

# 制裁概念の多義性

## －民刑峻別論の変容可能性の観点から－

三 谷 仁 美

はじめに

第一章 懲罰的損害賠償制度

第一節 概要

第二節 機能

第三節 合憲性

第四節 小括

第二章 民刑峻別論の変容可能性

第一節 概要

第二節 被害者の損害回復

第三節 法的責任と道徳的要素

第四節 小括

おわりに

はじめに

不法行為の目的につき、その性質を填補とみるかあるいは制裁とみるかにつき議論がある。被害者に公平で適切な賠償が認容されることが不法行為の効果たる損害賠償の主要目的であり、それが実現されていれば、両者を区別して論じる意義に欠けるかもしれない。しかしながら判例及び通説が断固として填補説に立っているにもかかわらず、今なお裁判上で制裁的賠償が主張されていることに鑑みれば<sup>1</sup>、民事賠償又は国家による刑事制裁の不十分さを補うものとして若しくは事案によっては、第一義目的として、依然、民事制裁が期待されていると考えられるのではないだろうか。

民法において制裁性を検討する際、その多くは、填補的機能との対比の中

で論じられている<sup>2</sup>。しかしながら、そもそも日本民法において制裁とはどのように位置づけられるのだろうか。民法において制裁性の存在意義とは何か、制裁的機能と填補的機能をどのようにとらえることができるのかあるいは両機能を区別する実質的意味は何か。従来の議論は、この点を必ずしも明らかにするものではない。これらの問題意識を踏まえ、別稿において、「民法における制裁とは何か」という観点から、制裁概念の多義性について検討した<sup>3</sup>。

本稿の目的は、先行研究において考察を加えた制裁概念の多義性を踏まえ、引き続き当該概念の実質的意味を追求していくために、民刑峻別論の変容の可能性の観点からこれを検討することにある。

民刑峻別論は、民事責任は刑事責任と峻別されるべきであり、民事上の責任である損害賠償に刑事責任の要素（刑罰的あるいは懲罰的要素）を考慮するべきではないとする考え方であり、近代法の原則的地位を有し、判例及び通説もこの考えに立つ。

しかし、我々は、当該理論を今なお我が国における「確固たる法思想」<sup>4</sup>として絶対視していくべきであろうか。不法行為法の主たる目的である被害者救済を実現するためにも、損害の公平な分担のみならず、違法行為を抑止することに、より積極的になる必要があると思われる。そのためにも民事責任及び刑事責任の峻別を絶対視することなく、制裁概念を多義的にとらえ、制裁手段を多様化し、損害賠償のみならず、刑罰その他の制裁手段とのより効果的かつ適正な役割分担を図ることが求められているのではないだろうか<sup>5</sup>。

その意味において、後述する近年我が国において創設された損害賠償命令制度等の刑事関連立法及び刑事法分野において紹介されている修復的司法等の法理論は、民刑峻別論という法原則を改めて考察する際に、興味深い動向であると思われる。

以下本稿は、具体的に、第一章において、懲罰と制裁との関係をとらえるため、いわゆる制裁的慰謝料論者の一部がその根拠とする懲罰的損害賠償制

度を概観し、続く第二章において、近年の刑事関連立法及び諸理論を概観し、これらが民刑峻別論に及ぼす影響について考察する。そして最後に、民法において制裁が今後どのような方向性をたどるべきかにつき若干のまとめを行う。

詳細は、各章で言及するが、本稿においてなぜ懲罰的損害賠償制度を概観する必要があるのか（第一章）、そして近年の刑事関連立法及び諸理論が民刑峻別論の変容の可能性とどのように関係するのか（第二章）につき、具体的な検討に入る前にここで簡単に述べておきたい。

まず前者につき、我が国における制裁性をめぐる議論は、主として、裁判官の慰謝料算定に際しての裁量性を根拠として制裁的慰謝料を主張する考えと英米法にいう懲罰的損害賠償制度を我が国に導入すべきであることを主張する考えに大別できる<sup>6</sup>。これら双方の議論の根底に少なからず懲罰的損害賠償が関係しているからである。さらに、当該制度は、民法の解釈論レベルのみならず特別法による立法化が提案されていることも挙げられる。従って、民法における制裁性を検討していくためにも、当該制度を概観する必要があると考えたためである。

また後者につき、懲罰的損害賠償は、いわば民事責任である損害賠償に刑事的要素を付加するものである。一方、第二章で紹介する例えば損害賠償命令制度は、刑事裁判の手続きを利用し犯罪被害者の損害賠償請求を審理する制度である。この損害賠償命令制度の創設が、民事責任と刑事責任との接近を意味し、そこにいわばグレーゾーン<sup>7</sup>が形成されるものととらえることが可能ならば、そこには従来の民刑峻別論が変容する可能性を内包しているとみることができないであろうか。その点につき考察を加えるために、近年の刑事関連立法及び諸理論を取り上げたい。

なお本稿は、第一章において懲罰的損害賠償制度を取り上げるが、当該制度の我が国における当否及び当該制度をめぐる英米法領域における議論を検討するものではなく、続く第二章との関連において概観するにとどまる。確かに、当該制度については、民法における制裁概念を今後検討していく上で、

考察を要するものであり、加えて懲罰と制裁とはどのような関係に立つのかを熟考する際にも、より立ち入った検討をする必要があると考えている。ゆえに、懲罰的損害賠償制度そのものについては、本稿の主たる関心ではなく、別稿において検討する予定である。

## 第一章 懲罰的損害賠償制度

まず損害賠償の制裁的機能を主張する一部の見解が依拠する英米法にいう懲罰的損害賠償制度を概観する。具体的には、当該制度の根源にさかのぼり、今日にいう懲罰的損害賠償制度までの歴史的生成過程<sup>8</sup>及びその内容を順に考察する。

### 第一節 概要

#### I 歴史的背景

懲罰的損害賠償法理は、古代法に深い根源を有する<sup>9</sup>。例えば、最も初期の法典として知られているバビロニアのハムラビ法典（およそ4000年前）<sup>10</sup>、ヒッタイト法（紀元前1400年）<sup>11</sup>、モーゼの律法であるヘブライ誓約（Covenant）法典（紀元前1200年）、出エジプト記<sup>12</sup>、十二表法（紀元前450年）にはじまる初期ローマ法<sup>13</sup>、ヒンドゥーのマヌ法典（紀元前200年）<sup>14</sup>である。

裁判上、懲罰的損害賠償という言葉が初めて用いられたのはイギリスで、1763年の *Huckle v. Money* 事件<sup>15</sup>である。アメリカでは、1784年の *Genay v. Norris* 事件<sup>16</sup>であり、当該判決を契機として、懲罰的損害賠償が、コモン・ロー上の制度として発展していった。

#### II 内容

英米法にいう損害賠償は、請求原因により、三つに大別される<sup>17</sup>。発生した損害を填補する填補的損害賠償（compensatory damages）、侵害された原告の権利の存在を確認・保全する名目的損害賠償（nominal damages）、そして懲罰的損害賠償（punitive damages）である。

懲罰的損害賠償は、例えば脅迫・暴行事例のように加害者による加害行為の悪性が強い（outrageous）<sup>18</sup>場合に、当該行為に制裁を加える目的で、通常

の方法で算定された損害賠償に加えて懲罰的な意味を持つ特別の損害賠償を課すものである。すなわち、懲罰的損害賠償は、実損害を填補した上で、それを超えてさらに課せられるものであり、専ら報復・抑止を目的とする<sup>19</sup>。

それゆえ、損害賠償額の算定においては、被害者側の事情よりも加害者側の事情が重視され、加害者の動機その他の主観的事情のみならず、財産状態も考慮される<sup>20</sup>。結果として、算定された賠償額が被害者の側に事実上発生した損害を何倍も上回る場合もある<sup>21</sup>。

懲罰的損害賠償は、二倍・三倍賠償とは異なり、制定法上の規定がなくとも課すことができ<sup>22</sup>、また、不法行為の態様を問わない。

懲罰的損害賠償の認否及び賠償額は、裁判官の説示に基づき陪審が判断する<sup>23</sup>。陪審の評決に付される場合、通常、一般評決（general verdict）による。一般評決は、損害費目ごとに内訳を示すことなく総額が示されることが多く、裁判所が個々の事実問題を適示し、それぞれについて陪審に認定させる個別評決（special verdict）とは異なる。それゆえ、かつては、填補部分と懲罰部分を区別しない評決も出ていた<sup>24</sup>。

第一審の裁判官は、陪審の裁量権の濫用があったとされる極めて例外的な場合を除き、陪審の決定に従い、当該判断は、上訴審の審査に服する。この点につき、填補賠償と懲罰賠償との合理性を要求するために、過大な懲罰的損害賠償をチェックすることが懲罰的損害賠償を認める趣旨との整合性が取れないと指摘する見解がある<sup>25</sup>。

## 第二節 機能

本節では、懲罰的損害賠償が有する典型的な機能を列挙する<sup>26</sup>。今後、懲罰的損害賠償制度を我が国において導入しうる可能性を探るために、またその際、懲罰と填補とをどのように位置付けるかを検討するために、ここでは、懲罰的損害賠償が有する填補的機能に、より重点を置き取り上げる。

### I 懲罰（punishment）的機能

懲罰的機能とは、非難性の強い、懲罰に値する行為、例えば、故意または無思慮で、他人に不利益を加える行為を行った加害者に、懲罰あるいは制裁

を課すことをいう<sup>27</sup>。当該制度上という懲罰は、刑法上のそれと類似する。したがって、以下の三点に留意する必要がある。第一に、懲罰の対象となる行為があらかじめ示されていること<sup>28</sup>、第二に行為の非難性に応じた懲罰であること、第三に類似の不法行為を行った加害者間においては懲罰に差を設けないことである。

