

障害児者の逸失利益に関する裁判例の検討

—青森地判平成21年12月25日判時2074号113頁を契機として—

三木千穂

(静岡英和学院大学人間社会学部専任講師)

1. はじめに

人身損害の損害額の算定について、判例は差額説をとっているといわれる。この差額説によると、逸失利益とは、不法行為がなかった場合と現実生じた経済的な差であると捉えられるため、被害者により損害額は異なり、収入の多い者は高く、収入の少ない者は低くなるというのは当然ということとなる。しかし、一方で、判例は、主婦の逸失利益を認め、またその主婦や年少者など実収入がない者の逸失利益については統計上の平均賃金などを基礎収入として算定する方法をとっている。逸失利益の算定は、その被害者の現実をできるだけ反映させようとしながらも、規範的な考慮がなされているのである。

では、被害者自身の何らかの障害により就労可能性がない、あるいは就労可能性が低い者が被害者となった場合、逸失利益はそもそも認められるのか、認められるとしてどのように算定されるのか。本稿では、直近の裁判例を契機として、現在の判例実務における逸失利益の算定方法を確認したうえで、これまでこの点が争点となった裁判例について検討する。損害概念に関する議論にはあまり立ち入らず、基本的には判例のとり差額説の立場に基づいて検討することで、今後の研究の課題を示したい。

2. 青森地判平成21年12月25日（本件裁判例）⁽¹⁾

(1) 事案の内容

自閉症、てんかん、行動障害および重度の知的障害を有するA（16歳男性）が、Y₁社会福祉法人の設置する知的障害児施設の寮において、Aが寮内で他の入所者（成人男性）から繰り返し受けていた暴行被害について、Y₁が安全配慮義務に違反しこれを防止しなかったとして、Aが取得しXらが相続した債務不履行に基づく損害賠償請求権及びY₁がAの被害等をXらに報告すべき信義則上の義務を怠ったことにより、Xらが被った精神的苦痛による損害賠償請求権に基づきY₁に対して各1000万円の損害賠償を求め、また、Aが同寮の浴室で溺死した事故につき、担当職員Y₂とその使用者であるY₁にAに対する安全配慮義務違反があったとして、債務不履行又は不法行為による損害賠償請求権に基づき、Yらに対しAの逸失利益等の損害賠償を求めた事件である。

本稿では、後者のAの死亡事故に関する請求についてのみ検討することとする。

XらはAの慰謝料として2000万円のほか、逸失利益について以下の(a)から(c)の3つを選択的に主張した。

- (a) Aは障害児であったが、障害児における逸失利益の算定において障害児の稼働能力を低く見ると、その逸失利益があまりに少額とな

ることは明らかである。これは、生命の価値を稼働能力によって不当に差別するものであって、平等原則や国際連合で採択された障害者に関する権利条約、障害者基本法の差別禁止条項などに照らし、許容されるものではない。したがって、Aの逸失利益の算定に際しても、賃金センサスにおける全年齢の平均賃金を基礎収入として計算すべきである。(生活費控除率5割で計4075万6274円)

- (b) 仮に、本件死亡時に就労していなかったAについては労働能力の喪失を観念できないとして平均賃金額を基礎収入とすることが困難であるとしても、Aは卒業後に地元の授産施設に通所する意向を有していたものであり、死亡当時16歳であったAの成長の可能性や障害者の就労が拡大している社会情勢に照らせば、将来的にはAが地域社会で自立した生活を送るとともに就労の機会を得た蓋然性は高いから、本件死亡事故発生当時の青森県における最低賃金額が採用されるべきであって、その額は1時間あたり605円である。(月25日稼働で計算し、計2512万5406円)
- (c) 仮に、最低賃金額を基礎収入とすることが困難であるとしても、逸失利益が少なく算出される部分を補うために、慰謝料を増額すべきである。

(2) 裁判所の判断⁽²⁾

(ア) 基礎収入について

(a)の主張について

現在、障害者雇用の促進やノーマライゼーションの観点から、知的障害を有する者を含む障害者の雇用を積極的に行っている一般企業も増えつつあり、一般企業における知的障害者の就労機会は徐々にではあっても拡大しつつあるといえるから、Aが将来的に一般企業に就労する可能性が全くなかったとまではいうことができない。しかし、上記認定のとおり、現状としては、このような企業は依然としてごく少数であり、その受入れ可能な定員も必ずしも多数とはいえ、平成10年から平成19年までにH養護学

校の高等部を卒業した169名のうち、一般企業へ就労した者は僅か3名であることに照らしても、知的障害を有する者が一般企業で就労することが極めて困難であることは否定できない。そして、仮にAが一般企業に就労することができたとしても、現在において予測可能な範囲においては、重度の知的障害を抱える者が健常者と同程度、同内容の労働を行うことは、その将来にわたる発達可能性を考慮しても不可能であるといわざるを得ず、労働の対価として健常者と同程度の賃金を得ることも極めて困難であるというほかないのであって、重度の知的障害を抱える者の賃金水準を可能な限り健常者の水準に近づけることが理想的であり、行政や企業においてこれを実現しうる施策等をとることが望ましいとはいえるにしても、上記のような現実には動かし難いというほかない。以上の点に鑑みれば、Xらが主張するように、Aの逸失利益の算定において、賃金センサスの産業計全労働者の平均賃金額を基礎収入とすることはできないといわざるを得ない。

(b)の主張について

もっとも、上記説示のとおり、知的障害者が一般企業へ就労する機会が増えつつある現状に鑑みれば、健常者の賃金水準には劣るとしても、知的障害者がその有する能力を十分に活用することができる職場において就労する機会を得て、授産施設における作業による賃金と比較すれば高水準の賃金を得ることも可能な状況になりつつあるということができ、このような状況は、障害者に対する理解が遅々としたものではあっても徐々に深化してきていることを示すものというべきであって、今後も将来にわたって、知的障害者がその能力を十分に活用することができる職場が徐々に増加することを期待し得るものというべきである。

他方、上記説示のとおり、死亡当時16歳にすぎなかったAも、今後の長い社会生活の中で、徐々にではあってもその就労能力を高めることができた蓋然性があるのであるから、上記のような知的障害者雇用に関する社会条件の変化を

も併せて考慮すれば、後に説示するとおり約50年にもわたる就労可能期間を残して死亡したAが、自閉症を含む重度の知的障害を抱えながらも、その就労可能な全期間を通して相当の賃金を得ることができた蓋然性を否定することはできないというべきである。

以上から、Aは、その就労可能な全期間を通して、一定の生活支援及び就労支援を受けることを前提として、少なくとも最低賃金額に相当する額の収入を得ることができたと推認するのが相当であるというべきである。したがって、Aについては、最低賃金額を基礎収入として逸失利益を算定すべきである。

但し、稼働日数が月25日というのは不可能であり、20日が相当であるとして基礎収入としては116万1600円とする。

(イ) 生活費控除について

Xらは、Aの生活費控除率を5割として逸失利益の計算を行っているが、既に説示したところによれば、Aは、重度の知的障害者として、日常生活において様々な支援や介助を受けることを要し、医薬品等に係る自己負担分の費用の発生も見込まれるというべきであり、その就労の際にも支援や介助を要することは否定しがたいものといわざるを得ない。そして、このような支援や介助を受けることについて、Aにおいても一定程度の経済的負担を余儀なくされることが見込まれるというべきであって、Aの生活費として支出されるものとすべき金額は基礎収入の5割を超えるものと考えざるを得ない。

そして、諸般の事情を総合考慮すれば、Aの逸失利益を算定するに当たっては、その生活費控除率は7割とするのが相当である。

(ウ) 結論

基礎収入が116万1600円、生活費控除は7割、就労可能年数は67歳までとしてライプニッツ係数を採用して計算し、逸失利益は603万98円とする。なお、A本人の死亡慰謝料は1800万円、Aの両親について各200万円を認める。

3. 人身損害における逸失利益の算定

(1) 損害とは何か。この点について、判例は差額説あるいは労働能力喪失説に立っているとされる。損害概念に関する学説は次のように整理される⁽³⁾。差額説は仮定的総財産額と現実の総財産額の差をもって損害とする総体差額説（金額比較説）と、仮定的な事実状態と現実の事実状態の差をもって損害とする見解（事実状態比較説）に分かれる⁽⁴⁾。両者は何かと何かの差をもって損害とする点では共通するが、前者には損害概念の中に金銭評価が含まれるが、後者は損害が事実レベルで捉えられており、金銭評価の手続は損害概念から切り離されるといえる。これに対して、損害を「差」とするのではなく、事実であるとするのが具体的損失説であるが、この具体的損失説も、権利侵害と損害を峻別せず、死傷という事実が損害であるとする死傷損害説と、権利侵害と損害を峻別する考え方に分かれる。権利侵害と損害を峻別する考え方はさらに、個々の損害項目ごとに被った不利益を損害とする個別的な不利益説と、総体として法益が被った不利益を損害と見る総体不利益説に分かれる。

