



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	人身損害賠償請求権の日韓比較法研究（1）：生命侵害の場合を中心に
Author(s)	高，影娥
Description	研究ノート
Citation	北大法学論集，58(6)，530[47]-478[99]
Issue Date	2008-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/32578
Type	departmental bulletin paper
File Information	vol58-6_p530-478.pdf



人身損害賠償請求権の日韓比較法研究(1)

—— 生命侵害の場合を中心に ——

高 影 娥

目 次

はじめに

I 研究の目的

- 1 韓国と日本を比較する研究の意義
- 2 人身損害賠償問題の困難さ
- 3 被侵害利益問題の新たな展開—相続構成と扶養構成の選択可能性の浮上

II 研究方法及び内容

第一章 生命侵害による財産的損害に対する遺族の賠償請求権の構成 — 相続構成と扶養構成の択一的構成から併存的構成へ —

I 判例の動向

II 学説

1 相続構成

- (1) 時間的間隔説
- (2) 人格承継説
- (3) 法律概念上の同時発生説

2 扶養構成

III 日本との比較及び検討

第二章 生命侵害による死亡被害者の慰謝料請求権の相続性

I 判例の動向

II 学説

- 1 相続肯定説
- 2 相続否定説

Ⅲ 日本との比較及び検討

第三章 人身侵害の場合における損害論

I 一般的損害概念

- 1 差額説
- 2 具体的損害説

Ⅱ 人身損害における損害概念

- 1 差額説
- 2 死傷損害説
- 3 稼働能力喪失説

Ⅲ 日本との比較及び検討

第四章 財産的損害の算定

I 積極的損害

- 1 治療費
- 2 介護費
- 3 葬式費用
- 4 弁護士費用

Ⅱ 消極的損害

- 1 後遺障害の場合
- 2 死亡の場合

Ⅲ 逸失利益算定の基準となる要素

- 1 稼働期間
- 2 生活費の控除
- 3 税金の控除
- 4 中間利息の控除

Ⅳ 所得額の算定

- 1 違法所得
- 2 無申告所得
- 3 各種職業別所得額
 - (1) 給与所得者
 - (2) 事業所得者
 - (3) 兼業者
 - (4) 無所得者

V 日本との比較及び検討

(以上本号)

第五章 精神的損害の賠償

I 慰謝料の性質

Ⅱ 慰謝料請求権者の範囲

- 1 死亡した被害者の近親者

- 2 傷害を被った被害者の近親者
 - Ⅲ 慰謝料の算定
 - 1 死亡した被害者の慰謝料請求権と相続性
 - 2 傷害と慰謝料
 - 3 慰謝料金額の算定とその基準
 - 4 慰謝料の補完性
 - Ⅳ 日本との比較及び検討
- 第六章 損益相殺の問題
- Ⅰ 損益相殺の意義
 - Ⅱ 損益相殺の範囲
 - Ⅲ 損益相殺の内容
 - 1 生活費
 - 2 中間利息及び税金
 - 3 各種保険金
 - 4 年金
 - Ⅳ 比較と検討
- 終わりに
- Ⅰ 相続財産の範囲の違いから生ずる問題
 - Ⅱ 相続構成と扶養構成の併存

はじめに

Ⅰ 研究の目的

1 韓国と日本を比較する研究の意義

韓国の民法体系は大陸法系に属するものであり、チョンセ権¹のように韓国民法に独特の規定もあるが、多くは日本法と類似する条文がおかれている²。

¹ 【韓民303条】①チョンセ権者はチョンセ金を支払うことで、他人の不動産を占有してその不動産の用に従い使用・受益し、その不動産全部に対して後順位者その他債権者よりチョンセ金の優先弁済を受ける権利がある。

² 韓国の不法行為法の規定は以下のとおりである。

【韓民750条】故意または過失による違法行為によって、他人に損害を加えた者はその損害を賠償する責任がある。

【韓民751条】①他人の身体、自由または名誉を害したり、その他精神上苦痛を加えた者は財産以外の損害に対しても賠償する責任がある。

その理由は、韓国が1910年から1945年まで日本の支配下におかれたため、その間は法律の適用においても日本の法令がそのまま用いられたからである³。この時期は日本ではドイツの学説の影響が特に強く、韓国の法学者もこれに影響を受けたので、独立後改めて韓国で独自に民法を規定する際には日本民法におけるよりもよりドイツ民法的な法典になった⁴。この面においては、韓国民法よりフランス民法的要素が強い日本民法とは少々異なる⁵。さらに判例の分野では、韓国にはまだ関連する判例が存在しない場合も多く、韓国の私選の法典

②法院は前項の損害賠償を定期金債務として支給することを命ずることができ、その履行を確保するために相当な担保の提供を命ずることができる。

【韓民752条】他人の生命を害した者は被害者の直系尊属、直系卑属及び配偶者に対しては、財産上の損害がない場合にも損害賠償する責任がある。

³ 【朝鮮民事令1条】民事に関する事項は本令その他の法令に特別な規定がある場合を除き左の法律による（左の法律としては日本の民法などの法令を挙げている）。

⁴ 例えば、損害賠償の方法が挙げられる。ドイツ民法843条1項は、「身体又は健康の侵害により、被害者の就業能力が喪失若しくは減少し、又は被害者の需要が増大したときは、被害者に対し、金銭定期金の支払いによって損害賠償をしなければならない」と定め、844条2項は、「殺害された者が、侵害の当時、第三者に対し法律上扶養義務を負い、又は負うべき可能性のある関係にあり、かつ、第三者が殺害の結果扶養を受ける権利を失ったときは、賠償義務者は、殺害された者が推定生存期間中扶養する義務を負う限度で、第三者に対し、金銭定期金の支払いによって損害賠償をしなければならない」と定めているが、日本民法には特にこれに関する規定がない。しかし、韓国民法751条2項は、「法院は前項の損害賠償を定期金債務として支給することを命ずることができ、その履行を確保するために相当な担保の提供を命ずることができる」と定めている。なお、上記のドイツ民法の翻訳は、椿寿夫・右近健男『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』（三省堂、1990年）による。

⁵ 韓国民法と日本民法の関わりについては、鄭鍾休「韓国における西欧法継受の初期的諸相—日本法との関連—（1）～（3・完）」民商法雑誌88巻4号460頁・5号632頁・6号784頁、同「韓国における日本民法の変容（1）～（3・完）」民商法雑誌89巻2号1頁・3号327頁・4号497頁、同「韓国民法典の制定過程についての一考察（1）・（2・完）」民商法雑誌90巻4号489頁・5号669頁、同「韓国民法典の比較法制的分析（1）・（2・完）」民商法雑誌91巻3号429頁・4号612頁、同「韓国民法典の比較法的系譜」民商法雑誌91巻5号653頁、同『韓国民法典の比較法的研究』（創文社、1989年）参照。

関連判例紹介欄には日本の判例が掲載されている程である。その結果、その経緯については十分に検討せず、日本の通説をそのまま受け入れているところも見られる。そこで、日本でどのように、そのような学説あるいは判例ができたのかを詳細に研究することは、韓国民法学にとって必要な基礎作業であると思われる。また、韓国民法学の現状を伝えることは、日本民法学と韓国民法学の関わりを考える上で必要な作業であるといえよう。

2 人身損害賠償問題の困難さ

人の身体に対する保護はローマ法の初期にすでに存在したが⁶、生命や名誉などの侵害による損害賠償が認められたのは後期であり、今日のような人格的利益が私法上保護されるようになったのは19世紀以後のことである。19世紀の文化の進歩や個人主義的経済組織の発達が各人の利益の追求を促進したのである。法律の保護するすべての利益を保護対象として違法な損害は損害賠償制度によって私法上の救済を受けるようになった。損害賠償制度によって填補される損害は初期段階では主に被害者の財産的損害であったが、現代においては人格的利益も損害賠償制度によって保護・填補される重要な保護法益として、金銭によって算定・賠償されるようになった⁷。しかし、人格的利益は多種多様であり、どのような人格的利益を私的保護の下に置くのかは、人格的利益の拡大や概念・内容の変化によって様々な問題を抱えている。一般的に生命、身体、自由、名誉が保護されているが、貞操、婚姻、婚約、肖像、姓名、信用、秘密、単純な精神上の慰安、平和の利益、詐欺、脅迫などに関する人格的利益の性質をどのように理解し、このような侵害に対してどのような救済が許容されるかは困難な問題である。特に賠償額の算定において、人格の価値は本来金銭では評価し難いので、人格的利益の侵害による損害の金銭的評価は困難である。しかし、交通事故や公害、医療過誤など、不法行為による人身損害が急増している現代においては、人格的損害を金銭で評価する作業は必要不可欠である。人格的損害の中でも、生命侵害の場合は、被害者が死亡し、その賠償を自身で請求することが不可能となるので、損害額の算定が問題となる。実際に請求権を

⁶ 玄勝鍾「侵害 (injuria) —ローマ法上の不法行為—に関する研究」法律行政論集第11輯66頁。

⁷ 春日煥「生命権侵害に対する損害賠償請求権の法理」東義大東義法政1輯5頁。

行使するのは被害者の遺族であり、法理上多くの問題が生じる。被害者側の財産的損害の賠償額と慰謝料を如何なる基準で公平に算定するのかという問題以外でも、死亡した被害者の遺族が当該不法行為による損害賠償請求権を行使する理論構成において、被害者の損害賠償請求権が遺族に相続されるという相続構成をとるか遺族固有の被害すなわち扶養利益の侵害による損害賠償請求権という扶養構成をとるかに関しては、古くから対立があった。これは、被侵害利益を死亡被害者自身の利益の侵害とみるか、それとも被扶養者の扶養利益の侵害ととらえるかの違いであるので、以下では「被侵害利益問題」と呼ぶことにしたい。

被侵害利益問題について、判例が相続構成を固守してきたのに対して、学説では扶養構成が有力になってきた。判例がその理論的難点にもかかわらず、相続構成を取るのは、それが被害者の遺族の救済に有利だという点が大い。生命というもっとも保護されるべき利益が侵害されたのに、その損害の賠償がきちんとは行われないのなら、特に重傷のときと比べて、あまりにも不均衡になるだろう。しかし、たとえば、債務超過の被害者の遺族が相続放棄をしつつ扶養利益の喪失に基づく損害の賠償を請求できるとするならば、相続構成は常に遺族に有利であるとはいえない。この点を初めて意識させたのが、最判平成12年9月7日判時1728号29頁（以下、「最高裁平成12年判決」という）である。

3 被侵害利益問題の新たな展開―相続構成と扶養構成の選択可能性の浮上

最高裁平成12年判決の事案は、被害者の相続人が相続放棄をしたうえで、扶養利益の賠償を求めたもので、裁判例として初めてのものである。しかも、この扶養利益の賠償請求を認めることは、従来の相続構成と両立するのかという問題をはらむことになる。しかし、これに関しては、相続構成と扶養構成のいずれが妥当かという二者択一でなく、選択的主張を認める道もありそうである。

このように、近時では、部分的ではあるが扶養構成を取る判例も出ており、また、扶養構成を取る立場からも、相続構成に代わるような算定の準則を示す試みがなされ、両説の対立は緩和されている。そこで、人身損害賠償の諸問題を、相続構成説と扶養構成説で差異が生じるものか否かという基本的視点に基づいて分析し、両説で違いがでてくる問題については、検討の及ぶ限りであるべき解釈論を提示したい。

Ⅱ 研究方法及び内容

人身損害賠償における損害算定の困難さ及び韓国と日本のこのような問題関心及び研究の意義から、本論文は、民法の重要問題である人身損害賠償特に生命侵害の場合を対象として、第一に、韓国民法学が日本民法学をより正確に理解するために、また、両国民法学の関わりを考察するために韓国と日本の状況の比較研究を試みる。第二に、近時の判例・学説を手がかりに、生命侵害による損害賠償請求における相続構成と扶養構成の選択的採用の可能性と、選択的採用が個別の問題に影響を与える場合には、その意味を明らかにしていくことを目的とする。

本論文では、まず、生命侵害による財産的損害賠償請求権の構成において、相続構成説と扶養構成説が説かれてきた経緯と現状を比較・検討する。韓国と日本の学説では異論もあるが、韓国と日本の判例は例外を除いて、死亡した被害者の損害賠償請求権が相続されるという立場を採っているものが多い。判例がその理論的難点にもかかわらず、相続構成を採っているのは、被害者の遺族の救済に有利であるという点が大い。生命という最も保護されるべき利益が侵害されたのに、その損害の賠償が十分に行われないのは、傷害の場合と比べて不均衡である。だからと言って、相続構成説が常に遺族に有利であるとはいえない。例えば、死亡した被害者が債務超過であった場合、被害者の相続人である遺族は相続を放棄して、扶養利益の喪失に基づいて損害の賠償を請求する方が有利になる。

続いて、慰謝料請求権の相続性について検討する。死亡した被害者の近親者固有の慰謝料請求権が民法に規定されていること、慰謝料請求権は一身専属性があること等の理由から、慰謝料請求権の相続を否定する見解が少なくない。判例上は、日本では、初期の意思表示説から昭和42（1967）年11月1日の最高裁判決をきっかけに当然相続説に変わった。韓国で、慰謝料請求権の相続の可否が問われた最初の事案は1966年10月18日の大法院判決であるが、原審では意思表示説によって慰謝料請求権の相続を認めたのをそのまま受け入れず、原則的に慰謝料請求権が相続されるとした。

人身侵害の場合における損害論においては、まず、差額説を中心とする不法行為一般における損害論を検討した上で、人身損害賠償における損害論について分析する。差額説によると、生命・身体の侵害による損害は、被害者の財産状態に生じた財産的損害と被害者の精神的状態に生じた精神的損害に大別さ

れ、前者は金銭の支出や債務の負担による既存財産の減少による不利益である積極的損害と加害行為がなければ得られたはずの利益の喪失である不利益すなわち消極的損害ないし逸失利益と分けられる。不法行為前後の収入の差額をもって損害と算定すると、不法行為当時収入がなかった場合や、収入の減額がない場合の算定が困難となる。このような問題点を克服するために提起された見解の中で現在有力になっているのは稼働能力喪失説である。人間は、現実には、又は、潜在的に勤労して収入を得る能力を持ち、生命・身体への侵害の場合は、その能力の一部ないし全部が失われたことを、損害として把握するというのが、この説の考え方である。その結果、得られたはずの所得の喪失という消極的損害としての把握から、現存する稼働能力の喪失という積極的損害としての把握する損害概念を主張するのが、稼働能力喪失説である。つまり、稼働能力喪失説は、一方で差額説とは異なり損害を稼働能力の喪失として抽象的に把握しながら、他方で、死傷損害説とは異なり、具体的な損害に注目する立場である。実務は基本的に差額説を前提にしているが、稼働能力喪失説で判断している場合も少なくない。特に韓国では、具体的事情を基礎として合理的で客観性のある期待受益額を算定することが可能ならそれで足りるとして両説とも算定方法として認められている。

