

論  
說

損害賠償法における素因の位置（六・完）

永下泰之

目次

序章 素因減責論の課題

第一節 問題の所在

第二節 外国法との比較

- 第三節 本稿の目的・構成
- 第一章 わが国の判例・学説の到達点
  - 第一節 はじめに
  - 第二節 被害者の素因の類型とその意義
  - 第三節 判例の状況
  - 第四節 学説の状況
  - 第五節 小括
- 第二章 ドイツ法における素因不考慮命題の意義
  - 第一節 序
  - 第二節 素因不考慮命題の形成過程
  - 第三節 被害者の素因の取り扱いに関する判例・学説の展開
    - 第一款 素因に関する裁判例の展開
    - 第二款 素因不考慮命題の限界―帰責性の否定
    - 第三款 学説による素因不考慮命題の評価
    - 第四款 小括
- 第三章 被害者の特別な精神的脆弱性
  - 第一節 被害者の心理的反応
  - 第二節 ノイローゼ事例における素因の位置
  - 第三節 被害者の体験の不適切な精神的消化
  - 第四節 小括
- 第四章 ドイツ法における素因の考慮場面
  - 第一節 素因不考慮命題と諸法理による現免責の可能性
  - 第二節 逸失利益算定における考慮

(以上、六二卷四号)

(以上、六二卷五号)

(以上、六三卷一号)

（以上、六三卷三号）

第三節 逸失利益算定における割合的控除

第四節 素因と共働過責

第一款 ドイツ法における共働過責について

第二款 共働過責による素因の考慮

第三款 素因と共働過責に関する小括

第五節 ドイツ法における素因の考慮場面についての小括

第五章 素因減責論再考

第一節 ドイツ法における議論状況の総括

第一款 素因不考慮命題の意義

第二款 素因不考慮命題の限界

第三款 素因不考慮命題に関する法律構成

第四款 素因不考慮命題の問題点

第五款 仮定的因果関係論による減免責

第六款 素因に対する統制義務を媒介とする共働過責

第二節 日本法への示唆と若干の検討—素因の位置・再考

第一款 基本的視座の確立

第二款 損害帰責論における素因の位置

第三款 逸失利益算定における素因の考慮—将来的影響の斟酌

第四款 過失相殺の「適用」による素因の考慮

第三節 当事者間の緊密性によるリスクの配分

第四節 総括

結びに代えて—若干の残された問題

（以上、本号）

（以上、六四卷五号）

## 第二節 日本法への示唆と検討—素因の位置・再考

それでは、以上の知見をもとに、わが国の素因減責論の再考を試みる。

本稿の目的は、わが国の不法行為法における被害者の素因の位置づけを確認・再検討することで、素因減責論の再構成を図るものであるが、そのためにはまず、被害者の素因を評価する基本的視座を確立する必要がある。すなわち、被害者の素因というリスク・ファクターは、加害者または被害者のいずれ（あるいは両者）が負担すべき性質のリスクであるのか、そして、そのようなリスク配分が「損害賠償法の公平の理念<sup>(1)</sup>」に合致するのかを検討しなければならない。また、当然のことながら、被害者の素因の評価に対する基本的視座をどのようなものとするかによって、後に検討する損害帰責論及び法的効果論における素因の位置も定まるものである。よって、第一に、本稿の考える基本的視座を提示したい（第一款）。

次いで、確立された基本的視座をもとに、各場面における素因の位置づけを検討する。その際には、損害帰責論及び法的効果論とに場面を分けて検討する。特に前者（損害帰責論）においては、加害者にとっては与り知らない、被害者固有の危険であるところの素因が損害の発生・拡大に競合した場合においても、なぜ加害者に帰責される（賠償範囲・保護範囲に含まれる）のかを明らかにしたい（第二款）。

しかしながら、ある損害が加害者に帰責されるからといって、当該損害の全部を加害者が負担すべきであるとは言いきれない。損害には、加害行為の他に種々の要因（例えば環境的要因<sup>(2)</sup>）がそれぞれの程度をもって、いわばグラデーショ

ンをなすように影響を与えているのであって、被害者の素因もこれに属するものである以上、最終的には、帰責範囲の調整を図る必要がある。なお、被害者の素因の競合に関する問題は一種の原因競合の問題であると考えられるところ<sup>(3)</sup>、原因競合の形態は、必要的競合・重畳的競合・択一的競合に区別することができる<sup>(4)</sup>。厳密に考えれば、素因競合の形態も上記の類型のいずれかに区分することができる。すなわち、本稿が主たる対象とする（狭義の）素因競合は必要的競合の問題であるが、加害行為がなくとも被害者の素因により同じ結果となっていた評価することのできる類型（重畳的競合）、すなわち、別の因果系列を考えうる場合もあり、また、結果（損害）が加害行為によるものか被害者の素因によるものが不明な類型（択一的競合）の場合もありえよう。したがって、本稿では、類型を二つに分けて検討する。すなわち、素因の重畳的競合類型として、逸失利益算定における素因の考慮場面（第三款）を、素因の必要的競合類型<sup>(5)</sup>における素因の考慮として、過失相殺（類推適用）における素因の考慮（第四款）を検討することとする。

以上をもって、素因減責論を提示する（第三節）。

### 第一款 基本的視座の確立

一 ドイツ法における素因不考慮命題を再検討したところによれば、加害者は被害者を身体的にも精神的にも標準的な健康人<sup>(6)</sup>であると期待することは許されないことを指摘することができる<sup>(7)</sup>。これは、わが国においても、基本的視座として妥当し得るものと考えられる。なぜならば、基本的に社会に参加する者は多種多様であり、かつ、社会福祉国家であるわが国では、素因保有者や障害者などの社会参加の自由の保障も要請されると解されるからである<sup>(8)</sup>。すなわち、被害者たる者の素因それ自体を斟酌する（賠償額を減ずる）というのであれば、自らが何らかの脆弱性を有していることを

認識している者（素因保有者）は、損害が全て回復されない以上、その行動水準を低下させることで損害発生リスクを回避することが合理的な選択であるところ、このような選択（を強いられること）は、社会に参加する者の一般的な行動の自由を制約することに他ならない。また、自らの脆弱性を認識していない者にとっては、損害が全て回復されない（部分的に縮減される）ことは、不意打ち的效果を持つことになろうし、そうした事態を回避するには、リスク回避的に行動せざるを得ないであろう。そうすると、被害者の素因それ自体をもつて賠償額を減額しうるとするルールの存在を前提にすると、自らの脆弱性を認識していようとしてまいと、リスク回避的な行動が合理的な選択といえるのであり、素因自体を斟酌するというルールによつて、一般的な社会参加の自由が抑制される結果となり、社会的に望ましいものとは思われない。

一方で、このように解すると、加害者がたまたま素因保有者を侵害したために、標準的な健康人を侵害した場合より多くの損害が生じたとしても、それは加害者が負担しなければならないことになるが、そのような偶発的事情による部分の損害をも加害者は負担しなければならないのか、という疑問が生じよう。まさに、（被害者を標準的な健康人と想定する）加害者にとつてみれば、被害者が素因を有していたという偶発的事情のゆえに、賠償額が「拡大される」ことになり、この意味では加害者側に不意打ち的效果が発揮されるのである。しかし、このような疑問が生じるのは、素因原則考慮説（とりわけ領域原理説）が具体的加害者と可能的加害者の公平を考慮しているからである<sup>(9)</sup>。この公平感<sup>(10)</sup>は、たまたま素因保有者を侵害した具体的加害者と、素因を有しない「標準的な健康人」を侵害するであろう可能的加害者との公平である。なるほど、社会全体としてみれば、素因競合の問題は、「当事者間の公平だけに終わるものではなくして、社会共同的な公平が大切だ<sup>(11)</sup>」というのもつともである。しかしながら、以上のような公平感をもつてしても、違法な加害行為を被った素因保有者が加害行為により顕在化したところの素因の発現を自らが負担しなければならない

