

故意不法行為事例における 比較過失制度について（2・完）

— Gail D. Hollister 論文の紹介 —

岩 寄 勝 成

四 故意不法行為事例に比較過失を適用することを禁止する正当性

4 原告には全額賠償の資格があるということ

質の違いに関する議論によって、比較過失は故意不法行為事例で適用されるべきではない、とされている。その理由は、故意不法行為は過失に基づいておらず、ある意図的な侵害に対して原告は完全に損害填補される権利を有しているから、というものである⁸¹。この故意不法行為による被害者である原告には、全額填補を受ける権利があるとされている点につき、Hollister教授は疑問を呈している。

81 Michael B. Gallub, Assessing Culpability in the Law of Torts: A Call for Judicial Scrutiny in Comparing “Culpable Conduct” Under New York’s CPLR 1411, 37 Syracuse L. Rev. 1079, 1112 (1987).

5 原告は損害を回避するように合理的に行動する義務を負っていないということ

また、被告の不法行為が故意によるものである場合、賠償額を算定する際に原告の過失を考慮するのは重要ではない、とする人もいる。その理由は、故意不法行為によって発生する損害を回避するように、合理的に行動するという義務を原告は負担していないから⁸²、というものである。もし

82 Charles Fisk Beach, Jr., A Treatise on the Law of Contributory Negligence § 65 at 104 (Baker, Voorhis, 3d ed. 1899). この論文でBeach教授は、過失のある原告でも、救済は奪われるべきではないという結論になっているので、もし比較過失が利用できるすると、同じ結論に至るであろう。ここでは、意図的に生じさせた損害があった場合における原告の義務が述べられている。また、裁判事例としては、Melendres v. Soales, 105 Mich. App.73, 81-82, 306 N.W. 2d 399, 403 (1981) があげられる。

【Melendres v. Soales 事件】

被害者は、ロッジ所有者の船着き場から浅瀬に飛び込んだことで生じた負傷に対して損害賠償請求の訴訟を提起した。被害者は、船着き場が被告であるロッジの所有者のもので、飛び込み禁止という警告の杭を立てていなかったことが、意図的な生活妨害 (nuisance) になる、と主張した。上告審は、ロッジ所有者は警告をしない状況を意図的につくったと結論づけ、実際に生活妨害があったと認定した。さらに、その生活妨害は被害者の損害に寄与したと認定したため、それまでの判決を破棄して差し戻した。つまり、このミシガン州の裁判事例は、被告の故意不法行為によって損害を受けることを意図的に回避する重要な義務が原告にはある、と結論を出したのである。

興味深いことに、限られた数の裁判事例では、故意不法行為の被害者になるのを回避するような注意義務が、潜在的な原告には課されているといえる。たとえば、もし原告が被告の行動に同意したと合理的に被告に思わせたいうで行動をしたとすると、被告には違法な行為が存在しなかったということになる。そこで、原告が同意したくない行動に同意したと思われるようにするために、合理的な注意を払う義務を原告に課しているのである。その意味で、原告が合理的な注意を払っていないければ、原告は訴訟提起ができなくなる。

裁判所がその義務が原告にあると判断すれば⁸³、本当にそのような義務が原告にあるのか、あるいは、あると考えるべきなのか、ということが次に問題になる。

この損害回避という原告の義務を定義づける問題は、原告の側に寄与過失がある事例を前提にしているが⁸⁴、過失不法行為の事例で裁判所が原告に寄与過失があると認定しても、賠償請求を否定ないし減額するのを妨げていない。さらに、正当な注意を払うことで損害を回避することは確かに望ましいことだが、正当な注意義務を原告に課しても、故意不法行為が抑止されることにはならないし、そのような注意義務を課すことで損害を回避することになると期待するのであれば、損害を回避するための正当な注意義務は、原告と被告の両者に課されるべき、という指摘も少なからず存在している、と Hollister 教授は述べている。

6 原告の過失と自身の損害との因果関係

故意不法行為を被告が犯した場合、原告の過失は重要ではないとする理

83 Keeton, et al., Torts, supra note 9, § 53 at 357-58.

84 Keeton 教授は、寄与過失には義務は含まれていないと言っているが、原告の義務は、自分を守るために合理的な注意を払うことである、とされる場合もある。たとえば、Stephen v. City of Lincoln, 209 Neb. 792, 311 N.W. 2d 889 (1981) が裁判事例としてあげられる。

【Stephen v. City of Lincoln 事件】

この事件は次のようなものであった。被上告人が押し込み強盗の連絡を通信指令係から受けて現場付近に急行し、そこで完全に停車して付近の様子を窺っていた。そこに上告人である夫が前方をよく見ないまま左折してきたため、停車していた被上告人の車両の前方に衝突した。上告審は、寄与過失とは原告自身が責任を負う行為であり、自身を負傷することから保護するために、法律が課している義務の不履行と、被告が責任を負う訴訟を基礎づけるに足りる過失行為に同意したり協力したりすることが、負傷に寄与している近因としての義務の不履行を意味している、と述べた。

由の1つとして、原告の過失は自身の損害に寄与していると言うことができなから、というものがある⁸⁵。だが、多くの事例から、このことは正当であるとは言えない。たとえば、原告の過失が被告の故意不法行為に寄与し、それが予見可能であった、という場合である。再度、オオカミであると合理的に確信をして撃ったという犬の事例に戻ると、もし犬が、犬の所有者ではない第三者によって不注意で放たれていた場合、撃った者の故意不法行為が介在しているにもかかわらず、犬の死を理由とする損害賠償請求を、第三者に対して犬の所有者が行うことはできる⁸⁶。犬を放すことが不合理な危険の1つとなるのは、オオカミと間違える事態を誘発したということである。原告の行為が過失とされる理由の一つが、故意不法行為を誘発したという点にあるとき、原告の過失と、たとえ他者による予見可能な故意不法行為によるとしても、その故意不法行為によって直接生じた損害との間には法的因果関係はあるとされている⁸⁷。

85 Breach, Contributory Negligence § 65 at 104 (cited in note 87). A.M. Honore, Causation and Remoteness of Damage, in XI International Encyclopedia of Comparative Law § 161 at 7110 (Andre Tunc ed., 1983).

86 法的因果関係の事例は、意図的に課された損害、少なくとも、その損害が課されることにつき予見可能である場合に、その損害に対して過失ある被告が責任を負うという仮説に基づいている。そうであれば、犬が射殺される可能性が合理人なら予見できる危険である限り、それが原告の犬であると加害者が認識して犬を射殺した場合でも、不注意で犬を放し飼いにした者は、責任を負うことになるかもしれない。Restatement (Second) of Torts § 448 (1963), §§ 302B cmts. e と f, § 449 (1963).

87 Hines v. Garrett, 131 Va. 125, 108 S.E. 690 (1921), Id. § 449.

【Hines v. Garrett事件】

この事件は次のようなものであった。列車の乗客は若い女性で、性的暴行を2回受けたことに基づく損害賠償訴訟で、鉄道会社の社長 (director general) にその責任を追及した。彼女の主張によると、危険で保護されていない場所で、電車を去るように要求された直後、2人の男によって性的暴行を受けた。事実審は、乗客勝訴の判決を出したため、社長が上告した。州の上告審は、その判決を破棄して、車掌が提案した選択肢を被害者が受

このように、原告の過失と他者の故意不法行為によって直接引き起こされた損害には、法的因果関係がある、と評価され得るのである。よって、過失のある者が第三者ではなく原告であったとしても、過失と損失の間の因果関係を否定することにはならないし、あるいは、過失の蓋然性が少なくなる、ということにはならない⁸⁸、とされているのである。

7 被告を罰する必要性と比較過失の適用除外

故意不法行為事例で比較過失があるとして、原告の損害額を減額するのを拒否するのを支持する政策的な理由は、被告を罰する必要性があるから、という点にもある⁸⁹。この理由は、被告である故意不法行為者による行為は懲罰に値するし、原告に過失を認定することによって被告は利益を得てはいけない、ということに基づいている。しかし、この理由にはいくつかの問題点がある。

最初に、懲罰という効果は、特に不法行為法で認められる適正な機能と言えないことは明らかである。その懲罰という機能は、より厳格な手続を

け入れてから電車を去ったことで、乗客としての契約関係を彼女自身が自発的に終わらせたかどうかを決めるため、訴訟を差し戻した。証拠によると、合理的な人であれば、問題の地点で乗客が自発的に電車を去ると言えるかどうかにつき、異なった行動をとったであろう、という結論に至った。この乗客に関する説示は、陪審員に適正に提示されていなかった。上告審は、乗客が自由で自発的に電車を去るという選択をしたかどうかに関する質問に基づいて、社長勝訴の事実認定を陪審員がしなければ、陪審員の評決で修正された損害賠償額について、乗客は賠償請求することができる、とした。

88 Honore, Causation and Remoteness of Damage, *supra* note 55, § 161 at 7110.

89 たとえば、Harper, Lames and Gray, 4 Law of Torts, *supra* note 9, § 22.5 at 294. Dear and Zipperstein, Comparative Fault and Intentional Torts, *supra* note 33, at 18-19.

有している刑事法において、より適切に議論されている⁹⁰。

第二に、懲罰が不法行為訴訟で望ましいとされる場合があるとしても、多くの故意不法行為事例では不適切であり⁹¹、懲罰に関する理論的根拠が漠然となりすぎるきらいがある。

第三に、故意不法行為事例での被告は懲罰に値すると思われるが⁹²、原告の比較過失を否定することは、その被告に対する全額賠償請求をそのま

90 たとえば、Fay v. Parker, 53 N.H. 342, 382 (1873) は、非常識とは言わないまでも、不規則、異例、例外、不正、非科学的で場違いな罰ではない、としている。

【Fay v. Parker 事件】

被告は、原告勝訴の懲罰的損害賠償請求を含むニューハンプシャー州の事実審判決を受けて控訴した。被告は、すでに自分が刑法の効果として罰せられているので、民事訴訟での懲罰的損害賠償請求は認められない、と主張した。判例法を詳しく検討した後、控訴審は、懲罰的損害賠償請求を原告は利用できないと決めた。損害賠償請求は、被害者自身の負傷に対する回復に限定されており、被害者の金銭的な利益とか罰という発想が、除外されていると控訴審は決定した。控訴審は、その本当のルールは、民事と刑事上の手続きを維持し、それを厳格に別々に実践することにある、とした。また刑法は、刑罰の目的のために、刑事的と行政的な罰則について扱っているとし、民事裁判は、十分な損害回復をすることを、権利が侵害された個人に用意するだけであるが、そもそも認められていなかった果実の取得を個人に認めることはできない、と控訴審は述べた。

なお、民事訴訟における懲罰に反対する理由に関する議論として、Duffy, Punitive Damages: A Doctrine Which Should Be Abolished, in The Case Against Punitive Damages (1969). A.B.A Special Committee on the Tort Liability System, Toward a Jurisprudence of Injury: The Continuing Creation of a System of Substantive Justice in American Tort Law, 4-171 to 4-175 (1984). Symposium: Punitive Damages, 40 Ala. L. Rev. 667 (1989).

