

# 民事責任における抑止と制裁（1）

フランスにおける民事罰概念の生成と展開をてがかりに

廣 峰 正 子

はじめに 問題の所在

第1章 制裁・抑止をめぐるわが国の趨勢

一．はじめに

二．第一の波 民法典起草前後から制裁的慰謝料説の登場まで

三．第二の波 公害問題を契機として

四．第三の波 不法行為の機能としての抑止・制裁

五．第四の波へ 損害賠償法全体の中で抑止や制裁が位置付けられるために

六．小 括

(以上本号)

第2章 フランス法における民事罰概念の生成と展開

おわりに

## はじめに 問題の所在

人の生命・身体、環境など、ひとたび侵害されれば回復が困難な法益の保護に対して、填補賠償を原則とする従来の不法行為法が十分に機能していないという認識は、今日もはや一般化しているのではないと思われる。高度経済成長に伴い発生した大規模公害、マス・メディアの発達に伴い増加した人格権侵害等の社会状況を背景に、1970年頃から、いわゆる「制裁的慰謝料説」が強く主張されるようになった。また、英米法学者が懲罰的損害賠償を参照しつつ、法実現における私法の積極的役割を盛んに論じたのも、同時期のことであった。

両立場とも、私法における抑止機能や制裁機能に正面から光を当て、それを積極的に認めようとする画期的なものであった。しかしながら、これに対しては、民刑両責任を峻別する近代法の原則に反するといった批判が

加えられ、さらに、外国判決の承認・執行に関する1997年の最高裁判決は、損害賠償の本質は生じた填補の賠償であり、懲罰的損害賠償部分の執行をわが国の公序に合わないとして否定した<sup>1)</sup>。また、英米法からの非常に興味深い示唆も、「英米法は、わが国の法制度とはあまりにも異なる」、「立法論としては参考に値する」とされるにとどまることが多く、定着を見ることがなかった。

しかしながら、問題はそのように単純であったのだろうか。わが国の不法行為法では、填補賠償を自明の原則とし、また、「損害の公平な分担」なる理念が過度に強調されてきた。しかし、これら「自明の理」に対して納得のいく説明がなされないばかりか、わが民法710条がなぜ非財産的損害に対する賠償を認めたのか、ということさえも当初は考えられてこなかったのがあった。かつて制裁的慰謝料説が、慰謝料の本質を論じることで、「制裁」機能を深くえぐり出して以来、徐々に様々なことが明らかにされ、不法行為法に関する議論は、その基礎の構築から制度設計に至るまで、目を見張るほどの進歩を遂げた。ここに至り、制裁機能や抑止機能は、わが国の損害賠償法とは相容れないと片付けて良いものか、あるいはまた、それは果たして慰謝料の枠組みの中でしか考えられないものなのか、むしろ、損害賠償法全体の中で位置付けられるべき機能ではないのか、といった問題を正面から考えなければならないときが来たのではなからうか。本稿の目的は、以上のような認識に立って、損害賠償法の中における、抑止機能や予防機能、制裁機能の位置付けを再考することにある<sup>2)</sup>。

ところで、民事法の中で抑止機能や予防機能、制裁機能を考慮することに対しては、様々な批判が存するであろう。第一は、それは、民事・刑事の峻別に反し、歴史に逆行するというものである。しかしながら、民刑峻別がある歴史の潮流のひとつにすぎないことは、多くの業績によって証明されたところである。被害者・社会共同体の中に存する、加害者を制裁したい、加害行為を抑止したい、という感情は、決して消滅するものではない。そうした生の感情を「醇化」することが、法の発展の歴史であって、

私法の枠組みの中からそれを排斥することが法の発展であったわけではない。この点、「法の発展の歴史は、罰の不断の廃絶である」<sup>3)</sup>と唱えたイェーリングが、結局最後には民事罰を再評価するに至った思考過程も、ひとつの参考となることであろう。

第二は、不法行為によって被害者が利得を得てはならないという原則に抵触するという批判である。これに対しては、ではなぜ加害者の許に利得が残るのがよしとされるのか、と反論したい。加えて、利益追求型不法行為については、ドイツの人格権侵害をめぐる判例・学説を参照して、新たな議論を構築しようとする動きがある<sup>4)</sup>。また、填補賠償として考慮されるべき「損害」とはいかなるものであるのか、についても疑問の余地があるが、これは損害論を論じる多くの業績に委ねることにし、本稿では立ち入らない。

抑止や制裁というと、その言葉の有する刑事的色彩から、「抑止や制裁は、刑法の担う役割であり、民法の目的は生じた損害の填補である」との反論が返ってこよう。しかしながら、従来「制裁」と「抑止」という言葉があまり区別して論じられてこなかったことにも、問題が存するように思われる。もちろん、両者が相互に密接に関連するものであることは間違いない。しかしながら、厳密に言えば、「抑止」のあとに「制裁」が位置付けられるのではないだろうか。刑事罰や行政罰の網の目からは漏れる違反行為が社会に多く存すること、それらを予防したいという社会的要求はもっともであること、そして民法も社会を規律し動かす法体系の一部をなす以上、「制裁」という段階まで進むかは別としても、「予防」や「抑止」という目的を志向することは、許されるはずであるし、また志向しなければならないのである。欠陥や副作用を知りながら、それを修正するコストと予見される填補賠償額を計算しあえて販売に踏み切る企業や、填補賠償を支払ってもなお多大な利潤が残ることを計算して人格権侵害を行うマス・メディアに対しては、その計算した利潤を吐き出させ、「不法行為はペイしない」ということが示せれば、大きな抑止力となる。要するに、損

得勘定をする者に対しては、得をしない、割に合わない、ということを示すことがまず必要なのであり、これが第一段階たる抑止であろう。そうした利得の吐き出しを行わせた後に、加害者の行為態様などの悪性が特に強い場合に、もはや利得の吐き出しだけでは十分でなく、それ以上の負担を加害者に負わせなければならないと判断される場合に、はじめて第二段階たる「制裁」は考慮されることになろう。昨今の人格権侵害における慰謝料の高額化に対して、それを制裁と見る向きも存するが、厳密に言えば、マス・メディアに対する抑止機能を果たすものであろう。

私の関心は、どうすれば最大限法益が尊重されるのか、法実現のための有効な途を模索することであり、とりわけ本稿における課題は、主として抑止機能を検討することにある。また、生命・身体、名誉、自然等ひとたび侵害されれば回復が困難な法益に対しては、抑止だけでなく、むしろ予防が考えられなければならない。すなわち、差止や謝罪広告などをはじめとする特定救済であるが、これについては、今後の課題として他日を期することにし、さしあたっては金銭賠償の有する抑止的機能や予防機能、制裁機能について論ずることとしたい。

以上のような問題関心にに基づき、まず第1章において、わが国の不法行為法の流れを、これまで抑止や制裁がどのように扱われていたかに特に焦点を絞って概観することにする。

続いて第2章においては、比較の対象としてフランス法を選択することにする。これにはいくつかの理由が存する。第一に、条文の親近性と判例理論の有する共通点である。フランス民法典は、不法行為について1382条という一般的規定とわずかな特別規定を定めるのみであり、また1382条の条文も、わが国の709条と親近性を有する。また、破毀院は、基本的には、加害者のフォートの重大性は損害額に影響を及ぼさないという態度を示している。第二に、そのようなわが国と似たような状況の中で、学説・判例上、「民事罰」<sup>5)</sup>なる概念が生成、展開してきたのであるが、それはなぜかを分析することは、わが国に対して何らかの示唆を引き出せると考えるか

らである。後に見るように、わが国のこれまでの制裁的慰謝料説の論者たちはフランスの民事罰を参照していたのであるが、フランスにおけるその後の議論を検討したものは、あまり見当たらない。しかも、制裁的慰謝料説の論者たちが参照したときは、精神的損害に限った紹介であったが、フランスの「民事罰」論ははたして精神的損害に限った議論であったのか検証しなおすことも含めて、現在のフランスの学説・判例等を検証することは意義があると思われる。

