

民法722条2項の過失の主張・立証責任についての実体法的視点からの再検討

過失相殺における「公平の原理」への疑問

中 川 龍 也
(民事法専攻・司法専修コース)

はじめに

- 一．過失の主張・立証責任についての判例・諸学説の検討
 - 二．過失を基礎づける事実について主張責任の及ぶ範囲を示した判例の検討
 - 三．過失の主張責任から見た民法722条2項類推適用事例
 - 四．過失の主張責任について賠償額の主張責任からのアプローチ
- おわりに

はじめに

本稿では、訴訟法と実体法の交錯している722条2項「過失相殺」の研究を通じ、訴訟法と実体法の「空隙」を少しでも埋めようとするのが本稿の目的である。

加害者が過失相殺の効果を欲する場合、加害者はどの範囲で主張・立証責任を負うか。判例・諸学説を検討することが本稿の主たる研究対象である。

当事者が過失の主張・立証を全く行わなかった場合に、裁判所は職権で過失相殺の判断を下すことができるか。

当事者による過失の主張・立証が必要であるとするならば、その過失の主張・立証は、表見代理等の過失の主張・立証で足りるか。

当事者による過失の主張が必要であるとするならば、被害者の過失割合まで主張責任を負担するのか。具体的な賠償額まで主張責任を負

担するのか。

以上のテーマを中心に、以下検討を進める。

一．過失の主張責任についての判例・諸学説の検討

1．大審院昭和3年8月1日判決民集7巻648頁事件の検討

当事者が過失の主張・立証を全く行わなかった場合に、裁判所は職権で過失相殺の判断を下すことができるか。

事件の概要

大正13年10月3日午後5時頃、Xの長男（当時5歳）Aが訴外Bと共にY（阪神電気鉄道株式会社）経営の電車軌道上の八田踏切を通過しようとして軌道内に立ち入った際、Aが、当該踏切を通過しようとした訴外C運転の電車に轢かれて死亡したという事件である。この事故はY、その被用者Cの過失に起因するものであるとして、XはYに対し慰謝料を請求した。これに対してYは、A、その保護者Bにも過失があったから、賠償額を定めるにあたってこれを斟酌すべきであると主張した。控訴院は、Aには、行為の責任を弁識する能力を備えていない、Bは、722条2項の被害者ではないとして、Yの過失相殺の主張を認めなかった。そこでYは、Aの父母Xが、責任ある保護者を付さなかった点につき過失があるのに722条2項を適用しないのは違法な裁判であるとして上告した。

大審院は次のように判示した。

「此ノ規定（722条2項）ニ依レハ被害者ノ過失ハ賠償額ノ範圍ニ影響及ホスヘキ事實ナルト同時ニ法律ハ之ヲ以テ賠償義務者ノ抗辯權ト爲シタルモノニ非サルカ故ニ裁判所ハ訴訟ニ現ハレタル資料ニ基キ被害者ニ過失アリト認ムヘキ場合ニハ賠償額ヲ判定スルニ付職權ヲ以テ斟酌シ得ヘク賠償義務者ヨリ此ノ旨ノ主張アルコトヲ必要トスルモノニ非ス（唯此ノ場合ノ立証責任ハ被害者ニ過失アリト主張スル者ニ存スルコト勿論ナリ）」

そして、Bが保護者でないとすれば、Xに過失ある(XはAに責任のある保護者を付す義務、保護者を付さないのであればX自らが保護すべき義務に反した過失がある)と認めざるを得ないのに、過失を斟酌しないことについて何ら理由を付さなかった控訴審の判断は違法であるとし、差し戻した。

判決理由に対する諸学説の評価

この判決理由の理解として学説上異論のない点は、過失の立証責任、すなわち立証失敗の不利益は加害者が負うとする点である。

前述の判決理由をどう解するかについて、学説上意見が大きく割れた。

江川説¹⁾

江川教授は、賠償義務者が被害者に過失ある事実を主張した場合、賠償額を定めるに当たって過失を斟酌すべきこと(相殺する旨)を主張しなくても裁判所は斟酌すべきであると判決理由を解釈する。被害者に過失があるという事実は主張しなければならないと考えている点では、倉田説と同じである。そして江川教授は、過失相殺は抗弁権ではないと判示している点に着眼し、相殺する旨の主張は不要であるとする。しかし、過失相殺が権利抗弁ではないというのであれば、主張共通の原則により被害者自身による自己過失の主張(自白)が認められるべきであり、この点を全然念頭に置いていない点にこの説の問題があるといえる²⁾。

末川説³⁾

末川博士は、722条2項と418条の文言の違いを指摘し、「斟酌スルコトヲ得」という文言に裁判所の選択的な自由認定の余地を認めた。このような自由認定の余地を認める根拠を、不法行為の社会的機能、すなわち加害者に対する非難に求めている。そして、被害者の過失は抗弁権ではなく、裁判所が独自の立場において賠償額を決定するについて考慮すべき事情に属する一資料と捉え、賠償義務者の主張がなくても、裁判所は被害者の過失を認めるときには職権をもって過失を斟酌できるとする。

しかし、この説に対する批判としては、次のような点が考えられる。

加害者に対する非難を根拠に裁判所に選択的な自由認定の余地を認めるということと、立証責任は加害者が負うこととの関係について説明がなされていない。

なぜ被害者の過失は、「賠償額を決定するについて考慮すべき事情に屬する一資料」であり、賠償義務者からの主張が不要なのか、はつきりしない⁴⁾。しかし、この、末川説が「通説」と呼ばれる程、有力な説となっていくこととなる。

倉田説⁵⁾

倉田判事は、本判決理由が、鳩山博士の「以上二述ベタル斟酌ハ裁判所ガ職權上之ヲ爲スモノナリ。過失相殺ハ損害賠償ノ範圍ニ付テ特則ヲ設ケタルモノナリト雖モ單ニ抗辯權ヲ認メタルモノニハ非ザルヲ以テ賠償義務者ノ抗辯ヲ俟チテ始メテ斟酌ヲ爲スベキモノニ非ズ。但シ債權者（被害者）ニ過失アリヤ否ヤノ事實ニ付テ争アルトキハ債務者（加害者）ニ於テ舉證ノ責任ヲ有ス。」⁶⁾という記載と同じ論旨を展開しているところから、過失は、抗弁権のような援用権者による主張を要せず、どちらかから主張があれば足りると判決理由を理解する（ドイツの職権斟酌と同じ）。本判決理由の「訴訟二現ハレタル資料」を訴訟資料と明示していなかった点に問題があったと指摘する。

大判昭和3年の理解としては、以下のようにまとめることができる。

過失相殺は、権利抗弁ではないので、賠償義務者自ら主張しなければならぬものではない（この点で、留置権や同時履行の抗弁権等とは異なり、被害者の自白が認められる。）

訴訟資料として、当事者による「被害者ニ過失アリト認ムヘキ事情」の主張が必要⁷⁾。

裁判所は損害賠償額を判定するにあたって、職権をもって被害者の過失を斟酌することができる。すなわち、裁判所は、当事者の主張した「被害者ニ過失アリト認ムヘキ事情」が「賠償額ノ範圍ニ影響ヲ及ホス」かどうかを職権で自由に判断することができる。

本判決は、訴訟資料によれば被害者の過失を認めるべき事情があることが明らかな(当事者による「被害者二過失アリト認ムヘキ事情」の主張がある)場合、判決理由中に過失相殺を斟酌しない理由(当事者の主張する「被害者二過失アリト認ムヘキ事情」が「賠償額ノ範囲ニ影響ヲ及ホ」さないと判断した理由)を付さないことは審理不尽の違法である、ただし、

・当事者から「被害者二過失アリト認ムヘキ事情」の主張がなかったとき、
・加害者から「被害者二過失アリト認ムヘキ事情」の主張がないが、被害者に「過失アリト認ムヘキ事情」が訴訟資料上認められ、それが「賠償額ノ範囲ニ影響ヲ及ホ」さないときは、過失を斟酌しなかったことにつき理由(当事者の主張する「被害者二過失アリト認ムヘキ事情」が「賠償額ノ範囲ニ影響ヲ及ホ」さないと判断した理由)を付す必要はないものと判示している。

この立場からすれば、Y 及び X の過失の主張が、「被害者二過失アリト認ムヘキ事情」に当たらないとするなら、裁判所が過失を斟酌することは不要なはずである。控訴院において Y は、A の過失と B の過失(「保護者アリテ幼者ノ前進ヲ制止シ居ル場合ニハ運轉上何等危険ナキ」「保護者新野邊美つ(B).....過失アル」という事実)についてのみ主張しており、A の父母 X の過失について主張はなされていなかったのであるが、大審院は、X の過失を斟酌をしなかったことにつき理由を付さなければならぬとした(その理由を付さなかった控訴院の判断を違法としている)。つまり大審院は、Y または X の主張の中に「被害者二過失アリト認ムヘキ事情」の主張が含まれていると判断したことになる。では、Y と X の主張のどの部分に「被害者二過失アリト認ムヘキ事情」(X の過失を基礎づける事実)が含まれているのか。

Y は、「保護者アリテ幼者ノ前進ヲ制止シ居ル場合ニハ運轉上何等危険ナキ」、すなわち、A を制止できる保護者がいればこの事故は起きなかったと主張している。この主張が、「被害者(=X ら)二過失アリト認ムヘキ事情」、X は A に責任のある保護者を付す義務、保護者を付さないの

