

〔論 説〕

逸失利益の男女格差をめぐって

吉 田 克 己

- I 基本的な問題状況
 - 1 逸失利益の損害賠償
 - 2 逸失利益の算定と男女格差
 - (1) 逸失利益と基礎収入その1：現実の収入がある場合
 - (2) 逸失利益と基礎収入その2：現実の収入がない場合
 - (3) 逸失利益と労働能力喪失率
 - (4) 小括
- II 年少者の逸失利益における男女格差
 - 1 裁判実務の展開
 - (1) 女性労働者全年齢平均賃金の採用まで
 - (2) 全労働者平均賃金の採用まで
 - 2 さらに格差縮小さらには格差解消の可能性
 - (1) 男女格差のさらなる縮小
 - (2) 男女格差の解消
- III 外貌醜状の等級認定と逸失利益
 - 1 後遺障害としての外貌醜状の特殊性
 - (1) 外貌醜状と労働能力喪失
 - (2) 違憲判決以前の裁判実務の状況
 - 2 違憲判決と等級表改訂後の状況
 - (1) 違憲判決の論理
 - (2) 裁判実務の状況
- IV おわりに：男女格差を解消した損害賠償算定方式を目指して
 - 1 「精緻」な損害賠償算定方式の限界とその意義
 - 2 逸失利益における男女格差の解消

I 基本的な問題状況

1 逸失利益の損害賠償

不法行為によって人の生命・身体が侵害される場合には、その損害賠償の一項目として、逸失利益の賠償が問題となる。逸失利益とは、被害がなかったならば現に得られていたであろう利益および将来得ることができたであろう利益を意味する¹⁾。

逸失利益には、身体侵害の場合に傷害を受けた時点から症状固定時までの就労ができなかったことに起因する逸失利益と、後遺症が残る場合の労働能力の全部または一部の喪失に起因する逸失利益の2種類がある。前者を「休業損害」という。通常、逸失利益というと、後者（狭義の逸失利益）を指し、本稿においても、後者の逸失利益だけを問題にする。被害者死亡の場合には、休業損害は問題にならず、狭義の逸失利益の損害賠償だけが問題になる。

2 逸失利益の算定と男女格差

(1) 逸失利益と基礎収入その1：現実の収入がある場合

(i) 具体的算定

(ア) 問題の所在を把握するために、設例に即して実際に逸失利益を算定してみよう²⁾。ここで想定するのは、現実の収入がある設例である。設例として設定するのは交通事故であるが、労災事故やその他の事故においても、損害賠償算定の

¹⁾ 不法行為に基づく生命・身体侵害の場合における損害賠償の全体は、積極損害（不法行為によって余儀なくされた出費。治療費など）と消極損害（逸失利益）の賠償および精神的損害の賠償（慰謝料）を合算して算定される。これを個別損害積み上げ方式と呼んでいる。

²⁾ 以下においては、賃金センサスやライプニッツ係数など、逸失利益算定に必要な数値がいろいろ出てくる。これらの数値は、日弁連交通事故相談センター東京支部『民事交通事故訴訟損害賠償額算定基準上巻（基準編）』（いわゆる『赤い本』）および日弁連交通事故相談センター『交通事故損害額算定基準—実務運用と解説—』（いわゆる『青本』）に掲載されている。いずれも、最新版は、2022年版である。以下での引用も、年度の特記がない場合には、この最新版からのものである。なお、『赤い本』は毎年改訂されるが、『青本』は2年に1回の改訂である。この2点の文献は、交通事故損害賠償実務に携わる際には必携となるので、法科大学院の学生の方には、今から少しでも見ておくことをお勧めする。この2点の文献においては、実際の裁判例も豊富に紹介されており、本稿においても、参照頁を示すことは省略するが、それらを参照することが少なくない。以前は、東京では『赤い本』、地方では『青本』が主として用いられていると言われることもあったが、現在では、全国的にまずもって『赤い本』を参照することが多いようである。本稿でも、主として『赤い本』を参照する。

考え方は同一である。

設例

40 歳の大規模上場企業に勤務する男性サラリーマン A が交通事故で怪我をし、後遺障害が残った。症状固定時には 41 歳であり、保険料率算出機構に後遺障害等級の事前認定を申請したところ、脊柱に運動障害を残すものとして 8 級の事前認定を受けた。

逸失利益は、基礎収入に稼働年数と労働能力喪失率とを乗じ、中間利息を控除して算定される。

①基礎収入。原則として被害者の事故前の現実の収入を用いる（『赤い本』109 頁）。A の場合には、前年の年収が 758 万円だったとする（大規模上場企業に勤務ということ considering、2020 年の賃金センサス〔『赤い本』446-449 頁〕男性大卒の数値より高めに設定してある）³⁾。

②稼働年数。稼働可能な年齢は、実務においては、67 歳までと考えられている⁴⁾。そこで、稼働可能な年数は、症状固定から 67 歳までの年数を採る。設例においては、67 歳マイナス 41 歳（症状固定時の年齢）で、稼働年数は 26 年となる。

③労働能力喪失率。後遺障害が残ると、逸失利益を算定するために、労働能力喪失率を決める必要がある。実務的には、そのために、自動車損害賠償保障法（自賠法）施行令（昭和 30 年政令第 286 号）において「後遺障害別等級表・労働能力喪失率」別表第 2 が用意されている（『赤い本』435-441 頁参照）。そこでは、後遺障害ごとの等級と、それぞれに対応する労働能力喪失率が定められている。それによると、後遺障害等級 8 級の場合には、労働能力喪失率は 45% である。裁判所は、これに従わなければならないわけではない。しかし、これを参考にして

³⁾ 実際には、A は、将来的に昇給していく可能性が大きい。しかし、その可能性は、原則として考慮されない。年収には変動がないという仮定を置くわけである。これについては、「非現実的である」「非論理的である」との批判がある。二木雄策『交通死——命はあがなえるか』（岩波書店、1997 年）146 頁、147 頁。もっともな批判である。また、「無茶苦茶な仮定である」という批判もある。加賀山茂「逸失利益の算定における中間利息控除方式について——ライプニッツ方式、ホフマン方式からの脱却をめざして」交通法研究 30 号（2002 年）122 頁。

⁴⁾ 初期の裁判実務においては、稼働可能年齢は、具体的事案に応じてばらばらであった。これが 67 歳に統一されてくるのは、1973 年 12 月 1 日実施の自賠責保険損害査定要綱が稼働可能を 63 歳から 67 歳まで延ばし、東京地裁もこれを採用した時からである。ここでの「67 歳」という数値は、1969 年の 0 歳男子の平均余命 67.74 歳によったものである。藤村和夫「年少者の逸失利益の認定と算定——最判昭和 39 年 6 月 24 日民集 18 卷 5 号 874 頁」不法行為研究会編『交通事故損害賠償の軌跡と展開』（ぎょうせい、2019 年）361 頁。

おり、その数値をそのまま採用することも少なくない。

④中間利息の控除。将来にわたって得られたであろう収入を現時点で取得するので、利息を控除しないと、実際の逸失利益よりも高額 of 損害賠償を得ることになってしまう。それを考慮して、中間利息を控除するわけである。この控除には、法定利率を用いる。法定利率は、以前は5%であったが、2017年の民法（債権法）改正によって3%となった（改正民法404条2項。この法定利率は、将来的に変動することがありうる。同条3項参照）。2020年3月31日までに発生した被害については改正前の5%が、2020年4月1日以降に発生した被害については改正後の3%が用いられる。中間利息の控除額が従前よりも減少するので、被害者が得る損害賠償額は増えることになる。

中間利息の控除には、単利運用を想定して控除する考え方と、複利運用を想定して控除する考え方とがある。前者をホフマン方式、後者をライブニッツ方式という。かつては、東京はライブニッツ方式、大阪はホフマン方式と分かれていたが、1999年の「三庁共同提言」⁵⁾で、特段の事情がない限りライブニッツ方式を使うということになった。ライブニッツ方式のほうが、控除額が大きくなる。

この計算は複雑なように見えるが、予め稼働年数に即して係数（ライブニッツ係数、ホフマン係数）が計算されているので（『赤い本』452-457頁参照）、実際には、それを当てはめればよい。したがって、計算は簡単である⁶⁾。設例の稼働期間である26年間のライブニッツ係数は、3%での控除を行う場合には17.8768である（従前の5%では14.3752である。なお、現在の実務は、小数点以下4桁まで使う）。

以上の数値を用いて、設例における逸失利益を計算してみると、次のようになる。

$$758 \text{ 万円 (基礎収入)} \times 0.45 \text{ (労働能力喪失率)} \times 17.8768 \text{ (26年間のライブニッツ係数)} = 60,977,764 \text{ 円 (1円未満切捨て)} \text{ } ^7)$$

