

非財産的損害の評価とその賠償金の法的性質 — 遷延性意識障害(いわゆる植物状態)のケースを対象に —

住 田 守 道

- 一、はじめに
- 二、遷延性意識障害における非財産的損害の賠償の可否
 - 1、問題状況
 - 2、苦痛という損害の存在 (リアリティ)
 - 3、賠償金支払いの意味
 - 4、小括
- 三、整理と分析
 - 1、損害の有無をめぐる争いについて
 - 2、人間の尊厳や人間像を巡る対立について
 - 3、賠償金の目的について
- 四、終わりにかえて

一、はじめに

四宮教授は、その著書『不法行為』において、慰謝料の対象を非財産的損害(精神的・肉体的苦痛ほか)とし、慰謝料の本質を「損害の填補」(ゆるやかな意味における)であるとした上で、「現在においては、～中略～人びとの懐く感情に社会が置く価値を、社会の代弁者としての裁判官が、その自由な判断によって、あえて一定の金額に形象化したものになっている」と指摘し、その顕在化の例として、慰謝料の定額化の傾向と共に、「苦痛感受性のない幼児や心神喪失者(植物人間を含む)」についても慰謝料が認められること、を挙げる¹⁾。

この記述のうち、「現在」のある種の変容がどのように根拠づけられるのかという問いに対しては、上記の説明はまだ十分なものではないように見える。問題は、特に後者、すなわち医療の進歩に伴いその例を見るようになった遷延性意識障害（植物状態）の被害者に顕著に現れる。既に知られているように、大判昭和11年5月13日民集15巻861頁によって、父の死亡による幼児（1歳4か月）の精神的苦痛につき、慰謝料請求権は苦痛感受性があることを前提とし、それは被害当時に備えてなくても将来備えることが期待できるものであればよいとする判例準則が確立しているところ、この最高裁の論理は、回復を見込むことが現実視しえない遷延性意識障害の場合の問題を直ちに解決できる論拠ではない²⁾。しかし、裁判例に植物状態のケースが見られるようになり、学説の議論の俎上にあがってくると、議論はもっぱら財産的損害を中心としたものであった³⁾。慰謝料論としては、そもそも従来⁴⁾の学説には、幼児のほか「精神病患者」（知覚能力を失った者）を加えて議論を展開し、根拠は一致を見ないものの、結論として直接被害者の慰謝料請求を認める傾向⁴⁾が確認され、続いて植物状態の場合の慰謝料請求を認める点にも異論は見られないことが確認できる程度である⁵⁾。ここに結論の妥当性には学説の一致があるということになるが、この立場が妥当であるという前提を共有するとしても、あるいは共有すればするほど、理論的関心としては、被害者の肉体的、精神的苦痛を賠償するものである、という素朴な慰謝料の理解の枠内にとどまっていられるのかという疑問が生じる。ではこの点を如何に理解すべきか。

この点、フランスでは、遷延性意識障害の事例における非財産的損害の賠償問題は、複数の肯定説・否定説が対立する結果、より掘り下げられた検討がなされており、単に損害の現実性の有無を問題とするのみならず、賠償請求権のあり方にまで議論が及んでいる。この議論は、日本法上は必ずしも掘り下げられていない理論の方向性や損害賠償法に潜む課題を示していると思われる。そこで本稿は、非財産的損害の評価に関するフランス法の問題状況とその議論の方向性を、遷延性意識障害の被害者の非財産的損害の賠償の可否問題を中心に

紹介し、検討するものである。それは、必ずしも十分に詰められていない我が国の議論状況からすれば十分参考に値するだろう。より具体的には、いかなる正当化アプローチがあり得るのかを確認すると共に、そのような方法の採用に伴う問題点を明らかにすることを目的とする。

なお、以下の議論は、慰謝料の性質論、損害賠償請求権の行使主体の問題、法主体や人間の尊厳といった法的人間像にかかわる議論など、非常に幅広い様々な領域に跨るものであり、それぞれの議論の成果の相互参照もまた重要であるが、本稿では意識障害事例の議論に現れた範囲でのみ取り扱うにすぎない⁶⁾。また近親者固有の慰謝料請求権は対象外とする。そして、遷延性意識障害の理解が人や国により⁷⁾必ずしも一致したものではないと考えられること⁸⁾から、以下では、意識障害の限界事例ではなく、最も重篤なものである、被害者に意識がない事例（正確には、意識がないと外形的に判断される被害例）に焦点を合わせて論述を進めていく。

二、遷延性意識障害における非財産的損害の賠償の可否

1、問題状況⁹⁾

人の生命を脅かすほどの重篤な毀損を引き起こす数々の事故に対して、人類の蘇生法の進歩は、幸運にもその死亡率を減少させ、回復状況を改善してきた。ただその結果として、生じたのが、その生存者に関する新しいカテゴリー¹⁰⁾、すなわち「植物状態」と言われる被害者である（この状態は、フランスでは次の3つの判定基準で判断される。①意識の外形的不存在、②外界とのコミュニケーションの不存在、③持続性植物状態の不可逆性¹¹⁾）¹²⁾。

このような被害者のケースでも、一般的に考えられる事件と同じルールが適用され、民事責任を問う場合はその要件の充足が問題となる。財産的損害の賠償については、特別な点はなく、いずれの学説でも賠償対象として扱うことに異論はみられない。問題となるのは、専ら非財産的損害（個人的性質の損害¹³⁾）

について、賠償の対象とするためには被害者に意識があることを要するか否かであり、学説が分かれている。議論状況をごく簡単にまとめると、大きく分けて2つの立場（主観理論と客観理論）があり、客観理論は損害の存在を肯定し、主観理論（のほとんど）が損害の存在を否定する。より具体的に賠償の可否の観点から3つの立場に分類されることもあり¹⁴⁾、この整理によると、第一の説は、損害成立の要件として被害者の意識を要求するものであり、植物状態の場合では非財産的損害の賠償を認めない立場である（主観理論の多くがここに属する）。第二の説は、損害を全部肯定する説である。第三の説は、両者の間にあって、賠償対象となるものとそうではないものを区別する説である（中間説）。時系列的に見ると、まず1970年代の終わりに破毀院刑事部が初めてこの問題に対し、非財産的損害も賠償を認めることを明らかにして以来、本格的な議論が展開されていった（全損害肯定説に立つ判例が出されてすぐに肯定的な立場（否定するなら「シニカル」¹⁵⁾だと批判するもの）や中間説が現れ、それに後続して現れた賠償否定説は「修正主義」¹⁶⁾と批判されたが、後に支持者を見出すに至り、対立は拮抗している）。

議論の端緒となったのは、1978年の破毀院刑事部判決である¹⁷⁾。これは完全な心神喪失に陥った被害者の非財産的損害の賠償（代理人による請求）の可否が争われた事件であった¹⁸⁾。非財産的損害¹⁹⁾には被害者の認識を前提とするものであるとの被告の主張に対して、破毀院刑事部は、「損害の賠償は被害者が抱く表象ではなく、裁判官によるその確認とその客観的評価²⁰⁾に応じてなされる」と論じた原審判断を是認し、全部の賠償を認めた²¹⁾。しかし破毀院刑事部以外に目を転じると、慰謝料を認めていない下級審判決が同時期に存在し²²⁾、また破毀院第二民事部は、はっきりとした態度を示していなかった。例えば、全部賠償を肯定した原審に対して、判決理由の不備を根拠に、破棄差戻しを命じた破毀院第二民事部1989年6月21日判決²³⁾があるが、この解釈については争いがあった（当事者の申立てに応答していない点が問題となっただけであるという見解や、賠償否定説の影響の可能性を指摘するものがある²⁴⁾ ²⁵⁾）。そんな

中、差戻審（ボルドー控訴院1991年4月18日判決²⁶⁾）では、より明確な理由付けと共に非財産的損害の賠償が認められ（後述）、さらに、1995年には、ついに破毀院第二民事部²⁷⁾で、「人間の植物状態はいかなる賠償項目も排除せず、その損害は全ての要素において賠償されなければならない」と述べて賠償を肯定し、刑事部の立場と足並みをそろえる形になった（さらにはコンセイユ・デタの判決も同様²⁸⁾）。