91 多くの故意不法行為者を懲罰する合理性はない、たとえば、Ranson事件(前掲注9)でのハンターのような被告は合理的なミスをしていただけなのである。

92 たとえば、知能の遅れた、あるいは精神障害のある被告が原告を平手で叩くまでに、意図的にその被告を愚弄している原告を想像してもらいたい。

ま認めるということになる。結果として、過失のある原告は責任を追及されず、非難に値する行為に対する責任が免除されることになってしまう⁹³。故意不法行為の被告を罰する必要性が非常に大きいとする一方で、刑罰には問われない行為でも、非難に値する行為を原告がして免責されてしまうというルールを採用することに正当性はあり得るのか、という疑問が生じる。

第四に、懲罰が必要であるとすれば、懲罰的損害賠償を課すことで通常、懲罰目的は達成され得る⁹⁴。その結果、民事手続である故意不法行為者を罰したいと判断した裁判所は、懲罰的損害賠償を通じて行うことになる。しかし、被告を懲罰できるようにするために、基本的な損害賠償制度を歪めてしまう必要性はない、と Hollister 教授は指摘する。

8 加害行為の抑止の必要性と比較過失

比較過失の適用を拒否する理由として、故意不法行為者に対する抑止を指摘する主張は、懲罰の合理性と関係している⁹⁵。また、比較過失の適用

93 原告の行為は、懲罰的損害賠償を否定する結果になるかもしれないが、ほとんどの裁判管轄では、填補的損害賠償での賠償請求では重要な要素にはならない。Restatement (Second) of Torts § 921 (1977)。

94 ルイジアナ州、マサチューセッツ州、ネブラスカ州、ニューハンプシャー州、ワシントン州以外の全州では、懲罰的損害賠償請求が認められている。James D. Ghiardi and John J. Kircher, 1 Punitive Damages Law and Practice §§ 4.02-4.12 (Callaghan, 1991)。ミシガン州とコネチカット州は、懲罰的な賠償を填補に必要な損害賠償に制限しているようであり、懲罰的性質を厳しく制約している。これらの州はみな、懲罰的損害賠償は不法行為法の適正な機能ではないとしているので、比較過失を否定する正当性として、懲罰的損害賠償を引用すべきではない。

95 Glanville L. Williams, Joint Torts and Contributory Negligence § 55 at 198 (Stevens & Sons, 1951). Draney v. Bachman, 138 N.J. Super. 503, 514, 351 A. 2d 409, 415 (1976). McNichols, Should Comparative Responsibility

を拒否することは、不公平な損害賠償を課すことに正当性を与える根拠にもなっている。

確かに、故意不法行為者による損害を、保険がカバーするのを認める事例が多いということは⁹⁶、損害賠償を課しても抑止機能が相対的に重要でない、あるいは達成できないと見ていることを示していると言えるが、故意不法行為者に対する抑止力は、不法行為法における目標として受け入れられる。しかし、抑止力が重要な目標になっていることは、比較過失を適用することを否定する、ということの意味しているわけではない。

まず、訴えられた故意不法行為者を過度に罰することで、潜在的な故意不法行為者を抑制しようとするのは、不公平であるかもしれない。刑事法の分野では、刑罰は社会全体に利益をもたらすように運用することができ

Ever Apply to Intentional Torts, *supra* note 18, at 679–80.

96 たとえば、Vanguard Inc. Co. v. Cantrell, 118 Ariz. App. 486, 503 P. 2d 962 (1972) での窃盗者は、原告の方向に意図的に発砲して、原告から身を隠そうとしただけで、負傷させるつもりはなかったが、原告が負った人身損害を、家屋所有者保険でカバーした。Sabri v. State Farm Fire & Casualty Co., 488 So.2d 362 (La. Ct. App. 1986) は、原告は被保険者の娘だが、被保険者は原告が自分の家に侵入した犯罪者と思っており、もし娘であると認識していれば、発砲することはなかったという理由で、被保険者の保険で、被保険者によって撃たれた原告が負った負傷をカバーした。Putman v. Zeluff, 372 Mich. 553, 127 N.W. 2d 374 (1964) は、襲ってくると思っていた犬を射殺した場合、被保険者の保険で、被保険者によって課された損害をカバーした。

るという制限がある⁹⁷。同様の制限が、民事法の場合にも存在し⁹⁸、原告の過失を考慮せずに損害額を査定すると、裁判所はその制限を超えることになるかもしれない⁹⁹。第二に、現在の損害賠償ルールによって打ち出されている抑止力が、比較過失を適用することで台無しになるのではという疑念があるが、それは抑止力としての法的効果に関する疑問である。研究者の中には、懲罰は犯罪行為の効果的な抑制にはならない、と主張するものも存在するし¹⁰⁰、周知されている懲罰の厳しさには、ほとんど抑止という効果はないと結論づけているものもある¹⁰¹。たとえば、145名の確信犯に関

97 Ezzat Abdel Fattah, Deterrence: A Review of the Literature, in Law Reform Commission of Canada, *Fear of Punishment* 1, 15 (William S. Hein & Co., 1975). Franklin E. Zimring and Gordon J. Hawkins, *Deterrence: The Legal Threat to Criminal Control* 35-42 (Chicago, 1973). たとえば、たとえ窃盗者の手を切り落とせば、窃盗件数が劇的に減少すると示されても、我々の社会はそのような取り扱いを承認することはない。また、駐車違反に対して長期間の服役という過激な懲罰を加えることについても、同じように言えるかもしれない。

98 Dan B. Dobbs, *Ending Punishment in Punitive Damages: Deterrence-Measured Remedies*, 40 Ala. L. Rev. 831, 854-55 (1989).

99 行動の自由、個人の尊厳、そして、適正手続きを認めている社会における民事法の分野では、公共の利益 (public good) の促進を目指してはいるが、市民を懲罰することは認められていない。David G. Owen, *The Moral Foundations of Punitive Damages*, 40 Ala. L. Rev. 705, 725 (1989).

100 H. J. Eysenck, *Crime and Personality*, 147-48 (Boston, Houghton Mifflin, 1964), Franklin E. Zimring and Gordon Hawkins, *Deterrence: The Legal Threat in Crime Control*, 98 (Oxford University Press, 1976), H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, 1 (Oxford University Press, 1968), Wolf Middendorff, *The Effectiveness of Punishment, especially in relation to traffic offenses*, 53-67 (Rothman, 1968).

101 Raymond Paternoster, et al., *Perceived Risk and Social Control: Do Sanctions Really Deter?*, 17 Law and Soc'y Rev. 457 (1983). E. A. Fattah, *Fear of Punishment : Deterrence*, at 43 (Law Reform Commission of Canada, 1976). Id. Zimring and Hawkins, at 200.

する一つの研究によると、犯罪を行う前に死刑になる可能性があることを考えた者が一人もいなかった、という結論が示されている¹⁰²。このような犯罪行為のパターンに関する研究は、必ずしも不法行為者にだけ適用できるわけではないが、少なくとも反社会性のある行為を抑止するのに法的な制裁の有効性について疑問が提示されていると言える。

さらに、比較過失の適用を禁止することで、故意的な不法行為を抑止することができるとしても、法的効果としての制裁がそのような効果を有し得るには、事前に2つの条件が満たされなければいけない。1つは、潜在的な不法行為者がその制裁の存在に気付いていないといけない。2つは、その制裁に関する理解に基づいて自分の行動を決めていなければならない。しかし、多くの潜在的な不法行為者は、比較過失の適用に関する法的ルールを知っているとは言えない。その証拠の一つとして、制裁がそれぞれの犯罪に対して課されることについて、ほとんどの人は知らないと指摘する研究も存在している¹⁰³。刑事制裁ルールは、特に有罪判決を受けている者の間では周知されているが、判決を受けている者であっても、かなりの程度で、ルールを知らないという人は存在している。制裁でもっとも影響を受けやすい人でさえ、刑事法による制裁についての知識がないとすると、比較過失ルールは、実質的に公開されてはいないのだから、ほとんど潜在的な不法行為者によって知られてはいない、ということになってくる。

102 David C. Leven, Vengeance Remains Sole Reason to Support the Death Penalty, N.Y. Times A18 (July 3, 1991).

103 E. A. Fattah, Fear of Punishment : Deterrence, supra note 71, at 43, 83. Id. Zimring and Hawkins, Deterrence: The Legal Threat in Crime Control, supra note 70, at 145-46. たとえば、ある研究によると、一般人の17%と成人の受刑者の50%だけが、偽造に対する正しい刑罰を選択することができ、一般人の35%と成人受刑者の59%が、暴行に対する正しい刑罰を選択することができる。そして、一般人の8%と成人受刑者の85%が、第一級強盗に対する正しい刑罰を選択することができる、と示しているものがある。

また、多くの潜在的故意不法行為者が比較過失を含むルールを知っているとしても、そのルールによって自分の行動を変更するということはめったにないのではないか、というのが常識的な捉え方と言える。陪審員が原告に過失があると評価するか否かの不確かさと、全損害額を支払わなければいけないという可能性によって加害行為を抑止しようとする十分注意深い被告でも、減額が大きくないと推測することで、自分の行動を変更すると想像するのは難しい。不法行為者自身が、どのような損害が生じるのかわ知っている、あるいは、どのような金銭的価値を陪審員が損害項目とするのかわ知っていると仮定することは不可能である。この不確かな損害額が、他の不確かな要素で減額されるかもしれないという事情のもとで、減額される可能性の範囲内で責任を受け入れると判断するというのは、やはり一般的には難しいと言わざるを得ない。

最後に、比較過失ルールを適用しないことが潜在的な故意不法行為者を抑止すると推定されたとしても、それで、抑止力に関する議論は終わらない。比較過失を適用しないとすると、自分に過失があるにもかかわらず、故意の加害者に対する原告の全額賠償請求が認められることになる。原告が自分に過失があっても全額賠償請求できると確信すれば、原告に過失行為をしないように抑止する方向には機能しないことになるかもしれないからである。もし原告の行為が比較過失の適用される過失行為であると評価されると、できるだけ多額の賠償請求をしたいと考える原告が、自分の過失行為を抑止したいと判断すると考えるのには十分理由がある。比較過失の適用を禁止して、潜在的故意不法行為者である被告に全責任を負わせることで抑止され得るとしても、その被告に対する抑止効果は、比較過失を適用しないというルールによって、不注意な原告を抑止するという効果を引き出すことはできなくなるのである。

このように比較過失を適用しないとするルールが、故意不法行為をするかどうかを被告が決心する時に重要なファクターになるであろうという仮定に基づくものであり、それは極端にあり得ないこと、そして、このルー

ルが過失行為を原告に控えさせるようになるかもという可能性から考えると、故意不法行為事例で比較過失を適用するのを禁止するルールは、抑止力という点からはけて合理的な理由にはなっていないのではないか、というのがHollister教授の指摘するところである。

9 被害者補償 (victim compensation) と比較過失適用の否定

被害者補償は不法行為制度における適正な目的であると言われており¹⁰⁴、比較過失を故意不法行為事例に適用するのを禁止することは、その目的をさらに促進するという方法として見なされている。つまり、比較過失の適用を禁止することで、故意不法行為の原告は、自分に過失があるにもかかわらず、損害に対する全額補償を被告から受けることができるようになるという意味である。しかし、この点について注意すべき点が2点ある、とHollister教授は指摘する。

最初に、原告に過失があっても、全額補償が認められるというのがそもそも過失事例の中では稀なものなので、被害者補償のために、比較過失の適用が否定されるべきという主張が勝っていることにはならないのである。故意不法行為の原告のほうが、過失責任や厳格責任の事例における原告よりも、補償の必要性があると想定することには合理性がない。第二に、この議論は重要な問題点が見落とされている。不法行為制度は損害賠償金を支払うように被告に要求することで、発生した損害を原告と被告との間で分配することができるとする制度なのである。この範囲内で原告は損害を補償されるはずなのである。しかし、比較過失の適用を否定するこ

104 John G. Fleming, *Is There a Future for Torts?*, 44 *La. L. Rev.* 1193, 1203 (1984). McNichols, *Should Comparative Responsibility Ever Apply to Intentional Torts*, *supra* note 18, at 684-85.