- 1) 最高裁第2小法廷1997年7月11日判決民集51巻6号2573頁。いわゆる萬世工業事件判決と呼ばれているものである。この判決の評釈は、承認執行性をめぐるものも含めて多数に上る。なお、そのひとつである、小林秀行・吉田元子「アメリカの懲罰的損害賠償判決の承認執行(上)・(下)」NBL 629号(1997)6頁以下、同630号(1997)42頁以下は、本判決の理解としては、懲罰的損害賠償判決を一般的に公序違反としてではなく、一般論としては懲罰的損害賠償の(部分的)承認の可能性を残しつつ、特にカリフォルニア州の懲罰的損害賠償制度についてのみ公序違反とする趣旨である、と理解する方が素直である、と指摘する(同629号11頁)。
- 2) この際留意すべきは、本稿での主張は、単に従来からの「制裁的慰謝料説」に再び光を当てそれを再主張するにとどまるのではないということである。なるほど、制裁的慰謝料説は、慰謝料の本質論に深く切り込む説得的な主張であり、名誉権侵害をはじめとする非財産的損害の賠償額が極めて低かった現状を改善する、法の過渡期的な役割を十分に果たすものであった。しかしながら、そこで主張される「制裁」は、「慰謝料」の枠組みのみにとどまるものであるため、企業による加害等、経済的利益が問題となる領域には十分に効力を発揮できないのである。また、慰謝料の枠組みで処理が可能なはずの人格権侵害といえども、マス・メディアによる人格権侵害の事例等、非財産的損害とともに経済的利益がむしる問題となっている昨今の状況に鑑みれば、その限界が存すると考えるのである。したがって、ここでは、慰謝料にとどまらず、損害賠償全体において、「制裁」や「抑止」を考えることにしたい。
- 3) Rudolph von JHERING, *Études complémentaires de l'esprit du droit romain, I. De la faute en droit privé*, trad. par O. de MEULENERE, Paris, 1880, p. 4 et p. 74. 現出は、Rudolph von Jhering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867, S. 4である。
- 4) 窪田充見「不法行為と制裁」磯村保他編集『民法学の課題と展望 石田喜久夫先生古稀記念』(成文堂・2000)667頁以下、三谷仁美「民法における制裁概念 ドイツにおける最近の学説の観点から」法学ジャーナル75巻(2004)21頁以下等参照のこと。
- 5) 原語は、*peine privée*である。この語に対しては、「私罰」「私的制裁」「民事罰」など様々な訳語が当てられ、あるいは、原語のままにとめる論者もいる。私もどのように訳すのが適切か決めかねるところではあるが、以後「民事罰」と訳すことにする。

## 第1章 制裁・抑止をめぐるわが国の趨勢

### 一. はじめに

不法行為法の領域で予防機能や抑止機能、制裁機能を考えるとき、英米法学者の示唆を除けば、すぐに頭に思い浮かぶのは戒能通孝博士を嚆矢とするいわゆる「制裁的慰謝料説」であろう。それは、填補賠償を「自明の理」とするわが国の学説にあっては異彩を放つものであり、慰謝料という制限された枠内に存するものであるが、ひるがえって慰謝料の機能という限られた枠の中で考えるのであれば、今やそれが少なくとも副次的には抑止機能や制裁機能を持つことを認めない論者はほとんどいないのではないか。しかしながら、問題は、制裁的慰謝料説の登場から70年以上が経過しその後の議論も深まった今、制裁を慰謝料の一つの機能として理解するだけではすまなくなってきたのではないのか、ということである。抑止や予防、制裁を民法全体の枠組みでいかに考えるかという問題は、慰謝料の機能を超えて、民事責任をどう構築するかという、法の基礎にかかわる大きな問題となってきたのではなからうか。このような立場から民事責任における制裁や抑止を重視する考え方の歴史的展開を見るならば、現在までに大別して3つの大きなうねりが存したと思われる。

第一の波は、いわゆる制裁的慰謝料論の登場である。これらは、フランス法が *dommage moral* (精神的損害) の根拠を *peine priv e* (民事罰) であると解していること等に示唆を得るものであるが、見過ごされがちであった慰謝料の有する機能を論じ、開眼させた役割は非常に大きい。

第二は、1970年代前後、すなわち公害が大きな社会問題となった頃の議論である。この重大問題にいかに対処すべきかという問題に直面して、さまざまな角度から抑止や制裁ということが説かれた。英米法の懲罰的損害賠償制度に示唆を受けた議論を別にすれば、いまなお「慰謝料」という枠組みを脱し切れていない状況ではあったが、この時期の議論の中で、慰謝

料が副次的にはあれ抑止機能や制裁機能を有するというを一般的に認めようとする土台は十分に築かれたのである。

こうして築かれた土台をもとに、第三の波は1980年代頃から始まる。ここでは、「慰謝料」という枠組みを超えて抑止や制裁が論じられるようになる。たとえば、いくつかの不法行為法の体系書において、「不法行為法の機能」といった章立てが見られるようになる。確かに論者の多くは、抑止機能や制裁機能を填補機能に優越するものと解しているわけではないが、ことさらに「機能」を論じるのは、抑止機能や制裁機能をより高い次元に高めたいという論者の意図の表れではないかと推量される。法と経済学のアプローチから抑止を説く議論も現れた。さらに加藤雅信教授の「総合救済システム」という、解釈論を超えて制度設計にかかわる議論も登場したが、この理論が批判を受けて徐々に変容していく過程は、抑止や制裁を考える上で、非常に興味深いところである。

1990年代頃から、また新たな視座が出現しつつあるように思われる。ひとつは、前述の「総合救済システム」に対する批判の中で、「総合救済システム」論が抑止や制裁を取り込む形で変容してきたことである。第二は、近年のドイツにおける人格権侵害をめぐる動向に示唆を受けた議論である。以下では、各時期ごとに特徴的な議論を紹介・検討し、そのことを通して、不法行為の中に抑止や制裁を位置付ける議論がどこまで到達しているのかを明確にしてみたい。

## 二．第一の波 民法典起草前後から制裁的慰謝料説の登場まで

### 1．民法典起草前後

周知の通り、我が国では「制裁」や「抑止」という言葉は、非常に長い間慰謝料の枠組みの中で語られてきた。いわゆる「制裁的慰謝料論」である。これにはいくつかの要因が考えられる。いわゆる制裁的慰謝料論者として分類される論者達が、主にフランス法が *dommage moral* (精神的損害)の認められる根拠を *peine priv e* (民事罰)とする考え方を拠り所の

ひとつとしていたこと、また、慰謝料の算定にあたっては裁判官の裁量の幅が大きいので、それを隠れ蓑にして賠償額の高額化を図りやすいという、現実的な考慮も存したであろう。

ところで、大陸諸国では「涙で貨幣を鋳造するのは不道德である」との価値観から、無形損害に対する賠償に対しては当初消極的な立場が多数を占めた。この価値観を打破し無形損害の賠償を認めるための論拠のひとつが *peine privée* であり、また「満足」なる概念<sup>1)</sup>であった。ひるがえってわが民法典の起草当時の議論を眺めてみれば、そのような深淵な議論はなく、フランス民法典は1382条という一般規定を置くのみであるのに対して、大陸各国の規定が順次無形損害の賠償を定めた規定を置いていることから、我が国でも「特別規定」を置いた方がよいこと、及びこのような特別規定を置かなければ、719条(現行709条)の「権利ノ侵害」の範囲が不明瞭になる、というのが主な理由であった<sup>2)</sup>。したがって719条が財産的損害と財産以外の損害を別段区別していないのだから、731条(現行710条)は、非財産的損害の賠償に関して重複するのであり、わざわざ規定する必要があるのか、さらにはわざわざ規定することで、非財産的損害を賠償させるか否かを裁判官の専断にかからしめるという弊害がかえって生じるのではないか<sup>3)</sup>、といった批判がなされている。ただし、ここでは、イギリス法上の「復讐的ノ損害」「懲罰的ノ損害」なるものは明確に否定されていた<sup>4)</sup>。

## 2. 制裁的慰謝料説の登場

わが国において、慰謝料の本質が制裁にあるという、いわゆる「制裁的賠償説」の登場は岡松参太郎博士の著作<sup>5)</sup>が最初であるといわれている<sup>6)</sup>。博士は、周知のように、後に『無過失損害賠償責任論』を著し、無過失責任の理論的研究の基礎を築いたが、基本的には過失責任を民事責任の原則と考え、特別の理由あるときに責任が加重されるべきだという意見であった。したがって博士が制裁説を採ったのは、過失責任を根拠付けようとしたものであって、加害者の過失ないし非難可能性の軽重に応じて制裁=損



害賠償額を加減することを主張するものではない。博士は710条は「損害賠償ニアラズシテ被害者ニ一ノ刑罰ヲ加フルニ外ナラズ」<sup>7)</sup>と明言しているが、それは、710条の金銭に見積もることをえない損害の賠償は失われた利益の填補ではなく、一つの刑罰にほかならないと性格づけたものである。このように岡松博士における制裁説は、後の学説が主張するような懲罰的損害賠償に結び付くものではない<sup>8)</sup>。