あれば X 自らが保護すべき義務に反した過失あるとする事情と認められたものと考えられる。

2. 最高裁昭和41年6月21日判決民集20巻5号1052頁事件の検討

当事者による過失の主張・立証が必要であるとするならば、その過失の主張・立証は、表見代理等の過失の主張・立証で足りるか。

事件の概要

山口市長たる A は、市長名義の約束手形を振り出して自分個人の負債の支払いにあてようと考え、山口市議会の議決を経ることなく、市長の公印を押捺したほかは白地とした手形三通（以下、本件手形という）を B に交付している。一方、B は、C 会社よりパルプ材売買契約の手附金という名目で238万円の約束手形を受け取っており（B は結局不履行）、また、上手附金の回収方を交渉していた C 会社の工場長 X からも、手附貸付の方法により172万円の金員を受けていて、合計410万円の債務を負っていた。そこで B は、A 振出の前記手形によって C および X に対する債務を決済しようと考え、前記手形につき、合計金額を510万円、振出人山口市長 A と補充して、弁済のため X に交付する旨申し出た。X は、B と共に市長 A に会って本件手形が A の振り出したものであるか否かを確認したところ、A はそれを肯定したので、X はこれ以上何等の調査もせず本件手形を受け取り、手形貸付の際に B より受け取っていた手形を返還した。X は、支払期日に本件手形を呈示して支払いを求めたが、Y（山口市）はこれを拒絶したため、本件手形金の支払いを求めて訴えを提起した。X は、民法110条の表見代理の主張、および44条1項の損害賠償請求の主張を行った。原審は、民法110条の正当事由の判示を引用して X の過失を認定し、44条1項の損害賠償額について過失を斟酌するとした。X は、「Y は、X に過失があり、過失によって相殺する旨の過失相殺の主張はしていないが、それにも関わらず過失相殺を認定したことは弁論主義に違反して違法である」として上告した。

民法110条の正当事由の判断として、Yは、「本件手形の振出は、市議会の議決を経て振り出されたものか調査すべき注意義務がXにはある。そして、その調査は山口市吏員、山口市議会につき容易に行えた。」と主張しているものと考えられるが、722条2項の過失とは、このような主張で足りるかが争点となった。

最高裁はこの点につき、

「被害者の過失は賠償額の範囲に影響を及ぼすべき事実であるから、裁判所は訴訟にあらわれた資料にもとづき被害者に過失があると認めるべき場合には、賠償額を判定するについて職権をもってこれをしんしゃくすることができると思ふべきであって、賠償義務者から過失相殺の主張のあることを要しないものである。したがって、これと異なり、過失相殺にもいわゆる弁論主義の適用のあることを主張する論旨は、失当として排斥を免れない。」

と判示した。

本判決理由の学説の評価とそれに対する若干の考察

本件においてYは、前述の正当事由を否定する事実しか主張していないのであるが、過失相殺の過失の主張とは、このような事実の主張で足りるか問題となる。

本判決は、この点につき、当事者の過失の主張は過失相殺を認めるに足りないとは認定せず、過失相殺を認めた原審認定の賠償額を肯定している。すなわち本判決は、正当事由を否定する事実についてのYの主張をもって過失の主張といえると判断しているものと思われる。では、なぜ本判決は正当事由を否定する事実を過失と捉えると考えたのか。

判決の理解として、過失相殺の過失の主張とは、「被害者に過失があると認めるべき」事実の主張であり、前述したY主張の正当事由を否定する事実とは、「被害者に過失があると認めるべき」事実の主張にあたり、このような主張があれば過失相殺が認定できるとしたものと考えられる。以上より、判決の理解に従うと、過失の主張・立証は、過失相殺を目

的とした過失の主張・立証である必要はない。判例は、「被害者二過失アリト認ムヘキ事情」、被害者の過失を基礎づける事実について主張・立証があれば、（権利抗弁ではないので）加害者による相殺の主張がなくとも、裁判所が職権で斟酌できると考えているものと思われる。この点において、前述大判昭和3年と本判決の述べているところは一貫しているといえる。

戸根教授⁸⁾は、過失相殺につき弁論主義の排除を認める本判決は、職権斟酌と訴訟法上の職権調査とを混同していると批判する⁹⁾。しかし、前述の通り本件は、「被害者二過失アリト認ムヘキ事情」、すなわち被害者の過失を基礎づける事実の主張はなされている事案であるから、本判決をもって過失相殺に弁論主義の排除を認めたものとすることはできないと考える。判決理由中の「過失相殺にもいわゆる弁論主義の適用があることを主張する論旨は、失当として排斥」する旨の記載は、Xが「過失によって相殺する旨の過失相殺の主張はしていないが、それにも関わらず過失相殺を認定したことは弁論主義に違反して違法である」という主張を受けて、過失相殺の認定に際して、当事者が過失を斟酌する旨求める（相殺の主張）ことは不要である（、江川説に近い）という意味でなされたものと考えられる¹⁰⁾。

3. 最高裁昭和43年12月24日判決民集22巻13号3454頁事件¹¹⁾の検討

XとYの間には債務名義として不当利得事件の和解調書があり、その条項には、XがYに対し元本金150万円と一定期間一定率の遅延損害金の支払義務を認め、これをYの訴訟代理人に割賦払すべく、割賦金の支払いを二回以上怠れば残債務につき期限の利益を失う旨記載されている。Xは債務を支払わなかったため、Yは上述和解調書に基づいて強制執行を行い、これに対してXは、請求異議の訴えを提起したという事件である。Xは、「弁済すべき訴訟代理人の所在が移転されたのに、Yからその旨の通知がない。また、昭和41年7月20日まで何ら弁済の催告もなかった。遅延金の増額についてはYに過失があるから過失相殺の適用がある。」と

主張し上告した。

最高裁はこの点につき、「民法418条による過失相殺は、債務者の主張がなくても、裁判所が職権ですることができるが、債権者に過失があった事実は、債務者において立証責任を負うものと解すべきである。しかるに、本件にあっては、債務者である X の債務不履行に関し債権者である Y に過失があった事実については X において何らの立証もしていないことは、本件記録に徴し明らかである。されば、原審が本件について民法418条を適用しなかったのは当然であって、原判決には所論の違法はない。」と判示した。

豊水調査官¹²⁾は、本判決は、債務者が、債権者の過失を構成する事実の主張も、抗弁として過失の主張もしなくても、裁判所は訴訟にあらわれた資料に基づいて債権者の過失を構成する事実を認めるときは、職権で過失相殺ができることを認めたものであると評価している¹³⁾。その趣旨とするところは、債務不履行における過失相殺が、損害賠償制度を指導する公平の原則と債権関係を支配する信義則の一顕現であり、社会生活を支配する協同精神が適用される場であることに鑑み、裁判所は、当事者の主張がなくても、職権で過失相殺をすることができるとしたのであろうとする。

調査官である豊水の指摘は、過失の主張・立証責任について、判例の動向が、末川説に移行しつつあることを表象するものとして注目に値する¹⁴⁾。しかし本判決は、「Y に過失があつた事実については、X においてなんらの立証もしていないことは……明らか。」と述べており、X の過失の立証が不十分であった旨を判示しようとしていることから、本判決は、過失の立証責任は債務者が負うとする点を明示した点に意義があつたものと考えられる。また本判決理由は、「債務者の過失の主張がなくても」として、「当事者の主張がなくても」とはしていないこと、そして、「過失相殺は、当事者の主張がなくても、裁判所が職権ですることができる」とし、「過失を基礎づける事実は、当事者の主張がなくても、裁判所が職権ですることができる」とはしていないことから、まだ、末川説の立場に立つ

たとまでは断定できないものと考えることができる¹⁵⁾。

4. 過失の主張責任について民法学説・民事訴訟法学説の理解

、末川説を「判例・通説」としている概説書¹⁶⁾が散見されるが、民法および民事訴訟法の諸学説は前述した諸判決についてどのような理解を示しているか。

新堂教授は、「判例は、過失相殺は債務者または加害者の主張がなくても職権ですることができるとするが（大判昭和3年，最判昭和43年），債権者または被害者の過失を構成する事実，やはり弁論に顕出される必要がある。」¹⁷⁾とする。伊藤教授は、「過失相殺の自由裁量性を強調する学説は、過失の事実自体についても弁論主義の適用がないとする（後述好美説）」が「判例（最判昭和43年）が過失の事実自体についても弁論主義の適用を否定したと理解することは行き過ぎである。」とし、「通常の過失の場合と同様に、債権者の過失を基礎づける具体的事実は主張事実とみなされ、これについては、弁論主義が適用され、当事者の主張を要すると解する。」¹⁸⁾とする。これら諸説は、前述諸判決について、倉田説（当事者による「被害者二過失アリト認ムヘキ事情」の主張が必要と理解する説）と評価しているものと考えられる。

高橋教授は、最判昭和43年について「債務者からの主張は不要であるが、立証は必要だとした。その意味必ずしも明らかでない判例であることは、諸評釈の説くとおりである。」¹⁹⁾とする。また鈴木正裕教授は、大判昭和3年，最判昭和43年について「これ（過失）が包摂される主張事実が当事者の主張がなくても認定できるという趣旨なのか（弁論主義の適用を受けて）当事者の主張を要するという趣旨なのか、議論が分かれる」²⁰⁾とし、倉田説が登場してからもなお、前述諸判決を、末川説と評価する学説が根強く残っており、民事訴訟法学説が混乱していることを示唆している。

