HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	損害賠償法における素因の位置（一）
Author(s)	永下, 泰之
Citation	北大法学論集, 62(4), 25-99
Issue Date	2011-12-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/47812
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR62-4_002.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

損害賠償法における素因の位置（一）

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
第一款　判例の展開
第二款　いわゆる「あるがまま判決」における素因原則不考慮論
第三款　最高裁の判決理論
第四節　学説の状況
第一款　素因原則考慮説
第二款　素因原則不考慮説
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
第三章　被害者の特別な精神的脆弱性
第四章　ドイツ法における素因の考慮場面
第五章　素因減責論再考

序章　素因減責論の課題

第一節　問題の所在

（以上、本号）

一　不法行為の成立要件が充足された場合には、民法七〇九条により、加害者は、被害者に対して、権利侵害ないし法益侵害によって生じた損害を賠償しなければならない。ここでは、加害者の過失の認定、加害行為と損害との因果関係の認定及び賠償範囲の確定の問題と並んで、被害者に対して賠償されるべき損害をどのように金銭的に評価するかという問題がある。さらに、損害の金銭的評価に関しては、権利侵害ないし法益侵害によって被害者に生じた損害をすべて加害者に負担させてよいかという損害額の減免に関する問題がある。後者の問題につき、わが国では、不法行為に基づく損害の発生・拡大につき被害者に「過失」がある場合、民法七二二条二項において、損害の発生に際し「被害者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができる」と規定し、明文によって過失相殺制度を置いている。

過失相殺がなされるのは、不法行為制度の社会的意義ないし機能に鑑み、なかんずく被害者と加害者との間の公平を図るという見地から、被害者の過失を考慮して、この者が被った損害の額から合理的な減額を行った額こそが賠償されるべき損害である、と考えられるからである(1)。このように過失相殺制度は、伝統的な相当因果関係説の悉無律的適用による結果の不衡平を回避するため(2)、被害者と加害者との間の公平に基づき、被害者の過失の程度に応じて減額することによって、当事者間での責任調整の機能を果たしている。

ところで、この公平の理念は、過失レベルでの斟酌をさらに超えて、被害者が不法行為以前から有していた身体的・精神的な脆弱性という「素因」（前者は体質的素因、後者は心因的要因と称されることが多い。）が競合して一個の損害を発生させる、いわゆる素因競合事例において、被害者の素因の斟酌、すなわち賠償額の減額を正当化する根拠として主張されるに至ったのは周知のことである。素因競合事例に関しては、既に昭和四〇年代初めから下級裁において裁判例が増加してきたのだが(3)、最高裁判所は、心因的要因に関して、昭和六三年四月二一日判決（鞭打症事例(4)）において、

民法七二二条二項を類推適用し、損害賠償額を減額したのを初めとして、体質的素因の競合に関して、平成四年六月二五日判決[5]において、「疾患（事故以前の一酸化炭素中毒による脳内損傷）」の競合の場合にも、前記昭和六三年判決と同様の判断に立って賠償額の減額を認める判断を下した。以上の二つの最高裁判決により、心因的要因、体質的素因ともに斟酌されうることが明らかにされたのであるが、その基本的枠組みは、以下のようなものである。第一に、本来、被害者に帰責性が認められない「素因」が損害の発生・拡大に寄与した場合であっても、それに相当する部分を被害者の賠償額から減額すること、第二に、被害者と加害者との間で損害を公平に分担させることが損害賠償法の理念に合致するということが減額を肯定する根拠とされていること、第三に、その理論構成を民法七二二条二項の類推適用に求めていることである。

以上の基本的枠組みは、その後の最高裁判例においても維持されている。ただし、前記平成四年判決は、体質的素因のうち「疾患」に限っての斟酌を認めたものであり、体質的素因一般について斟酌し得るかという問題は残されていた。この問題に対して、最高裁は、平成八年一〇月二九日同日付の二判決において体質的素因に関する判断を下した。一つは、頸椎後靭帯骨化症事件判決[6]と呼ばれるものであり、同判決では、被害者の「疾患」が競合する場合には、ほぼ無制限に斟酌しうるものとされた。もう一つは、首長事件判決[7]と呼ばれるものであり、同判決では、体質的素因を「疾患」と「身体的特徴」とに区分し、後者については原則として斟酌を認めない旨を宣言した。以上の経緯を経てわが国では素因斟酌準則が判例法理として形成されるに至り、現在、実務において広く通用している。

判例法理の展開にあわせて学説においても、被害者の素因の斟酌を基礎づけるため様々な理論構成が試みられた。例えば、野村教授の割合的因果関係論による素因の寄与割合に応じた減責[8]や、倉田判事（当時）の確率的心証論による斟酌[9]などが主張されていたところ、中野教授が過失相殺の類推適用による素因斟酌理論を主張した[10]。最高裁が過失相殺

類推適用構成を採用したこともあり、同構成は、以後、素因原則考慮説の通例となった。そして近時では、橋本教授により、領域原則から過失相殺の類推適用構成の精密な理論化が図られている。[11]

他方で、上述の素因原則考慮説に対して、原則として素因は考慮すべきでないとする素因原則不考慮説も有力に主張されている。素因原則不考慮説が素因の斟酌を否定する理由は、大要次のとおりである。すなわち、不法行為の場合、被害者は加害者に対し何らの義務もあらかじめ負担しているものではないし、病的素因の損害発生への寄与も、自ら選択したわけではなく、むしろ違法な加害行為によって強制されたものであり、また病的素因が損害発生に寄与することを回避すべき義務を違法な加害者に対してまで負うものではないから、素因の寄与した損害部分を被害者の責任領域内のものということはできない。この見解によると、被害者に損害を負担させることは、むしろ正義と公平の理念に反する、[12]ということになろう。この見解は、窪田教授による比較法的検討[13]や前田教授[14]による「公平な損害の分担」理念の分析を通じて、学説においては優位に立つに至った。

二　現在のところ、実務上、わが国では素因原則考慮説が支配的である。これに対し比較法的にはむしろ、被害者の素因を斟酌しない立場が支配的であり、ドイツ・イギリス・アメリカでは、原則として被害者の素因を考慮しないという立場が一貫してとられている。[15]また、フランスにおいても、かつては破毀院民事第二部において被害者の素因を考慮して減責を認めていた時期があったが、現在では再び素因を考慮しないという立場に復帰したと言われている。[16]こうした状況を踏まえると、わが国の判例及び素因原則考慮説の見解は、この問題に関してむしろ特異な立場にあると言うことができる。[17]

このような諸外国の理論状況と比較すると、なぜわが国では被害者の素因を減責事由とすることが一般的に支持されるに至ったのかという疑問が生じよう。わが国の判例及び素因原則考慮説が主張の根拠として挙げているのは加害者・

被害者間での「損害の公平な分担」という理念である。これは一見すると、至極当然で反論の余地のないもののようにもみえる。しかし、判例及び素因原則考慮説は、「損害の公平な分担」ということを強調するが、「公平」の実質的考慮についていかなるものであるのか、その内容について何も示してはおらず[18]、ともすれば、本来加害者が負担すべき損害まで被害者に負担させることになりかねないという疑念が払拭できない。また、現在の損害賠償法の理念が「損害の公平な分担」にあるとしても、被害者に帰責性ないし非難可能性のない素因まで考慮することによって、加害者の保護を図る必要があるのだろうか。過失相殺制度は、被害者に何らかの「不注意」といった帰責的要素がある場合に、それを加害者へと転嫁することは不均衡であるとの考えから、損害賠償額を減額することで当事者間の公平を図ろうとするものであるはずである。しかし、素因原則考慮説や判例は、被害者の帰責性を考慮することなく減責を認めているように思われる。このような状況は、むしろ公平に反すると言わざるを得ない[19]。

以上の状況に鑑みると、被害者の素因を加害者の賠償責任ないし賠償範囲・賠償額算定においてどのように考慮するか（あるいは考慮しないか）という問題（論者により位置付けは一様ではないが、本稿では素因減責論と呼ぶことにする）につき、今一度検討する必要があると言えよう。

第二節　外国法との比較

一　素因競合の問題に関して、諸外国においては、原則として被害者の素因を考慮しないという立場が一貫して採られていることは既に述べたとおりである。そこで、素因不考慮の立場を一貫してとりつづける英米及びドイツの立場につき、ここで若干触れておきたい。

英米法における被害者の素因の取り扱いは、いわゆる「エッグ・シェル・スカル・ルール（Egg-shell skull rule）」または「不法行為者はその被害者をあるがままの状態で引き受ける（A tortfeasor takes his victim as he finds him）」という命題により明確に示されている。この命題によると、素因による損害の発生・拡大のリスクは、加害者が負担することになる。この命題は、イギリスにおいて、Egg-shell skull case（卵の殻のように薄い頭蓋骨事件）として有名な一九〇一年の国王座部（Kings Bench）の判決[20]が打ち出したものである。この判決以降、被害者の素因による損害の発生・拡大のリスクを加害者が負担するという原則は、上述の「不法行為者はその被害者をあるがままの状態で引き受ける」という形で命題化され、現在まで一貫して維持されている[21]。

ドイツ法においても、英米法と同様に、被害者の素因を考慮しないとの原則が存在する。ドイツ法では、「虚弱な者に対して加害をなした者は、健康な者に加害をなした場合と同様に扱われることを主張し得ない（Wer unerlaubt gegen einen gesundheitlich geschwächten Menschen handelt, hat kein Recht, so gestellt zu werden, als ob er einen gesunden Menschen verletzt habe）」という命題で表される（以下、これを素因不考慮命題と称す[22]。）。この命題に関してドイツ法では、かなり早い時期から学説・判例ともに、ほぼ結論の一致をみている。

二　以上が素因の取り扱いに関する諸外国の代表的な法命題であるが、本稿ではドイツ法を考察対象とする。ドイツ法の素因不考慮命題については、既に先行研究[23]があり、わが国の学説上でも支持の多い見解であるが、その見解は裁判例において受容されることがない[24]。それは、ドイツ法の素因不考慮命題がわが国の素因減責論に対する有効な批判足りえてないからであると考えられる。素因競合事例では、加害行為と被害者の素因とが相まって発生した、密接不可分な「一個」の損害が問題となるところ、わが国の素因減責論は、「素因に因る」損害についても一旦加害者への帰責を肯定した上で、観念的には「加害行為に因る」損害と「素因に因る」損害とに分類できることから、因果関係を分割する、あ

るいは、賠償額算定において改めて素因のリスクを加害者と被害者との間で配分する。これに対して、ドイツ法の素因不考慮命題は、「素因に因る」損害を加害者へ帰責することを目的とする（そして、それに限定された）法理であり、その射程は賠償額算定のレベルには及んでいないと解される。つまり、加害者への帰責後の素因のリスク配分を焦点とするわが国の素因減責論と素因に因る損害の帰責を焦点とするドイツの素因不考慮命題とは問題がズレているのである。そうであるならば、まず、素因不考慮命題の意義及び射程が解明されなければならない。

むろん、素因不考慮命題が確立しているドイツ法においても、実質的に素因を考慮する場合も承認されている。ドイツ法では、従来から、心因的要因の一種である賠償神経症（ドイツでは Rentenneurose あるいは Begehrensneurose と称される。）のケースでは賠償額が制限ないし否定されていたことはよく知られている[25]。また、「素因事例（Anlagefall）」として、仮定的因果関係において素因を考慮することが認められていたところ[26]、一九九七年に至り、心因的要因が寄与した場合につき、素因の将来的展開を逸失利益の算定において考慮し、さらに、逸失利益の割合的認定をも承認する判例が出されている[27]。本判決は、比較的新しいものであり、従来の先行研究では参照されていないが[28]、わが国の素因減責論とは法律構成は異なるものの、心因的要因の寄与に応じた割合的認定という点に共通点が見られる。よって、本判決と素因不考慮命題との関係の検討を要する。

また、素因競合事例について、素因不考慮命題によって原則として被害者の素因を考慮しないとしているドイツ法においても、わが国の民法七二二条の過失相殺の規定に対応するドイツ民法二五四条の共働過責の規定が適用される可能性が指摘されている点が挙げられる[29]。したがって、原則素因不考慮の立場をとるドイツ法において、いかにして加害者の減責が図られているのかを考察することで、わが国の議論にも有益な示唆が得られると考える。また、ドイツ民法二五四条にはわが国にはない特徴を有する。それは、損害軽減義務の法理である[30]。同法理については、被害者は期待され

うる限り損害が不必要に拡大しないよう寄与しなければならず、被害者が損害軽減義務に違反する場合、加害者は回避しえたはずの損害の一部を賠償する必要がない、と説明される[31]。損害軽減義務はわが国でも既に紹介されているが[32]、法理としては定着しておらず、裁判例においても明瞭に認められたものはほとんど見受けられない[33]。しかし、結論的に述べるならば、損害軽減義務の観点から素因競合事例を検討すると、素因それ自体を考慮する必要はないと言える。つまり、素因を有する被害者は、素因を有しているのであればそれが不法行為によって発現あるいは拡大しないよう注意しなければならない、または、一旦不法行為により損害を受けたのであれば、素因によって損害がそれ以上拡大しないよう最小限に抑えるべきであると考えることができる。こうした評価によると、素因を有する者は、そのあるがままにおいて期待されうる限りのことを要請されるにすぎず、却って一般的な「健康な者」との比較において素因を考慮すべきではないといえよう。素因を有する者には、素因を有する者として何が期待されうるのかを判断することによって、具体的被害者と具体的加害者との「公平」が実現されることになると考えられるからである。

第三節　本稿の目的・構成

以上の問題状況を背景として、本稿は、わが国における素因減責論の再構成を目的とする。本稿は、その前提として、わが国における素因斟酌に関する従来の議論状況を確認する（第一章）。判例・学説の検討を通じて、素因原則考慮説及び素因原則不考慮説の基本的理論構成の問題点を明らかにしたい。

上記の作業を経た上で、ドイツ法における素因不考慮命題の意義及び射程を考察する（第二章）。その際には、素因不考慮命題を支える法思想の解明を試み、かつ、素因不考慮命題の限界を追求する。なお、ドイツ法では、心因的要因

の競合事例において、定期金ノイローゼの問題が特殊な問題として存在する。したがって、心因的要因に関する素因不考慮命題の妥当性を定期金ノイローゼの問題に合わせて検討する（第三章）。

以上の検討により、ドイツ法における素因不考慮命題の原則的立場を確認した上で、ドイツ法において素因が考慮される場合について考察を転じる（第四章）。具体的には、逸失利益算定の場面における素因の将来的展開の考慮及び、素因競合事例におけるドイツ民法二五四条の共働過責の適用可能性を検討する。その際には、素因を考慮する際の法的思考及び法律構成につき、素因不考慮命題との関係からの解明を試みる。

最後に、ドイツ法を総括し、そこからわが国の素因減責論を再考するための示唆を得る（第五章）。そして、そこで得られた知見をもとに、わが国の素因減責論を再考し、責任範囲の限定という視角からの再構成を試みる。

なお、本研究は、素因減責論の新たなフレーム・ワークの構築を志向するものである。そのため、素因を考慮する際の具体的考慮要素の検討及び抽出は、本研究の対象からは除外する[34]。

第一章　わが国の判例・学説の到達点

第一節　はじめに

一　いわゆる「素因競合」とは、被害者の既往症や体質的素因あるいは何らかの心因的要因が加害行為と競合して一個の損害を発生・拡大させている場合をいう。この場合、体質的素因ないし心因的要因の寄与度に応じた割合的解決を図るべきであるとの考え方が判例・学説に定着していることは上述のとおりである。

割合的解決のための理論構成は、大別して、因果関係のレベルで素因の寄与度に応じて因果関係を割合的に認定する立場と、損害賠償額算定の場面において素因の寄与度に応じた賠償額の減額を認める立場がある。どちらの立場も被害者の素因を原則として考慮し、量的処理を図ろうとする点では共通している。最高裁は、過失相殺に関する民法七二二条二項の規定の類推適用により問題を解決すべきものとする立場を宣言し、現在ではこれが確立した判例理論となっており、また、実務では素因を考慮した割合的解決が既に定着し、問題は解決したかのように見える。しかし、その一方で、割合的解決に対しては、従来から、被害者の素因は原則として考慮すべきではないとする批判的な見解があり、この見解はむしろ現在では学説上有力である。

二　素因を考慮するか否かの対立は、両者の公平観の相違に由来する。前者は、加害者は事故に対する寄与度の限りで責任を負うべきであり、素因の寄与した限度で賠償額が減額される結果その分については被害者自身が負担することになるが、そのような損害の分担こそが公平の理念に適していると主張する[35]。これに対し後者は、西垣弁護士の言葉を借りるならば、「不法行為の場合、被害者は加害者に対し、何らかの義務も予め負担しているものでもないし、病的素因が損害発生に寄与することを回避すべき義務を違法な加害行為に対してまで負うものではないから、素因の寄与した損害部分を被害者の責任領域内のものということはできない。……被害者の心因的要素が寄与している場合と、素因が損害発生に結びついたのは、不法行為による外力の非日常性の故でなく、日常的な外力であってその発生が考えられた場合以外は考慮すべきではな[36]」く、むしろ素因によって発生・拡大した損害は加害者が負担するのが公平であるという。こうした公平観の相違が、素因減責論における見解の対立の出発点であり、また最大の焦点であろう。

そこで、本章では、素因減責論の抱える問題点を明らかにするためにも、判例・学説が各々どのような公平観を基礎としているのかにも留意しつつ、わが国の議論状況について整理したい。

第二節　被害者の素因の類型とその意義

判例・学説を考察する前提として、被害者の素因と称されるものの類型とその意義を確認しておこう。被害者の素因は、病理学的意味における素因と法的意味におけるそれとは異なる概念ではあるが、法的概念として厳密な定義があるわけではない[37]。一般的には、被害者自身の属性のうち心身ともに「健康」という基準からずれる部分[38]とか、あるいは被害者の「個性」を意味すると説明される[39]。ただし、ただ一口に「素因」といっても、特異体質や精神病などの素質、高血圧や結核などの既往症・持病、加齢による器質変化や機能障害その他の身体的条件、損害の発生ないし拡大に作用する精神的要素など、その態様には様々なものが存在する。従来より、「素因」は（一）体質的素因と（二）心因的要因とに分類されるのが通例である。

