

慰謝料の性質をめぐる議論について

伊藤博文

1. はじめに
 - 1-1. 慰謝料とは
 - 1-2. 問題点の指摘
2. 学説史
 - 2-1. 立法者の考え方
 - 2-2. 損害賠償説（填補説）
 - 2-3. 純粹損害賠償説
 - 2-4. 私的制裁説
 - 2-4-1. 古典的制裁説
 - 2-4-2. 制裁説の新たな展開
3. 制裁説と損害賠償説との対立点
 - 3-1. 制裁説から損害賠償説への批判
 - 3-2. 損害賠償説から制裁説への批判
 - 3-3. 新たな制裁説からの反論
 - 3-4. 慰謝料の機能の二面性
 - 3-5. 制裁から抑止へ
4. 判例
 - 4-1. 慰謝料の性質について
 - 4-2. 慰謝料の算定方法とその評価要素
 - 4-3. 下級審における判例の動き
 - 4-3-1. クロロキン薬害訴訟
 - 4-3-2. 安中公害訴訟第一審判決
 - 4-3-3. 千葉大附属病院採血ミス事件第一審判決
 - 4-4. 公害訴訟における包括請求
 - 4-4-1. 原告側の主張
 - 4-4-2. 裁判所の対応
 - 4-4-3. 包括請求の意味
5. 慰謝料の性質論
 - 5-1. 抑止的慰謝料
 - 5-1-1. なぜ慰謝料に制裁性が強調されるのか
 - 5-1-2. 懲罰的賠償と制裁的慰謝料
 - 5-1-3. 慰謝料に求められているもの
 - 5-2. 慰謝料の定式化と類型化
 - 5-2-1. 定式化
 - 5-2-2. 類型化
6. おわりに

り、その社会的意義は少なくない³⁾。

1. はじめに¹⁾

1-1. 慰謝料とは

民事責任の結果として起きる損害賠償によって賠償される損害費目には、物質的損害と精神的損害がある。前者の物質的損害は所有物の破損等の財産的損害に対する損害概念であって、後者の精神的損害は、具体的な有体物の滅失による損害を填補するものとは別に、肉体的苦痛、悲嘆、恥辱等といった、心に受けた損傷に対して認められる損害賠償であり、慰謝料と呼ばれ、民法710条に基づき認められる損害である。

この慰謝料は、現代の損害賠償における「権利保障の拡大」²⁾傾向と相まって、これまで填補できなかったものを填補してくれるという大変重要な機能を果たしており、期待されるものが大きい。とくに、人格的利益の尊重という流れの中では、実質的な権利保障を果たす役割を担わされてお

1-2. 問題点の指摘

不法行為法および債務不履行に基づく損害賠償における慰謝料については、以下のような論点がある。(A)慰謝料の性質、(B)慰謝料の具体的算定方法、(C)慰謝料請求をなしうる範囲、(D)慰謝料請求権の相続⁴⁾である。

本稿は、このうちの(A)慰謝料の性質について論ずるものである。慰謝料の性質をめぐる議論は、慰謝料の本質は「制裁」か「賠償」かという、損害賠償制度そのものの本質的問題とも言える点を主眼として議論されているものであり、これについて多くの論稿が重ねられている分野でもある⁵⁾。この論点では、慰謝料の本質を(a)損害の填補にあるとする損害賠償説と、(b)何らかの意味における制裁的要素を強調する制裁説が対立している。

本稿が、もっぱら慰謝料の性質に関する議論を検討する意義は次の点にある。こ

1) 私の慰謝料研究の一環として本稿を公表するものであるが、私の浅学の故に、掘り下げ不十分、的外れとの批判も免れ得べくもないと思うのである。よって本稿を読まれた方々の助言を仰ぎ、それを私の今後の研究の改善につなぎたいと考える次第である。hirofumi@sozo.ac.jp 宛にご意見いただければ幸いである。

2) 淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』107頁(1984年)におけるスタルク教授の民事責任論展開を参照していただきたい。

3) 藤岡康宏「名誉・プライバシー侵害」『民法講座6』387頁以下(1985年)。

4) (A)慰謝料の性質についての議論を本稿が扱うが、これ以外のものも具体的論点を指摘しておきたい。(B)慰謝料の具体的算定方法においては、実務で使用可能な具体的な慰謝料算定方法が確立していないという問題である。これには慰謝料の定額化・低額化問題がある。(C)慰謝料請求をなしうる範囲については、慰謝料請求権は民法711条を根拠にどこまで認められるかという主観的問題、および慰謝料として損害賠償の範囲策定という客観的な問題がある。(D)慰謝料請求権の相続は、被害者死亡の場合の慰謝料請求権の相続性の問題である。これには相続肯定説と相続否定説が対立しており、判例は相続肯定説(最大判昭和42年11月1日民集21巻9号2249頁)を採るものの、学説においては相続否定説が優位にある(好美清光「生命侵害の損害賠償請求権とその相続性について」『田中誠二古希・現代商法学の諸問題』(1967年)所収、参照)という状況である。

5) 吉村良一「慰謝料請求権」『民法講座6』429頁以下(1985年)、淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』151頁以下、森島昭夫『不法行為法講義』466頁以下(1987年)。

の慰謝料の性質論が、慰謝料そのものの本質を問うものであり、慰謝料が損害賠償法制度のなかでどのような機能を果たすのか、また果たすべきであるのかという議論に直接結び付き⁶⁾、当然のこととして慰謝料の具体的算定方法にも結び付くものであり、慰謝料論議の根幹となっているからである。ここを私の慰謝料研究の出発点としたいからである。

2. 学説史

慰謝料の性質を議論する学説を検討するにあたっては、まず立法者意思を明確にしてこれを出発点とし、通説たる損害賠償説、純粹損害賠償説、続いて私的制裁説の順にその内容を見ながら進めることとする。

2-1. 立法者の考え方

現行民法の解釈として、慰謝料の本質を規定するためには、まず第一に立法者がどのように慰謝料を考えていたのかを確定する

必要がある。そこで慰謝料の本質を捉える意味で、立法者意思を確認すべき点は、次の三点となろう。

(a). 立法者は、慰謝料というものつまり、非財産的損害をどのようなものと考え、これに対する賠償を認めていたか？

(b). 民法709条、および非財産的損害の賠償の根拠条文である710条との相互関係をどのように考えて規定したのか？

(c). 慰謝料の性質を損害の填補である賠償と考えたのかそれとも私罰としての私的制裁と考えたのか？

立法者意思を確定するには、明治28年9月18日甲第47号として、第119回および第123回法典調査会で討議された第一議案の審議内容から推察することが必要となる。したがって、立法者意思は、慰謝料に関連する条文としての現行民法709条(原案719条)、同710条(原案731条前段)、同711条(原案732条)についての審議過程における法典調査会での、原案起草者の説明及びそれについての議論が表している

6) 民事責任における懲罰的機能を高める要請は、不法行為責任の客観化への反動として主観的な要素の重視、つまり加害行為者の意思と行為への非難を重要視する傾向が背景にあると思われる。不法行為責任の客観化という潮流の中で、再度主観主義的観点を再考し、不法行為者自身への制裁という観点を重要視し、不法行為責任の効果としての損害賠償責任を再検討する意義は十分にあるといえる。民事責任、特に不法行為責任における客観化は、次のように説明される。

まず主観的立場からすれば、不法行為責任判定の理念は、各具体的場合に依り、不法行為者の主観的立場を十分に顧慮し、もって各場合に最も妥当なる責任を判定することにある。これが不法行為論における主観的立場である。

これに対し、社会的発展の度合にともない、交通、産業面における高度の発展が、社会人の生活を機械的に制約し、この結果として我々の主観的心理をも制約することとなる。こうした社会環境から生まれる損害も、その発生原因、態様、結果において、相似的に、可予見的に客観化せられることとなる。よって不法行為責任の客観化は次の形において現れてくる。(a) 主観的帰責原因の客観化、(b) 主観的帰責原因の分化、(c) 被害者の立場の斟酌、(d) 両当事者の資産状態その他生活実状の斟酌、(e) 賠償方法の斟酌、(f) 損害算定方法の斟酌。詳しくは、勝本正晃『債権法概論(各論)』有斐閣278頁(1949年)参照。

こうした客観化の弊害の最たるものは、千差万別であるはずの個別々具体的事例に対する極端なまでの個別性無視、例えば過失認定方式の極端な定式化、損害賠償額の完全な定額化として、現れてくる。

と考えられよう⁷⁸⁾。

まず現行民法709条についてであるが、709条は第123回法典調査会原案の719条と同一文言のまま議決されている。しかしながら法典調査会の議事録中では、原案719条にはかなりの議論が行われ、原案731条の箇所で更に議論すると結論の後、次の議案の審理に進んでいる。この原案719条の審議において、第一の疑問点(a)である非財産的損害についての問題がここで審議されたのである。

第五章不法行為の原案起草者である、穂積陳重は、原案719条における損害は、「有

形無形等」を含むつもりであるとしている⁹⁾。つまり、まず旧民法が、財産的損害に限っていたことを「既成法典ハばあそなどノ説明ヲ読ンデミルト其ノ中ニ此損害ヲ加ヘタト云フ字ハ財産上ノ損害ニ限ツテアルヤウデアリマス」と述べ「本案ハ元ヨリ損害ト申シマスレバ有形無形等ニ含ミマスル積リデアリマス——無形ノ損害ト云フモノヲ到底此賠償ノツノ標準ト云フモノニ入レルコトニシナケレハ近頃ノ社会ノ需要ニハ適ハヌモノト吾々ハ考ヘマシタ 唯財産即チ物質上ノ人ノ利益ト云フモノ丈ケヲ法ガ保護スルト云フコトハ如何ニモ狭マ

- 7) 立法者の意思を確定するためには、原案起草者の趣旨説明のみを考慮するだけでは不十分となろうが、その主たるものは法典調査会・民法議事速記録四十巻における質疑内容で充分と考えた。その他、立法者意思確定のために参考としたものを次に掲げる。梅謙次郎『民法要義』884頁(1912年復刻版)、富井政章『民法原論 第三卷債権総論(上)』(1929年版復刻版)196頁以下、原田慶吉・「民法七〇九条の成立する迄」『日本民法の史的素描』所収(1954年)337頁以下、星野通『明治民法編纂史研究』153頁以下、廣中俊雄編『第九回帝国議会の民法審議』(1986年)。
- 8) 法典調査会議案と現行民法とを対比すれば次のようになる。

現 行 民 法	原 案
709条 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス	719条 故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス
710条 他人ノ身体、自由又ハ名誉ヲ害シタル場合ト財産権ヲ害シタル場合トヲ問ハス前条ノ規定ニ依リテ損害賠償ノ責ニ任スル者ハ財産以外ノ損害ニ対シテモノノ賠償ヲ為スコトヲ要ス	731条 生命、身体、自由又ハ名誉ヲ害シタル場合ト財産権ヲ害シタル場合トヲ問ハス裁判所ハ財産以外ノ損害ニ対シテモノノ賠償ヲ為サシムルコトヲ得 他人ノ名誉ヲ毀損シタル者ニ対シテハ裁判所ハ被害者ノ請求ニ因リ損害賠償ニ代ヘ又ハ損害賠償ト共ニ名誉ヲ回復スルニ適當ナル処分ヲ命スルコトヲ得
711条 他人ノ生命ヲ害シタル者ハ被害者ノ父母、配偶者及ヒ子ニ対シテハ其財産権ヲ害セラレサリシ場合ニ於テモ損害ノ賠償ヲ為スコトヲ要ス	732条 他人ノ生命ヲ害シタル者ハ被害者ノ父母、配偶者及ヒ子ニ対シテモ其損害ヲ賠償スルコトヲ要ス

この対比からわかるように、709条は原案719条そのままの文言で議決されている。そして、710条は原案731条に修正を加えて議決されている。さらに原案731条の後段は、現行民法723条となり別条として規定されたものであり、711条は、議案として追加されたものであり、そのまま議案どおりに議決された。この間の経過については、淡路剛久「生命侵害の損害賠償」『民法講座6』323頁以下(1985年)参照。

- 9) 法典調査会・民法議事速記録四十巻 148丁裏 穂積陳重 立法趣旨説明。

過ギルコトデアツテ人ノ生活上物質上ノ利益ヨリカ尚ホ他ノ利益ヲ欲スル人モ幾ラカアリマスカラシテ有形無形共ニ之ヲ含ム方が宣カロウ」¹⁰⁾ そしてさらに、「兎ニ角権利侵害ト云フモノヲ発生スルト云フコトガ証明セラレマスルナラバ此不法行為ニ依リ訴ヲ起コスコトガ出来ルト云フコト丈ケノ範囲ニ致シテ置キマスレバ充分實際上ノ需要ニ適スルモノデアラウト思ヒマス、デ権利ノ侵害夫レ自身デサウ云フヨウナ何モ有形無形少ツトモ侵害ト称スベキモノカ何モ無イノニ訴ヘガ起セルヤ否ヤト云フコトハ是ハ学者ノ議論ニ任セテ置イテ私ハ充分ナモノデアラウト考ヘルノデアリマス」¹¹⁾。

この点について、横田国臣委員は次のように質問した。「今度ノ不法行為ノ賠償ト云フモノハ単ニ財産バカリデナイ 其点ニ付イテ一寸御尋ネヲ致シマス 譬ヘハ悲シミヲ受ケルトカ快樂ヲ失フトカ云フヤウナモノモ矢張り此中ニ這入レル御積リデアリマスカ」¹²⁾ 穂積陳重はこの質問に対し、「夫レハ其証明ト云フモノガ出来マスルナラバ元ヨリ裁判官ガ此中ニ入レルト云フコトハ少シモ構ハヌ」¹³⁾ と答えている。

そして、議長であり旧民法の起草者でもあった箕作麟祥の質問「権利ト云フノハ財産上ノ権利ト云フ意味デハナイノデアリマスカ」¹⁴⁾ に対しては「勿論其積リデハナイノデアリマス」と答えて更に「——終ヒノ七百三十一条ナトデ自ラサウ云フ疑ヒハ

アツテモ分リマスルヤウニ彼処ヘ殊更ニ数ヘ立テタノデアリマス」¹⁵⁾ として原案731条が財産上以外の損害をも含むことを述べ、原案731条を原案719条の補足的な形で立法したことを述べている。このことは、「大變サウ云フヤウナ悲シミトカ苦シミトカサウ云フヤウナ風ノコトマデモ或場合ニ於テハ裁判官ガ入レル余地ガ此処ニアルジヤラウト思ヒマシテソレ故ニ其御趣意ニハ吾々三人共サウ云フヤウナコトガナクテハ損害賠償ト云フモノガ如何ニモ唯売り買ヒ見タヤウナコトニナツテ働カヌモノデアルト云フノデ七百三十一条ニ一項ヲ加ヘテ置イタノデアリマス」¹⁶⁾ という原案の説明からも推察できる。

よって第二の問題点(b)、現行民法709条、710条、711条の相互関係をどの様に考えて規定したのかについても次の穂積陳重の説明から理解できよう。原案731条を「如何ニモ此処ニ算ヘタノハ皆ノ場合カ掲ケテアリマスカラ何ンダカ贅文ノヤウニ見ヘマスガ乍併如斯算ヘ立テルト云フコトニ付テハ其範囲ヲ明カニスルニ於テ後ノ疑ヲ避ケルカ為メニ必要テアルト思ツテ如斯掲ケマシタ」¹⁷⁾。

