということの事実認定にはならず、原告は、過失の認定基準を立証する証拠を提示するように要求されるべきである、とした。つまり、基本的建築基準法に違反していることは、問題となっている状況が危険であり、被告には注意義務という付随義務違反があることを示す証拠とはなり得るが、その違反という事実は過失があることの証拠として認定される。これに対して被告は「公然と明らかな」法理に基づいて、原告に対して抗弁を主張することができる。事実審は、この「公然と明らかな」法理を理由にして被告に勝訴判決を出したとして、事実審の判決を支持した。

他方、一部の人が公然となっている危険（open danger）に気付かない、あるいは、それから自分自身を保護することができないと被告が合理的に予見できる場合には、その答えは異なったものになる。たとえば、被告が原告に対して合理的な注意義務を負っている状況で、原告が大きなボール箱をもってたとする。そして、床に小さな穴があることに原告が気付いていないことを被告が知っていたが、原告に対して穴があることを警告したり、穴をふさいだりして、被告が何もサポートしなかった、とする。このとき、原告が穴に入って落ちるということを、被告は完全に予見することは可能と言える。この場合、被告に過失があったと認定することができる³⁸⁹。

³⁸⁹ この点につき、Hale v. Beckstead, 116 P.3d 263 (Utah 2005) において、興味深い議論がなされている。この事件は次のようなものであった。被告は建設請負人として、建設途中の家屋内部のペイントをするために原告を雇ったが、被告は、ペイントに関する材料

を購入して提供し、一般的にペイントの仕方について指摘していたが、それ以外は、雇った目的を遂行するための原告の行動については監督することはなかった。目的の家屋は建設途中であったため、二階にあるバルコニーには手すりが設置されていなかった。ある日、ペイント作業をしている際に、原告は二階のバルコニーから誤って一階の床に落ちてしまった。そこで、原告は、施設管理者責任の原則（principles of premises liability）に基づいて過失を主張して、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。地裁は、被告勝訴の正式事実審理を経ない判決を認めた。その理由として、部分的に完成している家屋は原告にとって公然となっている危険であるため、原告にその危険は割り当てられているから、被告は原告に対して注意義務を負っていないことになる、と述べた。控訴審は、第二次不法行為法リステイトメント § 343A で具体的に述べられているように、公然となっている危険というルールは、招待者に対する土地所有者の義務に適用できる法となっており、本件のバルコニーが示す危険性は、公然となっている危険と言えるし、明確であるにもかかわらず、原告が負傷するであろうと被告が予想するのは合理的ではないから、と述べて事実審を支持した。

その他の裁判事例として、*Nova Southeastern Univ., Inc. v. Gross*, 758 Sp.2d 86 (Fla. 2000) がある。この裁判事例は次のようなものであった。被害者は、ノバ・サウスイースタン大学で博士課程における心理学プログラムで学ぶために、カリキュラムの一部として、実習（practicum）と呼ばれる 11 ヶ月のインターンシップを完了する必要があった。大学側は、各学生に対して、承認された実習現場のリストを用意され、各学生はそのリストから 6 つのインターンシップを選択し、その中の一つに学生は大学側によって配置されることになっていた。被害者が配置された場所は、大学から約 15 分くらいの場所にあるが、その現場で被害者は、駐車場で拉致されて強盗と性的暴行を受けた。そこで、被害者は、大学側が不合理に危険である施設でのインターンシップを行うように割り当てて、負傷する不合理な危険性を提供した過失が大学側にはあるとして、大学に対して過失に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、被告には義務がないとして、大学側勝訴の正式事実審査を経ないでなされる判決を出した。さらに、控訴審では、キャンパス外で大人である学生が負傷しているが、大学によって特別に承認され指示された場所で、大学が義務付けたインターンシッププログラムの活動を行う場合、大人の学生に対して教育上の役務やプログラムを提供する際に通常の注意義務を払う義務が大学側にあると事実認定するほどまでの一般的な監督義務が、小学生に対するように、課されているとまでは言えない、とされた。フロリダ州の最高裁は、大学側に高度の注意義務を求める特別関係の原則（special relationship doctrine）の適用は、大学の敷地内から出た大人の場合には弱まるが、大学側は学生に対して注意義務を負っており、学生が危険な場所でインターンシップを受けるように割り当てたが、学生はその現場の危険性を十分に知っていたので、大学側の注意義務は及ばないとして、控訴審判決を支持した。

また、*Ward v. K Mart Corp.*, 136 Ill.2d 132, 143 Ill. Dec. 288, 554 N.E.2d 223 (1990)

さらに、救急車が停車する場所と緊急治療室のドアとの間にカーブ状の隆起があった病院での事故事例で、この「公然と明らかな危険」法理が問題になった場合がある。

【Kentucky River Med. Ctr. v. McIntosh 事件】³⁹⁰

救急救命士である原告は、重病患者を病院に搬送するため、患者を緊急治療室へと案内し始めた。この緊急治療室には直接、ストレッチャーで移動することができるが、緊急治療室の入り口のすぐ外側の平坦な通路の両側には、マークされているが保護されていない縁石があった。緊急治療室へ向かっている原告は、その縁石に注意を払っておらず、重病の患者への対応に集中していた。原告はこの縁石部分につまずき転倒し、股関節骨折と手首の捻挫を被った。そこで、原告は、被告である病院を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、「公然と明らかな危険」法理（open and obvious doctrine）によって、原告の損害賠償請求は法律問題として禁止されていると主張したが、これを事実審は否定した。陪審は病院に責任があり、原告である救急救命士に対して損害賠償請求を認める事実認定をした。控訴審で、被告は、「公然と明らかな危険」法理によって、原告の損害賠償請求は認められなくなるので、評決とは異なる判決を事実審は認めるべきであったと主張した。控訴審は、公然と明らかな危険であったとされると、重傷患者を治療している救急救命士が、飛び出た縁石を思い出したり、気づいたりすることに気を取られ、治療業務に専念できなくなる可能性があるとして、事実審判決を支持した。

ケンタッキー州の最高裁は、「公然と明らかな危険」法理は、病院側のいかなる義務を取り除いているわけでもない、本件での救急救命士の賠償請求を禁止しているのでもない、とした。病院側には、救急救命士が患者に集中する必要性があることから必然的に、他のことに気をとられる必要がないようにすべきという主張には理由があると言え

は次のような事例であった。被告が経営しているデパートにある顧客用入り口の外側にあった、後進して駐車しようとする車両の車止めとして設定されたコンクリート製のポストに、大きなバスルームミラーを購入した原告が、清算した後にドアから出ようとした際に当たって負傷をした。そこで原告は、被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起したというものであった。陪審は、原告勝訴の認定をして、損害賠償額を8万5000ドルと査定し、さらに、原告の比較過失を20%として、結果、6万8000ドルの賠償額を認める評決を出した。控訴審は、評決とは異なる判決を求める被告の申し立てを認めた。理由として、原告はドアを出る際に原告の注意が散漫になると被告が予測できるとするのは合理的ではないし、原告自身がドアの外側にあるポストの存在を忘れていたという点を指摘した。イリノイ州の最高裁は、大きな買い物を抱えて店を出る時、顧客は柱に衝突することで負傷するかもしれないこと、そして、そのような状況から顧客を保護する被告の負担は軽いということは合理的に予見することができるとして、事実審判決を破棄差し戻した。

³⁹⁰ 2010 WL 3374239 (Ky. 2010) .

る。よって、たとえ救急救命士にとって飛び出た縁石が容易に気付くようなものであっても、救急救命士が注意をそらしてしまう、つまり、救急救命士の注意が患者に集中しており、一步一步に集中していない状態になると推測することができる理由が病院にはあったと言える。最高裁は控訴審判決を認容した。

つまり、救急医療隊員は、患者を救急治療室に急いで搬送しようとしている最中であっても、その場所が原告にとって慣れ親しんでいる場所で、負傷の原因となった隆起物を越えることを原告は合理的に予見することができるので、その危険は明らかであると判断できると被告が主張したとしても、被告は過失責任から免責されないというわけである。他方で、救急救命士が患者の搬入に集中していることを病院側は認識しているので、その救急救命士の搬入を妨げるようなことがないように配慮すべき義務が病院にはあったとして、病院の義務違反が認められた事例でもある。但し、このような場合の被告は、免責されることはないが、寄与過失の抗弁を主張することができ、原告が受けた損害額から減額を主張することはできる³⁹¹。

³⁹¹ たとえば、*Miller v. David Grace, Inc.*, 212 P.3d 1223 (Okla. 2009) をこの点に関する具体的な裁判事例としてあげることができる。この裁判事例は次のような内容のものであった。原告である賃借人は、被告所有のアパートメントの二階に引っ越ししてきたが、その二階にあるバルコニーにはレールが不完全な状態で取り付けられていた。バルコニーに立った原告がレールに手をかけると前屈みになって下に落ちて、複数の負傷を負ってしまった。そこで、原告は、被告である家主と請負業者を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。第一審は、賃貸物件で生じた負傷に対して家主は責任を負わないという伝統的なコモソロー上のルールに基づいて正式事実審理を経ないでなされる判決を求める家主と請負業者の申し出を認めた。控訴審では、危険な状態について原告が知っていたかどうか、そして、本件の危険性が公然と明らかかなものであったかどうかという事実問題が残っていると、家主勝訴の判決を認容したが、請負業者勝訴部分については破棄した。オクラホマ州の最高裁は、土地所有者の不法行為責任につき、合理的に安全な状態で、賃借人が排他的に支配ないし占有している領域を含めて、賃貸された土地を維持するために一般的な注意義務が土地所有者にはあるとした。また、土地所有者が欠陥状態を知り、あるいは合理的に知るべきであったため、修繕する合理的な機会があったという場合に、この義務は土地所有者に合理的に行動するように要求することになるが、下級審ではガードレールに潜在的な欠陥があるという証拠について考慮されていない。賃借人は、レールがバルコニーの底に付いている部分に亀裂が入っていたり、レールの接続や溶接がさびて腐食し、いくつかのねじがないなど、賃借人には分からなかった事実に関する証拠を用意している。このような潜在的な欠陥が、下級審判決を否定する事実として、重要な問題を提示している。さらに、これらの事実は、危険な状況が公然と明らかであるかどうか、そしてそのような危険が賃借人にとってわずかなものなのかどうか、によって影響を受ける。控訴審判

このように、公然と明らかな危険があれば、それを原告が自発的に回避することを被告が期待 (expectations) するという要素は、これらの事例における責任の有無を判断する際の条件として機能している。道路に車のような障害物があることに人は気付くが、デパートの床に穴があると、通常は思っていない。その結果、車の所有者は通常、安全を合理的に期待できる状態にするために、車を通りに駐車するという選択をしないということができる。しかし、顧客が穴に気付いていなければ、どれだけ穴の存在が明らかであっても、デパートの所有者は、駐車の実例と同じ期待で、床に穴を残すことで免責されることはない。そして、路駐した車の事例では、公然と明らかな危険法理によって被告の過失が否定されると、比較過失法理を適用して責任分担を図ることはそもそもできなくなる。他方、デパートの床にある穴の事例に比較過失法理を適用する場合でも、被告に過失がなければ責任は発生しないのであるが、この事例では通常であれば、被告に過失が認められる事例と言えるので、原告にも過失が認められた場合に限り、比較過失法理に基づいて被告の責任が軽減されることになる。

第2款 被告に no-duty 準則の適用が認められる場合

比較過失法理は、そもそも被告が原告に対して義務を負っていない場合には、原告にとって法的な助力にはならない。伝統的な見方によると、比較過失法理を適用するということは、被告が負っている義務に新しい内容の義務を課したり、義務内容を変更したりするものではない。被告が原告に対して注意義務を負っていない場合には、そもそも被告の注意義務は問題にならないのである³⁹²。たとえば、土地所有者は、無法な侵入してきた者に対して何ら義務を負っていない³⁹³。従って、そのような場合の被害者である侵入者は、被告の土地にある危険な部分で負傷したとしても、比較過失法理によって減額される損害賠

決は破棄され、事案はさらなる審理のために差し戻された。つまり、この裁判事例では、家主の過失と借主の比較過失が争点になり、寄与過失が借主にあれば、争点は all or nothing の問題になり、open and obvious danger よりも、all or nothing を基礎に審理されていることになる。

³⁹² この点に関する研究として、John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *Intervening Wrongdoing in Tort: The Restatement (Third) 's Unfortunate Embrace of Negligent Enabling*, 44 Wake Forest L. Rev. 1211 (2009) が詳細に検討されている。なお、この論文の趣旨は、控えめに設定される被告の義務の問題や、その義務の問題を割合の問題に移行させていることに対して強く批判しているという点にある。

³⁹³ Restatement (Third) of Torts (Liability for Physical and Emotional Harm) § 52(2010) では、言語道断の侵入者に対しては全く義務を負わないと明言されている。

償請求さえできないのである³⁹⁴。

同様に、公然と明らかな危険法理に基づいて、被告が原告を保護する義務を負っていない

³⁹⁴ たとえば、これに該当する裁判事例として、Olson v. Sanitary & Improvement Dist. No. 177, 251 Neb.380, 557 N.W.2d 651 (1997)がある。その裁判事例の内容は以下のようなものである。被害者の友人の祖父母は、湖畔の別荘地に家を所有し、その家は、もう一軒の所有者と一緒に、湖への階段とボート乗り場の棧橋を共有していた。また、祖父母の別荘が面していた湖は、衛生管理区域という組織が所有しており、湖には「不法侵入禁止 (no trespassing)」の標識が付いた門で守られており、住民のみが使用できる旨も表示されていた。友人と被害者は、その友人の祖父母のところに行き湖で遊んでいたが、被害者が棧橋からダイブをして、湖の底で頭をぶつけて首を骨折してしまい、四肢麻痺の後遺症が残ってしまった。そこで、ダイブをした棧橋を所有している被告らを相手に、被害者である原告は損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、原告が許可を得ているという証拠を提示しているし、占有者が許可を得ている者に対する唯一の義務は、隠された危険について警告を与えることである、とした。また、50%以上の寄与過失と危険の引受によって、原告は、法律問題として損害賠償請求をすることができない、とした。原告は、原告が自分の行為による危険引受をしていると認定していること、そして、50%以上の寄与過失があると認定していることに過誤があるとして控訴した。控訴審は、危険引受法理に基づいて、事実審判決を支持した。ネブラスカ州の最高裁は次のように述べた。事故の発生時点でのネブラスカ州の法律では、施設の所有者ないし居住者は、willful ないし wanton な過失、あるいは、意図的に許可を得た者を負傷させないようにするための義務とか、所有者や居住者は知っているが、許可を得た者が通常の注意を払っても知らないとか、観測することができないような隠れた危険を、許可を得た者に対して警告する義務がある、とされている。原告は、湖にある別荘の所有者の一般的なゲストであるが、仕事上の目的とは全く関係がない者であり、原告と衛生管理区域との間にある相互利益はあまりにも遠く招待者と招待客の関係にはならないので、原告は、湖を維持するためにホストによって支払われた税金で成り立っている衛生管理区域における招待客とは言えない。そして、willful ないし wanton であるという訴訟では、危険が存在していたということを被告が実際に認識していたこと、そして、起こりそうな結果について被告が意図していたことを証拠で示す必要があるが、原告は、被告のいずれかが willful ないし wanton で行動したであろうと推測できるような証拠を提示することができなかった。また、浅瀬にダイブする危険性は、被告らが警告をする義務を有しているほどの隠れた危険とは明らかに言えないし、さらに湖の深さは様々であるが、浅瀬へダイブする危険についても原告は十分に認識していたことも明らかである。州の最高裁は、原告による過失訴訟で正式事実審理を経ないでなされる判決を求める被告の申出を認めた事実審判決を認容した控訴審判決を支持した。

いとする判決が出される場合がある³⁹⁵。たとえば、Ziegler v. Tenet Health Systems, Inc.事件では、次のように述べられている。

【Ziegler v. Tenet Health Systems, Inc.事件】³⁹⁶

原告である夫は、自分の妻が誤って身体を切ったことで病院にいると知らせる電話を妻から受けた。原告は緊急治療室に向かい、妻が治療を受けている場所に直行した。看護師が手当をしようとした時、妻は自分の手を引っ込めて、ひどく動揺している状態であった。原告は、看護師が妻の扱いに問題があると見たので、彼はストレッチャーに乗せて、妻の体を固定させるために妻の胴体に腕を回し、看護師が指を治療することができるように、負傷した手を差し出させた。負傷した手をみたとき、原告はまるで自分の指の先部分を切断しているように感じられた。外科医の助手が二度目の手当を開始しようとしたとき、原告に待合室に戻るべきと話した。原告は、その場から歩き始めたときに気絶し、まづ顔から倒れ床で強打したことで、重傷を受けた。そこで、原告は、病院の所有者である

³⁹⁵ その他の裁判事例として、Lowery v. Echostar Satellite Corp., 160 P.3d 959 (Okla. 2007) では、原告が自分で屋根から飛び降りた場合が問題になった。

また、Bucki v. Hawkins, 914 a.2D 491 (R.I.2007) は、次のような内容の裁判事例である。被告は、湖に面した場所に家屋を所有していたが、それをAに賃貸していた。Aの息子は週末に自分の友達と原告をキャンプに招待したが、その週末は両親であるAはいなかった。Aの子供らは湖畔にテントを組み立てて、深夜に、原告は湖に泳ぎに行った。原告はその敷地に取り付けられていた浮いた栈橋から、両腕を伸ばして、暗い水の中に飛び込み、最初に手を、次に頭を砂地になっている湖の底で打ち、首の骨を折ってしまった。そこで、原告は、施設管理者責任 (premises liability) として損害賠償請求訴訟を、被告に対して提起した。陪審は、原告勝訴の判決で約60万ドルの賠償請求を認めたが、原告には90%の寄与過失があると認定して、結果的に約6万ドルに減額した。ロードアイランド州の最高裁は、被告が原告に注意義務を負っているかどうか、そして、その注意義務に違反しているかどうかについて、次のように述べた。まず、ロードアイランド州では、注意義務があるか否かについては、招待された者と許可を受けた者とを区別するコモンローを廃止して、合理性テスト (reasonableness test) が採用されている。このため、土地所有者が敷地内にいると合理的に予想される者の安全性に対して、合理的な注意を払うべき積極的な義務を土地所有者が果たしているか否かを裁判所は判断しなければいけない。原告の負傷は予見可能であるが、原告は湖の深さを調べずにダイブすることを選択したので、浅瀬にダイブする危険性は、危険を警告する標識の有無に関係なく、24歳の原告にとっては明白であるとして、原告の負傷の原因は原告自身の行為によって引き起こされている、と判断された。つまり、被告は原告に対して注意義務を負っておらず、原告は公然となっている危険に自分自身を晒したと判断されたのである。

³⁹⁶ 956 So.2d 551 (Fla. Ct. App.2007) .

被告に対して、妻のケアと治療に参加するように招かれたら、病院側は原告が失神しないように守る義務があると主張して、損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、被告は原告に対して義務を負っていないという結論に達した。しかし、原告は、外科医の助手が原告に部屋から出て行くように指示し、補助なしで歩くように要求した場合、病院側は予見可能な危険領域 (zone of risk) を作り出し、それが注意義務を生じさせていると主張し、控訴した。

フロリダ州の控訴審は、外科医の助手の発言は危険領域を形成していないので、病院側は原告が気絶することから保護する義務を有していないとして、事実審の判決を支持した。

このように、危険な状況を創造しているわけではないことから、原告に対する法的責任を被告が負っていないと評価されるような場面では、被告の損害賠償責任そのものが発生していないため、その責任を軽減するための比較過失法理は問題にはならないのである。

第3款 原告に no-duty 準則の適用が認められる場合

原告が自分に及ぶ危険を承知していたとしても、それが、比較過失法理の適用において、原告が請求する賠償額を減額する方向で考慮されるということには必ずしもならない。それは、原告が合理的に損害を予見できなかった、あるいは、予見できていたが合理的な回避措置をとらなかったという場合か、原告に過失があったが、損害賠償請求での事実認定として、それが近因ではないとなったという場合である。このような場合、原告は全損害賠償を請求できることになる。つまり、原告に no-duty 準則の適用が認められ、原告の過失が損害をまったく引き起こしていないという場合には、比較過失法理は適用されないというわけである。

そして、過失の問題として、裁判所はさらに一步踏み込み、原告に過失があっても責任を問われない場合もあるとしている³⁹⁷。たとえば、船員は、仕事上の上司の命令に従うことが絶対視されているが、そのような場面に対して、比較過失法理を適用して船員の自己責任が問われることはない³⁹⁸、未成年者は、性的虐待に対して自分を守ることができな

³⁹⁷ この点については、Ellen M. Bublick, Comparative Fault to the Limits, 56 Vand L. Rev 977 (2003) で詳細に検討されている。

³⁹⁸ 船員が上司の命令に服した場合の比較過失問題については、Simeonoff v. Hiner, 249 F.3d 883 (9th Cir. 2001) が言及している。この事件は次のような内容のものであった。原告は、商業船に乗ってカニ漁をしていたが、pot launcher という大きな網を昇降する機械につながっている油圧パイプに亀裂があるのを発見したため、エンジニアと船長にその点を報告した。船長はすぐに油圧を下げて、エンジニアは腐食防止用のテープをパイプから

かったこと³⁹⁹に対して比較過失法理が適用されて自己責任を負担させられることもない、とされている。

このように原告に過失があっても比較過失法理が適用されない、つまり、比較過失法理の適用に制約がかかる場合については、第三次不法行為法リステイメントにおいて明記されている。たとえば、第三次不法行為法リステイメント、身体と感情に対する損害への責任における§7コメントhでは、原告の賠償請求が原告自身の過失行為によって影響を受けるべきではないと裁判所が判断する場合があるとして、政策という特別な問題によって、被告に対する no-duty があるように、原告の過失に対しても no-duty が支持される、としている。

このように、原告側の no-duty 準則は、原告を合理的な自己注意義務から免除する準則

はがすために、助力を他の乗組員に求めた。これに原告は応じて現場に向かって昇降機の下をくぐった時に、その機械が原告の上に落ちて重傷を負った。原告は、商業船の所有者である被告を相手に、Jones Act, 46 U.S.C.S. § 688 に基づいて損害賠償請求訴訟を提起した。Jones Act, 46 U.S.C.S. § 688 は、F.E.L.A によって鉄道労働者が保護されているのと同じ保護を漁師にも認めるために制定された法律である。地裁は、被告に 70%、原告に 30%の過失を認めた。原告の寄与過失は、昇降機が安全かどうかを自分で確認せずに昇降機の下を通ったことにあるとされた。原告は損害賠償額について控訴した。第九巡回控訴裁判所は、エンジニアが船上で乗組員や原告に助力を大声で求め、それに原告が応えるために昇降機の下をくぐったという状況において、寄与過失を適用するのは、上司の命令に服した漁師にとって公平であるとは言えないので、例外として、寄与過失の事実認定に基づいて原告の賠償額を地裁が減額したことには誤りがある、とした。

³⁹⁹ Chrietensen v. Royal Sch. Dist.No.160,124 P.3d 283 (Wash. 2005) は、被告である教師が 13 歳の子供と性行為をしたことで、その子供の両親が原告となって、学区、校長、教師を被告にして損害賠償請求訴訟を提起した、という事件である。原告は、教師が子供に性的虐待をしたこと、学区と校長は教師の採用と監督において注意義務違反があると主張した。他方、被告側は、子供が教師と性交渉をすることに同意していたと主張した。連邦地裁は、性的虐待の被害者である 13 歳の子供の寄与過失は、ワシントン州の不法行為改革法 (Tort Reform Act) のもとで考慮され得るのか、についてワシントン州の最高裁に意見確認 (certification) を求めた。最高裁は、16 歳未満の子供の場合、このような関係に関与したことにつき寄与過失があるとは評価され得ないこと、13 歳の子供には同意能力もないし、性的虐待から自身を保護する法的義務もないこと、そして、成人による犯罪行為によって子供に被害が生じた場合には、民事法の分野においても、性的虐待から子供を保護している刑事法と同じく保護を図るべきとした。また、教師による学校内での性的虐待から子供を守る義務を子供自身が有しているという考え方は、未成年の学生を保護するために学区が厳格な義務を有しているという十分に確立されたルールに反している、とした。

として位置づけられるが、被告側の事情としてよく検討される no-duty 準則に類似する機能を有している。比較過失の抗弁に対する制約は、多くの異なった事情で生じるが、ほとんどの州では、特に寄与過失法理から比較過失法理に移行した後、比較過失法理に関する一般ルールの例外として、この no-duty 準則が位置づけられてきた⁴⁰⁰。思うに、被告側に要求される no-duty 準則は、被告の帰責理由がないことを意味するため、被告を免除することになるが、原告側に no-duty 準則を要求する理由は、おそらく、原告の帰責理由を求めている点にあるのではなかろうか。比較過失法理を適用して処理することは、原告に一部とは言え損害賠償責任を負担させることを意味する。そのため、被告の場合には過失責任主義に基づいて被告の過失が帰責理由として位置づけられているように、原告にも duty と呼べる義務に違反しているという帰責根拠が必要であることを要求しているものと理解しているように思われる。かりにこの理解が正しければ、第1章、第2節、第4款、六で触れた潮見佳男の見解に通じる部分があり、日本法における過失相殺法理の法的性質論を検討する際に有意義な示唆を与えることになると思う。

第4款 損害の主な原因として原告が寄与していない場合

⁴⁰⁰ たとえば、*Del Lago Partners, Inc. v. Smith* 307 S.W.3d 762 (Tex. 2010) があるが、この事件は次のような内容のものであった。原告は、被告の施設内で発生した喧嘩に巻き込まれた心臓病を抱えた自分の友人を救済するために、その中に入っていったが、見知らぬ加害者にヘッドロックをされたままその勢いで、壁に原告の頭を打ち付けられたことで、原告は頭蓋骨骨折や脳損傷などの重傷を負ってしまった。そこで、原告は、施設管理者責任として被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告に寄与過失があったと事実認定をし、事実審は損害賠償額を49%減額した。テキサス州の最高裁はまず、施設のオーナーは、居酒屋内での言葉や身体による攻撃を1時間半傍観しており、制御することは何もしていなかったし、酔っ払いの間で激しい口論が差し迫っていると現実にそして直接にオーナーは認識していたので、原告などの客を保護する義務をオーナーは負っていた、とした。そのうえで最高裁は、テキサス州の比例責任法 (Texas proportionate responsibility statute, Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 33.001) は、原告の過失による責任の割合が50%より大きい場合にだけ原告の過失に基づく賠償請求を禁止していることは明らかであり、この趣旨は、完全に賠償請求を禁止するというものではなく、過失を分配するという意図もあるとして、原告自身による危険な行為は、比較過失法理を通じて損害賠償責任の分配として斟酌されているとした。つまり、比較過失法理のもとでの原告の過失は、寄与過失法理で賠償請求を禁止していた根拠ではなく、賠償責任の分配の根拠として位置付けられるようになっていくというわけである。なお、この裁判事例では、比較過失法理に関する問題を陪審の問題であるとされているが、それは第三次不法行為法リステイトメント § 219n.21 を根拠としており、その重要性が論じられている。

原告の過失が、損害の but-for による因果関係の一つとなっているか、その損害をもたらす実質的な原因となっている場合には、比較過失法理を被告は抗弁事由として主張することができる。しかし、原告の行為と発生した損害とが全く無関係であれば、原告の行為を理由に減額する理由を見出すことができないため、この場合には比較過失法理は問題にならないというわけである。このことに関する裁判事例⁴⁰¹として次のようなものがある。

【Pavlou v. City of New York 事件】⁴⁰²

原告と同じ会社の同僚 A は、マンハッタンの通りで、平らな荷台のあるトラックの後ろに取り付けられたクレーンで、大きな鋼鉄の道路プレートを移動するように指示された。しかし、鋼鉄のプレートをつり下げる途中で、そのクレーンのアームが壊れて、鋼鉄が原告と A の上に落ちた。その結果、同僚 A は死亡し、原告は重傷を負い、部分的に麻痺が残る後遺症が残った。そこで原告は、道路所有者であるニューヨーク市とクレーンの製造業者に対して、損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告による過度な積載をしたままのクレーン車の稼働が、産業法 (Industrial Code § 23-8.2(g)(iii)) に抵触しているため原告に寄与過失が認められるが、これは原告の被った損害の近因ではない、と事実認定をした。事実審での専門家の証言によると、クレーン車には以前から欠陥があり、いかなる積載で稼働しても安全ではなかった、ということであった。陪審は、アームの崩壊がクレー

⁴⁰¹ 本文掲載以外の裁判事例として、たとえば、Brandon v. County of Richardson, 261 Neb.636, 624 N.W.2d 604 (2001) がある。幼少時における性的虐待のため性同一性障害を発症していた被害者は、男性に性的暴行を受けたため、被告郡にある保安官事務所を訪れた。そこで被告である保安官の一人にレイプ直後であるにもかかわらず、威圧的なインタビューを受けた。保安官事務所は、被害者が警察に通報したら危害を加えるとそのレイプ犯が脅していたことも認識していた。だが、保安官事務所は被害者を帰宅させ、その後何度がインタビューを行ったが、レイプされてから約 1 週間後に被害者はそのレイプ犯に殺害された。そこで、被害者の母親が、被害者が殺害されるまでの郡保安官事務所と保安官 1 名の対応につき、過失や故意などがあったとして損害賠償請求を行った。地裁は、郡に過失があったとして、被害者の母親である原告に対して、約 6223 万ドルの経済的損害と、8 万ドルの経済的損害に対する損害賠償請求を認めた。さらに、地裁は、殺害行為を行った犯人による故意の不法行為については損害賠償額の 85% を、被害者の過失については 1% の損害額の減額を行った。ネブラスカ州の最高裁は、地裁は被害者に過失があるという認定の根拠について言及していないし、被害者の行為が発生した損害に対する近因として寄与していることを示す証拠もないとして、地裁による被害者の 1% の寄与過失の認定は明らかに誤りであると判断した。つまり、死亡という結果に関する過失が、死亡原因に事実上なっているという立証がなされていない場合には、比較過失法理による減額にはならないとされたのである。

⁴⁰² 868 N.E.2d 186 (N.Y.2006) .

ン車自体の問題によって生じたのであり、積載の大きさによってではないという事実認定をした。

ニューヨーク州の最高裁は、原告による産業法違反が近因ではないと認定される場合は、過失が認められる被告であるクレーン製造業者と原告との間で責任を割り当てたり、損害額を修正したりしてはならない、と述べた。

【Norfolk S. Ry. Co. v. Sorrell 事件】⁴⁰³

原告は、踏切の修理に使用するアスファルトを搭載したトラックを運転していたが、踏切を横断している際に、同じ鉄道会社に勤務している同僚によって運転されていた列車が近づいて衝突したため、原告のトラックは横転し、原告は負傷した。そこで、原告は、連邦雇用者責任法（FELA）に基づいて、鉄道会社を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。陪審への説示は、この法律によって、全体または部分的に負傷に対して寄与した鉄道会社の過失の事実認定を認める一方で、従業員の過失が負傷原因に直接寄与した場合には、陪審に従業員の寄与過失を認定するように示していた。被告は、被告の過失につき適用できる基準よりも因果関係の判断基準がかなり厳しくなっており、異なった基準になっているとして異議を申し立てた。第一審は被告の異議申し立てを却下し、陪審は原告勝訴の評決を出し、150万ドルの損害賠償請求を認めた。しかし、被告は、同じ主張を繰り返して控訴した。控訴裁判所は、因果関係の判断基準は原告と被告とで同じであるべきという被告の主張を退け、第一審判決を支持した。そこで被告は、FELAに基づく従業員の寄与過失の因果関係の判断基準は、被告の過失の因果関係の基準とは異なると判断したのは誤りであったかどうかについて、裁量上訴した。

連邦最高裁は、コモンローが被告と原告に対して同じ因果関係の判断基準を適用し、FELAがそのコモンローの基準と明確に異なる基準を採っていないという事実があること、そして、FELAのもとでは、攻撃にも防御にも過失と因果関係に関する同じ判断基準が要求されていること、そして、原告の負傷に対する各訴訟当事者の過失の関連性が、異なる因果関係の基準によると測定することができなくなるため、従業員の過失に比例して損害を軽減することも困難になるとして、従業員の過失も鉄道会社の過失も因果関係につき同じ基準が必要であると結論づけて、控訴審判決を破棄して、差し戻した。

まず、前者の裁判事例では、原告の過失が主因、つまり発生した損害の主な原因ではないとされる場合には、比較過失法理が適用されて減額調整されることはないとし、後者の裁判事例では、比較過失法理が適用されるか否かを判断する場合、原告の過失と損害との間に因果関係があることが要求され、これは被告による加害行為と発生した損害との間で要求される因果関係と同じで、その判断をする際は同じ基準で検討されなければ、責任分担を図ることができないということが示された。前者の場合は、比較過失法理修正型の発

⁴⁰³ 549 U.S.158, 127 S. Ct. 799 (2007) .

想と通じる処理であると言えるが、後者の場合は、比較過失法理で責任の一部を原告に負担させるには、被告に要求したような帰責根拠である過失と因果関係が原告にも要求されるべきという視点が出ているものと思われる。

さらに、被告の過失が損害発生の法的原因になっており、それが発生した損害に対して、原告の寄与過失よりも小さい寄与度になっているという場合には、原告は損害賠償請求をすることができない、としている裁判事例もある。つまり、被告の過失がより小さく損害発生に寄与し、原告の過失が発生した損害の主因であるという場合は、寄与過失法理あるいは比較過失法理修正型による処理がなされるということになる。この点に言及している裁判事例として、次のようなものがある。

【Crane v. Neal 事件】⁴⁰⁴

二人の原告はそれぞれバイクに乗って高速道路を走っていたが、途中、トラブルで片方の原告のバイクのエンジンが止まったため、原告らは、路肩は泥でぬかるんでいたことから、舗装されている部分に停車した。二人は、停車したバイクをチェックしている最中に、西に向かって走行していた被告が運転する自動車によってはねられ、負傷した。そこで、原告らは、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、3000 ドルと 1 万 2000 ドルの賠償請求をそれぞれの原告に認め、原告勝訴を支持した。事実審は、もし原告の過失が事故発生にどの程度で寄与しても、その原告の主張は禁止されるであろう、ということ述べなかった。控訴審は事実審の判決を破棄し、再審理を認めた。

ペンシルベニア州の最高裁は、ペンシルベニア州の法律のもとでは、原告に寄与過失が認められ、もしどの程度でも原告の過失が寄与していれば、回復請求は認められないとした。そして、本件においては、西に向かうレーン以外をみな塞いでしまうように道路を占有する形で車を原告は駐車しているので、自動車に関する規定 (vehicle code) のどの条項にも関係なく原告には寄与過失が認められるため、陪審は原告の賠償請求は認められないと説示されるべきであった、と結論づけた。

【McCay v. Philadelphia Elec. Co.事件】⁴⁰⁵

原告は、デラウェア州の一般道路を走行していたが、交差点で停車した時に、原告の自動車の後部を A 会社の自動車を追突し、さらに、その A 会社の自動車の後部に被告運転の自動車を追突した。各自動車の間隔は、35 呎から 40 呎で、三台ともに時速 25 マイルで走行していた。原告は、停車する際にバックミラーを見ていないこと、自分の自動車の後続車を確認していなかったこと、A 会社の自動車が原告の自動車に接近しているのを確認していれば、停車することなく交差点を安全に原告は通過していること、を認めた。原告は激しい頭痛と首や肩に痛みがあったため、二度の手術を受けることになった。そこで、

⁴⁰⁴ 389 Pa. 329, 132 A.2d 675 (1957) .

⁴⁰⁵ 447 Pa.490, 291 A.2d 759 (1972) .

原告は、精神的苦痛による損害、稼働能力の損傷による逸失利益などを求めて、A 会社と被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、両被告勝訴の評決を出したため、原告側は再審理を申し立てた。

ペンシルベニア州の最高裁は、原告の過失と事故の発生との間の因果関係の性質という問題について、Crane v. Neal, 389 Pa. 329, 132 A.2d 675 (1957) の判決を引用しつつ、原告の過失と発生した損害の間に因果関係があることが必要であるというルールは、被告の過失行為と被害者に発生した損害との間に因果関係が必要であるとするのと同じ構造であり、この二つの場面を区別することには根拠はない、と述べている。また、「僅かな程度 (slightest degree)」の基準と近因 (proximate cause) とは異なっており、近因は、過失の程度が言及されることはなく、法的責任を伴う因果関係の一種として説明される。他方、僅かな程度の基準は、過失の程度に対して適用されるものであり、ペンシルベニア州において比較過失法理が採用されなかった理由となる基準である。混乱を回避するために crane 事件で確立された僅かな程度の基準を無効にして、原告の寄与過失がどれだけ僅かであっても、それが結果に対して近因となっていれば原告は賠償請求することができない、とする。ただし、本件における寄与過失に関する陪審への説示は、全体として見ると、発生した事故の近因が被害者である原告の寄与過失である場合には、損害賠償請求が禁止されているとしているため、原告の寄与過失に関するペンシルベニア州の法律の状況につき、事実審による陪審員への説示は適正に行われている、と認めた。

このように、原告の寄与過失の程度と、原告の寄与過失と損害との間の因果関係については、被告の過失に関する因果関係準則と同様に考えるというスタンスは、リステイトメントにおいても規定されており、アメリカ不法行為法における一般的な考えであると言える⁴⁰⁶。

しかし、原告の行為が損害の原因にならない、つまり、因果関係を観念することができないとされている場合でも、生存機会の喪失 (loss of a chance) 準則⁴⁰⁷を原告の過失に適用している場合がある。たとえば、適切な治療がなされているにもかかわらず、死亡する可能性が 50%以上ある患者がいるが、その患者の主治医は、生存させるための機会を最大限にする義務を負っているため、最善の治療を施すべきであったが、その施術に医師の過失で失敗し、患者が死亡した、とする。このような場合には、患者が死亡するのは五割以上の確率で起こるので、医師による施術の失敗は主因とはならず、そのため患者の死に対する but-for に基づく因果関係は認められない、ということになる。

⁴⁰⁶ Restatement (Third) of Torts : Apportionment of Liability § 4(2010) ; § 26 comment. m(2010).

⁴⁰⁷ Loss of chance doctrine とは、lost chance doctrine とか increased-risk-of-harm doctrine とも言われるもので、その内容は、医師が診療した患者に以前から見られた状況から、生命を存続したり、回復したりする機会を、医師が減少させたり喪失させたりした場合に、被害者側が主張できるものとされている。Garner, supra note 22 at 1133.

ところが、医師の過失が患者の生存機会を減じ、それが損害賠償請求の根拠になるとすると、その生存機会には法的保護に値する価値があると評価されているため、原告は、生存機会に対する価値の医師による侵害に対して賠償請求が認められる余地が生じる。この場合に想定できる原告の寄与過失とは、患者が施術を適正に受けるのを自分の責任で遅らせていることであり、これが医師の過失と結びつくことで、原告の生存機会を喪失させてしまった、という場合である。このため、たとえ患者の過失が五割を超えているような場合であったとしても、このような場合には、失われた生存機会の価値に関する賠償請求に限定して生命価値に関する損害賠償請求は認められ、比較過失法理による責任の分配が行われている。つまり、原告側の事情が損害の発生に大きく寄与している場合ではあるが、このような場合には、被告の主張による比較過失法理が適用されて減額調整されているのである⁴⁰⁸。

なお、この生存機会の喪失に親和性が認められる議論は、日本法においても見られ、生存可能性とか延命利益が民法七〇九条でいう権利・利益に該当し、その侵害を理由として慰謝料請求だけでなく、逸失利益などの財産的損害の賠償も請求できるとするもので、最高裁判決も存在している⁴⁰⁹。

第5款 原告の責任で損害が発生した場合

被告の過失問題に適用される責任領域に関する準則は、原告の過失問題にも適用される。たとえば、原告がすべったり落ちたりする危険を事前に感じていたが、そのまま台上がって負傷したという場合、原告自身に過失があったと考えられる。つまり、その危険は原告自身によってもたらされたものであり、過失責任を原告以外の者が負うべきと評価するような危険がそこには存在していないのである。それゆえ、原告の過失は、自身の責任において発生したものなので、台の設置者である被告に対する賠償請求は否定される。

この論理と類似する概念として、アメリカ法では被告の過失に代わる新規原因 (superseding cause) というものがある。原告の過失がこの superseding cause であると評価されると、被告は賠償責任から免責される場合がある。Superseding cause とは、加害者が本来責任を負うとされるべき原因となる事実を無効にするほど、加害行為と結果である損害との間に介在している行為や事実のことであり、この Superseding cause が認定されると加害者は不法行為責任から免除されることになる⁴¹⁰。この概念が裁判で争点になったものとして次の裁判事例がある。

⁴⁰⁸ Dan Dobbs, Paul Hayden, Ellen Bublick, *The Law of Torts* 788 (2th ed, 2011) .

⁴⁰⁹ 最判平成 12 年 9 月 22 日民集 54 卷 7 号 2574 頁、最判平成 16 年 1 月 15 日判時 1853 号 85 頁など。

⁴¹⁰ Garner, *supra* note 22 at 274.

【Wright v. New York City Transit Auth.事件】⁴¹¹

被害者である原告は、被告であるニューヨーク市都市交通局（New York City Transit Auth.）が所有し運営する地下鉄の乗客で、原告は乗っていた電車の運転室に入り、電車が動いている際に窓の外に頭を出していたため、信号柱に打つけて重傷を負った。そこで、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、事故の唯一の近因は、原告が走行している電車の窓から頭を出すという reckless な行為にあるとして、正式事実審理を経ないでなされる判決を求めて申し立てた。

ニューヨーク州の最高裁は、本件事案において認定された事実関係のもとでは、原告の行為は、事故の原因と被告の過失との間の因果関係がどのようなものであっても、それを切断してしまう中絶的な行為である。さらに、被告の従業員が運転室のドアと窓を開けたままにしている点に過失があるとしても、そのような行為は事故の原因というよりも、その事故が発生する条件や機会を提供しているだけであり、被告の過失と発生した損害との間に因果関係があると認められるものではない。

なお、superseding cause による処理については、比較過失法理とは違う視点からの処理として位置づけられている⁴¹²。superseding cause が想定している、被告である加害者の行為と結果である損害との因果関係が、原告の行為などによって中絶されたという場合には、そもそも加害者の不法行為責任は成立しない処理になってくる。したがって、そもそも比較過失法理の適用は問題にならない場面であり、その意味で、比較過失法理とは全く別の視点からのアプローチとして位置付けられるべきものと言える。

第6款 被告が法令に抵触している場合

比較過失法理の適用に馴染まない不法行為事例、つまり、原告と被告の間での過失の比較作業が回避される場合として、通常、詐欺のような不法行為事例を一つの場合として想定することができる。だが、実際の裁判では、比較過失法理は非常に幅広く適用され、詐欺事例においても抗弁として主張されている。

⁴¹¹ 633 N.Y.S.2d 393 (N.Y. App. Div.1995) . なお、Dobbs は、この事案について、原告の行動が被告の過失の後にきているため、被告にとって予見不可能であるという理由で、原告の請求が棄却されたものとして解釈をしている。Dobbs, Hayden, Bublick, supra note 408 at 831.

⁴¹² この点については、Michael D. Green, The Unanticipated Ripples of Comparative Negligence : Superseding Cause in Products Liability and Beyond, 53 S. C. L. Rev. 1103 (2002) と、Paul T. Hayden, Butterfield Rides Again : Plaintiff's Negligence as a Superseding or Sole Proximate Cause in Systems of Pure Comparative Responsibility, 33 Loyora L. A. L. Rev. 887 (2000) で詳細に検討されている。

【WFND, LLC v. Fargo Marc, LLC 事件】⁴¹³

被告は、原告との間で、1270 万ドルでショッピングセンターを売却する合意をしたが、その不動産売買は訴外 A に対して賃貸されていた。売買契約書には、売主は買主に対して賃貸料台帳などのコピーと、買主に対する禁反言証明書 (estoppel certificates) を賃借人が買主に交付するように要求されていた。さらに、買主が不動産査定を行うために、売主は合理的期間である 30 日間において、施設の所有権、保険、維持管理に関する売主側の資料、契約書、帳簿などを全て利用することができるように合意していた。そして売主は訴外 B に対して、ショッピングセンター内にある水が溜まっている池を譲渡する権利を有していること、訴外 B によって支払われた金銭は原告と被告の間で同等に分割されることが合意されていた。ショッピングセンターの賃貸借期間が満了した後、原告はその池を訴外 B に対して約 12 万ドルで売却したが、販売金額を被告と分割することを拒否し、さらに、ショッピングセンターが売却されてから数か月後に、訴外 A が支払った賃料が高かったことが判明した。そこで、原告は、契約違反、不実表示、および詐欺に基づいて被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。原告は、被告が訴外 A の支払うべき賃料に関する正確な情報を提供しなかったこと、そして、もし原告が正確な賃料金額を知っていれば、ショッピングセンターの購入価格をそれほど高額に設定しなかった、と主張した。それに対して被告は、反訴で、原告が訴外 B に売却した池に関する収益を分割するという合意に違反していると主張した。これに対して原告は異議を主張した。

地裁は、被告は訴外 A の賃料に関する主張に基づいて、詐欺を理由に原告に対して責任を負うとしたが、契約違反については責任を負わないとした。そして、比較過失法を適用して、訴訟当事者と訴外 A との間で過失を割り当てて、原告に 15%、被告に 70%、そして訴外 A に 15% とした。また、訴外 B に売却した池の販売収益の半分について原告は被告に対して支払わなければいけないとした。そこで地裁は、各当事者の他方当事者に対する請求額を相殺して、最終的に被告に、3 万 8700 ドルの請求を認めた。被告は、deceit を行ったと地裁が事実認定していることに誤りがあり、また、契約違反の事案において比較過失法を地裁が適用していることに誤りがある、として上訴した。

ノースダコタ州の最高裁は次のように述べた。確かに、地裁は不法行為としての deceit (詐欺) を被告が行ったと認定しているが、deceit という用語ではなく、当事者間で締結された契約がある場合に適用される fraud という用語を地裁は用いるべきであった。だが、これらの概念は非常に似ており、その区別はこの事案の目的においては重要ではない。また、比較過失法の適用については、被告は契約違反をしていないが詐欺を行っていると認定し、比較過失法を適用するために必要な過失として、不法行為責任を加害者に負わせる作為ないし不作為を含むと N.D.C.C. § 32-03.2-01 において定義づけられているので、本件は詐欺による不法行為訴訟であると言えるとして、地裁が過失を割り当てている

⁴¹³ 730 N.W.2d 841 (N.D.2007) .

ことに誤りはないとした。最高裁は地裁判決を支持した。

この裁判事例は、訴訟当事者間で締結された契約をめぐって問題が発生しているが、最高裁は、被告の行った行為を詐欺行為と認定して、不法行為訴訟として処理をしている。このような詐欺が問題になった裁判事例において、当事者間での責任分割を検討する場合、本章第4節第3款で言及した回避可能損害の法理（avoidable consequences doctrine）に基づいて通常は行われるため、原則として、比較過失法理の適用は基本的にはないことになる。しかし、WFND, LLC 事件では、州の制定法に抵触する違法行為と比較過失法理との関係をどのように考えているのかが示されている。言い換えれば、原告による寄与過失は、制定法違反に基づく損害賠償請求訴訟において、比較過失法理を積極的抗弁事由として主張することができるのか否かという問題である。

一般的には、適用される制定法の中に、私法上の損害賠償請求のための規定が用意されていれば、比較過失法理を適用するか否かは、その制定法の条文⁴¹⁴、あるいは、その制定法の立法趣旨や目的という視点からの解釈⁴¹⁵によって決まるとされている。この WFND, LLC 事件では、制定法の条文、つまり、N.D.C.C. § 32-03.2-01 という条項において、他人の財産などに対する negligence ないし reckless な行為も適用対象になると明記されているため、比較過失法理の適用が認められているのである。つまり、詐欺による不法行為事

⁴¹⁴ たとえば、35 Stat. 66 (1908) , 45 u.s.c. § 53 (1982) は、鉄道会社が安全性に関する法律に違反した場合を想定している Federal Employer' Liability Act のもとでは、寄与過失は抗弁にはならないが、その他の場合には、損害賠償を禁ずるのではなく損害賠償額を減額すると規定している。

⁴¹⁵ Overocker v. Retoff, 93 Ill. App. 2d 11, 234 N.E.2d 820 (1968) は、Dram Shop Act のもとでの制定法上の違反行為に対して、寄与過失は抗弁にはならないとしている。Seim v. Garavalia, 306 N.W.2d 806 (Minn. 1981) は、犬による咬傷に関する制定法のもとでの厳格責任に対して、原告の寄与過失は抗弁にはならないとしている。さらに、Koenig v. Patrick Const. Co., 298 N.Y. 313, 315, 83 N.E.2d 133, 134 (1948) は、被告によって用意された梯子を使っているときに、原告である労働者の不注意があったとしても、安全設備に関する制定法上の被告の違反に基づく訴訟での抗弁を認めていない。また、State ex rel. Dept. of Highways, v. Ray I. Jones Serv. Co., 475 P.2d 139 (Okla. 1970) は、高速道路を管理する原告である州が、高速道路の橋に被告が衝突して損害を与えたため、被告に対して損害賠償請求をしたが、原告は、最高 13 呎しかない高速道を、16 呎の高さのある特大車両を運行する許可を、47 Ohio St. 1969 Supp.に基づいて被告に発行していた、という原告の寄与過失が認められた事例であった。しかし、47 Ohio St. 1961 § 14-114(b)で、州の公安委員会が発行した許可証を保有する者が、車両を運転中に公共財産に損害を与えた場合には、無過失責任を負うと規定されていたため、無過失責任では、原告が intentional か reckless な行為を犯している場合にのみ、原告の寄与過失は抗弁となる、とされた。

例が、制定法によって、過失不法行為事例だけでなく、故意不法行為事例も想定されているため、比較過失法理による減額調整が認められているのである。このため、損害賠償請求訴訟の根拠が、刑法上の違反行為、つまり、故意行為である場合の他に、その法令の適用範囲に過失行為を含むことが明文化されていれば、例外的に、原告の寄与過失は比較過失法理による処理の中で斟酌されるとされているわけである⁴¹⁶。

⁴¹⁶ 本文に掲載の Boatright 事件以外の裁判事例としては以下のようなものがある。Scoggins v. Jude, 419 A.2d 999 (D.C. 1980) は、D.C.での建築規制に違反している事例であった。Barthel v. Illinois Cent. Gulf R. Co., 74 Ill.2d 213, 23 Ill. Dec. 529, 384 N.E.2d 323 (1978) は、踏切上をゆっくりと移動していた原告の自動車に被告の列車が衝突して、死傷者が出たという事例である。Arredondo v. Duckwall Stores, Inc., 227 Kan. 842, 610 P.2d 1107 (1980) は、被告から購入した火薬をカートリッジに詰めてカモ撃ちに行っていた時にショットガンが暴発して原告が負傷したという事例である。未成年者に爆発物を販売すること禁止している制定法違反の場合に、州の比較過失法を適用して処理することができるかが問題になった。Scott v. Ind. School Dist. No. 709, Duluth, 256 N.W.2d 485 (Minn. 1977) は、中学校の技術講座で13歳の学生がドリルでプラスチックに穴をあけていたが、安全眼鏡を着用していなかったため、小さな破片が学生の左目に入り負傷したという事故に関するもので、実験などを行う場合には目の保護する用具を着用することを義務付けている Minn. St. 126.20 に学区は過失によって抵触しているが、その制定法は厳格責任を学区に課しておらず、証拠によると、学生に安全眼鏡を着用するように警告する標識や、学年の始めに安全眼鏡が提供されていることから、被害者である学生の寄与過失があり、それを考慮することを認めた。Haider v. Finken, 239 N.W.2d 508 (N.D. 1976) は、slow-moving vehicle という標識を取り付けていない幅の広い耕作機械を曳航している農用トラクターを被告は違法に運転していたため、原告が運転していた自動車と、曳航されていた耕作機械の後部とが衝突したという事故で、被告によるそのような運転行為が近因であるとされたが、原告の寄与過失が抗弁として利用できるとした。Zamora v. J. Korber & Co., 59 N.M. 33, 278 P.2d 569 (1954) は、当時12歳だった被害者である子供は、両親の許可なしで被告からライフルを購入し、両親がいない時にそのライフルを持ち出して岩にめがけて射撃していたが、弾丸が岩に当たって跳ね返り、子供の左目にあたり負傷したという事故で、16歳未満の未成年に販売してはいけないとなっている条例に被告は抵触しているが、その子供に寄与過失の責任があるかどうかについて、陪審は、年齢、成熟度、知性、経験などあらゆる点を適切に考慮して判断するものとされた。Martin v. George Hyman Constr. Co., 395 A.2d 63 (D.C. 1978) は、労働安全条件を整える使用者の制定法上の義務が不履行である場合に、寄与過失の抗弁が制定法などの目的と衝突する場合には、寄与過失の抗弁は損害賠償請求を禁止するとされるべきではないので、労働者の安全な労働条件を用意するように制定法上使用者に義務が課されているが、その義務に違反していることに基づいていれば、労働者に寄与過失があっても、損害賠償請求は禁止される

また、被告の行為が故意に基づいたものではなく、willful、wanton、reckless な行為、つまり、かなり故意行為に近い行為であった場合に、比較過失法理が適用されるのかという点について、次のような裁判事例がある。

【Boatright v. Scivia 事件】⁴¹⁷

被害者が運転する自動車は、ニューメキシコ州の高速道路に午前 5：30 頃に無点灯で停車していた被告の自動車の後部に衝突した。このとき、被告は自動車の後部座席で休んでおり、訴外 A が被告の自動車を運転していた。そのため、被害者は死亡するに至った。そこで、被害者の代理人は、被告所有の自動車を訴外 A が運転することによって衝突事故は発生したという理由で、自動車の所有者である被告に対して不法死亡に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。法律構成として一つは、被告の過失に基づく損害賠償請求であり、二つは、wanton と reckless の行為に基づく損害賠償請求であった。被告は、過失、wanton と reckless とともに否定し、積極的抗弁の中で、被害者には適切な警戒をしていなかったという寄与過失があり、訴外 A は、被告によって雇用されている関係にも、被告の支配下にもない、と主張した。事実審は、被告が同乗していた自動車の所有者として、被告は運転手を支配下に置いていると推定されると陪審に述べた。証拠によると、被告と訴外 A は、カリフォルニア州まで被告の車で旅行をしており、費用も折半しているという関係であっ

ことはないとした。Tamiami Gun Shop v. Klein, 116 So.2d 421 (Fla. 1959) は、銃や爆発物の未成年者への販売を禁止していることの違反が問題になり、Bayer v. Johnson, 360 So.2d 1164 (La. 1978) では、危険な場所で未成年者を働かせるのを禁じている制定法違反が問題になっている。Van Gaasbeck v. Webatuck Cent. School ist. No. 1, 21 N.Y.2d 239, 287 N.Y.S.2d 77, 234 N.E.2d 243 (1967) は、バスの前の道を生徒が渡り切るまで、明滅する信号の状態待機していることを、生徒に指導するように学校バスの運転手に要求している制定法が問題になった。Koenig v. Patrick Const. Co., 298 N.Y. 313, 315, 83 N.E.2d 133, 134 (1948) では、建物や構造物の修繕、塗装、清掃、あるいはレンガの継ぎ目の漆喰塗りなど建設中のあらゆる労働行為に他者を従事させたり指示したりする者は、労働者の安全のために足場、はしご、あるいはその他の安全装置を備えなければならないという労働法 240 条の不履行に対する損害賠償請求訴訟が問題になった。Galvin v. Jennings, 289 F.2d 15 (3d Cir. 1961) では、原告が被告によってアルコールをすすめられ、ニュージャージー州のアルコール類飲料に関する規制条例に違反した結果、自動車事故を引き起こしたが、原告は寄与過失によって賠償請求を禁じされることはないとされた。なお、制定法違反の場合の寄与過失が抗弁になるか否かの問題については、W. L. Prosser, Contributory Negligence as a Defense to Violation of Statute, 32 Minn. L. Rev. 105 (1948) ; Recent Cases, Contributory Negligence as Defense to Statutory Tort, 15 U. Chi. L. Rev. 779 (1948) において詳細に検討されている。

⁴¹⁷ 421 F.2d 949 (10th Cir. 1970) (N.M. law) .

た。また、事実審は、寄与過失に関する伝統的な説示をしたが、willful と reckless の行為に関する理論についての説示はしなかった。そこで、原告側は、事実審が willful と wanton の行為を審理することを拒否したことについてのみ異議を唱えた。

ニューメキシコ州の最高裁は、陪審が、人の生命に対して reckless、willful、wanton によって被告が行動したと認定した場合には、寄与過失の抗弁を無視し、原告に有利な事実認定をすることになっても、それが陪審の義務であるという内容の説示を支持した。つまり、最高裁は、寄与過失は、willful と wanton な行為に対する抗弁にはならないとした。

つまり、故意行為そのものではないが、故意行為に不注意という意味でかなり近接している行為形態である willful、wanton、reckless に対しては、故意行為と同じように対処して、原告の寄与過失を考慮しないとしているのである。

なお、法令に被告が違反している行為については、かなりの非難可能性を見出すことができるため、その分、被告の損害賠償責任も大きくなるように思われる。しかし、法令に抵触しているからといって、原告に生じた損害に対する全責任を被告に課すことにはならない。比較過失法理を適用して被告の責任が制限される可能性があるからである。この点は第二次不法行為法リステイメントに明確に規定されている⁴¹⁸。

第7款 原告の注意能力

寄与過失の抗弁を制限する一つの要因として、自己注意に対する制限能力があるとされている。たとえば、14 か月の子どもが安全席のシートベルトを締めなかったとか、二歳の子どもが鉛の含まれた小片を食べたということが、比較過失法理の対象として、それらの子どもに寄与過失ありとはならない。その理由として、このような子どもが行う行為は、合理的な注意という客観的な基準になじまず、自己に対する注意能力が子どもの判断能力と繋がっているからである。

このため、第三次不法行為法リステイメント Apportionment of Liability, § 10 comment e は、五歳以下の子どもの寄与過失を除外する準則を採用している。施設に入居する高齢者の場合と同様に、自己に対する注意を払うことができない徴候が原告にあったことを立証することで、寄与過失の抗弁に対して制限をかけることにも合理性があるとされている。

第8款 優位な知識と経験が被告に認められる場合

原告と被告とが特別な関係にあるとか、経験、知識、あるいは、原告よりも被告のほう

⁴¹⁸ Restatement (Second) of Torts § 483 (1965) .