当該機能の目的は、応報である。この応報目的は、以下の四つを包含する<sup>29</sup>。

第一が、不法行為者を懲罰することにより被害者の感情的な平穩を回復することである<sup>30</sup>。すなわち懲罰的損害賠償制度は、高額な賠償金を課された加害者の苦しみを被害者が認識することにより満足を得、さらに裁判で加害者が罰金（fine）を科されることと引き換えに被害者の被った屈辱が緩和されなければならない。

第二が、懲罰を課すことが社会（the public）にとって復讐の一形態として寄与することである<sup>31</sup>。懲罰の本質は、個々人の抱いた復讐感情を法廷の中に導き入れることにより、公衆の平和を維持することにある。当該目的は、個々人というレベルにとどまらず、社会全体に対し、感情的な平穩を回復することにある。

第三が、懲罰が法遵守者の信頼を強化することである<sup>32</sup>。市民は、相互に犠牲を払っており、仮に法違反者が法に反することで利得を得ている場合に、法違反者が処罰されないならば、法遵守者は、社会に対し一方的な犠牲を払うだけであり、この犠牲は、法違反者との間において不均衡である。したがって法違反者に懲罰賠償を課することが法制度の根本である衡平性の観点から、法遵守者の信頼を強化することにつながる。つまり、法違反者に懲罰賠償を課すことが、法遵守の実効性を確保し得ることになる。

第四に、懲罰が法違反者を更生させるための教育の手段となりうることである<sup>33</sup>。

## II 抑止（deterrence）的機能

懲罰的機能は、個人及び社会が加害者に対して抱いた復讐感情を金銭に換

算しこれを加害者に課すことで、彼らに報いるという役割を果たす。

一方で、不法行為の加害者に懲罰を課すことにより生じる影響（costs）も考慮する必要がある<sup>34</sup>。つまり、不法行為の加害者に懲罰を課すことそれ自体が、潜在的加害者を含めた社会に対する不法行為の防止につながる場合もあるという点である。

すなわち、加害者自身に懲罰を課すことにより、将来に向けた類似行為の再発防止という効果が、社会に還元されるということである<sup>35</sup>。「再発防止」つまり「抑止」という機能が、懲罰的損害賠償においても主要な目的となる<sup>36</sup>。懲罰的機能が及ぼす効果が事後的（ex post）であるのに対して、抑止的機能のそれは、事前的（ex ante）である。確かに実損害を填補させることの中にも抑止効果は内在しているが、それはあくまでも付随的效果にとどまる。したがって、被害者の損害填補と同時に加害者の不法行為を抑止する効果が求められ、この場合に、懲罰的損害賠償の抑止的機能がその役割を担うことになる。

当該機能の目的は、不法行為者自身への再発防止及び懲罰賠償を課すことによる「みせしめ」の効果として、潜在的加害者及び社会に対する抑止的效果を及ぼすことにある<sup>37</sup>。抑止的機能が実質上その効果を発揮するためには、潜在的加害者に自らの意図している行為が禁止されておりかつこれを犯した場合には懲罰を受けることを認識させるものであること及び潜在的加害者が懲罰を課されることのないよう自己の行為を律するように仕向けることが求められる<sup>38</sup>。

### Ⅲ 法遵守（law enforcement）的機能

不法行為は、歴史的にも被害者の私的復讐を損害賠償請求という形態に代え、これらの報復感情を法手続きの中で実現させる役割を担ってきた。私闘・暴力による復讐は、秩序を乱し、社会的な負担を生じる<sup>39</sup>。それゆえ、法秩序の維持が求められた。

法遵守的機能とは、不法行為の加害者に懲罰的損害賠償を課すことにより「法秩序の維持」及び「私人による法の実現」という社会にとって有益な目

的を達成しようとするをいう<sup>40</sup>。

「法秩序の維持」とは、不法行為の加害者に懲罰的損害賠償を課すことにより懲罰的・抑止的効果が機能し、法の一般的な秩序が維持されることをいう<sup>41</sup>。すなわち、法遵守的機能は、懲罰的機能及び抑止的機能の副次的効果であり、当該機能により、不法行為に対する懲罰及び抑止が一層強化されることとなる。

「私人による法の実現」とは、私人による積極的な法の実現を誘発することをいう。懲罰的損害賠償を課しうのような悪性の強い不法行為は、被害者が泣き寝入りすることなく、法に訴えることを奨励あるいは保証することが求められ、懲罰的損害賠償の獲得という期待が、被害者たる原告を私人による法の実現という行為に駆り立てる<sup>42</sup>。それゆえ、認容され得る懲罰的損害賠償額が、権利追求のために原告に事実上発生している損害を上回る場合に、被害者は訴追への刺激を与えられるべきである<sup>43</sup>。その一方で、被害者側にも、懲罰的損害賠償金獲得の期待が、被害者自ら「私的検察官（私人による訴追 private attorney general）」として行為することを誘発する<sup>44</sup>。

これは、自己の利益のためでなく社会一般の利益のために訴訟を提起する者は、その事件に限り公的利益を代表する私的検察官的立場にたつものとみなすことができるという考えに基づく。すなわち、私人が検察官の肩代わりのように積極的に法の実現に寄与することにより検察官の欠点を補うことになり、このような私的訴追は、違法行為者の責任を問うことにおいて、私人が公に仕えたことになり、その対価として報酬を受け取ることになる<sup>45</sup>。

その一方で、法遵守的機能に対し、懲罰的損害賠償金の獲得を企図する原告らによる濫訴の恐れという点が指摘されている<sup>46</sup>。この点は、勝訴原告の受け取る懲罰的損害賠償が、いわゆる棚ぼた（windfall）であるとする議論の派生問題でもある。このような懲罰的損害賠償金が国庫に帰属せず私人のポケットに入ることへの批判に対しては、私人が当該賠償額を取得することが当該制度の抑止的機能及び法遵守的機能を強めるという見解が主張されている<sup>47</sup>。



なお棚ぼたの問題が生じるのは、多くの州でその賠償金が原告に支払われているからであり、制定法により、当該賠償金を州庫に帰属させる州もある<sup>48</sup>。

#### Ⅳ 填補 (compensation) 的機能

アメリカにおいて、懲罰的損害賠償における填補的機能の取り扱いは一様ではなく、大別すると以下の二つになる。一方が、懲罰的損害賠償という名称を用いつつ、その本質は精神的損害の賠償あるいは弁護士費用その他の訴訟費用をさすにすぎない州である。他方が、典型的な懲罰的損害賠償の中にも填補的機能があるとする州である。

以下で、弁護士費用及び慰謝料が懲罰的損害賠償の中でどのようにとらえられているかを概観する。

##### (1) 弁護士費用填補的機能

弁護士費用填補的機能とは、弁護士費用を懲罰的損害賠償金により填補することをいう。当該機能は、弁護士費用を訴訟当事者が損害の一部として回復することを原則として認めないという「アメリカンルール」<sup>49</sup>に起因する。その結果、勝訴原告が、高額な成功報酬の支払いのため、経済状態を悪化させる事態が生じた場合に、それを回避するため、懲罰的損害賠償の一部に、弁護士費用を填補する機能をもたせようとするものである。

しかし、本来アメリカンルールのもとで賠償の対象とならない弁護士費用を敗訴被告に填補させることが可能であろうか。あるいは陪審が懲罰的損害賠償の金額を決定する場合に弁護士費用額を考慮することが可能であろうか。この点につき、アメリカにおける州の取り扱いを取り上げる<sup>50</sup>。

##### (ア) 弁護士費用填補的機能を認めない州

アメリカの大半の州が、当該機能を認めない。

アイオワ州<sup>51</sup>及びオハイオ州<sup>52</sup>では、「害意 (malice)」その他の主観的要件が備わり、かつ懲罰的損害賠償を課することができる場合に限り、弁護士費用の賠償を認める。しかし、ここにいう弁護士費用は、懲罰的損害賠償とは別個の追加的な填補的損害賠償であり、懲罰的損害賠償における弁護士費用の

填補的機能を認めているとはいえない。

カンサス州<sup>53</sup>、ミシシッピ州<sup>54</sup>、ミズーリ州<sup>55</sup>、テキサス州<sup>56</sup>、ユタ州<sup>57</sup>及びワイオミング州<sup>58</sup>では、陪審が、懲罰的損害賠償額算定にあたり弁護士費用を考慮することが認められているが、ここにいう陪審の「考慮」とは、懲罰及び抑止といった懲罰的損害賠償本来の機能を達成するに足りる金額を決定する上での一つの参考資料としての意味しかもっておらず、弁護士費用の填補的機能を認めているとはいえない。

カリフォルニア州<sup>59</sup>、ニュージャージー州<sup>60</sup>、ペンシルヴァニア州<sup>61</sup>及びニューヨーク州<sup>62</sup>の各州では、陪審が懲罰的損害賠償額を決定するにあたり弁護士費用を考慮してはならないとする。

また、連邦最高裁は、懲罰的損害賠償の目的が懲罰にあり弁護士費用は被告の行為の悪性とは関係がない。それゆえ、懲罰的損害賠償額算定にあたり、弁護士費用を懲罰的損害賠償の一部として賠償させることは許されないとした<sup>63</sup>。

#### (イ) 弁護士費用填補的機能を認める州

判例上、当該機能を認める州として、コネティカット州があげられる。同州は、懲罰的損害賠償の名のもとで弁護士費用その他の訴訟費用を賠償することが認められる<sup>64</sup>。

同州で認められる訴訟費用の填補が懲罰的損害賠償の目的となる場合は、弁護士費用を含む訴訟費用の限度として、また「現実のかつ合理的な」訴訟費用を原告が「適正な証拠」によって証明した場合である<sup>65</sup>。

