

故意不法行為事例における 比較過失制度について（1）

— Gail D. Hollister 論文の紹介 —

岩 寄 勝 成

一 はじめに

筆者は、「故意不法行為における過失相殺について」という論稿¹で、故意不法行為事例でも過失相殺は適用されるが、その適用範囲には限界がある旨を主張した。さらに比較法的にアメリカ法を研究していく中で、興味深く、傾聴に値する論文に接した。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」²である。日本法との比較という意味で、重要な視点を提供していると思われるこの論文の内容について、本稿で紹介していきたいと考えている。

Hollister教授は、比較過失を故意不法行為事例でも適用されるべきと主張しているため、この点は日本法と基本的な立場が同じであると言える。しかし、何故、故意の場合に「過失」相殺ができるのか、などの問題点については日本法ではほとんど議論されていない。その意味でも、このHollister教授による論文が示唆するところは、日本法にとっても非常に興味深いものがある。

1 法政理論第46巻2号52頁以下（2009年）。

2 46 Vand. L. Rev. 121（1993）。

そこでまず、アメリカ法での議論状況を簡単に確認した上で、Hollister 教授の主張内容を紹介していきたいと思う。

二 故意不法行為と過失相殺に関する議論状況

(1) 「All or nothing」ルール

そもそもアメリカ法では、比較過失の議論は、故意不法行為事例で適用されていた「All or nothing」ルールに代えるために論じられたという歴史的な経緯がある。この「All or nothing」ルールは、1980年頃までは絶対的な概念として、不法行為法分野で優良の証明のように扱われていたが、不平等を招いていた。このため、1980年以降になって、裁判所や立法者などが、「All or nothing」ルールの不正義を再度確認して、具体的な事例において、より平等な結果になるように、部分的な損害賠償請求を認めるルールに変更し始めた。比較過失理論である³。これが、日本法における過失相殺制度に相当する制度である。

この比較過失理論以外に、たとえば、市場占有責任 (market share liability) というものがある。この理論は、たとえ、原告が事実的因果関係の立証ができなくても、市場占有率を考慮して、損害賠償責任の割合にして考える、という方法である。次のカリフォルニア州最高裁が採用した理論が、市場占有率理論であるとされている。Sindell v. Abbott Laboratories事件がその代表例とされている。

【Sindell v. Abbott Laboratories 事件】

原告である娘の主張によると、自分の母親がジエチルスチルベストロールを摂取することで負傷した、ということだったが、母親によって服用さ

3 26 Cal.3d 588, 607 P.2d 924 (1980).

れていた薬の製造業者を特定することができなかった。このため被告が処方したことを原告が立証できなかったため、カリフォルニア州の下級審は原告の請求を棄却した。州の最高裁は、Summers v. Ticeルール、共謀行為（concerted action）、ないし企業責任の原理を移行する負担につき、これらの原理のどれもが、損害賠償請求の理論に適用することができないとして、被告に対する共同責任に関する棄却判決を破棄した。破棄するにあたり最高裁は、帰責性のない原告と過失のある被告の間では、過失のある被告が損害賠償の責任を負うべきであるという原理に基づく、市場占拠率責任（market share liability）を採用した。その理論で、原告がジエチルスチルベストロールのかなりの市場占拠率を有している製造業者を特定できると、被告側は、負傷を引き起こした製品を自分たちは製造することができないと立証するように要求されることになる。そのような被告による立証ができなければ、損害賠償責任を、市場での被告の適正な占拠率に基づいて割り当てることができる、というものであった。

ちなみに、判決の中にあるSummers v. Ticeルールであるが、この裁判事例は、2人の被告のうちの一人の銃弾が原告の目に命中していないため、原告としては、どちらの銃弾が命中したかの立証が難しいという問題に直面した、というものだった。そこで裁判所は、因果関係の立証責任を共同不法行為者である被告側に移転し、被告側が立証できなければ被告全体に連帯責任を負わせる、というように考えた。

【Summers v. Tice, 199 R. 2d 1（1948）】

この事件は次のようなものであった。原告と被告は、狩猟旅行に出かけた。原告は被告らに、銃を安全に使う方法について指導をしていた。その後、原告と2人の被告が離れたところにおいて、その間に目的であったウズラが飛び立ったため、2人の被告は原告の方向に向かって撃った。そのため原告は、目と顔に負傷した。原告は、過失に基づく損害賠償請求訴訟を2人の被告に対して提起した。事実審は、原告勝訴の判決を出した。上告

審は、2人の被告のうちどちらが原告の負傷に対して責任を負うかという立証責任が果たされていないとして、結果、2人の被告はどちらも過失に基づいて行動しているので、原告が受けた負傷についての賠償責任を被告の各人が負担する、と認定した。さらに上告審は、損害額の割当についての立証責任は被告にあるとも述べている。被告はその立証責任を果たしていないので、損害額の割当をするのは事実認定者の裁量である、とも認定した。

原告の負傷に対する責任がどちらにあるのかという立証責任を被告は果たしていないので、下級審判決は認容された。その結果、被告のどちらも過失があったと言えるので、原告が受けた負傷に対する賠償責任については、各被告が原告に対して責任を負う、とした。

また、原告の損害を被告の不注意が引き起こしたと証明することができない原告は、受けた損害を回避するために、失った機会の価値を回復することが認められることがある。たとえば、Scafidi v. Seiler 事件⁴である。

【Scafidi v. Seiler 事件】

被上告人である遺産管理人は、被上告人の幼児を未熟児の状態での出生と死亡は、上告人が適正に治療をし、被上告人である母親による妊娠中の労働を止めさせることをしなかったのが原因になっていると主張して、上告人である医師に対して医療過誤訴訟を提起した。控訴審は、増加危険の原理に基づいた因果関係についての説示が陪審員によってなされなかったことに、破棄事由となる誤り (reversible error) があると認めた。上告審はそれを認容した。だが、上告審はさらに、上告人の治療が適正であっても、幼児の未熟児状態での誕生や死亡は発生したであろうと予見しつつ、未熟児での誕生と死亡が適正な治療によって回避された可能性を反映

4 119 N.J. 93, 574 A.2d 398 (1990).

するように、再審査において、被上告人に認められた損害賠償額は割りあてられるべきである、とも指摘している。このように被上告人が負う損害賠償額は、上告人の過失が寄与した損害賠償額にあたる失われた機会の価値に制限された。そして、この判決による効果は将来にのみ向けられる、とも上告審は述べた。

ここで述べられている増加危険の原理とは、たとえば、被告の過失が、命に係わる病気の治る機会である25%を喪失する原因になったとすると、たとえ原告が、被告が50%以上の確率で死者の死亡を引き起こしたと証明できなくても、失った機会の価値について原告は賠償請求できる、というものである。

平等性のあるとされた比較過失理論は、多くの州で採用されるようになった⁵。だが、ほとんどの裁判管轄では、被告が故意不法行為をしている

5 何らかの比較過失の形式が、現在、46州で採用されている。Alaska (Alaska Stat. §09.17.060 (Supp. 1991)), Arizona (Ariz. Rev. Stat. Ann. §§12-2509 (West Supp. 1991)), Arkansas (Ark. Stat. Ann. §16-64-122 (Supp. 1991)), California (Li v. Yellow Cab Co. of Cal., 13 Cal.3d 804, 534 P.2d 1226 (1975)), Colorado (1989 Colo. Rev. Stat. §13-21-111), Connecticut (Conn. Gen. Stat. Ann. §52-572), Delaware (10 Del. Code Ann. §8132 (Supp. 1990)), Florida (Fla. Stat. Ann. §768.81 (West Supp. 1992)), Georgia (Ga. Code Ann. §§51-11-7, 51-12-33 (Michie 1982 and Supp. 1992)), Hawaii (Hawaii Rev. Stat. ch. 110, §663-31 (1988)), Idaho (Idaho Code §§6-801 to 6-806 (1990)), Illinois (Ill. Ann. Stat. ch. 110, §§2-1107.1, 2-1116, 2-1117 (Smith-Hurd Supp. 1992)), Indiana (Ind. Code Ann. §§34-4-33-3 to 34-4-33-13 (Supp. 1992)), Iowa (Iowa Code Ann. §668-1-668.3 (West 1987)), Kansas (Kan. Stat. Ann. §§60-258a, 60-258b (Supp. 1991)), Kentucky (Ky. Rev. Stat. Ann. §411.182 (1992)), Louisiana (La. Civ. Code Ann. §2323 (West Supp. 1992)), Maine (14 Me. Rev. Stat. Ann. §156 (1980)), Massachusetts (Mass. Gen. Laws Ann. Ch. 231, §85 (West 1985)), Michigan (Placek v. City of Sterling Heights, 405 Mich. 638, 275 N.W.2d 511 (1979)), Minnesota (Minn. Stat. Ann. §604.01 (West Supp. 1992)),

場合に、原告との比較過失をすることが拒絶されており、故意不法行為の事例では、「All or nothing」ルールの適用がまだ優勢であった⁶。ただし、数は少ないが、例外的な裁判事例が、1990年代になってから出てきた。

ニュージャージー州では、Blazpvic v. Andrlich事件⁷で、故意不法行為事例に比較過失を適用すべきとした。

Mississippi (Miss. Code Ann. §11-7-15 (1972)), Missouri (Mo. Ann. Stat. §537.765 (Vernon 1988)), Montana (Mont. Code Ann. §27-1-702 (1991)), Nebraska (Neb. Rev. Stat. §25-21, 185 (1989)), Nevada (Nev. Rev. Stat. §41.141 (Supp. 1991)), New Hampshire (N.H. Rev. Stat. Ann. §507: 7-e (Equity Supp. 1991)), New Jersey (N.J. Stat. Ann. §2A: 15-5.1 to 2A: 15-5.3 (West 1987 and Supp. 1992)), New Mexico (Scott v. Rizzo, 96 N.M. 682, 634 P.2d 1234 (1981)), New York (N.Y. Civ. Prac. Law §§1411-1413 (McKinney 1976)), North Dakota (N.D. Cent. Code §§32-03.2-01 to 32.03.2-03 (Supp. 1991)), Ohio (Ohio Rev. Code Ann. §§2315.19, 2315.20 (Baldwin 1990)), Oklahoma (23 Okla. Stat. Ann. §13 (West 1987)), Oregon (Or. Rev. Stat. §§18.470 to 18.490 (1988)), Pennsylvania (42 Pa. Cons. Stat. Ann. §7102 (Purdon 1983 and Supp. 1992)), Rhode Island (R.I. Gen. Laws §9-20-4 (1985)), South Carolina (Nelson v. Concrete Supply Co., 303 S.C. 243, 399 S.E.2d 783 (1991)), South Dakota (S.D. Cod. Laws §20-9-2 (1987)), Tennessee (McIntyre v. Balentine, 833 S.W.2d 52 (1992)), Texas (Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. §§33.001 to 33.013 (Vernon 1986)), Utah (Utah Code Ann. §§78-27-37 to 78-27-43 (1992)), Vermont (12 Vt. Stat. Ann. §1036 (Equity Supp. 1992)), Washington (Wash. Rev. Code Ann. §§4.22.005, 4.22.015, 4.44.070 (West 1988)), West Virginia (Bradley v. Appalachian Power Co., 163 W. Va. 332, 256 S.E.2d 879 (1979)), Wisconsin (Wis. Stat. Ann. §895.045 (West 1983)), Wyoming (Wyo. Stat. §1-1-109 (1991)).