がより原告の利益を保護できるという意味で、原告と被告との間の立場上の相違が、比較過失法理の適用の制限に影響を与える場合がある。たとえば、親の役割の一つとして、子どもの能力的な限界が原因で引き起こされた危険に対して、親には子どもを守るという義務があるとされるような場合である⁴¹⁹。親は子どもの利益を保護する役割を担っているからである。ただ、このことは、普通の旅客業者が顧客自身を守るという立場にあるという場合、旅客業者の能力には限界があるため、顧客を守ることに對して、親の子どもに對するとは異なる特別な注意義務を負うとされる場合もある⁴²⁰。

⁴¹⁹ この点が問題となった裁判事例として、*Lynch v. Rosenthal*, 396 S.W.2d 272 (Mo. Ct. App. 1965) がある。この裁判事例の内容は次のようなものであった。被害者である農場労働者は、トウモロコシ収穫機械によってトウモロコシの収穫作業をしている最中に負傷したため、被害者を雇っていた被告に對して損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、原告が精神的に異常であるとして、原告には寄与過失があったという抗弁を主張した。稼働している収穫機械に近づいて作業をする危険性に対して被告が警告しなかったとして、陪審は原告勝訴の評決を出した。ミズーリ州の控訴審は、問題は原告に若さと経験不足があるために、合理的な判断ができれば、自分の危険に對する認識ができたかどうかであるとして、原告が作業に不慣れであったために、安全であるという被告による指示と保証を原告が頼りにしていたという証拠に基づいて、原告勝訴の評決を支持する、とした。最終的には、かなり低い精神能力であった原告が農業用機械で負傷した場合、原告は寄与過失によって責任を負うことはない、とされた。

⁴²⁰ たとえば、鉄道関連に関する裁判事例として、*McMahon v. New York, N.H. & H.R.R.*, 136 Conn. 372, 71 A.2d 557 (1950) があるが、この裁判事例は次のような内容のものであった。被害者は目に見えるほどに被告である鉄道会社の電車の中で酔っており、電車乗務員は被害者が泥酔していると認識していた。被害者と一緒に乗車していた友人が、トイレに行くといって席を離れた被害者が乗客乗降口の二段目に立っているのを見つけたため、被害者をそこから離れさせようとしたが、結果できなかった。電車の乗組員も被害者を救おうとしたができずに、鉄道警察官の助力を得ようとしてその場から去り、それを友人が見届けて被害者から一瞬目を離してもう一度見たときに、被害者はその乗降口から消えていた。被害者の遺産管理人が原告となって、電車の乗降口で空いていたところから飛び出したか落ちて死亡したとして、被告に對して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告勝訴の評決を出した。被告は、被害者が監視下に置く責任が被告に生じるほどに泥酔していたことに寄与過失があると主張して、評決の無効を求めて上訴した。コネチカット州の最高裁は、一般的に人を輸送する場合の被告の義務は、あらゆる状況の視点から、合理的に自然に発生すると思われるあらゆる危険に對して乗客を保護するというビジネスの本質と一致する最大限の注意を払うことにあるが、乗客の安全性を警戒することができないほどに泥酔している乗客を電車に乗せているため、一般的な運送業者は、合理的な注意を実施して、乗客の状況を知るか知らなければいけない場合には、危険性から自身を保護する

また、経験の格差という点で、子どもは性的な事柄につき熟知していると期待されていないが、大人は期待されている。その結果、具体的には、性的虐待を行う司祭をそのまま留めていたことに過失があったとされる教会が、虐待関係を強いられた子どもの寄与過失を主張することができないとする裁判事例が数多く存在する⁴²¹。あるいは、未成年の生徒

ことができない事情に応じて、ある程度、保護するための注意を払わなければいけない、とした。被害者に泥酔という過失行為があったとしても、それは、乗客を保護するという被告の義務の対象となる危険であることに違いはないのだから、損害賠償請求を禁止するものとは言えない、と述べた。

さらに、航空関連に関する裁判事例として、*Vaughn v. Northwest Airlines, Inc.*, 558 N.W.2d 736 (Minn.1997) がある。この事例の内容は以下の通りである。原告である被害者は、被告の航空会社の三人の従業員に対して、自分が身体障害者であり、旅行用のバックなどを一緒に搭乗させてほしいと依頼した。しかし、被告は搭乗ゲートにおいて飛行機での援助を拒否した。そのため被害者は、一度に全ての機内持込み手荷物を搬入することができなかつたため、被害者は二度にわけて荷物を搬入した。手荷物を機内に持ち込んだり収納したりしているときに、被害者は背中、右腕などを負傷したとして、被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、機内持込み手荷物に関する支援義務を一切負っていないし、原告の過失の主張は自分の身体障害の状態に基づいているものと言えると主張した。ミネソタ州の最高裁は、乗客に特別な事情がある場合には、面倒を見てもらうための付添い人が必要なのだが、航空会社が、乗客の障害事情を知り、乗客として自発的に受け入れている以上、特別な注意と援助が必要となるので、そのような援助や支援が提供されなかつたことで生じる負傷を合理的に予見することができたと言えるとして、障害者である原告を補助する義務を被告は負う、とした。身体に障害がある乗客が支援を必要とすると被告側で分かっている場合には、特別な注意義務を被告は負うことになり、この義務の範囲内に機内持込み手荷物の支援は含まれると最高裁は解釈をした。

⁴²¹ この裁判事例として、*Hutchinson v. Luddy*, 763 A.2d 826, 847 (Pa. Super. Ct. 2001) があげられる。事例の内容は以下の通りである。原告である未成年者は、被告である神父による性的虐待を受けたとして、教会、司祭、教区、そして神父を相手に、損害賠償請求訴訟を提起したものであった。陪審は、被告である神父に対して懲罰的損害賠償である5万ドル、他の被告である教会には懲罰的損害賠償として100万ドルを認めた。被告側は、事実審が比較過失法理を誤って適用しており、42 Pa. CSA § 7102に基づいて、寄与過失の抗弁を主張する権利があると主張した。被告側が主張している比較の対象としている過失とは、被告神父から自分自身の安全を確保するように行動していないという原告の過失であった。さらに被告側は、二人の有害な接触を回避するようにするには、原告はよりよいポジションにあるという点も指摘している。ペンシルベニア州の最高裁は、原告に害を与えた行為の核心は小児性愛による性的虐待であり、その虐待行為は意図的なものなので、比較過失法理は本件では適用されない、とした。

と性的な接触をしていた教師の場合も、未成年者側の寄与過失を申し立てることができないし、このような制約は、その教師を選任や監督をしていた点で注意を怠ったとして学校側にも適用されている⁴²²。同様に、子どもが危険にさらされるような成人の活動に参加することで、被告が危険を創出していると評価できるような場合には、被告自身が子どもを保護する注意義務を負っているとされるため、やはり子どもの寄与過失を抗弁として主張することはできないとされている⁴²³。

このように、子どもへの性的虐待に対しては、公序良俗（public policy）という一般法理の視点から、比較過失法理の適用が制限されている。たとえば、子供に対する性的虐待の責任を被告に追及する場合に、原告である被害者の何らかの落ち度を、寄与過失として主張することは公序良俗に反する、という場合である⁴²⁴。この場面に該当する裁判事例と

⁴²² この具体的な裁判事例として、Christensen v. Royal Sch. Dist. No. 160, 124 P.3d 283 (Wash.2005) があげられる。この裁判事例の内容は以下の通りである。被害者は13歳の女子中学生で、他方、教師は26歳であり、この両者の間で性交渉が行われた。被害者とその両親は原告となって、教師が被害者に性的虐待を加えたと主張して、教師を雇用したことと監督において過失があったということに基づいて、中学校の校長、学区を相手に、損害賠償請求訴訟を提起した。被告側は、被害者は教師との性的関係について自発的に参加しているため、ワシントン州の修正法（Revised Code of Washington）第4.22条に基づいて、被害者に寄与過失があると主張した。ワシントン州の地裁は、この修正法のもとで、教師との関係に学生が参加したことに寄与過失があったとして被害者に不利に働くことがあるか、という意見確認を最高裁に求めた。ワシントン州の最高裁は、16歳未満の子供には同意する能力もないし、性的虐待から自分の身を守る法的義務もないので、被害学生に対しては寄与過失を認めない場合があるとした。

⁴²³ Dobbs, Hayden, Bublick, supra note 408 at 1004-1007.

⁴²⁴ 本文掲載の裁判事例以外のものとして、Buel v. ASSE Int'l, Inc., 233 F.3d 441, 450-51 (7th Cir.2000) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。被告は国際学生交換プログラム（international student exchange program）を運営している。原告はアメリカ、ウィスコンシン州のフォート・アトキンソンのブルース家族とともに、1年間過ごしたいと考えた16歳のドイツ人女性である。その家族は、リチャード40歳、妻と13歳の娘で構成されていた。このリチャードと原告は性的関係を有するようになったが、ウィスコンシン州の法律でそれは犯罪行為であった。被告側の調査によって、リチャードと原告の性的関係が明らかになり、刑務所への恐怖を書き綴ったメモを残してリチャードは最終的に自殺した。原告は、このことで著しく精神的に苦痛を伴ったが、これは被告が十分な注意を払っていなかったことが原因であるとして、損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告に110万ドルの損害賠償請求をみとめ、原告自身に41%の責任の割当をする評決を出した。その評決に従って事実審は、被告に対する64万9000ドル（110万ドル×51%）の損害賠償請求を認める判決を出した。被告は、事実審の陪審への説示について誤りがあるとして

して、Landreneau v. Fruge 事件と Christensen v. Royal Sch. Dist.No.160 事件がある。

【Landreneau v. Fruge 事件】⁴²⁵

原告の娘は、高校の体育の教師である被告と同性愛の関係になり、いったん原告の娘と被告との関係は終わったが、被告が自宅でパーティーを開催したとき、スクールバスの女性運転手がゲストで招待されたが、原告の娘は招待されていないのに、被告のパーティーに参加した。原告は娘を探して被告の家を訪ねた後で、娘を病院に入れた。病院では、娘はアルコールと薬物の乱用が認められている。そこで、娘とともに原告は、被告、スクールバス運転手、そして、運転手の雇い主である高校を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。原告は、被告が娘の道徳を覆し、同性愛に誘惑することを意図した様々な活動をしたこと、スクールバスの運転手によって、被告の同性愛が支援され、けしかけられたこと、そして、高校は被告とスクールバスの運転手の監督を怠っていた、と主張した。本案に関する正式事実審理の後で、事実審は、総額4万ドルの賠償請求を原告に認める判決を出した。そして、被告と運転手は別として、母親、異性愛者そして同性愛者との出会いに娘が関連していること、アルコールと薬との格闘、娘の人格形成の時期に家に父親の姿がないこと、被告や被告との関係が終わった後の年上の女性との娘の出会い、これらはみな、治療に専念することになった心理学的な特性に依っていると、被告に20%、運転手に10%、娘に10%、その他に60%の過失を割り当てる、とした。なお、スクールバスの運転手は裁判に出廷しなかったため、運転手に対しては1万ドルの賠償請求を原告に認め、過失配分については、運転手に10%、娘に10%、その他の者に80%とした。また、娘の将来の医療費用を5000ドルとして、その賠償額については被告と運転手の連帯責任とした。原告は、過失の配分について事実審には誤りがあると主張し控訴した。

ルイジアナ州の控訴審は、そもそも原告自身には同意する能力が認められないし、また、原告である母親の過失をその他の者の60%に含めているが、McFarland v. Industrial Helicopters, Inc., 502 S.2d 593 で、未成年者の母親に課された過失分だけ、未成年者の賠

控訴した。控訴理由は、つまり、ウィスコンシン州の法律では、18歳未満の子供が性的行為に同意することは認められないとされているが、その同意年齢について陪審に説示すべきではなかったか、というものであった。ウィスコンシン州の控訴審は、州によって決められた性問題に関する同意年齢は、女性の成熟度に対する立法府の判断であるが、それでも、10代の子供は性的問題について完全な責任を負担するとは考えられておらず、このことは、本件での原告の責任分担に関する陪審の検討にとって重要なことである、とした。その上で、原告の年齢はこの同意年齢を下回っているため、寄与過失はゼロと見なされるとした。控訴審は、陪審は同意年齢の説示と寄与過失に関する説示の関係を解決しなければいけなかったが、それは有害な誤りであるとは思えないとして、事実審判決を認容した。

⁴²⁵ 676 So.2d 701, 707 (La.Ct.App.1996) .

償額を減額することはできない、とした。そして、被告の責任は運転手と娘の出会いを促進したという点にあるので、その他の者に配分される過失の評価は間違いであるとして、被告には50%、運転手には50%の過失の割当を再度行った。

【Christensen v. Royal Sch. Dist.No.160 事件】⁴²⁶

原告である女兒は、13歳の時に、教師と教室において性的関係になった。そこで、女兒とその両親は、被告である学区、校長、教師を相手取って、損害賠償請求訴訟を提起した。訴えによると、教師が子供に性的な暴行を加え、学区や校長はそのような教師を雇い監督する面で過失があった、というものであった。学区と校長は、教師との性的関係について、女兒に自発的な意思があったとして、それは、不法行為改革法にある寄与過失となると積極的抗弁を主張した。ワシントン州東部地区の連邦地方裁判所は、女兒に寄与過失を認めることができるかについて解明するために最高裁に意見確認をした（Certified question）⁴²⁷。つまり、学校の敷地内において教師によって行われた性的虐待の犠牲者で、その教師を監督しなかったこと、あるいは、不注意に雇用したことに対して学区や校長に対して過失訴訟を提起している13歳の子供に、ワシントン州の不法行為改革法に基づいて、子供が性的関係に参加したことにつき寄与過失があったと評価してきたか、という内容のものであった。

ワシントン州の最高裁は、その確認に対して否と回答し、法律問題として、本件で問題になっている関係に16歳以下の子供が参加していることにつき、寄与過失として考慮されることはない結論づけた。その理由として、州の最高裁は、性的虐待から自身を守る義務を同意能力のない者は法的に負っていないから、という点を指摘している。

このように、未成年者に対する性的行為については、同意能力という視点から比較過失法理の適用対象にはならないとしているのが標準的な判断と言える。同意能力の有無の判断については、未成年者であってもその例外が認められる可能性があるが、一般的には、未成年者を厚く保護するという観点から、未成年者に対する性的虐待行為に対して厳しくのぞむという社会の姿勢がアメリカ社会において許容されていると言えよう。未成年者の

⁴²⁶ 124 P.3d 283 (Wash.2005) .

⁴²⁷ certified question とは、ある裁判所から他の裁判所に対して公式に行う質問のことで、通常、必ずしも他の裁判管轄である必要はないが、法律に関する問題に関する意見を求めるものである。このような事例が起きる典型的な場面は、実際に訴訟が係争になる前に裁判所が、他の州や裁判管轄の法律に関連してくる問題を解決するために要求される場合である。もし他の裁判管轄の法律が不明確で不確かであれば、certified question はその裁判管轄に送付され、実際に係争中の訴訟の裁判所に生じた法律上の疑問について意見を与えることができる、というものである。法律上の質問を認定する裁判所は、典型的には、控訴裁判所と州最高裁とされている。

保護法益が、相対的な過失の割合的な分配を行い、原告の求める損害賠償額の減額調整によって損なわれることがあってはならないということを、この類型の裁判事例は示していると言える。

このような能力格差によって、原告の利益に対する注意能力よりも、被告のほうが優れているというような特別な関係がある典型例として、医師と患者の関係がその具体的な例として指摘される。医師は、提案した手術の必要性や危険度について、重要な情報を患者に提供する義務がある。つまり、医師には情報提供義務、そして、患者には情報を提供してもらう権利が与えられているという関係性が両者の間には認められる。そのうえで、患者は医師の注意義務を頼りにして治療を受けるのだから、たとえば、次にあげる裁判事例のように、乳房の切除を助言した医師は、患者が自分の助言を不合理に頼っていたという寄与過失を抗弁として主張することはほとんど認められていない⁴²⁸。

【Brown v. Dibbell 事件】⁴²⁹

原告は、乳房にしこりが発見されたため、訴外医師に検査してもらったが、原告が乳房にインプラントを入れていたため、被告医師を紹介した。被告医師は、マンモグラフィなどで検査をしたが、その時は特に疑わしいところはないという結果だったが、原告の病歴などを考慮すると、癌に発展する可能性は非常に高いと被告は原告に説明した。原告はセカンドオピニオンも得たが、それによっても乳がんを発症するリスクは高いという結論だっ

⁴²⁸ 本文に掲載した裁判事例以外のものとしてとして、McCrystal v. Trumbull Mem'l Hosp., 115 Ohio App.3d 73, 684 N.E.2d 721 (1996) がある。この裁判事例の内容は以下のようなものであった。三人の子供の母親は四人目の子供を授かっていた。母親の最初の三人の妊娠は、合併症を発症しないものだった。四人目の子供を妊娠している間に母親は、出血と痛みを経験していた。母親は看護師に電話連絡をして、看護師は、すべて順調であり、出血が止まるまで安静にして待たなければいけない、と告げた。痛みと出血はなおも続き、母親は緊急処置室に運ばれて、そこで子宮が破裂したのが発見された。子宮へのダメージの結果、子供は酸素不足のために重大な脳障害をもって出生した。結果としてその子供は死亡した。母親は病院を相手に訴訟を提起した。第一審裁判所は、被告に過失があり、その過失が被害者の負傷の直接的な原因であると認定した場合には、被害者の寄与過失の可能性について対処しないように警告的な説示を陪審に与えた。陪審は、被告の従業員の過失は被害者の負傷の近因ではないとして、被告勝訴の一般的な評決を出し、第一審裁判所も被告勝訴の判決を出した。そこで、原告は、両者に過失があったと陪審が事実認定をした証拠から、寄与過失について陪審に説示を事実審がしなかったことに誤りがあるとして控訴した。控訴審は、控訴内容を認めたため、事実審判決を破棄し、差し戻した。この事案では、患者が医師の助言を頼るのに落ち度があったという証拠が陪審に示されたため、寄与過失に関する説示 (instruction) が認められている。

⁴²⁹ 227 Wis.2d 28, 595 N.W.2d 358 (1999) .

た。被告とセカンドオピニオンの医師は、原告に両側乳房切除の手術を受けることを勧めた。その際、被告は、手術後も前と同じような美容的な見栄えを維持できることを繰り返して、原告を安心させていた。原告は手術を受けたが、手術後に異常な瘢痕、非対照の乳首などが残り、さらに胸の感覚がないという症状も生じた。そこで、原告は、心理的に深い傷跡が残ったとして、被告に対してインフォームドコンセント訴訟を提起した。陪審は、医療上の注意を払うことにつき被告に過失はないが、インフォームドコンセントの義務違反が認められるとした。また、原告にも50%の寄与過失を認めた。そこで、原告は、比較過失法理はインフォームドコンセントの事例においては適用できないとして控訴した。控訴審は、インフォームドコンセントの基準を規定した Wis. Stat. § 448.30 は、患者のインフォームドコンセントを取得する義務を医師に課しており、医師が実行可能なものとして提示した治療方法を患者が同意することについては、患者には一般的に寄与過失はないものとした。

ウィスコンシン州の最高裁は、医師の質問に回答したり、独自の調査をするという負担を患者にかけることは、インフォームドコンセントという概念とは論理的に結びつかず相反しており、Wis. Stat. § 448.30 のもとで、原告と同じ立場にある合理的な患者なら知りたいと思う重要な情報を提供するという積極的な義務が医師にあり、そして、医学的な知識と技能を有しているのは医師であるとし、インフォームドコンセント法においても、患者が治療の選択肢とリスクに関する情報を開示し説明する義務は医師にあり、患者が治療の選択肢とリスクを知るという立場にはないのだから、患者が質問をしなかったり、独自の調査をしなかったことにつき寄与過失があったとはならない、とした。

このように患者は、医師の助言内容について調査したりするように要求されることはないのであるが、他の点で患者に過失があったと評価される可能性もある。たとえば、医師に対して正確な情報を提供していなかったとか⁴³⁰、処方され指示された通りに薬を服用しなかった⁴³¹、という場合である。このような場合、患者の利益を保護するための知識や経

⁴³⁰ 前掲注 429 の Brown v. Dibbell, 227 Wis.2d 28, 595 N.W.2d 358 (1999) では、患者が医師に自分の家族の乳がんの病歴につき虚偽内容を言ったという事実も指摘されていた。

⁴³¹ この点に関する裁判事例として、Estate of Shinholster v. Annapolis Hosp., 685 N.W.2d 275 (Mich.2004) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告の妻（当時 61 歳）は、めまいの症状を訴えて被告病院に四回通院した。被告病院の医師は原告の妻を診療したが、四回目の通院の時に、妻は大脳卒中を引き起こして、数か月の昏睡状態の後で死亡した。そこで、相続人である夫が原告となって、被告は妻が一時的な虚血性発作、そして脳卒中に先立つとされているミニストロークをしばしば経験していたことを認識せずに不注意に妻を治療したとして、損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告の主張を認めたが、妻は処方された血圧の薬を定期的に服用していなかったという事実か

験が医師にいくら認められるとしても、治療行為は医師と患者の双方行為で成立しているため、患者側の協力がなければ、医師の経験や知識は患者の利益保護に役立てることができないというのがその理由である。

第9款 安全性の支配に対して被告に優位性が認められる場合

比較過失の抗弁は、特別な関係の事例において制限されている。たとえば、被告のほうが生産システムの安全性をよりコントロールできる能力をもっているという場合には、被告は、原告自身の過失から原告を守ることが期待されることになる。そのため、たとえば、パンチプレス機械の製造業者は、プレスが下りた時に、労働者が不注意で手をプレスの下に置いてしまうことを防止するための安全装置を設置していなければ、過失があるとされることになる。また、繰り返して行う作業に労働者が従事することが予定されている場合であれば、予測できる労働者が行うであろう作業の危険性に対して保護すべき措置を講じておくのが、製造業者の義務とされている。

しかし、寄与過失法理や比較過失法理を適用すると、作業上の労働者の過失があるという理由で、製造業者の賠償義務が一部でも否定されると、否定された部分は被害者である労働者の自己負担という結果になってしまう。作業によって発生する危険性を十分予見することができる製造業者は、そもそもその危険性が具体化しないような工夫を施しておくことが期待されているはずである。その製造業者が寄与過失を抗弁として主張すること

ら、20%の寄与過失があったとした。事実審は、陪審評決を支持したが、被告による再審理を求める申し立てを拒否した。控訴審は、Mich. Comp. Laws § 600.6304(1) が、治療前の原告の過失と、被告の過失とを相殺するのを陪審に認めていないという事実審の判断を支持した。そこで、被告側が上訴した。ミシガン州の最高裁は、Mich. Comp. Laws § 600.6304(1) が、被告の過失を相殺するために、原告自身による治療前の過失を考慮するように、医療過誤訴訟での陪審に認めているかどうか、そして、認めているとしてどの程度認めているかについて審査した。Mich. Comp. Laws § 600.6304(1) 上の明確な文言に基づいて、原告の負傷と損害に関する予見可能で自然な原因、つまり法的原因が被告の過失として構成されているか否かについて、合理的な判断では違うという判断になった場合には、被告の過失を相殺する際に、原告の治療前の過失を、医療過誤訴訟を含む人身損害訴訟、財産権侵害訴訟、そして不法死亡訴訟において考慮することを陪審に認めている、と最高裁は判断した。さらに、提出された証拠に基づいて、死亡に先立つ期間において処方された血圧の薬を定期的に服用しなかったという治療前の原告の過失が、死亡に関する予見可能で、自然な原因となっていると合理的な判断によって認定することができる、と判断した。この事案は、最高裁の意見と一致させるために、事実審に差し戻された。

で、賠償責任の一部を従業員に負担させるという結論は不当であるとして、裁判所の中には、そのような事例での比較過失法理の適用を否定しているものもある⁴³²。

【Tulkku v. Mackworth Rees Div. of Avis Indus., Inc.事件】⁴³³

⁴³² 本文掲載の裁判事例以外では、Bexiga v. Havir Mfg. Corp., 290 A.2d 281 (N.J.1972)がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。

被害者である未成年労働者（事故当時 18 歳）は、A 会社に雇用され、パワーパンチプレスという機械を作業している間に右手を押しつぶされて負傷し、指を失って手が変形してしまった。そのプレス機械には、利用可能で様々な安全装置が備え付けられておらず、被害者の証拠によると、少なくとも、そのような安全装置、つまり、基本的なプッシュボタンの工夫があれば、A 会社の仕事上の必要性との両立を取りながら、被害者の事故を防ぐことができたかもしれないことを示していた。また、被告は抗弁として、業界内の慣習に従って、安全装置を備え付けることを A 会社に依存していたと主張した。そこで、被害者とその父親は原告となって、プレス機械の製造業者を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。事実審はその訴えを棄却した。ニュージャージー州の最高裁は、プレス機械の誤操作という被害者の寄与過失の問題につき、被害者による誤操作は被告にとっては不測の事態であったが、被告には第二次不法行為法リステイトメント § 402A(1)(b)により、安全装置を設置する義務があるが、その義務違反によって発生した損害につき責任が生じないとするのは異常であると述べたうえで、本件は政策的利益という視点から寄与過失の抗弁を主張することができないものとする。とした。

⁴³³ 281 N.W.2d 291 (Mich. 1979) . なお、寄与過失が原告の請求する賠償額を減額するという場合、寄与過失の抗弁に対する制限が適用されるかどうかを検討されるが、Tulkku コートで定立されたルールが適用されない場合もあるとする判決もある。たとえば、Hardy v. Monsanto Enviro-Chem Sys. Inc., 323 N.W.2d 270 (Mich. 1982) である。この裁判事例は次のような内容であった。ワイオミング市が所有する排水処理工場の改良と増築の建設について、ワイオミング市は被告と請負契約を締結した。被告は、工場の屋根工事の下請け契約を A 会社と結び、その A 会社の従業員が被害者であった。事故が発生したのは汚泥濃縮機 (Sludge Thickener) のある建物の屋根であった。被害者は同僚に対して、蓋で覆われていない開口部に注意するように警告をしていたが、その開口部から原告は落ちてしまい即死した。そこで、被害者の遺産管理人である原告は、被告である建築契約者が、建設労働者の保護のための安全設備を備え付けたり、維持したりするのに過失があり、それが被害者の死亡になったと主張して、損害賠償請求訴訟を提起した。ミシガン州の事実審は、比較過失法理に基づいて被告勝訴の判決を出した。原告は、屋根にある開口部を覆う合板シートが過失で備え付けられたり、維持されたりした安全設備であったと陪審が結論づけることに十分な証拠がある場合には、寄与過失は被告の抗弁にならないと陪審は説示されなかったと主張した。ミシガン州の最高裁は、被害者に過失があるという事

原告は自動車部品の型押し向上でプレス機械を操作していたが、事故時に原告が使っていたプレス機械はサイクルを完了するのに二人の作業員が必要とされるもので、プレス機械を起動するには、各作業員は、二つの手のひらでボタンを押し、プレスが下降作業を完了するまでその二つのボタンを押し続けることが要求されていた。また、その手のひらボタンは、プレスが作動している間は、危険な部分に作業員の手が入るのを防ぐ安全装置が付けられていた。しかし、事故当時、原告が同僚とともにボタンを押して作業をしていたが、ボタンは三つだけ押されていたのに、プレスが作動して原告は手に重傷を負ってしまった。その後の踏査によると、原告側の左手の手のひらボタンが破損していたことが判明した。そこで、原告は、手のひらボタンの製造業者である被告に対して過失および保証契約違反を理由に損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、寄与過失に関する定型的な説示を陪審に提示した。定型的な説示とは、たとえば、寄与過失があれば過失に基づく原告の損害賠償請求は禁じられるというものである。陪審は訴訟原因がないという評決を出している。控訴審は事実審判決を支持した。

ミシガン州の最高裁は、安全性の工夫をした設計や製造物に製造業者の通常の過失を証拠が提示している場合には、寄与過失は賠償請求を禁止するものにはならないとして、控訴審判決を破棄し再審理のために差し戻した。最高裁は、安全性の工夫を用意する義務を被告が放棄していると評価される場合には、被告による寄与過失の抗弁の主張は認められないとした。適正でない安全性がある工夫は安全性の工夫がないのと同じであるが、それは不適正な安全性があっても、従業員がその有効性に頼っていれば、より大きなリスクを課していることになるから、という理由である。

同様に、原告の過失や責任無能力から原告自身を保護することを示す制定法、たとえば、児童労働法（Child Labor Act）や労働者保護法（employee protection act）に違反したことで被告に過失があるとされる場合、裁判所の多くは、原告の寄与過失に関する抗弁を認めていない。また、購入者が製造物の欠陥を発見できないことに対して、比較過失法理を適用して、原告の責任が部分的に問われないようにもしている場合もある。つまり、制定法で原告の安全に対する保護が規定されている場合には、被告にその保護義務が法的に課せられるため、その義務に違反して原告に損害を与えた場合には、原告の落ち度を主張して、減額調整をするように被告は主張することはできないというわけである。

さらに、過失で誤った処方箋を調剤した薬剤師の医療過誤訴訟において、原告は、処方箋の名称か、薬の外形を認識することで、そのミスを発見すべきであったという内容の抗弁が認められないとしている裁判事例も存在している⁴³⁴。その一方で、裁判所の中には、

実認定がなされれば、被告が仕事場に適正な安全設備を用意しなかったことに過失があるとされても、被告は寄与過失の抗弁を主張できる、と述べている。

⁴³⁴ この点に言及している裁判事例が、Walter v. Wal-Mart Stores, Inc., 748 A.2d 961, 969-72 (Me.2000) である。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告は癌を患い、

医師が誤った処方薬を中毒症状のある成人や未成年に与えたという事例において、比較過失法理を適用して処理をしているところもある⁴³⁵。

化学療法薬を医師が処方した。原告はその処方箋を被告である薬局で調剤した。被告である薬剤師は、原告が通院していた医師が求めた処方箋とは異なる薬を原告に出した。その結果、原告は、様々な症状を発症し、多額の治療費が必要になった。そこで原告は、薬剤師の医療過誤訴訟を提起して、損害賠償請求をした。陪審は、55万ドルの損害賠償請求を原告に認めた。被告は、寄与過失の抗弁を主張して、原告に過失があるか否かを陪審に決めてもらう権利があると主張した。さらに被告は、原告が医師と話した薬と、薬の容器にある薬の名称が一致していないことを原告は認識すべきであったし、身体に出た発疹とあざに気付いたらすぐに、原告は医師に連絡を取らなかったのだから、原告には過失があるとも主張した。メーン州の最高裁はまず、メーン州の比較過失法では、原告の過失が被告の過失と同等か、より大きい場合には、原告は損害賠償請求をすることができない、となっていることを確認した。その上で最高裁は、証言によって、原告が誤った薬を与えられたことを知るべき方法はなかったとなっているために、原告が被告の誤りを発見できなかったことに関する比較過失法理について、陪審に説示することを事実審が拒否したことに誤りはないとした。また、あざや発疹については、医師に早めに報告されていたとしたら、間違った薬による効果を逆転してしまう治療が直ちに施され得たという証拠はないとして、陪審は、原告の過失が被告の過失と同等か、より大きいものであったという結論には至らなかったとして、事実審判決は支持された。

⁴³⁵ なお、比較過失法理が採用される前の裁判事例として、*Argus v. Scheppegrell*, 472 So.2d 573 (La.1985) がある。この事例の内容は以下の通りである。

被害者は、モデル業を行うために体重をコントロールする方法としてダイエット薬を被告医師に要求し、被告はそれに応じて、二種類のタブレットを処方した。この二種類の薬はルイジアナ州法では危険物質として規制されているものだった。被告はその後19ヶ月にわたってこの薬や他の薬の処方を短い間隔で提供し続けた。ある日、被害者の母親が被告に電話をして、被害者が麻薬中毒で自殺をする可能性があるかと相談した。そして、母親は被害者にこれ以上の処方箋を与えないという約束を被告から取り付けた。しかし、被告は被害者に50錠を増やして処方箋を与え、その2日後で、被害者はその4分の3を摂取して昏睡状態になり、1ヶ月後に過剰摂取で死亡した。そこで、被害者の両親が原告となって、被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。医学審査委員会 (medical review panel) は、被告医師が適切な治療基準を順守できなかったとして、被告に過失があったという点に同意した。しかし、陪審は、被害者の死亡の近因は被害者自身の過失であるとして、被告勝訴の評決を出した。それに基づいて事実審は、被害者は故意に、そして意図的に薬の過剰摂取をしており、被告医師の義務はそこまでは及ばないという証拠が優越していると判断し、被害者の寄与過失によって原告の損害賠償請求は禁じられるので、原告の請求は棄却されるとした。原告は、医師が被害者の状態を扇動した場合には、損害賠償請

【Weaver v. Lentz 事件】⁴³⁶

被害者は、自動車事故による首の痛みと頭痛を被告である医師に訴えた。被告はその後数年間、被害者を定期的に診療して、痛みを管理するために複数の薬の組み合わせを試みた。しかし、被害者は、首の痛み、筋肉の痙攣、頭痛、不眠症などを頻繁に訴えるようになった。被害者は、過剰摂取と中毒が懸念される身体的問題のために複数回入院したが、最終的に被害者は被告によって処方された薬の過剰摂取によって死亡してしまった。そこで被害者の妻は、原告となって、被害者が中毒になり薬を濫用していると警告されるのに十分な環境下にあったのに、不注意にも鎮痛剤を過量に処方したとして、被告に対して不法死亡に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、被害者と被告にはそれぞれに過失が50%あるとして、約79万ドルの損害賠償請求と、1万ドルの懲罰的損害賠償請求を原告に認めた。その上で、被害者の過失割合に基づいて、約39万ドルの損害賠償額に減額した。しかし原告は、懲罰的損害賠償額を査定する際に、陪審が、被告側のrecklessな部分を認定して、被害者の寄与過失を否定していたのだから、損害賠償額は減額されるべきではないし、サウスキャロライナ州は、recklessnessに対して原告の寄与過失は抗弁とならないというルールを無効にしていない、と主張した。サウスキャロライナ州の事実審は、陪審に対して、被害者と被告にそれぞれ過失がある場合には、全体としてそれぞれの行為を把握しなければならず、共同過失が被害者の損害に近接して寄与している場合には、各当事者のそれぞれの過失を割り当てるように説示した。陪審は、被告がwillful、wanton、recklessであったという事実認定せず、単なる過失、重過失、そしてrecklessnessは一般的な用語である過失の中に含まれる程度の問題であると説示通りに判断した。

サウスキャロライナ州の最高裁は、陪審は異議のない範囲内で、事実審の説示に従って職務を遂行し、事実審は比較過失法理に従って事案を適切に処理している、として事実審判決を支持した。

この事案では、医師と患者の共同過失があると指摘している点が注目される。確かに、医師はその経験や知識の面で患者の利益をより保護できる立場にあると言えるが、治療行為は医師と患者の共同作業であるという性質から、両者に同じ程度の過失があると認定できるとして、比較過失法理の適用が認められているのである。

求を禁ずる寄与過失の抗弁を利用することはできないとして、陪審に対する事実審の説示に誤りがあると主張し、上訴した。ルイジアナ州の最高裁は、医師は免許を取得し訓練をしているので、被害者とは大いに異なる義務を負っているが、被害者の行為は、医師に課された義務から予見される危険や、その義務の不履行責任を免除する抗弁の両方に当たらないものとして、医師は、賠償請求を禁じる被害者の寄与過失を主張する権利を有さないとした。

⁴³⁶ 561 S.E.2d 360 (S.C.Ct.App.2002) .

このように、原告と被告ともに過失が認められる場合として、たとえば、既に酔っている者を保護するために、酔っている者に対するアルコールの提供や販売を禁止している法律に抵触している場合⁴³⁷、未成年者の保護のために、未成年者に対するアルコールの販売を禁止している法律に違反している場合⁴³⁸があるが、このような場合に裁判所の中に

⁴³⁷ この事例に該当する裁判事例として、*Baxter v. Noce*, 752 P.2d 240 (N.M.1988) をあげることができる。この事例の内容は以下の通りである。被害者は、友人である訴外 A と、被告であるナイトクラブとカフェで、アルコール飲料を飲んだが、その後、被害者が同乗した訴外 A の運転する自動車が事故に遭い、その事故が原因で被害者は死亡した。被害者の血中アルコール度は 0.21% という検査結果が出ている。そこで、被害者の財産管理人が原告となって、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、被告にとって被害者は第三者であること、そして、被害者の死亡は訴外 A が酔っている間に自動車を運転したことが近因である可能性があるとして、原告の訴えを棄却した。控訴審は、酔っている者に対するアルコール販売を禁止する州の規制に被告は抵触しており、この義務違反は過失を構成し、酔った運転手へのアルコール販売や提供は、第三者が被った損害の近因であると言えるとして、事実審判決を覆した。被告は中間上訴 (interlocutory appeal) をした。ニューメキシコ州の最高裁は次のように述べた。ニューメキシコ州ではもはや原告の寄与過失が損害賠償請求を禁ずるものではないので、原告は相対的な過失の程度を決定する裁判を受ける権利がある。そして、居酒屋責任の規定である N.M. Stat. Ann. § 41-11-1(A) では過失が責任を認める前提になるとし、個人のリスクを軽減するために特定の行動基準に従う義務を負っている者が、危害の危険性を不当に増幅する場合、その行為は義務違反になり、他方で、被害者が自発的に酔っていた点で被害者にも過失があることになる。よって、控訴審の判断には、比較過失法理について見落としていると言える。控訴審が第一審判決を覆した根拠がおそらく共犯関係の原理にあると思われるが、本件の訴外 A と被告との関係は共犯そのものでなく、寄与過失が競合している形態であると言えるので、比較過失法理が適用できる事例であるが、責任となる近因の立証を原告が負うことができるかどうかは、陪審が回答すべき問題であるとして、控訴審判決を破棄して、本件を地裁に差し戻した。

⁴³⁸ この事例に該当する裁判事例として、次の二件をあげる事ができる。一件は、*Spragg v. Shuster*, 398 N.W.2d 683 (Minn.Ct.App.1987) である。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告を含めた 17 歳から 18 歳の四人の女性が、学校を休んで、被告の店でビールを 12 パック購入し、四人の一人が町中を自動車で運転している間に、全員がビールを飲んだ。そのうち、運転していた者は一時停止の標識のあるところで停止せずに、交差点内で他の自動車二台と衝突した。原告はその事故で負傷した。警察が事故後、運転されていた自動車を捜索したところ、12 パックの中から四つの未開封のビールを発見した。そこで原告とその父親は、被告である店に対して、被告による未成年者へのアルコールの違法販売が、原告の負傷の近因であるとして、損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、原告

は、酔っている者や未成年者がアルコールを摂取する行為を、比較過失法理の対象として考えるのを認めているところもある。確かに、制定法は、アルコールなどの提供を禁止することで保護の対象者を守ろうとしているため、そのような者に対するアルコールの提供について比較過失法理の対象にして、部分的にでも保護の対象者の責任を認めるということは、制定法の趣旨に反しているとも言える。そのように考えれば、このような判決にどのような事情が影響しているのかという点が気になるが、たとえば、比較過失法理への移行過程であるとか、泥酔者や未成年者による違法行為が典型的に過失以上の意味があると社会が捉えていることが反映されている可能性があるように思われる。

特に、原告の安全性の保護に対して被告が支配をしている事例としては、医療過誤訴訟をあげることができる。つまり、被告となる医師の義務の中には、患者である原告の過失

がアルコール飲料を運転手に積極的に用意したので、共犯関係の原理で賠償請求することはできないと認定しつつ、被告勝訴の正式事実審理を経ないでなされる判決を認めた。原告は、被告勝訴の判決を認めたことに異議を申し立てた。ミネソタ州の最高裁は、事実認定者は、原告が運転手の飲酒につき積極的、あるいは、受動的に関与していたかを決定しなければならないが、この問題は重要な事実とかがわっているため、正式事実審理を経ないでなされる判決にはふさわしくないとして、この問題を事実審に差し戻した。つまり、この事例は、アルコール購入した未成年者が販売者と共犯関係ではなく、購入した未成年者と運転手との関係において、寄与過失が認められるかが問題になっている場合であるとしたものである。

そして、二件目は、*Slager v. HWA Corp.*, 435 N.W.2d 349 (Iowa 1989) である。この事例の内容は以下の通りである。未成年者である被害者は、被告が経営する居酒屋で泥酔するまで飲み、酔った状態で居酒屋を去った後で、訴外 A のバイクを許可なしでいじり始めた。そこで A は、被害者に立ち向かっていき、被害者は A によって撃たれて重傷を負った。そこで被害者の親権者が、被告を相手取り、Iowa Code § 123.92 に基づいて、損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、被害者の負傷に自分以外の者の過失も寄与しているという積極的抗弁を主張した。それに対して原告は、居酒屋訴訟 (dram shop action) での被告は、原告の寄与過失の抗弁を主張することができないと述べた。アイオワ州の地裁は、原告の主張を支持した。そこで被告は、中間上訴 (interlocutory appeal) を申し立て、居酒屋責任における過失はアイオワ州法第 668.1 条の「過失」の定義に当てはまるので、アイオワ州法第 668 条に規定されている比較過失法理の対象になると主張した。これに対して原告は、立法府はそのようなことを意図していない、と反論している。アイオワ州の最高裁は、原告の寄与過失はアイオワ州の居酒屋訴訟での抗弁にはならないとし、その理由として、居酒屋責任に関連する抗弁である共犯関係を消すことで、立法府は、寄与過失を居酒屋責任から外そうとする意図が明らかであるから、としている。さらに、アルコール飲料の提供と販売に関するコントロールと規制をする公共政策と、未成年者を保護することは、比較過失法理の適用を認めることで妨げられるおそれがある、とも指摘している。

から患者自身を守ることも含まれるとされる場合がある。たとえば、一般の病院や精神病院は、感情や精神的な問題を抱えて自殺傾向のある患者を受け入れるという場合、自殺を防止するように病院や医師は注意しなければならないため、少なくとも、患者が病院による身上監護の下にあれば⁴³⁹、患者に過失があったと主張したとしても、患者が自殺したこ

⁴³⁹ 被告が外来患者である場合に、患者の自殺するにあたっての過失と、患者の自殺傾向から患者を保護することができなかった被告の過失を陪審が比較することを認める裁判所がある。たとえば、Hobart v. Shin, 185 Ill.2d 283, 705 N.E.2d 907,235 Ill.Dec.724

(1998) は、抗うつ剤の過剰摂取によって患者が自殺をしたため、その患者の母親が、患者を診療していた医師に対して、医療過誤訴訟を提起したという事例であった。事実審は、定型的陪審説示 (Pattern Jury Instructions) に従って陪審に寄与過失について説示し、陪審は、被告勝訴の評決を出した。しかし控訴審は、医師は精神状態に対する治療をしているのに、自殺した患者の医師に対して提起された不法死亡訴訟で、寄与過失という積極的抗弁を認めるのは適正ではない、として事実審判決を覆した。イリノイ州の最高裁は、精神的に問題のある人の寄与過失の問題は事実問題となるが、本件の患者が退院するまでに、もはやうつ病の症状がなく、死亡する二週間以上も前に、本件患者は笑顔で前向きに将来のことを考えており、自殺する日には、本件患者が計画的で意図的な方法をとって行動していたなどの事実から、事実審が、本件患者の寄与過失の問題を陪審が検討するのに適切であると判断したことは正当化されるとして、控訴審判決を破棄し、事実審判決を認容した。

また、Maunz v. Perales, 276 Kan.313, 76 P.3d 1027 (2003) は、自殺願望の強かった患者が退院をした後で自殺したため、患者の母親が、患者を診療していた医師に対して医療過誤訴訟を提起したという事例である。事実審は最初に、Kan. Stat. Ann. § 60-258a に基づき寄与過失の問題についての両親の申し立てを否定し、陪審は患者へ、過失の 79% を割り当てた。原告は、精神的な病を治療する医師の過失と、自殺をしたが治療を求めている患者の行為を比較するのは公平ではない、と主張した。カンザス州の最高裁は、§ 60-258a につき、州議会は、一つの訴訟での私法上の違法行為にかかわるすべての人の過失を比較するという政策を確立したとして、原告の主張を認めなかった。また最高裁は、原告の寄与過失を適正に評価するために、患者個人の能力を基礎にした基準で評価がなされるべきであるとして、精神的に問題のある患者は、合理人の自己注意の基準を維持することができないと認識しているが、同時に、患者の能力と治療に協力する意思の観点から不合理であるとされる行為の結果に対して患者は責任を負っているとした。患者は精神的に非常に正常ではないのでその行為に合理性はないと原告は主張しているが、事実審は、患者の行動を陪審が考慮したのを認めたことに誤りはないとして、事実審判決を支持した。

以上の二つの裁判事例は、精神面での制約という視点から患者の過失を判断するために、主観的基準を使って処理し、そのうえで、病院側の過失との比較を認めている事例である。

とを原因とする損害賠償請求訴訟では、病院側は敗訴することになる。このことに関する裁判事例は数多く存在しているが、その中からいくつかの事例をあげておこう。

【McNamara v. Honeyman 事件】⁴⁴⁰

被害者は、17歳の時に初めて精神病院に入院し、総合失調症と診断された。その後、比較的穏やかな期間を経て、自分自身や他者に対して暴力的な期間が続いた。被害者が自己破滅的になったときに再度入院となったが、その病院は、最も制限的な施設であった。入院した病院の医師は、被害者が自殺をするのを防ぐために、一対一の観護が必要であると命じたが、被害者は自殺するつもりはないと言って、病院スタッフによる予防チェックを減らしたが、結局、自傷ないし自殺する行為が続き、一対一のから15分おきのチェックに変更された。その中で被害者は首つり自殺をした。そこで、被害者の家族が原告となって、被害者を担当した精神科医とその雇い主である州に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、被告である医師に過失があり、州もその過失に対する責任があると事実認定をして、さらに、被告医師に対する懲罰的損害賠償として19万ドルを含む合計170万ドルの損害賠償請求を原告に認めた。事実審は、被告医師に重大な過失があるとするのに十分は証拠がなく、被害者の公民権を侵害し、精神的な苦痛を死亡する前に被害者は被ったとして、州と被告医師を勝訴とする評決とは異なる判決を出した。

マサチューセッツ州の最高裁は、

- (1)精神科医が公務員であると適正に判断されたので、精神科医自身の過失に対して責任はないということ
- (2)自殺的な行為ないし自虐行為を防ぐ義務を患者に対して被告は負っているので、抗弁として寄与過失を主張することが適正に禁止されること
- (3)州は、42 U.S.C.S. § 1983 では人ではないので、公民権侵害に対する責任はないと適正に判断されたこと

として、最高裁は事実審判決を支持した。

【Tomfohr v. Mayo Found.事件】⁴⁴¹

被害者は大規模な建築事務所に雇われていた建築家で、被害者の会社はミネソタ州からカリフォルニア州のロサンゼルスに移転した。そこで被害者の家族の引っ越し、新しい環境で働くことなどを契機にして、被害者は自殺や殺人という発想になる重度のうつ病となっていた。被害者はミネソタ州にある両親の実家に戻り、カウンセリングと薬物治療を受け始めた。医師から入院するように要請されたが、入院前に被害者は自殺願望を認めた。入院した後は自殺を考えていないと回答していた。その後、大うつ病と医師が診断したため、病院のスタッフは自傷的に使用される可能性のあるすべての所持品を病室から取

⁴⁴⁰ 406 Mass. 43, 546 N.E.2d 139 (1989.)

⁴⁴¹ 450 N.W.2d 121 (Minn. 1990) .

り除いたが、ダッフルバックはそのままにしてしまった。被害者は、ダッフルバックから取り外し可能なストライプを使って、病院内の部屋で首つり自殺をした。裁判所によって任命された受託者は、被害者に代わって、自殺を防止できなかったことに過失があるとして、治療をしていた病院を相手に、不法死亡を理由とする損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、94万ドルの損害賠償請求を認める評決を出したが、被告は、Minn. Stat. § 604.01(1) (1988)、つまりミネソタ州の比較過失法に従って、被害者の過失を比較するという問題が提示されているのに拒否されたため、事実審判決には誤りがあると主張し上訴した。

ミネソタ州の最高裁は、自発的に負傷することから患者を保護する義務を病院側が引き受けた場合、合理的な注意を払う義務を引き受けたことになるので、被害者の寄与過失を抗弁とすることはできないとした。精神疾患の患者がとった行動は、医療提供者が防止する義務の対象になっている行為そのものであるため、医療提供者が患者の自殺を防止できなかった場合、原告の寄与過失は抗弁にはなり得ないとした。

【Cowan v. Doering 事件】⁴⁴²

原告と夫は、ともに結婚していたが、不倫関係にあったため、どちらも婚姻関係のことで問題を抱えていた。原告は、その結婚の問題と子供をつくることができないことで落ち込んでいたため、原告の婦人科医によって17の睡眠薬が処方されていたが、その過剰摂取で原告は病院に搬送された。原告の精神状態が懸念されたため、原告は精神科医によるカウンセリングを始めた。その後も、原告は医師である被告に睡眠薬を依頼し、被告はその依頼に応じて処方箋を出した。被告から処方された睡眠薬をすべて原告は服用したため、再度、原告は病院に搬送された後、原告は、治療中の病院の二階の窓から飛び降りた。原告は、自分の自殺傾向を知っているのに睡眠薬を処方したとして、損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、原告の寄与過失を積極的抗弁として主張した。事実審は、被告が主張する原告の行為は、陪審が過失訴訟において考慮すべきもので、原告が治療を受けていた病気の症状に基づく行為であるとして、寄与過失の抗弁の適用はなされるべきではない、とした。控訴審においても、被告が防止する義務を負っていた行為そのものを原告はやっていると、事実審が寄与過失の抗弁の適用を否定したことを支持した。

ニュージャージー州の最高裁は、精神的障害のある者の行為は、客観的で合理的な人の基準に照らして測定されるべきではなく、その者の精神状態に照らして測定されるべきであるとして、相対的な基準に基づいて、精神障害のある原告には、自身で払うことのできる程度の注意が要求されるとした。しかし、精神的障害のある原告は、合理的に自己に対する注意基準を守ることができないのに、一部とは言え責任を負うということになると、自分の能力による不合理な行為の結果に対して責任を負うということになると、寄与過失の抗弁の適用を排除した。最高裁は事実審判決を支持した。

⁴⁴² 111 N.J. 451,545 A.2d 159 (1988) .

【Bramlette v. Charter-Medical-Columbia 事件】⁴⁴³

被害者は精神治療のため被告の病院に自発的に入院した。入院後、被害者は、仲間の患者と小さなグループを作り、作業療法士とともにリクリエーションに出かけ、病院を離れた。そのリクリエーションからの帰路、被害者は嘔吐したい旨を作業療法士に伝えたため、被害者は病院の自動車から出ていったが、約 20 分離れた高架道路まで走り、そこから身を投げて死亡した。そこで、被害者の遺族が原告となって、被告である病院に対して、病院の医療過誤が自殺に導いたとして、損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、被告である病院と医師に責任があるという判決を出したため、被告側は、被害者は正気ではなかったが、自殺したのは意図的な行為の結果であるので、法律問題として、被害者には寄与過失があるか、もしくは、危険を引き受けていたと言えるかと主張して上訴した。

サウスキャロライナ州の最高裁は、被告側に患者が自殺するのを防止する義務がある場合には、被告側の防止義務そのものが不履行だったので、寄与過失ないし危険引受はともに、抗弁として主張することはできない、とした。だが、明らかに病院従業員に過失があると原告側の専門家が証言したことを被告側は知らされておらず、争点に関する反証の機会が被告側に与えられていないことに対して事実審には誤りがあるとして、最高裁は、事実審による被告側敗訴の判決を破棄し、差し戻した。

以上の裁判事例では、精神状態が不安定な患者と、その治療にあたる病院や医師との関係における、自殺した患者の寄与過失が損害賠償請求額を決める際に考慮されるか、という点が争点になっていた。この場合、自殺を防止することが病院や医師に課された義務に含まれているとして、自殺した患者の寄与過失を考慮することが否定されていることがわかる。医師や病院に患者の安全性を支配できる地位が認められるというわけである。

また、この関係性に類似するものとして、刑務所や刑務官と収監された受刑者との関係がある。この関係性においても、受刑者が自殺をした場合の寄与過失が損害賠償額を決める際に考慮されるべきかが、問題になっている。

【Sandborg v. Blue Earth County】⁴⁴⁴

原告の息子は、11 歳の女兒に性的ないたずらをして逮捕された。刑務官は定期的に息子に対して精神状態について質問をしていたが、まったく自殺の傾向はみられなかった。逮捕されて 2 日後、息子の母親が刑務所に訪問した後で、息子はベッドのシーツを使って自

⁴⁴³ 302 S.C. 68, 393 S.E.2d 914 (1990) .

⁴⁴⁴ 615 N.W.2d 61 (2001) . この裁判事例に関する詳しい紹介と分析は、Daniel W. Berglund, Torts : Taking the I out of Suicide : The Minnesota Supreme Court's Alarming Extension of Duty in "Exceptional Relationships"- Sandborg v. Blue Earth County, 28 William Mitchell Law Review 1307 (2002) にある。

殺をした。そこで、息子の母親が、刑務所を管理している郡を被告として、不法死亡に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、息子と郡の間にある過失を比較して割り当てるように陪審に説示したが、陪審は、郡とその従業員には過失はなかったと事実認定した。原告は、陪審説示は誤っているとして、評決とは異なる判決ないし再審理を求める申し出をした。だが、誤りがあるとしても、その誤りは無害であるとして、その申し出は認められなかった。控訴審においては、息子を保護する法的義務が郡にはないという決定にもとづいて陪審は判断しているので、説示は無害であるとは言えないとして、事実審判決を覆した。

ミネソタ州の最高裁は、損害が自分の行為によって発生した場合でも、刑務所による収監人に対する支配から生じる特別関係のため、予見可能な損害から収監人を保護する義務があるという控訴審判決に同意したが、個人の健康状態に対する責任を第三者が完全に引き受けているというような場合には、比較過失法理は適用できないとして、控訴審判決を破棄した。自傷の可能性が認識されている場合の保護義務が、刑務所に完全に移行されているというのが刑務所と収監人との関係であるし、そのような場合には、刑務所側の過失と収監人の過失とを比較することは適切ではないから、という理由を述べている。

この患者と病院との関係の場合、病院は患者に対する注意義務を引き受けているが、患者は、自己の注意義務違反の責任を病院に負わせることはできないという状態にある。つまり、制定法にも厳格責任にも基づかず、危険な傾向にある原告を保護する義務を被告に課すというルールが打ち立てられていると言える⁴⁴⁵。

しかし、原告を守るという意味で同じような状況にある受刑者と看守との関係では、受

445 ただし、本文に掲載されている裁判事例の場合、患者はみな入院患者である。この入院患者の裁判事例が、外来患者の場合に適用できるかはさらに検討を要する。通院ないし外来患者の場合、患者が自殺をしないように、自分で注意することを合理的に病院側が期待できるとなると、病院側には過失がないということになり、責任が認められないということになる。病院や診療所の設置者が、患者を監護下に置いていようがいが、患者に対する注意義務を負っていることに間違いはなく、そうであれば、患者の自殺を予見することができるはずなので、合理的な注意を十分に払っていなかったという認定もできることになる。しかし、その合理的な注意を払っていなかった場合に、寄与過失で患者に責任を負担させるということは、防止義務を負っているはずの設置者を免責することになる。この分析の傾向は、自殺を防止する注意義務を被告が負っているかどうか、被告が自殺を予見できるかどうか、そして、被告が自殺を回避するための合理的な予防措置をとったかどうか、ということが主たる問題になるべきということを示しているように思われる。しかし、Hobart 事件や Maunz 事件でも裁判所は、職業上の注意義務の水準を被告が果たしていないという証拠を採用していない。この通院や外来患者の場面での病院側の注意義務については、もう少し検討が必要であるように思われる。

刑者を監護している看守は、受刑者の自殺を防止する義務を負っているとされるが、寄与過失の抗弁が認められている⁴⁴⁶。寄与過失における注意義務の基準は、純粹に患者の主観

⁴⁴⁶ たとえば、Joseph v. State, 26 P.3d 459 (Alaska 2001) がその裁判事例である。事例の内容は以下の通りである。被害者は、自分のいところを酒が入ったガラス瓶で顔を殴ったため、逮捕された。そのまま被害者は暴行罪で起訴されて、矯正センターに連行されて、ビデオカメラが設置されている独房に入れられた。被害者は自治体や州の職員に対して自殺について述べたことはなかった。独房に被害者が入って約3時間が経過したとき、被害者の独房に設置されていたビデオカメラのレンズが何かで覆い隠されていたことに刑事が気づいたため、独房に向かったが、被害者は自分が着ていたスウェットパンツの紐を棚からかけて首を吊って自殺をした。病院に直ちに搬送されたが、病院に到着後まもなく被害者は死亡した。そこで、被害者の両親が原告となって、被害者の自殺を防止できなかったことに過失があったとして州を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、被告勝訴の評決を出した。原告は、被害者の寄与過失の問題を陪審に提出することは誤りであると主張して、上訴した。アラスカ州の最高裁は、自殺が意図的であったという事実認定を前提とすると、自殺が合理的に予見できたとしても、被告勝訴の評決を要求することになるし、損害発生という不合理な危険から囚人を保護するための州の合理的な注意義務には、合理的に予見できる自殺の試みも含まれているが、意図的な自殺の場合は、州が囚人の合理的に予見できる自殺を過失で防止しなかったという抗弁を原告は主張することができない、とした。また、自殺が意図的かどうかを陪審が検討する場合、酔っていたことも追加要因として検討されるのが認められるべきであるとして、事実審判決は破棄され再審査のために差し戻された。

つまり、この裁判事例では、意図的な自殺は被告の防止義務の対象ではないとされたが、自殺行為を客観的に外見から判断できる場合には、自殺をした人間に対して過失を割り当てることで損害額を減額することができる場合もある、と考えられているのである。

また、警察官と逮捕者との関係で問題になった裁判事例として、Del Tufo v. Township of Old Bridge, 147 N.J.90, 685 A.2d 1267 (1996) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。被告である町の警察官が、自動車事故の通報を受けて現場に急行した。その現場で警察官は、破損した白い自動車は歩道と芝生にまたがって停車しているのを発見した。警察官は、運転手に対してエンジンを切るように言ったが、運転手は突然、自動車を後進させて警察官を二人跳ね飛ばして逃げ去った。その後、運転手は逮捕され、パトカーに乗せられたが、その後部座席で後ろの窓を蹴ったりして暴れていた。警察官は、警察本部に運転手を移送した後で、運転手が倒れたため、警察は心肺蘇生法を実施して応急措置をとった。その後、運転手を救急車で病院に搬送したが、運転手は心不全で死亡した。そこで、運転手の遺産管理人は、運転手の逮捕手続きの過程で生じた緊急事態にあたり、医療援助を召喚しなかったことに警察には過失があったとして、被告の警察に対して損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、緊急の医療援助が必要であると運転手は言っていなかつ

に依拠して判断されるので、自殺に対する責任から、自殺した患者自身は免責される余地が生じる。そのため、未成年者や精神疾患の場合に、個人的に実行可能な注意義務違反だけで、寄与過失の抗弁を適用できるか否かを判断するとしている裁判所もある⁴⁴⁷。

たし、パトカーの中で暴れる被逮捕者は珍しくないので、逮捕と移送時における警察官の行動は正常で適切であったと反論をした。陪審は、逮捕と移送における警察官に過失はなかったと認定したが、医療援助を迅速に召喚しなかったことは怠慢であり、その過失が運転手の死亡を引き起こす実質的な近因になったとも認定した。陪審は30万ドルの損害賠償請求を原告に認めた。そこで、被告側は、運転手が自発的にコカインを接種していることなどで医療援助が必要であると告げなかったことに寄与過失が認められるので、損害賠償額の軽減を考慮すべきであったとして、上訴した。ニュージャージー州の最高裁は、比較過失法理は、自発的行動に対する個人の責任に基づいた法理であり、警察署で監護下にある者が自分の置かれた事情を評価することで、医療の治療を必要としないと警察に伝えている場合には、警察の不作为行為と原告の負傷との間に因果関係はないと言えるので、損害賠償請求をすることはできないと述べた上で、原告が警察を誤解させていれば、因果関係の連鎖は破られ、原告は不法行為に基づく損害賠償請求をすることができず、陪審は説示されるべきであるが、原告が自分の行動によるリスクを評価することができなければ、原告による薬物やアルコールの自発的な接種という寄与過失の程度に基づいて、損害賠償額を割り当てるように、陪審は説示されるべきであった、とした。最高裁は、陪審は運転手の過失と、即時の医療援助を警察が召喚しなかったという過失を比較検討するように説示されるべきであったとして、一部認容、一部破棄差し戻しとした。

⁴⁴⁷ 本文掲載の裁判事例以外として、既に言及している前掲注・436の *Maunz v. Perales*, 276 Kan.313, 76 P.3d 1027 (2003) や、*Hofflander v. St. Catherine's Hosp., Inc.*, 664 N.W.2d 545 (Wis. 2003) がある。この *Hofflander* 事件の内容は、次のようなものであった。被害者が自殺をほのめかしているという通報を受けて、警察官が二名で被害者のアパートに派遣され、結局、被害者は被告病院に運ばれた。被告病院において被害者は、医師によって、気分変調と境界性人格障害と診断された。すぐに医師は、被害者に自殺願望や精神病の特徴がないとして、自殺予防措置を中止することを決定した。被害者は、被告病院の三階の一室が割り当てられた。被害者は、窓に据え付けていたルーズな空調設備を取り去った後、三階の窓から逃げようとして、地面に転落し重症を負った。そこで、被害者は、被告病院に対して、Wis. Stat. § 101.11(1)に規定されている「安全な場所に関する法律 (safe place statute)」の違反を理由に、損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、本件において安全な場所に関する法律は適用できないと主張して、正式事実審理を経ないでなされる判決を申し立てた。他方、原告は、*Jankee v. Clark*, 235 Wis. 2d 700, 612 N.W.2d 297 (2000) で打ち出された、医療機関が精神障害のある者の監護 (custody) と管理 (control) を引き受けると、医療機関は高い注意義務を負い、精神障害者が自分の負傷を自身で引き起こしても、医療機関は寄与過失の抗弁を失う可能性がある、というルールが

【Dodson v. South Dakota Dep't of Human Servs.事件】⁴⁴⁸

被害者は、高校を卒業してから二年後に結婚をしたが、その結婚式の直後から、さまざまな健康上の問題や不安定な行動に悩まされるようになった。そのため、被害者の夫と両親は、被害者を説得して被告病院 A に入院させて治療を受けさせた。被告医師 A の診断の結果、被害者は躁うつ病と呼ばれる双極性障害、つまり、うつ病と躁病の幅の広い感情の起伏を見せる特徴があり、自殺率が高い重度の精神疾患と診断された。実際に、その病院で被害者は一度かなり落ち込んで自殺を試みたことがあった。そこで被告医師 A は、長期治療のために、被告病院 B に被害者を移送することを勧めたため、被害者は被告病院 B に転院することになった。その被告病院 B に被害者は一週間滞在した後で、夫は被害者を自宅に連れて帰ったが、その翌日に自殺をした。そこで、被害者の夫が原告となって、被告病院 A と被告病院 B、被告医師 A と被告病院 B を相手に、損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、被告医師 A と被告病院 A には過失がないこと、被告医師 B と被告病院 B は被害者に適用される標準的な注意義務に違反しており、その違反が被害者の負傷や損害の法的原因になっていると認定した。そこで原告側は、寄与過失や危険引受について陪審にした説示において事実審に誤りがあるとして上訴した。

サウスダコタ州の最高裁は、精神疾患のために患者の自己注意能力が非常に低下している場合には、過失の割当をすることは適切ではないとして、過失の比較をする場合には、事実認定者は常に、患者自身の安全を守るための自身の精神能力の低下の程度を考慮に入

原告に適用されることで、抗弁としての寄与過失は消滅する、と主張した。第一審は、原告の特定の行為および負傷を被告は予見することができなかったとして、監護と支配というルールは適用されないこと、そして、原告は妄想や精神疾患による突然の発症に基づいた行動ではないが、法律問題として原告の過失は被告の過失を超えているとした。控訴審は、過失と安全な場所に関する法律違反という原告の主張を認めず、陪審裁判を差し戻した。被告が上訴した。ウィスコンシン州の最高裁は、Jankee 事件で確立された監護と管理のルールが、被告が主張する寄与過失の抗弁にどのように影響するかが争点であるとして、まず、被告は原告との間で特別な関係が築かれたことにより、被告により高い注意義務が課されたこと、被告は原告が病院から脱出する危険性を知っているか、予測していたはずであること、原告の寄与過失は、自己注意という主観的基準のもとで判断されるべきで、この主観的な注意義務は、事故時における原告の精神状態で、自身の行為を評価することができる能力に基づいて判断するように事実認定者に要求することになる、とした。また、ウィスコンシン州の安全な場所に関する法律の下での原告の主張は、空調設備が緩んでいるというよりも、原告自身の過失行為が自身の負傷を引き起こしていると言えるので、認められないとした。最高裁は、控訴審判決の一部を認容し、一部を破棄した上で、第一審裁判所に差し戻した。

⁴⁴⁸ 703 N.W.2d 353 (S.D.2005) .

