

翻 訳

私法上の救済手段による「犯罪」行為の規制： 懲罰的損害賠償の場合*

マイケル・ティルベリー**

佐野 隆 訳

背 景

懲罰的賠償の定義および用語法

規制緩和、刑事法および懲罰的賠償

主要な障害：デュー・プロセス

懲罰的賠償の付与に対する制限

被告の行為

原告の訴訟原因

被害者としての原告

懲罰的賠償の目的を果たすことの可能性

懲罰的賠償をより広く利用できるように
すること

結 論

背 景

大変一般的に言えば、刑法が存在するのは、ある時点における社会が一定の行為を反社会的で受け入れがたいと考え、かかる行為を非難し、抑止し、罰したいと考えるからである⁽¹⁾。現代においては、それは国家の規制的な枠組みを通して行われている。しかし、このことが常に当てはまった訳ではない。初期の段階においては、受け入れがたい行為を罰することは、集団の復讐の問題であったことが知られている⁽²⁾。復讐は集団（拡大家族であれ、クランであれ、一部族であれ）により、その集団の基準に従わない行動をとった集団内のメン

* Michael Tilbury “Regulating “Criminal” Conduct by Civil Remedy: The Case of Exemplary Damages” vol 1 *Waseda Proceedings of Comparative Law* 79 (1999).

** Edward Jenks Professor of Law, Law School, The University of Melbourne

(1) J Smith and B Hogan, *Criminal Law* (8th ed, Butterworths, London, 1996) Ch 1 参照。

(2) A S Diamond, *Primitive Law Past and Present* (Methuen, London, 1971) p 18, Ch 18. 現存している共同社会からの例では、さらに E Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics* (Harvard UP, Cambridge, 1961) 参照。

バーに対して、あるいは、問題が生じた集団間の関係を律する慣習上の受け入れられている規範に従わなかった他の集団に対して、集団として、あるいは、そのメンバーの一人を通して、強制された。いずれの場合も、[強制を行うという] 集団行為をとらないことは、無秩序の暴力の危険を冒すものであった。集団が、民族としての、そして後には国民としての一体性を帯びるにつれて、行動を規制する役割は、当然、新たに生まれた組織に委ねられ、今日では、それは国民国家に明らかに与えられている。しかしながら、少なくともコモン・ローの制度の下では、「犯罪」と呼ばれる行為を規制する責任が国家の排他的領域であると考えられるようになったのはわずかにこの200年ほどの間である⁽³⁾。このことが生じたのは、近代の官僚制、特に犯罪を捜査し犯人を裁判所へ送ることのできる警察の発達によるものである。犯罪捜査から起訴の過程で犯罪の被害者およびその者と社会的に密接な関係にある者の役割は小さく、伝統的には、関係当局の関心を犯罪に引きつけることにかざられている。

「犯罪」に分類される行為とそうようには分類されない行為との区別を付けることが難しいのはよく知られている。このことは驚くべきことではほとんではない。なぜなら、根本的には、この区別は、公に罰すべき行為と、そうではない行為の分類に対する社会的な合意をあらわすものであるからである。かかる合意は、宗教、道徳、哲学、社会認識および経済学の中のあい対立する見解が入り混ざるつぼの中で鍛造される。その区別を付けることは、安定している単一文化の社会においても十分に難しい。ましてや、現代の民主的で多元的な社会においては、なお一層難しい。したがって、おそらく、同様に言えることは、今日の視点から見れば比較的同質的であった社会においては、基本的な合意は得られていたということである。そこから我々に授けられたものが、我々が犯罪と分類する行為であり、それらの授かり物なくしては、我々の社会の中でこのトピックについて多くの合意が得られたとは信じがたい。

そして、我々が犯罪と理解していることの多くが歴史を通して判断されてきたものである⁽⁴⁾。例えば、不動産に対する妨害（不動産に対するトレスパス）を刑事上の制裁により抑止することが適切であるかどうかという問題を考えてみよう。原則的には、その答は、「被害者の」不動産との関係に対して社会が

(3) 特に、A H Manchester, *A Modern Legal History of England and Wales 1750-1950* (Butterworths, London, 1980) pp 226-230参照。

(4) イギリス刑事法の発展の簡単な歴史に関しては、J H Baker, *An Introduction to English Legal History* (2nd ed, Butterworths, London, 1979) Ch 24。

置く価値と、不動産がその社会のすべての富の中で果たしている役割によって変わってくる。土地およびその所有から生じる力は、今日でさえ、貴重な政治的、経済的、社会的財産となりうる。その価値は歴史的には今日以上のものがあつた。偉大な行政官であつたノルマン朝の王たちが、1066年の征服以後イングランドを支配し、地方の領主から自身の手に権力を集中させることでイングランドを一つの国家へと作り始めたとき、王たちは次の問題に直面した。すなわち、いかなる基準で法的事件を、新しい国法体制（それは後に「コモン・ロー」となるが）と地方の有力者が支配する既存の裁判所との間で配分すべきか、という問題に直面した。彼らが出した答は、「平和を破る恐れのある事件」すなわち「国王の平和」であつた。なぜなら、その当時、臣民に対して、少なくとも暴動や私的暴力に訴えることを避ける、平和的な生活を伴う最低限の社会的水準を保証することは君主の役割であつたからである。最初に出された考え方が「平和を破る」という概念であつたことは、公的秩序に対する重大な侵害であることを示し、国王の裁判所は「犯罪行為」に関与すべきであるというきっかけを含んでいる。実際、国王の裁判所はそうしたが、しかし、犯罪と不法行為との間で区別はなされなかった。不動産における権利に対する妨害は平和を破る恐れがあり、したがって、それが国王の裁判所の管轄権に服するようになったことは、驚くべきことではない。そして、国王の裁判所では、科される責任は、刑事および民事の双方を含むものとなつた⁽⁵⁾。

