

論 説

民訴法248条と女子年少者の死亡による逸失利益の算定

Evidence and Damages for Wrongful Death of Child

大 内 義 三

目 次

はじめに

1. 逸失利益
2. 民訴法248条

I. 判例の動向

1. 従来の最高裁判決
2. 奈良地裁葛城支部平成12年7月4日判決
3. 2つの東京高裁判決
4. 最高裁平成14年7月9日判決

II. 検討

1. 男女間格差是正の方法
2. 民訴法248条の適用の有無

は じ め に

1. 逸失利益

被害者が不法行為により死亡した場合、判例によれば、死亡した人自身が損害賠償請求権を取得し、それを遺族が相続すると解されている。生命侵害の場合の主な損害は、得べかりし利益の喪失、すなわち逸失利益である。これは、死亡当時の収入を基準にして、将来働ける年齢まで得たであろう利益を計算するが、算定にあたり、生活費や中間利息を控除すること

になる。しかし、被害者が幼児・年少者（以下「年少者」という）の場合、死亡当時収入はないため、逸失利益の算定が可能かどうか問題となる。

被害者が満8歳の少年について、将来何年生存し、何時からどのような職業につき、どの位の収入を得、何歳で妻を迎え、子供を何人もち、どのような生活を営むかは全然予想することができず、「得べかりし利益」は算定不可能ではないかが争われた事件において、最高裁は、「不法行為により死亡した年少者につき、その者が将来得べかりし利益を喪失したことによる損害の額を算定することがきわめて困難であることは、これを認めなければならないが、算定困難の故をもって、たやすくその賠償請求を否定し去ることは妥当なことではない」とし、年少者についても、得べかりし利益の算定はできると積極的に認めた。そして、「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目な算定方法（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、また遠い将来の収支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、慰藉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究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」とし（最判昭和39・6・24民集18巻5号874頁、以下「昭和39年最判」という）、「控え目な算定」論を示した。

2. 民訴法248条

損害賠償請求訴訟において、原告は、損害の発生だけでなく損害額をも証明しなければならない。損害の発生自体は認められても、原告が具体的

な損害額について証明できなければ請求が棄却されることになる。証明とは、裁判官に確信を生ぜしめる状態をいうが、判例は、因果関係の証明に関して、「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである」としている（最判昭和50・10・24民集29巻9号1417頁）。しかし、損害の性質によっては損害額算定の基礎となる具体的な事実を証明することが極めて困難な場合もある。そこで、新民事訴訟法（以下「民訴法」という）は、「損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる」という規定を新たに創設した（民訴248条）。

民訴法248条の意義については、周知のように、損害額の立証における証明度を軽減したものと解する証明度軽減説¹⁾、損害額の認定を裁判官の裁量に委ねたものと解する自由裁量説²⁾、折衷説³⁾等の対立がみられる。規定の位置からは証明度軽減説が説得的であるが、これは損害額の評価の問題でもある。いずれか1つの根拠で割りきって説くことは難しい。証明度を軽減し、かつ、裁判官の裁量に委ねたことに民訴法248条の意義があると解する。もっとも、どの考え方に立っても、実際上の差異はそれほど生じないであろう。民訴法248条を適用した下級審判例がある。たとえば、マンション建築関係として東京高判平成13・7・16判時1757号81頁がある。入札談合に対して住民訴訟（地自242条の2第1項4号）が提起さ

1) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第2版〕』487頁（弘文堂，2001）、石川明「新民事訴訟法248条覚書」判タ992号74頁（1999）などがある。

2) 坂本恵三「損害賠償の金額」法教192号30頁（1996）、春日偉知郎「『相当な損害額』の認定」ジュリ1098号75頁（1996）などがある。

3) 伊藤眞『民事訴訟法〔補訂第2版〕』305頁（有斐閣，2002）。

れることが増えているが、民訴法248条を適用し、損害賠償を認める裁判例がいくつか現れている。民訴法248条は、地方公共団体の公共入札契約に係る独占禁止法違反事件において活用されている⁴⁾。

思うに、民訴法248条の適用はやむをえない場合に限定すべきであり、損害額の定額化、法定化が可能であるならば、民訴法248条を適用する必要はないと解する。損害額の認定を裁判官の裁量にすべてを委ねることは、当事者の不信を招くおそれがあるからである。ところで、立法担当者は、民訴法248条が適用される具体例として、昭和39年最判を引用し、幼児の死亡に基づく逸失利益の損害賠償をあげている⁵⁾。また、いくつかの民訴法関係のテキストにおいても同様の扱いがなされている⁶⁾。幼児の死亡に基づく逸失利益、とくに女子年少者の死亡による逸失利益の算定の問題は、後述する東京高裁や最高裁の判決があり、最近改めて注目されるようになった。従来、この問題は、主に交通事故に関して議論されていたが、8人の若い命が奪われた大阪教育大付属池田小学校児童殺傷事件のように、男女の年少者が事件に巻き込まれる場合にも同じ問題が生じうる。