次に、財産的損害を積極的損害と消極的損害に分けて、その算定方法について分析する。特に生命侵害の場合の消極的損害、すなわち、逸失利益の算定については、相続構成と扶養構成を比較・分析して、判例を検討する。逸失利益の算定は、賠償額の算定の重要な基礎であり、その範囲を決めるにはいろいろな要素を考慮しなければならない。未成年者や主婦のように、不法行為当時に一定の収入を得ていなかった者の逸失利益は最小限の収入を基準とする控え目な算定が行われる。

続いて、精神的損害の賠償について検討する。慰謝料の本質が何かという問題に関しては、韓国では、基本的に賠償説の立場にありながら、同時に制裁的意味を認める程度に止まっているのに対して、日本での議論は、英米法との比較や公害問題との関係から制裁的側面を強調する傾向が比較的強いといえる。死亡した被害者の慰謝料請求権者の相続の可否の問題とは別個に、遺族固有の慰謝料請求権が明文で規定されているので、請求権者の範囲が問題となる。同条の規定を例示的规定と解釈して、条文に明記されていない者に対しても慰謝料請求権を認めることができるということには異論がないが、やはり一定の制

限が必要であるという見解がある。慰謝料請求権の範囲については、民法典の条文（韓国民法752条）からも分かるように、韓国より日本の方が厳格である。

損益相殺においては、不法行為による損害賠償請求権と遺族年金を中心とする社会給付との関係から損害賠償額の調整が図られている。そこで各種社会保障制度での損益相殺について検討する。最近では各種の社会保障制度が発達しており、その給付が不法行為による損害賠償請求権と重なるところが少なくない。当該不法行為によって、損害だけではなく利益も得た場合には、その利益を賠償額から控除する。また、年金の逸失利益性の判断は、その給付の目的と趣旨により違ってくるので、このような制度の分析は損害論にもつながっている。このように、人身損害においては、民事責任制度及び社会保障制度、私保険制度の関係を考慮して算定する必要がある。

最後に、相続構成理論と扶養構成理論での相続財産の範囲が異なることから、具体的な法律関係がどのように異なるかを、従来十分には意識されてこなかった遺留分権者や債権者との関係の問題を例に挙げて、両説の選択主張の可能性を検討することにした。

第一章 生命侵害による財産的損害に対する遺族の賠償請求権の構成

—相続構成と扶養構成の択一的構成から併存的構成へ—

不法行為によって人が死亡した場合、加害者は生命侵害によって生じた損害を賠償する義務を負うはずである。しかし、その損害賠償請求権を行使する主体が誰なのかは明らかではない。生命侵害の被害者は死亡と同時に権利主体ではなくなるので、加害者に対してその損害の賠償を請求することはできない。そこで死亡した被害者の遺族が、その損害賠償請求権を行使することとなる。このような場合、加害者に対する損害賠償請求はどのような根拠にもとづいて行使されるのかは、古くから論じられてきた問題である。

韓国で自主的に民法が制定され施行されたのは1960年からである。その前までは日本の民法典が用いられたため⁸、判例や学説も日本での議論⁹を基に展開

⁸ これを依用民法または旧民法という。

⁹ 参考とされた日本の文献としては、岡村玄治『債権法各論』、横田秀雄『債

された。

I 判例の動向

死亡した被害者の財産的損害賠償請求権は相続されるのかについて正面から扱っている判例は見当たらないが、それを間接的に認めている判例はある。1966年の大法院判決¹⁰は、死亡当時6歳の者の扶養義務者がその相続人として不法行為を原因として被害者の予想受益損害金を請求した事件で、死亡した未成年者の逸失利益算定と扶養費を控除するかについて、「記録によって、原告の請求原因をみると、被告所属公務員が原告Xの息子Aを過失によって死亡させたことを原因として、死亡したAが成長して兵役義務を終えた24歳から死亡するまでに受益できた損害を、原告はAの相続人として請求できることが明らかである」とした。また、生命侵害による損害賠償を被害者の扶養義務者が相続人として請求した場合に、被害者の予想受益から扶養義務者が支出した扶養費用を損益相殺したことの適否が問題となった同年の大法院判決¹¹では、「死亡した被害者が20歳まで扶養を受ける権利があるとして、扶養義務者が20歳まで支出する被害者の生活費を控除したのは違法である」とし、「未成年者の損害賠償請求権を相続した父母がその損害賠償を請求した場合に、将来期待される収入喪失損害金から扶養義務者が死亡した被害者に支払う扶養費を控除することはできない」とした。さらに、慰謝料請求権については当然相続されとの立場¹²を採っていることからして、財産的損害の賠償請求権の相続を前提としている

権各論』、平野義太郎「損害賠償—即死による生命権侵害と損害賠償請求権—その発生と相続」法学協会雑誌45巻、穂積重遠「相償付権利の承機か」法学協会雑誌48巻、我妻栄「殺された者自身の慰謝料請求権とその相続」判例漫、好美清光「生命侵害の損害賠償請求権とその相続姓について」田中誠二先生古稀記念現代商法額の諸問題、倉田卓次「相続構成から扶養構成へ」交通事故賠償の諸相などがよく挙げられている（曹日煥前掲注（7）4頁以下、張在玉「慰謝料に関する幾つかの考察」『韓国民法理論の発展：茂巖李英俊博士華甲記念論文集』601頁以下参照）。

¹⁰ 大判1966. 1. 31、65タ2317。

¹¹ 大判1966. 2. 28、65タ2523。

¹² 大判1966. 10. 18、66タ1335、大判1967. 5. 23、66タ1025、大判1969. 4. 15、69タ268、大判1969. 10. 23、69タ1380。

ことは自明である。

Ⅱ 学説

1 相続構成

生命侵害による財産的損害賠償請求権については、日本の学説を基に、相続を肯定するのが通説¹³である。死者の損害賠償請求権を肯定する理由としては次の点が挙げられている。第一に、生命の侵害は身体・自由・名誉などの侵害に比べてはるかに苛酷かつ重大な損害であるのにも拘らず死者の損害賠償請求権を否認するというのは理論的にも矛盾しており、どのような理由によってもこれを正当化することはできない。第二に、否定説によると受傷後ある程度生存した後死亡した場合と即死した場合の各々の損害賠償額を算定するに当たって均衡を失う結果となる。受傷後死亡した場合には、まず被害者が損害賠償請求権を取得して、その後死亡によって相続人に承継されるが、即死の場合には死者には損害賠償請求権が与えられず、死者の相続人は固有の損害賠償請求権しか行使できなくなるので、矛盾だというのである。第三に、韓民752条¹⁴が死者の配偶者及び直系卑属・直系尊属に対する損害賠償請求権者を加害者に対して認めたのは、死者の損害賠償請求権を前提とするものである¹⁵。第四に、死者の損害賠償請求権の相続を否定したとしても、遺族に不法行為がなかった状態を回復させるためには、損害額の算定は相続を認定する場合と同じようになり、あまり差がない¹⁶。第五に、否定説は損害賠償を受ける権利主体が消滅したとするが、その問題も理論的に克服することができるとしているが、その論拠は以下のとおりである。

(1) 時間的間隔説

問題の核心は重傷後死亡の場合と即死の場合の不均衡を除去することであ

¹³ 朱宰璜『債権各論講義』（探求社、1956年）271頁、金顯泰『債權法各論』（一潮閣、1969年）410～412頁、郭潤直『債権各論〔民法講義Ⅳ〕〔全訂版〕』（博英社、1977年）701～702頁、金錫宇『債権各論』（博英社、1978年）566頁、伊喆洪『債権各論』（法元社、2001年）405～406頁、金相容『債権各論〔改訂版（合本）〕』（法文社、2006年）885～886頁。

¹⁴ 日本民法711条に当たる。

¹⁵ 趙明來「生命侵害による死者の損害賠償請求権」社会科学論叢4輯（1988年）70頁。

¹⁶ 郭潤直『債権各論〔民法講義Ⅳ〕（新訂版）』（博英社、1996年）809頁。

る。いかに即死といっても被害者が致命傷を被った時と死亡した時との間には、理論上または実際上も時間的間隔があり、被害者は致命傷を被った時に即座に損害賠償請求権を取得して、被害者の死亡でその請求権が相続人に承継されるとする見解¹⁷である。

時間的間隔説に対しては、この説は生命侵害を身体障害の最高度のものとみており、擬制によらないと即死の場合を説明することができず、また、生命そのものを独立的利益と認めることができなくなるという矛盾を免れないという批判がある¹⁸。

(2) 人格承継説

相続は人格の承継であり、生命侵害も同一人格に対する生命侵害とみられるので、これを肯定するのが正当であるとする見解¹⁹である。人格承継説によると、相続によって法律上の地位が承継され、法律上の人格者としては数個の生命を持つ同一人の継続があるとみ、生命侵害はこの法律上の同一人格に題する生命の侵害と考えて、被相続人の生命侵害による損害賠償請求権を取得するというのが妥当であるとされる²⁰。また、相続によって相続人が承継した法律関係に加えて新しい事実が付加されるので、その法律関係によって被相続人には一度も属さなかった権利義務が相続人に新しく発生することがあるのも元より当然であるが、ここでいう人格の承継は人格の同一とは区別して考慮しなければならないとされる。さらに、現行韓国民法の個人主義的損害賠償制度の下では、自分の損害賠償請求権は自分の被害によるものでなければならず、特に生命権は一身専属権であり相続されるべき法律関係に含まれないので、生命権侵害による損害賠償請求権の発生が肯定されるときは必ず被害者を主体として認めなければならないと主張される²¹。

人格承継説に対しては、相続は被相続人にある権利が発生していることを前提としているので、被相続人の賠償請求権を前提とせず、被相続人の法律上の

¹⁷ 郭潤直・前掲注(13) 701～702頁。

¹⁸ 金錫宇・前掲注(13) 566頁。

¹⁹ 朱宰璜・前掲注(13) 271頁。

²⁰ 金基善『韓国債権各論』(法文社、1973年) 287頁、金錫宇・前掲注(13) 566頁、金曾漢・安二溶『新債権各論』(博英社、1970年) 854～855頁。

²¹ 曹日煥・前掲注(7) 17頁。

地位を承継した相続人がその請求権を原始的に取得するというのは、論理的な矛盾があるという批判がある²²。

(3) 法律概念上の同時発生説

被害者に対する不法行為が明白に成立する以上、単純に被害者の死亡という自然的事実のために、当然その瞬間にその不法行為による賠償請求権の主体という法律概念の主体までが消滅する理由はなく、この賠償請求の範囲のみでは、被害者はまだ法律概念上の権利主体とみなすべきであるという見解である。この説によると、法律上の概念は必ずしも物理的理論と一致するものではなく、権利能力の終期である死亡と相続人死亡が同一点の上に重複するとみて、その間には法律上何らの間隔もありえないとみることができるという。このような概念は権利の譲渡などの法律関係の変動を説明するに当たっても同じであるから、不法行為による即死の場合でも重複した同一視点上でその損害賠償請求権が発生・相続されると主張するのである²³。

2 扶養構成

不法行為によって生命権を侵害された被害者である死者にその損害賠償請求権を否定する理由としては次の点が挙げられる。第一に、死亡による損害賠償請求権においては権利主体が消滅した時に初めて損害は生ずるが、損害が発生した時にはすでにその賠償請求権が帰属する主体が消滅し存在しないので、損害理論的にみて死者の損害賠償請求権を認める余地がない。第二に、現行韓国民法が死者自身の損害賠償請求権に関して明文の規定を設けていない。第三に、損害額を算定するに当たって、死者本人の分と韓民752条²⁴に規定されている近親者の分は重なっており実益がない²⁵。

右のような理由から死者の損害賠償請求権の相続を否定する立場では、その代案として遺族固有の扶養利益の喪失による損害賠償請求権が提示される。この扶養構成理論は日本民法の起草者の考え方に起因する²⁶。

²² 郭潤直・前掲注(13) 701～702頁。

²³ 李太載「生命侵害による死者の損害賠償請求権」考試界(1967年8月) 83～84頁。

²⁴ 日本民法711条に当たる。

²⁵ 趙明來・前掲注(15) 70～71頁。

²⁶ 鄭貴鎬「生命侵害による損害賠償請求に関して一相続構成理論と扶養構成理論一」民事判例研究 3 卷328頁。

扶養構成における損害賠償請求権の主体は扶養義務者の死亡によって扶養請求権を侵害された者である。死者から実際に法律上の扶養を受けていた場合は、扶養請求権の損害を受けたと認めることが容易であろうが、死者が生前に扶養請求を受けたかあるいは実際に扶養を履行していたかは問わない。未成年者が死亡した場合にも、将来成長してその親に対して扶養を履行することが確実視される場合には、親の扶養請求権の侵害があるとみることができる。しかし、実際に親が扶養を要する年齢に到達するのは相当な期間経過後であり、子の扶養能力の有無についても確実とは言い難い。さらに、子の就業可能時期まで親が支出する養育費や教育費等を控除すると、被害者の親が加害者に対して請求できる扶養請求権の侵害による損害賠償額は極めて微々たるものとなる²⁷。

扶養義務者の死亡によって扶養権利者は扶養利益の喪失による損害賠償請求権を取得するが、ここでいう扶養については、経済的給与という見解²⁸と単純に金銭的・有形的給与に限るのではなく、財産的に評価されるものであれば労務の提供も扶養になるという見解²⁹がある。後者は、職場で稼ぐ収入だけではなく、家事に従事する家事労務も他の家族に対する扶養となるとし、家事労働の財産的価値は、図式的・比率的に家族数で按分して喪失した被扶養利益を算定するのではなく、各扶養権者の喪失利益を具体的に算定すべきであるとする。

Ⅲ 日本との比較及び検討

日本での判例の流れをみると、不法行為により負傷後しばらくで死亡した場合において、受傷後死亡までの逸失利益ではなく、被害者が天寿を全うした場合の逸失利益を認めた大審院の判決³⁰に次いで、被害者が即死の場合に死亡による財産的損害賠償請求権の相続を認める判決³¹が出された。このように、大審院は基本的に死者における損害賠償請求権の発生とその相続人への承継を承認する立場を維持し、最高裁判所も一貫して相続性を肯定している。

これに対して、韓国では、不法行為によって死亡した被害者の財産的損害に

²⁷ 鄭貴鎬「損害賠償法理の再構成－扶養構成理論に関して－」裁判資料20輯423頁。

²⁸ 金嘯洙『親族相続法 [第2全訂版]』(法文社、1980年) 336頁。

²⁹ 鄭貴鎬・前掲注(27) 426頁。

³⁰ 大判大正2年10月20日民録19輯910頁、大判大正9年4月20日民録26輯553頁。

³¹ 大判大正15年2月16日民録5輯150頁。

よる賠償請求権について、正面から扱った判例は存在しないが、逸失利益の算定における生活費の控除問題に関する判決³²で、相続構成を前提としていることが分かる。

学説の変化をみると、日本では、民法制定当時の起草者の考え方は死者の損害賠償請求権の相続を否定する立場であったことから相続を否定する見解³³が多かった³⁴。しかし、大判大正2年10月20日民録19輯910頁をきっかけに、不法行為責任についても死者の損害賠償請求権の相続性を承認する学説が優勢となり、損害賠償請求権の権利主体消滅という難点を克服するために、時間的間隔説³⁵、極限概念説³⁶、死者人格存続説³⁷、同一人格承継説³⁸などが提示された。しかし、相続構成の論理的な難点、すなわち、子が死亡して親が相続する場合に子の得べかりし収入を相続させる親に自己の死後の扶養まで与える結果に近似した実損を超えた賠償を得させる事態が生じることなどの理由から相続を否定し、扶養の喪失などの遺族固有の損害に対する賠償請求権を認めるべきであるとの見解が根強く主張されている³⁹。