判例が差額説によっている、といわれるときに想定されている差額説は、上記で言うと総体差額説であるが、一方で判例実務は、損害を積極的損害、消極的損害、精神的損害に細分化し、それぞれの項目で算定した額を足すという個別項目積上げ方式をとっている。この算定方式は差額説のいう「差額」を計算する手法として細分化したものだという説明もできるが、「損害を包括的の一体として捉える差額説とは矛盾する契機も孕んでいる」との指摘がなされている⁽⁵⁾。

個別項目積上げ方式を採用した場合、不法行為があった場合となかった場合の差額が損害であるとする差額説の考え方がもっとも反映されるのは、消極的損害、すなわち逸失利益の部分である。ここで逸失利益とは不法行為によって

現実に生じている収入の状況と不法行為がなかった場合にはあったであろう収入の差額をいうこととなる。この差額説を貫くと、被害者が不法行為時に年少だったなどで就労をしていなかった場合には、その算定の方法が問題となる。

- (2) 最高裁ははじめ算定の困難性を理由に年少者の逸失利益の請求を認めていなかったが(最判昭和37年5月4日民集16巻5号1044頁など)、最判昭和39年6月24日民集18巻5号874頁でこれを覆す。すなわち、「年少者死亡の場合における右消極的損害の賠償請求については、一般の場合に比し不正確さが伴うにしても、裁判所は被害者側が提出するあらゆる証拠資料に基づき、経験則とその良識を十分に活用して、できうるかぎり蓋然性のある額を算出するよう努め、ことに右蓋然性に疑がもたれるときは、被害者側にとって控えめな算定方法(たとえば、収入額につき疑があるときはその額を少な目に、支出額につき疑があるときはその額を多めに計算し、また遠い将来の額に懸念があるときは算出の基礎たる期間を短縮する等の方法)を採用することにすれば、慰謝料制度に依存する場合に比較してより客観性のある額を算出することができ、被害者側の救済に資する反面、不法行為者に過大な責任を負わせることともならず、損失の公平な分担を窮極の目的とする損害賠償制度の理念にも副うのではないかと考えられる。要するに、問題は、事案毎にその具体的事情に即応して解決されるべきであり、所論のごとく算定不可能として一概にその請求を排斥し去るべきではない」としたのである。

この最高裁の判断は、まだ就労していない年少者に逸失利益を認めたのみならず、その算定について「蓋然性に疑がもたれるときは被害者側にとって控えめな算定方法」を採用するとしたものである。不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、損害の発生の実事及びその額の立証責任は原告にある。しかし、不法行為当時に就労していないため収入がない場合には逸失利益の額を立証するのは困難であるところ、こ

の立証がないとして逸失利益の賠償請求部分を棄却するのではなく、裁判所が控えめな算定方法を採用して算出した額を認定するべきであるとの判断をしたのである。

そして、当時女性は結婚すると同時に退職して主婦となることが一般的であったため女兒については就労可能年数を平均初婚年齢までに限定すべきであるとの見解もあったが⁽⁶⁾、最判昭和49年7月19日民集28巻5号872頁は「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ものと推定するのが適当である」として、女兒についても(同時に主婦についても)就労可能期間全てに逸失利益を認めた。その後、年少者の逸失利益については、学歴別あるいは男女別などの平均値をとるかについては事案により異なるものの、賃金センサスのどれかの平均賃金を基礎収入とする算定方法が確立することとなる。

特に交通事故については、平成11年には東京・大阪・名古屋各地方裁判所交通専門部総括判事名で「交通事故による逸失利益の算定方式についての共同提言」(以下、共同提言という)が出され、その共同提言の骨子では「交通事故による逸失利益の算定において、原則として、幼児、生徒、学生の場合、専業主婦の場合、及び、比較的若年の被害者で生涯を通じて全年齢平均賃金または学歴別平均賃金程度の収入を得られる蓋然性が認められる場合については、基礎収入を全年齢平均賃金又は学歴別平均賃金によることとし、それ以外の者の場合については、事故前の実収入額によることとする。」とされた⁽⁷⁾。共同提言ではその内容について「各裁判の個々の事件における判断内容を拘束するものでないことは当然のことである」としているが、現在の裁判実務が基本的にこれによっていることは明らかであろう。

このように、人身侵害による損害賠償請求をする原告は、年少者などで現在実収入がない場合には、逸失利益としては、賃金センサス上の適当な平均賃金を基礎収入とした算定額を主張

すれば立証としても足りることとなり、原告がその程度の収入を得ることができないなどの事情は被告が主張立証することとなる⁽⁸⁾。

- (3) 年少者や主婦、無職の者にも逸失利益を認める根拠として、差額が存在しなくても、労働能力の喪失があればその労働能力喪失という事実を損害とし、逸失利益があるとするのが労働能力喪失説である。労働能力喪失説は、労働能力の喪失という事実を損害ととらえることから、差額説ではなく具体的損失説に分類される。前述のように判例が労働能力喪失説をとっているとされることもあるが、これが差額説ではなく労働能力喪失説を採用しているという意味であれば、それは正確ではないだろう。判例はあくまで損害を、金銭的評価を含んだ概念でとらえており、その金銭的評価が難しい場合に、労働能力の喪失を金銭的評価の材料としているにすぎないと思われるからである⁽⁹⁾。これは最判昭和42年11月10日民集21巻9号2352頁が「損害賠償制度は、被害者に生じた現実の損害を填補することを目的とするものであるから、労働能力の喪失・減退にもかかわらず損害が発生しなかった場合には、それを理由とする賠償請求ができないことはいうまでもない」としていることから明らかであろう。また、逸失利益の算定については、年少者で未就労の場合には、賃金センサスの学歴計男女別平均賃金を基礎として算定するとされていたが、男女で労働力には差がないとして、是正するべきではないかとの議論がなされ、最近では、女兒の場合については、全労働者平均賃金を基礎とするのが主流となっている⁽¹⁰⁾。しかし、男女の労働能力が同じで、損害は労働能力の喪失だとするのであれば、男児は男子の平均賃金、女兒は全労働者の平均賃金とするのは筋が通らない。
- (4) 現在、逸失利益の算定は、実収入もしくは平均賃金等を基礎収入として後遺障害あるいは死亡していなかったならばどのくらいの収入を得て残存していたかを算出し、中間利息

を控除し現価に直す、具体的には、後遺障害による逸失利益については基礎収入×労働能力喪失率×喪失期間に対応する中間利息控除係数、死亡逸失利益については基礎収入×(1-生活費控除率)×就労可能年数に対応する中間利息控除係数という算定方法がとられている。中間利息の割合については、最判平成17年6月14日民集59巻5号983頁が「損害賠償額の算定に当たり、被害者の将来の逸失利益を現在価格に換算するために控除すべき中間利息の割合は、民事法定利率によらなければならないというべきである」としたことから年5分で控除することが定着している。計算方式としてはホフマン式とライブニッツ式があるが⁽¹¹⁾、交通事故について前述の共同提言がライブニッツ式を採用するとして以来、全国的にライブニッツ式が主流となったといえるが、最高裁はいずれも不合理とはいえないとしており⁽¹²⁾、最近ではライブニッツ式を採用した1審判決を取り消してホフマン式を採用した高裁判例も出ており⁽¹³⁾、改めて議論がされているところである⁽¹⁴⁾。

生活費控除については、損益相殺の考え方によるものと説明される⁽¹⁵⁾。損益相殺とは、不法行為によって生じた損害を算定するに際して、損害を被りながら、他方で同一の原因によって利益を得た場合に、損害から利益を差し引いた残額をもって賠償すべき損害とする概念である。被害者が生きていて収入を得ていたならばその生活をするために支出がなされたはずであり、死亡したことでその支出を免れたのであるから、その利益を控除すべきであるということである。前出の最判昭和39年6月24日民集18巻5号874頁も「収入から被害者本人の生活費を控除するのは、本人の生活費は、一応、収入を得るために必要な支出と認められるからである」としている。このような性質から鑑みれば、控除される生活費はその被害者本人の生活に必要な具体的な金額を算定すべきである⁽¹⁶⁾ということとなるが、算定の困難性や迅速性の要請から、類型化・定形化が図られており、被害者

の性別や被扶養者の有無等に応じて、収入額に対する一定の割合を生活費とみなす方法がとられている⁽¹⁷⁾。なお、労働能力喪失説の立場からは、労働能力を再生産する必要経費であるとして控除するとの説明がなされている⁽¹⁸⁾。

4. 障害児者の逸失利益に関する裁判例

差額説を前提とすると理論上、不法行為がなかったとした場合と現実が生じた経済的な差が損害であるということになるので、逸失利益の被害者がもともと就労できる可能性が全くない場合には、財産状態の差が生じず、損害がないということとなる。不法行為の被害者が障害児者であったことからその労働能力との関係で逸失利益が争点となった事例は最高裁判例では見当たらないが⁽¹⁹⁾、下級審では、判例集に搭載されたものとして、逸失利益を否定した裁判例と、逸失利益を肯定した裁判例が下記のとおり存在する⁽²⁰⁾。