れなければいけない、とした。本件の場合、陪審は、被害者の行動が被害者の精神能力に照らして判断されるべきという点が説示されていない、とした。陪審が原告勝訴の評決を出さなかった理由は、被害者の寄与過失の事実認定にあったので、与えられた説示は不公平であったと言えるとして、最高裁は事実審判決を取り消して差し戻した。

だが、そのような主観的な判断基準によるという点についてはかなり問題がある。原告の精神的な無能さが争点になってくると、原告の能力の範囲内でどのような注意が払われたのかを被告は証明しなければならない、という大きな負担を負うことになるからである⁴⁴⁹。

逆に、原告自身の無能さから原告を保護する特別の注意義務を被告が負うという原則は、原告に責任を問わないという意味において、非常に道理にかなっていると言える⁴⁵⁰。そのような被告の義務には、法政策とか正義的な価値観が反映されているが、被告が原告の無能さを知り、あるいは知るべきであるとされ、指示とか地位によって被告が原告に対して注意義務を負うという場合に、特に、そのような法政策的ないし正義的な価値観が認められる傾向が強いと言えるかもしれない。

第10款 慣習 (custom) と期待 (expectation) による制約

慣行 (customary practices) という要因が、被告への危険性に対する配慮の割当として機能する場合もある。つまり、原告に落ち度があったとしても、慣習によって比較過失法理は適用されず、原告は責任を負う必要はないとされる場合があるのである。たとえば、運転手が事故を起こすかもしれないという可能性があるからといって、ヘルメットの着用が歩行者に対して期待されているわけではないため、原告となる歩行者に特別の予防措置を法律で要求しているわけではない。その代わりに、慣習として運転手に対しては、路肩へ車を寄せないように社会は期待していると理解されているのである。このため、被害者が歩行時にヘルメットを着用していなかったことを寄与過失として、被告である運転手は減額調整を求めることはできなくなるというわけである⁴⁵¹。

⁴⁴⁹ この問題意識から、Wright, *supra* note 119 at 249 でライトは、寄与過失における準主観的基準について論じている。

⁴⁵⁰ 第三次不法行為法リステイメント §7 comment h では、医療機関が精神面での病気を持つ者に対して注意義務を負っている場合、そして、その医療機関やその機関の従業員の過失で負傷している場合、医療機関による責任の引き受けは、患者の自己保護義務を助けることになるとしている。このため、患者は、比較責任による影響を受けずに、全額の賠償を求めることができる、とされている。

⁴⁵¹ Dobbs, Hayden, Bublick, *supra* note 408 at 794.

また、被告となる雇用主は、雇用契約上、安全な労働環境を提供する義務を負っているが、原告となる労働者の行為が、期待 (expectation) という観点から評価されて、寄与過失として斟酌するか否かが検討されている⁴⁵²。期待の範囲内の行為を原告が行っていると評価される場合には、慣習で負っている被告の安全配慮義務違反のみが賠償額の算定において考慮され、原告の寄与過失は斟酌されない。同様の発想は他の多くの事例でも見られる⁴⁵³。

⁴⁵² 合理的な人という視点から、労働者である船員の寄与過失の有無について言及している裁判事例として、Vendetto v. Sonat Offshore Drilling Co., 725 So.2d 474, 479

(La.1999) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告である船員は、被告の掘削会社の従業員であり、被告所有の掘削船の整備士として働いていた。原告は、あるメンテナンスを助けるために呼び出されたが、以前に 2、3 回の手助けをしたことはあるが、ヘルプ以外でメンテナンスを実行するように要求されたのは今回が初めてだった。実際のメンテナンスの作業をする前に、簡単に手順ややり方について話し合いがあった。原告が、チェーンの昇降機を下げている際に、首に痛みを感じたが働き続け、そのまま翌日の勤務中に再度首の痛みを感じたため、原告は首の症状について医師に診てもらった。診断の結果、原告は椎間板を損傷して、手術が必要であると分かった。そこで、原告は、チェーンを昇降する際に、それを手助けするための機械的装置を被告は提供すべきであったと主張して、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、船員は安全な方法で仕事を遂行する方法を知らなかったし、原告は不適切な訓練および監督されていたのであるから、被告は適切な安全方法を実施していることを保証することができていないとした。また、船員の権利を保障している Jones Act 上の過失については、監督者によって適切な安全方法が実施されておらず、安全な職場の提供を被告はできていなかったこと、そして、船員が適正に監督されていることを確認できなかったことにつき、被告には過失があるとして、原告勝訴を認め約 100 万ドルの損害賠償請求を原告に認めた。ルイジアナ州の最高裁は、この事実審判決を支持し、寄与過失については、雇用主の過失は合理的な雇用主の基準に従って、船員の寄与過失は合理的な船員の基準に従ってそれぞれ判断されるが、その船員の合理的な人に関する基準は、安全な労働環境を提供するための雇用主への依存だけでなく、船員自身の経験、訓練、および教育によって判断されるとし、原告は 8 年間の経験、安全に仕事をこなす方法を知っており、事故以前に同じ仕事を事故や怪我なしで安全に遂行していたことから、原告は作業に関する適切な訓練を欠いていたとするのは明らかに誤りであるとして、その点を修正している控訴審判決を最高裁は支持した。

⁴⁵³ たとえば、大家が敷地内の氷や雪を取り除くことを、賃借人が期待することができ、それが大家の義務となると言えるかが問題になった裁判事例として、Broughton v. Proulx, 880 A.2d 388 (N.H.2005) がある。この事例の内容は以下の通りである。被告である土地所有者は、原告が住んでいた町に 27 戸のアパートを所有していた。原告は出勤のため、被告のアパートの屋外階段を下りた後、隣接した歩道に入り、薄氷の部分で滑り転倒した。転倒した結果、外科手術を要する左腕の多発性骨折をした。そのため、約 8 週間、仕

第11款 職業的な役割による制約

過失のある原告に対しても、注意義務を果たす必要性が被告にあったとされる場合に、この注意義務を、被告の職業的な役割に対する社会的な理解と契約責任の視点から引き出す場合がある。たとえば、負傷している原告に対して被告が注意義務を負っている場合、原告は先行する負傷を自分で引き起こして、治療処置の必要性を生じさせたりしているという事実があったとしても、この事実は、後続する治療処置上の過失が認められた被告の責任を減ずることにはならない。先行する過失は、後続する損害を引き起こした被告の過失ではないからである。このことは、比較過失法理の適用場面でも問題になる。そこで、特に、職業的な役割という視点に着目して、被告である医師の役割から、比較過失法理の適用の可否が言及されている裁判事例を考察する。

【Harvey v. Mid-Coast Hosp.事件】⁴⁵⁴

19歳の被害者は、大学の寮の部屋で、学校の仲間によって意識不明で発見され、救急車で被告病院に搬送されて、緊急治療室で治療された。双極性精神障害と診断されていた被害者は、ある薬を処方されており、血液検査で、大量の薬を服用していたことが確認された。被害者はそのまま被告病院に入院し、そこでてんかん重積症の状態に発展する発作を経験したが、被告病院ではこれを制御することができなかった。そこで、被害者は、メイン州の医療センターに移送されて、発作を止める薬で治療されたが、被害者は脳損傷を患うに至った。被害者は、被告病院を相手に、自分の治療と監督について怠慢だったと主張して、損害賠償請求訴訟を提起した。被告病院は、自分に過失はなかったことと、被害者が意図的に薬を接種して自殺を試みたとして、比較過失法理に基づく積極的抗弁を主張した。

事をするができなくなった。そこで原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、被告に過失があり、被告の過失が事故の唯一の原因であると認定し、10万ドルの損害賠償請求を原告に認めた。被告は、事実審による比較過失法理に関する陪審説示に誤りがあるなどとして上訴した。ニューハンプシャー州の最高裁は、過失は合理的な注意を怠ったことであり、その合理的な注意は、合理的な人が同じ、あるいは類似の状況下で払うであろう注意の程度を意味し、合理的な注意の基準は、通常人が同じないし類似の状況下で行うことに置かれているので、原告が被った損害を引き起こす原因に実質的に寄与していると認定されると、正当な注意を払わなかったことは寄与過失に相当するということになるとした。また、原告には、自分に対する注意義務を被告が行うことにある程度の信頼を置く権利があり、原告に対して被告が義務を負っているとしても、それは原告を義務から完全に免除するものではない、とも指摘した。最高裁は、事実審判決を支持した。

⁴⁵⁴ 36 F.Supp.2d 32 (D.Me.1999) .

メイン州の連邦地裁は、比較過失の抗弁を不適正ないし不適切に認めることは、被告の注意義務の希薄化や縮小化につながる可能性があるとして、医療過誤訴訟の原因となる最初の負傷を自身の行為が引き起こしたという原告と、その負傷を治療するのに過失があった医療提供者との間では、損害額を割り当てることとなるような比較過失法理は適用されないとした。しかし、陪審は、薬の摂取について説明されていたが、被告による医療提供の前に自殺を試みていたことについては説明されていなかった。このため、被告病院のその後の治療が、被害者の負傷の近因となる過誤行為になっているにもかかわらず、原告による損害賠償請求が禁止されたり、薬の当初の服用が被害者によって意図的ないし過失によって行われているとして、比較過失法理に基づいて減額されるべき、と陪審が認定したことには誤りがあるとした。

【DeMoss v. Hamilton 事件】⁴⁵⁵

32歳の被害者は胸の痛みを訴えて、病院で診察をしてもらった。病院で被害者の診察をしたのが被告医師であり、被告医師は、被害者が微熱と痰を伴う再発性気管支炎であると診断した。被告医師は、その他に心電図なども撮ってみたが、急性の変化はなく、血圧や心筋酵素（cardiac enzyme）のスクリーニングも正常値の範囲内であった。そこで、被告医師は、抗生物質の処方箋と、改善されない場合には金曜日に再検査するという指示をして、被害者を退院させた。しかし、その翌朝、被害者は自宅において心臓発作で死亡した。被害者の妻は原告となって、被告医師の過失のある治療が被害者の死亡につながっているとして、被告医師に対して損害賠償請求訴訟を提起した。地裁による陪審への説示に、以前の医師が勧めていたことに従わなかったことに被害者には過失があり、そのような過失は被害者が受けた損害の近因となっているという事実認定がなされた場合には、原告にも過失の割当があり得るとした部分があった。しかし、陪審は、被告医師には過失はなかったという結論を出したため、地裁は、原告の主張を棄却した。

アイオワ州の最高裁は、被告医師の患者に対する注意義務の不履行に関する尋問に基づいて、被害者の過失と被告医師の過失を比較することを、地裁が陪審に認めたことに誤りがあるとしたが、そもそも陪審は被告医師に過失はないと判断していたので、地裁の比較過失法理に関する説示に誤りがあっても、陪審評決には影響がないとして、地裁判決を支持するとした。

【Fritts v. McKinne 事件】⁴⁵⁶

被害者は、飲酒した上で友人を同乗させて、時速 70 マイルで樹木に衝突して重傷を負った。被害者は重度の顔面骨折を修復するために手術を受けることになったが、被告医師が気管切開を開始したときに、被害者は無名動脈（innominate artery）の切断ないし破裂

⁴⁵⁵ 644 N.W.2d 302 (Iowa 2002) .

⁴⁵⁶ 934 P.2d 371 (Okla. Civ. App.1996) .

から大量出血をし、そのため被害者は意識を取り戻すことができず、約3日後に死亡した。そこで、被害者の妻が原告となって、被告医師を相手に、損害賠償請求訴訟を提起した。原告は、被告医師が気管切開を行う際の標準的治療に違反して、無名動脈を適切に特定および隔離ができなかったため、被告医師はその動脈を切断し、さらにその後、血管外科医または胸部外科医が到着するのを待つ間に、血液の流出を迅速かつ適切に阻止することに失敗した、と主張した。被告医師は、治療に過失はなかったことと、被害者が飲酒運転をしていたことに基づいて寄与過失の抗弁を主張した。陪審は、被告医師勝訴の評決を出し、事実審はその評決に基づいて被告医師に約3600ドルの賠償を命じた。原告は、被害者の薬物とアルコールの問題と自動車事故に関する被害者の過失は医療上の過失とは無関係であり、その点について陪審に事実審が説示していることに誤りがあるとして控訴した。

オクラホマ州の控訴審は、自動車事故における被害者の過失の問題は、医療措置とは無関係の問題であり、比較過失法理の問題にはならないとして、被告医師勝訴の判決は破棄され、再審理を認めて事実審に差し戻された。

【Eiss v. Lillis 事件】⁴⁵⁷

被害者は軽度の心臓発作を起こした後で入院し、抗凝固剤が処方された。入院して10日間、被害者の検査は3回しか実施されず、薬が血液の凝固時間を遅らせている程度が確認されていただけであった。退院後、被害者は足に痛みを感じたため、アスピリンを服用した。約3週間後、被害者は出血のため再入院して、抗凝固剤の効果を確認するために別の検査が実施された。被害者の状態は急速に悪化し、血友病の薬を過剰に摂取することによって起る頭蓋内出血で死亡した。そこで、被害者の遺産管理人が原告となって、治療を担当していた医師を被告として、医療過誤訴訟を提起した。事実審は、寄与過失が原告の証拠によって立証されたとみて、寄与過失の検討を陪審に促すことは適切であると結論づけた。

バージニア州の最高裁は、被害者がアスピリンを服用するという寄与過失は、被告の過失に関する主要事実と同時期にあったわけではないのに、被告が被害者に対して適切な診断、治療、指導、監視、ケアをしていなかったことが被害者の死という結果を招いたと証拠で認められるとして、陪審が被害者の寄与過失につき検討することを事実審が認めたことは誤りであったとした。

つまり、このHarvey事件、DeMoss事件、Fritts事件、そして、Eiss事件では、患者が自分で引き起こした状況は、医療措置をするにあたって医師が考慮すべき一つの要因に過ぎないとして、その事実だけに基づいて比較過失法理を適用することに対して消極的な判断を裁判所はしていると言える。被害者の先行行為としての過失行為によって発生した状況

⁴⁵⁷ 233 Va.545, 357 S.E.2d 539 (1987) .

がいかなるものであっても、医師としては、その状況に対して最善の治療行為を行うことが要求されるだけなのであり、被害者がいかなる行為をしていても、その医師の職業的役割から要求される注意義務の内容や程度に変化が生じるということはないというわけである。

【Rowe v. Sisters of Pallottine Missionary Soc’y 事件】⁴⁵⁸

17歳の被害者はモトクロスイベントに参加しているときに、バイクのコントロールを失って崖から落ち、左足と膝を負傷したため、救急車で病院Aに搬送された。医師Aは被害者の足の脈拍を検出できなかったが、被害者が退院したとき、看護師は足に脈拍を確認できなかったのは足の腫れが原因で、腫れがひくと脈は戻る、と説明した。しかし、被害者の足は腫れ続け、痛みが激しくなったため、別の病院で診察をした。診断の結果、被害者の膝の脱臼と、膝関節の後ろを通っている動脈に裂傷があることが判明した。血流が滞ってしまったため、医師Bは左下肢の切断を考えたが、膝と動脈を治療して足への圧力を和らげ、死んだ細胞組織を取り除くための大規模な手術をした結果、被害者の左下肢は救われた。しかし、被害者は、35日間の入院と、左足の障害を余儀なくされてしまった。そこで、被害者は、医師Aと病院Aの事業主である被告を相手に、損害賠償請求訴訟を提起した。原告は、原因不明の状態での退院したときに、看護師は適切な説明をしておらず、それは標準的なケアに違反していると主張した。原告は医師Aと27万ドルで和解した。陪審は、被告病院に対して約88万ドルの損害賠償請求を認める評決を出した。巡回裁判所は、医師Aとの和解分を相殺して、陪審評決を採用した判決を出した。また、比較過失法理につき陪審に説示することを拒否している。被告は、陪審は比較過失法理について説示を受けるべきであり、原告の寄与過失を評価するように主張した。つまり、事故時での原告自身の行為が自身の負傷に寄与し、病院Aを退院するときに、原告の状態が持続するか悪化した場合には、病院Aに直ちに返るように言っていたのに、それを原告は怠ったという点で寄与過失があった、という主張である。

ウェストバージニア州の最高裁は、医療提供者が寄与過失の抗弁を主張するには、原告が自分自身に対して注意義務を負っていること、その義務に違反したこと、そして、その違反が原告の被った損害の近因であること、が立証されなければいけないが、いずれの点も証拠で立証されたとは言えないとして、巡回裁判所が比較過失法理について説示することを拒否したことについて誤りはないとした。最高裁は、巡回裁判所の判決を支持した。

【Lewis v. Samson 事件】⁴⁵⁹

被害者は、訴外Aとの喧嘩で、Aによって胸を8回刺された。そのうち7回が被害者の肺を貫通していた。刺された後で被害者は病院に搬送され、医師によって治療されたが、治療途中で、医師は大学病院に電話をして、開胸のために被害者を緊急輸送すること要求

⁴⁵⁸ 211 W.Va.16, 560 S.E.2d 491 (2001) .

⁴⁵⁹ 131 N.M.317, 35 P.3d 972, 988 (2001) .

した。大学病院は、被害者を地上輸送しても間に合わないとして、専門家を飛行機で送った。医師は被害者を安定させようとしたが、開胸手術をせずに専門家の到着を待っていた。約2時間後、専門家が到着してすぐに開胸手術をしたが間に合わず、被害者は死亡した。被害者の相続人である原告は、治療を担当した医師を相手にして、医療過誤訴訟を提起した。陪審は、被害者の扱いにつき被告には過失がないとして、被告勝訴の評決を出した。地裁は比較過失法理について陪審に説示したが、控訴審は、加害者による不法行為が同時のものか継続的なものかは、法律問題として決めることができるとし、継続した不法行為の場合には比較過失法理の適用はなく、また、地裁は同時のものであるとも裏付けていないので、地裁が比較過失法理について陪審に説示したことに誤りがあるとした。

ニューメキシコ州の最高裁は、Lujan v. Healthsouth Rehabilitation Corp., 120 N.M. 422, 902 P.2d 1025 (1995) で出された継続的不法行為の場合のルールによって、継続的な不法行為者の過失が、最初の不法行為によって引き起こされた損害とは別に、さらに損害を引き起こしていること、そして、医師の過失がなければ生じなかつたであろう負傷に関する証拠を提示することで、医療処理によって拡大された損害を原告は立証する必要があるが、本件ではこの後者の立証に原告は成功していないので、地裁の比較過失に関する説示は誤っていると言えるとした。しかし、最高裁は、損害拡大の程度に関する立証を原告が提示できなかったため、陪審は過失の分配ができなかったのだから、原告を害する誤りであるとは言えないとして、控訴審判決を破棄して、被告勝訴の判決を支持した。

まず、Rowe 事件では、被告が抗弁として、事故発生に対する原告の寄与過失と、拡大損害に対する原告の寄与過失の二点が指摘され、医師である被告が原告の寄与過失を抗弁として主張できるのは、あくまでも拡大損害の部分についてであると最高裁が述べている点が注目される。次の Lewis 事件では、医師の過失行為と、それに先行する患者の過失行為を継続的不法行為として最高裁が把握している点に特徴がある。その上で、継続的不法行為によって発生したとされる損害を、医師の過失によって発生した拡大損害と、最初の事故によって発生した損害とを明確に区別している。そして、拡大損害の部分についてのみ、比較過失法理が問題になるという趣旨を最高裁は述べているのである。また、治療の契機となる事故を患者が引き起こしていた場合であっても、患者の負傷に対する過失ある医療措置を施した医師は、最初に負傷の原因が患者の過失にあるのだからという理由で、自分の責任を減じることができない、としている。このように、医療過誤事例における先行損害の場合には、比較過失法理の適用については一般的に消極的な傾向にあると言える。

【Cavens v. Zaberdac 事件】⁴⁶⁰

被害者は重度で持続性のある喘息を患っていたため、呼吸器専門医である A 医師に定期的に治療を受けていた。A 医師から被害者は、薬の使用と、喘息が重大な事態になった場

⁴⁶⁰ 849 N.E.2d 526 (Ind.2006) .

合の緊急治療室の必要性について特に指導をしていた。ある日、被害者は、深刻な息切れを起こし始めたため、数回薬の服用をしたが効果がなかった。そこで、友人に助けを求めて、救急車を呼んでもらった。被害者は病院の緊急治療室に搬送され、医師が被害者に薬を投与した。しかし、被害者は心肺停止して死亡してしまった。そこで、被害者の遺産管理人が原告となって、医師を被告として医療過誤訴訟を提起した。被告は、被害者の寄与過失を積極的抗弁として主張したが、事実審は、被害者の行為が自身の死亡の近因であると判断し、陪審評決が157万ドルであったが、インディアナ医療過誤法（Indiana Medical Malpractice Act）で認められている最大額に従って75万ドルに減額した。被告は、寄与過失に関する判決部分につき、事実審には誤りがあるとして上訴した。

インディアナ州の最高裁は次のように述べた。病気や怪我をした者はほとんどの場合、医師の診断を受けるが、この場合の多くは、少なくとも部分的には、患者自身の不注意に起因している。しかし、医療提供者が、この患者の治療前の過失行為を寄与過失の抗弁として主張できることは、医療上の過失責任から医療提供者を部分的に免除してしまうことになるので、医療過誤訴訟において治療前の患者の過失を寄与過失の抗弁として主張することはできないとした。本件では、被害者が薬の過度な摂取と、治療を求めたことが遅延したという時点で、被告による治療下に被害者がいたという証拠はないので、寄与過失の抗弁を支持する証拠は不十分であるとして、被告が寄与過失の抗弁を主張させないように求めたことを事実審が認めた点に誤りはない、とした。

【Mercer v. Vanderbilt Univ.,Inc.事件】⁴⁶¹

自動車事故によって被害者は、軽度から中程度の脳震盪と複数の顔面骨折を負ったため、事故後約4時間後に被告病院で治療を受けた。被害者の血中アルコール濃度は0.13%であり、事故時では約0.20%であったと推定された。医師は、被害者の呼吸を助けるために人口呼吸器を装着し、被告病院にいる間はずっと装着されていた。さらに、被害者を観察するために集中治療室に入院させた。2日後に被害者の状態は安定したが、激しい行動障害（agitation）に苦しんでいた。医師は、アルコール離脱が起因していると判断し、被害者に鎮静させる薬を大量に投与した。そして、被害者の顔面骨折を治療するための手術の準備として、CTスキャンに被害者をかけることになり、看護師はCTスキャンに備えて、麻酔薬を被害者に投与した。被害者の顔は3回CTスキャンにかけられたが、スキャン中もその後も、アラームは一切鳴らなかった。看護師が被害者を部屋に戻す準備をしたが、そのとき被害者の顔色はピンクであり、呼吸もしていたが、部屋のベッドに移動した直後に、被害者の顔色が灰色になって呼吸をしていないことに看護師は気づいた。被害者の心肺が停止していたので、看護師は人口呼吸器を離して蘇生作業を行い、蘇生には成功したが、被害者は深刻な脳損傷を被った。そこで、被害者の妹が原告となって、医療過誤訴訟を提起した。陪審は、原告勝訴の評決を出し、約736万ドルの損害賠償額を認め、被告

⁴⁶¹ 134 S.W.3d 121 (Tenn.2004) .

に70%の過失、原告に30%の過失を割り当て、この評決に基づいて事実審は、原告に515万ドルの損害賠償請求を原告に認めた。被告は、被害者の以前のアルコール関連の行為に関する証拠を除外したことにつき事実審には誤りがある、として控訴した。控訴審は事実審の誤りを認めて、事実審判決を破棄して、再審理のために差し戻した。そこで、原告が上訴した。

テネシー州の最高裁は、被告に認められる過失は、医療過誤訴訟の原因である医療、ケア、そして治療の機会を提供した部分だけなので、被害者の過失が責任の割り当てを検討する際に査定されることはない、とした。最高裁は、陪審が認定した医療やケアなどを原因とする損害賠償全額に対して、被告には責任があるとした事実審判決を支持した。

【Gray v. Ford Motor Co.事件】⁴⁶²

被害者は、フォード社の自動車を運転していたが、ブレーキをかけずに電柱に衝突した。被害者はシートベルトを着用していたが、事故現場に近い病院に救急車で搬送された。治療にあたった緊急治療室のA医師は、被害者の息にアルコールの臭いを検出した。被害者は呼吸困難を訴えて、バイタルサインは深刻な状態を示していた。以前に被害者の脾臓肥大を治療したB医師も被害者を診断したが、被害者の状態が改善したように見えたため、自分の診療は不要と判断し、緊急治療室を出て他の仕事を始めた。しかし、その直後、被害者の血圧が危険なほどに低下し、被害者の状態は危険なものになった。事故の際に破裂した被害者の肥大した脾臓をB医師が切除するまでに約1時間が経過していた。B医師の治療は成功せず、被害者は自動車事故と脾臓破裂によって死亡した。そこで、被害者の母親が原告となって、フォード社に対する厳格責任訴訟と、テネシー州の医療過誤法（Tennessee Medical Malpractice Act）に基づいて病院とB医師に対して過失責任訴訟を提起した。原告は、フォード社が製造した自動車に欠陥があり、不当な危険制御システムと、事故で負傷した被害者の治療におけるB医師の過失が原因で、被害者が死亡したと主張した。地裁は、陪審に対して、比較過失法理に基づいて責任を分配すべきであると説示した。審議の結果、陪審は、フォード社には過失はなかったとした。また、本件治療時における一般的な外科実務において受け入れられている専門的な治療水準と一致する通常のかつ合理的な注意につき、B医師はそれ以下か、そのような注意を払っていなかったと認定し、さらに、フォード社製の自動車の操作につき被害者には過失があり、その過失が被害者の負傷の近因となっている、とも認定した。陪審は、全体の過失のうち55%をB医師に、残りの45%を被害者に割り当てて、損害賠償額を7万5000ドルとしたので、地裁は、4万1250ドルの請求を被害者に認めた。原告は、事故を引き起こしたことに対する被害者の過失分を損害賠償額の査定において考慮されるべきではない、として上訴した。

テネシー州の最高裁は次のように述べた。被害者の過失が事故を引き起こし、それに付随して脾臓が破裂し、しかも医師の不注意も絡んで被害者は死亡したとして、医療過度訴

⁴⁶² 914 S.W.2d 464 (Tenn.1996) .

訟に比較過失法理を適用することを認めた。また、被害者と医師の別々の独立した行為によって引き起こされた負傷は不可分な損害であるため、それぞれの責任はそれぞれに起因する過失によって決定されるとして、医師の責任は、医師の過失に起因する部分に制限されるとした。

【Ponirakis v. Choi 事件】⁴⁶³

被害者は、インフルエンザのような症状を経験し、尿が濃い色であることに気づいたため、病院で検査をしてもらった。腎臓の X 線検査である静脈性腎盂造影を行って、被害者の腎臓が正常であると診断された。さらに、被害者は、内科と地域医療 (family practice) をしていた被告医師にも診てもらったが、被告医師が、深刻な病気をしたり、手術を受けたりしたことはあったかなどいくつかの質問をしたが、被害者は、腎盂造影によって正常であると診断されたので、深刻であるとは思っていなかったため、尿中の血液とタンパク質の話をしなかった。その後、被害者は気分が悪くなり始めたため、再度、被告医師に診てもらったが、検査の結果、被告医師は腎臓病専門医に紹介し、被害者がループス腎炎であると診断した。その後、被害者の腎臓は機能しなくなり、腎臓透析を受けるようになり、腎臓移植を受けたが、移植は失敗し、移植された腎臓は除去され、被害者は週に 3 回の腎臓透析が必要になった。そこで、被害者は、被告医師に対して、ループス腎炎の検出に失敗したため、治療が遅れたことに過失があったとして、損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は陪審に寄与過失の抗弁について説示をし、陪審は被告医師勝訴の評決を出し、事実審は陪審評決に従って判決を出した。原告は、事実審が行った寄与過失の抗弁についての説示には誤りがあるとして上訴した。被告医師は、原告の過去の尿中の血液とタンパク質の存在が深刻な疾患であるという証拠はないし、深刻な疾患であるとしても、被告医師は原告がその事実を知っていたか、知っていたはずという証拠を提出できていないので、尿中の血液とタンパク質の話を開示しなかったことは寄与過失を構成しないと主張した。また、被告医師は、原告のそれまでの症状を開示するように、原告と同じ立場に立つ合理人に促すことになったか否かを陪審が決めることが認められているとして、事実審は陪審に寄与過失の抗弁について適正に説示したと主張した。

バージニア州の最高裁は、寄与過失の抗弁とは、同じ状況下で自分の安全のために行動するであろう合理的な人物として、原告が行動しなかったか否かという客観的基準に基づく抗弁であり、医療過誤訴訟では、原告の寄与過失は医師の過失行為と同時期でなされていることが必要である、とした。そして、原告に寄与過失があったかどうかの問題は、事実認定者によって決定される事実問題であり、この寄与過失が陪審に提示される前に、合理的な人物であれば同じ状況下で自分の安全のために行動したであろうとされる行動を原告がとらなかったという認定を支持する証拠が少しでもなければいけない、とした。本件においては、法律問題として、被告医師の質問に対して、尿中の血液やタンパク質の存在

⁴⁶³ 262 Va.119, 546 S.E.2d 707 (2001) .

が基礎疾患の症状であることを証拠は示しているが、深刻な疾患であるという所見を支持する証拠はないとして、原告の寄与過失の説示を裏付ける証拠がないため、事実審が行った比較過失法理に関する陪審への説示には誤りがあったとした。しかし、陪審が評決を出すのに比較過失法理に基づいたのか否かは記録からは判断できないが、誤った説示が陪審の決定に影響を与えなかったとは言えないとして、最高裁は、事実審の判決を破棄し、再審理のため差し戻した。

この Cavens 事件、Mercer 事件、Gray 事件、Ponirakis 事件においても、前述した Rowe 事件や Lewis 事件に引き続いて、被告である医師が負うべき責任は、拡大損害部分についてのみであり、原告の寄与過失に基づく抗弁を医師が主張することができるのは、この拡大損害部分に関する場合であるとされている。特に、Mercer 事件で最高裁が使用している「治療の機会を提供」しているだけというフレーズは、他の医療過誤訴訟で比較過失法理が議論になった場合にも散見される。つまり、医師は、先行行為として被害者の過失も絡んで損害が発生しているということを、原告に寄与過失があったとして減額を主張することはできないというわけである。そして、Ponirakis 事件の最高裁判決の場合、被告医師に診療されるまでの症状について、原告が被告に告知しなかったということが寄与過失になるかどうか争点になっている。結論として、バージニア州の最高裁は、原告による不告知という寄与行為を、医療過誤訴訟における被告である医師が抗弁事由として主張することを認めなかった。それは、被告である医師には、その原告の症状を発見するという注意義務を負っていたから、という理由によるものであった。そもそも、被告の医師は告知されなくても、その症状を発見できる注意義務を負っていたため、患者の異常さについて発見できなかったことは医師の注意義務違反になるとして、これが医師に過失があると評価される理由になるというわけである。このことは、Cavens 事件においてインディアナ州の最高裁が述べているように、医療過誤訴訟において治療前の原告の過失行為を比較過失法理において斟酌することは、医師を医療上の過失責任から免責してしまうことになる、という発想が共通項としてあるように思われる。なお、この点については、第三次不法行為法リステイトメントにおいて、明確に採用されている⁴⁶⁴。

以上の裁判事例の考察から抽出できる重要なポイントは、原因の割合に関する問題と、損害の原因として原告の行為が寄与しているか否かの問題とは、区別されるべき問題であるという点である。症状を悪化させたり、新たな負傷（拡大損害）を生じさせたりしている医師は、すでに発生している損害が患者自身によって発生させられていようが、その損害に対して責任を問われることになるのである。

⁴⁶⁴ §7 コメント m は、たとえば、医療提供に関する事例において事実認定者は、原告による過失行為が治療のために使用されるようになったとしても、原告の過失行為を考慮することはなく、としている。

ただし、Ponirakis 事件の最高裁判決とは異なり、患者の不告知や医師の指示に従わないという行為が、被害者の病状を医師が正確に把握できない原因になっているという場合には、被害者は比較過失法理によって部分的に責任を負担させられる場合がある。たとえば、次の Krklus v. Stanley 事件がその点について言及している。

【Krklus v. Stanley 事件】⁴⁶⁵

被害者は肘の負傷から、被告病院に初めて行き、被告病院の内科医である A 医師は、被害者が高血圧であると診断した。そこで、血圧をさげる薬を処方し、その薬の効果を確認するために 1 週間後に再び被告病院を訪れるように依頼した。1 週間後に被害者は訪れて、血圧はやや低下し、定期的に処方箋を服用していたと報告した。それから約 2 年後、被害者は別の怪我で A 医師を訪ねたが、被害者の血圧が非常に上昇していると判断して、二度目の血圧治療薬を処方した。翌日、被害者の血圧は低下し、そのとき被害者は、以前は 1 パックの半分のたばこを吸っていたが、1 ヶ月前にやめたことを報告した。さらに約 1 年後、被害者は気分が悪くなり、吐き気、頭痛、胸の痛みを訴えた。そこで、電話で被告病院の看護師に相談し、胸の下部分、腹部、腰などに痛みがあると訴えたが、胸に痛みがあるとは言わなかった。被害者は被告病院で心電図を撮ったが、その結果は正常であった。さらに被害者の状態が悪化したため、被告病院を訪問し、医療助手に対して胸の痛みを報告した。しかし、看護師による検査の際には、上腹部痛を報告したが、胸痛は報告しなかった。自宅に戻った被害者の状態はさらに悪化し、被害者は死亡した。死体解剖の結果、被害者は、大動脈解離によって引き起こされた大量の左血胸で死亡したことが判明した。そこで、被害者の妻が原告となって、被告病院に対して損害賠償請求訴訟を提起した。原告は、大動脈解離の診断を不注意で A 医師ができなかったため、被害者は死亡したと主張した。他方、被告は、高血圧を下げる薬の服用をするようにという A 医師の指導に被害者が従わなかったこと、そして、被害者の痛みの部分を被害者が告知しなかったことで適切に特定できず A 医師を誤解させた、と主張した。事実審は陪審に対して、比較過失法理の積極的抗弁と、唯一の近因という抗弁について説示した。陪審は、被告勝訴の一般評決を出した。原告は、被害者が A 医師の指示に従わなかったことで損害発生に寄与していることを裏付けるために、血圧薬を定期的に服用しなかったという証拠を事実審が許可したことにつき誤りがあり、さらに、比較過失法理について陪審に説示したことで、被害者の過失に比例して原告の賠償請求額を減額することを可能にしたということに誤りがあるとして上訴した。

イリノイ州の最高裁は、医学的証言から、被害者の高血圧は大動脈解離を示す症状の一つであるため、大動脈解離を考えるべきであったとされ、さらに被害者が高血圧をコントロールしていると A 医師に誤解させているので、被害者が A 医師のアドバイスに従わなかったことと A 医師の誤解が、被害者の死亡の実質的な要因であると言えるので、事実審

⁴⁶⁵ 359 Ill.App.3d 471, 833 N.E.2d 952, 295 Ill.Dec.746 (2005) .

は、被告の比較過失法理という積極的抗弁を採用することを許可することに誤りはなく、陪審に比較過失法理を考慮して判断するように説示したことについても誤りはない、とした。最高裁は、事実審判決を支持した。

このように、誤った、しかし、重要な情報を医師に提示したり、医療上の指示に従わず、医師を誤解させるような行為を患者が行った場合は、比較過失法理に基づいて、自身に寄与過失があったとして、その過失分の責任が患者に割り当てられることになる。確かに、医師に対しては、患者を検査した結果である数値を見て、たとえ患者が真実を告知していなくても、患者の健康状態を把握して、治療行為を行うことが期待される。しかしながら、患者に対する治療行為の場合、医師の診断行為だけでなく、患者の協力的行為が必要になる場合もあることを考え合わせると、患者による不告知や医師の指示に従わず、医師に勘違いを生じさせたという患者の行為には非難可能性を見出すことができるため、比較過失法理を適用して、公平な責任分担を図るのは妥当であると言える。

第12款 原告が自分の権利を行使している場合

被害者が正当な範囲内で普通に自分の権利を行使したが、その結果、加害者による被害を受けたという場合に、被害者は権利行使という部分に寄与過失があるとしても、比較過失法理で責任を問われない場合がある、とされている。そのリーディングケースとされている事例が、アメリカ不法行為法の代表的な裁判事例として有名な *LeRoy Fibre Co. v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry. Co.* 事件⁴⁶⁶である。

【*LeRoy Fibre Co. v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry. Co.* 事件】

原告が地主で、鉄道の近くにある自分の所有地に藁束を合法的に置いていたが、被告である鉄道会社の線路を走る汽車のエンジンから出た飛び火で、原告の藁束に火が発生し建物などを焼失してしまったため、原告が損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、原告が鉄道から離れた場所に藁束を置くことができ、しかも、可燃性のある藁を線路から70フィートのところに置いていたことに過失があるとして、原告の請求は認められない、という抗弁を主張した。これに対して原告は、被告が指摘した危険とされる原告による藁束の設置行為は、原告が有する権利として実行されているものだから、被告の抗弁には意味はない、と主張した。事実審は陪審に対して次のように説示した。たとえ被告に過失があっても、原告が100フィート以内に藁束をおいたことが通常の注意を欠いた行為であったと認定できるのであれば、原告の損害賠償請求を認めるべきではない、と。これに対して、連邦最高裁は、原告が自分の土地を利用している限り、原告にはそもそも寄与過失はないと言え

⁴⁶⁶ 232 U.S.340, 34 S.Ct.415, 58 L.Ed.631 (1914) .

るとして、原告を勝訴させた。

つまり、原告が有している権利とか市民権を行使するにあたっては、自己に対する注意義務を果たす必要は必ずしもない、ということを最高裁は認めていると言える。このような事例の場合、エプスタインは、被告に対して損失防止効果 (loss prevention efforts) が要求されている⁴⁶⁷、と指摘している。LeRoy Fibre Co.事件における原告には、重要な権利についての正当性の認識があるが、正当に権利を行使しているのに、それが損害発生の一因と認定されることに合理性はないと言えるというわけである。たとえば、レイプされる可能性があるからということで、夜に女性が外出し出歩いた点に一因とあるとして、原告である女性にも責任があるとされることとか⁴⁶⁸、ゴルフの下手な人がスライスボールを打ったため、ゴルフコースに隣接している家屋所有者の目に当たったという場合に、ゴルフコースのそばに家主が住んでいることに過失がある⁴⁶⁹と評価されても、そ

⁴⁶⁷ Richard A. Epstein, Torts § 8.2.1 (1999) .

⁴⁶⁸ この点について言及している論文が、Ellen Bublick, Citizen No-Duty Rules : Rape Victims and Comparative Fault, 99 Colum.L.Rev.1413 (1999) である。

⁴⁶⁹ 原告の一因ではなく、危険引受が認められるかが問題になった裁判事例として、Hennessey v. Pyne, 694 A.2d 691 (R.I.1997) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告はゴルフコースのすぐとなりにある家に住んでおり、その家は 11 番ホールティーグランドから少し左にドッグレッグコースの曲がった場所にあった。原告は事故の日、教会から帰宅した後で、前庭にある花の前でコースを漠然と眺めていた。そのとき、被告の 11 番ホールのティーショットが少し曲がって、何ら警告のない状態で、原告の側頭部に当たり負傷した。そこで、原告は、ロードアイランド州の上位裁判所 (superior court) に、被告による過失、willful, wanton および reckless な行為の結果負傷したと主張して、被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。上位裁判所は、ゴルフコースの合法的かつ意図的な使用をしているゴルファーとして被告は原告に義務を負っていないとして、被告勝訴の正式事実審理を経ない判決が出された。原告は上訴した。ロードアイランド州の最高裁は、原告がゴルフコースに隣接する場所に住んでいることから負傷の危険を引き受けているという理由に基づいて、正式事実審理を経ないでなされる判決で、被告勝訴の判決を出すべきではない、とした。危険引受が成立するためには、明示的な合意がないため、原告が危険の存在を知り、それが不合理な性質のものであると認め、かつ、自発的に原告自身を暴露していたことを、被告は立証しなければならないが、証拠によると、原告が自発的に被告の打ったゴルフボールにあたる危険を引き受けたとは言えないし、危険引受を抗弁として認めると、ゴルフコースがプレー可能であるときはいつでも、被告は原告を家に閉じ込めるか、ミスして打ったゴルフボールが当たらないように原告に避難することを要求することになるが、それは認められるべきではない。何故なら、被告勝訴の正式事実審理を経ないでなされる判決が出されることは、これらの原告の選択の自由を奪うこ

の評価は説得力を欠いていると言える。さらに、女性が、子供を産むのが危険であると知っていたため、子供の出産を医師に求めること自体に過失があるとして、その女性に部分的とはいえ、責任を課すことができないというのも当然と言える⁴⁷⁰。以上の場合と同じ論

となるからである。また、原告はゴルフゲームの参加者でも観客でもなく、ただゴルフゲームが進行しているコースに隣接している場所に住んでいるだけなので、ミスして打たれたゴルフボールから生じる原告への危険は、原告が居住し始めた状況の一部として引き受けたのではなく、事後的な危険として課されたものと言える、とした。

なお、William K. Jones, *Strict Liability for Hazardous Enterprise*, 92 Colum. L. Rev. 1705, 1757 (1992) では、この裁判事例とともに、厳格責任に集中している議論や事例について論述している。

また、Lewis v. Puget Sound Power & Light Co., 29 P.3d 1028 (Mont.2001) においても、危険引受が問題となっている。この裁判事例の内容は以下の通りである。被告会社は炭鉱、発電施設などの開発、運営をしている会社であるが、大規模な産業活動が、原告の夫の両親が購入した旅館の近くでも行われていた。原告の夫の両親は、窓、ドア、歩道、床の継ぎ目に損傷があることを知りつつ旅館を購入したが、およそ購入してから1年後、原告は、この損害賠償と追加損害の補償を求めて、被告会社に対して訴訟を提起した。訴訟を提起した後1年以上して、原告の両親が破産申告をしたが、このときに原告が旅館の財産権を取得している。地裁は、正式事実審理を経ないでなされる判決を認め、原告の生活妨害の訴えを破棄した。そして、その9か月後、被告の過失、不法侵害、そして精神的苦痛に関する過失に関する訴えもそれぞれ破棄した。地裁は、旅館の所有権を取得する前に生じた損害について請求する立場にはないとし、所有権を取得した日以降に発生した損害に関する請求については、原告が所有権を取得したときに、これらの損害というリスクを負ったと結論づけた。原告は上訴した。モンタナ州の最高裁は、旅館購入前の損害賠償請求について原告は、旅館の所有権か、損害賠償請求権のいずれかを、訴訟提起の時点で、立証しなければいけないが、原告はその証拠を提示できていない、とした。購入後の損害賠償請求については、危険引受の法理は、過失訴訟において積極的抗弁として利用することができず、その代わりに、比較過失法理が採用されているので、合理人という基準によって確立されているように、過失と寄与過失に関する証拠に基づいて、当事者の行為は比較されなければいけないという査定の一般的な枠組みに、危険引受の法理という積極的抗弁は統合されるが、将来の損害となることを認識していた旅館を原告が購入したかどうかということではなく、旅館の損傷が購入時において考慮されるのに十分予見可能であるかどうかという問題であると指摘して、陪審にその判断を委ねるべきであった、とした。最高裁は、旅館購入前の損害については、地裁の被告勝訴の正式事実審理を経ないでなされる判決を支持し、購入後の損害に関する地裁の判決を破棄した。

⁴⁷⁰ 比較過失法理そのものが争点になった裁判事例ではないが、障害のある子を妊娠するという決意をした女性の過失の有無が問題になったものとして、Lynch v. Scheininger, 162

理で、裁判所は、女性が中絶を拒絶することか⁴⁷¹、独身女性としてアパートの1階に住

N.J. 209, 744 A.2d 113 (2000) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告は元気な子供を出産していたが、原告の産科医である被告が、原告がRh同種免疫 (isoimmunization) であると診断して治療しなかったことが原因で、子供は死産となった。そして、原告が被告を相手に損害賠償請求をしている間に、原告はAを出産したが、Aは重大かつ永続的な神経障害を伴って誕生した。この障害が胎児赤芽球症 (erythroblastosis fetalis) によって引き起こされたため、Aは死産となった。原告は、医師を被告として、損害賠償請求訴訟を提起した。原告は、妊娠期間中に原告のRh同種免疫 (isoimmunization) であると診断し治療しなかったことが、同種赤芽球症を悪化させ、その後胎児への危険性を増加させた、と主張した。そして、原告は、自身の wrongful birth、将来の妊娠の危険性を原告に知らせなかったことに基づいて、Aに代わって主張した wrongful life、そして、前の妊娠期間内の被告の医療過誤が、Aの重大な傷害とその結果として生じる医療費用などの実質的に寄与している原因であるとして、Aに代わって被告の医療過誤を主張した。被告は、原告の前の妊娠期間中に、Rh1同種免疫であると診断して治療をしなかったことが、幼児の死産となったことを認めた。事実審は、原告のRh血液によって提示された危険性について認識したうえで、Aを意図的に原告は妊娠していたことは、被告に責任を課すことができなくなる新規原因 (supervening cause) になるとした。また、裁判で提示された証拠によると、別の子供を妊娠すると決める際に被告のアドバイスに原告が頼っていたという陪審による認定は支持されないとして、Aの wrongful life の訴えを破棄した。wrongful birth の訴えについては、時効法で2年間の出訴期間の制限によって認められなかった。控訴審は、前の妊娠における医師の医療過誤が、次の妊娠で生まれた子に異常な部分が生じるという危険性が増大するという事実があるにも関わらず、結婚をした夫婦が別の子供をつくろうとすることは合理的に予見できることであるとして、原告が別の子供を妊娠すると自発的に決めたことは、Aの障害の新規原因とはならず、Aは被告に対して医療過誤を追求することから除外されない、とした。ニュージャージー州の最高裁は、独立参入原因 (intervening cause) によって予見可能性のある被告は免責されないということ認め、適用されるべき原理は、原告が訴訟原因を立証できるかどうかではなく、損害額を減額することに焦点を当てた結果回避可能性の原理である、とした。

つまり、子供を産む決意は基本的に主観的な問題であるから、子供を産むという原告の選択に過失があると考えることはない最高裁は述べているわけである。障害のある子を妊娠するリスクを引き受けるという決定が合理的なものといえるかどうかに関する客観的な基準がないため、最高裁は部分的に原告の主張を認めているようである。しかし、妊娠するという決意が損害を最小にすることができない選択として位置づけられると、この最高裁の考え方に容易に賛同することはできなくなる。

⁴⁷¹ この点に言及している裁判事例として、Lovelace Med. Ctr. v. Mendez, 805 P.2d 603,

むこと⁴⁷²に対して、被害者の寄与過失に基づいて責任の一部を割り当てることを認めてい

604 (N.M.1991) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告は被告である病院において卵管結紮術を受けたが、医師が二つの卵管のうちの一つだけを見つけて結合したが、医師は手術の不成功の結果について報告しなかった。そのため、原告は妊娠できる状態であったが、避妊対策をせずに、やがて男児 A を妊娠し出産した。そこで、原告は、手術をした医師の雇い主である病院を被告として、損害賠償請求訴訟を提起した。地裁は、経済的安全性と家族規模に関する原告の利益は法的保護に値しないと判断した。控訴審は、地裁の判決が誤っていると判断して棄却した。ニューメキシコ州の最高裁は、家族規模を制限するという両親の利益を侵害したことから生じる非金銭的損害の多くは、第二次不法行為法リステイトメント § 920 (1979) で規定されている減額ないし相殺の対象になり、この相殺利益 (offsetting benefits) 法理は、損害を受けたのと同じ利益が侵害された場合に、賠償額を減額するときのみ適用され、このとき、新たな子供の誕生から生じる両親の感情的かつ心理的な利益の立証を認めるが、経済的安全性という利益の侵害から生じる損害を相殺することは認められないとして、妊娠と出産に伴う肉体的および感情的な痛みと苦痛の損害賠償請求ができるが、新たな家族の存在に起因する感情または心理的な痛みと苦痛の損害賠償請求はできない、とした。また、原告が中絶するか、養子縁組をすることで損害を軽減する必要があるかについて最高裁は、損害賠償額の軽減に関連する法律において使われている方法として、中絶や養子縁組は通常ないし合理的な方法ではない、とも指摘している。事実審は、この問題についての議論をしておらず、損害額の軽減の要件について陪審に説示もしていないとして、最高裁は、地裁判決を破棄し、控訴審判決を支持した上で、更なる手続きのために差し戻した。

⁴⁷² たとえば、この点に関する裁判事例として、*Jackson v. Post Props., Inc.*, 513 S.E.2d 259, 261-62 (Ga.Ct.App.1999) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。賃借人である原告は、1階に住んでいた別の賃借人がレイプの被害にあったが未解決のままであった被告のアパートメントの上階に住んでいた。その後、レイプの被疑者が逮捕され、被告は賃借人らと話し合いをして、安全上の懸念に対処すべくニュースレターを作成し配布していた。そして、原告は1階に引っ越しをした後でレイプにあった。そこで、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、正式事実審理を経ないでなされる判決を求める被告の申し出を認めた。原告は控訴した。控訴審は、ニュースレターを受け取って1階の危険性を知っていたはずの原告が、1階に引っ越すことに対して通常の注意を払っていなかったという被告の主張につき支持することができないとした。その理由として、被告のアパートメントが1階部分を有するアパートメントとして欠陥的な設計になっていること、そして、被告勝訴とすると、犯罪を受けるあらゆる危険性を1階部分に居住する賃借人が引き受けていることを認めることになるから、というものであった。いずれにしても、原告の1階部分への引っ越しが、自身の安全に対する通常の注意を払わなかったことになるのか否かを陪審は決める必要があるとして、控訴審は、事実審は被告に対

ない。これらの権利はみな、基本的に、憲法上保障されている行動の自由という価値を有しており、その権利が正当範囲内で行使されているのであれば、その権利行使による責任を部分的にでも負担させられるべきではないとしているのである。

第13款 小括

本章、第6節において検討してきたそれぞれの場面には、基本的に比較過失法理による比較検討をすることができないという方向性が認められる場面である。この方向性を大きな視点で整理をすると、原告側に認められる事由で制限される場合、被告側に認められる事由で制限される場合、さらに、原告側と被告側の事由とは異なる視点からの制限が考慮されている場合という三つに分類することができる。原告側の事由として考慮される場合としては、第1、3、4、5、7、12款に記載されている内容になる。他方、被告側の事由としては、第2、6、8、9、11款、そして、原告側と被告側の事由とは異なる視点からの比較過失法理適用の制限事由として、第10款で考察した慣習や期待が割り振られていると整理することができる。

原告側に認められる事由の場合には、そもそも原告の責任領域内で、自分で責任を負担すべき場面が想定されるとか、原告の行為が発生した損害とはまったく無関係であるとか、被告にその損害負担を転嫁することができないような場合が想定されている。そして、そもそも原告自身に付与されて、アメリカ憲法で保障されている権利を行使することに伴って発生した損害や、原告自身の能力に不足などが認められる場合に、原告の保護を社会として図る必要性がある場合などが、原告側に認められる事由としてまとめられるであろう。

他方、被告側に認められる事由の場合は、原告に対して特別な、あるいは特殊な保護義務や注意義務を被告が負っているという場合とか、原告の安全性の維持がかなりの程度で被告に委ねられているとか、積極的に被告に原告に対する保護義務がある場合には、原告の何らかの落ち度は寄与過失として考慮されないとされている。また、そもそも被告の行為が法令に抵触しているという違法性の大きさから、比較過失法理の適用が控えられべきとされている場面もある。第9款における子どもへの虐待事例において、公序良俗の視点から比較過失法理の適用が制限されるという場面も、被告の行為の違法性と、原告の落ち度という違法性の比較をした結果、被告の行為の違法性が圧倒的に大きいと判断できる場合であるとも言える。

以上のように、比較過失法理は、損害の一部を原告が自分で引き受けることになるため、原告にとっては必ずしも有利に機能する法理として位置づけることはできないが、ア

して正式事実審理を経ないでなされる判決を不適正に認めているとした上で、事案を破棄して差し戻した。

アメリカ不法行為法は、比較過失法理を公平性、矯正的正義、そして、抑止という視点で正当化していると整理することができる。ただ、公平性と矯正的正義という視点で比較過失法理に関する制度設計が図られていると考えると、比較過失法理の適用する場合には、原告の行為態様の事情のみを斟酌して検討するのではなく、被告の行為態様の事情をも合わせて考えているとしなければ、公平性や矯正的正義という概念に即した設計にならなくなる。この視点は、日本法の過失相殺法理を適用する際に、裁判所がよく言及する公平の理念という理由付けにも共通していると言える。また、特に矯正的正義という視点で考えると、比較過失法理を主張する被告に正義が認められるか、という抗弁主張の正当性の有無が、比較過失法理の適否を考える際に重要になってくると言える。このため、以上に得られた視座は、日本法の過失相殺法理の判断構造を検討する際に大きな示唆を与えることになり、本論文の故意不法行為事例における過失相殺法理を適用して考えることができるかという問題に対しても、十分に援用できるものと言える。

第3章 アメリカ不法行為法における故意不法行為と比較過失法理

前章で登場した willful、wanton、reckless という三つの重過失行為の形態は、基本的には intention とは異なる行為として位置づけられているが、その非難可能性の程度から、故意行為に限りなく近い位置付けがなされ、故意に準じて扱われていることが、前章の考察から分かる。では、そもそも、故意についてアメリカ不法行為法ではどのように理解されて、位置づけられているのだろうか。故意不法行為責任と比較過失法理との関係性を検討する場合には、この点について明らかにする必要がある。

そこで本章では、アメリカ不法行為法における故意に関する議論を整理した上で、willful、wanton、reckless という三つの過失行為と intention という故意行為との関係性から、故意不法行為と比較過失法理の位置づけについて、アメリカ法ではどのように考えられているのかを考察していくことにする。

第1節 故意 (intention) 概念について

第1章、第1節、第1款で触れたように、日本民法七〇九条における故意要件に関する説明はほとんどなく、講学上、故意不法行為についてふれることもほとんどない。しかし、この日本における不法行為法との対比で言えば、アメリカでは、多くのロースクールで採用されている Dobbs' Law of Torts でも、多くの紙数を費やして解説がなされている¹。では、何故、アメリカ不法行為法では故意不法行為に関する検討が比較的詳細になされているのか。おそらく、それは、過失不法行為責任との違いが明確に意識されているからではないかと思われる。たとえば、故意不法行為には行為としての悪性が、過失不法行為よりも強いと理解されているため、故意不法行為を抑止 (deterrence) することがより強く要請されて、それが正当化されている。あるいは、行為の悪性の強さから、故意不法行為の場合には懲罰的損害賠償 (punitive damages) が認められる可能性が、過失不法行為の場合よりも高いものとして理解されている。さらに、加害者による損害発生に対する予見可能性の点について、過失不法行為の場合には、その予見可能性の射程範囲内で損害賠償が認められているが、故意不法行為の場合には、その範囲の外であっても、損害賠償が認められる余地がある。最後に、これは本稿の結論になるが、故意不法行為事例の場合には、比較過失法理の適用が認められず、過失不法行為事例の場合に付いてのみ、認められている。

そして、日本の不法行為法では、民法七〇九条に全ての不法行為類型に対して適用されるように一般条項として規定されているが、アメリカ不法行為法では、日本のような一般条項

¹ Dan B. Dobbs, Paul T. Hayden, Ellen M. Bublick, *The Law of Torts* (2th ed. 2011) では、Part II から、次の Part III の過失不法行為までに、暴行などの故意不法行為の類型に関するものも含めて、372 頁の紙数を割いて解説している。

が用意されているわけではない。つまり、保護法益の種類毎に、その不法行為責任の成立要件が用意されているのである。具体的には、脅迫 (assault)、暴行 (battery)、不法監禁 (false imprisonment) を内容とする身体に対する不法行為、不動産に対する不法行為 (trespass to land)、動産に対する不法行為 (trespass to chattels)、横領 (conversion)、生活妨害 (nuisance) などを内容とする財産権に対する不法行為、精神的苦痛に対する不法行為 (infliction of emotional distress) と分類されている。このような分類は、イギリスの判例法に則ったもので²、700年近い歴史と伝統を有しているとされているが、Aaron Twerskiによると、故意による精神的苦痛という不法行為の種類は、William L. Prosserが自身で起案した第二次不法行為法リステイトメントを通じて全米に広がったという、50年ほどの歴史しかないとされている³。

以上のような日本の不法行為法とは異なる事情があるために、アメリカ不法行為法では比較的詳しく故意不法行為責任が論じられているのではないかと思われる。

では、アメリカ不法行為法において、故意とはどのように定義付けられているのか。この点に関する説明については、第三次不法行為法リステイトメント§1において、一般的な故意 (intent) の定義が言及されている。その説明によると、結果を生む故意とは、結果を生じさせる目的 (purpose)、ないし、その結果が実質的に結論となると認識 (knowledge) していることのどちらかを意味している、とされている。この定義は、第二次不法行為法リステイトメントの§8Aにある故意の定義にかなり似ているが、これは、故意が問題となる場面で、目的か認識のどちらかの意味で使えるように、より容易に選択することができるようにという立法府と裁判所の配慮であるとされている⁴。

² E. Allan Farnsworth, *Legal System of the United States* 126 (3rd ed. 1996) .

