

最高裁平成9年1月28日（三小）判決

— 外国人の逸失利益 —

（最高裁平成5年（オ）第2132号，平成8年（オ）第2283号，損害賠償請求，同附带上告事件，平成9年1月28日第三小法廷判決，一部上告棄却，附带上告却下¹⁾，一部破棄自判，民集51卷1号78頁）

Erwerbsschaden des Ausländers

田 中 稔

【事実】

Xは，パキスタン国籍を有する，1965年（昭和40年）生まれの男性である。Xは，昭和63年11月28日に，パキスタンから短期滞在（観光目的）の在留資格でわが国に入国し，その翌日から製本会社 Y₁ に雇傭され，短期在留資格で在留可能な期間の経過後も日本国内に留り，稼働していた。しかし，Xは，平成2年3月30日，Y₁ において就労中に本件事故に被災し，製本機械により右手示指を末節から切断した。Xは，翌日から同年4月19日までの間，Y₁ へは行かずに，治療のためほぼ毎日通院して治療を受けていたが，4月19日から同年8月23日までの間は，A製本会社で就労していた。

Xは，Y₁ 会社については安全配慮義務違反を理由とする債務不履行責任にもとづき，また，Y₁ の代表者 Y₂ については，注意義務違反を理由とする不法行為責任

1) Y₁ Y₂ は、上告理由書提出期間経過後、賠償額が過大であるとして、附带上告した。最高裁はY₁らの附带上告を期間の徒過を理由として却下した。

にもとづき、損害賠償を請求している。第一審・控訴審は、 Y_1 、 Y_2 にそれぞれ X に対する損害賠償責任のあること、X の損害が、休業損害約12万円、逸失利益222万円、慰謝料250万円、であり、X の過失が3割であること、X の支給を受けた労災保険金（休業補償給付および障害補償給付）約177万円は X の消極損害から控除されること、したがって、慰謝料の分約180万について、X の請求を認容するにとどまるとした。

本件事案の主たる争点は、後遺障害による X の逸失利益、である。原審は、X が A 社を退社した翌日から3年間はわが国における賃金を基準に・その後は本国の平均賃金を基準に算定している。原審によれば、「日本国の場合においては、短期在留資格で入国し右在留期間を経過した後も就労を継続している者は、早晚入管法により強制退去処分の対象者となるはずのものである」って、また、「近時の欧州先進国にせよ、経済目的のための外国人入国を制限する傾向にあり」、「他国での労働による収入獲得はそう簡単なことではないはずである」から、「多目となっても少額にすぎることにはならない」とした。

これに対して、X が上告している。X は、日本における賃金によりうる期間を3年に限定した点について、憲法14条の平等原則、労働基準法3条の均等待遇の原則、同法4条の男女同一賃金の原則の趣旨、に反する法令違反があり、さらに、3年で出国するとみる点・出国後本国に帰国して就労する点に経験則違反がある、としている（その他、休業期間、過失相殺割合、労働能力喪失率、慰謝料額（日本人以上に認めるべき事情がある）、をあらそっている）。

【判旨】

・ X の逸失利益

「財産上の損害としての逸失利益は、事故がなかったら存したであろう利益の喪失分として評価算定されるものであり、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。損害の填補、すなわち、あるべき状態への回復という損害賠償の目的からして、右算定は、被害者個々人の具体的事情を考慮して行うのが相当である。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か否か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住居して就労するか、その後はどこの国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）での収入などを基礎として逸失利益を算定するのが合理的ということが出来る。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号ロにより、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およ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在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とはともかく、不法残留外国人の我が国における就労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」。

「原審は、右事実関係の下において、上告人が本件事故後に勤めた製本会社を退社した日の翌日から三年間は我が国において被上告会社から受けていた実収入額と同額の収入を、その後は来日前にパキスタン回教共和国（パキスタン・イスラム共和国）で得ていた収入程度の収入を得ることができたものと認めるのが相当であるとしたが、上告人の我が国における就労可能期間を右の期間を超えるものとは認めなかった原審の認定判断は、右に説示したところからして不合理ということとはできず、原判決に所論の違法があるとはいえない」²⁾。

2) 原審は、Xの受領した労災保険金のうちいわゆる特別支給金も損害賠償額から控除しているが、最高裁は、「特別支給金が被災労働者の損害を填補する性質を有するということができず、被災労働者が労働者災害補償保険から受領した特別支給金をその損害額から控除することはできないと解するのが相当である」とする、最判平成8年2月23日民

・ Xの慰謝料

「慰謝料額の算定は、原則として、原審の裁量に属するところ、所論は、Xには、日本人以上の慰謝料を認めるべき事情がある旨主張するが、一部は原審の認定しない事実を前提とするものであるほか、その主張するところをもってしても、日本人以上の慰謝料額を認めなければならない事情があるということはできない」。

【検討】

1 はじめに

(一) 公害訴訟・薬害訴訟のような一部の集団訴訟をのぞくと、わが国の裁判実務における人身損害賠償は、差額説³⁾を前提にして、次のように行われている。すなわち、損害賠償制度の目的は加害者の制裁ではなく被害者の損害の填補にあるといえるから、人身損害は、人の生命・身体への加害それ自体ではなく、加害によって生ずる経済的不利益・精神的不利益の総体であり⁴⁾、具体的には、治療費・入院費・付添看護費用など(積極損害)、休業損害・逸失利益(消極損害)、慰謝料(精神的損害)などの個別損害項目の積算(個別項目積み上げ方式)によられている。

