

平成24年度

大阪市立大学大学院法学研究科法曹養成専攻入学者選抜試験

## 【3年標準型】

# 小論文試験問題 (配点：100点)

### 注意事項

- 1 問題冊子は、監督者が「解答始め」の指示をするまで開かないこと。
- 2 問題冊子は、全部で12ページである。  
解答用紙は、全部で5ページである。  
問題冊子、解答用紙に脱落のあった場合には申し出ること。
- 3 解答用紙の上部所定欄に、1ページには受験番号及び氏名を、2ページ以降は各ページに氏名を忘れずに記入すること。
- 4 解答は、すべて解答用紙の所定欄に記入すること。
- 5 解答以外のことを書いたときは無効とすることがある。
- 6 机上に各自の「受験票」と「法科大学院全国統一適性試験受験票」を出しておくこと。

## 第1問

次の文章（ダニエル・H・フット著、溜箭将之訳『裁判と社会—司法の「常識」再考—』NTT出版・2006年）を読んで、次の2つの問いに答えなさい。なお、出題に際し、一部省略した箇所および表記を変更した箇所がある。

問1 1960年代から70年代にかけて日本の裁判所が行った交通事故に関する「政策形成」の特徴を、3点あげて300字以内で要約しなさい。（配点＝15点）

問2 このような「日本の裁判所の政策形成」の意義と問題点を、800字以内で論じなさい。（配点＝35点）

棚瀬孝雄の論文とJ・マーク・ラムザイヤーと中里実の論文は、少なくとも交通事故の事件に関しては、日本で訴訟が少ないのは、日本人が訴訟嫌いだからというよりは、損害賠償を得るために訴訟を必要としない、制度的要素があるからだ、と主張している。これらの論文はともに、過失と損害賠償額の認定について予測可能性が高いことにより、裁判所に訴えることなく容易に交通事故事件を解決できるようになっている、と述べている。

この予測可能性を高めているのは、何よりも、過失と損害賠償を認定する際の定式の標準化である。そのほかにも、事件の解決を容易にしている制度的要素は存在する。たとえば、警察の実況見分書を重視することによって、事実認定の予測可能性が高まっている。また統一的な保険金の支払い基準——これはもとをたどると、大部分は先の標準化された認定基準に行き着くが——があることで、同意に基づく事件の解決が容易になっている。他方で、無料相談サービスが存在し、訴訟に発展しかねない事件の紛争当事者に対し情報が提供されることによって、このような同意に基づく紛争解決は促進されている。そこでは、提示された保険金の支払額や、和解の申し込み額が妥当なのか、当事者が評価できる。仮にその額が妥当でないとしても、当事者は裁判外で交渉することができる。訴訟の提起を考えている人にとっては、陪審ではなく裁判官が判断を下すことから、定式化された判断基準がより正確に適用になると思われるので、より有利な判断が下るのではないかとイチかバチか試してみようとする誘惑に駆られにくくなる。最後に、万が一事件が実際に訴訟に発展しても、断続的に審理が続く中で、裁判所は当事者に判断基準の予測可能性の高さを理解させるなどして、和解に導くきっかけは多い。しかし、警察記録をおそらく唯一の例外として、ここまでみた一連の制度で実現される高い効率性は、究極的には、詳細かつ明確な定式化がなされ、裁判所に事件がかかればどんな判断が下されるか両当事者が予想できることに由来する。したがって核心となる問題は、これらの定式がどのように確立され維持されているかである。

こういったわけで、私にとって交通事故事件でもっとも興味をそそられるのは、そもそもこのような制度が成立したのはいかなる経緯によるのか、である。ラムザイヤーと中里は、「判決を標

準化させるため、日本の裁判官は、過失割合と被害者の損害額を算定するための、詳細かつ明確な定式化を公開することにした」と述べているが、さらにその詳細を示してはいない。棚瀬も、この制度の形成や運用についてより詳細に説明しているが、彼は、全体としてみたときに裁判所の果たした役割はさほど大きくないものとして扱っている。私の考えるところでは、このような取り扱いは、話のもっとも興味深い——そしてもっとも重要な——部分を、脚注程度に貶めてしまっている。

この問題を調べると、これらの定式が決して民法上の法理を素直に適用したものではないことがたちどころに分かるだろう。また、これは判断基準を立法的に規定しようとしたものでもない。さらに、西欧の日本法に関する文献では、行政がその他に対し優越しているとの記述が目立つが、これは、運輸省（現国土交通省）、法務省、大蔵省（現財務省）といった省庁が作成したものでもない。むしろ、交通事故の判断基準の定式化は、日本の裁判官の創造力——裁判所による意識的かつ周到な政策形成——を如実に示している。実際、後でみるように、裁判において警察の実況見分書を使用しこれに依拠した判断がなされるようになるが、これも裁判所の主導によるものだったのである。

