



Title	いのちの値段：生命侵害による損害と平等原理
Author(s)	三木, 千穂
Citation	北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル, 6, 67-98
Issue Date	1999-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/22305
Type	departmental bulletin paper
File Information	6_P67-98.pdf



いのちの値段

— 生命侵害による損害と平等原理 —

み き ち ほ
三 木 千 穂

目次

はじめに	68
第一章 判例・学説の流れ	68
第一節 生命侵害による損害賠償請求権の主体	69
第二節 逸失利益の算定について	70
(1) 逸失利益論	70
(2) 無収入者の逸失利益	71
(3) 慰謝料について	73
第二章 西原理論	74
第一節 内容	74
第二節 学説・実務の反応	76
(1) 相続否定説について	76
(2) 定額化論について	76
(i) 批判説	76
(ii) 実務に与えた影響	78
(iii) 死傷損害説について	78
第三章 検討	79
第一節 判例の立場について	79
(1) 生命侵害による損害賠償請求権の主体について	79
(2) 逸失利益の算定について	80
第二節 稼働能力喪失説と死傷損害説	80
第三節 男女間の格差	81
第四節 健常者障害者の格差	84
第五節 外国人日本人間の格差	88
おわりに	92

はじめに

平成4年3月5日、横浜地裁で一つの判決が出された。

事案は県立伊勢原養護学校在学中の自閉症の16歳の男子生徒が体育の授業中、プールで溺死し、その子どもの両親が、死亡は担当教諭の指導ミスによるものだとし、県と当該教諭の責任を追及した。裁判所は、担当教諭の指導方法に過失があったとして、県の国家賠償法上の責任を認め、損害賠償額について、次のような算定を行った。

まず、逸失利益については、被害者がIQ55であり、養護学校出身者の一般企業への就職は多くなく、地域作業所への入所が多いこと、両親も卒業後の進路として地域作業所を希望すると話していたこと等から、被害者は、卒業後、地域作業所に進む蓋然性が最も高いと認められる、として県下の作業所の入所者の平均収入年約7万円を基準に算定し、120万円余りとした。

そして、慰謝料については本件事故の態様、とりわけ本件事故が担当教諭の重過失により発生したこと、被害者の逸失利益の算定額、被害者が原告の唯一の子であったこと等を考慮して、2,500万円が相当である、とした。

これに対し、二審である東京高裁は神奈川県最低賃金、県立養護学校高等部卒業の自閉症男子生徒の平均初任給等による各算定額を比較し、生徒の将来の可能性から不合理でない金額として逸失利益を1,800万円としたのである。ここでは「こと人間一人の生命の価値を金額ではかるには、この作業所による収入をもって基礎とするのでは余りにも人間一人（障害児であろうが健康児であろうが）の生命の価値をはかる基礎としては低き水準の基礎となり適切ではない（極言すれば、不法行為等により生命を失われても、その時点で働く能力のない重度の障害児や重病人であれば、その者の生命の価値をまったく無価値と評価してしまうことになりかねないからである。）」と述べている。

現在の生命侵害による逸失利益の算定方法は、被害者の賃金による算定が基本となっている。そしていまだ収入のない子どもの場合には平均賃金が基準として用いられる。ところが被害者が障害を持っている子であった場合、将来の収入が低いであろうからという点があえて考慮に加えられ、逸失利益は障害のない子より低額に算定されてしまうというのが現時点の実務の考え方である。この実務の考え方に従えば、確かに原審も妥当であるようにも思えるが、人が一人亡くなったことに対する損害額が120万円というのは誰が見ても少ないであろう。第二審はこの観点から基準を変更したと思われる。

しかし、この伊勢原養護学校プール事件の被害者が16歳男子の健常者であったとすれば、1991年の賃金センサスの男子労働者全年齢平均賃金を基準とした場合、その逸失利益は4,300万円となる。

この差はどこから生まれ、妥当性のあるものであろうか。

わが国の最高法規である日本国憲法は第14条で法の下での平等を規定するが、これには違反しないのだろうか。

本論文はこのような疑問から出発する。

以下では、第一に生命侵害による損害賠償の算定についてのこれまでの判例・学説の流れを概観し、現在の実務の算定方法の考え方を探る（第一章）。第二に、損害賠償の算定において人間の価値の平等という点を重視したいわゆる西原理論について説明し、反対説を挙げて実務や判例に与えた影響について述べる（第二章）。第三に、最終的に人間の価値の平等という点から問題となる損害賠償の算定についての昨今の関連ある問題、すなわち女性の逸失利益、障害者の逸失利益、外国人の逸失利益について検討し、私見を述べる（第三章）。

第一章 判例・学説の流れ

民法施行当時から、生命侵害による損害賠償の算定については様々な議論が重ねられてきたが、その中心となってきたのは次の三点であった。ま

ず、①生命侵害による損害賠償請求権の主体は誰か、という点である。これは不法行為によって人が死亡した場合、生命侵害による損害賠償請求権は、いったん死者本人が取得しそれが死亡によって同時に相続人に相続されていって相続人が請求することになるのか、それとも、はじめからその配偶者や親や子供などが自分の近親を失ったことによる悲しみや、近親者が死んだために経済的援助、扶養を受けられなくなったという損害に対して、その遺族固有の請求権を取得するのかという問題であり、前者の考え方を相続構成説、後者を相続否定説（扶養構成説）という。次に②逸失利益の算定方法についてである。生命侵害による損害賠償の項目としては、治療費や葬祭費などの積極的損害と、生きていれば得られたはずの利益、すなわち逸失利益、そして慰謝料の三つに分けられる。このなかで積極的利益については実際に支出しているのだから算定は容易にできる（ただし、どこまでが相当因果関係の範囲であるかという点で問題にはなる）。問題は逸失利益と慰謝料である。従来、生命侵害による損害賠償の中心は逸失利益に求められてきたから、その算定方法の如何によっては賠償額の総額は大きく左右されることになる。逸失利益の算定方法については中間利息控除の方法の問題や、インフレへの対応の仕方、給与所得者の税金の控除の可否など様々な問題が議論されているが、ここでは被害者間の平等という点からの問題にしぼりたいと考える。この問題の中心はやはり無収入者の逸失利益の算定方法である。③慰謝料についても、その算定方法だけでなく、①の議論において相続構成説をとった場合に、慰謝料は一身専属的性格を有するので相続しうるかどうかがかもとも問題となる。

本論文では損害賠償額の算定方法を検討することが目的であるが、逸失利益や慰謝料の算定と誰が損害賠償請求権の主体であるかという問題は密接にかかわるものである。そこで、この①の点から以下それぞれの点について判例・学説の流れを追う。

第一節 生命侵害による損害賠償請求権の主体

民法施行当時の判例においては死亡の場合の財産的損害はあくまで扶養損害としてとらえられており、相続構成はとられていなかった⁽¹⁾。しかし、大正に入って間もなく、受傷後一定時間してから死亡した場合に、受傷によって発生した賠償請求権が死亡により相続されるという考え方がとられ⁽²⁾、続いてこのケースとの均衡を考慮し、即死のケースについても本人の損害賠償請求権の相続を認めた⁽³⁾。この判決で注目すべきは即死の場合でも受傷と死亡の間には時間的間隔があり、いったん受傷により損害賠償請求権が本人に発生しそれが瞬時に相続されるとのいわゆる時間的間隔説をとったことである。そしてこの時間的間隔説をとって相続構成説を採用することは、批判する判例⁽⁴⁾もあったが、維持され続けた⁽⁵⁾。そして戦後、最高裁においてもこの考え方がとられ、現在も維持されている。

学説においては、民法施行時は民法典の起草者の考え方が扶養構成であったため⁽⁶⁾、この考え方にしたがうものが多数であったが、判例が相続構成説に転換するにつれ、大正半ば以降は相続説が有力となる⁽⁷⁾。

昭和に入ると、相続構成説が通説となったが、その理論構成については判例の採る時間的間隔説に対する批判も多く、相続をもって同一の人格の承継だととらえ、したがって被害者の生命侵害に対する賠償請求権が、その人格を承継する相続人に原始的に取得されるとする同一人格承継説などが主張されるようになった⁽⁸⁾。そして戦後には極限概念説も登場する。これは生命侵害を身体侵害の極限概念としてとらえ死亡の直前、身体障害が無限に大きくなった瞬間に、被害者は、損害賠償請求権を取得し、更に無限の小なる時間の経過後に、相続人がその賠償請求権を、相続により承継取得することになるとする説である⁽⁹⁾。しかし、これらは相続構成説の理論構成に関する議論であり、相続構成説を採るという点では一致していた

ところが、昭和30～40年代頃から、相続構成説を否定する学説が台頭してくる。相続構成説に対

する批判は①即死の場合も瀕死の重傷と死亡の間に観念上の時間があるとするのは不自然である、②子供や独身者が死亡すると、親がこの逸失利益を相続するという逆相続が生ずるが、平均余命の短い親が子が天寿を全うした場合の逸失利益を相続するのは不自然である。また蓋然性からすれば、被害者は将来結婚して、その配偶者や子供が相続人になる確率の方が大きいから、その意味でも親が逸失利益を相続すると想定するのは不自然である、③逸失利益の相続を認めると、生前に被害者と交際しなかった相続人が多額の損害賠償権を相続するという現象（笑う相続人の問題）が生じる、という点にあった。しかし①の不自然さは法の世界にはよくあることであるし、②は、被害者自身に生じた損害を問題とする以上、別段、相続肯定説を捨てなければならないほどの不自然さではなく、③は「笑う相続人」を回避しようとして「笑う加害者」が生じうることが考えられるので、これらの批判は必ずしも致命的なものではない。それにもかかわらず、相続肯定説から相続否定説に学説の流れが変わった理由について内田貴教授は「恐らく、相続肯定説のよって立つ哲学が、人間を収入を生む機械のようにとらえていることに対する反発と、比較法的に見て相続を否定する立法が多いということ」にあったと指摘している⁽¹⁰⁾。

相続を否定する説は、生命侵害による損害賠償は遺族の固有の被害（これを扶養利益と考える学説がほとんど）に対するものであるとする。

このような相続否定説が学説においては通説になっているにもかかわらず、判例が相続肯定説をとっているのは「傷害の場合との均衡論と、賠償額の高額化の要請に配慮ということであろう。すなわち、被害者が交通事故で植物人間になったとか、両足を切断したという場合の逸失利益は、死亡の場合の遺族の固有被害より高額になりうる。相続否定説からするとそれは現に生じている差があるのだから、当然のことだということになる。つまり、損害の側から見ている。これに対して、相続肯定説は加害者の賠償額の側からみており、傷害よりも重い不法行為をしたのに、賠償額

が小さくなるのは均衡を失うと考える」⁽¹¹⁾という均衡論に基づくと思われる。

第二節 逸失利益の算定について

(1) 逸失利益論

民法施行後、人身損害賠償の算定において、積極的損害、消極的損害、慰謝料の三つの損害項目ごとの算定（個別的算定）という枠組みはすでに一般化していた。さらに、明治30年代には裁判所において逸失利益賠償方式がすでに確立していた⁽¹²⁾。そして、このときすでに、逸失利益の算定は収入に基づく差額説な方法によっており、この方法は根本的に、現在も同じである。

学説においては、民法典起草者が抽象的な損害概念について論じていなかったこともあり、大正時代までは損害概念について論じた者はいなかった。しかし、鳩山秀夫博士は「財産的損害ハ損害ノ原因タル事実ガ発生セザリシモノト仮定シタル財産状態ト現実ノ状態トノ差異ノ全部ナリ。従ツテ積極的損害ト消極的損害トノ両者ヲ包含ス」⁽¹³⁾と財産的損害を差額説的に説明している。そして、昭和に入る前には中島玉吉博士が明確な形で差額説と具体的損害説の対立を紹介した。すなわち、差額説とは「加害原因ノ発生前ノ財産ノ価格ヨリ加害原因ノ発生後ノ財産ノ価格ヲ控除シタル差額ガ其ノ加害原因ニヨリ生ジタル損害」であるとする説であり、従来の通説であるが、「此ノ説ニヨレハ損害ハ抽象的観念ニシテ且ツ数字的ナリ、又本説ニヨレハ、損害ハ被害者ノ失イタル利益ニ外ナラズ故ニ或ハ之ヲ利益説ト称スルコトヲ得ヘシ」⁽¹⁴⁾と説明している。これに対し具体的損失説とは損害トハ加害原因ニヨリ被害者カ其ノ財産又ハ身体ニ受ケタル損害其ノモノヲ云フ之ヲ具体的損害主義ト称ス、本説ニヨレハ損害ハ具体的事実ニシテ抽象的数字ニアラス」。このように説明された上で、中島博士は差額説をとっている。

このように差額説に立って損害概念を説明することが学説においても通説となり、この傾向は昭和30年の西原理論が登場するまで維持されることになる。

昭和40年代には西原理論と対立するものとして稼働能力喪失説が登場する。これは「人が働いて収益を取得する意思と能力（ともに潜在的なものを含む）とを有する限り、この労働能力は、いわば機械と同様の財産的価値を持つものというべきであって、ただ代替性がないため、交換価値的なものは観念できず、その能力により将来挙げる収益を評価の基準と考えざるを得ないというに過ぎない」のであるから「その人が不法行為時に実収入を挙げていようといなかつと、このような財産的価値ある労働能力を不法行為による後遺症によって全部ないし一部喪失した場合には、労働能力の喪失自体を積極的な財産的損害と考えると、失われた能力の価値を金銭的に評価すべき」であるとするものである⁽¹⁵⁾。稼働能力喪失説は、無収入者の逸失利益の算定において大きな役割を果たすことになる。

(2) 無収入者の逸失利益

事故当時無収入者であった者、例えば幼児や主婦が被害者の場合逸失利益の賠償が認められるか否かについては判例はどのような経過をたどったのか。大判昭和7年12月23日⁽¹⁶⁾は踏切事故により死亡した主婦と3歳の男子の逸失利益につき「少ナクトモ通常ノ女子ノ労働賃金」「通常男子ノ労働ニ従事シ得ベキ年齢ノ間ノ賃金ニ相当スル収益」を得る見込みありと認めるのが相当である、としている⁽¹⁷⁾。しかし、財産上の損害賠償は確実な主張と立証を要するとの考えから、多額の得べかりし利益喪失が疑われながらも立証がない等として、賠償請求が認められなかった判例もある⁽¹⁸⁾。なかでも、主婦については逸失利益賠償を否定するものが多数存在した。また女兒については逸失利益を認容するが、稼働期間は平均初婚年齢までとしている。さらに東京地裁昭和13年5月28日⁽¹⁹⁾は被害者は18歳の簡易保険局勤務の女性であったが、結婚後は家事に専念すべきものとし、初婚年齢までを稼働期間としている。理髪師のような家事との両立が容易であると思われる事案についても同様である⁽²⁰⁾。また、無収入者に逸失利益を認める判決においても、逸失利益算定の

基準は、最低賃金によるもの、平均賃金によるもの、日雇い人夫の賃金によるもの、鑑定によるものなど、まちまちであった。戦前、戦後しばらくは、やはり被害者側が逸失利益の請求に消極的であったり、無収入者の逸失利益について、判例が分かると行った傾向が続いた。

