

Title	性行為と損害賠償 (二・ 完) : 慰謝料の再構成に向けて
Sub Title	Sexual intercourse and damages : reconsidering consolation money (2. end)
Author	金山, 直樹(Kanayama, Naoki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2020
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.93, No.3 (2020. 3) ,p.33- 73
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20200328-0033

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

性行為と損害賠償（二・完）

——慰謝料の再構成に向けて——

金 山 直 樹

はじめに

一 性行為による被害の内容

1 性行為の現場における精神的被害

(ア) 現場の光景

(イ) 保護法益

2 後発的に発生する精神的被害

(ア) 恐怖

(イ) 社会の目線（象徴的意味）

(ウ) 生き方の混乱（参照枠組の混乱）

二 精神的損害と慰謝料

1 加害行為・損害・慰謝料

(ア) 加害行為と損害

(イ) 慰謝料の意義・機能

(ウ) 懲罰的賠償の禁止原則との関係

2 慰謝料の再構成

(ア) 定額慰謝料
(イ) 変額慰謝料

3 刑事制裁との棲み分けと協働

(ア) 日本における刑事制裁

(イ) フランスにおける刑事制裁

(ウ) 刑法と民法の協働……………（以上、九十三卷二号）

三 慰謝料額算定の現状

1 東北生活文化大学事件

(ア) 事案と判決

(イ) 分析と評価

2 自衛隊上官事件

(ア) 事案と判決

(イ) 分析と評価

3 職場上司暴行事件

むすび……………（以上、本号）

三 慰謝料額算定の現状

これまで、(1)性暴力被害の実体を正視すべきこと、(2)損害自体の評価が困難であることから、むしろ加害行為を損害として捉えるべきこと、(3)被害者は、〈節度ある事実〉の証明さえすれば、定型的・典型的な損害を填補するために、定額慰謝料を請求できること、(4)被害者が望めば、個別具体的な事実の詳細を明らかにして、付加的に変額慰謝料を請求できること、(5)ここで認められる(3)(4)の慰謝料は、填補のためのみならず、予防のための制裁として位置づけられるべきこと、(6)制裁の観点から、民事と刑事が協働すべきこと等を論じてきた。

では、実際の民事事件において、裁判所は、いかなる事実を認定・斟酌して、慰謝料を算定しているのだろうか。裁判例の検討を通じて現場の様子を探ってみよう。実務上、上記の(1)～(6)の点がどのように扱われているかが明らかになる。とくに、(2)については、加害行為の態様や、その後の加害者の態度を評価して、慰謝料額を算定していることが分かるだろう。また、(4)に関しては、事実認定、とくに加害行為の悪性に関する事実認定が詳細になればなる程、慰謝料の認容額はつり上がるといふ比例関係があること、そして、特別の後遺症的損害は別途に考慮されていること等が浮かび上がってくるであろう。

以下においては、まず、慰謝料額をめぐって、一審と控訴審とで判断を異にした二つの事件を取り上げる。それは、控訴審が一審の認めた慰謝料額を、減額した事件(1)と、増額した事件(2)である。裁判所において、いかなる事実を認定・斟酌して、慰謝料額を算定しているのか、法運用の実態を観察したい。その上で、もう一つ、刑事告訴にまで至った事件に関する裁判例を見よう(3)。なお、裁判所によって何が事実として認められたかは、判決を理解する上で極めて重要であるから、判決文の引用が長くなることについて、予めお断りしておきたい。とりわけ、しばしば「被害者の同意」の問題が、要件レベルだけでなく、効果レベルで慰謝料算定

との関係においても詳しく論じられている点が目を惹く。

1 東北生活文化大学事件

まず、(ア)事案と判決を紹介し、その上で、(イ)若干の分析を試みよう。

(ア) 事案と判決

Xは、平成四年四月にA大学（東北生活文化大学）に入学し、三年次から絵画を専攻してY教授の指導を受けていた。四年生になって、Xは、卒業後は美術家として独り立ちしたいと考え、A大学に残ることを希望するようになり、平成七年一〇月、担任のT助教授に対し、副手として大学に残りたい旨を申し出た。Xは、平成八年三月に同大学を無事卒業し、同年四月付けで生活美術学科の副手に採用された。

この背景事情の下、一審と控訴審は、事件の細部につき同一とは言えない事実を認定した上で、結論を異にする判決を下している。(1)一審、(2)控訴審の順に見よう。

(1) 一審判決

⑬仙台地判平成一一年六月三日（判時一八〇〇号五三頁——裁判官・梅津和宏、衣笠和彦、常磐紀之）

Yは、Xが副手になることを望んでいることを聞き及び、平成七年一一月、Xを自分の研究室に呼び出し、その意思を確認すると、「副手の件は俺に任せろ。他の教員にはこれ以上話さなくていい。俺が何とかする」と述べて、Xが副手に採用されることを請け合った。

平成八年三月、Xは、絵画専攻の副手への採用が決定した際、Yから、「副手になれてうれしいか。先生が推

薦したんだぞ」と言われ、Xは、Yの言うとおり、Yのお陰で副手になったものと思った。

副手は、本来授業に出席しない建前になっていたにもかかわらず、Yは、Xに対して、他の教員には分からないようにYの授業にだけ出るように勧め、また、副手の任期は三年であることから、その後の就職に関しても、「E A大学に知り合いがいる。E A大学の助手になれるよう話を通すこともできるぞ」と話すなどし、三名の副手のうち、Xだけをひいきし、特別扱いするような態度を示し、熱心に制作の指導をした。Xも、これに応じて制作に打ち込んだ。

一審判決は、このように事件に至るまでの事情を認定した上で、本件事実を次のように描写している。

平成八年八月一日、Yの発案で、X、YおよびBの三名で盛岡にある橋本美術館に行った。Bは、Yが懇意にしていた弟子で、中学校の美術教師をしていた。同日の帰り、Bは、Yと二人きりになった時にXとの関係を探ねられたので、付き合い始めたことを打ち明けた。すると、Yは、驚き、目の色を変え、「お前、Xと寝たのか。彼女は処女だったのか」とすごい剣幕でBを問い詰めた。これに対し、Bは、Yに対しては何事も打ち明けるようなそれまでの関係から、正直に、「はい。でも彼女は処女じゃありませんでした」と答えてしまったところ、Yは、人が変わったように激昂し、*「お前をそんな風に育てた覚えはなかった。何年お前は学校の教員をしているんだ。そこまで馬鹿だとは思わなかった」、「Xも、卒業すれば、ただの女だ」、「Xは、僕にだってついてくるぞ」等と怒鳴り続けた。

翌八月一四日から一六日夜まで、Xは、実家に帰っていた。その間の一日には、BがXの実家を訪ね、XはBを婚約者として家族に紹介した。Xが、一六日の午後九時頃、右実家から自分のアパートに帰宅したところ、留守番電話に、用件を入れずに切られている留守録音が一〇件ほど入っていた。それに続いて、九時一〇分頃、Yから電話があった。Yは、Xに対し、「今、仙台駅にいる。H大学の教授と酒を飲んだ帰りだ。これから旭ヶ

丘駅に行くので、話があるから九時三〇分に迎えに来てくれ」と申し向けた。

これに対し、Xは、九時三〇分頃までにB宅に行く約束をしており、Y宅がB宅への通り道にあったため、そのついでにとの気持ちがあり、また、上司であり、尊敬もしていたYからの指示に、何らのためらいも感じることなく、自分の車を運転して旭ヶ丘駅に向かい、同二五分頃Yを乗車させた。乗車後、Yは、Xに対し、「どこに行っていたんだ」、「かわいくしてきたか」等と言った後、急に怒ったような態度になつて、「お前のこれから先の大事な話があるから車を止める」と怒鳴り、バスの回転場に停車するように命じた。それは、全く人氣がなく、街灯もない暗い場所であつたが、Xは、仕方なくこれに応じてX車を進入させたところ、Yは「一番暗い所に止める」と命じた。しかし、Xは、とっさに一番明るいと思われる場所に停車した。

停車後、Yは、Xに、「何を言われるか分かるか」、「何、前見てるんだ、Bのことだ」と言い、以前Bが交際していた女性のことを話し出し、さらには、Bは女癖が悪い等の中傷をし、それでもBとの交際を続けるのかとXを問い質した。これに対し、Xが「はい」と答えると、Yは、前方を向いていたXの髪の毛をつかんで引つ張り、Yの方へ無理矢理顔を向かせ、「何でBなんだ。何でだ。何でだ」と狂つたように何度も怒鳴り、さらに、髪の毛を引っ張り、二度にわたり両手でXのほほを挟むようにして叩いた。さらに、その後も、Yは、Xの両腕をつかみながら、「どうしてBと寝たんだ。先生もお前をずっと抱きたかつたのに我慢してきたんだ。お前が大学で働けるのは、俺が推薦したからなんだぞ。三年後にはE A大学の副手^(ママ)（助手の誤り？）に推薦してやると思つていたのに。もう面倒は見ない。もう、Bもお前も勝手にしろ」などとわめき続けた。これに対し、Xは、すっかり脅え、目の前で生じている事態を理解できず、ただ「止めて下さい」として、Yの手を払いのけようとするだけであつた。ところが、Yは、Xの両腕をつかんで、自分の座つていた助手席に力づくで引き寄せ、Xのあごをつかみ、無理矢理キスをしてきた。

Xは、必死で逃れようとしたが、Xは、身長一五七センチメートル、体重四八キログラムと小柄な方であるのに対し、Yは、身長一七二センチメートル、体重六七キログラムで、到底かなわなかった。Yは、Xを運転席に戻し、そのシートを倒してXの上に体重をかけてのしかかっていたので、Xは、身動きがとれない状況になった。Yは、Xのブラウスの下から手を入れてきて、同人の胸を触った。さらに、スカートの下から手を入れて、ショーツを下げようとしたので、Xは、力を振り絞ってこれに抵抗し、ショーツを下げられまいとして、スカートの上からショーツを握っていたが、Yが無理矢理下げようとしたことから、ショーツが破れてしまった。Xは、Yの手の甲に爪を立て、大声で、「止めて下さい」と訴えたが、Yは、これをものともせず、結局Xのショーツを引き下ろし、姦淫しようとしたが、未遂に終わった。