この方法によると人身損害の中心は、逸失利益と慰謝料に占められる。裁判官の裁量に大幅にゆだねられている慰謝料とは異なり、逸失利益とは、加害行為なかりせばえられていたであろう財産上の利益であって加害行為のために喪失した利益であると理解すると、逸失利益の内容・金額は、被害者におうじて個別・具体的になり、個人差の生ずることは容認されることになる。確かに、人身死傷における逸失利益は、被害者の稼働能力喪失・減少を通じて生ずることから、被害者の現実の収入や統計資料は稼働能力喪失・減少を金銭評価する上での資料にすぎないとする考え方も有力であるが、差額説によれば、それによって当該被害者のうべかりし利益に影響がなければ、損害賠償額に反映されない。

逸失利益算定の基礎とされるのは、死傷時における被害者の収入であり、無職の

集50巻2号249頁にしたがって、これを破棄して、そのかぎりにおいてXのうべき損害賠償額を増額している。

3) 於保不二雄『債権総論(新版)』(1974)135頁の定義を参照されたい。

4) 最判昭和42年11月10日民集21巻9号2152頁、最判昭和56年12月22日民集36巻9号1350頁。

専業主婦や就労年齢に達していない未成年者のように、死傷時における収入のないときは、稼働能力と稼働の意思のあるかぎりにおいて、全国的統計である賃金センサスによる平均賃金、である。この金額に稼働可能年数（およそ67歳まで）を乗じて（生活費－死亡の場合－・中間利息を控除して）逸失利益を算定することになる。

（二）日本国内において日本人が交通事故などにより死傷して損害をこうむった場合の民事損害賠償請求事件の取扱いは、すでにある程度確立された状況に至っている。しかし、日本国内において外国人の人身被害が日本の損害賠償法制により処理されるべき場合において、日本人についての基準をどう外国人の場合に当てはめて処理するか、という点は十分考慮される機会がこれまでなかったといえる。むしろ、日本国内で発生する死傷事故の被害者が外国人であっても⁵⁾、いわゆる在日韓国・朝鮮人のようにわが国に永住しうる資格をすでに有する者であるときは、稼働可能な全期間を通じて日本での就労を前提にすべきであるとかんがえられている。しかし、本件事案のように、そうした事情のないときは、在留資格を更新してわが国に在留すべきことになるが、そうすると、被害者が死傷事故の当時にわが国での在留・就労資格を有していたとしてもその継続性には不確実な面があるし、ことに不法在留・不法就労者の場合にはわが国における賃金水準を基準とすること自体に疑問の余地がある^{6) 7)}。

近年、わが国の国際化・外国人の入国数の増大等にともない、外国人の人身損害

5) 外国人被害者の損害賠償請求権につき、不法行為の準拠法は原則として不法行為地法であり（法例11条）、契約－法律行為－においては、当事者の意思が尊重されるが（法例7条1項）、当事者の意思が明らかでないときは行為地法が適用される（同条2項）ため、いずれにせよ、日本法が適用になろう。

6) 被害者が欧米諸国出身者の場合はこれまで目だった問題を生じていない。東京地八王子支判昭和48年10月15日交通民集6巻5号1633頁は、交通事故死したXらは在日米軍空軍基地に勤務する米国人軍人であり、満55年に達するまで事故発生日の前年度に米軍空軍よりうけていた基本給相当額の収入をえるものとして、Xらの逸失利益を算定している。大阪地判平成3年3月7日交通民集24巻2号270頁は、フランス語講師として勤務していたフランス人の交通事故によりこうむった休業損害を日本国内で当時えていた収入を基準に算定している。横浜地判平成5年3月29日交通民集26巻2号419頁は、在日米国防陸軍本部に秘書として稼働しているX（米国人？）の休業損害・逸失利益を、同人の事故発生時における収入を基準にして算定している。

7) なお被害者が外国人の場合にも、交通事故ならば自賠責保険、労災事故ならば労災保険

が問題とされた十数件の下級審判決があらわれ、最高裁の判断がまたれていたところ⁸⁾、最高裁判所は、平成9年1月28日に、観光目的の短期在留資格で来日した翌日より無資格で就労をはじめ合法的な在留期間経過後もわが国に不法に残留して就労中に負傷したパキスタン人の逸失利益の算定について、後述のような判断を下した⁹⁾。そこで、本稿では、同最高裁判決を素材として、近年注目を集めている外国人の逸失利益の問題を検討したい。

との関係が問題になりうる。自賠償保険の査定においては、不法就労外国人であっても、結果として、わが国の賃金を基準に就労可能年数についても日本人と同じく67歳として、逸失利益は算定されている(伊藤文夫後掲交通法研究21号57頁以下)。また、労災保険においては、労災認定があれば不法就労であっても給付が行なわれる(桑原昌宏後掲交通法研究21号39頁以下、棚村政行後掲『住民としての外国人の法的地位に関する諸問題』54頁以下参照)。