ことの説明は困難である。<sup>(12)</sup> そもそも、「社会共同的な公平」というのであれば、社会に参加する者を「標準的な健康人」であると想定すること自体が不合理であろう。現実の社会には素因保有者を含む多様な者が参加しているのであるから、素因保有者の素因発現のリスクを社会としていかにカバーするかが問い直されるべきであり、それこそが「社会共同的な公平」であると言えるのではないだろうか。以上のように考えるのであれば、加害者は被害者を身体的にも精神的にも標準的な健康人であると期待することは許されないということができよう。

二 他方で、加害者もまた同様に社会に参加しており、その社会参加の自由の保障も要請される場所である。このとき、すでにドイツ法において指摘されているが、両者の自由が衝突することとなる。<sup>(13)</sup> そのため、両者間において調整が必要となるわけであるが、これは被害者の最低限の抵抗力に求められることがドイツ法からの示唆として得られる。すなわち、素因保有者の社会参加の自由が保障されるべきは当然であるが、素因保有者が参加しようとする社会は多種多様な者が参加するが故に、完全に無害な空間ではなく、一定のリスクが存在することが前提となっている。<sup>(14)</sup> それゆえ、素因保有者といえども、そのリスクに耐えうるだけの最低限の抵抗力が求められる。そのため、最低限の抵抗力を下回った場合には、素因保有者は自らの素因による部分の損害を負担しなければならないが、これは所有者危険負担原理の発露というべきであろう。<sup>(15)</sup> もっとも、この場合、最も抵抗力のない・最も弱い素因保有者について不法行為法による保護を断念することになる。<sup>(16)</sup> しかしながら、規範的に見るならば、素因保有者といえども自らの保護法益に対して無関心でいることは許容されるべきではないといえよう。<sup>(17)</sup> なぜならば、被害者であろうと加害者であろうと、一定のリスクが存在する社会に参加する以上、自らの保護法益を無防備のまま危険に晒すことまで法の保護が予定されているものとは解されないし、その結果生じた「損害」を加害者に転嫁することも許容されるべきではないと解されるからである。

したがって、そうした場合にも加害者が責任を負うとするのであれば、かえって加害者の行動の自由は不当に制約さ

れることとなるため、法的保護を断念することはあながち不合理なことであるとはいえないだろう。すなわち、社会には多様なリスクが存在するため、そこに参加しようとする者は、自らの法益を保護すべく最低限の抵抗力を示すことが要請されるのであり、その最低限の抵抗力を有しない者については、法は保護を予定していないと解されるのである。<sup>(18)</sup>

## 第二款 損害帰責論における素因の位置

一 以上得られた基本的視座から、損害賠償法における素因の位置を再定位してみたい。まずは、損害帰責論における素因の位置付けから検討する。

かつて素因は、賠償範囲確定の考慮要素と位置づけられていた。すなわち、素因の現実化に対する予見可能性が問われ、予見可能性がない場合には、賠償されないとする判例・学説もあつたところである。<sup>(19)</sup>しかし、今日では、素因を賠償範囲において考慮するという見解は主流ではなく、もっぱら賠償額算定の<sup>(20)</sup>一考慮要素と位置づけられている。しかし、電通過労死事件<sup>(20)</sup>においては、再び、素因及び素因の現実化可能性に対する予見可能性が問われているものと解される。<sup>(21)</sup>

すなわち、私見によれば、素因が寄与した部分の損害を賠償の対象とするか否かは、賠償額算定の問題に留まらず、当該素因が寄与した部分の損害が一義的<sup>(22)</sup>には加害者が負担する、すなわち賠償範囲に含まれるか否かは、当該部分の損害の加害者への帰責の問題であり、この意味では素因競合の問題もまた、損害帰責論<sup>(23)</sup>における問題である。そうであるならば、損害帰責論における素因の位置を検討する必要があると認められるだろう。以下では、電通過労自殺事件を通して、問題の構造を明らかにしたい。

二 電通過労死事件の検討によれば、素因に対する予見可能性は、人的関係性による個人差の範囲を拡大する効果が認



められた。すなわち、雇用契約という特殊な人的関係を基礎として被用者の有する性格や基礎疾患などの素因に対する使用者側の予見義務を観念することによって、被用者については何ら人的関連性がない者に比べて個人差の範囲が拡大されるのである。この場合、使用者には被用者の素因に対する予見可能性の有無が問われることとなる。

しかし、ドイツ法における素因不考慮命題の検討で明らかとなったように、素因に対する予見可能性を直ちに認めることは困難である。雇用関係のような人的関係性が密接な場合であっても、被用者が自らの素因を秘匿することは十分想定されることであり、また、使用者が企業内に産業医を設置したとしても、個人情報保護の観点から産業医には守秘義務が課され、使用者へ十分な情報が伝えられないという問題が生じる。そのため、使用者に対しては雇用関係を前提とした予見義務を課すことにより、使用者に被用者の素因に対する統制を期待するのである。ところで、この予見義務はなぜ課されるのであろうか。すなわち、この予見義務は、使用者にとっては適切な物的・人的配置による業務遂行の一環として位置付けられるのではあるが、使用者が被用者の素因というリスクを負担すべきとする理由はどこに求められるのであろうか。ここで考えられるのは、法の保護目的からの考慮である。すなわち、使用者には被用者に対する安全配慮義務が設定されるところ、安全配慮義務の設定目的は被用者の生命及び健康等の危険からの保護であると解される。この安全配慮義務は使用者の被用者に対する支配的關係性を前提とするものであるが、他方で、被用者の素因というリスクは被用者自身の支配の内にあることから、一見すると被用者の素因のリスクに対してまで使用者の支配的關係は及ばないとも考えられる。しかし、以下の点に鑑みるならば、使用者の被用者の素因のリスクに対する支配的關係が認められ、安全配慮義務の射程にあると解することができる。すなわち、使用者はその被用者を雇用するにあたり、業務の執行に当たって身体的にも精神的にも耐えうるかどうかのスクリーンをかけているのであり、そのスクリーンを通過して雇用した以上、被用者のかかえるリスクは使用者も（一義的には）負担すべきであるといえる。かつ、社会にお

いては素因を有しながら生活を送っている者が存在することは容易に想定されるところ、使用者としてはそのような者が自らの事業に応募してくることもまた容易に想定することができると、雇用に際してはそのようなリスクを当然に予見しておかなければならないと言えよう。それゆえ、スクリーニングを通過した者については、素因のリスクに対して具体的な予見可能性がなくとも、一義的には使用者が負担すべきであり、そうしたリスクを顕在化させないためにも安全配慮義務が認められるものと解される。以上のように解すると、雇用関係においては、人的関係性が希薄な場合に比して、法の保護範囲が拡張され、これが予見義務として設定されるものと解される。そして、設定された予見義務のもとに賠償範囲が確定されるのであり、その際には被用者の素因による部分の損害も保護範囲に有るか否かが検討されているのである。

他方で、交通事故のような偶発的であり、人的関係性が希薄な場合においては、上述のような法の保護目的が観念し難い。この場合には、上述で検討した基本的視座、すなわち、社会参加者が「標準的な健康人」であると期待することは許されないという点から出発するならば、被害者たる社会参加者がなんらかの素因（脆弱性）を有していることを前提に予見義務（注意義務）が設定されることとなる。このときには、雇用関係とは異なり人的支配関係がないことから、雇用関係のような人的関係性が緊密な場合に比べて、より弱い形で予見義務が設定されることとなろう。したがって、これに応じて保護範囲も確定されることとなる。

