

主婦の逸失利益について

西 井 龍 生

一 はじめに

女子が不慮の事故にあい死亡したり、負傷したりした場合に、夫あるいは子が、その損害の賠償を求めるにあたっては、男子と異なる特殊な問題が存するようである。先にわたしは、その点に関して若干の考察をおこなった。^(一)被害者が現に職業に就いて収入を得ている場合には、その損害額の算定に当り、男子と女子とでその算出方法については、ほとんど差異はないが、逸失利益の計算の際に、女子が結婚の前後において退職するものとみるかどうかについて、大きな差が生ずる（結婚退職という見方には反対であることは、前稿で述べた）。ただ、被害者が主婦である場合には、彼女によるサイドスの喪失をどのように評価するかという問題がある。また、賃金収入者でなく、家業である農業、商工業、漁業等に家事労働とならんで従事し、あるいはお茶、生花、舞踊等の教師である場合には、それぞれ損害算定に関して特色がある。さらに、その女性が専ら主婦として家事労働に当たっていたときには、逸失利益が存するかどうか、もし肯定するとす

れば、その算定方法はどうか問題となるが、それに先立って、主婦の死亡によって夫および子が損害をこうむったとしてその賠償を求める場合の、その損害の内容が明らかにされる必要があるであろう。ことに前稿以来、主婦の逸失利益をめぐる判例も二三に止らないことであるから、その点を考察したいというのが本稿の狙いである。

(一) 拙稿「婦人の損害賠償」鹿兒島大学法文学部法学論集第三号所収

二 主婦の死亡による損害の範囲

一 イギリスの場合

イギリス法にあっては、妻の死亡による損害賠償の内容において、日本の場合とはかなりの相違がある。夫が妻の死亡にたいしてする請求は、死者にたいする傷害や、あるいは遺族の傷つけられた感情にたいする補償を含まず、単に遺族にたいする妻の過去の貢献の喪失と、将来における金銭的利益の合理的期待の喪失とによる損害にかぎられる。右の二つの場合における金銭的損失にたいする補償のみが問題となる(タフ・ペール鉄道会社対ジェンクス事件参照)。ケンプ氏によれば「多分このようなケースにおける夫の損害を評価する最善の方法は、年毎の算出基礎にもとづく金銭的純損失を計算し、これに適当な乗数を掛けることであろう。右の乗数の決定にあたっては、夫と死んだ妻のそれぞれの年齢や、妻のサービスの一部がその監護にむけられた子どもの年齢が考慮されなければならない。また、夫の再婚のチャンス、およびそれによって、彼のためにこれらのサービスを提供する別の妻を獲得する可能性、そしてまた、生命の不確実性や、したがって夫がうける収入の総額の不確実性などの因子を考慮しなければならない。しかしながら、時として、ある特別の項目がかなりの正確さをもって別個に評価されることがありうる。例えば、夫が仕事に出ている間に子どもの世話人を雇って子どもの世話をしてもらった場合は、この費用はその子が学齢に達するまでという限られた期間だけ続くものである。」とされる。^(一)

ケンプ氏は、妻の死亡にもとづき夫が請求しうる項目を次のように分類する。^(三)

(イ) 夫の金銭的損失

- (a) 妻自身の稼働による家計にたいする貢献
- (b) 妻が無償でおこなっていたサービスをおこなうための家政婦あるいは召使い（以下家政婦等をよぶ）を雇入れる費用
- (c) このような家政婦等の賄および住込に要する費用
- (d) 妻に代って家政婦等が家計をきりもりすることによってひきおこされた余分な出費
- (e) 家政婦等のために部屋を飾ったり、必要な快適さを準備するための費用
- (f) 子どもを学校で賄ってもらうための費用
- (g) 子どもの服を妻が作る代りに購入するための出費
- (h) 夫自身の衣類の購入費、妻によって注意され修理されていた服の修理費
- (i) 妻によって料理される代りに外食すること（による余計な出費）
- (j) 夫の雇用が不確定であったり、彼の健康状態が悪いときや、夫が働いていないときに、妻が家計をきりぬげるために働きに出るならわしになっている場合等の（生活）保障の要素の喪失
- (k) 所得税の評価のための配偶者控除の喪失

(ロ) 夫の金銭的利益

(a) 妻の遺言や、無遺言によって受けとった金銭

(b) 妻を維持し、着物をきせ、小使銭を与えないことによって節約される金銭

以上のように見ると、夫が妻の死亡によって賠償を求めうる損害の項目について、わが国の場合とかなり顕著な差異があることが分る。英法では、妻の死亡の際の慰謝料は、本人はもとより遺族のそれも認めない。右のケンプ氏の掲げ

る項目のうち、(i)の(a)(b)はわが国においても容認される項目であるが、(c)以下については、ほとんど否定的であろう。ただ、それらの内には、遺族にたいする慰謝料額算定の要素としてしん酌されるであろうと思われるものがある。就中(i)は十分考慮に入れられるであろう。(ii)については、わが国においては従来余り考慮に入れられなかつたように思われる。

しかし、今後妻の社会的経済的活動が活発となれば、(a)についても考慮を要する場合が生ずることは考えられる。(b)に関しては、妻について問題とされたものは存しないが、幼児の逸失利益算定にあたり、死亡後稼働を開始するにいたる間における生活費を、死亡により支出を免れた利益として損害額より控除すべきことを主張する見解があるが、判例は賛否両説に分れている。^(三)

二 わが国の場合

わが国においては、死亡によって生ずる損害の種類と範囲が極めて広汎に認められていることは、特徴的であるが、それは通常次のように考えられている。

- (i) 積極的損害 (a) 治療費・入院費・手術料等 (b) 物品損害(着衣・乗物・携帯品等)
- (ii) 消極的損害 (c) 得べかりし利益の喪失 (d) 遺族について扶養をうくべかりし利益の喪失
- (iii) 精神的損害 (e) 被害者本人の慰謝料 (f) 遺族固有の慰謝料。

右の項目のうち、(a)(b)はイギリス法でも認められているが、(c)は合理的期待の存する場合にかぎって認められ、(d)も妻によっておこなわれていたサービスの喪失として認められるが、その際(c)(d)ともに金銭的な喪失として把握されており、積極的損害としてのみ認められている点は注目すべきであろう。わが国の場合、(d)は通常(c)の相続が認められれば、その中に含まれていると考えられるが、相続人以外につき(d)が認められることがあり、^(四)(c)を否定して(d)のみを認めようという見解も主張されている。^(五)(iv)はイギリス法の否定するところであるが、(f)に関しては、最大法廷判昭四二・一一・一民集二一卷九号二二四九頁がその当然相続性を肯定したにもかかわらず、最近の東京地裁は相次いでこれを否定し、^(六)これを支持