右のような日本での議論を踏まえて、韓国の学説では、相続肯定説と扶養構成説が対立している。判例は一貫して死者の損害賠償請求権の相続を肯定しており、通説も相続肯定説である⁴⁰。しかし、最近では扶養利益喪失による遺族

³² 大判1966. 1. 31、65タ2317、大判1966. 2. 28、65・2523。

³³ 末弘厳太郎『債権各論』（有斐閣、1918年）1058頁以下、我妻榮『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937年）139頁、曄道文藝「批評」京都法学会雑誌11巻12号90頁以下。

³⁴ 吉村良一『不法行為法〔3版〕』（有斐閣、2005年）120頁以下。

³⁵ 舟橋諄一「生命侵害による損害の賠償と相続」『損害賠償責任の研究（上）：我妻榮還暦』（有斐閣、1960年）331頁以下。

³⁶ 平野義太郎「生命侵害による葬式費用の賠償請求」志林27巻2号1111頁。

³⁷ 杉之原舜一・判例民事法昭和3年度15事件75頁以下。

³⁸ 淡路剛久「生命侵害の損害賠償」『事務管理・不当利得・不法行為（民法講座6）』（有斐閣、1985年）350頁以下。

³⁹ 戒能通孝『債権額論』（巖松堂書店、1946年）67頁以下、山中康雄「相続は地位の承継か」末川博ほか編『家族法の諸問題：穂積先生追悼論文集』（有斐閣、1969年）372頁以下。

⁴⁰ 朱宰璜・前掲注（13）271頁、李太載・前掲注（23）83～84頁、金顯泰・前掲注（13）410～412頁、金曾漢・安二濬・前掲注（20）854～855頁、金基善・

固有の損害賠償請求権を認めるべきであるという主張も増えている⁴¹。死亡した被害者の損害賠償請求権を肯定するか否定するかという問題の背景には以下のような価値判断の対立があるという見解⁴²がある。第一に、相続構成は被害者の損害の賠償を肯定するのは、不法行為の予防的機能と制裁的機能を強調し、司法政策的な配慮ないし便宜によるものであり、非相続構成は不法行為の損害填補機能を重視して等価填補の原則に忠実だからである。第二に、相続構成は死亡という損害を直接被害者に関して把握しながら、その賠償請求権に関して被害者の死亡時点においての相続による配分を考えるのに対して、非相続構成はそのような財貨の配分を排除する。第三に、相続構成を支える社会的・思想的背景として、韓国の親子関係・死生観の特質が挙げられるが、これに対立するものとしては、民法の個人主義的構成が挙げられる。

もちろん、不法行為によって被った損害を加害者に賠償させるべきであること自体に関しては異論はない。問題は死亡して権利主体でなくなった被害者の損害をどのように把握して加害者に賠償させるのかである。韓国と日本の判例・学説の多くが死亡した被害者の損害賠償請求権の相続を肯定するには、遺族固有の扶養利益喪失による損害賠償請求額より、死亡した被害者の逸失利益を算定して得られる損害賠償請求額の方が多額であり、被害者の救済に有利な面があるという点が多く作用していると思われる。重傷後の致死の場合と即死の場合との均衡を図るという面からも相続肯定説は説得力がある。しかし、相続構成説をとっても、遺族の扶養利益喪失による損害が否定されるわけではない。日本の下級裁判所判決では、相続人との損害額の調整の場合⁴³や相続人ではない者からの扶養利益の賠償請求の場合⁴⁴及び相続人が相続を放棄した場

前掲注(20) 287頁、郭潤直・前掲注(13) 701～702頁、金錫宇・前掲注(13) 566頁、伊喆洪・前掲注(13) 405～406頁、金相容・前掲注(13) 885～886頁。

⁴¹ 鄭貴鎬・前掲注(26) 328頁、趙明來・前掲注(15) 70頁以下、金嘯洙『債権各論—事務管理・不当利得・不法行為—』(三英社、1989年) 796頁以下、曹日煥「扶養権侵害による損害賠償請求権の法理研究」家族法學論叢：朴秉濠＝授還甲紀念1525頁以下、權龍雨『不法行為論』(新陽社、1998年) 587頁以下。

⁴² 金嘯洙『債権各論〔第2版〕』(三英社、1997年) 815～816頁。

⁴³ 被害者の配偶者が遺族年金を受けていることは被害者の父母に対する慰謝料の算定に影響する旨を述べている(大判昭和3年3月10日民集7巻152頁)。

⁴⁴ 内縁の配偶者の扶養利益喪失による損害賠償請求を認めた(東京地判昭和36

合⁴⁵においては、扶養利益の喪失による侵害を認めてる。韓国でも扶養請求権の侵害が不法行為を構成するという点では異論がない⁴⁶。相続構成と扶養構成はどちらの一つを選択すべきではなく、併存できる関係にあると思われる。しかし、そうすると、不法行為によって死亡した被害者の相続人の利益と被扶養者の利益が衝突する場合をどう解決するのかという問題が出てくる。この問題については、結章でさらに詳しく扱うことにする。

第二章 生命侵害による死亡被害者の慰謝料請求権の相続性

被害者が重傷を負って肉体的・精神的に苦痛を受けて死亡したが、事前に慰謝料請求権を行使した場合には、一般的な金銭請求権に変わり相続の対象となる。ただし、この慰謝料請求権を行使する前にすでに死亡したり、即死の場合にも、その慰謝料請求権が相続の対象となるのかについては議論がある。しかし、慰謝料はすでに受けた苦痛や喪失した肉体的・精神的幸福に対する補償の意味を持つものであるともみられるので、死亡した被害者にそのような肉体的・精神的苦痛がなかったとは断定できない。

韓民752条及び日民711条は、不法行為によって死亡した者の一定範囲の近親者は固有の慰謝料請求権を持つことを明文で規定している。しかし、遺族が死亡した被害者の慰謝料請求権を相続するのかに関しては明確にしておらず、被害者が慰謝料請求権を行使できずに死亡したり即死した場合に被害者本人の慰謝料請求権も併せて請求できるのかという問題が生じる。また、精神的損害の賠償請求権の相続に関しては、財産的損害の賠償請求権の相続における問題点以外にも一身専属権という慰謝料請求権の相続を認めることができるのかという問題も存在する。

I 判例の動向

年4月25日下民集12巻4号866頁、静岡地判昭和45年11月4日交通民集3巻6号1729頁、千葉地佐倉支判昭和49年7月15日交通民集7巻4号1026頁、宇都宮地判昭和46年11月30日交通民集4巻6号1750頁、大阪地判昭和54年2月15日交通民集12巻1号231頁、千葉地判平成14年7月15日。

⁴⁵ 最判平12年9月7日第一小法廷判決判例時報1728号29頁。

⁴⁶ 春日煥・前掲注(41)540頁。

韓国の判例は、死亡した被害者の財産的損害の相続を前提とした上で、慰謝料請求権の相続も許容する立場をとってきた。1966年に慰謝料請求権の相続を初めて認めた大法院の判決⁴⁷が出たが、原審判決が「…被害者…が…代わりに病院に入院中…運転手を叱り悔やしいと言った事実が認められるし、これは被害者がその精神的苦痛に関して死ぬ前に本件加害者に対して慰謝料を請求する意思表示したとみられるし、右意思表示は単に慰謝料を請求する意思表示するだけで足りる…」と判断したのに対して、「精神的損害に対する賠償請求権は被害者がこれを放棄したり、免除したとみられる特別な事情がない限り、生前に請求の意思表示をする必要なく原則的に相続されると解釈するのが相当であるとして、結局被害者の慰謝料請求権の相続を認めた」と解される原判決の結論は正当であるというべく、慰謝料請求権は一身専属権として相続されないという論旨は採用できない」とした。この判決以来、慰謝料請求権の当然相続を認める判決⁴⁸が続いた。

Ⅱ 学説

1 相続肯定説

精神的損害の賠償請求権の相続性が認められるかに関しては、学説が対立している。しかし、死者の精神的損害の賠償請求権も相続されるという時間的間隔説が通説的地位を占めている。慰謝料請求権の相続性を認める立場は、精神的損害の賠償を財産的損害の賠償と異なった扱いをする必要はなく、身体傷害の場合には慰謝料請求権が生ずるから、死亡の場合にも慰謝料請求権が認められるのは当然である。相続性を否認すれば、相続人固有の慰謝料請求権のみが成立する結果となり、その請求額ないし認容額が減少し、被害者側の救済が不十分な恐れがあるので、被害者側の保護のために両請求権を一緒に行使させるべきである等を、その理由としている⁴⁹。具体的には以下ようになる。

第一に、財産的損害の賠償請求権に関してその相続性を認める限りは、それとは反対に慰謝料請求権の一身専属性を強調してその相続性を否認する理由は

⁴⁷ 大判1966.10.18、66タ1335。

⁴⁸ 大判1967.5.23、66タ1025、大判1969.4.15、69タ268、大判1969.10.23、69タ1380。

⁴⁹ 金淑子『注釈民法債権各則(8)』(韓国司法行政学会、2000年)327頁以下。

ない。慰謝料請求権には相続人に移転しない一身専属的な法益の侵害があるときに生ずる要素があることは確かではあるが、その侵害による損害賠償請求権が原則的に金銭給付を目的とするものであるので、慰謝料請求権も財産的な損害の賠償請求権と同じく相続性を持つと考えるべきである。このように慰謝料請求権の相続を認めると、被害者の相続人である遺族には、752条による固有の慰謝料請求権があるので、二つの慰謝料請求権を持つことになる。しかし、死者の精神的損害がその相続人である遺族に賠償されたとしても、それによって遺族自身の精神的損害が除去されるわけではない。遺族が相続した慰謝料請求権は被害者が被った精神的損害を賠償するのであり、他方遺族が持つ固有の請求権は被害者の死亡によって生じた自身の精神的損害を賠償するためのものである。従って、二つの慰謝料請求権を行使するとしても、それは二重賠償にはならない。ただ、両請求権を行使する場合における慰謝料の算定においては、両者の関係を考慮して算定で斟酌すべきである⁵⁰。

第二に、死者の精神的な損害賠償の請求権も時間的間隔説によってその相続性が認められる。このとき死者の相続人が自己固有の精神的損害賠償請求権と被相続人の精神的損害賠償請求権を行使することになるが、二重賠償ではない。しかし、精神的損害賠償額の算定では二つの精神的損害賠償請求権の存在を考慮して決定する⁵¹。

第三に、今日のように慰謝料請求権の相続が客観化・類型化されている場合に、その相続性を否定するのは妥当ではないので、被害者が即死した場合には人格承継説によって問題を理解する方がよい。

慰謝料請求権の相続を認める場合は、死亡した被害者の近親者の固有の慰謝料請求権を規定した韓民752条との関係については、慰謝料を二重に請求することを防止するために、相続人で死者の慰謝料請求権を取得した者については、原則的にその固有の精神的損害が填補されるものとするが、それ以外の者の固有の精神的損害は別のものと扱うべきである⁵²。

2 相続否定説

⁵⁰ 郭潤直・前掲注(16) 843～844頁。

⁵¹ 金相容・前掲注(13) 912頁。

⁵² 金錫宇・前掲注(13) 567頁。

相続を否定する見解は、慰謝料は精神的苦痛に対する補償として被害者本人に支給されるべき一身専属権であるので、死者の慰謝料請求権は相続の対象とならないとする⁵³。そして韓民752条が近親者に精神的損害賠償請求権を与えるのは、実定法によって精神的損害賠償請求権の相続性が否認されているからであると解釈する。具体的には以下のとおりである。

第一に、相続というのは、被相続人が生存時に有していた財産上の権利主体が相続人に承継されることを意味するので、被害者が将来得られたはずの利益の喪失による損害というのは、被害者の死亡によって生ずるのであり、被害者の死亡前の損害とはいえないものであるから、理論上このような損害を相続の対象とするのは難しい。

他人の生命を害した者は被害者の直系尊属、直系卑属及び配偶者に対しては、財産上の損害がない場合にも損害賠償する責任があると規定している韓民752条は、物質的損害に対する請求権及び精神的損害に対する慰謝料請求権を同時に規定したものゆえ、遺族が被害者の死亡によって被った有形・無形の損害を自己固有の権利を根拠として、直接加害者に賠償を請求できる、と理解するのが妥当であり、生命侵害によって権利主体がなくなる場合を予想して、韓民752条が問題を立法的に解決したにもかかわらず、あえて時間的間隔説等の論理的技巧を用いながら慰謝料請求権の相続性を認める必要はない⁵⁴。

第二に、慰謝料請求権が相続人によって承継されるかという問題について検討すべき点としては、慰謝料が主観的要素を含めているので慰謝料請求権は性格的に一身専属権ではないのかという点及び、生命を侵害された場合に損害が生じた瞬間に被害者が死亡して権利主体ではなくなるという点、韓民752条⁵⁵によって他人の生命を害した者は被害者の直系尊属・直系卑属及び配偶者に対しては財産上の損害がない場合にも精神上の損害を与えた場合には慰謝料を支払うことを規定しているが、この規定と慰謝料請求権の相続性の問題がどのように関連するかという点が指摘されている。つまり、死者が自分の死亡を原因とする損害の賠償請求権を生存中に取得しないと、相続人がこれを承継することもありえないので、相続否定説の方が論理の一貫性があるという主張がある⁵⁶。

⁵³ 金曾漢＝安二溶『債権各論（上）』（博英社、1984年）857頁。

⁵⁴ 權龍雨『債権各論』（法文社、1996年）679頁以下。

⁵⁵ 日民711条に当たる。

⁵⁶ 金疇洙・前掲注（42）816～820頁。

第三に、被害者の損害賠償請求の意思表示の有無とは関係なく、本来慰謝料請求権は一身専属性があるゆえ、死亡者の近親者は韓民752条の規定により固有の慰謝料請求権を持つにすぎず、相続性はないと解釈する⁵⁷。

Ⅲ 日本との比較及び検討

日本における慰謝料請求権に関する判例は、財産的損害の賠償請求権とはやや異なった展開を示す。始めに判例は、負傷後致死事例において負傷者の慰謝料の請求権の行使の意思表示によって、一身専属性は失われるという立場に立って、死亡までの間に慰謝料請求を認めるか否かを決した⁵⁸。しかし、日本の最高裁判所は、交通事故の被害者が意識不明のまま死亡した事案で、最判昭和42年11月1日民集21巻9号2249頁は、慰謝料請求権の一身専属性を否定し、死者の慰謝料請求権の相続性を肯定する立場を採った。その理由として次の点が挙げられている。第一に、損害賠償請求権の発生時点については民法上財産的損害と非財産的損害を区別していないこと、第二に、慰謝料請求権は金銭債権にすぎないから相続否定の根拠を欠くこと、第三に、被害者の慰謝料請求権と711条による慰謝料請求権とは被侵害利益を異にするものゆえ併存可能であること、第四に、被害者の相続人は711条の慰謝料請求権を取得しえない場合もあるから、711条があることは被害者本人の慰謝料請求権の相続性否定の理由にならないことである。

