

W・S・マロン

「寄与過失の形成時代」

村 井 衡 平

ここに紹介するのは、一九四六年当時ルイジアナ州立大学助教授の職にあったW・S・マロン氏が Illinois Law Review の第四十一巻二号に一五一頁より一八二頁にわたって掲載された論文である。題して、「寄与過失の形成時代」(The Formative Era of Contributory Negligence) という。ここでは寄与過失というのはコモン・ローのみとめる原則であり、不法行為を理由とする損害賠償請求事件において、原告が被告の過失によって損害を蒙った事実が立証されたとしても、原告の過失もまた損害発生の一因を成していたことが判明すれば、損害はすべて原告が負担すべきものとする。この原則によれば、原告の側に少しでも過失がある場合、被告は損害賠

「寄与過失の形成時代」 村井

償の責任をすべて免れることになる。正義・衡平の見地からこのような事態はとうてい是認できないとの非難が加えられるにいたったのも当然のことで、イギリスではすでに一九四五年に法修正(寄与過失)法(The Reform (Contributory Negligence) Act)により、寄与過失の原則を廃止し、それに代えて、いわゆる過失相殺(Comparative Negligence)の原則が採用された。同法第一条によると、「ある人が、一部は自己自身の過失により、一部は他人の過失により損害を蒙る場合、該損害に関する請求は、損害を蒙る人の過失を理由に斥けられることなく、回復できる損害賠償額は、損害発生の原因について原告が負うべき割合に関し、裁判所が妥当かつ衡

(四三九) 一七一

平と判断する範囲まで減額される」旨を規定している。つまり、原・被告双方の過失の程度を比較し、場合に依じて各自が負担する損害額を決定するもので、被告が支払うべき賠償の額は、損害の発生に寄与した原告の過失の割合に応じて、減額される。原告からみれば、自己に過失があったとしても、場合に依じて賠償を得ることが可能となる。

一方、当面の問題たるアメリカにおいては、一九七四年現在で多数の州がいぜんとして寄与過失の原則を維持する反面、十七の州が過失相殺の原則を採用するにいたっているのが実情であり、最近ではワシントン州が一九七四年五月一日より施行された新しい規定により、永らく用いて寄与過失の原則を放棄し、過失相殺の法理で置き代えたのが眼新しい。すなわち、「ある人または彼の法定代理人が、死亡・身体または財産に対する侵害行為を結果する過失により蒙った損害の賠償を請求する訴において、寄与過失を理由に請求を阻止されることなく、認定される賠償額は、賠償をうける当事者に帰すべき過失のパーセンテージに比例して、減額されるものとする」というのである。このような実情につき、現在までのところ、多くの学者がいろいろの角度から筆を揃えて論陣を張っているが、他方、アメリカ法史の最初にさかのぼり、

寄与過失の原則がいかなる過程を経て理論的にも実際のにも承認されるにいたったのか、いわば寄与過失の草分け時代の事情はどうであったか、ということになると、これを正面から取り上げて論じたものは凡んどみられない。ここに紹介する論文は検討の範囲をニューヨーク州に限り、輸送機関としての駅馬車が次第に鉄道にとつて代わられる事態の中で、とくに踏切において発生する身体傷害事件を妥当に解決するため、裁判に陪審が関与することから生じる種々の問題をもからみ合わせながら、寄与過失の原則がどのような場合に、どのような理由付けで導入されたか、詳細に展開している。寄与過失の原則がアメリカにおいて形成されるにいたった事情の一端を理解する資料としてこれにまさるものはないと思われるので、ここでは註をばふいてほぼ全訳を紹介することにしよう。

○ ○ ○

Butterfield v. Forrester (一八〇九) 事件でベイレーおよびエーレンボロー卿がのべた簡潔な意見は、兩判事ともそのとき、自分が法について新しい方向を示しているのを知っていたことを、少しも暗示していない。ベイレー判事の意見一

追加料金なしに、低料金夜間電報で打電できたほど簡単なものであった―は、いくつかのちがった根拠にもついで説明できるだろうが、一方、エーレンボロー卿の発言―ある人に過失があつても、他の人が通常の注意を用いることまで免除しないであらう―は、たとえ裁判所での彼の後継者たちが心からこの考え方に信服しなかつたとしても、敬意を払うよう強制されるには、余りにも偶然にすぎたものであつた。しかし、彼等は卿の発言に好意をもち、卿の觀察がもとになつて、現に確立されている法則―過失のあつた原告は、被告の過失にもかかわらず、損害の賠償を得ることができない―が生じたのである。

アメリカにおいて、寄与過失の概念は実のところ、十九世紀の中頃まで、文字どおり冬眠状態にあつた。そして、突然に活力を得て、実際に、人の身体または財産に過失で損害を与えたあらゆる種類の訴訟事件に入り込んだ。ルイジアナにおいてさえ、―同州の民法典を公平に解釈すれば、寄与過失の概念を否定するだろうが―裁判所は原告の請求を棄却するため、しきりに寄与過失を捕えようとした。どこでも、凡んどの場合に、寄与過失の概念は新しい法律上の争点以上のものとなつた。この概念はすべての他の主張の上にしぼれば影

を投げかけ、討論の中心的なテーマとなつた。その結果、原告の過失に関する争点に答えることにより、普通には、事件の結末が決定される。

このように、寄与過失の概念が突然に起き上つて著名になつた理由をどのように説明すればよいのだろうか。これを説明することは、われわれの伝統的な判事―陪審による裁判機構の上に、より新しい文明が一つの衝撃を与える結果になると信じられている。それは新しく現われてくる大量輸送方式―不法行為訴訟の量を莫大なものに増加させ、不法行為をめぐる論争の全局面を急激に変えていった―に関する物語である。事件を解決するための根拠は、突然に、個人的および道義的な考慮から、幅の広い経済的政策を公式化することと、集団利益を決定することへと移り変つていった。陪審員は、彼等の思考方法をフェア・プレーに関する法的な概念に適應させることができなかつたため、法を執行する有効な武器としての陪審が崩壊してしまい、判事たちが、それらの問題を、彼等自身の手中に納めようと必率的に努力するようになった。物語が広がる舞台は、もちろん、全国的なものだが、いろいろな州からサンプルになる事例を無作為に抽出しても、凡んどの何も得ることはできないであらう。一般的な概要はどこで

も凡んど同じであるにせよ、資料について理解できる部分をそこで取り扱うことができ、立場と見解の衝突がそこに集中しており、しかも以前の判決との紛糾をそこに観察できる一つの州を簡潔に研究することにより、実り豊かな描写が得られる。ニューヨーク控訴裁判所の判決は、われわれの研究目的のため、裁判上の経験を公正に代表する部分を提供してくれるように思われる。ニューヨークは鉄道による傷害の問題を広範囲に扱った最初の州の一つであった。一八四〇年より少しのち、鋼製のレールが州の半ば以上を横切つて、ハドソン河から西に向つて伸びており、一八五〇年頃にはオールバニーとバッファローが結ばれ、他の線、つまりエリー線は、エリー湖のほとりのダンケルクに近づいていた。かくてニューヨークは、アメリカ鉄道法の源泉となった。その裁判所は初めから、開拓者となることを余儀なくされたため、初期のニューヨークの判決に含まれている借り物の原理は、おどろくほど少量にすぎない。第二に、ニューヨーク市が水によって孤立させられていたという事実が、同市を初期の鉄道の実験に不向きな場所にしてしまった。かくて、この州における初期の鉄道の経験は、オールバニー周辺の農村地域において得られ、最初の拡張はそこから荒野へと伸びていった。この