したがって、犯罪行為を定義することの内在的な難しさは、我々の法における多くの行為が民事上の違法行為⁽⁶⁾と犯罪の双方であることを確保する歴史的な事情と結びついている。このことは、そのような行為は刑法および私法の両方の対象となるべきなのか、あるいは、いずれか一方のみにより適切に扱われるのかという問題を問う最初の理由となる。

その問題を問うもう一つの理由も存在する。すでに示したが、どの行為が犯罪と分類されるべきかに関する合意を得ることの内在的な難しさは、多元的な民主主義社会においては増幅されている。裁判所が民事訴訟において、犯罪と分類されるべきだと考えるが、そのように分類されていない行為に直面したと考えよう。一つの例として、既存の詐欺罪に当てはまらないコンピュータ技術を用いた取引における「詐欺」の新たな出現が考えられる。なぜならこれら

(5) T F T Plucknett, *A Concise History of the Common Law* (Butterworth & Co (Publishers) Ltd, London, 1956) pp 463-482参照。

(6) 通常は不法行為であるが契約違反も犯罪となりうる場合がある。

の考えられるそれぞれの犯罪では、何らかの重要な要素が欠けているからである。そのような行為が最初に現れたときに、裁判所は民事手続においてその行為を「処罰」することができるべきであろうか。そのような行為が常に裁判所に持ち出されるようになり始めたにもかかわらず、国会がかかる行為を含む新しい犯罪を認める立法をしていない場合にはどうなるであろうか。

本稿は、これらの二つの問題を、民事訴訟において裁判所が懲罰的賠償を科すことが適切であるか否かという問題を提起することで論じる。また、この問題が規制緩和の議論とどのように関連しうかをも示す。この問題自体の解決は後日に期したい⁽⁷⁾。

懲罰的賠償の定義および用語法

合衆国において punitive damages として一般に知られている懲罰的賠償 (exemplary damages) は、被告を罰し、被告および他の者が将来類似の行為をなすことを抑止することを目的とする賠償金である⁽⁸⁾。懲罰的賠償金は、コモン・ロー体系の一つの特徴であるが、大陸法系では見られないものである⁽⁹⁾。もっとも、両体系の影響を受けた法体系の中には⁽¹⁰⁾、時として制定法による導入を通して⁽¹¹⁾、いくらかの影響が見られる。

しばしば区別を付けることは難しいものの、懲罰的賠償金は加重的賠償金 (aggravated damages) と区別されなければならない⁽¹²⁾。加重的賠償金は填

(7) 懲罰的賠償の経済的分析に関しては、A Ogus, "Exemplary Damages and Economic Analysis" in K Hawkins (ed), *The Human Face of Law: Essays in Honour of Donald Harris* (Clarendon Press, Oxford, 1997) Ch 4 参照。

(8) *Whitfeld v De Lauret & Co Ltd* (1920) 29 CLR 71 at 81; *Uren v John Fairfax & Sons Pty Ltd* (1966) 117 CLR 118 at 149; *Australian Consolidated Press Ltd v Uren* (1967) 117 CLR 221; *Lamb v Cotogno* (1987) 164 CLR 1 at 9.

(9) R Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Juta & Co Ltd, Cape Town, 1990) p 909 n 54 参照。

(10) 例えば、P J Visser and J M Potgieter, *Law of Damages* (Cape Town, Juta & Co Ltd, 1993) pp 156-157 (南アフリカのローマン・ダッチ法) 参照。

(11) D Gardner, "Réflexions sur les Dommages Punitifs et Exemplaires" (1998) 77 *Canadian Bar Rev* 198 (ケベック州の著作権違反を理由とする賠償) 参照。

補的（compensatory）である⁽¹³⁾。加重的賠償金が与えられるのは、原告の「尊厳上の利益（dignatory interests）⁽¹⁴⁾」に対する侵害を含む事件であり、その場合は被告の行為の邪悪さ（outrageousness [=著しく正義に反すること]）により原告の被る損失が増大したと考えられうる場合である⁽¹⁵⁾。したがって、加重的賠償は、それを与えるきっかけが被告の行為にあるので、懲罰的賠償に類似している。名誉毀損は加重的賠償の対象となりうる不法行為の一例である⁽¹⁶⁾。加重的賠償金の付与を招きうる被告の行為には、事件のあらゆる状況からして、謝罪がなされるべきなのにも、名誉毀損となる主張に対して被告が謝罪しない場合⁽¹⁷⁾、あるいは、時として（例えば、真実であると嘘の主張を繰り返す）訴訟中の被告の態度⁽¹⁸⁾などが含まれる。

オーストラリアにおいて懲罰的賠償が機能している仕方に関して、現実を示す4つの点が記されなければならない。第一に、懲罰的賠償は、現実には、合衆国においてみられるほど、多くの事件において認められるものではない。第二に、最近まで、懲罰的賠償は、実際には原告に対する故意の侵害を含む事件に限定されていた傾向があった。しかし現在では、被告の行為が著しく悪い場合⁽¹⁹⁾——例えば被告である使用者が長年にわたり従業員を健康の危険にさらすことに対して無配慮で過失があった場合⁽²⁰⁾——には、過失（negligence）の事件でも認められるようになってきている。第三に、懲罰的賠償が認められ

(12) M Tilbury, “Factors Inflating Damages Awards” in P D Finn (ed), *Essays on Damages* (Law Book Co Ltd, Sydney, 1992) at 92-96参照。

(13) *Uren v John Fairfax & Sons Pty Ltd* (1966) 117 CLR 118 at 149 per Windeyer J.