三 以上のように解されるのは、結果回避義務違反としての過失を支える法思想は、信頼原則にあると解されるからである。すなわち、「法は、法益侵害（権利侵害に代表させてもよい）惹起の危険性を最小限に（すなわち、社会相当な程度に）抑えるよう、各場合に各社会構成員に、社会生活上必要な注意（作為、不作為）義務を分配する。とすると、他人は、われわれが、その注意義務に従って、ふるまう（verhalten）ことを信頼する。すなわち、他人は、われわれ

の秩序にかなった行動を、自己の外界支配の中に参入して、行動する。そして、われわれが、他人の信頼を破って、注意義務に反して行動したとき、その信頼を保護する意味で、発生した損害の賠償義務を負う<sup>(24)</sup>のである。このとき、各社会構成員の社会生活上必要な注意義務を設定するには、「他者(被害者)」の属性を視野にいれなければならない。なぜならば、「他者(被害者)」がどのような者であるかを措定しなければ、「社会生活上必要」とされる注意の水準が定まらないからである。すなわち、「各人が一般標準人としての行為基準を守って行動することを期待信頼<sup>(25)</sup>」されるのであるが、守るべき行動基準(行動水準)は、「他者(被害者)」たる社会構成員をどのようなものと「期待信頼」するかによって設定しうるものである<sup>(26)</sup>。

そうすると、我々(ないし法)が「期待信頼」する社会構成員とはいかなる者であろうか。ここで、社会構成員一般をあくまでも「標準的な健康人」とすることもできようが、私見によれば、繰り返しになるが、社会に参加する者の多様性(素因保有者)を保障すべきである。社会参加者の多様性を保障するには、多様な者の行動の自由が保障されなければならず、かつ、緊密な社会的接触を常にもなう現代社会にあっては、常に他者の権利ないし法益を危殆化し、時に侵害するのであるが、そこで「標準的な健康人」を前提とした注意義務が設定されるとすれば、社会参加者の多様性を謀殺することになる。それゆえ、我々(ないし法)が「期待信頼」する社会構成員は、素因保有者を含む多様な者として措定されるべきであると解され、かつ、以上のように解するのであれば、その者を前提とした注意義務が設定されるがゆえに、素因が寄与した部分の損害についても一義的には賠償範囲に含まれる、すなわち、加害者に「帰責」されるものと解することができる。

もつとも、上述のように解しても自ずと保護の限界は生ずる。すなわち、社会一般に存する一定のリスクへの抵抗力を欠く場合である。社会に一定のリスクが存在する以上、社会参加者一般にはそうしたリスクに最低限抵抗しうること

が期待されている（信頼されている）のであり、行為者（加害者）としても、社会参加者が最低限の抵抗力を有していることを期待（信頼）してもよい。したがって、社会参加者が最低限の抵抗力を欠いた結果生じた部分の損害については、加害者に帰責されることはないものと解される。ただし、（割合的因果関係論は別として）いわゆる賠償範囲画定のレベルにおいては、その部分を截然と区分することが困難であるため、この問題については、次のフェーズにおいて判断されることとなる。

四 さて、以上私見において提示したように、素因は保護範囲の確定のための一考慮要素と捉えることができ、かくして、素因は、保護範囲確定の考慮要素として、損害帰責論にも位置付けられるのである。しかし、素因を損害帰責論において位置づけたところで、それが直ちに全額賠償を導くわけではない。以下では、損害帰責の再調整問題としての素因の位置づけを検討する。

### 第三款 逸失利益の算定における素因の考慮―将来的影響の斟酌

一 わが国における素因減責論は、素因を考慮するに際して、被害者が素因を有していなかった場合の将来的展開を考慮し、それと不法行為後の状態を比較して斟酌の可否を決定するというのが基本的方向性である。しかし、不法行為法の目的が被害者の損害の填補にあることに鑑みれば<sup>(27)</sup>、むしろ、不法行為がなかった場合の将来的展開が第一に考慮されるべきである。これは、損害の発生・展開過程において、別の因果系列が拮一的に存在する場合に<sup>(28)</sup>あたり、いわゆる仮定的因果関係の問題であるといえようが、従来わが国では、こうした場合でも「寄与度」<sup>(29)</sup>ないし過失相殺の類推適用によって処理されてきたと見ることが<sup>(30)</sup>できる。

ところで、ドイツ法では、まさにこのような場合においては、仮定的因果関係理論により不法行為がなかった場合の素因の将来的影響が考慮されていたのである。<sup>(31)</sup> この視点はわが国においても妥当するものと考えられる。すなわち、不法行為がなかった場合において、素因が被害者の稼働能力にどの程度影響を与えたかが審理されるべきである。そして、素因の将来に対する影響力が証明されなかったときにはじめて、被害者が素因を有していなければどのような展開が見込まれたかを考慮しうるものと考えることができよう。

例えば、一酸化炭素中毒事件<sup>(32)</sup>などは、加害行為が一酸化炭素中毒の症状の引金になったとして、素因の必要的競合の類型(狭義の素因競合類型)と把握し、過失相殺の類推適用により割合的处理がなされている。ところが、①当該一酸化炭素中毒は必ずしも軽微なものではなかったことや、②一酸化炭素中毒による諸症状もいったんは潜在化ないし消失していた(にすぎない)ことに鑑みるならば、択一的原因競合の事案、すなわち、加害行為から損害へという因果系列とは別に一酸化炭素中毒から損害へという因果系列が併存している類型と見ることができる。そうであるならば、まずは、加害行為がなかった場合における一酸化炭素中毒の展開可能性を仮定的因果関係の法理に従って審理すべきであったと考えられる。また、頸椎後縦靭帯骨化症事件<sup>(33)</sup>についても、一酸化炭素と中毒事件と同様に、素因の必要的競合事案として過失相殺が類推適用されてはいるが、事故以前からすでに頸椎後縦靭帯の骨化が進行していたのであれば、加害行為がなかった場合における当該骨化の将来的展開につき仮定的因果関係の法理において考慮すべきであったと考えられる(最高裁によれば、事故以前は頸椎後縦靭帯骨化症に伴う症状は何ら発現していなかったとのことであるが、症状が発現していなかったにすぎず、将来において発現する可能性は否定されていない。そうであるならば、まずは将来的な発現可能性及び将来における展開可能性を審理すべきであつた<sup>(34)</sup>だろう)。

二 もつとも、従来の素因減責論において議論されてきた素因の必要的競合の類型(狭義の素因競合類型)と仮定的因

果関係の類型とは、理論的には分類することはできるが、実際問題としては、それほど明確に分類することができない（上記一酸化炭素中毒事件及び頸椎後縦靱帯骨化症事件が狭義の素因競合類型と把握されているのも、分類の困難さに起因するものであろう<sup>(35)</sup>）。

また、素因競合事案の一部を仮定的因果関係の類型として分類できるとしても、素因の将来的影響力を証明するのが困難な場合がある。現に、本稿で考察したドイツ法においては、仮定的因果関係類型における素因競合につき、証明責任及び証明度由来する解決の硬直性が問題となっていたのである<sup>(36)</sup>。すなわち、ドイツ法によれば、予備的原因たる素因の実現については、加害者がその証明責任を負担することから、加害者が証明に失敗すると、素因不考慮命題に従い、加害者が全責任を負うとの帰結に至るのであるが、このときの証明度は確実というに近い程度の蓋然性という非常に高度な証明を要求されているため、実際には証明困難な場合が多く、加害者が（一部）免責される可能性は非常に低いという問題である。こうした問題の構造は、わが国においてもそれほど異なることはなく、素因競合事例を仮定的因果関係の類型に分類したところで、証明の問題が大きな障壁となる。こうした問題を度外視して、素因原則不考慮説に立脚して、現実における素因の影響力の考慮を断念することは、全部賠償かあるいは賠償の否定という硬直した結論を導くことになり、事案に応じた柔軟な解決という近代法の要請にもとることとなるため、私見としては、結論として支持することができない。