一　体質的素因

体質的素因とは、一定の病的反応を生じさせる原因となる素質であり、①特異体質、②既往症ないし持病、③経年性の器質的変化等が含まれる[40]。

①特異体質、②既往症ないし持病は、「病的素因」と表現されることもある。この「病的素因」とは、過去の病気または先天的・体質的な障害などにより、通常人に比して加害行為の影響を受け易い状態のことである。加害行為とともに被害者の病的素因が競合して損害の発生・拡大に寄与した場合、加害者の責任を定めるにあたりこれら病的素因をどのように考慮するのか、という問題が生じるが[41]、わが国の裁判所は、原則として病的素因を損害賠償額の減額事由とするという立場をとっている。

③経年性の器質的変化とは、加齢的要因（老人性の素因）とも言い換えることができる。これは身体的な変化であるという点では病的素因（①②）と同様であるが、誰でも年をとれば多かれ少なかれ生じる状態であるという点で、通常の病的素因と異なる[42]。したがって、加齢的要因をどこまで減額事由としてよいかについては見解が分かれる可能性があるが、裁判所の扱いとしては、老人性の素因も減額事由として考慮するものが多いようである[43]。

二　心因的要因

損害の発生・拡大に寄与する心因的要因は、賠償神経症とそれ以外のケースの二つに分けられる。

賠償神経症とは、「賠償に対する願望や賠償が受けられないことの不満を原因とする心因反応」であるとされている[44]。賠償神経症の問題は、交通事故を契機として生ずるむち打ち症（むち打ち損傷）のケースを中心に論じられている[45]。むち打ち症のケースの多くは、外形的・他覚的所見はほとんどないのに心因的・自覚的愁訴が強いため治療も長期にわたり、かつ、鞭打症の後遺障害と目されるものの愁訴も心因的要因に基づくものである。これが、賠償神経症と呼ばれる心因的要因の一種である。

賠償神経症の場合以外において、被害者の性格や痛み・苦痛に対する過剰な反応等も心因的要因とみなされる。これらの要因が損害の発生・拡大に寄与している場合についても、わが国の裁判所はこれを減額事由として考慮するのが原則である[46]。

これら心因的要因が競合しているとされる事例では、治ろうとする「自発性の減退」が認められることが多く、被害者の態度に一定の否定的評価を与えることも可能であると思われる。ただ、被害者に対する非難可能性が認められないのに、被害者の性格の悪さをことさらに指摘するとか、あるいは「三ヶ月で通常は治癒する」という前提に立って、そ

れ以上に治療が長期化する場合のすべてを心因的要因の影響があるとすることや、他見的所見がないのに症状が改善しないからといって、それを直ちに心因的要因の影響と結論づけてしまうことが、しばしば裁判所の判断中に見受けられるが、このような態度は極力避けなければならないであろう。(47)

第三節　判例の状況

それでは次に、被害者の素因が競合する場合の処理及び法的構成、その傾向につき、わが国の判例の立場を概観してみよう。

第一款　判例の展開

一　損害の発生または拡大につき被害者の素因が競合する場合、今日のわが国の裁判所では、被害者の素因が寄与する限度で加害者の賠償責任を減じる裁判例が増加している。その法律構成、理論的根拠などについてはなお争いがあるが、このような寄与度による減責を肯定する方向でほぼ一致しているといってよいであろう。

実務がこの問題について最初にとりあげたのは、大判大正二年一二月八日新聞九一八号二八頁である。本件事案は、原告の夫が乗車していた汽車が衝突し、それが原因となって、以前から罹っていた心臓肥大症、血管硬化症、脳軟化症が進行して夫が精神異常となったため、原告が事故の責任者に対して損害賠償を請求したというものである。大審院は、損害発生に至った「素因」が被害者自身の心臓肥大症・血管硬化症・脳軟化症にあったとしても、その損害は事故によっ

て生じたもので加害者の不法行為が直接の原因となっているとして、因果関係を認めた。本判決は、相当因果関係説に依拠して事故と「素因」との間の相当因果関係を認めている。

その後、不法行為にも民法四一六条が類推適用されるという立場が判例上確立したことにより[48]、被害者の素因競合に関する問題も相当因果関係＝民法四一六条によって処理されるようになる。例えば、大判昭和二一年一〇月九日判例総覧民事編一巻一七頁がある。本件事案は、汽車の衝突で被害者が肺結核の既往症を再発させたというものであるが、大審院は、この損害を「通常損害」と見て、予見可能性の有無を問題とすることなく、治療費、逸失利益の賠償を認めている。こうして裁判所では、被害者の素因の取り扱いにつき、相当因果関係＝民法四一六条を前提として、被害者の素因が損害賠償の範囲に関する一般論において通常生じうる損害か否か、通常損害でなく特別損害であれば予見可能性の有無が問題とされ、予見可能ならば通常損害と同様に全損害が賠償されるが、そうでなければ相当因果関係がなく賠償されないという処理が行われることになったのである[49]。

そのような状況の下、昭和四〇年代初め頃より、下級裁判例の中には被害者の素因が競合する事案において割合的解決を図るものが現れ、これが徐々に支配的な傾向となっていった。

二　相当因果関係によって素因を考慮する裁判例では、当初、被害者の損害は被害者の素因という特別事情により生じたものであるとして、損害を一定期間に制限することにより実質的な賠償額の減額が試みられていたところ[50]、因果関係を割合的に認定するものが現れる。一つは、因果関係を確率的心証により割合的認定をするものである。すなわち、裁判官の心証に応じて因果関係の有無を段階的に認め、それを賠償額に反映させるのであり、その根拠を「損害の公平な分担の精神」に求めている[51]。

もう一つは、事実的因果関係を割合的に認定するものである。例えば、事故の起因力を三分の一と評価して賠償額か

らその分を減額するなど[52]、事実的な因果関係を「寄与度」という形で割合的に把握し、それを賠償額に反映させるのである。

三　以上の例は、法律構成こそ異なるが、因果関係に応じて責任を分配するという点に共通点があるところ、他方で、損害賠償額の算定場面に応じて素因の寄与度に応じた賠償額の減額を図る例も見られた。一つは、損害の金銭評価の段階で、発生した損害に対する素因の寄与度を観念し、それに応じて割合的に賠償額を減額するものである[53]。上述の事実的因果関係を割合的に認定するものでは、素因の寄与度は事実的なものとして捉えられているのに対し、本構成での寄与度は賠償額算定において一定の法的評価が含まれている。また、損害賠償の負担の調整を図るために、寄与度概念によらず、公平の理念・信義則により賠償額を割合的に減額する構成も見られた[54]。

上述の寄与度に応じた割合的減額の例や公平の理念・信義則による割合的減額の例は、明確な法律構成を示すことなく賠償額算定において素因を考慮し賠償額を割合的に減額するものであったが、被害者の素因を被害者の「過失」に類するものと評価し、過失相殺の規定を類推適用するものが現れる[55]。過失相殺類推適用構成は昭和五〇年代以降の実務の大勢を占める[56]。なお、過失相殺類推適用構成では、被害者の素因による影響そのものを斟酌したとは評価しがたい例も見受けられる。例えば、心因的要因のほか、「周囲の過度の庇護」、「人間関係のもつれ」、「注意固着や暗示作用」、「適切な精神医学的治療を受けなかったこと」などを総合評価して、過失相殺が類推適用されている例があるが[57]、「適切な精神医学的治療を受けなかったこと」は被害者の「過失」と評価しうる事情であり、本来の過失相殺が適用されうる場面であったとも解される。また、長期の入院治療を必要とした理由が、身体の安静を保つためであるとともに、心因性に基づく自律神経失調症に対する対処療法のためであるとして、過失相殺を類推し、一括して処理する例も見られる[58]。当該判決については、過失相殺の類推適用による一括的な割合的処理ではなく、逸失利益算定の問題として処理するこ

ともできたのではないかと思われるところであるが、逸失利益を六割の限度に減額すると同時に慰謝料算定においても被害者の心因的要因を斟酌するもの[59]も見受けられることからすると、裁判所は、過失相殺の類推適用により、あらゆる事情を総合的・包括的に評価する傾向にあったと考えられる。

四　こうした下級裁判例の状況を受け、最高裁判所としての初めての判断が昭和六三年になってようやく下される。最高裁は、具体的な損害賠償額を定めるにつき損害の拡大に被害者の「心因的要因」が寄与しているときは過失相殺に関する民法七二二条二項の規定の類推適用によりその事情を斟酌することができる旨を判示した。続いて最高裁は、平成四年に、被害者の「疾患」の競合による損害の発生について、全部の賠償が公平を失するときには過失相殺の規定の類推による減額ができると判示した。この二判決により、最高裁としては過失相殺規定の類推適用の構成を採用することが明らかにされたのである。これら二判決を含め、最高裁の判断については、項目を改めて検討する（本節第三款）。

第二款　いわゆる「あるがまま判決」における素因原則不考慮論

最高裁は、被害者の「素因」について、過失相殺規定の類推適用により賠償額を減額することができるということを表明したわけであるが、その一方で、下級裁では素因原則不考慮の立場に立つ裁判例も見受けられた。いわゆる「あるがまま判決」と呼ばれるものがそれである。

東京地判平成元年九月七日判時一三四二号八三頁では、東京地裁は、Xが精神的打撃を受け易い類型の人間であることを認めたが、「不法行為の被害者がいわゆる賠償神経症であるためその賠償請求を認めないことがかえって当該被害者の救済となる場合又は損害の拡大が被害者の精神的・心理的状態に基因するためそのすべてを加害者に負担させるの

が公平の観念に照らして著しく不当と認められるような場合（最高裁判所昭和六三年四月二一日第一小法廷判決・民集四二巻四号二四三頁はこのような場合の事案についての判例と解すべきである。）には、当該賠償請求を棄却し又はその一部を減額すべきと解するのは格別、『加害者は被害者のあるがままを受け入れなければならない。』のが不法行為法の基本原則であり、肉体的にも精神的にも個別性の強い存在である人間を基準化して、当該不法行為と損害との間の相当因果関係の存否等を判断することは、この原則に反するから許されないと解すべきところ、Xが右のいずれかの場合に当たるとすべき事実関係はこれを認めるに足りる証拠はなく、また、Xの前示程度の精神的・心理的状態を損害賠償額を定めるに当たって斟酌するのは公平の観念に照らして相当ではない」とし、素因を理由とする減責を認めない立場を表明した。

本判決において東京地裁は、昭和六三年判決を維持しているが、あくまで具体的事案においては、個人差を当然に想定すべきであり、これまでの裁判例のように個人差そのものを考慮して減額事由とすることはむしろ「公平」に反するとの見解を打ち出している。これは、比較法的にも支持されうる見解である。[60] しかし、この東京地裁平成元年判決が示した「あるがまま論」は、その後一部の下級裁判例によって踏襲されたが、散発的なものにとどまった。[61] そして、平成八年一〇月二九日、最高裁が頚椎後靭帯骨化症の事案[62]において、当該「素因」が「疾患」にあたる場合にはほぼ無制限に斟酌できる旨を判示した。これによって、「あるがまま論」は判例においてはほぼ否定されたものと考えられる。

第三款　最高裁の判決理論

今日の最高裁は、損害の発生または拡大につき、被害者の素因が競合する場合に、民法七二二条二項の過失相殺の規

定の類推適用という法律構成によって斟酌、すなわち賠償額を減額しうるとの立場を示し、これが確立した判例法理となっている。それでは以下、最高裁の判決理論を概観しよう。

一　過失相殺類推適用説の採用

（一）心因的要因の斟酌

最高裁が被害者の素因の問題を最初にとりあげたのは、被害者の心因的要因の寄与による損害の拡大に関してであった。

最判昭和六三年四月二一日民集四六巻四号二四三頁(63)

【事案】昭和四四年三月二〇日、Y_1運転の加害車両が、X（五二歳の主婦）が同乗しXの夫が運転している被害車両に追突した。追突の衝撃は軽度だったが、人体に感じ得るものであった。Xは、同月二二日にA病院に赴き、事故当初は何の異常もなかったが暫くして気分が悪くなり頭、頸に痛みがあり吐き気がする等と訴えたところ、外傷性頭頸部症候群として約五〇日の安静加療を要するとの診断で入院を勧められ、即日入院し治療を受けた。同年八月頃から頑固な頭痛、頸部強直等の症状が続き、昭和四五年頃には頸部強直、左半身のしびれ、頭痛等の症状が固定した。Xは、昭和四六年一二月一五日頃に退院するまで継続してマッサージ等の物理療法を受け、退院後もA病院の医師の往診を受けながら自宅療養を続けた。昭和四九年一〇月当時もXは頭痛、頸部痛、肩部痛等を訴えており、その後昭和五二年七月五日B総合病院で頭部外傷後遺症、頸部変形症と診断され、同日B病院に入院、理学的療法等を受けた。Xは、昭和五四年一月三〇日、B病院を退院し、即日C病院に入院し、頸椎症候群、大後頭神経痛と診断され理学的療法等を受け、同年七月三一日退院後もD病院に通院した。以上のような事実関係の下で、XがY_1に対し民法七〇九条に基づいて、加害車

両保有者Y_2に対し自賠法三条に基づいて、治療費等の損害賠償を請求したのが本件である。

第一審判決[64]は、Xの受傷は通常なら遅くとも二、三ヶ月以内に治癒するはずのものであり、その後の症状はXの特異な性格、初診医のした非常識な診断、加害者の態度、事故前の損害賠償請求の経験等の心因的な要素が加わって二次的に引き起こされた外傷性神経症であると認めたうえで、神経症に基づく症状であるからといって直ちに因果関係を否定すべきでないとして、事故後三年までに発生した損害のうち六割の限度で相当因果関係を肯定し、その限度でYらの賠償責任を認めた。Xより控訴。

原審判決[65]も一審とほぼ同様の事実認定を行ったうえで、公平の理念に照らし、過失相殺の規定の類推により事故後三年までに発生した損害のうち四割の限度でYらの賠償責任を認めた。これに対しXより上告。上告理由でXは、原審が「割合的認定」の理論を採用し過失相殺の規定の類推適用をしたのは違法である、などと主張した。

【判旨】最高裁は、「身体に対する加害行為と発生した損害との間に相当因果関係がある場合において、その損害がその加害行為のみによって通常発生する程度、範囲を超えるものであって、かつ、その損害の拡大についてXの心因的要因が寄与しているときは、損害を公平に分担させるという損害賠償法の理念に照らし、裁判所は、損害賠償の額を定めるに当たり、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して、その損害の拡大に寄与したXの右事情を斟酌することができるものと解するのが相当である」とした上で、「原審の確定した事実関係のもとにおいては・・・退院後自宅療養を開始したのち約三か月を経過した日、すなわち事故後三年を経過した昭和四七年三月二〇日までに、右各症状に起因して生じた損害については、本件事故との間に相当因果関係があるものというべきであるが、その後生じた分については、本件事故との間に相当因果関係があるものとはいえない。また、右事実関係のもとにおいては、Xの訴えている右症状のうちにはXの特異な性格に起因する症状も多く、初診医の診断についてもXの言動に誘発された一面があり、

更にXの回復への自発的意欲の欠如等があいまって、適切さを欠く治療を継続させた結果、症状の悪化とその固定化を招いたと考えられ、このような事情のもとでは、本件事故による受傷及びそれに起因して三年間にわたってXに生じた損害を全部Yらに負担させることは公平の理念に照らし相当ではない、すなわち、右損害は、本件事故のみによって通常発生する程度、範囲を超えているものということができ、かつ、その損害の拡大についてXの心因的要因が寄与していることが明らかである」として、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して六割の減額をした。

この昭和六三年判決は、被害者の心因的要因が損害の拡大に寄与している場合において、被害者の心因的要因が減額事由になることを示したわが国最初の最高裁判決である。そして、その賠償額の減額の際には、過失相殺規定の類推適用という構成を採用したのである。しかし、本判決の射程については慎重に判断しなければならない。つまり、本判決は、被害者の「心因的要因」が寄与している場合に、過失相殺に関する民法七二二条二項の規定を類推適用してその事情を斟酌することができると判示したのみであり、身体的素因一般について言及されていなかった。そのため、本判決が身体的素因に対しても同様に及ぶかにつき争いが残されたのである[66]。また、「Xの回復への自発的意欲の欠如等があいまって、適切さを欠く治療を継続させた」というのであれば、被害者自身の心因的要因に基づくのではあるが、むしろ、被害者自身の意思的行動、すなわち不作為が損害の拡大に寄与したと評価することもできたという点においても、昭和六三年判決は理論的問題を孕んでいた[67]。

（二）体質的素因の斟酌

昭和六三年判決が心因的要因に関する判断であったため、体質的素因にまでその射程が及ぶか否かについては、争いがあったことは上述の通りであるが、高裁レベルでは、心因的要因に限られず、体質的素因についても斟酌をすべきであるとするものが多く現れていた[68]。そのような状況の中、最判平成四年六月二五日が体質的素因もまた賠償額の算定に

おいて斟酌されうることを判示した。

最判平成四年六月二五日民集四六巻四号四〇〇頁[69]

【事案】Aは、本件交通事故の約一か月前に自動車内で仮眠中、一酸化炭素中毒に罹患したが、これによる精神症状は一旦潜在化ないし消失して正常な生活を送っていたところ、停車中の自動車に乗車中、Y運転の自動車に追突され、頭部外傷および精神障害を負い、症状の回復しないまま三年程経って入院中の病院で死亡した。そこでX（Aの妻）が、Yに対して、Aの死亡を理由とする損害賠償並びに慰謝料を請求したのが本件である。

