



# 不法行為法と人の法

——実体と属性という視点から——

白石 友行

はじめに

- I. 属性を持たない人
  1. 主体としての人
  2. 制約を受けない人
- II. 属性を持つ人
  1. 配慮を受ける人
  2. 属性とともに生きる人

おわりに

はじめに

本稿は、人のさまざまな価値が問われている不法行為法上の諸問題の検討を通じて、同法における人の捉え方を検証して人のモデルを再編成し、その成果を現代における人の法の構想に結実させるための基礎的な考察を行うものであり、前稿<sup>(1)</sup>の続稿としての位置づけを持つ。以下、前稿で示した問題意識を要約する形で、本稿の検討課題をごく簡単に提示する。

現在の民法学では、人の法の構想とそのあり方が問われている<sup>(2)</sup>。人の法の構想は、民法における価値の中心を物から人へと移動させ、民法

---

(1) 拙稿「不法行為法と人の法——多様性と共通性という視点から——」新  
美文ほか編『不法行為法研究④』(成文堂・2023年)123頁以下。

(2) 拙稿・前掲注(1)の注(1)で引用した文献を参照。

における人のモデルを更新し、民法の基本的な枠組みについて、財産の法を中心とする体系から、人の法を中心とする体系または財産の法と人の法とが並び立つ体系へと再編成する企てである<sup>(3)</sup>。人の法を構想する見解のもとでは、主として二つの課題<sup>(4)</sup>、すなわち、社会問題の生起および労働法や消費者法の発展等を受けて<sup>(5)</sup>、また、民法(債権法)改正をめぐる議論の中でも意識されていたように<sup>(6)</sup>、権利義務の帰属点である法主体としての人をどのように捉えるべきかという課題と<sup>(7)</sup>、不法行為法による権利の再編等の動向を受けて、保護客体、保護法益の担い手、人格権や人格的利益の主体としての人をどのように捉えるべきかという課題が論じられている<sup>(8)</sup>。

これらのうち不法行為法を起点する議論は、不法行為法を通じて人の法の基本構想が描かれるという認識のもとで<sup>(9)</sup>、保護対象としての人に注目しながら、民法における人のモデルを更新し、その成果を民法編成の基本原則として位置づけられる人の法へと結実させようとする試みであり、その問題意識は貴重である。もっとも、不法行為法の検討を通じ

- 
- (3) 大村敦志「民法における人間像の更新」同『民法のかたちを描く：民法学の法理論』(東京大学出版会・2020年)216頁以下〔初出・2018年〕。
  - (4) 吉田克己「民事法制の変動と憲法」同『市場・人格と民法学』(北海道大学出版会・2012年)34頁以下〔初出・2001年〕、同「[人の法]の構築——フランス民法学からの示唆」水林彪ほか編『市民社会と市民法：civilの思想と制度』(日本評論社・2018年)179頁以下。
  - (5) 星野英一「私法における人間——民法財産法を中心として——」同『民法論集 第6巻』(有斐閣・1986年)1頁以下〔初出・1983年〕等。
  - (6) 議論の整理について、吉田克己「民法(債権法)改正と「人」概念の再定義」民商153巻1号(2017年)33頁以下等。
  - (7) 山野目章夫「[人の法]の観点の再整理」民法研究4号(2004年)1頁以下等。
  - (8) 大村敦志「民法における「人」」同『生活民法研究Ⅱ消費者・家族と法』(東京大学出版会・1999年)239頁以下〔初出・1998年〕、同『不法行為判例に学ぶ：社会と法の接点』(有斐閣・2011年)、同「[人の法]から見た不法行為法の展開」同・前掲注(3)26頁以下〔初出・2012年〕、藤岡康宏『民法講義Ⅰ民法総論』(信山社・2015年)等。
  - (9) 大村・前掲注(8)「人の法」28頁以下。

た人の法の構想という企てには、なお深められるべき部分が残されている。例えば、不法行為法が保護対象としての人の捉え方に関わる場面は、人格権を中心とする各権利の有無や内容のみならず、権利保障に向けられた責任原因、権利の価値的な回復および実現の仕方に関わる損害、権利保障の範囲に影響を及ぼす損害賠償の減額等にも広がるため、そのことを意識して包括的な視点から検討を試みる必要がある。また、不法行為法が保護対象としての人の捉え方に関わるとしても、そのことが一定の視角に基づき汲みあげられなければ、人のモデルは更新されない。これまで差異や関係のあり方といった視点が示されてきたが<sup>(10)</sup>、それらに加え、より複合的な視点を採用することによって、不法行為法を通じて把握される人のモデルはより豊かな内容になるはずである。更に、保護対象としての人と法主体としての人とを接合することも重要な課題である。もとより、これらの課題は、従前の議論でも一定の範囲で意識されてきたが、より自覚的に取り組まなければならない。

こうした諸課題に取り組むためには、以下の五つの視点から不法行為法における人の捉え方を探求することが有益であると考えられる<sup>(11)</sup>。第一に、人の多様性と共通性という視点である。これは、不法行為法が人の多様性をどのように受け止め、人間的な共通性の要請にどのような配慮をしているかという問いに関わる<sup>(12)</sup>。第二に、人の実体と属性という視点である。これは、不法行為法が各人に備わるさまざまな属性、例えば、人種、国籍、民族的出自、出身地、性別、性的アイデンティティ、

---

(10) 大村・前掲注(8)「民法における人」242頁以下、同『他者とともに生きる：民法から見た外国人法』(東京大学出版会・2008年)233頁以下、同「マイノリティと民法」同『学術としての民法Ⅱ新しい日本の民法学へ』(東京大学出版会・2009年)463頁以下〔初出・2008年〕、同・前掲注(8)「人の法」43頁以下。

(11) 第一から第三までの視点について、拙稿「民事責任法における人の生——フランス法との比較からみた日本法の特徴と課題——」池田眞朗先生古稀記念論文集『民法と金融法の新時代』(慶應義塾大学出版会・2020年)453頁以下。

(12) この視点からの検討について、拙稿・前掲注(1)。

宗教、障害、年齢、所属団体等をどのように扱うべきか、これらの属性を持つ人を特別な保護や支援の対象とすべきかという問いに関わる。第三に、人の現実性と仮定性という視点である。これは、不法行為法が人の現実的な生や生き方だけを尊重すればよいか、人の仮定的な生や生き方も考慮すべきであるかという問いに関わる。第四に、人の始期と終期という視点である。これは、人とはどの時点からどの時点までの存在を指すか、法主体としての人から独立して保護対象としての人を観念すべきかという問いに関わる。第五に、人とそれを取り巻く存在との関係という視点である。これは、不法行為法が、ある人とその家族やそのメンバー、動物やAI等の存在、その属する団体やそのメンバー、その属する地域社会やそのメンバー、市民社会全体やそのメンバー、国家との関係をどのように捉えるべきかという問いに関わる。

本稿は、これらのうち実体と属性という視点から不法行為法における人の捉え方を検討する<sup>(13)</sup>。人には、その人種、国籍、民族的出自、出身地、性別、性的アイデンティティ、宗教、障害、年齢、所属団体等のさまざまな属性がある。そして、さまざまな属性を持つ人が社会においてさまざまな形で自己の生を描いていくことを可能にするためには、こうした社会における人について、ある場面では、これらの属性を考慮に入れず、属性を持たない人＝抽象的または一般的な人として把握し、こうした理解を起点とした議論を展開することが求められる一方で(I)、別の場面では、これらの属性を考慮に入れて、さまざまな属性を持つ人＝具体的または個別的な人として把握し、こうした理解を起点とした議論を展開することが要請される(II)。実体と属性という視点から得られるこれらの各場面における人の捉え方の意味を問うことを通じて、現代における人の法を構築するための基礎を提供することが本稿の課題である。

---

(13) 第五の視点からの検討は、別稿「不法行為法と人の法——個人とそれを取り巻く存在との関係という視点から——」で扱われる。

## I. 属性を持たない人

現代において、不法行為法は、社会におけるさまざまな属性を持つ人について、それらの属性を捨象し、権利義務や契約の抽象的な主体として捉えるだけでなく(1)、それらの属性に由来する一定の社会的な制約が現に存在したまたは過去に存在していた場面では、こうした制約を取り除くという目的で、意識的にそれらの属性を捨象し、制約を受けない人または制約を受けるべきではない人として捉えることが求められている(2)。

### 1. 主体としての人

人が権利義務や契約の主体として法的な世界に登場しようとする場面で、その人に備わるさまざまな属性等に応じて不利益な扱いがされたときに、その扱いは不法行為法上どのように評価されるか<sup>(14)</sup>。より具体的には、ある人が、その人種、国籍、民族的出自、出身地、性別、性的アイデンティティ、宗教、障害、年齢<sup>(15)</sup>、所属団体等を理由に、契約の締結を拒絶されたり、不利益な内容の契約を強制されたり、契約の履行や受領を拒まれたりした場合、つまり、権利義務や契約の主体として扱われなかったり、他の主体とは異なる扱いを受けたりしたことは、不法行為法においてどのように評価されるか<sup>(16)</sup>。1では、この問題に関わる実定法と議論の検討を通じて(1)、本来的にさまざまな属性から切り離し

(14) 人の多様性と共通性という視点からの検討として、拙稿・前掲注(1)146頁以下。

(15) 障害および年齢を理由とする契約締結の拒絶等については、拒絶された者に意思能力と行為能力が備わっている状態が想定されている。

(16) プロファイリングやスコアリングの発展に伴い、差別的な契約締結の拒絶や不利益な契約内容の強制に関わる問題はより深刻化する。この点については、文献の所在も含めて、拙稿「AIの時代と不法行為法」千葉37巻3号(2022年)45頁以下、同「AIを用いた金融取引から生ずる民法上の諸問題に関する検討——SDGsの時代において自己決定と非差別を前提とした包摂を実現するために——」千葉38巻1 = 2号(2023年)328頁以下。

て把握されるべき権利義務や契約の主体としての人の保護のあり方が探求される(2)。

### (1) 実定法と議論の検討

ある人が契約の締結やその内容等につき相手方から不利益な扱いをされたことを受けてその相手方に対し損害賠償を請求した事案については、一方で、当該契約が公に開かれた財やサービスの提供に関わり、相手方が誰であるかという点が問題とならないものであるか(以下「場面㉗1」という。)、それとも、当該契約が公に開かれていない財やサービスの提供に関わり、相手方が誰であるかという点が問題となるものであるか(以下「場面㉗2」という。)という区別<sup>(17)</sup>、他方で、契約の成立に向けた交渉が進捗する前の段階で契約の締結等が拒絶されたケースであるか(以下「場面㉘1」という。)、それが進捗した後に契約の締結等が拒絶されたケースであるか(以下「場面㉘2」という。)、成立した契約の内容が不利益的であったり、その履行や受領が拒絶されたりしたケースであるか(以下「場面㉘3」という。)という区別に応じて分けて把握することが有益である。各区別の組み合わせから導かれる各場面で、不法行為の成否に関する判断や権利の捉え方には、一定の共通点とともに若干の相違点が存するからである。

まず、場面㉗1に関する裁判例の状況は、以下のとおりである。一方で、場面㉗1+場面㉘1では、人種、国籍、障害等を理由とする入店拒否、退店要求、利用拒絶等につき、店舗等の開放性や公共的性格等を根拠とする形で不法行為の成立が認められているほか<sup>(18)</sup>、女性への性別変

---

(17) この区別について、茂木明奈「性的マイノリティの平等処遇——静岡地浜松支判平成26年9月8日を契機として」白鷗23巻2号(2017年)124頁。また、大村・前掲注(8)「不法行為判例」203頁以下(公共性、公衆=公開の有無による区別。)、吉田克己『市場・人格と民法学』(北海道大学出版会・2012年)78頁以下(開かれた市場と閉じられた市場との区別。)、瀬川信久「不法行為法の将来——保護法益と義務の拡大」同ほか編『民事責任法のフロンティア』(有斐閣・2019年)97頁(私的空間と公的空間の境界という問題設定。)等も参照。

更の審判を受けた者に対するゴルフクラブの入会拒絶についても、その把握の仕方に疑問は残るものの<sup>(19)</sup>疾患を理由とする差別的扱いの禁止の観点から不法行為の成立が肯定されている<sup>(20)</sup>。また、大学医学部の受験生が女性であることを理由に不利益な扱いを受けたこととの関連で不法行為の成立が認められた事例もある<sup>(21)</sup>。このケースも、本来的にその能力等以外の属性により入学許可等の判断がされるべきではないという意味では、場面㊦1 + 場面㊧1として整理される。以上で言及した裁判例では、権利義務や契約の主体としてさまざまな属性により差別的な扱いを受けないという人格的な側面への侵害が想定されている。更に、Yがその募集する加盟店契約に関する無料の資料請求サービスとの関連でXが外国籍であることを理由にXへの資料送付を拒絶した事案では、Yが一般公衆に対し請求しさえすれば誰であっても資料送付を受けることができるとの合理的期待を抱くような状況を作出していたことをあげ、請

- 
- (18) 東京地判平成7年3月23日判時1531号53頁(外国籍であることを理由とするゴルフクラブ法人会員登録者の変更申請の拒絶。)、静岡地浜松支判平成11年10月12日判時1718号92頁(外国人であることを理由とする宝石店からの退店要求。)、札幌地判平成14年11月11日判時1806号84頁(外国人であることを理由とする公衆浴場の利用拒絶。控訴審の札幌高判平成16年9月16日平14(ネ)498号、平15(ネ)352号も同旨である。)、東京地判平成16年9月16日平15(ワ)14386号(外国人であることを理由とする飲食店からの退店要求と入店拒否。)、東京地判平成24年11月2日平24(ワ)6753号(精神障害者保健福祉手帳の交付を受けていることを理由とするインターネットカフェの入店拒絶。))。
- (19) この事案を疾患ではなく性的アイデンティティによる不利益処遇の問題として捉えるべきことについて、茂木・前掲注(17)119頁以下。
- (20) 静岡地浜松支判平成26年9月8日判時2243号67頁。控訴審の東京高判平成27年7月1日平26(ネ)5258号も同旨である。
- (21) 東京地判令和4年5月19日令1(ワ)16146号(同事件に関する共通義務確認請求について、東京地判令和3年9月17日令1(ワ)28088号。)、東京地判令和4年9月9日平31(ワ)7175号、平31(ワ)10285号、令1(ワ)34529号、令2(ワ)11817号(控訴審は東京高判令和5年5月30日令4(ネ)4774号である。同事件に関する共通義務確認請求について、東京地判令和2年3月6日判時2520号39頁。))。

求者の属性のみを理由に合理的な根拠なく資料送付を拒否することが請求者の合理的期待を裏切り人格権を侵害するものとして不法行為に該当するとされている<sup>(22)</sup>。この裁判例は、権利義務や契約の主体としてさまざまな属性により差別的な扱いを受けないという人格的な側面への侵害に加えて、相手方により作出された合理的な期待への侵害も想定している点に特徴を持つ。なお、国家賠償法に関わる事案であるが、筋ジストロフィーに罹患した入学志願者に対する入学不許可処分<sup>(23)</sup>、同性愛者団体からの青年の家の利用申込みの不承認<sup>(24)</sup>等との関連でも、損害賠償請求が認められているほか<sup>(25)</sup>、俳句サークルが選出した選句が3年8か月にわたり公民館便りに掲載されてきたのに憲法9条に関する俳句が不掲載とされた事案では、人格的利益または俳句が掲載されるとの期待の侵害等を理由とする損害賠償請求が認められている<sup>(26)</sup>。

他方で、場面⑦1 + 場面④2では、入居希望者の国籍を理由に賃貸借契約の締結が拒絶された事案で、契約交渉挫折類型に関する判例法理で示された考え方にに基づき<sup>(27)</sup>、契約成立への正当な期待が保護法益として措定され、その侵害を理由とする損害賠償が肯定されている<sup>(28)</sup>。この契約成立への正当な期待は、契約交渉過程を取り巻く諸事情の考慮に基づき契約の締結が確実にあったという判断をその当事者の一方がすることについて客観的にみてもやむをえないと評価される段階に交渉が至った