これに対して、制裁を明確に打ち出したのは、戦前では戒能通孝博士、そして戦後では三島宗彦教授である。ともに「慰謝料」という枠組みの中での制裁ではあるが、戒能博士は、不法行為を二類型で構築する独自の不法行為論を展開されていたし、三島教授も、慰謝料の本質論から始まってはいるが、後には公害問題等に直面して、英米法上の懲罰的損害賠償制度のように損害賠償法全体での抑止や制裁へと展開し得る、萌芽的な見解を示すものであった。

#### (1) 戒能通孝博士の見解

博士によれば<sup>9)</sup>、近代における機械工業の発達や交通機関の整備により却って不法行為法の重要性が急速に回復せられ、不法行為に基づく損害賠償に関する問題は、民法上最も重要な問題となってきた。このような急速な進展に伴い、人格権概念が生成してきたが、それは19世紀以降のことに過ぎない。そして、この人格権概念の発展に伴って、その保護手段たる「無形損害の賠償」が広く認められるようになってきた。その上で博士は、古代法、ゲマイネス・レヒト時代、ドイツ法系、フランス法系、英米法を検討し、無形損害の賠償を、フランスの学説上復活してきた *peine privée* (民事罰)を基礎概念として理解すること<sup>10)</sup>が、問題の本質に適応し、また最も人格権の保護手段として目的を達しうるとの視点から議論を展開する。なお博士は、古代法を検討するに当たって、「罰の不断の廃滅」を説きながらも最終的には民事罰の必要性を認めるに至ったイェーリングを参照しているだけでなく、「*peine* と云ってもそれは過去の醇化されざる復讐の基礎であった『激情』と『個人的憎悪』を本にするのではなく、現代

の法律体系の根本的基礎とも云ふべき『社会的正義』の觀念に立脚して取扱はれなくてはならぬものと信ずる<sup>11)</sup>、「精神的損害の賠償を請求することは一種の Mammonism ではなくイエーリングの所謂権利のための闘争となるものであって、正しき意味に於ける権利闘争は決して排斥せらるべきではない<sup>12)</sup>と述べる等、フランスの民事罰とともに、それに多大な影響を及ぼしたと思われるイエーリングの影響が見て取れる<sup>13)</sup>。

博士は、このように比較法的考察を通じて、民事・刑事の峻別はある時代の歴史的潮流にすぎないと結論付けた後で、理論上無形損害の賠償はその本質においては私的制裁の一種である、と位置付ける。そして次に博士は、この制度を如何に理解するべきかに当たって、その制度の現実態の機能を考えることによって如何なる要素に重点が置かれるべきかを知る必要がある、とした上で、具体的にわが民法の検討に移る。

第一に、発生原因としては、無形損害の賠償を一種の私的制裁と捉えるのであるから、その賠償請求権は、ある侵害行為の持つ違法性が社会的に統制せられた意識から見て制裁を要求する程度の重要性があることが必要である。この要件が充足されれば、不法行為のみならず債務不履行の場合も発生し、又権利侵害も要件としない。いかなる程度の違法性が存すれば発生要件となるのかは、具体的に決すべきである。このように、違法性の問題と解すれば、その違法性の程度に応じて、英米法上の nominal damages の制度を認めずともそれと同一の結果を得ることができる。つまり、博士は、無形損害の賠償請求権の発生原因を、精神的苦痛の存否又は人格権の侵害という点に求めるよりも、制裁を課すに足るべき違法性の存在に求める方が、より事実合するものであり、かつ論理的である、とするのである。

次に、権利者としては、「不法行為の被害者としての『家団』<sup>14)</sup>」を提唱する。

最後に賠償額の算定について博士は、ドイツ民法制定時の涙で貨幣を鋳造することは不道德であるとの議論に対して、身体強制のような制度が消

滅した現代の法制度においては金銭賠償の途を咎むべきでなく、*peine privée* は金銭賠償の形式を採っただけである、と反論する。そして、純粹に損害賠償と考えるときは、非実在の価値を数字的に金銭に引き直して計算するのは甚だ困難であるが、これを *peine privée* と解するときは、その違法性の程度、周囲の事情等より何が最も適当なる *peine* であるかを知ることができるのであって、当事者の内部的意思にまで入って探求する必要はない。すなわち、裁判官は、如何に苦痛を受けたかを数字的に示すのではなく、何が最も適当な制裁であるかを決定すればよいのであるとする。

博士は後の『債権各論』<sup>15)</sup>で、さらに以下のように述べている。不法行為の最も本源的かつ古典的な部分は、損害の填補ではなく、反社会倫理的な行為に対する一つの反撃ということの方に重点がある。すなわち、不法行為に対する民事責任は、行為の違法性ないし反社会倫理性に対する制裁組織の一部であり、その中核的な観念は、違法性もしくは反社会倫理性ということになくしてはならない。民法は、これを表現する言葉として、加害者の故意・過失又は権利侵害という要件を挙げているが、これらの文言は、独自の不法行為の帰責条件を規定しているものではなく、むしろ反社会倫理性という大原則から流出する個別的な形式基準に他ならない。そうすれば、不法行為に対して故意はあったが客観的な損害が軽少である場合や、重要な権利侵害はあったが過失が軽少である場合に、重い責任を負うことも肯定されるのである。

しかし、近代企業の発展とともに増大した企業危険の登場等を理由とする、企業の無過失責任原則<sup>16)</sup>や損害賠償の社会保険化等の現象は、この類型に属するものではない。この不法行為の第二類型は、いわば損害の填補に関する手段であり、それには違法性要件はむしろ不要である。ただし、この類型に属する不法行為は、必ずしも賠償者の行為が社会倫理規範に反することを要しないのであり、この種の適法行為的不法行為法の体系は、加害者の行為が問題となるのではなく、被害者の損失のみが問題となるのである。わが不法行為法は、この2つの類型を1つの一般的規定で解決し

なければならないために、弊害をもたらしているのである。これは、「社会上不法行為なるものを構成する事実の多様性と、これに対して与えられて居る救済方法の一元性から由来する間隙」から生じるのであり、「損害の賠償ないし制裁としての不法行為」の面と、「損失の補償としての不法行為」の面との、少なくとも2つの面から不法行為の法学的構成を考えなければならないのである。

博士が「損害の賠償ないし制裁としての不法行為」として具体的にどのような類型を念頭に置かれていたのかは定かではないが、上記2つの類型を分けて法的構成を考えるべきであるとの指摘は非常に鋭いものであるし、前者の類型が慰謝料の枠組みを超えて認められる可能性も十分に考えられるのである。危険責任や無過失責任の揺籃期であるこのような早い時代に、戒能博士が不法行為責任を損害填補と制裁の二類型に分けて論じられたことは、現代においてもなお、多くの示唆を含むものではなからうか。

## (2) 三島宗彦教授の見解

教授の研究は、「慰謝料の本質」から徐々に「損害の抑制的機能」へと発展していった。以下概観する。

「慰謝料の本質」と題された論文<sup>17)</sup>では、英米法、ドイツ法等を検討し、710条の慰謝料に従来どおりの精神的損害の賠償（純然たる填補賠償に限定）を含ませるとともに、新たに制裁的・抑止的意味をもつ懲罰的賠償の導入を提唱し、それを填補的慰謝料と制裁的（または懲罰的）慰謝料と呼ぶ（傍点筆者）。教授は、民事制裁的な観点を持ち込まなければ、単なる慰謝料の高額化では、社会に対する警告効果や違法行為の再発防止（抑制）を十分に期待できないとする。

続く論文<sup>18)</sup>で、とりわけ、ドイツで慰謝料の性格をめぐってそれを民事制裁だと位置づけるグロスフェルトの説<sup>19)</sup>を詳細に検討し、無形損害の賠償の在り方を以下のように主張する。まず、被害者の受けた損害の填補および金銭受領による被害者の満足感情の実現を計るにあるが、それとともに、加害者の反社会的行為に対する糾弾およびこのことを通じて反社

会的行為の再発防止(抑制)を図ることにある。さらに、民事制裁の観点を  
入れて無形損害の賠償を算定する場合には、填補説や満足措置説のよう  
に、もっぱら被害者に生じた損害や傷つけられた感情に注目して賠償額を  
定めるということではなく、加害者の動機、過失の程度、加害者の資力お  
よび加害行為によって得た利得などもあわせて(副次的にはなく対等  
に)考慮すべきことになる。