#### (2) 精神的損害(慰謝料)填補的機能

精神的損害填補的機能とは、懲罰的損害賠償の中において、精神的損害を填補する機能をいう。当該機能は、害意的な行為により侵害された原告の感情(例えば屈辱、感情の平穩に対する損害あるいは名誉の損失)を回復するための機能である<sup>66</sup>。

沿革的にみれば、懲罰的損害賠償の中に、精神的損害を填補する機能が存在していた。懲罰的損害賠償の始祖であるイギリス法において、精神的損害

の填補がどのように取扱われてきたか、そしてアメリカにおける精神的損害の填補につき概観する。

一九世紀以前のイギリスでは、損害賠償は基本的に厳密な金銭的評価が可能な損害についてのみ認められていた。すなわち、コモン・ロー上、精神的苦痛が損害賠償の対象となるのは、原則として名誉毀損、暴行、監禁、姦通などの限られた類型の不法行為でありかつ精神的苦痛が実損害の主要な部分を占める場合であった<sup>67</sup>。それゆえ、コモン・ローでは賠償が認められないような無形の精神的損害を填補する目的で懲罰的損害賠償が認められてきた<sup>68</sup>。

しかし、1964年の *Rookes v. Barnard* 事件判決<sup>69</sup>以降、懲罰的損害賠償の目的及び範囲が、上記類型のうち、名誉毀損、脅迫、トレスパスに限定されることになり、制裁及びみせしめを目的とする厳格な要件が求められた<sup>70</sup>。その一方で、一定の悪性の強い不法行為については、被害者の精神的苦痛などの「権利侵害」(injury)が増大しているとの理由から加重的損害賠償と呼ばれる填補的賠償を認めた<sup>71</sup>。その後、イギリスでは、精神的損害のような無形の損害も現実損害として認められ、その賠償は、懲罰的損害賠償と別に填補的損害賠償の中で算定されるようになっていく<sup>72</sup>。

アメリカでは、ごく初期の時代、すなわち、精神的損害が現実損害に含まれなかった時代にこれを填補するために懲罰的損害賠償が認められていた<sup>73</sup>。

しかし、今日のアメリカでは、懲罰的損害賠償は、懲罰及び抑止を目的とした非填補的性質を有しており、原告が身体的損害を被った場合に、それに伴う肉体的・精神的苦痛 (pain and suffering) が、「現実損害」として広く賠償を認められている<sup>74</sup>。この場合に、さらに懲罰的損害賠償を認めることは、過剰的 (redundant) であり<sup>75</sup>、大半の州では、制度上、懲罰的損害賠償に精神的損害の填補という法的機能を認めていない<sup>76</sup>。また、ジョージア州<sup>77</sup>は、一定の加重的要件が充足された場合に陪審が追加的賠償を認めることができたが、あくまで填補的賠償の範囲内であった。しかしその後、法改正<sup>78</sup>により、当該機能を認めるようになった。

一方、ミシガン州<sup>79</sup>は、被害者の受けた屈辱や侮辱に対する慰謝料の填補を懲罰的損害賠償の機能として認める。

なお、懲罰的損害賠償につき政策的判断として、当該制度を全く認めていない州<sup>80</sup>、制定法上、賠償額の上限を定める州及び適用を制限する州<sup>81</sup>がある。

### 第三節 合憲性

近年、アメリカ不法行為訴訟における懲罰的損害賠償額の高額化という問題は深刻である。事案によっては、実損害の何倍もの懲罰的損害賠償が認められる場合もあることはすでに述べた。確かに、悪性の強い行為を行った被告に対して、高額な賠償金を課すことこそが、当該制度の目的であるともいえる。

しかし、懲罰的損害賠償額の高額化は、被告のみならず被害者たる原告にとっても問題である。なぜならば、原告側にとって見れば、最初の被害者でもある原告の一人が懲罰的損害賠償を含めた額の賠償金を取得すると、後続の被害者が、十分な賠償を受けられなくなるという事態が発生する可能性もあるからである。

反対に、被告側にとってみれば、アスベストあるいは薬害訴訟のように、「同一被告に対し、繰り返し無制限の責任を負わされる」という事態が発生し得る<sup>82</sup>。そうなると、企業の活動意欲の低下あるいは懲罰的損害賠償金が高額となり企業資金が枯渇するおそれを生じ、ひいては企業倒産の引き金ともなる場合も想定しうる。

懲罰的損害賠償は不法行為についてのみ認められていたが、その後、一定の要件のもとで、悪質な契約違反、市民権侵害及び製造物責任の事例へとその適用範囲が拡大した<sup>83</sup>。これに伴い、算定額が高額化し、肉体的・精神的苦痛に対する填補賠償額も高額化した。当該状況は、懲罰的損害賠償請求の増大とそれに伴う保険料の増額により、食品、自動車、医薬品などの業界で社会に有用な新製品の研究・開発を阻害してしまう危険性も生じた<sup>84</sup>。それゆえ、アメリカにおいて、懲罰的損害賠償という制度そのものに疑問が投げ

かけられている。

本節では、懲罰的損害賠償制度をめぐる議論の中でも、とりわけ当該制度の合憲性につき、二重処罰禁止、過度の罰金禁止及び適正手続との関係に関するアメリカの議論を紹介する。

### I 修正第五条「二重処罰禁止」

懲罰的損害賠償が悪性の強い行為に対して課されるものである以上、当該行為が民事罰と併せて刑事罰の対象になることもありうる。この点で、修正第五条が禁じている「二重処罰禁止」に反しないかが問題となる。

懲罰的損害賠償は、確かに制裁を目的とするものではあるが<sup>85</sup>、本条の趣旨は、同一の犯行について二重の刑事手続に服せしめないという意であり<sup>85</sup>、民事訴訟にまで言及するものではない。それゆえ、懲罰的損害賠償と刑事罰の双方が認められた場合においても、本条に反しないと理解されている<sup>86</sup>。

### II 修正第八条「過度の罰金禁止」

懲罰的損害賠償が命じる高額な賠償が、修正第八条に定める「過度の罰金禁止」に反しないかが問題となる<sup>87</sup>。

本条の起源は、ヴァージニア権利宣言九条及び権利章典十条にさかのぼり、国王が裁判官を介して政敵に重い罰金を科し、不払いのゆえに収監することを禁じようとするものであった。それゆえ本条は私人間の紛争に対する損害賠償への適用を考慮していたものとはいえない。また歴史的経緯に鑑みれば、アメリカ権利章典の起草者もこれを認識しており、本条の適用は、もっぱら政府が直接科し、そこで支払われる罰金についてのみ適用され、民事上の損害賠償とは関連がない<sup>88</sup>。

従って、本条の目的は、政府の権限濫用を防止することであり、それゆえ、私人間の係争事件である懲罰的損害賠償額の判断には及ばないとされている。

### III 修正第一四条「適正手続」

懲罰的損害賠償として算定された高額な賠償が、不公正な処罰に該当し、それゆえ本条に定める「適正手続」に反しないかが問題となる。あるいは被害事件のように、加害者である被告の一つの不法な行為により、多数の被害

者が発生した場合に、同一被告が何度も懲罰的損害賠償を課されることが「適正手続」に反しないかという問題でもあり、当該問題は、修正第八条の「過度の罰金禁止」条項とも密接に関連する。

懲罰的損害賠償の認定手続につき、説示により陪審の裁量に合理的な枠がはめられていること及び陪審の下した算定額の合理性を事後的に争う手続き的保障が設けられていることなどから、懲罰的損害賠償の算定は、本条に反しないとされる<sup>89</sup>。しかし一方で、同一行為に対して複数の懲罰的損害賠償が課されることにつき、違憲性を判示した判例もある<sup>90</sup>。

#### 第四節 小括

本章で概観した英米法にいう懲罰的損害賠償は、通常の損害賠償とは別個に不法行為の加害者に制裁を加える目的で特別の損害賠償を課すものである。損害の発生を要件とする我が国の現行不法行為法のもとでは、慰謝料において加害者側の事情を考慮し、賠償額を増額することは、現に行われている。しかし、解釈論上、英米法の懲罰的損害賠償を正面から認めることは、民事責任と刑事責任とを明確に峻別するという近代法の原則に反することになる。

しかしながら、現実には生じている事案や、「刑事罰や行政的対応のある種の機能不全現象」<sup>91</sup>をみると、近代法の原則に抵触するという一般的な批判では問題を解決することにならない<sup>92</sup>。民法上、懲罰的損害賠償を算定することが困難であったとしても、特別法においてこれを立法化することは可能ではないだろうか。

原告の制裁的慰謝料あるいは懲罰的損害賠償請求に対して、これを否定する際に引用される、万世工業事件判決<sup>93</sup>は、確かに、損害賠償の目的が填補であること及び民刑峻別論が守られるべき法原則であることを改めて明示した最高裁判例である。しかしながら、当該判決は、現行法の損害賠償制度が懲罰的損害を認めていないという趣旨であり、懲罰的損害賠償制度自体が我が国に受け入れられず、立法化まで否定すると判示したわけではない<sup>94</sup>。その意味において、当該判決は、少なくとも、懲罰的損害賠償制度を特別法において立法化することにつきこれを否定するものではない。

また近時の裁判例として、いわゆる三菱自動車事故訴訟において、東京高裁は、「不法行為による損害賠償の中で、損害の原状回復を図るのみではなく、制裁的、再発防止的目的のために金銭を被害者に取得させることにより、被害者からの損害賠償請求権の動機付けとし、被害者から損害賠償請求権を行使させることによって加害者の違法行為を抑止するという社会統制の技法は、一般論としては、我が国においても採用する余地が全くないわけではないと考えられるが、もし採用するのであれば、適用対象、適用要件、金額の算定方法等を明確にした立法によるべきである」<sup>95</sup>と判示している。

つまり、民法の損害賠償ではなく、まず特別法において懲罰的損害賠償を制定する方向性は残されており、法体系全体からみた場合に、刑事罰あるいは行政罰の不十分な領域において民事特別法として懲罰的損害賠償が活躍する場面が登場する可能性はあると思われる。

