HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	人身損害賠償請求権の日韓比較法研究（２・完）：生命侵害の場合を中心に
Author(s)	高, 影娥
Citation	北大法学論集, 64(1), 106[175]-53[228]
Issue Date	2013-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52773
Type	other
File Information	HLR64-1_005.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

人身損害賠償請求権の日韓比較法研究（2・完）

―― 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
⑴　時間的間隔説
⑵　人格承継説
⑶　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　稼動期間
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
⑴　給与所得者
⑵　事業所得者
⑶　兼業者
⑷　無所得者
Ⅴ　日本との比較及び検討　（以上第58巻第６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
(1)　被害者の近親者の慰謝料請求権
(2)　国家賠償法との関係
(3)　自動車損害賠償保障法との関係
3　慰謝料の算定とその基準
(1)　一般的な斟酌要素
(2)　特殊な斟酌要素
4　慰謝料の補完性
Ⅳ　日本との比較及び検討
1　慰謝料の性質
2　慰謝料請求権者の範囲
3　慰謝料の算定
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
(1)　中間利息
(2)　税金
3　各種保険金
(1)　生命保険金
(2)　損害保険金
(3)　労働災害保険金
4　年金
(1)　公務員年金法上の給付
(2)　軍人年金法及び軍事援護報償法、国家有功者礼遇等に関する法律上の給付
(3)　国民年金法上の給付
Ⅳ　日本との比較及び検討
1　生活費
2　中間利息及び税金
3　各種保険金
4　年金
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　（以上本号）

第五章　精神的損害の賠償

Ⅰ　慰謝料の性質

慰謝料は、不法行為によって被った精神的損害の金銭的な賠償として支払われる。このような慰謝料請求権は、生命・身体の侵害を受けた場合のように財産的損害とともに発生する場合もあれば、自由の侵害・貞操の侵害等のように精神的損害だけが発生する場合もある[1]。

民法上の損害賠償は金銭賠償を原則[2]としているので、精神的損害も金銭で賠償される。慰謝料は肉体的・精神的苦痛に対する慰謝を目的とするが、このような損害を金銭に換算するのは極めて困難である。従って、慰謝料算定においては財産的損害と違って算定の基礎となる具体的資料や証拠を必要とせず、裁判官の職権に属する裁量によって算定される[3]。この際、斟酌される諸般の事情としては、加害者の故意・過失の程度や被害者と加害者の事情等が挙げられる[4]。

---

[1] 金相容『債権各論（改訂版）』（法文社、2006）886頁。

[2] 韓国と日本両国とも、債務不履行及び不法行為における損害賠償の方法については明文で規定されているが、名誉毀損については例外的に原状回復の方法を認めている。

【韓国民法394条】別途の意思表示がなければ、損害は金銭をもって賠償する。

【韓国民法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。

【韓国民法764条】他人の名誉を毀損した者に対しては、法院は被害者の請求により損害賠償に代えるか、損害賠償とともに名誉を回復するのに適当な処分を命ずることができる。

[3]「不法行為によって被った精神的苦痛に対する慰謝料額数に関しては、事実審法院が諸般事情を斟酌して、その職権に属する裁量にっよってこれを確定できる」（大法院1988.２.23、87タカ57）。

[4] 金相容・前掲注（1）887 ～ 888頁、金曾漢・金學東『債権各論（第７版）』（博英社、2006）900頁。

慰謝料算定の基準となる諸般の事情に何を斟酌するかは、慰謝料の本質をどのように把握するのか、という問題と繋がる。

慰謝料の本質に関しては、慰謝料を精神的損害の賠償と理解する賠償説と慰謝料を私的制裁として理解する制裁説がある[5]が、慰謝料賠償請求権の相続性を説明できないこと、特殊不法行為において責任無能力者の監督者や使用者に慰謝料を賠償させることを説明できないこと等の理由[6]から、韓国では制裁説のみに立っている見解は見当たらず、賠償説が通説[7]である。ただ、基本的には慰謝料の性質を損害の填補であるとしながらも、制裁的側面もあるという見解[8]はある。その理由としては、苦痛を感じない胎児までも慰謝料請求権を認めていること[9]、慰謝料の算定において加害者の資産・職業・地位も斟酌されるので損害の填補という原則だけでは説明が困難であること等を挙げている。

Ⅱ　慰謝料請求権者の範囲

1　死亡した被害者の近親者

韓国民法752条[10]では死亡した被害者の直系尊属・直系卑属及び配偶者が慰謝料請求権を持つことを規定している。ここで問題になるのは、この規定が慰謝料請求権者を例示した規定なのか、それとも列挙した規定なのかである。1967年の大法院判決[11]は、軍服務中の被害者と加害者が格闘後、上官である被害者が加害者を連行しようとする際に加害者が発砲した銃によって死亡した事

---

[5] 權龍雨『不法行為論』（新陽社、1998年）495以下、金相容・前掲注（1）887頁以下説明参照。

[6] 金相容・前掲注（1）888頁。

[7] 郭潤直『債権各論〔民法講義Ⅳ〕（新訂版）』（博英社、1996年）822頁、權龍雨・前掲注（5）495 ～ 496頁、金相容・前掲注（1）888頁、金曾漢・金學東・前掲注（4）900 ～ 902頁。

[8] 金疇洙『債権各論（第２版）』（三英社、1997年）800 ～ 801頁。

[9]「胎児が被害当時精神上苦痛に対する感受性を持っていなかったとしても将来感受することが、現在合理的に期待できる場合においては、直ちにその請求をすることができる」（大法院1962.３.15、4294ミンサン903）。

[10]【韓国民法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。

[11] 大判1967.９.５、67タ1307。

案において、被害者の姉が国家を相手に損害賠償を求めたことについて、「民法752条の規定は生命侵害の場合においての慰謝料請求権者を規定しているが、右のような慰謝料請求権者の規定は制限的規定ではなく、ただ右のような者はその精神的苦痛に関する挙証責任を軽減する趣旨の規定にすぎない」とした上で、「752条に規定された親族以外においてもその精神的苦痛に関する立証をすることで一般原則である750条の規定によって慰謝料を請求できると解釈すべきである」として、兄弟・姉妹や内縁の妻・未認知の子等についても、慰謝料請求権を認めている。1978年の大法院判決[12]でも、「民法752条に規定された親族以外の親族も、その精神的苦痛に関する立証をすることで慰謝料を請求することができる」とした上で、「他人の不法行為によって生命を失った被害者の直系卑属の配偶者は経験則上、その直系卑属に比肩できる精神的苦痛を受けるといえる」として慰謝料請求権を認めた。しかし、1971年のソウル高等法院判決[13]では、電信柱の修理中に死亡した公務員の遺族として、被害者の兄嫁と姪が慰謝料請求をしたことについては、「原告らは被害者との間に民法752条所定の親族関係ではないので本件慰謝料を請求するためには右被害者の死亡しよって精神的苦痛を受けたとの立証をすべきである」とした上で、「原告１は被害者の兄嫁であり、原告２・３は出家姪女である事実以外に、これを認める資料がない」として慰謝料請求権を否定した。

韓国の学説も判例と同様の立場である[14]。これに対しては、不法行為に対する損害賠償責任が認められるのは、衡平の原則に従って加害者と被害者の利害を調節することにあるので、賠償請求権行使の範囲をあまり拡大するのは加害者に過酷な結果になるので、請求権者の範囲を一定の範囲に限定すべきであるという見解がある[15]。

２　傷害を被った被害者の近親者

---

12 大判1978. 1.17、77タ1942。

13 ソウル高判1971. 7.16、71ナ1345。

14 郭潤直･前掲注（2）828 ～ 830頁、金相容･前掲注（1）890頁、金曾漢･金學東･前掲注（4）904 ～ 906頁。

15 權龍雨・前掲注（5）554頁～ 555頁。

韓国民法751条[16]は他人の身体、自由または名誉を侵害したりその他の精神的苦痛を加えた者は、財産以外の損害に対しても賠償する責任があると規定している。ここで傷害を被った被害者本人が慰謝料請求権を持つことには問題がないが、その被害者の近親者にも慰謝料請求権が認められるのかという疑問が生ずる。これに関して1967年の大法院判決[17]は、軍隊で運転兵として服務中の被害者が事故で傷害を被った事案において、「他人の不法行為により精神的苦痛を被った場合には、その傷害が死に比肩できるものではないとしても、被害者の父母、夫婦、子は、それによる精神的損害の賠償を請求できるといえる」として、生命侵害の場合だけではなく、身体傷害の場合でも近親者の慰謝料請求権を認めている。

Ⅲ　慰謝料の算定

韓国民法752条は、「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の責任がある」と規定している。従って、慰謝料は財産上の損害ではない損害に対する賠償金といえる。また、韓国民法751条は、「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」と規定しているので、同条の財産以外の損害中に精神的苦痛が含まれるのは明らかである。

慰謝料はその性質上算定が難しいので、加害の動機及び程度、当事者双方の資産・年齢・職業・社会的地位等の諸般の事情を考慮して公平の観念に基づいて法院が決定する[18]。

---

[16]【韓国民法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。
②法院は前項の損害賠償を定期金債務に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。

[17] 大判1967.6.27、66タ1592。

[18]「不法行為で被った精神的苦痛に対する慰謝料額に関しては、事実審法院が諸般の事情を斟酌して、その職権に属する裁量によってこれを確定することができるといえる」（大判1988.2.23、87タカ57）。

１　死亡した被害者の慰謝料請求権と相続性[19]

被害者が重傷を負って肉体的・精神的苦痛を受けた後に死亡した場合、事前に慰謝料請求権を行使した場合には、それは一般的な金銭の給付請求権に変わり相続の対象となる。しかし、このような慰謝料請求権を行使する前に死亡したり即死した場合にも相続できるのかが問題となる。

まず、苦痛を感じる間もなく瞬間的に死亡した場合に、死亡者に慰謝料請求権を認めることができるのか。慰謝料はすでに感じた苦痛と喪失した幸福に対する肉体的・精神的幸福に対する報償の意味を持つので、死亡した被害者に慰謝の対象の肉体的・精神的苦痛がなかったとは断定できないだろう。

相続否定説は、慰謝料請求権は理論上被害者に帰属する一身専属権であるので相続の対象にはならないという点及び韓国民法752条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、相続否定説を採っても、被害者が死亡前に慰謝料請求権を行使した場合には、通常の金銭債権に変わり、それは相続の対象となる。このような通常の金銭債権化したものに関しては相続を認めると、慰謝料請求権の行使の有無をどのように認定するのかという問題が生ずる。慰謝料請求訴訟を提起したり、請求の意思表示が相手方に到達した場合には問題ないが、まだ到達してなかったり慰謝料請求の意思表示が明らかでない場合には、その認定には困難が生じる。

相続否定説を採る際の問題点としては、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もできずに即死した場合との間に不均衡が生ずるという点が挙げられる。しかし、傷害による肉体的・精神的苦痛が死亡の場合より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たことで取得した財産上の損害賠償請求権

[19] 詳細については、「人身損害賠償請求権の日韓比較法研究（1）」（北大法学論集58巻６号）514（63）頁以下で述べているので、ここでは簡略に触れることで止める。

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ので、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可能性もある。

2　傷害と慰謝料

⑴　被害者の近親者の慰謝料請求権

不法行為によって傷害を被った場合、当該加害行為による被害者は生存しているので、被害者本人がその損害による慰謝料を請求することには問題はない。ここで問題になるのは、被害者本人が慰謝料を請求することができるのに、生命侵害の場合のように被害者の近親者にも、その精神的苦痛による損害賠償が認められるのかである。すなわち、一つの不法行為に対して、被害者本人とその近親者にそれぞれ慰謝料を認めるのは二重賠償となるのではないのか、という問題である。この問題についての韓国の判例をみると、以下の判例が注目される。

1967年の大法院判決では、被害者が骨折及び裂傷などの傷害を被ったことに対して、原審が、「他人の不法行為によって身体に傷害を被ったとき、その直系尊属や直系卑属または配偶者が当然慰謝料を請求できるのではなく、被害者の傷害の部位程度やその後の結果が甚大であり、その程度が死亡に比肩できる程度のものでなければならない」と解釈して被害者の近親者の慰謝料請求権を否定したことに対して、「他人の権利を違法に侵害して精神的苦痛を加えた者は、財産以外の損害に対しても賠償する責任があり、父母、夫婦、子等、親族関係による精神的利益の侵害がある場合にも右の法意は同じく適用されるべきである、そのような場合、その賠償は損害が賠償するに足りるようなものであると同時に、相当因果関係の範囲内であれば、足りるというべきである」として、被害者は不法行為によって傷害を被ったなら、「その傷害が死に比肩できるようなものでなくても」被害者の妻、子、母親である被害者の近親者に、「親族関係による精神的利益が違法に侵害されたものとすべきである」として、傷害を被った被害者の近親者の精神的損害を認めた[20]。

また、1999年の大法院判決では、緊急拘束手続なしに令状執行の便宜のため被疑者を警察署保護室に留置したことに対して、「一般的に他人の不法行為に

[20] 大判1967.6.27、66タ1592。

よって不当に身体を拘禁された被害者の直系尊属は、特別な事情がない限り、経験則上精神的苦痛を受けたとすべきである」として、被害者及び被害者の父母に、精神的苦痛に対する慰謝料を認めた[21]。

1967年の大法院事案では、死に比肩できるようなものではなくても、かなり重症の身体傷害があったことに対して、1999年の大法院事案では、身体を拘禁されただけで傷害を被ったわけではなかったにも関わらず、被害者の近親者の慰謝料を認めている。すなわち、不法行為による傷害の程度に関わらず、当該不法行為によって､被害者の近親者に精神的苦痛があったことが認められれば、その慰謝料を認めているのである。

さらに、1999年の大法院判決では、交通事故の場合、被害者本人が示談金を受領して損害賠償請求権の放棄約定をした事案において、被害者の近親者は、被害者本人と別途に、近親者「固有の請求権を持つ」ので、たとえ、被害者本人が損害賠償請求権を放棄したとしても､「被害者の近親者が、示談当事者である被害者本人と加害者の間で示談が成立すれば、別途に損害賠償を請求せずに損害賠償請求権を放棄する旨を明示的または黙示的に示した等の特別な事情がない限り」､右放棄などの「約定の効力が当然、固有の損害賠償請求権を持つ彼の父母まで及ぶとはいえない」として、被害者本人の慰謝料請求権と被害者の近親者の慰謝料請求権は、別途の請求権であることを明らかにした。

