# 外国人の人身損害における逸失利益

山　本　宣　之

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　判例の状況
Ⅲ　差額説による解決
Ⅳ　批判的見解による解決
Ⅴ　結びに代えて

## Ⅰ　はじめに

(1)　日本に入国した外国人は，1997年には467万人に達しているが，すでに1980年の段階でも129万人，1985年には259万人に及んでいた[1]。その大半は観光または商用を目的とする3か月以内の短期滞在であるものの[2]，日本において外国人が人身損害を受けるケースは，従来から一定の件数は確実に発生していたと推測される。そうしたケースでは，外国人の損害をどのように算定すべきかが問題となる。特にいわゆる経済格差のため外国人の本国の賃金水準や物価水準が日本より著しく低く換算される場合に，逸失利益や慰謝料もそれと連動して低く算定されることになるのかは，損害賠償法の理念にも関係しうる問題である。

しかし外国人の人身損害による損害賠償請求事件について，判例が継続的に公表されるようになったのは，最も件数が多いであろう交通事故の場合でも1992年（1990年の判決分）以降である[3]。学説の状況も同じであり，損害賠償法に関する多くの議論にもかかわらず，ごく最近まで外国人の人身損害に明確に言及されることはなく，判例の公表が始まったのちに研究が進められるようになったにすぎない。判例および学説上の関心が急速に高まった契

機は，よく知られた高松高裁平成3年判決（II(3)参照）であり，また平成2年頃から注目されたいわゆる発展途上国からの不法就労外国人[4]の問題である。そしてその後は，とりわけ交通事故の分野において，またそれに加えて労働災害の分野において，どちらもしばしば不法就労外国人の人身損害に関して（他の外国人のケースも少なくないが），判例・学説がややあわただしく蓄積されてきたのが実情である。そして平成9年には現在まで唯一の最高裁判決（II(2)参照）が下され，判例の基本的立場が確定されるとともに，その研究を通して学説上も主要な議論がようやく提示されることになったといえる。

(2) したがって外国人の人身損害については全体として議論の歴史が浅く，最高裁平成9年判決を前提にしてもなお検討すべき点が残っている[5]。また学説の議論にも深化が求められる点や，損害論との関係で新たな問題提起となりうる点がみられる。そこで本稿では，最高裁判決後を含む現在までの判例・学説を概括するとともに，以上の諸点に留意しながら，外国人の人身損害のなかで最も問題となりやすい逸失利益の各論的問題を中心に考察することにしたい[6]。

## II 判例の状況

(1) 外国人の人身損害による損害賠償請求事件の判例は，昭和48年の判決から30数件（最高裁平成9年判決[7]と下級審の判決①～㊱[8]。同一事件で審級の異なる判決を含む）を数えることができる[9]。もっとも下級審判決の立場には，実は一部を除いてかなりの共通性があり，最高裁判決はそうした大勢を追認しつつ準則として一般化できるように集約したものであると考えられる。このため以下では，まず最高裁判決について概観し，そのうえで下級審判決を含めた現在までの判例の立場を整理し，そして差額説による解決（III参照）を検討するための手懸りを得ることにする。

(2) 最高裁判決のいわゆる改進社事件は，短期滞在の在留期間を超えて残留していた不法就労外国人（パキスタン人）が労災事故によって負傷した事

例である。被害者には休業損害も生じたが，実質的な争点は後遺障害（労働能力喪失率20％）による逸失利益と慰謝料に関する損害賠償請求である。一審判決（判決⑩）と原審判決（判決⑰）は，被害者が就労していた会社の安全配慮義務違反と代表取締役の注意義務違反を理由に請求の一部を認容した。最高裁判決もその判断および逸失利益と慰謝料の算定結果を支持しているが，その主要な判旨は6つに分けることができる。

まず判旨①は逸失利益一般について，「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」とする。また判旨②は外国人の逸失利益について，「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」とし，「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測すべきことになる」とする。そして判旨③はその具体的な算定方法について，「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うことができる」とする。さらに判旨④はその就労可能期間について，「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，在留期間の更新実績及び蓋然性，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」とする。そのうえで判旨⑤は不法残留外国人について，「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」ため，「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」とし，被害者の我が国における就労可能期間を本件事故後に勤めた会社の退社時から3年間とした原審の認定判断は不合理ではないとする。そして判旨⑥は慰謝料額の算定について，被害者の上告理由での主張（受傷しても家族等の精神的支えがなかったことや，生活習慣の異なる国で孤独に治療を受けていた

ことなど）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」とする。

このような最高裁判決については，3つの特徴を挙げることができる[10]。第一は，外国人の逸失利益について外国人一般に広く妥当しうる算定方法が提示されている点である（判旨③）。日本において一時的に就労する外国人の場合はその算定方法がそのまま妥当し，予測される日本での就労可能期間は日本での収入に基づいて（いわゆる国内基準），それ以降の期間は本国（正確には出国先）での収入に基づいて（いわゆる本国基準），それぞれ逸失利益が算定され合算されることになる。しかしその方法は，日本で長期的ないし永続的に就労する外国人（代表的には在日韓国・朝鮮人など）の場合にも妥当し，ただ本国基準による逸失利益が生じないため，国内基準による逸失利益だけが算定されるかたちになる。また逆に日本での就労が全く予測されない外国人（観光や商用が目的の旅行者など）の場合は，国内基準による逸失利益が生じないため，本国基準による逸失利益だけが算定される結果になると考えられる[11]。第二は，日本での就労可能期間を予測するための事実的要素（来日目的，本人の意思，就労の態様）と規範的要素（在留資格と内容，在留期間，更新の実績と蓋然性，就労資格）が明示されている点である（判旨④）。それらの要素と判旨⑤からすると，就労可能期間をまず基本的に規定するのは規範的要素（特に在留期間，更新の実績と蓋然性）であり[12]，そこから事実的要素に応じて一定の程度，期間が短縮されるか（来日目的に要する期間，本人の帰国意思など）あるいは延長される（不法就労目的や長期就労意思，摘発・退去強制の可能性の低さなど）ものと考えられる。またそこにいう規範的要素とは，在留資格や就労資格に関する法規とその適用・運用を指すにすぎず，平等原則，労働政策，被災労働者の保護などによる損害の規範的評価を含む趣旨とまでは解せないと思われる[13]。第三は，外国人の逸失利益に関するそうした取扱いは，法の下の平等原則に反しないと理解されている点である[14]。つまり先の算定方法は日本人の逸失利益と同じ方式にしたがうものであり（判旨②），日本人に比べて低い逸失利

益しか認められなくても，平等な算定方法から生じた算定結果にすぎないと評価されることになる。

(3) 従来から下級審判決は，もともとこのような最高裁判決と一致する立場をとるものが多かったといえる。まず逸失利益の算定における国内基準と本国基準の適用については，日本での長期的ないし永続的な就労が予測される外国人の場合（以下，長期就労外国人），就労可能期間（もし後遺障害期間の方が短いときはその期間）の全部につき，国内基準によって逸失利益が算定されている（判決③：在日韓国人の永住者，判決⑫⑮（一審と控訴審）と㉔：長期間在留する高度の蓋然性がある）。また日本において就労資格があり一時的に就労する外国人の場合は（以下，一時就労外国人），日本での就労可能期間（または後遺障害期間）につき国内基準によって逸失利益が算定される（判決④⑥㉓㉖。なおいずれも休業期間や後遺障害期間が限られているため，出国後の逸失利益は算定されていない）。不法就労外国人の場合は，日本において就労が可能であったとされる期間については国内基準，それ以降の期間については本国基準によって逸失利益を算定する方法がとられ（最高裁判決の一審判決と原審判決のほかに，判決⑪⑯⑱。なお判決⑦は日本で治癒したため国内基準による逸失利益だけが算定されている），この点は密入国をして就労する外国人の場合も同様である（判決②）。他方，日本では就労せず一時的に滞在するにすぎない外国人の場合は（以下，一時滞在外国人），その就労可能期間の全部について本国基準によって逸失利益が算定されている（判決①⑤⑨⑬⑮⑳㉒㉕，判決⑲㉑：同一事件の一審と控訴審）。これらの下級審判決は，最高裁判決の立場（判旨③と第一の特徴）と整合的に理解することができる。それに対し高松高裁判決（判決⑧）は唯一の例外であり，親族訪問のための一時滞在外国人につき，死亡による逸失利益をすべて国内基準によって算定している(15)。

また日本における就労可能期間の認定については，永住者の在留資格をもつ外国人の場合，特に理由を付さず当然のように，平均余命から導かれる期間がすべて日本での就労可能期間として扱われる（判決③）。また就労資格

をもつ外国人の場合は，在留期間の更新実績，現在までの就労状況，家族の滞在という事情，本人に帰国意思がないことなどから，今後も長期間在留する高度の蓋然性があるときは，将来にわたってすべて日本での就労可能期間として認められ（判決⑫⑮㉔），そうでないときでも当時や現在までの就労状況から，休業期間や後遺障害期間が比較的簡単にすべて日本での就労可能期間として認められている（判決④：２年，判決⑥：３か月，判決㉓㉖：10年）。不法就労外国人の場合は，就労可能な在留資格に変更される可能性がないこと，いずれ退去強制の対象にならざるをえないこと，また当時や現在までの就労状況などから，死亡した場合には事故時から一定の期間，負傷した場合には主に症状固定時から一定の期間（とそれに先立つ症状固定までの期間）が，日本における就労可能な期間とみなされ（最高裁判決の一審判決と原審判決：事故後に就職した会社の退社時から３年，判決⑯⑱：３年，判決⑪：妻帯者は早く帰国するとして２年，判決⑦：更新された在留期間が短期となり被害者はすでに帰国したとして５か月），密入国外国人の場合も当時の就労状況などから同様に扱われる（判決②：症状固定後１か月までの８か月）。その他の外国人の場合は，来日目的が日本での就労ではないこと，就労・生活の拠点は本国にあること，本人の帰国意思などから，日本で就労する高度の蓋然性がないときは，将来にわたるすべてが本国における就労可能期間として認定される（判決①⑤⑨⑬⑮㉒㉕，判決⑲㉑：留学目的であったが未入学，判決⑳：不法就労していたがもともと事故翌日に帰国予定）。このような下級審判決の判断も，少なくとも考慮の要素と枠組み自体については，最高裁判決の立場（判旨④と第二の特徴）と共通していると理解することができる。

このほか従来からの下級審判決においては，外国人の就労可能期間を67歳までとして逸失利益を算定する手法がほぼ定着している。これは交通事故賠償の判例・実務において，日本人被害者を念頭に日本人の平均余命などに基づいて算出され普及してきた取扱いであるが[16]，単に長期就労外国人（判決⑮㉔。なお判決③：日本人の平均余命を参考に63歳）だけでなく，不法就