しばしば引用され、注目を浴びている上記ボルドー控訴院判決²⁹⁾は、損害の全部賠償を命じるにあたり次のように判断している（裁判所が依拠する鑑定³⁰⁾では、3種の非財産的損害（pretium doloris [肉体的苦痛]、美的損害、楽しみの損害）の程度の評価が下されているが、被害者の意識の有無については留保されている³¹⁾）。すなわち、(a) 被害者を民事的に死亡した者（単なる治療の対象）とみなされない限り、被害者はその尊厳において尊重され、その権利全体において人として保護されなければならない。たとえ現在の医学によれば意識が欠如するとみなされるとしても、被害者は法主体であり続ける。被害者が外形的に意識を欠如するとき、そこから被害者が主観的な侵害を感じないと結論付けることはできない。彼の権利の保護が要請するのは、その意思を説明できる状態にある人びとのもとの、類似した侵害によって一般に受け取られる感情を参照して、主観的侵害が評価されることである（そうではなければ一部の権利が奪われることになる）。(b) また、非財産的損害の補償の使用条件は裁判所の評価の対象ではないし、金額決定にも影響しない、などとも述べる。

以上のように、判例³²⁾では非財産的損害の賠償が肯定されている³³⁾。その論拠として学説が指摘するのは、全損害填補の原理や人間の尊厳（保障）の原則といったものである³⁴⁾。そして、この立場では、植物状態とは何かといった定義を問題にせずとも結論を導くことができるものだとされる³⁵⁾。

ところが、この問題を議論するに当たり、学説は少なくとも次の2つの論点を巡り紛糾している。第一に、損害は発生しているのか、それが認められるとすればその損害はどのように理解されるのか、という損害それ自体にかかわる

問題³⁶⁾である(前述の判決(a)部分に関わる)。第二に、被害者が慰謝料請求権を有し、その支払いを受けることの意味や目的である(前述の判決の(b)部分に関わる)。上記破毀院刑事部判決が下されてから、比較的早期に2つの論点が形成されており³⁷⁾、学説では、まず非財産的損害を認めるにあたり、被害者の意識の必要性の有無や一定の考慮要素(人間の尊厳など)による根拠づけが議論されていく。以下では、結論が一致するグループに整理しなおした上で、学説を見ていこう。

2、苦痛という損害の存在(リアリティ)

(1) 前提—医学的見地

議論の中で、いずれの学説に立っても共有していると目されるのは、植物状態に関する医学的不確実性である³⁸⁾。すなわち、被害者がコミュニケーションをとれないことと、意識があるか否かは別の問題であるとした上で、現在の医学的知見においては、遷延性意識障害の実態に未だ解明できていない点があり、被害者が苦痛を感じないと結論づけることはできない(被害者に知覚神経反応はある)。遷延性意識障害と診断されても、数の上では少ないながら意識が回復するケースが報告されているため、絶対に回復しないと断言できない。さらには今後の医療技術の革新も考えられる。とはいえ、現時点では確定的な見通しは存在しない。以上のような医学的不確実性を背景に学説の対立が存在する³⁹⁾。

(2) 賠償否定説の根拠

賠償否定説は、非財産的損害に賠償の可否を論じるにあたり、損害の一要件、あるいは賠償が認められる一要件として、被害者の意識の存在を求める⁴⁰⁾。財産的損害は意識の有無と無関係に填補対象とされるが、非財産的損害は主観的に評価されなければならないため、意識を欠如する場合には認めない立場である⁴¹⁾。この立場であっても、精神障害者の賠償を否定するものはほぼ皆無であ

る⁴²⁾が、精神障害者と完全な無意識被害者は区別され、後者は賠償が否定される⁴³⁾。この学説は、前述の医学的不確実性が伴う苦痛のリアリティへの疑問に対しては、あくまで非財産的損害は被害者側で証明しなければならず、他の民事責任の要件と異なって推定はなされないといい、また科学的な不確実性を法的な真実に格上げする権限は、裁判官に属しないと述べている⁴⁴⁾。

（3）賠償肯定説の根拠

上記学説に反対する学説は、より重篤である事例の方が賠償金は低くなる（その結果、加害者の負担は少なくなる）という点をパラドックスと捉えて批判する傾向にある（このような深刻な被害を、社会が無視することは家族には耐えがたい、などと述べられることもある）。これに加えて、深刻な被害状況を加害者や保険者が有利に利用する（しかもこれにより訴訟が助長される）ことへの不快感、完全な無意識の被害者と半無意識の被害者のケースの識別は困難であるなどのデメリット面を指摘する⁴⁵⁾。また、被害者の状態が回復した場合に、損害の悪化を理由に再び提訴することを認めるのもまた逆説的で不合理だ、などと説く⁴⁶⁾。ただ、一口に賠償肯定説と言っても、損害をいかに認めるのかについて、多種多様な学説が確認できるが、被害者の意識を重視する学説とそうでない学説に区別しうる⁴⁷⁾。

① 被害者の意識を重視する学説

a) まず、賠償否定説同様、意識を重視しつつも、非財産的損害を認めるものがある。このうち、非財産的損害のリアリティを肯定する説は、たとえ他者とのコミュニケーションが皆無であるように思えるとしても、自意識の存在は謎のまま（つまり否定しきれないもの）であり、こん睡状態から脱した被害者は自らが耳にしたことや被ったことを証言できていること、近親者等が意識障害者に語りかけ続けることが常に強く認められているなどの医師の証言に依拠して、全ての損害を肯定する⁴⁸⁾。この説は、意識の推定を行っているようにも見

えるが、そのように明示してはならず医学的不確実性を正面から突破しようとするもののようにもあ

b) これに対して、被害者の意識の存在を重視する結果、部分的肯定説(中間説)とでも表現すべき立場がある。非財産的損害を詳細に検討し、賠償の全否定、全肯定いずれも妥当でない(判例の立場は過度に抽象的な評価だとする)ものである。損害を認めるためには被害者の意識が必要である⁴⁹⁾とした上で、肉体的苦痛と、精神的苦痛(美的損害、楽しみの損害)⁵⁰⁾とに分け、肉体的な苦痛の発生を語り得る(科学的に否定されてはいない)が、精神的な苦痛は本人が認識していることが証明され得ない状況では認められない⁵¹⁾(例えば、被害者は、自らの外貌醜状を認識していないはず)として、前者の賠償可能性のみを肯定する。加えて、医学的不確実を前に、疑わしきは被害者の有利に取り扱うとしても、苦痛を感じないことが明らかとなる場合は、被っていない損害の賠償はしないことが適切だと述べる。

c) 他方で、証明責任の転換をはかる意思推定説がある。裁判官は、疑わしきは被告の利益に、ではなく、全部賠償の原則(加害行為がなければあったであろう状況に被害者の位置を戻すべきであること)の名の下に、被害者の利益になるようにすべきと主張する。この説では、証明はほぼ不可能な場合には、推定が認められるべきだとし、意識の有無の証明を求めない⁵²⁾。上記中間説に立つ論者の1人も、非財産的損害はあくまで主観的なものであるとしつつ、現代科学の知見では、意識の完全存在は不可知であり、如何なる苦痛も感じないという事実が科学的でない限り、意識が完全には消失していないと推定することが正当である(この解決は後述の人間の尊厳といった原則に頼るよりもよい)と述べる⁵³⁾。このように、損害の客観的評価を被害者意識の推定と理解する場合は、従来の理解(非財産的損害は主観的なもの)との一貫性を考慮したものであるといえる⁵⁴⁾。

② 被害者の意識を重視しない学説

判例（判決理由では推定を根拠にしていない）を擁護するグループに属する学説も、援用する論拠は様々である。

a) 第一に、植物状態が継続する限り、被害者は通常の人生のあらゆる喜び、楽しみを失っていることは確実であり、その賠償を精神障害者のケースと区別して教条的に否定するのは不公平であると述べ、判例のように客観的な評価（身体侵害の部位や程度といった、被害者の心理の外部にある、検証可能な基準に基づく方法）を行うのが好ましいとする。それは滑稽にも現実的な苦痛に賠償を合わせること（要するに「非現実的」なこと）を回避するためであるとし⁵⁵⁾、後述のように被害の程度に応じた被害者間の平等の保障を賠償の目的とする。

b) 第二の立場は、「人」に関連するいくつかの考慮要素を援用する。その中でまず初めに採り上げられるのは、人格権の尊重、人間の尊厳といった原理に言及するものである。ある論者は、「損害賠償は、意識・無意識ではなく、人格の権利及び尊厳の尊重に関わるものである」といい、重要なのは、この種の被害者に特権を与えることなく、単純な被害者間の法的平等の保障であると論じる⁵⁶⁾。そして、この説は、苦痛を発生させる事実の外部的徴表による損害の探知が可能だと説くため、論拠以外は先の見解と共通する⁵⁷⁾。このような立場からは、賠償否定説は人間を物象化（民事死扱い）するものだということになる⁵⁸⁾。ただしここで説かれる「尊厳」とは何かは明確ではない⁵⁹⁾。