三 なお、ドイツ法では、証明問題による解決の硬直性を緩和するため、ZPO二八七条を用いて、加害者の証明の軽減を図るとともに責任の割合的控除をも認める理論構成が示されていた。仮定的因果関係類型における素因競合問題につき、わが国に対しても示唆的であると思われるが、本稿では、これ以上立ち入ることをせず、指摘するに留めたい。というのも、前者の証明の軽減につき、ZPO二八七条は証明度の軽減の規定であるとするのが通説的見解であると

<sup>(37)</sup>ころ、これに相応するわが国の民訴法二四八条については、「自由心証の特別な場合として証明度を緩和する効果を伴うけれども、本質的には、損害額の確定を裁判官の裁量に委ねることを許容する裁判規範<sup>(38)</sup>」とされるように、損害額の算定における裁量性を趣旨とした規定であり、証明度の緩和はその効果にすぎないと解されており、民訴法二四八条を証明度の軽減として用いるのは、直ちには認め難いものと思われるからである。<sup>(39)</sup>また、後者の責任の割合的控除という処理については、ドイツ法内においても批判されているように、証明度の軽減が直ちに割合的控除を正当化できるものでもない。<sup>(40)</sup>わが国民訴法二四八条については、裁判官の裁量性が強調されてはいるが、裁量判断と割合的処理が直ちに結びつくわけではない。<sup>(41)</sup>以上の問題については、別途考察を期したい。

四 ともあれ、近代法においては、柔軟な解決が要請されるため、何らかの形で素因を考慮する必要がある。このときに、先にも述べたように、仮定的因果関係における素因競合の問題における証明の問題の解決として、かつ、柔軟な解決、すなわち割合的解決を図る手段として、寄与度や過失相殺類推適用が用いられているものと思われるが、上記の問題を解消しない限り、(法律構成としてはともかく) 仮定的因果関係類型に位置づけられる素因競合の場合における割合的解決は、理論的には整合していないと考えられる。

#### 第四款 過失相殺の「適用」による素因の考慮

一 前述(第二款)したように、被害者の素因が寄与した部分の損害もまた加害者が負担すべきであり、賠償範囲に含まれるものと考えられるところである。ところが、社会参加者(被害者)が最低限の抵抗力を欠いた結果生じた部分の損害については加害者に帰責されるものではないが、いわゆる賠償範囲画定のレベルにおいてはその部分を截然と区分

することが困難であるため、一義的には加害者の負担する賠償範囲に組み込まれてしまう。そこで、別の法理により加害者への帰責範囲を再調整する必要がある。この場合に、帰責範囲の再調整を行うのは、過失相殺法理である。

周知のように、(狭義の)素因競合類型につき、最高裁は過失相殺類推適用構成を採用しているところであり、また、学説においても、同理論構成の精緻化が図られているところである。過失相殺類推適用構成における理論構成として注目されるのは、四宮説(危険性関連説)及び四宮説を領域原理によって発展・昇華する橋本説(領域原則説)である。<sup>(42)</sup>ここで、四宮説及び橋本説を今一度敷衍し、<sup>(43)</sup>もって私見を提示したい。

二 四宮説は、素因競合事例を後続侵害の帰責問題と捉え、素因が寄与する部分の後続損害につき、素因との危険性関連から加害者に帰責される範囲を限定する。すなわち、「社会生活を営むに必要な最小限度の抵抗力」を基準として、これを下回る場合には被害者固有の「一般生活上の危険」が現実化したものとして、加害者への帰責を否定する。また、一般生活上の危険の現実化ではないとして加害者への帰責が肯定される場合には、事実上の素因の寄与そのものを分割の基準とすることはできず、加害行為の違法性の存在とその程度を考慮に入れて、規範的評価として損害の配分を図るものとする。<sup>(44)</sup>この四宮説の言う、危険性関連からの帰責範囲の限定は、私見として、支持することができる。とりわけ、「最小限度の抵抗力」という基準は、ドイツ法における素因競合問題においても、加害者への帰責を否定する根拠として提唱されていること<sup>(45)</sup>であり、理論的にも正当な指摘である。もつとも、「最低限度の抵抗力」を基準とすると、素因が寄与した部分の損害に対する克服可能性が問われることになるのであるが、この場合、「最低限度の抵抗力」を欠く者にはおよそ自己の素因を統御し克服することは期待することができないなどとも指摘されているところであり、<sup>(46)</sup>「最低限度の抵抗力」基準のみでは、被害者負担を根拠づけることは困難である。また、加害者へ帰責される場合には、素因の寄与した程度だけでなく、加害行為の違法性の存在とその程度を考慮に入れて、規範的評価として損害の分割を図り、



その際には過失相殺に「準ずる」方法によって減責すべきとするだけであり、理論的には被害者が負担すべき理論的根拠を明らかにしなければならない。

以上の四宮説を踏まえ、割合的減責論を昇華させたのが橋本説である。橋本説の中核は、領域原則（自己の領域内の特別の損害危険に対する保証責任）である。そして、これを被害者の素因の帰責性として把握する。橋本説によれば、被害者の素因は、被害者自身の権利領域内にある特別の危険であるところ、被害者の個人差以上の素因が競合する事例は、この特別の危険性の実現に他ならないため、被害者が保証責任を負うものとされる。すなわち、被害者自身の権利領域内での危険は被害者自身が負担すべきであるとする所有者危険負担の原理の発露である。そのため、個人差以上の素因が競合して生じた結果については、加害者の危険範囲を超過する部分として、加害者に帰責されず、加害者の損害賠償責任は過失相殺の類推適用により割合的に限定されるのである。<sup>(47)</sup>素因による部分の損害につき、被害者への帰責原理を明らかにした点において、理論的優れた見解である。しかしながら、所有者危険負担の原理が優越する点については、所有者危険負担の原理は、不法行為成立前における危険負担の原理であるところ、不法行為成立要件をクリアしているにもかかわらず、これを加害者危険負担の原理に優越させることは、理論的には正当化することはできない。<sup>(48)</sup>また、個人差以上の素因が競合した場合には加害行為の危険性関連が及ばないとする点についても、加害行為が素因の顕在化をもたらしたと評価される以上、素因の顕在化と加害行為との間には規範的には危険性関連が及ぶのではないかとの疑義が呈されており、<sup>(49)</sup>私見としても、同様に考えられる。

三 以上に対して、私見としては、過失相殺の類推適用ではなく、「適用構成」で処理することを志向したい。すなわち、素因の発見統制義務を媒介とした過失相殺の「適用」<sup>(50)</sup>構成である。この素因の発生統制義務を媒介とする過失相殺構成においては、例えば、窪田説は、自己の素因による損害の発生。拡大の回避可能性という点から、①自己の素因につ