## 第二章 民刑峻別論の変容可能性

我が国において、刑事責任は、行為者に対する応報と将来的な防止を目的とし、行為者の社会に対する責任を問うのに対し、民事責任は、被害者の損害を填補することを目的とし、行為者の被害者個人に対する責任を問うものである。また裁判上、民事責任と刑事責任が完全に分離されていることから、両者は、完全に分離している<sup>96</sup>。

本章では、民刑峻別論が現代においても、絶対的な法理論とみるべきかを再考するの一つの手がかりとして、近年創設された損害賠償命令制度並びに修復的司法及び損害賠償一元化論を概観する。

### 第一節 概要

まず本章第二節で取り上げる損害賠償命令制度が民刑峻別論の変容の可能性を示唆するものであるかにつき考察を加えたい。つまり当該制度の創設が民法と刑法との中間領域（いわばグレーゾーン）を形成するものあるいは刑法の民法への接近ととらえることができるのであろうか。そうであるとするならば、将来的な可能性として、ドイツで生じているような、「民事責任刑

事責任峻別に逆行するような動き<sup>97</sup>ともみられるような現象が我が国においても生じうる可能性を内包しているのではないだろうか。

続く第三節において近年、不法行為に対する法的責任を再定義しようとする試みとして評価される理論をとりあげたい<sup>98</sup>。ここでは、その評価されている試みが従来の填補賠償ではなく、不法行為における法的責任をどのように再定義しているのかにつき考察を加えたい。その試みの中でも本稿の主たる関心である民刑峻別論の変容に関連すると考える、修復的司法及び損害賠償一元化論を概観する。

## 第二節 被害者の損害回復

### I 裁判例（京都地裁平成19年10月9日判決）<sup>99</sup>

第三節で概観する損害賠償命令制度の創設が、民刑峻別論に対し、どのような影響を与えるものであろうか。この点につき本稿が考察する契機となった裁判例を取り上げる。

#### （1）事実の概要

本件は、大型商業施設の駐車場内において、8歳の男児がYの運転する普通貨物自動車に轢過され死亡した交通事故について、男児の両親及び姉であるXらがYに対し、懲罰的・制裁的慰謝料を含めた損害賠償請求をした事案である。

Yは、本件事故当時、速度超過2犯、整備不良車運転の罰金前科3犯、速度超過、赤信号無視等の交通違反歴12件、過去2回の運転免許停止処分、本件事故当時も3回目の運転免許停止中であった。それゆえ、Xらは、本件事故の態様が通常交通事故に比して悲惨であり、またYの悪質性が高いことを理由として、通常慰謝料に加え、懲罰的・制裁的慰謝料として男児の慰謝料1000万円、Xら固有の慰謝料として各500万円を請求した<sup>100</sup>。

#### （2）原告の主張

原告らは、懲罰的・制裁的慰謝料請求の根拠として、「被告は、刑事罰、行政罰の両面において、幾度となく処分を経験してきたにもかかわらず、不注意な運転態度を改めることなく、本件事故を惹起せしめていて、刑事罰・



行政罰による抑止効の限界を示す事案であるから、裁判所は、民事不法行為責任制度における抑止的効果を活用するべく法を解釈運用すべきであり、本件においても、懲罰的・制裁的損害賠償を認容すべきであることである。なお、近年、被害者の権利の高まり、社会や国民の意識の変化を受けて、懲罰的・制裁的慰謝料を認容できる社会環境が整ってきたこと、損害賠償命令制度の創設によって、不法行為に関する民刑の峻別があいまいになりつつあり、懲罰的・制裁的慰謝料を認容できる法環境も整ってきている」と主張する。

### （3）裁判所の判断

裁判所は、「原告らは、損害賠償命令制度の創設によって、不法行為に関する民刑の峻別があいまいになりつつあり、懲罰的・制裁的慰謝料を認容できる法環境も整ってきていると主張するが、損害賠償命令制度は、犯罪被害者救済の観点から、被害者が、刑事裁判の結果を利用し、簡易・迅速な手続により損害賠償を受けることを可能にするためのものであり、被告人に対して制裁・懲罰を与えることを目的とするものではないから、原告らの主張を採用することはできない」と判示した。

## II 損害賠償命令制度<sup>101</sup>

2007年6月「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事訴訟法等の一部を改正する法律」が成立した。これにより、いわゆる犯罪被害者保護法の名称が「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律」（以下「保護法」）に改められ、その第六章に「刑事訴訟手続に伴う犯罪被害者等の損害賠償請求に係る裁判手続の特例」が設けられた。

とりわけ刑事司法対策の一環として導入された「被害者参加制度」と「損害賠償命令制度」とが本改正の二大柱である。すなわち、犯罪被害者等（犯罪の被害者並びにその家族及び遺族）が刑事裁判に参加する制度及び損害賠償請求に関して刑事手続の成果を利用する制度の創設である。ここでは、先の裁判例との関係で、後者にのみ言及する。

### （1）背景

これまで、犯罪被害者が加害者に対する損害賠償請求訴訟を提起する場合に、民事裁判の審理が刑事裁判の進捗に大きく依存するため、刑事裁判の進行中に民事裁判を提起した場合であっても、刑事裁判の終了後、別途、民事裁判を提起することを余儀なくされてきた。その結果、民事裁判では独自の証拠調べが行われるため、裁判に日数を要し、被害者の損害回復が大幅に遅延するあるいは訴訟費用の負担が大きいなどの問題が指摘されていた。

## (2) 内容

今回新たに創設された損害賠償命令制度とは、刑事裁判の手続を利用し、犯罪被害者の損害賠償請求を審理する制度をいう。当該制度は、刑罰としての損害賠償命令を被告人に言い渡す英米法系の損害回復命令 (restitution order)<sup>102</sup>ではなく、附帯私訴を基にしてこれを作り替えた我が国独自の制度である。

当該制度は、犯罪被害者等が犯罪によって被った損害を迅速かつ確実に回復させることを目的とし、一定の故意犯の有罪被告人(保護法17条1項)に、判決を言い渡した刑事裁判所がそのまま損害賠償命令の申立てについての審理を行うことを可能にするものである(保護法19条)。

これにより、刑事裁判の事実認定の心証が損害賠償命令の審理へ事実上引き継がれ、犯罪被害者の立証の負担が軽減されることになった。また刑事裁判所は、決定手続(任意的口頭弁論又は審尋の手続:保護法23条)により、原則として、四回以内の審理期日で審理を終結し、申立てに関する裁判を行うことになった(保護法24条3項)。

## (3) 意義

当該制度は、故意の生命・身体等の重大な法益に対する罪を対象犯罪として限定し、生命・身体犯や性犯罪等の身体的・精神的ダメージの大きい被害者救済を目指すものである。それゆえ当該制度は、一定の対象犯罪に関する刑事和解になじまず、否認事件の損害回復制度の選択肢の一つとして機能しうると評価される。その一方で、犯罪被害者が、賠償請求にかかわることにより、尊厳の回復にも役立つとすればそこには、副次的効果として意義があ

と思われる<sup>103</sup>。

我が国において、加害者の故意行為等、悪性が強い場合に、一般に慰謝料の増額が認められている<sup>104</sup>が、この場合の慰謝料もいわゆる填補的観点から算定される。しかし、この填補的慰謝料が被害者自身にとり金銭的評価に対する満足ではなく、加害者に賠償金が課されることで加害者が苦痛を受けること自体に被害者が抱く満足である場合、これは、応報感情による満足である。つまり、悪性の強い加害行為を行った加害者に対する被害者の怒り、報復感情が慰謝料算定に際し考慮され、慰謝料の増額が認容されることにより得られる被害者の満足が、加害者に苦痛を与えることにあるとすれば、これはまさしく制裁であるといえる<sup>105</sup>。

しかしながら、被害者が応報感情を満足させるものとして懲罰的損害賠償あるいは制裁的慰謝料をとらえるならば、被害者が当事者として加害者と対峙する民事裁判によるべきである<sup>106</sup>。

### 第三節 法的責任と道徳的要素

本稿の冒頭で言及したように、不法行為の目的は、被害者救済であり、そこで算定される賠償も填補賠償の範囲に限られる。したがって、被害者の感情が酌みされるとしても、それは損害填補という枠内において、慰謝料算定という限定された場面でのみ取り扱われることになり、制裁的あるいは懲罰的機能はあくまで損害填補の反射効にとどまる。

本節では、不法行為の目的を被害者救済及び損害填補とする立場に対し、近年、不法行為に対する法的責任を再定義しようとする試みとして評価される理論のうち、修復的司法及び損害賠償一元化論を概観する。

常松によれば当該理論は、法的な責任のあり方に被害者の心や感情といった道徳的な要素を持ち込もうとする考え方と評価される<sup>107</sup>。それゆえ当該理論においては、帰責原理の意味付けではなく、責任の取り方（もしくは責任の果たし方）、すなわち「損害に因る責任が誰かに帰属されたことを前提として、その責任をどのように果たすべきか、何をすれば責任を果たした事になるのか」に関心が向けられることになる<sup>108</sup>。

## I 修復的司法<sup>109</sup>

### (1) 意義

修復的司法とは、犯罪により発生した被害及び関係の修復を目的とする司法制度もしくは正義観念をさし、犯罪を国家と犯罪者との関係ではなく、加害者と被害者との関係として捉え、犯罪により侵害された被害者及び加害者の家族共同体関係の修復を目的とする<sup>110</sup>。

つまり修復的司法は、「刑事責任を民事的な枠組みで捉え直そうとする試み」<sup>111</sup>であり、犯罪に由来する責任を「国家・犯罪者」ではなく「被害者・加害者」という関係に差戻そうというものである。この場合に、刑事責任は「当事者同士の紛争の解決」という民事責任と同じ枠組みで把握されることとなる<sup>112</sup>。