c) 次に、民事責任法の目的との関連で説くものがある。人間の尊厳の尊重の原則に基づくのは、被害者「無差別 non-discrimination」の一般原理であるとする説は、民事責任法が差別制を禁じていると論じると共に、加害行為がなければあったであろう状況に被害者を置くことが目的であることから、事故以前の被害者の状況に焦点を合わせるという発想によれば、損害の種類による取り扱いの区別は拒否されるという⁶⁰⁾。

d) さらには、植物状態の被害者の法主体性に注目する学説がある⁶¹⁾。上記ポルドー判決では、「たとえ現代医学で意識なしとみなされても、権利主体であり

続ける」と述べ、またこれを含む一連の裁判例を、ある論者は「法主体は、そこで常にその尊厳を伴って存在している」⁶²⁾と総評する。このような「法主体」性を援用して、別の論者は、賠償の否定説では植物状態の被害者を生ある者に及ばないと扱うことになってしまうと批判すると共に、仮に意識の存在しないことの科学的確実性が認められた場合でも、法主体である以上、賠償を拒絶すべきではないと説く⁶³⁾。また、損害の定義は「利益の侵害」であり、定義上は被害者の意思の有無は内包されていないことを持ち出し、これを適用するのであれば賠償は制限なく肯定できなければならない⁶⁴⁾と論じると共に、即死の場合(裁判例では被害者の名による請求を相続人に認めない)と植物状態の場合異なっており、植物状態の被害者は法主体であって、その利益が保護されなければならない、とするものがある⁶⁵⁾。

(4) 小括

学説は、以上のように激しく対立するが、否定説と肯定説の一部(上記①)は従来の損害概念同様、被害者の意識を重視する点で共通するのに対して、最後に紹介した肯定説の立場(②)及び判例は、意識とは無関係に損害を判断しようとしている。両者の違いは被害者の意識を推定する学説と法主体性に依拠する学説の対立において明らかとなる。すなわち、もしも将来、科学的に苦痛がないと判断されるようなことになる場合には、意識を重視する立場は、賠償の否定に行き着くことになるけれども、法主体に依拠する立場からはそれでも肯定されるべきだとされている。

否定説では、意識のある者となない者の区別をいかに行うかという問題がある。他方、判例の立場は、損害の客観的評価を助長する⁶⁶⁾、損害概念の客観化に寄与する⁶⁷⁾といった評価が両陣営からなされている。ただ、その立場には、被害の程度をどのように決定するのかという課題もある⁶⁸⁾。ところが、この点を上手く根拠付けて客観的な評価に依拠するとしても、以下の次元の異なる問題がまだ残されている。

3、賠償金支払いの意味

上記のとおり、損害の存在を肯定し得たとしても、賠償を認めるために論じべき論点はもう一つ存在する。少なくとも人身損害賠償の領域での慰謝料性質論は、満足的役割をベースに説明されている⁶⁹⁾が、賠償金を自らの意思で自由に使用できない被害者に対する金銭の支払いは、どのように捉えられるのかという、賠償金の意義を巡る争いである。

まず、判例における賠償概念は観念的であり⁷⁰⁾、その理解は明らかではない。これに対して、賠償否定説側は、非財産的損害の存在の点だけではなく、賠償金の支払いの点でも肯定説を批判する。すなわち、植物状態の被害者への賠償金の支払いは、「いかなる慰めも緩和措置ももたらさない」⁷¹⁾ものであり、それにもかかわらず賠償を認めるとすれば、慰謝料の「懲罰的役割」⁷²⁾（「民事罰」⁷³⁾の承認になるではないか⁷⁴⁾、そうでないとすれば、この種の損害の賠償金は目的を失ったものである、と説く（結局、民事罰を認めないものが大半である⁷⁵⁾）。さらには、植物状態の被害者が現実には利用できない賠償金はその家族のみを富ませることになる、という意味で、「家族金もうけ主義」（人格の尊厳の保障を説きながら、逆に人格の物象化をもたらす）だとする批判も展開される⁷⁶⁾（その批判には、非財産的損害の賠償請求権の相続肯定の場合も含まれる⁷⁷⁾）。すなわち、賠償肯定説では、被害者が侵害の結果を感じているか否かは重要視されない。その帰結として、人間を、そのスピリチュアルな側面を否定あるいは隠蔽するものである（別の学説では、法的リアリティが、被害者の肉体的リアリティから自由になっていると表現される⁷⁸⁾）。このような立場は、破毀院が定着させたものは、「現実離れ（*désincarnation*）」（霊肉分離とも訳出可能）だと言う。ここでは、それに加えて、賠償金が被害者のために活用されない可能性がある点でも、ある種の分離が問題視されるのである。

これに対して、賠償肯定説側の反応はさまざまである。これまでのフランス法の原則は、被害者が自由に賠償金の用途を選択できるというものである⁷⁹⁾ことから、近親者が活用するリスクの存在はたいした問題ではない（むしろ賠償

の否定は、事実上は人格の否定という重大な帰結をもたらす)とするもの⁸⁰⁾や、意識のある被害者は金庫に入れたままの状態を選ぶことができる(それを加害者が事後的に不当な支払いであったと主張することは考えられない)と述べるものがある⁸¹⁾。しかし、これらは、賠償金性質論に必ずしも意識が向けられていない上、支払われた賠償金の用途問題と、その前提の賠償のアクセス(獲得)の問題とを取り違えるものだと批判される⁸²⁾。他の論者は、そのアクセスを正当化するために、慰謝料の目的を検討し、結論を導こうとする。この点、民事罰が肯定されるなら、この問題は解消されてしまうと説く論者⁸³⁾もいるが、これも用途の問題には踏み込むものではない。また、ある学説は、人身侵害における非財産的損害の賠償の唯一の目的は、客観的な被害の程度に応じた慰謝料額による、被害者間の相対的な平等の探求だとする⁸⁴⁾。用途について触れないどころか、むしろ従来の慰謝料の目的論にとらわれないものである⁸⁵⁾。

これらに対して、この場合の賠償金の用途を裁判官に決定させ、賠償金をどのような方向で被害者が利用し得たはずであるかを検討するという方向での解決を提示する学説や少なくとも直接被害者のために利用されるようにすべきとする学説がある⁸⁶⁾。また、ある学説は、条件付き賠償肯定説と言える立場をとり⁸⁷⁾、賠償金の支払いの留保を提案する。すなわち、非財産的損害の賠償は被害者自身に損害の、無形かつ満足的な確認を与え、被害者がその不幸を忘れるために、何らかの楽しみや喜びなどを得るのを可能にすることを唯一の目的とする。しかし遷延性意識障害者は、それを実現する余地がなく、近親者(被害者死亡後は相続人)が利するのみである。このような「法的な濫用」を回避するために、賠償を留保し、もし被害者が回復したなら賠償を認め、被害者が死亡した場合には、遺族には請求権は移転しないものとする⁸⁸⁾(それゆえ、もし訴訟が無意識被害者の名で提起された場合、裁判官は、審理を猶予することが正当化されるという⁸⁹⁾)。

他方、被害者の近親者が受領する方向での正当化を試みるものもある。無意識被害者の訴えの拒絶は、人間の尊厳といった客観的価値に反する、それゆえ

重要なのは個人の利益の保護ではなく、集団の利益の保護である⁹⁰⁾、この集団的利益の間接侵害（集団的利益を反映する個人を介して生ずるもの⁹¹⁾での賠償の目的は、請求者の利益ではなく、人権、より正確には人間の尊厳といった上位的価値（valeurs superieures）（または基本的価値（valeurs fondamentales）とも言う）の保障であり、賠償金は集団的利益の代理人の役割を果たした者への報奨と理解しうる、と論じるものが現れており⁹²⁾、従来の理論に全くとらわれない発想を示す。

4、小括

以上、損害の存在⁹³⁾を巡る争いを出発点とする一連のフランスの議論状況を確認した。賠償否定説は、損害のリアリティへの疑い（及び立証責任の観点）と、賠償金の意味（被害者にとって有用性がないこと）から慰謝料請求権を否定する方向で問題の解決を目指していた。仮に損害のリアリティを肯定しても、賠償金のその意味を同様に捉えるなら否定的に解される余地もある。