こういった裁判所の努力については、数多くの文献が公にされている。そのひとつが、ここで中心的な役割を果たした7人の裁判官の参加をもって1982年に開かれた座談会である。こういった文献によれば、この裁判所による政策形成の話は1961年の末にさかのぼる。このとき、1962年1月1日をもって東京地方裁判所に交通専門部を設置することが決定されたのだ。交通事故訴訟は1960年代前半から急激な増加を示していた。こういった事件に迅速に対応し、他の民事部の事件負担を軽減するため、交通専門部として新たに民事第27部が設置された。この新しい部の設置が決まった時点で、1962年には新たに300件が係属するだろうと見込まれていた。しかしこの見込みは低すぎた。1962年には新たに428件が、翌年にはさらに587件が提起されたのである。こうして、新しい部は発足後早々、あふれかえる事件の波に飲み込まれてしまった。

当初の第27部は、小川善吉判事を筆頭に、24人の裁判官から構成されていた。小川によると、当時の最重要課題は、交通事故被害者を迅速に救済することだった。彼は当初、この課題を達成するために、少なくとも3つの方策があると考えた。第1に、専門的知識と経験を備え、事件を効率的に処理できる裁判官の集団を育成すること、第2に、適用になる実体法、手続法上の諸法理を精緻なものにすること、第3に、裁判内での妥協を重視し、これを促進するために適用になる法理を徐々に明らかにすることである。

まず課題となったことのひとつが、事実認定手続きを簡素化することである。裁判官が自ら事故現場を検分することは非現実的であり、当時の検察は起訴された事件においてしか警察の実況見分書を提供していなかった。事実認定を効率化するため、小川判事は自ら東京地方検察庁を訪れ、次席検事に対し、すべての交通事故に関して警察の実況見分書を提供する道を開くよう依頼した。検察庁は法務省と協議した後、この要請を断った。しかし裁判官側はそれでも提供にこだわり、その後裁判所、検察、弁護士会の三者会談を経たのち、警察の実況見分書を提供することで合意にこぎつけた（ただし、目撃者や当事者自身による証言は除外された）。

小川の目標に沿う形で、第27部が取り組んだもうひとつの課題は、適用になる実体法と手続法の諸法理を精緻化することだった。おそらく小川の意向によると思われるが、交通事故訴訟に関する諸問題を検討するための研究会が設置された。研究会の当初の構成員としては、第27部の全裁判官と書記官に加え、法学者が1人、検察官が1人、実務家弁護士が2人、高等裁判所の裁判官が2人、地方裁判所の裁判官が3人（うち1人は最高裁判所民事局に勤めた経験をもっていた）名を連ねた。1963年11月からほぼ2年半にわたり、研究会は19回の会合を重ねた。その後、第27部の裁判官は重要な争点について数多くの判断を下していくが、その中にはこの研究会で検討された論点も少なくなかった。こうして精緻化の図られた論点は、レンタカー会社は、その会社の車が関わった事故においては連帯責任を負うとした判決、第三者が無断で使用した場合にも車の所有者が広く責任を負うことを認めた判決、子供や主婦に関する逸失利益の算定基準の作成、などがある。

当時、第27部は交通事故に関する法理を生成するにあたって非常に大きな影響力をもっていたため、人々の間では「交通事故訴訟の最高裁判所」として通っていた。実際、レンタカーの絡んだ事件を例にとると、第27部の裁判官は最高裁判所の判示を否定し、それまでに研究会で示されていた判断に沿った独自の判断を示したのだった。その際、裁判官は、最高裁判所の判決を事実関係が異なるとして周到に区別している。事件は上訴されたが、最高裁判所はこの判断を支持した。こうして、第27部の判断は最終的に判断の指標とされるようになったのである。これに限らず、この時期の第27部による判断は、保険実務、法務実務、ひいては不法行為法の学説に至るまで、大きな影響を及ぼした。

しかし、第27部の影響力が如実に発揮されたのは、判断を標準化する試みだったとって間違いない。この標準化は、幅広い事象や争点を対象としたもので、そこで用いられた手法は多岐にわたった。書面のレベルでは、第27部は、弁護士会の協力を得て、原告が用いる訴状の雛形を作成した。同部は、裁判官が判決の起案に用いるための標準的な判決書式も作成した。これらにも増して重要なのは、1968年から1970年にかけて同部の部長を務めた倉田卓次判事が作成し、毎年改訂した手引きである。これは製本され、同部のすべての裁判官に配布された。この手引きには、どの段階で事件を調停にまわし、どの時点で合議に付すべきかといった基準のほか、いかに和解に持ち込めばよいかといった問題に関する基本指針が記載されていた。そこにはまた、損害賠償額の算定基準も示されていた。