ような理由で、はじめの頃の判決は、凡んどすべて、農村地域に起きた事件であった。事件が発生した場合、当時のアメリカの開拓者たちにかなり典型的な雰囲気の中で審理が進められた。のちには、農村地域での事故は、重要な点において多様性を帯びてくるが、問題について基礎となる法的な出发点には、目立った影響を及ぼしていない。半世紀ほどの間の事情をスケッチしてみよう。寄与過失の原則が形成的な発展をとげたのは、この當時のことである。

寄与過失の原則が現われ、

舞台を支配すること。

Butterfield v. Forrester (一八〇九) 事件から二十年を経過したとき、ニューヨーク記録裁判所の注目を寄与過失に引きつける事件が発生した。Burdle and Burdle v. New York Dry Dock Co. (一八二九) 事件において、ニューヨーク市上級裁判所は、*Butterfield* 事件とよく似た簡単な事案に直面した。乾ドックの賃借人は、現場に燃え易い粗石を貯蔵していたことが一部の原因となって発生した火災により、彼の所有する船舶が焼失したことによる損害の賠償を賃借人に請求する訴を提起した。彼自身のエージェントが船舶の修理中、不

注意な行動により火を發したのである。賠償請求は斥けられるものと期待しており、多くの理由でそれを説明することができた。説明の一つとして寄与過失を選ぶことは、多分、全く思いもかけないことであった。この判決がきわめて重要性をもつものとして注目されたかといえば、それは疑わしい。その後、いろいろな意見の中で、この事件が少しばかり引用されているにすぎない。

一八二九年から二十年間、はつきり寄与過失が含まれると
いってよい事件は、唯の四件にすぎない。このうち、二件は
乗り物の運転中の事故により發生したものである。当時、寄
与過失の原則に言及することが少なかつたのは、一八〇〇年
から一八四〇年にかけての時代は、駅馬車による交通が異常
なほどに發達したことを示しているという事実にかんがみ、
奇妙にみえるかも知れない。十九世紀のはじめ頃、ピッソバ
ークのようにあるか西方にある凡んどすべての主要都市は、
駅馬車輸送会社によるいくつかの路線によって結ばれていた。
アメリカ中に孤立して散在していた大衆は、より速度の早い、
より効果的な輸送を切に待ち望んでおり、当時、利用できる
手段の範囲内でそれを手に入れつつあった。しかし、多くの
制約が存在しており、これらの制約が輸送計画を絶望的なほ

ど遅らせていたが、それにもかかわらず、比較的に安全性の
高いものへと進んでいた。制約の主位に立つのは、道路の状
況であった。ぬかるみがいたるところにあり、馬車はしばし
ば、馬と運転手と乗客の協力ではじめて動くことができた。
文筆を業とする旅行者の一人は、内陸の道路について觀察し、
次のように書いている。「あなたが馬の鞍をたたいたとき、
もし泥があなたの長靴から完全にとれなくとも、それを普通
の良好な道路と彼等は呼んでいる」。このような条件の下で、
オールバニーからロチェスターまで旅行するとき、七昼夜か
かつた。局外者は比較的安全なことは明らかだし、一方、旅
行者の方も、がたがたと揺れて不愉快であるにせよ、普通、
目的地には無事に到着した。もちろん、馬車の運行中に小さ
な事故は絶えず發生しており、打ち身、騒ぎはつねのことで、
まれには生命・身体に対する重大な脅威もあった。

新しく免許されたニューヨーク・ハーレム鉄道会社によつ
て經營されるニューヨーク市の最初の市街軌道車は、一八三
二年十一月二十六日にはじめて運転を開始し、二年後に蒸氣
が動力として採用された。軌道の全長は十四番街から南に向
つて四分の二マイルにわたつた。その前年、一八三一年に小
型の機関車—De Witt Clinton—がすでに、鉄の小片で上部

を覆った一筋の木製の線路—オールバニーからシエネクタダ
イまで十七マイルにわたる—の上を運転されていた。しかし、
われわれがもっている輸送方式の端緒としての、この玩具の
ようなものが、少くとも十年間、大衆の安全になんらかの脅
威を与えたかとなると、それは疑わしい。運行されたのは短
距離で、しかも初歩的なエンジンが出す速度はまだ低かった
ため、この当時、広範囲な災害の発生することはあり得な
かった。

一八四〇年当時、アメリカにおける全線路は二〇〇〇マイ
ルにも及ばなかった。しかし、まさにその頃、発展の時期に
入っており、その以来、非常な伸びを示した。鉄製の線路の
マイル数は、はじめの十年から次の十年へと、幾何級数で飛
躍的に普及していった。一八五〇年頃、九〇〇〇マイルを越
えた。一八六〇年には二〇・〇〇〇マイルが増え、南北戦争
にもかかわらず、一八七〇年にアメリカの鉄道網は五〇・〇
〇〇マイルに達していた。一八八〇年までに凡んど二倍に増
加した。

この時代に、アメリカにおける鉄道の発展率を追い越し、
輸送業者を相手に身体傷害を理由とする訴訟が非常に増加し
た。大部分の事件は、踏切事故として現われた。判決の内容

が複雑さを増したことも、同じく印象づけられる。寄与過失
の原則が裁判所により、突然かつ熱心に承認をうけた。当初
よりこの原則が鉄道事故を含む事実上すべての不法行為事件
を支配することが明らかであった。まず最初、一八四〇年代の
終りになり、不十分にしか公表されていない *Spencer v. The*
Utica and Schenectady Railroad Co. (一八四九) 事件が現わ
れた。しかし、これは単に、寄与過失の原則の適用が開始さ
れることをほめかしたものにすぎない。なぜならば、この
原則は、次の十年間の後半になるまで、実質的に使用される
にいたらないからである。一八五〇年から一八六〇年までの
間、鉄道に関して公表された寄与過失の事件としては十二件
あり、このうち九件は一八五五年以降のものである。この数
字さえ、それに先立つ二十年間の件数の二倍であったことに
注目しよう。その後、十年間に件数は二十一件と増し、一八
七〇年代には、鉄道会社を相手とする訴訟で控訴審裁判所に
もち込まれたものは五十八件を下らず、原告の過失は支配的
な重要性をもつものとして考慮されていた。原告の過失がこ
のように突然に威力を及ぼすにいたった理由を、われわれは
いかに説明できるであろうか。

陪審による裁判が崩壊すること。

当時の判事および法律家双方の心にはまず浮ぶのは、いくらか内密であるにせよ、陪審がこれらの事件において、被告たる会社に不利に振舞う傾向があると彼等が感じた割合を越える、煮え立つような不満であった。過去における不法行為訴訟を特色づけた隣人間の単純な紛争は、陪審員の親切な行為により、容易かつ公正に処理されていた。かかる事件で働く指導的な考慮は、個人的かつ道徳的なものであり、そしてフェア・プレーという常識的な概念は、原告・被告の双方がほぼ同じような経済的地位にあるかぎりにおいて、必要とされた。複雑な商取引に関する事件で陪審が間違いを犯す点に関し、陪審制度に帰せられる短所がどのようなものであるにせよ、身体傷害を含む訴訟における目覚ましい論争は、いぜんとして陪審の特別な職分と考えられ、その特有な事態によく適合された。陪審制度は専制的な政治に対する安全装置として育て上げられ、進取のかつ民主的な人々の思考方法のなかに深く根をはっていた。