する学説も有力に唱えられている(私は当然相続説をとるが、本稿では慰謝料に關してはふれない)。

(一) Kemp & Kemp "The Quantum of Damages" 2nd ed. vol. 2 Fatal Injury Claims, p. 176

(二) 同書一七七頁以下

(三) 戦前から肯定、否定両説の対立のあったことについては、拙稿「判例にあらわれたる生命・身体の価額」第一生命の価額下ジュリ一三七号をみられたい。戦後も、旭川地判昭四〇・五・一九判時四一〇号四七頁は肯定するが、名古屋地判昭三七・九・二六判時三三四号三〇頁は否定していた。最判昭三九・六・二四民集一八卷四七四頁が否定して以来、東京地判昭四一・一〇・六下民集一七卷九・一〇号九二二頁、東京地判昭四三・二・二九判時五二二号六八頁、大阪地判昭四三・三・一二判時五三二号五四頁等みな否定説をとるにいたっている。

(四) 仙台地判昭四三・二・七判時五二二号七四頁は、三九才男子の死亡につき、先天性白内障で両眼失明、知能程度も低い弟の扶養を同一人が一身で負担してきたことを認め、自己の生活費一カ月平均金六、六〇〇円のほか、弟の生活費を五、〇〇〇円とし、その合計額を収入より控除して純益を算出する一方、弟(相続人ではない)よりする扶養をうくべかりし利益の喪失にもとづく賠償請求を月額五、〇〇〇円の限度で認めている。

(五) 加藤一郎「自動車事故の周辺」ジュリ三八一八号八頁、西原道雄「人身事故における損害賠償額の法理」同誌一五一頁。

(六) 東京地判昭四二・三・二七判時四七五号一八頁、東京地判昭四二・四・二八判時四八六号五三頁、東京地判昭四二・二二・二五判夕二二六号一七頁、東京地判昭四三・四・三〇判夕三二二二号一五五頁など

(七) 打田峻一「慰謝料請求権の相続性」判例演習五卷二三一頁、好美清光「生命侵害の損害賠償請求権とその相続性について」田中誠一古稀論集六七五頁以下

三 逸失利益とは何か——その一

従来生命侵害による消極的損害としての「得べかりし利益の喪失」は、被害者が現在一定の収入を得ており、それを継続的に取得しうる合理的な見込のある場合に、現在の収入を基礎として算出された。その際、稼働期間の終期をいつと見るか、一斉昇給がおこなわれているときに、これをどう取り扱うか、あるいはボーナスを計算の基礎に算入するか等の問題を生ずるが、比較的計算は容易である。ここでは、現在収入のあるものにつき、それを基礎にして将来の逸失利益を算出するわけである。その稼働により一定の収入をもたらしうる婦人の場合には、右の方法によって算出すればよいことになる。したがって、得べかりし利益の喪失による損害を以上のようにとらえる立場からは、幼児、病者、高齢者、家事に専従する主婦については、右の意味の逸失利益は存しないことになる。このような否定説にもいくつかの型がある。

(1) 否定説

(イ) ① 高松地丸亀支判昭三一・一一・二〇（不法行為下民集三二年度二八九頁）は、交通事故で死亡した一九才の未婚女性につき、将来結婚して家事に従事すべく、それは女中あるいは家政婦の労働と同一視すべきであるとして、女中あるいは家政婦にたいする給与は月五、〇〇〇円が相当であるから、これと同一の利益を失ったとの原告の主張をしりぞけて次のように述べた。主婦の家事労働は、労働（力？）の対価として賃金を得ることを目的とするものではなく、「それは専らそれ自体として自らの家庭生活の維持発展を計ることを目的としてなされるいわば自己目的乃至本然的なものであるから、その労働に対しても原則として何ら現実に金銭を以てその対価が支払われることもないわけであって、その成果の享受は本質的にみて全く非財産的な利益にすぎないのである。されば主婦の労働を以て女中または家政婦の労働と同視し、その成果の享受の喪失を以て女中または家政婦の給料の喪失の場合と同日に論ずるのは謬りである。」と。ここでは、家事労働が対価性を有しないことが否定の主たる根拠とされている。また、原告が主婦の逸失利益を、女中または家政婦

の賃金により算出する根拠も明らかにされていないようである（イギリス法で、家政婦あるいは女中の賃金が損害として認められるのは、妻の死後家事を処理してもらうために現実これらものを雇い入れた場合にかぎられる。ただ、職業的家政婦、女中を雇用した場合にかぎらず、隣人Aケンプアンドケンプ前掲書一七六頁V夫の母A同書一八一頁Vにも認められるが、いずれも対価を支払われている場合である）。(ii) 妻の家事労働の財産的価値は、あくまで夫の労働を媒介とし、夫の収入という形をもって表面に現われてくるにすぎないものであり、夫の収入以外に妻独自の財産的利益があるのではなく、いわば夫の収入の中に夫の労働に対する対価の部分と、妻の家事労働に対する対価の部分が含まれているといふべきものである。ただ、妻の家事労働に対する対価が夫の収入の一部を占めているといっても、それはあくまで夫と妻の内部関係においてのみいえることであって、第三者に対する関係では、やはり夫の収入はすべて夫に帰属するものとして取り扱うべきものであるとする（谷水央「民事交通事故訴訟の問題点」判夕二〇二号五一頁）⁽¹⁾この立場からは、肯定説にたいする批判として、夫と妻とが生存しているかぎり、その子は、現実には夫の収入以上の財産的利益を享受し得ないのに、夫と妻とが同時に死亡すると（妻だけが死亡した時も？）夫の収入に妻の財産的利益を加えた賠償請求権を取得することになり、父母の生存しているときよりも多い利益をうけることになって不合理であるという点をあげる。

(2) 肯定説

これにたいし、家事労働に専念する主婦に関しても、経済的評価が可能であるとして、夫および子よりする損害賠償請求を容認する見解があるが、これもさらにいくつかに分類されうる。

(i) 被害者が未婚だが有職者の場合には、逸失利益の算定が容易であるところから、肯定説をとるものが多い。

② 横浜地川崎支判昭四〇・四・二三下民集一六卷四号七一三頁は、一八才の見習看護婦の死亡について、翌年四月一日よりは准看護婦になり、その後停年退職まで四一八月間労働し得たものとして、事故当時の損害額の現価を月毎 Hoffman 式計算法にしたがって計算して金一、七八五、九八九円となるとする。⁽²⁾