(14) *BHP Ltd v Fisher* (1984) 38 SASR 50 at 66.

(15) M J Tilbury, *Civil Remedies* (Butterworths, Sydney, 1990) vol 1 para 3208（感情に対する侵害の場合に増大された損害に特別なラベルを貼ることの正当化理由は、そのような損失が裁判所が是認しない被告の行為を引き合いに出すことにより黙示されることである。）参照。

(16) 完全な分析は、M J Tilbury, *Civil Remedies* (Butterworths, Sydney, 1993) vol 2 paras 11012-11023参照。

(17) *Ibid*, para 11019.

(18) *Ibid*, para 11015.

(19) 例えば、M Tilbury, “Exemplary Damages in Medical Negligence” (1996) 4 *Tort L Rev* 167により論じられた *Backwell v A* [1997] 1 VR 182参照。

(20) M Tilbury, “Exemplary Damages in Negligence Claims” (1997) 5 *Tort L Rev* 85により論じられた *Trend Management Ltd v Borg* (1996) 40 NSWLR 500参照。

る場合、その賠償額はあまり高くない傾向にあり、合衆国において通常見られる巨額な懲罰的賠償金はオーストラリアにおいては断じてありえない⁽²¹⁾。このことの一つの理由は、ヴィクトリア州を別にすれば、オーストラリアの民事事件で陪審審理が行われるのは極めてまれであるからである。第四に、オーストラリアにおけるほとんどの名誉毀損訴訟が行われるニューサウスウェールズ州では⁽²²⁾、制定法により「名誉毀損訴訟では」懲罰的賠償が認められなくなっている⁽²³⁾。つまり、同州における名誉毀損訴訟では加重的賠償金が非常に重要である。

規制緩和、刑事法および懲罰的賠償

政治上、「規制緩和」は現在流行である。規制緩和へと駆り立てる哲学は、本質において、より多くの善が自己利益を増進させることで得られ、そして、自己利益の増進は経済的効率性を生み、小さな政府を求めるものであると考える。刑事法に関する国家の独占は規制緩和の哲学とは相容れない。このことから、少なくとも、主張できることは、国家の独占を切り崩すことで、そのことから生じるより多くの効率性のために、刑事法の規制緩和が行われるべきであるということである。民営刑務所の創設はこの主張が一定の成功をすでに収めていることを示している。政治的な視点からすれば、民営刑務所は大変魅力的である。それは、単に政府の予算から費用のかかる項目を減らすのみならず⁽²⁴⁾、収監者は納税者の負担で面倒を見られているのではないという事実を政治家たちは指摘することもできるのである。そうではなくて、刑務所は営利

(21) M Tilbury and H Luntz, "Punitive Damages in Australian Law" 17 *Loyola of Los Angeles Int'l and Comp LJ* 769 at 791-792 (1995) 参照。

(22) シドニーは世界の中の名誉毀損の首都と呼ばれている：R Pullan, *Guilty Secrets: Free Speech and Defamation in Australia* (Pascal Press, Glebe, 1994) at 3 参照。この記述は、利用できる経験的証拠により支持されない：New South Wales Law Reform Commission, *Defamation* (LRC 75, 1995), para 3, 25 参照。ロンドンのほうがそのようにみなされるのにふさわしい：E Barendt, L Lustgarten, K Norrie and H Stephenson, *Libel and the Media: The Chilling Effect* (Clarendon Press, Oxford, 1997) p 16 参照。

(23) *Defamation Act 1974* (NSW) s 46(3) (a)。

(24) ニューサウスウェールズ州における収監費用については、New South Wales Law Reform Commission, *Sentencing* (LRC 79, 1996), paras 1. 18-1. 21。

企業（commercial enterprises）として運営されている。しかし、収監者たちの時間と労力を用い、差し出がましい国家の規制から独立して運営されている民営刑務所は、国家の刑務所では上手く行かなかった効率性によって、社会の純益（net social benefit）を達成しえたかどうかを言うには、あまりにも尚早すぎる。もちろん「社会の純益」はパレート⁽²⁵⁾であれカルドー－ヒックス⁽²⁶⁾であれ彼らの視点⁽²⁷⁾を通して見ても単に経済上のものだけではない。