もちろん、陪審の関与なしですすむためにとられる周知の方法―強制的な請求棄却、陪審の答申の取消という手段―は、

「寄与過失の形成時代」 村井

一八〇〇年代の中頃、ニューヨークの裁判所の手続として、まだ知られていなかった。初期の時代には、裁判所のこのような権限は、ある証拠のもつ証拠能力が果して陪審の答申を支持するかどうか、が唯一の争点となる事件において、控え目に使用されていたようにみえる。

鉄道が舞台の上に登場すると同時に、平均的な陪審員の気持のなかに大きな変化が現われた。被告たる会社に対する賠償請求につき、陪審員はいち早く、それ以来ずっと、彼を特色づける態度をとることになった。彼ははっきりと、そして少くともしばらくの間、救い難いほど原告のことを顧慮するようになった。

それ以外に方法があったとは、凡んど思えない。開拓者たちが精神的に扮装をほどこしたこと、社会的・経済的な価値が突然に変ったこと、および法廷でのドラマがすべて一体となって、陪審員の心を前示の方向へと変えていった。第一に、孤立した人々のもつ粗野な性格と、局外者に対して彼等の示す敵意を覚えておくべきである。身元の証明されない身知らぬ人は、かかる社会において、まれには疑わしい点を善意に解釈してもらえないかも知れないし、しかも、もし彼の侵入が周辺の安全にとって縁起が悪く、今まで知られなかった危険

(四四五)

一七七

性をもち込むならば、彼はその地方の陪審の手による親切な援助をうけることを期待しても、凡んど見込みはない。

陪審員にとって緑遠い被告たる会社に対するこのような感覚は、侵入のあとを追って発生した事故のもつ先例のない特質により、さらに鋭いものとなった。ポールド教授は *Rylands v. Fletcher* 事件の原則を論じながら、次のように適切な観察をしていた。すなわち、危険の相互性 (Reciprocity of Risk) がない場合、判事によって設定される標準が厳格なものになるかも知れないが、絶対責任 (absolute liability) に従うのが当を得ているというのである。

『話し他の筋道は、ある活動に伴う一方的な危険に絶対責任の法則が適用される事件に共通している。多分、最も効果的にこの要素を示す方法は、過失に関する法律が当然のこととして適用されなければならない標準的な状況——二人がそれぞれの活動により、互いに他方を事故の危険にさらしている——のなかで指摘することであろう。このような危険の相互性は、過失に関する法律の主要な構造がその上に立てられている大きな土台石であり、しかも、それがなければ、過失の原則は、それが先天的に公正なものであるためにもっている魅力を失ってしまうのではないかと思

う。

右にのべたことは、鉄道線路の踏切における典型的な傷害について当てはまる。かかる場合における危険は、すべて不運にも、徒歩による彼の進路が鉄道線路を横切る人の上に起こる。反対のことは起りそうにもない。新しい異例な活動が不意に叫びを上げながら社会に入ってくるため、社会が異様な危険にさらされ、しかもその危険を無抵抗でうけることになる。ならば、侵入者に対して敵意を抱く状態を作り出すことになる。同じような考慮がイギリスの裁判所を強制し、極端な危険についての絶対責任の概念を公式化させ、権利の本来的な行使と不自然な行使との間に秘密の差別を作り出したことが思い出されるだろう。「区別はより少く、強制は平等に」——*Less Articulate, but equally compelling*——というのが、社会に押し入って危険を作りながら、それ自身の発展の過程では危険にさらされなかった鉄道に対し賠償義務をみとめる陪審員たちの本能であった。

陪審の慎重な考慮を彩どる他の要素について話しをする必要は凡んどない。その人の個人的な事情が陪審員によく知られていた隣人を、冷酷な非個人的な被告会社に置き代えること、新しい仕事が成功し、みたところ何の不都合もなく判

決に應じることのできる鉄道会社の財産、これらすべてが一つとなり、被告が集めることのできるあらゆる説得力ある主張に対し、陪審は完全に無関心な態度をとるにいたった。

参照できた証拠によれば、陪審は鉄道の踏切事件において、法を執行する有力な武器であることに失敗し勝ちであった。

陪審員は公衆の一員として、現在または将来の鉄道による種々の便益をうけたけれども、それにもかかわらず、態度が堅固であることは、現在そうでないと同様に、当時における俗世間の意見の特色を示すものではなかった。陪審員の側には職業的な誠実さという感覚はなく、一つ一つの答申がすべて一体となり、企業の経済組織の上にかなり大きな効果を及ぼすということに気付いていない。陪審員はただ、彼のルーズな一般答申 (general verdict) のなかで、彼自身を支配すると同時に、充分に公正であると思われる衝動を示したいと切望するのみである。

陪審をコントロールするための

有効な手段を探すこと。

鉄道による傷害事件を処理するのに、現実には陪審がいかに無力なものとなっているか、多分、推測の問題として残さな

「寄与過失の形成時代」 村井

ければならない。われわれの目的にとり重要なことは、当時の判事たちの大部分が、陪審はこれらの事件を裁判所によつてうけ入れられる標準に従い、公正に処理するとは信じられないという考え方に完全に撤していなかったということである。このような考え方が存在するのは、疑の余地がない。一八五五年から一八七〇年の間の判決は、この問題をくり返えし表明している。それぞれの事件において、裁判所は陪審の審議の上に行使するコントロールを増大し、請求の棄却とか他の方法で、事件を締め出すよう勧告されていた。

『われわれは、次のような事実を覆うことはできない。すなわち、弱者と強者の間―社会的地位の低い個人と巨大な企業の間―の紛争において、人間の理性にもとづく同情が正直かつ寛大に、弱い立場の人を援助、支持する方に走り、明らかにそうすべく圧迫をうけるのは自然である。そして、この同情はときとして、陪審の考慮の上に一つの影響を及ぼす、この影響は、慈善家としての彼等にとつていかに正しいものであるにせよ、法の諸原則および正義の目的と完全には調和しない。それゆえ、陪審の考慮の対象から、原告が自己の賠償請求権の立証に失敗した事件を除く外するのは、明らかに適切なことである』。

とくに注目に価するのは、Ernst v. Hudson River Railroad Co. (一八六二) 事件におけるスミス判事の意見である。博学な同判事は、彼が気短かなこと、または裁判所を至上のものとして信じていることを陪審にかくす努力を凡んどしなかった。

『法を執行するのは、陪審ではなく、裁判所である。平等で公平な正義を考える義務と責任は、すべての人に割り当てられ、憲法の下で、コモン・ローにより、裁判所の判事の仕事とされる。陪審員は単に裁判所の補助者にすぎず、その仕事の領域は、争いのある事実問題を決定するに当り、判事を助けることにある。もしある事件で、現実に論争となる点が無ければ、裁判所が判決を言渡す』。

事件を解決するについて陪審が最も有効な補助者であると称賛しながら、彼は続けて次のようにいう。

『専門的な教育・実務および裁判所における経験から生じるところの、物事を正確に決定する能力のちがいは別として、判事は忍耐強く注意深い観察ののち、慎重に職務を行い、事件を解決し、判決理由をのべることになる。この判決理由は、当事者による注意深い吟味と、教育のある啓発的な弁護士および大衆の用心深い批判にさらされることになる。

陪審は疑もなく、多少は性急に、凡んどの場合、熟考する時間的余裕もなしに、職務を行い、決定を下し、しかも秘密のうちにそれをする。このような理由に加え、彼等が多数数であるため、職務を行うに当り、判事と比較し、一人一人の個人的な責任はなおさらい。また、それと並んで一般的な観察および経験から、陪審員は熱情的な興奮および他の不当威圧によって支配される例がずっと多いことがわかる。彼等の答申は、それゆえ、かくれもなく多くの場合、失策・誤解その他の過失にもとづいており、この形式による審理が公衆の信頼を獲得するためには、答申を監督し、再調査する権限が裁判所に存在すべきであり、しかも誠実かつ堅固に行使されるべきである』。