⑧ 東京地判昭四一・一一・一五下民集一七卷一一・一二号一〇九三頁は、交通事故で死亡した二三才、二〇才の二人の私立高校女子教員について、満三五才にいたるまで（理由不明、原告らの請求は余命の範囲内で、A五〇才、B五二才である）稼働するものとして損害額を算定、年ごとホフマン式計算法によりAについて一五六万円余、Bについて一五三万円余を認める。

他の例は、^(三)いづれも傷害に関するものであるが、志賀高原スキー事件として有名な、④ 東京地判昭三九・一二・二一判時三九三号一七頁にあっては、原告は二三才余の健康な未婚女性、高校卒業後会社に勤務して月額金一五、七〇〇円を得ていた。本件傷害の程度は、労基法施行規則別表身体傷害等級表等によれば、第七級「女子の外貌に著しい醜状を残すもの」に該当するとはいえず、第八級「一眼失明」の場合に該当し、その労働能力喪失率は四五%と認めて、平均初婚年齢である二四才までと一年間働き、事故時の現価九〇万円を得べきであったとした後、一般に有職未婚の女子が余命またはそれに近い年数の間その職場に勤務し、その収入を得ることは、近時における女子労働者中の既婚婦人の増加を考慮に入れてもなお通常ではなく、「むしろ女子の場合は、特段の事情なきかぎり、結婚適齢期に達した頃に結婚し、およそその頃退職して家庭の人となり、その後はいわゆる家事労働にたずさわるものと認めるを相当とし、そして、その労働力は通例一般女子の平均労働賃金に相当する収益を得べき見込あるものとして評価するを相当とする。」と述べる。そして、平均初婚年齢が二四・八才、女子の労働者の月間きまって支給される給与額の平均が金九、八九一円であること、女子の稼働可能期間は五五才までが相当であるが、本件事故によりその労働能力の四五%を失ったとして、その損害額（事故時現価）を金一、〇二九、一五七円とし、賠償額合計一、九二九、一五七円を認める（他に原告にたいして慰謝料金一〇〇万円、その父母にたいして各一五万円ずつを容認）。しかし、何故家事労働が平均労働賃金に相当するとみられるのかはまったく述べられていない（かえって前段の説示は、否定説の立場をとる前掲大阪地判昭四二・四・一九と同一であるから、積極的に肯定する理由を開陳する必要があると思われる）。

(四) 妻が単独で企業を営んでいる場合には、逸失利益の算定にあたり、男子の場合と格別異なつた問題はないが(例え
ば東京地判昭三八・六・二六交通下民集三八八年三六九頁は編物教室経営の場合)、夫とともに家業に従事しているときに
は、妻の家業への貢献をどう評価するかは問題である。^(四)

⑤ 東京地判昭三七・九・二八下民集一三卷九号一九七六頁においては、訴外亡Aの夫 X_1 は、昭和二四年以来会社をやめ
て、飼糧、燃料、後にはさらに米穀の販売を営み、Aはこれを手伝っていたが、次第にAの関与の度合が大きくなり、子
どもの世話や家事はほとんど X_1 の母Bにまかせ、Aは商品の販売・出納・計量、金銭の出納、記帳、電話の応待等店の仕
事に従事した。右のような場合、「その労働の価値を金銭的に評価し、その額に相当する収益を得ていたものと考えるの
が相当である。ところで、かような評価の方法としては、妻が具体的に行なう労働の内容を把握し、同種労働を行なう同
一経験年数を有する一般女子労働者の平均賃金によってこれを定めるといふ方法が考えられるけれども、当裁判所は、か
ような方法は必ずしも妥当ではないと考える。なんとすれば、本件におけるように、外部的形式的には夫が営業の主体で
あり、妻は一般従業員と同じくその補助者にすぎないとしても、その実は共同経営者の場合と同じく、その労働自体が一
般従業員におけるように拘束的労働たる性質をもたず、その反面労働のもたらす収益も固定せず企業収益の多寡に応じて
増減することが当然に予定されている場合においては、妻の労働の価値も一般労働者の平均賃金によってこれを律せず、
当該企業から生ずる収益に照らしてこれに寄与した夫の労働と妻の労働の価値を評価し、右企業収益中妻の労働によつて
得られたと認められる部分をもつて右妻の収益となすのが相当であると考えるからである。」として、その割合を X_1 6 A
4とみて、企業収入金六二六、五四九円を基礎として、A(二九才)の稼働期間を三〇年とし、生活費を月一万円とみて、
損害額の事故時現価を求めて、金二、三五四、九八八円と認めた。^(五)

以上の否定、肯定の両説とも、「得べかりし利益の喪失」の意義を、現に収益を得ているものが、これを失つた場合
に、それを損害として構成しようとする共通の立場に立つて、労働力に対価が支払われていないから収益性が存しないと

みるか、対価が支払われていなくとも、無償の奉仕とみるべきではないと解するから、肯定、否定の見解に分れている。肯定説の⑤判決は、「Aが右労働に対して原告X₁からなんらの対価の支払いを受けないのは、単にAがX₁の妻であり、両者が互にその労働を分担し、相協同して事業を営み、収益を挙げ、これによって一家全体の生活を営むという形をとっているがためにほかならない」として、AをX₁の共同経営者として、四対六の割合で配分すべしとする。しかし、それは、Aの死亡後も企業としての収益が減少しなかった場合には（Aの寄与が他のものの努力によっておこなわれることによって）、Aの貢献の評価は否定されるべきかという否定説の疑問に答えることができない。「得べかりし利益の喪失」の意義を右のように解することは、肯定、否定いずれの結論をとるにせよ、賛成することはできない。

また右の立場に立つかぎり、主婦に収益性を認めんとする根拠づけが弱いという非難を免れない。たまたま家の内外において有償の労働に従事しているところから、妻の労働力が死亡あるいは傷害により侵害された場合に、失われた労働力の価値の評価を、外から内へ移行させて、外で有償である労働力を内に向けた場合に無償になるはずはないというにすぎない。そして、その算定の根拠を、現に彼女が従前得ていた賃金額⁽⁶⁾あるいは女子の平均賃金（④判決）に求めるのである。

もし、主婦の死亡後、あるいは傷害により、家事労働のサービスが失われた場合に、これを代替労働力によって補ったときには、その支払いに要した費用は、妻が従前おこなっていた家事労働の評価額とみることができるとした判決がある。⁽⁷⁾

