



人損慰謝料算定の諸問題と算定プロセス論

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2021-03-24 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 住田, 守道 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24729/00017284

人損慰謝料算定の諸問題と算定プロセス論

住 田 守 道

1、はじめに

筆者は、前稿「我が国の慰謝料論の軌跡と課題—人身損害賠償を中心に—」¹にて、損害論の視点と裁判官の「自由裁量」²への態度に関する問題意識の系列に軸足を置き、慰謝料論について以下のような整理を試みた。初期の判例群の下で裁判官の「自由裁量」と位置づけられた慰謝料算定は、その根拠を公平説に置きつつも恣意的判断だとの批判を受けないようにするために客観的基準の探求が模索された。やがて交通事故算定基準の確立以降、一見柔軟な対応が図れそうな慰謝料算定が今度はその十分な機能を果たしていないとの批判に晒され始めた。その中で「自由裁量」の在り方は批判の中で意識的に論じられていくのに対して、交通事故分野では損害の具体的把握の観点の深化という実践的な課題が残された。公害訴訟では原状回復理念が打ち出され、損害の包括的な把握という方向性と並行して、人身損害の独自性の考慮という重要な指摘を受けつつ損害の具体的な相での把握視点も推進されたのに対し、交通事故算定論では視座転換が求められながら、その先へと進んでいくための条件を十分には整えられているのかにつき疑問がある。各原発事故訴訟での経験も再度被害実態に目を向けることの重要性を示すものであるのに対し、交通事故類型での上記課題への対応は、「自由裁量」活用論や「一切の事情を斟酌する」という算定の構え（柔軟な慰謝料算定論の像）の確保のみではカバーできない点がある。そこで算定環境（把握のための視点設定や方法論）を整え、深める必要がある。これが前稿の到達点（課題の析出）であった。

ところで、以上の論述の展開の中では、日本法での経験に基づく認識に対する一定の観点から議論の流れを整理し、上記課題の析出に終始した結果、その課題自体の位置づけには不十分な点がある。一見柔軟だと見紛うが問題が多岐に渡る慰謝料論の下では、全体構造が見えづらく、上記課題の所在すら見失わせる懸念がある。そこでこの課題につき、他の問題や慰謝料算定プロセスとの関連付けを通じて、問題の所在をより一層明らかにしておきたい。これは、問題の所在自体から問いなおさねばならないほどに茫漠でありながら、従来の議論状況から問題点の析出に終始した前稿では不十分であるという筆者なりの問題認識に基づく。従って、本稿では算定論上の問題構造の解明も試みている。

2、慰謝料算定に関する各種課題

2-1、原理問題

(1) 「無形」損害の即時把握困難性—原理問題その1—

苦痛・精神的不利益など様々な概念構成がなされる精神的（非財産的）損害は、その点の確定から論点となることはもとより当然である（原初問題かつ最終問題）が、財産的損害との対比でまずもって注目すべきは非物質な「無形性」を帯びる損害だという点である。そこから、その対象を如何なる視点から捉え得るのか、いかに対象を量定してゆくのかという問題が発生する。

人身損害賠償の交通事故類型に見られる実務の算定基準では3種の慰謝料項目（死亡1種、非死亡2種）が見られ、その決定事由から一定の内容を窺うことはできる（死亡の有無のほか、入通院期間、後遺障害等級の程度が基本事項）。それ以外の事由の考慮もあり得る。すなわち、慰謝料の斟酌事由は一切の事情であるが、重要要素は次の10だとされる。①被害の程度、態様、被害の継続期間、②特殊事情（基準額に対する加算事由一流産、中絶、受胎能力減退、学校欠席、留年、趣味スポーツの享楽不能、転職、退職、昇進の遅れ等）、③被害者の職業、社会的地位、財産状態、生活程度、④侵害行為の態様（飲酒、無免許、ひき逃げ等）、⑤加害者の態度（不誠意な態度）、⑥加害者の地位、身分、⑦被害者の取得する利益、⑧被害者、加害者間の関係（親族間、無償同乗等）、⑨被害者の過失、⑩補完的機能である³。財産的損害の補完を担う⑩を度外視すると、被害者側の事情（①②③と⑦⑨）、加害者側の事情（④⑤⑥）及び両者の関係性（⑧）と整理できるが、重要度についてはさらに濃淡があり⁴、①～⑤に特に力点を置くことになると思われる。いわゆる損害填補説に立つとされる実務⁵では交通事故算定基準（慰謝料額の決定に最も影響力を有する⁶①が基本事項）が活用されつつ、裁判例では種々の基準外の要素が考慮された例がみられる（後述）が、しばしば不明な部分があり、どこに焦点を当てて算定するのかにつきなお検討途上にあるだろう。また、どこまでの要素を斟酌対象に含めるかは慰謝料本質論の立場⁷や法益の性質⁸、さらには法的価値判断基準（人格の尊厳、法の下の平等）⁹に依存し、具体的な方向性には議論の余地がある。

被害者側の事情の最も基本的部分と思われる①②に焦点を当てるとき、注目されるのは公害・薬害被害の領域の議論である。包括的損害把握の下で「環境破壊を頂点とした生活破壊の総体」として、個人的損害から家庭的損害、社会的損害にまで検討が及ぼされている。具体的な一例として、我々が知るのはスモン訴訟での損害把握の試みである。すなわち、薬害による健康被害により、深刻な経済的被害のほか、人間関係悪化による社会生活破壊、それらによる家庭生活破壊といった事柄の存在及び相互関連が取り沙汰され、従来の賠償に活用されていた後遺症中心の考え方よりも広い被害把握の視点に出ている。このような人損

の悲惨さや回復困難さ、家族生活への波及等については、交通事故被害と公害被害との共通面からのアプローチが考えられる¹⁰。むしろ、交通事故算定基準上の項目設定が持つ理論モデル（後遺症の部分であるが、機能的アプローチ）の析出によりその限界が示されている¹¹。「人身被害」そのものから始まり、当該被害を抱えて生きる者の生活状況・活動に目を向けることで初めて認識可能となっていく被害の在り様は、この理論モデルの視点のみでは脱落してしまう（例えば、後遺障害〇級という事実から、当該被害者の現在及びこれからの種々の生活・活動への影響度合いを知ることはできない）。被害実態を見定めるためには被害者の傷害・後遺症の程度という事実を捉えることも重要だがそれだけでは被害の全容を把握できない。当事者が主張立証し、裁判官が「自由裁量」を行使してそれを認定していくという方針をとるとしても、無形なものを把握する課題への対応を考えるという問題は無視しえない。

（２）非財産的損害の回復困難性・金銭的評価不能性—原理問題その２—

精神的損害は、これを回復する直接の手段が存在しないため、真に賠償することが困難であるが法的サンクションを断念しない以上、何らかの形式の賠償を認める必要がある。金銭賠償が選択肢に浮上する。民法起草者が、精神的損害の賠償を肯定しつつその賠償金額については、「…ぴちんトシタ算盤上カラ割出セル損害ト云フモノカ生スルノデハナイ」ことから、被害者が請求し裁判所が正当と認めた額を算定するとした¹²が、裁判官に委ねたとしても損害の性質および評価基準としての金銭的評価不能性は変容しない。精神的損害には市場価格が成立しないと考えられることから、金銭賠償主義の下でそれを金銭的評価の対象と捉えるにしても損害の性質から金銭化する根拠を直接引き出すことはできない（例えば、入院1か月分の苦痛を金銭的な指標で示すことはできない）。ゆえに、額の妥当性問題は、日々の実務が算定基準や先例に如何に忠実かとは本来無関係の問題である（後の時代における額の引き上げは、物価上昇といった外在事情により正当化され得る面はあるが、初期値の妥当性の問題は残る）。精神的損害（非財産的な対象）の金銭的評価という矛盾を有する（アポリア問題）が、この種の賠償金の支払自体を全面的に否定する見解¹³は我が国では見当たらず¹⁴、金銭的評価を確定してゆくことが日々の困難な課題となる。もっとも、相対的に、例えば、傷害の結果1か月入院し完治した事例と、傷害の結果1か月入院し後遺症を負った事例とでは、後者の方が被害の深刻性が大きいことから、数量化の際には前者より高額算定がなされるというように、一般論としては被害の重大性に応じた慰謝料の決定が正当視されていると思われる。だが、そうであっても、相場や基準と「自由裁量」を承認するだけでは、金銭評価面での問題は解消されずに日々の実務に常に付きまとっている。そこで、損害填補の意味を再考することが要請される。