被害者が死亡した場合、その逸失利益の算定の本質は、証拠による事実の認定問題である⁷⁾。女子年少者の死亡による逸失利益の問題は、民訴法248条が適用される事例なのかどうか検討してみたい。

I. 判例の動向

昭和39年最判後、逸失利益の算定に関して、具体的な算定方法が議論されるようになった。

4) 拙稿「住民訴訟に関する手続上の諸問題」経営実務法研究第5号(2002年)参照。

5) 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』288頁(商事法務研究会, 1996)参照。

6) 伊藤・前掲(注3)305頁, 上田徹一郎『民事訴訟法〔第3版〕』357頁(法学書院, 2001), 松本博之・上野泰男『民事訴訟法〔第2版〕』294頁(弘文堂, 2001), 中野貞一郎『民事裁判入門』199頁(有斐閣, 2002)などがある。なお, 「研究会新民事訴訟法」(ジュリ増刊)319頁以下(1999)参照。

7) 塩崎勤「判批」ひろば54巻12号50頁(2001)参照。

1. 従来の最高裁判決

最高裁は、まず①昭和54年6月26日判決（判時933号59頁，満5歳の女兒）において、「将来得べかりし利益の喪失による損害賠償を算定するにあたり，原審が賃金センサス昭和50年第1巻第1表，産業計，企業規模計，学歴計18歳ないし19歳の女子労働者の平均給与額を基準として収入額を算定したとしても，交通事故により死亡した幼児の将来得べかりし収入額の算定として不合理なものとはいえず，原判決に所論の違法はない」とし，また②昭和56年10月8日判決（判時1023号47頁，満8歳の女兒）は，「交通事故により死亡した幼児の将来の得べかりし利益の喪失による損害賠償額を算定するにあたり，賃金センサスによるパートタイム労働者を除く女子全労働者・産業計・学歴計の表による各年齢階級の平均給与額を基準として収入額を算定したとしても，交通事故により死亡した幼児の将来の得べかりし収入額の算定として不合理なものとはいえない」とし，さらに③昭和61年11月4日判決（判時1216号74頁，満1歳の女兒）は，「将来の得べかりし利益の喪失による損害賠償額を算定するに当たり，昭和57年賃金センサス第1巻第1表の産業計・企業規模計・学歴計の女子労働者の全年齢平均賃金額を基準として収入額を算定したうえ，その後の物価上昇ないし賃金上昇を斟酌することなくライブニッツ式計算法により民法所定の年5分の利率による中間利息を控除しその事故時における現在価額を算定したことは，交通事故により死亡した幼児の将来得べかりし利益の算定として不合理なものとはいえず」⁸⁾としている。

2. 奈良地裁葛城支部平成12年7月4日判決

近時，女子年少者の死亡による逸失利益を算定するにあたり，基礎収入として女子労働者の平均賃金を用いるべきか，男女を併せた全労働者の平

8) 東京地裁・大阪地裁・名古屋地裁による共同提言では，幼児，生徒，学生の場合，基礎収入を男子又は女子の労働者の全年齢平均賃金による旨を発表している。井上繁規ほか「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」判時1692号161頁(2000)参照。

均賃金を用いるべきかどうかが争われているが、本判決は、男女を併せた全労働者の平均賃金を用いるべきとして注目された判決である。すなわち、信号機により交通整理の行なわれている交差点において、赤信号を無視して直進してきた加害車により、14歳の女子中学生が死亡した事件において、「現に稼働している者の間で賃金格差があることは異なり、年少者の逸失利益の算定結果に男女間で差異が生じることは、まさに、性別で年少者の未知の発展可能性に差異を設けて、一方的に差別することを意味するものであり、妥当とはいえない。今日、雇用機会均等法、男女共同参画社会基本法の各施行や労働規準法の女性保護規定の撤廃などにより、女性にとっても、男性と同じ仕事、男性と同じだけ就労できる選択肢が与えられるようになっていることは周知の事実であることからすれば、将来の収入の蓋然性として、少なくとも中学生までの女子の逸失利益の算定にあたっては、特段の事情のない限り、男子を含む全労働者の全年齢平均賃金を用いることが女子労働者の全年齢平均賃金を用いるより合理性を有するものと考えられる」とした（奈良地葛城支判平成12・7・4判時1739号117頁）。控訴審判決たる大阪高判平成13・9・26判時1768号95頁もまた同様の判断を示した⁹⁾。

