

# 障害児死亡における 損害賠償額の算定について

吉 村 良 一\*

## 目 次

1. はじめに
2. 人身損害における賠償額算定のあり方
3. 交通事故における賠償算定方法の意義と限界
4. 障害児死亡における賠償額算定のあり方
5. 東京地裁平成31年判決の検討

## 1. はじめに

東京地裁は、平成31年（2019年）3月22日に、障害児死亡における損害賠償額算定に関し、注目すべき判断を示した（LEX/DB25506542）。事案は（判決の要約によれば）、原告ら夫婦の子である知的障害（自閉症の診断を受け、知的障害（愛の手帳）判定基準において最重度の判定を受けていた。ただし、その知的障害の実際の程度については当事者間に争いがある）を有するAが平成27年9月に、入所していた施設を出て行方不明となり、同年11月に山林で遺体となって発見されたが、Aが本件施設を出て行方不明となり死亡するに至ったのは、被告の本件施設の利用契約上の債務不履行（入所利用者に対する安全配慮義務違反）又は被告自身若しくは被告の職員の過失によるものである（本件施設の他の利用児童が帰園した際、東棟玄関扉の電子錠が解錠されたままの状態になったために東棟玄関から本件施設を出てしまい行方不明と

---

\* よしむら・りょういち 立命館大学大学院法務研究科教授

なった)と主張して、債務不履行(民法415条)又は不法行為(民法709条、715条1項)を理由とする損害賠償請求を行ったというものである。

原告は、「本件は、人の命の価値を問う裁判であり、知的障害のない男児の死亡事故の場合に男性の全年齢平均賃金を基礎として逸失利益が算定されるのであれば、知的障害のある男児の死亡事故の場合にも他の者との平等を基礎として同様の算定がされるべきである」として、「障害のない男児の死亡事故の場合と差別のない精神的、肉体的、経済的損害の一切を包含する損害賠償である包括的慰謝料として」1億1443万余円を請求した(原告は、「損害をAの死傷そのもの、又はAの死亡によってA自身及び原告らの失った利益と包括的に捉えるべきであるが、仮にそうでないとしても、逸失利益部分については、平均賃金により算定された額がAの死亡により失われた利益の最低額として賠償されるべきであり、仮に平均賃金ではなく最低賃金により算定される場合には慰謝料の調整的、補完的機能の活用により、慰謝料額において是正されるべきである」と主張した)。

これに対し被告は、責任論については積極的に争わず、損害論、とりわけ知的障害者であるAの逸失利益の有無及び額について主に争った。被告は、「包括的慰謝料請求は、多数の被害者が存在し、疾病の発病から長期間が経過し、症状の経過も一様でないなどの特殊性を有する集団的訴訟としての公害訴訟において、例外的な手法として用いられることのある損害算定理論であるにすぎないから、本件のような個人の損害賠償請求訴訟においてあえて用いる積極的、合理的な理由は存在しない。……自閉症で最重度の知的障害者であったAには、将来、一般企業において就労する可能性はなく、せいぜい福祉的就労が可能であったにすぎないから、その逸失利益の算定に当たっては、福祉的就労により得られる賃金を基礎とすべきであるとした。

東京地裁は、「原告らは一次的には包括的慰謝料を請求するものであり、集団的訴訟でなければかかる請求が直ちに不適法となるわけではないものの……原告らが包括的慰謝料の内訳として費目ごとの損害を主張する本件

においては、損害をAの死傷そのものなどと捉え、上記のような包括的慰謝料を概括的に算定するのではなく、包括的慰謝料の内訳となる原告ら主張の費目ごとにその損害額を個別に検討することとする」とした上で、以下のように述べて、19歳までの平均賃金による逸失利益の賠償（2242万余円）とA本人の死亡慰謝料（2000万円）、原告ら固有の慰謝料（250万円×2）、弁護士費用の合計5212万余円の賠償を認めた。

「障害者の雇用に関する法令のうち、特に障害者の一般就労について中心的な位置を占める法律というべき『障害者の雇用の促進等に関する法律』（法）に着目すると、法は、今日までに数次の改正を経た上、障害者である労働者は、経済社会を構成する労働者の一員として、職業生活においてその能力を発揮する機会を与えられることを基本的理念とし（3条）、障害者である労働者は、職業に従事する者としての自覚を持ち、自ら進んで、その能力の開発及び向上を図り、有為な職業人として自立するように努めなければならない（4条）一方、全て事業主は、障害者の雇用に関し、社会連帯の理念に基づき、障害者である労働者が有為な職業人として自立しようとする努力に対して協力する責務を有するものであって、その有する能力を正当に評価し、適当な雇用の場を与えるとともに適正な雇用管理を行うことによりその雇用の安定を図るように努めなければならない（5条）、国及び地方公共団体も、障害者の雇用について事業主その他国民一般の理解を高めるとともに、事業主、障害者その他の関係者に対する援助の措置及び障害者の特性に配慮した職業リハビリテーションの措置を講ずる等障害者の雇用の促進及びその職業の安定を図るために必要な施策を、障害者の福祉に関する施策との有機的な連携を図りつつ総合的かつ効果的に推進するように努めなければならない（6条）と定め、厚生労働大臣に障害者雇用対策基本方針の策定を命じている（7条）。そして、法は、障害者がその能力に適合する職業に就くこと（1条）を促進する措置として職業リハビリテーションの推進（8条ないし33条）を、雇用の分野における障害者と障害者でない者との均等な機会及び待遇の確保並びに障害者がその有する能力を有効に発揮することができるようにするための措置として障害者に対する差別の禁止及び合理的配慮（34条ないし36条の6）を、障害者の雇用義務等に基づく雇用の促進等のための措置として雇用義務制度（37条ないし74条の3）を、更に、これらの制度の実効性を高めるために、裁判によらない紛争解決制度を定めている（74条の4ないし74条の8）。なお、法7

条に基づき策定された『障害者雇用対策基本方針』は、職業リハビリテーションの措置の総合的かつ効果的な実施を図るため講じようとする施策の基本となるべき事項、事業主が行うべき雇用管理に関して指針となるべき事項、障害者の雇用の促進及びその職業の安定を図るため講じようとする施策の基本となるべき事項を具体的に定め、また、差別禁止に関しては、法36条1項に基づき、事業主が適切に対処するために必要な指針として『障害者に対する差別の禁止に関する規定に定める事項に関し、事業主が適切に対処するための指針』が、合理的配慮に関しては、法36条の5第1項に基づき、事業主が講ずべき措置に関して、その適切かつ有効な実施を図るために必要な指針として『雇用の分野における障害者と障害者でない者との均等な機会若しくは待遇の確保又は障害者である労働者の有する能力の有効な発揮の支障となっている事情を改善するために事業主が講ずべき措置に関する指針』が定められるに至った。以上のような法の定めが、知的障害者を含む障害者の一般企業への就労を積極的に推進していく大きな要因となることはいままでもない。そして、実際の社会においても、特例子会社(法44条)の中には、単に雇用義務を履行するためという観点ではなく、知的障害者を含む障害者の有する能力を自社の事業ないし業務に活用して企業利益の創出や企業価値の向上につなげようとする観点から、障害者雇用を積極的に推進している企業も見られるなど、知的障害者雇用に関連する社会の情勢も漸進的にはあるが改善されていく兆しがうかがわれる。このような事情に照らせば、我が国における障害者雇用施策は正に大きな転換期を迎えようとしているのであって、知的障害者の一般就労がまだ十分でない現状にあるとしても、かかる現状のみに捕らわれて、知的障害者の一般企業における就労の蓋然性を直ちに否定することは相当ではなく、あくまでも個々の知的障害者の有する稼働能力(潜在的な稼働能力を含む。)の有無、程度を具体的に検討した上で、その一般就労の蓋然性の有無、程度を判断するのが相当である」(下線は筆者による。以下同じ)。

「Aは、平成21年11月時点で、知的障害(愛の手帳)判定基準上、1度(最重度)の判定を受けていたものの……少なくとも平成27年当時におけるAの実際の知的障害の程度は、知的障害(愛の手帳)判定基準上、直近に受けた判定である1度(最重度)ではなく、せいぜい2度(重度)にとどまっていたというべきである。」

「重度の知的障害者であるAにおいて、その就労開始年当初から障害者でない者と同等の稼働能力があったことを的確に認めるに足る証拠はないものの、特定の物事に極端にこだわるという自閉症の一般的な特性のほか……本件施設を出

たAの実際の行動が、本件施設の担当職員のみならず、Aの両親である原告らの想定を超えるものであったことに照らせば、Aには特定の分野、範囲に限っては高い集中力をもって障害者でない者と同等の、場合によっては障害者でない者よりも優れた稼働能力を発揮する蓋然性があったことがうかがわれる。もとより、重度の知的障害者が有すると思われる潜在的な稼働能力の認識、発見は必ずしも容易ではなく、Aが具体的にいかなる分野、範囲について、その有する能力を有効に発揮することができたかを的確に認めるに足りる証拠はなく、仮にAの有するであろう潜在的な稼働能力を有効に発揮し得る分野、範囲を早期に認識、発見することができたとしても、これに適合する労働環境の整備が一朝一夕に実現されるわけではないものの、Aの就労可能期間（49年間）が極めて長期に及ぶことに鑑みると、Aの特性に配慮した職業リハビリテーションの措置等を講ずることにより、上記就労可能期間のいずれかの時点では、その有する潜在的な稼働能力が顕在化し、障害者でない者と同等の、場合によっては障害者でない者よりも優れた稼働能力を発揮した蓋然性は高いというべきである。」

「以上のような事情を総合考慮すれば、自閉症で重度の知的障害者であるAにおいても、一般就労を前提とした平均賃金を得る蓋然性それ自体はあったものとして、その逸失利益算定の基礎となる収入としては、福祉的就労を前提とした賃金や最低賃金によるのではなく、一般就労を前提とする平均賃金によるのが相当である。」