⑥ 東京地判昭四二・一一・一三判時四九八号一六頁は、交通事故で死亡した四三年余の主婦Aにつき、平均余命三一年、某社に勤務して年平均金一五〇、〇〇〇円の収入があった。なお五〇才まで七年余稼働可能であった。同女の生活費は月八、〇〇〇円（年額九六、〇〇〇円）、年間純益金五四、〇〇〇円、 Hoffman 式計算法により事故当時の現価を求めると金三一〇、〇〇〇円となる(a)。原告らの家事労働による逸失利益の主張にたいし、「一般に主婦の家事労働は全体としては経済的に評価できない性質のものではあるが、本件においてはたまたま前認定のように（【注】A死亡後一カ月のう

ち一五日ないし二八日原告らは近所のB女を手伝いとして頼み、食事、洗濯、掃除等の家事に従事させ、その費用として一日金五〇〇円を要した。原告らはAの死亡によって家事の主たる担当者を使い、前示のとおり家事手伝人をA死亡後一カ年間に亘り依頼し一日金五〇〇円の出捐をし、それ以後は原告らで家事を分担して処理していることから考え、Aの家事労働のうち少なくとも右の家事手伝人の労働により補填することのできた範囲に関しては十分経済的評価が可能ということができ「もとよりAは右の家事手伝人の賃金相当額を他から受けたわけではないが、Aの家事労働のうち「右に見た経済的評価可能の部分が本件事故により失われたのであるからいわば得べかりし利益の喪失に準ずるその相当額の財産上の損害を蒙ったと認めることができよう。」としたうえ、右の評価額を一カ月平均金九、〇〇〇円（年間一〇八、〇〇〇円）とし、五五才までと限定する（五六才以後は家事労働は減量するばかりでなく変質して、経済的に評価しえなくなるといふ）。五〇才までの前期の逸失利益は月額一〇八、〇〇〇円を基礎として、事故時の現価金六三〇、〇〇〇円（生活費は(a)において控除済み）、(b)、五〇才より五五才までの後期は、金一〇八、〇〇〇円から生活費金九六、〇〇〇円を控除した金一二、〇〇〇円を基礎として事故時の現価を求めると金四〇、〇〇〇円(c)となる。以上(a)(b)(c)合計金九八〇、〇〇〇円のうち、過失相殺して賠償額はそのうち金八一〇、〇〇〇円と認定（慰謝料は夫にたいし金五〇〇、〇〇〇円、子ら三名にたいし各二〇〇、〇〇〇円が認められている）。

⑦ 名古屋地豊橋支判昭三八・三・二九交通下民集三八年第一一八頁は、死亡当時満四九年余のA女につき、夫よりの損害賠償の請求の内容が明確でないが、本件事故により妻にたいする協力扶助請求権を失ったことによる損害賠償を求めているものと解したうえ、原告は青果物ならびに漬物販売業を営んでいるが、Aは販売業務を担当して協力扶助をしていたこと、Aの死亡後昭和三七年一月長男Bに嫁を貰うまでの約八カ月間は当時既に他に別居自活していた長女Cに月給四、五〇〇円を支払って右販売業務に従事させていた。したがって、Aは原告Xの営業販売業務を担当することにより少くとも月額四、五〇〇円相当の協力をXに与えていたものとみることができるとする。死亡後一〇年間は右の程度の協力を、

続く五年間はその半額程度の働きをなしうると認めると、一五年間の協力扶助額は原告主張通り金六七五、〇〇〇円、ホフマン式計算法により年五分の中間利息を控除すると、その現在額は金三八五、七一四円となる。過失相殺四割、賠償額は金二三一、四二八円（慰謝料は夫にたいし金四〇万円、子どもら五名にたいし各金二〇万円、ただし、過失相殺し、さらに自賠保険金を控除すると、夫一九万円、子は各九万円となる）。

主婦の逸失利益の評価に当り、⑥が家事手伝人、⑦が結婚している娘というように、たまたま従前妻のおこなっていた家事労働を妻の死後代って担当するものを見出すことができたので、これらにたいして現に支払われた賃金をもって、従前の妻の労働力の価値におきかえたにすぎない。もしもそういう適当な人を見つけられなかったために、遺族が家事労働に無償で従事し、あるいは交互に分担したときには、妻の場合同様価値が支払われないことになって、収益性なしとされることもありえよう。あるいは、妻が極めて有能であったために、妻の死後数人の家政婦、女中、下男をその代りとして必要としたとすれば、妻の従前の家事労働の評価は非常に高くなるであろうが、どの程度の代替労働をもって、妻の労働と等価値のものと認めるかは、判定に困難な問題であろう（妻あるいは母としての信頼感の有無による差などを考える）と一そう困難はますますであろう。²⁾

(一) 大阪地判昭四二・四・一九判時四八四号三四頁は、死亡当時一九才の未婚女子につき、平均初婚年齢である二五才をもって退職するものとして、それ以後の逸失利益を否定しているが、同裁判官の担当した判決である。わたしは同判決に賛成し得ないが、問題点については、拙稿「幼児の損害賠償」ジュリ・特集交通事故九一頁以下で指摘した。その後の否定説の立場をとり大阪地判昭四二・一〇・二七判夕二二五号二二頁も同裁判官の担当事件である。

(二) 亡Aの診療所よりうける給与は、准看護婦としての初任給月額一二、七〇〇円から、三六才月額三五、一〇〇円に達するまで、給与規定にもとづき毎年通増するとの原告の主張にたいし、その給与の通増が法令または契約にもとづく権利として認められる場合、または何人にもその実現に合理的な疑を容れない程度に確実な場合でなければならず、本件の場合そのいずれに

も当らないとして否定するが、疑問である。常時一〇人以上の労働者の働らく事業では、使用者は就業規則を作成し、監督官庁に届出ると同時に労働者に周知せしめる義務を負い、その中で、「賃金の決定、計算および支払いの方法、賃金の締切りおよび支払いの時期ならびに昇給に関する事項」について定めなければならない（労働法八九条）ものとされている。一〇人以下のところでも、昇給に関する事項は契約の内容になっているところが多いと思われる。使用者が給与規定に拘束されないとするのは誤りである。

(三) 東京地判昭四二・一一・六判時五〇一号五七頁後掲①。なお、大阪地判昭四二・七・三一判時五〇一号七八頁は、事故当時満一八才の女子につき、本件事故後四〇年間就労しうるものと認めた。婚姻適齢期に達した女性のうち多くの者が、結婚し家庭をもつとの被告の主張にたいし、判決は原告Xは本件事故当時現に〇〇工業に勤務していたのであり、「Xが結婚した場合必ず同社を退職しなければならなかったと認むべき証拠は何もなく、現今、結婚後も引き続き勤務する女性も少なくないことを考慮すると、Xの就労可能年数を一〇年に限定すべき理由はない」と述べている。