それでは、刑務所は民営化によりより効率的になりうるなら、刑事裁判制度の他の側面についてはどうであろうか。例えば、行為が刑事と民事の双方の色彩を帯びる場合、処罰の費用は民事訴訟へと移すことがより効率的であると言える場合が少なくともあるのではないか。結局は、舞台から国家を取り除くことが直接の経済上の利益をもたらし、かかる利益は、起訴するかどうかの決定の費用、証拠収集の費用、刑事訴訟審理の費用、刑事上の制裁を執行する費用を減らすことから生み出されうる。これらの主張は直ちに二つの主要な障害に出会う。第一はデュー・プロセスの懸念であり、そして、第二は、民事事件における適切な（つまり、刑事型の）制裁の限られた利用可能性である。我々の目的にとって、これは懲罰的賠償の限られた利用可能性のことである。

主要な障害：デュー・プロセス

民事手続と刑事手続とは極めて異なっている。刑事手続は共同体の公序（social policy）を強制（enforce）する。国家は公序に違反したと認められた者に刑罰を科すことでかかる公序を強制する。そのようにする国家の目的は様々に表現されている。つまり、有罪と認められた者を処罰すること、彼らが再度犯さないための警告として行為すること、他の者が犯罪を犯さぬように抑止すること、公序に違反した者を非難することで法に示される正当性を示すこと、違反により侵害を受けた者のために復讐し、侵害を被った者が自らの手で制裁を加えることを回避すること、そして、違反をなした者を社会復帰させる

(25) 非常に簡単に示せば、生じたことにより誰もがより大きな負担を負わされてはならない。

(26) 非常に簡単に示せば、生じたことによりより富んだ者がより負担を負う者に対して保障をさせなければならない。

(27) 一般的には、R Posner, *Economic Analysis of Law* (4th ed, Little Brown & Co, Boston 1992) Ch 1 参照。

こと、というように⁽²⁸⁾。対照的に、民事手続の目的は、原告に対して違法な行為を行った被告から、原告が填補、原状回復 (restitution) または何らかの形で強制的な救済を得ることを可能にさせることである⁽²⁹⁾。民事手続において填補に圧倒的な力点が置かれていることがその本質を強く示している。つまり、被告の行為により作り出された状況を、被告が問題とされる行為をしなかったのなら、原告が占めていたであろう立場へと原告を置かせることを被告に求めることで、治癒させることである。

刑事手続も民事手続も、結局は、特定の型の行為に対する制裁を含むものであるが、刑事手続における制裁は、典型的には、民事手続における制裁よりも厳しい。私法上の制裁は、特に填補は、単に矯正的正義 (corrective justice) の観点から正当化されているに過ぎない。しかし、刑事法上の制裁ははるかにそれを上回る。刑事上の制裁に伴う重大な結果には、特に、収監による人身の自由の剥奪が含まれる。

この理由により、刑事手続には「デュー・プロセス」の観点で、その用語を最大限に広範囲に用いて、厳格な制限の下に置かれる。それらの制限には以下のものが含まれる：

- ・ 刑事手続の後に処罰が加えられうる犯罪の国家による明確な定義；
- ・ 国家自身による刑事訴追の開始、追行およびそのコントロール；
- ・ 訴追のあらゆる段階での被告人の保護、特に、無罪の推定、黙秘権および被告人の有罪を合理的な疑いがないまで国家が立証しなければならない要件；
- ・ 犯罪に対する最高刑の立法による規定；
- ・ 刑事上の制裁の国家による強制、あるいは少なくとも、制裁の強制に対する国家の責任。

国家が刑事手続のあらゆる段階で関与していることが理解できる。伝統的にはこれは排他的な関与であった。しかし、以下の修正が必要である：

- ・ 国家が刑事法違反を起訴しないと決定した場合には、違反が生じた法の強制に利害を有する者は、訴えを提起するために法務長官 (Attorney General) の名において関係人訴訟 (relator action) を提起することができる場合があるが⁽³⁰⁾、その場合には法務長官の同意が必要である⁽³¹⁾。

(28) New South Wales Law Reform Commission, *Sentencing* (DP 33, 1996) paras 3. 2-3. 24参照。

(29) 前出註(15) Tilbury, paras 1028-1029参照。

・犯罪の被害者は刑事手続の様々な段階で介入できる場合がある。特に、今日では、被害者には量刑の段階で「被害者影響説明書 (victim impact statement)」を提出する権利が広く与えられている⁽³²⁾。法制度の中には、起訴するかしないかの決定の際に、被害者の発言が許される場合もある。

・犯罪の被害者には、犯罪を犯したとして有罪とされた者を直接相手方として、あるいは、より一般的には国家を相手方として、填補を強制する権利が与えられる場合もある。これらの権利は別個の手続で執行される⁽³³⁾。

これらの修正にもかかわらず、刑事訴追においては国家が主役であることにはかわりがない。実際、このため、国家の公務員の行為が無能であったり腐敗している場合は、被告人に与えられる保護はまったくかほとんどない場合がある。更に、思い出されなければならないことは、刑事手続においては、特に、手続を開始するか否かの決定においては、国家が広範な裁量権を有していることである⁽³⁴⁾。

懲罰的賠償の付与に対する制限

処罰と抑止という目的は、懲罰的賠償および刑事手続に共通している。その結果、懲罰的賠償と刑事法との間の重複の可能性は大きい。しかし、実際は重複の幅は民事事件でどれほど広く懲罰的賠償が利用されるかに左右される。

何世紀もの間、コモン・ローは、exemplary, punitive, vindictive と様々な記された賠償金を民事事件で認めてきた⁽³⁵⁾。そのような賠償金の役割とそれが利用できる状況は、イギリスの貴族院が *Rookes v Barbad* 事件判決⁽³⁶⁾を

(30) 有名な例は、*Gouriet v Union of Post Office Workers* [1978] AC 435である。

(31) M Aronson and B Dyer, *Judicial Review of Administrative Action* (3rd ed, LBC Information Services, Sydney, 1996) pp 917-920; C Lewis, *Judicial Remedies in Public Law* (Sweet & Maxwell, London, 1992) pp 21-22参照。

(32) 前出註(28) New South Wales Law Reform Commission, Ch 11参照。

(33) Ibid Ch 10.