(1) 逸失利益を否定した裁判例

①千葉地裁八日市場支判昭和56年10月26日交民集14巻5号1217頁

幼時、はしかにり患し、高熱を發したことからより知能障害をおこし、知能程度は五歳という認定を受けていたが、父親の指導のもと簡単な農作業に従事していた33歳の男性が交通事故でいわゆる植物状態になった事案について、「父親の如き指導者がそばについて指示し、教え、一緒にしなければ、前認定の程度の簡単な作業をしないとすれば、原告の労働の対価（勤労所得）から、指導者に対する報酬を支出しなければならず、それを考えると、右能力の喪失は慰謝料によって考慮するほかなく、結局後遺症による逸失利益を認めることはできないと謂わざるを得ない」として、逸失利益はみとめず、「現在の症状は、死亡よりも悲惨ということもでき、また…能力喪失の点を考慮すると、後遺症によって原告の蒙った精神的苦痛を慰謝するものとしては1500万円をもって相当」とした。

②東京地判昭和63年7月26日交民集21巻4号716頁

自閉症児（男、7歳5カ月）が交通事故により、後遺障害（障害等級1級3号該当）を残した事案について、「本件事故前における同原告の生育状況、特に、同原告が自閉症児の特徴とされる症状のほとんどを有し、しかも7歳5カ月に達していた本件事故当時においても言葉をまったく発することができなかった等前示認定の事実に鑑みると、同原告が本件事故に遭遇しなければ、有給の労働者として就労しうる精神的・肉体的条件を具有しうると至ったであろうと認めることはできないといわざるを得ない」として逸失利益は否定し、後遺症慰謝料については「同原告が逸失利益を喪失したものと推認するには困難があることなどの事情を併せ考慮」して、1500万円とするのが相当としている（両親固有の慰謝料は各300万円）。

③東京地判平成2年6月11日判タ742号88頁

脳性麻痺の幼児（男、3歳1カ月）が自治体から派遣された在宅訪問指導員がベビーカーを横転させた事故により脳性麻痺が悪化した事案において、「原告は本件事故の直前において、将来就労が可能であるかについてはまったくの不明であり、また当時日常生活の全てに渡り介護が必要な状態であり、将来その必要が亡くなるか否かも不明であったというのであるから、就労が可能であり、介護が本件事故直後から必要でないことを前提とした逸失利益、付添介護費用の請求については根拠がなく認められない」とした。慰謝料は本人300万円、母親150万円（請求額はそれぞれ3000万円、1500万円）とした。

④千葉地松戸支判平成4年3月25日判タ792号131頁

フェニルケトン尿症（アミノ酸代謝異常の一種）に罹患し、脳障害を有していた特殊学級に所属する中学1年生（女、知能指数50～60＝小学生1年生程度）が校外学習中に遊具から転落

負傷し、下半身が完全に麻痺し、身体障害者第1級に該当する後遺症を負った事案について、「本件事故の前後を問わず、原告のフェニルケトン尿症に伴う知能障害自体が改善される見込みは乏しく、仮に原告が将来単純労働ができるようになったとしても、普通の職業に就くことは困難であり、訓練を兼ねた養護施設内での単純作業などに限定されるのであって、本件全証拠によっても、原告が逸失利益の対象となるべき収入を得られたものであるかは不明と言わざるを得ず、原告に後遺障害による逸失利益を認めることはできない」とした。慰謝料は入通院に対するものも含めて、本人2500万円（請求額どおり）とした。

⑤大分地判平成16年7月29日判タ1200号165頁

先天的な脳性麻痺による四肢体幹機能障害を有する11歳（生後基本的に寝たきりの状態）が養護教諭による無理な動作訓練（座位保持訓練）により大腿骨を骨折しその結果死に至った事案について、「被害者の障害が末端の器官や組織の一部の損傷等にとどまらず、脳自体の先天的な発育不全に由来するものであることを念頭におけば、現在までの科学技術・医療技術の進歩の結果を踏まえ、さらに近い将来までも展望したとしても、かかる脳の先天的な発育不全状態を修復する技術発展の可能性を十分に考慮に入れても、未だ被害者が稼働能力を取得する蓋然性を認めるに足りる立証はなされていないといわなければならない。」とした。そして、「逸失利益に関してはこれを認めることはできず、慰謝料算定の限度で諸事情を考慮するのが相当」として、死亡についての慰謝料について本人2000万円、両親が各200万円（請求額はそれぞれ2000万円、500万円）としている。

(2) 逸失利益を認めた裁判例⁽²¹⁾

⑥千葉地判昭和62年8月7日交民集20巻4号1018頁

統合失調症（当時は精神分裂病）に罹患（当時は通院中で無職）していた33歳の男性が交通

事故により死亡した事案において、「逸失利益については統計資料による平均賃金を基準とするのが相当であるが、被害者が平均的賃金をそのまま得られたものと推認するのは相当ではなく、事故直前には入院治療を要していなかったことを考慮しても」賃金センサスの男性労働者学歴計33歳の年間平均賃金額の約9割の収入を得るに止まるものと推認するのが相当であるとしている。慰謝料1200万円（請求額は1500万円）とした。

⑦横浜地判平成4年3月5日判タ789号213頁

16歳の自閉症児甲が県立養護学校の水泳授業中に溺死した事案において「卒業後の進路としては、地域作業所に進む蓋然性が最も高いと認められるから、甲の死亡による逸失利益の算定に当たっては、右作業所入所者の平均収入を基礎とすべきである」とし、神奈川県内の地域作業所の当時の1人当たりの年間平均工賃7万円余りを前提とし67歳までの逸失利益を120万円余りとした（生活費控除はなし）。慰謝料は本件事故の態様、とりわけ本件事故が被告教師の重過失によって発生したこと、被害者の「逸失利益の認定額」等諸般の事情を考慮し、1500万円とした。（両親は各500万円）

⑧大阪地判平成4年6月25日交民集25巻3号744頁

50歳の女性が交通事故により受傷した事案において、休業損害については「原告は、本件事故当時、50歳の女性で、二女と二人暮らしをしていたが、両眼の角膜白斑及び強度近視のため身体障害者一級の認定を受けていたうえ、重度の精神障害者である二女の世話をしなければならなかつたことから、収入のある職に就くことができず、生活保護を受けるとともに、長女から経済的援助を受けていたほか、家事の一部を手伝ってもらっていた」との事実により、「原告は、本件事故当時、休業によって失うべき自身の収入はなく、かつ、原告の家事労働を、一般の主婦と同様に評価することはできず、原告

主張の日額6340円（年額231万4100円）と評価することは相当ではな」く、また、「原告の家事労働に対し、一定の評価がなされるべきであるにしても、前記治療経過からして、原告主張の治療期間全部にわたり、その能力を完全に制限されたものとは考え難い」としながらも、「これらの点をあえてさて措き、原告主張どおり休業損害を算出するとすれば」として、606万1040円と認めた。逸失利益については、「原告には、本件事発当時、収入がなく、かつ原告の家事労働を原告の主張のように評価しうるかについては疑問のあることは前認定のとおりである。そして、この点をさて措くにしても、原告の後遺障害のうち、外貌醜状が原告の家事能力に影響を与え難く、原告の後遺障害は、左足関節の機能障害（11級該当）を中心に考えられるべきことになる。そして、これらの障害の内容・程度を考え合わせた場合、原告の労働能力は67歳に達するまでの14年間について、平均して20パーセント程度制限されたものと評価されるべき」として、原告主張の日額6340円を算定の基礎とし、ホフマン式計算法により432万5469円を認めた。そして慰謝料については、「原告の前記後遺障害の内容程度に原告の境遇、更には原告の外貌醜状について逸失利益が認められていないこと等諸般の事情を総合勘案すると、後遺障害慰謝料は、1200万円とするのが相当である」としている。

⑨東京高判平成6年11月29日判タ884号173頁

上記裁判例⑦控訴審。まず「年少者の死亡時点における人間の能力、価値を固定化し、この時点に明らかにされている要因だけを基礎として年少者の死亡による逸失利益を算出することが、必ずしも絶対的な方途ということができない場合があると推察されるのである。このような場合には、不確定ながら年少者であるが故にまた潜在する将来の発展的可能性のある要因をも、それが現時点で相当な程度に蓋然性があるとみられる限りは、当該生命を侵害された年少者自身の損害額を算定するにあたって、何らか