⑵　国家賠償法との関係

以下の判例は、不法行為によって傷害を被ったときに他法の適用を受ける場合において、慰謝料請求権の認定可否が問題となった事案である。

1969年４月22日の判決[22]は、旧国家賠償法[23]が身体傷害について規定しなかっ

---

[21] 大判1999. ４.23、98タ41377。

[22] 大判1969. ４.22、69タ266。

[23] 【韓国旧国家賠償法（1967.３.３）３条】③前条１号の場合に、他人の生命を害したときは、被害者の相続人（以下‘遺族’とする）に対して、次の各号の基準によって賠償をする。

１．生命の害を被ったときの月給額や月実収額の12月分ないし60月分または平均賃金の360日分ないし1,700日分の遺族賠償

２．生命の害を被ったときは、大統領令で定める葬儀費

④前項の場合に、被害者の直系尊属・直系卑属及び配偶者に対し、被害者の社会的地位や過失の程度と遺族の生計状態や遺族賠償額等を斟酌して、慰謝料を

たことから、被害者本人及びその近親者の慰謝料請求権の認定の可否が問われた。まず、1969年４月22日の判決では、旧国家賠償法第３条第４項は「生命侵害による慰謝料請求権を規定」し、「身体傷害による慰謝料請求権に関しては規定をしてない」が、これが必ずしも国家賠償法で身体傷害による慰謝料請求権を認めない趣旨とはみられないので、民法上の規定により、「被害者やその配偶者は身体傷害による慰謝料請求権を有する」と判断した。1969年４月29日の大法院判決[24]及び1970年の大法院判決[25]もまた同旨であり、その後、改正[26]によって、被害者及び近親者の傷害に対する慰謝料が認められたので、国家賠償法の適用を受ける場合において、この問題は立法的に解決されたといえる。

⑶ 自動車損害賠償保障法との関係

一方、自動車損害賠償保障法との関係では、加害者が加入した自動車保険と被害者が加入した自動車保険の扱いが異なる。すなわち、2005年の大法院判決[27]では、まず、「経験則上他人の不法行為によって不当に身体傷害を被った被害者の妻と子は、特別な事情がない限り、それによって精神的苦痛を被ったとみるべきであり、この場合被害者の妻と子は、加害者に彼らの精神的苦痛に対する慰謝料の支給を請求できる」とした上で、交通事故によって身体傷害を被った被害者の家族は、「加害者が加入した自動車保険の普通約款の規定に関わらず、旧自動車損害賠償保障法第12条[28]によって加害者である被保険者の損

賠償すべきである。

[24] 大判1970.３.24、69タ267。

[25] 大判1969.４.22、69タ266。

[26] 【韓国旧国家賠償法（1980.１.４）３条】⑤生命または身体の害を被った被害者の直系尊属・直系卑属及び配偶者と身体その他の害を被った被害者に対しては、大統領令で定める基準内で被害者の社会的地位、過失の程度、生計状態、損害賠償額等を斟酌して、その精神的苦痛に対する慰謝料を賠償すべきである。

【韓国現国家賠償法（2009.10.21）３条】⑤死亡したり身体の害を被った被害者の直系尊属・直系卑属及び配偶者、身体その他の害を被った被害者には、大統領令で定める基準内で被害者の社会的地位、過失の程度、生計状態、損害賠償額等を考慮して、その精神的苦痛に対する慰謝料を賠償すべきである。

[27] 大判2005.８.19、2004タ4942。

[28] 【韓国自動車損害賠償保障法12条】①保障者に３条の規定による損害賠償責任が発生したときは、被害者は大統領令が定めによって、保険事業者に責任保険金の限度内で、保険金または控除金（以下‘損害賠償金’という）の支給を

害賠償債務を併存的に引受けた責任保険者を相手に、彼らの精神的苦痛に対する慰謝料の支給を請求する権利がある」としたが、被害者が加入した自動車保険の普通約款上の保険金請求権者に該当しない以上、保険者に「慰謝料相当の保険金の支給を請求する権利がない」とした。

大法院が右のような判断をしたのは、加害者が加入した自動車保険上で支給される保険金は、不法行為による損害賠償に代わるものとして捉えて、被害者が加入した自動車保険上で支給される保険金は、当該保険上の保険金として捉えるからであると思われる。

３　慰謝料の算定とその基準

⑴　一般的な斟酌要素

慰謝料は被害者の苦痛に対する補償によって、被害者自ら苦痛を克服してこれを軽減させる機能を持っている。従って、慰謝料は治療までの入院・通院加療期間の長短によって、そして死亡時までの入院期間の長短によって異なるべきであり、被害者が受けた傷害の部位と程度及び手術内容による肉体的・精神的苦痛の差異は慰謝料金額の算定で考慮すべきである。

財産的損害の場合には原則的に、不法行為をその損害賠償算定の基準時としているが、慰謝料の算定基準時は口頭弁論終結時であり、その時点までの事情を斟酌できる。

請求権者が数人いる場合の慰謝料の算定については、個別的請求は認められるが、加害者に過酷な結果になりうるので、その総額も斟酌すべきであるとされる[29]。

慰謝料額に関しては、事実審法院が諸般の事情を斟酌して、その職権に属する裁量によって確定できる[30]。この際、被害者の身分及び年齢、家族関係、財産及び教育程度等[31]が主要なファクターとして斟酌されている。

請求できる。
②保障者は、保険事業者が損害賠償金を支給する前に、被害者に損害に対する賠償金を支給した場合には、保険事業者に対して損害賠償金の限度内で、彼が支給した金額の返還を請求することができる。

[29] 金顯泰『不法行為論』（一潮閣、1979年）175頁。

[30] 大判1988.２.23、87タカ57、大判1999.４.23、98タ41377。

[31] 大判2002.11.26、2002タ43165。

⑵ 特殊な斟酌要素

不法行為による慰謝料算定の一般的斟酌要素以外に、特殊な斟酌要素を取り入れる場合がある。航空機事故の被害者の慰謝料算定がその一つである。自動車事故では多くは過失相殺がなされるのに対して、航空機事故では被害乗客の過失が介入する余地が殆どない。2007年大法院判決[32]では、航空機パイロットの操縦ミスで山と衝突した事案において、「航空機事故による被害結果及び苦痛の程度が自動車事故等の他の事故より重い点、航空機事故に関する責任の所在、範囲、賠償額をめぐって航空運送人側と被害者側の見解の差異が原因で、最終的な被害の補償に長期間を所要する場合が多い点、航空機事故は事故地域及び被害者の国籍分布において国際性を持ち、同一事故による被害賠償に関しては、国籍を不問して被害者らの間の均衡を考慮すべきであるが、航空機事故の危険に備えた航空保険及び再保険制度は、同一航空機事故の被害者らに対して、類似した被害賠償がなされることができる機能を有している点」等、航空機事故の損害賠償における特殊な事情を一緒に考慮すべきであると判断している。さらに、同じ航空機事故による損害賠償請求事件に関する2009年の大法院判決[33]では、事実審法院は航空機事故の慰謝料を算定するに当たって、一般的な慰謝料斟酌要素外に、「被害者の激甚な恐怖と苦痛、結果の凄惨さ、事故収拾及び損害賠償の遅延、加害者側の過失程度と事故後の態度、航空保険を通じた危険の分担、事故発生に対する制裁と予防の必要」等、弁論で明らかになった航空機事故の特殊な事情も一緒に斟酌して、その職権に属する裁量で慰謝料額を定めるべきであるとした。

また、外国人に対する慰謝料に当たっては、その外国の経済水準を斟酌すべきかが問題となる。2001年の大法院判決[34]では、不法滞留者に対する出入局管理法上に該当しない違法な拘禁による精神的損害が認められた事案で、外国人に対する慰謝料を算定するに当たって、「被害者自身の母国での所得水準やその国の経済水準を斟酌することはできるが、その斟酌の程度は必ずしもそのような所得水準または経済水準の差異に比例するものではなく、当該不法行為の類型を勘案して合理性が認められる範囲内で考慮すれば足りる」と判断して、

[32] 大判2009.12.24、2007タ77149。
[33] 大判2009.12.24、2008タ3527。
[34] 大判2001.10.26、99タ68829。

ある程度の慰謝料の差異を認めた。

４　慰謝料の補完性

従来実務では、被害者や遺族に支給される財産上の損害賠償額が高額なときは慰謝料の金額を少なくし、低額のときは慰謝料の金額を高くする傾向があり、慰謝料が損害賠償額を調節するような機能を持っているようである。

財産的損害と慰謝料支払の対象となる損害は別個のものであり、財産的損害の賠償によって被害者が受けた苦痛と将来の苦痛及び喪失した幸福が填補されるものではない。しかし、立証の困難のため財産上の損害がきちんと算定されない場合や財産上の損害の賠償請求権を明示的に放棄した場合には、このような事由を慰謝料の増額の原因とすることができるだろうと考えられる。

2007年の大法院判決[35]及び2010年大法院判決[36]では、不動産取引における信義側上の告知義務違反があった事案において、「法院が慰謝料額を算定するに当たって、被害者側と加害者側の諸般の事情を斟酌してその金額を決めるべきである」ので、財産上損害の発生が認められるにも関わらず、立証困難等の理由で、その損害額の確定が不可能であり賠償を受けることができない場合に、このような事情を「慰謝料の増額事由」として斟酌することができるとされた。

しかし、慰謝料の増額が安易に認められるわけではない。1984年の大法院判決[37]では、交通事故によって医大生が死亡した事案において、「法院は慰謝料額を算定するに当たって、被害者側と加害者側の諸般事情を斟酌してその金額を定めるべきであり、被害者が加害者から当該事故で被った財産上の損害に対して賠償されるかの可否及びその賠償額の多寡等のような事由も慰謝料額算定の斟酌事由になることはもちろんであり、特に財産上損害の発生が認められるのに、立証困難等の理由でその損害額の確定が不可能であるため、その賠償を受けることができない場合に、このような事情を慰謝料の増額事由として斟酌できるといえる」とした上で、このような慰謝料の補完的機能は「財産上の発生が認められるのに損害額の確定が不可能であるためその損害填補を受けることができないことで、被害回復が十分になされてない場合に、これを斟酌して

[35] 大判2007.６.１、2005タ5812・5829・5836。
[36] 大判2010.８.26、2009タ67979・67986。
[37] 大判1984.11.13、84タカ722。

慰謝料額を増額することで、損害填補の不均衡をある程度補完しようとすることであるので、むやみにその補完的機能を拡張して、その財産上の損害額の確定が可能にも関わらず、便宜な方法で慰謝料の名目の下で、事実上財産上の損害の填補を図るようなことは許されてはいけない」として、本件の被害者の場合には将来の医者としての収入ではなく、予備的に提出された看護塾の講師または医者の助手としての収入、あるいは無所得者の場合における一般的算定基準である都市日用労賃を基礎として算定した金額に基づき財産上の損害賠償額を算定すべきであると判断して、法院の慰謝料算定の裁量範囲を制限している。

Ⅳ　日本との比較及び検討

1　慰謝料の性質

慰謝料の本質が何かという問題に関しては、韓国では、基本的に賠償説に立っている[38]。制裁説については、英米不法行為法の懲罰的損害賠償が、損害賠償に私的制裁の機能を与えた法制として説明しながら、韓国での慰謝料の本質は損害賠償であり、懲罰的機能を多少加えることはできるという程度に止まっている[39]。

賠償説を支持する論拠として次の点が挙げられる。第一に、少なくとも近代法秩序の下では、慰謝料を一種の私的制裁とみるのは妥当性がないというのが今日の傾向であると指摘されている[40]。さらに、第二に、両説ともそれぞれ自己矛盾を内包しており、問題の全ての側面を妥当に説明できないという批判を受けている。しかし、責任の概念が厳格に分化されている今日の法秩序下では、制裁説の妥当性は認められないと考えるのが一般的傾向であり、賠償説が妥当であるとするものである[41]。第三に、慰謝料に懲罰的機能を多少加味することはできるが、慰謝料の本質的性質は損害賠償であるとするものがある[42]。これ

[38] 郭潤直・前掲注（2）822頁、權龍雨・前掲注（5）549頁、金疇洙・前掲注（8）800頁、金曾漢・金學東・前掲注（4）900 ～ 902頁。

[39] 金相容・前掲注（1）888頁、金疇洙・前掲注（8）801頁、伊詰洪『債権各論』（法元社、2001年）396 ～ 397頁、潮見佳男『不法行為法』（信山社、2002年）260 ～ 264頁。

[40] 郭潤直・前掲注（2）822頁。

[41] 權龍雨・前掲注（5）549頁。

[42] 金相容・前掲注（1）888頁。

に対しては､慰謝料の性質を抽象的に論ずるのは特に意味のあることではなく、慰謝料請求権が現実的に果たしている機能を明らかにした上で、妥当な額を算定するのが望ましいという指摘もある[43]。

これに対して、日本での議論をみると、判例[44]・学説[45]の多数は制裁的慰謝料について否定しているものの、英米法との比較や環境侵害問題との関係から制裁的側面を評価する見解も少なくない[46]。また、悪質な累犯的交通事故[47]や集団暴行による殺人[48]等の場合に制裁的慰謝料の請求が議論されている[49]。さらに、京都地判平成元年２月27日判時1322号125頁は、和解条項に違反する行為を故意に敢えて行なつた場合、債務不履行ないし契約違反自体による精神的苦痛に対し、その違反の懲罰的ないし制裁的な慰謝料の賠償が命じられた。

不法行為において損害賠償の目的は、被害の公平な分担にある。慰謝料の本質は何かという問題は、慰謝料の算定基準としてどのような項目を斟酌するかに繋がる。すなわち、財産的損害のように目に見える資料がない状態で、諸般

---

[43] 金疇洙・前掲注（8）801頁。

[44]「外国判決のうち、補償的損害賠償及び訴訟費用に加えて、見せしめと制裁のために懲罰的損害賠償としての金員の支払を命じた部分については、我が国の公の秩序に反するから、その効力を有しないとしなければならない」（最判平成９年７月11日民集51巻６号2573頁）。

[45] 潮見佳男『不法行為法』（信山社、2002年）262頁以下。

[46] 戒能通孝「不法行為における無形損害の賠償請求権（一）法協50巻２号53頁以下、後藤孝典『現代損害賠償論』（日本評論社、1982年）187頁以下、田中英夫･竹永昭夫「法の実現における私人の役割（四･完）」法協89巻９号１頁以下、三島宗彦「慰謝料の本質」金沢法学５巻１号１頁以下､吉村良一『不法行為法（３版）』（有斐閣、2005年）148頁以下。