(イ) 設例を変えて死亡事故にする。この場合には、労働能力喪失率は100%に

⁵⁾ 井上繁規＝中路義彦＝北澤章功「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」判タ1014号（2000年）62（1）頁。

⁶⁾ このような簡単な計算方式が可能になるのは、注（3）で指摘したように、年収には変動がないという仮定が置かれているためである。

⁷⁾ 控除率として従前の5%を用いると、ライブニッツ係数は14.3752であり、設例における逸失利益の額は、49,033,807円（1円未満切捨て）になる。3%を用いる場合と1000万円以上異なる。相当な違いである。

なる。他方で、生存していれば必要であった生活費が不要になるので、損益相殺の考え方に基づいて、その額が控除される。生活費控除である。これについても基準がある。一家の支柱で被扶養者が1名の場合には40%、2人以上の場合には30%などである。設例で、被扶養者が2名いたとして、生活費控除率を30%として計算すると、逸失利益は、次のようになる。

$$758 \text{ 万円 (基礎収入)} \times (1 - 0.3) \text{ (生活費控除)} \times 17.8768 \text{ (26年間のライブニッツ係数)} = 94,854,300 \text{ 円 (1円未満切捨て)}$$

(ii) 逸失利益における男女格差

(ア) 以上の算式から明らかなように、逸失利益の算定には、基礎収入が大きな意味を持つ。基礎収入が大きければ逸失利益は大きくなるし、基礎収入が小さければ逸失利益が小さくなる。男性と女性との間には、社会実態として賃金水準の違いが存在するので、現行方式の下では、不可避免的に逸失利益における男女格差が生じてくる。また、ここでの格差は、男女格差に止まらない。高収入の者の逸失利益は、低収入の者のそれよりも高額になる。社会実態として存在する賃金格差が、必然的に逸失利益の格差に結びつくのである。

(イ) 逸失利益の賠償は、将来についての得べかりし利益の賠償である。そうである以上、現実の賃金格差を反映したここでの損害賠償額における男女格差、さらには一般的な格差は当然だ、あるいは仕方がないとして割り切るのが一般的な考え方である⁸⁾。ここで格差是正を図ろうとすると、逸失利益の損害賠償という考え方自体を問題視し、それと異なる損害賠償の仕組みを構築する必要がある。

実際に、そのような方向で格差是正を目指す理論的試みもある。代表的なのは、死傷を一個の非財産的損害と捉えてその定額化を志向する西原理論⁹⁾である。その基本的発想においてきわめて啓発的な議論である。この理論は、損害賠

⁸⁾ このような考え方を「現状中立性」と呼んでその全面的批判を行う文献として、野崎綾子『正義・家族・法の構造変換——リベラル・フェミニズムの再定位』（勁草書房、2003年）184頁以下がある。また、アメリカ合衆国における統計表を用いる損害賠償算定方式に関してであるが、ジェンダーおよび人種で線引きされた統計表を用いる現行方式が、公正性を損なうばかりか効率性も低下させていると批判し、混合表の使用を主張する文献として、ローネン・アブラハム＝キンバリー・ユラッコ（角松生史＝饗庭未希子＝尾下悠希訳）「不法行為と差別」神戸法学雑誌71巻2号193頁（2021年）がある。

⁹⁾ 西原道雄「生命侵害・傷害における損害賠償額」私法27号（1965年）107頁、同「損害賠償額の法理」ジュリスト381号（1967年）146頁など。

償実務に部分的には影響を与えたと言われているが（入院雑費，葬儀費用の定額化など），理論そのものが取り入れられたというわけではない。入院雑費等の定額化も，実は，西原理論の核心とは関係がない。この理論が損害賠償実務に採り入れられるという展望も，まず存在しない。

（2）逸失利益と基礎収入その2：現実の収入がない場合

（i）基本的考え方

（ア）被害者に基礎収入がない場合もある。学生・生徒や修学前の幼児等であり，退職後の高齢者や失業者にも，労働の対価としての基礎収入はないのが一般的である。また，家事労働に専念する主婦（男性の場合もある）にも，給与がないという意味では，基礎収入がない。

形式論理的には，これらの場合には，基礎収入がないのであるから逸失利益は存在しないという考え方もありうる。現に，かつては，家業従事者（主婦）について逸失利益を否定した下級審裁判例も存在した（たとえば大阪地判昭和42年12月22日判時518号67頁など）。また，幼児の逸失利益を否定した下級審裁判例もあった（東京地判昭和30年11月28日判時69号17頁，宮崎地判昭和31年11月27日下民集7巻11号3396頁〔いずれも男児のケース〕など）。しかし，最高裁は，主婦についても（最判昭和42年12月22日民集28巻5号872頁），幼児についても（最判昭和39年6月26日民集18巻5号874頁），逸失利益の損害賠償を認め，この点については，現在では異論がない。

（イ）それでは，被害者に基礎収入がない場合に，逸失利益をどのように算定するのか。その基本的考え方の若干を示しておく。

① 被害者が失業者である場合には，労働能力および労働意欲があり，就労の蓋然性がある者は，基礎収入を認められる。その額は，再就職によって得られるであろう収入を基礎とすべきである。この収入の算定については，特段の事情がない限り，失業前の収入を参考とする。ただし，失業以前の収入が平均賃金以下の場合には，平均賃金が得られる蓋然性があれば，男女別の平均賃金による（『赤い本』124頁）。

② 学生・生徒・幼児等については，賃金センサスの産業計・企業規模計・学歴計・男女別全年齢平均の賃金額（以下では，単に「男女別全年齢平均」とする）を基礎とする。男子年少者については，この原則がそのまま適用されて，男性の全年齢平均賃金が基礎収入とされる。他方で，女子年少者については，「女性労働者

の全年齢平均賃金ではなく、男女を含む全年齢平均額で算定するのが一般的である」とされる（以上、『赤い本』121頁）。

『赤い本』の基準がこのような形になってくるについては、一定の経緯があった。これについては、後述する。

③ 家事従事者については、女性労働者の全年齢平均賃金を基礎とする（最判昭和49年7月19日判時748号23頁）（『赤い本』121頁）。男女別ではなく、女性労働者とされていることに注意を要する。男性の家事従事者にも、この考え方が適用される。

（ii）逸失利益における男女格差

以上のような現実の収入がない場合における基礎収入の考え方においても、男女格差が現れている。

① 失業者について就労の蓋然性等が認められて逸失利益の損害賠償が肯定されても、その基礎収入は、原則として失業前の収入を参考とするので、ここでは男女の収入格差が反映してくる。失業前の収入が平均賃金以下で、平均賃金を得られる蓋然性の立証に成功する場合でも、平均賃金として用いられるのは、男女別の数値であるから、やはり逸失利益における男女格差が現れてくる。

② 幼児については、この間の下級審裁判例の展開によって男女格差は大幅に縮小した。しかし、男子年少者が男性労働者の全年齢平均賃金を、女子年少者が全労働者の平均賃金を用いる限り、男女格差はなお残っている。後述のように、生活費控除でのさらなる調整も行われているが、それでも、男女格差が解消するわけではない。

③ 家業従事者については、男性が家事に携わる場合でも、女性労働者の全年齢平均賃金が基礎収入として用いられる。ここには、家事は女性が担当している、あるいは担当すべきだという抜きがたいジェンダー・バイアスが埋め込まれている。

（3）逸失利益と労働能力喪失率

（i）概要

逸失利益の算定に大きな影響を与える要素としては、基礎収入とともに労働能力喪失率がある。これについては、自賠法施行令に「後遺障害別等級表・労働能力喪失率」別表第2が用意されていることは、前述した。

この等級において男女で差が設けられることは基本的にはない。「両側の辜丸

を失ったもの」が7級13号に位置づけられているが、男女格差として問題になるような性格のものではないであろう。

(ii) 外貌醜状

(ア) 男女格差の観点から大きな問題になった後遺障害もある。外貌醜状である。外貌とは、頭部、顔面部、頸部など日常露出する部分のうち、上肢および下肢以外の部分を指す¹⁰⁾。事故によって、外貌に一定の大きさの癍痕や組織陥没、一定の長さの線状痕が残った場合には、後遺障害として等級認定の対象になる。

この等級に関して、男女間で大きな格差があった。とりわけ問題になったのは、「外貌に著しい障害を残すもの」の扱いである。かつての基準では、女性が7級、男性が12級の認定とされていた。7級と12級とでは大きな違いがある。労働能力喪失率が7級では56%、12級では14%とされているのである。