の形で慎重に勘案し、斟酌しても差し支えないものとする。このことは、こと人間の尊厳を尊重する精神のもとで、ひとりの人間の生命が侵害された場合に一般化された損害の算式によりある程度抽象化、平均化された人間の生命の価値を算出する方法を取るなかで、これによる算定額によるのみならず、それが実損害の算定から掛け離れたものとならない限り不確定ながらも蓋然性の高い可能性をもつ諸般の事情をも十分に考慮されてもよいといえるからであって、このことは不確定要因の多い年少者の場合に往々いえることである」と述べ、このような観点から地域作業所の「作業による年収額が余りにも現実の労働に対する対価とは質的に異なるほど低廉…であるというのであれば、相当に大幅な修正を施さない限り、一人の人間の生命の現価として数額をもって評価するには、非現実的で労働による収入額とは掛け離れた数額となりかねないであろう。たしかに甲は、自閉症で知能障害があるとはいえ軽度なランクであり、そのIQは67まで上っていたのであり、このような甲という人間一人の死亡による損害額を算定する要素としては、右被控訴人ら指摘の地域作業所における作業による収入額をそのまま使用して甲の逸失利益を算定するには適当ではないといわざるを得ない。もっとも、この不適当な部分は慰謝料の額で補完すればよい面もあろうが、慰謝料の補完機能にもおのずから限度があると思われるのである」として、神奈川県内の最低賃金日あたり4000円を基準として、月22日の労働、生活費控除20%として1758万円となり、また、神奈川県立養護学校高等部卒業自閉症男子生徒平均初任給の1カ月8万円を基準として、生活費控除20%とすれば1782万円となることから、逸失利益1800万と認定（いずれも稼働期間は60歳まで）。生活費控除率が低い点については「現実には生活費の占める割合はそれ以上の割合となることもあろうが、前示の低額で固定化された低収入額を基礎とするにとどまるとすれば、先にみたように、おのずから甲の生活費は両親その他の近親者の援助ない

し公的扶助により補充，補償されることになる蓋然性が高いことにならうかと推測されるから」としている。

⑩大津地判平成15年3月24日判タ1169号179頁

この事件は第1事件，第2事件からなるが，ここでは第1事件とされるものについてのみ触れることとする。知的障害と精神障害を伴っていた33歳の男性乙が，雇用主の投棄の中止，暴行等及びその後の不適切な対応という不法行為により死亡した事案において，「乙の年収を的確に示す証拠はない。しかし，当時の滋賀県が定める最低賃金額は日額3835円であり，これを基礎に1カ月に25日勤務として年収を計算すると115万0500円となるから，乙は，知的障害と精神障害を伴っていたものの，最低賃金適用除外許可がされない限り，最低限，この程度の収入は得られたものと解される。一方，賃金センサス平成2年第1巻第1表では，中卒・33歳の男子労働者の年収額は398万1900円で，上記最低賃金額はこの約28.9パーセントに相当する。したがって，滋賀県が定める最低賃金額が毎年増額されていくこと等を考慮すると，乙の逸失利益は，平成2年当時の中卒・全年齢男子労働者の年収額を基礎として計算した逸失利益の約28.9パーセントに相当するものと解するのが合理的である。そこで，賃金センサス平成2年第1巻第1表の中卒・全年齢男子労働者の年収額453万5200円を基礎とし，生活費控除率を50パーセント，就労可能年齢を34年として」ライブニッツ係数を用いて計算し，約1161万円とした。慰謝料については，被告雇用主の日常的な行為による精神的苦痛に対するものも含めて2500万円とした。

⑪東京地八王子支判平成15年12月10日判時1845号83頁

知的障害のある42歳男性丙が，勤務するクリーニング工場で事故により受傷，死亡した事案において，丙は平成10年度には233万9486円，平成11年度には224万4858円の給与を得ていた

が，これは被告会社が労働基準法等関係法令に則って算出されておらず低額だったとして「逸失利益算定の基礎収入とするのは相当ではない」と述べたうえで，「丙の経歴，丙の労働者としての能力，丙の被告会社が労働基準法等関係法令に従って賃金を算定したならば丙が得たであろう賃金の額等を総合考慮すると，丙の逸失利益算定の基礎収入は，賃金センサス平成12年第1巻第1表，男性労働者・学歴計・中卒の40歳ないし44歳の平均賃金である482万6000円の7割に当たる337万8200円とするのを相当と認める」とし，就労可能期間を67歳までの25年，また本件事故当時独身者であったとはいえ両親を扶養する一家の支柱であったと認められることから生活費控除を30パーセントとして計算し，逸失利益として3332万円余りを認定した。慰謝料については，両親の固有の慰謝料も含めて2600万円とした。

5. 検討

- (1) これらの裁判例で逸失利益を認めた事例は，基礎収入について，いずれも健常児者よりも低い基準を用いている。差額説あるいは労働能力喪失説を前提とする判例の立場によると，障害があろうとなかろうと，健常児者と同様の現実の収入もしくは労働能力があると認められる場合には，同様の基準で算定することとなり，問題とはならない。すなわち，判例の立場で障害児者の逸失利益が問題となるのは，被害者に障害があるが故に健常児者と比較して，現実の収入もしくは労働能力が低い，あるいは労働能力がないと考えられる事案であり，そのような事案において具体的にどのような算定がなされているかが本稿での検討の対象となる。

以下，就労可能性と基礎収入に関する当事者の主張と裁判所の判断の関係および生活費控除の点を中心に，本件裁判例との比較，検討をすることとする。

- (2) まず，被害者が事故当時，就労年齢に達し

ている裁判例は①⑥⑧⑩⑪であるが、そのうち、事故当時有職者であった裁判例⑩⑪は逸失利益を認めている。また事故当時は無職であったが、就労経験のある裁判例⑥も同様である。これに対し、裁判例①は、簡単な農作業には従事しているものの、簡単な作業であっても父親の指導が必要ということからすれば逸失利益を認められないとしている。裁判例⑧については、その理由づけに不明な点が多いが、主婦について家事労働について喪失率20%として逸失利益を認めている。就労可能性の認定は、就労の実績が大きな判断要素となっているといえよう。

また、有職者であれば基礎収入は事故当時の実収入とするのが原則であるが、裁判例⑩⑪のように地域作業所のような特殊な勤務形態であることや、労働法規違反の劣悪な労働条件であったなどの理由から有職者であっても基礎収入の判断が難しい場合があることもわかる。

- (3) 次に、その基礎収入について、判決文にあらわれている当事者の主張を見ると、逸失利益を否定した裁判例において、原告側は、裁判例①では賃金センサスの年齢別の平均賃金、裁判例②③④は賃金センサスにおける男女別の産業計、企業規模計、学歴計の平均賃金を基礎として算定した逸失利益を主張し、他の基準による予備的な主張をしていない。裁判例⑤も同じく、賃金センサスの男女別全労働者平均賃金を基礎として算定した額を主張したうえで、「裁判所があくまで、人間の物的側面にこだわるのであれば、国の総体としての経済的利益が、我が国における居住者総体によって生み出されるものである以上、1人当たりの国内総生産額をもって損害額を認定することが憲法原則に適合するものである」との主張もしているが、具体的な損害額は主張していない。一方、被告の反論は、裁判例①は「喪失労働能力はゼロといわざるを得ない」、裁判例②でも「今後社会に適応する能力を身につけ、賃金を得て生産活動に参加することができるようになる」とは到底考えられない

から、同原告には本件事故によって喪失した逸失利益はない」、裁判例③では、被害者の症状からすると「本件事故が発生しなかったとしても就労は困難であった」として損害が存しないとしている。裁判例⑤では「ほぼ寝たきりで全介護の状態が継続し、治療や何らかの訓練を行ったとしても、将来就労することが可能な程度の思考力、運動力は到底見込めず、将来の就労可能性が認められる状態ではなかった」との反論に加えて、「人間は、千差万別の生活利益を得ているのであるから、仮に外形上同程度と見られる人身損害があった場合であっても、これによって被害者が現実には被る具体的不利益は一様ではなく、かかる一様ではない事実に基づき損害賠償額を算定する以上、被害者によって損害額に差異が生じるのは当然で、憲法上の平等原則に反するとはいえない」との主張をしている。裁判例④では、被告は原告の損害についてはいずれも知らないし争うとしたうえで、過失相殺の抗弁を主張し、原告について「小学校1、2年生程度の知的能力を有し、本件事故以前には、将来において若干の収入を得ることができるとして被害者側の過失を主張している。

では、逸失利益が肯定された裁判例での当事者の主張はどうか。まず、裁判例⑥で原告は、賃金センサス男子労働者、産業計、学歴計、33歳の年間平均賃金額を基準に生活費控除4割で算定した逸失利益を主張したのに対し、被告は「通常人同様の稼働能力があると認めることは困難であり、減額がなされるべきである」と、あくまで「減額」すべきとの反論をしている。裁判例⑦では、原告が全労働者の平均年収額を基礎とすべきであるとの主張をしたのに対し、被告は被害者の資質及び進路希望等を考慮したうえで、被害者が就職する蓋然性の高い地域作業所の平均年収額に従って算定されるべきであると反論している。そして、この裁判例⑦の控訴審である裁判例⑨では、控訴人（原告）は、第一次的算定方法として賃金センサスの男子労働

