

慰謝料算定実務の現状とその手法

—— 算定の過小評価に対する裁量統制を中心に ——

住 田 守 道

1、はじめに

日本の慰謝料算定実務は、一見すると事態適合的な対応が可能な慣行を築き上げながら、現実的には算定基準の運用に伴う「硬直化」・「非自由裁量化」といった批判に曝されてきた。批判者側からすれば、理想と現実にギャップがあるということになる¹⁾。では、かようなギャップを前に、一度下された算定結果に対して、例えばしばしば問題となる慰謝料額の低さを理由に、法廷で争うことができるのだろうか。別の裁判官が第二審において事実認定を含め、算定をやり直す場合はともかくとして、事実の存否を争い得ない法律審で争うことができるだろうか。この点は一般的に困難と考えられてきた。損害の認定が事実問題（事実審の専権事項である）とされることに加えて、「その他一切の事情」の斟酌によるという実務慣行によって全事情を考慮済みであるという体裁をとるがためである（いずれも事実審裁判官の「自由裁量」に帰する事柄）。しかしながら、事実審裁判官による裁量権行使の逸脱を理由として法律審で下級審判断を覆した例が存在する。本稿は、この点に注目して、その手法を分析する。

1) 本来は金銭評価の基準が存在しないはずの慰謝料につき、一旦予想額あるいはあるべき額が掴める段階に達すると、それと現実の算定結果の差との間で、当事者の（一応の）満足感が醸成されていく（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』304頁注6〔大嶋芳樹〕（1996、ぎょうせい））。それに基づき、金額の多寡に関する評価が成立し得るようになる。低額を念頭におくと、例えば、①同種の事件に関する他の国内事例との比較（例、極端なのは交通事故事案におけるかつての「大阪で轢かれる方がよい」論、さらには（全体としてどこまでを同質と見るかにつき慎重な判断を要するが）異なる行為類型ながら同一の被害結果——例えば死——の事例の比較）、②既存の基準を最低限と捉え、特殊事情の未反映を想定するもの（交通事故事例でのいわゆる「硬直化」批判や原発事故の中間指針の外に置かれた項目の主張など）。③物価上昇への未対応。その他に、やや間接的な手法で、④他の事件類型での慰謝料額と対比（Ex. 生命侵害と名誉毀損の比較から後者の低さを説くもの）、⑤外国法との比較、⑥全体に占める財産的損害の割合との対比、⑦認定額で実際にできることの探求（実際に何ができるのかという実務家の感覚）、⑧違法行為抑止機能の実効性の観点からの評価、⑨認定額と「支払意思額」との差、などが想定され得る。

2、判例における慰謝料算定の考え方

(1) 慰謝料算定に関する判例の確立——前提の確認

慰謝料算定に関する判例の基本的な立場は、民法制定直後から明治・大正年間に概ね形成されている。判例によれば、損害の事実のみならず損害額も立証すべきとされる財産的損害の場合²⁾に対比して³⁾、次のように扱われてきた。慰謝料は損害額の証明がなくても、裁判所が諸般の事情を斟酌し決定すべきものであり（大判明治34年12月20日刑録7輯11巻105頁——名誉毀損事件）、数額の根拠の不提示が理由の不備にあたるとの主張に対して、その額の決定について根拠を示す必要はない（大判明治40年5月28日刑録13輯500頁——姦通事件、大判明治41年6月4日刑録14輯629頁——殴打創傷事件）。額の算定は、諸事情を斟酌しつつ「自由ナル心証ヲ以テ」（大判明治43年4月5日民録16輯273頁——名誉毀損事件）、あるいは裁判官の「自由裁量」で行う（大判大正3年6月10日刑録20輯1157頁——業務上過失致死致傷事件⁴⁾）。このように慰謝料額の①証明（根拠提示）不要、②同額の量定に関する裁判所の自由心証・「自由裁量」の承認が確立している。ここでの焦点は、損害の証明ではなく損害額の証明に、つまり損害事実の認定とは別の段階である（狭義の）金銭的評価段階にある⁵⁾。

次に、「諸般ノ事情ヲ参酌シ金〇〇圓ヲ以テ相当ト認ム」のように、一足飛びに一定額を提示する判断につき、理由不備として争ったとしても、必ずしもいちいち説示する義務はないとされている（ただし当事者の身分や資産、負傷の程度等を指すことは原判決で明らかとされたケースである大判大正4年10月13日民録21輯1683頁——人身事故⁶⁾）。また、具体的な諸般の事情が明らかであればその金額を包括的に認定してもよい（大判明治44年4月13日刑録17輯569頁——殺人事件）。その場合、加害者・被害者双方の事情を考量して総合斟酌を行い（大判大正8年6月5日民録25輯962頁——人身事故）、斟酌すべき事情に制限はなく、被害者の事情が最も重要な事項（大判大正5年1月22日民録22輯113頁——人身事故）だが、加害者の事情を考量しても不当ではない

2) 最判昭和28年11月20日民集7巻11号1229頁——債務不履行（船舶の引渡義務不履行）の事案。現行民事訴訟法248条（1998年改正）は、損害の存在は認められるものの、「損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるとき」を対象とする。

3) 倉田卓次『民事交通訴訟の課題』169頁（1970、日本評論社）。

4) その後も例えば、最判昭和44年10月31日最高裁判所裁判集民事97号143頁（交通事故死亡事件）は、「不法行為にもとづく慰謝料の金額をいかに算定するかは、原則として、事実審裁判所の自由裁量に属するところであり」、原判示の諸般の事情を考慮したうえ一定額を定めた原審判断には違法は認められないと判示している。

5) 後掲の最判昭和32年2月7日も、「どれだけの慰謝料を支払ふのを相当とするかは、当該債務不履行もしくは不法行為に関する諸般の事情に即して裁判所が判断すべき事項であるから、右の諸般の事情そのものは証拠によつて認定しうるとしても〔、〕慰謝料の数額のごときものについては、証拠によつて判断し得べきものではないといわなければならない」（〔 〕内の句読点挿入は筆者による）と述べ、両段階を分けている。

6) 大判昭和8年7月7日民集12巻1805頁——口論による人身傷害事件——でも、被害者の「年齢職業社会上ノ地位疾病ノ状況及當事者雙方ノ資産等諸般ノ事情ヲ斟酌シ」金300円を以て精神的苦痛を慰藉するに足るとした原判決の説示以上に具体的な説明を要しないとしている。

(大判大正9年5月20日民録26輯728頁——名誉毀損事件)⁷⁾。これらは、先の算定額の根拠提示の不要に加えて、斟酌事由のアプリオリな無限定と、事情が明らかであれば包括的な認定も可とするものである。詳細の提示を積極的に禁ずるものでないが、事情が明らかでさえあれば評価の内容(どの点をどれほど重く評価したのか等)を必ずしも提示する必要はないとの立場であり、いわゆる「ブラックボックス」判断に出る下級審判断をも許容するものである。以上の事案は名誉毀損、人損、姦通等に多種に及ぶが、その類型的な差異を越えて現在の算定実務上の方法の前提を形成する「慰謝料算定判例法理」⁸⁾である⁹⁾。