賠償肯定説のうち、損害を部分的に肯定する説は、精神的苦痛についてのみ消極的であった。これらの説は損害の性質を吟味しリアリティのある範囲を厳密に問うものと位置づけられる。損害を全面的に認める説では、賠償金の意味を再論しないものが多かったが、賠償金の意味をも考える説は、平等の確保を目的とするのみであり、十分に性質や用途の問題が論じられていたとはいえない。そのような中であって、留保付き賠償を主張する説や用途に言及する説は、賠償金支払いの面では否定説の批判に応え、民事罰ではない論理を徹底させたものと評価できる。他方で、損害を客観的に把握し、被害者の意識と切断する形で議論を推し進める場合、民事罰の議論（ただし積極的な支持者はほとんどいない）のほか、集団の価値の毀損に基づく代理人の報奨などすでに従来の賠償概念のみでは説明し難いものとなっている。

三、整理と分析

1、損害の有無をめぐる争いについて

判例が損害の賠償を命ずるに当たり依拠する原理は、全部賠償（填補）である⁹⁴。肯定説は、自らの立場をこの原則に合致すると述べ、否定説を部分賠償だと批判する。しかしどの説も各々が考える全ての損害を賠償させるべく立論しているため、この原則から特定の立場が引き出し得るわけではない。だとすると、問題の核心は、医学的不確実性を除くと、損害を被害者の意識との関係で、どのように論じるべきかである。その意識と損害の有無を切断了形で理解する場合、非財産的損害を被害者の何らかの苦痛であるという従来の前提とは異なる足場に立脚する。損害を肯定する学説の議論によく見られるのは、深刻な被害状況であるにもかかわらず非財産的損害の賠償が認められない、つまり加害者がその点では免責されるというパラドックスの指摘であった。それは、現実と事故がなかったならば被害者が置かれていたはずの状況との差があまりに大きすぎるにもかかわらず、通常は比例すると考えられがちな、苦痛の大きさと個人の人身侵害の程度の重大さが、植物状態の事例では全く比例していないため、被害の大きさが非財産的損害の賠償の大きさには反映されないことへの懐疑でもある。視点の中心は被害の程度にあり、その議論を展開すればするほど、本人の苦痛の観点それ自体が議論の中心から排除されていくことになる。そして、意識を排除し客観的に把握する立場に立つ場合には、一方で意識障害以外の被害類型では苦痛を対象としてきたこととの理論の一貫性をどのように確保するのかという問題も生じる。あらゆる非財産的損害は非主観的損害だと再定位するのか、それとも植物状態の被害者のみ客観的な損害とする特別な扱いを正当化するのか、という問題である。

2、人間の尊厳や人間像を巡る対立について⁹⁵⁾

上記の学説の対立の中では、賠償肯定説において、差別的要素を排除して、他の被害者との平等性を確保し（法主体として扱う）、被害者の人としての尊厳を擁護すると視点が見られた。この立場からは、賠償否定説は人間の物象化だという批判がなされた。しかし、否定説は、自説に投げかけられた「差別」というスティグマや、「人格の否定」という評価に対して、それはある損害が確實であることが証明されるにもかかわらず損害が排除される場合にのみ妥当な評価と言える（むしろ先述のスピリチュアルな側面の否定を導く）と反論する⁹⁶⁾。肯定説側にも、否定説は損害の有無を論じているのみであって、被害者の尊厳の保護を無視するわけではない、との指摘が見られる⁹⁷⁾。反対に、賠償金は被害者本人ではなく家族に利益をもたらしうる点で、民事責任法が内包する理屈に合致せず、むしろ肯定説側が被害者を物象化しているという批判にさらされている。このように、人間の尊厳という論拠は、ある論者の言葉を借りれば、「両刃の剣」である⁹⁸⁾。人間の尊厳を保障するのはいずれの立場かという問題の設定は、問題解決にあたり決定的な視点だとはいい難い。

ただ、無視しきれないのは、この議論が、損害論と賠償金性質論という連続するが別の問題領域において、損害賠償法というフィルターを通して、法主体をどのように構想しているのかという問いかけを行っている点である。そしてその問いかけ自体は、どのような形で賠償を肯定しその目的に応じた実効性を確保するのかといった、議論の場を提供するきっかけとなっている。すなわち、損害を被った者と、賠償金で利得を受ける者とのズレを前にして、否定説からの問いかけにより、肯定説が回答を迫られ、賠償金の意義にも言及が求められ、慰謝料の性質との関係で自らの結論を導くものが現われてきているのである。これは形式的に要件の充足と効果を確認するだけの態度からは出てこない発想である。

3、賠償金の目的について

このようにより根深い問題は、損害の有無から損害算定後の賠償金の支払いの局面に視点を移動させたときに発生する。なんらかの観点から損害の認定を可能なものとしても、被害者本人が利用できなければ、賠償の実効性には疑いが生ずる。賠償否定説は、賠償金の目的を最も厳密に考え、想定される目的どおりの用途の可能性が認められない場合には意義のない賠償金の支払いになると主張する。肯定説は、その目的をあまり積極的に論じないもののほか、満足的役割を貫徹させるためにその用途や留保を説くもの、さらには民事罰の議論や集団の価値の毀損に対する訴訟提起の報奨として賠償金を論じたりしている。議論がここに至ると、従前の民事責任法の理解の枠を超えている点がある。またそれは、ますます賠償対象としての被害者本人の苦痛といった視点を、議論から遠ざけていくものである。

以上の事柄は、次のことを我々に教示せしめる。遷延性意識障害の非財産的損害の賠償問題は、当該被害者を「物」同様に取り扱うことを避け、損害を客観的な立場から評価するとしても、賠償金の支払いの局面の評価如何によっては、問題のある賠償金の承認であったと評価されかねない危険性をはらんでいる。この上記の「ズレ」への対応に理論的課題を残している⁹⁹⁾。賠償否定説が警鐘を鳴らす現代法の「行き過ぎ」という評価¹⁰⁰⁾が妥当な批判であるか否かは、損害賠償法の要件・効果を形式的に判断することではなく、損害の有無の評価及び慰謝料請求権の目的に関する実質的な検討にかかっていると思われる¹⁰¹⁾。

四、終わりにかえて

遷延性意識障害の被害者を前にするとき、日本法の下では、慰謝料請求を否定するものは皆無であったが、それではこの場合、何を慰謝料の対象とし、その慰謝料の役割を何と考えてきたのだろうか。死者の慰謝料請求権の相続を容易に認めてきたことが我々の思考に影響するとしても、一度それはそれとして

考えるべきである。仮に客観的な観点から全ての非財産的損害の存在をこの被害類型でも見出すとしても、損害の内容の一貫性や賠償金の目的に関する課題が存在する。これは、ただ不法行為の「要件—効果」思考の中で、成立要件さえ満たさせば、根拠を再検討することなくとも賠償請求権を肯定できる、という態度では正当化できるものではない。しかも問題は、かつて私人による法の実現¹⁰²⁾としても論じられた法秩序全体における不法行為法の立ち位置の検討にも関連し得ることさえフランス法の議論は示している。現代の法状況は、以上の問題への解答を留保しながら、技術論的には賠償法の論理に乗せることができる範囲で議論を展開し、冒頭で引用した学説の理解を超えて、想定以上の役割を損害賠償制度に担わせている、ということが本当になかったのか、一度検討する意味はあると考える。

ところで、この議論の前提に置かれながら、十分に焦点が当たっていなかった問題に、そもそも「苦痛」という概念構成の持つ意義は何かという論点がある。本稿で扱った被害類型は苦痛や意識に科学的に疑いをもたざるをえないものであったし、主張された肯定説の中には、苦痛に固執する視点はさほど強固ではなかったようにも感じられるが、では翻って、なぜ苦痛が賠償の対象なのかという問いに対する答えは、フランスのこの議論においても¹⁰³⁾、そして日本法でも¹⁰⁴⁾自明のものではない。この点の検討も重要であろう。

注

- 1) 四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為 中巻・下巻）』593、595頁（1985、青林書院）。ゆるやかな意味というのは、非財産的損害は損害と等価物の給付による填補は不可能だが、慰謝料の取得により被害者の苦痛・困難等は、程度差はあれ、癒され得る、という次元で「損害填補」を語るためである（同268頁）。齋藤修「慰謝料に関する諸問題」（山田卓生編、淡路剛久編『新・現代損害賠償法講座 6 損害と保険』（1998、日本評論社）所収）216-218頁も参照。
- 2) また人身損害における慰謝料の定額化現象もこの問題に対する何らかの論拠を提供するものではない。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）137頁参照。