最後に、第三(c)の、慰謝料の性質を損害賠償と考えたのかそれとも私的制裁と考えたのか、という疑問点については、立法者が直接的に言及している箇所は見受けられないけれども、穂積陳重による以下の立法

10) 法典調査会・民法議事速記録四十巻 148丁裏 穂積陳重 立法趣旨説明。
 11) 法典調査会・民法議事速記録四十巻 149丁裏 穂積陳重 立法趣旨説明。
 12) 法典調査会・民法議事速記録四十巻 153丁表 横田国臣 質問。
 13) 法典調査会・民法議事速記録四十巻 153丁表 穂積陳重 答え。
 14) 法典調査会・民法議事速記録四十巻 154丁裏 箕作麟祥 質問。
 15) 法典調査会・民法議事速記録四十巻 154丁裏 穂積陳重 答え。
 16) 法典調査会・民法議事速記録四十巻 174丁裏 穂積陳重 答え。
 17) 法典調査会・民法議事速記録四十巻 204丁表 穂積陳重 立法趣旨説明。

趣旨説明から推察できよう。英米法における懲罰的賠償を例にとり、「英吉利ノ如キハ法律ノ表テノ言葉テハアリマセヌカ随分裁判所杯テ使ツテ居リマスガ復讐的ノ損害トカ或ハ懲罰的ノ損害トカサウ云フコトヲ言フノハ第一ニ言葉カラモ穩当デアリマセヌ 又サウ云フ意味テハアリマセヌカ人ヲ舊トノ有様ニ可成法律テ回ヘシテヤルト云フコトハ近頃裁判ノ制度ニ於テハ財産ト云フモノニ限りマセヌ 裁判官ノ心ニハ其処ラハ十分ニ斟酌スルノハ至当デアルト思ヒマス」¹⁸⁾としている。しかしながら具体的な慰謝料の額の算定方法については「一言ヲ以テ之ヲ御答ヘヲスレハびちんトシタ算盤上カラ割出セル損害ト云フモノカ生スルノテハナイト云フコトヲ御答ヘヲスルヨリ外ナイト思ヒマス」¹⁹⁾と答えているだけであり、具体的な算定方法は提示していない。また、現在使われている精神的損害を意味する「慰謝料」という言葉自体は、法典調査会では用いておらず、「痛ミ金」²⁰⁾とか「慰謝金」²¹⁾という表現を用いているのみである。

以上より立法者は次のように考えていたと結論づけられよう。

(a) 慰謝料（用語はともかくとして）という精神的損害の賠償を認めていた。そして、慰謝料の認定は裁判官の裁量に委ねられると考えていた。

(b) 現行民法710条は、同709条のみでは精神的損害を損害賠償の範囲から排除し

てしまうように解釈される恐れを防ぐために規定した。

(c) 立法者は、慰謝料も財産的損害の賠償と同じく損害賠償の一形態と考え、制裁的な性格の強い英米法における懲罰的損害賠償を認めてはいなかった。

2-2. 損害賠償説（填補説）

現在の通説は慰謝料を損害賠償の一つとしてとらえている。この通説たる損害賠償説形成の流れを見るについては、立法者意思との関連を見失わないためにも、民法起草者の一人であった梅謙次郎博士の考えを見るのが必要となろう。

梅博士は、「民事上ノ犯罪ト刑事上ノ犯罪ト相混スヘカラス」とされ、710条の解釈として「其権利ハ敢テ財産権トハ云ハサルカ故ニ一切ノ権利ヲ包含スヘシ——単ニ財産上ノ損害ニ止マラス財産以外ノ損害ニ対シテモ亦其賠償ヲ為スヘキモノトセリ」²²⁾とし、慰謝料の性質は直接的に述べることなく、民刑事両責任の区分と非財産的損害の賠償の必要性を強調される。つまり慰謝料が私的制裁なのか損害賠償なのかといった観点からの議論は念頭におかれていなかったと考えるべきであろう。

梅博士以降も慰謝料の性質を直接的に述べる主張はなされず、慰謝料については、もっぱら民刑事両責任の分化に対する議論がなされていく。例えば、鳩山秀夫博士によれば「刑事責任ハ社会防衛ト言ヘル見地ヨリ反社会性ヲ有スル人ヲ矯正シ或ハ之

18) 法典調査会・民法議事速記録四十巻 206丁裏 穂積陳重 立法趣旨説明。

19) 法典調査会・民法議事速記録四十巻 223丁表 穂積陳重 答え。

20) 法典調査会・民法議事速記録四十巻 234丁表 穂積陳重 答え。

21) 法典調査会・民法議事速記録四十巻 234丁裏 長谷川喬 発言。

22) 梅謙次郎『民法要義』883, 885頁（1912年復刻版）。

ヲ社会ヨリ排除スルヲ其主要ナル目的トス。之ニ反シテ民事責任ハ被害者ノ保護ト言ヘル見地ヨリ其被リタル損害ヲ填補スルコトヲ其主要ナル目的トス。固ヨリ刑事責任ガ全ク応報ノ意義ヲ有セズシテ不正鎮壓ノミヲ目的トスルモノトナスハ極端ニ失スルガ如ク民事責任ガ損害填補ノミヲ以テ唯一ノ目的トスルモノトナスハ稍極端ニ失スルモノト言ハザルベカラズ。不正ノ鎮壓ハ民事責任ニ於テモ第二次ニ於テハ其目的ニ属スルモノニシテ之ヲ不正鎮壓ニ付テ何等関係ナキモノト解スルハ民事責任刑事責任兩者相俟チ相援ケテ社会ノ平和ヲ維持セントスル法律ノ目的ヲ解セザルモノナリ。」²³⁾として民刑両責任の分化の必要性とこれを余りに強調することの不当性を批判される。

同種の観点からの主張は末広徹太郎博士によってもなされている。

「勿論刑罰ハ独リ将来ニ対スル不正鎮壓ノ目的ノミヲ有シテ何等報復賠償ノ観念ヲ包含スルモノニアラズト為シ、又損害賠償ハ過去ニ発生シタル損害ノ填補ノミヲ目的トスルモノニシテ全然不正鎮壓ノ観念ヲ保有スルモノニアラズト為スガ如キハ徒ニ極端ニ走リテ社会ノ実状ト吾人人類ノ先天的法律感情トヲ無視シ民刑両責任共助作用ヲ忘レタルモノニシテ素ヨリ採ルニ足ラズト雖モ、之ヲ兩者ノ根本観念ニ就テ観察スルトキハ刑罰ノ基礎ハ社会防衛ニシテ、損害賠償ノ根底ハ損害填補ニ在ルコト之ヲ否認スベカラザルナリ。故ニ吾人ハ民法上ノ不

法行為ノ研究ニ当リテ常ニ能ク民刑両責任ノ基礎観念ニ截然タル区別アルコトニ留意スルコトヲ要ス」²⁴⁾。

ここまでの鳩山・末広両博士の考えからどのようにして、慰謝料＝損害賠償という今日の通説が形成されたのであろうか。現在の通説形成に一番大きな影響を与えたのは、我妻栄博士の相関関係理論である。その相関関係理論とは、不法行為制度の指導原理を「個人の自由活動の最小限度の制限たる思想から、人類社会に於ける損失の公平妥当なる分配の思想へ」の変遷と考え、損害賠償制度の最高理念として「損害の公平なる分配」を掲げる²⁵⁾。したがって「精神的損害の計量には最も公平の観念が作用する」のであり精神的損害の「賠償額即ち慰謝料額の算定には、加害者、侵害者双方の身分・地位・財産その他あらゆる事情を考慮し、かつ被害法益の種類と侵害行為の態様とを相関的に考察して、公平の観念に従って決するの他ない」²⁶⁾とし現在の判例の採る慰謝料算定についての柔軟な態度を追認される。こうした慰謝料の理解のなかで、通説の採る立場が損害賠償説であることが明確となる。なぜなら「損害の公平なる分配」という理念から民事制裁的な私罰という発想は生じにくいからである。

これに続いて、我妻博士の相関関係理論を引き継がれた加藤一郎教授は、私的制裁に対して「私的制裁の面を強調するのは、やはり損害の填補による当事者間の公平の回復という民事責任の本質と衝突すること

23) 鳩山秀夫『日本債権法(各論下)』841頁(1920年)。

24) 末広徹太郎『債権各論』1001頁(1918年)。

25) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』新法律学全集98頁(1937年)、我妻栄『債権法(不法行為法)』現代法律全集第三七巻408頁(1931年)、我妻・有泉『債権法』法律学体系コンメンタール篇526頁、527頁(1965年)。

26) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』207頁(1937年)。

になる。確かに、加害者の過失の場合よりも、故意の場合の方が慰謝料が多くなるべきであるが、それは被害者の痛憤の情が大きいと考えられるからであって、被害者の感情を考慮する結果として慰謝料が私的制裁の機能を持つことはあるとしても、それを一種の犠牲だとして正面から私的制裁の理論を持ち出すべきではないと思われる。²⁷⁾とされる。この後も加藤教授は、「日本で慰謝料の制裁的性質・機能を重視すべきことが、近頃説かれているが、故意や重過失について慰謝料を加重することは制裁としてだけでなく、被害者の被害感情の大きさからもし認されてよいであろう。しかし、懲罰的賠償については問題がある。もしそれが制裁ないし懲罰であるならば、それは本来国に帰属すべきものであり、被害者のポケットにそれが入ることは、特別の立法でもなければ是認しがたいと思われる。英米両国で懲罰的損害賠償が認められているのは、歴史的伝統によることと、私人のイニシアティブによる権利主張に司法の一端を担ってもらうという考え方がることなどによるものと考えられるが、日本のようにその伝統のない大陸法系の諸国では、立法がなければそれは認めにくいし、そのような立法の当否にも問題があると思われる。」²⁸⁾とし、制裁的性質、特に懲罰的賠償には否定的な考えを述べられておられる。

この流れに従うものとしては、四宮和夫教授の考えがある。四宮教授は次のよう

に述べられる。「刑事責任と民事責任との分化によって、制裁はもはや不法行為制度の主目的とはなりえない。しかし、このことは、損害を填補すべき責任が現実制裁として機能することや、政策的見地から損害賠償に制裁の機能を期待することまでも、否定することはできない。——私も不法行為制度における制裁的機能を肯定するものであるが、ただ、制裁には種々の意味があることに注意すべきである。」つまり、一、制裁とは「損害賠償責任の反射としての制裁の機能」にすぎず、二、「慰謝料の算定に際して、故意・過失の区別を含む加害行為の態様が考慮されることをもって、そこに私的制裁の要素を見る見解もあるが、精神的損害算定の具体的妥当性を意図するものに過ぎず、ことさらに慰謝料の私的制裁性を強調すべきではない」とし、三、「英米法における名目的損害賠償、懲罰的損害賠償、二倍三倍賠償のような『損害填補を越える制裁』は、わが不法行為法上認められず、現行法上は、『損害』なきところに賠償責任を認めることはできないであろう。」²⁹⁾とされる。

以上のように、通説たる損害賠償説は、慰謝料が損害を填補するものとするもの、慰謝料に制裁的性質を全く認めないのではなく、その制裁的性質を不法行為法に基づく損害賠償制度の副次的な機能としてとらえるのであり、制裁的性質をことさらに強調することはないとするものである。

27) 加藤一郎『不法行為法〈増補版〉』228頁(1974年)。

28) 加藤一郎「慰謝料の比較法的研究——総括(日本を含む)」比較法研究44号124頁(1982年)。

29) 四宮和夫『事務管理=不当利得=不法行為中巻』265頁以下(1983年)。

よって、制裁的性質の強い懲罰的賠償は否定されるのである³⁰⁾。

2-3. 純粹損害賠償説

通説のとする損害賠償説の賠償的性質をさらに強調されたのは植林弘教授である³¹⁾。植林教授は、慰謝料の本質は、完全なる制裁的要素を排除した純粹な損害賠償であるとされる。まず出発点として、慰謝料は損害賠償であるとされる。そして現在の判例通説の採る慰謝料額算定原理の当否を検討され、判例のおこなっている加害者の財産状態などの斟酌には多分に制裁性が認められうるので、その斟酌は承認しがたいと主張されるのである。つまり「慰謝料が『賠償金受領の喜びおよびその占有の喜び、さらに緊急の義務の履行、不可欠の生活必需品の入手および貯蓄の可能性を被害者に与え、被害者をその嗜好と生活上の慰安の実現可能な状態に置換することにより、被害者をして困惑、苦痛などを一時的に軽減または忘却せしめる』ために支払われる、という前提のもとに、慰謝料の算定を行うべきことを指摘し、そしてかような考え方を前提として、現在の判例・学説が額の算定の際に斟酌している諸事情の妥当

性を検討」されたのである。「さらに慰謝料が損害賠償として規定される限り、両者は非財産損害の特殊性を考慮するとしても、被害者の被った損害額そのものの算定という点において共通するものでなければならぬ³²⁾」とされる。

そして制裁説に対しては、「少なくとも現在の市民法秩序のもとにおいて、慰謝料を一種の私的制裁と解する制裁説は、普遍妥当性を有しない。」また制裁説は、制裁と賠償という両立し得ない概念を両立させようとする点に矛盾を内包している。よって「必ずや被害者に填補せられない非財産的損害を残存せしめたり、また現実には被った非財産的損害をこえた、損害填補に不必要な慰謝料を被害者に与える結果となる³³⁾」と批判され、制裁説を否定される。

2-4. 私的制裁説

2-4-1. 古典的制裁説

慰謝料の制裁的性質を強調される学説は、古くは岡松参太郎博士においてみられた。岡松博士は、精神的損害の賠償には制裁的性質が強いとすることを次のように主張された。「一方ニ於テハ金銭ニ見積ルコトヲ得サル損害アルコトヲ認め他方ニ於

30) この他、損害賠償説に立つと思われる説を次に掲げる。富井政章『民法原論 第三卷債権総論(上)』204頁(1929年版復刻版)、岡村玄治『債権法各論』巖松堂書店738頁(1929年)、勝本正晃『債権法概論(各論)』有斐閣276頁、313頁(1949年)、宗宮信次『債権各論』有斐閣385頁(1952年)、宗宮信次『不法行為論』有斐閣19頁(1968年)、村上幸太郎「慰謝料の算定に関する実証的研究」司法研究報告書9輯6号14頁(1958年)、有泉亨『債権各論II』法政大学通信教育部122頁、144頁(1959年)、小池隆一『債権各論』慶応通信184頁(1961年)、山主政幸『債権法各論』法律文化社229頁、256頁(1964年)、来栖三郎『債権各論(全)』東京大学出版会244頁、広中俊雄『債権各論講義』有斐閣485頁(1969年)、吉野衛「慰謝料の算定」『実務民事訴訟講座3 交通事故訴訟』198頁(1969年)、田中康久「慰謝料額の算定」『現代損害賠償法講座7』253頁以下(1972年)、幾代通『不法行為法』282頁(1976年)、川井健『現代不法行為法研究』321頁、佐藤歳二「積極的損害・消極的損害・慰謝料」『新実務民事訴訟講座5 不法行為訴訟II』119頁(1983年)。