(2) 算定統制例——裁量逸脱とされる場合

以上のような判例の下では、本来個別事件の特殊性を反映させるための障害がほぼ存在しないとして慰謝料の個別的算定が叫ばれており、仮に裁判官の個人差の行き過ぎがあれば、その是正は上級審の役割である¹⁰⁾と説かれるものの、最高裁の介入例は「稀」であって、裁判官は「上級審を意識することは余りない」¹¹⁾とさえ言われてきた。この背景には、慰謝料の認定が下級審の裁量に属する事実問題であるため、上告審になじまないものという実務意識が(中には上告審では争えないとする向きさえも¹²⁾)窺われた。

しかし、損害算定が事実問題であるという性質決定を踏まえる場合でさえ、「自由裁量」による算定に一定の枠付けが与えられることに注意を要する。すなわち、「慰謝料額の認定は原審の裁量に属する事実認定の問題」であるが、認定額が著しく不相当であり経験則または条理に反するよ

7) その後も例えば、最判昭和40年2月5日最高裁判所裁判集民事77号321頁——傷害事件——は、「事実審たる裁判所が不法行為による精神的損害の賠償である慰藉料額を算定するにあたっては、当事者双方の社会的地位、職業、資産、加害の動機および態様、被害者の年齢、学歴等諸般の事情を参酌すべきであることは、むしろ当然の事柄」という。

8) 五十部豊久「損害賠償額算定における訴訟上の特殊性」法協79巻6号32-33頁(1963)は、これら判例を前提としてのみ、慰謝料制度を成立させ得るとする。精神的損害の場合、本来の立証に要する「高度の蓋然性の確信」を要求すると常に敗訴となるという。

9) これを基礎として、かつての学説が見出した理念が「具体的衡平主義」であった。この観念に出るが故に、裁判官に自由裁量が認められていると解釈され、「生じたる損害の計量」よりも「賠償せしむるを妥当とする額の算定」とする方針が引き出され、さらには全損害の賠償が必ずしも妥当でないとの主張も展開されていた。しかし、仮に成立要件を充たすにも関わらず、不法行為加害者が生じさせた損害を加害者が負担しないとの判断されるのであれば、公平主義あるいは自由裁量という形式的な理由では不十分であり、その具体的理由が提示されなければならないはずである。また、この公平主義は、その後交通事故基準確立後に提起された「硬直化」問題や「自由裁量の非自由裁量化」問題に対して、公平主義は各事案での算定結果の正当化に成功しているわけでもなく、かといって「損害填補」説の説くような達成すべき目的を必ずしも実現するわけでもない。「自由裁量」それ自体には、真に算定指針となるような「目的」というべき契機を読み取れないからである。慰謝料目的論の方向性を確認する契機がここにある。

10) 楠本安雄『人身損害賠償論』307、314頁(1984、日本評論社)。

11) 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)。

12) 加藤一郎「慰謝料の比較法的研究(総括)」比較法研究44号127頁(1982)、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。

うな事情が存在する場合には裁量の逸脱となるという判例が存在する（後掲の最判昭和38年3月26日）。これを先例として、上告審が統制を加えた例が実際にあり、また、これ以前にも原審の慰謝料判断を破棄した例がある。以下、5件の上告審を判決年月日順に考察する（以下、下線や太字は筆者による）。

①最判昭和32年2月7日集民25号383頁（建物一部引渡等請求事件）

本件建物でYと喫茶店の共同営業をしていたXが、後に単独で営業をするようになったため、YはXに対し営業名義を原告に書き替えること¹³⁾を約した。しかし、無効となることを知りながらYは継続手続をせずに、営業許可が無効になった（争いのない事実。なお、上告理由によるならば、両者間で家賃の値上げをめぐるトラブルがあり、協力しなかったのが背景事情である）。それゆえ、XがYに対して建物の一部引渡しと共に、慰謝料等の請求をしたが、原審では慰謝料等の請求が認められず、Xが上告した。

最高裁は、Xが「単独にて喫茶店営業の許可申請をなしうべく、Yの右違反により何等損害を生ずべき筋合ではない」ことを理由に「営業権侵害の不法行為を否定した」原判決の部分につき、当該事実によれば「Yが故意にXの権利又は利益を侵害したことを判定したものといわなければならない」とし、また「Xが本件建物につき設備した造作類」をYが無許可で「搬出処分した事実」を認定しながら、「何故に不法行為とならないかにつき少しも説明していない点」などから、「審理不尽又は理由不備の違法がある」とした。次に、慰謝料の部分につき、「……仮りに、第一審原告主張のような債務不履行、ことに、その主張のような不法行為上の責任が第一審被告にあるものとすれば、その相手方たる第一審原告は、特段の事情のない限り、なんらか精神上的苦痛を受くべきことは、事物当然の結果である（る）」¹⁴⁾。そして、相当な慰謝料額は、「諸般の事情に即して裁判所が判断すべき事項であるから、右の諸般の事情そのものは証拠によつて認定しうる」とした上で、原判決は首肯するに足りる特段の事情を判示しておらず、本件において「慰謝料の請求を排斥したのは違法である」とした。

事案の詳細および差戻審での内容など不明な点があるが、精神的苦痛が「事物当然の結果」発生すると考えられる場合は、それを否定する特段の事情を提示しない限り、その発生を否定できないと示した点に意義がある¹⁵⁾。特段の事情とは、通常は経験則に基づく事実上の推定の論理を前

13) 上告理由によれば、当時の飲食営業臨時規整法（昭和24年5月7日法律52号）3条2項では、喫茶店営業は、都道府県知事による許可を要するが、それは①食品衛生法（昭和22年12月24日法律122号）第21条（飲食営業等の許可に関する規定）の許可を受けた者に限られており（許可を受けず営業すれば懲役又は罰金の罰則あり（12条））、ただ、②飲食営業緊急措置令（昭和22年政令118号）で許可を得た者について、2か月間は上記法の許可ありと見做された（臨時規整法附則）。本件では①②の許可は共にY名義で受けたものであったため、Xへの名義変更が必要であった。

14) 上告理由によれば、「誰人とも自己の使用建物を奪はれ、営業の道を塞がれ、生活の糧を脅かされんか、物質的損害の他に、甚大なる精神的苦痛を感じる事は吾人の経験法則上、至極、当然の事」である。

15) 本件は、営業権侵害の例として文献に登場する（例、加藤一郎編『注釈民法（19）債権（10）』84頁〔三島宗彦〕（1965、有斐閣）、遠藤浩ほか編『民法（7）事務管理・不当利得・不法行為〔第4版〕』136頁〔前田達