すると、Yは、怒った様子で一旦助手席に戻り、Xの髪の毛を引っ張り、Xの顔に手をかけて自分の性器に近づけ、「吸ってくれ」と強要した。これに対し、Xは、「できません」と拒否し続けたが、Yは、できるだろうと何度も言った上、Xのあごを無理矢理持つていき、その口内に自分の性器を押し込んだ。これによって、Xは、絶望的な気持ちになった。Yは、再びXを運転席に押し倒し、Xの上に乗りかかって姦淫しようとした。これに対し、Xは、体をねじらせたり手足をばたつかせたりして必死に抵抗したが、既に絶望的な気持ちに陥り、力が抜けているような状態でもあったため、Yの強い力に抗しきれず、結局、姦淫された。Xは、まさか自分の恩師にこのような目に合わされるとは考えもつかず、生じている事態を理解できないまま、「私はどうなるんですか」とつぶやくだけであった。

その後、Yは、再び、性器をXの口内に押し入れ、またもやXを運転席に押し倒して姦淫した。Xは、ひどいことをされていると思いつつも、もはや抵抗する気力も体力も失せていたことから、早く終わって欲しいと願うのみであった。この間、Xは、Yに正面から抵抗しても無駄なことは既に分かっていたことから、Yに対し、

「もう時間ですから、奥さん待っていますから」等と言って、姦淫行為を止めさせようとするこぐらいしかできなかつた。

Yは、右の行為を終えると、助手席に戻り、Xに対し、「このことはB……には絶対に言うな」と口止めた。また、「いつだつて抱いてやるから」等と言ったり、ホテルに行こうと三度ほど誘つたりしたが、Xは、これに答えず、Yから逃れたい一心で、Y宅へ急ぎ、同日午後二時前、Y宅に到着して、Yを下ろして別れた。

後日、Xから強姦の事実を告げられたBは、「もう分かつた。何で最後まで抵抗できなかつたんだ。普通の女性なら、そうはならない」と述べた。Bはまた、Yから、Xが口淫したことを告げられた直後には、Xに対して「君は、二度も口に入れたんじゃないか。そんなんだつたら強姦じゃないよ。告訴どころじゃない。君が一番悪い。怪我もしていないじゃないか」などと述べて、Xを非難した。Xは、これだけはBには言えないとして黙っていた口淫の事実が、Yの口からBに対して歪曲して伝えられたことに大変なショックを受けた。Bは、Xに対して「君はなんてことをしてくれたんだ。悪いのは君だ。人を殺して捕まつたような気分だろう。もう会わない。君と会わない方がよかつた。被害者は俺だ」とも述べた。

なお、本事件後、Xは、Yに対し、「先生、私馬鹿でした。先生が一番よく分かつたと思います。なんだか人を殺して捕まつた気分です。先生が帰ってしまうのを見て涙が止まりませんでした。作品は頑張ってきました。それしか今はないです。先生、本当にごめんなさい」とのメモ（以下、「本件メモ」）を送っている。

その後、Xの告発を受けて事態の深刻さを理解したA大学関係者は、Yに自主退職するよう勧告し、一二月一日から自宅謹慎処分に付した。しかし、Yは、本件行為はXとの合意によるものであり、強姦等ではないと一貫して主張した。Xは、Yを刑事告訴するために警察に行つて事情聴取を受けた。だが、「本件メモ」が出てきたこともあつて、結局、告訴は断念せざるを得なかつた。その後、平成九年二月三日、本件行為に対するA大学の

最終的な処分として、Y に対する戒告処分が行われたが、Y は、なお同大学の教授の職に留まった。そこで、事件発生から約一年半足らずが経過した平成一〇年一月二九日、X は、Y の不法行為を理由に、総額一七七万円の支払いを求めて、本件訴訟を提起した。なお、X は、本件訴訟提起前の平成九年十二月七日に B と婚姻している。

この事件を受けて、一審判決は、合意があったとの Y の主張を排斥した上で、精神的被害につき、次のように認定している。

「X には、B という婚約者がおり、右 B とともに、Y を教師として信託し、尊敬もしていたものである。それにもかかわらず、Y は、このような信頼を裏切ったばかりか、X と B との交際の事実も知りながら、教授と副手との立場を利用し、X を夜間に呼び出し、B への嫉妬に駆られたあげく、本件行為に及んだものであり、これによって被った X の精神的苦痛が筆舌に尽くしがたいものであることは、容易に推察することができる。

さらに、Y は、その後も、自己の過ちを認めないばかりか、X が、混乱した精神状態の下で本件メモを作成したのを奇貨として、これを用いて X の両親や B に虚偽の事実を申し向けて同人らを誤解させ、X を孤立化させる結果となったことによって、さらなる苦痛を与えた上、その後も反省の色は窺えず、このような Y の行為態様は極めて悪質である。

これに加えて、Y は、刑事訴追を免れる一方、A 大学からの自主退職の勧告にもかかわらず、依然として教授の職に留まり続け、A 大学からの戒告処分以外には格別の社会的制裁は受けておらず、その上、X に対する慰謝は何らなされていない状況にある。

以上の事情を総合考慮すると、本件におけるXの精神的損害に対する慰藉料としては、六〇〇万円をもってするのが相当であり、その弁護士費用としては、一〇〇万円とするのが相当である」。

（裁判官・梅津和宏、衣笠和彦、常磐紀之）

このように判示して、仙台地裁は、Yに対して合計七〇〇万円（慰謝料六〇〇万円、弁護士費用一〇〇万円）の支払いを命じた。性暴力被害者に対して高額の慰謝料を認めたものとして、注目される。

（2）控訴審判決

右の一審判決を受けて、Yが控訴。それを受けて、仙台高裁は、事実認定を簡素化するとともに（判決文の字数もほぼ半減）、その評価も変えて、慰謝料を大幅に減額する判決を下すことになる。

⑬ 仙台高判平成一三年三月二十九日（判時一八〇〇号四七頁——裁判官・大内俊身、吉田徹、比佐和枝）

まず指摘すべきは、高裁判決においては、事件前におけるBに対するYの具体的発言（前述三六頁*部分）が認定されていないことである。その場面に付き、判決は次のように認定するに留まっているからである。

「XとBは、同月一三日、Yと共にBの車で盛岡市にある橋本美術館を見学に行った。Bは、その帰りにXを同人の自宅近くで降ろした後、Yに対し、Xと付き合って既に関係を結んでいることを打ち明け、Xが処女でなかったことまで話した。Yはこれを聞き、Bに対し、前記恋人との関係はどうなっているのかと問いただし、Bを非難して怒鳴りつけるなどした」。

控訴審は、一審と異なり、Yは抽象的に「非難して怒鳴りつけるなどした」と認定するに留まっている。しかも、なぜBがYに対してXが処女でなかったことを話したのか、その経緯も何ら説明していない。のみならず、その夜、YがXと会った目的について、次のように、一審判決の認定しなかった事実を認定している。

「Yは、BからXとの交際の事実を知らされたことから、同月一八日から予定されていた三日間の登山合宿を前に、XにBとの関係を確認し、団体行動が求められる合宿での行動について注意をしようと考え、同月一六日、友人と飲酒後の午後九時ころ、地下鉄仙台駅からXに電話し、話があるので地下鉄旭ヶ丘駅まで迎えに来てほしい旨依頼した」。

控訴審によれば、Yには、当日の夜、Xと会うための正当な理由があったというわけである。その上で、車の座席構造を詳しく分析している。いわく、

「運転者（Xと同程度の体格の者）が運転席に着座した状態において、ハンドルの下部分と運転者の大腿部との空間は数センチメートル程度で、座席シートを後部に下げて運転席のシートを倒し着席者が仰臥状態になれば、ハンドルの下部分と他人の膝部分との空間は着座状態より若干の余裕を生ずるが、着席者が両足を左右に開かない限り、男性の大腿部が入るほどの空間はない。ちなみに、Xの身長は一五七センチメートルで体重は四八キログラム、Yの身長は一七二センチメートルで体重は六七キログラムである」。

控訴審判決は、座席の構造上、性交のためにはXの協力が必要だったと言いたいのであろう。のみならず、Xの身長・体重は、一審では、XとYの身体的格差（個人的格差）、ひいては抵抗の困難さを示すために認定されていたのに対して、ここでは、「ちなみに」という曖昧な接続詞に続いて、Yの身長の高さが性交を困難にし、それゆえ、性交のためにはXの積極的な協力が必要だと言わんばかりである。

しかも、YがXの車に乗った後、何が起きたかに関する事実認定も異なっている。すなわち、

「Yは乗車後、喫茶店かX宅で話をしたい旨告げたが、Xが明確な返事をしないのでいたところ、Yが、当日E^(ママ)A〔Hの誤り?〕大学の先生と飲酒してきたことやXが副手期間経過後に右大学の大学院へ行きたいのであれば、推薦状を書いてもいいことなどを話すうち、車はX宅前を通過した。そして、宮城交通ワンマンバス回転場（本件現場）付近に至り、Yが、先を急いでいるように見えたXに対し、そこで停車するよう指示したため、Xは右回転場の右奥で止め、エンジンを切り、シートベルトを外した」。

ここでも、Yは推薦状の話を持ち出したと認定して、先を急ぐXの車を止めさせたYの行動には、あたかも正当な理由があったかのようなのである。

その後に生じたことについても、肝心の部分の認定が異なっている。

「……Yは、なぜBなのかなどと言ってXを非難し、前を向いていたXの頭に触れ、Yの方に顔を向かせた上、両手でその頬を挟むようにし、二度ほど頬を叩いて叱りつけ、Xのあごをつかんだ。YはそのままXの唇

