

〈 論 説 〉

アメリカにおける精神的苦痛賠償の展開（3・完）

下 田 大 介

— 目 次 —

- 一 はじめに
- 二 アメリカにおける精神的苦痛賠償の展開
 - 1. 精神的苦痛賠償に制限的なスタンスの理由
 - 2. 精神的苦痛の意図的惹起
(Intentional Infliction of Emotional Distress : IIED) (以上、本誌19号)
 - 3. 精神的苦痛のネグリジェントな惹起
(Negligent Infliction of Emotional Distress : NIED) (以上、本誌20号)
 - 4. 近時における IIED と NIED との横断的分析
 - (一) NIED の万能化を警戒する見解
 - (二) 不法行為法制全体における精神的苦痛賠償のあり方を模索する見解
 - 5. 小括
 - (一) 精神的苦痛賠償に関する懸念・難点
 - (二) IIED の承認と拡張
 - (三) 責任制限のための特別ルールと NIED
 - (四) 身体的被害要件の放棄と精神的苦痛それ自体に対する賠償の可否
 - (五) 第三次不法行為法リステイメント
- 三 アメリカにおける議論がわが国の慰謝料の認否および算定に与えるいくつかの示唆
 - 1. 留意すべき日米の違い
 - (一) 故意ないし意図的不法行為の位置づけの違い
 - (二) 陪審制の採否から生じる違い
 - 2. わが国の人身被害の算定スキームにおける慰謝料の位置づけに与える示唆
 - (一) 直接被害者に生じた身体的被害と精神的損害との関係
 - (二) 慰謝料の認否と算定における客観性
 - 3. バイスタンダードルールの展開がわが国の近親者固有の慰謝料に与える示唆
 - (一) バイスタンダードルールと民法711条の共通点と相違点

- (二) 近親者固有の慰謝料の認否とその算定の際に考慮すべき要素
- 4. 死亡被害者の遺族に生じる財産的損害と精神的損害との関係
 - (一) 遺族の呈した精神疾患を固有の慰謝料の増額事由に解消することの当否
 - (二) 遺族に対する法的救済の程度
 - (三) 財産的損害と精神的損害との互換性
- 5. 慰謝料の填補的機能以外の機能等
 - (一) 裁判外での紛争解決を促すという裁判政策的機能
 - (二) 人格権または人格的利益の侵害に対する慰謝料

四 結びに代えて

(以上、本号)

4. 近時における IIED と NIED との横断的分析

従来、精神的苦痛の意図的惹起とネグリジェントな惹起とは一般に、帰責判断の次元で別個の問題領域に属すると考えられてきた。双方を取り上げる見解においても、両者は相互に比較対象とされることが多かった。もっとも、IIED における醜悪性要件とネグリジェンスにおける身体的被害要件とに、精神的苦痛の真実性を担保するという共通の機能があるとして、身体的被害要件を放棄する際に IIED が引き合いに出されることはあった⁽⁶⁶⁷⁾。

ところが近時、IIED と NIED とを横断的に分析することを通じて、むしろ NIED によって賠償が認められる場面を限局し、または不法行為法制全体における精神的苦痛賠償のあり方を模索する見解も散見される。ここでは、二つの見解を紹介することにする⁽⁶⁶⁸⁾。

(667) See, e.g., *Rodrigues*, 472 P. 2d 509, 519; *Molien*, 616 P. 2d 813, 819.

(668) 以下、本文で紹介するもののほか、精神的苦痛賠償一般について、モラルハザードの防止や損害軽減義務を検討するものとして、See also Eugene Kontorovich, *The Mitigation of Emotional Distress Damages*, 68 U. Chi. L. Rev. 491 (2001); Kevin C. Klein, G. Nicole Hininger, *Mitigation of Psychological Damages: An Economic Analysis of the Avoidable Consequences Doctrine and Its Applicability to Emotional Distress Injuries*, 29 Okla. City U. L. Rev. 405 (2004).

（一）NIED の万能化を警戒する見解

クランプ（David Crump）は、典型的な IIED の事案で NIED が転用されることがあるとして、実際の事件をモデルにした次のような設例を提示することから始める。X 女と交際していた Y 男は、彼女との性交渉をビデオで盗撮し、後日仲間と視聴した。これを知った X は深刻な精神的苦痛を被った。賠償訴訟において、X の弁護士は、プライバシーの侵害や IIED ではなく、NIED を主張した。そのねらいは、家族の不法行為に基づく損害賠償責任をも付保する住宅所有者総合保険（homeowner's insurance）から給付を得ることにある。この種の保険には一般に、意図的な不法行為について、保険会社を免責する条項が含まれるために、責任をネグリジェンスに基礎づける必要があったのである⁽⁶⁶⁹⁾。

クランプは、上記 Y と同種の行為を抑止する IIED の有用性を認めつつ⁽⁶⁷⁰⁾、精神的苦痛の意図的な惹起には、聖職者が地獄の責苦を説き、債権者が弁済を迫る場合のように、それが合理的な範囲内にある限り、社会的に必要なものもあるという⁽⁶⁷¹⁾。そのため IIED は責任制限の必要性から行為の醜悪性を要求するが、その判定基準が曖昧なため⁽⁶⁷²⁾、陪審審理への応訴コストを生じさせるほか、その判定を陪審の怒りの感情に委ねると、社会的に必要な活動をも萎縮させるおそれがある、と分析する⁽⁶⁷³⁾。また、NIED を予見可能性のみに基礎づけ、その転用を広く認め

(669) Crump, *supra*, note 19 at 441-443.

(670) このほか、IIED はアッサルトにわずかに及ばない嫌がらせ行為を抑止するとして、Wilkinson 事件 (2 Q.B. 57) や LaSalle Extension University 事件 (253 N.W. 424) を例示する。Crump, *supra*, note 19 at 446-448.

(671) このほか、性的虐待で訴えられた父親の弁護士が被害を主張する子に反対尋問するに際し深刻な精神的苦痛を生じさせ、または大学教員が不勉強な学生を咎める場合を例示する。Id. at 448-449.

(672) See also Givelber, *supra*, note 132 at 53-56.

(673) Crump, *supra*, note 19 at 451-453. 例えば、上司からセクハラを受けたとする部下からその報告を受けた使用者が上司を解雇すると、この処分を IIED として上司から訴えられ、他方セクハラを放置すると、部下から IIED を提訴されるリスクを負う。いずれにせよ応訴コストを生じさせるが、クランプは、多くの使用者はセクハラ除去に尻込みするかもしれない、と指摘する。Id. at 451-452.

ると、醜悪性要件による責任制限を回避できるため IIED は消失し、さらに意図的な不法行為は一般に精神的苦痛を生じさせるので NIED がそれらを浸食する⁽⁶⁷⁴⁾、と予想する。そして彼は、IIED でさえ過剰抑止のおそれがあるのに、NIED の万能化は注意深く構築されてきた責任制限を破壊するとして、これに反対する⁽⁶⁷⁵⁾。

そこでクランプは、ネグリジェンスに基づく精神的苦痛賠償を限定するカギとして、義務 (duty) 概念に注目し⁽⁶⁷⁶⁾、その判定を純粋な予見可能性の問題に解消すると、例えば、スペースシャトルの爆発事故をテレビで視聴した者に予見可能な精神的苦痛にもリカバリーの根拠を与えるため、過剰抑止が生じると警戒し、万能な NIED がかなりの責任拡張を伴うことを示す⁽⁶⁷⁷⁾。その上で、仮に最終的に責任が否定されるにしても、訴答段階では予見可能性が問われるにすぎないとすれば、常に陪審審理コストを生じさせる弊害があるという⁽⁶⁷⁸⁾。また、精神症状やその原

(674) NIED によって悪意訴追 (malicious prosecution) の要件を回避することを否定した事例として、*See, e.g., Wal-Mart Stores, Inc. v. Medina*, 814 S.W. 2d 71 (Tex. Ct. App. 1991).

(675) Crump, *supra*, note 19 at 453-457. *See also* Pearson, *supra* note 521.

(676) 義務概念による責任制限を模索するものとして、*See also* Davies, *supra* note 608. なお、クランプは、バイスタンダールールも、社会的有用性といった義務の構成要素によって、責任を制限する試みと捉える。そして、直接被害者がこの制限を回避することについて、原告バイスタンダーは直接被害者の属性をも兼ね備えているとして、「直接被害者」理論によるスクリーニングは責任制限に貢献しないと指摘する。Crump, *supra*, note 19 at 462-465.

(677) 例えば、①不行跡な従業員を解雇した使用者、②飛行中の緊急事態により乗客に恐怖を与えた航空会社、③電話越しに不敬な言葉を用いた者、④交際相手に別れを告げる恋人、⑤健康への不安を生じさせる製造プラント、⑥債権回収を迫る債権者などが、NIED で提訴されうるとする。ただし、②については黙示的な契約条項の違反、③については IIED によって、責任を基礎づける余地があると留保する。*Id.* at 465-471.

(678) *Id.* at 471-472. これに対し、IIED は醜悪性を要件とするため、これが満たされなければ、却下ないしサマリジャッジメントで対処できる、と指摘する。*Id.* at 472-473.

因について精神科医の意見が割れることもあり、賠償額の算定や因果関係の判断には曖昧さがある、と指摘する⁽⁶⁷⁹⁾。さらに、予見可能な精神的被害のすべてに賠償を認める「完全リカバリー」ルールを提唱するベルの見解⁽⁶⁸⁰⁾を検証し、その論拠に乏しいことを批判する⁽⁶⁸¹⁾。そのほか、カリフォルニア州やハワイ州で NIED がいったん承認され、その後縮小ないし廃止されたこと等を紹介し、万能な NIED の難点を例証する⁽⁶⁸²⁾。そして彼は、この難点の原因が義務概念を純粹な予見可能性の問題に解消し、それ以外の要素を軽視することにある、と分析する。

以上の分析により、クランプは、ネグリジェンスまたは不注意の主張・立証で十分であれば、故意や醜悪性を要件とする訴訟原因を主張する原告はいなくなり、意図的不法行為における責任制限のほとんどを消失させる、と指摘する。その上で、IIED を含め意図的不法行為の要素を欠く場合には、精神的苦痛賠償を、既存の契約関係から精神的静穏に配慮する義務を導くことができ、またはバイスタンダールールの要件を満たす原告に限定すべきである、と結論づける。また、これによって上記設例の X が責任保険からの給付を得られなかったとしても、そのような結果はむしろ正当である、と補足する⁽⁶⁸³⁾。

（二）不法行為法制全体における精神的苦痛賠償のあり方を模索する見解

リー（Robert J. Rhee）は、ネグリジェントに惹起された精神的苦痛の賠償を限定する特別ルールはいずれも恣意的であり、裁判所は一貫し

(679) *Id.* at 473-476.

(680) *See* Bell, *supra*, note 23.

(681) Crump, *supra*, note 19 at 477-488. *See also* Pearson, *supra* note 555.

(682) Crump, *supra*, note 19 at 493-502. さらに、クランプは、身体的発現や苦痛の深刻さを求めるルールによるスクリーニングの実効性に疑問を呈し、精神的苦痛賠償を経済的出捐に限定する見解については、経済的出捐を生じさせがちな IIED による提訴が選択されるであろうと推測する。*Id.* at 502-505.

(683) *Id.* at 506-508.

た責任理論を見出していないと指摘した上で⁽⁶⁸⁴⁾、精神的苦痛賠償一般が提起する問題の検討に立ち返る。彼によれば、詐欺的な訴えの懸念は証拠上の問題であり、裁判所や陪審は、専門家の助力を得ながら、被害の真実性を見極める能力を有する。したがって、この懸念によるリカバリーの否定は過剰反応であって、問題は潜在的に無限で予測不能の責任にある⁽⁶⁸⁵⁾。

この点について、リーは、ネグリジェンス責任の総体を、被害の重大さと原告数との積で表す⁽⁶⁸⁶⁾。そして、ネグリジェンスが認定されると、裁判所は重大な被害についても完全な責任を課してきたため⁽⁶⁸⁷⁾、原告数が多ければ、帰責性と不釣り合いな責任が生じうる、と指摘する。また、身体的被害には時間的・空間的な限界があるが、精神的被害にそのような制約はなく、原告を限定できない⁽⁶⁸⁸⁾。そのため、コモン・ローは予見可能な原告のすべてを救済することを拒絶し、原告集団を縮小することで不均衡な責任の問題に対処した、と分析する。その上で彼は、責任制限という重要政策のために恣意的な基準を適用すること以外に、裁

(684) Robert J. Rhee, *A Principled Solution for Negligent Infliction of Emotional Distress Claims*, 36 Ariz. L.J. 805 at 813-831 (2004). すなわち、身体的発現およびインパクトルールは要件が空文化して恣意的なものとなり、危険範囲ルールも予見可能な原告のすべてを救済するものではなく、不完全なスクリーニングをもたらすとする。Id. at 813-818. また、バイスタンダールールについて、カリフォルニア州とハワイ州の法状況を紹介し、無限の責任のおそれのため撤退を余儀なくされていると指摘する。Id. at 818-823.

(685) Id. at 831-836. リーはまた、身体症状を伴わない純粹な精神的苦痛の訴えは敗訴リスクも大きいことから、弁護士はそのような訴えを回避する傾向にあり、和解交渉を有利に進めるために提訴されるとしても、それは精神的苦痛賠償に特有の問題ではない、と指摘する。Id. at 834-835.

(686) Id. at 837. 原文では、原告数は「曝露範囲 (scope of exposure)」と表現されている。また、個別の原告に生じた被害の重大さは変数で表されている。

(687) Id. at 837-838. 他方、賠償額の限定は通常、立法プロセスによる、と指摘する。Id.

(688) Id. at 838-842. これに関連して、リーは、精神的被害は、要保護性が小さいからではなくて、その性質上、時間的・空間的制約がないがために、責任制限の必要性が大きい、と強調する。Id. at 841.

判所が現実的な代替策をもたないところに問題の本質をみる⁽⁶⁸⁹⁾。

そこでリーは、ネグリジェンスにおける義務（duty）について、個別の原告との関係性を考慮する *Palsgraf* 事件⁽⁶⁹⁰⁾に解決の糸口を見出し、カードウゾウ裁判官が「被侵害利益の多様性」に応じて義務の判定に違いが生じうると示唆したことに注目する。そして、義務は関係を表す概念であり、関係は帰責性と被侵害利益との相関に依存するので、責任ルールと賠償ルールの双方に影響すると捉え、帰責性を賠償額に反映させる枠組みを模索する⁽⁶⁹¹⁾。そのために、彼はまず、被侵害利益を整理し、その保護の優先順位について、直接被害者と付随的被害者（バイスタンダールールの要件を満たさない者も含め、事故被害者の死傷によって精神的苦痛を受けると予見可能なすべての者）とを区別する。その上で、付随的被害者というだけで法的保護に値しないわけではないが、賠償リソースに限りがある以上、その保護は劣位に置かれるという⁽⁶⁹²⁾。他方、被告の帰責性について、精神的苦痛賠償に関わる IED と NIED とを対比し、醜悪な行為を行う者は少なく、原告数の拡大を懸念する必要がな

(689) *Id.* at 845-847.

(690) *Palsgraf*, 162 N.E. 99. リーは、*Palsgraf* 事件の原告が被ったのが身体的被害ではなく、ショックによる発話障害であったことを明かした上で、これが判決で重視されなかったことに疑問を呈する。また、義務の判定に係る予見可能性分析において空間的關係が考慮されたことに、危険範囲およびバイスタンダールールとも通底する発想がみられる、と分析する。Rhee, *supra* note 684 at 848-850. なお、カードウゾウ裁判官による法廷意見とアンドルーズ裁判官による反対意見との対立が、ネグリジェンスの要件構造に与える影響を概説するものとして、米村滋人「注意義務の範囲・相当因果関係」別冊ジュリ213号『アメリカ法判例百選』（有斐閣、2012年）172頁、樋口・前掲注(11)165頁以下参照。

(691) Rhee, *supra* note 684 at 851-853.

(692) *Id.* at 853-857. リーはまた、因果関係の遠近に違いがあるとして、この区分を正当化するほか、*Molien* 事件（616 P. 2d 813）、*Marlene F.* 事件（770 P. 2d 278）および *Burgess* 事件（813P. 2d 1197）を引き合いに出して、これらの事例における医患関係の存在は直接被害者理論に好都合であったが、直接被害者と付随的被害者との区分はより広い射程をもつ、と主張する。Rhee, *supra* note 684 at 858-861.

いため、IIED では行為の帰責性と制裁に焦点が集まるのに対し、NIED は帰責性に注目せず、焦点は予見可能な被害の真実性と原告数の限定に向けられる、と分析する⁽⁶⁹³⁾。

これらの検討に基づいて、リーは、故意から未必の故意を経てネグリジェンスに至る帰責性のグラデーションを描き、帰責性が弱いほど原告数が増大するが、賠償範囲を懲罰的賠償から、現実的損害賠償、経済的出捐へと縮小することにより、帰責性との均衡を保つ図式を示す⁽⁶⁹⁴⁾。そして、精神的苦痛賠償のあり方を全面的に見直し、帰責性と賠償範囲との相関関係に、直接被害者と付随的被害者との区分という視点を取り込んだ枠組みを提案する⁽⁶⁹⁵⁾。すなわち、付随的被害者には、ネグリジェントに惹起された精神的苦痛の賠償を認めない。帰責性が弱い上、原告数が多いので、不均衡な責任を防止する必要があるからである。もっとも、未必の故意によるときは帰責性が強いいため、付随的被害者は、バイスタンダールールを満たさずとも、精神的苦痛賠償を認められる。ただし、潜在的な原告数は依然として多いので、賠償範囲は経済的出捐に限られる。他方、直接被害者は、相対的にその数が少ないので、ネグリジェントに惹起された精神的苦痛が予見可能でありさえすれば、現実的損害賠償を認められる⁽⁶⁹⁶⁾。また、意図的に惹起された精神的苦痛については、原告数はさらに少ないので、行為が醜悪でなくとも、直接および付随的被害者は賠償を認められる上、行為が醜悪であるときには懲罰的損害賠償をも加重される。

リーは、この提案が従来のルールより効果的に精神的被害や詐欺的な

(693) *Id.* at 862-865.

(694) なお、帰責性のグラデーションの中で、責任の有無や程度は被害のタイプにも依存すると主張する見解として、*See also Church, supra* note 543 at 704-708.

(695) Rhee, *supra* note 684 at 865-874.

(696) 精神的苦痛をネグリジェントに惹起された直接被害者の賠償範囲が、未必の故意で惹起された付随的被害者より広いことについて、リーは、広く救済を基礎づける枠組みを提供しつつ、社会的に耐えうるレベルに責任を制限するための妥協案である、と説明する。*Id.* at 873.

訴えを抑止する、と主張する⁽⁶⁹⁷⁾。またこの提案は、従来のルールより広く予見可能な原告を救済するが、帰責性や保護の優先順位に応じて賠償項目を限定するので、不法行為責任の総体に与える正味の影響は小さいとして、これを採用するよう促す⁽⁶⁹⁸⁾。

５．小括

本稿の目的は、アメリカにおける精神的苦痛賠償の展開から、わが国における慰謝料の認否と算定へ、いくつかの示唆を得ることにあり、アメリカにおける議論の当否を検討することにあるのではない。したがって、本章ではここまでのところで、精神的苦痛賠償に関するアメリカの判例および学説を、やや詳しく紹介することに徹してきた。ここで改めて、議論の全体像をまとめることにする。

（一）精神的苦痛賠償に関する懸念・難点

アメリカでは、精神的苦痛が本当に生じているかどうかについて、かなり懐疑的なところから出発して、その賠償の余地を拡張する場合も、精神的苦痛の真実性が担保されているかを慎重に検討している。これは、真実性が担保されなければ、詐欺的な訴えを防止できず、裁判所が訴訟の洪水に見舞われかねない、と懸念されたためであった。また、精神的苦痛には時間や場所を越えて拡大する性質があるため、ひとたび賠償を認めると、不法行為責任が際限なく拡大するおそれのあることが警戒さ

(697) すなわち、費用対効果を考慮して日々の行動を選択する者は稀なので、精神的被害の抑止効は、ネグリジェンスより、意図的不法行為の文脈に妥当するところ、IIED は醜惡な行為しか抑止しないのに対し、「提案」は故意および未必の故意による被害をも抑止する。また、直接被害者の精神的苦痛は真実であることが多いので、詐欺的な訴えの懸念は付随的被害者に顕著であるところ、「提案」は経済的出捐に賠償範囲を限定するので、詐欺的な訴えは、弁護士によってスクリーニングされるほか、訴訟コストや敗訴リスクを背負って提訴するインセンティブは小さい。Id. at 878-880.

(698) Id. at 881-882.

れてきた。そのほか、賠償額の算定が困難であるとの指摘もみられる。そのため、アメリカでは当初、精神的苦痛賠償に制限的なスタンスが採られていた。

ところが、20世紀を通じて、これらの懸念や難点の当否とその射程が検証され、当初の制限的なスタンスは徐々に緩和されていった。その際、意図的に惹起された精神的苦痛とネグリジェントに惹起されたそれとは一般に、帰責判断の次元で問題領域を異にすると考えられ、それぞれ別個に議論されてきた。

(二) IIED 訴訟原因の承認とその拡張

意図的に惹起された精神的苦痛について、1934年のリステイトメントは、既存の意図的不法行為の訴訟原因を満たさない限り、原則として、その賠償を認めない⁽⁶⁹⁹⁾。これは、当初の制限的なスタンスの表れであった。しかし、当時すでに、被告の行為に既存の訴訟原因の要素を何とか見出し、またはとくに別個の訴訟原因に言及することなく端的に、精神的苦痛賠償を認める判例も少なくなかった。そのため、1930年代後半には、学説は、リステイトメントが判例状況を正確に反映していないと批判するようになり、多様な事案類型から精神的苦痛賠償に共通する要素を抽出しようと試みた⁽⁷⁰⁰⁾。これを受けて、1948年のリステイトメントの補遺は IIED 訴訟原因を承認し⁽⁷⁰¹⁾、1965年の第二次リステイトメントでは、責任制限の明確化を図るため⁽⁷⁰²⁾、行為の醜悪性を要件の中心に据えた公式が設定された⁽⁷⁰³⁾。その結果、IIED では、精神的苦痛の填補というよりむしろ、醜悪な行為に対する制裁の側面が強調される。また、醜悪性要件は精神的苦痛の真实性を担保する機能をも担う、と捉えられた。

(699) RESTATEMENT, § 46.

(700) See, e.g., Magruder, *supra* note 21; Prosser, *supra* note 37.

(701) RESTATEMENT (Supp. 1948), § 46.

(702) See Prosser, *supra* note 19.

(703) RESTATEMENT (2nd), § 46.

ところが、IIED は多様な事案類型から共通の要素を抽出して一般化されたものであるため、その責任制限としての醜悪性の判断基準は抽象的で曖昧なものにならざるを得なかった⁽⁷⁰⁴⁾。そのため、1960年代後半以降、この訴訟原因は、契約法や労働法規とオーバーラップする法領域でも利用され、他の訴訟原因では獲得できない法的救済を提供する受け皿として機能するようになる⁽⁷⁰⁵⁾。

実際、IIED は「雇用の領域で爆発的な発展を遂げた」⁽⁷⁰⁶⁾。そこでは IIED は、優越的地位の濫用や各種のハラスメントの防止等の政策目標を達成するための手段の一つとして機能した。しかし、アメリカでは、契約法上、使用者に広範な解雇権が認められている。しかも、労災補償や個別労使紛争については、連邦および州の労働法規がコモン・ロー上の訴えを専占し、少なくとも使用者との関係では、それらの制定法の規定する行政主導の解決枠組みが排他的救済手段であるとされる。さらに、人種、民族および性別に基づくハラスメントに対しては、市民権法タイトルⅦに依拠する訴えも利用できる⁽⁷⁰⁷⁾。したがって、1980年代後半以降、IIED が契約法上の制限や制定法上の排他的救済条項を回避することの当否、またはタイトルⅦに基づく訴えを超える IIED の有用性の有無について、活発に議論されている⁽⁷⁰⁸⁾。

IIED の拡張はまた、差別的発言や宗教的行為の文脈にも及んでおり、表現および信教の自由といった基本的人権の保障との調整を必要とする事態を生じさせている。そして、学説には、これらの課題に取り組むものもみられる⁽⁷⁰⁹⁾。

(704) See Givelber, *supra* note 132 at 52-62.

(705) *Id.* at 74.

(706) Crump, *supra* note 19 at 452.

(707) これらの点について、中窪裕也『アメリカ労働法〔第2版〕』（弘文堂、2010年）221頁以下、296頁、305頁以下参照。

(708) See Bleeke, *supra* note 163 ; Austin, *supra* note 137 ; Duffy, *supra* note 166 ; Chamallas, *supra* note 106.