(イ) このような中で、「著しい外貌醜状」についての格差を合理的理由なく性別による差別的取扱いをするものとして違憲と判断する裁判例が現れた（京都地判平成22年5月27日判時2093号72頁。労災事案）。この違憲判決を受けて、労災、自動車事故双方について、格差是正の方向での後遺障害等級表の改訂が行われた（2011年5月2日）。次のようである。

(旧)		
第7級	12号	女子の外貌に著しい醜状を残すもの
第12級	14号	男子の外貌に著しい醜状を残すもの
第12級	15号	女子の外貌に醜状を残すもの
第14級	10号	男子の外貌に醜状を残すもの
(新)		
第7級	12号	外貌に著しい醜状を残すもの
第9級	16号	外貌に相当程度の醜状を残すもの
第12級	14号	外貌に醜状を残すもの

このようにして、新等級表においては、第1に、男性の外貌醜状の等級を引き上げる形で外貌醜状における男女格差が解消され、第2に、新たに9級に相当する外貌醜状が設けられた。基本的には男女格差を解消する改正であって、積極

¹⁰⁾ 上肢および下肢についてその「露出面」に醜状障害を残す者については、別途等級が認定される（14級4号、5号）。

的に評価すべきものである。しかし、この等級表が具体的な労働能力喪失率の評価について果たす機能は、限定的である。後に具体的裁判例を見る。

(4) 小括

以上が、逸失利益における男女格差に関する現行制度の概観である。以下においては、以上に概観した全体の中から、年少女子の逸失利益算定における基礎収入の論点と、外貌醜状の等級認定の論点とを取り上げて、その理論的・実務的な問題点をもう少し立ち入って検討することにする。

Ⅱ 年少者の逸失利益における男女格差

1 裁判実務の展開

この論点に関する現在の到達点は、先に述べている。ここでは、その到達点に至るまでの裁判実務の展開過程を簡単に振り返る。

(1) 女性労働者全年齢平均賃金の採用まで¹¹⁾

(i) 年少者の逸失利益の肯定まで

先に、戦後の裁判例において幼児（男児）の逸失利益を否定するものがあったことを紹介した。否定する理由は、端的に言えば、将来についての逸失利益の発生立証が十分ではないということであった。

しかし、他方で、幼児や生徒の逸失利益を肯定するものが存在したことも事実である。戦後のものに限定しても、①福島地判昭和29年3月31日民集16巻11号2233頁（3歳の男児。感電による後遺障害ケース）、②東京地判昭和29年6月28日下民集5巻6号965頁（16歳の女性。交通事故による死亡ケース）、③宮崎地判昭和32年6月25日下民集8巻6号1154頁（14歳の中学生。感電死ケース）などを挙げることができる。基礎収入の考え方は、さまざまである¹²⁾。

このような状況の下で、最高裁は、当初、年少者の逸失利益について消極的な判断を示した。原審が「本件被害幼児が生存していたとして、いつ頃から少

¹¹⁾ 以下に概観する初期の裁判例については、藤村・前掲注(4)348頁以下に整理があり、有益である。

¹²⁾ ①判決では一般肉体労働による収入が、②判決では被害者が居住する地域の職業別賃金調査の数値が、③判決では勤労統計調査による賃金額が用いられている。

なくともどれほどの収益を得るか、それを同児の死亡当時に評価してどれだけの数額になるかを適確に推定することができない」として、交通事故によって死亡した3歳2ヶ月の男児の逸失利益を否定したところ、最高裁は、その判断を是認したのである（最判昭和37年5月4日民集16巻5号1044頁）。

しかし、最高裁は、その2年後に、年少者（男児）の逸失利益の算定が可能であるという立場を明確に打ち出した（最判昭和39年6月24日民集18巻5号874頁）。判旨は、年少者死亡の場合における消極的損害の賠償請求については、不正確さが伴うにしても、裁判所は、できうるかぎり蓋然性のある額を算出するよう努め、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」を採用することにすればよい、と説いている。

この判決後は、年少者について逸失利益の損害賠償が認められることについては、下級審裁判例において異論は見られなくなる。

（ii）女子年少者の逸失利益における基礎収入

上記の展開は、しかしながら、女子年少者の逸失利益を男子年少者と同様に算定することを意味するものではなかった。典型的には、東京高判昭和44年3月28日判タ238号250頁を挙げることができる。この判決は、7歳の女兒が交通事故で死亡した事案において、被害者が居住する神奈川県の子の平均初婚年令は25年であることから、高校卒業からこの年齢までの7年間のみの逸失利益を認めた（基礎収入としては、年齢ごとの全国全企業の子労働者の平均給与が用いられている）。要するに、①女性は結婚によって稼働をやめる、②その後の家事労働について逸失利益は存在しないという論理がこの判決の結論を支えている。

この判断は、最高裁によって否定された（最判昭和49年7月19日民集28巻5号872頁）。判旨は、家事労働を「他人に依頼すれば当然相当の対価を支払わなければならない」ことを理由に家事労働の有償性を認め、これを根拠に、「妻は、自ら家事労働に従事することにより、財産上の利益を挙げている」との結論を導く。したがって、東京高裁の上記①の認識が仮に正しいとしても、②は誤っているから、女子年少者の逸失利益の期間を結婚までに限定することはできないことになる。

このようにして、この最高裁判決は、女子年少者の逸失利益算定における稼

働可能期間を男子年少者と揃えることを可能にする論理を打ち出した¹³⁾。しかし、この判決は他方で、基礎収入としては、「女子雇傭労働者の平均的賃金」を採用すべきことを打ち出した。このようにして、基礎収入の次元における男女格差が判例の準則として示されることになった。

この判決以降、下級審裁判例においても、稼働年数においては年少者である男女を揃えつつ、基礎収入としては、男児は男性労働者の全年齢平均賃金、女児は女性労働者の全年齢平均賃金を採用するという扱いが一般化していく。最高裁も、そのような扱いを改めて是認している（最判昭和62年1月19日民集41巻1号1頁）。判旨は、女性労働者の全年齢平均賃金を採用するという扱いが不合理なものとは言えないとする。その根拠としては、「賃金センサスに示されている男女間の平均賃金の格差は現実の労働市場における実態を反映している」という評価が示された。

このような動向を受けつつ、先に紹介した1999年の三庁共同提言も、「幼児、生徒、学生の場合……原則として全年齢平均賃金による」という扱いを提案している。ここで明記されていないが、男児の場合には男性労働者の平均賃金により、女児の場合には女性労働者の平均賃金によることは、当然の前提とされている。

（2）全労働者平均賃金の採用まで

（i）裁判例の動向

このように、20世紀の最後の四半世紀に、女児の逸失利益を認めることが確認されるとともに、基礎収入に関する男女格差構造が確立した。しかし、21世紀に入る頃になると、この構造とは異なる判断枠組を採用する裁判例が見られるようになる。女児について、全労働者の全年齢平均賃金を採用する裁判例が登場してくるのである。

そのような判断を示した最初の裁判例は、おそらく①奈良地裁葛城支判平成12年7月4日判時1739号117頁である。判旨はまず、現に稼働している者の間での賃金格差があることを是認しつつ、それとは異なり、「年少者の逸失利

¹³⁾ それはまた、いわゆる主婦として家事労働に従事する女性の休業損害（主婦休損）や逸失利益賠償の可能性も確認するものであった。この問題については、吉田克己「主婦の逸失利益」交通事故紛争処理センター編『交通事故紛争処理の法理』218頁（ぎょうせい、2014年）を参照。

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」と述べる。その上で、男女共同参画等の法制上の進展を踏まえると、女性にとっても、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との認識を示し、そうであれば、「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。

その後、同旨を説く東京高裁の判決も現れ（②東京高判平成13年8月20日判時報1757号38頁）、全労働者の全年齢平均賃金説は、女兒の逸失利益算定の有力な立場になった。

しかし、この東京高裁判決に近接した時期に、問題を否定する東京高裁判決も公表されている（③東京高判平成13年10月16日判時1772号57頁）。この判決は、全労働者平均賃金説の存在を十分に意識しながら、「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」であると評価し、「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」との結論を採用している。

このように、下級審裁判例の趨勢は、予断を許さない状況にあった。最高裁も、上記2つの対立的立場の判決の上告審において、いずれについても上告申立を受理しない旨の判断を行い、明確な態度を示すことを回避した（②判決について、最決平成14年7月9日交通民集35巻4号917頁、③判決について最決平成14年7月9日交通民集35巻4号921頁）。

このようにして、判断は、基本的には事実審裁判所に委ねられた。そのような状況の下で、下級審においては、次第に、全労働者平均賃金を基礎収入とする扱いが優位を占めるようになっていく。

（ii）『赤い本』等の記述の推移

（ア）『赤い本』および『青本』は、裁判例を収集し、その具体例を紹介するとともに、裁判例の推移を観察して、そのまとめを提供している。それは、下級審裁判例を対象とする事実の観察という性格を有するが、同時に、ある論点

