

原状回復と損害の規範的評価

廣 峰 正 子*

目 次

- 一 緒 論
- 二 損害の原状回復
 - 1 真の原状回復を考慮すべき侵害類型
 - 2 原状回復に向けた規範的評価
 - 3 非財産的損害の賠償における法的均衡の回復——満足機能
 - 4 非財産的損害の算定にあたって「故意による侵害」であることを考慮する意味
 - 5 近時の裁判例で「故意による侵害行為」であることが積極的に評価された一例
- 三 不法行為法改革への若干の提言
 - 1 722条1項の改正
 - 2 故意不法行為と過失不法行為の区別
 - 3 故意不法行為における非財産的損害の賠償について
- 四 小 括
- 五 結 語

一 緒 論

わが国でも民法典の現代化が議論され始めて久しいが、債権法については、ようやくそれが実現しそうである。現代化の議論の中では、不法行為法を含めた改正を検討するグループもあったが¹⁾、この度の法改正では不法行為法は俎上に上がっておらず残念に思われる。とはいえ、民法典が制

* ひろみね・まさこ 神戸学院大学法学部准教授

1) 加藤雅信教授が主宰する民法改正研究会である。加藤雅信「日本民法典財産法改正試案『日本民法改正試案・仮案（平成21年1月1日案）』の提示」判例タイムズ1281号（2009年）5頁、民法改正研究会『民法改正と世界の民法典』（信山社・2009年）など。

定されてから100年以上経過し、当時は考慮されなかった新しいタイプの保護法益や侵害類型に対応するためには、現状の民法典の解釈を変更するのみでは難しい側面があると思われる。

私の問題意識の出発点は、生命・身体、環境といったひとたび侵害されれば回復困難な法益を保護するためには、現状の金銭賠償を原則とする填補賠償は十分に機能しておらず、損害賠償に抑止的機能や制裁的機能を持たせるべきではないか、というものであった。しかしながら研究を進めていくうちに、むしろ重要なことは、わが国で自明の理とされている民刑峻別論の是非を問いつの呪縛から逃れて、私法の領域においても「罰」概念が横たわっていることを正面から認めて様々な解釈論を再検討し再構築することこそが必要であり、懲罰的損害賠償制度の導入如何は、その手法の一つにすぎないと考えるに至った²⁾。懲罰的損害賠償制度が有用な侵害類型としては、悪魔の計算に基づく故意の侵害行為³⁾、知的財産権侵害や利潤を追求した人格権侵害といった利得追求型不法行為（加害者のもとに違法に得た利得がとどまるもの）、環境に対する侵害等が挙げられる。これらの類型において、侵害のやり得を許さないという観点から懲罰的損害賠償は大変有用であるが、わが国では、被害者が填補賠償以上の利得を得ることに対する躊躇や反発が多い。この点、消費者被害のように、むしろ多

2) フランスにおける民事罰の生成と展開、質的民事罰と量的民事罰については、拙著「民事責任における抑止と制裁」（日本評論社・2010年）（初出は「民事責任における抑止と制裁（2・完）」立命館法学299号（2005年）270頁以下）を参照されたい。

3) 「悪魔の計算に基づく故意の侵害行為」として私が念頭においているのは、加害者が、侵害行為によって得る利益と、損害が発生すれば自己が負うべき損害賠償額と天秤にかけて、あえて侵害行為に及ぶことである。たとえば、有名なピント車事件では、発売予定のピント車に構造的欠陥があることを認識しながら、それを修正するためにかかるコストや販売時期の遅れから招来される不利益と、実際に欠陥に基づく事故が発生した場合にどれだけの損害賠償額が課されるかを計算した上で、欠陥のある新車の発売に踏み切ったのである。本件は、アメリカにおいて懲罰的損害賠償が課されたリーディングケースであるが、たとえば、道垣内正人「懲らしめとしての損害賠償」法学教室154号（1993年）58頁以下、落合誠一「懲罰的損害賠償（Punitive Damages）に関する責任保険でん補」成蹊法学28号（1988年）197頁以下等参照されたい。

数の被害者に小額の損害が生じる場合には、一人が多額の懲罰的損害賠償を得る制度よりも、クラスアクションのような制度を導入した方がよい、との考えも成り立ちうる⁴⁾。また、環境損害については、回復困難性もさることながら、賠償額算定の困難さもあり⁵⁾、むしろ、差止めといった事前抑止手段を考慮すべきであるとも思われる。私の問題意識からはこれらは当然検討すべき課題ではあるが、他日を期すことにする。本稿では、不法行為における抑止的機能や制裁的機能についての議論の一端緒となった制裁的慰謝料説が果たした役割に思いを寄せつつ、回復困難な法益の保護をいかに図るべきかという点について現在の私の到達点を明確にするとともに、来るべき不法行為法改革に向けて若干の私見を述べて、恩師から受けた学恩に対する感謝としたい。

二 損害の原状回復

1 真の原状回復を考慮すべき侵害類型

いうまでもなく、不法行為の目的の第一は、生じた損害を填補し、原状を回復することにより被害者を救済すること、すなわち原状回復である⁶⁾。そして、通説の見解では、差額説的理解に基づいて算定された金銭賠償が加害者に命じられ、もって被害者の原状回復がなされたことにな

4) わが国でも、消費者被害に関して、「財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続きの特例に関する法律」(平成25年法律第96号、施行は平成28年10月1日)によって集団的訴訟の途が開かれた。

5) 環境損害については、私人の所有権等を侵害した場合(すなわち、被害者と被侵害利益が明確な場合)よりはむしろ、誰にも帰属しない共同体的利益が侵害された場合が多い。この場合、「他人の」という要件及び「権利又は法律上保護される法益」(法律上保護に値する利益か)という2つの要件について、伝統的理解ではうまく対処できない。純粋環境損害については、小野寺倫子「フランス民事責任法における「純粋環境損害(préjudice écologique pur)」の概念について」松久三四彦編『民法学における古典と革新(藤岡康宏先生古稀記念論文集)』(成文堂・2011年)461頁以下など。

6) 吉村良一『不法行為法』(第4版)(有斐閣・2010年)16頁。

る。現状の損害賠償で被害者の原状回復は十分に果たされていると考える者もいるであろうが、私は、少なくとも以下の類型では、被害者の原状回復はなされておらず、「損害を填補する」という最低限果たすべき役割さえ、十分に果たしていないと考えている。それには、「原状回復」とは何か、「賠償」と何か、というそもそも論がおおいに関係していると思われる。

私が、真の原状回復を目的として、損害評価の手法や法益保護のあり方を再検討しなければならないと考えるのは、以下の類型である。すなわち、人格的利益——これには、生命・身体という完全性利益と、人格権が含まれる——に対する侵害（とりわけ故意による侵害行為）、利益を追求した故意による侵害行為（利得追求型不法行為）である。これらの類型に共通していることは、第一に、実損害の算定が不可能ないし困難であることである。人身損害について、治療費等物的損害は別として、非財産的損害そのものを金銭評価する客観的基準は、残念ながら、現状ではないと言わざるを得ない。あるいは、名誉毀損が行われた場合に、わが国の裁判所は金銭賠償のみで原状回復がなされたとして謝罪広告の掲載を認めない場合が多いが、はたして、その命ぜられた金銭賠償で被害者の名誉は回復されたのだろうか。名誉を原状回復するのに必要な金額はいくらか、という算定基準をわが国の裁判所は持ち合わせているのだろうか。こうした非財産的損害の賠償額を算定するにあたって、裁判所は、「数額で評価することが困難な損害をあえて算定すると」などと表現するが、そこで判断のよりどころとした基準や原則は何なのであろうか。算定できないからゼロである、と言わないところは評価できるが、さりとて、わが国では、裁判官に根拠なく賠償額を算定する裁量までも与えているというのだろうか。また、知的財産権侵害が行われた場合、被害者が実損害をあますことなく立証するのは、物理的にほぼ不可能であろう。加害者が違反して製造した物をどれだけ販売したのか、いくらコストがかかり、いくら利益を得たのか、といった立証に必要な情報は、加害者に偏在しているからである。もちろん特許法102条をはじめとして損害額の立証軽減に資する規定もあるし、文