(709) See Love, *supra* note 265 ; Hayden, *supra* note 106.

・ (三)責任制限のための特別ルールと NIED 訴訟原因

ネグリジェンス訴訟原因は、被告の行為が精神的苦痛のみを生じさせた場合には、原則として認められず⁽⁷¹⁰⁾、その成立には、有形的ないし身体的被害 (physical injury) の発生が必要とされる。他方、身体的被害が生じ、ネグリジェンス訴訟原因が認められる場合は、身体的被害に付随する寄生的賠償項目としての pain and suffering (すなわち、身体的被害から生じる精神的・肉体的苦痛) の賠償も認められる。19世紀末から20世紀初頭にかけて、このような枠組みやその射程を見直す契機となったのが、原告が事故を辛うじて避けた際に感じた恐怖等の精神的苦痛が、後に身体的被害に発展した (つまり、精神的苦痛から身体的被害が生じた) 場合に、その賠償が認められるか、という問題であった。

精神的苦痛のネグリジェントな惹起については、行為に対する制裁を強調することができず、責任をネグリジェンスの帰責性と均衡したものに制限する必要がある。また精神的苦痛の真実性をいかに担保するかが課題となる。そこで、コモン・ローは、ネグリジェンス一般法理に加えて、精神的苦痛賠償を制限する特別ルールを展開した。

20世紀初頭において、責任制限の機能を担ったインパクトルールは、精神的苦痛を介した身体的被害の賠償のために、原告に物理的インパクトが加えられ、それと同時に身体的被害が生じたことを要求した⁽⁷¹¹⁾。しかし、判例には、このルールの枠内で、どうにか賠償を根拠づけようとして、目に入った埃や煙の吸引がインパクトにあたるものも現れた⁽⁷¹²⁾。そのため、インパクトルールは、恣意的に運用されていると批判

(710) See RESTATEMENT (2nd), § 436A. ただし、ネグリジェントになされた遺体の不当な取扱いや死亡通知の誤配については、精神的苦痛の真実性が担保される状況があるとして、例外的に身体的被害なしに精神的苦痛賠償が認められた。See KEETON ET AL., *supra* note 17 § 54 at 361-362.

(711) 初期の判例として、See, e.g., *Ewing*, 23 A. 340; *Mitchell*, 45 N.E. 354; *Spade*, 47 N.E. 88. もっとも、これらの事例は「インパクト」という表現を用いていない。

(712) *Porter*, 63 A. 860; *Morton*, 170 N.E. 869. See also *Christy Bro. Circus*, 144 S.E. 680.

されるようになり⁽⁷¹³⁾、次第に衰退していった⁽⁷¹⁴⁾。相前後して、一部の州は、恐怖それ自体に対する賠償は認められないが、恐怖等の精神的苦痛が身体的被害に発展していれば、その賠償が認められうとする身体的発現ルールを採用した⁽⁷¹⁵⁾。他方で、責任制限の政策的な必要性それ自体が消失したわけではないので、インパクトルールに代わる責任制限を模索する動きも生じた。

危険範囲ルールは、物理的インパクトを受けずとも、原告がネグリジェンスによって作出された危険の範囲内にいれば、その危険によって生じた恐怖等の精神的苦痛を介した身体的被害の賠償を認める。このルールは、インパクトルールよりも賠償を受けることのできる原告の範囲を拡張するが、安全なところから他者への被害を目撃していたバイスタンダーが感じた恐怖や不安に誘発された身体的被害について、その賠償を否定する機能を果たした⁽⁷¹⁶⁾。そして、20世紀中頃までには、とりわけ原告バイスタンダーの精神的苦痛賠償を制限する文脈で、多くの法域が危険範囲ルールを採用するようになる。

ところが、わずかな場所の違いが責任の成否を分けることの妥当性に疑問が呈され、それが端的に現れたのが、1968年の *Dillon* 事件⁽⁷¹⁷⁾であった。親子３人で歩道を歩いていたときに、車道側にいた末娘が被告運転の自動車にはねられて死亡した。その母親と姉は難を逃れたが、直接被害者の死亡を目撃したショックから生じた精神ないし身体症状による損害について、原審は、危険範囲ルールを適用して、姉への賠償を認めたのに対し、わずか数ヤード離れたところにいた母親への賠償を否定した。これに対し、カリフォルニア州最高裁は、危険範囲ルールを放棄して、

(713) See, e.g., Goodrich, *supra* note 375 at 504-506.

(714) 少数派に転じた後も、長年インパクトルールに固執してきたニューヨーク州も、1961年の *Battala* 事件 (176 N.E. 2d 729) において、ついにこのルールから撤退した。

(715) 初期の判例として、See, e.g., *Purcell*, 50 N.W. 1034; *Mack*, 29 S.E. 905.

(716) See, e.g., *Waube*, 258 N.W. 497.

(717) *Dillon*, 441 P. 2d 912.

ネグリジェンス一般法理の適用によって賠償の可否を判断する枠組みを採用した。もっとも、最高裁は、訴訟の洪水や無限の責任への懸念に配慮して、そこでの判断が原告バイスタンダーに身体的被害が生じている事案に限定されることを確認した上で、予見可能性を判定するためのガイドラインとして、場所的近接性、時間的・知覚的近接性、および直接被害者との関係の近接性という三つのファクターを提示した⁽⁷¹⁸⁾。Dillon事件は、ネグリジェンス一般法理の適用により賠償の可否を判断するものであるが、インパクトおよび危険範囲ルールと対比される場合には、精神的苦痛を介した被害への賠償の可能性を広げるものであり、NIEDという新たな訴訟原因を創設するものと捉えられることもある⁽⁷¹⁹⁾。

いずれにせよ、Dillon事件で提示されたファクターは当初、被害の予見可能性を判定するためのガイドラインにすぎなかった。ところがその後、裁判所は、原告バイスタンダーへの賠償を否定する文脈では、このガイドラインを厳格に適用し、あたかも要件であるかのように用いるようになった⁽⁷²⁰⁾。そのため、このガイドラインは、一般法理とは別個の特別ルールとして機能し、バイスタンダールールと呼ばれるようになる。そして、このルールは、原告バイスタンダーに生じた被害の賠償を規律するものとして、次第に危険範囲ルールに取って代わり、今日では多くの法域が何らかの形でこれを採用している。ところが、バイスタンダールールがその支持を拡大する過程で、Dillon事件のガイドラインないし要件の適用に混乱がみられるようになり、類似の事案で結論が異なるという状況も生じた⁽⁷²¹⁾。そのため、このルールもまた、恣意的に運用されていると批判されるようになる。

(718) *Id.* at 920.

(719) *See, e.g., Tobin*, 248 N.E. 2d 419, 421; *D'Ambra*, 354 F.Supp. 810, 821.

(720) *See, e.g., Justus*, 565 P. 2d 122.

(721) *Compare Archibald*, 79 Cal.Rptr. 723; *Nazaroff*, 145 Cal.Rptr. 657, *with Jansen*, 106 Cal.Rptr. 883; *Hathaway*, 169 Cal.Rptr. 435.

（四）身体的被害要件の放棄と精神的苦痛それ自体に対する賠償の可否

IIED では、醜悪な行為に対する制裁の側面が強調され、また行為の醜悪性が精神的苦痛の真实性を担保するとされるため、身体的被害を伴わない精神的苦痛それ自体の賠償も認められ得る。これに対し、ネグリジェントに惹起された精神的苦痛の賠償を制限する特別ルールはいずれも、原告が恐怖等の精神的苦痛を介して身体的被害を呈していることを前提として、その賠償が認められる原告の範囲を画定する。主観的な精神的苦痛は性質上、その真实性を客観的に検証できないが、精神的苦痛が身体的被害に発展すると、苦痛はいわば客観化され、それが実際に生じたと推論できる。つまり、誘発された身体的被害が精神的苦痛の真实性を担保する、と捉えられた⁽⁷²²⁾。もっとも、身体的被害要件は、例えば、原告の主張する「神経過敏」、「神経衰弱」または「体重の減少、不眠、失望および無力感」によって、満たされるとする判例もみられる⁽⁷²³⁾。このような精神ないし身体症状は端的にみて、原告が苦痛を生じさせる出来事に巻き込まれ、または他者への被害を目撃したことによって、精神的にふさぎ込んだ状態にすぎないともいえるため、精神的苦痛それ自体に対する賠償との違いは薄められることになる。また、原告がこれらの症状を偽ることも容易であり、身体的被害要件が精神的苦痛の真实性を担保するとは言い難くなる。

そこで、一部の州は、ネグリジェントに惹起された精神的苦痛はそれ自体、身体的被害なしに賠償を認められ得るとするようになり、その先駆けとなったのがハワイ州であった。物損による精神的苦痛の賠償が問題となった1970年の *Rodrigues* 事件⁽⁷²⁴⁾において、州最高裁は、身体的被害要件を放棄して、通常のストレス耐性を備えた合理人が適切に処理できないほど、精神的苦痛が「深刻なもの」であるかどうかによって、

(722) See, e.g., KEETON ET AL., *supra* note 17 § 54 at 361-362.

(723) See *Daley*, 179 N.W. 2d 390; *Natusil*, 235 N.W. 335; *Mobaldi*, 127 Cal.Rptr. 720.

(724) *Rodrigues*, 472 P. 2d 509.

賠償の可否を判断する枠組みを採用した。その後、州最高裁は、典型的なバイスタンダーのシナリオにも *Rodrigues* 事件のルールを適用し、精神的苦痛賠償の可能性を大きく広げた⁽⁷²⁵⁾。ところが、1978年の *Kelly* 事件⁽⁷²⁶⁾は、責任制限の必要性を再認識させた。カリフォルニア州にいた男性が、ホノルルの交通事故で家族が死傷したとの知らせを受け、そのショックから心臓発作を起こして死亡し、その相続人が損害賠償を請求した。この事件では、精神的苦痛賠償のみが請求されたわけではないが、州最高裁は、バイスタンダーへの賠償に制限をかけることを余儀なくされ、*Rodrigues* 事件のルールは「事故現場から合理的な距離の範囲内にいた原告に適用される」と判示した。

バイスタンダールールの展開をリードしたカリフォルニア州において、身体的被害要件を放棄したのが、妻を梅毒であると誤診された夫の精神的苦痛が問題となった1980年の *Molien* 事件⁽⁷²⁷⁾であった。州最高裁は、原告夫を妻に対する誤診の「直接被害者」とであると捉え、*Dillon* 事件のガイドラインは賠償の制限にならないとして、予見可能な精神的苦痛の賠償を許容した。また、身体的被害要件は、精神的苦痛の真实性を担保するための唯一の方法ではないばかりか、「無駄な訴答と歪曲された証言を助長する」として、これを放棄した。もっとも、*Molien* 事件は、原告を直接被害者と評価するための基準を明確にしなかった。そのため、*Molien* 事件における身体的被害要件の放棄を、原告バイスタンダーに類推する判例もみられる⁽⁷²⁸⁾。しかし、裁判所はその後、医療過誤の文脈では、被害者の家族に生じた精神的苦痛の賠償を、原告は直接被害者であるとの認定に基礎づけている。これらの判例は、病院と被害者との診療契約または医患関係から導かれる義務が原告家族にも及ぶことを理由に、バイスタンダーと区分するようである⁽⁷²⁹⁾。とはいえ、医療

(725) *Leong*, 520 P. 2d 758.

(726) *Kelly*, 532 P. 2d 673.

(727) *Molien*, 616 P. 2d 813.

(728) *See, e.g., Hedlund*, 669 P. 2d 41. *See also Ochoa*, 703 P. 2d 1.

(729) *See, e.g., Burgess*, 831 P. 2d 1197; *Marlen F.*, 770 P. 2d 278.

過誤以外の事案類型において、直接被害者とバイスタンダーとを区別する明確な基準があるとはいえない状況にある。

これまでのところ、他の多くの州は、依然として身体的被害要件を維持している。しかし、ハワイ州およびカリフォルニア州のリードに追従する法域も現れている⁽⁷³⁰⁾。

ネグリジェントに惹起された精神的苦痛の賠償の要件として、身体的被害を求めるべきであるかどうかについて、学説の評価は分かれており、1980年代以降、活発な議論が続けられている。身体的被害要件の放棄に肯定的な立場にも、予見可能な精神的被害のすべてに賠償を認める「完全リカバリー」ルールを提唱する見解⁽⁷³¹⁾、ネグリジェンス一般法理のもとで平均人にとって有害な精神的苦痛の賠償を認める見解⁽⁷³²⁾、予見可能なもののうち「深刻な」精神的苦痛の賠償を認める「予見可能性＋深刻さ」ルールを支持する見解⁽⁷³³⁾、および広く精神的苦痛賠償を認めつつ、賠償範囲を経済的出捐に限定する見解⁽⁷³⁴⁾などがみられる。他方、身体的被害要件を維持する立場にも、NIED が野放図に拡大することに反対し、危険範囲ルールへの回帰を主張する見解⁽⁷³⁵⁾、身体的被害要件は個人的利益と社会的利益とのバランスの根拠をも提供するとみて、この要件の放棄を限局しようと試みる見解⁽⁷³⁶⁾、およびネグリジェンス一般法理における義務の概念を用いて、さらなる責任制限をかけようとする見解⁽⁷³⁷⁾などがある。近時は、IIED と NIED との横断的分析を通じて、NIED の

(730) *Paugh*, 451 N.E. 2d 759 (オハイオ州); *Bowen*, 517 N.W. 2d 432 (ウィスコンシン州); *Chizmar*, 896 P. 2d 196 (アラスカ州); *Camper*, 915 S.W. 2d 437 (テキサス州)。

(731) See *Bell*, *supra* note 23.

(732) See *Comment*, *supra* note 573.

(733) See *Nolan*, *Ursin*, *supra* note 589.

(734) See *Miller*, *supra* note 602; *Diamond*, *supra* note 452.

(735) See *Pearson*, *supra* note 521.

(736) See *Church*, *supra* note 543.

(737) See *Davies*, *supra* note 608.

万能化に警鐘を鳴らし⁽⁷³⁸⁾、または不法行為法制全体における精神的苦痛賠償のあり方を模索する見解⁽⁷³⁹⁾もみられる。

(五)第三次不法行為法リステイメント

ところで、アメリカ法律協会は、第二次リステイメント以降の不法行為法の発展を整序するため、三つの分野に区分して、第三次リステイメントのとりまとめを行ってきた⁽⁷⁴⁰⁾。この作業を完成させる「身体的および精神的被害に対する責任」については、2005年にその最終草案が討議され、2010年には公式テキスト全二巻のうちの「第一巻」が刊行された⁽⁷⁴¹⁾。しかし、精神的苦痛賠償に関する条項を含む「第二巻」は当初、2011年中に発行される予定となっていたが⁽⁷⁴²⁾、その後2012年に延期され、本稿脱稿時までにその発行を確認することはできなかった。発行が遅れている理由は定かではないが、最終草案に疑問や異論が投げかけられたことによるのかもしれない。そうであるとすれば、「第二巻」の発行の遅れは、精神的苦痛賠償に関する議論が依然として流動的であることを物語っているといえよう。本稿では、最終草案に関する議論をフォローしなかったけれども、「第二巻」の発行を待つて他日を期することにしたい。

なお、「第一巻」に予告されたところによれば、第三次リステイメントは、「第二巻」のチャプター 8 で、IIED の問題に取り組んでいる⁽⁷⁴³⁾。もともと、第三次リステイメントで直接取り上げられなかった論点に

(738) See Crump, *supra* note 19.

(739) See Rhee, *supra* note 684.

(740) 公式テキストとしてすでに、製造物責任に関する Restatement of the Law Third, Torts : Products Liability (1998)、責任分担に関する Restatement of the Law Third, Torts : Apportionment of Liability (2000) が発行されている。

(741) Restatement Third, Torts : Liability for Physical and Emotional Harm (vol. 1) (2010) [hereinafter cited as RESTATEMENT (3rd 2010)].

(742) RESTATEMENT (3rd 2010), FOREWORD at XII.

(743) RESTATEMENT (3rd 2010), INTRODUCTION at 1-2.

については、第二次リステイトメントの立場を踏襲するとされており⁽⁷⁴⁴⁾、NIEDの展開への記述は限定的なものになるようである⁽⁷⁴⁵⁾。

三 アメリカにおける議論がわが国の慰謝料の認否および算定に与えるいくつかの示唆

1. 留意すべき日米の違い

本章では、アメリカにおける精神的苦痛賠償に関する議論から、わが国の慰謝料の認否と算定へ、いくつかの示唆を得ることを試みる。もっとも、比較法研究一般にいえることであるが、比較対象とした外国での議論が、法構造や裁判制度のみならず、社会的、文化的小および歴史的背景をも異にするわが国に、そのままあてはまるわけではない。

本稿のテーマについていえば、アメリカでは当初、精神的苦痛賠償に制限的なスタンスが採られていたのに対し、わが国の民法710条および711条は、非財産的損害としての精神的損害のみが生じたときにも慰謝料を認めており、出発点において日米の違いは際立っている。本稿は、わが国と対照的であったアメリカの当初の制限的なスタンスが徐々に緩和されていく過程に注目するものであるが、アメリカでの議論が同国に特有の事情によるものであれば、それを直にわが国に類推することはできない。日米の事情の違いに十分に留意して、わが国に示唆を得られる事柄を慎重に見定めなければならないであろう。

しかし、法系統（大陸法と英米法）から異にする両国において、法制度の違いは多方面に及ぶ。また近時は、訴訟行動や訴訟意識の違いをステレオタイプの「文化の違い」によって説明してきた従来の「常識」に

(744) *Id.* 最終草案について、*See also Kircher, supra* note 13 at 809.

(745) ただし、第三次リステイトメントの最終草案は、直接被害者については危険範囲ルールに、原告バイスタンダーについてはバイスタンダールールに類似する基準のもとで、身体的被害なしに精神的苦痛賠償を認めるようである。*See Heisterhagen, supra* note 635 at 1272-1273.

疑問を呈し、むしろ文化の違いは紛争解決のためのインフラの違いに下支えされているとの指摘もみられ⁽⁷⁴⁶⁾、複眼的なアプローチの必要性を思わせる。したがって、社会的、文化的小および歴史的背景を踏まえつつ、日米の法状況の違いを網羅的に分析することは、本稿（そして筆者の能力）の射程を超える。そこで、ここでは、わが国への示唆を探る際の留意点として、意図的不法行為の位置づけと陪審制についてのみ、若干の検討を行うにとどめる。

(一)故意ないし意図的不法行為の位置づけの違い

わが国の民法709条は、「故意又は過失」を不法行為に基づく損害賠償の要件として併記しており、法文上、故意不法行為と過失不法行為とを区別しない。もっとも、いわゆる「過失の客観化」により、「過失」の概念理解が変化したのに伴って、故意不法行為と過失不法行為とを区別すべきとする見解も有力に主張されている⁽⁷⁴⁷⁾。通説も、故意不法行為と過失不法行為とで、賠償範囲、賠償額（とりわけ慰謝料）および過失相殺の認否に違いが生じることを認める⁽⁷⁴⁸⁾。また、債権侵害のように、故意ないし害意がある場合にのみ成立する不法行為類型のあることも指摘されている⁽⁷⁴⁹⁾。とはいえ、通説は、これらの違い⁽⁷⁵⁰⁾を、帰責根拠と

(746) ダニエル・H・フット（溜箭将之訳）『裁判と社会——司法の「常識」再考』（NTT出版、2006年）23頁以下参照。このほか、各国のアンケート調査結果に基づいて、日米の契約意識の違いを「文化の違い」によって説明することに疑問を呈するものとして、加藤雅信＝藤本亮編著『日本人の契約観——契約を守る心と破る心』（三省堂、2005年）5頁参照。

(747) 例えば、平井宜雄『損害賠償法の理論』（東京大学出版会、1971年）420頁、前田達明『不法行為帰責論』（創文社、1978年）187頁、207頁以下等参照。なお、意図的不法行為を巡るわが国の学説状況について、執行・前掲注(10)33頁以下参照。

(748) 加藤一郎『不法行為（増補版）』（有斐閣、1974年）65-66頁参照。

(749) 幾代通＝徳本伸一『不法行為法』（有斐閣、1993年）27-28頁参照。債権侵害の再構成という文脈で意図的不法行為に独自の意義を見出す見解として、吉田邦彦『債権侵害論再考』（有斐閣、1991年）668頁以下参照。

(750) このほか、加藤雅信『新民法大系V 事務管理・不当利得・不法行為（第2版）』（有斐閣、2005年）137頁は、故意による事故について責任保険会社が免責され

しての「…質的な差ではなく、非難性の程度の差…」⁽⁷⁵¹⁾によるものと説明し、故意不法行為に類型としての独自の意味を付与しない。そして、「…立証の容易な要件である過失によっても同じ効果が認められるのであれば、わざわざより困難な要件である故意を理由として責任を追及する必要はないし、故意と過失との境界を論じる意味も乏しい…」⁽⁷⁵²⁾とされてきた。その結果、わが国の不法行為法学は、成立要件の側面では総じて、過失不法行為（または無過失責任論）に関心を寄せてきたといえよう。

他方、アメリカ（英米法）では、過失不法行為については、ネグリジェンスが一般的な訴訟原因として発展したが、意図的不法行為については、アッサルト、バッテリーおよび不法監禁など、個別の不法行為類型ごとに要件・効果が構築されており、統一的な訴訟原因が存在するわけではない。もっとも、不法行為法全体を、故意責任、過失責任および嚴格責任に大別し、不法行為の一般原則を明らかにしようと試みられているとの指摘はある⁽⁷⁵³⁾。とはいえ、意図的不法行為とネグリジェンスとは、別個の類型として明確に区分されており、「意図的不法行為では、被害者の過失は減額事由とならない、予見可能な損害まで損害賠償の範囲は及ぶ、懲罰的損害賠償も問題となりうるなど、ネグリジェンスと異なる点も少なくないのである」⁽⁷⁵⁴⁾。そして、この区分は、精神的苦痛の意図的惹起とネグリジェントな惹起とを分けて議論することにも、端的に現れているといえよう。

うる（例えば、静岡地判平2・6・25交民23巻3号747頁）ことを指摘する。

(751) 加藤・前掲注(748)66頁。

(752) 窪田充見『不法行為法』（有斐閣、2007年）38頁。

(753) 加藤・前掲注(748)60頁参照。なお、不法行為法の構造について、森島昭夫『不法行為法講義』（有斐閣、1987年）4頁は、ローマ法や英米法を個別的要件方式と捉えるのに対し、四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為 中巻・下巻）』（青林書院、1992年）274頁は、英米法とドイツ法を、個別的要件方式を採用するローマ法と一般的要件方式のフランス法との中間に属するものと位置づける。

(754) 執行・前掲注(10)36-37頁。

このような故意ないし意図的不法行為の位置づけの違いに照らして、意図的不法行為の類型に属する IIED の議論から得られるわが国への示唆は、それほど多くはないのかもしれない。しかし、アメリカでは近時、NIED が予見可能性のみに基礎づけられて万能化し、IIED を含む意図的不法行為の要件を無力化するおそれを警戒する見解もみられる⁽⁷⁵⁵⁾。これは、わが国の通説が、過失によっても同じ効果が導けるなら、立証の困難な故意を帰責根拠として責任を迫及する実益はなく、故意と過失を区別する意義に乏しい、と説明してきたことを想起させる。また、IIED と NIED とを横断的に分析し、不法行為法制全体における精神的苦痛賠償のあり方を模索する見解は、直接または付随的被害者の要保護性と被告の帰責性との相関関係に依拠して、賠償範囲（ないし項目）を画定することを提案していた⁽⁷⁵⁶⁾。この提案には、わが国の伝統的な学説が、不法行為の要件としての違法性の判定基準について、被侵害利益と加害行為の態様との相関関係に着目することと通底する発想を見出しうる⁽⁷⁵⁷⁾。もちろん、問題の取り上げられ方が、わが国と完全に一致しているわけではないし、アメリカの一部の学説のみに依拠することは適当ではない。とはいえ、これらの見解は、不法行為法の構造または意図的不法行為の位置づけの違いを超えて、日米に共通する価値判断を抽出できる可能性を窺わせるように思われる。したがって、IIED の議論には、過失不法行為を中心に発展してきたわが国の不法行為法学に得るところはない、と決めるべきではなかろう。意図的不法行為の位置づけが違うことに留意しつつ、IIED が射程を拡大する過程で、何を問題として議論されてきたのかを検討し、わが国への示唆を探ることは、むしろ有用であるように思われる。

(755) See Crump, *supra* note 19. ただし、クランプの見解は、NIED の万能化に反対して、これを限局しようとする点で、意図的不法行為の独自性を強調するものともいえる。

(756) See Rhee, *supra* note 684.