にキスをしたが、これに対し、Xが強く抵抗はしなかったため、Yは興奮して積極的になり、Xを抱きしめ、運転席のシートを倒してXの上に重なるようになった」。

ここでは、Xが強く抵抗しなかったため、Yが興奮して積極的になったとだけ認定されている。もしXが強く抵抗すればYがどう反応するのか、そして、そのことを考えた場合のXの心理状態、また興奮したYによって何をされるか分からないというXの恐怖心(前稿・二八〇頁参照)は、全く考慮されていない。

これに続く事実認定も、同様の調子であって、Xにも帰責事由があるかのごとき描写が続く。以下の通りである。

「当日、Xは前ボタンのブラウスにスカートを着用し、ストッキングをはいていなかったが、YはXの胸を直接に触り、スカートの下から下着を下ろした。その際、Xは『やめてください』あるいは『だめ』というような言葉を発したが、Yは、Xが強く拒否していないものと感じ、そのまま下着を足の先に下ろし、Yもズボンを下ろして関係を持った。しかし、射精には至らず、Yは助手席に戻った後、Xに対し、性器を吸ってほしいと要求し、Xはやむなくこれに応じた。そして、再び運転席で関係を持った後、Yは助手席において、自己の性器にXの顔を引き寄せて口淫をさせ、更に運転席で関係を持ったが、結局、射精には至らなかった」。

本事件において、二回の性交があったことは、一審・控訴審が共に認定している。そして、一審判決は「姦淫」という言葉を用いて、Yが二回射精したことを暗に認めている。ところが、控訴審は、Yは一度も射精に至らなかったと明確に認定している。のみならず、控訴審は、YがXとの性交に至った原因として、「Yは、Xが

強く拒否していないものと感じ「た」ことを挙げている。ここに裁判官の既成概念的な見方が露呈しているのではないだろうか。その瞬間の被害女性の気持ちなど、一顧だにされていないからである。この点も、一審の判断と対比すべきである。というのは、この部分について、一審判決は、次のように説いているからである。

「Xは、体をねじらせたり手足をばたつかせたりして必死に抵抗したが、右のとおり、既に絶望的な気持ちに陥り、力が抜けているような状態でもあったため、Yの強い力に抗しきれず、結局は、姦淫されるところになった」。

一審判決は、あくまでも被害者の目線から、その心理を分析した上で、Xが姦淫されるに至った状況を描いている。たしかに、控訴審も、Yの行為が不法行為に当たるとは認めている。しかし、控訴審は、結局、次のように、事実認定の点でも、また法的評価の点でも、一審とは異なる判断を示すことになる。

「1 XはそれまでYから車での出迎えを依頼されたことがなかったにもかかわらず、Yの呼出しに何ら警戒心を抱くこともなく応じていることが認められ、Xの供述によれば、Yが話があると告げた意味を推測もしなかったというのであるが、夜遅く右のような呼出しを受けるのは異常ともいえる事態であるから、電話に出た際あるいはYが乗車した後においても、Yに対し、話の目的・内容が何であるか、それが当夜でなければならぬのかなどを尋ね、場合によっては、それに適当な場所を考えることもできたはずである。しかし、……Xは、呼び出されるままYを出迎えに行き（Xの供述によれば、当夜はB宅に行く予定であったため、途中にあるY宅でYを降ろせばよいと考え、前記のとおり、Yが話があるという意味を推測もしなかった）、Yを乗車

させた後は特段の質問をすることもなく、Yに指示されるまま、本件現場に車を乗り入れ、停車させたのであって、いかにYを信頼していたにせよ、無警戒にすぎる行為であったというべきである」。

〔2〕結局のところ、Yの前記行為は全体としてYの一方的な要求に基づくものというべきであって、右行為につきXの同意があったものとは認められない（下着を下ろそうとした際、Xが「だめ」というような言葉を発して抵抗していたことは、Yも供述するところである）。ただし、前記認定のとおり、Xが運転していた自動車の車内は相当に狭かったから、Yが主張するように、Xのある程度協力的な行為がなければ右車内において性的関係まで結ぶことは困難であったと認められる。したがって、Xがその主張するような必死の抵抗をしたのであれば、性的関係にまで至ることはなかったと考えられるのであり、XにはYの行為を断固として拒否する態度に欠けていたものといわざるを得ない」。

このように、控訴審判決は、Xが余りに無警戒であり、性的関係を断固として拒否する態度に欠けていたとして、被害者を非難している。そして、その非難が慰謝料額の算定に反映することになる。いわく、

「〔3〕本件行為は計画的なものではなく、Yが夜遅くXと狭い車内で話すうち衝動的に行われた多分に偶発的なものということができるが、Yは、XがYを信頼し、また、その指示・要求に従わざるを得ない立場にあるのを不当に利用して本件行為に及んだものというべきであって、その行為は非難されなければならない。しかし、Xの行動も無警戒にすぎ、本件現場においても、XがYの要求を断固として拒否する態度に出たならば本件行為にまで至らなかったものといえることができる。

右のような本件行為に至る経緯、本件行為の経過と態様及びその他本件に現れた諸般の事情を総合考慮する

と、Xに対する慰謝料は二〇〇万円をもって相当とする。また、本件事案の内容、訴訟の経緯等にかんがみれば、弁護士費用は三〇万円をもって相当とする」。

（裁判官・大内俊身、吉田徹、比佐和枝）

このように説いて、控訴審は、一審の認容額合計七〇〇万円を大幅に——約三分の一にまで——減額して、合計二三〇万円の限度でのみXの請求を認容している。違法な性行為における慰謝料額の相場をつり上げる契機にもなりえた一審判決であったが、控訴審の裁判官（大内俊身、吉田徹、比佐和枝）によって押さえ込まれる恰好になったわけである。この判決に対しては、XYの双方から上告がなされたようだが、最高裁によって上告不受理の決定が下され、確定している（最判平成一三年二月二日・平成一三年（オ）第八七六号・平成一三年（受）第八五五号、最判平成一三年二月二日・平成一三年（オ）第八七六号・平成一三年（受）第八五五号——裁判官・北川弘治、河合伸一、福田博、亀山継夫、梶谷玄）。なお、その後、Yは辞職したようである。

（イ） 分析と評価

裁判官が自由心証に基づいて行った事実認定に関して、外部からとやかく言うことは、慎重でなければならぬ。とはいっても、の、事実認定に際して控訴審裁判官が既成概念に囚われていることは、指摘しておく必要がある。その既成概念は、判旨[3]において、「Xの行動も無警戒にすぎ、本件現場においても、XがYの要求を断固として拒否する態度に出たならば本件行為にまで至らなかった」と説いて、Xの態度を非難している部分に集約的に表れている。Xに対する非難は、その直後に示される慰謝料額の算定（一審判決の認容額の減額）に直結しているだけに、決定的である。

たしかに、控訴審判決は、Xが性行為に同意していたか否かという、不法行為の成立要件を判断するに際しては、「Xとしては、YからBとの交際を強く叱責された後、突然に抱きしめられるような行動に出られたため、また、YとXとの前記のような関係からして、Yの要求に従わざるを得ない感情が働いたことも推認され、結局、Yの行為に強く抵抗することができなかったものと推認される」と説いて、Xには強制同意しなかったことを認めている。しかし、不法行為の効果として慰謝料を算定するに際しては、Xの態度を非難している。この場面では、控訴審裁判官には、Xが、何ゆえ、「無警戒」のように見え、また「断固として拒否する態度に欠けていた」のか、その理由を問う姿勢は見られない。

要するに、控訴審判決は、不法行為の要件と効果の場面を区別した上で、Xが無警戒で、必死の抵抗をし、あるいは断固として拒否する態度を示さなかったという事実は、要件レベルでは同意があったと認定する方向には働かないが、効果レベルでは慰謝料額を減額する方向に働くことを認めている。Yから性暴力被害を受けそうになったXの態度いかによって、慰謝料の額は増減すると考えられているわけである。あるいは、判決文には表れていないが、Xの態度によって損害自体が変わることはないが、Xにも損害発生につき帰責性があると見て、過失相殺の法理によって賠償額を減額すべきだと考えられているのかもしれない。けれども、Yは、Xの指導教授であり、その恋人Bの恩師でもあったことを考えれば、Xが断固として拒絶できなかったという事実の考慮の仕方が、何ゆえ、不法行為の要件と効果の判定場面で異なってしまうのか、理解できない。

さらに、Xの行動が余りにも無警戒に見えるとしても、それがYに対する信頼に基づいていたとすれば、その信頼が裏切られた分だけ、Xの精神的ダメージは大きかったはずである。信頼が裏切られた時の状況について、精神医学の立場から、次のように言われていることに耳を傾けるべきである。いわく、今まで信用してきた相手の豹変によって、被害者の予測や安全だという判断は裏切られ、自分はこれから後、どうなるか分からない、と

いう強い恐怖に襲われる。さらに、加害者が信用を利用して被害者を追い込むことは多く、その畏にはまったと気づいた時に感じる被害者の恐怖と戦慄は、侮られるべきではない。⁽⁷⁵⁾だとすると、仮にXが無警戒であったことが賠償額の減額事由になるとしても、そこで発生した精神的被害の大きさによって慰謝料自体が増額されるので、たとえ過失相殺の法理によつて減額したとしても、増額された元本の大きさによつてカバーされると考えられないだろう⁽⁷⁶⁾。のみならず、Xの無警戒に見える態度がその心的要因に由来し、そのことが損害の拡大に繋がったとしても、心的要因は原則として賠償額の減額事由として顧慮すべきではない、というのが判例である（前稿・三六―三七頁・判決⑧）（最判昭和六三年四月二日民集四二巻四号二四三頁）、および、同四六頁注（27）参照。以上のように、控訴審判決には多くの疑問が残る。

これに対して、一審判決は、以下のような事情を斟酌して、高額の慰謝料を認容している。すなわち、(1) Xが恋人との婚約を報告した翌日に、そのことを知りながらYが性行為に及んだこと、(2) 性行為の状況が極めて卑劣であり、Xにとつて悲惨であること、(3) Yに全く反省の色が見えないこと、(4) 性行為の後、YがさらにXを傷つけて追い込むように振る舞ったこと、(5) YがXの恋人Bとの仲を裂きにかかったことなどの事情である。いずれも極めて悪性の強い行為である。これらの特別の事情が深刻な精神的被害をもたらしたのであり、にもかかわらず、Yは「格別の社会的制裁」を受けていないことから、高額な慰謝料の支払いが命じられたのである。