ての認識（認識可能性）、②素因の実現にかかわるよう外からの危険（不法行為）の予見可能性、③前二者を前提としての損害の発生・拡大の回避のための具体的措置の実行可能性という点を基準とし、ここに過失相殺が「適用」されるものと解する<sup>(51)</sup>。また、潮見説によれば、被害者に素因を発見あるいは統制することが期待可能で、かつこれに基づいて自己の行動を適切にコントロールすることが可能であった場合に限り、期待可能な措置を講じなかったという被害者の帰責性を基礎に賠償額の減額を認めるべきであり、この場合には被害者の過失を拡張して捉えることにより、過失相殺を「適用」することができるものとす<sup>(52)</sup>。以上の見解については、私見としてはこれを支持するが、本稿では更に、被害者の過失の拡張、すなわち、客観化をより進めた形での、過失相殺「適用」構成を提示したい。そして、これは、「最低限の抵抗力」及び「自らの法益に対する無関心」という観点から基礎づけることができる。

基本的視座として、素因を有する被害者といえども、社会に存在する様々なリスクに対応することが要請されることから、身体的にも精神的にも最低限の抵抗力を示すことが要請されることは既に述べたが、素因競合事例は密接不可分な一個の損害が問題となるため、最低限の抵抗力を示すことができたことから生じた部分の損害について、因果関係ないし賠償範囲確定のレベルにおいて賠償の対象外とすることは困難である。したがって、その部分については、「自らの法益に対する無関心」を基礎として、過失相殺の「適用」レベルで考慮すべきであると考えられる。

被害者は自らの素因に関して、発見・統制義務を負う。なぜならば、我々が生活する社会には多種多様なリスクを包含するものであり、そのような「無害」ではない社会に参加する者は、自らの法益に対して無関心でいることは、法規範的評価としては許されないといふべきである。それゆえ、自らの無関心が招いた結果については、自らが負担しなければならぬ。そして、自らの法益をないがしろにすることは、自分自身に対する客観的過失として非難することができよう。すなわち、最低限の抵抗力を示すことができなかつた場合には、自らの法益に対して無関心であったと評価す

ることができる。そして、このように解することにより、被害者自らの素因に対する発見・統制義務が基礎づけられ、これを怠った場合には、過失相殺が「適用」される。素因の発見・統制義務は、①素因を認識していた場合と、②素因を認識していなかった場合の二つの場面が想定される。

①素因を認識していた場合には、発見義務は問題にならないが、素因の発見を予防し、素因による損害の拡大を防止すべき義務が課される。

②素因を認識していなかった場合には、素因の発見義務が問題となるが、これは、被害者が自らの素因を知り又は知りうべき状況にあったか否かが問われる。素因発見義務は素因発見の期待可能性の有無によって決定されると解される。

四 それでは、次に、体質的素因と心因的要因に分けて、素因発見・統制義務を検討する。

#### ①体質的素因

体質的素因は、被害者が不法行為以前から有していたものであり、本来的には不法行為成立の段階で評価されるべきものであると考えられる<sup>53</sup>。しかし、体質的素因は、損害が予想以上に拡大する原因であることが多い。被害者は、体質的素因を有しているのであれば、加害行為によって内在する体質的素因が発現するのを回避する措置を講じるべきであり、これを怠ることはまさに被害者の過失であると評価することができる。被害者が自身の体質的素因について認識がなかった場合については、非難可能性の観点から過失を基礎づけることができる。認識していなかったことについての被害者の非難可能性は、自らの法益に対する無関心による自分自身に対する客観的過失により基礎づけられ、被害者がとるべき回避措置に関して過失があると評価することができるだろう。他方で、認識していなかったことにつき非難可能性がないという場合は、損害拡大防止の回避措置をとることは期待されえないので、損害の拡大に関して過失はないと評価することができる。

心因的要因は、不法行為後に強く関与するものであり、損害拡大の一因となりうる。心因的要因が競合する場合を考察してみると、それ自身が直接的に損害を拡大させているわけではない。被害者は、心因的要因とされる主観的な事情を理由として治療を怠ったり、手術を拒絶したりしている。その結果として、症状の悪化、治療の長期化、後遺傷害の残存といった拡大損害が生じるのである。つまり、被害者の心因的要因は、損害の拡大に直接作用しているのではなく、被害者に、治療の懈怠や手術拒否等、損害を拡大させる行為をとらせる誘因として作用していると考えることができる。

しかし、心因的要因といっても必ずしも全面的には被害者自身で支配できるものではない。この点について、心因的要因が考慮されるのは「被害者の主体的態度が強く関係している場合」、具体的には「(一) 医師の治療を誤らした場合、(二) 医師が治療の必要を認めていないのに、不適切な治療を継続し、かえって損害を拡大した場合、(三) 回復意欲の欠如」といった、被害者の帰責的要因が含まれている場合に限るべきだとする見解がある<sup>54</sup>。そして、この見解は、心因的要因を考慮するに当たっては、被害者の行為・態度が、損害拡大に強く関与しているかどうかを、減額のメルクマールとすべきであり、これらの判断は、過失相殺によって行うのが適格的であると結論づける<sup>55</sup>。この見解は、損害軽減義務を用いることにより、より積極的に説明することができる。

損害軽減義務の観点によると、賠償額算定に際して考慮されるのは、損害軽減義務違反としての被害者の行為・態度のみである。心因的要因は、その前段階として、被害者の行為・態度を評価するための一要因と位置づけることができる。心因的要因が有責なものである場合、その行為・態度は有責に惹起されたとして被害者の過失であると言えるので、これは損害軽減義務違反として考慮される。他方で、有責なものでない場合には、被害者の行為・態度についても有責性はないことになり、考慮されえない。

第五款 当事者間の緊密性によるリスクの配分

以上提示した、「最低限の抵抗力」及び「自らの法益に対する無関心」という観点からの過失相殺をするにあたっては、当事者がいなくなるシチュエーションにおかれていたのかによって（すなわち、加害者と被害者との対称性ないし非対称性<sup>(56)</sup>）、それぞれの帰責性は自ずと異なる。このとき、最終的には当事者間でのリスク配分が問われることになる。したがって、最後に、人的関係性によるリスク配分のあり方を提示しておきたい。

電通過労死事件判決の検討から得られた、人的関係性による個人差の範囲の決定という視座は、その人的関係性によってリスク配分が異なることを意味する。ここでは、代表的な場面として交通事故と労働関係の二つの場面について、加害者と被害者間でのリスク配分の在り方を示す。

（一）交通事故の場合には、ほとんどの場合が偶発的なものであり、人的関係性はほとんど想定されない。この場合において、加害者は道路交通参加者として、その他の道路交通参加者が「標準的な健康人」であると期待することは許されない。なぜならば、素因保有者を含む多種多様な者が参加していることを、当然想定すべきである。他方で、道路交通参加者たる被害者も、道路交通という危険の多い社会に参加する以上、自らの法益を積極的に保護することが要請される。素因保有者といえども、自らの法益に対して無関心であることはできないからである。この場合、被害者は、道路交通に参加する者としての抵抗力が求められる。

（二）労使関係においては、使用者と被用者は、雇用契約により結合しているため、人的関係性が緊密である。それゆえに、被用者である被害者の身体的・精神的状態を使用者が把握し得る関係にある。また、雇用するに際しても既に多種多様な者が参加しているというのは想定範囲内にあるといえよう。使用者は、雇用に際して、いかなる人材を採用

するかについて決定権があり、そのフィルターを通過させた以上、被用者の身体的・精神的リスクを把握すべき立場にある。企業においては、多種多様な者が参加していることが想定されるため、定期的に健康診断を行うなどして被用者の身体的・精神的状態を把握しなければならない。被用者としては、「企業」という、身体的にも精神的にもストレスの多い社会に参加することを自ら選択した以上、相応の抵抗力が求められる。その意味において、被用者は自らの体調管理に努めなければならない。この点において、素因の発見・統制義務が課される。なお、被用者が自らの素因を秘匿した場合には、自らの法益をないがしろにしているものと観念することができ、自分自身に対する客観的過失という非難を免れない。