当時の最も数多くの意見によれば、その調子をさらに押えたものではあるが、裁判所が陪審をコントロールする厳格な権限を行使すべきものと決定されていた事実が明らかになる。かくて、この目的を達成するための最も容易な、最も直接的な、そして困難さの最も少ない方法を熱心に探すことが始まった。この方法は、陪審のもっている最も聖なる本質をめぐるすべての民主的な慣例との衝突をうまく回避するであろう。

過失に関する争点を通じて

陪審をコントロールすること。

一八〇〇年代の中頃の判決を読む人は、誰れでも、その当時、裁判所が直面している鉄道の踏切の状態が、単調にもよく似ているという印象をうけるだろう。原型はどこでも、文字どおり同じである。原告は、自己の視野に進路を十分かつかなりの程度にみていながら、彼自身が警戒を怠っていたとしても、鉄道は踏切にベルまたは警笛を設けていなかったことについて、責任を負わされた。事実関係は凡んどの場合、きびしく論議され、証人が協力することも、各事件でほぼ同じであった。被害者が生存しておれば、彼が自己の利益のために証言した。さもなければ、誰れか、目撃者が証拠を提出した。原告の証言によれば、警笛は全く聞かれなかった。被害者はいつの場合でも、最も注意深く自己のために警戒を怠っていなかった。これらの証人と向い合って並ぶのは、鉄道の補用者であり、彼等はずねに、必要な警笛は十分の時間的余裕をもって鳴っており、死亡した人または負傷した人が軽率に線路にとび込んだ旨を、宣誓のうえ証言した。

原告が自分で立証すべき事件の諸要素をまことしやかに申

「寄与過失の形成時代」 村井

し立てるのに失敗すれば、裁判所は請求を棄却すべきだというのは、ホーン・ブックに書かれている法である。このことは、被告にあったと主張されている過失に関する証拠が不足すれば、速やかに裁判所により、論争の上に支配の手を及ぼす機会としてとらえられるにちがいないことを示唆している。

しかし、このようなことは、実際には決して生じなかった。被告が本気で、原告は過失の立証に失敗したと主張した事件は数多くあるが、事件が控訴審にやってくるまで審理をうけるとき、過失に関する争点はしばしば完全に回避されるか、ただついでに意見に重みを加えるため、のべられるにすぎなかった。

それというのも、過失に関する争点は、弾力性をもつタイプのものである余地はないからである。われわれはさきに、初期の事件において、鉄道の懈怠として責任を問えるのは、踏切に警笛を設けなかったことのみであった、とのべた。事実、被告が利用できる安全設備は他に凡んどなかった。昔の鉄道旅行の記事によれば、その当時に使用されたブレイキ装置は、きわめて不完全なものであったという。

『一八六八年頃まで、ブレイキ装置は、鉄道がはじめて営業活動を開始した一八二〇年当時のままであった。装置の細目については改良が加えられたが、基本的な原理は変

っていない。機関車に設備されているブレーキは、列車の個々の車輛のブレーキの操作を直接にコントロールすることはできなかった。機関車にのっている機関士が危険を感じた場合、後続の車輛でブレーキの鋼索を操作する車掌に突然の緊急事態を知らせる連絡方法は、警笛を鳴らすことよって行われた。最初の行動は危険を信号することであり、この信号に対し、列車の乗員は敏速に応えるよう指示されていた。それぞれに行動には時間を要し、その間、一秒毎に数フィートの距離を進行した。

現在のようなエア・ブレーキは一八六八年にウエスチングハウスで発明されたが、一八八〇年以降になるまで、一般には使用されていなかった。エア・ブレーキの発明は、鉄道経営者側の大きな懐疑論に直面し、それが採用されたのも、今日われわれが知っているような効果のある装置ではなかった。

適切なブレーキのないことが、経営者からコントロールの手段を奪ってしまうのみでなく、のちに危険を構成する非常に重要な要因となる、持ち前の速度まで奪ってしまった。安全の見地からすれば、低速度のときに車輛を有効にコントロールできないとか、即時停止ができないならば、一時間に十

マイルというのと、二十五マイルというのと、どれ位の相違があるのだろうか。原告が本気で被告の速度を問題にし始めたのは、人口が過密な地域で生じた事件か、またはエア・ブレーキが一般に使用され始めてから数年後の事件にかざられている。また、凡どの事件において、被告が都会地で速度を出しすぎていた責任のある場合、裁判所は論争を甘んじて陪審に付託しようと考えるけれども、被告の方で、原告の不注意を理由に彼の請求を棄却すべき主張をすることは凡んどなかったのに注目すべきである。

列車が発生させるかも知れない踏切事故を少くするために有効な作業を、会社は最初の頃、凡んど何もできなかった。それにもかかわらず、会社は処理方法を予告する余裕があった。信号機が必要であることは、当初からはっきり心に留めていたにちがいない。なぜならば、一八五〇年に制定されたこの国最初の一般的な鉄道法によれば、機関車は踏切の約四〇〇メートル手前から鐘を鳴らすことが義務づけられているからである。義務者がこれに違反することに二十ドルの罰金に処せられ、その半額は、違反事実を通報した人が当然の権利として請求できた。われわれの当面の問題にとって最も重要なことは、「しかも該会社は、かかる怠慢にもとづいて何

人かに蒙らせたすべての損害を賠償する責に任ずるものとす
る」という条項である。この法律は一八五〇年以來、それが
多分不注意で廢止された一八八〇年にいたるまで、本質的な
修正をうけることなく、効力を有していた。

かくてその間、過失の要素は立法部によつて凍結されてお
り、裁判所によるか、陪審によるか、いずれにしても、その
点で状況を評価する余地はなかった。事件の審理に当り、過
失に関する争点について残された唯一の仕事は、警笛が定め
られた間隔を置いて、中断することなく継続されたかどうか
の問題を決定することであつた。このように、凡んどつねに
絶望的と思われる争いに関し、証拠をもちながら、控訴審裁
判所のなし得ることは凡んど何もなかった。まれには、次回
の陪審がちがつた内容の評決をしてくれることを望み、一多
分これは空しいことだが一説示の些細な意味のない誤りを理
由に、事件を原審に差し戻すことができた。控訴審裁判所は、
被告を救済するのに役立つ証拠法則を利用する。ときとして、
原告側の唯一人または重要な証人の証言は、控訴審において
かくされるか、削除された。なぜならば、その記録こそ、原
告は警笛に十分の注意を払っていた旨の立証責任に関するも
のだったからである。いくつの場合、その結果として請求

は棄却されたが、この方法は本来、全くの偶然によるもので、
裁判所がいつでもそれを抛りどころとして、陪審をコントロ
ールするための方法を与えるものではない。

因果関係に関する争点を通じて
陪審をコントロールすること。

法律の定める信号をしなかつたことが、身体傷害または死
亡を引き起す実質的な役割を果している事実を立証する責任
は、原告に負わされた。多分、凡んどの場合、この要素が満
足に立証されなかつたと裁判所は感じており、これが請求の
棄却を促す理由となつていた。このことは、判事の意見を通
じて間接的に現われるにすぎない。踏切事故に関するわづか
ばかりのニューヨークの判決のなかで、裁判所は、因果関係
に関する証拠が不足しているため、請求が棄却されるべきで
あつた旨をのべている。