さらに、判決では言及されていないが、(6) 違法な性行為が行われた現場がXの車の中であつたという事実も忘れてはならない。なぜなら、事件後も、Xは、車を手放さない限り、運転のたびに繰り返し事件の現場に戻されることになるからである。

以上、二つの判決を対比する形で検討した。たしかに、慰謝料の算定については、一審判決と控訴審判決とは、加害行為の認定および評価を異にしたため、結論も異にすることとなった。けれども、両者とも、加害行為と損

害を一体・一如のものとして捉えて、加害行為に着眼して慰謝料を算定している点は異ならない。本稿の提唱する〈慰謝料の再構成〉の枠組みから見ると、一審判決は、デフォルトの定額慰謝料に加えて、加害行為の悪性を斟酌して、変額慰謝料を認めたものと言うことができる。これに対して、控訴審判決は、変額慰謝料を基礎づけるだけの加害行為の悪性を認めなかったものとして位置づけることができよう。

2 自衛隊上官事件

ここでも、(ア)事案と判決を確認した上で、(イ)若干の考察を加えよう。

(ア) 事案と判決

Xは、昭和五二年生の女性で、身長は約一五二センチである。元自衛官の前夫（事実婚）との間にもうけた長女（平成一七年生）がいる。Yは、昭和三七年生の既婚男性で（妻子と同居）、身長は約一九〇センチである。Xは、平成二二年四月一九日、航空自衛隊A基地の非常勤隊員（文書管理等補助員）として採用され勤務し始めた。Yは、その時、階級は空曹長であり、総務事務や庶務を担当する科の空曹（同科における最上位の空曹）であり、庶務係長の職にあった。勤務経験の少ない非常勤隊員Xから見れば、Yは雲の上の人のように見える存在であった。事件当時、Xは三三歳、Yは四八歳であった。

Xの前夫は、問題行動が多く、平成二二年六月下旬、自宅で家庭内暴力事件を起こしたことから、警察騒ぎとなった。そこで、Xは長女と二人で自活することを決意して、同年九月上旬頃、前夫との事実婚を解消し、長女と共に新たな住居に転居した。その結果、Xは、前夫の収入をあてにできなくなり、自らの収入だけを頼りとする生活を送らざるを得ない状況になった。だから、Xは、任期終了後の平成二二年一〇月以降も、非常勤隊員と

して雇用されることを希望していた。雇用と収入の確保は、Xと長女の生活維持にとって最重要の事項だったからである。そのため、Xは、平成二二年九月一三日、A基地の非常勤隊員の採用試験を受験した。その後、採用試験の可否が発表されるまでの間、Xは、心理的に不安かつ不安定な状態に置かれることになった。可否発表は同年一〇月八日の予定であった。

そのような状況下の同年九月二四日、YはXを呼び出し、車でF島の人気のない神社前へXを連れて行き、いきなりXを抱きしめてキスをした。さらに、採用試験の可否発表前日の一〇月七日、Yの指示により、Xの自動車に二人で乗って、A市内の映画館へ行き、映画を鑑賞した。映画鑑賞後、Yは、Xから自宅や車の鍵を束ねたホルダーを受け取り、「ドライブに付き合え」と言って、Xの自動車を発車し、ラブホテル内の駐車場に駐車し、Xの手を強く引くなどして客室に入り、Xと性交をした。Xは、翌日の採用試験の結果発表において、合格していた。その後も、Yは、Xが性的関係を含む付き合いに応じてくれるものと考えて、月に何回もXの自宅に上がり込んで性的関係を強要するようになった。このような状態が一年余り続いた。

そこで、Xは、不法行為を理由にYを訴えて、一一〇〇万円（慰謝料九七五万円、治療費・通院交通費二五万円、弁護士費用一〇〇万円）の支払いを請求した。これに対して、Yは、Xと初めて性交渉をもった平成二二年一〇月七日以降、Xと交際していたのであり、性行為につきXの同意があったものと認識していた、と主張した。争点は、(a)ボールペンのプレゼント、(b)動物園への同行、(c)映画鑑賞をどう評価・解釈するかであった。

(1) 一審判決

第一審の静岡地裁浜松支部は、次のように(a)～(c)の事実を解釈した上で、Xに同意がなかったとは言えない、と判断している。

⑭ 静岡地裁浜松支部判平成二八年六月一日（労判一一六二号二頁）——裁判官・足立堅太

(a) ボールペン

裁判官は、「Xが平成二二年二月二日から同月三一日までの間、ボールペンをYに贈ったことからすると……、XとYとの間には、過去に強姦事実があったとは考えられないような情緒的、人間関係が形成されていたことがうかがわれ、強姦されたとのXの主張には疑問の余地がある」と判示して、XがYに対してボールペンを贈った事実、Xの同意を推認する方向に働くと解している。

(b) 動物園

判決は、「Xは、Yと共に動物園に赴いているが、これには長女も同行している……。長女と動物園に行く際、強姦犯と同行することは、仮に強姦犯が人事上の影響力を有していると思っただとしても考えにくい」と説いて、子供連れでの動物園への同行は、Xの同意を認める方向に働くと位置づける。

(c) 映画

裁判官は、「XとYが平成二二年一〇月七日に性交したこと自体は争いが無いが、Xは、ホテルでの性交に先立ってYと映画鑑賞をしており、F島において接吻されたことがあったことからすると、後にホテルに行つて性交するよう求められるような成り行きを想定することも容易であったにもかかわらず、なぜ映画鑑賞に行ったのか」という問いを立てる。そして、「Xは、Yが人事上の影響力を有していると誤信して、映画鑑賞に行くことには応じざるを得なかった旨述べたが、言うことをきかなければ、人事上の不利益を与える旨の明示的な脅

迫、がなかったというのであるから、いかに人事上の影響力を有するといっても、無理に接吻してくるような者と映画鑑賞に行くとは容易に考えられない」と説いて、Yと映画鑑賞に行ったことはXの同意を肯定する方向に働くと捉えている。

このように(a)～(c)の事実を評価した上で、一審判決は、強姦だったとのXの主張を認めず、ただYがXにキスをしたことについて三〇万円の慰謝料の支払いを命じた。これを不服として、Xが控訴。

(2) 控訴審判決

控訴審は、上記の(a)～(c)の事実に関する評価を一八〇度変えて、次のように判示している。

⑭東京高判平成二九年四月一二日（労判一一六二号九頁——裁判官・野山宏、大塚博喜、布施雄士）

(a) ボールペン

判決は、「平成二二年二月三十一日、Xが、自宅に上がり込んできたYに対し、ボールペンの贈り物をしたことがあった。しかし、このボールペンは、他の友人へのプレゼントとして購入したものであった。Xは、当日、機嫌が悪かったYの機嫌をとるために、Yへの贈り物とただけであって、贈り物の事実が両者間の親密さや相互の好意的感情の存在を推認させるものではない」と評価している。いわば義理ペンであったことを認めている。

(b) 動物園

裁判官は、「平成二二年二月一日は長女の幼稚園の休園日であったので、Yの指示により、昼間は長女と共に三人で静岡市のK動物園に行き、Yは、同日夜に、Xの自宅に上がり込んで、長女就寝後にXとの性的関

係に及んだ」と認定している。事実認定の重点が、動物園で休日と共に過ごしたことから、性行為に移っている。

(c) 映画

判決は、「採用試験の発表前の平成二二年一〇月二日の夜、Yは、Xに対し、『非常勤採用試験の合格者選考をしている最中だ。』と言い、同月七日に映画に誘った。Xは、F島で強引にキスしてきたYを嫌悪していたが、断れば非常勤隊員採用試験で不利に扱われるのではないかと考え、やむを得ず映画に行くことにした」と評価して、映画に同行したことはXの自主的な行動でなかったことを認めている。

その上で、控訴審は、次のようにYの加害行為とXの被害を詳細に認定・評価した上で、Yに対して高額慰謝料の支払いを命じている。

「Yは、同年九月二四日、行き先を告げずに遠方にドライブに誘い出し、言うことを聞かないと知らない場所に残されるかもしれないという恐怖感を与えた上で、愛知県F島でXにキスを試み、言葉では拒絶されたが、最後まで実行しても強く拒絶されないという感觸を得た。Yは、非常勤隊員採用試験への影響力を示唆すれば、雇用と収入の確保の問題に敏感なXとより深い関係になれるのではないかと考え、同年一〇月七日、呼出しに応じたXを乗せた乗用車をラブホテルの駐車場まで運転し、強引に室内に入れて性的関係を強要し、最初は抵抗していたが恐怖で抵抗する氣力を失ったXを姦淫した。その後、上官の指示を拒絶する術を知らずに言いなりになってくれるのを良いことに、Yは、Xの自宅に上がり込んで性的交渉に及ぶことを繰り返し、Yは、Xが不眠、精神衰弱、氣力の低下という健康障害を起こしても、Xの体調や健康には一切配慮せず、自らの欲望の充足のみを優先させた。その結果、Xの精神状態が病的に悪化していった」。

「……〔Yは〕上官としての地位を利用し、Xや〔Xの交際相手の〕太郎の人事への影響力をちらつかせ、当時母子家庭で雇用や収入の確保に敏感になっているXの弱みにつけ込んで性的関係を強要し、これを継続したことは、違法行為である。しかも、Xの健康状態に配慮せず、Xの精神状態を病的に悪化させた点、自衛隊退職後のXを精神状態悪化のために職業訓練等を受けることができず生活保護を受けざるを得ない状態に追い込んだ点、このようなXの境遇には全く関心を示さずに、欲望処理のための性的関係を求め続けた点は、悪質である」。