- 3) 議論が重ねられているのは、余命期間の認定（介護料と逸失利益に影響）、生活費の控除及び定期金賠償の可否である。前記文献に加えて、座談会「自動車損害賠償のゆくえ」ジュリスト633号36頁以下（1977）、座談会「植物人間と損害賠償」交通事故民事裁判例集9巻索引・解説号317頁以下（1977）、高崎尚志「植物人間の法実態」交通法研究7号97頁以下（1978）、院去嘉晴「植物人間」（交通事故紛争処理センター編『交通事故損害賠償の法理と実務』（ぎょうせい、1984）所収）301頁以下、塩崎勤「植物人間」（吉田秀文・塩崎勤編『裁判実務大系8巻 民事交通・労働災害訴訟法』（1985、青林書院）所収）154頁以下、藤田哲「植物人間の損害賠償額の算定」時の法令1348号64頁以下（1989）、高橋勝徳「植物状態被害者の損害賠償をめぐる諸問題」判タ684号19頁以下（1989）、松代隆「植物人間の損害の算定」（交通事故紛争処理センター編『交通事故賠償の法律と紛争処理—（財）交通事故紛争処理センター創立20周年記念論文集（上）—』（1994、ぎょうせい）所収）173頁以下、藤村和夫「重度障害者と植物状態・定期金賠償」（不法行為法研究会編『交通事故賠償の新たな動向』（1996、ぎょうせい）所収）264頁以下、日本交通法学会編『重度後遺障害者の実態とその救済（交通法研究25巻）』1頁以下（1997、有斐閣）、北河隆之「植物人間・外国人労働者」（南敏明ほか編『民事弁護と裁判実務5』（1997、ぎょうせい）所収）309頁以下、伊藤まゆ「重度後遺障害」（飯村敏明編『現代裁判法大系⑥ 交通事故』（1998、新日本法規出版）所収）191頁以下、波多江久美子「植物状態」（塩崎勤・園部秀徳編『新・裁判実務大系 交通損害訴訟法』（2003、青林書院）所収）164頁以下、宮崎朋紀「重度後遺傷害事案の損害算定における問題点の概観」判タ1367号71頁以下（2012）。また教科書レベルでは、塩崎勤・小賀野晶一・島田一彦編『専門訴訟講座④ 交通事故訴訟』424-425頁（2008、民事法研究会）、藤村和夫・山野嘉朗『概説 交通事故賠償法〔第3版〕』265頁以下（2014、日本評論社）も参照。
- 4) 先駆的なものとして、千種達夫『人的損害賠償の研究（上）』175頁以下（1974、有斐閣）〔初出：民商法雑誌3巻642頁以下（1936）〕及び同「慰謝料額の算定」（『総合判例研究叢書民法（4）』（1957、有斐閣）所収）85、163頁。非財産的損害は単に苦痛のみを指すのではなく、享樂を害されたことによるものも含むとする（死の場合の直接被害者の慰謝料請求権もこの理屈で理解すると共に、「狂人」の場合も同様に解する。ただ、近親者が死亡事例での遺族の慰謝料請求権については何らの感情も有することができないことが立証される場合には否定する）。また戒能通孝「判評」（民事法判例研究会『判例民事法 第16巻』（1937、有斐閣）所収）218-219頁〔初出：法協54巻11号150頁（1936）〕は、慰謝料を一種の私的制裁と解し、被害者個人が苦痛を感じたか否かを標準とせず、社会的制裁を課すべきか否かで決すると述べて、不治の精神病患者の場合にも賠償を肯定する。加藤一郎編『注釈民法19 債権（10）』196、204-205頁〔植林弘氏執筆分』（1965、有斐閣）は、慰謝料を感覚的

- 苦痛のみではなく、精神的利益をも回復するものと理解することで、苦痛感受能力の有無にかかわらず慰謝料請求権が認められるべきだと説く。類似の見解として、宗宮信次『不法行為論』248頁（1968、有斐閣）。好美清光「慰謝料請求権者の範囲」（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）233頁も賠償が当然視されていると述べ、苦痛という感覚の問題から非財産上の損害への変遷があると見る。これらは、いずれも、慰謝料の対象を単純に肉体的・精神的苦痛とする立場からの脱却を試みている。その他、評釈として、末川博・民商法雑誌4巻2号133頁以下（1936）、坂木郁郎・法と経済6巻5号131頁以下（1936）、岩田新・法學新報46巻12号133頁以下（1936）も参照。また、従来の学説を詳細に検討するのは、遠藤史啓「慰謝料における被害者の苦痛の意義と位置づけ」六甲台論集法學政治学篇59巻1号117頁以下（2012）。
- 5) 例えば、遠藤浩編『基本法コンメンタール〔第4版〕 債権各論Ⅱ』55頁〔田井義信氏執筆分〕（2009、日本評論社）。遷延性意識障害の事例においては、「総体としての破壊」として死亡同等、あるいはそれ以上の慰謝料額（後遺障害1級）を認めるとされる。田中康久「慰謝料額の算定」（前掲『現代損害賠償法講座7』所収）259頁及び注17は、植物状態の例も挙げながら、精神的損害とは損害評価のための法技術概念にすぎないとして、将来の苦痛感受能力の有無といった擬制を用いるまでもなく慰謝料請求権発生を認めてよいとする。倉田・前掲書92、138頁のほか、慰謝料の賠償方法に言及する野村好弘「いわゆる植物人間の損害」加藤一郎・宮原守男・野村好弘編『交通事故判例百選（第2版）』48号99頁（1975）や、永続的被害者の後遺障害慰謝料における生存期待年数の考慮に言及する楠本安雄『人身損害賠償論』3頁以下、特に20頁（1984、日本評論社）は、いずれも慰謝料が肯定されることを前提とするものである。また、小賀野晶一「植物状態患者の救済と損害算定」塩崎勤編『交通損害賠償の諸問題』（1999、判例タイムズ社）所収）354-355、365-366頁、松居英二、伊藤文夫「近時の裁判例に見る植物状態（遷延性意識障害）被害者を巡る法的問題」日交研シリーズB108号14頁（2004）も参照。
- 6) 慰謝料本質論については、フランスの19世紀終わりから20世紀初めにかけて議論が白熱していたことは、日本の慰謝料制裁説が紹介し依拠する議論からこれまでも窺われてきたが、近時フランスの遺族慰謝料請求権を素材とした大澤逸平「民法711条における法益保護の構造（1）～（2）・完」法学協会雑誌128巻1号156頁以下、同2号453頁以下（2011）は、実はこの議論を細かくフォローしており、当時の慰謝料本質論を知る上でも貴重な文献である。
- 7) 前掲・座談会「植物人間と損害賠償」320-322頁以下〔大野恒男氏発言〕、鳥居方策「Coma vigil—意識障害における用語の問題点について」神経研究の進歩20巻5号806頁以下（1976）、堀江武「いわゆる植物状態患者について」賠償医学14号4-5、7頁（1991）、同

- 「遷延性植物状態について」(前掲『重度後遺障害者の実態とその救済』所収) 6頁以下参照。現在の「世界標準」とされるものの平易な紹介として、葛原茂樹「回復不能な遷延性意識障害(持続的植物状態を中心に)」(日本尊厳死協会『新・私が決める尊厳死』(2013、中日新聞社)所収) 45頁以下。
- 8) ここまでに引用したほとんど文献が依拠する日本の定義は、次の6項目に該当し、それがほぼ改善することなく3カ月以上経過したものとなっている。①自力移動不可能、②自力接触不可能、③尿管失禁状態、④意味のある発語は不可能、⑤簡単な命令(目を開け、手を握れ等)に応ずることはあってもそれ以上の意思疎通は不可能、⑥眼球で物を追っても認識が不可能。これが意味する内容については、美馬達哉『脳のエシックス 脳神経倫理学入門』112頁及び130頁注23(2010、人文書院)。
- 9) 邦語文献として、遠藤・前掲「慰謝料における被害者の苦痛の意義と位置づけ」136頁以下が、本稿の問題領域と素材が重なる先駆的研究である(問題関心とフランス学説の整理による相違がある)。その他、小野寺倫子「人に帰属しない利益の侵害と民事責任—純粹環境損害と損害の属人的性格をめぐるフランス法の議論からの示唆—(2)」北法63巻1号222-223頁(2012)も参照。
- 10) S. GROMB, De la conscience dans les rapports végétatifs et de l'indemnisation, *Gaz. pal.*, 1991, 2, p.326.
- 11) Y. LAMBERT-FAIVRE et St. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, 7^e éd., 2012, *Dalloz*, n° 253. ただ、X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, 2004, *LGDJ*, n° 207は③を本質的ではないと論じる。
- 12) J. CARBONNIER, *Droit civil*, t.4, *Les obligations*, 22^e éd. refondue, 2000, PUF, n° 208 は、同じく論じられる幼児の例は、将来いずれ理解するようになるという点で、問題状況が異なるとする。
- 13) この用語及び議論当時の損害項目につき、拙稿「人身損害賠償における非財産的損害論(2)」法雑54巻2号612頁以下(2007)。その後の実務の展開につき、拙稿「フランス人身損害賠償とDintilhac レポート」社会科学研究年報40号148頁以下(2010)参照。
- 14) v. P. JOURDAIN, obs., *RTD civ.*, 1989, p.325; St. PIEDELIEVRE, obs., *Gaz. pal.* 1993, 1, p.217; A. TERRASSON de FOUGERES, *La résurrection de la mort civile*, *RTD civ.*, 1997, p.901.
- 15) G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité: conditions*, 1982, *LGDJ*, n° 265, p.326.
- 16) S. GROMB, note, *D.*, 1992, p.16.
- 17) それ以前に下級審判決が少しは確認できる(v. L. CADJET, *Le préjudice d'agrément*,