第一審判決[70]は、頭部の打撲症は被害者Aの神経症状の発現並びに死亡に対して直接の原因をなしているとして事故とAの死亡との因果関係を肯定すると共に、一酸化炭素中毒もAの死亡に相当程度寄与していると認めて、過失相殺の法理の類推による損害減額事由として考慮し、全損害額の四〇％を減額した。Yらが控訴し、Xらも附帯控訴。

原審判決[71]も、第一審をほぼ踏襲して因果関係の競合を認め、一酸化炭素中毒の寄与の割合を五〇％と認定した。これに対してXらが上告。Aの一酸化炭素中毒の寄与を理由に損害額の五〇％を減額したことなどを違法だと主張した。

【判旨】最高裁は、「被害者に対する加害行為と被害者の罹患していた疾患とがともに原因となって損害が発生した場合において、当該疾患の態様、程度などに照らし、加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失するときは、裁判所は、損害賠償の額を定めるにあたり、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して、被害者の当該疾患をしんしゃくすることができるものと解するのが相当である。けだし、このような場合においてもなお、被害者に生じた損害の全部を加害者に賠償させるのは、損害の公平な分担を図る損害賠償法の理念に反するものといわなければならないからである」と判示した。

昭和六三年判決は、損害の拡大に被害者の心因的要因が寄与している場合の事案に関して、過失相殺の規定の類推適

用により被害者の事情を斟酌することができるとしたものであったが、この平成四年判決によって、昭和六三年判決の適用範囲がさらに体質的素因に関する「疾患」にも及ぶことが明らかにされたのである。[72][73]

平成四年判決は、損害の発生・拡大に被害者の「疾患」が寄与した場合の先例と解されるところ、その射程については、本判決の事案の特殊性から一般的に体質的素因を斟酌し得ると判示したとは解されないとの評価もあるが、[74]「疾患」に限らず、体質的素因一般に及ぶと解するのが一般的であった。ただし、本判決において、最高裁は、「疾患」という言葉を用いているが、具体的に「疾患」とはどのようなものであるのかについては明らかにしなかった。そこで、事案によっては体質的素因が競合していても減責を否定する余地は残されており、平成四年判決には、極めて不確定な要素が多かったともいえる。

二　平成八年一〇月二九日同日付最高裁二判決の意義

昭和六三年判決と平成四年判決により、最高裁が素因原則考慮説に立つことが明らかにされたわけであるが、平成四年判決のいう「疾患」概念の不明瞭性ゆえに、具体的要件や適用範囲などに不明確な部分が残されたのは上述の通りである。平成八年一〇月二九日同日付の二つの最高裁判決はこれに答える形となっている。一つは、頚椎後靭帯骨化症の事案であり、もう一つは、いわゆる「首長事件」と呼ばれる事案である。

（一）頚椎後靭帯骨化症事件判決

最判平成八年一〇月二九日交民二九巻五号一二七二頁[75]

【事案】事故前から頚椎後靭帯の骨化が進行し、神経症状を起こしやすい状態であったYが、信号待ちで停車中追突され、事故による衝撃を受け頸部運動制限、頸部痛などの症状が発現し、神経傷害後遺症が残った、というものであり、

Xから債務不存在確認の訴えが提起された。これに対してYが損害賠償請求の反訴を提起。

第一審判決[76]は、頚椎後靭帯骨化症という身体的素因の寄与を理由とする減責を否定し、椎間板の変成所見など、ある程度の加齢変化も見られるが、これも斟酌すべきではないとした。ただし、心因的要因の寄与を理由に二〇％減額した。Yが控訴。

原審判決[77]も、Yが事故前から頚椎後靭帯骨化症に罹患しており、これが療養の長期化や後遺障害の程度に大きく寄与していることは明白であるとしながらも、「本件事故前、Yは、頚椎後靭帯骨化症に伴う症状は何ら発現しておらず健康な日々を送っていたのであること、頚椎後靭帯骨化症は、発症の原因も判らないいわゆる難病の一種ではあるが、近年、特に本邦においては決して稀ではない疾患であり（証拠略）Yが右疾患に罹患するについて何ら責められるべき点はないこと、本件事故によりXがYの頸部に与えた衝撃は決して軽いものではなく、Yに右素因がなくとも、相当程度の傷害を与えていた可能性が高いと推測されること、腰痛症や老化からくる頚椎の変成等何らかの損害拡大の素因を有しながら社会生活を営んでいるものは多数存在していること等に鑑みると、一審反訴Yが頚椎後靭帯骨化症の素因を有していたがために拡大した損害について、これを加害者であるXらに負担させても、公平の理念に照らして不当であるとは認め難い」として減責を否定した。Xらが上告。

【判旨】「被害者に対する加害行為と加害行為以前から存在した被害者の疾患とが共に原因となって損害が発生した場合において、当該疾患の態様、程度などに照らし、加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失するときは、裁判所は、損害賠償の額を定めるに当たり、民法七二二条二項の規定を類推適用して、被害者の疾患を斟酌することができることは、当裁判所の判例（最高裁昭和六三年（オ）第一〇九四号平成四年六月二五日第一小法廷判決・民集四六巻四号四〇〇頁）とするところである。そしてこのことは、加害行為前に疾患に伴う症状が発現していたかどうか、疾患が難

病であるかどうか、疾患に罹患するにつき被害者の責めに帰すべき事由があるかどうか、加害行為により被害者が被った衝撃の強弱、損害拡大の素因を有しながら社会生活を営んでいる者の多寡等の事情によって左右されるものではないというべきである。」

本判決は、被害者の「疾患」が競合する場合には、ほぼ無制限に斟酌することができること明らかにし、従来、素因原則不考慮説が例外的に減責を認めるにつき必要としてきたほとんどすべての事情を、減責するにつき不必要とした。すなわち、事故前に疾患に伴う症状が発現している必要はなく、疾患が難病であっても、疾患に罹患するについて被害者に帰責事由がなくても、事故による衝撃の程度が強くても、減責するための支障とはならない。これによって、最高裁が素因原則考慮説に立つことがより明らかとなった。本判決の判旨に従うならば、本件原審判決が挙げた考慮要素を対象外とすることになるため、他に疾患の寄与の斟酌を限定しうる余地は狭いのであるから、本判決は実際には疾患が損害の発生ないし拡大に寄与していると認められる限りは、原則としてこれを斟酌しなければならない旨を宣言しているものと評価することができよう(78)。

ただし、最高裁は、本判決において、体質的素因のうち「疾患」にのみ言及していることから、被害者側の一般的素因についても本判決の射程が及ぶか否かは明確ではないところ、本判決の射程は、次のいわゆる首長事件判決が出されたことにより、明確なものとなる。首長事件判決において最高裁は、体質的素因を「疾患」と「身体的特徴」に区分して、素因を斟酌する場合に一定の限定を付しているからである。

（二）首長事件判決

最判平成八年一〇月二九日民集五〇巻九号二四七四頁(79)

【事案】Y_1運転のY_2所有自動車が、X運転の自動車に衝突し、その際にXは、事故により頭部を運転席シートに強く

打ちつけ、翌日頚椎捻挫と診断された。その後もXには、頸部、後頭部疼痛頭の症状が残り、さらに、矯正視力の低下等の症状がみられ、これは後頸部外傷性症候群によるものと診断された。

第一審判決[80]は、Xの身体的特徴（平均的体格に比して首が長く多少の頚椎の不安定症がある）に本件事故による損傷が加わって、これらの症状を発生、悪化ないし拡大させたとして、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して、四割を減額した。X及びYら双方が控訴。

原審判決[81]は、前記上告人の体質的素因に加え、症状の悪化ないし拡大につき心因的要素が存するとして、民法七二二条二項の過失相殺の規定を類推適用して、四割を減額した。Xが上告。破棄差戻し。

【判旨】「被害者が平均的な体格ないし通常の体質と異なる身体的特徴を有していたとしても、それが疾患に当たらない場合には、特段の事情の存しない限り、被害者の右身体的特徴を損害賠償の額を定めるに当たり斟酌することはできないと解すべきである。けだし、人の体格ないし体質は、すべての人が均一同質なものということはできないものであり、極端な肥満など通常人の平均値から著しくかけ離れた身体的特徴を有する者が、転倒などにより重大な傷害を被りかねないことから日常生活において通常人に比べてより慎重な行動をとることが求められるような場合は格別、その程度に至らない身体的特徴は、個々人の個体差の範囲内として当然にその存在が予定されているものというべきだからである。……Xの身体的特徴は首が長くこれに伴う多少の頚椎不安定症があるということだけであり、これが疾患に当たらないことはもちろん、このような身体的特徴を有する者が一般的に負傷しやすいものとして慎重な行動を要請されているといった事情は認められないから、前記特段の事情が存するということはできず、右身体的特徴と本件事故による加害行為とが競合してXの右傷害が発生し、又は右身体的特徴が被害者の損害の拡大に寄与していたとしても、これを損害賠償の額を定めるに当たり斟酌するのは相当ではない[82]。」

本判決は、体質的素因を「疾患」と「身体的特徴」とに分類し、後者については原則として減責を認めない旨を宣言し、平成四年判決にしぼりをかけている。最高裁はその理由として、「人の体格ないし体質は、すべての人が均一同質なものということはできないのであり、極端な肥満など通常人の平均値から著しくかけ離れた身体的特徴を有する者が、転倒などにより重大な傷害を被りかねないことから日常生活において通常人に比べてより慎重な行動をとることが求められるような場合は格別、その程度に至らない身体的特徴は、個々人の個体差の範囲として当然にその存在が予定されている」からであるとする。

以上のような理由からすると、最高裁は、斟酌しうる体質的素因を「疾患」に限定することにより、平成四年判決の提示した素因斟酌準則の射程をかなり狭く画定したものと評価することができる(83)。もっとも、「疾患」と「身体的特徴」の区別は相対的なものに過ぎず、結局「平均的な体格ないし通常の体質と異なる」程度の問題に帰着するといえそうである(84)。本判決で最高裁は、特段の事情として「極端な肥満など通常人の平均値から著しくかけ離れた身体的特徴を有する者が、転倒などにより重大な傷害を被りかねないことから日常生活において通常人に比べてより慎重な行動をとることが求められるような場合」を挙げているところからすると、「身体的特徴」であっても個体差の範囲から逸脱するものであれば斟酌しうることになり、「疾患」と「身体的特徴」との区別は、個体差の範囲内か否かとして相対化される。

また、そもそも、「疾患」と「身体的特徴」とで区別したところで、なぜ後者であれば斟酌しないのかという問題は残される。というのも、その理由として、本判決は、「個々人の個体差の範囲として当然にその存在が予定されているものとすべきだからである」とするが、他方で、平均値から著しくかけ離れ、日常生活で通常人より慎重な行動が求められるなど特段の事情があれば、身体的特徴でも斟酌されうるとの例外を認めているところからすると、結局、「損害を公平に分担させるという損害賠償法の理念」に依らざるを得ず、本判決は素因斟酌の一般的準則を述べたものとは言

えないとの評価も成り立ちうるからである。[85]

また、本判決の特殊性に鑑みて、そもそも本判決では素因の存在あるいはその寄与が認められないとして、事実認定レベルで解決すべきであったとの指摘もなされている。[86] この指摘は、素因競合事例における事実認定及びその立証の問題に関わるものであり、重要である。とはいえ、次のように本判決を評価するならば、本判決の提示した「疾患」と「身体的特徴」との区別は、一般的準則として成り立ちうると考えられる。すなわち、事実認定において、体質的素因が存在すること及び当該素因が損害の発生・拡大への寄与は、多かれ少なかれ認められるような場合には、一旦責任を成立させた上で、減額事由とし得るか否かの判断は保護範囲ないし賠償額算定のレベルにおいて規範的に評価すべきであり、その際の指標を「疾患」か「身体的特徴」であるかとしたものであると。

なお、本判決が示した準則と平成四年判決との整合性については、原則として最高裁は素因を斟酌しうるという立場であり、本判決の準則を体質的素因について斟酌することができない例外を宣言したものであるとみるか、むしろ平成四年判決が「加害者に損害の全部を賠償させることが公平に失する」場合に限定された例外的なものと位置づけられるか、評価の分かれるところである。[87]

それでは、特段の事情にある「通常人に比べてより慎重な行動をとる」ことが要請されることについてはどうであろうか。この要請は、身体的特徴であっても個人差の範囲を超える場合には斟酌されうることを示したものであるが、個人差の範囲を超える場合に限っての例外を示したものとはいえないだろう。本判決の論理からすると、個人差の範囲内の身体的特徴から発生・拡大した損害は、加害者に帰責されることになるが、その上で過失相殺をする余地はある。つまり、個人差の範囲内の身体的特徴を有する者であっても、「通常人に比べてより慎重な行動をとる」ことが要請される場合はありうるのであり、この場合には、七二二条二項の類推適用ではなく、七二二条二項を適用することにな

ろう。(88)

三　最高裁判例による素因斟酌準則

以上の最高裁判決を整理すると次の通りである。

第一に、心因的要因が損害の発生・拡大に寄与している場合、「その損害が加害行為によって通常発生する程度、範囲を超えるものであって、かつ、その損害の拡大について被害者の心因的要因が寄与している」ときには、過失相殺の規定の類推適用により賠償額を減額しうる。

第二に、被害者の体質的素因のうち「疾患」が損害の発生・拡大に寄与している場合には、「被害者に対する加害行為と被害者の罹患していた疾患とがともに原因となって損害が発生した場合において、当該疾患の態様、程度などに照らし、加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失する」ときには、同様に過失相殺の規定が類推適用される。その場合、疾患に伴う症状が事故前に発現していなくても、疾患が難病であっても、罹患について被害者に帰責事由がなくても、事故の衝撃が強くても、減責のための支障にはならない。

第三に、被害者の体質的素因のうち「身体的特徴」が損害の発生・拡大に寄与している場合には、特段の事情がない限り、減責は認められない。特段の事情とは、「通常人の平均値から著しくかけ離れた身体的特徴」を有していることである。

四　電通過労死事件の意義－人的関係性による個人差の範囲の拡大

（一）電通過労死事件の事案と判旨

心因的要因及び体質的素因に係る最高裁判例による準則は、以上の通りであるが、いずれの事案も交通事故事例であっ

たところ、そのような類型的事案を基にした準則は、人的関係が緊密な雇用関係事例にも妥当するかについては、疑問の余地があったところである。[89] そのような中、最高裁は平成一二年に雇用関係にある被用者の素因の取り扱いにつき、判断を下した。なお、本件電通過労死事件は、①過重労働と自殺との因果関係、②素因斟酌の可否、③被害者側の過失の斟酌の可否が争点となっているが、本稿では②素因斟酌の可否に限っての考察とする。

最判平成一二年三月二四日民集五四巻三号一一五五頁[90]

【事案】Aは、大学卒業後、大手広告代理店Yに勤務していたが、入社当初から長期間にわたる残業を行うことが常態化していたにもかかわらず、Yでは残業について自己申告制であったため、Aの実際の残業時間は、申告によりYに把握されていたよりも相当長時間であった。Aの上司Bらもこのような状態を把握していたにもかかわらず、休暇をとらせるなど適切な対応ととらなかった。その後、Aはうつ状態に陥り、衝動的、突発的に自殺するに至ったためAの両親らであるXらがYに対して損害賠償を求めた。

第一審判決[91]は、民法七一五条に基づく損害賠償責任を認めたが（素因斟酌についてはYが主張していなかった。）、原審判決[92]は、民法七一五条に基づきYの損害賠償責任を認めるとともに、Aの真面目で正義感が強く、完璧主義的な性格が結果的に自分の仕事を増やし、また時間配分を不適切にした面は否定しえないこと、Aが実際の残業時間よりも少なく申告していたことが上司によるAの勤務状況の把握を困難にし、またAは過労を上司に訴えて勤務状況を改善させる途がなかったとはいえないこと、Aは一定の範囲で労働時間の配分・使用方法が委ねられていたところ、Aは時間の適切な使用方法を誤って深夜労働を続けた面もあること、またうつ病罹患前・直後には、Aには病院に行くなり会社を休む等の合理的行動をとることも期待しえたこと、XらもAの勤務状況・生活状況をほぼ把握しながらこれを改善するための適切な措置をとっていないこと等を理由として、民法七二二条二項を類推適用して損害賠償額を三割減額したため、

双方から上告がなされた。

これに対して最高裁は、「労働者が労働日に長時間にわたり業務に従事する状況が継続するなどして、疲労や心理的負担等が過度に蓄積すると、労働者の心身の健康を損なう危険のあることは、周知のところである。……使用者は、その雇用する労働者に従事させる業務を定めてこれを管理するに際し、業務の遂行に伴う疲労や心理的負担等が過度に蓄積して労働者の心身の健康を損なうことがないように注意する義務を負うと解するのが相当であり、使用者に代わって労働者に対し業務上の指揮監督を行う権限を有する者は、使用者の右注意義務の内容に従って、その権限を行使すべきである」として、BらがAの長時間労働や健康状態の悪化を認識しながらその負担を軽減させるための措置をとらなかったとしてYの民法七一五条に基づく損害賠償責任を認め、その上で、素因斟酌の可否については、素因斟酌が可能であるとの一般論を述べた上で、次のように述べ、素因を斟酌することを否定した。

【判旨】「企業等に雇用される労働者の性格が多様のものであることはいうまでもないところ、ある業務に従事する特定の労働者の性格が同種の業務に従事する労働者の個性の多様さとして通常想定される範囲を外れるものでない限り、その性格及びこれに基づく業務遂行の態様等が業務の過重負担に起因して当該労働者に生じた損害の発生又は拡大に寄与したとしても、そのような事態は使用者として予想すべきものということができる。しかも、使用者又はこれに代わって労働者に対し業務上の指揮監督を行う者は、各労働者がその従事すべき業務に適するか否かを判断して、その配置先、遂行すべき業務の内容等を定めるのであり、その際に、各労働者の性格をも考慮することができるのである。したがって、労働者の性格が前記の範囲を外れるものでない場合には、裁判所は、業務の負担が過重であることを原因とする損害賠償請求において使用者の賠償すべき額を決定するに当たり、その性格及びこれに基づく業務遂行の態様等を、心因的要因としてしんしゃくすることはできないというべきである」。