事実上の原因が明白にイェスカノーかで答えられるような
争点であることはめつたにない。要求されている警笛を鳴ら
さない点に過失がある場合、このことがとくに当てはまる。
凡んどの場合、裁判所は実に大胆に、法律問題として、被害
者はたとえ警笛が鳴らされていても、それを無視し、予め注

意されながら彼の運命に向つて突進したにちがいない旨を公然とのべるであらう。警笛が鳴らされていても聞こえなかったのだらうと推測することは、普通の場合、これまた困難にちがいない。かかる決定をすることを伝統に従つて裁判所の独断的な行為に委ねるには、余りにも陪審の活動領域内にありすぎる。それを取り巻く情況が激しく争われている場合、とくにそうである。それゆえ、過失に関する争点と同じように、異常な状況にある場合は格別、そうでないかぎり、因果関係に関する争点は、このようなタイプの事件を陪審の関与なしで審理するための武器として、充分なものではない。

寄与過失の争点を通じて

陪審をコントロールすること。

われわれはこれまで、過失に関する争点も因果関係についての争点も、いずれも、踏切事件における陪審の行動をコントロールするため有効に用いられることができなかった事情のみを眺めてきた。裁判所において要求される方策がもつべき特質を理解するためには、まず厳格な裁判上の手続を要求する理由を調べてみなければならぬ。その要求をより厳密に知ることにより、われわれは、その要求を充すために採用

された手段がもっている特質をより正確に評価することができる。この時代において、踏切の信号機が、鉄道の踏切での事故を防ぐために利用できるほぼ唯一の予防策であった事実を考えると、裁判所は主として、信号機が設わっていたかどうかを問題にしていた。少くともニューヨークでは、法律により、このことが規定されていた。法律で信号機について規定する目的は何であったのか。どのような事故を防止するつもりだったのか。そして、信号機を設けることを要求する規則により、どのような範囲の被害者を保護しようとしたのだろうか。

たしかに、一八五〇年の議會は踏切に関する法律を制定することに、すべての踏切の危険を防止する万能薬を与えているとは思っていない。議會が希望するのは、ある事情の下で、ある人々を保護することではなかった。事件をいくつかの種類に分け、法規に適合するかしないかを決定すること、これらのことこそ、議會からならんか特別の指図のない場合、発生した事件を審理するに当り、裁判所がしなければならぬ仕事であった。

危険を予防したり、コントロールするための有効な手段が

手近にない場合、警笛を鳴らすことは従属的な役目をする。当時、自動車が適切なブレーキと灯火を具えていた場合、運転手が警笛を鳴らすことはまれであった。ある自治体では、警笛を鳴らすことはかえって禁止されていた。警笛を鳴らすように強制するのは、自己が事故を防ぐために有効な手段をとり得ないことを自認するようなものである。古代には不治のらい病患者が彼のガラクタ馬車を運転し、また最近では多くの自治体で、騒音を出し制御できない四輪車が、手に危険を示す赤旗をもって馬にのった人により先導されている。コントロールの手段として開発された警笛は、背後にしりぞくか、全く姿を消してしまった。

警笛を鳴らすことに実質的な効果があるためには、それに対する協力が要求される。警笛を鳴らす人と、それをうける人があり、各人がその役割りを果たさなければならない。この計画が成功するためには、警笛をうけた人が危険に対して油断をしないことが不可欠である。この点に関し、警笛を鳴らすことは、他のすべての予防的な方法と本質的にちがっている。踏切に信号機を設けるべき法律のあることで利益をうけるのは、彼等の行動により、他人が危険の直前に、警笛または鐘の音で警戒できたことを示す人々である。他のすべての

人々は、この法律による保護の範囲外にあるとみてよからう。踏切事件における焦点は、それゆえ、被害者が当然に保護をうけてよいかどうか、彼が充分な協力を示したかどうか、という点にある。それというのも、もし被告がその役割を果していたならば、警笛装置が本来のはたらきをすることを約束しているからである。

右のような理由により、原告自身の行為および事故に伴う肉体的な状況がもつれ合ったまま、事件を織りなすことになる。原告の不注意、因果関係、義務および過失の概念が、絶望的にも、この点に巻き込まれ、そして陪審の関与なしですますのに真に役立つと思われるならかの方策が武器となり、すべての関連する諸問題の上に一斉射撃を加え、一つの巧みではあるが素朴な言葉により、審理のもつ多種多様な性質を示唆する手段を与えることになる。同時に、いずれの道を選んでも、それは相当広範囲で判決することを可能にするような言いまわしの方法を提供する。寄与過失に関する争点は、このように評価され、見事に要求に答えたのである。

鉄道事件の以前でさえ、寄与過失の原則は、とくに新しい目的のために役立つ一つの転換期を与えてきた。裁判所はすでに、「原告は自分に不注意のなかったことを積極的に立証

しなければならぬ」という、現在よく知られているニューヨークの規則を莫然とほめかしていた。初期の鉄道事件において、この点は率直にみとめられており、寄与過失の原則はかくして、請求の棄却を正当化する巧みな手段として確立された。この法則は、他の手段としては現実には役に立たなかった。なぜならば、原告の過失を立証する責任が被告に課せられても、原告はこの点に関する彼自身の証拠が不足しているという理由で、陪審による審理をうける機会を奪われることはないからである。採用された見解は、寄与過失の原則にうまく適合され、しかもいぜんとして、いくつかの地域で強固に支持されている。当時、同様の手続が多分、ニューヨークでそれが採用されたと同じ理由で、多くの地域において実施されていた。

立証責任に関する必要条件は、実質的に重要性をもつ多数の法原則のように、裁判所が比較的自由に、原告の立場を支持することも、それを否認することも可能にする、例外および修正方策という随行員を案内してきた。不注意がなかったという証拠は、附随的な事情のみから、問題についての積極的な証言なしに集めることが容易にできよう。被告の過失が明白であった場合、とくにそうである。原告が注意を怠らな

かったとしても、事故は避けられなかったことを認定し、さらに寄与過失のなかったことの立証を免除するのは、裁判所の仕事とされていた。これらの事件の背後にかくれている過程を異常なまでに洞察したものととして、Johnson v. Hudson River Railroad Co. (一八五九) における次のような説明がみられる。

『これを基礎にして、私は、被告の過失の性質と範囲に関する説明のない場合、それを示すのは原告の義務になるということとはできない旨を発言しなければならない。歩行者の人にきわめてわづかの危険しか及ぼさず、必然的または蓋然的な危険にいたらないならば、原告は彼女が自己の過失によらないで彼女の上に不運を招いたことを証明する義務があった』。

ひとたび裁判所が陪審の関与なしですまず手段として、原告の過失を利用するや否や、典型的な判事の流儀で証拠を取り扱うことにより、手続を促進した。踏切における原告の行為の細い内容は、順を追って生じる事件でくり返えられる、数のかぎられた事実形式 (fact pattern) から成っている。事実形式はすでに分類されているので、裁判所により、お決まりの取り扱いをうけることになる。このことは、詳細な説示が

順に破棄できる誤審を引き起す機会を与えることにより、またたやすく、法律問題としての不注意な行為に形を変えて現わされ得る素材を提供することにより、陪審のはたらしに對するより緊密なコントロールを助長していく。展望がきくときに見渡すことをせず、音を聞くことができるときに聞くことを怠り、踏切に接近し、人がそれに馴れすぎているため、近づきつつある列車のないことを最初に確認することなく、煙や騒音にさらって踏切を横切ろうとする。経験によれば、踏切事故に関する訴訟でしばしば生じるこれらの断片的な行動は、間もなく法則として知られるにいたる「経験による判決」——rule of thumb judgment——によつて処理されるべきで、陪審により考慮されるべき何物も残さない。