³ Aaron D. Twerski & James A. Henderson, Jr., *Torts: Cases and Materials* 38 (2003) .

⁴ 第三次不法行為法リステイトメント、身体的損害 §1 コメント a を参照。また、John Salmondによると、故意とは、目的ないし計画 (design) を伴ってなされることであり、行為の予見性 (foreknowledge) は欲求 (desire) と相俟って、意思の発動を通じて自分で実行する限りで、行為の原因となる、と説明する。そして、故意が実際に発現される前は人の思考の中にあり、思考と一緒にいる欲求によって、その思考が実現されるという場合に、その行為は故意によるものとなる、とも説明している。John William Salmond, *Glanville Williams, Jurisprudence* 378 (10th ed. 1947) . また Winfield は、故意とは、結果に対する欲求を伴った、被告による行為と結果に対する被告の中の心理における意識の最も強い状態のことを意味する、と説明している。Percy H. Winfield, *A Textbook of the Law of Tort* § 10, at 19 (5th ed. 1950) . 本文にある第二次不法行為法リステイトメントと第三次不法行為法リステイトメントが述べている purpose という故意の要素を、意図した結果が生じても構わないと考えることまで含まれていると解すると、それは認容という言葉で置き換えることができるため、そうであれば、アメリカ不法行為でも日本の不法行為法で

ただ、故意に関する議論として、第三次不法行為法リステイメント§1 でのコメントには、認識の範囲や程度という難しい問題に関する議論があり、その議論は裁判所を混乱させているようである。たとえば、被告の行動が場所と時間において拡張される場合に、被告は、認識という要件を充たさなければならないか否かという問題点が、この議論の内容の一つとされている。損害がどこかで生じるであろう、あるいは、どこかの時点で生じる傾向にあることに気付いていること (awareness) は、裁判所が故意ありと判断するのに十分なものとすべきかという点に対して、§1 でのコメントは否としている。この故意の有無が問題になる場面の一つとして、製造物の製造者が被告とされる場合がある。確かに、製造物を使用する過程で重大な負傷をする者の中に消費者が入ることを製造者は認識していると言えるが、この製造者に対して故意の暴行責任を追求できるとすることに合理性はないのはいか、とコメントは述べている。同じコメント内では、何時の時点で、認識という要件は満たされるべきかという判断基準を確立するための検討も行われている⁵。

前述したことと重複するが、このような故意をもって不法行為を行った被告は、原告に対して比較過失法理を主張することができないとしているのが、アメリカ不法行為法における比較過失法理の位置づけであるということを再度、指摘しておきたい。

第2節 比較過失法理と加害行為の悪性

このように、アメリカ不法行為法では、故意に関する一般的な定義として、生じるであろう結果に対する認識や意図というファクターをもって定義付けていることが分かる。では、この故意 (intention) に行為の悪性、非難可能性という性質面でかなり近接しているとされる willful, wanton, reckless 不法行為と比較過失法理との関連性については、どのように理解し把握されているのか。以下ではこの点について考察をしていくことにする。

も、故意概念の理解について、それほど大きな違いはないように思われる。

⁵ コメントにある解決策は、特定の被害者、あるいは、制限された領域内の潜在的な被害者というカテゴリーに属する人に対して、その行為が損害をもたらすという実際的な確実性を被告が認識しているという状況に、実体的な確実性という基準の適用は制限されるべき、と示している。前掲注・4の§1コメントeを参照。更なる議論については、Kenneth W. Simons, *The Conundrum of Statistical Knowledge* 35-40 (Oct. 25, 2006) ; Jody David Armour, *Interpretive Construction, Systemic Consistency, and Criterial Norms in Tort Law*, 54 *Vand. L. Rev.* 1157, 1158-61 (2001) ; Alan Calnan, *Anomalies in Intentional Tort Law*, 1 *Tenn. J.L. & Pol'y* 187, 223-27 (2005) ; James A. Henderson, Jr. & Aaron D. Twerski, *Intent and Recklessness in Tort*, 54 *Vand. L. Rev.* 1133, 1141-43 (2001) ; Anthony J. Sebok, *Purpose, Belief, and Recklessness: Pruning the Restatement (Third)'s Definition of Intent*, 54 *Vand. L. Rev.* 1165, 1171-72 (2001) が参考になる。

まず、自分の権利を行使することでリスクに接近している原告は、リスクに接近しているということについて非難されることはない、ということを確認しなければならない。たとえば、州間の高速道路で犬がうろつくのを原告である飼い主が放置している場合、原告には、飼い犬の管理が不十分であるという過失が認められるかもしれない。しかし、ハンターに殺害される危険があるにもかかわらず、飼い主が、自己所有地にある広い森に自身の犬を意図的に放置していたという場合、原告である飼い主に、この犬を放置していたということに対して何らかの非難をすることが妥当であるとは言えない。その理由は、原告は自己の所有権に基づいて森を使用していただけだから⁶、という点にある。被害者に権利行使が認められるのであれば、原告の権利の行使を過失行為として把握すべきではないというわけである。このように被害者が自分の権利を行使した結果、損害を被ったという場合に、被告に過失があろうが故意があろうが、被告の行為と比較する過失は原告にはない、ということになる。あるいは、故意の加害者によって襲われる継続的な危険性がある通りを被害者が歩いていたとしても、危険である通りを被害者自身が通行していることに対して何ら非難される点はない。何故なら、被害者には通りを歩く権利があるからである。そのような危険性が通りにはあるのだから、危険に直面しないように、被害者は他の通りを使用すべきであったとか、自分の家にずっと引きこもっているべきだとして、賠償額を減額すべきという被告の主張が認められることはほとんどない⁷。また、裁判所は、故意不法行為に対して自身を守る義務は被害者にはない、としている⁸。そのため、故意不法行為を回避するために合理的な注

⁶ Leroy Fibre Co. v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry. Co., 232 U.S. 340, 34 S. Ct. 415, 58 L. Ed. 631 (1941) は、原告が、自分の藁束を線路から離れたところに置くことで、被告の列車からの飛び火による火災発生危険性を回避することができたが、原告は自分の財産権を使用する権利があり、禁じられていない、という場合であった。

⁷ 第三次不法行為法リステイトメント § 3 rptr. note, comment d を参照。ここには、故意不法行為によって財産権に損害が生じたり、負傷した原告について、原告の過失に関する法的責任に関するルールが規定されている。なお、合理的な注意を払う義務から原告が免除される場合があるとしている規定としては次のようなものがある。Restatement Second Torts § § 314-314B (Duties of Affirmative Action) ; § § 315-320 (Duty to Control Conduct of Third Persons) ; § § 321-324A (Duty to Aid Others and Services Graciously Rendered or Undertaken) ; § § 328E-350 (Liability for Condition and Use of Land) .

⁸ 第三次不法行為法リステイトメント § 7 comment h を参照。

h. 原告の過失と無過失の決定

自分自身に対して注意義務を負っていることに言及することには難しい側面がある。それにもかかわらず、比較責任のルールは通常、自分への損害を回避するために合理的な注意義務を履行しなかったとして、原告の損害賠償請求額を減額している。原告の損害賠償

意を払う義務を、原告は何ら有していないとされているのである。

このように、故意不法行為を行った被告と何らかの権利を有している原告に対して、両責任を比較検討することは、基本的に異なる二つの問題が衝突することになる。二つの異なる問題とは、一つは過失法の問題であり、もう一つは自由な権利行為の保障という問題である。過失法の場合、およそ同等なものとして他者の利益を考慮に入れつつ、合理的に行動すべきという基本的な基準が反映されている。このため、陪審は、過失判断をする場合、合理的に行動する者を基準に評価することになる。これに対して、自由な権利行使の保障は、人々に合理的に行動するように要求するのではなく、公序良俗の範囲内で、個人は好きなように権利を行使することが認められている。不法行為法に基づく損害賠償請求という場合、合理的な行動をしたかどうかが決められるのは、事後的、つまり、不法行為による事件が起こった後になる。しかし、権利行使の場合、行使される権利は、あらかじめ個人に割り当てられているのである。このため、権利行使、特に財産権の行使が自由になされた後で、加害者による注意義務が合理的になされたかどうかという判断がされることになる。ここに、不法行為法上の過失行為の判断と、財産権の自由な行使という問題の衝突が生じるのである。前出の *Leroy Fibre Co. v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Ry. Co.* 事件⁹は、まさに、この衝突が生じた事例であった。自分の藁束を線路から遠くに離すことで、被告の列車からの飛び火による火災のリスクを原告は回避することができたが、原告は自分の財産を自由に使用する権利があり、非難されるものではない、という内容であった。

さらに、他者を保護することが合理的である場合でも、自己に対する保護義務自体が一般的には認められていないというルールは、個人を過大な責任から効果的に解放するのに役立っている。そして、保護すべきであるか否かという判断の権限が個人の判断に委ねられているということは、陪審によるその場しのぎの事後的な行為の評価から、個人を守っているという側面がある。たとえば、故意不法行為責任の場合、原告は、被告が意図的であったことを立証すれば、被告は、原告が自身を保護しようとしなかったという責任を抗弁事由として主張することはできない。また、厳格責任の場合、原告が受けた損害と被告による原因との間に因果関係があることを立証しなければならないが、その立証に成功すると、被告は原

請求が、原告自身の過失行為によって左右されるべきではない、という事例もある。また、自己防御のために合理的に行動する義務から原告を免除することで、原告の賠償額を減額する比較責任の抗弁を除外する場合がある。たとえば、ある機関が精神的な疾患のある者に対するケアを引き受ける場合、そのケアを受ける者の過失と機関による過失によってケアを受ける者に損害が発生したという場合、裁判所は、機関がケアを引き受けているという事実が、自己防御に関する患者自身の義務を免除することになるとしている。このように、比較責任によって左右されずに、損害額を原告が全額請求することができるという場合もある。

⁹ 232 U.S. 340, 34 S. Ct. 415, 58 L. Ed. 631 (1941) .

告自身に自分の身体や財産を守るように行動しなかったという責任を抗弁事由として主張することが原則としてできない。つまり、このような立証が原告によっていったんなされると、少なくとも、加害行為の正当性が免責レベルまでに至らない場合でも、被告は、侵害が合理的であったという主張をすることができなくなる¹⁰。

このように、比較過失法理に対しては一定の適用制限が用意されているのである。そこで以下では章を改めて、アメリカ法において、故意不法行為事例における比較過失法理に対して、どのような制限が用意されているのかについて考察していくことにする。

第3節 裁判事例

比較過失法理が採用される前までは、原告の寄与過失は、被告の故意不法行為に対する抗弁にはならなかった。また、willful、wanton、reckless の不法行為に対する抗弁においても原告の寄与過失を主張することができなかったことから、willful、wanton、reckless という行為は、裁判所によって、実質的に故意不法行為と同じように把握されていると言える。

では、そもそも willful、wanton、reckless は、どのように定義付けられているのか。まず、reckless とは、負傷や損害などの結果の発生を加害者が望んでいないが、その可能性を予見し、リスクがあることを意識していることを意味するとされている¹¹。つまり、少し注意を払えば結果回避が可能であったのに、そのちょっとした注意さえ払わなかった加害行為という意味である。wanton については、危険であることに気づいているが、結果発生に無関心である状態のことを意味するとされている¹²。そして、willful は、意図的ないし計画的な行動を意味し、実質的に結果発生の高確からしさがあるという状態のことを意味するとされている¹³。つまり、結果に対する認識はあるが、認容まではしていないという状態のように思われる。これらの reckless、wanton、willful については、日本法との比較が難しい概念であるが、有責性や非難性の大きさという視点で言えば、reckless よりも wanton、willful のほうが大きいと言え、wanton と willful の関係では willful のほうが大きいと理解されているのではないかと思われる。

だが、このように定義付けられている willful、wanton、reckless という行為は、故意そのものとは異なる定義になっているが、故意不法行為と実質的に同じものとして位置づけられているため、裁判所の多くは、原告の寄与過失は、故意の加害者の責任を減じるために主

¹⁰ William Powers Jr., Some Observations on Strict Liability in the Louisiana Law of Garde, 52 La. L. Rev. 365, 367-73 (1991) .

¹¹ Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary 1524 (11th ed. 2019) .

¹² Id. at 1897.

¹³ id. at 1917.

張できない、として実際に処理されている¹⁴。いくつか具体的な裁判事例をあげてみよう。

【Gates v. Navy 事件】¹⁵

被害者である労働者は、建設現場で働いている時に、被告が運転するトラックの外側についているミラーが、労働者の腕に当たったことで負傷した。また、被害者が負傷したために警察が呼ばれていることを知り、被告は事故現場から逃げ出していた。そこで、被害者は、人身傷害による損害賠償請求訴訟と、事故現場から逃げ出したことについて懲罰的損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告勝訴の評決を出し、事実審は、懲罰的損害賠償請求に関する指示評決を求める被告の申立てを認めた。原告は、寄与過失の審査を陪審に課したことにつき事実審に誤りがある等と主張して、控訴した。

ジョージア州の控訴審は、比較過失、過失そのもの、危険引受、そして寄与過失の抗弁は、故意、willful、wanton、reckless な不法行為に対する有効な抗弁でないことは十分に定着しているのだから、そのような場合に陪審に説明することは不適切であるのだから、抗弁を主張しようとしている被告が、故意不法行為で責任追及されている場合には、原告の寄与過失は抗弁として主張されないとした。

【Christensen v. Royal Sch. Dist. No. 160 事件】¹⁶

13 歳の子供は、自分の教室で教師と性的な関係を持たされていたため、その被害者である子供とその両親が、連邦地方裁判所に、被告である地区学校、校長、教師に対して損害賠償請求訴訟を提起した。原告側の主張によると、教師は意図的に、あるいは willful に子供に対して性的な乱暴をして、学校と校長はその教師を雇い、監督するのに過失があった、というものであった。なお、被告である教師は、子供は性的な関係を持つことに同意

¹⁴ 本文に掲げる裁判事例以外のものとして、たとえば、保険会社である被告から、原告がある生命保険を購入する際、被告は原告が保険料に関する注意事項を無視する可能性があることを確信していたが、その後、原告が保険料に関する不満から不実表示に基づく損害賠償請求訴訟を提起したという *Cartwright v. Equitable Life Assurance Soc'y*, 276 Mont. 1, 914 P.2d 976 (1996)、交通死亡事故を契機に、被害者の両親が原告となって被告に対し懲罰的損害賠償請求を提起した不法死亡訴訟として、*Wightman v. Consolidated Rail Corp.*, 86 Ohio St.3d 431, 715 N.E.2d 546 (1999) などにおいて、被害者の寄与過失が減額の対象になるか否かなどが争点になっている。また、この点に関する研究文献として、Ellen M. Bublick, *The End Game of Tort Reform : Comparative Apportionment and Intentional Torts*, 78 Notre Dame L. Rev. 355, 367-68 (2003) ; Henry Woods & Beth Deere, *Comparative Fault* § 7.1 (3d ed. 1996) ; Allan L. Schwartz, *Annotation, Applicability of Comparative Negligence Principles to Intentional Torts*, 18 A.L.R.5th 525 (1995) を参照。

¹⁵ 274 Ga. App. 180, 617 S.E.2d 163 (2005) .

¹⁶ 124 P.3d 283 (Wash. 2005) .

していたと主張している。合衆国地方裁判所は、Washington Tort Reform Act のもとで、性的暴行の被害者である 13 歳の子供に対して寄与過失を査定できるのかどうかについて、ワシントン州最高裁に意見確認をした (certified)。

ワシントン州の最高裁は、法律問題として、16 歳以下の子供が、このタイプの関係に参加したことについて寄与過失を斟酌されることはない、と結論付けた。学生は同意する能力に欠け、性的乱暴から自身を守る法的な義務も有していない、というのがその理由である。社会的な利益が刑法で具体化され、性的暴行から未成年を保護することにしているが、その社会的利益は、成人の加害者か、加害者の行為をコントロールする立場にある第三者によって子供に損害が生じている場合には、私法領域でも同様に適用されなければならない。第二に、学校で学生が自身を性的暴行から守る義務があるとする考え方は、未成年の学生を保護するという高度化されて厳格な義務を学校が有しているという十分に確立された法律と相反することになる。最高裁は、意見確認に対して否定的な回答をした。

【Shin v. Sunriver Prep. Sch., Inc.事件】¹⁷

原告は、約 140 名規模の学生が所属する私立の寄宿学校 (boarding school) に入ったが、その学生のうちの少数は原告を含めて国際プログラムの一環として海外から来ている者であった。その留学生のほとんどは学校が所有する国際交流会館に宿泊していたが、ホームステイなどの他の居住スタイルは学校の裁量で可能であった。原告は、入学後、被告の校長の許可を得て、被告の物理学の非常勤教師である A のところにホームステイすることになった。ホームステイをする時、A、原告、そして原告の父親はホームステイ契約を締結し、原告は A の厳しい監督下で生活するようになった。原告が A の家に引っ越してから間もなく、A は原告が落ち込んでいることに気付き、ホームドクターのところに連れて行ったが、原告が性的虐待に苦しんでいることを示すようなことについて原告は何も言わなかった。しかし、その後、原告の落ち込みは次第に激しくなったため、A は原告と会話をした結果、原告の父親は自分や弟、そして母親を繰り返して殴打し、4 歳の頃から継続的に原告に対して性的暴行を加えていたことが明かされた。A はすぐに州政府に虐待を報告し、州の職員は児童虐待などのカウンセリングと治療を行っている KIDS センターを紹介し、KIDS センターの職員は、州警察に電話するように A に助言をした。しかし、その後も出身国からアメリカに来る父親による性的暴力が何度かあり、原告自身の素行も悪くなったため、被告は原告を除籍処分にした。そこで、原告は、A を通じて被告が、父親の訪問中に原告を適切に監督できなかったなどと主張して、損害賠償請求訴訟を提起した。陪審裁判で原告は勝訴したが、被告は、故意の不法行為を行った第三被告である原告の父親の過失と、被告の過失を比較するように陪審に説示をするのを事実審が拒否したことに誤りがあるなどと主張して控訴した。

オレゴン州の控訴審は、故意行為は、何らかの過失とは質的に異なっており、単なる

¹⁷ 199 Or. App. 352, 111 P3d 762 (2003) .

negligence や重過失から recklessness に至るまでの fault の連続体として Negligence は構成されているが、故意行為はその連続体の中には含まれないため、単純に比較することはできないので、過失不法行為者としての被告と、故意不法行為者としての父親との間で過失を比較することはできないこと、そして、オレゴン州の改訂法令集 (Or. Rev. Stat.) § 31.600 とその関連法令における Fault には、寄与過失が抗弁にならないとする故意行為を含んでいないとして、故意不法行為の場合に原告の過失を斟酌しなかった事実審判決を支持した。

さらに、いくつかの州では、比例的な責任分割制度につき、判例法が立法化されており、そこでは、被告の責任が willful か reckless による場合には、原告の損害額は減額されない、とされている¹⁸。そして、被告が原告を殴打して損害を与えたとしても、被告を事前に挑発していた原告の過失は、賠償請求を減額することにはならないとされている。この点に言及している裁判事例として次のようなものがある。

【Whitlock v. Smith 事件】¹⁹

負傷した被告も不法行為者である原告もともにトラックの運転手で、彼らはバーにおいて口論になった。現場にいた誰もが認める事実として、被告が原告を殴り負傷させ、原告は頬骨を骨折したということがあげられた。だが被告は、原告を殴ったのは自己防衛であると主張した。

アーカンソー州の控訴審は、比較過失法理について陪審に説示した点に事実審に誤りがあったとはせずに、本件は過失が問題になっている訴えではなく、単なる暴行事件であり、事実審は、暴行の訴えに対する比較過失法理を制限する裁量権を適正に行使している、とした。被告の主張を認めず、原告勝訴の事実審判決を認容した。

【Landry v. Bellanger 事件】²⁰

¹⁸ たとえば、自動車同士が衝突した事故で、運転していた原告とその父親が、被告である運転手を相手に、被告には reckless があったとして懲罰的損害賠償請求訴訟を提起した事例である *Matthiessen v. Vanech*, 266 Conn. 822, 836 A.2d 394 (2003) において、Conn. Gen. Stat. § 52-572h(o) が適用されている。また、飲み屋での喧嘩によって負傷をした原告が故意の加害者であった被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した事例である *Daniels v. Essex Ins. Co.*, 890 So.2d 599 (La. Ct. App. 2004) では、La. Civ. Code Ann. Art. 2323(c) という立法が問題になっている。これらの制定法ではともに、負傷、死亡、あるいは、財産上の損害を受けた者に過失がある場合でも、故意の加害行為が関与している場合には、被害者の損害賠償請求は減額されるべきではない、とされている。

¹⁹ 297 Ark. 399, 762 S.W.2d 782 (1989) .

²⁰ 851 So.2d 943 (La. 2003) .

原告である常連客が、飲み屋にいた被告である加害者に声をかけた上で胸を突いた後、被告は常連客を外に呼び出した。原告はさらに被告の胸をドンと突いたため、被告は原告の頭を一度殴った。このため、原告は負傷をし、負傷によって生じた損害の賠償を求めて訴訟を提起した。事実審は、故意不法行為の場合、原告の賠償額は減額されないとして、原告勝訴の判決を言い渡した。

ルイジアナ州の第1巡回控訴裁判所は、ルイジアナ州は battery 事例における誘発行為について賠償額に制限をかけており、さらに、1996年にはルイジアナ市民法が修正されて、故意不法行為に対する比較過失の抗弁が排除されていると述べた上で²¹、被告は自己防衛として行動した結果、原告の負傷を引き起こしてしまったのだから、原告の賠償請求は禁じられる、とした。控訴審は、比較過失法理のもとで Aggressor 法理²²がもはや適用不能となっているとして、原告と被告の間で過失を分配した事実審判決を破棄し、被告勝訴の判決を言い渡した。

このように故意不法行為を受けた原告が被告による故意不法行為を誘発した場合、比較過失法理の適用が、Whitlock 事件では否定され、Landry 事件では肯定される、という結果になっている。この結論の違いは、原告による挑発という行為をどのような性質の行為として理解するか、という判断の違いによるものと言える。つまり、Whitlock 事件では、原告による挑発行為は過失によるものと認定され、原則通り故意不法行為の場合には比較過失法理の適用は否定されるという結論になっているが、Landry 事件では、原告による挑発は重大な過失ではなく、意図的なものであったと認定されたため、被告による故意不法行為との比較検討が妥当であると判断されているのである。

第4節 故意不法行為事例における比較過失法理の適用

数は少ないが、裁判所の中には、故意の不法行為者にも賠償責任を分配するのに、比較過失法理を適用することができる、としているものがある。では、どのような場合に比較過失という抗弁が故意不法行為事例において認められているのか。結論を言えば、非難可能性 (culpability) が高い原告による行為が関与している場合や、逆に、原告よりも非難可能性

²¹ La. Civ. Code Ann. Art.2323(c) を参照。

²² Aggressor 法理とは、行動や言葉で他人を挑発して紛争に巻き込むことに関するルールの中で、被告が原告に抗うために過度な力ではなく、合理的な人間であれば自身を保護するために物理的な力を行使するであろうという程度の方法を被告がとった場合に、原告による損害賠償請求を認めないという法理のことである。被告を駆り立てる行為は、暴行行為の一種と言えるが、暴行行為そのものである必要はない。言葉や行動で挑発しているという事実だけで成立しうるとされている。Garner, *supra* note 11 at 83.

の低い被告による故意不法行為が関与している場合であるとまとめることができる²³。高い非難可能性の認められる原告による行為の例として、たとえば、前述した Whitlock 事件のように、被告による加害行為が行われる前に、原告自身による何らかの誘発的な行為がある場合が挙げられる²⁴。また、低い非難可能性の被告による故意不法行為の例としては、たとえば、子どもによるいたずらのような故意不法行為²⁵とか、損害を与える意図が必ずしも要求されていない財産権に対する侵害行為²⁶のような事例があげられる。

²³ Kenneth W. Simons, A Restatement (Third) of Intentional Torts?, 48 Ariz. L. Rev. 1061 (2006) ; Bublick, supra note 14 at 368-69 を参照。

²⁴ この事例に該当する裁判事例として、Bonpua v. Fagan, 253 N.J. Super. 475, 602 A.2d 287 (1992) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。ある酒屋の裏にある駐車場で激しい口論になった結果、不法な身体的接触 (assault and battery)、あるいは、他方当事者による行為によって身体に負傷が生じたとして、原告が被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。訴訟上の主な争点は、被害者に寄与過失がある場合、被害者の損害賠償請求は禁じられているか、それとも、減額されるべきなのか、であるというものであった。なお、被告は、この喧嘩に関する事件で、加重暴行 (aggravated assault) として有罪判決を受けている。ニュージャージー州の事実審は、部分的に原告の申立てを認め、寄与過失という被告による積極的抗弁を否定して、原告勝訴の判決を出した。この事実審判決に続いて最高裁は、Blazovic v. Andrich, 124 N.J. 90, 590 A.2d 222 (1991) において、故意不法行為に対して比較過失法は適用されると判示しているので、被告の行為が過失か故意かにかかわらず、すべての当事者の過失を分配することを陪審に要求していると言える、とした。また、Blazovich 事件の最高裁判決では、刑事事件の有罪判決を受けている故意の不法行為を行った被告が、比較過失法に基づいて積極的抗弁を主張することから禁じられるべきとする理由は見当たらない、とも指摘されている。被告が刑事事件で有罪判決を受けたかどうかではなく、当事者の行為の性質を根拠にして、故意不法行為者による積極的抗弁を主張の可否を考えるべきとして、原告勝訴の事実審判決を棄却して、事案を差し戻した。

²⁵ ほとんどの事例では、有責性が低いという評価までには至っていないが、比較をするに値する適切な事情がある可能性はある、と指摘されている。William J. McNichols, Should Comparative Responsibility Ever Apply to Intentional Torts?, 37 Okla. L.Rev. 641, 644-46 (1984) では、子どもによって行われた故意不法行為事例についての考察がなされている。

²⁶ たとえば、Shields v. Cape Fox Corp., 42 P.3d 1083, 1088 (Alaska 2002) がこの事例に該当する。なお、Jake Dear & Steven E. Zipperstein, Comparative Fault and Intentional Torts : Doctrinal Barriers and Policy Considerations, 24 Santa Clara L. Rev. 1, 32-38 (1984) では、生活妨害事例での抗弁として、原告の過失を示唆している。

前述の Shields v. Cape Fox Corp., 42 P.3d 1083, 1088 (Alaska 2002) は、次のような裁

このように被告による故意不法行為の中で、比較過失法理の適否を区別することに対しては批判がある。たとえば、乗り物を運転するような行為自体は、そのままでは不法行為性は認められない。しかし、裁判事例の中には、被告によって不合理な危機が創造されて、不法行為性を有するに至るものも存在することを示しているものがある。たとえば、一般道を高速で車を走らせる行為がまさにこの例に当てはまるが、それでも故意に高速で走ったとしても、もし被告が傷害を与えることを意図していたり、確実に傷害を与えると思っていたりしていなければ、故意不法行為にはならない²⁷。つまり、どれだけ非難可能性の高い行為

判事例であった。観光客に商品を販売している被害者が経営する店の一つである A 店は、1995 年と 1996 年に損失を受けたが、その他の年では利益をあげていた。Shields は 1993 年から 1996 年まで A 店を管理していたが、1995 年と 1996 年は彼女の経営はより独立したものになっていた。また、Shields の義理の兄は、A 店の取締役であった。被害者は A 店の損失について、Shields とその義理の兄に対して、店の営業に関する過失、横領 (conversion)、そして信認義務 (fiduciary duty) 違反を理由に、損害賠償請求訴訟と懲罰的損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告勝訴の特別評決を出した。その結果、補償的な損害賠償額として、被告である Shields に対して 35 万ドル、義理の兄に対して 32 万ドルを認めた。被告側は、陪審に対して比較過失法理に関する説示がなされるべきであったなどと主張して上訴した。アラスカ州の最高裁は、他人の財産権に対する侵害があまりにも重大であるとするには、加害者が財産権の全価値を他人に支払ってしまうように、他人の財産権行使を意図的に行使することが要求される、と述べた。本件の被告は、店の資産を意図的に管理しているため、その管理に関する過失によって生じた損害に対して責任を負う可能性があり、横領における過失は、AS (Alaska Statutes) 09.17.900 の適用対象になるので、比較過失法理について事実審は陪審に説示しなければいけないとした。また、義理の兄に対する信認義務 (fiduciary duty) 違反は、契約法と不法行為法のハイブリッド訴訟の問題であるが、受託者の信認義務は適正な注意義務 (due diligence) を要求している以上、過失基準が適用されると言えるので、比較過失法理の適用対象にするべきであるとした。このため、最高裁は、比較過失法理についての説示を陪審にしていないことに事実審には誤りがあり、比較過失法理に関する証拠もあり、適用される法令は明らかに比較過失法理の説示を要求しているとして、事実審判決を覆して差し戻した。

なお、この裁判事例と関連する論文として、Simons, *supra* note 23 at 1061; Ellen M. Bublick, *A Restatement (Third) of Torts : Liability for Intentional Harm to Person – Thoughts*, 44 *Wake Forest L. Rev.* 1335 (2009) がある。

²⁷ その他の事例として、看守が意図的に囚人に医療的な配慮をすることを拒絶していたという場合をあげて、もし被告である看守が原告である囚人に傷害を与えることを意図していたとか、原告の負傷は確実だったと原告が主張しなければ、その主張は過失に関する訴えとなり、その結果、原告の寄与過失によって、被告の責任は減じられることになる、と Dobbs は説明している。Dobbs, et al., *supra* note 1 at 808.

を行っていても、発生する結果に対する認識や認容がなければ、故意不法行為責任は発生しないのだから、非難可能性の高さを問題にする必要はないのではないか、というわけである。

この非難可能性の高さの問題と、加害行為によって生じると想定される結果に対する認識と認容の問題との間に関連性が本当にあるのかという疑問の余地は残されているが、発生するであろう結果に対する認識と認容が故意の構成要素となっているとすると、故意の不法行為者には意図した結果に対してそのまま責任を負ってもらうのが自然であると言える。ただ、非難可能性の高い原告の行為としてあげられている挑発、誘発的な行為の場合は、日本法においても、過失相殺法理の適用の可否については慎重に検討しなければならないであろう。

第5節 故意不法行為における道德問題と免責 (privilege)

故意不法行為の事例の中には、数はすくないが、道德的には問題にならない財産権への侵

そして、この看守と囚人との関係性は、警察官と被逮捕者との関係においても認められる。この警察官と被逮捕者に関する裁判事例として、*Del Tufo v. Township of Old Bridge*, 685 A.2d 1267 (N.J. 1996) がある。この裁判事例の内容は次のようなものである。警察官が事故処理に対応していたとき、運転手が自分の車で、その警察官が使用していたパトカーに衝突した。そこで、その運転手は逮捕されたが、そのとき警察官が、医療的な注意が必要な状況にあるのかどうかを聞いたが、運転手は「ない」と応えた。しかし、運転手は拘留されている間に倒れて、致死量のコカイン摂取が原因で死亡した。その摂取は逮捕前に行われおり、警察官はそれに気づいていなかった。この運転手の遺産管理人が原告となって、町、警察署、そして警察官を被告にして損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、警察官が迅速に医療援助をしなかったことが、運転手の死亡の実質的な要因であるとして、原告に30万ドルの損害賠償請求を認めた。事実審は、コカインの過剰接種をした運転手に即時の医療提供をしなかった警察官の過失に基づく不法死亡訴訟の場合、比較過失法理に基づく抗弁ができないとして、陪審に比較過失法理の説示を拒否していた。ニュージャージー州の最高裁は、運転手が逮捕前に意図的にコカインを接種したことが、運転手の死亡を引き起こしていることは間違いなので、薬物を接種している事実を知らされていなかったとしても、即時の医療援助をしなかったという警察官の過失と、死亡した運転手の過失を比較検討するように陪審は指示されるべきである、とした。つまり、法の執行官としての警察官には、被逮捕者に救急医療を提供する義務があるが、*Del Tufo* 事件では、運転手の言動や乗車していた自動車内部の状況から、警察官は薬物使用のおそれを感じることができたため、救急医療の提供が必要ではないかと思えたはずだが、警察官には、被逮捕者を死亡させたり、症状を悪化させたりするという意図はまったく認められなかったため、willful な行為であったと評価できるが、故意行為としては認められないとしたのである。

害行為を意図的に行っている、という場合も存在する。たとえば、ハンターが合理的に確信をしてオオカミと思っていた動物を意図的に射殺したら、それは原告の犬だった、という場合である²⁸。もし、この事例で、被告に故意責任があるとされると、その結論には、合理的妥当性があるとは、少なくともアメリカ社会においては言えないようである。何故なら、原告には犬を放置していたという過失責任が認められるが、被告には道徳的に何も問題はないから、とされているからである²⁹。

しかしながら、Dobbs は、Hollister が提示した事例に対して、もし被告が道徳的に責任はなかったとしても、おそらく責任がまったくないとされるべきではない、という意見を述べている。もし、何らかの理由で、道徳的に問題であるとされた場合でも、損害賠償請求訴訟の中で、比較過失法理を使って損害を減じるなどして、結論を出すべきである、と³⁰。ただし、Hollister が提示している他の故意不法行為の場合には、異なる結論を Dobbs は出すかもしれない、と Hollister は述べている³¹。

そして、他の故意不法行為事例の中には、被告による免責に関する主張が、通常の過失問題とは区別される場合がある。たとえば、故意による暴行事件において、被告が自己防衛として行ったという場合には、防御する必要があると判断した被告の合理性と、防御に必要とされた力の大きさという合理性との相対的判断が必要になってくる。また、警察官による逮捕の事例において、被逮捕者が虚偽逮捕であったと主張したとしても、被告である警察官が

²⁸ Ranson v. Kitner, 31 Ill. App. 241 (1888) は、狼と間違われて殺された犬の価値に関する損害賠償請求訴訟において、勘違いから生じた損害に対して被告には責任があると裁判所が認定した事例である。

²⁹ Gail D. Hollister, Using Comparative Fault to Replace the All-or-Nothing Lottery Imposed in Intentional Torts Suits in Which Both Plaintiff and Defendant Are at Fault, 46 Vand. L. Rev. 121 (1993) を参照。

³⁰ Dobbs, et al., supra note 1 at 809.

³¹ 前掲注・29 の論文において Hollister は、4つのカテゴリーに分類している。

- 1、被告が合理的に信じたために、自身の行為の違法性や悪性がなくなった場合。
- 2、被告の行為が損害を与え得るものだが、それでも実行する権利があると信じた場合。
- 3、被告が損害を与えることを意図したが、実際に生じた損害が意図したものとは異なっている場合。
- 4、被告が生じた損害を意図していたが、自分は免責されると信じていた場合。

Hollister は、被告が原告に損害を与えたいと思ったり、損害を与えても免責されることはないと思っていた場合、また不法行為を行うにあたり、既存の過失を被告が利用した場合には、被告が原告の寄与過失を主張することはできないとすべき、と論じている。そして、被害者による挑発行為 (provocation) があった場合には、その行為を比較過失法理の適用対象として考慮すべきである、とも述べている。

逮捕の相当理由 (probable cause) を主張した場合、警察官の責任の有無は最終的には、警察官が逮捕するにあたって合理的な理由があったかどうか、で決まることになる。場合によっては、警察官による逮捕の合理性は、被逮捕者が犯している罪が客観的に示している非難可能性との比較検討によって、決められる場合もあると言える³²。

第6節 故意と過失が競合する場合

これまでも何度か触れているように、故意不法行為事例における比較過失法理の適用については、ほとんどの州では、故意不法行為と過失不法行為の比較をすることは認められていない³³。故意不法行為事例で比較過失法理の適用を否定している裁判事例として、次のよ

³² たとえば、この裁判事例として、Garcia v. Gordon, 98 P.3d 1044 (N.M. Ct. App. 2004) がある。この裁判事例は次のようなものであった。被告であるバレンシア郡の保安官は、原告の女友達に交通違反のチケットを発行するため、女友達の車両を道路の端に寄せさせて、その後ろに被告は停車した。原告は、この二台の車両を追い越して、女友達の車両の前に駐車してから降りて、女友達の車両に近づこうとしていた。被告は、車両の中で違反チケットに記入していたため、原告が誰であるかわからず、原告に対して車両内から拡声器で戻るように指示した。しかし、原告はそれに従わず、女友達の車両になお近づこうとした。なお、女友達も、原告に戻るように腕を使って示していた。被告は、原告の耳は聞こえないか聴覚障害であると判断し、警察車両から降りて、原告に指をさして自分の車両に戻るように何度か指示した。原告はなおもそれを拒否して、何故、女友達が止められているのかを説明するように被告に求めた。原告は耳が聞こえない者であったので、大きな声で被告に話かけ、多少攻撃的な仕草を示したため、原告が被告から数分以内に立った時に、被告は原告を抵抗あるいは公務執行妨害で逮捕した。そこで、原告は、誤認逮捕と不法監禁を理由に、被告である警察官、郡の警察署、そして郡に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告に誤認の逮捕と投獄をしたと事実認定して、5万5000ドルの損害を認め、さらに、被告には75%、原告には25%の過失があるとして、原告に4万1250ドルの損害賠償請求を認めた。原告は、被告による誤認の逮捕と投獄は故意不法行為にあたるため、故意不法行為によって全部ないし一部の賠償額を減額するための抗弁として比較過失法理を利用することはできない、として控訴した。ニューメキシコ州の控訴審は、原告が被告に抵抗または公務執行を妨害したと被告が判断したことは不合理であるが、被告が怪我や損害を原告に与える意図で行動したという事実を陪審は認定していないので、本件において比較過失法理を適用しても、公序良俗に抵触することはないとして、事実審判決を支持した。

³³ 本文以外の裁判事例として、Wood v. Groh, 7 P.3d 1163 (Kan. 2000) がある。この事例は次のような内容のものである。原告は未成年者である娘とその両親である。原告の娘は、パーティーにピストルを持ってきていた未成年者 (男性) によって、偶発的に撃たれ

うな裁判事例がある。

【Brandon v. County of Richardson 事件】³⁴

被害者は、二人の男によって監禁された上で暴行を受け、レイプされた。その際、二人の加害者は、「監禁レイプをしたことを誰かに告げたら、殺すぞ」と被害者に脅していた。その後、被害者は何とか監禁から逃れることができ、County of Richardsonの警察官に、被害を受けたことを告げた。この警察官は、二人の男が誰であるかを特定でき、しかも二人の犯罪歴と、被害者が脅威にさらされていることを知っていたが、実際に逮捕をしなかったし、逮捕をしなかったことを被害者に通知することもしなかった。被害者は、この二人の男によって射殺された。この二人は後に、殺人罪で有罪判決を受けている。そこで、被害者の母親である原告は、郡に対して、自分の娘を守らなかったことにつき、不法死亡訴訟を提起した。また、郡の警察官に対して原告は、死が差し迫っている不安と恐怖を故意に被害者に与えたという精神的苦痛に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、郡には過失があったと認定し、86223 ドルの損害賠償請求を認めた上で、85%の減額をした。そして、精神的損害に関する訴えについては認めなかった。そこで、原告は、二人の犯人による故意不法行為のために損害賠償額を85%減額することに誤りがあり、警察官による事情聴取は極端で法外なものであるとして、精神的苦痛に対する損害賠償請求を認めなかったことにも誤りがあるとして上訴した。

ネブラスカ州の最高裁は、被告である郡には被害者を守る義務があり、その義務を履行しなかったという事実認定をし、そして、故意不法行為者の行為に対する損害額の割り当てを比較過失法は認めていないとして、損害額の減額をした判決部分を破棄した。また、警察官の行為が極端に悪意のあるものであれば、被害者が受けた損害に対して賠償額がゼ

重傷を負ったため、原告はその未成年者の両親を被告として損害賠償請求訴訟を提起した。原告は、被告の親の監督義務の過失と、銃の安全保管措置についての過失を理由に損害賠償請求をした。陪審は、原告勝訴で、およそ10万9000ドルの損害賠償請求を認める判決を出したが、被告には10%の過失、原告である娘には20%の過失があると認定した。また、加害者である未成年者自身は訴訟当事者にはならなかったが、70%の過失があるとされた。カンザス州の控訴審は、被告には銃の誤用を防止する高度な義務が課されていると認定しつつ、事実審判決を破棄し差し戻した。その理由を次のように述べた。銃はカギのかかったキャビネットに仕舞われていたが、未成年者がスクリードライバーを使って、簡単にそのキャビネットをこじ開けていた。そして、たとえ銃弾が違う場所で管理されていたとしても、未成年者が同じように触れることができるという状態にあった。そこで、控訴審は、銃の管理につき被告が高度な注意義務を払っていたかどうかについて事実認定をする必要があるため、というものであった。

なお、この判決についての論文として、Bublick, *supra* note 14 at 355 がある。

³⁴ 261 Neb. 636, 624 N.W.2d 604 (Neb. 2001) .

ロというのは良心の呵責を覚えるため、被害者が精神的に厳しい苦痛を受けたかどうか、そして、もし与えていたとしたら、警察官の行為との間に法的因果関係があるかどうかを確定するため、被害者に対する賠償額を再度確定するために、差し戻した。

この Brandon 事件の最高裁判決では、原則として、故意不法行為事例の場合、比較過失法理が適用されないとされている。しかし、少なくとも、次の三つの場合では、故意行為が含まれている場面でも、比較過失法理が適用されうるようである。

- 一 原告と被告がともに故意の不法行為者である場合
- 二 原告が故意の不法行為者で、過失の被告によって負傷した場合³⁵
- 三 被告のうちの1人が過失で、もう1人が故意である場合

このうちの三の場合は、各被告の責任分担の問題が生じる。さらに、三に属する場面として、

- 1 各被告は独立して行動したが、そのうちの一人の被告による故意不法行為によって1個の結果が引き起こされた場合
 - 2 過失のある被告が、他の者の故意不法行為を引き出す危険性を有している場合
- という二つの分類がさらになされている。

また、州の中には故意と過失の不法行為の比較を認めるところもあるが、そのほとんどの事例が、先の分類でいう三の1にあたる、二人の被告のうち一人が故意、もう一人が過失である場合の比較の事例である³⁶。この裁判事例としては、次のようなものがある。

³⁵ この場合、故意の原告は賠償請求が禁じられている場合もあるし、原告や原稿の行為に関連する政策の強さによって、全額の賠償請求が認められている場合もある。

³⁶ 本文に掲載した裁判事例以外のものとしては、Blazovic v. Andrich, 124 N.J. 90, 590 A.2d 222, 18 A.L.R.5th 1031 (1991) がある。この事件の内容は次のようなものであった。常連客である原告はレストランでの喧嘩によって負傷したことにつき、被告であるレストランオーナーと複数の加害者に対して損害賠償請求訴訟を提起した。原告の負傷を生じさせるのに意図的に行動した者の中には、裁判の前に和解した者もいた。事実審は、Comparative Negligence Act, N.J. Stat. Ann. § 2A: 15-5.1 を根拠にして、他の加害者の故意行為と原告の過失行為は比較されえないとして、原告と被告の間で過失の比較だけをできるように陪審に説示した。しかし、控訴審は、故意の不法行為者を含めずに責任が分けられるのは不正確であると認定したため、原告が上訴した。ニュージャージー州の最高裁は、原告と被告の間だけで全過失を配分している評決は、原告の負傷に対する非難の度合いを明らかにする当事者の寄与度を無視することになり、不完全であると認定して事案を差し戻し、和解した故意の不法行為者の責任を含めた賠償責任を各当事者間で分けるべきである、とした。

【Weidenfeller v. Star & Garter 事件】³⁷

暴行の被害者である原告は、被告である酒屋の所有者とその他の者の駐車場で襲われた。そこで、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。原告の主張によると、彼らは適正な照明や安全措置を用意しなかったことが負傷に実質的につながった、というものであった。陪審は、被告の過失は原告の負傷を引き起こしており、襲撃した者に75%、被告らに20%、そして原告に5%の寄与を認め、賠償額を減額するために割合を用いた。被告は控訴し、原告は交叉控訴した。

カリフォルニア州の控訴審は、事実審が適正に修正案 51、Fair Responsibility Act of 1986, Cal. Civ. Proc. Code § 1431 を適用しているという理由で、事実審判決を認容した。さらに、この 1431 条が、故意の行為者である襲撃者の責任を、過失不法行為者である被告に移行するのを原告に認めていないが、最終的に、陪審は比較過失の基準を適正に適用し、不法行為者の行為を比較することを十分に行っている、とした。

【Reichert v. Adler 事件】³⁸

酒屋の従業員は、被害者と襲撃した二人との間に発生した喧嘩を傍観していた。襲撃した者は酒屋の常連客だったが、従業員たちは喧嘩を止めようとも、警察を呼ぼうともしなかった。その後、被害者が襲撃した者によって撃たれて殺害されたが、襲撃した者はその場から逃げて逮捕されなかった。そこで、被害者の遺産管理人が、酒屋のオーナーを被告にして不法死亡訴訟を提起した。事実審は、全賠償額に対して被告が責任を負うという判決を出した。被告は控訴し、控訴審は被告が損害に対して連帯責任を負うことはできないと認定して、事実審判決を破棄した。

ニューメキシコ州の最高裁は、控訴審判決を認容した。最高裁は、予見できる損害から被害者を守ることをしなかったという被告の過失と、襲撃者の故意行為とが比較されるべきで、それによる比例的に出された責任に対してだけ被告は責任を負う、とした。最高裁は、全損害に対する被告の連帯責任に関する判決部分を破棄した控訴審判決を認容した上で、差し戻した。

【Hutcherson v. City of Phoenix 事件】³⁹

市が受けた 911 コールで、被害者は、自分の前のボーイフレンドが自分と新しいボーイフレンドを脅していると述べた。そこで、911 のオペレーターは彼女の住所を得て、警官を送ったと説明をした。そして、もし加害者がしばらくして再度現れたら、すぐに電話をし直すようにとも言っていた。だがオペレーターは、その電話を一番プライオリティの低いランクに位置づけていた。警察署によると、オペレーターは、警察無線部門にその 911

³⁷ 1 Cal App.4th 1, 2 Cal. Rptr. 2d 14(1991).

³⁸ 117 N.M. 623, 875 P.2d 379 (1994) .

³⁹ 192 Ariz. 51, 961 P.2d 449 (1998) .

に関するカードを用意して差し込んでいなかった。その電話の後 22 分が経過した頃に、加害者が被害者のアパートに侵入してきたため、被害者は再度 911 に電話連絡をしたが、被害者とボーイフレンドは殺害された。そこで、被害者の母親である原告は、救急番号を取り扱うのに過失があったとして被告である市に対して不法死亡訴訟を提起した。陪審は、市には過失があったとして、市に対して 75% の責任を割り当てる、という認定をした。控訴審は、賠償額の減額に対する原告側の主張を認めなかったため、原告は上訴した。

アリゾナ州の最高裁は、Uniform Contribution Among Tortfeasors Act, Ariz. Rev. Stat. §§ 12-2501~12-2509 (1994) を根拠に、陪審は故意不法行為事例においても過失を査定することができるとし、被害者に生じた賠償額の中の 75% は市に、殺害者には 25% の責任がある、と裁判所は判断した。最高裁は事実審の判決を認容した。

【Rodenburg v. Fargo-Moorhead Young Men's Christian Ass'n 事件】⁴⁰

原告は体育施設内にいるときに撃たれた。そこで原告は、銃を発砲した者と体育施設の管理者を相手にして損害賠償請求訴訟をノースダコタ州の地方裁判所に提起した。陪審は、施設管理者には過失はなく、発砲した者に 100% の過失があり、それが原因で原告は負傷したとして、発砲をした者に対する損害賠償請求のみを認める評決を出した。そこで、原告は、発砲した者の故意不法行為と体育施設管理者の過失不法行為とを比較することを陪審に事実審が説示したことにつき誤りがあると主張し、上訴した。

ノースダコタ州の最高裁は、過失不法行為者の責任と故意不法行為者の責任とを比較することについて、North Dakota Century Code § 32-03.2-01 と § 32-03.2-02 において認められており、これが州議会の意図であるため、事実審が過失不法行為と故意不法行為を比較するように陪審に説示をしたことに誤りはなかったと判断した。

故意の被告の行為と過失の被告の行為とが結びついている場合に、過失の被告に割り当てられる損害の割合を、相対的に減じて考えるという方法も理論的にはあり得るが、実際に裁判所は、故意不法行為があるため、自分の損害賠償責任を減ずるべきと過失不法行為者が主張する場合に、過失不法行為者を有利にするためにこのアプローチを採用する必要はないとしているものがある⁴¹。さらに、原告の過失が争点になっていない場合ではあるが、故

⁴⁰ 632 N.W2d 407 (N.D. 2001) .

⁴¹ たとえば、この点に関する裁判事例として、Thomas v. Duggins Const. Co. Inc., 139 Cal. App. 4th 1105 (Cal. App. 2006) がある。この事例の内容は次のようなものであった。シザーリフトという自動車整備機器が整備中に崩壊し原告が負傷したため、負傷した原告が、雇用主と販売人を被告として損害賠償請求訴訟を提起した。カリフォルニア州の第一審では、原告勝訴の判決が出された。陪審は、雇用主と販売人に対してそれぞれ 40% の責任、被告である販売者の従業員には合計 20% の責任があると事実認定をした。また陪審

意の被告とそれ以外の被告との間の責任分配が審査された裁判事例もある⁴²。だが、被告間での責任分配の場面ではなく、原告と被告の両者間での比較の場面では、被告に故意がある場合には、原告に過失があっても、被告の責任を減じることを認めていない⁴³。実際に、

は、販売人の従業員は、原告の雇用主に対して機器について意図的に虚偽の説明をしたと認定している。被告は、Fair Responsibility Act of 1986 とその趣旨を規定した Civ. Code, § § 1432~1431.5 で明文化されている責任分配がなされるべきという主張をした。この Fair Responsibility Act of 1986 とは、身体的、精神的苦痛という非経済的損害に対しては比例責任が認められるが、経済的損害については共同責任が認められる、という内容の法律である。なお、カリフォルニア州では現在、B.B. v. County of Los Angeles 471 P.3d 329 (2020) によって例外が用意され、複数被告の一人が故意不法行為を行った場合には、非経済的損害でも全額負担しなければいけない、という例外ルールが定立されている。事実審は被告の主張を否定し、原告の損害全額に対して販売人が責任を負うという判決を出した。そこで被告が控訴した。カリフォルニア州の控訴審は、故意不法行為者と過失不法行為者に対して比例的な責任分担をすると考えると、故意不法行為者はその意図的な行為によって生じた経済的負担を負担すべきであるという常識的概念に反することになるし、比較過失法理は故意不法行為者の責任を軽減するものではないので、原告の寄与過失は被告の抗弁にはなり得ない、と述べた。そのうえで、被告は雇用の範囲内で職務に関連する従業員のすべての行為に対して責任を負うので、従業員の故意行為に対する被告の代位責任は成立することになるため、Fair Responsibility Act of 1986 と Civ. Code, § § 1432~1431.5 のもとでは減額されないとして、原告の非経済的損害を比例分配するのに事実審が消極的であることは正しいと述べて、控訴審は事実審の判決を認容した。つまり、原告の寄与過失を反映して故意の被告の責任を減じることを禁じるという抑止や応報を考慮する政策は、二人以上の被告が損害に寄与した場合の非経済的損害に関する責任割合の場面でも、問題になり得るということが 2006 年の段階ですでに支持されているのである。

その他、この判決内容に関する研究論文として、Bublick, supra note 14 を参照した。

⁴² Weidenfeller v. Star & Garter, 1 Cal App.4th 1, 2 Cal. Rptr. 2d 14(1991) では、陪審は、原告に対して 5%の過失、原告を保護することができなかったことにつき 20%、そして故意の被告に対しては 75%の寄与を認めている。

⁴³ 数は少ないが、故意の不法行為と過失の不法行為との比較を認めている裁判事例も存在する。たとえば、Martin v. United States, 984 F.2d 1033, 1039-40 (9th Cir. 1993) である。この事例の内容は次のようなものである。被害者、その姉妹、そして母親は、政府によって運営されているデイケアセンターから外出している間に発生した被害者のレイプ事件に関連する政府の過失、そして、母親と姉妹が受けた精神的苦痛に対する過失に対して、Federal Tort Claims Act, 28 U.S.C.S. § § 1346(b)と 2671-80 のもとで、政府を相手取り損害賠償請求訴訟を提起した。連邦地方裁判所は、母親と姉妹の訴訟を却下し、Cal. Civ. Code § 1431.2(a) のもとで、故意のレイプ犯と政府との間で責任を分割せずに被害者

Heiner v. Kmart Corp.事件⁴⁴では、被告の故意不法行為に対する抗弁として、原告の過失を主張することが否定されている。その他の多くの裁判事例でも、故意不法行為に対する抗弁として比較過失を否定するものが多い。なお、この点に関するリステイトメントとして、第三次不法行為法リステイトメント § 1 rptr. comment c⁴⁵がある。

に対する損害賠償請求を認めた。連邦控訴裁判所は、一部認容、一部破棄の判決を出した。その理由として、まず、母親と姉妹は過失のある被害者でも傍観者でもないのだから、彼女らの主張を認めなかった地方裁判所の判断は適切であり、そして被害者のレイプから生じた精神的苦痛から彼女らを保護する義務は政府にはない、という点を指摘した。だが、カリフォルニア州法である Cal. Civ. Code § 1431.2(a) のもとで、損害額が分割される必要はないと地方裁判所が判断したことには誤りがあるとして、故意のある不法行為者と過失のある不法行為者との間で損害額が分割されるべき、と控訴審は判示した。

⁴⁴ 100 Cal. Rptr. 2d 854, 864 (Ct. App. 2000) . この事件は次のような内容のものであった。原告である歯科医は、K-mart で購入した携帯電話を返却して、金銭の払い戻しをしてもらおうとした。しかし、K-mart の警備員は、原告は悪質なクレマーであると思い、警備員であることを原告に告げずに、原告を組み伏せ負傷させた。そこで、原告は、過失、暴行、そして感情的な苦痛に関する過失に基づいて K-mart を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、合計 380 万ドルの補償的損害賠償を原告に認めた。その後の控訴審では、本件の損害賠償請求について、事実審は、発生した損害に対する原告と被告のそれぞれの責任を反映するように損害額の割当を要求しておらず、原告の寄与過失を故意不法行為に対する抗弁として認識していなかったため、身体的な負傷、そして喧嘩に対して原告が関与している証拠を事実審が排除したことについては裁量権の乱用はなかった、とした。つまり、この事案では、原告の比較過失を故意の被告が主張することを禁じているのである。

⁴⁵ この comment c の内容は次のようなものである。

故意不法行為を含む特別な問題

故意不法行為は責任の割り当てに関する特別な問題を提示する。ここでの関心事は、故意の加害者が原告自身の行為が不合理であったと主張した場合に最も顕著になる。このリステイトメントのルールを特定の事例に適用する場合に考慮される。例えば § 3、§ 7、§ 8 を参照。状況によっては、このリステイトメントが故意の加害者に適用される特別ルールを用意することがある。たとえば、§ 12、§ 14 を参照。故意の不法行為による被害者に適正な救済を与える一方で、比例的な分配によって有責な行為者との間で責任が分担されるべき、というのが基礎的な考え方である。結果的に、このリステイトメントは、故意不法行為の場合も含めて、あらゆる責任に適用されるが、故意不法行為の被害者に対する適正な特別ルールを作り出す柔軟性を裁判所に用意している。

伝統的に原告の過失は、故意不法行為に対する抗弁とはされていなかった。第二次不法行為法リステイトメント § 481 を参照。裁判所や立法府は一般的に、比較責任を採用する

このように、原告の過失と被告の故意を比較することに否定的であれば、比較過失法理ないし責任分配制度から故意不法行為を除外することになる。つまり、責任分配の法理と故意不法行為の責任原理は、互いに相入れない関係にあると言える。そして、損害賠償請求訴訟で問題になっている落ち度（fault）が、故意か過失（negligence）のいずれによるものであったとしても、自己責任の原則に則って、各人がその責任を負うべきであると考えることに

場合に故意不法行為を度外視してきた。故意不法行為が含まれるべきかどうかは、次のような基本的な問題をもたらす。一つ目は、原告の過失は故意不法行為者に対する賠償額の減額事由になるべきかどうか。二つ目は、複数存在する被告のうち一人に故意不法行為に対する責任が認められた場合、その不法行為者に対して責任の一部が割り当てられるべきか。そのような割り当てが影響を与えるのは、

(a)原告自身の責任割合。故意不法行為者ではない者を含めた被告に対して原告の賠償額が減額される。

(b)連帯責任を複数の被告に課すかどうか。

(c)他の被告に対する責任の割り当て。

(d)過失の被告が故意の被告に割り当てられた責任を負うべきか。

(e)解決するためのルール。

(d)寄与と免責。

という問題においてである。原告の過失が故意不法行為に対する寄与過失の抗弁として機能するとする裁判所がいくつかあるが、ほとんどはそうは考えていない。このリステイメントは、その問題に関する見解を示していない。法律によって、原告の過失が故意不法行為に対する抗弁となると示されている場合には、賠償額は減額されるとしているのであって、賠償請求を禁止しているわけではない。§7を参照。また、法律によって、原告の過失が故意不法行為に対する抗弁とはならないとしている場合でも、故意でない他の不法行為者の過失に対する寄与過失の抗弁に原告の寄与過失はなる、とされている。§18 comment e, §18 comment e, §18 comment e, §18 comment i, §18 comment g, §23 comment e。

被告ないしその他の関連当事者が故意不法行為に対して責任を負うとする多数当事者訴訟では、事実認定者は、原告や故意不法行為者を含めて、各当事者や各関連当事者に対して責任を割り当てるが、特別なルールがこのような場合には適用される。共同責任で考慮されると、故意不法行為者も責任負担者として含まれることになる。結果的に、原告が受けた不可分の損害に対して、故意不法行為者は共同責任的な責任を負う、と12条はしている。14条では、故意不法行為者ではない者が故意不法行為者による損害から原告を守るための特別な義務を有している場合に、故意不法行為者に割り当てられた一部に対して故意不法行為者ではない者が責任を負う、とされている。§23 comment eは、故意不法行為者ではない者が、故意不法行為者による結果に寄与したとして、賠償請求されることを認めている。

についても道徳的な問題はない。だが、どのような理由に基づいて責任を比較検討するとしても、帰責原理から離れてなされるべきではない。重過失と軽過失では、その程度差を除けば行為の性質として大きな違いはなく、そのため重過失と軽過失とを比較することは可能であると説明されてきたが⁴⁶、この重過失と軽過失の関係性が、過失と故意との関係性にも認められ、抽象度の高いレベルで同じように認められるのかについては疑問が生じる。

過失による損害賠償請求訴訟において、加害行為の危険性と有用性を評価することは難しい問題の一つだが、それでも一応、訴訟の中で評価されている。このことと同様に、故意 (intent) も、その意図的明確性、強度、道徳的な質、個人的な誤解などの個人の主観的事実に基づいて評価されるものであるため、故意行為に対して評価をする場合も、過失事例での加害行為の危険性と有用性という基準と比較できるほどの基準を定立することは非常に難しいと言える。その困難性は、個人の行為というよりも、個人の道徳という高度に主観的な判断と結びついている、という点にある。したがって、過失行為との比較をするための客観的な基準を定立することはやはり難しいと言える。このため、故意不法行為は比較割合の問題に含まれるべきではないという見解が、アメリカ不法行為法の中では支持されている⁴⁷。

さらに、この故意と過失の比較検討を否定するという考え方は、その応用範囲を拡げていると言える。比較過失法理に関する制定法の中には、黙示的に、あるいは、明示的に故意不法行為ではないが、故意不法行為に近い加害行為の場合に、比較過失法理の適用を排除しているものがある⁴⁸。たとえば、次のような裁判事例がある。

【Lamp v. Reynolds 事件】⁴⁹

モトクロスの試合に参加した夫は、事前に知らないし、そして、予期もしていない、隠れた切り株に衝突したことで負傷をした。そこで、原告である夫とその妻は、被告であるレース場のオーナーに対して、モトクロス用のレース場の状況によって発生した人身損害について損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、切り株の存在を知っていたが、切り株の存在を競技者に知らせることも、切り株を取り除くこともしなかった。そのうえで被告は、レース場にある隠れた切り株が、重大な事故を引き起こす可能性があり危険であったことを認めた。事実審は、被告には willful で wanton な行為があったと事実認定をして、原告の寄与過失は抗弁として利用できないとした。

⁴⁶ Hollister, supra note 29 at 121.