書提出命令⁷⁾等民事訴訟法上の手続きを利用すれば、幾分は被害者の立証負担が軽減され、より実損害に近い賠償額の立証が可能になるだろう。しかし、その場合であっても、加害者の働き・能力に応じた賠償額の減額が認められるべきだとの議論もある⁸⁾。ましてや、加害者が得た利得を不当利得として返還請求できるか、と問われれば、通説的見解は、より少ない「被害者の損失」(要するに立証に成功した損害額に相当する額)についてしか、不当利得返還請求は認められない、と答えるのである。したがって、不法行為責任を追及するにせよ不当利得返還請求権を行使するにせよ、加害者のもとには違法な侵害行為によって得た利得が(場合によっては多額に)残ることになる。素朴な法感情からは、違法な財貨秩序が矯正されないままとどめられているのに、何が原状回復されたのか、と疑問を持たざるを得ない。この議論の延長上には、だから損害賠償に抑止的機能や制裁的機能を持たせるべきである(要するに懲罰的損害賠償を認めるべきである)とか、その一環として、利得の吐き出しをさせなければならない、という議論があると思われる。しかし、その前に立ち止まって考えてほしい。あるべき財貨秩序や法的均衡が崩れたまま矯正できていないとすれば、それは「私法の枠内」で解決しなければならない問題である。人格権侵害にせよ知的財産権侵害にせよ、権利が侵害された状態から完全に回復

7) 民事訴訟法221条。なお、特許法105条、著作権法114条の3等は、計算書類提出命令を規定する。

8) こうした利得の吐き出しを、不当利得ではなく準事務管理論で処理すべきだとする見解や、不当利得にあっても過失相殺規定を類推適用すべきであるとする見解の背後には、こうした主張があると思われる。

なお、田村善之『著作権法概説 第2版』(有斐閣・2001年)329頁は、著作権法114条の解釈について以下のように述べる：

第一に、侵害者利益額が明らかになるのであれば、それを基準にして相当な対価額を算定する手法が推奨される。そして、同条2項が問題とする侵害訴訟の局面においては、著作権者がその意に反して市場機会を奪われたために余儀なく対価を請求したのであって、著作権者の利用形態に着目して適正な対価を算定しないと、利用形態の選択を著作権者に委ねた法の趣旨を貫徹することができない。もっとも、権利者自身が著作物を利用していない場合には、利益額のうち何割かは侵害者に留保されることになろう(下線筆者)。

できていないのであるとしたら、それは、とりもなおさず、私的財産権を保護するという私法の一役割が十分に果たされていないということに他ならない。抑止や制裁は刑法の役割である、という次元の話ではない。それはちょうど、警察は窃盗犯を逮捕してくれるかもしれないし、刑法は窃盗罪を規定して一般予防機能や特別予防機能を果たしてくれるかもしれないが、警察は、被害者のもとに窃取された物を取り戻すために窃盗犯を逮捕したのではなく、結局被害者のもとに窃取された物が戻ってくるかどうかは民法の枠内で解決される問題である、ということと平行である。要するに、崩れた財貨秩序や法的均衡をあるべき状態に矯正するのは、私法の枠内で私法が行うべき役割であり、そのことと、損害賠償が抑止的機能や制裁的機能を持つべきか、という議論と混同すべきではないということである。私法が果たすべき役割を果たしていないとすれば、法規定なのか解釈なのか、いずれにせよ何か足りないのか誤っているのであろうし、我々はそれを探究しなければならないのではないのか。

第二の共通点として、通説の見解であるところの、「損害の公平な填補」を旨とする損害額の算定基準では、捉え切れない、あるいは説明困難な何かが潜んでいるのではないかということである。また、第一の共通点とも重なるが、金銭賠償のみで原状回復できるのか、という視点も見過ごすべきではない。損害評価の基準を再検討することが必要であるし、真の原状回復とは何かが問われなければならない。

2 原状回復に向けた規範的評価

損害賠償の目的は、原状回復であり、わが国では、金銭賠償による原状回復が原則とされる。このとき、市場価格のあるものであれば、損害事実説をとろうが損害金銭説をとろうが、結論にほとんど差異はない。しかし、「原状回復」というのが「被害者を損害以前の状態に戻すこと」であるとすれば、市場での再調達価格を金銭によって賠償したから原状回復した、というのはやや違和感を覚える。市場価格が50万円の中古車も50万円

の金銭も、客観的価値は同じく50万円だから50万円の再調達価格を与えさえすればよい、というのであれば、たとえば、被害者のその物に対する愛着とか失った悲しみといった、金銭では評価できない主観的価値が填補されない場合が少なくないと思われるからである。もちろん、こうした主観的価値を被害者の言い値で認めることは、適正な原状回復を図るという視点からも望ましくないのは当然である。しかし、修理が可能にもかかわらず、修理費用が再調達費用を超えるという理由で修理費用の賠償を認めないのは、これと同義であろうか。被害者を損害以前の状態に戻すことが原状回復であるとするれば、修理可能であれば修理することが原状回復にかなうのである。そうすれば、少なくとも被害者は愛着ある物を失わなくてすむし、これによる精神的損害は発生しない。ただ、加害者自身による修復を被害者が望まないことも多いので、その場合は、被害者に対して修理費用の賠償を認めることになる⁹⁾。ここでは、被害者のその物に対する愛着という精神的損害そのものが損害項目として考慮されて賠償額が高額化したわけではない。不法行為法の理念であるところの原状回復を追求しただ

9) フランス法においては、現物賠償が可能であるか原告が請求している限り、現物賠償が命じられるべきであり、裁判官は、両当事者がどちらを望んでいるか意思が明らかでない場合にしか、現物賠償と等価賠償のいずれを選択するかを裁量を有しない、とされる。また、山口俊夫『概説フランス法 下』(東京大学出版会・2004年)217頁によれば、有責者がそうした完全な原状回復を実現するための現物賠償を提供した場合には、被害者がそれを拒絶し、それに代わる等価賠償を求めることはできないと考えられているが、判例によれば、現物賠償が被害者にとって危険又は不都合をもたらすとき、例外的に、被害者はそれを拒絶することができる(例：原告被害者に対する被告医師による外科手術の提供)。

ドイツ法においては、加害者は、BGB 249条1項により原状回復義務を負うところ、これは同時に、原状回復を自ら行う権利でもあるとされる。しかし、加害者自らが行う原状回復を被害者が受け入れることを誰も期待しておらず、実務的には、249条2項1文が重要であるという。本条は、被害者に、加害者による原状回復の代わりに「これに必要な金額」を請求することを認めている。そして、この金銭賠償の基準は、なお完全性利益に、つまり修理費用や治療費等にあり、財産的利益や被害者が失った価値にはない、とされる(ハイン・ケッツ、ゲルハルト・ヴァーグナー『ドイツ不法行為法』(吉村良一・中田邦博監訳)(法律文化社・2011年)326頁)。

けである。修理費用の賠償が認められることにより、物の毀損という損害状態が払拭され（もちろん厳密な意味で損害以前の状態に戻ることは物理的に不可能だが）、原状回復しただけである。しかし、この結果は、物に対する愛着という、わが国の判例・通説が原則として損害項目として認めない損害をも考慮した損害額とも言うるのであろう¹⁰⁾。