(757) 後に本文でも引用するが、同旨の指摘として、菊地・前掲注(12)比較法216頁参照。

なお、本稿は、わが国における故意不法行為に独自性を認めるべきかどうかを検討するものではない。しかし、独自性を否定する通説においても、故意不法行為と過失不法行為とで慰謝料額に違いが生じることが指摘されてきた。したがって、本稿は、故意不法行為の独自性を検討する際に、ひとつの素材を提供することができるかもしれない。

（二）陪審制の採否から生じる違い

前章で紹介したように、アメリカの判例は、20世紀を通じて、精神的苦痛賠償が認められる範囲を徐々に拡張していった。もっとも、精神的苦痛賠償に「肯定的」な判例には、これを命じるのではなく、原審による訴状の却下や被告勝訴のサマリジャッジメントを覆すにとどまるものも少なくない。これは、訴答またはトライアル前手続の段階で訴えを退けるのではなく、「陪審審理にかけることを認める」ものである。したがって、このような場合には、終局的な精神的苦痛賠償の認否は差戻審における陪審の判断に委ねられることになるが、差し戻された事例の多くが和解で決着しているものと思われる。陪審は、ときに極端に過大な賠償評決額を答申すると指摘されているが、近時の実証的研究によれば、必ずしも原告に有利な判断を示すわけではないようである⁽⁷⁵⁸⁾。しかし、精神的苦痛賠償については、当初の制限的なスタンスのもとでは、既存の訴訟原因を満たさない限り、原告に勝訴の見込みはほとんどなく、または陪審審理すら開かれないため、被告を和解交渉のテーブルに着かせることさえ困難であったであろう。そうであるとすれば、陪審が精神的苦痛賠償を認める余地が生じたことの意義は、決して小さくないように思われる。

いずれにせよ、本稿の目的にとって、アメリカが陪審制を採用していることは、次の二つの点で注意を要する。第一に、陪審審理にはコストがかかるということである。したがって、アメリカでは、精神的苦痛賠償

(758) 浅香・前掲注(13)101頁以下参照。

に制限的なスタンスが採られた理由として、裁判所が「訴訟の洪水」に見舞われかねないとの懸念が示されてきたが、陪審制を採用しないわが国において⁽⁷⁵⁹⁾、その意味合いはかなり違ってくるであろう。第二に、アメリカでは、賠償額の算定は陪審の職分に属するということである⁽⁷⁶⁰⁾。そのため、精神的苦痛賠償を認める判例においても、過大な評決額の縮減を命じるものでない限り、裁判所意見（判決文）には、精神的苦痛に対する賠償額は示されない。したがって、アメリカにおける精神的苦痛賠償の議論から直接、わが国の慰謝料「額」の算定に示唆を得ることは困難である。ただし、次節で検討するように、人身被害の算定スキームにおける慰謝料の位置づけを検討する際に、身体的被害との関連で精神的苦痛を分析するというアメリカの議論の立て方は、参考になるところがあるように思われる。

2. わが国の人身被害の算定スキームにおける慰謝料の位置づけに与える示唆

アメリカでは、1970年代以降、ハワイ州やカリフォルニア州のように、身体的被害の証拠なしに、ネグリジェントに惹起された精神的苦痛の賠償を許容する法域も現れており、精神的苦痛それ自体に対する賠償の認否について、流動的な議論状況にある。しかし、今のところ、多くの州は、身体的被害を伴わない精神的苦痛がネグリジェントに惹起された場合には、原則として、その賠償を認めない。身体的被害要件は一般に、精神的苦痛の真实性を担保するものと考えられている。これとは対照的に、わが国の民法710条は、非財産的損害のみが生じた場合にも、その賠償を認め、非財産的損害の典型が精神的損害であって、これを填補す

(759) なお、アメリカにおける懲罰的損害賠償を積極的に評価し、わが国における慰謝料の制裁的機能を実効的なものにするために、民事訴訟にも裁判員制度を導入することを提案するものとして、初岡宏成『アメリカ懲罰賠償法』（信山社、2012年）211頁以下参照。

(760) pain and suffering 等の算定における陪審の役割について、高橋一修「〈慰謝料の比較法的研究〉アメリカ」比較法研究44号87頁以下（1982年）参照。

るのが慰謝料であるとされてきた⁽⁷⁶¹⁾。とはいえ、交通事故賠償における慰謝料算定基準は、後遺障害および傷害慰謝料について、それぞれ障害等級や入院期間に応じた基準を設けており、慰謝料額の公平性・妥当性および迅速な賠償処理を確保するという文脈で、身体的被害の程度を指標として活用している⁽⁷⁶²⁾。この基準に法的拘束力はないとされるものの、その根底には、アメリカとは違った形で、身体的被害を通じて精神的損害を分析するという発想を見出すことができる。

そこでまず、交通事故賠償における慰謝料の算定について、アメリカにおける精神的苦痛賠償の議論から得られる示唆を探ることにする。ただし、アメリカでは、精神的苦痛賠償について、苦痛の惹起に対する責任の成否という文脈で（つまり、要件論として）論じられることが多い⁽⁷⁶³⁾。また、損害算定は陪審の職分であって、裁判所意見（判決文）には通常、精神的苦痛に対する賠償額は示されない。そのため、アメリカでの議論が、不法行為の効果論としての、わが国の損害算定論に直接に与える示唆は限られてこよう。したがって、慰謝料の「算定」について検討するといっても、ここでは、慰謝料「額」ではなく、人身被害の「算定スキーム」における慰謝料の位置づけに注目することにしたい。

（一）直接被害者に生じた身体的被害と精神的損害との関係

上に指摘したように、交通事故賠償における慰謝料算定基準は、後遺障害および傷害慰謝料について、身体的被害の程度を指標とした基準を

(761) 例えば、円谷峻『不法行為・事務管理・不当利得——判例による法形成——〔第2版〕』（成文堂、2010年）170頁は、「710条によれば、……非財産的損害、すなわち精神的な損害が生じたときには、慰謝料請求が認められる」（傍点一筆者）とする。

(762) 日弁連交通事故相談センター編『交通事故損害額算定基準〔23訂版〕』（同発行、2012年）（以下、「青本」として引用する）139頁以下、日弁連交通事故相談センター東京支部編『民事交通事故訴訟・損害賠償額算定基準〔第41版〕』（同発行、2012年）（以下、「赤い本」として引用する）137頁以下参照。

(763) 他方、責任を広く認める代わりに賠償項目の限定を提案する見解として、Cf. Miller, *supra* note 602 ; Diamond, *supra* note 452 ; Rhee, *supra* note 684.

設定している。それでは、わが国の交通事故賠償において、精神的損害のみが生じた場合や、身体的被害とは切り離された精神的損害それ自体について、直接被害者の慰謝料請求は認められないのであろうか。これを検討する素材として、死の恐怖に対する損害賠償を取り上げる。

ヘリコプターの墜落事故に関するものであるが、東京地判昭61.9.16判時1206号7頁は、原告らが、身体外傷に対する賠償のほか、墜落の際に死に直面して精神的ショックを受けたとして、別途それに対する慰謝料を請求した事案において、「墜落に伴う死の恐怖感」に対する慰謝料を認容した。同判決に対しては、「…交通事故基準の他の事故への安易な適用をしなかった点でも、また、交通事故基準で切り捨てられてしまう多様な非財産的被害を考慮した点でも妥当なもの」⁽⁷⁶⁴⁾と評価する見解がある一方、「本件のように、生命の危機を感じたが傷害を受けただけで運良く命をとりとめた場合には、通常は傷害に対する慰謝料の中に吸収するのが適当であろう」⁽⁷⁶⁵⁾とする否定的な見方もある。自動車事故に関するものとして、大阪高判平5.7.9交民26巻4号837頁は、身体外傷を伴わない軽微な衝突事故の事案で、原告らが死の恐怖を感じたとして慰謝料を請求するのを退けた。ただし、同判決は、死の恐怖に対する慰謝料の認否は「…その加害行為の性質、態様、違法性の程度、生命、身体に対する侵害発生の可能性の有無、程度、発生した被害の内容、程度、恐怖・驚愕の時間と度合い等を総合的に考慮し、一般通常人を基準として、当該状況下において、その恐怖・驚愕を感得したことが、社会通念上、加害行為と相当因果関係のある精神的損害に当たると評価しうるもので、行為者に金銭をもってこれを慰謝させるのを相当とするか否かによって決せられる…」^(傍点一筆者)と判示しており、一般論としては、

(764) 吉村良一「墜落事故と『死の恐怖』に対する慰謝料——東京地判昭和61・9・16——」ジュリ874号56頁(1986年)。

(765) 西原道雄「『死の恐怖』と慰謝料——ヘリコプター墜落事件第一審判決を契機として」法教79号127頁(1987年)。このほか、坂本昭雄「批判」金判769号46頁(1987年)参照。

この慰謝料の余地を認めている。

ところで、近時の交通事故賠償訴訟では、死の恐怖は、原告が PTSD の診断基準を満たすと述べる文脈で主張されることがある。そして、裁判例の主流は、原告の精神症状を非器質性精神障害と捉え、逸失利益のスキームでその損害額を算定する⁽⁷⁶⁶⁾。しかし、非器質性精神障害は、客観的・他覚的に症状の有無や程度を証明することができないので、原告の愁訴を信じるほかない面がある。また、PTSD については、わが国では、精神科医の間でさえ、その病像理解にコンセンサスが得られていないため⁽⁷⁶⁷⁾、詐病のおそれを指摘する見解もみられる⁽⁷⁶⁸⁾。

仮に交通事故に帰因する非器質性精神障害を認定できたとしても、器質的変化を証明された身体障害が併発している場合には、それらの損害額を逸失利益のスキームを用いて算定することに問題があるように思われる⁽⁷⁶⁹⁾。すなわち、自賠責保険の支払実務では、自賠法施行令・後遺障害等級別表に準拠して、後遺障害等級が認定される。その際、後遺障害が二つ以上あるときは、重い方の後遺障害が認定され、または重い方の後遺障害の等級を繰り上げる併合処理がなされる⁽⁷⁷⁰⁾。交通事故賠償

(766) 拙稿・前掲注(8)44頁以下参照。

(767) 拙稿・前掲注(8)33頁以下参照。なお、アメリカでも、PTSD 罹患について、精神科医の意見が分かれることがあるのを指摘するものとして、*See also Crump, supra* note 19 at 474.

(768) 例えば、座談会「PTSD 並びに PTSD の周辺疾患をめぐる諸問題」賠償科学31号104頁（黒木宣夫医師の発言）（2004年）は、「…訴訟になりかけていて、自分の弁護士さんから『PTSD の診断書をもらってこい』と言われて来られる方もいるわけです。すると必要以上に PTSD の診断書を欲しがる」と指摘する。

(769) 以下で述べる問題点は、拙稿・前掲注(8)62頁以下において、すでに指摘したものである。

(770) なお、自賠責保険の後遺障害等級認定実務は、労災保険の認定基準に準拠して行われる。労災認定基準には、「外傷を契機として発症した器質的変化を証明することができない心因反応」であって、「精神医学的治療をもってしても治癒しなかったもの」については、「外傷神経症」というカテゴリーが用意され、かつてこれに対する等級は第14級とされていた。しかし、平成15年の労災認定基準の改定により、非器質性精神障害に対し、第9級、第12級、第14級の三つの等級が認

訴訟では、必ずしも後遺障害等級別表に定められた方法によるわけではないが、PTSD等の非器質性精神障害と身体障害とが併発している場合に、それらが併合されたり、繰り上げ処理がなされたりして、全体としての後遺障害等級に基づいて逸失利益が算定されている⁽⁷⁷¹⁾。しかし、器質的変化のある身体障害とPTSD等の非器質性精神障害には、治癒の見込みや予後の経過にかなりの違いがある。例えば、交通事故賠償では、心因性のむち打ち症について、逸失利益の算定スキームに拠りつつ、労働能力喪失期間を一定期間に限定する実務が定着しており、PTSD等の非器質性精神障害についても、労働能力喪失期間が限定されることが多い⁽⁷⁷²⁾。また、交通事故による身体外傷と精神症状の治療が併行して行われた場合に、それぞれの治療効果が上がらなくなる症状固定の時点が異なるということは、十分に考えられることである。

これと関連して、横浜地判平10.6.8判タ1002号221頁は、初めて交通事故によるPTSDの発症を認め、これを就労可能な43年間にわたる第7級の後遺障害と認定した上で、交通事故に直接帰因する第6級の身体障害と併合し、全体として第4級に繰り上げして、逸失利益を算定した。そして、交通事故によるPTSDの発症を認定するその後の裁判例には、「PTSDに対する第7級の障害認定」と均衡を保とうとする配慮からか、当時の自賠責保険実務における「外傷神経症(第14級)」に比べて、比較

定できることとされ、交通事故によるPTSDについても、自賠責保険実務上、これらの等級を認定することができることになった。この経緯について、高野真人「〈報告〉障害認定基準の自賠責保険・損害賠償実務への影響」日本交通法学会編『後遺症(交通法研究第34号)』(有斐閣、2006年)42頁、中武由紀「交通損害賠償事件における非器質性精神障害をめぐる問題(1)」判タ1377号14頁以下(2012年)参照。

(771) 例えば、岐阜地判平12.12.8自保ジャーナル1494号6頁、大阪地判平14.9.30交民35巻5号1320頁、奈良地葛城支判平15.3.14自保ジャーナル1490号2頁、名古屋地判平16.10.22交民37巻5号1422頁等参照。

(772) 拙稿・前掲注(8)44頁以下で検討対象とした交通事故PTSD裁判例においては、労働能力喪失期間が5年から18年に限定されている。ただし、労働能力喪失期間を限定せず、就労可能な期間の逸失利益を認める裁判例もみられる。

の重い等級認定をするものがいくつか続いた⁽⁷⁷³⁾。そのため、前掲横浜地判平10.6.8は、「…とりわけ、加害者側・保険会社側に衝撃を与えたのであった」⁽⁷⁷⁴⁾。ところが、同判決を子細にみると、第7級に該当するとの判断は、必ずしも PTSD による精神症状に対してのみなされたものではないことが窺われる。すなわち、裁判所は、事故時に受けた身体外傷から生じ、被告も認めている身体障害（第6級）と、原告が精神錯乱状態の間に階段から飛び降りたことで負った頸骨骨折による身体障害とを明確に区別することができないために、後者の身体障害については、PTSD による精神障害それ自体と合わせて評価し（第7級）、さらに両者を併合して等級を繰り上げている（第4級）。したがって、同判決が交通事故賠償実務に衝撃を与えた背景には、器質的な身体障害と非器質性精神障害とを併合処理することの問題が潜んでいた、と考えるべきであろう。最近の交通事故賠償訴訟では、原告の非器質性精神障害について（それが PTSD と認定されるかどうかはともかく）、これほど重い等級が認定されることはないようであり、また、心因的素因等の寄与を認めて過失相殺がなされることも多く、むち打ち症と類似の取扱いがなされている。とはいえ、器質的な身体障害との併合処理による根本的な問題は、未解決のまま残されている。

このほか、心因的素因等の寄与による減額の可否について、器質的な身体障害と非器質性精神障害に、一律の減額率を適用することの妥当性も問題になる⁽⁷⁷⁵⁾。これまでに、治療の長期化または身体障害に影響を

(773) 大阪地判平11.2.25交民32巻1号328頁（第7級を認定）、松山地宇和島支判平13.7.12判時1762号127頁（第7級を認定）、福岡地飯塚支判平14.3.27判時1814号132頁（第7級を認定）、大阪高判平13.3.27自保ジャーナル1392号1頁（前掲大阪地判平11.2.25の控訴審）（第9級を認定）、岐阜地判平12.12.8自保ジャーナル1494号6頁（第12級を認定）参照。ただし、これらの裁判例では、前掲松山地宇和島支判平13.7.12を除き、いずれも労働能力喪失期間が限定されている。

(774) 山口成樹「事故と PTSD との因果関係の認定とその基準」交通事故紛争処理センター編『交通事故損害賠償の新潮流・（財）交通事故紛争処理センター創立30周年記念論文集』（ぎょうせい、2004年）155頁。

(775) 交通事故 PTSD 裁判例では、被害者の素因のほか、事故以外の不幸な出来事の発

与える被害者の素因（心因的素因および身体的疾患）を過失相殺事由とすることの当否については、議論が積み重ねられてきた⁽⁷⁷⁶⁾。しかし、非器質性精神障害に影響を与える心因的素因については、「非器質性精神障害は心因性の症状だからという言い方をしたのであれば、全部が心因性の症状ですから、一〇〇％減額でもいいということになりかねない」⁽⁷⁷⁷⁾との指摘もみられる。したがって、身体障害に対する素因の寄与についての議論を、そのまま非器質性精神障害による損害の算定に適用してよいか、検討する必要があるだろう。

非器質性精神障害による逸失利益の算定における身体障害との併合処理や、心因的素因等の寄与による減額の問題は、交通事故賠償訴訟において確立した損害算定スキームにもほころびがあることを物語るものであるように思われる。

(二)慰謝料の認否と算定における客観性

身体的被害と精神的苦痛との関係について、アメリカでは、ネグリジェンス責任の成否という文脈においてではあるけれども、①精神的苦痛のみ、②身体的被害から生じた精神的・肉体的苦痛（pain and suffering）、

生、事故後の生活の変化、家族との軋轢などの「環境的要因」が考慮されることもある。なお、前掲横浜地判10.6.8は、PTSDによる精神障害および精神錯乱中に負った骨折から生じた身体障害について医療費の2割を減額し、事故に直接帰因する身体障害を併合した全体としての逸失利益から1割を減額する。これに対し、前掲大阪高判13.3.27は、心因に基づかない肉体的傷害による損害とPTSDによる損害を分離することは相当でないとして、両者に一律の減額率を適用する。

(776) わが国における素因減責論の到達点を整理するものとして、永下泰之「損害賠償法における素因の位置（一）」北法62巻4号680頁以下（2011年）参照。また、交通事故賠償訴訟における被害者の素因の取扱いについて、藤井勲「交通事故と素因、持病 因果関係、過失相殺の関係」宮原守男＝山田卓生編『新・現代損害賠償法講座 第五巻 交通事故』（日本評論社、1997年）89頁参照。

(777) 高野・前掲注(770)51頁。交通事故賠償訴訟における非器質性精神障害の素因減額を検討するものとして、中武由紀「交通事故損害賠償事件における非器質性精神障害をめぐる問題（2）（3）」判タ1378号14頁、1379号11頁（2012年）参照。

および③精神的苦痛から生じた身体的被害に分けて議論されていた。そこで、以下では、このような議論の立て方に依拠しつつ、わが国における問題状況を改めて整理し、検討することとする。

①精神的苦痛のみについて、アメリカでは、ネグリジェンスを帰責根拠とする限り、多くの州が、原則として、その賠償を認めない。もっとも近時、身体的被害の証拠なしに、精神的苦痛それ自体に対する賠償を許容する法域もみられる。とはいえ、そのような賠償の可否に関する議論において、どのように精神的苦痛の真实性を担保し、責任をネグリジェンスの帰責性と均衡させるかが課題になるとの認識が共有されていた。

わが国でも、前掲大阪高判平５．７．９の事案のように、死の恐怖等の精神的苦痛の存在自体が疑わしいこともあるので、原告の主観的な主張のみで慰謝料が認められるものではない。また、少なくとも過失不法行為に関する限りにおいて⁽⁷⁷⁸⁾、原告が主観的に感じた死の恐怖等の精神的苦痛が、必ずしも常に法律上保護されるべきものとなるわけではない、と考える。この点について、前掲大阪高判平５．７．９は、「一般通常人」を基準とした総合的な相当性判断によって、死の恐怖に対する慰謝料の認否を判定すべきことを判示した。これは、アメリカにおいて、精神的苦痛それ自体に対する賠償の端緒となった *Rodrigues* 事件⁽⁷⁷⁹⁾で、ハワイ州最高裁が、「通常人のストレス耐性」を基準として、苦痛が深刻なものであることを要件としていたのを想起させる。いずれにせよ、前掲大阪高判平５．７．９の示した基準を満たして認められる慰謝料は、主観的なものというより、客観的な性質を帯びている、ということを確認しておきたい。

なお、ヘリコプターの墜落事故に関する前掲東京地判昭61．9．16のように、身体外傷を伴う死の恐怖については、それが非器質性精神障害に発展し、逸失利益の算定が別途問題となるものでない限り（ただし、こ

(778) ただし、前掲大阪高判平5.7.9は、酒気帯び運転の事案であったことを付言しておく。

(779) *Rodrigues*, 472 P. 2d 509.

れを算定スキームのどこに位置づけるべきかについては後述する)、それに対する慰謝料は傷害慰謝料の中に含まれているとみるべきではなかろうか。したがって、ここでの死の恐怖は、せいぜい傷害慰謝料基準の増額事由として考慮されるにとどまり、独立した慰謝料項目として取り扱う必要はない、と考える。

②身体的被害から生じた精神的・肉体的苦痛については、英米法においても、ネグリジェンス訴訟原因のもとで、寄生的賠償項目としての pain and suffering の賠償が認められてきた⁽⁷⁸⁰⁾。そして、アメリカでは1950年代に、「明確な基準のない pain and suffering の算定のために陪審にできるかぎり明示的な基準を与え、あわせてより多額の損害賠償を勝ち取ろうと」⁽⁷⁸¹⁾する実務家の法廷技術が発展した。そのため、責任保険の普及により原告と陪審の要求が拡大したのに伴って、賠償の高額化をもたらす pain and suffering を批判する見解も有力に主張されるようになった⁽⁷⁸²⁾。

他方、わが国では、人身被害に伴う慰謝料の算定にあたり、交通事故賠償実務によって形成されてきた慰謝料算定基準が広く活用されている。現行の基準は、後遺障害および傷害慰謝料について、障害等級や入院期間に応じて基準を設けており、身体的被害の程度が慰謝料額に反映される形となっていて、それ以外の要素、例えば、被害者の年齢や属性、日常生活や社会活動が制約されることによる苦痛、および加害行為の違法性といった要素は十分に考慮されていない。そのため、身体的被害の程度以外の要素を考慮して基準額を増減することの可否については議論

(780) イギリス法における pain and suffering の沿革を概説するものとして、植林弘『慰藉料算定論』（有斐閣、1962年）6頁以下参照。

(781) 高橋・前掲注(760)86頁。

(782) 高橋・前掲注(760)87-88頁参照。20世紀半ばにおける pain and suffering の今日的な意義を回顧するものとして、See also Philip L. Merkel, *Pain and Suffering Damages at Mid-Twentieth Century : A Retrospective View of the Problem and the Legal Academy's First Responses*, 34 Cap. U. L. Rev. 545 (2006)。

があり⁽⁷⁸³⁾、また基準に盛り込むべき要素の見直しも提案されている⁽⁷⁸⁴⁾。とはいえ、慰謝料算定基準を出発点として、個別の事情を考慮した基準額の増減が微調整の範囲にとどまる限り、わが国では、アメリカにおけるように賠償の高額化を心配する必要はなさそうである（むしろ、基準額が低額にすぎるとの批判がある⁽⁷⁸⁵⁾）。したがって、器質的な身体外傷または後遺障害に限定して慰謝料算定基準を用いるなら（基準にどのような考慮要素を盛り込み、またはどのような要素を基準額の増減事由として考慮するかという問題は残るものの）、アメリカ法との対比という意味では、慰謝料の認容と算定に大きな問題はないように思われる。ここで指摘しておきたいのは、現行基準は身体的被害の程度を指標とするものであり、これを用いた慰謝料の算定は客観性を備えている、ということである。

③精神的苦痛から生じた身体的被害について、アメリカ法は、ネグリジェンス訴訟原因のもとでその賠償を制限する特別ルールを展開してきた。当初その役割を担ったインパクトルールは、物理的インパクトなしに恐怖等の精神的苦痛が誘発した身体的被害の賠償を否定した。その後、インパクトルールは衰退するが、他の特別ルールにおいても、賠償の対象となりうるのは、あくまで恐怖等の精神的苦痛を介した「身体的被害」であって、精神的苦痛それ自体ではない。しかし、判例には、この枠内でどうにか賠償を根拠づけようとして、神経衰弱、神経過敏または体重の減少のように、必ずしも客観的であるとはいえない精神ないし身体症状が「身体的被害」にあたるとするものもみられる⁽⁷⁸⁶⁾。そのため、身体

(783) 例えば、後遺障害慰謝料の算定にあたり年齢を考慮することの可否について、東京三弁護士会交通事故処理委員会編『新しい交通賠償論の胎動——創立40周年記念講演を中心として——』（ぎょうせい、2002年）137-138頁参照。

(784) 東京三弁護士会交通事故処理委員会慰謝料部会編『交通事故慰謝料算定論』（ぎょうせい、1996年）232頁以下、294頁以下参照。

(785) 後遺障害の慰謝料基準額について、東京三弁護士会交通事故処理委員会慰謝料部会編・前掲注(784)270頁以下参照。

(786) See e.g., *Daley*, 179 N.W. 2d 390; *Natusil*, 235 N.W. 335. 原告バイスタンダーに関するものではあるが、See also *Mobaldi*, 127 Cal.Rptr. 720.