これに対して、韓国では、大判1966.10.18、66タ1335の判決が死者の慰謝料請求権が当然相続されると判示して以来、一貫して慰謝料請求権の当然相続を認めている。死者の慰謝料請求権の当然相続に関する判決としては、日本より一年ほど早い。原審が意思表明説によって慰謝料請求権の相続を認めたのを退

⁵⁷ 金顯泰・前掲注(13) 411頁。

⁵⁸ 大判大正8年6月5日民録25輯962頁、大判昭和2年5月30日法律新聞2702号5頁(残念残念事件)。ドイツでは、近親者に固有の慰謝料は認められず、被害者の慰謝料請求権の相続が認められているが、相続が認められるのは加害者と被害者との間で慰謝料の支払が合意された場合、および、被害者が訴訟によって慰謝料を請求している場合のみであるので、このようなドイツの考え方が、日本の大審院の考え方の出発点になったものと思われるとの指摘がある(山島正男・福永有利・小川浩三『法のことわざと民法』[北大図書刊行会、1985年] 24頁〔小川浩三執筆〕)。

けて、大法院は、原則的に慰謝料請求権が相続されるとした。ここで注目すべきことは、韓国の判例では慰謝料請求権の相続について、「これを放棄したり免除したとみられる特別な事情がない限り」という但書が加えられている部分である。不法行為によって重傷を負い死にかけている被害者が、わざわざ請求権の放棄を表明することは考えにくい。これは、大法院が慰謝料請求権の当然相続を始めて認めるにあたっては、従来の意思表示説を意識していたのではないと思われる。

韓国と日本の判例において死者の慰謝料請求権の当然相続が定着したことに對して、学説上では相続を肯定する説と否定する説が対立している。韓国では、死者の慰謝料請求権の相続を認める見解が通説⁵⁹であるが、日本ではそれを否定する見解が少なくない⁶⁰。

相続否定説は、慰謝料請求権は理論上被害者の一身専属権だから相続の対象とはならないという点、及び、民法の規定⁶¹が被害者の遺族に別個の慰謝料請求権を認めている以上、被害者本人の慰謝料請求権を認めて相続を許容すると二重賠償を受けることになるという点を論拠とする。しかし、慰謝料請求権の一身専属性については、請求の意思表示によって通常金銭債権化すること、及び、その意思表示は具体的妥当性に照らせば、これを強要できないことからみると、相続否定の理由としては十分ではないともいえる。二重賠償になり賠償額が高くなるのではないかという点については、同一人が自分固有の慰謝料請求権と相続した死者の慰謝料請求権を同時に行使する際に、その事実を賠償額の算定で考慮すればよいと考えられる。

慰謝料請求権の当然相続を認めないと、傷害を被った場合には本人の慰謝料を認めて、それより大きい法益である生命が侵害された場合には慰謝料が否定されるという不合理と、死亡前に慰謝料請求権を行使した場合とそれでもできずに即死した場合との間に不均衡が生ずる。とはいっても、傷害による肉体的・

⁵⁹ 金錫宇・前掲注(13) 567頁以下、郭潤直・前掲注(16) 843～844頁以下、金淑子・前掲注(49) 327頁以下、金相容・前掲注(13) 912頁以下。

⁶⁰ 吉村良一「慰謝料請求権」法学教室120号82頁以下、潮見佳男『不法行為法』(信山社、2002年) 346頁以下、加藤雅信『新民法大系V事務管理・不当利得・不法行為(第2版)』(有斐閣、2005年) 275頁以下。

⁶¹ 韓国民法752条及び日本民法711条。

精神的苦痛が死亡の方より被害が少ないとは限らない。極度の身体障害により被害者が取得する逸失利益及び逸失幸福、肉体的・精神的苦痛は、むしろ死亡によるそれより大きい場合もあり得ると思われる。例えば、植物人間の状態で労働力を完全に喪失して取得した財産上の損害賠償請求権は、一生必要とする治療費・介護費のため、そして死亡の場合に控除される生活費を控除されないから、死亡の場合より多額となり、肉体的・精神的苦痛は死亡の場合より大きくなる。慰謝料の現実の内容・機能を考えると、慰謝料は単に精神的損害だけではなく、賠償額を引き上げるための調整機能を担っているという指摘⁶²のありように、人身損害における慰謝料請求権の判断は被害者側が被った肉体的・精神的苦痛の程度を斟酌して、総合的にその賠償額を決めるべきであろう。

第三章 人身侵害の場合における損害論

生命・身体に対する不法行為の場合に、加害者に損害を賠償させるためには、その前提となる損害の概念を理解しておく必要がある。ここではまず、人身損害に関する判例、および、不法行為一般における損害概念に関する学説を検討した上で、その人身損害の賠償への影響を考察することとする。

I 一般的損害概念

1 差額説

損害とは、ある事実によって財産またはその他の法益に対して被った不利益をいう。この損害は原則的に金銭として評価・賠償される⁶³。不法行為一般における損害概念を定義するにあたって、議論の出発点となるのは差額説である。

差額説は、不法行為がなければ存在したはずの利益状態と不法行為がすでに発生した現在の利益状態との差額を損害とするものである⁶⁴。差額説によると、仮定的利益状態と現実的財産状態の差額が損害となるので、損害は抽象的な計算額ないし計算上の数字として把握される。したがって、この説は金銭賠償による損害賠償方法に適した損害概念であるといえる。

⁶² 森島昭夫『不法行為法講義』（有斐閣、1996年）374～375頁。

⁶³ 【韓民394条】別の意思表示がなければ、損害は金銭をもって賠償する。

⁶⁴ 郭潤直『債権総論』〔民法講義Ⅲ〕（新訂版）（博英社、1996年）196頁。

しかし、差額説については、以下のような批判がある⁶⁵。第一に、差額説は財産的損害の場合における損害概念としては適切でも、非財産的損害の場合にはそうではない。すなわち、差額説によると死傷や稼働能力・労働能力の喪失そのものを損害概念に含むことができず、公害訴訟の展開等により死傷そのものを非財産的損害としてみることは、おおよび、稼働能力ないし労働能力の喪失そのものを損害とみる法理の展開を説明できず不当である。第二に、差額説は損害概念に関して法益に対する事実上の変化を度外視して完全賠償原則をその理念としているが、これは韓国民法⁶⁶が通常損害と特別損害を分離して規定していることと矛盾する。すなわち、特別損害に関しては予見可能なものに限って賠償を認めるので、差額説では説明が不可能である。第三に、不法行為制度の懲罰的・制裁的・抑制的機能が加味される場合には、差額説では損害概念の説明が困難である。

2 具体的損害説

具体的損害説は、不法行為によって被害者が被った具体的不利益それ自体が損害であるとするものである⁶⁷。この説は、差額説が、非財産的損害の算定の説明には不足していることと、完全賠償主義を採っているドイツ民法の影響であることから、損害を、被害者が被った不利益そのものと把握するので、原状回復による損害賠償の方法において適切な概念である。また金銭賠償の場合にも、具体的法益に対する侵害により被った不利益を金銭に評価することができる⁶⁸と主張している。

しかし、具体的損害説については、差額説の立場から、損害賠償義務は原則的に財産的損害に対するものであり、財産的損害に関しては差額説によるしか

⁶⁵ 權龍雨・前掲注(41) 87～88頁。

⁶⁶ 【韓民393条】①債務不履行による損害賠償は通常の損害をその限度とする。
②特別な事情による損害は債務者がその事情を知り又は知りえたときに限り賠償の責任がある。

【韓民763条】393条、394条、396条、399条の規定は不法行為による損害賠償に準用する。

⁶⁷ 金相容・前掲注(13) 843頁。

⁶⁸ 權龍雨・前掲注(41) 87頁、金相容・前掲注(13) 843頁。

ないという批判がある⁶⁹。

Ⅱ 人身損害における損害概念

1 差額説

差額説を人身損害に適用すると、損害の具体的算定は財産的損害と精神的損害に分けられる。さらに、財産的損害は、既存財産の減少としての積極的損害と、得られたはずの利益の喪失としての消極的損害に分けられる。すなわち、その各項目ごとに個別の損害を金銭的に評価した上で合算し、これに慰謝料を加えて全損害賠償額を算定する。従って、死傷による損害賠償額の決定は具体的・個別的に算定する個別主義、実質主義を採ることになる⁷⁰。

この説によると、不法行為前の所得と不法行為後に減少した所得が現実を確認された場合には、それが最も事実近く、かつ、算定しやすい基準だということになる。

差額説に対しては、以下のような批判がある⁷¹。第一に、無職者・主婦・幼児のように、不法行為前の収入がなかった者の損害を説明することが困難である。第二に、受傷によって労働能力の一部は喪失したが、実質的な収入の減少はなかった場合には、所得の減少がないので損害を否定する結果となる。第三に、被害者が労働能力の60ないし70パーセントを喪失し、不法行為以前と同様の仕事が事実上不可能となった場合、残存労働力による仮想収入を控除すべきか否かについての評価・説明が困難である。第四に、被害者の逸失利益算定の基礎となる所得額を決めるにあたって、所得税を控除するかに関しては、差額説は控除説と親和的であり、ほぼ毎年変わる各種税率を追跡・算出・控除しなければならないという実務上の困難を招来する。

2 死傷損害説

死傷損害説は、生命・身体の侵害そのものを一つの損害として把握するもの

⁶⁹ 郭潤直・前掲注（64）196～197頁。

⁷⁰ 宋基榮「生命・身體の侵害による損害賠償の範囲」『不法行為の諸問題：私法研究2』（三英社、1985年）143頁以下、權龍雨・前掲注（41）526頁以下、金相容・前掲注（13）866頁以下。

⁷¹ 宋基榮・前掲注（66）146頁、權龍雨・前掲注（41）526頁。

である。この説によると、死亡または傷害の部位・程度を立証すれば、損害の主要事実の立証として十分である。

しかし、死傷そのものを損害と捉えることについては、差額説の立場から以下のような批判がされている⁷²。第一に、死傷そのものを損害とみると、損害発生についての権利侵害ないし違法性との区別が失われる結果となる。第二に、死傷そのものからは金銭的評価は不可能であるから、結局治療費・逸失利益・精神的苦痛等が損害算定のための資料として必要となり、訴訟上主要事実と間接事実の区別が困難となる。第三に、被害者に現実に生じた損害の填補を目的とする損害賠償制度の目的からは、具体的な被害者、具体的な被害の事情の違いにより損害額に格差が生じるのは当然であり、これを否定するのはむしろ衡平の要請に反する。第四に、賠償額の算定を裁判官の自由裁量に任せると、相手方の防御が困難になるだけではなく、その判断の客観性が疑われるおそれがある。

3 稼働能力喪失説

稼働能力喪失説は、人間の稼働能力を一種の資本財とみて、稼働能力の喪失そのものを財産上の損害とみる見解である。この説によると、稼働能力の喪失で現実的に金銭的損害がなくても、原則的に稼働能力の客観的価値を前提とすることで、逸失利益の抽象的算定が可能となる。従って、無職者・主婦・幼児等のように、不法行為前の現実的な所得がなかった場合にも、稼働能力喪失による損害を認めることができる。また、不法行為後に実質的な収入の減少がない場合にも損害賠償を請求できることになる。

しかし、社会には多くの職業があり、後遺障害の種類も多様なので、被害者がどの職業につき、さらに、具体的にどの程度の所得を得られるのかを予測することは不可能に近いという批判もある⁷³。

Ⅲ 日本との比較及び検討

不法行為における損害の概念についての議論は、韓国と日本の両国とも、差額説の批判と改良を中心として展開されている。差額説は、損害の項目を一目瞭然に分析・整理したという長所から、従来通説及び判例の立場とされてき

⁷² 宋基榮・前掲注(66)144頁。

⁷³ 權龍雨・前掲注(41)528頁。

た。さらに、人身侵害における損害を算定するにあたっては、差額説はその算定基準として機能してきた。しかし、人間の生命や身体は、本来金銭に換算することのできないものであるから、不法行為前後の金銭的価値の増減を比較することは極めて困難である。それにもかかわらず、不法行為が生じた以上は加害者に、その行為によって被害を被った人の損害を賠償させることが必要である。従って、生命や身体への侵害による被害を賠償させるためには、まず何が損害であるのかを把握しておく必要がある。そこで、差額説の問題点を指摘しながら、人身損害という特質から人身損害それ自体を損害として捉えようという企てが行われてきた。

そのための人身損害論の代表的な学説としては、死傷損害説と稼働能力損害説を挙げることができる。両説とも、死傷そのものを損害として捉えようとする見解である。他方、差額説と稼働能力喪失説は、収入または稼働能力の喪失のように人間が働いて得られる金銭的価値に重点をおいているという共通点を持っている。また、死傷損害説の主張する人身損害賠償額の定額化による全損害の定額化は不可能だとされながらも、差額説および稼働能力喪失説でも、交通事故による損害算定や慰謝料等のように個別項目の枠では、実務上の定額化がなされている。

このようにみえてくると、人身損害における各学説は、実は必ずしも対立しているとはいえない。差額説は不法行為全般に関して損害賠償額を決めるのに合理的な方法であり、稼働能力喪失説は不法行為当時収入がなかった者の損害を算定するに有利である。また、損害事実説の説く損害の個別項目の定額化は、実務の進行を迅速かつ容易にする。

韓国では、判例が差額説⁷⁴に代わって稼働能力喪失説⁷⁵を採用し、稼働能力喪失説に依拠するという状態がしばらくは続いた。しかし、現在では、具体的事情を基礎として合理的で客観性のある期待利益額を算定できればそれで足りるとして両説とも算定方法として認める⁷⁶というのが、判例の立場である。

日本では、以下のように、従来の学説を補完して他の学説との調和を図ろう

⁷⁴ 大判1977. 7. 26、77タ481。

⁷⁵ 大判1979. 2. 13、78タ1491、大判1983. 10. 25、83タカ1262、大判1984. 10. 23、84タカ325。

⁷⁶ 大判1986. 3. 25、85タカ538。

とする傾向がみられる。

(i) 淡路説⁷⁷：死傷損害説に依拠して、その損害評価の理念・原則を原状回復・生活保障におき、評価方式については、裁判官の創造的活動に依存するのが基本であるとしても、当事者は損害を項目・費目ごとに個別に立証・請求できる。さらに、個別の主張・立証がなくとも被害に応じた損害を総額で請求することも可能であると主張している。

(ii) 四宮説⁷⁸：個別算定方式と一括方式との対立は、個別性と平等の対立、具体的算定の原則と人身損害の特殊性・簡便さへの要求との対立などに集約されるとする。完全賠償の原則から損害を財産的損害と精神的損害に二分して、財産的損害については物損に類比して処理するが、人身損害の特殊性を考慮し、項目ごとの定型化・定額化による簡便さを図り、逸失利益では原状回復という理念を加味して稼働能力喪失説を採用する。さらに、慰謝料の比重を増やすというのである。