- 8) この問題は近年盛んに議論されている。羽成守「外国人の損害」山田卓生=宮原守男編『新・現代損害賠償法講座5巻』(1997)所収、稲葉威雄「東京地裁民事第27部の現況」『人身賠償・補償研究第3巻』(1995)所収、手塚和彰「外国人の雇用と労働法」ジュリスト1000号(1992)、同『外国人と法』(1995)、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)、同「外国人の交通事故と損害賠償責任」交通法研究21号(1992)、桑原昌宏「外国人労働者の交通事故と労災保険・社会保障」交通法研究21号(1992)、長久保守夫=森木田邦裕「東京地裁民事第27部(民事交通部)における民事交通事故の処理について(一)」司法研修所論集86号(1992)、伊藤文夫「外国人被害者と自賠償保険の取扱いの現状」交通法研究21号(1992)、小川英明「民事裁判における実務上の問題点」交通法研究21号(1992)、加藤一郎「外国人の人身被害にたいする損害賠償額の算定」財団法人交通事故紛争処理センター編『交通事故の賠償の法理と紛争処理(財)交通事故紛争処理センター創立20周年記念論文集上』(1994)、宮川博史「外国人の逸失利益」判例タイムズ916号(1996)、佐々木一彦「外国人労働者の逸失利益」『交通事故賠償の新たな動向 交通事故民事裁判例集創刊25周年記念論文集』(1996)所収、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)、同「外国人の損害賠償額の算定」金融商事判例933号(1994)、倉田卓次「不法就労外国人と人身損害の諸問題」判例タイムズ844号(1994)、江泉芳信「外国人労働者の事故補償の問題」『住民としての外国人の法的地位に関する諸問題(青山学院大学総合研究所法学研究センター研究叢書第3号)』(1995)所収、棚村政行「外国人労働者の労働災害と民事責任」『住民としての外国人の法的地位に関する諸問題(青山学院大学総合研究所法学研究センター研究叢書第3号)』(1995)所収、早川眞一郎「国際不法行為と損害賠償の基準」『国際私法の争点(新版)』(1996)所収、川井健ら編『新版注解交通損害賠償法2巻』(1997)162頁以下(丸山一朗執筆)、佐藤恭一「渉外交通事故事件の諸相」判例タイムズ943号(1997)、藤村和夫「外国人不法就労者の損害賠償」『保険の現代的課題』(1994・藤村和夫『交通事故賠償理論の新展開』(1997)に再録)。
- 9) 本判決に関する文献としては、高藤昭「国際移動労働者の労災民事賠償法上の地位」ジュリスト1114号(1997)、川神裕「調査官解説」ジュリスト1117号(1997)、窪田充見「判批」月刊法学教室204号(1997)、岩井伸見「判批」法律のひろば1997年8号(1997)、水野勝「判批」労働判例717号(1997)、中野俊一郎「判批」民商法雑誌117巻3号(1997)、野川忍「判批」ジュリスト1123号(1997)、奥田安弘「判批」ジュリスト1131号(1998)、米津孝司「判批」法律時報70巻3号(1998)、吉村良一「判批」私法判例リマークス16号(1998)、山川隆一「判批」ジュリスト1135号(1998)、松村弓彦「判批」NBL653号(1998)。

2 判例—下級審—

（一） 本国の賃金水準のみを基準に逸失利益を算定するものとしては、まず、純粹な観光目的のみで就労目的を有さずに入国した者が滞在中に交通事故死したケース¹⁰⁾、本国の企業・公的機関より短期間の研修のためにわが国に滞在していたおりに交通事故死したケース（研修終了後は本国に帰国して就労するとおもわれるとされる）¹¹⁾、がある。また、在日韓国人のための派遣教師として来日した妻の同伴家族として来日し大学院入学をめざしていたところ交通事故死した韓国人男性について、将来日本で就職することを希望していたが、叶わなければ本国に帰国して就職するつもりであつた事から、同人が日本で就職する蓋然性が高かったと認めがたい、として韓国のそれを基準にしたものがある¹²⁾。さらに、また、観光目的で入国して以来わが国で約9ヶ月就労していたが帰国する予定の前日に交通事故死した韓国人につき、本国の賃金水準で逸失利益が算定されている¹³⁾。

（二） 本国の賃金水準とわが国のそれを併用したものとしてはつぎのようなものがある。まず、短期在留資格で入国後在留資格を喪失した後に不法就労の外国人が死傷したケースでは、最終的には退去強制の対象になることを理由として、死亡時・症状固定時（傷害）から数年の期間についてはわが国での就労を前提にすることができるがその後は出国後の本国で就労するものとして逸失利益が算定されている¹⁴⁾。

-
- 今中秀雄「判批」判例タイムズ978号（1998）がある。なお、本件第一審判決の評釈として、米津孝司「判批」民商法雑誌109巻3号（1993）、同「判批」『労働判例百選（第6版）』（1995）、野川忍「判批」ジュリ1053号（1994）、青野覚「判批」季刊労働法168号、がある。
- 10) 松山地合治支判平成2年9月21日判時1406号31頁。
- 11) 東京地判平成5年1月28日判例時報1457号115頁（被害者は韓国人の男性・評釈として、浦木厚利「判批」判例タイムズ852号89頁、織田有基子「判批」ジュリスト1080号（1995）133頁）、大阪地判平成5年4月16日交通民集26巻2号485頁（被害者はインド人の男性）、東京高判平成9年6月10日判例タイムズ962号213頁（中華人民共和国籍・男性・「中国の労働者の賃金は、上海などの大都市においては高額化しているも、地域間格差が大きいことは公知の事実であり～中国の男子労働者の平均賃金は日本の3分の1と認めることができる」として、賃金格差は緩和されている点に特色が見いだされる）。
- 12) 東京地判平成5年9月10日交通民集26巻5号1176頁（第一審）、東京高判平成7年1月19日判例タイムズ886号244頁（控訴審・評釈として伊藤由紀子「判批」判例タイムズ913号（1996））。
- 13) 大阪地判平成6年3月22日交通民集27巻2号402頁。交通事故により軽微な（労働能力に影響を及ぼすほどの後遺障害をのこさずに症状の固定した）負傷を負った韓国人が事故の翌日には帰国していたケースにおいて、韓国において各種企業より受けていた報酬の減額割合に症状固定日までの日数を乗じて50%の経費をさらに控除した額を同人の休業損害とされている（東京地判平成3年12月13日判例タイムズ833号242頁）。

また、密入国者という点に特徴ある事案であるが、わが国に密入国の上就労していた韓国人Xが交通事故にあい負傷したところこの事故後Xの密入国が発覚し入国管理事務所に強制収容された4ヶ月後に本国に強制送還された、という事案において、裁判所は、本件事故によってXが休業を余儀なくされた8ヶ月間の休業損害につき、Xが密入国者であって強制送還されるまで強制収容されていたとしても、本件事故がなければこの期間に密入国が発覚してXが強制収容されたことを伺わせる事情はないとし、わが国の賃金センサスにもとづいて計算し、また、後遺障害による逸失利益については、前記の事情をもとにすると、Xがわが国で稼働することを前提としてこれを算定すべきではないとして、本国での稼働を前提として算定すべきである、としている¹⁵⁾。