## 第六款 総括

本章にて再考した素因減責論を今一度敷衍するならば、次の通りである。

一 これまで素因原則考説が基本的視座としてきた被害者像は、「標準的な健康人」であったところである。この被害者像は、判例により「個体差の範囲」という幅を持つに至ったのではあるが、判例による素因斟酌準則は、「公平を失する」場合に限り素因を斟酌し得るとする例外準則としての形式を有するにもかかわらず、その実体としては、素因は原則として斟酌すべしとするものであり、むしろ、素因が「個体差の範囲内」に収まる限りにおいて斟酌することはできないとして、斟酌を否定すべき場合の方が例外として位置付けられていると解されるところである。他方で、ドイツ法に目を転じてみると、ドイツ法における素因不考慮命題は、原則として素因は考慮されないと準則として確立している。

この素因不考慮命題の意義は、加害者は被害者を身体的にも精神的にも「標準的な健康人」であると期待することは許されないとするところにある。この点は、わが国の素因減責論にとつても示唆的であった。なぜならば、被害者の素因を考慮することは許されないとする素因不考慮命題の基本的見地は素因保有者の社会参加の自由の保障の観点から基礎づけられるからである。

他方で、加害者に目を転じると、加害者もまた社会参加の自由が保障されるべきであるところ、被害者の社会参加の自由と加害者のそれとが抵触することが観察された。この場合、いずれの自由が優先するか、調整を要することになるが、これは素因保有者にも社会参加に際して最低限の抵抗力を求めるところにおいて調整が図られることとなる。かくして、素因不考慮命題により保護される者は、最低限の抵抗力を有する素因保有者と位置づけられる。

わが国もドイツと同様に社会福祉国家であり、最低限の抵抗力を示す限りにおいて素因保有者の社会参加の自由は最大限に尊重されるべきであると考えられる。そして、このように解することで、わが国の素因減責論は、素因を考慮することの例外性を回復しうると考えられる。

二 法律構成面では、素因はまず賠償範囲論に位置付けられることが明らかとなった。その場合、素因及び素因の発現可能性に対する予見可能性を問うのではなく、法の保護目的から当該素因を有する者を法的に保護すべきか否かが決められるのである。また、ここでは、人的関係性の強弱により法の保護範囲が確定され、加害者側の注意義務の程度が測定されることも明らかとなった。

三 ドイツにおける素因事例の検討から、逸失利益の算定において素因の将来的展開を観念することにより、素因を考慮しうるといふ示唆が得られた。不法行為がなくとも将来確実に発現したところの素因の影響を逸失利益の算定において考慮することができるのである。これによると、わが国の素因斟酌準則の基本的見方である、被害者に素因がなかり

せば、という考慮は、将来に対する素因の影響が確認されなかった場合にはじめてしうるものであり、例外的な考慮方法であるといえよう。

四 ドイツ法における共働過責と素因との関係を検討したところによると、第一に素因そのものを考慮対象とすることはできないことが示唆された。わが国の素因減責論は、素因の存在そのものを考慮するという点において対照的である。とはいえ、ドイツでも全く考慮しないわけではなく、素因に対する統制義務を媒介として共働過責が問われている。この点は、わが国でも近時主張されている素因の発見・統制義務を媒介とした過失相殺の「適用」構成に通じるものがある。ドイツでは、素因不考慮命題の支柱である、被害者の社会参加の自由の保障という観点は、共働過責の成否においても影響しており、素因保有者の共働過責の成立には消極的であった。しかし、そのようなドイツにおいても、共働過責の客観化が志向されており、それによると、法益に対する無関心を自分自身に対する客観的過失と構成しうることが指摘されていた。この視点は、わが国の過失相殺「適用」構成にとって示唆的である。素因の発見・統制義務を法益に対する無関心が故の自分自身に対する客観的過失として基礎づけるならば、素因の発見可能性や統制可能性、素因による結果の回避可能性、克服可能性は、素因保有者の意思的努力を問うことなく、客観的に考量することが可能となろう。

五 最後に、人的関係性によるリスク配分の点についても、社会参加の自由の保障、法益に対する無関心及び最低限の抵抗力の観点からの応答が可能である。素因保有者が参加する社会におけるリスクの程度、当該リスク社会に参加するに当たっての自らの法益の積極的保護、そして、リスク社会に参加する上で要請される最低限の抵抗力は、加害者と素因保有者たる被害者のいずれに素因のリスクの割り当てうるかの決定的な考慮要素となろう。

### 第三節 残された課題―結びに代えて



わが国の素因減責論は、明白な基準を示すことなく、「損害の公平な分担」という理念によって損害賠償額の減額を認容してきた。しかし、こうした状況は、被害者と加害者との公平を強調するあまり、素因という被害者に非難されるいわれのない要素も減額事由としており、むしろ、被害者に過大な負担をかけてきたように思われる。本稿は、こうした問題意識から、素因斟酌の問題の再検討を試みてきた。そのため本稿では、ドイツ法における素因不考慮命題を再検討することからはじめたのである。

そうして素因不考慮の原則を再検討した後、主たる目的である素因斟酌の問題について、共働過責制度の観点から被害者の素因について考察を加えるに至った。ここからはわが国の素因減責論に対して新たな視点が与えられるという示唆が得られた。すなわち、被害者の社会参加の自由の保障及び最低限の抵抗力を背景として、自らの法益に対する無関心さは、自分自身に対する客観的過失と位置づけられることから、被害者に期待される損害の回避及び軽減の義務を、被害者の意思的努力などを問うことなく、客観的に把握することができると示唆として得られたのである。そして、このように考えることによって、素因原則不考慮の立場を整合的に説明することができる。

以上のように、本稿では、素因不考慮命題の意義及び射程を正確に把握し、かつ、賠償額算定において素因を考慮する可能性とその法理論を探究してきた。本稿の検討からは、ドイツにおける共働過責は法益に対する無関心さを理由とする自分自身に対する客観的過失として把握し得ることが示唆されるに至ったが、本稿ではもっぱら素因との関係において考察してきたため、その本質を探るには至らなかった。この点は課題として残される。

また、当事者間の人的関係性によるリスク配分の在り方については、人的関係性の強弱の例として、交通事故の場合と労使関係の場合について、分析を加えたが、医療過誤の場合についての分析を行うことができなかった。というのも、医療過誤の場面における素因競合の問題は、そもそも素因は被害者自身が持ち込んできたものであるため、そのリスク

を医療の側に負担させるための根拠としては、本研究とはまた別個のアプローチが必要であったからである。しかしながら、近年では、医療過誤訴訟における素因競合の問題は採り沙汰されており、素因減責論の新たな展望を望むためには、医療過誤の場合における素因の取り扱いについても、検討は欠かせないものと考えられる<sup>57)</sup>。この点も課題としてのごさされることとなったが、不作為不法行為の問題と合わせて、別途検討を期したい。

(1) 我妻榮『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社、一九八八)九五頁、最判昭和六三年四月二一日民集四二巻四号二四三頁。

(2) 環境的要因のような外在的要因が被害者の脆弱性と相まって損害を発生・拡大させる類型の典型は、PTSD(心的外傷後ストレス障害)である。PTSDと素因との関係については、拙稿「PTSD(心的外傷後ストレス障害)と素因競合」新世代法政策学研究三号(二〇〇九)二五七頁を参照。