なお付言すれば、こうした狭義の原状回復を認めず、あくまでも金銭賠償による損害賠償しか認めないとしても、この種の精神的不利益につき、それを非財産的損害として賠償の対象にするか否かが検討されなければならない。おそらく、わが国の判例・多数説は、何らかの規範的評価によって、この種の不利益は、法律上保護に値する利益ではないと評価し、したがって、損害賠償を認めるべきではないという結論に至ったのであろう。この結論の是非は脇に置くとして、これ自体は、この種の精神的不利益に特有の問題ではない。というのも、710条は「財産以外の損害」と規定するのみで、これに何が含まれるのかは、まさに解釈の問題だからである。その意味で、被害者の被った諸々の不利益につき、それが「財産以外の損害」に含まれるべきものか、という規範的評価が解釈を通じてなされることになる。さらに、それが認められた場合に、この金銭に換算することが不可能な損害はいくらと評価すべきか、という算定の段階でも、規範的に評価されることになる。とはいえ、これは何も非財産的損害に限った話ではない。「～べきか」と問うとき、その答えを導き出すためには、何

10) 森田果「法の実現手法—経済的考察」『法の実現手法』（岩波講座 現代法の動態2）（岩波書店・2014年）61頁以下は、現実の損害賠償と差止・履行強制との間の違いにびつたり一致するわけではないと留保しつつ、財産権ルールと責任ルールについて、以下のよように述べる：

損害賠償額の算定が適切に行われ得ないような場合にも、責任ルールよりも財産権ルールの方が適切な法の実現手法となる場合もある。たとえば、「思い出の品」などのように、所有者にとって特別な主観的価値があっても、現行の損害賠償法は、市場価格による損害賠償しか認めないのが原則である。生命身体に対する侵害についても、同様の問題がある。そのようなときに、財産権ルールを採用して差止・履行強制を認めることには、合理性が認められよう。

らかの準則や規範をよりどころにしているはずであり、財産的不利益であったとしても、それが賠償の対象とされる損害か否か、ということ判断するためには、何らかの規範的評価が行われている場合が多いと考えるからである。ただ、どのような準則や規範に従ったのか、ということが、わが国の現状に鑑みると、非財産的損害の方が曖昧で不透明である、というだけである。

では、不法行為に基づく損害賠償において、損害を規範的に評価するためによりどころとなる準則は何であろうか。まずは、原状回復を理念とすると謳う以上、シンプルに、「被害者を損害以前の状態に戻すこと」、「あるべき法的均衡を回復すること」であろう。そして、このことは、金銭賠償には直結しない。なぜなら、709条も710条も「賠償する」と規定しているが、賠償方法そのものは、金銭賠償に限られないからである。むしろ、ドイツ法やフランス法のように、加害者自身が妨害を除去するとか修理するとかいった原状回復方法も存在する(フランス法的に言えば、「現物賠償」)。わが国では、民法典制定時に、起草者が不法行為における損害賠償についても原則金銭賠償とする(722条1項)という一手法を採用したにすぎない。それとて、強行法規ではないはずである。したがって、単なる金銭賠償では填補できない、回復できない被侵害利益があるのであれば、原状回復の理念からは、金銭賠償以外の賠償方法が模索されなければならないし、金銭で賄える場合であったとしてもなおその填補にほど遠いのであれば、算定における規範的評価に見直すべき点があるのであろう¹¹⁾。

3 非財産的損害の賠償における法的均衡の回復——満足機能

(1) 非財産的損害における満足機能

精神的損害の賠償に満足機能があることを明らかにしたのは、いわゆる

11) 紙幅の都合もあり、この点についてはこれ以上言及しない。詳細は、拙稿「原状回復的賠償ノススメ」田井義信編『民法学の現在と近未来』(法律文化社・2012年)を参照されたい。

制裁的慰謝料論者の功績である。多くの業績があるが、紙幅の関係もあり、ここでは主要な点のみの確認にとどめる。吉村教授は、ドイツの判例・学説を丹念に検討し、慰謝料の持つ満足機能について以下のように論じた¹²⁾。

一般的人格権という、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 では否定された民事罰に何程かは類似する満足機能をもっぱら有する金銭賠償が認められた。そして、満足機能の理解として、少なくとも通常の財産的損害における損害賠償にはない威嚇や予防という一定の刑罰性が存在することについては、ドイツの学説上広範な一致が存在し、また、ドイツ連邦通常裁判所（BGH）1955年7月6日大法廷決定（BGHZ 18, 149）以前の学説のように慰謝料は純粹の損害賠償だという考え方ではとらえ切れない面が存在することについても、大筋において学説上の一致が見られるのではないかとする。続いて、いわゆる素人騎手事件判決（BGHZ 26, 349）でも純粹に人格的利益の賠償がBGB 847条1項類推適用により認められたが、ここでも上述の大法廷決定の算定方法が当てはまることが認められた。そして、いわゆる朝鮮ニンジン判決（1961年9月19日、BGHZ 35, 363）では、さらに次の2点が重要である。まず、一般的人格権侵害の場合は身体的損害よりも、損害の大きさを金銭という一般的価値尺度で評価することが困難なので、その場合「慰謝料の満足機能が賠償機能に対して完全に全面に出る」と述べられていること、次に、「人格権の侵害が、精神的損害に適したサンクションを生ぜしめないなら、人格の法的保護は、欠缺のある、かつ不十分なものになろう」として、慰謝料の持つ一般予防的視点を強調していることである。

こうした満足機能論の判例における定着と発展をみると、一般的人格

12) 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年）68頁、同76巻5号（1977年）40頁。

権侵害の場合、満足機能が単に従属的なものではなくむしろ主役を演じること、満足機能が「重大な侵害」という付加的要件を導き出す根拠の一つとなっていること、慰謝料の一般予防的機能が言われていることの3つが重要である。加えて、満足機能が認められることにより、加害者の有責性の程度や経済状態が考慮されるようになった。こうした判例の発展は、BGBにおける人格保護に対する消極性との対比においてだけでなく、他の大陸法の諸立法と異なり、加害者の有責性の程度による賠償範囲の段階づけを排斥している BGB の構造の対比という点からみても極めて興味深い¹³⁾、とされる。

(2) 現在のドイツ学説における満足機能をめぐる議論

現在のドイツ法において一般的人格権や満足機能がどのように述べられているのかも確認しておく¹⁴⁾。まず、非財産的不利益に対する金銭による補償を認めたりーディングケースとして、上述の素人騎手事件判決等について述べた後で、モナコ王妃判決¹⁵⁾をリーディングケースとして挙げる。この判決により、連邦通常裁判所は、一般的人格権侵害に対する金銭賠償請求権を、現在の253条2項の慰謝料請求権から決定的に引き離し、直接に、基本法1条、2条1項においてその根拠を求めた。同時に、連邦

13) 吉村・前掲(12)(一)91頁。

14) ケッツ＝ヴァーグナー・前掲(9)208頁以下。

15) この判決につき、窪田教授は、人格権の保護に向けた侵害行為の抑止という観点を前面に出し、それに基づいて賠償額を算定すべきという判断を示したという点で、ドイツにおいても強いインパクトを有した、とした上で、注意すべき点は、BGH 判決も、損害の有無にかかわらず、加害行為の抑止を目的として、加害者から利得を吐き出させるとしているわけではなく、賠償額の算定について加害者の利得を考慮するという点を述べているだけである、とする。これは、わが国の不法行為法の枠組みに目を向ければ、あくまで損害要件は維持したうえで、その損害の算定について加害者の利益を反映させることができるということを述べているに過ぎないという(窪田充見「不法行為における法の実現」『法の実現手法』(岩波講座 現代法の動態2)(岩波書店・2014年)91頁)。その趣旨は、損害賠償を無限定なものとしないうえにも、また文言上の制約からも「損害」要件を維持するという点にあるのだらうと思われる。

通常裁判所が公然と述べたのは、金銭賠償請求権は、賠償という目的のためにのみ認められているのではなく、何よりもまず、加害者がその行為を繰り返すことを抑止する機能を有している、ということである。