これらの損害賠償額の算定基準は、それ以前のものもそれ以降のものも併せて、交通事故訴訟において予測可能性を実現するための鍵となっていた。この予測可能性を実現し、訴訟を効率的に処理するためには、ラムザイヤーと中里の言葉を借りると、この算定基準が「詳細かつ明確で、公表されている」こと、そしてそれが適用になることについて、広く同意が成立していることが重要であった。

まず、その詳細かつ明確さについて検討しよう。第27部の立ち上げの段階で、同部の裁判官は医療費や葬儀代といった費用の賠償額を、原告が実際に支出した額によって判断していた。しかし、この手法では、事件ごとに個別の判断が必要になり、慰謝料や逸失利益といった項目の算定に伴う不確定性を克服できなかった。程なくして裁判官は、損害賠償額の算定に関してある一

定の経験則に従って判断するようになった（たとえば慰謝料についていえば、死亡事故については100万円、傷害事故については入院に対し1月あたり10万円、入院中の雑費として1日あたり100円など）。彼らはまた、毎月会合をもち、そこで判決を持ち寄り、互いに比較する試みを始めた。そうすることによって、算定式を精密化し、確実性を高めようとしたのである。賠償額の算定基準は、時を経るにつれてさらに詳細かつ具体化されてゆき、倉田による手引きに結実していった。

こういった算定式を編み出していくにあたって、裁判官はほぼ一貫して平等な取り扱いを追求し、被害者の経済力、地位身分その他の属性によって損害賠償額に差がつかないようにした。逸失利益については、そこで使用される係数のほかに、被害者の収入や支出、稼働可能年数といったものによって左右されるため、事件ごとに賠償額のばらつきがどうしても大きくなりがちだった。逸失利益の算定基準に対しては、被害者の性によって未成年の逸失利益の算定基準に偏りが生じているなど、批判がなされている。しかし、いずれにせよこの定式化によって、逸失利益さえもが確実な方法で判断できるようになった。

損害賠償額の標準化については、事件ごとのばらつきを大きくする要因として、過失割合の問題が残っていた。過失割合についての考え方が異なると、結論に大きな違いが生じ得る。ここでも、第27部は判断基準の作成に乗り出した。まず、倉田のほかにもう1人福永政彦判事が、さまざまな交通事故の典型例を示した図表を作成していった。これをもとに、第27部の裁判官全員で、さまざまな事例において過失割合を書き出していった。裁判官は、その結果を持ち寄り互いに比較した。その結果、その数字が互いによく似ていることが明らかになると、彼らはその判断基準を緻密化してまとめ上げ、最終的に過失割合を明確化した図表集を作成していった。その後も、第27部の裁判官は、賠償額と過失割合の算定式を改訂し緻密化していった。こうして裁判官は、詳細かつ明確な判断基準を作り上げるとともに、第27部の内部でもこれを適用することについて一致をみたのである。

裁判官は、さらに広い同意も取り付けようとした。裁判所の中では、最高裁判所が全体の合意を取り付ける手助けをした。このために最高裁判所は、第27部の裁判官を全国各地の地方裁判所へ次々に配置転換し、情報をじかに伝達するのを可能にするとともに、各地の地方裁判所で交通事故訴訟を扱う裁判官を集めた全国規模の会議を開催するなどした。後者の手法については、1968年の事例を特記すべきであろう。それ以前の大阪地方裁判所は、慰謝料について東京地方裁判所よりも高額の損害賠償を認めていた。ある弁護士が先例を細かく調べてこの事実を明らかにすると、ある新聞記者がこれを取り上げ「訴えるなら大阪で」と報じた。この事態に対処すべく、最高裁判所は、おそらく東京の裁判官の要請によるものと思われるが、東京、大阪、名古屋の交通事故担当の裁判官を集めた合同の会合を開催し、そこで裁判官は高めの損害賠償額を認めることで合意をみたのだった。

損害賠償額の算定基準がもっぱら裁判官だけで決定されていたという点、これは誇張になるだろう。というのも、この幅広い合意を取り付ける過程は、さらに拡張され、裁判所の外の利害関係者にも及んだからである。これとの関係で、研究会での議論や、保険料率算定会を通じた保険業界との討論、さまざまなパネルディスカッションやカンファレンスを通じた弁護士会との対話