に関する今後の指針を提供するという規範的性格も帯びている。まずもって弁護士は、これらの文献に依拠してその主張を根拠づけることが多いし、裁判官も、判断に際してこれらの文献を参考にすることが少なくないからである。

(イ) 幼児の逸失利益という論点に関して、『赤い本』は、長らく、「産業計・企業規模計・学歴計・男女別全年齢平均の賃金額を基礎とする」とするまとめを行ってきた。基礎収入における男女の格差構造の肯定である。ところが、2004年版において初めて、死亡逸失利益の基礎収入に関して、「女子年少者の逸失利益につき、女子労働者の平均賃金ではなく、全労働者の全年齢平均賃金で算定する裁判例がある」との追記が登場する（62頁。後遺障害逸失利益については、全労働者平均賃金で算定する「考え方もある」という書き方である。41頁）。この追記は、2008年版に至って、「女子年少者の逸失利益については、女性労働者の全年齢平均賃金ではなく、男女を含む全労働者の全年齢平均賃金で算定するのが一般的である」という書き方に変わった（後遺障害について62頁。死亡について95頁）。大きな転換である¹⁴⁾。

この記述は、この時期の頃には、全労働者平均賃金説が、下級審において優位を占めるに至っているという事実を反映するものである。この記述は、同時に、規範的含意を持ち、それ以降の下級審裁判例の判断にも、大きな影響を及ぼしていったと考えられる。実際に、近時の裁判例は、全労働者平均賃金説に収斂してきている。まったくの例示であるが、そのような裁判例として、東京地判平成28年2月25日交通民集49巻1号255頁（7歳の女子。後遺障害ケース）、横浜地裁川崎支判平成28年5月31日交通民集49巻3号682頁（3歳の女兒。後遺障害ケース）、大阪地判平成28年7月29日交通民集49巻4号971頁（11歳の女子。死亡ケース）などを挙げるができる。他方で、女性労働者平均賃金説を採用する下級審裁判例は、近時について言えば、見出すことが困難である¹⁵⁾。

¹⁴⁾ 『青本』においても、従前は、死亡逸失利益について、賃金センサスによる平均賃金を基礎収入とするとしつつ、「用いられるのは、男性労働者または女性労働者の平均賃金額」であるとされていた（たとえば、2006年の20訂版）。この基調が2008年の21訂版で変化する。後遺障害逸失利益についても、死亡逸失利益についても、「年少女子については、最近は女性労働者平均賃金を基礎収入額とするのではなく、全労働者・学歴計・全年齢の平均賃金額を基礎収入とするのが裁判例の傾向である」との記述が付加されるのである。『赤い本』におけるまとめの変化と軌を一にしている。

¹⁵⁾ 『赤い本』186頁にある裁判例紹介でも、女性労働者の全年齢平均賃金を用いた下級審裁判例の最後は2001年のものであり、より新しい例は紹介されていない。

(iii) 近時の裁判例における男女格差の縮小

以上のように、基礎収入として女兒について全労働者平均賃金を採用するだけでも、逸失利益における男女格差はある程度縮小する。他方で、近時の裁判例においては、被害者死亡ケースの生活費控除率が、年少女子について全労働者平均を用いる場合には、45%とされることが多い¹⁶⁾。年少男子については50%の生活費控除が一般的であるので、この生活費控除率の差異によっても、金額面での男女格差は、相当程度に縮小する。

具体的に、3歳の女兒と男児が死亡した場合の逸失利益を計算してみる。2020年の賃金センサスの数値を基礎収入として採用する。全年齢平均の①男女計は4872.9千円、②男性は5459.5千円、③女性は3819.2千円である（『赤い本』446-448頁）。男児については②を、女兒については①を基礎収入とする。ライプニッツ係数は、3%の法定利率が適用されるとすると、16.3686である（『赤い本』454頁）。

3歳の男児

$$545 \text{ 万 } 9500 \text{ 円} \times (1 - 0.5) \text{ (生活費控除)} \times 16.3686 \text{ (3\%でのライプニッツ係数)} \\ = 44,682,185 \text{ 円 (円未満切捨て)}$$

3歳の女兒

$$487 \text{ 万 } 2900 \text{ 円} \times (1 - 0.45) \text{ (生活費控除)} \times 16.3686 \text{ (3\%でのライプニッツ係数)} \\ = 43,869,403 \text{ 円 (円未満切捨て)}$$

男女格差は、小さいが残っていると評価するか、残っているが小さいと評価するかは、微妙なところであろう。なお、女兒の逸失利益の基礎収入として女性労働者の平均賃金を採用する場合には、生活費控除を40%とすることが多かった。全労働者平均賃金を基礎収入とする逸失利益計算に、この40%をそのまま当てはめると、女兒のほうの逸失利益が大きくなる（上記の設例で47,857,530円となる）。それでは男女のバランスが崩れるという感覚が生じるのは、理解しうるところである。そのようなわけで、全労働者平均賃金を基礎収入とする場合には、生活費控除が45%に引き上げられることが多いのである¹⁷⁾。したがって、

¹⁶⁾ 『赤い本』では、「生活費控除率を40~45%とするものが多い」とまとめられている（191頁）。実際の裁判例を見ると、とりわけ近時の裁判例においては、45%が多い（185-186頁参照）。

¹⁷⁾ もっとも、裁判例がそのような理由を明示的に述べるわけではない。先に紹介した奈良地裁葛城支部判決（①判決）は、生活費控除率を40%としていた。その控訴審判決である④大阪

45%の生活費控除率は、男女格差の縮小のためというよりは、正確には、逸失利益における男女の逆転現象を避け、男女間のバランスを確保するための数値ということになる。

2 さらに格差縮小さらには格差解消の可能性

以上のように、年少者の逸失利益における男女格差は、大きく縮小しているが、なお残存している。この事実を踏まえて、今後どのような方向を志向すべきであろうか。可能性としては、①現在の枠組を前提として男女格差のさらなる縮小を志向する、②現在の枠組自体を変更して男女統一の算定方式を志向する、という2つがありうる。それぞれ考えてみよう。

(1) 男女格差のさらなる縮小

(i) 生活費控除の調整

まず、ある意味で最も簡単な格差縮小の方策として、女兒の生活費控除を若干引き下げるという手法がある。先に述べたように、現在は、女兒については、全労働者平均賃金と生活費控除率45%の組み合わせが一般的である。ここで生活費控除を44%にすると、先の例示的な計算において、3歳の女兒の逸失利益は44,667,028円となる。男児の逸失利益と11,900円の差でしかない。ほとんど無視しうる差である。

45%の生活費控除率に、それほど客観的で厳密な意味があるわけではない。生活費控除率は5%きざみで設定するのが通常であるが、それもそうしなければならぬという必然性があるわけではない。生活費控除率は、もともと相当程度にアバウトなものである。45%が可能であるなら、44%でも特に問題はないはずである。問題があるとすれば、男女の数値を合わせるために操作した数値であるというここでの生活費控除率の性格が、相当程度に露わになってしまうという点であろうか¹⁸⁾。

高判平成13年9月26日判時1768号95頁は、それを45%に変更した。その理由として指摘されたのは、「男性並みに稼働し、全労働者の平均賃金程度の収入を上げるためには、従前とは異なり、それ相応の生活費の増加が見込まれることは明らか」であるという事情である。もっとも、この指摘にどれだけの説得力があるかは、別問題である。実際には、計算後の損害賠償額を見ながら生活費控除率を設定しているものと推測される。

¹⁸⁾ 男女の逸失利益を等しくするためには、男児の生活費控除を50%、女兒のそれを43.981%にすればよい（年度ごとに平均賃金が変わってくるので、この数値は年度ごとに計算し直す必要がある）。しかし、この数値を裁判所が採用することは、まず考えられない。生活費控除率の

なお、生活費控除が行われるのは、被害者死亡ケースであるので、この調整方策は、後遺障害逸失利益には用いることができない。この点に、男女格差への生活費控除率の調整による対応の限界がある。

(ii) 全労働者平均賃金の問題性

(ア) かつての裁判実務が用いていた女性労働者平均賃金に関しては、単に男性の平均賃金と比較して低いというだけではなく、それが本当に現実を反映しているのだろうかという観点からの問題が指摘されていた。1994年の賃金センサスを見てみると、大卒女子の全年齢平均賃金が4336.9千円である。これに対して、中卒男子の全年齢平均賃金が4919.8千円である。大卒女子よりも中卒男子の全年齢平均賃金が高くなっているが、それは本当に社会的現実を表現しているのだろうかということである¹⁹⁾。