提にするものと考えられる。そうだとすれば、上記は慰謝料算定の（厳密な意味での）事実認定につき経験則に依拠した判断と解される（ただ、これに対して原審が異なる内容の経験則を採用したのか、独自の価値判断に出たのか等は不明なままである）。

②東京高判昭和33年1月24日高民集11巻5号329頁（内縁解消事件——第一審は簡裁）

詳細は不明な点があるが、約3年に及ぶ内縁関係が被上告人の所為により止むなく解消させられた（昭和26年11月）として上告人がそれに基づく慰謝料請求をした事案（原告の請求額は10万円——印紙の関係での一部請求¹⁶⁾）である。原審認定の「両者の年令、職業、収入、資産状態その他の事情の下」では、認定額（1万5000円）が、「昨今の貨幣価値からすれば」低額に失しており、算定において「上告人の態度にも至らぬ点」があった点を斟酌しているが具体的な説示が十分でないため、「認定額は納得できがたい」として理由不備を根拠に原判決を破棄した判決である（差戻¹⁷⁾）。

次の昭和38年判決に見られる「認定額が著しく不相当…」という要件設定はまだ見られないが、「貨幣価値」を正面から比較尺度に用いた判断である。差戻審は不明だが、慰謝料額の相場には判決③の評釈¹⁸⁾が参考になる。これによれば、一般的に戦後は戦前と比較しても慰謝料額は低額で

明]（1997、有斐閣）。前田達明『民法Ⅵ₂（不法行為法）』305頁（1980、青林書院新社）は、当該判例ほかを引用し、財産的法益を侵害して精神的損害が発生することは勿論ある、と説く。なお、権利侵害と損害との関係如何は損害論の一論点を形成する問いであるが、一般論としては、権利侵害事実からの損害の析出を経験則から認めることは不可思議なことではないであろう。民法起草当初の考えとして、林良平「不法行為法における相關関係理論の位置づけ」（加藤一郎・水本浩編『四宮和夫先生古希記念論文集 民法・信託法理論の展開』（1986、弘文堂）所収）197頁注5は以下のように説く。民法典制定当初の考えによれば、損害の発生は権利侵害と表裏して存在することは「当然視されていた」と思われ、権利侵害が不法行為の要件であったときには損害の発生を特に要件とすることはなかった。しかし権利侵害要件が違法性要件に置き換わると「権利侵害要件は消滅し、しかも違法性概念が不法の実体（権利侵害など）からはなれて、関係概念（実体と法秩序の不一致・不協和）と考えられる傾向を生み、「損害の発生」を要件としなければならなくなった」と。

16) 下光軍二「慰藉料——決定から確保まで」法時30巻3号59頁（1958）。なお、判決日が見えていないが、下光軍二「低すぎる内縁の妻の慰謝料」ジュリ138号24頁（1957）が示す判決はこの事件の下級審判決である可能性が高い（請求額、認容額、その他の事情も符合する点が多い）。

17) 上告理由によるならば、「裁判官諸公の給与の10日分」、全産業労働者の平均給与（「厚生省の統計」は1万6千円を超えており、全官公庁の平均賃金は約1万6千円である（さらに「芸者の水揚げ」等との差にも言及がある）。この当時の物価指数は、昭和10年の300倍であり（下光・前掲「慰藉料」57頁）、戦後の裁判例には貞操侵害で100万円の慰謝料額を認定した例もある（東京高判昭和30年11月11日下民集6巻11号2357頁は、Yは「社会の儀表たるべき」教養ある医師でありながら、思慮未だ定まらざる数え年14歳のXを姦淫し、その無思慮と羞恥心に乘じつつ、婚姻意思があるが如く装ってXを斯き、その関係を続け、Xに結婚の望を抱かせて厮罔したとして、貞操侵害に基づく不法行為の成立を認めた事案である。算定に当たっては、Xが病弱となり、婚姻も就職もほぼ望み得ない状況にあること、Yが資産を保有していること、XにもYとの関係を清算すべき機会があったことを考慮の対象としている）。逆に1000円～1万円が認容されている例は、特殊ケース（昭和27年提訴の夫から妻への請求2件と、昭和23年提訴の妻から夫の情婦への請求1件）とされる（下光・前掲「低すぎる内縁の妻の慰謝料」25頁）。

18) 中川淳「判批」民商法雑誌40巻4号143頁以下（1959）。

あった（依拠された別の文献によると、戦後は10万円未満が大半を占め、5万円が中心であるのに対し、戦前は500円あたりが最も多い。これを当時の物価指数（昭和10年の300倍）で換算すると20万円弱になる）。

③最判昭和38年3月26日裁判集民事65号241頁（婚姻予約解消事件）

こちらも事案の詳細は不明であるが、婚姻予約破棄を巡ってXがYら（夫・姑）を訴えた事案である。上告理由に見られる原審判示事項によれば、原審は、Xに厳しい言動をとった姑の行為は違法視すべき行為でなく、その夫Yの行為（予約破棄に反対せず積極的行為に出なかったこと）も不法行為とはいえないとする反面、Yについては不当破棄の責任を認め、その慰謝料は10万円と算定した。この算定額につき、原審が婚約解消に至るまでのXの態度、婚約期間の長さ、Xの年齢・婚姻経歴（「当時20歳の初婚であったこと」）、Xの学歴・家庭環境（「……中流の生活を営む農家の娘であったこと」）、Yの学歴・家庭環境・年齢（「……市会議員の……子にして……年齢30才であること」）など諸般の事情を勘案して、上記金額を相当としたことにつき、上告理由は「著しく安きに失し、衡平の理念に反」する等とした。最高裁は、「慰藉料額の認定は原審の裁量に属する事実認定の問題であり、ただ右認定額が著しく不当であつて経験則もしくは条理に反するような事情でも存するならば格別だが、原判決認定の事実の照せばそのような特別の事情も認められない」との理由で、上告を棄却した。

慰謝料算定統制の余地を認めつつ、判断の枠組みを提供した点で先例としての意義がある（以下では、これを経験則ないし条理に反するような著しく不当であるという部分を指して、認定額の「顕著な不当性」要件と略記したい）。この「顕著な不当性」要件が、認定額に照準を合わせていることは確認できるが、このような制約を課すことには理由が付されていない。この点は後の判決で補われることになる。なお、慰謝料額の相場については先の記述がここでも参考になろう。

④最判平成6年2月22日民集48巻2号441頁（人身損害賠償事件——じん肺）

炭鉱の粉塵による人身損害の被害者に関する慰謝料の原審認定を、社会通念により相当として容認される範囲に限定することにより「裁量権の限界」¹⁹⁾を認め、「最高裁が初めて」²⁰⁾介入し判断した「珍しい事例判決」²¹⁾である²²⁾。内容は以下のとおりである。