「特に約一年以上にわたり性的関係を強要され、他の交際相手の存在も無視され、その結果、心身の不調により職業訓練等を受けられず生活の危機に迫いやられ、心身の不調そのものも好転せずいまだにP.T.S.D.症状に悩まされ、家事・育児など生活に多大な支障を来していることを考慮すると、Xの精神的損害に対する慰謝料は八〇〇万円が相当である」。

（裁判官・野山宏、大塚博喜、布施雄士）

このように説いて、控訴審は、Yに対して、慰謝料八〇〇万円、弁護士費用八〇万円の支払いを命じている。一審ではXの意に反する性行為だったとは認定されず、三〇万円の慰謝料しか認められなかったことと比べると、まさに桁違いの認容額である。この判決に対しても、上告がなされたが、最高裁は、上告不受理の決定をしている（最判平成三〇年二月二日・平成二九年（オ）第一〇五三号・平成二九年（受）第一三一七号——裁判官・山本庸幸、鬼丸かおる、菅野博之）。

(イ) 分析と評価

控訴審が高額の慰謝料を認容する前提として斟酌した事実としては、(1)平成二二年一〇月中旬以降、Yは月に何回もXの自宅に上がり込んで性的関係を強要するようになり、そのような状態が、その後も一年余り続いたこと、(2)Xは、Yの性的奴隷のように扱われていると感じていたが、どのようにすれば被害を回避できるのかが分からなかったため、Yの指示に奴隷のように従い続け、Yの機嫌を損ねないように振る舞わざるを得なかったこと、(3)しかし、そのことが続くにつれて、Yの傍若無人な言動と、それに従わなければならないストレスが原因で、Xは徐々に精神が衰弱し、気力も低下してきたことから、睡眠薬や精神安定剤の力を借りることが増えてきたこと、(4)「Xは、性行為を強要されている最中に体調がおかしくなり、Yの許可を得て精神安定剤を服用したこともあったが、Yは、Xの健康・体調には一切気を遣わなかった」こと、その結果、(5)Xは「いまだにPTSD症状に悩まされ、家事・育児など生活に多大な支障を来している」こと等を挙げることができる。要するに、Yが長期間、Xを性奴隷のように扱い、その人格を無視して尊厳を深く傷つけたという悪性、および、そのことによるXの精神・体調の不調を考慮して、高額な慰謝料が認められたのである。

右の事実を分析すれば、(1)～(4)は、いずれもYの加害行為の悪性、いいかえればXの被害の深刻さを認めるものである。それに対して、(5)の後遺症的なXの被害は、悪性の強いYの加害行為の結果、ということができ、加害行為自体からは少し距離のあるところに位置づけるべきかもしれない。これらの事情を斟酌した上で、控訴審判決は、高額な慰謝料を認容している。〈慰謝料の再構成〉の立場からは、控訴審の裁判官は、定額慰謝料に加えて、(1)～(5)の個別具体的な事実を斟酌して変額慰謝料を認めることによって、高額な慰謝料の支払いを命じたものと解することができる。

以上の二つの事件における一審と控訴審の判断を対比すると、加害行為に関する事実認定が詳細になれば、慰謝料が高額になり（判決⑭）（自衛隊上官事件）、事実認定が簡略化されると、慰謝料は低額になる（判決⑬）（東北生活文化大学事件）、という比例関係が認められる。事実を詳細に認定すればするほど、加害行為の悪性や被害の深刻さが鮮明に浮かび上がってくるからであろう。

最後に、もう一つ、別の判決を見よう。それは、意に反する性行為について、判決⑭と並んで、高額の慰謝料を認めたものとして、注目される。

3 職場上司暴行事件

⑮東京地判平成二八年三月一日（平成二四年（ワ）第六七〇四号・平成二七年（ワ）第一四五六七号TKC二五五四二六五二——裁判官・若松光晴）

婚約者がいるX（A会社の経理部に配属された正規女性社員）が、飲み会で前後不覚になるほどの酩酊した状態になり、Yら（営業係長のY₁および営業主任のY₂）によってラブホテルに連れ込まれ、数時間にわたって、わいせつな行為がなされた、という事件である。Xは、警察に被害届および告訴状を提出したが、Yらは逮捕も起訴もされなかった。そこで、Xは、Yらに対して、共同不法行為を理由に、総額で八四五万円の損害賠償を請求した。判決は、損害として、「治療費及び通院交通費」とは別に、以下のような事実を摘示した上で慰謝料を算定している。

「①Yらは、Xの意思に反することを認識しながら、人格権としての性的自由を違法に侵害したと認められる」。

「[2]一人の女性に複数の男性が共同してわいせつ行為に及んだ態様は悪質かつ卑劣極まりなく、Xの人間性や尊厳を害すること甚だしく、Xの受けた精神的苦痛は深刻かつ重大である。Xは、Yらのわいせつ行為を原因として、重篤な精神疾患を抱えており、その心身の健康に及ぼした被害も深刻かつ重大である。Xは、Yらとのわいせつ行為を契機として、本件会社との間でも紛争を抱えることになり、最終的には離職を余儀なくされて、収入を失い、人生設計を大幅に狂わされている。……[3]Yらは、当初こそ自己の非を全ては否定せず、謝罪の用意があるかのような態度を表面的には示していたが、開き直って、謝罪その他のその苦痛を慰謝する措置は全く講じないで、不合理な弁解を弄して、自己の卑劣な行為の正当化を図って、Xの人格を否定し、心情を傷つける二次被害を与えている。本件訴訟での準備書面の記載も品位に欠け、侮辱的といえる表現が少なくない。更には、あたかも自分たちがXに陥れられた被害者かのように装ってXに損害賠償を求める反訴まで提起し、Xに応訴の負担を負わせていることは論外である」。

(裁判官・若松光晴)

判決は、このように述べて、Yらに対して、治療費約三二万円、慰謝料七七〇万円、弁護士費用四〇万円、合計約八四二万円の支払いを命じている。Xのほぼ全面勝訴である。

判旨[1]は、Yらの故意による不法行為を認定したものである。判旨[2]は、Yらによる悪質かつ卑劣な加害行為を認定するとともに、それによってXに甚大な損害が生じたかについて、後遺症にまで目配りをしつつ記述している。判旨[3]は、事件後のYらの反訴を含む行為に焦点を当てて、その悪性を非難している。Yらの卑劣な加害行為と、それがもたらしたXの精神的損害の両方に目配りがなされ、慰謝料額算定の基礎とされている。判旨[2][3]において、加害行為と損害は、密接不可分の関係にあるものとして捉えられている。その結果、高額の

慰謝料の支払いが命じられたわけである。

本判決は、本件におけるような悪性の強い加害行為はとうてい許されない、という見方（非難）に貫かれている。それが証拠に、判決には、Yらにつき、「悪質かつ卑劣極まりなく」、「人間性や尊厳を害すること甚だしく」、「開き直って、謝罪その他のその苦痛を慰謝する措置は全く講じない」、「不合理な弁解を弄して、自己の卑劣な行為の正当化を図って、Xの人格を否定し、心情を傷つける二次被害を与え」、「品位に欠け、侮辱的」、「あたかも自分たちがXに陥れられた被害者かのように装って」、「論外」など、Yらを強く非難する言葉が散りばめられている。それを受ける形で、高額な慰謝料の支払いが命じられている。

それと比べると、Xの被害状況についての記述は簡素というべきものであって、「精神的苦痛は深刻かつ重大」、「重篤な精神疾患を抱え」、「その心身の健康に及ぼした被害も深刻かつ重大」、「離職を余儀なくされて、収入を失い、人生設計を大幅に狂わされ」と形容されるに留まっている。事の性質上、Xの被害状況は、外面に表れる部分が少ないので、言語化することが難しいという事情もあるかもしれないが、それにしてもYについての描写とは対照的である。

そこに表れているのは、裁判官・若松光晴の視線である。その視線の先にあるのは、あくまでも加害者と加害行為の悪性である。〈慰謝料の再構成〉の枠組みから見れば、判旨[1]～[3]の認定する個別具体的な事実が、加害者に対する非難・制裁としての変額慰謝料を基礎づけ、高額な慰謝料額の認容に繋がったと言いうことができる。

さらに、本判決は、Xが酩酊していたことを斟酌して慰謝料を減額すべきかにつき、次のように説いている点でも注目される。いわく、「Xはかなり酩酊しており、Yらが強引に酒を勧めたことを認めるに足りる証拠はないが、職場の仲間との飲み会のことであり、酩酊した際の保護は相互に期待され、酩酊に乗じたわいせつ行為は、その信頼を裏切る行為であることにかんがみれば、Xがかなり酩酊していたことをXの大きな落ち度と見ることに

は相当でない」。Xが酩酊状態に陥った際には、Yらには、いわば〈相互の保護〉が期待される。にもかかわらず、Xの酩酊状態を利用してわいせつ行為に至ったYらは、Xの期待を裏切った者として、強く断罪すべきなのである。これも、変額慰謝料の算定において斟酌された事実といえよう。

以上のように、実際の裁判においては、個別具体的な加害行為の悪性や被害の深刻さに応じて、高額の慰謝料が認容されている。これは、本稿の提案する〈慰謝料の再構成〉からいえば、定額慰謝料を基礎に、個別具体的な事実の詳細を斟酌して変額慰謝料として加算する枠組みと整合的である。未だ、加害者の社会的地位や資産状況を斟酌したことを正面から認める裁判例は見られない。けれども、高額の慰謝料を認容した判決^⑭^⑮においては、加害者はそれなりの社会的地位に就いており（教授、上司）、それに伴って相当の資産を有している可能性が高い。だとすれば、事実上、加害者の地位や資産を斟酌した上で高額の慰謝料が認められたと評することができるかもしれない。