3. 2つの東京高裁判決

同じ東京高裁の判決であるが、(イ)の判決は、高等裁判所としてはじめて、男女を併せた全労働者の平均賃金を用いるのが合理的であるとした。しかも、年少者の逸失利益を算定するにあたり、性別という属性のみを採り上げることは「性別による合理的な理由のない差別である」と明言している（東京高判平成13・8・20判時1757号38頁）¹⁰⁾。これに対して、(ロ)の判決は、従来のように女子労働者の平均賃金を用い（東京高判平成13・

9) 小賀野晶一「未就労年少女子の死亡による逸失利益の算定にあたり全労働者の平均賃金を用いた原審判決を不服とする上告を棄却した事例—最高裁平成14年5月31日決定—」ひろば55巻8号71頁（2002）参照。

10・16金判1127号11頁）¹¹⁾、判断が分かれた。

（イ）東京高裁平成13年8月20日判決

〈事実〉

平成11年9月16日午前8時18分ころ、東京都目黒区路上の、信号機による交通整理の行われていない交差点において、道路を横断しようとした小学生A（昭和63年1月28日生まれ、当時11歳の女子）は、走行してきた普通貨物自動車にはねられ、頭蓋内損傷の傷害を負い、同日午前9時35分に死亡した。そこで、Aの父親であるXは、自動車損害賠償保障法3条に基づき加害車両を保有していた会社Y₁に対して、及び民法709条に基づき加害車両を運転していたY₂（以下「Yら」という）に対して、4009万2741円の損害賠償を請求した。逸失利益について、Xは、「雇用機会均等法・改正法の施行、労働基準法の女性保護規定の撤廃、男女共同参画社会基本法の施行などの法規制や女子の就労環境の変化など、女子の雇用をめぐる最近の変化にかんがみると、今後は賃金の男女間格差は次第に少なくなるものと予想される。したがって、本件においては、女子労働者の平均賃金ではなく、男女を合わせた全労働者の平均賃金を逸失利益算定の基礎収入とすることに十分な合理性が認められるものというべきである」とし、Aは、本件事故当時11歳8カ月であり、本件事故に遭わなければ、18歳から67歳まで49年間就労し、その間、平成10年賃金センサス第1巻第1表の産業計・企業規模計による全労働者の全年齢平均年収499万8700円を得ることができたから、生活費控除率を40%としてライブニッツ方式により中間利息を控除して、Aの逸失利益が4066万2824円になると主張した。

これに対して、Yらは、逸失利益について、「現在の社会及び経済情勢にかんがみると、今後男女間の賃金格差がなくなることが高度の蓋然性を

10) 本判決の評釈として、塩崎・前掲（注7）のほか、拙稿・金判1138号62頁（2002）、橋本陽子・セレクト2001年6頁（2002）、岡本友子・判評520号24頁（2002）、君塚正臣・平13重判解10頁（2002）、前田陽一・判タ1084号66頁（2002）、水野謙・リマークス25号66頁（2002）がある。

11) 本判決の評釈として、前田・前掲（注10）がある。同様の判断を示したものとして、たとえば、福岡高判平成13・3・7判時1760号103頁がある。

もって予測されるとはいえない。確かに、個人の尊厳の観点から、今後の社会において男女間の賃金格差がなくなることが望ましいことはいうまでもないが、逸失利益の基礎収入の認定は、事実の問題であって、規範の問題ではない。本件においては、男女間の賃金格差のない社会が『あるべき』ものかではなく、被害者が本件事故に遭わなければ稼動を開始したであろう平成18年までに、現在の労働市場の実態とは異なる雇用形態、賃金体系等が支配的である社会が到来することが、『高度の蓋然性』をもって予測されるといえるかが、証拠に基づき判断されなければならない。そして、現在の社会において、男女間の賃金格差は事実として存在するのであり、この解消が容易に進まないのが社会の実情であって、現在の雇用形態、賃金体系が将来変化する可能性は否定できないとしても、その可能性が、民事訴訟における事実認定に必要な証明度、すなわち『蓋然性』の程度にまで存すると認めるに足る証拠はない」とし、本件においては、女子労働者の平均賃金を基礎として逸失利益の算定がされるべきであると主張した。