また、伝統的な見解によれば、慰謝料には、補償機能と並んで満足機能もある¹⁶⁾。これは、「加害者には自らが被害者に与えたことに対しあがなう義務がある」との考えを考慮するものと思われる。連邦通常裁判所は、最近の判例において、慰謝料の補償機能を少しずつ前に出してきたものの、とくに故意の権利侵害の場合には、なお満足機能を堅持している。今日理解によれば、慰謝料の満足機能がなお一定の役割を果たしている以上、有責性の程度も重要となる。それゆえ、故意行為者は、危険責任に基づきその賠償請求を受ける者と比べて、被害は同じであっても、より高額な慰謝料を負担することとなる。反対に、加害者が軽過失の場合、補償という視点で命じられる範囲を超えるいわれはない。ここで主張されている見解によれば、重過失の場合にも、補償機能を考慮した上ででてくる金額にとどめておくべきであろう。また、行為後の加害者の態度も考慮すべきである。とりわけ、加害者の責任保険者の補償対応、なかでも非常に消極的な査定をする場合、予防の観点からも、こういった状況においては、「本来」負うべき金額を超える慰謝料の高額化が正当化される。

(3) 小 括

重大な公害問題や薬害問題に直面して、1970年頃から学説では、様々な議論が展開された。その中で、いわゆる制裁的慰謝料説は、ドイツ法やフランス法との比較を通じて、非財産的損害の賠償が、損害の填補、補償という枠組みでは捉えきれないものを含んでおり、むしろそちらの方が重要であるということを明らかにした。制裁的慰謝料説は、慰謝料の本質を説得的に明らかにし、その後、副次的とはいえ、慰謝料の持つ制裁的機能や

16) ただし著者は、2002年の損害賠償法改正において、立法者は、非財産的損害の賠償の満足的機能から、その基盤を奪い取った、と述べている。

抑止的機能を判例に認めさせた功績は大きい。しかしあらためて今考えてみると、功績はそれだけにとどまらず、精神的損害という金銭では換算しえない損害に対して賠償を認める根拠は、「損害の填補」ではなく、「満足機能」を果たさせることである、と明らかにしたことこそあったのではないか。すなわち、満足機能とは、加害者自身に賠償義務を課すことで被害者の法的感情を慰撫することであるが、ここでは、あるべき法的状態を回復させるために、「加害者自身によって損害を贖わせるべきである」という規範的評価、そして、「被害者の法感情を慰撫するために必要な金額はいくらか」という算定における規範的評価の2つがなされていることを、正面から認めているからである。このことは、いまだにわが国では不透明な、非財産的損害を認める根拠やその算定基準にとって、大きな示唆を含むものであったと思われるのである。

4 非財産的損害の算定にあたって「故意による侵害」であることを考慮する意味

とりわけ生命・身体等人格的利益にあつては、原状回復は物理的に不可能である。しかしそもそも、現行法の解釈・運用においても、損害賠償はフィクションにすぎない。人身損害においては、当該損害は、逸失利益や稼働能力の喪失として、すなわち財産的損害として算定され（それ自体もフィクションであるが、まだしも算定の根拠とすべき数値が存在する）、精神的苦痛といった非財産的損害は、「算定困難ではあるがあえて算定すると」として裁判官が裁量で一定額の金銭を命ずるのである（しかもこの点についてまで、赤本や青本といった、被害者間の公平を重視した基準が存在することも問題である）。したがって、裁判官が何らかの規範的評価によって、算定不可能な非財産的損害を算定したとしか言えまい。例えば、生命侵害に対する精神的苦痛として3000万円が相当であると裁判官が判決を下した場合、この損害額は何を意味するのであろうか。まず、被害者がこうした精神的苦痛を被っていない場合においても賠償を命ずべきであるという規範的判

断がなされたことになる。被害者が即死であった場合や意思無能力であった場合、被害者はこうした精神的苦痛を感じるができないのであるから賠償を命じる必要はない、とはならないであろう。すなわち、被害者に必ずしも精神的「損害が発生していない」場合であっても、加害者にこうした非財産的損害を賠償させなければならないという規範的評価がなされた結果なのである。

では、実際に被害者が精神的苦痛を被った場合、すなわち非財産的損害が発生した場合、上記の損害額は何を意味するのであるか。純粹に物的損害であれば金銭による原状回復が可能な場合もあるが、いくら金銭を得ようとも、こうした精神的苦痛が贖われることはない。だからこそ、涙で貨幣を铸造することは不愉快である、として精神的損害に対する賠償が排斥されてきた時代もあったのである¹⁷⁾。この点につき、いわゆる制裁的慰謝料を唱えた論者らにより、慰謝料には満足機能や制裁的機能があることが明らかにされてきた¹⁸⁾。すなわち、加害者に損害賠償責任を課することにより、被害者の法感情が慰撫されるとともに、あるべき法的均衡が回復され（満足機能）、仮に精神的損害が発生していない、あるいは被害者不在の場合でも賠償責任を課する（加害者のやり得を許さない）という意味で制裁的機能を果たすのである。とすれば、精神的損害の賠償額を算定する際に考慮されているのは、「実損害がいくらなのか」、「発生した実損害を填補するにはいくらが適当なのか」という視点ではなく、むしろ、諸事情を勘案して当該事件ではいくらの賠償を命じることが適当であるのか、という視点であると言わざるを得ないのではないか。問題は、そこで

17) F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, Précis droit privé: *Les obligations*, 8^e éd., 2002, n° 712.

18) 戒能通孝「不法行為における無形損害の賠償請求権(一)・(二・完)」法学協会雑誌50巻2号(1932年)18頁以下・同3号(1932年)116頁以下、三島宗彦「慰謝料の本質」金沢法学5巻1号(1959年)1頁以下、同「損害賠償と抑制的機能」立命館法学105・106合併号(1972年)666頁以下・同108・109合併号(1973年)112頁以下、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年)19頁以下、吉村・前掲(12)、後藤孝典「制裁的慰藉料論」法律時報52巻9号(1980年)23頁以下・同『現代損害賠償論』(日本評論社・1982年)など。

考慮された諸事情が何であるのか、である。裁判実務では、「加害者の主観的態様によって被害者の被る実損害が異なる」と強弁されるが、それはレトリックにすぎない。人身損害において加害者の故意・過失如何によって損害額を異ならせるべきであるとすれば、加害者が故意の場合の方が、被害者の怒りや悔しさといった感情がより大きく、その法感情を慰撫するためにより高額な賠償額を課すべきだからということになるのではないか。というのも、人身損害の結果に対する被害者の悲しみや苦しみのものは、加害行為が故意であれ過失であれ、異ならないとも考えられるからである。そうすると、故意・過失によって精神的損害の賠償額が異なるのは、実損害が異なるからではなく、満足機能を十分に果たさせるのに必要な賠償額はいくらか、という視点からしか説明できないように思われる。

5 近時の裁判例で「故意による侵害行為」であることが積極的に評価された一例

近時の裁判例で、加害者の行為態様が故意の侵害行為であったことを重視し、今まででは考えられないような高額な非財産的損害賠償を認めた裁判例がある。いわゆる、プリンスホテル事件判決とも呼ばれて、多くの評釈がなされている裁判例である。本稿の問題意識からも非常に参考になる裁判例なので、ここで概要を示しておく。

(事実の概要)

X1 (日本教職員組合) は、平成19年3月から10月にかけて、Y1 (株式会社プリンスホテル) との間で、日教組第57次教育研究会全国集会 (平成20年2月2～4日) 開催のため、宴会場の使用契約や宿泊契約 (本件各契約) を締結した。しかしY1は、平成19年11月12日付書面をもって、右集会に反対する右翼団体の街宣活動等による他の顧客及び近隣等への迷惑を理由に本件各契約を解約した旨主張して、その使用を拒否するに至った。このためX1は、東京地裁に対して宴会場の使用を求めて仮処分命令を申立て、