---

(22) 大阪地判平成29年8月25日判時2368号23頁。

(23) 神戸地判平成4年3月13日判時1414号26頁。ただし、この判決では、教育を受ける権利の侵害が問題とされている。

(24) 東京高判平成9年9月16日判タ986号206頁(原審は東京地判平成6年3月30日判時1509号80頁である。)。ただし、この判決では、宿泊利用権の侵害が問題とされている。

(25) 反捕鯨団体の設立者である外国人に対するクジラ博物館への入館拒絶について、情報窃取行為の阻害を理由に損害賠償請求が認められた事例もある(和歌山地判平成28年3月25日判時2322号95頁。)。ただし、思想や人種に着目した不利益な扱いの存在は否定されている。

(26) 東京高判平成30年5月18日判時2395号47頁は人格的利益の侵害を、原審のさいたま地判平成29年10月13日判時2395号52頁は俳句掲載への期待の侵害を問題にする。

ことにより生ずる。これとの対比でいえば、場面㉗1 + 場面㉘1の事例に関する一部の裁判例で認められた合理的な期待は、上記の正当な期待とは異なり、契約締結に向けた交渉が進展していない段階でも相手方の言動等により生ずるものとして位置づけられる<sup>(29)</sup>。

次に、場面㉗2に関する裁判例の状況は、以下のとおりである。一方で、場面㉗2 + 場面㉘1では、契約における相手方選択の自由を理由に、財やサービスの提供者が契約の相手方を選別し特定の者との間で契約の締結を拒絶したからといって、直ちに不法行為が成立するとはされていない。とはいえ、常に不法行為の成立が否定されるわけではない。不法行為の成否は、相手方の選別に関する目的の正当性と手段の相当性についての審査に基づき、相手方の選別が合理的に正当化されるものであったかどうかにより判断される<sup>(30)</sup>。例えば、日本に帰化した元外国人や日本に居住していた外国人がゴルフクラブの入会を拒絶された事案では、当該ゴルフクラブの閉鎖性等を理由に不法行為の成立が否定されているほか<sup>(31)</sup>、外国人が永住資格の不存在を理由に住宅ローンの申込みを

(27) 最判昭和58年4月19日判時1082号47頁、最判昭和59年9月18日判時1137号51頁、最判平成19年2月27日判時1964号45頁等。筆者による契約交渉挫折類型に関する判例の整理として、拙稿「取引的不法行為と純粹経済損失の算定基準・補論——権利の価値的な回復及び実現という視角からの検討——」筑波ロー31号(2021年)42頁以下、同「判批」池田眞朗ほか編『判例講義民法Ⅱ債権(新訂第3版)』(勁草書房・2023年)13頁以下。

(28) 大阪地判平成5年6月18日判時1468号122頁、京都地判平成19年10月2日平18(ワ)156号。同種の事案で国に対する損害賠償請求を棄却した事例として、大阪地判平成19年12月18日判時2000号79頁。

(29) 城内明「判批」Watch24号(2019年)69頁以下、茂木明奈「差別的理由による契約関連資料送付の拒否と民事責任(大阪地判平成29年8月25日判時2368号23頁)」白鷗26巻2号(2019年)327頁等。

(30) 吉田・前掲注(17)82頁以下(選別目的の正当性と選別基準の具体性および実質性。)、茂木・前掲注(17)124頁以下(選別目的の適法性と選別手段の適切性および必要性。)

(31) 東京地判昭和56年9月9日判時1043号74頁、東京高判平成14年1月23日判時1773号34頁(原審の東京地判平成13年5月31日判時1773号36頁も同旨である。)

拒絶された事案でも、返済可能性等の観点からその正当性が説かれ、不法行為の成立が否定されている<sup>(32)(33)(34)</sup>。しかし、特に後者の事案における審査の仕方には疑問がある。というのは、たとえ返済可能性の考慮という目的が正当であるとしても、永住資格を有する者が海外に出国し資産を移せば返済可能性が乏しくなることに変わりはないこと等を踏まえると、永住資格の有無という画一的な基準の設定は手段として相当でないからである<sup>(35)</sup>。このように具体的な審査の仕方には一定の疑問が残るものの、その点は措き、保護対象として措定されている権利という視点から上記の各裁判例の内容を捉えると、そこには、場面㉗1 + 場面㉘1に関する裁判例におけるそれと連続する要素が看取される。ここでは、目的の正当性および手段の相当性なく権利義務や取引の主体としてさまざまな属性により差別的な扱いを受けないという人格的な側面への侵害の有無が問われているからである。なお、場面㉗2 + 場面㉘1に関する裁判例で直接的な言及はないが、場面㉗1 + 場面㉘1で一部の裁判例が示していた合理的な期待への侵害という観点は、相手方によるその作出の仕方によっては、場面㉗2 + 場面㉘1でも意味を持つように思われる。

他方で、場面㉗2 + 場面㉘3では、雇用契約における男女別定年制や退職勧奨制度<sup>(36)</sup>、男女のコース別人事制度<sup>(37)</sup>、性別を理由とした昇給や賃金等の差<sup>(38)</sup>、思想信条や所属団体等を理由とした査定や賃金等の差<sup>(39)</sup>

---

(32) 東京高判平成14年8月29日金判1155号20頁(原審の東京地判平成13年11月12日判時1789号96頁も同旨である。)

(33) 東京地判平成26年12月16日金法2011号108頁では、特定の政治団体に所属していたことを理由に普通預金口座の開設申込みが拒絶されたとはいえないとして、金融機関について不法行為の成立が否定されている。

(34) 契約に関わる事案ではないが、特定の民族や被差別部落出身であることを理由に婚約破棄がされたケースで、その正当理由を認めず不法行為の成立を肯定した事例として、大阪地判昭和58年3月8日判タ494号167頁、大阪地判昭和58年3月28日判時1084号99頁。

(35) 吉田・前掲注1782頁以下、茂木・前掲注29329頁以下。

(36) 仙台地判昭和58年12月28日判時1113号33頁、広島高判昭和62年6月15日判時1236号52頁、金沢地判平成13年1月15日労判805号82頁等。公序良俗についての判断であるが、最判昭和56年3月24日民集35巻2号300頁も参照。

について、一部の裁判例では、不利益な差別待遇を受けない法律上の利益の侵害<sup>(40)</sup>、他の従業員と同様に昇進や昇格をしていく期待利益の侵害<sup>(41)</sup>等を理由に不法行為の成立が認められている。また、HIVに感染した看護師が同意なく医療情報を労務管理に利用され出勤を控えるよう命じられた事案では、プライバシーに加えて、労働への権利の侵害を理由に不法行為の成立が肯定されている<sup>(42)</sup>。なお、国家賠償法に関わる事案であるが、補佐開始を理由に解雇された警備員が被保佐人を警備員の欠格としていた2019年12月14日の改正前の警備業法旧14条および旧3条1号の規定の違法性を主張して損害賠償を請求した場面で、職業選択の自由等の侵害を理由にこの請求を認めた事例がある<sup>(43)</sup>。この事件も、障害という属性に着目した契約の受領拒絶＝不利益な扱いに関わる。以上で

- 
- (37) 東京高判平成20年1月31日判時2005号92頁等。不法行為についての判断ではないが、東京地判昭和61年12月4日判時1215号3頁も参照。
- (38) 津地判昭和55年2月21日判時961号41頁、東京地判平成2年7月4日判時1353号28頁、東京地判平成4年8月27日判時1433号3頁、広島地判平成8年8月7日労判701号22頁、大阪地判平成11年7月28日判タ1032号107頁、大阪地判平成12年11月20日判タ1069号109頁、東京高判平成12年12月22日判時1766号82頁、広島高岡山支判平成16年10月28日労判884号13頁、名古屋地判平成16年12月22日労判888号28頁、東京地判平成16年12月27日労判887号22頁、大阪地判平成17年3月28日判タ1189号98頁、横浜地判平成19年1月23日労判938号54頁、東京高判平成19年6月28日判時1981号101頁、東京地判平成19年11月30日労判960号63頁、東京地判平成21年6月29日判時2052号116頁等。
- (39) 福井地武生支判平成5年5月25日労判634号35頁、前橋地判平成5年8月24日判時1470号3頁、甲府地判平成5年12月22日判時1491号3頁、長野地判平成6年3月31日判時1497号3頁、千葉地判平成6年5月23日判時1507号53頁、横浜地判平成6年11月15日労判667号25頁、名古屋地判平成8年3月13日判時1579号3頁、津地判平成12年9月28日労判800号61頁、大阪地判平成15年5月14日労判859号69頁等。
- (40) 東京地判平成2年7月4日・前掲注(38)等。
- (41) 長野地判平成6年3月31日・前掲注(39)等。
- (42) 福岡高判平成27年1月29日判時2251号57頁。原審の福岡地久留米支判平成26年8月8日判時2239号88頁も同旨である。

言及した裁判例では、権利義務や契約の主体としてさまざまな属性により差別的な扱いを受けず、他の属性を持つ人と等しく扱われることへの権利等が想定されていると考えられる。

これらの裁判例で示された考え方に関して、不利益な扱いを受けた人に認められる権利という視点から捉え直すと、以下のような整理が可能である。まず、場面㉗1 + 場面㉘1 では、特定の属性等を理由に差別的な扱いを受けないという意味での人格権のほか、一部の裁判例では、契約の相手方が誰であるかという点が問題とならないかのような状況の作出に起因する契約成立への合理的な期待が想定されている。次に、場面㉗1 + 場面㉘2 では、交渉の進捗等に起因する契約成立への正当な期待が想定されている。また、場面㉗2 + 場面㉘1 では、契約相手方の選別の正当性に関する評価をへたうえで特定の属性等を理由に差別的な扱いを受けないという意味での人格権が想定されているほか、契約の相手方が誰であるかという点が問題とならないかのような状況の作出に起因する契約成立への合理的期待も問題となる。最後に、場面㉗2 + 場面㉘3 では、特定の属性等を理由に差別的な扱いを受けないという意味での人格権のほか、特定の属性等を持たない人と同じ契約内容またはその履行や受領への正当な期待も想定されている。

## (2) あるべき方向性と人の捉え方

人には、その人種、国籍、民族的出自、出身地、性別、性的アイデンティティ、宗教、障害、年齢、所属団体等のさまざまな属性がある。Ⅱで検討するように、一定の場合には、これらの属性を考慮して個々の人を把握することが求められるものの、別の場合には、これらの属性を捨象して個々の人を捉えることが要請される。人の存在そのものに関わり全ての人に共通して認められる部分の要保護性に関わる問いは、後者の例である。例えば、生命や身体、性的自由や家族を持つこと、包括的生活利益としての平穩生活権等については、それぞれの人によりそれらの

---

43) 名古屋高判令和4年11月15日 令3(ネ)833号、令4(ネ)182号。原審の岐阜地判令和3年10月1日判時2530号63頁も同旨である。

価値的な回復および実現の仕方が異なるとしても、特定の属性を持つ人との関係でその要保護性が否定されることはない<sup>(44)</sup>。同様に、権利義務や契約の主体として扱われることも、人の法的な存在そのものに関わるため、相手方の選別について正当性が認められない限り、特定の属性を持つ人との関係で否定されることがあってはならない。また、人が契約を通じて他者と法的関係を結ぶことにより主体的な生を築く存在であることを踏まえると、属性による差別を受けることなく権利義務や契約の主体として扱われることは、人がその属性とともにまたはその属性とは無関係にさまざまな生き方を実現するための前提条件として位置づけられる。そうであるからこそ、権利義務や契約の主体として扱われることは、人の属性とは関わりなく保障されなければならない。

こうした認識を前提とすれば、(1)で整理した各場面について、以下の基本的な考え方が得られる。まず、場面⑦1 + 場面①1について、公に開かれた財やサービスに関わる契約では、人は諸属性を捨象した権利義務や契約の主体である抽象的な人として扱われなければならないという理解のもと<sup>(45)</sup>、こうした理解の仕方を把握するための権利として、権利義務や契約の主体としてその諸属性により差別的な扱いを受けないという意味での人格権が用意される。その際、人の諸属性や状態等を直接的な理由とする契約締結の拒絶のみならず、一見すると中立的であるものの差別的な効果をもたらす基準による間接的な不利益処遇としての契約締結の拒絶も否定的に捉えられる<sup>(46)</sup>。次に、場面⑦2 + 場面①1について、公に開かれていない財やサービスに関わる契約でも、人は可能な限り諸属性を捨象した権利義務や契約の主体である抽象的な人として扱われなければならないという理解のもと、こうした理解の仕方を把握するための権利として、目的の正当性および手段の相当性なく権利義務や契約の主体としてその諸属性により差別的な扱いを受けないという意味での人格権が用意される<sup>(47)</sup>。従って、一定の属性等を理由とした画一的な

(44) 拙稿・前掲注(1)142頁以下。

(45) 大村・前掲注(8)「不法行為判例」203頁以下、吉田・前掲注(1)781頁以下。

(46) 茂木・前掲注(1)7123頁以下。

(47) 吉田・前掲注(1)782頁以下、茂木・前掲注(1)7124頁以下。

契約締結の拒絶は、上記の権利を侵害するものとして不法行為を成立させる<sup>(48)</sup>。更に、契約成立への正当な期待は、場面㉗1 + 場面㉘2のようにその成立に向けた交渉が進展した場合に限られず、契約の締結を拒絶した者の言動等によっては、場面㉗1 + 場面㉘1のように契約の相手方が誰であるかという点が問題とならないケースや、場面㉗2 + 場面㉘1で契約の相手方が誰であるかという点が問題とならないかのような状況が作出されているケースでも生ずることがあるという理解のもと、こうした理解の仕方を把握するための権利として、その諸属性に関わりなく権利義務や契約の主体として受け入れられることへの正当な期待が用意される。加えて、場面㉗2 + 場面㉘3では、人は契約の成否のみならずその内容および履行や受領との関連でも可能な限り諸属性を捨象した抽象的な人として扱われなければならないという理解のもと、こうした理解の仕方を把握するための権利として、目的の正当性および手段の相当性がある場合を除いて、一定の諸属性等を持つ人につき契約の中でこうした諸属性を持たない人と等しく扱われることへの期待が用意される。

この考え方では、人が法的な世界で自由な存在として自らの生を描いていくことを支援するために、さまざまな人をその諸属性から切り離れた形で権利義務や契約の主体として扱うことに重心が置かれている。この考え方において、人は、自らの生の作者であり、その生き方を主体的に形成していくことができる強い存在である。とはいえ、実際の人は、自らの選択等に起因しない形で一定の属性に由来する社会的制約を受けることがあり、こうした社会的制約の存在は、その属性を持つ人が自己の生をその意思に従って自律的に描いていくことを困難にする。この問題に取り組まなければ、諸属性を持つ人による主体的な生の構築は実現されない。2では、この問題が扱われる。

---

(48) このことは、現在の法状況にも即している。例えば、成年被後見人等の権利の制限に係る措置の適正化等を図るための関係法律の整備に関する法律により、成年被後見人等を資格、職種、業種等から一律に排除する欠格条項から、制度ごとに必要な能力の有無等を判断する個別審査規定への移行が図られた。これは、契約締結の拒絶に関わるものではないものの、諸属性に応じて画一的に不利益な扱いをすることの不当さを示している。

## 2. 制約を受けない人

人が自らの選択等に起因しない形で一定の属性に由来する社会的制約を受けていると考えられる場面で、不法行為法はその人をどのように把握すべきか<sup>(49)</sup>。より具体的にいえば、何らかの属性に由来する社会的障壁が現に存在していたり過去に存在したりしたために、その属性を持つ人びとが一定の活動をする事への制約を現に受けている場合やそれを過去に受けていたという状況のもとで、その属性を持つ人の生命や身体が侵害された場合に、その人の生を仕事の側面で映し出す逸失利益はどのように評価されるか(以下「問題㉗」という。)<sup>(50)</sup>。また、同じ状況のもとで、その属性を持つことを理由に一定の活動をする事への制約を受けている人には、どのような権利の侵害が存在するか(以下「問題㉘」という。)。これらの問題は、一定の属性を持つ人びとが社会的制約を受けているまたはそれを受けてきたという状況において、その属性を持つ人に認められる権利をどのように価値的に回復および実現させるか(問題㉗)、その属性を持つ人に認められる権利はどのような内容を持つか(問題㉘)という点に関わる。2では、これらの問題に関わる実定法と議論の検討を通じて(1)、社会的制約を受けない人またはそれを受けるべきではない人、すなわち、社会的制約を受けている属性またはそれを受けてきた属性から切り離されるべき人という形での不法行為法における人の捉え方が探求される(2)。