労外国人（最高裁判決の一審判決・原審判決と判決⑪⑯⑱）にも，さらに本国基準でのみ逸失利益が算定される一時滞在外国人（判決⑤⑬⑭⑳㉕。また判決⑨：被害者が当時60歳のため就労可能期間はその年齢の日本人の平均余命の1/2）にも適用されている。ただし少数の下級審判決は，一時滞在外国人の就労可能期間について独自の終期を設定している（判決①：退役年齢の55歳，判決⑲㉑：本国の平均余命から69歳。また判決⑧：日本企業の標準的な定年60歳）。

逸失利益の算定の基礎となる収入のうち，日本における収入の認定については外国人であることによる特徴的な方法はみられない。他方，本国における収入の認定は，就労可能期間の一部または全部に本国基準が適用される外国人に特有の問題となる。従来の下級審判決は，本国での被害者の現収入（判決①⑤⑨㉒）や就労先関係者の証言等による平均収入（判決⑬：韓国の獣医師会会長，判決㉕：アメリカ軍）が判明する場合はそれを基礎にするが，一般的には何らかの賃金センサスに基づく本国の平均賃金を基礎にする例が多い[17]。しかしそこでの統計の種類は様々であり（韓国につき判決②：経済白書，判決⑯：ＩＬＯ統計，判決⑲㉑：韓国労働部の調査報告書，インドにつき判決⑭：ＩＬＯ統計。なお判決⑳：韓国，判決⑱：ガーナでは，統計の種類は不明），ほかに賃金センサスも参考にしつつ主に被害者の来日前の収入に依拠する例や（最高裁判決の一審判決・原審判決：パキスタン），統計が入手できないためか本国での被害者の過去の収入と日本での現収入の比を日本の賃金センサスに乗じて，本国での将来の収入とする例もみられる（判決⑪：イラン）。したがって下級審判決は，本国における収入の認定方法や利用すべき統計の種類について，いまだ共通の理解を得ていない状況にあったといえる[18]。

(4) 最高裁判決以後の下級審判決も，基本的に以上のような立場を継承しているとみられる。特に逸失利益の算定における国内基準と本国基準の適用に異なるところはなく（判決㉙：長期就労外国人，判決㉘㉚㉞：一時就労外国人，判決㉛㉜㉝㉟：不法就労外国人），就労可能期間の終期を67歳とする

取扱いも同じである（判決㉘～㊱のすべて）。日本における就労可能期間の認定においても，やはり在留資格等の規範的要素と本人の意思や就労状況等の事実的要素が考慮される。その結果，長期とされる例がある一方で（判決㊱：10年），就労資格のある外国人でも比較的短期に認定される例があり（判決㉘：日系ブラジル人につき5年，判決㉞：中国人奨学生につき3年），また特に不法就労外国人の場合に日本での就労可能期間が最高裁判決より短いものが多いのが特徴的である（判決㉛：2年，判決㉜：早期帰国の希望があり2年，判決㉝：退去強制のため症状固定までの7か月のみ。ただし判決㉟：3年）。しかし本国における収入の認定については，統計による本国の平均賃金によらず，日本の賃金センサスに一定の比率を乗じて算出する例（判決㉛㉜㉞㊱：中国の平均賃金を日本の1/3とする）や，被害者や加害者の主張に依拠する例（判決㉘：加害者の主張，判決㉝：両者の中間値）があり，依然として安定していないと思われる。

## Ⅲ　差額説による解決

(1)　損害論に関しては現在まで多くの議論があるが，判例および多数説はなお伝統的な差額説に立つと理解されている[19]。外国人の人身損害についても，多くの学説は（判例研究という手法の影響もあって）差額説の立場を前提にしながら議論を進めている。そこで以下でも，すでにみた判例の立場（Ⅱ）と，学説の議論を手懸りにして，まず差額説にしたがった場合の外国人の逸失利益に関する解決をやや詳しく検討し（Ⅲ），次にそうした解決に批判的な見解について検討する（Ⅳ）。

(2)　差額説の定義によれば[20]，損害とはもし加害原因がなかったとすればあるべき利益状態と，加害がなされた現在の利益状態との差であるとされる。実際には判例・多数説は，それに加えて，人身損害を積極的損害・消極的損害・精神的損害に区分し，それぞれの個別の損害項目について個々具体的に損害額を算定して総計するという，個別損害項目積み上げ方式を結合させている[21]（本稿でもこの立場を指して差額説とよんでいる）。そして逸失

利益は得べかりし所得の喪失という消極的損害として位置付けられ，当該被害者が取得するであろう収入とその期間をできる限りの蓋然性をもって具体的に予測するという方法で算定される。一般の有職者については事故時の年収と統計による稼働可能年数までの期間が基礎となり，また幼児については統計による平均賃金と就労年齢（通常は18歳とされる）から統計による稼動可能年数までの期間が基礎とされる[22]。こうした差額説によれば，外国人の逸失利益の算定は，当該外国人につきその就労する国と収入および期間を具体的に予測し，日本で就労が予測される期間は日本で予測される収入に依拠し（国内基準），本国で就労が予測される期間は本国で予測される収入に依拠する（本国基準）ことが考えられる。たしかにそのとき，特に当該外国人が日本以外で就労すると予測される場合は，将来に取得しうる収入とその期間を，どのような資料を基礎としどの程度の蓋然性をもって予測するかなどの点で，少なからず困難が生じることになる[23]。しかしそれは，日本人（特に自営業者・自由業者・芸能興行者の逸失利益や幼児・年少者の逸失利益など）に関する問題と性質上は異ならず，ただ外国人の場合の困難は将来の出国の可能性や国外での就労という固有の事情に由来することが特徴的であるにとどまる。したがって差額説の従来の算定方法は（それを肯定的にみる限り），基本的には外国人の逸失利益についても適用可能であり，その枠組みとしては最高裁判決や下級審判決の大勢の立場が自然な理解であると評価することができる[24][25]。

(3)(a)　しかし他方で，外国人の逸失利益の算定に多くの困難が伴うのは事実であり，算定方法の具体化には十分な注意が必要である。まず「日本における就労可能期間」は，大きな格差を生じさせうる国内基準と本国基準の適用を区切ることになるため，その認定は特に重要な意味をもっている。従来の学説は，永住者の在留資格がある外国人を日本人と同様に扱うことでは一致し，それ以外の外国人は在留資格・就労資格の有無と種類，本人の意思，在留期間の更新実績，一般的な滞在可能期間，不法残留・不法就労の具体的な摘発可能性などの要素を考慮して，個別具体的に日本での就労可能期間を

推定する（その結果，一般には密入国者，不法残留者，資格外就労者，合法的就労者の順に長くなる）というのが代表的な理解である[26]。これは最高裁判決の挙げる事実的要素（来日目的，本人の意思，就労の態様）と規範的要素（在留資格と内容，在留期間，更新の実績と蓋然性，就労資格），およびその考慮に基づく就労可能期間の推定と，主要な部分において共通しているといえる。たしかに永住者以外の在留資格・就労資格には期間（最長3年など）があり，更新の審査には入国管理局の裁量の余地もあって，更新が許可される保障はなく[27]，また不法就労外国人は摘発されれば退去強制を受ける立場にある。こうした状況のもとでは，永住者以外の外国人の就労可能期間を推定するために，就労の意思や態様など就労自体に関係する事情とともに，在留資格・就労資格に関する事情を考慮すること（そして不法就労の事実が就労可能期間を短期に限定する要因になること）は避けられないと考えられる。これに対し，学説のなかには不法就労外国人につき，社会的相当性（就労が社会的ないし法的に許容される期間）や要保護性（法政策的に被害者に保護を与えるべき範囲）をも考慮して，いわば創設的に就労可能期間を定めるとの主張や，労働能力喪失期間に相応する滞在生活保障（義務）年数によるとの主張もある[28]。しかしこれらは，外国人労働者の保護や平等原則などの政策的配慮から，当該外国人につき事実的に推定される就労可能期間を伸長させ，実質的に損害の規範的評価を取り込むものであり，差額説の立場を超えることになると思われる。

もっとも「日本における就労可能期間」については，なお二つの点が問題となりうる。まず一つは，「被害者が事故後に帰国した場合」の日本における就労可能期間の認定である。そのうち被害者が負傷・後遺障害による就労困難や意欲喪失のために帰国したり，不法就労外国人が事故やそれに関連する経過のために摘発・退去強制を受けた場合は，その後発的事情を含めて加害者に帰責すべきであり，帰国によって現実には日本での就労が不可能になったとしても，日本での就労可能期間は断絶しないものと考えられる[29]。また被害者が加害者に帰責しえない後発的事情のために帰国したり退去強制

を受けた場合は，被害者が負傷後に別原因によって死亡した場合[30]と同様の問題であると解すれば[31]，被害者の損害は事故時にすでに一定の内容のものとして発生していること，加害者がたまたま後発的事情により賠償義務の一部を免れる一方で，被害者が損害の塡補を受けられなくなるのは公平の理念に反することから，ここでも日本での就労可能期間は帰国によって断絶しないと考えられる。しかし被害者が事故前から帰国の意思を固めていたり摘発を受けることが客観的に予測された場合は，日本での就労可能期間はすでに事故時からその事情によって限定されていたことになり，被害者の逸失利益はその限度でのみ発生すると思われる。最高裁判決（「事故の時点」の本人の意思を考慮すべき要素とする）と判決⑳（もともと事故翌日に帰国予定）はこの趣旨のもとで理解できるが，判決②⑦㉝は被害者の帰国がどの場合に該当するか不明のまま，日本での就労可能期間を帰国時までに限定している点で問題がある。

もう一つは，「日本における就労可能期間」を「不法就労外国人」について，具体的にどの程度と認定するかの問題である。学説においては，1～2年とすれば十分との理解もあるが[32]，最近では3～5年を一応の目安とするという理解が多い。その根拠としては，（不法就労外国人全体に及ぼしうる信頼すべき客観的な統計は存在しないため）摘発された不法就労外国人の就労期間が参考にされている（たとえば平成6年の入国管理局の調査報告によれば，2～3年が最も多く全体の30%，1～2年が25%，3～5年が17%であり，以前よりも長期化の傾向にあると指摘されている）[33]。判例においては，就労可能期間を3年とする判決が最も長くかつ最も多く，ほかに個々の事情に応じて2年とする判決が複数ある。その根拠は明確ではないが，先のような調査報告のほかに，永住者以外の正規の就労資格による在留期間でさえ最長3年であり，それ以降は更新が必要になるという事情が考慮されていると推測できる[34]。もっとも判例にいう就労可能期間は，将来の逸失利益の起算点（被害者が死亡した場合は事故時，負傷した場合は主に症状固定時）から計算され，事故前の就労期間や事故後の症状固定までの期間を含ん