教授は、民事制裁ということを積極的に主張したが、その対象とされて  
いる領域はやや不明確である。すなわち、かなり英米法に示唆を受けた論  
調であり、一見すれば、損害賠償法全体の中で民事制裁なるものを考えて  
いるとも思われるが、用語を丁寧に検証すれば、この段階ではなお無形損  
害の賠償に限っていると考えざるを得ない。しかしながら、「すべての損  
害を根本的に原状回復することは不可能であり、法の最大の目的は治癒で  
はなく予防である」。したがって、「損害賠償も、発生した損害の分担とい  
う過去にばかり目をむけるのではなく、未来を展望し、不法行為の克服と  
再発防止の目的を追求するところに、基本姿勢がおかれるべきである」。  
「民事罰の観念は現行法体系と根本的に矛盾するから再検討の余地はない  
と頑なに拒絶する硬直的な態度からは、法制度の実質的な充実、法本来の  
目的の実現は期待できない」と論じており、また公害事件、薬害・食品事  
故に対する企業責任を追及する手段として制裁の主張をしていることから、  
その領域が、無形損害を超えて損害賠償全体に発展する可能性もあったと  
は考えられる<sup>20)</sup>。

### 三．第二の波 公害問題を契機として

制裁的慰謝料説を主張した三島教授の見解が、1960年代後半以降の公害  
等重大な社会問題に直面して、慰謝料の枠組みを超えた民事制裁を論じる  
可能性を秘めていたことは、すでに述べた。英米法学者による、懲罰的損  
害賠償を紹介する論文も数多く公表され<sup>21)</sup>、中でも、田中英夫＝竹内昭夫  
教授の「法の実現における私人の役割」は、学界に強いインパクトを与え

たと思われる。以下、これらを含め、この時期の代表的な見解を概観する。

(1) 田中英夫・竹内昭夫両教授の見解<sup>22)</sup>

教授らはまず、わが国では法の実現について私人が適切な役割を果たしていないのではないかという疑問から出発され、種々の分野について検討した結果、特にアメリカと比較した場合、それが著しく低いことを示された。教授らによれば、アメリカ法においては、不法行為法が違法行為の抑止的機能を果たしており、なかでも懲罰的損害賠償や2倍・3倍賠償あるいは最低賠償額法定(以下単に2倍・3倍賠償の制度、という)が違法行為の抑止に大いに役立っているのに対して、わが国では損害賠償の認定が弾力性を欠き、また賠償額も低いために損害賠償というサンクションが法違反の抑止的機能を発揮していないとされる。

2倍・3倍賠償の制度や懲罰的損害賠償においては、なぜ、現実の損害を超えて被害者に賠償を得させるのか、という疑問が提起される。しかし、他人の不法行為を理由として私人が利得を得ることが不合理だとすれば、国が刑事制裁として罰金をとることも不合理ではないだろうか。国が罰金をとるのは犯罪者を制裁するためであり、「損害なき損害賠償」も違反行為に対する民事制裁を効果的にするための手段で、それによる利得は副次的なものにすぎない。そして「損害なき損害賠償」が認められるのは法のエンフォースメントのために私人の積極的な役割が期待される場合であり、そのような私人に利益を与えたところで何の不都合もないし、刑事制裁に要する費用がこれによって軽減される。

民事・刑事の別をカテゴリカルに考えずにそれぞれがいわば周辺領域をもつという形で両者が接近・交錯していると考え、一方においては、私的請求の中にも懲罰的損害賠償というような形で制裁に最重点を置いたものが認められてしかるべきだ、ということになるとともに、他方において、刑事制裁のなかにも違法行為の反倫理性に対する非難という要素の薄いものが認められてよいのではないかと、ということになる。そして、倫理的な非難性の薄い違法行為については財産刑しか科さないという類型を認

めることも検討されてよいし、罰金・科料・過料などの刑罰、なかんずく過料と損害賠償の間にはそれほどの差異が存するものではなく、損害賠償の制裁的機能・抑止的效果を重視すればするほど両者の機能は接近してくる。

両教授はこのような多角的な検討を加えたうえで、公的制裁も私人の訴訟を通じての制裁も、法のエンフォースメントの手段という性格を共有しており、両者の機能的関連を直視しながら、全体としてサンクションの手段を多様化し、合理化していくことが必要ではないかと指摘する。

(2) 花谷薫教授の見解<sup>23)</sup>

教授は、不法行為法は生じた損害を公平妥当に分配する制度であり、加害者の制裁及びそれに基づく一般予防はあげて刑事罰の目的に属するという支配的学説に対して、四大公害訴訟を契機として、一方では市民法原理の再確認が重視される中であって、他方公害被害者の特殊性、なかんずく加害者・被害者間の立場の非互換性及びその損害が全人格的なものであることから、元来対等平等な人格相互を規律するものとしての近代市民法原理がストレートには適用されうるものではなく、その基盤の崩壊とともに、既存理論の再検討が迫られている、と問題提起する。そして、損害賠償を近代法の原則の名の下に単に填補的機能の観点からのみ把握するのではなく、特に慰謝料についてはその本質からの究明が現段階における課題であるとし、フランスにおける精神的損害(dommage moral)の賠償に関する制裁説を検討する中から、損害賠償、特に非財産的損害に対する慰謝料の本質論をめぐって、我が国の学界ではほとんど少数説でしかなかった制裁説に光をあて、その再評価を試みている。

まず教授は、通説たる「公平主義に依拠した填補説」を批判的に検討し、次の3点を問題とする。第一に、この理論は、「企業活動の特殊性をふまえたうえでの注意義務の高度化をはかる過失理論の有力なバック・ボーンとなりえたし、更には、この理論の到達点でもある無過失責任論の台頭をうながした点において積極面がみられる」が、損害の公平な負担というあ

まり、不法行為制度が不法行為の民事責任を追及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増々欠落していかなるをえないという問題がある。不法行為制度は民衆の感情と切り離して考えられない制度である。そもそも賠償責任の要件として故意過失を要求していること自体、そこには行為者の非行性(傍点筆者)を問おうとするものであって、損害の公平な負担という理由付けでは、無過失責任の論拠とはなっても、過失責任の論拠とはなりえない。第二に、「公平」の観念がその機能をもっと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。第三に、通説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」ということは、そのように簡単に両立しうるのであろうか。たとえば、フランスの填補説は、慰謝料の本質を填補と捉え、その填補の内容を満足(satisfaction)とするが、そのような深刻な検討を経ずに調整的機能が先行した場合、「填補」としての慰謝料の独自の存在はなくなるのである。そして、独自の填補性の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。

このように通説の問題性を指摘した上で教授は、慰謝料における制裁的機能を次のように位置付ける。純粹に物的損害であり被害者もその物に執着がない場合、填補説構成をとっても無理を感じない。それに対して、子供を失った場合、子供に対する愛情を侵害されたという精神的苦痛は、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。このような場合、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方が納得がいくであろう。要するに、同じ金銭賠償でも、前者の場合にはもっとも填補的契機が強く、後者の場合にはもっとも制裁的契機が強い。「制裁」概念と「賠償」概念は矛盾するとの指摘もあるが、金銭賠償という形態をとった制裁という考えたと必ずしも矛盾するものではない。それを「私的刑罰(peine privée)」と呼ぼうが、「民事罰(peine civile)」と呼ぼうが、ニュアンス



の違いはあっても用語の問題である。民事制裁によって実効をあげることにより、刑事罰の濫用を防ぐという意味では、むしろ、より近代法の趣旨にかなうのではないだろうか。

このように教授は、公害問題を契機として、制裁的慰謝料説に光を当て、再評価を試みた。そして、公害問題をはじめ極めて現代的な法現象を解明する手懸かりとして、民事罰的要素を考慮することを提唱したのである。

(3) 吉村良一教授の見解<sup>24)</sup>

吉村教授も、公害問題等を契機に慰謝料が制裁的要素を持つのではないかという問題意識に立ち、ドイツの慰謝料においても、制裁的要素が顕著に存在することが明らかになれば、それは、民事責任の本質や、民刑事両責任が厳格に分化されたと言われたドイツ法においても、今一度損害賠償の歴史的検討が必要であることを示すことになるろう、との視点からドイツの慰謝料の機能についての判例・学説の展開・発展を詳細に検討する。

教授によれば、BGB 847条による賠償額の算定において、賠償義務者の財産関係や有責性の程度をも考慮すべきである、とした1955年7月6日の連邦通常裁判所(BGH)大法廷決定において、加害者の経済状態の考慮において加害者の経済関係が特に豊かな場合、賠償を裁判官の裁量の枠内でより高く確定することが公平としている点が注目される。その結果、損害の大きさは、通常の損害賠償と異なり、もはや決定的な算定要素としての地位を失うか、たとえ最も重要なものであるとしても、その他の要素と並ぶ一算定要素とされてしまったのである。