### (2) C. ブランクの損害賠償説

瀧川は、修復的司法の哲学的位置係につきC・ブランクに理論に依拠してこれを検討する。

ブランクは、主要な刑罰として、応報論 (retributivism)、功利主義 (utilitarianism)、更生説 (rehabilitation view) そして損害賠償説 (restitution view) の四つを列挙する<sup>113</sup>。以下本稿の関心にに基づき損害賠償説のみを取り上げる。

損害賠償説は、加害者に制裁を科すことではなく、被害者に補償することで正義を回復することが法的に重要であるという。当該説は、「新古典派経済学とリバタリアニズムに思想的淵源を持ち、国家はできる限り自由市場に介入すべきでないとする『最小国家 (minimalist state)』のイデオロギーを採用する。そのため、国家による刑罰よりもむしろ、私人間の紛争解決である損害賠償のほうが望ましいと考え、刑法を私法に還元する」<sup>114</sup>。

つまり損害賠償説は、犯罪を、社会や法秩序に対する害悪としてではなく、具体的な個人に対する害悪として捉え、この具体的な個人に対する損害賠償こそが重要であると主張する。

### (3) 修復的司法と損害賠償説との関係

修復的司法と損害賠償説は、被害者に焦点をあてる理論であるという点で

類似性を有する。

しかし修復的司法は、金銭的次元において被害者の現状回復にとり十分とはいえず、損害賠償説は、「加害者と被害者」、「加害者と社会」の関係が修復されないという両極端な相違も存在する。

一方、瀧川は、加害者と被害者との対面性につき、伝統的な民刑峻別論あるいは公法・私法二元論のもと、いわば「分業」的に刑事手続が加害に民事手続が被害に焦点をあてられていたと指摘する。そして刑事手続において「私人間の復讐の連鎖」を否定するために国家が刑罰を科すという側面もあり、この点につき加害者と被害者の対面性に対して、中立あるいは無関心な態度ではなく、むしろ敵対的な態度がとられてきたという<sup>115</sup>。

これに対し、修復的司法は、加害者と被害者との直接的な対面により、関係の「変容」が生じ関係の「修復」が可能となる。そして加害者と被害者の対面による対話が重視され謝罪や賠償という目的に向けた手段としてではなく、むしろ対話こそが加害者と被害者の関係修復にとって決定的に重要であると位置付けられる<sup>116</sup>。

#### （４）問題点

しかし、修復的司法が適切に機能する事例は限られることになる。例えば、加害者が少年である場合、被害の程度が小さい場合そして加害者が犯罪事実を自認している場合である<sup>117</sup>。

## II 損害賠償一元化論<sup>118</sup>

### （１）意義

損害賠償一元化論とは、典型的なネガティブ・サンクションである刑罰制度を廃止し損害賠償へ一元化しようとする考え方をいう。当該理論を原理的に基礎づけているのは、ここでもリバタリアニズム（libertarianism）である。

橋本がいうリバタリアン法学の大きな特徴は、法を「国家から私人」という垂直方向にむけられる国家権力を行使する手段として捉えるのではなく、「私人間」という水平方向における秩序維持のために作用するルールとして捉えることにある<sup>119</sup>。

その意味において当該理論は、日本における犯罪被害者への損害回復が不十分な原因の一つである教条主義的な民刑分離の原則について再考を迫る理論ととらえることができると思う。

なぜ損害賠償一元化論は、刑罰制度を廃止すべきと主張するのであろうか。その理由はいくつかあげられるが、橋本はとりわけ最も深刻な問題として犯罪被害者に対する不正義を挙げる<sup>120</sup>。すなわち加害者の資力が乏しい場合あるいは加害者が有罪判決を受けて刑務所に服役する場合に、加害者は、被害者に対する損害賠償の支払いがむずかしく、それゆえに、被害者の損害回復が困難となっているということである。つまり、現行の刑罰制度のもとでは、被害者は、加害者の権利侵害により第一次的（直接的）な被害を受け、徴収された税金が加害者が生活する刑務所施設の管理・運営費として消費されるという点で二次的（間接的）な被害を受けることになる。換言すれば被害者は、犯罪の発生により、いわば「二重の被害」に遭う状況に陥る<sup>121</sup>。

## （2）R. バーネットの純粋損害賠償論

橋本は、刑罰を損害賠償に一元化する場合、損害賠償の形態として懲罰的損害賠償か、純粋損害賠償かという選択があるとして、R. バーネットの純粋損害賠償論を紹介する<sup>122</sup>。

純粋損害賠償とは、被害額に加害者を逮捕・起訴するために要した費用を加えた総額の賠償をいう。リバタリアニズムの考えからすれば、被害者が実際に受けた被害以上の額を加害者に対して請求することを正当化し得ない為、懲罰的損害賠償は採用されえない。一方、純粋損害賠償によれば、被害者は奪われたものが戻されるだけであり、犯罪抑止効果に疑問が生じるかも知れないが、純粋損害賠償には、加害者を逮捕・起訴するための費用も含まれるため、ある程度の抑止力を有するという<sup>123</sup>。さらに、純粋損害賠償では、被害者が加害者の訴追に協力する誘因を与えられることになるという<sup>124</sup>。

橋本は、（1）で言及した加害者の無償力の危険性を克服する方法として、刑務所に代わる雇用プロジェクト施設における労働を挙げる。雇用プロジェクト施設においては、労働の対価として市場水準の賃金が支払われ、加害者

は、当該施設で稼いだ賃金の中から自らの食費や生活費を支払い、残りをすべて損害賠償に充てることになる。すなわち加害者の刑期はあらかじめ決められているわけではなく、損害賠償を完了した時点で終了（あるいは解放）されることになり、雇用プロジェクトへの関与を決定するのは、加害者自身ということになる<sup>125</sup>。

### （3）問題点

しかしながら、橋本は、損害賠償一元化論を全面的に受け入れることについては否定的である。その理由として例えば、犯罪が社会に与える影響の軽視、未遂犯の扱い、富者に対する犯罪抑止効果の欠如、報復の繰り返しという悪循環のほか、被害者を特定することが困難な犯罪への適用可能性が低いこと、さらには雇用プロジェクトにおいて市場水準の賃金の支払いが可能な雇用を確保できるか等を列挙する<sup>126</sup>。

## 第四節 小括

本章第二節でとりあげた裁判例において損害賠償命令制度の創設が、不法行為に関する民刑の峻別をあいまいにするという原告らの主張は、裁判所が判示したように、受け入れがたいものである。なぜなら、新たに導入された損害賠償命令制度は、犯罪被害者の損害賠償請求に関し、刑事手続の成果を利用して犯罪被害者の被った損害を簡易迅速に回復させることを目的とする制度であり、ここでは、刑事手続と民事手続の分離という原則が維持されている。また、我が国の不法行為法において故意と過失とで効果に差を設けていないこと、とりわけ交通事故事例における保険の普及が賠償責任の制裁的要素を弱めていることさらに交通事故の加害者に対し点数制による免許停止及び取消しという制裁がすでに存在していることも理由として挙げられる。確かに、近時の飲酒運転事故訴訟において、違法行為の抑止という観点から民事責任に懲罰的損害賠償制度の導入を主張するとしても、現行法のもとでは、加害者の悪質性は被害者の精神的苦痛の大きさを左右する要素として慰謝料額に反映されるにとどまる<sup>127</sup>。

しかしながら、本件においてあえて懲罰的・制裁的慰謝料が請求されたこ

とに鑑みれば、やはり民事制裁に対する要求は高いと言わざるを得ない。国家による刑事制裁の実効性の欠如は、刑法が刑事制裁を独占的に科すということを超え、純粋な民事制裁あるいは少なくとも狭義の意味における制裁的な民事規定が必要であるということを示唆しているのではないか。少なくとも本件原告らの主張は、民事賠償に刑事制裁に類似した性質を持たせるべきことを裁判を通じて訴えかけることにあったのではないだろうか。

また、第三節でとりあげた理論は実践的側面からみれば、実現する可能性が高いとはいえない。しかしながら、橋本は、損害賠償一元化論こそが法が実現すべき正義の構想であると評価する<sup>128</sup>。つまり、刑罰が実現を目指す正義は、応報的正義であり、刑罰を悪意や罪の重さという負の功績に応じて配分する分配的正義でもある。しかしながらこの功績の評価も恣意的なものにならざるを得ない。一方、損害賠償を目指す正義は、矯正的正義であり、権利侵害に対する賠償や救済を要請するものであり、損害賠償一元化論は、まさしくこの矯正的正義を追求し、同時に制裁効果も有しており、これまで刑事の領域とされていたものの大部分を民事の領域に還元することにより民刑分離の原則の克服を試みようとする。従って、様々な問題点を含んではいるが、橋本が、当該理論を用いて民刑峻別論を教条主義的に信奉することがもたらす害悪を犯罪被害者救済の問題に照らし鮮明にしたことには意義があると思われる。

少なくとも本章第二及び第三節でとりあげたものは、日本における被害者救済あるいは犯罪被害者への損害回復が不十分であり、その原因の一つとして、民刑峻別論をあげ当該法原則を克服することを意図しているという点で共通する。

「ネガティブなサンクション」として最も可視性の高い刑罰が、被害者救済という点では不十分であり、それゆえ真の意味における被害者の損害回復を考える場合、刑法の補充的役割として、民法の損害賠償機能としての制裁あるは民事罰の検討が強く求められる。

しかし、すべてを民法に引き寄せて処理することは困難であり、実損をど



のような手段で救済するか、そしてそれをどう適正に分配するかが重要である。その意味において、民刑峻別論の理論的検討のみならず、同時に、刑事及び行政罰並びに保険関連法といった法体系全体での見直しを進め、被害者の救済をより高次元からとらえていく必要があると考える。