的被害要件は症状の偽りや誇張を助長すると批判され、一部の州はこれを放棄した。ただし、その際、精神的苦痛の真実性を担保するために、通常人のストレス耐性を基準として精神的苦痛が深刻であることを求めたり⁽⁷⁸⁷⁾、「直接被害者」理論や契約上の義務をもちだすことによって、責任の根拠づけに配慮がなされていたこと⁽⁷⁸⁸⁾を看過すべきではない。

わが国では、身体的被害が生じていなくとも、慰謝料が認められ得るけれども、交通事故賠償訴訟における PTSD のように、精神的苦痛が非器質性精神障害に発展していれば、それによる逸失利益の賠償が認められることもある。しかし、非器質性精神障害は原告の愁訴を信じざるを得ない面があり、PTSD についていえば、詐病のおそれも指摘されているところである。したがって、アメリカでの議論は、表面的な現れ方にかなり違いがあるものの、わが国でも形を変えて、心の反応を介した精神症状について（それが精神医学的に PTSD と診断できるかどうかはともかく）、その真実性を、いかにして担保するかが問題になり得ることを示唆する。

この点について、アメリカでの議論に明確な回答が用意されているわけではない。ただし、わが国の交通事故賠償訴訟では、心因性のむち打ち症について、症状の真実性や交通事故との法的因果関係を緩やかに解しつつ（つまり、原告の主張をさしあたり信じつつ）、それによる逸失利益の算定においては、後遺障害等級（または労働能力喪失率）を低めに認定し、労働能力喪失期間を短期に限定した上で、場合によっては、心因的素因等の寄与による過失相殺を行うという実務が定着している。PTSD 等の非器質性精神障害についても、これと類似する賠償処理がなされる傾向にあることは、すでに述べた。このように、症状の真実性や法的因果関係の有無に確証を得ることができない非器質性精神障害については、とりえず損害賠償制度のもとに取り込んでおき、その影響が被告または保険会社になり重い負担となって現れることのないように、「穏当

⁽⁷⁸⁷⁾ See *Rodrigues*, 472 P. 2d 509.

⁽⁷⁸⁸⁾ See *Molien*, 616 P. 2d 813 ; *Burgess*, 831 P. 2d 1197 ; *Marlen F.*, 770 P. 2d 278.

な損害算定」を心がけるという方法も、紛争の法的解決における妥協ないし割り切りとして、あながち不当なものとはいいいきれないであろう。アメリカにも、身体的被害要件を放棄して、広く精神的苦痛賠償を認める代わりに、賠償項目を経済的出捐に限定することを提案する見解がみられるが⁽⁷⁸⁹⁾、これらの見解は、上のような方法と一脈通ずるところがある。

そうすると、本稿の関心は、わが国における非器質性精神障害による逸失利益の算定に向かうことになる。確かに、交通事故賠償訴訟では、PTSD等の非器質性精神障害について、それ単体としては、むち打ち症と類似する算定が行われる傾向にある。けれども、器質的な身体障害と非器質性精神障害とが併発している場合に、両者を併合処理するという算定方式は、少なくとも「穏当な損害算定」という方向では、うまく機能していない。そこで、労働能力の喪失に与える影響を身体障害によるものと精神障害によるものとに分離することは現実には困難であるかもしれないが、分離が可能な範囲内において、それぞれ別個に逸失利益を算定することが検討されてよいのではなかろうか⁽⁷⁹⁰⁾。もっとも、両者を別個に算定することによって、かえって逸失利益が高額になることも考えられ、そのような場合の調整は必要であろう。しかし、器質的であるがゆえに「生涯にわたり付き合う」ことが前提となる身体障害と、器質的でないがゆえに「治癒の見込みもある」精神障害とを併合処理すると、後者についてのみ労働能力喪失期間を限定することができない。ここで再度、前掲横浜地判平10.6.8が、PTSDに対し「就労可能な43年間にわたる第7級の障害認定」をしたものと受け取られ、交通事故賠償実務に衝撃を与えた背景に、このような併合処理の問題があったことを指摘しておきたい。したがって、器質的な身体障害と非器質性精神障害とを分けて逸失利益を算定し、後者については労働能力喪失期間を合理的な範囲に限定する方が「穏当な損害算定」につながるように思われる。

(789) See Miller, *supra* note 602; Diamond, *supra* note 452; Rhee, *supra* note 684.

(790) この点については、拙稿・前掲注(8)66頁において、すでに問題提起している。

さらに、器質的な身体障害と切り離して、非器質性精神障害による逸失利益を算定するのであれば、算定スキームの上で、これを財産的損害の項目に位置づけることにこだわる必要もないかもしれない。PTSDについていえば、心の反応を介して生じる精神疾患ないし障害であり、それに対する賠償は慰謝料と通底する性質を有する。「PTSDによる症状については、……逸失利益という財産的損害の算定が可能であるというロジックは成立するものと思われるが、そもそも精神的損害に対する慰謝料……との整理が必要ではないか」⁽⁷⁹¹⁾との指摘もある。したがって、非器質性精神障害による損害については、精神的苦痛の程度を示すものとみて、慰謝料を認めるという方法を検討してもよいように思われる。実際、近親者固有の慰謝料の文脈においてではあるけれども、PTSDその他の精神症状を慰謝料算定の際に考慮する裁判例もみられる⁽⁷⁹²⁾。このような方法には、器質的な身体障害と非器質性精神障害とで、その損害算定に異なった配慮を要するという点を際立たせる効果が期待できよう。もっとも、慰謝料額の妥当性を事後的に検証するためには、その算定において、PTSD等の非器質性精神障害をどのように考慮したのか、できるだけ客観的に説明することが望ましい、と考える。この点について、算定スキーム上、非器質性精神障害による損害を慰謝料の項目に位置づけるといっても、実質的には逸失利益と互換性のある損害を算定しているのであるから、逸失利益の算定式を慰謝料額の算定のところで提示してもよいのではなからうか。このような枠組みのもとでは、器質的な身体障害については、従来どおり財産的損害として逸失利益等を算定し、それによる精神的・肉体的苦痛には現行の慰謝料算定基準が用いられる。そして、非器質性精神障害が併発している場合には、これを身体障害によるもののほか不法行為にまつわる苦痛の程度が大きいことを示

(791) 小池・前掲注(9)147頁。

(792) 例えば、大阪高判平14.4.17判時1808号78頁、名古屋地判平14.12.3交民35巻6号1604頁、東京地判平15.12.18交民36巻6号1623頁等参照。そのほか、青本・前掲注(762)153-154頁参照。

すものと捉えて、慰謝料基準額を増額する。その際、増加額の基準（ないし算定根拠）として、非器質性精神障害による逸失利益の算定式を示すことになる⁽⁷⁹³⁾。器質的な身体障害とは切り離された非器質性精神障害による精神的・肉体的苦痛については、もともと非器質性精神障害それ自体が心因性の症状なのであるから、精神症状とそれによる苦痛とは不可分一体であって、慰謝料の項目に位置づけられる実質的な逸失利益の中で評価済みのものと捉え、別途の慰謝料を加算する必要はない、と考える。

もともと、器質的な身体障害と非器質性精神障害の逸失利益を別個に算定し、後者については慰謝料の項目に位置づけるという本稿の提案は、アメリカでの議論から示唆を得たものではなく、一つのアイデアの段階にすぎないので、別途その当否が検証される必要がある。とりわけ慰謝料は、その主観的な性質のため、算定根拠を示す必要がなく⁽⁷⁹⁴⁾、この柔軟性が、妥当な解決を導くための「つよみ」であることも否定しがたい。したがって、慰謝料の項目を細分化し、そこに客観的な指標もち込もうとする本稿の提案には、異論が投げかけられるかもしれない。しかし、身体的被害の程度以外の要素を考慮して、慰謝料基準額を増額する裁判例においても、名目的な考慮要素を示すにとどまり、具体的にどのように考慮したのかが示されることはほとんどない。そのため、最近ではむしろ、「…不透明な算定過程から生じる『ブラックボックス』化…」⁽⁷⁹⁵⁾も懸念されており、精神的損害の原因構造を明らかにしようと試みる見解もみられる。また、後に述べるように、慰謝料には今日、従

(793) なお、これを「慰謝料」と呼ぶことに抵抗があるようであれば、それ以外の「非財産的損害」と捉えればよいであろう。もともと、非器質性精神障害のほかにも、外貌醜状等による逸失利益の算定が困難ないし不可能な場合に、これらを慰謝料で斟酌する裁判例もすでにみられるところである（赤い本・前掲注(762)157頁以下参照）。

(794) 大判明36.5.11刑録9輯745頁、大判明34.12.20刑録7輯11巻105頁等参照。

(795) 住田守道「交通事故慰謝料（特に後遺障害慰謝料）算定と、非財産的損害の原因の構造について」池田恒男・高橋眞編著『現代市民法学と民法典』（日本評論社、

来挙げられてきた副次的な機能にも収まりきれない機能ないし目的が含まれている。そのため、慰謝料に多種多様な機能を担わせることによって、かえって得体の知れないものになる前に、何を目的として、どのような要素を考慮し、いくら金額を認めるのが妥当かを、精査すべき必要性が高まっている、と考える。

さて、本節では、直接被害者に生じた身体的被害と精神的損害との関係について、アメリカにおける議論の立て方を参考に、①精神的苦痛のみ、②身体的被害から生じた精神的苦痛、③精神的苦痛から生じた身体的被害に分けて、わが国における問題状況を整理し、とりわけ人身被害の算定スキームにおける慰謝料の位置づけを検討した。非器質性精神障害による逸失利益を慰謝料の項目に位置づけるという方法は、あくまで提案の域をでるものではないけれども、その点を措くとすれば、慰謝料の認否と算定に客観的な性質を観察できるように思われる。したがって、「慰謝料は、その主観的な性質のために、算定根拠を示す必要はない」という命題は、少なくとも人身被害やそのおそれによって直接被害者に生じる精神的苦痛に限っては、再考の余地がある、と考える。

3. バイスタンダードルールの展開がわが国の近親者固有の慰謝料に与える示唆

本節では、他者への被害によって間接的に精神的損害が生じる場面として、近親者固有の慰謝料について、アメリカでの議論、とりわけバイスタンダードルールから得られる示唆を探ることとする。なお、この点については、すでに菊地秀典教授による先行研究があり⁽⁷⁹⁶⁾、本稿もそれに拠るところが大きい。

2012年) 355頁。なお、この見解は、精神的苦痛の内容を精緻化してきたフランス法の議論に示唆を得て、わが国の後遺障害慰謝料の算定において、「社会的不利」の要素を考慮するという課題に取り組む。

(796) 菊地・前掲注(12)白鷗大学論集6巻1号119頁、7巻2号53頁、8巻2号17頁参照。

（一）バイスタンダールールと民法711条の共通点と相違点

バイスタンダールールとわが国の民法711条とは、間接被害者に生じた精神的苦痛を取り扱う点で共通するが⁽⁷⁹⁷⁾、以下のような相違点もみられる。

すなわち、バイスタンダールールは、直接被害者が死亡した場合のほか、重度の後遺障害を残したときにも⁽⁷⁹⁸⁾、その家族等への賠償の可否を判定する基準として適用され、さらにはわが子への身体的被害の「おそれ」から生じた原告母親の精神症状について、このルールを用いる判例もみられる⁽⁷⁹⁹⁾。また、バイスタンダールールの基礎となった *Dillon* 事件⁽⁸⁰⁰⁾は、ネグリジェンス一般法理を用いて、原告バイスタンダーへの賠償の可否を判定する枠組みを採用し、予見可能性を判断する際に考慮すべきファクターとして、①事故現場との場所的近接性、②直接被害と精神的ショックとの時間的・知覚的近接性、および③直接被害者との関係の近接性を挙げたにすぎなかった。ところが、その後、賠償を否定する文脈において、これらのファクターが要件化し、ネグリジェンス一般法理とは別個の特別ルールとして成立したことは、すでに述べた。いずれにせよ、①と②で原告バイスタンダーが精神的ショックを受けた状況が吟味され、これが精神的苦痛の真实性を担保し、責任をネグリジェンスの帰責性と均衡させる要件として機能している。③に関しては、どのような関係があれば、この要件を満たすのかについて、議論がある⁽⁸⁰¹⁾。さ

(797) なお、民法711条は「…その財産権が侵害されなかった場合においても…」と規定しており、扶養請求権を失ったことなどの財産的損害の賠償請求を否定するものではない。しかし、同条所定の近親者以外でも、「…現に〔直接〕被害者に対して扶養請求権をもっていた者ならば、それを失ったことによる賠償を認めるべきである。そういう意味で、財産的損害の賠償については、七〇九条に根拠をおくのが妥当である」と解されている（加藤・前掲注(748)239頁参照）。

(798) 肯定例として、*See e.g., Archibald*, 79 Cal.Rptr. 723; *Mobaldi*, 127 Cal.Rptr. 729. 否定例として、*See e.g., Deboe*, 94 Cal.Rptr. 77; *Powers*, 114 Cal.Rptr. 868.

(799) *See Paugh*, 451 N.E. 2d 759.

(800) *Dillon*, 441 P. 2d 912.

(801) *See e.g., Cavanaugh*, *supra* note 513 at 462-467. *Compare Mobaldi*, 127 Cal.

らに、従来、賠償の対象となるのは、精神的苦痛それ自体ではなく、それが誘発した身体的被害（精神ないし身体症状）であるとされ、そのことは *Dillon* 事件でも確認されている。もっとも近時、精神的苦痛それ自体に対する賠償の可否について、流動的な議論状況にあることもまた、上に述べたとおりである。他方、711条は、法文上、不法行為の直接被害者が死亡した場合にのみ適用され、同条を根拠に固有の慰謝料を請求できる近親者の範囲を、直接被害者の「父母、配偶者及び子」に限定する。その反面、これらの要件を満たす限り、近親者が精神的損害の発生を証明する必要はなく⁽⁸⁰²⁾、したがってまた、少なくとも慰謝料請求権の成立に関しては、近親者が精神的苦痛を受けた状況を問われることはないし、精神的苦痛が精神ないし身体症状に発展していなくともよい。

ただし、最判昭33. 8. 5民集12巻12号1901頁は、直接被害者が死亡していなくても、「死亡したときにも比肩しうべき精神上の苦痛」については、709条および710条に基づいて、近親者は自己に固有の権利として慰謝料を請求できると判示し⁽⁸⁰³⁾、このような構成は実務上定着をみていて、慰謝料算定基準においても等級ごとに裁判例が紹介されている⁽⁸⁰⁴⁾。また、最判昭49. 12. 12民集28巻10号2040頁は、711条「…所定の者と実質的に同視しうべき身分関係が存在し、被害者の死亡により甚大な精神的苦痛を受けた者…」（死亡被害者の夫の妹）に同条を類推適用し、固有の慰謝料を認めた⁽⁸⁰⁵⁾。さらに、下級審レベルでは近時、とりわけ遺族が事故現場に居合わせて、直接被害者が死亡するのを目撃していたという事案において、その精神的苦痛が PTSD 等の精神症状に発展している場

Rptr. 720, with *Elden*, 758 P. 2d 582. 菊地・前掲注(12)白鷗大学論集8巻2号30頁以下参照。

(802) 加藤・前掲注(748)241頁参照。

(803) そのほか、最判昭39. 1. 24民集18巻1号121頁、最判昭42. 1. 31民集21巻1号61頁参照。

(804) 青本・前掲注(762)144-147頁、赤い本・前掲注(762)150-153頁参照。

(805) 近時の下級審裁判例を紹介するものとして、青本・前掲注(762)151-153頁参照。

合に、これを遺族に固有の慰謝料の文脈で考慮する裁判例もみられる⁽⁸⁰⁶⁾（なお、このような取扱いの当否については次節で取り上げる）。したがって、711条は、法文上、バイスタンダールールと異なる点もあるが、その法的構成はともかく、わが国において、直接被害者の親族ないし遺族に認められる固有の慰謝料一般、およびその額を算定する際に考慮すべき事情まで含めて考察すると、日米に共通する価値判断を見出すことができるように思われる。

（二）近親者固有の慰謝料の認否とその算定の際に考慮すべき要素

（1）近親者固有の慰謝料が認められるべき範囲

菊地教授は、1968年の *Dillon* 事件⁽⁸⁰⁷⁾以降の20数年間にわたるバイスタンダールールの展開を詳しく紹介・分析し、それがわが国の民法711条の解釈に与える示唆として、「…精神的苦痛の特殊性・証明の困難性・被告の責任の際限なき拡大の防止・些細な精神的苦痛についての訴訟あるいは詐欺的な訴訟が係属することによる裁判所の負担＝社会的コストということを考慮す」べきことを主張する。そして、「このような観点から見た場合、同条は親族の死亡という事実を遺族の精神的苦痛の真正性の『担保』としてあげ、最小限の家族単位内においてのみ賠償請求を認める趣旨の規定」と捉える。これを根拠に、菊地教授は、「死亡したときにも比肩しうべき精神的苦痛」に近親者固有の慰謝料請求を認める見解や、711条所定の近親者以外の遺族にも固有の慰謝料請求権を認める見解を、「少なくとも日本民法の基本的構成には即応しない」と批判する⁽⁸⁰⁸⁾。

これと関連して、直接被害者の死傷による親族ないし遺族に固有の慰謝料請求権の拡大は、少なくとも711条に関する起草者の意図と異なるということが、すでに指摘されている。「すなわち、起草者は、七一条を、人は他人の生命に権利を持たないことから、近親者〔＝直接被害者〕

(806) 青本・前掲注(762)153-154頁参照。

(807) *Dillon*, 441 P. 2d 912.

(808) 菊地・前掲注(12)白鷗大学論集8巻2号65-66頁。

が死亡して精神的損害を受けた場合であっても七〇九条の権利侵害要件との関係で賠償請求権をもたないことを前提とした特別の保護規定として設けたのであり、そこでは、近親者〔＝直接被害者〕の死傷により受けた精神的損害を七〇九条や七一〇条により賠償請求しうるとの理解は存在しなかった⁽⁸⁰⁹⁾。ところが、権利侵害要件がその後、通説により違法性へと置き換えられた結果、上のような固有の慰謝料請求権の拡大が容易になった⁽⁸¹⁰⁾。さらに、死者の損害賠償請求権については、判例上、いわゆる「相続構成」が定着するに至る。そのため、近親者が直接被害者の相続人でもある場合にはとりわけ、遺族に対して与えられる法的救済は、比較法的にみて特異なほど手厚いものとなっている。これが、いわゆる「逆相続」や「笑う相続人」の問題をも生じさせており、近時は学説上、非相続構成ないし「扶養構成」を支持するものが強い⁽⁸¹¹⁾。

このような711条の沿革や、相続構成と扶養構成との対立に照らして、菊地教授が、精神的苦痛賠償に制限的なアメリカ法に示唆を得て、直接被害者の死傷による親族ないし遺族に固有の慰謝料請求権の拡大を批判し、これを限局しようとすることは、当を得た主張である、と考える。もっとも、この主張は、菊地教授が直接の比較対象とするバイスタンダールールから得られる示唆というわけではないように思われる。確かに、バイスタンダールールは、従来、精神的苦痛を介した「身体的被害」のみを賠償対象としてきた上、原告バイスタンダーに賠償が認められる場面を限定するファクターないし要件を設定している。しかし、原告バイスタンダーへの賠償を直接被害者が死亡した場合に限定しておらず、また、賠償が認められる家族等の範囲についても議論がある。したがって、前掲最判昭33. 8. 5における「死亡したときにも比肩しうべき精神

(809) 吉村良一「13 民法七〇条・七一条（財産以外の損害の賠償）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年 Ⅲ』（有斐閣、1998年）655頁。

(810) 吉村・前掲注(809)656頁参照。

(811) 各構成の実質的理由と問題点を整理するものとして、塩海一雄「相続構成と扶養構成」山田卓生編『新・現代損害賠償法講座 第5巻 交通事故』（日本評論社、1997年）223頁以下参照。

上の苦痛」や、前掲最判昭49.12.12における711条所定の近親者と「実質的に同視しうべき身分関係」という基準が、精神的苦痛の真实性を担保し、責任を加害行為の帰責性に均衡させる（換言すれば、相当因果関係を画する）ものとして機能しているとすれば、これらの基準を満たす固有の慰謝料を一律に否定する必要はないのではなかろうか。実際、直接被害者の外傷および後遺障害を、近親者「…自身の権利として慰藉料請求権を認めなければならないほど重大なものとはいえない…」として、固有の慰謝料請求を退ける判例もみられるところであり⁽⁸¹²⁾、問題はむしろ、これらの基準を満たすとされる場面を具体的に検討していくことにある、と考える⁽⁸¹³⁾。

(2)慰謝料額の算定において考慮すべき要素

菊地教授はまた、おそらくバイスタンダードールのもとで精神的ショックを受けた状況が問われる点に注目し、「…711条に列挙される『父母、配偶者及び子』のそれぞれについても、具体的事情に応じて、どの程度の賠償が与えられるかは、類型化作業によってある程度細かく検討していく必要があるように思われる。不法行為が交通事故なのか医療過誤なのか、親族が事故を目撃したのかそうでないのかというような諸事情によって、711条に列挙されている者のなかでもさらに類型化が可能であり必要であると思われる」⁽⁸¹⁴⁾と主張する。同条は、近親者固有の慰謝料請求権の成立に関しては、近親者が苦痛を受けた状況を問題にしないけれども、慰謝料の本質が精神損害を填補する損害賠償であると説明される以上、その苦痛を生じさせた状況が慰謝料額の算定に反映されるべき

(812) 最判昭42. 5. 30民集21巻4号961頁。そのほか、最判昭42. 6. 13民集21巻6号1447頁、最判昭43. 9. 10民集22巻9号1923頁等参照。

(813) なお、家族観の変化という視点から、下級審裁判例の動向を踏まえつつ、711条の近親者の範囲を検討するものとして、本山敦「近親者の慰謝料請求に関する一考察」山田卓生先生古希記念『損害賠償法の軌跡と展望』（日本評論社、2008年）31頁参照。

(814) 菊地・前掲注(12)白鴎大学論集8巻2号66頁。

であろう。この点について、死亡慰謝料の算定基準では、菊地教授が挙げるような要素は考慮されていない。また近時、遺族が事故現場に居合わせて、直接被害者が死亡するのを目撃し、その精神的苦痛がPTSD等の精神症状に発展している事案で、これを遺族に固有の慰謝料の文脈で考慮する裁判例もみられることは上に述べたが、慰謝料額の見直しのために訴訟を提起しなければならないところに問題がある。そのような意味では、近親者が精神的苦痛を受けた状況に応じて、慰謝料額の類型化を図るべきであるとの主張には魅力がある。

ただし、死亡慰謝料の算定基準は、必ずしも近親者の精神的損害を填補することを目的として設定されているのではない、ということに注意を要する。というのも、死亡慰謝料基準額は、死亡被害者本人と「…近親者固有慰謝料もあわせた、死亡被害者一人あたりの合計額…」⁽⁸¹⁵⁾として設定されている。近親者等の遺族が複数いる場合の配分は、「…遺族間の内部の事情を斟酌して決められる…」⁽⁸¹⁶⁾ものの、遺族の数が多いほど、各人に割り当てられる慰謝料額は、その精神的苦痛の大きさとは無関係に低額化する。このような基準の立て方は、遺族各人に生じた精神的損害を填補するという視点を後退させ、世帯ごとの処理を志向しているように見える⁽⁸¹⁷⁾。また、金額については、死亡被害者の身分や家庭で

(815) 青本・前掲注(762)151頁。赤い本・前掲注(762)131頁も「本基準は死亡慰謝料の総額であり、民法711条所定の者とそれに準ずる者の分も含まれている」とする。

(816) 赤い本・前掲注(762)131頁。青本・前掲注(762)151頁は「死亡本人と近親者固有慰謝料の比率、あるいは、近親者固有慰謝料が死亡被害者との身分でどの程度金額に差があるかなどについては、目安になるようなものは現状では見いだせない。遺族間に争いが無い場合には、被害者側の請求に対応して、適宜金額が認定されていると言えるだろう」とする。