学説においても、幼児の逸失利益賠償に関しては(a)幼児ないし年少者の場合には、将来取得するであろう収入額の賠償請求権は認めえないと解し、被害者から労務提供や扶養を受けなくなったことによる損害賠償請求権を被害者の親族に認め、または算定困難な前記収入喪失による損害を「無形損害」として算定すべきであるとする見解⁽²¹⁾、(b)年少者の場合においても将来における収益取得の蓋然性を認めることができ、適切な証明資料の提出によりその算定が可能であるから、逸失利益の賠償請求を認容すべきであると解する見解⁽²²⁾に分かれていた。

しかし、昭和39年6月24日⁽²³⁾、最高裁が幼児死亡の場合にも逸失利益の賠償が認められると判示し、(b)の見解に立つことが明らかにされたことで、この議論は決着をみる。「不法行為により死亡した年少者につき、その者が将来得べかりし利益を喪失したことによる損害の額を算定することが極めて困難であることは、これを認めなければならないが、算定困難の故をもって、たやすくその賠償請求を否定しきすることは妥当ではない。ただし、これを否定する場合における被害者側の救済は主として精神的損害の賠償請求、すなわち被害者本人の慰謝料または被害者の遺族の慰謝料の請求にこれを求めるほかはないこととなるが、慰謝料の額の算定については、諸般の事情が斟酌されとはいえ、これらの精神的損害の賠償のうちに被害者本人の財産的損害の賠償の趣旨を含ませること自体に無理があるばかりではなく、その額の算定は結局において、裁判所の自由な裁量にこれをゆだねるほかはないのであるから、その額が低きに過ぎて被害者側の救済に不十分となり、高きに失して不法行為者に酷となる恐れをはらんでいることは否定しえないことである。したがって、

年少者死亡の場合における右消極的損害の賠償請求については、一般の場合に比し不正確さが伴うにしても、裁判所は被害者側が提出するあらゆる証拠資料に基づき、できる限り蓋然性のある額を算出するように努め、ことに右蓋然性に疑いもたれる時は、被害者にとって控えめな算定方法を採用することにすれば、慰謝料制度に依存する場合に比較してより客観性のある額を算出することができ、被害者側の救済に資する反面、不法行為者に過大な責任を迫らせることもならず、損失の公平な分担を究極の目的とする損害賠償制度の理念にも副うのではないかと考えられる」。

しかし算定基準については「本件のごとき年少者の場合においては、初任給は平均賃金よりも低い反面、次第に昇給する者であることを考えれば、35年間を通じてその年収額を右平均賃金と同額とする原審の算出方法は不合理」としたにすぎず、具体的な算定基準については提示しなかった。このため、その後の実務では賃金センサスによる全産業常用労働者男子または女子の平均給与で固定する東京地裁方式、賃金センサスによる全産業常用労働者男子または女子の18歳から19歳の平均給与（いわゆる初任給）で収入を固定する大阪地裁方式、さらに、同じく初任給を基準にするが、被害者が大学生・男子高校生の場合は大学卒初任給に、男子中学生以下は高卒男子初任給に、女子短大生は短大卒女子初任給に、女子高校生以下は高卒女子初任給に固定する名古屋方式などに、下級審実務は分かれている。

それでは、主婦の逸失利益賠償についてはどうか。この点についても学説は分かっていた。まず家事労働の収益性を認めない否定説は、伝統的な逸失利益の概念が、一般に事故なかりせば被害者が取得したであろう所得そのものの喪失として把握し、それを被害者の有していた稼働能力の抽象的価値自体の喪失ではなく、商品交換を前提とする取引社会における労働力の交換価値に基づく利得の喪失ととらえることに鑑み、(a)私的な家内無償労働である家事労働を逸失利益として評価することは困難であるとの理由からこれを放棄し、生

命・身体の侵害それ自体を損害として認めるべきであるとする見解（西原理論）と、(b)無償を本体とする妻の家事労働の収益性を積極的に評価しうる余地はないので、これによって生ずる不均衡は、慰謝料の補完作用でまかなえば足りるとする見解⁽²⁴⁾がある。これに対し、肯定説は(c)家事労働に経済的価値を認めるのみではなく、同種の有償労働が存在するので評価が可能であることあるいは民法762条2項や768条の規定により、妻の家事労働の結果として財産が蓄積され、あるいは財産の減少ないし支出節約という形で成果が現れること、妻が生存していたら免れたであろう出費に家事労働の収益性の根拠を求め、逸失利益を肯定する見解⁽²⁵⁾、(d)人間の所得を生み出す稼働能力の喪失ないし労働能力の喪失自体を財産的損害とみる見解、すなわち稼働能力喪失説に基づくもの⁽²⁶⁾などがある。

そして、判例も分かれていたこの点について、昭和49年7月19日、最高裁が明確な考え方を示した⁽²⁷⁾。「結婚して家事に専念する妻は、その従事する家事労働によって現実に収入を得ることはないが、家事労働に属する多くの労働は、労働社会において金銭的に評価されるものであり、これを他人に依頼すれば当然相当の対価を支払わなければならないのであるから、妻は、自ら家事労働に従事することにより、財産上の利益を挙げているのである。」「かように、妻の家事労働は財産上の利益を生ずるものというべきであり、これを金銭的にし評価することも不可能ということはできない。ただ、具体的事案において金銭的に評価することが困難な場合が少なくないことは予想されるところであるが、かかる場合には、現在の社会情勢等に鑑み、家事労働に専念する妻は、平均的労働不能年齢に達するまで、女子雇用労働者の平均賃金に相当する財産上の利益を挙げるものと推定するのが適当である」とし、主婦の逸失利益を認め、さらにその算定基準を女子労働者の平均賃金としうるものとした。

しかし、女子労働者の平均賃金が男子に比べて低いことから、本判決の考え方によっても、男女

の賠償額算定面での格差が大きいことが新たに問題となってきた。

そこで、学説上、これを是正しようとして、生活費の控除割合を男子よりも低く設定する方法、家事労働分を加算する方法、女兒の稼働開始時期を男子よりも早くして稼働可能年数を増加させる方法、そして格差を慰謝料で補完する方法などが考えられた。

この点につき、最高裁はまず、昭和61年11月4日⁽²⁸⁾に年少者の逸失利益については男女の区別を排し、全労働者平均賃金を基礎とすべきと主張した上告人に対し、原審が女子労働者の全年齢平均賃金額を基準として収入額を算定したことは不合理なものとは言えないとし、上告を棄却したが、生活費控除割合を男子の5割に対して女兒を3割とした。しかし、最判昭和62年1月19日⁽²⁹⁾は男女格差を是正するため女子平均賃金に家事労働分を加算するべきと主張した上告人に対し、「女子が専業として職業について受けるべき給与額を基準として逸失利益を算定するときは、将来労働によって取得しうる利益は評価し尽くされることになり、これに家事労働分を加算することは、将来労働によって取得しうる利益を二重に評価計算することに帰するから相当でない。また賃金センサスに示されている男女間の格差は現実の労働市場における実態を反映したものと解されるところ女子の将来の得べかりし利益を算定するに当たって、予測困難な右格差の解消ないし縮小という事実が確実に生じるものとして現時点において損害賠償額に反映させ、これを不法行為者に負担させることは、損害賠償額の算定方法として必ずしも合理的であるとはいえない」とし、格差の是正を否定した。しかし、これら判決については批判的な見解が多い。この点については後述する。

このように、算定基準については議論を残すが、昭和30年代末から40年代にかけて、幼児や主婦などの無収入者が被害者の場合にも逸失利益賠償を認めるということが、判例上確立され、現在も維持されている。

(3) 慰謝料について

慰藉料の算定については裁判官が自由な裁量によって行なうしかないと起草者自身が考えていたこともあり⁽³⁰⁾、民法施行当時から、裁判所自由裁量を肯定する考え方が判例上確立していた⁽³¹⁾。またこの当時、財産的損害賠償請求権の主体については扶養構成説に立っていたことは前述したが、慰謝料請求権については、行使の意思表示により相続性を持つとの判例⁽³²⁾がある。しかし、これは被害者が控訴審判決確定後に死亡した特殊なケースであった。その後、大正時代には行って判例はその論理を事案の特殊性を離れて一般化する。すなわち、大判大正2年10月20日⁽³³⁾は負傷後数時間して被害者が死亡したケースにおいて、慰謝料請求権は被害者に一身専属のものであるから、相手に対し請求の意志を表示していない場合には相続は認められないとした。そして、大判大正8年6月5日⁽³⁴⁾は負傷後約二か月後に死亡したケースについて、入院中に被害者が慰藉料を請求すべき意志を書面により表示し執達氏に交付し催告を委任した場合、慰謝料請求の意思表示ありとして、遺族への相続を認めた。このように意思表示の有無で慰謝料請求権の相続の可否が決まるとする判例が確立するが、この時期においてはすでに判例は財産的損害については相続構成説を採っており、慰謝料請求権の相続性もこれを前提に考えられている。すなわち、財産的損害賠償請求権についてのこのような理論を前提にすれば、慰謝料請求権の相続を認めるかどうかの問題は、結局慰謝料請求権の性質、すなわち、それが被害者の一身に専属するものかどうかのみにかかってくることになる。そして、その前提の上に立って判例は、慰謝料請求権は一身専属的性質を持っているが、請求権者が行使の意思を表明すれば一身専属性は消滅し相続しうるものになると考えたのである⁽³⁵⁾。

この意思表示説を採るという判例の態度は昭和40年代まで維持される。しかし、昭和30年代から被害者が慰謝料請求権を行使しないとの意思表示を表明しない限りその相続を認めるとした下級審

判決⁽³⁶⁾が登場する。学説においても、意思表示説に対する批判がなされていた。我妻博士はいわゆる「残念判決」⁽³⁷⁾を取り上げ、「残念残念」と叫んだことをもって慰謝料請求の意思表示があったとするのはいかにも牽強附会の説明であり、しかも、このような説明では即死や人事不省の場合、相続人は慰謝料請求権を相続しえないこととなり著しく権衡を失する、そして慰謝料請求権によって保護される「精神的利益」は具体的苦痛ではなく「客観化せられた主観的利益」であると理解し、民法が慰謝料請求権を「単純な金銭債権」としていることとあいまって、それが一身専属的権利ではないと説明する⁽³⁸⁾。このような当然相続説は学説では通説的地位を占め⁽³⁹⁾、下級審にもこの当然相続説を取る判例も登場した⁽⁴⁰⁾。

そして、昭和42年11月1日⁽⁴¹⁾、最高裁も意思表示説を放棄し当然相続説立った。「ある者が他人の故意過失によって財産以外の損害を被った場合には、その者は、財産上の損害を被った場合と同様、損害の発生と同時にその賠償を請求する権利すなわち慰謝料請求権を取得し、右請求権を放棄したものと解しうる特別の事情がない限り、これを行行使することができ、その損害の賠償を請求する意思を表明するなどの格別の行為をすることを必要とするものではない。そして、当該被害者は死亡したときは、その相続人は当然に慰謝料請求権を相続するものと解するのが相当である。けだし、損害賠償請求権発生の時点について、民法は、その損害が財産上のものであるか、財産以外のものであるかによって、別異の取り扱いをしていないし、慰謝料請求権が発生する場合における被害法益は当該被害者の一身に専属するものであるけれども、これを侵害したことによって生ずる慰謝料請求権そのものは、財産上の損害賠償請求権と同様、単純な金銭債権であり、相続の対象となりえないものと解すべき法的根拠はなく、民法711条によれば、生命を害された被害者と一定の身分関係にある者は、被害者の取得する慰謝料請求権とは別に、固有の慰謝料請求権を取得しうるが、この両者の請求権は被害法益を異にし、併存しう

るものであり、同条があるからといって慰謝料請求権が相続の対象となりえないものと解すべきではないからである。」

このように最高裁は財産的損害の賠償請求権が相続されることを前提として、その上で、慰謝料請求権と財産的損害賠償請求権の共通性を強調して、当然相続説に立った。判例はこの判決以降、当然相続説を維持している。

しかし、この最高裁判決の前後から、学説においてはむしろ相続否定説が有力になっていった。そしてこの時期において台頭してきた相続否定説の大きな特徴は、それ以前の相続否定説と異なり、財産的損害賠償請求権の相続性を肯定した上で慰謝料請求権の特殊性、すなわち一身専属性に相続否定の根拠を求めのではなく、財産的損害賠償請求権そのものについても相続否定説の立場に立つことである。すなわち第一節の議論において相続構成説を否定する立場である。

第二章 西原理論

昭和30年代末、損害賠償額の算定について西原教授が提唱されはじめた、いわゆる西原理論は、実務および学会にも大きな影響を与えた。この西原理論は収入によって大きな差のつく従来の個別算定方式に対する批判から出発し、人間の価値の平等を根拠にした定額賠償を提唱するものであるが、その主張はそれにとどまらず多岐にわたっている。ここで、この理論を取り上げるのは、現在問題となっている、人間の価値の平等という点からの問題点を検討する上で非常に有用な理論であると思われるからである。

第一節 内 容

西原教授の主張は次の三つに整理することができる⁽⁴²⁾。

まず、第一は生命侵害による損害賠償請求権の主体における相続構成の否定である。その理由として、相続否定説の方が論理的に一貫していること、相続構成説は結局のところ遺族の一部たる「相続人」に対する賠償を認めようとするものである

が、この目的は「遺族」自身に固有の賠償請求権を認めることにより達成できること、相続は家督相続が否定された今日では主として私有財産の自由処分延長であり、このような法制の下で、生命侵害による損害賠償請求権を死者本人に発生させ相続財産の一部として構成する理論は、極めて不適切であること、を挙げる。

第二は「完全賠償」のドグマおよび死傷による損害額が事実として存在するという観念への批判である。「完全賠償」のドグマとは違法な行為によって他人に損害を与えたものは原則として相当因果関係の範囲内のすべての損害を賠償すべきであるとの考え方である。教授は人間の生命は地球より重いとの観念上も、そして経済的価値はなく金銭に評価できないとの理論上も、いくら金を支払っても、これで十分とはいえないのであるから、生命の喪失に関しては賠償額を離れた「損害額」は客観的に存在しないとす。さらにこのような考え方を基礎にした上で、過失相殺の活用を提唱する。すなわち、「被害者の過失」を加害者側の非難可能性の程度を減少させる一標識として理解し、過失相殺を完全賠償原則の欠陥を緩和する役割を果たすものであると考えるのである。そこで、過失相殺の適用にあたっては、条文の文言にとらわれず、制度の目的に適合的な解釈を行なうべきであり、過失相殺において、責任能力は全く不要であり、被害者の主観的事情を離れて行為の外形から客観的定型的に「過失」の有無を判断すべきであるとする。また判例において確立した被害者側の過失の理論も、このような過失相殺制度の意義から見て歓迎し支持されるべきものであるとする。

そして第三は逸失利益の算定についてである。この点につき、まず教授は、従来の算定方式、すなわち死者の年間収入から生活費等の失うべかりし支出を控除し、これに平均余命年数または「労働可能年数」を乗じて算出する算定方法を厳しく批判する。「従来の差額説的な逸失利益算定の不確実さは、一つは利益を得られたであろう期間について存在します。たとえば、事故によって死亡