## おわりに

最後に、本稿のまとめを行い、残された今後の課題につきその方向性を示しておきたい。

### I まとめ

第一章において、懲罰的損害賠償制度を概観し、特別法による立法化の可能性について言及した。

悪質な違法行為に対し、刑法及び行政法上の制裁が迅速かつ的確に実現されなければ、懲罰的損害賠償に対する要望が一層強まるものと思われる。そして仮に懲罰的損害賠償制度を特別法上制定しようとするならば、どのような要件のもとで賠償額をどの程度まで算定するのかにつき、上限として一定割合を設けることも考慮される必要がある。その場合、例えば著作権法領域で立法提案のあった二倍三倍賠償を念頭に、懲罰的損害賠償額を填補賠償額の二倍もしくは三倍に限定するという方法もある<sup>129</sup>。

そうすることにより、懲罰的損害賠償請求を認めた外国判決の承認・執行もこの範囲内で一律に認容することが可能となり、結果的として、民事訴訟法上の対立の多くが解決することにつながるという見解もある<sup>130</sup>。

加えて、懲罰的損害賠償の法遵守的機能の議論に関連して、我が国における万引き防止目的で書店が行っている対応人件費請求も興味深い<sup>131</sup>。

これは、万引き対策に悩む三洋堂書店が2005年に開始したものであり、万引きの容疑者に当該商品の買い取りを求めることに加え、従業員らが警察の事情聴取を受けた時間などについても人件費として自給相当分を請求するものである。つまり、商品代金を回収した上で、警察への通報及び事情聴取にとられた時間に従業員の時給をかけ損害金として請求するものである。容疑

者の9割は支払いに応じ、同社では、年間40～50件の請求を行い、合計20万円の支払いがあり、その全額を特定非営利活動法人「全国万引犯罪防止機構」に寄付しているとのことである。

また、松川の紹介するドイツ著作権法における議論がそうであったように、「特別法である著作権法から一般法である民法を批判していくという問題設定」<sup>132</sup>も、我が国において参考に値するものと思われる。つまり、特別法において懲罰的損害賠償を立法化し、一般法である民法において懲罰的損害賠償の可能性を検討するという方向性である。

第二章でとりあげた京都地裁における原告らの主張は、悪性の強い不法行為を社会的損害としてとらえ、これに懲罰を加える目的で制裁的慰謝料を要求したことは、「メッセージを送る機能 (sending the message)」<sup>133</sup>として意義があったと思われる。

そもそも再犯を繰り返す等、刑事制裁あるいは行政罰の効果が及ばない類型の不法行為については、これを社会的損害としてとらえ、被害者の受けた被害というものを社会全体の被害として認識し、把握することにより、「最適な抑止」というものをも考慮する必要があるのではないか。つまり、悪性の強い不法行為に対しては、加害者の被害者に対する抑止ということだけでなく、加害者及び被害者を含めた行為者全体に対する抑止ということを考える必要があり、不法行為の目的を従来とは異なる観点から検討していくことが求められている<sup>134</sup>。

この意味において、今日、民刑峻別論を絶対視し、それゆえに民事責任に懲罰的・制裁的賠償が認められないという硬直した議論の時代ではないと思われる<sup>135</sup>。

## II 今後の課題

以上をふまえ、残された今後の課題につき言及しておきたい。

第二章で概観したように、様々な試みがなされているにもかかわらず、悪質な交通事故及び凶悪な犯罪被害者の損害回復はいまだ不十分である。それゆえ、当該事例における刑事及び行政罰の不十分さあるいは損害賠償額の低

額さ等を補うものとして、同じ法体系を担う民事責任において、慰謝料算定に際し懲罰的・制裁的要素を加えた賠償額を算定する必要があるとの主張がある。その流れのなかに、懲罰的損害賠償制度の導入を検討しようとする見解も含まれる。

これらの主張は、現行不法行為法が実損害の填補を目的としていることにその原因があるとする。しかしながら、当該議論は、現行不法行為法の目的が損害填補であること自体に問題があるのかあるいは実務上行われている損害賠償額の算定が実損害を填補するものとは言い難いことに問題を有するのかが不明確である。後者であれば、現行法の枠組みを変える必要はなく、むしろ実損害の填補という現在の実務をどう改良していくかが重要となる<sup>136</sup>。

さらに懲罰的損害賠償制度に関しても、その導入の趣旨が「懲罰」目的にあるのかあるいは違法行為の「抑止」にあるのかにつき、従来の提言は、これらを混同したままの議論であったように思われる<sup>137</sup>。

このような諸問題を中心に、今後、現行の日本民法において懲罰あるいは制裁がどのように位置づけられていくべきかにつき検討を加えつつ、不法行為法の目的が進むべき方向性を探っていく必要があると考える。

#### 注

- 1 一例として、横浜地裁平成18年4月18日判決（判タ1243号164頁）、名古屋地裁同10月27日（判時1962号133頁）等。
- 2 慰謝料の機能につき吉村良一「戦後西ドイツにおける慰謝料本質論の展開（一）（二・完）」民商76巻4号（1977年）546頁、同5号（同年）672頁ほか多数。
- 3 拙稿「民法における制裁概念—ドイツにおける最近の学説の観点から—」関院75号（2004年）21頁、同「民事制裁概念—給付義務違反の法的効果としての制裁性—」関院77号（2005年）215頁。
- 4 松川実「民刑事責任峻別論の崩壊（一）—ドイツの判例及び立法の新しい流れ—」青法47巻3号（2005年）157頁。
- 5 佐伯仁志『制裁論』（有斐閣、2009年）232頁。
- 6 潮見佳男『不法行為法 I 〔第2版〕』（信山社、2009年）50頁以下。
- 7 田中英夫＝竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会、

1987年) 163頁は、「刑事と民事・行政との区別も、決して白か黒かという形で一義的にきまっているわけではなく、むしろその間に、いわば灰色の領域が存在しうる」という。

- 8 歴史的背景につき詳細は、初岡宏成「英米法における懲罰的損害賠償の歴史的素描」中大院28号(1999年)51頁以下参照。なお、懲罰的損害賠償に関する最近の研究として吉村顕真「19世紀アメリカ合衆国における懲罰的損害賠償の形成過程—近代損害賠償法における『懲罰的』要素の意義—」龍谷40巻3号(2007年)19頁、大谷沙菜美「懲罰的損害賠償についての一考察—製造物責任を中心として—(1)・(2・完)」専大院集41号(2007年)35頁、同42号(2008年)141頁。
- 9 以下で列举する古代法に規定されている懲罰は、厳密に区別すれば、現代でいう *multiple damages* (二倍・三倍賠償)(田中英夫編『英米法辞典』(東京大学出版会、1991年)570頁)に相当する。また、*multiple damages* は、制定法上の規定された損害賠償であり(*Black's Law Dictionary*, 397(7th ed. 1999))、*punitive damages* の一つの形態である(*Owen, Punitive Damages in Products Liability Litigation*, 74 *Mich. L. Rev.* 1257, 1262(1976))。
- 10 ハムラビ法典においてみられる懲罰性は、*composition* という概念の初期解釈にあり、当初は、犯罪者が自らの命で償うという方法によっていたがその後、違約罰という形式に変化した(H. J. ベッカー(鈴木佳秀訳)『古代オリエントの法と社会旧約聖書とハンムラピ法典』(ヨルダン社、1989年)111頁)。なお *composition* に基づく金銭の支払いは、現代イギリス法の *punitive damages* に類似するものと考えられている(同500頁)。
- 11 *Owen, supra note 9, at 1262.*
- 12 出エジプト記にいう制裁とは、宗教的色彩が強く、ここではむしろ抑止または教育的要素が期待されていた(柴田光藏『ローマ法フォーラムV—現代・ローマ・ローマ法(2)—』(玄文社、1991年)165頁)。
- 13 *W. Buckland & D. Mcnair, Roman Law & Common Law* 344-48(1952)によれば、初期ローマ法において *delicto* に基づく損害賠償は、犯罪と不法行為を包含し、*compensation* ではなく *penalty* を意味していた。
- 14 *Owen, supra note 9, at 1262.*
- 15 *Huckle v. Money*, 95 *Eng. Rep.* 768(C. P. 1763); *H. McGregor, On Damages* 431(16th ed. 1997); *Owen, supra note 9, at 1263*; 2F. *Pollock & F. Maitland, The History of English Law* 522(2nd ed. 1923)。
- 16 *Owen, supra note 9, at 1263.*
- 17 田中・前掲辞典注(9)226頁。なお、*W. Rogers, On Torts*743(15th ed. 1998)は、侮辱的損害賠償(*contemptuous damages*)を加え4つに分類する。