申立てどおりの決定を得た。Y1がした東京高裁に対する保全抗告も、平成20年1月30日に棄却する決定がなされ、上記仮処分命令の決定が確定した。にもかかわらずY1は、引き続きX1に対して各会場使用を拒否したため、X1は、予定していた本件教研集会の前夜祭及び全体集会を開催することができず、また、本件教研集会に参加する予定であったX1を構成する単位組合の組合員らは、上記宿泊をすることもできなかった。しかもY1代表取締役のY2らは、Y1のホームページにおいて平成20年2月1日頃から1年2ヶ月にわたり、「グランドプリンスホテル新高輪における日本教職員組合様との会場利用に関するトラブルについて」と題する記事等を掲載し続け、その記者会見などをした。

原告らの請求は以下の通りである。① まずX1は、Y1に対しては債務不履行又は不法行為に基づき、Y2らに対しては会社法429条に基づいて各自1億3102万円余の損害賠償を請求した（財産的損害1392万円余、非財産的損害1億円及び弁護士費用1710万円）。② X2ら（X1に加盟する単位組合77組合）も同様に、財産的損害（請求額は不明だが、少なくとも二審において1456万円余が実際に支出した財産的損害として認定されている）、非財産的損害として単位組合ごとに50万円、弁護士費用として合計額の10%を請求した。③ 本件教研集会に参加予定だった組合員ら1889名（以下X3らと呼ぶ）は、Y1及びその取締役ら12名各自に対し、各自55000円（慰謝料5万円及び弁護士費用5000円）を請求した。上記①～③の合計額は、2億9300万円余である。さらに、④ X1は、Y1に対し名誉・信用毀損を理由として謝罪広告（民法723条2項）の掲載を請求した。

（一審判決）全部認容¹⁹⁾

「本件使用拒否は、本件各宴会場の使用を拒否する点において、本件仮処分命令等に違反し、民事保全法の予定しない手段を用いて、民事保全によって保護されるべき利益を侵害し、更に原告日教組による本件前夜祭及

19) 東京地判平成21年7月28日判例時報2051号3頁。

び本件全体集会の中止を余儀なくさせるものであって、円滑な本件教研集会の運営を阻害するものであるから、違法であることは明白であり、かつ、その違法性は著しいというべきである」として、本件使用拒否は、「各債務の不履行に該当するのみならず、原告日教組の権利を侵害する不法行為にも当たると解するのが相当である」とした。

また、「集会は、その参加者が様々な意見や情報等に接することにより自己の思想や人格を形成、発展させ、また、相互に意見や情報を伝達、交流する場となるものであるから、参加者は、集会に参加することについて固有の利益を有し、かかる利益は法律上保護されるべきである」として、X2ら及びX3らに対する不法行為責任も認めた。

損害額の認定についても興味深い。まずX1については、原告が主張した財産的損害のうち、431万円余を本件使用拒否と因果関係のある損害と認めたが、本件各集会の開催準備及び実施のために支出した費用961万円余、及び宿泊費や航空券のキャンセル料は、本件使用拒否と因果関係がないとして認めなかった。しかし「本件各集会を開催することができなかった以上、その開催準備及び実施のために支払った費用については、その本来の効用が得られず無駄になったというべきである。したがってかかる支払いについても、何らかの填補を図るのが相当であるから、後記のとおり、原告日教組の非財産的損害の賠償額を算定するのに、これを考慮する」(傍点筆者)として、非財産的損害については、原告請求の1億円に加えて、「故意に本件使用拒否に及び本件各集会の開催を妨げたものであって、その行為の違法性は著しい」として上記931万円余を加えた金額を認容している。この点弁論主義に違反するかも思われるが、原告の請求額を超えておらず問題とならない。

X2ら及びX3らに対しても請求した全額の損害賠償義務を認容し、謝罪広告の掲載も認めた。結局、X1、X2ら、X3らの請求は全部認容されたことになる。

これに対してYらが東京高裁に控訴した。

（二審判決）原判決変更²⁰⁾

本件使用拒否がX1に対する債務不履行及び不法行為になることは認め
たが、X2ら及びX3らに対しては、契約当事者でないとして、Y1の使用拒
否が不法行為を構成するとは認められないとした。しかし、X2らが負担
した、前夜祭及び全体集会のための宿泊料及びキャンセル料や、X2らの
一部が負担した、前夜祭及び全体集会が中止になったことを組合員を集め
て説明するために借りた会場の借料は、実質的にはX1が負担する費用で
あるが、X1とX2らとの関係及び合意によって独立の法人格を有するX2ら
が負担したものであるとする。そして、Y1の本件使用拒否はX2らに対す
る不法行為を構成するものではないが、上記費用を損害賠償の対象外とす
るのは相当ではなく、これをY1の不法行為と相当因果関係にある損害と
認め、Y2らあてに賠償を命じることを相当と判断した。X3らについて
は、やはり契約当事者でないことを指摘した上で、一般参加者として参加
した組合員らと所属単位組合の役員として本件教研集会に参与した者の2
類型に分ける。そしていずれに対しても固有の精神的損害を認めなかった
（その理由は、後述の吉村評釈と重複するので紙幅の都合上割愛する）。

損害額については、X1が1審で請求していた財産的損害の全額を「前
夜祭及び全体集会が実施されないこととなったにもかかわらず支出せざる
を得なかったものであ」として認容し、X2らに対しても財産的損害と
して1456万円余を認容した。そして、X1は、「本件仮処分命令を申請し、
これを認める決定を得た後、保全異議、保全抗告に対処し、これを維持す
る東京高等裁判所の判断を得たものであり、これによって本件仮処分命
令が確定したものであるにもかかわらず、その判断の内容に従った履行を得
ることができず、本件教研集会の前夜祭及び全体集会を開催することがで
きないものとなったものである。そして、弁論の全趣旨によれば、被控訴
人日教組は、確定した仮処分命令の履行が得られないことに対処し、本
件教研集会を実施、運営していくために、上記の財産的損害に加えて、数額

20) 東京高判平成22年11月25日判例時報2107号116頁。

算定が困難である多大な労力と出捐を強いられ、また、前夜祭及び全体集会が開催できないこととなったことによる混乱と困惑を收拾するために、数額算定が困難である無形の損害を被ったものと認めることができ、さらに……名誉及び信用の毀損による無形の損害も被ったものである。これら非財産的損害のすべてを金銭で評価するとすれば、上記財産的損害の合計額である2849万15円の3倍に相当する8547万円（1万円未満切り捨て）であると認めるのが相当である。」とした。弁護士費用についても、X1に対して993万円、X2らについて143万円余が認容された。なお、謝罪広告については、X1が被った名誉及び信用の毀損の損害を回復するには、損害賠償を命ずるのが相当であるとして、認めなかった。

控訴審においては、12人の取締役のうち3人にしか責任が認められなかったこと²¹⁾、X2ら及びX3らに固有の精神的損害が認められなかったこと、謝罪広告の掲載が認められなかったこと、等に一審からの変更がみられるが、実損害を上回る高額な非財産的損害の賠償が認められたことが注目される。

一審・二審ともに、財産的損害を大きく超える非財産的損害の賠償を命じた点が重要である。とりわけ、二審は、非財産的損害につき、「これらの非財産的損害のすべてを金銭で評価するとすれば、上記財産的損害の合計額である2849万15円の3倍に相当する8547万円……であると認めるのが相当である」との判示している点が興味深い。この点につき吉村教授は、本件控訴審判決が、一般参加者である組合員の「残念な気持ち、不当であるとの気持ち又は怒りの感情」は日教組との関係での債務不履行責任及び不法行為の一事情として評価されるとしていること、さらに、所属単位組合の役員として本件教研集会に関与した者について、「それは被控訴人日教組又は被控訴人単位組合らの組合役員としての精神的苦痛であって、い

