

人身傷害と近親の慰藉料

— アメリカ判例法の発展 —

藤 倉 皓 一 郎

はじめに

他人の不法行為によって人身傷害を受けた被害者の近親が固有の賠償請求権、とくに慰藉料を請求できるかについては、わが国の学説、判例ともに解釈のわかれるところである。これは生命侵害の場合、被害者の家族「父母、配偶者及ビ子」に慰藉料請求権を認める民法七一条の解釈を中心に、七〇九条、七一〇条との関連などをめぐる問題である。

従来は、七一条の反対解釈によって、傷害の場合には近親に固有の慰藉料請求権を認めないとするものが多かった。しかし、顔面に傷害を負った女兒の母親に慰藉料をあたえた最高裁判所判例（最判昭三三・八・五民集民二卷二号一九〇一頁）などにみられるように、このところあたらしい発展がみられる。⁽¹⁾

この問題については、すでに外国法との比較をふくめて、すぐれた研究が多いが、本稿はアメリカのコモン・ローのもとでの人身傷害による近親の慰藉料について考察してみたい。問題の範囲をとくに過失による人身傷害をうけた

者の近親の賠償請求権にかぎるのは、そこで認められる損害賠償にあきらかな慰藉料的性格をうかがえるからである。たしかに、コモン・ローの認める無形損害として、故意による不法行為の損害にあたえられる懲罰損害 *punitive damage* に慰藉料的機能をみる⁽³⁾ことができるが、過失による傷害の場合には私的制裁としてではなく、傷害による苦痛 *pain & suffering* をもふくめて、あくまで発生した損害の填補をたてまえとする慰藉料をみる⁽⁴⁾ことができる。

不法行為の損害賠償において、損害と請求権者にかんする二原則があるとされる。近親の慰藉料は、間接被害者に無形損害を認めることになる。これらの原則をコモン・ローのもとでの損害賠償にあてはめると次のことがいえよう。他人の不法行為によって侵害をうけた直接被害者は、まず有形損害について賠償請求できる。そして、ひとたび有形損害が立証されれば、それに付随して無形損害も賠償される。このように独立では請求を認められないところから、無形損害は、かつて寄生的損害 *parasitic damage* と呼ばれた。⁽⁵⁾ 人身傷害をうけた本人は、医療費その他、「得べかりし利益」の喪失など財産的損害を請求できる。これらの財産的損害の立証をまっして、傷害による苦痛 *pain & suffering* (肉体的苦痛にかぎらない。傷害による *mental anguish, humiliation* などの精神的苦痛もふくまれる) などの非財産的損害の賠償をえることができる。⁽⁶⁾

近親への人身傷害の反射として、みずからの請求権をもつのは、傷害をうけた未成年の子の親と、妻を傷つけられた夫にかぎられている。兄弟姉妹、祖父母、孫は請求権をもたない。親と夫はそれぞれ、ふるくからコモン・ローのもとで *loss of services* と *loss of consortium* の訴と呼ぶ請求権を認められてきた。⁽⁷⁾ これらの請求権の内容は、ふるくは傷害をうけた子、妻の労働力の喪失という財産的損害が中心をなしていた。のちに非財産的損害をふくむ方向への発展がみられ、とくに夫を傷害された妻にあたらしく認められた請求権は、まったく財産的損害をとりさった純

粹の無形損害について、いわゆる慰藉料請求権をみとめたものとして注目される。

コモン・ローの不法行為には多くの類型があるが、故意の不法行為 intentional torts と過失 negligence とははっきりと区別される。故意の不法行為とされる(妻の)姦通 criminal conversation, 愛情阻害 alienation of affections, 誘拐 abduction などの場合に、はやくから親や夫の請求権の内容に無形損害が認められたのはあきらかである。

これに比べて、従来のコモン・ローは、過失による人身傷害の場合に、無形損害のうちの、いわゆる感情利益の喪失 sentimental loss, solatium の賠償は否定されるところ⁽⁸⁾が、直接被害者の親、配偶者のもつ賠償請求権の内容を詳細にみると、はじめ財産的、有形損害に寄生した無形損害が、しだいに明確化して、ついに独立の慰藉料に発展するのがみられる。

コモン・ローのもとでの近親の慰藉料を人身傷害の場合にかぎってとりあげるのは、とくにこの分野がわが国の民法との比較に適するとみられるからである。アメリカ法では、コモン・ローの「人的訴権は人とともに死す」という原則を修正するかたちで、不法行為による生命侵害の場合の請求権を制定法 wrongful death and survival statutes で規定している⁽⁹⁾。この関係は、日本民法が不法行為の一般規定である七〇九条、七一一〇条のほかに、とくに生命侵害の場合を規定した七一一条をおいていることと対比される。コモン・ローを修正した制定法は厳格、狭義に解するといふ法理があるので、生命侵害の場合に拡張解釈されることはない。人身傷害の請求権は、コモン・ローの不法行為の一般法則の解釈にしたがうわけである。日本の戦後の判例、学説が七一一条の反対解釈をはなれて、不法行為の一般原則である七〇九条と七一一〇条にもとづいて、近親の慰藉料を肯定する傾向は、

コモン・ローとの比較をより興味あるものになっている。しかし、ここでは、比較法的興味をしばらくおき、コモン・ローの発展を正確にあとづけることに本稿の目的をかぎりたいと思う。

- (1) 植林・慰藉料算定論三一五頁以下。同「子の傷害に対する親の慰藉料請求権」判例演習(債権法2)。千種「子の傷害と母の慰藉料」判時一五九号。井口「最高裁判所判例解説」法曹時報一〇卷一〇号一六七五頁。岩井「不法行為により身体を害された被害者の母の慰藉料請求が認容された事例」民商四〇卷三号一三五卷。三島「被害者の父母と慰藉料請求」民商五一卷五号七八六頁。菱木「身体を害された者の母の慰藉料請求が認容された事例」専修大論集二二号九二頁。同「身体傷害と家族の慰藉料」同三二号六五頁。
- (2) 我妻「近親の殺害と傷害」判例漫策一四九頁以下。中川「家族の感情利益と慰藉料」我妻先生還暦記念論文集上卷三一頁。中川「無形損害に関する一小研究」。「生命侵害に於ける反射損害・特に無形損害」いずれも身分法の総則的課題所収。
- (3) 植林・慰藉料算定論六頁以下。田中「英米における懲罰的損害賠償」我妻先生還暦論文集上卷八八九頁以下。Note, 70 Harv. L. Rev. 517 (1957).
- (4) 中川「家族の感情利益と慰藉料」前掲書三一三頁以下。
- (5) Street, THE FOUNDATIONS OF LEGAL LIABILITY, 1, 470 (1906).
- (6) ふつう身体的接触 physical impact を欠く精神的ショックの損害賠償は認められないとされる。なお、末延「精神的衝動による損害の賠償」英米法の研究上巻一九一頁。
- (7) McComick, DAMAGES 327-334. (1935); Prosser, TORTS, 698-705. (1959); Harper & James 1 TORTS, 629-643 (1956).
- (8) "Solatium means, rather, a compensation as a soothing to the affections or wounded feelings, and for loss of the comfort and social pleasure there is in the association between members of a family. Solatium is sentiment, love, or affection, as distinguished from a property loss. And, as such, it is the very thing the law says shall not be allowed." Marshall v. Consolidated Jack Mines Co. (1906) 119 Mo. App. 270, 95 S. W. 972 (later appeal in 1908, 129 Mo. App. 649, 108 S. W. 573).
- (9) これらの制定法には賠償を財産的損害のみに限るもの、慰藉料を認めるが各請求権者(ふつう死者の親、配偶者、兄弟姉妹)について一定額をきめているもの、さらに一般に賠償額の上限を定めるものなどがある。なお、Harper & James, 1 TORTS, 1284 参照。

1 子を傷害された親の請求権 Action for Loss of Services

他人の過失によって傷害を受けた者の損害は、ふつう①治療にともなう支出、②その他の財産的損失、③身体的苦痛の慰藉料にわけられる。そして、これらの損害の各項目は、直接の傷害を受けた本人によって請求されるのがふつうである。ところが未成年の子が傷害を受けた場合、親が子の傷害によってうけた損害を自分のものとして請求することができる。⁽¹⁰⁾そこで損害のどの項目が、親と直接被害者である子のいずれに属するかが問題となる。⁽¹¹⁾

まず、親は子のためにすでに支出した医療費、さらに治療が将来にわたるときには、子が成年に達するまでに必要な医療費を請求することができる。つぎに、コモン・ローのもとでは、成年に達するまでの子の収入、労働力は親に帰属するとされるので、子の傷害によって親が通常、子から期待できる services を失ったとして損害を請求できる。子の傷害について、親に固有の慰藉料請求は認められない。親の心労、不安などにたいする賠償を否定するのが通説である。しかし loss of services の項目のもとであたえられる損害が、慰藉料的性質をおびることはのちに述べるとおりである。

直接被害者である子は、身体的苦痛の慰藉料と、成年に達してからのちに残る損害、すなわち後遺症の治療費、身体障害による減収を自分の損害として請求することができる。

傷害を受けた子の親がもつ loss of services の訴は、ふるくは子の労働力にたいする親の財産権とされた。⁽¹²⁾使用人を負傷させられた主人が、使用人の労働力の喪失を理由に加害者に賠償請求できるのと同様に、他人の不法行為によって、子の services を失った親にも請求権があるとされた。はじめは、実際に労働力の喪失があることを立証しな