さらに教授は、BGHが、一般人格権(aPR)侵害に関して、身体侵害の場合に比して損害を金銭で評価するのが困難であるために、慰謝料の満足機能が賠償機能に対して完全に前面に出る、という態度をとるに至った点、またその際に一般予防的視点を強調していることに注目する。この判例によって認められたaPR侵害と従来からのBGB 847条で認められる慰謝料とは、いくつかの点で異なっている。すなわち、第一にaPR侵害の場合侵害の重大性という付加要件が課される点、第二に与えられる額が異

なる点である。このように、少なくとも同じ慰謝料とされながら、両者の場合に算定原理に非連続性があることが判例上確立されていることは、注目に値する。加えて、aPR という、BGB が否定した保護法益が判例により認められたこと、しかもその保護手段として、BGB では拒否された民事罰に何程かは類似する満足機能をもつばら有する金銭賠償が認められたということは、BGB における損害賠償、とりわけ慰謝料の機能を再検討する必要性を示していると指摘する。

こうした判例の動きに対する学説に目を向ければ、多くの学説は満足機能を否定せず、そしてその内容を法感情の慰撫という点に求め、またそれぞれの論者により程度の差はあるものの、一定の刑罰性や、通常の損害賠償の機能とは異なる側面を持つことには広範な一致が存在し、ただその位置づけをめぐって多様な考え方が対立しあっているにすぎない。従って、学説の大勢によれば、満足機能が認められた結果、慰謝料は通常の損害賠償とは異なる特殊な、そして一定の刑罰性を持ち、制裁や威嚇や予防といった機能に親近性を示すものになったといえる、と教授は指摘する。

このように、教授は、ドイツ法においても、慰謝料の有する機能がもはや填補だけでなく、新たな満足なる概念が定着したことを示し、民事刑事責任の分化等の観点から制裁説を批判するわが国の通説的見解に対して、異論を唱えたのであった<sup>25)</sup>。

#### (4) 後藤孝典弁護士の見解<sup>26)</sup>

クロロキン薬害訴訟の原告団代理人の1人であった後藤弁護士は、制裁的慰謝料論とインフレ参入論を主張した。氏は、まず、現代の不法行為は、大量加害と大量被害という特質を示しており、このような社会的・公的性質を有する不法行為にあっては、被害者集団の主張は、社会的・公的性質を帯びており、不法行為訴訟によって現代社会の必要悪を懲らしめるという道義的責務から、加害行為の抑制を主張するに至る、と述べる。そして、このような場合に、被害者救済のみを力説しては、加害行為の再発防止の理念という、不法行為法が最も追求すべき理念が欠落してしまうとし

て、加害行為の抑制を目的とした不法行為法論の構築を試みるべきだとする。

その上で氏は、抑止と制裁を阻むと一般的に考えられている問題を、以下のように論駁する。第一は、民刑峻別に対してである。氏は、民刑峻別が法の進化であったとしても、民刑峻別が強調される理由は、要するに民事責任の客観化を推し進める点にあった、と指摘する。すなわち、「民刑分離の思想」という歴史的発展の産物自体が問題なのではなく、近代産業の発達のもとにおいて、「民刑分離を強調する思想」が、問題なのであり、その狙いは、民事責任の意思主義的原理から無過失責任へ推し進めることにあったのである。

第二は、我妻博士の公平論に対する批判である。すなわち、氏は、我妻博士によって公平理念が提唱された時代と現在とでは、企業活動による危険の実体が大幅に異なっているとの認識を前提に、我妻・公平論は、少なくとも、現代においては、被害者の立場に立つ思想ではなくなり、加害者の立場に立つ思想となっていること、むしろ加害行為を許容するものであり、したがって加害行為発生を抑制する契機を持たない思想だとするのである。

氏は、このように不法行為法の指導理念として行為抑制の理念を定位すべきことを提言し、その具体策として、制裁的慰謝料とインフレ算入論を提案するのであるが、氏によれば、慰謝料は、「非財産的損害の賠償金」であって、「精神的損害の賠償」ではないのである。すなわち、慰謝料は、まさに事実と規範によって構成される「損害」に基づき与えられるものであり、損害賠償の中心たるべき性質を具備している。さらに、財産的損害賠償が財産的被害に対応することから、非財産的損害賠償は、その残余たる非財産的被害と加害行為に対応する。かくして、慰謝料額は、加害行為の性質・程度に対応して決定され、「加害行為抑制金」たる性質を有するのである。具体的には、慰謝料額において違法性の大小を考慮して、損害賠償に行為抑制機能をもたせ、加害者に故意・重過失があるなど、行為の

違法性が著しく高い場合には、これとは別に、加害者に「制裁的慰謝料」を課すこと、及び、加害者が利得を得ている場合にはその利得を許さないような制裁額であるべきとして、通常の3倍を目安とすることを提唱する。

このように氏は、被害者救済と加害行為の抑制を、ともに不法行為法を支える理念として、互いに排斥しあうことなく、止揚することを積極的に試みたのであり、実務家の視点から実態を分析し、かつ、具体案を提示したものと注目される。しかしながら、氏の提唱される制裁的慰謝料で、果たして加害行為の抑止が図れるのかどうかについては、アメリカにおける2倍・3倍賠償が主に行政法規違反を取り締まるために利用されることが多く、違法行為の抑止にはやはり懲罰的損害賠償が活躍することに鑑みても、疑問を残している。

#### 四．第三の波 不法行為の機能としての抑止・制裁

それまでの「慰謝料」の枠組みを超えない抑止や制裁に対して、新たな角度からのアプローチが現れた。不法行為の「機能」を論じる中で抑止や制裁を位置付ける立場、あるいは「保障」なる観念を組み入れた新たな不法行為の構造を主張する立場である。この後者の立場は、かつて戒能博士が「損害賠償ないし制裁としての不法行為」の面と「損失の補償としての不法行為」の面との少なくとも2つの面から不法行為を法学的構成を考えなければならないと説かれたのと同じような問題意識から出発しているのではないかと考えられる。以下概観する。

##### (1) 不法行為の「目的と機能」を論じる立場

最近では、不法行為の機能を積極的に論じる教科書・体系書が増加しているが、早くこの時期から不法行為の機能を論じる中で抑止や制裁を正面から位置付けていたのは、四宮和夫教授、森島昭夫教授、平井宜雄教授らである。

四宮教授は、「不法行為制度の目的・機能」という項目で、予防機能については、「民事責任にも 民事・刑事峻別の思想に捉われることなく

予防機能を期待すべきであり、その意味で調整目的に対しては副次的であるけれども、予防機能を不法行為の目的にまで高めるべきである」と述べている。また、制裁機能についても肯定し、実損害以上の制裁については、現行法上認めることは困難としつつも、名目的賠償については余地を残している<sup>27)</sup>。

森島教授は、「不法行為の目的ないし機能」のひとつとして、制裁的機能を挙げている。そして、戒能博士、田中＝竹内両教授、三島教授、淡路教授らの見解を検討し、今日では、民事責任に制裁的機能を認め、制裁を通じて損害発生抑止を図るべきだとする考え方が次第に有力になってきていると指摘する<sup>28)</sup>。

平井教授は、「不法行為法の機能」という項目で、損害填補機能、予防機能、制裁機能の3つを挙げられ、填補機能を重視しつつも、後二者をあわせて重視するという姿勢をとる<sup>29)</sup>。

この頃から、代表的な教科書・体系書の中にこうした章立てが散見されるようになってきたが、こうした姿勢は必ずしも著書のボリュームに比例していないのである<sup>30)</sup>。このような傾向は、公害訴訟や薬害訴訟を通じて、慰謝料や損害賠償の有する制裁的機能等が二次的にせよ認められたことに由来すると思われるが、これに対しては、この種の機能は、「結果としてそうなるという機能論である」<sup>31)</sup>との批判もありうる。しかし、多くの教科書・体系書におけるこのような章立ては、填補機能とは異なる抑止機能や制裁機能に光を当て、それらをより高次に位置づけたいという、論者達の積極的な意図の現われではないだろうか<sup>32)</sup>。

## (2) 法と経済学からのアプローチ

「法と経済学」という視点は、1960年代のアメリカに登場したが、近代経済学(厚生経済学)の価格理論を損害賠償ないし損失補償制度の分野へ応用するもので、イェール大学のカラブレイジによって代表される。カラブレイジによれば、事故から生じた損害を事故の原因となっている活動に負担させるならば、事故を発生させるような活動の費用が高価なものとな