- Thèse Poitier, 1983, n° 29) が、議論の展開はこの破毀院判決に端を発する。
- 18) Cass. crim. 3 avril 1978, D., 1979, IR, p.64, obs., CH. LARROUMET ; JCP. 1979, II, n° 19168, note S. BROUSSEAU ; RTD civ., 1979, p.800, obs., G. DURRY.
 - 19) 本件で問題となったのは、楽しみの損害であるが、これも非財産的損害の一種であり、他の非財産的損害でも同様の議論が成立する (v. G. VINEY et P. JOURDAIN (avec S. CARVAL), Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, 4^e éd, 2013, LGDJ, n° 265-7)。
 - 20) 鑑定を念頭に置くようである。M.-A. PEANO, Victimes en état végétatif : une étape décisive, Resp. civ. et assur., 1995, n° 13, p.5 ; M&D., 1995, n° 15, p.12. [なお両論文は内容が重複するため、以下では、前者でのみ引用する。]
 - 21) その後のものとして、Cass. crim. 11 oct. 1988, Bull. crim., n° 338 ; Resp. civ. et assur., 1989, comm, n° 4, et chr. n° 2, obs., H. GROUDEL ; Gaz. pal., 1989, 2, p.440, note J.-M. GUTH ; RTD civ., 1989, p.324, obs., P. JOURDAIN ; et Cass. crim. 14 mars 1991, Resp. civ. et assur., 1991, comm. n° 131, obs. H. GROUDEL.
 - 22) Trib. grande inst. Paris, 6 juillet 1983, D., 1984, p.10, note Y. CHARTIER ; Gaz. pal., 1983, p.693, note J.-G.M. このパリ控訴院1983年7月6日判決の裁判官は、賠償否定説の論者の1人である。その他、S. GROMB, op.cit. (Gaz. pal., 1991), p.327がモンペリエ控訴院1989年1月23日判決ほか一件を引用する。
 - 23) Bull. civ. II, n° 134. P.67 ; RTD civ., 1990, p.84, obs. P. JOURDAIN.
 - 24) S. GROMB, op.cit. (D., 1992), p.16 ; J.-L.EVADE, La réparation du préjudice résultant de l'état végétatif du blessé, Gaz. pal., 1991, 2, p.339 ; P. JOURDAIN, obs., RTD civ., 1992, p.565.
 - 25) この1995年判決までの破毀院については、P. JOURDAIN, obs., RTD civ., 1992, p.565 et s. や H. Groutel, reparation ou inquisition ? (A propos des victimes en état végétatif), Resp. civ. et assur., 1992, n° 25など参照。
 - 26) D., 1992, somm., p.274, obs., J.-L. AUBERT ; D., 1992, juripr., p.14, note, S. GROMB ; Gaz. pal. 1993, 1, p.215, obs., St. PIEDELIEVRE ; Cah. jurisp. Aquitaine, 1991, 3, p.414, note C. LAPOYADE-DESCHAMPS.
 - 27) Bull. civ. II, n° 61 ; D., 1995, somm., p.233, obs. D. MAZEAUD ; D., 1996, p.69, note Y. CHARTIER ; JCP. 1995, I, 3853, n° 20, obs. G. VINEY ; JCP. 1996, II, 22570, note Y. DAGORNE-LABBE ; RTD civ., 1995, p.629, obs. P. JOURDAIN ; Gaz. pal., 1996, 1, p.147, note J.-L. EVADE.
 - 28) CE. 24 nov. 2004, n° 247080, AJDA, 2004, p.336, concl., T. OLSON ; Resp. civ. et assur., 2005, comm. 164, note. CH. GUETTIER ; Gaz. pal., 18 juin 2005, p.46, note P. GRAVELEAU.

- 29) この判決は、クリスティアン・フォンバル (窪田充見訳) 『ヨーロッパ不法行為法(2)』337-338頁(1998、弘文堂)で、医療事故により、知覚能力と感覚(感受)能力が発達不可能となった子のケースにおいて憲法を援用しつつ精神的損害を認めたBGH1993年2月16日判決の解説をする際に、「この判例は、ドイツ法を、その限りでヨーロッパ法の普遍的な水準に引き上げた」と述べ、その水準の一例として引用されている。ヨーロッパの状況については、ほかに、I. LUTTE et St. LAUREYS, *La conscience de la victime : une nouvelle condition de la réparation du dommage?*, AGAR.2008, 14422, n° 27. 邦語文献として、新美育文「イギリスの慰謝料算定指針」(前掲『交通事故賠償の法理と紛争処理』所収)279頁、ハイン・ケッツ、ゲルハルト・ヴァーグナー(吉村良一、中田邦博監訳)『ドイツ不法行為法』356頁(2011、法律文化社)参照。なお、同判決は、フランスで人の尊厳の保障を謳う生命倫理法(1994年)の準備期間に下されたものである。
- 30) 医学鑑定につき、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・高橋真編『現代市民法学と民法典』(2012、日本評論社)所収)358頁以下参照。これに対して、同じく鑑定でも、精神医学鑑定には、疑いが向けられている(CH. LARROUMET, *op.cit.*, p.65; L. CADIET, *op.cit.*, n° 33)。
- 31) このような留保が少なくないようである。A. TERRASSON de FOUGERES, *op.cit.*, p.902.
- 32) 判例の展開で一言補足しておくこと、2010年10月5日の破毀院刑事部2判決(Crim.5 oct.2010, n° 10-817343 et n° 09-87385; RTD civ., 2011, p.353, obs. P. JOURDAIN; JCP.11 avril.2011, p.712, obs., C. BLOCH)は、昏睡状態に陥った後、すぐに亡くなった被害者のケースにおいて、賠償を認めていない。従来なら賠償を認め、原審を破毀したはずだとする説(P. JOURDAIN, obs., RTD civ., 2011, p.354)があるのに対して、これはあくまで早期の死亡事例であり、死亡賠償金を認めない伝統的解決の確認である、と説く者もある(G. VINEY et P. JOURDAIN (avec S. CARVAL), *op.cit.*, n° 265-7, p.89)。Cass.civ., 20 janv.1993, Bull.civ., II, n° 23も参照。
- 33) 破毀院の判決は、事実審裁判官の専権事項とされる損害の評価領域(事実問題)に、一つの楔を打つものである。一般的に、損害の評価は事実審裁判官の専権事項であるが、賠償の原理(ある損害の賠償を否定するために植物状態を根拠にすることができるか否か)については法律問題であるとされるようになる(P. JOURDAIN, obs. RTD civ.1995, p.630; H. GROUDEL, *l'indemnisation des végétatifs et le contrôle de la Cour de cassation*, Resp.civ. et assur., 1995, n° 40)。
- 34) M. LE ROY *et al.*, *L'évaluation du préjudice corporel*, 19^e éd., 2011, Lexis Nexis, n° 41.
- 35) v. St. PIEDELIEVRE, *op.cit.*, p.217.
- 36) なお、これらの事案で認められる損害を全く新しい損害項目と理解するものもあった(S.