「もっとも、Aが原告らの主張するような平均賃金額をその就労可能年当初から得られる高度の蓋然性があると見ることは障害者と障害者でない者との間に現に存する就労格差や賃金格差を余りにも無視するものであって、損害の公平な分担という損害賠償制度の趣旨に反することとなる。また、Aが就労可能期間のいずれかの時点でその有する潜在的な稼働能力を顕在化させ、障害者でない者と同等の、場合によっては障害者でない者よりも優れた稼働能力を発揮した蓋然性は高いとしても、それがAの就労可能期間のいかなる時点（始期に近い時点であるか、終期に近い時点であるか）を的確に認めるに足りる証拠もない。」

「以上のような事情を総合考慮すれば、Aにはその就労可能期間を通じて平均すれば238万1500円（平成27年賃金センサス第1巻第1表、男女計、学歴計、19歳までの平均賃金）の年収を得られたものと控え目に認定するのが相当である。」

重度の知的障害児に（19歳までのものではあるが）平均賃金による逸失利益算定を行うという注目すべき判決である。以下、障害児死亡における賠

償額算定のあり方について検討した上で、この判決の意義と残された課題について論じてみたい<sup>1)</sup>。なお、本件は、原被告とも控訴せず、本判決で終結している。

## 2. 人身損害における賠償額算定のあり方

### a) 損害賠償額の算定とは何か

金銭賠償原則をとっているわが国においては、損害賠償を金銭(額)で表す必要がある。これが損害賠償額の算定という問題である。注意すべきは、この作業は、単純な計算の問題ではないということである。このことは、例えば、交通事故で怪我をした場合の損害賠償額をどう算定するかという事例を考えれば明らかであろう。そこには、負傷者にどのような賠償額を認めることが発生した被害の救済ないし回復にとって必要かつ十分かという、ある種の規範的な判断をとまなう「評価」という作業がともなわざるをえないのである。

このような賠償額算定における規範的判断を強調するのが、損害を、不法行為によって生じた事実ととらえる損害事実説である。この説からは、事実認定によって確定できるのは損害の事実であり(損害事実説はこれを損害だととらえる)、賠償額への表示は事実の確定ではなく、「何らかの評価作用の産物」であり、裁判官の創造的・裁量的判断だとされる<sup>2)</sup>。それでは、損害を被害事実としてとらえるのではなく、不法行為によって生じた金銭的な差(差額)としてとらえる差額説においてはどうか。この説から

---

1) 本稿の2～4は、この事件に関し、原告の求めに応じて東京地裁に提出した意見書に加筆したものである。なお、この判決の批評として、城内明「知的障害者の逸失利益算定方法」新・判例解説Watch◆民法(財産法)No. 169がある。

2) 平井宜雄『債権各論Ⅱ』(弘文堂1992年)130頁。同様の金銭評価における創造的要素を強調するものとして、淡路剛久『不法行為における権利保障と損害の評価』(有斐閣1984年)72頁以下、潮見佳男『不法行為法』(信山社1999年)231頁などがあり、今日、有力な潮流となっている。

は、損害賠償額の算定は、「評価」の問題ではなく、どのような額の損害が発生しているかという事実認定の問題だとされる。しかし、差額説においても、不法行為がなければ生じていたであろう状態と現に不法行為の結果、出現した状態の差を金銭に「見積る」という作業によって初めて差額としての損害が明らかになるのであるから、そこには、「評価」という要素が、多かれ少なかれ介在せざるをえない。

## b) 物損の場合

このことを、物が滅失・毀損した場合（物損）の損害賠償額の算定について見てみよう。そこでは、「評価」ではなく「計算」に基づく算定が行われているのであろうか。物損の場合の賠償額の算定については、いくつかの考え方がありうる<sup>3)</sup>。まず、対象物が事故直前に有していた市場価値（交換価値）を、市場性のあるものは中古市場における同種の物の価値を、市場性のないものは、新品価値から中古品であることによる価値減少分を引いた額を基準として算定する方法がある（交換価値アプローチ）。第二は、対象物が有していた利用価値に着目した計算方法、すなわち、その対象物を利用することで、今後、どのような利益を実現することができたであろうかという点から賠償額を算定する方法である（利用価値アプローチ）。さらには、原状回復に必要な費用に即した方法もある。修理が可能な場合の修理費費用による賠償額の算定、あるいは、修理が不可能な場合は、対象物と同種同価値の物を再調達するのに必要な金額によって算定する方法である（原状回復費用アプローチ）。注意すべきは、これらの方法のいずれをとるかは、どれが正しいかどうかという問題ではなく、どれが当該ケースにおいて最も適切妥当かという問題だということである<sup>4)</sup>。したがって、

3) 以下について詳しくは、窪田充見「原子力発電所の事故と居住用不動産に生じた損害」淡路剛久＝除本理史＝吉村良一編『福島原発事故賠償の研究』（日本評論社2016年）142頁以下参照。

4) 窪田充見『不法行為法（第2版）』（有斐閣2018年）395頁は、判例は原則として交換価値によるという立場を示しているが、「このこと自体は、論理的に当然だというわけで」

そこでも、どのような方法が適切妥当かという規範的判断をともなう「評価」が不可欠なのである。

### c) 人損の場合

以上のような損害賠償額算定の「評価」的側面は、人身損害の場合、一層、それが前面に出る。なぜなら、そこで侵害された生命・身体といった権利ないし法益は市場価格を持たないものだからである。したがって、生命・身体の侵害によってどのような額の損害が発生したと考えるかに当たっては、何らかの意味において規範的な判断をともなう「評価」が不可欠となる。そのことは、例えば、(後述するように)裁判例の多くが、差額説に立ちつつも、逸失利益の男女格差をどう考えるかという問題において、男女の平等といった規範的判断に基づく「評価」を行っていることから明らかである。澤(沢)井裕(敬称・肩書等は省略。以下同じ)は、人身損害の本質にかかわって、人侵害においては、物侵害の場合と異なり、「それ自体評価できない人の価値(積極的損害)を、収益(逸失利益)から逆算して算定しているのであり」、「所得喪失説は人侵害を捨象し、逸失利益自体を損害とみるのだと言ってみたところで、人と物の損害算定上に占める逸失利益の位置づけの本質的相違は何ら変わらない」として、人損の場合、人の価値の侵害と別のところに逸失利益という損害が存在するのではないことを指摘している<sup>5)</sup>が、人身損害の本質をつくものとして、極めて適切な指摘である。

### d) 賠償額の「評価」におけるルール

もちろん、損害額算定のこのような性格を認めることは、裁判官が全く自由にどんな判断でもできるということを意味するものではなく、損害の

---

ゝはない」とする。

5) 澤井裕「未就労年少者の死亡損失」石田=西原=高木教授還暦記念論文集『損害賠償法理の課題と展望』(日本評論社1990年)258頁以下。



金銭評価のルールが必要である。それでは、損害額の「評価」において考慮すべき規範的要素とは何か。これは、個々の事例において多様であり、そのすべてを一般的に示すのは難しいが、まず重視すべきは、損害賠償の目的としての原状回復である。損害賠償の第一の目的は、不法行為がなければ存したであろう状態を回復するという意味での原状回復（名誉毀損の場合の謝罪広告のように金銭以外の方法で損害を填補する「狭義の原状回復」とは区別された、損害賠償の目的としての「広義の原状回復」）にあるのだから、損害額の算定においても、どのような額の賠償を認めることによって被害者の事故前の利益状態を回復できるのかという判断を重視すべきである。第二には、当該不法行為によって侵害された権利・法益の内在する価値も重要である。特に、人の生命が奪われた場合、それに対する損害賠償額の算定に当たっては、人間や生命の尊厳、その平等性といった規範的要素を考慮した算定が望ましい。この点を、交通事故による死傷が多発する中で、先駆的に示したのが、西原道雄である<sup>6)</sup>。西原の主張は、人身損害の場合の損害を死傷それ自体ととらえる死傷損害説と損害額の定額化として知られているが、その出発点は、人身損害において、得べかりし収入を算定の基礎に置いた算定論が、人間をいわば「収入を稼いだす機械」であるかのようにとらえていることへの批判と、人間の価値の平等を正面から見据えた損害賠償論構築の必要性にあったのである。

### 3. 交通事故における賠償算定方法の意義と限界

#### a) 交通事故方式の意義

交通事故により人身損害が発生した場合、以下のような算定論が一般的に採用されている。まず、人身事故によって生じた損害は財産的損害と精神的損害に分けられ、さらに前者は積極的損害と逸失利益に分類される。

---

6) 西原の主張については、「生命侵害・傷害における損害賠償額」私法27号（1965年）や「人身事故における損害賠償額の法理」ジュリスト381号（1967年）等参照。

これらの各損害項目について個別に賠償額が算定され、それらを合算したものが賠償額となる(個別積み上げ方式)。このうち、積極的損害については、原則として実費によるが、葬儀費や入院雑費などは、一定の基準による定型的な処理が行われている。賠償額全体の中で最大の比重を占める逸失利益については、事故により被害者が失った所得を賠償するという立場(所得喪失説)がとられる。したがって、被害者の従前の収入(正確に言えば、従前の収入から予測される将来の収入)が算定の基礎に置かれるが、専業主婦や年少者のように事故当時収入のなかった者については、平均賃金を基準とした算定がなされ、その際、事故により稼働能力ないし労働能力を失ったことが損害にあたるという考え方(労働能力喪失説)が引かれることもある。また、慰謝料は、当該事件における様々な事情を総合的に考慮して裁判所が算定するが、実際には、死亡の場合は被害者の家族内における位置(一家の主柱であるか、等々)に応じて一定の基準額が定められ、また、負傷の場合は症状や入院院期間に応じた基準額が定められ、これを基礎に、個別の事情をも加味した算定が行われている。

この方式は、昭和40年代に、交通事故が多発し、多くの交通事故民事賠償訴訟が提訴される中で確立したものである<sup>7)</sup>。この方式が、賠償額の算定方法を合理化し、迅速な被害者救済に資するものであったことは否定できない。また、この方式は、それが、ある種の客観性と定型性を有し、当事者にも社会的にも受容されやすいこと、裁判官としても利用しやすいこともあり、交通事故以外の人身損害賠償においても一般的に採用されることが多い。