(3) 慰謝料（金銭という媒介での支払）の性格—原理問題その3—

損害の性質と金銭支払との論理的な非直結性から、評価主体による評価の恣意性への警戒や金銭賠償を不道德だとする観念が生まれる。これは海外では慰謝料否認論・消極論の一論拠にもなっている。否認論に立たずに法文上に忠実に慰謝料＝損害賠償だという理解を出発点に置くとしても、賠償を通じた損害の填補性には疑義が生ずる。そこから慰謝料を損害や賠償の概念とは切り離して構想する余地が見出される。純粹制裁説は加害行為の違法性に依拠した算定を企図する¹⁵点にそのことがよく現れている。精神的損害の算定は、「生じたる損害」の計量といふことよりも、「賠償せしむるを妥当とする額の算定」をすること¹⁶とする説明も同様である¹⁶。民法制定過程にみられた日本伝来の「涙金」という観念^{10・18}での置換による説明¹⁹もまた、外来の「慰謝料」概念（ロエスレル商法草案に由来）のオリジナルの意味を問うことなく上書きし得るものである（慰謝料と涙金という別異の観念による性質の同一視²⁰）。明治の近代化の過程で、既存の観念を通じた新規の概念の理解または確立がなされたことの意義は各場面で解明されるべき論点である²¹が、涙金が一定の関係が断絶されるときに支払われるわずかな金銭だとすれば、この伝統的な観念には損害の軽重を額に反映させるといふ観念が含まれないはずであることのみここでは確認しておこう²²。最後に、金銭填補は不可能でも代償による苦痛等の不利益の軽減・忘却が図り得るものと見る立場からは賠償可能性が肯定される²³。損害填補説の一種とされ得る見解（「ゆるやかな損害填補」²⁴だが、由来する外国法の解釈提言には、攪乱された均衡の回復に対し代償として別の楽しみを与えるものだと主張がみられ²⁵、そこでは損害填補という性格から離れた慰謝料性質の理解が示されている²⁶。

2-2、実践上の問題

(1) 不統一問題と客観基準確定問題—実践問題その1—

以上の原理的問題に対応するために、損害の把握および金銭評価を実際に行う作業はいずれも直接的な実践上の問題を提起させる（原理派生の実践問題）。その他に、日本の実務上生じてきた問題として以下のものが報告されている。まず、慰謝料評価の恣意性を回避するために、戦前より慰謝料の客観的基準の模索がされてきた。類型毎の裁判例の分析が進められていたが、当の裁判実務は不統一であった。事件ごとに被害が異なり得る点からすれば不統一は当然とも言えるが、被害状況が類似しているケースでも判決により異なっており²⁷、ここでは、社会通念が形成されておらず客観的基準がないことが問題とされた（その原因には、①慰謝料算定の性質、②戦後の経済不安定の影響が指摘され、克服の方向性として、経済事情の比較的安定および裁判所の諸相互の資料的交流が挙げられていた²⁸）。このような裁判官毎の異なる判断が示される結果、国民の信頼の喪失を危惧する声の実務家から上がっており²⁹、

交通事故類型では算定基準形成へと歩み出すことになる³⁰（統一の理由付けには、損害の性質も援用されている³¹）。その後の実務は算定基準を活用してきたがしかし、公表された基準を実務が尊重しすぎるあまり、今度は批判が投げかけられ、基準の発行中止論まで展開された³²。その原因は以下で追及するが、このような「振り子」現象に囚われて、大上段に統一か不統一かといった択一的な問題として受け止めるべき必要はない。侵害された法益によっては差異を捨象しやすい部分があり、それに依じて算定基準に依拠し得る部分とそうでない部分では問題の性格が異なるのみならず、算定基準の中には、損害の観点と金額の確定の観点の両方が含まれており（損害のリスト化と、対応する賠償金額の提示は別個の問題）、いずれの部分の如何なる点にどのような問題があり、その解決策はいかなるものかをそれぞれ検討する必要の方がむしろ重要であろう。

（2）低額評価の問題—実践問題その2—

慰謝料学説史においてしばしば提起されてきたのは、いわゆる低額化問題であった。上記原理問題（金銭評価不可性）から観察すると、慰謝料算定結果はそれ自体には金銭尺度が備わっていない精神的損害を量的な意味での直接の根拠となし得ない。したがって金額の多寡は判断の余地がないとも言える³³。しかし実務では、「自由裁量」であるのに（つまり高額化も可能である³⁴にも関わらず）、裁判現象としては低額化だと認識され批判されてきた。例えば、慰謝料高額化＝訴訟の誘発の懸念を背景として（交通事故件数の激増という時代的要因もある）、交通事故基準における「定額化」の実態は、「低額化」（同時に後掲の「硬直化」³⁵）であったと論じられた³⁶。また、「弁護士が主張しても認容されるかどうか不明あるいは認容されても低額である」、そのため「強く主張しない」、そうすると「主張しないため精神的苦痛の認識は弱いまま低額にとどまる」、その結果「低額であるがゆえにあえて主張しない」という悪循環が指摘³⁷された。

算定された慰謝料が低額だという認識がいかに成立し得るのかは1つの問題である。それには種々の理由が考えられる（思考の際に置かれた前提に依存）。例えば、物価上昇との対応関係や請求額と認容額の差、外国法との比較³⁸である。三島は、当時の慰謝料額が「欧米に比して低すぎるといのが定評」だとし、定額化によって「低いところに固まってしまう」危険性を指摘していた³⁹。外国との比較により認識された低額化の理由には、慰謝料＝涙金・見舞金という本質理解のほか、判決理由の開示がなく、具体的算定を行わずに裁判官が腰だめ式に量定できること⁴⁰が指摘されている。日本の慰謝料はその後引き上げられ、高額化で一定の水準に達したとみられる⁴¹現在、この種の比較による低額批判は鳴りを潜めている⁴²。また、賠償実務が涙金等の観念に支配されてきたのかは検討事項になり得るが、少なくともそのような理解を支持する学説は現在では皆無である。他方、理由開示なき「腰だめ式」評

価の点は現在でも問題となり得る。「腰だめ」自体が多分に評価を伴った呼称であるため、実際どのような方法が取られており、なぜそのような評価を受けるのかを追求する必要があるが、低額評価を生み出す原因は既に別のところにも見出されている。低額の認識成立は、ほかに同種の事件に関する裁判例との比較⁴³や既存の水準を最低限とする認識（特殊事情の未反映）⁴⁴からも生じ得る。もしそれが低額の直接的根本的な原因であれば、この「腰だめ式」評価の許容は、低額評価判決をも容認されることを意味するものにすぎないものとなる。

（3）硬直化問題—実践問題その3—

算定基準確立後の硬直化は、基準を作成・運用する裁判官の側で自覚されていた問題である⁴⁵。それが故に、算定基準は「一応の申し合わせ」と意識され⁴⁶、公表された基準の冒頭にある「基準の趣旨」という一節には、「本基準は単なる目安」と説明される⁴⁷など、予想される硬直化への配慮が見られた。とはいえ、定型化に伴う「高額制限」の成立は考えられ得た⁴⁸ところに、算定基準確立後における基準運用上の「硬直化」⁴⁹が実際に問題視され始める（やがて裁判所による基準公表の取りやめにまで至るが、弁護士会による算定基準の公表がそれに続いた）。ここでは、基準上の賠償額が「上限化」（その結果、斟酌事由が減額事由）⁵⁰として機能することになる（修正可能な基準とはいえ、それとかけ離れた額の認容が困難になり、基準をはみ出す実損害の切り捨てとなる⁵¹）。裁判官の損害賠償額の公表が「……「自制措置」として低額傾向を決定」付け、「個別具体的事件に対応する伸縮性を完全に喪い、硬直してしまっている」⁵²という批判が展開される（基準表による損害賠償額の定額化＝硬直化⁵³、慰謝料の硬直化⁵⁴、「自由裁量」の硬直化⁵⁵と種々の表現が見られる）。実際に、判決文において具体的に事実が説示されてもノミナルなものにとどまる事例の存在が指摘され⁵⁶、このようなものが時代を経ても確認されており⁵⁷、比較的最近でも同様の報告⁵⁸が見受けられる。この硬直化打破に対する対処方法としては、制裁的慰謝料へのシフト⁵⁹や、算定基準の発行中止による視座転換（基準からではなく個別事件から出発）⁶⁰、損害の内容（慰謝料項目）の細分化の検討⁶¹が挙げられている。

問題発生メカニズムは後に言及する。ここでは、一点のみ付言する。一切の事情の斟酌が求められながらそれが形骸化し、過度の算定基準への依拠が、対策も示されながらなお問題となるとすれば、それは以下のことを意味するであろう。すなわち、一切の事情を斟酌する方法は裁判官に諸要素を総合斟酌させ得るものではある。しかしこの方法は、総合斟酌を推進し、実際にそれを実現する論理や道具立てを内包していない⁶²。これを推進し得るか、基準外事情を適切にカバーし得るかは、基準順守の姿勢や一切の事情の総合斟酌という構えの確保とは別の次元の問題である。請求者が的確に何を把握し立証して、それを算定プロセスの俎上に乗せることができるのか、また評価主体がそれをどのように受け止めることで正

当化していくのか。上記悪循環論では、「精神的苦痛の認識」の弱さを原因に挙げていることも想起するならば、第一に漠とした認識や弱い認識による算定ではなく、具体的な把握方法の鍛錬こそが追求されるべき課題の1つとなろう。そのためには何が必要かを検討することなく、とにかく硬直化を避けて主張・立証せよ、判断せよ、そのために努力せよと述べても、無形なものを捉えてコンセンサスを得るべくその内容を詰める作業に対する示唆は何ら得られない。