6 Victor E. Schwartz, Comparative Negligence § 5.2 at 97 (Allen Smith, 2d ed. 1986). Henry Woods, Comparative Fault § 7.1 at 165 (Lawyers, 2d ed. 1987).

7 124 N.J. 90, 590 A.2d 222 (1991).

【Blazpvc v. Andrich事件】

この事件は次のようなものであった。常連客である原告は、被告のレストランで負傷したことにつき、被告であるレストランオーナーとその他の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ように意図的に行動した者の中には、裁判の前に和解したものもいた。事実審は、Comparative Negligence Act, N. J. Stat. Ann. §2A: 15-5. 1のもとで、他の者の故意の行為と被告の過失行為が比較され得ないとして、原告と被告の間における過失の比較だけをするように陪審員に要求した。控訴審は、故意の不法行為者の間で過失が分けられるのは不正確であると認定したため、原告が上告した。最高裁は、原告と被告の間で全過失を分けている評決は、原告の負傷に対する非難を分担しなければならない当事者間での過失を無視することになるので、不完全であると認定して、事案を差し戻した。そのうえで、和解した故意の不法行為者の過失を含めた賠償金に対して、各当事者の責任を分けるべきである、とした。また最高裁は、故意として特徴づけられる行為に比較過失法が適用されると認定した。

また、ルイジアナ州の巡回裁判所でも、原告が暴行を挑発した暴行事例で比較過失が適用されるべきとした。たとえば、Baugh v. Redmond事件⁸が事例として指摘された。

【Baugh v. Redmond事件】

大人によるソフトボール大会で、被告である選手は試合中に原告である審判に怒り、言葉で審判にいやがらせをし、試合後にフィールドから審判を追いかけて、審判の前に立ち殴った。被告が原告の顔を殴ったことで、甚大な歯科治療と口腔外科治療を必要とする大きな損害が原告に生じた。控訴審は、あらゆる状況を考慮に入れて、選手は、審判を意図的に殴るつ

8 565 So.2d 953, 959 (La. Ct. App. 1990).

もりであったとして、被告は暴行を加えたと結論づけた。また控訴審は、La. Civ. Code Ann. Art. 2323のもとで比較過失の原理が適正に適用されているとした。しかし控訴審は、損害額の減額を要求するために、審判も自身の負傷を引き起こしたり、寄与しているという主張につき、審判にも過失があったということが証言や認定された事実から立証されていない、という事実審判決に同意した。

確かに、あらゆる不法行為の加害者は、比較過失のルールから利益を受けるべきであるとは言えない。たとえば、被害者が不注意で自分の所有物を無防備な状態で置き、その場から去ったとしても、窃盗者は盗んだ物の全価値を支払うことから回避できるようにすべきか、という問題があるからである。

(2) 錯誤による故意不法行為の事例

他方、比較過失が主張されている状況で、故意不法行為を想定するのが難しい場合もある。たとえば、オオカミを撃つことは合法であったが、原告の犬を撃ち殺してしまった被告は、その犬がオオカミと瓜二つであっても、故意の不法行為をおこなったことになる、という事例⁹がある。

9 31 Ill. App. 241 (1888).

多くの判例が、道徳的に問題のない人にも責任を課すべき、という考えを示している。その理由は、道徳的に問題がない者でも、意図した物理的な結果が法によって許されていないと分かっているからであり、責任がないという結果を正当化するのが難しいためである。ただしホームズ判事は、普通の基準で判断をして、何ら非難されることがなければ、被告は責任を負うべきではない、と述べている。Oliver W. Holmes, Jr., *The Common Law*, 163 (Little, Brown, 1881). 多くの故意不法行為の被告であれば、そのような基準で責任を負うことはないであろう。プロッサー教授は、道徳的に問題のない被告に責任を負わせることは、被告が意図した物理的結果に

Ranson v. Kitner 事件である。

【Ranson v. Kitner 事件】

この事件は、狼と間違われて殺された犬の価値の賠償請求訴訟である。地方裁判所の判決は、50ドルの賠償請求を認めるというものであった。控訴人が狼をねらって狩猟をしていたこと、被控訴人の犬が狼に非常に似ていたこと、そして、控訴人は善意で狼であると信じて殺したということが、抗弁の内容であった。陪審員は、控訴人には犬の価値に対する法的責任があるとしたが、証拠からは、どのようなことを控訴人はすることができたのか、について認定することができなかった。控訴人は、善意で行動したとしても、勘違いで生じた損害に対して明らかに責任はある。陪審員が到達した結論に控訴審が干渉する理由はないとして、控訴審は地裁判決を認容した。

犬の所有者は、自分が撃ったのはオオカミであると合理的に被告が信じたとしても、その犬の全価値を賠償することになるであろう。だが、もし犬の所有者に、オオカミの狩猟解禁期間中に、オオカミに似た犬を放し飼いにしていたという過失があったとしたら、被告の不法行為責任の大きさ

対して責任を負わせるという政策に基づいて正当化することができ、道徳的な非難の程度が等しくない二当事者間での責任の場面では、落ち度のある者に損失を負わせることになる、と主張する。W. Page Keeton, et al., *Prosser and Keeton on Torts* §17 at 110 (West, 5th ed. 1984). Fowler V. Harper, Fleming James, Jr., and Oscar S. Gray, 1 *The Law of Torts* §2.8 at 158 (Little, Brown, 2d ed. 1986). これらの文献ではいくつかの事例が説明されているが、道徳的な非難がない当事者が、非難に値する当事者に支払うように要求される、という仮定的に論じてきた結果を正当化することにはなっていない。この論文は、責任を課す理由を探っているものではないが、原告の賠償請求額を決める際に、原告の過失が考慮されるべきと論じるものである。

は変わるかもしれない¹⁰。被告の責任の大きさを決める際に、この原告の過失は無視されるべきとする理由は何か。

もし被告に、たとえば先の事例のように、オオカミを狙っていた被告が、誤って原告の犬を撃った、という過失があった場合、犬を放し飼いにしていたという原告の過失は、被告の責任を減額したり、あるいは、原告の全賠償請求を否定したりするのに、主張されるであろう¹¹。しかし、故意不法行為の場合でも、被告が善意であったことは、原告との平等性の見地から認められるべきなので、故意不法行為を行った被告であっても、過失のある原告に対して全賠償額を支払ったり、逆に、何らの責任も問われないということになったり、あるいは、損害の一部だけを支払う、というように考えるべきである、と Hollister 教授は説明されている。

さらに Hollister 教授は、被告が原告の同意をもらっていたと誤って判断していた、という故意不法行為の事例も、現在では、比較過失が適用されるべき事例にもなるかもしれない、という。たとえば、インディアン・レスリングの試合をしている間に、被告が原告を負傷させた、という場合である¹²。このとき、原告も被告も試合を行うことに対して同意をしていた

10 このような状況下で離した犬を預けた人に対して、犬の所有者が過失原因で訴訟を提起することはほとんど疑う余地はない。したがって、犬を放し飼いにすることは過失になるものと思われる。

11 この禁止は、寄与過失と修正された比較過失の裁判管轄で起こり、もし陪審員が、原告の過失の割合が述べられた閾値を超えている場合には、寄与過失を適用することになる。

12 この例は、Hollerud v. Malamis, 20 Mich. App. 748, 174 N.W.2d 626 (1970) と似ている。この Hollerud v. Malamis 事件では、原告が、被告である一軒目と二軒目の飲み屋で大量の酒を飲んだ後、同じく被告であるバーテンダーと一緒にレスリングの試合に参加した結果、負傷したことについて原告が被告らを訴えた、というものだった。ミシガン州の制定法で、泥酔した者は訴える権利はないとされているため、負傷した原告には訴える利益がない、とされていた。このルールに反する新しいルールを提示することができるのは州の最高裁しかないが、コモンローにおける過失をもとに、泥酔

が、両者ともかなり酔っていた。原告は、自分があまりにも酔っていたので、試合への同意は無効である、と主張した。他方被告は、原告は同意できないほど酔っていたとは考えられない、と反論した。もし原告が同意するのにもあまりにも酔っていたとしても、被告の行為は暴行（battery）の構成要件を満たすことになるかもしれない。このとき、原告の過失は考慮されるべきなのか。原告が認めるほど明らかな過失行為を原告自身が行い、それが原告の負傷にも寄与しているのに、その責任から原告は免れる一方で、被告には全額の賠償責任があるとするのは、公平性が維持されているとは言えない、と Hollister 教授は述べている。

(3) 私人による誤認逮捕の事例

その他の故意不法行為事例で、被告は道徳的に落ち度がなかったとされたが、法的責任はある、とされたものがある。たとえば、犯罪をしたと誤って判断された者を一般人が逮捕した場合、逮捕された者が犯罪をしたとどれほど合理的に確信したとしても、誤認逮捕に対する責任を問われることになる¹³。このような事例で、もし原告の過失が自身の負傷に寄与し

した者が飲み屋に対して賠償請求ができるとするルールを提示することを州の最高裁は拒否している。

13 たとえば、Lindquist v. Friedman's, Inc., 366 Ill. 232, 8 N.E.2d 625 (1937) があげられる。

【Lindquist v. Friedman's, Inc. 事件】

店主に偽物であると思われたお金で商品の代金を顧客が支払った。警察が来るまで店で顧客は待たなければいけないと店主が言った。この店主による拘束が、偽の逮捕によるものであり不当監禁になると顧客は主張した。第一審裁判所は、顧客が誤って逮捕され、店主の教唆で不当に監禁されたと主張している場合に、店や店主との合意が成立したとすることはできないとした。控訴審は、市民は私的制裁を加えたり、ある疑いや推定原因をもって他者を監禁したりすることは認められない、とした。さらに、不法監禁事例では、被告が原告に物理的な暴行を加えたことを証明する必要は