とで、より大きな損害責任を被告に課すことになると¹⁰⁵、もともと原告自身で負担しなければならない損害分を、被告に課してしまうことになってしまうのである。そのような形で被害者を補償しようとしても、本来の損害賠償制度の趣旨から考えると、意味がないのではないか¹⁰⁶。

被告に責任があるとする法的な評価は、被害者を補償することだけではなく、損失の拡散という点にもある。この損失の拡散は、過失責任や嚴格責任の被告に責任を課すことで達成されるが、同じことが故意不法行為事例でも言えるとは限らない。しかしながら、故意不法行為事例において原告の比較過失を考慮することは、発生した損害を原告と被告の間で分けるということになるので、比較過失の適用を否定することよりも、損失の拡散という目的に資することになるのではなかろうか。裁判所は、不法行為によって生じた損害をゼロにすることはできず、せいぜい発生した損害の再分配を命じることができるだけである。その認識のもとで責任をどのように課していくかを考えた場合、比較過失を否定する正当性として、被害者補償を根拠することにはあまり意味はない。

結局、被害者補償の現実の目的が損失の拡散にあるとすると、その目的は、故意不法行為事例において比較過失を使うことで、より達成されることになるのではないかと Hollister 教授は指摘する。

五 故意不法行為事例で比較過失が適用されるべき場合

比較過失の適用に対する幅広い支持と、比較過失を適用することを拒否

105 訴訟費用を考えると、被告に課される損害は、原告以上に重要性があるように思える。原告の負傷に対する支払に加えて、被告は法的費用も被ることになるからである。

106 実際に、原告はおそらく、自分の弁護士にあまりに多額の支払をするため、十分に損害填補がなされているわけではない。

するために提示される理由付けの弱さを考えると、さまざまな不法行為事例で適用される比較過失ルールに現在のルールが置き換えられるべき、とする主張には魅力が感じられる。その比較過失ルールとは、原告の過失が全損害に対して寄与しているのと同じ割合で、原告の賠償額が減じられるべき、というものである¹⁰⁷。そこで、過失のあった原告に対して、損害が拡大しないように原告がより多くの注意義務を負っている、と悪性が強い被告でも主張できるのか、という点が心配になるが、陪審員はそのような者による主張で左右されることはないので、比較過失ルールがそのような被告によって不正に利用されるということはほとんどないと言える。

しかしながら、比較過失が適用されるべきではないという故意不法行為事例があるのかどうかを決めることには意味がある。つまり、過度に広く比較過失を適用するということは、不当な結論、可能であれば明らかに回避されるべき結論に、陪審員を誘導することになるかもしれないからである。さらに、比較過失の適用は、いくつかの新しい問題を生む。たとえば、様々な事例において時間をかけずに問題を解決することを妨害することになり¹⁰⁸、予期しなかった結論をもたらすかもしれない。そして、比較過失の適用に否定的な主張に弱点があるとしても、心理的に、故意不法行為事例に比較過失を適用することに対して疑問を提示される場合がある。たとえば、ある品物を奪ったことに対する責任が問われている場面で、盗まれやすくしていた被害者の不注意も寄与して損害が発生しているので、その分減額されるべき、と窃盗犯が主張した、という場合を想定してもらいたい。我々は本能的に、そのような主張を法は認めるべきではないと感じるであろう。このような窃盗犯の場合、被害者である原告の落ち度を反映し

107 ニュージャージー州は最近、似たような手法を採用している。Blazovic v. Andrich, 129 N.J. 90, 590 A. 2d 222 (1991) (前掲注7)。

108 故意不法行為事例に比較過失を適用することに伴って行政的な負担がかかりやすくなっているということは、Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* § 6.4 173-175 (7th ed. 2007) で論じられている。

て自分の責任を減らすべきではないか、という主張を加害者である被告にさせないようにすべきと思われるが、その理由を一体どのように考えるべきか¹⁰⁹。このような事例における比較過失の主張と、他の故意不法行為事例での被告による比較過失の主張とを区別する方法が考案されないと、故意不法行為事例全体に比較過失を適用することに対する疑念が生じるのではないか。そこで、どのような故意不法行為の被告なら、損害額を減じるために原告の過失を主張させるべきではないのかを検証する場合、被告の行為に従ってカテゴリー分けするのが役に立つと思われる、と Hollister 教授は提案されている。

教授の分類方法によると、故意不法行為に対して責任を負う被告は、次の4つのカテゴリーに分類され得るとなっている。

(1) 被告が認識した事実が真実であると信じていたが、原告に損害を加える意図がない被告の場合。たとえば、原告が所有するオオカミに似ている犬を撃った被告が、その犬がオオカミであると信じていた、という場合である。

(2) 原告に損害を加える意図が被告にあったが、その行為が不法行為にならないと被告が信じていた場合。たとえば、犬であるとは認識していたが、それを自分で撃たなければいけないと信じて、被告が犬を撃ったという場合である。

(3) 原告が主張している損害を加えるつもりはなく、それとは違う損害を加える意図はあったが、その損害を与える権利が自分にはないことに被告が気づいていた場合。たとえば、犬が襲い掛かっていないと認識していたが、犬を意図的に撃ち、その流れ弾が原告に当たったという場合である。

109 似た説明が、結果回避可能性ルールでなされている。つまり、不法行為で生じた損害を最小限にする、あるいは回避する合理的方法を使わない原告は、結果回避のための賠償請求もできない、という内容のルールである。Charles T. McCormick, *Handbook on the Law of Damages* § 33 at 128 (West, 1935).

(4) 原告が主張している損害を意図し、そのような損害を加えると免責されないということに被告が気づいていた場合。たとえば、楽しむために、被告が原告の犬を撃ったという場合である。

以下、それぞれの場合ごとに検討をしていこう。

(1) の場合であるが、この場合はさらに2つの場合に分けて検討を加えることにする。

①被告の信じたことが合理的であった場合

この場合とは、たとえば、被告がオオカミであると合理的に信じて、オオカミのような犬を撃った、という場合である。厳格責任事例では、たとえば、原告に損害を与えたことにつき被告に道徳的に責任がなく、さらに被告が客観的な過失基準にさえ抵触していないとしても、責任を負うことになっている。このような事例での被告に合理的な落ち度がある、責任はあるとする正当性は、原告と被告に同じように道徳的に非難される点がなければ、損害は落ち度のあった者に課されるべき、という点にある¹¹⁰。仮にこの正当性判断が正しいとすると、原告の不注意は明らかに無視されるべきではない。その理由は、もし原告が不注意であったとしても、厳格責任事例において裁判所は、道徳的非難から原告と被告を同じように免責するようには実際に処理していないからである。

このような事例でよく主張されるのは、原告という唯一の非難可能性な当事者が、全損害を負担すべき、ということである。この場合の被告に責任があるとすると、過失のある原告よりも、道徳的に何ら非難されない被告のほうが、厳しく取り扱われることになるため、そこに合理性を見出しえないのである。このため、被告に責任があるとすると合理性は、原告に部分的な責任があるとしても崩れることはない。しかし、落ち度のある当事者、たとえば、オオカミを撃ったと合理的に信じた加害者は、故意不法行為を行ったのであるが、そのときに発生した損害に部分的にでも寄与して

110 Keeton, et al., Torts, supra note 9, § 17 at 110.

いる原告の過失を無視してしまうことには合理性はない。このため、原告に認められる損害額を厳格に評価するためには、原告の過失を被告が主張することができないとすべきではないと言える¹¹¹。比較過失は、このような事例に適用されるべきなのである¹¹²。

②被告の確信が不合理であった場合

この場合は、たとえば、オオカミと信じて被告は犬を撃ったが、合理人ならそれが犬であると判断し得た、という場合である。このカテゴリーでの被告の立場は、過失のある被告の立場とかなり似ている。両ケースとも被告には不注意があり、その不注意が意図しなかった損害に結びついているからである。ただし、故意不法行為の被告の場合、自分の行動による物

111 ある特別な状況の下では、原告の過失を無視するのが望ましいかもしれない。たとえば、横領 (conversion) で被害者である原告が損害賠償訴訟を提起した場合、横領という不法行為によって被告が利益を得ることができるとする結果を、我々は受け入れることはできない。しかし、横領訴訟で認められた賠償額の支払いにつき原告の落ち度を無視して認定すれば、被告は不法行為から利益を得ることにはならなくなるであろう。また、盗んだ物に100ドルの価値があり、それに対して90ドルを支払っていた被告が、横領訴訟で被告に少なくとも10ドルの賠償額の支払いが認められた場合でも、不法行為から被告が利益を得ることは1ドルもなくなる。他方、原告の物を奪い取った被告が、合理的にそれが自分の所有であると信じていたとして、もし横領行為から被告が利益を得るのを認めることになるのであれば、被告の責任を減ずるために原告の過失を被告が主張することは認められるべきではない。

112 これらの事例での判事は、当事者の相対的な過失に基づいて損害を配分するように陪審員に説示すべきではない。その相対的な過失によって判断をするように説示をした場合、結果的に原告に全損害を負わせることになるかもしれない。その代わり判事は、損害を平等に分配するように陪審員に説示すべきである。そのような説示であれば、厳格責任事例で比較過失が適用される場合でも、結論に平等性が反映されることになるだろう。

理的な結果について意図し、その結果があり得るといふかなりの客観性を有しているが、その一方で、過失不法行為の被告の場合は、全くその結果を意図しておらず、自分の不注意によってその結果が生じるのは客観的に明らかであると気づかなかつた、という点で違いはある。道徳的な視点で見ると、故意不法行為の被告のほうが、過失不法行為の被告よりも、かなり非難可能性があると言えるであろう。

この非難可能性の高い故意不法行為の被告の行為によって、原告の過失が部分的に損害に寄与していることに対する責任を、部分的に原告に負わせるというのが望ましくない、ということにはならない。両当事者の過失の本質が不注意であると考えれば、発生した損害を割り当てるにあたり、両者の不注意を考慮するのはむしろ公平であると言えるからである。

次に（2）の場合についてである。この場合は、たとえば、犬であると認識していたが、自分を守るために撃たなければいけないと信じて、被告が犬を撃ったという場合である。この事例での被告は、最初の（1）の被告とは実質的に異なっている。（2）の被告は実際に、原告が賠償を求めている損害を意図したからである。それにもかかわらず、当事者にはそれぞれ自分の行為を正当化する事実があると主張しているのだから、慈悲でもって処理されるべき、と被告は主張することになる。現在、このような立場にある被告は免責を主張し、全責任から免れるか、全額の賠償責任を負うことになる。では被告に責任があり¹¹³、原告の不注意も自身の損害に寄与し

113 たとえ被告がミスで行動したとしても被告が責任を負うことにならない事例では、本文で議論されたのと同じような議論が原告によって主張されるかもしれない。たとえば、攻撃されたと合理的に信じた者は、信じたことが真実であるかどうかにかかわらず、自身を防御して免責される余地がある。Restatement (Second) of Torts § 63 (1963). *Crabtree v. Dawson*, 119 Ky. 148, 83 S.W. 557 (1904) は、被告は自己防御として攻撃できると間違つて判断して原告を攻撃した、という事例だった。この事

ているという場合、何故、原告の不注意は無視されるべきなのか。

原告の過失を無視する最も典型的な事例は、原告が加害行為を加える権利を被告に与えた事実があると被告自身が判断したことに道徳的な過失があった、という場合である。その事例が、Munoz v. Olin 事件¹¹⁴である。

【Munoz v. Olin 事件】

事例は、放火犯の追跡者が、逃亡している人を放火犯であると疑い意図的に撃ってしまった、という事例である。追跡者は免責を主張したが、陪審員は、追跡者が射撃をするに当たり、合理的に行動したとはいえないの

例では、たとえ間違いであっても、被告が信じたことが不合理である場合には、被告は免責される余地がなく、全体として、無実の原告は全損害を賠償請求できることになった。このようなミスをした人に免責する余地を法が与えるような事例で、相対的な責任が適用されるべきか否かを決めるのは、免責によって推進される価値についての徹底的な考察が必要になるが、それはこの論文の範疇を超える考察である。

- 114 76 Cal. App. 3d 85 (1977). 24 Cal. 3d 629, 596 P. 2d 1143 (1979) は他の理由で前判決を無効にした。放火調査委員である被告は被害者を射殺した。その被害者の妻と子供は、放火調査委員である被告、そのパートナー、そして市に対して死亡に基づく訴訟を提起した。陪審員は、過失に関する事実認定に基づいて35%の減額をして、原告勝訴の評決を出した。被告は控訴した。裁判所は、適用できる法の原理について陪審員は正確に説示されるように求める権利があると被告が主張して、判決を破棄したうえで再審を要求した。被告である放火調査委員は、被害者を撃つ意図を持っていたことを認めた。被告は、被害者が逃亡していた放火犯なので、自分の行為は正当化されると訴えた。この免責に関する抗弁は、重罪を犯している者を逮捕する必要がある場合、有形力を行使するのを保安官に認めていることに基づいて行われた。もし被害者の逮捕のために、有形力の行使の必要があると信じたり、逮捕の合理的な原因があるとすると、被告には責任はないことになり、そうでなければ、全責任が生じることになる。つまり、比較過失を適用する余地は全くないことになる。裁判所は、適切な説示がなされていれば異なる結論になる蓋然性があつたとして、不適切な説示が不利益な誤謬となっている、とした。

