

逸失利益の批判的検討

— 生命侵害事例を中心に —

岩 寄 勝 成

- 一 序 —はじめに
- 二 損害概念について
- 三 損害額算定方法について
- 四 裁判事例の検討
- 五 むずび —今後の方向性と方途について

一 序 —はじめに

(1) 問題の所在

不法行為に基づく損害賠償請求において、その請求の対象になる「損害」の意義をどのように理解すべきかという議論は、これまで非常に多くの論稿で展開されてきた¹。その議論の流れを簡単に整理すると次のようになるであろう。

1 損害論に関する初期の本格的な研究としては、北川善太郎「損害賠償論序説(1)」法学論叢73巻1号1頁以下、同「損害賠償論序説(2・完)」法学論叢73巻3号17頁以下(1963年)、同「損害賠償論の史的変遷」法学論叢73巻4号1頁以下(1963年)などがある。また、最近の研究としては、潮見佳男「人身損害における損害概念と算定原理(1)(2・完)」民商103巻4号509頁以下(1990年)、5号709頁以下(1991年)、若林三奈「法的概念としての「損害」の意義—ドイツにおける判例の検討を中心に(1)(2)(3・完)」立命館法学248号、251号105頁以下、252号326頁以下(1996年～1997年)などがある。

判例、通説と言われる見解によると、不法行為法における「損害」とは、権利侵害によって被害者に生じた不利益をいい、不法行為がなければ被害者が現在有していたであろうと思われる利益状態と、不法行為がなされたために現在、被害者が被っている利益状態の「差額」を意味すると説明する。

この差額説に対して、人身損害という場面に特定したものであるが、非常に厳しい批判が加えられた。いわゆる「西原理論」と呼ばれる見解である²。この見解の損害概念に関する部分を簡単に述べると、第一に、近代憲法が保障する人間の平等、個人の尊厳という基本精神から考えると、人身損害を物的損害と同様に取り扱うことは不当ではないか、ということ、第二に、従来の損害賠償額の算定方法のうち、特に「得べかりし利益」の算定方法が、非常に曖昧な蓋然性に基礎を置くものであるということ、第三に、損害賠償額の定額化の必要性を主張しているということ、を主たる内容としたものであった。この批判から、人身損害を財産的不利益の集積として把握するのではなく、死傷という事実そのものから把握し、それに相応する損害算定方法を確立すべきという主張が新たに展開されるに至った。いわゆる、死傷損害説と呼ばれる見解である。

このような新しい損害論に関する見解が登場してはいるが、依然として前述の差額説は、現在の裁判実務においても、そして学說的にも支配的地位を維持されている³。しかしながら、市場における価格評価の対象とな

2 西原道雄「損害賠償額の法理」ジュリ381号148頁（1967年）。

3 なお、潮見佳男教授によると、損害賠償の目的が被害者の権利価値の回復にあるため、損害額の算定には、どのような事実状態が被害者に実現されるべきか、という観点からの規範的評価が入る、という「規範的損害論」を主張されている。つまり、不法行為がなければ置かれたであろう事実状態と、不法行為がされたために置かれている事実状態との差をもって損害として把握するという立場である。潮見佳男「不法行為法」222頁以下（信山社、2005年）、同「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（1989年）、同「人身侵害における損害概念と算定原理(1)(2)」民商法雑誌103巻4号509頁以下、5号709頁以下（1991年）を参照。

りうる物損の場合についてはさておき、人身損害について、差額説のような「損害」概念の把握、特に損害の多くの部分を占める逸失利益概念について疑問がないとは言えない。その理由はこうである。

後に述べる稼働能力喪失説と呼ばれる見解が、裁判実務において差額説を修正する形で採用されている。つまり、被害者の被った損害の大半を占める逸失利益について、加害行為によって働けなくなった分、つまり稼働能力が失われた分が逸失利益であると把握する方法である。

結局、この修正された見解は、被害者が「働ける」ということを前提にして、逸失利益という損害を把握したものと言える。では、同じ違法性の程度の加害行為を被りながら、全く「働くことができる」という稼働能力がないと評価される被害者は、逸失利益は生じていないと評価されるのであろうか。例えば、稼働能力喪失説によると、将来において稼働が全く期待できない程の重度身体障害者が被害者になった場合には、場合によっては、全く稼働能力がないと評価されることになるであろう。はたして、このような法的評価が妥当なものと言えるのであろうか。

この点に関して裁判実務は、障害者ということで逸失利益は認められないとしながらも、大きな慰謝料額を認定しているようである。つまり、逸失利益が認められない分を、慰謝料額によってカバーしようとする法律構成を採用しているようなのである。では、死亡によって被る精神的苦痛が、何故、稼働能力が認められる者とそうでない者とで異なるのであろうか。このような法律構成にも限界があるように思われる。

以上の疑問から、従来議論されてきた逸失利益論自体について再検討する必要があるものと考えているに至ったのである。

(2) 本稿の構成

以上のような疑問から、逸失利益論についての検討の方向性を提示することが、本稿の目的である。そこで、本稿においては、次のような構成をとって論述していくことにする。

まず、逸失利益の捉え方のもとになる損害概念と損害額の算定方法について損害概念に考察していくことにする。つまり、損害概念に関する通説的見解である差額説を中心に学説状況を概観し(二)、次に、損害概念の把握の仕方から、どのような算定原理が主張されているのか、裁判実務では、どのような算定方法が採用されているのか、という点を検討していくのである(三)。そのうえで、稼働能力がないと評価される被害者の逸失利益の算定が問題になった最近の裁判事例の問題点を具体的に指摘した上で(四)、最後に、従来の生命侵害事例における逸失利益論の問題点を整理した上で、今後この議論が目指すべき方向性について私見として提示していくことにする(五)。

なお、本稿の対象にしている議論は因果関係論とも密接に関連している部分があるため、本来であれば、因果関係論の検討も併せて行うべきものと思われる。また、生命侵害がなされた場合に、死亡者に生じた損害賠償請求権について、その遺族自身が相続するのか否かという立場の相違から、逸失利益の捉え方が異なっていることになる。よって、逸失利益を検討する場合、相続構成を肯定して考えるのか、扶養構成として考えるのか、という大きな議論についても、検討する必要性が生じることになろう。しかしながら、本稿では、裁判実務である相続構成の見解に則って、逸失利益概念について批判的に検討して問題点を洗い出し、今後の検討の方向性についての提示をするという点に限定して考察をすることにする。

二 損害概念について

1 損害概念に関する学説状況

まず、裁判実務や通説による逸失利益の捉え方の基本的枠組みを確認するために、損害概念一般について、裁判実務および学説では、どのような見解が展開されて、現在に至っているのかについての経緯を概観していく

ことにする。

(1) 差額説

不法行為訴訟での不法行為責任の成立要件の一つになっている「損害」は、いわゆる差額説という見解によって把握されている。その内容は、「損害とは、法益について被った不利益をいう。これは、もし加害原因がなかったとしたならばあるべき利益状態と、加害がなされた現在の利益状態との差である」というものである⁴。そして、損害を差額説的に把握する理由としては、「金銭賠償主義をとるわが国においては、財産的損害については差額説によるほかはない。この意味で、通常、差額説がとられている」という指摘がなされている⁵。

この差額説的見地から死傷損害を考えた場合、「生命や身体の傷害そのものではなく、死傷に基因する利益状況の差それも金銭的評価による差額こそが、賠償さるべき現実の損害である」ということになる⁶。つまり、死亡、傷害などによって、働けなくなったことによる収入の減少・喪失、また、入通院における診療実費、交通費などの総額が損害賠償額ということになる。