(4) 算定「方式」決定問題—実践問題その4—

個々の裁判例においては、「硬直化」現象ばかりに終始してきたわけではなく、その数はともかくも特殊事情を明示し考慮するものが散見される。これらは、既存の項目がその中心において想定した特定要素を超えるものの認定例であり、柔軟な慰謝料の役割を果たした事例と目される。ただし考慮される具体的な事情やその「方式」（包括的単一項目で対応するのか、それとも複数の項目で算定を行うのかという問題を「方式」問題と本稿では呼んでおく）は一様ではない。斟酌されるべき事情の中には、加害者の侵害行為や態度の悪質性による慰謝料増額の例があり、これは枚挙に暇がない（毎年公刊されるいわゆる「赤い本」に見られる慰謝料増額事由の大半を占めている）が、その点以外は上述（2-1、(1)）の「特殊事情」（基準額に対する加算事由）に該当するものであろう。膨大な不法行為関連判決を網羅することは困難であるが、いくつかの例をデータとして以下に引用する（以下では、人身損害固有のケースの肯定例のみを取り上げる⁶³。また、算定基準上は評価されていないが後遺症であることに変わりない例⁶⁴については扱わない）。

- 第一のものは、現在の算定基準で確立している慰謝料項目の中において他の事情を斟酌するものである（判決A群とする）。即ち、基準外の要素を、傷害慰謝料あるいは後遺障害慰謝料に含めて考慮する場合である。加害行為を問題とするもの以外には、身体的美性の悪化、労働生活・余暇生活の選択肢の喪失、死の危険性がとりあげられている。

[1] 東京地判昭和63年1月22日判タ661号225頁（加害者による示談交渉の不誠実対応）⁶⁵

[2] 東京高判平成9年1月29日判時1602号91頁（加害者のひき逃げ）⁶⁶

[3] 東京地判平成10年10月9日交通民集31巻5号1500頁（将来音楽教師になる夢の断念）⁶⁷

[4] 東京地判平成13年7月31日交通民集34巻4号990頁（希望していた仕事に就職できなかったこと）⁶⁸

[5] 東京地判平成14年4月16日判時1783号88頁（顔面醜状・下肢に残存する醜状痕）⁶⁹

[6] 東京地判平成15年3月24日交通民集36巻2号337頁（趣味のマラソンの断念）⁷⁰

[7] 東京地判平成15年8月28日判時1839号110頁（著しい外貌醜状、死の危険性）⁷¹

[8] 東京地判平成18年12月27日交通民集39巻6号1788頁（仕事の断念+加害者の酒気帯び運転・ひき逃げ）⁷²

- 第二のものは、基準外要素につき、既存の慰謝料項目とは別の第3の項目立てを行うものである（B群とする）。判決文のスタイルとしては総合斟酌の形式をとりながら内訳を示すもの（[5] [6]）も実質的にはここに該当するものと扱う。

[1] 東京地裁昭和61年9月16日判時1206号7頁（墜落による死の恐怖）⁷³

[2] 大阪地判平成13年5月25日判タ1089号257頁（被害者が転校を余儀なくされた）⁷⁴

[3] 東京地裁八王子支部判平成15年4月24日交通民集36巻2号563頁（犯人隠避）⁷⁵

[4] 宮崎地判平成22年3月12日判タ1335号201頁（船舶衝突により救助されるまで海上をイカダで漂流し傷害等を負った被害者の漂流による精神的苦痛）⁷⁶

[5] 横浜地判平成5年8月26日交通民集26巻4号1047頁（成功を目指し準備していた事業がとん挫した無念の思いを考慮）⁷⁷

[6] 東京地裁平成11年1月12日交通民集32巻1号57頁（将来の手術の可能性が高いこと、それに伴う危険性その他の不安感など）⁷⁸

ここでも加害行為や恐怖・危険性が考慮対象になっているほか、人損とは独立した要素（転校や漂流）が別個の項目とされている。

以上のうち、別項目立てをしない判決A群を考えると、斟酌方法は従来項目の拡張によるものとなる。そこでは、入通院（傷害）慰謝料、あるいは後遺症（後遺障害）慰謝料と言いつつながら、諸般の事情の総合考慮と結合させられる運用実態から見れば、症状固定「前」慰謝料、症状固定「後」慰謝料と化することを意味する。判決B群は、特殊事情の考慮を特に明確に行うものであり総合斟酌よりは透明性がある。もっとも、第3の項目を立てる立てないの識別基準・原因は不明である（ただB [3] では、共謀者と特定項目のみ「連帯」責任の対象となる点が特殊要因である）。A群の特別事情は、発生した人損の延長に位置づけられ得るものようであるに対して、B群は被害あるいは加害行為が人損から独立に観念できるものと一応は整理できそうだが、該当しない例もある（例えば、A [3] [4] とB [5] はいずれも被害者将来希求していた事柄の断念でありその差は微妙である）。しかも下級審では入通院慰謝料と後遺症慰謝料の区別さえ常になされているとは限らない⁷⁹（この点は、慰謝料＝涙金理解に根源を見る学説⁸⁰があり、また公平説からの「自由裁量」論による正当化が考えられる⁸¹ほか、算定主体たる裁判官のやりやすさの観点が現れたこともある⁸²）。種々の方法が存在し、「自由裁量」の下でいずれも容認されているのが日本の実務の現状である。この論点は、海外では個別項目方式と総合斟酌方式の選択については争いがあるところであ

り⁸³、日本法での検討課題にも挙げられていた⁸⁴。

(5) 「ブラックボックス」問題—実践問題その5—

以上の実務にはいわゆるブラックボックス問題⁸⁵が付随している。これは表現こそ違えども、相当以前より指摘されてきた算定過程の不透明性と同様の問題を指すものであり⁸⁶、事実認定における心証形成の問題にとどまらない（斟酌されるべき事実の存在を前提に、それをどのように斟酌して慰謝料額の決定へと至ったのかという算定プロセス全体を覆う）問題である。設定される評価単位である損害項目の中で取り扱われる諸事由を明らかにせずに、または「一切の事情」を斟酌したと明言する方法を用いて金銭評価を表示することで発生する算定根拠の非開示問題と言える。したがって、上記「方式」論とは異なる問題であり、それとは必然の関係に立たない。細分化し、慰謝料項目の内部でブラックボックスを生じさせることも、生じさせないこともあり得る。

ブラックボックス的判断が生じると、算定結果と被害実態の認識及びその程度との相関性が外部から把握できない。斟酌事由は、判決文中に明示されている限りで判別し得ることはある。ただ、事実認定の部分と慰謝料算定の部分が判決文中で離れることが多く、算定部分において「その他本件に顕れた一切の事情を考慮した結果、〇〇円」だと判示されたときには、その内容の理解は容易ではない。仮に、斟酌事由の有無が理解できたとしても、斟酌事情に対する評価（例えば、増減のいずれの方向に作用させるのかの決定⁸⁷や、当該被害の軽度、中度、強度、極度といった当該被害部分のランク付け）について考えると、傷害や後遺症そのものの部分はともかく、特殊事情についてこの点に関する判断が示されなくとも判決としては許容されてしまっている。それでも金銭的評価結果が直観的に妥当だと考えられる場合はあり得るため、算定過程の不透明性は毎度問題とされるわけではない。ただ、判断過程の不透明性が、判断要素の認識それ自体を阻害し、他の問題の存在の認識も成立しにくくしている。「その他諸般の事情」「一切の事情の斟酌」という判決定式が「なにもいわないのと同じ」とされ⁸⁸、明示された事情も含め「例文化」しており⁸⁹、上訴封じの役割を持つ⁹⁰と批判的に受け止められて、学説はその都度明示化を求めてきた。

算定過程の開示の有無にかかわらず、算定困難な対象につきどのように対処したのかは常に問われる（不開示の場合にはそれが究明しにくくなるように機能する）。判断過程で隠れた要素を明らかにすることが要請されており⁹¹、実際に近時の判決文では積極的に隠蔽せずに行える限り考慮要素を示そうとする姿勢が十分に窺われる⁹²。もっとも、ストレートに評価できない事情でも考慮に値すると判断される場合には、総合斟酌に頼り評価することも考えられる。慰謝料算定が創造的判断さえ要求される容易でない作業であるとするれば、時の判断として、それが特殊事情を一顧だにしないよりは適切だというケースもあり得るだろう。

問題は、そのような認識に止まり続けても判決が許容されるために、それを追及する姿勢が醸成されず議論が深まらない点であろう（考慮することが正当化できないものを秘密裡に考慮しているという危惧さえある）。