- 18 この他、wanton（未必の故意的危険の度外視）、willful（故意的な）、reckless（無思慮な）、evil（邪悪な）、wicked（不正な）、malicious（悪意のある）、fraudulent（詐欺的な）、deliberate（用意周到な）等、特別の加重事由が要求される。
- 19 Restatement(Second) of Torts, § 908 comment a.
- 20 Restatement(Second) of Torts, § 908(2)、田中＝竹内・前掲書注(7) 141頁。
- 21 例えば、Richard Grimshaw v. Ford Motor Co., 174 Cal. Rptr. 348(1981)（填補賠償251万6000US<sup>ドル</sup>、懲罰賠償350万US<sup>ドル</sup>）、Downey Savings & Loan Association v. Ohio Casualty Inc., 234 Cal. Rptr. 835(1987)（同15万2983US<sup>ドル</sup>、同500万US<sup>ドル</sup>）。
- 22 田中＝竹内・前掲書注(7)143頁。
- 23 田中＝竹内・前掲書注(7)134～138頁。C. McCormick, Damages § 84(1935).
- 24 この場合、上訴審で懲罰賠償部分を除いた填補賠償を算定するため、差戻した上で改めて再審理せざるを得なくなる状況が生じる（早川吉尚「懲罰的損害賠償の本質」民商110巻6号（1994年）94、98頁）。当該状況につき、モンタナ州では、填補部分と懲罰部分とを制定法上区別する（Mont. Code Ann. § 27-1-221(7)(a)）。なお、Cassell & Co., Ltd. v. Broome,[1972]1 All E. R. 801では、両者を区分して賠償額を算定した。
- 25 Note, Exemplary Damages in the Law of Torts, 70 Harv. L. Rev. 517, 531(1956-1957)。一方、W. Prosser & Keeton, Law of Torts 14-15(5th ed. 1984)は、両者に合理性が必要であるという。
- 26 以下を参考にした。D. Ellis, Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages, 56 S. Cal. L. Rev. 1, 2-12(1982); Owen, supra note 9, at 1277-79.
- 27 Restatement(Second) of Torts, § 908 “Punitive Damages”, 22 Am. Jur. 2d Damages § 733(1988); Ellis, supra note 26, at 4-9; Owen, supra note 9, at 1279-82.
- 28 懲罰賠償に値する行為及び結果を認識しつつ加害行為を行ったことが道徳的逸脱を意味し、それゆえ非難性が高い（Grimshaw v. Ford Motor Co., 119 Cal. App., 3d 757, 810, 174 Cal. Rptr. 348, 382-83(1981)）。
- 29 Ellis, supra note 26, at 7, 8.
- 30 Owen, supra note 9, at 1279.
- 31 Owen, supra note 9, at 1280.
- 32 Owen, supra note 9, at 1281.
- 33 Prosser, supra note 25, at 9; Owen, supra note 9, at 1281.
- 34 Ellis, supra note 26, at 8.
- 35 R. Posner, Economic Analysis of Law 4(5th ed. 1998)は、効率のよさ

(efficiency) は、商品やサービスに対して金銭を支払うことに積極的な消費者の集合によってはかられるような人間の満足が最大限重視されるような方法における経済資源の活用を意味する。

- 36 Ellis, *supra* note 26, at 8.
- 37 Restatement (Second) of Torts, § 908(1); 22 Am Jur. 2d Damages § 733, at 785; Prosser, *supra* note 25, at 9; Ellis, *supra* note 26, at 8-9; Owen, *supra* note 9, at 1282-87; Note, *supra* note 25, at 517; McCormick, *supra* note 23, at 275.
- 38 Owen, *supra* note 9, at 1283.
- 39 Ellis, *supra* note 26, at 9.
- 40 Ellis, *supra* note 26, at 9, 10; Owen, *supra* note 9, at 1287.
- 41 Owen, *supra* note 9, at 1289.
- 42 Owen, *supra* note 9, at 1287-88.
- 43 法は、法の実現に参加する私人に適法な提供物を付与すること (offering) で報いる (Ellis, *supra* note 26, at 9)。
- 44 民事手続上の立証は、「証拠の優越」の程度でよいが、刑事罰を科すためには、より高度な「合理的な疑いを超える程度の証明」が要求される。懲罰賠償はその証明度を両者の間にある「明白かつ確信を抱くに足る証明 (clear and conbincing proof)」とする州がある (早川・前掲論文注(24)116、117頁)。
- 45 田中・前掲辞書注(9)664頁。
- 46 田中=竹内・前掲書注(7)166頁。
- 47 Owen, *supra* note 9, at 1287; Note, *supra* note 25, at 525-26; McCormick, *supra* note 23, at 278.
- 48 例えば、コロラド州では懲罰賠償の三分の一 (Colo. Rev. Stat. 13-21-02(4))、フロリダ州では五分之三 (Fla. Stat. Ann. § 768. 73) を州庫へ、カンサス州は州設立の健康管理基金へ二分の一 (Kan. Stat. Ann. 60-3402(a),(b)) 等。
- 49 Restatement (Second) of Torts, § 914.
- 50 州の区分につき以下を参考にした。L. Litwin, Annotation Attorney' fees or other Expenses of Litigation as Element in Measuring Exemplary or Punitive Damages, 30 A L R 3d 1443.
- 51 Suss v. Schammel, 375 N. W. 2d 252, 255-56 (Iowa 1985).
- 52 Villella v. Waikem Motors, Inc., 45 Ohio St 3d 36, 543 N. E. 2d 464, 470 (1989).
- 53 Brewer v. Home-Stake Production Company, 200 Kan. 96, 434 P. 2d 828, 831 (1967).
- 54 Central Bank of Mississippi v. Butler, 517 So. 2d 507, 512 (Miss. 1987).
- 55 Senn v. Manchester Bank of St. Louis, 583 S. W. 2d 119, 138 (Mo. 1979).

- 56 Hofer v. Lavender, 679 S. W. 2d 470, 474(1984).
- 57 Debry & Hilton Travel v. Capitol Intern. Airways, 583 P. 2d 1181, 1185(1978).
- 58 Olds v. Hosford, 354 P. 2d 947 (Wyo. 1960).
- 59 Viner v. Untrecht, 26 Cal. 2d 261, 158 P. 2d 3, 9(1945).
- 60 Kinane v. Fay, 111 N. J. L. 553, 168 A. 724, 727(1933).
- 61 International Electronics Co. v. N. S. T. Metal Prod. Co., 370 Pa. 213, 88 A. 2d 40, 46(1952).
- 62 Doe v. Roe, 400 N. Y. S. 2d 668, 670(Sup. 1977); Home Ins. Co. v. American Home Products, 75 N. Y. 2d 196, 55 N. Y. S. 2d 481, 550 N. E. 2d 930(1990).
- 63 Day v. Woodworth, 54 U. S. (13 How.) 363, at 181; Oelriches v Willams, 82 U. S. (15 Wall.)216(1872), at 43.
- 64 Waterbury Petroleum v. Canaan Oil & Fuel, 193 Conn. 208, 477 A. 2d 988, 1004(1984).
- 65 Graney v. Donovan, 92 Conn. 236, 102 A. 640, 641(1917); Trangle Sheet Metal Works, Inc. v. Silver, 154 Conn. 116, 222 A 2d 220, 225(1966); O'leary v. Industrial Park Corp., 211 Conn. 648, 560 A. 2d 968, 969(1989); Vogel v. Sylvester, 148 Conn. 666, 174 A. 2d 122, 126(1961).
- 66 Owen, *supra* note 9, at 1296.
- 67 L. Schlueter & K. Redden, *Punitive Damages* 8(3<sup>rd</sup>ed. 1995) Salmond, *On Torts*, 737-38(13th ed. 1961); T. Plucknett , *A Concise History of The Common Law*, 131(5th ed. 1956).
- 68 L. Schlueter & K. Redden, *supra* note 67, at 8.
- 69 Rookes v. Barnard[1964] All E. R. 367, at 410-11.本判決につき詳細は、田井義信『イギリス損害賠償法の理論』（有信堂、1995年）148～153頁、三島宗彦「損害賠償と抑制的機能（続）」立命108・109号（1973年）23～26頁参照。
- 70 L. Schlueter & K. Redden, *supra* note 67, at 11.
- 71 *Id.*, at 11.
- 72 Note, *supra* note 25, at 520.
- 73 Prosser, *supra* note 25, at 359.
- 74 22 Am Jur. 2d Damages § 252.手塚裕之「米国各州の懲罰的損害賠償判決の性質・法的機能と本邦での執行可能性」ジュリ1020号（1993年）122頁。
- 75 手塚・前掲論文注(74)121頁。
- 76 L. Schlueter & K. Redden, *supra* note 67, at 17. ニューハンプシャー州は、

- これを認めていたが<sup>83</sup> (Fay v. Parker, 53 N. H. 342(1872))、その後、N. H. Rev. Stat. Ann. § 507により、制定法上規定がある場合を除き懲罰賠償を廃止した。なお、懲罰賠償それ自体は認めないが加重的事情を反映し填補賠償を増額することは認める (Vratsenes v. N. H. Auto. Inc., 112 N. H. 71, 72-73, 289 A. 2d 66, 67-68(1972); McCormick, *supra* note 23, at 279)。
- 77 Ellis, *supra* note 26, at 10; Ga. Code Ann. § 105-2002(1968)。
- 78 L. Schlueter & K. Redden, *supra* note 67, at 368; Ga. Code Ann. § 51-12-5. 1(c) (1987)。
- 79 Ellis, *supra* note 26, at 10; Wise v. Daniel, 221 Mich. 229, 190 N. W. 746, 747(1922); Hasted v. Van Wagen, 243 Mich. 350, 20 N. W. 762, 763(1928)。
- 80 例えば、ネブラスカ州 (Riewe v. McCormick, 11 Neb. 261, 9 N. W. 88, 89 (1881))、ワシントン州 (Spokane Truck & Dray Co. v. Hoefler, 2 Wash. 45, 25 Pac. 1072, 1073(1891); Wilson v. Sun Pub. Co., 85 Wash. 503, 148 Pac. 774, 775(1915))、マサチューセッツ州 (Burt v. Advertiser Newspaper Co., 154 Mass. 238, 28 N. E. 1, 5(1891); Boott Mills v. Boston & M. R. R., 218 Mass. 582, 106 N. E. 680, 682-89(1914))、ルイジアナ州 (Vincent v. Morgan's Louisiana & T. R. & S. S. Co., 140 La. 1027, 74 So. 541, 546, 547 (1917))。なお、コロラド州は懲罰賠償を否定していたが (Mrphy v. Hobbs, 7 Colo. 541, 5 Pac. 119(1884))、後に立法で認められた (Colo. Rev. Stat. § 13-21-102(1973))。
- 81 例えば、ジョージア州 (Ga. Code Ann. § 51-12-5. 1(1997))、コロラド州 (Colo. Rev. Stat. Ann. § 13-21-102)、オクラホマ州 (Okla. Stat. Ann. § 23-95)、アラスカ州 (Ala. Stat. Ann. § 09-17-020)、テキサス州 (Tex. Code Ann. CP & R § 41-008)、バージニア州 (Va. Code Ann. § 8-01-38)、メリーランド州 (Md. Code Ann. § 11-108)。
- 82 Beschada v. Johns-Manville Products Corp., 90 N. J. 447 A. 2d 374(1984); Fischers v. Johns-Manville Corp. CCH 11092, N. J. S. C. (1986)は、アスベスト製造業者が原告らの健康上の危険性を認識しかつその危険性を隠匿したことにつき懲罰的損害賠償を認めた。詳細は、三沢元次「懲罰的損害賠償論」東洋法学36巻2号 (1993年) 70、71頁。
- 83 W. グレイ=木下毅 (訳・コメント)「アメリカ法における懲罰的損害賠償制度—現代の理論及び実務—」アメリカ法 (1978-2) 177~181頁。
- 84 浅香吉幹「最近の判例 Pacific Mut. Life, Ins. Co. v. Haslip. U. S., 111 S. Ct. 1032(1991)」アメリカ法 (1992-1) 133、134頁。
- 85 田中英夫「英米における懲罰的損害賠償」川島武宣編『我妻先生還暦記念損害賠償責任の研究 中』(有斐閣、1958年) 899頁。