むすび

本稿の結論として、右に見たような現在の慰謝料額の水準を前提に、定額慰謝料の額を示そう。次の通りである。

〈節度ある事実〉、すなわち、違法な性行為がなされたという不法行為の要件事実の証明さえあれば認めらるべき定額慰謝料の額は、「四〇〇万円～五〇〇万円」である。

定額慰謝料は、あくまでも最低限のデフォルト値を定めたものである。だから、加害行為の悪性も含む一切の個別具体的な事情に応じて、変額慰謝料が加えられることになる。総額で約八〇〇万円の慰謝料を認めた裁判例は（判決⑭⑮）、右のデフォルトたる定額慰謝料に加えて変額慰謝料が認められたものとして理解することができる。

「四〇〇万円～五〇〇万円」という定額慰謝料の額は、現在の相場が「二〇〇万円～三〇〇万円」だとすると、倍近くの増額を意味している。しかし、この増額は、以下の理由から正当化することができる（第一および第二は本稿のまとめを兼ねている）。

第一は、最新の精神医学の知見に基づいて、性暴力被害の全貌を明らかにしたことである。意に反する性行為が行われると、その時点で、被害者は、言葉にすることのできない程の羞恥心・恥辱感・屈辱感・恐怖感を味わう。そこでは、身体のみならず、視覚・聴覚・嗅覚・味覚・触覚という五感すべてに対する侵襲がなされる。のみならず、性行為が終了して加害者から開放された後においても、被害者は、トラウマを含む精神的苦痛に苛まれる。後遺症として一生トラウマに苦しめられたり、思わぬ時に性交場面のフラッシュバックに苛まれたりする被害者の姿を思い浮かべる必要がある。ところが、これまで民法学は、意に反する性行為が行われた場合、どのような被害が発生するのかについて、やや抽象的・観念的に捉えて済ませてこなかっただろうか。被害者の心の傷と正面から向かい合わなければならない。そのため、刑法学上の議論に示唆を得て、「意に反する性行為における不法行為法上の保護法益は、加害者の一方的な性欲充足行為によって女性の人格・尊厳が害されないこと」であると捉えた。

第二は、精神的損害と一体・一如のものとしての加害行為に焦点を合わせて、加害者と加害行為に対する制裁

の要素を含むものとして慰謝料を捉えたことである。制裁には、特別予防と一般予防の二つの機能・目的が認められる。そこにおいて、慰謝料は、セクハラのない社会を実現するのに適当な額でなければならぬ、という考慮が働くことになる。その観点から、デフォルトとしての定額慰謝料とともに、変額慰謝料を構想することによって、慰謝料を再構成することを提案した。私は、本稿着想の時点において、「慰謝料は、加害者に心からの後悔と反省を促すことのできるような額でなければならない。それによって、初めて被害者の『損害』は回復されると考えられるからである」と述べた(前稿・四頁)。この命題の具体化として、慰謝料の再構成を試みたわけである。セクハラのない社会の実現という被害者の一番の願いに応えるためには、慰謝料は「加害者に心からの後悔と反省を促すことのできるような額」でなければならぬ。性暴力が割に合わない社会を実現するため、特別予防・一般予防を目的とする制裁機能を十分に意識した上で、慰謝料額を定める必要がある。

慰謝料一般については「無形の損害に対して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……あえて一定の金額に形象化したものとなっている」と説かれて⁽¹⁷⁾いる。〈慰謝料の再構成〉は、違法な性行為に即して、「人びとの懐く感情に社会が置く価値」を具体化するための試みである。性暴力なき社会実現のための制裁という観点こそ、性暴力被害者のみならず、一般の人々の懐く感情、その率直な気持ちに、寄り添うものだと考える。

第三は、意に反する性行為によって女性の尊厳が傷つけられることがあつてはならない、という社会的な要請の高まりである。セクハラのない社会を目指すべきだという考え方が強くなってきたのは、それが人権と深く結び付いていると理解されるようになったからである。この点については、すでに六〇年以上前に、慰謝料に関して次のような見通しが示されていたことが注目される。いわく、「慰藉料額の算定には、……明確な基準というものはなく、最後の判断は、社会通念とか裁判官の良識とかに委ねられる。……その額は……、侵害に対す

る社会の一般的反応に応じて変化するべきものであり、人命や人権が厚く尊重されるようになれば、その侵害による慰藉料額も増加することになるであろう⁽⁷⁸⁾。つまり、慰謝料額の高額化は、性暴力の予防といったプラグマティックな政策判断とは別に、被害者の人権をより厚く保護するためのカテゴリー的な判断の帰結なのである。

第四は、人が殺された場合との均衡である。刑法における刑罰は、重い順に言えば、殺人（死刑または無期もしくは五年以上の懲役）、強制性交等（五年以上の有期懲役）、傷害（二五年以下の懲役又は五〇万円以下の罰金）という序列になっている。強制性交等は、殺人よりは軽い、傷害（罰金で済む場合がある）よりも重い刑が科されることになっており、殺人に準じる反社会性のある行為として捉えられている。ところで、殺人が行われた場合、民事においては、逸失利益も考慮した上でだが、犯人には、二〇〇〇万円から一億円ほどの損害賠償の支払いが命じられるのが普通のようなものである。だとすると、民事上も、「魂の殺人」としての強制性交等は、それとほぼ同等に、そして、意に反する性行為は、それに準じて扱うことが、殺人の扱いと整合的である。それゆえ、逸失利益等を除いたとしても、定額慰謝料としては、たとえば、強制性交等の場合には二〇〇〇万円、意に反する性行為の場合には一〇〇〇万円の支払いを命じることが適当なのかもしれない。また、交通事故の場合、損害額の算定基準を提示する「赤い本・青い本」においては、加害者には通常故意が認められないにもかかわらず、被害者が死亡した場合の慰謝料として最低二〇〇〇万円という数字が掲げられている⁽⁷⁹⁾。これらの賠償額の相場や基準を目の前にすると、意に反する性行為が行われた場合、デフォルトとして「四〇〇万円～五〇〇万円」の定額慰謝料の支払いを命じることが、極めて控えめであり、決して高額ということではできないはずである。

以上、本稿においては、慰謝料の再構成を目指した。もともと、幸いにも本稿の主張が裁判所に届き、加害者に対して定額慰謝料や変額慰謝料の支払いが命じられたとしても、被害者の心の傷は容易には癒えないだろう。我々は、被害者が心の傷を抱えたまま生きていかなければならないことに、心を寄せ続けるしかない。結局のと

ころ、加害者に対して慰謝料の支払いを命じることの意味は、被害者救済のためというよりも、〈セクハラによる人権侵害のない社会〉の実現という一般的公益レベルで捉えるしかないのかもしれない。

【付記】

本稿を、古稀を迎えられた池田眞朗先生に捧げたい。もともと先生の古稀記念論文集（『民法と金融法の新時代』、慶應義塾大学出版会、二〇二〇年）に寄稿すべく執筆したのが本稿であったが、長大なものとなってしまったため、本誌において公表することとなった次第である。池田先生ならびに論文集の編集委員会の方々には、長大なドラフトを提出して、ご迷惑をおかけしたことにつき、お詫びしたい。

前稿および本稿については、構想段階において、井田良・和田俊憲両教授から刑法の現状と改正動向に関して懇切なご教示を得た。また、校正段階において、安藤裕美・唐沢晃平両弁護士から幾つかの点につきそれぞれコメントを頂いた。さらに、同志社大学を拠点とする「法律実務研究会」（二〇一九年七月一三日、於・慶應義塾大学）、および、科研費基盤研究 A 「高齢社会・人口減少社会に関する研究会」（同年八月五日、於・慶應義塾大学）において報告して、出席者の方々から示唆深いご意見を賜った。記して感謝申し上げたい。

（1）幾代通『不法行為法』（徳本伸一補訂、有斐閣、一九九三年）二七七頁。

（2）リーディングケースである大判明治四三年四月五日（民録一六輯二七三頁）は、支払停止の事実のない債務者に対して、破産を申し立てて、破産の宣告をなさしめたことは、債務者の信用を害すべき事実を流布したことになるので、債務者は、破産宣告によって被った財産上の損害に加えて、名誉上の損害をも受けたとして、慰謝料の支払いを命じた原審の判断を是認するに際して、「不法行為に因りて生じたる損害が財産以外の損害なるときは、其数额は事実裁判所が各場合に於ける事情を斟酌し自由なる心証を以て之を量定すべきものなるが故に、原院が本件名誉上の損害及び心神痛苦の損害に付き其数额を認定したる根拠を示す所なきも理由不備なりと謂うを得ず」と説いたものである。続く、大判明治四三年一月二日（民録一六輯七四五頁）は、名誉毀損の記事を掲載した新聞社が訴えられたものであるが、「名誉を害し、因て生じたる財産以外の損害、即ち慰藉料の如きは、原告より特に其損害額を証明せざ

るも、裁判所は諸般の事情を斟酌して其額を定むるを得べきことは、当院の判例とする所」だとして、右の四月五日判決を引用している。

- (3) 犯罪が認められた事案も含めてだが、裁判所によって違法な性行為が認定された判決一五件のうち、七件が「二〇〇万円～三〇〇万円」の慰謝料の支払いを命じており、この額を下回るものは一件に留まっている（安西二郎「性犯罪事案における慰謝料額／過失相殺〈犯罪被害に対する慰謝料／裁判例の分析を中心として——五・完〉」季刊刑事弁護八三号（二〇一五年）九〇頁以下の「表」参照）。

- (4) Jean-Louis HALPERIN et Naoki KANAYAMA, *Droit japonais et droit français au miroir de la modernité*, Dalloz, 2007, p. 265.