(49) 人が自らの選択等に起因しない形で一定の属性に由来する社会的制約を現に受けている場面で、不法行為法が他者に対してそのような属性を持つ人への配慮をどのように要請するかという問題は、Ⅱ1で扱われる。

(50) Ⅰ2では、現に収入を得ていない人の生命や身体等が侵害された場面における損害について、これを人間としての生一般に落とし込むのではなく、仕事の次元において個人として多様な生を営むことができたことに基づく評価をすべきであるという考え方、すなわち、人としての共通性よりもその多様性に重心を置いた評価をすべきであるという考え方が前提となっている。この点については、拙稿・前掲注(1)127頁以下。

(1) 実定法と議論の検討

問題⑦については、生命や身体を侵害された人が女兒である場面と(以下「問題⑦1」という。)、障害を持つ者である場面(以下「問題⑦2」という。)が検討の素材とされる。その際、比較の対象として、生命や身体を侵害された人が外国人である場面(以下「問題⑦3」という。)も取りあげられる。図式的に言えば、問題⑦1と問題⑦2においては、生を価値的に回復および実現するために、被害者が一定の社会的制約を受けている状態そのものを把握すべきか(以下「視点A」という。)、それとも、被害者が社会的制約を受けていない状態を措定しそのあるべき状態を把握すべきか(以下「視点B」という。)が問われる。

まず、問題⑦1について、実定法の変遷と現状は、以下のように整理される。かつては、女兒の逸失利益を否定する裁判例もあった<sup>(51)</sup>。その後、家事労働が財産上の利益を持つという理解に基づき、女子労働者の平均賃金を基礎収入として逸失利益を算定する立場が示され<sup>(52)</sup>、その際、そのようにして算定された逸失利益の額に家事労働分の逸失利益相当額を加算することは許されないとされた<sup>(53)</sup>。こうした理解の背後には、平均賃金の男女差は現実の労働市場における実態を映しており、女兒の逸失利益の算定につき予測困難な格差の解消や縮小という事態を現時点で損害賠償額に反映させることは、できる限り蓋然性のある額を算出すること<sup>(54)</sup>にはならず合理的でないという認識があった<sup>(55)</sup>。やがて、平均賃金の男女差には社会通念に基づく就労の制約が反映しており本来的な稼働能力に男女差はないこと、女性の就労環境についての状況を踏

---

(51) 大阪地判昭和42年4月19日下民集18巻3=4号400頁等。同時期に稼働能力喪失による損害の賠償を認めた裁判例として、大阪高判昭和40年10月26日下民集16巻10号1636頁等。

(52) 最判昭和49年7月19日民集28巻5号872頁、最判昭和56年10月8日判時1023号47頁、最判昭和61年11月4日判時1216号74頁等。また、最判昭和50年7月8日集民115号257頁(年齢不明の女性が交通事故により死亡した事案。)も参照。

(53) 最判昭和62年1月19日民集41巻1号1頁。

(54) 最判昭和39年6月24日民集18巻5号874頁等を参照。

まえると年少者における将来の就労可能性に男女差はないこと等を理由に、全労働者の平均賃金を基礎収入として女兒の逸失利益を算定する裁判例が現れ<sup>(56)</sup>、現在では、この立場が実務に受け入れられている<sup>(57)</sup>。ただし、ここで援用されている二つの根拠には、微妙ではあるが重要な相違がある<sup>(58)</sup>。稼働能力に着目した理由は、男女において稼働能力に差はなく、社会的制約のために統計的に低く見積もられた女性の稼働能力を反映する女性労働者の平均賃金を用いて女兒の逸失利益を算定することは適切でないという論理であるのに対して、就労可能性に着目した理由は、男女において稼働能力に差はあるものの、子どもには性別という属性に捕われず広く就労可能性が開かれているため、その就労可能性を考慮せずに女性労働者の平均賃金を用いて女兒の逸失利益を算定することは適切でないという論理だからである。ところで、男児に関しては、現在でも、男性労働者の平均賃金を基礎収入として逸失利益を算定する方法がとられている。ただし、被害者の中に男児と女兒が含まれた集団訴訟で、男児および女兒ともに全労働者の平均賃金を基礎収入として算定される逸失利益を認めた裁判例もある。なお、この訴訟で、原告らは、全ての被害者との関係で男性労働者の平均賃金を基礎収入として逸失利益が算定されるべきであるとの主張をしたが、男女の賃金格差は原告らの就労可能期間のうちに解消されることおよび双方の雇用条件がその中

---

(55) 最判昭和62年1月19日・前掲注53のほか、注56で引用する裁判例と同時期に出された裁判例として、東京高判平成13年1月31日交民34卷1号1頁、福岡高判平成13年3月7日判時1760号103頁、東京高判平成13年10月16日判時1772号57頁等。

(56) 東京高判平成13年8月20日判時1757号38頁、大阪高判平成13年9月26日判時1768号95頁等。

(57) 日弁連交通事故相談センター東京支部編『民事交通事故訴訟 損害賠償額算定基準 上巻(基準編)2023年』、日弁連交通事故相談センター『交通事故損害賠償額算定基準——実務運用と解説(28訂版)』等。

(58) 視点は異なるが、これらの二つの根拠が区別されるべきことを指摘するものとして、水野謙「判批」リマ25号(2002年)68頁、同「損害論の現在——権利侵害ないし法益侵害との関係に着目して」ジュリ1253号(2003年)193頁以下、植木淳「判批」六甲台49卷2号(2002年)229頁以下等。

間に収束することを前提とするのが相当であるとして、この主張は受け入れられなかった<sup>(59)</sup>。

現時点において、現に収入を得ていない人の生命や身体等が侵害された場面における損害との関連で、仕事の次元において個人として多様な生を営むことができたことに基づく評価をすべきであるという立場を前提に<sup>(60)</sup>、女兒について自由な存在として働くことができたはずであるという部分をどのように評価するかという問いを立てるとすれば、実定法の状況を手がかりにすると、以下の三つの考え方が想定される。

一つは、家事労働の収益性を根拠として女兒の逸失利益を基礎づける論理につき、男女間の役割分担の固定化を前提とするものであるとして排斥したうえで<sup>(61)</sup>、自由な存在として働くことができたはずであるという部分に関するできる限り蓋然性のある金銭的な額を算出するためには、その基礎収入として現実の労働市場における実態を映した男女別の平均賃金を用いることが適切であるという観点から、女兒について女性労働者の平均賃金を、男児について男性労働者の平均賃金をそれぞれ基

---

(59) 仙台高判平成30年4月26日判時2387号31頁。

(60) この立場を前提としない考え方からは、損害賠償額における男女差を解消することを目的としたさまざまな法律構成が提案される。例えば、淡路剛久「幼児等の生命損害の算定」法教6号(1981年)58頁以下、吉村良一「逸失利益の男女格差——幼児死亡の損害賠償」同『人身損害賠償の研究』(日本評論社・1990年)264頁以下〔初出・1987年〕、同「人身損害賠償額算定に関するいくつかの問題——実務における算定論の批判的検討——」立命225=226号(1992年)149頁以下、岡本友子「未成年女子の生命侵害に基づく損害賠償論——史的展開と近時の理論動向——」石田喜久夫先生古稀記念『民法学の課題と展望』(成文堂・2000年)707頁以下、同「近時の裁判実務における年少女子の逸失利益の算定と男女間格差について」熊法130号(2014年)77頁以下等。

(61) この論理に対する批判について、伊藤とみこ「家事労働の経済的評価に関する一考察——判決に現れた主婦の逸失利益の考え方——」九法38号(1979年)228頁、澤井裕「未就労年少者の死亡損失——最高裁判例の軌跡」石田喜久夫=西原道雄=高木多喜男先生還暦記念論文集・中巻『損害賠償法の課題と展望』(日本評論社・1990年)255頁以下等。

礎収入として算定された額を認める考え方である<sup>(62)</sup>。この考え方には、現に就労していない男女間で生ずる逸失利益額の相違が、同じ計算方法のもとで、できる限り蓋然性のある額を算出するために用いる資料の差に起因するにすぎないものとして位置づけられていること、逸失利益という枠組みとできる限り蓋然性のある額を算出するという基本方針を前提とする限り、むきだしの形で男女平等という理念を強調することは<sup>(63)</sup>説得的でないという理解が<sup>(64)</sup>出発点に据えられていること、そして、女性が一定の社会的制約を受けているために男性よりも少ない賃金しか得ておらず、そのことが女性労働者の平均賃金に反映されているという認識が退けられ、先に示した視点①と同じく、過去から現在にかけて女性が置かれてきた制約ある状況に即して女兒の逸失利益が算定されていることに、その特徴がみられる。なお、この考え方のもとでは、女兒に付与される損害賠償の額を男児に付与されるそれに近づけるために、例えば、女兒との関連でのみ、慰謝料の増額<sup>(65)</sup>、死亡の場面における生命それ自体の喪失によるより高額な賠償<sup>(66)</sup>、生活費の控除割合の縮小<sup>(67)</sup><sup>(68)</sup>、

(62) 有地亨「女子の事故死による得べかりし利益の算定について」ひろば20巻10号(1967年)28頁以下、二宮充子「主婦の逸失利益」判タ268号(1971年)151頁、福永政彦『民事交通事件の処理に関する研究』司法研究報告書25輯1号(1974年)238頁、喜如嘉貢「女兒の逸失利益」吉田秀文ほか編『裁判実務大系8巻 民事交通・労働災害訴訟法』(青林書院・1985年)185頁、塩崎勤「主婦の逸失利益」同編『交通損害賠償の諸問題』(判例タイムズ社・1999年)242頁以下〔初出・1997年〕等。

(63) このような議論をするものとして、鍛冶良賢「家事労働の法的評価」法セ229号(1974年)21頁、三島(植木)とみ子「昭和50年代の女性の逸失利益に関する判例の動向」長崎大学教育学部社会科学論叢34号(1985年)47頁以下、岩峯勝成「逸失利益に関する最近の傾向」ひろば67巻10号(2014年)44頁等。

(64) この点について、難波譲治「判批」論叢126巻2号(1990年)115頁以下、塩崎勤「判批」ひろば54巻12号(2001年)55頁、大島眞一「逸失利益の算定における中間利息の控除割合と女子の基礎収入」判タ1088号(2002年)67頁以下等。

(65) 澤井・前掲注61)261頁等。

(66) 川端浩「妻の家事労働による得べかりし利益喪失による損害額の算定」判タ169号(1965年)91頁等。

判例で否定されてはいるものの家事労働分の逸失利益相当額の加算<sup>(69)</sup>等が提案されるが、いずれも、なぜこれらの方法が女兒との関連でのみ認められるかについて説明することができていない<sup>(70)</sup>。

もう一つは、低年齢の子には多様な就労可能性が男女に関わりなく開かれていること<sup>(71)</sup>、あらゆる職業への就労可能性という観点をもっとも適切に反映するのは全労働者の平均賃金であること<sup>(72)</sup>を理由に、男児と女児の双方につき全労働者の平均賃金を基礎収入として算定される逸失利益を認める考え方である。この考え方は、男女において社会的制約に由来する稼働能力の差は存在しているものの、子どもには性別という属性に捕われない形で広く就労可能性が開かれているため、その就労可能性を考慮して男児と女児ともに全労働者の平均賃金を用いて逸失利益を算定することが適切であるとする。この考え方では、女性が一定の社会的制約を受けているために男性よりも少ない賃金しか得ておらず、そのことが女性労働者の平均賃金に反映されているという認識が受け入れられつつも、そのことの可否は問題にされず、就労可能性という論理を介

---

(67) 塩崎・前掲注62258頁等。

(68) ただし、この方法は、死亡の場面における逸失利益に関してのみ妥当し、後遺障害逸失利益には適合しない。

(69) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為 下巻』(青林書院・1985年)586頁以下、藤田寿夫「幼児・主婦の「逸失利益」と家事労働」神院22巻2号(1992年)12頁以下等。

(70) 山田卓生「幼児の死亡損害の男女格差」同『損害賠償法 山田卓生著作選集 第3巻』(信山社・2010年)348頁以下〔初出・1987年〕、佐川房子=藤田紀子=増田祥=佐久間敬子=長沢由紀子「交通事故損害賠償における男女間格差」(財)交通事故紛争処理センター創立20周年記念論文集(上)『交通事故賠償の法理と紛争処理』(ぎょうせい・1994年)185頁以下、渡邊和義「未就労年少者の逸失利益の算定における男女間格差」判タ1024号(2000年)29頁以下、伊藤文夫「未就労児童の損害賠償額の算定をめぐる」平沼高明先生古稀記念論集『損害賠償法と責任保険の理論と実務』(信山社・2005年)50頁等。

(71) この点を強調する見解として、大島・前掲注6469頁、水野・前掲注58「判批」68頁以下、同・前掲注58「損害論」194頁等。

(72) 水野・前掲注58「判批」69頁。

して、子どもに限って労働の面で社会的制約を受けていない状態が措置され、そのあるべき状態が金銭的に評価されている。従って、この考え方は、限定的な形で先に示した視点⑥を基礎に据えるものとして位置づけられる(以下「視点⑥1」という。)。この考え方に対しては、女性労働者の平均賃金には女性の高額所得者の賃金も含まれており、就労可能性というだけでは女性労働者の平均賃金を基礎収入として逸失利益を算定することへの有効な反論となりえないとする批判がある<sup>(73)</sup>。

また別の一つは、本来的には稼働能力に男女の差は存在しないことを理由に<sup>(74)</sup>、女兒および男児について全労働者または男性労働者の平均賃金を基礎収入として算定された逸失利益を認める考え方である。この考え方によれば、人としての稼働能力の金銭の評価としてどちらが相応しいかという観点から、男児と女兒それぞれについて、逸失利益を算定するための基礎収入として全労働者の平均賃金か男性労働者の平均賃金を選択される。この考え方は、男女において本来的な稼働能力に差はなく、社会的制約のために統計的に低く見積もられた女性の稼働能力を反映する女性労働者の平均賃金を用いることは適切でないため、社会的制約を受けていない状態における稼働能力を反映した統計資料に基づき男児と女兒ともに逸失利益を算定すべきであるという理解の仕方、すなわち、先に示した視点⑥を基礎に据えている(以下「視点⑥2」という。)。従って、この考え方を突き詰めれば、全労働者の平均賃金には社会的制約のために統計的に低く見積もられた女性の稼働能力を反映する女性労働者の平均賃金が含まれている以上、子どもの逸失利益の算定に際して全労働者の平均賃金を基礎収入とすることも不十分な議論となる。むしろ、この考え方からは、こうした制約が反映されていない男性労働者の

(73) 橋本陽子「判批」セレクト01(2002年)6頁。

(74) この点を強調する見解として、川村フク子「主婦の逸失利益」判タ212号(1967年)109頁、楠本英雄「幼児損害とその相続性を考える」同『人身損害賠償論』(日本評論社・1984年)76頁以下〔初出・1977年〕、鍛冶千鶴子「男女間格差の問題」交通10=11号(1983年)116頁以下、羽成守「女子の逸失利益について——昭和61年11月4日の最高裁判例を中心として——」判タ653号(1988年)67頁等。

平均賃金が基礎収入として選択されるべきである<sup>(75)</sup>。この考え方に対しては、男女において稼働能力を具体的に発揮することができる場面に差があること、同一労働同一賃金は使用者により実現されるべきもので加害者の負担で実現されるべきものではないことを理由とする批判がある<sup>(76)</sup>。

なお、二つ目の考え方またはそれを徹底しないことを前提とした場合における三つ目の考え方において、男児と女児の逸失利益の算定に際してともに全労働者の平均賃金が基礎収入とされる場合には、従前の取扱いに比べて男児に認められる逸失利益の額が減る。そのことを気にする必要はないのか<sup>(77)</sup>、そのことを考慮して態度決定を保留するのか<sup>(78)</sup>、または、そのことを考慮して、被害者が死亡した場合には生活費控除の割合を引き下げたり、被害者が負傷した場合には労働能力喪失率を引き上げたりすることで対応するのか<sup>(79)</sup>等については、議論がある。