原審（東京地判平成13・3・8金判1126号20頁）は、Yらに対して2132万余の支払いを命じたが、逸失利益については、「①未就労年少者は、現に労働に従事している者とは異なって、多様な就労可能性を有するものであるから、現在就労する労働者の労働の結果として現れる労働市場における男女間の賃金格差を、将来の逸失利益の算定に直接的に反映させるのは、将来の収入の認定ないし蓋然性の判断として必ずしも合理的なものとはいえないこと、②かえって、未就労年少者の将来の逸失利益に、男女の性の違いのみにより、現在の労働市場における男女間の賃金格差と同様の差異を設けることは、未就労年少者の多様な発展可能性を性により差別するという側面を有しており、個人の尊厳ないし男女平等の理念に照らして適当ではないこと、③また、最近では、雇用機会均等法により広い職業領域で女性労働者の進出の確保が図られ、これを支援する形で、労働基準法が女性の勤務時間などの勤務規制を緩和し、さらに、男女共同参画社会基本法が制定され、女性をめぐる法制度、社会環境が大きく変化しつつあること、④その結果、今日においては、男女間の賃金格差の原因となっている従来

の就労形態にも変化が生じ、女性がこれまでの女性固有の職業領域だけでなく、男性の占めていた職業領域にも進出しつつあること等にかんがみると、未就労の年少女子が死亡した場合における逸失利益の算定の基礎としては、賃金センサスにおける女子労働者の平均賃金ではなく、女性が将来において選択し得る職業領域の多様さを反映するものとして、男女の労働者全体の就労を基礎とする全労働者の平均賃金を採用することが、より合理性を有するものと考えられる。」そうすると、「Aについては、事故発生の年である平成11年の賃金センサス第1巻第1表の産業計・企業規模計による全労働者の全年齢平均年収496万7100円をもって、逸失利益算定の基礎収入とするのが相当である」とし、「未就労の年少男子の場合との均衡、女性の消費支出の動向等にかんがみると、生活費控除率は45パーセントとするのが相当であるから、上記496万7100円を基礎とし、ライブニッツ方式により年5分の割合による中間利息を控除してAの逸失利益を算定すると」、Aの逸失利益は3527万4903円となるとした。これに対して、Yらが控訴した。

〈判決要旨〉

原判決を相当とし、Yらの控訴を棄却したが、逸失利益について次のような判断をした。すなわち、

Aは、死亡当時11歳であったから、本件事故に遭わなければ、18歳から67歳までの49年間稼動して収入を得ることができたものと認められる。

「賃金センサスによる平均賃金には男女間で相当の格差が存在している（例えば、平成11年の産業計・学歴計・企業規模計の全年齢の平均賃金は、男子が年562万3900円であるのに対し、女子は345万3500円である。）が、このような格差が生じているのは、男女の役割分担についての従来の社会通念の下に、女子にあつては、家事労働（出産、育児を含む。）との関係から、自ら欲すると否とにかかわらず、結果として、就労期間や労働時間、あるいは職務内容が制約された状態にある者の割合が男子に比べて相対的に多い現状にあることが主要な原因と考えられるのであって、本来有する労働能力については、個人による差はあっても、性別に由来する差は存在

しないことはいうまでもない。

しかも、就労可能年齢にまだ達しない年少者の場合、現に就労可能年齢に達している者とは異なり、多様な就労可能性を有しているのであり、また、法制度や社会環境、更には社会の意識等、女子の就労環境をめぐる近時の動向等も勘案すると、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に等しい状況にあると考えられる。すなわち、女子においても、従来の社会通念に捕らわれず、その意思によりさほどの困難なく男子と同じ職種や就労形態を選択し、その有する労働能力を就労の場において発揮することも可能な状況にあり、現にそのような就労形態を選択する女子が増加しているのであって、今後ともこの趨勢に変わりはないものと考えられるのである。

もっとも、そうであるからといって、近い将来において、女子の方が男子に比べて低い収入の就労条件の下で就労する者の割合が多いという現状に大きな変化が生じ、平均賃金の男女間格差が解消するという見込みがあるとは言い難いのであるが、このことと、年少者の一人一人について就労可能性が男女を問わず等しく与えられているということとは別個の問題であって、現に職に就いている者の賃金の平均値に男女差があることが個々の年少者の将来得べかりし収入の認定や蓋然性の判断に必然的に結び付くものではない。そもそも、性別は個々の年少者の備える多くの属性のうちの一つであるにすぎないのであって、性別以外にも、例えば、知能その他の能力の差、親の経済的能力の差その他諸々の属性が現実社会においては将来の所得格差をもたらし得るのである。にもかかわらず、他の属性をすべて無視して、統計的数値の得られやすい性別という属性のみを採り上げることは、収入という点での年少者の将来の可能性を予測する方法として合理的であるとは到底考えられず、性別による合理的な理由のない差別であるというほかはない。年少者の逸失利益を算定するのに、性別以外の属性は無視せざるを得ないというのであれば、性別という属性も無視すべき筋合いであると考えられるのである。