で、免責することはできない、とした。また陪審員は、放火がちょうど始まった通路を走っていた者を放火犯と追跡者が疑ったことに過失が認められ、その過失が被害者の死亡に寄与している、と結論づけた。そして、各当事者の間で過失が分配され、被告には65%、遺族には35%の過失が割り当てられた。

この事例での控訴審は、被害者の過失が考慮されるのは適切ではない、と判断した。この事例での加害行為が故意によるもので、追跡者の勘違いから生じているものだから、というのが理由である。もし追跡者による撃つという判断が合理的なものであったら、そこには責任は生じない、ということになる。このような被告の道徳的な過失と、被告の典型的な過失とを区別するものは何もない。被害者の死亡という結果は、被害者と加害者の不注意の合成で生じたものなので、比較過失は適用されるべきである、と控訴審は判断した。

このように、被告による比較過失の主張が認められるのは、被告の行為に正当化があると信じられており、道徳的に被告に落ち度はない、という場合に問題になる。たとえば、もし自分の行為が正当化されると被告が信じていることが合理的な勘違いに基づくものであったとしても、原告によってその勘違いが意図的に引き起こされていなければ、被告には免責事由は存在しないことになる¹¹⁵。ある者の行為によって誤信が引き起こされているという実質的な可能性について、実際に認識し、あるいは、合理人として認識すべきであるとすると、被告は意図的に勘違いを引き起こしていることになる¹¹⁶。この基準のもとでは、原告の行動が被告の誤信を引き起こす不合理な危険（だが実質的にはその蓋然性はない）に寄与したと、原告の立場に立った合理人がそのように認識したとしたら、被告は免責さ

115 たとえば、Restatement (Second) of Torts §§ 88, 101, 119 (1963).

116 Id. § 119 cmt. r.

れることはなくなる。このため、被告に合理的だが誤信を生じさせた原告は、被告がその誤信について合理人として認識すべきであったとなると、損害全額について賠償請求することができることになる¹¹⁷。結果として、勘違いがあるにもかかわらず、被告は不注意な原告に対して賠償金を支払うことになるので、その原告の過失は無視されることになる。

しかしながら、そのような故意不法行為の被告は、自分の行為が社会的に望ましいものであると合理的に確信しているのだから、過失のある原告が負っているのと同じ注意義務を負っているとされるべきではないか。よって、このような事例では比較過失¹¹⁸は適用されるべきである、と Hollister 教授は指摘している。

そして、(3) の場合であるが、これはたとえば、犬が襲い掛かっていないと認識していたが、その犬を意図的に撃ち、その流れ弾が原告に当たったという場合である。このような事例は、最も重要な問題を提示している。被告は、加害行為を行うことに正当性はないが、原告が主張している損害について、被告が意図してものとは異なる、あるいは、意図された損

117 この普通でない状況の事例は役に立つかもしれない。原告が他者と争っているのを被告が見ていたとする。被告が「止めろ」と叫んだ時、原告が逃げ去った。先の争いが、平穩を破るものと被告は合理的に信じたので、被告は原告を捕捉した。原告は自分自身を防御したが、平穩を破ったと被告に信じさせる実質的な蓋然性を自分が作り出していると原告が認識していなかったとすると、被告による原告の身柄確保は不当となる。原告の行為が、実質的な蓋然性のレベルに到達する十分なものであれば、被告は全く責任を負うことにはならないであろう。だが、原告の争ったという行為が平穩を破っていると被告が信じるような不合理な危険を原告が創りだしていれば、被告は責任を負うことはなくなるであろう。

118 比較過失は発生した損害を分配する方法であると説明されるかもしれない。過失に応じた責任という説明がされないのは、法が責任を認める場合の合理的な根拠になるのが過失なのであるが、原告の過失の場合、それほど非難されるべきものではないからである。

害が違う人に生じることを知りつつ、その損害を生じさせる意図を持っていたという場合に、そのような被告は、故意不法行為を行ったとみなされ、故意不法行為訴訟に適用可能な損害賠償ルールとか、故意の移転原理 (the doctrine of transferred intent)¹¹⁹のもとで、意図しなかった損害に対する責任があるとされている。では、もし原告の不注意が意図されなかった損害に部分的に寄与している場合に、その損害に対する被告の責任は減ぜられるべきなのか。

このタイプの事例における被告による比較過失の主張は根拠を欠いている

119 たとえば、Talmage v. Smith, 101 Mich. 370, 59 N.W. 656 (1894) と State v Griego, 61 N.M. 42, 294 P. 2d 282 (N.M. 1956) で言及されている。

【Talmage v. Smith 事件】

ある夕刻に、被告の敷地から近い所にあるいくつかの石灰窯の納屋が燃えていた。被告はそれらの納屋に近づき、納屋の一つの屋根にいる6人か8人の少年を発見した。被告は降りるように少年たちに命じ、彼らはそれに従った。それから被告は、他の納屋の屋根を見るために納屋の周りを見たところ、他にも納屋の屋根に2人の少年がいたのを発見した。被告はその少年たちにも降りるように命じた。少年たちが降り終わる前に、被告は枝を拾い、それを少年たちの方に向けて投げた。その枝が原告のちょうど目の上に当たり、それが原因で原告は視力を完全に失った。原告は、不法侵入訴訟において損害賠償請求が認められた。判決に重大な誤謬はないとして、州の最高裁はその判決を認容した。被告は他の少年に枝を当てるのを意図していたこと、納屋から少年たちが下りるのに被告が非合理的で不必要な力を利用したこと、という事実認定するのに陪審員には十分な証拠があった。このため原告に対する被告の責任を認めるのに誤りはなく、として原告勝訴の地裁判決を認容したのである。

ちなみに、ここで使われている Transferred intent とは、違法な意図をもって行動していた場合、行為者によって意図されていなくても、次に続く違法行為に対して刑法的に責任を負う、とする原理である。言い換えると、ある人を暴行しようと意図していたが、勘違い、ないし不注意でその人とは違う人を暴行したという場合、その意図は意図した当事者から、実際に暴行された者に転移するとされて、その行為は犯罪となるという原理である。

る。被告の行為は故意不法行為であるが、原告が主張している意図していない損害を生じさせているだけであり、その損害に関する限り、過失に基づいていると言える¹²⁰。もしその損害に関する被告の行為がほぼ過失であ

-
- 120 この被告の立場は、損害の危険を認識しながら、次々に作り出される公的生活妨害事例 (public nuisance case) での被告の立場と似ている。どちらの被告も、生じる損害を具体的に意図していないのである。生活妨害 (nuisance) 事例では、生活妨害が意図的であるという事実があるにもかかわらず、損害との法的因果関係があるとされると、損害を査定するのに原告の過失が考慮されている裁判例がある。たとえば、Timmons v. Reed, 569 P. 2d 112 (Wyo. 1977) である。

【Timmons v. Reed 事件】

被告である石油会社の施設は、高速道路の南側に隣接しており、高速道路の下を通っている排水溝に高温の水を放出し、近くの湖に流していた。寒い朝になると、その水路から濃い霧が発生し、高速道路上の視界に問題が生じるほどであった。原告は荷のないトラックを運転して、この霧が発生している部分に入る際、霧が霧堤 (fog bank) 状態になっていたので、非常にゆっくりと走行していた。しかし霧に入るとすぐに、他のトラックがあり、自分の前10フィートあたりをゆっくりと走行していた。原告は衝突を回避するためにブレーキをかけたが間に合わず、被告トラックの後部に衝突してしまった。衝突されたトラックは、被告である石油ガス製造会社の所有車であった。この被告のトラックは古く、テールランプも汚れてよく見えない状態だった。原告によって、ここに被告である石油ガス製造会社には過失があるという主張がなされた。また、被告である石油会社に対する原告の訴えは、特定の損害を引き起こした公的生活妨害 (public nuisance) の主張に基づいていた。つまり、石油会社には異常に危険な活動を維持していたこと、そして意図的に生活妨害の状態を維持していたことに対して責任がある、というのが原告の訴えだった。しかし、被告である石油会社は、意図的に公的な生活妨害を引き起こしているが、原告が受けた損害を意図してはいなかった。通常、意図的な行為に基づいている事例の場合、寄与過失は抗弁にはならないとされている。その理由は、過失に基づいた訴えではないからである。

ところが、同じタイプの事例に適用できる一般的なルールが、リステイトメント不法行為法第二版371条にある。この371条によると、「土地所有者は、自身が認識しあるいは認識すべきである自身の行為によって、

とも言えるとする、他の過失のある被告と同じように扱われるべきであり、原告の落ち度が損害の一部と結びついていれば、意図されていない損害の一部を原告に負担させるために、比較過失を適用することが認められるべきである。

この場合における原告による反論は、原告の過失を反映して被告の賠償責任が減額されるべきという主張を、被告はできないのではないかと、いうものである。では、この反論の理由は何か。被告が意図していなかった損害が発生した場合に比較過失の主張を被告ができないようにするという事は、意図したのとは異なる損害を回避するように合理的に注意すべきと原告に要求する権利が被告にはない、ということの意味しているのか。それとも、意図されなかった損害を回避する注意義務を原告に要求する権利が自分にはないと被告が知っていても、故意不法行為を行うつもりであったのであれば、故意がほぼ過失と言えるのであれば、その被告による比較過失の主張は認められるべきではないのではないかと、という疑問を

土地の外にいる者に与えた物理的な損害に対して責任を負うが、その損害には、加害行為が中立的な状況で実行されていても、同じ条件下で発生する物理的な損害という非合理的な危険が含まれている」となっている。被告は損害に関して唯一の危険性を作り出していると考えられ、生じた損害に関しては、被告の行為は過失以上のものであるとは言えない。本件の場合、公的な高速道路に近接している土地の所有者は、その土地で作出した不必要に危険な状況下、走行している人々が損害を被ることから回避できるように、合理的な注意を払わなければならない。証拠によると、被告である石油会社は生活妨害の状況を作りだしているが、それは、裁判で明らかにされた事実に基づいて陪審員が解決すべき問題である。

他方、被告側からは、原告には寄与過失があるので、損害賠償請求をする訴訟自体が禁止される、と主張がなされた。しかし上告審は、寄与過失の抗弁は、もし原告の生活妨害の行為が過失に基づいていると証拠が明らかにできれば、裁判において被告である石油会社は寄与過失の抗弁を主張することができる、とした。

Hollister 教授は提示している¹²¹。

そのうえで Hollister 教授は、不法行為を行うにあたって原告の不注意を利用した被告は、自分の責任を減らすために、利用された同じ原告の不注意を主張することができるとはすべきではない、と主張する。そのような被告の主張を認めることは、たとえ原告の注意欠如を被告が悪用する形になったとしても、原告の注意欠如を主張することができるべきということになるので、そのような被告による主張は拒絶されなければならない、と Hollister 教授は指摘している。被告が自分の減免責目的を達成するために原告の落ち度を利用したのであるから、被告は原告の落ち度を指摘するいかなる権利も有していないと考えるべきというわけである。もし朝 2 時の地下鉄で原告から物を奪った被告が、そのような時間帯に地下鉄にたまたま原告がいたことにつき原告に過失があったとしても、意図しない

121 この結論は、土地の所有者が不法侵入者に対して注意義務を負うという現代的な視点と沿っている。たとえば、Rowland v. Christian, 69 Cal. 2d 108, 443 P. 2d 561 (1968) である。不法侵入者は通常、認識しつつ、意図的に、土地に関する所有者の利益を侵害しているものである。それにもかかわらず、現代的な視点に沿った裁判では、土地所有者は、そのような事情のもとでも、故意の不法侵入者に対して合理的な注意義務を負うとし、不法侵入者が故意不法行為をしていると認識しているという事実にもかかわらず、土地所有者は、不法侵入者によって被った損害に対して責任を負わされる可能性がある、とする。