した人の場合、もし事故がなければ将来何年生きたであろうかを平均余命によって出すのが普通ですが、平均値というものは果たしてその人がそこまで生きたということの証拠として、どの程度の意義があるものなのでしょう。所得に個人差があるからということで、平均値ではなく具体的な所得を基準にするのならば、余命にも当然に個人差があるはずで、単にそれが不明だというだけで当然のように平均値を使う根拠は差額説の立場からはどのように説明するのでしょうか。」そして、2,3歳の幼児が死亡したというケースについてのいくつかの裁判例を挙げ「最近のものはみな統計を使っており、基本的には同じ発想、同じ算定法のはずなのですが、結論としての数字には非常に大きな差があります。過失相殺なしでも何百万という差が出てきているのです。人身事故は一つ一つ違うのだという意見も聞きますが、2,3歳の子供が死亡したときに損害額が人によってこんなにも違ってよいのでしょうか。また、単に事故の時期が一年や二年早いか遅いかで基礎となる統計資料が異なり最終の数字がずいぶん違っているようですが、こういう扱いでよいものかどうか疑問です。いずれもその時その時のある種の統計に依拠し、これを唯一の真理であるかのように利用しているわけです。さらにいつから働きだすかという稼働の開始時についても18歳からとかいろいろな起算点のとり方があります。そのちょっとしたとり方で結論が変わってくる。それが上級審へいきますと、理論上はどれも不合理といえないというようなことであつたりとかたづけられている。正確そうな形をとって精密な計算をしても何百万も差が出るなら、むしろ損害賠償としていくらが適当かということで頭から結論としての金額の多い少ないについて議論していったらどうかと思うのです。」と述べる⁽⁴³⁾。そして、死傷における損害のとりえ方として、通説であった差額説に対しいわゆる死傷損害説を主張される。差額説とは、損害とは加害原因がなかったとしたならばあるべき利益状態と、加害がなされた現在の利益の状態との差であるとするが、死傷損害説は生命や身体

を害されたときはすべて一つの非財産的損害が生じるとみて、これに対する適切な賠償額を一体として判断すべきであるとするのである。この死傷損害説は、死傷によって実際に生じた侵害額がどこかに存在しそれを客観的に把握するのが賠償額の算定なのではなく、死傷損害の場合、適切な賠償額は「創り出される」のであるとの主張と結びついている。さらに「いわゆる財産的・精神的両損害をすべて総合して生命の価格や負傷による損害の評価をなすべきだとすると、従来のように収入の多寡等によってあまり極端な個人差が生じることは好ましくなく、なんらかの意味での損害の類型化、賠償額の定額化が必要となってくる」⁽⁴⁴⁾とする。

しかし、教授は「定額化」と主張しつつ、実際にそれがどのくらいの金額かということを示していない。しかも「定額化」としながらも、必ずしも完全にすべての人について一つの金額にすることを主張しているわけではない。定額化理論とは「ひとくちに定額化といってもその内容や程度、実現方法は様々であり、各種の分野でそれぞれ適切な方法を用いて賠償の総額を重視しその個人差を減少させる方向への推進を図るべきだ」という一つの姿勢を、多種多様なニュアンスを含めて主張しているもの⁽⁴⁵⁾であるとする。そして、その賠償額のだいたいの「相場」について、絶対的・固定的なものではなく、その時代のその国における諸事情によって異なりうるが、中でも、国民経済、医療制度・葬祭の慣習等、国民感情、立法・約款における水準が特に重視されるべきであるとしている。

このように教授は賠償額の定額化を唱えるが、それは人間の平等・個人尊重の観念、個別主義実費主義の不正確性・不相当性、予見可能性その他加害者側からみた事情、保険制度との関連、立証負担軽減・偶然性の排除、救済の迅速確実性などの理由によるものであり、しかしより根本的には「人間の生命、身体をそれ自身として尊重すべきであること」を理由とするのである。

第二節 学説・実務の反応

以上のような西原理論は、当時の学界、実務に極めて大きなインパクトを与え、のちの理論的展開に一定の方向を示したと評価されている⁽⁴⁶⁾。しかし、中でも定額化の主張は、若干の支持は受けたものの、多くの学説は批判的であり、判例においても積極的損害の一部や慰謝料における定型化・定額化の傾向が見られるものの、教授の主張したような形での定額化は受け入れられなかった。

西原理論への批判を中心に学界・実務の反応をみることにする。

(1) 相続否定説について

前述のとおり、判例においては現在も相続構成説がとられている。学説においては扶養構成説をとると結果的に賠償額が定額化されるという批判もあるが、相続否定説が有力となっている⁽⁴⁷⁾。

(2) 定額化論について

前述のごとく西原理論は多岐にわたるものであるが、当時の学界や実務においては、やはりその主張のなかで最もドラスティックであった定額化論が注目され、また批判されることになる。

(i) 批判説

故楠本安雄弁護士によれば⁽⁴⁸⁾、西原理論の意義と功績は次の4点にあるとされる。すなわち①「実費主義」の呪縛からある程度法律家を解放し、②民法制定当時は予想もされなかった大量の交通事故や公害を生み出した現代の社会は、これらの大量現象を迅速かつ定型的に処理し救済するための法技術・法理論を必要としており西原理論はこうした時代の要請に応えるものであった。③個人の富・収入の不平等が損害額の不平等としてあらわれることをできるだけ避けるべきであることを明らかにした。④無数の運転者をつくりだしたモータリゼーションの進行は、善良な市民を一瞬の事故で加害者としてしまい、賠償支払いのため破滅する事例もしばしば生じるようになった社会的背景の中で、被害者保護に傾注し、反面、加害者の立場をとかく軽視してきた学説・判例に重大な反省を迫ったことである。

しかし、楠本弁護士は①個別的・主体的要素を捨象したこと、②損害賠償法における満足的機能、抑止的機能を阻害したこと、③算出過程を軽視したこと、④健全な法発展を阻害したこと、そして⑤法律家の任務が放棄されたことを理由に西原理論に反対した⁽⁴⁹⁾。

注目すべきは①の理由で、定額化論の基本である「人命・人身の価値は平等」という価値観については、反論の余地がないとしながらも、賠償される損害は生命・身体の価値自体ではないと述べている点である。賠償されるべきものは事故による財産的または非財産的損害であって、生命・身体の価値ではない以上、「法の下での平等」（憲法14条）によって定額にすべきとはいえないと解するのである。そして、憲法学上も、平等とは絶対的平等ではなく、相対的平等は当然に許容されており、人は本質上平等である限り法的平等を要求できるが、個人的特性に基づく差異がある時はこうした事物の本質に基づく不平等は法的にも顧慮されなければならないと解している。ただし、これは事実上の不平等が法的差別を常に正当化するというのではなく、法的な差別処遇が正義に合致し、恣意的ではなく、合理的根拠を有する場合でなければならないが、人身損害に対する賠償額の個人差は、まさに国民各人の「事実的差異」に由来するもので、原則的には今日の社会観念上十分な合理的根拠を有している。職業や扶養家族や体質の差を無視した画一的損害賠償が合理的とは到底考えられない。このように、楠本弁護士は賠償額の算定においては、人身損害の個別性を基本にしなければならないと説く。そして、交通事故増加により解決の迅速性は求められるから、示談での救済に応じるものについてはの基準を設けてもよいが、裁判上での救済については個別性を重視しなければならないとする。なぜなら、憲法13条は個人の尊厳を定め、一般基準では満足されない個人の个性的主張と救済の場としての裁判は「裁判を受ける権利」（憲法32条）「司法権・裁判官の独立」（同76条）の見地から不可欠であるからである。

さらに楠本弁護士は、西原理論の出発点である伝統的な財産的損害の個別算定に対する批判を否定する。すなわち、西原理論は個別算定は、実際はごくあいまいな蓋然性を基礎とした不正確なものに過ぎないと批判するが、この考え方の背景にはおよそ財産的損害は（慰籍料と違って）厳密かつ高度に立証されなければならぬものという固定観念があったと思われるが、財産損害にも厳密に立証できるものとそうでないものがあるのだから、不正確だからといって一概に否定することは実もふたもない、とする。そして「確かに幼児の逸失利益の算定などはフィクションの要素を多分に含んでいるが、そのなかにも合理的な説得力ある方法を確立することは不可能ではない」と批判する。

後藤孝典弁護士は西原理論は「構造上の矛盾」を含む理論であると批判する。すなわち「財産的・精神的両損害を、すべて総合して一つの非財産的損害が発生したと見て『裁判官が適当と思う額』を全体として判断すべきであるとするのであるから、徹底した自由裁量の主張である。いわば自由裁量の極限主張である。ところが、他方、右の額は定額化が望ましいとされている。さらにその上、定額とされた基準額から、加害者側の非難可能性によって増減すべきことがとかれ、再び裁量性を主張されている。裁量性と定額性が同時に主張されており、入り組んだ関係にある。したがって、明らかに非難可能性に応じた裁量性の主張でありながら、定額化が望ましいとされてしまっているため、その裁量性の主張がなんのためになされているのか、判然としなくなってしまう⁽⁵⁰⁾という問題点を指摘するのである。そして、損害賠償額算定においても、人間保護を重視すべしとする西原教授の主張を高く評価しつつ、人間保護の理念を継承したいとしつつも、「人間保護理念実現の視点から見れば、収入の多い被害者の賠償額が高額となることを危惧する必要はない。収入の少ない被害者の賠償額が低額となることをこそ危惧すべきである。問題の核心は貧者の賠償額をどのようにして高額化するかにある。貧富の差があ

るこの現実社会で、定額化によってこれが実現しようとは思えない。」⁽⁵¹⁾と述べられ、「定額化が人間保護理念実現の唯一の道ではない。むしろ、定額化論が実現した賠償額低額化の一般状況に照らすとき、西原教授が、具体的な損害賠償方式を否定したところにこそ問題があった」⁽⁵²⁾とする。

(ii) 実務に与えた影響

では、定額化論は実務にはどのような影響を与えたのか。昭和40年代にいくつかの下級審裁判所において、交通事故に基づく人身損害賠償額の算定に関する基準が作成された。これらの基準はあくまで「単なる目安」として作成されたものであるが、それに基づく実務が定着することによって、以後の交通事故損害賠償額の算定を事実リードしていくことになった。さらに日弁連の交通事故相談センターも、昭和45年以降、交通事故による損害の賠償について、算定基準を作成している⁽⁵³⁾。これらの算定基準では、一部の費用において、賠償額の定型化や場合によれば定額化が行われている。たとえば、積極的損害のうち、付添費や入院雑費については入・通院期間に応じた定型的な賠償額の算定がなされており、葬儀費については定額的な処理がなされている。また、慰謝料についても、死亡による慰謝料については定額的な算定がなされている。このような積極的損害、慰謝料の定型化・定額化は西原理論の影響が大きいといわれている⁽⁵⁴⁾。並木茂判事は慰謝料算定基準について「その設定の当初においては一般に低きに失すると評されていた死亡ないし傷害慰謝料の高額化が強く意識されその全面に押し出されていたことは否定しえないにしても、本質的には広範な自由裁量の許容される慰謝料額に統一的基準を付与して同種事件における被害者ないし加害者相互間における均衡を確保しようとする法的安定性への配慮があったことによるものである」とし、積極的損害算定基準については「個別的判定方式をとることによって生ずる同種大量事件の審理遅延の解消」を目的とするものであったとしている⁽⁵⁵⁾。

しかし、これらにおいて、賠償の中心を逸失利益に対する賠償が占め、しかもそこではいわゆる

個別積み上げ方式が採用されているという点においてはそれまでの通説的な損害賠償論における算定方式が維持されているといえる。しかも倉田元判事は「逸失利益全般の定額化は、当分見込みがない。すでに慰謝料の定額化が実現している以上、二本柱のもう一本である逸失利益の方も定額化すれば、学者のいわゆる全体的定額が実現するに近いが、それは、具体的認定を本旨とする民事訴訟の分野では無理であり、しかも、慰謝料や入院雑費・葬儀費の場合にはその無理を押し定額にするだけのメリットが認められたのに比し、逸失利益についてはそれが認められない。むしろ、慰謝料の平等と逸失利益の不平等が相提携するところに、公平でかつ悪平等に陥らぬ適正な賠償額が考えられるのであると思う」⁽⁵⁶⁾と述べている。

このように実務では賠償額の定型化・定額化を図ったが、西原教授が唱える定額化とは異なるものであったといえる。そればかりでなく西原理論においては、人の生命・身体の評価は平等であり、収入の差によって賠償額が異なるのは不当であるとする根本理念があったのであるから、むしろ収入の差があらわれてくる逸失利益こそが定額化されなければならなかったはずであるにもかかわらず、それは「悪平等」とされ否定されたのである。また、西原理論においては損害賠償額は加害者の責任原因の内容の大小に応じて変化し、非難可能性によって影響を受けるべきものとされていたのであるから、財産的と非財産的とを区別する実務においては、むしろ慰謝料額においてこそ、事件の内容により、差が生ずることが予定されるにもかかわらず、逆に裁量の自制として、定額になってしまっている。すなわち現在、実務で図られている賠償額の定型化・定額化は西原理論とは逆の方向であるといえるのである⁽⁵⁷⁾。

(iii) 死傷損害説について

このように反対説の多かった定額化論と異なり、西原理論のうち死傷損害説については学説において支持するものが多い⁽⁵⁸⁾。そして、この死傷損害説は公害・薬害訴訟における損害賠償の一律請求・包括請求といった新しい請求方法へ継承さ

れる。一律請求とは個々の原告ごとに個別的ではなく一律に請求することであり、包括請求とは被害者の被った社会的、経済的、精神的被害の全体を包括するものを損害としてとらえその全体に対する損害賠償を請求することである。一律請求といってもそれが全く同じ同一金額の賠償請求だけを指すのではなく、請求金額に段階を設けることも、この請求方式に含まれる。これらの考え方は、西原理論の死傷損害説を出発点とし、しかし包括請求論において典型的なように損害を単に死傷という抽象的なものとしてとらえるのではなく、公害・被害等により被害者やその家族が被った社会的、経済的、家庭的、精神的な被害の総体を損害としてとらえているという点で、西原理論を発展させた面を持っている。このような主張は新潟水俣病訴訟において初めて採用され、その後のスモン訴訟や四日市公害訴訟などでも使われたが、その背景にはこれらの事件が多数の原告を抱えた集団訴訟であったことから、損害発生過程や被害の本質など原告相互間に共通性ないし等質性があったことや通説的な方式に基づく損害額の立証が困難であったことというような訴訟活動上の理由や原告間の団結の維持といった運動論的要因が働いていた。しかし、吉村教授は同時に「そのような主張の基礎に人身損害のとらえ方の転換、すなわち、人を収入を稼ぎ出す、あるいは子供や主婦の場合、稼ぎ出す可能性のある存在としてとらえることへの批判があり、その意味で、物損とは異なる人身損害の特性に着目して定額化を主張した西原理論からの流れのなかに位置づけることが可能である」⁽⁵⁹⁾とされている。