(3) 素因を競合原因とする捉え方それ自体への疑義からフランス法の素因減責論を検討するものとして、竹村壮太郎「素因減責論の理論的課題(一)(二・完)」上智法学論集五五巻二号(二〇一一)六九頁、五五巻三・四号(二〇一二)一三三頁。また、それを発展させたものとして、竹村壮太郎「加害者の不法行為責任と被害者の素因(一)(二・完)」上智法学論集五六巻二・三号(二〇一二)三七頁、五六巻四号(二〇一二)二五五頁も参照。

(4) 以上の類型区分については、潮見佳男『不法行為法Ⅰ(第二版)』(信山社、二〇〇九)三六六頁以下を参照。また、素因競合につき、単に「原因競合」とする捉え方に疑問を呈し、素因の因果系列への介入態様に応じて類型化して分析し、かつ、素因減責論の本質を探求するものとして、石橋秀起「交通事故における素因減責の本質」立命館法学三四五・三四六号(二〇一二)一〇二頁(なお、素因減責の本質は、帰責相当性の評価困難に対応した損害分配にあるとの見解(一二九頁)からすると、後述の私見(第二款)とは捉え方こそ異なるが、損害の帰責という把握する点では共通する視点であると思われる)。

(5) なお、択一的競合の問題は、主張・立証責任の問題であるが、競合原因の損害への影響の不明確さを損害への「寄与度」の評価へと還元するならば、必要的競合類型と択一的競合類型の区別は曖昧なものにならざるを得ない。そして、素因競合の場面でも同様の問題が生じる。ゆえに、本稿では、素因の択一的競合の場面も含めて素因の必要的競合の類型として検討する。

(6) 何をもって「標準的」というかは議論の余地があるが、本稿では、さしあたり最判平成八年一〇月二九日判決(首長事件)(民集五〇巻九号二四七四頁)による「個体差」の範囲内にある者を想定する。

(7) 拙稿「損害賠償法における素因の位置(二)」北大法学論集六二巻五号(二〇一二)一一四七頁以下の考察を参照。

(8) 谷口聡「素因減責の可否についての一考察—憲法を導出した解釈論と価値判断—」『伊藤進教授古稀記念論文集 現代私法学の課題』(第一法規、二〇〇六)三二五頁以下は、憲法一四条における法の下の平等の観点から、素因減責の可否を論じ、結論として、何ら社会保障も与えられていない素因保有者の素因を考慮して賠償額を減じることは、素因保有者の生活を圧迫するものであり、社会的な保障をさらに低下させることとなるため、被害者の素因の考慮は憲法一四条の平等原則の理念に違反するとして、素因の斟酌に反対する(三四〇頁以下)。

(9) 窪田充見『過失相殺の法理』(有斐閣、一九九四)七二頁以下及び一七一頁以下。

(10) 水野謙『因果関係概念の意義と限界』(有斐閣、二〇〇〇)三一頁。

(11) 野村好弘ほか「最高裁判所交通事故訴訟の判決をめぐって(下)(座談会)」週刊自動車保険新聞一五四八号(一九九七)三頁。

(12) 橋本佳幸「過失相殺法理(五)・完—責任無能力者の『過失』と素因の斟酌—」法学論叢一三九巻三号(一九九六)二五頁以下は、個体差以上の素因が競合した場合については、加害行為の危険性関連は個体差の範囲内にとどまるところの結果までには及ばず、個体差以上の素因により発現したところの部分については危険性関連を超過するものとして素因保有者自らが負担しなければならぬとするのであるが、加害者の不法行為が素因の顕在化をもたらした以上、素因の顕在化という危険の実現と不法行為との間には規範的に見て(広義の)危険性関連があると評価することができるとの批判を免れない(潮見・前掲書注(4)・三三三頁)。

(13) 拙稿「損害賠償法における素因の位置(三)」北大法学論集六三巻一号(二〇一二)一四八頁参照。

(14) もちろん、「社会」の種類によりリスクの高低を想定しなければならない。また、加害者たる者も、他者に全く害を与え

ないよう行動せよと求められるならば、それは過剰な注意を求められることになり、加害者たる者の社会参加の自由が阻害されることになるが、そのような要請は事実上不可能であるとともに、過失責任主義のもとでは不合理な強制である。少なくとも、過失責任主義のもとでは、社会的ルール（典型的には法律）に従った行動をすればよく、ルールに従った上での個人の行動にもなう種々の「リスク」については、過失責任主義を採用する不法行為法の制度上、その存在は不可避であるとともに、許容されていると見るべきであろう。

(15) 四宮和夫『現代法律学全集一〇・ii 不法行為（事務管理・不当利得・不法行為 中・下巻）』（青林書院、一九八五）四五七頁は、これを一般生活上の危険に割り当て、そこから過失相殺に準じた方法で減責すべしとする。

(16) 橋本・前掲注（12）・九頁。

(17) 拙稿「損害賠償法における素因の位置（五）」北大法学論集六四卷五号（二〇一四）一六七七頁参照。なお、そこで取り上げたシーマンの見解は、心因的要因に関して展開されているが、体質的素因についても同様に基本的には同様に解することに支障はないと思われる。

(18) 最も抵抗力のない者は、不法行為法によって保護されない結果となるが、そのような者はむしろ社会法によって保護されるべきであろう。

(19) 拙稿「損害賠償法における素因の位置（一）」北大法学論集六二卷四号（二〇一一）六八五頁、七一〇頁参照。

(20) 最判平成成一二年三月二四日民集五四款三号一一五五頁。

(21) 拙稿「損害賠償法における素因の位置（一）」五三頁以下参照。

(22) 素因競合の問題を過失相殺も含めて考えると、過失相殺は賠償範囲の再確定とするならば（橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程（四）——責任無能力者の『過失』と素因の斟酌をめぐって——」法学論叢一三七卷六号（一九九五）三三二頁以下）、従来議論されてきた因果関係論におけるいわゆる賠償範囲の問題は、賠償範囲確定の第一段階だと言える。

(23) 損害の「帰責」というと、帰責事由としての「故意・過失」のレベルの問題が想起され、賠償範囲確定の問題は損害帰責の問題ではないとの見解もあるが、責任成立要件としての「故意・過失」は帰責の根拠（帰責原理）と密接な繋がりがあるところ、賠償範囲の問題もまた責任成立の範囲確定の問題であると解されることから、帰責の根拠と無関係（切り離されるべき）ではないものと思われる（以上については、矢澤久純『民事帰責範囲研究——不法行為法における損害賠償

の範囲画定に関する考究」(溪水社、二〇一三)に示唆を受けたものである。

(24) 前田達明『不法行為帰責論』(創文社、一九七八)一八八頁(前田説の信頼原則については、同書一八五頁以下、二二二頁以下及び同『現代法律学講座二四 民法Ⅳ二(不法行為法)』(青林書院、一九八〇)四五頁以下)。

(25) 前田『不法行為帰責論』・前掲書(24)・二二二頁。

(26) 前田『不法行為帰責論』・前掲書(24)・一八八頁は、注意義務としての法命令は「標準人」を対象としているとするが、今日の素因減責論においては、いかなる者を「標準人」と措定するかが問われているのであり、社会構成員の属性を措定しなければ、行為者の「期待信頼」の程度も定まらないはずである。