（二）電通過労死事件の意義

本判決の意義は、第一に、雇用関係にある被用者の素因の取り扱いにつき、最高裁として初めて判断したという点にあるのはもちろんのこと、本判決の「ある業務に従事する特定の労働者の性格が同種の業務に従事する労働者の個性の多様さとして通常想定される範囲を外れるものでない限り」との文言からすると、体質的素因の斟酌を否定する「個体差の範囲内」（平成八年判決（首長事件））という準則は、体質的素因のみならず、心因的要因に関しても妥当することを明らかにした点にも意義を有する[93]。したがって、通常予想される個人差の範囲内の素因については減額要素とせず、これを超えるものについては減額要素として斟酌することができることになろう。最高裁としては、素因斟酌に謙抑的な態度を示したと評することができよう[94]。

ところで、最高裁がこれまでに形成してきた素因斟酌の準則は、責任成立要件での判断とは独立して、賠償額算定という法的効果の段階で審査されるべき問題であった。本判決も、素因の取り扱いについては、過失相殺の類推適用が許されるか否かのレベルで説示がなされている。ところが、その説示によれば、素因の斟酌を否定する判断根拠は、実質的に使用者の注意義務に連動していることが伺える。

最高裁が、被用者の素因を否定する理由を、労働者の「性格及びこれに基づく業務遂行の態様等が業務の過重負担に起因して当該労働者に生じた損害の発生又は拡大に寄与したとしても、そのような事態は使用者として予想すべきもの」であるとしたところからすると、この判断は使用者の注意義務そのものを示しているといえよう。労働者の性格等が通常予想可能なものであれば、それを考慮に入れて雇用管理を行うのが使用者としての当然の対応であり[95]、その雇用管理を行う際の注意義務に該当する判断であると理解することができるからである。そして、この注意義務は、安全配慮義務という雇用契約に基づくものであることから、交通事故のような人的関連性の希薄な場合の注意義務に比べて拡張さ

れているものと解される。そうすると、本判決の述べる「通常予想される個人差の範囲内」というのは、使用者の注意義務が及ぶという意味での「通常予想される個人差の範囲内」といえよう。このように理解するならば、本判決が示した素因の斟酌を否定する根拠は、労働者の性格等が使用者として当然に予想しておかなければならない個人差の範囲内にあること、と定位することができる。また、本判決の理解を素因斟酌準則との関係で述べると、雇用関係という人的関係性から、加害者側の注意義務が拡張されることにより、交通事故等の人的関係性が希薄な場合と比べて個人差の範囲が拡大される、と理解することができよう。

なお本判決は、原審の挙げた①残業時間の過少申告、②業務遂行方法等、③病院への受診、休暇の取得等の被用者の健康管理面については、論旨の検討に立ち入るまでもなく原判決を維持しがたいとし、その適法性について判断をしていないため、問題として残された[96]。また、本判決が労災事件であることから、労災保険給付との関係も残された問題となろう[97]。

五　NTT東日本北海道支店事件

（一）NTT東日本北海道支店事件の事案と判旨

NTT東日本北海道支店事件は、上述の電通過労死事件では示されなかった被用者の健康管理の問題、具体的には職場の健康診断に関して判断を下したものである。本判決は、職場の健康診断で被用者に身体的疾患があることが判明したところ、使用者としてはこのような身体的疾患という労働者の特性を配慮することが求められるか及び使用者の安全配慮義務の懈怠以前から存した身体的素因に関して、これを賠償額減額の要素として考慮することができるかが争われた事件である。

最判平成二〇年三月二七日判時二〇〇三号一五五頁[98]

【事案】Yに勤務するAは、職場の定期健康診断で心電図の異常を指摘され精密検査を受けた結果、陳旧性心筋梗塞と診断された。またその際、Aには遺伝子的疾患（家族性高コレステロール血症（ヘテロ型））が認められていた。そこでAは手術を受けるなどしたが病状は改善されず、その後は内服治療を受けることとなった。その後、Aは配置転換されることとなり、約二カ月にわたる宿泊を伴う研修への参加を命じられたが、これによる肉体的、精神的ストレスによりAの病状は自然的経過を超えて増悪し、心筋梗塞などの冠状動脈疾患等を発症し、急性心筋虚血により死亡した。そのためAの遺族XらがYに対して損害賠償を求めた。

第一審判決[99]では、民法七一五条に基づきYの不法行為責任を認めたが、その理由中においてAの遺伝子的疾患等を具体的に認めるに足りる的確な証拠が見当たらない旨を述べており、過失相殺については何ら言及されていない。そのためYは、Aが遺伝子的疾患に罹患していたことを指摘し、過失相殺を類推適用し賠償額を減額すべきである旨主張した。

原審判決[100]は、Yは第一審において過失相殺を主張しない旨釈明しているところ、控訴審において過失相殺の規定の類推適用を主張することは著しく信義に反するものであり、また、第一審の軽視にもつながる。したがって、Yの上記主張は、訴訟上の信義則に反するものとして許されないとして、賠償額の算定にあたり過失相殺の類推適用をしなかった。これに対してYが上告。

最高裁は、第一審判決において認定されたYの使用者責任を前提として、素因斟酌の問題に関して、平成四年判決を引用し労災事故による損害賠償請求の場合においても民法七二二条二項が類推適用されるとの一般論を述べた上で、次のように述べ、家族性高コレステロール血症、冠状動脈障害及び陳旧性心筋梗塞を素因として斟酌すべきであるとの見解を示し、審理を原審に差し戻した。

【判旨】「Aが急性心筋虚血により死亡するに至ったことについては、業務上の過重負担とAが有していた基礎疾患とが共に原因となったものということができるところ、家族性高コレステロール血症（ヘテロ型）により患し、冠状動脈の二枝に障害があり、陳旧性心筋梗塞の合併症を有していたというAの基礎疾患の態様、程度、本件における不法行為の態様等に照らせば、YのAの死亡による損害の全部を賠償させることは、公平を失するものと言わざるを得ない」、「過失相殺については、賠償義務者から過失相殺の主張がなくとも、裁判所は訴訟にあらわれた資料に基づき被害者に過失があると認めるべき場合には、損害賠償の額を定めるに当たり、職権をもってこれをしんしゃくすることができる（最高裁昭和三九年（オ）第四三七号同四一年六月二一日第三小法廷判決・民集二〇巻五号一〇七八頁参照）。このことは、同項の規定を類推適用する場合においても、別異に解すべき理由はない」。したがって、「Yの不法行為を理由とするXらに対する損害賠償の額を定めるに当たり過失相殺に関する規定（民法七二二条二項）の類推適用をしなかった原審の判断には、過失相殺に関する法令の解釈を誤った違法があるというべきである」。

（二）NTT東日本北海道支店事件の意義

本判決は、電通過労死事件と同様に、労働災害における使用者責任が争われた事案において、被用者の疾患を理由として過失相殺を類推適用しうるか争われたところ、平成四年判決を引用し、労災事故事件においても同様に解することができるとして、体質的素因に関する素因斟酌の準則が一般論として妥当することを確認したところに意義を有する。しかしながら、本件で斟酌の対象となった体質的素因は、遺伝子的疾患及びそれに起因する基礎疾患という先天的基礎疾患であり、これを斟酌し得るかについては疑問の余地がないわけではない。また、斟酌の可否に関して、具体的考慮要素を挙げており、その中で「不法行為の態様等」を挙げている点が新たな判断であるといえるが、本判決ではこれがどのようなものであるか明らかにはされていない(101)。

なお、過失相殺を類推適用する場合にも裁判所の職権でこれをなしうることが確認されているが、この点は、本判決が引用する最高裁判例の通り、過失相殺を行うか否かの判断は裁判所の自由裁量に属するものであり[102]、また、過失相殺の主張は実体法上の抗弁権ではなく[103]、賠償義務者からの主張がなくても職権で斟酌できるとされていることから[104]、類推適用する場合でも同様に解されることは当然であると思われる。この点については、弁論主義の観点から問題を提起することもできようが、本稿のテーマから離れるため、検討を控える。

それでは、まずは先天的基礎疾患の斟酌の可否について検討する。先の素因斟酌準則によれば、体質的素因が「疾患」に該当する限りほぼ無制限に斟酌し得ることになり、本判決で先天的疾患が斟酌されたのは、素因斟酌準則に沿う判断であるといえる。しかしながら、電通過労死事件判決でも指摘したように、本判決も両当事者は雇用関係という特殊な人的関係性がある事案であり、この場合には、使用者の注意義務の範囲が素因斟酌の可否について考慮されることになる。本件では、Aは被用者としてYという会社の健康診断を受けており、その際に先天的基礎疾患が発覚している。Yとしても、その結果の報告は受けていた、つまり、YはAの先天的基礎疾患の存在を認識していたにもかかわらず、これを考慮せず宿泊を伴う研修への参加を命じたことからすると、Yには労務管理上の注意義務違反が認められよう。そうすると、このような場合においても、はたしてAの疾患を理由として賠償額を減額すべきであろうか、という疑問が生じる。使用者としては、使用者の疾患を認識していた又は認識しえた場合には、当該疾患を抱える使用者を疾患を増悪させる業務に従事させないよう配慮する義務があると考えられ、この義務を懈怠した使用者の責任は減じるべきではなく[105]、したがって、「疾患」であったとしても斟酌することはできないものと解される。言い換えると、使用者側に被用者の疾患についての認識可能性があるにもかかわらず、これを斟酌し得るとすると、疾患を有する被用者にとっては過重な負担となると言えるのではないだろうか。被用者としては、使用者の業務命令に逆らって自身の身の保全を図る

ということが考えられるが、業務命令に逆らった結果、被用者に不利益が生じる可能性があることに鑑みると、これは被用者に期待されうるか否かと問われれば、現実的には消極的に考えざるを得ないだろう。そうであるならば、むしろ、適正な業務管理の観点から、被用者の疾患のリスクは使用者の負担と解すべきであると考えられる。しかし、本判決では斟酌することができるとの判断が下されている。これをどう理解すべきか。この点を素因斟酌の準則との関係で捉えるならば、平成八年判決（頸椎後靭帯骨化症事件）が述べた「加害行為前に疾患に伴う症状が発現していたかどうか」は斟酌の支障とならないという点が重視されたと解されよう。敷衍するならば、被用者の体質的素因が「疾患」である場合、当該疾患に対する使用者の認識可能性の有無は斟酌の支障とならない、ということができる。

なお、被用者の素因に対する使用者側の認識可能性については、別の観点から問題が提起されよう。すなわち、使用者は、日常的に被用者と接しており被用者の健康状態について豊富な情報を持ちうるとの前提で使用者側の認識可能性について論じられることが多いが[106]、使用者側の被用者に対する配慮義務を過度に強調することにもまた問題がある。使用者側が実施する健康診断の結果や日常業務においての状態という意味では、使用者は情報を有し得るが、他方で、被用者が自らの抱える疾患（身体的・精神的問わず）を秘匿していたり、あるいは、会社のかかえる産業医に被用者が相談ないし診察を受けていたという場合には、使用者側の認識可能性は限られたものとなろう。すなわち、個人情報保護の観点から、使用者側はその被用者から申告されない限り、その健康状態を把握することは困難であり、また、会社の産業医には守秘義務が課されるため、使用者側は被用者の健康状態に関して十分な情報を得ることは期待しえなくなる。ここで使用者側の注意義務（配慮義務）と個人情報保護（守秘義務）が抵触するという問題が生じるのである[107]。困難な問題であるが、ここでは問題を提起するに留め検討を留保する。

次いで、本判決が考慮要素として追加した「不法行為の態様等」について検討したい。これは、これまでの素因斟酌

準則においては考慮要素として挙げられたことはなかったが、明示的に取り上げられてこなかったに過ぎず、事例ごとに不法行為の態様が異なるのは当然であるから、斟酌のための要素が異なりうることを確認したにすぎないといえる。[108] しかしながら、本判決が「不法行為の態様等」を挙げたことにはやはり重要な意義があると考えられる。「不法行為の態様等」が考慮要素となりうるということは、被害者の素因と加害行為の態様等の双方が勘案され、相関的な判断となる。[109] そうすると、不法行為の態様が重大である場合には、被害者側の素因のみを考慮するとした平成八年判決（頸椎後靭帯骨化症事件）とは異なり、当該素因が「疾患」であったとしても斟酌をしないという解釈をすることが可能となる。[110] この意味では、平成八年判決（頸椎後靭帯骨化症事件）が示した準則は修正されると解することができよう。

六　素因斟酌準則の再定位

上述の電通過労死事件判決及びＮＴＴ東日本北海道支店事件判決を踏まえると、素因斟酌準則は次の通り再定位することができる。

第一に、平成八年判決（首長事件判決）が示した「個体差の範囲」という準則は、体質的素因のみならず心因的要因にも同様に妥当する。

第二に、人的関係性に着目すると、加害者の注意義務が拡張することにより「個体差の範囲」が拡大され、その結果、素因を斟酌することは許されなくなる。より一般的に言えば、加害者の注意義務の程度（範囲）により「個体差」の程度が決定される。

第三に、加害者と被害者との間に雇用関係がある場合であっても、被用者の体質的素因が「疾患」である限り、当該疾患に対する使用者の認識可能性の有無は斟酌の支障とならない。

第四に、素因斟酌に当たっては「不法行為の態様等」も考慮要素となり、素因と不法行為の態様等が相関的に判断されることとなる。不法行為の態様等が重大である場合には、素因を斟酌しないことがあり得る。

第四節　学説の状況

裁判例の展開により形成されてきた素因斟酌準則は、以上のとおりであった。学説は、裁判例の展開に影響を受けながら、それを根拠づけるための理論を提示する形で発展してきた。したがって、裁判例と同様に学説の考え方は、大きく二つに分けることができる。すなわち、素因を顧慮して賠償責任を限定する立場と、原則として素因を顧慮すべきでないとする立場である。

第一款　素因原則考慮説

前者の素因原則考慮説は、どのような法的構成で素因を考慮して賠償責任を限定するかについては説が分かれる。いずれの説も、加害者は事故に対する寄与度の限りで責任を負うべきであり、素因の寄与した限度で賠償が減額される結果、その分については被害者自身が負担することになるが、そのような損害の分担こそが公平の理念に適合しているという基本的な考え方においては共通している[111]。素因を考慮して賠償を減額する際の法的構成としては、因果関係レベルで判断するものとして、相当因果関係説、確率的心証論、割合的因果関係論が、また、法的評価レベルの問題とするものとして一般条項援用説、寄与度減額説、過失相殺類推適用説が挙げられる。以下において、各学説の概要を示したい。

一　相当因果関係説

相当因果関係説とは、損害を通常生ずる損害と特別事情によって発生する損害とに区別して、前者のみを損害賠償の範囲に含め、後者については、予見可能性がある場合についてのみ、賠償を認めようとする立場である。その理論構成としては、事故が傷病に寄与した限度において相当因果関係を認めるものが多く[112]、かつて実務の多くはこの説によっていた[113]。

この説に対しては、通常損害と認められるかどうか、あるいは予見可能性があるかどうかにより解決がオール・オア・ナッシングになってしまい、解決の柔軟性に欠けるという批判や、加害者と被害者が損害発生以前に特定の社会関係に立つことの稀な不法行為において、予見可能性の有無により損害賠償の範囲を画定することが可能かどうか、といった疑問が呈されている[114]。また、そもそも加害者にとっては、多くの場合まったく面識のない被害者の素因の存在を予見しえないのは当然であろうし、逆に、何らかの素因を有しない人はいないと考えれば、被害者が何らかの素因を有していたことは予見しえたといえるのであるから、被害者の素因を特別事情とみて予見可能性の有無で判断するのは適切であるとは言い難い[115]。

二　確率的心証論

相当因果関係説には予見可能性基準によって賠償範囲を画定することで解決の柔軟性に欠けるという難点があるため、より柔軟性のある解決策が求められていた。これに対する解の一つとして倉田判事による確率的心証論が挙げられる。確率的心証論は、因果関係の立証において、裁判官の心証の程度に応じて因果関係の有無を段階的に認め、それを損害額に反映させようとするものである[116]。たとえば、不法行為と被害者の素因とが競合した場合につき、因果関係の心

証が七〇％であれば、七〇％の範囲で相当因果関係がある、とする見解である。[117]

この説に対しては、相当因果関係を割合的に認定することは妥当な解決を導く手段であると評価されるもの[118]や五〇％の心証では「認定事実」も決まらないし、[119]心証度という裁判官の内心にあって外部から判断不可能な理由づけによって問題が処理されることを認めると、因果関係論に大きな混乱をもたらすことになり、[120]また、確率的心証論は、裁判における事実認定の機能を不当に軽視し、実践的な妥協的認定に道を開く虞があるとの批判がある。[121]なお、確率的心証論は、加害行為と素因のうちいずれか一方のみによって損害が発生・拡大したことは確かであるが、そのいずれによるかが明らかでない（つまり、病的症状との間の事実的因果関係について確たる心証が得られない）様な場合を対象とするものであるから、[122]素因斟酌の議論とは区別されるべきことに留意する必要がある。[123]

三　割合的因果関係論

確率的心証論が相当因果関係を割合的に認定するものであるのに対し、割合的因果関係論は、「寄与度」というかたちで割合的に把握された事実的因果関係を賠償額に反映させるものである。[124]野村好弘教授は、因果関係概念を“but for test”（「あれなければ、これなし」）[125]ではなく、量的判断を可能ならしめる“substantial factor test”（「重要な要素」基準）として把握すべきであるとし、このように割合的に把握された因果関係（「寄与度」）を、あくまでも事実的因果関係の問題であるとした上で、賠償額に反映させることを主張している。[126]この説によれば、被害者の素因が寄与した場合は、その部分については因果関係が否定されるので、寄与度に応じた賠償の減額がなされることになる。しかも、因果関係が量的割合的に否定されるので、解決はオール・オア・ナッシングではなく、素因の寄与の程度に応じた量的なものとなり、それだけ柔軟な解決が可能である。[127]