死傷当時在留資格を有するものについては次の通りである。まず、妻Xとの離婚交渉がまとまらないため冷却期間をおくべくB女とともに人文活動を目的とする30日の短期滞在資格でわが国に入国した後、90日の期間更新を2回へて期間6か月の「法務大臣が特に在留を許可した者」に資格変更され、本件事故当時はその2回目の更新中であつたところ、交通事故死したA男（中華人民共和国籍）の逸失利益につき、「Aは、Xと離婚すべく、しばらく冷却期間をおき、その上でBと結婚することを目的として来日したものであり、日本語も十分にできず、日本においては定職もなかったことから、できるだけ早い時期に中国へ帰国することをのぞんでいた」から、「本件事故当時未だ離婚問題解決の目途が立っておらず、そのため、日本での滞在期間が延びる可能性があつたことを考慮しても、今後長期間日本に滞在するという蓋然性は少なかったものと認められる」ため、Aの日本での就労年数は本件事故後2年として、その後は本国における収入を基礎として、算定されている¹⁶⁾。次のような事案もある。平成元年11月に90日間の観光ビザで来日し、その後、在留期間や在留資格の変更許可を受けるなどして日本に滞在しており、この間の平成4年7月には「日本人の配偶者等」の在留資格で3年間の在留許可を得ていた日系ブラ

14) 東京地八王子支判平成4年11月25日判例時報1479号146頁（イラン人）、大阪地判平成5年7月6日判例時報1409号84頁（韓国人）、東京地判平成5年8月31日判例時報1479号149頁（ガーナ人）。

15) 東京地判昭和51年8月19日交通民集9巻4号1111頁。

16) 浦和地判平成9年7月2日判例タイムズ959号213頁。

ジル人Xは、平成2年7月A株式会社に入社して本件事故当時まで稼働していたが、Xにはブラジルに帰国する具体的な計画はなかった。Xは、日本で資金を貯めてブラジルでコンビニエンスストアのような店を開店したいと思って来日し、当初は2年間で帰国するつもりであった。Xと一緒にブラジルから来日した者の中には既に帰国した者もいる。本件事故当時、Xは来日中の両親と日本において一緒に暮らしたり、結婚する予定はなかった。Xは平成5年10月に、出勤途中に交通事故にあい、脊髄損傷等の傷害をおったため、損害賠償を請求している。「Xは、症状固定時から5年間は日本で就労する相当程度の蓋然性があったといえるが、これを超える長期間にわたって日本で就労する相当程度の蓋然性があったとはいえない。したがって、Xの後遺障害による逸失利益は、症状固定時～から5年間は日本で得ていた実収入と同額を、その後の33歳から67歳までの34年間はXの本国ブラジルで得られたであろう収入額を基礎として算定するのが相当である」とされている¹⁷⁾。

(三) わが国の賃金水準のみによったものとしては、次のようなものがある。まず、「親族訪問」（短期滞在）の資格で来日してほどなく交通事故にあい後遺症のこの程度に負傷したX（中華人民共和国籍、女）の在留資格は来日から約1年後に、「学術上の活動を行おうとする者」に変更となり、滞在（更新）期間も最高が「三か月」から「一か年」となっているケースにおいて、Xの後遺障害による逸失利益については、「その在留資格、我が国での活動（就労）状況、在留期間のこれまでの更新状況及び家族の我が国での活動（就労）状況等の諸事情を考慮するならば、今後もXは在留期間の更新を繰り返し、高度の蓋然性をもって我が国に長期間の在留を続けるものと推認するに難くな」として、わが国でXが実に得ていた収入額ないしはわが国の賃金センサスを基礎として算定するべきものとしている¹⁸⁾。つぎに、中華人民共和国籍の妻とともに留学の在留資格で数度の在留期間の更新を経て日本に在留しているところ、同国人Yとの喧嘩に際して失明した同国人Xの後遺障害による逸失利益につき、「いずれその本国に帰国するであろうことが予測されないではないが、その帰国の具体的な時期についてはこれを認めるに足りる証拠がない上、

17) 岐阜地御嵩支判平成9年3月17日判例タイムズ953号226頁。

18) 名古屋地判平成4年12月16日判例タイムズ833号242頁。

Xの本国は日本の隣国である中華人民共和国であること、同国人の配偶者とともに日本に在留していることに照らすと、Xは、今後とも、相当長期にわたって日本に在留する蓋然性は高いものと認められるから、このようなXについて、将来の一定時期に本国に帰国することを前提と～することは相当ではな¹⁹⁾い、として、わが国の平均賃金を基準にXの逸失利益が算定されている¹⁹⁾。

(四) 上にみたとおり、下級審の裁判例は、当該死傷者がわが国にどの程度の期間在留したであろうか、ということを経験として、日本の賃金水準と本国の賃金水準のいずれによるか・どう併用するかをきめている。いいかえれば、下級審の裁判例は、結論を類型化すれば上記の3類型にわけられるが、ほぼ同じ考え方にもとづいて判断を下しているといえよう。

また、被害者が不法残留・就労者であるという事情は、それ自体本国の賃金水準のみによるべき理由とする例はなく²⁰⁾、同人のわが国に在留すべかりし期間を認定する一つの事情にとどまっている。その期間は、本件原審のように3年程度の短期間とする例が少なくない²¹⁾。また、密入国の場合もそれ自体としてはわが国の基準による逸失利益を否定する理由とはされていない²²⁾。