(四) 商工業 (a) 松山地判昭四〇・二・三下民集一六卷二号二一六頁は米穀雜貨商、後掲⑦名古屋地豊橋支判昭三八・三・二九交通下民集三八年一一八頁は青果物並漬物商、農・漁業 (b) 千葉地判昭四〇・六・一五下民集一六卷六号一〇五八頁、山口地判昭三八・一・一七交通下民集一頁、写真業 (横浜地判昭三八・一一・一三交通下民集五九九頁) など (a) (b) については拙稿「婦人の損害賠償」四九頁以下でふれた。

(五) 慰謝料として原告X₁(夫)にたいし金三〇万円、子X₂X₃にたいしそれぞれ金一〇万円、実父X₄実母X₅には各五万円が認められている。

(六) 東京地判昭四二・一一・六判時五〇一号五七頁後掲⑧判決参照。

(七) イギリス法のように、右の余分の支出は、妻の死亡・傷害に起因して遺族が蒙った損害であるとして、遺族よりの賠償請求を認める方が直截であるが（次節加藤氏見解）、わが国の場合両者の間の相当因果関係を容易に裁判所が認めない点については、拙稿「婦人の損害賠償」三九頁でふれた。

（八）その点につき、拙稿「婦人の損害賠償」三七頁以下、とくに四〇頁参照。

（九）ハーマン対ブライス等事件で、原告は、三六才の妻との間に九人の子どもがあつたが、妻は有能で一人で家事を処理していたが、妻の死後は二倍半の出費を要すると主張した。亡妻の代りに、一人の家政婦、一ないし二人の女中、一人の料理番、洗濯婦、子ども達の看護婦を必要とするからであるという。これにたいし、裁判官は少し肩唾だとして、こういう態度で事件を進めようとする原告は、裁判所がその証拠を割引きし、彼らの支出よりも少ししか受けられない重大な危険をおかすことになるであろうと述べている（ケンブ前掲書一九五・六頁）。しかし、これは請求が過大なのであって、実際に余分の出費を余儀なくさせられるケースは少なくないであろう（本稿第二節（一）イギリスの場合参照）。

四 逸失利益とは何か —— その二

以上のように、逸失利益の賠償を、稼働能力の喪失によって将来獲得しうべき利益を喪失したことによる損害の填補であると解すると、⁽¹⁾主婦・幼児・病者等の無収入者については、これを否定せざるを得ない。しかし、妻の家事労働について考えれば、これが無価値であるということは決してできない（この点は否定説も認める）。ただ、家事労働は対価を支払われない、あるいは、その労働の成果が他の人のためになされるのではなく、本来妻という立場に本然的な、自己目的的な労働であり、それが同時に他のものに均てんするにすぎないから、収益性を有しないとされる。

これにたいして、主婦の稼働能力を正しく評価しようという努力が払われている。それは、大きくいって三つの方向に展開されている。その一つは、逸失利益の損害の概念に反省を加え、それは、得べかりし利益の将来における喪失を填補せんとするものではなく、死亡あるいは傷害によって、ある人の有する稼働能力自体が喪失せしめられたことによる損害を填補するものと解するのである。

その二は、いわゆる「得べかりし利益の喪失」による損害額の算定が、その煩瑣な計算にもかかわらず、実際はきわめ

て不正確なものであるにすぎないから、生命侵害、身体傷害にあたって、すべて一つの非財産的損害が生ずるものとみて、これにたいする適切な賠償額を一体として判断すべしと説く。ここに「非財産的損害」というのは、普通いわれている財産的損害および慰謝料の双方を指している。判例を通観すると、いわゆる財産的損害の算出については厳格な立証を要求して、過度の実費賠償主義に陥る一方、慰謝料の算定については一切の事情を考慮して裁判官が自由に決定すべきものとされており、しかも慰謝料の額を適宜に決定することを通じて、「裁判官が適当と思ふ損害額」を結局において判示している実情である（慰謝料の補充的、あるいは調整的作用とよばれる）。^(三) 本説のように考えてはじめて、従来のような、得べかりし利益の喪失額の多寡によって、同じく腕一本脚一本を失い、あるいは死亡した場合に、極端な損害額の差異を生ずることがなくなるであろうというのである。^(三)

その三は、生命侵害による損害賠償請求権が遺族によって相続されるという考え方を一切否定して、遺族にたいし妻の死亡によって生じた損害を遺族自身の損害として賠償請求せしめようという考え方である。主婦の死亡により、夫や子が妻や母によって従来なされてきた家事労働のサービスを得られなくなったことにより、どれほど損害をうけたかを認定し、これを賠償せしむべきだといふのである。たとえば、家政婦（女中）を雇って家事処理に当らせ、家庭教師を雇って子の学習指導をさせた場合に、この家政婦（女中）や家庭教師に支払った価額が、損害として請求しうる額だといふことになる。^(四)

第三説は、イギリス法流に、被害者本人について損害賠償請求権の発生することを認めず（従って遺族によって相続されることはない）、遺族自身にたいする損害賠償請求権のみを認める。そうすると、彼ら自身のうけた損害のみになるが、それは先に述べたように、わが国の従来の損害の内容とは相違があり（わが国で通常認められる項目が含まれないし、一方慰謝料算定の際には斟酌される要素とされるが、通常財産的損害としては容認されない項目が含まれる）。そこで、第二説同様、財産的損害、慰謝料の別なく、非財産的損害として一本でとらえ、これにたいする適切な賠償額を見出すと

いうことになるであろう。しかし、これは不法行為法全体にたいして従来の方式と異なる、全く新しい構成を要求することになるであろう。しかも、この方式によるときは、従来の損害額よりも賠償額が低くなることは免かれないと思われる。^(五)