21) この点及び会社法の観点から本件を評釈するものとして、星野豊「ホテル施設の使用拒否による取締役の責任の成否」ジュリスト1450号（2013年）112頁がある。

ずれも契約当事者である被控訴人日教組に対する無形損害の中で評価されるべきものである」としていることに鑑みると、本件「非財産的損害」ないし「無形損害」には、金銭に評価することが困難な財産的損害だけではなく、精神的損害という意味で非財産的損害が含まれると見ることができるのではないかと、とした上で、被告プリンスホテルが仮処分に従わず一方的に使用を拒否したことを問題視し、被告行為の違法性を算定にあたって重視している点を指摘する。そして、そこには、何らかの制裁ないし抑止的な意味合いがこめられているとみることができるのではなからうかと、するのである²²⁾。

三 不法行為法改革への若干の提言

1 722条1項の改正

原状回復の理念から、金銭賠償の原則（722条1項）を放棄すべきである。すなわち、被害者を損害以前の状態に回復させるために、どのような賠償手段が最も適切か、との視点から賠償方法を選択すべきである。いわゆる現物賠償が優先されるべき場合もあろうし、従来通りの金銭賠償で足りるとされる場合もあろう。しかし、現行法の、金銭賠償が原則であり狭義の原状回復（名誉棄損における723条）は例外である、との立場からは、原則と例外がひっくり返ることを意味する。

そもそも「賠償」とは、損害を償い埋め合わせることであり、直截に「金銭による埋め合わせ」を意味しない。現物賠償も金銭賠償も、賠償の一形態である²³⁾。そもそも債務不履行の場合は、当事者に予見可能性が

22) 吉村良一「ホテルの施設利用許可の仮処分を無視した使用拒否を理由とする損害賠償請求——プリンスホテル日教組大会会場等使用拒否事件」私法判例リマックス44号（2012年）45頁。

23) フランス法においては、理論的には、等価賠償よりも現物賠償が修復の理想とされる。等価賠償では、損害状態を残存させるのに対して、現物賠償は、損害状態を払拭する完全な原状回復だからである。この原則に基づき、原状回復に要する費用が多額で、損害が

あることから、金銭賠償を原則とすることに一定の合理性がある。相互に、不履行の場合に生じうる損害を予測して算定し、そのリスク負担をどうするかを当事者で合意することも可能だからである。したがって、債務不履行責任において金銭賠償を原則とすることは、経済的合理性の観点からも許容される。しかし、不法行為においては、こうした予見可能性もなければ、あらかじめリスク分散することにも限界がある。あらゆる損害につき、責任保険等が引き受けてくれるわけではない。「損害の公平な分担」とは、つまるところ配分的正義の一端であるが、これを強調することが果たして公平なのかは、再考の余地があろう。

2 故意不法行為と過失不法行為の区別

故意不法行為と過失不法行為で効果を異ならせることが合理的である。過失責任主義は、最低限の帰責の根拠として過失を要求するのみで、過失責任主義を採用することは、故意不法行為と過失不法行為の要件・効果を別にすることを否定するものではない。故意不法行為は、まさしく加害者が思いとどまろうと思えば思いとどまれる侵害行為であり、それなのにあえて侵害行為に及んだことが、もっと積極的に評価されなければならないのではないか。フランス民法典では、契約責任においてでさえ、故意の場合、賠償範囲は予見不可能な損害にまで拡大されるのである²⁴⁾。

これに対して、過失不法行為では、注意義務の高度化によって事前抑止が考慮されるべき類型もあるが、むしろそうした事例は「過失の衣を着た

↘との比較において不均衡であるとの主張は、そのみでは等価賠償をもってかえる抗弁とはなりえない、とするのが判例の多数である（詳細は、拙稿・前掲(11)を参照されたい）。

ドイツ法においても、契約責任と不法行為責任を統一的に規定する BGB 249条によれば、被害者は被った不利益について、金銭賠償を要求できるだけではなく、加害者に原状回復を求めることもできることは明らかであるという。そして、原状回復と金銭賠償とが区別されていること、および、BGB が原状回復を原則型として採用していることは、取るに足りないことではなく、むしろ内容豊かな結論を引き出す、と述べる（ケッツ＝ヴァーグナー・前掲(9)325頁）。

24) フランス民法典1150条。

無過失責任」²⁵⁾ともいわれる事例であり、通常の場合は、配分的正義と矯正的正義を衡量した場合、損害の公平な分担がむしろ重視される場合である。したがって、従来の金銭賠償がなじむ事例も多い。もちろん、この場合にも、損害算定にあたっては、原状回復の視点が忘れられるべきではなく、現状のように、安易に市場価格による金銭賠償がそのまま肯定されるわけではない。

過失不法行為において、むしろ配分的正義が重視されることは、各種保険制度等の設計等からも首肯される。各種責任保険は過失行為しか補償しないし、火災保険も失火者が故意・重過失の場合は補償しない。ここで配分的正義の観点から、「被害者の焼け太り」が嫌悪されるのは当然のことである。また、失火責任法が失火者の故意・重過失でない場合の免責を規定していることと、火災保険が広く利用されている現状に鑑みれば、木造建築が多いわが国において失火者軽過失の場合は、むしろ保険制度を活用することにより、社会全体にリスクを分散させようとする政策決定が行わ

25) 徳本鎮「過失の衣を着た無過失責任の理論」同『企業の不法行為責任の研究』（一粒社・1974年）106頁以下。この理論につき、藤岡教授は以下のように論じられる：

この考え方は、過失責任には無過失責任の代替的機能があることを示唆する。過失責任の厳格化には、もう1つ、過失責任固有の役割として、問題発見能力・問題処理能力を認めることもできよう。リスク社会において必要なことは社会生活を脅かすリスクを早期に発見し対応策を講じることであるが、過失責任の厳格化による高度の予見義務・損害回避義務の設定は、そのための有用な法的手段となりうる。これは無過失責任が担うことのできない、過失責任の現代的役割である（藤岡康宏『民法講義V 不法行為法』（信山社・2013年）13頁）。

損害の填補のみが目的ならば過失責任は非効率であるし、損害填補は抑止という目的を実現するための付随的結果にすぎないとの興味深い指摘もあるが（森田果・小塚莊一郎「不法行為の目的：『損害填補』は主要な制度目的か」NBL 874号（2006年）10頁以下）、藤岡教授のこの分析の視座は、「法の原始状態として非難されていた民刑両責任の未分化が、現代不法行為法においてあらたな目標を獲得することとなる」（同26頁、藤岡康宏『損害賠償法の構造』（成文堂・2002年）42頁以下）との主張もあわせて読むとき、あるべき不法行為法制度を検討する上で、過失責任と無過失責任のすみわけをどうするのか、また、過失や故意によって不法行為を典型的に規定するのか、といった様々なことを考える上で非常に示唆に富むものである。

れていると評価することができよう。このことから、配分的正義の視点が重視されるべきは過失不法行為であり、むしろ故意不法行為の場合には、矯正的正義の視点がかえって重視されるべきだという結論に至るのではないか。

矯正的正義については、たとえば以下のように説明される。すなわち、矯正的正義は、加害者の利得＝被害者の損失を加害者から被害者に事後的に移転させて、元の状態に回復することを求める。そのような意味で、それは、「裁判官の正義」とも呼ばれる。アリストテレスにあっては、裁判官の仕事が、配分的正義の実現ではなく、「原状の回復」すなわち矯正的正義の実現にあるとされている点は注目すべき点である²⁶⁾。