(34) J Fionda, *Public Prosecutors and Discretion: A Comparative Study* (Clarendon Press, Oxford, 1995) 参照。

(35) 特に、H McGregor, *Mayne & McGregor on Damages* (12th ed, Sweet & Maxwell, London, 1961) para 207参照。

(36) [1964] AC 1129.

下す1964年までは明確には示されていなかった。同事件でDevlin 貴族院裁判官は、その偉大な判決の中で、懲罰的賠償は刑事法と民事法を混同させるものであり変則 (anomalous) であり、将来、懲罰的賠償は3つの明確に定められる状況において認められるに過ぎないと判示した。すなわち、それらは、

- ・政府の公務員が強圧的 (oppressive)、恣意的 (arbitrary) または非立憲的 (unconstitutional) な行為に従事した場合；
- ・被告の行為が原告に対して支払われるかもしれない賠償金を上回るであろう利益をもたらすであろうと被告が計算した場合；そして、
- ・懲罰的賠償が制定法により認められた場合⁽³⁷⁾、

である。これらの分類は、法原則と政策と先例との間の妥協を示すものであった。法原則と政策は、懲罰的賠償は、処罰と抑止を目的とするので、それは民事法と刑事法の目的を混同させるので、あらゆる民事事件において認められるべきでないとする。すなわち、懲罰的賠償は変則なのである⁽³⁸⁾。他方、処罰と抑止を目的とする賠償金が認められたことを立証する「混沌」とした先例の一群が明らかに存在していた⁽³⁹⁾。懲罰的賠償は一定の型の訴訟でしか認められないということをその妥協が求める限りで、その基準は、他の点におけると同様に、非論理的である⁽⁴⁰⁾。なぜなら、その基準は被告の行為に目を向けていないが、法原則上被告の行為のみが懲罰的賠償が認められる状況を決定すべきであるからである。

これらの理由により、Devlin 貴族院裁判官による懲罰的賠償に関する法の説明はオーストラリア⁽⁴¹⁾、ニュージーランド⁽⁴²⁾、そしてカナダ⁽⁴³⁾では従われなかった。そのため、それらの法域における懲罰的賠償に関する法は1964年以前の「混沌」とした状態のままであった。しかし、私が他の所で論じたように⁽⁴⁴⁾、

(37) Ibid at 1226.

(38) 特に、*Broome v Cassell & Co Ltd* [1972] AC 1027 at 1086-87 per Lord Reid 参照。

(39) *Broome v Cassell & Co Ltd* [1972] AC 1027 at 1070 per Lord Hailsham of St Marylebone.

(40) Ibid at 1087 per Lord Reid.

(41) *Uren v John Fairfax & Sons Pty Ltd* (1966) 117 CLR 118; *Australian Consolidated Press v Uren* (1967) 117 CLR 221.

(42) *Taylor v Beere* [1982] 1 NZLR 81; *Donselaar v Donselaar* [1982] 1 NZLR 97.

(43) *Vorvis v Insurance Corporation of British Columbia* [1989] 1 SCR 1085.

(44) 前出註(15) Tilbury Ch 5。

実際は懲罰的賠償が認められるべきか否かの問題にとって関連する4つの要因が存在している。それらは、

- ・ 被告の行為の質
 - ・ 原告の訴訟原因の質
 - ・ 原告が被告の行為の被害者でなければならないという事実、そして、
 - ・ 事件のあらゆる状況の中で懲罰的賠償がその目的を果たすことができるかの可能性、
- である。

被告の行為

オーストラリア法において懲罰的賠償を認めることを正当化する行為は「原告の権利に対する傲慢な無視による意識的な違法行為 (conscious wrongdoing in contumelious disregard of the plaintiff's rights)⁽⁴⁵⁾」として明確に確立している。この表現の元は偉大な不法行為学者であり法学に関する優れた著書を残した Sir John Salmond の書の中にある⁽⁴⁶⁾。

この描写に関して二つの点を頭に入れておくべきである。第一は、犯意 (*mens rea*)、すなわち、行為の心理的要素が、刑事法と一致する用語で表現されていることである。被告は、少なくとも、意識的な行為者でなければならない。そして、被告の行為に対する動機が考慮に入れられる場合がありうる⁽⁴⁷⁾。例えば、被告が最善の動機で原告の最高の利益であると考え行為したという事実が認められれば、懲罰的賠償は認められない場合がありうる⁽⁴⁸⁾。第二には、犯罪行為 (*actus reus*)、すなわち、行為の客観的描写が、極めてあいまいであることである。行為は「傲慢 (contumeliou)」でなければならない。しかし、母国語として英語を話すほとんどの人は *contumelious* という語を耳にしたことがないであろう。もしあったとしても、前後の文脈からそれが非常に悪いという意味に違いないということを別にすれば、その意味を知る者がいないことはほとんど確実である。裁判所が示す所では、行為は裁判所によ

(45) *Whitfeld v De Lauret & Co Ltd* (1920) 29 CLR 71 at 77 per Knox CJ.