31) 植林弘『慰謝料算定論』(1962年)、植林弘『注釈民法(19)』201頁以下(1965年)。

32) 植林弘『慰謝料算定論』326頁(1962年)。

33) 植林弘『慰謝料算定論』131、132頁(1962年)。

テハ損害ノ賠償ハ必ス金銭ヲ以テ其額ヲ定メシムルカ如キハ不法行為ニ因リテ消滅シタル利益ヲ填補スルニアラス即チ適當ナル損害賠償ニアラスシテ被害者ヨリ加害者ニ一ノ刑罰ヲ加フルニ外ナラス³⁴⁾。そして民刑両責任分化という問題については次のように述べられる。「損害賠償ト刑罰トノ區別ヲ簡明シタルハ実に Binding ノ功績ナリ、而シテ此二者ハ其ノ目的及ビ性質ニ於テ差異アルコト勿論ナレトモ、然カモ彼カ區別ノ標準トシテ挙示セル特徴ハ必スシモ悉ク首肯シ得ヘキニアラス、殊ニ損害賠償ハ義務者ニ対シ悪報タル効力ヲ有スルコトヲ目的トセス、從テ義務者ノ財産上ノ損失ヲ目的トスルモノニアラスト云フノハ、損害賠償ノ目的ヨリ云ヘハ正当ナルヘキモ、目的ト結果トハ必シモ一致スルモノニアラスシテ結果ヨリ見レハ損害賠償ノ責任ハ義務者ニ取り悪報ト為リ財産上ノ損失ト為ルヲ常トス、從テ損害賠償ハ觀念上ハ勿論刑罰ト區別スヘキモノナルモ其作用ニ於テハ尚義務者ニ対スル悪報ニシテ法ノ制裁タリ法ノ反動タルコトヲ認メサルヲ得ス、果シテ然ラハ刑罰ト同シク賠償責任ヲ行為者ノ心情ノ如何ニ繫ラシメ過失ノ有無ニ依リ之ヲ決スルノ理由アルコトヲ知ルニ足ルヘシ³⁵⁾」とされる。そしてまた過失責任主

義との関連から「過失ヲ以テ損害賠償ノ責任ノ原因ト為ストキハ何故ニ損害賠償ニ刑罰ノ性質ヲ与フルヤ解スコトヲ得ス、(一)又前述セルカ如ク損害賠償ヲ以テ過失ニ対スル悪報ナリ制裁ナリト為スモ毫モ損害賠償カ刑罰の性質ヲ有スルニ至ルノ理ナシ、何者制裁法規ハ必スシモ刑法ノ独占ニアラス又悪報若クハ制裁ハ必シモ刑罰ニ限ルノ理ナケレハナリ、(二)又過失ヲ以テ賠償責任ノ原因ト為スニ因リ過失カ刑法上ニ於ケルト同一ノ効力ヲ有スルニ至ルモノトスルモ、其結果タル損害賠償モ亦之ヲ刑罰ナリト解セサル可ラサルノ理ナシ、蓋同一原因ヨリ生スル結果ハ必スシモ同一ノ性質ヲ有スルニ限ラサレハナリ、是唯刑法及私法上ニ於ケル効果ノ発生カ共ニ過失ナル事実ヲ条件トスルニ過キスシテ、其効果タル刑罰ト損害賠償トハ類似ノ点ナキニアラサルモ其目的及性質ヲ異ニスルモノナリ³⁶⁾」と主張された。

岡松博士の主張をさらに進めて、慰謝料を私的制裁として一元的に説明しようとするのが戒能通孝博士の考えである。まず戒能博士は、不法行為法そのものについて次のように理解される。「不法行為そのものの社会的規範として通用する具体性に着目すれば、不法行為に対する民事的責任

34) 岡松参太郎『民法理由下巻次』467頁(1897年)。

35) 岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』23頁以下(1953年)。民刑事両責任の分化を強く主張し当時主流となった学説の理論支柱として貢献した Binding の主張、および制裁的性質を強調される岡松博士の主張に対する批判も古くは末広博士によってなされていた。「民事責任刑事責任ノ分化ハ近世刑法学ノ賜物ニシテ此点ヲ初メテ明瞭ニ説明セルハ Binding, Normen 1 433—ニシテ近時ノ学者ハ多く一般ニ之ヲ認ム、然レドモ二者ノ區別ヲ極端ニ主張シテ各其第二段ノ目的ヲ有スルコトヲ無視スルハ不可也、損害賠償ニ損害填補及ビ不正鎮壓ナル二個ノ社会的職能アルコトニ付イテハ岡松氏49—, Liszt, Deliktobligationen 1—等参照、然レドモ岡松氏52—殊ニ55 Liszt 3ハ何レモ本文ノ如ク損害賠償ノ根底ハ損害填補ニ存シ将来ニ対スル予防作用ハ単ニ第二段ノ目的ニ過ギズト為スヲ不当ナリトシ寧ロ予防作用ニ重キヲ置クベキコトヲ説ケルモ民刑両責任ノ分化ト共助作用トヲ基礎トシテ考フルトキハ民事責任ノ第一目的ハ寧ロ損害填補ナリト解スルヲ正当トス。」(末広厳太郎『債権各論』1002頁 註3(1918年))。

36) 岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』23頁以下(1953年)。

は、結局行為の違法性乃至反社会倫理性に対する制裁組織の一部である、と見ることができる。換言すれば、不法行為に対する民事的責任を認めた民法の規定そのものは、反社会倫理的行為に対する唯一の制裁組織ではなく、もっと多元的な要素の一部たる性質を持つのである。」³⁷⁾とされ不法行為法制度が制裁的役割を果たす法制度の一つと位置づけ、さらに「民法の所謂不法行為なる制度の意味を理解せんとするならば、不法行為は寧ろ社会的倫理性に違反する行為に対する制裁組織の一部であり、その中核的な観念は、違法性若しくは反社会倫理性と言ふことになくはならぬと思われる。——不法行為法のもっとも本源的な、且古典的部分に関しては、損害の填補と言ふことより、反社会的な行為に対する一の反撃と言ふことの方が、重きをなさねばならぬと信ずるのであって、之を謂はば不法行為理論の中核と考えて行きたいように思っている。」³⁸⁾とされる。

そして戒能博士は、慰謝料については、比較法的検討に基づき、特にフランスのRipertによる精神的損害(Dommage morale)を私罰(peine privée)と考える立場に基づきながら、民事刑事責任の明確なる分離という当時の法学会の潮流には反して慰謝料の制裁的性質を次のように述べられる。「『刑罰の歴史はその不断の廢滅過程の歴史である』と云ふ言葉はある意味に於て正当である。しかしそれはかつ

ての刑罰の基礎であった盲目的な激情と個人的憎悪が清算されるべきであることを極めて適切に表現するものであるが、ある加害行為に対し何等かの制裁を要求する人々の本能的要求を殺して行くことを示したのではない。制裁に対する本能的な要求は醇化せらるべく、又社会化せらるべきものではあるけれども、これを完全に清算することは不可能である。」これを前提として「法律上の地位如何には拘らず制裁に対する感情は常に存在し、又その存在は之を認めなくてはならない。ただその感情が不当に流れ出すことは防がなくてはならぬのであるけれども之を壓殺することは正しいとは思われない。」³⁹⁾よって慰謝料は、損害賠償の色彩に覆われた刑罰(la peine sous couleur de réparation)⁴⁰⁾であると結論付けられている。

2-4-2. 制裁説の新たな展開

前述の古典的制裁説は判例・学説にほとんど影響を与えることなかったが、昭和四十年代以降の一連の公害事件を契機として、再度新たに制裁説が展開されることとなった。

三島宗彦教授は、戒能博士の考えに示唆を受け、特にドイツ法を中心とした比較法研究からも、慰謝料のなかには制裁的または抑止的機能を含ませるべきであるとされる⁴¹⁾。まず損害賠償説、純粹損害賠償説に対して次のように批判される。「慰謝料

37) 戒能通孝『債権各論』420頁(1945年)。

38) 戒能通孝『債権各論』422頁(1945年)。

39) 戒能通孝「不法行為における無形損害の賠償請求権(1)(2)」法協50巻2号18頁以下、3号116頁以下(1932年)。

40) Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* 2ième ed. 1927 p.358.

41) 三島宗彦「慰謝料の本質」金沢法学5巻1号1頁(1959年)、三島宗彦「無形損害をめぐる」私法30号145頁以下(1968年)、三島宗彦「損害賠償と抑止的機能」立命館法学105・106号666頁以下(1972年)、108・109号112頁以下(1973年)。

を純粹の損害賠償と解しようとする立場からは、裁判所が加害者の財産状態などを斟酌することについて強い非難が投げかけられた」けれども「裁判所が実際に支払いを命じた慰謝料額は僅少なものでしかなく、加害者に犠牲を強いる点で制裁性が認められるというほどのものではなかった。」したがって判決理由の中で、慰謝料額算定の根拠として斟酌したと称するところの「諸事情の列挙は、上訴を封じるための役割を担わされていたとみるべきものである。」判決理由中での「諸要素の羅列は、判決の公正さを装うための飾り文句に過ぎず、」⁴²⁾「もともと少額の慰謝料の中で、斟酌すべき諸事情の一つ一つに、格別の意味付けをなす余地などは初めからなかったというべきであろう」⁴³⁾。また制裁説をとる根拠として現代社会における強制社会保険との関連を述べられる。つまり、強制社会保険が保険事故に基づく損害の完全補償の段階に到達したとき、「被害者から加害者に対する責任追求の観点はほとんど消滅して、損害の公平な分担の原理が貫徹する。個々の被害者救済は徹底する代わりに、加害者の災害発生防止に関する怠慢、不注意の責めを問い、災害の発生を抑制する機能は姿を消す結果となる。一般に強制社会保険に随伴する、この種のマイナス面を軽視することは妥当であるまい。保険料のメリット性が不注意、怠慢な非保険者に対し、どれほどの抑制的効果をもちえているかは疑わしい。強制社会保険制度の普及はかえって民事罰の効用に対する認識を深めることになるのではなかろう

か」⁴³⁾。さらに、実際に慰謝料に制裁的要素を加味する方法としては、慰謝料に従来どおりの精神的損害の賠償を含ましめるとともに、新たに制裁的、抑止的意味を持つ懲罰的賠償を挿入するいきかたをとられ、填補的慰謝料と制裁的慰謝料の両方を認めるべきことを主張される。つまり「慰謝料に対する民事罰の加味は、非財産的損害についての填補賠償的な部分とは別に、加害行為の動機、経緯、態様、非難に価する程度の軽重などを中心にし、これに、加害者・被害者双方の資産、社会的地位などを合わせて考慮して算定される懲罰的賠償に相当する分を明示したうえで、改めて合算するという方式によることが妥当と思われる」⁴⁴⁾。この点において、これまでの古典的制裁説が慰謝料を私罰として一元的に説明しようとしたのとは大きく異なるといえよう。

また、花谷薫教授は、公害問題を念頭において、フランス法を中心とした比較法研究から制裁説を主張される。「不法行為制度をもって、社会に生ずる損害を公平妥当に分配する制度だとする通説は、注意義務の高度化、無過失責任論の台頭のバックボーンとなるなど、公害裁判に対しても一定の役割を果たしたのは事実であり、その限りでは評価に価する考え方であろう」としながらも、この公平主義に依拠した填補説を次のように批判する。「損害の公平な負担をいう余り、不法行為制度が不法行為の民事責任を追求するための制度であることを忘れ、行為に対する非難性がますます欠落して行かざるをえない。」⁴⁵⁾『公平』の

42) 三島宗彦「損害賠償と抑制的機能」立命館法学108・109号139頁、140頁(1973年)。

43) 三島宗彦「損害賠償と抑制的機能」立命館法学105・106号677頁(1972年)。

44) 三島宗彦「損害賠償と抑制的機能」立命館法学108・109号140頁(1973年)。

観念がその機能を最もよく発揮するのは、対等平等な人格、立場の相互互換性のある当事者間においてである。そのような前提の存在しない当事者間において、市民法的公平の観念は、どの程度のもを担保するのであろうか。」「この考えは慰謝料の本質を損害の填補と考え、その調整的機能を強調するが、精神損害の填補ということと、財産損害との関係における調整ということとは、そのように簡単に両立しうるものであろうか。独自の填補性が存在しない調整が向かうところは、具体的妥当性の名のもとにおける低額化ではないか」⁴⁵⁾と批判される。また、精神的苦痛に対する慰謝料は、「いかに多額の金銭をもってしても侵害自体の回復は不可能であり金銭で代替しうるものではない」はずであるから、「私的刑罰といわないまでも、金銭賠償という形態をとった一種の制裁と考えたほうが納得がいく」。「慰謝料をこのように制裁的に考えるとしても、あくまで刑事制裁ではなく民事制裁であり、それは刑事法上の処罰とは根本的に異なり、同一のものではないことは論を待たない。むしろ民事制裁によって実行をあげることにより、刑事罰の乱用を防ぐという意味では、より近代法の趣旨にもかなうものではなかろうか」⁴⁶⁾。そして、わが国では民法710条が慰謝料の規定を明定したので、フラ

ンスにおけるような精神損害を賠償すべきか否かという「議論が全くなかったといてよい。この論争を経過しなかったことが、精神損害の賠償をめぐる本質論を進化させることができず、更には、制裁説に対する不当ともいえる無理解を生んだのではなかろうか。」⁴⁷⁾とされる。

次に、制裁説のなかでも、制裁的性質に根拠を見いだすという意味で強力な理論支柱となる主張が、田中英夫＝竹内昭夫両教授によってなされた⁴⁸⁾。両教授は、英米法との比較法研究の成果として「法の実現における私人の役割」という観点から、懲罰的賠償を検討項目の一つとして取り上げられる。つまり「わが国では、法の実現における私人の役割が著しく低く、法の実現を「事実上公的機関に独占させようとする傾向が顕著に存在するように思われる。国民の権利意識の低さが指摘されてきたにもかかわらず、私人の訴訟をエンカレッジする方策はほとんどとられず、むしろそれをディスカレッジする手段が講ぜられてきたとさえいえるであろう」⁴⁹⁾。このような観点から英米法における懲罰的賠償を積極的に評価されて、損害賠償説から制裁説への批判に対し次のように反論され、制裁的性質の必要性を強調される。「まず民事と刑事との区別についていえば、これが法律におけるもっとも基本的な区別の一

45) 花谷薫「慰謝料の制裁的機能に対する評価をめぐる」法と政治(関西学院大学)24巻3号396頁(1973年)。

46) 花谷薫「慰謝料の制裁的機能に対する評価をめぐる」法と政治(関西学院大学)24巻3号402頁(1973年)。

47) 花谷薫「慰謝料の制裁的機能に対する評価をめぐる」法と政治(関西学院大学)24巻3号392頁註(2)(1973年)。

48) 田中英夫＝竹内昭夫「法の実現における私人の役割(四・完)」法協89巻9号1033頁以下(1972年)、田中英夫・「二倍・三倍賠償と最低賠償額の法定(一)」——「法の実現における私人の役割」補説その1——法協89巻10号1291頁以下(1972年)。

49) 田中英夫＝竹内昭夫「法の実現における私人の役割(四・完)」法協89巻9号1083頁(1972年)