第二説については、わたしも共感するところが少なくない。先に最判昭三九・六・二四民集一八巻五号八七四頁が、幼児の損害賠償を算定困難として一概にしりぞけることなく、信賴すべき証拠資料にもつき「控え目な方法」によって、算出すべしと判示して以来、女子あるいは主婦について損害賠償を容認する例が増加した反面、いかなる証拠資料にもつき損害額を算出すべきかについて明確に指示しなかつたうえ、原審のとつた方法を否定したために、それ以後の判決が証拠資料や算定方法に苦慮する結果となり、ますます過度の立証主義と煩瑣な計算方法に偏きつつある感が強い。そこで第二説が、生命侵害、身体傷害による損害を非財産的損害として把え、いわゆる「控え目な方法」を採用することによって、収入の多寡による個人差を少なくすることを提唱している点には、共感を禁じえない。西原氏の唱える損害の定型化は、幼児・主婦などにあつては、収入の多寡が問題とならない故に、容易であろう。そして、同じ人間の命、あるいは腕や脚が、収入の多寡によって、損害額の算定にあたり余りにも大きな差を生ずることはなくなるであろう。個人の尊厳と両性の本質的平等を基調とする日本国憲法の下では、生命、身体の評価にあたつても、性別、収入の多寡により、大きな差を生じてはならないはずである。^(六)ただ、現在直ちに非財産的損害として一つにしたのでは、かえつて適正な賠償額が得られないのではないか。むしろ、財産的損害の評価を通じて賠償額の最近における著しい高騰が一部にせよ見られるのであつて、このような判例の積み上げによって生命・身体の適正な評価へ近づくのを待たうえで、生命・身体の評価を非財産的損害として適正に評価することが可能になるのではなからうかと考える。

(一) 谷口・植林「損害賠償法概説」一一一頁、植林「損害賠償額算定と潜在的后発的事情斟酌の可否」民商四三巻一四二二頁
 (二) 主婦について逸失利益を否定する大阪地判昭四二・四・一九判時四八四号三四頁、および大阪地判昭四二・一〇・二七判夕

二二五号一二三頁は、慰謝料で補うべしと説いているが、慰謝料によって財産的損害の評価の不正確さを補おうとすることは、誤りであるといわねばならないが、西原氏の指摘するような事情の存することについては、拙稿「幼児の損害賠償」の中で指摘しておいた。

(三) 西原道雄「生命侵害、傷害における損害賠償」私法二七号一一三頁以下。

(四) 「交通事故による損害賠償請求訴訟の諸問題」(三三)判タ二〇七号二四〇二五頁における加藤一郎氏の発言

(五) 有地亨「女子の事故死による得べかりし利益の算定について」法律のひろば二〇巻一〇号二八頁参照

(六) 拙稿「判例にあらわれたる生命・身体の価額、第一生命の価額上」ジュリ一三六号二〇頁参照。なお拙稿「幼児の損害賠償」において、損害の定型化に関し、イギリスでは、幼児の損害賠償額は成人の半分程度であることを指摘した(ジュリ特集交通事故・九六頁)

五 家事労働の喪失・減退による損害の算定

家事労働の収益性を肯定する見解にあっても、その内容に差異があるところから、その評価の方法についていくつかの相違がある。それは概ね次の三つの型に分類することができるであろう。

一 家事労働を生活扶養ないし扶助義務の履行にもとづくものとする見解であり、その収益性を認める根拠を通常は主婦により無償でなされているが、それを他人に代行させれば対価を支払うことを要するから、主婦の家事労働のサービスによって経済的支出を免れてきたことを利益とみるところにおく。

⑧ 東京地判昭四三・二・二九判時五二二号六八頁

「すなわち、炊事、洗濯、育児や衣類寝具などの調整修繕といった技術、役務にしる、あるいは留守番、客の応待、儀礼、子女の監護教育、財産管理などの家政一般にしても、これと同種の技術、役務ないし仕事に対し、個別的あるいは一

般的(家政婦・管理人など)な形で対価ないし報酬が支払われ、取引の対象となっていて、主婦などの家事労働が財産的に評価できるものであることは明瞭であろう。すなわち、主婦らは、家事労働によって経済的価値を創造しつつ、その価値の帰属主体となり、これを自ら享受するとともに、夫その他の家族に対し、生活扶助ないし扶養義務の履行としてあるいはその他の理由から、その利益を供与しているものと解するのが相当である。(略)これを実質的に考察するならば、この家事労働は、家庭内では概ね必須的なものであって、これを他人に代行させれば当然相当の対価を支払わねばならず、家族共同生活体を単位として考えれば、それだけの経済的支出を免れることにより、右生活体における財産の減少を防止している効果は否定できないのである。^(二)右の財産的利益の発生と主婦らへの帰属は、これを加害者に対する関係において主張しうるものであり、主婦の死亡により逸失したこのような利益は、他からの得べかりし利益が逸失した場合に準じ、主婦自身が蒙った損害として、加害者らに賠償させるのが相当であるとした。逸失利益が認められるためには、労働能力と労働意思の存在することが最少限度必要であり、また逸失利益の算定にあたっては、その属する家庭の生活程度と家族構成およびそこにおける家事従事者の地位を考慮し、勤労女子の平均賃金や家政婦の報酬を参酌すべきであると述べている。亡Aは四九才、平均余命は二六年余、稼働可能期間は一一〇月、逸失利益は原告ら主張の月二万円を下らず、その生活費は月額一万円、純益は一万円であるから、月毎ホフマン式計算法により年五分の中間利息を控除して事故時の現価を求めると金九〇万円となる(慰謝料として、Aにたいし金六〇万円、夫にたいし金五〇万円、男子二人にたいし各金三〇万円宛、女子二人にたいし各金四〇万円宛が認められている。男子と女子に差等が設けられている理由不明)。

前稿「婦人の損害賠償」でとりあげた大阪地判昭四一・五・三一判時四六五号五二頁もこの型に属するものといつてよいであろう。

二 主婦の死亡によって失われた家事労働のサービスを実際に家政婦によって代置するのではなく、主婦のおこなう家

事労働の内容が家政婦の労働以上の内容を有するものとして、少くとも家政婦の賃金をもって経済的に評価することが可能であると説く立場である。

(イ) 傷害の場合

⑨ 大阪地判昭四三・三・三〇判夕二一九号二一八頁は、交通事故で受傷した主婦のいわゆる「得べかりし利益の喪失」を否定した後、「しかし、家事に専従している主婦が、傷害により稼働能力を減少した場合には、家事に従事し得なくなった程度に応じて通常家政婦を雇傭し、若くは夫が本来（妻？）の労働にも従事しなければならなくなり、このような夫の余分の労働力の消費は家政婦を雇傭することと同視することができるので、右家政婦代もしくは夫が余分に労働力を消費したための財産的損害は、夫婦の経済的損害と解し、家政婦相当額の賠償を認めるべき」だと述べ、逸失利益の損害として請求してきたものを、家政婦代相当額の損失とみることも差し支えないとしている。そして、入院期間中はまったく家事に従事しなかったから、家政婦日当平均一、〇〇〇円宛の賠償を認めるべきところ、原告らの主張は一日四八七円宛であるからその限度で認め、通院期間中は通院の都合、後遺症状の程度からすると原告主張の一日四八七円を下らない賠償を認めるべきであるとして、その合計額三二三、八五五円のうち、原告主張の三二一、九〇七円の限度で認めた（慰謝料として本人にたいし金一三〇万円、夫にたいし金二〇万円を認めている）。