ていたら、その過失は何故無視されるべきなのか。

【Lindquist v. Friedman's, Inc. 事件】¹⁴

この事件は、被告の店で商品を購入するために偽ドルを使ったと判断をして、被告が原告を誤って拘束したことが問題になった事例である。結果

ないが、十分な法的根拠の無い場合、いかなる時、場所、方法をもって、被告は原告の自由を制約したかを示すことで十分である。被告の行為は原告の権利を無視して wanton であったと示されたので、被告に対する懲罰的損害賠償の査定は保証されると裁判所は結論づけた。

14 多少似た考慮をしている最近の事例として、Jacques v. Sears, Roebuck & Co., 30 N.Y.2d 466, 285 N.E.2d 871 (1972) がある。

【Jacques v. Sears, Roebuck & Co. 事件】

原告である消費者は、被告である店によって、万引き犯と疑われて拘束された。拘束が解かれた後、消費者は、店に対して損害賠償請求の訴えを提起した。事実審は、質問状に対する回答と一貫しない消費者勝訴の評決を支持した。県裁判所 (county court) は、再審査を命じた。ニューヨーク州の控訴審は、その訴えを棄却した。消費者は上告した。

消費者は、拘束 (detention) という言葉は逮捕 (arrest) という意味を含んでいないこと、逮捕には合理的な理由があったという抗弁がなかったこと、を主張した。店は、N. Y. Gen. Bus. Law §218に用意されているように、完全な抗弁を持っていると主張した。上告審は、218条を、私法的な誤認逮捕訴訟での抗弁として、小売店やその従業員も援用できるとしている、と認めた。逮捕と拘束という言葉は、伝統的には、交換可能なように使用されており、拘束という言葉は、非公式に止めておくことから公式の逮捕までの範疇をカバーしている広い意味を有している。218条は、逮捕された者が実際に、逮捕の理由になった犯罪をしていなければ、私的逮捕が無効になるという一般ルールから、万引き犯を拘束ないし逮捕した商人にとっての例外を削っている。初期の逮捕から警察が到着するまでの合理的な拘束であるという事実認定を支える圧倒的な証拠があり、それは完全な抗弁となる。そして、一般評決が質問状に対する回答と一致していない場合には、質問状に基づく判決を出して、訴えを棄却することは、控訴審の裁量権の範囲内の問題である。

訴えを棄却した控訴審判決は認容された。

的に、刑事事件としてこの被告人は有罪とされている。原告が拘束された犯罪が成立するには、その紙幣が偽札であることを原告が知っていることが構成要件の1つになっていたが、原告の主張によると、知らなかったということであった。もし原告がその紙幣が偽札であると知っていたはずと損害賠償訴訟で主張するのであれば、賠償額を決める際に考慮されるべき過失が、原告が偽札であると知っていたことであるとして、陪審員が結論を出すことは認められなかったのか。

（4）不注意な判断に基づく故意不法行為の事例

そして、あまり身近な事例ではないかもしれないが、ある故意不法行為事例において比較過失が適用されるべき、とも示される場合があるという。たとえば、被告が不注意で状況判断をした場合にだけ、故意不法行為が存在する、としている事例をいくつか指摘している。たとえば、McCummings v. New York City Transit Authority 事件¹⁵である。

【McCummings v. New York City Transit Authority 事件】

この事件は、原告が被告である警官に撃たれて重傷を負ったが、撃たれる前に原告は、72歳の老人を殴って首を締めた後で、逮捕されることから逃亡しようとしていた者だった。結局、被告の物理力の行使が過度であったことを考慮し、43万3721ドル24セントを賠償額として、陪審員は認定した。被告はその状況を判断するのに落ち度があったため、そこに不注意が認められたうえで、必要以上の物理力の行使があった、と事実認定とされた。

そもそも警官が原告を逮捕しようとした時に、被害者を殴って逃亡しよ

15 177 A.D.2d 24, 580 N.Y.S.2d 931 (N.Y. App. Div. 1992).

うとした原告の行為自体が非難に値すべきものであり、原告の行為と自身の負傷との間には因果関係があるという結論を陪審員は認めるべきではないか、と Hollister 教授は指摘している。もしそうだとすると、賠償額を算定する場合に、この原告の過失が考慮されてなかった理由は何か、とも指摘している。

(5) 原告の誘発、挑発による故意不法行為の事例

そして、原告が自分の損害を誘発するような行為をしていた場合が指摘されている。例えば、盗まれそうな場所に原告自身が自分のダイヤモンドの指輪を不注意に置き忘れ、その指輪が実際に盗まれ、被告によって後で購入されていた場合、善意の購入者である被告が、原告に支払わなければならない金額を決める際に、原告による不注意によって窃盗者をその気にさせたという過失を考慮すべきではないのか、と Hollister 教授は疑問を投げかける。

原告が主張している負傷を被告は意図していなかったが、比較過失を要求する故意不法行為に対して、自由権侵害ルール (liberal damage rules) のもとで責任がある、としている事例もある。たとえば、Rogers v. Board of Road Comm'rs for Kent County 事件¹⁶である。

【Rogers v. Board of Road Comm'rs for Kent County 事件】

この事件は、被害者と被告である郡は、冬の間故人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被告の防雪柵から出ている棒に当たり、そのとき受けた負傷が原因で死亡した。原告である彼の妻は、棒を取り除かなかったことで夫が死亡したことに対して、過失と不法侵入を理

16 319 Mich. 661, 30 N.W.2d 358 (1948).

由に被告を訴えた。

事実審は、不法侵入の証拠がなく、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判示しつつ、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を被告は付与されない、としつつ事実審判決を破棄した。

問題となった棒は目に見えて、子供も視認できるような状態で、適切な注意を払っていたら、この事故は発生しなかったであろうという場合に、原告が明らかに自身の不注意で棒を除去せず、不法侵入（trespass）という故意不法行為を被告が犯したからというだけで、原告の不注意は何故、無視されるべきとなるのか、という疑問をHollister教授は示している。

また、原告が明らかに被告を挑発したことが、自分が受けた損害に反映されるべきという場合もあると、Hollister教授は指摘する。

この原告による挑発の事例として、たとえば、Jones v. Thomas事件¹⁷が指摘されている。

【Jones v. Thomas 事件】

この事件は、被告が休憩をとる時間であると原告に言った時に、原告が反発することで発生した。言い争いは次第に激しくなった。職場の監督者が言い争いを止めるように両者に言ったが、原告は被告に対して、口汚くののしり、物理的な攻撃で脅しつづけた。この言葉による攻撃が約10分続いた後、原告は被告に対して、黒人野郎（black motherfucker）と呼びつけ、被告の尻（black ass）に蹴りを入れ、さらに被告の母親を殺し、家も燃やしてしまう、と言って脅した。この時点で被告は自制を失い、原

17 557 So.2d 1015 (La. Ct. App. 1990).

告を殴った。原告は受けた損害の賠償を求めて、故意に殴った被告に対して訴訟を提起した。

巡回裁判所は、従業員の挑発が重大で屈辱的なものであるが、従業員は公然と、あるいは脅しのジェスチャーをしたわけではないため、50%から90%の比較過失の割合で減額することで、従業員の損害額を減額し、第一審判決を修正した。労働者の補償責任保険でカバーされることで、従業員の負傷を包括的な一般責任保険が外しているという理由で、市と公園局に対する保険者の訴えを棄却した第一審判決を認容した。

Hollister教授は、このような事例の場合、たとえ被告が故意不法行為を犯したとしても、この原告による挑発行為は明らかに、賠償額を決定する際に考慮されるべきである¹⁸、と指摘している¹⁹。

18 比較過失が適用されるべきとルイジアナ州の裁判所が結論づけたが、この事例に関するほとんどの裁判所は、比較過失の適用について同意していない状況である。

19 なお、McNichols教授は、比較責任という言葉をつかって、比較過失と置き換えている。William J. McNichols, *Should Comparative Responsibility Ever Apply to Intentional Torts*, 37 Okla. L. Rev. 641 (1984). たとえば、厳格責任事例での陪審員がすべての当事者の全過失の量と原告の過失をいかに比較するかを決めるように要求されるとき、比較責任は確かに、現実になされた結果をよりよく表現している。それにもかかわらず、Hollister教授は、比較過失という言葉を使うことに固執している。その理由は、そちらのほうがより親しみがあるし、ほとんどの部分で筆者は、両当事者に過失がある場合に限定して論じているので、比較過失のほうが正確に事情を説明することになるからである。

三 故意不法行為事例で比較過失を適用する理由

(1) 厳格責任への比較過失の適用

実際の故意不法行為に関するほとんどの事例で、比較過失を適用する主な理由は簡単である²⁰。それは、比較過失を適用することが「公平」だからである。この公平性は間違いなく法の主な目的であり、公平性の基礎は、過失に対する比例的な責任によって、当事者の責任に応じて減額される賠償請求という場面で見出すことができる。その結果、誰も不正に利益を得ることにはならなくなる。たとえば、Goetzman v. Wichern事件²¹が、それを示唆しているとする。

【Goetzman v. Wichern 事件】

この事件は、上告人である患者が、被上告人である医師を相手に提起した医療過誤訴訟であった、事実審は、患者には寄与過失があるので、損害賠償請求は禁止されるという理由で、被上告人である医師勝訴の判決を出した。上告審である州の最高裁は、寄与過失の枠組みは放棄されているとして破棄し、その代わりに最高裁は、比較過失の原理を採用するとした。州の最高裁は、比較過失の原理のもとで、負傷した当事者の損害賠償請求額が、当事者の寄与過失に比例して減額され、負傷した当事者の過失が、

20 ある場面での被告の行動は、原告の過失が考慮されるべきと主張することができなくなるかもしれない。さらに、横領（conversion）事例での損害賠償請求は、これらの事例のいくつかで比較過失の適用を望ましいものとしている。

21 Goetzman v. Wichern, 327 N.W. 742, 754 (Iowa 1982).

過失事例に比較過失を適用することを支持する研究者はまた、過失のある二当事者のうちの一人に全損害を課すことの正当性に基づく主張をしている。たとえば、William L. Prosser, Comparative Negligence, 51 Mich. L. Rev. 465 (1953)、Ernest A. Turk, Comparative Negligence on the March, 28 Chi. Kent L. Rev. 189 (1950).