つであることはもちろんであるが、この区別といえども、これをその実質的根拠と切りはなして、一つのドグマとして絶対視すべきではあるまい。」そして「罪刑法定主義も、また刑事手続きにおける人権の保障も、刑罰が個人の生命・自由を奪うきわめて強力な制裁手段なるが故に認められるものである」が、死刑や懲役・禁錮・拘留のような自由刑といった「刑罰のいわば中核的部分は別として、その周辺部分ともいうべきものについては、刑事と民事・行政等其他の手續との接近・交錯の現象がありうるのではなからうか。そしてこのような分野では、ある処分が刑罰であるのか否かをカテゴリーカルにきめ、そこから、すべての問題を演繹的に決定するという態度をとるのは妥当でないように思われる」⁵⁰⁾。そして、他人の違法行為を理由として私人が利益を得ることが不合理であるという疑問に対しては、「第一に、もし、それが不合理だとすれば、国が刑事制裁として罰金を課すことも不合理ではないか。けだし、国民の違法行為を理由として国は利益を得ることになるからである。」これは、「違法行為に対する制裁を通じて国が利益をあげるのはよいが、私人が利益を得るのはゆるされないというに帰し、首尾一貫しないというべきであろう。」また、賠償額決定の困難を制裁性強調の反対理由とすることに対しては「精神的損害の賠償を認める以上、すでに生じている問題であって、懲罰的損害賠償などに固有の問題ではない」とされ、濫訴の恐れがあることに対しても、「何をもって濫訴とみるかである。近時次第

に変わりつつあるとはいえ、被害者の泣き寝入りの例が多いわが国では、濫訴をおそれるよりも、訴訟を経済的に引き合うものにする努力こそが為されるべきであろう。たとえ理論的には濫訴の恐れという問題がありうるとしても、それに対する立法上の対策は、濫訴の弊害が現実化しそうな段階で考えればよいことであって、理論上の可能性を理由として、懲罰的損害賠償等をそれ自体として否定することは正当であるまい」⁵¹⁾とされる。

平井宣雄教授は、不法行為を故意による意思不法行為と過失による過失不法行為とに二分され、次のように述べられる。よって「『意思』に対する制裁的要素を無視し得ないとする立場に立たなければならないが、そうだとすると、民刑事両責任が分化し、損害填補が第一次目的である近代不法行為法の理念に背馳するのではないか、という非難が浴びせられるかもしれない。しかし私は必ずしもそう考えない。民刑事責任の分化という現象は特定の地域の法（ヨーロッパ大陸法）にみられる一つの歴史的現象にほかならず、特定の法系の中の裁判上の現実の法的処理を認識するためには、かような漠然たるドグマにとらわれる必要は必ずしも存しないと思われるからである。不法行為法は損害填補の機能を有する、という命題もそれほど自明ではない。具体的な訴訟の場に即して考えるかぎり、原告はある紛争にまつわる事態をすべて損害と法律構成できる可能性を与えられているわけであるから、それをすべて容認しなければ損害填補にならないというわ

50) 田中英夫＝竹内昭夫「法の実現における私人の役割（四・完）」法協89巻9号1066頁（1972年）。

51) 田中英夫＝竹内昭夫「法の実現における私人の役割（四・完）」法協89巻9号1072頁（1972年）。

けのものではありえない。損害填補といわれる場合の『損害』とは何を意味するかはこのように必ずしも明確ではないのである。したがって『意思』の不法行為に関する保護範囲について、かような視点を選択することは不法行為法の『本質』に反するとは思われない。⁵²⁾とされる。

こうした制裁説の考えを徹底されているのは後藤孝典弁護士である。「不法行為法は、被害発生防止を狙いとすべきであり、加害行為抑制を最高の指導理念としなければならない。すなわち、不法行為の正義は加害行為の抑制にある。」とし戒能博士のように損害賠償制度を制裁という観点から一元的にとらえることを主張される。「損害賠償制度は、加害行為の発生を抑制することを目的とすべきであり、被害者に金銭を与えることを手段として位置づけるべきことを主張」される⁵³⁾。なかでも「違法性の程度の極めて高い悪質な加害行為につき、その行為主体に対し、これを抑制するにたる慰謝料を課すべしという⁵⁴⁾制裁的慰謝料を主張される。後藤氏は、後述のクロロキン薬害訴訟事件における弁護団長として自説を法廷で展開されておられる。

これに対し、淡路剛久教授はフランス不法行為法の立場から慰謝料の二面性を主張される。淡路教授は、フォート (faute) ある行為に対して私罰を与え加害行為の予防機能を果たさせることを主張するフランスのスタルク教授 (B. Starck) の理論に

則られながら、慰謝料の制裁的性質を次のように説明される。まず、不法行為損害賠償制度の重要な目的として、損害の填補・原状回復とともに、不法行為の制裁・予防を目的に置かれる。したがって「このような目的を達成するためには、慰謝料に制裁・予防の役割が与えられなければならない」とする。「わが国の場合、不法行為損害賠償制度が制裁的機能を持つことを否定する従来の見解は、おおむね民事刑事両責任の分化という歴史的な、マクロの視点から述べられるか、あるいは損害賠償とは生じた損害を回復させることである、という論証なしの公式から導かれていて、民事責任がその固有の方法で予防機能を果たすことまで否定する積極的理由はほとんど述べられていないのである⁵⁵⁾」として通説たる損害賠償説を批判される。そこで、これまでの制裁説と損害賠償説の対立点を考慮されて「慰謝料の本質論から、填補か制裁かの二者択一の問題を立てること自体無理だといってよさそうである。」⁵⁶⁾との結論を導かれ、さらに、慰謝料の制裁的性質を強調されながら、慰謝料そのものに、非財産的損害の填補という填補的な性質とさらに制裁的な性質が存在することを認めようとされる。これは従来の損害賠償説が制裁的要素と填補的要素を峻別しようとした立場とは異なり、慰謝料の内容そのものを細分化しようとする発想に基づくものといえよう。また、淡路教授は、損害賠償説の説くように慰謝料には非財産的損害

52) 平井宣雄『損害賠償法の理論』458頁(1973年)。

53) 後藤孝典『現代損害賠償論』163頁(1982年)。

54) 後藤孝典『現代損害賠償論』187頁(1982年)。

55) 淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』109頁(1984年)。

56) 淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』109頁(1984年)。

の填補という側面のあることを肯定されることから、従来の制裁説が採ってきた慰謝料を制裁予防という一面的な観点からだけで現行の損害賠償法を統一的に理解することが出来ないとして、戒能博士が私罰によって慰謝料を統一的に説明しようとしたような古典的制裁説を貫けば、被害者は加害者の帰責性を証明しない限り慰謝料を求め得ないことになり妥当ではないとされる。そこで、慰謝料に填補的な性質と制裁的な性質の両方を認めることは背理ではないかという疑問にも、「慰謝料に、填補的な慰謝料とその上に制裁的な慰謝料を認めることにより両者間に背理はない」⁵⁷⁾とされるのである。

森島昭夫教授は、制裁機能を行為の抑制という観点から検討することを主張される。不法行為法制度ならびにその中の一つである慰謝料の果たすべき機能・目的という観点から、近時の制裁説は「加害者に制裁を課することによって加害行為の抑制を図るべきだとして、制裁の究極の目標を、復讐心の満足や被害者の宥和ということではなく、行為の抑制に求めている」⁵⁸⁾と理解される。「不法行為制度の目的の第一が被害者救済＝損害填補であることは疑いないが、事故抑制機能も否定する必要はない。むしろ推進すべきであろう。」とし詰まるところ「社会に於ける活動の自由を阻害しないでどこまで事故抑制を計るかというのは政策的決定の問題である。」⁵⁹⁾とされる。

樋口範雄教授は、制裁的慰謝料論に対し好意的な考えを次のように述べられる⁶⁰⁾。民刑峻別の「理想」が内容において空虚であり、現実とはかけ離れた「理想」にすぎないとされる。第一に「制裁や不法行為の抑制が民事法（不法行為法）の目的でないからという理由（あるいは理想）が正当とされるためには、アメリカ合衆国と異なりわが国では、民事法以外の手段で十分な制裁と抑制が行われているという現実に対応する必要がある。」けれども現実にはそのようなものは機能していない。また「制裁・懲罰をすべて刑事法で行えばよいという考え方自体にも問題がある。」第二に、「民刑峻別の利用がどの程度現実には実現されているかという疑問」があり、判例は「制裁的慰謝料を認めることは消極的だが、いわば裏口から制裁的要素を『加味』することは黙認している。これは加害者にとって、損害の填補だけでよいといいながらそうではないという意味で不正な手続であり、少なくとも不誠実である。」第三に、填補賠償が弁護士費用といった訴訟に付随的に発生する費用を完全に填補していないという点において、制裁的慰謝料がこれを代替して填補するものという意味で支持されている。

小林秀之教授も懲罰的損害賠償に好意的な考えを示され、制裁的な機能を支持される。カリフォルニア州裁判所が懲罰的損害賠償も含む損害賠償判決を日本人被告に対して下し、この外国判決の承認・執行を

57) 淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』157頁（1984年）。

58) 森島昭夫『不法行為法講義』470頁（1987年）。

59) 森島昭夫『不法行為法講義』490頁（1987年）。

60) 樋口範雄「制裁的慰謝料論について——民刑峻別の「理想と現実」——」ジュリスト911号19頁（1988年）。

求めた事件において、東京地裁が消極的な判決を出したことに對して次のように述べ、懲罰的賠償の必要性を述べている⁶¹⁾。「懲罰的損害賠償といっても、単なる民事罰であつて民刑事責任の不分離の遺物という理解は必ずしも正しくない。」通常の損害賠償では填補されない訴訟費用などをカバーしているという意味で「わが国の慰謝料や不法行為と相当因果関係を有する弁護士費用の賠償に似た性質と機能もあるわけで、一概にわが国の法体系とは相いれないものとは言えない面がある。」製造物責任における懲罰的慰謝料論の高まりといった傾向から、「このようなわが国の最近の状況下で、懲罰的損害賠償が公序に反するとまでいえるかは、考えなければならない。」とされ裁判所が懲罰的損害賠償を日本で認めることは公序に反するという結論を批判される。

藤倉皓一郎教授は、英米法との比較検討から最近のアメリカにおける懲罰的損害賠償制度を巡る問題点を指摘されながら、この制度を日本民法の解釈論に導入することを検討されている⁶²⁾。藤倉教授は現代型の不法行為は、「第一に、企業組織による不法行為であること、第二に、たんなる過失ではなく、強い法的非難に値する非行であること、第三に、その不法行為によって多数の被害者に損害が生じていること、第四に、被害者の損害を填補するのみでは同

様の非行を防止する効果を期待できないこと」といった特徴をもったものであり、今の不法行為法理論では十分な解決がはかれないと指摘される。そして「こうした被害者の訴訟において、民法七〇九条は不法行為により生じた損害を填補することで足りりとしてよいのであろうか。そうした解釈は再検討される時期ではないのか」とされ懲罰的損害賠償の導入を支持されている。

以上ここまで、私的制裁説および制裁的機能を積極的に認容する学説のながれ⁶³⁾を見てきたわけであるが、これら制裁説の中においても個々の主張内容は一様ではなく、制裁的機能でもって慰謝料を一元的に説明しようとするものや、填補的性質と制裁的性質の両立を認める二元的構成をとるものがあることが理解できる。また制裁的機能を支持する学説は、公害事件を契機とする学説、90年代以降のアメリカ法研究から出てくる懲罰的損害賠償の導入支持の考え方と流れは変わってきている。しかしながら、古典的制裁説以降の新たな制裁説の主張するところは、一貫して、もはや通説たる損害賠償説の説くような慰謝料の賠償的性質を重視して、その制裁的性質を軽視ないし無視する考え方では、現在の不法行為法制度が果たす役割を十分に期待

61) 小林秀之「懲罰的損害賠償と外国判決の承認・執行(上)」NBL473号10頁(1991年)。

62) 藤倉皓一郎「懲罰的賠償試論——アメリカ不法行為法の視点から——」同志社法学49巻6号180頁(1998年)。

63) その他制裁説に立つと思われる学説を以下に掲げる。小島武司「脚光を浴びる制裁的賠償」判例タイムズ278号12頁(1972年)、小島武司「私的制裁としての損害賠償——民事訴訟の機能向上のために——」法学セミナー1972年2月号24頁以下(1972年)、山田卓生「過失責任と無過失責任」『現代損害賠償法講座(1)』65頁(1976年)、千種達夫「慰謝料額の算定」『総合判例研究叢書民法(四)』90頁(1964年)、千種達夫「生命・身體・貞操の價額」法律時報6巻8号8頁(1934年)、奥野彦六『日本法制史における不法行為法』431頁(1960年)

できないということで見ると一致点を見るのである。

3. 制裁説と損害賠償説との対立点

ここまで損害賠償説と私的制裁説の対立という観点から学説を見てきたのであるが、その両説の対立点を補足しながらここで明確にして、問題点を指摘しておこう。

3-1. 制裁説から損害賠償説への批判

近代民法典の成立とともに、民刑事両責任の分化の必要性が主張され当然のこととして、民事責任には刑事責任における制裁的機能が排除されるように努められ、「賠償」か「制裁」かという二元論的対立が生じ、その結果、民事責任における慰謝料という精神的損害の賠償はその賠償の一つとする考え、つまり損害賠償説が主流となったのは当然のことであつたといえよう。このように慰謝料の性質をとらえようとする潮流に反して、民事責任において忘れ去られようとした民事的制裁という性質を強調した点で、古典的制裁説は異質なものであり、少数説にとどまったのも当然のことといえる。古典的制裁説が主張しようとしたところは、精神的損害それ自体の賠償を認めない慰謝料否認説の考え方が損害賠償説に加えた批判と、同様の観点からの批判を加えたのであつた。それは、金銭を精神的損害の対価とする考え方に対する批判である。

つまり (a) そもそも被害者の被った精

神的苦痛を金銭に換算することはできないはずである。(b) 精神的苦痛を金銭でもって代替させることができるとするならば、それは大変不道徳で嫌悪感を起こさせるものである。精神的損害の賠償を認めるとするならば、それは損害の填補ではなくして、加害者に対する制裁と考えたほうが納得がいく。(c) 精神的損害に対し強いて金銭賠償を認めるとすれば、その評価は全く恣意的となり正義を求むべくしてかえって不正義をもたらす、といった内容にとどまるものであつた⁶⁴⁾。

3-2. 損害賠償説から制裁説への批判

古典的制裁説からの批判、そしてその根拠となつた慰謝料否認説からの批判に対しても、損害賠償説からの反論は容易であつた。なぜならば、古典的制裁説の理論支柱となつたのは「そもそも金銭を精神的損害の対価となし得るか」という疑問であり、これは反面でそのまま古典的制裁説に対する損害賠償説からの批判にもつながるものであるからである。損害賠償説および純粹損害賠償説からの批判は次のようなものである⁶⁵⁾。

(a) 制裁説は、無形損害を金銭に評価することは不可能であるという点から生じたのであるが、加害者の加罰性を金銭によって認定することはなぜ容易であるのか。つまり、適切に加害者の過失の段階付けをなし、これに至当な制裁額を対応せしめることの困難性をどうするのか。