3、慰謝料算定の諸問題と算定プロセス論

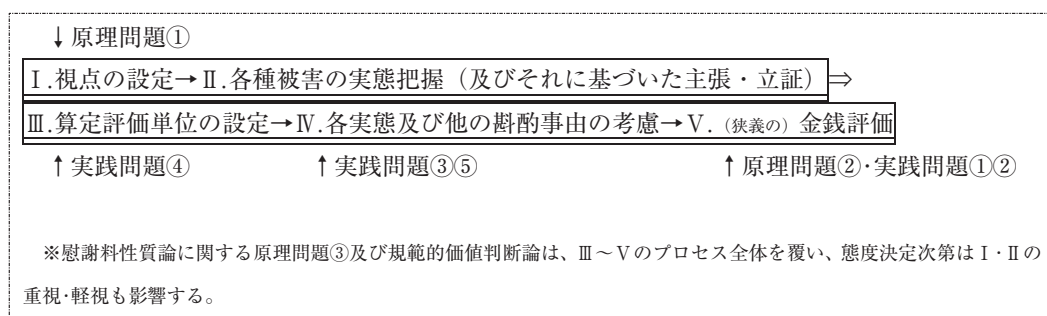
(1) 問題の整理

以上のような各種の問題点は、損害の無形性に由来する損害把握の問題（原理問題①およびそれへの対応を課題とした派生的実践問題）と如何なる関係に立つのだろうか。結論を先取りすれば、これは、実践上の全問題に関する唯一の原因ではないにせよ⁹³、上述の実践上の諸問題の背後（下記のプロセス論からすれば「上流」）にある、より基本的な問題であると考えられる。

以下、この点を検討するために各問題の手順を意識しながら整理してみる。まず、慰謝料の認定は下級審の裁量に属する事実問題であるとされてきた⁹⁴。しかし金銭評価不能（原理問題②）が難題を突き付ける慰謝料算定が事実認定に還元し切れないことは、狭義の金銭評価（金銭という媒介で捉える算定プロセスの最終作業）段階⁹⁵のみならず、その他の段階の問題からも明らかとなろう（次述）。ここにおいて何かに基づいて決定された慰謝料額を別の前提から観察する際に低額評価が生じ得る（同②）。この最終段階から逆の順序で検討を続けてゆくと、硬直化問題（同③）のうち、斟酌すべき事情の無考慮・軽視は、金銭的評価の対象確定の段階の問題である。同じ段階で考慮対象を明示せず算定額を提示するのがブラックボックス問題（その一部）である。次に、硬直化問題（同③）が、諸事情の斟酌の有無レベルではなくそもそも無形の不利益を如何に捉え得るかという問題（関連してその立証問題）への対策不備を原因とすることも考えられる⁹⁶。この場合はさらに1つ前の段階を構想することになる。その他、「方式」の選択の問題（同④）は、算定評価単位の設定段階の問題であり、これは把握された不利益をどのような項目立てで受け止めて評価対象としてゆくのかという問題であった。以上を正順に整理しなおすと、損害把握問題（関連して立証問題も）→損害項目設定問題→斟酌事由の考慮（対象確定）問題→（狭義の）金銭評価問題となる。ブラックボックス化（同⑤）は項目を1つにすると成立しやすそうだが必然的結果ではなく、項目立てをどのように細分化しようとも各内容を提示せずに一足飛びに算定額を示すことで生ずる（ただ、裁判所の努力の跡が窺われるように、ブラックボックスの不鮮明さは変化し得る）。もっとも、単一項目での総合考慮によるときには、問題の至る所で紗がかかることになる。

(2) 算定プロセス論 (試論)

以上の諸問題を、慰謝料算定プロセス論として整理しなおすと以下のようなになる⁹⁷。慰謝料が損害賠償法の一部だという性格付けを失わない限り、損害賠償法一般の理論あるいは法秩序全体からの評価がここに加わることも付記しておこう⁹⁸ (一定の価値判断により賠償適格性を問う規範的判断とその正当化論)。



この慰謝料算定プロセスは、Ⅰ・ⅡとⅢ～Ⅴはかなり性質が異なる。Ⅱは事実問題に近いがそれに尽きず (侵害の将来影響などの評価を要する作業を含み)、Ⅰは把握のための視点設定であり事実問題の前提に置かれるものである。これに対して、Ⅲ～ⅤはⅠ・Ⅱを受けて専ら法的な観点からどのように受け止めていくかという評価を行う段階である。

Ⅰ段階の問題の位置とその重要性を確認するため、このプロセス論に引きつけて上述の問題群の関連可能性を再度分析しておこう。算定過程を不透明にするブラックボックス化問題は、損害項目として設定される評価単位 (Ⅲ段階) の中で取り扱われる諸事由を明らかにせずあるいは列挙のみで重みづけや増減の方向を示さずに算定結果を示すことで発生する (Ⅳ段階)。ここでは、算定結果と被害実態の認識およびその程度との相関性が把握できない。評価対象を全て明示すれば問題解消となるが、仮にⅠ段階の視点が的確に設定できていない等で明らかにし難いが、考慮すべき事情が漠然ながら存在すると判断されたためこのような形で考慮することがあるとすれば、判断の開示は困難であろう。それと共に、「方式」(Ⅲ段階) をさらに細分化させる方向は出てこないと思われる。

次に、低額問題は、決定された金額を別の前提から評価する場合に成立する。単にⅤ段階のみで問題となることもある (単純な過少算定) が、基準外事情の考慮の無視が低額の原因となる場合もある。この場合は硬直化問題と連なる。硬直化の原因は、存在が明らかな考慮事情が適切に考慮されてなかった場合に問題となる (Ⅳ段階) のみならず、そもそもその存在自体が的確に把握されていないことから生ずる場合も考えられる (Ⅰ・Ⅱ段階)。完備でない基準への依存は、Ⅲで予め決定したもののみでⅠ・Ⅱを把握し、予め与えられた金額 (Ⅴ段階) のみ認めることになる。他の斟酌事由の考慮 (Ⅳ段階) がⅤに反映されずに、ノミナル

化するはその結果である。

逆に、算定結果の不統一がそれ自体問題となるか否かは、基準への依拠から判断されるのではなく、算定対象たる諸事情の差異がそれを正当化し得るか否かにかかっている。その諸事情の中には、的確な被害の認定（Ⅰ・Ⅱ）が含まれることは言うまでもない。

（3）まとめ

以上、無形損害の把握問題への配慮を怠ることは、低額評価を生み出す一因であった硬直化現象の原因になり得る（ブラックボックス問題の解消や「方式」問題の深化も困難なままとなる原因にもなる）。一定の不利益評価を受け得る事実が自明でないときには、一定の評価視点を確立してその視座から不利益評価部分を意識的に抉り出す営為が求められる。このことが自覚されずあるいは自覚されても適切な対応をできない状況でありながら、関係当事者（被害を主張する者から、最終判断＝判決を下す評価主体まで含む）が一連の算定作業内に足を踏み入れるとき、認識は定まることなく基準等で確立した部分に焦点化した評価を下しがちになるのではないだろうか。

そして以上の諸問題が残るとしても、「一切の事情を斟酌」という定式の活用により、判決の結果は一応妥当なものとして認識され、柔軟な慰謝料論の像は維持される。だが体裁が如何なるものであれ、慰謝料算定論上、無形損害の把握という課題が存在することはそれと両立する。この課題と向き合うためにも評価主体の創造的営みを発揮できるようにする必要があり、そのためには算定が事実問題であるという認識に固執することも、算定結果である慰謝料総額（Ⅴ段階）ばかりに関心を置くことも適切でない。「自由裁量」の確保のみでは問題が解消しないとすれば、それは視点の設定や立証の方法の提案などの環境整備問題（上記Ⅰ・Ⅱ段階）を自覚し、自由裁量の方向性を見定めて対処する必要があることの裏返しなのではないだろうか。

かくして、無形損害把握問題は、実践上の全問題に関する唯一の原因ではないにせよ、これまで実践上の諸問題（特に、①の不統一問題や②③の低額・硬直問題）の背後（プロセスの「上流」）にある、より基本的な問題であるというのが本稿の結論である（そしてこの問題領域の存在の認識を阻むのが⑤のブラックボックス問題であり、それらは④の方式の議論の深化にも影響を及ぼすものと考えられる）。

このように見ると、損害の事実認定論と損害額決定論を内包する慰謝料算定論の最終場面でのアポリア（非財産的なものを金銭に換算するという解決困難な原理問題②）があるからといって、他の実践問題を疎かにするような態度で臨むようなことがあったとすれば省察を要する。プロセス論に依拠した分析は、ある問題が、他の問題とどのように関係付けられるのかを理解するための指標となるのみならず、他の問題に還元されない問題領域の存在を自

覚させるものである。なお、硬直化問題の原因と見られた過度の基準尊重⁹⁹が、無形損害把握への無関心さ¹⁰⁰や端数のない算定額への潔癖性¹⁰¹などと共に、慰謝料に関する日本人的法態度論として言及されることがあった。ただ、以上のように各問題がなぜ問題たり得るのかを問うときには、要因が別の所にもあり得ることに注意しておきたい¹⁰²。