者の平均賃金による通常の計算方法を主張したうえで、二次的算定方法として全労働者の平均賃金を基準とした算定額（3780万円余り）、さらに「仮に賃金センサスの数値を基礎としないとしても」として、三次的算定方法、すなわち神奈川県における最低賃金を基礎として算定した額（2774万円余り）及びこれを基礎とするときには「その低廉な金額及び公的給付金等が生活費に充てられることからして最低賃金から生活費を控除することは不当であるし、さらに最低賃金は労働について経年や熟練化を度外視した、いわば『初任給』的金額を基礎とするのであるから中間利息の控除方法はホフマン方式を採用すべきである」との主張をしている。そして、四次的算定方法として、神奈川県養護学校卒業の自閉症男子生徒の平均初任給を基礎とする算定も主張する。これに対し、被告（被控訴人）は第一次的及び二次的算定方法については「著しく現実とかけ離れた不合理なものであり、損害賠償制度の本質に反する」と反論し、三次的算定方法については、「最低賃金は一日8時間の労働を前提とし、かつ、一か月のうち25日間労働に従事することを前提とするものであって」被害者にとって「非現実的」であるとし、生活費も相当額控除なされるべきであり、ライブニッツ方式をとるべきであるとしている。四次的算定方式についても、同様に、生活費控除・ライブニッツ方式の採用を反論として主張している。

裁判例⑩については、判決文からは被害者死亡に関する請求額が5032万円余りであることその他は、それぞれの主張の内容も含めて不明であるが、原告は被害者個人の慰謝料として3000万円、両親の慰謝料を各1000万円として算定しているようである⁽²²⁾。本件訴訟は、被告会社で劣悪な労働条件で勤務していた知的障害者及び身体障害者の集団訴訟であることから、当該被害者についても個別項目を積み上げる方式ではなく慰謝料名目でいわゆる包括請求がなされたものと考えられる。

裁判例⑪では、原告は被害者が当時42歳であ

ったことから、賃金センサスの40歳から44歳の平均年収額を基礎として算定した額を主張しているのに対し、被告側は過失相殺の主張をするのみである。

以上から、当事者の主張と裁判所の判断の関係については、逸失利益が否定された裁判例は、原告側は基本的には、健常者と同じ基準で算定した逸失利益を主張し、それに対して被告側は原告の就労可能性はないとの反論がなされているといえる。そして、裁判所はこれらの主張にそった判断をし、健常者と同じ収入を得る可能性が認められないとして、逸失利益を否定しているのである。また、裁判例①②⑤は逸失利益が認められないことを、慰謝料を算定するうえで考慮したことを明示しており、また裁判例④でも他の同様の事案と比べてやや高いと思われる原告の請求額をそのまま認めている。

それに対し、逸失利益が肯定された裁判例では、原告側が健常者と同様の算定方法によるだけでなく、他の基準額を提示したうえで、逸失利益の額を具体的に主張し、被告側もそれに応じて具体的に反論をしているものが多い。

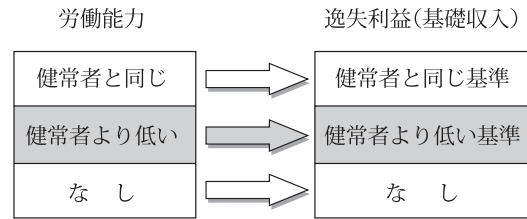
もっとも、被告が被害者本人の過失を主張して、過失相殺の抗弁の主張をする場合には、被害者の事理弁識能力が前提となる（最判昭和39年6月24日民集18巻5号854頁）ことから、労働能力に関する被告側の反論が難しいこともあろう。

(4) 上記の裁判例を時系列で見ると（文末【別表】参照）、基礎収入については、裁判例⑦以降、賃金センサス上の平均賃金以外の統計値を裁判所が用いるようになっていくことがわかる。

不法行為に基づく損害賠償請求訴訟においては、損害の発生の事実及びその額の立証責任は原告にあるとされるが、年少者などの現実に収入がない者が被害者である場合に、その立証責任が軽減されているのは前述のとおりである。そして、裁判所は原告の主張する額の範囲内であれば、損害額の認定が可能である。原告の主張する算定方法と異なる算定方法により原告の

主張立証よりも多くの損害額を認定することは弁論主義に違反するが、弁論の全趣旨から原告の主張とは異なる算定方法により低い損害額を認定することは弁論主義に違反しない。ところが、裁判所はそれまでは逸失利益を平均賃金を基礎として認めるか（あるいはそれを基準として何割とする）、逸失利益を認めないかであったところ、裁判例⑦は原告が全労働者の平均賃金を基礎とした算定額を主張したのに対し、被告側が地域作業所の平均賃金を基礎とすべきであると反論し、裁判所がこれを認定した。さらに、その控訴審の裁判例⑨で、控訴人（原告）は「原判決の立論には所得喪失説や稼働能力喪失説を前提としても問題がある。けだし、障害のない子が被害者の場合でも、その子どもの能力や可能性、将来の職業や収入などについて予測することは困難であるが、実務はそれらの個別・具体的事情を一切捨象して一律に平均賃金による算定を行ってきた。『平等』にも適う合理的なものと考えられていたからである。人間の尊厳と法の下での平等、人間の価値の平等という規範的要素を重視して不合理な格差の是正に正面から努めるべきである」として、前述の4つの算定方法で試算を示し、裁判所がそのうち三次的な算定方法を採用したのである。

そもそも個別的な算定であったはずの損害額の算定が、平均賃金を基礎収入としたことで原告の立証責任が軽減したのは確かだが、その一方で基礎収入とする統計値に全労働者の平均賃金しか考えないとすれば、その平均賃金を稼ぎ出す能力がない場合には、逸失利益がないこととなり、まさに本末転倒である。裁判例⑨で、控訴人は平均賃金以外の算定の基礎を示し、当該被害者の事故当時の学習状況や能力が上昇していたなど様々な事実により、就職して稼働できる蓋然性を主張立証し、裁判所は規範的な考慮も合わせて県内最低賃金を基礎収入とする逸失利益を認定したのである。



- (5) 基礎収入については、このような下級審の裁判例の流れの中に、今回の青森地裁の判決がある。すなわち、原告側は逸失利益について2つの基準額を提示しており、具体的な算定額を選択的に主張している。それに対し、被告側も(a)の主張については、被害者の具体的な障害の程度、基本的な生活習慣や社会生活スキルをあげて「自立して就労する蓋然性があるまでは考えられていなかった」として被害者は一般企業への就労可能性があったとはいえない、(b)の主張については、被害者の将来の生活については、「小規模通所授産施設での福祉的作業が可能か否かという程度であり、それが可能な場合でも、就労支援機関が提供する有料での支援サービスの活用が不可欠」であったとし、小規模通所授産施設における収入の実態は平均月額1万円あまりであり費用の自己負担部分等も考慮すれば被害者が最低賃金程度の収入を得られる蓋然性があるとは到底いえないと具体的に反論している。さらに、原告側が主張する1カ月あたり25日稼働というのは不当であるとし、(c)の主張については、健常児と障害児の逸失利益の差額分を慰謝料で調整すると、死亡慰謝料について両者に大きな差を認める公平なものであると反論している。そして、被告側が被害者の就労可能性を完全に否定する反論をしていない点も裁判例⑦⑨判例と同様である。

もっとも、同じく県内最低賃金を基礎収入としてはいるが、その理由として社会的な事情を大きく考慮している点は裁判例⑨とは異なる。裁判例⑨については、被害者が判決文中も「よく学習されよく伸びた例」とされ、死亡前のIQは67となっており、知的障害のレベルが軽度であったことから、その後の成長の可能性が

大きく考慮されたことがうかがえる。それに対し、本件裁判例の被害者Aは死亡の1年6カ月前に実施されたIQ検査ではIQ24、その後成長はあったとしても、重度の知的障害があったとされている。それにもかかわらず、県内最低賃金を基礎収入として算定すべきである根拠として、原告側は様々な企業などの障害者雇用の実績を例にあげ、知的障害者の能力に応じた就労の機会が今後は広がっていく可能性を主張し、裁判所がこれを考慮したのである。

本件裁判例は裁判例⑨よりも、基礎収入として県内最低賃金を採用する場合を広く考えていると読むこともできる。

- (6) さらに、本件裁判例では裁判例⑦⑨と大きく異なる点がある。裁判所が認定した生活費控除率である。

本件裁判例では、被害者は日常生活においても就労の際にも支援や介助が必要であり、それについての経済的負担を被害者自身が負うことを考慮して7割もの控除を認めている。それに対し、裁判例⑦は生活費控除をしておらず、裁判例⑨においては、低収入を基礎収入とすることから、「被害者の生活費は両親その他の近親者の援助ないし公的扶助により補充、補償されることになる蓋然性が高い」として2割のみ控除している（裁判例⑥⑩は一般的な男子の生活費控除率の5割、裁判例⑪は両親を扶養する一家の支柱として3割の控除としている）。