しかしながら、寄与度を事実的因果関係の問題としつつ、これを損害の減額事由としてとらえるものであり、因果関係論に混乱をもたらすおそれがある[128]他、被害者の潜在的素因と発現した症状との論理的関係はありえても、事実認定として因果関係の局面で割合的に認定するのはそもそも困難であり[129]、そもそも事実的因果関係というのは、文字どおりの連鎖であって、オール・オア・ナッシングの判断でしかつながっていないのであって割合的判断には親しまない[130]。また、事実としての素因の寄与を捉えるのであるから、加害行為の態様からみて、被害者に素因があってもなお加害者に全額の賠償を命ずることが公平と解されるような場合であっても、事実的な素因の寄与を評価せざるを得ず、この説によっては必ずしも妥当な解決が導かれない。

四　寄与度減責論

相当因果関係説、確率的心証論及び割合的因果関係論が、素因の寄与を因果関係のレベルで把握するのに対して、寄与度減責論は、被害者の素因を実体法の適用問題として取り扱い、損害の金銭評価の段階で寄与度に応じて賠償額の減額を行おうとする説である[131]。

能見教授は次の点を指摘する。すなわち、従来、寄与度と言われてきたものには事実的因果関係としての寄与度（「事実的寄与度」）と法的評価としての寄与度（「評価的寄与度」）の二種類が存在する。前者の寄与度については、事実的因果関係の問題であるから原告が証明しなければならず、証明しえた範囲において当然に被告が責任を負うのに対し、後者の寄与度については、事実的な寄与だけでなく行為者の過失の程度やその他諸般の事情が考慮されるが、当然には減責という効果をもたらすわけでなく、減責するかどうかは損害の金銭的評価のレベルでの裁判官の裁量に委ねられているとする[132]。また、能見教授は、過失の客観化が進み無過失責任に近づいている領域や、因果関係の相当性につき以前

は否定されたが肯定されるに至っている領域（交通事故被害者の自殺の事例が挙げられる）や、事故と損害との因果関係の認定が微妙な領域においては、要件の充足により責任を肯定する一方で損害の金銭的評価のレベルで減責するのが公平にかなっているとも述べている[133]。すなわち、寄与度減責論は、評価的寄与度が微小な行為者に対して、公平の観念から裁量によって賠償責任を一定程度軽減することを不法行為の一般ルールとして主張するのである。その一方で能見教授は、責任保険が完備しているところでは被害者の素因を減額事由とすることを否定するのが適切であるとして、通常は保険が付いている交通事故のような場合には基本的には素因減額をすべきでないとする[134]。

寄与度減責論は、確かに、金銭評価レベルで裁判官の裁量に委ねることにより規範的評価を含めた柔軟な対応が可能となる点において評価されうるものである。しかし、そこにこそ問題がある。なぜなら、素因の寄与度の限りで減責するかの判断は損害の金銭的評価のレベルで裁判官の裁量に委ねられており、金銭的評価のレベルで減責するのが公平にかなうとするが、素因の寄与度を損害の金銭的評価（損害額算定）のレベルで扱うことは、実際の操作（斟酌をなす場面）を説明しているだけで、根拠を説明するものではなく、操作を可能とするためだけに金銭的評価に位置づけるというのであれば、承服しがたい説明となるからである[135]。また、能見教授は、責任保険が完備されているところでは被害者の素因を減額事由とすることを否定するのであるが、素因というリスクを外部に回避するにすぎないため[136]、付保状況によって加害者の責任が異なる結果となることには疑問を覚える。

五　一般条項援用説

寄与度概念を経ず、率直に、公平の理念・信義則に依拠して損害賠償の負担の調整を図ることを目的とする見解があり、一般条項援用説などと称される。この説には、公平の理念・信義則のような一般条項を用いることにより、裁判官

が事案を柔軟に判断することができるという利点がある。しかし、この一般条項を用いるという手法は、学説ではむしろ批判が多く敬遠されたようであり[137]、下級裁においてもこの説を採用するものはあまり見られない。

六　過失相殺類推適用説

（一）基本的立場

素因が競合して発生・拡大した損害についてもそれが賠償範囲に入ることを認め、その上で損害賠償額を算定する際に、被害者の素因の寄与を考慮するもの点で寄与度減責論、一般条項援用説と共通するが、この説は素因の考慮に際して過失相殺の規定を類推適用するものである。過失相殺類推適用説は、中野貞一郎教授が主張したのをはじめ[138]、平井教授[139]や斎藤教授[140]といった論者によって有力に主張されている。この説の特徴は、「金銭的評価の創造的・裁量的性格」から減責のための裁量を裁判官に与え、そのうえで、裁判官の裁量による公平にかなった事案の処理に条文上の後ろ盾を与えるために過失相殺規定が類推される点にある。民法七二二条二項の類推適用による素因競合事例の処理は、二つの最高裁判決[141]を契機に実務において一般的なものとなった。

他方で、後述の素因原則不考慮説の立場からは、被害者の心因的要因はそもそも被害者の責任領域には入らないとの反論がある[142]他、法律構成としても、実体法上減額の根拠として過失相殺しかないことをもって、これを適用するのは理由づけではなく逃げ口上であるとの厳しい批判がある[143]。また、素因を考慮するという基本的価値判断については留保しつつも、過失相殺の準用や類推によると、割合的因果関係がもっている硬直性は克服でき、柔軟な解決が可能になるが[144]、素因競合の考慮の仕方について明確な基準を提示しえないという欠点があるので[145]、素因の減額は、あくまでも過失相殺規定が適用される場合に限定すべきだとの指摘もなされている[146]。

以上のとおり、過失相殺類推適用構成にも厳しい批判が向けられているが、実務は同構成を維持しており、また学説においてもその理論化が進められている。過失相殺類推適用構成の理論構成としては、以下の三つの見解が注目される。

（二）四宮説－危険性関連説

四宮教授は、過失相殺の類推とは言わず、準ずる方法で減責をはかるべしとする。四宮教授は、素因競合による後続侵害の帰責の観点から、第一次侵害の被害者の身体精神に作用する衝迫が被害者にとって「日常的なもの」であるか「特別のもの」であるかの判断により、その判断に際しては、さらなる権利侵害（後続侵害）についての違法性判断ともいうべき利益衡量が必要であるとする。その上で、後続侵害の帰責に関しては、次の二つの要求が対立すると分析する。すなわち、（α）素因競合による後続侵害が被害者の素因に寄因（ママ）する限度では、被害者の危険領域から出たものとして、「所有者」（被害者自身）が負担すべきであるが、（β）他方では、責任事由のある加害者と、みずからの意思によることなくして重い損害を被った被害者とを、比べれば、後者を保護すべきである（完全賠償の精神）とも考えられると。αを貫くと、法秩序が素因ある者をも普通人とまったく同じ原理によって取扱い、また、不法行為者と被害者とを同じはかりにかけて比較することを意味し、βを貫くと、法秩序が素因ある者を特別に不法行為から全面的に保護することを意味することになり、いずれも損害の公正な配分という不法行為の理念に適合しないとする[147]。そこで、αとβとを調整するため、次のような解釈をする。すなわち、社会生活に必然的に伴うような危険については、社会生活を営もうとする限り、素因ある者といえども、みずから負担しなければならず、社会生活を営むに必要最小限度の抵抗力を基準として「一般生活上の危険」を判断すべきであるとする。この基準をクリアし、不法行為者への帰責が認められたとしても、結果の全てを不法行為者に転嫁すべきではないが、しかし、後続侵害が不法行為によって生じたことを顧慮し、単純な寄与の度合いに応じた損害の分割はすべきではなく、寄与の度合いのほかに、不法行為者側の違法性の存在およびその程度

をも考慮に入れて、公正な損害の分担を図るべしとし、形としては、一応不法行為者への帰責を認めたうえで過失相殺に準ずる方法で減責をするのが妥当であるとする。(148)

四宮説を敷衍するならば、次のとおりである。素因保有者であろうと社会生活を営む上での最小限度の抵抗力は要求され、最小限度の抵抗力を下回る場合には「一般生活上の危険」が現実化したものとして、加害者に帰責することができない。加害者に帰責されたとしても、結果の全てを転嫁することは妥当ではない。さりとて、被害者に生じた損害はそもそも加害行為によることに鑑みると、事実上の寄与そのものを損害の分割の基準とすることは許されず、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ことになろう。

（三）橋本説－領域原則説

今日、素因原則考慮説において注目すべきは、橋本教授の見解である。橋本教授は、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）(149)によって被害者の素因の帰責性を論じる。(150)領域原則によれば、被害者は自己の権利領域内の特別の損害危険から生じた結果に対して保証責任を負うべきところ、素因は被害者の身体内部にあるという意味において、被害者の権利領域に存する。しかも、個人差以上の素因という特別な肉体的・精神的脆弱性は、それが原因となって素因者の法益侵害を生じる特別の危険性をはらんでいる。そして、素因の斟酌が問題となる場合、すなわち、加害者の不法行為と被害者の個人差以上の素因とが競合して被害者の法益侵害が拡大するという事例も、この特別の危険性の実現にほかならない。それゆえ、個人差以上の素因が競合して生じた結果に対して、被害者は、領域原則に基づく保証責任を負うのである。すなわち、素因が個人差の範囲内にある場合は、加害者の危険範囲にあるがゆえに加害者の賠償責任を肯定する一方、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、加害者の損害賠償責任を過失相殺の類推によって割合的に限定する、と主張するのである。もっとも、橋本教授は

積極的な考慮を主張しているが、無制限に考慮すべきだと主張しているのではない。橋本教授は、あくまで個人差以上という基準を想定しているのであり、個人差の範囲にとどまる場合には、特別の危険が存在せず、領域原則を論じる余地はないと考えているのである。[151]

この領域原則説は、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をその柱とするものであるが、同原理を素因の危険を被害者自身に割り当てる論拠とすることは直ちには正当化されないと思われる。すなわち、素因競合の場面においては、不法行為成立要件をクリアしているのであるから、所有者危険負担の原理では、被害者自身の危険負担を正当化しえない。所有者危険負担の原理と加害者危険負担の原理は、同列に並ぶのではなく、後者の原理が優位に立ったうえで被害者側の事情を考慮しての減額可能性が問題となっているのである。[152] また、素因は被害者自身の権利領域内の特別の危険であるから加害行為の危険性関連が及ばないとするが、これについても、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と評価することができるのではないだろうか。[153] また、ドイツで展開された領域説は不可抗力などの責めに帰することができない事由で生じた危険につきその支配領域にあるものが負担すべきだとするもので、本来非難可能性を帰責根拠としてきた過失相殺をこの論理で割り切れるのかという指摘にも頷けるところである。[154]

（四）損害軽減義務の観点から

過失相殺の類推適用を積極的に認める齋藤修教授は、心因性の競合の場合において、「損害軽減義務」の観点からの斟酌を主張する。[155] 齋藤教授は次のように述べる。被害者の性格的な偏りや特異な性格といった主観的事情によって、回復が遅延し損害が拡大した場合には、拡大した部分については帰責相当性がないと評価できることもあるが、被害者の主体的な精神的素因によって損害を拡大させた点に被害者の過失と同等の評価をすることが妥当であり、この理由から、

「過失相殺の規定を類推適用」するのである。斎藤教授は、心因性は、精神的事情であるため被害者の意思活動と努力によって相当程度まで回避できる余地があり、被害者は、信義則上「損害軽減義務」を負い[156]、健康の回復を図るとともに、事故によって生じる損害を最小限に軽減する努力をすべきであるという。その損害軽減義務を怠った結果、症状が悪化し治療が長期化した場合には、具体的事情に応じて、過失相殺により、または過失相殺に準じて損害賠償を減額すべきである、と主張するのである。

この見解は、心因的要因に限ってであるが、後述する素因原則不考慮説における例外的に素因の考慮を肯定する見解（本節第二款二）と非常に類似する見解であり、私見としては妥当な見解であると考える。あえて付言するならば、「適用」とは言わず「類推適用」とする理由が判然としない。率直に過失相殺の「適用」とすべきではないだろうか。

第二款　素因原則不考慮説

以上の素因原則考慮説に対して、被害者の素因は原則として考慮すべきではないとする立場も、学説では有力に主張されている[157]。実務では「あるがまま判決」が定着しなかったこととは対照的である。ここで、素因原則不考慮説の基本的立場を確認するとともに、その例外をなす見解を概観することとしよう。

一　素因原則不考慮説の基本的立場

（一）素因原則不考慮説の主要な論拠

素因原則不考慮説の主要な論拠は、次のとおりである。

第一に、被害者の素因についてのリスクを被害者自身に負担させるとした場合、すなわち素因を斟酌するとした場合、素因を有する者の行動の自由・社会参加の自由が、「何人かの不法行為」を警戒することによって不当に制限されるのではないかとする。[158]

第二に、素因の損害発生・拡大への寄与は被害者が自ら選択したものではなく、むしろ違法な加害行為によって強制されたものであり、事故がなければその素因が寄与することもなかったのであるから、素因の寄与を理由として賠償を減額することは、違法な加害行為と損害の発生・拡大への寄与につき何ら非難されるいわれのない被害者の素因を同一次元で比較するというかえって、公平の観念に合致しない結果をもたらすのではないかという主張である。[159]

第三の論拠は、損害賠償によって回復されるべきは、潜在的素因の存在にもかかわらず営まれてきた通常の生活であるから、素因が存在したとしても通常人と何ら変わらない生活を営んでいた者が事故により自分に責任のない状態で損害を被った場合には、その損害は全て回復されねばならないという考え方である。[160]

第四の論拠は、逸失利益の算定においては具体的な現実の被害者の収入が基礎とされており、また、同じ事故であっても、脆弱な幼児の場合にはより重大な結果が発生することが考えられるが、そこではそうした脆弱な幼児たる被害者を出発点として考えられているのであるから、素因競合の問題についても、「完全に健康な人間」を被害者の基準とするのではなく、具体的な現実の被害者を基準として考えるべきであるとし、こうした考え方は、ドイツ法や英米法における素因不考慮命題に見られるものであり、比較法としても支持されうるとする。[161] なお、この考え方について、窪田教授は、「公平」の意味から分析を加えている。[162] 窪田教授によると、損害賠償法において問題となる公平としては、①具体的加害者と可能的加害者の「公平」、②具体的被害者と可能的被害者の「公平」、③具体的被害者と具体的加害者の「公平」に分類されるところ、これまで過失相殺、とりわけ被害者の素因減責をめぐる議論の中でベースとなっているのは、

①具体的加害者と可能的加害者との公平、つまり他の同様の行為をした加害者との関係で、当該具体的加害者の責任が重くなり過ぎるという点を問題とする公平観である。[163][164] なるほど、こうした公平観によると、被害者がたまたま素因を有していたという事情は、当事者間の公平を図る上で十分考慮の対象となろう。しかし、はたしてこのような公平観は一般的に支持されうるのだろうか。民法七二二条二項の過失相殺制度における公平は、損害の発生・拡大に際し、加害者のみならず被害者にも「過失」があるからこそ、この点について加害者を減責するという法的処理を通じて図られるものであり、あくまでも具体的被害者と具体的加害者との間で実現されるべきものである。[165]

最後に第五の論拠として、責任保険制度との関係が指摘される。責任保険制度が完備している場合には、原則として、被害者の素因を減額事由とすることを否定するのが適切である。なぜならば、被害者の健康状態に差があることは保険制度としても前提とすべきであるからである。[166]

（二）素因原則不考慮説の基本的立場への反論

他方で、以上の基本的立場に対しては、橋本教授より、以下の反論が呈されている。

まず、第一の論拠である、素因を有する者の行動の自由・社会参加の自由については、素因を有する者の行動の自由の確保は重要ではあるが、素因原則不考慮説によっても、他者の不法行為が競合しなかった場合には、素因を有する者は、法益帰属秩序にしたがい、素因によって生じた損害を自ら負担せねばならず、これは行動の自由に対する不当な制約とは見なされない。というのは、法益主体はもともと、損害を他者（不法行為者）に転嫁しうる限りで行動の自由を保証されているにすぎないからである。素因の斟酌によって法益主体の自由が制約されたとしても、それは法益帰属秩序からの当然の帰結であり、[167] なんら「不当な」制約とは言えない。

第二及び第三の論拠については、それ自体としては正当な指摘であるが、帰責事由のある加害者と何ら非難されるい

われのない被害者との対比、完全賠償・原状回復の理念をもってしても、素因の程度・種類を問うことなくすべての結果を加害者が負担すべきであるという結論を導くことはできない。後続侵害の帰責にしても無制限ではなく、一定の帰責限定基準（例えば「危険性関連基準」）が予定されている。[168]

第四の論拠に対しては、被害者の個人的事情という意味では、素因の存否と収入の大小とは区別できないというのは、確かにそうであるが、損害賠償法上、素因の存否と収入の大小を同列に置くべきであるとは、ただちに言えず、再検討を要する。また、比較法的観点についても、被害者の過失の取り扱いをめぐっては、ドイツ法・英米法と日本法とでは相違が見られるところであり、過失相殺制度が比較的広い射程を有する日本法のもとでも素因の斟酌を排除すべきか否かは、比較法的観点のみによっては明らかにはならない。[169]

第五の論拠に対しては、素因原則考慮説の立場であっても、自賠責保険の保険金額の枠内では素因競合による減額を認めるべきではないとして、理解を示す一方、こうした対応は、損害賠償法上の結論が損害填補という観点からみて不当であるのを、損害賠償制度の外部において回避するにすぎないとも指摘する。[170]

橋本教授による以上のような反論は、不法行為法において素因を有する者の保護を図ることに限界があるという点に求められる。すなわち、第一に、不法行為に対しては、法益帰属秩序が先行するため、素因を有する者は、損害を他者に転嫁しえない限り、法益主体として損害を自ら負担せざるをえず、そこではもはや不法行為法によって素因を有する者の保護を実現する余地はない。第二に、不法行為法は、生じた損害を被害者から加害者個人に転嫁する制度にすぎないため、加害者個人に不当な犠牲を強いるような損害転嫁は許容されないところ、素因を有する者の保護を強調するならば、いかなる素因が競合しようとも、素因の持つ特別の損害危険を加害者個人が引き取る結果となってしまう。[171]