[47] 京都地判平成19年10月９日判タ1266号262頁（大型商業施設の駐車場内で８歳の男児が車に跳ねられて死亡した事案で、被害者の両親が累犯的交通違反をしている等悪質であったとの主張をし、制裁的慰謝料を請求したが、認められなかった）。

[48] 長野地松本支判平成14年12月４日判タ1147号245頁（８人に集団暴行を受け死亡した被害者の遺族が加害者らに、懲罰的損害賠償請求したが、認められなかった）。

[49] 吉村顕真「日本不法行為法における民事制裁論の歴史と展望－損害賠償法における「制裁」の実体に着目して－」龍谷法学43巻２号271頁以下。

の事情という曖昧な基準をどのように解するのかである。個々の事件ごとに裁判官があらゆる事情を調べることは事実上不可能であり、被害者の肉体的・精神的苦痛を慰謝することもある程度定型化しているのである。胎児についての慰謝料請求権が認められるのは、韓国民法762条及び日本民法721条で胎児の損害賠償請求権を認める規定を設けていることに基づいているが、これは被害者が誰かによって加害者の賠償責任が軽くなることを避けているので、加害者に制裁を与えているようにも捉えるが、被害者側と加害者側の衡平を図っている条文とも解される。

公害等の環境侵害と関連しては、その被害が想定することが大変困難であるため財産的損害の賠償だけでは実際の被害に全然及ばない場合が多いため、慰謝料の増額が考えられる。しかし、制裁や懲罰という機能は本来刑事責任であり、立証の困難さ等の理由で民事責任に移すことは加害者の負担が過酷になる可能性が高いので望ましく。加害者に対する制裁的側面を敢て強調しなくても、損害の公平な分担のために財産的損害賠償で算定できなかった分を慰謝料の算定に斟酌するという、慰謝料の補完的機能として捉えることができると思われる。

2　慰謝料請求権者の範囲

遺族固有の慰謝料請求権者の範囲を民法典に列挙されている者に限定するとしても、その範囲に該当する者が複数存在する場合がある。この問題については、近親者の死亡による遺族固有の慰謝料請求権を規定しているので、当然それぞれの請求権が認められるという見解がある[50]。ただし、請求権者が多い場合には、加害者にあまり過酷な結果になるので、総額を考慮して慰謝料額を決定することが適当であるとされている。

被害者本人の慰謝料請求権と遺族固有の慰謝料請求権の両方を認めると二重賠償にならないかという問題があるが、慰謝料は肉体的・精神的苦痛に対する賠償であり、その苦痛は人各々のものであるから、慰謝料は基本的に被害者本人の慰謝料請求権と被害者の近親者の慰謝料請求権は別個に捉えるべきである。ただ、被害者側の人数が多い場合は加害者の負担が重くなるという問題がある。これに関しては、裁判官の裁量で総額を考慮して決定することで解決で

[50] 郭潤直・前掲注（2）830頁。

きるという見方[51]がある。これも損害の衡平な分担という側面から、加害者の事情を取り入れた算定方法といえる。

３　慰謝料の算定

慰謝料額の算定は裁判所の裁量に属する事実認定の問題であるので、金額の多寡を理由にして上告がなされても、その認定が著しく不相当であり経験則または条理に反するような事情がない限り、原審を破棄する違法な事由とはならず、実際にも、慰謝料の認定の違法を理由に最高裁が原判決を破棄することはほとんどない。このことから日本では、不法行為ではなく安全配慮義務違反の事例では、炭鉱の粉塵による被害に関して、原判決の認定した慰謝料額が、社会通念からみて低きに失し、著しく不相当であるとして原判決を破棄した珍しい最高裁判決[52]がある。慰謝料算定における裁判所の裁量を限界づけた判決ではあるが、当該の事件での慰謝料は、財産上の損害を含む包括慰謝料として請求されているものであり、裁量の範囲を社会通念により相当として容認される範囲に限定している[53]。

慰謝料請求権の相続に関する問題は第Ⅲ章で触れたように、精神的損害が財産的損害と異なり、民法典[54]に死亡した被害者の近親者の慰謝料が明文で規定されていること、二重賠償になるおそれがあること、一身専属権として捉える慰謝料を他人が相続すること等の問題が提起されている。死者の損害賠償請求権を否定する立場なら、慰謝料請求権の相続の問題も当然に否定することになるが、財産的損害の賠償請求権の相続を認める立場に立つとしても、財産的損害の相続を認めようとする論理をそのまま適用するわけにはいかない。

右のような難点にもかかわらず、判例上では、韓国・日本ともに当然相続説が定着している。その理由としては、受傷後に死亡した場合との関係で衡平をはかるということが挙げられる。

生命・身体の侵害における損害は、一般的に財産的損害と精神的損害に分けられている。人身損害において特に問題となるのは、生命侵害の場合である。

---

[51] 郭潤直・前掲注（2）844頁。
[52] 最判平成６年２月22日民集48巻２号441頁。
[53] 吉村良一・前掲注（43）155頁。
[54] 韓国民法752条、日本民法711条。

死者の慰謝料請求権が相続されるのかという問題は、財産的損害の相続に関する議論と繋がっている。従って、死者の損害賠償請求権をどのように認めるかという点については、財産的損害におけると同様の議論には十分な意味がある。

死亡した被害者の慰謝料請求権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は韓国民法上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。当条の規定が例示的規定と解釈して、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[55]。なお、慰謝料請求権の範囲については、民法典の条文上からも分かるように、韓国より日本の方が厳格に見える[56]。

第六章　損益相殺の問題

Ⅰ　損益相殺の意義

不法行為の被害者は、不利益とともに利益も得る場合がある。この場合、賠償すべき損害は不法行為から受ける不利益から利益分を控除した残額になる。生命侵害の場合に死者が将来に得られるはずの逸失利益から将来の出費を控除するように、同一の原因によって利益を受ける場合に、この利益を損害額から控除して賠償額を算定することを損益相殺という。この損益相殺は、不法行為の原状回復の反面としての利得の防止の思想に基づくものと考えられ、損益相殺の基準としては、損害賠償法の目的・当事者間の公平の見地から行うべきものとされている。このような損益相殺は、被害者の損害賠償額の算定時に被害者の利益を考慮してその利益を損害賠償額から控除するものであり、お互い対立する債務を対等額で消滅させる本来の相殺とは異なる。損益相殺は被害者の損害賠償額算定時に被害者の利益を控除するものであって、加害者が被害者に

---

[55] 權龍雨・前掲注(5)554頁～ 555頁、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）274頁～ 275頁。

[56] 韓国民法は祖父母と孫の間にも認めていることに対して、日本民法は父母と子に限定されている（このような差は他の規定でも見られるが、韓国と日本の家族の形や価値観の違いに起因すると思われる）。

【韓国民法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。

積極的に利益の返還請求権を持つのではないので、利益の控除ともいえる[57]。

このような損益相殺に関しては、民法上明文の規定はない。しかし、ローマ法以来各国で損益相殺を認めており、被害者に損害が発生する前の状態より利益を得る状態が生ずるので、民法でもこのような控除を認めている。判例も損益相殺は損害賠償制度の趣旨に照らして当然であるとしている[58]。韓国では、1967年３月３日の廃止制定された国家賠償法２条[59]で、「公務員がその職務を執行するに当たって、故意または過失で法令に違反して他人に損害を加えたときは､国家またが地方自治団体はその損害を賠償しなければならない。ただし、軍人または軍属が戦闘・訓練其の他職務執行中で発生したり国軍の目的上使用する陣地・領内・鑑定・船舶・航空機其の他運搬機具内で発生した戦死・殉職または公傷によって他の法令の規定によって災害補償金または遺族一時金や遺族年金等支給されることができるときは、このほう及び民法の規定による損害賠償請求することができない」とし、さらに1980年１月４日の改正では３条の２[60]を新設し、「第２条第１項の場合に、被害者が損害を被った同時に利益を得た場合には損害賠償額からその利益に相当する金額を控除すべきである」として、損益相殺の考えを示した規定を設けた。

---

[57] 金相容・前掲注（1）892頁以下。

[58]「損害賠償は実損害の填補を目的とするので、被害者に、実損害以上の利益を取得させるのは、損害賠償の本旨に反するので損害を被ったのと同一の原因によって利益を得るときはその利益を控除すべきである…」（大判1989.３.14、76タ2168）。

[59]【韓国国家賠償法２条】（2009年10月21日改正）①公務員や地方自治団体は公務員または公務を委託された私人（以下‘公務員’とする）が職務を執行しながら、故意または過失で法令に違反して他人に損害を被ったり、「自動車損害賠償保障法」によって損害賠償の責任があるときは、この法に従ってその損害を賠償しなければならない。ただし、軍人・軍務員・警察公務員または郷土予備軍隊員が戦闘・訓練等職務執行と関連して、戦死・殉職したり公傷を被った場合に、本人やその遺族が他の法令によって災害補償金・遺族年金・傷痍年金等の補償を支給されることができるときは、この法及び民法による損害賠償を請求することができない。

[60]【韓国国家賠償法３条の２】（2008年３月14日改正）①２条１項を適用するとき、被害者が損害を被ったと同時に利益を得た場合には、損害賠償額からその利益に相当する金額を引くべきである。

Ⅱ　損益相殺の範囲

損益相殺において難しいのは、被害者のいかなる利益を損害賠償額算定において控除すべきであるかの問題である。これに関しては、被害者の損害発生と利益発生が、その原因において共通的であることが要求される。

具体的にどの範囲のものが控除されるべきであるかについて、学説は、控除する利益の範囲は加害者が賠償する損害の範囲に対応するものであるから、控除すべき利益が不法行為と相当因果関係にある範囲の利益を控除させるべきであるという見解[61]と、損益相殺の範囲は損害賠償制度の目的である損害の合理的負担を指導原理として、各契約及び規範の保護目的によって決めるべきであるという見解[62]が対立している。後者の見解は、相当因果関係説に対して、何が相当であるかが不明であるので、この基準は適当でないと批判する。さらに、損益相殺を認めるための判断基準としては、利益は加害と因果関係にあり、さらに喪失を加害者の処分行為を必要とせずに直接的に填補する目的を持つ必要があるので、損失と当該利益との間に法的同質性があるべきであり、それを判断するためには、損害賠償法の目的と当事者間の公平の見地が基準とされるべきであるという。すなわち、損益相殺が認められるためには、利益が不法行為を契機に生ずること、両者の関係からして損益相殺を認めるのが公平に合うと判断されることが必要だということになる[63]。それゆえ、生命侵害の場合に死者の将来の生活費を控除することは当然であるが、弔客から遺族が受ける香典は葬儀という別個の要因に起因するものであり、死者と相当因果関係がないのでこれを控除すべきではないと説明している[64]。

Ⅲ　損益相殺の内容

1　生活費

逸失利益の算定において生活費を控除することが一般的に認められている。この生活費には食費の他にも被服費・住宅費・文化費等の生活に必要な諸費用

---

[61] 郭潤直・前掲注（2）832頁、權龍雨・前掲注（5）564頁。

[62] 金疇洙･前掲注（8）803 ～ 804頁、李銀榮『債権法各論〔改訂版〕』（博英社、1994年）269頁。

[63] 金疇洙・前掲注（8）803 ～ 804頁。

[64] 權龍雨・前掲注（5）564頁。

が含まれる。この生活費には当該被害者の分のみで扶養家族の分は控除の範囲に含まれない[65]。

死亡した被害者が未成年者の場合には、その生活費を負担したのはその両親や後見人であるはずであるが、この生活費を被害者の逸失利益から控除してよいのか。この問題についての韓国の判例の動向をみると、1960年代後半に関連判決が次々出た後に現在の考えが定着したといえよう。一番最初に出た判決は1966年１月の大法院判決[66]で、死亡当時６歳であった子の扶養義務者である父親が、その相続人として不法行為を原因とし、被害者の予想受益損害金を請求した事案で、死者が20歳まで扶養を受ける権利があるといえ、「被害者が死亡したのは６歳の時であるので、特別な事由がない限り被害者は20歳に至るまで扶養義務者である原告から扶養を受ける権利があって、自己の財産で生活費を支出する義務がないといえるところ、彼が死亡時から20歳に至るまでの生活費を被害者が24歳の時から受益するはずの金額から控除する何ら根拠の提示もなく、被害者が受益した金額の中から合計78,980ウォンを控除して残余額のみの賠償を命じた原判決は違法がある」と、判断した。次いで1966年２月の大法院判決[67]では、原審が「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ていたなら当然支給されることが予想される彼の家族に対する扶養金額を被害者の期待可能数額から控除しないように、被害者が受けることと予想される扶養金額も被害者の受益計算から度外視するのが衡平に理念に合致する」との理由で、被害者が死亡時から20歳に至るまでの生活費を死亡者が23歳[68]から受益するであろうという金額から合計112,392ウォンを控除して残余額のみの賠償を命じたことに対して、大法院は「被害者が死亡したのは６歳の時であって、特別な事情がない限り被害者は20歳に至るまで扶養義務者である原告ら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、さらに扶養義務者である両親が被害者の死亡による扶養義務の履行をしなくなったことで得られた利益は「被害者自身の利益ではない」といえるので、

---

65 金疇洙・前掲注（8）804頁。

66 大判1966.１.31、65タ2317。

67 大判1966.２.28、65タ2523。

68 成年になる20歳から兵役義務期間３年を経た時。

損益相殺はできないとした。1970年の大法院判決[69]も、「未成年者が成年になり収入を得ること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、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、「成年に至るまでの生活費は、その逸失利益から控除するものではない」とし、同様の判断をしている。

すなわち、未成年者の死亡による逸失利益算定の場合、稼動可能年齢までの養育費を控除するのかについては、養育費が不要になった利益は被害者本人に生じたのではなく、その両親に生じたのであるから、不法行為による利得と損失の帰属主体が異なるので、損益相殺の問題は生じ得ないというのである。