(46) J Salmond, *A Treatise on the Law of Torts* (5th ed, Sweet & Maxwell, London) p 129参照。

(47) 前出註(15) *Tilbury*, paras 5005-5007参照。

(48) 例えば, *Proprietary Schools of Western Australia Ltd v Crown* (1943) 46 WALR 37.

る単なる不承認よりもそれ以上のものが求められなければならない⁽⁴⁹⁾。しかし、諸事件で示されるものは、いかなる事実状況が懲罰的賠償を認めることによって裁判所がなす非難に値するか、あるいは、値しないかを示す個々の例示に過ぎない。

原告の訴訟原因

Rookes v Banard 事件判決以前の「混沌」たる状況の中に懲罰的賠償に関する法が存在していた時点で、懲罰的賠償を認めることに関連する要因の一つが原告の訴訟原因であった。その理由は、イギリス法は数多くある特定された訴訟原因を通して定型的なシステム (formulary system) として発展してきたからである。したがって、原告の訴訟原因が懲罰的賠償が利用できる (そして利用できない) 場合を決定する基準となることは、驚くべきことではない。この状況はイギリスにおいて今も続いている。そこでは、懲罰的賠償は、*Rookes v Banard* 事件判決以前に利用できた事件 [= 訴訟原因] にしか利用できないということが確立している⁽⁵⁰⁾。イギリスの法律委員会 (Law Commission) は、この状況を、懲罰的賠償が原則的にはほとんどの違法行為に対して利用できるように変えるべきであると、正しく、勧告した⁽⁵¹⁾。簡単に記せば、*Rookes v Banard* 事件判決が、懲罰的賠償の質と目的とを特定した以上、もはや懲罰的賠償の利用可能性を原告の訴訟原因に結び付けて考える必要はなかった。これが現在のオーストラリア法⁽⁵²⁾およびカナダ法⁽⁵³⁾における状況である。*Paragon Properties Ltd v Magna Envestments Ltd* 事件アルバータ州控訴院判決における Clement 上訴裁判官が述べるように⁽⁵⁴⁾,

「法原則を発動させるのは違法行為者の非難されるべき行為であり、填補的賠償金を生じさせ、生じた行為が関連をもつ違法行為の法的分類ではない。法原則の適用に対して恣意的な制限を設けること

(49) *Uren v John Fairfax & Sons Pty Ltd* (1966) 117 CLR 118 at 153 per Windeyer J 参照。

(50) *AB v South West Water Services Ltd* [1993] QB 507.

(51) Law Commission of England and Wales, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (Law Com No 247, 1997) paras 5. 49-5. 77.

(52) 特に, *Lamb v Cotogno* (1987) 164 CLR 1 at 8.

(53) *Vorvis v Insurance Corporation of British Columbia* [1989] 1 SCR 1085.

(54) (1972) 24 DLR (3d) 156 at 167.

は、根底を成している原則を切り崩すことになり、また、原則を不確定で議論の余地のある法体制に置き換えることになる。」

被害者としての原告

Rookes v Banard 事件判決において⁽⁵⁵⁾、Devlin 貴族院裁判官は、原告が処罰されるべき行為の被害者である場合のみ原告に懲罰的賠償金が与えられるに過ぎないと述べた。したがって、何らかの理由で（例えば、感覚の鈍さのために）被告のとんでもない行為の影響を受けない原告には懲罰的賠償は認められないであろう。

オーストラリアにおいては、この主張を支持するものがある。すなわち、このことが実際意味していることは、懲罰的賠償が利用できるのは、原告が填補的賠償金を請求できる権利を有している場合だけであるということである。つまり、いわば、懲罰的賠償は填補的賠償に「寄生（parasitic）」しているのである⁽⁵⁶⁾。しかし、ニュージーランドの判例法は、この考え方が狭すぎることを示してきている⁽⁵⁷⁾。ニュージーランドにおける身体傷害（personal injury）の事件におけるように制定法がコモン・ロー上の損害賠償請求権を廃止してしまった場合、懲罰的賠償を求める独立した請求を認めるよう制定法を読んでではない理由はないように思われる（つまり「損害賠償金（damages）」を填補的賠償金に限定されていると読むことである）⁽⁵⁸⁾。

懲罰的賠償の目的を果たすことの可能性

懲罰的賠償は、その目的、つまり処罰し抑止することが達成されない場合には、利用することができないであろうと述べることは、明らかであろうと思われるかもしれない。しかし、実際にはそう言うほどたやすいものではない。例えば、被告の行為に保険がかけられている場合を考えよう。そのような場合に、懲罰的賠償はその目的を実際達成しうるであろうか。極めて明らかに、被告は「痛み（sting）」を感じないであろうから、懲罰的賠償で被告を罰すこ

(55) [1964] AC 1129 at 1227.

(56) *XL Petroleum (NSW) Pty Ltd v Caltex Oil (Australia) Pty Ltd* (1985) 155 CLR 448.