このように差額説によると、被害者が被った損害を、被害者に発生している個別・具体的な損害項目を積算し、その総額を賠償額として請求できる損害額として確定するという算定原理で算出するようになっている。いわゆる、個別損害項目積み上げ方式と呼ばれる算定方法論である⁷。

4 於保不二雄「債権総論（新版）」135頁（1972年、有斐閣）。

5 於保・前掲4・135頁。

6 國井和郎「損害論の新しい動向とスモン三判決」判タ376号35頁（1979年）。

7 吉村良一「人身損害賠償の研究」71～72頁（1990年、日本評論社）によると、この算定方法は、明治期に確立されていたが、大正期以降において特に、精緻化された、ということである。

(2) 差額説への批判

昭和30年代に入ると、交通事故による人身事故が増加したことで、交通事故による死傷問題が社会問題視されるようになった。このことに伴って、不法行為法における損害賠償問題も大きくクローズアップされるようになった。このような流れの中で、西原道雄教授によって、裁判実務による差額説的な損害の把握の仕方に対して、根本的な疑問が提示されるに至った。

この批判的主張の中で、西原教授は次のように言及されている。「人間の生命や身体は牛や馬のそれと異なりそれ自体で交換価値をもつものではないから、人の死傷にさいして物の滅失におけると同じような意味での損害額は存在しない」し、そして、生命や身体に生じた損害は「本来は換算不可能なもの、異なる次元のものを賠償にさいしては無理にでも換算しなければならぬのであるから、適切な賠償額は「発見」されるのではなく創り出されるのである」と指摘される。また、「今日までの支配的な考え方の根本的な誤りの一つは、死傷による「損害」をいわゆる財産的損害と精神的損害とに分け」、「人身事故における損害賠償の制度が、生命や身体それ自体の侵害に対する救済というよりは死傷を契機とする財産的利益侵害に対する救済になっている」⁸という点にあるとも指摘されている。

このような批判の上に、西原教授は、「生命や身体を害された場合にはすべてこれを一つの非財産的損害とみて、これに対する適当な賠償額を一体として判断すべきであると思う」と主張された⁹。つまり、従来の損害額の算定原理において行われていた実費主義や損害項目の積算による算定方法に対して、賠償額の定額化を主張されたのである。

(3) 死傷損害説

この西原教授の批判は、その後の損害論の議論に大きな影響を与え、そ

8 西原道雄「損害賠償額の法理」ジュリ381号149頁（1967年）。

9 西原道雄「幼児の死亡・傷害と損害賠償」判例評論75号11～12頁（1964年）。

の批判内容をベースに、いわゆる死傷損害説が提起されるに至った。この見解は、差額説が生命侵害や身体障害によって被害者に生じた経済状態の差をもって損害と把握していたのに対して、生命や身体の損害そのもの、つまり死傷自体を損害として把握するというものである¹⁰。

この死傷損害説が示した損害概念の把握の転換についての評価は、おおむね次のように論評されている。例えば、淡路教授は、「死傷損害説の立場にたつて、死傷それ自体を損害と考えるならば」、「法の下での平等・個人の尊重、個別主義・実費主義の欠陥、救済の迅速・確実性などといった論拠」を考慮すると、「定額化理論がより妥当な方式として浮かび上がってくることになる」としている¹¹。あるいは、楠本安雄弁護士は、「従来の算定方式の問題性を暴露し、氏のいわゆる「実費主義」の呪縛からある程度法律家を解放して、もっと自由な目で損害賠償法全体を考え直すきっかけを与えた」として死傷損害説を評価している¹²。

(4) 損害事実説

これは、不法行為における損害を、まず損害事実として具体的に把握したうえで、次の段階において金銭的評価を加える、という見解である¹³。日本民法が完全賠償主義を採用していない以上、財産状態の差をもって賠償されるべき損害と考えることには、理論的・法技術的意味はない、という指摘を平井宜雄教授はしている。

その上で平井教授は、日本の損害賠償法における相当因果関係概念に対して根本的な問題提起をして、相当因果関係概念を事実的因果関係、保護

10 西原道雄「生命侵害・傷害における損害賠償額」私法27号107頁以下（1965年）。

11 淡路剛久「不法行為法における権利保障と損害の評価」64～65頁（1984年、有斐閣）。

12 楠本安雄「人身損害賠償論」86頁（1984年、日本評論社）。

13 平井宜雄「損害賠償法の理論」474頁以下（1971年、東大出版会）。

範囲、金銭的評価の3段階に分析し、損害概念についても、この分析に立脚して検討を行っている。平井教授によると、「被侵害利益の重大さに応じてこれら損害の事実の集合がいわばランクづけられ、上位が下位を包摂する関係にあり、最上位の損害の事実が原則として金銭評価の対象となるべき「損害」だと考える」とし、例えば「死亡という最も重大な利益侵害に、それ以下の各損害の事実が包摂され、それらは死亡という「損害」の事実を認定する一資料にすぎないと解すべきである」とされている。つまり、加害行為と事実的因果関係にある損害の事実を包摂して、一個の損害として金銭的評価を行うという主張内容である。

(5) 稼働能力喪失説

裁判実務では、差額説を基調に損害を把握しているが、この差額説による不都合な部分を修正する見解として、いわゆる稼働能力喪失説がある。

この見解は、「人間から精神的側面を捨象して、もっぱらこれを物質的側面から観察した場合、人間を生産的労働により一定の収益を挙げうるものとして把握することができる」ので、「この労働能力は、いわば機械と同様の財産的価値を持つものというべき」であり、「このような財産的価値ある労働能力を不法行為による後遺症によって全部ないし一部喪失した場合には、労働能力の喪失自体を積極的な財産的損害と考えて、失われた能力の価値を金銭的に評価すべきであろう」というものである¹⁴。そして、この財産的価値のある稼働能力には客観的な交換価値がないので、所得収益は稼働能力評価のための基礎となる重要な資料として位置づけられる、とされている¹⁵。

14 加藤和夫「後遺症による逸失利益の算定」坂井芳雄『現代損害賠償法講座第七巻・損害賠償の範囲と額の算定』194頁（1974年、日本評論社）。

15 楠本安雄「逸失利益の算定」『実務民事訴訟法講座三巻』153頁以下（1969年、日本評論社）、同「逸失利益の算定額と所得額」『現代損害賠償法講座第七巻』133頁以下（1974年、日本評論社）など。

(6) 生活保障説

淡路教授によると、人身損害の場合において、当事者が個別に損害項目について具体的な数字上の根拠である事実を主張、立証せずに総額で請求する場合には、裁判官は創造的役割を發揮してその金銭評価を行うが、その損害評価の場合には、原状回復の理念に基づいて、健康の回復のみならず家庭的・社会的ハンディキャップを十分に補うる措置が含まれるべきであり、人間の宣言と平等の観点から、普通なみの生活を保障するに足りる賠償額が認められるべきである、とされている¹⁶。

では、普通なみの生活は、どのように評価されるべきなのか。淡路教授によると、将来の不確実な事実ではあるが、被害者が将来のある種の職業的可能性を奪われたことは事実なので、原則的には逸失利益の賠償を認めるべきであると判断し、平均賃金をもって生活保障レベルと理解すべき、としている¹⁷。

2 小括

交通事故損害賠償訴訟などにおける裁判実務では、損害概念については、差額説的な考え方が採用され、逸失利益については、加害行為によって被害者が失った所得を賠償するという、いわゆる「所得喪失説」が採用されている。その一方で、専業主婦や年少者のように事故当時に収入がない者の損害については、平均賃金による算定が行われ、稼働能力を失ったことをもって損害と考え、前述(5)の稼働能力喪失説が採用されている。以上のような見解が定着しているようである。