ければ、医療費など、子の傷害による親の財産的損害の請求は成立しなかった。かつては子の *services* の喪失をと
もなわない事例で親の請求は否定されたのである。

未成年の子が傷害をうけると、子と親にそれぞれ請求権が生じるわけであるが、これら二つの請求権の関係につ
ては複雑な問題が多い。親の請求権は、直接被害者である子の請求権を代位したのではなく、子の傷害の結果とし
て親自身のうけた損害にもとづく固有のものである。⁽¹³⁾ 子の傷害によって二つの請求権が発生し、それらは独立のもの
であるとされる。しかし、直接被害者である子の請求が、時効や、本人の寄与過失、危険の承諾などによって否定さ
れた場合の、親の請求権については解釈がわかれている。通説は、親の請求権が子のそれとはつねに独立別個のもの
であり、直接被害者である子の請求の成否とは関係なしに成立するとする。⁽¹⁴⁾ 他方、親の請求権は子のそれから「派生
するもの」*derivative one* で、子の請求権の成立に左右されるとする立場がある。これらの他に、一個の請求権が、
親子二当事者によって分けられているという見解もある。⁽¹⁵⁾

これらの立場は、とくに子の寄与過失が親の請求権にどう影響するか、いわゆる帰責過失 *imputed negligence* を
認めるかどうかを中心に争われるところである。⁽¹⁶⁾ また、いずれの見解をとるかによって、両請求権間の *estoppel, res*
judicata などの効力について差異が生じる。なお、子の傷害について、親に監督義務者としての寄与過失が認められ
るときに、親の請求権が否定されることについては、いずれの立場をとっても疑いがない。⁽¹⁷⁾ 親と子の請求権の關係に
ついて、さらにくわしく述べることをさておき、ここでは、親の請求権の内容——賠償請求できる損害の範囲を調べ
てみたい。それによって、親と子の請求権の性質と、その関係をあきらかにすることができると思われる。

- (10) 請求は父親にかぎられる。父親死亡のとき、嫡出でない子のときは母親に請求権がある。なお、家族のなかの父親の地位については、Fisher, *Paternal Familias*, 41 Ill. L. Rev. 27 (1946).
- (11) この点にかんする判例を集めて解説したものは、32 A. L. R. 2d 1060, "What items of damages on account of personal injury to infant belong to him, and what to parent," がある。
- (12) Thompson v. Town of Fort Branch, 204 Ind. 152, 178 N. E. 440, 82 A. L. R. 1413 (1931). 最近の判例は、親の請求権は「身分関係」をなす義務にのみとつらぬ。Georgetti v. 29 Holding Corp., 31 N. Y. S. 2d 968 (Sup. 1941).
- (13) アメリカでは古くから「親は子の傷害によって固有の請求権をもちつゝゐた。Netherland-American Steam Nav. Co. v. Hollander, 59 F. 417 (2 Cir. 1894).
- (14) Trapezi v. Walker, 144 A. 2d 831, (Sup. Ct. Vt. 1958). Youngblood v. Taylor, 89 So. 2d 503 (Sup. Ct. Fla. 1956). Prosser, TORTS 702-3, Harper & James, 1 TORTS 633-4 子どもの立場をみる。
- (15) 子どもの「Callies v. Reliance Laundry Co., 188 Wis. 376, 206 N. W. 198, 42 A. L. R. 712 (1925). ".....If the minor is guilty of contributory negligence, neither minor nor parent can recover, for their rights spring out of the same transaction—the same cause of action. The parent takes by operation of law a part of the child's cause of action, and he must take it as the child leaves it." 206 N. W. 200.
- (16) Gregory, *the Contributory Negligence of Plaintiff's Wife or Child in an Action for Loss of Services*, 2 U. Chi. L. Rev. 173 (1932); James, *Imputed Contributory Negligence*, 14 La. L. Rev. 340 (1954).
- (17) Prosser, TORTS 703.

A. 治療にともなう支出

親は子の傷害によって支出した治療費を請求することができる。この治療費の請求は、たとえ子の傷害によって services を失ったという事実がなくとも、⁽¹⁸⁾ することができる。英国では、いぜん子の services の喪失の立証を親の請求権の成立要件としているようであるが、アメリカでは、⁽¹⁸⁾ ふるくから、親が子のために支出した治療費の請求は、

services の喪失の有無にかかわらず認められている。⁽¹⁹⁾

親が支出した医療費を加害者に請求できるのは、親の子に対する養育義務にもとづく⁽²⁰⁾とされる。子の傷害によって必要となった費用は、まず親が支弁しなければならないが、子の傷害が他人の不法行為によるときは、子のために支出した治療費を親が自分の損害として請求する。養育の義務をおわない者が治療費を支払ったときは、加害者に請求することができない。⁽²¹⁾

親はすでに支出した治療費のみでなく、子の傷害が長期にわたるときは、将来の治療費をも請求できる。しかし、とくに将来にわたる治療費については、子が未成年であっても、これを親の請求ではなく、直接被害者である子の請求にあたえるという裁判所の見解がある。将来の治療費を親の請求項目からとりさつて、子にあたえるのは、賠償された治療費が、親や家族によって治療以外の目的に使用されるのを防ぐためである。「未成年の子が被害者である場合、その子が利害関係の当事者である。治療費の賠償によって未成年の子が得る利益を保護するために、将来の治療費は、親が自己のためにする賠償請求の訴においてよりも、直接被害者である子のための訴の項目として認めるのが妥当である⁽²²⁾」とされる。

親の支出した入院費用は全額を請求できる。子の傷害にかかわらず、親は子の食費および住居費などを負担する義務をおうから、入院費用のうち、食費と部屋代は請求できないという主張があるが、ほとんどの裁判所はこの主張を認めない。⁽²³⁾ 入院費用のなかで、食費、部屋代をとくに区別することは実情にそぐわず、また入院中の食費、部屋代は、子が家庭にいるときよりも、はるかに高額なのがふつうであるから、入院費用からこれらを差引いた額についてだけ請求を認めよというのは失当であるとされる。

入院治療費は、傷害による直接の損害であることがあきらかで、親が支払う積極損害であり、その額についても、すでに支出した分については立証が容易である。しかし、入院治療にともなう他の費用については問題となることが多い。

まず、必要な看護人を雇った費用を請求できることは疑いないが、もし被害者の親や家族の一員が看護にあたった場合はどうか。また父親が看護のために休業したときには、休業による減収を損害として請求できるかなどが問題となる。

親または家族の一員が看護にあたったときには、その看護に対して適当な報酬額を請求できる⁽²⁴⁾。子の看護のための休業によって生じた減収については請求が認められない⁽²⁵⁾。子の入院治療にともなうこれらの損害について、請求が認められるかどうかは、その支出が通常生ずべき損害の範囲内にあるかどうかによって決るのであるが、この範囲は、子の傷害の「自然かつ直接」*natural and proximate*の結果として生じた損害にかぎるとされる。親の損害が子の傷害の直接の結果ではなく、傷害からかけはなれたものであるときには *remote damages* として請求が認められない。たとえば、親が負傷した子を看護するのは、子の回復に必要であるから、親の通院のための交通費、宿泊費は通常生ずべき損害にあたるとされる⁽²⁶⁾。傷害のため不具となった子の義足の費用、そのほか人身傷害のための養育費の増加分も認められる。負傷した子の静養のために別荘を借り、そこまで子を送る経費は、通常生ずべき損害でないとされる⁽²⁷⁾。すでに述べたように、親が子の看護のため休業して失った収入は、不確定 *too speculative* あるいは、かけはなれている *too remote* として認められないが、これに対しては、子の傷害による直接の損害とみなすべきであるとする批判がある⁽²⁸⁾。看護人を雇った経費は損害として認められるが、親の休業によって失った収入は賠償されないという区

別を、前者が子の傷害によって支出された積極損害 out-of-pocket expenses であり、後者がいわゆる得べかりし利益の喪失という消極損害であるところに求めることもできる。

治療費とそれにもなう支出は、子の傷害によって親のこうむった財産的損害であり、そのうち積極損害とされるものについては、親の請求が認められていることはあきらかである。次の loss of services については、財産的損害であるとされながら、非財産的損害をもそのなかにふくむことが多い。

(18) Street, DAMAGES, 225 (1962).

(61) Dinnis v. Clark, 2 Cush. 347, 56 Mass. 347, 48 Am. Dec. 671 (1848). Sutherland, DAMAGES, 3655 (3rd ed. 1904) は次のように述べて “.....the best considered cases hold that in as much as it is a duty enjoined by the law of the land, as well as by the laws of nature, upon the parent to care for and heal his injured minor child, he who willfully or negligently occasioned the injury should be held responsible for the expenses incurred, without reference to the capacity of the child to render service to the parent.”

(20) 子の労務を求める親の権利と養育義務の関連を強調する判例として Keller v. St. Louis, 152 Mo. 586, 54 S. W. 438, 47 L. R. A. 391 (1899). なる Note, 42 Harv. L. Rev. 112 (1928) 参照。

(12) 車に同乗中、傷害を受けた子の祖父が支出した治療費を加害者に請求した事例で、請求権は父親にあるとして、祖父の請求は否定された。Drake v. Crowley Yellow Cab., 41 So. 2d 533, (La. App. 1948).