- BROUSSEAU, note, JCP.1979, n° 19168 ; encore ST. PIEDELIEVRE, op.cit., p.218) が、学説の議論の傾向は、従来の損害項目を被害者の認識がなくても認めるべきか否かという視点で議論するものが多い。
- 37) CH. LARROUMET, op.cit., p.65 ; G. DURRY, obs., RTD civ., 1979, p.801 ; S. BROUSSEAU, op.cit., n° 19168.
- 38) S. GROMB, op.cit.(Gaz.pal., 1991), p.327 ; ST. PIEDELIEVRE, op.cit., p.217 ; M.-A. PEANO, op.cit., p.5 ; A. TERRASSON de FOUGERES, op.cit., p.902.
- 39) D. MAZEAUD, obs., D., 1995, p.234.
- 40) ex. S.GROMB, op.cit. (D., 1992), p.16 ; P. JOURDAIN, obs., RTD civ., 1992, p.566.
- 41) R. BARROT, Le dommage corporel et sa compensation, 1988, Litec, n° 147, p.385, et n° 162, p.445がこの説の嚆矢的存在である。
- 42) ある学説は、精神障害者の場合をも否定するようである (v. L. MELENNEC, L'indemnisation du handicap pour l'instauration d'un régime unique de l'invalidité et de la dépendance, 1997, Desclée de brouwer, p.197)。しかしこの場合は感受能力があるため批判にさらされている (ex. X. PRADEL, op.cit., n° 206)。
- 43) L. CADIET, op.cit., n° 33 ; encore PH. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats, 11^e éd., 2012, Dalloz, n° 1561。前者によれば、損害の現実性の要件を充足させる必要があることを前提とするため、損害の範囲は被害者の意識の程度に相応するという理解による。なお精神障害者場合には賠償を認める理由を2つ挙げている。①精神障害者の責任が肯定されていること（民法典489-2条）との均衡（なお、この点については、福田伸子「精神障害者の民事責任と過失責任主義」名古屋大学法政論集96号442頁以下（1983）参照）、②賠償を肯定することがフランスの civilisation の論理に合致する（逆から言えば、賠償の制限に潜在的な差別政策的要因が見出される）こと。
- 44) D. MAZEAUD, op.cit. (D., 1995), p.234.
- 45) G. VINEY et P. JOURDAIN (avec S. CARVAL), op.cit., n° 265-7 に集約されている。パラドックスについては、他に、Y. CHARTIER, La réparation du préjudice dans la responsabilité civile, 1983, Dalloz, n° 179 ; CL. CHAMBONNAUD, L'indemnisation des victimes inconscientes, Gaz.pal., 1991, 2, p.333 ; J.-L. AUBERT, obs., D., 1992, p.275 ; M.-A. PEANO, op.cit., p.5.
- 46) S. GROMB, op.cit. (Gaz.pal., 1991), p.327.
- 47) v. P. JOURDAIN, Le préjudice et la jurisprudence, Resp.civ.et assur., 2001, hors-série, n° 11 ; L.NEYRET, Atteintes au vivant et responsabilité civile, 2006, LGDJ, n° 76.
- 48) Y. LAMBERT-FAIVRE et St. PORCHY-SIMON, op.cit., n° 254.

- 49) H. GROUDEL, La réparation du préjudice des grands handicapés, *Resp.civ. et assur.*1989, p.2 (後に、*Resp.civ. et assur.*, 1998, hors série, n° 46に再録。以下、前者のみを引用) ; P. JOURDAIN, obs., *RTD civ.*, 1989, p.326 ; P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 7^e éd., 2007, Dalloz, p.152.
- 50) その後の実務の損害項目の発展に応じて、性的損害が美的損害や楽しみの損害同様に、主観的な損害であり、認められないとする説明されるようになる (Y. DAGORNE-LABBE, note, *JCP*. 1996, II, 22570, p.43)。なおこの論者は、認められるものとして *pretium doloris* 以外に、生理的損害 (毎日の生活の完全な悪化) を挙げるが、そもそも生理的損害の理解がフランスで分かれている点に注意を要する (拙稿「人身損害賠償における非財産的損害論 (1)」法雑54巻1号307頁 (2007)、「同 (3)」法雑54巻3号175、181頁 (2008) 参照)。植物状態の場合にこれを否定する説 (P. JOURDAIN, op.cit. (*RTD civ.*, 1989), p.325-326) や否定はしないが楽しみの損害との同一性を指摘し、一方が他方に吸収されるべきと説く見解 (M.-A. PEANO, op.cit., p.5) などが見られる。H. GROUDEL, op.cit. (*Resp.civ. assur.*, 1989), p.3は、生理的損害を客観的損害と位置付け、財産的価値を体现する賠償訴権を突き詰めて考えると、価値を体现しているのは人格それ自体であり、あらゆる人格の侵害は価値の減少を包含すると説く。
- 51) CH. LARROUMET, op.cit., p.65 ; P. JOURDAIN, obs., *RTD civ.*, 1989, p.326 ; P. JOURDAIN, obs., *RTD civ.*, 1990, p.85.
- 52) A. TERRASSON de FOUGERES, op.cit., p.903 et s. ボルドー判決に関して言えば、「外形上意識が欠如した」被害者が被り得るものに関する医学的不確実性に直面して、裁判官は諸々の苦痛を推定したものだとする (A. TERRASSON de FOUGERES, op.cit., p.902 et 904)。この立場は破毀院の判決とは対立せざるをえない (v. H. GROUDEL, op.cit. (*Resp.civ. assur.*, 1989), p.2) と思われるが、一つの解釈としてはあり得る (v. P. JOURDAIN, op.cit. (*Resp. civ., et assur.*, 2001), n° 11)。
- 53) P. JOURDAIN, obs., *RTD civ.*, 1995, p.631.
- 54) v. X. PRADEL, op.cit., n° 209.
- 55) G. VINEY, op.cit. (*JCP*.1995), p.271 ; G. VINEY et P. JOURDAIN (avec S. CARVAL), op.cit., n° 265-7.
- 56) M.-A. PEANO, op.cit., p.5-6. また他の論者も、賠償否定説は、植物状態を動物と人間の間の中間との考えを想起させるものであるため、「人間は大いに傷つきやすい状態にあるだけにいっそうその人格の尊厳を求める権利を有するのである」という (S. GROMB, op.cit. (*Gaz.pal.*, 1991), p.327 ; et encore CL. CHAMBONNAUD, op.cit., p.333)。
- 57) なお、S. GROMB, op.cit. (*Gaz.pal.*, 1991), p.327は、無過失責任論の展開により、加害者の

側のフォートの探究が不要になっているのとパラレルに、被害者の側でも損害の抽象的評価のために、主観的側面を排除すべきだとする。また前述のように、民法典489-2条が引用されることもある。ただ、この視点は、解決すべき問題の困難性とは無関係であるとされている（M. PERIER, Régime de la réparation, Évaluation de préjudice corporel: Atteintes à l'intégrité physique. Préjudice à caractère personnel, Responsabilité civile Fasc. n° 202-1-2, dans "Jurisclasseur Civil Code, art.1382 à 1386", Collection des Juris-classeurs, 2012, LexisNexis, p.18）。

58) S. GROMB, op.cit. (D., 1992), p.16.

59) v. X. PRADEL, op.cit., p.257.

60) J.-L. AUBERT, op.cit., p.274. S. GROMB, op.cit. (D., 1992), p.16もまた、あらゆる被害者に対する同一の賠償制度が要求されているとする。

61) FR. CHABAS, obs. Gaz.pal, 1988, I, somm., p.42.も参照。

62) J. CARBONNIER, op.cit., n° 208.

63) L. NEYRET, op.cit., n° 76.

64) この点はS. GROMB, op.cit. (Gaz.pal., 1991), p.327も参照。

65) PH. BRUN, Responsabilité civile extracontractuelle, 2^e éd., 2009, Litec, n° 203.

66) G.VINEY, obs., JCP.1995, I, 3853, n° 20, p.271.

67) D. MAZEAUD, Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de «l'idéologie de la réparation»), dans "Le droit privé français à la fin du xx^e siècle", Étude offertes à P. Catala, 2001, Litec, p.591-593 ; encore op.cit. (D., 1995), p.234.

68) これに対しては、外部的徴表による抽象的評価（鑑定）が考案されている。もっとも、損害の有無は客観的評価によるとしても、賠償が一律のものでなければならないという要請はなく、損害の範囲はあくまで具体的評価をすべきであると言われている（v. Y. CHARTIER, op.cit. (D., 1996), p.70 ; I. LUTTE et St. LAUREYS, op.cit., n° 29）。なお、ボルドー判決が示す「その意思を説明できる状態にある人びとのもとの一般に受け取られる感情を参照」した評価に対しては、それが恣意的と批判されている（St. PIEDELIEVRE, op.cit., p.218. 意識ある者となない者を同一には扱えないことがその理由である）。ただ、鑑定の利用次第では、具体的評価と抽象的評価の帰結はあまり変わらない可能性があり、この点は現在のフランスの法状況では理論的な対立にとどまると言えそうである。

69) 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1・HIV感染被害] (2)」府経58巻2・3・4号30頁注104（2013）参照。Y. LAMBERT-FAIVRE et St. PORCHY-SIMON, op.cit., n^{os} 30, 215 et 255.