したがって、高等学校卒業までか、少なくとも義務教育を修了するまで

の女子年少者については、逸失利益算定の基礎収入として賃金センサスの女子労働者の平均賃金を用いることは合理性を欠くものといわざるを得ず、男女を併せた全労働者の平均賃金を用いるのが合理的と考えられるのであって、このように解しても、逸失利益を過大に認定することにはならないものというべきである。」

（ロ）東京高裁平成13年10月16日判決

〈事実〉

平成10年2月9日午後3時ころ、小学生A（昭和62年2月17日生まれ、当時満10歳の女子）は下校のため、小学校の正門前の横断歩道上を横断していたところ、Y運転の車が衝突し、Aは脳挫傷等の傷害を負い、同月27日に死亡した。そこで、Aの父母であるX₁およびX₂（以下「Xら」という）が、民法709条、自動車損害賠償保障法3条に基づいて損害賠償を請求した。Aは、本件事故当時満10歳であり、死亡当時満11歳であった。平成11年賃金センサス全労働者、全企業規模計、学歴計、全年齢平均年収496万7100円を基礎に、生活費控除率を40％、就労可能年齢を67歳としてライプニッツ方式により中間利息を控除して、Aの逸失利益が3848万1117円になると主張した。これに対して、Yは、逸失利益については女子の平均賃金を基礎に計算すべきであると主張した。

原審（千葉地佐倉支判平成13・5・17金判1127号15頁）は、平成11年度賃金センサス産業計、企業規模計、学歴計、女子労働者の全年齢平均年収345万3500円を基礎に、生活費控除割合を3割、就労可能年数を18歳から67歳までの49年間とし、ライプニッツ係数により中間利息を控除して、逸失利益について3121万4598円と算定した。損益相殺等を計算して、Xらの請求を、各自1362万8591円の限度で認容した。これに対して、Xらが控訴した。

Xらは、賃金センサスにおいてサンプルとされた女子労働者数が男子の半分以下にすぎないこと、サンプルとされた女子労働者の勤続年数が男子と比較して短いこと、女子労働者には結婚退職が予定される一時的な労働者や子育て後の再就職者が含まれていること、家事労働が統計に反映され

ていないことからすると、賃金センサスは女子労働者の収入の実態を反映していない。次に雇用機会均等法の施行、労働基準法の女性保護規定の撤廃、男女共同参画基本法の施行など男女の雇用に関する法律は、男女の平等社会の実現を目指して変化しており、女子の逸失利益の算定にあたり、全労働者の平均賃金を基礎とした判決も出されている。さらに、現実の社会においても、男女賃金格差はなくなりつつあり、将来も男女間格差の是正が予測される。また、Aは、学校の成績も良く、両親は共に留学経験を有する。したがって、Aも将来的には国際社会で活躍することが、強い蓋然性で予測される立場にあった。これらの点を考慮すると、Aの逸失利益は、賃金センサスによる全労働者の平均賃金を基礎収入として算定されるべきであるとして控訴した。

〈判決要旨〉

Xらの控訴を棄却したが、逸失利益について次のような判断をした。すなわち、

「年少者の逸失利益の算定は、過去において現実には一定額の収入を得ていた者の逸失利益の算定と異なり、事柄の性質上、的確な数額の立証が極めて困難である。しかし、この場合に立証がないとして請求を棄却するのは、被害者に対する救済を否定することとなり、不合理である。反対に、逸失利益として、将来それを得られる蓋然性が認められない収入・利益について、その賠償を命じることもまた不合理である。そこで、裁判所は、当事者が提出するすべての証拠資料に基づき、経験則と良識を用いて、できる限り蓋然性のある逸失利益の額を算定するべく努めるのである。そして蓋然性に疑いがもたれる場合には、逸失利益の賠償を否定するのではなく、被害者側にとって控えめな算定方法を採用することにより、不法行為者に過当な責任を負わせる結果を避けつつ、被害者の救済を実現してきた。逸失利益算定についての従来からの取扱いは、このような考え方に基づくものであるということが出来る。その根底にあるのは、できる限り蓋然性のある額を算定することにより、不法行為者と被害者の双方にとって、公平な結果を実現しようという考えである。

従来の判例・実務は、できる限り蓋然性のある逸失利益算定の方法として、賃金センサスの男女別平均賃金を基礎収入とする方法を採用した。後記のとおり、賃金センサスの数値は現実の労働市場における賃金の実態を反映していると解され、また実態を反映する統計的数値に基づく推認は、蓋然性の証明において通常用いられる方法であるから、他により正確で利用可能な統計的数値等の資料がない場合には、従来の算定方法は、逸失利益の算定方法として合理的なものであるといえることができる。