64) 村上幸太郎「慰謝料の算定に関する実証的研究」司法研究報告書9輯6号11頁(1958年)、植林弘『慰謝料算定論』80頁以下(1962年)。

65) 植林弘『慰謝料算定論』131頁(1962年)、中川淳「慰謝料」『民法法辞典上巻増補版』31頁。

- (b) 制裁説に従う場合には、被った損害以上の賠償を命ずることになり被害者を利益せしめることになりはしないか。
- (c) 加害者は刑事上の処罰と二重に処罰を受けることになり、犯罪行為による非財産損害の賠償のために給付される慰謝料につき制裁性を強調することが、一時不再理の原則をおかす恐れがある。
- (d) 制裁説は民事責任と刑事責任の分化という近代法に於ける体系上の原則を無視、破壊するものである。
- (e) 制裁説は慰謝料債務の相続性をどのように説明するのか。
- (f) 債務不履行に基づく非財産的損害についても慰謝料請求権が認められていることをどの様に説明するのか。
- (g) 国家、法人のごとき自然人にあらざる権利主体が賠償すべき慰謝料の存在意義をどの様に説明するか。
- (h) 使用者、責任無能力者の監督義務などの他人の不法行為による損害の賠償義務者が給付すべき慰謝料について制裁性を強調しうるか。

以上が通説たる損害賠償説および純粹損害賠償説からの批判であるが、これについて古典的制裁説からは十分な反論がなされなかったのである。

3-3. 新たな制裁説からの反論

民事刑事両責任の分化というドグマを必ずしも厳格にとらえることなく、民事刑事両責任が相まって法による妥当な紛争解決機

能を果たさせようとする、古典的制裁説以降新たな展開を遂げた制裁説からすれば、次のように損害賠償説からの批判に反論できよう⁶⁶⁾。

- (a) 慰謝料が制裁であるにせよ損害填補であるにせよ、算定においては困難性を伴うのは必然である。算定できないからといって制裁的機能が否定されるべきものではない。
- (b) 他人の違法行為を理由として私人が利益を得ることは、決して不合理ではない。しかし第一に、もし、それが不合理だとすれば、国が刑事制裁として罰金を課すことも不合理ではないか。けだし、国民の違法行為を理由として国は利益を得ることになるからである。これは、違法行為に対する制裁を通じて国が利益をあげるのはよいが、私人が利益を得るのはゆるされないというに帰し、首尾一貫しないというべきである⁶⁷⁾。
- (c) 「罪刑法定主義も、また刑事手続きにおける人権の保障も、刑罰が個人の生命・自由を奪うきわめて強力な制裁手段なるが故に認められるものである。」しかし、死刑や懲役・禁錮・拘留のような自由刑といった「刑罰のいわば中核的部分は別として、その周辺部分ともいうべきものについては、刑事と民事・行政等他の手続との接近・交錯の現象がありうるのではなからうか。そしてこのような分野では、ある処分が刑罰であるのか否かをカテゴリーカルにきめ、そこから、すべての問題を演繹

66) 上記“2-4-2. 制裁説の新たな展開”とその註に掲げた文献参照。

67) 田中英夫＝竹内昭夫「法の実現における私人の役割（四・完）」法協89巻9号1072頁（1972年）。

- 的に決定するという態度をとるのは妥当でない⁶⁸⁾。
- (d) 民刑両責任の分化というドグマは必ずしも普遍的妥当性をもちえない⁶⁹⁾。
- (e) 慰謝料債務は一身専属的なものであり、相続否定説を採れば充分説明のつくことであるし、このような点が制裁的要素の強調の重要な反駁とはならない。
- (f) 日本法においては、債務不履行においても慰謝料を認めるのが判例・通説⁷⁰⁾であるが、必ずしも認めなければならない法文解釈上の根拠があるわけではなく、これはむしろ被害者の保護範囲拡大という社会的、時代的要請から生じたものであろう。今日のように損害賠償制度としての不法行為法と債務不履行に基づく損害賠償制度が、互いに交錯してより妥当な法的解決を図ろうとする時代的要請からして、債務不履行に慰謝料請求を認めることになら矛盾はないといえる。
- (g) 国家、法人のごとき自然人にあらざる権利主体として、制裁を受け得る法的主体は持つのであって、それらに対する制裁を加えるべき必要性は当然現代社会においては高まってこよう。むしろ損害賠償説に立った場合、そうした自然人にあらざる権利主体について、どのような法的構成によれば、賠償の対象たる精神的損害が生ずると構成できるのか⁷¹⁾という反論すら可能となる。

- (h) 使用者、責任無能力者の監督義務などの他人の不法行為による損害の賠償義務者が給付すべき慰謝料についても制裁性を強調できるのは、加害行為を再発させないためにも必要となつてこよう。

つまり、損害賠償説は、「民法を商品交換の法として純粹取引法に局限して把えることにより対権力の問題を捨象し、更にはその商品交換を正面から措定するのではなく裏面から保障するものとしての不法行為法の領域から刑罰的要素を捨象してしまった⁷²⁾」のであり、賠償という側面を強調し過ぎて民事刑事両責任が相まって果たすべき法の実現という観点を失ってしまったのである。不法行為法制度は、損害発生に有責的に原因を与えた者に対する民事責任の追求のための制度として捉えることが必要である。もはや今日的な不法行為訴訟においては、不法行為法の制裁的機能を無視して法的紛争の妥当な解決ははかれないというべきであろう。

3-4. 慰謝料の機能の二面性

両説の対立点に関する議論からして、損害賠償説からの批判に制裁説は耐えうるものであり、不法行為法制度の制裁的機能が不可欠でありますます重視されつつあることからしても、「新たな制裁説」の優位性は理解できる。しかしながら、制裁説に立ったとしても、損害賠償説の説くように慰謝料には非財産的損害の填補という側面

68) 田中英夫＝竹内昭夫「法の実現における私人の役割 (四・完)」法協89巻9号1066頁 (1972年)。

69) 平井宣雄『損害賠償法の理論』458頁 (1971年)。

70) 大判大正5年1月20日民録22輯4頁、我妻栄『債権総論 (民法講義IV)』118頁。

71) 幾代通「不法行為法における損害の種類」民事研修200号31頁以下 (1973年) 参照。

72) 花谷薫「慰謝料の制裁的機能に対する評価をめぐって」法と政治 (関西学院大学) 24巻3号403頁 (1973年)

のあることを肯定せねばならない。なぜならば、慰謝料を制裁という側面から一元的に捉えようとすれば、被害者は加害者の帰責性を証明しない限り慰謝料を求め得ないことになってしまうからである。よって、古典的制裁説が採ってきたような慰謝料を制裁予防という一面的な観点からだけで現行の損害賠償法を統一的に理解することが出来ないこととなる。そこで、三島＝淡路両教授の主張されるように⁷³⁾、慰謝料に「制裁」という要素と「賠償」という要素を重疊的に認めるように構成することが妥当と考えられよう。これによって制裁説は、損害賠償説からの主たる批判に耐えうるし、また現代の不法行為法が果たすべき機能に即した法的構成を採ることができると思われる。

よって純粹損害賠償説からの次のような批判、「制裁説の内包している矛盾は、結局、『制裁』の概念と『賠償』の概念とが互いに両立しうるものであることに基づいている。慰謝料を制裁と解すれば、必ずや被害者に填補せられない非財産的損害を残存せしめたり、また現実に被った非財産損害をこえた、損害填補に不必要な慰謝料を被害者に与える結果となるからである。損害賠償は何らかの意味において、制裁性を有し、且つそれは、損害填補による当事者間の公平の回復の反射的・副次的効果にすぎないものであるから、それにも拘らず損害の填補を越えてその制裁性を強調することは、民事責任の本質と矛盾するものといいうるであろう。」⁷⁴⁾ という批判に対し

ても、以下のように答えることができる。損害賠償説も慰謝料の制裁的機能を完全に否定し去り得ないことから、民事責任の本質というものが「賠償」という側面からも一元的にのみ説明しえないものであること、よって慰謝料に、填補的な慰謝料とその上に制裁的な慰謝料を認めることで両者間に背理はないといえよう。つまり、「制裁」および「賠償」の両概念を慰謝料に認めることになら矛盾は生じないのである。

さらに、この結果として慰謝料に「制裁」および「賠償」の両概念を認め二元的構成をとる制裁説は、通説たる損害賠償説が制裁的性質を否定しないのと、慰謝料額算定において一体どのように異なるのかという疑問が生ずることとなろう。これは、実際の慰謝料算定の段階において制裁的要素はどの様に加味されるのかという点において差異として現われてくる。二元的構成を採る制裁説によれば、「慰謝料に対する民事罰の加味は、非財産的損害についての填補賠償的な部分とは別に、加害行為の動機、経緯、態容、非難に値する程度の軽重などを中心にし、これに、加害者・被害者双方の資産、社会的地位などを合わせて考慮して算定される懲罰的賠償に相当する分を明示したうえで、改めて合算するという方式によることが妥当」⁷⁵⁾ ということになろう。したがって、極論すれば、この制裁説と損害賠償説との差異は懲罰的賠償を認めるか否かに行き着くこととなる。この点で、二元的構成をとる制裁説は、懲罰

73) 三島宗彦「損害賠償と抑制的機能」立命館法学108・109号140頁(1973年)、淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』157頁(1984年)。

74) 植林弘『慰謝料算定論』131頁(1962年)。

75) 三島宗彦「損害賠償と抑制的機能」立命館法学108・109号140頁(1973年)。

的賠償をどのように捉えるかという問題を抱えることとなる。それは、英米法における懲罰的賠償がそのまま日本法に導入できるのかという問題であり、現行法の解釈としても、現行の不法行為法に基づく損害賠償制度の中に懲罰的賠償を組み入れていくのには、かなりの問題点があるといえる。つまり、立法者意思が懲罰的賠償を否定している以上、なんらかの立法でもなされない限り現行民法の解釈としてこれを導入することには困難が伴うからである。仮にそれを立法者意思の欠缺にすぎないととらえるならば、何故そのような制度が必要なのかをさらに展開しその必要性の法的根拠を示す必要があると言えよう。この点がこの制裁説に残された大きな課題といえるのではなかろうか。

3-5. 制裁から抑止へ

「新たな制裁説」が主張しようとする内容は、「制裁」という意味内容が加害者への非難並びに被害者の満足という観点から、加害行為の抑制という方向に観点が移りつつあるといえよう⁷⁶⁾。つまり、損害賠償制度における制裁的機能の果たす役割は、次の三点から捉えることができる。その第一は、加害者に民事制裁を加えることにより被害者の怒りや報復感情を精神的に満足せしめる機能である。第二は、加害者に民事制裁を加えることにより、その加害者に加害行為の再発を防ぐように刺激を与えるという点、つまり加害行為の抑止(個別的抑止機能)である。さらに第三に、加害者に民事罰を与えて法的解決を計ることによる社会的影響力がもたらす社会指導

的機能(一般的抑止機能)である。この三点のなかで、社会秩序維持および法的安定性という観点から民刑事両責任が相まって果たすべき機能は、個別的抑止と一般的抑止の二つである。第一の観点は、法的正義の実現という観点から、決して払拭し得るものではないが、個人的な復讐としての私罰を徐々に廃し民刑峻別へと昇華させてきた法の発展方向から言っても、民事法が担うには無理がある観点となろう。よって「制裁」という意味を加害行為の「抑止」という意味に置き換え、加害者の悪性に対する被害者の怒りや報復感情を満足させるというのではなく、加害行為が引き合わない(ペイしない)ようなものでなければならぬのである。

4. 判例

慰謝料について、判例は、どの様に考え対応してきたかを次の三点から考える。まず第一は慰謝料の性質についてである。第二点は、慰謝料をどの様に算定するか、つまり慰謝料の算定方法とその評価要素は何かである。さらに、最近の下級審の判例において、判例がどのような態度をとっているのかを述べることにする。

4-1. 慰謝料の性質について

大審院以来、判例は、一貫して慰謝料を損害賠償のひとつと考え、現在の最高裁も同様の考えを襲踏している。

大審院判例明治43年4月5日民録16輯274頁は、「不法行為ノ損害カ権利ノ侵害ニ対シ因果ノ関係上必然ノ結果ナルトキハ

76) 森島昭夫『不法行為法講義』470頁、および477頁以下(1987年)、藤倉皓一郎「懲罰的賠償試論——アメリカ不法行為法の視点から——」同志社法学49巻6号213頁(1998年)。

其直接ナルト間接ナルトヲ問ハス加害者ニ於テ之ヲ賠償スルノ責ニ任スヘキモノトス」とし、「心神痛苦ノ損害ハ必然ノ結果ト謂ヒ得ヘキヲ以テ」精神的損害に対する賠償、つまり慰謝料を認容している。

この後も判例は、慰謝料を損害賠償の一つと考える立場に立ち続けているので⁷⁷⁾、現在の最高裁も、通説の採るいわゆる「損害賠償説」に立つと推測される。しかし、慰謝料の制裁的性質についての議論を前面に押し出して、その当否についての議論は行なっていないため、現在最高裁が、近時制裁説の主張が有力になりつつある状況を考慮して、慰謝料の制裁的性質についてどのように考えるかはまだはっきりしない。そうした慰謝料の制裁的機能についての議論は、それまでは少数説にとどまっていた制裁説が昭和40年代以降学説上再び活発になってきたという状況からして、後に述べるような現在下級審で係属中の事件が、今後最高裁の場で審理される時点において、最高裁がどの立場を採るかが明確になるであろう。

下級審の判例においては、後に述べるように、明白に制裁的慰謝料を否定し自らが、損害賠償説に立つことを明示している判決がある。

4-2. 慰謝料の算定方法とその評価要素

判例は、「不法行為ニ因リ財産以外ノ損害ヲ生シタルトキハ、事実裁判所ハ各場合ニ於ケル事情ヲ斟酌シ自由ナル心証ヲ以テ其数额を量定スヘキモノトス」⁷⁸⁾と判示して以来、一貫して、精神的損害は、裁判官の自由な裁量によって算定されるという態度を採っている⁷⁹⁾。

この裁判官の自由裁量の内容として、算定額の判示方法については「相当ト認メタル数额ヲ包括的ニ判示スルモ妨ナシ」⁸⁰⁾とし、また慰謝料の算定要素についても、「斟酌すべき事情には一定の制限がない」⁸¹⁾、「裁判官が判決理由で当該事情を斟酌した理由を説示することを要せず」⁸²⁾、「慰謝料の算定に当たっては、その額を認定するに至った根拠を示す必要はない」⁸³⁾、「算定の際に考慮した事実を一つ一つ説示する必要はない」⁸⁴⁾、「原告が請求額の証明をしていなくても、裁判所は諸般の事情を斟酌して賠償を命じ得る」⁸⁵⁾としている。

これは明らかに、自由裁量という名の下で社会的に評価のしづらいシステムで慰謝料が算定される方法を確立させてしまっている。つまり現行の慰謝料算定方法は、慰謝料がどのような経緯から算出され、それが社会的に妥当な計算に基づくものかどうか、検討しにくいものとなっている。

77) 吉村良一「慰謝料請求権」『民法講座6』431, 434頁(1985年)。吉村良一「民法七一〇・七一一条(財産以外の損害の賠償)」『民法典の百年Ⅲ個別的観察(2)債権編』646頁(1998年)。