二　例外的に素因の考慮を肯定する見解

素因原則不考慮説の基本的立場を貫徹するならば、上述の橋本教授が指摘するように、素因がどのようなものであっても、そして加害行為がどのようなものであっても、素因のリスクを加害者が全て引き受けることになってしまい、加害者にとっては過大な負担となることは論を待つまでもないだろう。かえって、加害者の行動の自由を不当に制約することにもなりかねない。とはいえ、素因原則不考慮説に立つ論者であっても、その基本的立場を貫徹する者は多くは見られない。むしろ、素因原則不考慮説に立ちながら、一定の場合に限って素因の考慮を認める立場が有力であり、その例外性をどのような法律構成で基礎づけるかが問題とされている。

（一）蓋然性の程度に応じた損害の分担

田邨弁護士は、立証の緩和という観点から、日常生活上の外力によっても素因が発現した相当程度の蓋然性が認められれば、素因の寄与を理由とする減額（田邨弁護士は「減殺」という用語を用いる）を許容してもよいと主張する[172]。そして、その根拠を不法行為による身体侵襲の危険度ないし射程範囲に求め、次のような提示をする。第一に、不法行為によって誘発発現された素因の寄与による減額は、原則として、不法行為による直接的な身体侵襲の危険性の射程を逸脱した損害についてのみ考慮するのが相当である。第二に、右の逸脱した損害が、被害者の素因に起因する場合における、その分担割合については、不法行為による異常な外力を除外しても素因が日常的外力等によって早晩損害として容易に発現をみたであろう高度の蓋然性が存在するときは、事故と当該損害との間の条件関係自体が否定されてよい場合であるから、被害者自身が全て負担することとなる。他方で、右の蓋然性がネグリジブル・スモールであって、不法行為による異常な外力さえ加わらなければ生涯に近く素因の発現をみなかったであろう蓋然性の高い場合は、賠償額の減額を認めないとし、中間領域では蓋然性の程度に応じた割合を措定する[173]。このように田邨弁護士は、不法行為の危険性

の射程内の損害と逸脱部分の損害とを区別して、後者についてのみ素因の寄与にかかわる分担割合を示すのが妥当であると主張するのである。比較的、素因斟酌原則肯定説に接近する見解であるといえよう[174]。ただし、「日常的外力による発現の蓋然性の程度」という基準からすると、仮定的因果関係論との理論的区分が明瞭でないように思われる[175]。

（二）過失相殺の「適用」構成

近時有力に主張されているのは、素因の考慮を被害者の「過失」の問題として位置付ける見解である。すなわち、素因に対する被害者の行為統制義務を媒介とした過失相殺の「適用」構成である[176]。

例えば、窪田教授は、被害者が自己の素因について熟知しているにもかかわらず危険な行為に出たような場合には、被害者にも過失もしくは不注意があったとして、過失相殺を「適用」することにより割合的な解決をする可能性を示す[177]。なぜならば、素因を有する者が、一定の危険性の認識を前提として、その危険の実現を回避するということは、合理的に期待されるであろうし、このように期待することは、社会は様々な人によって構成されているという考え方とも矛盾しないからであり、むしろ、このような考え方は、標準的な人を前提とするのではなく、それぞれの具体的な人を前提として考えていこうとするのであるから、被害者の過失の判断もその人が持っている事情に応じて変化してくるということがあり得る[178]。そして、過失判断においては、自己の素因による損害の発生・拡大の回避可能性が決定的因子となり、それは①自己の素因についての認識（認識可能性）、②素因の実現にかかわるような外からの危険（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に分類される[179]。他方で、過失相殺を適用することにより、素因を有する者の社会参加を著しく制限するような状況をもたらすことは避けなくてはならないとする[180]。被害者の社会参加、すなわち、被害者の行動の自由を重視する見解といえよう[181]。

潮見教授も、基本的に窪田説と同様の見解に立つ。潮見教授は、被害者の素因発見・統制義務を媒介させて、その違

反を理由に賠償額の減額を認めることを主張する。すなわち、潮見教授によれば、素因が存在するとの事実そのものは賠償額算定に当たって直接に考慮されるべきではないが、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って、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る。そしてこの被害者の素因発見・統制義務を損害拡大防止義務の一種と捉え、被害者の過失の対象は素因の発見と統制とし、被害者の過失を拡張して捉える。このように捉えることで、被害者の帰責性を媒介として過失相殺の類推適用構成にも積極的基礎を与えることになるとするが、むしろ、潮見教授は、素因発見・統御義務は被害者の行為義務レベルに位置づけられ得るものであるから、素因斟酌の可否に関する判断は、すべて過失相殺の適用問題として捉えるのが適当であるとする。(182)

吉村教授もまた、上述の窪田説及び潮見説と同様に過失相殺の「適用」構成を支持するものであるが、「適用」される場合についてより具体的に言及している。吉村教授によると過失相殺が「適用」される一定の場合とは、被害者に何らかの「不注意」と見られる事情が存在する場合(183)、すなわち、「自己の体質を認識しつつ適切な処置をしなかった場合」、あるいは「素因の放置や素因を抱えながら当該活動を行うこと」が「不注意」と評価される場合である(184)。したがって、素因競合による減免責は、過失相殺の類推適用ではなく、本来の適用が可能な場合に限られることとなる(185)。なお、心因的要因については、必ずしも被害者自身で支配できるものではないことから、心因的要因が考慮されるのは「被害者の主体的態度がより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めた場合、（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、被害者の帰責的要素が含まれている場合が挙げられよう(186)。

第五節　小括

一　本章では、素因斟酌に関して、下級裁判例の展開、最高裁の判決理論、そして学説の状況を概観してきた。その中では、まず、素因そのものを減額事由にしてよいのかという問題に始まり、そこから素因斟酌する際の法律構成の問題が主として議論されてきた。ここでわが国における判例及び学説の状況を再度整理したい。

判例の状況としては、昭和四〇年代後半から、被害者側の事情を広く斟酌する形で被害者の素因（体質的素因ないし心因的要因）を斟酌した事例が多く現れてくるようになる。最高裁昭和六三年判決は、心因的要因の斟酌を認めるリーディングケースとなり、素因斟酌は一気に一般化することとなったのである。

学説においては、素因原則考慮説と原則不考慮説が対立している。素因原則考慮説のとる立場は、相当因果関係説、割合的因果関係論、寄与度減責説、過失相殺類推適用説と様々であるが、これらの説に共通しているのは、「損害の公平な分担」、すなわち「公平の理念」である。因果関係の問題と捉えるか法的評価の問題として捉えるかに見解の相違はあるが、（相当因果関係説を除く）いずれの説も被害者と加害者との公平を理由として、素因により発生・拡大した部分の損害について被害者自身の負担とするという結論において、実質的に差異はない。しかし、この「公平の理念」自体不確かなものであるだけでなく、いずれの学説も割合的減額のための法的構成という問題に取り組むにすぎない。

他方、素因原則不考慮説は、被害者に非難可能性がない点や不法行為がなければ素因が発現することはなかったという点あるいは被害者の行動の自由などを強調して、素因を斟酌することに抵抗を示している。しかし、これにしても素因原則考慮説を論破するには至っておらず、基本的価値判断の溝は未だ埋まっていない状況であると言えよう。その溝を意識してか、近時では、素因原則不考慮説においても素因を実質的に考慮する構成として、過失相殺の「適用」構成

が主張されており、注目に値すると思われる。とはいえ、過失相殺の「適用」構成は、被害者の過失を拡張して捉える点に要点があるのだが、そうすると今度は、類推適用構成との違いが不明確なものとなるため、積極的に「適用」構成を採らねばならない理由が求められよう。

また、素因原則考慮説にせよ素因原則不考慮説にせよ、いずれの説にしても、素因を考慮することが「公平」であるか否かという議論にやや固執した観が見られる。しかし、「公平」の内容は明らかにはされていないのが現状であるところ、両説の依拠する公平観自体が相違している。それゆえ、両説の対立は千日手の様相を呈しているものと思われる。

学説の対立があるにせよ、わが国では、素因が減額事由とされ、過失相殺の類推適用等により減額されているのが実情である。しかし、かつての下級裁判例や素因原則不考慮説が指摘するように、被害者側に何らかの過失が必要なのではないだろうか。民法七二二条二項の文言からすると、被害者の損害賠償の額が減額されるのは、被害者に「過失」があったときに限られなければならないはずである。しかしながら、現在の判例理論及び学説の主流である過失相殺類推適用説は、「過失」と評価されえない事情を積極的に考慮しようとする。まさにそのための理論となっているといっても過言ではないであろう。現在の傾向でいうと、被害者に体質的素因ないし心因的要因があると認定されると、被害者が素因を有するに至ったことにつき被害者の側に非難されるべき点がなくとも、斟酌されるべきだとされる。素因の存在自体が減額事由であるとさえ感ぜられるところである。これは、素因を斟酌しないことは損害の公平な分担の理念に反するからだと説明されるが、はたしてそのような考慮が公平であるのかどうかは疑わしい。

二　裁判例において注意しなければならないのは、一口に素因といっても、被害者に帰責性のないものと、「過失」と評価される可能性のあるものとを混在させている点である。裁判例は、この二者を特に区別することなく一律に素因として減額事由としている(187)。前者は現在の学説での主たる議論対象であり、後者についてはとりたてて議論されるわけで

はない。そもそも「過失」と評価できるのであるから、民法七二二条二項の本来的対象であり、素因原則不考慮の立場から限定的に考慮することができる事由として挙げられるくらいである。しかし、ここで被害者の性格等の主観面に注目してみると、被害者の側に非難されるべき事情を見てとることができる。この点について斎藤教授は、心因性の場合における「損害軽減義務」の適用可能性について言及していた[188]。これは、素因斟酌を一定の場合に認める見解に通じる。この見解の挙げる心因性に被害者の帰責的要素が含まれている場合とは、「損害軽減義務」違反と評価しうるのではないだろうか。例えば、最高裁として初めて素因の斟酌を認めた最判昭和六三年四月二一日民集四六巻四号二四三頁では、「回復への自発的意欲の欠如」や「適切さを欠く治療を継続させた」ことも斟酌の要素とされている。これらは、自ら主体的に損害を拡大せしめていると評価することができ、損害軽減義務違反と評価しうるものと考えられる。なぜなら、心因的要因に関しては、被害者の心因性は人身損害の発生または拡大の原因として作用する精神的要素であり、精神的事情であるため被害者の意思活動と努力によって相当程度まで回避できる余地がある[189]、と考えられるからである。このような場合、被害者自らの不作為による不利益もまた、加害者に転嫁することは許されないであろう。加害者に損害を全て負担させることはまさに「公平」に反する結果を導き、妥当ではない。他方、体質的素因を有する被害者は、その体質的素因が症状として発症しないよう努めるべきであると考えられる。したがって、被害者の素因の問題を、被害者の損害拡大の回避可能性という面から評価することが重要であり、その意味で、素因斟酌の問題は、素因による拡大損害という側面から再度検討する必要があると思われる。

（1）我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、一九三七）二〇九頁、加藤一郎『不法行為法〔増補版〕』（有斐閣、一九七四）二四七頁、幾代通＝徳本伸一補訂『不法行為法』（有斐閣、一九九三）三二二頁。過失相殺の意義については、好美清光「交通事故訴訟における過失相殺の問題点」『実務民事訴訟講座三』（日本評論社、一九六九）二二七頁、西原道雄「過失相殺の思想」交通法研究一二号（一九八四）五頁、野村好弘「過失相殺の本質」『交通事故損害賠償の法理と実務』（ぎょうせい、一九八四）三七四頁を参照。

（2）因果関係を巡る議論に関しては、平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、一九七一）三六頁以下、同「因果関係論」有泉亨編『損害賠償法講座　一　総論』（日本評論社、一九七九）九七頁が詳しい。

（3）最高裁昭和六三年判決以前の裁判例については、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（一九八五）六二頁以下が詳細な分析を行っている。

（4）最判昭和六三年四月二一日民集四二巻四号二四三頁。

（5）最判平成四年六月二五日民集四六巻四号四〇〇頁。

（6）最判平成八年一〇月二九日交民二九巻五号一二七二頁。

（7）最判平成八年一〇月二九日民集五〇巻九号二四七四頁。

（8）野村好弘「因果関係の本質」『交通事故損害賠償の法理と実務』（ぎょうせい、一九八四）六二頁以下。

（9）倉田卓次「被害者の素因との競合」交通法研究一四号（一九八五）一〇三頁。

（10）中野貞一郎「相当因果関係の蓋然性と損害賠償額」別冊ジュリ（続民事訴訟法判例百選）（一九七二）一六九頁。

（11）橋本佳幸「過失相殺の法理の構造と射程（五・完）―責任無能力者の『過失』と素因の斟酌をめぐって―」法学論叢一三九巻三号（一九九六）二一頁以下。

（12）西垣道夫「『鞭打症』における損害算定上の諸問題」有泉亨編『現代損害賠償法講座　七　損害賠償の範囲と額の算定』（日本評論社、一九七四）三一八頁。

（13）窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣、一九九四）三頁以下。

（14）前田陽一「不法行為法における『損害の公平な分担の理念』と素因減額論に関する一考察―被害者の素因の競合に関する最高裁判例を機縁として―」中川良延ほか編『日本民法学の形成と課題（下）』（有斐閣、一九九六）九二三頁以下。

（15）比較法的研究論文としては、窪田・前掲書注（13）三頁以下（ドイツ・イギリス・アメリカ）、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）二三五頁以下（ドイツ）、前田・前掲注（14）九一二頁以下（ドイツ・フランス・スイス）、角田光隆「損害賠償の軽減―被害者の体質的素因―」早稲田大学大学院法研論集五二号（一九九〇）一四一頁以下（ドイツ）、松浦以津子「被害者の心因的『要因』と損害賠償（一）（二）」法経論集一二二号（一九九〇）一頁以下・一二四号（一九九〇）四三頁以下（イギリス）などがある。

（16）能見・前掲注（15）二一六頁。

（17）スイス法は素因の斟酌を極めて制限的であるが肯定している。スイス連邦最高裁判所の判例および学説は、体質的素因については、その競合によって異常に大きな反応が生じたときも相当性を最初から否定せず、賠償義務者が生じさせた原因と最終結果との間に明らかな不均衡が生じ、その結果、賠償義務者に全額を負担させることが不均衡であると思われるときは、債務法四三条と四四条によって減額すべきである、とする（齋藤修「過失相殺の規定の類推適用」佐藤進＝齋藤修編『現代民事法学の理論（上）』（信山社、二〇〇一）二一九、二二〇頁、同「スイス法における損害賠償額の決定（三）」民商法七八巻五号（一九七八）五五頁）。参考としてスイス債務法四三条及び四四条の規定を挙げておく。なお、条文訳に際して、同・民商法七八巻二号（一九七八）二一三頁を参照した。

《スイス債務法》

第四三条第一項：生じた損害について、賠償の種類および額を裁判官が決定するときは、裁判官は諸事情および過責の程度を評価しなければならない。

第四四条第一項：被害者が加害行為を承諾したか、または、被害者が責任を負わなければならない事情が、損害の発生もしくは増大に影響したか、または、賠償義務者の立場を更に加重したときは、裁判官は賠償義務を減免することができる。

第二項：故意または重大な過失によらずに損害を与えた賠償義務者が、賠償の給付のために窮迫状態になるときは、裁判官はこの理由によっても賠償義務を現ずることができる。

（18）前田・前掲注（14）八九三頁以下は、この点について、経緯・背景にさかのぼって検討している。また、損害賠償法上の「公平の理念」については、石橋秀起「賠償責任の割合的軽減と公平の理念（一）・（二・完）」立命館法學二七六号（二〇〇一）五一九頁、二七七号（二〇〇一）八四七頁がドイツ法との比較において詳細に検討している。

(19) これに対して、橋本教授は、帰責性の観点からの指摘自体は正当であるとするが、しかし、帰責事由のある被害者と帰責事由のない被害者との対比では、素因の程度・種類を問うことなくすべての結果を加害者が負担すべきという結論を導くことはできないとして、反論する。橋本・前掲注（11）八頁。

(20) Dulieu v. White & Sons (1901) 2K.B.669.

(21) 窪田・前掲書注（13）七一頁以下。エッグ・シェル・スカル・ルールに関しては、松浦・前掲注（15）が詳しい。

(22) RGZ 155, 37（ＲＧ一九三七年四月二六日判決）.

(23) 窪田・前掲書注（13）三頁以下、能見・前掲注（15）二三五頁以下、前田・前掲注（14）九一二頁以下、角田・前掲注（15）一四一頁以下など。

(24) 例えば、いわゆる「あるがまま判決」（東京地判平成元年九月七日判時一三四二号八二頁）は、素因原則不考慮説に立つ判断を下したが、その控訴審判決（東京高判平成三年二月二七日判時一三六五号九八頁）では原審を変更して素因を斟酌する判断を下している。

(25) *Lange, Herman/Schiemann, Gottfried,* Schadensersatz, 3.Aufl., 2003, §3 X 2d, S. 139f.; BGHZ 20, 137（ＢＧＨ一九五六年二月二九日判決）. ドイツ法における判例の整理は、窪田・前掲書注（13）二三頁以下を参照。

(26) 仮定的因果関係における素因の考慮については、樫見由美子「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）、（六・完）」判時一一二四号（一九八四）一七頁・一一二七号（一九八四）一七頁、一一三四号（一九八五）一二頁、一一五三号（一九八五）一七頁、一一六六号（一九八五）一八頁、一一八四号（一九八六）六頁、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）一七一頁を参照。

(27) BGHZ 137, 142（ＢＧＨ一九九七年一一月一一日判決）.