4、おわりに（残された課題）

上記の課題であった損害把握を最終的にどこまで徹底させるのかは、慰謝料算定原理論（性質論や考慮対象確定論、さらには規範的評価論、賠償範囲論）の立場決定に依存するものである。ところで、これまでの算定実務は、わが国の損害賠償法原理とどのように接合するのにかにつき不明な点がある。損害填補説への忠実度合いもそうであるが、完全賠償主義か制限賠償主義かという論点において、評価主体の「自由裁量」の下では各原理の適用とは相容れない結果を秘密裡に組み入れることさえ可能である。全部賠償か制限賠償かという大枠の決定の内部で、過度の制限をさらに加えるなどしてこなかったか否かは、損害把握の視点形成の問題とは次元を異にするが検討に値する問題であろう。加えて、以上が如何に反映させられて、いかなる損害概念へと結実するのか¹⁰³もこの先の問題である。損害概念と慰謝料性質論の関係は既に疑問が投げかけられており¹⁰⁴、両者の関係はなお検討を要する。人損慰謝料一つとってみても、プロセスは同様でありながら、死亡慰謝料とそれ以外では、性質が異なり得るはずである。従って、このプロセス論が慰謝料算定一般に妥当するにせよ、具体的に内容に基づく精査を怠ることはできない。

注

- 1 法雑（大阪市大）66巻1・2号168-210頁（2020）。
- 2 伊藤眞「損害賠償額の認定—民事訴訟法248条の意義—」（原田龍一郎先生古希祝賀論文集刊行委員会編『改革期の民事手続法』（2000、法律文化社）所収）57頁以下は、従来の通説・判例が慰謝料の算定を事実認定と区別しながら、自由心証（事実認定に関する原則）と自由裁量（事実認定の問題ではない）が混用されていると指摘する。本稿では、混用されてきた従来の「自由裁量」をカッコ付きで示す。
- 3 沖野威「東京地方裁判所民事交通部の損害賠償算定基準と実務傾向」判タ310号65頁（1974）〔別冊判タ1号9頁（1975）にて再収録〕。以上のことを述べるにあたり、田中康久「慰藉料額の算定」（有泉亨監修・坂井芳雄編『現代損害賠償法講座7 損害賠償の範囲と額の算定』（1974、日本評論社）所収）268頁以下にはほぼ依拠しており、元となった諸判決はこちらを参照。
- 4 前注引用文献では重要な要素に列挙されているが、内容を見れば、⑤は考慮するのが「有力な傾向」

でありよく争点になるが判断が難しいとだけ述べ、⑥は「さほど重視でない」、⑦も慰謝料の減額に結びつかない例の言及のみであり、⑧は「昔日の如き重要性を失って」いる、⑨は過失相殺基準に譲って詳論を避けている。

- 5 佐藤歳二「積極損害・消極損害・慰謝料」(鈴木忠一・三ヶ月章編『新・実務民事訴訟講座5 不法行為訴訟Ⅱ』(1983、日本評論社)所収)119頁、高取真理子「慰謝料増額事由」(『民事交通事故訴訟損害賠償額算定基準 下巻 2005 (平成17年)』(日弁連交通事故相談センター東京支部)所収)37-38頁。しかし、慰謝料算定ではあらゆる事情を斟酌していることから填補説とも言い切れないと指摘するのは、山口成樹「慰謝料の機能と算定」(内田貴・大村敦志編『民法の争点』(2007、有斐閣)所収)288-289頁。この点につき、田井義信「非財産的損害の賠償について」私法44号151頁(1982)も参照。
- 6 森島昭夫『不法行為法講義』379頁注16(1987、有斐閣)。
- 7 淡路剛久『不法行為における権利保障と損害の評価』160頁以下(1984、有斐閣)に詳しい。
- 8 加藤一郎『不法行為 [増補版]』243-244頁(1974、有斐閣)。
- 9 宗宮信次『不法行為論』241頁(1968、有斐閣)。いわゆる西原理論提唱以前より、「生命」を損害とみるがごとき損害観や生命の価額=賠償額、賠償の「平等」性といった発想を確認できる(千種達夫『人的損害賠償の研究(上)』67頁(1974、有斐閣)[初出:「生命・身体・貞操の價額」法時6巻8号7頁(1934)]、岩田新「無形損害の評価方法」法時6巻8号5頁(1934)、西井龍生「判例にあらわれたる生命・身体の価額(上)」ジュリ136号20頁(1957)。そして、植林弘『慰謝料算定論』192頁(1962、有斐閣)は、憲法14条を引用しながら平等を考慮する議論を示唆していた。
- 10 吉村良一『人身損害賠償の研究』157頁(1990、日本評論社)。
- 11 拙稿「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『現代市民法学と民法典』(2012、日本評論社)所収)375頁以下。
- 12 近親者の慰謝料請求に関する発言であるが、法務大臣官房司法法制調査部『法典調査会 民法議事速記録五(日本近代立法資料叢書5)』457頁(1984、商事法務研究会)。
- 13 制限的に肯定した1900年のドイツ民法典の立場に対して、否定する旧社会主義国の立場。
- 14 精神的損害はその金銭的評価の可能性を考えると疑問を生じざるをえないが、「金銭的に換算することができないからといって、侵害を放置することはいっそう許されない」(乾昭三「慰謝料の性質」(加藤一郎・米倉明編『民法の争点Ⅱ』(1985、有斐閣)所収)178頁[初出:1978])とされる。山口成樹「慰謝料の機能と算定」(内田貴・大村敦志編『民法の争点』(2007、有斐閣)所収)288頁の記述も似通ったものであり、精神的損害は金銭では填補できないが、「だからといって、精神的損害の賠償を例外なしに禁止して、被害者の救済を拒絶する近代法制は存在せず・・・」と述べる。金額の算定についての困難は回避できず、何が妥当な金額であるかは問題であり続ける。

- 15 戒能通孝『債権各論』464頁（1946、巖松堂書店）。同『公害（戒能通孝著作集Ⅷ）』253頁（1977、日本評論社）、後藤孝典『現代損害賠償論』178-179頁、256頁（1982、日本評論社）も参照。
- 16 我妻榮『事務管理・不当利得・不法行為』203頁（1937〔復刻：1988〕、日本評論社）。
- 17 手元の日本国語大辞典第二版編集委員会・小学館国語辞典編集部編『日本国語大辞典 第十卷〔第二版〕』264頁（2001、小学館）によれば、「涙金」（あるいは「涙銭」）は、「同情して与える金」、または「ほんのおなさけで与えるわずかな金」を意味し、「特に手切れ金、退職金など、今までの関係を絶つ時に与えるわずかな金」を指す。
- 18 前田勇編『新装版 江戸語大辞典』748頁（2003、精興社）によれば、次のような金銭の支払いの状況が挙げられる。①解雇（主人から奉公人に対して）、②勘当（親から子に対して）、③離別（男から妻妾に対して）。中村幸彦、岡見正雄、阪倉篤義編『角川古語大辞典第四巻』840-841頁（1994、角川書店）も参照。ブスケ（野田良之・久野桂一郎訳）『日本見聞記 フランス人の見た明治初期の日本 2』546頁（1977、みすず書房）によれば、由来は上記②類型のようである。即ち、涙金の名称は、15歳以上の息子が浪費・窃盗・暴行・姦通により勘当を命じられ、家を出ることになったときに、永久に自分の元を去っていく息子に母親が与える唯一の恩恵であるとして説明されている。
- 19 法務大臣官房司法法制調査部監修『法律取調委員会商法第一讀會會議筆記（日本近代立法資料叢書17）』100-101頁（1985、商事法務研究会）。松浪仁一郎・仁保龜松・仁井田益太郎『帝国民法正解 第六巻』1459頁（1897、有斐閣書房）は、「從來ノ立法例ニ於テ往々慰藉金哀痛金又ハ涙金ナルモノヲ認メ他人ノ生命ヲ害シタル者ヲシテ被害者ノ死亡ニ因リテ財産以外ニ於ケル特種ノ損害ヲ受ケタル者ニ對シ右ノ金銭ヲ貸與セシメタル例少カラシテ・・・」とある。また、末川博『増訂 民法大意』331頁（1933、弘文堂書房）も参照。
- 20 民法制定後の判決例で慰謝料に「涙金」に言及がみられる例として、一方当事者が内縁関係を絶たれたことを理由に、他方当事者に「苦痛ノ慰藉金」その他を請求した事件の控訴審である明治39年6月14日東控民三判（法律新聞368号19頁）では「原審ニ於テ涙金ト陳述シタルモノハ慰藉金ナリ」とある。
- 21 異質の文化に属する事柄を導入する際に、一国の伝統的観念になぞらえた形でまずはそれを理解しようとすることは自然な事柄である。ただ、その際に、両者との接触は時に摩擦・衝突を起こし、あるいはなじみの言葉や発想の利用により変化をスムーズにさせるなど、その機能は正反様々であろう（丸山眞男『日本の思想』15-16頁（1961、岩波書店）、笹倉秀夫『丸山眞男論ノート』59頁（1988、みすず書房）、松本三之介『明治精神の構造』5-8頁（1993、岩波書店）、高橋眞『日本の法意識論再考—時代と法の背景を読む—』51頁（2002、ミネルヴァ書房）。個別論点毎に追う必要があるが、ここでは、非財産的なものを捉えて金銭でカバーするという損害賠償法の難問を覆い隠すように伝統観念が機能したと推測される。
- 22 交通事故類型の慰謝料基準が、他の事件類型での「涙金」（炭鉱事件があがっており、裁判外の見