でいない。これは日本人の逸失利益の起算点に準じた扱いであるが，不法就労外国人が日本で就労しえたはずの期間は，日本ですでに経過しまたこれから経過するそれらの期間（少なくとも症状固定までの期間）を通算しながら推定するのが一応厳密な方法といえる。この点を考慮すると，判例における実質的な就労可能期間はみかけよりは長いことが分かる（判決㉛は症状固定までの期間が1年以上，最高裁判決は症状固定のさらに4か月後（被害者が事故後に就職した会社の退社時）から起算。また就労開始時からの期間の通算が5年かそれ以上となる判決は多いが，逆に3年以下の判決は見当たらない）。そして学説のいう就労可能期間が事故時から起算されるとすれば[35]，判例と学説の差は結果的にそれほど大きくないとも解せられる。ただ判例のもとでは被害者が死亡したか負傷したかによって，また症状固定までの期間の長さによって，事故時以降の通算の就労可能期間がかなり変動することになる。それゆえ不法就労外国人の就労期間について国籍別の客観的な統計が調うまでは[36]，最近の学説の主張する3～5年という目安（事故時から起算するとして）に相対的な合理性と明快さがあると考えられる（少なくとも最高裁判決の3年という期間にだけ着目して，標準や上限として扱うことには慎重さが必要である）[37]。

(b)　また算定方法の具体化において注意が必要な他の問題として，「外国人の就労可能期間の終期」がある。判例においては，特に明確な資料がある場合（判決①⑲㉑）を除いて，すべての外国人につき67歳までを就労可能とすることでほぼ確定しているが，これは日本人の逸失利益に関して定着しているもの[38]と同じ扱いである。しかし67歳という特定の年齢は，日本人の国際的にみて長い平均余命や日本の従来の給与所得者の定年などの就労慣行を考慮して導かれた基準であり，このため学説上は外国人に一律に適用することに疑問が示されている[39]。たしかに各国の平均余命や就労慣行について詳細な情報を得ることは望めないが，少なくとも出生時の平均余命の統計を入手することは比較的容易であり[40]，一部の国（アジアでは約30か国）については各年齢（5歳ごと）の平均余命の統計を入手することもそれほど

困難ではない[41]。そして平均余命を直ちに就労可能期間とみなすことは適切でないとしても，日本人の平均余命との比に基づいて算出するという方法（具体的にはその比を67歳に乗じた年齢）は考慮に値すると考えられる。発展途上国については統計自体の信頼性の問題，高い小児死亡率が出生時の平均余命を低下させているという事情[42]，また平均余命以外の情報が不十分であることに配慮が必要であるが，就労可能期間にとって最も重要といえる平均余命について，各国の事情が一応は反映される点では，67歳という年齢よりは目安としての機能を与えやすいと思われる（最高裁判決の被害者でみると出生時の平均余命から53歳が目安となり，推測される小児死亡率の高さなどから60歳程度までを就労可能期間とすることになろうか）。

さらに「本国における収入」をどのように認定するかも問題となる。判例は被害者の将来の収入に関して個別の有力な資料がある場合はそれに依拠し，そうでない場合は賃金センサスによる本国の平均賃金を基礎にすることが多い。これは日本人に関する予測方法を外国人に応用するものであり，学説においても本国基準の適用を許す立場からは批判は目立たない。しかし分類が充実しかつ信頼性のある統計を入手することは，一部の国（判決②⑲㉑：韓国）を除いて容易ではない。また産業別・職種別の統計であれば比較的入手しやすいが（判決⑯⑭：ＩＬＯ統計）[43]，それでも収録されている国は決して多くないため（アジアでは20か国程度），賃金センサスが得られない場合も生じうる。このとき国全体の経済活動の指標（特にＧＤＰや国民一人当たりのＧＤＰ）の比を利用する方法（日本と外国の比を日本の平均賃金に乗じる）も考えられるが，実際に試算するとその比と平均賃金の比にしばしば大きな差がある（特に発展途上国）ことに十分に注意する必要がある[44]。むしろ被害者の来日前の収入が判明するのであれば，過去の職種・収入とはいえそれに依拠しつつ調整する方法（その国の現在までの経済成長率を乗じるなど）も一定の合理性をもつように思われる。それに対し日本の賃金センサスに一定の比率（判決㉛㉜㉞㊱：中国につき1/3）を乗じて本国における将来の収入とする方法は，その比率自体の意味と根拠が不明である限り，理論

的に問題が大きいといえる。

この「本国における収入」に関しては，そうした名目上の収入を考慮するだけで足りるかどうかの問題もある[45]。つまり「各種の社会保障的給付」（特に社会主義国における住居・食料・医療や恩給・年金など）が，いわば名目上の収入を補塡しているような場合である。それらが現物給付として賃金の性格をもち被害者の実質上の収入を構成すると評価できる場合は，将来の得べかりし給付にも逸失利益性を認めるべきであり（ただし住居・食料・医療等の給付は生活費を軽減するものとして，生活費控除の割合を減らすという方法がより適切であろう），また現在の判例の立場からすれば[46]ある程度は生活保障の性格が併存する場合でも（恩給・年金にはこれが多いであろう），原則的に逸失利益性を認めることも考えられる。たしかに各国の各種の社会保障的給付の実情と性格をすべて解明することは不可能であるが，少なくとも本来は逸失利益の算定上こうした問題に留意すべきであることは認識されてよいと思われる（その点では高松高裁の判決⑧は積極的に評価しうる部分がある）[46a]。また本国の収入につき「インフレ」を考慮すべきかどうかも問題となる[47]。実際に物価の上昇が日本とは比較にならない（ときには想像を絶する）ほどの高率を示す国もまれではなく[48]，インフレを考慮せずに算定すれば損害賠償金の実質価値は著しく減殺されることになる。ここでは日本の相対的に安定した経済事情を前提にする議論はもはや通用しないおそれが強い。つまり将来の上昇率の予測が困難であることを理由にインフレの算入を否定するのは目前の現実を無視するものであり，また損害賠償が一時金方式であることを理由とするのは，被害者に対し賠償金のハイリスクのかつ一切の過誤なき投資運用を強いるに等しいといえる[49]。最終的には各国の経済予測にも左右されるが，少なくとも過去5年間の平均の物価上昇率が法定利率を超える（5年前を100とした指数が127.6を超える）ような場合は，逸失利益の算定において将来の5～10年につきインフレの算入を認めることは不合理でないと考えられる[50]（逸失利益の算定以外の局面で考慮する方法もありうるが）[51]。

(c) このほかにも算定方法の具体化において問題が生じる点は残るが[52]，特に「外国人の出国後」については議論が多くまた難しい。日本における不法就労外国人は，本国での生活難のため（ときには本国の経済政策も反映して）国外に仕事を求める国際的な移住労働者に属し，日本を出国した後も再び他国で就労せざるをえない可能性があると指摘されている[53]。そして日本での就労可能期間以降の逸失利益につき，本国基準によって本国での収入だけを基礎に算定することは，そうした移住労働者の実態に合致しないと批判される[54]。もっとも最高裁判決は「想定される出国先（多くは母国）での収入等」が基礎になるとし，他国での収入に依拠する余地を認めているといえるが，実際には被害者が他国に出向くかかどうか，特にその他国がどこであるかの予測は容易ではない。むしろ一定の蓋然性をもって予測できるのは，被害者がある他国での就労を当時から明確に予定していた場合や従来から反復していた場合に限られることになろう[55]。しかし国際労働力移動のように客観的な統計資料が本来的に形成されにくい事象が関係する場合にも，それについて逸失利益の算定上の他の問題と同程度の蓋然性を要求すべきであるかどうか疑問が残る。特に本国で永続的に就労する蓋然性の方が低いといえる状況があるときは，新たに就労する他国と期間の予測につき相対的に信頼性の劣る資料を参照することや，就労先を地域単位（中東，西欧など）で予測することを認めながら[56]，そのなかで控え目に逸失利益を算定する方向もあると思われる[57]。

また外国人について「過失相殺」がなされる場合にも困難な問題がある。つまり日本での就労可能期間以外に本国基準が適用されると，本国での収入が日本を下回る発展途上国などからの外国人の逸失利益は低くなるが，このとき過失相殺割合が大きい事例では，高額になりうる日本での医療費の自己負担分が，外国人の逸失利益などの損害賠償額を（超えないにしても）少なからず取り崩すことになる[58]。最高裁判決の事例でも，帰国後の42年間の逸失利益は105万円，慰謝料は250万円であり，もし就労していない一時滞在外国人が過失相殺5割の交通事故で同程度の侵害と後遺障害を受け，医療費

が150万円に達したと仮定すると，実際に被害者の手元に残る賠償金は約100万円にすぎない。たしかにこうした事態は被害者が日本人であっても起こりうるが，それは主に過失相殺割合がかなり大きい自招事故に近い事例に限られるのに対し，外国人の場合は逸失利益が特に低くなりうるという特徴があり，本来的に生じやすいといえる[59]。この問題は，交通事故では自賠責保険実務が事案処理の大量性・迅速性のためという理由で，不法就労外国人にも日本基準（無職者と同じ18歳年齢別平均賃金）を適用していること[60]などから表面化しにくいが，そうした事実上の取扱いに依存する対処は法的に不安定でありかつ交通事故以外の事例には妥当しない。また外国人は入国時にもともと経済格差による不利益を予測しているはずであり，損害保険の加入等により自ら防御すべきであると主張することは，どこまで現実に適合するものか疑わしい。しかし他方で，過失相殺の割合それ自体を発展途上国からの外国人に限って軽減することは理論的に正当化が難しい[61]。また積極的損害がいわば強いられた支出であり（特に医療費は不可避的である）被害者がその賠償金を保持するわけでもないという特徴があるとはいえ，その種の損害についてだけ過失相殺の割合自体を軽減することも[62]理論的に困難であろう。ただ積極的損害（特に医療費）のそうした特徴を考慮し，本国における（日本より定額と見込まれる）仮定的な医療費相当額に対して過失相殺を行う（その額に日本人の場合と同様の過失相殺の割合を乗じて外国人の自己負担分を算出する）という方法は必ずしも背理ではないと考えられる[63]（本国での仮定的な医療費は，損害額の算定自体ではなく過失相殺による減額の基礎となるにすぎず，差額説と結びついた実費主義にも直ちには反しないと思われる）。