しかし、他方で、この方式に限界や問題点があることも多くの論者によって指摘されている。例えば、このような算定方法では被害者の収入により賠償額に大きな差が生じることになるが、そのことは社会的に許容さ

---

7) この方式の確立プロセスとその意味については、拙稿「交通事故訴訟における人身損害賠償額算定方法の特色」交通法研究24号(有斐閣1996年)13頁以下、および、拙著『人身損害賠償の研究』(日本評論社1990年)80頁以下参照。

れうるか。この算定方法は、一方で、実費に基づいて賠償額をできるだけ「正確」に算定しようとするが、このことは、他方で、現在の収入をあと何年にわたって得続けることができるかという極めて不確かな予測に基づいていることと整合的に理解できるのか。年少者等の事故時の無収入者について平均賃金による算定を行うことと、有職者について所得喪失説に立って現実の収入を基準とすることとの間に矛盾はないのか。これらの項目でとらえきれない被害者の人格的ないし生活上の様々な被害があるのではないか、それらは慰謝料（これも、ある種の定型的な算定がなされている）ですべてくみつくすることができるのかといった批判である。その後の実務は、これらの批判をも意識しながら、（後述するように）この方式に一定の修正を施すようになっていく。

ここで注意すべきは、このような算定方式は、あくまで、2で述べたような損害賠償額算定、とりわけ、評価的要素が前面に出る人身損害賠償における損害額算定の一つのルールないしガイドラインだということである。この点につき、例えば、平井宜雄は、金銭評価に関する現在の実務が形成した準則は、損害の金銭的評価の裁量的・創造的作用の「ガイドライン」として位置づけて評価すべきであるとしている<sup>8)</sup>。この方式があくまで一つの「ガイドライン」である（したがって、それが唯一の「正しい」算定方法でない）ことは、以下の b) で述べるように、この方式が規範的に見て妥当な結果をもたらさない場合に、一定の修正を受けていることから明らかだが、例えば、大阪地判平3・3・29判時1383・22は、「従来の個別積算による損害額算定の方式も、損害額算定の一つの法技術に過ぎず、唯一絶対のものというほどのものではない。一見客観的かつ合理的であるかに見えて、これも現に慰謝料の補完作用が行われていることを考慮すると、結局個別積算で満たされない損害を補って、総額としての損害額の社会的妥当性を図っているものと解される」と述べて、個別積算方式（交通

---

8) 平井・前掲（注2）書132頁。

事故方式)の性格と限界を端的に指摘している。その意味で、以下に検討するようなこの方式の修正をめぐる議論は、不可避なものなのである。

## b) 交通事故方式の「修正」

### 1) 逸失利益の「男女格差」

「交通事故方式」では、逸失利益につき、原則として、現に得ていた収入が算定の基礎となるが、死亡当时无職であった者については、近い将来職を得る可能性が高い場合にはその職において得られる収入を基準とし、それ以外の場合には、平均賃金を使った抽象的計算により算定される。最高裁は、昭和39年の判決において、幼児の場合、逸失利益の算定は極めて困難ではあるが、そのゆえをもって賠償を否定すべきではない、「被害者側が提出するあらゆる証拠資料に基づき……できるかぎり蓋然性のある額を算出するように努め、ことに右蓋然性に疑いがもたれるときは被害者側にとって控え目な算定方法」を採用すべきとして、幼児の場合にも逸失利益の賠償が認められることを明言し(最判昭39・6・24民集18・5・874)、その後の裁判実務は、平均賃金を基礎にした計算を行っている。また、被害者が専業主婦の場合については、収入がないため、その逸失利益をどう考えるかが問題となるが、最高裁は、昭和49年になって、7歳の女儿が死亡したケースにおいて、主婦は家事労働によって現実に金銭収入を得ることはないが、家事労働は労働社会において金銭的に評価されうるものであるから、主婦はこれに従事することによって財産上の利益をあげており、したがって家事労働に専念する主婦も平均労働不能年齢に達するまで女子労働者の平均賃金に相当する財産上の利益をあげるものと推定できるとして、平均初婚年齢以降の逸失利益の賠償をも認めた(最判昭49・7・19民集28・5・872)。現在では、平均賃金による算定が実務上定着している。

このように、事故時に無職者の場合は平均賃金が逸失利益算定の基礎となるのであるが、現実の社会には男女の賃金に大きな格差が存在する。したがって、逸失利益の算定をこのような方法によって行う限り、社会にお

ける賃金の男女格差が逸失利益の額に反映してくることになる。現に収入を得ている有職者の場合、このような格差は現実社会における差の反映でありやむをえないものだと考え方もありうるが、被害者がまだ何の収入をも得ておらずまた将来どのような可能性を持つかの予測も困難な幼児である場合、男子か女子かによって逸失利益の額に大きな差が生ずることに不合理な面があることは否定できない。そこで、下級審判決や学説においては、被害者が幼児の場合に逸失利益の男女格差が生ずるのは望ましくないとの立場から、その是正を試みるものが少なくなかった。

これらに対し、最高裁は格差是正に必ずしも積極的ではなかったが、下級審では、年少者の場合には多様な就労可能性を有しており、女子の就労環境をめぐる近時の動向を勘案すれば、年少者の将来の就労可能性の幅に男女差はもはや存在しないなどとして、女兒の場合も全労働者の平均賃金による算定を認める判決が登場し（東京高判平13・8・20判時1757・38、他）、それが大勢を占めるようになって<sup>9)</sup>いる。

年少者における逸失利益の男女格差の是正については、様々な説明と論理が提示されるが、その背景に、男女の平等と性別役割分担の見直しといった価値理念ないし社会意識の変化があることは否定できないであろう。その意味で、人身損害賠償額算定の「評価」的創造的性質や規範的評価による「交通事故方式」の修正ないし柔軟な運用の一例として位置づけられよう。

## ロ) 外国人死傷の場合の損害賠償

わが国は不法行為については行為地法主義をとっている。これによれば、日本国内において発生した不法行為に基づく損害賠償訴訟は、被害者が外国人であっても、わが国の法律によって判断されることになる。問題

---

9) 藤村和夫＝山野嘉朗『概説交通事故賠償法（第3版）』（日本評論社2014年）240頁は、「未就労年少女子の死亡逸失利益算定に際しては、賃金センサス全労働者・全年齢平均賃金を基礎と……する方向で固まりつつある」とする。

は、その場合の賠償額の算定方法や算定基準である。外国人死傷の場合に、事故が起こったわが国の生活水準や賃金水準による賠償額の算定をすべきか、それとも、当該被害者の母国のそれを基準にすべきかが問題となる。この点に関して、下級審の多くは、在留期間が過ぎている場合や更新が認められ難い場合には、事故ないし症状固定後2～3年は日本の賃金を基準に、それ以降は出国先（通常は母国）の賃金水準による算定を行っているが、観光目的で来日中の中国人男性が交通事故で死亡したケースで、被害者は「中華人民共和国の国籍を有するが、憲法14条の法の下での平等の原則により、日本人と同一方式で逸失利益を算定すべきであり、経済的社会的事情の異なる中華人民共和国における被害者の現実の収入に基づいて逸失利益を算定すべきではない」とした判決もある（高松高判平3・6・25判時1406・28）。

学説においては、被害者が永住者としての在留資格を有する場合には日本国民と同じ基準で算定し、就労が許可された在留資格を有する者については在留期間中は日本国民と同じ基準で、それ以降については、在留期間経過後は本来任意に出国しなければならないのであり任意に出国しなければ強制退去処分を受けざるをえないのであるが、在留期間が経過した後の在留および就労も公序良俗違反とまでは言えないので1～2年をわが国の就労期間と認め、その間はわが国の基準によることもでき、それ以後は本国の基準によるべきこととする考え方<sup>10)</sup>が有力だが、就労資格がない者であってもわが国で就労していた以上はわが国の賃金が基準となるが、67歳までわが国で就労可能であったという蓋然性は乏しいので、就労可能期間を、本人の意思、摘発の可能性、社会的相当性、被害者の人権保護や生活再建的要素を配慮した法政策的な要保護性、合法就労への転化可能性等を総合的に考察して、裁判官が創設的に定めるべきとの説<sup>11)</sup>や、日

10) 長久保守夫＝森木田邦裕「東京地裁民事第27部における民事交通事故の処理について」司法研修所論集86号（1991年）57頁以下。

11) 藤村和夫「外国人不法就労者の損害賠償」鈴木辰紀編『保険の現代的課題』（成文堂）

本で障害を負った被害者を社会保障制度等も不備な本国に十分な補償もないまま送り返すことは外国人被害者に対する真の実効的救済とはならないので、被害者救済という損害賠償法の目的からして、日本において就労し生活するのと同じ保障を与えるべきであり、就労期間は、そのような「滞在生活保障年数」という視点から計算すべきであるとの説<sup>12)</sup>や、問題は逸失利益算定という「フィクション」の中に外国人特有の個性性をどこまで採り入れることができるかという点にあるとし、外国人労働者政策の変化の可能性等をも含めた将来の不確定性を考えて、外国人の将来の在留期間を予測するというようなことをやめ、賃金についてはわが国の資料を使い、当該外国の平均余命に基づく就労可能年数の違いだけを考慮すれば良いとの説<sup>13)</sup>などもある。

以上の逸失利益の算定についての議論に対し、慰謝料の算定については、慰謝料の機能をどうとらえるかについて様々な考え方がることや、その算定が裁判官の裁量にまかされ、同時に、現実にはかなり定型化・定額化されていること、さらには、「現に救済されるべきは眼前の被害者」であるという事情<sup>14)</sup>等から、逸失利益の場合とは多少異なった議論の様相を呈している。例えば、逸失利益について賃金格差の存在を重視する説も、慰謝料の本質を精神的損害の賠償だと考えれば本国での物価水準を考慮すべきことになり、制裁説に立てば制裁としての実質のある金額であることが必要であるから物価水準の考慮は強くは出ない、結局は、これらの総合の中で適切な額を求めることになろうとしており<sup>15)</sup>、また、「被害者が……本国の賃金水準ないし生活水準が我が国のそれに比べて低いという