次に、問題⑦2について、実定法の状況は、以下のように整理される。一方で、一定の障害を持つ人が不法行為により死亡または負傷した場面で、医療技術の進展等を考慮してもこの人には就労可能性がないことや、就労して賃金を得る可能性があるかどうかが不明確であることを理由に、逸失利益または後遺障害逸失利益を認めない裁判例がある<sup>(80)</sup>。一部の裁判例では、差額説や稼働能力喪失説を前提とする限り、結果的に障害を持つ人とそうでない人とが受ける損害賠償額に差が生じても、そのことは平等原則に反する結果ではないという理解が示されている<sup>(81)</sup>。他方で、一定の障害を持つ人が不法行為により死亡または負傷した場面で、この人に対して一定の逸失利益または後遺障害逸失利益を認める裁判例もある。これらの裁判例では、一定の逸失利益等を肯定するために、医学や教育学等に加えて科学技術の一般的な進展の可能性を踏

---

(75) 羽成・前掲注(74)67頁、吉田克己「逸失利益の男女格差をめぐって」早稲田ロー16号(2022年)183頁等。

(76) 水野・前掲注(58)「判批」68頁、同・前掲注(58)「損害論」194頁。

(77) 山田・前掲注(70)348頁、伊藤・前掲注(70)52頁等。

(78) 渡邊・前掲注(70)29頁以下等。

(79) 吉田・前掲注(75)167頁以下。

まえつつ、これまでの学習状況、能力の伸びしろとそれに伴う将来の発展可能性を考慮するという観点からの理由づけ<sup>(82)</sup>、障害を持つ人の就労を取り巻く環境の変化をあげて、障害を持つ人が一般の企業で就労する機会が増加しており、障害を持つ人とそうでない人との賃金格差の是正が期待されるという観点からの理由づけ<sup>(83)</sup>が示されている。とはいえ、これらの裁判例でも、障害を持つ人に対しては、障害を持たない人が受ける額よりも低額の逸失利益しか認められていない<sup>(84)</sup>。そこには、前者の理由づけとの関連では、将来の発展可能性を考慮しても一定の障害を持つ人がそうでない人と同じ形で労働に従事することには困難

(80) 千葉地八日市場支判昭和56年10月26日交民14巻5号1217頁(知能程度が5歳との認定を受けた33歳の男性が交通事故により後遺障害を残した事案。)、東京地判昭和63年7月26日交民21巻4号716頁(自閉症にり患した7歳の男児が交通事故により重度の後遺障害を残した事案。)、東京地判平成2年6月11日判時1368号82頁(脳性麻痺を持つ幼児がベビーカーの横転事故によりその症状を悪化させた事案。)、千葉地松戸支判平成4年3月25日判時1438号107頁(中学校の特殊学級に通う女性が学校における事故により下半身完全麻痺等になった事案。)、大分地判平成16年7月29日判タ1200号165頁(養護学校に通う重度の障害を持つ11歳の男児が動作訓練中の事故により死亡した事案。)

(81) 大分地判平成16年7月29日・前掲注(80)。

(82) 東京高判平成6年11月29日判時1516号78頁(養護学校に通う自閉症にり患した16歳の男性が授業中にプールで溺死した事案。)、青森地判平成21年12月25日判時2074号113頁(知的障害児施設に入所していた重度の障害を持つ16歳の男性が寮の浴室で溺死した事案。)、東京地判平成31年3月22日労判1206号15頁(福祉型障害児施設に入所していた重度の知的障害を持つ男性が行方不明になり死亡した事案。)、名古屋地判令和3年1月13日交民54巻1号51頁(全ろうの聴覚障害を持つ18歳の大学の1年生の男性が交通事故により死亡した事案。)、広島高判令和3年9月10日判時2516号58頁(全盲の視覚障害を持つ17歳の女性が交通事故により重傷を負った事案。原審は山口地下関支判令和2年9月15日判時2516号71頁である。)

(83) さいたま地判平成27年12月11日平25(ワ)2894号(軽度の知的障害を持つ保育園に通う女兒が保育園内のビニールプールで溺死した事案。)、東京地判平成31年3月22日・前掲注(82)、名古屋地判令和3年1月13日・前掲注(82)、広島高判令和3年9月10日・前掲注(82)。

が伴うという理解があり<sup>(85)</sup>、また、後者の理由づけとの関連では、現状では全ての企業が障害を持つ人をそうでない人と同じ形で受け入れているわけではないという認識がある<sup>(86)</sup>。その結果、逸失利益につき男性労

---

(84) 東京高判平成6年11月29日・前掲注(82)(当該年度の県の最低賃金と不確定要因等を勘案した修正率〔10パーセントの減額〕とを考慮して算出される額、または養護学校卒業の自閉症男子生徒の平均賃金を基礎収入として算定される額。なお、地域作業所における収入を基礎収入として算定される額は〔これは、原審である横浜地判平成4年3月5日判時1451号147頁によって認められた額である。〕、あまりにも人間の生命の価値を測る基礎としては低すぎるという理由で排斥されている。)、青森地判平成21年12月25日・前掲注(82)(最低賃金額を基礎収入として算定される額。)、さいたま地判平成27年12月11日・前掲注(83)(女性労働者の平均賃金の70パーセントを基礎収入として算定される額。)、名古屋地判平成30年3月16日自保ジ2021号54頁(特別支援学校に通う軽度知的障害を持つ15歳の女性が交通事故により醜状障害を残した事案。知的障害者の平均賃金を基礎収入として算定される額。)、東京地判平成31年3月22日・前掲注(82)(19歳までの全労働者の平均賃金を基礎収入として算定される額。)、名古屋地判令和3年1月13日・前掲注(82)(全労働者の平均賃金の9割を基礎収入として算定される額。)、広島高判令和3年9月10日・前掲注(82)(全労働者の平均賃金の8割〔原審では7割〕を基礎収入として算定される額。)、大阪地判令和5年2月27日自保ジ2138号19頁(先天性の両側感音性難聴である11歳の女兒が交通事故により死亡した事案。全労働者の平均賃金の85パーセントを基礎収入として算定される額。)。また、千葉地判昭和62年8月7日交民20巻4号1018号(統合失調症にり患した33歳の無職の男性が交通事故により死亡した事案。男性労働者の平均賃金の9割を基礎収入として算定される額。)、前橋地判平成28年7月20日自保ジ1981号1頁(軽度の精神発達遅滞の既往症を持つ〔症状固定時に〕23歳の男性が交通事故により後遺障害を残した事案。全労働者の平均賃金を基礎収入として算定される額に軽度の精神発達遅滞に関わる労働能力喪失率を乗じた額。)も参照。

(85) 東京高判平成6年11月29日・前掲注(82)、青森地判平成21年12月25日・前掲注(82)、さいたま地判平成27年12月11日・前掲注(83)、名古屋地判平成30年3月16日・前掲注(84)、大阪地判令和5年2月27日・前掲注(84)。

(86) 青森地判平成21年12月25日・前掲注(82)、さいたま地判平成27年12月11日・前掲注(83)。

働者、女性労働者、または全労働者の各平均賃金そのものを基礎収入として算定する方法は、理想的ではあるものの現実に沿わないとされている。

これらの裁判例で示された理解の仕方のうち、一定の障害を持つ人について逸失利益を認めない立場は、その人には自由な存在として働く可能性がないという評価を前提とする。この理解の仕方では、問題㉠の視点㉠と同じように、この帰結が、障害を持たない人の逸失利益の算定と同じ計算方法のもとで、できる限り蓋然性のある額を算出するために用いる資料に起因するものとして位置づけられ、逸失利益という枠組みとできる限り蓋然性のある額を算出するという基本方針を前提とする限り、むきだしの形で平等という理念を強調するだけではこの帰結を回避するには不十分であるされ、一定の障害を持つ人が社会的制約を受けているために就労を妨げられているという認識が視野の外に置かれる。この理解の仕方は、過去から現在にかけて障害を持つ人が置かれてきた制約ある状況に即して、逸失利益の否定という結論を導く(視点㉠)。しかし、この理解の仕方によると、一定の障害を持つ人は自由な存在として働くという側面でそうでない人に劣るといふ含意が生まれてしまう<sup>(87)</sup>。

これに対して、これらの裁判例で示された理解の仕方のうち、障害を持つ人についても障害を持たない人よりも低額ではあるが一定の逸失利益を認める立場は、その人には自由な存在として働く可能性があるという評価を前提とする。問題㉠の視点㉡には二つの考え方がみられたことを参考にすれば、この理解の仕方の中にも二つの考え方が措定される。すなわち、障害を持つ人にも限定された形で就労可能性があることを理由にその就労可能性に応じた逸失利益を認める考え方と(視点㉡1)、障害を持つ人にも限定的な稼働能力があることを理由にその稼働能力に応じた逸失利益を認める考え方(視点㉡2)がそれである。ただし、裁判例で示されていた二つの理由づけだけではどちらが基礎に据えられているかを判断することはできない<sup>(88)</sup>。ところで、こうした裁判例の立場に対しては、障害を持つ人に逸失利益を認めるという点はよいとしても、障害を持たない人と比べてその額が低く算定されていることに

(87) 大村・前掲注(10)「他者とともに生きる」131頁。

対する強い懸念が示される<sup>(89)</sup>。上記の二つの考え方に即していえば、この懸念は、障害を持つ人が社会的制約を受けているために就労可能性を制限されたり稼働能力を低く見積もられたりしているとすれば、裁判例で認められた逸失利益の額は障害を持つ人に開かれている就労可能性または障害を持つ人の稼働能力の評価として適切かという問いに連なる<sup>(90)(91)</sup>。

最後に、問題⑦3について、実定法の状況は、以下のように整理される。一時的に日本に滞在し将来出国が予定される外国人の逸失利益については、事実的および規範的な諸要素を総合的に考慮して当該外国人がいつまで日本で就労するか、その後はどの国で就労することになるか等

---

(88) 裁判例で示されていた二つの理由づけのうち将来の発展可能性に関する部分を強く読めば、視点②が導かれやすいと一応はいえるが、この理由づけでは医学や教育学等と科学技術の一般的な進展の可能性が踏まえられており、これを強調すると、それらの可能性が存するがゆえに障害を持つ人の就労可能性も高まるという形で、この理由づけを視点①と接続することもできないわけではない。他方で、障害を持つ人の就労を取り巻く環境の変化に関する部分を強く読めば、視点①が導かれやすいと一応はいえるものの、このように就労環境が変化するがゆえに障害を持つ人の稼働能力に対する評価も高まるとみれば、この理由づけを視点②と接続することも可能である。

(89) 大塚直「保護法益としての人身と人格」ジュリ1126号(1998年)46頁、三木千穂「障害児者の逸失利益に関する裁判例の検討——青森地判平成21年12月25日判時2074号113頁を契機として——」明学ロー13号(2010年)89頁以下、吉村良一「障害児死亡における損害賠償額の算定について」立命387=388号(2019年)521頁以下等。

(90) 城内明「障害者の逸失利益算定方法に係る一考察」末川民事法研究5号(2019年)17頁以下、同「視覚・聴覚障害者の損害賠償額の算定——若年・未就労の視覚・聴覚障害者の逸失利益算定に係る基礎収入額について——」摂南59号(2021年)99頁以下等。

(91) これに対して、現に収入を得ていない人の生命や身体等が侵害された場面における損害との関連で、人としての共通性に重心を置いた評価をすべきであるという立場によれば、この懸念は、裁判例で認められた逸失利益の額が人間としての価値の評価として適切かという問いに連なる。

を相当程度の蓋然性が認められる程度に予測し、将来の収入状況を推定して算定するという枠組みが示され<sup>(92)</sup>、現在でも基本的に受け入れられている<sup>(93)</sup>。この枠組みは、技能実習生として日本に来ていた外国人の逸

(92) 最判平成9年1月28日民集51巻1号78頁。

(93) 例えば、以下の裁判例がある。なお、括弧内は、それぞれ、被害者の属性、日本で得ていた収入もしくは日本の平均賃金を基礎とした後遺障害逸失利益または死亡逸失利益が認められた期間である。岐阜地御嵩支判平成9年3月17日判タ953号224頁(在留資格等を得て稼働していたブラジル国籍の人、症状固定時から5年間。)、東京高判平成9年6月10日判タ962号213頁(不法残留の状態にあった中国国籍の人、症状固定時から2年間。)、浦和地判平成9年7月2日判タ959号213頁(在留資格等を得て稼働していた中国国籍の人、事故時から2年間。)、東京地判平成9年12月24日交民30巻6号1832頁(奨学生として日本語学校に通っていた中国国籍の人、死亡逸失利益について大学卒業後3年間。)、名古屋地判平成10年3月18日交民31巻2号339頁(不法残留中のフィリピン国籍の人、死亡逸失利益について事故時から3年間。)、東京地判平成10年3月25日交民31巻2号441頁(日本の大学院に留学中の中国国籍の人、死亡逸失利益について大学院後期博士課程終了後10年間。)、東京高判平成13年1月25日判タ1059号298頁(不法残留中のスリランカ国籍の人、死亡逸失利益について事故時から3年間。)、宇都宮地判平成13年11月1日平13(ワ)300号(定住者の在留資格を持つブラジル国籍の人、死亡逸失利益について日本人と同じ就労可能年数。)、大阪地判平成14年7月26日交民35巻4号1028頁(不法残留中の韓国国籍の人、事故時から3年間。)、東京地判平成15年6月24日交民36巻3号865頁(日本人の配偶者等の在留資格を持つメキシコ国籍の人、日本人と同じ労働能力喪失期間。)、名古屋地判平成15年8月29日判時1852号110頁(不法在留中の韓国国籍の人、事故時から3年間。)、名古屋地判平成17年8月24日交民38巻4号1130頁(内縁関係にある日本人男性との間の子を養育するために日本に永住する意思を有していたフィリピン国籍の人、死亡逸失利益について日本人と同じ就労可能年数。)、大阪地判平成17年12月21日交民38巻6号1750頁(不法滞在中の韓国国籍の人、0年。ただし、アルバイト収入に係る休業損害は肯定されている。)、大阪地判平成19年7月12日交民40巻4号891頁(留学中のオーストラリア国籍の人、0年。)、東京地判平成21年12月25日交民42巻6号1703頁(在留期間は1年であるものの3年間の約束で日本の企業と雇用契約を締結していた中国国籍の人、死亡逸失利益について事故時から3年間。)、札幌地判平成25年9月25日平24(ワ)2385号(家族滞在資格で入国し

失利益の算定にも用いられる<sup>(94)</sup>。外国人研修生に関しては、日本での就労可能性が否定される<sup>(95)</sup>。一時的に日本に滞在し事故後にすでに第三国に出国した外国人の逸失利益も、今後どこで就労することが想定されるかという観点から将来の収入状況を推定することで算定される<sup>(96)</sup>。これに対して、上記の枠組みが示される以前においては、観光目的で日本に来ていた外国人の死亡逸失利益について、憲法14条と法の下の平等の原則を援用し、日本の男性労働者の平均賃金を基礎収入として算定した裁判例もあった<sup>(97)</sup>。

外国人について自由な存在として働くことができたはずであるという部分をどのように評価するかという問いを立てるとすれば、実定法の状況を手がかりにすると、以下の二つの考え方が想定される。一方で、合法および非合法の移住労働者についての権利保障<sup>(98)</sup>と平等原則の視点から、外国人についても、日本における不法行為により生命や身体が侵害された以上は、日本人と同じ形で逸失利益が算定されるべきであるという考え方がある<sup>(99)</sup>。他方で、判例で示された逸失利益の算定に関する枠組みを支持する考え方もある。前者の考え方との対比でいうと、後者の

---

たモンゴル国籍の人、その配偶者が日本に滞在することが見込まれる期間。)等。

(94) 千葉地判平成26年9月30日判時2248号72頁。

(95) 徳島地阿南支判平成23年1月21日判タ1346号192頁(中国国籍の研修生が研修中の事故で後遺障害を残した事案。この裁判例では、両国における賃金格差を踏まえ、日本における中学校卒の男子労働者の平均賃金を基礎収入として後遺障害逸失利益が算定されている。)

(96) 広島地判平成18年5月29日平17(ワ)150号(ミャンマー国籍を持ち現在はアメリカに居住する人の後遺障害逸失利益がアメリカにおける居住および将来的な医師としての就労を基礎として算定された事例。)等。