したがって、故意不法行為において矯正的正義の視点を重視すれば、あるべき原状回復は、現物賠償によるべきであるということになり、金銭賠償は後退することになる。可能な限り現物賠償が優先されることから、修理費の方が高額になるという要素は、故意不法行為にあっては、むしろ考慮されるべきではないし、また、そのことが、市場価格による金銭賠償を正当化することはない。そのため、現物賠償が物理的に不可能な場合、金銭賠償によらざるを得なくなるが、その算定は、現物賠償にかかる費用が基準となり、現状より高額化することになる²⁷⁾。

これに対して、過失の場合は、上述のとおり、矯正的正義の視点だけでなく、配分的正義の視点を加味すべき場合がある。したがって、過失不法行為の場合に、当事者の事情も勘案して、金銭賠償を許容するのが妥当である。そして、配分的正義の視点を勘案すれば、市場価格による金銭賠償が公平に適う場合もあろう。ただし、現物賠償が不可能（高額すぎて不可

26) 亀本洋『法哲学』（成文堂・2011年）433頁以下。

27) 物損において修理費用が再調達費用を超える場合に、被害者に修理費用の賠償を認めるべきにつき、ドイツ連邦通常裁判所は、被害者に「完全性の上乗せ」を認めている。修理費用は、再調達価値を超えることが認められており、この上乗せは30%までである。したがって、修理費用が再調達価値の130%を超えてはじめて、いわゆる「経済的全損」となる（ケッツ＝ヴァーグナー・前掲(9)329頁）。

能な場合を含む）である場合に、過失であること（加害行為の悪性が低いこと）を勘案して、配分的正義の観点から金銭賠償を許容するのであるから、このことは、現状行われているような、安易な市場価格による金銭賠償に直結するものではないことは、当然である。

3 故意不法行為における非財産的損害の賠償について

故意不法行為の場合、非財産的損害の算定に当たっては、加害行為の悪質性を考慮した賠償を課すことができる。これは、いわゆる懲罰的損害賠償とは異なる。非財産的損害算定の根拠に「加害行為の悪質性」を加えることにより、場合によっては、満足機能等に鑑みた規範的評価に基づく損害の算定が可能になるとともに、明文規定に加えることにより、加害者にも攻撃・防御の機会が確保され、手続保障にも適うことになる。加害者としては、自己の行為がそれほど悪質でなかったことを立証すればこの賠償義務を課されることは免れる。

この点、重過失を故意に同視すべきかは、残された検討課題である。つまり、故意でないが重過失ある場合に、同じように、加害態様の悪質性を規範的に評価し、それに基づく高額な非財産的損害の賠償を課すことが、矯正的正義の観点から正当化されるか、という問題である。この点につきひとこと付言すれば、たとえば、医療過誤訴訟において、過失を認定される証拠を隠蔽することは、むしろ不利に働く。つまり、現状では過失であっても故意であっても負うべき責任が異ならないから、被告である医療機関等は、過失の存否自体を争い、場合によっては情報を秘匿したり隠蔽したりするのである。情報や専門知識の偏在もあり、原告が医療過誤のあったことを立証するのは、実際には非常に困難である。しかし、そうした過失の立証を阻んだために結果として重過失が認定され、より高額な賠償義務を負わされうるとしたら、むしろ、場合によっては、故意や重過失ではない、単なる過失である、と争う方が合理的であるとはならないか。したがって、重過失を故意に同視することは、被害者が加害者の故意・過

失の立証が困難なこうした事例につき、実質被害者の立証責任を軽減することに資する場合もあろう。この効果は、不法行為の結果を抑止することはできないが、被害者を不法行為の結果から迅速に救済するためには有益であるし、不当に救済が引き延ばされるという事後の弊害を抑止する効果は、十分に発揮されると期待できよう。

四 小 括

損害の原状回復が十分になされていないという問題については、既存の枠組みで法解釈を変更することにより対処可能なものと、必ずしも法改正が必要ではないのかもしれないが、法改正をした方が望ましいものがある。前者は、利得の吐出しが問題となる事例である。この類型においては、損害の算定において規範的評価の視点を加えればよい。すなわち、加害者の許に不当な利得が残り、被害者に損害がとどまる状態は、矯正的正義の観点からも配分的正義の観点からも、正義は実現されていない。被害者に「不当利得」になるという批判は当を得ていないと思われる。なぜなら、703条は、本来的には、故意による不当な財貨移転の矯正を意図していないと思われるからである。意図的な他人の権利・利益侵害に対しては、むしろ不法行為による矯正が適当であると考えられていたのではないか。だからこそ、法律上の原因のない財貨移転につき本人の帰責性を問うことなく不当利得返還義務を認めているのである。原状回復の理念からは、違法に侵害された利益が加害者の許にとどまることこそが規範的に評価されるべき事由であり、損害額は、少なくとも加害者の得た利得となるはずである²⁸⁾。

28) この点、窪田教授は、以下のように述べる：

加害者の利益を考慮して損害額を算定することができるのかという問題については、損害概念が変遷し、現在の損害と損害額算定の理解を前提とするのであれば、それに対する解釈論的な障壁は、それほど大きなものではない。……第二の問題は、そうした処理が解釈論上は可能であるとしても、何故それが適切なのか、許容されるのかを問う、より規

それに対して、回復が困難ないし不可能な法益に対する故意の侵害行為に対しては、数値化可能な財産状態の回復ではなく、真の原状回復のためには、少なくとも722条1項を改正する必要があると思われる。そして、故意不法行為の場合には、あえて侵害行為に出たという点が規範的に評価される結果、現物賠償が優先され、修理費用が高額になるという理由での市場価格による金銭賠償は認められないことになる。こうして原状回復が図られるとともに、実質的な賠償負担の高額化となり、意図的な侵害行為を抑止することにも資するだろう。また、環境損害を考えた場合、原告適格の問題や集団訴訟を認めるかといった問題はあるが、現物賠償を優先させることで、少なくとも給付保持力の問題や、金銭賠償が本当に環境の回復に使われるのか、といった問題は回避されよう。

続いて、損害賠償に抑止的機能や制裁的機能を持たせるべきか、という議論に進むまでもなく、少なくとも、金銭に算定しえない非財産的損害に対して賠償を認める以上、それは、この賠償が満足機能を果たしていることをむしろ正面から認める方が素直なのであるから、むしろ、加害者の加害態様の悪質性がこの賠償の算定において考慮される要素である、との視点を明確にするべきである。先に述べたように、崩れた財貨秩序や法的均衡をあるべき状態に矯正するのは、私法の枠内で私法が行うべき役割であり、そのことと、損害賠償が抑止的機能や制裁的機能を持つべきか、という議論を混同すべきではない、ということ再度強調しておきたい。

この点、私は現行法の解釈論で十分対応できると考えていたが、半世紀以上にわたる議論よっても未だ解決されていないことに鑑みれば、明文化が望ましいのかもしれない。現状のように、裁判実務において暗黙裡にこれらの要素を算定に潜ませることは、当事者の攻撃防御の機会を保障する

↘ 規範的な問題である。この点については、不法行為による利得を許さないという価値判断（“torts must not pay”の原則）、政策判断から説明できるのではないか（窪田・前掲(15)92頁）。

またこの点に関するフランス法上の議論の詳細については、拙稿・前掲(11)を参照されたい。

点からも問題であること、裁判官が基準のない裁量を委ねられることになりかねないことに鑑みれば、法の透明性を確保することが望まれよう。

五 結 語

損害賠償の目的は、被害者を損害以前の状態に戻すこと、すなわち原状回復が理念である、と言いつつ古されてきた。しかし、それは実質をとまなうものであっただろうか。純粹に物的損害にあってさえ、市場価格に基づく金銭賠償では、被害者のもとになお不当な損失をとどめたままになることがある。ましてや、加害者の故意的な侵害行為に基づく利得追求型の不法行為である場合、「被害者が立証可能な損害」のみを損害として評価することは、加害者に違法な利得を与えることになり、加害者にこうした侵害行為を思いとどまらせる方法は無きに等しいこととなる。ここでは、矯正的正義の観点から、少なくとも「加害者が得た利得」を「損害」とする規範の評価が必要である。真の原状回復の視点からは、被害者が正当に保持する権利・法的利益から生み出された利得が加害者にとどまっている限り、矯正的正義が実現されたとは言えないからである。