しかし、この包括請求も、楠本弁護士によれば個人の個別性を無視した方法である⁽⁶⁰⁾と批判される。また包括一律請求は損害賠償論が相対的に手薄になることから損害賠償額算定の基礎となるべき事実についての立証が簡略化し、賠償額算定手続費用を低減化することに力点を置く論理であること、賠償額の決定を裁判官の腰撓めの判断に一任するものであるため、低額賠償を許容せざるを得ない論理であり、賠償額を高額化＝適正化す

る論理を内包するものではないこと、という問題点も指摘されている⁽⁶¹⁾。

では裁判所はこのような請求を認めたか、というとその対応は様々である。最も多いのは熊本水俣病判決⁽⁶²⁾のように原告の包括請求を伝統的な請求方式における慰謝料請求と解し、ただその慰謝料額の算定において、本来ならば財産的損害の算定において考慮されるべき要因をも考慮した算定を行なうものである。しかし、スモン訴訟判決においては包括請求を認めるものも登場する。福岡スモン判決⁽⁶³⁾はスモン被害が長期間にわたるかつ多項目に及んでいることを指摘した上で、「これら多項目の損害を個々に立証していくことは非常に煩瑣であり、特にそれが長期間に及ぶときは事実上困難でさえもある。そこで、このような場合には、これらの諸損害と精神的、肉体的苦痛に対する慰謝料とを併せ包括したものとして、一定の損害額を請求することも、特に将来別訴の提起等により不都合生ずる恐れがない限り、許されるものというべきである」としている。この包括請求は最近の大阪西淀川大気汚染公害訴訟や川崎大気汚染公害訴訟でもなされ、ともに第一審ではこの方式を認めている⁽⁶⁴⁾。

第三章 検 討

第一節 判例の立場について

(1) 生命侵害による損害賠償請求権の主体について

まず、私は生命侵害による損害賠償請求権は一旦死者に発生しその後相続人に相続されるのではなく、遺族に発生するものであると考える。死者に権利が発生すると考えることは論理的も不合理であるし、死亡事故において、損害賠償によって救済されるべき者は遺族であるからである。また、楠本弁護士が指摘するように⁽⁶⁵⁾、死者に扶養されていた内縁の妻と扶養されていない相続人がいた場合には、前者が先に賠償を受け、あるいは後者と同時に請求するときはその限度で後者の権利が縮減され、後者が先に賠償を受けたときは債権の準占有者に対する弁済の問題となると解されて

いるというところに相続構成説の限界がある。さらに内田教授が指摘されたように相続構成説からは生涯にわたっての重大な機能障害・労働能力減少を残すような重傷を負ったという場合に、死亡の場合よりも高額の賠償を得ることとなり均衡に失する、「いつそ殺してしまった方が加害者は得ることになる」ということになる、との批判がある。しかしこの点は植物人間になったり将来にわたって大きな障害を負って生きていくことが、死よりも辛いこともあろうし、そもそもこれは感情論でしかなく刑事責任で処理される問題であると考える。

(2) 逸失利益の算定について

西原教授の逸失利益の算定はフィクションに基づくものであり、不正確であるとの指摘に対し、楠本弁護士は財産損害にも厳密に立証できるものとそうでないものがあるから不正確との理由で一概に否定することもはできないと述べ、そこに生まれる人による格差は「事実的差異」に由来するものであり、合理的根拠を有するとする。しかし例えば、基準とする平均賃金について、福岡地判小倉支判昭和 61 年 9 月 1 日⁽⁶⁶⁾は、交通事故で死亡した 9 歳の女子につき、両親が 4 年制大学を卒業していること、被害者が幼時から健康で利発な子供で小学校入学以来その学業成績が一貫して優秀であることなどから高卒後就職するとは考えられないとして、大卒女子就業者の平均賃金を基準にした。これに対し、横浜地判昭和 62 年 9 月 8 日⁽⁶⁷⁾は、同じく交通事故で死亡した 8 歳の男児の逸失利益について、原告は、事故当時健康であったこと、両親がともに早稲田大学に学び、社会的にも中流階級に属することなどを理由に、大卒労働者の平均賃金を基礎に算定することを主張したが、「将来大学に進学・卒業する見込みについては、確実な証拠がなく、年齢からいっても不確定要素が強いので、これ前提に考慮することは不適當である」として、高卒男子労働者の平均賃金を基礎とした。また、東京地判平成 5 年 5 月 28 日⁽⁶⁸⁾は交通事故により死亡した 17 歳の高校 3 年生の女子の逸失利益について、原告が、四年制の大学への

進学を希望しており、短期大学の出願書類を提出しにいく途中で事故にあったが、これはいわゆる滑り止めのためであったことを主張したのに対し、被害者と同期、ほぼ同成績の女子生徒は相応の短期大学に進学していることを考慮して、高専短大卒女子労働者の平均賃金を基礎とした。これらは被害者の「事実的差異」に由来する格差といえるだろうか。百歩譲って、たとえ学歴というのが「事実的差異」であるとしても、特にあらゆる可能性を秘めた未成年者について将来の「事実的差異」を正確に判断することは不可能であり、それは立証の困難性という次元のものではなく、全くのフィクションであると思われる。

それだけではない。算定方式についても裁判所により差異が生じている。東京地裁方式は、年少者の逸失利益について、男女別全年齢平均賃金を基礎としてライプニッツ係数を使用して算定する。これに対し、大阪地裁方式は 18 歳の初任給平均額を基礎としてホフマン係数を使用して算定する。例えば、10 歳の男児が死亡した場合、賃金センサス平成 8 年の統計値に基づいて逸失利益を算定すると、東京地裁方式では逸失利益は 3,487 万 2,683 円になる⁽⁶⁹⁾のに対して、大阪地裁方式では 2,445 万 4,067 円となる⁽⁷⁰⁾。また 30 歳の主婦が死亡した場合には、東京地裁方式では 3,920 万 5,310 円⁽⁷¹⁾であるが、大阪地裁方式では 4,838 万 8,219 円⁽⁷²⁾である。ただ管轄の裁判所が異なるだけでこれだけの差が生じるにもかかわらず、最高裁はそのいずれの方式についても「不合理とはいえない」として両方式を是認している⁽⁷³⁾。

このように現在の判例における逸失利益の算定はフィクションに頼った不正確なものであり、基準すら曖昧である。そのため、事案ごと・裁判所ごとに金額に不合理な格差が生じているといえる。

第二節 稼働能力喪失説と死傷損害説

損害額の具体的算定の原則を維持しながら、このような無収入者の逸失利益について差額説をとることによって生じるフィクション性を少しでも

小さくし、合理的に説明しようとしたのが稼働能力喪失説である。この見解では無職者については平均賃金の使用、稼働可能年数を一律化することにより、ある程度の定型化が図られる。統計上の平均値の使用については「たとえば、ある幼児の将来の具体的所得を統計によって認定しようとするのは矛盾であるが、幼児の潜在的稼働能力の評価に当たって将来の様々の蓋然性・確率を考慮するという見地からは、特段の事情のない限り、平均以上になる確率と平均以下になる確率とが相殺され、その結果平均値を基準として稼働能力を評価することも正当化できる」。しかし、「この場合に統計をそのまま用いるのはほかに具体的手がかりがないからであって、特殊な事情があればそれを考慮できるのであり、具体的算定の原則を放棄したわけではない」から、被告は、原告が平均値に達する確率が乏しいことを主張立証し、成功すれば、裁判所は平均値に確率を乗ずる方法によって原告の稼働能力を評価することになる⁽⁷⁴⁾。

では有職者の場合の現在の所得額による格差についてはどうか。楠本弁護士は「稼働能力喪失自体を損害と考える立場では、その評価過程で、所得の不平等の跳ね返りがある程度抑制し、賠償額を多少とも均等化できるように思われる。実所得には何十倍もの差等があっても、もともと健康正常な人間の能力にそんな開きがあるはずはない。たまたま幸運に恵まれて能力以上の所得を得たり、逆に能力以下の所得に甘んじている場合が多いのが真相であろう。むろん個々のケースで真の『能力』を判定するのは困難であるが、所得の分布と能力の分布には右のような相違がある以上、極端に高額または低額の所得者の所得をそのまま評価資料に用いることは適当でない。高額所得者の能力については厳しく控えめに評価し、低額所得者の能力は寛大に大目に評価することが、能力分布の実態に適合するゆえんである」とし、差額説によれば生じる所得の高低による賠償額の著しい不平等を稼働能力喪失説によればある程度回避できるとする。しかし、失われた将来の稼働能力の評価については「将来の事実を確実性をもって予

測することはできなくとも、将来の様々の蓋然性・可能性は、あたかも土地の発展性の大小が現在の地価に反映するように、現在の稼働能力の評価に反映されている」から、現在の具体的な所得額が重要な評価資料になり、その不平等の影響をまったくなくすることはできないとする⁽⁷⁵⁾。但し、被害者の収入が少ないことを加害者が立証することの「困難さといやらしさ」、低賃金で働いている者が無職者を下回るという不均衡がありうるなどから、平均以下の具体的所得を基準にするのはよほど特段の明確な事情にある場合に限定されるべきであるとしている⁽⁷⁶⁾。

ところが、同じく稼働能力喪失説に拠りながら、成人有職者についても平均賃金による稼働能力喪失損害の算定を行なうものもある⁽⁷⁷⁾。

このように稼働能力喪失説によれば、被害者の収入の多寡を合理的な範囲で損害額に反映させることになる。これに対して死傷それ自体が損害であるとする死傷損害説によれば人間は財産的利益を生み出す機械としてのみ存在するわけではないし、人間の生命の価値の平等という観点からも収入の多寡によって損害額が異なるべきではないということになり、定額化が指向されるのである。

生命侵害における損害とは何か、その損害額の算定に所得の多寡を反映させることが妥当か否かを、現在その所得の格差により結果的に損害賠償額に格差が生じている事例を見ながら検討する。

第三節 男女間の格差

前述のように、現在の算定方法によると、女子の労働者の平均賃金が男子に比べて低いことから、幼児や専業主婦の死亡による逸失利益の算定額において男児女児間、男女間に大きな差が生じている。そして、最高裁がこの逸失利益の男女格差を認め、しかも格差是正の一方法、家事労働分加算論を明確に否定したことも前述した。

ところで、性による差別は憲法14条、24条により禁止されているが、とりわけ雇用の分野において著しい男女差別が存在するという認識に基づき、最近、労働法分野において、男女差別の是正

に向けてのめざましい動きが見られる。1985年には男女雇用機会均等法が制定され、最高裁および下級審が労働条件における各種の男女差別を不合理であるとする判決が相次いで出されている。男女の職務差を理由とする賃上げ格差は不合理であるとする日本鉄鋼連盟事件判決⁽⁷⁸⁾、退職勧奨年齢基準における男女差は違法とする鳥取県教員判決⁽⁷⁹⁾、産休・生理休暇などの不法就労率参入による賃上げカットは違法とする日本シェーリング社事件判決⁽⁸⁰⁾、男女間の定年格差の段階的解消も違法とする放射線影響研究所事件判決⁽⁸¹⁾、昇格の男女差別は違法とする社会保険診療報酬支払基金事件判決⁽⁸²⁾が、それである⁽⁸³⁾。

そのような中、最高裁の逸失利益の男女格差を認める姿勢は、将来も格差が存在するであろうことを前提としている点で、このような均等法の理念ひいては憲法に反するものであるといえる。この点前掲最判 61 年 11 月 4 日で伊藤正巳裁判官が補足意見において格差を是正することに前向きな発言をしていることが注目される。

一方、学説においては現に稼働している者の間に格差が生ずるのはともかく、幼児について男女間での格差は不合理であるとの考え方⁽⁸⁴⁾が強い。そこで、学説においてその格差を是正するための手法がいくつか提案され、下級審で採用されているものもある。

まず、61 年判決でも採用されたが、女兒については、男児より生活費控除割合を低く（一般に 30%）とする方法⁽⁸⁵⁾がある。この方法は「家事労働に経済的価値を認めた上で、家事労働を家計費の節減としてとらえ、これを生活費控除割合に反映させた」⁽⁸⁶⁾のものであり、広く採用されているのであるが、「端的に、女兒の逸失利益をあげようとするところからくるものであり、あまりに合目的過ぎて、無理がある」⁽⁸⁷⁾といえる。

それから、女子の慰謝料の算定に当たって斟酌し、高くする方法⁽⁸⁸⁾があるが、これは何故女子については慰謝料が男子より高くなるのかという根拠がない。

そして、62 年判決において上告側が主張した家

事労働分を加算する方法、61 年判決において上告側が主張した全労働者平均賃金を基礎とする方法などがある。家事労働分を加算する方法⁽⁸⁹⁾は、男女間の賃金差は労働能力の差から生じるものではなく、「女子労働者が家事に従事することが多いことから、稼働自体の時間が制限されたり（たとえば、パートタイム労働者）、あるいは長期にわたる就労を前提としない労働であったり（たとえば、結婚までの就労等）することによるものと判断される」⁽⁹⁰⁾から家事、育児、老親介護などの女性に集中しがちな労働についての報酬相当分を加算すべきという根拠によるものである。前述の通り最高裁は家事労働分を加算することは、取得しうる利益の二重評価となるから相当でないとするが、職業を持つ主婦には家事や育児をしながら働いている者が多いのだから、「二重」の評価が一概に不合理とはいえないといえる。しかし、そもそも家事労働分はいくらと評価するのかが問題となる。この方法を採用する下級審においても年額 12 万円⁽⁹¹⁾、24 万円⁽⁹²⁾、26 万円⁽⁹³⁾、60 万円⁽⁹⁴⁾とその金額はまちまちであり、全くの裁判官の裁量に委ねられており、算定が曖昧である。さらに、共働きの夫婦が増えつつある現代においては、家事を夫婦で分担している場合も多くあると思われるが、この場合をどのように考えるかも疑問である。

また、全労働者平均賃金を算定の基礎とする方法⁽⁹⁵⁾は、男子についても同じ基準を用いるのであれば一貫するが、男子については男子労働者平均賃金を用いるものと解され⁽⁹⁶⁾、女子だけが何故全労働者平均を基礎とするのかの根拠がないと思われる⁽⁹⁷⁾。

このように、差額説を基礎とながら男女格差を是正するために考えられた手法はいずれも「なぜ女子についてだけそうすべきなのか」という根拠に乏しい。とすれば差額説によりながらこの男女格差をなくすには平均賃金における男女格差をなくすほかならないこととなる。しかし、岡本友子助教授が指摘する⁽⁹⁸⁾ように男女賃金格差の要因は・女性は結婚・育児により雇用が中断し勤続年数が短いため年功序列賃金体系が適用されないこと・女性

の雇用分野が低賃金産業・中小企業に集中し、また補助的職務に固定される場合が多いこと・女性のパートタイマーの増加により女子平均賃金が引き下げられていること・男性の残業時間の増加に伴い男子平均賃金が増えていること、などである。これらの要因は女性が結婚をし、出産・育児をするという役割を放棄しない限り、なくなるとは思えない⁽⁹⁹⁾。