がなされた。当時、大阪地方裁判所の交通部に所属していた舟本信光裁判官の証言は、意味深い。彼によれば、大阪地方裁判所は、賠償額の算定基準を裁判所として発表するのではなく、大阪弁護士会にパンフレットを配布してもらい、「弁護士会側からみるとだいたい、慰謝料はこのぐらいになっているという形で、私どもの協議に出ている基準を、弁護士会の名前で示していただくという形で浸透させていった」そうである。また別の裁判官の発言によれば、この算定基準は裁判官、法律扶助協会、大阪の交通事故処理委員会、それに弁護士会との間の話し合いの結果できあがったものだが、弁護士会は、弁護士の間で判断基準について合意をみたと自ら認めるのは具合が悪いということで、先のような形で発表したのだという。

こういった努力を通じて、損害賠償額と過失割合の双方について、明確かつ詳細な算定式について、幅広い合意が成立した。こういった算定式によって訴訟に至らずに自発的に和解することが可能になるためには、この算定式がさらに広く周知されることが重要だった。当初、この周知のためにとられた方策は間接的なものだった。和解の協議の場において、個々の弁護士や保険会社に算定式が提示され、この情報が口づてに広がっていったのである。しかし、1964年という比較的早い段階に、第27部の初代統括判事の小川が、弁護士会の特別研修においてこの算定式の一部を公表し、その内容が出版された。遅くとも1967年には、当時第27部の判事であった吉岡進は、保険料率算定会の場で、保険業界に対して算定式を公表していた。算定式が本格的に公開されたのは、それからまもなくのことだった。1967年の後半には、吉岡裁判官の監修の下で『判例タイムズ』の臨時増刊号が組まれた。倉田が代表編集者を務めたこの出版物では、東京地方裁判所やその他の地方裁判所の裁判官の執筆により、手続き問題、責任問題、損害賠償額の算定基準、和解や調停の実際などについて解説がなされ、これが200ページを超えた。これに加えて、倉田と福永裁判官は、過失割合の判断基準を作成し、完成後まもなく1969年に刊行された『判例タイムズ』誌上でこれを公表した。こういった判断基準の解説とその後の改正は、その後もさまざまな出版物に掲載され、これを集大成する形で、1975年に、161ページからなる『別冊判例タイムズ』が刊行された。これは、裁判所で用いられる損害賠償額や過失割合の算定基準について、第27部の元裁判官や現役の裁判官が解説したもので埋められていた。注目すべきことに、その後は、日本弁護士連合会の交通事故相談センターが損害賠償や過失割合の判断基準について、ハンドブックの刊行を続けているが、その内容は相当の部分まで、裁判官が当初公表した判断基準に依拠している。

以上のような経過を経て、1970年ごろまでには、損害賠償と過失割合について、明確かつ詳細な算定式の公表が実現した。棚瀬やラムザイヤーと中里が論じているように、これらの判断基準によって、交通事故事件の当事者は、大半の場合、さまざまな機関の支援を受けつつも、裁判所に訴えることなく紛争を解決できるようになったといえる。実際、東京地方裁判所に新たに提起される交通事故件数は、1970年に約2300件でピークに達した後、着実に減少し、1977年には600件を下回るまでに至った。初めて事件数が600件を超えた1963年を振り返れば、第27部の裁判官は、事件数の多さに圧倒されそうになっていた。しかし、その後さらに多くの訴訟が提起されたのに対応し、手続きの合理化や人員の増加などの対応策をとった結果、1970年代に600件に事件数が戻ってみると、同部の裁判官はあたかも職を失ったかの

ような状況になっていた。第27部の裁判官は交通事故事件で忙殺されることもなくなり、1978年には、交通事故事件だけでなく労災補償事件も扱うようになった。こうして、交通事故紛争専門部としての第27部の16年にわたる歴史は幕を閉じた。しかしこの間、第27部の裁判官の努力により、交通事故紛争の大半は裁判所外に誘導され、裁判官が判断するのは、ごく例外的な事件にほぼ限られることになった。

以上からは、書式や手続きの合理化から、非常に多様な事件類型に対する判断基準の作成に至るまで、裁判所による驚くべき政策形成がみてとれる。ここでは、裁判所が単独で行動したわけではなく、保険会社、弁護士および弁護士会、学者やさまざまな政府機関による関与もあった。それでも、この制度を構築するにあたって、裁判所は中心的な役割を果たした。東京地方裁判所で第27部に配属された一握りの裁判官が、この動きを引っ張ったのである。第27部の創設は、東京地方裁判所による意識的な決定によるものであり、間違いなく最高裁判所もこれを暗黙のうちに（最高裁判所の側から創設を指示したのであれば）認めていたはずである。その最高裁判所も、このような試みにさまざまな助力を行った。たとえば、関連する問題について話し合うために裁判官の会合を開き、交通事故の事件処理についての専門的技術を全国に広げるため、組織立った配置転換を行った。このように、ここでの観察からは、裁判所が組織を挙げての政策形成を通じ、大きな事件カテゴリーへの対処を試み、その過程で不法行為法のさまざまな点を主体的に——立法府の関与もなく——大きく変えていった様子が浮かび上がる。