ましてや、ここで追求された利益と天秤にかけられたものが生命・身体という重要な法益であった場合に、現状の損害賠償は、こうした悪質な侵害行為を思いとどまらせるのに何の力もなく、そしてここで填補賠償を叫ぶことが、なんと虚しく空虚なものであるかは、つい最近も社会問題レベルで痛感させられたばかりである²⁹⁾。

29) つい最近、科血研が国に届け出た製造方法と異なる方法によって製造していた血液製剤等を数十年にわたって悪質な隠ぺい工作をしながら製造・販売していたことが耳目を引いている。科血研は、言わずと知れた薬害エイズ訴訟の被告製薬会社5社のうちの1社である。薬害エイズ訴訟では刑事責任が問われることはほとんどなかったが、民事上は1996年に国及び製薬会社と原告団との間で和解が成立した。その際、被告企業の化血研は責任を認めて謝罪するとともに「安全な医薬品を消費者に供給する義務があることを深く自覚し、悲惨な被害を再び発生させることがないよう最善・最大の努力を重ねる」と文書で再発防止を誓っていた(和解内容については、ようやく三菱ウェルファーマ社のホームメ

生命・身体といった人格的利益や環境等，回復困難な非財産的損害が侵害された場合，「実損害を賠償する」という視点は妥当しない。むしろここでは，満足の機能や制裁的機能，抑止的機能が十全に果たされるために必要な額が算定されなければならないのではないか。しかし，そうした手法は，実損害を填補するという賠償思想を隠れ蓑にして，すでにわが国の判例・学説で首肯されていることは明らかである。それにことさらに「制裁的慰謝料」などという名前を付ける必要はない。なぜこうした非財産的損害に対して賠償責任を課すのか，そもそも算定不可能なはずの法益に対して数額で賠償額を算定した基準は何なのか，という根本に立ち返れば，それが非財産的損害に対して賠償責任を認める根拠であり，わが国の不法行為法は，すでにそうした態度決定をしたことに他ならないからである。要するに，こうした侵害に対して損害賠償責任を課すことが不当であるという立場をとるのであれば格別，そうでないのであれば，こうした賠償を認める本質には，損害賠償に満足機能や，制裁的機能，抑止的機能が内在していることを直截に認めることが，むしろ素直な法解釈なのである。この法解釈を受け入れた上で，それでもなお足りないという必要性や社会的要請が具体的に認識されてはじめて，民事責任も抑止的機能や制裁的機能を担うべきであるか，損害賠償の主位的な機能は何かといった議論が，真の意味を持つてくるのではないかと思われるのである³⁰⁾。

↘ ページで見つけることができた。http://wwwknak.jp/ta-sangyou/pharma/hiv.htm)。それなのに，そうした誓いを立てたまさにその時に熊本にある化血研の工場では不正が行われていたことが明るみになったのである。和解内容を見る限り，被告製薬会社が負った金銭的負担は，決して軽くないと思われるが，それでも悪質な違反行為が続いたとすれば，やはり法全体としてこうした悪質な侵害行為を抑止するのに無力であることを露呈しているとしか言いようがない。ワクチンや血液製剤が人命に直結する危険性を持つものであることを重視すれば，悪魔の計算ができないような制度設計が法制度全体で構築されなければならないのではないか。

30) もちろん，私は，法制度全体として違法行為の抑止を志向すべきであると考えている。違法行為の抑止や制裁は公法が十全に果たしている役割であり，民法は損害の填補だけを考えていればよいというのは，現実問題としても，幻想にすぎない。現に，前述のプリンスホテル事件で問われた公法的責任は，プリンスホテルに対して行政指導（口頭による）

私はかつて、制裁的慰謝料論につき、説得的な説ではあるがそれが「慰謝料」の枠内にとどまるという限界が存すると述べた。そして、不法行為法が様々な場面で機能していない現状を鑑みると、むしろ懲罰的損害賠償のような、私人のイニシアティブによって違法行為を抑止する途が模索されなければならない、と考えていた。この基本的スタンスは今も変わっていない。「権利のための闘争」ではないが、当該権利・法益を侵害された者こそが、最も違反行為に近くそれを摘発する可能性が高いのであり、私人にイニシアティブを発揮させることは違反行為の抑止という視点からは重要だからである。わが国の不法行為法の母法と目されるフランス法にあってさえ、債務法改正作業においては、全額賠償原則及び填補賠償原則という伝統的立場を維持しつつも、懲罰的損害賠償制度の明文化が盛り込まれている。フランスにおいても、懲罰的損害賠償に対してはわが国におけるのと同様の批判や反発があり、決して無限定にこれを認める立場を採用するわけではないが、利得追求型不法行為や人格権侵害、環境に対する侵害に適切に対処するためには、やはり懲罰的損害賠償制度の必要性が言われ続けてきたのである³¹⁾。

ㄨ 厳重注意)、社長及び幹部4名が旅館法違反に問われたものの起訴猶予となり、刑事処分は終了である。これでもし東京高裁が高額な損害賠償を課していなかったとしたら、被告の故意による悪質な侵害行為は、法制度のどこにおいても制裁されなかったことになるし、こうした侵害行為を抑止する方法はないことになる。なお、前述の科血研に対して、厚生労働省は、旧薬事法に基づき2016年1月8日、110日間の業務停止命令を出した。これまで同法に基づく業務停止処分で最長だったのは、抗がん剤との併用で死者が相次いだ抗ウイルス剤「ソリブジン」問題において、94年に製造元の日本商事(当時)に出した105日間であり、最長となる。しかしその一方で、通常の処分では、化血研が製造する血液製剤とワクチン、抗毒素の計約30製品全てが対象となるが、他社の代替品がない20製品以上については患者への影響を考慮して、出荷を認めた(読売新聞2016年1月8日付朝刊、日本経済新聞2016年1月8日付朝刊等)。したがって、医療現場が不正に製造された製品を使用し続けざるを得ないという問題とともに、他社で代替できない、ほぼ独占状態にある製品のほとんどについて出荷できるという状況の何をもって制裁となしうるのかという点もおおいに疑問である。

31) 拙稿「フランス債務法改正草案に関する覚書——懲罰的損害賠償制度導入をはじめとする民事責任の変容と発展について」法の科学39号(2008年)169頁以下、「フランス債務

とはいえ、ひとりの被害者が多額の懲罰的損害賠償額を得ることの違和感は、やはり大きな障壁である。そこで現在のフランスでは、懲罰的損害賠償が課される事例を制限することや、むしろ消費者被害のように多数の消費者に少額の損害が生じる場合に集団訴権を制度化すること、「懲罰的損害賠償」よりはむしろ、利得吐き出しを志向する「原状回復的賠償」が議論されている。わが国でも状況は類似していると思われる。しかし少なくとも、722条1項を改正し、不法行為責任においては原状回復を原則とすること、原状回復が不可能な場合にあっては、矯正的正義に基づき原状回復に必要な額はいくらかといった視点から賠償額を規範的に算定すること、そして故意といった加害行為の態様を非財産的損害の賠償額算定にあたって積極的に考慮すべきである、ということを正面から認めるならば、現行法の規定や理念を大きく変えることなく、利得追求型不法行為の抑止と賠償額の適正化（被害者のもとに不当な損失をとどめたままにしない）の実現に向けた大きな一歩となるはずである。

↘法改正の最新動向 懲罰的損害賠償導入の可能性」法律時報82巻12号（2010年）127頁以下、「フランス債務法改正作業における懲罰的賠償の処遇」日仏法学28巻（2015年）91頁以下。