- 舞金のことと推測される)の支払水準とのバランスが考慮問題となり得たことにつき、倉田卓次『民事交通訴訟の課題』42頁及び44頁注10(日本評論社、1970)。ここでは、慰謝料が涙金観念とは独立したものとなっていよう。
- 23 植林・前掲『慰謝料算定論』139、142、181、223、326頁。それが依拠する学説上の系譜につき、同38、118、151、240頁。満足的機能の重視につき、同・140頁以下、加藤一郎編『注釈民法(19)債権(10)』202-203頁[植林弘執筆分](1965、有斐閣)。
- 24 四宮和夫『不法行為(事務管理・不当利得・不法行為 中巻・下巻)』268頁(1985、青林書院)。
- 25 四宮・前掲書および齋藤修「慰謝料に関する諸問題」(淡路剛久編『新・現代損害賠償法講座第6巻 損害と保険』(1998、日本評論社)所収)216頁。ドイツ法とスイス法の法文の相違とその解釈論につき、植林・前掲『慰藉料算定論』137頁(なお106頁以下も)。スイス法理解の沿革につき、吉村良一「スイス法における精神的損害の賠償(二)」法学論叢105巻5号65頁以下(1979)。
- 26 さらに自由な発想に出るものとして、阿部泰隆『やわらか頭の法政策』15頁(2001、信山社)は、「慰謝料を適切に判定する方法としては、その公害地帯に住みたいと言って移る人がその地域の人口分だけいるようにするにはどれだけ金を払う必要があるかと発想」すればよいとする(経済学的手法の1種であろう)。
- 27 村上幸太郎『慰藉料(民法第710条)の算定に関する実証的研究—婚姻予約不履行による慰藉料も含む—(司法研究報告書第9輯第6号)』292頁以下(1958、司法研修所)。千種達夫「慰謝料額の算定」『総合判例研究叢書民法(4)』105頁(1957、有斐閣)も参照。
- 28 中川淳「慰藉料」(末川博編代『民事法学辞典 上巻 [増補版]』(1968、有斐閣)所収)33頁。
- 29 倉田卓次『民事交通訴訟の課題』42頁注3(1970、日本評論社)、「座談会 自動車損害賠償のゆくえ」ジュリ633号19頁[武居二郎氏発言](1977)、佐々木一彦・沖野威「交通事故損害賠償算定基準の沿革と意義」(日本交通法学会編『交通事故損害額算定基準をめぐって(交通法研究22号)』(1994、有斐閣)所収)12頁。慰謝料の地域差の指摘に「非常にショックだった」とし、全国の裁判所に申し合わせる必要があると考えられた(前掲・「座談会 自動車損害賠償のゆくえ」21頁[倉田卓次氏])。
- 30 「座談会 慰謝料の本質と基準・運用をめぐる法学と医学による学際的検討」賠償医学3号50頁[平沼高明氏発言](1986)は、判例は皆無であったという認識から出発し、算定基準を形成せざるをえなかったと説明する。算定基準に見られる額は、その当初、複数(具体的には10人)の裁判官の自由な発言を集計しその平均から創り出されたものであった(佐々木一彦・沖野威「交通事故損害賠償算定基準の沿革と意義」(日本交通法学会編『交通事故損害額算定基準をめぐって(交通法研究22号)』(1994、有斐閣)所収)5、18頁)。
- 31 佐々木一彦「東京地裁民事交通部における慰謝料算定基準」判タ257号33頁(1971)。基準設定者である裁判官以外のものとして、椎木緑司「交通相談所の実態と損害賠償額の算定基準」法律のひろば20巻10号15頁(1967)、椎木緑司「後遺障害等級表の法律的評価について」(日本交通法学

- 会編『交通事故と生活保障（交通法研究8・9合併号）』（1980、有斐閣）所収）176頁。
- 32 拙稿「我が国の慰謝料算定論の軌跡と課題」190頁。楠本安雄『人身損害賠償論』312頁以下（1984、日本評論社）。なお同30頁も参照。吉野衛「慰藉料の算定」（鈴木忠一・三ヶ月章編『実務民事訴訟講座3 交通事故訴訟』（1969、日本評論社）所収）202頁は、基準がなくて自由裁量で決定せよとなれば、裁判官は途方に暮れざるを得ないという。
- 33 西原道雄「現代損害賠償法と人格権」立命館法学121-124合併号422頁（1976）。
- 34 人損対象ではないが、精神的損害の値段が客観的に決まっているわけではないため、裁判官が思い切りさえすれば、「精神的損害という枠をはめたままでも」高額賠償を認定できるとされる（佐伯仁志・道垣内弘人『刑法と民法の対話』287-288、291、292頁（2001、有斐閣））。
- 35 後藤・前掲『現代損害賠償論』238頁以下。
- 36 楠本・前掲『人身損害賠償論』51頁は、初期の基準設定時は従前の相場より高額だが後に低額化に傾斜したという。定額化は低額化とは本来直接の関連性はない。
- 37 齋藤修「慰謝料の現代的課題」私法74号159頁（2012）。同・「慰謝料算定の理論」法の支配164号11頁（2012）。また、同編・前掲『慰謝料算定の理論』267頁〔柏木信一〕。
- 38 村上・前掲『慰藉料（民法第710条）の算定に関する実証的研究』294頁以下も参照。
- 39 三島宗彦「慰藉料」（中川善之助監修『現代法学事典1（法学セミナー増刊）』（1973、日本評論社）所収）29頁。
- 40 三島宗彦「慰謝料の本質」金沢法学5巻1号4頁（1958）。
- 41 齋藤・前掲「慰謝料に関する諸問題」230頁、齋藤修「総論・交通事故慰謝料の理論と展望」（日本交通法学会編『交通事故と慰謝料（交通法研究33号）』所収）7、19頁（2005、有斐閣）。また近親者慰謝料として、齋藤修編・前掲『慰謝料算定の理論』27頁〔齋藤修〕。
- 42 なお懲罰的損害賠償は、純粋な慰謝料論の枠を超える内容をもつものであるが、それとの比較はあり得る。そのため、加害行為事情の考慮が十分でないという視点からの批判が成立する。
- 43 加藤一郎「慰謝料の比較法的研究（総括）」比較法研究44号120、133頁（1982）、「座談会 クロロキン判決をめぐる」ジュリ764号53頁〔西原道雄〕（1982）。
- 44 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』100頁〔津川哲郎氏執筆分〕（1996、ぎょうせい）。同書には、逸失利益との対比の視点も見られる。
- 45 佐々木・沖野・前掲「交通事故損害額算定基準の沿革と意義」12頁。なお、倉田卓次「民事交通訴訟における損害定額化の実際」（同『交通事故賠償の諸相』（1976、日本評論社）所収）160、161頁注8a、及び139-140頁。
- 46 並木茂「民事交通訴訟の理論的課題」法曹時報22巻5号46頁注8（1970）。
- 47 沖野・前掲「東京地方裁判所民事交通部の損害賠償算定基準と実務傾向」70頁及び58頁〔再録版14頁および2頁〕。
- 48 吉岡進「交通事故訴訟の課題」（鈴木忠一・三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座3 交通事故』（1969、