(57) 特に、*Donselaar v Donselaar* [1982] 1 NZLR 97参照。

(58) これは、正当化できないはずの、填補的賠償金を懲罰的賠償金であると詐称して認める機会を裁判所に与えることになった：J Smillie, “Exemplary Damages for Personal Injury” [1997] *NZ L Rev* 140.

とはできないであろう。しかしながら、それでも懲罰的賠償で他の者を抑止することができる」と主張しうる。この理由および他の理由でオーストラリア連邦最高裁判所 (High Court of Australia) は、*Lamb v Cotogno* 事件判決⁽⁵⁹⁾において、自動車の使用の際の被告の傲慢な態度が原告に身体傷害を与えた被告に対して、たとえその被告には第三者自動車強制保険がかけられていても懲罰的賠償を利用することができる、と判示した。Luntz 教授はこの判決を「不条理 (absurd)」と言うか⁽⁶⁰⁾、私も彼に同意する。(同様に第三者強制保険をかけている) 他の自動車運転者が、被告の行ったような行為を抑えるであろうと言うことは、想像力を働かせすぎているに過ぎないし、さらに、そのような運転者は懲罰的賠償が科せられる危険や、そのことが保険料にもたらす影響を知っていると仮定してみることも同じである。連邦最高裁判所が示した他の理由は、懲罰的賠償を認めることで原告の復讐への衝動が和らぐであろうというものであった⁽⁶¹⁾。しかし、原告の復讐への衝動は、おそらく、懲罰的賠償を認めることに伴う処罰と抑止で和らげられるべきであるが、まず第一に被告を処罰し抑止することがなお適切であることに違いないことは確かである。

このことは、被告が保険をかけている場合は、すべて懲罰的賠償を排除すべきであるということの意味しない。例えば、最近イギリスでは、警察が原告の権利を侵害したいいくつかの事件で、懲罰的賠償が認められた⁽⁶²⁾。そのような賠償は抑止を達成するということで正当化しうるように思われる。そのような賠償がいくつか認められれば、警察の支払う保険料が高騰し、ついには、保険がかけられなくなる危険のため、警察が侵害行為を止めようとする圧力となるであろう。しかし、この規範に訴える議論が前提とするのは保険料を決定する要因であるが、その要因は、正当化される場合もあればされない場合もある——例えば、増大する危険は、効果的な再保険契約を通して保険業者が負担するに過ぎない場合がありうる。

被告が保険をかけている状況を別にすれば、懲罰的賠償金の目的が達成されなくなるかもしれない他の状況は、原告に与えられる填補的賠償金自体が非常に高額で、十分に処罰と抑止の意味を持つ場合⁽⁶³⁾、そして、被告がすでに処

(59) (1987) 164 CLR 1.

(60) H Luntz, *Assessment of Damages for Personal Injury and Death* (3rd ed, Butterworths, Sydney, 1990) para 1. 7. 6.

(61) *Lamb v Cotogno* (1987) 164 CLR 1 at 9.

(62) 特に、*Thompson v Commissioner of Police* [1997] 2 All ER 762 (CA)。

罰されている場合⁽⁶⁴⁾である。後者は、今、大いに議論されている問題である。その問題は、現在南オーストラリア州からの上訴事件でオーストラリア連邦最高裁判所にかけられている⁽⁶⁵⁾。その問題は、また、1998年2月に下されたニュージーランドの控訴院の *Daniels v Thompson* 事件判決⁽⁶⁶⁾における重要な争点であった。ニュージーランドの控訴院は、被告の行為が刑事訴追の対象にすでになっている場合、または対象となりそうな場合には、懲罰的賠償を請求することはできない、と判示した。それ以前の先例は、従前の有罪判決は、懲罰的賠償を認める際に、二重の処罰を回避するという範囲で考慮されるという考え方を支持する傾向を有していた⁽⁶⁷⁾。しかし、ニュージーランドにおいて描かれた新しい道は、処罰の強行の点で刑事法が、したがって国家が、有する第一次的役割を強化するものである。裁判所の多数意見（Richardson P, Gault, Henry および Keith JJ）は、次のように述べる⁽⁶⁸⁾：

「犯罪行為を扱う国家の役割には優先順位が与えられ、私的利益による介入はかかる役割が完了するまで延期される……このことはまた、犯罪行為を理由に処罰を科すことは、そのあるべき姿のように、第一次的には刑事法にあることを確実にするものである。」

オーストラリアでこのアプローチが採られるかは今後を見なければならぬ。そして、このアプローチが採られるなら、懲罰的賠償の利用可能性は著しく制限されるであろうし、それは、*Rookes v Barnard* 事件判決におけるアプローチをオーストラリアが採用していた場合よりも更に狭いものとなるであろう。その理由は、懲罰的賠償が用いられるほとんどの事件で、被告の行為は刑事上のものでもあるからである。このことは、實際上、懲罰的賠償が重要となる唯一の場合は、現に犯罪と定義されていない、あるいはいまだ犯罪と定義されていない行為を非難することを裁判所が望む場合に限られる、ということの意味しているのかもしれない。

(63) 例えば、*Backwell v A* [1997] 1 VR 182。

(64) 例えば、*Watts v Leitch* [1973] Tas SR 16。

(65) *Gray v SGIO* [1997] 8 Leg Rep SL 3。

(66) [1998] 3 NZLR 22。完全な議論に関しては、J Smillie, “Exemplary Damages and the Criminal Law” (1998) 6 *Torts LJ* 113参照。