78) 大判明治43年4月5日民録16輯273, 274頁。

79) 大判明治43年4月5日民録16輯273, 274頁, 大判明治43年11月2日民録16輯74頁, 大判大正3年6月10日刑録20輯1157頁。

80) 大判明治44年4月13日刑録17輯569頁。

81) 大判大正5年3月24日新聞1125号31頁, 大判大正9年5月20日民録26輯710頁。

82) 大判大正3年6月10日刑録20輯1157頁, 大判大正4年10月13日民録21輯1683頁, 大判大正5年1月22日民録22輯1113頁。

83) 大判明治43年4月5日民録16輯273頁。

84) 大判大正4年10月13日民録21輯1683頁, 最判昭和47年6月22日判例時報673号41頁。

85) 大判明治34年12月20日刑録7輯11巻105頁。

慰謝料額の算定について裁判官の事由裁量権限を認めるのは、そもそも精神的損害を量的に捉え、これを金銭的に計量化することが現実的に不可能であり、よって金銭評価についての証拠を示すことは不可能なことによるからである。したがって、裁判官の自由な裁量に任せて、慰謝料額算定を弾力的に運用することが、慰謝料の果たすべき機能としても好ましいと考えられよう。けれども、このことは、慰謝料算定において裁判官の恣意的判断を許すということにはならないはずである。交通事故訴訟における慰謝料額の類型化がかなりの程度まで行なわれているが、慰謝料額算定においては、その算定に当たって斟酌した事由を例えば、傷害の程度とか、家族関係、生活状況といった被害者側の事情とか加害行為の違法性などを書き加えて判示すべきである。また、控訴審において、慰謝料額を変更する場合には、できる限りその変更理由を判決文中に示すべきであろう⁸⁶⁾。

実際に、下級審をも含めた判例に現われ、慰謝料の算定にあたり考慮され得る慰謝料算定要素は次のものである⁸⁷⁾。

被害者側の事情

1. 被害者の肉体的及び精神的苦痛の程度
2. 被害者の年齢、性別、既婚・未婚の別
3. 被害者の健康状態
4. 被害者の身分、社会的地位、財産状態及び職業

5. 被害者の性癖
 6. 事故についての被害者（側）の過失
 7. 後遺症の有無及び状況、入院通院の期間、再手術の要否など
 8. 被害者（側）の利得
- 加害者側の事情

1. 加害者の故意又は過失の種類及び程度
2. 加害者の財産状態
3. 看護、弔慰、謝罪の有無及び程度
4. 不法行為の動機・原因

これらの算定要素についての問題は、まず、純粹賠償説がいうように、慰謝料が純粹な損害賠償とされるならば、加害者側の事情を考慮することは制裁的な意味を持ち、これらは、慰謝料算定の評価要素とされるべきではないという批判である。この点から、慰謝料の制裁的要素を認めたものなのかが明確になっていない、つまり判例は慰謝料の性質をどの様に考えているのかがはっきりしないという批判がなされることである。

しかし、判例は、慰謝料を損害賠償の一つと位置づけ、それを算定するには、あらゆる可能性を考慮してより妥当な金額を判示しようと努力していると理解するのが素直であろう。判例は、制裁か賠償かといった観点から、算定要素の中に算定要素とすべきでないものとすべきものという区分をもうけて慰謝料算定をするのではなく、あ

86) 前田達明『民法VI2 (不法行為法)』329頁 (1979年)。

87) 千種達夫「慰謝料額の算定」『総合判例研究叢書民法(四)』92頁以下 (1964年)、吉野衛「慰謝料の算定」『実務民事訴訟講座3 交通事故訴訟』204頁 (1969年)、佐藤歳二「積極的損害・消極的損害・慰謝料」『新実務民事訴訟講座5 不法行為訴訟II』123頁 (1983年)、千葉弁護士会編『慰謝料算定の実務』4頁 (2002年)を参照。

らゆる要素を考慮して算定しているのがあって、慰謝料の本質についての議論を踏まえて考慮はしていないといえる。

4-3. 下級審における判例の動き

判例は、上述したような態度を一貫してとりつづけているが、昭和40年以降から、下級審ではあるが、新たな動きがみられる。それらの中から、注目すべき判例とありあげ、その動向を検討することとする。

4-3-1. クロロキン薬害訴訟（第一審・東京地裁昭和57年2月1日判決）⁸⁸⁾

クロロキン薬害訴訟は、腎炎の特効薬とされていたクロロキン製剤の副作用で、失明するなど、網膜傷害を起こした患者とその家族ら88世帯、266人が、製薬会社と国、14の医師・医療機関を相手取り、総額約168億円の損害賠償を求めた薬害訴訟であった。

クロロキン薬害訴訟をここで取り上げる理由は以下にある。まず、この訴訟の争点は、国の責任の有無と薬害患者・家族らに対する賠償額の算定方法であった。とりわけ、後者の賠償額算定方法については、原告側独自の主張である「損害論」⁸⁹⁾として、「制裁的慰謝料論」と「インフレ算入論」の二つを原告側が主張した点に注目する。特にこの制裁的慰謝料論は、法廷に初めて制裁説の立場からの主張が持ち込まれたという点において興味深いものである。

原告側弁護士長後藤孝典弁護士の理論に基づくこの制裁的慰謝料論の概要はおおむね次の通りである⁹⁰⁾。

まず、従来の学説に対し次のように批判した。従来の損害賠償論に関する学説が無気力であり、不法行為法の体系的構築の面でも、不法行為の成立要件論からする作業はみられるが、損害賠償論も含めた形で体系化への試行がみられないと批判した。そして、公害・薬害に適用するのにふさわしい損害賠償論は日本には未だ成立しておらず、これを構築することが現代不法行為法の緊急かつ中心の課題であり、そのためのものであるとして、主として制裁的慰謝料論とインフレ算入論を柱にした損害賠償論を展開したのであった。

特に、制裁的慰謝料論において、薬害事件は交通事故事件と同様に扱えないことを強調し、定額化という名の下で実は賠償額の低額化をもたらしてしまう傾向の強い交通事故損害賠償論をそのまま薬害事件である本件クロロキン薬害事件に適用することは間違っていると主張した。つまり、交通事故賠償実務に受け入れられた西原理論、定額化＝低額化理論を批判し、裁量論の限界性を指摘した上で、本件クロロキン薬害訴訟においては、交通事故の場合と違って、非財産的損害額算定において制裁的損害賠償論の適用されるべきことを主張し、慰謝料額について「過失の立証がないか軽過失の場合よりも故意・重過失がある場合の方が多く」と定式化されるのである。

88) 東京地判昭和57年2月1日判例時報1044号19頁以下。中井美雄「クロロキン薬害判決における損害論」判例時報1044号3頁以下（1982年）参照。

89) 後藤孝典『現代損害賠償論』158頁以下（1982年）判例時報1044号88頁以下、後藤孝典弁護士のサイト <<http://www.toranomon.com/Japanese/profile.htm>> 参照。

90) 判例時報1044号93頁以下。

から、本件は交通事故損害賠償におけるよりも慰謝料額は数倍になるのが常識的結論であろうと主張した。具体的には、原告らとしては、故意の被告らだけに対してではなく重過失しかない被告に対しても連帯して支払うべきことを請求することと、原告らが一律に同一額を請求することから、控えめに倍率を制限することとし、民事交通訴訟における慰謝料額の三倍位が妥当であると考えた。そして原告ら各々につき慰謝料五千万円の支払いを請求したのであった。

これに対して、判決は、被告製薬会社については、2000万円、1500万円、1000万円、その他の被告については1600万円、1200万円、800万円の三段階の慰謝料額を含め賠償総額約29億円を認めた。そして判決は、原告側が主張した制裁的慰謝料論に対し次のように述べている⁹¹⁾。

原告らは、本件のように被告製薬会社や被告国が故意に原告ら患者をク網膜症に罹患させた事案にあつては、被告らが原告らに対し支払うべき慰謝料の額は懲罰の意味も含めて民事交通訴訟における慰謝料額の三倍位が妥当であると主張する。

思うに、不法行為により、被害者の被った精神的損害に対する慰謝料の算定に当たっては、加害者及び被害者の社会的地位及び財産状態、被害・苦痛の程度、将来の苦痛の有無のほか、加害者側の侵害の態様（故意か過失か、過失の程度、悪性の程度等）も加味し、これら諸事情一切を勘案しなければならないのは当然のことである。一般論として、慰謝料の支払いは精

神上の苦痛の緩和もしくは除去を目的とする法的手段といえるから、侵害行為が故意になされた場合と過失による場合、さらには重過失による場合と軽過失による場合とでは、被害感情ひいては被害者の受ける精神上の苦痛の程度におのずから差異があるため、その差異が慰謝料額に反映することは理の当然と言えよう。

しかし、本件にあつては、被告らに故意責任まで課することのできないことは前述した通りであるし、そもそも、加害者の故意を慰謝料額算定の際考慮すべき一事情とするにとどまらず、それ以上に故意の存在をとらえて、現実生じた損害の填補以外に原告らが主張するような「制裁的」機能を果たさせる目的で別個の帰責加重事由とすることは、損害の公平な分担を目的とする損害賠償制度の理念に反するものであつて、民事法と公法、特に刑事法との明確な分化を理想とするわが国の法制の下では採り得ないものと考えらる。

このクロロキン薬害訴訟の控訴審判決、東京高裁判決昭和63年3月11日⁹²⁾は、再び次のように述べて、制裁的慰謝料論を退けている。

加害行為の態様は、他の事情とともに慰謝料算定に当たって斟酌されるべきである。しかし、わが国の不法行為法についての損害賠償制度は、不法行為によって被った被害者の損害を加害者に賠償させることのみを目的とし、これを超えて加害者に懲罰、制裁を課するとか、不法行為の再発防止を図るとか、そのため慰謝料を高額のものとするなど、予想しないところであつて許されない。したがつて、制裁的慰謝料論は採ることができない。

91) 判例時報1044号262頁以下。

92) 東京高判昭和63年3月11日判時1271-3、朝日新聞夕刊、昭和63年3月11日。

この後、クロロキン薬害訴訟は上告され、平成7年6月23日、最高裁第二小法廷は上告棄却との判断を示した⁹³⁾。この上告審では国の責任問題に対する検討がなされ、制裁的慰謝料論、インフレ算入論については触れられなかったので、控訴審の論理を認めたと考えられる。

判決の立場は、明らかに損害賠償説に立つものであり、第一審、控訴審とも制裁説の主張を正面から否定したと考えられよう。しかしながら、慰謝料の算定要素として加害者側の事情が考慮されることを純粹損害賠償が批判するのと同様の批判が、本件についても問題となる。つまり判決の慰謝料算定理由が、「本判決も慰謝料算定に当たっては、被告製薬会社が被害発生のおよぼす元凶であるうえ、その過失の程度も重大であって、結果に対し負うべき責任が他の被告よりも重く、原告ら患者の精神的苦痛を慰謝するには他の被告より多額の金員の出捐を必要とするものと考えられるからである」として、加害者の故意又は過失の種類及び程度を斟酌して慰謝料を算定したことは、制裁説の立場からは、次のように理解することも可能である。つまり、判例は自らは損害賠償説に立つと明言しながら、現実には、加害者に制裁的要素の強い慰謝料額を算定してしまっている、つまり現実には制裁説の説くところと変わらない慰謝料算定方法（本来の意味での制裁説に立てば慰謝料認容額は金額的には少ないものの）を採ることへ一歩踏み出している

のだと考えることもできるのではなかろうか⁹⁴⁾。

このクロロキン薬害訴訟がもたらした意義は、日本の不法行為法制度において制裁的賠償が行ない得るか否かを、裁判で問うたものであり、その結果についての判断は微妙に分かれるものの、今後の他の薬害事件のみならず他の人身事故訴訟に影響をもたらすことは必定であろう。

4-3-2. 安中公害訴訟第一審判決（前橋地裁昭和57年3月30日）⁹⁵⁾

安中公害訴訟は、企業が排出した重金属及び亜硫酸ガスによる大気・土壤汚染に基因する農業被害に対し、原告104名（うち21名は死亡した原告16名の訴訟継承人）は、総額15億5,400万余円の賠償を求めた事案であった。安中公害訴訟は、公害事件の中でも、原告側が制裁的賠償論を主張したことに特徴があるといえよう。

原告側は、次のように制裁的賠償論を主張したのである⁹⁶⁾。

現代における公害事件においては、加害者被害者との間に互換性がなく、加害者は利潤を追求する企業であり、被害を受けるのは常に住民のみである。そのような場合、制裁的機能を欠落させて加害者に低額な賠償しか命じなかったとすれば、資力を有する企業はなんら痛痒を感じることはなく、更に汚染物質を放出し続けるであろう。これでは不法行為に対する予防効果をまったくあげることができない。このような事態を阻止するために不法行為制度

93) 最高裁判所平成7年6月23日第二小法廷判決、民集49巻6号1600頁。

94) 淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』95頁（1984年）。

95) 前橋地裁昭和57年3月30日判例時報1034号3頁。

96) 前橋地裁昭和57年3月30日判例時報1034号17頁。

に組み込まれている制裁的機能を飛躍的に増大させて、損害賠償額を高度のものにして将来の不法行為を抑止するという制裁的賠償論を登場させる意義がある。安中公害は犯罪性という特徴を持っており、又、被害者が見捨てられて一方的に犠牲を負っている反面、加害者は十分な賠償資力を有する企業であるという特徴を持っている。このような場合にこそ、制裁的賠償論は機能しなければならないというべきであろう。原告らは、本件において現実の損害の一部を控えめに請求しているものであって、制裁的賠償については特に有額的に計上して請求しているものではない。しかし、これも含めて包括的判断をするべきであることは明かであろう。そうとすれば、原告らの請求額は如何なる意味においても減額されるべきではなく、満額認容されるべきである。

原告の主張に対して、裁判所は、原告らのうち、83名について7,993万余円、最高469万余円、最低2万余円、21名については請求棄却と判示し、制裁的慰謝料論については、次のように述べた⁹⁷⁾。

損害賠償請求権は被った損害の数額に応じて取得する賠償請求権の限度で許されるものであり、制裁的賠償の名のもとに右限度を超える請求をすることが許されないのはいうまでもない。

クロロキン薬害訴訟と同様に、本件においても裁判所は、制裁的賠償論を否定した。この二つの判決における大きな違いは、農業被害という財産的損害についての

みの請求である安中公害訴訟において、裁判所が被告に故意を認めているという点にある。しかしながら、その故意の認定が、現実の慰謝料算定には直接的に結びついていないのは、判例の採る損害賠償説の立場からして問題とされよう⁹⁸⁾。故意がみとめられるほど加害行為の態様が悪質なものであるならば、従来判例の立場からして、損害賠償額(慰謝料額)算定において、加害行為の態様が強く反映して当然のこととなるはずであろう。つまるところ判例のとり損賠償説とは、慰謝料の性質について明確な立場が確立されていないがために、論理一貫性をもたらす得ないのである。

4-3-3. 千葉大附属病院採血ミス事件 第一審判決(千葉地裁佐倉支部 昭和46年3月15日)⁹⁹⁾

千葉大附属病院採血ミス事件は、国立病院におけるごく初歩的な機器の操作ミスによって献血に訪れた健常者を死に至らしめてしまったという医療過誤訴訟であり、国立の医療機関における診療のずさんさ及び高額な損害賠償額が認容されたことで、国会の議論の対象にもなった有名な事件である。ここでこの事件を取り上げる理由は、高額な慰謝料認定した判決理由中の慰謝料参酌事由として、加害者側の財産状況つまり国の賠償資力を重く斟酌している点にある。事実は次の通りであった。