(a) この事件では、上告人ら（元従業員）の本人または相続人が被上告人に対し、安全配慮義

19) 高橋眞「判批」判例評論433号47頁（後に同『続・安全配慮義務の研究』238頁（2013、成文堂））、松本久「判批」判タ882号61頁（1995）。

20) 塩崎・前掲「人身損害の認定と裁量性」67頁、久保野恵美子「判批」法協112巻12号145、151頁。

21) 当該判決に付された判決コメント欄（判時1499号34頁）および法曹時報48巻12号191頁〔倉吉敬〕参照。

22) 諸書評では他に包括請求を肯定した点にも言及する。澤井裕「水俣病裁判外史」（淡路剛久・寺西俊一編『公害環境法理論の新たな展開』（1997、日本評論社）所収）392頁も、最高裁でも「実質上、慰謝料一本請求の方式を認めるに至った」との点と評する。

務違反を理由に、右上告人ら元従業員一人当たり一律3000万円の慰謝料及び弁護士費用300万円の支払を（他に財産上の請求をしない旨を訴訟上明確に宣明しつつ）請求した。最高裁で判断された2つの主要論点のうち、慰謝料算定に関する部分のみ整理すると、原審では、主として²³⁾管理区分（じん肺法4条2項²⁴⁾）に重きを置きながら、戦前及び終戦直後において本件安全配慮義務の履行が必ずしも容易ではなかったこと、石炭鉱業の社会的有用性、被上告人が戦中・戦後に果たした社会的役割、各種社会保険法に基づく保険給付を受けていること等の全事情を考慮して、〔A〕管理四該当者につき1200万円（死者含む）、〔B〕管理四該当者のうち軽度の障害と判定された者につき1000万円、〔C〕管理三該当者につき600万円、〔D〕管理二該当者につき300万円と判断した。原告は、これが原判決のじん肺の病像や原告らの被害状況からは説明しえないほど低額であって、損害額の認定が事実審裁判官に許された裁量の範囲を大きく逸脱するとして上告した。

最高裁は、慰謝料は精神的損害に対する賠償（内心の痛みを与えられたことへの償い）とした上で、先例（判決③）を一旦援用し、次のように述べて原判決を破棄した。すなわち、本件の請求対象が慰謝料でも、「他に財産上の請求をしない旨」を訴訟上明確に宣明している点を「留意を要する」点に挙げて、このような場合は「全損害につき、本訴において請求し、かつ、認容される以外の賠償を受けることはできないのであるから」、原審が慰謝料額の認定に当たっても「その裁量にはおのずから限界」があり、「その裁量権の行使は社会通念により相当として容認され得る範囲にとどまる」。そして本件では、個別の症状の経過及び生活状況に関する被害実態は明らかだとした²⁵⁾上で、「死者を含む管理四該当者の被った精神的損害に対する評価については、一般の不法行為等により労働能力を完全に喪失し、又は死亡するに至った場合のそれに比してさしたる違いを見出すことはできず、したがって、以上の事実関係の下においては、特段の事情がない限り、原審の認定した……慰謝料額は低きに失し、著しく不相当であって、経験則又は条理に反し」、「原審の裁量判断は、社会通念により相当として容認され得る範囲を超えるものというほかはない」。

23) 判決では、「管理四」と決定された者のうち、軽度の障害と判定された者とそれ以外の者を分け、前者については減額するという形の細分化をしている。

24) 当該区分のうち、「管理一」は「じん肺の所見がないと認められる者」であり、「じん肺の所見があると認められる者」は「管理二」以上に区分される。X線写真の像から得られるじん肺の影の多さと肺機能障害の程度に基づいて区別される（数字が上がるほど症状が重い）。これにより、事業者が行うべき定期健診の時期（同8条）や事業者が採るべき健康管理のための措置（同20条の2以下）等が異なってくる。

25) すなわち、被害者は、被上告人経営の炭鉱で長期間炭鉱労務に従事し、じん肺に罹患したこと、「じん肺が重篤な進行性の疾患であり、現在の医学では治療が不可能とされ、進行する場合の予後は不良であること」、管理四該当者のうち、上記のAに格付けされた者は、「症状が重篤で長期間にわたって入院し、あるいは入院しないまでも寝たり起きたりの状態であったり、呼吸困難のため日常の起居にも不自由を来すという状況にあり、そのままじん肺に伴う合併症により苦しみながら死亡した者もあること」、Bに格付けされた者は、「重い咳や息切れ等の症状に苦しみ、坂道等の歩行は困難で、家でも休んでいることが多く、夜間に重い咳が続いたり呼吸困難に陥るため、家族の介護を要するといった状況にあること」、被害者（約30名）は「総じて、被上告人を退職した後じん肺の進行により徐々に労働能力を喪失して行ったもので、労働者災害補償保険法等による保険給付を受けるまでの間、極めて窮迫した生活を余儀なくされた者が少なくないこと」等を挙げる。

また、管理三及び管理二該当者の慰謝料額の認定判断が「管理四該当者の慰謝料額の認定を前提とするとみられる」ことから、これらも「同様の違法があることを裏付ける」。他方で、他の事情については、雇用者である被上告人がその健康管理・じん肺罹患の予防につき深甚の配慮をなすべきであったことを勘案すれば、一定の事情（本件安全配慮義務の履行が必ずしも容易であったとはいいい難い一時期があったこと等）を考慮しても「前記慰謝料額認定についての原審の裁量判断を正当化するには遠いものである、と判断した（差戻）。

（b）上告理由は、交通事故算定基準に基づき死亡慰謝料額については1800万～2300万円の額を提示しており²⁶⁾、学説は、被害者側の事情と加害者の行為の違法性の度合いのほか、交通事故算定基準との比較を挙げて本件の認定の低さを指摘していた²⁷⁾。本件差戻審では増額されている（最高は2300万円（死亡に関連する者の場合）²⁸⁾）。

この判決は、上述した意味での初判断を法律審が示したものであり²⁹⁾、判決③が対象とした婚姻関係事案に限られず、人身損害の場合にも裁量の逸脱を認めた点に意義がある。また、判決③を引用する際に、「顕著な不相当性」要件を掲げる理由として「元来、慰謝料とは、物質的損害ではなく精神的損害に対する賠償」を意味し、「その苦痛の程度を彼此比較した上、客観的・数量的に把握することは困難な性質のものであるから」だと述べて、慰謝料の性格を「顕著な不相当性」の根拠に挙げた点も新規性がある（把握困難の対象は判然としないが、苦痛ではなく慰謝料額を指すように読める）。さらには、一般の不法行為等の場合と比較して、当該被害者の被害状態が「さしたる違いを見出すことはでき」ないことを理由に、特段の事情がない限りは原審の認定額が低額で「著しく不相当」で経験則又は条理に反するという実例を示したことにも意義が見い出さ