(23) Rockwood v. Lansburgh, 109 Cal. App. 581, 293 P. 792 (1930). 最近の例として Amentrout v. Virginian R. Co., 72 F. Supp. 997 (D. C. W. Va. 1947); Stiles v. Caddick, 11 App. Div. 2d 889, 203 N. Y. S. 2d 484 (1960). しかして 親の医療費支出義務を理由に 親の請求で認めるのが多数説である。Callies v. Reliance Laundry, 188 Wis. 376, 206, N. W. 198 (1925). 3 Restatement of Torts, § 703, Comment g.

- (23) Publix Cab. Co. v. Colorado National Bank, 139 Colo. 205, 338 P. 2d 702, 78 A. L. R. 2d 198 (1959).
- (24) Sedlock v. Trospier, 307 Ky. 369, 211 S. W. 2d 147 (1948). しかし、負傷の子に日に二度マッサージをほどこしたが、看護によって、とくに減収のなかった母の請求は否定された。Hoaling v. Security Steel Equipment Co., 51 N. J. Supp. 123, 143 A. 2d 844 (1958).
- (25) 子の看護のため六ヶ月間、仕事を休んだ母の失った賃金（一、五〇〇ドル）は認められず、看護の報酬（一、〇〇〇ドル）が認められた。Armstrong v. Onufrock, 341 P. 2d 105, 76 A. L. R. 2d 946 (Sup. Ct. Nev. 1959).
- (26) Woodman v. Peck, 90 N. H. 292, 7 A. 2d 251, 122 A. L. R. 1402 (1939).
- (27) Agnew v. State, 166 Misc. 602, 2 N. Y. S. 2d 954 (1938).
- (28) Western Coal & Mining Co. v. Honaker, 79 Ark. 629, 96 S. W. 361 (1906) は傍論として次のようにいう。".....if circumstances render it necessary or advisable for the parent to quit work to attend the child, rather than employ another to attend him, it would seem that the parent should recover the loss of wages."

B. Loss of Services

コモン・ローの action for loss of services の発展をみれば、はじめこの請求権は文字どおり労務の喪失という財産的損害に対するものであった。現在でも、いぜんとして多くの裁判所は子を傷害された親の請求のなかにあるこの項目を財産的損害とみなしている。

コモン・ローのもとでは、すでに述べたように、成年に到るまでの子の労務と収入は父親に帰属する⁽²⁹⁾。したがって、他人の不法行為によって子を傷害された親は、その子が成年に達するまでの間の労務と収入の喪失について賠償請求できる。親が傷害された子から「得べかりし利益」を失ったというわけである。

家事、あるいは農業労働に従事する子の傷害によって、他人を雇う必要を生じた場合には、親に労務の喪失があっ

たとして請求できることはあきらかである。しかし、この項目のもとで具体的損害があったことを立証する必要はない。傷害の以前に、子が収入を得たことがないとき、あるいは具体的な労力の提供が認められないときでも、親の請求が認められる。傷害がながびく場合、あるいは後遺症があるときには、親はその子が成年に到るまで将来の労務、あるいは子が収入をもたらず能力を失ったとして損害を請求できる。⁽³⁰⁾ 子の services は、それによって親が特定の利益を得るようなものである必要はない。子が日常の家庭生活でする手伝いを失ったということでも足りる。⁽³¹⁾ 子と別居中の親にこの損害を認めた事例もみられる。⁽³²⁾ 陪審は特定の証拠がなくても、かれらの「健全な判断、経験と良心」⁽³³⁾ にとづいて賠償額を決定することができる。

十八世紀のコモン・ローのもとではとにかく、現在、親の請求のなかにある loss of services の項目は実体のないものになっている。財産的損害の項目としては、まったく擬制 fiction にすぎないとさえいわれる。⁽³⁴⁾ たとえ負傷した子が労働によって収入を得ていたとしても、年少労働者の保護立法は、その収入が子の所有になることを規定している。また義務教育制度の徹底によって、家事その他に子の労働力を期待することはすくなくなくなっている。⁽³⁵⁾ 現実には、医療費などの積極損害は別として、子の傷害によって親に消極的財産損害——実質的な「得べかりし利益」の喪失があるとはいいたい。

子の傷害による親の心労、悲嘆などについて親への慰藉料は認められないとされている。⁽³⁶⁾ このことは、親への精神的打撃がもっとも直接的であると思われる場合、たとえば子の傷害事故の現場を目撃した親の精神的ショック、恐怖などが独立の損害として認められないことをみてもあきらかである。⁽³⁷⁾

擬制であると批判されながら、いぜん多数の裁判所の認める loss of services が、事実、まったくの財産的損害

にかぎられているかどうかは疑問である。現実には、これが非財産的損害にすりかえられていることが充分に考えられる。医療費のほか、この項目のもとに、親の「得べかりし労務」の喪失として、多額の賠償が認められた事例では、実質的にこれを慰藉料とみることができよう。⁽³⁸⁾

すでに述べたように、親の請求する *loss of services* は、子が成年に到るまでの期間であり、まとまった財産的損害をみいだせないのがふつうである。かりに財産的損害があるとして、なんらかの算定をこころみとしても、客観的基準を設定することはむづかしい。とくに、傷害をうけたのが幼児の場合には、親の財産的損害として評価しようとする⁽³⁹⁾こと自体が無理である。ミシガン州の裁判所が、幼児死亡の事例であるが、これまでの *loss of services* を基準とした算定を放棄して、幼児の死亡によって失われた価値は親子のいとなむ共同生活 “the value of mutual society and protection, in a word, companionship.”⁽⁴⁰⁾にあるとしたのは注目される。この判決は、幼児の死亡の場合の賠償を財産的損害としてとらえることをやめ、非財産的損害としての評価にふみきったものであるといえよう。いわゆる感情利益の喪失について慰藉料を認めたのである。

また、子の傷害の場合でも、少数の裁判所が、親の請求できる損害に *protection, comfort, society and companionship* など感情利益の喪失をふくむことを認めた事例がみられる。⁽⁴¹⁾

親への慰藉料を認めず、財産的損害にかぎるとする裁判所の消極的、制限的な態度には、とくに人身傷害の事件における陪審の機能がからんでいる。人身傷害では、いわゆる非財産的損害である *pain & suffering* にはなんら具体的な算定基準がなく⁽⁴²⁾、被害者に同情的な陪審が多額の賠償を認めやすい。自動車事故による傷害の場合のように、事実上の被告が保険会社であるとみられるときには、とくにこの傾向がはなはだしい。ついでに、陪審は一事件かぎり

でわかるから、こうした非財産的損害の定額化は、裁判官が賠償額の決定にあたる法制に比べて、むづかしいということがある。損害額の決定は陪審の裁量認定にかかる事実問題とされるので、陪審の恣意的判定の規制は裁判所の苦心するところである。陪審の認定額が普通人の感覚にとってショッキングであり、偏見にもとづく認められる場合にだけ、裁判所は減額することができる。具体的損害の立証を要しない、loss of services は、陪審が親への慰藉料をふくめるのに格好な項目となっているといえよう。もちろん、陪審が医療費のほかに多額の非財産的損害を加えたと認められる事例では、裁判所が職権で減額のうえ判決するの⁽⁴³⁾がみられる。

loss of services をあくまで財産的損害にかぎるとすることは、陪審に適当な心理的制約をくわえる “to put the jury in proper frame of reference” という効果があるとされる。きわめて非論理的であるが、このへんに多数の裁判所がいぜんとして loss of services を財産的損害とする「擬制」をすてない理由があるのかも知れない。

loss of services を文字どおり子の労力の喪失として、親の支出した医療費とともに、これを財産的損害とする立場をつらぬけば、親の請求にあたえられる損害の内容は、子が成年に到るまでの親の財産的損害にかぎられ、それらは、もし傷害をうけた子が成年であれば、すべて被害者本人の損害として、みずからの訴で請求できる範囲をこえるものではない。子を負傷させられた親に固有の非財産的損害は名目上は認められず、主として医療費などの財産的損害も、本来なら子が請求すべきところ、養育義務をおう親からの請求を便宜的に認めているということが⁽⁴⁴⁾できる。

いずれにせよ、親の請求権は財産的損害にかぎるとされながら、loss of services の項目のもとで認められる損害賠償が慰藉料的性質をもつことは否定できない。はじめ財産的損害にかぎられた loss of services が、のちに非財産的損害としての性格をおびてくる変化は、次にのべる、コモン・ローの歴史のなかで同様の起源をもつ夫と妻の loss

of consortium の発展によりはつきりとあらわれている。

親が他人の不法行為によって傷害をうけた場合、子なんらの請求権をもちえないとされる。これは間接被害者には非財産的損害の賠償を認めないコモン・ローのたてまえからして当然のことである。傷害によって発生する財産的損害はすべて、直接被害者である親がみずからの損害として請求できるので、子なんらの財産的損害を認める余地はない。親の傷害によって子が一時的に扶養を失ったとしても、それは親の失った収入の賠償によって間接的にみたされるからである。もし子に請求権が認められたとすれば、それは子の非財産的損害にたいする純然たる慰藉料であるといえる。

ハワイ州の裁判所が、他人の過失によって親を傷つけられた子に、親の「保護を失った」として賠償を認めた判例があるが、のちにハワイ州最高裁判所が同様な事例でこれに反対の判決を下したので、⁽⁴⁵⁾ 上訴審で破棄されている。

(29) 英国では未成年の子の収入は本人のものとされる。したがって、傷害をうけた子本人が減収による損害を請求できる。Street, DAMAGES, 225 (1962).