日本評論社) 所収) 5頁以下。

- 49 前掲「座談会 慰謝料の本質と基準・運用をめぐる法学と医学による学際的検討」48-49頁〔倉田卓次氏発言〕。
- 50 村瀬尚男「損害額の定額化と低額化現象」自由と正義24巻10号24頁(1973)。基準全体について、三枝一雄「民事交通裁判の現状に対する不満」自由と正義24巻10号3頁(1973)も参照(裁判所が事件の特殊性を考慮せずに、画一化された額を最高額として認定しがちとし、安易な処理を誘発する定型定額化のあり方を問題視する)。
- 51 楠本・前掲『人身損害賠償論』43、53頁。
- 52 後藤孝典「制裁的慰謝料論」法時52巻9号26頁(1980)。
- 53 後藤・前掲『現代損害賠償論』160頁。
- 54 後藤・前掲『現代損害賠償論』241頁。
- 55 後藤・前掲『現代損害賠償論』238頁。
- 56 太田知行「判決における損害賠償額の決定要因」(平野龍一・川島武宜編『自動車処理をめぐる紛争処理と法』(1978、岩波書店)所収)207-208頁。倉田卓次「民事交通争訟の統計的分析に接して」法時51巻12号113頁(1979)も参照。
- 57 楠本・前掲『人身損害賠償論』38頁。東京三弁護士会交通事故処理委員会慰謝料部会編・前掲『交通事故慰謝料算定論』303頁〔大嶋芳樹〕。また、土田哲也「人身損害賠償の定額化と個性性」加藤一郎・木宮高彦編『自動車事故の損害賠償と保険』(1991、有斐閣)所収)156頁も同様である。
- 58 「<40周年記念座談会> 東京・大阪・名古屋の民事交通部における逸失利益算定・慰謝料算定の現状—三庁共同提言をふまえて—」(日弁連交通事故相談センター編『交通賠償論の新次元—財団法人日弁連交通事故相談センター設立40周年記念論文集—』(判例タイムズ社、2007)所収)64頁〔藤村和夫氏発言〕。齋藤修編・前掲『慰謝料算定の理論』111頁〔手嶋豊〕。
- 59 後藤・前掲『現代損害賠償論』187頁以下、問題意識につき、178頁。
- 60 楠本・前掲『人身損害賠償論』38頁。
- 61 淡路・前掲『不法行為法における権利保障と損害の評価』149、163-164、166頁。関連して、淡路は、逸失利益を放置して慰謝料を定額にしたことが、慰謝料の硬直化を招き、(生命侵害の賠償としての)適正額の創出の妨げとなった側面もあると述べている(同「生命侵害の損害賠償」(星野英一編集代表『民法講座 第6巻 事務管理・不当利得・不法行為』(1985、有斐閣)所収)369頁)。
- 62 拙稿「フランスの薬害等における非財産的損害の賠償〔その2・C型肝炎被害〕(2)」大阪立大経済研究62巻3・4号18頁(2017)。フランスでは、非財産的損害の包括的損害項目による金銭賠償が設定される場面で、包括的損害項目の設定それ自体は「その具体的評価の要求を排斥するものではないが、包括的アプローチは評価の個別化を奨励するために承認されたものではない(逆に個別的アプローチの方が、出来る限り正確に被害者のリアリティを分析しようとするものだ)」と説かれている。

- 63 例えば、夫のDVに関する離婚慰謝料請求のケースで、DVによる入通院慰謝料・後遺障害慰謝料と、DVに起因した離婚に関する離婚慰謝料とを併存的に認めるものとして、大阪高判平成12年3月8日判時1744号91頁がある。他方、東京地裁昭和48年2月23日交通民集6巻1号304頁は、交通事故により傷害を受けて、切迫流産した被害者が通院分慰謝料と流産慰謝料を別個に請求したところ、裁判所は一切の事情を斟酌して慰謝料を算定する。なお、名古屋地判平成20年6月27日交通民集41・3・788は、原告が通院慰謝料のほか、「その他の慰謝料」という項目を、その事故のために婚姻解消に至ったこと及び事故後、加害者から誠意のない対応を受けたことを根拠として立てていた（裁判所は、婚姻解消の因果関係を否定し、加害者の対応も慰謝料を生じさせる程のものとは認められないとした）。
- 64 例、東京三弁護士会交通事故処理委員会慰謝料部会・前掲『交通事故慰謝料算定論』404頁以下。
- 65 原告が傷害慰謝料と後遺障害慰謝料を請求し、後者について加害者の示談交渉の不誠実な態度を斟酌すべきとしたのに対し、裁判所は単一の項目（シンプルに「慰謝料」）で、被告の一方的過失、原告の受傷の内容・程度、原告の努力による減収阻止、長期に後遺障害に悩まされつつ就業を余儀なくされた事情、一方的加害者の本件紛争解決のための対応の経緯、その他本件審理の経緯及びそれに顕れた一切の事情を考慮して算定。ただし、これは慰謝料の補完的作用の事例として捉えるものもある（原告代理人の手によるものとして、北河隆之「時速10キロメートルの追突で被害者の姿勢を重視し外傷性頸椎症候群の発生を認めた事例—東京地判昭和63年1月22日」（日本交通法学会編『人身賠償・補償研究 第2巻』（1992、判例タイムズ社）所収）22頁）。
- 66 傷害慰謝料のほか、「後遺症その他の慰謝料」として、「後遺症の部位、程度及び本件事の態様（ひき逃げ）等を総合」して算定。
- 67 入通院慰謝料のほか、後遺障害慰謝料として、「後遺障害の部位、程度、内容、さらには原告…が将来音楽教師になるという夢を持ち、その夢に向けて努力していたにもかかわらず、本件交通事故によりその夢をほぼ断念せざるを得なくなった事は特に考慮すべき事情にあたるのでこれらを総合的に考慮」して算定。
- 68 脊髄損傷等の傷害を負い、体幹・両下肢機能障害（第五胸髄以下、完全麻痺）ほか重度の後遺障害を負った被害者につき、後遺障害等級1級の被害であること、希望していた仕事に就職できなかったこと、被告から損害の賠償について十分な誠意が示されていないこと等を挙げ、それらの事情を考慮して後遺障害慰謝料を認定（傷害慰謝料は別）。
- 69 事故の被害者2名のうち一方に顔面醜状、他方に醜状痕が認められ、共に後遺障害慰謝料で考慮された。なお、原告の1人については、入通院慰謝料の算定にあたり、「負った傷害は極めて重く、合計すると三年以上にわたる入院生活を余儀なくされ、さらには、結果として配偶者と離婚せざるを得なくなった（離婚したのは症状固定後ではあるが、入院中から関係は思わしくなかったようである。）という事情も認められる」として、「これらの事情を総合」して算定された。
- 70 入通院慰謝料のほか、後遺障害慰謝料として、「原告の後遺障害の内容及び程度、原告が趣味とし

ていたマラソンを走ることができなくなったこと」と「本件事件の事故の態様等を総合的に考慮」して算定。

- 71 事故により、開放性脳損傷、脳挫傷、右眼球破裂、外傷性てんかんの傷害を受け、自算会にて後遺障害等級1級3号、8級1号（一眼失明）に該当し併合1級の認定を受けた。裁判所は、詳細に当事者の被害状況を確認した後、原告被害者が事故当時21歳の独身女性であること、何らの落ち度もないこと、「若くして高次脳機能障害、左片麻痺、右眼球喪失等の極めて重大な後遺障害を負い、将来に常時介護を要するに至ったこと」、「頭蓋骨が陥没し外貌についても著しい醜状が残存」すること、「服薬を怠れば死亡の危険性」があること等を総合考慮（入通院慰謝料は別）。両親の慰謝料も肯定。
- 72 入通院慰謝料のほか、後遺障害慰謝料として、「原告の後遺障害の部位・程度」、「後遺障害のため、国際資格まで取得し今後も従事する予定であったエステティシヤンの仕事に就くことがもはや不可能になったこと」に加え、被告が「本件事故当時酒気帯び運転をし、事故後も救護義務及び報告義務（道路交通法72条）に違反（ひき逃げ）したこと等を総合考慮」して算定。
- 73 事故の被害者の一人は、慰謝料の請求に3つの内訳をし、傷害慰謝料と後遺障害慰謝料以外に、「ヘリコプター墜落による精神的ショックに対する慰謝料」を請求した事例。裁判所は、原告の「傷害の部位程度、通院期間、後遺症状の程度、本件墜落事故の態様その他本件口頭弁論に顕れた諸般の事情を勘案」して全体として120万円の慰謝料を示しつつ、墜落に伴う死の恐怖感についても、瞬間的なものとはいえ、通常の交通事故の事例に比べても深甚で重大な精神的苦痛を与えるもので「受傷による通常の慰謝料とは別個にそれ自体として評価・算定されるべきである」とした。
- 74 中学生の同士の喧嘩などの結果、転校するまでに至った原告が後遺症慰謝料、通院慰謝料以外に、転校に伴う精神的苦痛など被告らの対応によって受けた精神的苦痛に対する慰謝料等を求めた事案で、後遺傷害が認められなかったためその慰謝料は否定されたが、通院慰謝料と「その他慰謝料」の2つは個別に認められた。後者は、被告の暴行及び原告の傷害の内容・程度、その後の被告の供述状況、原告の行為が被告による暴行の一要因であることなどから算定（転校については暴行との相当因果関係が否定されている）。
- 75 ひき逃げをして救護措置を怠った者に、通院慰謝料と、救護措置を講じなかったことによる慰謝料を原告が請求すると共に、その事故時に加害者と犯人隠避を企てた者に対して、警察の捜査を遅れさせた点について慰謝料を求めた事件である（別個の犯罪行為だと主張されている）。判決では前2種の慰謝料は一本化（つまり、後者を前者の増額事由と扱い、被害者の通院・被告の飲酒・現場からの逃走を総合考慮）されたものの、隠避教唆にかかる分を別個に認めた。すなわち、犯人隠避教唆により真犯人発見が遅れ、被告が逮捕されるまでの間「著しい不安感、焦燥感、失望感等の精神的苦痛を被った」として、「犯人隠避教唆に基づく慰謝料」を算定（こちらの分は加害者及び隠避を企てた者として連帯責任を負う部分である）。