確かに、男女別平均賃金を基礎収入とすると、結果的に男女の逸失利益額に違いが生じることになる。しかし、これは、年少者の逸失利益に限って生じる結果ではなく、現に就労中（家事労働に従事することを含む。）であるが、その基礎収入の額を的確に把握することが困難なため、その逸失利益の算定にあたり女子労働者の平均賃金を用いる場合にも同様の結果を生じるのである。そして、その場合に、女子労働者の平均賃金を基礎収入とすることは、蓋然性の高い数額の算定方法として、合理的である場合が多いと考えられる。したがって、逸失利益の算定にあたって男女で異なる数値を基礎収入に用い、その結果、男女で異なる逸失利益額が算定されること自体は、避けることのできない事態なのであって、そのようなことがあることをもって、男女差別であり、不当であるということとはできない。

年少者の逸失利益の算定にあたり賃金センサスの男女別平均賃金を基礎収入とすることに対する最も大きな疑問は、それが女子も男子と同様の業務に従事するという年少者の将来における可能性を無視する結果をもたらすことから生じていると考えられる。確かに、現在の社会環境や法制度とその将来に向けての変化を考えると、将来の就労可能性という点において、男女差は解消しつつあるといえてよいであろう。しかし、逸失利益の算定において考慮すべきことは、単なる可能性ではなく、蓋然性なのである。年少者の一人一人に男女を問わず等しい就労可能性が与えられていても、それが故に、一般的に女子が将来男子と同じ収入を得られる蓋然性があるということにはならないのである。

統計的数値の利用にあたっては、より正確ないし蓋然性の高い数額を算

定するために、できる限り対象者の属性に近い統計を使用すべきである。もちろん、対象者の属性をすべて反映する統計を得るのは不可能であるが、より対象者の属性（例えば、性別、学歴などが考えられる。）に近い統計の利用を放棄して、より一般的な統計を使用することが合理的であるとは考えられない。

平成12年賃金センサスにおける男子労働者の平均賃金は560万6000円であり、女子労働者のそれは349万8200円である。また、平成7年賃金センサスにおける男子労働者の平均賃金は559万9800円であり、女子労働者のそれは329万4200円である。これをみると、この5年間に於いて、男子労働者の平均賃金はほぼ横ばいであり、女子労働者のそれは約20万円の増加がみられるが、男女の平均賃金の格差は未だ大きい。男女の平均賃金の格差はわずかながら減少する方向にあることは窺われるものの、これが近い将来に解消するとはいいがたい状況にある。このように現に存在する数値の差は大きいのであって、この現実を無視して存在しない数値を算定の基礎とするのは、統計の利用による算定そのものの基本を危うくしかねず、賛同することができない。」

「以上のとおり、賃金センサスに示されている男女間の賃金格差は、現実の賃金の実態を反映したものであり、この格差が近い将来に解消するとは認められない。

そうすると、上記格差が解消することを前提に、女子年少者について、賃金センサスによる全労働者の平均賃金を基礎収入として逸失利益の額を算定し、不法行為者にその損害賠償をさせることは、現段階においては、できる限り蓋然性のある額を算定することにより不法行為者と被害者の双方にとって公平な結果を実現しようという前記の考えに照らして、必ずしも合理的な損害賠償額の算定方法ではないといわざるをえない。」

「Xらは、Aは、学校の成績が良く、両親共に留学経験を有するから、将来的に国際社会で大活躍することが、強い蓋然性で予測される立場にあったと主張する。しかし、幼少期における人の属性によって、その人の将来をはかることは極めて困難である。学校の成績が不良であるから、その人

の将来の収入も低いと判定されるようなことが起これば、人々は納得しないであろう。人の属性によってその人の将来を判定することには、おのずから限界があるのであり、この限界を無視して算定することはできないのである。」

Aの逸失利益の算定にあたり、女子労働者の平均賃金を基礎収入とすることは、合理的な損害額の算定方法であるとし、Xらの請求を、各自1362万8591円の限度で認容した原判決を相当とした。

4. 最高裁平成14年7月9日判決

逸失利益の算定方法が高裁段階で分かれたが、(イ)、(ロ)両判決とも上告され、最高裁の判断が注目されていた。最高裁は、平成14年7月9日、いずれの上告も退けたが、算定方法には言及していない¹²⁾。このため、女子年少者の逸失利益の算定について、全労働者の平均賃金を用いる考え方と、女子労働者の平均賃金を用いる考え方の双方が併存することになった。死亡当時、ともに被害者が満11歳の女兒であった事件である。逸失利益は400万円以上異なるが、そのまま確定したことになる。

Ⅱ. 検 討

1. 男女間格差是正の方法

賃金センサスによる男女別平均賃金を基準とする限り、逸失利益の算定にも男女間格差が反映されるわけであり、このような格差は不合理であるという批判が強い。たとえば、「幼児については標準となる定額を男女で差別することは、いかにも人間性を冒瀆するようで好ましくない」¹³⁾、「男女平等の観念からは容れ難い問題である」¹⁴⁾などがこれにあたる。とくに