70) J.-L. EVADE, op.cit, p.340 ; note, Gaz.pal., 1996, p.148では、フィクション的賠償だとい

う。

- 71) 前掲バリ控訴院1983年7月6日判決。
- 72) L. CADIET, *Les métamorphoses du préjudice*, dans “*Les métamorphoses de la responsabilité*”, 1998, PUF, p.62.
- 73) X. PRADEL, *op.cit.*, n° 208, p.256.
- 74) ほかに懲罰や抑止の役割に言及するものとして、CH. LARROUMET, *op.cit.*, p.65; CL. CHAMBONNAUD, *op.cit.*, p.333; J.-L. AUBERT, *op.cit.*, p.275; Y. DAGORNE-LABBE, *op.cit.*, p.44; PH. LE TOURNEAU, *op.cit.*, n°1561.
- 75) 他に、R. BARROT, *op.cit.*, n° 147, p.384も参照。
- 76) D. MAZEAUD, *op.cit.* (Famille et responsabilité), p.593; *op.cit.* (D., 1995), p.234; encore L. MELENNEC, *op.cit.*, p.197; encore J. MICHAUD *et al.*, *Rapport de la Cour de cassation*, 1989, *Doc.fr.*, p.68-69.; L. CADIET, *op.cit.*, p.63.
- 77) この点は、当初、被害者本人が現実にはその賠償金を利用できないことを指摘しながら、慰謝料が相続されることを否定していない点が矛盾とされていた (v. M.-A. PEANO, *op.cit.*, p.5) が、否定説はこの点も一緒に「物象化」として批判している。
- 78) v. PH. BRUN et PH. PIERRE (sous dir.), *Lamy Droit de la responsabilité*, 2013, Lamy, n° 214-120.
- 79) ex. CH. LAPOYADE-DESCHAMPS, *Dommages et intérêts*, juin 1997, n° 45, dans “*Répertoire de droit civil, tome V*”, 2004, Dalloz, par P. RAYNAUD et J.-L. AUBERT (sous la dir.) ; X. PRADEL, *op.cit.*, p.259, note 907.
- 80) J.-L. AUBERT, *op.cit.*, p.275. 人格の否定については、C. LAPOYADE-DESCHAMPS, *note*, *Cah. jurisp. Aquitaine*, 1991, 3, p.421も参照。
- 81) H. GROUDEL, *op.cit.* (Resp.civ. assur., 1989), p.3.
- 82) C. LAPOYADE-DESCHAMPS, *op.cit.*, p.421.
- 83) J.-L. AUBERT, *op.cit.*, p.275.
- 84) G. VINEY et P. JOURDAIN (avec S. CARVAL), *op.cit.*, n° 265-7; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, 3^e éd, 2010, LGDJ, n° 152; encore v. M.-A. PEANO, *op.cit.*, p.6.
- 85) この論者には、満足説に立った説明をする部分も見られるが、同氏の他の記述によると、性質論を無意味なものとみているようである。すなわち、G. VINEY et B. MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel, Essai de comparaison des droits anglais et français*, 1985, *Economica*, n° 98は、いずれの根拠でも損害に賠償金を一致させることに務めることは非論理的で幻想であるとする。この点は、St. PIEDELIEVRE, *op.cit.*, p.218も参照。

- 86) X. PRADEL, *op.cit.*, p.259. また、J. MICHAUD, note, *Bull. inf. C. Lass.*, 15 avril, 1995, p.20 も裁判官によるコントロールを通じて被害者の利益となるようにすべきという。なお、ほかに 用途の限定には触れていないものの、S. GROMB, *op.cit.* (*Gaz.pal.*, 1991), p.328は後見人が裁判所に統制されていることに言及する。J.-L. EVADE, *op.cit.*, p.340も参照。
- 87) Y. LAMBERT-FAIVRE et St. PORCHY-SIMON, *op.cit.*, n° 255.
- 88) St. PIEDELIEVRE, *op.cit.*, p.218は、損害の存在を肯定しておきながらこのような処理を行うことに疑問を呈する。
- 89) Y. LAMBERT-FAIVRE, *Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels*, D., 1992, p.168; encore J.-L. EVADE, note, *Gaz.pal.*, 1993, 2, p.493.
- 90) O. BERG, *Le dommage objectif, Études Offertes à Geneviève Viney*, 2008, LGDJ, p.70, note 41. ほかに、この被害類型を語る際に、ヒューマニスト社会の主要な価値侵害の侵害をもたらし得るなどと述べるものはあった (v. CL. CHAMBONNAUD, *op.cit.*, p.333)。この説は、賠償の不存在が社会的不満を引き起こすなど、社会の反応面も強調していた。このようリアクションは、例えば、多数被害者を引き起こした事例では、確認され得る（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1・HIV感染被害] (1)」府経57巻4号91頁 (2012)）。
- 91) 反対に、純粋環境損害のようなタイプを集团的利益の直接侵害とする。
- 92) O. BERG, *op.cit.*, p.70 et 71.
- 93) この議論に見られた損害の客観的評価とは、損害の存在自体を対象としている (v. O. BERG, *op.cit.*, p.66; encore S. GROMB, *op.cit.* (*Gaz.pal.*, 1991), p.328)。
- 94) 損害の評価に関する他の原則はないとされる (v. C. LAPOYADE-DESCHAMPS, *op.cit.*, p.419)。この原則については、簡単にはあるが、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1] (2)」13頁。
- 95) ほかに、生理的損害の検討等において、人の価値に議論が及んでいたことは前述した。またこれらの議論は、そもそも非財産的損害が金銭的評価不能である、にもかかわらず金銭賠償を行う根拠は何か、という一般レベルの議論にも通ずる（例えば、人の生命に代価を与えることは人間性の格下げである一方で、この代価は、被害者の尊厳の保障というより高次の目的に仕える手段であると述べる L. NEYRET, *Atelier la normalisation, Entre référentiels et barèmes*, *Gaz.pal.*, 15-16 juin 2012, p.40と、それに反対する見方を示す J.-L. Evade, *op.cit.* (*Gaz.pal.*, 1996), p.149参照) とは次元が異なる議論である。
- 96) D. MAZEAUD, *op.cit.* (D., 1995), p.234.
- 97) Y. CHARTIER, obs., D., 1996, p.69.
- 98) X. PRADEL, *op.cit.*, p.257.

- 99) PH. BRUN, *op.cit.*, p.133は、人の尊厳を気にかけるユマニズムと、風紀を乱すユマニタリズムは紙一重であることに目を背けてはいけないという。
- 100) 否定説は、これらの賠償が現代の「賠償イデオロギー」由来の行き過ぎだと警鐘を鳴らす (L. CADIEU, *op.cit.* (Les métamorphoses du préjudice), p.61; D. MAZEAUD, *op.cit.* (Famille et responsabilité), p.591-593; encore v. PH. BRUN, PH. PIERRE (sous dir.), *Lamy Droit de la responsabilité*, 2013, Lamy, n° 214-120)。
- 101) 例えば、座談会「交通事故賠償訴訟の今後の課題」(不法行為法研究会編『交通事故民事裁判例集第4巻』(1972、帝国地方行政学会)所収)272、282頁 [坂井芳雄氏発言]が、西欧人の考え方の根底として、算定の基礎が「払われる金が現実にだれによってどのような用途に使われるかということ」であると述べる。損害賠償金の使途問題は、環境損害の場合のように、損害を被る対象と請求を行う対象が明確に分離する際には意識されている(吉村良一「環境損害の賠償—環境保護における公私協働の一側面—」立命館法学 2010巻5・6号1797頁以下(2010)参照)が、そうでない場合は意識されていないのが実情であろう。同じく慰謝料を直接の対象とするものではないが、ドイツ法での類似の議論については、青野博之「損害賠償金の使途の自由—ドイツ民法第249条第2項第1文に基づく損害賠償—」駒澤法曹8号91頁以下(2012)参照。
- 102) 田中英夫・竹内昭夫『法の実現における私人の役割』133頁以下、特に165頁(1987、東大出版会)。
- 103) H. GROUDEL, *op.cit.* (Resp.civ. assur., 1989), p.3は、賠償否定説に対して、間接被害者の慰謝料請求権に関する古い議論に影響を受けていると述べる。ただ詳細に論じられていないため、その意味は検討してみる必要がある。そこで、この問題に対する接近するアプローチの1つとして、前提を形成してきた歴史を再度遡ることが考えられる。
- 104) 我々はアプリアリに自然人の賠償を語る際に、精神的損害=肉体的・精神的苦痛を説明することが少なくない。この点と異なる理解に出る学説はそれを批判するが、そもそもなぜ苦痛なのかについては、明らかではない。