このような奇妙な結果が生じてくる原因は、平均には単純平均と加重平均とがあるところ、賃金センサスは、加重平均を採っている点にある²⁰⁾。平均賃金算定に算入される大卒女子の年齢別構成数は、20歳代に集中している。年功序列制の下で、この年代の賃金水準はいまだ高くない。これに対して、中卒男子の年齢別構成数は、40歳代、50歳代に集中している。この年代の賃金水準は、相当程度に高くなっている。これを基に加重平均を計算するので、中卒男子の平均賃金額が相対的に高くなってくるのである。

大卒女子の年齢別構成数が若年層に集中しているというのは、女性は結婚して退職していく数が少なくないという当時の社会的現実をも反映している。また、結婚退職後の女性の「賃金」が平均に算入されないというのは、家事労働というアンペイド・ワークの金銭評価がなされていないということの意味している。いずれについても、強いジェンダー・バイアスを見出すことができる。賃金センサスにおける女性労働者の平均賃金の低さは、単に女性の給与水準が低いという社会的現実を反映しているだけではない²¹⁾。

操作性があまりにも露わになってしまうからである。44%という数値にも、それに近い印象はある。

¹⁹⁾ 二木・前掲注(3)178頁。

²⁰⁾ 二木・前掲注(3)181頁以下、二木雄策『逸失利益の研究——経済学から見た法の論理』(知泉書館、2010年)23頁以下参照。

²¹⁾ 現在では、女性の結婚は、必ずしも退職に結びついていない。そのような変化は、全女性平均賃金の数値にも反映されてきている。2020年の賃金センサスによれば(『赤い本』446-448頁)、大卒女子の全年齢平均賃金が4510.8千円である。これに対して、中卒男子の全年齢平均

現在の加重平均に基づく女性労働者平均賃金の問題性を指摘した二木雄策は、これを採用すると、「過去40年余りにわたる進学や就職の状況を、これから職に就くはずだったこれらの人々が背負うことになる」と指摘している²²⁾。この問題点を回避するためには、単純平均を用いて平均賃金を算定する必要がある。それは、本人が今後稼働年数は働き続けるという想定の下で収入を計算する方式に他ならないからである²³⁾。まことに正当な議論であると考えられる。

(イ) 近時の裁判実務は、女性労働者の平均賃金に代わって、全労働者の平均賃金を基礎収入に採用している。しかし、そこには女性労働者の平均賃金が入っている以上、緩和された形であるとはいえ、上記のジェンダー・バイアスがやはり刻印されている。問題性は、緩和されているだけで、解消されたわけではない。上で述べたような女性労働者の平均賃金の問題性を解消した上で、全労働者平均賃金を算定することが望ましい。それによって、男女格差は、さらに縮小することが期待される。

(2) 男女格差の解消

(i) 男児についての全労働者平均賃金の採用

(ア) 女児について全労働者平均賃金を用いるのであれば、男児についても全労働者平均賃金を基礎収入とすべきではないか。これによって幼児の逸失利益における男女格差は解消する。論理的にもこの解決には整合性がある。これは、この問題を考える場合に最初に想到する将来構想である。

(イ) しかし、この方向については、実務家の抵抗がきわめて強い。男児についての逸失利益額を減少させるからである。この抵抗感は、非論理的だとして一概に排斥すべきものではない。生命・身体侵害の場合の損害賠償額が低額にすぎるという感覚は、被害者の代理人である実務家に共通するものである。どの程度の損害賠償額が適切であるかがまさに問題ではあるが、現在の獲得地点から後退したくないという感覚は、尊重すべきものであると考える。

そのような感覚を尊重しつつも、やはり男女格差の解消を目指して全労働者平均賃金を基礎収入とする方向を志向する場合には、男児について生活費控除

賃金は4142.0千円であるので、逆転現象は見られなくなっている。しかし、高卒男子の全年齢平均賃金は4747.5千円であるので、ここではやはり逆転現象が生じている。

²²⁾ 二木・前掲注(3)186頁。

²³⁾ 二木・前掲注(3)188-189頁。

率を引き下げるという方向がありうる。現在は、50%が一般的であるが、これを43.981%に引き下げると、全労働者平均賃金を基礎収入にしても、男性労働者平均を基礎収入にするのと同じ逸失利益を得ることができる。近似的には、44%でよいであろう。これは、先に女兒について計算したところである。このようにして、男児女兒ともに全労働者平均賃金＋生活費控除率44%を採用するというので、男女格差を解消し、かつ、現在の男児の逸失利益水準を維持することができる。

しかし、この方式によっては、生活費控除がない傷害逸失利益については対応できないという限界がある。また、やや半端な操作性を感じさせる生活費控除率について納得が得られるかという問題もある。これらも、女兒についてすでに指摘しているところである。

(ii) 女兒についての男性労働者平均賃金の採用

(ア) もうひとつの方向は、女兒についても男性労働者平均を基礎収入とするというものである。この方向が提示される背景には、男性労働者平均こそ、男女を問わず個人の本来の労働能力を正当に評価する平均賃金であるという認識がある²⁴⁾。

(イ) この考え方の可否が争われた裁判として、東日本大震災の津波被害にかかわる大川小学校訴訟がある。宮城県石巻市立大川小学校の児童らは、2011年3月11日に東日本大震災が発生し巨大津波が襲来した際に、同校教員の指示によって校庭に待機し、その結果津波に巻き込まれて死亡した(児童74名、教職員10名の死亡)。被害児童の遺族(Xらとする)が宮城県および石巻市に対して国家賠償請求を行ったのが、大川小学校訴訟である。

控訴審判決(仙台高判平成30年4月26日判時2387号31頁)は、いわゆる「組織過失」に基づく責任を認めたものと評価しうる。控訴審判決は、この点で大きな意義を認めることができる。しかし、本稿で取り上げるのは、この訴訟で争われた損害論である²⁵⁾。

²⁴⁾ 根本尚徳＝林誠司＝若林三奈『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社、2021年)142頁〔若林三奈〕。同書は、この方向を「検討に値する」と評価する。

²⁵⁾ 以下については、『(仙台地方裁判所宛の原告)最終準備書面』(2016年6月20日)325-333頁、333-336頁および『(仙台高等裁判所宛の控訴人)最終準備書面』(2018年1月16日)185-192頁、192-194頁を参照している。なお、これらの『最終準備書面』は、原告ら代理人齋

(ウ) Xらは、主位的請求として本件事案の異常性と特殊性を踏まえて、「制裁的要素を反映した満足感情の実現」として、1億円の損害賠償を求めた。Xらはさらに、予備的請求として、従前の損害論を前提にしても損害額は1億円を下らないことを主張したが、その根拠のひとつとして、逸失利益の基礎収入として、「男子全平均」を基準に算定すべきであることを主張した。その理由として挙げられたのは、次の諸点である。①Xらは、将来高度の教育を受け、相当の職業につき、相当の収入を得られることが確実である。②少子化や男女間格差の縮小などという近時の社会動向からしても、本件の女子児童が大学を卒業して社会人になる10ないし14年後には、男女間の収入格差は解消されている蓋然性が強い。さらに、生活費控除を30%とすること、就労可能年齢を75歳までとして算定することが主張された。

(エ) これに対して、第一審判決（仙台地判平成28年10月26日判例時報2387号81頁）は、基礎収入として全労働者全年齢平均賃金を用いることとした。生活費控除は40%、稼働可能年齢は67歳までとされている。控訴審判決も、基礎収入、生活費控除、稼働年数のいずれの点においても、第一審判決と同様の立場を採用する。そこでは、全労働者全年齢平均賃金を用いる理由としては、「被災児童の逸失利益の算定に当たって前提となる基礎収入については、男女の雇用機会や賃金の格差が将来の被災児童の就労可能期間のうちに解消され、双方の雇用条件がその中間に収束することを前提とするのが相当である」ことが指摘されている。

(オ) これらの判決については、次の諸点に注意しておきたい。

① 基礎収入において、男女格差が解消されている。男児女児を問わず、全労働者平均賃金を用いられているのである。本件のような集団的被害が出るときに、男児と女児とで損害賠償額が異なるとすれば、その不当性は際立つ。そのような事情もあったのかもしれないが、ともあれ、男児女児共通の基礎収入を採用したことは、注目に値する。

② 生活費控除率が40%とされている点にも注目すべきである。前記のように、交通事故においては、男児については50%とするのが通例である。40%にすることによって、男児について男性労働者の平均賃金で生活費控除率を50%