(iii) 吉村説⁷⁹：伝統的な損害の算定方式は、人身損害でも物損賠償を基調とし、人損の特殊性は慰謝料の補完的機能に頼る程度であったが、それには限界がある。人損の特質に即した賠償法理が求められていることから、被害を包括的・総体的に把握すべきである。また、被害の立証の負担の軽減を図り、原状回復の理念から被害者の社会復帰や生活の回復のための費用の他に、被害者・遺族の将来の生活保障にかかわる費用も取り込むべきである。その際、不当な男女差別格差が生じないようにすべきであるとされている。

(iv) 加藤説⁸⁰：差額説を前提として、不法行為がなかったなら得られるはずの財産総額を計算しようとしても、その財産総額を抽象的に立証することは不可能である。従って、それを具体的に立証するためには、結局のところ、不法行為と因果関係がある個別の損害項目ごとに損害額を計算し、あげうる限りの損害項目を合算する個別損害積上げ方式による他はない。従って、不法行為の損害論は、

⁷⁷ 淡路剛久『不法行為における権利保障と損害の評価』（有斐閣、1984年）72頁以下。

⁷⁸ 四宮和夫「不法行為による人身損害に関する考え方の対立」『現代私法学の課題と展望・上』（有斐閣、1981年）129頁。

⁷⁹ 吉村良一『人身損害賠償の研究』（日本評論社、1990年）157頁。

⁸⁰ 加藤雅信『事務管理・不当利得・不法行為〔第2版〕』（有斐閣、2005年）279頁以下。

理論枠組みとしての差額説と認定手段としての具体的損害論と考えてよい。

韓国と日本のいずれでも、このように損害理論の調和がなされているのを見ると、抽象的概念に従って損害賠償を算定していくというより、当該事案に用いることが比較的容易な概念を損害として捉える傾向にあるといえる。つまり、差額説では、現実不法行為以前に収入のなかった被害者に対する損害の算定は困難である。しかし、他方で、損害事実説のように個別の損害を捨象した形では、具体的な損害の填補を目的とする損害賠償の課題に応えることはできない。その結果は、一定の規範的な定額化を介した稼働能力喪失説によって差額説を補っていく他ないことになる。したがって、差額としての損害がないときに損害を規範的に理解する際には、損害事実説の説く規範的な人身損害の評価は、極めて有益な側面支援の役割を果たすことになる。その意味で、人身損害における損害賠償の実現には、各学説が折衷的に融合してくることを考えると考えることができる。しかし、損害の填補を目的とする人身損害の規範的评价とは、実は潜在的な稼働能力の評価である。つまり、損害の規範的评价を通して、人身損害を物損と同一視する、つまり、人身損害賠償の商業化という形で、人身損害の損害論が収束してきたと考えることも可能であろう。

第四章 財産的損害の算定

I 積極的損害

1 治療費⁸¹

生命侵害の場合には、通常損害として、死亡に至るまでの、身体障害の場合には完治に至るまでの当該不法行為による傷害等の治療に必要な各種の費用が、治療費に含まれる。また、治療のために入院した場合に必要なとされた入院費も治療費の一部とされている⁸²。治療費の賠償は、すでに支出したか支出することが確定したかを問わない。したがって、将来に支出すべき治療費債務も

⁸¹ 宋基榮・前掲注(66) 150～156頁、郭潤直・前掲注(16) 817頁～819頁、金嘯洙・前掲注(42) 798頁、權龍雨・前掲注(41) 524～525頁、金相容・前掲注(13) 869～874頁。

⁸² 「被害者が被った傷害が加害者の行為と因果関係がないときは、加害者はその傷害の治療費を賠償する責任がない」(大判1959.10.8、4290ミンサン909)。

賠償すべき治療費に含まれる⁸³。治療費が確定されなかったとしても、証拠によって確実に予想される治療費も可能である。まだ治療を受けていなくても、傷害の治療費が予想されるのなら、加害者はその治療費を賠償すべきである⁸⁴。傷害による将来の治療費も不法行為時に確定された損害であり、すでに履行期の到達した債権である。治療費の賠償は不法行為と相当因果関係にある範囲内に限定される。従って、例外的な高額診療費や低額診療費の可能性を排除して、合理的かつ普遍的な診療費に即して、その範囲を決めるべきである⁸⁵。

漢方治療費⁸⁶も、それが当該不法行為による傷害のためのものであれば、直接的な治療方法でなくても、傷害による後遺症から回復するために服用したものなら、その請求が容認されるというのが判例の立場である⁸⁷。

⁸³ 「漢方薬とはいえ疾病治療と因果関係がないとはいえず、加害者が賠償すべき損害額は、すでに支出した治療費だけではなく、支給されることが確定した治療費債務も含まれる」(大判1960. 9. 22、4292ミンサン1000)。

⁸⁴ 「加害者の不法行為によって傷を負い治療のために金銭の支出がかかることが予想されるのなら、まだ入院して手術治療を受けていなくても、加害者は右のような損害に対して賠償責任がある」(大判1965. 7. 27、65タ1049)。

⁸⁵ 「不法行為による損害賠償に関して加害者と被害当事者間に被害者が一定の金額を支給され残りの請求を放棄すると約定したときは、その後それ以上の損害が事後に発生したとの理由で、合意金額を超える損害賠償請求をすることを認容することはできないとするのが当然だといえるが、すべての損害が確実に把握できない状況で早急に少ない金額を受け右のような合意がなされた場合には、その合意当時被害者が放棄した損害賠償請求権は、そのときに予測が可能であった損害に対してのみであると解釈すべきであり、当時に予測できなかった積極的治療費や後遺症がその後に生じた場合の損害までに賠償請求権を放棄したと解釈するものではない」(大判1988. 4. 27、87タカ74)、「交通事故による負傷の治療費は、不法行為との間に相当因果関係がある範囲内でのみ賠償請求が可能なものであるので、その可否を判断するにあたって、当該治療行為の必要性、期間と一緒にその診療行為に対する報酬額の相当性が検討されるべきであり、そのためには負傷の程度、治療内容、回数、医療社会一般の普遍的診療費水準等の諸般の事情を考慮して非常識的な高額診療費の可能性を排除して、合理的にその範囲を決めるべきである(大判1988. 5. 24、87タカ1518)」。

⁸⁶ 漢方医院で漢方薬を調製してもらって服用したのは、他の特別な事情がない限り、暴行による傷害を治療するために服薬したものとみなす」(大判1971. 5. 24、71タ576)。

⁸⁷ 「漢方補薬及び肉類の代金は、特別な事由がない限り外傷を治療する一般

入院中の食事代は、入院治療に付随する費用で、広義の治療費といえる⁸⁸。事故がなくても支出される費用だという理由で賠償を否定した判例⁸⁹もあったが、多くの場合は傷害を治療するための治療費、診断書、治療期間中の患者とその家族の寝食に要する費用⁹⁰は、傷害と因果関係があるとされている。

被害者の傷害の程度と、年齢、症状、その他の事情に照らして、特別な専門医の診療を受けるべき場合だと認定されたときは、通常の損害とみなされる。入院する必要がなくなったにもかかわらず、被害者が加害者との賠償額の合意がない等を理由に、治療と関係なく入院を続ける場合、その間の入院費は相当因果関係の範囲内の損害には入らない。一方、被害者が退院しようとしても、加害者が治療費を払わなかったせいで退院できなかった場合は、加害者に帰責事由があり、加害者が被害者の費やした余計な入院費を支払うべきだとされている⁹¹。

治療費等の積極的損害の賠償を請求した前訴の弁論終結後に、新たな治療費の損害が発生した場合、その弁論終結当時、その損害の発生を予見できない特別な事情があるなら、前訴でそれに関する請求の留保がされていない場合でも、

的な療法に属せず、加害者が通常予見できる損害に属していないので賠償責任がない」(大判1955. 2. 10、4287ミンサン274)。

⁸⁸ 「入院治療費中の患者に対する食事代も、広義の入院費用に含まれる。これは患者の看護にやむを得ず伴う費用として、加害行為と因果関係があるとみられる」(大判1979. 4. 10、79タ297)。

⁸⁹ 「原判決は入院費外に入院中の食費を損害額として算定したが、本件不法行為がなくても食費の支出が不可欠であるから、入院中の食費を損害と認定すると、不法行為がなくても、支給すべき食費は、損害額の算定においてこれを控除するのが、損益相殺の法理に合致する」(大判1967. 7. 18、67タ1092)。

⁹⁰ 「生後9ヶ月の被害者が、瀕死の重傷を被り、その母親も、その事故による負傷の治療のために入院治療する期間中に、母乳で栄養を摂取できない状況の下に、同被害者は特殊給食を要すると認めて、その特殊給食費をその損害と認めたのは正当である」(大判1967. 2. 28、66タ2517)、「他人の不法行為により傷害を被った場合、診断書作成のために支出した金額は、不法行為による損害に含まれる」(大判1967. 10. 31、66タ21855)。

⁹¹ 「損害賠償義務を果たしてなかったゆえに、被害者が続けて入院治療をしたことで、その費用が通院治療より増加されたのなら、その増加費用も賠償する義務がある」(大判1977. 9. 13、77タ1136)。

その部分に対する損害賠償の請求は、別個の訴訟物として、新たに請求することが可能である。

2 介護費⁹²

被害者が重症を負い、その治療中に看護を受ける場合や治療後も不治の後遺障害で、一生他人の介助を受けなければならなくなった場合、これに必要な費用も積極的損害に入る。介護の必要に関する判断は、専門家の鑑定に基づいて、被害者の年齢、精神状態、社会的・経済的条件等の具体的な事情を総合して行われるべきであるとされている。

介護期間は入院期間または平均余命以内の期間または鑑定等による監護が必要な期間である⁹³。

介護費相当の損害は不法行為と相当因果関係があると認められるので、扶養義務者である介護人は、加害者に対して、直接に自己固有の権利として介護費用を請求することも可能である⁹⁴。

⁹² 宋基榮・前掲注(66)156～161頁、郭潤直・前掲注(16)817頁、金疇洙・前掲注(42)799頁、權龍雨・前掲注(41)525頁、金相容・前掲注(13)874～876頁。

⁹³ 「原告が本件事故によって不治の重患者となった場合には、その生存余命は正常人を標準とした平均余命期間まで生きるかは、経験則に照らして極めて疑わしいという前提の下で理論を展開している。しかし、原審の鑑定人の鑑定書の記載によると、抗生剤等が発見される以前には、合併症で自分の余命を生存していない例が多かったが現在は人や機械による介助を試み、良好な看護をすれば自分の余命を生存するものとされている。従って、原審が原告が60歳に達するまで毎月10,050ウォン相当の治療及び看護費を必要とするとして、これの36年間の費用を一時支給の方法で計算支給するように命じたことは違法ではない」(大判1967.10.31、67タ2122)。

⁹⁴ 「被害者が事故で負った負傷によって介護が必要になり、父母や配偶者等の近親者がその介護のために休業した場合には、近親者が休業による喪失利益の賠償請求をしたり、被害者が介護費として賠償請求したことに関係なく、介護費相当額の賠償請求ができるといえる。この場合に賠償額は、介護費相当額を超過することができず、これを超過するとその超過部分は相当因果関係がある損害となされない」(大判1988.2.23、87タカ57)。

3 葬儀費用⁹⁵

故意または過失により他人の生命を侵害した者は、その不法行為がなくともいずれは葬儀費用は必要な費用であるという理由で、その葬儀にかかる費用の賠償義務から免れることはできない⁹⁶。ただし、その根拠については、国民感情に合わないという程度の説明しかされていない。不法行為によって被害者が死亡した場合の損害賠償の請求権者が被害者本人であるなら、自分の葬儀費用を賠償額として請求することになるが、当該不法行為により生じた損害を遺族固有の損害と把握すれば、その葬式費用は遺族が必ず支出することになる費用とは限らないので、損害額の範囲に含めることができると考えることも可能であろう。

葬儀費用のどの項目までが損害として認定されるかという問題に関して、判例は、家族儀礼に関する法令と埋葬及び墓地等に関する法令の制限事項に違反した支出費用は、事故と相当因果関係がないとして損害賠償から排除している⁹⁷。

4 弁護士費用⁹⁸

弁護士強制主義を採用していない韓国や日本では、弁護士費用は訴訟費用に含まれないので、原則的に弁護士費用は相当因果関係の範囲に入らない。しかし、学説では、弁護士に委任して処理するのが一般的であるので、事案の難易、請求額、認容額その他の事情を斟酌して、相当だと認められる範囲のものに限って、不法行為と相当因果関係にあるとすべきであり⁹⁹、人身事故の増加現象を

⁹⁵ 宋基榮・前掲注(66) 161～162頁、郭潤直・前掲注(16) 817～818頁、金疇洙・前掲注(42) 798～799頁、權龍雨・前掲注(41) 524～525頁、金相容・前掲注(65) 875～876頁。

⁹⁶ 「故意または過失によって他人の生命を侵害した者は、その葬儀に要する費用を損害として賠償する義務があるとすべきであり、誰でもいづれ死亡は免れない運命で、その費用は死亡者の親族が当然負担するという理由で、その賠償義務を免れることはできない」(大判1966.10.11、66タ1456)。

⁹⁷ 「人が死亡した場合、死亡者と遺族の社会的地位と死亡の原因や経緯等に照らして49日際や100日際をあげるのがわが国の普通の風習である」(大判1964.6.2、63タ804)、「葬儀費がその月收入に比べて多少多額であっても、その地方の風俗やその親族の埋葬地との距離、その他諸般事情に照らして、それが必ず経験則に違反した高額は一義的には認められない」(大判1974.1.15、73タ1813)。

⁹⁸ 權龍雨・前掲注(41) 518～519頁。

⁹⁹ 金疇洙・前掲注(42) 788～789頁。

考慮しても、加害者側で不当に損害賠償に応じてない事実と弁護士費用の支出の間に相当因果関係があるとみてこれを賠償されるべき損害と認めるのが社会正義の実現の一助となるとされている¹⁰⁰。もっとも、判例は弁護士費用と不法行為との相当因果関係の肯定には否定的である¹⁰¹。

Ⅱ 消極的損害

逸失利益の算定においては、一般的に被害者の年齢、性別、体質等の健康状態、性格、家庭環境等の人格的事情はもちろん、現在の収入、その収入額の増減に対する展望、転職の可能性等収入源と関係する事情が考慮されるべきである。被害者の残存余命の推定には生命表、職種別平均収入による所得額認定には各種賃金や生計表を活用することができるし、これに裁判官の経験則によって、被害者と加害者間の損害分担の均衡と社会的相当性をも考慮して、客観的に蓋然性のある範囲内の損害額が導出されるべきであるとされている。

1 後遺障害の場合¹⁰²

傷害を被って治療を終結した後も後遺障害が残り、従前の収入ないし労働能力の全部または一部を喪失した場合の将来の逸失利益の算定に関しては、実務上多くの問題がある。

差額説は、不法行為前後の所得の差額を逸失利益の算定の基礎にしており、その差額が主要事実となり、その差額の算出のためには将来の収入の決定が不可欠である。これに対して稼働能力喪失説は、後遺障害による損害は喪失した稼働能力そのものであり、裁判所が決める損害額は稼働能力に対する評価額とし、傷害そのものを主要事実とみるので、不法行為前後の所得の差額は間接事