このような扱いは、本件最高裁判決の前後で下級審裁判例に共通しているといえる。その中で異色をはなつのは、高松高判平成3年6月25日判例時報1406号28頁²³⁾である。観光目的で滞在中に交通事故死した中華人民共和国籍の男性の逸失利益につき、裁判所は、「憲法一四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A

19) 浦和地判平成7年6月26日判例タイムズ929号234頁(第一審)、東京高判平成7年12月27日判例タイムズ929号233頁(控訴審)。なお、慰謝料もXの主張通り認められている。

20) 東京地判平成3年4月26日判例時報1409号84頁。

21) 大阪地判平成5年7月6日交通民集26巻4号882頁(死亡事故日から3年)、東京地判平成5年8月31日判例時報1479号149頁(症状固定日から3年)。東京地八王子支判平成4年11月25日判例時報1479号146頁は、妻帯者は単身者ほど長期間日本に滞在しないのが自然であるとして治療完了後2年としている。東京高判平成9年6月10日判例タイムズ962号213頁(症状固定日から2年)。

22) 東京地判昭和51年8月19日交通民集9巻4号1111頁。

23) その評釈として、吉村良一「判批」判例評論401号、中野俊一郎「判批」ジュリスト1009号(1992)、同「判批」『涉外判例百選(第3版)』所収(1995)、田中徹「判批」私法判例リマークス6号(1993)、梅津和宏「判批」判例タイムズ821号がある。

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」としたうえ、A「の収入による生活程度は中流であることが認められ、右事実によると、わが国の中流の生活水準の労働者を一応の基準とすることができる」とし、従来の逸失利益算定方式を前提とした上で、「Aは本件事故当時三九歳で、六〇歳～まで二一年間就労可能で～わが国の賃金センサス～による～のが相当で、生活費控除率四〇パーセント、ライブニツ方式により中間利息控除～後の現在額は三七七八万〇一九一円～となる」とする。さらにAの慰謝料については、「一〇〇〇万円とするのが相当である」としている。

従来、この判決は、「憲法一四条の法の下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る」としていることから、外国人被害者にも一律に日本人と同様にあつかう立場に立ったものと理解されている。これに対し、経済的社会的事情の異なる中華人民共和国の名目所得をわが国のそれと比較しても無意味であるとした判決であるという指摘によれば、かならずしも判例の潮流からはずれる判決ではないと理解すべきである、という指摘がある²⁴⁾。

3 学説

(一) 多くの見解によれば、逸失利益に関する差額説の上述のような考え方を前提とするかぎり、あくまで、被害者が事故にあわなかったならばどれだけの利益を得たであろうか、という事実認定の問題であって、外国人の逸失利益の問題もことさら日本人の逸失利益の算定の問題と性質をことにするものではない。わが国の賃金水準が基準になるかどうか・どの程度の期間につき基準になるかという問題は、当該外国人がわが国に在留して就労することができたと考えられる期間の問題にはかならないと理解される。その点で、学説の大勢は下級審判決の傾向と一致している²⁵⁾。

24) 奥田安弘前掲ジュリスト1131号139頁。なお、早川真一郎前掲『国際私法の争点(新版)』146頁はこの判決を形式的には差額説の枠内にとどまっているが、その実質を大きく修正しており、差額説をしているものともみうると指摘する。

25) 北河隆之前掲損害保険研究54巻2号28頁、同前掲金融商事判例933号171頁以下、浦木厚利前掲判例タイムズ852号89頁、織田有基子前掲ジュリスト1080号133頁。稲葉前掲73頁。棚村政行前掲『住民としての外国人の法的地位に関する諸問題』82頁。宮川博史前掲判例タイムズ916号6頁以下、川井健ら編『新版注解交通損害賠償法2巻』前掲162頁以下

それによると、判例と同じく、わが国で就労して利益をうべかりし期間が全く期待できないケースでは、わが国における就労を前提に逸失利益を算定することはできないとかんがえられよう。たとえば、純粹に観光目的で入国した場合²⁶⁾、本国より一定の期間研修のため派遣されてわが国に滞在していた場合、などがこれに該当しよう。このことは、被害者が日本人であってもかんがえられる。すなわち、近い将来に出国（外国での就労）が予定される日本人、がそれにあたろう²⁷⁾。また、被害者の国籍を問わず、出国先における収入などの額によっては、国内賃金基準よりも被害者に有利になる場合もありえよう。逆に、永住資格を有しなくとも就労可能な期間のすべてをわが国で就労する蓋然性の高い場合には、わが国における基準のみによって逸失利益を算定することになる。

この考え方によれば、外国人にも日本人と同様の逸失利益算定方法が採られているにすぎない²⁸⁾。数字の違いは、たまたま被害者が出国する蓋然性の高い状況にある、という事実認定の反映の結果にすぎず、法の下での平等に反していないし、出国後の算定基準をも併用すべきである場合に、わが国の基準によった場合には、かえって、過剰な賠償につながることになる。

本件事案のように不法残留・就労外国人の逸失利益については、残留・就労の違法性を理由としてただちにわが国での就労を前提とする逸失利益の算定はゆるされないとする立場、逆に、外国人の場合にも稼働可能な全期間につきわが国で就労したもものとして算定すべきという立場、最後に、事故後ある程度の期間はわが国で就労しえたとしてもいずれはわが国を退去して出国せざるをえないことを前提にすべきという折衷的な立場のありうるものが認識されている。しかし、上記の立場によれば、基本的には三説のうち最後の立場にたつことになる。すなわち、当該外国人の在留資格・就労資格は、わが国で就労して賃金等の利益をうべかりし期間を不確定にしうる事情を意味するにとどまる。その違法性は軽いものとして、不法残留・就労であることからただちにわが国の賃金水準によることはできないとするものはない²⁹⁾。もっとも、密入国のようなわが国への上陸・残留に強度の違法性が認めら