藤雅弘弁護士のご厚意で提供していただいたものである。齋藤弁護士に心からの謝意を表したい。

にするよりも、損害賠償額は多くなっている。女兒についても、全労働者平均で生活費控除率を45%とするよりも損害賠償額が多くなることは言うまでもない。

Xらは、本件被害の特殊性を強調し、交通事故と同様の損害賠償の算定をすべきではないと主張した。上記の判決は、形式的には交通事故の損害賠償算定方式を踏襲している。しかし、上記の2点において、上記の判決は、交通事故の損害賠償算定方式を、被害者に有利で、かつ、男女格差のない方向で修正している。Xらには、なお不満の残る判決だったかもしれないが、裁判実務としては、Xらの主張に沿う方向で、最大限の努力を払ったものと言えるのではないだろうか²⁶⁾。

問題は、これが本件の特殊な事情を反映した特殊な判断にとどまるのか、交通事故を初めとする他の損害賠償の算定にも波及していくのか、である。生活費控除の具体的な率をどうするかはともかくとして²⁷⁾、基礎収入を全労働者平均賃金とし、かつ、生活費控除率を引き下げるという枠組み自体は、他の領域にも波及していくことを期待したい。

Ⅲ 外貌醜状の等級認定と逸失利益

1 後遺障害としての外貌醜状の特殊性

(1) 外貌醜状と労働能力喪失

外貌醜状も後遺障害等級認定の対象になること、その等級に関して男女間で大きな格差があったこと、違憲判決を受けてこれが改訂されたことなどについては、前述した。

外貌醜状に関する後遺障害等級認定の基本的考え方は、労働能力の喪失の程

²⁶⁾ なお、付言すると、控訴審判決に対しては、石巻市から上告および上告受理の申立てがなされたが、上告棄却、上告受理の申立て不受理という結果となり（最決令和1年10月10日LEX/DB25564818）、控訴審判決が確定している。

²⁷⁾ 生活費控除率を男女共通に40%とすることは、一般的にもありうる考え方であろう。しかし、交通事故訴訟においては、現行の考え方と比較して引き下げ幅が大きく（特に男児について）、裁判所がその採用に抵抗を感じる可能性はある。また、2017年改正民法の施行後は、中間利息控除に用いられる法定利率が3%になることも考慮する必要がある。

度に応じて障害等級の評価を行うというものである。外貌障害による精神的苦痛の大小によって障害等級の評価を行うというものではない。外貌醜状自体は、身体機能の障害を伴う他の後遺障害とは異なって、労働能力の直接の喪失をもたらすものではない。それにもかかわらず労働能力の喪失をもたらす後遺障害と評価されたのは、「外ぼうの障害が、現状はもちろん将来にわたる就業制限、職種制限、失業、職業上の適格性の喪失等の不利益をもたらし、結果として労働者の稼得能力を低下させることは明らか」であるという認識に基づく²⁸⁾。

しかし、この認識がどれだけ一般性をもちうるものかについては、疑問を呈する余地がある。外貌醜状が労働能力喪失を伴うのは、やはり外貌が重視される職業や職場だと見るのが社会一般の常識であろう。外貌醜状が一般的に労働能力喪失をもたらすとは考えにくい（慰謝料の原因となる精神的苦痛をもたらすことは別問題である）。また、将来の可能性などを考慮するにしても、女性と男性とでは差異があると通常は考えられることになるだろう。

このようにして、ある論説は、初期の裁判例について、逸失利益が認められたのは、「外貌が重視されるホステス、モデル、芸能人などに限定」され、「男子については逸失利益が肯定された例はほとんどない」とのまとめを行っている²⁹⁾。このような傾向は、外貌醜状における労働能力喪失率の評価については、後遺障害等級表の果たす役割がさほど大きくないということも意味している。外貌醜状について後遺障害等級を認定されても、等級表に示された労働能力喪失率とは異なる評価がなされることが多いということだからである。

（2）違憲判決以前の裁判実務の状況

違憲判決が出される頃までの裁判実務をもう少し具体的に見ておく。ただし、網羅性を期すことはできない。若干の例から一定の傾向を探るという程度のものにとどまる。

（i）外貌醜状における後遺障害等級表の一般的意味

この点については、①秋田地判平成 22 年 12 月 14 日 LEX/DB25443090 が参考になる。次のように判示している。「労働能力の低下の程度に関して、後遺

²⁸⁾ 厚生労働省「外ぼう障害に係る障害等級の見直しに関する専門検討会報告書」（2010 年 12 月 1 日）4 頁参照。

²⁹⁾ 綿貫義昌「外貌醜状に関する逸失利益、慰謝料をめぐる諸問題」『赤い本 2020 年版下巻（講演録編）』47 頁。

障害別等級表の等級毎の労働能力喪失率はあくまで参考にすぎず、被害者の職業、年齢、性別、後遺症の部位、程度、事故前後の稼働状況等を総合的に判断して具体的な事案に応じて評価されるのであり、後遺障害別等級表上の等級評価から演繹的に導き出されるものではない」。

裁判実務は、実際に、このような基本的態度に基づいて、具体的事案に応じて労働能力喪失率を評価している。

(ii) 若干の具体例

(ア) 初期の裁判例には、女性についても、外貌醜状による労働能力喪失を認めず、逸失利益を否定するものもある。②秋田地裁大曲支判昭和51年5月28日交通民集9巻3号791頁（症状固定時〔以下同様〕28歳の女性。土地家屋調査士事務所へ高校卒事務員として勤務していたが事故によって退職。7級）、③福岡地裁小倉支判昭和58年4月12日判タ512号181頁（17歳の女性。将来美容師になる希望あり。7級）などである。いずれにおいても、慰謝料は認められている（②判決では、3度の手術によって癍痕が目立たなくなっているとして、7級の慰謝料標準額から減額。③判決では、7級の標準額1000万円）。

④静岡地判平成2年5月29日判時1352号138頁は、原告が専業主婦（23歳の女性。12級）であることを強調して、労働能力喪失を認めなかった。

(イ) もちろん、逸失利益を認めるものも多い。しかし、労働能力喪失率については、後遺障害等級表の数値を下回るのが一般的である。

女兒ケースとして⑤浦和地判昭和57年9月27日判時1099号100頁を挙げしておく（6歳の女兒。7級）。判旨は、「外貌醜状の存在によって、身体的機能そのものには支障はないとしても、女子である原告が将来就職する場合においては、その選択できる職業、職場の範囲は著しく制限される蓋然性が高いことは経験則上明らかである」として、40%の労働能力喪失を認めている。その理由づけにおいて、被害者が女子であることを強調している点が印象的である。

外貌が収入に影響を与えると目される職業に就いている場合に労働能力喪失を認めた判決としては、⑥東京地判昭和63年7月29日交通民集21巻4号772頁や⑦東京地判平成6年12月27日交通民集27巻6号1892頁などがある。⑥判決では、フリーライター業、モデル業に従事する36歳の女性について、12級の外貌醜状が残った。問題となっているのは線状癍痕であるが、「化粧等によりめだたなくできるとはいえ、モデル業の積極的活動は阻害され、ま

た、フリーライター業においてもモデル業を兼ねる利点を十分生かせず、将来の収入の減少を余儀なくされていることが認められる」として、労働能力喪失率2%、稼働可能年数4年間として逸失利益が認められた。いずれも限定的な数値である。⑦判決では、客と対面して寿司を握る寿司職人として稼働していた30歳の女性について7級の外貌醜状が残った。56%の労働能力喪失率が認められている。7級の標準的な喪失率であり、これが認められるのは珍しい。この事案では、味覚低下、複視、右感音難聴等の後遺障害も残っていることに注意しておく必要がある³⁰。これらは、外貌醜状とともに、寿司職人の労働能力にとって重大な意味を持つ後遺障害である。

⑧長崎地裁大村支判平成17年10月28日交通民集38巻5号1493頁は、22歳の女性で、海上自衛官（3等海曹）が被害者になった事案にかかわる（併合7級）。職業からして、外貌醜状から「直ちに大幅な労働能力の喪失を認めることはでき」ないが、「職場での意思疎通や、自衛隊の外部の者と接する業務について、一定の不利益を受けているものと推認することができる」として、他の後遺障害の存在も考慮して、35%の労働能力喪失を認めている。

(ウ) 男性被害者について外貌醜状が主要な後遺障害であるケースは、見つけるのが難しい。他の重大な後遺障害とともに外貌醜状が残るケースは、ある程度の数の裁判例が存在する。それらについては、一般に逸失利益が認められる。しかし、外貌醜状のみに基づいて逸失利益が認められているわけではない。⑨東京地判平成14年1月15日交通民集35巻1号1頁は、23歳の男性が被害者で、12級の歯牙障害と12級の外貌醜状の併合11級という、外貌醜状の比重が比較的大きかった事案にかかわる。しかし、外貌醜状（瘢痕）が比較的目立たなくなっていることから、労働能力喪失は否定されている。他方で、被害者が瘢痕の存在から「対人関係や対外的な活動に消極的になること」はあり得ないではないとして、慰謝料が増額されている。