---

↘1992年）264頁以下。

12) 村田敏「外国人が被った災害による損害賠償の国内及び国際的権利保障」判例タイムズ 771号（1992年）19頁以下。

13) 羽成守「外国人の損害」『新・現代損害賠償法講座 5巻』（日本評論社1997年）183頁以下。

14) 羽成・前掲（注13）論文183頁。

15) 長久保＝森木田・前掲（注10）論文60頁。

ことのみを理由として、その格差に応じて慰謝料額も低くてよいという考え方には抵抗がある」との指摘<sup>16)</sup>や、「慰謝料の大枠での定額化という方向からすれば、余り大きな格差をつけるべきではない」とした上で、「慰謝料では余り大きな格差をつけないということにすれば、逸失利益に関する若干の不都合にも対処することができる」と、慰謝料の補完的ないし調整的機能がここでも働くべきことを主張するものがある<sup>17)</sup>。

最高裁は、短期滞在の在留資格で入国して労災事故で負傷したパキスタン人が損害賠償したケースで、以下のように判示した（最判平9・1・28民集51・1・78）。

「財産上の損害としての逸失利益は……その性質上、種々の証拠資料に基づき相当程度の蓋然性をもって推定される当該被害者の将来の収入等の状況を基礎として算定せざるを得ない。……こうした逸失利益算定の方法については、被害者が日本人であると否とによって異なるべき理由はない。したがって、一時的に我が国に滞在し将来出国が予定される外国人の逸失利益を算定するに当たっては、当該外国人がいつまで我が国に居住して就労するか、その後どこに出国してどこに生活の本拠を置いて就労することになるか、などの点を証拠資料に基づき相当程度の蓋然性が認められる程度に予測し、将来のあり得べき収入状況を推定すべきことになる。そうすると、予測される我が国での就労可能期間ないし滞在可能期間内は我が国での収入等を基礎とし、その後は想定される出国先（多くは母国）での収入等を基礎として逸失利益を算定するのが合理的といえる。そして、我が国における就労可能期間は、来日目的、事故の時点における本人の意思、在留資格の有無、在留資格の内容、在留期間、在留期間更新の実績及び蓋然性、就労資格の有無、就労の態様等の事実的及び規範的な諸要素を考慮して、これを認定するのが相当である。在留期間を超えて不法に我が国に残留し就労する不法残留外国人は、出入国管理及び難民認定法24条4号口により、退去強制の対象となり、最終的には我が国からの退去を強制されるものであり、我が国における滞在及び就労は不安定なものといわざるを得ない。そうすると、事実上

---

16) 藤村・前掲（注11）論文267頁。

17) 北河隆之「交通事故における外国人被害者の損害額算定方法」損害保険研究54巻2号（1992年）28頁。



は直ちに摘発を受けることなくある程度の期間滞在している不法残留外国人がいること等を考慮しても、在留特別許可等によりその滞在及び就労が合法的なものとなる具体的蓋然性が認められる場合はともかく、不法残留外国人の我が国における就労可能期間を長期にわたるものと認めることはできないものというべきである。」

本判決は、在留期間を過ぎた外国人についても一定期間はわが国での収入を基礎に逸失利益を算定し、その後については出国先（現実には母国）の賃金水準を基準にした原審の考え方を支持したものである。しかし同時に、わが国での就労ないし滞在可能期間の判断にあたっては、「来日目的、事故の時点における本人の意思、在留資格の有無、在留資格の内容、在留期間、在留期間更新の実績及び蓋然性、就労資格の有無、就労の態様等の事実的及び規範的な諸要素」を考慮すべきとして、幅広い判断要素を提示している点が注目される。特に、「規範的」要素の考慮という点を明示したことは重要である。ただし、実際の判断においては本判決も、在留資格や強制退去の可能性といった点を主要な判断材料としており、そこでは、「規範的」考慮は行われていないか、むしろ、在留予測期間の短縮の方向で働いているように思われる。しかし、最高裁が、この「規範的」要素の中に、平等原則や「被災労働者保護に関わる要素への配慮」といった要素を入れることを禁じたものともまでは言えないのではないか。

この最高裁判決以降も下級審では多くの判決が出ているが、逸失利益については、予測されるわが国での就労ないし滞在可能期間は日本の賃金水準により、それ以降は母国の水準による算定が一般的であり、その意味で、最高裁の判断が尊重されている。しかし、慰謝料については、大勢として、日本人と同様な基準で判断する方向性がとられているように思われる<sup>18)</sup>。

この点につき、「死亡慰謝料の算定にあたっては、日本人と外国人とを問わず、その支払いを受ける遺族の生活の基盤がどこにあり、支払われた

---

18) この点を指摘するものとして、伊藤高義『交通事故民事裁判例集42巻索引・解説号』（ぎょうせい2012年）322頁がある。

慰謝料がいずれの国で費消されるのか、そして当該外国と日本人の賃金水準、物価水準、生活水準等の経済的事情の相違を考慮せざるをえない」としてスリランカ人の死亡慰謝料を500万円とした判決(東京高判平13・1・25判タ1059・298)もあるが、藤村=山野<sup>19)</sup>は、この判決は外国人に日本人に比して低額の慰謝料を認容した裁判例を列挙しているが、「それら裁判例のほとんどが最判平成9年1月28日以前のものであり、近時の状況からみれば、東京高判平成13年1月25日の姿勢は異例のものと捉えられよう」としている。その上で藤村=山野は、「慰謝料は、被害者の精神的苦痛を慰謝するために金銭的に償うものであるところ、その精神的苦痛を被害者ごと個別的に金銭評価することは困難であり、慰謝料の備える補完的・調整的機能からしても、外国人であるということのみをもって日本人と全く異なる扱いをするのは相当ではない」とする。なお、上記最高裁判決は、慰謝料算定は原則として原審の裁量に属するものとして、慰謝料を増額すべきとの原告の上告を退けたが、他方で、母国の賃金水準等から見て原審が認容した慰謝料は多過ぎるとの被告の主張については、附带上告が、期間徒過を理由に却下され、その当否は判断されないままであるため、控訴審の慰謝料額の当否とその算定基準については判断を示していないことになる。

このように、慰謝料においては、日本と母国の経済事情等の違いにより日本人より低い慰謝料の認容にとどめることに実務が抵抗感を覚える理由を、裁判官である村山浩昭は、以下のように述べている<sup>20)</sup>。

「法律実務家の間では、日本人の場合との素朴な比較として、慰謝料について日本人と外国人で差を設けることに躊躇を感じる人が多いのではないであろうか。日本人の場合、逸失利益がその人の収入や稼働年数により相当違いが出ることは当然視しても、慰謝料については定額化が進んでおり人によって差が出る

---

19) 藤村=山野・前掲(注9)書272頁。

20) 村山浩昭「不法残留外国人の過失利益の算定等について」判例タイムズ1000号(1999年)164頁以下。

いうのは今や例外となっていると言っても過言ではないであろう。外国人の場合でも、人によって慰謝料の額に差が出るということ自体に違和感を感じることもあろうし、また、逸失利益の方は既に日本人の場合と金額に大きな差が出ているのに、さらに慰謝料でも大きな差を設けることは、慰謝料の補完的・調整的な機能を考えると躊躇せざるを得ないということも考えられる。背後には、『人間の死』なら『死』を、人によって差を付けることができるのかという死傷損害説的な発想があるのであろう。また、慰謝料額の算定は、裁判官の裁量の余地のあるものであることが承認されており、当事者、特に加害者側からこの点について逸失利益の場合と比較して、強く争われることがないという訴訟上の理由があるかもしれない。現在の実務を担当する私どもも、和解の場等において、一時的滞在外国人であるからというだけで、慰謝料額について、加害者側から強く争われることはあまりないといって良く、争われる場合でも、少なくとも逸失利益の場合とは争い方が質的に違うとは言えるのである。」

実務におけるある種のバランス感覚（とそれによる交通事故方式の規範的修正）を率直に示すものとして重要な指摘である。

### c) 公害・薬害等における新しい算定方式

わが国では、高度成長期に環境汚染による重大な人身被害が多発したが、昭和40年代半ば以降、これらの公害被害者は、人身損害に対する損害賠償請求訴訟を提起した。そしてこの訴訟の中で、従来の枠組みとは異なる考え方が主張され、実務上も定着していく。公害訴訟の多くにおいて主張されたのが、いわゆる一括請求ないし包括請求という考え方である。例えば、熊本水俣病訴訟で原告は、これまでの逸失利益中心の請求方式は被害の実態を直視する考え方ではないと批判した上で、「原告らの蒙った社会的、経済的、精神的損害のすべてを包括する総体」「環境ぐるみの人間破壊の総体」としてとらえた損害を一括して請求する方法を主張している。

公害訴訟における原告の新しい主張は、当初は、従来の枠組みにおける慰謝料の補完的機能の枠内で受け止められたが、その後、スモン薬害訴訟

において正面から肯定され(福岡地判昭53・11・14判時910・33、他)、さらに大気汚染訴訟判決においても、大気汚染による疾病のように発病以来長期間が経過し、症状の経過も一様ではなく、被害が物心各種多方面にわたっているような場合には、「これらすべての被害を個別に細分しないで、固有の意味の精神的損害に対する慰謝料、休業損害、逸失利益等の財産的損害を含めたものを包括し、これを包括慰謝料として」請求することも許されるばかりか、むしろ「公平で、実体にも即しており、より合理性が認められる」と、その積極的意義が認められている(大阪地判平3・3・29前掲)。