昭和四十四年四月、三十二歳の男性(杉

97) 前橋地裁昭和57年3月30日判例時報1034号17頁。

98) 淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』173頁(1984年)。

99) 千葉地裁佐倉支部昭和46年3月15日判例時報624号34頁、沢井裕「採血ミス事件における慰謝料」法律時報43巻6号53頁。宇都木伸「千葉大採血ミス事件」別冊ジュリスト医事判例百選96頁。

井陽太郎)が、知人への献血のために国立千葉大附属病院に来院した。電気喀痰吸引器による採血の際、担当看護婦(多田なを)が誤って陽圧パイプに接続し、担当医師(笠貫宏)もこれの確認を怠ったため、加圧された空気が一時に多量血管中に注入され、直ちに空気塞栓による脳軟化症を起し、手当のかいなく四十一日後に死亡するに至った。これに対し被害者の両親(杉井良裕と同まつ)、その妻(多希子)、その長男(弘敏)が、国を相手取って総額約一億六百万円の損害賠償を請求した。第一審の千葉地裁佐倉支部は、総額一億二百万円の賠償を認容し、医療過誤事件としても、異例の総額八千万円の慰謝料を認容(原告の請求額をそのまま認容)し、その理由を次のように判示した¹⁰⁰⁾。

ところで従来人の生命侵害に対する損害賠償就中直接の被害者本人に対する慰謝料について被害者に何等責むべき過失がないでも理論上の理由で全くこれを否定し、或はこれを否定しないまでも生命の重大さに比べるとすると、その賠償額に至っては極めて少額に終わらせる傾向がないではなく、而して本件の場合、被告は直接の被害者陽太郎に対する慰謝料請求権につき全くこれを否定するまではいかなくとも、その額については極めて消極的であることは口頭弁論の全趣旨に徴し容易に認められるのであるが、一般的に言ってこれは改めるべきであり能う限り被害者側に対しても合理的な納得のいく額と、これが慰謝料請求権の相続性を認容し、救済の道を講ずべき現実的な必要と充分の理由が存するものと考えられる。而して本件についても、これと同断であるところ、加えて本件加害者

の被告国は単なる一個人と異なり一般的に財産的資力が大であり、たとえ予算上の制約を受けるにしろ、不法行為の場合の賠償能力においても亦右財産的資力に比例して一個人よりも遙かに優っているものと認められることは一般公知の事実であるので、これを本件の賠償額認定には重要な参酌事由の一つに加えて然るべきものと思われる。この場合、使用者である被告国から直接の加害者訴外笠貫宏、同多田なをに対する事実上求償権の行使の能、不能は考慮に入れる必要も理由も存しないことは当然である。それは加害者側の内部的事情に過ぎないことと、被告国は対外的な被害者側に対しては右の被用者とは別個に賠償責任を負うべきものと認められるからである。

この判決の後、被告国は控訴した。控訴審東京高裁は、一審とほぼ同額の逸失利益額を認容したものの、慰謝料については一審認容の八千万円から一千三百万円へと大幅に減額したのであった¹⁰¹⁾。以下の表はその両者の対比である。

一審における慰謝料認容額八千万円は、原告らの請求そのままを認容したものであったが、第二審は、一審の慰謝料認容額から六千七百万円もの減額をした理由について、納得のできる説明は為していないといえよう。

つまり、被害者陽太郎の慰謝料についても、1. 陽太郎が輸血用血液の供血を申し出て、健康者であったこと、2. 陽太郎は、将来父良裕の跡を継ぎ、社長の地位に就くはずであり、幸せな家庭生活を送っていたこと、3. 事故発生における加害者の過失が重

100) 千葉地裁佐倉支部昭和46年3月15日判例時報624号39頁。

101) 東京高裁昭和47年3月31日判例時報663号65頁。

千葉大採血ミス事件賠償認定額比較

単位 円

原告4名の氏名と 被害者本人との続柄	第一審 千葉地裁佐倉支部 昭和43年3月15日	第二審 東京高裁 昭和47年3月31日
杉井陽太郎 死亡本人 S44.6.7死亡(32歳)相続分	逸失利益 22,842,040 慰謝料 30,000,000 2/3長男へ 1/3妻へ	逸失利益 22,842,040 慰謝料 6,000,000 2/3長男へ 1/3妻へ
杉井弘敏 長男 S40.4.2生	逸失利益 15,228,026 慰謝料(ㇿ) 20,000,000 慰謝料(ホ) 15,000,000 計 50,228,026	逸失利益 15,228,027 慰謝料(ㇿ) 4,000,000 慰謝料(ホ) 1,000,000 計 20,228,027
杉井多希子 妻 S18.9.27生	逸失利益 7,614,013 慰謝料(ㇿ) 10,000,000 慰謝料(ホ) 15,000,000 計 32,614,013	逸失利益 7,614,013 慰謝料(ㇿ) 2,000,000 慰謝料(ホ) 3,000,000 計 12,614,013
杉井良裕 実父 M43.9.10生	慰謝料(ホ) 10,000,000	慰謝料(ホ) 1,500,000
杉井まつ 実母 M45.5.29生	慰謝料(ホ) 10,000,000	慰謝料(ホ) 1,500,000
合計	逸失利益 22,842,039 慰謝料 80,000,000 計 102,842,039	逸失利益 22,842,040 慰謝料 13,000,000 計 35,842,040

* 慰謝料(ㇿ)は、被害者の死亡に基づく被害者固有の慰謝料についての相続分を示す。

* 慰謝料(ホ)は、原告個人一人ずつの固有の慰謝料額を示す。

大な過失であったこと、を考え、「陽太郎が致命的傷害を受けたことによる慰謝料は金600万円を持って相当と判断する」と判示するのみで、大幅な減額の理由は示されていない。

また被害者の家族の慰謝料についても同様である。これらの諸点(被害者の家族の味わった精神的苦痛)及び前記認定の本件事故原因(加害者の重大な過失によること)などを考慮すれば、「控訴人の支払うべき慰謝料として、被控訴人弘敏については100万円、同多希子については300万円、同良裕同まつについては各150万円が相当と判断する」と判示するのみである¹⁰²⁾。

この事件判決は、次のような特徴をもっている。まず一審において、複数の裁判官による合議ではなく一人の裁判官によって高額な慰謝料が認容され、控訴審においては三人の裁判官の合議により一審認容額が大幅に減額されている。しかしその減額理由は十分に説明が為されていないのである。これが裁判官の慰謝料算定における自由な裁量権限の行使によるものとするれば、その自由裁量とは、おおよそ納得のできる算定方法とはいえないのではなかろうか。しかしながら本事件判決は、慰謝料額の高額化傾向に拍車をかけた判決であり、上級審の保守的傾向を露呈した点と同

102) 東京高裁昭和47年3月31日判例時報663号66頁。

様に、先例としての意義は高いといえよう。また慰謝料減額について裁判官の自由裁量がどの様に機能したのか明確にできなかったことは、自由裁量の問題点として、今後解決されるべき点である。

4-4. 公害訴訟における包括請求

慰謝料の性質を考えるにあたっては、慰謝料の持つ機能の一つとされる補完的機能を重視した裁判例にも注目すべきである。一連の公害訴訟における「包括請求」と呼ばれる損害賠償請求方法における原告側の主張とこれに対する裁判所の対応において、従来の損害填補のための慰謝料から、一歩踏み出した慰謝料の機能およびそのあり方を方向付けていると考えられるのである。

この包括請求は、慰謝料の補完的機能の強調とも見ることができ、そのみでなく、従来の損害概念から導かれる財産的損害と精神的損害という損害の二分法に再検討を迫るものであり、両者を併せた慰謝料一本による包括請求が、財産的と精神的と両者の狭間で填補の対象から洩れてしまっていた損害および従来の個別的算定方式、個別的損害評価方式という算定の煩雑さから漏れてしまう損害をも賠償可能としている。また、包括請求において損害額が包括的算定方式による慰謝料一本の請求をしたことは、損害を個別的損害費目に細分化せずに総体として包括的に評価するという新しい損害賠償方法を確立させているのである。

このような方式は、大きな社会問題として注目されていた公害・薬害・食品公害訴訟等で、原告側が主張したのを裁判所が基

本的に（全面的ではなく）承認することによって成立した。以下にその流れを見してみる¹⁰³⁾。

4-4-1. 原告側の主張

最初は、新潟水俣病訴訟における「一括請求」ないし「一律請求」である。原告側が、これまでの個別的算定方式は、本来平等たるべき人間を不当に差別するものであり、全人格を被侵害利益とする不法行為に対する救済制度としてはなほだしく合理性を欠くと批判し、生命・身体に対する侵害については、財産的、精神的損害をすべて総合して、賠償額を全体として適切にこれを定めるべきである、として「一律請求」を主張した。「一括請求」と呼ばれる所以は、損害項目を財産的、精神的両損害に個別化することなく、端的に損害の本質と実体を直視し、その賠償額を全体的に把握することからであり、別名「一律請求」と呼ばれた所以は、具体的な賠償額を定型的あるいは定額的に把握することからである。

この後、出てきたのは熊本水俣病訴訟の「包括請求」である。原告側自らが請求方式を「包括請求」と名づけた。被告企業の犯罪行為によって引き起こされた環境ぐるみの人間破壊にもとづいて被害者らが受けた総体として被害そのものの賠償を求め、それは、逸失利益と狭義の慰謝料を総合した意味での広義の慰謝料請求でもなければ、財産的損害を請求しないことを斟酌した上での慰謝料請求でもなく、さらに財産的損害、精神的損害を何もかも盛り込んだいわゆる一括請求でもないとして「包括請求」を主張した。熊本水俣病訴訟の原

103) 淡路剛久「生命侵害の損害賠償」『民法講座6』369頁以下参照（1985年）。

告がはじめて用いた表現であり、この後も、多くの公害訴訟等に引き継がれていくこととなる。

4-4-2. 裁判所の対応

裁判所は当初このような包括的算定方式を積極的には受け入れなかった。このような算定方式をとり得ないとして消極的態度をとるか、せいぜい従来の個別的算定方式と解釈しなおすかであった。この流れを変えたのは以下の判決であろう。

新潟水俣病判決¹⁰⁴⁾では、原告側の請求のうち一括請求に相当する部分を慰謝料のみの請求と理解して原告救済の判決を導いている。慰謝料の算定にあたっては、水俣病の治癒・改善の困難さ、被害者の症状、入院およびリハビリテーションの期間の長短、とくに被害者の年齢、稼働可能年数、収入および生活状況などの諸般の事情を算定要素に入れて、逸失利益算定の基礎となる諸事実を慰謝料額算定の考慮事実とした。

熊本水俣病判決¹⁰⁵⁾では、原告の主張した包括請求について消極的な結論を出している。包括請求が最終口頭弁論期日に突如主張されたことを問題として、相手方が防禦できないこと、また相手方の自白により法律効果を判断できる程度に具体的に主張されていない、という理由で、包括請求を損害論に基づく慰謝料のみの請求と解して損害賠償責任を認めた。

食品公害事件であるカネミ油症事件の第

一陣訴訟、福岡地裁小倉支部判決¹⁰⁶⁾は、包括請求に対して厳しい否定的態度を示したが、後のスモン訴訟諸判決の中には、包括請求を正面から採用する判決が現れている。たとえば、福岡スモン訴訟判決¹⁰⁷⁾は、「これら多項目の損害を個別に立証していくことは非常に煩瑣であり、特にそれが長期間に及ぶときは事実上困難でさえもある。そこで、このような場合には、これらの諸損害と精神的、肉体的苦痛に対する慰謝料とを併せ包括したものとして、一定の損害額を主張し請求することも、特に将来別訴の提議等によって不都合を生じるおそれなどが無い限り、許されるものというべきである」としている。さらに広島スモン訴訟判決¹⁰⁸⁾も、「元来人間の受ける被害は物心各種多方面にわたり、特に本件スモン被害のごときは人間生活の各面で直ちには経済的損失に結びつかない点も多いのであるから、右慰謝料の機能を拡大したものとみれば、一応の個別積算による試算も前提に、これらすべての被害を個別に細分しないで慰謝料という形で包括し、その程度に応じ社会観念上妥当な範囲内で損害額をある程度区分定額化して算出すべきものとするとも、十分合理的で、法律上許されていいものと解され、このような意味で一律包括請求もこれを否定すべき理由はない」とした。そうしてその後のスモン訴訟判決もこれを確認した。このようにして、一律請求、一括請求、そして最終的に包括請求が成立してきたのである。

104) 新潟地判昭和46年9月29日判例時報642号90頁。

105) 熊本地判昭和48年3月20日判例時報696号15頁。

106) 福岡地小倉支部判昭和53年3月10日判例時報881号17頁。

107) 福岡地判昭和54年11月14日判例時報910号33頁。

108) 広島地判昭和54年2月22日判例時報920号19頁。

こうした一連の公害訴訟や製造物責任訴訟から生じてきた包括請求を、次のように理解することができる。包括請求の生じてきた過程は、原告側の主張を裁判所が修正しながら受け入れるという形であった。まず、原告側としては、これらの集団訴訟の運動的機能を発揮させようとする目的から、原告間の金額を同じくして連帯間を強固にしようという意図のもとに、一律請求を打ち出したと推測される。原告側も立証の困難な損害費目を個別的に算定するよりも、一括請求する方が訴訟経済上も有利であったと推測できる。

これに対して、裁判所は、慰謝料額の認定基準として、諸般の事情を考慮するといいつつ、つまるところ、症状、年齢、就労といったより客観的な基準により、いくつかのランク別に賠償額を認定しているのである。これは、原告側が、全員の一律請求をしたのに対する答えの中からでてきたものであるが、裁判所は、生じた損害は個々人それぞれ異なるはずであるという前提の下に不法行為訴訟の損害填補機能を重視して、全員の一律請求を認めなかったのだと考えられる。裁判所も、多人数の原告について一人ずつ異なった金額を認定することは困難煩瑣であり、それをまた、説得し納得させる判決文の作成は不可能に等しいことから、ランク分けで、賠償金額を認定する方法をとった。こうしたタイプの訴訟を通じて、「包括ランク別一律認定」という裁判所の立場の確立に応じて、原告側も、連帯感を揺るがさない程度のランク別一律請求に態度を変更していったといえよう。つまりは、包括請求は、原告側の主張と伝統的な損害論の枠内で裁判所のできる限りの対応が、妥協してたどり着いた

解決策と考えるべきであろう。

4-4-3. 包括請求の意味

以上の公害訴訟における包括請求の生じてきた過程を通して次のことが導ける。裁判所は、慰謝料算定における自由裁量権限をここまで大胆に行使し得るということである。つまり、従来の損害概念に従えば、財産的損害が存在しなくても精神的損害だけでも賠償が認められることになろう。公害訴訟において、原告の新しい主張を、多くの判決が慰謝料の枠内で理解しようとして、その実質において、従来の算定論と異なる処理をしていることに象徴的に現れている。従来の損害概念への反省をもたらしたこととともに、包括請求は、慰謝料にその補完的機能より以上の機能を果たさせている。慰謝料の果たす機能の多様性を示したこと、なかでも慰謝料の補完的機能の活用が、一連の公害訴訟においては、大きな成果を上げてきたと考えることができる。