また、賃金センサスに示されている平均給与は就労労働者数の年齢構成比をウェイトとした加重平均であって単純平均ではない。すなわち「賃金センサスが問題としている『平均』というのは、例えば義務教育だけで就業した我が国の労働者の現段階における『平均像』である。したがって平均給与とは、この平均像としての労働者が現に得ている給与であって、例えば今、中学を卒業して就職した（平均的な）ある人が生涯にわたって得るであろう給与の年当たりの平均額ではない」。よって「賃金センサスの平均賃金を用いて逸失利益を算出することは、進学や就職で過去40年余りにわたって虐げられてきた祖母や母親の時代の影を、これから職に就こうとする若い女性の被害者がすべて背負わされていることに他ならない」⁽¹⁰⁰⁾。

とすれば、差額説によっては男女の平均賃金格差を論理的にも納得できるような形で逸失利益の算定において是正することはできないといえるのであり、最高裁のような立場をとらざるを得ないこととなる。

これに対して、稼働能力喪失説の立場からは稼働能力自体に本来男女の差は認められないのであるから、この格差は合理的なものではなく、これを是正する必要が生じる。この見解に立つ楠本弁護士も、女子の逸失利益あるいは労働能力喪失損害は「潜在的な稼働能力と顕在的な家事労働能力から評価することができる」とされ、その是正の方法については「財産損害としての労働能力喪失損害を認める限り完全な平等は無理としても、将来の事実レベルの是正・家事労働分の評価・規範的見地からの男女不平等の是正という三つの意味

を含めて、むしろ男女合計の全労働者平均賃金を基準として幼女の逸失利益を算定してよい」と述べられている。しかし、男児については従来通り男子平均賃金を基準にすればよいとする⁽¹⁰¹⁾。これに対し、鍛冶千鶴子弁護士も稼働能力喪失説に立つが、是正方法については「労働者の稼働能力を一応十分に買い取っていると見られる」男子労働者の平均賃金を女子の算定の基礎にすることによるべきだとする⁽¹⁰²⁾。女子の平均賃金が女子の本来の稼働能力を表したのではないと考える以上、論理的にはどちらの是正方法も可能ということになろう。しかし、被害者が有職者の場合にはその収入額を基礎とするこの立場からは、「女子労働者の平均賃金の額が明らかである場合に、さらに抽象的な全労働者の平均賃金を基準とする方法は、論理の上から採用しえない。」「もし、幼児の場合の格差是正のために限定的に全労働者の平均賃金を基準とすれば、それは価値判断に導かれたフィクションと割り切らざるを得ない」⁽¹⁰³⁾との指摘もある。確かに、男女の本来的な稼働能力が同じと考えれば、女子についてだけ全労働者平均を基準にすることは論理的に一貫しないものがあると思われる。しかも、楠本弁護士は一方で「幼児の逸失利益の実質が両親への慰謝料」であるとされる⁽¹⁰⁴⁾。そうであるならば幼児の性によって基準が異なることは説明できないのではないだろうか。

一方、死亡による損害とは非財産的損害であると考えられる死傷損害説の立場からは男性（男児）であろうと、女性（女児）であろうとその人の死亡による損害に差は生じない。問題なのはその損害がどのくらいかということである。

この点、死傷損害説に立つ淡路教授⁽¹⁰⁵⁾は、幼児等の死亡による両親の損害の実質が子を失ったことによる精神的苦痛であるとされる。それにもかかわらず判例が逸失利益という構成を用いたのは、幼児等の損害賠償を高額化させるための一つのテクニックだったのであるから、幼児等の賠償額がある程度高額化した現在においては「幼児等の死亡による損害賠償については、逸失利益というフィクションをやめて、慰謝料に統一したらど

うであろうか。その場合の慰謝料額は従来の逸失利益をも含んだレベルを基準にすべきであり、その逸失利益は男子の平均賃金を基礎にしたものを採用すべきではないかと思う。なぜなら、従来の幼児等の逸失利益の実質が慰謝料（の一部）であり、子を失った親の精神的苦痛に差がつけられないとすると、男児を失った両親の慰謝料に比して、女兒を失った両親のそれが不当に低かった（それは逸失利益及び平均賃金というフィクションに引きずられた結果である）ことになるからである。」と主張される⁽¹⁰⁶⁾。

この見解は、慰謝料という言葉を用いているが、従来の慰謝料とは異なるものとして考えられており、結局、幼児の死亡による損害賠償についての定額化を主張するものであり、男子の平均賃金という具体的な基準を提示している点で、西原理論を具体化したものといえる。確かに、幼児が死亡したことでその親が被る損害とは、幼児が将来働いて得る賃金と考えるよりも、子を失った親の悲しみであると考えの方が実質に則している。そして、子を失った場合、その子が男であるか女であるかのよって親の悲しみに差がないことも当然である。その悲しみを金銭的に評価するに際して男児の平均賃金という基準を使うことについては、国民感情等の点から金銭的に妥当か否かの検討を要すると思うが、定額化の方法としては現実的なものであると考える。

以上のように、稼働能力喪失説によっても死傷損害説によっても、差額説的な算定方法によっては説明のできなかつた幼児等の逸失利益の男女格差の是正を合理的に説明することができる。そして、結果的な賠償額についてもそれほど差は生じないようである。これは稼働能力喪失説が損害の内容であるとする稼働能力に本来的には男女差がないという前提に立ったからである。

第四節 健全者障害者の格差

それでは、稼働能力が異なると考えられている健全者・障害者間についてはどうか。冒頭に述べたように、伊勢原養護学校プール事件の第一審東

京地判平成4年3月5日⁽¹⁰⁷⁾は自閉症により県立養護学校高等部に通う16歳の子どもが死亡したことによる逸失利益を120万円余りとした。

原告は全労働者の平均年収額を基礎として、逸失利益を算定すべきことを主張した。しかし、裁判所は養護学校に入学当時、両親が卒業後の進路として地域作業所へ入所させることを希望していたことを主治医に話していたこと、母親が警察官に対する供述調書で、「将来息子に特に何をさせようという考えは持っておらず、好きなことをさせようと思っている」旨述べていること、被害者には授業中突然席を離れて教室の外へ出ていく等の行動が見られたほか、時に自傷行為に及んだり、混乱状態に陥って奇声を発して飛び跳ねたりすることもあり、昭和57年におけるIQは55であったこと、昭和62年度の当該養護学校高等部の卒業生36名中、地域作業所に入所したものは12名であること、神奈川県立精神薄弱養護学校高等部の昭和60年度から昭和62年度までの卒業生の進路状況については、地域作業所に入所したものの割合が一番高く33%前後であるのに対して一般企業への就職をする割合は25%程度であることおよび自閉症児が将来健全児と同様の就職をする割合は20%未満であること、を理由に裁判所は昭和62年現在の神奈川県内の地域作業所における障害者一人当りの年間平均工賃7万2,886円を基礎に算定したのである。

ところで、障害児・者もこれまでの歴史において様々な差別を受けてきたといえる。このような差別をなくそうと、世界的に障害児・者の権利を高めようとする動きがある。

1975年の第3回国連総会で採択された障害者の権利宣言では「障害者は、その人間としての尊厳が尊重される生れながらの権利を有する。障害者は、そのハンデキャップと障害の原因、性質、程度のいかんにかかわらず、同年齢の市民と同一の基本的権利を有する」「障害者は、経済的、社会的保障への権利、および相当の生活水準を保つ権利を有する。障害者は、その能力に従い、雇用を確保しかつ維持し、又は有益で生産的で報酬を受

ける職業に従事し、さらに労働組合に参加する権利を有する」「障害者は、差別的、虐待的又は品位を損なうような性質を持つ、あらゆる搾取、あらゆる規則およびあらゆる取り扱いから保護されるものである」と謳われている。そして国連は1981年を国際障害者年とし、その後10年を「国連障害者の10年」と定めたが、その到達目標はすべての障害者の「完全参加と平等」の実現に向けられていた。また、1989年の国連総会で採択され1990年に発効した子供の権利条約は、第2条で他の諸々のものとともに「心身障害」による差別を禁じ、第23条において特に障害児の権利の規定を設けている。

日本においても「障害者の雇用の促進に関する法律」によって、ノーマライゼーションの理念を障害者雇用の基本理念と定め、また職業リハビリテーションを法律上位置づけ国がそれを推進すると定めている。

ところが、今現在でも、わが国では雇用の分野において明らかな障害児・者差別が行われていることは否定しえないだろう。

このような障害児・者の逸失利益が問題となった判例は少ないが、その差別された現在の雇用状態に照らし、逸失利益を否定するものが多い。

千葉地判昭和62年8月7日⁽¹⁰⁸⁾は精神分裂病で無職の33歳の男性が交通事故で死亡した男性の逸失利益について平均賃金の約9割の収入を得るにとどまるものと推認するのが相当であるとしている。しかし、なぜ「約9割」かという理由は示されていない。

東京地判昭和63年7月26日⁽¹⁰⁹⁾は、自閉症の既往症があり、精神薄弱児施設に通う7歳の男児が交通事故で運動・精神・神経機能の全体にわたって後遺障害が残存した事件につき、原告は自閉症ではあるが日常生活を普通に送ることができ、又精神薄弱施設に通園し集団の中で指示に従いながら一定の作業を遂行していくことを身につけつつあり、さらなる訓練により、定型化された作業であれば比較的容易に遂行できるようになったであろうことは本件事故直前の教育と同原告の発達の

過程から推測しえたから、本件事故がなかったとすれば、満18歳から満67歳までの49年間平均的労働者として就労が可能だったものと推測される。男子労働者の平均賃金を基礎とする逸失利益の賠償を求めた。しかし、裁判所は「原告が本件事故により将来の就労による得べかりし利益を喪失したというためには、同原告が本件事故に遭遇しなければ、有給の労働者として就労しうる精神的・肉体的条件を具有しうるに至ったであろうと認められることを要するものであるところ、前示の自閉症の原因とその治療の可能性に関する研究および自閉症児の予後に関する臨床的研究の結果に照らし、本件事故前における同被告の成育状況、特に、同原告が自閉症児の特徴とされる症状のほとんどを有し、しかも7歳5か月に達していた本件事故当時においても言葉を全く発することができなかったこと等前示認定の事実を鑑みると、同原告が本件事故に遭遇しなければ、有給の労働者として就労しうる精神的・肉体的条件を具有しうるに至ったであろうとは認めることができないといわざるを得ない」として、逸失利益を否定した。また、東京地判平成2年6月11日⁽¹¹⁰⁾も、東京都新宿区の在宅障害児訪問指導員が脳性麻痺の3歳の男児を乗せたベビーカーを横転させ、脳性麻痺を悪化させた事件につき、この男児の逸失利益を否定している。

さらに千葉地松戸支判平成4年3月25日⁽¹¹¹⁾も特殊学級に在籍する女子中学生(14歳)が、学校の校外学習に参加し、フィールドアスレチックで「高台のぼり」をしていた際、バランスを失って転落負傷した事故についても、逸失利益を否定している。

一般に障害児・者については、特例を除いては、健常者よりも労働能力が劣ると考えられている。このことから、収入を基礎として差額説的に算定する現在の方法によれば、その逸失利益については、健常者の何割かしか認めない、あるいは逸失利益自体がないと判断されているのである。そして、その判断は、「被害者側が提出するあらゆる証拠資料に基づき、できる限り蓋然性のある額を算

出するように努め」(前掲最判昭和38年6月24日)のため、あくまで被害者個別の事情により異なることになっている。伊勢原養護学校プール事件の第一審で原告はそのような個別的な事情を主張立証しようとしたものではなく、障害者でも死亡した場合の逸失利益は健常者と同じであるという、いわば正面からの議論を展開したのである。

これに対し控訴審では控訴人(原告)は一番での主張だけでなく、被害者が自閉症ではあるが、教育、学習療育プログラムにより能力が伸びており、障害児であっても健常者と同様に一般企業に就職する可能性を有する者であるとの個別的な事情も理由として、健常者と同じ逸失利益を請求している。

よって控訴審東京高裁平成6年11月29日⁽¹¹²⁾も、「自閉症による不安定要素もその成長過程においてよく学習、育成されトレーニングされたことによりIQの数値の程度が向上し、精神障害の程度も軽度のランクでしかないこと、また、これを受け入れる周囲の環境が整いさえすれば相当の不安部分が発展的に解消していく蓋然性が高いと推察される」「そうすると、自閉症で軽度の精神薄弱であるというだけで、将来のよき育成、発展に背を向け、現在の一番確実な低収入を得るしかない能力で固定されてしまうと断定することはできない。」と述べている。そして、当該被害者の死亡による逸失利益を認定するに当たっては、このような観点から、「むしろ成育過程における発展的解消、育成による向上、好転、安定化の要因を予測することができる限り、それら予測されうる要因をもできるだけ加味して、一般企業や希望する調理師としての仕事を得て地域作業所における工賃程度の収入より相当に高いレベルの稼働による収入を得ることができると見てよいはずである。」とし、神奈川県最低賃金(一日4,000円)を基礎として算定した金額(1,758万879円)、神奈川県立養護学校高等部卒業自閉症男子生徒平均初任給(1か月8万284円)を基礎として算定した金額(1,782万6,883円)、賃金センサス全労働者全年齢平均賃金や賃金センサス男子労働者全年齢平均

賃金等を基礎として算定したものから40~50%ほど低い(「一般的平均的な通常人と対比すると労働能力が低い部分があることは明らかに予測されるから」)金額に修正された金額を比較し、1,800万円と認めたのである。

この控訴審判決については、「当該被害者の実像を明らかにし、一般企業に就職可能な能力があると認めるとともに、他方で不安定、不確実要因を勘案し控えめに算出された収入額を基礎にしたこと、複数の算定式を比較するなど、バランスを考慮した」という点で「逸失利益算定の虚構性に対する裁判官の挑戦の一つと評価することができ、裁判官の温かみが伝わってくるようである」⁽¹¹³⁾との意見もある。しかし、本判決は稼働能力喪失説の立場から逸失利益を認めたものであるが、「もし、当該被害者の障害の程度が重く、逸失利益算定の前提となる『稼働能力』そのものの存在が全く認定されないとなった場合には、本判決の枠組みでは、『生命の価値』を判断するに際しての限界がある」⁽¹¹⁴⁾。

このように稼働能力喪失説によれば、稼働能力を全部または一部欠く者については逸失利益の否定ないし制限を行なわざるを得ない。楠本弁護士はこの点について明確に述べてはいないが、「病氣・老齢等により稼働能力がゼロかゼロに近い人々の存在を否定できぬ以上、反証を許さない最低額損害の線を引くことも困難である」⁽¹¹⁵⁾と述べていることから、損害額が低くても不合理ではないと考えていると思われる。しかし、四宮教授は、その場合には人間の平等の要請が無視されることになるので、その点には慰謝料の比重を増大して答えるべきだとされる⁽¹¹⁶⁾。また、倉田元判事も稼働能力がない場合には逸失利益が少なくてもやむをえなく、結論が不合理であれば、慰謝料で修正すべきだと述べている⁽¹¹⁷⁾。