り、その結果そのような活動が理論上抑止されることになる<sup>33)</sup>。

わが国では、交通事故、公害、製造物責任等の現代的問題の処理を考える過程で、「法と経済学」に関心がもたれた<sup>34)</sup>。たとえば前述の森島教授は、不法行為法の機能として、制裁機能だけでなく「市場メカニズムによる事故抑制機能」<sup>35)</sup>も挙げる。森島教授は、過失責任制度が、一般的抑制を図る制度としても、特定抑制を図る制度としても効率的でないとするカラブレイジの理論を検討した上で、観念的理論的可能性にせよ、危険な活動を抑制するためには、その活動から生じた損害を活動主体に負担させればよい(少なくとも事故抑制にとっては無意味でない)点が重要であると指摘する。そして、現実の社会では、事故費用の負担が理論上の最適状態に事故抑制をもたらすことはありそうもないことだとしつつも、傾向としては事故抑制機能を持っているといえ、そうだとすると、制裁による事故抑制との間に共通性があると結論付ける。すなわち、損害賠償に制裁的機能を認めるとともに、今日抑止が望まれるのは、加害者の故意・過失による損害発生だけでなく、企業の日常的な経済活動から生ずる無過失的な損害の抑止もである、として、市場ルールという観点からの一般的抑制(general deterrence)を検討し、そのうえで、制裁による抑止も含めて、不法行為制度による事故抑制機能を志向するのである。

### (3) 「保障」を論じる立場

公害・薬害といった大規模被害は、被害者救済の必要性を痛感させた。従来のように過失や因果関係の立証を被害者に課していたのでは救済を図れないことから、解釈論上もさまざまな方途が編み出された。また、モータリゼーションに伴う交通事故の増加は、被害者・加害者の立場に互換性のある同種の大量事例をいかに社会的に効率よく処理すべきかという、新たな視点を投げかけた。こうした新たな問題に対して、「保障」という新たな視座を用いて、被害者救済の実効をあげようと試みる見解が現れるに至った。淡路剛久教授<sup>36)</sup>と加藤雅信教授<sup>37)</sup>である。しかしながら両者の見解は、淡路教授が、公害等前者の事例を念頭において、抑止や制裁の

必要性を論じ、新たな過失論を展開したのに対して、加藤教授は、主に後者の事例を念頭に置いて、人身被害における不法行為訴権の廃止を唱えており、全く逆の方向を目指していたことに留意すべきである。

淡路教授は、フランスにおいて保障理論と民事罰を提唱したスタルクの見解、とりわけその保障理論を詳細に検討した上で、わが国の不法行為法を再構成する。淡路教授によれば、不法行為法の目的は、被害者の権利の法による客観的な保障(保護)にある。もちろん加害者側にも権利が存するので、被害者の権利との衝突を調整する必要がある。このように、被害者の権利を保障し、あるいは被害者の権利と加害者の権利との調整をはかることが、不法行為法の第一の目的である。第二に、不法行為法は、不法行為の抑止というもうひとつの目的を正面から掲げる必要がある。そして、不法行為法の目的が被害者の権利の保障とともに不法行為の抑止にあるとすれば、私罰的要素は不法行為の抑止を目的とする制裁的賠償によってその現代的意義を与えられるべきである。そして、要件論で意味を失った故意・過失は、その帰責性を賠償額に反映させるという仕方では損害論の中で再生するのである。すなわち、教授は、「意欲する故意」(一定の結果を発生させる意思がある場合)、「認容する故意」(一定の結果の発生を認識しながらそれを容認する場合)、「認識ある故意」(結果の発生を認識しつつ容認までにはうかがえない場合)、「重過失」、「軽過失」に区別し<sup>38)</sup>、加害者側の故意・過失に応じて慰謝料額に差をつけることを主張するのである。

こうしたスタルクや淡路教授が唱えた保障理論を、「補償」へと究極に傾けたのが加藤教授の「総合救済システム」である。加藤教授の唱える「総合救済システム」とは、次のようなものである。現行の人身被害の救済するための不法行為を中心とする複合的な制度に代えて、人身被害を被った者に対し補償給付するための「総合救済システム基金」を設立すべきである。原資は、危険行為課徴金、自衛的保険料、基金求償から確保する。この制度設立とともに、現在の不法行為による損害賠償訴権は、人身被害については原則廃止する。ここにおいては、不法行為の制裁や抑止機

能は完全に否定されているように思われる。そのため、不法行為訴訟の廃止に伴う不法行為訴訟の事故抑止機能の喪失を問題視する批判<sup>39)</sup>や、被害者のインセンティブを事故の抑制と責任原則の維持という社会目的につなげるべきであるとの批判<sup>40)</sup>が行われ、また、「不法行為の責任が、ただか損害保険の掛け金をあらかじめ支払っておくという程度の責任に縮減されて」しまい、コミュニティ破壊的な作用をすることは、共同体的正義の観点から問題である<sup>41)</sup>、と指摘されるのである。注目すべきは、「総合救済システム」論が、これらの批判を受け止め、抑止や制裁にも配慮した修正を行うことであるが、この点は後述する。

#### 五．第四の波へ 損害賠償法全体の中で抑止や制裁が位置づけられるために

ここまで述べてきた展開を見るならば、もはや抑止や制裁を慰謝料の狭い枠組みへ閉じ込める時代は終わりを告げようとしているのではないか。第一の波、第二の波を通じて、慰謝料が一種の刑罰的要素を持つことは、それをどう位置付けるかは別として、多数の承認を得るところとなった。そして、制裁的慰謝料では、慰謝料の高額化には資しても、公害等重大な社会問題を解決するには不十分なこと、いわんやその再発を防止させる力もないことが問題となってきた。民刑峻別論によれば抑止や制裁を担うとされる刑事制裁、あるいは行政権が、甚大な薬害に対して無力であったことは、1980年代以降の薬害エイズ訴訟を一瞥すれば、火を見るより明らかである。第三の波以降、不法行為法の果たすべき役割や機能の中に制裁や抑止を位置付け、それを正面から論じる土台ができつつあると思われる。

このような立場からは、近時、正義論なる視座が「総合救済システム」に対する批判を契機として登場し、それに伴い「総合救済システム」論が変容してきたこと、さらには、ドイツにおける人格権侵害批判を手がかりに、損害賠償と制裁を正面から論ずる主張が登場したことが注目される。これらの動向が「第四の波」を形成するか否かは、なお見極めが必要であるが、不法行為のあり方についての新しい動きが始まっていることは、疑



いがない。

(1)「総合救済システム」に対する正義論からの批判と「総合救済システム」の修正正義論の立場から「総合救済システム」を批判したのは、棚瀬孝雄教授<sup>42)</sup>と吉田邦彦教授<sup>43)</sup>である。

棚瀬教授は、個人的正義、団体的正義、全体的正義の3つの正義観の交錯として、現代の不法行為法の展開を捉える。個人的正義が、要件 効果の図式の中でその要件に該当する事実の有無に関心を持ち、全体的正義が、損害 負担の図式の中で、誰に損害を負担させるべきかを考えるとすれば、共同体的正義では、不法行為を、加害から回復まで通時的にみて、その上で加害者が被害者と向き合い、その苦痛を除去するために自分に何ができるかを考えていく、そうした不法からの回復のプロセスに大きな関心を持つものである。そうした共同体的正義をもう1本の柱に加えていくことで、現代社会にふさわしい不法行為制度が展望できるのである。そしてこのような立場から、団体的正義のみに基づく総合救済システムでは捉えきれない正義がある、と批判する。

また、吉田教授は、不法行為「訴訟」には存在意義があるのか、あるとすればどのように理解すればよいのか、と問題提起する。そして、この問題に対して、アメリカでは今なお優勢な、功利主義的に社会の「富の最大化」「経済効率性」を唱える「法と経済学」的手法に対して、方法論的な反省に裏付けられる形で批判する立場を検討する。この立場は、不法行為「訴訟」ないし紛争当事者(二当事者)に焦点を絞って不法行為法の作用を考えようと、社会全体の効率性実現の「道具」として訴訟を位置付けることに反対している。とりわけ、スミスが社会心理学的正義の観点から、「不正義感覚」との関係で不法行為訴訟が意義を持つ 単に損害填補だけに還元できない ことを説いているのが注目される、とする。

加藤教授は、前述の諸批判を、これらは不法行為による個別的责任追及制度を維持し、加害者の責任を希薄化すべきでないとの共通の基盤に立っていると分析した上で、こうした責任の希薄化自体は、責任保険の導入に

よって始まったものであり、こうした危惧を解消するためには、単に「総合救済システム」を導入しないという消極論よりも、「総合救済システム」によって新たにカバーされる分野を含めてすでに個別の救済制度がカバーしている分野にあっても、有責者をヴェールに包む機能を喪失させることがむしろ正道であるとして、以下の2点において、従来の主張を修正した<sup>44)</sup>。