(97) 高松高判平成3年6月25日判時1406号28頁。

(98) この視点について、高藤昭「判批」ジュリ1114号(1997年)92頁、尾崎正利「判批」国際私法判例百選(第2版)(2012年)93頁等。

(99) 梅津和宏「判批」判タ821号(1993年)99頁等。逸失利益という枠組みにそのまま依拠したものではないが、米津考司「判批」民商109巻3号(1993年)134頁以下、吉村良一「判批」リマ16号(1998年)71頁以下等も参照。

考え方では、外国人と日本人の間で生ずる逸失利益額の相違が、同じ計算方法のもとで、できる限り蓋然性のある額を算出するために用いる資料の差に起因するにすぎないものとして位置づけられ、その資料の差は社会的制約というよりも制度面等に由来する事実の評価に由来し、逸失利益という枠組みとできる限り蓋然性のある額を算出するという基本方針を前提とする限り、むきだしの形で平等原則という理念を強調することは適切でないという理解が出発点に据えられている<sup>(100)</sup>。これら二つの考え方は、外国人には自由な存在として働く部分が存在するという前提を共有しており、その部分の評価として、日本人と外国人の平等という観点を重視するか、それとも、各人の就労可能性と稼働能力に応じた判断という視点を重視するかという点で違いを持つ。

このように整理される問題⑦3における議論の構図は、一見すると、問題⑦1や問題⑦2におけるそれと類似するが、実際には、それとは少し異なる。問題⑦1や問題⑦2では、一定の属性を持つ者に対する社会的制約を反映した資料(女性労働者の平均賃金、一定の障害を持つ労働者の平均賃金)を用いて自由な存在として働くことができたことに関わる部分の評価することが適切かという点が問われ、この点の理解の差が視点④と視点⑤の分岐点を形成する<sup>(101)</sup>。これに対して、問題⑦3では、外国人に対する社会的制約を反映した資料(外国人労働者の平均賃金)を用いて自由な存在として働くことができたことに関わる部分の評価することが適切かという点ではなく、制度等を基礎として判断される日本と日本以外の国における就労可能性や稼働能力を考慮して決せられた資料を用いて自由な存在として働くことができたことに関わる部分の評価する

(100) 北河隆之「交通事故における外国人被害者の損害額算定方法」損保54巻2号(1992年)28頁以下、中野俊一郎「判批」ジュリ1009号(1992年)121頁以下、同「判批」民商117巻3号(1997年)99頁、田中徹「判批」リマ6号(1993年)159頁、吉川栄一「判批」損保58巻3号(1996年)287頁、山本宜之「外国人の人身損害における逸失利益」信州1号(2002年)67頁以下等。

(101) 問題⑦1や問題⑦2で平等原則が語られることがあるのは、視点④を基礎に据える立場に対する批判の文脈においてであり、これに対して、視点⑤を基礎に据える立場からは平等原則が批判の根拠になりえないことが説かれる。

ことが適切かという点が問われ、この点の理解の差が上記の見解の対立をもたらしている。従って、問題⑦3における議論の対立は、視点⑧の内部のものとして位置づけられる<sup>(102)</sup>。

他方で、問題④については、国家賠償法に関わるものであるが、違法な公的仕組み等が存在したために社会的障壁に囲まれて生活せざるをえなかった人からの損害賠償請求に関する事案が興味深い素材を提供する。

例えば、かつて存在した旧らい予防法のもとで国立療養所等への入所を余儀なくされた人からの損害賠償請求との関連では、共通損害として、自由の制約のほか、これらの人がハンセン病に対する偏見により社会の人々からさまざまな差別的扱いを受けたことではなくそのような地位に置かれてきたことが取りあげられている<sup>(103)</sup>。また、ハンセン病にり患しながらも国立療養所等に入所していなかった人との関連では、ハンセン病への偏見と差別をおそれ、その病歴を隠しながら生活することを余儀なくされたこと、ハンセン病の治療を受ける機会を制限されたことによる精神的損害の存在が認められている<sup>(104)</sup>。この理解の仕方は、人格形成や人生選択の不可欠の前提となる居住や移転の自由および人格権を蹂躪する潜在的危険性が存在したことを踏まえて、ハンセン病患者が社会から偏見や差別を受ける地位に置かれたことによる損害を問題にするものである<sup>(105)</sup>。更に、ハンセン病患者の家族のメンバーとの関連

---

(102) 問題⑦3で平等原則が語られることがあるのは、日本における就労可能性や稼働能力の評価に関わる次元であり、外国人に対する社会的制約を反映した資料を用いることの当否に関わる次元ではない。

(103) 熊本地判平成13年5月11日判時1748号30頁。国立療養所等に入所していなかった人からの損害賠償請求との関連での説示ではあるが、広島高松江支判平成30年7月24日・後掲注<sup>(109)</sup>では、国立療養所等への収容が、居住や移転の自由を制約するほか、学業の中断、就職や結婚の断念、失職、家族との遮断をもたらすため、憲法13条に含まれる人格権を直接的に制約するとされている。

(104) 広島高松江支判平成30年7月24日判時2411号21頁。ただし、消滅時効の完成が認められている。

(105) 鳥取地判平成27年9月9日判時2314号70頁(広島高松江支判平成30年7月24日・前掲注<sup>(104)</sup>の原審。)。ただし、消滅時効の完成が認められている。

でも、差別の被害に加えて、家族内にハンセン病患者がいることを隠すための精神的負担により平穏生活権が侵害されたことが取りあげられている<sup>(106)</sup>。加えて、事案は異なるが、旧優生保護法に基づき優生手術を強いられた人およびその配偶者からの損害賠償請求との関連では、結論として除斥期間の経過により請求を遮断した事例はあるにせよ、子をもうけるかどうかを自らの意思で決定する権利や自由への侵害、自由な同意に基づかない身体への侵害に加えて<sup>(107)</sup>、これらの者が差別的扱いを受けたこと、更には、そのような地位に置かれたことが問題とされている<sup>(108)</sup>。

これらの事例では、国立療養所等に収容された人や優生手術を強制された人との関連で、自由、幸福追求権、身体等に対する直接的な侵害が想定されているだけでなく、これらの人、その家族のメンバー、上記各措置の対象として予定されている障害等を持つ人一般やその家族のメンバーとの関連でも、違法な公的仕組み等に起因して形成された社会的制約のもとに置かれてきたことそれ自体、そして、そのことに由来する自由、幸福追求権、平穏生活権等の侵害が問われている。問題㉑で示した視点に即していえば、この考え方は、特定の障害を持つ人およびその家族のメンバーが社会的制約を受けていない状態を権利として措定し、これらの者がその社会的制約を受けている状態を上記権利の侵害として取りあげるものである(視点㉒)。

<sup>(106)</sup> 熊本地判令和1年6月28日判時2439号4頁。なお、この判決は、一部原告との関連で、家族関係の形成の損害を問題にしている。この点についての詳細は、拙稿・前掲注<sup>(13)</sup>で扱われる。

<sup>(107)</sup> 注<sup>(108)</sup>で引用する裁判例のほか、仙台地判令和1年5月28日判時2413=2414号3頁、東京地判令和2年6月30日平30(ワ)15422号(東京高判令和4年3月11日・後掲注<sup>(108)</sup>の原審。)。この点については、拙稿・前掲注(1)149頁以下。

<sup>(108)</sup> 大阪高判令和4年2月22日判時2528号5頁とその原審である大阪地判令和2年11月30日判時2506=2507号69頁、東京高判令和4年3月11日令2(ネ)2936号、札幌地判令和3年1月15日判時2480号62頁、神戸地判令和3年8月3日平30(ワ)1640号、平31(ワ)324号、大阪地判令和4年9月22日令1(ワ)11273号、熊本地判令和5年1月23日平30(ワ)500号。

(2) あるべき方向性と人の捉え方

人には、その人種、国籍、民族的出自、出身地、性別、性的アイデンティティ、宗教、障害、年齢、所属団体等のさまざまな属性がある。Ⅱで検討するように、一定の場合には、これらの属性を考慮して個々の人を把握することが求められるものの、別の場合には、これらの属性を捨象して個々の人を捉えることが要請される。特に人がその意思や選択によらない属性等に由来する社会的制約を受けているために主体的な生を築くことができなかつたり、そのことに困難が伴つたりしている場合には、後者の視点を持つことが強く求められる。人はこうした意味での社会的制約から自由でなければならない。

このような認識を前提とする場合、一定の属性等に由来する社会的制約が特定の権力を背景として強固に存在しているときには、こうした社会的制約のもとに置かれなことを権利として措定し、こうした社会的制約のもとに置かれたことそれ自体をもって権利侵害を肯定することが求められる。問題④の各事例がそれである。これらの事例では、自由、幸福追求権、平穩生活権等、これまで一般的に認められてきた諸権利の侵害も想定されるが、これらの権利とは別に社会的制約のもとに置かれなことを権利として措定することで、一般的に認められてきた諸権利が直接的に侵害される場面のみならず、それらが間接的に侵害される場面であっても、更には、これらの諸権利の侵害が明確に認定されな場面であっても、証明等の困難を回避する形で一定の損害賠償請求を認めることが可能となる。

また、ある特定の属性を持つ人びとが社会的制約のもとに置かれてきたことを考慮して、その属性を持つ人の生や生き方の価値的な回復および実現の方法が構築されるべきであると考えられる場面もある。問題⑦の各事例がそれである。例えば、問題⑦1について、女性労働者の平均賃金には、男女間の役割分担やケア労働の不平等な配分<sup>(109)</sup>等のために女性の就労が制約されてきたという事実が反映されており、こうしたジェンダーバイアスを映した資料を女兒の逸失利益の算定に直接的な形で投影させる視点④に基づく考え方は、自由な存在として働く人の生の評価に際し、女兒を社会的制約のもとに置くものにほかならず適切でな

い<sup>(110)(111)</sup>。また、問題⑦2について、障害に関する医療モデルと社会モデルの対比、更に、後者の派生としての人権モデルを参考にすると<sup>(112)</sup>、現在において、一定の障害を持つ人の平均賃金等がそれを持たない人のそれよりも低くなっていたり、一定の障害を持つ人の逸失利益一般がそれを持たない人のそれよりも低く見積もられていたりする背景には、こうした障害を持つ人の個人的な能力に起因しない社会的制約が影響しているとも考えられ、その部分を反映させる形で一定の障害を持つ人の逸失利益を算定する視点④に基づく考え方も、自由な存在として働くことができる人の評価として適切さを欠く<sup>(113)</sup>。

ところで、問題⑦1と問題⑦2で被害者が社会的制約を受けていない状態を指定したうえでそのあるべき状態を把握する考え方、すなわち、視点④には、二つの方向性が存在した。これらのうち、各問題における視点④1のように就労可能性を起点とする議論は、性別という属性の差や一定の障害を持つ人という属性の有無等に応じて稼働能力等に差はあるものの、幼児や一定の障害を持つ人にはそうした属性に捕われない形

(109) これは、ケアの倫理や(リベラル)フェミニズム等により強調されてきた点である。エヴァ・フェダー・キテイ(岡野八代=牟田和恵監訳)『愛の労働あるいは依存とケアの正議論』(白澤社・2010年)、スーザン・M・オーキン(山根純佳=内藤準=久保田裕之訳)『正義・ジェンダー・家族』(岩波書店・2013年)277頁以下等。

(110) 植木・前掲注58)234頁以下、城内明「賠償額の算定とジェンダーバイアス」法セ737号(2016年)15頁以下、吉田・前掲注(75)173頁以下等。

(111) この点との関連では、野崎綾子「日本型「司法積極主義」と現状中立性：逸失利益の男女格差の問題を素材として」井上達夫ほか編『法の臨界I 法的思考の再定位』(東京大学出版会・1999年)82頁以下による現状中立性に対する批判が説得的である。

(112) 障害法の構築に向けた試みとの関連について、菊池馨実ほか編著『障害法(第2版)』(成文堂・2021年)4頁以下〔川島聡=菊池〕〔初版・2015年〕、河野正輝『障害法の基礎理論——新たな法理念への転換と構想』(法律文化社・2020年)等。

(113) 城内・前掲注(90)「障害者の逸失利益」17頁以下、同・前掲注(90)「視覚・聴覚障害者」99頁以下。

で就労する可能性が開かれているため、その就労可能性に応じて逸失利益の算定をすべきであるという論理を基礎に据えていた。しかし、この議論は、女性や障害を持つ人が一定の社会的制約を受けているために男性や障害を持たない人よりも少ない賃金しか得ておらず、そのことが女性労働者や障害を持つ人の平均賃金に反映されているという認識を受け入れつつも、そのことの当否を問題にせず、女兒や一定の障害を持つ人に限って、労働の面で社会的制約を受けていない状態を指し、そのあるべき状態を金銭的に評価するものであり、不十分さは否めない。これに対して、各問題における視点②のように稼働能力を起点とする議論は、性別という属性の差や一定の障害を持つ人という属性の有無等に応じて稼働能力に差はないとするものであるため、社会的制約の存在を反映して統計的に低く見積もられた一定の属性を持つ人の平均賃金を基礎収入として女性や一定の障害を持つ人の逸失利益を算定することそのものを拒絶する。従って、被害者が社会的制約を受けていない状態を指したうえでそのあるべき状態を把握するという基本方針に照らすと、この議論は、労働の面で社会的制約を受けてきた属性を持つ人に関する逸失利益の評価方法としてあるべき一つの方向性を示している。

この議論の仕方によると、問題①については、現状では、全労働者の平均賃金には社会的制約を一定の範囲で反映した女性労働者の平均賃金も含まれているため、男児のみならず女兒の逸失利益の算定に際しても、全労働者の平均賃金ではなく、この制約から自由な男性労働者の平均賃金を基礎収入として用いることが考えられてよい。また、問題②に関しては、一定の障害を持つ人の平均賃金等には社会的制約が反映され、その社会的制約が他者による合理的配慮により取り除かれるとすれば<sup>(114)</sup>、一定の障害を持つ人の逸失利益の算定に際し、そうした制約から自由な全労働者または問題①の立場と併せていえば男性労働者の平均賃金を基礎収入として用いたうえで、そこに、個々の被害者の能力に由来する制約を考慮して減じていくというプロセスをとることが考えられる。

---

(114) この点については、II 1を参照。

この考え方では、人は自らの生の作者としてその生き方を主体的に形成していくことができる強い存在ではあるものの、自らの選択等に起因しない形で一定の属性に由来する社会的制約を受け、その生を自律的に描いていくことに対する障壁に直面する存在であるという認識を持つこと、従って、こうした障壁を取り除き、人が自由な存在として自らの生を描いていくことを支援するため、さまざまな人をその諸属性から切り離して扱うことに重心が置かれている。しかし、ある属性を持つ人を単純に当該属性から切り離して扱うだけでは、その人が自律的な生を営んでいくことへの配慮や支援として十分でない場合もある。また、ある属性を持つ人がその属性とともに生きようとするときには、その人を単純に当該属性から切り離してしまうと、かえってその人の生や生き方に寄り添うことにはならない。そのため、これらの問題に取り組まなければ、諸属性を持つ人による主体的な生の構築は実現されない。Ⅱでは、この問題が扱われる。

## Ⅱ. 属性を持つ人

現代において、不法行為法は、社会におけるさまざまな属性を持つ人との関連で、他者に対しその属性を適切に把握してそれらの者へ一定の保護や配慮をするよう要請している(1)。また、不法行為法は、社会においてさまざまな形で生きるさまざまな人にはさまざまな属性があることを踏まえ、これらの属性を十分に考慮したうえでこれらの者に認められるべき権利の内容を形成している(2)。現代の不法行為法において、人は、さまざまな属性から切り離されるべき存在としてのみならず、さまざまな属性を持つ存在としても位置づけられている。

### 1. 配慮を受ける人

人が自らの選択等に起因しない形で一定の属性に由来する広い意味での制約を現に受けている場面やそうした制約に直面する可能性がある場面において、その人が社会で活動することを望むときに、不法行為法は他者に対してそのような属性を持つ人への配慮をどのように要請する