右の三つの大法院判決が、死亡した未成年者の成年に至るまでの生活費の非控除の理由を、その負担者が異なることを挙げていることに対して、次の判例は、死亡することで支出しなくなった生活費を利益と捉えないとして、生活費の控除を否定した。1966年４月の大法院判決[70]は、原審が「被害者は本件事故当時にわずか５年８ヶ月の男子であって、彼が成人男子として農業日雇労働に従事するように成長するのに必要な生活費は、被害者が生存したならば稼げる収入の総額からこれを控除して損害賠償額を算定するのが、損益相殺の理論上相当である」という前提の下で、被害者が扶養義務者である原告らから受ける生活費を金149,328ウォンと確定した後、これを純収入の総額から控除したことに対して、大法院は「被害者の死亡によって彼の扶養義務者は支給しなくなった生活費を、被害者はもちろんその扶養義務者が利得したものとして、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法理といえる」と判断したのである。

たとえ後になって被害者の損害賠償請求権が利得者である被害者の両親に承継されたとしても、その利得は被害者の損害賠償から控除できない性質のものであるという見解は、学説上でも一般的ともいえる[71]。これに対して、養育費は父母等の監督義務者の出費であり、幼児が得られるはずの利益は幼児の損害であるので、損益相殺すべ損失利得の関係にあるのではないとみるべきであるが、幼児の逸失利益がその扶養義務者である父母等によって相続されるのであ

[69] 大判1970.２.23、69タ1388。
[70] 大判1966.４.19、66タ422。
[71] 權龍雨・前掲注（5）564 ～ 565頁、金相容・前掲注（1）881頁。

るから控除しても不当ではないという見解[72]もある。

ところで、死亡した未成年者が自分で生活費を負担していた場合はどうなのか。このような場合、まず、「利得と損失の帰属主体が異なる」ということには該当しない。1977年の大法院判決[73]は、死亡した未成年者が扶養を受けていたのではなく、むしろ両親を扶養していた事案で、「原告らは零細民としてその生活を子である被害者の収入に依存していたなら、たとえ、死者が未成年者であっても、同死者の損害は、その収益から成年までの生計費を控除して算定すべき、いわゆる特別な事情がある場合に該当する」として、死亡した未成年者の生活費の控除を認めた。

未成年者の生活費の控除を否定する根拠として、死亡することで支出しなくなった生活費を利益と捉えないというのはやや感情的な根拠であると思われる。損益相殺で成年者の生活費は控除することが当たり前と考えられるのに、未成年者の生活費は利得といえないというのは、論理が一貫していない。また、扶養義務者と被害者の相続人が同一人とは限らないし、扶養から免れる原因は、事実上多様なので、これを一緒に処理すべきではない。従って、利得と損失の帰属主体が異なることから、未成年者の生活費の控除の可否を決めるのが妥当だと思われる。

２　中間利息及び税金

⑴　中間利息

逸失利益等によって得られたはずの利益に関しての中間利息は控除される[74]。

⑵　税金

被害者の将来の収入から税金を控除するのかという問題については、控除しないというのが通説[75]である。その理由としては、税金を控除して逸失利益を算定すると、国家はまたこの賠償金に対して所得税法や相続税法に従って課税

---

[72] 金疇洙・前掲注（8）793 ～ 794頁、804頁。

[73] 大判1977.４.26、76タ1131。

[74] 金疇洙・前掲注（8）804頁。

[75] 郭潤直『債権各論〔民法講義Ⅳ〕（第６版）』博英社（2007年）461頁、金相容・前掲注（1）888頁、金疇洙・前掲注（8）794頁。

することができ、被害者側は二重に税金を負担する結果になることが挙げられる[76]。

税金の控除に関する判例の動向をみると、1969年の大法院判決[77]で、損害賠償制度の目的は被害者に生じた実質的損害の公平な分担をさせることなので逸失利益の算定においては、被害者の喪失した実質的利益の填補を図れば足りるといえるので、「その実質的利益の中には源泉徴収される所得税等の額は含まれないと解釈する」ことができ、さらに勤労者の場合には、所得税法の規定によって所得税を源泉徴収される」のでその勤労者が実際に受ける額が、経済的には勤労によって受ける財産上の利益といえるので、原審が「死亡者の月間収入から所得税等を控除した分を逸失利益であると判示した措置は正当である」といえるとした。したがって、従来この趣旨に背いた判例はこれを廃棄することにし、このような結論が使用者としては実際にその者を業務に従事させ勤労の利益を受けることなく、「所得税等を控除した分の勤労収入を支給するという意味で彼が控除した所得税等の利益を受けるとはいえない」し、「憲法33条に違反されるともいえない」と判断して控除説をとって以来、実務上一貫して逸失利益の算定において、税金を控除してきたが、1979年の大法院判決[78]で、生命や身体に対する不法行為によって稼動能力の全部または一部を喪失することで逸失する利益の額は、「その被害者がそれによって喪失した稼動能力に対する総評価額として所得税等の諸税金額を控除していない金額とみるのが相当であ」り、本件において原告の喪失利益額を算定するにおいては、被害者の各種労賃に対して賦課される「所得税等の諸税金額を控除するものではない」として、非控除説を採択して現在に至っている。

3　各種保険金

⑴　生命保険金

不法行為により死亡した被害者が、生命保険の被保険者となっており、その生命保険金を受領した者が、被害者の損害賠償請求権を相続した場合に、相続人が相続した損害額を算定するにあたって、当該保険金を死亡に起因する利益

[76] 郭潤直・前掲注（59）、461頁。
[77] 大判1969.２.４、68タ2178（全員合議体判決）。
[78] 大判1979.２.13、78タ1491（全員合議体判決）。

として控除すべきか、という疑問が生ずる。このような疑問が提起されるのは、加害行為による損害賠償請求権と生命保険契約による保険金請求権が同一人に帰属した場合であり、被害者である被保険者がその相続人を保険金受益者に指定して、第三者のためにする契約を締結し、相続人が保険金請求権を自己固有の権利として付与されていた場合には、控除の問題は最初から生じない。2000年の大法院判決[79]は、被保険者の相続人を保険受益者として結んだ生命保険契約で被保険者が死亡して保険事故が発生した場合、相続人が持つ保険金請求権が相続財産であるのかについて、「生命保険の保険契約者が自分を被保険者として、受益者は満期まで自分が生存する場合には被保険者自身を、被保険者が死亡した場合には‘相続人’と指定しただけでその被保険者が死亡して保険事故が発生した場合、保険金請求権は相続人らの固有財産とみるべきであり、これを相続財産とはいえない」として、保険金請求権は相続人の固有財産であると判断した。

損益相殺の対象となる利益は、事故と相当因果関係がなければならず、生命保険金の支給は、事故において通常生ずるものではなく、保険契約を締結した場合にのみ生ずるものである。加害者とは関係なく保険加入者が支払った保険料の対価であるので、これを控除するのは、被害者の出捐による結果を加害者に帰属させ、公平に反するので、非控除とすべきである[80]。

⑵　損害保険金

損害保険金においては、生命保険金とは異なり、保険代位制度[81]が認められている。損害保険金は保険契約によるものであり、損害の填補を本来の目的とするものゆえ、保険者の代位によって填補された限度で損害賠償請求権が保険者に移転する。保険金を支払った保険者は、その支払った保険金の限度内で、第三者に対する損害賠償請求権を取得するので、被保険者は、保険者から支給された保険金の限度内で、第三者に対する損害賠償請求権を失うことになる。

---

[79] 大判2001.12.28、2000タ31502。

[80] 郭潤直･前掲注（58）、814頁、權龍雨･前掲注（5）563頁、金相容･前掲注（1）888頁、金疇洙・前掲注（8）794頁。

[81] 【韓国商法682条】損害が第三者の行為によって生じた場合に保険金額を支給した保険者はその支給した金額の限度でその第三者に対する保険契約者または被保険者の権利を取得する。しかし、保険者が補償する保険金額の一部を支給したときは被保険者の権利を害しない範囲内でその権利を行使できる。

すなわち、第三者に対して請求できる賠償額が、支給された保険金の額数だけ減少したのにすぎず、保険金支給前に被保険者が第三者から損害賠償を受けた場合は、保険者は支払うべき保険金をその金額分減額できると解釈されている[82]。結果的には損害保険金を損害賠償金から控除したのと同じになるが、それは損害保険には保険代位制度が認められているからであり、理論的には相殺されるのとは異なる。

⑶ 労働災害保険金

勤労者が業務上の災害により負傷または死亡した場合に、被害勤労者またはその遺族は、勤労基準法[83]上の災害補償ないし産業災害補償保険法上の給付を受けることができるが、これとは別途に災害の原因を提供した使用者または第三者に対して、民法上の損害賠償を請求できる。問題はこのような場合、被害勤労者またはその遺族が取得した勤労基準法、産業災害補償保険法[84]上の産業災害補償請求権と民法上の損害請求権をどのように調整するかである[85]。

勤労基準法[86]及び産業災害補償保険法[87]によると、同一の事由による損害に

---

[82] 李輔煥『自動車事故損害賠償訴訟』（育法社、1983）554頁。

[83] 日本の労働基準法に該当する。

[84] 日本の労働者災害補償保険法に該当する。

[85] 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）194 ～ 197頁。

[86]【韓国勤労基準法87条】補償を受ける者が同一の事由に対して民法やその他の法令によってこの法の災害補償に相当する金品を受ける場合にはその価額の限度内で使用者は補償の責任を免れる。

[87]【韓国産業災害補償保険法52条】①受給権者がこの法によって保険給与を受けたり受けることができる場合には保険加入者は同一な事由に対して勤労基準法による災害補償責任が免除される。
②受給権者が同一な事由に対してこの方による保険給与を受けた場合には保険加入者はその金額の限度内で民法やその他の法令による損害賠償の責任が免除される。この場合傷害補償年金または遺族補償年金を受けていた者は傷害補償一時金または遺族補償一時金を受けたこととみなす。
③受給権者が同一な事由で民法やその他の法令によってこの法の保険給与に相当する金品を受けたときは公団はその受けた金品を大統領令が定める方法に従って換算した金額の限度内でこの法による保険給与を支給しない。但し、２項後段の規定によって受給権者が支給されたものとみられる傷害補償一時金ま

対して、これらの法に基づく補償は、民法やその他の法令による賠償と共存しないことを明らかにしている。但し、産業災害補償保険法は財産的損害の填補だけを目的としているので、慰謝料は別途に請求できる。

使用者は保険料を支出しているので、政府から求償されることはないが、第三者の不法行為によって災害が生じた場合には、政府は第三者に対して求償することができると規定されている[88]。これに関連する判例としては1966年大法院判決[89]がある。本判決は、労働基準法上の遺族補償責任と国家賠償法（または民法上の不法行為）上の損害賠償責任が競合した場合において、「勤労基準法上の災害補償責任は国民経済の均衡においての発展のために勤労者の基本生活を保障、向上させようとする同法立法趣旨によって、使用者に勤労者の同法所定の業務上の事故に対してその原因の如何を問わず、これを同法の規定によって補償させることにその責任の原由がある」ものとして、「不法行為（または国家補償法）上の損害賠償責任はその行為者または使用者に、その原因となる事故による被害者の損害全部を填補させることにその責任の原由がある」ので、その責任の原由が異なるといえ、「同一な事故が右二つの責任を発生させた場合（責任の競合）において、被害者にその事故による損害に関して災害補償と損害賠償を受ける二重の権利を認めす法理ではないことは明らかである」とした上で、「使用人が被害者側に遺族保証金を支給したとしても、国家に対して、被害者側を代位することなく、直接不法行為を原因として、彼が被害者側に支給した補償額の賠償を請求することはできない」とし、あくまでも

たは遺族補償一時金に回答する年金額についてはこの限りでない。

[88]【韓国産業災害補償保険法58条】①公団は三者に行為による災害によって保険給与を支給した場合にはその給与額の限度内で給与を受けた者の第三者に対する損害賠償請求権を代位する。但し、保険加入者が２人以上の事業主が同じ場所で一つの事業を分割してそれぞれ行いその中で事業主が異なる勤労者の行為によって災害は発生した場合にはこの限りではない。
②１項の場合に受給権者が第三者から同一の事由によってこの法の保険給与に相当する損害賠償を受けた場合には公団はその葉賠償額を大統領令が定める方法に従って換算した金額の限度内でこの方による保険給与を支給しない。
③受給権者及び保険加入者は第三者の行為に酔う災害が発生したときは直ちにこれを公団に申告すべきである。

[89] 大判1966.10.18、66タ1727。

被害者側を代位してその補償額に対する賠償を請求することができるとしたのである。

すなわち、韓国産業災害補償保険法58条の趣旨は、勤労災害が第三者の不法行為により発生した場合、その第三者の民法上の損害賠償義務と産業災害補償保険法上の給付義務は相互補足の関係があり、同一の事由による同じ性質の損害を二重に利得するのを禁止すると同時に、政府の保険財政を確保することにあると理解されているのである。

従って、産業災害補償保険給付を受ける者が、政府から現実に保険給付を受けたときは、第三者は被害勤労者とその遺族に対する関係では、その保険給付価額の程度内で損害賠償責任を免れることになる。1969年の大法院判決[90]は、原審が、勤労基準法に基づいて、死亡した被害者の配偶者に支給された遺族補償金の性質を慰謝料であると判断したことに対して、「勤労基準法所定の遺族補償は勤労者が業務上死亡した場合に使用者が死亡した勤労者の遺族に支給する災害補償であるところ、この遺族補償は勤労者の死亡によって将来得られるはずの受益を喪失した財産上の損害に関して使用者に不法行為の責任の有無にかかわらず、特別法である勤労基準法及びその施行令に基づいて一定金額を所定遺族に支給するものであり、勤労者の死亡に関して使用者の不法行為責任が認められる場合には、勤労基準法87条所定の趣旨に照らして、その不法行為によって将来得られるはずの受益を喪失した財産上の損害賠償額が勤労基準法所定遺族補償金相当額より多額であれば、その不法行為による右財産上の損害額からその遺族保証金相当額を控除した残額に関して、右遺族補償を受けた者または受ける者が財産相続人である場合には、その者も含む財産相続人の全部が民法所定の相続分に従ってその残額を相続すると解釈するのが相当である」として遺族補償金の控除を認めた。

但し、2000年の大法院判決[91]では、不法行為による災害によって産業災害補償保険法上保険給与の受給権者になった者が、加害者に対する財産上の損害賠償の請求権を放棄したりその義務を免除したが、実際の財産上の損害額が保険給与額より少なかった場合には、「実際の財産上の損害額の範囲内でその保険給与の支給義務を免れるだけで、その保険給与額全部の支給義務から逃れるわ