(4)　「不法就労外国人の逸失利益」については，以上のような算定方法の具体化とは別の観点からの問題提起がある。すでにみたように不法就労外国人の日本における就労可能期間は，学説では3～5年，判例では3年程度が一応の目安であり，それ以降の逸失利益は（一般に国内基準より低い）本国基準によって算定される。したがって雇用者は，不法就労外国人を安価な労

働力として導入し，ときには危険で劣悪な労働条件のもとで使用しつつ，たとえ使用者災害が発生しても損害額が小さいためにその大半は労災保険給付によって塡補され，自らはせいぜい少額の賠償金だけを負担すればよいことになる（最高裁判決の事例でも財産的損害の賠償額の実負担は過失相殺後は20万円にすぎない）。このような結果は，雇用者が労働条件を改善したり安全教育を充実させることにより，労災事故を未然に防止しようとするインセンティブを奪うとの懸念をもたらす(64)。たしかに労災事故の防止は本来的には労働法上の規制等によって対処されるべき問題であるが(65)，しかし損害賠償法に加害行為に対する一定の抑止機能を認める立場が有力であることを考えれば(66)，労災事故を誘発しかねない異例な責任状況を放置するのは決して望ましいことではない。

差額説のもとでは，労災事故における救済的思考や不法就労外国人の要保護性などに基づいて，逸失利益の算定における就労可能期間の伸長や国内基準の採用に進むことまでは難しいであろうが(67)，不法就労外国人の労災事故については少なくとも次のような特殊な事情は考慮できるのではないかと思われる。つまり雇用者は就労資格（さらには在留資格）を欠く外国人であること，およびその雇用が違法であることを認識したうえで継続的な雇用関係に入り，その意味で不法就労を可能にしたまさに契約の他方当事者にほかならない（つまり不法就労外国人は，不法に雇用された外国人でもあるはずである）。しかも通常は雇用者は不法就労外国人が短期間で帰国することを望んでいるわけではなく，むしろ事情が許せば長期にわたって就労することを期待しているというのが真意であり(68)，その間は国内水準にしたがった賃金を支払い続ける意思を有している。それにもかかわらずその雇傭関係において労災事故が発生すると同時に，一転して不法就労外国人の日本での就労可能期間は短期にとどまり，それを基礎にした逸失利益の損害額しか生じないと主張することは(69)，自己の先行行為に矛盾する行為として信義則に違反する疑いが強い(70)。したがって雇用者または不法就労外国人が労災事故以前から雇傭関係の期間を限定する実質的で明確な意思がない限り，雇用

者は当該不法就労外国人につき一定の蓋然性のもとに予測されたであろう（いわば本来の）日本での就労可能期間（たとえば3～5年）に依拠することは，信義則上許されないと解せられる。これに基づけば，雇用者はそれよりも蓋然性は低いものの日本で就労しえた可能性も否定しきれないより長期の期間（たとえば6～10年）に基づく逸失利益の損害額に拘束され，不法就労外国人はその損害額について賠償請求ができることになる。このような理解は，雇傭関係および労災事故を前提としているため，不法就労外国人と雇用者との損害賠償の問題に限定され（交通事故などの加害者との関係には妥当しえない），また法律構成の面において課題が残るが[71]，差額説のもとでも受容される余地はあると思われる。

## Ⅳ　批判的見解による解決

(1)　判例においては高松高裁判決（判決⑧）が唯一であるが，学説においては以上のような解決に対し批判的な見解もかなり主張されている。差額説の従来の算定方法による枠組みによれば（Ⅲ(2)参照），外国人の逸失利益は日本での就労可能期間については国内基準，それ以降の本国での就労可能期間については本国基準によって算定され，その日本での就労可能期間は各種の要素に基づいて個別具体的に（また政策的ではなく）事実的な可能性として推定される。このため国内基準による逸失利益の期間は，一時滞在外国人はゼロになり，不法就労外国人や密入国外国人は数年に制限されるが，批判的見解はそうした解決を疑問とする。

そのうち（不法就労外国人を念頭に）本人の意思や一般的状況のほかに社会的相当性（就労が社会的ないし法的に許容される期間）や要保護性（法政策的に被害者に保護を与えるべき範囲）を総合的に考慮し，日本での就労可能期間をいわば創設的に定めるとの学説では[72]，国内基準が適用される期間が相対的に長期になる。またより端的に，外国人の逸失利益を日本人の場合と同等に国内基準によって算定するという学説（こちらの方が多い。ニュアンスには相違がある）[73]では，負傷の場合は休業期間や後遺障害期間，死

亡の場合は就労可能期間の全部について，すべて国内基準が適用されることになる。これらの学説は少なくとも一応は差額説を前提に議論しているが（その帰結として他の損害論を志向するものもある）[74]，差額説による逸失利益の算定はフィクションの性格を免れないとの認識[75]や他の幾つかの根拠（Ⅳ(2)参照）から，規範的および政策的要素をより重視して判断すべきであると解し[76]，差額説に欠ける（または差額説以上の）損害の規範的評価を，外国人の逸失利益に関して実質的に取り入れるものであると考えられる。

(2) そうした（一応は差額説を前提にした）批判的見解が示す根拠は，大別すると三つに分けることができる（複数の根拠を挙げる学説が多い）。その一つは，被害者である外国人労働者の保護の必要性である。そのなかには，労働災害は断続的接触関係のもとで多分に必然的な要素をもって生じる事故であり，加害者と被災労働者に立場の互換性がないという観点と[77]，不法就労外国人は最も悲惨な労働者である国際的な移住労働者に属し，その権利保護が国際的に促進されているという観点がみられる[78]。しかし前者は外国人に限らず労働者一般に共通するものであり，労災保障等の労働法理による対処に加えて（労災実務は外国人にも日本人と同一の給付を行っているとされる）[79]，損害賠償法による外国人の特別の保護を促す事情（Ⅲ(4)を超えるような）は明らかではない。他方，後者は国際的な移住労働者にだけ妥当するものであるが，すべての不法就労外国人がそうした国外をさまよう典型的な移住労働者に当たるかどうか，研修目的や日系人として一定の就労資格のある一時就労外国人はどうかなど，その範囲自体の明確さを欠いている。また両者の観点のもとで被災労働者や不法就労外国人にどの程度の保護が必要となるかも明らかでなく，そのため逸失利益に端的に国内基準を適用するという解決との理論的な結びつきが定かではない。むしろ個々の外国人や本国の状況によって保護すべき程度が異なりうるとすれば，日本での一時期の収入や日本の賃金センサスを基礎にした国内基準による逸失利益はそれに適合しないおそれが強い。また就労可能期間を創設的に定める方法はその期間次第で妥当な保護を導くこともできるが，その調整の根本をいつまで就労可

能かという期間の長短に担わせるのは技巧的といえる。それゆえ批判的見解が外国人労働者の保護に根拠を求める場合，その保護の必要性や程度自体になお明確化すべき部分があり，また保護を実現する方法との接合（より直接的な損害の規範的評価が可能になる損害論や逸失利益の算定方法を含めて）を得る必要があると思われる。

もう一つの根拠は，差額説のもとでは発展途上国からの外国人の逸失利益が低くなる結果，加害者が損害賠償の負担を大幅に軽減され，思わぬ利益を受けるという不公正さにある(80)。またそこからさらに進んで，加害者は少なくとも被害者が日本人である場合と同程度の損害賠償を覚悟すべきではないかとの理解も示されている(81)。しかし前者に関しては，被害者が多額の収入を得ていれば逸失利益は高額になり，加害者の負担が予想外に増大するという逆の可能性も存在する以上，負担が軽減されることを直ちに問題視するのは妥当でないといえる。不公正とするにはそれにとどまらず，労災事故のように加害者である雇用者が自ら外国人の就労・収入に関わり，その逸失利益の低さを当然に予測しうるという特殊な状況が必要と思われる（III(4)参照）。また前者および後者は，「加害者」に関する事情に依拠するものであるが，それが「被害者」に生じた損害の算定を左右しうるためには，損害論による特別の裏付けが必要といえる。それがないとすれば，むしろ両者はそうした事情を生みだす外国人の逸失利益の低さにさかのぼり，それを平等原則などを根拠に疑問視するものと解せられ，加害者の事情はその補強的な論拠にとどまると思われる（実際に批判的見解は平等原則とあわせて根拠としている）(82)。

批判的見解におけるより原理的な根拠は，憲法14条による法の下の平等の原則である。つまり差額説によれば，発展途上国からの外国人の逸失利益は日本人の場合と比べて低下するが，そのような算定結果は平等原則に反するという理解である(83)。これに対し差額説の立場からは，被害者が取得しえたであろう収入とその期間を予測するという逸失利益の算定方法そのものは同じであり，それを外国人にも日本人と平等に適用した結果にすぎないと反

論される[84]。さらにそれに対し批判的見解は，算定方法だけでなく算定結果の公平・公正さも考慮すべきであると再反論する[85]。たしかに逸失利益の算定方法はその算定結果も容認しつつ定立されるはずであり，差額説としても「算定方法」の平等適用を指摘するだけでなく，「算定結果」を正当化しうる何らかの説明が必要になるといえる。とはいえ差額説を前提にする限りは，その算定結果は金額上は格差をもたらすが，その金額は日本人であれ外国人であれ被害者の現在から将来までの得べかりし収入を等しく表す（そしてそれが被害者の消極的損害とされる）という意味では，実は「算定結果」は平等であると評価することもできる[86]（金額の格差については，その算定結果に人間の個別性が反映した結果にすぎず，日本人と外国人間だけでなく日本人間でも生じるものであり，また外国人でも収入次第では高額の逸失利益になりうるとして，容認されることになろう）[87]。ただしこの点をふまえると，外国人の収入・就労可能期間・労働能力喪失率の認定などに困難を伴う逸失利益の算定方法の具体化には，「算定結果」の平等を確保する意味でもできる限り慎重に対応すべきであり，差額説による従来の判例・多数説の解決がその点で不十分であるのは否定できず，改善の余地は小さくないと思われる（III(3)参照）[88]。

したがって批判的見解が（一応は）差額説を前提にしながら，規範的・政策的要素に基づく修正として，外国人の逸失利益の算定において国内基準の適用や日本での就労可能期間の創設的認定を主張する根拠は，必ずしも十分なものではないと考えられる。そして批判的見解による算定方法は，差額説のもとで把握される得べかりし収入を超えて外国人の逸失利益を認めることになるが，そうした根拠による裏付けを欠く以上は，損害賠償法上の利得禁止原則に違反して被害者に過剰賠償を付与する結果になるとの批判を免れないと思われる[89]。

(3) むしろ批判的見解は，その一部が志向するように，従来の差額説以外の損害論のもとで展開する方が適切である可能性が高い。そのような損害論として特に指摘されているのは，死傷損害説（定額化方式をとる西原理論が