【Rowland v. Christian 事件】

原告は、浴室に備え付けられた備品にひびが入っており危険である旨を、被告が原告に警告しなかったと主張した。その備品によって原告は、自身の手の腱と神経を切った。事実審は、招待客が入ることの許可を得ている者は、施設をそのまま使用する義務があり、施設の所有者は wanton ないし意図的な負傷を回避させる義務だけを有しているというルールにしたがって、被告勝訴の略式判決を認めた。上告審は、原告のような招待された者には、危険な状況であることの警告を受ける権利が付与され、ホストのような被告は、その危険な物に触れる場合には特別な予防措置を講じる立場にある、とした。

魔が差して生じた損害に対する責任を減ずるように求める被告の主張は、実際の裁判では軽く扱われることになるであろう。つまり、被告は自分の責任を減ずるために原告の不注意さを利用することになっても、比較過失を主張する権利を被告は失うのではなく、意図しない損害が発生した場合でも、被告による比較過失の主張がどのように処理されるかということになるだけと考えるべきではないか、というのがHollister教授の主張なのである。

さらにHollister教授は次の事例を用いて説明している。Rogers v. Kent Board of County Road Commissioners事件¹²²である。

【Rogers v. Kent Board of County Road Commissioners事件】

この事件は次のようなものだった。原告の夫である被害者と被告である郡が、冬の間、被害者の敷地に防雪柵を立て、春にそれを取り除くという合意をしていた。草を刈り取っているときに、被害者は、取り除かれていなかった防雪柵から出ている棒に除草機械の刃が当たり、それによって受けた負傷が原因で死亡した。被告は取り除くのが難しかったため、被害者の土地に棒を意図的に残したままだった。その棒は目に見える状態であったが、被害者が適切な注意を払っていなかったため、発見することはできなかった。原告である被害者の妻は、棒を取り除かなかったことで被害者が死亡したとして、被告である郡に対して、過失を理由に損害賠償請求訴訟を提起した。

事実審は、被害者の行為は過失に基づいており、政府免責という抗弁が適用される、として原告の訴えを棄却した。上告審は、事故時に効力のあった制定法では、その制定法が免責を放棄しているので、政府免責に基づく抗弁の権利は被告に付与されない、としつつ事実審判決を破棄し、差し戻した。政府免責とは、政府の許諾がない限り、政府を相手に訴訟を提

122 319 Mich. 661, 30 N.W. 2d 358 (1947).

起することができないという、コモンローの原則の一つのことである。

この事件では、被害者の土地に防雪柵を立て、期限が来たのに撤去しなかったことから不法占拠という結果が生じているので、被告は被害者の死亡に対する責任があるとされているが、被害者によって容易に見てきたはずという過失が目されるべきである。この負傷に関して被告側の過失は単なる不注意と言える。被告が行った原告に対する財産権侵害という事実は、被害者の生命を守るために被害者が合理的に行動しなかったことを正当化するものではない。つまり、この事件での被告は、意図しない損害に関して比較過失を適用する権利が奪われるべきとするものは何もしていない、と Hollister 教授は指摘する。

また、素因 (eggshell) を有している原告が絡む事例では、故意と実際に発生した損害がより鮮明に関連しているため、同じ問題が生じ得る。たとえば、Vosberg v. Putney 事例¹²³である。

【Vosberg v. Putney 事件】

この事件は、被告が、自分の蹴りが攻撃的だが負傷させるほどのものではないと意識しながら、原告を意図的に蹴ったという事件である。ただ原告は包帯をしなければならないような身体的状態のため、被告はそのことを知らないまま、蹴りを原告に入れて、重大な損害を発生させていた。ただ原告は、自身を保護するために包帯が必要であると知っており、蹴りで過度な損害が生じることにはならないように包帯をつけるべきであったが、不注意で包帯をつけ忘れていた。

この事実のもとでは、問題になっている拡大損害に関する原告の主張は、被告が意図的に原告に攻撃をしていることから発生したとしているの

123 80 Wis. 523, 50 N.W. 403 (1891).

で、包帯をつけ忘れたという原告の過失は許されなければいけないし、被告は全損害を負わなければいけない、というものであった。被告によって意図された損害と訴えられた損害とはかなり異なっているので、原告は、拡大損害に関して被告に過失があったことを立証しなければいけない。さらに被告は、原告の不注意を利用するつもりはなかったし、あるいは、たとえば原告に重傷を負わせる予見可能な危険を、被告が不注意で発生させたこと以外に、原告の注意義務が無意味になると思えるようなことを被告は他に何もしていなかった。比較過失は、このような Vosberg 事例やそれに類似する事例にも適用されるべき、と Hollister 教授は指摘する¹²⁴。

しかし、1990年前半の時点では、裁判所が原告の落ち度を考慮する方向に向かっているのか否かは不明であった。たとえば、Clarkson v. Wright, 108 Ill.2d 129, 483 N.E.2d 268 (1985) は、シートベルトを原告が着用しなかったことを考慮するのは不当である、という判断をしている。

【Clarkson v. Wright 事件】

被上告人である加害者は、上告人である負傷者の車に衝突した。事実審は、上告人勝訴としたが、上告人の比較過失によって賠償額を減額した判決を出した。控訴審はこれを認容し、上告人が上告した。州の最高裁は、事実認定者は、責任問題につきシートベルトを着用していなかったことを

124 本文が示唆しているように、故意不法行為事例での eggshell plaintiff ルールの適用が、原告の影響の受けやすさが自分の過失によって引き起こされていない、意図された負傷と訴えられた負傷が同じタイプのものである、あるいは、被告が原告の影響の受け易さを利用した、という場合に限定されると、同じ制約が過失事例でも適用されるべきである。このように、Vosberg 事例での被告が、自分の落ち度で原告に接触したが、原告が包帯を巻くことで回避できるのと同じ過度の損害を引き起こした場合、原告に過失があること、そして、負傷と原告の過失との間に法的因果関係があることを、陪審員が認めた場合には、被告はその負傷に対する全責任を負うべきではない。

考慮することが認められなかったが、シートベルトを着用しなかった過失と、生じた負傷との間に因果関係があると十分に立証できる証拠があれば、損害賠償額に関する問題についてシートベルトを着用しなかったことについて考慮されるのは許される、とした。しかし、被上告人の過失に対して予見し、安全策を講じる義務が上告人にはないとして最高裁は、下級審判決を破棄し差し戻した。この裁判では、シートベルトを着用しなかったことは、過失に関する証拠として考慮されず、損害賠償額の減額にならない、とされた。

だが、このClarkson事件の判決に対してHollister教授は、原告の過失が、拡張された損害の原因というより、事故自体の原因であるという場合には、比較過失の適用が望ましいのではないかと指摘している。McNichols教授によって示唆されているように、eggshell plaintiffルールによって、原告が意図していない損害に対しても全責任を負うとする必要はない¹²⁵。原告と被告、両者の過失がこの負傷を生じさせる原因になっているのであれば、各々が部分的に責任を負担すべきなのである。

なお、被告の故意不法行為事例で責任の大きさを決める場合に、原告の過失が重要であるかどうかは論争されている。Dobbs教授は、故意不法行為での原告は、自分の利益を守ることができなかったことについて無謀（reckless）ないし故意であった場合にのみ、結果回避ルールのもとで賠償請求が否定されている、と主張する¹²⁶。他方、McCormick教授は、故意不法行為の被害者が、不必要な損害を回避するのが合理的な範囲内で期待されるかどうかで、原告の過失を考慮するかどうかを決めるべき、と主張

125 McNichols, *Should Comparative Responsibility Ever Apply to Intentional Torts*, *supra* note 18, at 676-77.

126 Dan B. Dobbs, *Handbook on the Law of Remedies* 186 (West, 1973).

する¹²⁷。第二版リステイトメントは、中間的な立場をとり、被害者が負傷の危険を知りつつ、故意ないし不注意で自分の利益を保護しなかったわけではないが、加害者が損害を意図していた場合には、結果回避可能性ルールは適用されない、としている¹²⁸。

Dobbs教授の結果回避可能性ルールへのアプローチと、故意不法行為事例に比較過失を適用するように提案するHollister教授の主張との間には違いがある。故意不法行為によって生じた負傷を、原告が不注意で悪化させている場合に、原告には損害はないとするのに理由はないが、原告にもととの負傷を生じさせた被告の故意に基づく加害行為を合わせて考えると、原告の不注意の結果の一部に対して責任を負わせるのには理由はある。ただし、Hollister教授は、McCormick教授の結果回避可能性ルールに対するアプローチを支持している。McCormick教授は論文の中で2つ場面を指摘して、結果回避可能性ルールの例外を想定している。その2つの場合とは、被告が原告の不注意を利用した場合と、その損害を与える権利が被告にないという事実を知っていながら、被告が損害発生を意図した場合である。最初の原告の不注意を被告が利用したという場合は、そもそも伝統的な結果回避可能性ルールの問題を生じない。そのような事例での原告の不注意な行為は、被告の不法行為の後で生じるのであり、被告は原告の不注意を利用することは全くできないからである。被告が損害発生を意図した場合でも、合理的な範囲内で原告の不注意が考慮されるのを認めるMcCormick教授の結果回避可能性ルールとの間には違いがあるのでは、とHollister教授は指摘している。McCormick教授の合理的な範囲内という制限を考えると、この両教授の主張の違いがあるとしても、それは無視できる程度のものになるかもしれない。

第二版リステイトメントによる結果回避可能性ルールに基づく制限は、

127 C. T. McCormick, *Law of Damages* at 139 n.58 (West Pub. 1935).

128 Restatement (Second) of Torts § 918 (2) (1977).

Hollister教授が提案している制約が比較過失の適用に課されているのと同様である。第一に、第二版リステイメントは、結果回避可能性ルールを利用し、損害発生が意図されていない故意不法行為事例での原告の過失を考慮する、としている。Hollister教授の提案もまた、損害発生が意図されていない故意不法行為事例での原告の過失を考慮する、というものである。ただし、Hollister教授の提案には例外が付加されている。つまり、被告が原告の過失を利用したとしても、損害発生が意図されていなければ、原告の過失は考慮されない、ということである。これと似た例外は、第二版リステイメントの結果回避可能性ルールにはおそらくなく、その理由は、これまで説明したように、伝統的な結果回避可能性の事例において、原告の不注意を被告が利用するという可能性がないからである。結果的に、この点に関する両提案の間には争いはないことになる。

第二に、被告が起こした損害発生を原告が意図していたとして、その損害を引き起こすのに原告の過失は、第二版リステイメントの918条とHollister教授の提案では無視されている。意図された損害発生に対する2つのアプローチの間にある出発点の一つは、Hollister教授の提案では、損害発生を意図した被告が、自身の行為を正当化することになるであろう事実があると信じたとしたら、被告の責任を減ずるために原告の過失を利用することができる、というものである。被告が損害発生を意図した場合、結果回避可能性ルールの適用を第二版リステイメントが禁止していることに対する例外はない。このような違いが、主なものではないが、Hollister教授の提案と第二版リステイメントの結果回避可能性ルールとの間にある。

第三に、第二版リステイメントでは、原告が意図的にないし不注意で自身の利益を保護しなかった場合に、結果回避可能性ルールを意図された損害に適用されている。Hollister教授の提案で言えば、原告が被告を挑発した場合である。このようにHollister教授の提案は、理論的には、リステイメントの結果回避可能性ルールよりも、より広い、つまり、原告が意

図的でないし過失をもって挑発した場合の原告の過失を考慮すること、そしてより狭く、つまり、たとえ故意であっても、挑発にならなかった原告の過失は考慮されない、という両方の場合を含んでいる。だが、このような違いは、表面的なものになりそうにはない。過失に基づく挑発は普通ではないし、ほとんど原告の損害につながる故意的な行為をすることで、原告は被告を挑発するはずである。比較過失に関する提案を採用する裁判管轄は、結果回避可能性ルールに対する似たアプローチも採用するという方向で、一貫性のある論理的な対応をしている。第二版リステイメントもMcCormick教授の主張も、ここで言われている比較過失へのアプローチを、少し修正すれば適合すると思われる結果回避可能性ルールで表明していると言える。