損害の唯一の近因でなければ、損害賠償請求は禁止されることはない、とした。また、当該事例に比較過失という新しいルールが適用される、とも判断した。事実審の判決は破棄され、事案は差し戻された。

また Hollister 教授は、裁判所は原告と被告を矛盾することなく扱うことを要求されるが、被告の場合、原告の負傷を引き起こすのに過失があるため責任を負うとされているのであれば、原告の過失も自身の負傷原因になっているという場合に、すべての責任を被告に負担させるというのは公平性に一貫性がない、と述べつつ、原告の過失行為を無視することは、人はどんなに些細な行為によって引き起こされた損失に対しても、それに応じた責任を負うべきという我々の基礎的な信念と矛盾することになる、としている。原告の負傷に原告と被告の不注意が寄与しているのに、原告と被告の扱いに一貫性がないことは、寄与過失ルールが裁判所に被告を免責するように要求し、原告に全損害を課すことにしているという過失責任事例でも明らかになっている。過失がある一方当事者のみに対して全損害を課すという一貫性の欠如は、原告にも過失があるのに原告が免責されることになるという点で、明らかになる。発生した損害を当事者間で分割できるのであれば、不公平な扱いをする必要はなくなるという理由で、ほとんどの州議会は、寄与過失を比較過失に置き換えているのである。

この一貫性の無さによって、過失事例における比較過失の優勢さを説明することができても、比較過失が厳格責任事例²²に適用されるべきという問題をほとんど説明することはできない²³。このことが影響しているのか

22 厳格責任 (strict liability) とは、過失責任と並ぶ不法行為責任原則の一つで加害者の故意、過失を立証する必要がなく、発生した結果に対して不法行為責任を被告に負わせる原理である。田中英夫『英米法辞典』816頁(東京大学出版会、1991年)。

23 Keeton, et al., Torts, supra note 9, § 65 at 478; Woods, Comparative Fault, supra note 6, §§14.42-14.48 at 363-74.

否か不明なのだが、厳格責任事例における伝統的な処理では、原告の過失は無視されることになっている²⁴。だが、厳格責任事例で原告の過失を無視しても、被告に過失があってもなくても、被告の取り扱いに矛盾を来たすことにはならないので、重要な問題ではないとも言える。

しかしながら、厳格責任に比較過失を適用する魅力は、厳格責任の被告を扱う際の非一貫性から生じる。厳格責任の被告は、過失があろうがなかろうが、損害賠償責任を追及されることになるので、その意味で、過失のある過失責任の被告より、厳しい責任を負わされることになっていると言える。過失のない人に、不注意な人よりも、多くの賠償額を支払わせることは、公平性に欠いていると言える。過失責任訴訟での不注意な原告によって請求されている全賠償額は、寄与過失ルールのもとで全く認められず、過失のある被告は免責されることになる。これに対して過失のない被告でも責任が問われる可能性のある厳格責任の場合、過失がなくても責任を負うという意味で責任が厳しくなっているのに、原告の不注意さは考慮されないというのは、バランスを大きく失っていると言える。そこで、実際に多くの裁判所は、厳格責任事例でも比較過失を適用する、と結論づけているのである。つまり、責任を原告に課すことなしに、過失責任の被告よりも厳格責任の被告のほうを厳しく扱うことになるという結論を回避するための方策として、比較過失が用意されている、というわけである。

さらにこの厳格責任事例に比較過失を適用することには基本的な理由がある、とされている。それは、負傷という結論に過失が寄与した範囲で、自分の行動の結果に対する責任を人は負わなければいけない、と強い信念を我々が有しているから、というものである²⁵。原告の過失が自身の負傷

24 Restatement (Second) of Torts §§515, 524 (1976).

25 Friedrich K. Juenger, Brief for Negligence Law Section of the State Bar of Michigan in Support of Comparative Negligence as Amicus Curiae, *Parsons v. Construction Equipment Company*, 18 Wayne L. Rev. 3, 50 (1972). 同じ結論が、次に述べられているカリフォルニア州の最高裁で出さ

の原因になっているとき、たとえ被告の過失をほとんど検討することなしに責任があるとされたとしても、賠償額を査定するにあたって、原告の過失を考慮すべきである、とするのが我々の基本的な信念に合致すると考えている。過失のある行為によって生じた負傷に対しては責任を負うべきという信念は、被告に責任があったとした初期の法原則に反映されており、この信念は、両当事者に過失があれば、過失責任事例において比較過失を適用するということを支持しているものと言える。そして、いったん比較過失が厳格責任事例でも適用され、原告の過失を考慮するというようになると、多くの裁判所が考え方を変えてきた主な理由として、この信念を指摘

れているが、原告自身の過失から生じる損害分が、他者によって負担されるべきとする政策的な理由を理解することはできない。そのような結果は、過失と比例して公平に損害が査定されるべきという原理に直接抵触するであろう。参考の裁判事例として、Daly v. Gen. Motors Corp., 20 Cal.3d 725, 737, 575 P.2d 1162, 1169 (1978) があげられる。

【Daly v. Gen. Motors Corp. 事件】

被害者は酔っており、シートベルトを着用していないか、ドアのロックをかけていなかったが、車によって衝突されたとき、そのドアが開いたため、車から投げ出されて、死亡した。原告である被害者の家族は、被告である自動車製造業者とその販売店を相手に、ドアロックの設計に欠陥があるとして製造物責任訴訟を提起した。陪審員は、被告勝訴の認定をして、事実審はそれに従った判決を出した。上告審は、被害者が酔って安全装置を使用していなかったという制限説示 (limiting instruction) がない状態で証拠を提示するのを被告に認めた点で、事実審には不利益となる誤謬があるという理由で、事実審判決を破棄した。また将来、比較過失の原理が、厳格責任訴訟でも適用されるであろう、ということにも言及している。州の最高裁は、被害者が酔っており、安全装置を使用していなかったという証拠を事実審が承認したことに、不利益となる誤謬があるとして、下級審判決を破棄した。

ちなみに制限説示 (limiting instruction) とは、陪審員が審査を始める前に、判事が事案の証拠についての説示を与えることである。裁判の公正性を考慮して、裁判所が、陪審員の事実や証拠についての考慮を制限しなければいけない場合に備えた制度である。

できるようになる、と Hollister 教授は言う。

(2) 故意不法行為責任への比較過失の適用

このような過失責任事例や厳格責任事例でも比較過失が適用されるべきという結論の2つの理由付けは、故意不法行為事例でも援用できる。

最初に、原告と被告を公平に扱うべきという議論は、過失責任訴訟ほど、故意不法行為事例では直接的に表面化していないが、存在していることは間違いない²⁶。故意不法行為事例で原告の過失を考慮することに消極的になると、原告に損害を発生させる過失が原告にもあったのに、被告だけ責任があるとする結論に非一貫性がある、という問題となって表面化してくる²⁷。もし発生した損害と因果関係があるとされた過失行為に関与したことが、被告の責任となっているのであれば、その一貫性は、原告にも同じ結論をもたらすことになるはずであるというわけである。

第二に、原告の過失によって生じた結果に対しては原告に責任を負わせるべきという考えは、過失事例や厳格責任事例と同様に、故意不法行為事例でも生じると考えるべきである。

原告の過失行為は、あらゆるタイプの不法行為訴訟の事例で同じように存在しているので、原告にも責任を負わせるべきと同じことが言えることになる。

26 過失事例では、両当事者が不注意だった。故意不法行為事例では、一方当事者である原告が過失で行動し、他方当事者が故意で行動するというものである。このような違いは、単に程度の違いなのであり、過失のあるタイプと他のタイプを比較することを拒否する理由を提供することはない。両当事者の過失が故意である場合には、当事者の取り扱いの非一貫性は、過失事例と同じように故意不法行為訴訟でも厳しくなる。

27 たとえば、不可避の事故で他者を傷つけた被告は責任がなく、厳格責任によってカバーされる数少ない事例で救済される。Keeton, et al., Torts, supra note 9, § 29 at 162.

このような過失行為によって生じた損害に対して責任を負わせ、そして、あらゆる当事者を一貫性のある扱いをすることの目標が否定されている現在の状況から、故意不法行為事例に比較過失を適用することを正当化するには十分ではないとするのは、故意不法行為法のより重要な目標を密かに傷つけることになるのではないかと Hollister 教授は指摘する。

(3) 損失の分散と故意不法行為

ほとんどの部分で、故意不法行為責任の目標は、過失責任の目標と同じであった。その目標とは、社会がある行為を望まないものとし、それを抑制することであるが、望ましくないとされた行為をした場合にはその者を罰し、損害を受けた者に対して補償をすること、である。そして、過失責任の目標の1つは損失の拡散 (loss spreading) であるが、それは故意不法行為責任の目的ではない。何故なら、一般的に、故意不法行為者に責任を課しても、故意で損害を発生している以上、抑止という目的を達成することはできないからである。

このように、故意不法行為の場合、過失責任の1つの目標が欠けることになるが、その他の目標は同じである。この同じ目標があれば、たとえ、過失事例で適正に考慮されていたことが、故意不法行為事例で無視される、というのは難しくなる。つまり、比較過失のルールは、故意不法行為の場合でも過失行為の場合でも、適用されるべきである、と Hollister 教授は主張する。故意不法行為責任と過失責任の目標にある類似性に基づいて、故意不法行為事例に比較過失を適用することは、抑止力²⁸や懲罰とい

28 実際に比較過失を適用することが、不適正な行為に原告が従事することを抑制することで抑止力を推進するであろうと論じられ得る。だがこのことは、被告に関して論じられているようにはならないと思われるので、Hollister 教授は指摘する。

う目的を達成するということを考慮しても、裁判所が阻むことにはならない。

さらに、被告が原告に賠償請求されているという事実は、社会が被告の行為に対する評価をしたというメッセージを送っているのである。不注意な原告による全額賠償請求ができなくなるとすると、被害者を償うという目的は十分に達成できないことになる。原告を償うということだけが現実の目的ではないし、発生した損害を被告に課すことで、被害者を償うというだけではあまり意味がない、と Hollister 教授は述べる。

この過失事例や厳格責任事例での被告が、通常、その損失をより容易に拡散することができるという場面は、被告が保険でカバーされるのが典型である。つまり、発生した損害が被告に課されることで拡散される、というわけである。故意不法行為事例で、損失を拡散するのは、被告のほうが原告よりもできる、とは言えない。しかも、被告の責任保険が故意不法行為をカバーしていないケースが多いので、結果、損失を分散する手段を用意していないことになる可能性がある²⁹。実際に、被害者自身で保険を用意する第一当事者保険（first party insurance）で原告の損失はカバーされているのが現実なので、故意不法行為の被告は原告よりもおそらく、損失を分散することができない³⁰。このため、裁判所が故意不法行為事例で比較過失を適用するのを拒否していることから、僅かしか損失を拡散することができない原告に全損害の負担を課していることになる。さらに、原告と被告の間で損失を分散させる代わりに、ある当事者に全損失を課するという内容の反比較過失ルールが、さらに損失を集中させることになってし

29 Robert E. Keeton and Alan I. Widiss, *Insurance Law, A Guide to the Fundamental Principles, Legal Doctrines, and Commercial Practices*, 493-94 (West, student ed. 1988).