これに対し死傷損害説からは人が死亡したという非財産的損害に差はないので健常者であっても障害者であっても逸失利益に差は生じない。

そもそも生命侵害による損害につき、被害者によって差が生じることに合理性はあるのだろうか

か。本論文の出発点たる疑問にもどって稼働能力喪失説を検討する。

生命侵害による損害を稼働能力であるとすれば、その賠償は稼働能力を金銭に替えることでおこなわなければならない。稼働能力喪失説はこの稼働能力が所得によって表されていることを前提にしている。ところが、男女格差の問題で検討したように、男女の所得の格差については女性の「潜在的稼働能力」を認めるという方法で、実際に平均賃金において表れている所得の格差を是正しているのである。すなわち、女性の所得は女性の稼働能力を正確に表していないということになる。しかし、これは女性に限ったことではないのではないか。人の所得がその人の稼働能力を表したものと果たしていえるのだろうか。楠本弁護士は「たとえば同程度の負傷で一年間休業した二人のうち、一人が年間所得200万円、一人が100万円だったとすれば、前者が後者より大きな財産的損害を被っている事実はだれも否定できないであろう。前者に後者より多額の賠償を与えることが、人命・人身の価値を差別することになるとは思えない」とされる⁽¹¹⁸⁾。しかし、年間所得が200万であれば100万の人に比べて、稼働能力が低いと言い切れるものであろうか。新美教授も「仮に、前者が一日8時間の労働によって所得を得ており、後者が不景気を理由とする勤務先の操業短縮などの理由で一日4時間の労働にその所得を得ているとしたならば、稼働能力を財産的損害と見る稼働能力喪失説では、前者が後者よりも大きな財産的損害を受けているとは断言できないのではなかろうか⁽¹¹⁹⁾」と指摘されている。すなわち、被害者の具体的な所得額をもって稼働能力の金銭への換算の尺度あるいは稼働能力の評価資料とすることは、「あたかも、ある一筆の土地についての賃貸において、その一部が賃貸されるのか全部が賃貸されるのか、またその土地の賃貸目的が農地用なのか宅地用なのか、宅地用とするならば、堅固な建物用なのか非堅固な建物用なのか、といった事情を考慮することなく、現に行われている賃貸借の賃貸料をもってして土地の価格を決定しようとするこ

とと同様であって⁽¹²⁰⁾妥当ではないと考える。サムエルソン博士も「身体的特性や計測による知的特性は、人びとのあいだでは所得分布における差異ほどには違ってない」ことを指摘し、「計測された能力の分布と所得分布とのこのような違いは、体力や測定による知能指数のような外面的な特性が、所得の差異の説明にあたってたやすく過大評価されうるものであることを示唆している」と述べている⁽¹²¹⁾。

では、稼働能力はどのように図られるべきかという、私は稼働能力を図り、金銭に換算することは不可能であると考え。稼働能力は数字で評価できない要素をも含むし、数字で評価できる要素もそれを金銭的に表すことはできないからである。確かに身体的、知的特性がある程度、所得に反映されていることは否定し得ないが、むしろ「所得における違いの重要な源泉」(＝稼働能力の差)は「特殊の才能、危険の甘受、好運、天才の手腕、および勤労に求められるべきであって、これらの特性はおずれも標準化された検査で表面化するものではない。」⁽¹²²⁾それが将来、様々な可能性を秘めている子どもであればなおさらである。

人間の平等という理念からは、四宮教授が説くように、慰謝料によって修正し結果的な賠償額が健常者と異ならないというのであれば問題はないとも考えられるかもしれない。しかし、今述べたように、稼働能力喪失説が逸失利益であると考える稼働能力は金銭化できないものであるから、それがどのような額とされようとも全くのフィクションにすぎない。これを人間の平等という要請により慰謝料で修正するとすれば、慰謝料もまたフィクションということになる。果たしてここまでして個別具体的方式を貫く必要があるのだろうか。しかも前述のごとく交通事故訴訟においては慰謝料の定額化が行われている。これは基準であって個別的事情により修正は許されるが、修正により利益を受ける当事者(この場合は障害者の遺族)が修正を必要とする事情を主張・立証しなければならない。それに、その主張が認められたとしても額には限度があると思われる。

そこで私は、生命侵害による損害とは「死それ自体」であるとする死傷損害説が妥当であると考え。「死それ自体」とは、相続否定説を採る私見からは「親を失ったこと」あるいは「子を失ったこと」などである。これはすなわちその被害者の生命の価値そのものである。楠本弁護士は損害賠償により賠償されるべきものは生命・身体の価値自体ではなく、事故による財産的または非財産的損害であると言われる。確かに、損害賠償制度は不法行為によって被った財産的または非財産的損害を加害者に填補させる制度である。しかし、生命を失ったという損害は填補できるものではない。それでも、金銭によって賠償するというだけで填補させなければいけない、ここに生命侵害の特殊性がある。そして人間が生きていくという中には稼働、すなわち金を稼ぐ以外の部分が多くある。賠償を請求する遺族から見ても被害者の稼働による利益以外にも多くのもの⁽¹²³⁾を失っているのであり、これは精神的苦痛としてのみとらえられるものではない。まさに人の生命の価値そのものといえる。とすれば障害の有無により生命侵害による損害額に差が生じるということは生命の価値に差があるということになる。この点伊勢原養護学校プール事件の控訴審は、冒頭に引用したように逸失利益の実質が「生命の価値」であるとし、現在の実務の個別具体的算定方式においてはその「逸失利益の最低線を担保する重要な意味がある」⁽¹²⁴⁾判決ではあるが、その「生命の価値」の平等について要求していない。それでは障害者の「生命の価値」は健常者よりも低いというのだろうか。生命侵害による損害が人間の生命の価値に値するものである以上、その賠償額には被害者によって大きな差があるべきではなく、これについて健常者障害者間で差別することは前述の障害児・者の権利を高めようとする世界的な動きに反するだけでなく、合理的な根拠のない差別であり、憲法 14 条に反すると考えるべきである。

第五節 外国人日本人間の格差

以上のように私は基本的に西原理論を支持する

が、最近になって、西原理論によっても説明が難しい損害額の格差の問題が浮かび上がるようになった。それが、日本人と外国人の格差の問題である。

近時、外国人労働者、特に東南アジアなどいわゆる発展途上国からの労働者が多く日本に流入している。なかでも、ますます増加しているのは高賃金を求めて発展途上国からやってくる労働者である。このような外国人労働者や外国人観光客が日本において交通事故などの不法行為に遭遇し、死亡した場合、損害額はどのように算定すべきか問題となる。なぜなら、現在の通説的な算定方法は被害者の現在の所得を基準とするが、国家間の貨幣格差、賃金格差の存在のため、母国賃金を基準とするか、日本国賃金を基準とするかによって、賠償額において大きな格差が生じるからである。

そもそも準拠法からして問題となるが、不法行為の場合は法例 11 条 1 項によって、行為地法が適用されるので、日本の民法が適用される。労働災害の場合についても日本の労働諸法は属地主義を採っているところから、日本の労働関係法は外国人にも適用されることとなる。不法就労者であっても労働自体が違法ではないのであるから同様に適用されると考えられている⁽¹²⁵⁾。しかし、前述のとおり、日本の判例上は生命侵害による損害については相続構成を採っているが、法例 26 条は「相続は被相続人の本国法による」としており、死者の損害を相続しない法制の国では日本の判例とは異なる結論となるであろう。

このように外国人労働者についても、日本で不法行為にあい、損害を被った場合には日本の民法が適用されるわけであるが、その損害額の算定も日本人と同様になされることになるのであろうか。

日本にいる外国人は①永住者として在留する資格を有するもの、②一時的滞在者でありしかも出入国管理及び難民認定法（以下、入管法という）において行うことができる活動中に就労が含まれている者、③右一時的滞在者が在留期間を超えて在留し、就労している者、④一時的滞在者であり

しかも入管法において行うことができる活動中に就労が含まれない者⑤密入国者のように日本に滞在すべき何らの資格のない者に分類できる。

被害者が日本に永住者として在留する資格を有する者であれば、日本人と同じように算定すれば良いことについては異論がないと思われる。

しかし、それ以外の者については問題となる。入管法は原則として「単純（未熟練）労働者」は受け入れないとの方針を堅持しているので、外国人が日本において報酬を伴う就労活動に従事するためには、日本人や永住者の配偶者である等の例外を除き、就労し得る在留資格を認められなければならない。よって、この資格を有していない者はすべて入管法に違反して就労している者、すなわち不法就労者ということになり、事実が発見されれば、強制退去させられることとなる。このことから、収入を基礎とする差額説をとる立場においては、在留資格、就労資格の有無、在留期間等によって、賠償額が異なってくることになる。まず、入管法で定められた在留期間、あるいは在留期間の更新が相当程度の可能性があるとして認められるときは更新後の期間も含めて、この期間は原則として日本で得ていた収入額を基礎として、日本国民と同様に算定するが、在留期間経過後あるいは密入国者については母国で得られたであろう収入額もしくは被害者の母国の賃金センサスの額を基準として算定するという考え方がある（母国基準説）。これは本来、在留期間経過後や密入国者は日本では労働が許されていないのであるから日本において得ていた賃金を基準にしないで、強制送還されるべき母国で得られるであろう当該国の賃金を基準にするべきであるという考えである。母国基準説においても在留期間後相当期間は、事故に遭わなければ不法滞在が発覚することはなかったと考え、日本で得ていた賃金を基礎とする考え方⁽¹²⁶⁾もある。これに対し、日本での就労先から支払われている金額を基礎とし、それが不明のときは日本の賃金センサスを用いて算定するという考え方がある⁽¹²⁷⁾（日本基準説）。これは外国人であることにより日本人と異なる扱いをすることは法の

下の平等に反すると考えに基づくものである。また、日本基準説においても基準となる賃金については日本のものを用いるが、将来的な「就労可能年数」については、各事案ごとに、具体的な就労の意思と状況や環境、被害者保護の要請、本人の帰国の予定意思、入管法の取り締まり状況、当事国の経済変化、及び正式な統計はありえないまでも事実上の合理的、かつ個別的な在留期間の推測や入管法規定等、その他規範的要請などを考慮して、当該外国人が、事実的及び規範的観点の両者から日本に在留して就労できたであろう就労可能年数を合理的ないし蓋然性をもとに具体的に予測設定するという考え方⁽¹²⁸⁾もある。また、日本の賃金を基準としたうえで、損害賠償制度の原状回復及び被害者救済の機能を重視して、加害者に対し被害者の「滞在生活保障」義務を負わせるべきであるという考え方⁽¹²⁹⁾もある。

判例においては、東京地判昭和51年8月19日⁽¹³⁰⁾が密入国した韓国人が交通事故に遭い、後遺症を負った事案につき、逸失利益のうち入院・通院のため休業せざるをえなかった期間については日本の賃金センサスの平均賃金に基づいて算定したが、後遺症による逸失利益については「結局韓国に強制送還されてしまったものであることからすると、（中略）韓国での稼働を前提として逸失利益を算定すべきである。」とし、母国基準説に立った。そして、松山地裁今治支判平成2年9月21日⁽¹³¹⁾も中国人の観光客Xが日本で交通事故に遭い、死亡した事案で、原告らが逸失利益について、Xは収入においては中国においては中流以上のものであり、日本の水準からすれば、少なくとも前年例平均の男子給与である月額32万4,200円を下回ることはないとして、右金額をもとにXの逸失利益を算定すべきだと主張したのに対し、「同人の死亡による逸失利益とは、同人が死亡しなければ得ていたのに死亡したために失った収入額であるから、本件においては、同人が中国で得ていた現実の収入を基礎として算定すべきである。」としている。また、慰謝料についても「被害者の死亡に対する慰謝料とは、被害者の死亡によって

同人または家族らが被った精神的苦痛を和らげるために支払われる金額であるから、その額の算定に当たっては、事故の態様、被害者の年齢、家族構成、職業、資産、収入、社会的地位などの諸般の事情が考慮されるが、被害者が外国人であり外国に居住しているような場合には支払われる金銭はその国において消費されることが予定されているのであるから、右金銭がその国ではどの程度の価値を有するものであるかは重要な事情であり、当然この点をも考慮に入れるべきである。」とし、500万円と認定した。そこで原告が控訴した。控訴審高松高判平成3年6月25日⁽¹³²⁾は次のように判示した。逸失利益については「Xは中華人民共和国の国籍を有するが、憲法14条の法の下での平等の原則により、日本人と同一の方式で逸失利益を算定するべきであり、経済的事実の異なる中華人民共和国におけるXの現実の収入に基づいて逸失利益を算定すべきではない」。そして、Xの収入による生活程度は中流であることが認められ、これによりわが国の中流の生活水準の労働者を一応の基準とすることができるとした上で、少なくともわが国の多数の企業が採用している定年60歳まで就労が可能としわが国の賃金センサスにおける平均賃金を基礎に算定した。慰謝料についてもXが一家の支柱であったことを認定し、1,000万円とした。

学説においては日本基準説を採ったとしてこの判決を支持するもの多い⁽¹³³⁾が下級審においてはその後も母国基準説が採られてきた⁽¹³⁴⁾。この控訴審判決については判決理由において「住居費は無料、食費も切符で支給され、医療費その他の補助があり（これらの実質収入は、我が国の基準による算定上は加算される性質のものであるであり、日中間では名目上の所得を比較しても無意味である）」と述べられていることから、中国という「社会主義国の特殊性を考慮したもの（という趣旨に解され、(中略)その判決理由自体は、必ずしも後の最高裁判決や下級審判例とも矛盾しない」⁽¹³⁵⁾という見解もある。

そして平成9年1月28日、この問題に関して初

めの最高裁判決が出され、最高裁は母国基準説をとることを明らかにした。

事案はパキスタン国籍の男性が日本において就労する意図の下に観光目的の在留資格で入国したが、その後、製本会社で働いていた時に労災事故に遭い、第一審東京地判平成4年9月24日⁽¹³⁶⁾は事故後3年間は日本国内における収入を、その後は本国における収入を基礎に逸失利益を算定した。慰謝料は250万円と認定。原告側が控訴したが、二審東京高判平成5年8月31日⁽¹³⁷⁾は控訴棄却。そして最判平成9年1月28日⁽¹³⁸⁾も「財産上の損害としての逸失利益は、事故がなかったら存したであろう利益の喪失分として評価算定されるものであり、その性質上、種々の証拠資料に基づき相当程度の蓋然性をもって推定される当該被害者の将来の収入等の状況を基礎として算定せざるを得ない。損害の填補、すなわち、あるべき状態への回復という損害賠償の目的からして、右算定は被害者個々人の具体的事情を考慮して行うのが相当である。こうした逸失利益算定の方法については、被害者が日本人であると否とによって異なる理由はない。したがって一時的に我が国に滞在し将来出国が予定される外国人の逸失利益を算定するに当たっては当該外国人がいつまで我が国に居住して就労するか、その後はどこの国に出国してどこに生活の本拠を置いて就労することになるか、などの点を証拠資料に基づき相当程度の蓋然性が認められる程度に予測し、将来あり得べき収入状況を推定すべきことになる。そうすると、予測される我が国での就労可能期間ないし滞在可能期間内は我が国での収入等を基礎とし、その後は想定される出国先（多くは母国）での収入等を基礎として逸失利益を算定するのが合理的といえる。」と母国基準説により、就労可能期間は「来日目的、事故の時点における本人の意思、在留資格の内容、在留期間、在留期間更新の実績及び蓋然性、就労資格の有無、就労の態様等の事実的及び規範的な諸要素を考慮して認定」した結果、事故後3年間は日本において得ていた収入で算定し、事故後は母国で得ていた収入で算定した