(27) 潮見・前掲書注(4)・五頁。

(28) 素因競合事例における因果系列の択一的競合類型を指摘するものとして、石橋・前掲注(4)・一一七頁。

(29) 仮定的因果関係における素因競合の問題を論ずるものとして、櫻見由美子「不法行為における仮定的因果関係と責任の評価(一)、(二)、(三)、(四)、(五)」判時二二二四号(一九八六)一七頁以下・一一二七号(一九八六)一七頁以下、一一三四号(一九八七)一二頁以下、一一五三号(一九八七)一七頁以下、一一六六号(一九八七)一八頁以下、谷口聡「ドイツ不法行為法における素因不考慮の原則の再検討―仮定的因果関係の顧慮という視点からの考察―」法学研究論集(明治大学大学院法学研究科)八号(一九九八)一七一頁以下を参照。北河隆之『交通事故損害賠償法』(弘文堂、二〇一一)二四六頁も、素因競合の諸相として、「具体的な損害発生の原因となったのは事故以外にはないが、事故がなくても早晚同じような損害が発生したと考えられる場合」につき、素因を仮定的原因だとして、仮定的因果関係類型における素因競合の問題を指摘する。もともと、学説上は、素因競合の問題は、仮定的因果関係に位置づけることはできないとする見解も有力である。例えば、四宮・前掲書注(15)・四五八頁注(2)、能見善久「寄与度減責―被害者の素因の場合を中心として―」加藤一郎・水本浩編『民法・信託法理論の展開』(弘文堂、一九八六)二三九頁、窪田・前掲書注(9)・四八頁以下など。

(30) 同様の指摘として、竹村「加害者の不法行為責任と被害者の素因の斟酌(二・完)」・前掲注(3)・二八七頁。また、谷口聡「医療過誤事例における被害者の素因」高崎経済大学論集五三巻四号(二〇一一)四七頁以下も参照。

(31) 拙稿「損害賠償法における素因の位置(四)」北大法学論集六三巻三号(二〇一一)七二〇頁以下参照。

- (32) 最判平成四年六月二五日民集四六卷四号四〇〇頁。
- (33) 最判平成八年一〇月二九日交民二九卷五号一二七二頁。
- (34) すでに、藤井勲「交通事故と素因、持病―因果関係、過失相殺の関係―」宮原守男・山田卓生編『新・現代損害賠償法講座』（日本評論社、一九九七）一〇六頁が、一酸化炭素中毒事件及び頸椎後縦靱帯骨化症事件について、同様に、仮定的因果関係の理によって減額が根拠付けられるべきことを主張している。
- (35) 同旨、遠藤史啓「フランス不法行為法における被害者の素因の位置づけ」神戸法字雑誌六一卷一・二号（二〇一一）一三二頁以下。また、分類が困難であるがゆえに、わが国の素因減責論は、「寄与度」や過失相殺類推適用による割合的解決を志向するようになったものと思われる。すなわち、素因競合を仮定的因果関係において処理するには、平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』（弘文堂、一九九二）一六〇頁が、「被害者の素因の問題は、その素因がやがて発現し、加害行為がなくても同一の結果が生じたという事実的因果関係が立証されて初めて仮定的原因となりうる」と指摘するように、仮定的原因たる素因が現実化して同一の結果を発生させたであろうことの証明を要するが、この証明は実際上困難であろうし、困難さを避ける形で、いわば前倒しとして、狭義の素因競合類型と仮定的因果関係類型とを区別することなく割合的処理の問題として類型化されているものと思われる。
- (36) 拙稿・前掲注（31）・七二二頁以下参照。
- (37) *Prütting, Hamms, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 1, 3. Aufl. 2008, § 287 Rn. 3.
- (38) 春日偉知郎「『相当な損害額』の認定」ジュリスト一〇九八号（一九九六）七四頁以下。
- (39) もちろん、民訴法二四八条の理論的性質については、証明度軽減説（平成五（一九九三）年「民事訴訟手続に関する改正要綱試案」と同時に公表された「民事訴訟手続に関する改正要綱試案補足説明」五三頁によれば、認定すべき事実の性質上、認定のために必要とされる証明度を一定の範囲で低減することが立法趣旨であるとのことである。以上につき、山本克己「自由心証主義と損害額の認定」松本博之・宮崎公男編『講座 新民事訴訟法 Ⅱ』（弘文堂、一九九九）三〇三頁を参照）、訴訟法説、自由裁量説、折衷説等、種々の見解があるところである。民訴法二四八条の理論的性質については、伊藤眞「損害賠償額の認定―民事訴訟法二四八条の意義―」原井龍一郎先生古希祝賀論文集刊行委員会編『改正期の民事手続法』五二頁が詳しい。

- (40) 拙稿・前掲注(31)・七三二頁以下。
- (41) ただし、近時の裁判例では、民法二四八条を介して割合的处理するものも出現してきている。例えば、東京地判平成二四年一月二六日判タ一三七六号一七七頁は、「民事訴訟法二四八条の趣旨を踏まえて」、労働能力喪失分のうち一五%につき、注意義務違反と相当因果関係があるものとする。
- (42) 橋本説の理論的分析としては、石橋・前掲注(4)一二二頁が詳しい。本稿の検討も、これに大いに負うものである。
- (43) 拙稿・前掲注(31)七二五頁以下も参照されたい。
- (44) 四宮・前掲書注(15)・四五六頁以下。
- (45) 拙稿・前掲注(13)・一三五頁以下参照。
- (46) 拙稿・前掲注(17)・一六七六頁参照。
- (47) 橋本・前掲注(12)・二二頁以下。
- (48) 潮見・前掲書注(4)・三三三頁。
- (49) 潮見・前掲書注(4)・三三三頁。
- (50) 窪田充見『不法行為法』(有斐閣、二〇〇七)四〇二頁、潮見・前掲書注(4)・三三四頁以下、吉村『不法行為法(第四版)』(有斐閣、二〇一〇)一八〇頁。
- (51) 窪田・前掲書注(9)・八二頁以下及び同・前掲書注(50)・四〇二頁。
- (52) 潮見・前掲書注(4)・三三四頁。
- (53) 長谷川義仁「人身損害における損害軽減義務の射程(一)(二・完)」広島法学二四卷二号(二〇〇二)一五五頁は、「被害者の体質的素因は、損害拡大への回避可能性を問う『損害軽減義務』法理ではなく、『寄与過失』法理で検討すべきである」とする。
- (54) 小川竹一「心因的要因競合事例における因果関係の割合的認定の当否」判タ五六七号六五頁以下。
- (55) 小川・前掲注(54)六六頁。
- (56) 谷口聡「素因減額の可否と加害者と被害者の非対称性」九州法学会誌(二〇一三年度)九頁。
- (57) 医療過誤訴訟における素因の問題については、錦織成史「医療過誤訴訟における賠償の減額事由について」司法研修所

論集九三号（一九九五）一頁以下及び橋本佳幸「医療過誤訴訟における割合的解決―医師責任の割合的前進―」『責任法の多元的構造』（有斐閣、二〇〇六）一一三頁以下が詳しい。

※本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「損害賠償法における素因の位置」（二〇一一年三月二四日授与）を加筆・修正したものである。なお、本稿は、執筆にあたり、平成二一―二二年度科学研究費補助金（研究活動スタート支援）（二一八三〇〇〇二）の支援を得た。また、加筆・修正にあたり、平成二三―二五年度科学研究費補助金（若手（B））（二三七三〇〇七八）の援助を受けている。

※※脱稿後、最判平成二六年二月二四日（判例集未搭載）（[http://www.courts.go.jp/search/jhsp0030?hanreid=84051&hanreik\\_ba=02](http://www.courts.go.jp/search/jhsp0030?hanreid=84051&hanreik_ba=02)）に接した。本件は、労働者が過重な業務によって鬱病を発症し増悪させた場合において、使用者の安全配慮義務違反等を理由とする損害賠償の額を定めるに当たり、当該労働者が自らの精神的健康に関する情報を申告しなかったことをもって過失相殺をすることができないとされた事例であり、本稿の問題関心からすると非常に興味深い事件である。