か。より具体的には、一定の属性を持つ人が社会的活動の場で何らかの制約に直面しているときに、私人間においても、その人に対して配慮を提供することが要請されるか、またはその人について何らかの配慮の提供を受けることに向けた権利や保護が認められるか(以下「問題⑦」という。)。また、一定の属性を持つ人が社会的活動の場で何らかの制約に直面しているときやそうした制約に直面しかねないときに、その人に対する配慮のために、他者はその人が関わる不法行為上の結果を受け入れることを要請されるか(以下「問題⑧」という。)。1では、これらの問題に関わる実定法と議論の検討を通じて((1))、社会的活動の場で何らかの制約を受けているまたはそうした制約を受けかねないがゆえに一定の配慮を受けるべき人という形での不法行為法における人の捉え方が探求される((2))。

#### (1) 実定法と議論の検討

問題⑦については、一定の属性を持つ者が社会的活動の場で何らかの制約に直面している場合に、その属性を持つ者への配慮がこうした制約の除去に向けられている場面、またはこうした制約の除去に向けた配慮を受けることに関わる権利や保護が想定される場面(以下「問題⑦1」という。))と、その属性を持つ者への配慮がこうした制約に直面する場からその者を除外することに向けられている場面、またはこうした制約に直面しないことに関わる権利や保護が想定される場面(以下「問題⑦2」という。))に分けて、実定法と議論の状況を検討する。

まず、問題⑦1との関連では、行政事件に関わるものであるが、性同一性障害の診断を受けていたが性別適合手術と性別変更の審判を受けていない国家公務員が職場で女性用トイレの使用等を制限された事案で、性同一性障害特例法の立法趣旨と性別が個人の人格的生存と密接不可分に関わることに鑑み、自らの性自認に基づいた性別で社会生活を送ることは法律上保護される利益であるとしつつ、当該事実関係のもとでは国が通常尽くすべき注意を怠り上記行為をしたとはいえないとして、結論的にこの部分に係る損害賠償請求を否定した事例(以下「事例α」という。))がある<sup>(115)</sup>。また、同じく国家賠償法に関わるものであるが、発声障害

を持つ市議会議員が第三者の代読等による発言等を認められず音声変換装置を用いた発言等を強制された事案で、議会における発言の権利と自由の侵害を介して損害賠償請求を認めた事例(以下「事例β」という。)もある<sup>(116)</sup>。この事例では、障害者に補助手段を使用するように勧めること自体は問題でないが、これを強制することはいかに障害者にとって有益であるとしても許されないとされている<sup>(117)</sup>。他方で、両下肢機能全廃により車椅子で生活している者が公衆浴場で車いすのまま浴場に入ることを拒絶された事案で、公衆浴場の経営者には、車椅子を利用する障害者がそうではない者と同様に公衆浴場を利用することができるよう最大限の配慮をすることが求められるとしつつ、公衆浴場を利用する全ての顧客の安全と衛生への配慮という観点から、上記拒否は不法行為に該当しないとした事例(以下「事例γ」という。)もある<sup>(118)</sup>。

これらの事例については<sup>(119)</sup>、以下のように整理することが可能である。人は、社会生活を営む中で何らかの行為をしたり<sup>(120)</sup>、工作物を占有または所有したりする<sup>(121)</sup>場合等において、これらの行為や工作物が一定の属性等を持つ人に対して影響を及ぼすときには、これらの人に損

(115) 東京高判令和3年5月27日判時2528号16頁。これに対して、原審の東京地判令和1年12月12日判時2528号32頁は、真に自認する性別に対応するトイレの使用制限は、個人がその真に自認する性別に即した社会生活を送ることができる利益の制約に当たり、国が上記トイレの処遇を継続したことは通常尽くすべき注意義務の違反に当たるとしていた。なお、トイレの使用等に係る行政措置要求を認めない旨の判定の取消請求に関する部分について、最判令和5年7月11日令3(行ヒ)285号。

(116) 名古屋高判平成24年5月11日判時2163号10頁。

(117) 名古屋高判平成24年5月11日・前掲注<sup>(116)</sup>の原審である岐阜地判平成22年9月22日判時2099号81頁。

(118) 東京地判平成25年4月22日平22(ワ)27464号。

(119) 不法行為に関わる事案ではないが、大阪地決令和2年7月20日判時2471号105頁は、性同一性障害の診断を受けた労働者が化粧をして業務に従事していることを理由に使用者が当該労働者に対し就労を拒否した事案で、それが使用者の責めに帰すべき労務提供の不能に該当するとして、536条2項に基づく賃金の仮払を求めた仮処分申請を認めた。

害を生じさせないため配慮をするよう義務づけられる。しかし、一定の属性等を持つ人への配慮が要請されるのは、これらの場面に限られない。一定の属性等を持つことを理由とする不利益処遇は社会的制約を除去することにより取り除かれるという観点から、社会的活動の場で何らかの制約に直面している人と一定の関わりを持つ人は、その制約の除去に向けた諸措置の実施について必要かつ合理的な配慮をするよう義務づけられる可能性があり(事例 $\alpha$ )、こうした合理的配慮の不存在は、当事者や第三者に対する危険の防止やプライバシーの保護等、それを講じないことにつき正当な理由がある場合を除き(事例 $\gamma$ )、一定の属性等を理由とする不利益処遇を維持するものとして不法行為に該当する。合理的配慮は、障害者差別解消法において行政機関等および事業者の義務として想定されているが、より広く障害以外の属性を持つ人との関連でも、また、私人間でも妥当する内容を持つ<sup>(122)</sup>。また、合理的配慮の名のもとに一定の属性等を持つ人に対してその意に反する措置を講ずることも、場合によっては不法行為を構成する(事例 $\beta$ )。これらの法理により、一定の属性等を持つ人は、そのような属性等を持つ人として生活するために合理的配慮を受ける権利を保障され、当該属性等を持ちながら主体的に社会的な生を営むことができる。

---

(120) 例えば、東京地判平成18年6月15日判タ1241号143頁(91歳の高齢者が速足で歩行してきた25歳の者に激突され負傷した事案で、成人歩行者が道路を歩行するにあたっては、進路上に、幼児、高齢者、視覚等の障害者等の歩行弱者が存在しないかどうか丁寧に注意を払い、もし存在する場合には、進路を譲ったり、減速や停止をしたりして、それらの者がふらついても接触、衝突しない程度の間隔を保つなどして、それらの者との接触および衝突を回避すべき注意義務があるとされた事例。)等。

(121) 例えば、東京地判平成13年12月27日判時1798号94頁(杖をついて歩行しレストランに来店した66歳の者が自動ドアに衝突して負傷した事案で、身体等を制御する能力や歩行能力が十分でない者も利用することを前提としたうえで、ドアの作動によりこれらの者の身体と接触ないし衝突して危害を加えることを回避する設備および性能を具備しているかという観点から、工作物の瑕疵が判断されるべきであるとされた事例。)等。

(122) 一般論であるが、茂木・前掲注(17)125頁以下。

次に、問題⑦2との関連では、狭義の適合性原則が目目を引く。顧客の意向と実情に反して明らかに過大な危険を伴う金融取引等を積極的に勧誘するなど、適合性原則から著しく逸脱した勧誘行為が一定の場合に不法行為に該当すること、適合性の有無が、具体的な商品特性との相関関係において、顧客の投資経験、証券取引の知識、投資意向、財産状態等を総合的に考慮して決せられることは、実定法で承認されている<sup>(123)</sup>。その結果、例えば、判断能力に乏しい高齢者や<sup>(124)</sup>、日本語能力が十分でない外国人<sup>(125)</sup>等との関連で、特定の金融取引への勧誘について狭義の適合性原則の違反を理由とする損害賠償が認められている。

狭義の適合性原則は、一定の属性を持つ人を金融取引等から自動的に排除する法理ではない。しかし、この法理は、これらの属性を持つ人の一部にみられる能力や経験等の不存在または不足等に着目して、商品特性との関係での判断を踏まえたうえではあるものの、こうした特徴を有する人を金融取引等から実質的に除外する機能を持つ。高齢者、外国人等の一定の属性を持つ人は、自己責任の原則が妥当する自由競争市場における金融取引等に耐えうるほどの能力や経験等を持たないことがあり、その金融取引等により自己の主体的な生や生存に必要な不可欠な財を失う可能性がある。そこで、これらの人に対しては、狭義の適合性原則を通じて、一定の金融取引等にアクセスすることができないようにするための配慮、言い換えれば、その属性に由来する制約のために重大な被害を受ける可能性がある場に接近しないようにするための配慮がされる。このことは、事業者側からみれば、一定の属性を持つ人についてその能力や経験等に照らし特定の金融取引等にアクセスさせないようにす

(123) 最判平成17年7月14日民集59巻6号1323頁。

(124) 注<sup>(127)</sup>で引用する文献および拙稿「取引の不法行為と純粹経済損失の算定基準——権利の価値的な回復及び実現という視角からの検討——」新美育文ほか編『不法行為法研究②』(成文堂・2021年)117頁以下等で引用されている裁判例を参照。

(125) 東京地判平成5年8月31日判時1499号86頁、名古屋地判平成15年8月27日先物取引裁判例集35号191頁、大阪地判平成16年4月15日判時1887号79頁、京都地判平成26年9月25日金判1455号28頁等。

るための配慮が義務づけられていることを意味する。この法理により、一定の属性を持つためにその能力や経験等で劣る人は、人格を尊重した生活の基盤形成の確保という観点から<sup>(126)</sup>、パターンリスティックな思想に基づく財産権の保障またはそれに加えて生存権の保障を受け<sup>(127)</sup>、その属性に由来する制約ゆえに直面する可能性がある困難をあらかじめ回避することができる<sup>(128)</sup>。

問題④については、一定の属性を持つ人が社会的活動の場で何らかの制約に直面している場合やそれに直面する可能性がある場合において、他者がその属性を持つ人に対する不法行為の結果を受け入れることを求められる場面(以下「問題④1」という。)と、他者がその属性を持つ人による不法行為の結果を受け入れることを求められる場面(以下「問題④2」という。)に分けて、実定法と議論の状況を検討する。

まず、問題④1との関連では<sup>(129)</sup>、素因減額に関する判例と学理的議論が検討の素材とされる<sup>(130)</sup>。一定の属性に由来する心因的素因、疾患、身体的特徴等が被害者に存在する場合において、これらが損害の拡大等に寄与しているときに、これらを考慮して損害賠償が減額されるかという問題は、加害者がこうした属性を持つ人に対する不法行為の結果をそ

---

(126) 吉田克己「多様な高齢者像と高齢者法のあり方——民法学からの接近」NBL1224号(2022年)7頁以下等。

(127) 川浜昇「判批」民商113巻4 = 5号(1996年)168頁以下、潮見佳男『契約法理の現代化』(有斐閣・2004年)119頁以下〔初出・1998年〕、同「適合性の原則に対する違反を理由とする損害賠償——最高裁平成17年7月14日判決以降の下級審裁判例の動向」現代民事判例研究会編『民事判例V』(日本評論社・2012年)6頁以下等。

(128) なお、AIを用いて金融取引を実行することにより適合性原則を通じた権利保障がより実効的になることについて、拙稿・前掲注(16)「AIを用いた金融取引」299頁以下。

(129) その他、問題④1との関連では、一定の属性を持つ人、例えば、高齢者との関係で、その保護の必要性という観点から過失相殺率を減算することが適切かという問いもある。

(130) この問題は、加害者と被害者の関係のあり方という視点からも検討されるべき内容を持つ。この点は、拙稿・前掲注(13)で扱われる。

のまま受け入れることを求められるかという点に関わるからである。

判例によれば、一方で、損害が加害行為のみによって通常生ずる程度および範囲を超え、その損害について被害者の心因的要因が寄与しているとき、または加害行為と被害者の疾患とがともに原因となって損害が発生したときには、損害賠償額の算定に際してその心因的要因や疾患が考慮される<sup>(131)</sup>。ただし、労災事故の場面について、労働者の性格は多様であるため、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、その性格およびこれによる損害の発生または拡大への寄与は、使用者として予想し対応すべきものであるから、損害賠償額の算定に際して考慮されない<sup>(132)</sup>。他方で、平均的な体格や通常の体質と異なる身体的特徴は、それが疾患に当たらなければ、特段の事情がない限り損害賠償額を定めるに際して斟酌されない。人の体格や体質は、全ての人が均一同質なものということではできず、通常人から著しくかけ離れる程度に至らない身体的特徴は、個々人の個性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<sup>(133)</sup>。なお、老齢であることは疾患にあらず、年齢は個性差の範囲として当然にその存在が予定されているため、損害賠償額の算定に当たりこれらの事情は考慮されない<sup>(134)</sup>。これに対して、一部の裁判例では、例えば、被害者が賠償神経症であるためその賠償請求を認めないことが被害者の救済となる場合または損害の拡大が被害者の精神的状態に起因するためその全てを加害者に負担させるのが著しく不当である場合は格別、加害者は被害者をあるがまま受け入れなければならないのが原則であり、肉体的にも精神的にも個性性の強い人間を基準化して相当因果関係の存否等を判断することは許されな

(131) 最判昭和63年4月21日民集42巻4号243頁、最判平成4年6月25日民集46巻4号400頁。これらの考え方は、労災事故の場面でも妥当する。最判平成12年3月24日民集54巻3号1155頁、最判平成20年3月27日判時2003号156頁。

(132) 最判平成12年3月24日・前掲注<sup>(131)</sup>。安全配慮義務違反による損害賠償請求との関連で同旨を説く判例として、最判平成26年3月24日判時2297号107頁。

(133) 最判平成8年10月29日民集50巻9号2474頁。

(134) 神戸地判平成10年9月9日交民31巻5号1399頁等。

いとして<sup>(135)</sup>、原則的に素因を考慮して損害賠償を減額することはできないとの理解が示されていた<sup>(136)</sup>。

判例で示された考え方は、ある素因について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、またはある素因が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かを問い、そうでない素因、すなわち、マイノリティに属する素因については損害賠償額の算定に際して考慮する。これは、一定の素因を持つ人はそれを他者に転嫁することができる限りにおいて行動自由を持つにすぎず、自らの権利領域内にある素因から生じた損害については自らが負担すべきであるとすれば<sup>(137)</sup>、その素因に由来してその保有者の行動自由を制約が課せられたとしてもやむをえないという理解に基づく。この考え方では、一定の属性に由来する素因を持つ人の行動自由への配慮から、他者に対してその人への加害行為の結果を受け入れることが要請されることはない。そのため、この考え方に対しては、人をマジョリティに属する素因を持つ者とマイノリティに属する素因を持つ者とに分け、前者を標準とみたくうえで、その標準に属さない後者について<sup>(138)</sup>、行動の自由に配慮しないことへの疑問が提起される。

これに対して、一部の裁判例で示された考え方は、「加害者は被害者があるがまま受け入れなければならない」を出発点として、被害者に素因の統制に向けた義務違反が認められる場合等を除き、被害者の素因を損害賠償額の算定に際して考慮しない。これは、一定の素因を持つ人はそれに由来するリスクの全てを他者に転嫁して完全な行動自由を享受することができるわけではないとしても、素因を持つがゆえにそれを持た

---

(135) 東京地判平成1年9月7日判時1342号83頁。

(136) その他、広島地判平成2年4月23日交民23巻2号506頁、広島地判平成2年5月31日交民23巻3号695頁、横浜地判平成2年7月11日判時1381号76頁、奈良地葛城支判平成4年3月19日判タ796号197頁等。

(137) 錦織成史「医療過誤訴訟における賠償の減額事由について」司研93号(1995年)14頁以下、橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程(5・完)——責任無能力者の「過失」と素因の斟酌をめぐって——」論叢139巻3号(1996年)24頁以下等。

ない人と同じような社会生活を送ることについて制約を受けるのは望ましくないという理解に基づく<sup>(139)</sup>。ここでは、一定の属性に由来する素因を持つ人が社会で活動することを望むときに、素因を理由とする損害賠償の減額がそのことへの制約になりかねないという判断のもと、その人をこうした制約に直面させないために、素因だけを考慮した損害賠償の減額の否定という帰結が導かれている。その結果、この考え方は、一定の属性に由来する素因を持つ人の行動自由への配慮から、他者に対してその人への加害行為の結果を受け入れることが要請されている<sup>(140)</sup>。

次に、問題④2との関連では、責任無能力を理由とする免責の根拠をめぐる学理的な議論が取りあげられる。加害者が低年齢の子または精神障害者という属性を持つ場合に免責されるということは、被害者がこれらの属性を持つ人による不法行為の結果をこれらの属性を持つ人との関係では受け入れざるをえないことを意味しているからである。