結局、裁判実務における損害の把握の仕方は、従来の差額説的な損害論の範疇内での理解ということになる。つまり、「働く」ことのできるこ

16 淡路・前掲11・113頁。

17 淡路・前掲11・133～136頁。

を前提に、働けなくなった分が損害という差額分であると把握しているのである。とすると、客観的に働くことの出来る状態でなかった者が死亡した場合には、損害、特に逸失利益を観念することは基本的にはできないという結論に必然的にならざるを得ないことになる。現に、後述する実際の裁判事例でも、そのように考えている状況にあると言える。

この点を鑑みると、先の西原教授によって指摘された批判内容が如何に重要であるかが痛感させられる。生命価値の平等性という我々が最も配慮しなければならない点を考えると、差額説のように、被害者に生じた事実状態としての利益差として損害を把握するという方法には限界がある。

このため、被害者に生じた損害は、様々な規範的判断に基づいて損害が把握されるべきという主張がある。つまり、損害を把握するのに、事実としての損害だけではなく、被害者救済、損害賠償制度の趣旨などの政策的価値判断が機能している、いわゆる規範的損害という考えである¹⁸。この規範的損害論によると、損害の評価とは、不法行為がなかったならば、あるであろう状態への回復という原状回復の理念を基礎にして行われることになる。このように考えることで、差額説では金銭的に評価することが困難になる被害者の様々な不利益部分を、損害評価の中に取り組みことができるようになる、というのである。この考え方が強く反映している見解の一つとして、先の淡路教授の生活保障説を位置づけることができるであろう。

なお、以前筆者自身も言及したのであるが¹⁹、規範的に損害を考えるとということと、差額説のように考えることとは、全く別個に考える必要は必ずしもなく、両者は十分融合的に理解できるものとして考えている。通常、不法行為の前後で利益状況に違いが生じていることをもって損害が発生し

18 吉村良一「ドイツ法における財産的損害概念」立命館法学150=154号831頁(1980年)、潮見・前掲1の各論文を参照。

19 拙稿「競業者の経済的期待利益が侵害された場合の損害額算定方法に関する一考察」法学会雑誌第33巻第1号302頁以下(1992年)。

ていると考えること、つまり、差額説的に把握することは常識に合致した合理的な説明であると思われるからである。また、損害賠償制度の目的が、被害者が被った損害の填補にあるとするのであれば、不法行為によって被害者に生じた状況を、不法行為がなかった場合の状況に回復するということになるはずなので、その意味でも差額的な損害に関する説明は説得力があるとも言えよう。問題は、その差額という部分をどのように評価して考えるのか、という点にある。この差額部分の解釈に対して、規範的損害論の言う政策的価値判断を加味して考えることも十分論理的にはあり得るものと考えているのである。

結局、生命侵害事例における逸失利益とは、生命が侵害された場合の生命価値を稼働によって稼げたであろう利益分として理解されていると言える。つまり、不法行為で死亡しなければ稼げたであろう金額と、死亡で稼げない収益ゼロという金額との差額をもって、裁判実務は生命価値の喪失分を評価していると言える。従って、この逸失利益を考える場合には、生命価値の平等性という視点が十分に考慮され、反映されていることが必要になってくる。このため、結論的には、逸失利益という差額的な損害分については、生命価値の平等という法的評価を加味した損害概念として観念することが妥当であると思われる。この意味で、前述の規範的損害論や淡路教授による生活保障説などにおける思考の方向性として、大きな示唆を受けることができる。

三 損害額算定方法について

1 損害額の算定方法に関する理論状況

損害概念についての見解は、以上のように展開されてきた。そこで次に、このような損害概念に関する見解に基づいて、どのような損害算定方法に関する議論がなされているのかについて概観していくことにする。

(1) 個別損害項目積み上げ方式

この算定方法は、まず、被害者が被った損害を財産的損害と精神的損害に分類した上で、財産的損害については、例えば、休業損害、治療費、介護費用、入通院費用、葬式費用、家屋改造費用などのような積極的損害を損害項目として考える。この積極的損害とは、不法行為がなされたために被害者に生じた財産上の損害のことを意味する。また、逸失利益を中心とする消極的損害も、財産的損害として把握し、損害項目として指摘する。この消極的損害とは、不法行為によって、被害者に生じたであろう財産的增加が妨げられたことによって、被害者が被った損害を意味する。もう一つの損害として精神的損害である慰謝料もあげている。

以上のような各項目を損害項目として、被害者が不法行為によって被った不利益部分を確定し、それを合計した総額をもって、全体の損害額として算出するという方法が、この個別損害項目積み上げ方式である。このため、損害発生についての証明責任を負担している被害者は、権利や保護法益に対する侵害によって生じた不利益状態だけでなく、金銭的評価の対象になる損害事実についての証明責任をも負担することになる。この算定方法が、伝統的な見解として位置づけられている。

しかしながら、この損害項目積み上げ方式という算定原理に対しては、野村教授が次のように批判された。損害額を算定するにあたり、治療費、付添費などの合計して考えるというのは「みせかけの理由付けである。両者の間には、論理的必然的な関係は、存在しないのである。つまり、右のような損害項目をたし合わせる、という積み上げ方式は」、「損害賠償額を算出し、理由付けるためのひとつの法的構成にすぎないのである。そのような方式の特色は、計算過程が非常に緻密であるために、損害額があたかも、客観的な事実を探索して得られたように、人々につよく印象づける点にある」と主張されている²⁰。

20 野村好弘「高越事故における損害と損害額」判タ212号24～25頁（1967年）。

(2) 評価説

このような個別損害項目積み上げ方式に対する批判から、死傷損害説に立脚しつつ、個別損害項目積み上げ方式をも採用して考える見解が主張されるようになった。いわゆる評価説と言われるものである。

この見解は、伝統的見解のように損害を積極的損害、消極的損害、慰謝料と3分類することを否定し、治療費、逸失利益、精神的損害などの項目の有用性を認める、という見解である。つまり、損害自体を死傷損害説的に把握しながら、死傷という損害の程度を金銭的に評価するための媒介資料として、治療費、逸失利益、精神的損害などを位置づける、というものである²¹。

(3) 一括請求方式・包括請求方式

更に、個別損害項目積み上げ方式とは異なる見解として、一括請求方式・包括請求方式という方法論が主張されている。この見解は、立証困難や審理期間の長期化などによる被害者救済の遅延を防止するために、財産上の損害を慰謝料算定の中に入れて請求していくという請求方法である²²。つまり、逸失利益や治療費などの財産的損害を被ったことによって、精神的苦痛を受けたとして、慰謝料請求として一括して請求するというのである。またもう一方の包括請求方式とは、加害行為によって全人間的破壊という損害が生じ、その総体を損害として包括して賠償請求していくという方法である²³。

21 佐藤歳二「積極損害・消極損害・慰謝料」『新・実務民事訴訟講座5』88頁(日本評論社、1983年)。

22 この請求方法は次のような裁判例において具体的に問題になった。新潟地判昭和46年9月29日判時642号96頁、名古屋高裁金沢支判昭和47年8月9日判時674号25頁、福岡地判昭和52年10月5日判時866号21頁など。

23 この請求方法は次の裁判事例において問題になった。熊本地判昭和48年3月20日判時696号15頁、東京地判昭和53年8月3日判時899号48頁、福岡地判昭和53年11月14日判時910号33頁など。

この一括請求方式や包括請求方式という算定方法は、生命や身体を害された場合にはすべてこれを一つの非財産的損害とみて、これに対する適当な賠償額を一体として判断すべきという西原教授の指摘が結実した算定原理として位置づけることができる。つまり、人の生命や身体の価値は本来換算不可能なものであり、それでも賠償にあたっては無理にでも換算しなければならぬので、適切な賠償額は「発見」されるのではなく、創り出されるものという西原教授の考え方に起源を有していると言える。