ことは不合理ではないと判示した。慰謝料についても日本人以上の額も認めるべきだと主張する原告の主張は認められず、250万円のままであった。

判例の考え方を整理すれば、日本で現実に就労していた者であれば、一定の時期において予測される日本での就労期間における逸失利益の基礎は、被害者の在留資格や就労資格に関係なく、日本での現実の収入としている。しかし、その後の逸失利益については、在留期間が過ぎている場合や更新が認められ難い場合には、事故ないし症状固定後2～3年は日本の賃金を基準に、それ以降は出国先（通常は母国）の賃金水準による算定を行っている。但し、更新可能な在留資格を有している場合には比較的緩やかに我が国での稼働可能期間を認定している⁽¹³⁹⁾ということができる。

これらの判例はそもそも、生命侵害による損害について個別的算定方式をとり、逸失利益については差額説を前提とするものである。このような算定方法について外国人と日本人を差別しないことが憲法14条の要請であるとの判断である⁽¹⁴⁰⁾。よって、算定基準を何に求めるかということは事実認定の問題ということになり、算定の結果として生ずる賠償額における日本人との格差は平等原則に触れるものではない⁽¹⁴¹⁾との立場をとっているのである。差額説によれば「でき得るかぎり蓋然性のある額を算出することに努め」（前掲昭和39年判決）るのであるから、日本での就労可能期間が重要な算定資料となる。この点、逸失利益というもの自体がフィクションである以上、就労可能期間もフィクションであるから、最高裁の3年という判断について妥当かどうかの判断は難しいであろう。しかし、日本での就労可能期間だけでなく、母国に賃金センサスが存在しない場合には、平均賃金すら分からないのであるし、国によっては貧富の差が大きいところがあり、日本に比べて統計値の妥当性には疑問がある。差額説自体についてもやはり支持することができないが、本最高裁判決において、就労可能期間の判断につき「規範的な諸要素」を考慮することが述べられていることは注目に値する。死傷損害説に立たれる吉村

教授も「この『規範的』要素の中に、平等原則や『被災労働者保護に関わる要素への配慮』をも入れることは可能であり、またそうすべきではないか」と指摘されている⁽¹⁴²⁾。

では、私見である死傷損害説からはどのように考えられるか。相続否定説に立ち、死傷損害説によれば、生命侵害の場合、被害者が死んだということ自体が遺族の損害であると考えから、被害者が不法就労者であったか否かによって区別すべきではないこととなる。問題は、日本人との区別である。母国にいる遺族に日本人が被害者であった場合と同じ金額を賠償された場合、日本人の被害者の遺族に賠償された場合と比べると、確かに日本における金額においては異ならないが、遺族が暮らす母国ではその価値が異なってくる。すなわち、ある日本人が死亡した場合の賠償額が1,000万円だったとして、同じ事故で死亡した外国人の賠償額も1,000万円とされたとする。この数字だけ見れば同じであるであるが、その外国人の母国の貨幣価値が日本の10分の1である場合、母国にいる遺族は日本人の10倍の価値の金額を得たことになるのである。

西原教授はこの点について、平成五年に行われた私法学会のシンポジウムで次のように発言されている⁽¹⁴³⁾。「日本の経済水準が非常に上がって、所得も賃金も高いということから、『実損害』を追求するある種の計算方法を取りますと、日本人については莫大な損害賠償額が出るが、外国人については低い。それも特に在留資格がないようなものについて、もし本国へ帰ったとしてという計算をすると10分の1とかうんと安くなるということです。これに対して、加害者となったときは、高い。これは差額説によって現実損害を追求する立場で仕方がないのだと考えるのか、そういう事実を見て、同じく日本へ来て暮らしているのにこんなに何十倍も差があつていいんだらうかというようなことを疑問に思うかという考え方の差異だと思ふのです。逆の状況を想定しまして、日本の所得水準が低く、賃金が低く、外国人は高いというときに、日本で外国人をけがさせたら大変だ、莫

大な賠償をしなければならない、日本人なら5人ぐらい殺しても外国人一人分の賠償ですむというようなことになって果たして納得しあきらめ切れるのかどうか。」

西原教授は外国人が加害者になった場合との均衡を考慮することによって、あくまでも日本人の場合と同額を支払うべきであるとされるのである。

しかし、西原教授は賠償額の定額化に関し、その「相場」について述べられているが、この相場は「その時代のその国における諸事情によって異なりうる」とされ、死傷による損害は「被害者やその家族の経済的な生活と密接な関係があることは否定できない」から、国民経済をも重視すべきであると述べられている。これからすれば、西原教授が提唱される「定額」とはその国の者が被害者になった場合のみを想定していたのではないだろうか。

西原理論は「人身事故において損害賠償という形で救済を要する被害者は誰か、どの程度の救済が妥当か、という根本をはっきり認識し、すべての理論をここから出発させ、またはこれに向けて集約する」⁽¹⁴⁴⁾理論であり、この意味での被害者は、死亡事故においては遺族と考える理論であったはずである。遺族にとってその家族の死亡自体がどれだけの損害であったかを考え、その損害は人によって差があるものではない、人間の生命の価値に値するものであると考えるのである。

とすれば、日本人の死亡による損害と外国人の死亡による損害も同じなのであるから、遺族にとって同じ価値の損害賠償がなされなければならない。すなわち、私は、人間の「価値」の平等の理念にしたがい、相続否定説、死傷損害説の立場から、外国人の生命侵害による損害の算定については、日本人と同様の金額を被害者の遺族が暮らす国での物価値に換算すればよいと考える。

確かに西原教授の述べるように、加害者が支払う賠償額における平等という視点をも考慮に入れると、形式的には被害者が日本人であった場合と外国人であった場合とで賠償額に差が生じ、不平

等ということになる。しかし、西原理論のいうところの加害者が支払う賠償額における平等とは、賠償される貨幣自体の価値が同じであることを前提としているものであるから、これは加害者の属する国の貨幣価値と被害者の属する貨幣価値が異なる場合にはあてはまらない。西原理論の根底にあるのは前述のごとく被害者の救済という要請であるから、被害者が同価値の救済を受けることができるのであれば、殊更にこの視点を重視する必要はないと考える⁽¹⁴⁵⁾。

おわりに

本論文は冒頭の伊勢原養護学校プール事件における裁判所の逸失利益の算定への疑問から出発し、これまでの生命侵害における「損害」の捉え方に関する議論を前提としつつ、具体的な場面を例に、現在の通説的な損害賠償額の算定方法について問題提起することを目的とした。それは生命侵害による損害の算定においては人間の生命の価値の非財産性、その平等性という倫理上、憲法上の要請を考慮すべきではないかという点にある。その意味で、西原理論は有用な理論であるが、第五節で述べた外国人に対する賠償額という、おそらく西原教授も想定していなかったであろう問題についてはさらに議論を要するであろう。

また、判例実務における実践的・実地的な実現の蓋然性を考えれば、西原理論はその「定額」の具体的内容が明らかでないことや国民感情とのギャップの可能性など問題は多いと思われる。

しかし、現代においては基本的人権の平等保障が強く叫ばれ、公害による人身損害や飛行機事故などのように一つの事故でさまざまな国籍の人が被る人身損害など、人身損害の形自体が変容している。そのうえ、本論文で述べた賠償額の格差の問題が、是正されるべきものであり、現在の通説的な立場ではその是正が理論上不可能であることを考えれば、生命侵害による「損害」という特殊な「損害」についてはその捉え方自体を見直す時が来ているといえるのではないだろうか。

注

- (1) 法律新聞明治 35 年 10 月 13 日。
- (2) 大判大正 2 年 10 月 20 日民録 19 輯 910 頁。
- (3) 大判大正 15 年 2 月 16 日民集 5 卷 150 頁。
- (4) 大判昭和 3 年 3 月 10 日民集 7 卷 152 頁。
- (5) 大判昭和 7 年 3 月 25 日法律評論 21 卷民法 261 頁, 大判昭和 16 年 12 月 27 日民集 20 卷 1479 頁等。
- (6) 梅謙次郎『民法要義』第三卷(有斐閣書房 大正元年訂正増補 33 版) 885 頁以下。
- (7) 加藤正治「旅客死傷ノ損害賠償」法学協会雑誌 34 卷 6 号(大正 5 年) 952 頁 鳩山秀夫『増訂日本債権法総論』(岩波書店 大正 13 年) 871 頁 両氏とも時間的間隔説を採っている。
- (8) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社 昭和 15 年) 207 頁。
- (9) 舟橋諄一「生命侵害による損害の賠償と相続」我妻栄還暦記念『損害賠償責任の研究(上)』(有斐閣 昭和 32 年) 346 頁。
- (10) 内田貴『民法III』(東京大学出版会 平成 9 年) 425 頁。
- (11) 内田前掲書 426 頁。
- (12) 東京地判明治 34 年 10 月 1 日法律新聞 57 号 10 頁, 大阪地判明治 36 年 12 月 26 日法律新聞 186 号 6 頁。
- (13) 鳩山前掲書 66 頁。
- (14) 中島玉吉『民法釈義』第三卷(金刺芳流堂 大正 10 年) 501 頁。
- (15) 加藤和夫「後遺症による逸失利益の算定」現代損害賠償法講座 7 (日本評論社 昭和 49 年) 194 頁。
- (16) 法律新聞 3517 号 14 頁。
- (17) 函館地判昭和 5 年 11 月 22 日法律新聞 3253 号 9 頁, 函館地判昭和 7 年 12 月 16 日法律新聞 3519 号 8 頁, 東京地判昭和 14 年 1 月 31 日法律新聞 4386 号 7 頁, 東京地判昭和 14 年 6 月 29 日法律新聞 4455 号 13 頁も同旨。
- (18) 東京地判昭和 3 年 4 月 18 日。
- (19) 法律新聞 4299 号 9 頁。
- (20) 広島地判昭和 15 年 7 月 8 日。
- (21) 宗宮信次『債権各論』(有斐閣 昭和 10 年) 395 頁。
- (22) 石田文次郎『債権各論講義』(弘文堂 昭和 12 年) 290 頁以下, 谷口知平 総合判例研究業書民法(4) 56 頁。
- (23) 最高裁判集 18 卷 5 号 874 頁。
- (24) 谷口央「民事交通事故訴訟の問題点」判例タイムス 202 号 43 頁。
- (25) 川村フク子「主婦の逸失利益」判例タイムス 212 号 108 頁。
- (26) 大阪高判昭和 40 年 10 月 26 日下民集 16 卷 10 号 1633 頁。
- (27) 民集 28 卷 5 号 872 頁。
- (28) 判例時報 1216 号 74 頁。
- (29) 民集 41 卷 1 号 1 頁。
- (30) 法典調査会民法議事速記録 41 卷 233 頁 土方寧委員の, 生命侵害の場合の慰謝料について, 非財産的損害についてはどのように見積もるかとの質問に対し, 穂積起草委員は, 「先づ第一ニ被害者が請求シ裁判所ガ正当ト認メタ額ニ為ルデアラト思イマス。一言ヲ以テ之ヲ御答スレハキチントシタ算盤上カラ割出セル損ト言フモノガ生ズルノデハナイト言フコトヲ御答エスルヨリ外ナイト思ヒマス」と答えている。
- (31) 大判明治 34 年 12 月 20 日刑録 7 輯 11 卷 105 頁, 大判明治 44 年 4 月 13 日刑録 17 輯 569 頁。
- (32) 大判明治 43 年 10 月 3 日民録 16 輯 621 頁。
- (33) 民録 19 輯 910 頁。
- (34) 民録 25 輯 962 頁。
- (35) 吉村良一『人的損害賠償の研究』(日本評論社 平成元年) 30 頁。
- (36) 東京地判昭和 32 年 5 月 10 日下民集 8 卷 5 号 883 頁, 大阪地判昭和 35 年 1 月 5 月 20 日高裁判集 13 卷 1 号 10 頁等。
- (37) 大判昭和 2 年 30 日法律新聞 2702 号 5 頁 被害者が病院に担ぎ込まれて死亡するまでに「残念残念」と叫んだことを以って慰謝料請求権の行使の意思表示と認定した。
- (38) 我妻栄「慰謝料請求権の相続性」法学志林 29 卷(法政大学 昭和 2 年) 10 号。

- (39) 穂積重遠「相続は権利の承継か地位の承継か」
 法学協会雑誌 48 卷 1 号 24 頁(昭和 5 年), 中山善之助『民法大要』下巻(勁草書房 昭和 15 年) 208 頁, 有泉亨『親族相続法』(弘文堂 昭和 29 年) 23 頁他。
- (40) 東京地判昭和 32 年 5 月 10 日下民集 8 卷 5 号 883 頁, 大阪地判昭和 35 年 1 月 20 日高裁民集 13 卷 1 号 10 頁, 広島高裁岡山支判昭和 37 年 1 月 22 日下民集 13 卷 1 号 53 頁等。
- (41) 民集 21 卷 9 号 2249 頁。
- (42) 西原道雄「生命侵害・傷害における損害賠償額」私法 27 号 107 頁(有斐閣 昭和 40 年), 「損害賠償額の法理」ジュリスト 381 号 146 頁(昭和 42 年), 「損害賠償額の算定」『演習民法(債権)』(青林書院新社 昭和 47 年)526 頁, 「少女の生命侵害と『財産上の損害』の算定方法」判例評論 197 号 26 頁(昭和 50 年), 「定型化・定額化論から見た逸失利益の問題」交通法研究 10・11 合併号 93 頁(有斐閣 昭和 57 年)他 分類は吉村前掲書 106 頁以下による。
- (43) 西原前掲交通法研究 10・11 合併号 98 頁。
- (44) 西原前掲私法 27 号 114 頁。
- (45) 西原前掲演習民法(債権) 536 頁。
- (46) 國井和郎「損害論の新しい動向とスモン三判決」判例タイムス 376 号(昭和 54 年) 34 頁。
- (47) 楠本安雄「人身損害賠償論」(日本評論社 昭和 59 年) 89 頁, 加藤一郎「慰謝料請求の相続性」ジュリスト 391 号(昭和 54 年) 44 頁等。
- (48) 楠本前掲書 86 頁。
- (49) 楠本前掲書 33 頁以下。
- (50) 後藤孝典「現代損害賠償論」(日本評論社 昭和 57 年) 245 頁。
- (51) 後藤前掲書 248 頁。
- (52) 後藤前掲書 249 頁。
- (53) これら交通事故損害額算定基準の使われ方については「交通事故算定基準をめぐって」交通法研究 22 号 15 頁以下
 なお, 例えば慰謝料については死亡の場合
 一家の支柱の場合 2,400~3,000 万
 一家の支柱に準ずる場合 2,100~2,500 万
- その他の場合 1,900~2,300 万
 のように定額化されている。『交通事故損害賠償額算定基準』平成 9 年 19 訂版(財団法人日弁連交通事故相談センター)。
- (54) 吉村前掲書 113 頁, 楠本前掲書 29 頁等。
- (55) 並木茂「人身事故による積極的損害の算定」現代損害賠償法講座 7 (日本評論社 昭和 49 年) 88 頁。
- (56) 倉田卓次「交通事故賠償の諸相」(日本評論社 昭和 51 年) 152 頁。
- (57) 後藤前掲書 239 頁。
- (58) 四宮和夫『不法行為』(青林書院 昭和 60 年) 554 頁, 國井前掲判例タイムス 376 号 45 頁等。
- (59) 吉村良一「人身損害賠償算定に関するいくつかの問題」立命館法学 225,226 合併号(平成 3 年) 142 頁。
- (60) 楠本前掲書 56 頁。
- (61) 後藤前掲書 246 頁。
- (62) 熊本地判昭和 48 年 3 月 20 日判例時報 696 号 15 頁。
- (63) 福岡地判昭和 53 年 11 月 14 日判例時報 910 号 33 頁。
- (64) 大阪西淀川公害第一次訴訟訴訟大阪地判平成 3 年 3 月 29 日判例時報 1383 号 22 頁, 同第二~四次訴訟大阪地判平成 7 年 7 月 5 日判例時報 1538 号 17 頁, 川崎大気汚染公害第一次訴訟横浜地裁川崎支判平成 6 年 1 月 25 日判例時報 1481 号 19 頁, 同第二~四次訴訟横浜地裁川崎支判平成 10 年 8 月 5 日判例時報 1658 号 3 頁。
- (65) 楠本前掲書 89 頁。
- (66) 交民集 19 号 5 号 1215 頁。
- (67) 判例タイムス 835 号 219 頁。
- (68) 交民集 20 卷 5 号 1171 頁。
- (69) $5,671,600 \text{円} \times (1 - 0.5) \times 12.2973 = 34,872,683$
男子全年齢平均額 生活費控除 ライブニッツ係数。
- (70) $2,444,600 \times (1 - 0.5) \times 20.0066 = 24,454,067$
18 才初任給平均額 生活費控除 ホフマン係数。
- (71) $3,351,500 \times (1 - 0.3) \times 16.7112 = 39,205,310$
女子全労働者平均額 生活費控除 ライブニッツ係数。