(丸山一朗執筆)、今中秀雄「判批」判例タイムズ978号(1998)111頁。

26) 北河隆之前掲損害保険研究54巻2号28頁、川神裕前掲ジュリスト1117号178頁。

27) 野川忍前掲ジュリスト1123号155頁参照。

28) 川神裕前掲ジュリスト1117号178頁以下、岩井前掲法律のひろば1997年8号62頁参照。

れると考えるときには、わが国でえられる賃金を基準にすべきでないとする余地はのこるといふものもある³⁰⁾。

（二） こうした現在支配的な考え方に対して次のような批判がくわえられている。

まず、不法滞在・就労者の場合、せいぜい3年程度で出国する蓋然性は高くなく、長期間におよぶ場合もすくなくなく、この点、事実認定といいながら入国管理法上の規範的な判断が加えられているのではないか。

また、わが国を出国しても経済発展途上の本国に帰国して就労するのではなくわが国と同様の先進国において就労する蓋然性が高い、と指摘される。さらにすすんで、そのような労働者の場合には、わが国の賃金水準が国際相場を意味している、というものもある³¹⁾。

さらに、規範的な修正が差額説においてもすでに行なわれている実例があるといわれる。実収入のない専業主婦・幼児について、その稼働能力に注目して、賃金センサスにもとづく平均賃金による算定が労働可能な年齢（67歳）までおこなわれていることがあげられる。ここから、法の下での平等から引き出される内外人均等待遇原則による外国人被害者についての規範的な修正を差額説に盛り込むことは無理ではないと指摘されている³²⁾。

基本的には差額説の態度を維持しながら、格差の是正をはかる見解も以下のようにみられる。全部または一部が失われた労働能力はわが国で失われたものであるからわが国の基準によって控えめに算定すべきであるとして日本国内で生じた（交通）

29) 川神裕前掲ジュリスト1117号179頁など。最判昭和39年10月29日民集18巻8号1823頁は、無免許営業を続けていた運送業者のうべかりし利益は、道路運送法に違反しても、その事業経営の過程において、他人と締結するそれぞれの運送契約が私法上当然無効となるべき筋合のものではなく契約の相手方から運送賃の支払を請求し得るので、賠償されうる損害にあたる、としている。東京地判平成3年4月26日判例時報1409号84頁（就学生として来日した中華人民共和国籍の就学生が法で許容された週20時間をこえて就労していたケース）。大阪地判平成5年7月6日交通民集26巻4号882頁（観光目的の短期滞在の資格でわが国に入国したのち就労を開始していた韓国人のケース）。

30) 長久保守夫＝森木田邦裕前掲司法研修所論集86号60頁参照。大阪地判平成5年7月6日交通民集26巻4号882頁（傍論）。

31) 米津孝司前掲民商法雑誌109巻3号545頁、高藤昭前掲ジュリスト1114号。

32) 吉村良一前掲判例評論1418号、青野覚前掲季刊労働法168号203頁、米津孝司前掲民商法雑誌109巻3号545頁、手塚和彰『外国人と法』（1995）、高藤昭前掲ジュリスト1114号。

事故で、人の生命が失われたらこの程度の損害が生じこれを賠償することはやむを得ないという最低線として小学・新中学卒の18~19歳の平均賃金をあげるもの³³⁾、将来の在留資格の変更・入管法の改正がありえるため、在留する期間を想定することを無意味とし、また、外国人の本国の平均賃金についての資料の信用性が疑われるだけではなく各国の経済力も年毎に飛躍的に上昇しているので使用できないから、わが国の賃金水準を基準にした上就労可能年数のみを本国の基準にしたがって考慮すれば足りるとするもの³⁴⁾、がある。

(三) これらに対して、問題を事実認定の問題とする支配的な考え方に対して、基本的人権の保障・法の下での平等という観点、また、たまたま被害者が将来出国がかんがえられる外国人であるために責任が軽減されることは不公平であり、加害者の不当な免責により損害賠償の制裁的機能が弱められる点³⁵⁾、などからいかなる場合にも日本人と同様に日本の賃金水準で算定すべきであるという主張も有力である。

まず、西原道雄教授によって提唱される定額化理論に依拠する立論である。定額化理論によれば、従来の算定方法は、第一に、一見厳密に算定しているように見えるがごく曖昧な蓋然性を基礎とした不正確なものであること、第二に、加害者からみれば被害者側の個別的具体的境遇の差は偶然的な事情であって通常損害にもあたらず予見可能性もないこと、第三に、人間の平等・個人の尊重という近代憲法の本質とかけ離れていること、第四に、高額所得者等は生命保険・傷害保険をできること、からとれないとしたうえ、賠償額の定額化を大胆にすすめるべきであるととく³⁶⁾。定額化理論によれば、格差を生ぜしめないよう、外国人被害者の場合も日本人と同様の金額にすべきであるといえる³⁷⁾。

あるいは、損害賠償の理念が原状回復である³⁸⁾ことを強調して、被害者を死傷前

33) 佐々木一彦前掲『交通事故賠償の新たな動向』369頁

34) 羽成守前掲『新・現代損害賠償法講座5巻』184頁以下。

35) 高藤昭前掲ジュリスト1114号。

36) 西原道雄「判批」判例評論75号(1964)、同「死亡による喪失利益の損害賠償請求」『判例演習(親族・相続法)』(1964)所収、同「生命侵害・傷害における損害賠償額」私法27号(1965)、同「損害賠償法の法理」ジュリスト381号(1967)など。

37) 西原道雄(発言)「シンポジウム・外国人労働者への交通事故賠償・討論」交通法研究21号79頁。吉村良一前掲立命館法学225・226号158頁以下、同前掲判例評論401号197頁以下、同前掲私法判例リマークス16号71頁以下。