結局、一括・包括方式による算定方法は、伝統的な積極損害、消極損害、慰謝料という分類によって、損害項目を積み上げるのではなく、生じた損害全体を把握するという姿勢に結びついてくる方法論であると言える。従って、被害者の被った社会的、経済的、精神的損害の全てを包括する総体をもって損害として把握し、その全体としての損害額を賠償請求するという方法論が、この一括・包括請求方式であると位置づけることができる。

なお、伝統的な個別損害項目積み上げ方式が裁判実務において定着していることを考えると、公害訴訟や薬害訴訟という限定された事例であるとはいっても、この一括・包括請求方式が採用されているという点が注目される。

(4) 四宮説

四宮博士によると、「人損は、厳密に言えば評価不能という外ないが、何らかの仕方では算定せざるをえない」とする。そして、「具体的算定の原則の精神からは、人損の算定法も、被害者が受けた不利益のあらゆる面をカバーするものでなければならない。とすれば、多少なりとも計算に親しむ部分（財産的損害）と然らざる部分（非財産的損害）とに分ち、前者に関しては物損の場合に類比していく、という方法をとるのが、自然である。その結果は、人損のなかになんらかの形で「逸失利益」をも分かさせることになるわけである」とされる。そして、「もっとも、物損の論理を人損の財産的損害部分に類推する際に人損の特殊性を無視すべきではない

（たとえば、「逸失利益」に関しては労働能力喪失説に拠る）のはもちろんのこと、やはり、人損の特殊性を尊重して、非財産的損害部分（慰謝料）の比重を増やすことに努めなければならないであろう（特に生命侵害の場合）。」とも指摘されている²⁴。

つまり、全部賠償の原則から、個別損害項目積み上げ方式のような具体的算定の原則が妥当であるとしつつ、財産的損害としては逸失利益という損害項目の把握を認めるが、人身損害の場合には評価不能部分が認められるので、その特殊性を考慮して考えるべき、というのが、四宮博士の主張内容であろう。

また、四宮博士と同じ方向性の主張として、稼働能力喪失説によって人間の平等性が無視されている部分を、慰謝料算定の部分で修正して考える倉田卓次元判事の見解がある。倉田元判事よると、「就業能力がないという場合は、逸失利益の部分は少なくともしようがない」のではないかと指摘しつつ、「むしろ、全体の積み上げの構成の中における逸失利益の比率が大き過ぎるのではないか。結論がおかしければ、慰謝料のほうをもっと大きくするというかたちで、それを修正していくべき」であることを主張されている²⁵。

以上の四宮博士と倉田元判事の両見解は、基本的に交通事故事例における損害賠償における実務の傾向を承認する立場として位置づけられている²⁶。

(5) 淡路説

淡路教授によると、「死傷損害説によれば、…不法行為がなかったなら

24 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について」林良平先生還暦記念論文集『現代私法学の課題と展望・上』141頁（1981年）。

25 座談会「いのちの値段」法セミ372号55頁（1985年）。

26 高橋眞「損害概念論序説」172頁（有斐閣、2005年）、潮見佳男「人身損害における損害概念と算定原理（一）」民商103巻4号23頁（1991年）。

ばあったであろう状態については、不確かな要素、あるいは不法行為がなかったならばあったであろう状態を仮定することが本来できない場合が多いので、不確かなものは不確かなもの、仮定することができないものは仮定することができないものとしてこれを直視し、損害評価の理念（不法行為損害賠償制度の目的）に従い、損害評価の資料となしうる事実があればそれに基づいて、基本的に裁判官の創造的活動によって損害の評価を行うことになる。フィクションではなく、事実そのものから出発するわけである。」と指摘される²⁷。

つまり、当事者が損害項目ごとに具体的数字を主張・立証しない、あるいは、損害の主張・立証をしようとしてもその不確実性が大きい、または、証拠では確定できる性質のものでない場合には、当事者は包括的な損害額の提示にとどまり、裁判官の創造的役割に大きく依存しながら損害額を確定することになる、というのである²⁸。そして、当事者が確定的な損害項目評価を主張・立証した場合には、この主張・立証を尊重して損害額の評価として活かす、というのである²⁹。

この淡路教授の主張の特徴は、損害の包括的な評価方法と、具体的な損害評価方法の調和を試みている点にあると言える。

(6) 吉村説

吉村教授は、まず子供が死亡した場合に、その子供の障害の有無で賠償額に不当な差違が生じる裁判実務の算定方法を批判する。非常に共感を覚える批判内容である。そして、「これまで、障害のない子どもに対し平均賃金により算定された賠償が名目は逸失利益として、しかし実質的には精神的ないし非財産的損害の賠償として認められている事実を前提にすれば、

27 淡路・前掲10・110頁。

28 淡路・前掲11・177頁。

29 淡路・前掲11・75頁。

法の下での平等からしても、同額の賠償を認めるべきである」と主張なされる³⁰。近代憲法が保障する平等原理を、逸失利益論の部分でも維持しようとする非常に注目されるべき見解である。

2 小括

生命侵害における逸失利益について、通説や裁判実務は、不法行為によって死亡しなければ将来において得たであろう収益分が差額分に相当するものとして理解していると言える。その被害者の損害額の一部である逸失利益額を算定するにあたっては、個別損害項目の一つとして、どのくらい稼げたのかという観点から算出されているのが実情である。

ところで、生命侵害事例の場合の損害項目は、被害者が現実にかつた費用（積極的損害）、失った得べかりし利益（消極的損害）、そして、精神的損害（慰謝料）として理解されている。以上の損害項目で判断すれば、侵害行為によって喪失した生命価値の分とは、いわゆる逸失利益である消極的損害項目で把握されていることになりはしないであろうか。ところが、その生命価値自体を金銭評価することは非常に困難であるということで、稼働能力を基礎にして将来いくら稼ぎ得たであろうかという観点から、逸失利益という損害額が算出されているようである。つまり、この考え方によると、被害者の生命価値の喪失分は将来において得られなかった収益分として理解し得ることになり得るであろう。しかし、生命価値の平等性という重要な視点から判断すると、その算定方法に妥当性を見いだすことには限界があると言える。何故なら、稼働能力を備えていようがまいが、生命価値は平等であるはずという重要な大前提から判断すると、裁判実務で定着している稼働能力喪失説による逸失利益の算定方法には説得力を見

30 吉村良一「人身損害賠償額算定に関するいくつかの問題」立命館法学225・226合併号923頁（1992年）。

いだせないからである。少なくとも、この裁判実務の把握の仕方には、先の西原教授の合理的な批判が全く反映されていないと言わざるを得ない。

従って、生命侵害の事例での逸失利益を考える場合、死亡しなければ将来どのくらい稼げたか、という視点で損害額を把握するのではなく、あくまでも不法行為によって奪われた生命価値自体をどのように評価するのかという視点で把握されるべきであると思われる。生命価値が不法行為によって失われたという事実、その差額部分に政策的価値判断、つまり、生命価値の平等という重要な観点を折り込みながら、被害者に生じた損害額を算定する方法論を考えるべきではなかろうか。また、そのように理解することで、加害者自身に、被害者が将来の収入を得ることを侵害したのではなく、被害者の生命価値という非常に重要な法益を侵害したということを明確に認識させることができ、責任原因を明示することにもなると思われる。