³⁰ 外貌醜状が残る場合には、顔面から頭部に強い外力が加わっていることが多い。その結果、脳の器質的損傷を伴い、この事案のような味覚障害や、さらに高次脳機能障害を発症しているケースが少なくない。その場合には、外貌醜状というよりも、それ以外の後遺症に起因する逸失利益が認められている。

(iii) 小括

以上若干の具体的な裁判例を見た。少ない例ではあるが、次のような点は指摘できるように思われる。

(ア) 外貌醜状に基づく労働能力喪失は、事案に応じて個別具体的に評価されている。①判決の一般的な指摘は、「あるべき論」ではなく、現に裁判実務が採用する現実の認識の提示になっている。その結果、外貌醜状の等級が認められても労働能力喪失が否定される場合もある。また、労働能力の喪失が認められても、後遺障害等級表における標準的な労働能力喪失率よりも低いことが一般的である。

(イ) 以上(ア)で述べたことは、後遺障害等級表における労働能力喪失率の持っている意味が、外貌醜状の場合には、他の後遺障害と比べて小さいことを意味している。外貌醜状だけで等級ごとの標準的な喪失率が認められることは、まずないと言ってよい。もっとも、逸失利益を否定し、あるいは低めの労働能力喪失率を採用した上で、慰謝料の増額という形で、多少の埋め合わせが行われることも少なくない。

(ウ) 上の(ア)で指摘したことはまた、男性が女性に比して外貌醜状に基づく労働能力喪失を認められることが難しいことを意味している。外貌が社会において持っている意味が、労働能力喪失率の個別具体的な評価に際して、かなりの程度に直接的に反映してきている。実際に、男性で外貌醜状が唯一または主要な後遺障害になっている事案においては、労働能力喪失は否定される傾向にある。

2 違憲判決と等級表改訂後の状況

(1) 違憲判決の論理

先に紹介したように、京都地判平成22年5月27日判時2093号72頁は、著しい外貌醜状についての等級と労働能力喪失率についての男女格差を違憲と判断した。その論理をここで確認しておく。

(ア) 女性の就労実態に関する国勢調査の結果は、外貌醜状の影響に関する男女の差異について、「顕著ではないものの根拠になり得るといえるものである」。「また、外ぼうの醜状障害により受ける影響について男女間に事実的・実質的な差異があるという社会通念があるといえなくはない。そうすると、本

件差別的取扱いについて、その策定理由に根拠がないとはいえない」。

(1) しかしながら、後遺障害等級に関する差別的取扱いの程度は、きわめて大きい。「著しい外ぼうの醜状障害についてだけ、男女の性別によって上記のように大きな差が設けられていることの不合理性は著しいものというほかない」。「上記の大きな差をいささかでも合理的に説明できる根拠は見当たらない」。

要するに、外貌醜状に関する男女格差のすべてが不合理というわけではないが、事案で問題になった「著しい外貌醜状」についての格差はあまりにも大きく、不合理と言わざるをえない、ということである。この違憲判決を受けて、先に紹介したように、後遺障害等級表の改訂が行われた。

(2) 裁判実務の状況

(i) 概観

ところで、この違憲判断が出る頃までの裁判実務においては、後遺障害等級表は、外貌醜状については、それほど大きな機能を果たしていないことを先に確認した。労働能力喪失率は、事案に応じて個別具体的に評価されていたのである。後遺障害等級表の改訂以降はどうであろうか。結論的には、裁判実務の基本的傾向には、改訂以降も大きな変化はないと認められる。しかし、一定の変化も感じられる。男性を中心に、若干の具体例を見ておく。

(ii) 若干の具体例³¹⁾

(ア) 等級表改訂の大きなポイントのひとつは、著しい外貌醜状の等級が、男性についても7級とされ、56%という大きな標準的労働能力喪失率が定められたことである。男性の7級について、実際に労働能力喪失率が問題となった裁判例が2件ある。

①神戸地判平成25年3月14日自保1904号34頁は、逸失利益を否定し、対人関係が消極的になるという外貌醜状の間接的影響を慰謝料として考慮するにとどめた。被害者は、症状固定時24歳の男性で、父親が経営する住宅建築会社に勤務している。事故後も減収がないこと、将来の形成手術等で改善の可能性があることなどが考慮されている。これに対して、②大阪地判平成26年6月27日交通民集47巻3号809頁は、67歳までの29年間について14%の労働

³¹⁾ 2013年頃からの裁判例について、綿貫・前掲注(29)54-63頁に詳細な一覧表が掲載されている。きわめて有益であり、本稿のこの項の検討も、それを参照している。

能力喪失率を認めている。被害者は、症状固定時 38 歳の男性で、会社員として研究職に従事している。減収はないが、営業職への異動の可能性、転職の可能性などを考慮して、14%の労働能力喪失率が認められた。左手関節痛と併せて併合 6 級のケースである。労働能力喪失は認められているが、67%という 6 級に示された労働能力喪失率にはほど遠い。

(イ) 9 級（相当程度の醜状）および 12 級（単なる醜状）においては、他の後遺障害との併合ケースにおいては労働能力喪失が一般に認められる。しかし、外貌醜状単独の場合には、逸失利益を否定し、慰謝料で外貌醜状を考慮する裁判例が多い。③名古屋地判平成 27 年 3 月 27 日自保 1950 号 154 頁、④大阪地判平成 27 年 7 月 17 日自保 1956 号 60 頁、⑤大阪地判平成 28 年 7 月 8 日自保 1985 号 85 頁、⑥名古屋地裁一宮支判平成 30 年 12 月 3 日自保 2041 号 38 頁（以上 9 級）、⑦大阪地判平成 26 年 2 月 28 日 LLI/DB L 06950841、⑧名古屋地判平成 29 年 1 月 25 日自保 1995 号 77 頁、⑨東京地判平成 30 年 6 月 22 日自保 2030 号 59 頁（以上 12 級）などをその例として挙げるができる。

以上は男性ケースであるが、被害者女性ケースにおいても、同様の傾向である。

外貌醜状のみが後遺障害であるケースで逸失利益を否定し、慰謝料で外貌醜状を考慮した裁判例として、⑩東京地判平成 28 年 12 月 16 日自保 1993 号 91 頁、⑪京都地判平成 29 年 2 月 15 日自保 1998 号 21 頁（以上 9 級）、⑫金沢地判平成 28 年 9 月 15 日自保 1998 号 30 頁（12 級）がある。

(ウ) しかしながら、後遺障害が外貌醜状だけのケースにおいても、労働能力喪失を認める裁判例は存在する。⑬東京地判平成 29 年 4 月 25 日自保 2015 号 95 頁（19 歳の男性。9 級。症状固定の 3 年後から 67 歳までの 45 年間 2.5%）、⑭福岡高判平成 30 年 12 月 19 日自保 2041 号 24 頁（19 歳の男性。9 級。67 歳までの 47 年間 9%）、⑮東京高判平成 28 年 12 月 27 日交通民集 49 卷 6 号 1335 頁（25 歳の男性。12 級。67 歳までの 42 年間 5%）などである。⑬判決、⑭判決では、若年の被害者で将来の転職の可能性があり、その際に不利益を被る可能性があることなどが、労働能力喪失を認める理由として挙げられている。⑮判決は、12 級の外貌醜状で労働能力喪失を認めた珍しい事例である。被害者が舞台俳優を目指していることが考慮されている。他方で、これらの裁判例においては、等級に対応する労働能力喪失率は認められず、かなり減算されていることにも注意を要する。

以上に対して、それほど具体的な事情の認定を経ないで労働能力喪失を認め、かつ、等級に対応する労働能力喪失率を認める裁判例もある。⑯神戸地判平成28年10月26日交通民集49巻5号1264頁（38歳の女性。9級。67歳まで29年間35%）がそのような例を提供する。地方公共団体の嘱託職員等として稼働する兼業主婦で、嘱託職員として教育相談に携わっている。「醜状痕が眉間部で目立ちやす」いことから、「醜状痕が稼働に与える影響は大きく、後遺障害等級9級相当の労働能力喪失率が認められる」としている。これまでの一般的傾向からはやや外れる判断である。

⑰さいたま地判平成27年4月16日自保1950号84頁（41歳の男性。9級。67歳まで27年間35%）も同様の判断をするが、ここでは、後遺障害等級表の改訂を踏まえるべきことを明確に述べていることが注目される。この事案では、「外貌醜状によって、初対面に近い顧客との折衝に消極的になっていること、社内の評判が落ちて将来の昇進や転職に影響したりする可能性が否定できないことが認められる」とされている。その上で、「男性においても外貌醜状をもって後遺障害とする制度が確立された以上、職業のいかんを問わず、外貌醜状があるときは、原則として当該後遺障害等級に相応する労働能力の喪失があるというのが相当」であるとの判断が示されるのである。これまでにない判断である。