念頭におかれる）である[90]。死傷損害説によれば[91]，生命・身体の侵害においては死傷それ自体が損害であり，一個の非財産的損害が生じるとみて賠償額を一括的に評価すべきであり，判例・示談等から形成される相場によって賠償額を定額化する必要があるとされる。その基礎にあるのは，生命・身体の価値は無限であって本来は金銭に換算できず，適切な賠償額は創り出されるべきものであること，それにもかかわらず差額説が逸失利益を中心とする財産的損害を重視し，その算定方法により富める者が有利になるのは，人間の平等および個人の尊重の精神に反すること，また逸失利益の算定方法は一見緻密そうにみえても，実は多くの曖昧な蓋然性を前提とした不正確なものであること，などの認識である。したがって死傷損害説のもとでは，外国人の損害も死傷それ自体という損害として把握され，その損害の評価では（逸失利益ではなく包括的な非財産的損害であるが），特に人間の価値は平等であるとの理念から，将来出国を予定する（ないし在留資格や摘発・退去強制のため予定せざるをえない）外国人という個別性が捨象され，日本人の場合と同じ定額が適用される可能性があるといえる[92]。しかしこれに対しては，死傷損害説の想定する「定額の相場」が国境を超えてなお共通のものでありうるか，という疑問も提起されている[93]。たしかに死傷損害説が定額の決定要素とするのは，判例・示談等のほかに，国民感情，国民経済的要素，医療・雇用・葬祭等の社会的諸事情，立法・約款等の定額補償の水準，責任保険・損害保険の普及度と内容などであり[94]，そうした日本の事情に基づいて決定される定額が外国人にも適用できるかどうかは自明ではない。これは死傷損害説にとっては定額化方式に伴う問題の一つであり，新たに外国人も視野に入れて定額の決定要素を拡張するか（ただ厳密には世界各国の事情を考慮に加えるべきことになって困難であろう）[95]，または日本人を標準として導かれた定額ではあるが，それは日本法の領域で生じる死傷という損害（つまりは人間の価値）一般に妥当する法的評価とみることができ，外国人にも適用可能である，という理解を媒介する必要があると思われる[96][97]。

また明確な議論はないが，批判的見解は死傷損害説から展開された評価段階説と結びつく可能性もある。評価段階説によれば[98]，死傷損害説は人身損害の捉え方として妥当であり，損害評価では基本的に裁判官の創造的役割が重要になるとされる。そして被害者が基礎となる事実を個別的な損害費目のかたちで主張・立証するときに，その事実が証拠によって確定できない性質の場合や不確実性が大きい場合（死亡による将来の逸失利益は前者，負傷による将来の逸失利益は後者）は，裁判官は被害者を侵害のない状態に戻すという原状回復の理念に基づいて損害評価を行うべきであるとされる。具体的には人間の尊厳と平等の観点から平均的な生活を保障しうる賠償額が求められ，平均賃金がそのような生活保障レベルを示すと理解される。また被害者が被害の種類・程度だけを主張・立証するときは，裁判官は同じく原状回復の理念・生活保障の観点から，包括的な損害評価を行うべきであるとされる。したがって評価段階説においては，低額の収入が予測される外国人の逸失利益（または包括的慰謝料）についても，日本の平均賃金レベルの損害評価がなされる可能性があるといえる。しかしここでも死傷損害説の場合と同種の疑問があり，つまり「原状」回復や「平均的な」生活は出国予定の外国人にも共通であるかが問題になる[99]。評価段階説としては，外国人の逸失利益は主張・立証が不可能または著しく困難な事実であり，また国情の相違から従来の損害費目ではカバーできない被害が少なからず生じうるため[100]，裁判官の創造的役割が特に発揮される必要があるとし，日本の生活保障レベルの適用もやむを得ないとするか（ただ厳密には外国人の本国レベルによる損害評価の根拠にしかならないであろう），あるいは原状回復や生活保障は日本法の領域での人身損害一般に妥当する規範化された概念であり[101]，日本人に限らず適用できるとの理解が必要になると思われる。

さらに批判的見解は，四宮説と結びつく可能性もある。四宮説によれば[102]，損害はひとまず差額説的に捉えなければならないが，権利（生命や身体を含む）が侵害された場合の損害の捉え方は，実体的価値説（人身損害では死傷自体が損害）によるべきであるとされる。そしてそこでは原状回復

の理念に基づき，権利に関する規範によって内容を規定された客観的損害を最小限度の損害として認めるべきであり，それは不法行為制度の権利保護機能にも役立つとされる。ただ生命・身体には客観的価値があるわけではないため，便宜上損害項目を分化したうえ，逸失利益等の財産的損害には物損に類比した算定方法をとることになるが，人身損害における平等の要求や迅速処理の要求にしたがい，損害類型ごとに洞察された平均的・標準的な経過による抽象的損害算定に依拠することができるとされる。このような四宮説のもとでは，外国人の逸失利益についても抽象的損害算定が許され，日本人と同じ平均値やランクによる算定(103)が認められる余地もある。しかしここでも，将来の損害展開の「平均的・標準的な」経過や（抽象的損害算定が人身損害につき実質的に客観的価値を意味すると解すれば，それを支える理念としての）「原状」回復は，出国予定の外国人にも共通であるかという疑問が生じる。四宮説の立場からは，外国人の出国先ごとの平均的・標準的な経過による抽象的損害算定をとるのがおそらく自然であり(104)，批判的見解と結びつくためには，権利に関する規範は日本人と外国人に等しく妥当するとの理解や，平均的・標準的な経過は個別の事情に左右されない法的標準であり，外国人にも適用しうるとの理解が必要といえる。

それゆえ批判的見解の解決（外国人の逸失利益の算定にも国内基準を適用する）は，差額説以外の既存の損害論（そのうち適合的と見込まれる死傷損害説・評価段階説・四宮説）から自動的に導かれるわけではなく，外国人の損害であることを視野に入れてその特徴を考慮できるように理解を一部修正するか，あるいは逆に損害評価の一定の部分において外国人の法益と日本人の法益を同等に位置付ける（そして外国人の損害であるという事情は損害算定に影響しないと理解する）ための議論を経なければならないと考えられる。

## V　結びに代えて

(1)　本稿では，外国人の人身損害のうち逸失利益の問題に関して，判例の立場と学説上の議論を手懸りにしながら考察してきた。差額説による解決に

ついては，従来から判例・多数説がとる損害論であることや，最高裁判決と多くの下級審判決が現に示す立場であることから，細かな各論と準則に立ち入って検討した。他方，批判的見解による解決については，議論が必ずしも多くないこともあり，現状における一般的可能性を中心に検討した。外国人の逸失利益に関しては，差額説と批判的見解（と結びつきうる損害論）のいずれにも一定の課題が生じていたといえる。以下ではそうした課題がそれぞれの損害論に対し提起する意味を考察し，結びに代えることにしたい。

(2) 差額説においては，外国人の逸失利益に関しても従来の算定方法を基本的に維持することができ，日本での就労可能期間には国内基準，それ以降の本国での就労可能期間は本国基準によって算定するという解決が導かれる。しかし差額説の算定方法は，もともと日本人の逸失利益を念頭におくものであり，外国人の逸失利益の算定に関して多くの問題を生むことになる。そのなかには，算定要素である基準や比率の具体的数値が外国人に適合するよう，いわば技術的に手直しすれば（それ自体も決して容易ではないが）対処できる問題もある（後遺障害による労働能力喪失率，生活費の控除割合などはこれに当たる）[105]。

しかしそれにとどまらず，日本人の逸失利益に関しても十分に解決されていない問題が，外国人の逸失利益との関係で増幅されているとみるべき場合もある。その一つは，「インフレ算入」の問題である。外国人の将来の収入について，判例には本国におけるインフレを考慮するものはなく，学説上も一部に指摘がみられるにすぎないが，ここには日本人に関する議論の影響があると推測される。日本人の将来の収入について，学説はインフレを考慮することに概して積極的であるが，下級審判決の多くはむしろ否定的であり，最高裁判決もインフレを考慮しないことは不合理でないとしてそれを追認している[106]。その理由として，将来の物価や賃金の上昇を長期的に予測できないことや，一時金方式の損害賠償では賠償金の運用が可能であることが挙げられる。こうした理由自体にも疑問があるが[107]，さらに外国人の逸失利益の問題を前にすると，実はその背後に，日本の経済事情を前提にしつつ，

インフレがある程度以上に進むことはないであろうとの認識，比較的容易に確実な運用ができるであろうとの認識，インフレを考慮しないことの影響はいずれにせよ被害者間に平等に及ぶため問題は少ないとの認識が，伏在しているのではないかと疑われる。そしてそうした認識の有無や根拠についてもともと十分な検証のないことが，日本をはるかに上回るインフレが進行する国や運用手段の不確かな国についても，一律にインフレを考慮しないという扱いを導いているように思われる(108)。

またもう一つは，「算定方法の抽象化」の問題である。これはたとえば外国人の就労可能期間の終期にみることができる(109)。判例はその終期を67歳とすることでほぼ一致しているが，それは日本人について定着している取扱いと同じであり，特に外国人の収入に本国基準を適用する場合にも同じ年齢を終期とする場合の説明は困難であるといえる。また学説は一般にそうした判例に批判的であるが，それに代わる有力な提案を示しているともいえない。ここには，逸失利益の算定要素としての就労可能期間の終期の手直しという問題だけではなく，実はそもそも日本人の就労可能期間の終期が原則的に67歳とされることの理論的意味が未解明であるという事情が関係していると考えられる。67歳という終期が，それ自体は日本の就労慣行や平均余命などから直ちには不合理でないとしても，幅広い職種や年齢の被害者に定型的に適用することは，逸失利益の算定をその限度で抽象化することになる(110)。そのような抽象化が，どのような根拠からどのような場合に認められ，また被害者の職種や年齢を考慮して個別的に終期が伸縮される場合とどのように区分されるのかは，解明されるべき基本的事項に属している。しかしそれがそもそも明らかでないために，逸失利益の算定要素のうち「外国人の収入」と「就労可能期間の終期」とで，判例が基準としている国が異なり（少なくともそのようにみえる，またそれを十分に説明できない），学説は説得的な対案を提示する理論的基礎をもたないように思われる(111)。