- 76 3名の被害者につき、それぞれの傷害・後遺障害慰謝料（内容はそれぞれで異なる）のほかに、漂流した状況や救助の経緯等をかなり詳細に示した上で、「本件漂流によって被った精神的苦痛は甚大なものであったといわざるを得ず、これを死の恐怖と呼ぶかどうかは別としても、なお独立した損害として見ることは十分に可能であるというべき」として、漂流にかかる慰謝料額を300万円と算定。
- 77 企業の実質の主宰者である原告が事故で負傷したため、長期の通院治療および、事業開始の準備に勤めていた事業が頓挫をきたし休眠状態になった強い無念の思いや「逸失利益の存否判断において説示するところを含む本件に現れた一切の事実関係を総合勘案」して、精神的苦痛に対する慰謝料は300万円とし、「強いて内訳を示せば、右のうち120万円はいわゆる通院慰謝料であり、その余はそれ以外の事情を斟酌した結果」と判示している。逸失利益の存否判断については、後遺症として主張された内容が医師の意見を合わせると、「単なる加齢現象にすぎない可能性も強いこと、右の運動制限もそれに起因するものと考えるのを相当とする余地が多分にあること」、1人の医師が「後遺障害の存在を断定的に否定」したこと等を総合勘案すると、にわかに認めることができないが、「後遺症自体の存在とそれが本件事故と全く無関係とはいえないかもしれない」として慰謝料算定の一要素とした。
- 78 自動車と衝突し負傷した被害者が損害賠償を求めた事件で、裁判所は、負傷内容・入院の経過、後遺障害の部位・程度・内容・及び将来において抜釘手術をする可能性が高いこと、その手術をした場合の危険性、手術結果によって増大する可能性がある休業損害が生ずる不安感など一切の事情を斟酌して、慰謝料は700万円と算定するものの、入院慰謝料300万円、後遺障害慰謝料270万円、将来手術関係の慰謝料130万円という内訳を明示した。
- 79 1978年の交通法学会シンポジウム「交通事故損害賠償額の算定基準はいかにあるべきか」における新美育文「東京地方裁判所判決例の分析」報告（日本交通法学会編『交通事故損害賠償額の算定基準はいかにあるべきか（交通法研究7号）』（1978、有斐閣）所収）47頁）には、傷害慰謝料と後遺障害慰謝料が、判決において必ずしも区別されていないことや後遺障害等級が明示されず、入院期間と通院期間が不明確であったことが示されている。また、高橋勝徳「日弁連八訂版について」交通法研究12号253、254頁（1984）や、より最近でも東京三弁護士会交通事故処理委員会慰謝料部会・前掲『交通事故慰謝料算定論』41頁〔高野真人〕、千葉県弁護士会編『慰謝料算定の実務』227-232頁（2002、ぎょうせい）で検討された裁判例の中にもみられる。
- 80 西井・後掲「慰謝料の内容」91頁は、この「総合判断方式」を採る裁判所の態度の根底には、精神的損害に対する金銭的評価可能性や填補可能性がないとの考えに由来して、慰謝料を「見舞金・涙金」にすぎないものと理解する考え方が潜んでいると見る。
- 81 淡路・前掲『不法行為における権利保障と損害の評価』163頁は次のように述べる。「…わが国の判例は一般に、精神的損害を細分化することなく、その賠償を全体として慰謝料として取り扱うのが普通である。これが…公平の観念から定めるべきとする学説の見解に基本的に対応している

ことは明らかであろう。なぜなら、そのような学説の見解の下では、被害者側の事情の1つでしかない損害の内容をさらに細分化してとらえようという発想は出てきようがないからである」。

- 82 拙稿「我が国の慰謝料論の軌跡と課題」187頁。
- 83 拙稿「人身損害賠償における非財産的損害論（3）」法学雑誌 54巻3号172頁以下（2008）。その後、フランスの人身損害賠償の実務の方向は個別方式の活用である（拙稿「非財産損害の賠償とDintilhacレポート」龍大社会科学研究年報40号148頁以下（2009））。
- 84 非財産的損害の賠償に関する「項目別算定方式」と「包括算定方式」を対比させて、我が国でも検討されるべき問題であると指摘するのは、加藤・前掲「慰謝料の比較法的研究（総括）」133、135-136頁。
- 85 例、窪田充見「損害概念の変遷と民法の役割—刑法と民法の対話の形とともに—」刑法雑誌44巻2号114頁（2005）、同「書評（民法学のあゆみ）」法時82巻5号125頁（2010）、吉村良一「原発事故における「ふるさと喪失損害」の賠償」立命館法学378号232頁（2018）、同「福島原発事故賠償における『損害論』法時90巻8号70頁（2018）、若林三奈「慰謝料算定における課題」（淡路剛久監修『原発事故被害回復の法と政策』（2018、日本評論社）所収）82頁注14。なお、拙稿・前掲「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」356-357頁参照）。
- 86 従来の算定結果が不明確であり、裁判官に斟酌された事由は不明である（西井龍生「慰謝料の内容—慰謝されるべき対象は何か—」西南学院大学法学論集4巻1・2号91-92頁（1971）、淡路・前掲「生命侵害の損害賠償」364頁、吉村良一「慰謝料請求権」（星野英一編集代表『民法講座 第6巻 事務管理・不当利得・不法行為』（1985、有斐閣）所収）432頁）。
- 87 千種・前掲「慰藉料額の算定」93頁。
- 88 後藤・前掲『現代損害賠償論』241頁。
- 89 広中俊雄『債権各論講義 [第6版]』498頁（1994、有斐閣）。
- 90 三島宗彦「損害賠償と抑圧的機能（続）」立命館法学108・109号36頁（1973）。
- 91 それにより論争が生じたとしても、慰謝料論としては議論の発生自体を意義あることと評価し得る。それほどに、慰謝料算定過程は秘密裡に判断され、外部から見れば不透明であるためである。
- 92 上記判決群のほか、千葉県弁護士会編『慰謝料算定の実務』186頁（2002、ぎょうせい）。
- 93 例えば、ほかに物価上昇非対応や立証不足等による算定の場合、あるいは裁判官個人による純粋な過少評価が考えられる。
- 94 加藤・前掲「慰謝料の比較法的研究（総括）」127頁、塩崎勤「人身損害の認定と裁量性」（日本交通法学会編『交通事故による損害認定の諸問題（交通法研究32号）』（2004、有斐閣）所収）63-64頁。
- 95 倉田・前掲『民事交通訴訟の課題』169頁、平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』130-131頁（弘文堂、1992）。なお東京地判令和2年5月28日LEX/DB 25566243はいわゆる欠席裁判の事例である

が、請求原因事実については擬制自白を認めるが、「損害の評価額については法的判断をすべきもの」という理由から自白の効果を認めなかった例である。

- 96 硬直化問題は算定プロセスのあらゆる当事者のもとで生じ得る問題である（拙稿・前掲「我が国の慰謝料の軌跡と課題」193-194頁）。それはなぜかを問うならば、この無形損害の把握問題に行き着くであろう。
- 97 拙稿「フランス法における非財産的損害の把握—人身損害賠償における項目設定に着目して—」私法76号174-175頁（2014）、拙稿「損害の算定と「事実審裁判官の専権」統制論」（深谷格ほか編『大改正時代の民法学』（2017、成文堂）所収）536頁以下も参照。
- 98 フランスの例につき、拙稿「フランス不法行為法における一般損害概念論の展開—損害概念区分論を中心に」（中原太郎編『現代独仏民事責任法の諸相』262-266頁（2020、商事法務）。
- 99 楠本・前掲『人身損害賠償論』312-313頁。
- 100 下光軍二「慰藉料—決定から確保まで」法時30巻3号59頁（1958）。
- 101 村崎満「離婚に際しての慰謝料、財産分与」ジュリ148号33頁（1958）。
- 102 的確な算定を実現するための環境（方法論）が整えられたとしても、なおそれを実現できない場合に初めて意識論は生き生きとした姿で論じられ得るのであって、環境整備がない状況で議論しても尚早である。また、環境未整備の原因を国民意識に由来させるという見解もあり得る。確かにこれは十分に成り立つと考えられるとは言え、慰謝料論の問題の多様性と解決困難性が肯定されるなら、国民意識に直結させることもまた早計ではないだろうか。それほどまでに、この問題は根が深いと考える。
- 103 損害概念は制限賠償主義下では金銭的評価の手続とは切り離して定立できず、算定のための合理的な考え方と手続きを構想し、それを反映させた損害概念が決定されるべきであり、裁量的・創造的決断の所産であることを前提とするならば、それを許容する損害概念の定義が求められるとされる（平井宜雄「不法行為における損害賠償の範囲」（坂井・前掲『現代損害賠償法講座7 損害賠償の範囲と額の算定』所収）25-26頁）。
- 104 慰謝料を生命・身体の価額を把握することと慰謝料機能論との関係が不明であると指摘するのは、太田知行「判決における損害賠償額の決定要因・補論—倉田判事のご指摘に接して」法時52巻9号62頁注14（1980）。他方、通説の言う精神的損害＝「苦痛」という概念構成の意義（そもそもなぜそのように理解されてきたのか）にも疑問がある。