合衆国のような司法積極主義の国でも、裁判所が組織としてここまでの政策形成を行うのは、なかなか想像しがたい。私の知る限りで、この事例とかがろうじて似ていると思われるのが、アスベスト、エージェント・オレンジ、ダルコン・シールド避妊具といった製品に関する大規模不法行為訴訟である。いずれの事例でも、日米の裁判所は大量の訴訟に直面した。いずれの場合も、事実審裁判官は訴訟を効率化するような判断基準や手続きを策定し、理想的には裁判所の関与を極力なくして、多くの事件を解決しようと試みた。しかし、これに対する反応は大きく異なっていた。日本では、第27部の改革は裁判所が試みても不自然ではないという考え方が強かったようにみえる。裁判官のとった行動は、法曹専門家から大きな社会問題への待望の効果的対応策として受け容れられ、しばしば賞賛された。これに対して、合衆国で大規模不法行為訴訟の処理を合理化しようとする裁判所の努力は、ずっと冷ややかな受け止め方をされた。訴訟を効率的に処理しようと裁判所が創造性を発揮した事件は、しばしば上訴で覆された。その理由としては、裁判官の権限を逸脱し、立法府のすべき行為をした、あるいは、個々の事件相互の差異を軽視した、というものが挙げられた。そして、このような創造的な手法の多くは、学者からも弁護士からも、かなり手厳しい批判にさらされた。

## 第2問

次の文章（樋口範雄『はじめてのアメリカ法』有斐閣・2010年）を読んで、アメリカにおける過失責任主義の意義と限界について、「三輪車事件」にふれながら800字以内で論じなさい。なお、出題に際し、一部省略した箇所および表記を変更した箇所がある。

（配点＝50点）

民法を習い始めたときに、民法の3大原則を習ったことがあります。所有権の絶対、契約の自由、そして過失責任主義です。もっとも3大原則といって何をあげるかは人によってさまざまですので、権利能力の平等、所有権の絶対、私的自治の原則と並べて私法の3大原則とする人も多いようです。その場合、契約の自由と過失責任主義は「私的自治の原則」の具体例になります。

これまで、契約の話を中心にアメリカ法を見てきました。そこでは、そもそも契約の意味がわが国とアメリカでは異なること、契約の自由についての考え方も同じではないところに注目しました。先ほどあげた3大原則は、「近代民法の」とか「近代私法の」とかいわれ、いずれにせよ現代において一定の修正を余儀なくされているといわれるのですが、契約について見る限り、アメリカ法のほうが古典的な自由モデルに忠実なように見えます。私的自治を直訳したような英語（private autonomy でしょうか）は聞いたことがありませんが、そのままの言葉はなくとも、私的自治の精神は脈々と生き続けている感じがします。当事者が自己の利益を追求し、人生のプランニングをするための法的手段が契約だったからです。

そこで今度は、過失責任主義を問題にしてみましょう。これは英語でも“fault principle”といます。要するに、何らかの帰責事由がない限り不法行為になることはなく、法的責任はないとする原則です。

しかし、私は、ホームズの次の言葉には驚きました。

「わがアメリカ法の一般原則は、事故から生じた損害は、それが降りかかったところにとどまるべきだということである。この原理原則は、事故の発生に人間が介在していた場合にも適用される。」

ホームズというのは、「契約違反は悪ではない」と喝破したあのホームズです。今度は、「事故の被害者のもとに損害がそのままとどまっても仕方がない」といっているように聞こえます。いや、「仕方がない」ではなく、「そうであるべきだ」と明言しているのです。しかも、人が関与した事故であっても。

もちろん、私は「過失責任主義」は大学で習っており、この言葉もそれをいっているにすぎないと頭ではわかっていたはずなのに、こうやってズバツといわれるとあらためて驚いたのです。何しろ被害者は泣き寝入りすべきだというように聞こえますから。この驚きがきっかけで1冊本を書くことにもなりました。