30 事故の被害者の80%以上が、健康であり事故保険に加入している、という報告がなされている。Schwartz, *Comparative Negligence*, supra note 6, at 210.

まう。

このように、故意不法行為事例に比較過失を適用することは、損失拡散を推進することになるかもしれないが、抑止力や懲罰という目的を徐々に弱めることにはならないし、故意不法行為者の行為を社会が認めないという明確なメッセージを妨げることもならない。このため、比較過失は適用されるべきである、と Hollister 教授は主張されている。

(4) 損害の公平分担

故意不法行為事例で原告の過失を考慮することは、何も新しいことではない³¹。裁判所は、原告の過失の重要性に気付いているにもかかわらず、All or nothing ルールが、両当事者の過失を反映する判決を到達することへの妨げになっていた。原告の過失が十分正当化できるほどのものだった場合、裁判所は、原告を免責することで同じこととなり、全損害を被告に課すように処理を行ってきた。逆に、原告の過失が重大でない場合、裁判所は、被告に全損害を課したり、原告の過失を無視したりしてきたのである。

このような限られた方法の中で、裁判所は、All or nothing という考え方に縛られて検討していたが、故意不法行為事例で、原告の過失の重要性をできるだけ認識することができるようになったと言える。比較過失は、発生した損害を分割することができない場合には適用できないが、両当事者の過失を考慮するという方法さえ用意しておけば、各人の重要な要素が何であるのかをいつも考慮するように、裁判所の判断能力を高めることに

31 たとえば、もし原告が、意図的でない過失をもって被告に、ある事実が存在すると確信させたすると、免責によって被告は明らかに保護される。Restatement (Second) of Torts §77 (1963). §§88, 101, 119 も合わせて参照。

なる。このように、比較過失は歓迎されるべき考え方であり、故意不法行為事例での責任を分担する現在の制度とされるべきである、と Hollister 教授は主張している。

要するに、故意不法行為事例でも比較過失を適用することは、生じた損害を平等に割り当てることで公平性を促進することになるであろう。このように比較過失の適用を認めれば、原告と被告に関する明らかな非一貫性の取り扱いを排除することになるであろうし、現在のルールとは違って、自分の過失行為によって生じた損害に対して、人は責任を負わなければならない、という強い信念に基づいて称賛されることになるであろう。

さらに、故意不法行為事例で過失相殺を適用することは、損失拡散という目標を押し進め、原告が自身で危険になることを抑制することで、損失の拡大を防止することになるかもしれない。またこのことは、被告に対する抑止力や懲罰を強化することなく、比較過失の適用を通じて、達成できるかもしれない。故意不法行為事例に比較過失を適用する潜在的な利益があったという観点から考え、何故、今まで適用されなかったのか、と Hollister 教授は強い疑問を持っていた。

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

故意不法行為事例で、原告の過失が重要であるべき理由について政策的な理由付けをした裁判所はあまりないが³²、その結論を正当化しようとする

32 たとえば、Greycas, Inc. v. Proud, 826 F.2d 1560 (7th Cir. 1987) である。

【Greycas, Inc. v. Proud 事件】

借主は、金銭的に厳しくなり経営難になった自分の農場をサポートするために、原告である貸主からの融資を求めた。借主は、農場の機械を担保に入れることを申し出て、融資を安全にするために農業機械に担保を設定し

る裁判例はいくつか存在する。次に、その事例を提示してみよう。

1 寄与過失によって課される厳しい結論を回避するために無視されなければならない原告の過失

比較過失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、寄与過失原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³³。寄与過失という原理は、過失のある原告が、過失で負傷させた被告から何等かの賠償請求をすることができない、ということの内容とする原理である。裁判所は、過失のあった被告に対して不注意な原告が賠償請求することを禁じていたルールに不満を感じていたため、その他の事例に寄与過失のルールが拡張していくのに消極的だった。特に、故意不法行為事例での寄与過失ルールは、有責任の少ない当事者に全損害責任を課すことになる³⁴。だが比較過失を適用す

たことは以前にないと述べた手紙を用意するために、義理の兄で被告になる弁護士に相談した。被告は、農場の機械のほとんどがすでに他の融資者に担保に入られているが、書面を用意した。借主は後で融資返済の不履行になっている。原告は、過失による不実表示を理由に被告に対して訴訟を提起し、勝訴した。控訴審はそれを認容した。イリノイ州の法律のもとでは、取引の過程で、商売上の取引につき他者に助言を与えるために情報を提供した者は、有害な信用を起こさせる過失による不実表示に対して責任を負うことになっていた。被告は、原告に対して、借主との商業上の取引で原告に助言を与える意図をもって情報を提供した。それゆえに被告は、情報が正確であると認識するのに正当な注意を払う義務を有している。原告は、記録の調査するのを被告に頼っていたが、合理的に行動していたと言えるので、自身の調査をしなかった点に過失はない、とした。

33 Jake Dear and Steven E. Zipperstein, Comparative Fault and Intentional Torts: Doctrinal Barriers and Policy Considerations, 24 Santa Clara L. Rev. 1,359 (1984).

34 一般的に、故意不法行為を犯した被告が、自分が生じさせた結果と似た損害を意図し、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

ることで、それが純粋な比較過失であっても、修正された比較過失であっても、この不満を改善することになる。

純粋な比較過失の枠組みで考えると³⁵、裁判所は、過失ある原告はもはや賠償請求することができないという、寄与過失による厳しい結果を心配する必要がなくなる。このとき、被告の故意と原告の過失とを比較することを拒絶する理由は、その存在意義を失ってしまう。

他方、もし修正された比較過失が故意不法行為事例に適用されると、厳しい結果が生じる可能性もある。それにもかかわらず、そのような結果と、修正された比較過失の哲学とに一貫性があれば、現在の制度によって課される結論よりも好ましいものになる。修正された比較過失では、原告の賠償請求は純粋な比較過失と同じように、減額されることになるが、原告の過失が達するある閾値とは、通常、全損害の50%近くになる³⁶。しかし、いったん原告の過失がそれ以上の閾値に達すると、原告の請求は認められなくなる。もしこの同じ方法が故意不法行為事例で適用されると、閾値以内にある過失のある原告は、減額された賠償請求をすることができるが、その閾値を超える過失があるとされた原告は、減額された賠償請求さえ認められなくなるであろう³⁷。たとえば被告が故意不法行為を犯したと証

ら、被害者よりも道徳的に落ち度があることのほうが通常である。

35 比較過失の純粋型のもとでは、原告による賠償請求は、原告の過失が全過失に寄与したのと同じ割合で減額される。

36 Schwartz, Comparative Negligence, supra note 6, §35 at 67. 2つの州では、もし原告の過失が僅かでもあれば、賠償請求は認められない、とされている。Neb. Rev. Stat. §25-21, 185 (1989), S.D. Cod. Laws Ann. §20-9-2 (1987).

37 修正された比較過失という違うタイプでは、故意不法行為事例に適用されることは可能である。修正された比較過失が、純粋の比較過失の採用に向かっている裁判管轄では、修正された比較過失の異なるバージョンは、賠償請求を全く認めないことから、部分的に認めるという全額の賠償請求から部分的賠償請求に、故意不法行為事例において裁判所が移行しているので、このことが故意不法行為事例にとって必要になってくるであろう。

明されたとしても、閾値を越えた原告による全損害の賠償請求が認められないというのは、明らかに公平性を欠いている。

さらに過失ではなく、故意不法行為の場合に、賠償請求が完全に認められないというのはかなり過激であり、過失のある原告でも賠償請求が全額認められる場合がある現在の制度からはかけ離れているので、不公平性が深刻になって現れるようになる。だが、この閾値を超えた過失のある原告の扱いは、修正された比較過失において提示された正当性の中の1つの場合と適合し、原告は、自身の過失より小さい、あるいは、ある場面では同等である被告に対する賠償請求はできないとされるべきである。そして、原告の過失が被告の過失を超えている場合には、原告の被告に対する賠償請求が制限されるというルールは、より小さな過失の被告が、より大きな過失のある原告による全額の賠償請求ができる現在の状況よりも、より公平である。その結果、故意不法行為事例に、修正した比較過失をたとえ適用しても、原告の過失がある閾値を超えた場合に原告にとって厳しい結論になったとしても、そのような結論は修正された比較過失の背後にある哲学と一致している。そして、被告に全額の支払いを要求する現在の制度よ

その違いを反映するために、故意不法行為に対する修正された比較過失制度は、原告の過失が閾値以下であるすべての事例で全額の賠償請求を認めるが、原告の過失が閾値を超えていれば、比例的な賠償請求だけを認めることができるようになっている。通常の修正版がそうであるのと同じように、そのような制度は、故意不法行為の結果を著しく変えるであろうし、本文で論じた結果であれば、原告が発生した損害に関与している限りで、厳しくならないようになるであろう。だが、修正された比較過失の理論的な正当性の1つは、閾値を超える過失のある原告は、賠償請求する資格を有していない、というものである。さらに、原告の過失が閾値を超える事例においてのみ、現在の制度の不公平さが示されている。修正された比較過失を適用する裁判管轄の合理性を崩す比較過失ルールを、裁判管轄が図る傾向にはないように思われる。現在存在する不公平さを部分的にでも訂正すると知りつつ、そのような制度を裁判所が構築する可能性はかなり遠いと言える。

りも、公平性という面では、不公平性が少なくなるであろう、と Hollister 教授は指摘している。

このように故意不法行為事例で原告の過失を考慮すると、不正な厳しい結果につながると裁判所が恐れを抱くのは、寄与過失が完全な抗弁であると主張し続ける数少ない州において意味があるかもしれない。原告の過失が少しでも大きければ賠償請求は認められないという裁判管轄では、裁判所が、故意不法行為事例に修正された比較過失を適用することに消極的になるのは当然で、僅かな数の事例での不正を修正する一方で、多くの事例において不正な厳しい結果が引き起こす必要はないからである。しかし、その他の多くの裁判管轄では、故意不法行為事例で比較過失を適用しても、不正な厳しい結果にはならないであろう。実際そのような結果は、現在到達している結論よりも、より公平性を有していると思われる、と Hollister 教授は指摘している。