以上において言及してきた生命価値の平等性という視点から考えると、先の淡路教授や吉村教授が提示された算定方法に関する修正的見解は、有益な示唆に富むものと評価できよう。生命侵害における逸失利益の算定方法としては、両教授が示された方向で検討されるべきであると思われる。

四 裁判事例の検討

1 事例の紹介

損害概念と損害の算定方法に関する議論は、以上のような状況にある。そこで次に、以上の議論状況を踏まえた上で、具体的な裁判事例を若干紹介することにする。紹介する対象にした裁判事例は、障害者に関する損害賠償事例である。障害者に関する裁判事例に注目した理由は、稼働能力のない、あるいは制限されている者の逸失利益が裁判実務において、どのように把握されているかを考察すれば、従来の逸失利益の把握の仕方に大き

な問題点があるということを確認できるからである。また以下の事例を検討することで、これまでの損害論や損害算定方法では、生命価値が喪失しているという重要な視点が軽視されているという問題点を再度確認することができ、どのような方向で検討されるべきかも見えてくるものと思われる。

また各事例を検討するにあたっては、労働能力喪失説による逸失利益の把握の仕方と慰謝料との関連性について検討を試みた。その理由は、逸失利益の少なさを慰謝料が補完するという相互関連性が、裁判実務一般の姿勢として見だしうるからである。この点についても大きな問題点を含有しているものと思われる。

(1) 大分地判平成16年7月29日判タ1200号165頁

【事案の概要】

被害者A(男性、事故当時11歳)は先天的脳性麻痺による四肢体幹機能障害で、生後基本的に寝たきりの状態で、最重度の知能障害、精神運動発達遅滞も有していた。このAが、Yの設置・管理する県立養護学校の教諭Bの訪問教育指導を受けた際、無理な姿勢を強要され、大腿骨を骨折し、その結果死亡するに至った。そこで、Aの両親X1X2が、Yに対して、Yの被用者であるBが、その職務を行うについて、過失によって違法に他人に損害を加えたものとして、国家賠償法1条1項に基づいて、損害賠償請求訴訟を提起した。

【逸失利益に関する当事者の主張】

損害項目の中で、特に争点になったのは、原告が主張するAの逸失利益に関する損害であった。

X1X2の主張によると、「Aの意思疎通等の生育状況からすれば、現在の情報技術関係の科学技術の発達、遺伝子治療の発達、再生医療の発達等により、就労可能性が見込まれるものである。Aは重度の障害

児であった。しかし、子どものもつ人間としての価値の本質は、ありとあらゆる無限の発達の可能性を秘めているのであり、この点について、Aと健常児とは全く差はなかった。障害児に限り、将来の発達の可能性がないものと決めつけ、損害賠償額において差別を設けるのは、障害児に対する不当な偏見であり、絶対に許されない。よって、障害児死亡の場合の逸失利益も、健常児童と同じように、男性労働者の平均賃金をもって認定することが合理的である。判例実務は、年少者の将来の逸失利益という予測不可能な事態に対して「フィクション」を働かせて、最低でも平均余命分の平均賃金は獲得するであろうと擬制し、逸失利益を算定している。にもかかわらず、障害児には、かかる擬制を働かせずに逸失利益を算出するのであれば、それはまさしく障害を理由とする差別にほかならない」というものであった。

これに対して、Yは次のように抗弁した。「Aは、先天的脳奇形の一つである全前脳胞症であった。このように、Aに脳の形成異常が明らかに存在していたこと、食物の経口摂取が不可能であったこと、11歳で発語がなかったこと等の事情を勘案すると、Aの死亡以後、相当期間Aの生存が認められたとしても、A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。我が国の損害賠償制度は、不法行為によって現実に発生した具体的損害を、金銭賠償の方法をもって填補することを目的としている。そして、現実に発生した具体的損害は、被害者に現実に生じた具体的不利益によって算定される。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被る具体的不利益は一樣ではなく、かかる一樣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違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。現時点で相当な程度に将来収入が得られる蓋

然性が認められなければ、損害額を算定するにあたって斟酌する必要がない。Aについて、逸失利益を認めるべき理由は存在しない。」という内容の抗弁である。

【裁判所の判断】

①逸失利益

A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が一般的に普及するまでには未だ相当程度の年月が必要と思われる。とすると、これらの技術発展の可能性を十分に考慮に入れても、未だA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。

また、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になる。

よって、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であるとするのは、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。

②慰謝料

結局、Aの逸失利益については認められなかったが、A自身の慰謝料として2000万円、X1X2の慰謝料として各200万円が相当として認められた。

(2) 東京地八王子支判平成15年12月10日判時1845号83頁

【事案の概要】

A（男性、事故当時42歳）は、先天的に障害等級二級程度の知的障害を有していたが、障害者手帳は取得していない者であった。そのAが、Y会社のクリーニング工場で従業員として勤務している時に、同工場に設置されていた業務用の連続式大型自動洗濯・乾燥機に巻き込まれて、頭蓋内損傷などの傷害によって死亡してしまった。そこで、Aの遺族であるXが、Y会社を相手に、709条などを根拠に損害賠償請求を求めた。

【逸失利益に関する当事者の主張】

Xは次のように主張した。逸失利益の算定にあたって基礎とすべきAの年収額は、賃金センサス平成10年第一巻第一表産業計40歳から44歳の平均年収額である598万8500円とし、生活費控除額を30パーセントとして考えられる。また、Aの就労可能年齢を67歳とすると、労働能力喪失期間は25年間になり、ライブニツ方式で中間利息を控除するとAの得べかりし収入は合計5819万3008円となる。

この点についてYは、受給する年金をベースに、原告の賠償額を算定すべきと主張した。つまり、受給資格を有する限り、Aは労災保険から年間96万6500円の年金を受給することになり、その受給資格を有する期間を20年間と仮定すれば、総額1933万円を受給する計算になる、という主張内容であった。

【裁判所の判断】

①逸失利益

Aは、Y会社から給与を得ていたが、これは、時間外労働に対する賃金を労働基準法など関係法令に則って算出しておらず、また、関係法令に基づいて適正に算出される金額よりも低額のものになっているものなので、本件事故以前にY会社から現実に支給されていた金額をもって、Aの逸失利益算定の基礎とすることは相当ではない。

また、Aの経歴、労働者としての能力、AのY会社における職務内容、勤続年数、実際にY会社から得ていた給与の額、Y会社が労働基準法などの関係法令に従って賃金を算定していたならばAが得たであろう賃金の額などを総合考慮すると、Aの逸失利益算定の基礎は、賃金センサス平成12年第一巻第一表、男性労働者・学歴計・中卒の40歳ないし44歳の平均収入である482万6000円の7割にあたる337万8200円とするのが相当である。

なお、Aは本件事故当時、年額80万4200円の障害基礎年金の受給資格を有していたものと認められるが、障害基礎年金は、主に障害者の生活を保障するためのものであり、支給金は生活費に充てられるべき性質のものであること、障害基礎年金の受給権は、受給権者の死亡により消滅する一身専属性を有することなどを考慮すると、支給額相当額を逸失利益算定の基礎に加えるのは相当ではない。

そして、Aは本件事故に至るまで約24年間にわたりY会社に勤務しており、本件事故にあわなければ、67歳までの25年間さらに稼働して、収入を得ることが可能であったものと考えられるので、本件事故によって、本件事故当時のAの年齢である42歳から67歳までの25年間の労働能力を100パーセント喪失したことが認められる。そうすると、Aの逸失利益は、前述の337万8200円を基礎として、本件事故当時Aは独身であったとはいえ、両親を扶養する一家の支柱であったと認められるので、生活費の控除割合を30パーセントとして、ライブニッツ方式による年5パーセントの割合による中間利息を控除して、本件事故当時における逸失利益の現価を算定すると、3332万8645円になる。