ホームズは、この言明の後、なぜそうであるべきかを説明しています。

彼は、人が何かをするときにはリスクを伴うということから説明をスタートします。自動車の運転ならわかりやすいのですが、単に歩いていてさえ、他人にぶつかって転ぶこともあります。そういう事故が生ずるたびに、必ず行為者に法的責任を負わせることになっているかといえば、アメリカ法ではそうになっていないはずだということです。

人が何らかの行為をすれば、必ず何らかのリスクが発生します。しかし、社会は個人がそれぞれさまざまな活動をするによって利益を得ているのです。人が何かをしたいと願い、それを自発的に実行する、その自由な活動によって社会が動いているというのです。

そうだとすれば、たとえ一定のリスクを伴うものであっても、自由な行動を促進することこそ法の基本的な政策であるべきです。それによって他人に損害が生ずることがあっても、それが通常の人間の注意や予見性では防ぐことのできない行為であるなら、法的には「不可避の事故」とされ、雷に打たれるのと変わらないのです。

したがって、「不可避の事故」についてまで賠償責任を問うのは、自由な活動を阻害する点で賢明でなく、さらに「不可避の」事故についてまで責任を問うのは「正義」にも反するとホームズは強調しました。

不法行為法の根本原則は過失責任主義です。その説明は、わが国でも「過失なければ責任なし」ということです。しかし、「被害者に被害はとどまるべきだ」というのが原則だといわれると抵抗を感じずる人は多いのではないのでしょうか。さすがにリーガル・リアリズムですね。実態はまさにそうなのですから。

それ以上に、日本とアメリカの過失責任主義は同じなのかが気になりませんか。ホームズの言明では、アメリカ法の原則が自由と正義に基づくと強調していました。その焦点は明らかに行為者に当たっています。他方で、日本の不法行為法の目的は「損害の公平な填補」にあるといわれています。そこでの焦点は損害を受けた被害者にあり、(公平な)被害者救済がキャッチ・フレーズとなります。ちょうど、日本の契約とアメリカの contract が異質であったように、日本の「過失責任主義」とアメリカの“fault principle”が同じものかどうかを考える必要があります。

私は1982年の秋、ミシガンからアリゾナ大学ロー・スクールに移りました。そこにドップズ (Dan B. Dobbs) 教授がいたからです。アメリカではロー・スクールの教材はもっぱらケースブックで、学生は日本のような教科書(概説書)は買いません。しかし、有斐閣の法律学全集のような概説書のシリーズとしてホーンブック・シリーズがあり、その中に Prosser on Torts [ハーヴァードやパークレイで教えたプロッサー (William Lloyd Prosser) 教授が著した不法行為法の概説書] のように定評あるものが含まれていました。同じシリーズで1973年に出された Dobbs on Remedies は斬新な本でした。わが国では、法を実体法と手続法に区分することがありますが、ドップズ教授は、救済法という分野を切り開いたのです。実体法でいかなる権利が認められるか、それを認めるためにどのような手続がとられるか、という課題とは別に、その結果、裁判所でいかなる救済が与えられるかについて総合的・体系的に記述した書籍です。当事者にとってそれが最も重要な理由は、自らに何という名前の権利があるかとか、そのための要件が何かとか、あるいはそれが認められるための手続より、最終的にいかなる救済が認められるかに関心

を持つはずだからです。

そのドブズ教授の授業を受けてみたいと思ったのですが、教授は、救済法のクラスとは別に1年生を対象にした不法行為の授業も開講していました。その両方の授業に参加したのです。ドブズ教授は、その後、不法行為法のケースブックや概説書を刊行することになりますが、その頃は、コピーを簡易製本した厚手の教材で授業をしていました。その冒頭に子どもの三輪車事件が取り上げられていたのです。アリゾナ大学ロー・スクールに入りたての学生が、最初の時間にぶつかる事件です。それは私にとっても忘れられない事件となりました。

1968年のアイオワ州最高裁判決です。事案はどこにでも起きそうなものでした。3歳1カ月の子どもが三輪車で通行人にぶつかりアキレス腱にけがを負わせたのです。親が謝って医療費その他を負担すれば訴訟にならなかったはずですが、しかし、それはなく、被害者の女性は、3歳の男の子とその両親を訴えました。ところが、結論は敗訴で、文字通り、「事故から生じた損害は、それが降りかかったところ（被害者）に」とどまったのです。

しかも裁判は簡単に終わっています。というのは、訴状だけ見て、第1審裁判所はこの訴えをそれ以上審理する必要なしと判断し、上訴を受けたアイオワ州最高裁も簡単にそれを認めているからです。例によって、陪審審理のために陪審を選任するとか、証人を用意するとか、その前に当事者双方の情報の開示手続で、証言録取書（deposition）をとるなどの手間はいつさいかかっています。