第一に、有責性のひどい故意又は重過失があった場合には、たとえ加害者が危険行為課徴金を払っているときであっても、基金による給付を超える損害について、不法行為を根拠とする個別的責任追及を認める。第二に、危険行為課徴金を払っておらず基金求償がなされうる分野においては、被害者に基金による簡易迅速な救済と不法行為訴訟による救済との選択を事後的に認め、有責加害者であると被害者が考える者の責任を個別に追及することを望む場合には、その途を残す、というものである。

この修正は要するに、「総合救済システム」論が加害者の主観や違法性を完全に排斥して平等な救済を企図したにもかかわらず、依然それだけに還元し得ない要素があらわになり、加害者の主観や違法性を考慮せざるを得ないことを露呈したことを意味する。すなわち、それは、制裁や抑止を含んだ不法行為法の存在意義をあらためて浮き出させることにほかならないのではなかろうか。

(2) 利益追求型不法行為における新たな動き ドイツの人格権侵害をめぐる議論から

ドイツにおいては、BGB 847条を根拠とする従来の慰謝料と aPR 侵害の場合に認められる慰謝料の間に区別があり、後者では特に一般予防的要素が強調されることは、先の吉村教授が示したところであった。さらに近年、いわゆるモナコ王妃事件と呼ばれる一連の人格権侵害の事例をめぐって、「予防の思想によれば、金銭賠償の決定に際して、故意の利益の獲得を算定要素として考慮すべきである」との興味深い判断が下された。これを、従来の準事務管理論の枠組みで捉えるのか等、学説的な一致はまだ見ないが、少なくとも利益追求型の類型に限っては、不法行為に、加害者の

利益獲得を阻止し、加害行為を「予防」という新たな要素が加わり、ドイツの議論は新たな段階に入ったと思われる。こうしたドイツの動向をさぐる論文は多いが<sup>45)</sup>、中でも窪田充見教授<sup>46)</sup>の主張は、このような動向に示唆を受け、人格権に限らず不法行為法全体としての抑止的機能を根拠付けようとする点で注目されるものである。

窪田教授は、懲罰的損害賠償といった制裁的な賠償は解釈論上無理があるとしつつも、利益追求型不法行為(マス・メディアによる人格権侵害を通じた営業利益の獲得、無体財産権の無断利用、人の生命・身体を侵害することによる利益取得行為)においては、利益の吐き出しを損害の金銭的評価のプロセスを通じて図ることが可能であり、そして、そのプロセスにおいて制裁という実体的価値判断の契機を強調することは、金銭的評価を無限定なものとしないうるためにも積極的な意味があるのではないかと指摘している。

また、制度設計という観点から、現行の責任法システムと制裁的機能の関係を考察し、各種の被害救済システムの整備や損害填補システムの欠陥の表面化を指摘しつつ、依然責任法システムは堅固なものであり、それは、責任法の責任システムとしての機能を看過し得ないからであるとする。そして、背後に退いていた制裁としての不法行為の機能により光を当てながら解釈論を試みることに、一定の合理性があるのではないかと提起する。

さらに、不法行為に求められるのは、異なる侵害のタイプ、行為態様、被侵害利益のタイプに応じて有効に機能するルールを提示することであり、この点、英米法が示唆的であるが、一般条項化した709条は、複数の責任システムを内包し、それをより具体化していくという可能性を否定するものではないとする。このような複数の準則群の中に、制裁を取り込んだ責任ルールの妥当する不法行為を位置付けるのが教授の主張である。ただし、準則群の設定において、行為の属性に着目した分析をなすか、被侵害利益の性質に着目した分析をなすかは、主観的要件をどのように設

定するかにも関わってくるが、もう少し検討したい<sup>47)</sup>、と留保している。

## 六．小 括

損害賠償の有する予防機能や抑止機能、制裁機能を、填補機能に従属する副次的な機能としてではなく、それと同列の機能として論じようとすることに對しては、今なお多くの人が躊躇を覚えるかもしれない。しかしそれは、我が国がひとつの重要なエポックメイキングを経ていないからではないか。なぜ、金銭に換算され得ない無形損害の賠償が認められるのか。そしてその賠償の方法が、なぜ金銭賠償のみでよいのか。諸外国は、無形損害に対する賠償をいかに処断すべきかを真剣に議論し、そして「満足」や「民事罰」なる概念を生成し、それを受け入れてきたのである。それに対し、わが国の通説的理解においては、損害賠償の目的は損害の填補にあるとしつつ、なぜ金銭に換算し得ない無形損害の賠償が認められるのか、なぜ金銭に換算し得ない損害を回復する手段が、わずかに723条を除いて、金銭賠償のみでよいのかについて、つきつめて考えることをしてこなかったのではないか。

このような傾向に根底的な批判を加えたのが制裁的慰謝料説であった。制裁的慰謝料説によって慰謝料の本質が明らかにされ、慰謝料の有する制裁的機能に光が当てられた。これらの議論を踏まえた上で、公害・棄害等の大規模被害を前にして、加害行為の抑止ということが、より強く意識されることとなった。さらに1980年代頃からは、慰謝料の枠組みを超えて、損害賠償責任の有する抑止的機能などをより積極的に認める論者が増えてきた。さらに最近では、正義論の視点から、あるいは利益追求型不法行為を抑止すべきという立場から、不法行為の制裁ないし抑止機能を従来にも増して重視すべきとの立場が有力に登場してきている。ようやく抑止機能や予防機能を正面から論じる土壌が出来上がったとすることができるのではないか。

本稿では、以上のような、わが国における抑止機能や予防機能、制裁機

能に関する議論の概観を前提に、第2章において、フランス法の分析を行うことにしたい。すなわち、フランス法において民事責任における抑止や制裁がどのように考えられてきたのかを、民事罰概念の生成と展開を追いながら見ていくことにする。

わが国では、*dommage moral* の根拠が民事罰であるとするフランス法上の議論が紹介されてきたが、その後のフランスにおける民事罰の議論を紹介したものは、あまり見当たらない。フランスの議論は、わが国と同じく非財産的損害の枠組みにとどまるものなのか、それともその後さらに発展しているのだろうか。

さらに、フランス法におけるフォートは、過失だけでなく故意も含み、また違法性や因果関係をも意味することのある、広い概念であるが、その捉え方は、論者によって様々である。一見したところ、フォートを主観的に捉える立場の方が、民事罰概念に親近性を持つようにも思われる。というのも、フォートに主観的非難可能性を持たせる方が、フォートの重大性に応じて損害賠償額を変化させることが根拠付けやすいと考えられるからである。しかし他方で、ユグネーを嚆矢とする民事罰理論が展開されたこの1世紀は、奇しくも、リスク理論の登場をはじめとする責任の客観化が推し進められた時代でもあった。客観責任(無過失責任)が非常に発達したフランスにおいて、一見すると退行とも思える民事罰理論が同時期に生成・展開したことは、果たして偶然なのか、必然なのか。この点も大いに興味をそそられるところである。

- 1) 各国における満足概念については、H. STOLL, CONSEQUENCE OF LIABILITY: REMEDIES [INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW, vol. 11 ed. A. Tunc, 1972] に詳しい。
- 2) 『法典調査会議事速記録 五』(商事法務研究会・1984) 440頁-444頁(穂積陳重発言)。
- 3) 前掲(2)・444-445頁(長谷川喬発言)等、非常に議論されている。
- 4) 前掲(2)・(穂積発言)。
- 5) 岡松参太郎『注釈民法理由下巻[債権編]』(有斐閣・1899) 466頁。
- 6) 田井義信「制裁的賠償 その理想と現実」『現代不法行為法の分析』(有信堂・1997) 165頁以下、森島昭夫『不法行為法講義』(有斐閣・1987) 467頁以下。
- 7) 岡松・前掲(5)467頁。