前述のように、判例は生活費控除について、差額説の立場から、生活費は収入を得るために必要な費用として損益相殺であると捉えている。そのため、扶養する家族が多いような場合には、自分自身の生活費が少ないとして、その控除率を低く算定しているのである。しかし、一方で、生活費控除は男女間の収入格差、損害賠償額の高額化等の解決、あるいは個別事案における遺族の生活保障の観点などから求められる損害賠償額算定における調整機能を果たしているとも言われている⁽²³⁾。調整機能を強調すれば、生活費控除率を理論的に説明することは困難ということになる⁽²⁴⁾、多少の軽重の

差はあるものの同じ16歳の自閉症児の生活費控除率がこれだけ異なるのは違和感を感じざるを得ない。

ところで、生活費控除がなされるのは、生活費が必要なくなった死亡の場合に限られ、事故後の生活費が必要な後遺障害が残った場合には生活費控除がなされないのが一般的である⁽²⁵⁾。しかし、いわゆる植物状態⁽²⁶⁾となった場合には、必要とされる生活費は健康な人に比べて限定されるのは明らかであるとして、死亡の場合と同じ率までではないとしても控除すべきではないかとの見解があり⁽²⁷⁾、判例においても、死亡と同様の生活費控除をしたもの⁽²⁸⁾、あるいは死亡の場合より少ない控除をしたものが見られる⁽²⁹⁾。植物状態患者の生活費そのものが健康な者より低いとは言い切れないから生活費控除はするべきでないとの見解⁽³⁰⁾もあるが、現実的には、植物状態になった場合には将来必要とする費用は治療費や付添介護費が主となり、健康な人が必要とする生活費がそのまま必要となるとは考えにくい。問題は、この現実をそのまま逸失利益に反映させるのかどうかという点にある。生活費を控除しない理由としては、近親者が負担する介護の負担等を考慮して最終的な損害賠償額の調整を図るという要素が強いと思われる⁽³¹⁾。また、植物状態患者であるから生活費が低いとすることはまだ生存している患者の尊厳を軽んじることになるとの考えも背景にあるだろう。

被害者が不法行為により植物状態となった場合には、治療費や付添介護費は他に積極損害として計上されているため、被害者が支払を免れた生活費は純粋な生活費に限られるが、本件被害者のような場合には、支援や介助を受ける費用は被害者の自己負担ということになる。本件裁判例は、これを現実として捉え、被害者のように障害によって就労可能性はあるがその労働能力が低いと判断されるような者について、生活費は多くかかるが、収入は低いという認定をしたこととなる。これに対し、裁判例⑨は支援や介助を受ける費用も含めた被害者の生活費は

両親その他の近親者の援助ないし公的扶助により補充・保障されることとする。しかし、理論的には、両親など近親者の援助や公的扶助により補充・補償されるとするのであれば、それは基礎収入に計上して改めて生活費を控除すべきはずで⁽³²⁾、裁判例⑨の生活費控除率については、やはり最終的な損害賠償額の調整を図ったものであると思われる。

生活費控除の割合については、算定基準に掲げられた控除率を基本としながらも、その損益相殺という性質を重視して被害者の個別的な事情を、事細かに冷静に持ち込んで反映させるべきであると考えなのか、それとも最終的な損害賠償額に向けて調整することができる要素と考えるのかによって、その控除率が左右されているといえる。しかし、もし「調整」ということを認めるのであれば、最終的な「あるべき損害賠償額」が存在するということになる。この「あるべき損害賠償額」と現在の算定方法から導かれる賠償額との間に差があるから、調整が必要であるのなら、現在の算定方法を見直すべき点があるということとなろう。あるいは、その調整自体に法的な根拠が存在することも考えられる。

- (7) さて、基礎収入について、被害者に平均賃金を稼ぐほどの労働能力は認められない場合に、その個別の能力や成長あるいは回復の状況に応じて都道府県内の最低賃金等の基準を利用するとしても、やはり問題は残る。就労可能性のほとんどないような障害をもつ被害者についてどのように考えるかである。上記の裁判例でいうと、裁判例③や⑤の事案などがそうといえるだろう。裁判例⑤で、原告は障害児であることを健常児と比べて不利益に扱うことは平等原則に反していると主張しているが、判決は「現在の民法上の損害賠償法理によれば、消極損害の本質については、事故がなければ被害者が取得できたはずの現実的な収入、利益の全部又は一部の喪失を損害と把握するか（差額説）、又は事故がなければ被害者が有したはずの稼働能力の全部又は一

部の喪失それ自体を損害と把握するか（労働能力喪失説）のいずれかと解されており、現実には収入、利益が失われるか、あるいは少なくとも、稼働能力の喪失を認められて初めて損害の発生を観念し得ることとなる。このような民法の理解にたてば、少なくとも稼働能力の喪失を立証できなければ、逸失利益を認定することができないのは当然の法理であるし、この場合において、結果的に健常児と障害児の受けるべき損害賠償額に差が出たとしても、それだけで平等原則と矛盾するとはいえない。むしろ、本件のように、稼働能力の喪失等を立証できなかった場合において、平等原則を適用して補填すべきとするのは、法の予定するところを超えているといわなければならない」と述べている。

この問題は、そもそも障害により労働能力が劣るという理由で健常者と逸失利益が異なるとよいのか、さらに人身損害とは何かという根本的な問題に帰着する。生命の価値の平等性という観念を背景として、逸失利益を含めた人身損害賠償の「極端な個別主義、実費主義への疑問」から、「人身事故に対する損害賠償額をより類型化・定額化して偶然的要素と個人差とを減少するとともに、他方ではこのようにして定めた額を規準として当事者の帰責性の大小等を考慮して最終的な賠償額を定むべきではないか」との主張がある⁽³³⁾。西原教授のこれらの主張は多岐にわたるが、その1つに死傷損害説の提唱がある。人身損害について、生命・身体の侵害それ自体が損害であるにとらえる死傷損害説によれば、生命・身体の侵害というそれのみでは経済的な価値ではないものを金銭的に評価するということとなるため、必然的に賃金をその算定根拠とすることとはならない⁽³⁴⁾。むしろ、生命の価値の平等性という観念からは、損害額の定額化を志向するものであった。この定額化という点については多くの批判がなされたが⁽³⁵⁾、死傷損害説そのものについては支持する見解も多く見られる⁽³⁶⁾。

私は損害概念とその金銭的評価は分けて考え

るべきで、そうであっても、生命・身体の侵害それ自体を損害としたうえで、それを金銭的にどう評価するのかという部分で、賃金センサス上の平均賃金等を基準として用いることは理論的にはありうることはないかと考える⁽³⁷⁾。つまり、死傷損害説＝定額化というわけではなく、死傷損害説を前提として、その損害の金銭的評価として現在の算定方式を認めることもできるのである。そして、損害概念に金銭的評価を含み、その金銭的評価について労働能力を評価の材料とする判例の差額説の立場からすれば労働能力による損害額の差は損害賠償制度の予定するところであり平等原則は問題とならない(前述の裁判例⑤の判決)が、生命・身体の侵害そのものを損害としたうえで、これを金銭的に評価するという場合には、平等原則による修正はあり得るのではないと思われる⁽³⁸⁾。

6. おわりに

判例が、差額説を採用しながら主婦についても逸失利益を認め、年少女子については全労働者の平均賃金を基礎収入とすることとし、また植物状態となった被害者の生活費控除を原則しない、そして逸失利益が少ない場合に慰謝料で調整するというのは、規範的な「あるべき損害賠償額」に向けたものであると考えることができる。西原教授は生命の価値の平等という観念から、この損害賠償額について全ての人と同じであるという方向に志向されたのであるが、資本主義を前提とするかぎりこれを認めることはできないし、またその金額を定めることは不可能であろう。「あるべき損害賠償額」は被害者により異なることは否めない。しかし、不法行為制度が損害の公平な分担を目的とし、死亡逸失利益は被害者の命の価値を評価するものではないことを前提としても、(少なくとも将来のどうなるかわからない年少者について)死亡による逸失利益がまったくない、あるいはないに等しいような逸失利益額を認定することは、生きていれば得たはずの利益が何もない、あるいはないに等しいと認定するも同然であり、人とし

ての尊厳を軽んじるものではないかと思われるのである。例えば、幼稚園の送迎バスに同じ歳の男児と女児と重い障害をもつ男児あるいは女児とが乗っていたとして、そのバスが事故に遭い、3人が死亡し、両親が損害賠償請求をする場合において、その認められる額に差があることにどれだけの妥当性があるだろうか⁽³⁹⁾。このような場合には、慰謝料で調整するという方法をとることも可能であろうが、そうであれば逸失利益とは何か、慰謝料とは何かという理論的な問題は残される。

現在の裁判実務の逸失利益の算定方式はすでに定着しており、これを根本的に変更することは現実的ではない。しかし、その算定方式で導いた損害賠償額と「あるべき損害賠償額」とが異なるのであれば、修正を施していくことは必要である。現在、事例ごとに行われている様々な方法による調整を分析していくことで、何らかの修正モデルが提示できるのではないだろうか。