2 故意不法行為事例で比較過失を適用することを禁止する比較過失立法

寄与過失の分野は明らかにコモンローに属する分野なので、そのルールは司法的に修正ができる。立法的には寄与過失を置き換えて、比較過失が採用されており、裁判所の中には比較過失の言葉を使っている例もある³⁸。そうすると、比較過失という制定法を立法化することで、過失を比較することが過失事例でのみ適切であるが、裁判所には故意不法行為事例にまで比較過失を適用するような権限がない、と裁判所は結論付けるかもしれない³⁹。だが、この結論は不要である。理由は、比較過失を故意不法

38 たとえば、42 Pa. Cons. Stat. Ann. §7102 (Purdon 1983 and Supp. 1992)、12 Vt. Stat. Ann. § 1036 (Equity Supp. 1992)。

39 制定法の中には、故意不法行為に基づく訴訟に適用しないと明確に述べ

行為事例でも適用されるように、裁判所は司法的にルールを創造することができるからである。現にニュージャージー州は、比較過失の制定法を有しており⁴⁰、裁判所もそのようなルールを創造している⁴¹。

これと同様に多くの裁判所は、比較過失に関する制定法の存在が、厳格責任での比較過失の適用を阻んでいるわけではない、と結論づけている。たとえば、Hao v. Owens-Illinois, Inc. 事件があげられる⁴²。

ることで、そのような不法行為をカバーするために条項の適用範囲を裁判所が広げるのを禁止する方法により近づいているものがある。たとえば、Fla. Stat. Ann. § 768. 81 (West Supp. 1992) である。このような制定法でも、故意不法行為事例に比較過失を裁判所が適用することを妨げることはない。その理由は、そのような制定法には、比較過失を裁判所が適用すること自体を禁止する条項が含まれていない、からである。

40 N.J Stat. Ann. § 2A: 15-5.1 to 2A: 15-5.3 (West 1987 and Supp. 1992).

41 Blazovic v. Andrich 事件 (前掲注7) が裁判例である。

42 738 P.2d 416 (Haw.1987)。そして、Bell v. Jet Wheel Blast, 462 So.2d 166 (La. 1985) では、寄与過失の禁止を以前から受け入れられないとしていた主張に適用することを制定法は妨げていない、と記した。

【Bell v. Jet Wheel Blast 事件】

この事件は次のようなものだった。被上告人である負傷者は、大きな金属枠を清浄するために、大きな送風機の上で作業をしている間に負傷をした。この機械は、上告人によって製造設置されたものであった。被上告人の負傷は、その機械の鎖と鎖歯車が稼働している中に手を巻き込まれ、生じたものだった。陪審員は、問題の製品である送風機には欠陥があり、その欠陥は負傷の近因で、被上告人は負傷という危険を引き受けていないと認定した。過失理論のもと陪審員は、上告人には過失があり、その過失は負傷の近因であるが、被上告人には寄与過失がある、と認定した。ルイジアナ州法での被害者の過失となる事実が認定されたので、寄与過失の事実認定は被上告人からの責任追求から免除されることになると上告人は主張した。だが地方裁判所は、厳格責任訴訟で被上告人に対して15万ドルの損害賠償請求を認めた。控訴審は、地方裁判所の判決を認容した。上告審はこの原審を無効にして、ルイジアナ州の民法典は、製造物責任として共通して知られている責任理論、つまり欠陥製品に基づく厳格責任の訴えを破ったり、軽減したりするのに、寄与過失として知られている抗弁を認めるのか、と

【Hao v. Owens-Illinois, Inc. 事件】

この事件は次のようなものであった。原告である負傷した従業員がアスベストに関連するいくつかの病気に罹患した後、原告とその妻は、欠陥製品を製造したこと、そして、関連する危険性についての警告をしなかったことに過失があるという訴えに基づいて、他の製造業者と販売者と同様に、製造業者に対する訴訟を提起した。原告は、他の製造業者と販売者との間で和解を成立させていた。事実審は、すべての被告の責任以上に、負傷に対する原告の責任があると認めて、製造業者勝訴の判決を出した。上告審は、損害に対する被告の責任よりも、原告の責任のほうが大きいと決められても、負傷した従業員の過失が、自分の製造物責任を否定していないので、一部事実審の判決を破棄した。上告審は、製造物責任の訴えに純粋型の比較過失の原理が適用されるとし、負傷した従業員の過失の割合によって、原告の賠償額が減額されるべきと認定した。

統一比較過失法（Uniform Comparative Fault Act）でさえ、裁判所が故意不法行為の事例で比較過失を適用するのは適切である、と示している⁴³。したがって、比較過失という制定法が、故意不法行為事例において、

いう質問を認めた。厳格責任訴訟でも、原告の寄与過失が、必ずしも損害賠償請求を禁止することはないし、比較過失の原理は、注意深い製品管理を用意しなかった場合を除いて、損害賠償額を減額するために適用される余地がある、とした。

しかし、Hollister教授によると、被告によって製造された機械にある適正な安全ガードがないことで生じた負傷と同様に、労働者の絶え間ない不注意から労働者の手の負傷が生じた場合には、他の裁判管轄における事例を検討してみると、原告自身の過失は損害賠償額を減額していない、としている。

43 統一比較過失法が、故意不法行為事例に比較過失を適用することにお墨付きを与えていないが、そのコメントでは、このような事例にその原理を適用することを妨げているわけではない、とされている。Unif. Comp. Fault Act §1, cmt.12. これは、Schwartz, Comparative Negligence, supra note 6,

比較過失を裁判所が適用することを阻んでいる、とは言えないのである。

3 故意と過失は質的な違い

故意不法行為事例で比較過失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の中の1つに、被告の故意と原告の過失は質的に異なっているため比較できない、として争点になった裁判事例がある⁴⁴。Florenzano v. Olson, 387 N. W. 2d 168, 176 (Minn. 1986) である。

【Florenzano v. Olson 事件】

被保険者は、保険代理店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。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。ミネソタ州の控訴審判決は、被保険者には62.5%の過失があるという事実認定に基づいて出された被告勝訴の第一種判決を破棄した。州の最高裁は、事案における事実の下での責任の唯一の基礎は、過失であって詐欺ではない、とした。代理店は、自称ファイナンシャルアドバイザーとして、偽情報を被保険者に供給し、情報を得たり、交換したりするのに、合理的な注意を払わなかったし、その能力もなかった。だが、代理店が被保険者に出した情報が偽のものだったと代理店が知っていたという推論は、提示された事実によって立証されていないので、詐欺立証に要求される故意の要素は証明されていないと認定した。また、過失による不実表示に対する被保険者の行為にも比較過失の原理が適用される、とした。比較過失は故意不法行為に適用されてこなかったが、比較過失の原理は、過失訴訟での割り当て責

at 364-65で転載されている。

44 387 N.W.2d 168,176 (Minn.1986).

任への道筋を用意し、比較過失と他の形態の過失とを、不実表示における過失において区別する理由はない、とした。

このFlorenzano事件の判決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、2つの理由で根拠がない。1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⁴⁵。2つは、たとえ質的な違いがあっても、二人の過失があるとされた二人のうちの一人が、全損害を負担することに十分な理由があるのか、ということである。

(1) 過失と故意には質的な違いはあるのか？

故意不法行為事例で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、質的な違いを強調するところもあるが、程度の違いよりも、質的な違いとして説明しているところはほとんどないか、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⁴⁶、ということ述べ

45 ある著名な法学者である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う意図的な行動との間には、連続性がある、と。自発的、非回避的、過失、重過失 (grossly negligence)、無謀 (reckless)、故意 (deliberate) に特徴づけられる明確な境界はない。Ampat/Midwest, Inc. v. Illinois Tool Works, Inc., 896 F.2d 1035, 1042 (7th Cir. 1990)。それにもかかわらず、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た。

46 裁判所の中には数が少ないが、質の違いという結論を説明する裁判所が、故意不法行為に対して要求される心理状態に関する混乱を示している。ルイジアナ州の裁判所は、損害を課すと意図した者として、故意不法行為者に言及し、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として、故意不法行為者を説明した (Atchison, T. & S.F.Ry.Co. v. Baker, 98 P.2d 804, 807 (1908))。だが、多くの故意不法行為者は、損害も負傷も意図して

たところも存在しない。事実、比較過失を適用するのを拒否するための正当化の基礎的な前提になっている点は第二次リステイメントで崩されており、第二次リステイメントでは、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、と説明している⁴⁷。しかも、相違について2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、それは、相違が問題になっている場合に、2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があるということから、疑わしいものになっている⁴⁸。たとえば *Spivey v. Battaglia* 事件である。

いない。同様に、アイオワ州の最高裁は、故意不法行為者の間にある寄与度を否定するルールは、不道徳で実際に損害を意図したことに基づいているとして、そのどちらも故意不法行為の成立には要求されていない、と述べた (*Best v. Yerkes*, 247 Iowa 800, 77 N.W.2d 23, 28 (1956))。

47 Restatement (Second) of Torts §500 cmt. G (1963) は、過失と向こう見ずの違いは、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、と述べている。

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く、このことが、質的な問題が程度の問題に姿を変えていると述べる Edward H. Levi からの支持を受けている。Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* 9 (Univ. of Chicago, 1949)。

48 258 So.2d 815, 817 (Fla. 1972)。

意図と過失とを区別するのを苦勞しながら裁判所は検討しているが、このような概念は質的な違いではないと示している。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である。裁判所の中で、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。

重過失が、故意の要素を供給している、とする裁判所もない。故意と無謀とは、必ずしも、相対立するものではない、としている裁判所もない。Wantonness が、willful, intentional wrong と、責任の観点で均一であるとしている裁判所もない。さらに、質的な違いに関して、故意や過失ははつきりしている、と指摘している裁判所もある。

【Spivey v. Battaglia事件】

上告人と被上告人が昼食をとっているとき、上告人が内気であると知っていた被上告人が、ちょっかいを出そうとして、意図的に上告人に腕を回して、自分の方に上告人の頭を引っ張った。親し気に、頼んでもいない抱擁をした後すぐに、上告人は激しい痛みを覚え、上告人の顔と口の左側に麻痺が生じた。そこで上告人は被上告人に対して損害賠償請求訴訟を提起した。事実審は、被上告人による行為が暴行にあたと認めた。控訴審判決を受けて上告人が上告した。上告審は、被上告人の行為が過失ないし暴行になるかどうか、陪審員にとっての質問になっているので、破棄したうえで事案を事実審に差し戻した。上告審は、被上告人の立場に立った合理人であれば奇妙な結論であると思われても、暴行に対する故意に相当するものを持っていなかった、と言われることはできないと認めた。

この点について、研究者の中にも同様の混乱が見られる場合もある。たとえば、アメリカのロースクールで一般的で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⁴⁹、としているが、意図が悪化した形式、意図に近づきつつある状態というものが、程度というだ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⁵⁰。このように反対の結論に対する理由付けが不足しているのに、比較過失をするという重要な制度を否定するのに、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。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意味されているのかということ、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、ということを十分に探る