このような新しい主張の背景となったのが、死傷の場合の損害を財産的損害と非財産的損害に区分するのではなく、死傷それ自体を一個の非財産的損害ととらえる考え方である。人間の生命・身体という人格的価値が侵害された死傷事故の場合の特質を重視し、死傷それ自体を損害と見るこの考え方が、前述の公害における新しい方式に理論的基礎を与えたのである。その意味で、これらの考え方は、公害・薬害等の、いわゆる集団訴訟の中で登場したものではあるが、人身損害の特殊性やそれに相応しい算定方法をめざすという点で、理論的には、公害等に限定されなければならない考え方ではない(1で触れたように、本件東京地裁判決も、「集団的訴訟でなければかかる請求が直ちに不適法となるわけではない」とする)。

なお、注意すべきは、公害等で主張された包括請求論は損害賠償の請求方式(包括請求方式)として主張されてきているが、請求方式の問題とは別に、損害把握(損害論)のレベルでの意義があるということである<sup>21)</sup>。加えて、包括的にとらえられた損害の賠償請求が、多くの(集団訴訟としての)公害訴訟の場合のような、一律額の請求(いわゆる一律請求)と論理必然的に結びつくものでもない。潮見佳男は、損害論を議論するにあつ

---

21) 高嶋英弘「包括請求の現状と問題点」古賀哲夫=山本隆司編『現代不法行為法学の分析』(有信堂1997)177頁は、「包括請求」という用語の二義性(「包括的な損害把握」と「包括的に把握された損害を訴訟において請求する方式」)を指摘する。

ては、「賠償の対象を何に求めるかという損害の本質に関する問題と、そうして認められた損害をどのような観点から評価算定して行くかという算定原理に関する問題……の間の論理的関連性」を整理して考える必要があるとする<sup>22)</sup>。

#### 4. 障害児死亡における賠償額算定のあり方

##### a) 判例や学説の動向

本件のAのように障害を持った子どもが事故で死亡した場合、将来における収入を基礎とした逸失利益の算定に困難がともなうことから、その賠償額の算定においては、障害を有する被害者の人間としての価値や尊厳をどう損害賠償法において受けとめるかという重い課題が突きつけられることになる。この問題が正面から論じられるようになったのは比較的最近であるが、障害者の死傷事故における損害賠償に関しては、いくつかの判決があり、そこでは、障害者の生前の労働能力を考慮した逸失利益の算定が行われていた。このような下級審判決の延長上において、県立養護学校在学中の自閉症の男児が体育の水泳授業中に溺死した事件において、担当教諭の指導方法に過失があったとして、県の国家賠償法上の責任を認めたが、養護学校出身者の一般企業への就職は多くなく地域作業所への入所が多いこと等から、被害者は、卒業後、地域作業所に進む蓋然性が最も高いと認められる、したがって、被害者死亡による逸失利益は、県下の作業所入所者の平均収入（年約7万円）を基準に算定すれば、120万余円となるとした判決が登場した（横浜地判平4・3・5判タ789・213）。

確かに、死傷による損害を所得の喪失ととらえれば、障害により将来の所得が低くなる可能性の高い子どもの場合に、この判決のような算定を行うこともありえないわけではない。しかし、障害児であるがゆえにその死

---

22) 潮見佳男「人身侵害における損害概念と算定原理（二・完）」民商法雑誌103巻5号（1991年）719頁以下。

亡による損害賠償額が障害のない子どもと大きく異なることに、果たして妥当性があるのであろうか。この判決を報じたマスコミが、「障害者死して……なお差別」（平成4年3月6日付東京新聞）などとして問題を投げかけたのはある意味で当然のことであった。この判決は控訴されたが、これに対し東京高裁は、以下のような注目すべき判断を示した（東京高判平6・11・29判時1516・78）。

「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。このような場合には……将来の発展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認められる限りは……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。」

地域作業所入所による平均年間所得を算定の基礎とするのでは、その額が「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かけ離れた数額となりかねないであろう。」「人間一人の生命の価値を金額ではかるには、この作業所による収入をもって基礎とするのでは余りにも人間一人（障害児であろうと健康児であろうと）の生命の価値をはかる基礎としては低き水準の基礎となり適切ではない（極言すれば、不法行為により生命を失われても、その時点で働く能力のない重度の障害児や重病人であれば、その者の価値を全く無価値と評価されてしまうことになりかねないからである。）」

判決は、以上のように述べた上で、神奈川県最低賃金を基礎とした計算、原告が通っていた養護学校卒業自閉症男子生徒の平均初任給による計算、平均賃金より40～50%低い金額による計算等のいくつかの算定方法により試算された金額を比較すれば、原告の逸失利益の額を1800万円と認めても不合理ではないとした。

この判決が、原審の、作業所の収入を基礎としてわずか120万余円という極めて低額の逸失利益算定を覆して、1800万円の逸失利益を認めたこと

の直接的な理由は、被害者の能力の将来の発展可能性を比較的広く認めたことにある。しかし同時に、本判決における人の死亡の場合の損害のとらえ方には注目すべき点がある。本判決にあっては、問われているのが死亡により被害者が失った収入ではなく「人間一人の生命の価値」とそれに対する補償であることが明確に意識されているのである。そして、損害がそのようなものである以上、賠償額の算定は緻密な計算の問題ではなく、様々の試算をもともなう評価であり、同時にそこでの金額は、人の価値＝人間の尊厳の名に値するものでなければならないということになる。この点で、判決が述べた、「人間一人の生命の価値を金額ではかるには、この作業所による収入をもって基礎とするのでは余りにも人間一人（障害児であろうと健康児であろうと）の生命の価値をはかる基礎としては低き水準の基礎となり適切ではない（極言すれば、不法行為により生命を失われても、その時点で働く能力のない重度の障害児や重病人であれば、その者の価値を全く無価値と評価されてしまうことになりかねないからである）」という指摘は、裁判所が、人の生命の価値について言及したものとして、極めて重要な意義を持っている。

その後、青森地裁は、重度の知的障害を持つ児童が福祉施設において事故死した事件において、以下のように述べて、最低賃金額を基準とした逸失利益を認めた（青森地判平21・12・25判時2074・113）。

「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……死亡当時16歳にすぎなかった亡一郎も、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亡一郎が、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。」

「以上に説示したところによれば、亡一郎は、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、亡一郎については、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。」

この判決は、重度障害者に逸失利益を認めた初めてのものであるが、これについて、「本判決は人間の価値を正面から説くものではないが、本判決の説くような判断枠組みは、これまでの障害者の逸失利益に関する裁判例にはない新たな視点であり、将来の就労能力の可能性が問題となる局面では、今後の裁判において一つの指針を提供するものということができよう」とする評価がある<sup>23)</sup>。ここでは、就労能力という点を問題にしつつも、その能力の発展可能性や障害者の就労可能性の拡大・就労条件の改善といった論理を通じ、障害者の社会参加拡大や人間の価値平等の理念をベースとして「交通事故方式」の修正を行っていることが見て取れる。

さらに、さいたま地裁は、ダウン症の3歳の女兒が保育所のプールで溺死した事件において、次のように述べて、平均賃金の70%の逸失利益を認めた(さいたま地判平27・12・11 LEX/DB 25541940)。

判決は、まず、原告の被害児は「発達度がダウン症児の中でも発達上位である」「将来的に向かって能力を高めていく相当程度の蓋然性がある」といった主張に対し、「これを認めるに足りる的確な証拠はない」としたうえで、被害女兒が「他のダウン症患者よりも著しく高い賃金を得られたと認めるに足りる証拠はない」とする。しかし、判決は、「知的障害者が

---

23) 長谷川貞之「賠償・補償・保険法判例研究」法律のひろば2012年9月号(2012年)61頁以下。



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ることや、一般就労か福祉就労かにかかわらず、健常者との賃金水準の格差が是正されていくことが一定程度期待することができる」、被害女児「は、知的障害が軽度であり、ダウン症の重い合併症等もなく、社会性については高い能力を備えていたことが認められ、18歳になるまでの約15年間、学校及び家庭での社会生活や本件プログラム等で療育を受ける環境が整っていたことに照らせば、将来的には、知的障害を抱える者の中では、比較的高い就労能力を備えることができた相当程度の蓋然性があるというべきである」として、賃金センサス平成24年第1巻第1表における産業計・企業規模計による女性労働者の高卒平均年収額（294万2300円）の70%相当額（205万9610円）の逸失利益を認めたのである。

この判決では、当該障害児の就労能力や就労可能性が問題とされているが、同時に、判決が、「障害者基本法の改正、障害者差別解消法の成立、障害者権利条約の批准などにより教育における合理的な配慮、障害に対する理解、支援等が広がりつつある」と述べていることには留意する必要がある。ここでもやはり、このような障害者をめぐる法規範や社会の変化を基礎に置いた判断がなされているとみることができる<sup>24)</sup>。

以上の判決のほか、近時、和解において障害児にも平均賃金を基礎とし、それに一定の減額率を乗ずるという事例が散見される<sup>25)</sup>ことにも注意しておきたい。そのうち、名古屋地裁で平成24年3月30日に成立した15歳の重度障害者について、障害基礎年金額を基礎収入として算定した逸失利益賠償で和解した事件では、裁判官は和解の口頭の前置きにおいて、「当裁判所は、本件における亡Kの死亡という結果の重大性と、生命の価値は

---

24) その他の障害者の逸失利益に関する裁判例については、城内明「障害児の逸失利益算定方法に係る一考察」末川民事法研究5号（2019年）18頁以下参照。

25) 城内・前掲（注1）論文の注3）参照。

平等であるとの原告らの主張にかんがみ、損害の公平な分担を図るため、本件を和解によって解決することが相当と考え、当事者双方に対し、和解を勧告しました」と述べているとされている（同訴訟原告弁護士岩月浩二弁護士によるメモによる）。