- 8) 森島・前掲(6)467・468頁。
- 9) 戒能通孝「不法行為における無形損害の賠償の賠償請求権(一)・(二・完)」法学協会雑誌50巻2号(1932)18頁以下・同3号(1932)116頁以下。
- 10) 石崎政一郎「仏蘭西法に於ける無形損害の賠償額について」法律時報6巻8号(1934)31頁以下は、この見解がなお傍説にとどまり、判例の大勢も慰謝料説をもって無形損害賠償の正解と見ていると説き、戒能説と対立していた。
- 11) 戒能・前掲(9)50巻2号20頁。
- 12) 戒能・前掲(9)50巻2号50頁。
- 13) 戒能通孝「イエーリング」法学セミナー創刊一周年記念別冊付録『近代思想史の人々』(日本評論社・1957)45頁以下で、博士はイエーリングを高く評価している。また、後に検討するように、民事罰の嚆矢と目されているユグネーヤ、スタルク、その他の論者においても、イエーリングに対する論及は多く散見され、その影響力の大きさが推測される。
- 14) 戒能・前掲(9)50巻3号121頁。
- 15) 戒能通孝『債権各論』(巖松堂書店・1946)418頁以下。
- 16) 同時期の、吉永榮助「民事責任理論の発展 フランスに於ける過失責任主義の拡張技術」一橋論叢3巻3号(1939)67頁以下も、過失責任をもってすべての場合を律することはかえって過失の觀念自体の破壊を導かないか、と問題提起し、無過失責任構成のための積極的な指導概念の発見に努めるべきであるとする。
- 17) 三島宗彦「慰謝料の本質」金沢法学5巻1号(1959)1頁以下。
- 18) 三島宗彦「損害賠償と抑制的機能」立命館法学105・106号合併号(1972)666頁以下、108・109号合併号(1973)112頁以下。
- 19) Bernhard Grossfeld, Die Privarstrafe (1961), S. 89 ff. 三島教授によれば、グロスフェルトはまず、損害賠償法は発生した損害の填補のみを目的となすという通説の立場は、賠償が何故加害者の財布から求められなければならないかを説明できないとして、損害賠償法にかかる単一の原理によって説明し尽くすことは不可能とし、損害賠償は、満足付与機能・回復機能・威嚇機能・填補機能の4つを持つとする。グロスフェルトについては、伊藤進「Bernhard Grossfeld: Die Privatstrafe—Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts—1961 144. s.」法律論叢38巻5号(1965)63頁以下も参照のこと。
- 20) 三島・前掲(18)105・106号合併号684-685頁。また、三島教授は、「すでに加藤教授の提唱によって、戦後の民法学は英米法にならって、不法行為の類型別考察という方向へ努力を進めつつあるが、これを単に要件面に関する考察に終わらせないで、損害賠償についても、財産的損害と非財産的損害のそれぞれについて、損害賠償制度のより効果的で、現実に適した解決方法が検討されてよいように思う。」と指摘している(三島・前掲(18)108・109号合併号139頁)。
- 21) この時期に懲罰的損害賠償を論じた論文は非常に多い。たとえば、田中和夫「英米における懲罰的損害賠償」『妻我先生還暦記念 損害賠償法の研究 中』(有斐閣・1958)886頁以下、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194号(1972)17頁以下、同「脚光を浴びる制裁的賠償」判例タイムズ278号(1972)6頁以下、W. グレイ・木下毅(訳・コメント)「アメリカ法における懲罰的損害

- 賠償 現代の理論および実務」アメリカ法(1978)171頁以下、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(1988)19頁以下などがある。また少し時代が下がるが、藤倉皓一郎「懲罰的損害賠償論試論 アメリカ不法行為法の視点から」同志社法学49巻6号(1999)180頁以下も興味深い。
- 22) 田中英夫・竹内昭夫「法の実現における私人の役割(一)~(四・完)」法学協会雑誌88巻5・6号(1971)1頁以下,同89巻3号(1972)1頁以下,同89巻8号(1972)1頁以下,同89巻9号(1972)1頁以下。
- 23) 花谷薫「慰謝料の制裁的機能に対する再評価をめぐって 公害裁判を契機として」法と政治24巻3号(1973)19頁以下。
- 24) 吉村良一「戦後西ドイツにおける慰謝料本質論の展開 満足(Genugtuung)機能論を中心にして(一)・(二・完)」民商法雑誌76巻4号(1977)68頁以下・同5号(1977)40頁以下。
- 25) 植林弘『慰謝料算定論』(有斐閣・1962)も同じく満足機能について論じている。ただし、植林教授の述べる「満足」は、「『普遍的な価値の代表者』としての金銭が加害者から被害者に支払われることにより、被害者または遺族に、自ら被った苦痛に適合した他の理想的な快楽を取得せしめることを目的とするもの」であり、吉村教授の述べる制裁的要素を有する「満足」とは異なることに注意が必要である。
- 26) 後藤孝典「制裁的慰謝料論」法律時報52巻9号(1980)23頁以下,同『現代損害賠償論』(日本評論社・1982)。
- 27) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(中巻)』(青林書院新社・1983)262頁以下。
- 28) 森島昭夫・前掲(6)474頁。
- 29) 平井宜雄『債権各論 不法行為』(弘文堂・1992)4頁以下。また、平井教授は、故意を中心とする「意思」不法行為と、客観的過失を要件とする「過失」不法行為とを区別し、意思不法行為については、損害賠償の範囲(保護範囲)を広げるという立場をとるが、この点ですでに制裁的要素を認めているのではないか(平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会・1971)456頁以下参照のこと)。
- 30) この他、澤井裕『事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣・1993)80頁以下も、不法行為の目的と機能を、抑止と原状回復、賠償の抑止機能、賠償の制裁機能、に分けて論じているが、教授自身は、填補説の立場から制裁説について言及し、必ずしも制裁説に積極的な立場を採っていないと思われる。しかしその一方で、千葉大付属病院採血ミス事件判決の総額8000万円にも上る高額な慰謝料について、「損害賠償の予防効果を期待する面でも高額化の説明は成り立つ」(法律時報43巻6号57頁)とも指摘しており、これに対して、花谷・前掲(23)34頁は、この適切な指摘は、制裁説を用いずしてどのように理由付けられるのか、と疑問を呈している。
- 31) たとえば澤井裕「新漏水俣病判決の総合研究 法解釈学的検討・1」法律時報44巻6号(1972)119頁-121頁。
- 32) 近年、不法行為法における機能を論じる傾向はますます増加している。たとえば、近江幸治『民法講義 事務管理・不当利得・不法行為』(成文堂・2004)90頁は、「制裁」的機能について言及し、被害者の精神的作用に内在する制裁的観念を払拭することはできな

いのであり、民事賠償責任法においても、この裁制的機能が内在していることは否定できないとする。

- 33) 森島・前掲(6)477頁以下、同「損害賠償責任ルールに関するカラブレイジ理論」星野英一編集代表『我妻先生追悼記念 私法学の新たな展開』(有斐閣・1975)405頁以下。なおカラブレイジについては、ガイド・カラブレイジ、松浦好治訳「危険分配と不法行為に関する若干の考察」松浦好治編訳『「法と経済学」の原点』(木鐸社・1994)81頁以下も参照のこと。
- 34) 「法と経済学」に関しては、藤倉皓一郎「不法行為責任の展開」同志社法学107号(1974)1頁以下、浜田宏一『損害賠償の経済分析』(1977)等を参照のこと。
- 35) 森島・前掲(6)466頁以下。
- 36) 淡路剛久「不法行為法の将来と不法行為法学の課題」ジュリスト731号(1981)98頁以下、同『不法行為における権利保障と損害の評価』(有斐閣、1985)、同「スタルク教授の民事責任論 「保障理論」を中心にして」日仏法学10号(1979)1頁以下。
- 37) 加藤雅信「現行の不法行為被害者救済システムとその問題 不法行為法の将来構想のために」ジュリスト臨時増刊691号(1979)52頁以下、同「不法行為法の将来的構想」同編『損害賠償から社会保障へ』(三省堂・1989)21頁以下。
- 38) 淡路剛久『公害賠償の理論』(増補版、有斐閣・1978)101頁。
- 39) 宇佐見大司『「総合救済システム」論』法律時報65巻10号(1994)92頁。
- 40) 樋口範雄「不法行為制度の『危機』と『改革』の意義 アメリカの医療過誤訴訟を例にとって」棚瀬孝雄編『現代の不法行為法』(有斐閣・1994)235頁。
- 41) 棚瀬孝雄「不法行為法の道徳的基礎」前掲(40)15頁以下。
- 42) 棚瀬・前掲(41)3頁。
- 43) 吉田邦彦「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』(上)(中)(下)」ジュリスト997号(1992)58頁以下、998号(1992)87頁以下、999号(1992)87頁以下。
- 44) 加藤雅信「損害賠償制度の将来構想」『新・現代損害賠償法講座1』(日本評論社・1997)290頁以下、同『事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣・2002)432頁以下。また、加藤教授は、こうした修正を行うに際しては、前述の諸批判の他、石原治『不法行為法改革』(勁草書房・1996)も検討している。
- 45) 中村哲也「人格の商品化とドイツ不法行為法 カロリーネ・フォン・モノコ事件をめぐって」法政理論33巻2号(2000)1頁以下等。
- 46) 窪田充見「不法行為法と制裁」磯村保他編集委員『民法学の課題と展望 石田喜久夫先生古稀記念』(成文堂・2000)667頁以下。
- 47) 窪田充見「不法行為法と制裁 現代社会における損害賠償法の役割」私法64号(2002)137頁以下。