(817) なお、植林・前掲注(780)320-321頁は、慰謝料の「満足的機能」の観点から、「…遺族数人が同時に加害者に対して慰籍料を請求している場合には、そのそれぞれの遺族が取得する慰籍料額に差異のあるのは、むしろ当然…」としつつ、「…近親者の一人が取得するであろう慰籍料が、同時に慰籍料を請求している他の近親者の非財産的損害をどのように軽減するかを検討することは、容易ならざることであり、……遺族一人々々について個別的に慰籍料額を算定せずに、……包括的に一定額……の賠償を与える方が賢明であるかもしれない」と述べる。

の役割に応じて基準が設けられており、「一家の支柱」である場合が最高額である⁽⁸¹⁸⁾。この点について、死亡被害者が一家の支柱である場合には、死亡被害者本人または遺族の精神的苦痛がそれだけ大きくなるという論理が一応は成り立つとはいえ⁽⁸¹⁹⁾、より端的に、遺族のその後の生活に配慮したものとみる方が素直な読み方であろう。711条を類推した前掲最判昭49.12.12も、死亡被害者の夫の妹が身体障害者であり、「…長年にわたり〔死亡被害者〕と同居し、同女の庇護のもとに生活を維持し、将来もその継続が期待されていた…」という事実を摘示しており、生活保障に配慮したことを示唆する。

慰謝料の本質を精神的損害を填補する損害賠償であると理解する限り、現行の死亡慰謝料基準の正当性を説明することは困難である。しかし、上のような基準の立て方が採用されている背景には、わが国における急速なモータリゼーションの進展に伴い、1960年代前半から、交通事故賠償訴訟件数が激増したことを受けて、当時の裁判所にとって、「交通事故被害者の迅速な救済」が重要課題の一つとなっていたことを想起する必要がある。この課題に対する裁判所主導の取組みは多方面に及ぶけれども⁽⁸²⁰⁾、損害額の算定に関しては、過失相殺率の基準化や算定方式の標準化を挙げることができ、死亡慰謝料基準はその一部に位置づけられるにすぎない。そうであるとすれば、死亡慰謝料について、近親者が精神的苦痛を受けた個別の具体的状況を切り捨てて、生活保障の観点から

(818) 青本・前掲注(762)150頁では、一家の支柱の場合2,700～3,100万円、一家の支柱に準ずる場合2,400～2,700万円、その他の場合2,000～2,500万円とされている。また赤い本・前掲注(762)131頁では、一家の支柱2,800万円、母親、配偶者2,400万円、その他2,000～2,200万円とされている。

(819) 植林・前掲注(780)320頁は、「たとえば、不法行為により親が子を失ったときでも、その子が現実に親を扶養していた場合あるいはその子が現に扶養をなしうる経済的能力を有していなかったけれども長じて一家の経済的な担い手となるべき場合、さらにまた、両親が十分な資産を有し子供の存在が両親の生活維持の前提とならない場合のいずれの場合であるかにより、親の被むる精神的苦痛の程度が異なるであろう」と指摘する。

(820) この点について、例えば、フット・前掲注(746)254頁以下参照。

基準を立てるというやり方も、訴訟件数の激増による「裁判所の負担＝社会的コスト」の観点からはむしろ、裁判政策上の一種の妥協として、さしあたり合理的であるといえるかもしれない。陪審審理コストのかからないわが国では、これを要するアメリカとの対比で、「社会的コスト」を強調することはできないが、交通専門部として設置された東京地裁第27部でさえ「…発足後早々、あふれかえる事件の波に飲み込まれてしまった」⁽⁸²¹⁾と指摘されており、当時の裁判所に「訴訟の洪水」への危機感があったこともまた否定できないであろう。

とはいえ、損害算定の標準化とその普及、および各種相談機関による支援の整備等により、裁判外での紛争解決が促進され、「…東京地方裁判所に新たに提起される交通事故件数は、一九七〇年に約二三〇〇件でピークに達した後、着実に減少し、一九七七年には六〇〇件を下回るまでに至った」⁽⁸²²⁾。したがって、「交通事故被害者の迅速な救済」を図るという当初の目標は、ひとまずは達成されたといえよう。そうであるとすれば、交通事故賠償において確立した損害算定スキームに内在する問題の一つとして、死亡慰謝料基準が必ずしも精神的損害を填補するものとしては機能していないということを見直すべき時機にあるのかもしれない。そのような意味で、遺族が精神的苦痛を受けた状況に応じて死亡慰謝料額の類型化を図ろうとする菊地教授の主張は、基本的に正しい方向性を示している、と考える。もともと、標準化された算定方式の活用が「交通事故被害者の迅速な救済」に果たしている役割は大きく⁽⁸²³⁾、死亡慰謝料基準についても、その視点を「生活保障」から慰謝料の理論的本質に根ざした「精神的損害の填補」へと一変させることは、裁判所

(821) フット・前掲注(746)256頁。

(822) フット・前掲注(746)263頁。

(823) 例えば、フット・前掲注(746)255頁は、わが国における標準化された損害算定方式を、陪審による損害算定と対比して、「訴訟の提起を考えている人にとっては、陪審ではなく裁判官が判断を下すことから、定式化された判断基準がより正確に適用になると思われるので、より有利な判断が下るのではないかとイチかバチか試してみようとする誘惑に駆られにくくなる」と指摘する。

内外における賠償実務に混乱を生じさせかねず、必ずしも得策とはいえない。そこで、死亡慰謝料基準の見直しにあたっては、精神的苦痛を受けた状況といった要素は、遺族が複数いる場合の、死亡被害者本人分も含めた慰謝料総額を配分する際に考慮すべき事由にとどめる方がよいのかもしれない。また配分基準の類型化にあたっては、遺族が精神的苦痛を受けた状況のほか、現行基準との連続性を保つ上で、生活保障の側面をも維持し、基準の考慮要素または配分額の増減事由として、近親者が死亡被害者の扶養を受けていたかどうか、死亡被害者の相続人であるかどうかといった事情を盛り込むことが考えられてよいように思われる。ただし、慰謝料基準にこれらの事情を自覚的に盛り込む作業は、死者の損害賠償請求権について、相続構成によるにせよ、扶養構成によるにせよ、遺族の財産的損害の賠償とどのように調整を図るかという問題（現行の死亡慰謝料基準のもとでも生じているはずの問題）を際立たせ、損害算定スキーム全体の見直しに波及する可能性のあることを、指摘しておかなければならない。

４．死亡被害者の遺族に生じる財産的損害と精神的損害との関係

前節において、直接被害者の死亡する現場に居合わせた遺族が、その精神的ショックから、精神疾患ないし障害を呈した場合に、これを近親者固有の慰謝料の文脈で考慮する裁判例がみられることを指摘した。この方法は、近親者固有の慰謝料を増額させる反面、精神疾患ないし障害による財産的損害（治療費、休業損害または後遺障害逸失利益）の賠償を否定するものとしても機能し、東京地判平15.12.18交民36巻6号1623頁はこれを明示する⁽⁸²⁴⁾。同判決が原告母親の主張する PTSD による休業損害の賠償を認めず、これを近親者固有の慰謝料の問題に解消したことについては、すでに山口成樹教授が批判されるところであり⁽⁸²⁵⁾、本節で

(824) このほか、交通事故賠償訴訟における PTSD の賠償問題が注目されるようになる以前の事例として、例えば、東京地判昭46.10.26判タ271号231頁参照。

(825) 山口成樹「不法行為の間接被害者と損害賠償請求権」平井宜雄先生古希記念『民

は、これに抛りつつ、上のような方法の当否を検討する。

(一)遺族の呈した精神疾患を固有の慰謝料の増額事由に解消することの
当否

前掲東京地判平15.12.18では、原告らは、母親の休業損害（請求額、約1,500万円）に関して、「…英国コモンローにおける見解を参考に⁽⁸²⁶⁾、民法七〇九条の解釈としても、直接被害者との間に、①人的近接性、②場所的・時間的近接性及び③認知的近接性の各要件がみたされる場合には、間接被害者であっても、加害者に対し、その損害の賠償を請求することができる…」と主張した。これに対し、同判決は「…一定の近接性を要件として間接被害者を保護の対象とする見解は傾聴すべきものではあるが、法制度の異なるコモンローの法理を直ちに民法の解釈の根拠とすることができるのかについてはなお慎重な検討を要するところであって、……原告らの主張は採用することができない」と退ける。その上で、本件では「…結局、原告〔母親〕の被った精神的打撃については、民法七一条に基づく近親者固有の慰謝料の額を算定するに当たって、これを斟酌するほかない」と判示した。

そこで、山口教授は、比較法的な見地から、前掲東京地判平15.12.18を検証する。すなわち、イギリス法とドイツ法は、原則として、純粋な精神的損害の賠償を認めない。また「…〔イギリス〕コモンローにおいては、他人に対するネグリジェンスを理由に損害賠償を請求することはできないとされている。したがって、間接被害者は自らを直接被害者と構成して、独立のネグリジェンスの成立を主張せざるを得ないが、そのためには、加害者が自らに対して注意義務(Duty of Care)を負っていた

法学における法と政策』(有斐閣、2007年) 571頁、同「間接被害者の損害賠償請求権——直接被害者の近親者が精神疾患を発症した場合を中心に」私法72号184頁(2010年)参照。

(826) なお、イギリスの法状況について、長谷川義仁「ネグリジェンスによる精神疾患についての損害賠償責任の範囲」近畿大学法学55巻2号173頁(2007年)参照。

ことが要件となり、この点については、ドイツ法もほぼ同様である。

「しかし、イギリス法やドイツ法は、この種の事案で賠償を否定するのは正義に反すること、さりとて、間接被害者は請求権を有しないという原則は堅持すべきこと、この二つの要請を同時に満たすために、注意義務ないし過失の概念を拡張して、間接被害者を直接被害者と構成することもやむを得ないと考えてきたのである。拡張というか擬制というかは別として要件を緩和する以上、別方向から絞りをかける必要あり、……これらの絞り込み手段の個々の妥当性につき議論がなされ判例が蓄積されてきたのである」⁽⁸²⁷⁾。他方、「わが不法行為法が旧民法以来もっとも濃厚な影響を受けてきたフランス法においては、……第一に、純粹の精神的損害も賠償の対象とされてきたし、第二に、間接被害者からの損害賠償請求も正面から認められてきた。……精神的ショックが精神疾患を発症させるに至った場合に、判例が直接被害者と構成する迂回路を経ずに間接被害者のままで保護を与えることに疑問が呈されることはない」。賠償範囲の画定については、「…裁判官が事実認定上の裁量権を適切に行使すれば、際限なき賠償は回避しようと考えられてきたのである」⁽⁸²⁸⁾。

これらの比較法分析に基づいて、山口教授は、前掲東京地判平15.12.18が「…イギリスやドイツで重ねられてきた被害者救済のための試行錯誤から学ばず、この種の事案で母親の請求を類型的に棄却すべきであるとしたことについては、判旨の限りでは説得力を欠くように思われる」⁽⁸²⁹⁾と否定的に評価する。さらに、「民法七〇九条は間接被害者の賠償請求権

(827) 山口・前掲注(825)平井古希580-583頁、585-586頁。なお、イギリス法におけるPTSD等の精神疾患に対する賠償に関する議論を詳細に紹介・分析する先行論文として、同・前掲注(335)42巻2号56頁以下、43巻2号59頁以下参照。

(828) 山口・前掲注(825)平井古希583-584頁。なお、フランス法における間接被害者の請求権を詳述する先行論文として、同「不法行為に起因するPTSD等の精神疾患と損害賠償責任（六）——間接被害者論・賠償範囲論の一掃納的考察——」法学新報113巻1=2号111頁以下（2006年）参照。

(829) 山口・前掲注(825)平井古希586頁。

を否定するものであり、それは七一条の限度で特例的に与えられるにすぎない」とする同判決の「…出発点にある民法解釈がそもそも疑わしい」として、「わが民法はフランス法と同様に、間接被害者の損害賠償請求権を肯定する立場に立つものであって、本件に即して言えば、被告の過失は死亡した男児に対するもので足り、それが母親に対してまで及ぶ必要はないとするものである」と指摘する⁽⁸³⁰⁾。その上で、「…本判決は……、母親の被った損害が賠償されるかどうかを、その損害と死亡した男児に対する過失との相当因果関係の有無で決するべきであった。そうとすれば、その相当性の判断において、『法制度の異なる』イギリスやドイツの裁判所がこの種の事案において重ねてきた実質的な衡量を参考にすることが許されるし、それはまた大いに推奨されることにもなろう」と批判する⁽⁸³¹⁾。

上に引用した山口教授の見解は、前掲東京地判平15.12.18に対する批判という形で展開されているが、同教授による詳細な先行論文⁽⁸³²⁾に基礎づけられており、直接被害者の死亡に伴う精神的ショックから遺族の呈した精神疾患ないし障害による財産的および精神的損害を、どのようなスキームのもとで算定すべきかという問題が、より広く「間接被害者論」一般の文脈において議論されるべきものであることを認識させる⁽⁸³³⁾。し

(830) なお、山口前掲注(825)平井古希589-590頁は、わが国の民法709条に対するフランス法の影響を立法過程に遡って確認し、「わが起草者は事実審裁判官に広く裁量権を与え、因果関係の有無をもって間接被害者の範囲を画するフランス法と同様の立場に立っていたと結論すべきである」と述べる。

(831) 山口・前掲注(825)平井古希588-589頁。

(832) すでに一部は脚注に挙げたが、連載論文をまとめて再掲すると、山口成樹「不法行為に起因するPTSD等の精神疾患と損害賠償責任（一～六）——間接被害者論・賠償範囲論の一帰納的考察——」都法42巻2号43頁、43巻1号229頁、2号57頁、44巻1号1頁、2号195頁、法学新報113巻1=2号109頁（2002～2006年）参照。

(833) ただし、近時は、不法行為法の要件構造に関する理論的対立を超えて、間接被害者という問題の立て方そのものに疑問を呈する見解もみられ、例えば、窪田・前掲注(752)294頁は「…伝統的な見解であれ、過失についての行為義務違反説であれ……、損害賠償請求権の認められる間接被害者というのは、すでに間接被害者で

かし、それと同時に、山口教授自身が、前掲東京地判平15.12.18に対し、「…わが判例は……相続構成を採用するがゆえに、本件においても母親は死亡した男児の逸失利益や死亡慰謝料の三分の一を相続し、結果として固有の休業損害に係る請求額を上回る多額の賠償金を得ている。本判決も、こうした実的な結果を意識して母親の請求を棄却したのであるが…」⁽⁸³⁴⁾として、一定の理解を示していることもまた、注目に値する。

（二）遺族に対する法的救済の程度

直接被害者の死亡によって生じる遺族の損害について、「扶養的構成を中心に据える法構成を採る代表的な国と言われるイギリス…」では、死亡被害者の被扶養者は、事故死亡法（Fatal Accidents Act）により、「…自らの扶養喪失を理由として損害賠償請求権を有する」⁽⁸³⁵⁾。賠償項目は、扶養喪失による金銭的損害に限られ、原則として、心痛等の精神的損害は含まれない。ただし、1982年の司法の運営に関する法律（Administration of Justice Act）（以下、「1982年法」と略記する）により、配偶者と、直接被害者が未婚の未成年者である場合の両親には、「一律£3,500の死別損害賠償金（慰謝料）」（1991年4月1日以降は£7,500⁽⁸³⁶⁾）が認められることとなった。また死亡被害者本人の苦痛、人生の楽しみの喪失、および死に至るまでに生じた休業損害や治療費についての、加害者に対する訴権は存続し、「…遺産管理手続において遺産管理人により行使され、認容された損害賠償金は遺産に組み込まれ」る。なお、1982年法により、将来の逸失利益についての訴権は存続しない、ということが確認

はなく、直接被害者として観念すればよいのではないかということになりそうである」〔傍点一筆者〕と述べる。

(834) 山口・前掲注(825)平井古希586頁。

(835) 吉田一雄「イギリス不法行為法における生命侵害と損害賠償——1846年致命的事故法および1934年法改正（雑規定）法の制定——」比較法研究52号118頁（1990年）。

(836) 山口・前掲注(825)平井古希587頁（脚注(10)）参照。

された⁽⁸³⁷⁾。

ちなみに、「アメリカでも、イギリスのコモン・ローのルールを継承したが、イギリスで制定法による改革がなされると、19世紀後半以降、……それに追従して…」、多くの州では訴権存続法 (survival statute) と不法死亡法 (wrongful death statute) という2種類の法律が制定された。その内容は州ごとに異なるが、基本的な枠組みはイギリス法と同様であるとみてよいであろう。ただし、イギリスでは1982年法が配偶者と両親には死別損害賠償金を付与するのに対し、アメリカではそのようなものは制度化されていないようである。もっとも、遺族には、家族を亡くしたことによるコンソーシアムの喪失等に対する賠償が与えられることがある⁽⁸³⁸⁾。

これらとは対照的に、わが国では、判例上、死者の財産的および精神的損害の賠償請求権について相続構成が確立しており、相続人が民法711条所定の近親者（または同条が類推適用される者）である場合には、自己に固有の慰謝料請求権をも取得する。英米で、扶養やコンソーシアムの喪失等に対し、どれほどの金額が答申されているかについて、ここで正確なデータを提示することはできないが⁽⁸³⁹⁾、わが国では、扶養構成の難点として、賠償額が低額になることが挙げられてきた。これに照らして、わが国で遺族が獲得する賠償総額は、英米と比べて、かなり高額になっていると推測される。

扶養構成を採る英米において、財産的損害について、(わが国と比べ

(837) イギリスの法状況とその歴史的経緯について、吉田・前掲注(835)118頁以下参照。

(838) 樋口・前掲注(11)315頁以下参照。

(839) 樋口・前掲注(11)319頁は、アメリカの扶養構成について、「死亡した人に扶養していた遺族がいる場合、具体的には配偶者や幼児がいる場合にはそれでも相当の損害賠償額になるが、被害者自身が幼児であったり、すでに扶養家族のない高齢者だったり、あるいは専業主婦のケースでは、金銭的損失ルールの下では賠償額は極めて少ないことになる」と指摘する。なお、英米における人身被害に対する損害賠償の算定一般について、生田典久「英米における損害賠償額の実態 ― 算定方法と賠償例」ジュリ431号273頁以下(1969年)参照。

ると）低額な賠償金しか得られない遺族に対する法的救済を現状より手厚いものにしようとするれば、その拠り所としてまず、遺族各人の精神的損害に対する賠償が注目されるよう。イギリスにおいて、1982年法により死別損害賠償金が付与されることになったのは、その現れといえる。とはいえ、これを認められる遺族の範囲が狭く、金額が「低額」であるとする場合には⁽⁸⁴⁰⁾、その範囲と額を拡大することが考えられる。しかし、範囲と額の拡大は、積極的に推し進められているというより、むしろ「慎重な歩み」をみせているように思われる。すなわち、イギリスでは「…原告への身体的損害を伴わない精神的損害について法的救済の対象となりうるには、その精神的損害が『思いがけないショック（sudden shock）』の経験に起因する医学的に認知できる精神疾患でなければならない」⁽⁸⁴¹⁾。その上、他者の死傷を見聞した者が被った精神的損害については、同人の精神疾患が合理的に予見可能であることに加えて、直接被害者との関係、事故現場との時間的・場所的な距離、および直接被害の伝達経路に近接性が認められる場合にのみ、その賠償が認められる。近接性テストに関しては、イギリス法律委員会が、関係の近接性を満たす定型的なリストを掲げつつ、立法による廃止を勧告しているが、依然として維持されていて、その充足は裁判所による判断に委ねられている。その背景に「…他者への死傷を見聞した者は多数にのぼり、かかる人が精神的損害を被った場合に常にかかるすべての人の損害賠償請求権を容易に認容することは、訴訟の氾濫を招くことになりかねない…」との懸念があるとされている⁽⁸⁴²⁾。

(840) 山口・前掲注(825)平井古希580頁は、イギリスの死別損害賠償金を「…低額かつ法定額の慰謝料請求権…」と紹介する。確かに、わが国の死亡慰謝料基準額と比べると「低額」である。もっとも、慰謝料基準額は死者本人と遺族の分を合わせた死者一人あたりの合計額である。したがって、被害者本人分を差し引いた上で、近親者等の遺族の数に応じて相対的に比較できるにとどまることに注意を要する。

(841) 長谷川・前掲注(826)177頁。

(842) 長谷川・前掲注(826)191頁以下参照。

イギリスの死別損害賠償金のような制度をもたないアメリカでは、遺族の法的救済を手厚くするにあたって、その精神的苦痛賠償を拡充することが一層必要になると思われるが、イギリス法と同様に「慎重な歩み」をたどっているといえよう。すなわち、ネグリジェンスを帰責根拠とする限り、多くの州では、精神的苦痛それ自体に対する賠償は認められず、賠償の対象となるのは、(少なくとも建前の上では) 精神的苦痛を介した身体的被害である。また直接被害者の死傷に伴う家族等の精神的苦痛については、その賠償の可否を判断する基準として、今日ではバイスタンダールールが支配的である。このルールのもとで、原告バイスタンダーは、事故現場との場所的近接性、直接被害と精神的ショックとの時間的・知覚的近接性、および直接被害者との関係の近接性を満たす場合にのみ、損害賠償を認められる。すでに述べたように、近時、ネグリジェントに惹起された精神的苦痛の賠償を限定するものとしての、身体的被害要件の要否や、バイスタンダールールその他の特別ルールの当否については、大いに議論されているが、どのように精神的苦痛の真实性を担保し、責任をネグリジェンスの帰責性と均衡させるかが課題になるとの認識が共有されている。「真实性の担保」については、身体的被害要件に代えて、医学的診断可能性を求めることによって、ある程度対処することができるかもしれない⁽⁸⁴³⁾。しかし、「責任と帰責性との均衡」については、なお慎重な検討を要するであろう。

このような観点からみると、「扶養構成によれば賠償額が低額になる」というのは、わが国における相続構成と対比した場合にそのようにいえるにすぎないのであって、英米と対比する場合には必ずしもあてはまらない。イギリスでは、遺族の財産的損害に対する賠償額が法的救済として十分ではないと考えられる際、これをカバーするために、遺族の精神的苦痛やそれが誘発した精神疾患に対する賠償を手厚くする必要性が高いに

(843) 身体的被害要件の維持しつつ、これを放棄するにしても、「医学的診断可能性」という要件を採用すべきことを主張するものとして、See Church, *supra* note 543 at 724.

もかわらず、それにさえ「慎重な歩み」を示しているのもあって、このような状況は、アメリカでもほぼ変わらない。英米において遺族の精神的損害の賠償が認められる場面に限っても、その賠償額として、どれほどの金額が算定されているのかが問われなければならないであろう。これに対し、わが国では判例上、死者の財産的および精神的損害に対する賠償請求権について、相続構成が確立している上に、民法711条またはその類推適用によって、精神的苦痛を生じた状況を問わず、また精神的苦痛が精神疾患ないし障害に発展していなくとも、近親者等の遺族に固有の慰謝料請求権が認められる。したがって、英米に比べると、遺族の獲得する賠償総額が不十分であるという状況は生じにくい。仮に個別の事案で相続される損害賠償請求権の額が低かったとしても、その不足分を被害者本人および遺族の死亡慰謝料で考慮することは容易である（慰謝料の調整的機能）。また現行の死亡慰謝料基準は、遺族が複数いる場合にはとくに、金額の妥当性について意見が分かれるであろうが、いわば暗黙のうちに、近親者等の遺族の生活保障に配慮する形となっていることは、前節で指摘した。このような英米との状況の違いに照らし、わが国では、かなり手厚い遺族に対する法的救済を、比較法的にどのように正当化するかという問題も生じる。

これと関連して、前掲東京地判平15.12.18が、相続構成でも、とりわけ批判の強い「逆相続」の事案であったことを見落とすべきではない。そうすると、同判決が、その法的構成（遺族を「直接被害者」と構成するか、相当因果関係の問題と構成するか）はともかく、判例上確立した相続構成のもとで、どうにか加害行為の帰責性と釣り合った責任範囲に限定するために、原告母親の精神疾患による休業損害に対する賠償を否定し、事故現場に居合わせたことによる精神的打撃を近親者固有の慰謝料の増額事由として考慮するにとどめたとすれば、これを肯定的に評価することもできるように思われる。

もっとも、英米では、「責任と帰責性との均衡」というとき、主として、精神的苦痛が時間的・空間的に制約されずに拡大するために、「原告

の数」が増えることが心配されているようである。したがって、自ずと人数に限りのある遺族の獲得する賠償総額が比較法的に高額であることの当否という問題に、必ずしも英米での議論がそのままではまるわけではない、ということを描指しておかなければならないであろう。

(三)財産的損害と精神的損害との互換性

前款では、判例上確立した相続構成のもとで、しかも「逆相続」の事案において、近親者等の遺族が獲得することになる比較法的に高額な賠償総額を一定の範囲に限定しようと試みたものとしては、前掲東京地判平15.12.18を肯定的に評価することもできる、と分析した。同判決は、事故現場に居合わせた原告母親の被った精神的打撃を、近親者固有の慰謝料の算定において斟酌し、そこに居なかった原告養父に固有の慰謝料を200万円とするのに対し、原告母親には600万円を認めた(被害者本人の死亡慰謝料1,800万円と合わせて、慰謝料総額は2,600万円)。ここで注目しておきたいのは、同判決が、原告母親の精神的打撃を「どのように考慮したのか」を、具体的に説明しようと努めている点である。すなわち、同判決は、原告母親の事故後の生活状況や精神症状を詳しく認定した上で、「…本件事故により何にも代え難い亡〔男児〕の生命を奪われた原告〔母親〕の精神的苦痛、悲しみは甚大で、測り知れないものであり、これにより被った精神的損害についての原告〔母親〕固有の慰謝料は、原告〔母親〕が四年間稼働できないほどの深刻な精神的打撃を受けたことも考慮のうえ、六〇〇万円が相当であると認める」〔傍点―筆者〕と判示する。

ところで、アメリカでも、*Palsgraf* 事件⁽⁸⁴⁴⁾により、ネグリジェンスにおける義務の概念は相対的なものであるとされ、原告は自身に対する独立の義務違反を主張しなければならない⁽⁸⁴⁵⁾。ネグリジェントに惹起され

(844) *Palsgraf*, 162 N.E. 99.