(30) 一才半の幼児の loss of services を認めた例がある。Jackiewicz v. United Illuminating Co., 106 Conn. 310, 138 A. 151 (1927). 他、Girard v. Irvine, 97 Cal. App. 377, 275 P. 840 (1929) などもあげられる。"While it does not appear that anything had been earned by the minor, either before the accident, or subsequently, nevertheless damages may be estimated upon earning power, and if this has been lessened, a recovery may be had, regardless of whether the injured person had worked or not," cited from McCormick, DAMAGES, 328.

(31) Mathis v. Luke, 37 N. J. Super. 241, 117 A. 2d 177 (1955).

(32) Kennedy v. Shea, 110 Mass. 147, 14 Am. Rep. 584 (1872).

- (33) *Jackiewicz v. United Illuminating Co.*, 106 Conn. 310, 138 A. 151 (1927).
- (34) Prosser, *TORTS*, 700 (2d ed. 1955). Prosser は「その機能はついで」次のように述べる。“the chief importance of loss of services today appears to be that the plaintiff must show that he is the person who would be entitled to such services.” *ibid.* 700.
- (35) *McComick* は一九三五年に次のように述べている。“It is an interesting question whether, in case of an injury to a child of a family, whose condition in life would make it probable that the child would perform no substantial services for the family and would spend the time until majority in securing an education at the parent's expense, any award should be made for the value of the parent's theoretical power to command the child's services and earnings until majority.” *DAMES* 328, note 3.
- (36) *Gilbert v. Stanton Brewery Inc.*, 295 N. Y. 270, 67 N. E. 2d 155 (1946). *Hapner v. Newman*, 25 Ohio Op. 81, 6 Ohio Supp. 220 (1941).
- (37) *Nuckles v. Tennessee Electric Power Co.*, 155 Tenn. 611, 299 S. W. 775 (1927). *Waube v. Warrington*, 216 Wis. 603, 258 N. W. 497, 98 A. L. R. 394 (1935). なお註(6)参照。
- (38) 判例集でみるかぎり、医療費と loss of services を項目別に分けて賠償総額だけをあげた判決が多い。しかし、賠償額をめぐって、控訴された事例では立証された医療費の額がわかるので loss of services にあたえられた額をうかがうことができる。二、三の例をあげると *Moriarty v. N. Y. Cent. R. Co.*, 124 N. Y. S. 2d 284 (1953) [九才の少年の荷物用エレベーターによる負傷、少年に二〇、〇〇〇ドル。父親には三、五〇〇ドル]。 *Sowers v. Birkhead*, 80 Ohio L. Abs. 84, 157 N. E. 2d 459 (1958) [三才の幼児の父親に八、〇〇〇ドル]。 *Simmel v. New Jersey Coop. Co.*, 47 N. J. Supp. 509, 136 A. 2d 301 (1957) [四才の幼児の火傷、本人に二〇、〇〇〇ドル。父親に七、五〇〇ドル (うち医療費支払一、六〇〇ドル三〇ヤント)。 143 A. 2d 521] *Hayward v. Yost*, 72 Idaho 415, 242 P. 2d 971. [七才の少年の負傷に二〇、〇〇〇ドル。父親に三、六〇五ドル (うち医療費三〇五ドル)]。
- (39) 現在までの賠償理論では、人身傷害の損害を①医療費、②経済的損失、③苦痛の三つからなるとみなすが、これらの項目にふくまれない損害もありうる。さらに同程度の傷害であっても、被害者個人の諸条件を考慮するので (加害者の諸条件は考慮してはならない)、賠償額は各事例によって異なる。各項目のもとで細分化された額を加算して賠償総額とする現在の方法には批判がある。むしろ、人身傷害を全体的に一つの損

害として評価すべきであるとする考えがある。損害を細分した説示にもかかわらず、陪審はこの考え方によって賠償額を決定していることが知られている。Kalven, *The Jury, The Law, and the Personal Injury Damage Award*, 19 Ohio St. L. J. 158 (1958). やつて、さへこの州では、賠償額を算定するうえで、「傷害の性質と程度 the nature and extent of the injury」を考慮するよう陪審に説示する。そしてこれがふつう認められた医療費、経済的損失、苦痛、などにくわえてあたえられる損害として認められる傾向がある。注目されるのは、損害額の細分化とは逆に、人身傷害の損害を「一般損害」と「特定損害」に分けて考える傾向がみられること。ふつう一般にいわれる公式 rule of thumb は、「特定損害」の三倍を「一般損害」としている。Gregory, *CASES AND MATERIALS ON TORTS* 450. (1959). など

日本で、人身傷害を一つの非財産的損害とみなす説として、西原道雄「幼児の死亡・傷害と損害賠償」判例時報三八九号三八頁参照。

(46) Wycko v. Gnodtk, 361 Mich. 331, 105 N. W. 2 d 118 (1961).

(41) Hayward v. Yost, 72 Idaho 415, 242 P. 2 d 971, 973 (1952). "Elements which enter into the determination of such damages (as recoverable by the parents) include contributions which the parents might reasonably have expected to receive from the earnings of such minor child until his majority, [for which there is no precise measure.....as well as the loss of protection, comfort, society and companionship."

(42) 傷害による身体的苦痛に分秒、時間、あるいは日単位の価格をつけ、これを苦痛の継続した期間にかけ算して損害額を出す方法が陪審に被害者の苦痛の大きさを印象づけるために弁護士によつてとられる。Belli, *THE USE OF DEMONSTRATIVE EVIDENCE IN ACHIEVING "THE MORE ADEQUATE AWARD"* 32-37 (1951). など この方法を禁止する判例として Botta v. Brunner, 29 N. J. 82, 138 A. 2 d 713 (1958) がある。

(43) Hoaling v. Security Steel Equipment Co. 51 N. J. Sup. 123, 143 A. 2 d 844 では九才の少年の薬品による火傷。本人に三〇〇〇〇ドル。母親に六、五〇〇ドル（うち医療費一、八八〇ドル一五セント）を認めた陪審の評決を三、〇〇〇ドルに減額している。裁判所は次のように述べた。".....no jury should be permitted to exercise vicarious generosity with other people's money." p. 853. Mathis v. Luke, 37 N. J. Super. 241, 117 A. 2 d 177 (1955) では、親にあたえられた五、〇〇〇ドル（うち財産損害一、〇〇〇ドル以下）が半額に減額された。このように裁判所による減額 (remittitur) の例は多いが、逆に増額 (additur) の例はほとんどみられない。

(44) 親は自分の請求権を放棄して、医療費、「得べかりし利益」の損失などをすべて、子の請求にゆずることができる。Pascal v. Burke Transit Co., 227 N. C. 435, 50 S. E. 2 d 534 (1948).

(45) *Scruggs v. Meredith*, 134 F. Supp. 868 (Hawaii 1955) は子の請求権を肯定したが、のちにハワイ州最高裁判所が *Halberg v. Young*, 41 Hawaii 634 で子の請求権を否定したの⁴⁵ 控訴審判決によってくつがえされた。 *Meredith v. Scruggs*, 244 F. 2d 604 (C. A. 9th 1957). なる⁴⁶ Notes, 42 Geo. L. Rev. 315 (1954), 42 Cornell L. Q. 115 (1956) 参照。

2 夫と妻の請求権 Action for Loss of Consortium

コモン・ローのもとで、他人の不法行為によって妻を負傷させられた夫は *action for loss of consortium* と呼ばれる訴権をもつとされる。 “*Consortium*” (配偶者権) はいろいろに定義されているが、ふつう結婚生活にふくまれる有形・無形の価値をすべてふくんだものであるとされる。コモン・ローのもとで、かつて妻は夫の所有物であり、法人格を認められなかったから、妻のうけた損害について、夫が請求権をもったのは当然のことであった。⁽⁴⁶⁾

ところで、十九世紀の後半に、女性の社会的地位の向上がさげられて、アメリカのほとんどの州が *married women's acts* と呼ばれる立法を制定して、妻に夫と同等の法的地位をあたえた。コモン・ローを修正したこの制定法のもとで、裁判所は、他人の過失によって妻を傷害された夫の賠償請求権をめぐって、三つの立場にわかれた。

(一) 制定法にかかわらず、従来どおり、妻の傷害について、 *consortium* にもとづく夫固有の請求権を認めるもの。
(二) 妻が夫と同等の法的地位をあたえられて、自分のうけた傷害について、みずから請求権を行使できるようになった以上、夫の請求権は消滅したとするもの。
(三) 夫が妻のうけた傷害によって、固有の請求権をもつからには、夫のうけた傷害について妻にも *consortium* にもとづく固有の請求権を認めるとするものである。