注

- (1) 本裁判例の判例評釈には山口崇「重度知的障害者の死亡逸失利益について最低賃金額を基礎として生活費控除7割で認めた事例—青森地裁平成21年12月25日判決」交通事故判例速報45巻5号6頁(2010年)がある。
- (2) 本判決は当事者双方が控訴せず、2010(平成22)年1月6日に確定している。
- (3) 潮見佳男「財産的損害概念についての一考察—差額説的損害観の再検討—」判タ687号4頁以下の整理、説明による。
- (4) 事実状態差額説については窪田教授が「損害事実説自体は、さまざまなバリエーションを含むものであるが、その最大公約数としての部分は、事実としての損害と損害の金銭的評価を分離するという点にあると思われる。その点では、事実状態差額説は、やはり損害事実説のひとつのバリエーションにすぎないように思われる」と指摘されている。窪田充見「損害概念の変遷—判例における最近10年間の展開—」財団法人日弁連交通事故相談センター編『交通賠償論の新たな次元—財団法人日弁連交通事故相談センター40周年記念論文集』86頁脚注16(判例タイムズ社、2007年)
- (5) 潮見佳男『不法行為法』214頁(信山社、2005年)
- (6) 主婦の逸失利益を否定するものとして谷水央

- 「民事交通事故負訴訟の問題点」判タ202号51頁（1964年）、楠本英雄「逸失利益の算定」『実務民事訴訟講座3』（日本評論社、1969年）186頁
- (7) 判タ1041号61頁，判時692号162頁，ジュリ1171号124頁
- (8) 藤村和夫「『被害者側にとって控え目な算定』考」円谷峻・松尾弘編集代表『損害賠償法の軌跡と展望（山田卓生先生古稀記念論文集）』93頁は（日本評論社、2008年）共同提言について「『蓋然性のある限り』という文言が入ってはいえるものの、事物の通常の成り行きからすれば、年少者と雖も、成長して働き収入を挙げ得ることも、また自明であり、その得べかりし収入の算定は賃金センサス全年齢平均賃金を基礎とするとの、およその社会的合意が形成されたとみることができ」、「蓋然性を満足させる限りにおいて証明度も達成されているとの推定が働くことになったのであり、ここにおいて『控え目な算定』でなければならないとの要請自体が解消された」として「その蓋然性が認められないことは、被告（加害者）の側で立証すべきこととなる」とされている。
- (9) 財団法人日弁連交通事故相談センター『交通事故損害額算定基準—実務運用と解説—（22訂版）』（いわゆる青本）97頁でも「最近の民事交通事故訴訟の実務では、労働能力喪失説的な損害額算定方法（基礎収入額×労働能力喪失率という計算を行う）を採用するものが一般的である。しかしながら、これは裁判例が労働能力喪失説を採用しているためではなく、収入の減少額を直接的に算定する方法がないので、便宜的に、労働能力喪失率に応じた減収が発生するはずと推定して差額を算出しているともいえる」としている。
- (10) 東京高判平成13年8月20日判時1757号38頁（最判平成14年7月9日交民集35巻4号917頁で上告不受理）、大阪高判平成13年9月26日判時1768号95頁（最判平成14年5月31日交民集35巻3号607頁で上告棄却、不受理）、福岡高判平成16年12月1日判時1893号28頁、大阪高判平成19年4月26日判時1988号16頁等、「〈座談会〉東京・大阪・名古屋の民事交通部における逸失利益算定・慰謝料算定の現状—三庁共同提言をふまえて—」財団法人日弁連交通事故相談センター編『交通賠償論の新次元—財団法人日弁連交通事故相談センター40周年記念論文集』28頁以下大島眞一大阪地裁判事発言および永幸藏名古屋地裁判事発言。もっとも、福岡高判平成13年3月7日判時1760号103頁（最判平成13年9月11日交民集34巻5号1171頁で上告棄却、不受理）、東京高判平成13年10月16日判時1172号57頁（最判平成14年7月9日交民集35巻4号921頁で上告棄却、不受理）等は女子の平均賃金を基礎としている。
- (11) この2者はそれぞれ未就労者の逸失利益の算定の基礎とする賃金を全年齢平均賃金とするか、初任給固定とするかという算定方法の違いと結びついている。すなわち、共同提言以前は、全年齢平均賃金とライブニッツ式といういわゆる東京方式と初任給固定とホフマン式という大阪方式という算定方法があり、最高裁はいずれも不合理とはいえないとしていたのである（最判昭和37年12月14日判時325号17頁，最判昭和53年10月20日民集32巻7号）。計算方式の違いによる逸失利益算定額の差は二木雄策『逸失利益の研究』（知泉書館、2010年）9頁以下に詳しい。
- (12) ライブニッツ式については最判昭和53年10月20日民集32巻7号1500頁，最判昭和56年10月8日裁判集民134号39頁，ホフマン式については最判平成2年3月23日判時1354号85頁
- (13) 福岡高判平成17年8月9日判タ1209号211頁
- (14) 前掲（10）〈座談会〉35頁以下，大島眞一「ライブニッツ式とホフマン式」判タ1228号53頁以下（2007年）
- (15) 加藤一郎編『注釈民法（19）債権（10）』（有斐閣、1965年）54頁〔五十嵐清〕，加藤一郎『不法行為〔増補版〕』（有斐閣、1974年）245頁
- (16) 最判昭和43年12月27日判時546号62頁は「控除すべき被害者の生活費とは、被害者自身が将来収入を得るに必要な再生産の費用を意味する者であって、家族のそれを含むものではない」としている。
- (17) 例えば前掲（9）青本138頁では、「一家の支柱は30～40%，女性（女兒・主婦を含む）30～40%，男性単身者（男児を含む）50%」，財団法人日弁連交通事故相談センター東京支部『民事交通事故訴訟損害賠償額算定基準 上巻（基準編）平成22年版』（いわゆる赤本）115頁では一家の支柱のうち，被扶養者が1人の場合は40%，被扶養者2人以上の場合30%，女性（主婦，独身，幼児等を含む）が30%，男性（独身，幼児を含む）が50%としている。但し，女子年少者の逸失利益につき，全労働者の全年齢平均賃金を基礎収入とする場合には40～45%とするものが多いとされている。
- (18) 篠原弘志「逸失純収益とその現在額の測定」坂井芳雄編『現代損害賠償法講座7』（日本評論社、1974年）168頁。
- (19) もっとも障害児者が受給対象となる障害基礎年金及び障害厚生年金について，受給権者が不法行為により死亡した場合に，その相続人はこれらの年金額を逸失利益として請求できるとする最高裁判例は存在する（最判平成11年10月22日民集53巻7号1211頁）。
- (20) なお，ここに挙げた裁判例は筆者が判例集等で確認できた裁判例にすぎず，他にも存在すると思われる。また，争点の性質上，訴訟に至らな