- 86 イギリス法にいう二重危険禁止の原理を成文化したのがアメリカ憲法である。イギリスでは、連邦憲法採択前に前掲 *Huckle v. Money* 事件において懲罰賠償が認められており、憲法の文言が民事訴訟手続ではなく、明らかに刑事訴訟手続を意図しているといえる（*McCormick, supra note 23, at 277*）。
- 87 当該問題は、懲罰的損害賠償の算定が陪審の裁量によってなされることと不可分な事象であるともいえる。
- 88 *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U. S. 257, 109 S. Ct. 2909(1989). 当該判決につき、浅香・前掲論文注(84)126、127頁、塚本重頼「懲罰的損害賠償の合憲性」判時1347号（1990年）3頁を参考にした。
- 89 藤倉皓一郎「懲罰的損害賠償試論—アメリカ不法行為法の視点から—」同法49巻6号（1998年）185～190頁、浅香・前掲論文注(84)。
- 90 *Juzwin v. Amtorg Trading Corp.*, 705 F. Supp. 1053, 1060-64(1989). 古賀哲夫「大量不法行為訴訟と懲罰的損害賠償」名学35巻2号（1998年）21頁は、当該状況への対策としてクラスアクションを提案する。
- 91 吉村良一「不法行為法の改正をどのように考えるか」椿寿夫ほか編『民法改正を考える』（日本評論社、2008年）339頁。
- 92 「何をもって民事・刑事の別とみるかも、国により、時代により異なるものなのである。したがって懲罰的損害賠償に対して、民事・刑事の別を混淆するもので当然に背理だというような批判は、問題をカテゴリーカルに見すぎるものではないか」（田中＝竹内・前掲書注(7)163頁）。また、「民事と刑事との区別についていえば、これが法律におけるもっとも基本的な区別の一つであることはもちろんであるが、この区別といえども、これをその実質的根拠と切りはなして、一つのドグマとして絶対視すべきではない」（同・159頁）。
- 93 最判平成9年7月11日民集51巻6号2573頁。
- 94 佐伯・前掲書注(5)232頁。
- 95 東京高判平成19年2月27日（判決集未搭載）。なお高裁判決については、原告訴訟代理人青木勝治弁護士から資料提供を受けた。
- 96 加藤一郎『不法行為法[増補版]』（有斐閣、1974年）3、4頁。
- 97 松川・前掲論文注(4)156頁。
- 98 常松淳『責任と社会 不法行為責任の意味をめぐる争い』（勁草書房、2009年）213頁。
- 99 判タ1266号262頁。
- 100 裁判所は、懲罰的・制裁的慰謝料については棄却したが通常の慰謝料として男児2250万円（4000万円請求）、両親各300万円（同各2000万円）、姉150万円（同2000万円）をそれぞれ認容した。

- 101 当該制度の具体的内容につき第一東京弁護士会犯罪被害者保護に関する委員会編『被害者参加・損害賠償命令制度の解説』（東京法令出版、2008年）25頁以下、奥村正雄「犯罪被害者等の損害回復と損害賠償命令制度」ジュリ1338号（2007年）63頁以下を参照した。また改正及び新制度に至る背景につき詳細は、佐伯・前掲書注(5)参照。
- 102 主として犯罪被害者への損害填補であり、刑事裁判において有罪とされた者に一定の刑を科す条件として命じられる被害者への賠償や共同体への奉仕作業などをいう。当該制度につき詳細は、佐伯・前掲書注(5)参照。
- 103 奥村・前掲論文注(102)72頁。
- 104 具体的な慰謝料増額事由につき（財）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 上巻（基準編）2008（平成20年）』127～134頁参照。
- 105 佐伯・前掲書注(5)254、255頁。
- 106 佐伯・前掲書注(5)255頁。
- 107 常松・前掲書注(98)213頁。なお常松は、この他に棚瀬の提唱する共同体正義論にも言及する（220頁以下）。
- 108 常松・前掲書注(98)213頁。
- 109 高橋則夫「修復的司法の観点からみた裁判員制度と被害者参加制度」刑法48巻1号（2008年）59頁によれば、そもそも修復的司法とは何かについて定説はなく、また「restorative justice」の訳語としては、修復的正義が妥当であり、正確には修復的司法とは、「修復的正義に基づく司法」をさすという。なお同『修復的司法の探求』（成文堂、2003年）参照。
- 110 瀧川裕英『責任の意味と制度 負担から応答へ』（勁草書房、2003年）186頁。
- 111 常松・前掲書注(98)230頁。
- 112 常松・前掲書注(98)230頁は「刑事の私事化」と表現する。またその結果として損害の原因となった行為が犯罪でもあるような場合を想定すれば被害者に加えられた被害・損害をめぐる法的責任のあり方として、両責任の垣根は低くなるという。
- 113 瀧川・前掲書注(110)186頁以下。なお前者三つが、専ら加害者に焦点を当てるのに対し、損害賠償説は、被害者に焦点を当てる理論である。
- 114 瀧川・前掲書注(110)188、189頁。
- 115 瀧川・前掲書注(110)190頁。
- 116 瀧川・前掲書注(110)191頁。
- 117 瀧川・前掲書注(110)193頁。なお瀧川は、加害者の自認をもっとも重要なことと位置づける。
- 118 当該項目につき橋本祐子「刑罰制度の廃止と損害賠償一元化論」法社65号

(2006年) 82頁以下を参考にした。

- 119 橋本・前掲論文注(118)83頁。
- 120 橋本・前掲論文注(118)84頁。
- 121 多くの場合において加害者の資力は乏しいため、損害賠償を行うことができないだけでなく、有罪判決を受けて刑務所に拘束されてしまうと、すくなくとも刑期を終えるまでは市場水準の賃金を得ることはできないため、損害賠償を行う用意ができないからである。とりわけ加害者に対する制裁・矯正は刑事で、被疑者に対する損害回復は民事でといった厳格な民刑分離の制度の下では、このような難点は一層明白なものとなる。損害賠償一元化論では、犯罪は社会全体ではなく被害者個人に対する権利侵害として捉えられるため、損害回復が実現されないというのは致命的な欠陥として映ることになる。
- 122 橋本・前掲論文注(118)88頁は、刑罰の完全廃止に代わる次善の制度として懲罰的損害賠償をとらえることが妥当と評価する。
- 123 橋本・前掲論文注(118)85頁。
- 124 橋本・前掲論文注(118)85頁。
- 125 さらに橋本は、人々が犯罪被害者になったときに備え、犯罪被害賠償保険に加入することについても想定する。
- 126 橋本・前掲論文注(118)89頁、同「刑罰から損害賠償へ—R・バーネットの『純粹損害賠償』論—」同法52巻6号(2001年)383~388頁。
- 127 なお、菊池秀典「8歳男子が死亡した交通事故を目撃した14歳の被害者の姉に固有の慰謝料請求が認められたが、懲罰的損害賠償請求が否定された事例」石田満編『保険判例2009』（保険毎日新聞社、2009年）60、61頁は、この意味において、通常の慰謝料に制裁的要素が含まれているという。
- 128 橋本・前掲論文注(118)88頁。
- 129 丹羽重博「懲罰的損害賠償の必要性」日法74巻2号(2008年)529頁。立法化の提案があった著作権法領域での立法提案である二倍三倍賠償を念頭に置いているものと思われる。
- 130 丹羽・前掲論文注(129)529頁。当該意見につき、佐伯・前掲書注(5)232頁は、賛同する。
- 131 日本経済新聞2009年10月6日。
- 132 松川実「損害賠償額算定の手続—著作権侵害を例とした日独の法比較—」新報105巻2・3号(2000年)175~240頁。
- 133 平野晋『アメリカ不法行為法』（中央大学出版部、2006年）138、139頁。
- 134 森田果=小塚莊一郎「不法行為法の目的—『損害填補』は主要な制度目的か」NBL874号(2008年)10頁以下。潮見・前掲書注(6)49頁以下、佐伯・前掲書注(5)256頁。

- 135 松川・前掲論文注(4)155頁。
- 136 潮見佳男ほか「日本弁護士連合会 第3回民事裁判シンポジウム パネルディスカッションⅡ 証言録取（デポジション）、損害賠償制度」〔潮見発言〕NBL903号（2009年）75頁以下。
- 137 潮見発言・前掲注(136)79頁によれば、違法収益の剥奪につき分野を限り、いわゆる法定の損害賠償制度の検討を提案する。