そして、もう一つの「故意の移転 (transferred intent)」の原理でも、同じような考慮がなされるべき、とHollister教授は言う。この原理は、被告はたとえ、原告に対する必要な故意を持っていなくても、原告以外の他者への故意が移転して、原告への故意不法行為があったと擬制する原理である。この原理によって、問題になっている故意は被告を罰し、事故抑止という目的のために転送される。だが、このような目的であったとしても、比較過失を否定する理由にはならない。さらに、たとえ被告が意図せずに損害を生じさせたとしても、その損害の一部を支払うように被告は要求されることになるので、原告の過失は考慮されたとしても、事故抑止という目的は達成できると言える。ちなみにProsser教授は、この故意の移転という原理の趣旨は、たとえその損害が意図されていなくても、被告の違法行為で損害が生じたのであれば、損害に対する責任が被告にあると推定している点にあるのではないかと説明されている¹²⁹。

以上の議論は、被告が責任を負わなければいけない理由についての説明をしているが、原告の落ち度を見捨てる理由については触れられていな

い。また、故意の移転という特別な目的においても、原告の過失が無視されることを要求しているとは言えない。そうだとすると、原告の過失が無視されるべき理由は何処にあるのか。

この故意の移転に関する事例には2つのタイプがある。一つは、被告がある損害を意図していたが、異なる損害を引き起こしてしまった、という場合である。前述したVosberg事件がこのタイプに当たるが、Vosberg事件に関する部分で述べてきたように、比較過失はこのタイプにも適用されるべきであると言える。故意の移転に関する事例のもう一つは、被告が同じ損害を意図していたが、被害者が被告の行為が目指したのとは異なる人であった、という場合である。つまり、原告自身が填補を必要としている損害を被告が意図しておらず、単に異なる危険を創っただけというタイプである。異なる危険が生じたとしても、それは原告の過失を無視するという理由にはならない。Vosberg事例で議論してきたように、移転された故意の事例でも比較過失は適用されるべきである、とHollister教授は主張している。

最後に、(4)の場合であるが、たとえば、被告が娯楽のために原告所有の犬を撃ったという場合である。この場合の被告は、原告の過失行為を主張できる立場にほとんどない、と思われる¹³⁰。このような被告は、原告が

130 このカテゴリーに属する事例の中には、故意不法行為事例で原告の過失を考慮することに対する禁止を裁判所が拒否し、損害発生を意図した被告でも、原告の過失を考慮するように求めることができるものがある。詐欺の被害者である原告は、被告による誤った説明に頼ってしまったことは正当化される、と証明しなければいけない。Restatement (Second) of Torts § 545A (1976), *Ampat/Midwest, Inc. v. Illinois Tool Works, Inc.*, 896 F. 2d 1035, 1041-43 (7th Cir. 1990) によると、詐欺事例では、被害者が合理人のように行動しなければいけないということを意味しているわけではない、という一般的な合意があるが、それは、原告がある義務、おそらく無謀 (reckless) にならないという義務を負ってい

主張する特定の損害を生じさせる意図を持っており、被告がそれを誤解なく認識しているという事実は、そのような損害を一部でも原告に負担させるべきという主張の正当性を被告に与えない。原告の過失行為が、被告の目的を達成するのを助けることになったとしても、被告には原告の過失を主張する権利があるとは言えない¹³¹、と Hollister 教授は指摘する。

それにもかかわらず、この（4）に属する被告は、数は少ないが、原告の過失行為を主張することが認められるか否かが争点になる場合がある。それが次の①と②の場合であると Hollister 教授は説明している。

①原告による挑発行為

たとえば、原告の過失行為が実際に、原告に対する不法行為を被告にさせるように仕向けた、という場合である。つまり、原告に挑発された被告は、自分の行為による結果を生じさせないように、原告自身が注意を払うことを要求することができない場合なのである。このような場合は、被告の不法行為によって発生した損害に、原告の過失も寄与しているという場

るということを意味しているのである。原告が実際に被告の説明を頼ってしまったという原告の主張以外にも、何かが証拠として補強されれば、この原告の主張は正当化されると言われている。Keeton, et al., Torts, supra note 9, § 108 at 750. だが、どのような内容の証拠が要求されているのかは不明である。そこで Hollister 教授は、原告が実際に不注意で被告による発言に頼ってしまったこと、そして、被告は原告が頼るのを意図したことを、陪審員に対して被告が立証すれば、それで詐欺事例における原告の過失を考慮することができるはずとすべき、と主張している。

- 131 原告の損害額を減額するために原告の過失を考慮することを、このタイプの被告には認められるべきではないという主張は、被告に部分的にしか責任がないとするにしても、違法行為によって被告が利益を得るのを可能にしてしまうことになる、という理由に基づいている。たとえば、原告の不注意で窃盗が可能になったため、訴えられた窃盗者が自分の責任を減ずるために、原告の過失を主張できるとしたら、盗んだ物の全価値以下に対する責任しか窃盗者は負わないということになるし、窃盗者は違法な行為によって部分的な利益を得ることになり、その結果は公序良俗に反するものとなる。

合とは明らかに異なっている。自分で被告を挑発し殴られた原告は、一応、損害賠償請求の可能性が残されているが、殴った被告の責任を査定する際に、原告によって導かれた挑発行為を考慮することが有効であるということに疑問を有する者はほとんどいないのではないかと Hollister 教授は指摘している。

次に、原告による挑発行為を損害額に反映して、被告の責任を減額するという場合に、どこで線を引くかという問題が生じる。たとえば、被害者が不注意でドアの鍵を閉めていないことが自動車窃盗を誘発したことになるので、被告の責任は減ぜられるべき、という事例と、そうでない事例とを区別することができる裁判事例がいくつか存在する。このように、原告による挑発行為が考慮されるべきか否かを決定する基準については、そもそも原告が不法行為を挑発した場合に被告の責任が減ぜられるとした裁判事例が少ないため¹³²、どのようなタイプの行為が減額できる対象としての

132 たとえば、以下のような裁判事例が見られる。

【Kennedy v. Parrino, 555 So.2d 990 (La. Ct. App. 1990)】

仕事現場で負傷をした従業員は、ある日、医師のアドバイスよりも定期的に早めに仕事に復帰したが、重労働に耐えることができず、監督者として従事していた。この従業員の働きぶりに不満のあった使用者は、自分の仕事道具を集め仕事場を離れるとき、従業員による発言に腹を立てて、数回従業員を手で押したため、従業員の背中への負傷部分がさらに悪化してしまった。そこで従業員が、使用者を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、従業員に対して使用者は意図的な暴行を加えた、と認定した。また控訴審は、従業員が受けた損害は、使用者の意図的な行為によって発生しており、負傷に対する労働者補償を意図的に従業員が求めているわけではない、と認定した。使用者に対して発せられた従業員の言葉は、使用者の暴行行為を正当化するものではないが、身体的損害を引き起こす一因にはなったので10%分賠償額を減額した、という事実審による認定もそのまま控訴審は認容した。また、1年間仕事場に復帰できなかったことが医学的に証明されれば、1年間の賃金分の賠償請求も認められるとも、控訴審は認定した。

【Robinson v. Hardy, 505 So.2d 767 (La. Ct. App. 1987)】

被告は自身が所有するレストランから原告を追い出し、その外で原告の顎の骨を砕いた。事実審は、原告によるいかなる損害賠償請求も否定した。しかし控訴審は、原告は30%、被告には70%の過失があると認定した。その理由は、原告はかなり酔っていたこと、そして、被告が原告の体に腕を巻き、レストランから引きずり出したことを裁判所が認定したためであった。控訴審は、被告の敷地内での迷惑行為を禁止する制定法上の義務が被告にあることも認めた。しかしながら、被告は、静かにしなければ立ち去らなければいけないと原告に警告しなかったこと、さらに、原告が参加していた大きなパーティーに被告は関与していなかったこと、も認定した。だが、原告によるこのような行為が、物理的な仕返しを誘導するような合理人を挑発し刺激するのに十分なものであったと、証拠は示していなかった。控訴審は事実審の判決を棄却し、賠償額について、被告に割り当てられる過失の割合が少ないと認めつつ、原告勝訴の判決を出した。

【Neville v. Johnson, 398 So.2d 111 (La. Ct. App. 1981)】

常連客である原告は、被告の飲み屋の店主が所有するバーにいた。何杯か飲んだ後、原告は他の客と揉み合いになった。バーの店主はその間に入って、原告に外に出るように命じた。その後原告は、店主と言ひ合いになり、原告と店主ともに外に出た。原告はバーに再度入ろうとしていたが、興奮を抑えきれないような行動をしていた、と店主は証言した。そして、店主は原告を捕まえることができず、ピストルを出して原告の頭に当てたと、店主は述べた。ピストルが発砲され、原告は首を負傷した。原告は店主に対して損害賠償訴訟を提起し、事実審は原告勝訴の判決を出した。店主は控訴し、原告は攻撃的であったが、店主が過度の物理力を行使したと事実認定をした部分で事実審判決に誤りがある、と主張した。控訴審は、店主は必要以上の物理力の行使をしたこと、原告は何も武器を持っていなかったこと、そして、ピストルを発砲すれば誰かに弾が当たることは予見可能であったこと、を認定した。結局、控訴審は事実審の判決を認容し、原告である常連客の勝訴判決を認めた。

【Hall v. Coplton, 355 S.E.2d 195 (N.C. App. 1987)】

原告が被告の家に押し入ったため、被告が原告の背後から撃った。原告は被告に損害賠償訴訟を提起し、陪審員は原告勝訴の評決を出した。控訴審は次のように述べて事実審判決を破棄した。(1) 被告による指示評決 (directed verdict。事実審理で明らかにされた証拠により、どちらの主張が正しいかが明白な場合に、裁判官が陪審に対しそのとおりに評決

挑発行為となるのかがほとんど明らかにされていないし、あるいは、挑発による行為のタイプについてかなり広い視点で解釈がなされているとも言える。

この原告による挑発行為に基づいて損害額の軽減を認めたノースカロライナ州での事例は、挑発になる行為のタイプの定義づけをしていないが、被告の家を破壊したり侵入したりすることで十分であるとだけ述べている¹³³。このように、原告によるどのようなタイプの行為が考慮されるべきかについて、基準となるようなものがほとんど用意されていない、というのが裁判実務での実情である。そして、ミシシッピ州では制定法、ルイジアナ州では判例で、原告の損害を軽減するのを正当化することになる原告による行為のタイプについて幅広い視点で考えている。ミシシッピ州の制定法は、軽減するために考慮されるべき事情を規定しているし¹³⁴、ルイジアナ州の裁判所は、損害を引き起こしている事情に寄与する行為が考慮され得る、とだけしている¹³⁵。後者の場合、原告側の過失を考慮する正

を出すよう命じること)の申し出を事実審が認めるのに誤りがあった。理由は、原告の背後から撃ったという被告の物理力の行使の合理性に疑いがあるから。(2) 原告の損害額を緩和するにあたり陪審員に挑発行為が考慮されるべきと説示するのを拒否することに事実審に誤りがあった。被告の家に押し入り原告と格闘することは、挑発行為となる十分な証拠になる。(3) 被告の家に押し入ることの動機について事実審は、原告の証言に基づいて適正に認めた。その証言は、原告がある行為に従事した理由を理解するという限られた目的にだけ考慮され得るのであり、主張された論点に関する事実関係としてその証言が提示されないと陪審員が説示されたとしても問題はない。

133 Id. *Hall v. Coplon*.

134 Miss. Code § 11-7-61 (1972). この制定法は、そこにリストアップされている不法行為についてのみ適用されるとなっているが、そこには多くの故意不法行為が含まれている。

135 【*Harris v. Pineset*, 499 So.2d 499, 503 (La. Ct. App. 1987)】

被告は、銃を保持しつつ居酒屋で飲んでしたが、そこで口論になった時に発砲して原告を負傷させた。この口論は、ジュークボックスの選曲

当性がある場合にだけ、損害を軽減するために原告の行為を被告は主張することができるが、考慮するとしている原告の過失の範囲を狭くしているように思われる¹³⁶。逆に、挑発行為を幅広い定義で考えると、前述した自動車