の状態に原状回復するには、日本人の場合と同じくわが国の賃金を基準に逸失利益を算定すべきであるという指摘もある³⁹⁾。

また、民事交通事件に対する本件事案のような労災事件の特殊性が労働法の立場から指摘されている⁴⁰⁾。日本人労働者と外国人労働者の処遇の平等、被害者たる労働者と加害者たる使用者に立場の互換性はないから、民事交通賠償とは異なる損害賠償（包括・一律・一括請求）が裁判上とられている公害事件のように、特別の扱いがなされるべきであること、日本人労働者と外国人労働者の賠償額格差の容認の結果として（外国人労働者に事故が発生しても損害賠償の負担が使用者にとって軽くなるため）かえって不法就労が助長されること⁴¹⁾、などがそれである。これらの点から、労働災害に限定して、たとえ不法就労であっても日本の賃金水準で処理すべきであるという主張がなされる。

4 慰謝料

慰謝料においても逸失利益におけると同様に問題になりうる。慰謝料は、一般には、財産的損害の場合と同様に、被害者の被った精神的な不利益を補填するものであって、加害者に対する懲罰などの機能を含んでいないと理解されている⁴²⁾。わが国に滞在中に完全に慰謝される精神的損害は別にしても⁴³⁾、出国後に慰謝されるべき精神的損害をもわが国の基準で填補したなら、慰謝料も過分となる可能性もある。

しかし、下級審裁判例は、日本人の場合より少額であるが経済的格差よりは格差のすくない金額を慰謝料として認容する傾向がみられる⁴⁴⁾。学説も同様である⁴⁵⁾。これに対し、慰謝料に関して日本人と外国人を区別すべきでないとする見解もある⁴⁶⁾。

38) 四宮和夫『不法行為』（1985）445頁参照。

39) 村田敏前掲判例タイムズ771号20頁以下、同前掲交通法研究21号18頁以下。損害回復のために必要な期間は、不法残留の場合であっても特別に在留資格が与えられるべきである、とも説く。

40) 青野覚前掲季刊労働法168号203頁、手塚和彰前掲ジュリスト1000号257頁、同『外国人と法』236頁、米津孝司前掲法律時報70巻3号127頁以下、水野勝前掲労働判例717号11頁以下。

41) 使用者の損害賠償義務をまさに不法就労であるという理由で軽減することの問題性については、川神裕前掲ジュリスト1117号179頁、窪田充見前掲130頁なども参照。

42) 幾代通『不法行為』（1977）282頁参照。

43) 東京地判平成3年4月26日判例時報1409号84頁。

5 本件最高裁判決の意義

(一) 判旨にいう「規範的要素の考慮」については、一部の論者により、種々の規範的要素を問題の解決のために考慮する余地を与えたものとして、評価されている⁴⁷⁾。すなわち、人間の生命身体の価値の平等・労働者保護のような理念を逸失利益の算定に反映させる糸口になるのではないかと、いうのである。たしかに、逸失利益は性質上将来の損害を含んでいるために、事実認定であるとしても不確かな予測をふくんでおりフィクションとしての性格が強く⁴⁸⁾、また、規範的要素の介入する余地を否定することはできない⁴⁹⁾。しかし、最高裁のいう「規範的要素の考慮」とは、わが国に在留しうる期間・出国の予想される時期の認定を左右する要素にとどまり、上に主張されるような一般的な広がりを持つものとはいえないであろう^{50, 51)}。

本件原判決は、わが国における賃金によりうる期間を、本件事故後に勤務した会社を退社した日から3年と認定している。従来、被害者が死亡しなかった傷害事故においては、後遺障害による逸失利益の起算点は症状固定時とされる傾向にあった。

44) 死者自身の慰謝料についてはおおむね2000万円をみとめるのが判例の一般的な傾向である。以下、死者の慰謝料についての裁判例を紹介する。高松高判平成3年6月25日判例時報1406号28頁は、中華人民共和国籍の男性の逸失利益については日本の賃金水準を基準にして算定しているが、死者の慰謝料については、1000万円をみとめているにとどまる。大阪地判平成5年7月6日判例時報1409号84頁は、韓国人男性につき、「本件訴訟の審理において現れた一切の事情を考慮して、裁判所の裁量で決定すべき事項であり、前記のとおり認定した亡Aの身上関係、違法就労状況、入管法による退去強制の処分の可能性、前記ILO統計による韓国の男子建設労働者の月額平均賃金、本件事故態様その他一切の事情を考慮すれば、死亡慰謝料としては、1200万円が相当である」としている。東京地判平成5年9月10日交通民集26巻5号1176頁は、韓国人男性につき、「本件事故に遭遇した際に被つたAの恐怖や苦痛、来日し、大学院への入学をめざしていた矢先、妻や母親らを残したまま前途を断たれた同人の無念さ、年齢その他諸般の事情を考慮」して1500万円と認定している。死亡事故の翌日に帰国予定であった韓国人男性につき搭乗者傷害保険金が支払われていることなどを考慮して1000万円が慰謝料としてみとめられている(大阪地判平成6年3月22日交通民集27巻2号402頁)。東京高判平成9年6月10日判例タイムズ962号213頁は中華人民共和国の上海などの都市とわが国の経済格差を3分の1としながら、1500万円をみとめている。

45) 北河隆之前掲損害保険研究54巻2号28頁、同前掲金融商事判例933号171頁以下、棚村政行前掲『住民としての外国人の法的地位に関する諸問題』82頁、川神裕前掲ジュリスト1117号180頁、今中秀雄前掲判例タイムズ978号111頁。