(67) 例えば、*Watts v Leitch* [1973] Tas SR 16。

(68) *Daniels v Thompson* [1998] 3 NZLR 22 at 53。

懲罰的賠償をより広く利用できるようにすること

懲罰的賠償はより広く利用できるようにすべきで、訴追と処罰の費用を刑事訴訟から民事訴訟へと移すべきなのか。純粹に経済的な考慮理由を別にすれば、私には以下の際立った点で原告に利するのでこの主張が支持されると思われる。

- ・原告は「訴追」するかないかの問題および事件の進行をコントロールすることができる。この点は、——性的虐待事件における家族関係のような——原告と被告との間に以前から続く関係がある場合には重要となりえよう。

- ・刑事手続と民事手続との関係に対するニュージーランドで採られたアプローチが採用されるなら、訴追が遅れているかあるいは訴追の判断が避けられている場合には、裁判所には訴追の裁量権に対する何らかの、もちろん僅かな、指揮権が与えられる。それは、訴追権者に裁量権を行使することを求めることで、裁判所が訴追権者の怠惰に圧力をかけらからである。

- ・国家でなく原告が「罰金」を手にする。伝統的には、これは原告に対する「タナボタ (windfall)」であるとみなされている。「タナボタ」と言うことは、原告は本当は金を受け取るべきではないことを暗示するものである。しかし、この主張は、処罰に対する国家の独占を前提としている⁽⁶⁹⁾。

これらの主張に反対するものとして、すでに論じたデュー・プロセスの問題点がある。私が特に重要であると思う三つの点を示す。

- ・第一の点は立証責任である。被告が処罰されうるには、立証は民事での証明水準を上回るものでなければならない。解決策は、懲罰的賠償を認めることに伴う重大な結果を考えると、明確で揺るぎ無い証拠が存在しなければならないということかもしれない。オーストラリアにおいては、これは *Briginshaw* 事件における基準の下で可能である⁽⁷⁰⁾。

(69) さらに批判に関しては、N J McBride, "Punitive Damages" in P Birks (ed), *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century* (Clarendon Press, Oxford, 1996) p 196 参照。

(70) *Briginshaw v Briginshaw* (1938) 60 CLR 336, 特に, at 362-363 per Dixon J 参照。および, *Backwell v A* [1997] 1 VR 182 参照。

・第二の点はより難しい。すでに見たように懲罰的賠償の付与を正当化する行為の描写が不確定であり、そのため Reid 貴族院裁判官は、かつてそれは「刑法典という名に値する法律に載せられないほどあいまいな用語」⁽⁷¹⁾で表されていると述べた。このことがより一層断言できるのは、問題とされる行為が、実際、刑法による非難の対象となっていない場合である。さしあたり、私には、懲罰的賠償に値する行為の定義に必然的に伴う曖昧さはどのように克服すべきか理解に苦しむ。

・第三に、立法またはコモン・ロー上の原則の発展により、処罰として与えられる賠償金の額をコントロールする必要がある、その額が一定の一貫性を得る必要がある。懲罰賠償金の額の決定を、裁判官の、そしてなおさらのこと、陪審の完全な裁量に任せることはできない。この点で、節度 [ある賠償額] を求める最近の忠告は十分ではないであろう⁽⁷²⁾。

結 論

懲罰的賠償に対して大きな信頼をよせ刑事訴追に関する国家の独占を切り崩すことを求める揺るぎ無い主張がなされようと、最後のパラグラフで示した点には、重大な注意が向けられる必要があろう。刑事裁判制度の規制緩和の状況の中で、それらの問題点に答が与えられないままにいることは、裁判官および原告の手にあまりにも大きな権限を与えることとなろう。実際、懲罰的賠償が民事法の中で正当化しうる役割を有していることに我々が納得ゆくまでは、おそらく、我々は規制緩和という考え方を抱くべきではないのかもしれない。そして、私は Burrows 教授同様⁽⁷³⁾懲罰的賠償が民事法の中で正当化しうる役割を有しているとは、断じて確信していない。

少なくとも当面は、懲罰的賠償は民事上の救済手段の枠組みの中で現在ある変則的な地位を保つべきである。

(71) *Broome v Cassell & Co Ltd* [1972] AC 1027 at 1087.

(72) 例えば, *XL Petroleum (NSW) Pty Ltd v Caltex Oil (Australia) Pty Ltd* (1985) 155 CLR 448 at 463参照。 *Thompson v Commissioner of Police* [1997] 2 All ER 762 (CA) と比較せよ。

(73) A Burrows, "Reforming Exemplary Damages: Expansion or Abolition?" in P Birks (ed), *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century* (Clarendon Press, Oxford, 1996) Ch 7.

訳者付記

ここに翻訳を掲載した Micheal Tilbury 教授の論説は1998年9月に早稲田大学比較法研究所が主催した国際シンポジウムにおけるスピーチのための原稿に基づいている。Tilbury 教授が本論説註（65）に指摘した事件について、オーストラリア連邦最高裁判所は、1998年11月に判決を下した。同事件判決に関して、本号263頁以下に簡単な紹介をしたので、併せて参照していただければ幸いである。

なお、シンポジウムにおけるつたない通訳であったにもかかわらず、本論説の翻訳の許可を心よく与えて下さった Tilbury 教授に心からの感謝を申し上げたい。