(845) もっとも、この判決は4対3の僅差であり、責任の成否は、義務概念ではなく、近因概念によって判定されるべきであるとする反対意見も、根強く支持されている

た精神的苦痛の賠償についても、原告ごとにネグリジェンス、NIED その他の訴訟原因を述べているかが問われるのであり、そのような意味では、原告バイスタンダーでさえ「請求主体としての直接被害者」である。これを前提としつつ、*Molien* 事件⁽⁸⁴⁶⁾において、カリフォルニア州最高裁は、原告が「不法行為の直接被害者」と評価できる場合には、ネグリジェンス訴訟原因の成否（つまり、「請求主体としての直接被害者」といえるかどうか）を判定するための *Dillon* 事件⁽⁸⁴⁷⁾のガイドライン（後のバイスタンダードール）は適用されないと判示した。そこでは「直接被害者」に、「請求主体としての直接被害者」と「不法行為の直接被害者」という二つの意味合いが観念されている。*Molien* 事件はまた、身体的被害要件に「無駄な訴答と歪曲された証言を助長する」欠点があるとして、これを放棄した。その結果、*Molien* 事件の「直接被害者」理論によるバイスタンダードールの回避は、身体的被害要件をも回避するものとして機能した。ところが、*Molien* 事件は、原告を「不法行為の直接被害者」と判定するための基準を明確にしなかった。その後の医療過誤の事案では、診療契約または医患関係から導かれる義務の射程が基準とされる傾向にあるものの、それ以外の事案類型に明確な基準があるわけではない。そのため、「直接被害者」理論は、「医師に妻を誤診された *Molien* 事件の原告〔夫〕が、加害ドライバーに娘をはねられた〔*Dillon* 事件の原告母親〕よりも、直接的な被害者となるものではない」⁽⁸⁴⁸⁾とか、「ネグリジェンスの“直接被害者”はおそらく、非意図的に生じた予見可能な精神的苦痛を被ったいずれかの原告である。したがって、原告“バイスタンダー”もシンプルに、ある種の“直接被害者”である」⁽⁸⁴⁹⁾と批判されている。これらの批判の根底には、被害の実態が同様であるにもかか

（樋口・前掲注(11)165頁以下、米村・前掲注(690)173頁参照）。

(846) *Molien*, 616 P. 2d 813.

(847) *Dillon*, 441 P. 2d 912.

(848) Pearson, *supra* note 521 at 515.

(849) Crump, *supra* note 19 at 464.

ならず、いくらでも論理操作できる「直接被害者」理論によって、責任の成否や範囲に違いがもたらされるのはアンバランスである、という価値判断があるように思われる⁽⁸⁵⁰⁾。

他方、フランスでは「…間接被害者の損害賠償請求権の発生には、加害者の間接被害者に対する独立したフォート (faute) を要件としない……。『フォートの相対性は……承認されていない』…」⁽⁸⁵¹⁾とされる。そして、山口教授によれば、わが国の民法は、このフランス法の立場を継受した⁽⁸⁵²⁾。もっとも、この点には議論があり、間接被害者の慰謝料請求を明文で認める711条の解釈についてでさえ、「不法行為の成立は直接被害者について考察し、損害賠償の範囲内ならば間接被害者にも損害賠償請求権が成立するというのか、それとも、直接被害者への不法行為、間接被害者への不法行為という別の不法行為の成立を認めて、間接被害者は自分への不法行為の成立の効果として賠償請求できるというのか、不明である」⁽⁸⁵³⁾と指摘されている。しかし、いずれにせよ、近親者等の遺族は、同条またはその類推適用により、固有の慰謝料請求権を認められるという意味では、少なくとも「請求主体としての直接被害者」とみることができる。この慰謝料請求権を、どのように構成するかというレベルで、法理論的に、近親者等の遺族を「不法行為の直接被害者」と捉えるか、それとも「不法行為の間接被害者」と捉えるのが問題となるが、これが固有の慰謝料請求権の成否を分かつことはない。したがって、上に述べたアメリカでの議論は、711条の解釈に直接影響を与えるものではない。

とはいえ、*Molien* 事件における「直接被害者」理論への批判の根底に

(850) この価値判断は、*Molien* 事件における身体的被害要件の放棄が、より広い射程をもつものであり、「不法行為の直接被害者」に限らず、この要件を放棄することを主張する方向でも援用されることがある。See e.g., Nolan, Ursin, *supra* note 589 at 601-604.

(851) 山口・前掲注(825)平井古希583頁。

(852) 山口・前掲注(825)平井古希588-590頁参照。

(853) 平野裕之『間接被害者の判例総合解説』(信山社、2005年) 4頁(脚注(2))。

ある価値判断そのものは、本節の検討課題にも応用できるように思われる。すなわち、近親者等の遺族に生じた被害の実態が同一であるにもかかわらず、これを精神的ショックが誘発した精神疾患ないし障害による財産的損害として算定するか、それとも精神的打撃を考慮して固有の慰謝料を増額するかによって、賠償額に大きな違いがもたらされるのはアンバランスである、と考える。山口教授が、前掲東京地判15.12.18に一定の理解を示しつつ、「本件では慰謝料総額の相場を……上回る額が認容されてはいるが、この程度が慰謝料増額の限界と考えると、この増加分でもって棄却される治療費、休業損害、逸失利益などの財産的損害にかかる請求分……を常に埋めさるかという疑問が残るのである」⁽⁸⁵⁴⁾とする背景にも、同様の価値判断があるといえよう。この点について、同判決が、近親者固有の慰謝料の算定において、「…原告〔母親〕が四年間稼働できないほどの深刻な精神的打撃を受けたことも考慮…」〔傍点一筆者〕したことは、示唆に富む。この判示は、原告母親の精神的打撃の程度（深刻さ）を「４年間の休業」でもって表現したものであり、これを抽象化すると、遺族の呈した精神疾患ないし障害による財産的損害（治療費、休業損害、または逸失利益）と深刻な精神的打撃による固有の慰謝料の増額分とが、ある程度の互換性をもつことを示しているように思われる。

そうであるとすれば、直接被害者の呈したPTSD等の非器質性精神障害について、すでに提案したのと同様に、近親者等の遺族に固有の慰謝料を増額する際にも、その増加額の基準（ないし算定根拠）として、休業損害または後遺障害逸失利益の算定式を提示してもよいのではなかろうか。このような枠組みのもとでは、近親者等の遺族にはまず、現行の死亡慰謝料基準に依拠した慰謝料額が認められる。近親者等の遺族が複数いる場合には、前節で提案したように、各人が精神的苦痛を受けた状況や生活保障の必要性に応じて、死亡被害者本人分も含めた慰謝料総

(854) 山口・前掲注(825)平井古希586-587頁。

額の類型的な配分基準を設けることが考えられてよい。そして、近親者等の遺族に、直接被害者の死亡を目撃したことなどによって、その精神的ショックから、精神疾患ないし障害を呈した者がいる場合には、これを精神的苦痛の程度が大きいことを示すものとみて、同人に固有の慰謝料を増額する。その際、増加額の基準（ないし算定根拠）として、休業損害または後遺障害逸失利益の算定式を示すことになる。ただし、比較法的な観点からは、相続構成を採るわが国の判例のもとで、近親者等の遺族の獲得する賠償総額が野放図に高額化することを防止する必要があるのではないか。したがって、休業または労働能力喪失期間を合理的な範囲に限定し、場合によっては、心因的素因等の寄与による減額を検討すべきである。もっとも、このような「穏当な損害算定」がなされる限り、互換性ある損害を、財産的損害の項目で算定するか、精神的損害の項目で算定するかによって、賠償額に大きな違いが生じることは少ないであろうから、固有の慰謝料を増額せず、消極的損害（休業損害または後遺障害逸失利益）として算定しても差し支えない⁽⁸⁵⁵⁾。ここでの損害算定がトレードオフの関係にあることに、意が尽くされていれば十分であろう。

いずれにせよ、直接被害者の死亡によって近親者等の遺族に生じる総体的な損害について、どの損害を、いずれのスキームで、どのように算定（または考慮）したのかを、できるだけ具体的に説明することが肝要である。そうすることが、損害算定における「ブラックボックス化」を防止し、各損害項目のもとで算定された金額の妥当性を事後的に検証するための基盤となる。そして、そのような検証作業の末に、新たに浮かび上がってくる「基準」は、より公平で迅速な紛争解決をもたらす、と考える。

さて、本節では、わが国の判例上確立している相続構成を前提とし

(855) したがって、本稿は、上に紹介した山口教授の主張する法律構成それ自体に反対するものではなく、そのような法律構成によって、多額の賠償金を基礎づけようと示唆するように思われる点に、疑問を呈するものにすぎない。

て、死亡被害者の遺族に生じる財産的損害と精神的損害との関係を検討した。しかし、「…学説は、昭和四〇年代に入って相続否定説（主に扶養構成）が主流となり、今日まで……の間、通説に近い位置を占めている」⁽⁸⁵⁶⁾なのであって、相続構成の見直しが叫ばれるようになって久しい。とはいえ、「…扶養構成にも問題ありとする学説もなお強く、判例の立場は今後も変わらない…」⁽⁸⁵⁷⁾と予測されているところであり、また相続構成を見直すべきとする見解においても、「再検討に際して……、賠償額の多寡や算定の容易さ、賠償請求権者確定の簡明さといった、『相続構成』の実質的根拠となっている『司法政策的な配慮』を無視することはできず、また、『日本的枠組み』が理論的問題点を含みつつも、賠償額の点で、保険実務とも結びついて、国民に受け入れられてきたという事情をも軽視することはできない…」⁽⁸⁵⁸⁾と指摘されている。本節が、相続構成を前提として、上の課題に取り組んだゆえんである。もっとも、本節での検討によって、本稿が相続構成を積極的に支持する意図を含むものではない、ということを断っておきたい。

5. 慰謝料の填補的機能以外の機能等

本章では前節までのところで、専ら人身被害に伴う慰謝料の填補的ないし調整的機能に注目し、そのような場面において、「慰謝料は、その主

(856) 塩海・前掲注(811)235頁。もっとも、塩海教授は「全般的にみれば、扶養構成が理論上すっきりしている…」と留保しつつ、支持しがたい点もあり、「現段階では、相続構成をとり、相続人でない扶養を要する人々（内縁の妻など）の救済のために補充的に扶養構成を考えるのが妥当ではないか…」と述べる。実際、最判平5.4.6民集47巻6号4505頁がそのような手法を採用しており、窪田・前掲注(752)360頁は「…本判決の示した解決は、相続構成と扶養構成をいわば両立させるひとつの解決…」として評価する。

(857) 円谷・前掲注(761)207頁。そのほか、相続構成を支持する近時の見解として、加藤・前掲注(750)277頁、内田貴『民法Ⅱ 債権各論〔第3版〕』（東京大学出版会、2011年）462頁参照（ただし、後二者は、死亡被害者本人の慰謝料請求権の相続を否定）。

(858) 吉村・前掲注(809)671頁。

観的な性質のために、算定根拠を示す必要はない」という命題に疑問を呈した。しかし、本稿は、人身被害以外の事案類型における慰謝料や、填補的ないし調整的機能以外の慰謝料の副次的機能を否定するものではない。とはいえ、以下に述べるように、慰謝料は今日、従来上げられてきた副次的な機能にも収まりきれない機能をも果たしているようである。そこで、本節ではそのような機能や、人身被害以外の事案類型、とりわけ新たな人格権ないし人格的利益が主張される事案における慰謝料について、検討することとする。

(一)裁判外での紛争解決を促すという裁判政策的機能

(1)貸金業者による取引履歴の開示拒絶に対する慰謝料

最判平17.7.19民集59巻6号1783頁は、貸金業者に業務帳簿の作成と備付けを義務づける貸金業法および同施行規則の規定に「…債務内容に疑義が生じた場合は、これを業務帳簿によって明らかにし、みなし弁済をめぐる紛争も含めて、貸金業者と債務者との間の貸付けに関する紛争の発生を未然に防止し又は生じた紛争を速やかに解決する…」〔傍点一筆者〕趣旨も含まれているとする。これに加えて、取引履歴が開示されない場合に債務者が被る可能性のある不利益と貸金業者による開示の容易さとを衡量し、同判決は、「…貸金業者は、債務者から取引履歴の開示を求められた場合には、その開示要求が濫用にわたると認められるなど特段の事情のない限り、貸金業法の適用を受ける金銭消費貸借契約の付随義務として、信義則上、保存している業務帳簿……に基づいて取引履歴を開示すべき義務を負うものと解すべきである。そして、貸金業者がこの義務に違反して取引履歴の開示を拒絶したときは、その行為は、違法性を有し、不法行為を構成するものというべきである」と判示した。その上で、これを本件事案にあてはめて、「…被上告人〔貸金業者〕が〔取引履歴の開示〕を拒絶し続けたので、上诉人〔債務者〕は、その間債務整理ができず、結局、本件訴訟を提起するに至ったというのであるから、被上告人の上記開示拒絶行為は違法性を有し、これによって原告

人が被った精神的損害については、過払金返還請求が認められることにより填補される関係には立たず、不法行為による損害賠償が認められなければならない〔傍点一筆者〕として、慰謝料請求を棄却した原判決を破棄し、慰謝料の額についてさらに審理を尽くさせるため差し戻した。

前掲最判平17. 7. 19に関しては、取引履歴の開示義務を貸金業法の適用を受ける金銭消費貸借契約の付随義務として信義則に基礎づけ、この義務の違反が不法行為にあたるとしたこと、およびこの義務を免れる「特段の事情」の具体的内容等について、議論がある⁽⁸⁵⁹⁾。しかし、ここでは、同判決が認めた慰謝料の機能ないし目的という観点に絞って、考察することにする。

(2)従来挙げられてきた副次的な機能に収まりきれない慰謝料の機能ないし目的

前掲最判平17. 7. 19以前において、「…貸金業者側は、当初はしぶしぶながらも取引履歴開示要求に応じていたが、過払返還金が無視できないくらいの金額になってきたためか、次第に、取引履歴開示を拒否するようになった」⁽⁸⁶⁰⁾。消費者金融の取引は、小口の借入れと返済が継続的に多数回行われることが多く、債務者が返済の都度交付された受取証書（貸金業法18条の書面）等を紛失することも珍しくない。そのため、貸金業者が取引履歴を開示しない場合には、債務者から債務整理を依頼された弁護士が、過払金の有無や金額を確かめて、残債務を清算し、またはその返還を求めることは困難になる。もっとも、このような場合に、

(859) 以下、本文で引用するもののほか、例えば、潮見佳男「貸金業者の取引履歴開示義務——最三判平成17・7・19を契機として」NBL 822号10頁（2005年）、角田美穂子「貸金業者の債務者に対する取引履歴の開示義務の有無」判時1925号（判例評論568号）176頁（2006年）、小粥太郎「貸金業者の債務者に対する取引履歴開示義務」ジュリ1313号（平成17年度重要判例解説）71頁（2006年）、倉持弘「貸金業者の債務者に対する取引履歴の開示義務」岡山商大論叢42巻1号23頁（2006年）等参照。

(860) 井上元「消費者金融の取引履歴開示訴訟」法セ615号27頁（2006年）。

債務整理または過払金返還請求が全くできないというわけではない。というのは、貸金業者が保管する業務帳簿は、取引履歴作成の基礎となるものであるが、法律関係文書（民事訴訟法220条三号）にあたるとされ、文書提出命令の対象となるので、債務者は、提訴後に、文書提出命令を申し立てることによって、貸金業者に業務帳簿を提出させることができる⁽⁸⁶¹⁾。そこで、債務整理を受任した弁護士は、貸金業者が取引履歴の開示を拒む場合には、債務者への聞き取りによって、その記憶を頼りに取引経緯の概要を把握し、これに基づいて過払金額を推計して、その返還を訴求した上で、文書提出命令を申し立てるという実務対応を採っていたようである⁽⁸⁶²⁾。

そのため、開示義務違反に対する賠償責任は、「…訴訟提起前に取引履歴を開示しないことについて、貸金業者の責任が認められるかという問題であり、過払金の返還請求と同時になされることが多い」⁽⁸⁶³⁾。そして、「…ここで認められなければならないとされた損害賠償は、実質的には債務整理が遅れたことによる精神的損害〔に対する賠償〕ということになるから、結局、慰謝料としていくらが妥当かという問題に帰着する」⁽⁸⁶⁴⁾と指摘されている。しかし、債務整理を受任した弁護士は、債務

(861) 貸金業者の業務帳簿に対する文書提出命令の運用状況について、座談会「証拠・データ収集の方法と事実認定」判タ1248号29頁以下（2007年）、須藤典明「過払金返還請求訴訟における取引履歴の開示と損害賠償」判タ1306号24頁以下（2009年）参照。

(862) 井上・前掲注(860)27頁参照。なお、須藤・前掲注(861)26頁は、「実務的には、文書提出命令の中立てに際して、原告は、『証明すべき事実』[民事訴訟法221条四号]として、借主である原告が自分の記憶に基づいて復元したという個々の取引内容……を記載してくることがある」と明かした上で、「そもそも複数の貸金業者と長年にわたって貸し借りを継続していた原告が、記憶だけで10年以上も前の借入日や借入額、返済日や返済額を逐一覚えていはずはなく、記憶に基づく復元にはもともと無理がある」と指摘する。

(863) 加藤雅之「貸金業者の取引履歴開示義務と民事責任——最高裁平成一七年七月一九日判決を契機として——」神戸学院法学35巻4号5頁（2006年）。

(864) 須藤・前掲注(861)22頁。なお、須藤裁判官は「…実際問題としては、弁護士が債務整理を受任した時点で貸金業者等に対して債務の取り立てを中止するよう文

者の記憶等を頼りに把握した取引経緯から過払金額を推計し、いち早く提訴した後、文書提出命令を申し立てること等によって、取引履歴入手して過払金額を確定することもできるのであるから、貸金業者が提訴前に取引履歴を開示しなかったことが「どれほど債務整理を遅らせるのか」、したがってまた、その間、受任弁護士からの要請により直接取立を受けることがなくなっていると思われる債務者が「どれほどの精神的苦痛を被るのか」に、疑問が残る。このような観点からは、取引履歴の開示拒絶に対する慰謝料に、債務者の心痛を慰謝するという「填補的機能」以外の意味が与えられなければならないのではなかろうか。

この点について、この慰謝料を「…一時的とはいえ開示義務を怠った貸金業者の不開示を『違法』と宣言することに意味があると考えられるから、いわば、『名目的な損害賠償』の一種と理解する…」⁽⁸⁶⁵⁾ 見解がみられる。また、「…貸金業者の取引履歴開示義務およびその違反に対する責任については、貸金業者の行為態様に対する制裁的色彩が強い…」⁽⁸⁶⁶⁾ との見方もある。慰謝料の本質を「精神的損害を填補する損害賠償」と捉える通説においても、慰謝料の副次的な機能として、「制裁的機能」が挙げられてきた。とはいえ、取引履歴の開示拒絶に対する慰謝料が「制裁的色彩」を前面に打ち出すものであるとすれば、それは、従来挙げられてきた副次的な機能には収まりきれない機能ないし目的を担っているといえよう。そうであるとすれば、副次的な機能を超えて、なぜ貸金業者による取引履歴の開示拒絶に対し制裁を加える必要があるのか、また、どうしてこの不開示を「違法」と宣言することに意味があると考えられるのか、問われなければならないであろう。

書を送付しているはずであるから、債務整理が遅れたことによる経済的な損害というものはほとんど発生しないであろう」と分析する（同頁参照）。

(865) 須藤・前掲注(861)23頁。

(866) 加藤・前掲注(863)27頁。

(3)目的を達成するための手段と慰謝料の「裁判政策的機能」

ところで、アメリカの IIED は、精神的苦痛の填補というよりむしろ、醜悪な行為に対する制裁が強調される訴訟原因であったが、責任の成否を分ける醜悪性要件に明確な判断基準が示されなかったため、他の訴訟原因では獲得できない法的救済を提供するようになり、とりわけ「雇用の領域で爆発的な発展を遂げた」⁽⁸⁶⁷⁾。雇用の文脈では、この訴訟原因は、優越的地位の濫用や各種のハラスメントの防止等の雇用・労働政策を実現する手段の一つとして機能した。そして、1980年代以降、IIED が契約法上の制限や制定法上の排他的救済条項を回避することの当否、または市民権法タイトルⅦに基づく訴えを超える IIED の有用性の有無について、活発に議論されている⁽⁸⁶⁸⁾。これらの議論は、使用者に広範な解雇権が認められ、労災補償や個別労使紛争については、連邦および州の労働法規がコモン・ロー上の訴えを専占し、行政主導の解決枠組みが排他的救済手段であるとされること、また人種、民族および性別に基づくハラスメントに対しては、タイトルⅦに依拠する訴えも利用できることなど⁽⁸⁶⁹⁾、「アメリカ法に特有の事情」を背景に展開されている。

これに対し、わが国では、解雇手続や理由が法的に規制されており、労災補償給付で償われなかった損害について、被災労働者は、別途民事訴訟で損害賠償を請求することを妨げられない⁽⁸⁷⁰⁾。また、各種のハラスメントによって労働者に生じた財産的および精神的損害に対する賠償について、その法的構成（不法行為とするか、安全配慮義務等の信義則上の義務違反とするか）によって、責任の成否や賠償範囲に違いが生じることはないであろう。したがって、アメリカにおける雇用の文脈での IIED に関する議論は、各種のハラスメントが法的責任を生じさせるとい

(867) Crump, *supra* note 19 at 452.

(868) 雇用の文脈における IIED に肯定的な見解として、See Bleeke, *supra* note 163 ; Chamallas, *supra* note 106. 他方、否定的な見解として、Cf. Austin, *supra* note 137 ; Duffy, *supra* note 166.