[90] 大判1969.1.28、68タ1464。
[91] 大判2000.8.18、2000ドゥ 918。

けではない」と判断した。

1）休業給付

被害者が勤労基準法や産業災害補償保険法によりすでに休業給付等を支給された場合には、その給付が勤労者の生存権保障の側面があるとはいえ、基本的には損害填補の性質を持ち、被害者に二重の利得を与えるのは妥当ではないので、すでに支給された填補と同一同質の損害賠償を求める場合には、これを控除すべきである。

2）療養補償、遺族補償、葬式費用

被害者が右の法の給付ではない一般的な治療費等を支給された場合には、その中で被害者の過失割合に相当する金額を、被害者が負担すべきものを加害者が負担した結果になり、被害者の他の損害に弁済・充当されたとして、これを損害額から控除する。

右の法上の療養保証、遺族補償、葬式費用等は、勤労基準法の趣旨に照らして、被害者の過失にもかかわらず、加害者の免責が許容されないので、被害者の過失割合相当の金員を控除できない。

3）過失相殺と損益相殺の順序

被害者の過失で過失相殺の要件が成立する一方、不法行為で利益を受けた場合には過失相殺と損益相殺が両方成立するので、どれを先に適用するかによって賠償額に差が生じうる[92]。この問題について1973年大法院判決[93]で、「損害が発生しその損害発生によって利得が生ずると同時にその損害発生にも被害者に過失があり過失相殺をすべき場合には、まず算定された損害額に過失相殺をした後、損害発生によって発生した利得を控除すべきである」とした。次いで、1981年の大法院判決[94]では、原審が、被害者が本件事故で被った損害である逸失利益金、逸失退職金、向後治療費等合計22,095,198ウォンから被告から受領した休業給与金329,981ウォンを先に控除した後その残額21,765,217ウォンに対して過失相殺をして被告が賠償する金額を11,000,000ウォンとしたことに対して、「損害発生によって被害者に利得が生じ他方その損害発生に被害者の過失が競合して過失相殺をすべき場合には、まず算定された損害額に過失相殺をし

92 金相容・前掲注（1）906頁。

93 大判1973.10.23、73タ337。

94 大判1981.６.９、80タ3277。

た後､右利得を控除すべきである」として､やはり過失相殺を先にするとした。さらに、1989年大法院判決[95]でも､「産業災害補償保険法によって保険給与を受けた被害者が第三者に対して損害賠償請求をしてその損害発生に被害者の過失が競合して過失相殺をするときは、まず算定された損害額に過失相殺をした後、そこから保険給与を控除し、その控除した保険給与に対してはさらに過失相殺をすることはできないといえるので、国家が産業災害補償保険法第15条１項によって第三者に対して求償する範囲も保険給与をした全額といえる」として同様の判断をしている。

4）休業給付の控除

休業給与金や休業補償金に関して、被害者が保険金として受領した休業保険金と障害保険金が法院で認められた消極的損害額を超過する場合にこれを控除すべきか、という問題がある。この問題について1991年大法院判決[96]は､「産業災害補償保険法11条２項によると、受給権者が同一の事由に対して本法による保険給与を受けたときは、保険加入者はその金額の限度内で民法その他の法令による損害賠償の責任が免除されると規定している」とし、ここで同一の事由というのは「保険給与の対象となった損害と民事上の損害賠償の対象になった損害が同じ性質を持つものであり、保険給与と損害賠償が相互補完的関係にある場合を指すので、被害者が保険金として受領した休業給与金と傷害保障給与金が、法院で求められた消極的損害額を超過しても、その超過部分を、その性質の異なる積極的損害の賠償を算定するにあたって、控除すべきではない」とし、控除を否定した。

４　年金

社会保障制度に基づく社会保険金としては、公務員年金法上の傷害給付・遺族補償金等、軍人年金法上の傷痍年金･遺族給与等、国民年金法上の傷害年金･遺族年金・私立学校教員年金法上の各種給与等がある。その各々で法の目的が異なるので、損益相殺で控除の対象になるかは、当該法律で定める各種給与の性質がなにかによって決められる。

⑴　公務員年金法上の給付

[95] 大判1989.４.25、88タカ5041。

[96] 大判1991.７.23、90タ11776。

公務員年金法上公務員が不法行為により傷害を被ったり死亡した場合、本人またはその遺族は損害賠償請求権を取得するとともに、公務員年金法による短期給付、傷害給付、災害扶助金、遺族補償金、遺族年金等が、その各要件に従って支給されることになる。

公務員年金法１条は、「本法は公務員の退職または死亡と公務による負傷・疾病・発疾に対して、適切な給与を実施することで、公務員及びその遺族の生活安定と福利向上に寄与することを目的とする」と規定し、給与を短期給与と長期給与に分けて、前者は公務上療養費・公務上療養一時金・療養扶助金等の保険給与と看病手当等の休業給与・葬式費用・災害扶助金等の災害給与に、後者は退職年金・退職年金一時金・退職一時金等の退職給与・障害年金・障害補償金等の障害給与と遺族年金・遺族年金一時金・遺族年金・殉職扶助金等に分類する。

このような公務員年金法上の給与を損害賠償額から控除すべきなのかについては、控除説と非控除説がある。控除説は、補償的側面もあるので控除すべきであり、また逸失利益に関しては、扶養請求権喪失説を取ると損益の主体が同一であるので、控除するのが妥当であると主張する。これに対して非控除説は、右の給与は社会保障制度の一環として国民の人間らしい生活を保障することにその目的があり、損害填補とは関係がないので、重畳的取得をみとめるべきであるとする。

判例の動向をみると、1966年の大法院判決[97]では、「公務員年金法39条、40条による遺族年金または遺族扶助金は、同法１条に提示されたように、公務員に対する社会保障制度を確立して、公務員及びその遺族の経済的生活安全と福利向上に寄与しようとする目的の下に支給されるものであるので、これを公務員の死亡による損害賠償の性質を持つものとはいえない」として非控除説を取ったが、1967年の大法院判決[98]では、「国家賠償法と公務員年金法上の給付との関係を考察する際、前者は事故による被害者の全損害賠償を填補させることに対して、後者は同法１条所定の目的によって被害者に補償を与えることを図ることであるが、同一の事故に二つの法が定めた責任事由が競合する場合に、被害者にその各法が定めた二重の利益を保障しようとする法理ではないことが

[97] 大判1966.６.28、66タ874。
[98] 大判1967.７.11、67タ1030。

判明するので、本件賠償額中から原告らにすでに支給された遺族補償金額を控除した措置は正当である」として控除説を取り、一貫しない態度を見せた。それが、1970年の全員合議体判決[99]で、「公務員年金法39条ないし44条に規定された遺族給与は、同法１条に明示されているように、公務員の死亡に対して適切な給与を実施することで、公務員に対する社会保障制度を確立して、その遺族が経済的生活安定と福利向上に寄与することを目的として支給されるものとされているので、右遺族給与金を支給する制度と公務員の死亡によって当該の公務員や遺族が被った損害を賠償する制度とは趣旨や目的を異にし、二つの制度は何の関連もないといえる。従って、ある国家公務員が公務執行中に他の国家公務員の不法行為により死亡した場合に、死亡した公務員の遺族がこれを理由として、その死亡した公務員の損害賠償請求権を相続したとして国家からその賠償をうけたか、あるいは、その遺族自身の損害を国家から賠償された場合に、公務員年金法上の遺族給与がすでに支給されたとしても、その遺族給与額を右不法行為による損害額から控除してはならない（この場合に遺族給与を受けた事実は、それをうけた遺族自身の慰謝料額を決めるにあたって、一つの参酌事由にはなりうるが、遺族給与が遺族に対する慰謝料支給の性質を持つものではない）」と判示して、その後、1980年大法院判決[100]や1991年の大法院判決[101]など、しばらく非控除説を取る判決が続いて非控除説が定着するようにみえた。

公務員は旧公務員年金法66条に基づいて、任命された月から退職または死亡した月まで一定の寄与金を払い、国家または地方自治体の長は同法69条に基づ

---

[99] 大判1970.９.29、69タ289。

[100]「国家から、公務員の死亡に対する遺族給与金として支給した年金や、財団法人遞成会等で支給した慰謝金は、その支給者や支給金の性質上事故による損害賠償金の一部として支給されたものと見なすことはできない」（大判1980.２.12、79タ2226）。

[101]「国家公務員が公務執行中、他の国家公務員の不法行為によって死亡した場合、死亡した公務員の遺族が、死亡した公務員の損害賠償請求権を相続して、国家からその損害賠償を受けたりまたはその遺族自身の損害を国家から賠償されるに当たって、公務員年金法上の遺族給与がすでに支給されたとしても、その遺族給与を、右不法行為による損害額から控除してはならない」（大判1991.11.８、91タ28955）。

いて、一定の負担金を払うことになっているので、公務員年金法上の諸給与は、一部は公務員自身が払ってきた寄与金の代価として生命保険金と同じ性質を持ち、一部は賃金の後払いの性質を持つものと考えられる。このような寄与金の代価と勤労代価の後払い的賃金を被害の填補として控除することはできない。控除説を取ると、不法行為者に不当な利得をもたらす反面、被害者の公務員自身は右のような自己の権利を理由なく奪われる結果となる。

公務員年金法上の給与は、同法１条[102]が明示するように、損害填補ではなく社会保障制度の確立にその目的があるので、控除説は不当であり、非控除説を取った全員合議体判決は妥当であると思える。しかし、右のような大法院判決から２年後、公務員年金法12条22項及び３項が、1972年12月６日に新設（1982年12月28日の改正で33条となった）されたことで、新しい問題が出てきた。

右の条項は、「他の法令による給与の調整」という表題の下にその２項は、「本法による給与の事由が、第三者の行為によって発生した場合には、公団は当該給与事由に対してすでに行った給与額の範囲内で受給権者が第三者に対して持つ損害賠償請求権を取得する」と規定し、また３項は、「前項の場合に受給権者がその第三者から同一の事由によりすでに損害賠償を受けた場合にはその賠償額の範囲内で給与を支給しない」と規定した。

右の条項は、私立学校教員年金法41条２項・３項の規定と全く同一の内容であるが、軍人年金法にはそのような規定が見当たらない。

1970年の全員合議体判決に従って、すでに支給された遺族給与を控除しないで全額賠償を命じたとしても、加害者である第三者は国家の代位請求に応じせざるを得ないので、その限度では二重の責任を負うことになる。

右条項によると、給与が支給された限度で、被害者の不法行為者に対する損害賠償請求権は国家に移転し、その範囲内で被害者は賠償請求権を喪失する結果となるので、右条項を廃止するか、1970年の全員合議体判決を変更しなければならないことになる。学説上では、給与が持つ寄与金の代理性・後払い的賃金性・社会保障制度としての性格に照らして、1970年の全員合議体判決の見解

[102]【韓国公務員年金法１条】この法は公務員の退職または死亡と公務による負傷・疾病・不治の病に対して適切な給与を実施することで、公務員及びその遺族の生活安定と福利向上に寄与することを目的とする。

が妥当であるので公務員年金法33条を廃止すべきであるという見解[103]もあるが、判例上では、1990年の大法院判決[104]で、「公務員年金法による給与の事由が第三者の行為によって発生した場合には、公団または地方自治体は当該給与事由に対してすでに行った給与額の範囲内で、受給権者が第三者に対して持つ損害賠償請求権を取得し、この場合受給権者がその第三者から同一の事由によってすでに損害賠償を受けたときはその賠償額の範囲内で給与を支給しないように規定されているので、死亡した公務員の遺族が遺族保証金を受領したなら、この給与額の範囲内では、公務員年金管理公団、または地方自治体が、遺族が右第三者に対して持つ損害賠償請求権を取得し、その結果遺族は第三者に対して、この給与額の範囲内では損害賠償請求権を持たない」とし、1998年の全員合議体判決[105]では、「公務員が公務執行中、他の公務員の不法行為によって死亡した場合、死亡した公務員の遺族らが国家賠償法によって国家または地方自治体から、死亡した公務員の消極的損害に対する損害賠償金を支給されたなら、公務員年金管理公団等はその遺族らに同じ種類の給与である遺族保証金からその相当額を控除した残額だけを支給すればよく、その遺族らが公務員年金管理公団等から公務員年金法所定の遺族保証金を支給されたなら、国家または地方自治体はその遺族らに、死亡した公務員の消極的損害額から遺族らが支給された遺族保証金相当額を控除した残額だけを支給すればよい」として、控除説を取ることをはっきりさせた。その後2000年の大法院判決[106]でも、公務員年金法による退職年金を受けることができた公務員が在職中、他人の不法行為によって死亡した場合、遺族に支給する損害賠償額を算定するに当たって、死者の逸失退職年金額から遺族年金額を控除すべきかについて、「遺族保証金は公務上疾病または負傷による損失または損害を填補するために支給されるという点で、不法行為による消極的損害の賠償と同じ種類の給与とみるのが相当である」とした上で、被害者の遺族が加害者に損害賠償を求めると同時に遺族年金を支給されるのなら、「同一目的の給付を二重に取得することになるので、その遺族から支給する損害賠償額を算定するに当たっては、死者の逸失退職年

[103] 李輔煥「人身損害額の算定」司法論集12輯346頁。
[104] 大判1990.２.27、89タ19580。
[105] 大判1998.11.19、97タ36873。
[106] 大判2000.５.12、98タ58023。

金額から遺族年金額を控除すべきである」とし、控除説が定着したといえる。

⑵ 軍人年金法及び軍事援護報償法、国家有功者礼遇等に関する法律上の給付

公務員年金法上の給与金に関する考え方は軍人年金法上の給与金にも適用されると考えることもできる。軍人年金法はその１条[107]から明らかなように、軍人本人及びその遺族の生活安全と福利向上を図ることに目的があり、軍人災害補償規定４条によると災害補償金の種類は、死亡補償金と障害補償金とするとしている。軍人年金法の性質について1967年の大法院判決[108]は、「軍人死亡給与金規定１条によって支給される給与金は国家が旧国家賠償法による賠償責任を負担しない場合にも支給されるものであり、また支給の相手方が死亡者の遺族で、死亡した被害者の権利をその遺族が相続するのではないことが右規定上明らかである点に照らして、軍人死亡給与金規定によって遺族に支給される給与金は国家が死亡した者の遺族を慰謝するために支給する慰謝料の性質を持つもので、所論のように直接死亡した者に対する損害賠償の性質を持つものではない」とした上で、被害者の遺族の慰謝料額の算定に当たって、遺族給与金の支給を斟酌するとした。つまり、軍人死亡給与規定による死亡給与金は慰謝料の性質を持つので、財産上の損害から控除してはならないとしたのである。次いで1968年の大法院判決[109]でも、「軍人死亡給与金や軍事援護補償給与金法（廃）による遺族年金を請求する権利と国家賠償法によって慰謝料を請求する権利は、お互いに請求権が競合する関係にあるので、請求権者はこの二つの請求の中の一つによって先に満足を得たら、それで目的は達成するのであり、その後にも他の請求権によって二重にその権利の満足を得られるわけではない」として控除を認めた。さらに、1978年の大法院判決[110]では、「被害者がすでに国家賠償法による請求訴訟によって慰謝料を支給されたなら、軍事援護補償給与金法（廃）による遺族年金総額がこれを超過しても、被害者はその超過金額の支