以上より、判例の態度が批判される点は、判例は、慰謝料の具体的な算定過程を明確にしないという点、判例は損害賠償説に立ちながら制裁的な要素も算定に加えている点、そしてまた、判例における慰謝料認定額の少なさも問題点とされる。この低額化傾向が、近時の制裁説の台頭を促したと言える。

また、判例は、下級審の判断ではあるが、明確に、損害賠償説に立ち制裁説を否定すると判示しているものもある。これらは大審院以来の態度を襲踏しているのであるが、そうした近時の下級審判例は、慰謝

料を高額化させ懲罰的効果を高めるために、加害者側の事情をより強く評価する傾向に向かっている。この傾向が損害賠償説という名のもとで、現実には結果として制裁的要素の強い慰謝料額を算定していることになっているのである。判例は、自らが意識しないままに、実質において制裁的傾向のつよい慰謝料を算定しようとしているのである。

5. 慰謝料の性質論

これまで慰謝料の性質をめぐる議論という観点から、学説、判例を検討してきた。ここでは総括の意味でもって、慰謝料の性質をめぐる議論についての考えを述べてみたい。

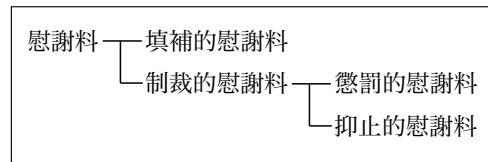
5-1. 抑止的慰謝料

すでに述べた慰謝料の機能の二面性という観点から、慰謝料には填補的慰謝料と制裁的慰謝料の二種が在ることを認めるべきだと考えている¹⁰⁹⁾。

そこで、制裁的な慰謝料がなぜ必要なのか、そして慰謝料がなぜこの機能を果たすことになるのかをここで述べることにする。填補的慰謝料と制裁的慰謝料という二面性の議論における制裁的慰謝料には、さらに、加害者を懲罰するという意味での懲罰的慰謝料という側面と加害行為の再発を未然に防ぐという抑止的慰謝料という側面を併せ持つことを指摘したい。制裁という言葉は加害行為に対する非難という意味合いが強い。しかしこの制裁という意味は、加害行為者に同じ不法行為を繰り返

させないという個別抑止的な意味と、加害行為者に制裁を加えこれを範として同様の不法行為を同じ社会で再発させないという一般抑止的な意味を持つ。現代型の不法行為法訴訟において求められるのは、後者の抑止的慰謝料である。よって、ここで議論したいのは、抑止的な意味での制裁である。

慰謝料の細分類



5-1-1. なぜ慰謝料に制裁性が強調されるのか

不法行為制度の果たすべき役割という議論から導かれる不法行為法の機能として、制裁性を強調する場合は、不法行為訴訟によって認められる損害賠償額全体が果たす機能について考察がなされてきた。これは、財産的損害と精神的損害の両者を含むものである。ここで問題となるのは、なぜ慰謝料にその制裁性が求められて行くことになるのかである。

損害賠償額の算定には、損害のないところに賠償を認めず、原告に生じた損害の範囲内で被告に賠償させるという完全賠償の原理が働き、訴訟においても弁論主義に則り原告が立証できた損害の個別的な費目についてのみ、損害賠償が認められる。よって財産的損害の算定において、原告にかかる立証責任は、現実には生じた財産的損害と得べかりし財産的損害についてである。これは、目に見えない損害であり個体差の大

109) 損害賠償において慰謝料の填補的機能を認めるのは判例・学説一致するところであるのでここでは論じない。

きい精神的損害の立証責任に比較すれば容易である。また、精神的損害の立証及び具体的な算定は非常に困難なものであるが故に、多分に擬制的 (fictive) な側面を持つことになる¹¹⁰⁾。よって全体としての損害賠償額に、制裁的な機能を果たさせようとするれば、精神的損害である慰謝料にその機能を果たさせることが、最も容易である。それは、正確な額の算定が困難であることが逆に作用して、擬制的な金額算定の中に制裁的要素を加味しやすい損害費目となっているからである。

5-1-2. 懲罰的賠償と制裁的慰謝料

近時、懲罰的賠償制度を日本に導入しようとする有力な考えがある¹¹¹⁾。しかし判例・通説とも懲罰的賠償制度導入を認めようとはしない¹¹²⁾。これと同一歩調で制裁的な慰謝料についても否定するのが判例・通説であるが、懲罰的賠償と制裁的慰謝料

には大きな違いがあることを指摘しておきたい。つまり、懲罰的賠償を現行法の解釈から認めることは極めて困難であろうが、制裁的慰謝料は可能であるという違いである。懲罰的賠償を導入しようとする考え方の根本にあるのは、アメリカ法における懲罰的賠償制度の機能を積極的に評価するからであり、この英米法独自の機能を日本民法の解釈論として持ち込む余地は少ないと考える。しかし、制裁的慰謝料は、慰謝料という損害賠償費目の中で裁判官が自由な裁量でその認定、額の算定ができるわけであり、この裁量の余地を十二分に活用することで、結果的であるにせよ、懲罰的な慰謝料を認定することは解釈論としても全く問題ないと言えるのではないか。たとえ裁判所が制裁的な色合いの強い高額な慰謝料を認定したとしても、それは「賠償」の名の下で認容可能であろう。

つまり、不法行為法に基づく損害賠償

110) Dobbs Dan B., *Torts and Compensation* at 669 (1985), See also, Franklin & Rabin, *Tort Law and Alternatives Cases and Materials* (7th Ed. 2001) at 690.

111) 1999年より始まった司法制度改革において、2000年11月20日に出された司法制度改革中間報告は、4. 制度的基盤の整備 (1) 利用しやすい司法制度 ウ 裁判所へのアクセスの拡充 (ウ) その他 a. 懲罰的損害賠償制度において以下のように報告されている。

「我が国における不法行為に基づく損害賠償制度は、他人の違法な行為によって損害を受けた者がいる場合に、その被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補てんして、不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とするものと考えられている。これに対して、他の一部の国においては、被害者の損害の補てんに加えて、特に悪性の強い行為をした加害者に対して制裁を課すことにより、将来における同様の行為を抑止する趣旨で、懲罰的に賠償金の支払を命ずることができるとする懲罰的損害賠償制度を認めている。

同様の懲罰的損害賠償制度を我が国に導入すべきか否かについては、当審議会においても、前記の趣旨などからする積極論がある一方、我が国の法体系と適合しないことやその弊害を懸念する見地からの消極論が示されるなど、意見が分かれており、こうした制度の導入の必要性や問題点について、なお検討すべきである。」

導入を促進するような表現ではないが、このような報告書で懲罰的賠償制度について触れられているだけでも大きな進歩であり、この方向性は強まっていくように思われる。

112) 最高裁判所平成9年7月11日第二小法廷判決、裁判所時報1199号3頁(平成9年8月1日)。最高裁は、アメリカ合衆国市民がカリフォルニア州裁判所の判決の日本での執行を求めた事件で、アメリカ法が認めている懲罰的賠償は、「我が国における不法行為に基づく損害賠償制度の基本原則ないし基本理念と相いれないもの」で、「我が国の公の秩序に反する」と判示して、懲罰的賠償導入に消極的な態度を示している。

が、その持つべき本来の役割を十分に果たせておらず、この機能不全を補う役割としての制裁的効果を持つ慰謝料認容は、もう既に判例・学説の中には確立されているものであり、これを正面から認知することにより、慰謝料により望ましい機能を果たさせることが可能となるのである。

5-1-3. 慰謝料に求められているもの

今、慰謝料に求められていて最も多用されているものは何かといえば、慰謝料の持つ機能のなかでも、特に補完的機能が重要視されている。補完機能（調整機能）とは、「個々具体的事例において、財産上の損害の立証が困難な場合などに、慰謝料の増額事由として斟酌したりする場合のように、財産的損害を補完ないしは全体の損害を調整する機能」である¹¹³⁾。これは、財産的損害のように具体的な有体物の滅失損傷というような損害費目として金銭換算しやすい損害とは異なり、精神的損害のように無体物で極めて個人差の激しい損害は立証は難しいが一旦存在が認められれば、損害額については自在に変化させうる損害である。これを裁判官にとって都合のいいように算定操作すれば結果として、損害賠償額全体の緩衝材的役割を果たし、妥当な損害賠償額が認容できることとなる。この算定の曖昧さを利用すれば、制裁的な慰謝料額を認容することは容易である。しかし、このような恣意的な損害賠償算定が認

められるのは問題であることは、多くの判例批評が行っているところである¹¹⁴⁾。この批判に耐えるような慰謝料の具体的な算定方式を提示することが、今後の課題として必要となつてこよう。

もう一点、慰謝料が求められる理由は次にある。現代型の不法行為法は、かつての市民社会における私人対私人という図式の紛争類型ではなく、加害者が企業や組織であり被害者が一個人という図式が多い¹¹⁵⁾。たとえば製造物責任も公害事件もこの類型である。このような不法行為に対して制裁的な慰謝料を認める意義は、人格権保護の拡大（たとえば名誉毀損・プライバシー保護の拡大）という流れからも、当然高まってきており、これは慰謝料ならではの有効に伝えられる不法行為類型である。今後も慰謝料が、損害賠償制度の中で果たす役割は拡大していくと考えられるのである¹¹⁶⁾。

5-2. 慰謝料の定式化と類型化

これまでの学説の対立図式であった「賠償」か「制裁」かといった慰謝料の性質を択一的に捉える方法では、慰謝料の本質を説明し得ないことは理解できた。事実、判例・通説は、損害賠償説をとりながら実質的に制裁的機能を持つ算定要素を慰謝料算定に含ませている。通説である損害賠償説および判例が、意識していないにせよ、加害者側の事情を斟酌することが結果

113) 千葉弁護士会編『慰謝料算定の実務』ぎょうせい11頁（2002年）。この文献によると、慰謝料の機能としては以下の6点を掲げている。(1) 填補機能、(2) 制裁的機能、(3) 満足的機能、(4) 感情価値表象機能、(5) 克服機能、(6) 補完機能（調整機能）。

114) 前田達明『民法VI 2（不法行為法）』321頁（1979年）。

115) 藤倉皓一郎「懲罰的賠償試論——アメリカ不法行為法の視点から——」同志社法学49巻6号181頁（1998年）。

116) 藤岡康宏「名誉・プライバシー侵害」『民法講座6』387頁以下（1985年）。

として、慰謝料の補完的機能を上手く働かせているといえる。つまりは、「賠償」も「制裁」も慰謝料の持つ機能を表象しており、どちらか一方だけが慰謝料の性質になると理解するのは困難であろう。むしろ慰謝料の持つ機能の多様性を重視することが重要で、この両者の機能をどのように調和させて機能させるかを考慮することがより重要である。

したがって、具体的な慰謝料の算定要素についても、純粹賠償説がいう「加害者側の事情を斟酌すべき」ではないという批判は当たっておらず、損害賠償説も自らの算定方法が結果として制裁力を生み出していることを認めるべきであり、制裁的な機能をもっと重視することが必要となろう。むしろこのような議論から一步踏み出して、慰謝料の持つ制裁力を現実の法的紛争解決の手段として実現せしめるには、どの様にすればよいのかを議論すべきであろう。これには、慰謝料算定方法を定式化することと類型化することの二方向の研究が必要となろう。

5-2-1. 定式化

慰謝料額というものをさらに細分化して、填補的慰謝料としての損害額、制裁的慰謝料としての額、もっと踏み込んで抑止的な慰謝料としての額を提示することが、今後は求められるべきであろう。この算定方式には三段階あると考えている。まず第一は、判例・通説が慰謝料算定要素に

対して柔軟な態度をとっているのをそのまま利用して、慰謝料の二面性を敢えて強調せず制裁的機能を果たさせることである。つまり慰謝料に制裁的・懲罰的という色彩を認めないという立場を維持しつつも、実質で高額な慰謝料を認容して、慰謝料に制裁的・抑止的な機能を働かせるという手法である。この方式が望ましい形ではないが、早急に原告救済を図るという要請がある場面では無視できないと思われる。しかし現状追認という批判は免れず、慰謝料を高額化させるインセンティブは裁判官の裁量に委ねられ、期待は薄い。第二に、慰謝料算定にあたり、慰謝料算定の内訳を明らかにして判示する方法がある。つまり填補的慰謝料としての慰謝料額、制裁的慰謝料額としての額を明示して判示するという方法である。これは慰謝料の二面性を強調する新たな制裁説の考え方である¹¹⁷⁾。第三には、慰謝料算定の類型化・費目細分化を徹底して、懲罰的慰謝料、抑止的慰謝料と明示して判示する方法である。裁判官の自由裁量を無制限に認めることは法的安定性という面からも問題があり、最終的にはより細分化された慰謝料の具体的な算定方式を提示することが必要となつてこよう¹¹⁸⁾。

5-2-2. 類型化

具体的な慰謝料算定方法を提示して定式化することが、解決の一方法であり、もう一つ検討されるべきは慰謝料算定の類型化

117) 三島宗彦「損害賠償と抑制的機能」立命館法学108・109号140頁(1973年)。

118) 定式化という方向性は矛盾を含んでいることも事実である。つまり、慰謝料の補完的機能が機能するのは損害費目として内容が曖昧だからであり、これを緻密化・細分化すれば補完にならないのではないか。また結果として慰謝料の定額化＝低額化に結びつきはしないか。このような批判もできよう。しかしこれも程度の問題であって、現状のように全てが裁判官の自由裁量に委ねられるというの問題と考えている。

である。慰謝料を認める場面を類型化し、この類型毎の算定方式を確立することが求められる。慰謝料といっても現実には様々な場面で認定されており、それぞれにおいて斟酌されるべき要素が異なるはずである。たとえば、離婚訴訟における慰謝料は、有責配偶者の資産状況という加害者側の事情が慰謝料算定額に大きな影響力を持ち、製造物責任訴訟における慰謝料は、加害行為の態様、加害者が加害行為により得た収益、遺族の被害感情が大きな算定要素になるのは当然であろう¹¹⁹⁾。このような類型化を可能な限り行い、算定方式と具体的な算定額の目安を提示することにより、慰謝料が本来の機能を果たすことができると考えている。

6. おわりに

ここまで、慰謝料の性質をめぐる議論について考察してきたのであるが、慰謝料の本質を「制裁」か「賠償」のどちらと捉えるかといった二項対立的に議論する時代は、もはや終焉したというべきであろう。「制裁」か「賠償」かとの二者択一的に議論すべきものであるのかどうか、その両者の関係は、一方が成立すれば他方は成立しないという議論になってしまうものなのかという点について根本的に問い直すべきであると考えます。

今後問題となるべきものは、慰謝料の制裁的性質を、慰謝料の具体的な算定にどの様に反映させ、法的紛争をより妥当に解決して行くかという問題に集約される。結論として、慰謝料の制裁的要素は損害賠償

制度の単なる副次的な機能に過ぎないとして捉える損害賠償説の考え方では、もはや現代型の不法行為訴訟において妥当な解決は計れないというべきであり、制裁説の優位を認める。しかし、今後の慰謝料の議論としてはもう一つ踏み込んだ議論として、慰謝料の具体的な算定方法における議論へと進むべきと考えている。よって制裁的性質を強調し得る法的構成を前提とした慰謝料具体的な算定方法を創出することが今後の課題となると考えられるのである。これを私の今後の課題としたい。

119) 千葉弁護士会編『慰謝料算定の実務』ぎょうせい22頁、306頁(2002年)。