(一) の立場は多数の裁判所がとるところであり、⁽⁴⁷⁾ (二) は少数ではあるが注目にあたいる裁判所の判例がみられる。⁽⁴⁸⁾ (三)

の立場は比較的に新らしいもので、ここ十五年間に十数州の裁判所のところとなっている。⁽⁴⁹⁾

A. 妻を傷害された夫の請求権

多数の裁判所は、妻の法的地位を確立した制定法にかかわらず、いぜん夫の請求権を認める。この loss of services and consortium と呼ばれる夫の請求権の内容には、子の傷害によって親のもつ loss of services の請求権にみられたのと同様のあいまいさがある。これは consortium が結婚生活の有形、無形の利益をふくむとされることに起因するようである。consortium にもとづく夫の請求権の発展をみると、その有形・財産的損害（医療費、労務の喪失など）が、直接被害者である妻の請求権に吸収され、無形・非財産的損害だけが残される。ついで、いわゆる結婚生活の感情利益 sentimental elements of consortium の喪失が請求権の主な内容となり、これに対する賠償の慰藉料的性格があきらかになってくる。

妻を負傷させられた夫が、妻のために支払った医療費を請求できることはもちろんである。夫の請求権は、コモン・ローのもとで、夫が妻におう扶養義務にもとづくとされる。ふつう夫の請求の主要部分を占めるのは、妻のために支払った医療費である。親の請求権にみられたのと同じ理由で、ここでも将来の医療費は妻の請求にあたえらる判決がみられる。⁽⁵⁰⁾ 妻の看護に人を雇ったときは、その費用を請求に加えることができる。夫自身が看護に当たったときは、その看護に対する適当な報酬を請求できる。⁽⁵¹⁾ 夫が看護の間に失った収入については請求が認められない。⁽⁵²⁾

妻の services の喪失については混乱がみられる。裁判所によって、services の内容とするものに相当の違いがある。狭義のそれは、ふつう妻が行う家庭内の労務を意味し、妻の傷害の場合は、家政婦などによって代行され、したがって財産的評価ができる損害であるとする。広義には、結婚生活のいわゆる感情利益 comfort, companionship,

society, sexual intercourse などをふくんで使われる⁽⁵³⁾。ふつうは、これらの感情利益をさして consortium と呼ぶようである。しかし、consortium に狭義の services をふくめて使う場合もある。services のなかに感情利益をふくむとしても、consortium が services をふくむといっても同じことであり、財産的損害と非財産的損害のいずれを強調するかの違いにすぎない⁽⁵⁴⁾。

妻の services を狭義に解する裁判所では、夫の請求は傷害による妻の労務の喪失にかぎるとされる⁽⁵⁵⁾。夫は妻の将来の労務の喪失についても請求できる⁽⁵⁶⁾。妻が傷害によって家庭外での収入を失ったとしても、夫はこれを請求できない⁽⁵⁷⁾。ほとんどの州が制定法によって、妻の収入は妻自身に帰属し、したがって傷害によって妻の失った収入は、妻の請求にまつことが定められている。

妻の services を広義に解する裁判所は、妻の家庭内での労務の喪失のほかに、いわゆる consortium の感情利益の喪失についても夫の請求を認める。夫の consortium にもとづく請求は、親の loss of services の訴と同様に、はじめ、妻の労務の喪失という財産的損害の立証があつてはじめて、他の非財産的損害の請求が認められたのであるが、のちに労務の喪失がなくとも請求が認められている。いわゆる感情利益の喪失などの無形損害が「寄生損害」の地位を脱して、独立の損害として認められるようになってきたのである。

たとえば、妻が傷害によって頭痛とめまいを感じるため、夫は正常な共同生活をさまたげられた deterioration of companionship などについて、夫の請求が認められた⁽⁵⁸⁾。また、美容院で頭に火傷を負った妻の夫に consortium を失ったとして賠償が認められた。この事例では、火傷によって妻の家事労働を行う能力にはなんの障害もなかったことが認定されている⁽⁵⁹⁾。さらに夫が妻から離れて軍隊のキャンプに居るにもかかわらず、妻の傷害により consortium

を失ったとして賠償があたえられた。⁽⁶⁰⁾

loss of services の請求で、妻の傷害によって性交が妨げられたことが、賠償されるべき夫の損害とされるかについては議論がある。かかる項目について夫の請求を認めないとするもの⁽⁶¹⁾、夫が妻の傷害によって society and sexual relation を（完全に、あるいは一定期間）喪失したことは、賠償さるべき損害であると認めるものに分れている。⁽⁶²⁾

傷害をうけた妻がのちに死亡したときには複雑な問題を生じる。死亡の場合の損害賠償については稿を改めて扱う必要があるが、ここでは、傷害の場合に認められる consortium の性質をみるうえで関連のある二、三の事例をあげてみる。

即死の場合には、妻の consortium を失ったとする夫の請求権が発生する余地はない。⁽⁶³⁾ すべての請求は、死亡による損害賠償を定める制定法 wrongful death and survival statutes のもとでされる。すくなくとも、理論的には、もし傷害をうけた妻の死亡までに、すしでも時間の経過があったとすれば、夫はその期間の consortium の喪失を請求できるはずである。⁽⁶⁴⁾ 負傷二時間後に死亡した事例で、夫の請求を認めたのがある。このような短時間に具体的な労務の喪失があるとは考えられないから、ここで認められた損害はいわゆる感情利益の喪失にかぎられることになる。しかし、他の例では、傷害後死亡のときは、すべての請求が制定法のもとでなされねばならないとしている。⁽⁶⁵⁾ いくつかの例外をのぞいて、これらの制定法のもとでの賠償は財産的損害にかぎるとする解釈が多数である。⁽⁶⁶⁾

以上のべたように、多数の裁判所はいぜん妻の傷害について、consortium にもとづく夫の請求権を認めている。しかし、かつては、夫に固有の財産的損害とされた医療費、労務の喪失などが、直接被害者である妻の請求にゆだねられる傾向がみられ、これにしたがって、無形損害・感情利益の喪失が夫に固有の損害として残り、夫の請求権の慰

藉料的性格がはっきりとみられるようになった。

これらの裁判所は夫を傷害された妻には、*consortium* にもとづく請求権を認めない。その理由として、いくつかの裁判所はいぜんとして、夫は妻の傷害によって、家庭労働の喪失という財産的損害を内容とする請求権をもつが、妻にはコモン・ローのもとで夫に家庭労働を期待する権利はなく、したがって、請求権がないとしている。この *loss of services* を財産的損害にかぎるとするのが「擬制」であることは、親の請求権でみたとおりである。あきらかに夫には妻の傷害による無形損害の請求を実質的に認めている以上、これを妻に否定する理由はない。

少数の裁判所は、妻に夫と平等の法的地位をあたえた制定法によって、夫の請求権は消滅したとする。他人の過失による妻への傷害によって、夫のもつ請求権は妻の家庭労働の喪失にかぎるとみるのである。そして、このような喪失は財産的損害として妻が請求できる性質のものであり、したがって、妻に訴訟能力があたえられたからには、夫に請求権を認める理由はなくなったというのである。

この立場は、たんなる過失による傷害と故意の不法行為による傷害を、損害賠償の点からはっきり区別する。まず *consortium* を妻の労務と、他の感情利益に分けることができる⁽⁶⁷⁾。いわゆる故意の不法行為である、姦通、愛情阻害、誘拐では、侵害が直接に婚姻関係そのものに向けられており、感情利益の喪失 *sentimental loss* が主要な損害である。これに反して、過失による傷害では、*consortium* のうちの有形・財産的価値が失われるのであるとする。すなわち前者では *per quod consortium amisit* が侵害され、後者では *per quod servitium* が損害とされる。こうして夫の請求を財産的損害にかぎれば、妻の家庭労働の喪失は、被害者である妻の損害として、その請求権にふくまれるから、夫の請求権は消滅する。要するにこの立場は、過失による人身傷害の場合に、直接被害者でない者の無形損

害の賠償を否定するのである。夫の請求権を否定する裁判所の判例の背後に、次にのべる一連の制定法の動きがあることをあわせてみる必要がある。

いくつかの州では、妻の傷害による家庭労働の喪失は、妻の請求権に属することを制定法で定めている。この種の制定法は、従来の夫の consortium の請求権から、すくなくとも主な有形損害を奪う結果となった。そこで、夫はいぜん consortium の無形損害について請求できるかどうかが問題となる。これは、カンサス州で、妻の companionship の喪失だけを理由とした夫の請求訴訟で争点となった。⁽⁶⁸⁾ 裁判所は制定法の解釈にあたって、妻の日常の services と companionship を区別することは非現実的であり、不可能であるとして、条文のいう妻の services には companionship もふくまれるとした。この判決によって、コモン・ローで認められてきた夫の請求権は消滅したわけである。判決は companionship をふくむ妻の services の喪失はすべて、直接被害者である妻の請求にあたえられるとした。

同様の制定法がヴァージニア州にもみられる。⁽⁶⁹⁾ この州では、一九一九年以前、夫は companionship をふくむ妻の services の喪失について請求権をもっていた。直接被害者である妻がみずからの傷害による財産的損害を請求することはできなかった。一九一九年に制定法によって、妻の家庭労働の喪失についての請求権（夫の支出した医療費をのぞく）は、夫から妻に移された。一九三二年に改正があり、直接被害者である妻がすべての損害について請求できるとされ、夫の有形・無形損害の請求権は完全に消滅した。一九五〇年には、夫は支出した医療費について、妻のえた賠償から支払いを受けることができる旨の修正が加えられた。