前述した諸判決の評価ではないが、被害者の過失の主張責任について、

高橋教授は、「過失相殺を実体法上どのように捉えるかはともかく、手続法的に不意打ち防止の観点から眺める限り証拠資料の中に出てきた事実によっていきなり職権で裁判所が過失相殺するのは妥当ではない。普通の弁論主義を適用させ、当事者からの事実主張を要するとすべきである。」²¹⁾とする。

以上の検討から、民事訴訟法学説上、前述した諸判決を、末川説と理解する者は少なく、自己の見解として、末川説を採る者も少ないことが分かる²²⁾。民事訴訟法学説上は、当事者による「被害者二過失アリト認ムヘキ事情」の主張が必要であるとする、倉田説が(通説とまではいえな²³⁾いかもしれないが)多数説とはいえるものと考えられる。

このように民事訴訟法学説上は、倉田説が多数説であると考えられるのに、前掲注16)上田・右田・高橋教授のように、末川説を多数説と呼ぶ概説書が多いのはなぜか。この点につき、前述諸判決について民法学説の理解を以下検討する。

幾代教授は、「訴訟においては、賠償義務者から、被害者側に過失が存在した旨(過失を基礎づける事実の主張)や、過失相殺がなされるべきである旨の主張がなされなくても、証拠上被害者側の過失が認定される限りは、裁判所は、職権でこれを斟酌して妥当な賠償額を決定することができる(大判昭和3年、最判昭和41年)。」²⁴⁾とする。前田教授は、「過失の主張立証責任については、かつて、加害者にあるとしていたが(大判昭和3年)、近時は、当事者からの主張がなくても、訴訟に現れた資料から、過失が認定されれば、職権で斟酌してよいとされている(最判昭和41年)。」²⁵⁾とする。

以上の検討から、民法学説上、前述した諸判決を、末川説と理解する者が多いことが分かる。ここに民事訴訟法学説と民法学説の乖離を見ることが出来る。

では実務は、被害者の過失の主張責任をどのように捉えているか。

倉田判事は、「わが国がドイツに比し、弁論より証拠調に頼る割合が多

く、間接事実の比重が彼よりはるかに重いことは、既に指摘されていることであるが、こういう『証拠余りあって主張足らず』という状態が、過失相殺についても、弁論主義を制限するような形で運用を便利としたことは思い半ばに過ぎよう。²⁶⁾とし、「実際の訴訟では、不意打ち防止という弁論主義的側面を無視しえず、少なくとも過失は主張させているのが普通である。」²⁷⁾とする。

民法学説は、末川説を採っているものと考えられ、民事訴訟法学説・（私見の）裁判例の理解（、倉田説）・実務との間にひらきがある。この溝をどのように埋めればよいか、この観点から被害者の過失の主張責任を再検討する必要がある。

二．過失を基礎づける事実について主張責任の及ぶ 範囲を示した判例の検討

判例は、過失を基礎づける事実、すなわち「被害者二過失アリト認ムヘキ事情」について当事者の主張が必要であるとしているが、被害者の結果回避義務を推認させる抽象的な事実の主張をすれば足りるのか、それとも具体的な被害者の過失の事実の主張までしなければならないか。

前述でも指摘したが、大判昭和3年は、保護者がいればこの事故は起きなかったというYの主張があれば、Xの過失、すなわち自らAに同行するか、適切な保護者を委託しなかったという親としての注意義務違反を認めることができるとして、当事者が主張すべき事実の範囲を限定的に捉えていることが分かる。すなわち、Xの具体的な注意義務違反の内容まで当事者の主張を要求していない（自ら同行しなかったのか、それとも適切な保護者を委託しなかったのかという具体的事実については主張が不要である、すなわち主張責任を負わさない。）。しかし、この問題を取り挙げた判例は少なく、また、民法学説上は、末川説が通説であり、この説によると過失の主張責任を論ずる必要がないため、この点についての議論があ

まりなされていない。以下では、不法行為上の過失の主張責任の及ぶ範囲についての判例を通じて、被害者の過失の主張責任の及ぶ範囲を考えてみたい。

1. 被害者の過失と加害者の過失の違いについて比較・検討

被害者の過失と不法行為の要件としての過失は違うものとして捉える説(後述、加藤説)を採用すると、加害者の過失と被害者の過失をパラレルに考えることができなくなる。すなわち、主張責任の及ぶ範囲について、加害者の過失の判例を検討する意義がないことになってしまう。そこで、被害者の過失と加害者の過失の違いがあるのかどうかをまず検討をする。

被害者の過失を注意義務違反と捉える説(我妻説)

起草段階においては、722条2項の過失とは何かという問題について、あまり検討がなされていなかった²⁸⁾。我妻博士は、不法行為上の過失と同様の(信義則上の)注意義務を被害者の過失に要求する²⁹⁾。

被害者の過失を単なる不注意と捉える説(通説・判例³⁰⁾・加藤説)

これに対して加藤一郎教授は、「ここで被害者の過失といっても、不法行為の成立要件の場合のように厳格な意味ではなく、不注意によって損害の発生を助けたということである。」³¹⁾とする。そして、我妻説を採用か、加藤説を採用かは「注意義務をどう解するかの問題である」とし、「被害者の過失を考慮するのは、被害者が社会共同生活上なすべき注意を払わなかったためだといえ、その前提として信義則上の注意義務があることになるが、しかし、その程度は加害者の過失の前提となる注意義務よりは軽いものでよいと思われるのであって、その点では、加害者の注意義務違反とは違うということになる。」とする³²⁾。

しかし、「自己自身に対する消極的不注意(程度の軽い過失)」をもって賠償額に斟酌することが、果たして加藤・好美教授のいうように加害者と被害者との公平を図ることになるのであろうか。権利侵害を行った加害者が被害者の小さな非を捉えて賠償額の減額を受けるとする方が、不法行為

の趣旨である被害者の被った損害の回復の観点からは、却って「不公平」な結果をもたらすように思われる。したがって、なぜ加害者については注意義務違反を必要とし、被害者については程度の軽い注意（不注意）で足りるという区別をつけるのか、「賠償額の公平な分担」という説明でははっきりしない³³⁾。また、不法行為法の基本理念である被害者の被った損害の回復という観点から考えると、³⁴⁾、加藤説のように、被害者に注意義務違反がなくとも容易に賠償額を減額できるとすることにも疑問が残る。賠償額の調整という機能を過失相殺にもたせるべきか、もう少し慎重な検討をする必要があるといえる。

私は、賠償額を「公平」に分担するというのであれば、被害者にも加害者と同様の過失（注意義務違反）を要するとすべきであり、ここにいう被害者の過失（注意義務違反）とは、信義則上の損害軽減義務違反として構成できるのではないかと考える^{34),35)}。またこの考えは、被害者の被った損害の回復という不法行為の基本理念にも整合するものである（加害者の過失と被害者の過失との均衡がとれている）。

以上より、本稿は 我妻説の立場で、以下検討を進めることとする。

2. 最高裁昭和39年7月28日判決民集18巻6号1241頁事件の検討

被上告人 X（原告）は、昭和34年10月27日分娩のため上告人 Y（被告）経営の産婦人科病院へ入院した。Y は X に対し、同日からその翌日にかけて無痛分娩方法として脊髄硬膜外麻酔注射を行ったが、その際 Y の不注意によって、注射部位へ葡萄状球菌が侵入した。そのため X は分娩後、脊髄硬膜外膿瘍および圧迫性脊髄炎にかかり障害を負った。X は Y に対し合計金150万円の損害賠償を請求したという事件である。

X は原審において、「³⁶⁾ 消毒不完全、³⁷⁾ 不良消毒液の使用」という Y の過失を主張した。これに対し原審は、葡萄状球菌に感染したのは、注射に際し注射器具、施術者の手指あるいは患者の注射部位の消毒が不完全であったため、それらに付着していた菌が X の体内に侵入したためであっ

たと推認するのが相当であるとして、Yの過失を認めた。

Yは、「注射器具の消毒、施術者の手指の消毒、患者の注射部位の消毒につき、どのような注意義務違反を行ったのか、Xが主張していないのに、Yに過失ありと認定することはできない」と主張した³⁶⁾。

最高裁は、注射に際し注射器具、施術者の手指あるいは患者の注射部位の消毒の不完全は、いずれも、診療行為である麻酔注射に際しての過失とするに足りるものであり、かつ、医師の診療行為としての特殊性にかんがみれば、具体的にそのいずれの消毒が不完全であったかを確定しなくても、過失の認定事実として不完全とはいえないと解すべきであるとした。

本判決は、過失の主張責任につき、注射器具、施術者の手指あるいは患者の注射部位の消毒にどのような注意義務違反があったのかという具体的事実までの主張は不要で、診療行為である麻酔注射に際しての過失の主張があればYの過失を認定してよいとしている。

判例は、被害者の過失の主張責任の及び範囲について、過失を構成する事実(被害者二過失アリト認ムヘキ事情)の主張を要求しており、過失という価値判断そのものを主要事実と捉えていない(、江川説を採らない)点で一致していると考える。判例の立場として、過失の主張責任の及び範囲について、過失を構成する事実の主張を一応要求しているが、その主張すべき事実の範囲は狭く、このように解すると、、江川説、後述、消極説の立場と近接するようと思われる。