(869) 中窪・前掲注(707)221頁以下、296頁、305頁以下参照。

(870) 水町勇一郎『労働法〔第3版〕』（有斐閣、2010年）175頁以下、304頁以下参照。

うことを認識させた点を除けば、背景事情を異にするわが国の労働法制のもとでの損害賠償に、直接影響を与えるものではない。とはいえ、アメリカでの議論の根底には、ある政策目的を達成するために、IIEDの活用によるほか、いくつかの行政上または司法上の手段が考えられる場合に、いずれの手段がよりよく当該政策目的を達成するかを見極めようとする意識があり、そのような意識そのものは、本款での検討課題にとって示唆に富むものであるように思われる。

そこで、このような観点から、前掲最判平17.7.19において、貸金業者による取引履歴の開示拒絶に制裁を加え、また「違法」と宣言する必要があるとされた理由を考察することとする。この点について、同判決が、取引履歴開示義務を基礎づけるに際し、貸金業法等による業務帳簿の作成・備付け義務に「…みなし弁済をめぐる紛争も含めて……生じた紛争を速やかに解決する…」〔傍点一筆者〕趣旨を読み取り、開示義務違反の違法性に関し、「…被上告人が〔開示〕を拒絶し続けたので、上告人は、その間債務整理ができず、結局、本件訴訟を提起するに至ったというのであるから、被上告人の上記開示拒絶行為は違法性を有」〔傍点一筆者〕すると判示していることが、手がかりになるかもしれない。本件を担当した調査官は「…訴訟になれば、貸金業者は、業務帳簿を任意に提出しなくても、文書提出命令によってその提出義務を負うことは避けられないのであり、貸金業者が、訴訟になるまで取引履歴を開示しない、開示を求めたければ訴訟を提起せよという対応をすることは、……不必要的な訴訟を増加させることにもなり、社会的に問題があるといわざるを得ない」⁽⁸⁷¹⁾〔傍点一筆者〕と解説する。また、「…取引履歴の開示義務を認めない場合、不必要的な訴訟を増やす結果につながることから、開示義務を否定しても当事者および裁判所の負担を増加させるだけであり、関係者に望ましくない結果をもたらすものと考えられる。……今後は訴訟

(871) 福田剛久「貸金業者の債務者に対する取引履歴開示義務の有無」法曹時報58巻11号276頁（2006年）。同「貸金業者の債務者に対する取引履歴開示義務の有無（時の判例）」ジュリ1314号130頁（2006年）参照。

前に取引履歴の開示を拒否するケースは少なくなるものと予想され、不必要な訴訟が減少していくことが期待される」⁽⁸⁷²⁾ (傍点一筆者)との評価もみられる。このような見方には、債務整理または過払金返還請求という「目的」を達成するため、提訴後に文書提出命令を申し立てるという「手段」を用いることもできるが、この方法は、提訴を前提とするものである以上、「不必要な訴訟＝裁判所の負担」を防止するという「目的」を達成することができないので、提訴前に取引履歴を開示させる別の「手段」を備える必要があるとの認識が垣間見える。そう解することによって初めて、従来挙げられてきた慰謝料の副次的な機能を超えて、制裁的色彩が強調され、または「名目的な損害賠償」が認められる理由を、説得的に説明することができる、と考える。そうであるとすれば、取引履歴の開示拒絶に対する慰謝料は、債務者の精神的損害を填補するということよりむしろ、裁判外での紛争解決を促すという「裁判（ないし司法）政策的機能」を担っている（少なくともそのように期待されている）といえよう。

ちなみに、アメリカでは、精神的苦痛の主観的な性質のために、その賠償を認めると、詐欺的な訴えを助長し、裁判所が「訴訟の洪水」に見舞われかねないとの懸念が示されてきた。これに対し、わが国の取引履歴の開示義務違反については、慰謝料を認めることがかえって「訴訟の洪水」を防止することにつながると解される。この対照的な位置づけは、皮肉のようでもあるが、興味深い逆転現象であるように思われる。

(4) 慰謝料の「裁判政策的機能」の当否と算定の判断材料

前掲最判平17. 7. 19に相前後して、最高裁は、みなし弁済（平成18年改正前の貸金業法43条）の要件解釈を厳格化する一連の判決を下した⁽⁸⁷³⁾。前掲最判平17. 7. 19が、裁判外での紛争解決を促し、みなし弁済を厳格

(872) 吉野内謙志「取引開示義務をめぐる裁判例と問題点」判タ1248号45-46頁（2007年）。

(873) 最判平16. 4. 20民集58巻2号380頁、最判平16. 4. 20民集58巻2号475頁、最判平

化する一連の判決から予想される過払金返還請求による「訴訟の洪水」を防止する基盤となっていることは疑いない。しかし、貸金業者による取引履歴の開示拒絶に対する慰謝料が「裁判政策的機能」をも担うとする上の分析が正しいとすれば、そこに生じる重要な問題は、不必要な訴訟を防止し、もって裁判所の負担を軽減するという「目的」を達成するために、当の裁判所自身が、慰謝料請求という債務者の民事訴訟を「手段」として利用することが、果たして許されるのかということである。前掲最判平17.7.19に対する評釈にも、やや視点を異にするものの、これと関連する問題提起をするものがみられ、「民事責任は本来損害の填補、被害者の救済を図るものであって、加害者に対する制裁であるとか、抑止は民事責任の本来の機能ではない。……貸金業者に対する債務者の利益確保は、……本来は業法などの行政法規によって実現されるべき利益である。これを民事法秩序、民事責任法の次元で実現することが妥当であったかは疑問である。損害賠償法の制裁的機能を強調し、民事ルールによって行政的取締を実現することが妥当であるか、公法と私法との関係を含めて、……貸金業者をめぐる一連の裁判例が提起する問題は少なくないように思われる」⁽⁸⁷⁴⁾と指摘されている。取引履歴の開示拒絶に対する慰謝料が、債務者の利益確保のみならず、「裁判政策的機能」をも担っているとみる場合には、「精神的損害を填補する損害賠償」という慰謝料の本質から、ますます乖離することになり、これを是とするなら、填補か制裁かというレベルを超えて、慰謝料の本質を抜本的に見直すこと

16.7.9判時1870号12頁、最判平17.12.15裁時1402号3頁、最判平18.1.13金判1233号10頁、最判平18.1.19裁時1404号1頁、最判平18.1.24裁時1404号19頁等参照。

(874) 加藤・前掲注(863)27-28頁。なお、小粥・前掲注(859)72頁が「…X（債務者）個人の実利という見地からは、提訴前のY（貸金業者）の開示拒絶に執着して……上告審まで争う訴訟戦略は、……X個人の『利益』にかなっていたのか疑問がないではない。実利よりも法—権利の実現プロセスにおいて最高裁に過大な期待が寄せられていたのではない、Xの権利保護のために学説が果たし得た役割……があったのではないか…」と述べるのも、類似の問題意識を窺わせる。

を迫られよう。この点について、本稿で掘り下げて検討する余裕はないけれども、近時、アメリカにおける懲罰的損害賠償に「私人エネルギーを利用した法実現」という側面のあることを析出し、わが国でこれを実現する受け皿として慰謝料の制裁的機能に期待する見解⁽⁸⁷⁵⁾もみられることを付言しておく。

いずれにせよ、どのような機能や目的を想定しているのかを明らかにすることは、慰謝料算定の判断材料や金額の妥当性の評価に影響する、ということもまた重要である。例えば、貸金業者による取引履歴の開示拒絶に対して慰謝料を認めることの目的が、過払金による債務の清算やその返還が遅れたことなど、借金問題に関する債務者の心痛を慰謝することにあるのであれば、借入金額や返済期間の長さ、債務者の収入に占める返済額の比率等が、慰謝料算定の判断材料になるように思われる。これに対し、過払金額を確定するための証拠を早期に提出させることが目的であるなら、貸金業者が、当該事件のほか、どれくらいの件数の過払金返還請求を受ける可能性があるかに照らして、総体としての返還資金を枯渇させないように配慮しつつ、開示した方がコスト安と判断される金額を算定するのが合理的であろう。実際には、双方の要素を含むにしても、どちらの目的に軸足を置くかによって、慰謝料額の妥当性の評価が違ってくるのである。

さて、わが国の裁判所（または裁判官）は、「…他の政府機関〔立法および行政〕との関係では消極主義をとってきたが…」、私人間の秩序に関しては、実質的に法創造を行っており、「…規範を創るにあたって、今日に至るまで大きな役割を果たしてきた。そして、そこで創られた規範には、重要な政策的意味合いが含まれている」⁽⁸⁷⁶⁾と指摘されている。もっとも、大陸法を継受したわが国では、形式的には、裁判所は法を創るところではなく、法を解釈するところであるという建前に制約されるためか、裁判所は、アメリカの裁判所と比べると、判決文において法解釈を

(875) 舩岡・前掲注(759)205頁以下参照。

(876) フット・前掲注(746)213-214頁。

超えて政策的議論を展開することに、かなり控えめであるとの印象を受ける。他方、慰謝料は、精神的損害を填補する損害賠償をその本質としながらも、賠償額の調整や加害行為への制裁といった多様な機能を有する柔軟な損害概念であると解されてきた。そのため、裁判所による法創造についての実質と形式との狭間で、慰謝料の柔軟性は、実質的な政策目的を覆い隠しつつ、それを達成するための形式的なツールになり得るように思われる。前掲最判平17.7.19が認めた慰謝料も、その一つの現れであるとはいえまいか。しかし、上に述べたように、何のために慰謝料を認めるのかということは、慰謝料算定の判断材料に影響するのであって、その目的を明確にすることは、慰謝料額の妥当性を事後的に検証するために不可欠である。わが国において、裁判所が判決文に政策目的を明示することに、制約があるとすれば、慰謝料のバールに包まれた政策目的を露わにし、それとの関連で慰謝料額の妥当性を検証するという作業は、学説が取り組むべき仕事なのかもしれない。

（二）人格権または人格的利益の侵害に対する慰謝料

菊地教授は、原告バイスタンダーへの賠償に関するアメリカの議論と対比して、「…例えば交通事故を目撃したことにより精神的ショックを受けたと主張して損害賠償を請求する者が現れた場合、日本法においては損害論のレベルでこの請求を排除する構造にはなっていない。……日本法においては、この場合の賠償請求の可否は、おそらく違法性要件を検討することによって判断されることになろう」と分析する。そして、「…通説である相関関係理論によれば被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様を相関的に考慮するというものであるから、アメリカ法上の議論で取り上げられる諸事実は日本法における違法性要件の検討の際に考慮されるべきものと相当程度において重なりうることとなろう」⁽⁸⁷⁷⁾と指摘する。すでに紹介したように、アメリカにも近時、IIEDとNIEDを横

(877) 菊地・前掲注(12)比較法214-216頁。これに対し、前節で引用した山口・前掲注

(825) 平井古希によれば、相当因果関係の問題として取り扱われることになろう。

断的に分析し、直接または付随的被害者の要保護性と被告の帰責性との相関関係を注目して、不法行為法制全体における精神的苦痛賠償のあり方を模索する見解がみられるところであり⁽⁸⁷⁸⁾、これに先行する菊地教授の指摘には鋭いものがある。

また菊地教授は、わが国では「…身体的被害を伴わず精神的苦痛だけが発生した場合の賠償請求という範疇については相対的に関心が低かったといえるが、昨今、名誉毀損やプライバシー侵害についての訴訟のみならず…」注目すべき判決が現れているとして、いわゆる「外国人氏名の日本語読み訴訟」判決（最判昭63. 2. 16民集42巻 2号27頁）および「自衛官合祀訴訟」判決（最判昭63. 6. 1民集42巻 5号277頁）を例示する⁽⁸⁷⁹⁾。もっとも、これら二つの判例はむしろ、広い意味では、アメリカの差別的発言または宗教的行為の文脈における IIED の事案と類似するように思われる。

そこでここでは、これら二つの判例について、アメリカにおける差別的発言または宗教的行為の文脈での IIED に関する議論状況との対比を試みた上で、そこから派生する論点について、若干の問題提起を行うこととする。

(1)外国人氏名の日本語読み訴訟における慰謝料請求の意味合い

アメリカにおける議論と対比する前に、わが国において、裁判上、新たな人格権ないし人格的利益を主張する際に、慰謝料が請求されることが多いことの意味合いに触れておきたい。前掲最判昭63. 2. 16では、在日韓国人である原告は、事前の要請や抗議にもかかわらず、被告（NHK）がニュース番組で原告の氏名を日本語読みしたことについて、謝罪や今

(878) See Rhee, *supra* note 684.

(879) 菊地・前掲注(12)比較法198頁(脚注(4))参照。なお、菊地教授は同脚注で、「…慰謝料の調整的機能、制裁的機能、および包括的損害賠償としての慰謝料請求の問題等が活発に論じられてきたところ、これらはいずれも身体的損害が発生していることが前提となっている」と分析し、わが国でも身体的被害を伴うかどうかに分けて慰謝料を議論すべきことを主張する。

後の氏名民族語読みのほか、損害賠償1円を請求した。この慰謝料は、その請求額に照らして、氏名の日本語読みによる原告の精神的損害を填補することや、被告が日本語読みしたことを制裁することを目的とするものでないということは明らかである。そのため、この慰謝料は「名目的損害賠償」の性質を有するものであり、また本件訴訟そのものが「『見方を変える』ことを求めて訴訟がなされる…」一例であるとの捉え方もみられる⁽⁸⁸⁰⁾。

わが国では、アメリカの司法制度に倣って、裁判所による司法判断を求めるには、当事者に権利義務ないし法律関係の存否に関する具体的な争訟がなければならず、したがってまた、法的救済を求めるには、原則として、自己の権利または法律上保護される利益（法益）が侵害されたものでなければならないとされる⁽⁸⁸¹⁾。不法行為訴訟は、当事者の権利義務に関する具体的な争訟であり、そこでの損害賠償は権利または法益の侵害を要件とするから、司法判断の対象となることはいうまでもない。そして、慰謝料は、精神的損害を填補する損害賠償であると解されてきたので、主張されるところの人格権ないし人格的利益の侵害が物理的ないし有形的な損害を発生させていなくとも、被告の行為に対し、原告が怒り、悲しみ、または不快感や違和感を主観的に感じれば、これらの感情による精神的苦痛を、賠償請求の基礎に据えることができる。また財産的損害と違って、ここでは本来捉えどころのない心や感情が問題となるため、被告の特定の行為と精神的苦痛との因果関係を厳密に問うことは困難であり⁽⁸⁸²⁾、ややナンセンスであると言ええるかもしれない。

(880) 大村敦志『不法行為判例に学ぶ 社会と法の接点』(有斐閣、2011年) 221頁以下参照。

(881) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第5版〕』(岩波書店、2011年) 326頁以下、君塚正臣編『ベーシックテキスト憲法〔第2版〕』(法律文化社、2011年) 249頁以下参照。

(882) 松浦・前掲注(7)105頁以下参照。なお、植林・前掲注(780)172頁は、賠償範囲を画定するものとしての「…相当因果関係説および民法第四一六条は、慰謝料については原則として適用されていない…」と指摘する。ただし、この指摘は、本稿の

もちろん、原告の主張する人格権ないし人格的利益の侵害に対する慰謝料請求が常に認容されるわけではない。実際、前掲最判昭63.2.16も、氏名を正確に呼称される人格的利益のあることを認めつつ、それは不法行為法上の利益として必ずしも十分に強固なものとはいえないとして、原告の請求をいずれも退けている。とはいえ、原告の意識する社会問題の啓発のために、訴訟を提起すること自体に目的があるとすれば⁽⁸⁸³⁾、たとえ請求が認められなくとも、原告の主張に争訟性を帯びさせることができれば、さしあたり十分である。そうであるとすれば、この種の訴訟における慰謝料請求は、(とりたてて慰謝料の「機能」と呼ぶかどうかはともかく) 新たな人格権ないし人格的利益を裁判上主張するための足場を、広く提供する役割を果たしているといえよう。

(2)差別的発言と差別意識を伴わない侮辱的言動

上に言及したように、前掲最判昭63.2.16は、氏名を正確に呼称される利益は不法行為法上の利益として必ずしも十分に強固なものとはいえないとして、本件被告による日本語読み呼称については、その違法性を否定した。もっとも同判決は、「…不正確な呼称が明らかな蔑称である場合はともかくとして…」、また「…当該個人の明示的な意思に反してことさらに不正確な呼称をしたか⁽⁸⁸⁴⁾、又は害意をもって不正確な呼称をした

前節までの主張と異なって、裁判官が諸般の事情を考慮して自由裁量により慰謝料額を算定することを論拠とすることに注意を要する。

(883) なお、自衛官合祀訴訟(前掲最判昭63.6.1)にも、「…世論的共感が得られるであろうという政治的な計算…」があるとみる見解として、林修三「信教の自由といわゆる宗教上の人格権の問題を中心として」ひろば41巻9号27頁(1988年)参照。

(884) さらに、同判決は、「…社会的にある程度氏名の知れた外国人の氏名をテレビ放送などにおいて呼称する場合には、民族語音によらない慣用的な方法が存在し、かつ、右慣用的な方法が社会一般の認識として是認されたものであるときには、氏名の有する社会的な側面〔個人の識別機能〕を重視し、我が国における大部分の視聴者の理解を容易にする目的で、右の慣用的な方法によって呼称することは、たとえ当該個人の明示的な意思に反したとしても、違法性のない行為として容認されるものというべきである」〔傍点一筆者〕と判示する。

などの特段の事情がない限り…」と留保する。これと関連して、本件原告は、上告理由等で、「韓国・朝鮮人名の日本語読みは、現代において創氏改名を強要するもの」との認識を示していた⁽⁸⁸⁵⁾。そこには、日韓併合時代の教育文化政策として、学校教育における教授言語が日本語とされたという歴史的背景と相まって、慣用的な日本語読み呼称は、民族差別を連想させ、または今日における民族差別の温床となるおそれがある、という理解が窺われる。そして、本件訴訟によってこのような問題認識が周知されたためか、前掲最判昭63.2.16に相前後して、メディア各社は、韓国・朝鮮人名について、民族語音による呼称を用い、表記にも工夫を凝らすようになった。したがって、社会の「見方を変える」という意味では、原告はその目的を達成したといえよう。

ところで、アメリカにおいて、IIED 訴訟原因の創設を主導した学説は、その論拠の一つとして、侮辱的な発言に関する事案に注目していた。もっとも当時、口汚い言葉遣いのすべてを不法行為とすべき社会的ニーズがあったわけではなく⁽⁸⁸⁶⁾、「困惑以上のものではない脅し、侮辱または冷遇について、賠償は認められない」⁽⁸⁸⁷⁾とされた。しかし、侮辱的な発言の意味合いは、その発言の背景に関する社会の認識に依存し、したがってまた、これに不法行為責任を課すべき社会的ニーズも、時代とともに変化するように思われる。そのため、1950年代以降の公民権運動やウーマン・リブの展開を経たアメリカで、IIED が、責任制限の役割を期待された醜悪性要件の判断基準が抽象的なものとどまったことも手伝って、人種、民族および性別に基づく差別的な「言動」に対する法的救済を提供し、またはこれらの差別を抑止するものとして活用されるようになったことは⁽⁸⁸⁸⁾、自然なことであったといえよう。近時はさらに、

(885) 大村・前掲注(880)229頁等参照。

(886) See Magruder, *supra* note 21 at 1053.

(887) Prosser, *supra* note 37 at 888.

(888) 雇用の文脈におけるハラスメントの背景に人種差別がある場合には、裁判所は賠償に肯定的であると指摘するものとして、See Austin, *supra* note 137 at 13-14.

人種、性別および宗教差別的「発言」について、コミュニケーション不法行為模範法案が、差別を示す「継続的なコミュニケーションのパターン」が認められる場合の新たな訴訟原因を提案して、醜悪性を要件とする IIED の廃止を勧告するのに対し、反復性を求めることに反対しつつ、IIED における醜悪性要件を緩やかに解して、陪審審理を保障すべきことを主張する見解がみられることは、すでに紹介したとおりである⁽⁸⁸⁹⁾。このような差別的発言の文脈における IIED の発展から学ぶとすれば、前掲最判昭63. 2. 16により韓国・朝鮮人名の民族語読みが定着した今日のわが国において、民族語音を知りながら敢えて日本語読みで呼称した場合には、そこに民族差別的な「害意」のあることが事実上推定され、むしろ日本語呼称を用いた者が「害意」のないことを立証しない限り、不法行為責任を免れない、と考えるべきであろう⁽⁸⁹⁰⁾。

また、アメリカにおいて、IIED 訴訟原因の創設に際し、侮辱的発言に関する事案が注目された背景には、口頭による名誉毀損 (slander) の成立に、原則として、実害 (special damages) の発生が求められるため、この要件が満たされない限り、たとえ原告を害する目的で侮辱的発言がなされたとしても、とりわけその精神的苦痛から原告が身体症状を呈した場合でさえ、損害賠償が認められない結果になることは不当である、という価値判断があったようである⁽⁸⁹¹⁾。したがって、この文脈での IIED は当初、名誉毀損にはあたらないが、甚だしく侮辱的な発言に責任を課す訴訟原因として構想されたとみてよいであろう。他方、わが国では、名誉毀損とは「社会的な評価を低下させる言辞」であり、社会的評

(889) See Love, *supra* note 265.

(890) なお、近藤敦「外国人氏名の日本語読みと人格権」別冊ジュリ179号『メディア判例百選』(有斐閣、2005年) 109頁は、「今後は、……『当該個人の明示的な意思に反して不正確な呼称をした』場合には、まずは BRC (放送と人権等権利に関する委員会) への苦情申立てがなされ、それでも是正されない場合には、裁判所での違法性の認定がなされるといった制度設計が望ましいように思われる」と提案する。

(891) See, e.g., Magruder, *supra* note 21 at 1047-1048.

価を低下させない限り、名誉毀損は成立しないとされる。しかし、民法710条は、「名誉」を不法行為法上の保護に値するものとして例示しており、受け手の自尊心やプライドを傷つける侮辱的な言動は、社会的評価を低下させなかったとしても、「名誉感情の侵害」という不法行為を成立させる余地がある⁽⁸⁹²⁾。近時は、名誉毀損、プライバシーまたは肖像権の侵害とともに、名誉感情の侵害が主張されることも少なくないようであり⁽⁸⁹³⁾、「…平成期に至り、名誉感情も法的に保護すると解する判決が下されている」⁽⁸⁹⁴⁾。もっとも従来、名誉感情の侵害についてのみ、不法行為の成立を認める裁判例は散見される程度であり、そのような事例には、名誉毀損との違いを明確にしないものもみられる⁽⁸⁹⁵⁾。また、これらの事例では、名誉感情の侵害が不法行為にあたるかどうかについて、「受忍限度」⁽⁸⁹⁶⁾や「社会通念上許される限度」⁽⁸⁹⁷⁾を超えるかどうか、または「相当性の範囲」⁽⁸⁹⁸⁾を逸脱するかどうかを基準としている。定型的な差別意識を伴わないために「害意」を読み取ることができない侮辱的な言動については⁽⁸⁹⁹⁾、それがなされた状況によってその意味合いを異にす

(892) 窪田・前掲注(752)109頁参照。

(893) 例えば、青森地判平7.3.28判時1546号88頁、いわゆる「石に泳ぐ魚」事件判決（最判平14.9.24判時1802号60頁）等参照。

(894) 円谷・前掲注(761)75頁。

(895) 例えば、東京高判昭56.8.25判時1019号81頁は、侮辱行為に対する不法行為の成立を認めるが、「…侮辱行為が不法行為として成立するかどうかは、……諸般の具体的事情を総合的に考慮して、当該表示が被害者の人格的価値に対する社会的評価を低下させるかどうかを判断して、これを決定すべきものである」（傍点一筆者）と判示する。

(896) 大阪高判昭54.11.27判時961号83頁、前掲青森地判平7.3.28（ただし、肖像権の侵害と一体的に判断したもの）参照。

(897) 東京地判平2.7.16判時1380号116頁、名古屋地判平6.9.26判時1525号99頁参照。

(898) 大阪地判昭60.2.13判時1176号113頁参照。

(899) なお、前掲大阪高判昭54.11.27では、被告はタクシー運転手に対し「今は運転手と呼ばれているが、昔は駕籠昇きやないか」などと述べており、この発言は職業差別的な意識を窺わせる。

るから、当該事案における諸般の事情を総合的に考慮して、ケース・バイ・ケースで、不法行為の成否を判定するほかないであろう。ただし、この点について、アメリカで IIED の創設に寄与した学説が「怒りっぽい性格の者が適法にカットとなる安全弁を、法が完全に締め切ってしまうなら、不幸なことであろう」⁽⁹⁰⁰⁾と述べるのは、含蓄のある喩えであるように思われる⁽⁹⁰¹⁾。

(3) 信教の自由と不法行為法

前掲最判昭63.6.1において、公務中に交通事故で死亡した自衛官の妻であり、キリスト教徒であった原告は、自衛隊退職者の親睦団体である社団法人隊友会の山口県支部（県隊友会）と自衛隊山口地方連絡部（地連）の職員とが「共同」で、原告の意に反して、山口県護国神社（県護国神社）に亡夫の合祀を申請したため、亡夫が合祀されたことにより、宗教上の人格権等が侵害されたと主張して、合祀申請の取消のほか、慰謝料100万円を請求した（なお、上告審では、争点は被告国への慰謝料請求の可否に絞られた）。同判決の多数意見はまず、合祀申請が県隊友会

(900) Magruder, *supra* note 21 at 1053.