に関するものであった。口論となった時、被告は銃を発砲し、原告の腹部に命中した。そこで原告は、被告とジュークボックスのある居酒屋の所有者が加入している保険会社に対して訴訟を提起した。事実審は、原告に全損害賠償額として16万5000ドルと、治療費用として3万8728ドル25セントの賠償請求を認めた。この賠償額のうちの10万ドルは、被告と保険会社に対して認められ、残りは被告に対してだけ認められた。控訴審で裁判所は、原告の負傷の唯一の原因が、被告にだけあると認定した事実審に誤りがある、とした。そこで、原告に10%、被告に90%の過失があるとして、原告に認められる賠償額を、8万3355ドルとその利息分であると修正した。

136 【Jones v. Thomas, 557 So.2d 1015, 1018 (La. Ct. App.1990)】

原告である市の公園管理局で代理監督をしていた従業員が、被告である仕事をしている同僚に対して、休憩するように言った。しかし、指示された同僚は、その代理監督は監督者ではないので、自分にどうすべきかを指示することができない、という理由で拒否をした。このため2人の間で言い争いが生じた。代理監督をしていた者は、下品な口汚い罵り言葉を使用し、相手を脅した。その後、戻って来た監督が、言い争いを止めて仕事に戻るように命じた。相手の同僚はそれに従ったが、代理監督だった者は、言葉による暴力を続けた。そのうえで代理監督だった者が、同僚の母親や家族を殺すと脅した時、同僚は自分を制御できなくなり、代理監督だった者の顔を殴り、顎の骨を砕いてしまった。事実審は、La. Civ. Code Ann. Art. 2323にしたがって90%分、原告に認められた賠償額1万ドルから減額した。しかし控訴審は、原告による同僚を挑発する行為は重大で品位を欠くものであるが、原告は公然と脅すような行為には至っていなかったので、比較過失として50%の割合分を減額することで、原告の損害額を軽減し、事実審判決を下方修正した。

【Baugh v. Redmond, 565 So.2d 953, 959-60 (La. Ct. App. 1990)】

大人のソフトボール大会の後、被告である選手は、原告である審判の顔を殴りつけ、口の治療と外科措置を必要とするような大きな損害を審判に負わせた。被告は試合中に審判に激高して、言葉で激しく罵り、試合が終わった後にフィールドから審判を出して、正面に立たせて殴りつ

窃盗者は、自動車にキーを取り残したことに見られる所有者の過失を考慮して、被告が自分の責任を減ずるように主張することができる余地も出てくる。このように挑発行為による損害額の減額には十分な根拠がないように思われるが、そのような問題に直面する陪審員が、確実に全過失を窃盗者である被告に割り当てたりしても、特に問題にはならないかもしれない¹³⁷。

また、挑発をより厳しく定義付けたいと考える裁判所であれば、挑発行為などの場合と似ている刑法上の「おとり捜査」の抗弁から、概念を借りていくことで対処しようとするかもしれない¹³⁸。おとり捜査とは、通常定

けていた。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。控訴審は、あらゆる状況を考慮して、被告には原告を殴る意図があったこと、そして、事実審は被告が暴行をしたことを適正に認定した、とした。そして、La. Civ. Code Ann. Art. 2323のもと、比較過失の原理を適正に適用して、被告は審判の損害額を減額するように要求したが、負傷に寄与するような過失が原告である審判にあったことが、証言や認定された事実からは証明されないと控訴審は判断した。

137 しかしこの結論は、いつも正しいとはいえない。挑発について極端に広い定義を採用することで、多くの問題を含む結果になり得るであろう。たとえば、Harris 事例 (前掲注105) で設定された基準のもとで、酒場に入った時に襲撃された女性は、女性が酒場に行くことに陪審員が不同意であれば、原告の損害賠償額が減らされる場合もあり得るのである (499 So.2d at 503)。そのような可能性があることから、挑発行為を定義づけるにあたっては注意を要することが示されている。

138 おとり捜査 (entrapment) の抗弁と似ている理由付けが、挑発行為を含む故意不法行為事例に比較過失を適用する際にも援用できると、Hollister 教授は述べている。おとり捜査の抗弁に対する一つの理由付けは、正義を実行する必要性という点にある。政府は、何も知らない者を犯罪行為に誘惑することができないようにすべきであるが、犯罪行為に対しては罰を与えるべきである、とされている (Wayne R. LaFave and Austin W. Scott, Jr., *Criminal Law* 423 (West, 2d ed. 1986))。おとり捜査の抗弁に対する2つ目の正当性は、警察による過度な捜査を裁判所がコントロールできるようにする、という点にある。他者を苦しめる者をコントロールするという付随的な義務を裁判所は負っていないが、過度な捜査に影響を与えようとすることは望ましいように思える。

義によると、政府機関が、被告にその気がなかった攻撃をさせるように仕向ける場合に行われる行為である¹³⁹、とされている。攻撃をさせるための機会を与えた¹⁴⁰だけでは、おとり捜査による誘因とするには十分ではな

139 LaFave and Scott, Criminal Law at § 5.2 (b).

140 Sorrells v. United States, 287 U.S. 435, 441 (1932), Jacobson v. United States, 112 S. Ct. 1535, 1540 (1992) が裁判例として挙げられる。

【Sorrells v. United States事件】

被告人は、禁酒法（national prohibition act）違反となるウィスキー1ガロン半を製造し、販売したことで起訴された。被告人は有罪ではないと訴答し、おとり捜査（entrapment）であったという抗弁を主張した。しかし事実審は、被告人勝訴の評決を指示するように求める被告人の申し出、そして、おとり捜査という争点を陪審員に提示することも拒否して、抗弁を認めなかった。さらに法律問題としておとり捜査はなかったとされて、被告人は有罪判決を受けた。控訴審は事実審判決を認容した。しかし連邦最高裁は、陪審員におとり捜査に関する法律問題を提示するのを事実審が拒否したことに誤りがあり、そして、提示された証拠に基づいて、おとり捜査という抗弁を被告人は主張できるとしつつ、控訴審判決を破棄した。さらに、法を執行するために、無実の人を制定法に違反するように政府職員が仕向けることができるようにするというのが、制定法を立法化する際の議会の意図ではなかった、とした。

【Jacobson v. United States事件】

被告人は、1984年児童保護法（child protection act）、18 U.S.C.S. § 2252 (a) (2) (A) に違反したことで有罪判決を受けたが、その法律は、明らかに性的な行為に未成年に従事させるような表現を含むメールを、故意に受領するのを法的に禁じたものだった。被告人のおとり捜査という抗弁は失敗に終わった。控訴審は事実審判決を認容した。被告人は上告した。連邦最高裁は、不用心で無実の人に罠をかけるのと、不用心で有罪の人に罠をかけることの間にある垣根を政府は乗り越えたとして、控訴審判決を破棄した。また、法律問題として、逮捕された罪を被告人は自分で犯すような気持ちになったという立証に政府は失敗し、被告人は法律を破る気持ちにさせられたが、政府は、そのような気持ちは自分で起こしたものであり、政府が被告人に対して指示した注意によるものではない、という立証をしていないと最高裁は判断した。最高裁は、被告人が有罪であるとした控訴審判決を破棄した。

い、とされているようである¹⁴¹。このような判断基準で考えると、おとり捜査による挑発行為の事例には、比較過失が適用され得ることになり、自動車窃盗の場合にはされない、ということになるかもしれない。

だが、おとり捜査と挑発行為の間にある類似点とされる指摘は正確ではない。最初に、おとり捜査の状況での警察とは異なり、不法行為を挑発するほとんどの者は、実際に自分で不法行為を行うことを意図してはいない。むしろ挑発する者は、加害者の気持ちを傷つけるだけで、それ以外の方法で挑発を行わない、と判断している。おとり捜査で誘因された故意という要素は、挑発行為の事例とはかなり異なる性質を有していると思われる。

第二に、おとり捜査での警察の行動は、挑発事例での原告の行動と同じように、非難に値するものではないかもしれない。おとり捜査の事例では、通常を取り締まり行為と似たような行為が望ましいとされているが、実際には行き過ぎという実態がある。他方、挑発行為は、加害者による不法行為を不合理に引き延ばしているのでもないし、そこに法的な正当性が認められているわけでもないので、行き過ぎた部分が実際に許容される取り締まり行為とはかなり実態が異なっている。

最後に、原告が被告を挑発したという事実認定による結果は、おとり捜査の事実認定から生じる結果よりも厳しくない。つまり、挑発行為の状況次第では、原告の賠償請求は減額されるだけであるが、おとり捜査の状況では、原告による賠償請求は認められることはないのである。

以上のようなおとり捜査と挑発行為の間にある相違点に鑑みると、おとり捜査において刑法で導きだされた正当性の理論などを、不法行為法にも導入できるとは必ずしも言えない。それでも、おとり捜査と挑発行為は十分に似ている側面は確かにあるので、おとり捜査の事例は、挑発の事例に直面した裁判所に対して、ある判断基準を用意するための素材を提供することはできるであろう。

141 Id. Sorrells, 287 U.S. at 441.

Hollister教授によると、被告による不法行為を挑発することに原告に過失があったとされて、その過失を反映するために損害額を減額するべきであると被告が主張するのを裁判所は認めるべきである、とされている。そうすることで、この挑発行為が法的に認められないというメッセージを社会に送ることになり、挑発行為を抑止しつつ、この種の事故件数を減らすことになるかもしれない、というのが理由とされている。裁判所の中には、ルイジアナ州とミシシッピ州の事例に従って、幅広く挑発行為を定義づけているところもあるが、他の裁判所では、より厳格な定義づけを進展させて、おそらく刑法上のおとり捜査の定義に近いものを採用しているところもある。原告による挑発行為が過失にならなくても、原告にある損害を負担させることで、原告は免責されないという事実を被告が知っている場合には、被告は比較過失の主張ができないとすべきである、とHollister教授は述べている。

②犯罪行為の重大性

故意不法行為事例に比較過失を適用することに関連する最後の問題として、被告による行為の犯罪性が重大であれば、その犯罪行為に参加して負傷した原告は、自分の負傷につき賠償請求することができない、という結論を裁判所が出しているという点である¹⁴²。

負傷した犯罪者が主張する負傷に、犯罪行為が行われる間に、犯罪者自

142 Alaska Stat. § 09.017.030 (Supp. 1991), *Barker v. Kallash*, 63 N.Y.2d 19, 468 N.E.2d 39 (1984). この判例準則は、重大な犯罪行為に従事している故意不法行為者にとって「公平なゲーム」となってしまうとして、Hollister教授は疑問を提示している。実際、McCummings事件（前掲注15）で、これは故意不法行為事例になるが、ニューヨークの下級審裁判所は、原告の主張を禁止する可能性について議論していない。その理由は、原告の負傷が、重大な犯罪に参加した直接の結果として被ったものだったからである。

身の過失が寄与していれば、比較過失を犯罪者が主張することはできない、という効果を導いているのである。そのように考えると、比較過失を主張することが認められていない別のカテゴリーが生じることになるであろう。では、犯罪者の責任を減らすために、比較過失の主張ができるとする権利を犯罪者からはく奪する正当性はあるのか。また、犯罪性という要素は、比較過失を主張するかどうかを決める際に、何らかの役割を果たすことになるのか。このような問題に、ニューヨークの控訴審が、Barker v. Kallash 事件で直面している¹⁴³。

【Barker v. Kallash 事件】

この事件は、原告である George Barker 15歳と、Ayman、Anas という Kallash 兄弟というそれぞれ14歳と15歳の未成年が当事者になった事件だった。原告は、金属パイプに火薬を詰めてパイプ爆弾を製造した。原告は、導火線の穴を作るために使う電動ドリル、パイプに蓋をするためのキャップ、そして本体となるパイプを父親の家庭用工作場で見つけていた。爆弾で使う火薬は、爆竹から取り出した Kallash 兄弟から得た、と原告は主張した。審理前の尋問で原告は、事故が発生する前の日に、被告である Maniel Melucci, Jr. という、その時9歳にもなっていない子供から爆竹を購入したと Kallash 兄弟が自分に話したと証言した。実際に原告は、爆竹がどこで購入できるかを Kallash 兄弟に話をしたとも証言した。負傷は、パイプの片方の蓋をし、原告と Kallash 兄弟のどちらかが火薬をその蓋がされたパイプに入れた後で発生した。原告が他方の蓋をねじ込んでいるときに、パイプが爆発したことで、原告は手に重傷を負った。原告は父親を通して、爆弾をともに製造した Kallash 兄弟、Kallash 兄弟に火薬を販売した Daniel Melucci, Jr. Melucci に火薬を売った Robert Judge に対して訴訟を提起した。また原告は、それぞれの訴訟で、監督義務違反とし

143 63 N.Y.2d 19, 468 N.E.2d 39 (1984).