裁判所の支配は、原告の過失に関する事実を立証するため使用され得る証拠の性質により、さらに強化された。いわゆる、「物理的事実によるアプローチ」——physical facts approach——が、原告はよく見通しがきいていたこと、または警笛を聞くことができたこと、をはっきり立証するためのおなじみの手段となった。独断的な測定法は、人間味のある物語りに代わりはじめた。線路上、実際には二〇〇ヤードはなれた列車が、踏切から二十フィートの距離にあるようにみられた。

「寄与過失の形成時代」 村井

なぜならば、ある人が事故の直後、巻尺で距離を測つたからである。このような種類の証拠は、得心のいく響きをもつており、陪審から事実認定という基本的な役割さえも奪うような傾向にある。物理的事実によるアプローチは、もちろん人間的な要素を無視する。それは被害者の状況が切迫していたこと、または物理的な障害に苦しんでいたことを考慮しない。それは、合理性の標準に関する当面の目的が、人間の行動の弱点について、いくらかの寛容さを示すことにあるという事実を考慮しない。それでもなお、「見ることができるといふ事実を認めないのは、不注意である」という説明は、裁判所が賠償請求は許されるべきでない」と決定する場合に、その見解のなかで強力に得心のいくような要素を形成することになる。

だが、ここで再び、言葉のいまいまし方が両者を調和させるのに大いに役に立つ。物理的事実という原則は、裁判所によつて是認されることもできるし、効果を減少させられることもでき、この両方の態度が採用されている。眼を単に機械的にある方向にめぐらすことでは、法の要求に合致しないとか、確かめることは見ることであるとか、原告は被告が要求されている警笛を鳴らすだろうと推測しながら、踏切の上にな不注意で足を踏み入れる権利はないとか、判事は自由にのべ

ることができる。同じように、原告に有利な判決を彩どる平凡な言いまわし方もある。「旅行者に対し、彼が自己の眼を特定の時期に特定の方法で用いるべきことを要求する絶対的な規則は存在しない」。被告者は踏切の上に不注意で歩いていくことにより、自殺を企図しているとは推測されないとか、また彼は、もし列車が近づいていたならば警笛が鳴るだろうと推測する権利をもっていた、旨の意見がのべられている。このように、言葉使いでは混乱しているにせよ、凡んどの判決がもっともらしく響くよう、または納得のいくようなものとして作り出されることができるのである。

どのようにして寄与過失の原則が採用されたか。

寄与過失に関する争点の中に、陪審の関与をみとめるか、拒否するかを任意に決定する凡んど完全な自由を裁判所に与えるところの、巧妙な方策があった。この方策をどのように用いるべきであったか。事件の内容を読んだ人は誰でも、原告の過失はそれ自体、せいぜい彼等との間の紛争を処理するためには大変むらのある態度にすぎないとの結論に達する。ある事件において、被告者の行動からみて、彼が相手方を非難

するのは合理的に許されない場合、彼は裁判所の手により、請求棄却の判決をうけることになる。また、他の事件では、被告者の明らか不注意は考えに入れられないか、単に軽く陪審の考慮すべき問題として処理されるであろう。結果は、原告の不注意という衝撃よりもむしろ、全体としての紛争の状況により、決定されるように思われる。寄与過失の原則をコモン・ローに特有の個人主義という言葉で説明する注釈書、または原告は彼自身に過失があるという理由で賠償を請求する権利をみとめられないとする見解は、いずれも話の一部分しかのべていない。これらの説明は、紛争を理論上と実際上の別個の争点に分けることができ、各争点は互いに関係なく、別々に解決されることが可能であるという、安易な前提に立っている。訴訟手続の上でこのような考え方は通用しない。事件は当初、全体としての印象を裁判所に与える。そして、紛争を別々の争点に分けて解決することは、判決を説明するため、または判事と陪審の間に配分された論争点を説明する目的で、裁判所の英知により押しつけられる改善である。原告の行為の細かい内容は、被告の不注意がわづかな場合、因果の関係がうすい場合、または証言が信用できない場合、議論の余地なく過失として取り扱われるであろう。一方、同じ

行為の内容が、被告は人口過密地域で速度を出しすぎて列車を走らせたとか、列車の機関士が持ち場になかったとか、踏切の遮断機が放りばなしであった場合には、陪審によってのみ審理される問題と考えられるであろう。

イリノイ州の裁判所はしばらくの間、公然と、鉱山鉄道の過失事件において、双方の過失を棒評判りにかけるという前提をとるべく試みた。しかし、この方法を採用したため、陪審の関与する範囲がきわめて広くなったことを知ったとき、裁判所は伝統的な手続に復帰した。事態が極端に悪くなった場合、過失相殺 (Comparative Negligence) という同じような考え方がいたるところで、率直に学理的に表現され、そしてわれわれは、「最後の明白な機会」(Last clear chance) という法則および寄与過失は、余りにも大きな違法行為には抗弁にならないというドグマを発見するのである。しかし、過失を評りにかけるという見解は、単に学理的な段階ではじまるのではない。この見解が大部分の推進力となり、それにもとづいて、請求を棄却される事件と陪審の考慮に委ねられるべき事件が選択されるのである。

われわれはさきに、しばらくの間、踏切で警笛を鳴らさなかったことが、主要な、しかも凡んどの場合に、踏切事件に

「寄与過失の形成時代」 村井

おける唯一の訴訟原因であったことを観察した。ニューヨークの裁判所は、早速、凡んどの事件において、事故が田園地域で発生し、列車の接近がはっきりと視野の中にあつた場合、原告の請求を棄却する慣例を採用した。たしかに、それ以上の改善は実行という見地から不可能であるし、また被告の違法行為は、避けることのできない原告勝訴という陪審の答申——それにはより一層妥協的な見解が続く——を是認するため、絵の中に充分にはっきりと画かれたとは考えられなかった。

さらに、この簡単なアプローチは、「経験による行為」——*rule of thumb action*——という安らかな避難場所さえ与えたが、この避難場所は、裁判所が紛争をさらに個別化させる結果となる道徳的責任から、自己自身を保護することを可能にする。接近しつつある列車を被害者のはっきりとした視野の中におくのを断続的に妨げるものが存在することさえ、まれには裁判所の堅固な立場を変える。物理的環境 (physical surrounding) という特有の言葉で細かな相違を画き出す必要があると予想していたが、裁判所はこの予想を止めてしまった。和解が望ましいと思われる場合はいつでも、裁判所はおさまりの処方 (formulae) の中に、和解のための充分な余地を残している。これは裁判所が作り出した不思議な柔軟性をもつ方策であつ

た。

列車が法外な速度を出すことは、事故が人口過密地域で発生した場合を除き、初期の事件では、過失と主張されることはまれであった。このような場合の事故は、まもなく多数となり、大部分の事件において、原告勝訴の陪審の答申は陪審で支持された。開放的な線路上で速度を出すことにどのような利益があったにせよ、踏切で車と歩行者がこみ込んでいるところでは、迅速かつ能率的な輸送が必要だとしても、向う見ずに急ぐことまで要求しない。その当時、ブレーキ系統はまだ不十分なものであったにもかかわらず、裁判所は、これらの地域において十分に速度を落すことが、ある程度、安全性を産み出すことになるだろうと確信していた。このような場所では線路の数がきわめて多く、多数の列車が別々の方向に、同じ時間に、騒音と移り易い視野の中で運行されていたにちがいない。普通の場面は、念入りの網目のような踏切を通行する大衆にとって、高度に混乱したものに思われた。このような状況のもとで高速度で走るのは、踏切を横断する人の抱く距離と時間の推定を不確実なものとすることにより、実質的に、人々の武装を解除する傾向を示した。高速度で走れることは、その当時、非難されるべきものであり、裁判所も