責任能力制度については、判断能力に乏しい人を保護するための政策<sup>(141)</sup>、通常資力の乏しい弱者を保護するための政策<sup>(142)</sup>、未発達な人格

---

(139) こうした見方に対する批判について、北河隆之「いわゆる「鞭打ち症」に関する「賠償医学」的アプローチに対する批判的検討」判タ719号(1990年)54頁、長久保守夫=森木田邦裕「東京地裁民事第27部(民事交通部)における民事交通事件の処理について(1)」司研86号(1992年)35頁、青山弘樹「事故前からの被害者の素因と賠償額減額の可否」判タ834号(1994年)44頁以下等。これに対する反論もあるが(例えば、小賀野晶一「交通事故損害賠償法と「公正」議論——素因競合事例と医療費単価事例を中心に」鈴木辰紀教授還暦記念『保険の現代的課題』(成文堂・1992年)469頁以下等)、必ずしも説得的でない。

(139) 窪田充見『過失相殺の法理』(有斐閣・1994年)76頁以下〔初出・1985年〕、芦川豊彦「素因と不法行為責任」愛学34巻1号(1991年)46頁以下、能見善久「「痛み分け」社会の民法」落合誠一編『論文から見る現代社会と法』(有斐閣・1995年)113頁以下、潮見佳男『不法行為法』(信山社・1999年)322頁以下等。

(140) このことは、加害者は被害者が標準的な健康人であることを期待することはできないということを意味している。永下泰之「損害賠償法における素因の位置(6・完)」北法65巻1号(2014年)37頁以下。

の自由な成長や展開を支援すべきであるという人格権保障の原理<sup>(143)</sup>により、これを基礎づける各考え方がある。これらによれば、責任能力制度は、低年齢の子または精神障害者という属性を持つ人が社会で活動することを望むときに、不法行為責任の負担がそのことへの制約になりかねないとの判断のもと、これらの人がこうした制約に直面することなく自由に行動をすることができるようにするための仕組みとして位置づけられる。しかし、一つ目の考え方に対しては、政策というだけで責任無能力を理由とする免責を基礎づけることは困難であるという批判が、二つ目の考え方に対しては、加害行為をした人の能力に着目した規定との整合性が欠け、また、一定の精神障害者にはそうした考慮は当てはまらないという批判が、三つ目の考え方に対しては、低年齢の子であればともかく一定の精神障害者にはそうした考慮は当てはまらないという批判等が、それぞれ妥当する<sup>(144)</sup>。

現在では、責任無能力を理由とする免責は法の命令や禁止を理解することができない人を帰責主体にしないという考慮に基づくものとして理解する考え方が受け入れられつつある<sup>(145)</sup>。これによれば、責任能力制度は、加害者の属性に着目した配慮というよりも、一般的な帰責の枠組

---

(141) 森島昭夫『不法行為法講義』(有斐閣・1987年)138頁、平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』(弘文堂・1992年)91頁等。

(142) 星野英一「責任能力」ジュリ893号(1987年)88頁、青野博之「責任能力規定をどう考えるか」椿寿夫ほか編『民法改正を考える』(日本評論社・2008年)353頁等。また、四つ目の考え方と並列されているが、樫見由美子「不法行為における責任無能力者制度について」星野英一先生追悼『日本民法学の新たな時代』(有斐閣・2015年)757頁。

(143) 益澤彩「過失不法行為における帰責・免責システムの構造(2・完)」民商126巻2号(2002年)90頁以下等。この考え方を支持するものとして、近江幸治『民法講義Ⅵ事務管理・不当利得・不法行為(第3版)』(成文堂・2018年)161頁以下〔初版・2004年〕等。

(144) 各批判について、根本尚徳「民事責任能力の意義に関する基礎的・比較法的考察——ドイツの学説による議論を手がかりとして」中原太郎編著『現代独仏民事責任法の諸相』(商事法務・2020年)180頁以下、大塚直編『新注積民法(16)債権(9)』(有斐閣・2022年)6頁以下〔大澤逸平〕等。

みの中に位置づけられるため、低年齢の子または精神障害者という属性を持つ人を直接的に保護したり、これらの者の人格権を直接的に保障したりするものではなくなる。とはいえ、この考え方においても、人格の自由な展開を期待することができない者に対しては帰責をしないという態度決定がされることを通じて<sup>(146)</sup>、低年齢の子または精神障害者という属性を持つ人は、行動自由に基礎を置いた過失責任原理が妥当する枠の外にいる者として位置づけられ、機能的にみれば、賠償の負担という制約を受けることなく社会的に行動するための特別な配慮を受けているに等しい。従って、この考え方の中にも、低年齢の子または精神障害者という一定の属性を持つ人をそのような属性にある者として捉え、帰責の排除を通じて、その者の社会生活の自由を確保しようとする思想の一端が看取される。

## (2) あるべき方向性と人の捉え方

人には、その人種、国籍、民族的出自、出身地、性別、性的アイデンティティ、宗教、障害、年齢、所属団体等のさまざまな属性がある。Iで検討したように、一定の場合には、これらの属性に由来する社会的制約からの解放という目的のもと、これらの属性を捨象して個々の人を捉えることが求められるが、それだけではその人がその自律的な生を営んでいくことへの配慮や支援として十分でない場合もある。この場合には、人がさまざまな属性を持つことを正面から捉え、そのことを考慮した特別な配慮をすることが要請される。

まず、問題⑦1でみられたように、ある人が社会的活動をする中でその属性に起因して何らかの制約を現に受けているときには、その人につ

(145) 四宮・前掲注(69)379頁以下、加藤雅信『新民法大系V事務管理・不当利得・不法行為(第2版)』(有斐閣・2005年)301頁〔初版・2002年〕、窪田充見『不法行為法(第2版)』(有斐閣・2018年)179頁〔初版・2007年〕、橋本佳幸＝大久保邦彦＝小池泰『民法V事務管理・不当利得・不法行為(第2版)』(有斐閣・2020年)165頁〔橋本〕〔初版・2011年〕等。

(146) 潮見佳男『不法行為法I(第2版)』(信山社・2009年)400頁以下〔初版・1999年〕。

き属性を持たない人として扱おうと、問題の所在が覆い隠され、そうした状態が維持されることになりかねない。ここでは、ある属性が社会的活動の場でその属性を持つ人に一定の制約をもたらす端緒として作用するという事実を直視することが不可欠である。そして、その際には、一定の属性を持つことを理由とする制約に直面している人と特定の関わりを持つ人は、それを講じないことにつき正当な理由がある場合を除き、その制約の除去に向けた諸方策の実施について合理的な配慮をするよう義務づけられる一方で、こうした属性を持つ人はそのような属性を持つ人として生活するために合理的配慮を受ける権利を保障されるという考え方が、基礎に据えられるべきである。この考え方のもとでは、その人は、当該属性を持ちながら主体的に社会的な生を営むことができる。

次に、問題②でみられたように、ある人が社会的活動をする中でその属性に起因する能力や経験上の制約のために重大な被害を受けかねないときは、その人について属性を持たず能力や経験的に十分な人として扱おうと、その人の生存や生活の基盤が崩れ去るという事態が発生しかねない。このことを私的自治から導かれる一つの帰結としてそのまま受け入れるのでないとするれば、ある属性に由来する能力や経験の不存在という制約がその属性を持つ人に重大な被害をもたらすことがあるという事実を踏まえることが必要である。そして、その際には、ある人がその属性に由来する制約により自己責任を前提とした金融取引等に耐えることができないときには、一定の事業者にはその者がこうした場に接近しないようにするための配慮が要請され、このことにより、こうした属性を持つ人はそのような属性を持つ人としての自律的な生に必要な財産権や生存権を確保することができるという考え方が、基礎に据えられるべきである。

また、問題①1でみられたように、一定の属性に由来する心因的素因、疾患、身体的特徴等を持つ人が通常の社会的生活を送る中で損害を被った場合において、これらの素因等が損害の拡大に寄与していたときに、加害者側はこれらの素因を持たない人に損害を生じさせた場合と同様に扱われるべきであるという評価、つまり、加害者側からみたときには、被害者は属性を持たない人として扱われるべきであるという評価に

基づき、その人が被った損害に相当する額の損害賠償を受けられないとすると、その人の行動自由が制約されることになりかねない。そのため、この問題では、加害者側はある属性に由来する素因等を持つ人に対する加害行為の結果をそのまま受け入れなければならないという発想を起点として、素因だけを考慮した損害賠償の減額を否定する考え方が基礎に据えられるべきである。

更に、問題①2でみられたように、ある者が低年齢や精神上的障害という属性のために十分な判断能力を持たない状況のもとで他人に損害を生じさせたときに、被害者側はこうした判断能力を持つ人の加害行為により損害を被った場合と同様に扱われるべきであるという評価、つまり、被害者側からみたときには、加害者は属性を持たない人として扱われるべきであるという評価に基づき、その損害の全てを賠償する義務を負わなければならないとすると、その人自身および周囲の人の判断により、その人の行動自由が制約されることになりかねない。そのため、民法は、この場面について代わりに責任を負う者を用意することで<sup>(147)</sup>、ある属性のために判断能力が十分でない人の免責を認め、機能的に被害者側はその人による加害行為の結果をその人との関係ではそのまま受け入れなければならないという発想に連なる規律を設けたものとみることができ。

これらの考え方とIでの検討の成果によれば、以下のような整理が可能である。一方で、ある人がその属性を理由に生活の全般にわたって制約を受けているとき(I2の問題④)、ある人がその属性を理由に権利義務や取引の主体としての地位を否定されているとき(I1の問題)、ある人が現に収入を得ていない場合においてその仕事の面における生を価値的に評価することを求めているとき(I2の問題⑤)には、その人について属性を持たない人として捉えることが求められる。他方で、ある人がその属性を理由に何らかの限定的な制約に直面しているとき(問題⑥)、

---

(147) この問題は、拙稿・前掲注(13)で扱われる。また、この問題については、拙稿『民事責任法と家族』(信山社・2022年)541頁以下、同「責任無能力者の行為に基づく監督者の責任はどこから？」法セ822号(2023年)10頁以下も参照。

ある人がその属性のために行動の制約に直面するおそれがあるとき(問題④)において、他者に対してそのことへの配慮を要請する場合には、その人について属性を持つ人として捉えることが求められる。このように、人には、さまざまな属性を捨象した人として把握される部分と、さまざまな属性を持つ人として把握されるべき部分が存在する<sup>(148)</sup>。こうした捉え方は、民法が人を抽象的な権利義務の主体として位置づけつつ、さまざまな属性に応じた扱いに配慮するための手がかりを用意していることを踏まえれば<sup>(149)</sup>、十分に受け入れられる。とはいえ、さまざまな属性を持つ人という把握の仕方は、他者に対してそのことへの配慮を要請する場面だけで求められるのではない。ある属性を持つ人がその属性とともに生きようとするときには、その人の生や生き方に寄り添うために、さまざまな属性を持つ人につき、配慮を受ける人を超えて、当該属性とともに生きる人として捉えることが必要になる。2では、この問題が扱われる。

## 2. 属性とともに生きる人

人にはさまざまな属性があり、一定の場合にはその属性に応じた配慮がされるべきであるという観点を推し進めていくと、ある属性を持つ人との関係でその強度や中身が変わる権利は存在するか、また、ある属性を持つ人だけに認められたり、ある属性を持つ人を対象としたりする権利は存在するかという問いが浮かび上がる。より具体的にいえば、これは、人種、国籍、民族的出自、出身地、性別、性的アイデンティティ、宗教、障害、年齢等といった要素を起点として、さまざまな属性を持つ者に認められる人格的な権利の強度や中身およびその存否を考慮すること

---

(148) これは、大村・前掲注(10)「他者とともに生きる」235頁がいう共通属性と特殊属性の複合体としての人である。

(149) 文脈は異なるが、大村・前掲注(3)219頁以下は、民法(債権法)の改正に向けた議論の中で、消費者に関する規律の導入は見送られたものの、消費者、高齢者、精神障害者、若年者等について、属性に応じた配慮をするための手がかりはあり、その例として、3条の2と最判平成28年1月12日民集70巻1号1頁等をあげている。

にほかならない。2では、これらの権利の次元に関わる問題について、代表的な裁判例と議論が検討され<sup>(11)</sup>、属性とともに生きる人という形での不法行為法における人の捉え方が探求される<sup>(12)</sup>。

### (1) 実定法と議論の検討

2における検討対象について、裁判例にみられる諸特徴とそれらに対する評価は、以下のように整理される。

第一に、人のさまざまな属性、特にマイノリティに属する属性が人の人格に結びつけられ、ある人に一定の属性が存在することだけを理由にその人を侮辱したり傷つけたりする行為は、その加害行為の態様や被害者が置かれている状態等に応じて、名誉の毀損、名誉感情の侵害<sup>(150)</sup>、より一般的に人格権ないし人格的利益の侵害に該当するとされている。例えば、人種、国籍、民族的出自との関連で、それらを内容とする侮辱的な発言を特定の個人に向けてしたり<sup>(151)</sup>、そのことに着目した弁護士懲戒請求をしたりすること等が<sup>(152)</sup>、これに当たる。その際、自らの民族や出身国等に係る感情や信念等は人格形成の礎をなし個人の尊厳の最も根源的なものであり、当該言動等は、日本以外の出身者がもっぱら外国等の出身であることを理由として差別され日本の地域社会から排除さ

<sup>(150)</sup> 名誉感情の侵害が、容貌、特性、職業、思想、出身、所属等の価値を理由なく否定され、自己肯定感を害する場面で問題となり、多くの事例では、マイノリティの権利をどのように保護し、マジョリティとの関係をどのように構築するかが問われていることについて、瀬川・前掲注(1795頁)。

<sup>(151)</sup> 大阪高判平成29年6月19日平28(ネ)2767号(在日朝鮮人が差別を助長し増幅するような発言等を受けた事案。原審の大阪地判平成28年9月27日平26(ワ)7681号、平27(ワ)5836号も同旨である。)、大阪地判平成29年11月16日判時2372号59頁(在日朝鮮人がそのことを理由とする侮辱的な発言等を受けた事案。控訴審の大阪高判平成30年6月28日平29(ネ)2903号、平30(ネ)300号も同旨である。)、東京高判令和3年5月12日令2(ネ)2495号(在日朝鮮人・韓国人がそのことを理由とする侮辱的な発言等を受けた事案。原審の横浜地川崎支判令和2年5月26日平31(ワ)190号も同旨である。)等。

<sup>(152)</sup> 静岡地判令和1年11月7日判時2463号3頁等。同種の事案は多数報告されている。

れることのない権利のみならず、自らの出身国等の属性に関して有する名誉感情を著しく害することが強調される<sup>(153)</sup>。また、外国籍を持つ人が不動産仲介業者の従業員から肌の色に関わる発言を繰り返し受けた事案では、当該発言等が人格的利益ないし人間の尊厳と直結する肌の色を執拗に問いただす行為として不法行為に該当するとされている<sup>(154)</sup>。これらの裁判例の解決は、人のさまざまな属性が人格と直接的に結びつき、そのことがさまざまな人格的な権利の中で具体化されていることを示している。

第二に、ある特定の属性、特にマイノリティの属性に対して社会的な差別や偏見が残っている場合に、ある人にこうした属性があるという事実を公表する行為が、プライバシーの侵害に加え、名誉毀損となるかについては、結論を異にする裁判例と議論が存在する。この問いは、人にある属性が存在するという事実が他者により私的空間の外に出されたときに、その事実を私的空間内に秘匿し、その私的空間内で人が当該属性とともに平穏に生きることに関わるプライバシーが侵害されるだけでなく<sup>(155)</sup><sup>(156)</sup><sup>(157)</sup>、人がその人格的価値について社会から受ける評価が低下したとすることができるかという問題に関わる。一方で、ある者が団体の機関紙により被差別部落出身であることをその意に反して記事にされた事案で、そのことは、私生活上の不行状と異なり、その社会的地位に照