- (5) 刑事事件における被害の実態に関しては、警察に被害届が出された強姦および強制わいせつ事件に関する調査に基づく貴重な研究として、内山絢子「性犯罪被害の実態——性犯罪被害調査をもとにして（一）」（四・完）警察学論集五三巻三号～六号（二〇〇〇年）、同「性犯罪の被害者の被害実態と加害者の社会的背景（上・中・下）」警察時報五五巻一〇号～一二号（二〇〇〇年）がある。加害者の見方も紹介されており、参考になる。

- (6) 被害者が男性の場合があることを否定するわけではないが、説明の便宜上、本文では、女性が被害者である典型例に即して論じることとする。男性が被害者の場合にも、本文で述べることは、ほぼそのまま当てはまる。

- (7) 以下、本文本節は、宮地尚子「性暴力とPTSD」ジュリ一二三七号（二〇〇三年）一六五頁以下に依る。なお、宮地説においては、「性暴力」は、強姦（強制性交）だけでなく、広く、意に反する性行為を含む用語として用いられている（宮地・一五八頁、同・後掲注（15）一七七頁）。以下の本文において「性暴力」の語を用いる場合も、同様である。意に反する性行為は、違法な性行為として、裸の性暴力と異なるところがないからである（前稿・三八頁）。
- (8) 辰井聡子「自由に対する罪」の保護法益『刑事法・医事法の新たな展開——町野朔先生古稀記念・上巻』（信山社、二〇一四年）四二四～四二五頁。

- (9) 和田俊憲「鉄道における強姦罪と公然性」慶應法学三一号（二〇一五年）二六四頁。

- (10) 井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修八〇六号（二〇一五年）七～八頁。

- (11) 佐伯仁志「刑法における自由の保護」曹時六七巻九号（二〇一五年）三七頁。

- (12) 北川佳子「強制性交等の罪・準強制性交等の罪（小特集・性犯罪に関する刑法改正）」法時九〇巻四号（二〇一八年）五六～五七頁。
- (13) 宮地・前掲注(7)ジュリ一二三七号一六一頁。
- (14) 宮地・前掲注(7)ジュリ一二三七号一六五頁。
- (15) ジュデイス・L・ハーマン（中井久夫訳）『心的外傷と回復』（みすず書房、一九九六年）四六頁以下。これを踏まえた宮地尚子「想像力と『意味』——性暴力と心的外傷試論」『トラウマの医療人類学』（みすず書房、二〇〇五年）一七二頁以下からも示唆を得ている。以下、本文本節では、それぞれ「ハーマン」、「宮地」として引用する。
- (16) レイプ被害者の五名に一名近くが自殺を企てるとされている（ハーマン・前掲注(15)七三頁）。
- (17) 日本最初のセクシアルハラスメント裁判の原告・晴野まゆみは、『さらば、原告A子——福岡セクシアル・ハラスメント裁判手記』（海鳥社、二〇〇一年）を刊行しているが、そのタイトルには、自分に与えられた「被害者（代表）」というアイデンティティーと決別したいという気持ちが表れている（宮地尚子『環状島Ⅱトラウマの地政学』（みすず書房、二〇〇七年）一〇五～一〇七頁参照）。
- (18) 日本の皇室について、性的な事柄が一切語られないのは、性の持つ象徴的意味と関係している。
- (19) 後掲判決⑫の事件では、被害者が水商売に就いていたことが被疑者無罪に結び付いたのではないかと疑われている（後掲注(65)引用の文献参照）。
- (20) 和田・前掲注(9)二六五～二六六頁参照。
- (21) 和田・前掲注(9)二六六頁。
- (22) 財産的損害と非財産的損害の評価の違いに関しては、そもそも財産的損害の算定も、死者の得べかりし利益の算定に表れているように、多かれ少なかれ不確実なものであるから、同じく不確実な算定に基礎を置く慰謝料との違いは相対的である、と主張する学説がある（広中俊雄『債権各論講義』（有斐閣、第六版、一九九四年）四九九頁）。けれども、そこで念頭にあるのは、一方で、財産的損害としては死者の逸失利益であり、他方で、慰謝料の調整的機能である。純粹の財産的損害と純粹の精神的損害とは、主体と客体との関わり方において本文で述べたような構造的差異があることは否定できない。

(23) 事後の加害者の態度は、直接に被害者に対して示したものの、あるいは間接的に伝わったものでなければ、「加害行為」損害」として考慮されない。加害者が影で何を言っても、また何をしても、そのことが被害者に伝わらない限り、何の苦痛ももたらさないからである。

(24) 窪田充見『不法行為法——民法を学ぶ』（有斐閣、第二版、二〇一八年）二〇頁。

(25) 淡路剛久『不法行為における権利保障と損害の評価』（有斐閣、一九八四年）一〇四—一〇九頁、一二八頁。

(26) 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』NBL八七四号（二〇〇八年）一〇頁。

(27) 加藤一郎『不法行為』（有斐閣、増補版、一九七四年）二二八頁。もともと、それに続けて、「それを擬制だとし、正面から私的制裁の理論をもち出すべきではないと思われる」（同頁）とも述べられている。

(28) 四宮和夫『不法行為』（青林書院、一九九五年）二六六頁。もともと、前提として、刑事責任と民事責任の分化によって、制裁は前者に、損害填補は後者に、と機能分担が行われるに至った以上、制裁はもはや不法行為制度の主目的にはなりえないとされ（同頁）、加害行為の態様が考慮されるのも、精神的損害算定の具体的妥当性を意図してのことであって、ことさらに慰謝料の私的制裁性を強調すべきではない、としている（二六七頁）。そして、「金銭の形で代償たる慰謝料を受け取ることによって被害者の苦痛・困惑・不便・不幸等は多かれ少なかれ癒されうる」（二六八頁）ことから、慰謝料は、ゆるやかな意味での損害填補であると述べられている（五九五頁）。

(29) 澤井裕『事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、第三版、二〇〇一年）二四三—二四四頁。

(30) 加藤雅信『事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣、第二版、二〇〇五年）二八八—二八九頁。

(31) 植林弘『慰藉料算定論』（有斐閣、一九六二年）——その要約として、同・注釈民法(19)（加藤一郎編、有斐閣、一九六五年）二〇〇頁以下。本文本節においては、前者から頁数のみにて引用する。

(32) そこで念頭にある制裁説は、戒能通孝「不法行為における無形損害の賠償請求権」法協五〇巻二—三号（一九三二年）である（植林・前掲注(31)一二五頁以下）。

(33) 佐伯仁志『制裁論』（有斐閣、二〇〇九年）二四九頁以下。

(34) 例、森田『小塚・前掲注(26)』。

- (35) 佐伯・前掲注(33)二五一頁。
- (36) 森田・小塚・前掲注(26)は、経済分野における規制を念頭に置いての主張であり、かつ、そのねらいは当該行為を一切許さないのではなく、適正な水準でコントロールすることにある。その限りでは、取引費用も含めて、最適抑止のための額を計算することができると考えられているのであろう。いずれにしても、本稿とは対象も手法も異にしていることは明らかである。
- (37) 佐伯・前掲注(33)二五〇頁。
- (38) 三島宗彦「慰謝料の本質」金沢法学五巻一号(一九五九年)一頁——以下、本文本節では頁数だけで引用する。なお、そこでは、「制裁」と「懲罰」の語は互換的に用いられているので(二五頁注(1))、本文では「制裁」の語を用いて彼の見解を辿る。
- (39) 三島は、実践的には、制裁的観点を持ち込むことによって、慰謝料の高額化を目論んでいる(三島・前掲注(38)八頁)。
- (40) 佐伯・前掲注(33)二五一頁以下。懲罰的賠償に関する記述だが、本文では、慰謝料一般に即して、その考え方の骨子を示す——以下、本文本節では、頁数のみにて引用する。
- (41) 懲罰的損害賠償に関して、罰金との対比でこの問題を論じたものとして、田中英夫・竹内昭夫『法の実現における私人の役割』(東大出版会、一九八七年)一六四～一六五頁、佐伯・前掲注(33)二五三～二五四頁参照。
- (42) 伊藤詩織『ブラックボックス』(文藝春秋、二〇一七年)二四四頁。
- (43) 伊藤・前掲注(42)二四六頁。
- (44) 本文での引用部分は、加害者とされる山口敬之が刑事手続において不起訴処分になったことを受けて書かれたものである。その後、伊藤詩織は、違法な性行為を理由に、民事訴訟を提起して、一一〇〇万円の損害賠償を求めたが、それに対して、被告・山口敬之は一億三〇〇〇万円の損害賠償と謝罪広告を求めて反訴を提起した。この事件につき、東京地裁は、被告に対して三三〇万円の慰謝料の支払いを命じている(令和元年二月一日——鈴木昭洋裁判長)。
- (45) 澤井・前掲注(29)二四三～二四四頁。
- (46) 吉村良一『不法行為法』(有斐閣、第二版、二〇〇〇年)一四一～一四二頁。

- (47) 後藤孝典『現代損害賠償論』（日本評論社、一九八二年）一八九頁。懲罰的賠償に関しては、ほかにも、たとえば、早川吉尚「懲罰的損害賠償の本質」民商一一〇巻六号（一九九四年）九四頁、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」同志社法学二五八号（一九九八年）一八〇頁、丹羽重博「懲罰的損害賠償の可能性」日本法学六五巻四号（二〇〇〇年）三頁、同「懲罰的損害賠償の必要性」日本法学七四巻二号（二〇〇八年）五〇三頁、榎岡宏成『アメリカ懲罰賠償法』（信山社、二〇一二年）参照。
- (48) 金山直樹「債務不履行における慰謝料の賠償」（初出二〇〇九年）『現代における契約と給付』（有斐閣、二〇一三年）二八七頁参照。
- (49) 佐久間邦夫「本件解説」ジュリー一二九号一〇八頁、森田博志「本件評釈」法協一一七巻一一号一七〇三頁。
- (50) 佐久間邦夫「本件解説」最高裁判所判例解説民事篇平成九年度八六八頁。
- (51) 窪田充見・新注釈民法(15)（同編、有斐閣、二〇一七年）八七八頁。
- (52) 宮地尚子「PTSDの概念を法はどう受け止めるべきか？」ジュリー一二二七号（二〇〇二年）五頁。
- (53) 宮地・同前。
- (54) 名誉毀損による慰謝額の定額化に関しては、井上繁規「名誉毀損による慰謝料算定の定型化及び定額化の試論」判タ一〇七〇号（二〇〇一年）一四頁がある。これは、「慰謝料一〇〇万円」と言われた時代において、慰謝料額の高額化を目指したものであって、定額化に向けての先駆的研究というべきである。
- (55) 犯罪被害を念頭に置いて、「[1]慰謝料の基準化は共通損害に対する最低補償にすぎないと理解すべきであり、[2]個々の被害者が精神的打撃の深さを主張し、その原因となった加害行為の悪質さを立証した場合には、その打撃を癒す手段として慰謝料の高額化が図られるべきである」と主張する見解がある（九州弁護士会連合会Ⅱ大分県弁護士会編『犯罪被害者の権利と救済』（現代人文社、一九九九年）一五八頁）。本稿と軌を一にする主張であって、[1]は「定額慰謝料」に、[2]は次に本文で説く「変額慰謝料」にそれぞれ対応している。また、名誉毀損を念頭に置いて、[1]名誉の平均的評価を確定した上で、その侵害の結果として生じた非財産的損害の程度を考慮する「填補的慰藉料」と、[2]加害者の故意・過失など、その動機・加害行為の態様を考慮して加害行為の反社会性の程度に応じて額を定める「制裁的慰藉料」を区別する見解も（三島宗彦『人格権の保護』（有斐閣、一九六五年）二九六頁）、同様に位置づけ