¹⁰⁰ 權龍雨・前掲注(41) 518～519頁。

¹⁰¹ 「不法行為による損害賠償の範囲を決めるに当たっては、不法行為と損害との間に自然的または事實的因果關係が存在することだけで足りず、理念的または法律的因果關係すなわち相当因果關係の存在が必要である。ところで弁護士強制主義を採択していない我が国の法制下では、例えば、民事訴訟費用法で弁護士費用を訴訟費用から除外する等不法行為自体と弁護士費用の間に相当因果關係があることを間接的に否定している」(大判1978. 8. 22、78タ672)。

¹⁰² 郭潤直・前掲注(16) 818頁以下、金疇洙・前掲注(42) 799頁、權龍雨・前掲注(41) 525～526頁、金相容・前掲注(65) 876～879頁。

実にすぎないから、不法行為後の所得を確定する必要はなく、従前の所得と稼働能力喪失率によって損害賠償額を判断できるとする。

つまり、差額説の立場¹⁰³では、後遺症がなかったら得られたはずの収入から、後遺症を持つ状態から得られる収入を控除した差額に、稼働期間をかけ、中間利息を控除して、損害額を算出することになるのに対して、稼働能力喪失説の立場¹⁰⁴では、後遺症による労働能力喪失比率そのものを金銭的に評価して、その評価額に稼働期間をかけて、中間利息を控除して算定することになる。

差額説によると、損害を明確に認識することができるが、実際の損害が被害者本人の労働意欲によって左右される可能性があり、不法行為前後の差額がないか増加する場合には損害がないことになるという問題がある。これに対して稼働能力喪失説によると、喪失の程度の認定は難しいが、より合理的に損害額の算定ができるので、最近では稼働能力喪失説を採る判例が増えている¹⁰⁵。

¹⁰³ 大判1967.11.28、67タ2270、大判1971.12.28、71タ2254、大判1981.9.22、80タ3256。

¹⁰⁴ 大判1979.2.13、78タ1491、大判1984.10.23、83タ325、大判1987.9.8、86タカ816。

¹⁰⁵ 「他人の不法行為によって傷害を被った被害者が、負傷がなかったら将来得られたはずの利益、すなわち逸失利益を消極的損害として主張する場合に、その逸失利益の算定方法としては、第一に、事故がなかったら被害者が得られたはずの個々の所得の喪失を逸失利益とみて、事故当時の所得と事故後の将来の所得との差額を算出する方法と、第二に、逸失利益の本質を所得創出の根拠となる労働能力の喪失そのものとみて、喪失された労働能力の価値を事故当時の所得や推定所得によって評価する方法が考えられる。ところで、逸失利益のような将来の期待受益の認定は不確定な未来の事実の予測であるので、当該事件で現出した具体的事情を基礎として合理的で客観性のある期待受益額を算定できればそれで足りることで、右の二つの方法の中ある一つのみが唯一の算定方法と断定できないし、そのような断定は独断にすぎない」（大判1986.3.25、85タカ538）、「交通事故による負傷の治療費は、不法行為との間に相当因果関係がある範囲内でのみ賠償請求が可能なものであるので、相当性の可否を判断するにあたって、当該治療行為の必要性、期間と共にその診療行為に対する報酬額の相当性が検討されるべきであり、そのためには負傷の程度、治療内容、回数、医療一般の普遍的診療費水準等の諸般の事情を考慮して非常識的に高額の診療費の可能性を排除して、合理的にその範囲を決めるべきである」（大判1988.5.24、87タカ1518）。

2 死亡の場合¹⁰⁶

生命侵害により発生した死亡者の財産上の損害の賠償をその遺族に認める方法としては、死亡者本人が取得した損害賠償請求権が遺族に相続されるという法的公正と、遺族に直接生じた損害、特に扶養利益の喪失による固有の損害を中心として算定する法的構成に分けられているが、韓国と日本の通説・判例は相続構成を、欧米の諸国では扶養構成が取られている。

理論的には死亡者に損害賠償請求権という権利自体が発生するものではないと考えることも可能であるから、逸失利益の相続というのは、一種の擬制にすぎないと評価することにも十分な理由がある。それにもかかわらず従来通説・判例が相続構成を取っているのは、理論の問題というよりも、できる限り被害者側により多くの賠償額を認めるという政策的な考慮のゆえであろう。

人身事故による被害者が死亡した場合の逸失利益は、死亡者が平均寿命まで生存すると仮定して、その総利益からその利益を得るための諸経費を控除した純利益から、死亡者が生存していたならば消費したであろう生計費を引いた上で、現在からその利益を得るまでの中間利息を控除した金額を、被害者の平均稼働可能期間に積算集計して算出するのが、実務上確立されている慣行である。

Ⅲ 逸失利益算定の基準となる要素

逸失利益を算定するに当たって基準となる共通の要素は、所得額と稼働期間であり、傷害の場合には労働能力喪失率、死亡の場合には控除する生計費である。人身損害は主にこの四つの要素によって決められるが、将来の受益に対する現在の価値を算出するための、数学的計算方式による中間利息の控除もまた問題となる。さらに逸失利益算定の過程には、被害者側に過失がある場合は過失比率に従う相殺をし、加害者が賠償すべき損害額が確定された上で、被害者が事故から得た利益を控除することによって、最終的に給付額が決定される。

1 稼働期間¹⁰⁷

人の稼働期間と平均余命は必ずしも一致するのではないが、稼働期間を認定

¹⁰⁶ 郭潤直・前掲注(16) 809頁以下、金疇洙・前掲注(42) 797～798頁。

¹⁰⁷ 宋基榮・前掲注(66) 163～164頁、郭潤直・前掲注(16) 810～811頁、金疇洙・前掲注(42) 791～792頁。

するためには、まず被害者の余命を確定する必要がある。平均余命を認定するために必要な統計資料は、当事者が裁判所に書証で提出する方式が取られているが、統計資料を基礎とした平均余命に関する事項は、裁判所に顕著な事実として処理されている。特殊な場合として、労働能力を完全に喪失して一生他人の手助けなしでは稼働できない重傷者には、特別な事情がない限り一般の健康な人と同じく平均余命まで生きるとみなすことが難しいので、専門家の鑑定に基づいて余命を短縮することが認められている。

稼働開始の年齢は労働による収入の場合は原則的に20歳になった時点からである。未成年者は事故当時現実に収入があった場合に限り、その収入が認められる。韓国の男子の場合は兵役の義務があるから、兵役が免除される等の特別の事情がない限り、兵役法上の義務服務期間が終わる時点から起算することになる。

平均余命の範囲内で何歳まで稼働できるかは、実務上は判例で確定された年齢による。定年がある場合は原則的にその定年を、農村日雇労働や一般肉体労働者の場合には、経験則によって、肉体労働を必要としない職業に関しては具体的な証拠によって、稼働能力が認められてきた。

農村日雇労働または一般肉体労働者に関して、判例は従来55歳までとしていたが、近時では60歳までとするのが経験則に合致するとされている。60歳を過ぎていたが、不法行為の当時、肉体労働に従事しており、現実に収入があった被害者については、その収入を一定期間は逸失利益として認めるというのが判例の立場である。

公務員、銀行員、会社員のように法令、団体協約または就業規則等により定年が定められている職業の場合には、定年まで、かつ、定年までに限り、当該職に従事することができると認められ、それ以上は、特別な事情がないかぎり、一般肉体労働者の稼働年限による。

2 生活費の控除¹⁰⁸

被害者は生命侵害によって得られる利益を喪失すると同時に、生存していた

¹⁰⁸ 李輔煥『自動車事故損害賠償訴訟』（育法社、1983）265頁以下、郭潤直・前掲注（16）814頁、金疇洙・前掲注（42）793～794頁、權龍雨・前掲注（41）523～524頁、金相容・前掲注（13）881頁。

ら将来支出するはずの生活費を免れることになるから、被害者が将来得られる利益から生活費を控除しなければならない。しかし、不法行為によって死亡した未成年者の逸失利益を算定するに当たっては、未成年者が成年になるまでの生活費は控除しないし¹⁰⁹、扶養義務者に対して損益相殺を主張することもできない¹¹⁰。未成年者の生活費はその親権者が負担するが、子供が死亡して支出する必要がなくなったことを父母の利益とは捉えられないからである。以上には、一方では倫理的な考慮（子の扶養は親にとっては単に法律上の義務に止まらない）と他方で特に幼児の逸失利益に関してはそもそも控えめな算定が行われているという事情が影響していると考えられる。

3 税金の控除¹¹¹

損害賠償金は非課税所得には含まれないので、被害者の従来の収入から税金相当額を控除するのかが問題とある。これは特に、税金が源泉徴収される場合

¹⁰⁹ 「未成年者が成年になり収入が可能になるまでの生活費は、その親権者や扶養義務者の負担に属するものであるので、本件において死亡した被害者の成年に至るまでの生活費を同人の逸失利益から控除しなかったとしても何ら違法がない」（大判1970. 2. 24、69タ1388）。

¹¹⁰ 「被害者が死亡したのは6歳の時であるので、特別な事情がない限り、同人は20歳に至まで扶養義務者である原告等から扶養を受ける権利があり、自己の財産で生活費を支出する義務がないといえるし、また、扶養義務者である原告らが被害者の死亡で扶養義務を果たさないことから得られる利益は、被害者自身の利益ではないといえるので、いわゆる損益相殺をすることはできないとされるところ、原判決で生命侵害による損害賠償請求においては、被害者が生存したなら当然支給されることが予想される同人の家族に対する扶養金額を被害者の期待可能額から控除しなかったように、被害者が受けるものと予想される扶養金額も被害者の受益計算から除外するのが衡平の理念に合致するとの理由で、同人の死亡時から20歳に至までの生活費を、同人が23歳から受益するであろう金額から控除して残余額のみをの賠償を命じた原判決は理由不備の違法があるといえる」（大判1966. 2. 28、65タ2523）、被害者の死亡によってその扶養義務者が支給しなくなった生活費を、被害者はもちろん扶養義務者が利得したのとして扶養義務者である原告らに対して損益相殺を主張できない」（大判1966. 4. 19、66タ422）。

¹¹¹ 李輔煥・前掲注（106）265頁以下、金疇洙・前掲注（42）794頁、金相容・前掲注（13）878～879頁。

に問題となる。これを控除して逸失利益を算定するとしたら、国家はその賠償金に対して再度相続税によって課税することができ、被害者側は二重に税金を納付する結果になるので不当であると解されている。

4 中間利息の控除¹¹²

実際の賠償額は生存を推定する平均余命の間の総収入から生活費等を引いた額になる。この賠償額を定期金支払いではなく、一時金賠償ないし元本賠償によって現在の一回だけの支払いで処理する場合には、その利息を控除しなければならない。

中間利息の控除方法としては、Hoffmann 式、Garpzow 式、Leibniz 式の三つの方式がある。この算式は、名義額を A 、年数を n 、利率を r 、実際に支払われる金額を X_1 とした場合、Hoffmann 式は、 $X_1 = A / (1 + nr)$ に、Garpzow 式は、 $X_1 = A (1 - nr)$ 、Leibniz 式は、 $X_1 = A / (1 + r)$ となる。

確かに、Garpzow 式は銀行の割引に利用されているが、割引率が多すぎて、年 5 % の法定利率では、20 年後には債権額ないし賠償額が 0 になってしまう。Leibniz 式は複利計算で中間利息を引くので、計算が複雑だという短所がある。Hoffmann 式は単利計算で、その計算方法が他の算式より簡単である。

裁判所は従来、Hoffmann 式を使っていたが、一部の下級裁判所が、経済生活の現実により適格的であるという理由から、Leibniz 式を使うことになり、大法院は裁判所の自由な判断に委ねている¹¹³。

Hoffmann 式や Leibniz 式には、二つの使用方法がある。一つは所得活動の可能期間の最終時期に名義額を一時に取得することにして、中間利息を控除する方法である。もう一つは、所得活動の可能期間を年または月のような一定期に分けて、各期末ごとに分割的に名義額を取得することにし、その金額から中間利息を控除した金額の総計を実際に支払われる金額とする方法である。もとも逸失利益は加害行為があった時に全面的に発生するのではなく、それ取得する時点で個々に発生するものであるから、確定できる時点ごとに、中間利

¹¹² 郭潤直・前掲注 (16) 815～817頁、金疇洙・前掲注 (42) 794～797頁、權龍雨・前掲注 (41) 530頁。

¹¹³ 金相容・前掲注 (13) 882～883頁。

息を控除するのが妥当と思われる。

Ⅳ 所得額の算定

逸失利益の算定の基礎となる所得額の意味が何かは、所得喪失説と稼働能力喪失説のいずれの見解を取るかによって結論が違ってくる。しかし、どの立場に立っても逸失利益を算定する際に、一次的な基準となるのは、特段の事情がない限り、被害者の事故当時の受益である。この所得額は、被害者が労働能力を全部または一部を失うことによって消滅または減退する所得であって、その性質上当該の労働の対価に相当する労働所得に限定される。従って、利息、配当金、資料等の資産所得やその他の不労所得は、逸失利益の範囲から除外される。

また、個人企業の経営者の所得算定においても、本来は企業収益が資本と労働の結合によるものであるから、企業収益から資本と第三者の労務の寄与による収益を除外した収益部分のみを、経営主の労務等の個人格的寄与による所得額とみなすべきであるとされている。

不法行為による損害の評価は、不法行為当時の価額によるとされているので、逸失利益算定の基礎である所得額も特別な事情がない限り、不法行為の当時の受益を基準として算定すべきである。しかし、将来その受益が増加することが相当な程度で、確実に予測される客観的資料がある場合には、増加する収益も逸失利益を算定するにあたって考慮すべきである。

1 違法所得¹¹⁴

被害者の事故当時の収入の源泉となる行為が、不法であるか法規に違反している場合には、その所得の賠償を認めないのが原則ではあるが、その基準はその法規の立法趣旨と違反行為に対する非難可能性の程度、特にその違反行為が持つ違法性の強度等を総合して、具体的・個別的に判断すべきであるとされている。ただし、判例¹¹⁵はその賠償を否定している。

¹¹⁴ 李輔煥・前掲注(106) 246頁以下、宋基榮・前掲注(66) 166～167頁、郭潤直・前掲注(16) 813～814頁、金疇洙・前掲注(42) 793頁、權龍雨・前掲注(41) 535～536頁、金相容・前掲注(13) 881頁。

¹¹⁵ 大判1966.10.18、66タ1635、大判1967.6.27、67タ872、大判1992.10.27、92タ634582。

2 無申告所得¹¹⁶

期待収入は、変更の可能性がない客観的証拠によって認めるべきであり、その所得額は規範的側面から把握すべきであるから、税務当局に申告されていない所得に対しては、その立証を厳格にして、具体的事案に即して、適正な所得額を算定すべきであるとされている。

3 各種職業別所得額

(1) 給与所得者¹¹⁷

給与生活者の逸失利益を算定するには、事故当時の給与を基準とするのが原則であり、将来の不確実な変動は考慮されない。

給与所得者の逸失利益算定の基礎になる収入は、労働能力の価値を正當に反映し、勤労所得に限定されるべきである。従って、特別な事情がない限り、基本給、各種の手当、ボーナス等の名目如何にかかわらず、勤労の対価として継続的に支給されてきたものは、その全部が勤労所得に入る。