これら制定法の発展は、夫の consortium にもとづく請求権のなかで、有形と無形損害が分離され、のちにこれら

すべてが直接被害者である妻の請求権に吸収される過程を示している。妻は有形損害ばかりでなく、従来は夫のものとされた consortium の無形損害をも自分の訴で請求できるようになった。裁判所は、妻と夫の結婚がふつうのものであれば、いずれの請求によって consortium の喪失についての損害賠償があたえられるかは問題とならないとしている。⁽⁷⁰⁾ 夫婦の一方の負傷によって、たしかに他方は慰藉を要するような精神的損害をこうむるであろう。しかし、これは直接被害者に充分の賠償があたえられることで、他方の心もいやされるから、いずれに賠償をあたえるかは問題ではない。直接被害者の請求にすべてをあたえれば、一個の訴訟ですむ。それで不都合のある夫婦であれば、そこには法の保護に価いするような夫婦間の利益はなく、したがって賠償を必要とする損害は存在しないというわけである。配偶者の傷害によって、侵害されるのが夫婦間の利益であるか、夫・妻、それぞれの個人的利益であるのかの問題はさておき、この解釈にたてば、すべての争点が一つの訴訟で解決されるという実際的な利点があることはたしかであろう。

(46) Consortium の発展については、Lippman, *The Breakdown of Consortium*, 30 Colum. L. Rev. 651 (1930) にくわしい。故意の不法行為による妻の傷害の場合、夫が無形損害についても請求できることは、はやくから認められていたが、すくなくとも一八八五年には、これが過失による事例にも認められた。Stone v. Jackson (1855), 16 C. B. 199 cited from Fridman, *Consortium as an "Interest" in the Law of Torts*, 32 Canadian Bar Rev. 1065, 1069 note 14. 参照 21 A. L. R. 1517, 1520; 133 A. L. R. 1156-1157 参照。

(47) Russel v. Marboro Books, 18 Misc. 2d 166, 183 N. Y. S. 2d 208 (1959); Aderhold v. Stewart, 172 Okl. 77, 46 P. 2d 346 (1935); Leadbetter v. Glaisyer, 44 F. 2d 305 (9 Cir. 1930); Tomme v. Pullman Co., 207 Ala. 511, 93 So. 462 (1922).

(48) Martin v. United Electric R. Co., 71 R. I. 137, 42 A. 2d 897 (1945); Helmsteiler v. Duke Power Co., 224 N. C. 821, 32 S. E. 2d 611 (1945); Blair v. Seitner Dry Goods Co., 184 Mich. 304, 151 N. W. 724 (1915); Bolger v. Boston Elevated R. Co., 205 Mass. 420, 91 N. E. 399 (1910); Marri v. Stamford St. R. Co., 84 Conn. 9, 78 A. 582 (1911). 最近、有力な二つの州がこの立

場をとった。West v. City of San Diego, 346 P. 2d 479 (Calif. App. 1959) ; Alsop v. Eastern Air Lines Inc., 171 F. Supp. 180 (D. C. E. D. Va. 1959).

(49) 妻の請求権を認めたるは、一九五〇年の Hitafer v. Argonne Co., 183 F. 2d 811, 23 A. L. R. 2d 1366 (D. C. Cir. 1950) が最初である。以来、一〇州の裁判所がこの立場に従っている。最近のものは、Duffy v. Lipsman-Fulderson & Co., 200 F. Supp. 71 (Mont. 1961) での判決のなかに、この立場をとる判例のくわしいリステナがある。

(50) Cassidy v. Constantine, 269 Mass. 56, 168 N. E. 169 (1929). また、66 A. L. R. 1189 参照。

(51) Britton v. Dube, 147 A. 2d 452 (Me. 1958).

(52) 前註。

(53) “The term ‘services’ when husband sues for loss of consortium and services, implies whatever aid, assistance, comfort, and society, the wife would be expected to render or bestow upon husband……” Bedillion v. Frazee, 175 A. 2d 905 (1961).

(54) なお、一般的な参考文献として次のものがあげられる。Holbrook, *The Change in the Meaning of Consortium*, 22 Mich. L. Rev. 1 (1923) ; Lippman, *The Breakdown of Consortium*, 30 Colum. Rev. 651 (1940) ; Hanningan, *Damages Recoverable by Husband for Injury to Wife*, 16 Colum. L. Rev. 122 (1916) ; Warren, *Husband's Right to Wife's Services*, 38 Harv. L. Rev. 421 (1925).

(55) Golden v. Greene Paper Co., 44 R. I. 231, 116 A. 579, 21 A. L. R. 1514 (1922) ; Blair v. Seither Dry Goods Co. 前出註 (48)。

(56) 長年入院中の夫に、将来退院後に、傷害を受けた妻の services を失うとして請求を認めた。妻は犬に飛びつかれて転倒し、ひざに骨折した。Russo v. Schieber, 11 Misc. 2d 842, 175 N. Y. S. 2d 188 (1958)。

(57) 夫(舞台監督)は妻(女優)の職業的労務の喪失について請求できなかった。Redwing v. Mocravie, 131 Cal. App. 569, 21 P. 2d 986 (1933)。

(58) Schuttle v. Reinhardt, 17 N. J. Supper. 480, 86 A. 2d 438 (1952)。

(59) All v. John Gerber & Co., 36 Tenn. App. 134, 252 S. W. 2d 138 (1952)。

(60) Blandford v. St. Louis Public Service Co., 199 S. W. 2d 887 (Mo. App. 1947)。

(61) Golden v. Greene Paper Co., 44 R. I. 231, 116 A. 579, 21 A. L. R. 1514 (1922) では、夫が、妻の負傷の結果による性交不能を損害としてあげたが、consortium の sentimental element にすぎないとして賠償を否定された。

Gist v. French, 136 Cal. App. 2d 247, 288 P. 2d 1003 (1955) は、手術上の過失から、妻の性器短縮によって性交不能となった夫に

賠償を認めたが、この判決は *Deshotel v. Atchison*, 319 P. 2d 357 (1957) によって破棄された。同種の事例については 21 A. L. R. 1519 参照。

英国ではこの種の損害に対する賠償は否定されている。 *Best v. Samuel Fox & Co.* [Eng.] (1952) A. C. 716.

(62) *Price v. Green Transp. Lines Inc.*, 287 F. 2d 363 (C. A. 1963) は、家庭労働の喪失などと共に、夫の損害の一項目として、妻の傷害以来、夫婦関係が絶えつづることに対して賠償を認めた (二六本、二児をもつ妻に九〇、〇〇〇ドル。夫に一〇、〇〇〇ドル)。

(63) *Womack v. Central R. & Banking Co.*, 80 Ga. 132, 5 S. E. 63, 21 A. L. R. 123 (1921).

(64) *Walden v. Coleman*, 105 Ga. App. 242, 124 S. E. 2d 313. 死亡おびの短時間 consortia の喪失を認めない判例として、*Burk v. Anderson*, 109 N. E. 2d 407 (Sup. Ct. Ind. 1952). がある。

(65) *Hoekstra v. Helgeland*, 98 N. W. 2d 669 (S. D. 1959).

(66) *Prosser, TORTS* 714 参照。夫死亡の場合、妻の loss of consortium を認めた事例として、*Alexander v. Botkins*, 329 S. W. 2d 530 (Ark. Sup. Ct. 1959). など 74 A. L. R. 64 に集められた事例参照。

(67) この裁判所の見解を *Lippman* は “breaking down of consortium” として批判する。彼は consortium が有形、無形の利益をたぐいつづる労働その他の財産損害と感情的損害とに分けることはむづかしいと主張する。前出註(46)。

(68) *Clark v. Southwestern Greyhound Lines Co.*, 144 Kan. 344, 58 P. 2d 1128 (1936). 判決は妻の services と companionship を不可分であるとして、次のようなモーリスな表現をしている。“To hold otherwise would require the installation of a time sheet in every home and devolve upon courts and juries the impossible task of deciding where services left off and companionship began.” P. 1130.

(69) ハンジミン州の制定法の変遷は *Alsop v. Eastern Air Lines Inc.*, 171 F. Supp. 180 (D. C. Va 1959) によって知られる。

(70) “When the nature of the rights of husband is considered the wisdom of statute is readily apparent. If the desirable personal relationship exists between the parties to marital contract, it is unimportant which recovers. In less fortunate relationships the loss of services and consortium would be of no ascertainable value.” *Alsop v. Eastern Air Lines Inc.*, 171 F. Supp. 180, 184 (D. C. Va. 1959).