12) 小賀野・前掲（注9）80頁参照。

13) 宮崎富哉「幼児の逸失利益」判タ212号118頁（1967）。

14) 千種秀夫「判批」『交通事故判例百選〔第2版〕』（別冊ジュリ48号）103頁（1975）。

女子年少者が死亡した場合に関して、男女間格差を是正するためにいくつかの方法が考えられる。すなわち、

死亡した人自身が損害賠償請求権を取得し、それを遺族が相続すると解する立場（相続説）からは、①生活費の控除割合を男子の場合（50パーセント）より少なくする方法¹⁵⁾、②女子労働者の平均賃金に家事労働分を加算する方法¹⁶⁾、③全労働者の平均賃金を基準とする方法¹⁷⁾、④女子も男子労働者の平均賃金額を基礎とする方法¹⁸⁾、⑤慰藉料額の算定において調整する方法¹⁹⁾ などが主張されている。

これに対して、被害者本人の損害賠償請求権を遺族が相続することを否定する立場からは、⑥両親の慰藉料請求のみを認める方法²⁰⁾、⑦むだになった養育費を現実損害の一種として賠償させる方法²¹⁾ などが主張されている。

逸失利益の算定方法としていくつかの方法が考えられるが、違法な方法というものはない。反対に、この方法でなければならないともいえない。最高裁の前掲各判例が、女子労働者の平均賃金を基準として算定しても「不合理なものとはいえない」という消極的な表現をしているのはこのためと思われる。したがって、女子労働者の平均賃金を基準としても、全労

15) たとえば、昭和61年最判の原審たる東京高判昭和59・1・23判時1102号61頁は生活費控除割合を3割としているが、最高裁はそれを是認している。

16) 満14歳の女子で中学2年生が死亡した事件において、最高裁は、この方法を否定する（最判昭和62・1・19民集41巻1号1頁）。

17) 昭和61年最判において、伊藤裁判官は、少なくとも就学年齢に達しないような幼児については、「男女を含む全産業常用労働者の平均賃金を基礎とする手法もまた、必ずしも不合理なものということとはできず、むしろ積極的に評価してよい視点が含まれているように思われる」と法廷意見を補足して、この方法に賛成している。なお、この方法を採用入れたものとして、東京地判昭和53・10・23判タ428号185頁がある。

18) 鍛冶弁護士は、「労働者の稼働能力を一応十分に買い取っているとみられる男子労働者の平均賃金を女子の稼働能力の算定の基礎とすることによって、逸失利益における男女間の格差是正は可能となる」と解されている。鍛冶千鶴子「男女間格差の問題」交通法研究第10・11合併号117頁（1982）。

19) この方法を採用入れたものとして、東京高判昭和55・11・25判時990号191頁がある。この判決は、稼働開始年齢を中学卒業時としている。

20) 松浦以津子「判批」判評296号37頁（1983）。

21) 加藤一郎「子の死亡による損害賠償」法教22号77頁（1982）。

働者の平均賃金を基準としても、いずれも不合理なものとはいえず、女子年少者の逸失利益の算定にあたり、2つの方法が存在してもさしつかえないこととなる²²⁾。最高裁は、平成14年7月9日の判決において算定方法に言及していないが、やむをえないことと思われる。

思うに、年少者が死亡した場合、被害者本人の損害賠償請求権を遺族が相続するという構成に疑問がある。逸失利益の算定は一種の擬制による計算となるが、逸失利益であれば男子が死亡した場合は男子労働者の平均賃金、女子が死亡した場合は女子労働者の平均賃金を基準とすることは理論的にやむを得ない。男女間格差を是正しようとするれば、さらに別な擬制をしなければならない。年少者が死亡した場合における問題は、どの方法をとっても欠点があり、きりが無い、いわば底無しの議論となりかねない。いずれもすぐれた見解であるが、それぞれ批判される点があり、支配的な見解が形成されにくい。

年少者が死亡した場合、親の損害の実態は、精神的苦痛であり、その賠償は慰籍料である²³⁾。親にとっては、子供が男であっても女であっても、子供が死亡した場合における精神的苦痛に差はない。慰籍料だけを認めるべきであろう。男女とも同額とすべきであるが²⁴⁾、具体的な慰籍料額の算定方法が問題になる。これまで長い間、逸失利益の算定にあたり、賃金センサスの平均賃金を基準にしてきたこと、被害者側の立証の負担、男女間格差の是正、交通事故訴訟の統一的処理などを考えれば、慰籍料額の算定にあたり、従来の実務と同様に賃金センサスの平均賃金を基準とし、その際、男女とも全労働者の平均賃金を用いるべきである²⁵⁾。なお、このよう