本来、賞与金は、使用者が経営実績、勤務成績等を参酌して裁量的恩恵的に支給されるものであるから、確定的な賃金に含まれるものではない。しかし、労使間に合意された報酬規定上は右のような趣旨だったとしても、事実上継続的・定期的に一律的に支給がなされていたのなら、それは賃金的一种とみなされるというのが、判例の立場である¹¹⁸。しかし、父兄が組織した育成会で学校法人の従業員に支給する金員¹¹⁹とか手当でも特殊職、例えば、戦闘警察の

¹¹⁶ 李輔煥・前掲注(106) 252頁、宋基榮・前掲注(66) 165～166頁。金疇洙・前掲注(42) 793頁、權龍雨・前掲注(41) 535～536頁、金相容・前掲注(65) 881頁。

¹¹⁷ 李輔煥・前掲注(106) 233頁以下、宋基榮・前掲注(66) 168頁以下、金相容・前掲注(13) 880頁。

¹¹⁸ 「賃金規定において賞与金は経営成績に従って商工部長官の承認を受け支給されると、その支給条件を明示されているとしても、原審が確定したとおり、賞与金が一律に定期支給されるのなら、これを勤労の代価で支給される賃金的一种とみるべく、賃金ではない好意的・恩恵的に支給される金員とみることはできない」(大判1976.10.26、76タ502)。

¹¹⁹ 「被告が、学校の父兄が組織した育成会から毎月原告に金員を支給したことがあったとしても、この育成会は被告の支配下にある団体とはみれず、ここ

みに支給される戦闘手当、動員職費等は、その職務が遂行できる期間に限って認定すべきであり、鉄道従事員の乗務旅費のように出張時ごとに消費される一次の支給額は、実経費の代価の性質を持つので、勤労収入とはみなされない¹²⁰。

給与に関する従来の不確実な変動は考慮されないが、収入増加の可能性が客観的に確実視される場合には、それを基準とすべきである。従って、事故当時にすでに労賃引上げに関する話が進行していて、弁論終結以前に、すでに引上げがなされたのなら、その引上げ以後は、引上げされた給料を基準とすべきであるとされている¹²¹。

さらに、大法院は1977年の判決¹²²で、農村日雇賃金より少ない収入を得ていた場合に、必ずしも高額の農村賃金を基礎とする理由はないとしたが、1979年判決¹²³では、被害者が従事していた業務から得ていた金額を基準とするの

から支給する金員を被告が支給する労働の代価である賃金とはみれないので、育成会から支給された金員は退職金算出において合算されない性質のものであるとみるのが相当である」(大判1974. 2. 27、73タ498)。

¹²⁰ 「給料に含まれる乗務旅費は出張時毎に消費されるものであるもので、逸失利益金の算定においては、右旅費は給料にふくまれない性質のものとするのが相当である」(大判1971. 10. 22、71タ1982)。

¹²¹ 「被告会社は毎年所属鉦夫らの賃金を引き上げてきただけでなく、1979年度の労賃に関しては、本件事故前から被告会社の所属労働組合の間で労賃の引き上げに関する協商が進行していることが分かるので、原告の収入が増加される蓋然性が客観的に確実視される場合といえるので、この趣旨から、1979年10月5日からの逸失損害を算定する際に、引き上げられた賃金を基準としたのは正当な措置であるといえるので、反対の見解として法理誤解があるという所論は採択できない」(大判1980. 9. 9、80タ1488)。

¹²² 「たとえ、この事件に関する原審口頭弁論終結当時の農村労働賃金が、写真真師としての収入を上回るとしても、必ずしも高額の農村賃金を基礎とする理由はない」(大判1977. 5. 10、75タ2278)。

¹²³ 「不法行為により身体に傷害を被った被害者の逸失利益の算定においては、その不法行為当時、被害者が従事していた業務から得ていた金額を基準とするのが妥当だとしても、その収入が将来増額されるという蓋然性と事情がある場合には、その期待収入もその算定において考慮するのが相当である。……農村労働による収入が、原告が事故当時に業務の代価として得ていた給与額よりはるかに多額であるとしても、一般的に農業労働に従事するというのは、特段の事情がない限り、健全な人なら誰でも可能なものであり、また農業労働に従

が妥当だとしても、その収入が将来増額されるという蓋然性と具体的な事情が存在する場合には、その期待収入もその算定において考慮するのが相当であるとした。しかし、蓋然性には客観的な確実性が要求され、かつ、確実性の程度は強く要求される¹²⁴。そうだとしたら、特定職業の者がその収入が農村日雇賃金より少ないという理由で農村日雇賃金となる蓋然性は、どのような場合に相当な程度の確実性があるのかという疑問が生ずる。1980年判決¹²⁵の多数意見は、「不法行為により身体に障害が生じて、労働力を喪失した被害者の逸失収入を算定する場合には、原則的にその労働力喪失当時の被害者の収入を基準とすべきなのは所論のとおりであるが、その収入が将来増加することが相当な程度で確実視される客観的資料があるときは、その増加される収入も当然考慮すべきである。一方、一般労働労賃がはるかに高額な場合は、一般労働に従事するという蓋然性が濃厚といえるものであり、特段の事情のない限り、弁論終結時の一般労働賃金が労働力喪失当時、現実に出ていた収益より多額であるときは、その労働賃金を選択して、これを基準としてその逸失利益を算定するのが正当である。…本件の場合、労働力を喪失したときに、原告に一定の職業が無く収入もなかったら、一般日雇労賃が逸失損害算定の基礎となる点には異論はない。だとすれば、プレス職工として収入があったから一般労賃より少ない金額が賠償額になるのは不合理である」と判示した。これに対して、少数意見は、「人の生命や身体を侵害した場合、それによる損害を算定するときは、その被害者が財貨を獲得する能力を評価して算出するのが通例であるので、財貨獲得能力は、被害者が一定の職業に従事していたならば、そこで得られる収入が算定基準となるが、一定の職業がないときは特段の事情がない限り、最小限

事している場合に、平均賃金相当の収入を受けるというのも、蓋然性があるといえるので、原告が将来にも継続して、農村日雇賃金より少ない金額に満足しながら、稼働年限を終えるという特段の事情がない限り、原告の請求に従って、農村労働賃金を前提として収入喪失額を算定することには、損害賠償額の算定基準に関する法理の誤解があるとした論旨は理由がない」（大判1979. 9. 25、79タ1410）。

¹²⁴ 「証人の証言とその証人の確認書の記録内容が昇給を立証しても、それは蓋然性を相当な程度で確実に認められる資料としては不足である」（大判1977. 6. 7、76タ1056）。

¹²⁵ 大判1980. 2. 25、79タ1899（全員合議体判決）。

一般日雇労働に従事するとみなし、その労賃を基準とするものである。…右多数意見は、一般日雇労働賃金がプレス職工として得ていた収入より多額であるときは、一般労働に従事する蓋然性が濃厚であり、この労働賃金を算定基準とすべきだというのは、どこにその根拠があるのか納得がいかない。…従って、原告が本件事故がなくても、一般日雇労働に従事するという特殊な事情がみられない本件においては、労働力喪失当時にプレス職工として得ていたか得られなかった収入を、逸失損害算定の基準とすべきであり、被害者を保護するという点だけにこだわって、現在の職業と何の関連のない一般日雇労賃を基準として逸失損害を計算した原告の措置には、逸失収入に関する法理誤解の違法があるといわざるを得ない」と主張している。この判決で多数意見が職業転換による給与増加の蓋然性を相当な程度で確実であるとみたのは、無職者との均衡を考慮したものと考えられる。しかし、特定技術を習得した固定給与取得者が不安定な日雇労働者に転職する蓋然性が大きいというのは、日雇労賃が固定給与より大きいという事情を参酌しても、その蓋然性の程度が相当確実であるとは思えない。それより、これからプレス職工としての給与が引上げられるという方がむしろ、蓋然性が高いと思われる。

公務員が副業を持っていて、勤務時間外にその仕事に従事して収入を得ていた場合には、当該公務員の職種と職位、副業の性質、職務との関連性の有無、従事時間等諸般の事情を考慮して個別的に関係法令で許容されるかどうかを確認した後、それが許容される場合のみ所得として認められる。

逸失利益の算定に当たって、将来の昇給を考慮すべきかについては、特別損害として、かつ、予見可能性があるとして原則的に肯定されている。近時の韓国の判例では、「将来増加される賃金収入を基準として算定された逸失利益相当の損害は、当該不法行為により社会通念上認められる通常損害であるから、当然賠償範囲に含まれるものであって、被害者の賃金受益が将来増加されるという事情を、加害者が知っていたか知ることができるかの如何によって、その賠償範囲が変わるものではない」と判示し、将来の昇給を通常損害として認め、被害者側の立証の負担を軽減している¹²⁶。

不法行為により失った定年退職金相当額または定年退職金と死傷による現実に受けた退職金との差額は逸失利益に含まれる。

¹²⁶ 大判1995. 7. 11、95タ8850。

募集した保険契約の一定比率によって手当を受ける歩合給の保険会社の社員等の逸失利益の算定に当たっては、実務では、不法行為前の相当期間にわたる営業実績を総合した平均的受入を基礎として所得額を算定し、必要経費を審理確定して控除する方法を取っている。成果給手当等の実績による付加給算定の基礎事実になる営業実績に関する立証資料には、取引帳簿、メモ、計算書類各種税務資料等がある。

常用勤労者の月所得が一定している場合には、平均賃金によって逸失利益を算出するのが一般的である。実務では納税資料等に基づいて、一年間に受けた総給与額を確定した上で、年間月数で分けて算出した金額を基礎として、逸失利益を算出している。

(2) 事業所得者¹²⁷

事業所得者の逸失利益を算定するにあたっては、その逸失利益は、勤労の代価に相当する勤労所得に限定されるべきである。従って、事業所得者の事業上の総収入のうち資産所得と人格的・物的経費部分は、除外すべきであるとされている。問題は、その企業主の総収入、必要経費部分、そしてその寄与度を測定する方法であるが、その事業体の規模、経営実績等を参酌して、被害者のような経歴、技術及び経営能力を持つ人を雇用する場合の報酬相当額、すなわち代替雇用費を審理する方法が採用されている。

医者、歌手、建築士、弁護士、個性の強い芸術家等の収入は、大体実収入を基礎としている。個人タクシー運転士の場合、月平均総収入金から、車両維持費、各種検査費、各種保険料、付加価値税、免許税、自動車税、組合連合会費、投下資本収入額などを控除して、月の純収入を算定している。成果給報酬を受ける外務販社員、支配人等の場合には、営業実績がいろいろな要因により左右されるので、その営業活動には、職業的経費がかかり、控除する項目がある。従って、相当な期間にわたる営業実績を総合した平均的受入を基礎とした後、交通費、顧客接待費、手土産購入費等の営業活動に必要な経費を控除して逸失利益を算定する。

個人事業者の逸失利益を算定するに当たって、実収入を基礎とする場合、その事業収益、控除項目、寄与比率を確定することが、現実的にかなり難しいの

¹²⁷ 李輔煥・前掲注(106) 242頁以下、宋基榮・前掲注(66) 176～178頁、權龍雨・前掲注(41) 534頁、金相容・前掲注(13) 880～881頁。

で、代替雇用費を考慮する方法による場合が多いが、代替雇用費を決定するに当たっても職種別統計所得が多く利用されている。また、代替雇用費を推定統計所得により算定した場合は、特別な事情がない限り、その統計資料の額数がその基準所得となる。例えば、自己所有の車両を利用して、個別貨物自動車運送事業を営んできた者に対しては、賃金実態調査報告書による陸上運送業者の平均賃金を代替雇用費と認定する。洋服店経営者としての代替雇用費は、彼の技術能力以外に事業経営に関する能力、活動範囲も併せて考慮して決めるべきであるとされている。

事業所得者の場合、そもそも総売上金額自体を確定することが難しい。また総売上金額が確定したとしても、控除する諸般経費を予想することはさらに難しく、その金額も明確ではないし、加えて、企業主個人の寄与度を測定するような資料は存在しない。さらに、代替雇用費に対する証拠も曖昧な場合が多いので、賃金構造基本統計報告の統計所得を基礎として逸失受益を算定する場合が多い。例えば、衣類小売業の経営者の場合、賃金構造基本統計調査報告書で10年以上の経歴を持つ小売従事者の月収入金額で算定する。

店舗二つを賃貸して、妻と一緒に食品小売業に従事していた者の場合、賃金構造基本統計調査報告書の販売員、店員及び関連従事者の月平均収入で、算定している。

(3) 兼業者

不法行為の被害者が事故当時、二つ以上の収入源を有する業務に同時に従事していた場合、各業務の性格や勤務形態等からして、その業務が独立的で両立可能なものであり、実際に被害者がどちらの業務にだけ専念していなかった場合に限り、各業種の収入喪失額を個別的に評価して合算すべきであるとされる¹²⁸。

¹²⁸ 「被害者が同じ場所で、合気道の道場を開設。運営しながら、占いの鑑定をしてきたし、被害者の合気道の道場経営やその師範としての役割が、一日の活動可能な時間中必ず連続した身体的動作や活動を必要とするものではないので、その役割を遂行する途中やその前後の時間に占いの鑑定ができない程度とはみられないので、原審が右の二種類の収入喪失を全部認めたことに採証法則違反違反や職種別賃金実態調査報告書による統計賃金の性質を誤解した違法があるといえない」(大判1990. 4. 24、88タカ19255)、「被害者が二つの飲食店を同時に経営して収入を得ており、その業務が独立的に経営されて両立可能なものであり、実際に当被害者が、どちらか一つの営業に専念していたとみなす何

(4) 無所得者

もっぱら家事だけを担当する主婦の逸失利益に関しては、それを肯定する見解が一般的であるが、その根拠に¹²⁹については統一されておらず、具体的算定において差異が生じている。主婦の逸失利益を認めるかについて、判例は、「誰でも健康に生存していたならば、特別な事情がない限り、その性別と年齢による普通の労賃程度の収入はあるとみなすべきである」としている。ただし、主婦の労働価値を家政婦のそれと同一視することには問題がある。大学を卒業して相当な知識を持つ主婦が、子供の勉強を毎日1～2時間みていたのなら、それは家庭教師を雇っているのと同じ経済的価値を持つ。裕福な主婦だから、家政婦を雇用して自分ではほとんど労働しない主婦の労働と、収入が少ないため夜遅くまで働く主婦の労働は、その経済的価値が違うであろうから、画一的な算定をするのは困難であり、従って、学説では、学歴・経歴・家族の人数・経済事情等が参酌されるべきであると考えられている。

不法行為当時、職業を持っていなかったとしても、将来にも収入がないと断定できる特別な事情がない限り、収入喪失額を算定するに当たっては、最低の収入である日雇労働者の賃金相当額を基準として算定される¹³⁰。