- い事案が多くあると思われる。例えば、2009年12月5日の新聞報道（朝日新聞朝刊）によると、2005年に札幌市で重度の自閉症の17歳男性が交通事故で死亡した事案について、被害者側の代理人の説明によれば、和解事項には算出根拠の記載はないものの、道内の最低賃金や障害年金を基準にした逸失利益も考慮した和解金額で和解が成立したということである。
- (21) 判例集未登載判例では、札幌地小樽支判平成19年2月7日がある。自閉症で重度の知的障害のある26歳男性が交通事故で死亡した事案について、被害者が受給していた障害基礎年金及び被害者が入所する福祉施設から支給されていた作業還元金を基礎収入とし、生活控除率を7割として逸失利益を認めた。いずれも原告の主張通りである。
- (22) 岩崎勝成「逸失利益の批判的検討—生命侵害事例を中心に—」法政理論第40巻第2号（2007年）81頁
- (23) 東京三弁護士会交通事故処理委員会編『新しい交通賠償論の胎動—創立40周年記念講演を中心として—』（ぎょうせい、2002年）116頁、中辻雄一郎「生活費控除を巡る問題」『民事交通事故訴訟損害賠償額算定基準 下巻（講演録編）平成21年版』41頁
- (24) 前掲（10）〈座談会〉53頁以下は年金逸失利益に関する議論であるが、裁判官の生活費控除に関する考え方が垣間見られる。また、55頁で高野真人弁護士は「調整的判断を行う性質のものであるので、生活費控除率については、真相に合致している云々の議論を避けた方がよろしかろう」と述べている。
- (25) 前掲（17）赤本66頁でも「後遺症逸失利益の場合は死亡逸失利益の場合と異なり、生活費を控除しないのが原則である」とする。
- (26) 日本脳神経外科学会植物状態患者研究協議会が1972年にした定義「useful life を送っていた人が脳損傷を受けた後で以下に述べる六項目を満たすような状態に陥り、ほとんど改善がみられないまま満三カ月以上経過したもの。(1) 自力移動不可能。(2) 自力摂食不可能。(3) 尿失禁状態にある。(4) たとえ声は出しても意味のある発語は不可能。(5) 「眼を開け」「手を握れ」、などの簡単な命令にはかろうじて応ずることもあるが、それ以上の意思の疎通が不可能。(6) 眼球はかろうじて物を追っても認識はできない。」が用いられる。
- (27) 北河隆之・藤村和夫『詳解後遺障害逸失利益—裁判例の分析と新基準試案—』（ぎょうせい、1996年）50頁。
- (28) 大阪地判平成2年4月23日交民集23巻2号495頁、大阪地判平成5年2月22日交民集26巻1号211頁、長崎地判平成9年10月21日交民集30巻5号1500頁、東京高判平成10年9月30日自保ジャーナル1330号など
- (29) 最判昭和63年6月17日自保ジャーナル762号、東京地判平成8年3月13日交民集29巻2号393頁など
- (30) 藤村和夫・山野嘉朗『〔新版〕概説交通事故賠償法』（日本評論社、2003年）181頁
- (31) 倉田卓次・松居英二「植物状態患者の生活費控除」判タ1033号152頁（2000年）。
- (32) 前掲（21）の裁判例では、障害基礎年金と作業還元金の合計金額を基礎収入としたうえで、生活費を控除している。
- (33) 西原道雄「損害賠償額の法理」ジュリ381号149頁（1967年）。西原教授の主張は他に「幼児の死亡・障害と損害賠償」判評75号（判時389号）（1964年）33頁、「生命侵害・障害における損害賠償額」私法27号107頁（1965年）、「人身事故における損害賠償額の法理」ジュリ339号25頁（1966年）
- (34) 千葉地判平成9年2月26日判タ941号246頁は18歳の女子高生が交通事故で死亡した事案について、原告が「被害者の生命が破壊された結果、同人とその遺族に生じた『財産的』『精神的』な全ての損害を総合して一つの非財産的損害とみなし、この損害について裁判所が金銭評価を行い、適正な賠償額を算定すべき」として、慰謝料のみで1億1000万円を請求したのに対し、「被害者の死亡により被害者及び遺族に一つの非財産的損害（慰謝料）が生じるだけで、その額は裁判所が裁量に基づいて金銭的に評価すべきであるとの考え方を採用するとしても、結局、損害額（慰謝料の額）を客観的に評価して算定することは困難であり、右損害額を裁判所の裁量に基づいて金銭的に評価するといっても、右裁量は合理的なものでなければならぬのであって、右合理性を基礎づける事情が明確にならなければ損害の算定が恣意的な印象を与え加害者のなった句を得ることはできないし、裁判所がどのような事情を斟酌するかによってその額が場あたりのようになって被害者の間でも不平等を生じかねない結果を招来することになるから、こうした状況の下で右見解を採用することも相当とは思われない。」と否定している。
- (35) 楠本安雄『人身損害賠償論』（日本評論社、1984年）33頁以下、後藤孝典『現代損害賠償論』（日本評論社、1982年）244頁以下など。
- (36) 四宮和夫『不法行為（事務管理・不当利得・不法行為 中・下巻）』（青林書院、1985年）554頁は「死傷損害説自体には、決定的な欠陥はないように思われる（問題は一括定額方式のほうにある）。いな、むしろ、その考え方は採用に値するのである」とする。淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』（有斐閣、1984年）72頁も「損害とは死傷そのものである、とする死傷損害説は基本的に正しい」としたう

えで、定額化理論も基本的に正しい方向を示唆していたとしながら、損害評価の原則や方法を具体的に設定する必要があったとされる。

- (37) 前掲(4) 窪田78頁も「平均賃金センサス等を使った逸失利益の計算は…事故による死亡や後遺障害といったものを損害として理解したうえで…あるいは労働能力の喪失という事実を損害として考えたうえで…そうした事実としての損害を金銭的に評価する際の手法として、平均賃金センサス等を利用した逸失利益計算という方法が採用されているにすぎないという理解の仕方も、論理的には残されている」とする。
- (38) 私見は逸失利益の定額化を志向するものではなく、また、全労働者の平均賃金以上の収入のある者について基礎収入を引き下げること考えているものではない。
- (39) この問題を、障害者雇用が進まないという福祉政策の問題であって、障害者であっても健常者と同様に雇用し、賃金水準も同様にするのが先だということもできるが、本件裁判例の判決文でも指摘するように、重度の障害者については現実的には極めて困難であるというほかはないだろう。だからといって、生きていたら得たはずの利益がないとは言えないはずである。

【別表】

障害児者の逸失利益が問題となった下級審裁判例（年代順）

本文中の番号	裁判所	判例年月日	性別	年齢	事故当時の被害者の状況	事故の結果	逸失利益についての裁判所の判断	生活費控除	慰謝料	被害者側の主張（逸失利益については基礎収入とした基準）
①	千葉地裁 八日市場支部 千葉地裁	S56.10.26 S62.8.7	男	33歳	知能障害（5歳程度）。父親の指導のもと簡単な農作業に従事 統合失調症。通院中で無職	植物状態 死亡	否定 男子全労働者平均賃金の9割を基礎収入とする（3521万円）	— 5割	1500万 考慮有り 1200万	被書者側の主張（逸失利益については基礎収入とした基準） 労働能力喪失100%。男子年齢別平均賃金、慰謝料（後遺症）1500万 男子年齢別平均賃金、慰謝料1500万円
②	東京地裁	S63.7.26	男	7歳5カ月	自閉症。言語障害あり。	後遺障害（障害等級1級3号）	否定	—	1500万 考慮有り 300万	労働能力100%喪失。男子全労働者平均賃金、慰謝料（後遺症）1500万円 男子全労働者平均賃金、慰謝料（後遺症）1500万円 は3000万円
③	東京地裁	H2.6.11	男	3歳1カ月	脳性麻痺。てんかん、呼吸不全等の症状もあり、日常生活のすべてに渡り介護が必要。	死亡	否定	—	1500万 考慮有り	全労働者の平均年収額を基礎とすべき
⑦	横浜地裁	H4.3.5	男	16歳	自閉症。事故5年前のIQは55。事故前は69。	死亡	県内地域作業所の工賃を基礎収入とする（120万円）	なし	1500万 考慮有り	女子全労働者平均賃金、慰謝料（後遺症）は2000万円、入通院慰謝料500万円。
④	千葉地裁 松戸支部	H4.3.25	女	14歳	脳障害（IQ50～60＝小学校1、2年生程度）。簡単な計算や読み書きはできる。	身体障害者1級	否定	—	2500万（後遺症、入通院合わせて） 1200万	労働能力喪失92%。家事労働の対価として日額6340円。後遺症慰謝料1510万円
⑧	大阪地裁	H4.6.25	女	50歳	主婦。身体障害者1級。精神障害者である娘の介護のため、生活保護を受けていた。	左足関節機能障害（11級該当）	家事労働について（原告主張の日額6340円を基準として）20%の能力喪失。	—	1500万 考慮有り	i)男子全労働者平均賃金 ii)全労働者平均賃金 iii)県内最低賃金 iv)県看護学校卒業の自閉症男子生徒の平均初任給 慰謝料は1500万円 包括請求として5000万円請求
⑨	東京高裁 (⑦事件の控訴審)	H6.11.29	男	16歳	自閉症。事故5年前のIQは55。事故前は67。	死亡	県内最低賃金等を基礎収入とする（1800万円）	2割	1500万 考慮有り	全労働者平均賃金、慰謝料は3000万円
⑩	大津地裁	H15.3.24	男	33歳	知的障害と精神障害を有していたが、被告会社にて勤務。	死亡	県内最低賃金の同年齢の中卒男子労働者の年収額の対する割合（28.9%）を、中卒全年齢男子労働者の年収額にあてはめた額を基礎収入とする（1161万円）	5割	2500万円	全労働者年齢別平均賃金、慰謝料は3000万円 男子年齢別平均賃金、慰謝料は2000万円請求
⑪	東京地裁 八王子支部	H15.12.10	男	42歳	知的障害あり。被告会社にて勤務	死亡	中卒・同年齢男子労働者平均賃金の7割（337万円）を基礎収入とする（3332万円）	3割	2600万円	全労働者年齢別平均賃金、慰謝料は3000万円 男子年齢別平均賃金、慰謝料は2000万円請求
⑤	大分地裁	H16.7.29	男	11歳	脳性麻痺による四肢体幹機能障害（生後基本的に寝たきりの状態）	死亡	否定	—	2000万 考慮有り	i)全労働者平均賃金 ii)県内最低賃金 iii)慰謝料を増額 慰謝料2000万
本件裁判例	青森地判	H21.12.25	男	16歳	自閉症。死亡の1年6カ月前のIQ24	死亡	県内最低賃金を基礎収入とする（603万円）	7割	1800万	

※1 金額は1万円以下は省略

※2 逸失利益額の慰謝料額に考慮された事例には「考慮有り」と記載