最近まで、障害児死亡の場合の損害賠償の問題を正面から論じた学説はそれほど多くなかったが、例えば、四宮和夫は、(障害者のように)稼働能力を欠く者については逸失利益の否定ないし制限を行わざるをえないが、その場合、人間の平等の要請が無視されることになるので、その点には、慰謝料の比重を増大して応えるべきだとした<sup>26)</sup>。また、倉田卓次も、就業能力がない場合には逸失利益の部分は少なくともしようがない、むしろ全体の積み上げ構成の中で逸失利益の比率が大きすぎるのであり、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修正していくべきであると述べている<sup>27)</sup>。淡路剛久は、障害者死傷の場合、いわゆる差額説ないし所得喪失説の立場からは逸失利益は否定されることになろうが、死傷損害説からは、損害の金銭化のために一定の理念に基づく評価ないし価値判断を媒介とするので、逸失利益を直ちに否定すべきことにはならない、労働能力のない者でもその被害者が生存している場合にはその生活を補償すべきという要請は障害のない者が負傷した場合と変わらないので、平均賃金による賠償を認めるべきである、死亡の場合にも、傷害の場合とのバランスからして平均賃金までの賠償は認めるべきであるとする<sup>28)</sup>。

このように、それほど多くない学説ではあるが、そこには、人身損害のとらえ方における違いにもかかわらず、障害を有するために労働能力において欠ける者が被害者になった場合であっても、障害を持たない者の場合と極端な賠償額の差が生ずることは望ましくないという点での一致が見られる。

---

26) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為』（青林書院1985年）587頁。

27) 座談会「いのちの値段」法学セミナー372号（1985年）55頁。

28) 淡路・前掲（注2）書135頁。

さらに、この問題を本格的に論じた最近の注目すべきものとして、城内明の業績がある<sup>29)</sup>。城内は、人間が「利益を生み出す道具」としての側面を現に有する以上、逸失利益に個人差が生じるのは当然であると考えており、これを差別であるとして賠償額の定額化を論じる西原説とは立場を異にするとしつつ、実務における逸失利益算定方法を基本的には承認する立場から見ても、障害者の逸失利益算定に係る従来の実務には問題があると言わざるを得ないという。その主張の根幹は、「障害の事実のみで定型的に被害者の可能性を判断してはならない」ということである。城内によれば、「障害は人それぞれであり、被害者は、障害の多様性に応じ、自らの人生を歩んできた（いく）。裁判所は、このような被害者の歩みを尊重し、将来の得べかりし利益を算定するにあたって、不法行為によって摘み取られてしまった可能性を正しく評価しなければならない」。また、城内は、「蓋然性のある額を算定するために、社会的障壁を除去してもなお残るインペアメント<sup>30)</sup>由来の困難を理由とした労働上の制約を考慮することは許される」が、「社会的障壁が残存する現在の就労環境を根拠に、将来の得べかりし利益を測ることは許されない」、また、「被害者は、不法行為により自らの可能性を証明する機会を奪われた者であって、特に可塑性に富む年少者については、その可能性を安易に否定すべきでない」、「『全ての国民が、障害の有無にかかわらず、等しく基本的人権を享有するかけがない個人として尊重される』（障害者基本法1条）社会を理想に掲げる我が国において、国家機関たる裁判所には、こうした基本姿勢が求められている」とする<sup>31)</sup>。重要な問題提起である。城内説については、5であらためて検討する。

---

29) 城内・前掲（注24）論文。

30) 城内によれば、障害者権利条約が採用する「障害の社会モデル」は、ディスアビリティとインペアメントを区別する。前者は、社会制度に起因する「障害物」（「社会的障壁」）、後者は、個人の属性としての障害である（城内・前掲（注24）論文25頁（注16））。

31) 以上、城内・前掲（注24）論文28頁以下。

## b) 私 見

### イ) 基本視点

まず、2で述べたように、損害賠償額算定が、本来、単なる「計算」の問題ではなく、「評価」作業であること、したがって、そこでは、どのような方法を選択するのが法や社会通念から見て適切かという規範的判断が不可欠であることを、押さえるべきである。

その上で、ここで問題となっている人身損害については、その特性から、とりわけ規範的な「評価」が前面に出ることに留意すべきである。人身損害の場合、侵害された法益が人の生命や身体という金銭で測れないものである。しかし同時に、人身損害は事故がなかった事実状態を回復することが不可能な場合が圧倒的に多く、したがって、損害賠償制度による救済としては、金銭賠償以外に適当な方法が見つからないのが一般的である。金銭で測れないものを金銭に算定するのであるから、当然そこでは、物損の場合のように減失・毀損した物の市場価格を調査し発見するというような方法はとれず、「評価」という裁判官の創造的役割が働かざるをえない。この点を強調し、人身損害賠償額算定における裁判官の裁量性を指摘するのが、人身損害賠償におけるいわゆる評価説<sup>32)</sup>であるが、人身損害における被侵害法益の特質からして、この説をとるか否かにかかわらず、人身損害賠償額の算定には何らかの「評価」的作用がともなわざるをえないことは、いわば自明のことと言えよう。そして、そのような「評価」にあたっては、必然的に、様々な規範的考慮が重要となる。

それでは、具体的に、どのような規範的評価を行うべきか。その出発点は、人身損害の特質を踏まえるべきことである。この点に関して、人身損害の特質を踏まえて、財物が毀損された場合とは異なる賠償法理の必要性を唱えたのが、西原道雄であったことはすでに指摘したが、ここで、あらためてその意義を確認しておきたい。損害賠償額の定額化の主張で知られ

---

32) 例えば、淡路・前掲(注2)書110頁。

る西原の主張であるが、すでに指摘したように、その出発点は、人身損害において、物が壊れたのではないという、その特質に適した賠償論を構築すべきであるとの主張であった。西原は次のように主張した。事故がなければ得られたであろう収入を基礎としてされた損害賠償は、「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となっている。つまり、人間の保護ではなく財産の保護となっている。人間もそれが財産的利益の源となるかぎりにおいて評価されるにすぎない」。このような、人間をいわば収入を稼ぎだす機械のようにとらえるのではなく、「人間の生命、身体をそれ自身として尊重すべき」である。このように人間とその尊厳を中心とした損害賠償を考える場合、法の下での平等という理念から見て、収入の多寡によりあまりに極端な賠償額の差が生じることは好ましくなく、何らかの意味で損害の類型化ないし賠償額の平等化が必要になる。西原の定額化説には、その基礎に、このような人身損害観、人間の尊厳や平等性を見据えた賠償論が座っていたのである。このような人身損害の見方と、それに基礎づけられた損害賠償論は、本問題においても（あるいは、本問題のような、収入を基礎とした算定が困難な場合にこそ）意義を有すると見るべきである。

もちろん、個々の人間、そしてその人の営む生活が多様である以上、それを侵害する人身損害は極めて個別的で多様なものである。この点は損害賠償を考える上で決して無視できないことであり、単純な定額化に多くの論者がためらいを感じる所以である。しかし、西原の指摘を待つまでもなく、人間の平等は近代法の基本理念であり、逸失利益の男女格差の問題で多くの論者が格差是正をすべきであると考えた背景にこの理念があることも、これまた確かなところである。この両者のそれぞれに正しい理念を市場価格という共通の価値尺度のないところで調和させなければならぬところに、人身損害賠償問題の難しさがある。どちらかの要請のみを一方的に満たし他方を無視するというのでないとするれば、両者の要請の何らかの調整ないしすり合わせが必要となってくるが、人身損害賠償制度も社会に

において発生した事故に対する法的処理のためのものである以上、結局のところ、そのような調整の際の基本的な原理は、社会における人々の意識から切り離されたものとはなりえないであろう。未就労年少者死傷の場合の逸失利益に関して、下級審の実務においても、男女の格差是正を行おうとするものが大勢となってきたが、そのような変化の背景に、男女平等に関する社会の規範意識の変化があると思われるが、そのことは、人身損害の多様性と人間の平等という2つの要請のすり合わせ方が、時代と社会の変化によって変遷してきていることを示しているのではないか。

さらに、人間の価値の理解にかかわる問題が存在する。今日の社会において、人間には経済的価値、すなわち、収入を稼ぎ出すという側面があることは事実である。そして、この側面を金銭に評価する場合、現在の実務において一般的な逸失利益算定方法は意味のあるものである。しかし、人間の価値がそれにつきるものではないことは改めて言うまでもない。収入の多寡や労働する能力とは全く別のところにもその人の価値が存在するのである。特に、社会の価値観が、「働くために（働く能力を再生産するために）日々の生活がある」というものから、「生活のために労働がある」という方向に変わりつつある今日、生活することそのものの価値は、一層大きな意味を持ってきている。ちなみに、古くは末川博が、死者の逸失利益からの生活費の控除を批判する中で、人の生存ないし生存の享受そのものに価値を見出すべきだとして指摘しており<sup>33)</sup>、また、岡本友子の研究によれば、アメリカにおいても、死亡事故の場合に、そのことにより遺族がどのような額の扶養の喪失という財産的損失を被ったかではなく、例えば、家族共同体の一員を失ったことそのものを損害と見る考え方や、さらに進んで、人とその人生には財産とは関係のない独自の価値があるという主張が有力になされるようになってきているとのことである<sup>34)</sup>。いずれにせよ、人

---

33) 末川博「民事判例批評——死者の得べかりし純収益の算定」法学論叢21巻3号(1929年)481頁以下。

34) 岡本友子「未成年者死亡の際の非金銭的損失の賠償論」民商法雑誌105巻4、6号(1992)

身事故により失われた法益を財産的側面のみから見る考え方が狭すぎ、人身損害の特質に十分には適合しないことは確かであり、人身損害における賠償を考える際には、何らかの方法によって、財産的側面以外の人の価値を賠償額に反映させる方策を工夫すべきである。