いったいどういうことなのでしょう。同時に、私の授業では、これが日本で起きたらどうなるだろうかと考えてもらいます。実はこれに限らず、判例法主義をとるアメリカ法の説明では、このような具体的判決を紹介することが多くなるのですが、そのたびに次のようなことを考えようとしています。

- ①そもそも日本なら同じような紛争が生ずるのか。
- ②同じような紛争が生ずるとしてそれが裁判で争われるのか。
- ③裁判で争われた場合に結論が同じになり、同じような救済になるか。
- ④結論が同じになったとしても理由づけまで同じか。
- ⑤いずれについても違いがあるとなれば、それは「なぜ」か。

三輪車の事故の場合にあてはめると、「イエス」という回答は問①くらいです。他に同じなのは、この問題が、事故といっても、法律的にみれば「子どもの不法行為」に関するものだという点ですが、その内容は日米で大きく異なります。それは、「子ども」に対するとらえ方が違うか、あるいはそれに加えて「不法行為」に対する考え方が違うと思わざるをえません。不法行為は英語では“torts”、しかし、“torts”と「不法行為」が本当に同じなのかという問題になります。

さて、三輪車事故の裁判に戻りましょう。原告側弁護士の提出した訴状は次のような内容でした。被告は3歳の子とその両親であり、3歳の子を訴えた部分では、三輪車で原告にぶつかり損傷を負わせたという記述がなされていました。両親を訴えた部分では、ベビー・シッターに子どもを見ているよう注意していなかった点に過失ありと述べられていました。これに対し、被告の弁護士が、訴状が法律上不十分であるという申立て（motion to dismiss for failure to state a claim）を行いました。訴状だけで「法律上」訴えの価値なしというのです。そして、裁判官はそ

の申立てを認めて訴え棄却の判決を下したのです。

その理由は、3歳の子を訴えた部分については、訴状に何らかの帰責事由を推認させるような事情がまったく示されていないことでした。人間が介在して事故が生じたというだけで法的責任ありとされていないからです。要するに過失責任主義の下では、「彼のせいで損害を負った」というだけでは、法律上、意味のない言明だということです。

だからこそ、この判決は、ドブズ教授の不法行為の教材のトップに置かれているのです。ホームズのいうアメリカ不法行為法の最も重要な基本原則を教えるのに最適だというわけです。訴状を作った原告側弁護士は、訴状に「何らかの過失により」という言葉がないだけで訴えを棄却するなんて、あまりに形式的な処理だと異議を申し立てましたが、退けられました。

しかし、両親を訴えた部分では、ちゃんと「過失」と書いてありましたね。ところが、裁判所は、「ベビー・シッターに子どもを見ているよう注意していなかった」ことが事実としてたとえ立証されたとしても、それだけで両親に過失ありとすることは法律上ありえないと述べて、やはり訴えを棄却としたのです。先例によれば、子どもの不法行為につき両親の過失を認めたのは、たとえば、子どもが拳銃をもってあそんでいるのを見てすぐに取り上げなかった場合や、子どもがすでにほかの子を棒で殴る事件を再三起こしていたのに十分に注意せずそれを防ぐ努力を怠ったと認定された場合であり、本件の訴状に記された事実ではどうして過失になりえないと判断したのです。

訴状を提出しただけで負けたのでは、弁護士は何をやっていたのかという感じです。この場合、アメリカでは弁護士が被害者に訴えられる可能性すらあります。これを legal malpractice (弁護過誤) と呼び、弁護士の明らかな失敗で損害を受けた依頼人が弁護士を訴えるケースは、アメリカでは少なくありません。3年後に弁護士になろうとするロー・スクールの1年生には他山の石となるでしょう。

さて、アメリカのこの訴訟をあらためて検討してみましょう。

①本件では訴訟棄却になっていますが、逆に3歳の子でも過失責任があることが前提とされているところに注目すべきです。そもそも3歳の子を訴えることができないという理由での棄却ではありません。これが日本なら、そもそも3歳の子どもは不法行為責任能力がないとされており、誰も子どもを訴えようとしないうちです。

もっとも、アメリカでは子どもに過失があったか否かは「同様の年齢の子どもなりの注意を払っていたか否か」で判断されることになっています。3歳の子が三輪車で他人にぶつかることが異常なことといえないなら、結局、過失はありません。

そうそう、過失があったとしても、子どもには資産がないので意味がないのではないかという疑問を持つ人もいるでしょう。実際、まったく資産のない人を相手とする損害賠償請求は意味がないので、弁護士は相手を選びます。したがって、子どもを被告とするというのは、子ども自身に何らかの財産がある場合か、賠償保険が子どもの行為も対象としている場合です。アメリカでは、子どもも訴えられる可能性があるのも、ある人が家族も含めて賠償責任保険に入る場合、幼児も含めることが可能です。