かかるものとして処理する点で同じ意見であった。もちろん、法外な速度を出す場合は、それにつれて、しばしば、警笛を鳴らすこととか、他の一般に重要でない表示をするのを怠ることになった。

イギリスにおける初期の鉄道発達史の中で、議会は踏切に危険が伴うことをみとめていた。一八五四年の鉄道条項統合法(The Railway clauses consolidation Act)は、もし遮断機が設けられ、それが維持されるならば、道路と鉄道、または鉄道と鉄道との水平交叉点が地方当局の許可によりみとめられる場合は例外とし、すべての公の踏切に陸橋または地下道を設けるべきことを要求した。疑もなく、これを実施することとは、距離が短く、道路が立派に作られ、人通りもひんばんであるような、落付いた島国的な地域では容認されるし、望ましいことでもある。だだっ広くひろがったアメリカにおいては、ずさんで変り易い小道が網の目のようにあり、人がほつりほつりと道を歩いているが、そこでは鉄道が拡張される必要性はさし迫ったものであったので、前示のような要求をするには支持されなかったように思われる。一八五二年の最初のニューヨーク踏切法(Crossing Act)は、かかる保安設備について何も触れなかった。これが制定法ではじめて課せ

られたのは一八八四年である。この法律さえ、設備をやたらに作ることは規定していない。地方当局の要求にもとづいて、特定の踏切に番人を置くことを定めるのみである。

ニューヨークの裁判所は、かかる保安設備の問題をすべて議会の領分に属するものと考え、合理的な注意を払えという命令にもとづき、踏切に遮断機を設け、または番人を置く必要があるかどうかを決定することを陪審の仕事としてみとめなかった。だが、その後、危険が増大し、いくつかの踏切はきわめて危い状態になったため、裁判所はこれまでの立場から後退する旨を合図した。

もし鉄道が自己自身の判断または制定法に従って、踏切に遮断機を設けるか、番人を置きながら、爾後、警笛を鳴らすのをやめることは、裁判所によつて厳格に処分された。かかる場合、被害者の側に不注意がなかつたと主張されても、それは軽く扱われ、事件は凡んどつねに陪審の判断に委ねられた。番人を置くことや、遮断機を設けることは、特定の場所に特別の危険があることを承認することになった。かかる予防策は、法律で定められた警笛を鳴らすのと同じがい、直ちに注意を引き、大衆の側からの協力が少くとも、効果的であるように思われる。もちろん、これに加えて、被害者がこれま

でそれに慣れてきた警笛が、彼の知らない間に鳴らされなくなつた場合には、詐欺的な状況が作り出された。

市街鉄道、とくにニューヨーク市のそれは身体傷害事件の分け前にあつた。しかし、これを理由とする訴訟の波は、その後、急激に増加し、一八八〇年代には最高の状態に達した。このことは多分、馬があらゆる場合に原動力を提供したという事実にもとづいていよう。実質的に人口が過密となり、より早い速度が要求されても、今世紀の比較的あとになるまで、高度に危険な状況を作り出すにはいたらなかつた。

市街鉄道の事件を処理するのは、踏切事件よりも一層むづかしい。反応に要する時間と緊急処理とがこれらの事件の典型的なものであつた。運転手のデレンマは扱いにくいものであり、彼等は痛切に、大衆がより速やかなサービスを望んでいることをよく承知していた。それにもかかわらず、彼等は、人のこみ入つた本通りを進行するのを余儀なくされた。関係あるすべての人々の実質的な協力があれば、事故を避けることができた。明らかに、一人一人が実質的な範囲で判断すべきことが裁判所によつて命じられ、被害者の寄与過失は、判決の中に必要とされた柔軟性を提供するため、とくに明白に示された。

事態はつねに、被害者が突然に軌道の上にとび出したため、運転手は災難を避けるのに間に合うよう、許された速度の出ている車を停止することができたかどうか、を調査することにかかっている。それ以来、車の速度と運転手の注意深さが、それぞれの事件できわめて重要な地位を占めることになった。この二つの要因は、原告の不注意を基礎とする判決の中で手軽に表現された。

『…彼等には車を法外な速度で運転する権利はなく、そうすることにより、彼等自身を高度の危険にさらしている。もし彼等がその点で誤りを犯し、公共の乗り物の運転手が過失または故意に法外な速度を出すか、いぜんとして彼等のペースのままであれば、彼は蒙つた損害について賠償を請求する権利をもたない。しかし、旅行者個人が、線路上を走る車は適法の速度で慎重に用心深く運転されているだろうと推測するとしても、それは合理的なことである。彼はかかる場合、事故を避けるため、彼自身の位置を変えるのに必要な距離と時間を計ることができる。しかし、もし彼がこみ合つた街の中を猛然と走る車に出合い、その線路を避けようとして、時間的な判断を誤るならば、彼には必ずしも責められるべき過失はない』。

それ以来、市街鉄道は単に公共的な交通路の役割を果すという特権を享有したのみであり、地主の課税免除を要求することはできず、大衆に線路を見張り、または線路外に出るよう命令する短い文句は、裁判所によつて普通に用いられることはできなかつた。これらの場合は、市街鉄道の運転手が列車の運転手よりも良好な制御力をもつており、よりしばしばそれを行使することが要求されたため、寄与過失に関する陪審の答申が命じられる例は、多分、踏切事件の場合よりも少なかつたであろう。不注意、法外な速度またはブレーキの欠陥などが原因となつて事故が発生した場合、陪審の答申は通常、裁判所によつて容認された。

原告の過失に関する適切な語句は、しばしば被害者の立場を有利にするように作り直され、紛争に陪審がより完全に関与するよう招待した。踏切を渡る前に左右をよく見渡す任意的な義務は、鉄道事件において、賠償請求を阻止するため有効に使用されてきたが、今や単に特定の事件の事実によつて決定されるべき合理的な注意を用いる義務となつた。こちらに向つてくる蒸気機関車をみれば、線路から立ち去るといふ絶対的な義務(duty)は、公正かつ合理的な方法で市街鉄道の至上な権利を尊重する責任(obligation)へと、弱いものに

変つた。しかし、裁判所が原告の寄与過失の責任を法律問題として主張するすべての事件ではないにせよ、大部分の場合、被告の不注意はわづかなものであつたという証拠が発見されよう。

最後の明白な機会

最後の明白な機会という法則は、ゆつくりとニューヨークの裁判所で承認されるようになった。初期の判決は、原告の過失を無視する別の理由として、この法則に言及することはなかつた。何かこのような概念が適當かも知れないという暗示が少しあつたが、これらは主として、都市の踏切での事故または市街鉄道の運行によつて生じた事故を含む事件に見出された。初期の鉄道踏切事件において、最後の機会という状況は事実上ままだであつた。この機会が示された場合、被告がかかる機会をとらえることを可能にするような適切な手段が何も存在しなかつたという、簡単な理由によつてである。最後の明白な機会を典型的に描写するものとして、最後の瞬間に効果的に活動させることのできたブレーキ系統が含まれており、しかも、われわれは当時これが可能であつたことを知つている。