3. 主要事実と間接事実に関する諸学説の検討

過失を基礎づける事実が主要事実、すなわち当事者による主張を必要とする事実か。

消極説・間接事実説(兼子一³⁷⁾・江川英文)

過失という価値判断そのもののレベルで主要事実をとらえ、その判断を導くに至った個々の具体的事実については、これを間接事実と見る説である。

この説には以下の批判が考えられる。

加害者が過失ありと主張すれば、自白成立することになるが、権利自白については裁判所が拘束されないとしていることと矛盾する。

当事者が不意打ちを受ける。

「釈明権の行使だけで適切な事実主張をさせることは容易ではない」³⁸⁾。

積極説・主要事実説（山内敏彦³⁹⁾・倉田卓次）

価値判断を要求する過失を主要事実としてとらえず、それらを構成する個々の具体的事実を主要事実と考える説である。「一方、規範的評価自体については主張責任がないことになる。すなわち、右具体的事実を根拠として過失、正当理由、背信性などがあると評価できるか否か、言い換えると、そのような規範的要件に該当するものと判断できるか否かは法律問題であり、法規を適用する裁判所の職権に属し、当事者が『過失あり』などと規範的評価の成立を主張する場合の、その主張の性質は法律上の意見の陳述である。」⁴⁰⁾。すなわち、「被害者二過失アリト認ムヘキ事情」が実際に「賠償額ノ範圍ニ影響ヲ及ボスヘキ事實」かどうかの判断は、裁判所の職権に属するということである。「主要事実説といえども実際面で問題がないわけではない。すなわち、評価根拠事実はすべて弁論に現れたものに限られ、主張のない事実はいかに当該評価を根拠づけるために有用であっても、裁判所がこれを判断・評価の根拠とすることは弁論主義に反し、許されないから、当事者の主張責任の負担はそれだけ厳しくなる。」⁴¹⁾という批判がある。

前述で検討を加えた最判昭和39年は、当事者の主張責任の負担を軽くするため、当事者の主張すべき（主張責任を負うべき）過失を基礎づける事実の範囲を狭く解することによって、この問題に対処しようとしているものと考えられる。

三．過失の主張責任から見た民法722条2項 類推適用事例

過失を「被害者二過失アリト認ムヘキ事情」とする解釈が、722条2項類推適用事例に関する判例にどのような影響を及ぼすのか。

1．民法722条2項類推適用に関する裁判例の検討

最高裁昭和63年4月21日判決民集42巻4号243頁事件

学説上、心因的素因⁴²⁾に関する判決と呼ばれるものである。昭和44年3月20日、Y₁所有でY₂の運転する車が訴外Aの運転する車(Aの妻Xが同乗)の後部に追突。追突の程度は軽微であり、車体に軽微な凹損が生じただけであった。

事故後、同月22日、Xは頭痛・頸部痛・吐き気などを訴えてC病院で診察を受け、外傷性頭頸部症候群であり約50日の加療及び安静を要するとの診断で入院を勧められ、Xは即日入院した。その後、頭痛、頸部硬直等の症状が継続し、結局昭和46年12月まで2年8ヶ月あまりC病院に入院し、退院後も、頭部、頸部痛、四肢のしびれ等の症状を訴え、同病院での治療を継続し、さらに昭和52～54年までD病院に入院し治療を受け、昭和54年1月～7月まではE病院で入院・加療を続けた。E病院退院後は、同病院に通院して治療を受けている。XはY₁及びY₂に対し、治療費、後遺障害による逸失利益、慰謝料等を請求した。

Yは「Xは、本件以前にも損害賠償請求の経験があり、過大な愁訴により高額な賠償金を得られることのあることを知っていたことから、初診時に医師に過大な愁訴をしたところ、同医師が初診当日50日間の安静加療を要するという診断をし、第一審原告の訴えるまま長期の入院加療を続けさせた結果による医原病というべきものか、あるいは同医師が薬剤の使用を誤った結果によるもので、本件事故と因果関係はない。」と主張した。

最高裁は、「思うに、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、範囲を越えるものであるであつて、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722条2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被害者の右過失を斟酌することができるものと解するのが相当である。⁴³⁾として、事故後3年を超えて生じた損害については、本件事故との間の相当因果関係を否定し、事故後3年間を経過するまでの損害については、本件事故との間の相当因果関係を認めた上で、「上告人(X)の訴えている右症状のうちには上告人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上告人の言動に誘発された一面があり、更に上告人の回復への自発的意欲の欠如等があいまつて、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」として、賠償額の減額を認めた。

本判決はまず、加害行為と発生した損害との間に相当因果関係があることを要求している。そもそもこれが認められない場合は、加害者は被害者に対して賠償請求をする必要がないこととなる。本件においては、事故後3年を経過した後の損害について、相当因果関係がないとして処理をしている。次に、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、範囲を越えるものであることを要求している。加害行為によって通常発生する損害については、(心因的要因が損害の拡大に寄与することが考えられないから)心因的要因を斟酌することはできないとしている。そして、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ことを要求している。この部分は、後述の最判平成4年と異なる。最判平成4年は、「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」としている。両者の違いは何か問題となる。心因的要因は、損害の発生に寄与することは考えられない(被害

者が自己中心的な性格であっても、それが内面にとどまる限り、損害の発生に寄与することはできない。また、それを722条2項の「過失」とすることはできないし、722条2項を類推適用することも許されない。だから判決は、「損害の拡大」に寄与するという文言を用いたものと考えられる。そして判決は、「心因的要因により損害が著しく拡大している時には、その全部賠償は当然に公平を失しているとの前提に立」⁴⁴⁾っているものと考えられる。それに対して「被害者の罹患していた疾患」については、被害者の罹患していた疾患による症状（事故当時に発現していたか否かを問わず）が事故を引き金に発現・悪化するということが考えられ、疾患と事故が「ともに原因となって損害が発生した」という文言を用いたものと考えられる。このように判例は、心因的要因と疾患について、「損害の拡大」に「寄与」、「ともに原因となって損害が発生」という形で使い分けをしていることが分かる。

本判決は、なぜ「722条2項類推適用」なのか。722条2項類推適用という方法については、「本来的な類推適用が行われる場合には損害論の問題と捉えることができるが、実態は伝統的な損害論の枠におさまるものではなく、因果関係論に及んでいる。むしろ、素因競合等に係る判例法を統一的に説明するためには、損害論とともに因果関係論を考慮しなければならない。判例法を『過失相殺類推適用説』と称して損害論にのみ位置づけることは、判例法の全体をとらえたことにはならないであろう。」し、「判例法は因果関係を割合的にとらえていると評価することができる。これを因果関係レベルで説明するためには、伝統的因果関係論（あるかないか）を克服しなければならない。これに応える最もふさわしい理論が割合的因果関係論である。割合的解決を行っている判決例の根本は『因果関係の割合的認定』（＝割合的因果関係論）ということにおいて共通している」とものと考えられる⁴⁵⁾。本判決は一方で、事故後3年間を経過するまでの損害については、本件事故との間の相当因果関係を認めるとしながら（相当因果関係の範囲内の損害については、加害者が賠償しなければなら

ないはずであるのに）、他方で、損害の拡大に被害者の心因的要因が寄与した場合、（心因的要因の寄与した割合につき）賠償額を減額することができるとする。判決は、加害者の加害行為と被害者の心因的要因両者が競合して損害を拡大した場合について、加害者の加害行為と「相当因果関係がない」として、「因果関係がある、ない」という形で硬直的な処理をするのではなく、「相当因果関係はとりあえずある」とした上で、加害行為、心因的要因それぞれの寄与度に応じて、賠償額を判定しようとしたものと考えられる。すなわち学説上、「割合的因果関係論」と呼ばれている問題について、被害者の過失の割合に応じて賠償額を減額できるとする722条2項の過失相殺の規定を被害者の寄与の割合に応じて賠償額が減額できる規定と読みかえて、便宜上722条2項を用いて処理したものと考えられる（したがって、厳密な意味での類推適用ではない。722条2項の転用と呼ぶべきか⁴⁶⁾）。

主張責任の観点から検討すると、Yは、Xの蒙った損害は「本件事故と因果関係がない」と主張した（この主張の中で、誇大な愁訴により適切を欠く治療を継続させたことの主張がなされている。）。722条2項の類推適用が「割合的因果関係論」の処理として用いられていることから考えると、ここでの主張責任は、これまで述べてきたような「過失を基礎づける事実」について負うものとすることはできない。Yが行った「誇大な愁訴により適切を欠く治療を継続させた」というような「損害の拡大に寄与した事実」の主張があれば、722条2項を類推適用して、割合的因果関係を裁判所が認めることができるものとする。

最高裁平成4年6月25日判決民集46巻4号400頁事件

疾患に関する判決である。A 搭乗の停車中のタクシーに Y₁ 運転の加害車両が追突し、A は頭部打撲傷を負い、その後死亡するに至った（A は、本件事故の1ヶ月前の昭和52年10月25日、タクシー内でエンジンをかけたまま仮眠中に一酸化中毒にかかり、意識もうろう状態で入院した。）。A の相続人である X から、Y₁ とその使用者 Y₂ に対し治療費、逸失利益、

慰謝料等の損害賠償を請求した。Yらは「Aは、本件事故の約一か月前に一酸化炭素中毒にかかり、精神障害を呈していたにもかかわらず、被害車両を運転し、高速道路の追越(第二)車線上で後続車両の安全に注意することなく、停車ないし停車に近い速度で走行していた過失があり、これを損害賠償算定にあたり、十分斟酌すべきである。」と主張した。