26) すなわち、日弁連交通事故相談センター『交通事故損害賠償額算定基準（11訂版）』（年度不明）に基づき、1800万円～2300万円の数値を援用する。

27) 前田達明「判批」民商法雑誌113巻1号80-81頁は、日弁連交通事故相談センター『交通事故損害賠償額算定基準』（1993（平成5）年＝14訂か？）に依拠し、死亡慰謝料（一家の支柱者）が2100～2700万円という数値を引き合いに出す。

28) 差戻審（福岡高判平成7年9月8日判タ888号67頁）では、「行政上の管理区分決定を重要な要素」と判断しつつ、最高裁の指摘した被害実態を確認した上で、「死者を含む管理区分四該当者及び管理区分二、三該当者のうちじん肺ないしその合併症により死亡した者」に2300万円、「管理区分三該当者」に1800万円、「管理区分二該当者」に1200万円と認定されている。

29) 判決では、先例（判決③）を引用した直後に、「しかし、ここで留意を要するのは…」他に財産上の請求をしない旨を訴訟上明確に宣明した点であると、逆接の接続詞から文が続く。おそらくこれは先例が対象とする通常の慰謝料とは異なる扱いを要請される特殊な慰謝料（「財産上の請求」分をも考慮した慰謝料）を対象に置くための強調であろう。比較対象を同種のじん肺の事案に求めると、個別項目積み上げ方式に依拠して逸失利益も認めたケースとの比較では、原審の慰謝料の認定は必ずしも極端に低いものではないとの指摘がある（久保野・前掲「判批」153頁、外井浩志「判批」安全スタッフ2028号46頁（2006））。そうだとすると、ここでの「慰謝料」が「通常の慰謝料額＋α」を想定させる故に、他の事件よりも低額評価であると認識に達し易かったのではないだろうか。もっとも、この通常か特殊かの発想上の相違があるとしても、判断の根拠は、「一般の不法行為等により労働能力を完全に喪失し、又は死亡するに至った場合」との対比であり、また「特段の事情がない限り、原審の認定した……慰謝料額は低きに失し、著しく不相当であって、経験則又は条理に反」するとした思考のプロセス自体は先例に基づき判断された次の判決⑤と大差ない。

れよう。認定額の多寡はともかく、包括請求は低額傾向にとどまるという一般認識に対して一石を投じたものとして注目されよう。

この判断には次の前提が置かれていた。すなわち、「他に財産上の請求をしない旨」を訴訟上明確に宣明した慰謝料請求である以上、それを前提とした慰謝料額の認定には、自ずから裁量に限界がある」とする点である。この点及びその集団訴訟性を重視すると、判例の射程は限定的に解される³⁰⁾。当該事案との関係で当該判決を分析する手法としては全く正当であるが、当該事案以外のケースへの適用を検討する際には別の検討視角を要する。すなわち、本事案のような請求形態以外のケースにおける「顕著な不相当性」による判断の適用の可否につき本判決は踏み込んでいないと考えることができ、むしろ統制の余地を示した先例が判決③（棄却判決ながら、人損以外の慰謝料請求の事案）であったことを直視すると、裁量統制がなされ得るのは包括慰謝料請求の事案に限定されるとの結論は必至ではない。実際に、次の判決は人損事例だが包括慰謝料請求の事案ではない。

⑤最判平成10年12月18日判例集未登載³¹⁾（人身損害賠償事件——交通事故）

本件は、交通事故により³²⁾頭蓋骨骨折、脳挫傷、左第4肋骨骨折などの傷害を受け（入院68日、実通院423日）た被害者が負った後遺障害が自賠責等級表9級10号に該当するとされ、加害者に請求した慰謝料（請求額の総計は850万円）の評価は、第一審が傷害慰謝料210万円、後遺障害慰謝料470万円であった。これに対して、高裁は特に金額を変更する理由を明らかにせず、ただ被害者の「傷害の部位程度、治療のための入院期間、後遺障害の程度その他諸般の事情」に照らして、150万円が相当であると判断した（上告）。

最高裁は、慰謝料額の算定は事実審の裁量に属するが、「認定額が著しく不相当であって経験則又は条理に反するような事情がある場合」でなければ違法といえないとする上記先例を確認した

30) 吉村良一『不法行為法〔第3版〕』147頁（2005、有斐閣）。

31) 未公開ながら、判決文の一部を抜粋し引用するのは、河辺義典「最高裁民事破棄判決の実情（中）平成10年度」判時1680号12頁（1999）、「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——』（2007、判例タイムズ社）所収）65頁〔佐久間邦夫〕、後藤勇「最近における慰謝料の諸問題」法の支配145号40頁（2007）、大島眞一「交通事故における損害賠償の算定基準をめぐる問題——算定基準の意義と限界」ジュリ1403号13、19頁（2010）。筆者が調査したところ、この事件は以下の経過を辿る。①第一審：京都地裁平成5年7月28日判決、②第二審：大阪高裁平成7年6月29日判決、③上告審：最高裁平成10年12月18日判決、④差戻審：平成11年9月29日判決。なおこの後、再度上告の申立がなされるが不受理となる（最後は、手続法の論点に関するものであり、損害の算定とは無関係である）。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）524頁参照。

32) 市街地で歩車道の区別のない時速40kmの速度規制のある道路をおよそ時速40kmの速度で車両を走行させていた加害者は、駐車車両と被害者（当時飲酒をしており、事故後の入院で急性アルコール中毒とされた）を認めた。そこでこれら为了避免するために右側に進路変更したが、現場にさしかかったときにAを発見、ブレーキをかけたが間に合わず、左サイドミラーが被害者に接触し、被害者が傷害を負ったという事件である。なお以下で引用する慰謝料額は過失相殺による減額前の金額である。

上で、事実関係に照らすと原審の認定は「同種事案における実務上の取扱いに比して低きに失し、著しく不相当である」、「殊に……これを一括して150万円とした上、その理由として、単に本件交通事故によって亡Aが受けた…諸般の事情（※上述の障害の部位、入通院期間、後遺障害の程度その他を指す——筆者）に照らせば、その精神的苦痛に対する慰謝料は前記の額が相当であると判示するにとどまり、これを変更すべき理由については何ら説示していない」と指摘した上で、そうであれば原審の判断は「慰謝料評価に関し経験則又は条理に反する」と判断した。