⁴⁷ この代表的なものとして、Bublick, supra note 14 at 355 があるが、Bublick はこの論文の中で、故意の被告の落ち度と、過失の被告の落ち度を比較する議論を、体系的な視点から批判している。

⁴⁸ Fault とは、人の生命、身体、財産に対する、過失、willful、wanton、reckless、あるいは、故意のある作為ないし不作為の行為を意味している。

⁴⁹ 249 Mich. App. 591, 645 N.W.2d 311 (2002) .

ミシガン州の控訴審においても、被告の行為が willful で wanton であったという事実審の事実認定を証拠が支持しているが、原告の負傷の近因が原告の過失行為にもあることを被告が立証しなかったことによって、被告による寄与過失の抗弁が否定される、とされた。

この事件が発生しているミシガン州では一九六一年に修正型の比較過失法が制定されており、その内容は、原告の過失よりも、被告の過失が大きい場合に、原告の賠償請求額を減額する、としている修正型の比較過失法である⁵⁰。しかし、Lamp 事件の控訴審は、原告と被告の過失量を比較しているのではなく、原告の落ち度のある行為が発生した損害の近因となっていないという理由で、比較することを否定しており、原告と被告の過失が比較されずに、比較過失法理の適用が否定されているのである。つまり、比較過失法理がもっぱら制定法によって定められて、どのような人身損害訴訟をも適用対象にしている場合には、故意責任や厳格責任の不法行為についても適用され、制定法が過失訴訟だけを適用対象にしていれば、故意不法行為については除外されているようである。ただ制定法には、様々な目的が交差してまとめられているため、有権者による複雑なメッセージが含まれていることがある。このため、司法が法的根拠を明確にすることで、比較過失法理の適否を判断する場合もあり、この解釈作業が非常に重要であると言える。

第7節 「不道德な原告」法理 (immoral plaintiff principle)

人は自分の違法行為によって利益を受けるべきではない。アメリカの多くの裁判所は、これが法の基本原理であると述べている⁵¹。この起源は不当利得法 (restitutionary law) にあるとされているが、違法行為から利益を受けることを認めないという基本原理として存在していると言える⁵²。これと同じ内容が、日本民法七〇八条の不法原因給付においても規定されているが、アメリカ法ではこの原理が拡大されて、制定法などよりも優先的に適用されることもある⁵³。次のような裁判事例において、その点を見ることができる。

⁵⁰ REVISED JUDICATURE ACT OF 1961, 236 of 1961, 600.2959 Comparative fault; reduced damages.

⁵¹ Dobbs, et al., supra note 1 at 813.

⁵² Joseph H. King Jr., Outlaws and Outlier Doctrines : the Serious Misconduct Bar in Tort Law, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1011 (2002) は、この原理やその他の原理に基づいて、重大な違法行為が禁じられている場合について検討を加えている。

⁵³ Barker v. Kallash, 63 N.Y.2d 19, 479 N.Y.S.2d 201, 468 N.E.2d 39 (1984) ; Roggs v. Palmer, 115 N.Y. 506, 511, 22 N.E. 188, 190 (1889) は、すべての契約と同様にあらゆる法律は、コモンローの一般的、基本的な原理によって、その適用や効果を制約されるかも

【Barker v. Kallash 事件】⁵⁴

原告はパイプ爆弾を作成している最中に負傷した。被告は、爆弾を作るために使用する火薬を原告が取り出すために、爆竹を原告に売却していた。そこで、原告は被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、原告の訴えを棄却した。

ニューヨーク州の控訴審は、その事実審判決を認容した。控訴審は、爆弾を作成するという原告の行為そのものが危険な行為であると言え、その危険な行為による原告の負傷が、法律に抵触する重大な行為の結果であるため、原告の損害賠償請求は否定される、とした。

つまり、パイプ爆弾を作成中に負傷した少年が、重大で不道德な行為をしていたのに、爆弾の素材を提供した者に対して損害賠償請求が認められると、結果的に、道徳的に問題のある少年自身が利することになると判断されたわけである。また、これとは逆に、不道德な原告の法理に基づかない裁判事例も存在している。たとえば、次のような裁判事例である。

【McCummings v. New York City Transit Auth.事件】⁵⁵

ニューヨーク市都市交通局の職員は、地下鉄内で老人に対して強盗行為を行っていた原告に対して銃を発砲して負傷させた。そこで、原告は、ニューヨーク市都市交通局を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。原告は、同じ状況下で警察官に要求される合理的な注意の程度をその職員が払っておらず、逮捕するのに過度の物理力を行使されていたと主張した。事実審は原告勝訴の判決を出した。

ニューヨーク州の控訴審は事実審判決を認容した。その理由として、過失に関しては陪審が決めることだが、被告である交通局職員が合理的な注意を払ったかどうかは、陪審によって適正に判断されている、というものであった。

【Goldfuss v. Davidson 事件】⁵⁶

所有者の小屋は母屋の近くに設置されていたが、その小屋に犯人が侵入し、さまざまな品物が盗まれた。その犯人を警察が調査している間、小屋の所有者は、もし窃盗犯が再度敷地内に戻ってきたら撃つ、と警察に告げていた。3日後、小屋の所有者の妻が、小屋のそばに立っている1人ないし2人の人物のシルエットを見た。そこで、小屋の所有者は警

しれない、としている。また、自分の詐欺行為で利益を得ることとか、自分の違法行為、あるいは、自身の不公正な行為に基づいて何らかの権利を主張したり、あるいは、自身の犯罪行為によって、財産や利益を得ることは誰もできない、ともしている。

⁵⁴ 63 N.Y.2d 19, 479 N.Y.S.2d 201, 468 N.E.2d 39 (1984) .

⁵⁵ 81 N.Y.2d 923, 613 N.E.2d 559, 597 N.Y.S.2d 653 (1993) .

⁵⁶ 79 Ohio St.3d 116, 679 N.E.2d 1099 (1997) .

察に連絡をしたうえで、そのシルエットに向かって4発発砲した。その後、現場に到着した警察官は、弾丸で致命傷を負って地面に倒れて死亡している者を発見した。そして、もう一人は、小屋の所有者から電動工具を盗んだなどの罪で逮捕された。そこで、死亡した者の父親が、自分の息子を不注意に射殺したとして、小屋の所有者を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。被告である小屋の所有者は、死亡した者は犯罪行為に従事することで自発的に撃たれるリスクを引き受けたとして寄与過失があったと主張した。陪審は、損害額として20万ドルを認めた上で、死亡した者にも75%の寄与過失があるという評決を出した。そこで、事実審は、この評決に従って15万ドルの損害賠償請求を原告に認めた。被告は、正当化される自己防衛の問題について自分に不利な内容を説示しているため、事実審判決には誤りがあると主張して控訴した。控訴審は、被告の行為が willful あるいは wanton であると認定された場合にだけ原告の請求は認められると陪審に事実審は説示すべきであったなどとして、事実審判決を覆して差し戻した。

オハイオ州の最高裁は、自己防衛の抗弁を主張する場合には、重大な身体的危険に晒され、死に至るような有形力を即時に行使することでのみ、その危険を防止することができるかと合理的に判断したと立証することが被告に対して要求されるが、本件の場合、土地所有者の合理的な有形力を行使する権利には、盗難を防止する権利も含まれるが、盗難の脅威が停止すれば、合理的な物理力の行使をして盗難を防止する権利も停止することになる、とした。そのうえで、自己防衛の抗弁に関する説示を示す証拠は示されていないとして、控訴審判決を破棄して、差し戻した。

【Katko v. Briney 事件】⁵⁷

何年も居住者がいない古い農場の家のベッドルームに、原告が侵入したため、その家屋の所有者である被告が設置していたばね銃 (spring gun) を発砲して、原告を負傷させた。そこで、原告が被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、2万ドルの損害賠償請求と1万ドルの懲罰的損害賠償請求を原告に求める評決を出した。被告は、評決とは異なる判決と新たな審理を要求する申立てをしたが、事実審は、これらの申し立てをすべて却下し、評決に基づいて判決を出した。そこで被告が控訴した。主たる争点は、板で打ち付けられて誰もいない農場の家を不法侵入者や窃盗者から、殺傷能力のあるばね銃で、個人的財産権を、その所有者が守ることができるかどうか、であった。

アイオワ州の最高裁は次のように述べた。法律は常に単なる権利よりも、人間の安全性を重視しており、個人の安全性に対する脅威がない限り、自己防衛を正当化できないとして、死または重傷を引き起こすような反撃を、土地や動産への脅威を撃退するために行う免責特権はその所有者にはない。不法侵入 (trespass) が単なる財産だけに脅威を与えるような場合、所有者は、致命的な反撃力を有する機械的な手段 (ばね銃) を設置することもできないとして、ばね銃を使用して不法侵入者を負傷させた場合には、土地所有者であ

⁵⁷ 183 N.W.2d 657 (Iowa 1971) .

る被告は、泥棒である原告に対してさえ法的な責任を負うことになる、として事実審判決を認容した。

McCummings 事件、Goldfuss 事件、そして、Katko 事件のいずれも、不道德な原告の法理に基づいて考えた場合、原告による損害賠償請求は否定されるべきものと言える。しかし、McCummings 事件では、強盗が反抗したり逃走したりしている時に、警察官が行った過失行為によって負傷させられた場合には、強盗という犯罪者であっても損害賠償請求できる、とされた。他方、Goldfuss 事件では、被害者が意図的に土地の所有者からある物を盗もうとして、土地所有者に射殺されたという場合には、保護法益の重要性と防御方法の妥当性ととのバランスという視点から、合理的な自己防衛であると評価できるか否かが判断されるとして、結果として、原告（犯罪者）が重罪（felony）を侵したことで生じた損害に対する原告の損害賠償請求は否定されなかった。だが、Katko 事件では、McCummings 事件と同様に、不法侵入者に対して財産を守ろうとして負傷させた場合でも、自己防衛を合理的に正当化できる範囲外であれば、財産の所有者は損害賠償責任を不法侵入者に対して負うとされた。

いずれの裁判事例においても、原告が道徳に反する行為をしているという事実が認められるが、何故、不道德な原告の法理によって導かれるはずの結論とは真逆の結論を述べるようになったのか。前二者の裁判所は、故意不法行為ではなく、過失不法行為の事例において原告の損害賠償請求を認めた理由として、過度な自警主義（vigilantism）を助長すべきではないから、という点を指摘している。本来、原告の支配圏内での権利行使はその自由性がかなり認められているが、その自由な権利行使の場合でも、社会的に許容できる範囲はおのずと制限されている、という趣旨を読み取ることができる。最後の Katko 事件の裁判所は、必ずしも、その根拠が明確に示されていないが、理由付けとして読み取ることができるのは、生命や健康に対する侵害ではなく、財産の安全性に対する侵害の場合には、その所有者が行える正当防衛という手段には限度があるという趣旨の部分である。いわゆる、権利濫用法理がその理由とされていると理解することも可能であるように思われる。

さらに、「不道德な原告」法理が機能していない場合でも、加害者に利益を残すべきではないという方向で事案が解決されることもある。自分の過失を医師が隠していた場合に、隠された違法行為を否定する抗弁、たとえば、不法行為に基づく損害賠償請求が消滅時効にかかっているという被告からの抗弁を制限する制定法の適用が否定されるという場合である⁵⁸。あるいは、泥棒や強盗は、被害者が自分を加害行為から合理的に守ろうとする際に負傷

⁵⁸ Geisz v. Greater Baltimore Med. Ctr., 313 Md. 301, 545 A.2d 658 (1988) がこれに当たる。この事例の内容は次のようなものである。

結婚してから 3 年で被害者は Hodgkin 病と診断され、29 歳で死亡した。Hodgkin 病とは癌の一種である。被害者は被告である A 医師の治療を受けていた。被害者が死亡して

させられたとしても文句を言うことはできず、逆に、泥棒や窃盗の被害者は、免責を訴えなくとも、損害賠償請求が十分に認められる、という場合である⁵⁹。

10年が経過した時、被害者の元妻は、Aに対する医療過誤訴訟に関する新聞記事を読み、弁護士に相談をした。その結果、遺産と信託条項に関するCJ (Courts and Judicial Proceedings Article) § 6-401(a)とMd. Code (1974) § 7-401(x)にしたがって、被害者が提起したかもしれない訴訟と、被害者と元妻の間に生まれた子供の母親として、不法死亡訴訟に関するCJ §§ 3-901, 3-904にしたがって損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、訴えは時効にかかっているという理由で、正式事実審査を経ないでなされる判決

(Summary Judgment) を求めて申し立てた。事実審は、CJ § 5-203 で不法死亡の申し立ては3年以内にしなければいけないとされているという理由で、被告勝訴の判決を出した。原告は、その時効期間の起算点は、被告の不法行為に気付いた時点であり、被害者が死亡した時点ではない、と主張して控訴した。メリーランド州の控訴審は、不法死亡訴訟が時効にかかっているか否かは、§ 5-203 とMd. Code の適用の問題であるが、一方当事者が、他方当事者による詐欺 (fraud) によって訴訟原因を知らない状態にある場合に、その当事者が訴訟原因を発見した時、あるいは、通常の注意を払うことによって、その詐欺を発見したはずである時をもって、時効の起算点とする、とした。そのうえで、控訴審は、原告は不法死亡訴訟を提起する3年以上も前に詐欺の事実を、通常の注意を払うことで発見していたはずとして、事実審判決を支持した。

⁵⁹ たとえば、Calvillo-Silva v. Home Grocery, 19 Cal.4th 714, 968 P.2d 65, 80 Cal. Rptr.2d 506 (1998) がこれに該当する。この裁判事例の内容は次のようなものである。

この裁判で問題になっているCal. Civ. Code § 847(a)-(e) とは、そこにリストアップされた25の重罪の罪を被害者が犯したことで損害を受けたとしても、その損害が発生した不動産の所有者は責任を負うことはない、としている条項である。原告は食料雑貨店に強盗目的で武装して入ろうとしたときに、被告である食料雑貨店の店主による発砲によって負傷した者である。Cal. Civ. Code § 847によって、財産権所有者に与えられる法定免責によって原告の損害賠償請求は禁止されているということを理由に、被告勝訴の正式事実審理を経ないでなされる判決を控訴審は破棄した。カリフォルニア州の最高裁では、その状況下で被告の物理力の行使が正当化されるかどうか争点になった。§ 847で規定されていることが立証されると、危険の状況、使用、構造、行動などに対する警戒ないし保護を意図的ないし悪意でしなかったこと、あるいは、willful、wanton、あるいは犯罪行為に対する責任が家屋所有者になれば、家屋所有者には免責される権利が与えられる、と最高裁は認定した。また、その状況下で正当化できる過失行為による負傷と意図的な行為による負傷の両方に免責が拡張されることも認めた。

つまり、この事例は、重罪を犯した際に負傷した者に対する被害者の賠償責任を免責する制定法があるが、殺傷能力のある武器を使用することに対して免責されるかどうかは、コモンロー上の正当化理由の如何による、としたものである。但し、制定法は、自身や財

この加害者に利益を残すべきではないという思想は、比較過失法理とは何ら関係がない。比較過失法理の目指している責任分配とは異質の考え方だからである。この思想は、故意に被相続人を殺害した相続人であれば、被相続人の財産を相続すると訴えることができないとする場合に引用される⁶⁰。同様に、被告が重罪を犯し、罰として収監させられたという場合に、他者に犯罪を教唆したり、過失で犯罪の遂行を可能にした者の損害賠償請求は認められない⁶¹。このような場合に該当する裁判事例として、以下のものをあげることができる。

産を守るための免責を認めているだけでなく、免責として認められている範囲外の行為をした被告に対する免責も用意しているが、それは憲法に反するのではないか、という疑問が生じる。たとえば、この疑問が争点になった *Sonoran Desert Investigations, Inc. v. Miller*, 213 Ariz. 274, 141 R.3d 754 (2006) では、アリゾナ州憲法のもとで、制定法が違憲とされている。

⁶⁰ たとえば、*Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 511, 22 N.E.188, 190 (1889) がこの場合に該当する。この事件の概要は以下の通りである。

遺言者が残した最後の遺言書には、原告である娘にわずかな遺産を与え、被告である孫息子に残りの遺産を与えるという内容だった。しかし、被告は意図的に遺言者を殺害した上で、遺言書に基づいて自分の財産分を主張した。そこで原告は、遺言書無効の申し立てをした。第一審は、遺言者が死亡時に自分の財産を報奨金の対象として処分できるようにして、法的に表明された最終的な希望を実行できるようにすることが制定法の目的であるが、その制定法には、遺言者を受遺者が殺害した場合にその受遺者から遺産を受領する権限をはく奪するという規定はないとして、原告の訴えを棄却する判決を出した。ニューヨーク州の控訴審は、力で財産を奪ったり、詐欺や不当な影響力で自分に遺産を譲渡するように誘導したりした場合に、制定法の解釈として、その財産取得を肯定することは、アメリカ法学を非難することになり、公共政策にも反することになると述べたうえで、下級審判決を破棄した。そして、被告のために遺言者によって残された動産ないし不動産については被告とその遺言管理人がいかなる部分の使用も禁止されること、遺言書にある被告への遺贈と遺産贈与は、彼に権利を譲渡するのを無効とすると宣言されたこと、遺言者に対して行われた殺人罪のために、被告は遺言者によって残された財産取得をはく奪されること、原告は、被告の母親などの同意に従って、遺言者によって残された動産ないし不動産の真の所有者になる、という内容の判決が出された。つまり、法に抵触したり不道德である被告は、自分が行った犯罪によって財産を取得することができなくなったのである。

⁶¹ 本文掲載以外の裁判事例として、*Cole v. Taylor*, 301 N.W.2d 766 (Iowa 1981) がある。この事件では、犯罪を可能にした被告の責任が否定されているが、問題の構造が同じである。事件の概要は以下の通りである。原告は、原因不明の精神障害の治療のために、精神科医である被告のところに通院していた。原告の主張によると、この一連の治療過程で、被告は、原告が暴力的な傾向になり、元夫を殺害するのではないかと疑念を抱いていた、とのことである。実際に原告は、元夫を射殺して、第一級殺人罪 (first-degree

【Adkinson v. Rossi Arms 事件】⁶²

夫は、故殺（manslaughter）で有罪判決を受け、散弾銃で人を故意に殺害したことに対して10年の懲役判決が言い渡されていた。その死亡者の両親によって夫に対する不法行為訴訟が提起された後、夫と妻が、散弾銃の製造業者と販売者を相手に、被告引込訴訟（third-party complaint）を提起した。主張によると、夫が欠陥のある散弾銃を売りつけられたこと、発射は散弾銃の欠陥によるものであり、偶発的に発砲されたことを理由に、製造業者とその販売人に不法死亡に対する責任がある、というものだった。事実審は、銃の欠陥が近因となって死亡させたという点を認めず、犯罪行為から生じた人身損害に基づく銃の製造業者や販売者に対する損害賠償請求の権利は付与されないとして、被告勝訴の判決を出した。

アラスカ州の最高裁は、夫は意図的な行為によって故殺の罪を犯し、結果として生じた人身損害に対する責任は夫にしかないとした。その上で、故意に殺害したことについて有罪判決を受けた者は、直接の人身損害に対して、殺害するにあたり使用された銃の製造業者とか、銃の販売業者とかに対して、損害賠償請求による救済を求める主張はできないとして、事実審による被告勝訴の判決を認容した。

murder) で有罪判決を受けるに至っている。原告は、被告が治療に失敗し、施設内で拘束することをせずに、危機が差し迫っていることを元夫に警告しなかったとして、被告に対して医療過誤訴訟を提起した。地裁は訴訟を棄却するように求めた被告の申し出を覆したため、被告は中間上訴（interlocutory appeal）をした。アイオワ州の最高裁は、原告を治療する場合の被告の義務は、安全性を保証することが絶対的な義務ではないとして、原告の医療過誤に基づく損害賠償請求を否定した。また、合理的な注意だけを要求し、その注意が実際に払われた場合、あるいは、患者がそのような行為を計画していたと精神科医が知らなかったか、知ることにつき理由がなかったという場合には、被告に責任はないし、患者としての原告ではなく、元夫に対して精神科医が警告しなかったという義務に基づく責任も被告にはない、とした。最高裁は、訴訟を棄却するよう求めた精神科医の申し出を否定した地裁判決を破棄した。つまり、この裁判事例は、精神科医の患者が自分の夫を殺害するのを抑止できなかったことについて、本件の精神科医には患者の安全を保証する義務がないため、その法的責任も認められない、とされたものである。

他方、Meah v. McCreamer, 1 All. E.R. 367 (Q.B. 1984) では、被告が過失で自動車の衝突事故を引き起こし、原告の脳に障害を与えたが、このダメージによって原告が人格変化（personality changes）をもたらし、結果、三人の女性を強姦して意図的に負傷させて有罪判決を受け、収監されたという場合に、原告は、脳の負傷がなければ、犯罪をすることはなかったであろうという理由に基づいて、自動車事故の被告に対する損害賠償請求が認められている。

⁶² 659 P.2d 1236 (Alaska 1983) .

【Feltner v. Casey Family Problem 事件】⁶³

原告である里親は、自分たちが10代の息子を持っているので、同じ10代の娘を受け入れられない、と被告であるケーシー・ファミリープログラムに対して告げていた。このような指示があったにも関わらず、被告は、原告に対して10代の少女を当てた。その少女は原告の19歳である息子を誘惑し、結果、性的暴行罪につき有罪判決を受けることになった。原告は、過失、重過失、契約違反、そして信認違反を理由に、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、被告勝訴の判決を出したため、原告は上訴した。

ワイオミング州の最高裁は、原告の息子自身の違法行為が絡んでいる損害賠償請求を裁判所が承認することは公序良俗（public policy）に抵触するとし、当事者として関与している違法行為ないし不道徳な行為に全体ないし部分的に関与している場合には、損害賠償請求訴訟を維持するための権利は原告には付与されない、とした。

Adskinson 事件での裁判所は、有罪となった殺人犯による銃の製造者や販売業者に対する損害賠償請求が認められることは、社会規範（societal norms）に抵触する、と述べている。そして、次の Feltner 事件での裁判所は、何ら注意をすることなく、家庭内で10代の男性と女性が性的な関係になったことで、その男性が有罪判決になっているのに、その事件に基づいて損害賠償請求訴訟を原告として提起することは、公序良俗（public policy）に反すると述べている。これら二つの裁判事例で言えるのは、損害賠償請求をする者が社会規範や公序良俗に反する行為をしている場合には、その賠償請求をする資格が認められないとしている点にある。

また、被告が告発された人の弁護人になった場合に、その者に対して十分な注意義務を負うことになったという場合でも同じことが言える。実際に、ある犯罪で有罪判決となった犯罪者が、自分の弁護人やその所属法律事務所に対して、適切に弁護をしなかったという過失に基づく共同不法行為責任を追及したとしても、その主張は認められていない。その理由は、自身の犯罪行為から利益を受けるべきではないし、自身の違法行為に基づく訴えになると十分分かるからである⁶⁴。

⁶³ 902 P.2d 206 (Wyo. 1995) .

⁶⁴ この場合に該当する裁判事例としては、Adkins v. Dixon, 253 Va. 275, 482 S.E.2d 797 (1997) がある。事件の概要は以下の通りである。原告は、10件の告発とそこから派生する6件の告発で有罪判決を受けた者で、原告を弁護した者は裁判所が任命した弁護士であるが、原告を適切に弁護しなかったという契約違反を主張して、弁護士個人とその使用者である法律事務所に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、当事者の合意によって、二つの請求を併合（consolidate）した。争点は、原告が有罪とされた後の裁判手続きにおいて、原告の有罪が覆されることを主張せずに、この損害賠償請求訴訟を維持することができるか、などの点にあった。原告は、弁護士過誤訴訟での原告は、一応有利な事

このような事例での被告は、原告に対して犯罪行為から守る義務を持っていない。このため、被告の義務違反という過失と原告の寄与過失を比較検討する余地はないと言える。つまり、このような場合には、原告の寄与過失は全く関係がないのである。原告が自分の行為に対して責任を負うということではなく、自身の違法行為から何らかの法的な利益を受けることはできないとしている、という点が重要である⁶⁵。

さらに、裁判所の中には、原告が自らの重大な違法、あるいは不道徳な行為⁶⁶によって不

件 (prima facie case) の一つの要素として、有罪判決の後の審査において無罪の立証に成功することを証明する必要はないということを、マサチューセッツ州やオハイオ州の裁判事例を引用しながら主張した。バージニア州の最高裁は、違法行為に参加した者が違法行為から利益を得るように求めても裁判所は助力を与えないので、有罪判決という原告にとって不利な判決が出た場合には、弁護士過誤による損害賠償請求訴訟は妨げられることになる、とした。

⁶⁵ たとえば、Ayers v. O'Brien, 13 N.Y.3d 456, 923 N.E.2d 578 (2009) という裁判事例を見てみよう。この事件は、原告である警察官がスピードを出している車両を追跡するために U ターンを行ったときに、被告の車両に衝突したことで原告は重傷を負ったため、被告と郡を相手に原告が損害賠償請求訴訟を提起した、というものであった。これに対して被告は、比較過失法理に基づく抗弁を主張した。事実審は、車両交通法 (Vehicle and Traffic Law) § 1104(e)にある「reckless disregard」基準、つまり、緊急車両の運転手が reckless disregard であった場合にだけ責任を負うという基準に基づいて、原告は無謀に運転しなかったと事実認定をしたうえで、被告による比較過失の抗弁を認めなかった。ニューヨーク州の最高裁は、§ 1104(e)は、許可された緊急車両の運転手をすべての人の安全に十分に注意して運転するという義務から解放しているものではなく、「reckless disregard」基準は、他人の安全を無謀に無視した結果から、緊急車両の運転手を保護するものではない、と述べた。その上で、§ 1104(e)を寄与過失の抗弁として使用できるとすると、緊急車両の運転手の寄与過失に対する責任を、被告のような別の車両の運転手に移行させることになり、場合によっては、重大な不公平が生じる可能性があるとした。つまり、この裁判事例では、緊急時における警察官は、reckless disregard 基準によって、reckless の場合にだけ責任を負うことになり、reckless まではいかない何らかの落ち度がある警察官であれば、比較過失法理の適用の余地が生じる、とされたのである。

⁶⁶ 本文掲載以外の裁判事例としては、Ardinger v. Hummell, 982 P.2d 727 (Alaska 1999) がある。この事例の内容は以下のようなものである。事故当時 14 歳の被告は、自分の両親が寝静まっている夜中に、母親の車のキーをとって運転をし、事故当時 15 歳だった被害者の家に向かった。途中の道路は凍結しており、自動車をコントロールが非常に難しい状態であった。被害者の家に着くと、被害者が運転したいと言い出したが、口論のすえ、被害者が運転をし始めた。しかし、途中の一時停止の標識の下で、被害者が運転する自動車が飛び出しているのを警察官が発見したため、クラッチに問題はないかを確認す

法行為上の損害を受けた場合、注意義務を負っている加害者⁶⁷に対して賠償請求することができないという意味にまで、違法行為から法的利益を受けられないとする思想を拡張しているところも重要である。

【Winschel v. Brown 事件】⁶⁸

被告は、高速道路を西に向かって走行している時、路上で二台の自動車が事故にあっ

るためにパトカーの点滅ライトを点けた。その後で一人の警察官が被害者の運転する自動車に近づいていったところ、被害者の自動車が急に発進した。だが、自動車のコントロールを失った被害者の自動車は高速で電柱に衝突してしまい、その結果、被害者は死亡するに至った。そこで、被害者の母親は、被告が車を被害者である息子に任せたことに過失があるとして、損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、子供に要求される注意基準を被告が維持していなければいけなかったこと、過失による委託 (negligent entrustment) という不法行為が被告に見られること、について説示された。陪審の評決に基づいて事実審は、被告に責任があると認定した。なお、negligent entrustment とは、貸し手が知っている、あるいは、知るべきである人に対して、たとえば、銃や車などの危険な物を預けるという行為をした場合に、その危険物から生じた結果に対して責任を負うという法理である。つまり、そのような危険な物を預けられると、不合理で危険な方法で使用する可能性があるから、というのが責任を課す理由とされている。Garner, supra note 11 at 1247. アラスカ州の最高裁は、被害者は大人の活動に従事していたので、大人の注意基準を被告は守るべきであったこと、過失による委託は、事故時に車両の運転を指導したり、運転に関与したりするように被告に要求していないとして、被告の責任を認めなかった。そして、特定の種類の危険から保護されることを目的とした法令に負傷者が違反した場合には、その者は法令違反によって生じた損害賠償請求ができなくなるという公共政策の原則 (public policy principle) があり、これは比較過失法理の例外として機能し、結果的に寄与過失法理と同じ結果となる、と述べている。つまり、公共政策の原則により、一方当事者の責任は完全に免責されるのである。したがって、公共政策の原則を適用する場合は、かなり慎重にならざるを得ず、たとえば、殺人、強姦、放火など、他人の安全を意図的に脅かす重大な犯罪行為を伴う場合にのみ、適用されるものとする、とした。その結果、最高裁は、事実審判決を破棄して差し戻した。この裁判事例では、公序良俗の見地から比較過失法理の適用が禁じられる合理性は、殺人、強姦、放火のような他人の安全性に対して意図的に危害を加えるような重大な犯罪行為を扱う事例に限定されるとされたが、裁判所の中には、それに対してかなり慎重になっているところもある。

⁶⁷ Cole v. Taylor, 301 N.W.2d 766, 768 (Iowa 1981)。この条件によって、このルールは原告に対してのみ適用され、違法行為を侵している被告は、この条件には含まれていない。

⁶⁸ 171 P.3d 142 (Alaska 2007) .

いる場所に遭遇した。事故車両は道路の主要部分から移動されていたが、事故によって散乱した破片を回避するために路肩部分を走行しようとした。しかし、その部分は凍結していたため、被告は自分の自動車のコントロールを失ってしまい、回転したうえで、金網フェンスを超えて照明用のポールに衝突した。このポールがその衝撃で、高速道路と並行に走っている自転車道を横切って倒れてしまった。他方、原告は、4WDの自動車で、この自転車道を違法に走行していた時に、被告によって倒されたポールに衝突して負傷した。そこで、原告は、被告を相手に過失を理由とする損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、被告は原告の事故を予見することができなかつたため義務を負っていると言えず、また、原告の負傷の近因にもなり得なかつたとして、被告勝訴の判決を出した。

アラスカ州の最高裁は次のように判断した。倒れたポールによって生じる損害につき一般的に予見できる範疇には、倒れたポールの近くにある高速道路に道が近接しているので、自転車道の使用車に対する負傷も含まれている。もし運転手の過失でポールに衝突することになれば、運転手として負っている注意義務は、倒れたポールの近くにある自転車道の使用者にも広げられる。その道で原告がオフロード車を違法に使用するのが予見できないということは重要ではない。合法的な道の使用者でも運転手によって危険に晒されているように、その道をオフロード車で使用していることは、一般的に同じ状況にあると言える。さらに原告は、被告が車線変更をしようとしたとき、車両のコントロールを失ったことを認めたこと、そして、道路状況に対して被告がスピードを出し過ぎたという警察官による証言録取書 (deposition) の証言を引用した。このような事実関係は、被告の過失に基づく訴訟原因を立証するのに十分であるとして、事実審判決を覆し、差し戻した。

この裁判事例では、結果として、違法な使用をしていた原告の損害賠償請求が認められているが、原告が自転車道での規則に違反していても、それは重大な犯罪行為にはならないし、過失に基づく損害賠償請求訴訟ができなくなるような行為とはいえない、とされたものとして位置付けることができる。

このような考え方について裁判所は、様々な表現によって言及している。その一つとして、「自分の行為の原因を立証するため、あるいは、自分の違法行為によって生じた損害や自分の過失行為で引き起こされた損害に対する賠償請求をするために、全体的にあるいは部分的に、自分が関与している違法な行為によらなければいけないような場合、あるいは、自分の行為の原因が、全体的にあるいは部分的に、明らかに刑法に抵触していることによっている場合には、損害賠償請求を主張することができない」という表現がある⁶⁹。このような考え方は、法律問題として、被告の過失よりも原告の過失が大きいと評価される場面で多く見受けられる。比較過失法理が採用される以前は、不道德な原告の法理 (immoral plaintiff principle)、あるいは寄与過失法理の両方によって原告の損害賠償請求は禁じられていた。しかしながら、比較過失法理が採用された後は、不道德な原告の法理が、潜在的に分割責任

⁶⁹ Dobbs, et al., supra note 1 at 816.

の比較過失法理と衝突をしてしまう部分があるため、不道德な原告の法理が後退していったように思われる。だが、実際にはそうではなく、不道德な原告による損害賠償請求であっても、比較過失法理が適用され、ただ原告が請求する賠償額が減額されるだけという処理になったと言える。

前出の *Barker v. Kallash* 事件⁷⁰でニューヨークの裁判所は、他の不法行為者に対して負傷した不法行為者が損害賠償請求することを禁じるために、自身の違法行為によって利益を受けることは認められるべきではない、という考え方を示した。この事例は、15歳の原告が被告によって用意された材料でパイプ爆弾を製造し、その爆弾が破裂してしまったことで、原告は負傷するに至ったというものであった。このような場合、比較過失法理で原告の賠償額を減額するのではなく、裁判所は原告の損害賠償請求自体を否定した。そして、原告の負傷が犯罪行為に意図的に参加した直接の結果として生じている場合には、原告の犯罪行為への加担が重要視されるため、その原告は損害賠償請求することができない、とも指摘している。あるいは、住居侵入窃盗者が地下室への階段を下りる途中で足を折ったが、安全に降りるのに不十分な階段を設置していた家主の落ち度の結果であるとして損害賠償請求をした事例においても、そのような請求は認められないとこの判決の中で言及されている。

比較過失法理の制定法は、損害賠償請求における賠償額を減ずる手続きに原告を引き込

⁷⁰ 前掲注・54。この *Barker v. Kallash* 事件は、*Alami v. Volkswagen of America, Inc.* 97 N.Y.2d 281, 766 N.E.2d 574, 739 N.Y.S.2d 867 (2002) においても引用されている。*Alami v. Volkswagen of America, Inc.*事件は、次のような内容の裁判事例であった。原告の夫は早朝、時速 35 ㎞で自動車を運転して帰宅していた途中で、鋼鉄製の電柱に衝突したことで、肋骨骨折、肝臓の破裂、大量出血などによって死亡した。事故があった時点で、夫の血中アルコールの内容は、N.Y. Veh. & Traf. Law § 1192(2)にある制限を超えていた。原告は、被告に対して、車両の設計に欠陥があるとして損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、原告の夫が泥酔していたことが死亡の原因であり、車両の欠陥や機能不全が起因になったり、寄与したりしていない、と主張した。事実審は、夫の飲酒運転はその法律の重大な違反であり、夫の負傷はその違反の直接的な結果である、という事実認定に基づいて、原告の損害賠償請求を否定した。ニューヨーク州の最高裁上訴部は、*Baker/Manning* 事例でのルールは、公序良俗を前提にしており、自分の不法行為から利益を得ることはできないという基本原則を、原告自身の犯罪行為から生じる結果に対する補償を求める不法行為訴訟に拡張しているとして、自分の詐欺行為によって利益を得たり、自分の不法行為を利用したり、自分の不正行為に基づいて請求を認めてもらったり、自分の背信行為によって財産を取得することは何人も許されないと述べた。しかし、最高裁上訴部は、原告が求めているのは、運転手の負傷を不合理に悪化させないようにする製品を製造する義務をよく認識しているはずという被告の責任であり、原告の夫の飲酒行為から利益を求めようとしているのではないし、また、*Baker/Manning* 事例でのルールを適用して判断すると、安全な車両を製造する義務のある被告を救済することになるとして、事実審判決を覆した。

むことを認めているが、不道德の原告の法理は、原告の請求自体を棄却するための原則であると裁判所は位置づけている。前述した Barker 事件が示しているような重大な違法行為に関与した原告による損害賠償請求を否定する原則は、被告による意図的な違法行為に関与していない原告の請求や、被告の過失行為にさえ関与していない原告の請求も、原告の違法行為の程度如何によっては、禁じることができる。原告と被告がともに不道德ないし違法な行為に関与しており、裁判所が特にその行為が重大であるとみなした場合についても同様のことが言える。

さらに、バージニア州の事例で、女性である原告がある男性と婚前交渉をしたが、その男性は自分がヘルペスという性病を持っていることを認識していたが、感染予防をしたり、その性病を女性に警告したりしておらず、性交渉の結果、女性はヘルペスに感染してしまった、という事例がある。そのような婚前交渉は、バージニア州の密通禁止法(fornication statute)に抵触するものだったが、その女性は男性を相手取って、被った損害に対して賠償請求訴訟を提起した。結局、バージニア州の裁判所はその訴えの全部を棄却した。理由は、原告である女性は、男性と同意をしたうえで不道德ないし違法な行為に関与したから、というものだった⁷¹。次の Zysk 事件がその裁判事例になる。

⁷¹ 本文掲載の裁判事例以外には、Martin v. Zihlerl, 269 Va.35, 607 S.E.2d 367 (2005) がある。この事例の内容は以下の通りである。原告である女性と被告である男友達は、結婚をしていない大人であったが性的な関係をもっていた。原告は、被告からヘルペスを移されたと主張した。さらに原告は、被告はウィルスのことを知っており、そのウィルスが直接感染性であることも知っていたが、その時の体の状態について被告は何も原告に告げなかった、とも主張した。バージニア州の判例法では、もし同意のもとであっても、不道德で違法な行為に関与していれば、負傷した当事者であっても損害賠償請求をすることができない、となっている。しかし、結婚していない者が自発的に他の者と性交する場合は、淫行罪として処罰される旨を規定している Va. Code Ann. § 18.2-344 は、私的な同意のもとで性交渉を二人の大人が行う権利に抵触する内容であり違憲であること、§ 18.2-344 は第4修正憲法の適正手続きの保障の条項に抵触している、と裁判所は判断した。それゆえに、原告が§ 18.2-344 に抵触している行為に関与していても、原告に対する抗弁として提示されなかった。結局、バージニア州の控訴審は、不道德な原告という原則に基づいて、原告の損害賠償請求を棄却した。

他方、Hernandez v. Yoon, 173 Misc.2d 429, 661 N.Y.S.2d 753 (Sup.Ct. 1997) という裁判事例も存在する。この事例は、患者に施した精管切除の外科手術が不成功であった結果として、患者が原告となって精神的苦痛に対する損害賠償を求めたものであった。外科手術の不成功のため、患者のガールフレンドが受胎し、その結果中絶をするに至っている。なお、患者は、ガールフレンドが受胎したとき他の女性と結婚していた。そこで、被告である外科医は、不倫から生じた負傷に対する患者の賠償請求は認められるべきではない、と主張した。ニューヨーク州の最高裁は、被告による棄却の申し出を否定した。その理由

【Zysk v. Zysk 事件】⁷²

原告である妻は、被告である夫に対して、身体的損害、精神的損害等に関する損害賠償請求訴訟を提起した。原告は、自分と被告がヘルペスに感染する原因となった婚前性交をしたこと、ヘルペスに感染した時点で、それが直接感染性のものであると被告は知っていた、と主張した。事実審は訴えを破棄したが、控訴審は事実審判決を認容した。

バージニア州の控訴審は、結婚をしていない性交渉は犯罪なので、違法な行為に意図的に関与した原告は、その行為から生じた損害を回復することができなくなる、とした。原告による、危険の引き受けの法理が適用されたこと、そして原告はウィルスのことを知らなかったし、そのウィルスに暴露された危険を十分に理解していなかったので、損害賠償請求することができる、という主張は認められなかった。原告は、被告と結婚していない状態で性交渉をした犯罪に同意して加担したこと、そして、その違法行為から生じた損害については何ら賠償請求することはできないと判断された。

同様に、ミシガン州では、有効な処方箋なしで薬剤師からもらった薬によって負傷した者が、後続損害につき薬剤師に対して訴訟を提起することはできないとした事例がある⁷³。こ

として最高裁は、不倫が重大な刑事犯罪であるが、不倫に伴って発生した損害の賠償請求が民事訴訟で除外されるとした事例がないから、とした。つまり、この裁判事例においては、問題となっている不法行為が原告と被告である医師との間で発生したものであるため、医師の過失に基づく損害賠償請求が問題になっているのであるから、原告が事前に犯している罪がここでは問題になることはない、というわけである。

⁷² 239 Va.32, 404 S.E.2d 721 (1990) .

⁷³ これに該当するのが、Orzel v. Scott Drug Co., 449 Mich.550, 537 N.W.2d 208

(1995) である。事例の内容は次の通りである。原告である薬の中毒者とその親族は、被告である薬局に対して不法行為訴訟を提起した。陪審が、メタンフェタミンを含む薬を処方し、原告に被告が用意したことに過失があると認定し、さらに原告にも 50%の寄与過失があったと認定して、被告に対する 190 万ドルの損害賠償額を認める評決を出した後、事実審は、評決とは異なる判決を求めた被告の申し出を認めた。ミシガン州の最高裁は、原告の訴訟が原告自身の不法行為に基づいており、被告もその不法行為に等しく加わっている場合には、同等の法理 (doctrine of in pari delicto) と知られている慣習によって、原告の請求が禁止されるという「不正行為ルール (wrongful-conduct rule)」が長年ミシガン州で維持されてきたが、このルールの理論的根拠は、自分の行った不法行為を訴因の根拠として原告に対して裁判所が法的援助を与えるべきではない、という公共政策にある、と説明している。このルールが適用される場合とは、原告の行為が刑法に基づいて禁止されている規定に違反している場合であるが、本件の原告の不法行為、つまり規制物質法 (controlled substances act) 違反は、このルールの適用を正当化する行為類型であり、ま

の裁判事例においても、不道德な原告の法理が適用されて、原告の損害賠償請求が否定されている。少なくともこの裁判事例では、比較過失法理よりも、不道德な原告の法理のほうが優先的に適用されていると言える。

さらに、自殺しそうな者の監視人は自殺を防止するための注意義務を負っているが、留置されている者はそもそも不道德な行為を行っているからなので、自殺しそうな者を保護できなかったとしても、裁判所は監視人を免責する可能性がある⁷⁴。しかし、この場合の被告が免責された理由について、収監された原告によって行われた故意不法行為が有罪な行為であるから、という説明で十分であるとは言えない。確かに、被害者に対する故意不法行為者による損害賠償請求は認められないが、先の薬剤師と収監人の事例はいずれも、原告による行為の違法性が裁判所によって認定されてもいないし、原告は他者に対して危険性を創出してもいないのである。ただし、過失という理由で有罪となった原告に対して不道德の原告の法理が適用されて、故意の不法行為の場合には適用されないと解釈する余地はある⁷⁵。

た、原告が正常であったときの薬の服用が、主張されている傷害の直接の寄与原因であるとして、被告の処方と原告の傷害との間の因果関係はないとして、原告の請求は無効である、と判断した。

⁷⁴ Hill v. Nicodemus, 979 F.2d 987 (4th Cir. 1992) (Virginia law) を参考の裁判事例としてあげておく。この裁判事例の内容は以下の通りである。被害者は、裁判前の留置のもとで自殺をした。原告である被害者の遺産管理人は、42 U.S.C.S. § 1983 とバージニア州の不法死亡法、Va. Ann. Code § 8.01-50 (1984) に、被告である郡の事務員が違反していると主張して損害賠償請求訴訟を提起した。まず連邦地裁は、被害者は自殺しているが、バージニア州法では自殺は不道德または不法行為であるため、不法死亡に基づく原告の損害賠償請求はできない、と判断した。この点について連邦控訴審は、イングランドの慣習を承継しているバージニア州法では、依然として自殺は重罪であるとされており、さらにバージニア州の最高裁も、自殺はバージニア州におけるコモンロー上の犯罪であると示しているとして、地裁と同様、原告による不法死亡に基づく損害賠償請求は、バージニア州法の下では禁止される、と判断した。そして、公判前の被拘禁者に求められるケアのレベルについて憲法修正第8条にある「意図的な無関心という基準 (standard of deliberate indifference)」が、公判前の被拘禁者に適用されるべきかという論点につき、連邦控訴審は、刑務所職員が、受刑者の重大な医療ニーズに対して意図的な無関心を示す場合には、受刑者の公民権を侵害していることになるが、公判前の場合でも、刑期中の受刑者と同じ医療を受ける権利があるが、深刻な医療ニーズに故意に無関心な場合にだけ、被拘禁者の適正手続きを受ける権利が侵害されることになることが地裁裁判官によって説示されているため、地裁判決は全体として釈明目的を果たしているため、その釈明は破棄事由となる誤りを構成するものではない、とした。

⁷⁵ 過失不法行為の場合に不道德な原告の法理が適用されないとしている裁判事例として、Aetna Cas. & Sur. Co. v. Curley, 585 A.2d 640 (R.I.1991) をあげておく。この裁判事

そして、原告が制定法に抵触しているという理由で、不道德な原告の法理が適用されることもない。原告が制定法に違反しているか否かは、通常は、原告の過失を立証する際に関連してくる問題であるが、訴訟自体を否定する問題ではない。また、原告が制定法に違反している場合に、寄与過失により原告が有罪になるという事実は過失の立証にはなるが、どのくらいの落ち度があるのかの立証にはならない。そのため、このような立証が十分でない場合に、原告の過失と被告の過失を比較することは妥当ではないということになる⁷⁶。

例の内容は以下の通りである。火事で被保険者の家屋が焼けたため、被保険者である父親は、自身を負った火傷を契機にして、遺言のないまま死亡した。そこで、ロードアイランド州の相続分配の原則によって、被保険者の唯一の娘が相続人になった。さらに、遺産管理人にはその被保険者の孫娘が裁判所によって指名された。約 10 週間後、火のついた煙草を相続人が不注意に捨てたことが原因で加熱され、被保険者が死亡するに至ったとして、被保険者の孫娘によって、ロードアイランド州の上級裁判所 (superior court) に相続人は告発された。同時に保険会社は、州の上級裁判所で査定された損害額を保障する義務はないとする確認判決 (declaratory judgment) を求めて、ロードアイランド州の連邦地裁に訴訟提起した。上級裁判所は、相続人の過失が被保険者の死亡の近因となっていると判断され、陪審は不法死亡に関する損害として 5 万ドル、生存に関する損害として 20 万ドルを認定した。その後、地裁は、上級裁判所の訴訟で相続人に対して査定された損害について、保険会社は相続人を補償する義務はない、と宣言した。ロードアイランド州の最高裁は、何人も自分の不法行為から利益を得るべきではないという理由で、相続人が意図的に行動していないとしても、相続人が被相続人の死亡の原因になっていると認定したうえで、過失の犯罪者が自分の違法行為から利益を得ることを認めることになると、この国の公共政策に反することになるとして、保険会社は相続人を補償する必要はない、とした。また、被保険者の死亡につき唯一の近因である過失が相続人に認められる以上、R.I. Gen. Laws § 10-7-1 (1985 Reenactment) による不法死亡による損害、あるいは、R.I. Gen. Laws § § 10-7-5, 10-7-7 (1985 Reenactment) による生存に関する損害について、相続人は損害の補償を求める訴訟を維持することはできない、とした。つまり、本件の相続人は、形式上は、被相続人の遺産を受益する権利を有しているが、被相続人の死亡自己を過失で引き起こしている不法行為者となっている場合には、不法死亡の損害や生存に関する損害について回復を求める請求をすることはできないとしたのである。

⁷⁶ 本文掲載の裁判事例以外のものとして、Illinois Cent. R. R. v. White, 610 So.2d 308

(Miss. 1992) をあげておこう。この事例では、原告と被告の義務はそれぞれの法律によって規定されており、異質の内容となるため比較が難しいと言えるが、その点について言及されている。事案の内容は以下の通りである。被害者は自分の農場のある部分から他の部分に移動しようとした際に、私有農場内を走っている鉄道会社の電車にはねられて死亡した。そこで、被害者の妻と子供が加害者側には過失があったと主張して、イリノイ中央鉄道会社と電車の運転手を被告として、不法死亡による損害賠償請求訴訟を提起した。陪

【Commonwealth, Transp. Cabinet, Dep't of Highways v. Guffey 事件】⁷⁷

被害者はオフロード車を運転し、州の高速道路から降りて普段あまり使っていない古い高速道路を走っていた。その古い高速道路にはケーブルが張られており、そのケーブルは私有地に入らないように道路に隣接する土地所有者によって維持されていた。そのケーブルに衝突して被害者は死亡した。そこで、被害者の妻が、ケンタッキー州の苦情処理委員会（Board of Claims）に損害賠償請求をしたが、委員会はこれを否定した。そこで、被害者の妻が、ケンタッキー州の巡回裁判所に控訴した。巡回裁判所は、見えにくいケーブルが障害になっている州の高速道路上を全地形対応型車両（all-terrain vehicles. 以下 ATV という。）を運転することで発生する損害は予見可能であるとした。さらに、州の運輸局

審は、不法死亡によって発生した実損害として 30 万ドル、懲罰的損害賠償として 400 万ドルを鉄道会社に対して認める原告勝訴の評決を出した。そこで、鉄道会社は、評決とは異なる判決、再審理、そして賠償額減額を求めて申し立てた。第一審は、不法死亡の責任につき評決とは異なる判決と再審理を否定したが、懲罰的損害賠償については評決とは異なる判決を求めた被告の申し立てを支持した。そこで被告は、ミシシッピ州法は私有農場の踏切に関して違反しているとする義務を鉄道会社に課していないとして、不法死亡の責任に関する評決とは異なる判決を第一審が拒否したのは誤りであると主張した。他方、原告は、懲罰的損害賠償について第一審が評決とは異なる判決の被告による申し立てを支持したことには誤りがあるとして、反対上訴をした。ミシシッピ州の最高裁は、Miss. Code Ann. § 63-3-1013 (1972) と § 77-9249 によって、鉄道会社が農地を横切っている場所では踏切施設を適正に維持する積極的な義務を負っており、速度を下げるとか警告を大きくするとか警備員を常駐させるなどの義務を果たさなければいけない、とした。そして、自分の土地を使用するという土地所有者が有する権利との兼ね合いで、その踏切施設の危険性が検討されることになるが、鉄道会社に事実審が課した合理的な注意義務は適正な基準で示されているので、この部分に誤りはない、とも述べた。そのうえで、両当事者の過失が衝突事故の一因であると判断した場合には、原告の損害賠償請求額は減額されなければいけないと事実審は陪審に説示しており、踏切を横断する場合には鉄道会社に事前通知をするようにミシシッピ州の法律は原告に要求しているが、原告はこの義務を怠っているとも説示しているので、ミシシッピ州の比較過失法理についての説示も適切に行われており、事実審の判決には誤りはない、と判断した。そして、懲罰的損害賠償については、鉄道会社の行為が、他者の権利を無視した、重過失、悪意、ないし reckless な行為であると証拠によって証明されなければいけないが、陪審の中に、それらの要素に該当する事実があると判断した者が一人もいないので、懲罰的損害賠償請求の根拠となる証拠はないと言える。よって、評決とは異なる判決は、懲罰的損害賠償について適正に認められている、と最高裁は述べた。

⁷⁷ 244 S.W.3d 79 (Ky. 2008) .

は、走行にとって合理的に安全な状態に高速道路を維持しつつ、適正な安全策を講じて、道路上の危険な状態があればそのことにつき適切に警告する義務を被害者に対して負っていた、とも指摘した。そして、被害者がATVを運転していたという事実は、ATVに対する規制をしている Ky. Rev. Stat. Ann. § 189.515(1) に抵触しているが、そのことは州の運輸局の過失責任を免除するものではなく、Ky. Rev. Stat. Ann. § 44.140(5) に基づいて、当事者間で責任を分配する際に適正に巡回裁判所が考慮する事実になる、と判断した。そこで、州の運輸局が上訴した。

ケンタッキー州の最高裁は次のように判断した。Ky. Rev. Stat. Ann. § 189.515(1) に規定される「公道 (public roadway)」に、本件事故が発生した高速道路の一部が該当すると、ケンタッキー州は主張することができなかったが、高速道路でATVを運転したことが Ky. Rev. Stat. Ann. § 189.515(1) に違反していると事実認定をした。さらに、高速道路に伸びているケーブルが障害になっている公道の一部が原因で、被害者に生じるであろう損害を予見することができる、とも述べた。そして、比較過失法理で、被害者が被った損害は制限されることになるが、法律に違反していることが損害賠償請求を禁止することにはならない、とも述べた。州の最高裁は、控訴審判決を責任部分につき認容し、損害賠償については破棄、そしてケーブルを維持する土地所有者、被害者、そしてケンタッキー州の間で20万ドルを限度に、責任分担を適正に行うように苦情処理委員会に指示した。

この裁判事例では、被害者が古い高速道路をATVで違法に走行していたとしても、その事実は、その高速道路での危険性から被害者を保護する義務を州の運輸局から取り除くことにはならない、とされた。つまり、被害者の損害賠償請求は自分の行為によって制限されることはあるが、被害者が法律に違反していたとしても、その違反行為が損害賠償請求自体を否定することにはならない、というわけである。この点について Schwartz は、被害者による法律違反によって、被害者の過失が加害者の過失を上回っていると評価することは必ずしも妥当ではないとし、このような場面における被害者と加害者の過失を比較することに対して、裁判所は一般的に否定的な傾向にあると思われる、と述べている⁷⁸。そうであれば、被害者が制定法に抵触していた事例では、不道德な原告の法理によって、損害賠償請求が禁止されることで、過失不法行為を行った加害者を保護することになり、そして、比較過失法理による責任分配を放棄することになったとしても、原告の寄与行為を非難されるべき行為として裁判所は評価していると言えよう。

さらに、原状回復請求に関する事例において、不法行為を行った被告が、原告に帰属すべき有形、無形の何か利益を保持し、保有しているという事例がある。そのような事例の中には、侵害された利益が被告に正当に帰属していることを主張することが難しい場合もあるが、被告がそれを何ら根拠なく保有していれば、被告がそれを保持することをあきらめなけ

⁷⁸ Victor E. Schwartz, Comparative Negligence § 6.03 (4th ed. 2002) .