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うときは、裁判所は、損害賠償の額を定めるに当たり、民法722条2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斟酌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。……石造(A)は、本件事故により頭部、頸部及び脳に対し相当に強い衝撃を受け、これが一酸化炭素中毒による脳内の損傷に悪影響を負荷し、本件事故による頭部打撲傷と一酸化炭素中毒とが併存競合することによって、一たんは潜在化ないし消失していた一酸化炭素中毒における各種の精神的症状が本件事故による頭部打撲傷を引金に顕在発現して長期にわたり持続し、次第に増悪し、ついに死亡したと推認するのが相当である。」⁴⁷⁾として、Aの一酸化炭素中毒による賠償額の減額を認めた。

一酸化炭素中毒という疾患につき、割合的因果関係論を認める理由としては、仮定的因果関係、すなわち「その損害が事故がなくても発生したはずと認められる場合であり、この場合は、事故による損害の評価について、そのような仮定的因果関係の素因が斟酌されることについては、一定の合理性が認められる。」点、そして既発生の損害、すなわち「被害者に事故前から疾病や既往障害があり、その労働能力が制限されていたとすれば、損害評価のレベルでその斟酌は当然である。」⁴⁸⁾とする点を挙げるができる。判決理由が「当該疾患の態様、程度などに照らし」として、ただ単

に疾患が認められれば賠償額に斟酌することができるとはしていない点は、疾患の態様、程度を通じて仮定的因果関係、既発生の損害の要素を吟味しようとするものと考えられる（重度の疾患によってもともと損害が発生していた、または事故は単なる引き金に過ぎず、疾患が潜在的に進行していたいつ発症してもおかしくない状態にあった等を具体的に吟味する。）。本件においては、Aが、本件事故の約一か月前に一酸化炭素中毒にかかり、精神障害を呈していた（一酸化炭素中毒という重度の疾患によってもともと精神障害が発生していた）、または近々、精神障害を起こす可能性が高かった（本件衝突事故がなくとも、精神障害が発症していた可能性は高かった。）点が認められ、疾患につき722条2項が類推適用された（疾患が賠償額に斟酌された⁴⁹⁾）ものと考えられる。

最高裁平成8年10月29日判決民集50巻9号2474頁事件⁵⁰⁾

学説上、身体的素因に関する判決と呼ばれているものである⁵¹⁾。Y₁ 運転の Y₂ 所有自動車は、X 運転の自動車に追突し、X は頭部を運転席に強く打ちつけた。X は、平均的体格に比して首が長く多少の不安定症があるという身体的特徴を有していたところ、この身体的特徴に本件事故による損傷が加わって、左胸郭出口症候群の疾患やバレリュー症候群を生じた。頭頸部外傷性症候群による眼症状（矯正視力の低下等の症状）についても、X の身体的特徴がその症状の拡大に寄与している。本件は、X からの Y₁、Y₂ に対する治療費、後遺障害逸失利益、慰謝料等の損害賠償請求訴訟である。Y らは、「原告の体質的素因等の競合」を主張した。

最高裁は、「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、それが疾患にあたらぬ場合には、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である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ものが、転倒などにより重大な障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ものというべきだからである。」と判示した。そして、「上告人の身体的特徴は首が長くこれに伴う多少の頸椎不安定症があるということであり、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」、「右身体的特徴と本件事故による加害行為とが競合して上告人の右傷害が発生し、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ない。」⁵²⁾とし、Xの身体的特徴について賠償額に斟酌した原審の判断を破棄した。

本判決理由と前述 最判平成4年との違いは、身体的特徴(平均的な体格ないし通常の体質と異なる身体的特徴、首が長いということ)は、損害賠償の額を定めるに当たり斟酌できないとした点にある。これに対して疾患は、損害賠償の額を定めるに当たり斟酌できるものとした。この違いと、「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とはできない」、「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ものというべき」という点を捉えて、学説の多くは、前述したように「一定の慎重な行動を要請しているような場合、慎重な行動をとらなかったこと(過失)をもって賠償額に斟酌できる」解釈を判例がとるようになったものと理解するようになった。しかし、このような理解には、説明が困難な点がある。すなわち「疾患にあたらない場合には」という形で、疾患について留保している点である。疾患についても「すべての人が均一同質なものということとはできない」点では身体的特徴と同じであり、上述の理解では、この違いを説明することができないからである。では、判決の身体的特徴と疾患の取り扱いの違いはどこにあるのか(判決は、「身体的特徴と本件事故による加害行為とが競合して上告人の右傷害が発生し、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ない。」とし、明白に疾患の場合と判断を異にしている。それは、前述でも取り上げた仮定的因果関係、既損害の発生が疾患には当てはまるが、身体的特徴については当てはまらないことが挙げられると考える。すなわち、その損害が事故がなくても発生したはずと認められる場合という仮定的因果関係が、疾患に当たらないような身体的特徴については認められないということ、そして、疾患に当たらないような身体的特徴については、事故前から疾病や既往障害があり、その労働能力が制限されていたという事情は認められないこと、このような点から、身体的特徴について賠償額の全額を加害者に負担させることが著しく公平に反するものとは言えない、損害の負担を被害者に負わしめるべきでないという解釈につながったものと考えられる。

2. 過失の主張責任から見た民法722条2項類推適用事例

722条2項類推適用（私見は722条2項転用）事例については、本来の過失相殺事例の主張責任と同様、⁵³⁾、倉田説のように、裁判所が「心因的要因・疾患」を賠償額に斟酌するためには、「心因的要因・疾患」を基礎づける事実について当事者が主張しなければならないものとする（判例は、この主張責任を負うべき「心因的要因・疾患」を基礎づける事実を緩やかに捉える傾向にあると考える。）⁵³⁾。

四．過失の主張責任について、賠償額の主張責任からのアプローチ

当事者による過失の主張が必要であるとするならば、具体的な過失割合や賠償額まで主張責任を負担するのか。好美説の指摘から、以下検討を進めていく。

1. 好美・平井教授の指摘

好美教授⁵⁴⁾は、慰謝料の算定にあたり過失相殺をどのように考慮すべきであるかについて、以下の二説に分類する。

相殺説

植林教授⁵⁵⁾は、慰謝料も財産的損害と同様、具体的な金額を確定することができると考え、慰謝料の算定にあたり、実損害なるものをまず確定した後、被害者の過失を過失相殺事由として減額すべきとする説。この説を採ると、判例の立場のように過失を基礎づける事実の主張をしなければならぬ立場に馴染む。

斟酌説

被害者の過失は慰謝料の算定にあたり考慮されるべき諸般の事情の一つとして斟酌されるべきとする説。

そして好美教授は、慰謝料は苦痛の軽減・満足を目的として公平の観念から裁判所の裁量により決められるものであるから、結局、被害者の過失は、その他の諸般の事情とともに慰謝料算定の不可欠の前提をなしていると理解し、斟酌説が説得的であるとする。説のように捉えると、過失相殺という過失とは、賠償額を決定するにつき考慮されるべき一資料、すなわち間接事実であると考えられ、過失の主張がなくても、証拠上被害者の過失が認められるかぎり、裁判所は職権をもって過失を斟酌することができるとする。

以上のように好美教授は、当事者による慰謝料の金銭的評価が不可能であることを根拠に、過失の主張責任を不要なものと捉えている⁵⁶⁾。

賠償額(特に慰謝料)は、好美教授の指摘のように金銭的評価が不可能なものであるか。この点、平井教授の指摘が参考となる。

平井教授⁵⁷⁾は、賠償額は、過去の事実の探求の結果得られたものでなく、加害者に賠償を支払わせるのが当該紛争の解決として妥当なのかどうか、裁判官の将来へ向かっての具体的・個別的決断であり、創造的・裁量的行為の結果であるとする。そして損害賠償請求訴訟について、訴訟当事者

の訴訟支配の後退とそれに代わる裁判所の後見的介入，すなわち非訟的性
格を強調する。

平井教授は，さらに，過失相殺を損害の金銭的評価の問題（裁判所の裁
量的行為に委ねられている）と捉える立場から，「過失相殺については弁
論主義の適用がない」という立場を承認する⁵⁸⁾。

2. 過失の主張責任についての私見

(1) 過失相殺の「公平の原理」についての疑問

二．1において，過失相殺の制度趣旨である「賠償の公平な分担」への
疑問を提起してきた。起草者である穂積は，722条2項の規定を置かない
ことが「不都合」であると言っているだけで（公平を図るという趣旨は，
黙示的に示されているに過ぎない），この点についての明確な言及はな
い⁵⁹⁾。過失相殺の趣旨でいうところの「公平」とは何なのか，この点も踏
まえ，過失の主張責任のあり方を検討していくこととする。

我妻博士⁶⁰⁾が，過失相殺の制度趣旨を損害賠償法の根本理念である「公
平」の観念に由来するとし，この損害賠償制度を支配する公平の原理から，
過失の主張責任について，当事者の過失の主張がなくとも裁判所は職権を
もって過失を斟酌することができるとする方向に傾いていった。しかし，
我妻博士のいう公平とは，自分の過失（落ち度）によって被った損害まで
加害者に賠償を負担させないという意味での「公平」であり，この「公
平」の概念が，当事者と裁判所との間の役割分担を図る原理である弁論主
義にまで通用するものとは考えられない（当事者に過失の主張責任を負わ
せるか，裁判所が職権で過失を斟酌するかで，被害者の過失を加害者に押
しつけないという賠償の公平を図ることができるか否かが決まるものとは
到底思われない。）。もし，賠償の公平な分担ということを徹底させるので
あれば，，末川説や好美，平井説のように立証責任を当事者に負わせる
のではなく，裁判所が職権で探知できる，いわゆる職権探知主義を採るべ
きである。しかし，これらの説はそこまでの裁判所の介入を許容している