B. 夫を傷害された妻の請求権

これまでも述べたように、コモン・ローのもとでは、他人の過失によって夫を傷害された妻には請求権が認められていなかった。妻に action for loss of consortium を認めたのは *Hitafer v. Argonne Co.* (1950) 事件の判決が最初である。⁽⁷¹⁾

Hitafer 判決の詳細に入るまえに、ここで、妻の請求権を否定する理由として、裁判所があげるところを整理すると次のようになる。

(1) consortium は結婚生活にある感情利益と、具体的な労務とに分けられる。他人の過失による傷害によって失われるのは主に労務である。したがって、過失による人身傷害の損害賠償は労務の喪失にかぎられる。妻は夫の労務を求めないから、妻の請求権は否定される。

(2) 妻に請求権を認めると二重賠償のおそれが生じる。傷害を受けた夫は、みずからの訴で妻を扶養する能力の喪失などについて賠償をえる。したがって妻は夫の請求権による賠償をつうじて、間接に賠償されている。もし妻にも請求を許すならば、同一の損害について、二重賠償のおそれがある。

これらは、いずれも consortium の財産的損害を中心に考えている。次にくる理由は、いずれも consortium のいわゆる感情利益の喪失を損害と認めたくえて、なお妻の請求権を否定するものである。

(3) 過失による人身傷害賠償の目的は、侵害の直接被害者の損害を填補することにある。妻への侵害は間接的であり、填補の対象とはならない。

(4) コモン・ローは、いわゆる感情利益の喪失には損害賠償を認めない。したがって、妻の請求権は制定法による

創設にまたねばならない。

(6) consortium の喪失が賠償されるには、なんらかの労務の喪失の立証を要する。夫の労務を求めえない妻は、かかる要件をみたせない。

Hitaffer 判決は、妻の請求権を否定するこれらの理由に一つ一つ反論をくわえている。まずこの判決の基本的な考えは、consortium は結婚生活にふくまれる諸要素の総体であり、これを有形・無形の利益に分けえないとする。この前提にたつて、次のように論理をすすめる。妻を傷害された夫は consortium にもとづく請求権をもつ。したがつて、consortium は法的に保護された利益である。妻は結婚生活に夫同様に保護されるべき利益をもっている。夫が他人の傷害をうけたとき、妻の利益も侵害をうける。ゆえに夫と同等の法的地位をもつ妻にも consortium にもとづく請求権をあたえるべきである。⁽⁷²⁾

判決は consortium を具体的な services と他の感情利益に分けることは専断的で理由がないとする。とくに、過失による傷害の場合に侵害されるのが services であるという区別は、妻に請求権を認めないための擬制 fiction にすぎないという。こうした擬制が発展したのは、コモン・ローのもとで、夫のもつ請求権を一般に loss of services の訴と呼びならわしてきた用語のためである。consortium は本来、結婚生活で妻が夫にあたえる具体的な services のほかに、相互の愛情、信頼、共同、保護、性関係などすべてをふくむ一つの概念であり、これらの要素を別個に扱うことはできない。配偶者を他人の過失によって傷つけられた夫または妻は、傷害をうけた直接被害者と同様に、正常な結婚生活の consortium を失うことにかわりない。判決はさらに次の諸点についても反論をくわえている。

コモン・ローは consortium の感情利益にたいする損害を認めていないという見解は先例の解釈を誤っている。

consortium それ自体を各要素に分けることが失当であるのはもとより、かりにこうした区別が可能であるとしても、感情利益への損害について、コモン・ローは古くから賠償を認めている。いわゆる故意による不法行為では、具体的な services の損失がなくとも、感情的、無形損害への賠償が認められたことはあきらかである。さらに過失による妻の傷害の場合、夫に認められた請求権が consortium の services 要素にかぎられていたとはいえない。多くの事例で、夫の請求権がいわゆる感情利益の損害をもふくめて認められていることはあきらかであるとする。

侵害の様態、すなわち夫の傷害が他人の過失によるときは、妻に請求権がないとするのは肯けない。他人の故意・過失にかかわらず、夫の傷害によって侵害される妻の利益にかわりはない。同一の利益に侵害が認められるからには、ある場合に賠償を許し、他の場合には認めないとするのは不当である。この区別をあたえられる損害賠償の性質に求める説、すなわち、故意の侵害にあたえられる賠償を懲罰的損害であるとし、ゆえに、たんなる過失による傷害の場合には認められないとするのは、不法行為法と刑法の機能を混同しており時代錯誤といわねばならない。不法行為によって、法の保護する利益の侵害が認められるところでは、かならず損害が補填されるのであると主張する。

妻への損害が間接的であり、確定できないとする主張も失当である。まず、損害が過失と因果関係にあり、その自然の結果として発生したのであれば、加害者はすべてについて賠償責任を負うという確立した原則がある。さらに損害をともしう結果が予見可能であったかどうかはかわりがない。こうした損害賠償の原則が適用されるとすれば、夫と妻の請求権になんらの区別を認める理由がない。夫の請求が認められる以上、妻の損害が間接的で不確かであるという主張は成立しないとしている。

妻の請求権を認めることによる二重賠償のおそれはたしかに存在する。夫はみずからの請求で収入を得る能力の喪

失、その他得べかりし利益の喪失などについて賠償をえる。夫の扶養にたよる妻は間接にその利益をえる。妻に請求権を認めた場合、夫の請求にあたえられた consortium の損失の算定方法にならって、妻の consortium の損害額を決め、その額から扶養能力の喪失として、夫の請求で算定された額を差引けば二重賠償はさけられると判決はいう。

はじめ、妻に consortium の喪失について請求権を認めたこのコロンビア地区の連邦控訴裁判所の判決は活潑な論議をまきおこした。⁽⁷³⁾ この判決によって、財産的損害とみなされた services の喪失という名目をかりずに、非財産的損害、それも主に夫婦の感情利益の損失に対して、間接被害者に固有の賠償請求権が認められたのである。しかも、故意による不法行為の場合に認められる損害賠償の性格が懲罰的であるとする見解があるのにくらべて、過失によって負傷させられた夫の妻に認められた賠償は、すくなくとも損害填補を第一の目的とするものである。コモン・ローのもとで、かつて寄生的とされた無形損害が、夫の請求権にあった財産的損害にもとづくという擬制をとりさつて、法的保護の対象として独立の存在となったのである。無形損害のみを内容とする慰藉料請求権がここに結晶したといえよう。

夫の傷害による妻の請求権を認めたことについて、いくつかの批判をあげることができる。

まず、判決も認めているように、直接被害者である夫の請求と、あたらしく認められた妻の請求による二重賠償の可能性である。妻が直接被害者であるときの夫の請求については、妻は夫に扶養義務をおわないからこの問題はない。問題は妻が夫の請求にあたえられた財産的・非財産的損害の賠償から間接的に利益をえるということにあるから、たしかに判決のいうように、妻の損害額の算定にあたって、夫の請求に認められた損害額を考慮すれば二重賠償の可能性はなくなるようにみえる。しかし、ほんとうの危険は理論的な面よりも、むしろアメリカの裁判・訴訟制度に根ざし

ている。⁽⁷⁴⁾二、三の州をのぞいて、現行訴訟制度のもとでは、夫と妻の請求の併合を求める規定はみられない。夫妻いずれの訴をまず提起するかは、当事者の思うままであり、夫と妻の訴が同一の裁判所に提起されるという保証もない。さらに二つの請求をめぐって、陪審に対する説示が複雑になることはたしかである。親と子の場合に、それぞれの請求に認められる損害の重複をまねくような説示の混乱が、しばしば原審破棄の理由となっているのをみてもこのことはあきらかである。訴訟手続になんらかの措置がとられなければ、現実に二重賠償の可能性は消えないといえよう。⁽⁷⁵⁾

こうした手続面での批判のほか、consortiumの性質からして、配偶者の双方に請求権を認めることに対する疑問があげられる。もちろん、この疑問は、感情利益が個人に属する独立の法益であるといいきるならば発生する余地がない。しかし、夫、あるいは妻のもつ感情利益は、まさに両者の親密な関係にもとづくものである。とくに他人の過失による人身傷害の分野で、これらの感情利益の損失が賠償さるべきであるとしても、それは直接被害者である配偶者の請求で認めれば足りるのではなからうか、あるいは、この感情利益の損失は、すでに直接被害者の精神的、身体的苦痛の損害のなかにふくまれているのではないか。かりに他人の過失による自動車事故で、夫と妻とが同時に負傷したとして、両者がそれぞれの傷害による財産的損害、精神的、身体的苦痛に加えて、お互いのconsortiumの喪失について請求したとき、はたして賠償責任を負わされた者は、同じ無形損害について、二重の請求をうけないという保証があるだろうかといった素朴な疑問がのこるのである。

コモン・ローのもとで、古くから他人の不法行為で傷害をうけた妻の労働力の喪失について、夫のもつ請求権が発展して、やがて過失による傷害の分野でも、有形損害にくわえて無形損害が認められ、ついに純粹の無形損害が夫を

傷害された妻の請求権にあたえられた。しかし、この古いコモン・ローの請求権 *consortium* をめぐる裁判所の立場は分れており、すでにみたように、(一) 請求権を夫にだけ認めるもの、(二) 夫、妻ともに認めないもの、(三) 夫、妻ともに認めるものがある。

このうち(一)の立場は、夫の有形損害を強調しながら、無形損害が賠償にふくまれるのを認めており、無形損害をなぜ妻に認めないのか、すくなくとも理論的には一貫しないとの批判はまぬがれない。(二)の立場は、夫の請求権は有形損害にかぎられるのであるから、直接被害者である妻の請求権に吸収されたとして、これを消滅させた。この立場は、間接被害者には無形損害を認めないのである。(三)の立場は、あたらしく妻に請求権をあたえて、まともに間接被害者に無形損害の賠償を認めている。