て未成年者の親に対しても訴訟提起をした。審理前の尋問の後、Melucciは、原告は違法な行為に従事したため、被った損害の賠償請求ができないとして、略式判決を求めた。

控訴審は、Wachtler判事による意見のように、パイプ爆弾を製造している間に負傷した15歳の原告は、爆弾を製造するために使用する火薬を集めるための爆竹を売ったとする9歳の被告に対する不法行為訴訟を維持することはできない、とした。その理由として、ニューヨーク州の公的政策として、一般的に、重大な犯罪行為を行う過程で負傷した者を司法的に救済することは否定されているから、と指摘した¹⁴⁴。そして、重大な犯罪行為の直接の結果として負傷した者による賠償請求を拒否するために裁判所が出した理由は、犯罪者は違法行為から利益を受けるべきではないし、刑法は遵守されなければいけないから、というものであった¹⁴⁵。

このBarkerコートで述べられた第一の理由の中に、相続財産を得るために、受益者がある意図のもとで遺言者を殺害したという事例を引用し、この事例から違法行為から利益を得ることに関する議論を展開している部分がある¹⁴⁶。しかし、そのような状況は不法行為訴訟に適用できるようには見えず、しかも不法行為訴訟では、被害者が利益を得ることにはなり得ないのである。不法行為訴訟での問題は、生じた損害をいかに分配するか、という点にあるからである。たとえ損害を受けた者が全損害を賠償請求するとしても、利益を得ることにはならないのである。このように不法行為訴訟では、違法行為から利益を得る可能性がないようにしているので¹⁴⁷、不法行為で犯罪者が賠償請求するのを認めないという理由は、視点

144 Id. at 41.

145 Ibid.

146 Riggs v. Palmer, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

147 理論上は、懲罰的損害賠償が与えられれば、不法行為訴訟で被告が利益を得ることができなくなる。だが、懲罰的損害賠償は必ずしも利用で

がずれていると言える。

Barker コートによって提示された第二の理由は、法は遵守されなければいけないというものだが、これは、犯罪者の主張を聞くのを拒否するのは、刑法に従うようにするために行われる、ということを仮定しているものである。負傷した犯罪者による賠償請求を認めないとして処理しても、潜在的な犯罪者に法を順守させることにはならないように思われる。身体的な負傷に対する刑罰の可能性によって犯罪行為を抑止する者であったとしても、そのような負傷による損害を賠償請求することができないかもしれない、として抑制される傾向に実際はないのではないか。逆に、犯罪者である原告による賠償請求を認めないとするのが犯罪を抑止することになると仮定しても、請求できないとすることは、Baker コートのよう

きるわけではなく、たとえ利用できるとしても、重大な罪を犯しながら負傷した者に、賠償請求が認められることには必ずしもならない。たとえば、*Allison v. Fiscus*, 156 Ohio St. 120, 100 N.E.2d 237 (1951) がある。たとえ懲罰的損害賠償が与えられても、原告はおそらく利益を得ることにはならないであろう。原告は弁護士費用を支払わなければいけないし、比較過失によって被告の責任が減ぜられるようになると、原告の損害賠償請求は請求した損害額よりも少なくなる傾向になると、Hollister 教授は述べている。

【*Allison v. Fiscus* 事件】

原告である窃盗者は、石炭の採掘作業に関連する物品を盗むために、被告である施設所有者によって使用されていた倉庫に侵入した際に負傷した。被告は、窃盗者を怯えさせて去らせるために、所有施設に爆発物を設置していた。原告である窃盗者は、自分の負傷につき、被告を相手に損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、法律問題として、被告には損害賠償責任があると判断した。控訴審は、損害額減額決定 (remittitur) を認容した。上告審は、罪を犯して財産を窃盗しようとした者から財産を保護するのに合理的に必要とされる力を被告は有していたとして、控訴審判決を破棄した。事故が発生した場所は、被告である施設所有者の施設であり、この施設を保護するために、押し込み強盗のような侵入に対して財産権を保護する権利を施設所有者は有している、として州の最高裁は、原告である窃盗者に損害賠償請求を認めた控訴審判決を破棄した。

に、他に加担した犯罪者の責任をも免責することになるので¹⁴⁸、人が犯罪行為に従事する阻害要因を取り除いてしまうことになる。しかし、負傷した犯罪者による賠償請求を認めないとするので、どれだけ刑法遵守を促すことができるのか、というのは難問である。

おそらくBarkerコートは、犯罪者の主張を認めることで、違法な行為を裁判所が許しているようにはしたくないという動機によって判断しているものと思われる。しかし、多くの不法行為事例で裁判所は、たとえ犯罪者が、重大な罪を犯している間に受けた損害を主張しても、犯罪者に賠償請求の道を閉ざす必要性があるとは見なしていない。このため、犯罪行為をしている間に負傷した犯罪者でも、損害賠償請求が認められる余地はある¹⁴⁹。もし、複数の犯罪者による犯罪行為が負傷の原因というよりも必要条件であるとしたら¹⁵⁰、犯罪者の一人である原告は賠償請求できるかもしれないし、過失事例としての被告となる他の犯罪者は、自分の責任を減ずる、あるいは否定するために、原告の過失を主張することができるようになるかもしれない¹⁵¹。

このように、犯罪者による賠償請求を認めないことが、犯罪抑止に対する特に強い正当理由にはなっていないと裁判所が認識すれば、犯罪を許しているように見える恐れを、裁判所は多くの状況で払拭することができる

148 Barker事件での2人の被告は、原告と一緒に爆弾を製造していただけでなく、申し立てによると、爆弾に入れる火薬も入手していた。

149 たとえば、McCummings事件（前掲注15）、Allison事件（前掲注117）、Restatement (Second) of Torts, § 79 (1963)を参照せよ。老人を殴打し窃盗したというMcCummings事例での原告の犯罪行為は、パイプ爆弾を製造していたBarkerコートの場合よりも、ずっと非難されるものであるが、McCummings事件では、損害賠償請求のために裁判所へのアクセスが認められている、という点は注目されるべきである。

150 E.R. Thayer, Public Wrong and Private Action, 27 Harv. L. Rev. 317, 338-42 (1913).

151 Keeton, et al., Torts § 65 at 461 (cited in note 4).

であろう。一当事者の犯罪行為の問題を比較過失の問題に引き付けて考えるとすると、ほとんど次の2つの場合のうちのどちらかで比較過失の問題が生じることになる。

1) 被告である犯罪者が、原告の過失が負傷の原因になっていると証明することで、犯罪をしている間に負った負傷に対する責任を減ずるように求めている場合

2) 原告である犯罪者が、たとえ自分の過失が負傷に寄与しているとしても、犯罪が行われている過程で負傷したと主張して、被告に全額の賠償請求をしている場合

前者の被告である犯罪者が、原告の過失が負傷に寄与しているので責任を軽減するように求めている場合に、その主張を聞かないというのは、負傷した犯罪者による賠償請求を認めないということによって支持されるように思える¹⁵²。しかし、この理由付けは根拠として不十分である。前述したように、比較過失を認めないことで、不法行為に従事しないように期待するのは難しいからである。

犯罪者が原告である場合に、かりに裁判所が犯罪者の比較過失への道を閉ざそうとしていても、比較過失の適用を支持すべきである。その理由は、比較過失が犯罪者の賠償請求を軽減することになるから、である。比較過失の主張を認めることで、他の場合であれば犯罪者が得る利益を減らし、法に従わせるために犯罪者のインセンティブを上げ、そして、裁判所

152 このような被告が負傷を意図し、その負傷を課す権利がないという事実を認識していたり、あるいは、原告の不注意を利用したりした場合には、被告は比較過失を利用することができない、という主張に注目してもらいたい。その結果、被告のほとんどが罪を犯している間に人を傷つけている場合であれば、比較過失を使用することができなくなる、とHollister教授は指摘している。

が犯罪行為を許すという見せかけを減らすことになる、というわけである。犯罪行為に従事した原告が負傷した事例での比較過失の禁止が解禁されることになると、たとえ原告の行為が犯罪であっても、被告は比較過失を主張することになる¹⁵³。ただし被告は、負傷させる権利がないという事実を知りつつ、原告に負傷を与えることを意図した場合とか、あるいは、原告の過失を利用した場合とかに該当することになると、被告は比較過失の主張を妨げられることになる。このような場合の被告は、原告の過失行為について主張する権利を有していない、と考えるべきと Hollister 教授は指摘している。

当事者のどちらか一方の行為の犯罪という性質にもかかわらず、裁判所は、故意不法行為事例のほとんどのタイプで、比較過失を適用すべきである。比較過失の目的を推進することは、両当事者の過失行為を考慮するように裁判所を促すことになり、このことで裁判所は、より損失を拡散することができるようになる。ただし、被告がその損害を与える権利はないという事実があることを認識しつつ、原告の過失を利用したり、原告に損害を与えることを意図したりした場合は例外となる。このような場合、被告の行為は、原告の過失を主張するいかなる権利も放棄していると考えて、比較過失の主張が否定されるべきである。だが、このような場合であって

153 被告の敷地内に侵入をした犯罪者の行為には、挑発行為に類似している点が含まれている。この Hollister 論文で採られた一般的なアプローチによると、倉庫に侵入した原告を撃った被告は、比較過失の利益を受けるのを否定されることになる、と思われるかもしれない。しかし被告には、実際に発生した損害と実質的に似た損害を意図しているが、加害行為に積極的に従事しようとする意図はない。この被告による犯罪行為には確かに過失の部分が含まれているが、不法行為が行われた原因の一部に原告が被告を挑発したという事実があれば、たとえ被告が負傷を意図したとしても、損害額を決定するにあたって、原告による挑発行為は考慮されるべきである、と Hollister 教授は主張する。つまり、この犯罪行為に比較過失を適用することに対する例外は必要ないということである。

も、原告の過失行為が、被告に不法行為を犯すように促しているのであれば、比較過失は適用されるべきである、というのがHollister教授の主張なのである。

六 結論

原告に損害を引き起こす過失が両当事者にある事例で裁判所は、過失事例や厳格責任事例のほとんどにおいて比較過失を適用してきた。だが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に全責任を課すという All or nothing を根拠にして、裁判所は問題解決を続けてきた。

しかし、比較過失の出現で、この All or nothing という方法の再評価が整理されてくる。人は、原告であろうが被告であろうが、自分の過失行為で生じた損害に対しては責任を負担しなければならない。特に、自身の損害を引き起こしたことに過失がある者が、その損害に対する全責任を他者に押し付けることになるのは、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もなる。以上のことは、比較過失が多くの故意不法行為事例に適用されるべきということを示していることになる。また、両当事者の過失を認識し、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もなる。さらに、比較過失の適用を肯定することによる付加的な利益としては、比較過失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かもしれない、ということもある。

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。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、原告が主張する損害を負担させるのを意図した場合とか、被告が原告の過失を利用したというような場合である。この

ような場合には、被告は通常、自分の目的のために原告の過失を利用し、そのために、過失について主張しなければならない権利を失うことになる
と考えるべきである。

だが、被告が原告の挑発の結果として、原告が主張する損害を与え、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認められるべきである。

このように、もし裁判所が両当事者の過失を考慮することができれば、ほとんどの故意不法行為事例でも、より公平に解決が図られ、故意不法行為事例でも比較過失が適用できれば、裁判所は損失をより公平に分散することができるようになるであろう、と Hollister 教授は結論づけている。

以上の Hollister 教授の論文が示す内容と結論は、日本における故意不法行為事例での過失相殺の適用の場合で、大きな意義を見出すことができる。

(完)