- (72) $3,351,400 \times (1 - 0.3) \times 20.6254 = 48,388,219$
女子全労働者平均額 生活費控除 ホフマン係数。
- (73) 最判昭和 37 年 12 月 14 日判例時報 325 頁 17 頁, 最判昭和 53 年 10 月 20 日民集 32 巻 7 号 1500 頁。
- (74) 楠本前掲書 130 頁。
- (75) 楠本前掲書 130 頁。
- (76) 楠本前掲書 182 頁。
- (77) 四日市公害訴訟 津地裁四日市支判昭和 47 年 7 月 24 日法律時報昭和 47 年 9 月号別冊。
- (78) 東京地判昭和 61 年 12 月 4 日判例時報 1215 号 3 頁。
- (79) 鳥取地判昭和 61 年 12 月 4 日判例時報 1216 号 32 頁。
- (80) 最判平成元年 12 月 14 日判例タイムス 723 号 80 頁。
- (81) 最判平成 2 年 5 月 28 日。
- (82) 東京地判平成 2 年 7 月 4 日判例時報 1353 号 28 頁。
- (83) 岡本友子「逸失利益の賠償と男女格差」六甲台論集第 37 巻 3,4 号 (平成 3 年)。
- (84) 宮崎富哉「幼児の逸失利益」判例タイムス 212 号 (昭和 42 年) 118 頁等。
- (85) 鹿児島地判昭和 56 年 6 月 30 日交民集 14 巻 3 号 754 頁, 東京地判昭和 56 年 6 月 25 日交民集 14 巻 3 号 724 頁, 福岡地判昭和 62 年 12 月 4 日交民集 20 巻 6 号 1560 頁等はこの方法を採用。学説においては永井弘道「死亡による逸失利益の算定例一特に幼児の逸失利益について」交通事故紛争処理センター創立 10 周年記念論文集『交通事故損害賠償の法理と実務』(ぎょうせい 1984 年) 332 頁, 宮川博史「損害額の認定について—交通事故訴訟を中心として」自由と正義 39 巻 11 号 (1988 年) 70 頁など。
- (86) 岡本前掲六甲台論集第 37 巻 4 号 81 頁。
- (87) 山田卓生「幼児の死亡損害の男女格差」法律時報 59 巻 8 号。
- (88) 東京高判昭和 55 年 11 月 25 日交民集 13 巻 6 号 1426 頁はこの方法を採用。学説においては宮崎前掲判例タイムス 212 号 118 頁, 吉崎直弥「幼児・児童の逸失利益」判例タイムス 268 号 (昭和 46 年) 155 頁等。
- (89) 学説として, 千種秀夫「幼児(女子)の逸失利益」交通事故判例百選(第 2 版)(1975 年)103 頁, 楠本前掲書 76 頁, 四宮前掲書 586 頁等。
- (90) 東京地判昭和 49 年 2 月 19 日交民集 7 巻 1 号 215 頁。
- (91) 東京高判昭和 50 年 3 月 27 日交民集 8 巻 2 号 311 頁。
- (92) 前掲東京地判昭和 49 年 2 月 29 日, 東京高判昭和 53 年 4 月 27 日交民集 11 巻 2 号 380 頁。
- (93) 静岡地裁浜松支判昭和 51 年 11 月 29 日交民集 11 巻 2 号 397 頁。
- (94) 東京高判昭和 55 年 11 月 25 日交民集 13 巻 6 号 1426 頁, 長野地裁木曾支判昭和 57 年 3 月 26 日交民集 16 巻 3 号 767 頁。
- (95) 前掲東京地判昭和 53 年 10 月 23 日はこの方法を採用。
- (96) 岡本前掲六甲台論集第 37 巻 3,4 号は「この点について立場を鮮明にしている論者は少ない」と指摘する。87 頁, なお楠本弁護士は明確にこの立場を主張されている(楠本前掲書 76 頁)。
- (97) 東京地判昭和 57 年 4 月 20 日交民集 15 巻 2 号 506 頁, 及びその控訴審東京高判昭和 59 年 1 月 23 日交民集 19 巻 6 号 1540 頁はこの方法により男女格差を是正すべき主張する原告の主張に対し, 逸失利益の本質は所得の喪失であることから, 現在の労働市場における男女の賃金格差は現実に存在し, この格差が将来解消する蓋然性が高いものと認め得る証拠も存在しない, と理由でこれを否定した。
- (98) 岡本友子「男女格差の問題」交通事故民事賠償裁判例集創刊 25 周年記念論文集『交通事故賠償の新たな動向』(ぎょうせい 平成 8 年) 347 頁。
- (99) 齊藤修発言・シンポジウム「損害賠償法の理論と現実」私法 55 号(平成 5 年) 58 頁も同様の趣旨。
- (100) 二本雄策「逸失利益は正しく計算されているか—経済学的視点からの検討」ジュリスト 1039

号（平成6年）72頁。

- (101) 楠本前掲書 76頁。
- (102) 鍛冶千鶴子「男女格差の問題」交通法研究 10・11 合併号（昭和57年）117頁。
- (103) 松浦以津子「有職主婦の逸失利益の算定方法」判例評論 296号（昭和58年）37頁。
- (104) 楠本前掲書 75頁。
- (105) 淡路剛久「不法行為法における権利保障と損害の評価」（有斐閣 昭和59年）127頁。
- (106) 山田前掲法律時報 30頁もこの立場をとる。
- (107) 判例時報 1451号 147頁。
- (108) 交民集 20 卷 4号 1018頁。
- (109) 交民集 21 卷 4号 716頁。
- (110) 判例時報 1368号 83頁。
- (111) 判例タイムス 792号 131頁 原告は「18歳から簡易な労務に就くことが可能で、少なくとも一般女子労働者の平均賃金の2分の1の収入を得ることができたが、本件事故により労働能力を100%喪失した」とし、一般女子労働者の平均賃金の2分の1を基礎に算定した分を逸失利益として主張した。これに対し、裁判所は「仮に原告が将来単純労働できるようになったとしても、普通の職業に就くことは困難であり、訓練を兼ねた養護施設内での単純作業などに限定されるのであった、本件全証拠によっても、原告が逸失利益の対象となるべき収入を得られたものであるかは不明といわざるを得ず、原告に後遺障害による逸失利益を認めることはできない。」としている。
- (112) 判例時報 1516号 78頁。
- (113) 小賀野昌一「県立養護学校プール溺死損害賠償請求控訴事件」判例自治 157号 42頁。
- (114) 若林三奈「『障害』を持つ子どもの死亡による損害」法律時報 68 卷 4号（平成8年）89頁。
- (115) 楠本前掲書 132頁。
- (116) 四宮前掲書 587頁。
- (117) 倉田発言・座談会「いのちの値段」法学セミナー372号（昭和60年）55頁。
- (118) 楠本前掲書 133頁。
- (119) 新美育文「人身損害の損害額算定に関する一

考察」交通事故民事裁判判例集創刊 10 周年記念論文集『交通事故賠償の現状と課題』（ぎょうせい 昭和54年）223頁 これに対し楠本弁護士は「年収100万円、200万円の比率をそのまま損害賠償額に反映させる趣旨ではな」（楠本前掲書 182頁）く、できるだけ客観的・規範的評価によって所得差の極端な跳ね返りは抑制すべきであると反論されているが、具体的にどこまで抑制されるのかは示されていない。

- (120) 新美前掲論文 225頁。
- (121) P. サムエルソン W. ノードハウス著 都留重人訳「サムエルソン経済学（下）」原書 13版（岩波書店 平成5年）642頁。
- (122) P. サムエルソン 前掲書 644頁。
- (123) 例えば「交わり・共同生活の喪失のような通常の家族関係から生じることが期待される無形の利益」岡本友子「未成年死亡の際の非金銭的損失の賠償論—アメリカ法における理論動向—」民商法雑誌 105 卷 4号 230頁。
- (124) 海野宏行「障害児の逸失利益」法学セミナー 486号（平成7年）65頁。
- (125) 判例による不正入国者の基本的人権は最判昭和25年12月28日民集4巻12号683頁において「いやしくも人たることにより当然享有する人権は不法入国者といえどもこれを有する」とし承認している。そして最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁（マククリーン判決）で、「基本的人権の保障は権利の性質上日本国民のみを対象としていると解されるものを除き」外国人にも及ぶとしている。また、世界的にも市民的及び政治的権利に関する国際規約（国際人権規約B規約）26条や、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（国際人権規約A規約）2条が基本的人権の平等保障をうたっている。
- (126) 長久保守夫＝森木田邦裕「東京地裁民事部第27部における民事交通事故の処理について」司法研修所論文 86号（平成3年）57頁以下 これについては「個人論文の形で発表されているが、事実上は、この問題での実務の大勢をリードし

た東京地裁民事 27 部の見解である」との指摘がある（吉村良一「不法残留外国人の労災における損害賠償額の算定」私法判例リマックス 1998（上）日本評論社 70 頁）。

- (127) 全労働安全衛生センター連絡会議編『外国人の労働白書（92 年版）』72 頁 以下。
- (128) 藤村和夫「解決を迫られる外国人不法就労者の損害賠償問題」法学セミナー 444 号（平成 3 年）20 頁、「外国人不法就労者の損害賠償」鈴木辰紀教授還暦記念『保険の現代的課題』成文堂 235 頁。
- (129) 村田敏「外国人が被った災害による損害賠償の国内および国際的権利保障—特に、アジアからの外国人労働者の被害と保障内容を中心に—」判例タイムス 771 号（平成 4 年）17 頁。
- (130) 交民集 9 巻 4 号 1111 頁。
- (131) 交民集 23 巻 5 号 1191 頁。
- (132) 判例時報 1406 号 28 頁。
- (133) 吉村良一 判例評釈 401 号（平成 4 年）48 頁、梅津和宏 平成 4 年度主要民事判例解説 98 頁、村田前掲論文 23 頁等。
- (134) 東京地判平成 5 年 1 月 28 日判例時報 1457 号 115 頁、大阪地判平成 5 年 7 月 6 日交民集 26 巻 4 号 882 頁、東京地判平成 5 年 8 月 31 日判例時報 1479 号 146 頁、大阪地判平成 6 年 3 月 22 日交民集 27 巻 2 号 402 頁等。
- (135) 奥田安弘「外国人の労災事故における損害賠償額の算定」ジュリスト 1131 号（平成 10 年）137 頁。
- (136) 判例時報 1439 号 131 頁。
- (137) 判例タイムス 844 号 208 頁。
- (138) 民集 51 巻 1 号 78 頁。
- (139) 名古屋地判平成 4 年 12 月 16 日交民集 25 巻 6 号 1446 頁（在留の更新を続け、家族全員で日本で生活している中国人女性）、東京高判平成 7 年 12 月 27 日判例タイムス 929 号 232 頁（在留期間の更新を経ていた中国人男性について「いずれ帰国するであろうことが予測されないではないが、その帰国の具体的な時期についてはこれを認めるに足る証拠がない上、被害者

の本国は日本の隣国である中華人民共和国であること、同国人の配偶者とともに日本に在留していることに照らすと、被害者は、今後とも、相当長期にわたって日本に在留する蓋然性は高い」とした。。

- (140) 松村弓彦「一時的に日本に滞在する外国人についての逸失利益の算定方法」NBL 653 号（商事法務研究会 平成 10 年）47 頁。
- (141) 宮川博史「外国人の逸失利益」判例タイムス 916 号（平成 8 年）5 頁も同様の考え方を示している。
- (142) 吉原前掲私法判例リマックス 71 頁。
- (143) 西原発言・シンポジウム「損害賠償法の理論と現実」私法 55 号（平成 5 年）62 頁。
- (144) 西原前掲判例評論 197 号 31 頁。
- (145) なお、自賠償保険においては日本人あるいは永住外国人に準じた損害賠償額の算定がなされているとのことである。伊藤文夫「外国人被害者と自賠償保険の取扱いの現状」交通法研究 21 号『外国人労働者への交通事故賠償』（平成 4 年）59 頁。

【付記】

平成 11 年 11 月 16 日、東京、大阪、名古屋の三地方裁判所民事交通専門部は、「交通事故による逸失利益の算定方式についての共同提言」（判例時報 1692 号 162 頁）を發表し、逸失利益の算定方式に関する三地裁の民事交通部の算定基準を、今後、原則として東京方式に統一することを宣言した。これにより、本稿第三章第一節(2)において述べた裁判所によって生じる差異は（少なくとも交通事故による逸失利益の算定においては）解消されることになる。

しかし、この「共同提言の骨子についての補足説明」（前掲判例時報 1692 号 161 頁）においては、基準となる全年齢平均賃金については男女別のものを採用し、また「生涯を通じて全年齢平均賃金程度の収入が得られる蓋然性が認められない特段の事情が存在する場合」には年齢別平均賃金または学歴別平均賃金の採用等も考慮するなどとしており、上記の点以外に算定方法の考え方の変化は

ないようである。

(みき ちほ 神戸市役所灘区福祉部地域福祉課)