②慰謝料

慰謝料については、種々の社会活動を通じて自分の意見を積極的に外部に表明し、周囲の人々にも影響を与えるなど、意欲的に生活していたこと、Aには交際している女性があり、結婚を念頭においてまじめにY会社で働いていたこと、そして、事故の態様、Aの受傷状況および受傷内容、Y会社におけるAの勤務態度として責任感が強くまじめなものであったこと、Aが一家を扶養する支柱であったこと、その他一切の事情を総合考慮すると、Aの受けた精神的苦痛とAの親Xが受けた精神的苦痛を慰謝するには、合計2600万円が相当と認められる。

(3) 大津地判平成15年3月24日判時1831号3頁

【事案の概要】

肩パットの製造・加工工場を営むB会社に雇われていた知的障害者X1～X16、A(全員男性)は、B会社の事業主・代表取締役Yから虐待を受け、労働・生活環境も劣悪を極め、特にAは、虐待のために悪性症候群によって死亡するに至った。このため、X1～X16と死亡したAの両親X17X18は、Y1と、B会社を紹介した障害者更正施設および当該地域の福祉事務所などの責任として県Y2、そして、事態を放置した労働基準監督署ないし職業安定所の責任として国Y3に対して、民法709条や国家賠償法1条などに基づいて損害賠償請求を求めた。

【逸失利益・慰謝料に関する当事者の主張】

原告らX1～X16の主張は次のようなものであった。Yからの日常的な暴力・虐待の支配下に置かれており、劣悪な労働条件のもとで、家族や第三者とも隔離され、寮の生活も劣悪なものであった。このような虐待などによる支配のもとにおかれたことで原告らが被った肉体的・精神的苦痛は著しいものであり、これを慰謝するための金額は、日額2000円を下らない。よって、在職期間中の実働日数に一日あたり2000円の慰謝

料を乗じたものが、虐待による慰謝料金額である。なお、この損害賠償は、個々の虐待行為に基づく個別の損害として請求するものではなく、いわゆる包括・一律請求によるものである。

また、Aの死亡による損害は、Yによる不当な放置および虐待により30代前半の若さで命を奪われたのであるから、これを慰謝するための金額は、3000万円を下らない。そして、Aの両親であるX17X18は、息子であるAが悲惨な虐待の末に死亡したことによって耐え難い悲しみと精神的苦痛を味わっているため、これを慰謝するための金額はそれぞれ1000万円を下らない。

その他、未払賃金相当の損害、年金横領による損害、原告らの預金横領による損害などを請求している。

一方、特にY3からは、原告らの保護者は遅くとも本件事件が公になる以前にY1の行為を認識していたのに、これを放置、黙認したのであるから、この保護者の対応は過失相殺の対象になる、などの反論がなされた。

【裁判所による判断】

まず、X1～X16については、Y1による虐待行為の内容、程度、暴行行為の継続期間などを総合考慮して、各原告ごとに慰謝料額を認定していった。

①逸失利益

死亡したAについては、Aが死亡した当時（平成2年2月26日）の年収を的確に示す証拠はないが、当時の県が定める最低賃金額は日額3835円であり、これを基礎に一ヶ月に25日勤務として年収を計算すると115万500円になるので、Aは、知的障害と精神障害を伴っていたが、最低限、この程度の収入は得られたものと解される、とした。一方、賃金センサス平成2年第一巻第一表では、中卒・33歳の男子労働者の年収額は398万1900円で、前述の最低賃金額はこの約28.9パーセントに相当す

る。よって、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、A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と考えるのが合理的である。そこで、賃金センサス平成2年第一巻第一表の中卒・全年齢男子労働者の年収額453万5200円を基礎として、生活費控除率を50パーセント、就労可能年数を34年として、これに対応するライプニッツ係数を用いて逸失利益を計算すると1061万1862円になる。

②慰謝料

死亡したAは、Y1によって必要な薬の投薬を中止させられたほか、適正な賃金の支払を受けず、日常的に暴力を振るわれただけでなく、木に縛りつけられたり寝袋に入れられたりするなど苛酷な仕打ちを受け、さらに、精神状態が悪化し、急激に痩せていくなど体調も悪化していたにもかかわらず、適切な通院などをさせてもらうことなく死亡するに至った。よって、Aの被った精神的苦痛は甚大なものであり、これらの事情を一切考慮すると、この苦痛に対する慰謝料は2500万円が相当と認める。

なお、以上のように認定された逸失利益と慰謝料の合計3561万1862円は、Y1、Y2、Y3が連帯してその賠償義務があるとした。

(4) 東京高判平成6年11月29日判時1516号78頁

【事案の概要】

Xらの子Aは、県立養護学校高等部二年に在学していた。Aは、担当教諭Y1の体育の授業で、一対一の水泳訓練を受けている途中で、水を吸引して意識不明になり、病院に搬送されたが、死亡するに至った。その死因は溺死であった。そこで、Xは、Y1に対しては故意による不法行為責任、Y2県に対しては、主位的に安全配慮義務違反、予備的に国家賠償法1条に基づいて、それぞれ損害賠償請求を提起した。

【逸失利益に関する当事者の主張】

逸失利益の算定について、Xらは、Aの死亡による逸失利益の算定につき、全労働者の平均年収額を基礎として算定すべきであると主張した。これに対して、Y1 Y2ともに、Aの資質および進路希望などを考慮したうえで、Aが就職する蓋然性の高い地域作業所の平均年収額にしたがって算定されるべき、と反論した。

【裁判所の判断】

①横浜地判平成4年3月5日1451号147頁

昭和57年におけるAのIQは55であったこと、昭和62年度のAが在籍していた養護学校の卒業生36名中、地域作業所に入所した者は12名であったこと、県の精神薄弱養護学校高等部の昭和60年から62年までの卒業生の進路状況については、地域作業所に入所した者の割合が一番高く、33パーセント前後であるのに対して、一般企業への就職者の割合は25パーセント程度であること、自閉症児が将来健常児と同様の就職をする割合は20パーセント未満であることが認められる。

よって、Aの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ので、Aの死亡による逸失利益の算定にあたっては、地域作業所入所者の平均収入を基礎とすべきである。結局、昭和60年における年間平均工賃は7万2886円であり、ライフニッツ方式によって中間利息を控除して、Aの18歳から67歳までの逸失利益の本件事故当時の現価を求めると、120万1161円になる。

慰謝料については、本件事故がY1の重過失によって発生したこと、Aの逸失利益の算定額およびAがXらの唯一の子であること等の諸般の事情を考慮すると、Aについては1500万円、Xらについてはそれぞれ500万円と算定するのが相当である。

②控訴理由

そこで、Xらは控訴した。その理由はこうである。原判決は、Aが卒業後の進路として地域作業所に進む蓋然性が最も高いと決めつけて、Aの逸失利益を県内の地域作業所における障害者一人あたりの年間平均工賃7万2886円を基礎として算定した第一審は、次の三点で誤っている。

1) 平均賃金で算定される年少者の死亡による損害の実質が、ほかならぬ子供を失ったことによる親の精神的打撃であるとする、親の悲しみは、子供の障害の有無によっては変わらない。よって、Aの逸失利益もまた障害のない子供と同様に平均賃金で算定されるべきである。

2) 障害のない子が被害者であった場合でも、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・具体的な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いたのは、人間の価値の平等を重視しているからである。

3) 最低賃金を逸失利益算定の基礎とする場合には、その低廉な金額などが生活費に充てられることから、最低賃金から生活費を控除することは不当であり、また、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、年少者の場合でも、中間利息の控除方法としては、ホフマン方式を採用すべきである。