[107] 【韓国軍人年金法１条】この法は軍人が相当な年限誠実に服務して退職したり心身の障碍により退職または死亡したときまたは公務上の疾病・負傷で療養するときに、本人やその遺族に適切な給与を支給することで、本人及びその遺族の生活安定と福利向上に寄与することを目的とする。

[108] 大判1967.12.26、67タ2417。

[109] 大判1968.６.18、68タ602。

[110] 大判1978.６.13、77タ1178。

給を請求できない」とした。これは「不法行為による災害によって産業災害補償保険法上保険給与の受給権者になった者が、加害者に対する財産上の損害賠償の請求を放棄したりその義務を免除したが、実際の財産上の損害額が保険給与額より少なかった場合には、実際の財産上の損害額の範囲内でその保険給与の支給義務を免れる」とした2000年の大法院判決[111]と対比される。

軍人年金法５条[112]は軍人死亡給与金規定により支給される死亡給与金は、この令（軍人災害補償規定）による死亡補償金とみなすと規定されているが、これと関連する判例の動向をみると、1968年の大法院判決[113]では、原審が、陸軍少尉としての収益喪失と将来農村労働者としての期待可能な収益の喪失の中の、どの損害に対する補償なのか特定できないとの理由から、死亡した被害者の損害賠償額から死亡給与金、遺族年金、遺族生計扶助金を控除すべきでないと判断したことに対して、「軍事援護保障法（廃）と軍事援護補償給与金法（廃）に規定された遺族年金及び遺族生計扶助手当としてすでに被害者に支給された金額は財産上の損害として認めた金額の全体から控除すれば足りるといえるし、その財産上の損害の内容を構成する様々な損害の中の、どれに対する保障であるか、すなわち陸軍少尉としての受益喪失と農村労賃相当の受益喪失の内どの損害に対する補償であるのかを特定してその特定された損害から控除する必要はない」として控除を認めたが、1978年の大法院判決[114]は、「軍事援護法上所定の傷痍年金や軍人年金法による退職金は全部が、前者は軍人として戦闘または公務遂行中傷痍を被って転役・退役または免役される場合に、経済的生活安全と福利控除に寄与することを目的として、国家から支給される給与であり、後者は軍人が相当な期間誠実に服務して退職したり心身の障害によって退職または死亡したときに本人やその遺族に適切な給与を支給し、本人及びその遺族の生活安定と福利向上に寄与することを目的に、国家が支給するものである。したがって、実際にその給与を受けうる権利は、いわば軍人の身分取得によって法により国家に対して不確定的に取得する一種の期待権が現実化された

---

111 大判2000.８.18、2000ドゥ 918。

112 【軍人年金法５条】①この法による給与に関して異議がある者は、大統領令の定めに従って、軍人年金給与再審委員会に、その審査を請求することができる。

113 大判1968.４.２、67タ2258。

114 大判1978.９.12、77タ813。

ものであって、不法行為によって新しく取得される利得とはいえない。そうすると、本件のように軍人が公務執行中に国家でない第三者の他人の不法行為によって傷害を負い、それによって退役するようになった場合には、軍事援護補償法によって支給される傷痍年金や軍人年金法によって支給される退職金は、この不法行為による損害賠償請求とは発生事由と目的が異なり、相互関係がないといえるので、その損害額からこれを控除することはできない。このような趣旨から、原告が本件事故後除隊して、国家から退職金と傷痍年金を受け、また将来継続して傷痍年金を受けることになっているので、これを本件損害額から控除すべきであるという趣旨の抗弁を排斥した原審の判断は正当である」と判示して非控除説を取り、一貫していなかった。

しかし、1989年の大法院判決[115]で、「軍人年金法上の退役年金や遺族年金は軍人が相当期間服務した後退職したり死亡したときに、本人やその遺族に適切な給与を支給することで、本人及びその遺族の生活安定と福利向上に寄与することを目的として国家が支給するものであるので（軍人年金法１条）、退役年金と遺族年金は同一の目的と性格を持つ給付とみるべきである。従って、軍人年金法上の退役年金を受けていた者が他人の不法行為によって死亡した場合に、その遺族が死亡した被害者の退役年金相当の損害賠償請求権を相続すると同時に遺族年金を支給されることになった場合、その遺族は同一目的の給付を二重に取得することになるので､その相続人の損害額を算定するにあたっては、その退役年金相当の損害賠償額から遺族年金額を控除するのが衡平の理念に照らして相当である」と判示し、その後も1993年の大法院判決[116]や1998年の大法院判決[117]2002年の大法院判決[118]でも同様の判断をして、控除説が定着したよう

[115] 大判1989.７.25、88タカ21425。

[116]「国家有功者礼遇等に関する法律上支給される年金や遺族年金は受給権者の生活安定と福祉向上を図るための同一の目的と性格を持つ給付といえるので、年金を支給されていた被害者が他人の不法行為によって死亡した場合に、その遺族が死者の年金相当の損害賠償請求権を相続すると同時に遺族年金を支給されのなら、その遺族は同一目的の給付を二重に取得することになり、従ってその相続人の損害額を算定するに当たっては、死者の年金額から遺族年金額を控除するのが衡平の理念に照らして相当である 」（大判1993.10.22、93タ29372）。

[117]「国家有功者礼遇等に関する法律上支給される年金や遺族年金は受給権者の生活安定と福祉向上を図るための同一の目的と性格を持つ給付といえるので、

である。

一方、国家有功者礼遇等に関する法律上での年金については、1998年の大法院判決[119]で、「國家有功者等に年金、各種手当等の補償金を支給する制度は、彼らの生活安定と福祉向上を図るという社会保障的性格を持つだけではなく、彼らの国家のための貢献や犠牲に対する応分の礼遇を施行するものとして、損害を賠償する制度とはその趣旨と目的が異なる」ので、旧国家有功者礼遇等に関する法律によって、「支給されたか支給される死亡給与金や遺族年金は国家が賠償すべき損害額から控除してはならない」として、控除を否定した。

⑶ 国民年金法上の給付

公務員年金や軍人年金に比べて、国民年金法上の給付と損害賠償との競合が問題になった事例は殆ど見当たらないが、2011年の大法院判決[120]で、交通事故による被害者の後遺症が被害者の既往症と競合して障碍年金の支給事由が発生した事案において、「国民年金公団が代位取得する受給権者の損害賠償請求権は、受給権者が障碍年金や遺族年金の支給事由と同一の事由で、第三者に対して請求できる損害賠償額に限定する」としているので、やはり控除説の立場に立っていることが分かる。

Ⅴ 日本との比較及び検討

年金を支給されていた被害者が他人の不法行為によって死亡した場合に、その遺族が死者の年金相当の損害賠償請求権を相続すると同時に遺族年金を支給されのなら、その遺族は同一目的の給付を二重に取得することになり、従ってその相続人の損害額を算定するに当たっては、死者の年金額から遺族年金額を控除するのが衡平の理念に照らして相当である」(大判1993.10.22、93タ29372)。

[118] 「国家有功者礼遇等に関する法律上支給される年金や遺族年金は受給権者の生活安定と福祉向上を図るための同一の目的と性格を持つ給付といえるので、年金を支給されていた被害者が他人の不法行為によって死亡した場合に、その遺族が死者の年金相当の損害賠償請求権を相続すると同時に遺族年金を支給されのなら、その遺族は同一目的の給付を二重に取得することになり、従ってその相続人の損害額を算定するに当たっては、死者の年金額から遺族年金額を控除するのが衡平の理念に照らして相当である」(大判1993.10.22、93タ29372)。

[119] 大判1998.２.10、97タ45914。

[120] 大判2011.５.13、2009タ100920。

不法行為によって損害を受けると同時に利益も得た場合にはその利益を控除するという考え方は、韓国も日本も同じである。しかし、具体的に何を同一の原因による利益をするのかについては、少々異なる部分がある。以下では、具体的な項目で両国の学説及び判例がどのように判断しているのかについて比較してみる。

１　生活費

被害者が生存していたならば支出したはずの生活費は当然控除されるべきであるとされている。しかし、未成年者の場合には、死亡した被害者の生活費を負担していた者が本人ではなくその扶養義務者であるので、被害者の利益とはいえず控除すべきではないというのが両国の一般的な考えである。これに対して、未成年者の生活費すなわち養育費は扶養義務者の出費なので損害額から控除すべきではないが、同被害者の逸失利益を扶養義務者が相続する場合には控除しても不当ではないという見解[121]もみられる。死亡した被害者の損害賠償請求権者である扶養義務者から被害者の生活費を控除しない理由について明確に述べている判例は見当たらないが、韓国の判例の中には、未成年者が被扶養者ではなく扶養者であった場合にはその生活費を控除するという判決[122]がある。未成年者に収入があった場合には、その損害賠償額から死亡した未成年者の生活費を控除するというこの判決は、同一の原因から損害と利益を得た場合にはその損害賠償額から利得した分は差し引くという損害相殺の概念に沿っているとみられる。未成年者の逸失利益から生活費を控除しないという判断の理由としては、未成年者の生活費はその扶養義務者が負担するものであり、損益相殺を行うべき損害と利益の同質性がないとことを挙げている。しかし、死亡した被害者の損害賠償請求権者と死亡した未成年者の生活費を負担する扶養義務者が同一人であるなら、損益相殺の同質性があるともみられるのではないかと思われる。

２　中間利息及び税金

損害賠償額を算定するに当たっては中間利息を控除するということについては、両国とも異論はみられない。ただ、日本では、中間利息の控除は将来の利

121　金疇洙・前掲注（8）793 ～ 794頁、804頁。

122　大判1977.4.26、76タ1131。

得を不法行為時の価額に読み替えるためになされるものであり、損益相殺の一場合ではないとする見解があるのに対して[123]、韓国では中間利息の控除を損益相殺の項目として挙げている文献もある[124]。しかし､殆どの文献で中間利息は、損益相殺の項目としてではなく、逸失利益の算定のところで触れている。中間利息は被害者が長期間に掛けて得る受益を一時金で賠償するために計算する過程で控除されるもので定期金賠償の際には生じないので、被害者が損害とともに得る利得とはみられないものと思われる。

日本の所得税法[125]が人身損害に対する賠償金を非課税所得として規定しており、所得税法が人身損害に対する賠償金を非課税所得としている趣旨は、国は人身損害が生じた場合、不法行為がなければ徴収えたはずの所得税を徴収しないという判断をしたことにあると解する非控除説が有力である。判例では、昭和47年の最高裁判決が非控除説をとって以来[126]、それに従う下級裁判所の判決もあるが[127]、所得税が賦課されることが明らかな場合[128]や高額の所得を得てい

---

[123] 潮見佳男・前掲注（28）277頁。

[124] 金疇洙・前掲注（8）804頁。

[125]【日本所得税法９条】次に掲げる所得については、所得税を課さない。
16. 損害保険契約に基づき支払を受ける保険金及び損害賠償金（これらに類するものを含むし）で、心身に加えられた損害又は突発的な事故により資産に加えられた損害に基因して取得するものその他の政令で定めるもの

[126]「不法行為の被害者が負傷のため営業上得べかりし利益を喪失したことによって被った損害額を算定するに当っては、営業収入に対して課せられるべき所得税その他の租税額を控除すべきではない」（最判昭和45年７月24日民集24巻７号1177頁）。

[127]「逸失利益の算定に当って、損害賠償として得た金員は所得税法上非課税とされているのであるから、所得税を控除して定むべきではない」（大阪高判昭和44年５月15日民集24巻７号1192頁）、「所得税法上損害賠償として得た所得を一時所得として非課税とするか否かは立法政策の問題であって、非課税とされていることがその分だけ加害者の負担を免れる根拠とされるべきではなく、また不法行為制度における消極損害の算定に当っては、まず税法以前の損害を確定し、しかる後に国がその立法政策に基づき自らの権限に基づいてこれに課税するか否かを決するものというべきであるから、損害額から所得税分を控除することは相当でない」（大阪地判昭和59年５月15日判例タイムズ531号226頁）、「納税は、課税権者と納税者間の法的関係に基づく問題であって、被害者・加害者間の損害賠償に関する法的関係に基づく問題とは別異なものであるから、

た場合[129]には、控除を認めている。

これに対して、韓国の所得税法は損害賠償金を非課税所得として挙げていない。判例は、控除説を採る判決[130]と非控除説[131]を採る判決に分かれていたが、1979年の全員合議体判決[132]以来、控除しないという大法院判決が続いている[133]。損害賠償金を非課税と規定していない韓国では税金の控除に否定的である。その理由としては、生命・身体に対する不法行為によって稼動能力の全部または一部を喪失したことで得られなくなった被害者の利益の額を、不法行為によって喪失した稼動能力に対する総評価額と把握し、実質的に損失した損害を賠償させるべきこと等が挙げられている。

加害者が被害者に対して賠償すべき損害額の算定に当たって、被害者が納付すべき税金額を被害者の収入額から差し引いて計算すべき理由はない」（神戸地判平成５年６月25日交通民集26巻３号805頁）、「損害賠償金に対して課税するかどうかは国等の納税権者と被害者との関係として立法政策によって決せられる事柄であり、損害賠償金が非課税にされたことによる利益を被害者が享受する結果となっても、それは加害者の損害賠償額とは無関係な事柄であるから、損害賠償額の算定に当たっては税額を控除すべきではない」（大阪地判平成10年３月26日交通民集31巻２号478頁）。