(ロ) 死亡の場合

⑩ 高松地判昭四三・一・二五判夕二一八号二二七頁において、訴外亡A女（五一才）は家事労働のかたわら農業労働、工事人夫として稼働していた。平均余命二四・八七年の内なる二〇年間は稼働可能、(a)農業による年間純益二〇万円中六割はAの稼働によるものとしてその収益は年一二万円、(b)工事人夫として日給四〇〇円、その収入は、稼働可能期間中最初の一〇年間は年間九六、〇〇〇円、その後の一〇年間は年間六四、〇〇〇円、(c)家事労働について。「ところで主婦の家事労働については、収益性を否定する見解がある。なるほど家事労働によって主婦は現実に対価を取得しないのが一般

である。しかしこれは家事労働が本質的に無償のサービスであるからではない。家事労働も家政婦（女中）によってなされる場合には対価が支払われることはいうまでもない。しかして主婦の家事労働が家政婦の労働内容以上の実質と価値を有することも明らかであるから、家事労働については主婦の場合にも当然少なくとも家政婦の賃金以上の対価が支払われるべきであるが、夫婦等家族生活共同体の性質上、現実には支払われないだけあって、この支払を免れた分はその分だけ共同体の財産として蓄積されたものと認めるのが相当である。この財産の所有名義が主婦の名義でないからといって主婦の労働に収益性がないと考えるのは妥当でない。香川県における家庭女中（家政婦）の昭和三七、三八、三九年の月間標準賃金は、それぞれ八、〇〇〇円、一〇、〇〇〇円、一一、二五〇円（食費控除後の金額）、Xの家事労働は妹が一部手伝っていた、Xの賃金相当額は月平均四、〇〇〇円、年間四八、〇〇〇円として、Xの生活費および公租公課の負担分の合計額は金一〇万円に達しないから、Xの失った得べかりし利益は、その死亡後の一〇年間（前期）は、(a) 一二万円 (b) 九六、〇〇〇円 (c) 四八、〇〇〇円より生活費を減じた金一六四、〇〇〇円、その後の一〇年間（後期）は (a) 一二万円 (b) 六四、〇〇〇円 (c) 四八、〇〇〇円より生活費を減じた金一三二、〇〇〇円、年毎ホフマン式計算法により年五分の中間利息を控除して死亡当時の現価を計算すると、前期分一、三〇二、九七一円、後期分七四八、五八七円となり、その合計は金二、〇五一、五五八円となるとした。

三 従来得べかりし利益の喪失の概念が、将来獲得しうべき利益を喪失したことによる損害としてとらえられているのにたいして、生命侵害・身体傷害による得べかりし利益は、稼働能力自体の喪失・減少にもとづく損害として把握されるべきだとする。したがって、現に無収入のものについても、稼働能力の喪失・減少にもとづく抽象的損害の評価には、なんら支障はないといわねばならないとする。

(イ) 傷害の場合

⑬ 東京地判昭四二・二二・六判時五〇一号五七頁。原告Xは事故当時満二〇才余の健康な女性、一カ月の平均手取額（賞

与を含む)金一七、〇〇〇円、満二三才まで二年間勤務し得て、その間の合計額を一括式 Hoffman 式計算法(年五分)に
より事故時の現価に引き直すと三七万円(a)、二三才ごろ結婚のため退社する予定であったとして、家事労働の評価に関
し、未婚者の場合には、「問題はむしろ抽象的な家事労働に象徴されるその者の具体的な労働能力、内に注がれずして外
に施されたならなにかの収入を生むであろうところの潜在的な稼働能力なのである。もとより、かかる場合、潜在的
稼働能力として評価されるところを以てそのまま労働能力算定の基礎となしえないのは、主婦として家事労働に従事する
との推測の下に立つ以上、当然のことであるが、他方、甲も乙も一律に見て家事労働の対価相当額を算定するのは、個々
人の精神的肉体的能力の差が主婦としての家事労働の質や量を左右する可能性を無視することに帰し、却って事の真を失
うと考えられるのであって、結局、未婚の女性の労働能力の喪失・減退につき、将来主婦たるべき期間の損害を算定する
場合には、その稼働能力を重要な因子として考慮に入れれば足りるのである。そして、例えば未就学の幼女などのように
将来の稼働能力測定につき何らの手掛りもない場合には、統計による平均値の利用も考えられないではないが、就職の経
験ある場合には、その就職時の収入を以て稼働能力を見積るのが当然である。」と述べる。Xの労働能力喪失の度合は三
分の二とみて、就職時の月收入一七、〇〇〇円を基礎として、損害額を考えると、月額一二、〇〇〇円となる。平均余命
五二年余のうちなる六〇才まで労働可能、三七年間の損害合計より一括式 Hoffman 式計算法(年五分)により中間利息を
控除して事故時の現価を求めると、一八〇万円(b)、右(a)(b)合計二一七万円が賠償を求めうべき損害額である(後遺症に苦
しみ、またそのため将来の結婚について大きな危惧を抱いていることを考慮して、慰謝料は一八〇万円を相当とする)。

本判決が、家事労働の喪失による損害の評価にあたり、既婚者の場合には、具体的に家庭の事情や家事労働の質と量
(夫の職業、財産、家族の数、本人の健康や能力等)とに即して決定すべく、未婚者の場合には、有職者にあつては、就
職時の収入、幼児にあつては、統計上の平均値によるべきものとしている点は、注目すべきであらう。

(四) 死亡の場合

前稿「婦人の損害賠償」では、初めて稼働能力の喪失自体を損害とみる立場をとったものとして、^⑫大阪高判昭四〇・一〇・二六下民集一六卷一〇号一六三六頁を挙げたので、ここでは、その後に出た次の判例を掲げる。