わけではない(立証責任は当事者が負うものとしている。)。また、なぜ立証責任のみ当事者に負わせるのか、その理由がなされていない。

したがって、被害者の過失を当事者に主張させるか否か、当事者に主張責任を負わせるとして、どの範囲まで主張責任を負わせるべきか(過失を基礎づける事実で足りるとするのか、過失割合、具体的な賠償額まで主張しなければならないとするのか)については、弁論主義の趣旨から明らかにすべきであると考ええる。

(2) 過失相殺の主張責任について弁論主義からのアプローチ

弁論主義の根拠論については、学説上、激しい争いがある。

手段説(村松俊夫・三ヶ月章)

村松判事は、「各個の訴訟の對象が原則として私人の自由處分に委ねられた生活關係に関する事件である以上、國家は制度としての訴訟の存立には利益を感じず、個々の訴訟内に於て自己の利益を有しない故、寧ろ當事者間の利益追行に委かせ之を利用して訴訟に協力せしめるのが得策である。所謂辯論主義・處分権主義の基礎は茲にある。」⁶¹⁾とする。三ヶ月博士は、「民事訴訟においては弁論主義がとられるといっても、それは私的紛争の本質と結びついたものというよりは、むしろ種々の考慮をかみ合わせた合目的的考慮ないし訴訟政策的考慮の所産といえる面がある」⁶²⁾とする。

手段説に対しては、「真実発見のためのいま一つ的手段として、職権探知主義があげられるが、弁論主義、職権探知主義のどちらが真実発見のためのすぐれた手段かといえ、職権探知主義のほうがよりすぐれた手段であるとされ、さればこそ、真実発見の高度の要請のある人事訴訟などにあたっては、職権探知主義がとられているのである。もし弁論主義が真実発見のための合理的手段ならば、なぜ人事訴訟などにおいても弁論主義がとられないのか、この素朴な疑問に手段説は答えることができないであろう。」⁶³⁾という批判がある。

多元説(竹下守夫)

竹下教授は、「弁論主義の根拠については、古くから、これを実体法上

の私的自治の原則に求める見解と、当事者の利己心を利用しつつ効率的に真実を発見しようとの合目的性に求める見解との対立があり、さらに不意打ち防止の観点を強調する見解も現れている。しかし、「弁論主義の内容を、一元的に根拠づけることは困難であり、むしろ、弁論主義は、右の三つのほか、裁判の公平さへの信頼の確保の要請などをも加えた、多元的な根拠に基づいて出来上がった一つの歴史的所産と見るべ⁶⁴⁾きであるとする。竹内教授のいう「不意打ちの防止」という観点から考えると、証拠上過失の事実が発見されれば、職権で過失を斟酌できるとするのではなく、少なくとも賠償額の範囲に影響を及ぼすべき事実については当事者に主張させることとして、被害者の不意打ち（過失相殺されるとは思いもしなかった）とならないようにしなければならないと考える。

この説に対する批判としては、「不意打ちの防止の要請は弁論主義の結果であって、その根拠ではありえないとか、また不意打ち防止は職権探知主義の下でも要請されるから、弁論主義固有の根拠にはなりえないなどの批判がある。」⁶⁵⁾

以上が弁論主義の根拠論についての学説の概観であるが、過失の主張責任の所在は、弁論主義の根拠論から直接導き出すことが難しいことが分かる。本稿では、三ヶ月博士のいう「訴訟政策的考慮」、そして竹下教授の指摘する弁論主義の機能としての「不意打ち防止」の観点に着眼して、過失の主張責任の所在をどのように考えるべきか、検討を進めることとする。

(3) 損害賠償請求訴訟の非訟化について、賠償額の定額化からの批判

損害額は、好美、平井両教授の指摘するように、当事者による算定が困難であると言えるか。損害額が定額化・定型化してきた現代においては⁶⁶⁾、損害額は、好美、平井両教授の指摘するように、当事者による算定が困難であるとするのができないと思われる。算定基準を当事者が賠償額を主張するに当たっての「目安」として利用でき、賠償額の算出において当事者が主張することが困難な事情が存在するかどうかという「訴訟政策的考慮」の観点からは、賠償額、賠償の金銭的評価につき当事者に主張を任せ

ても問題はないものとする。

(4) 過失の主張責任についての私見

では、過失の主張についてはどのように考えるべきか。「弁論主義の機能としての不意打ち防止」の観点から考えても、被害者の過失が賠償額にどの程度影響を及ぼすかについて当事者間で主張を争わせ、裁判官がそれらの主張に拘束されるとする方が「不意打ち防止」に資するものとする。弁論主義の「訴訟政策的考慮」、「不意打ち防止」の観点から、過失割合・具体的な賠償額についても当事者の主張をすべきであるとするが、過失割合・具体的な賠償額につき当事者に主張責任を負わせることが妥当であるかどうか問題となる。すなわち主張責任とは、「当事者は自分に有利な主要事実をこれを主張しないとその事実はないものと扱われ、不利な裁判を受けることになる」⁶⁷⁾という不利益のことであり、この定義から上述の見解をみると、加害者が過失割合・具体的な賠償額の主張までしなければ、裁判所が被害者の過失を斟酌することができない(被害者の過失はないものと扱われる)ということになってしまう。この点をどう考慮すべきか⁶⁸⁾。

損害額の定額化・定型化により、過失割合・具体的な賠償額につき当事者に主張させる必要性は高まっているが、加害者が過失割合・具体的な賠償額の主張までしなければ、裁判所が被害者の過失を斟酌することができない(被害者の過失はないものと扱われる)とすることは、訴訟を硬直化させることになり許されないものとする。したがって過失割合・具体的な賠償額につき当事者に主張責任まで負担させるとすることはできないものとする。ただし、「訴訟政策的考慮」、「不意打ち防止」の観点からは、過失割合・具体的な賠償額については、民事訴訟法149条により裁判所が積極的に釈明権を行使して当事者の主張を促すよう努めるべきである。また、当事者が過失を斟酌して具体的な賠償額について算定し、主張を行ったような場合は、民事訴訟法246条の処分権主義によって裁判所はその当事者の主張を尊重すべきである。このようにして、過失割合・具体的な賠償額については、当事者の主張を優先させる法的手段をとるべきである。

お わ り に

本稿では、被害者の過失の主張、立証責任の検討を通じて、過失相殺の制度趣旨、被害者の「過失」とは一体何かという実体法的な視点が浮かび上がってきた。判例は、「賠償額の公平な分担」という損害賠償の根本原理を過失相殺の趣旨と捉え、被害者の「過失」を極めて曖昧な概念として解釈をするようになっていった（被害者の「過失」を単なる不注意と捉える、加藤説の見解）。

本稿では、過失相殺の趣旨である賠償額の公平な分担の「公平」とは一体何なのかという点に着目した。学説・判例が多用する「賠償額の公平な分担」とは何か、どのような場合に被害者の寄与分の減額することが「公平」であるのか、再検討する必要があると思われる（このときに、不法行為法の目的はまず「被害者の救済」にあることを忘れてはならない）。

本稿の目的であった過失の主張責任については、過失相殺の趣旨である「公平」の観点、弁論主義の根拠論から直接導き出すことが困難であることを指摘した。そして、弁論主義の機能である「訴訟政策的考慮」、「不意打ち防止」の観点と賠償額、過失割合の定型化の視点から、過失割合、賠償額についても当事者に主張をさせるべきであると考えた。ただ、当事者に過失割合、賠償額についても主張責任を負わせるとすると、当事者が過失割合・具体的な賠償額の主張までしなければ、裁判所が被害者の過失を斟酌することができない（被害者の過失はないものと扱われる）結果となり、訴訟を硬直化させることになるから許されないものと考えた。「訴訟政策的考慮」、「不意打ち防止」の観点からは、過失割合・具体的な賠償額については、民事訴訟法149条により裁判所が積極的に釈明権を行使して当事者の主張を促すよう努めるべきであり、当事者が過失を斟酌して具体的な賠償額について算定し、主張を行ったような場合は、民事訴訟法246条の処分権主義によって裁判所はその当事者の主張を尊重すべきであると

考えた。この見解は、実務の採るところであり、今後、当事者に対して過失割合、賠償額の主張を促す法的手段としてどのような方法を採用することができるか、さらに検討をする必要がある。