[128]「一般に休業損害額を算出するに際して基準とすべき年収額の算定については、それに所得税が賦課されることの明らかな額である場合には、相当所得税額を控除すべきものと考える」（東京地判昭和45年８月12日判例時報618号67頁）、「逸失利益の賠償額算定においては、被害者の税額控除後の手取金額が事故のなかった場合の利益を超える利益を取得することが明らかな場合に限り、その限度で租税額を控除すべきである」（東京地判昭和47年５月12日判例時報681号57頁）。

[129]「平均給与額を大幅に超えて高額の所得を得ているものについては、逸失利益の算定に際して、公平の立場から所得税相当分を控除して算定の基礎とするのが相当である」（京都地判昭和55年11月13日判例タイムズ436号167頁）。

[130] 大判1968.11.26、68タ1957、大判1969.２.４、68タ2178、大判1969.４.29、68タ1897。

[131] 大判1967.２.28、67タ11、大判1968.11.５、68タ1771、大判1968.11.26、68タ1957、大判1975.６.24、74タ1001、大判1978.９.26、78タ895。

[132] 大判1979.２.13、78タ1491。

[133] 大判1979.12.28、79タ1727、大判1981.３.24、80タ2578、大判1982.２.23、81タ598、大判1987.12.８、87タカ1799、大判1989.１.17、88タカ122。

3　各種保険金

生命保険金みに関しては、不法行為とは関係なく定額で支払われるものであるので控除されないというのが両国の一般的な見解である。判例[134]も被保険者の相続人を保険受益者として結んだ生命保険契約で被保険者が死亡して保険事故が発生した場合、保険金請求権は相続人の固有財産であると判断している。ただし､複数の相続人の中の特定の相続人が生命保険金の受取人である場合に、死因贈与があったと考えれば生命保険金は遺産に含まれることになり、相続債権者の引当になると解釈することができる。

損害保険金に関しては、保険契約によるものであって損害の填補を本来の目的とするものであるので、保険者の代位によって填補された限度で損害賠償請求権が保険者に移転するという商法の規定があるのは両国共通である[135]。

労働災害保険金に関する法律としては、韓国では勤労基準法及び産業災害補償保険法で、日本では労働基準法及び労働者災害補償保険法がある。

韓国勤労基準法は、１条で「勤労者の基本的生活を保障、向上させ、均衡ある国民経済の発展を図ることを目的とする」と規定した上、78条以下で災害補償について規定し、87条で他の法令による補償と二重の給付を受けることはできない旨を明示している。これに対して日本の労働基準法は、１条で労働条件の原則について規定した上、75条以下で災害補償について規定し、84条での法令による補償と二重の給付を受けることはできない旨を明示している。

また、韓国産業災害補償保険法は、１条で「勤労者の業務上の災害を迅速かつ公正に補償し、災害勤労者の再活及び社会復帰を促進するために、これに必

---

[134]「生命保険の保険契約者が自分を被保険者として、受益者は満期まで自分が生存する場合には被保険者自身を、被保険者が死亡した場合には‘相続人’と指定しただけでその被保険者が死亡して保険事故が発生した場合、保険金請求権は相続人らの固有財産とみるべきであり、これを相続財産とはいえない」（大判2001.12.28、2000タ31502）､「生命保険金契約に基づいて給付された保険金は、すでに支払った保険料の対価の性質を持ち、本来不法行為の原因と関係なく支給されるのであるから、偶然、本件事故のような不法行為により被保険者が死亡することによって、その相続人に保険金が支給されたとしても、これを不法行為による損害賠償額から控除すべきではないと解釈するのが相当である」（最判昭和39年９月25日民集18巻1528頁）。

[135] 韓国商法682条、日本商法662条。

要な保健施設を設置・運営して、災害予防とその他に勤労者の福祉増進のための事業を施行して、勤労者保護に寄与することを目的とする」とし、日本の労働者災害補償保険法も１条で、「労働者災害補償保険は、業務上の事由又は通勤による労働者の負傷、疾病、障害、死亡等に対して迅速かつ公正な保護をするため、必要な保険給付を行い、あわせて、業務上の事由又は通勤により負傷し、又は疾病にかかつた労働者の社会復帰の促進、当該労働者及びその遺族の援護、労働者の安全及び衛生の確保等を図り、もつて労働者の福祉の増進に寄与することを目的とする」としている。

災害補償の内容でも、療養補償・休業補償・障害補償・遺族補償等、韓国と日本の労働災害保険金に関する法制はほぼ同じといえる。

４　年金

韓国で不法行為による損害賠償と損益相殺の問題が生ずるのは、主に公務員年金と軍人年金との関係である。特に軍服務中では、様々な事故が多いので、不法行為による人身損害が発生したとき、国家賠償法と軍人年金法との関係が問題になる場合が多く、判例でも軍服務中の事故を扱った事案が多い。

まず、公務員年金法上遺族年金の控除についてみると、判例は以前は非控除説に立つ判決もあったが、今は控除説が定着している。

軍人年金法等の遺族年金の控除についても、控除説と非控除説に立つ判決が一貫せずに出たが、今は控除説が定着している。

ただし、国家有功者礼遇等に関する法律上での年金については、「社会保障的性格を持つだけではなく、彼らの国家のための貢献や犠牲に対する応分の礼遇を施行するものとして、損害を賠償する制度とはその趣旨と目的が異なる」として控除を否定している。

遺族年金の逸失利益性について、日本の判例[136]は、「…扶助料は、…専ら受給権者自身の生計の維持を目的とした給付という性格を有するものと解される。また、扶助料は、全額国庫負担であり、社会保障的性格の強い給付ということができる。加えて、扶助料は、受給権者の婚姻、養子縁組など本人の意思により決定し得る事由により受給権が消滅するとされていて、その存続が必ずしも確実なものということもできない」とし、これを否定した。これに対して、

[136] 最判平12年11月14日判例時報1732号83頁。

韓国の判例は、遺族年金または遺族扶助金等の給付について、損害賠償の性質を持つものではないので控除しない立場[137]と同一な原因によるものとして二重補償になるので控除すべきであるという立場[138]に分かれている。遺族年金の将来分の控除の可否については、遺族年金を控除すべきであるという立場の判例では、公務員年金法57条[139]に従って、退職年金額の100分の70相当額を控除するとしか言及していない。

学説は、韓国では、年金は控除しないという見解が多いが[140]、日本では年金の逸失利益性そのものを否定する見解もみられる[141]。多くの年金制度で年金受給権者が死亡した場合にはその遺族に遺族給付を与えるとの規定を設けてはいるが、退職年金等の給付は、受給権者が生前支払った金額に対する対価であり、遺族年金も、社会保障的な性格が強いとはいえ、退職年金等を受給していた者の遺族のみに支給される付随的な給付であるので、元になる年金の逸失利益性が認められるのなら、遺族給付の逸失利益性も認められるべきであると思われる。年金の給付を受給権者が生前支払った金額に対する対価と捉えると、逸失利益の算定において不法行為によって喪失した稼動能力に対する総評価額とする場合に、平均稼動年齢を過ぎた者の逸失利益の算定も説明できる。さらに、各種年金の逸失利益性を認めるなら、その控除についても認めるべきである。

---

137 大判1966.６.28、66タ874、大判1970.９.29、69タ289、大判1977.７.12、75タ1229、大判1991.11.８、91タ28955、大判1997.７.22、95タ6991、大判1996.８.23、95タ48483、大判1998.４.10、97タ39537、大判1998.２.10、97タ45914。

138 大判1977.７.12、75タ1229、大判1992.７.28、92タ7269、大判1993.10.22、93タ29372、大判1994.５.10、93タ57346、大判1998.11.19、97タ36873、大判2000.９.26、98タ50340、大判2000.５.12、98タ58023。

139 【韓国公務員年金法57条】①遺族年金の金額はつぎのようである。
１．56条１項に該当する場合には公務員または公務員であった者が得られたはずの退職年季額または早期退職年金額の100分の70に相当する金額。但し、退職年金または早期退職年金を受ける権利がある者が年金受給年齢に到達する前に死亡した場合には（未達年数５年を超過して死亡した場合には未達４年超過５年以内に死亡したものとする）には死亡当時の早期退職年金相当額の100分の70に相当する金額とする。

140 權龍雨･前掲注（5）564頁、金相容･前掲注（1）894頁、金疇洙･前掲注（8）804頁。

141 西村健一郎、『社会保障法』（有斐閣、2005年）103 ～ 104頁。

但し、労働災害保険金のように、各年金制度に代位または求償の条文が設けられるべきであると思われる。

終わりに

Ⅰ　相続財産の範囲の違いから生ずる問題

財産的損害が生じた場合、その損害については当該財産の経済的価値を評価することが可能であるので、損害を高度の蓋然性によって評価する必要なく、当該損害は積極的損害として現実化する。他方、人間の生命・身体等の非財産的損害が生じた場合には、消極的損害として評価せざるを得ない。生命・身体の価値実現には、必ず経済合理的な活動を前提とするわけにはいかず、その毀損による損害の将来の評価は困難である。しかし、それは被害者の側から問題を見た場合であり、加害者の側からは同列に論じられない。例えば、被害者がタンスにしまい込んでいた、かつ、将来も決して着用せず劣化して交換価値がなくなるだろう被服を加害者が破損した場合に、加害者は被服の将来の価値実現の可能性がないことを主張・立証して損害賠償を免れることができないのと同様である。さらに、被害者が受領した損害賠償を、侵害された物の原状回復の費用に使用しようが、新物を購入しようが、遊興費等他の用途に支出しようが、そのことで損害賠償の内容・額が左右されないのと同様であろう。生命の侵害も損害概念の規範化により交換可能な財貨と同様の評価が可能と考えることができる。

人の生命・身体という価値を金銭に評価する際に特に問題となるのは、不法行為の被害者が死亡した場合、その損害はどのように填補されるのかである。権利主体ではなくなった被害者の代わりに、当該不法行為の賠償請求権者となるのは被害者の遺族である。被害者の遺族が損害賠償請求権を行使できる論拠として提示されているのは、被害者本人の損害賠償請求権が相続されるという相続構成と被害者の遺族固有の扶養請求権の侵害による損害賠償請求権と捉える扶養構成である。日本民法の起草者は扶養構成をとっていたが、被害者の重傷の場合と死亡の場合との均衡や司法政策的な配慮ないし便宜等の理由から相続構成をとる見方が増え、相続構成が通説及び判例の立場となった。しかし、死亡した被害者に損害賠償請求権がどう成立するのかという論理的矛盾のため、最近はまた扶養構成をとる見解が増えている。扶養構成をとる説は、特に

精神的損害賠償請求権の場合には、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一身専属権であるし、近親者の慰謝料が別に定められていることを根拠に、相続構成を批判している。

誰がどのような根拠で不法行為によって死亡した被害者の損害賠償請求権を行使するかによって、被害者の相続財産の範囲が違ってくるので、どの構成によるかは被害者の相続人と被扶養者の利害関係に大きく影響する。不法行為によって死亡した被害者の損害賠償請求権を、その相続人が相続できるとすると、その請求権は、被害者の相続人である配偶者及び子が行使することになり、被害者から扶養を受けていた後順位の相続人である父母までには填補は行かない可能性がある。他方、当該不法行為により自分の扶養者（扶養義務者）が死亡したことを、被扶養者（扶養権利者）の固有の権利として損害賠償請求権を請求できるという構成をとると、相続順位では被害者の配偶者及び子の後に来る被害者の父母も、被害者の配偶者及び子と同等の権利を得ることができる。つまり、被害者から扶養を受けていた者は各々の固有の権利として、加害者に損害賠償請求権を請求することができるという結果になる。

他方で、死亡した被害者の損害賠償請求権の相続を肯定すると、死亡した被害者の収入を基準として逸利益を算定するので、相続される賠償請求権の額は、被害者の遺族が受けるはずの扶養利益の喪失額より大きくなり、被害者の救済に有利な面がある。しかし、相続構成は、死亡による損害賠償請求権の成立時点に権利能力を持たない死者に請求権を認めるとことになるという論理的難点を持つ。

相続構成を否定する見解は、相続人に生命の喪失に代わる利益を取得させることに対して否定的である。相続を肯定した場合には、子の死亡により親が相続した場合のように、死亡した被害者が平均余命まで生きるときに得られるより大きな財産的利益を相続人に与える事態があることも指摘される（逆相続）。相続を否定する立場では、遺族に死亡した被害者の権利を相続させる代わりに、固有の利益侵害に限って不法行為法による賠償を与え、損害填補をその限度に止めようとする。これは、個人の独立と現実の損害の填補の原則にも適合的といえないこともない。以下では、この問題が具体化した日本の判例を対象として、問題を考察することとしたい。

Ⅱ　相続構成と扶養構成の併存

不法行為によって死亡した被害者の損害賠償請求権については、韓国と日本の判例は相続構成を堅持しており、学説でも相続を肯定する立場が優位を占めている。しかし、相続構成を採るからといって、扶養利益の喪失による損害を否定しているわけではない。日本の下級審裁判所判決では、しばしば扶養利益の喪失による侵害が認められている。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。相続構成と扶養構成はどちらか一つを選択すべきではなく、併存できる関係にあると考えるなら、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の衝突をどう解決すべきなのかが問題となる。

この問題に関連する日本の判例をみると、内縁の配偶者の扶養利益の喪失による損害が填補されたときは、その額を相続人に填補すべき被害者の逸失利益の額から控除すべきだとした判例[142]がある。相続人の利益と被扶養者の利益が衝突する場合に、被扶養者の扶養利益を優先させたのである。さらに、死亡した被害者が債務超過であったため、その相続人であり被扶養者の遺族が相続を放棄して扶養利益の喪失による損害賠償を求めた事案[143]では、扶養利益の喪失による損害賠償を認めながら、債務超過という事情を斟酌すべきであると判断した。相続構成をとるのであれば、被相続人の債権者は、損害賠償請求権を差し押さえることができるはずである。しかし、上記の判決は扶養構成による損害賠償請求も可能であると判断している[144]。相続構成による損害額よりは少ないとはいえ、被害者が死亡することによって被った損害の賠償がなされたことは確かである。その賠償は、被害者の代わりではなく、遺族固有の損害としてなされたので、損害賠償を受けた遺族が相続を放棄した以上、債権者はその賠償額を弁済に当てることはできない。確かに、債務超過にあった被害者が死亡した場合の損害を扶養構成によって算定することで、不法行為による被害者側を保護することが可能となる場合がある。しかし、死亡した被害者の債権者に