#### ロ) 障害児死傷の賠償額算定に関して特に留意すべき点

障害児死亡の場合の損害賠償額の算定においても、上述したような人身被害の特質を踏まえた（人の価値の平等性や財産を稼ぎだすという点ではとらえ切れない人間の価値に目を向けるといった規範的判断をとまなう）「評価」がなされるべきだが、障害児の場合、これに加えて、障害者をめぐる法やその基礎にある社会の規範意識の変化・発展に留意すべきである。障害者をめぐっては、2006年に国連総会において障害者権利条約が採択され、わが国も、2007年にこの条約に署名し、2014年には批准書を寄託した。この条約は、障害者の人権及び基本的自由の享有を確保し、障害者の固有の尊厳の尊重を促進することを目的として、障害者の権利の実現のための措置等について定める条約であり、一般原則として、障害者の尊厳、自律及び自立の尊重、無差別、社会への完全かつ効果的な参加及び包容等、一般的義務として、合理的配慮の実施を怠ることを含め、障害に基づくいかなる差別もなしに、すべての障害者のあらゆる人権及び基本的自由を完全に実現することを確保し、及び促進すること等を内容としている（外務省ホームページより）。

国内法においても、これらの動きを受けて、2011年に障害者基本法が改正されたが、そこには以下のような規定がある。

第1条 この法律は、全ての国民が、障害の有無にかかわらず、等しく基本的人権を享有するかけがえない個人として尊重されるものであるとの理念にのっ

---

ㄨ年）、同「日米における未成年者の生命侵害に基づく損害賠償」判例タイムズ789号（1992年）。

とり、全ての国民が、障害の有無によって分け隔てられることなく、相互に人格と個性を尊重し合いながら共生する社会を実現するため、障害者の自立及び社会参加の支援等のための施策に関し、基本原則を定め、及び国、地方公共団体等の責務を明らかにするとともに、障害者の自立及び社会参加の支援等のための施策の基本となる事項を定めること等により、障害者の自立及び社会参加の支援等のための施策を総合的かつ計画的に推進することを目的とする。

第4条 何人も、障害者に対して、障害を理由として、差別することその他の権利利益を侵害する行為をしてはならない。

さらに、2013年には障害者差別解消法が制定された。そこでは、以下のように規定されている。

第1条 この法律は、障害者基本法の基本的な理念にのっとり、全ての障害者が、障害者でない者と等しく、基本的人権を享有する個人としてその尊厳が重んぜられ、その尊厳にふさわしい生活を保障される権利を有することを踏まえ、障害を理由とする差別の解消の推進に関する基本的な事項、行政機関等及び事業者における障害を理由とする差別を解消するための措置等を定めることにより、障害を理由とする差別の解消を推進し、もって全ての国民が、障害の有無によって分け隔てられることなく、相互に人格と個性を尊重し合いながら共生する社会の実現に資することを目的とする。

これらの条約や法律を貫いているのは、障害者差別を克服し、障害者の基本的人権が、障害を持たない人と等しく保障されるべき（法の下での平等という憲法14条の原則が障害者においても実現されるべき）ということである。そして、このような理念は、単に法や条約が定めているだけではなく、今日の社会における市民の規範意識となってきたのである。だとすれば、損害賠償法やそれを解釈適用して社会的に妥当で合理的な紛争解決をはかるべき裁判においても、これらの規範ないし規範意識とかけ離れた判断を行うことは許されないと云わざるを得ない。

なお、この点に関して、法の下での平等や障害者の人権といった理念と損害賠償額の算定の関係について、一言しておきたい。人身損害賠償額算定



の問題は法の下での平等原則とは関係がないとの主張がある。確かに、賠償額の算定は生じた損害の計算であると考えれば、異なる大きさの損害を異なる金額に計算することは平等原則に抵触するものではないこととなる。しかし、損害賠償額の算定が、そのような単純なものではないことは、すでに繰り返し述べてきたところである。死傷損害説に立った場合、損害は所得の差額ではなく、死傷それ自体ということになり、したがって、それに対する賠償額は当然、人の生命・身体そのものに対する金銭的「評価」という意味を持ってくる。だとすれば、そこにおいて人やその生活の価値を法的にどう「評価」するかという問題、ひいては法の下での平等原則が大きな意味を持つことになるのではなからうか。また、差額説に立ったとしても、すでに述べたように、そのような損害論は、生命・身体という本来金銭的「評価」が極めて困難ないし不可能な法益の侵害である人身損害の金銭「評価」にあたって、いわばその金銭「評価」の一種のテクニックとして構成されたものであり、被害者の生命・身体の侵害とは別のところに所得の喪失や稼働能力の毀損という実体的な損害があるわけではない。そうだとすれば、これらの損害論をとったとしても、人身損害の賠償においては、やはり人の生命・身体そのものの価値がこれらのテクニックを使って評価されているのが事の本質なのであり、法の下での平等原則や、前述した障害者をめぐる法規範の変化・発展を、損害額の「評価」という作業の中で考慮することは可能であり、また、そうすべきものなのである。すでに裁判所自身は、未就労者死傷における損害賠償額のところで、男女平等の理念・原則や、雇用機会均等法等に示された法規範の変化、そして何よりも社会の実態と人々の規範意識の変化を受け止めて、様々な方法で、逸失利益の男女格差の是正を、行っているのである。同じことを、障害者が死傷した場合について行うことに、何の問題もない。

加えて、とりわけ被害者が年少者の場合、その障害の程度や能力を、事故の時点までで固定的に見るのではなく、将来において、本人の努力や家族・周辺、さらには公的な支援により変化しうるものであることをも十分

に考慮すべきである。

#### ハ) あるべき算定方法

本問題における賠償額は以下のように算定されるべきである。

- ① 損害を死傷そのもの、あるいは、障害児の死によって本人とそれへ愛情を注いできた(また、今後も注ぎ続けたであろう)家族の失った利益として包括的にとらえ、亡くなった子どもの価値に障害の有無や程度で差がない以上、現在の実務が同年代の子どもの死亡の場合に(逸失利益と死亡慰謝料の合計として)認めている平均的な額を認めるべきである。
- ② かりに、交通事故等ととられている個別算定を前提とするとしても、逸失利益部分について、抽象的損害算定を行い、また、障害児の将来の発達可能性をも考慮して、平均賃金(少なくとも最低賃金)で算出された額が失われた法益(障害児の生命と人生)の最低限の価値として賠償されるべきである。なお、もしかりに、最低賃金で算定した場合、そのことからくる、人の価値の平等の理念との衝突は、慰謝料の調整的ないし補完的機能を活用して、慰謝料額において是正すべきである。

いずれにしても、方法はともかく、障害児とその家族から奪われた価値に正面から向き合い、損害額の算定が(差額説であったとしても)「評価」をともなう作業であることを自覚し、その「評価」にあって、人間の尊厳や法の下での平等、障害者をめぐる国際的ないしわが国の法の動向、人々や社会の意識の変化を踏まえた判断を行うことが(国民の基本的人権を擁護するという役割を担った)現代社会における裁判所に求められている。かつて、年少者の逸失利益を初めて肯定した最判昭39・6・24民集18・5・874は、「経験則とその良識を十分に活用」した算定を求めたが、まさに、この問題でも、障害者をめぐる社会と法規範の変化・発展を踏まえた「良識」に基づく判断が求められている。

## 5. 東京地裁平成31年判決の検討

本判決は、15歳の「重度」の知的障害者に、（19歳までのものではあるが）平均賃金を基礎に（それに障害者であることを理由に定率の減額をすることなく）算定した逸失利益賠償を認めた。判決がこのような算定を行った理由の第一は、障害者とその雇用をめぐる社会情勢の変化についての裁判所としての認識と評価である。判決は、「知的障害者雇用に関連する社会の情勢も漸進的にはあるが改善されていく兆しがうかがわれる。このような事情に照らせば、我が国における障害者雇用施策は正に大きな転換期を迎えようとしているのであって、知的障害者の一般就労がまだ十分でない現状にあるとしても、かかる現状のみに捕らわれて、知的障害者の一般企業における就労の蓋然性を直ちに否定することは相当ではなく、あくまでも個々の知的障害者の有する稼働能力（潜在的な稼働能力を含む。）の有無、程度を具体的に検討した上で、その一般就労の蓋然性の有無、程度を判断するのが相当である」としている。第二の理由は、当該障害児の（潜在的なものを含む）稼働能力についての積極的な評価である。判決は、「Aの実際の知的障害の程度は、知的障害（愛の手帳）判定基準上、直近に受けた判定である1度（最重度）ではなく、せいぜい2度（重度）にとどまっていたというべきである」とし、「本件施設を出たAの実際の行動が、本件施設の担当職員のみならず、Aの両親である原告らの想定を超えるものであったことに照らせば、Aには特定分野、範囲に限っては高い集中力をもって障害者でない者と同等の、場合によっては障害者でない者よりも優れた稼働能力を発揮する蓋然性があつたことがうかがわれる」とした上で、「重度の知的障害者が有すると思われる潜在的な稼働能力の認識、発見は必ずしも容易ではなく、Aが具体的にいかなる分野、範囲について、その有する能力を有効に発揮することができたかを的確に認めるに足りる証拠はなく、仮にAの有するであろう潜在的な稼働能力を有効に発揮し得

る分野、範囲を早期に認識、発見することができたとしても、これに適合する労働環境の整備が一朝一夕に実現されるわけではないものの、Aの就労可能期間（49年間）が極めて長期に及ぶことに鑑みると、Aの特性に配慮した職業リハビリテーションの措置等を講ずることにより、上記就労可能期間のいずれかの時点では、その有する潜在的な稼働能力が顕在化し、障害者でない者と同等の、場合によっては障害者でない者よりも優れた稼働能力を発揮した蓋然性は高いというべきである」としたのである。ただし、判決は、「Aが原告らの主張するような平均賃金額（547万7000円）をその就労可能年当初から得られる高度の蓋然性があると見ることは障害者と障害者でない者との間に現に存する就労格差や賃金格差を余りにも無視するものであって、損害の公平な分担という損害賠償制度の趣旨に反することとなる。また、Aが就労可能期間のいずれかの時点でその有する潜在的な稼働能力を顕在化させ、障害者でない者と同等の、場合によっては障害者でない者よりも優れた稼働能力を発揮した蓋然性は高いとしても、それがAの就労可能期間のいかなる時点（始期に近い時点であるか、終期に近い時点であるか）を的確に認めるに足る証拠もない」として、19歳までの平均賃金238万1500円を基礎とした逸失利益の算定を行っている。