(28) なお、当該判決の先行研究としては、塩原真理子「心因的要因が競合して発生した損害の帰責と賠償範囲―最近のドイツ裁判例を素材として―」東海法学四〇号（二〇〇八）一五八頁が挙げられる。

(29) *Oetker, Hartmut,* Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch Bd.2, §§241-432, 5.Aufl., 2007, §254 Rn. 50; *Grüneberg, Christian,* Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.7, 69.Aufl., 2010, §254 Rn. 39; *Looschelders, Dirk,* Die

Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S.315f., 窪田・前掲書注（13）二七頁以下。

（30）英米法においても、同様の法理が存在する。英米法における損害軽減義務は、“Avoidable Consequences Rule”あるいは“Mitigation”の法理と呼ばれる。この法理は、被害者が合理的な注意あるいは支出をすることによって回避または最小限に抑えることができたはずの、過失によって生じた損害に対する賠償金を被害者に与えることを否定する、と説明される。そこでは「比較過失（わが国の過失相殺に対応する）」と区別されて論じられており、比較過失制度が過失分配の原則（fault apportionment）であるのに対し、損害軽減義務は原因分配の原則（causal apportionment）とされている。*See,* Dan B Dobbs, *The Law of Torts,* 2000, at 510.

（31）MünchKomm/*Oetker,* a.a.O. (Fn. 29), §254 Rn. 76.

（32）代表的なものとしては、谷口知平「損害賠償額算定における損害避抑義務―Avoidable consequences の理論の示唆―」川島武宜編『損害賠償責任の研究　上』（有斐閣、一九五七）二三五頁、齋藤修「過失相殺・損害軽減義務違反・損益相殺」法教二三一号（一九九九）一六、一七頁、大西邦弘「不法行為法における損害軽減義務―債権法（不法行為法）改正への基礎調査としてのイングランド法研究―」廣島法学三四巻一号（二〇一〇）一七頁が挙げられる。なお、債権法における損害軽減義務については、吉田和夫「債権者の損害避止義務及び損害拡大防止義務について」ジュリ八六六号（一九八六）七八頁、内田貴「強制履行と損害賠償―『損害軽減義務の観点から』―」曹時四二巻一〇号（一九九〇）一頁、齋藤彰「損害軽減義務と損害賠償算定の基準時」私法五五号（一九九三）二〇四頁以下、森田修『契約責任の法的構造（有斐閣、二〇〇六）』一八三頁以下（第四章　英米法における「損害軽減義務」）、吉川吉樹『履行請求権と損害軽減義務　履行期前の履行拒絶に関する考察』（東京大学出版会、二〇一〇）等を参照。

（33）裁判例において損害軽減義務法理は、過失相殺の名の下に取り扱われている（平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂、一九九二）一五六頁）。例えば、東京地判昭和三八年四月二六日判タ一四五号一五八頁（入院中医師等の指示に従わなかったために患部が悪化した例）、大阪地判昭和四七年一月一三日判タ二七六号三三三頁（初期の安政治療をしなかった例）などが挙げられる。なお、平井教授は、最判昭和六三年四月二一日民集四二巻四号二四三頁は損害発生後に生ずる損害軽減義務違反（損害拡大防止義務違反）として過失相殺が認められるべき事案であったと評する（同一六〇頁）。物損の事例においては、損害軽減義務違反を認めた事例も若干ながら存在する。例えば、大阪地判昭和六二年一月二九日交民二〇巻一

号一五四頁は、交通事故によって損壊した自動車の修理のための代車費用に関して、被害者としても信義則上、損害の拡大を最小限に抑える義務があるとし、また、岡山地判平成二年九月二〇日交民二三巻五号一一八九頁は、事故の被害車の修理中の代車費用に関して、損害が拡大することを抑止する義務があることを考慮している。最近では、最高裁平成二一年一月一九日民集六三巻一号九七頁が、損害軽減義務違反に基づき賠償範囲を制限している。

(34) 素因を考慮する際の具体的考慮要素については、城内明「判例における『損害の公平な分担』概念（一）（二）（三）（四）（五）（六）完」早稲田大学大学院法研論集一一四巻（二〇〇五）二二六頁、一一五巻（二〇〇五）三一八頁、一一六巻（二〇〇五）三四二頁、一一七巻（二〇〇六）二九八頁、一一八巻（二〇〇六）一六八頁、一一九巻（二〇〇六）八五頁、同「不法行為法における『傷つきやすい被害者』―セクシュアル・ハラスメント訴訟の分析―」早稲田法学八四巻三号（二〇〇九）四〇三頁が詳細に分析をする。

(35) 吉村良一・民商法一〇一巻一号（一九八九）一二五頁。

(36) 西垣・前掲注（12）三一八頁。

(37) 「素因」及び「疾患」（最判平成四年六月二五日民集四六巻四号四〇〇頁）について、船橋氏が医師としての立場から、最判平成八年一〇月二九日同日付二判決を題材として言及している。特に「疾患」については、病気は持っているが本人に既往症もなく、自覚症状もなかったり他人からもわからなかったりする場合の「健康な病人」である場合の判断の困難さが指摘されている（船橋忠「素因に関する平成八年一〇月の最高裁二判決を巡る臨床医学的考察」判タ九四七号（一九九七）九一頁）。

(38) 窪田充見「損害賠償法における原因競合の問題」判タ六六八号（一九八八）二三頁。

(39) 北河隆之「素因減責論の新展開」判タ九四三号（一九九七）六七頁。

(40) 板倉豊治「医療過程と裁判」判時七二二号（一九七四）五頁、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為　中・下巻』（青林書院、一九八五）四五八頁。

(41) 能見・前掲注（15）二二六頁。

(42) 能見・前掲注（15）二二九頁。

(43) 熊本地八代支判昭和四八年一〇月二三日交民六巻五号一六七三頁（老人性脊椎変形症）、浦和地熊谷支判昭和五〇年八月

二〇日交民八巻五号一三七三頁（老化による変形性頸椎症）、東京地八王子支判昭和五〇年九月一七日交民八巻五号一三七三頁（加齢による変形頸頚椎症）、大分地中津支判昭和五一年七月三〇日交民九巻四号一一〇四頁（高齢による脳軟化・全身衰弱）等。

(44) 仙台高判昭和五七年三月一〇日交民一五巻二号三四六頁。

(45) 加藤了「むち打ち損傷に関する諸問題―過剰診療をも含めて」『交通事故―実態と法理』（ジュリ増刊総合特集8号）（有斐閣、一九七七）一五五頁、清水淳「臨床医の立場から見たむち打ち損傷の問題」『交通事故訴訟の理論と展望』（ぎょうせい、一九九三）二七五頁、西垣・前掲注（12）三〇九頁、北河隆之「いわゆる『鞭打ち症』に関する『賠償医学』的アプロウチに対する批判的検討」判タ七一九号（一九九〇）四五頁など。

(46) 小川・前掲注（3）八六頁以下が詳しい。

(47) 長谷川貞之「素因減責論の新展開に見る過失相殺法理の拡張的適用の意義」駿河台法学一一巻二号（一九九八）八六、八七頁。

(48) 大（連）判大正一五年五月二二日民集二四輯一六五八頁（富喜丸事件）。

(49) 判例の整理については、前田陽一・判批・法協一一〇巻八号（一九九三）一二二八頁以下を参照されたい。

(50) 例えば、大阪地判昭和四三年一〇月三一日判タ二二八号一九九頁。

(51) 東京地判昭和四五年六月二九日判時六一五号三八頁は、再発後の症状と事故との因果関係につき七〇パーセントの肯定の心証を持って十分であるとして、相当因果関係を七〇パーセントと認定している。なお、当時、本判決に対しては、賛成意見が多かったようである。例えば、淡路剛久・判批・判評一四八号（判時六二七号）二〇頁以下、沢井裕・法時四三巻八号一二〇頁、中野・前掲注（10）一六八頁など。とくに、中野・前掲注（10）一六九頁は、本判決の検討を通じて過失相殺類推適用説を提唱したことで注目される。なお、柏木邦良「西ドイツ民事訴訟法学の現況（四）－ローゼンベルク＝シュヴァープ『民事訴訟法』一〇改訂版を通して－」ジュリ五〇一号（一九七二）一二二頁注（九）は、本判決に対して批判的である。

(52) 名古屋地判昭和五八年三月三〇日判時一一二二号一〇三頁。

(53) 体質的素因に関して、東京地判昭和四六年八月二八日交民四巻四号一二三八頁（年齢及び職業に由来する体質的素因）、大阪地判昭和四七年三月三〇日判タ二七八号二一八頁（頚椎の老化現象）、心因的要因に関して、函館地判昭和四八年三月

一二日交民六巻二号四三八頁など。

(54) 津地裁四日市支判昭和四九年六月一八日交民七巻三号九一〇頁、札幌地判昭和五一年一二月八日交民九巻六号一六六五頁、広島地判昭和五八年四月二八日交民一六巻二号五九四頁などが挙げられるが、下級裁でもあまり多くは見られない。

(55) 東京地判昭和五九年一月一七日判時一一〇六号八六頁（最判平成四年六月二五日民集四六巻四号四〇〇頁第一審判決）、岡山地判昭和五九年五月二二日交民一七巻三号六六七頁など。なお、過失相殺類推適用構成に類する準用構成を採る例も見られた（神戸地判昭和五五年六月一二日交民一三巻三号七四三頁）。

(56) 小川・前掲注（3）六八頁以下の心因性関連判決一覧表を参照されたい。

(57) 東京地判昭和六〇年五月一〇日判時一二〇二号七九頁。

(58) 大阪地判昭和六〇年八月一六日交民一八巻四号一〇六三頁。

(59) 静岡地沼津支判昭和六三年四月二〇日判タ六七八号一二二頁。

(60) 本判決文中の「加害者は被害者のあるがままを受け入れなければならない」という文言は、比較法的にみて、英米法の素因不考慮原則を参照したものと思われる。英米法の素因不考慮原則については、窪田・前掲書注（13）三〇頁以下、松浦・前掲注（15）、樋口範雄・判批・判評三五八号（判時一二八八号）（一九八八）五八頁が詳しい。

(61) 横浜地判平成二年七月一一日判時一三八一号七六頁。東京高判平成三年二月二七日判時一三六五号九八頁は、原審の「あるがまま判決」を変更し、被害者の特異な疾病等の体質的要因を考慮して頚髄症の発症に対する事故の寄与度を六〇％と認定して、寄与度の限りにおいて賠償額を減額している。

(62) 最判平成八年一〇月二九日交民二九巻五号一二七二頁。

(63) 本判決の判例評釈および本判決を中心とした判例研究としては、窪田充見・判評三五八号（判時一二八八号）（一九八八）四九頁、吉村・前掲注（35）一二一頁、小賀野晶一「むち打ち症に対する法的対応」ひろば四一巻八号（一九八八）五六頁、同「むち打ち症被害者の適正救済と割合的認定」判タ六七四号（一九八八）四四頁、渡辺富雄・判時一二九九号（一九八八）三頁、新美育文・ジュリ臨時増刊九三五号（昭和六三年度重要判例解説）（一九八九）八二頁、能見善久・法教九七号（一九八九年）八二頁、飯塚和之・法教判例セレクト'88年（一九八九）二四頁、松本恒雄・法セ四〇九号（一九八九）一〇〇頁、齋藤修・法時六一巻五号（一九八九）一〇八頁、河村吉晃・判タ七〇六号（一九八六）一〇〇頁、水野謙・北大法学論集

四〇巻四号（一九九〇）一一〇五頁、吉川日出男・札幌学院法学六巻一号（一九九〇）一二九頁、小倉顕・『最高裁判例解説民事編昭和六三年度』（法曹会、一九九一）一七五頁など。

(64) 東京地判昭和五一年一一月一五日交民九巻六号一五五四頁。

(65) 東京高判昭和五八年九月二九日判タ五一五号一四三頁。

(66) 本判決の射程につき、心因的要因以外の一般的素因にも及ぶかについては、学説は心因的要因に限られるとするものが多い。例えば、窪田・前掲注（63）二〇五頁、吉村・前掲注（35）一三三頁、新美・前掲注（63）八三頁、河村・前掲注（63）一〇〇頁、松本・前掲注（63）一〇〇頁、吉川・前掲注（63）一三六頁、小倉・前掲注（63）八六頁など。

(67) 同旨、田口文夫「『素因』の斟酌に関する基礎的考察－交通事故事例を中心に－」専修法学九八号（二〇〇六）六三頁。

(68) 例えば、東京高判平成三年二月二七日判時一三八六号九八頁は、「体質的要因も被害者に存した特異な事情であるという点において、心因的要因と変わりがない」として賠償額を減額しており、また、和歌山地判昭和六三年一二月一九日交民二一巻六号一二八二頁も、頸部椎間板症の既往症について「心因的要因」と区別する根拠はないとして、賠償額を減額している。

(69) 本判決の判例評釈および本判決を中心とした判例研究としては、北川隆之「交通事故と被害者の罹患していた疾患との原因競合」判タ七九七号（一九九二）二二頁、同・ジュリ一〇二四号（平成四年度重要判例解説）八九頁、吉村良一・判評三〇八号（判時一一二三号）（一九九二）二八頁、窪田充見・民商法一〇九巻一号（一九九三）九五頁、同・法学教室判例セレクト'92（法学教室一五〇号別冊付録）（一九九三）二六頁、後藤巻則・法セ四六三号（一九九三）三九頁、前田・前掲注（49）一二二四頁、松村弓彦・ＮＢＬ五一四号（一九九三）六〇頁、本井巽・私法判例リマークス七号（法律時報別冊）（一九九三）五六頁、齋藤修・法時六六巻四号（一九九四）一〇二頁、滝澤孝臣・ジュリ一〇五三号（一九九四）七〇頁、同・曹時四六巻八号（一九九四）一六六七頁、田村洋三・判タ八五二号（一九九四）八六頁、手嶋豊・別冊ジュリ（民法判例百選Ⅱ〔第四版〕）二〇二頁、児玉康夫・別冊ジュリ一五二号（交通事故判例百選〔第四版〕）四八頁などがある。

(70) 東京地判昭和五九年一月一七日民集四六巻四号四〇九頁。

(71) 東京高判昭和六三年四月二五日民集四六巻四号四二八頁。

(72) 長谷川・前掲注（47）九四頁。

(73) もっとも、本判決が賠償額算定にあたり「疾患」を斟酌することができるとしたことについては、学説からは批判が多いところである。例えば、前田・前掲注(49)一一〇頁は、本判決が賠償額減額の根拠を「損害の公平な分担」に求めていることについて、「きわめて簡単でトートロジカルなことしか述べていない」と厳しく批判する。

(74) 浦川道太郎「共同不法行為・過失相殺・被害者の素因・原因競合」法教一六四号三五頁。

(75) 本判決の判例評釈及び本判決を中心とした判例研究としては、高崎尚志「素因に関する平成八年一〇月二九日の最高裁二判決をめぐって」判タ九四七号(一九九七)七八頁、加藤了「一　被害者の体質的要因についての最判(一)　二　被害者の身体的特徴についての最判(二)」判タ九四七号(一九九七)八五頁、船橋・前掲注(37)九一頁、八島宏平「素因に関する平成八年一〇月二九日の最高裁二判決をめぐって」判タ九四七号(一九九七)九三頁、倉科直文・別冊ジュリ一五二号(交通事故判例百選〔第四版〕)(一九九九)五二頁、萩原秀紀・判タ一〇三三号(二〇〇〇)一六九頁など。

(76) 大阪地判平成二年五月一一日自保ジャーナル一一七三号。

(77) 大阪高判平成五年五月二七日自保ジャーナル一一七三号。

(78) 倉科・前掲注(75)五三頁。

(79) 本判決の判例評釈及び本判決を中心とした判例研究としては、古笛恵子・判タ九四七号(一九九七)六五頁、小賀野晶一・判タ九四七号(一九九七)七一頁、藤村和夫・判評四六四号(判時一六〇九号)(一九九七)一九四頁、前田陽一・法教二〇一号(一九九七)一一二頁、窪田充見・ジュリ一一三号(平成八年度重要判例解説)(一九九七)八四頁、同・別冊ジュリ一九六号(民法判例百選Ⅱ〔第六版〕)(二〇〇九)一九〇頁、橋本佳幸・民商法一一七巻一号(一九九七)九一頁、長沢幸男・曹時五〇巻一〇号(一九九八)二五四七頁、浦川道太郎・私法判例リマークス一六号(一九九八〈上〉)(法律時報別冊)(一九九八)六四頁、久保野恵美子・法協一五五巻三号(一九九八)四一〇頁、山田誠一・別冊ジュリ一五二号(交通事故判例百選〔第四版〕)(一九九九)五〇頁、錦織成史・民法の基本判例〔第二版〕(法学教室増刊)(一九九九)一八七頁、塩崎勤・判タ一〇三三号(二〇〇〇)一六五頁、良永和隆・民事研修六〇七号(二〇〇七)八二四頁など。

(80) 宮崎地延岡支判平成三年一月二二日民集五〇巻九号二四九〇頁。

(81) 福岡高判平成四年一二月二五日民集五〇巻九号二四九二頁。

(82) 他方で、最高裁は、心因的要素について、「心因的要素を斟酌すべきか否かはさておき」として、判断を留保している。

（83）橋本・前掲注（79）九一頁。橋本教授は、本判決において最高裁が平成四年判決の射程を「疾患」に限定したことにつき、素因斟酌反対説の有力化が色濃く反映したものと捉えている。

（84）北河・前掲注（39）六七頁。窪田・別冊ジュリ一九六号（前掲注（79））一九〇頁。

（85）古笛・前掲注（79）六八頁以下、小賀野・前掲注（79）七二頁以下など。

（86）この点につき、古笛弁護士は、本判決はそもそも事実として素因が損害の拡大に寄与しているとは認定できないからであり、事実レベルで素因の存在あるいは素因の寄与が認められないとして解決すべきであるとし（古笛・前掲注（79）六九頁）、また、小賀野教授も、本判決では寄与度が十分証明されていないため、そもそも寄与度を認めるべき事案ではなかったとする（小賀野・前掲注（79）七二頁）。