ることができる(前述・前号二三―二四頁も参照)。

(56) 宮地・前掲注(7)ジュリ一二三七号一六九頁。

(57) 植林・前掲注(31)は、填補説を貫く立場から、そもそも「加害者・被害者双方の年齢、学歴、職業、収入、資産、経歴、生活程度、社会的地位、身分関係、不法行為の動機、原因、その経緯など」に関する一切の事情を制限なく考慮する判例の立場には批判的であるが(二〇八頁)、とくに加害者の資産を考慮することは、損害賠償としての慰謝料の性質に反すると解する立場から否定的である(二七五―二八一頁)。四宮・前掲注(28)も、加害者の年齢・職業・社会的地位・財産状態を斟酌することに対して、填補説の立場から、損害の具体化とは無縁だとして反対している(五九九頁)。ただし、四宮説が念頭に置いているのは、死亡による損害であって、純粹の精神的損害とは性質を異にする側面があることに留意すべきである。

(58) この判決は、「権利侵害に対する慰謝料の数额を定むべき事情に一定の制限あることなく、諸般の事実を斟酌して之を定むべきものなれば、独り被害者の社会上の地位のみならず、加害者の社会上の地位を斟酌したりとて元より何等不法なければ、本論旨は理由なし」として、上告を棄却したものである。

(59) 本文にいう「社会的地位」は、前稿において不法行為の要件論の中で述べた「組織的格差」における地位、たとえば部下との関係において上司が占める地位とは視点を異にしている。ここでは、加害者・被害者間の相対的な関係ではなく、いわば客観的に觀察して、加害者の社会的地位の高さや資産の多寡を評価しようとしているからである。目安としては、国民の平均年収や平均資産を相当程度上回っている者を念頭に置いてはどうかと考えている。

(60) 懲罰的損害賠償制度に関する立法論として、「民事上の制度としてであったとしても、制裁としての性質を持っている以上は、罪刑法定主義、責任主義、罪刑均衡原則などの原則が、刑法と同一でないとしても、妥当すべきである。そのためには、懲罰的賠償を認める類型を法律で規定するとともに、その要件を明示し、一定の上限額を定めることが必要のように思われる」と主張する学説がある(佐伯・前掲注(33)二五六頁)。本稿の提唱する変額慰謝料には、加害者の悪性を斟酌する点において、論者の念頭にあるアメリカ型の懲罰的損害賠償と共通する側面がある。けれども、本稿は論者が主張するような射程の広い立法論を展開するものではなく、もっぱら性暴力という限られた類型を立てて、その中の解釈論を展開している点で異なっている。この場面に限ってであれば、判例によって、「刑

法と同一でないとしても」、刑法の大原則と正面から抵触することなく、変額慰謝料の中身を明らかにすることは可能であろう。また、慰謝料の上限額の問題は、日本の民事訴訟においては印紙制度がある以上、とくに立法で定めなくても、事実上すでに達成されていると考えることができよう。さらに、証明レベルの問題も、民法の不法行為の問題として捉える以上、刑事の証明基準——「合理的疑いを超える証明」——に従う必要はなく、「証拠の優越」で足りるだろう。要するに、刑法の崇高な理念からは多くを学ぶべきであるが、刑法と協働するために、民法の意義が半減するようなことになってはならない、と考える。

(61) 末川博「不法行為制度における倫理性」（初出一九四三年）『権利侵害と権利濫用』（岩波書店、一九七〇年）五七～五五八頁。

(62) もっとも、民刑事峻別論は、「正面から制裁的慰謝料を認めることには消極的だが、いわば裏口から制裁的要素を『加味』することは黙認する。これは加害者にとって、損害の填補だけでよいというのではないという意味で不正な手続であり、少なくとも不誠実な態度である」と批判されている（樋口範雄「制裁的慰謝料論について——民刑峻別の『理想』と現実」ジュリ九一一号（一九八八年）二四頁）。

(63) 最判昭和三三年六月六日裁判集刑二二六号一七一頁（裁判官・小谷勝重、藤田八郎、河村大助、奥野健一）も参照。

(64) 例、西田典之『刑法各論』（橋爪隆補訂、弘文堂、第七版、二〇一八年）一〇三頁。この点については、たとえば、「裁判実務においては、意思に反すること（性交に関する合意が否定されること）と最狭義の暴行・脅迫の存在がイコールとされているとすれば、そのことは意思に反すること……を間違いない確信できる事例（すなわち、立証上のハードルをクリアでき、かつ行為者の同意に関する錯誤の主張を排斥できるような場合）のみに強姦罪の成立を認めようとしているからであろう」と説明されている（井田良「性犯罪処罰規定の改正についての覚書」慶應法学三一号（二〇一五年）五二頁。同・後掲注（66）も参照）。判例の理解としては、和田・前掲注（9）二七二・二七四頁、佐伯・前掲注（11）二一～二七頁も参照。

(65) 心理学・精神医学・産婦人科学の知見も踏まえて、この判決を総合的に批判するものとして、杉田聡（編著）『逃げられない性犯罪被害者』（青弓社、二〇一三年）がある。

- (66) 刑法改正に向けて、暴行・脅迫要件の持つ機能を正確に認識すべきだという立場からなされた最新研究として、井田良「性犯罪処罰規定における暴行・脅迫要件をめぐって」曹時七二卷二号(二〇二〇年)一頁参照。
- (67) 島岡まな「性犯罪の保護法益及び刑法改正骨子への批判的考察」慶應法学三七号(二〇一七年)三四頁。
- (68) Christophe André, *Droit pénal spécial*, 4^e éd., Dalloz, 2017, p. 167-168, n° 187-189.
- (69) Cass. crim. 8 fév. 1995, n° 94-85202. この判決については、判例として引用するものと(André, *supra* note 68, p. 167, n° 189)、脅迫がどのようなものでありえたかを特定することなく、Yの地位を特定しただけで、そこから脅迫がなされたと認定する幾つかの判決の一つとして引用するものがある(Michèle-Laure Rassar, *Droit pénal spécial : Infractions du code pénal*, 8^e éd., Dalloz, 2018, p. 688, n° 588)。なお、フランスの刑事訴訟法上、この破毀院判決で事件が終結するわけではないが、周辺問題なので、ここでは説明を省略する。
- (70) Rassar, *supra* note 69, p. 688, n° 588, note 4. もともと、著者は、本文のような例を挙げつつも、行為者の地位だけでは、被害者が性行為を強制されたことは証明できないとして、やや批判的である。
- (71) この数字は、フランスの人口が日本の半分であることも踏まえて理解する必要がある。もともと、フランスでは、基礎となる判決の数や判決公表のルールが日本と異なっていることにも留意しなければならない(やや古いが、大村敦志「『判例』の法社会学的研究」(初出一九九一年)『法源・解釈・民法学』(有斐閣、一九九五年)二二頁以下参照)。
- (72) 島岡まな「フランスにおける性刑法の改革」大阪弁護士会人権擁護委員会性暴力被害検討プロジェクトチーム編『性暴力と刑事司法』(信山社、二〇一四年)一九〇頁。
- (73) この制度については、さしあたり、佐伯・前掲注(33)二二二～二二四頁参照。手続きを利用するための申立手数料が、二〇〇〇円と安価である点も注目される(犯罪被害者保護法四二条)。
- (74) 不法行為法を制裁法として位置づけることについては、古くは、三島・前掲注(38)七〇八・一一頁、最近では、窪田・前掲注(24)二五頁参照。刑事制裁、行政制裁、民事制裁(損害賠償)を総合的に捉えて、あるべき制裁制度を探究しようとする研究としては、すでに何度も引用したが、佐伯仁志『制裁論』(前掲注(33))が有益である。
- (75) 宮地・前掲注(7)ジュリ一二三七号一六七頁。

(76) たとえば、仮に定額慰謝料として四〇〇万円が認められるべきだとして、本文のような特別の事情があったことから、変額慰謝料が加えられて、慰謝料の合計額が七〇〇万円へと増額されるべき事実があったと仮定しよう。その場合、仮に、減額割合が二割だとしても、慰謝料額は五六〇万円に減額されるに留まるので、定額慰謝料四〇〇万円を上回ることになる。

(77) 四宮・前掲注(28)五九五頁（傍点は原文のもの）。本文中の引用では、あえて、原文に「その自由な判断によって」とあるのを「……」に代えている。既成概念からの解放を願う本稿の立場からは、裁判官の自由な判断を強調することには賛成できないからである。

(78) 加藤・前掲注(27)二四三頁。幾代・前掲注(1)三〇〇頁も、慰謝料につき、「人権思想の高まりとともに、その絶対額はかつてよりは次第に高くなる傾向にある」ことを認めている。

(79) 生命侵害の場合には、慰謝料請求権の発生主体をどう考えるかという理論的問題があるが、実務上は、誰が請求しても総額は変わらないという扱いがなされている。また、交通事故に関しては、自動車保険の普及が前提になっているが、その点は措く。