46) 羽成守前掲『新・現代損害賠償法講座5巻』182頁以下。

47) 米津孝司前掲法律時報70巻3号127頁、吉村良一前掲私法判例リマークス16号71頁ほか。

48) 水野勝前掲労働判例717号10頁。上述のように、定額化理論により鋭く指摘される点である。

症状固定の4ヶ月後の上述の時点を原判決が起算点としたことは、本件事案の事情を考慮したものであると指摘されている⁵²⁾。

これまでの下級審裁判例でも本国に帰国することが前提とされているように、最高裁は、一時的にわが国に滞在し将来出国の予想される外国人の想定される出国先を「多くは母国」としている。最高裁は、特に証明のないかぎり、本国を出国先として逸失利益を算定すべきとしているといえよう⁵³⁾。

49) 窪田充見前掲法学教室204号130頁。

50) 窪田充見前掲法学教室204号130頁など参照。

51) 野川忍前掲ジュリスト1123号156頁は、日本での就労可能期間も事実認定の問題であるとする、2、3年の短期間を認定したときに訴訟係属中にこれと異なる事態が起こった場合の処理に苦慮し得るため、規範的要素を加味した蓋然性の問題であるとの明確な前提をおくことによって、日本での就労期間を2、3年とみとめることをオーソライズすることが判旨の意図であると指摘する(ここに指摘されているのと類似の問題であろうが、最判平成8年4月25日民集50巻5号1221頁は、「交通事故の被害者が事故に起因する傷害のために身体的機能の一部を喪失し、労働能力の一部を喪失した場合において、いわゆる逸失利益の算定に当たっては、その後に被害者が死亡したとしても、右交通事故の時点で、その死亡の原因となる具体的事由が存在し、近い将来における死亡が客観的に予測されていたなどの特段の事情がない限り、右死亡の事実は就労可能期間の認定上考慮すべきものではない」とする)。いいかえれば、出国すべかりし時点予測する基準時の問題でもあろうが、この点に関しては本件最高裁判決からはかならずしも明らかでない。

この点に関連して、ドイツにおける外国人の逸失利益が問題となったドイツ連邦通常裁判所(BGH)の1979年4月26日判決(BGHZ 74, 221)を参考までに簡単に紹介したい。事案は次のようなものである。ガストアルバイターとしてユーゴから入国してドイツ国内で就労中であったXが交通事故にあつて重傷を負い稼働能力を著しく失った。事故にあつた前はXは数年滞在して本国に帰国するつもりであったところ、事故後に、同じくドイツで働いているユーゴ人と結婚したこと、妻のえている収入・子息の教育を考慮してドイツにとどまるようXが翻意した。原審は、Xは事故にあつて負傷しなかったとしたら、X自らも認めているように、当初の意図に従い、数年後に本国に帰国していたであろうから、それまではドイツでえられる収入を賠償請求しうが、それ以後はユーゴでえられる収入の賠償しか請求できないと判断している。これに対し、BGHは、利益が「事物の通常の経過または特別の事情より蓋然性を以て期待されえた」(BGH 252条)かどうかを判断する基準時は事件発生時ではなく口頭弁論終結時であるから(vgl. Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd.1, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S.492f. 拙稿「損害賠償額の算定期間」六甲台論集41巻3号(1994)75頁以下参照)、事故後のXの翻意も、単に賠償額の増額を動機とするのでないかぎり、考慮されうると判示している(破棄差戻)。もっとも、BGHは、ドイツにXがいつまで在留しうるか、という問題は別に考慮せねばならない、としている。この判決の意義については、vgl. Mertens, Hans-Joachim, in Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht I, §252 Rz. 13. なお、ドイツにおける外国人の人身損害の問題については、vgl. Wussow/Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschaden, 4. Aufl., 1986, S.116ff.

52) 川神裕前掲ジュリスト1117号180頁。ほかに、手塚和彰前掲書234頁は、本判決は交通事件では1～2年を基礎とする見解を踏襲しながら労働災害の観点から1年の上乗せをしたものと、指摘する。水野勝前掲労働判例717号11頁は、本件の場合、すでに事故後2年以上残留していること、また、事実上就労期間が長期化の傾向にあることを考慮したものであろう、と指摘する。たものと、指摘する。

要するに、最高裁の今回の判断は、差額説にもとづいて下級審で積み重ねられてきた判断の延長にあり⁵⁴⁾、学説の大勢とも一致する。

本判決の考え方によれば、外国人と日本人との逸失利益の格差は容認されることになる。しかし、いわゆる男女格差の問題にもみられるように、これまでの考え方によれば、逸失利益の額に個人差の生ずることは一般に致し方ないのであって⁵⁵⁾、ことさらに外国人の逸失利益において生ずる格差を是正の対象と考える必要性を認めなかったものといえよう。

(二) 慰謝料については、事実審裁判官の裁量の余地が広範であって、そもそも上告審が関与しうる余地はかぎられているが、本件最高裁判決は、日本人以上の慰謝料を認めるべき事情があるとする上告理由をしりぞけているにとどまっており、慰謝料算定の詳細は問題としてのこされている、といえよう⁵⁶⁾。

* 本稿は、第10回沖縄法政学会（平成9年11月8日・於沖縄大学）での報告のために用意した原稿に加筆修正をしたものである。

53) 松村弓彦前掲NBL653号51頁。

54) 川神裕前掲ジュリスト1117号178頁以下、岩井伸晃前掲法律のひろば1997年8号61頁以下、中野俊一郎前掲民商法雑誌117巻3号436頁以下、奥田安弘前掲ジュリスト1131号111頁、吉村良一前掲私法判例リマークス16号71頁、山川隆一前掲ジュリスト1135号298頁。

55) 最高裁が男女格差の解消に消極的なことについては、岡本友子「男女格差の問題」『交通事故賠償の新たな動向交通事故民事裁判例集創刊25周年記念論文集』（1996）所収参照。

56) 川神裕前掲ジュリスト1117号180頁、岩井伸晃前掲法律のひろば1997年8号64頁、中野俊一郎前掲民商法雑誌117巻3号439頁、松村弓彦前掲NBL653号51頁。