ればならない、と主張することはそれほど難しくない。この発想を損害賠償請求に関する事例に援用して考えると、違法行為で原告に損害を与えたが、原告の寄与過失によって一部でも損害賠償請求が減額されると、違法行為を行っているにも関わらず、被告が免責される分、その利益が被告に残ることになるために、原状回復請求と損害賠償請求の間のバランスや道徳的な確かさを失うことになる。実際に、同程度の不法行為（*pari delicto*）⁷⁹という法理があるが、これは、共同不法行為者間で、同じ過失割合であれば互いの訴え、つまり、求償権を失うという内容の法理であり、その思想は比較責任に関するルールとしても位置付けることができる。この法理によれば、原告の過失と被告の過失とを比較検討した上で、両過失が同等か、あるいは、原告の過失が被告のそれを上回る場合、原告の訴えは禁じられるということになる⁸⁰。このように、原告の違法性と被告の違法性を比較検討して結論を得た事例として、次の二つのレイプ事件における損害賠償請求の事例がある。

【Symone T. v. Lieber 事件】⁸¹

レイプされた結果、妊娠していると分かったとき、原告は躊躇せずに中絶を受けた。その過程で原告は、羊水塞栓症（*amniotic fluid embolism*）を患い、神経障害（*neurological damage*）を引き起こしたが、それは原告の主張によると、医療過誤の結果ということだった。ただ原告は、医療上の過失問題を裁判にすることはなかった。理由は、妊娠している

⁷⁹ これは、同等の過失（*fault*）を意味するラテン語で、両当事者が同じ過失であるという場合には裁判所は原告の救済を否定するという内容を内容としている。つまり、原告が不法行為に関与している場合には損害回復を請求することができなくなるという法理である。Garner, *supra* note 11 at 944.

⁸⁰ 弁護過誤訴訟に関する裁判事例だが、この点に関する事例として、*General Car & Truck Leasing Sys., Inc. v. Lane & Waterman*, 557 N.W.2d 274 (Iowa 1996) がある。その内容は以下の通りである。原告である自動車リース会社は、被告である法律事務所に対して、自社のサービスマークの登録申請と登録更新の支援を求めた。しかし、この登録は、原告の役員が署名した宣誓供述書（*affidavits*）に虚偽の記載があったとして、特許商標局によって取り消された。原告は、宣誓供述書の虚偽記載は被告の指示で行われたと主張して、損害賠償請求をするために弁護過誤訴訟を提起した。アイオワ州の地方裁判所は、原告の虚偽陳述によって同程度の不法行為（*pari delicto*）の原則が適用されるため、原告は賠償請求することができないとして、被告の正式事実審理を経ないでなされる判決を求め申し立てを認めた。そこで原告は上訴した。アイオワ州の最高裁は、申請と一緒に提出された宣誓供述書に虚偽の陳述を知っていて作成するのに、被告と一緒に同程度の不法行為（*pari delicto*）を原告が行ったと、取消手続きでの記録が決定的に証明しているし、その結果、原告は被告と同程度に非難され得るので、被告に対する訴えは禁止されるとして、被告への正式事実審理を経ないでなされる判決を認容した。

⁸¹ 205 A.D.2d 609, 613 N.Y.S.2d 404 (1994) .

と気づくまで、中絶は違法であると意見が多かったためである。

ニューヨーク州の控訴審は、道徳上の非難の大きさから、不道徳の原告の法理を適用し、原告が合理的な医療上のケアを受けるという保護を否定され、中絶に関与した被告らは潜在的な過失責任から免責される、という結論に至った。

【Doe v. Roe 事件】⁸²

原告はバージニア州の住民で、被告はワシントン DC の住民であるが、原告と被告は性的経験を何度か有していた。両者はバージニア州で性的関係を持った後、9 日後には DC で性的関係を持っていた。最後の経験から 2 日経過して、原告は性器ヘルペスと生殖器疣（いぼ）の兆候を有し始めた。原告は、詐欺、精神的苦痛を課す故意と過失、そして暴行によって、性的伝染病を不法行為的な交渉で受けたとして、ワシントン DC の合衆国地方裁判所に損害賠償請求訴訟を提起した。なお、ワシントン DC とバージニア州の両裁判管轄では、結婚していない者同士での性的関係を有することを禁止している制定法があるが、損害賠償請求はワシントン DC でのみ可能であり、そのワシントン DC では違法行為で生じる違法な結果に対する損害賠償請求を認める例外規定も有している。他方、バージニア州では、損害賠償請求は禁止されている。バージニア州の法律はバージニア州での性的関係に適用され、ワシントン DC の法律はワシントン DC での関係についてのみ適用される。

ワシントン DC の地裁は次のように述べた。原告は、ワシントン DC での経験による負傷を明確に立証することができなかつたし、合理的な陪審であればだれでも、どの経験が感染の原因になったかを定めることができなかつたとして、被告勝訴の判決が出された。

Symone 事件の場合、原告の違法性を高く設定し、それと被告のレイプという犯罪行為の違法性を比較した結果、不道徳の原告の法理を適用して、被告を保護することになっている。また、Doe 事件の裁判では、感染の原因、つまり、因果関係を証拠に基づいて立証できなかったとしてレイプをした被告が勝訴になっている。判決文に明確に示されていないのであるが、原告の素行として複数の異性との性交渉があるで、おそらくこの事実が大きく判決に影響し、Symone 事件の判決ように、不道徳の原告の法理と同じ発想で処理されたのではないかと推測される。しかし、レイプという違法行為という点ではなく、また、被害者の性交渉行為が道徳的に評価されないという視点というよりも、危険を原告自らが引き入れているという自招行為の側面を重視して出された判決であると評価すべき事例なのかもしれない。

なお、Dobbs はこの Doe 事件について次のようなコメントをしている⁸³。バージニア州で損害賠償請求が否定されることで、未成年の女性が性交渉をし、過失で病気が拡大するの

⁸² 841 F.Supp.444 (D.D.C.1994) .

⁸³ Dobbs, et al., supra note 1 at 819.

を防止することに立法府は消極的になっているとして、バージニア州の姿勢を批判している。その理由は、損害賠償請求を否定するという判断は、感染する病気を意識的に、あるいは無意識に拡大する人々を、あらゆる可能な責任から基本的に免責することになるから、というものである。このような病気の拡大を防止することを考慮することは、明らかに、社会の関心を正しい方向に向けさせる契機になる、というわけである。

このように、原告が違法な行為に関与している場合、裁判所は完全に原告の訴えを否定する場合もあるし、原告の行為と負傷との間に法的因果関係があるとして、比較過失法理による責任分配をすることを拒否する場合もある。この原告の訴えを否定するという点で、法的因果関係的なアプローチは、不道德な原告の法理に似ていると言える。原告の訴えを否定する場合、裁判所における処理としては、比較過失法理による責任分配をしない、そして、裁判所が古い寄与過失法理の枠組みでやってきたように、all-or-nothing を基礎にして処理する、という二つに分類することができるようである。ただし、Hyden の指摘によると、この二つの処理がふさわしいと評価される裁判事例ももちろん存在するが、被告と原告の過失割合がほぼ同じである場合は、その妥当性が疑わしくなる、とのことである⁸⁴。

他方、この不道德な原告の法理に対する制約もある。それが、Alami v. Volkswagen of Am., Inc. 事件⁸⁵でニューヨークの控訴裁判所が 2002 年に示したものである。その事例では、泥酔した運転手がフォルクスワーゲン車で衝突した、というものだった。原告の主張によると、被告によるデザイン上の欠陥によって車が台無しになり、運転手が負傷するに至った、というものだった。被告は、泥酔した運転は重大な犯罪行為であり、不道德な原告の法理によれば、原告の賠償請求は何も認められるべきではない、と抗弁した。ニューヨークの控訴裁判所は、この抗弁を否定した。その理由は次のようなものであった。不道德な原告の法理は、原告と被告が両方、犯罪行為に関与している場合か、犯罪行為自体から生じる義務が原告に課せられるように求められた場合にかぎって、適用されると裁判所は考えた。この事例は、このどちらにも合致する事例ではなかった。合理的に安全な自動車を設計する被告の義務違反の有無は、原告である運転手の泥酔によって左右される性質のものではなく、何らかの理由で衝突したすべての車の構造問題に集約される。したがって、泥酔という事実に基づく抗弁は、比較過失法理や法的因果関係の問題とされるべきであり、不道德な原告の法理の問題とされるべきではない、という理由だった。

この不道德な原告の法理は、制定法でも採用されている場合もある。アリゾナ州の裁判事例で、原告が罪を犯している場合、被告の過失ないし重過失によって生じた負傷に対して被告は責任を負わなくてもよい、としている制定法が問題になった事例がある。裁判所は、犯

⁸⁴ Paul T. Hayden, *Butterfield Rides Again : Plaintiff's Negligence as Superseding or Sole Proximate Cause in Systems of Pure Comparative Responsibility*, 33 *Loy. L.A. L. Rev.* 887 (2000) .

⁸⁵ 97 N.Y.2d 281, 766 N.E.2d 574, 739 N.Y.S.2d 867 (2002) .

罪行為をした原告が自分の過失によって生じた危険を引き受けるとする条項によって、正式な事実審理を経ないでなされる判決を出すことは、その条項のある制定法は、引き受けられた危険と寄与過失の問題をあらゆる事例で陪審の判断をスキップすることになるため、事実問題の審理が陪審の権限であるとする憲法条項に違反している、とした⁸⁶。

第8節 willful、wanton、reckless 不法行為

第2章、第5節でも触れたように比較過失法理の適用の例外とされる事例には、故意不法行為に関する事例とともに、willful、wanton、reckless の不法行為に関する事例も含まれている。このうち、reckless あるいは wanton の場合は、通常、意識的な無関心も含まれており、極端な危険性が認められる不法行為とされている。比較過失法理のもとでは、かりに被告の行為が willful、wanton、reckless とみなされると、減額されることなく、原告は全額の賠償請求が認められることになる。しかし、統一比較過失法では、その被告の行為が故意不法行為とは認められない限り、原告の過失と、被告の reckless、wanton の行為を比較することが要求されている⁸⁷。比較する理由としては、多くの事例において、reckless な加害行為を故意というよりも過失として判断しているという点が指摘できる⁸⁸。たとえば、次のよ

⁸⁶ この裁判事例が、Sonoran Desert Investigation, Inc., v. Miller, 213 Ariz. 274, 141 P.3d 754 (Ct. App. 2006) である。裁判事例の内容は以下の通りである。被害者は万引きの疑いで、被告が雇っている警備員によって逮捕された際に窒息させられて死亡した。そこで、被害者の配偶者は、警備会社を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、犯罪行為を行っている最中に、負傷させられた原告に対して被告は免責されるとする Ariz. Rev. Stat. § 12-712(B) に基づいて正式事実審理を経ないでなされる判決 (summary judgement) を求めた。事実審は、寄与過失の抗弁や危険引受の抗弁を排除する Ariz. Rev. Stat. § 12-712(B) は、寄与過失の抗弁ないし危険引受法理に関する抗弁はいかなる事例においても事実問題とし、陪審に審理されるものとするという内容のアリゾナ州憲法 18 条 § 5 に抵触するとして、被告の申し立てを否定した。アリゾナ州の控訴審は、被害者の先行行為がそれ自体犯罪行為であるかどうか、そして、寄与過失とか危険引受として位置付けられるかどうかに関係なく、あらゆる事例において、寄与過失と危険引受は陪審の審査に委ねられている、という立法府の強い方向性をアリゾナ州の最高裁判例から汲み取ることができるので、Ariz. Rev. Stat. § 12-712(B) はアリゾナ州憲法 18 条 § 5 の禁止条項に抵触しているとして無効とした裁判官に同意する、と判断した。

⁸⁷ Unif. Comparative responsibility Act § 1 (2002) では、fault には、作為と不作為が含まれており、行為者や第三者の身体や財産権に対する過失や、reckless とされる作為や不作為の行為も含まれている、となっている。

⁸⁸ 本文掲載以外の裁判事例として、Poole v. City of Rolling Meadows, 167 Ill.2d 41, 656 N.E.2d 768, 212 Ill. Dec. 171 (1995) がある。事例の内容は以下の通りである。被害者

うな裁判事例がある。

【Kimble v. Carey 事件】⁸⁹

被害者の車が高速道路上で炎上しているのを発見したため、救助しようとした原告は、道路の反対車線にあった衝突現場の後方 100 ヤードほどのところで駐車した。原告は、燃え盛る車の中に被害者が前のめりになっているのを発見した。そこで、原告は被害者を救

は、警官によって撃たれたことで負傷したが、この負傷に対する損害賠償請求訴訟を市と警官を相手にして提起した。被告である市と警官は、原告の負傷の原因となる willful で wanton な行為をしたことで有罪である、と原告は主張した。陪審は、原告を支持した評決を出し、被告が willfully で wantonly な行為をしたという州法に基づく主張に対して陪審は、約 19 万 9000 ドルの賠償額を査定した。事実審は、陪審が査定した賠償額を全額に戻して、控訴審はその戻したことについて支持した。陪審はさらに原告には 75% の寄与過失があると認定したため、事実審は、その割合分を賠償額から減額し、約 4 万 9000 ドルの賠償請求を認める判決を出した。原告はこの賠償額の減額につき、willful、wanton な行為によって生じた損害賠償額は、原告に寄与過失があっても減額され得ないと、異議を申し立てた。控訴審は、全額の損害賠償請求を認めた。そこで被告は、陪審評決による全額の損害賠償請求を裁判官が戻すのは誤りであると主張し上訴した。イリノイ州の最高裁は、単なる過失と willful、wanton な行為との間には質的な違いがあるため、原告に認められる過失行為は、被告による willful、wanton な行為と比較することができないが、イリノイ州では willful、wanton な行為という概念が、過失と見なされる行為と故意的な不法行為とみなされる行為のハイブリッドな概念として発展してきているため、被告の行為が reckless、willful、wanton な行為である場合には、原告が請求できる賠償額は、原告の寄与過失の割合によって減額され得る、とした。本件では、被告の行為が故意的、あるいは、willful、wanton、reckless な行為であるかが不明であるにもかかわらず、事実審は原告の賠償額を全額に戻したという点で誤りがあったとして、最高裁は、再審理のために事実審に差し戻した。

また、Annotation, Application of Comparative Negligence in Action Based on Gross Negligence, Recklessness, or the like, 10 A.L.R.4th 946 (1981) によると、バージニア州では、寄与過失法理が未だに残っており、被告である酔っ払いドライバーを燃える車から原告が救出することを試みたという事例において、原告の行為が reckless であったとされて、結局、賠償請求が認められなかった場合があると指摘している。そして、原告の行為が reckless と評価されなければ、全額の賠償請求が認められたであろう、とも述べられている。なお、Rescue 法理では、原告の行為の性質は問題にならないことに注意を要する。被告が行う救助がどのような状況下で行われたかによって、原告の損害賠償請求の可否が決められるとするのが Rescue 法理の内容である。

⁸⁹ 279 Va.652, 691 S.E.2d 790 (2010) .

助するために高速道路を横断しようとした。原告が高速道路の左レーンの真ん中で、両手を挙げていたとき、原告は被告である運転手にはねられて負傷してしまった。そこで、原告は、被告に対して負傷による損害賠償請求訴訟を提起した。なお、被告は原告をはねる直前まで発見することができなかったと証言している。事実審は、原告の行為が意図的であるか wanton であるかは rescue 法理の分析にとって重要ではないので、原告が泥酔していたという証拠を排除して、原告の行為が意図的で wanton であったと判断したことを修正するように原告が主張したことを否定した。

バージニア州の控訴審は事実審判決を支持した。だが、法律問題として救助しようとした原告に寄与過失があるとする判断に誤りがあると控訴審は認定した。つまり、救助しようとした原告の行為が、自分の安全を無視する軽率、かつ、reckless な行為か、またはそのいずれかという問題は、陪審に提示されるべき問題であると認定して、事実審判決を破棄、差戻した。

つまり、この裁判事例では、運転手の酔いに関して過失があると評価するのか、reckless ないし wanton であるとするのかは非常に微妙な判断であり、reckless や wanton が比較過失法理の対象になるのであれば、それらが過失と同列の落ち度であると評価していると考えられる。比較過失法理によって当事者の過失を比較して各自の法的責任の大きさを決めるとだけでなく、reckless や wanton という行為も比較過失法理の対象になるとすると、どの行為に該当するかは陪審の問題であると指摘していると言える。

他方、被告が reckless ないし wanton の加害行為で賠償責任を問われている場合、比較過失法理のもとでも、原告の賠償請求は減額されることなく全額がそのまま認められることになる⁹⁰。そのため、共同不法行為者の中に故意の加害者と過失の加害者がいる場合に、原告の賠償請求がどのように扱われることになるのか、という点が問題になる。その裁判事例として、以下のようなものがある。

⁹⁰ 本文掲載の裁判事例以外のものとして、Davies v. Butler, 95 Nev. 763, 602 P.2d 605 (1979) などもある。この裁判事例の内容は次のようなものである。原告である両親は、入会式に参加したときにアルコール中毒で自分の息子が死亡したとして、クラブやそのメンバーに対して損害賠償訴訟を提起した。陪審は、被告であるクラブ勝訴の評決を出した。控訴審は、willful ないし wanton による加害行為によって生じた損害に対する賠償請求を、寄与過失法理ないし比較過失法理は禁止していないという説示を事実審が与えていないことに誤りがある、とした。比較過失法である Nev. Rev. Stat. § 41.141 は、1979年の Nev. Stat. ch. 629, § 6 の寄与過失法理を修正し、willful ないし wanton の加害行為に対する抗弁にはならないというルールを廃止した。最高裁は、事実審には、寄与過失法理ないし比較過失法理は willful あるいは wanton の加害行為に対する賠償請求を禁止していないという陪審説示を与えなかったことに修正できる誤りがあるとして、事実審判決を破棄し、差し戻しをした。

【Ziarko v. SooLine R.R.事件】⁹¹

故意ではなかったが、willful で wanton な行為をした上告人である不法行為者と、単なる過失と認定された被上告人である共同不法行為者に対して、被害者が人身損害賠償訴訟を提起した。被害者に対して全責任を負うことになった上告人は、被上告人の寄与分について求償をした。上告人は共同不法行為寄与法 (Joint Tortfeasor Contribution Act)、740 Ill. Stat. 100/0.01 以下に基づいて共同責任を負う以上、寄与分を得ることはできないと事実審は判断し、控訴審はそれを認容した。そこで、上告人は上訴した。

イリノイ州の最高裁は、共同不法行為者の中のある当事者が連帯責任のうちの比例的な部分以上の支払をする責任を負った場合には、その共同不法行為寄与法のもとで共同不法行為者の寄与分について求償することができる、とした。また、最高裁は、加害行為が故意であるという事実認定がないが、加害行為が willful で wanton なものであるとしても、上告人は寄与分を求めることができる、とした。最高裁は、事実審と控訴審判決をともに破棄し差し戻した。

この最高裁判決は、当事者の連帯責任に対して、willful ないし wanton な不法行為者である上告人が、被上告人である共同不法行為者からその者の寄与分を得るのを、共同不法行為寄与法が認めているとしているが、これは、共同不法行為者の中の willful ないし wanton の加害者に対して被害者が全額の賠償請求をすることが認められていることを前提としている。共同不法行為者に対する関係でも、被害者の賠償請求がそのまま認められるという処理は、一人の故意不法行為者に対する損害賠償請求の場合と変わらないと言える。

では、加害者だけでなく、被害者にも willful、wanton、ないし reckless が認められる場合、被害者の賠償請求はどのように扱われるのであろうか。この点に関する裁判事例として、次のようなものがある。

【Zeroulias v. Hamilton Am. Legion Assocs.事件】⁹²

原告の兄は自動車事故に巻き込まれた時、アルコールを飲んだ状態で運転をしていた。自動車事故によって受けた負傷が原因で兄は死亡した。原告は、既に酩酊している兄に対して被告がアルコールをすすめたことで死亡を生じさせているとして、損害賠償請求訴訟を被告に対して提起した。事実審は、控訴裁判所に対して、比較過失法は、被害者の wanton、reckless な行為と、加害者の willful、wanton、reckless な行為とを比較することを認めているのか否かという質問に対する決定を求めた。

マサチューセッツ州の控訴審は次のように決定した。比較過失法は、故意、willful、wanton、reckless な行為に適用されない。その理由は、もし行為が故意、willful、

⁹¹ 161 Ill.2d 267, 641 N.E.2d 402 (1994) .

⁹² 705 N.E.2d 1164 (Mass.App.1999) .

wanton、あるいは reckless であった場合には、その加害行為はもはや過失ではあり得なくなるからである。つまり、故意、willful、wanton、reckless な行為であるという事実認定は、問題の行為が過失によるものであるという事実認定とは別のものである。よって、被告が、被害者が既に泥酔しているのに、willful、wanton、reckless によって被害者にアルコールを提供したと立証されると、比較過失法は適用することができなくなる。被害者の行為が wanton ないし reckless であるかどうかは重要なことではない。

この裁判では、既に泥酔している兄にアルコールを被告がすすめたことに過失があると原告が立証できれば、死亡損害賠償請求が認められ、また、被告が willful、wanton、あるいは reckless で行動したことまで証明されれば、被告は被害者が willful、wanton、あるいは reckless で行動したことを立証する必要がないとされている。過失ではない被告の willful、wanton、あるいは reckless な行為と、被害者の wanton、reckless な行動を比較するために、比較過失法理を適用することができないから、というわけである。つまり、被告による加害行為が willful、wanton、reckless な行為と評価されると、原告の過失行為と比較して責任分配をすることにはならなくなるが、これは、被告による故意不法行為に対する比較過失法理の適用が否定されていることと同じ扱いになる、ということの意味していることになる。

なお、統一不法行為責任分配法（Unif. Apportionment of Tort Responsibility Act）は、責任割合の対象となる fault に何が認められるかについての議論が多いことから、各州の判断にゆだねる、としている⁹³。

第9節 小活

以上を要するに次のように整理することができる。アメリカ不法行為法の分野では、故意不法行為事例の場合には比較過失法理の適用は否定的であることが分かるが、何故、否定されているのかについては言及されておらず、不明瞭のままになっている。そして、故意不法行為と比較過失法理の関係性という問題については、その焦点が、willful、wanton、reckless という不法行為に比較過失法理が適用されるべきか否かという点に、もっぱら移行して議論されている。その際、重要な概念となっているのが、culpability、つまり、非難可能性ないし有責性という概念である。第2章において、比較過失法理が適用される場合には、原告と被告のそれぞれの行為態様の事情が比較検討されているという知見を得たが、その行為態様の事情とは、この有責性や非難可能性を意味していることになる。つまり、原告と被告の行為態様を比較検討し、被告の行為態様の有責性や非難可能性がより強いと評価される場合には、被告による比較過失法理の主張立証はできない、という方向で検討されているの

⁹³ Unif. Apportionment of Tort Responsibility Act の序文にある §2 コメントを参照。

である。この思考の流れで故意不法行為事例の場合を考えると、被告による故意に基づく加害行為の場合は、かなり強い有責性や非難可能性が認められることになるため、比較過失法理の適用は否定的に考えられることになる。ただ、本章第3節で検討した原告による挑発的な行為が、被告による故意の加害行為を招来したという場合には、被告の故意不法行為に見る有責性や非難可能性の強さは、原告が自分で暴行行為を招いた挑発行為に見る非難可能性や有責性によって引き下げられ、その結果、被告による比較過失法理の主張立証が認められる余地が生じている、と言える。

この有責性や非難可能性という側面が比較過失法理の適否を検討する際に重要な要素になっていることは、第7節で検討した *immoral plaintiff principle* が適用される場面でも顕著であったと言える。この法理は、寄与過失法理と同様に、被告の抗弁主張を制約する場面で登場するものではなく、損害賠償請求を被告に対して原告ができるか否かという場面で機能するものである。つまり、アメリカ不法行為法においては、原告の損害賠償請求の主張の場面でも、道徳性という視点が機能する、という姿勢をうかがうことができる。第2章における検討で得た、比較過失法理の適用の可否を考える場合には、原告の事情のみを斟酌して検討するのではなく、被告の事情も合わせて検討するという知見を合わせて考えると、その原告や被告の事情として道徳性や倫理性という要素が、アメリカ不法行為法における比較過失法理において非常に大きな役割を担っているということが言えるように思われる。

以上の考察結果は、日本の不法行為法における過失相殺法理の構造、つまり、過失相殺法理が適用され、発生した損害の一部を原告が負担しなければいけないという帰責理由を検討する際に、非常に重要な視点を提示していると言える。また、原告の挑発的・誘発的行為は、違法性（有責性）阻却事由として位置づけられる自招行為にもつながる内容であるように思われ、日本法にとって非常に有意義な示唆が提示されていると言える。

第4章 アメリカにおける故意不法行為と比較過失法理に関する議論

これまでは、アメリカの裁判事例を中心に検討を進めてきたが、ここで、故意不法行為と比較過失法理についてアメリカの研究者がどのように論じてきたのかについて、アメリカ不法行為法における議論の内容を以下で考察していく。

第1節 Victor E. Schwartz の見解¹

アメリカ不法行為法における比較過失法理の研究で有名な Schwartz は、故意不法行為と比較過失法理の関係について次のように述べている。各州の立法例や裁判事例として、故意不法行為事例における比較過失法理の適用が認められていない場合が多いが、その理由として Schwartz は、被告の行為が意図的に悪いから、という点を指摘している²。この「意図的に悪い」とは何を意味するかという問題は残るが、実際の裁判事例において、意図的に悪いということは、悪い目的で行われた行為というだけでなく、ある特定の結果が生じることが実質的に確かであると被告が知りつつ、その行為を行ったという場合が含まれる、と分析している³。たとえば、その具体的な裁判事例として Schwartz は、Carman v. Heber 事件⁴をあげている。この事例では、被告による契約不履行が意図的に誘発されているという要素があることを証拠が示しているとして、コロラド州の控訴裁判所は、たとえ原告に40%の過失があると認定されても、原告に全額の賠償請求を認めた。つまり、被告による意図的な不法行為が認定された場合は、比較過失法理が適用されないということを、この裁判が実際に示しているというわけである。

また、故意とは異なる概念である、Willful、Reckless、あるいは重過失という場合についても Schwartz は言及している。Willful という文言の定義について、Schwartz は、結果に対する認識を有していること、ないし、意図的であること、つまり、被告の行動による結果となることを実質的に確信した上で、行為者が認識していたとか、その行為が設定されたある目的に向かってなされた、ということである、と定義づけている⁵。

¹ Victor E. Schwartz, Comparative Negligence § 5-3 (4th ed. 2002) .

² Id. ; Alsteen v. Gehl, 21 Wis.2d 349, 124 N.W.2d 312 (1963) では、故意に精神的苦痛を加えた行為が問題になり、Stephen v. Lynch, 136 Vt. 226, 388 A.2d 376 (1970) では、息子の母親に対する違法な行為が故意であるという場合に、比較過失法理を適用することはできない、とされている。

³ W. Page Keeton, et al., Prosser and Keeton on The Law of Torts (5th ed. 1984) § 8 at 35.

⁴ Carman v. Heber, 43 Colo. App. 5, 601 P.2d 646 (1979) .

⁵ Farmers Ins. Exch. v. Hewitt, 274 Minn. 246, 143 N.W.2d 230, 238 (1956) . この事例

さらに、Schwartz は、willful という文言は、好意同乗者法 (guest statute) ⁶において使われてきたし、他の関連事例においても、wanton ないし reckless⁷と同じ言葉して利用されてきたと分析している。この wanton や reckless という文言も含めて、Schwartz は、被告が意図的に非常に不合理で危険な行為を行ったため、損害が結果として発生することによりかなり蓋然性があることを知っていた、ないし、知るべきであったという場合でも、被告には損害を発生させる意図はなかったという場合の被告の行為は willful であると評価される可能性がある、としている⁸。実際に、willfulness は、第二次不法行為法リステイトメント⁹においても同様に定義付けられおり、reckless disregard に等しいとされている。

このように、被告によって行われた加害行為が、Willful、wanton、reckless な行為であると評価された場合、比較過失の法理や寄与過失の法理に基づく抗弁は主張できない、として扱われるが¹⁰、その理由として Schwartz は、非難可能性という視点から、故意ではない被告の willful、wanton、reckless な行為でも、故意による違法行為と非常に近いと言えるため、寄与過失や比較過失によってもたらされる利益を被告が受けるべきではない、という点にある、としている¹¹。

さらに Schwartz は、全額賠償を被害者である原告が維持できるようにするため¹²、あるいは、抑止効果が喪失されることのないようにするために、故意不法行為に対して原告の全額賠償請求が認められるべきだから¹³、という点についても言及されている。ただし、

では、willful が reckless として定義づけられている。このことは、両者の概念の違いに、その曖昧さがあることを示唆している。

⁶ § 2-3 において特殊化された扱いを参照。Siders v. Gibbs, 39 N.C. App. 183, 249 S.E.2d 858 (1978) は、所有者であり乗車している者であれば、落ち度が willful、wanton である他の運転手に対して損害賠償請求できるかもしれない、としている。

⁷ St. Paul, West Pub. Co., Words and Phrases, pp. 240-243 (Permanent ed. 1940) .

⁸ Donnelly v. Southern Pac. Co., 18 Cal.2d 863, 118 P.2d 465, 468 (1941) . Ryan v. Foster & Marshall, Inc., 556 F.2d 460 (9th Cir. 1977) .

⁹ Restatement (Second) of Torts, § 500 (1965) .

¹⁰ § 5-1 above, at note 2. DeElena v. Southern Pac. Co., 121 Ariz. 563, 592 P.2d 759 (1979) は、被告の側に wanton があったことが立証された場合に、原告の訴えが寄与過失によって敗訴とならなかった裁判事例である。その他には、Harrington v. Collins, 298 N.C. 535, 259 S.E.2d 275 (1979) ; Hawkins v. Ivy, 50 Ohio St.2d 114, 363 N.E.2d 367 (1977) ; International Ass'n of Bridge, Structural & Ornamental Iron-workers, Local 387 v. Moore, 149 Ga. App. 431, 254 S.E.2d 438 (1979) などの裁判事例が同様の内容のものとしてある。

¹¹ § 5-1 above at note 5.

¹² Schwartz, supra note 1 at 124.

¹³ Id. at 125.

Wanton ないし reckless による加害行為の場合に、寄与過失の抗弁を失わせても、効果的にそのような加害行為が抑止されるという可能性は薄いのではないか、という見解のようである。このため、被告による加害行為が重過失、reckless、あるいは、willful による過失行為であっても、原告に過失があり、被告に故意とは言えない行為があった場合には、比較過失法理に基づいて賠償額を割り当てるべきである、としている。

第2節 Reginald R. White の見解¹⁴

Schwartz とは逆に、White は、故意不法行為事例に比較過失法理を適用することに積極的な見解を主張している。White の主張は次のようなものである。まず、被害者と故意不法行為者との関係における比較過失法理の意味合いである。White によると、両者の過失を比較するという事は、非難に値する当事者の間で過失の割当をすることであり、故意不法行為者との関係では、被害者にどれだけの非難性 (blameful) があるかということが余儀なく考慮される、と指摘されている。比較され得るという場合の被害者の行為は、社会規範 (social norms) に被害者が従わなかったという場合である。他方、故意不法行為者も、意図的に被害者に損害を与えようとしているため、やはり非難可能性が認められる。このため、被害者と加害者ともに社会規範に抵触していることになるので¹⁵、その結果、行為の非難性に比例して損害を割り当てるため、賠償額の割当をすることになる、とする。

また、故意不法行為者と過失不法行為者の間で過失を比較し得るとすることは、意図的に被害者に被害を発生させた故意不法行為者が、単にミスをしただけの過失不法行為者に費用負担をさせて、自分の責任を減ずる余地を認めることになるかもしれない。しかし、故意不法行為者による加害行為が非難に値することは間違いないが、過失不法行為者もまた非難に値する行動をしていた、と評価することができる¹⁶。このため、故意行為にいかなる非難性があっても、どれだけ非難に値するかとは関係なく、過失の分配がなされるべきなのであると、と White は主張している。

ただし White は、故意不法行為者の故意が過失不法行為者の過失と比較されるべきとする場合に、次の三つの点で修正されなければならない、とする。第一に、道徳的に非難でき

¹⁴ Reginald R. White, Comparative Responsibility Sometimes: The Louisiana Approach to Comparative Apportionment and Intentional Torts, 70 Tul. L. Rev. 1501 (1996) .

¹⁵ 確かに、状況次第によっては、故意不法行為者の行為の非難性が、被害者の過失を免責するのを正当化する場合があるかもしれない。このことは、責任の割当が当事者の非難性を反映しているとは言えないため、責任としてあるべき状態を歪めていることになるかもしれないが、不法行為法において道徳的な要素を維持することにはなるとも言える、と White は述べている。

¹⁶ Fred C. Zacharias, The Politics of Torts, 95 Yale L. J. 698, 708 (1986) .

る不法行為者に対する社会の怒りを表明するのを弱めるべきではない。第二に、共同不法行為の事例において、ある故意の不法行為者による行為の悪性のために、他の過失の不法行為者にその責任を波及させるべきではない。第三に、故意の不法行為者ほど非難されない過失不法行為者による行為の場合に、原告は不当に害されるべきではない¹⁷。これらの三点が考慮されれば、故意不法行為と過失不法行為とを比較して責任分担を決めるということに対しては消極的になるように思われるが、whiteはこの点について言及されていない。

第3節 Gail D. Hollister の見解¹⁸

他方、Hollister は、故意不法行為事例に比較過失を適用することに、裁判所が消極的な立場をとっている理由として、以下のように説明している。

まず、比較過失法理が登場する前の故意不法行為事例において、原告の寄与過失を考慮することを裁判所が否定した主な理由は、寄与過失法理による厳しい効果に満足できなかった、という点にあるとする¹⁹。裁判所は、不注意な原告が賠償請求することを禁じる寄与過失法理に不満を感じていたため、その他の事例に寄与過失法理の適用範囲が拡張していくのに消極的で、特に、故意不法行為事例においても寄与過失法理を適用するということは、加害者よりも有責性の少ない被害者に全賠償責任を課すことになってしまう、というわけである²⁰。

そして、故意不法行為事例において比較過失法理を適用することを禁止することを説明するために提示される一般的な理由に、被告の故意と原告の過失は質的に異なっているから、という理由がある。実際に、その理由が具体的に裁判になった事例があるとして、Florenzano v. Olson 事件を Hollister はあげている。

【Florenzano v. Olson 事件】²¹

¹⁷ 非難性のない不法行為者は、酷くない行為をした者ということである、という説明を White は付けている。

¹⁸ Gail D. Hollister, Using Comparative Fault to Replace the All-or-Nothing Lottery Imposed in Intentional Torts Suits in Which Both Plaintiff and Defendant Are at Fault, 46 Vand. L. Rev. 121 (1993) .

¹⁹ Jake Dear & Steven E. Zipperstein, Comparative Fault and Intentional Torts : Doctrinal Barriers and Policy Considerations, 24 Santa Clara L. Rev. 1, 1359 (1984) .

²⁰ 一般的に、故意不法行為を犯した加害者が、自分が生じさせた結果と似た損害を意図していた場合、少なくとも、被害者の過失が単なる不注意であったとしたら、被害者よりも加害者に道徳上の落ち度があると評価されるのが通常である。

²¹ 387 N.W.2d 168,176 (Minn.1986) .

原告である被保険者は、ある病院の精神科看護師として勤務し、26歳のときに最初の家を購入した。家を購入するとすぐに、被告である保険代理店は、原告の夫の生命保険という形式で住宅ローン保険について話し合った。原告は、被告のアドバイスに基づいて社会保障プログラムに加入しなかったため、社会保障身体障害（social security disability）ないし扶養家族給付（dependent benefits）を受ける資格を失っていた。その後、原告は、多発性硬化症（multiple sclerosis）と診断されて動けなくなった。もし原告が社会保障制度に参加し続けていれば、原告とその子供は現時点までの保障を受ける適格性があつたことを原告、被告ともに認めている。そこで、原告は、社会保障給付について被告に不実表示の責任があるとして、損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、被告に不実表示責任があり、原告の社会保障給付金の喪失が約18万7000ドルであることを認めたが、原告にも62.5%の寄与過失があると判断した。保険代理店は、自分が述べたことが詐欺であったことを否定した。原告は、詐欺的な不実表示であることを主張・立証し、比較過失法理は故意不法行為に適用されるべきではないとして、控訴した。ミネソタ州の控訴審は、過失による不実表示に関する訴訟に比較過失法理は適用されないとして、事実審判決を破棄した。被告は、比較過失法理はこの事件には適用されないとする決定に対して上訴した。

ミネソタ州の最高裁は、被告が嘘内容を知っていたと推論させる証拠はないため、被告による不実表示は詐欺的なものではなく、過失によるものであつたと認めた。その上で、プロッサー教授の「寄与過失または比較過失法理の適用において、過失による不実表示を他の過失と区別する明確な理由はない」という説明などを根拠にして、比較過失法理が過失による不実表示に適用され、事実審は本件においてこの法理を適正に適用しているとした。

しかしながら、Hollisterは、このFlorenzano事件において最高裁が述べているように、被告の故意と原告の過失は質的に異なっているので比較できないという主張には、二つの理由で根拠がないとする。一つは、故意と過失との質的な違いという主張は傾聴に値するように聞こえるが、重要なのは、それらの間に質的な違いが本当にあるのか、という疑念である²²。二つは、たとえ質的な違いがあつたとしても、二人の当事者のうちの一人に過失があるとされた場合に、その過失不法行為者が全損害を負担することに十分な理由があると言え

²² 著名な法学者でもあるリチャード・ポズナー巡回裁判所判事が述べているように、ある目的に向かう自発的な行為と、十分な情報に基づいて他の目的に向かって行う意図的な行動との間には、連続性があるため、自発的、非回避的、過失、重過失（grossly negligence）、無謀（reckless）、故意（deliberate）の間に特徴づけられる明確な境界はない、という説明がなされている場合がある。Ampat/Midwest, Inc. v. Illinois Tool Works, Inc., 896 F.2d 1035, 1042 (7th Cir. 1990)。故意不法行為とそれ以外の行為との間には明確な違いはないとしながらも、寄与過失が故意不法行為に対する抗弁にはならないと裁判所は結論づけている。

るのか、ということである。

この Hollister による指摘は、故意不法行為事例に比較過失法理を適用すべきか否かについての見解が分かれる際に、その立場の違いとなる視点に対して非常に興味深い指摘をしているため、少し詳細に検討してみることにする。

過失と故意には質的な違いはあるのかという点について、Hollister は多数の裁判事例を分析した上で、次のように述べている。故意不法行為事例において、原告の過失を考慮することを拒否する場合、裁判所の中には、確かに質的な違いを強調するところもあるが、むしろ、質的な違いとして説明しているところはほとんどないし、過失と故意との間のどのような違いが質的な違いとなっているのか²³、ということ述べたところも存在しない。事実、比較過失法理を適用するのを拒否する正当化理由の前提になっている点は、第二次不法行為法リステイメントで採用されておらず、そこでは、程度の違いということが質的な違いであるかもしれない、とだけ説明されているだけである²⁴。しかも、相違について二つの明確なタイプ、つまり質と程度が存在していることを前提にして、裁判所は、故意と過失は程度というよりも質的な違いであると結論づけているが、両者の違いが問題になっている場合に、二つの概念は程度というレベルだけで異なっていると結論づけている裁判所も存在していることから、その把握の仕方は非常に疑わしいものになっているとする。その事例として、Hollister は、Spivey v. Battaglia 事件をあげている。

²³ 裁判所の中には、数が少ないが、質の違いという説明をしているところもあり、故意に関する心理状態につき混乱しているところも見られる。たとえば、ルイジアナ州の裁判所は、損害を与えるのを意図した者を故意不法行為者としているが (Hebert v. First Guaranty. Bank, 493 So.2d 150, 155(1986))、カンザス州の裁判所は、損害に対して肯定的に希望した者を含めて故意不法行為者と説明している (Atchison, T. & S. F. Ry. Co. v. Baker, 98 P.2d 804, 807 (1908))。だが、Hollister は、多くの故意不法行為者は、損害も負傷も意図していない、と指摘する。同様に、アイオワ州の最高裁は、共同不法行為者の中の故意不法行為者は求償権を他の不法行為者に行使することができないと確認しつつ、その理由として、不道徳で実際に損害を意図していることが公序良俗に反していると言えるからと述べている。Best v. Yerkes, 247 Iowa 800, 77 N.W.2d 23, 28 (1956) . だが Hollister は、不道徳も損害発生への意図も故意不法行為の成立要件として要求されていない、と述べている。Hollister, supra 18 at 137.

²⁴ Restatement (Second) of Torts § 500 cmt. G (1963) は、過失と reckless の違いは、危険性の程度の違いであるが、この程度の差は、結局、実質的に質の違いとなると示される、と説明している。このリステイメントが意味するところは、質的な違いと程度の違いとの間には重大な境界線を引くことができるということではないとして、質的な問題が程度の問題に姿を変えていると述べる Edward Levi から支持を受けている。Edward H. Levi, An Introduction to Legal Reasoning 9 (Univ. of Chicago, 1949) .

【Spivey v. Battaglia 事件】²⁵

原告と被告は同じ会社の従業員で、ランチタイムに他の従業員数名と一緒に会社の工場の作業台に座っていた。原告と被告が昼食をとっているとき、原告が内気であるを知っていた被告は、原告にちょっかいを出そうとして、意図的に原告に腕を回して、自分の方に原告の頭を引っ張った。頼んでもいない抱擁をした後すぐに、原告は激しい痛みを覚え、原告の顔と口の左側に麻痺が生じた。そこで、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、被告による友好的だが承諾されていない抱擁 (friendly unsolicited hug) が暴行にあたり、2年の時効によって損害賠償請求は禁止されると認めた。

被告の行為が暴行にあたるかについての裁量上訴 (certiorari) を認めたフロリダ州の最高裁は、暴行のような不法行為責任が関係する故意 (intent) は、敵意のある故意である必要も、損害を与えることを欲していることも必要ではなく、合理人であれば特定の結果が実質的に生じると確信するであろうという場合に、法的視点から、行為者に故意があったと評価されるが、リスクがあることを知り評価していても、確実性が欠けていれば、故意と同等になるものではない、とした。そして、既知の危険が、合理人であれば回避するであろう予見可能なリスクではなく、かなりの確実性が生じた時点で裁判所は線を引いており、確実性が生じた場合に、故意はあると法的に評価され、確実性がない場合には、故意ではない過失による暴行となるとした。最高裁は、過失要因に関して適切な説示を陪審に付与すべきであったとして、事実審判決は破棄し差し戻した。

この点について研究者の中にも同様の混乱が見られる。たとえば、アメリカのロースクールで一般的に使用され、定番の教科書とされている Prosser and Keeton on Torts では、いくつかの事例において、故意と過失の間にある違いは明らかに程度の問題である²⁶、とされている一方で、意図が悪化した形式、意図に近づきつつある状態という点で、程度というだ

²⁵ 258 So.2d 815, 817 (Fla. 1972) . 故意と過失との区別に苦労しながら裁判所は検討しているが、両概念の違いは質的なものではないと示している、と Hollister は述べている。というのも、質的な違いになるためには、控えめに述べても、その違いが発見され得るものでなければいけないから、としている。Hollister, supra 18 at 137, 138. さらに、裁判所の中でも、同じ行為が故意不法行為と過失行為の両方になり得ると結論付けるところは皆無である、とも指摘している。また、重過失が、故意の要素を含んでいるとしている裁判所も、故意と reckless は、相対立しているとする裁判所も、そして、Wantonness が、willful, intentional wrong と、責任の点で均一であるとしている裁判所もない、と分析している。ただし、質的な違いにおいて、故意や過失には明確な違いがある、と指摘している裁判所はある、としている。

²⁶ Keeton, et al., supra note 3 at 36.

けでなく質的にも過失との違いになっている、という見解が述べられたりしている²⁷。そこで、Hollister は、このように理由付けが不十分であるのに、比較過失法理の適用を否定するのに、質的な違いという微妙な理由付けにだけ頼っているのは無責任と言わざるを得ない、と手厳しく批判されている。さらに、質的な違いに理由があるというのであれば、まず、質的な違いと程度の違いによってどのようなことが生じるのかを明らかにして、そこから、過失と故意の間の違いがおそらく質的な違いになっているのではないかと立論する必要がある、と主張されている。

この質的そして程度の違いという議論の中で、Homes 判事は、最大の違いは質的なものではなく程度である、と述べている²⁸。Homes 判事は、程度の違いに関する事例として、「夜と昼」という例をあげている。つまり、夜と昼は劇的に異なっているが、互いに真反対の極に位置づけられるものであり、それは程度の違いなのであり、質的な違いではない、という主張なのである²⁹。そのようなアプローチに従って、連続して測定できるものが程度の違いになるのであり、共通の性質のないものが質的な違いである、と明確に区別している主張内容は、非常に興味深いものと言える。

そして、Hollister は、どのような点で、故意と過失との間に違いはあるのか、という点について次のように述べている。一般的に承認されている定義によると、故意は、行為者が自分の行為の結果が生じることを希望し、あるいは、その結果が主観的にその行為から生じると確信している時に生じる、となっている³⁰。この故意概念に該当しない willful, wanton, reckless という行為の場合は、過失が酷くなった行為であるとか、故意と過失の中間的なタイプであり、おそらく、過失と故意の両方と質的な違いがある、としている裁判事例がある。その裁判事例の代表的なものを以下に二つ見てみることにする。

【Sorensen v. Allred 事件】³¹

原告が運転する自動車は、信号機のある交差点で時速 10~20 マイル（時速 16 ㎞~32 ㎞）で左折を開始したが、時速 35 マイル~75 マイル（時速 56 ㎞~120 ㎞）で直進してきた被告が運転する自動車と衝突したため負傷し、同乗していた原告の夫は死亡した。そこで、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告の負傷に対して 3 万 5000 ドル、死亡した夫の損害として 5 万ドルを認めた上で、被告の違法行為は故意であるとして、原告に 45%、被告に 55%の過失を割り当てた。そこで、原告は、故意の不法行為に対して原告の寄与過失は問題にならないのではないかと、として控訴した。

²⁷ Ibid.

²⁸ Haddock v. Haddock, 201 U.S. 562, 631 (1906) .

²⁹ Id. 201 U.S. 562, at 632.

³⁰ Restatement (Second) of Torts § 8A (1963) .

³¹ 112 Cal. App.3d 717, 169 Cal. Rptr. 441 (1980) .

カリフォルニア州の控訴審は、被告が主張しているように、陪審は本件事故を引き起こすのにほとんど同等であると事実認定した二つのタイプの過失の間で、基本的な比較をしているのであるから、りんごとオレンジを比較しているのではなく、二種類のオレンジを比較、つまり単純な過失と重大な過失を比較しているか、あるいは、最悪でもオレンジとレモンを比較しているのであるとし、他の種類の過失と比較することができない異なる種類の過失として willful と wanton な行為を分類することに合理的な理由は存在しないので、訴訟当事者のどちらかの行為が willful で wanton な行為として伝統的に説明されているタイプであれば、比較過失法理が適用されるべきである、とした。

【Krivijanski v. Union: R.R.事件】³²

被害者は上告人である人格代表者（personal representatives）は、被上告人である鉄道会社に対する不法死亡訴訟と生存者訴訟を提起し、事実審は、同様の訴訟を併合した。被害者はオートバイで、被告が所有する舗装されていない私道を走行していたときに、被告が維持していたマークのついていないワイヤーケーブルに衝突したために、被害者は死亡した。そこで陪審に対してなされた特別質問書（special interrogatories）に対する回答には、被告の行動が willful ないし wanton であり、被害者にも過失があることが示された。陪審は、原告に 2 万 5000 ドルの損害を認め、被告に 60%、被害者に 40%の寄与度があるとして、比較過失法（42 Pa. Cons. Stat. Ann. § 7102）を適用して、原告に遅延損害額を加えた約 1 万 9000 ドルの損害賠償請求を認めた。原告は、被害者の過失問題を陪審に提示することで、比較過失法理の適用を引き起こしたことに事実審に誤りがあるとして上訴した。

ペンシルベニア州の最高裁は、willful ないし wanton な行為が非常に故意不法行為に近い場合、加害者は寄与過失法理や比較過失法理が適用されることで利益を得るべきではないし、42 Pa. Cons. Stat. Ann. の立法趣旨として、重大な過失は明確に含まれているのに、willful ないし wanton な行為を含めなかったのは、それらの行為を除外する意図を示しているとして解釈されているので、willful ないし wanton な行為が問題になっている場合には、比較過失法理は適用されるべきではない、とした。

このような故意に対して過失は、不合理な危険に対して他者を保護するために法が要求した基準以下の行為をしたこと、とされている³³。つまり、故意と過失とは明らかに、次の

³² 357 Pa. Super. 196, 515 A.2d 933 (1986) .

³³ 42 Pa. Cons. Stat. Ann. § 282. この条項によると、willful、wanton、reckless な行為は、故意と過失の間に位置づけられており、合理人であれば実現すると判断する事実を行為者が、認識したりしていなかったり、知るべきであるのに知らなかったりする作為ないし不作為の行為形態であり、物理的な損害の不合理なリスクを他者に行為によって創造する行為だけでなく、そのリスクが必要以上に危険になるのを放置する不作為行為も含む、

2つの基礎的な点において異なっていると言える。一つは、故意不法行為者は少なくともある特定の結果が生じることに對して主観的な確信を持っている³⁴の對して、過失不法行為者は、単に不合理な危険を創造しているだけである、という点である³⁵。二つは、故意不法行為者が主観的にある結論を意図していた³⁶の對して、過失不法行為者は、客観的な基準に合致していない行為をした、というものである³⁷。

とされている。

³⁴ Id. § 8A.

³⁵ Id. § § 291, 500.

³⁶ 研究者の中には、第二次不法行為法リステイトメントのもとでの客観的な故意で十分であると主張している者もいる。David J. Jung and David I. Levine, Whence Knowledge Intent? Whither Knowledge Intent?, 20 U. C. Davis L. Rev. 551, 559-65 (1987); Leon Green, The Thrust of Tort Law, 64 W. Va. L. Rev. 59, 63-4 (1961)。これらの論文は、ほとんどの研究者が故意の基準は主観的であると主張しているため、過失と故意との間にある違いが、実際問題として、被告の故意に関する主観的基準のもとで程度問題となっているということが示されている。

³⁷ wanton、あるいは、intent であるかどうかを決めるために、客観的ないし主観的な基準が使われるかどうかに関して統一されていない。たとえば、次のような裁判事例から、そのような状況をうかがうことができる。Roberts v. Brown, 384 So.2d 1047 (Ala. 1980) は次のような裁判事例であった。A は、B とともに正午から午後 5 時まで湖畔で開かれたパーティーに参加し、ある町にバンドの演奏のために自動車で向かった。翌日の早朝、そこからの帰路の高速道路で事故が発生し、A と B は死亡した。しかし、事故当時乗っていたのは B 所有のものだったが、この自動車を誰が運転していたのかは不明であった。ただし、A が運転していた、そして、運転する前に数本のビールを A は飲んでいて、という証言はあった。そこで、B の遺産管理人は、A の遺産管理人に対して、A の行為は wanton であったとして損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告を指示して 1 万 8500 ドルの損害賠償請求を認めた。被告は、wantonness の問題につき評決を支持する証拠は存在していないのに、それを認めた点に事実審には誤りがあると主張して上訴した。アラバマ州の最高裁は、wantonness とは、既存の条件を知りつつ、義務の履行ないし不履行を意識的に行う一方で、義務の履行ないし不履行により、結果が発生する可能性が高いことを意識していることと定義づけられ、wanton で責任があると言うためには、意識とは無関係である reckless の状態で、結果を生じさせる既存の義務を意識的に、そして意図的に履行したり、不履行にしたりしたことが立証されなければいけないとし、wantonness の最も重要な要素は知っていること (knowledge) であるとしつつも、知っていることは、直接的な証拠で立証される必要はなく、合理的に推測されること (legitimate inference) が状況証拠から立証されることで明らかにされる場合もあり、それは、陪審の推測に委ねられている問題ではない、とした。そのうえで、最高裁は、証拠によると、自動車を運転していたの

確かに、主観的にある結論を確信している行為と、結果的に不合理な危険となっているだけという行為との間には違いは認められるが、このような違いがあるということが、質的な違いがあるということに結びつくことにはならない、と Hollister は指摘する。この主観的な確信と不合理な危険の創造という概念は、その行為が結論を引き起こすという「確かさ (certainty)」の程度にむすびつく。予見できる損害発生危険を生じない行為から (通常、不法行為にはならない)、損害の不合理な危険を生じさせる行為 (過失)、損害が生じる蓋然性が強い行為 (reckless)、損害に対する主観的な確信、あるいは、意図した損害を生じさせる行為 (故意)、という連続している中で故意と過失は存在しているという構造の中に、故意と過失の両概念が位置付けられている、と Hollister は説明されている。つまり、故意と過失の位置づけについて一本の線に例えているわけである。連続性のある線の一方の端に

は A であったことを合理的に推測することを支持することができること、非常に危険であるため、事故が生じた地点の前、およそ 50 呎の地点に警告の標識が設置されていたカーブに A はアルコール飲料の影響を受けながら侵入して行ったこと、カーブを進行するのに合理的な注意を払わなかったら、非常に危険なカーブであるために事故が起こりやすくなるのを明らかに A は知っていたこと、そして、A は同乗している B の死亡を引き起こす蓋然性の高い、事故に無関心で reckless な行為で自動車を運転していたことが分かるとして、事実審判決を破棄し差し戻した。

また、Mandolidis v. Elkins Indus., Inc., 161 W. Va. 695, 246 S.E.2d 907 (1978) は次のような内容の裁判事例である。被害者は、家具製造業を営む被告会社における機械作業員として雇用された。10 呎のテーブル電動ノコギリを使用しているとき、安全ガードが装備されていなかったため、被害者の右手がノコギリの刃の部分に触れたため、2本の指が切断されてしまった。そこで、被害者は、被告に対して安全装置なしでテーブル電動ノコギリを使用させたことは、従業員身体、生命に対する wanton、willful、malicious、deliberate な行為であり、そして、労働者補償基金に加入していた場合には損害賠償責任から免責されるとしている例外規定である W.Va. Code § 23-4-2 にある「計画的な意図 (deliberate intent)」が被告にあったため、損害賠償責任の免責は受けられないとして、損害賠償請求訴訟を提起した。一方、被告は、計画的な意図を否定し、労働者補償基金加入者が受けられる免責を主張した。事実審は、提示された証拠などを検討した上で、被告に計画的な意図はなかったと判断し、原告の主張を否定した。ウエストバージニア州の最高裁は、第二次不法行為法リステイトメント § 8A は「intent」の定義について、自分の行為の結果を生じさせる意図を有し、あるいは、その行為から結果が生じることがかなり確実であると考えていること、としているが、結果が生じる確かさは、状況証拠によって一般的には立証されなければいけないとしたうえで、事実審では、原告が機械を稼働させるのを拒否すると解雇されることが証言として指摘されていることから、合理人であれば被告に計画的な意図があったと証拠から推測することができるとして、この点に関する事実審の判断には誤りがある、とした。

ある行為が、他方の端にある行為と質的に異なっていると指摘することはかなり恣意的な意見である、という指摘である。

また、想定されている故意と過失との違い、つまり、原告の主観的な要件である意図ということと、客観的合理的な人という過失基準は、二つの概念に質的な違いを与える根拠になるとしても、重要であるとは言えないと Hollister は指摘するが³⁸、その理由として次の三点をあげている。第一に、過失のある被告の心理状態が、故意不法行為者のものと質的に異なっているかどうかを検証する場合、その焦点は、被告の実際の心理状態にあるべきで、被告が特定の心理状態のもとで行動したことの証明を原告が行えば、故意と過失の間にある主観と客観の違いは消えてしまうことになる。というのも、たとえ、被告の行為が不合理で危険なものであったと被告自身が認識していたことを原告が証明することを法が要求していないとしても、多くの過失事例での被告は、不合理な危険を自身で創造していることを知っているからである³⁹。つまり、故意の場合も過失の場合もともに、自分の行為で危険が作り出されていることに主観的に気づいて認識しているから、というわけである。

第二に、実際の裁判において、主観的な意図という要件は、客観的な過失という考え方は完全に異なっている、ということが示されている⁴⁰。たとえば、主観的な意図とは、行為者の心理の中にだけ存在することから、意図に関する行為者による自分勝手な証言を受け入れるように陪審は要求されない。このため、意図的な故意不法行為に関する主観的な基準

³⁸ 興味深いことに、第二次不法行為法リステイメントは、故意、無謀、過失の間にある相違点を検討するコメントで、このような区別に焦点を当てていない。Restatement (Second) of Torts § 282 comment. D と e (1963)。そして、Restatement (Second) of Torts § 500 comment. f と g (1963)。

³⁹ 過失のある被告に責任を課す理由である抑止力は、潜在的な被告が、どのような行為が不合理な危険と判断されるのかを推測することができたり、推測するであろうという期待がその論拠になっている。このことが可能であると結論付けるための基礎は明らかに存在する。たとえば、研究の中には、自動車事故を引き起こす運転手の半分以上が、社会にいるほとんどの飲酒者の血中アルコール度よりもかなり高いとするものがある。3 Fowler V. Harper, Fleming James, Oscar S. Gray, Law of Torts 91 (1986)。この研究結果から、このような運転手の多くは、過度な飲酒によって、不合理な危険が作り出されていると認識しなければいけない。飲酒運転以外の場合は、特に、自分で作り出している危険状態に注意するように促されている。Vaughn v. Menlove, 3 Bing (N.C.) 467, 132 Eng. Rep. 490 (Ct. Common Pleas 1837) では、被告は繰り返して、被告の干し草の山が火事となる危険性があると言われていたが、その危険性 (chance) は確かにあると自身でも言っていたため、被告がその危険を理解したように思えるが、そのまま危険な状態を続けるのを被告は決意した、ということが事実として指摘されている。

⁴⁰ Smith v. Wade, 461 U.S. at 63-64 (ただし、Rehnquist 判事は異議を唱えている)。

を適用する裁判所は、行為者の心理状態が合理人の心理状態と同じである、と陪審が推測するのを認めている⁴¹。さらに州の中には、行為者は自身の自発的行為によって生じる通常であれば生じる結果について意図していた、と推測しているところもある⁴²。

このように実際は、故意不法行為の主観的な基準は、過失の客観的な基準に近づいていると Hollister は指摘する。確かに、故意と過失の違いは特定の事例において存在し得るし、被告は合理人であれば認識したことを、実際には認識していなかったと陪審を説得して、故意不法行為に対する責任を回避することができる可能性は否定できないが、そのような事例はかなり異例なものである。典型的な事例では、被告が知らなかったと反論しても、合理人であれば、その行為が禁止された侵害結果を引き起こすであろうと認識できると推定された場合、陪審は故意を認定することになるからである。

この故意と過失との間にあると想定されていた主観的・客観的な違いという点は、過失法

⁴¹ Keeton, et al., supra note 3 at 36.