らの資料もないこの事件で、彼の逸失収入を算定するに当たっては、各飲食店の経営による収入喪失額を個別的に把握してこれを合算するのが当然である。また、各飲食店の実際の総受益やそこから被害者の労務寄与度を算出するために控除する項目及びその金額に関する正確な資料を採求したり予測するのは難しいし、飲食店も規模が零細で、ほとんど被害者の個人的な力量に大きく依存していたとみられるこの事件では、被害者と同じ経歴で同じ職種に従事する勤労者の推定統計所得を基準として、逸失利益を算定するのが合理的であると判断し、飲食物小売業従事者の月平均賃金を合算して金額を、被害者の将来の収入喪失額と算定しているのは明らかであり、…被害者がこの事故当時どちらの営業にも専念せず、独立的に二つの営業を兼業していたと認められる以上、どちらかの代替雇用費または両方の代替雇用費を合算して平均した額を逸失収入算定の基礎とすべきであるとか、両方の代替費を合算するのは、16時間の勤労を認める結果となり不当である、という等の所論は受け入れられない」(大判1996. 2. 13、94タ42419)。

¹²⁹ 李輔煥・前掲注(106) 256～260頁、宋基榮・前掲注(66) 181頁、郭潤直・前掲注(16) 813頁、金疇洙・前掲注(42) 793頁。

¹³⁰ 李輔煥・前掲注(106) 260頁以下、宋基榮・前掲注(66) 178～179頁、金疇洙・前掲注(42) 792～793頁。

死亡事故時の逸失利益の算定は被害者が有職者の場合は、死亡時の現実の収入から生活費その他の経費を控除して稼働年数をかけて、算定した金額から中間利息を控除する方法が一般的に採用されている。しかし、被害者が幼児の場合には、損害額算定の基礎となる現実の収入がなく、将来どの職業に従事して、どのような収入を得られるのかを予測することが極めて困難である¹³¹。逸失利益の本質を将来の収入喪失による損害とする差額説の立場では、訴訟理論上損害を認定することが不可能である。他方、労働能力喪失説の立場では、損害の認定は可能であるが、将来の職業、収入の程度等を予測することがかなり困難であり、やはり理論上の問題は残る。しかし、判例¹³²は、年少者の逸失収入を認めている。従って、その限りでは規範化（商業化）された差額説、又は、稼働能力喪失説に依っているということになろう。

V 日本との比較及び検討

積極的損害として賠償が認められるのは、治療費や介護費、葬儀費用等である。このような積極的損害の場合、各項目ごとの、出費の有無と損害との相当因果関係の存否をめぐる争いがあり、原告及び裁判所の過重な負担になりやすい。そこで、人身損害の大半を占めている交通事故の場合、治療費や葬儀費用等については、ある程度一般的な基準が用意されており、定型的な算定が行われている。

生命侵害によって、死亡者は自分が得られるはずだった純利益に相当する損害を被ることになる。純利益を算出するためには、事故がなかったらどれくらいの期間働くことができ、どのような労務で、どれくらいの収入を得られたかを想定して、その金額から生活費等を控除するという操作が必要となる。この

¹³¹ 李輔煥・前掲注（106）260頁以下、宋基榮・前掲注（66）178頁以下、金疇洙・前掲注（42）793頁、金相容・前掲注（13）881頁

¹³² 死亡当時に収入が無い者でも、将来の最低収入といえる労働賃金相当の収入を算定した年少者の将来得られる利益を認めるのが相当であろう（大判1965. 6. 15、65タ644）、死亡当時満10歳で何らの収入のない女子であっても、成年になれば普通労働賃金程度の収入はあるとみなすべきである（大判1966. 7. 19、66タ654）不法行為によって死亡した当時、女子中学生であっても、特別な事情がない限り、労働による最小限度の収入は得られるので収入がまったくないとは断定できない（大判1966. 6. 7、66タ535）。

操作においては、死亡者の被害当時の年齢、健康状態、職業、家庭環境、その他の諸事情を考慮して、できる限り蓋然性の高い数字が出るように努力しなければならないが、その算定もまた、かなり定型化している。

不法行為による人身損害の財産的損害の算定において、韓国と日本の状況はあまり差がないが、中間利息の控除方法においてはやや異なる点がみられる。韓国では、Garpzow 式、Hoffmann 式、Leibniz 式の三つの方式が挙げられているが、日本では Hoffmann 式と Leibniz 式だけである。銀行の割引に利用される Garpzow 式は、割引率が多すぎて、年 5 % の法定利率では、20 年後には債権額ないし賠償額が 0 になってしまうので、逸失利益の算定には不適合である。このことが、日本で Garpzow 式が中間利息の控除方法として紹介されていない理由であろう。韓国の判例でも、現実に Garpzow 式を採用して中間利息を控除した例は見当たらない。

不法行為当時職業を持っていなかった者の逸利益の算定について、日本の裁判例の傾向としては、具体的損害計算を前提として、逸失利益を控え目に計算している¹³³。

韓国では、死亡当時収入がない成人の場合には、事故当時の被害者の住居地においての一般の日雇賃金程度の収入があるという判例が多いが¹³⁴、事故当時に失業者であったとはいえ、大学で専門教育を受けたものや特殊な技術を持っている者に、単純に日雇労働者の労賃程度の収入のみをみとめるのはあまりにも過酷であり妥当ではないという判例¹³⁵もある。

家庭主婦の逸失利益の算定については、稼働能力の喪失を評価することで算定する等¹³⁶の方法でその逸失利益が認められている。問題は何をもって主婦の

¹³³ 最判昭和44年12月23日判時584号69頁、東京地判平成8年1月31日交民集29巻1号190頁。

¹³⁴ 大判1965. 6. 15、65タ644、大判1971. 7. 27、71タ1349、大判1986. 2. 25、86タカ51954、大判1987. 3. 10、86タカ1115。

¹³⁵ 大判1967. 7. 19、65タ654。

¹³⁶ 「五歳の女兒が交通事故で死亡した場合に、同女には結婚の前後共に就職する蓋然性が乏しいし、また家事労働はその収益が評価できないから、同女の喪失利益の損害は否定する以外ないが、稼働能力の喪失自体は生命侵害による財産的損害として評価することができる」（大阪高判昭和40年10月26日下級裁判所民事裁判例集16巻10号1636頁）、「家事労働に基づく逸失利益は、理論上こ

逸失利益算定の基礎とするのである。日本では、家事労働に専念する主婦も平均労働不能年齢に達するまで、女子労働者の平均賃金に相当する財産上の利益をあげるものと推定できるとし、現在では女子労働者の平均賃金による算定が実務上定着している¹³⁷。これに対して韓国の判例は一貫していない。1966年の大法院判決¹³⁸は、主婦の逸失利益を肯定した上で、その逸失収入は農村の日雇労働を基礎とした。しかし、1968年の大法院判決¹³⁹は、主婦の学歴や

れを肯定しがたいけれども、家事に従事している者が受傷により労働能力を喪失した場合には、その能力喪失の程度に応じて、家政婦を雇用し、あるいは他の家族が本来の労働の外に家事労働にも従事しなければならないのが通常であり、この場合の家政婦代とか家族が余分に労働力を消費したための財産的損害は、家族の経済的一体性の観点から、これを受傷者自身の損害と解しうるので、同人に対し、家政婦平均賃金を基準として、相当額の賠償を認めるべきである」(大阪地判昭和44年3月28日判例時報559号65頁)。

¹³⁷ 「交通事故に基づく主婦の労働能力減少により、その回復までの期間その家族が余分な家事労働を負担せざるをえなくなったための財産的損害については、家政婦平均賃金を基準にして算定すべきである」(大阪地判昭和44年9月8日判例タイムズ241号129頁)、「家事労働に専従する主婦の労働能力を金銭的に評価するには家政婦費または女子勤労者の平均賃金を基準とするのを相当とすべきである」(福岡地判柳川支部昭和45年3月9日判例タイムズ251号319頁)、「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、女子雇傭労働者の平均的賃金に相当する財産上の収益を挙げると推定するのが適当である」(最判昭和49年7月19日民集28巻5号872頁)、「家事労働に専念する妻がその労働能力を喪失した場合には、その逸失利益は原則として平均労働可能年齢に達するまで女子雇傭労働者の平均的賃金に相当する財産上の収益と同一であると推定するのが相当である」(札幌地判昭和51年12月16日判例タイムズ357号293頁)、「短期大学卒業後家庭の主婦として家事に従事するかたわら事故当時七宝焼の教室を開設していた者の逸失利益につき、賃金センサス第1巻第1表産業計・企業規模計・学歴計女子労働者全年齢平均賃金を基礎に算定された」(東京地判昭和60年5月10日判例タイムズ562号209頁)。

¹³⁸ 「人は誰でも普通健康体で生存していれば、特別な事情がない限り、その性別又は結婚して家庭主婦になるかならないかにかかわらず、少なくともその性別と年齢による普通労働賃金程度の収入はあるものとみるべきであるので、右に反する論旨は理由がないだけでなく、労働による収入は最小限度の収入を意味する」(大判1966.11.12、66タ1504)。

¹³⁹ 「原判決は死亡した被害者の学歴、経歴(家庭主婦としての位置)等に関

経歴も考慮して判断すべきであるとした。郭潤直教授も、無職の女性に日雇労働による労働者の賃金程度の収入のみ認めるのは妥当ではなく、同じ年齢・学歴を持つ就業中の他の女性の収入程度、あるいは夫の職業も考慮して決定するのが適当であるとしている¹⁴⁰。金疇洙教授は、主婦は自分が家事労働に従事することで財産上の利益を上げているので、平均的の労働不能年齢に至るまでの女子雇用労働者の平均賃金に、家事労働分を加えるのが妥当であるとする¹⁴¹。

幼児の逸失利益について、日本では、その認定がきわめて困難であることを理由に賠償請求が否定されたこともあったが¹⁴²、昭和39年の最高裁判決¹⁴³以来、控え目の算定ということで、幼児の逸失利益の賠償が認められている¹⁴⁴。

しては何の判断もせずに、死亡した被害者が将来得られる収入を算定するに当たって、家政婦をすることを前提で得られる最小限の収入を算定したところ、死亡した被害者の学歴に関して何の判断もしなかったのは、審理微塵の違法があるだけではなく、特別な事情がない限り、死亡した被害者が将来得られる最小限の収入が、妻であり母である家庭の主婦ではなく家政婦としての収入しか得られないとは断定できないにもかかわらず、家政婦をする前提下で将来得られる収入を計算したのは損害賠償の法理を誤解した違法があるといえる」(大判1968.12.24、68タ536)。

¹⁴⁰ 郭潤直『債権各論〔民法講義Ⅳ〕(新訂修正版)』(博英社、2000年)813頁。

¹⁴¹ 金疇洙・前掲注(42)774～775頁。

¹⁴² 「原審が、本件において右A(本件事故による死亡当時三才二月の男子)が生存していたとして何時ごろから少なくともどれだけの純収入を得るか、それを同人の死亡当時に評価してどれだけの数額になるかを算定することはきわめて困難な問題であるところ、控訴人(上告人)ら提出、援用の証拠によっては、まだこれらの事実を適確に推認することはできない、旨判断して右Aが本件事故により将来得べかりし利益を喪失したことにもとづく上告人らの請求を認容しなかったのは首肯するに足り、右証拠判断には経験則違背は認められない」(最判昭和37年5月4日民集16巻5号1044頁)。

¹⁴³ 「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きわめて困難であることは、これを認めなければならないが、算定困難の故をもつて、たやすくその賠償請求を否定し去ることは妥当なことではない」(最判昭和39年6月24日民集18巻5号874頁)。

¹⁴⁴ 「逸失利益はあくまでも将来の予測に関する事柄であるからこれを的確に捕捉することは困難であり、特に年少者の場合年長者、有識者に比しその収支

韓国でも、「死亡した者が年少者である場合には、被害者がその後どの位生存できたかの平均余命を調査して、通常の男児が労務に従事できる年齢期間中の賃金相当の収益を算定した金額から生活費を除外した金額であるといえるし、死亡当時収入がない者でも将来の最低収入であるといえる労働賃金相当の収入を算定して年少者の将来得られる利益と認めるのが、生命侵害による財産上の損害賠償責任を認める現行韓国民法の解釈上妥当である」とされている¹⁴⁵。女兒の逸失利益についても最少限度の収入が得られると判断されている¹⁴⁶。

ともに蓋然性に疑問の存するところから被害者に不当に利益を与え、一方加害者に不当の損害を及ぼすことがないようできる限り被害者側に控えめな算定方法を採用するのが相当である」(最判昭和54年6月26日判例時報933号59頁)、「交通事故により死亡した幼児(当時満二歳の男児)の将来の得べかりし利益の喪失による損害賠償額を算定するにあたり、原審が昭和五四年賃金構造基本統計調査報告第一巻第一表中の産業計・企業規模計・学歴計の男子労働者の平均賃金額を基準として収入額を算定し、その後の物価上昇ないし賃金上昇を斟酌しなかったとしても、交通事故により死亡した幼児の得べかりし収入額の算定として不合理なものとはいえず、原判決に所論の違法はない」(最判昭和58年2月18日判例時報1073号65頁、「死亡した幼児の将来の得べかりし利益の喪失による損害賠償の額は、個々の事案に応じて適正に算定すべきものであるから、原審が、亡A(本件事故当時九歳の男児)の将来の得べかりし利益の喪失による損害賠償の額につき、賃金センサスによる男子労働者の産業計・企業規模計・学歴計の全年齢平均賃金金額を基準として収入額を算定した上、ホフマン式計算法により事故当時の現在価額に換算したからといって、直ちに不合理な算定方法ということとはできない」(最判平成2年3月23日判例タイムズ731号109頁)。

¹⁴⁵ 大判1965. 6. 15、65タ644。

¹⁴⁶ 「このような環境で成長した被害者のような女子は、婚期に達するまでは学業または家事に従事して結婚をし、結婚後には家庭主婦として一生を家庭生活の営為に委託・終身するのが一般常例といえるし、財産上受益を得られる職業に従事するというのは特別な理由がある場合に限ると判断した。しかし、不法行為によって生命権が侵害された場合、加害者は被害者が将来得られる収入を喪失したことに対する損害を賠償する義務があるといえるし、将来得られる収入の喪失は通常の損害といえるので、生命権の侵害がある当時、本件被害者のような環境にあった女子であっても、本件不法行為がなかったならば、むしろ特別な事情がない限り、将来収入が全然ないと予め断定できないとみるのが条理に沿うといえるし、労働による収入は最小限の収入を意味するといえるの

〔付記〕 本稿は北海道大学審査博士（法学）学位（2007年3月23日授与）「人身損害賠償請求権の日韓比較法研究－生命侵害の場合を中心に－」論文の一部を、韓国法を中心にまとめて補筆したものである。

で、特別な事情がない限り、本件被害者のような環境にあったとして、農業労働による最小限の収入も将来得られる収入として認めないとした原判決の判断は、生命権侵害による財産的損害発生に関する法理を誤解したものといえる」（大判1966.6.7、66タ535）、「人は誰も普通健康体として生存していれば、特別な事情がない限り、その性別または結婚して家庭の主婦になるかならないかを問わず、少なくともその性別と年齢に従う普通労働賃金程度の収入はあるとみなすべきであるので、…、労働による収入は最小限の収入を意味するところ、原判決によると、原審で摘示された証拠によって、日雇農業労働に従事する女子の一日の平均賃金が金141ウォンになるという事実を適法に認定したことが明らかである」（大判1966.11.12、66タ1504）。