これは、交通事故事例における最高裁の初の介入事例である。先の包括慰謝料の認定の場面のみならず、財産的損害の算定と区別された慰謝料の算定にも上記先例に基づく判断が示された事例である。学説は、これを合理的な理由なく、算定基準と著しく異なる認定が経験則違反とされたものであるとし、そして算定基準が「実務上無視することができない」ことを指摘する³³⁾。本判決は、理由説示が不十分であるという一点だけを捉えたのではない³⁴⁾が、原審の認定額は慰謝料の算定基準のおよそ4分の1あるいは5分の1³⁵⁾とかなり低額であったことが窺える。差戻審では、本件事故の態様、被害者の受傷の内容、程度、入通院の経過、期間、後遺障害の内容、程度並びに控訴人の陳述書（内容は不明）を総合勘案して、慰謝料額は650万円を相当とした（慰謝料の一括評価を維持——この点は争われず問題とされていない）。

（3）小括

判例によると、慰謝料算定は原審の裁量に属する事実問題であり、精神的損害の金銭的評価に関する根拠を提示することなく判断できる一方で、「自由裁量」によるとはいえ、事実審裁判官の認定額が著しく不相当であって、経験則あるいは条理に反する事情があるなら、（特段の事情がない限り）裁量を逸脱すると判断される。判決③は先例を定立して裁量統制の余地を提示したものであり（基準の根拠は判決④が補う）、続く2つの判決（④⑤）が、実際に最高裁が統制に出た例である。前者は婚姻予約解消事例なのに対し、後2者は人損の事例（一方が包括的な慰謝料請求の集団訴訟事案、他方は財産的損害と区別した純粋な慰謝料請求の個人訴訟事案）であり事案にはアプリアリな限定が付されていない。統制が為された実例は、いずれも同様の被害の取扱いを根拠とする点で判断が相似形である（④「一般の不法行為等により労働能力を完全に喪失し、又は死亡するに至った場合のそれに比して」、⑤「同種事案における実務上の取扱いに比して」の判断）。比較対象となる同種被害内容の想定慰謝料額が確実に観念できるのは確立した算定基準があるためである。以上に対して、判決②は、同種被害内容から導かれる想定算定額との対比分析で

33) 大島・前掲「交通事故における損害賠償の算定基準をめぐる問題」13頁。

34) 河辺・前掲「最高裁民事破棄判決の実情（中）平成10年度」12頁参照。

35) 後藤・前掲「最近における慰謝料の諸問題」40頁は、算定基準と比較して5分の1以下で不当であるとする。本件上告理由では、原審の認定額が基準額の4分の1ないし5分の1であると述べられている（上告理由で複数の算定基準における慰謝料額が引用されている。そのうち大阪地裁の基準に見られる金額を挙げておくと、傷害慰謝料133万2000円〔重傷なら192万2000円〕、後遺障害慰謝料469万円である）。これによると、合算すれば最低でも600万円は下回らないと考えられる。

はなく、具体的な算定結果を変動している貨幣価値への対応に照らして統制に出たものである。これらは厳密な意味での金銭的評価段階を念頭に置く判決であるが、判決①は損害の有無自体を経験則から推測したものであり、対象を異にしている。いずれも（判決文からは必ずしも明らかでない点があるが）、1998年改正前の民事訴訟法下での明らかな法令違反（旧394条）や「理由不備」（旧395条1項6号）を根拠に上告したものであった。問題となっている経験則には強弱様々なものがある事から、学説ではその違反につき種々の見解があり³⁶⁾、適用根拠等につき詰めるべき点は認められるが、一般論としては同法改正後も上告に値しないとは考えられていない（厳格化した理由不備（現312条2項6号）を除外すると、明らかな法令違反は、高裁への上告理由（現312条3項）、最高裁への上告受理申立理由（現318条1項）³⁷⁾、そして上告理由以外の職権破棄事由（現325条2項）に該当し得る）。現行法の枠組みの下で明らかでなくなった部分があるにはあるが、慰謝料算定が事実問題であるとの性格付けや「顕著な不相当性」の枠付をした判例と共に、上記の経験則等違反を理由とした統制の余地も残されているものと思われる（判例を否定する目的の改正理由ではない）。

なお、判例（判決④）が援用される例が近時散見されるが、これは従来とは異なる意味を込められていると考えられる。この点は後ほど言及する。

3、分析

（1）判例における統制の手法

上述の裁判例は、実際の金銭評価に対して上級審が統制した例であった。では、如何なる手法で事実審の判断に対して統制を行ったのであろうか。

実際に裁量逸脱を認めた判決④⑤を再確認すると、それぞれ「一般の不法行為等により労働能力を完全に喪失し、又は死亡するに至った場合のそれに比して」、「同種事案における実務上の取扱いに比して」という着眼点から、認定額が経験則あるいは条理に反すると判断している。その判断構造は以下のようなものであろう。すなわち、認定額に幅があることは織込み済み（客観的・数量的の把握困難性ゆえに、一義的には額を導けないため）の上で、「顕著な不相当性」を確認し、これが肯定される場合にはそれを正当化する根拠（特段の事情）があるか否かを検討する（その結果次第により、経験則等違反と判定される場合が出てくる）。人損事案では、予め決定された想定被害及びそれに対応する慰謝料額が確立している部分があり（既存の算定基準から導出可）、それを現実の被害及びその下級審での認定額との間で比較検討を行うものと推測される。「顕著な

36) 加藤新太郎『民事事実認定論』186-187、329頁以下（2014、弘文堂）、松本博之『証明軽減論と武器対等の原則——要件事実論批判・証明責任分配論と共に——』108頁以下（2017、日本加除出版株式会社）。松村弓彦「ドイツ不法行為法研究（その2・専門的経験則の証明）」法律論叢92巻6号139頁注9、151頁（2020）も参照。

37) 上告受理制度は「明らかに理由のない法令違反に基づく上告」からの最高裁判所の負担軽減を目的とする（伊藤眞「上訴制度の目的」（伊藤眞、徳田和幸編『講座新民事訴訟法Ⅲ』（1998、弘文堂）所収）11頁。

不相当性」や特段の事情の有無が考慮されねばならないとはいえ、かつて交通事故分野では、(依存度が強すぎるとして)「算定基準廃止論」さえも展開された³⁸⁾ことに照らすならば、この手法は実務上「一応の目安」である交通事故算定基準を、文字通り「基準」化して機能させることで過少算定を是正している(当該損害に見合った適正な慰謝料額のための統制)。

他方、判決②は、「昨今の貨幣価値」に基づく事後的評価であり、専ら金銭評価段階での認定を対象とした統制である。金銭評価段階のみを直接的に検討対象とする方法もあることがここに示されている。社会経済上の変化がみられる分野では、過去に形成された同種事案での一定相場額を現時点で直接の算定根拠にし得ず、市場における貨幣価値の変動幅の考慮(要するに十分な対応の有無)が統制の発動を左右することになる。ただし、現在では「顕著な不相当性」の有無の検討が要請されるであろう。