⁴² Cal. Evidence Code § 665 (West 1966) . この点に言及している裁判事例として、Casualty Reciprocal Exchange v. Thomas, 7 Kan. App.2d 718, 647 P.2d 1361 (1982) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。被告は、自分の自宅の北側の住宅で少年がパーティーを開いていることに腹を立てており、少年たちが、被告の芝生の上を車で運転していたため警察に連絡をした。しかし、少年たちの車の一台を追跡するために現場から警察が去った後で、その少年たちの別の車が被告の私道から出て行こうとしていた。このとき、被告はその車を止めてドアを開け、運転手のこめかみに銃を突きつけていたが、さらに被害者が運転する車が近づいてきて、被告に何があったのかと尋ねてきたとき、被告はその被害者に銃を向けて発砲し、負傷させた。被害者は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。しかし、被告の保険会社が全面的否認 (general denial) したため、この裁判は、原告が求める確認判決 (declaratory judgment) の結果が出るまで保留されることになった。その確認判決では、発砲の結果として、被告の保険会社が保険契約上の義務から免れるかが争点になった。被告と保険会社が締結した保険契約には、この保険は、被保険者の立場から予期されたり、意図されたりする身体的傷害や物的損害に対しては適用されないという条項があった。このため、事実審は、少年の負傷は故意に被告によって引き起こされたとして、前述の保険契約の条項によって原告である保険会社は被告を弁護したり、補償したりする義務を負わないと判断した。そこで、被告は控訴した。カンザス州の控訴審は、被保険者の立場から予期したり意図された負傷に対するカバーを除外するという責任保険条項によって、被保険者が負傷を引き起こすのを意図したり予期したりしていないとする証拠がない場合でも、至近距離で被害者をねらい発砲したという事実から、被保険者が被害者を負傷させたことが立証された負傷を、保険でカバーすることから除外することになるとし、この推論は他の証拠でも言えることであり、負傷が被保険者によって意図されたり予期されていないという証拠もないので、控訴審は、行為の結果を被保険者が意図したと適切に推定していると言える、と判断した。

理にある客観的合理人という基準に含まれている主観性によって意味をなさなくなっていると言える。被告が子供である場合、被告の年齢、知能、経験則、技能、そして理解力などの要素によって、合理的な子供の行為かどうか判断されるが⁴³、それは多少、主観的な基準に似たものと言える。他方、大人が被告になっている場合、合理人という基準で判断されるが、それは、合理人としての身体的特徴⁴⁴、優れた知識、技能⁴⁵、そして知性⁴⁶に基づいて判断される。数は少ないが、被告の唐突で、予測不能な、そして、重度の精神異常という点が、過失要件になっている基準に合致するかどうかを決める際に考慮されている裁判事例も存在する⁴⁷。このような事例では、被告は自分の異常さが原因で、合理人として行動する

⁴³ Keeton, et al., supra note 3, § 32 at 179-80.

⁴⁴ 4 Fowler V. Harper, Fleming James, Oscar S. Gray, Law of Torts 421-23 (1986) ; Keeton, et al., id. § 32 at 175.

⁴⁵ Harper, et al., id. at 420-21; Keeton, et al. id. § 32 at 185.

⁴⁶ Keeton, id. § 32 at 185.

⁴⁷ Breunig v. American Family Life Ins. Co., 45 Wis.2d 536, 173 N.W.2d 619 (1970) .この裁判事例は次のような内容のものであった。加害者は、加害者の夫を仕事に送り届けた後の帰宅途中で、前方の車の後ろに白色に光る物体があったため、それをしばらく追跡していた。比較的直線であるが、徐々に右に曲がっていく道路を走行していると、前方からトラックが走行してくるのを見たが、彼女の証言によると、空中に飛ぶために加害者はアクセルを踏み込んだ。実際にはトラックに衝突をして、その衝撃で道路から外れて、深い溝を越えてトウモロコシ畑に入って止まっていた。交通巡査 (traffic officer) が事故の調査をするために、加害者の車に近づいたとき、宙を見つつ、車の後ろに座り込んでいた加害者を発見した。巡査はしばらくの間、加害者から何も調書を取ることができなかったため、病院に加害者を搬送し、後で加害者は精神病院に転院された。精神病院の医師は、加害者が総合失調症 (schizophrenic) などを罹患していると証言している。被害者であるトラックの運転手は原告となって、加害者の保険会社である被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。被告は、加害者が自動車のコントロールを失うような精神障害を患っていることを知っているとか、警告されているとか、合理的に推測すべきであったとかと認定できるほどの証拠がないので、加害者には過失はないと主張した。他方、原告は、そのような警告に関する証拠はあるし、過失訴訟において精神異常 (insanity) は抗弁とすべきではないとして、加害者には責任があると主張した。陪審は、被害者が精神的妄想や障害について知っていた、あるいは予告されていたことに対して過失があったとして、被害者の損害賠償額を1万ドルと認定した。事実審は損害賠償額を7000ドルに減額し、被害者に過失があったことも承認した。そこで被告が上訴した。ウィスコンシン州の最高裁は、突然の心臓発作、てんかん発作 (epileptic seizure)、脳卒中 (stroke)、失神のような身体的原因と同等の効果のある突然の精神障害は、同等に取り扱われるべきであるため、過失訴訟でも精神障害は抗弁になり得るが、幻覚が自動車の運転に影響を及ぼすようなものであると合

ことができなかつたという場合にだけ、被告には過失があるとされるが、これは明らかに主観的な手法による審査であると言える。このように多くの裁判事例における過失の判断基準は、完全には客観的なものにはなっていない、と Hollister は分析されている。

以上の考察から、過失分析の過程で考慮される主観性と客観的基準が、故意と過失の不法行為が常に質的な違いを有しているという議論に対して、Hollister は疑問視されていると言える。このため、過失のある被告がある程度の結果発生を知りつつ、不合理な危険を創造しているという場合を想定すると、たとえ主観的基準が適用されて責任が認められても、故意不法行為が過失行為と質的に異なっているという結論を支持することができない、と Hollister は述べている⁴⁸。

過失と故意は質的には異ならないとする他の指摘もある。たとえば、稀な例外になるが、

理的に信じさせるような警告や知識を被害者が有していたかどうかについて、専門家の意見の根拠となる事実が真実であるか否かを判断するのは陪審であるが決めるとしつつ、事実審判決を支持した。

⁴⁸ 裁判所の中には、故意不法行為事例で比較過失を適用するのを拒否する理由として、主観・客観という区別にはならないと暗黙のうちに認識しているところがある。それは、故意と過失の両当事者による行為が客観的な基準で判断されたとしても、被告の willful とか wanton による行為と、原告の過失を比較するのを否定しているところがあるからである。たとえば、*Davies v. Butler*, 95 Nev. 763, 602 P.2d 605 (1979) がこの点につき言及している。この裁判事例は、入学式 (initiation ceremony) に参加している時に、アルコール中毒で原告の息子が死亡したため、原告はクラブとそのメンバーに対して損害賠償請求訴訟を提起したものであった。事実審は被告勝訴とした。しかし、事実審は、陪審がもし被害者に寄与過失があったとしても、被害者に負傷を課すのを被告が意図していたと事実認定すれば、被告の違法行為によって生じた結果に対する原告によって請求されている損害賠償額は減額されないと説示しているが、これは破棄事由となる誤り (reversible error) であるとして原告は上訴した。ネバダ州の最高裁は、ネバダ州の比較過失法 (Nev. Rev. Stat. § 41.141) が制定されるまでの経緯から、被告の willful あるいは wanton の行為は、原告の寄与過失と比較されるべきであるとするのが立法府の意図であるが、比較過失法は willful や wanton について言及していないので、立法府がそれまでのルールを変更するつもりであったと結論づけるには根拠がないため、比較過失法の適用範囲の外に、willful と wanton という行為を置くというのが立法府の趣旨であると述べた。その上で、通常の過失と重過失と、willful ないし wanton という概念とを一貫して区別するとした。

この裁判事例は、被告の行為が willful ないし wanton である場合には比較過失をしない、つまり、もし行為者が、自分の故意に基づく行為がおそらく損失を引き起こすであろうと認識ないし認識すべきであるとする、行為は willful ないし wanton になるとした事例である、というのが Hollister の解釈である。Hollister, *supra* note 18 at 141.

原告が被告の行為に同意した場合⁴⁹、あるいは、被告が自分の行為を原告が同意を示していると合理的に確信した場合⁵⁰には、不法行為責任は生じない。それゆえに同意が問題になっているいくつかの事例では、原告の同意があると判断した点に被告に過失があったという場合にだけ、過失不法行為が成立することになる。同様に、被告の立場に立った合理人が何を確信したかという評価によっても、免責が認められるかどうかが決まる⁵¹。つまり、免責を主張する被告が、客観的な合理人という過失の判断基準に合致しない場合にだけ、故意不法行為を行ったという評価になる可能性がある⁵²。つまり、故意不法行為が存在するかどうかは、被告の認識が合理人のものと同じになっているかどうかによることになっているというわけである⁵³。

そして、たとえ故意と過失が質的に異なっているとしても、裁判所が比較過失法理を適用するのを阻むほどの違いになっているとは言えないとも Hollister は指摘する。原告の過失行為と被告の過失行為を比較することができないとする裁判事例はあるが⁵⁴、このことは実

⁴⁹ Fowler V. Harper, Fleming James, Oscar S. Gray, *supra* note 44 at 298 ; Keeton, et al., Torts, *supra* note 3, § 18 at 112-13.

⁵⁰ この点に関連する裁判事例として、O'Brien v. Cunard S. S. Co., 154 Mass 272, 28 N.E. 266 (1891) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告は、ボストンに向かう被告の蒸気船に乗っていた乗客であったが、ボストンに上陸するには予防接種を受けている証明書が必要であるために、蒸気船に乗っている間にワクチン接種を受けた。その後、原告は、身体全体に水ぶくれ (blistering) ができ、潰瘍 (ulceration) も起きたため、結局上陸することができなかった。そこで、上陸できなかったのはワクチン接種によるものであると主張して、接種をした医師に対して損害賠償請求訴訟を提起した。なお、原告は被告である医師に検疫場所において診てもらったが、ワクチン接種をするか否かを聞いたときに、原告は拒否していなかった。事実審は、同意しているということを理由に、被告勝訴の判決を出した。原告は上訴した。マサチューセッツ州の最高裁は、特別な異議がなければワクチン接種をする義務を有していると仮定できる権利が医師にはあり、原告がワクチン接種に一度も異議を主張しなかったことが証拠で立証されているので、被告は原告がワクチン接種をしたくなかったと知ることはなかったとし、また、ワクチン接種につき被告に過失があったという証拠もないので、被告による接種行為は合法的なものであった、と認定した。最高裁は、事実審判決を支持した。

⁵¹ たとえば、Restatement (Second) of Torts § 88, 101, 119, 125 (1963) を参照。

⁵² 免責の存在が不法行為責任を直ちに否定することになるかどうかについては否定的な意見があるが、その違いにはほとんど重要性はないと、第二次不法行為法リステイメントを引用しつつ、Hollister は指摘している。Hollister, *supra* 18 at 142.

⁵³ たとえば、Restatement (Second) of Torts § 892 comment b (1977) を参照。

⁵⁴ Hollister によると、立法政策的な理由によって、当事者の過失の比較を否定することを正当化することはあるであろうが、それはここで論じられるポイントではない、と主張

際、二つの過失行為を比較するよりも、過失行為と故意行為を比較することのほうが難しいということではない⁵⁵。厳格責任に関する裁判事例において、多くの裁判所と立法府は、比較過失法理がもたらす利益のほうが、原告と被告の行為を比較するのが概念的に難しいということより勝っている、と判断している⁵⁶。次の裁判事例が、この点に言及している。

されている。ここでのポイントは、二つの概念の間にある質的な相違点が、当事者の行為が比較されないということの根拠になり得るのかどうか、という点にあるということのようである。Hollister, *supra* note 18 at 142.

⁵⁵ 多くの過失が絡む裁判事例で見られるように、原告と被告の過失を比較することは、簡単なことではない。たとえば、欠陥車という自動車製造者の過失と、原告による標準以下の運転が合わさったことによって自動車事故が生じ、原告が負傷したという場面である。このように、一つの場面で、異なった性質を有する二つの行為が関与している場合、陪審が当事者の過失を比較して考えることは難しいと言える。しかし、多くの故意不法行為事例では、責任分配をするのはそれほど難しいとは言えない、と Hollister は指摘する。たとえば、酔った原告が同じように酔った被告を攻撃し、その被告が状況判断を誤り、原告の攻撃に反撃するため、過度な有形力行使したという場合を Hollister は想定している。被告が過度な有形力行使しているため、被告の行為は故意不法行為となるが、このような場合の行為の比較のほうが、前に検討した運転手の過失と製造者の過失を比較することよりも、比較的容易であるように思われる、としている。Hollister, *supra* note 18 at 142. おそらく、故意不法行為となる場面が、過失不法行為の場面よりも、かなり限定的であることから、各当事者の寄与度の比較がより容易であると言えるのではないかというのが、Hollister が述べている趣旨ではないかと思われる。

⁵⁶ Alaska Stat. § § 09.17.060, 09.17.900 (Supp. 1991)、Ark. Stat. Ann. § 1664-122 (Supp. 1991) . 本文掲載以外の裁判事例としては次のようなものがある。まず、Murray v. Fairbanks Morse, 610 F.2d 149 (3d Cir. 1979) であるが、この裁判事例の内容は次のようなものである。被害者は、事故当時、設備設置の A 会社に雇われて、バージン諸島にある石油精製所で電気制御盤を同僚とともに設置していた。被害者は、製造業者が作った設備を設置しようとしたときに、その設備の床にある梁が折れたことで転落し、背骨に重傷を負った。この梁は、固定的に溶接されておらず、一時的な仮付けという形で設備に溶接されていたものだった。被害者は、第二次不法行為法リステイトメント § 402A にある厳格責任とコモンロー上の過失に基づいて製造物責任訴訟を提起した。事実審は、厳格な製造物責任訴訟にバージン諸島の比較過失法を適用することは可能であり、被告に責任があり、原告にも過失があると認定された場合には、原告の過失割合に基づいて原告の損害賠償額を減額するように陪審に説示した。陪審は、被告が製造物責任を負い、原告の損害賠償請求額を 200 万ドルとし、原告の過失が 5% であるとして、その分を差し引いた 174 万 7000 ドルの損害賠償請求を原告に認めた。被告は、連邦控訴審に控訴した。控訴審は、製造物責任訴訟につき 5 V.I. Code Ann. § 1451 のもとで比較過失法理を事実審は適正に

適用したとして、事実審判決を支持した。その理由として控訴審は次のように述べた。負傷するという不合理な危険性に原告を暴露することで、原告に対して負っていた注意義務に違反したという事実が被告に認められ、他方、負傷するという不合理な危険性に対して自分自身を暴露させたことによってその危険性を高めたことにつき原告にも過失があるという過失訴訟においては、比較過失法理が機能する。そもそも製造物責任では、被告の過失行為ではなく、製品の欠陥が争点になっているが、過失と欠陥とはその性質において異なっているため比較の対象にならないが、特定の損害に対する責任が製品の欠陥と原告の過失行為に割り当てられるべきと考えられる場合は、その特定損害や負傷に対して欠陥と原告の過失が因果関係的に寄与していれば比較をすることができる、と述べた。

次に、Pan-Alaska Fisheries, Inc. v. Marine Constr. & Design Co., 565 F.2d 1129 (9th Cir. 1977) であるが、この裁判事例の内容は次のようなものである。原告の船はアラスカ州の造船場のドックで沈んだため、原告は、再度浮かせてワシントン州のシアトルで再建してもらうことにした。原告は船の再建のため A を雇い、新しいエンジンを取り付けるように命じた。A はエンジンを取り付けたが、このエンジンは被告が製造したものであった。このエンジンにある燃料フィルターは、故障について多くの苦情が寄せられていたため、フィルターの製造業者は、調査やテストを繰り返し、修正フィルターを開発した。そこで、古いフィルターを使用している顧客に修正フィルターと交換するか、新しいエンジンに変更するように連絡をとったが、被告はそれに応じなかった。このため、再建された船には古いフィルターが使用されたままのエンジンが設置されていた。A が全作業を終えた後、船は三人の乗組員とともに処女航海に出たが、エンジンルームで燃料油の火災が発生し、乗組員全員は救命ボートで脱出したが、船が沈没することで、すべての装備、備品、物資を原告は失ってしまった。そこで、原告は、海事管轄権のある連邦地裁に、損害賠償請求訴訟を提起した。連邦地裁は、原告に寄与過失があるが、厳格責任には比較過失法理は適用されないとした。そこで、原告は、この地裁判決による事実認定は明らかに誤りであり、証拠に基づいて認定されていないとして控訴した。連邦控訴審は、厳格責任として過失の比較ができないとすると、製品の欠陥を発見しなかったり、防止しなかったりした消費者の行為は、製品の欠陥がわずかなものであっても、責任を問われることはなくなるが、その一方で、ビジネスのためのコストの一つとして製造業者に欠陥製品からくる負担を課すために、製造業者に全損害を課すというのは、我々の正義や fair play の感覚を害することになると述べつつ、原告自身の非難されるべき行為に起因する責任の一部を、他の消費者や一般社会が負担すべき理由はないとして、厳格責任である製造物責任訴訟においても比較過失法理は適用できる、とした。その上で、純粹型の比較過失法理を採用した United States v. Reliable Transfer Co., 421 U.S. 397, 95 S. Ct. 1708, 44 L. Ed.2d 251

(1975) の観点から再検討するために、事案を差し戻した。差し戻された地裁は、被告は 3 分の 1、原告は 3 分の 2 の責任を負うと結論づけた。

【Fiske v. MacGregor 事件】⁵⁷

被害者は、高校のフットボールチームの守備として、他校との交流戦に参加した。被害者は、前半残り時間4分に満たない時点で、相手チームのタッチダウンを阻止しようとしたが、このとき被害者は、永久の四肢麻痺 (quadriplegic) を負った。そこで、被害者は、ヘルメットの設計にあった欠陥が負傷の原因であると主張して、ヘルメットの製造業者である被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。他方、被告は、原告の負傷は学校のコーチによる過失あるコーチングに原因があると主張した。陪審は、被告に対して厳格責任と黙示保証契約 (implied-warranty) 違反を認めた上で、原告に40%、被告に60%の責任分配をした。その結果、原告に210万ドルの損害賠償請求を認めた。原告は、比較過失法に従って、原告の寄与過失に基づいて事実審が損害賠償額を減額したことにつき上訴した。

ロードアイランド州の最高裁は、原告が意識的に危険に遭遇したことを被告が立証することの難しさの観点、そして、立証に成功すると、損害賠償請求することが完全に認められなくなるという厳しい結果が生じることを考慮すると、厳格責任と黙示の保証契約違反に比較過失法理を適用することは、発生した損害の公平で同等な分配という結果を達成することになるとして、事実審判決を支持した。

【Duncan v. Cessna Aircraft Co.事件】⁵⁸

被害者は、セスナ飛行機で墜落したため死亡した。そこで、被害者の妻は、コックピットの座席の設計と欠陥によって死亡したとして、セスナ飛行機を製造した被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告に100万ドルの損害賠償請求を認める評決を出したが、事実審は、被告勝訴という評決とは異なる判決 (non obstante veredicto) を出した。被告は、被害者にも寄与過失があるとして、損害賠償額の減額を受ける権利があると主張した。控訴審は、事実審判決を破棄し、被害者の過失の証拠を追加することを許可して、部分的に再審理のために事案を差し戻した。

テキサス州の最高裁は、控訴審の判決を破棄し、陪審評決に基づいて原告勝訴判決を支持した。その判決の中で最高裁は次のように述べている。厳格責任である製造物責任訴訟において、原告ないし第三者の過失を事実上無視することは単なる重大な欠陥ではなく、当事者の相対的な能力に比例して事故費用を割り当てないということの意味し、逆に割り当てることは経済的に非効率である、と。しかしながら、理想的な不法行為法制度は、損害発生を防止する能力に応じて当事者に責任を課すべきである。したがって、厳格責任である製造物責任の根底にある基本的な政策である公平で合理的なリスク分配は、原告あるいは第三者の過失行為を含む事例において、因果関係を比較するための何等かの損害に論理的に依拠することになる。このため、ほとんどの裁判所において、厳格責任に対して因果関係を比較するための何らかの方式を採用することになっている、と最高裁は述べた。

⁵⁷ 464 A.2d 719 (R.I. 1983) .

⁵⁸ 665 S.W.2d 414 (Tex. 1984) .

このように、厳格責任事例においても裁判所は、比較過失法理のもと、被告の過失と原告の過失を比較するように陪審に要求するようになっているが、これらの裁判事例から、過失と故意を比較するのが難しいという認識が、故意不法行為の被告から比較過失法理による利益を奪うほどの正当性を有していると論ずることはできない、としていることが分かる。

さらに、この質的な違いから、故意不法行為事例で原告の過失を考慮しないとするのは、現実的な根拠にはならないとも、Hollister は指摘する。故意不法行為事例において裁判所が、原告の故意行為が自分の負傷の原因になっていても、原告の故意は考慮されていない、というわけである。たとえば、土地に侵入した窃盗者である原告を銃で撃った被告は、原告の負傷の原因として、窃盗者である原告の意図的な不法行為が重大なファクターになっていたとしても、全額の賠償責任を負うことになる⁵⁹。同様に、暴行から自身を守るために過剰な物理力を不合理に使った被告は、過剰な物理力で生じた損害に対しても全額の賠償責任を負う⁶⁰と、ほとんどの裁判管轄は判断している。このように、原告の過失をこれらの事例で考慮しないとする理由として、すべての加害者が故意に行動しているためとされているが、けして過失と故意との間に質的な違いがあるから、とは言っていないのである。

このように、過失行為と故意行為との間の違いは、質的な2つの違いをもたらすわけではないし、たとえもたらすとしても、その違いが、比較過失法理による利益を故意不法行為の

⁵⁹ たとえば、Katko v. Briney, 183 N.W.2d 657 (Iowa 1971) がこの裁判事例になる。この裁判事例は、次のような内容の事例であった。誰も住んでいない家屋に夫婦で不法侵入したが、そこには古い瓶やフルーツを漬ける瓶 (fruit jars) があり、その夫婦はこれらの瓶を許可なく持って帰り、自分たちの骨董品コレクションに加え、さらに、もう一度その家屋に戻ることにした。その家屋の所有者は、一連の不法侵入や家宅侵入による数年間の家財道具の喪失に気付いていたため、その家屋を板で囲み、寝室にはショットガンを罠に仕掛けていたが、その夫婦はそのことを知らなかった。夫婦が再びその家屋に侵入したとき、罠に触れた夫はショットガンで撃たれ、足を失う重傷を負った。そこで、夫は、その家屋の所有者に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、2万ドルの損害賠償請求と1万ドルの懲罰的損害賠償請求を原告に認める評決を出した。事実審は評決に基づく判決を出した。そこで、被告は、強盗 (burglar) や窃盗による不法侵入を阻止する目的で家屋や倉庫に spring gun を使用することを法律は認めていると主張して上訴した。アイオワ州の最高裁は、暴行という重罪を犯すことを防止したり、人命が危険に晒されている場合を除いて、spring gun の使用は禁止されているし、自分の財産権を守るために合理的な力を行使することはできるが、そのような力の行使であっても、人命をうばったり、重大な身体的負傷を課すような力の行使をしてはいけないという制限に服することになり、そのことは、負傷した者が不法侵入者であったり、自身で法に違反している場合であったとしても適用される、と述べた。

⁶⁰ Keeton, et al., Torts, supra note 3, § 19 at 126.

被告から奪うのを正当化することはできないのである。さらに裁判所が当事者の意図的な故意行為を比較しないのは、故意不法行為事例で過失を比較しない理由が、質的な違いがあるからという理由に基づいていない、ということを示していると言える。

ここで Hollister の主張内容について簡単に整理しておく。原告に損害を引き起こす過失が両当事者にある事例において裁判所は、過失事例や厳格責任事例のほとんどにおいて比較過失法理を適用してきた。そして、故意不法行為という場面では、通常、原告の過失を無視して被告が全責任を負うという All or nothing を根拠にして、裁判所は問題解決をし続けてきた。だが、比較過失法理の出現で、この All or nothing という方法の再評価が整理されてくる。原告であろうが被告であろうが、過失行為で生じた結果に対して責任を負担しなければならないが、特に、損害を引き起こしたことに過失がある者は、その損害に対する全責任を他者に押し付けることは不正であり、一般的に認められるべきではない。さらに、被告の責任が過失に基づくものである場合、原告と被告を同等に扱うことが、原告の過失も損害額の査定の際に考慮されるべきという要求につながる。以上のことは、比較過失法理が多く故意不法行為事例にも適用されるべきということを示すことになる。また、両当事者の過失を認識させ、過失のある両当事者に自分で生じさせた損害に対する責任を負担するように要求することになる。さらに、比較過失法理の適用を肯定することによってもたらされる利益としては、比較過失法理が故意不法行為によって生じた損失を拡散するのを助力するということがあげられる。

それにもかかわらず、被告が原告の過失を主張することが妨げられるべきという場合があるという。被告が原告にそのような損害を課す権利が被告にないという事実気づきつつも、原告にその損害を課したいと意図した場合とか、被告が原告の過失を利用したというような場合には、被告は通常、原告の過失について主張する権利を失うことになる。

だが、被告が原告の挑発の結果として原告に損害が発生し、不法行為を犯すように挑発することにつき、被告に過失があったとしても、原告は責任回避できるとすべきではない。そのような事例における被告は、自分の目的のために原告の過失を利用したり、あるいは、多少なりとも、そこから利益を得ようとしていたりしていない場合には、被告の責任を減らすために、原告の過失を主張することが妨げられるべきではない。

以上の考察から Hollister は、ほとんどの故意不法行為事例においても、両当事者の故意や過失が考慮されれば、より公平に解決が図られることになるであろう、と結論づけている。よって、故意不法行為事例でも比較過失法理が適用されるべきであり、適用することによって、裁判所は損失を公平に分散することができるようになるというわけである。

第4節 Carol A. Mutter の見解⁶¹

⁶¹ Carol A. Mutter, Moving to Comparative Negligence in an Era of Tort Reform: Decisions for Tennessee, 57 Tenn. L. Rev. 199 (1990) .

Mutter は、故意不法行為は比較過失法理の対象にはならないとする見解を主張している。その理由については、必ずしも明らかにされていないが、論文の中で、原告と被告の過失を比較検討する際に頻繁に使用されている有責性・非難可能性 (culpability) や悪性 (badness) という文言に、その理由があると考えているのではないかと思われる。

Mutter の見解の特徴は、故意不法行為は比較過失法理の対象にはならないとした上で、比較過失法理の対象にどのような過失行為がなるのかという線引きを明確に述べている点にある。特に、故意ではないが、故意と並ぶような加害行為の悪性が認められる willful、wanton、reckless という行為が比較過失法理の対象になるのか否かが問題視されている点に特徴がある。

まず、Mutter は、比較過失法理を採用している裁判管轄では一般的に、故意行為に比較過失法理を適用するのが拒否されている⁶²、という点を指摘する。そして、伝統的な寄与過

⁶² たとえば、適用を否定している裁判事例として、Finnigan v. Sandoval, 600 P.2d 123, 124 (Colo. Ct. App. 1979) ; Terrell v. Hester, 182 Ga. App. 160, 160, 355 S.E.2d 97, 98 (1987) ; Hebert v. First Guar. Bank, 493 So.2d 150, 155 (La. Ct. App. 1986) ; Florenzano v. Olson, 387 N.W.2d 168, 175-76 (Minn. 1986) ; Cruz v. Montoya, 660 P.2d 723, 728 (Utah 1983) ; Bradley v. Appalachian Power Co., 256 S.E.2d 879, 887 (W. Va. 1979) ; Schulze v. Kleeber, 10 Wis.2d 540, 545, 103 N.W.2d 560, 564 (1960) をあげている。だが、Comeau v. Lucas, 90 A.D.2d 674, 675, 455 N.Y.S.2d 871, 873 (1982) は暴行 (battery) 事例であるが、原告の賠償額が比較過失法理で減額されるのが認められている。この裁判事例の内容は次のようなものであった。被告夫妻の家で開かれたパーティーで演奏をしていたバンドのメンバーのうちの一人が、明らかに酩酊している状態で、被害者に対して故意の暴行を加えた結果、被害者は頭部に重傷を負った。そこで、被害者は、被告である夫妻が家を留守にしていたために、自分たちの 16 歳の娘によって開催されたパーティーを監督しておらず、さらに、ビールが提供されるであろうことを知っていながら、パーティーを開くことに同意していたという点に過失があるとして、損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、原告に対して 25 万ドルの補償的損害賠償請求と 3 万ドルの懲罰的損害賠償請求を認め、事実審は、原告の賠償請求額を 10% 分減額した。このため原告は、原告に起因する非難される行為に比例して損害賠償請求額を陪審は減額するという事実審の説示には誤りがあるとして、控訴した。ニューヨーク州の控訴審は、CPLR (civil practice law and rules) 14 条 A に従って比較過失法理に関して事実審は陪審に適切に説示したと認めた。この CPLR14 条 A は、有責性 (culpable) のある行為という視点で、原告と被告の行為を比較していることを認めている。

また、統一比較過失法 (Uniform Comparative Fault Act) § 1(b)によると、法律と判例は典型的に故意不法行為には比較原理を適用しなかったため、故意不法行為を統一比較過失法は外している、とされている。12 U.L.A. 39, 42 (West Supp. 1990) . さらに、故意不

失法理は、暴行のような故意不法行為に対する訴えにおいても適用されておらず、このことは、故意行為が過失行為と程度において異なっているだけではなく、種類の点でも異なっている、という見方を前提にしているとしている⁶³。つまり、寄与過失法理の枠組みでは、原告の通常の過失は、被告の悪質な行為に対する抗弁とはならなかった、というわけである。このため、寄与過失法理では、willful、wanton、reckless あるいは重過失として被告の加害行為が評価される場合、原告による損害賠償請求は禁止されないことになる⁶⁴。

そして、故意行為とは言えないが悪性のある行為を被告がしていた場合、寄与過失の抗弁は排除され続けるべきかどうか、あるいは、原告は減額された損害賠償請求しかできないとすべきかどうかを、裁判所は確定しなければならないが、多くの裁判所は、故意にはならなくても、悪質な行為と言える行為類型タイプに比較過失法理を適用していると Mutter は分析している。つまり、willful そして wanton あるいは reckless の行為は、過失に分類される行為であるが、十分に非難されうる行為類型として裁判所は見ていると述べている。

だが、裁判所の中には、willful そして wanton あるいは reckless による行為は過失とは質において異なると示しつつ、悪質な過失行為に対する被告の責任を減じるために、比較過失法理を使用するのを拒否しているところもある。たとえば、Krivizanski v. Union Railroad Co.事件⁶⁵は、ペンシルベニア州の比較過失法を解釈しつつ⁶⁶、被告である鉄道会社の行為が、

法行為に対する特別な例外規定も用意されていない。むしろ、他者の身体や財産に対する過失行為、あるいは reckless による作為ないし不作為の行為が、比較過失法における過失行為の中に含まれていると明記されている。Uniform Comparative Fault Act, § 1(b), 12 U.L.A. at 41 (West Supp. 1990) . 実際には、故意不法行為に適用するかという前に、一般法理がコモンローに適用されるべきであると裁判所が判断したことは、統一比較過失法による捉え方を排除していない、と草案者はコメントしている。12 U.L.A. at 42 (West Supp. 1990) . 生活妨害のような不法行為において、過失責任や厳格責任を前提する訴訟は、その統一比較過失法の下での比較の対象になるが、これらの訴訟は、被告が故意に負傷させたと原告が主張・立証する訴訟ではない、と草案者は意見を述べている。12 U.L.A. at 42. 統一比較過失法が故意不法行為に適用されないとする明確な条項は、そのような故意に関する立証が要求されない訴訟であれば、妥当性があるように思われると Mutter は述べている。Mutter, supra note 61 at 278.

⁶³ Keeton, et al., supra note 3, § 65, at 462. 過失による損害と故意による損害の違いを明確にすることは難しい場合が多いので、比較過失法理は、少なくとも、特定された故意的な行為に対して拡張されるべきであると主張する研究者もいる。その代表的な研究者の一人が Sobelsohn である。この点に焦点をあてた論文として、David Sobelsohn, Comparing Fault, 60 Ind. L.J. 441-43 (1985) ; Dear, et al., supra note 26 がある。

⁶⁴ Keeton, et al., supra note 3, § 65, at 462 ; § 67, at 478 .

⁶⁵ 357 Pa. Super. 196, 515 A.2d 933 (1986) .

⁶⁶ Pa. Stat. Ann. tit. 42, § 7102 (Purdon 1982 & Supp. 1989) .

willful あるいは wanton の行為であると陪審が認定した場合、比較過失法理を適用しないとされた裁判事例である⁶⁷。ペンシルベニア州では、重過失と、willful、wanton、reckless までを比較過失法理は対象にしつつ、しばしば結果に対して意識的に無関心を装う行為との間に線引きをずっとしてきたが⁶⁸、イリノイ州、ネバダ州、ニュージャージー州、ワイオミング州では、willful ないし wanton の行為であると被告の行為が評価されると、損害賠償額の分配割当が否定される傾向にある⁶⁹、と過去の裁判事例を分析している。そのうえで Mutter

⁶⁷ 515 A.2d at 936.

⁶⁸ Id. at 936-37. ペンシルベニア州の裁判所は、Restatement (Second) of Torts の § 500 を根拠にしている。その § 500 とは、他者の安全性を無為することを reckless と定義づけ、認識された危機の段階的な変化という観点から過失と対比したうえで、wanton あるいは willful な行為と recklessness は同義であると述べている。515 A.2d at 937; Restatement (Second) of Torts, § 500 and comment g.

⁶⁹ イリノイ州の事例としては、Lubbers v. Norfolk & Western Ry., 147 Ill. App.3d 501, 515-16, 498 N.E.2d 357, 368 (1986) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告は穀物のある地点までトラックで運送していたが、慣れてないルートをとらざるを得なかった。運送する前に原告は、その穀物の生産者である農夫によって、目的地まで行くには、線路を横切る危険な箇所がある、と警告されていた。その問題の踏切は、鋭角に原告が侵入しなければいけないため angle crossing と呼ばれている箇所であった。その鋭角のために、西に向かう人にとって右側から来る列車を発見することが難しくなっており、さらに、原告のトラックの荷台と、道路沿いにあるトウモロコシの高さによって困難さは増しているという状態であった。この踏切において原告の運転するトラックと被告所有の列車が衝突し、列車のエンジニアは死亡、ブレーキ担当の者と原告は重傷を負った。原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起し、被告は、列車の損害に対する補償を求めて原告を相手に反訴を提起した。陪審は被告勝訴の評決を出し、被告に対して 650 万の損害賠償請求を認めた。この評決に基づいた判決を事実審は出し、控訴審においても支持された。イリノイ州の最高裁は、被告の willful で wanton な行為に関する証拠を原告が提示しており、それが立証されれば、原告側に通常の過失があったとしても、被告は責任を負うことになるであろう、と述べた。その上で、公共事業法 (Public Utilities Act) の視点から、問題の踏切が特別な危険 (extra hazardous) であるとイリノイ州の通商委員会 (commerce commission) が認定したことに従って、自動点滅装置を設置管理するように被告は命じられていると原告は指摘している。そのような命令があるのであれば、問題の踏切に設定されている点滅装置を被告が点検しなかったことから重傷が生じるのは自然であり蓋然的であることを、被告に明確に知らされているという事実認定になる可能性がある。しかし、そのような点滅装置を維持する義務を実際に認識している場合には、willful ないし wanton の特徴にあたり、結果に対する意識的ないし reckless な無視とみなすことができるが、この場合、原告に寄与過失があったとしても、それは被告の抗弁には

なり得ない、とした。

また、ネバダ州の裁判事例として、*Davies v. Butler*, 95 Nev. 763, 769-72, 602 P.2d 605, 610-11 (1979) があるが、この内容は以下の通りである。大学生である被害者は、大学の課外活動に伴う様々な活動を支援する飲酒クラブに所属していた。被害者は、新入生として参加する選択肢を知らされ、その時から土曜日の夜まで、新入生は朝、昼、晩の活動に参加するように指示され、そのすべてがアルコール飲料を消費する能力を凶るものであった。最終の土曜日の晩に、被害者らはある活動に参加させられて、駐車場にある壁の前に並ばせられて、最終式 (final ceremony) が開始された。そこで、被害者らは大量のアルコールを 20~30 分以内に飲み干すように指示された。飲酒した後、被害者らは近くにある湖まで車に乗せられていったが、そこで被害者が呼吸停止になっているのが発見された。救急車が呼ばれて、病院ではアルコール中毒の治療が施されたが、被害者以外の新入生は人口呼吸器によって蘇生したが、被害者だけが死亡した。そこで、被害者の両親は、クラブとそのメンバーに対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、被告勝訴の事実認定をし、事実審もこの評決に基づいて判決を出した。原告は、被害者に寄与過失があっても、被告による willful ないし wanton な行為によって負傷や損害が発生している場合には、原告の損害賠償請求は禁止されない、という説示が事実審から陪審になされるべきであったと主張して上訴した。ネバダ州の最高裁は、willful と wanton の行為における被告の非難可能性や有責性 (culpability) が、故意行為のものとかかなり近いものであるため、寄与過失法理の利益を被告は有するべきではないという限りで、寄与過失法理の根拠は比較過失制度でも変更されないとした。また、比較過失法の立法趣旨としても、被告の非難可能性が故意に損害を与えた者の非難可能性とかかなり近いものであるといえる行為について、寄与過失法理の変更を加えていないというのが立法府の趣旨であるとして、比較過失法は寄与過失が willful ないし wanton の行為に対して抗弁にならないというルールを廃止したわけではない、とした。最終的には、要求された説示を与えるのを事実審が否定したことに対して、破棄事由となる誤りがあるとして、最高裁は破棄、差し戻しをした。

そして、ニュージャージー州の裁判事例としては、*Draney v. Bachman*, 138 N.J. Super. 503, 515, 351 A.2d 409, 415 (1976) がある。この内容は以下の通りである。本件事故が発生する前、原告は自分の家で被告と飲み始めたが、その後、原告と被告は酒屋を飲みわたり、朝 3 時頃に最後の酒屋を後にした。そして、被告は過度な速度で運転をし始めて、カーブで車の制御が出来なくなり、道路の反対側の電柱に衝突し、原告を負傷させた。そこで、原告は、被告は重過失ないし wanton な行為につき責任があり、そのため寄与過失の抗弁を被告はできないことを主張しつつ、損害賠償請求訴訟を提起した。この事件はニュージャージー州の比較過失法が適用されるものであるが、同州において比較過失法理が採用されて以来、重過失と willful かつ wanton な行為という概念が試される最初の事件であった。ニュージャージー州の最高裁は、*Tabor v. O'Grady*, 59 N.J. Super. 330 (App. Div. 1960) に基づいて、被告の行為が wanton で willful であることを原告が立証すれば、

は、willful ないし wanton の行為は、故意による違法行為に非常に近しいために、責任のある被告は比較による減額の利益を受けるべきではない、というところにその理由があると結論づけている⁷⁰。

最終的に Mutter は、故意行為と区別される悪質なあらゆる過失行為は、比較過失法理の適用対象とすべき、とする裁判事例の傾向に賛同している。その理由として Mutter は、次の二点をあげている。最初に、過失、重過失、willful、wanton、reckless の間にある相違点を明確にすることは、多くの事実が絡む実際の裁判ではかなり難しいこと⁷¹。第二に、被告

原告に寄与過失があっても損害賠償請求が禁止されることはなく、逆に、被告が原告の損害賠償請求を打ち負かすためには、原告の行為が wanton で willful であったことを立証しなければならない、と述べた。さらに、ニュージャージー州の裁判所では、willful、wanton、reckless な行為は、あらゆる程度の過失とは本質的に異なっているとして扱われており、willful、wanton、reckless な行為、そして故意不法行為が問題になっている事例では比較過失法は適用されないとしたうえで、最高裁は、重過失であるという主張を追加する原告の申立てを否定し、被告の willful、wanton、reckless な行為が本件における原告自身の負傷に寄与していると原告が主張するために、訴状を修正することを認めた。

さらに、ワイオミング州の裁判事例としては、Danculovich v. Brown, 593 P.2d 187, 193-94 (Wyo. 1979) がある。この事例は、被告が被害者を同乗させて、飲酒運転をしていたため事故が発生し、その事故によって同乗していた被害者が死亡したというものであった。陪審は、ワイオミング州の好意同乗者法 (guest statute) § 31-5-1116, W.S.1977 により、被告に重過失 (grossly negligence) がある場合にだけ原告は損害賠償請求ができるが、本件の場合の被告にはその重過失があったとした。その上で、全責任のうちの 53% を被告に、47% を原告に負担させると認定した。原告は、被告は willful と wanton の行為を行ったので、責任分担を行ったことに対して上訴した。ワイオミング州の最高裁は、ワイオミング州の過失実体法 (substantive negligence law) と比較過失法との関係から、被告に willful と wanton の行為が認められる場合には、原告の寄与過失を考慮することなく損害賠償請求は認められ、被告に重過失が認められる場合には、原告の寄与過失との割合で責任が分配されるべき、とした。

⁷⁰ Schwartz, supra note 1, § 5.3, at 101. Schwartz は、意図的なミスのある行為を、認識している、あるいは意図しているのと同義であるとして裁判所は解釈して、故意不法行為事例において比較しないというルールを訴えている、と指摘している。だが、ほとんどの裁判所は、willful を wanton あるいは reckless と同義に使用してきた。Schwartz は、この概念は紛らわしいものであるが、過失のある willful な行為と適切に説明しており、reckless な行為と同じ方法で比較をするように裁判管轄で取り扱われるべきである、と示唆している。同趣旨を述べている裁判事例として、前掲注・32 の Krivijanski v. Union: R.R., 515 A.2d at 936 がある。

⁷¹ Robert E. Keeton, Legal Process in Comparative Negligence Cases, 17 Harv. J. on Legis.

の行為が重過失、willful、wanton、reckless と評価される場合に、寄与過失の抗弁の主張を否定することになると、非難に値すると評価されるような原告の過失を無視することになり、公平な責任分担という理念を阻害することになる⁷²、という二点である。故意ではない

1, 51 (1980) ; Schwartz, supra note 1, § 5.3, at 105.

⁷² Keeton, id. at 52-54. もちろん原告は、裁判において損害賠償請求が認められるために適用される基準を満たしており、懲罰的損害賠償請求を得ようと試みる場合には、より悪質な過失が被告にあることを原告は主張することになる。そして、比較過失法理を採用する裁判管轄では、一般的に、原告に過失があったとしても、懲罰的な損害賠償額が減額されることはない。この点については、Bodah v. Montgomery Ward & Co., 724 P.2d 102, 104 (Colo. Ct. App. 1986) という裁判事例がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告はネオンサインの製造、設置、修繕などを行う会社に雇われている者で、被告の店にネオンサインの修繕のために向かっていた。過去に三回、同じ修繕がなされていた。修繕をしている間、ネオンサインへの電流を切り離す必要があったが、そのためのスイッチは、店のレジへの電流もコントロールしているものであった。結果として、修繕がなされている間でも、電流を被告の職員が再度接続するという場合があったが、この点は改善されていると被告の経営者は述べた。しかし、原告がはしごを使ってネオンサインを修繕しているとき、一度電流を切っていたのに、感電してしまったことで原告ははしごから落ちて両手首を骨折してしまった。そこで、原告は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、補償的損害賠償と懲罰的損害賠償の両方を認め、7万ドルの損害賠償請求を原告に認めた。被告は、懲罰的損害賠償請求を認めるに足りるほど十分な証拠はないこと、そして、原告に認められる過失分、懲罰的損害賠償額を減額していない点で事実審判決には誤りがあると主張して、上訴した。コロラド州の最高裁は、全証拠を検討するに、被告には、過去三回の修繕機会で、電気システムによって重大な危険が原告に及ぶ可能性があることを知らされていたこと、原告が受けた負傷は被告の店の状況に起因するものであり、被告がこの危険を緩和するような措置をとったことがなかったことなどが認められるため、被告がwantonでrecklessな不作為をしていたことを陪審が合理的に事実認定していると認めた。また、懲罰的損害賠償請求の目的は、不正行為者を罰することであり、被害者を補償することにはないので、原告の行為とは無関係であるため、各訴訟当事者の過失の比較は懲罰的損害賠償請求の事例では適用されない、とした。

このBodah事件以外の裁判事例としては、Amoco Pipeline Co. v. Montgomery, 487 F. Supp. 1268, 1273 (W.D. Okla. 1980) ; Lane v. Meserve, 20 Mass. App. 659, 664, 482 N.E.2d 530, 533 (1985) ; Danculovich v. Brown, 593 P.2d 187, 194 (Wyo. 1979) などがある。また、Champagne v. Raybestos - Manhattan, Inc., 212 Conn. 509, 510, 562 A.2d 1100, 1113-14 (1989) は、コネチカット州で起こった不法死亡訴訟であるが、この裁判においてコネチカット州の最高裁は、陪審が原告に懲罰的損害賠償請求を認めた場合に、原告の寄与過失の割合によって減額されるべきではないとして、被告の主張を認めなかつ

が、通常の過失を超えた重過失と言える行為が絡む事例において比較過失法理を排除することには、その線引きの難しさやその後の複雑な手続きを考えると、Mutter の見解には一定の合理性があるように思われる。しかし、制定法の枠組みの範囲内で陪審によって過失の割当が行われるほうが、結論に適正なバランスを反映するためにはむしろ相応しいのではないか、と Mutter は強調されている。

第5節 Lee A. Wright の見解⁷³

Wright の主張の特徴は以下の点にある。まず、寄与過失法理において過失のある原告に対して損害賠償請求を認めない代わりに、不注意であったことに対する責任を原告に負わせない理由として、Clean Hands⁷⁴の原理を明確に指摘している⁷⁵。そして、比較 negligence と比較 fault を明確に区別して、前者は過失不法行為の事例に限定して適用される概念であり、後者はその過失不法行為以外の事例にも適用される概念であると指摘する。つまり、negligence とは主に被告の過失を意味し、それに対して fault は原告と被告の過失の両方を含む概念であるため、比較過失法理という場合は比較 fault 法理を意味していると理解しているのである。そして、不法行為訴訟の一つの類型である製造物責任訴訟においても比較過失法理が採用されると、比較過失法理は比較 fault 法理として理解され拡張されていき、合衆国においてほとんど統一されるようになった、と説明する。しかし、どこまで比較 fault 法理が適用されるか、つまり、故意不法行為にも適用するか、被告の reckless な不法行為の場合を除外するか、どの厳格責任上の不法行為にも適用するのか、という点において必ずしも統一されていなかった、とも指摘している。その理由として、多くの裁判管轄において、コモンローでの寄与過失法理の適用が排除されている不法行為事例においては、原告に過失行為が認められると、比較 fault 法理は適用されるべきではないと判断されてきたから、という点が指摘されている⁷⁶。

た。さらに、Schwartz は、懲罰的損害賠償請求と比較過失法理は別々の制度なので、裁判所は別々に取り扱われるべきであると強調している。Schwartz, *supra* note 1, § 5.4, at 108. James D. Ghiardi, Comparative Negligence: Effect on Punitive Damages, 10 J. Prod. Liab. 253 (1987) .

⁷³ Lee A. Wright, Utah's Comparative Apportionment: What Happened to the Comparison?, 1998 Utah L. Rev. 543 (1998) .

⁷⁴ この原理は、公平性が維持された救済をするために、原因に寄与している者が損害賠償請求をするのを認めないというものである。Black's Law Dictionary 250 (6th ed. 1990) .

⁷⁵ Keeton, et al., *supra* note 3 § 65 at 452; Mutter, *supra* note 61, at 208.

⁷⁶ Allan L. Schwartz, Annotation, Applicability of Comparative Negligence Principles to Intentional Torts, 18 A. L. R. 5th 525 § 3 (1994) . だが、Thomas v. First Interstate Bank,

比較過失法理の適用について消極的である裁判事例として、たとえば、コロラド州の最高裁は、故意による不法行為であると認定された場合、寄与過失の抗弁に服することも、比較 fault 法理に服することもない、としている事例をあげている⁷⁷。また、メイン州でも、コモンローにおいて原告の寄与過失は考慮されないとされている場合には、比較 fault 法理は適用されていない⁷⁸、としている。他方、このコモンローに基づく理由付けの流れ

930 P.2d 1002, 1003-04 (Ariz. Ct. App. 1996) は、故意行為者を含む場合でも比較過失法理の適用を認めている。Blazovic v. Andrich, 590 A.2d 222, 230 (N.J. 1991)、Reichert v. Atler, 875 P.2d 384, 389 (N.M. Ct. App. 1992) も同様である。

⁷⁷ この点に言及したコロラド州の裁判事例として、White v. Hansen, 837 P.2d 1229, 1233 n.6 (Colo. 1992) がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。早朝、原告は友達と一緒に、ある通りの走行車線を、リュックを背負って歩いていたときに、被告が運転する自動車にはねられた。被告は、車で帰宅し始める前に、夕方の早めの時間にアルコールを飲んでいて、被告の自動車にはねられたことで、原告とその友達は重傷を負い、入院して怪我の治療を受けた。そこで、原告は損害賠償請求訴訟を提起したが、この訴訟提示時に原告の友人は母国に帰国していたため、この訴訟には参加しなかった。陪審は、原告が 1000 ドルの損害を被ったとして、事故の過失の割合は原告と被告は等しく、それぞれ 50% であると認定した。そして、被告の willful で wanton な行為に対して原告に懲罰的損害賠償請求 (exemplary damages) を与えた。事実審は、過失訴訟につき被告勝訴の判決を出し、懲罰的損害賠償請求に関する評決を取り消した。控訴審は、被告勝訴の事実審判決を支持したが、懲罰的損害賠償請求を原告に認めなかった判決の一部について破棄した。裁量上訴 (certiorari) によって、コロラド州の比較過失法である § 13-21-111, 6 CRS (Colorado Revised Statutes) (1973) が、一方当事者の過失行為と、他方当事者の willful で wanton な行為とは比較されるべきか、という点が問題になった。コロラド州の最高裁は、たとえ被告の過失が重大で、reckless、あるいは willful であったとしても、損害賠償請求することを通常の過失のある原告に認めないという厳しい責任を課しているのが寄与過失法理であるが、この不公平な結果に対して、コロラド州議会は、「過失事例－損害額の算定方法としての比較過失 (Negligence cases - comparative negligence as measure of damages)」というタイトルの付いた § 13-21-111, 6 CRS (Colorado Revised Statutes) (1973) を立法化したのだが、コロラド州では、通常の過失訴訟において、willful、wanton、reckless な行為が被告にあれば寄与過失法理の適用はできないとした法律は一度もなく、むしろ、故意不法行為まではいかない willful な行為が被告にあっても、寄与過失という抗弁で、過失のある原告を保護することはなかったとして、控訴審判決の一部認容、一部破棄、差し戻しとした。

⁷⁸ メイン州では、McLain v. Training & Dev. Corp., 572 A.2d 494, 497 (Me. 1990) がこの点に言及している。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告は、アメリカ海兵隊の入学試験に二回失敗していたため、被告が経営しているプログラムに参加した。被告の

に巻き込まれるのを拒否した州もあり⁷⁹、制定法上の文言の意味が、あらゆる不法行為に対して比較 fault 法理を適用するように裁判所に要求している場合があるとも指摘している⁸⁰。また、公平であるために、不法行為がどのようなものであれ、あるいは、コモンローでの地位がどのようなものであっても、不法行為者から与えられた損害の程度は、不法行為者の過失の程度だけで認められるべきとして、比較 fault 法理の適用を肯定している裁判管轄も存在している、と説明を続けている。

以上のような裁判事例の分析や歴史的経緯などを通じて、Wright は、製造物責任という例外はあるが、寄与過失法理から比較 fault 法理へという流れや傾向から、比較 fault 法理は故意不法行為事例における適用について消極的であるべきとしている。

従業員は、フィジカルテストで原告は入隊できると言っており、他の者には言うなと言われていた。被告の従業員は、原告に対して、多くの奇妙な運動を要求し、原告に苦痛と屈辱 (humiliation) を課した。しかし、原告は再度、試験に失敗した。そこで、原告は、被告に対して、被告の従業員による不法行為によって何度も人身傷害を受けたと主張して、損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、陪審に対して、被告に対する過失主張についてのみ、原告の寄与過失を考慮し、被告の故意不法行為については考慮しないように説示した。陪審は、暴行行為につき過失と故意の両方があり、それに対して被告は責任があると事実認定をし、原告の損害賠償額を 25 万ドルとしたが、原告自身の負傷に寄与した原告の過失分につき正当な金額を減額して、10 万 5000 ドルの賠償請求額を認めた。しかし、陪審は暴行行為に対して被告には責任があると認定したため、事実審は、メイン州の比較過失法は故意不法行為には適用されないという理由に基づいて 25 万ドル全額の損害賠償請求を原告に認めた。被告は、暴行行為につき原告の寄与過失を考慮するように陪審に説示することを拒否しなかったこと、そして、原告の寄与過失に関する陪審の認定に従って損害賠償額を 10 万 5000 ドルに減じた判決を出さなかったことについて誤りがあるとして上訴した。メイン州の最高裁は、原告の法的に認められた法的利益を故意に害しているのであるから、違法性のある被告の行為によって生じた損害に対する損害賠償請求を、原告に寄与過失があることで認めないとするのは、政策として健全とは言えないし、メイン州の比較過失法では、被告による故意不法行為の場合、原告に寄与過失があったとしても、原告の損害賠償請求を認めているが、暴行行為という故意不法行為に対する抗弁として寄与過失法理や比較過失法理を適用することは認めない、とした。

⁷⁹ たとえば、ニュージャージー州、ニューメキシコ州、ルイジアナ州、カリフォルニア州、ユタ州は、故意不法行為に対して完全な比較過失を適用してきた。また、*Veazey v. Elmwood Plantation Assoc.*, 650 So.2d 712, 720 (La. 1994) や *Field v. Boyer Co.*, 952 P.2d 1078, 1079-81 (Utah 1998) は、故意の不法行為者と過失の不法行為者との比較は、事例ごとに決められるように、個別の事情のもとで認められるとしている。White, *supra* note 14 at 1513.

⁸⁰ *Field v. Boyer*, 952 P.2d at 1081.

第6節 Dan B. Dobbs の見解⁸¹

アメリカ不法行為法学において多大な影響を与えている Dobbs の見解は次のようなものである。被告による故意的な違法行為は、行為自体の重大性と社会の憤りの大きさという両面で、過失以上の重大な違法性があるため、そして、その行為を抑止し罰するためという両面の必要性が感じられるとし、寄与過失法理から生じると考えられる社会的な利益を重視して考えているべきとする⁸²。寄与過失法理において原告の過失によって賠償請求を禁止することは、アングロアメリカにおける社会心理の中に非常に根強くあり、半ば強制的になっているとも言えるが、原告と被告の二つの違法行為の間にある明らかな質的違いを指摘することで、緩和されている⁸³、とする。

しかしながら、そもそも比較過失法理の目的は、寄与過失法理が事故の被害者に適用されることで生じる不公平で厳しい結論を緩和するためにあり、それまで疑問視されなかった部分へ拡張するために登場したのではない。その疑問視されなかった部分とは、被告が回避することができなかった結果、あるいは、被告による故意的な結果発生という場合を意味する。このため、原則として、原告の寄与過失は故意不法行為事例において賠償請求の抗弁にはならない⁸⁴、と Dobbs は述べている。

⁸¹ Dan B. Dobbs, Paul T. Hayden, Ellen M. Bublick, *The Law of Torts* § 227 (2th ed. 2011) .