（iii）小括

後遺障害等級表改訂前の裁判例の傾向について先に（190頁）述べたうちの（ア）および（イ）は、基本的には改訂後の裁判例についても妥当する。これに対して、（ウ）として指摘した傾向には変化が見られる。男性について外貌醜状のみに基づく逸失利益が認められるケースが、決して例外ではなくなっているのである。むしろ、公表された裁判例の数から言えば、女性よりも多くなっているとすら言える。

また、（ア）で指摘した労働能力喪失率評価の低さについても、いまだ例外的ではあろうが、事実関係の詳細な具体的摘示を経ないで、等級に相当する喪失率を認める例が出てきている。その際たる例は、⑰判決であるが、⑯判決も同様の判断をしている。これらの判決は、後遺障害等級表改訂前には見られなかったものである。

IV おわりに：男女格差を解消した損害賠償算定方式を目指して

1 「精緻」な損害賠償算定方式の限界とその意義

(ア) 損害賠償算定の実務は、その「精緻さ」を誇っているように見える。算定のための数式が確立しているし、それを適用して円単位の損害賠償額が算出されるのである。しかし、一歩立ち入ってその内実を眺めると、その精緻さは、外見だけのものと言わざるをえない。

たとえば、労働能力喪失率を取ってみると、死亡事故や重度の後遺障害ケースなどで100%の喪失率になるときは明確だとしても、4級92%、5級79%、6級67%……などで示される数値が、本当に将来の稼得収入の減少率を示しているかは、はなはだ疑わしい。そこで、具体的事案において、この標準的数値と異なる労働能力喪失率が採用されることも十分にありうることなるし、実際にも、そのような例は多い。しかし、当該事案においてどうしてそのような労働能力喪失率になるのかについては、客観的な判断基準が示されているとはどうてい言えない。稼働可能年数にしても、現在は67歳までとなっているが、それがどれだけ現実に合っているかはよく分からない。症状固定時の年齢が67歳をこえる者については、原則として簡易生命表の平均余命の2分の1を労働能力喪失期間とするものとされる（『赤い本』107頁、194頁）。しかし、本当にそれだけの稼働可能年数があるかは、誰にも分からない。他方で、後遺障害の状況その他の事案の特徴を踏まえて、67歳までではなく一定の年数の労働能力喪失期間しか認められないこともある。その考え方は理解しうるが、労働能力喪失期間を何年とするかの基準は、明確というにはほど遠い。死亡事故の場合の生活費控除率にしても、被害者の類型に応じた目安の数値はあるが、実際には、損害賠償額の調整のためにその操作が行われうることは、先に述べたところである。

損害賠償算定のための個々の要素であるこれらの数値が動くとき、損害賠償額も大きく異なってくる。これらの数値が決まった後の算式は客観的で透明性があるが、数値が決まるプロセスについては、不透明性を拭い去ることができない。そこには、政策的かつ裁量的な判断という性格がつきまとう。

(イ) 上記(ア)で見た問題点は、損害賠償算定のための個々の要素について、抽象度をどの程度に上げて数値を評価するかという問題でもある。

逸失利益は、被害者の将来得べかりし利益の喪失に対する損害賠償であるから、被害者本人の具体的事情に基づいて算定されるのが本来の姿である。しかし、個人の将来の収入を客観的かつ正確に算定することは不可能である。そこで、既存の平均値を用いたり、一定の標準的数値を用いたりすることによって、将来の収入を近似的に算定しようとするわけである。

平均値や標準的数値は、抽象度が上がるほど、被害者間の平等に資するようになるが、反面で、被害者の個別的な具体性が捨象されていく。逸失利益が被害者の将来の収入の損害賠償という性格を持つ限り、個別具体性をまったく捨象することはできない。しかし、だからと言って、平等の要請を無視しうるわけでもない。この二つのアンビヴァレントな要請の狭間で、どのような数値を採用していくかが問われる。ここでも、政策的かつ裁量的な判断が問題となるのであって、客観的で科学的な数値が存在するわけではない。

(ウ) 以上の(ア)と(イ)とでは、一見精緻な現行の損害賠償算定方式が、実はかなりの程度に腰だめの評価に基礎を置いていることを述べた。それでは、一見精緻で客観的な損害賠償算定方式には、意味がないということなのであろうか。決してそうではない。

① 最終的には裁量的判断を行うことになるとはいえ、その基礎になる数値等については、客観性を上げることが可能であり、そのために最大限の努力を払うべきである。本稿で述べた中では、女性労働者の全年齢平均賃金の算出方式の改善などをその例として挙げることができる。そのようにして、算定方式全体の客観性を上げていくことができる。

② 裁量的判断と言っても、それについては、公平や平等などの観点からの規範的評価が可能であり、かつ、必要である。たとえば、大学生が被害者である場合には、全労働者平均賃金ではなく学歴別（大学卒）の平均賃金を基礎収入として用いることは、公平の観点から肯定しうるであろう。これに対して、幼児が被害者になった場合について、高所得者の子どもであることから大学進学の高蓋然性が大きいとして学歴別の平均賃金を用いることは、規範的に認めるべきではないであろう。

③ 精緻な算定方式は、当事者の納得を得るという点で大きな意味がある。紛争当事者は、裁判官の根拠を示さない損害賠償額の提示よりは、算式を示した提示に納得する可能性が高い。裁判外の解決においても同様である。当事者の納

得を得ることは、紛争の再燃を防止し、円満な社会関係を保つために重要な意味を持っている。そして、当事者に対するこの説得力を得るためにも、損害賠償算定の基礎となる要素の数値の客観性を高める努力が重要な意味を持つし（→上記①）、算定方式に対する規範的評価も重要な意味を持つ（→上記②）。可能な限り客観的・合理的で正義と公平に適う損害賠償こそが、当事者に対する説得力を確保するのである。

2 逸失利益における男女格差の解消

(ア) 幼児の逸失利益算定のための基礎収入は、規範的評価が必要な代表的論点であり、当事者に対する説得力という観点からも重要な意味を持つ。現行の算定方式は、男児について男性労働者の平均賃金を採用する点において、抽象度を上げきれていない。そのような不平等が、当事者に対する説得力という点での弱点となっている。

基礎収入の具体性を高めるということであれば、都道府県別、さらには市町村別の平均賃金を用いるという考え方もありうる。しかし、その点では、抽象度を上げた全国平均を用いるという規範的判断がなされている。平等の観点を優先しているのである。この考え方についての目立った異論はない。男児および女児の基礎収入についても、同様に考える必要がある。平均賃金の単位となる地域について全国を用いるという判断をしている以上、男女について全労働者平均の採用を拒否するという理由はない。男女別の平均賃金を用いるのは、不当な具体化である³²⁾。

あとは、現在の損害賠償水準を落とさない工夫をどうするかである。被害者死亡ケースについては、生活費控除率の引き下げという方向を先に提示した。後遺障害逸失利益には、この手法は使えない。そこで、労働能力喪失率を若干引き上げるという方向を提示しておきたい。生活費控除率の引き下げよりも、ハードルは高いかもしれない。しかし、クリアが不可能なハードルではないであろう。労

³²⁾ 年少者死亡ケースで本当に問題なのは親の被った精神的打撃なので、男児女児とも、逸失利益の額を考慮した慰謝料に一本化して、同額の損害賠償を確保するという考え方もある。理論的には、これが筋の通った解決方向であろう。しかし、現在の実務との差異が大きいため、実務における採用は、なかなか難しい。

働能力喪失率も、生活費控除率と同様に、政策的かつ裁量的な判断を要請される項目である。

(イ) 外貌醜状については、事案の具体的な特性を捨象して等級ごとの標準的な労働能力喪失率を適用することは、外貌醜状という後遺障害の性格に適合しない。等級ごとの標準的な労働能力喪失率について男女格差をなくした上で、事案においては、個別具体的判断を志向すべきである。その点で、後遺障害等級表改訂以降の裁判例の動向は、基本的には、望ましい方向を向いていると評価することができる³³⁾。個別具体的な判断をした結果、男女である程度の差異が出てきても、それを差別と評価すべきものではない。

³³⁾ もっとも、裁判例の中には、かなり形式的に標準的労働能力喪失率を適用しているものもあった。しかし、事案に即した具体的判断を志向すべきであろう。標準的な労働能力喪失率まで認定できない場合でも、慰謝料で調整するという方向はあるし、現に、多くの裁判例では、そのような解決を採用している。