これらに対して、判決①は損害の有無が問われたものであり、金銭評価以前の段階に属する問題である。「顕著な不相当性」の提示根拠を、慰謝料「額」の把握困難に求めるならば、ここでは「顕著な不相当性」の有無を問題とする必要はないであろう。

さて、これらの慰謝料算定の事後的介入例では、本来的に根拠提示困難(それゆえに不要)とされた考慮要素につき、一旦事実審で判断された後にはその根拠を問われている。なぜか。前者が数額化のための直接の根拠であるのに対して、後者では別の意味の根拠が問われるためであろう。すなわち、苦痛を貨幣単位で直に把握する根拠ではないが、算定基準を背景にした同種事案の差異の有無(判決④⑤)、あるいは過去の一時点に形成された相場の現時点での妥当性を問うために、物価水準の上昇下落を背景にした同水準の変動の考慮(判決②)の有無が、それぞれの着眼点であり、いずれも算定プロセスの外に措定される客観的な手がかりとして、想定される認定額との乖離の判断根拠となる。なお、前者も固定すれば終わりではなく、後者への対応が要求される(交通事故基準では現に改訂が行われてきた³⁹⁾し、デフレ経済では逆の考慮もあり得る)。短期であれ中長期であれ、それ相当の物価変動があるのにそれに対応することなく慰謝料水準が変動させられていない分野で、過去の水準どおりの判断に出る場合には評価の再検討を要請することには十分な理由があろう。

(2) 視点から外れているもの

まず、算定問題を事実問題と扱うことを前提に、裁量統制を実際に行った判決⑤では、原審に見られた一括評価が差戻審で維持された。この点は争点にもされていないが、第二審の態度及び従来の実務慣行からすれば、損害項目別評価が統制の視野の外にあり、項目別の金銭的評価の開示が統制の対象となっていないことを示している(裁判官としては一括・個別どちらでも、また個別の項目立ては如何なるものも許容されることを意味する)。また、「その他一切の事情」斟酌の実務慣行を維持するとき、実際には慰謝料の金銭的評価の対象としない事情であっても、判決

38) 例、拙稿「我が国の慰謝料論の軌跡と課題」法学雑誌65巻3・4号190頁(2020)。

39) 死亡慰謝料の額は、昭和43年からの平成23年までの44年間で、約10倍強である(二木雄策「交通事故における死亡慰謝料の計量分析」損害保険研究76巻1号5-6頁(2014))。

文中に出ているものは斟酌されたような外観を備えることになり、対象から外すという断り書きでもない限り、考慮不尽・他事考慮・重複評価があったとしても、介入の足掛かりが見つけ難い状態にある。さらには、当初判例では、包括的な認定が許容されるのは、斟酌対象が判決文上で明らかであるという条件を満たす場合のみであった。しかし、事情が明らかであることと、評価者がその事情を重く捉えたのか、軽く受け止めたのかを示すことは直結しない（例えば、等級が認定されるような場合は程度の評価も含めた記述となるのに反して、単に事情の存在を認定するだけでは評価者の重み付け評価は不明である）。このような評価者の具体的な評価の開示も統制の視野外に置かれている。また、統制を導くための有力な手掛かりの1つである交通事故算定基準は、人損の特定被害に限り部分的に予め慰謝料額を提示する（人損被害全体の一部を扱う）。基準外の被害を対象とする場合はそもそも基準が妥当し得ない。下級審では特殊事情を考慮した事例⁴⁰⁾が散見されるように、この場面では事実認定を基礎に損害賠償法の目的に沿った積極的な判断（創造的評価による算定）が要請される。その意味で統制に馴染まない（統制の手がかりとなる算定基準がなく、また、対象の把握方法が確立していない損害については経験則が成り立ち難く、条理に基づく判断は一義的にはできない）。

（３）別の観点に出る先例の援用

統制に馴染まないにもかかわらずこのような場面で裁量統制に関する判例を援用すると、そこには如何なる意味がもたらされるであろうか。一連の福島原発事故訴訟には実際にこれら判決を援用する下級審が散見された⁴¹⁾。恣意を含む自由判断を肯定しない以上、一般論として裁量の

40) 例、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』305頁以下〔宮崎治子〕、341頁以下〔河合一郎〕、拙稿「人損慰謝料算定の諸問題と算定プロセス論」大阪府大経済研究66巻3・4号23頁以下（2021）。

41) 福島原発事故賠償訴訟につき、判決④が③と共に援用される例が散見される。その部分に限定して見ると、「慰謝料額の認定は裁判所の裁量に属する事実認定の問題である」ことを示すため（福島地いわき支部判平成30年3月22日【LEX/DB 25560651】）や、慰謝料は裁判所が裁量によって算定するが「その裁量にはおのずから限界があり、その裁量権の行使は社会通念により相当として容認され得る範囲にとどまることを要する」ことを示すため（東京地判平成30年2月7日【LEX/DB 25549758】）に持ち出されている。前者では、（判決③と併用して）これを基に、当事者の行為態様を考慮に入れるべきことを説く。後者では、事故による「包括生活基盤に関する利益」の侵害に対する「社会通念上相当で、的確な慰謝料額を算定するため」として、本件事故による利益の侵害の実情等を検討の上、「本件に参考となる事例について、従前慰謝料額がどのように算定されてきたかを斟酌し」て額を判断するとしている。そして、認定額が社会通念上相当であることを示すべく、一方で中間指針の尊重を求める被告主張を採用せずに本件包括生活基盤に関する利益に対する侵害を1つの損害と捉えて算定対象に据えつつ、他方で「全体の評価に当たっては、人の生命という最も重視すべき権利利益に対する不可逆かつ最大の侵害である死亡に対する慰謝料額とのバランスも斟酌すべき」であると（上記赤い本に基づき、死亡慰謝料は2000万円～2800万円であるとの言及が見られる）。判決④を前提に裁量の限界を示し、交通事故算定基準額を根拠に金銭的評価面での上限設定を企図したもののようである。同じく算定基準額に依拠するとはいえ、同種の被害との対比を通じた算定の比較結果（本稿で検討した判決④⑤の手法）ではなく、別種の被害とのヒエラルキー評価による序列付けを導入する主張である。このような別種被害との序列付けによる手法（本稿注1の④）は、少なくとも従来の判例から導き出せるも

限界付けは常に問い得るが、実際の援用例は、本稿で分析した過去の例とはかけ離れた独自の主張を含んでおり⁴²⁾、例えば、そこに見られた全く異なる他の被害の慰謝料額の援用がいかんにして当該事案での統制視点の1つの基準となり得るかにつき大いに疑問を残すものである。

4、終わりに

慰謝料算定の性格を事実問題とする認識の下でも法律審で争う余地があり、先例に基づき実際に破棄差戻となった事例があることを確認し、その手法につき検討した。現行民事訴訟法による制約下においても、上告審で慰謝料算定を二次的に審査する可能性が（「顕著な不相当性」というハードル付きではあるが）残されているのだとすれば、現状認識として、慰謝料算定が事実審裁判官の自由裁量で認定し得るという点のみを取り上げるのは正確でない（もっとも、3、（3）については疑問がある）。