⁸² Dobbs が直接引用しているのは、Keeton, et al., *supra* note 83 at 462 ; Thomas M. Cooley, *Problems in Contributory Negligence*, 89 U. Pa. L. Rev. 335, 348 (1941) である。その他、同趣旨の内容が書かれている論文としては、Ralph S. Bauer, *The Degree of Moral Fault as Affecting Defendant's Liability*, 81 U. Pa. L. Rev. 586 (1933) ; Ralph S. Bauer, *The Degree of Defendant's Fault as Affecting the Administration of the Law of Excess Compensatory Damages*, 82 U. Pa. L. Rev. 583 (1934) ; Clarence Morris, *Punitive Damages in Tort Cases*, 44 Harv. L. Rev. 1173 (1931) ; Gary T. Schwartz, *Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: A Comment*, 56 S. Cal. L. Rev. 133 (1982) などがある。

⁸³ 寄与過失法理は、脅迫や暴行に関する訴訟では適用されない。脅迫と暴行の場合、そもそも過失は構成要素ではないからである。たとえば、Ruter v. Foy, 46 Iowa 132, 133 (1877) ; Restatement (Second) of Torts § 829, Comment h (1979) は、過失は意図的でない損害に対する場合のみ問題になる、としている。

⁸⁴ この点は、Restatement (Second) of Torts § § 49 (1965) , 892A (1979) にも明記されている。また、Fracis H. Bohlen, *Consent as Affecting Civil Liability for Breaches of the Peace*, 24 Colum. L. Rev. 819 (1924) や Keeton, et al., *supra* note 3 at 112 においても、同趣旨が指摘されている。

この故意不法行為自体の把握の仕方について、Dobbs は次のように説明している。故意不法行為の事例の多くは、被告がその行為そのものを行おうと意図したり、損害を生じさせる状況を創ろうと意図したという場合であり、損害自体を意図したという事例ではない。その被告の加害行為やその状況が不合理に危険であり、その加害行為の結果として損害を発生させていれば、被告は原告に対して責任を負うことになる。つまり、故意不法行為の場合、コントロールが要求されているのは意図ではなく危険の程度なのであり、その危険の程度とは、意図された加害行為やその状況から推定されるべきものである。このように、被告の故意責任はその加害行為の危険性を前提にして導かれていると言えるので⁸⁵、故意責任の場合には、原告の寄与過失は斟酌されることはない、とされている。

そして、故意行為とまでは言えない willful, wanton, reckless の違法行為 (misconduct) に対して比較過失法理は適用できるかという点について、Dobbs は次のようにまとめている

⁸⁵ William L. Prosser, Contributory Negligence as a Defense to Violation of Statute, 32 Minn. L. Rev. 107, 112 (1948) ; Fleming James, Chief Justice Maltbie and the Law of Negligence, 24 Conn. B. J. 61, 74-75 (1950) . また、寄与過失法理の適用が検討されない場合として、Brown v. Kendall, 6 Cush. (60 Mass.) 292 (1850) が、緊急避難の場面に言及している。この裁判事例は、原告所有の犬と被告所有の犬が闘争を始めたため、被告が棒で叩いて二匹を引き離そうとして棒を振り上げた時に、その棒が原告の目に当たり負傷をしたため、原告が損害賠償請求訴訟を提起したというものであった。事実審は、棒を被告が振るときにかなりの注意を払う必要があり、その注意を払ったかどうかの立証責任は被告にあるとして、原告勝訴の判決を出した。被告は、陪審は事実審から誤った説示を受けたとして上訴をした。マサチューセッツ州の最高裁は、次のように陪審は説示されるべきであったとした。本件の状況下で二匹の犬を離すことが必要であったかどうか、そうでなければ原告が十分な注意を払いつつ行動をしたかどうか、を認定するように陪審に説示を適正にしたかどうかについて、犬を叩いていたときに、原告と被告が通常の注意を払っていた場合、あるいは、被告が通常の注意を払っていたが、原告は払っていなかった場合、あるいは、両者ともに通常の注意を払っていなかった場合には、原告は損害賠償請求をすることができない、と。さらに、他者への負傷を回避すべく、本件のような緊急事態の場合に必要で正当な用心や注意を払っていたが、原告の目を負傷させたという場合には、事故は単なるアクシデントの結果であり、不可避的なものであったと言えるので、原告は損害賠償請求をすることができない、と。そのうえで、最高裁は、被告は過失のある場合にだけ責任を負うべきであり、被告が通常の過失と用心深さをもって行動していたかどうかで過失の有無は決められるべきであるとし、この過失の有無は、合理人の基準 (reasonable person standard) という公式で決められるべきとした。この裁判事例は、故意不法行為の場合ではないが、寄与過失法理が適用されない場面として緊急避難の場面を扱ったものである。ちなみに、この裁判事例は、合理人の基準が最初に登場した最高裁判決として有名である。

る。原告の寄与過失は、違法行為によって生じた損害に関する賠償請求訴訟での抗弁にはならないとされてきたが、損害の発生に寄与している過失はみな比較されるべきという強く自然な感覚、少なくとも、被害者の重大な失敗⁸⁶によって発生した責任部分を違法行為者だけが負わなくてよいとされるべきという意味で、比較過失法理の正当性は説明されていると指摘する。過失の割り当てを否定する裁判所では、willful ないし wanton による違法行為は、単に程度ではなく種類として過失行為とは異なっているという理由で、過失と比較しないことを正当化しているところも存在している⁸⁷。また、原告の過失が被告の過失と比較さ

⁸⁶ Charles Lowndes, Contributory Negligence, 22 Geo. L. J. 674, 686-688 (1934) . なお、裁判事例として、Atchison, T. & S. F. R. R. v. Baker, 79 Kan. 183, 98 P. 804 (1908) があるが、この裁判事例の内容は以下の通りである。被害者は 71 歳の老女で、手や足に軽い麻痺があったが、聴力と視力は年のわりにはよかった。被害者の家の前には大きな通りがあり、その通りと並行して鉄道が走っていた。その通りと鉄道を横切っているときに、被害者は、許容された速度を超えて、警笛もせず、見張りも立てずに、町中を走行していた列車に轢かれて死亡した。そこで、被害者の財産管理人は、鉄道会社に対して損害賠償請求訴訟を提起した、というものであった。カンザス州の最高裁は、安全に渡りきれぬ時間があると被害者が見誤ったという寄与過失があるかもしれないが、被告の行為が wanton negligence であるというためには、通常の注意を払って誰かが危険に晒されていることを知らされているというだけでは不十分で、その蓋然性がかなり大きく、従業員にもそれが明らかであるため、危険が急迫的になっている可能性を認識していたが、結果への無関心から、結果発生を防止する合理的な努力を怠ったと言えなければならない、とした。Wanton の構成要素である無視するという点は、怠慢の責任が課された者が危険性を知り、あるいは、危険であることを知らされたことを認識していた時のみ問題になるが、本件の場合には、この点に関する事実審の陪審への説示に誤りがあるとして、事実審判決を破棄、差し戻した。

⁸⁷ このように willful や wanton が、過失との比較にはならないということについて、Jarvis v. Sanders, 34 N. C. App. 283, 295-286, 237 S. E.2d 865, 867 (1977) が言及している。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告と被告は私有農場の中で頻繁にバイクに乗っていたが、その農場には二つの走行トラックがあった。内側のトラックは反時計回り、外側のトラックは時計回りで走行するのが通例であった。事故発生時、原告は時計回りに走り出したが、同じく時計回りで走っていた被告は停車して、反対方向に走行し始めた。原告は、被告が向かってくるのを見て、トラック脇にある草のある路肩に入れたが、被告は速度を維持したままだった。道は狭いものだったが、二台は離合するには十分な広さを持つものだった。しかし、原告と被告が互いに 3~5 呎以内に接近したとき、原告は、被告が腕を回して、自分に向かって右にハンドルを切ったのを見た。被告のバイクのフロント車輪が、45 度の角度で原告のバイクのフロント部分に衝突したため、原告は重傷を負った。そこで、原告が被告に対して損害賠償請求訴訟を提起したというものであ

れるかどうかという問題は、全体的な視点から、抗弁となり得るかどうかを検討すべき問題であり、賠償額を減額するためになされるかどうかという問題ではない⁸⁸。原告に寄与過失

た。ノースカロライナ州の控訴審は、negligenceには二つの種類があり、一つは他者の人格や財産に対して損害を与えることに不注意（carelessness）で無頓着（inattention）である場合、もう一つは、他者の財産や人格の安全を維持するために契約で引き受けた義務ないし法律によって課された義務を尽くすことを willful で intentional に行わない、あるいは無視するという場合である、と言及した。また、wanton な行為とは、結果として生じる蓋然性のある損害の結果に対して reckless な無関心によって意識的に行うことであり、通常の過失は、自分の行為の結果の蓋然性を知っていなければならないが、wanton や willful negligence は、結果の蓋然性を知っているが、結果の発生に reckless、wanton、intentional に無関心であるということを前提にしている、と説明した。そのうえで、被告側に willful、wanton、intentional な行為、あるいは重過失があるとするには証拠が不十分であるが、陪審への事実審の説示には誤りはなかったとして、原告への割り当て部分について破棄された。

また、Spring v. Toledo, P. & W. R. Co., 44 Ill. App. 3d 3, 7, 2 Ill. Dec. 887, 891, 357 N.E.2d 1330, 1334 (1977) では、土地侵入者に対する土地所有者の義務については、寄与過失は問題にならないとされた。つまり、未必の故意の位置づけは、過失と故意不法行為の間にある薄明かりの中にあり、未必の故意の理論における有責性は、過失不法行為や故意不法行為と区別されているように、必然的に程度の問題であるが、この二つの不法行為の範疇の間にある違いは、物理的な行為の質ではなく、禁止された行為を個人的に行ったという心理面での問題にある、と言及している。その一方で、Davis v. United States, 716 F.2d 418, 425-426 (7th Cir. 1983) は、イリノイ州では、この wanton という言葉は通常、過失を高めたようなものを意味するとして、過失との連続性を示唆している。

⁸⁸ Kasanovich v. George, 348 Pa. 199, 202, 34 A.2d 523, 525 (1943) . この事件は次のような内容のものであった。被害者はある建設会社に雇われ、ピッツバーグ市にある通りの再建に従事していたが、現場から西方向にある会社の道具小屋に行くように現場監督から指示されたため、通りにある路面電車の線路の外側に沿って道具小屋に向かっていった。しかし、予定時刻より遅れていた西向きの路面電車の右前方の角で被害者ははねられて死亡した。なお、電車は新しいタイプの車両で、西向きの線路のレールは新しく敷設されコンクリートに埋め込まれていたため無音であり、接近していることを警笛などで警告することもしていなかった。ペンシルベニア州の最高裁は、ペンシルベニア州では、被告による reckless ないし wanton な行為によって引き起こされた負傷に対する訴訟において寄与過失は抗弁にならないとされてきているが、wanton な加害行為は、どれだけ重大であっても過失とは異なるもの、つまり、程度において異なるだけでなく種類において異なっているものであり、加害者側の心理状態も異なっているものであると説明した上で、不注意として構成される過失は、非常に reckless に無視しているため、たとえ実際には意図がないにし

があったとしても、直ちに、被告の wanton な行為に対する損害賠償訴訟が禁じられることはないが、被告の willful、ないし、wanton な行為が、もし原告の身体や財産を危険に晒しているのであれば、寄与過失の抗弁を被告が主張することは禁じられる。逆に、原告自身に wanton ないし reckless な行為が認められると、被告の wanton 行為に対する損害賠償請求訴訟そのものが否定されることになる、という⁸⁹。たとえば、路面電車に対して止まるよう

ても、少なくとも負傷させることについて意識 (willingness) があるという特徴があり、このような特徴のある行為が問題になっている不法行為訴訟では寄与過失は抗弁にならないという法理は、比較過失法理や Last Clear Chance 法理がペンシルベニア州において採用されていないことと矛盾するものではない、と述べた。

⁸⁹ Elliott v. Philadelphia Transp. Co., 356 Pa. 643, 53 A.2d 81 (1947) が、この点に言及している。この裁判事例の内容は以下の通りである。原告は、ある交差点の北西角にいて、消防車が交差点に近づいてくるのを見ていた。その消防車は南の方からその交差点の北東角にある消防署に戻る途中だった。原告はまた、西の方向から路面電車が近づいて来るのを見た。そこで、原告は、通りの真ん中に出て行って立ち、路面電車に対して手を振った。最初原告は、路面電車に向かっていたが、しばらくすると近づいて来る消防車に向かって手を振った。路面電車は速度を落とさずに、そのまま原告に衝突した。そこには原告の視界を妨げるようなものはなかった。原告が通りに立って合図を出す理由はなく、誰もそれを原告に求めてもいなかった。そこで、原告は、路面電車を経営している被告会社に対して損害賠償請求訴訟を提起した。陪審は、1500 ドルの損害賠償請求を原告に認めた。事実審は、評決とは異なる被告勝訴の判決を出した。控訴審は事実審判決を破棄したため、被告は上訴した。ペンシルベニア州の最高裁は、原告の reckless な行為は、単なる過失に基づく訴訟において寄与過失が抗弁となるのと同じ理由、つまり、被告の過失行為がもはや法的原因ではなくなるために、被告の wanton な行為による結果に対する損害賠償請求が禁止されるが、本件では、被告の wanton な行為は、原告の負傷の法的原因であるが、同じ原告の負傷の法的原因になっている原告の wanton ないし reckless な行為が、被告の wanton な行為に取って替わっていると説明して、控訴審判決を覆して、被告勝訴の判決が復活した。

また、Harlow v. Connelly, 548 S.W.2d 143 (Ky. App. 1977) にも同様の指摘がある。この裁判事例の内容は以下の通りである。被害者は、事故当時 17 歳で、郡裁判所の少年委員会 (juvenile session) の命令で、児童福祉局が関与している人物で、被告は、その児童福祉局のソーシャルワーカーとして雇われていた。被告は、里親職員の資格で被害者とは知己を得ていた。事故日の夜、被害者は、もう一人の少年とともに被告の自宅に行き、被告がビール缶で飲んでいたので見た。被害者と少年は数時間、被告宅にいて、さまざまな量のアルコールを飲んだ。三人は被告の車でビールを買う目的で町まで行ったが、結局、ビールを買うことができず、その帰途で事故は発生した。この事故による被害者の父親は、被告に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、正式事実審理を経ないでなさ

に信号が出されていたが、路面電車は減速せずにそのまま進行したため、線路の真ん中に立ち続けていた歩行者が最終的に引かれてしまったという裁判事例において、歩行者が自身を危険に晒した wanton な行為によって、運転手の wanton に基づく損害賠償請求訴訟は認められていない⁹⁰、とされている。

第7節 Ellen M. Bublick の見解⁹¹

Bublick は、比較過失の抗弁を制約する場合には、様々な原則や政策が反映されているとして、比較過失法理を支える公平性と抑止という理由に説得力がないことが確認できる場合に多くの例外が生じる傾向にある、と分析をしている。

まず、Bublick は、原告の寄与過失と比較過失のそれぞれについて定義付けをする。寄与過失とは、原告自身の保護のために従うべきとされる基準に満たない原告側の行動のこと

れる判決を求める被告の申し出を支持し、原告は、訴えを棄却した判決を受けて控訴した。ケッタッキー州の控訴審は、事故当時、未成年者であった被害者が、酔っていたという過失を考慮すべきかという問題点につき、未成年者にも、通常、被害者と同じ年齢、情報、経験のある普通の未成年者が行うであろう自分の安全のために払う程度の注意義務があるとして、被告が飲んでいる状況から、普通の未成年者なら被告の車に同乗することはないと、被害者の寄与過失の問題に関する正式事実審理を経ないでなされる判決の申し出を認めるにつき事実審に誤りはないとした。正式事実審理を経ないでなされる判決を求める申し出を支持するにあたり、事実審は、法律問題として、被告には、重大で、willful、wanton な過失があり、僅かな注意が足りなかったというのではなく、全く注意を払っていなかったと認定しているため、被告の過失の程度は非常に悪性のあるものと言えるため、被害者にある寄与過失は抗弁にはならないと原告は主張するが、この原告の主張は、wanton、reckless、intentional に原告を被告が負傷させたという場合に、原告の通常の寄与過失は抗弁にはならないというルールがあるが、本件の場合の被害者の行為は被告の行為と同様に悪性のある行為なので、そのルールの例外になるとして、事実審判決を支持した。

この判決では、自分の安全を reckless に無視している原告は、原告の負傷の法的原因として原告の安全性を reckless に無視した被告に対する損害賠償請求をすることができなとする Restatement (Second) of Torts § 482(2), 503(3) (1965) が引用されている。

⁹⁰ Elliott v. Philadelphia Transp. Co., 356 Pa. 643, 53 A.2d 81 (1947) , 160 Pa. Super. 291, 50 A.2d 537 (1947) . この事件の評釈は、51 Dick. L. rev. 187 (1947)、21 Temp. L.Q. 189 (1947)、96 U. Pa. L. Rev. 130 (1947)、9 U. Pitt. L. Rev. 143 (1947) でなされている。なお、ペンシルベニア州には、Last Clear Chance 法理はないという点にも触れておく。

⁹¹ Ellen M. Bublick, Comparative Fault to the Limits, 56 Vand. L. Rev. 977 (2003) .

であるが⁹²、比較過失は、損害が増えた部分で考慮される寄与過失のことである⁹³、と定義づける。この比較過失の抗弁は、客観的な基準で図られ、似た状況下で、合理人であればどのようなことをしたかという観点から判断される、としている⁹⁴。

さらに、比較過失法理は寄与過失法理のように、不法行為法的前提である矯正的正義や抑止の視点から認められている、とされている⁹⁵。この矯正的正義は、比較過失の抗弁の背後にある重要な根拠として考えられている⁹⁶。たとえば、他者が自分に対して注意してもらっているように、自身に対しても注意すべきということが本質的な黄金律であるなら、比較過失法理においても、他者に注意してもらっているほどに自身も注意すべきというような内容になるとしている⁹⁷。公平性という原理は、他者に要求する注意と同じ内容の注意を自身も行うように⁹⁸、あるいは、一般的に決められたとの同じ注意を行うように⁹⁹、原告にも要求される原理であるとする。さらに、原告の自身に対する注意義務という要請は、他者に対

⁹² Restatement (Second) of Torts, supra note 75, 463.

⁹³ Dobbs, et al., supra note 81 at 503 は次のように述べている。比較過失法理は、寄与過失があるとされる原告に対する損害賠償額を減額するだけである。原告の行為は、寄与過失法理と比較過失法理の二つの事例において違いはない。比較過失法理の枠組みでは、原告の行為は寄与過失と未だに呼ばれているかもしれないが、寄与過失法理の法的効果とはまったく異なるものである。

⁹⁴ Bublick, supra 91 at 996. なお、Marshall S. Shapo, Basic Principles of Tort Law P 31.02, at 127(1999)も同趣旨を述べている。

⁹⁵ Gary T. Schwartz, Contributory and Comparative Negligence: A Reappraisal, 87 Yale L.J. 697, 721-23(1978).

⁹⁶ Kenneth W. Simons, The Puzzling Doctrine of Contributory Negligence, 16 Cardozo L. Rev. 1693(1995) は、比較過失法理を通じて原告の損害賠償額を制限することに多くの合理性があると検討している。他方、Schwartz, supra note 95, at 699 は、経済という独立した分野からは、寄与過失の抗弁につき説得力のある根拠が提供されていないが、その根拠は、公平性という理由で適正に与えられる、とする。

⁹⁷ Francis H. Bohlen, Contributory Negligence, 21 Harv. L. Rev. 233, 255(1908) は、原告は、自身で自分の権利を尊重する以上に、より高度に尊重することを他者に要求することはできない、としている。

⁹⁸ しかし、Schwartz, supra note 95, at 722 は、他の場面にも適用するということは、過失基準の適用に不公平さを生じるであろう、としている。Dobbs, et al., supra note 81 ; Shapo, supra note 94, P 31.03, at 130.

⁹⁹ Curtis Bridgeman, Corrective Justice in Contract Law: Is There a Case for Punitive Damages?, 56 Vand. L. Rev. 237, 260(2003) は、カントの道徳哲学から出発して矯正的正義の理論について論じている興味深い論文である。

して負っているのと同じくらい自分自身に対しても負うという思想に基づいている¹⁰⁰。また、抑止については、原告と被告の両方に要求される損害発生防止効果¹⁰¹、つまり、双方に課された注意義務によって、損害の大きさを一般的に減少させるものとして考えられている¹⁰²。不注意な被害者に責任を負担させるということは、被害者に注意をもっと払うように要請していることを意味している¹⁰³、というわけである¹⁰⁴。

Bublick は、次のような自説に対する批判を紹介した上で、それに再度反論している¹⁰⁵。まず、矯正的正義に反する批判についてである。アリストテレスが述べている矯正的正義が、損害が生じた後に発生した損害の回復に関する場面だけで要求され、補償の内容が重要ではないとすれば¹⁰⁶、責任の分配を目的とした寄与過失の抗弁の存否という問題は、矯正的正義とは全く関係がないということになるのでは、という批判である。そして、抑止という点については、比較過失法理を適用することによって、人々の生命、身体という最も重要な保

¹⁰⁰ Richard W. Wright, *The Standards of Care in Negligence Law*, in *Philosophical Foundations of Tort Law* 249 (David G. Owen ed., 1997) と Bohlen, *supra* note 97, at 254 は、自身に注意を払わないといけなくとするよりも、他者へ注意を払うようにどの人も要求されるべきとするのは明らかに不公平である、としている。Schwartz, *supra* note 95, at 723 n.118 と George Fletcher, *In God's Image: The Religious Imperative of Equality Under Law*, 99 *Colum. L. Rev.* 1608, 1628-29 (1999) は、平等主義という司法における基本は、その現状態とか利益状態にあるのではなく、むしろ神のイメージの中で作り出された万民が本来有する平等性にある、としている。

¹⁰¹ Richard A. Epstein, *Torts* 8.2.1, at 190 (1999) は、Mark Grady, *Common Law of Strategic Behavior: Railroad Sparks and the Farmer*, 17 *J. Legal Stud.* 15 (1988) を引用している。Richard Posner, *Economic Analysis of Law* 124 (1990) と Schwartz, *supra* note 95, at 699 は、法と経済という研究方法が、寄与過失の抗弁という思想を強く保証してきた、と論じている。だが、Oren Bar-Gill & Omri Ben Shoham, *The Uneasy Case for Comparative Negligence* (unpublished manuscript on file with author) は、ある状況下では、抗弁を伴わない過失ルールとすると、効果的な自己選択を減じ得ることになる、と結論づけている。

¹⁰² Epstein, *supra* note 101, at 19-91; Robert D. Cooter & Thomas S. Ulen, *An Economic Case for Comparative Negligence*, 61 *N.Y.U. L. Rev.* 1067, 1081-82 (1986).

¹⁰³ Shapo, *supra* note 94, P 31.03, at 130, P 33.02, at 138 n.7 は、無過失に関する保険法を通過させることは、重大な事故を伴うことと関連されている、としている。Schwartz, *supra* note 95, at 704 は、その法は、自身の安全性に対する不合理な危険を含む行為に従事することから、人々を遠ざけることができる、としている。

¹⁰⁴ Bublick, *supra* note 91 at 997.

¹⁰⁵ *Id.* at 998.

¹⁰⁶ Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* 322-23 (1990).

護法益の安全性が、より確保されるようになるかどうかは全く不明であり¹⁰⁷、たとえ比較過失法理の適用がないとしても、原告は自身に対する損害の発生を防止する意図をもってし、自身に対する注意をする意図も十分に持っているのが通常ではないか、という批判もあるとする¹⁰⁸。

しかし、比較過失法理を支える矯正的正義と抑止には、暗黙の内に、二つの重要な要件が含まれている、と Bublick は指摘する¹⁰⁹。それは、第一に、原告がよりよい行動を選択する余地があること、そして第二に、事前に原告はそのような行為を選択すべきであったこと、である。比較過失法理の第一の根拠である、原告自身が誤った行為をしたこと、その状況下で合理的に分別できる人であれば、そのような行為を選択することはなかったであろうと考えられる行為を、原告が実際に行ったということについては次のように述べている¹¹⁰。より良い行為を選択する余地が原告になかったという場合には、比較過失法理が機能しない

¹⁰⁷ Schwartz, *supra* note 95, at 721 は、寄与過失は自己の安全性の維持という点では良い考えとなり、他方の伝統的なルールは完全に悪い考えとなっているように見えると判断するのは合理的な理由付けはない、としている。William L. Prosser, *Comparative Negligence*, 41 Cal. L. Rev. 4(1953) は、比較過失法理は、自身の安全性に適正な注意を払うことができない者に対する損害賠償を否定することで、事故を回避することを意図しているが、速度を出していた運転手が、発生する可能性のある損害を求める訴訟で敗訴する可能性を減らす、あるいは減らすべきとすることは、あらゆる意味で現実性を欠いているし、そのルールは、過失のある被告を勇気づけて事故を増やすことになるのではという合理的な推測がある、と指摘されてきたとしている。

¹⁰⁸ 原告には過失がないが、他者によって引き起こされた事故がどのようなものであっても、あるいは、被告に義務がない、あるいは免責されるという事故に対しても、責任はある。Epstein, *supra* note 101, 8.5, at 197 は、過失責任を一般的に採用すると、社会政策の問題として回避できない事故のリスクを原告に課すことになる、としている。また Simons, *supra* note 96, at 1702-03 は、原告の厳格責任として言及している。そして Schwartz, *supra* note 95, at 710-11 は、犠牲者の事故には、他の者の不法行為責任が含まれていると被害者が予測できなかった程度で、注意深い行為に対する被害者のインセンティブは実際に十分あるし、法律の料金、訴訟経験、精神的な損害のために、原告による損害賠償額は十分な補償には満たなくなる、と述べている。さらに、原告の安全性に対する関心は、健康な状態であることから始まっているのであり、経済的な視点で自分の損害を回復することができないことについての関心から始まっているわけではない。そのため Schwartz, *supra* note 95, at 712 は、原告は事故の生物学的な被害者であり、それゆえに原告は、不法行為責任のルールを無視して、事故を防ぐインセンティブを有する強い第一人者となる、としている。

¹⁰⁹ Bublick, *supra* note 91 at 998.

¹¹⁰ Bohlen, *supra* note 97, at 247.

ことになる。多くの裁判事例を分析してみると、より良い行為をする選択を原告がしなかったことを認定することは、それほど難しい作業ではないことがわかる。だが、原告に最善の行為を選択するように要求することは難しい。通常、原告による選択された最善の行為が何であるかは陪審が認定し、原告がより良い選択をしたかどうかを決める過程では、当事者や社会にどのような負担を課すことになるかが考慮されるが、裁判事例によっては、裁判所が、その過程を経ずに責任問題を解決する場合もあるかもしれない。特に、原告による選択が憲法上の権利に抵触する場合、裁判所は、原告が分別のある選択をしたかどうかを陪審に決めさせることに躊躇を覚えるかもしれない。さらに、原告の選択が自身だけに損害を与える危険性があり、合理人であれば同じ選択をするかもしれないという場合、裁判所は、陪審による判断を待たずに、原告によるその選択に合理性があると判断するかもしれない。

そして、比較過失法理の第二の根拠としている、合理人のように原告が事前にその選択をすべきであったということについては次のように述べている。もし原告に判断能力がないとか、原告が努力してもそれを妨げる何等かの構造的な要因があるという理由で、原告が合理的な選択ができないという場合には、原告が注意をしなかったということが、原告自身の責任問題に結びつくことにはならない。また、原告が自分で注意することができないという状況において、原告が合理的な注意をしなかったことは、自尊心が欠如していることを反映しているわけではない¹¹¹、比較過失法理の適用を原告に認めたとしても、それは、原告の判断無能力とか、不法行為の最初の段階における合理的な注意義務の基準に原告が従えないという構造的な障害を無視することにはならない。したがって、原告が自身に対する注意を払うことができないために望ましい選択をすることができなかつたとか、他者が自身に対して行っているように原告が自身に対しても効果的な注意を払うことができないとか、あるいは、原告に落ち度があるにもかかわらず、何らかの注意を受けるべきであると原告が評価されている場合には、比較過失法理の例外を用意しておくことは望ましいと言える、と Bublick は述べている¹¹²。

このように、Bublick は、比較過失法理の根拠を分析しているだけでなく、比較過失法理の背景にある政策的視点と、その視点との関係で比較過失法理には例外があるという点を明らかにしている。

第8節 小活

以上がアメリカ不法行為法における代表的な論者の見解となるが、White と Hollister 以外は、故意不法行為事例に比較過失法理を適用することに否定的であることが分かる。ただ

¹¹¹ Wright, *supra* note 100, at 269-70 は、原告の寄与過失とは、原告が適正に自身の人間性を尊重して行動したか否かに関する問題である、と述べている。

¹¹² Bublick, *supra* note 91 at 999.

し、White は、全面的に適用されるべきであると述べているわけではなく、比較過失法理が故意不法行為事例に適用される場合には、できるだけ社会的な憤りという感情を反映させるように配慮すべきであると指摘している点に留意すべきである。

以上の見解を考察していくと、故意不法行為事例に比較過失法理が適用されることに否定的である根拠としては、故意ないし故意に限りなく近い行為であっても、比較過失法理を被告が主張することで、その利益を受けるべきではないこと、被告の故意と原告の過失とは質的に異なっているため比較自体ができないこと、比較過失法理は寄与過失法理による原告にとって厳しい結果を緩和するために登場してきたのであるから、そもそも寄与過失法理のもとで故意不法行為という領域に対する適用が除外されていたことが、比較過失法理の登場で適用されるように変更されるということにはならないこと、比較過失法理の背景には矯正的正義という思想が存在しているが、比較過失法理の事例では、他者が自分に注意を払ってくれるのと同じように、自分も自身に対して注意を払うべきという構造が存在しないこと、などが理由として言及されていたように思われる。

また、willful、wanton、reckless な行為は、intention の行為ではないという意味で、過失行為に分類されるべき行為類型と言えるが、これらの行為に対して比較過失法理を適用すべきかについて見解が分かれていた。見解が分かれる視点として次のように整理することができる。故意不法行為に比較過失法理を適用すべきか否かという問題を検討する場合、故意不法行為と過失不法行為の関連性をどのような視点で把握するか、という点で違いが生じているのではないかと思われる。故意不法行為にも比較過失法理を適用すべきとする Hollister の見解は、たとえば、非難可能性の高低を示す一本のスケールがあり、その両端の一方に軽過失、他方の端に故意行為が位置付けられると考え、通常の過失、重過失、willful、wanton、reckless な行為などは、そのスケールの何処かに、その非難可能性や有責性の程度によって位置付けられる、と考えているのである。つまり、過失に見られる非難可能性の延長線上のスケールの端にある行為形態が故意であるという理解である。このように故意行為と過失行為の位置づけを考える見解は、willful、wanton、reckless な行為に比較過失法理を適用すべきと考える傾向にある。何故ならば、故意行為に劣後するが高い非難可能性が willful、wanton、reckless の行為にも求められるため、当然、比較過失法理の適用の範疇に属することになる、という理解となるからである。他方、故意不法行為に比較過失法理を適用することに消極的な見解の場合、故意行為と過失行為は行為の態様が全く異なるため、同じ価値基準を示すスケールの上にもそもそも乗せて考えることができないというわけである。このような視点に立つ場合、willful、wanton、reckless な行為が故意行為とは質的に明らかに異なる行為形態と位置づけることになるため、これらの行為に関する事例において比較過失法理の適用は消極的に考えることになる。

このように非難可能性の程度の違いはあるが、故意と過失を連続して行為形態であると考えるか否かという視座は、日本民法における故意不法行為事例における過失相殺法理の適用の可否を考える際に、多いに役立つように思われる。この点については、次章において

詳しく検討する。

そして、第4章の考察において特に注目されたのが、Wright が一般論として指摘している Clean Hands 原則である。この原則は、寄与過失法理を支える伝統的な理由付けとしても存在しており¹¹³、裁判所の助力を求める者はクリーンハンドでなければならないというものである¹¹⁴。比較過失法理が故意不法行為事例に適用される場面に即して言えば、被告が原告の寄与過失を主張立証することが、Clean Hands 原則が適用されることで、主張できなくなる。つまり、比較過失法理を被告は主張することができないということになるのである。

では、信義則につながるこの Clean Hands 原則は、不法行為法領域においても適用が可能な原則と言えるのか。この点について Anenson は、次のように説明している。Clean Hands という衡平性を目指す原則は、人々はおろか裁判所をも救済する重要な役割を演じている。この原則は、被害者が酔っ払ったまま被告の敷地内に侵入して怪我をした場合のような古典的な事例以来、州や連邦を問わず、実際の裁判において抗弁として機能しており、その適用範囲は、契約法にとどまらず不法行為法においても適用されている、と指摘する¹¹⁵。

さらに、Clean Hands 原則は、中国の慣習法やユスティニアヌスのローマ時代にその起源をもち¹¹⁶、アメリカはこの原則をイギリスの遺産として継承して、3世紀以上にわたってアメリカ司法制度を支えてきた原則で、連邦最高裁においても、かなり早い段階で採用していると Anenson は指摘する。特に、抗弁手段としての Clean Hands 原則の機能を重視して、抗弁手段としての Clean Hands 原則が公平な裁判の実現に大きく寄与している、とも指摘している¹¹⁷。そして、この Clean Hands 原則は、純粋な良心 (pure conscience) と純粋な手 (pure hands) で構成されており、この二つの要素を満たしていない者は、法の下で救済を

¹¹³ Andrew Chiang, Rethinking a Unilateral Duty of Care, 46 Ohio NUL Rev. 83, 122

(2020) では、寄与過失法理もクリーンハンズ原則に基づく法理であると説明されている。また、Davis v. Guarnieri, 15 NE 350, 360(Ohio 1887) においても、同趣旨の説明がなされている。

¹¹⁴ 損害発生に対する原告の関与に違法性があると示される事例において、裁判所がその原告に救済を与えるべきかという問題で、明らかに寄与過失があると認められる原告を救済するという、つまり、寄与過失の抗弁を否定することは、それまでの裁判判決の流れを覆すだけでなく、アメリカの法的構造においてずっと大きな部分を占めている基礎的な思想を取り去るようなものとなる、とされている。J. Bishop, Commentaries on the Non-Contract Law § 460 (1st ed. 1889) ; Robert A. Leflar, The Declining Defence of Contributory Negligence, 1 Ark. L. Rev. 1, 2-5 (1946) .

¹¹⁵ T. Leigh Anenson, Judging Equity: The Fusion of Unclean Hands in U.S. Law 12-13 (2019) .

¹¹⁶ Ralph A. Newman, Equity and Law: A Comparative Study 31, 250 n.19 (1961).

¹¹⁷ Anenson, supra note 115 at 1846-56.

求める訴訟当事者としての資格を喪失させる効力を有するとされている¹¹⁸。ただ、一般論として、不法行為事例の場合は、当事者間に契約などの事前の関係性がないため、Clean Hands 原則を契約事例よりも遠いところにある原則として位置づけられているように思えるが、この純粋な良心という構成要素に反する場合として、アメリカの連邦最高裁は故意不法行為の場合を指摘しており¹¹⁹、この発想は、他者を意図的に欺き不当に財貨を取得する詐欺行為にまで認められている傾向にあるとも指摘されている¹²⁰。

日本の過失相殺制度における議論でも、このような Clean Hands 原則による抗弁の制約機能を検証している文献は少ないため、非常に興味深い指摘であると思われる。ただし、この Clean Hands 原則が、たとえば、共同不法行為事例において、過失の被告と故意の被告が登場した場合に、どのように機能するのか、あるいは、機能するように考えるべきか、などの興味深い問題は依然残っているように思われる¹²¹。

¹¹⁸ Manhattan Med. Co. v. Wood, 108 U.S. 218, 227 (1883); Buchannon v. Upshaw, 42 U.S. 56, 81 (1843) ; United States v. Schooner Betsey, 8 U.S. 443, 444 (1807)などにおいて言及されている。

¹¹⁹ Precision Instrument Mfg. Co. v. Automotive Co., 324 U.S. 814-15 (1945).

¹²⁰ Anenson, supra note 115 at 1863. 実際の裁判事例として、Compare Queiroz v. Harvey, 205 P.2d 1120, 1122 (Ariz. 2009) ; Broome v. Broome, 75 So. 3d 1132, 1140 n.15 (Miss. Ct. App. 2011) ; Shapiro v. Shapiro, 204 A.2d 266, 268 (Pa. 1964) ; Saudi Basic Indus. Corp. v. ExxonMobil Corp., 401 F. Supp. 2d 383, 393-94 (D.N.J. 2005)などを挙げることができる。

¹²¹ この問題意識が指摘されている論文として、Bohlen, supra note 97 at 243 ; Robert. A. Leflar, Contribution and Indemnity Between Tortsfeasors, 81 U. Pa. L. Rev. 130, 151-154 (1932) ; Fleming James, Contribution among Joint Tortfeasors : A Pragmatic Criticism, 54 Harv. L. Rev. 1156 (1941) ; Glanville Williams, Joint Torts and Contributory Negligence, 84 (1951) ; Jerry J. Phillips, Contributory and Indemnity in Products Liability, 42 Tenn. L. Rev. 85 (1974) などがある。

第5章 日本法の再検討

第4章においては、アメリカ不法行為法における故意不法行為の場合の比較過失法理の適用の可否について考察してきたが、故意不法行為の場合には比較過失法理を適用しないということが確定され、その上で、故意行為に近い行為形態である willful、wanton、reckless という行為に比較過失法理が適用されるべきか否かが議論として展開されてきたことが分かった。また、何故、故意不法行為の場合に比較過失法理の適用がなされないのかという理由につき、Clean Hands 原則がアメリカ法において機能していることも明らかになった。

そこで本章では、日本法における故意不法行為と過失相殺法理に関する議論状況について考察していく。故意不法行為事例において過失相殺法理が適用されるべきか否かについて、どのような見解が主張されているのか。この問題点に言及する先行研究は少ないが、整理しておく必要はある。

その方法として、まず、前述したようにこの問題に関する学説の状況を考察したうえで、第1章第3節で得た日本の裁判事例の分析結果と、アメリカ法の考察から得られた知見から、故意不法行為法事例における過失相殺法理の適否などの問題を、日本法においてどのように考えるべきかについて私見を提示する。

第1節 学説状況

第1項 故意不法行為事例における過失相殺法理の適否に関する学説

過失不法行為責任における過失相殺の場合と比較しても、故意不法行為責任における過失相殺について言及している文献は少ない。しかし、その数少ない文献の内容を比較すると、過失相殺の適否に関する論述には違いが見られる。

過去において、故意不法行為と過失不法行為のいずれの場合でも、過失相殺の適用を認める見解が多数を占めている時期があったとされているが¹、故意責任と過失責任の「帰責原理」の違いから、故意責任の場合には過失相殺が認められるべきではない、という見解が提唱されるようになった。たとえば、平井宜雄は、故意不法行為に関する判決例は見当たらないとしつつ、故意不法行為の場合には、過失相殺は行われるべきではない、と主張する。その理由を次のように指摘している。過失相殺法理は、*si quis ex culpa sua damnum sentit* というローマ法源、つまり、自分の過失で損害を蒙ればその者は被害者とは解されないという法源に由来するものであるが、この歴史的経緯は、過失不法行為によって他者に損害を与えた場合に、常に、その賠償責任を負うという結論としての厳しさを緩和するために生まれたという過失相殺法理の理念に関する説明に資する。つまり、過失相殺法理が形成される過程

¹ 潮見佳男「不法行為法」(信山社、平成17年)312頁～313頁。

においては、まず、過失不法行為の事例における加害者の責任緩和が問題とされたという経緯を有しており、その経緯を踏まえて考えると、故意不法行為の場合については加害者の責任緩和は問題とならず、被害者に過失があったとしても、その斟酌を賠償額の認定において認めるべきではないというのが比較法上支持される解釈であるから、というわけである²。

その一方で、「故意不法行為の場合でも減額を相当とする場合がありうるから、当然には排除すべきではないだろう」と主張する見解がある。内田貴は、まず、過失相殺の公平性を損害の金銭的評価の段階で斟酌する制度であると理解した上で、当事者間の公平性を維持するには、故意不法行為の場面でも減額を相当とする場合があり得るので、当然には排除すべきではないとし、その減額を相当とする場面として、被害者の挑発によって加害者が加害行為を行ったような場合を指摘している³。

さらに、田山輝明は、喧嘩の場合にみられるように、故意行為による被害者の側にも同種の故意がある場合もあるとして、この場合も過失相殺の理論で対処してもよいのではないかと主張する。ただし、故意の加害行為に対して被害者に純粋な過失のみがあった場合には、斟酌しなくてもいい場合があるとも指摘している⁴。

そして、森島昭夫は、故意責任と過失責任とで実際に違いが出る場合として、三つの場合を指摘する。その三つの場面とは、故意の場合に限定して不法行為の成立が認められる場合（例えば、営業活動を妨害する場合など）、損害賠償の範囲が故意であるか過失であるかによって異なる場合、そして、損害賠償額、特に慰謝料額の算定にあたって、加害行為が故意によってなされた場合である。この三つの場合では、過失の場合よりも多額の賠償額が算定されるべきであり、特に、慰謝料額の算定の部分で、過失相殺については加害者に故意がある場合には、被害者の過失をほとんど考慮すべきではないとするのが通説である、と述べている。その理由として、通説は、この故意と過失との違いは、刑事責任におけるような質的な差ではなく、ちょうど過失において、重過失と軽過失との間における非難性の程度の差が認められるのと同じように、故意と過失の違いは、非難性の程度の差の問題であるとしているから、と述べている⁵。

さらに、故意不法行為の事例でも過失相殺の適用が肯定される場合と否定される場合があるとして、裁判事例の分析を通じて、その類型化を試みている見解もある。たとえば、窪田充見は、加害者、つまり被告の責任が故意責任である場合につき、加害者の故意が、被害者の不注意を惹起すること、あるいは、その不注意を利用することに向けられていたか否かで整理している。惹起や利用することに加害者の故意が向けられているような場合には、その不注意をもって過失相殺を認めることは適当ではなく、自分で相手方の不注意を惹起し、

² 平井宜雄「債権各論Ⅱ 不法行為」（弘文堂、平成4年）150頁。

³ 内田貴「民法Ⅱ 債権各論」（東大出版会、平成19年）438、439頁。

⁴ 田山輝明「不法行為法」（青林書院、平成8年）123頁。

⁵ 森島昭夫「不法行為法講義」（有斐閣、昭和62年）163頁。

それを利用した場合については、被害者の不注意を過失相殺として加害者が主張することは認められるべきではない、とする。逆に、故意が被害者の不注意を惹起したり、不注意を利用するという関係が認められない場合には、たとえば、被害者の挑発的な言動などによって加害者が激高して暴行に及んだという場合には、被害者による挑発的な言動をもって過失相殺をするという処理は十分に考えられる、とも述べている。以上のように考察することで、故意の場合には、加害者の故意が被害者の不注意をカバーするような性格のものである場合には、過失相殺は全面的に排除されるが、カバーするような性格のものでない場合には、過失相殺がなされる余地が残ることになる、と窪田は主張する⁶。

そして、故意不法行為事例か過失不法行為事例かで過失相殺の適否を考えないとする見解もある。加藤雅信である。加藤は、過失相殺制度が基本的に損害の公平な負担を図る制度であるとして、加害者と被害者の行為の悪性の比較衡量をして、過失相殺の適否を決めるべきであると主張する。そのうえで、悪徳商法の事例において過失相殺が施されている裁判事例が多いことに疑問を示している。加藤は、特に詐欺的商法事例を図式的に分析した結果、故意に騙した悪徳業者と騙された者が争っている裁判において過失相殺がなされると、過失相殺された分だけ騙した悪徳業者の利益になるという構造が認められるとして、騙された者に過失があった場合でも、故意に騙して儲けようとした悪徳業者との対比では、後者の悪性が圧倒的に強いので、過失相殺の主張を認めるべきではないとし、過失相殺の主張にもクリーンハンズ原則と同様の配慮が必要ではないか、としている⁷。

第2項 過失相殺法理とクリーンハンズ原則

加藤が言及しているこのクリーンハンズ原則が、故意不法行為事例において過失相殺法理の適用が否定されるべきとする場合の根拠になり得るか、という点について非常に参考になり得ると思われる見解がある。

たとえば、廣峰正子は、クリーンハンズ原則と過失相殺法理との関係性について、次のように述べられている。現在の社会的事情から、現在の価値規範を法に組み入れるための媒介物としての役割を信義則は担い得るが、そのことは、信義則のルーツとされる禁反言の原則やクリーンハンズ原則がそもそも当事者の非難性を問題とする概念であることに鑑みれば、改めて、信義則がこのような重要な役割を果たしていると再認識する意義は小さくない、と⁸。そして、この価値規範の例として、社会的価値判断や道徳・倫理規範をあげられている

⁶ 窪田充見『不法行為法』（有斐閣、2007）387、388頁、同『過失相殺の法理』（有斐閣、1994）242頁以下。

⁷ 加藤雅信『事務管理・不当利得・不法行為（第2版）』（有斐閣、2005）311、312頁。

⁸ 廣峰正子「信義則再考 ―わが国の最高裁判例にみる信義則の役割―」立命館法学2006年1号（305号）128頁（2006）。

9。この道徳・倫理規範という視点は古くから指摘されており、牧野英一は、十九世紀当初の自由法学は、法律を道徳から区別することに力を注いできたが、道徳的な行動が法律上如何なる価値を持つかという問題は信義則の原則の問題でもあるとして、法律と道徳とは区別されるべきものではない、と主張されている¹⁰。さらに、菅野耕毅は、資本主義の発達に伴う権利の無制約に対する修正を考える場合、法の次元以外の道徳原理の導入で解決しなければならないとして、法と道徳はその性格や関心の方向を異にしながらも、法はその根底において常に道徳原理や倫理に適う内容を持つべきであり、その意味で、法における道徳原理の導入も自然なことである、と主張されている¹¹。権利主張に対する制約の一つとして、道徳原理も機能するというわけである。

また、原島重義は次のように述べられている¹²。信義則のルーツとして、英米法上のクリーンハンズ原則や、フランス法上の法諺「何人も自己の恥ずべき行為を援用しては、その要求を容れられない」があるが、これらは要するに、法の保護を要求する者は、不法に染まっていなくてはならず、自ら不法をなした者に対しては、法は救済を与えないということである。これは、実体法よりもむしろ、訴訟構造に関係する場合、すなわち、実体法上権利や利益が存するにもかかわらず、その権利主張や抗弁主張が信義則に反して許されないとして、排斥される場合である。つまり、実体法上存在するはずの権利を、訴訟における攻撃防御の方法として用いることが排斥されている、と指摘されているのである。

以上のような主張内容から、権利主張を抑制する機能を道徳や倫理という規範が果たしており、道徳や倫理に反する権利主張や抗弁主張は抑制されるべきである、という考えを抽出することができる。前項で森島や加藤が触れていた行為態様としての非難性は、まさにその行為における反道徳性の存在を示唆するものである。原告と被告の行為態様の事情の比較から、被告の非難性が原告のものよりも大きい、あるいは、強いと言える場合には、クリーンハンズ原則が過失相殺法理の適用に対する制約原理として機能し、被告による過失相殺の主張が認められなくなる、ということがあり得るということを示唆しているように思われる。本論文の中で筆者は、過失相殺法理の適否を検討する場合に、減責を求めて被告が過失相殺を主張することに正当性が認められるか否かという視点が重要であるとしたが、その視点は、この強い反道徳性という行為を被告が行ったと評価できるか否かによって判断されることになる。つまり、被告の故意行為とは、強い反道徳性が認められる行為態様であるため、原告に何等かの過失があったとしても、被告は減責を求めて過失相殺を主張することは許されない、という意味である。

⁹ 廣峰・前掲注8・124頁以下。

¹⁰ 牧野英一『民法の基本問題 第4編』（有斐閣、1936）96～106頁。

¹¹ 菅野耕毅『信義則及び権利濫用の研究』（信山社、1994）はしがき。

¹² 原島重義「所有権の濫用」谷口知平・加藤一郎編『新版・判例演習民法1 総則』（有斐閣、1981）1頁以下。

第2節 小括

故意不法行為と過失相殺法理の関係に関する日本での学説と、過失相殺法理におけるクリーンハンズ原則の位置づけに関連する見解は、以上のような状況にある。一般的傾向と言えることは、現在における故意不法行為事例において、過失相殺の適用が排除されるべきと考える見解は少なく、故意不法行為事例においても、過失相殺の適用は排除されるべきではないとしている見解が多数を占めているということである。この議論状況をアメリカ不法行為法における議論と対比して考えると、原告と被告の行為の悪性や非難可能性から比較過失を行うという視点は、故意行為と過失行為には大きな違いがあると平井が指摘している点に、そのまま反映されていると言えるように思える。その大きな違いの一つに平井は、裁判事例を分析したうえで、故意責任が過失責任よりも加重的な責任であるという点を指摘されている。この加重責任が故意行為の場合に認められる理由は、故意行為の悪性や非難可能性の強さであると言えよう。また、故意行為の悪性や非難可能性という視点から、故意と過失の違いを説明する森島の見解は、アメリカ不法行為法における比較過失法理の判断構造と非常に類似しているものと言える。価値判断的にも、故意責任を過失責任の延長線上に位置づけて、過失相殺法理をそのまま適用して減額調整を行うことについては、やはり躊躇を覚えることから、故意不法行為に対する過失相殺法理の適用は否定されるべきであると思われる。

そして、森島も指摘される故意行為に見られる悪性や非難可能性の強さという性質論は非常に深い興味を覚える。これは、Fairness、Justice、Deterrenceを根拠とする比較過失法理において、culpabilityで比較するという思考と通じていると思われる。では、この悪性や非難可能性が故意行為の場合には強いと評価できる理由は何か。それは、行為者が加害行為を行おうとする際に、反対動機を形成して、不法行為を抑制することができる、あるいは、その期待ができるのに、それを自分で乗り越えて加害行為を行ったという点にあると考える。その反対動機の形成をしないという選択を自分で行ったという行為態様に、その悪性や非難可能性の強さを見出すことができるのではないか。しかも、その悪性や非難可能性の強さが認められる行為を行った加害者が、自分の減責を主張するために過失相殺法理の適用を求めるということには、正当性が認められないと考えることもできる。正当性を認めることができないとする根拠としては、アメリカ不法行為法の考察において見たWrightの見解や、本章第1節第2項で触れた諸見解において指摘されていたClean Hands原則の説明部分にある根拠を考えることができるのではないかとと思われる。

結 章

一 過失相殺法理の構造

以上を要するに、過失相殺法理の構造については次のように考える。まず、過失相殺法理は、被告が主張・立証すべき抗弁事由として位置づけられる。つまり、被害者である原告に生じた損害は、所有者危険負担の原理に基づいて、原告自身が負担することになる。しかし、七〇九条の成立要件の要件事実の該当性の主張・立証につき原告が成功すれば、そのとき初めて、原告に生じた損害が被告に移転する。しかし、移転された損害について、原告の落ち度などが寄与している部分については、被告が過失相殺法理に関する主張・立証に成功することで、再度原告に移転する。民法七二二条二項の被害者の「過失」を考慮して、加害者の賠償責任の大きさを決めるという作業は、七〇九条の構成要件に該当する違法行為を実現した加害者の行為が、発生した損害を全額負担させるに値するものであるかどうかを検討する作業であると言える。このような作業を通じて、発生した損害賠償額の減額が行われる手続きが過失相殺法理である。

では、何故、過失相殺法理によって再度移転させられた損害分について原告が責任を負担しなければいけないのか。過失相殺の作業は、いったん、被告の行為規範違反を認定した上で行われるものである。このため、被告の行為規範違反と同じレベルに被害者である原告の過失を位置づけて考えることには無理がある。加害者と同じレベルの過失を過失相殺における被害者に要求することは、被害を受けている被害者に法秩序が一定の行為を義務付けることになり、行動の自由をできるだけ保障している憲法の趣旨に反することになるからである。しかしながら、被害者自身の法益を守るために、被害者に必要とされる行為を行わなかったこと、あるいは、被害者自身の法益を守るために必要な注意を被害者自身が払わなかったことは、不法行為の責任要件を充足しているといったん評価された加害者であっても、最終的に損害額の調整をする段階で、被害者に自身の法益保護のための不作為や不注意があった点を主張・立証することは認められるべきである。このため、過失相殺法理を通じて、原告と被告の間で責任分担の確定が行われることになっていると言える。

次に、原告の帰責根拠をどのように理解すればいいのか、についてである。不法行為の責任要件を充足している加害者は、被害者に損害の一部を帰責させる理由をどのように説明すべきなのであろうか。消極的な理由付けとして、所有者危険負担の原理をあげることができる。つまり、被告が過失相殺による抗弁を主張し、それが認められることで、所有者危険負担の原則によって、もともと自分で負担すべきであった損害を原告が負うことになったという理解である。この理解によって、一応、被害者が責任の一部を負担する帰責理由の説明としては成立していると思われる。しかし、被害者が自分に生じた損害を自分で引き受けなければならない理由をより積極的に行うとすれば、それは、被害者において損害の回避や発生した損害を縮減する措置を選択することができたという「期待可能性」に、被害者自身

が応えなかったという点にあるとは言えないだろうか。つまり、この期待可能性に反する選択を被害者が行ったことに非難可能性を見出せるのではないか、という意味である。被害を受けている被害者本人に対して、社会による法秩序命令という視点から、損害の回避や縮減のための行為規範を要求することは難しいように思われる。何故なら、被害者は被害を受けた後でも意思決定の自由を有しており、自分の法益の処分権限は被害者本人に帰属しているのだから、侵害された権利がどのような状態になるかは、基本的に被害者本人の自由意思に委ねられることになるからである。そのため、過失相殺の作業を行って被害者に発生した損害の一部でも負担させるという場合には、被害者にも非難可能性があったという事実の存在が要求されることになる。つまり、被害者に損害の発生に対して発生しないように回避する措置を講ずるという選択や、損害が拡大しないように行動するという選択をすることが合理的に期待できた、という期待可能性の視点で評価できる場合には、その一部（または全部）を被害者自身が負担すべきということを、加害者が被害者に対して主張することが可能になる、と考えることができるように思われる。このように、損害の回避や縮減のために必要とされる行為を選択することが被害者に合理的に期待され得るのであれば、この期待可能性に反することをもって、被害者を非難することができるようになるとして理解することはできるのではなかろうか。この損害の回避や縮減のための行為に対する期待可能性に反し非難可能性が見出されることが、過失相殺によって原告自身が負担する責任の本質であり、このことに基づいて過失相殺法理による損害分配作業がなされていると考えることができるように思われる。

二 故意不法行為における過失相殺法理の位置づけ

以上のような内容の過失相殺法理は、加害者と被害者間の損害分配を行う根拠として機能するため、損害分配作業をするにあたり、被害者のいかなる行為を民法七二二条二項にいう被害者の「過失」として把握できるのかという視点と、過失「相殺」という文言の意味からも、被害者側の事情のみならず加害者側の事情も、過失相殺の適否を検討するにあたって重要な役割を果たす要素となる。そのように考えれば、本論文の主題である故意不法行為事例における過失相殺法理の位置づけは次のように整理することになる。

まず、過失相殺法理は故意不法行為事例の場合には適用できないものとする。この点に関する議論はこれまでほとんど行われてこなかったが、その理由として、立法過程から七二二条二項における被害者の「過失」要件の内容についての検討が乏しく、漠然と過失相殺作業がなされてきたため、加害者側に認められるいかなる事情との比較も行われてきたというきらいを指摘することができる。このため、加害者に故意があった場合でも、被害者の「過失」と比較検討が安易になされてきたように思われる。また、七二二条二項の被害者の「過失」とは、加害者側に要求された七〇九条の「過失」と同じレベルではない、落ち度、ミスなどのような被害者側特有の事情が被害者側にあったと評価できることが必要であり、そ

のような事情があると判断された場合に、過失相殺法理による損害分配、減額調整がなされるということになる。

では、何故、加害者が故意に不法行為を行った場合には、過失相殺法理が適用されるべきではないのか。まず、被告の加害行為の悪性や非難可能性が、過失である場合と比較しても、故意の場合は強いということが考慮されるべきである。この悪性や非難可能性が故意行為の場合には強いと評価できる理由については次のように考える。行為者が加害行為を行おうとする際に、反対動機を形成して、不法行為を抑制することができる、あるいは、その期待ができるのに、それを自分で乗り越えて加害行為を行ったという行為態様に、その悪性や非難可能性の強さを見出すことができるのではないか。つまり、反対動機の形成を自分で放棄したという反道徳性の側面が重視された結果であると考えられる。

そして、過失相殺法理の適否が問題になる場面で重要な視点は、発生した損害の公平な分担という理念を実現するというだけでなく、減責を求めて過失相殺を被告が主張することに正当性が認められるか、という点にもあると考える。この視点で考えると、故意という悪性や非難可能性の強い行為を行った加害者が、自分の減責を求めて過失相殺を主張することに正当性が認められるべきではない、ということも言えるのではないか。

また、故意行為に対して強い反道徳性の存在が認められることから、故意不法行為事例においては、クリーンハンズ原則を根拠に、過失相殺法理は適用されないと位置づけることも可能ではないか、と思われる。その意味で、アメリカ不法行為法の比較過失法理において culpability、つまり、有責性や非難可能性が重視されていたことが、日本不法行為法における過失相殺法理についても十分に参考になるとと思われる。

三 暴行事例における過失相殺法理の適用

ただ、事実的不法行為である暴行事例での原告の過失とされる挑発行為が加害者による故意不法行為の起因となっている場合、つまり、アメリカ不法行為法の中で触れた危険引受の法理と通ずるような場合には、この例外が用意されるべきではないかと考える¹。このアメリカ不法行為法での危険引受の法理は、おそらく日本法においては七〇九条の「過失」における行為義務の存否を検討する段階、または、規範の保護目的である義務射程を確定する

¹ 前田達明『判例不法行為』（青林書院、1978）231頁以下に、付録として、Hans Stoll 著『自己危険に基づく行為』が紹介されている。この危険引受の法理は、ドイツにおいて発展させられた理論とのことである。ドイツでは、スポーツ等の危険なイベントに関与したり、他人の危険な土地へ立ち入ったり、乗客として運送手段に同乗したというような場合に、この法理が適用される傾向にあるという。また、アメリカ法における危険引受の法理に関する紹介として、執行秀幸「アメリカにおける危険の引受の法理の行方」国土館法学 11号 85頁（1979）などもある。

段階で考慮される一要因と位置付けられる。そのため、独立した違法性阻却ないし有責性阻却の事由として指摘されていない。ただ、このことは過失不法行為を前提にした議論であり、本論文の検討対象である故意不法行為の場合にそのままあてはまる議論とは言えない。危険引受の法理の内容は、原告が加害行為という危険から自分自身を守ることが期待される場面で問題になっているため、故意不法行為における過失相殺法理の適用を検討する場合においては、十分考慮される内容になってくる。

この危険引受の法理自体を援用するかどうかについては議論の余地はあるとしても、加害者による故意不法行為を惹起し、被害者自身に降りかかる危険の発生に寄与している行為を、被害者自身が行っていると評価できる場合には、加害者の故意行為にある反道徳性が減殺されると言えるため、その場合には原告と被告の行為態様と比較検討することは許されるのではないか。つまり、原告による挑発行為が加害者の故意不法行為の起因になった場合は、被害者が自分で自分の法益侵害の危険を招いている、自分の保護法益を侵害する可能性の高い加害行為の重大な契機となっていると評価することができるため、挑発などの先行行為を行っていない単なる被害者である場合の加害者の非難可能性とは、その非難可能性のレベルが大きく異なっていると評価することができる。このため、原告に挑発行為が認められる場合においては、加害者が故意に基づいて不法行為を行ったとしても、過失相殺法理の主張が許されるものと解する。

四 今後の課題

これまで日本法においても、アメリカ不法行為法においても、事実的不法行為事例である暴行事例の場合、特に暴行という故意行為の場面に注目して、その場合における過失相殺法理の適否などの問題について検討してきた。しかし、近時において問題となっている組織的な詐欺行為という故意の不法行為事例において、以上の事実的不法行為事例を中心に検討して得た知見がそのまま活きるかどうかは不明である²。加藤雅信は、このような詐欺事例、

² なお、窪田充見編集『新注釈民法(15) 債権(8) § § 697~711』〔川角由和〕200頁以下(有斐閣、2017)、谷口知平『不法原因給付の研究(第三版)』(有斐閣、1970)505頁、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(上)』(青林書院、1981)181頁、好美清光「不当利得法の新しい動向について(上)」判タ386号26頁(1979)、山田幸二「不法原因給付」『民法講座(6)』(有斐閣、1985)127頁、川村泰啓「不法原因給付制度と類型論 - 不法原因給付制度『序説』」片山金章古稀『民事法学の諸相』368頁(頸草書房、1970)、藤原正則『不当利得法』(信山社、2002)120頁、川角由和『不法利得法とはなにか』(日本評論社、2004)484頁などにおいて、クリーンハンズ原則と同じ思想があるとされる民法七〇八条が、不法行為事例においても援用されることを認める最高裁判決などが紹介、解説されている。

つまり取引的不法行為事例において、過失相殺法理を適用している裁判例が多くなっていると指摘されている³。加藤が指摘されている適用事例が多いという点については議論の余地があるように思われるが、その背景として、加藤は、「詐欺的商法には一攫千金的な話も多いので、その種の儲け話にとびつく人に対する同情の少なさもあるかもしれない」し、そうでないとしても、「詐欺的商法の被害者に過失があったか否かを問えば、騙されない者が圧倒的に多くなかで騙され」ているという事情から、その点に過失があると判断されているのではないかと指摘されている⁴。しかし、その一方で加藤は、「詐欺的商法では、騙された者に過失があったとしても、故意に騙して儲けようとした悪徳業者との対比では、後者の悪性が圧倒的に強いのであり、過失相殺をして悪徳業者に利得の一部を残す理由は何もない」とも指摘されている⁵。

このような詐欺行為という取引的不法行為事例において、どのような全体構造を抽出することができ、被告による減責主張である過失相殺法理を、どのような理由で、そしてどのような根拠を用いて抑制していくことができるのか。残された今後の課題として、取引的不法行為としての故意行為と過失相殺法理との関係性について検討していきたいと考えている。

³ 加藤雅信『事務管理・不当利得・不法行為（第2版）』（有斐閣、2005）311頁。

⁴ 加藤・前掲注2・312頁。

⁵ 加藤・前掲注2・312頁。