城内は、この「判決は、障害者雇用促進法が障害者の一般企業への就労を積極的に推進していく大きな要因となること、現に、障害者雇用に関連する社会の情勢も漸進的にはあるが改善されていく兆しがうかがわれることを論じ、『我が国における障害者雇用施策は正に大きな転換期を迎えようとしている』として、知的障害者の就労環境の現状にとらわれず、『あくまでも個々の知的障害者の有する稼働能力（潜在的稼働能力を含む。）の有無、程度を具体的に検討した上で、その一般就労の蓋然性の有無、程度を判断するのが相当』との判断を示したものであるとして、それを高く評価する<sup>35)</sup>。筆者も、同様に、本判決を、障害者雇用をめぐる動向に目

---

35) 城内・前掲（注24）論文29頁。城内は、「判決は、被害者の示した成長を丹念に認定し、年少者の示した可能性の片鱗をもって『就労可能期間のいずれかの時点では、その有す

を向け、従来の実務に拘泥することなく判断した点、あるいはまた逸失利益は認められないとした被告側（施設と保険会社）の態度にAの能力や将来が全面的に否定されたと感じて提訴に踏み切ったAの両親の裁判にかけた思い<sup>36)</sup>に応えたものとして、城内と同様に高い評価を与えるものである。しかし、なお、判決に残された課題はないのか。

すでに述べたように、従来の（交通事故賠償を中心とした）実務は、生命侵害による損害を積極的損害・逸失利益・精神的損害に区分した上で、逸失利益賠償を中心にすえてきた。そして、その逸失利益について、実費主義ともいえる算定方法、すなわち、平均賃金なども活用しつつ、しかし、できるだけ「正確な」算定を行い、それに困難がともなう場合は、「控え目な」算定を行ってきたのである。これは、人間には稼働能力、すなわち、「収入を稼ぎ出す機械」としての側面があることに着目し、その「能力ないし機械」が壊されたとして、その「能力ないし機械」の価値を得べかりし収入の計算によってできるだけ正確に算定しようとするものであった。（少なくとも資本主義経済社会において）人間にそのような側面があることは否定できない。また、このような算定の考え方が、交通事故等の人身事故が

---

ゝ潜在的な稼働能力が顕在化し、障害者でない者と同等の、場合によっては障害者でない者よりも優れた稼働能力を発揮した蓋然性』が高いことを認定する。死亡に至る原因となった被害者の行動を特記して、そこに被害者の可能性（蓋然性）を見出す裁判所の判断は、本裁判所が、本稿に指摘した基本姿勢を共有していることを示しているといえよう」という。また、城内は、判決が19歳までの平均賃金によったことについて、「大きな成長を見せていたとはいえ、被害者が15歳であり、就労可能年まで3年程度しかない状況では、現状の発達に鑑みて、やむを得ない判断であったと考えられる」が、この判断が、状況の異なる事案、例えば、被害者が不法行為時に年少であり障害も軽い場合にあってはまるものではないことは注意すべきであるともいう（同論文30頁）。

- 36) 本件のような障害児死亡事故において裁判や和解で賠償が認められたことが報道されると、原告を誹謗中傷するネットの書き込みがあるという。しかし、遺族が裁判に訴えた理由は、被告の責任を明確にすること、そして、事故によって奪われた子どもの命と将来の人生の価値が正当に評価されるべきとの思いにある。これらは、障害のない子どもの事故でその遺族が訴える場合と何ら変わるものではない。このような遺族の思いがまっとうなものとして受け取られる（障害者差別のない）社会の実現に向けて、法や裁判は、その役割を適切に果たすべきである。

多発する現代社会において、被害者の迅速な救済や、それを支える保険制度の確立・運用において果たしてきた(果たしている)役割は大きい。しかし、このような方法が、現代社会における人々の規範意識や公平・正義観念から問題を感じざるを得ない場合が存在することもまた、事実である。その典型の一つが、本稿で検討してきた障害児死亡の場合である。

本判決は、被害児童の能力やその発達可能性を丁寧に見て、さらに、障害者をめぐる法や社会の変化とその今後の方向をしっかりと見据え、実務の「実費主義の呪縛」から一步踏み出したものである。その点で、逸失利益の男女格差に関して、年少者の場合には多様な就労可能性を有しており、女子の就労環境をめぐる近時の動向を勘案すれば、年少者の将来の就労可能性の幅に男女差はもはや存在しないなどとして、女兒の場合も全労働者の平均賃金による算定を認めた東京高裁平成13年8月20日判決と同様のものとして高く評価できる。逸失利益の男女格差を是正することが交通事故賠償実務で定着したように、本判決の考え方が、障害児の賠償実務においても定着していくことに期待したい。

この判決を支持する城内説について言えば、「障害の事実のみで定型的に被害者の可能性を判断してはならない」という主張は極めて適切である。また、ディスアビリティ(社会制度に由来する「障害」=「社会的障壁」とインペアメント(個人の属性としての「障害」)を区別し、前者による収入の減少を逸失利益に算定に反映させるべきではない、このような「社会的障壁」を取り除いていくべきことが様々な法律等によって明記された今日、裁判所も、そのような要請を踏まえて逸失利益を算定すべきとする点、さらに、算定にあたっては、蓋然性ではなく可能性を重視すべきとする点において、本判決に理論的基礎を与え、それをさらに前進させる考え方として、評価できる。

しかし、ここでひるがえって、人の死亡の場合に発生する損害を、逸失利益を中心としてとらえることそのものに、再検討の余地はないのだろうか。城内は、西原の問題提起は、現行実務における人身損害賠償が「死傷

を契機とする財産的利益侵害に対する救済」となっていること（「生命や身体それ自体の侵害に対する救済」になっていないこと）であり、「人生のすべて」が労働の対価によって測られるとの発想こそ、原告の批判した現行実務の問題点だったのではなかったかとする<sup>37)</sup>。この指摘は正しい。その上で、城内は、「西原説の問題提起を『生命や身体それ自体の侵害に対する救済』の必要性を説くものとして受け止める一方、逸失利益に関しては、個人差が生じることを認める立場に立つ」とする<sup>38)</sup>のだが、それでは、「生命や身体それ自体の侵害に対する救済」において、逸失利益賠償はどのような位置に立つのか。換言すれば、逸失利益賠償が「生命や身体それ自体の侵害に対する救済」のすべてでないとすれば、残された部分（収入を稼ぎ出す能力以外の部分）の賠償（救済）はどのようにして実現されるのか。それは慰謝料によるとすれば、その算定のあり方や額、賠償額全体における逸失利益と慰謝料の比率が現在の実務のそれで良いのかといった論点が出てくる。

さらにまた、西原のように、人身損害において「生命や身体それ自体の侵害に対する救済」を追求するとすれば、人身損害を逸失利益と慰謝料に区分するのではなく、それらを含めた損害を観念し、それに対する賠償額を考えていくという方向、すなわち、筆者が提起した、損害を死傷そのもの、あるいは、障害児の死によって本人とそれへ愛情を注いできた（また、今後も注ぎ続けたであろう）家族の失った利益として包括的にとらえ、亡くなった子どもの価値に障害の有無や程度で差がない以上、現在の実務が同年代の子どもの死亡の場合に（逸失利益と死亡慰謝料の合計として）認めている平均的な額を認めるべきであるという方向（本件原告が求めた「包括慰謝料」という主張も同様の志向である）も考えられてよいのではないか。

**【付記】** わが国の実務は、被害者死亡の場合、死者本人に発生した損害賠償請求

---

37) 城内・前掲（注24）論文17頁以下。

38) 城内・前掲（注24）論文18頁。

権が遺族(相続人)に相続されるという、いわゆる相続構成をとっている。この実務は、鉄道の間接死事故に関する大判大15・2・16民集5・150に始まり、慰謝料請求権の当然相続を認めた最大判昭42・11・1民集21・9・2249により完成した。相続構成はわが国に独自のものであり、民法典起草者の考え方も異なるものであった。また、死亡による損害賠償請求権がいったん被害者である死者に発生し、それが被害者の死によって相続されるという考え方は、「死前死あり、死後に死あり」という論理矛盾を含むものであることは、つとに指摘されているところである(わが国における相続構成の展開と定着については、拙著・前掲(注7)27頁以下や、同『市民法と不法行為法の理論』(日本評論社2016年)293頁以下参照)。

わが国の実務が相続構成を取った理由としては、相続説の方が否定説よりも賠償額が多くなると考えられたこと(もし死者自身の損害賠償請求権の発生とその相続を否定した場合、遺族は、財産的損害については、近親者の死亡によってその近親者から扶養を受けられなくなったことによる損害を被ったとして、その損害の賠償を求めることが考えられる。しかし、被害者自身が将来得るであろう利益のうち家族の扶養にまわるのは通常その一部分でしかないので、被害者自身の逸失利益の賠償を認める相続説の方が、実際上遺族が請求しうる賠償額の点で遺族に有利になる)、死者の得べかりし収入を基礎に行われる相続説に基づく賠償額の計算の方が、遺族の死者に対する経済的依存の程度を考慮しなければならない相続否定説より算定が容易である点、さらに、賠償請求権者の範囲が相続法理により一義的に決まる点において便利であることといった事情が考えられる。裁判所が、このようなメリットを放棄し、これまで積み重ねてきた実務(裁判例と保険の実務)を根底から覆すことは、少なくとも、近い将来においては予測できないことから、本稿も、相続構成を前提に議論を組み立てた。

かりに、相続構成によらない場合、子どもが死亡した場合、親が扶養利益を失ったことによる賠償を考えることは難しいから、そこでは、子を失ったことによる親の精神的損害が中心となる。そうすると、子を失った親の精神的苦痛に子どもの障害の有無は基本的には関係しないと考えれば、障害児死亡の場合に賠償額が少なくなるということは起こらなくなるであろう。