^⑬ 大阪地判昭四三・三・一二判時五二二号五四頁。訴外A女は事故当時満三才一〇カ月の女子、平均余命年数は七一・〇四年、厚生省大臣官房統計調査部編人口動態統計によれば、昭三七年度の平均初婚年齢は二四・五才、本件事故にあわなければ、高校卒業後事務員として勤務し、おそくも二五才に達するまでに結婚し、その前後に退職したであろうとする。二五才で結婚した後の逸失利益に関し、「しかし、人間が死亡または傷害により稼働能力の全部または一部を喪失した場合には、その能力喪失自体を損害とみてこれに対する賠償を認めるべきものであり、従来判例が右の場合に得べかりし利益喪失による損害の賠償を認めてきたのも、右稼働能力喪失自体の損害を評価する一方法にすぎず、したがって稼働能力喪失自体の損害を評価するにあたり右の方法が採用できない場合には、これに代わる方法を採用することが許されるものと解するのが相当である。」として、稼働能力自体の喪失について、「女子は結婚したことによって稼働能力自体をも失なうものではなく、いつでも必要に応じ自己の意思によって稼働能力を働かせ賃金等の収益を得ることができるのであるから、主婦が生命を侵害された場合にはこのような稼働能力自体を失なったことによる財産的損害を受けるものと認められる。このような稼働能力自体の算定は、被害者の受けた教育、技能、健康状態等諸般の事情を綜合考慮してなすべきであるが、幼女の場合にはこれを算定する何らの手掛りもないので、稼働能力の対価とすべき賃金の統計上の平均値を利用して損害の算定をするのも現状ではやむを得ない。」と述べる。Aの損害額については、一八才から二五才までは、大阪府および尼崎市における昭和四〇年度の高校卒女子事務員の商業における平均初任給は一七、〇六四円で毎年九七〇円昇給することを基礎に、生活費を五割とし、右収入の半額を純益として、ホフマン式計算法により年五分の中間利息を控除した現価は金四四〇、五六九円となる(a)。ついで、Aの二五才より五五才までの損害については、総理府統計局編第一七回日本統計年鑑「年令階級、産業および企業規模別給与額」によって、昭和四〇年度女子労働者全国全産業平均年齢別

月間賃金をみれば、二五才から二九才までが二〇、〇〇〇円、三〇才から三四才までが二〇、九〇〇円、三五才から三九才までが二〇、八〇〇円、四〇才から四九才までが二〇、一〇〇円、五〇才から五九才までが二〇、二〇〇円である。Aの損害として、昇給を考慮せず、右年齢別賃金中の最低である二五才から二九才までの二〇、〇〇〇円を下ることはないものと認め、生活費五割を減じ、月額一〇、〇〇〇円を基礎として、年毎に年五分の割合による中間利息を Hoffman 式計算法により控除してその現価を算定すると、 $12,000円 \times (5\%年間のH利率 - 21年間のH利率) = 1,338,912円$ (b) となる。以上(a)(b)合計一、七七九、三八一円が得べかりし利益を失った額である(慰謝料としてAの両親に各一五〇万円宛が認められている)。両親に監督上の過失あり、損害額の二割を過失相殺すべきものとされている。

(一) 主婦の稼働により、財産の減少を免れた部分が夫婦の共有財産として残存するならば、妻自身の財産として蓄積され、あるいは夫名義の財産として残るならば、妻はそれに対し一種の持分権をもち、財産分与ないし相続の際に表面化されるであろうし、あるいは嫁の場合には嫁資という形で分与されるであろうと述べている。

六 稼働能力自体の喪失による損害の算定

以上三つの類型のうち、第一説は、家事労働の特質からその喪失による損害を特色づけようと努力しているものであり、否定説の立場よりする非難、すなわち主婦による家事労働は対価性を有しないと、自己目的なものであって他にたいし労働の効果が帰属しない等の意見に答えようとしている。そして、主婦の家事労働の有償性の根拠を、財産の増加ないし減少の防止という点に求め、労働能力と労働意思の存在することを条件として、家庭の生活程度と家族構成およびそこにおける主婦の地位を考慮し、勤労女子の平均賃金や家政婦の報酬を参酌して、これを算定しようとする。しかしわたしは、主婦の家事労働の有償性を財産の増加ないし減少にたいする貢献に求めることに賛成し得ない。その経済的評価を平均賃金ないし家政婦費にもとづいておこなうとされるが、右の家事労働の有償性の根拠とその算定方法との間の関連

が納得できない（もし、財産への貢献をいうならば、家政婦とのつながりはうなづけるとしても、平均賃金による理由が分らない）。第二説は、主婦による家事労働の有償性の根拠を、家事の一部を担当する家政婦の有償労働たる点に求め、主婦の家事労働が家政婦の労働以下ではないことを理由とする。そうすると、主婦の家事労働への関与の程度・態様によつては、家政婦・女中の労働との対比が困難な場合が生ずるであろうと思われる。

わたしは、第三説の稼働能力自体の喪失による損害とみる説に賛成する。従来この説は、¹²五才、¹³三才のように幼年の女子に関して唱えられているところから、無収入者の損害算定の際にのみ適用されるように考えられている。成人の有職者の場合、就中男子にあっては、将来における利益の獲得の蓋然性が高いから、いわゆる逸失利益として、現在の収入を基礎として評価するのにたいし、幼児ことに女子の場合には、将来における利益の獲得の蓋然性が低いから、これを稼働能力自体の喪失ととらえて、統計上の平均賃金をもって評価しようとしたのであろう。得べかりし利益の喪失による損害の存否と、その損害をいかように金銭的に評価してその損害額を算出するかとは別個の問題であり、前者の判断にあたり有職者と無職者の場合に差があり、後者について就職時の収入と女子の平均賃金といずれを算定の基礎とするかに違いがあるだけであつて、現在における収入の有無は本質的には問題ではないと考えるべきではないか。有職者であるか、無職者であるかによつて、その逸失利益の内容を区別することなく、いずれの場合も稼働能力の喪失と考え、ただ、その算定に当り既に職を有しているものは、その収入をもつて算定の基準とし、無職者については、統計による平均賃金を「控え目な方法」によつて算定すればよいのではないかと考える。¹⁴

(一) 平井「債務不履行責任の簿面に関する法的構成」(三) 法協八一巻三号二六九頁参照。

(二) 最判昭三九・六・二四のいわゆる「控え目な方法」を、主婦の家事労働の評価に当つて適用すれば、二〇才から二四才までの女子平均賃金を基礎とすべきであろうか（拙稿「婦人の損害賠償」四六頁注(二)参照）。最判昭三七・五・四民集一六巻五号一〇四四頁の少数意見として、池田裁判官は小規模経営における義務教育終了者の初任給を基準とせよと述べておられるが、家庭環境、本人の能力その他諸般の事情が考慮されるとしても、やや低きにすぎるとはならないかと考える。