この「算定方法の抽象化」の問題は，外国人の本国における将来の収入に関してもうかがえる。判例は本国での現収入が判明する一時滞在外国人の場

合は，それを将来の収入として逸失利益を算定している。それ以外の場合は，主に賃金センサスによる本国の平均賃金を将来の収入とするが，平均賃金に根拠の不明な一定の比率を乗じたり，本国における過去の収入や当事者の主張から導くこともある。しかしこれらの方法は，その適用条件や相互の優先関係が明らかでなく，また賃金センサスの出典や全平均・産業別・年齢別・学歴別等の平均賃金の選択に，共通の指針を見出すことも難しい。多くの学説も賃金センサスによる本国の平均賃金に依拠する方法を示すが，そうした詳細を十分に具体化しているとはいえない。このような背景には，やはり日本人の場合に関する理論的解明の不足があると思われる。つまり日本人についても，現収入が平均賃金以下の有職者や現収入のない年少者・主婦・失業者などの場合は，賃金センサスによる平均賃金が将来の収入として扱われるが，そのように抽象化された算定方法が差額説および現収入に基づく算定方法との関係でどのように正当化され，またどのような種類の賃金センサスや平均賃金に依拠すべきであるのかは，必ずしも究明されていない(112)。その結果，外国人の場合に適用しうるまた適用を探るべき算定方法，および依拠すべき賃金センサスや平均賃金の種類についても，理論的に帰結することができないものと考えられる。

これらの問題は，外国人の逸失利益との関係で特に顕著になっているが，本来はその枠内にとどまるものではなく，日本人の逸失利益との関係においても解明されるべき差額説の一般的課題であると思われる（外国人の出国後に関する蓋然性の程度も同様の問題であろう。III(3)(c)参照）。

(3) また批判的見解と結びつきうる差額説以外の損害論は，より柔軟に外国人の逸失利益に国内基準を適用する（のと同等の）帰結を導けるようにみえるが，現在のところ説得的には根拠付けられているとはいえない(113)。それらの損害論が依拠する規範的理念は，人間の価値の平等，原状回復の理念，生活保障の観点，不法行為制度の権利保護機能などであり，外国人の損害は自覚的には念頭におかれていなかった。しかし人間の価値の金銭化の方法，回復すべき原状，保障すべき生活，保護すべき権利として，日本人と外国人

に等しく妥当しうる普遍的なものを導くのは理論上も実際上も決して容易ではないと思われる。また不法行為制度の予防・制裁機能を強調することも考えられるが[114]，交通事故のような偶然的接触における加害をカバーするほどに，一般的に予防・制裁機能に依拠してよいかどうかには疑問も生じうる。これらの理念は，もともと人間の個別性に左右されすぎない普遍性のあるものとして構想されたと思われるが，外国人の損害を視野に入れ，特に批判的見解による帰結を正当化しようとするとき，その理念に包摂しうる内実と射程を明確化することが改めて求められているといえる。

もっともそうした損害論と規範的理念は，多くの問題（III(3)と(4)参照）をかかえる差額説による外国人の逸失利益の算定方法に対し，差額説を前提としたうえでの修正的な規範として機能しうる可能性も考えられる。たしかにそれは批判的見解の本来の意図と異なるだけでなく，そもそも基礎とする損害論が一致しないため，安易な結合には慎重さが求められるのはたしかである。ただ特に著しく困難な問題について[115]本稿で探ったような解決に対し，それをより端的に正当化する根拠を提示できる可能性をもつことも事実であると思われる[116]。この意味では外国人の逸失利益という問題は，批判的見解だけでなく差額説に対しても，そのような規範的理念の注入ないし取り込みが可能かどうかの検討を促していると理解される。

(4) 外国人の人身損害についての損害賠償は，現実の政策課題として外国人労働者のより積極的な受け入れが検討されていることを考えれば，特に早急に解決すべき問題といえる。本稿ではそのうち逸失利益について考察したにすぎず，本来は外国人の慰謝料および物的損害の問題とともに，また日本人に関する従来の損害論との相互の接合に留意しながら，そして現在は不足している比較法研究にも依拠しながら，検討を進める必要があるのは言うまでもない。今後の課題としたい。

〔2000年4月ケルンにて脱稿〕

《注》

I　はじめに

(1)　法務省入国管理局編『平成10年版出入国管理』14頁（1998年，大蔵省印刷局）。

(2)　法務省入国管理局編・前掲注(1)25頁。

(3)　交民（交通事故民事裁判集）の総索引に「外国人」の項目が追加されたのは，23巻（平成２年判決分，ただし平成５年出版）からである。

(4)　ここでは日本での就労資格なしに就労する者を指す。つまり在留資格そのものがないか在留期間経過後も残留して就労する場合，および在留資格はあるが就労資格がないか資格外の就労をする場合である。

(5)　窪田充見「判批」法教204号131頁（1997年）は，そのうえで最高裁判決によって今後の議論の出発点が明確になったと位置付けている。

(6)　慰謝料についても問題があり，特に織田有基子「判批」ジュリ1080号（1995年），岩井伸晃「判批」ひろば1997年８月号64－65頁，高藤昭「国際労働者の労災民事賠償法上の地位」ジュリ1114号93頁（1997年），奥田安弘「判批」ジュリ1131号（1998年）参照。そのほかに国際私法上の準拠法も問題となるが，これについては特に中野俊一郎「判批」ジュリ1009号122頁（1992年），同「判批」民商117巻3号433－436頁（1997年），奥田・前掲138頁参照。

II　判例の状況

(7)　最三判平成９・１・28民集51巻１号78頁，判時1598号78頁。

(8)　最高裁判決以前の下級審判決は次の通りである。（‥‥）内は国籍・在留資格や目的等・事故の種類・被害の種類を指す（詳しい紹介は，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』241－259頁（1992年，成文堂），岩井・前掲注(6)59－61頁，川井健ほか編『注解交通損害賠償法（新版）第②巻』164－171頁，175－178頁〔丸山一朗〕（1996年，青林書院）参照）。

①東京地八王子支判昭和48・10・15交民６巻５号1633頁（アメリカ・在日米軍・交通事故・死亡）

②東京地判昭和51・８・19交民9巻4号1111頁（韓国・密入国・交通事故・負傷）

③名古屋地判昭和51・９・30判時836号61頁（在日韓国人・永住者・道路の瑕疵・死亡）

④東京地判昭和61・12・25交民19巻６号1757頁（アメリカ・モデル等・交通事故・負傷）

⑤松山地判今治支判平成２・９・21判時1406号31頁（中国・観光・交通事故・死亡）

⑥大阪地判平成３・３・７交民24巻２号270頁（フランス・語学講師等・交通事故・負傷）

⑦高松高判平成３・６・25判時1406号28頁（中国・就学生・交通事故・負傷）

⑧東京地判平成3・4・26判時1409号84頁（判決⑤の控訴審）
⑨東京地判平成3・9・27判時1424号75頁（フランス・観光・医療過誤・死亡）
⑩東京地判平成4・9・24判時1439号131頁（最高裁判決の一審）
⑪東京地八王子支判平成4・11・25判時1479号146頁（イラン・資格外就労・労災事故・負傷）
⑫名古屋地判平成4・12・16判タ833号242頁（中国・当時は観光・交通事故・負傷）
⑬東京地判平成5・1・28判時1457号115頁（韓国・海外研修・交通事故・死亡）
⑭大阪地判平成5・4・16交民26巻2号495頁（インド・海外研修・交通事故・死亡）
⑮名古屋高判平成5・5・25交民26巻3号589頁（判決⑫の控訴審）
⑯大阪地判平成5・7・6交民26巻4号882頁（韓国・不法就労・交通事故・死亡）
⑰東京高判平成5・8・31判タ844号208頁（最高裁判決の原審）
⑱東京地判平成5・8・31判時1479号149頁（ガーナ・不法就労・労災事故・負傷）
⑲東京地判平成5・9・10交民26巻5号1176頁（韓国・留学・交通事故・死亡）
⑳大阪地判平成6・3・22交民27巻2号402頁（韓国・不法就労・交通事故・死亡）
㉑東京高判平成7・1・19判タ886号244頁（判決⑲の控訴審）
㉒大阪地判平成7・11・24交民28巻6号1616頁（アメリカ・商用・交通事故・負傷）
㉓東京地判平成7・12・19交民28巻6号1787頁（韓国・クラブ経営・交通事故・負傷）
㉔東京高判平成7・12・27判タ929号233頁（中国・留学・喧嘩・負傷）
㉕東京地判平成8・2・13交民29巻1号213頁（アメリカ・在日米軍・交通事故・死亡）
㉖東京地判平成8・8・27交民29巻4号1183頁（パキスタン・就労資格・交通事故・負傷）
㉗神戸地判平成8・12・12交民29巻6号1794頁（韓国・留学・交通事故・負傷）。

また最高裁判決以後には次の下級審判決があるが，おそらく判決㉚までは最高裁判決を参照しえなかったであろうか。

㉘岐阜地御嵩支判平成9・3・17判タ953号224頁（日系ブラジル・就労資格・交通事故・負傷）
㉙大阪地判平成9・3・25交民30巻2号470頁（韓国・永住者？・交通事故・死亡）
㉚名古屋地判平成9・4・23交民30巻2号571頁（アメリカ・就労資格・交通事故・死亡）
㉛東京高判平成9・6・10交民30巻3号663頁（中国・不法就労・交通事故・負傷）
㉜浦和地判平成9・7・2交民30巻4号957頁（中国・不法就労・交通事故・死亡）
㉝東京地判平成9・8・29交民30巻4号1221頁（中国・不法就労・交通事故・負傷）
㉞東京地判平成9・12・24交民30巻6号1832頁（中国・奨学生・交通事故・死亡）
㉟東京地判平成10・3・18交民31巻2号335頁（フィリピン・不法就労・交通事故・死亡）
㊱東京地判平成10・3・25交民31巻2号441頁（中国・留学・交通事故・死亡）

(9) なお東京地判昭和44・12・22判タ244号268頁も，外国人が交通事故の被害者となった事例であるが，損害賠償額等についての判旨は不明である。

(10) それ以外では，違法利益の喪失の問題が重要である。不法就労外国人は出入国管理法違反の就労によって収入を得ているため，その収入を基礎とする逸失利益が損害賠償法上の保護を受けるかどうかが問題となる。最高裁判決はそれを肯定することを前提にしていると解せられ（川神裕「判例解説」ジュリ1117号179頁（1997年）参照），不法行為の事例では最初の最上級審判例といえる（債務不履行の事例では，最判昭和39・10・29民集18巻8号1832頁が無免許運送業による利益の賠償を肯定しているが，反対意見も付されていた）。唯一この問題を一般的に論じるものとして前田達明『民法Ⅵ2（不法行為法）』330－332頁（1980年，青林書院），不法就労外国人に関連して論じるものとして特に倉田卓次「不法就労外国人と人身損害の諸問題」判タ844号11－12頁（1994年），また下級審判決については渡邊和義「違法収入と逸失利益」『交通事故賠償の新たな動向』661－662頁（1996年，ぎょうせい），川井ほか編・前掲注(8)161－162頁〔福永政彦〕。この違法利益の喪失については，改めて考察する機会をもちたい。