(二)、(三)の立場のちがいは *consortium* にかんする解釈の相違にもとづくのは勿論であるが、つきつめれば、他人の過失による傷害の直接被害者の夫あるいは妻に慰藉料をあてるのがのぞましいかどうかについての意見の違いであるといえる。このいずれの立場をとるかは、まさに *policy* の問題であろう。

(71) *Hitafer v. Argonne Co.*, 183 F. 2d 811 (D. C. Cir. 19507). この事件は *Longshoremen's & Harbor Worker's Act* (Section 5) のもとで、妻の請求が認められるかが、いま一つの争点であった。この労災保障法のもとで、妻の請求を肯定した判決の部分は、*Smither & Co. v. Cole*, 242 F. 2d 220 (D. C. Cir. 1957) で破棄された。しかし、原判決の夫の傷害について妻にも請求権を認めた部分はいぜん効力をもっている。公的資格をもつ労災保障法のもとで、妻に請求権を認めることを *Jaffe* は次のように批判している。"..... We must ask, rather, whether placing a money value of this sorrow serves a sufficiently valuable function to make it a legitimate charge against national insurance funds." *Damages for Personal Injuries*, 18 Law & Contemp. Prob. 219, 231 (1953). なる *Jaffe*

は consortium などの前世紀の遺物 “a fossil from an earlier era” p. 229 と評している。

(72) 同じ論理をめぐったけた表現で述べた判決がある。“(W)hat is sauce for the gander is sauce for the goose.” Hayes v. Swenson, 106 Pittsb. Leg. J. 141 (P. C. P. 1959) しかく、妻の請求権を認めたこの判決は、上訴審裁判所から “sauce” (べたらな) という次のような批評を食った。“that either 1) the sauce was never a proper ingredient of the diet or 2) however indispensable it may have been in decades past, it has no place in that diet today.” Neuberg. v. Bobowicz, 401 Pa. 146, 162 A. 2d 662 (1960).

(73) Jaffe, *Damages for Personal Injuries*, 18 Law & Contemp. Prob. 219 (1953); Fridman, *Consortium as an “Interest” in the Law of Torts*, 32 Can. B. Rev. 1065 (1954); Cowen, *Domestic Relations: Action for Loss of Consortium*, 25 Aust. L. J. 390 (1951); Harper & James, 1 TORTS 643 (1956); Prosser, TORTS (2d ed. 1955) *Notes*, 1 U. C. L. A. L. Rev. 223 (1954); 39 Corn. L. Q. 761 (1954); 63 W. Va. L. Rev. 186 (1961).

(74) Pound, *Individual Interests in the Domestic Relations*, 14 Mich. L. Rev. 177, 194 (1913) は次のように述べて。“The reason for not securing the interest of wife or child in these seems to be that our modes of trial are such and our mode of assessment of damages by the verdict of a jury is necessarily so crude that if husband and wife were each allowed to sue, instead of each recovering an exact reparation, each would be pretty sure to recovers what would repair the injury to both. Moreover, the injury to wife or child is very hard to measure in money. Hence, on a practical balancing of interests the wife is usually denied an action.” cited from Prosser, TORTS 704.

(75) 二、三の州では、夫と妻のすべての損害を併合の訴訟で審理する訴訟手続をめぐっている。Meek v. Pacific Elec. R. Co., 175 Cal. 53, 164 P. 1117 (1917). なおカリフォルニア州では、一九五七年の制定法によって、傷害をつけた配偶者の得た賠償金は別財産とみなされている。CAL. STAT., 1957, c. 2334. Note, *Damages for Personal Injuries of a Spouse: Now Separate Property*, 46 Calif. L. Rev. 779 (1957).

むすび

コモン・ローの判例の発展のなかで、財産的損害から独立した純粹の無形損害の賠償、すなわち慰藉料請求権が、夫を負傷させられた妻に認められた。一方、古くからある夫の請求権のなかから財産的損害が直接被害者である妻の請求権に移され、夫の請求権は無形損害を内容とする慰藉料請求権の性格をおびてきたのがみられる。子を負傷させられた親にはいぜんいわゆる慰藉料の賠償は認められていないが、財産的損害に付随して実質的には慰藉料的性質をもつ損害賠償があたえられている。人身傷害の分野では、家族の感情利益の損失に対して慰藉料的請求権のみとめられるのは親と配偶者という身分権をもつものにかぎられているのである。

さて人身傷害における近親の慰藉料にかんするアメリカ判例法のこのような発展を、わが国の民法七〇九条・七一〇条・七一一条をめぐる問題と直接関連させて考えようとするのは、二つの法系の違いからして無謀なことであり、本稿のころみるところではない。しかも、もしかりにそのようなころみが可能であるとしても、わが民法のもつ問題点の解明になんらかの実益をもたらす比較検討を行うためには、コモン・ローの過失による人身傷害のほかに、故意の不法行為による傷害の場合と、さらに直接被害者死亡の場合とに認められる近親の慰藉料について総合的な研究が必要であることはいうまでもない。ここでは人身傷害による近親の慰藉料の発展にみられる二、三の問題点を指摘してむすびとしたい。

過失傷害の分野で、間接被害者に慰藉料を認める有力な理由として、死亡と故意による不法行為の二つの分野ではすでにそれが認められていることがあげられよう。

Wrongful death and survival statutes の規定によって、被害者の家族の慰藉料の請求を認めている州では、慰藉料を死亡の場合にかぎらず、過失による傷害の場合にも拡張しようとする主張がなされる。制定法のもとで、死亡した幼児の親に相当額の慰藉料をあたえながら、一生不具となるような傷害を負った子の親に慰藉料を否定するのを妥当とすることはむづかしい。子を失った親よりも、不具の子を治療養育しなければならぬ親に、より慰藉の必要があるといえる。夫婦の一方が傷害を受けた場合も同様である。ただ傷害の程度にかかわらず間接被害者への慰藉料が認められるのかどうかはあきらかでない。Hitaffer 判決は「利益の侵害があるところ、必ず救済があたえられる」としているが、妻に請求権が認められた事例を見ると、それらはすべて夫の傷害がひどく、ほとんど廃人 vegetable existence となった場合にかぎられている（わが国の最高裁判所が前記昭三三判決で「死亡したときにも比肩しうべき精神上の苦痛」を基準としたことと対比されて興味ぶかい）。

故意による不法行為の分野からする議論の例は Hitaffer 判決のなかにもみられる。「法的に保護された個人の利益が他人の不法行為によって侵害されたときには、その侵害が故意ではなく、過失によるにしても、損害賠償の成立になんらかのかわるところはない」。間接被害者への損害賠償にかんして、故意の不法行為と、たんなる過失による侵害とを、予見可能性にもとづいて区別しようという理論がある。⁽⁷⁶⁾しかし、故意、過失にかかわらず、人身傷害の場合には、直接被害者の家族になんらかの損害をあたえることは疑いない。故意の不法行為による被害者の配偶者の損害は予見できるが、過失による傷害の被害者の配偶者への損害は予見できないとするのは理論の技巧にすぎないと思われる。

さらに夫を傷害された妻への慰藉料を、夫婦の感情利益の損失にたいして認めるならば、親が傷害によって、正常な子をもつ利益を失ったことについての慰藉料も当然に肯定されることになる。親を傷つけられた子の感情利益にも

同様の請求権が認められるべきであろう。近親の傷害によって失う感情利益が法の保護をうけることが確立すれば兄弟姉妹、祖父母、あるいは同居の家族にも請求権の範囲が広がることになる。しかし、こうして請求権者の範囲が広がれば濫訴のおそれがあることは、多くの裁判所がくりかえし述べているところである。

妻の慰藉料請求権を認める州が多くなる傾向がみられる一方で、逆に consortium にもとづく夫の請求権を判例、あるいは制定法によって廃止する州がある。その理由とするところは、過失による人身傷害の場合には、直接被害者に十分な損害賠償をあたえることで足りるというのである。これをコモン・ローにおける「個人損害」原則への徹底としてとらえることができよう。家族の一員の傷害を直接被害者だけの損害とみなすことの不合理は、わが国でも早くから指摘され、家族を「共同生活体」としてとらえる立場や、「被害者としての家団」などの考え方が提唱されている。アメリカ法においても、こうした家族の一員に対する傷害を家族関係そのものへの侵害として構成しようとするところみがみられる。⁽⁷⁷⁾しかし、いまのところ学者の理論にとどまり、裁判所によるコモン・ローの解釈適用に影響をあたえるまでにいたっていない。

(76) Fridman, *Consortium as an "Interest" in the Law of Torts* 前出註 (74) はこの理論に立っている。

(77) Green, *Relational Interests*, 29 Ill. L. Rev. 460 (1935). なお Green が編者の一人である case book, *INJURIES TO RELATIONS* (1959) はこの立場からコモン・ローをみようとするものである。なお Pound, *Individual Interests in Domestic Relations*, 15 Mich. L. Rev. 177 (1913). また Pound の Hiaffer 判決についての Comment, 13 N. A. C. C. A. L. J. 152, 154 (1953) 参照。