49 Keeton, et al., Torts, supra note 9, § 8 at 36.

50 Ibid.

必要があるのではないかと Hollister 教授は強く批判している。

この質的そして程度の違いという議論に関する見解の中の1つに、ホームズ判事が、最大の違いは質的なものではなく、程度である、と述べたものがある⁵¹。ホームズ判事は、程度の違いに関する事例として、夜と昼を引用している。夜と昼は劇的に異なっているが、互いに反対命題という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、という主張である⁵²。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ものであり、共通の特質のないものが質的な違いである、としている。

(2) どのような点で、故意と過失との間に違いはあるのか？

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⁵³。他方過失は、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⁵⁴。

51 Haddock v. Haddock, 201 U.S. 562, 631 (1906).

52 Id. 201 U.S. 562, at 632.

53 Restatement (Second) of Torts § 8A (1963).

54 Id. § 282. 故意と過失の間のどこかに無謀があり、合理人が実現するように導いた事実を行為者が、認識したりしていなかったり、知っている理由があつたりなかったりする故意の作為ないし不作為であり、他者に物理的な損失の不合理なリスクを行為によって創造するだけでなく、そのリスクが実質的に、行為が過失になるのに必要な程度以上に危険である作為ないし不作為を含む、としている。裁判管轄によっては、無謀が、過失が酷くなった形式であるとか、行為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する。たとえば、Sorensen v. Allred, 112 Cal. App.3d 717, 169 Cal. Rptr. 441 (1980) と、Krivijanski v. Union: R.R., 357 Pa. Super. 196, 515 A.2d 933 (1986) を比較してほしい。

このように故意的不法行為と過失とは明らかに、次の2つの基礎的な点において異なっている。1つは、故意不法行為者が少なくともある特定の

【Sorensen v. Allred, 112 Cal. App.3d 717, 169 Cal. Rptr. 441 (1980)】

上告人と被上告人は、自動車事故に巻き込まれた。裁判で陪審員は、被上告人である運転手勝訴の評決を出したが、被上告人には部分的に過失が認められるとして、損害賠償額を割り当てた。また、意図的な違法行為として上告人は有罪であると認定もした。この事実認定を元に、事実審は、比較過失の原理が適用できないことを認め、損害の全額の賠償請求を被上告人に認めた。州の最高裁は、意図的な違法行為が事実認定されているにもかかわらず、損害額は比較過失の原理にしたがって割り当てられることができるし、損害賠償請求にそのような修正を命じた。

最高裁は認容したが、判決を修正した。最高裁は、上告人による意図的な違法行為の事実認定があるにも関わらず、比較過失の事例で損害額が割り当てられる、と認めた。

【Krivijanski v. Union: R.R., 357 Pa. Super. 196, 515 A.2d 933 (1986)】

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。上告人は、被害者が乗っていたオートバイが、被上告人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て、被害者が死亡したと主張した。事実審は、被上告人の意図ないしwantonな行為が、被害者の死亡に寄与し、被上告人の過失は60%で、被害者には残りの40%の過失が寄与していると認定した。事実審はさらに、42 Pa. Cons. Stat. Ann. §7102 という比較過失法を適用して、それによって評決をその型にはめた。上告人と被上告人は、事実審の賠償額について異議申し立てをした。上告審は、被上告人の不適正な行為がwantonないし意図的であると陪審員が認定した場合、比較過失は適用されるべきではない、とした。最高裁は、過失の事実認定とは区別して、比較過失は過失の場合にだけ適用されるとした。最高裁は、事実審評決を無効にして、比較過失の適用をしていない評決を命じた。

最高裁は、上告人である人格代表者による、被上告人に対する併合された不法死亡訴訟で上告人勝訴と認定し、陪審員による比較過失の事実認定に基づいて、各上告人に認められた賠償額を減額した事実審判決を破棄した。最高裁は、被上告人の不法死亡行為が意図的ないしwantonであると陪審員が認定した場合に、比較過失は適用されるべきではない、とした。

結果が続くという主観的な確信を持っている⁵⁵のに対して、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⁵⁶。2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⁵⁷のに対して、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⁵⁸。

55 Id. § 8A.

56 Id. §§291, 500.

57 研究者の中には、第二リス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). 故意の客観的基準が使われる程度で、質的な違いに関する議論のポイントは打破された。ほとんどの研究者はそ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、被告の故意の主観的基準のもとでさえ程度問題であると示す結論と試みをこの論文は提示している。

58 無謀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、Roberts v. Brown, 384 So.2d 1047 (Ala. 1980) と、Mandolidis v. Elkins Indus., Inc., 161 W. Va. 695, 246 S.E.2d 907 (1978) がその例である。

【Roberts v. Brown, 384 So.2d 1047 (Ala. 1980)】

被上告人である遺産管理人の被害者は、上告人である遺産管理人の被害者との自動車事故で死亡した。陪審員は、不法死亡訴訟で被上告人である遺産管理人勝訴の評決を出し、上告人である遺産管理人の被害者の行為が wanton であったと認定した。上告審で上告人である遺産管理人は、wanton であるかという争点につき十分な証拠がないので、指示評決を要求する権利が自分には付与されている、と主張した。最高裁は同意し、判決を破棄した。最高裁は、事故時に誰が車を運転していたのかにつき証拠はないとした。車の速度、あるいは、何故車が高速道路から降りたのか、そして運転手が酔っていたという証拠が全くなかった。上告人である遺産管理人の被害者が事故日の早い時間から長い間車を運転していたという単なる事実だけでは、事故発生時に彼が運転していたという推定を支持することにはならない。事故日の早くから長い時間、ビールを何杯か飲んでいても、上告人である遺産管理人の被害者が酔っていたという推論にはなら

このような、主観的にある結論を確信している行為と、結果的な不合理な危険となっているだけという行為との間に両者の違いがある、ということは誰も疑うことはない。しかし、このような違いに意味があるという事実は、質的な違いがあるということにはならない。この主観的な確信と不合理な危険という概念は、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の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のである。このような構造の中に、故意と過失の両概念が含まれている。この連続性の何処かに線を引き、線の一方の端にある行為が、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Hollister教授は指摘する。

ないし、酔った状態で危険なカーブを運転しようとするのが重大な負傷となるだろうと知っていたとしても、そんなことはお構いなしであった、ということにもならない。そのような推論は思索的なだけであり、合理性や合法性の範囲を超えている。

【Mandolidis v. Elkins Indus., Inc., 161 W. Va. 695, 246 S.E.2d 907 (1978)】

従業員ないしその相続人(heirs)は、W. Va. Code §23-4-2にある不法行為免責の例外として「計画的な意図(deliberate intent)」に基づき、雇用の過程とその結果として生じた負傷や死亡を理由とする損害賠償請求訴訟を提起した。上告審は、従業員の死亡や負傷が、使用者の計画的な意図から生じたものであれば、使用者を相手取った労働者補償法によるコモンロー上の訴訟を認めることになるかどうかを判断するため、W. Va. Code §23-4-2を分析した。上告審は、その制定法は、使用者の行為が、意図的な不法行為、wilful, wanton、そして無謀(reckless)な違法行為となる場合、コモンロー上の訴訟による免責を使用者は失うことを意味している、とした。そして上告審は、計画的な意図の結果として従業員が負傷したかどうかにつき、客観的な証拠によって提示されると判断した。

また、第二に想定されている故意と過失との違い、主観的で、原告の特別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、2つの概念に質的な違いを与えるのに、十分明らかでも、重要であるとも言えない⁵⁹。最初に、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に法が要求しているかどうか、という点ではない。その焦点が明らかにされれば、故意と過失の間にある主観と客観の違いが大きく消えることになる。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と、原告が過失事例において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のである⁶⁰。このような事例において、過失のある被告と故意の不法行為をした被告の間には、主観

59 興味深いことに、第二リステイトメントは、故意、無謀、過失の間にある相違点を検討するコメントで、この区別に焦点を当てていない。Restatement (Second) of Torts § 282 cmts. D と e (1963)。そして、Restatement (Second) of Torts §500 cmts. F と g (1963)。

60 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なのかを決めることができたり、決めたりするであろうという結論に基づいている。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、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。Harper, Lames and Gray, 3 Law of Torts, supra note 4, at 91. これらの運転手の多くは、過度な飲酒運転によって、不合理な危険を創造していると認識しなければいけない。他の被告は特に、かれらが創造している危険に注意するように促された。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、被告の干し草の山が火事となる危険性があるとされたが、その危険性 (chance) はあると自身でも言っていた。被告がその危険を理解したように思えるが、危険な行為をそのまま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た。

的・客観的違いはないのである。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いるのである。

第二に、実際の事例における審理で、主観的な意図という要件は、客観的な過失という考え方とは完全に異なっている、ということが示されている⁶¹。主観的な意図とは、行為者の心理の中にだけ存在するのであり、行為者の意図に関する自分勝手な証言を受け入れるように陪審員は要求されない。それゆえに意図的な故意不法行為に関する主観的な基準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、と陪審員が推測するのを認めている⁶²。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の結果を意図していた、と推測しているところもある⁶³。

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言える。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、実際に認識していなかったと陪審員を説得して、故意不法行為に対する責任を回避することができるであろうが、そのような事例はかなり異例なものである。典

61 Smith v. Wade, 461 U.S. at 63-64 (Rehnquist判事は異議を唱えている)。

62 Keeton, et al., Torts, supra note 9, § 8 at 36.

63 Cal. Evidence Code § 665 (West 1966).

【Casualty Reciprocal Exchange v. Thomas, 7 Kan. App.2d 718, 647 P.2d 1361 (1982)】

記録によると被害者は、近い距離で被保険者によって狙われて撃たれた結果、負傷したとなっている。被害者は損害賠償を求めて被保険者を相手に訴訟を提起した。事実審は確認判決 (declaratory judgment) を出し、保険会社の家屋所有者責任賠償保険の条件では補償されていないこと、保険会社には被保険者を防御したり補償したりする義務がないことを認定した。また事実審は、自分の行為による自然で起こりそうな結果を人は意図するという推定を適正に行っている。さらに記録によると、被保険者によって負傷が意図されていない、期待されていないという証拠には有効性がない。控訴審は、事実審による確認判決を認容し、保険会社勝訴の判決を出した。

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行為を引き起こすであろうと気づくと推定された場合はいつでも、陪審員は故意を認定するであろう。ただ実際問題としては、主観的に被告が結果を引き起こすことを知っていたと原告が証明することは、厳格には要求されていない。