（87）窪田・別冊ジュリ一九六号（前掲注（79））一九一頁。

（88）錦織・前掲注（79）一九一頁。

（89）もっとも、下級裁判例では、法律構成はどうであれ、被害者の素因を理由とする賠償額の減額は広く行われていた。瀬川信久・判批・判タ一〇四六号（二〇〇一）七四頁を参照。

（90）本判決の判例評釈及び本判決を中心とした判例研究としては、八木一洋・曹時五二巻九号（二〇〇〇）二八五八頁、田中清定「『過労自殺』事件に係る最高裁判決について」関東学院大学法学紀要二〇号（二〇〇〇）二一七頁、青野博之・法教二三九号（二〇〇〇）一二四頁、同・私法判例リマークス二三号（二〇〇一〈下〉）（法律時報別冊）（二〇〇一）五四頁、大内伸哉・ひろば五三巻一〇号（二〇〇〇）四三頁、西村健一郎・労働判例七八三号（二〇〇〇）六頁、川人博・労働法律旬報一四七九号（二〇〇〇）六頁、三柴丈典・労働法律旬報一四九二号（二〇〇〇）三四頁、高橋眞・判評五〇二号（判時一七二五号）（二〇〇〇）二二四頁、根本到・法時七三巻四号（二〇〇一）八八頁、笠井修・ＮＢＬ七二〇号（二〇〇一）七八頁、瀬川・前掲注（89）・七四頁、下村正明・判例セレクト'00（法学教室二四六号別冊付録）（二〇〇一）三六四頁、樫見由美子・ジュリ一二〇二号（平成一二年度重要判例解説）（二〇〇一）七一頁、石田剛・法セ五五六号（二〇〇一）一〇八頁、野村好弘ほか「過労死と企業の損害賠償責任（電通過労死自殺事件）」賠償科学三〇号（二〇〇三）一一五頁、小畑史子・民商法一三〇巻二号（二〇〇四）三五八頁、小賀野晶一「過労自殺と因果関係－電通事件裁判例の分析－」賠償科学三四号（二〇〇六）四九頁、木ノ元直樹「過労自殺と安全配慮義務」賠償科学三四号（二〇〇六）六四頁、宮里邦雄

＝高井伸夫＝千種秀夫・労働判例九三五号（二〇〇七）九二頁、金丸義衡「安全配慮義務違反における『素因減額』」香川法学二八巻三・四号（二〇〇九）四〇七頁などを参照。

(91) 東京地判平成八年三月二八日判時一五六一号三頁。

(92) 東京高判平成九年九月二六日判時一六四六号四四頁。

(93) 石田・前掲注（90）一〇八頁。

(94) 樫見・前掲注（90）七一頁。

(95) 田中・前掲注（90）二一七頁は、そうであるならば、過失相殺を類推適用するまでもないことを説くだけで足りたであろうと評する。

(96) 高橋・前掲注（90）二二九頁以下は、この問題につき、安全配慮義務としての健康診断について名古屋地判昭和五六年九月三〇労判三七八号六四頁（住友林業事件）を例として、次のように指摘する。すなわち、使用者の行う健康診断は、専ら労働者の健康管理を目的とするものではなく、適切な物的・人的配置により円滑な業務を進めるための業務管理の一環であり、その意味で健康診断は労働者保護の趣旨を持つことになるが、その範囲は、労務指揮に伴うものである以上、使用者の支配する領域・設備・器具や使用者の労務指揮・監督に伴う危険に関係する範囲に限られることになり、それ以上の労働者の健康管理に対する使用者の関与は、安全配慮義務ではなく、福利厚生活動の面から捉えられるべきであろう、と。また、下村・前掲注（90）三六四頁も、労働者が使用者の指揮命令に反して自己管理を懈怠したなどの事情があって初めて減責処理を妥当としうるのではないかとする。

(97) この点については、野村ほか・前掲注（90）一一五頁以下の伊藤発言が示唆的である。伊藤氏は、本件は労災保険が機能している領域であり、かつ、任意保険によってもカバーされていることに鑑みると、裸の民事責任が機能するのではなく、ファンド（保険）が機能して危険分散が図られている事案であるとみている。そうすると、現代の企業は被害者の精神的危険を前提とし、その危険が発生したときのために保険をかけているのだから、被用者の素因や脆弱性は保険の中での危険分散によって解決されるものであり、そのような現代社会では素因を余り強調する必要はないと考えている。保険による危険分散という視点からの重要な指摘である。ただし、現代社会において保険が、素因の危険を分散する機能を有しているか、またはそのような機能を果たし得るかについては、別途検討を要する。

（98）本判決の判例評釈及び本判決を中心とした判例研究としては、高田淳・法学セミナー六四四号（二〇〇八）一三二頁、仮谷篤子・速報判例解説五号（法学セミナー増刊）（二〇〇九）六五頁、中山布紗・法時八一巻四号（二〇〇九）一一六頁、寺沢知子・民商法一三九巻四・五号（二〇〇九）五五七頁、中澤文彦・季刊労働法二二六号（二〇〇九）二一九頁などを参照。

（99）札幌地判平成一七年三月九日判タ一二一四号二〇五頁。

（100）札幌高判平成一八年七月二〇日労判九二二号五頁。

（101）寺沢・前掲注（98）五六一頁。

（102）最判昭和三四年一一月二六日民集一三巻一五六二頁。

（103）四宮・前掲書注（40）六二三頁。

（104）大判昭和三年八月一日民集七巻六四八頁及び本判決が引用する最判昭和四一年六月二一日民集四二巻四号二四三頁。

（105）高田・前掲注（98）一三二頁。

（106）高田・前掲注（98）一三二頁は、これを前提に使用者の減責に反対する。

（107）個人情報保護及び守秘義務に関わる問題については、日本賠償科学会第五五回研究会（二〇〇九年一二月五日於ホテルプリングス幕張）における大野和人報告（「企業の安全配慮義務に関する一考察」）及び安西愈報告（「労災訴訟と損害賠償に関して～法律家の立場より～」）に示唆を受けた。また、野村ほか・前掲注（90）一二六頁以下でも、産業医の守秘義務に関わる困難さが議論されている。

（108）寺沢・前掲注（98）五五七頁。

（109）相関的な判断といえば、違法性関連ないし危険性関連の量の観点から素因の斟酌を基礎づける橋本説（領域原則説）が想起される（橋本・前掲注（11）二四頁以下。）。本判決の立場は、橋本説に接近するものと思われる。

（110）中澤・前掲注（98）二一九頁。

（111）吉村・前掲注（35）一二五頁。

（112）齋藤修・法時五七号三号（一九八五年）一二六頁、同「過失相殺の規定の類推適用」（前掲注（17））二二七頁。

（113）小川・前掲注（3）六八頁以下の心因性関連判決一覧を参照。

（114）吉村・前掲注（35）一二六頁。

(115) 同旨、倉田・前掲注（9）九六頁、加藤新太郎「因果関係の割合的認定」塩崎勤編『交通損害賠償の諸問題』（判例タイムズ社、一九九九）一二八、一二九頁、田口・前掲注（67）五三頁。

(116) 倉田・前掲注（9）九六頁、同「交通事故訴訟における事実の証明度」『民事交通訴訟の課題』（日本評論社、一九七〇）一六〇頁以下参照。

(117) 東京地判昭和四五年六月二九日判時六一五号三八頁。なお、本件では、被害者は、不法行為後約二年を経過した後に発作（ヒステリー発作の疑い）を起こしており、かつ、当該発作は被害者の素因に由来するものと考えられることから、被害者の損害賠償請求権を可分なものであるとして、因果関係を割合的に認定すべきだとされている。

(118) 中野・前掲注（10）一六九頁。

(119) 中野・前掲注（10）一六九頁。

(120) 平井「因果関係論」（前掲注（2））一一一頁。

(121) 山本矩夫「責任および損害の割合的認定」ジュリ五二六号（一九七三）一二五頁。

(122) 窪田・前掲書注（13）五〇頁。

(123) 確率的心証論と素因減責論との区別に触れるものとして、窪田・前掲書注（13）五〇頁、幾代＝徳本・前掲書注（1）一五七頁注（8）、前田・前掲注（49）一二二八頁、田口・前掲注（67）四七、四八頁など。

(124) 野村・前掲注（8）六二頁以下。

(125) 平井『理論』（前掲書注（2））一三六頁。

(126) 野村・前掲注（8）六三頁。

(127) 吉村・前掲注（35）一二六頁。

(128) 平井「因果関係論」（前掲注（2））一一一頁。

(129) 淡路剛久・交民一六巻索引・解説号三八六頁。

(130) 倉田・前掲注（9）一〇〇頁。

(131) 田邨正義「交通事故訴訟の処理上の問題点」鈴木忠一＝三ケ月章監修『新・実務民事訴訟講座五』（日本評論社、一九八二）四五頁。

(132) 能見善久「共同不法行為責任の基礎的考察（八・完）」法協一〇二巻一二号（一九八五）二一九八頁以下。
(133) 能見・前掲注（15）二五〇頁。
(134) 能見・前掲注（15）二五一頁。
(135) 窪田・前掲書注（13）六四頁。
(136) 橋本・前掲注（11）八、九頁。
(137) 筆者が調べた限りでは、現在のところ、北川善太郎教授が唯一の支持者である。同『債権各論（民法講要Ⅳ）〔第三版〕』（有斐閣、二〇〇三）二八八頁では、過失相殺類推適用構成に対して、被害者の素因を被害者の「過失」とするのは類推適用のための法律論であると割り切れるのかと疑問を呈し、むしろ信義則による賠償責任の調整問題とみるべき場合が多いであろうとする。
(138) 中野・前掲注（10）一六九頁。中野教授の主張は、確率的心証論を採用した東京地判昭和四五年六月二九日判時六一五号三八頁における相当因果関係の割合的認定につき、法形式として過失相殺の規定を類推適用するというものであり、これをもって、損害の公平な分担という制度理念に直結することができ、また、素因の斟酌の有無・程度を裁判所の自由裁量にかからせるという点にある。しかし、素因の斟酌を原因相殺（因果減殺）と捉えたとしても、それが直ちに類推を正当化するとは思われず、もっぱら法形式の借用であるとの評価を免れない。
(139) 平井「因果関係論」（前掲注(2)）一一〇頁。なお、平井教授は、法律構成として過失相殺の類推適用を支持するものであり、素因を斟酌することについては否定的である。同『不法行為』（前掲書注（2））一五九、一六〇頁。
(140) 齋藤修「損害賠償と被害者の体質的素因」商大論集三七巻四号（一九八五）二七頁、同「鞭打ち症における損害賠償減額の法理―体質的素因と心因性を中心として―」商大論集四〇巻四＝五号（一九八九）五四七頁など。
(141) 心因的要因の競合につき最判昭和六三年四月二一日民集四二巻四号二四三頁、体質的素因につき最判平成四年六月二五日民集四六巻四号四〇〇頁。
(142) 西垣・前掲注（12）三一七頁。
(143) 倉田・前掲注（9）九四頁。
(144) 齋藤（修）・前掲注（63）一一一頁。

(145) 同旨、吉村良一・判評三〇八号（判時一一二三号）（一九八四）一九四頁、執行秀幸「事故と被害者の素因」法時五七巻八号一三二頁など。

(146) 西垣・前掲注（12）三一七頁、吉村・前掲注（145）一九四頁は、「自己の体質を認識しつつ適切な処置をしなかった場合」、あるいは「素因の放置や素因を抱えながら当該活動を行うこと」が「不注意」と評価される場合であるとする。

(147) 四宮・前掲書注（40）四五七頁。

(148) 四宮・前掲書注（40）四五七、四五八頁。

(149) 領域原則に関しては、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－」法学論叢一三七巻六号（一九九五）三六頁以下を参照されたい。

(150) 橋本・前掲注（11）二四頁以下。

(151) 橋本・前掲注（11）三三頁注（66）。

(152) 潮見佳男『不法行為法』（信山社、二〇〇四）三二三頁。

(153) 潮見・前掲書注（152）三二三頁。

(154) 近江幸治『民法講義Ⅵ〔第二版〕』（弘文堂、二〇〇七）一九七頁。

(155) 齋藤（修）「過失相殺の規定の類推適用」（前掲注（17））二三〇頁以下。

(156) 損害軽減義務については、齋藤修「過失相殺法理の現代的課題」林良平編『谷口知平先生追悼論文集三　財産法　補遺』（信山社、一九九三）二七六頁参照。

(157) 西垣・前掲注（12）三〇九頁以下、加藤了「交通訴訟における因果関係－被害者の体質・素因の競合を中心として－」交通法研究五号（一九七六）一四七頁以下、倉田・前掲注（9）九三頁以下、窪田・前掲書注（13）三頁以下、前田・前掲注（14）八九三頁以下など。

(158) 窪田・前掲書注（13）七六頁、吉村・前掲判評（145）三一頁。

(159) この点を指摘するものとして、東京地判昭和五〇年一月一六日交民八巻一号四八頁等。

(160) 窪田充見「過失相殺の基本的考え方」交通法研究三〇号（過失相殺の諸相）（二〇〇二）二七頁以下がこの点における素因原則考慮説の問題点を的確に指摘する。

(161) 窪田・前掲書注（13）七四頁。
(162) 窪田・前掲書注（13）七二頁以下、同・前掲注（160）一八頁以下。
(163) 窪田・前掲注（160）一九頁。
(164) この加害者間の公平を重視する公平感につき、執行秀幸「過失相殺の適用拡大の背景と論理」『二一世紀の民法―小野幸二教授還暦記念論集―』（法学書院、一九九六）一〇七頁は、交通事故事例に限ってではあるが、無過失責任に近い自賠法三条のもとで過失相殺の適用が拡大していったのは何故かという問題提起から、素因競合の問題についても加害者間の公平が重視されていることを指摘する。すなわち、「加害者の立場からすれば、通常の被害者と比較すると、当該被害者に素因があったために損害が拡大しているような場合にも、そのすべてを賠償しなければならないとすれば、公平でないと感じられるであろう。その不公平感は、素因のない通常の被害者に損害を与えた加害者とわが身を比較して生ずるものである。つまり、加害者間の公平の視点からみて素因が考慮されなければ不公平と感ずるのである」（一一〇・一一一頁）。そして、このような加害者間の公平の重視の背景として、第一に過失相殺の定型化を挙げる。すなわち、過失相殺の定型化による裁判の予測しやすさから示談の容易化及び迅速妥当な解決が期待され、そのような要請と保険的発想からの要請から、加害者間の公平が重視されていったといえるとする（一一二頁）。また、加害者の責任が厳格となったこととのバランス上、被害者の過失相殺の要件も緩和すべきとの論理（バランス論）との関係から、交通事故事例における加害者と被害者の立場の互換性故に、過失相殺の適用が拡大され被害者にとって一見不利益のようであっても、公平だと言えるとして、過失相殺の適用の拡大、すなわち、加害者間の公平の重視は正当化されうるとしている（一一七頁）。加害者間の公平が重視されるようになった背景について的確な指摘といえるが、素因競合の事例についても、過失相殺の定型化やバランス論から加害者間の公平を重視することには問題があると思われる。
(165) 窪田・前掲注（160）二一頁。
(166) 能見・前掲注（15）二五一頁、瀬川信久「不法行為における過失相殺の拡張」法教一四五号（一九九二）八五頁。
(167) 橋本・前掲注（11）七、八頁。
(168) 橋本・前掲注（11）八頁。
(169) 橋本・前掲注（11）八頁。

(170) 橋本・前掲注（11）八、九頁。
(171) 橋本・前掲注（11）九頁。
(172) 田邨正義「被害者の体質的素因と割合的認定」『交通事故賠償の理論と実際』（一九八四）一一六頁。
(173) 田邨・前掲注（172）一一八頁以下。
(174) ただし、過失相殺の類推適用構成の適否については言及されていないため、法律構成としてはいかなるものを採るべきかは明らかではない。
(175) この点につき、橋本・前掲注（11）一八頁は、田邨弁護士の準則を高く評価しつつも、「日常的外力による発現の蓋然性」については、必要性が疑わしく、蓋然性がどうであれ、現実に素因が競合した場合には、「身体侵襲の危険性の射程範囲」を逸脱する損害はすべて被害者に負担させて良いとする。
(176) 瀬川・前掲注（166）八五頁は、素因のような意思が作用しない事情にまで過失相殺を拡張すべきでないとする。被害者の素因に対する行為統制という「意思」を重視する見解であると思われる。
(177) 窪田・前掲書注（13）四七頁以下。
(178) 窪田『不法行為法』（有斐閣、二〇〇七）四〇二頁。
(179) この被害者の行動の自由という観点は、ドイツ法並びに英米法における素因不考慮命題を支える基本思想である（窪田・前掲書注（13）八二頁以下参照。）。
(180) 窪田・前掲書注（13）八三頁、同・前掲書注（178）四〇二頁。
(181) 窪田・前掲書注（13）七六頁以下参照。
(182) 潮見・前掲書注（152）三二四頁以下。
(183) 吉村・前掲注（35）一二九頁。
(184) 吉村良一『不法行為法〔第四版〕』（有斐閣、二〇一〇）一八〇頁。同様の指摘をするものとして、西垣・前掲注（12）三一七頁。
(185) 吉村・前掲書注（184）一八〇頁。
(186) 小川・前掲注（3）六五頁以下は、これをもって過失相殺に適合的であるとする。なお、ここで具体例として挙げた被

害者の治療態度の問題については、山田卓生「損害への被害者の関与―特に治療態度について―」佐藤進＝齋藤修編『現代民事法学の理論（下）』（信山社、二〇〇二）二七七頁以下が包括的な研究を行っている。

(187) 中野・前掲注（10）は、むしろ、過失相殺の類推適用というかたちをとることで過失相殺と一括して処理する方向が望ましいと考えているようである。

(188) 齋藤（修）「過失相殺の規定の類推適用」（前掲注（17））二三〇頁以下。

(189) 齋藤（修）「過失相殺の規定の類推適用」（前掲注（17））二三〇頁。

※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（若手研究（B））（二三七三〇〇七八）の援助を受けている。