---

(153) 東京高判令和3年5月12日・前掲注<sup>(151)</sup>。

(154) さいたま地判平成15年1月14日平13(ワ)2332号。

(155) 文脈は異なるが、大村・前掲注(8)「人の法」45頁。

(156) 高知地判平成4年3月30日・後掲注<sup>(158)</sup>、東京地判令和3年9月27日平28(ワ)12785号、平28(ワ)17680号、平28(ワ)28219号、平29(ワ)32358号、平30(ワ)34522号(同和地区所在地を一覧化したものおよびXらの氏名や住所等の個人情報がインターネット上で公開された事案で、人の住所等が被差別部落の地域内にあることが他者に知られると、その者は差別や誹謗中傷を受けるおそれがあるため、そのことは、みだりに他人に知られたくない情報として個人のプライバシーに属する情報に当たるとされた事例。)等。

(157) この問題は、人とその周囲の人、地域社会、市民社会、公的空間等との関係のあり方という視点からも検討されるべき内容を持つ。この点は、拙稿・前掲注<sup>(13)</sup>で扱われる。

らし職責遂行能力や資質を判断するに際して考慮されるべきではない私的事柄であり、その者に対する社会的評価を低下させる性質を持たないとした裁判例がある<sup>(158)</sup>。この考え方は、個人にとって責任がない生まれつきの属性は名誉とは関係がないとする見方へと連なる<sup>(159)</sup>。他方で、会社社長が逮捕監禁され、衣服を脱がされ同性愛行為を仮装された様子を写真に撮られ、退任を迫られたという事件との関連で、週刊誌が中吊り広告の見出しで「ホモ社長」等の表現を用いた事案では、現在の社会で同性愛者や同行為を愛好する者に対しては侮辱の念や不潔感を抱く者が少なくないという認識のもと、かかる嗜好を持つ者と誤解されることは人の社会的評価を低下させるとした裁判例もある<sup>(160)</sup>。この考え方は、個人にとって責任がない生まれつきの属性も人格に対する評価に関わるという認識を前提とする<sup>(161)</sup>。ある特定の属性について差別や偏見が残っている社会は問題とされなければならないが、それらが実際に存在し、属性を起点とした人格に対する評価が現に行われている以上、後者のようにそのことを前提として名誉の中身を捉えていくことが適切である。この方向性は、上記のような問題を含む現在の社会状況を前提とすればという留保のもとで、人のさまざまな属性が人格的価値に対する社会的評価と結びつき、名誉の中で具体化されるべきものであることを示している。

第三に、人種、国籍、民族的出自等の属性との関連では、氏名の発音や本名と通名または外国名と日本名との使い分けに端を発した紛争が生じ、そこでは、一定の保護法益の存在が認められる一方で、典型的にはマジョリティの利益への配慮という観点からその要保護性が低く捉えられる傾向にある。NHK日本語読み事件では、氏名が人格の象徴であることを起点に、その属性にかかわらず一般的な形で氏名を正確に呼称さ

(158) 高知地判平成4年3月30日判時1456号135頁。

(159) 佐伯仁志「プライバシーと名誉の保護(1)——主に刑法的観点から——」法協101巻7号(1984年)991頁等。

(160) 東京高判平成18年10月18日判時1946号48頁。

(161) 窪田充見編『新注釈民法(15)債権(8)』(有斐閣・2017年)505頁以下〔水野謙〕等。

れる利益が認められたが、それが十分に堅固な利益とはいえないこと等を理由に、個人の明示的な意思に反してことさらに不正確な呼称をしたり害意をもって不正確な呼称をしたりする等の事情がない限り不法行為は成立しないとされ、更に、外国人の氏名との関連では、氏名の社会的側面としての個人の識別機能、日本語的発音による正確な再現の困難さに鑑み、その呼称が民族語音によらないという社会一般の認識としては認められた慣用的な方法による場合には、不法行為は成立しないとされた<sup>(162)</sup>。また、在日韓国人が職場で本名ではなく通名の使用を求められた事案では、本人において本名が人格の象徴であると認識する場合には、本名による呼称が尊重されるべきであり、本名の正確な呼称について人格的利益が認められるとしつつ、上記判例と同じ枠組みに従い、本件行為は著しく相当性を欠き社会的に到底許容できないものではないとされた<sup>(163)</sup>。これに対して、在日韓国人が職場で繰り返し韓国名を名乗るよう求められた事案で、在日韓国人の多くにとって日常生活で日本名と韓国名のどちらを使用するかという問題は自己決定に関わる事柄であり、本人によって選択された氏名は個人のアイデンティティを構成するため、他者による他方の氏の強制は不法行為になるとした事例もある<sup>(164)</sup>。これらの各判断は、氏名を正確に呼称されること、本名と通名または外国名と日本名のいずれかを選択して使用することが、その人の属性を反映した人格に結びついており、そのことが、氏名を正確に呼称される利益、本名と通名または外国名と日本名のいずれを使用するかを決定する権利として具体化されるという理解を共有する一方で、こうした属性を持たないマジョリティからみた氏名における個人の識別機能等を考慮して<sup>(165)</sup>、これらが保護される場面を限定することが適切かという点で考え方を異にしている。

第四に、一定の属性それ自体に対する侮辱行為等は、特定の個人に向

(162) 最判昭和63年2月16日民集42巻2号27頁。

(163) 大阪高判平成25年11月26日訴月60巻6号1239頁。

(164) 静岡地判平成27年4月24日平25(ワ)569号。同判決は、韓国籍であることを知らない多数の従業員の前でそのことを告げる行為についても、プライバシーの侵害として不法行為に該当するとしている。

けられたものでなければ、当該属性を持つ人との関連で不法行為を構成しないが、この場合であっても、当該属性を持つ人と侮辱行為等をした人との間に特定の場を舞台として特殊な関係が存在していたときには、特別の人格権ないし人格的利益の侵害が認められている。前者の例としては、ある特定の属性一般を対象とするヘイトスピーチやビラの配布等は、特定の個人や団体に向けられている場合に限り名誉毀損や業務妨害として不法行為を構成すること<sup>(166)(167)</sup>、アイヌ資料集の中にアイヌ民族への差別的表現が含まれていた事案で、アイヌ民族である原告らがいう民族的少数者としての人格権の侵害は、アイヌ民族全体またはアイヌ民

(165) こうした調整の仕方は、宗教上の人格権に関わる場面でも看取される(この点については、拙稿・前掲注(1)137頁以下も参照)。自衛隊員護国神社合祀事件では、マイノリティによるマジョリティへの寛容の要請により静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき利益の要保護性が否定された(最大判昭和63年6月1日民集42巻5号277頁)。マイノリティがマジョリティに対する寛容を要請されるという考え方には批判が強かったものの、実定法では、その後も、内閣総理大臣による靖国神社参拝事件(最判平成18年6月23日判時1940号122頁等。)、靖国神社合祀事件(大阪高判平成22年12月21日判時2104号48頁等。)、宗教団体とその代表者を批判する記事が雑誌等に掲載された事件(最判平成11年3月25日裁時1240号6頁等。))等で、これと同じ発想に基づき、宗教上の感情の要保護性が否定されたり弱く見積もられたりしている。また、琉球民族であるXらが百按司墓から持ち去った遺骨を占有管理する大学に対してその返還等を求めた事案では、祖先の遺骨を百按司墓内に安置した状態で祀りたいという期待ないし利益は、宗教上の人格権として法的保護に値すると解する余地はあるが、宗教上の人格的利益の外延は不明確であり、他の利益等との調整が必要となるから、社会生活上許容される限度を超える場合にのみ不法行為が成立するところ、本件はこれに該当しないとされている(京都地判令和4年4月21日平30(ワ)3979号とその控訴審である大阪高判令和5年9月22日令4(ネ)1261号)。

(166) 大阪高判平成26年7月8日判時2232号34頁(朝鮮学校の周辺でヘイトスピーチ等がされた事案で、人種差別撤廃条約所定の人種差別行為による業務妨害と名誉毀損を理由に不法行為の成立が認められた事例。原審の京都地判平成25年10月7日判時2208号74頁も同旨である。)

(167) 窪田編・前掲注(161)494頁〔水野謙〕。

族に属する特定の個人が権利侵害を受けたことにより生ずる間接的な被害にすぎないとされていること<sup>(168)</sup>等がある。後者の例としては、会社の代表取締役が職場で人種差別的内容を含むビールを配布した事案で、当該ビラの配布が外国籍を持つ原告に対する差別的言動でないことが前提とされつつ、国籍や民族的出自により差別されたり侮辱されたりしないという人格的利益を背景とした「自己の民族的出自等に関わる差別的思想を醸成する行為が行われていない職場又はそのような差別的思想が放置されることがない職場において就労する人格的利益」が措定されたこと<sup>(169)</sup>等がある。

第五に、ある属性を持つことを理由に一般的な形で差別されない権利が認められるかについては、その中身、他の権利との関係、侵害された場合の効果等が不明確であることを理由に、その侵害を問題にした原告の主張を退けた裁判例と<sup>(170)</sup>、平穏生活権、自由、名誉、信用等の人格権を共有するために強く保障されるべき権利として、差別されない権利、排除されない権利を措定する裁判例<sup>(171)</sup>がある。後者は、秘匿したいと欲する属性が意図せず私的空間の外に出されればプライバシーの侵害が、これにより人格的価値に結びつく社会的な評価が低下すれば名誉毀損が、その属性への侮辱等により自己肯定感が妨げられれば名誉感情の侵害が、その属性を理由とする不利益的な処遇により生活や一定の活動等が阻害されれば平穏生活権や自由の侵害等が問われるところ、場合によっては、これらの各権利等の受け皿として、より包括的に一定の属性を持つがゆえに不当な扱いを受ける状態に置かれない権利を措定し、

---

(168) 札幌地判平成14年6月27日平10(ワ)2328号。

(169) 大阪高判令和3年11月18日労経速2481号3頁。原審である大阪地堺支判令和2年7月2日労判1227号38頁も参照。なお、こうした権利の捉え方は、加害者と被害者の関係のあり方という視点からも検討されるべき内容を持つ。この点は、拙稿・前掲注(13)で扱われる。

(170) 東京地判令和3年9月27日・前掲注(156)。

(171) 東京高判令和3年5月12日・前掲注(151)。また、注(169)に対応する本文で示した権利を認める前提としての判断であるが、大阪高判令和3年11月18日・前掲注(169)。

その保護を認める可能性が開かれてよいとするものである。

以上のように、現在の裁判例からは、人のさまざまな属性、特にマイノリティの属性が人格と直接的に結びつけて把握され、そのことがこれまで認められてきたさまざまな人格的権利の中で具体化されたり(第一、第二、第三の各特徴)、場合によっては、そうした属性を持つ者を主な対象とした権利として具体化されたりする一方で(第四、第五の各特徴。また、通名の捉え方にもよるが<sup>(172)</sup>、第三の特徴における本名と通名または外国名と日本名のいずれかを選択して使用することを決定する権利。)、一定の場面では、マジョリティの利益に配慮してマイノリティに認められる上記諸権利の要保護性が低く捉えられている(第三の特徴)という諸特徴が抽出される。

## (2) あるべき方向性と人の捉え方

人には、その人種、国籍、民族的出自、出身地、性別、性的アイデンティティ、宗教、障害、年齢、所属団体等のさまざまな属性がある。1で検討したように、ある人に一定の属性が存在することを理由に、他者がその人に対しその属性に応じた配慮をすることが要請される場面では、さまざまな属性を持つ人という捉え方が基礎に据えられるべきであった。そのことに加えて、ある属性を持つ人がその属性を自己の人格の基礎としてその属性とともに生きようとするときには、その属性に即してさまざまな人格的権利の内容を構成したり、場合によっては、その属性に応じた別の権利を保障したりするのでなければ、属性を持つ存在としての主体的な生は実現されない。こうした属性に応じた権利内容の再構成は、さまざまな属性を持つ全ての人がある意思に基づき自由に自己の生を描くための基盤を形成する。この観点からは、人はマジョリティと同様の処遇を求めるとともにマイノリティとして特別な処遇を求める存在であり<sup>(173)</sup>、他者とは異なる特性を持つマイノリティに属する

(172) この点については、二宮周平「氏名権と通称使用」阪法44巻2 = 3号(1994年)147頁以下、同「氏名の自己決定権としての通称使用の権利」立命241号(1995年)1頁以下等を参照。

(173) 大村・前掲注(3)221頁。

人が、その特性に特別の感情を持ち、異なる扱いを望むときには、異なるあり方を求める要求に対して応答を求める利益が保護されなければならない、一律の扱いではなく個別の要望に応じた扱いをすることが平等に適うという指摘は貴重である<sup>(174)</sup>。

こうした基本的な考え方によれば、(1)で整理した裁判例でみられたように、人のさまざまな属性、特にマイノリティの属性が人格と直接的に結びつくことを正面から認めたとうえで、これまで承認されてきたさまざまな人格的な権利の中に人の属性に関わる要素を読み込み、その属性との関連で、名誉、名誉感情、プライバシー、氏名等の権利の内容を捉えること、また、場合によっては、裁判例で認められた権利や利益の内容を参考にして表現すると、属性に関わる差別的な思想を醸成する行為が行われていない場で社会的活動をする権利等、一定の属性を持つ者との関係でのみ認められまたはそうした属性を持つ者を主な対象とした権利としてこうした認識を具体化することが適切である。そして、これらの権利の侵害を理由とする不法行為の成否を判断するに際しては、他者の権利や自由との衡量が必要になることは当然であるとしても、これらの権利が人格の中心に結びつくことを踏まえれば、判例でみられたように、マジョリティの利益に配慮するという観点からその要保護性を低く捉えることには大きな疑問が残る。

## おわりに

人にはさまざまな属性がある。人のさまざまな属性またはその属性に由来するさまざまな特徴等を理由として、ある人が不利益な扱いを受けたり、それを受ける可能性があったりする場合において、こうした諸問題が法の世界に現れたときに、不法行為法は、属性から切り離された実体としての人とさまざまな属性の束からなる人のうちいずれの捉え方を起点としてこれらの諸問題の解決を図るべきか。これが本稿で検討の対象とされた問いであった。

---

(174) 大村・前掲注(8)「人の法」45頁。

一方で、属性を持たない人という捉え方が前面に出されるべき場面がある。まず、契約締結の拒絶、その内容の不利益的処遇、その履行や受領の拒否が問題となる場面では、そのことに正当性が認められる場合でない限り、人はさまざまな属性から切り離して把握され、属性を理由に差別的な扱いを受けないという意味での人格権、属性に関わりなく権利義務や契約の主体として受け入れられることへの正当な期待、契約の場で属性を持たない人と等しく扱われることへの期待等の保障を通じた保護が図られる。そうでなければ、人は他者との契約を通じて自己の主體的な生を築いていくことができない(Ⅰ 1)。次に、ある属性を持つ人が社会的制約を過去に受けていたり、現に受けていたりする場合において、こうした制約が正当化されないときには、人はその属性を持たない人として捉えられ、その生や生き方の価値的な評価が行われたり、社会的制約のもとに置かれないことに関わる権利が措定されたりする。そうでなければ、人は属性に由来する制約のために自己の自律的な生の構築を妨げられることになる(Ⅰ 2)。

他方で、さまざまな属性を持つ人という捉え方が前面に出されるべき場面もある。まず、さまざまな属性を持つ人がその属性またはそれに由来する特徴のために個別的な場面で一定の制約を受けていたり、その可能性があったりするときには、人はさまざまな属性の束からなる人として把握され、それぞれの属性に応じて、合理的配慮、狭義の適合性原則、素因を理由とする損害賠償の減額の原則的な否定、責任能力制度等を通じた配慮を受ける。そうでなければ、人は属性を持つ者としての生の営みについて困難に直面する(Ⅱ 1)。次に、さまざまな属性を持つ人がその属性を理由に他者から一定の加害行為を受けているときにも、人はさまざまな属性の束からなる人として捉えられ、それぞれの属性に応じた人格的な権利を保障される。そうでなければ、人はその人格の基盤である属性とともに生きていくことができない(Ⅱ 2)。

以上によれば、人は、さまざまな属性を自己の人格の基礎としながら、他者による配慮を受けつつ、主体的に生や生き方を構築する存在である。多様性と共通性という視点からの検討の成果、それ以外の視点からの検討を踏まえて、この見方をより一般的な人の捉え方に結実させ、

不法行為法と人の法

人の法を構築していくことが次の課題である。

〔付記〕

本稿は、科学研究費補助金・基盤研究C「現代における「人の法」の構想——民事責任法の諸問題を起点として——」(課題番号20K01388)による研究成果の一部である。