さらに、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、そして理解力などによって、合理的な子供の行為かどうかという視点で判断されるが⁶⁴、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、合理人としての身体的特徴⁶⁵、優れた知識、技能⁶⁶、そして知性⁶⁷に基づいて判断される。数少ない裁判管轄では、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、要件になっている基準に合致するかどうかを決める場合に考慮されている⁶⁸。そのよう

64 Keeton, et al., Torts, supra note 9, § 32 at 179-80.

65 Harper, James and Gray, 3 Law of Torts, supra note 9, at 421-23, Keeton, et al., Torts, supra note 9, § 32 at 175.

66 Harper, James and Gray, 3 Law of Torts, supra note 9, at 420-21, Keeton, et al., Torts, supra note 9, § 32 at 185.

67 Keeton, et al., Torts, supra note 9, § 32 at 185.

68 Breunig v. American Family Life Ins. Co., 45 Wis.2d 536, 173 N.W.2d 619 (1970).

この事件は、原告と被告の自動車事故が引き金になったもので、裁判で被告は、原告が自分の車のコントロールを突然失うようになるという精神的な妄想によっていたかもしれないという証拠は何もないので、法律問題として加害者には過失はない、と主張した。原告は、あらかじめ警告していたという証拠はあると主張し、過失訴訟では心神喪失 (insanity) は抗弁にすべきではないので、加害者が責任を負うとも示した。陪審員は、原告勝訴の認定をして、損害賠償請求を認めた。だが下級審は、損害賠償額を減

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ことができなかったという場合にだけ、被告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。このように多くの事例で、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のである。

このように、過失分析の過程で考慮される主観性と客観的基準が、故意不法行為事例で適用されている範囲を考えると、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結論を下すのは疑問視されている。この主観と客観の混合が、過失ある被告が知りつつ不合理な危険を創造しているという多くの事実と一緒に考慮されることで、たとえ主観的基準が適用されても責任が認められるという場合、故意不法行為が必ず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のは明らかである⁶⁹。

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、原告が被告の行為に同意した場合⁷⁰、あるいは、被告が

額した。上告審は、過失訴訟でも心神喪失は抗弁になり得るが、専門家の意見の基礎として、ある事実が真実かどうかを陪審員が決めるとしつつ、下級審判決を認容した。

69 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) 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。

70 *Harper, James and Gray*, 4 Law of Torts, supra note 9, at 298, Keeton, et al., Torts, supra note 9, § 18 at 112-13.

原告の行為が同意を示していると合理的に確信した場合⁷¹には、不法行為は生じない。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は過失があったという場合にだけ、故意不法行為は存在することになる。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ことによって、免責が認められるかどうかも決まる⁷²。免責の中の1つを主張する被告は、客観的な合理人という基準に合致しない場合にだけ、故意不法行為を行ったことになる⁷³。再度、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る⁷⁴。

(3) 質的な違いは結論の違いとなるか？

たとえ故意と過失が質的に異なっているとしても、裁判所が比較過失を適用するのを阻むべき違いになっているとは言えない。原告の過失行為と

71 O'Brien v. Cunard S.S.Co., 154 Mass 272, 28 N.E. 266 (1891)

原告は、被告の蒸気船に乗っていた乗客であったが、船医 (surgeon) の過失による予防接種のために不法行為訴訟を提起した。下級審は、被告勝訴の評決に基づき判決を出したため、原告は上告した。州の最高裁は認容した。最高裁は、原告が流行していた予防接種に従わなかったことが証拠で立証されたとし、船医の行為を合法的なものとして認定した。過失については、予防接種を実施するのに船医に過失があったという証拠は何もないと、最高裁は判断した。最高裁は、下級審判決を支持した。

72 たとえば、Restatement (Second) of Torts §§88, 101, 119, 125 (1963) を参照。

73 免責の存在が不法行為を否定、ないしそれを単に免除す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。免責の存在が、被告の行為が不法行為であることを妨げる、という第二版リステイメントの結論を Hollister 教授は使った。

74 たとえば、Restatement (Second) of Torts § 892 comment b (1977) を参照。

被告の過失行為を比較することができない事例があるが⁷⁵、実際、2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⁷⁶。

さらに厳格責任事例で、多くの裁判所と立法者は、比較過失がもたらす利益が、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⁷⁷。厳格責任事例で裁判所は、被告の無過失

75 もちろん、政策的な理由によって、過失を比較するのを否定するのを正当化することはあるであろう。だが、それはここで論じられるポイントではない、とHollister教授は言う。ここでのポイントは、2つの概念の間にある質的な相違点が、当事者の過失が比較されないということの根拠になり得るかどうか、という点にある。比較過失の適用を否定するその他に想定される正当化については、この論文で後述されている。

76 多くの過失事例で、原告と被告の過失を比較することは、間違いなく難しい。欠陥車という自動車製造者の過失と、原告の水準以下の運転が合わさった過失で自動車事故が生じ、原告が負傷したという事例を想定してほしい。異なった行為のタイプが関与している場合、陪審員は、当事者の過失を分ける方法を決めるのは難しい。

しかし、多くの故意不法行為事例では、過失を分配する方法を決めるのはそれほど難しいものではない。たとえば、酔った原告が同じように酔った被告を攻撃し、その被告が状況の判断を誤り、原告の攻撃に反撃するため、過度な力を使ったという場合を想定してほしい。被告の過度な力を使用することが故意不法行為となるが、この行為と、前に検討した運転手と製造者の過失を比較することよりも、原告の過失を比較するほうがより容易であるように思われる。

77 たとえば、Alaska Stat. §§09.17.060, 09.17.900 (Supp. 1991)、Ark. Stat. Ann. § 1664-122 (Supp. 1991)。裁判事例としては次のようなものがある。

【Murray v. Fairbanks Morse, 610 F.2d 149 (3d Cir. 1979)】

負傷者は、製造業者が作った設備を設置しようとしたときに負傷した。陪審員は、過失と製造物責任に基づく訴訟では、負傷者に部分的な過失があると認定した。結果として事実審は、過失の程度に比例して負傷者の損害賠償額を減額した。控訴審は、製造物責任訴訟につき5 V. I. Code Ann. §1451 のもとで比較過失の原理を事実審は適正に適用したとしつつ、事実審判決を認容した。控訴審は、その過失が全部寄与していない損害額に対し

て製造業者が支払うように要求されるべきではない、と理由付けをした。特別な損害賠償額が要求されても、そのような要求は不当ではないし、その金額は証拠によると過度なものではない、という最終弁論 (closing argument) に対して、製造業者が反論しなかったので、評決による金額は認容された。陪審員評決には、無害の手續きの瑕疵 (harmless error) がある。

【Pan-Alaska Fisheries, Inc. v. Marine Constr. & Design Co., 565 F.2d 1129 (9th Cir. 1977)】

控訴人である漁業会社は、被控訴人である契約代理店である貸家、製造業者、そしてエンジン取り付け会社に対して、燃料フィルターを取り付ける工場の過失による出火でエンジンに引火した後で、海で漁船を失ったことにつき、過失と製造物責任に基づく海事訴訟を提起した。控訴審は、被控訴人である契約会社に船の損害に対して3分の1の責任があること、そして控訴人には寄与過失があり、損害に対して3分の2の責任があると事実認定をし、事実審判決を無効にして差し戻した。控訴審は、フィルターに問題があるという説明をしている製品説明書を契約店に送付した時、正当な注意を払っているので、製造業者には過失はないし、エンジンの購入、供給、備え付けに関連して備え付けた者に過失はなかったと認定した。控訴審は、海事訴訟で製造物責任が成立し、損害額の相対的な割り当てにあたり、あらゆる被控訴人の過失が考慮されるべき、と結論づけた。控訴審は、消火技術の点で乗組員を訓練していなかったことに、控訴人には寄与過失があるとし、比較過失の割合で損害額は減額されるべき、と認定した。

【Fiske v. MacGregor, 464 A.2d 719 (R.I. 1983)】

被告は上告し、原告は下級審判決を交差上告した。その裁判所は、高校でのフットボール試合でプレイ中に受けた身体的負傷に対する責任を被告に認め、原告に過失があると認めた割合で陪審員が認めた賠償額を減額した。上告審では、ヘルメットのフェイスマスクに欠陥のある設計があるために、原告が負傷したかどうか、陪審員の質問に含まれているとした。それゆえに最高裁は、指示評決の被告による申し出が適正に否定されていると結論づけた。さらに、当事者の専門家による相対立する証言に沿って示されたのは、陪審員が決定するように適正に残された事実問題であった。厳格責任と黙示の保証契約に比較過失が適用されることは、公平性と損害額の割当という結論的平等性を達成することになる。最高裁は、控訴審判決を認容した。

【Duncan v. Cessna Aircraft Co., 665 S.W.2d 414 (Tex. 1984)】

と原告の過失を比較するように陪審員に要求するようになっているが、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、比較過失の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。

質的な違いという理由が、故意不法行為事例で原告の過失を考慮しないという現実的な根拠にはならないという最後の示唆は、故意不法行為事例で裁判所が、原告の故意行為が自分の負傷の原因になっていても考慮しない、とされているという点である。たとえば、被告の土地に侵入した窃盗者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⁷⁸。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全額の賠償責任を負うし⁷⁹、それと多少似ているが、原告が被告を挑発したとしても、全額賠償責任を故意不法行為の被告は負う⁸⁰、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

上告人は、飛行機墜落で自分の夫を失った後、被上告人である航空機製造会社に対して不法死亡訴訟を提起した。陪審員は、上告人勝訴の評決を出したが、事実審は、被上告人勝訴という評決とは異なる判決を出した。控訴審は、事実審判決を破棄して、部分的に再審査するために訴訟を差し戻した。上告審は、控訴審と事実審の両方の判決を破棄し、陪審員評決に基づいて、上告人勝訴の判決を出した。テキサス州が争点に最も重要な関連性を有していたので、上告審は、上告人と航空機の所有者との間で実施された権利放棄の合意（the release）を解釈するためにテキサス州法を適用した。テキサス州法では、被上告人が特に権利放棄合意の中で確認されないもので、権利放棄合意では、被上告人の責任を免責しないことになった。あらかじめ適用するために、法律である新しい比較原因ルールを確立した判決で、上告審は、製造物責任の事例で、原告、被告、第三者による、それぞれの発生した損害の因果関係（causation）への割合に応じて、原告が受けた損害の陪審員による割り当てを被告は受けることができる、とした。

78 たとえば、Katko v. Briney, 183 N.W.2d 657 (Iowa 1971).

79 Keeton, et al., Torts, supra note 9, § 19 at 126.

80 Ibid.

理由は、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、比較過失の利益を故意不法行為の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。