(901) なお、加藤・前掲注(748)64頁は「故意とは、一定の結果の発生すべきことを知りながら、あえてある行為をするという心理状態であり、過失とは、その結果の発生することを知るべきでありながら、不注意のためにそれを知りえないで、ある行為をするという心理状態である。たとえば、他人の信用を落とすために虚偽の事実をふれ歩くのは、故意による名誉毀損であるのに対して、十分に調べないで犯罪事実があると信じて告発したり書き立てたりして、それが間違っていれば、過失による名誉毀損になる」と説明する。しかし、犯罪事実を誤信した場合も、これを告発または公表すれば、「一定の結果」、ここでは「対象者の社会的評価の低下」が発生すべきことを承知しているのであって、公益目的等のため、その違法性が阻却されるにすぎないと捉えることもできる。このように捉えると、今日では過失概念が客観化したものの、故意概念に大きな変化がないとすれば、名誉毀損一般を故意不法行為の類型に位置づけることが可能である。そして、名誉毀損と境を接する名誉感情の侵害における「害意」や「受忍限度」等の認定についても、アメリカの意図的不法行為の類型に属する IIED の「醜悪性」の認定状況を参考にすることは有用であるように思われる。

と地連職員との共同行為といえるかについて、「…県隊友会において地連職員の事務的な協力に負うところがあるにしても、県隊友会単独名義でされた本件合祀申請は、実質的にも県隊友会単独の行為であった…」とする。また、地連職員の協力行為が憲法20条3項の禁止する「宗教的活動」にあたるかについて、「…地連職員の行為が宗教とかかわり合いをもつものであることは否定できないが、これをもって宗教的活動とまではいうことはできない…」と判示した。被告国への慰謝料請求を退けるには、これらの判示で十分であるが、多数意見はさらに、原告の法益侵害の有無を検討する。その際、合祀申請と合祀それ自体とを区別し、「…合祀それ自体は県護国神社によってされているのであるから、法的利益の侵害の成否は、同神社と被上告人〔原告〕の間の私法上の関係として検討すべきこととなる」と述べる。そして、憲法の人権規定の私人間効力について、いわゆる「間接適用説」の立場に立った上で、「…宗教上の感情を被侵害利益として、直ちに損害賠償を請求し、又は差止を請求するなどの法的救済を求めることができるとするならば、かえって相手方の信教の自由を妨げる結果となるに至ることは、見易いところである。信教の自由は、何人も自己の信仰と相容れない信仰をもつ者の信仰に基づく行為に対して、それが強制や不利益の付与を伴うことにより自己の信教の自由を妨害するものでない限り寛容であることを要請しているものというべきである」として、原審が認めた「…静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき利益なるものは、これを直ちに法的利益として認めることができない性質のものである」と結論づけた。

前掲最判昭63.6.1には、補足意見・意見・反対意見が付されており、多数意見の判断枠組みや判断項目ごとの結論について見解が分かれている⁽⁹⁰²⁾。しかし、ここでは、多数意見の立論に絞って、アメリカの宗教的

(902) 多数意見・補足意見・意見・反対意見の対立状況や、同判決に対する学説の評価を整理・分析するものとして、赤坂正浩「信教の自由・政教分離の原則と自衛官の合祀」別冊ジュリ186号『憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕』（有斐閣、2007年）98頁参照。

行為の文脈における IIED の議論状況と対比することとしたい。

前掲最判昭63.6.1の多数意見が、合祀申請に至るまでの県隊友会と地連職員との行為を区別し、後者を事務的な協力行為と解したことは、本件における憲法問題を限局するものとして作用しているように思われる。これとは対照的に、アメリカでは、宗教的行為に不法行為法を適用すること自体が、州の権能の行使であると捉えられていることは、注目に値する⁽⁹⁰³⁾。これを前提として、信教の自由は宗教的「信条」を絶対的に保障するが、宗教に動機づけられた「行為」は一定の規制に服するとされ⁽⁹⁰⁴⁾（信条と行為の区分）、不法行為責任を課すことも含め、宗教的行為を規制するには、州の重要な利益が宗教に負担を課すことによる不利益を上回るものであること、または宗教に負担を課すこともやむを得ないような州の利益があることを要する。さらに、規制が州の利益を達成するのに必要最小限のものであって、他の宗教や非宗教にも公平に適用されるのでなければならない⁽⁹⁰⁵⁾。この論理のもとでは、宗教的行為が、特定の宗教団体または聖職者や信者によるものである場合でも、それが不法行為にあたるかどうかを判断するときには常に、連邦および州憲法の保障する信教の自由との調整が図られることになる。わが国では一般に、不法行為に基づく損害賠償請求は被害者個人の権利行使と認識されており、その認否を裁判所が判断することが公権力の行使にあたるという発想は、これまであまりなかったように思われる⁽⁹⁰⁶⁾。また、わが国

(903) See, e.g., *Paul*, 819 F.2d 875, 880.

(904) もっとも、「信条と行為の区分」について、心を読むことが不可能な以上、いわば当然であるとの指摘もみられる。See *Hayden*, *supra* note 106 at 611-613.

(905) *Generally Molko*, 762 P.2d 46, 56-58. See also *Snyder*, 264 Cal.Rptr. 640, 645.

(906) ただし、川岸令和ほか『憲法（第3版）』（青林書院、2011年）70頁は、「…私人間紛争において一方の主張を否定して救済を拒否する（敗訴させる）裁判所の判断によって、憲法上の侵害が発生するという考え方も論理的には可能である…。…もっとも、この思考を貫徹すると、司法判断が介入しさえすればあらゆる私人間紛争が対政府紛争に転化し、上訴審以降では無制限に憲法上の権利侵害の主張が許容されることにならざるをえ」ない、と指摘する。

では、憲法の人権規定の違反は国等の公的主体の責任を根拠づけるものであるのに対し、アメリカにおける IED の議論では、不法行為法の適用が連邦および州憲法に抵触しないかどうか問われるのであるから、人権規定の違反は責任を阻却する方向で機能している。このように、憲法の人権規定（ここでは信教の自由）と不法行為法との関わり方について、日米には顕著な認識の違いがみられる。

不法行為（法益侵害）の成否については、前掲最判昭63.6.1の多数意見は、合祀申請と合祀それ自体とを区別した上で、県護国神社と原告との私法上の関係として検討し、合祀を法益侵害とすれば、かえって県護国神社の信教の自由を妨げる結果になるとの価値判断を示した。本件では、亡自衛官の父は合祀を望んでおり、これを拒否する原告と対立する状況にあったことが問題を一層複雑なものにしている。法益侵害についての判示は、多数意見の論理構成のもとでは、いわば「傍論」にあたるが、アメリカの宗教的文脈における IED の事例にもこれと同様の価値判断を示すものがみられる⁽⁹⁰⁷⁾。さらにアメリカでは、宗教的行為の文脈に IED を適用することが、最終的には宗教弾圧につながりかねないと懸念する見解もみられるところである⁽⁹⁰⁸⁾。これらの点について、本件の原告が自己の信仰のもとに亡き夫を追慕・慰霊するにあたり、これと相容れない他者による追慕・慰霊等に違和感ないし不快の念を抱くという心情は理解できなくもない。とりわけ本件では、そのような心情の根底に、わが国において「合祀」のもつ歴史的な意味合いに対する疑念があるようにも思われる⁽⁹⁰⁹⁾。しかし、特定の宗教が有する歴史的背景を理由として、他の宗教または非宗教と異なった取扱いをすることは、それこそ宗教弾圧につながりかねず、むしろ憲法の保障する信教の自由や

(907) See, e.g., *Guinn*, 775 P.2d 766, 775-778.

(908) See Hayden, *supra* note 106 at 663-666.

(909) これに関連して、横田耕一「『寛容』なき社会の『寛容』論——自衛官合祀違憲訴訟大法廷判決をめぐって」法セ404号23頁（1988年）は、「原告に寛容を説いた裁判官たちは、……なんのために護国神社への合祀が行われているのか、多少はまじめに考えてみるべきである」と批判する。

政教分離に反する結果となろう。また、死者の追慕・慰霊等の方法に關し、遺族間の意向が対立する場合に、裁判所が各人の宗教的感情の保護法益性に優劣を付けることは妥当であろうか⁽⁹¹⁰⁾。多数意見が、「静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送ること」を望んだにすぎない原告に、その意に反してなされた合祀に対して「寛容」であるよう求めたことについては、批判も投げかけられている⁽⁹¹¹⁾。とはいえ、多数意見が、最終的な宗教弾圧につながりかねない経路を断つために、敢えて上の傍論を展開したとすれば、そこで示された判断はやむを得ないものであったように思われる⁽⁹¹²⁾。

(4) 威圧的ないし攻撃的な宗教的行為と不法行為法

前掲最判昭63. 6. 1は、信教の自由のもとで相互に保障される当事者の宗教の対立をどのように取り扱うべきか、という微妙で難しい問題に関わるものであった。他方、アメリカの宗教的行為の文脈における IIED の事案には、専ら当事者の宗教的対立によるとみられるものほか⁽⁹¹³⁾、部外者との連絡の取れない閉鎖的な状況での入信や改宗の勧誘または宗教

(910) 前掲最判昭63. 6. 1の長島裁判官による補足意見は「…家族や近親者の間においても、相互に信仰を異にするのもまれではな」く、「故人の追慕・慰霊に關して、近親者のうちに特に配偶者の意向を父母又は子の意向〔に〕優先させるべき法理は見当たらない…」とし、坂上裁判官による意見も同旨を述べる。これに賛同するものとして、林・前掲注(883)25頁参照。これに対し、死者の追慕・慰霊等について、配偶者等の近親遺族に優先権を認める見解として、例えば、戸波江二「信教の自由と『宗教上の人格権』」ひろば41巻9号39頁以下(1988年)(ただし、近親者内部の衝突の場合には不法行為責任を問いえないと留保)、河上正二「民法によって体现される憲法的価値・下」法セ589号73頁(2004年)、大村・前掲注(880)219頁以下参照。

(911) 例えば、小林孝輔「自衛官合祀拒否訴訟」青山法学論集30巻3号138頁(1988年)参照。

(912) なお、靖国神社への合祀について、遺族らの損害賠償および差止め請求を退けた最近の事例として、大阪地判平21. 2. 26判時2063号40頁参照。

(913) *Nally*, 763 P. 2d 948 ; *Murphy*, 571 N.E. 2d 340. いずれの事例も不法行為責任を否定している。

的習練⁽⁹¹⁴⁾、戒律に反した信者への懲戒⁽⁹¹⁵⁾、および脱退者に対する絶交や報復⁽⁹¹⁶⁾のように、威圧的ないし攻撃的な行為に関する事案も含まれていた。アメリカでは、そのような事案でさえ、上に述べた憲法上の制約のもとで慎重に IIED の成否が判断されるが、IIED の成立が認定された場合には、懲罰的な側面を含む多額の賠償評決額が答申されることがある⁽⁹¹⁷⁾。これに対し、IIED は最終的には宗教弾圧につながりかねず、宗教的行為に醜悪性のレッテルを貼ることに問題があるとして、宗教的行為への IIED の適用に否定的な見方のあることも、すでに紹介した。もっとも、この見解は、宗教的行為への IIED の適用に反対するにすぎず、明確な判断基準をもつ他の意図的不法行為の責任を免れるわけではないと指摘する⁽⁹¹⁸⁾。アメリカでは、アッサルト、不法監禁および詐欺といった具合に、個別の侵害類型ごとに要件を整理した意図的不法行為の訴訟原因が用意されているため、宗教的行為についても、その宗教的な「動機」を排して、端的に問題の「行為」が意図的不法行為の要件を満たすかどうかを検討することで足りる、と考えることができるのかもしれない。

わが国にも、下級審レベルでは、宗教性を秘した執拗な勧誘や因縁・靈障等の告知による不安から入信し、後に脱退した元信者と、宗教団体との紛争に関する裁判例がみられる⁽⁹¹⁹⁾。これらの事例では、多額の寄進や献金、宗教活動や教団のための労働、または祈祷料や診断料の支払等による財産的および精神的損害の賠償が請求されており、被告宗教法人

(914) *Molko*, 762 P. 2d 46 ; *Wollersheim*, 260 Cal.Rptr. 331.

(915) *Guinn*, 775 P. 2d 766 ; *Snyder*, 264 Cal.Rptr. 640.

(916) *Paul*, 819 F. 2d 875 ; *Wollersheim*, 260 Cal.Rptr. 331.

(917) *Id.*

(918) Hayden, *supra* note 106 at 674-677.

(919) 櫻井圀郎「宗教活動による不法行為と宗教法人の責任」法政論集227号686頁以下（2008年）に紹介された裁判例参照。そのほか、最近の事例として、例えば、京
都地判平21. 7. 8 判時2064号98頁、大阪地判平22. 3. 29判時2093号92頁等参照。

の使用者責任が認められる傾向にある⁽⁹²⁰⁾。この種の事例においても、宗教の自由との関連で、行為の宗教性をどのように評価するかが課題となろうが、他人の権利または法益を侵害する違法な行為が、宗教の名のもとに法律上当然に、許されるものでもない。この点について、裁判例では、「宗教として社会的に相当とされる限度」を逸脱しているかどうか等を基準として、不法行為の成否が判断されているようであるが⁽⁹²¹⁾、やや抽象的な基準であるとの印象を拭えない。アメリカでの議論のように、宗教的行為に不法行為責任を課すことが宗教弾圧につながることを警戒すべきであるという観点からは、ある程度具体的な歯止めも必要なのではなかろうか。とはいえ、統一的な要件構造を採るわが国の不法行為法のもとで、宗教的な動機と行為とを区別することは、個別的要件方式を採るアメリカ法ほど容易ではなく、宗教に動機づけられた不当な行為の責任について、どの要件のもとで、どのように評価すべきかは、難しい問題であるように思われる。宗教それ自体に明確な定義があるわけではなく、したがってまた、宗教的行為やその社会的相当性についても、自由意思に基づく入信・活動・献金等といえるかどうかを参考にしながら⁽⁹²²⁾、個別的・総合的に判断するほかない面がある。また、仮に責任が認められたとしても、本稿のテーマである慰謝料に関して、どのような事情を考慮して、いくらを算定するか、とりわけ慰謝料の「制裁的機能」をどの程度加味することが許されるのかについて、宗教的行為とそれ以外の行為とに違いがあるか等が検討されるべきであろう。

(920) 特定の信者または聖職者の違法行為に対する宗教法人の責任の法律構成を検討するものとして、櫻井・前掲注(919)、藤原究「宗教団体の不法行為責任における現状と課題」杏林社会科学硏究27巻3号45頁(2011年)参照。

(921) 櫻井・前掲注(919)686頁以下参照。

(922) なお、東京地判平10.4.3判タ986号248頁は、被告宗教団体への勧誘に強引なところがあったことを認めつつ、原告元信者の入信は自由意思に基づくものであり、社会的相当性を逸脱していないとして、不法行為の成立を否定する。

四 結びに代えて

本稿では、当初精神的苦痛賠償に制限的なスタンスを採っていたアメリカにおいて、20世紀を通じて徐々に、精神的苦痛賠償の認められる場面が拡大していく過程に注目し、そこで展開された議論を整理・紹介した上で、わが国の慰謝料の認否と算定への示唆を探ることを試みた。このような比較法的な観点から、わが国の慰謝料の認否と算定について、改めて本稿の提案や問題提起をまとめるなら、次のようになろう。

アメリカでは、ネグリジェントに惹起された精神的苦痛を身体的被害との関連で分析しており、また精神的苦痛それ自体への賠償の可否を検討する際には、いかに精神的苦痛の真実性を担保し、責任をネグリエンスの帰責性と均衡させるかが議論されている。わが国でも、交通事故賠償において、死の恐怖のような精神的苦痛のみや、器質的な外傷または身体障害から生じた精神的苦痛について、慰謝料の認否と算定には客観的な性質を観察できる。ところが、精神的苦痛から生じたPTSD等の非器質性精神障害については、原告の愁訴を信じざるをえない面があり、その真実性をいかに担保するかが問題となりうる。ただし、わが国では、心因性のむち打ち症の取扱いにみられるように、非器質性精神障害を損害賠償制度のもとに取り込んでおき、責任を加害行為の帰責性と均衡したものにするために「穏当な損害算定」に心がけるというやり方も許されよう。もっとも、器質的な身体障害と非器質性精神障害とが併発する場合に、両者を併合して逸失利益を算定するという方法は、必ずしも「穏当な損害算定」になっていない。そこで、器質的な身体障害とは切り離して、非器質性精神障害については、不法行為にまつわる苦痛の程度が大きいことを示すものとみて、慰謝料の項目で算定してもよいのではないか。そして、ここでは実質的には非器質性精神障害による逸失利益と交換性のある損害を算定しているのであるから、慰謝料の項目に、その増加額の客観的な基準として、逸失利益の算定式を提示することを提案し、その労働能力喪失期間を合理的な範囲に限定すること等によって、「穏当な損害算定」を心がけるべきことを主張した。

また、他者への被害によって間接的に精神的苦痛が生じる場面として、アメリカにおけるバイスタンダールールと、わが国の民法711条とを対比した。わが国の判例は、同条の類推や709条と710条の適用により、直接被害者の遺族・親族に固有の慰謝料請求権が認められる場面を拡大している。この点について、711条所定の近親者と「実質的に同視しうべき身分関係」または「死亡したときにも比肩しうべき精神上の苦痛」という判例の基準が、精神的苦痛の真实性を担保し、責任を加害行為の帰責性と均衡させるものとなっているか、個別具体的に検討する必要がある。そのほか、バイスタンダールールでは、精神的苦痛を介した身体的被害の賠償の認否に際し、精神的苦痛を受けた状況が問われるのに対し、被害者本人と近親者等の分を合わせたわが国の死亡慰謝料算定基準は、精神的苦痛を受けた状況を考慮しておらず、精神的損害を填補するというよりむしろ、遺族の生活保障に配慮した基準となっている。慰謝料の本質を精神的損害を填補する損害賠償と説明する限り、このような基準の立て方を正当化することは困難である反面、標準化された算定方式が交通事故被害者の迅速な救済に果たしている役割を軽視することもできない。そこで、この基準を抜本的に改めるのではなく、近親者等の遺族が複数いる場合に、死亡慰謝料総額を配分する基準として、精神的苦痛を受けた状況や生活保障といった側面をある程度類型化し、基準に盛り込むことを提案した。

さらに、直接被害者が死亡する現場に居合わせた遺族がその精神的ショックから呈した精神症状による損害について、財産的損害の賠償を認めず、近親者固有の慰謝料の問題に解消することの可否を検討した。これと関連して、わが国では判例上、死者の損害賠償請求権について相続構成が確立しており、相続人が民法711条またはその類推適用を受ける近親者等である場合には、遺族が獲得する賠償総額は比較法的にかなり高額になると思われる。そして、「扶養構成では賠償額が低額になる」というのはわが国の相続構成と比べた場合にいえるにすぎないのであって、比較法的にはむしろ、遺族に対する手厚い法的救済をどのように正当化

するかという問題を生じさせている。したがって、とりわけ逆相続の事案では、死亡事例における賠償総額が野放図に高額化することに歯止めをかけるために、遺族が呈した精神症状について、近親者固有の慰謝料の増額事由として考慮するにとどめるという方法も肯定的に評価することができる。もっとも、アメリカにおいて、「直接被害者」理論によるバイスタンダールールおよび身体的被害要件の回避に疑問を呈する見解の根底にある価値判断をここに応用するならば、遺族に生じた被害の実態が同一であるにもかかわらず、これを精神症状による財産的損害として算定するか、それとも精神的打撃を考慮して近親者固有の慰謝料を増額するかによって、賠償額に大きな違いがもたらされるのはアンバランスであるといえる。そうであるとすれば、近親者固有の慰謝料を増額するにあたって、実質的には精神症状による消極的損害（休業損害または後遺障害逸失利益）と交換性のある損害を算定しているのであるから、どのように精神的打撃を考慮したのかを具体的に説明するために、ここでも近親者固有の慰謝料の項目に消極的損害の算定式を提示し、その休業または労働能力喪失期間を合理的な範囲に限定する、という方法が検討されてよい。

これらの主張や提案は、自己または他者への人身被害に関するものである限り、「慰謝料は、その主観的な性質のために、算定根拠を示す必要はない」という命題に疑問を呈するものであり、慰謝料の項目を細分化して、その算定に、消極的損害の算定式、精神的苦痛を受けた状況および生活保障の必要性といった「客観的な指標」を盛り込もうとするものである。このような考え方に対しては、妥当な解決を導くために、むしろ算定根拠を示す必要のないことが慰謝料の「つよみ」である、という批判が投げかけられるかもしれない。しかし、損害算定過程における「ブラックボックス化」を防止し、慰謝料額の妥当性を事後的に検証するには、慰謝料の項目で何がどのように算定されたのかを、多少なりとも明らかにすることが不可欠である。そのような検証作業の末に、新たに浮かび上がってくる「基準」は、より公平で迅速な紛争解決をもたら

す、と考える。

他方、アメリカにおける IIED は、他の訴訟原因では獲得できない法的救済を提供し、とりわけ雇用の文脈で広く活用されており、この文脈では、雇用・労働政策を実現する手段の一つとしても機能するようになった。そして、1980年代以降、これらの政策「目的」を達成するために、IIED によるもののほか、いくつかの行政上または司法上の「手段」が考えられる場合に、いずれの「手段」が当該政策「目的」をよりよく達成するかが議論されている。「目的」と「手段」という観点から、わが国における貸金業者による取引履歴の開示拒絶に対する慰謝料（前掲最判平17.7.19）を分析すると、裁判外での紛争解決を促すという「裁判政策的機能」を見出すことができる。しかし、そこに生じる問題は、裁判外での紛争解決を促すという政策「目的」を達成するために、当の裁判所が、慰謝料請求という債務者の民事訴訟を「手段」として利用することが、果たして許されるのかということである。仮にこれを是とするなら、填補か制裁かというレベルを超えて、慰謝料の本質を根本から見直すことを迫られよう。いずれにせよ、何のために慰謝料を認めるのかを明確にすることは、ここでも慰謝料額の妥当性の評価に関わってくる。そのほか、アメリカでは、IIED は、差別的発言や宗教的行為の文脈でも利用されており、表現および信教の自由といった基本的人権との調整を必要とする事態を生じさせている。そこで、差別的発言および宗教的行為の文脈における IIED を、広い意味で事案に類似性を見出すことのできるわが国の、いわゆる「外国人氏名の日本語読み訴訟」判決（前掲最判昭63.2.16）および「自衛官合祀訴訟」判決（前掲最判昭63.6.1）と対比した上で、そこから派生する論点として、定型的な差別意識を伴わない侮辱的言動による名誉感情の侵害や、威圧的ないし攻撃的な宗教的行為に対する不法行為の成否について、若干の問題提起を行った。

ところで、本稿の提案には、アメリカにおける精神的苦痛賠償の展開から得られる示唆を超えるところがあり、その当否については、今後の議論や批判に委ねるほかない。また、いくつかの問題提起についても、

本稿で何か結論めいたことを提示するには至らなかった。そして、一口に慰謝料といっても、それが問題となる局面は多様であり、本稿で取り上げることできた項目は、その一部にすぎない。慰謝料が担っている機能は、それぞれの局面ごとに異なっており、例えば、離婚慰謝料は、有責配偶者への制裁、不貞行為または離婚という事実それ自体による精神的損害の填補、および財産分与と境を接する離婚後の生活保障といった多様な機能をあわせもつ特有の性質を帯びているようである⁽⁹²³⁾。したがって、慰謝料が問題となる局面ごとに各論的に、慰謝料の機能を見極め、その機能との関連で、どのような事情を判断材料とし、いくらの金額を算定すべきかを、引き続き検討していく必要があるように思われる。さらに、そこで想定された慰謝料の機能に、従来挙げられてきた副次的な機能にも収まりきれないものが見出された場合に、それを「精神的損害を填補する損害賠償」という慰謝料の本質のもとで説明することができるか、あるいは慰謝料の本質論を帰納的に問い直す必要はないか、本稿に残された課題はなお多い。

（完）

(923) 離婚慰謝料の機能について、例えば、成澤寛「離婚慰謝料と不貞慰謝料に関する理論的考察——広島高判平成一九年四月一七日家月五九卷一—号一六二頁を契機として」岡山商大法学論叢17号79頁（2009年）参照。また、アメリカにおける離婚の有責性に関し、一定の限度を超えたものについて、一つの選択肢としてIIEDの活用も検討されていることを紹介するものとして、同「離婚と有責性——アメリカにおける最近の議論からの示唆——」岡山商大法学論叢19号22頁以下（2011年）参照。

〔追記〕本連載「アメリカにおける精神的苦痛賠償の展開 (1)(2・未完)」(本誌19号および20号)の脚注に、文献引用の誤りがあったため、次のように訂正する。

1. 脚注 (9) (19号133頁)

誤	…小池 悟「PTSD をめぐる裁判例とその問題点 (二・完)」自動車保険研究 5 号47頁…
正	…小池 悟「PTSD をめぐる裁判例とその問題点 (二・完)」自動車保険研究 5 号147頁…

2. 脚注 (335) (20号112頁)

誤	…山口成樹「不法行為に起因する PTSD 等の精神疾患と損害賠償 (一)」都法42巻 2 号56頁以下…
正	…山口成樹「不法行為に起因する PTSD 等の精神疾患と損害賠償責任 (一) —— 間接被害論・賠償範囲論の一帰納的考察 ——」都法42巻 2 号56頁以下…