一方、被控訴人らは、次のように反論した。①自閉症であり知能程度が通常でないAの労働能力を考えると、男子労働者全年齢平均賃金や全労働者全年齢平均賃金を前提として逸失利益を算定するのは、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。②たとえ最低賃金を基礎とする場合であっても、生活費を相当額控除すべきであり、本件のごとく、長時間にわたる中間利息を控除する場合には、ライブニッツ方式の方が相当である。

③東京高判決

死亡した未就労の年少者に関する逸失利益の算定にあたっては、その

年齢とこれに伴う潜在的な不確定要因が往々にあることから、おのずと将来の発育の過程においてその能力が将来発展的に増大ないし減少する可能性があるので、現時点で固定化して現価を算出するには不安定、不確定な要因などの存在も多分に予測され、これらを全く無視することができない場合がある。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、斟酌しても差しつかえないものとする。このことは、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とるなかで、それが実損害の算定からか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言える。

Aの逸失利益を算定するにあたり基礎とする得べかりし収入につき、通常の労働者の平均賃金を算定基礎とする方法は、そのままでは100パーセント絶対的に適切であるとは言えない。だが、地域作業所入所による収入を基礎とする平均年間所得を算定基礎とするのは、よく学習されよく伸びた例とされるAの将来の発展性を秘めた可能性の要因を十分に考慮して、同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しないと、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かけ離れた数額となりかねない。確かにAは、自閉症で知的障害があるとはいえ、軽度のランクであり、そのIQは67まで上がっていたのであり、このようなA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、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、A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。

結局、県の定める最低賃金を基礎として、その他諸々の事情を勘案し、かつ、この最低賃金を固定化して昇給を勘案しない控え目な収入額とみて、この数額を基礎として算定すれば、さほどの修正を加えることはないと考える。よって、県の最低賃金が1日4000円、1ヶ月あたり平均22日稼働日数とみて、その12ヶ月分の収入額を年収額とし、それを18歳から60歳までの稼働期間を乗じて、そこから新ホフマン方式で中間利息を控除すると、2441万7888円になる。そして、20パーセントの生活費などを控除すると、1758万0879円を一応算出できる。

そして、慰謝料については、原判決通り、Aの慰謝料を1500万円、控訴人ら各人の慰謝料を各500万円とすることを相当とする。その理由は、原判決に示している通りであり、逸失利益の算定の過程で、諸々の事情を勘案して、かつ潜在的ながら将来にはその顕在化が予想されうる不確定要素をも考慮して財産的損害につき、かなり配慮した算定額が出されているので、相当の慰謝料額であると判断する。

(5) 東京地判平成2年6月11日判時1368号82頁

【事案の概要】

Y区は、同区内に居住する心身障害者の福祉の向上を図るために、同地域内に居住しながら何ら必要な援助を受けずに在宅の状態にある障害を持った乳幼児に対して、早期に福祉や保育に必要な相談および指導を行うために、看護婦・保母などを訪問させ、訪問指導をさせていた。ところで、Y区の在宅障害児訪問指導員であるAは、脳性麻痺による運動機能障害を持つX2（男性、当時3歳1ヶ月）の介護にあっていたところ、故意または重過失によってX2が乗っていたバギー（小型手押四輪車）ごと地面に横転させ、X2に頭部打撲などの傷害を負わせた。この事故によって、X2の症状は一変し、運動機能も喪失し、座ることも寝返りを打つこともできない寝たきりの状態になってしまった。そこで、X2とその母親X1は、Y区に対して、国家賠償法1条に基づいて

損害賠償請求を求めた。

本稿との関係で、被害者の逸失利益をめぐる当事者の主張、抗弁の内容は以下の通りであった。

【逸失利益をめぐる当事者の主張】

X1・X2は、次のように主張した。X2は、本件口頭弁論終結当時満7歳の児童であり、本件事故に会わなければ満18歳から67歳までの49年間就労が可能であり、その間昭和62年度賃金センサス産業計、企業規模計、学歴計、男子労働者の全年齢の平均賃金である年金442万5800円の収入を得たはずであるところ、本件事故により労働能力を100パーセント失ったから、ライブニッツ式計算方法により中間利息を控除してその逸失利益を計算すると金4364万8567円になる、という主張内容であった。

この点について、Yは次のように抗弁した。X2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し、また事故前と同様将来に渡って付添看護が必要であり、X2にはこの点についての損害は存しない、という抗弁内容であった。

【裁判所の判断】

①逸失利益

認定した事実によると、X2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わたり介護が必要な状態であり、将来その必要がな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などの請求については根拠がなく認められないものというべきである。

②慰謝料

Aの過失が比較的重いものであること、X1 X2ともに本件事故によって回復への希望が失われ、両者の悲嘆には大きなものがあること、X1はX2の介護のために心身ともに憔悴し、自分の健康を害するようになってきていること、などの諸事情を考慮して、X1の慰謝料として150万円、X2の慰謝料として300万円を相当として認めた。

3 小括

以上の検討を加えた裁判事例は、最近の裁判実務の流れを把握するために、平成元年以降のものに限定した。検討件数が少ないが、何らかの障害が身体に存在している者の逸失利益と慰謝料がどのように認定されているのかを伺うことはできる。

結局、逸失利益が認められなかった事例は、1の大分地裁、5の東京地裁の事例においてであった。いずれも、将来就労の可能性が認められない被害者の場合に、逸失利益が認められていないという点で共通している。また事例4の場合、将来の就労可能性は不確実ではあるが、ある程度の可能性を認めて、県の最低賃金を基礎にして逸失利益を算出している。つまり、就労可能性を認めていることを前提に、逸失利益を算出しているのである。

そして事例5からは、脳性麻痺からくる運動機能障害ということだけしか被害者の稼働能力の程度を伺い知ることはできない。よって、事例1の被害者のように、将来においても全く稼働能力が見込めない状態であったとは言い切れない。しかし、被告からの反論や裁判所の判決内容から判断すると、相当程度に被害者の将来における稼働能力の具備について疑問視されていることは伺える。なお事例5の被害者の場合、慰謝料額が慰謝料としては通常の金額になっているが、これは被害者が死亡しているのではなく、傷害を負ったことによる慰謝料によるものと思われる。

一方、事例2や3では、同じ障害を持つ被害者でも、事故当時まで実際

に働いていたため、事例1や5の被害者とは、この点で大きく事情が異なっている。このような事例2や3の場合における障害者が、不法行為によって死亡するに至った場合に認められる逸失利益は、健常者が得られるであろう収入額に対して、何割の収入が見込めるかという視点から算定されている。つまり、健常者ほどの稼働能力はないが、それ相応に稼働して収入を得ているということから、その逸失利益を算出しているのである。

以上の整理から、認定された逸失利益と慰謝料の合計額は、稼働能力のある障害者の場合と稼働能力のない障害者の場合とでは、逸失利益が認められない分だけの差が両者の間に認められることになる。そして、そもそも稼働能力が認められない障害者が傷害を負った場合には、その金額の差は更に大きくなっていると言える。つまり、逸失利益に関する裁判実務の把握の仕方には、生命価値が喪失しているという重要なポイントが欠けているため、稼働能力の認められない障害者の事例において重大な問題点が顕在化しているように思える。少ない逸失利益分を慰謝料額で補うとはいえ、果たして、このような障害者の生命価値をないがしろにするような損害額の算定方法に妥当性を見出すことができるのであろうか。この障害者の生命侵害や傷害事例の場合を含めて、逸失利益に関する議論が、どのように理解されるべきなのかについて最後にまとめることにする。