(11) 特に奥田・前掲注(6)139頁。ほかに岩井・前掲注(6)63頁，窪田・前掲注(5)131頁，川神・前掲注(10)178頁（1997年）参照。

(12) 岩井・前掲注(6)64頁も参照。

(13) 水野勝「判批」労判717号11頁（1997年），吉村良一「判批」リマークス1998年上71頁，窪田・前掲注(5)131頁。したがって事実的要素を基準にすれば，規範的要素は就労期間を限定する方向でのみ作用することになる。水野・前掲，吉村・前掲参照。なお野川忍「判批」ジュリ1123号155－156頁（1997年）は，損害の規範的評価も含まれる可能性を指摘するが，判例が主婦や幼児・年少者の逸失利益の算定などにおいて規範的評価に接近しているとしても，判旨④自体をそのように理解することは困難であると思われる。

(14) 中野・前掲注(6)民商437頁，岩井・前掲注(6)62頁，吉村・前掲注(13)71－72頁，川神・前掲注(10)178－179頁。

(15) 奥田・前掲注(6)139頁によれば別の理解の可能性もある。つまり高松高裁判決は単純に国内基準によったのではなく，社会主義国の広範な社会保障等を含めて本国での実質収入とした（それを日本の収入と同水準とした点は問題であるが，算定方法としては本国基準をとった）とする理解である。

(16) 川井ほか編・前掲注(8)118頁〔福永〕。

(17) 高松高裁判決の理解について，注(15)参照。

(18) 韓国の場合について，すでに奥田・前掲注(6)139頁。

III 差額説による解決

(19) 最近では四宮和夫『不法行為』434頁（1985年，青林書院），森島昭夫『不法行為法講義』330頁（1987年，有斐閣），平井宜雄『債権各論II』75頁（1992年，弘文堂），幾代通（徳本伸一補訂）『不法行為法』273頁（1993年，有斐閣）。

(20) 於保不二雄『債権総論（新版）』135頁（1972年，有斐閣）の引用が多い。

(21) 四宮・前掲注(19)551頁，森島・前掲注(19)330－331頁。これが日本の差額説の特徴である点については，吉村良一『人身損害賠償の研究』71頁（1990年，日本評論社），潮見佳男「人身損害における損害概念と算定原理（一）」民商103巻4号524頁（1991年），高橋眞「損害概念」『新・現代損害賠償法講座6』44－45頁（1998年，日本評論社）。

(22) 四宮・前掲注(19)582－588頁，山口成樹「人身損害と逸失利益（総論）」前掲注(21)『新・現代損害賠償法講座6』168－169頁など参照。

(23) 中野・前掲注(6)民商438頁参照。

(24) 最高裁判決につき川神・前掲注(10)178頁，野川・前掲注(13)155頁（$\alpha$ の読み方），判決⑲につき織田・前掲注(6)134頁。

(25) 損害論について，下級審判決は伝統的な差額説から労働能力喪失説に傾斜していると指摘される。そこでは逸失利益は労働能力喪失という積極的損害として位置付けられ，被害者の年収や統計による平均賃金の取扱いに差が生じるが，その基本的な算定方法は差額説と異ならない（四宮・前掲注(19)581－582頁，平井・前掲注(19)134－135頁など参照）。それゆえ労働能力喪失説によっても外国人の逸失利益の算定は本文のような枠組みとなり（外国人の無職者の場合や収入減のない後遺障害の場合の逸失利益については異なりうる），下級審判決の大勢は労働能力喪失説からみても自然な枠組みであると評価することができる。

(26) 北河隆之「外国人の損害賠償額の算定」金商933号172頁（1994年）。ほかに宮川博史「外国人の逸失利益」判タ916号6－7頁（1996年），川井ほか編・前掲注(8)172－174頁〔丸山〕。

(27) 村田敏「外国人の交通事故と損害賠償責任」交通法研究21号21－24頁（1992年），北河・前掲注(26)168頁，倉田・前掲注(10)12頁。

(28) 前者は藤村和夫「解決を迫られる外国人不法就労者の損害賠償問題」法セミ444号24頁（1991年），後者は村田敏「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」判タ771号20頁（1992年）。

(29) 野川・前掲注(13)156頁（$\alpha$ の読み方）。桑原昌宏「外国人労働者の交通事故と労災保険・社会保障」前掲注(27)交通法研究46頁によれば，不法就労外国人が労災認定を申請しても，労災実務は原則として入国管理局に通報しないとされる。

(30) 判例として，最一判平成8・4・25民集50巻5号1221頁，最二判平成8・5・31民集50巻6号1323があり，後遺障害による逸失利益の算定において，原則として被害者の死亡は就労可能期間の認定上考慮すべきでないとする。学説としては，樫見由美子「判批」民商116巻3号458－466頁（1997年），潮見佳男「判批」リマークス1997年下75－77頁（1997年），藤村和夫「事故と無関係な原因による死亡と逸失利益」判タ943号99－106頁（1997年）があり，判例の立場を基本的に支持しているとみられる。以下の理解と理由付けも判例に依拠している。

(31) 逸失利益の算定で前提とされる被害者の就労が後発的事情のために不可能になるケースとして共通し，ただ死亡という事情が全体の就労可能期間に，帰国という事情が日本での就労可能期間にだけ影響する点で異なるにすぎないと思われる。

(32) 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件の処理について(一)」司法研修所論集86号59頁，64頁（1991年）。

(33) 北河・前掲注(26)173頁，倉田・前掲注(10)13頁，19頁，中野・前掲注(6)民商439頁。また水野・前掲注(13)11頁参照。また柳沼秀政「入管法違反の摘発の現状と問題点」ひろば48巻1号52頁（1995年）は，就労期間が5年を超える者が前年比で2倍以上であったと指摘している。

(34) 川井ほか編・前掲注(8)174頁〔丸山〕参照。

(35) ただし学説の立場は必ずしも明らかではない。

(36) 倉田・前掲注(10)14頁。

(37) 潮見佳男『不法行為法』252頁（信山社，1999年）。

(38) 四宮・前掲注(19)588頁，平井・前掲注(19)139頁，山口・前掲注(22)168－169頁など。

(39) 藤村・前掲注(28)23－24頁，織田・前掲注(6)134頁，羽成守「外国人の損害」『新・現代損害賠償法講座5』185－186頁（1997年，日本評論社）。これに対し67歳という基準を消極的に支持するのは，奥田・前掲注(6)140頁，佐々木一彦「外国人労働者の逸失利益」前掲注(10)『交通事故賠償の新たな動向』370頁。

(40) 羽成・前掲注(39)186頁は，国際連合統計局『国際連合世界統計年鑑』（日本語版，原書房）を挙げる。

(41) 国際連合統計局『世界人口年鑑』（日本語版，原書房）は，県立図書館など主要図書館が所蔵していることも多い。また英語版の United Nations, Demographic Yearbook は，大学図書館の大半が所蔵している。

(42) 佐々木・前掲注(39)370頁参照。

(43) 国際労働事務局『国際労働経済統計年鑑』(日本語版，日本ＩＬＯ協会)，International Labour Office, Year book of labour statistics（英語版）の所蔵状況は，前掲注(41)と同様である。

(44) 宮川・前掲注(26) 7 頁。

(45) 奥田・前掲注(6)137－138頁の指摘に負う。

(46) 日本の恩給・年金についての学説・判例の概観として，塩崎勤「年金の逸失利益性」前掲注(10)『交通事故賠償の新たな動向』310－328頁。

(46a) 注(15)参照。

(47) 米津孝司「判批」民商109巻 3 号546頁（1993年)，佐々木・前掲注(39)364頁。

(48) 判例に現れた国の1995年の消費者物価指数（1990年を100とする）を例にとると，日本は107.0であるのに対し，韓国135.1，パキスタン138.8，フィリピン151.7，イラン174.0，中国193.5であり，さらにブラジルは4113932.6に達していた。International Labour Office, Year book of labour statistics 1998, pp. 1017-1026.

(49) 日本について，四宮・前掲注(19)583－585頁参照。なお賠償金を日本円で保持すれば本国での物価上昇による影響は回避できるが，そうした対応を被害者に強いることはできない。また保持した場合でも，本国通貨の為替レートが物価上昇率に完全に連動して低下するわけではない（通常は物価上昇率ほどには変動しない）ため，賠償金の目減りは避けられないといえる。

(50) 四宮・前掲注(19)585頁参照。

(51) ただしインフレにより被害者の中間利息も一定程度は増加するため，法定利率以上に控除することも考える必要がある（また中間利息の控除を日本の法定利率によること自体にも疑問がある。佐々木・前掲注(39)364頁)。

(52) たとえば後遺障害による労働能力喪失率は，いわゆる発展途上国においてハンディキャップゆえの就職難があると推測すると，日本人と同程度と認定するだけでよいか問題がある（村田・前掲注(28)19－20頁，高藤・前掲注(6)93頁参照。判例はすべて自賠責や労災の基準にしたがっている，最高裁判決の一審判決・原審判決と判決⑯㉘㉛㉝)。また不法就労外国人の生活費控除は，日本での収入の主要な使途が蓄財や本国への送金である場合は，可能な限り出費が節約されるため，日本人と同じ控除割合としてよいか疑問である（「外国人労働者への交通事故賠償」前掲注(27)交通法研究84頁〔斎藤修発言〕参照)。さらに一般に本国での収入は為替レートによって日本円に換算されるが，為替レートには政治情勢や経済状況の評価が反映する（将来に不安がある国の通貨は安く買われる）（また経済政策として自国通貨を安く押えている国もあ

る）ため，購買力平価によって換算する方が適切であるが，各国の購買力平価の統計は入手が難しいと思われる（ＯＥＣＤ加盟国に限って総務庁統計局『世界の統計』（大蔵省印刷局 または http://www.stat.go.jp/）がある）。

(53) 高藤・前掲注(6)88頁，92頁，また村田・前掲注(28)19頁。

(54) 特に山口成樹「逸失利益の算定法」交通法研究24号42－43頁（1996年），高藤・前掲注(6)92頁，また水野・前掲注(13)11頁参照。

(55) 中野・前掲注(6)民商439頁，奥田・前掲注(6)140頁，水野・前掲注(13)11頁。

(56) 山口・前掲注(54)42－43頁，また高藤・前掲注(6)92頁参照。

(57) 逸失利益の算定における蓋然性の程度は，就労可能期間や将来の収入とそれらを算出する平均余命や平均賃金などごとに使い分けられていると推測されることが手懸りになる。いずれにせよ蓋然性の意義をさらに詳しく分析する必要があろう。後述Ⅴ(2)参照。