- 1) 江川英文「判批」判例民事法昭和3年度62事件評釈320頁以下(有斐閣,昭和29年復刊)参照。
- 2) 倉田卓次「判批」別冊ジュリ36号 我妻榮編『続民事訴訟法判例百選』(1972)133頁 [倉田卓次「過失相殺の職権斟酌」同人著『交通事故賠償の諸相』(日本評論社,1976)224頁]の指摘参照。
- 3) 末川博「判批」法律論叢21巻5号132頁以下(昭和4年)[末川博「判批」『破毀判例民法研究1巻』(弘文堂,1931)所収335頁以下]参照。
- 4) 末川博士は、おそらく加害者に対する非難という不法行為の社会的機能から、裁判官の斟酌の範囲を広く認め、賠償義務者からの過失の主張は不要としたものと考えられる。しかし、加害者に対する非難の観点からは、賠償義務者から過失の主張がないが、裁判所が被害者の過失を認めた場合に、職権で過失を斟酌するということの説明ができない。すなわち、加害者を非難するのであれば、賠償義務者から主張がないのにわざわざ職権をもって過失を斟酌する必要は全くない。加害者に対する非難の観点から導かれるものは、賠償義務者からの過失の主張がある(訴訟資料上被害者の過失が認められる)が、被害者の過失を斟酌すべきでない場合、裁判所が斟酌しないという判断(「被害者二過失アリト認ムヘキ事情」が「賠償額ノ範囲ニ影響ヲ及ホス」かどうかの判断)を自由できるとすることである(末川博士は、この問題を「斟酌しないということ」というレベルの問題と位置づけており、「斟酌するか否かを問題にしない」というレベルの問題と区別している)。しかし、訴訟資料上被害者の過失が認められるとして、それを斟酌するかどうか(「斟酌しないということ」というレベルの問題)は、裁判所の自由心証の問題であり(民事訴訟法247条)、裁判所が自由に斟酌できることは当然であり、あえてこの判決で言及する必要がない。では、末川博士は、「斟酌するか否かを問題にしない」というレベルの問題について、賠償義務者の主張がなくても、裁判所は職権をもって斟酌するか否かを問題とすることができると考えているのか。末川博士は、「斟酌しないでもよしいといふことは、必ずしも斟酌するか否かを問題としないでもよしいといふことではないのであつて、問題としないでもよしいか否かは更に訴訟審理一般の原則によつて決せられねばならぬ。」としており、訴訟審理一般の原則に従うと、少なくとも被害者の過失の主張は必要であり、賠償義務者からの被害者の過失の主張が不要ということは導き出すことができない。末川博士は、「斟酌しないということ」というレベルの問題について、裁判所の職権で自由に斟酌できると考えたのではなからうか。ただ、判決理由の「訴訟二現ハレタル資料」を証拠資料と誤って読んだため、「斟酌しないということ」のレベルの問題と「斟酌するか否かを問題にしない」というレベルの問題が混乱してしまったように思われる。
- 5) 倉田・前掲注2)「判批」別冊ジュリ132頁 [倉田・前掲注2)交通事故賠償の諸相220頁]以下、『民事破棄判例要覧 第六巻』(新日本法規出版,昭和53年)231頁の要旨(おそら

く倉田判事が編集に関わったものと思われる。)参照。

- 6) 鳩山秀夫『日本債權法(總論)』(岩波書店, 1926)98頁。括弧は筆者が付けた。
- 7) この点につき、倉田・前掲注2)「判批」別冊ジュリ132頁[倉田・前掲注2)交通事故賠償の諸相224頁]は、「江川説は『『被害者に過失があった』旨主張していれば足りる、との判示と読んでいる」が、「これでは判旨を非常に狭く理解したことになる。」とし、当事者の主張すべきものが、「被害者に過失があった」旨の主張で足りるのか、それとも「被害者二過失アリト認ムヘキ事情(事実)」の主張まで要するののかという問題について、後者の立場に立っているものと考えられる。したがって、後述で、江川説と呼ぶものについては、「被害者に過失があった」旨の主張で足りるとする説、倉田説と呼ぶものについては、「被害者二過失アリト認ムヘキ事情(事実)」の主張まで要する説として用いるものとする。
- 8) 戸根住夫「判批」別冊ジュリ145号 新堂幸司ほか(編)『民事訴訟法判例百選』(1998)199頁。
- 9) 倉田・前掲注2)「判批」別冊ジュリ133頁[倉田・前掲注2)交通事故賠償の諸相226頁]も同旨。右田堯雄「職権による過失相殺」ジュリ増刊『民事訴訟法の争点5』(1979)223頁は、「最判昭和41年の事案は、当事者の主張なしに被害者の過失を認定したが、このこと自体は判決要旨とされていないし、この見解は前記大判(昭和3年)の誤評ともいえる多数説(末川説)に引きずられた結果とも見得る。」としており、戸根教授・倉田判事と同様、最判昭和41年事件は、当事者による過失を基礎づける事実の主張がなかった事案と捉えている。
- 10) 豊水道祐「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和43年度1000頁(法曹会, 昭和46年)も最判昭和41年は、「裁判所が過失相殺するためには、被害者から過失相殺の抗弁が提出されることを要するとする上告論旨に対する判旨のためか、第二説(江川説、倉田説)を採ったのか、第三説(末川説)を採ったのか明らかでない(括弧は筆者が付けた。)」としており、私見のように解することが可能であることを示唆している。
- 11) 債務不履行の事案である点に注意が必要である。
- 12) 豊水・前掲注10)998頁。
- 13) 倉田・前掲注2)「判批」別冊ジュリ133頁[倉田・前掲注2)交通事故賠償の諸相227頁]は、「本件判旨は、……実務の非訟的方向を肯定し推進する意義を有し、注目に値する」とし、上田徹一郎「判批」ジュリ456号 我妻栄(編)『昭和44年度重要判例解説』(1970)111頁は、「判例・通説では、被害者の過失は妥当な賠償額を裁判所が独自の立場で決定するにあたり考慮すべき資料としての面がより強く意識される結果、弁論主義を後退させている。」として、豊水調査官と同様の評価をしている。
- 14) 右田・前掲注9)223頁は、「調査官解説は筆者の実務経験からすれば一の解釈資料にすぎず、勿論絶対的なものではない」とする。
- 15) 上田・前掲注13)「判批」ジュリ110頁も同旨。戸根教授は、前掲注8)198頁において、本件の債務者Xは、明白に過失相殺の主張をしているし、上告理由で過失相殺の主張をしていないのに認定をしたとの論難をしてはいないのであるから、「過失相殺は、債務者の過失の主張がなくても、裁判所が職権ですることができる」との判示は不要であったと

指摘する。

- 16) 上田・前掲注13)「判批」ジュリ456号111頁。右田・前掲注9)223頁は「学説の主流」とし、倉田・前掲注2)「判批」別冊ジュリ133頁[倉田・前掲注2)交通事故賠償の諸相226頁]は「対立学説が形成されぬまま、大審院判例の権威の下に通説化し」とする。また、高橋宏志『重点講義民事訴訟法』(有斐閣、新版、2002)388頁は、
、末川説を多数説と捉えている。
- 17) 新堂幸司『新民事訴訟法』(弘文堂、第3版、平成16年)399頁。傍点、括弧は筆者が付けた。谷口安平『口述民事訴訟法』(成文堂、昭和62年)215頁、松本博之・上野泰男『民事訴訟法』(弘文堂、第3版、平成15年)47頁も同旨。
- 18) 竹下守夫・伊藤眞(編)『注釈民事訴訟法(3)』[伊藤眞](有斐閣、平成5年)68頁。括弧は筆者が付けた。木川統一郎『民事訴訟法重要問題講義 中』(成文堂、1993)451頁も同旨。
- 19) 高橋・前掲注16)388頁。
- 20) 中野貞一郎ほか(編)『新民事訴訟法講義』[鈴木正裕](有斐閣、第2版、2004)193頁。括弧は筆者が付けた。裁判所書記官研修所(監)『民事訴訟法講義案』(司法協会、平成14年)106頁も同旨。
- 21) 高橋・前掲注16)388頁。
- 22) 上田徹一郎『民事訴訟法』(法学書院、第4版、2004)329頁は、最判昭和43年を「弁論主義を後退させる。」と読み、
、末川説に近接した読み方をしているものと考えられ、民事訴訟法学説の多数説と見解を異にする。ただ、
、末川説を「かつての多数説」と理解している。
- 23) 谷口安平・竹下守男(編)『民事訴訟法を学ぶ』[鈴木重勝](有斐閣、第2版、1989)117頁は、学説の多数が
、末川説から
、倉田説に移行していることを示唆している。
- 24) 幾代通『不法行為』(法律学全集20-) (筑摩書房、昭和52年)314頁。括弧、傍点は筆者が付けた。内田貴『民法 債権各論』(東京大学出版会、2003)406頁も同旨。
- 25) 前田達明『現代法律学講座14 民法 2 不法行為法』(青林書院、昭和55年)367頁。
- 26) 司法研修所(編)『民事判決起案の手引き』(法曹会、9訂版、平成13年)45頁は、「実務においては、間接事実説(『過失』の基礎となる具体的事実が間接事実であるとする見解)に立った上で、上記具体的事実を重要な間接事実として適する例も少なくない(括弧は筆者が付けた。)」とする。この記述から、
、末川説が実務に受け入れられやすかったことが窺える。
- 27) 倉田・前掲注2)「判批」別冊ジュリ133頁[倉田・前掲注2)交通事故賠償の諸相226頁] 司法研修所(編)『民事訴訟における要件事実 第一巻』(法曹会、増補版、昭和63年)33頁、司法研修所(編)『問題研究要件事実 言い分方式による設例15題』(法曹会、平成15年)159頁、が主要事実説を採用していることから、実務は
、倉田説を採っているものと考えられる。
- 28) 潮見佳男『不法行為法』(信山社、2004)306頁も同旨。潮見教授は、「過失相殺の性質が議論の中心に据えられたのは、わが国では時代を下ったことであり、とりわけ大正時代から昭和初期にかけてのドイツ民法学のわが国民法学への圧倒的影響
いよいよの学説