142 最判平成５年４月６日民集47巻６号4505頁。

143 最判平成12年９月７日判時1728号29頁。

144 韓国では、不法行為によって死亡した被害者が債務超過であったため、相続人が喪失した扶養利益に対する損害の賠償を請求した事案は見当たらない。不法行為の多くは交通事故であり、交通事故の場合大体保険で解決されることが多いからである。さらに死亡保険金は受益者の固有財産とみなされているため、債権者は債務者の相続人から債務の弁済を受けることはできない。

は、あまりにも不利な結果をもたらす。通常どおり相続構成による算定がなされたら、損害額も多くなったはずである。それなのに、遺族が扶養利益の喪失という固有の損害として請求したため、債権者はその損害に対しては何の権利も持つこともできなくなる。死亡した遺族に、いずれの構成によって請求するかを決めさせることの妥当性については、疑問が残るとも考えられる。

死亡被害者の逸失利益は、被害者の生活費、被害者の奢侈的支出、被害者の貯蓄部分、家族を扶養するための支出に分けられることができるとすると、被害者の生活費は賠償額から控除され、相続の対象となるのは被害者の奢侈的支出、被害者の貯蓄部分、家族を扶養するための支出ということになる。最判平成12年９月７日判時1728号29頁によると家族を扶養するための支出は相続を放棄した被扶養者にも認められる固有の損害とされているので、相続構成のみによる損害は 被害者の奢侈的支出、被害者の貯蓄部分になる。しかし、被害者の奢侈的支出及び被害者の貯蓄部分の項目について相続を認める必要があるのかは疑問であり、特に被害者の貯蓄部分についてはこれを不法行為の枠組の中で加害者に賠償させる理由は乏しいという指摘[145]がある。しかし、不法行為の被害者が重傷を負い稼働能力を喪失した場合、被害者の奢侈的支出、被害者の貯蓄部分、家族を扶養するための支出は必ず相続される。かつ、生存しているので当然、生活費の控除はない。被害者の奢侈的支出及び被害者の貯蓄部分が相続されないとすると、加害者側としては、被害者に重傷を負わせるより死亡させる方が金銭的に有利ということになってしまう。重傷と死亡の場合における賠償額の均衡を図るという意味では、相続肯定説の事故と死亡の間の法的一秒の議論は無視することはできない。

しかも、このような法的な擬制は他の問題でもしばしば利用されている。例えば、受任者が買入委託に当たって委任者から代金を受領していた場合は、受任者が権利取得すると同時に委任者に権利移転するという合意を推定した判例[146]がある。その結果、委任者は先行する占有改定によって対抗要件を具備し、

---

[145] 水野謙・判例評論509号（判例時報1746号）218 ～ 222頁。

[146]「物権的意思表示ハ受任者カ所有権ヲ取得スル以前ニ之ヲ為スヲ妨ケサルヲ以テ若シ其意思表示ニシテ存セン乎受任者カ第三者ヨリ所有権ヲ取得スルト同時ニ委任者ハ受任者ヨリ所有権ヲ取得スヘク恰モ第三者ヨリ直接ニ所有権ヲ取得シタルト同様ノ外観ヲ呈スヘシ若シ又其意思表示ニシテ存セサラン乎受任者

受任者の差押え債権者に対抗できる。これは、法律的意味での中間者への権利帰属を捨象して、経済的目的による直接の権利帰属を承認したものと考えることもできる。以上の死亡による損害賠償請求権の相続も同様の問題と考えることもできよう。

不法行為による受傷後、別の原因によって死亡した場合に、当該不法行為による受傷と死亡との間に相当因果関係が認められない限り、それが逸失利益つまり消極損害の算定には影響を与えないとした判例[147]や介護費つまり積極損害の算定には、別の原因による死亡という事実を考慮に入れるとした判例[148]を踏まえて考えると、不法行為により生命・身体に対する損害が発生した場合、この損害を填補するための仕組は、物の所有権の侵害の場合における填補と類似していると思われる。不法行為によって機械の一部が破損した場合、その所有権者は加害者から機械の破損を修理するための費用と修理期間中機械の使用ができなかったため得られなかった利益等を損害賠償として請求することができる。これは、傷害の場合、治療にかかる費用と入院中の逸失利益を算定するのと対比できる。また、機械が完全に壊れた場合は、壊れていない状態の機械を処分して得られる金額が賠償額となるが、これは、生命侵害の場合における損害賠償額の算定との対比が可能である。事業所得者の逸失利益を算定する際に代替雇用費を基礎とすることは、完全に壊れた機械を他の機械に取り替えることと同じである。本来人間の価値を物として扱い金銭に換算することは不可能である。しかし、不法行為によって人身損害が発生した場合にはその損害を金銭化する作業が必要であり、人が生きている間どの位の利益を得られるかを判断しなければならない。損害事実説が損害を稼働能力の喪失と判断したのは、

ハ第三者ヨリ所有権ヲ取得シタル後其所有権ヲ移転スル物権的意思表示ヲ為スニ非サレハ所有権ハ委任者ニ移転セサルヘシ委任者カ委任ヲ為スニ当リ代金ニ充ツル為メノ金銭ヲ受任者ニ交付シタル場合ノ如キニ在テハ委任ト同時ニ受任者ヨリ委任者ニ所有権ヲ移転スル物権的意思表示ヲ予メ為シタルモノト推定スルヲ相当トシ受任者カ代金ニ充ツル為メノ金銭ノ交付ヲ受ケス自ラ之ヲ支出スル場合ノ如キニ在テハ斯ル物権的意思表示ナキモノト推定スルヲ相当トス」（大判大正４年10月16日民録21輯1705号）。

147 最判平成８年４月25日民集50巻５号1221頁、最判平成８年５月31日民集50巻６号1323頁。

148 平成11年12月20日民集53巻９号2038頁。

以上の操作に起因するとも考えられる。

しかも、権利能力が存在しない死者の損害賠償請求権を相続するという考え方は、物の所有権に対する不法行為による損害賠償請求の相続のケースと比較しても決しておかしいとはいえない。例えば、自動車事故で自動車が破損し、自動車の破損と同時に自動車の所有者である運転者が死亡した場合、被害者の相続人は被害者に帰属していた自動車所有権を相続することは間違いない。従って、相続人は、自動車の所有権侵害に対する不法行為による損害賠償を相続するはずである。しかし、上記の例では、自動車の破損時には運転者は死亡しており、損害賠償請求権を取得しないはずである。かつ、被害者の相続人が相続するのは、被害者の死亡時だから、その際には自動車は破損しているはずである。そうすると、自動車の破損時には、自動車の権利主体はないという考え方も可能となる。その結果、相続人に帰属するのは既に破損された自動車であり、したがって、相続人には損害賠償請求権は帰属しないと考えることもできないわけではない。しかし、それでは不当である。かつ、有体物の所有権より生命・身体はより重要な法益のはずである。しかも、重傷を負って稼働能力を喪失した場合に損害賠償が請求できるなら、死亡による損害賠償も不可能とはいえない。だから、権利主体がないという以外に、生命自体は損害賠償の対象とはならないという考え方に十分な根拠がないなら、相続構成が不当とはいえないはずである。加えて、生存しているが稼働能力を喪失した場合との均衡からは、相続が不当という評価はますます疑問である。本当の問題は、高度の蓋然性に基づいて逸失利益を計算することの妥当性、しかも、有体物所有権とは異なる生命･身体に関する権利を評価することへの抵抗感であろう。しかし、現在の通説・判例が形成された以上は、少なくとも前者に対する問題性は既に克服されたと考えることも可能であろう。

今ひとつ、扶養利益の侵害を遺族固有の財産的損害と捉える説の最大の問題点は、相続説に比べて賠償額が減少してしまうことである。最判平成５年４月６日の判決では、扶養構成による損害賠償請求権が相続構成による損害賠償請求権より優先され、最判平成12年９月７日の判決では、相続構成による損害賠償請求権が実際上意味を持たない場合の被害者の遺族救済の補助手段として扶養構成による損害賠償請求権が使われている。つまり、死亡した被害者が生前扶養していた者と被害者の相続人が同一人である場合は、損害賠償請求権者がどの構成によって請求するか選択することができるが、死亡した被害者の被扶

養者と相続人が異なる場合は、被扶養者の利益を優先するということになる。このような形での両請求権の並存に問題はないのか。以上に関しては、扶養と債権者への弁済を割合的に考えるという提案[149]もある。しかし、扶養利益と債権者の優劣は、原則としては差押禁止財産の範囲で、前者の債権者に対する優先を考える他はない。特別法でも、公的な年金の給付請求権、生活保護受給金などが、差押禁止財産とされている。しかし、以上は被害者である債務者本人の請求権であり、被扶養者の債権が扶養者が破産した場合の財団債権となるものではない。つまり、扶養請求権には優先弁済権は付与されていない。ただし、破産法34条４項は、破産者の申立により裁判所が自由財産を拡張することを認めている。その際に、病人や就学中の児童を抱えた破産者には自由財産の拡張の可能性が認められうると解されている[150]。その意味では、債権者と扶養権利者は債権者平等である以上に、一定割合で扶養権利者が優先すると考える可能性はある。さらに、破産手続きが取られた場合も、手続が終了しても、時々刻々発生する扶養請求権は存続するが、その場合にも自然人の破産の場合は免責が認められる可能性もある。そうなると、破産終了後は扶養請求権だけが残存し、実質的には優先弁済権を取得したのと同様の結果になる。つまり、被害者が生存していれば、扶養請求権は実際上は債権者に優先すると考える契機は十分存在する。最判平成12年９月７日判時1728号29頁のケースでの遺族かつ扶養権利者の扶養請求でも、扶養義務者の債務の存在を前提として、それが実収入より低いものであっても、賃金センサスを基礎として扶養能力を計算するのでは不十分だと判決は考えている。つまり、扶養権利者の固有の利益であることを認めながらも、他方で、扶養能力が扶養義務者の給付能力に依存するものであることを考慮したものである。ただし、仮に被害者の死亡時点での債権者の債権と扶養請求権者の権利の優劣を考えれば、既発生の債権が将来の扶養請求権に事実上優先するのはさけがたい。しかし、同判決はそのようには考えず、両者の調整を図っていると評価できよう。

次に、扶養請求権と相続の利益の関係を考えると、以下のようになる。扶養利益は扶養請求権者の固有の利益であり、相続以前に発生する。他方で、逸失利益の相続は被害者が平均余命まで生存した場合に始めて発生する仮定的な利

[149] 水野謙・前掲注（126）221頁。
[150] 山本和彦他『倒産法概説』（弘文堂、2010年）545 ～ 547頁。

益である。つまり、生存中に時々刻々発生する扶養請求権とは異なり、相続の利益は死亡時に始めて発生する。扶養利益も扶養能力があれば請求可能な権利ではあるが、相続権は期待権ですらないし、本来扶養能力のない者に十分な相続財産は存在しないであろう。以上からすると、扶養利益は相続利益に優先すると言わざるを得ない。さらに、例えば、死亡者の父母が死亡者から扶養を受けていた場合に、死亡者の配偶者が死亡者の逸失利益を相続した場合に、配偶者が親族関係の終了の意思表示を行えば[151]、被害者の父母に対する生活扶助義務を負担する可能性[152]も消滅する。つまり、扶養請求権と同様に扶養義務も相続の対象とはならないことを前提とすれば、現実に扶養を受けていた者が扶養利益を請求できるのは、むしろ当然と考えられる。さらに、死亡者の子が逸失利益を相続した場合も、祖父母と孫の間の扶養義務に基づいて孫が祖父母に対して扶養義務を負担するに過ぎず､死者に対する扶養請求権は消滅する。かつ、親子と、相父母・孫との関係では、その扶養義務の内容も変わってくるはずである。したがって、この場合でも、扶養利益を優先させる契機は存在する。以上を併せ見れば､扶養利益が相続利益に優先することはむしろ明らかであろう。

遺留分権利者との関係では、被相続人の生前に特段の事情がない限り、生命保険金請求権も遺留分減殺請求権の対象とはならないという東京高裁平10年６月29日判タ1004号223頁との連続性からは、債務超過の場合でも扶養利益の侵害による損害賠償分は遺留分減殺請求の対象とならないのはむしろ当然とも考えられる。なぜなら、扶養請求権は第三者の独自の権利であるし、かつ、保険金請求権と異なり、死亡者の財産からの出捐に基づいて発生するものですらないからである。却って、相続人との関係では、扶養請求権は一種の相続債務と同様の扱いがされるべきであるから、遺留分減殺請求の対象とはならないと解すべきであろう。他方で、生命保険金請求権は、相続財産に帰属しない場合でも、少なくとも既払い保険料は債権者取消権の対象となる可能性がある。既払い保険料は死亡者の財産からの出捐だからである。

---

[151] 【日本民法728条】②夫婦の一方が死亡した場合において、生存配偶者が姻族関係を終了させる意思を表示したときも、前項と同様とする。

[152] 【日本民法877条】②家庭裁判所は、特別の事情があるときは、前項に規定する場合のほか、３親等内の親族間においても扶養の義務を負わせることができる。

扶養請求権の侵害は間接損害であり、かつ、その侵害は債権侵害である。そうなると、通常は故意の不法行為の場合に限って不法行為を構成すると考えることも不可能ではない。他方で、死亡による逸失利益の喪失は、直接損害であり、かつ、財産上の損害である。しかし、被侵害利益は、生命に関する利益であり、最も重要な不可侵性の強い法益侵害のはずである。ゆえに、権利主体が存在しないという点を除けば、当然に不法行為を構成し、損害賠償が可能なはずである。しかも、扶養利益の侵害による損害は、義務者という権利主体が存在しなくなったという損害の中に含まれているから、扶養利益の侵害は実は直接損害を前提としていると考えることも可能である。

被侵害利益の発生の蓋然性という側面からは、相続構成も扶養構成でもその脆弱さに変わりはない。どの構成によるかは結局不法行為によって生じた損害を、どのように被害者側と加害者側の一方に過酷な結果とならないように調整するかに帰着する。相続構成による損害賠償請求権を原則としている状況で、扶養構成による損害賠償請求権を優先させることは、一見矛盾しているようにもみえる。しかし、被害者の被扶養者の喪失した扶養利益は、被害者が平均余命まで生存して死亡した場合に、相続財産を形成する前に消費されるはずであるから、ある意味では、被害者の生活費を控除するのと変わらないとも考えることができる。扶養利益が相続利益に優先すべきことを前提とすれば、両者の並存は決して根拠のないものとはいえないと考えることも可能であろう。

〔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。