ところで、どのようなケースであれ、金銭評価に馴染まない性質の損害を対象とするため、慰謝料額の「初期値」の妥当性には疑問が付きまとう。しかしだからと言って、同種事案において先行する判断への無批判な追従が後に続くようでは、たとえ判決の蓄積を見たとしても、真に一定水準の獲得（＝社会通念の形成）に達したとは認められない段階に止まり続ける。現在の交通

のではないしそれ自体に疑問が残る。

その他、被告・東電側から、既払い慰謝料額が十分なもので増額は認められないとの主張の際にも援用されているの（①仙台地判令和2年8月11日【LEX/DB 文献番号25566769】、②福島地いわき支判令和2年11月18日判決【LEX/DB 文献番号25568641】、③福島地いわき支判令和3年2月9日【LEX/DB 文献番号25569539】）。（時に判決③と共に）判決④を援用する狙いは、まず総論として、事実審の裁量に限界づけをして相当性という枠をはめ（①～③）、その上で、各論的には、①中間指針以上の額の認定を抑えるべく、個別事情に基づく主張・立証がないにも関わらず、既払金を超える慰謝料の認定がなされた場合には裁量権の行使として社会通念上相当として容認される範囲を超えるという主張（②）と、②「他に財産上の請求」があるか否かが慰謝料額の認定に当たって考慮されるべき重要な要素であって、慰謝料の認定において財産的損害の賠償状況が十分に考慮されなければならない（③）との主張に集約し得る。しかし、個別事情の立証に成功する場合には、特殊事情を考慮して増額する場合があっても問題とはならない。逆に、財産的損害の填補状況が慰謝料認定で考慮されるべきとする主張の決定的な理由付けが示されていない。

また、最高裁への上告受理申立においても、被告が高額慰謝料等として裁量違反と主張する際にこの判例が登場するようである（仙台高判令和2年3月12日【LEX/DB 文献番号 25565316】判時2467号27頁（避難者訴訟）及び仙台高判令和2年9月30日【LEX/DB 文献番号 25571153】判時2484号185頁（生業訴訟）に対するそれと目されるが、DB上は不明）が、最高裁は受理しなかった。決定については、吉村良一「福島原発事故賠償訴訟最高裁小法廷決定の見方——最高裁令和4年3月2日、同7日、同30日決定の意味するもの——」法時94巻6号4-6頁（2022）も参照。

- 42) 吉村良一『政策形成訴訟における理論と実務』113-115、173、186、205-206頁（日本評論社、2021）は、前掲・東京地判平成30年2月7日（小高に生きる訴訟）を対象に置き、裁判官裁量に対する制限を認めるとしても、当該被害の包括性が純粹慰謝料に矮小化され得る点に懸念を示すと共に、被害の多様性を理由に何らかの項目化を通じた被害全体に接近しつつ規範的判断の下に算定することを説く。その際にこの事案で慰謝料と捉えると裁判官の感覚からして死亡慰謝料との比較の下で低額にされる点の克服は困難とされている（上述のヒエラルキーの評価による序列化（及び問題）の指摘と思われる）。

事故算定基準も、当初は複数の裁判官の提示額を集計し平均したものに修正を重ねた⁴³⁾上で、以後の物価上昇に対応させてきたことを想起すると、「盲従」⁴⁴⁾との批判を回避できる程に検討が加えられなければならない。それが困難だと感じるのはなぜかと問うならば、算定が事実問題だとする前提に根本的な疑問を抱くことになるであろう。

その点を不問に付したとしても、損害の算定が事実認定から始まり事実を踏まえるべき問題である（本稿で見た統制手法もこの点に関する）という一点から、算定プロセス全体を事実問題と把握すべきであるという認識は妥当しいと思われる⁴⁵⁾。算定基準があるが故に、恰も事実認定さえすれば、法規に当てはめて結論を導くことができるという法的思考に酷似する手順を踏むことで、金銭的評価が可能な環境が形成されているにすぎない⁴⁶⁾。また、慰謝料額の根拠提示を要しないこと、「顕著な不相当性」といった枠付⁴⁷⁾の存在、包括的認定も個別認定も可とする扱い、基準がない分野での算定など、損害算定が事実問題という性格付けはどの点まで符合するかは再検討課題である。この点の検討は、法律審であるべき判断対象を考えるのに直接関連する。慰謝料算定基準は、その運用により裁判官に対して強く「事実上の拘束力」⁴⁸⁾を持つようになり、「事実認定上の慣習」や「経験則」への接近現象が意識されてくる⁴⁹⁾。しかし、経験則等の違反という問題の俎上に載せられる慰謝料算定においては、算定基準の適用により導出される対象が、事実でなく評価⁵⁰⁾であるとの見解も意識すれば、その統制の前提であった経験則等に基づく統制が、他の経験則の場合とどこまで同列に扱い得るのかは検討すべきであろう。算定全体では、一方に偏重せずに事実・法律の両問題があることを踏まえつつ、被害実態に対応した適正な算定の実現のための統制の実践が期待される。

43) 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される（「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〕（1986））。具体的には、算定基準上の慰謝料額は、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を更に修正して創り出されたものである（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」〔交通事故損害額算定基準をめぐって（交通法研究第22号）〕（1994、有斐閣）所収）4-5頁。傷害慰謝料のみならず後遺障害慰謝料も同様）。これに基づいて、慎重な議論の下での基準の決定により裁判官の独善を防止できると考えたとしても、それが創造的行為であることに変わりはない。

44) 植林弘『慰藉料算定論』325頁、はしがき1頁（1962、有斐閣）など。

45) 逸失利益算定であっても、法律問題として議論するものがある。「シンポジウム・自賠法40年の軌跡」の討論（日本交通法学会編『自賠法40年の軌跡（交通法研究24号）』73頁〔山口茂樹〕（1996、有斐閣））。

46) しかしこれも、財産的損害の算定の帳尻合わせに慰謝料が活用されるような（ある種の「視線の往復」がみられる）場合には成立していないことになる。

47) 倉田・前掲『民事交通訴訟の課題』168-170頁は、相当因果関係説に依拠しつつ、算定の自由裁量を枠付ける相当性判断は評価判断だとする。相当因果関係説に立たない立場なら、算定は全て事実問題と性質決定し得るのであろうか。

48) 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60-61頁（1980）。

49) 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）289頁。この理解からも、基準からの乖離には根拠の提示が要求される。

50) 藤原弘道、松山恒昭編『民事要件事実講座4〔民法Ⅱ〕物権・不当利得・不法行為』211頁（2007、青林書院）。