22) 中間利息の控除について、ホフマン方式とライブニッツ方式とがあり、いずれも不合理とはいえないものとされている。裁判実務においても、東京方式と大阪方式とがある。井上繁規ほか・前掲（注8）162頁参照。交通事故による逸失利益は擬制的なものであるため、唯一の算定方式があるわけではない。

23) 淡路剛久「幼児等の生命侵害の算定」法教6号61頁（1981）。なお、山田教授も、慰籍料のみとすることが、もっともすっきりすると解されている。山田卓生「幼児の死亡損害の男女格差」法時59巻8号35頁（1987）。

24) 西原道雄「判批」判評197号32頁（1975）参照。

な配慮をするのは年少者の場合であるが、就職の可能性を考えれば、年少者の範囲とは、中学生までとすべきである²⁵⁾。

2. 民訴法248条の適用の有無

交通事故において被害者が死亡した場合、死亡慰籍料の項目とは別に逸失利益を算定し、遺族が相続した形で構成されている。確かに、女子年少者の死亡による逸失利益の算定は、民訴法248条にいう「損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるとき」にあたるといえる。しかし、前述した奈良地裁葛城支部判決や2つの東京高裁判決の場合、女子年少者の死亡による逸失利益を算定するにあたり、できる限り蓋然性のある逸失利益の算定方法として、死亡時の賃金センサス産業計・学歴計・企業規模計による女子労働者（または全労働者）の全年齢の平均賃金を基礎収入とする方法を採用した。そして、生活費の控除割合を何割かとし、就労可能年数を67歳までとし、ライプニッツ方式を用いて中間利息を控除して計算している。これらは新民訴法施行後の事件であるが、裁判所は逸失利益の算定にあたり、民訴法248条について言及していない。これは、いわゆる自由心証主義（民訴247条）の結果である。女子年少者の逸失利益の算定にあたり、女子労働者の平均賃金を基礎収入とするのが従来の裁判実務であった。そこで、遺族側は、裁判において、死亡者が男児であるか女児であるかによって逸失利益に違いがあってはならないことを主張している。これに対して、加害者側は、理念上、男女間の賃金格差を是正すべきであることに異論はないものの、将来、その格差がなくなることが証拠上、認定できるのか、すなわち、高度の蓋然性をもって予測できるのかを問題にしている。

25) 吉村教授は、男子労働者の平均賃金を基準とすべきと解されている。吉村良一『人身損害賠償の研究』265頁（日本評論社、1990）。

26) 前掲奈良地裁葛城支部平成12年7月4日判決も「少なくとも中学生まで」とし、また渡邊裁判官も中学生までが適当と解されている。渡邊和義「未就労年少者の逸失利益の算定における男女間格差」判タ1024号27頁（2000）参照。

このように、女子年少者の逸失利益の算定にあたり、基礎収入として女子労働者の平均賃金を用いるべきか、男女を併せた全労働者の平均賃金を用いるべきかが争点となっている²⁷⁾。新民訴法改正前と変わらない。したがって、民訴法関係者は逸失利益の算定の問題を民訴法248条の適用の例としてあげているが、実際の裁判例では、民訴法248条の適用の結果、損害額をどのように認定するかが議論されているわけではない。この点において、入札談合に関する住民訴訟における最近の下級審判例と異なる。これは、交通事故の場合、事故の発生が頻繁にあり、損害賠償や慰籍料の基準化、定額化がかなり進んでいるためと思われる。交通事故以外の事件によって人が死亡することも多発しており、同じことがいえる。学説もまた、男女間格差是正のためいろいろ工夫している。その多くは新民訴法施行前の見解ではあるが、最近においても、とくに民訴法248条を念頭においた議論をしているわけでもない。したがって、女子年少者の死亡による逸失利益の算定問題を民訴法248条が適用される典型例とすることに疑問がある。もっとも、前述のように、私は損害額の定額化、法定化が可能であるならば、民訴法248条を適用する必要はないと考えており、裁判所が逸失利益の算定にあたり、民訴法248条について言及していないことは問題ないことになる。

27) これに関連して、男子年少者については、男子の平均賃金を用いるのか、あるいは男女の平均賃金を用いるのかが従来議論されていた。そして、逸失利益の算定における中間利息の控除割合は、低金利の状況下において、年5パーセントとするのか、年3パーセントとするのかが新たに問題になっている。その一例として、東京高判平成13・6・13判タ1074号147頁参照。なお、岡本智子「損害額算定における中間利息控除の意義に関する一考察」西原道雄先生古稀記念『現代民事法学の理論〔下巻〕』221頁（信山社、2002）参照。