経受のもとにおいてであった。そこでは、主として被害者の過失の意味が問題とされた。その際の議論においては、法的構成面で被害者の過失を加害者の過失とパラレルに捉え、自己に対する注意義務違反と捉える傾向にあった。」と指摘する。

- 29) 我妻榮『事務管理・不當利得・不法行為 3』(日本評論社, 1939) 209頁。
- 30) 最大判昭和39年6月24日民集18巻5号854頁。
- 31) 加藤一郎『不法行為』(法律学全集22) (有斐閣, 増補版, 昭和58年) 247頁。
- 32) 昭和40年代に722条2項の過失解釈が, 我妻説から, 加藤説に変容していったのはなぜか。昭和30年, 自動車の事故件数は僅か7万件ほどであったのが, 34年に15万件と事故件数が倍になり, 更に翌35年には35.5万件に達し, 自動車事故は昭和45年(60万件)まで急増していった(国土交通省道路局企画課(監)『道路統計年報2004年版』461頁(全国道路利用者会議, 平成16年)参照。)。そして, 賠償額は年々増加の一途をたどっていった。このような時代背景の下, 損害賠償をする保険会社は, 増加する負担に対処するため, 過失相殺の賠償額調整機能に着目し, 賠償額を減額させる事由としては被害者の単なる不注意で足りると解釈していった(被害者の損害の回復軽視の傾向)。それが最高裁(昭和39年判決)にも認められるところとなったのではなかろうか(筆者の推測)。被害者の損害の回復軽視の傾向, そして過失相殺の賠償額調整機能の重視の傾向は, 被害者の過失の主張責任を不要と考える後述四・1. 好美説, 平井説にも現れていると考えられる。
- 33) このことは, 被害者の過失に注意義務違反を要求する我妻博士が, 自説の根拠付けとして賠償額の「公平の理念」を挙げていることから, 裏付けることができる。
- 34) 損害軽減義務について, 谷口知平・植村弘『損害賠償法概説』(有斐閣, 昭和45年)[谷口知平] 88頁は, 「損害算定において, どのように被害者側の態度を考慮すべきか つまり過失相殺を認めるべきか は, 實際上具体的に信義公平に従って定めるほかないのであるが, 要するに, 不当な危険や費用の負担, 或いは屈辱なしに合理的な努力によって避け得たるべき損害, 不法行為を知った後, 合理的な行動をとることにより避け得たるべき損害については賠償を請求しえないのであって, 被害者が損害軽減の努力をすべき義務は, それを尽くすよう要求することが合理的な限度において存するとされ」とする。私は, この損害軽減義務を信義則(民法1条2項)に基づく被害者の注意義務と捉え, 被害者にこの注意義務違反があった場合, 722条2項の過失を認める。
- 35) 過失相殺に必要な要件として被害者の過失を要するという立場は, 被害者の被った損害を加害者と被害者が共同して作り出したものと捉えられ, 共同不法行為と同様の側面を有していると考えられる。確かに, このような共同不法行為類似的関係においては, 被害者保護の観点は不要であり, 加害者の負担する損害賠償債務は分割債務(自己の不法行為と因果関係のある損害賠償債務のみ)でよいと考えることができる。しかし, 加害者と被害者が被害者の被った損害を共同で作出した場合に全て因果関係で処理すると考えると, 加害者の作り出した損害(加害行為と因果関係のある損害)と被害者の作り出した損害(被害者の過失ある行為と因果関係のある損害)の区別が明確ではない場合(後述三・1. 最判昭和63年も 最判平成4年もこれに近い), 被害者が損害賠償請求できないという硬直的な処理しかできなくなってしまう, 損害賠償の基本理念である被害者保護の観点, 被害者の被害の回復の観点からは妥当ではない(なぜなら, 因果関係とはあるかないかの

問題であり、柔軟な対応がとれないから。)以上より、因果関係判断後の処理として、過失相殺を用いて被害者の過失を賠償額に斟酌すると考えるべきである。

- 36) この判決は、正面から過失の主張・立証責任の問題を取り上げた判決ではない点に注意が必要である。
- 37) 兼子一『民事訴訟法体系』(酒井書店、10版、1959)236頁。
- 38) 前掲注27)民事訴訟における要件事実・32頁。
- 39) 山内敏彦「一般条項ないし抽象的概念と要件事実(主張立証責任)」判タ210号43頁(1967)。
- 40) 前掲注27)民事訴訟における要件事実32頁。前掲注27)問題研究要件事実159頁も同旨。
- 41) 同上。
- 42) 判決は正確には「素因」とは呼んでいない(「心因的要因」と呼ぶに留まる。)本稿では、判決文の「心因的要因」という言葉を用いることとする(722条2項類推適用を「割合的因果関係論」で説明する私見の立場(後述参照)からは、「素因」と呼ぶより、「要因」と呼ぶ方が正しいと考えられるからである。)本判決は、一方で、「心因的要因」を「右過失」としながら、他方で「右事情」とする。最高裁がこれらの用語を慎重に使い分けしなかった。このことが、学説の混乱をもたらしたものと考えられる。
- 43) 傍点は筆者が付けた。
- 44) 藤井勲「交通事故と素因、持病」山田卓生ら(編)『新・現代損害賠償法講座 第5巻 交通事故』(日本評論社、1997)105頁。
- 45) 小賀野晶一「素因減額」塩崎勤・園部秀穂(編)『新裁判実務大系 交通損害訴訟法』(青林書院、2003)281頁。
- 46) 判例は「722条2項類推適用」と呼んでいるので、本稿においては便宜上、「類推適用」と呼ぶこととする。
- 47) 傍点は筆者が付けた。
- 48) 藤井・前掲注44)104頁。
- 49) 本判決は、「疾患を……斟酌」としており、「右過失を……斟酌」とはしていない。
- 50) 「右身体的特徴と本件事故による加害行為とが競合して上告人の右傷害が発生し、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」という判決理由を見る限り、身体的特徴については、最判平成4年の疾患の判決と同様の枠組みを採用しているものと思われる。すなわち、前述したように被害者の有する身体的特徴(本件は首が長いという身体的特徴)が事故と競合して損害を発現・悪化するということが考えられる、この点において心因的要因とは異なる。
- 51) 判決は、「身体的特徴」と呼んでいるので、本稿では、「身体的特徴」についての事案と呼ぶこととする。
- 52) 傍点は筆者が付けた。
- 53) 私見では、722条2項類推適用を「割合的因果関係論」として捉えるため、主張責任に関して心因的要因・疾患を被害者の過失と同列に扱うべきかどうかは、慎重に検討する必要がある。

- 54) 好美清光「交通事故訴訟における過失相殺の諸問題」鈴木・三ヶ月(監)『新実務民事訴訟法講座3』(日本評論社,昭和45年)227頁。
- 55) 植林弘『慰謝料算定論』(有斐閣,昭和39年)266頁。
- 56) 末川説は,不法行為の社会的機能,すなわち加害者への非難を根拠としており,この点で両説は異なる。
- 57) 平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会,第2版,1973)489頁。
- 58) 平井宜雄「過失相殺 その機能と理論的位置」ジュリ500号181頁(1972)。損害賠償請求訴訟の非訟化については,四.2.(3)において批判を加える。
- 59) 法務大臣官房法制調査部(監)『法典調査会 民法議事速記録5』(商事法務研究会,昭和59年)428頁。
- 60) 我妻・前掲注29)209頁は,「社會共同生活に於ては各自は自己に對して注意の義務を負ふ。これに違反するときは,その損害は自ら忍受すべく,他人にその賠償を要求しうべきではない。これ損害賠償理論の中心觀念たる公平の理念の命ずるところである。」とする。
- 61) 村松俊夫「辯論主義に就ての一考察」民商10巻3号418頁(1939)。
- 62) 三ヶ月章『民事訴訟法』(弘文堂,第3版,平成4年)187頁。
- 63) 鈴木正裕・前掲注20)186頁。
- 64) 竹下守夫「弁論主義」小山昇ら(編)『演習民事訴訟法』(1973)375頁。
- 65) 同上・376頁。
- 66) 弁護士会による裁判例を分析・検討した結果としての損害額算定基準(東京三弁護士会交通事故処理委員会と(財)日弁連交通事故相談センター東京支部の共編「損害賠償算定基準」(いわゆる「赤い本」)や,(財)日弁連交通事故相談センター編集の「交通事故損害賠償算定基準」(いわゆる「青本」)など)の発表が行われ,賠償額の定額化・定型化が進んでいる。
- 67) 新堂・前掲注17)398頁。
- 68) この点につき,塩崎勤「人身損害の認定と裁量性」日本交通法学会(編)『交通事故による損害認定の諸問題』(有斐閣,2004)69頁は,「被害者側が損害項目や損害額を一切立証することを要せず,裁判所が一切の事情を考慮して金何円というふうに評価するということでは,当事者の訴訟における主張立証活動への意欲を失わせることになるとともに,弁論の活性化を阻害することになりまして,損害の内容を不明確なものにし,適正に損害を認定するという,民事裁判の基本的機能を失わせる恐れがあるように思われます。そこで,実際の訴訟におきましては,被害者側としては最終的には損害の認定額が裁判官の大幅な裁量に任されているといたしましても,損害算定の基本となる事実はもちろん,数額についても主張立証すべき」であるとす。