「寄与過失の形成時代」 村井

最後の明白な機会という原則が採用されたにちがいない状況の中でさえ、すべての紛争が他の手段によつて都合よく陪審に送られることができるかぎり、原告を助けるためにこの原則を用いる必要は、凡んど存在しなかつた。かくして、今日ならば最後の機会という法則によつて穏やかに論じられる事件において、十九世紀のニューヨークの裁判所は、原告の過失を無視し、請求を棄却する判決の言渡を拒否する方が容易であるとみた。陪審はそれ以外の仕事について、たよりになつた。問題の上に加えられるこの種の攻撃の性質が間接的なものであるにかかわらず、そして現代の法理論に従えば、いかに受け入れ難いものであつても、陪審は判断の技術をあからさまにすることなく、個々の事件の理非を大まかに決定するといふすぐれた利益を示すのである。この手続を用いることにより、もしこの事情がなければ最後の機会となるのに、被告がこれを利用するのを阻止するところの、被告が法外な速度を出していたとか、ブレーキが適切でなかつたことは、教理上の制限と衝突して苦境に落ち入ることなく、公正に考慮されることができ、形式的にみて、最後の機会という法則のその後の発展が、かかる事情を決定するについて何らかの評価できる確信を加えたとは、凡んどいえない。一八七五年

に最後の明白な機會の原理が控訴裁判所の通常開廷期において承認されたのちにおいてさえ、十九世紀の終りに近づいたのちでも、記録裁判所で用いられたのは、まれであつた。裁判所は、待ち伏せから攻撃を継続する方がより容易であると判断した。

反対の思潮

われわれが寄与過失を教理的に取り扱う方法は余りにも単純化しすぎているとの非難をうけていることは、さきに指摘しておいた。原告の過失はかかるものとして、せいぜい、これらの寄与過失の事件が何故そのような結果を生じたのか、その理由のほんの一部分を説明するにすぎない。しかし、正反対のことも、同じく極端で受け入れられない。不注意な原告は、彼等が法的保護に値しないとの理由のみで賠償を得られないという飾り気のない説明が、深く判事および法律家の意識の中にしみ込んだため、軽々しくそれを無視できなくなつた。この見解は、いたるところの裁判所で誠実に賛同を得ている。これが真面目に他の考慮とかみ合わされるのは、判事がそれを実行に移そうとするときのみであり、その代り、紛争を考慮するのに支配的な力を發揮するようになると思わ

れる。

原告の過失という概念は、ある具体的な論争にみられる事実とは別に、独立して存在することは凡んどできない。この概念は、それが適用される完全な状況からみたとき、はじめて意義がある。それにもかかわらず、すべての法原則と同じように、寄与過失は判事および学者により大いに議論され、つねに大きく評価されている。これらは、われわれが参照してきたような教理的な説明という形をとつて行われる。ある一つの説明がかくして一般に普及されるとき、それ自身の權威を高めていき、判事はいろいろの事件や書物により、彼がよく理解している教理的な特色に真向から反対するような説明を用いることを拒否するであろう。実益と理論とがどの程度まで、判事の心の中で調和させられることができるかについて、一つの限界がある。その不一致は、被害者が幼少な児童であつた場合にはつきり示される。

未成年者、および児童の寄与過失

踏切で警笛を鳴らすのを怠つた列車に、見通しのよい田園地域の踏切ではねられた未成年者は、損害賠償を得る機会はずつちかしくない。その理由は次のとおりである。すなわち、

もし鉄道が自己のなすべきことをなしていたならば—警笛を鳴らした—それに対して協力の態勢を十分に示さなかつた人の行為は、警笛を鳴らすことを要求する法律によつて保護されないからである。この考え方はいろいろな方法で示すことができ、原告の過失は、裁判所によつて協力の態勢を表現する形式として選ばれた。その理由は単に、他の競争し合う原理よりも一層流張であり、表現に富み、陪審をコントロールするためのより良い手段を提供するという点にある。寄与過失にこのような便益がなかつたならば、「事実問題についての訴訟原因」—cause in fact—または「義務についての争点」—duty issue—が選ばれたにちがいない。

もし義務とか原因とかが、右の目的のために裁判所によつて選ばれたならば、踏切事件において、成年者も児童も同様に処理するのに何も困難なことはなからう。しかし、原告の過失を明白な言いまわしの形式として選ぶことは、原告が児童である場合には、重大な教理上の障碍を介入させる。過失が試金石（標準）となつたが、過失は児童にとつて何の役にも立たない。教理上の権威と實際上の効用は、同じように仲が悪い。

それが可能な場合はいつでも、判事の心の中に両者の和解

「寄与過失の形成時代」 村井

が生じるであらう。擬制とか他の方法を、少し中途半端ではあるにせよ、もつともらしい調停の手段として利用できるならば、凡んどつねに和解が生じよう。われわれは、たとえば残された遺族によつて提起された訴訟において、彼等に個人的な過失はなくとも、死者の寄与過失が争点として残ることを知っている。この場合には、訴訟を擬制的に生存者の主張として処理することにより、目的を達成できる。遺族は、もし被害者が生存していたならば受けることのできたはずの権利のみを受ける、と容易に結論できる。かくして、和解が達成される。

鉄道の踏切における未成年者の傷害を含む事件において、裁判所は初期の経験で、陪審をコントロールする手段として、寄与過失の原則がもつ実際上の便益をたやすく保持することができた。Hartfield v. Reper (一八二九) 事件において、裁判所は、両親の過失を未成年者のせいにするという余りにも単純なトリックを採用した。裁判所はこれにより満足しながら、寄与過失の原則の権威を完全に維持することができた。不注意な両親は、言渡された判決による利益をうけ入れるべきであることが知られて以来、とくにそうである。寄与過失の原則は批評家の抗議にもかかわらず、一九二五年にニュー

ヨーク法律改革委員会の勧告にもとづいて、制定法により廃止されるまで固持された。

もちろん、両親の過失は、未成年者の行為が賠償を勧告されるようなものであつても、あるいは被告の過失がきわめて重大な性質を帯びるため、それを理由とする賠償がみとめられる場合さえも、存在するであろう。かかる場合、*Marfield v. Raper* 事件の法則は、それ自身の目的を無効にしてしまつた。しかし、この場合においても、裁判所は再び賢明であつた。いくつかの事例において、裁判所は両親の過失の争点のみを陪審に送つた。だが、もつと直接的なアプローチを用いることができた。未成年者の行為が、未成年者としての注意の標準になつていた場合、または未成年者の行為が事故を発生させる本質的な要因ではなかつた場合、両親の過失は非難されるべきではないという当然の法則を、裁判所は考え出した。この法則は近い原因 (*Proximate cause*) という特殊用語の中で、正当なものとも認められている。かくて、成年者が児童の靴をはかされ、裁判所は他の踏切事件と同じように訴訟手続を進めながら、はつきりした教理的良心をもつて夜をすごすことができた。

年長の児童について、裁判所は和解の手段をもつている。

標準として合理的な注意を用いることはやめ、同年代の児童の平均的な注意と経験がそれに代わつた。事件の結果についてこのことは凡んど影響を与えなかつたと信じられている。

かかる言いまわしの相違は、陪審に対して説示するとき用いられるべき言葉として、専ら重要性を帯びているけれども、控訴裁判所がそれを材料にして何かを作りたくいと決定する場合のほかは、重大な事柄ではない。たしかに、児童が被害者である事故は、人口の密集した地域で生じており、原告勝訴という陪審の答申がつねに与えられていた。

以上にのべてきたことから、教訓として読者に与える印象は何もない。裁判所は前世紀の間、陪審をコントロールすることを望んでおり、今日でもいぜんとしてそうであり、そして、多分、将来も、陪審をコントロールすることを望むであろう。たとえ、われわれが判事から寄与過失を取り上げても、彼等は何か他の方法を見つけ出すにちがいない。裁判の巧妙さを打ち砕くのは至難のわざである。