五 むすび — 今後の方向性と方途について

被害者の逸失利益の算定方法として裁判実務において定着した感のある稼働能力喪失説に立脚して、前述の一連の裁判事例を考えると、稼働能力のある障害者と否の障害者とで逸失利益に違いが生じることになる。

しかし、ここでもう一度、西原教授が指摘された点を振り返る必要があるように思われる。人間の平等、個人の尊重という視点である。このような視点で稼働能力喪失説を考えると、健常者と否の者との間に大きな差額

が生じる結論を導くことになる見解については合理性を見出すことは非常に難しいと言える。一個の生命体が違法性のある不法行為によって社会から消えてしまった、あるいは負傷をしたという事実は、その生命体が稼働能力を備えているか否かということとは別の視点で、評価されなければならないはずである。その視点が仮に妥当性のあるものであるとすれば、もっぱら人間を物質的側面から観察した場合、人間を生産的労働により一定の収益を挙げうるものとして把握することができ、この労働能力はいわば機械と同様の財産的価値を持つ、という楠本弁護士の主張は、到底納得できないものになる。

また、加藤雅信博士は、「人間の稼働能力に差異がある現実是否定できず、それを損害賠償に反映せざるをえないとしても、慰謝料等の部分では、…人間の平等という観点を尊重すべきであろう」と主張されている³¹。

しかし、働きたくても働くことができない人々の逸失利益を考える場合、加藤博士の見解にそれほどの説得力があるとは思えない。何故なら、人間の稼働能力には厳然たる差があるから、その稼働能力の差による金銭評価として逸失利益の部分でゼロと評価され、その分慰謝料額の部分で補完して考えるとされても、では何故、逸失利益、つまり、不法行為がなければ得たであろう利益が、稼働能力によって得た収入をベースに算出されなければならないのか、そして、稼働能力のない者が被った精神的損害は、健康者の被った精神的損害よりも多くなる根拠は何処にあるのか、ということを見ると、その主張内容には限界を感じるからである。結局、問題とされるべき点は、慰謝料などで被害者に認められる損害額を調整するとしても、最終的に損害額を増やせば問題がなくなるということなのではなく、同じ違法性のある不法行為によって死亡や傷害という結果が招来された場

31 加藤雅信「事務管理・不当利得・不法行為（第2版）」269頁（有斐閣、2005年）。塩崎勤「人身損害の賠償算定上の問題点」『現代損害賠償法の諸問題』178頁（判例タイムズ社、1999年）などにも同趣旨が述べられている。

合に、被害者の被った逸失利益額に、稼働能力の有無によって大きな違いを認めているという法的評価の方法にあると考える。裁判実務が使用する逸失利益という部分で生命価値の損失という金銭評価に違いが生じるということに対してどれほどの論拠が示せるのかが問題なのである。

従って、生命侵害によって被害者の被った損害という部分は、基本的には、人間の生命価値が侵害された場合なのだから、稼働能力の程度を問わずに、何人もひとしく享受している生命価値が喪失している分として把握する方向で検討されるべきではなかろうかと考える。そのような方向で検討すれば、生命価値の平等性という視点によって、被害者の稼働能力の有無は問題にならなくなるものと思われる。また、生命侵害事例では、被害者の生命価値が侵害され喪失していることが現実には直視されるべきなのだから、この生命価値の侵害を損害として積極的に評価していくべきではないかと言えるようにも思える。そうすることで、稼働能力の有無にかかわらず、生命価値の喪失分は等しく評価されることになり、さらには、加害者に、自分が侵害したのは被害者の将来における収入という金銭ではなく、被害者の重要な保護法益である生命価値なのであるということを確認に認識させることもできるようになるとと思われる。

では、その生命価値自体をどのように考えればよいのであろうか。この点については、前述の淡路教授の主張なされた生活保障説という見解が非常に興味深いものと言える。損害評価の場合には、原状回復の理念に基づいて、健康の回復のみならず家庭的・社会的ハンディキャップを十分に補う措置が含まれるべきであり、人間の宣言と平等の観点から、普通なみの生活を保障するに足る賠償額が認められるべき、という淡路教授の指摘である。但し、淡路教授は次のようにも主張なされている。その普通なみの生活を保障するというのは、将来の不確実な事実ではあるが、被害者が将来のある種の職業的可能性を奪われたことは事実なので、原則的には逸失利益の賠償を認めるべきであると判断し、平均賃金をもって生活保障レベルと理解すべき、と³²。このように考えれば、健常者が得られる逸

失利益との差は生じないことになり、失われた生命価値の平等性を維持することができることになる。

その意味で、淡路教授の主張された「普通なみの生活を保障する」という視点は重要である。通常の生活をするという利益が加害行為によって奪われたと考えているのである。しかし、筆者はこの見解に対しても疑問を持っている。この普通の生活をするという利益について、淡路教授は平均賃金をもって具体的に算定しようとしているが、普通なみの生活を保障するという意味で考えれば、被害者が不法行為で奪われたのは、平均賃金の取得が奪われたのではなく、被害者を取り巻く生活環境から享受する利益を含めた生命価値そのものが奪われたと評価すべきではなからうか、という疑問である。

この疑問から、前述の裁判事例を見ると、稼働能力を想定できない被害者に認められた慰謝料額が、有益な視点を提供しているように思われる。つまり、生命侵害された被害者には、稼働能力がないと評価されているため、それ以外の部分、つまり慰謝料の部分で補う形で損害総額が算定されているのである。このような場合の被害者の逸失利益における慰謝料額は、稼働能力の喪失という部分を考慮していないため、働くことで得たであろう利益以外の部分で算出されているはずなのである。その意味では、本稿三（六）の吉村教授の指摘は非常に興味深い。従って、裁判実務でこの慰謝料算定を、具体的にどのような要因に基づいて判断しているのかが、生命侵害における逸失利益の内容を把握するにあたって非常に重要なポイントになってくるであろう。

従来の学説の範囲内で思考をすれば、以上のように吉村教授が指摘される方向で逸失利益概念を考えるべきであると思われる。しかし、筆者は、生命侵害事例における損害責任の問題は、本当に損害賠償制度に馴染む問題なのか、という基本的な疑問を持っている。従って、その点も含めて今

後は逸失利益概念を検討し直していく必要があるのではないかと考えている。仮に、生命侵害事例で生じた損害を損害賠償制度で処理するのであれば、被害者の稼働能力に基づく逸失利益としてではなく、生命侵害によって生命価値が喪失した事実のみを金銭評価すべき、という方向で検討すべきではなからうか。何故なら、不法行為を理由とする損害賠償制度とは、発生した損害の填補を紛争当事者間で公平に分担しあうことに目的を設定しているはずだからである。よって、将来どのくらい稼働して収益を得られたのかという不確定要素の多く含まれる将来の部分を損害の一部として考慮するのではなく、不法行為によって侵害された生命価値そのものをどのように評価して考えるべきか、という視点で考えるべきではなからうか。その意味で、生命価値の喪失分をあたかも稼働による収益分に換算して考えるという算定方式には大きな疑問を抱かざるを得ない。

問題は、喪失した生命価値はどのように金銭的に評価すればよいのであろうか、という点である。この問題に対して筆者は現在、アメリカ法における「法と行動科学 (law and behavioral science)」あるいは「認知心理学 (cognitive psychology)」という学際的な研究に注目をしている。この学問分野では、そもそも金銭評価のできない「生命価値 (value of life)」を科学的に評価しようとする研究が科学的に行われているようである。仮にその分野の研究が日本法においても十分に援用できると評価できれば、従来の逸失利益概念を生命価値の平等という視点に基づいて見直す手がかりになるかもしれないと期待している。この認知心理学上の研究についての検討は、別稿で行うことにする。