②両親を訴えた部分でも、この事故についての両親の過失が問題になるのですが、三輪車を買

い与えていたことや、それを使って遊ばせていたことで過失ありとされていないのはもちろん、ベビー・シッターに十分注意をしていなかったという主張でも不十分とされています。このような事故が前にも起きていたならともかく、現実に事故の予見可能性があり何らかの手段をとれる場合に、なおとらなかった場合にのみ両親の過失が認められるということです。別の判決では、「悪い性格の子どもを持ったことは、親の不運ではあっても、親の帰責事由ではない」とまで述べられています。その子を生んだだけで「親の責任だ」とされることはないのです。

これらのルールの結果、子どもが何らかの被害を他人に与えた場合、「被害者に損害がとどまる」ケースの多いことが予想されます。しかし、それが過失責任主義ということの意味です。

これに対しわが国では、先の三輪車事件で訴訟になれば次のような結果が予想されます。

- ①弁護士は3歳の子を訴えることはない。
- ②両親を訴えると、裁判所は必ず両親の過失を認めてくれる。
- ③裁判は原告勝訴に終わる。

わが国の民法の条文だけ見る限りは、そうとは限らないはずですが。「712条：未成年者は、他人に損害を加えた場合において、自己の行為の責任を弁識するに足りる知能を備えていなかったときは、その行為について賠償の責任を負わない」。「714条：前2条の規定により責任無能力者がその責任を負わない場合において、その責任無能力者を監督する法定の義務を負う者は、その責任無能力者が第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。ただし、監督義務者がその義務を怠らなかつたとき、又はその義務を怠らなくても損害が生ずべきであったときは、この限りでない」。

この714条の下では、監督義務者である親が注意義務を果たしていれば責任を負わなくてよいはずですが。ところが、日本では、判例・学説によって親の監督義務は子の生活関係のすべてに及び、24時間監督すべきだとされているのです。その結果、初めて事故が生じた場合でも、親は責任を免れません。過失責任主義といいながら、実はほぼ無過失の責任が問われているのです。しかも注目すべきは、条文のほうは過失責任主義を維持しているのに、判例がその内容を実質的に変更しているように見える点であり、学説もそれに異論を挟まないところです。

このようなわが国のルールが、仮に人びとの行動に影響を与えたとしたら、それはどのようなものでしょうか。まず、親は子の監視を強めざるをえません。子が好き勝手に三輪車で遊んでいたら、そしてそれで事故を起こしたら、それは危険の放置だといわれて責任を負わされるのですから。リスクに対する意識過剰な親なら（これをrisk-averse＝リスク回避的と呼びます）、子どもには危険な行動をさせないようにするでしょう。

同時に、3歳の子はまだきつと意識しないでしょうが、これが6歳なり7歳であれば、「自分は不注意でも責任を問われない、しかし、本当は過失もない親が責任をとらされる」ことがわかるでしょう。その子がいい子であれば、「親に申し訳なかった」となるはずですが。本当は、被害者は別なのに。子ども自身の責任に関するルールのあり方が内向きだと思いませんか。

これに対し、アメリカのルールでは、3歳の子も3歳なりに社会のルールが直接に適用されます。親も、無理でない程度の注意義務を課されます。過剰に子を監視する必要はありません。その代わりに、他人の子によって損害を負った場合に、「損害が自分にとどまる」可能性があるのも、

他人の子であっても注意することや（すべて子どもであっても社会のルールに服しているのですから）、自らが負う損害に対してはそれに備える保険を用意することが考えられます。

そして、そのような行き方（生き方）の方が、自由と正義にかなっていると考えているのです。とりわけ親であるという理由だけで、子の行為の責任を問われるのはアンフェアだと多くの人が考えているということです。

そうはいつでも、実はアメリカでも親の責任を厳しく問うべきだとの声もあります。その結果、非行少年が学校や商店街の窓ガラスを割るような非行を働いたこと（vandalism=蛮行と呼ばれる行為）に対し、一部の州では、一定額の範囲で（州によって異なりますが50万円程度まで）親に無過失責任を問うことを認める制定法を作っています。面白いのは、判例法（コモン・ロー）は過失責任主義に忠実であり、それを議会制定法によって一部修正しているという点です。しかし、それも子どもの不法行為全般について、金額も無制限に親の責任を問うような法律はできていませんし、またその見込みもありません。それは先ほど述べたように、そのような法律が自由や正義という基本的な価値に反すると考えられているからです。