(58) 佐々木・前掲注(39)372頁，宮川・前掲注(26)10頁。

(59) 被害者が日本人の障害者の場合も同じ事態になる。障害者の逸失利益の問題については，特に吉村良一「人身損害賠償額算定に関するいくつかの問題」立命館法学225・226号920－925頁（1992年）。

(60) 伊藤文夫「外国人被害者と自賠責保険の取扱いの現状」前掲注(27)交通法研究46頁59－60頁，北河・前掲注(26)170頁。

(61) ただし労災事故における過失相殺では，言語・常識・習慣等の異なる外国人が作業や操作につき十分な指導・説明を受けていたかどうかに注意する必要がある。その点で，最高裁判決の事例における過失相殺３割の認定は厳しいと思われる。野川忍「判批」ジュリ1053号123頁，水野・前掲注(13)12頁。

(62) 佐々木・前掲注(39)372頁。

(63) 佐々木・前掲注(39)372頁の「算定は外国並みに，控除は日本並みにというものでは，被害者に酷というべきであろう」という指摘には首肯できる部分がある。それを法律構成に反映させると本文のような解釈になろうか。

(64) 以上について，吉村・前掲注(59)917頁，吉村・前掲注(13)72頁，野川・前掲注(61)123頁，宮川・前掲注(26)10頁，米津・前掲注(47)546頁。

(65) 中野・前掲注(6)民商437頁。

(66) それぞれニュアンスが異なるが，四宮・前掲注(19)266－267頁，森島・前掲注(19)489－490頁，平井・前掲注(19)61頁，澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為（第２版）』85頁（1996年，有斐閣）など。

(67) 前述Ⅲ(3)(a)参照。

(68) 前掲注(27)交通法研究75－76頁〔村田敏修発言〕参照。

(69) 窪田・前掲注(5)130頁は，最高裁判決の事例における被告の上告理由に対して，「不法滞在外国人労働者の使用者が事故後は不法滞在を追及する法の執行者となるような主張をなすことについては，それ自体として規範的評価の問題が残りそうである」と批判し，吉村・前掲注(13)72頁もそれに同調する。

(70) 相手方の信頼を裏切ることよりも，矛盾する行為であること自体から信義則違反とされる場合に当たるであろうか。谷口知平・石田喜久夫編『新版注釈民法(1)』101－102頁〔§1：安永正昭〕(1988年，有斐閣）参照。

(71) 雇用者が（いわば本来の）日本での就労可能期間に信義則上依拠できないことの反射として，逸失利益につきより長期の就労可能期間を前提とする損害賠償額の予定があったのと同様になると解すべきであろうか。ただこのような信義則の適用例については，必ずしも適当な先例を見出すことはできない。

Ⅳ　批判的見解による解決

(72) 藤村・前掲注(28)24頁。また中野・前掲注(6)ジュリ121頁参照。

(73) 村田・前掲注(28)19－22頁，吉村・前掲注(59)917－918頁，吉村良一「判批」判評401号197頁（1992年），吉村・前掲注(13)72頁，梅津和宏「判批」判タ821号99頁（1993年），佐々木・前掲注(39)369－370頁，水野・前掲注(13)11頁，高藤・前掲注(6)92－93頁，また米津・前掲注(47)547頁，羽成・前掲注(39)185－186頁も参照。このうち高藤・前掲と羽成・前掲は，差額説の算定基礎となる外国人の将来の収入は日本の平均賃金で代えるほかないとの理解に基づく。村田・前掲，水野・前掲，高藤・前掲，米津・前掲は，主に不法就労外国人（の労災事故）を念頭におくため，観光目的等の一時滞在外国人についても国内基準によるのかどうかは明らかでない。

(74) 吉村・前掲注(59)917－918頁，高藤・前掲注(6)93頁。

(75) 佐々木・前掲注(39)363－364頁，水野・前掲注(13)10頁，高藤・前掲注(6)92－93頁，米津・前掲注(13)545頁，羽成・前掲注(39)185頁，また吉村・前掲注(73)196頁参照。

(76) 村田・前掲注(28)19－20頁，吉村・前掲注(59)918頁，吉村・前掲注(13)71頁，水野・前掲注(13)11頁，高藤・前掲注(6)92－93頁，米津・前掲注(47)545頁。

(77) 米津・前掲注(47)546頁，水野・前掲注(13)11頁など参照。

(78) 村田・前掲注(28)17頁，19－20頁，高藤・前掲注(6)88頁，91－92頁。

(79) 桑原・前掲注(29)42頁，倉田・前掲注(10)頁，宮川・前掲注(26) 9 －10頁。

(80) 高藤・前掲注(6)92頁。

(81) 米津・前掲注(47)547頁，梅津・前掲注(73)99頁，高藤・前掲注(6)92頁。

(82) 梅津・前掲注(73)99頁，佐々木・前掲注(39)369頁。

(83) 村田・前掲注(28)21頁，吉村・前掲注(59)918頁，吉村・前掲注(73)197頁，吉村・前掲注(13)72頁，梅津・前掲注(73)99頁，水野・前掲注(13)11頁，高藤・前掲注(6)92－93頁，また米津・前掲注(47)547頁も参照。

(84) 中野・前掲注(6)ジュリ121－122頁，中野・前掲注(6)民商437頁，宮川・前掲注(26)6－7頁，織田・前掲注(6)134頁，岩井・前掲注(6)62頁，川神・前掲注(10)178－179頁。

(85) 吉村・前掲注(13)72頁。

(86) 中野・前掲注(6)ジュリ121頁もこの趣旨といえる。

(87) 倉田・前掲注(10)17頁，宮川・前掲注(26)6頁，岩井・前掲注(6)62頁。

(88) 吉村・前掲注(73)195頁，吉村良一『不法行為法』（有斐閣，1995年）133頁は，逸失利益の算定方法はあくまで日本の社会保障等の被害者救済システム全体を前提とするものであり，損害賠償による塡補が外国人に日本人と同等の結果をもたらしうる必要があると指摘する。これをふまえれば判例・多数説の不十分さはさらに増すおそれがある。

(89) 北河・前掲注(26)171頁，中野・前掲注(6)民商437頁。

(90) 批判的見解からは吉村・前掲注(59)918頁，差額説からは北河・前掲注(26)171頁，中野・前掲注(6)ジュリ122頁，川神・前掲注(10)178頁。

(91) 特に西原道雄「損害賠償額の法理」ジュリ381号148頁（1967年）。

(92) 前掲注(27)交通法研究79頁〔司会（西原道雄）発言〕参照。

(93) 北河・前掲注(26)171頁，中野・前掲注(6)ジュリ122頁。

(94) 西原道雄「新潟水俣病訴訟における一律請求」判時642号87頁（1971年）。

(95) 死傷損害説は損害の類型化を否定していないため，外国人という類型による定額化も考えられるが，基本的には本文と同じ困難が生じる。また国別の定額化も考えられるが，死傷損害説は収入の多寡による賠償額の極端な個人差は好ましくないとするため，大きな格差をもたらしうるそうした国別の定額化は容認しないと思われる。

(96) 死傷損害説による定額化方式は，画一的定額化や類型別定額化に限られないが，最高額制限，最低限保障，標準額の設定などの他の方式においても，以上のことは同様に問題になりうるといえる。

(97) なお北河・前掲注(26)171頁，中野・前掲注(6)ジュリ122頁は，日本人と同一の定額とするのは過剰賠償を生むと批判するが，その「過剰」という評価は差額説的な算定を比較の基礎とするものであり，死傷損害説の内在的な問題とはいえない。

(98) 淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』特に100－104頁，110－136頁，176－180頁，195－204頁（有斐閣，1984年）。

(99) 森島・前掲注(19)343頁は，評価段階説を支持するが，原状回復の観点から加害者には被害者の収入が平均に達していないことの証明も許すため，日本の平均賃金レベルの損害評価が確保されるとは限らない。

(100) 淡路・前掲注(98)180頁が，裁判官の創造的役割が広範に発揮される包括的損害評価の必要性として挙げる根拠に，それぞれ対応すると思われる。

(101) なお吉村・前掲注(21)178－79頁参照。

(102) 四宮和夫「不法行為による人身損害に関する考え方の対立について」『現代私法学の課題と展望・上』139－146頁（1981年），四宮・前掲注(19)特に444－446頁，551－561頁。

(103) 四宮・前掲注(19)560頁，581頁。

(104) 潮見・前掲注(21)（二・完）5号727－728頁，潮見・前掲注(37)226－227頁は，基本的に四宮説に依拠したうえで，権利追求機能（私法秩序が権利・法益に割り当てた価値を保障する）を強調して，人身損害についても客観的価値の賠償として抽象的損害計算による最小限の損害の賠償を認めるべきであるとするが，それでも潮見・前掲注(37)250－252頁は，最高裁判決の判断を正当としている。

V　結びに代えて

(105) 注(52)参照。

(106) 四宮・前掲注(19)584－585頁参照。

(107) III(3)(b)の趣旨は，日本人の逸失利益に関しても成り立ちうる。

(108) 中間利息の控除はインフレの考慮と裏腹の関係にあり，一律に法定利率を適用することにも同じ観点からの疑問が生じうる。しかもインフレを考慮しないまま法定利率を適用することは，「法定」を拠り所とした消極的な選択であるとしても，理論的な整合性を著しく欠いていると考えられる。

(109) 判例につきII(3)および(4)，学説につきIII(3)(b)参照。

(110) 奥田昌道編『注釈民法(10)』574－576頁〔北川善太郎〕（1987年，有斐閣）。

(111) 本稿のIII(3)(b)もこの点を解決しているわけではない。

(112) 判例における具体的方法については，山口・前掲注(22)168－169頁参照。

(113) IV(3)参照。

(114) こうした規範的理念の意義について，若林三奈「法的概念としての『損害』の意義（三・完）」立命館法学252号348－373頁（1997年）。またIV(2)参照。

(115) 日本における不法就労外国人の就労可能期間（III(3)(a)），本国における収入・社会保障的給付・インフレ（III(3)(b)），外国人の出国後や過失相殺の問題（III(3)(c)），不法

就労外国人の逸失利益（III(4)）。また注(88)の指摘，およびV(2)も参照。

(116)　また最近の下級審判決の一部が明確な根拠なしにとっている，日本人の何割かの逸失利益を認定する方法（II(3)と(4)参照。その算定結果は他の方法よりも概して高額になっている）の正当化にもなりうる可能性もあろう