

# 障害児・年少者死亡における 損害賠償（逸失利益）額の算定・再論

——聴覚障害児死亡事件を例に——

吉 村 良 一\*

## 目 次

1. はじめに
2. 交通事故賠償方式の特徴と限界
3. 障害児死亡における損害賠償
4. 聴覚障害児死亡事例の検討——大阪地裁令5・2・27判決の検討
5. 人身損害における損害賠償額算定のあり方——結びにかえて

## 1. はじめに

交通事故等により障害を有する未就労の児童や年少者が死傷した場合、その損害賠償額（特に、逸失利益）はどのように算定されるべきか。筆者は、前稿<sup>1)</sup>において、自閉症児（死亡当時15歳）が死亡した事案において、全労働者の平均賃金（ただし、全年齢の平均ではなく19歳までの平均賃金）を用いて算定した判決を検討した。本稿は、そこでの主張を再確認しつつ、その後の裁判例にも視野を広げ、とりわけ、聴覚障害を有した11歳の女児が交通事故によって死亡した事案に関する最近の判決（大阪地判令5・2・27 LEX/DB25572740）の検討を中心に、この問題を再論するものである<sup>2)</sup>。

---

\* よしむら・りょういち 立命館大学名誉教授

1) 拙稿「障害児死亡における損害賠償額の算定について」本誌387・388号（2020年）521頁以下。なお、叙述の都合上、本稿の一部が前稿と重複していることをお断りしておきたい。

2) 本稿の一部（特に、4）は、聴覚障害児死亡事件に関し、原告弁護団の要請を受けて

## 2. 交通事故賠償方式の特徴と限界

### (1) 人身損害賠償額算定に関する「交通事故方式」

交通事故により人身損害が発生した場合、実務においては、以下のような算定方法が一般的に採用されている。まず、人身事故によって生じた損害は財産的損害と精神的損害に分けられ、さらに前者は積極的損害と逸失利益に分類される。これらの各損害項目について個別に賠償額が算定され、それらを合算したものが賠償額となる(個別積み上げ方式)。このうち、積極的損害については原則として実費によるが、葬儀費や入院雑費などは、一定の基準による定型的な処理が行われている。賠償額全体の中で最大の比重を占める逸失利益については、事故により被害者が失った所得を賠償するという立場(所得喪失説)がとられる。したがって、被害者の従前の収入(正確に言えば、従前の収入から予測される将来の収入)が算定の基礎に置かれるが、専業主婦や年少者のように事故当時収入のなかった者については、平均賃金を基準とした算定がなされる。

この方式が確立したのはそれほど昔のことではない。そもそも、民法典の起草者は、賠償額の算定について特定の条文を設けていない。そこで、判例や学説は、様々な考え方・手法を主張し採用してきたわけだが、上記のような方式(「交通事故方式」)は、昭和40年代に、交通事故が多発し、多くの交通事故民事損害賠償訴訟が提訴される中で確立したものである。この経過については、すでに整理・分析したことがある<sup>3)</sup>が、本件のような年少者死亡の場合について、「交通事故方式」が形成された経過は以下の通りである。

---

↘作成し、大阪地裁宛に提出した意見書に基づいている。

3) わが国の人身事故における損害賠償論の展開と「交通事故方式」の確立プロセス、および、その意味については、拙稿「交通事故訴訟における人身損害賠償額算定方法の特色」交通法研究24号(有斐閣、1996年)、拙著『人身損害賠償の研究』(日本評論社、1990年)80頁以下、拙著『市民法と不法行為法の理論』(日本評論社、2016年)293頁以下参照。

昭和30年代後半までの時期において、被害者が年少者や主婦のように無収入者であった場合に死者の逸失利益の賠償請求権を認めることができるかどうかについて、裁判例はなお分かれていた。昭和30年代にすでに、平均賃金や平均余命等の統計値を活用した逸失利益の算定方法を主婦や幼児のような事故当時収入のなかった被害者にも認めたものもあるが、他方において、これを否定する事例も少なからず存在した。最高裁も、昭和37年の段階では、事故による死亡当時3歳の男子が生存していたとして何時ごろから少なくともどれだけの純収入を得るか、それを同人の死亡当時に評価してどれだけの数額になるかを算定することはきわめて困難な問題であるとして得べかりし利益の喪失に基づく請求を認容しなかった原審につき、そこには経験則違背は認められないという判断を示していた（最判昭37・5・4民集16・5・1044）。

このような状況が克服され、年少者や主婦の逸失利益が平均賃金等の統計を使って算定されその賠償が認められることが確固とした実務となるのは、昭和30年代末から40年代になってである。まず年少者については、昭和39年の最高裁判決（最判昭39・6・24民集18・5・874）が、8歳の男児が交通事故により死亡したケースにおいて、不法行為により死亡した年少者の逸失利益を算定することは極めて困難であるが、算定困難を理由にその賠償を否定すべきではなく、「年少者死亡の場合における右消極的損害の賠償請求については、一般の場合に比し不正確さが伴うにしても、裁判所は被害者側が提出するあらゆる証拠資料に基づき、経験則とその良識を十分に活用して、できうるかぎり蓋然性のある額を算出するよう努め、ことに右蓋然性に疑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……より客観性のある額を算出することができ」として、基本的な考え方を示した<sup>4)</sup>。

---

4) この判決が、「蓋然性のある額」とし、蓋然性に疑いがある場合は「控え目な算定方法」としていることから、可能性よりも確からしさの程度として高度のものが求められているのであり、そうでなければ賠償額を少なめ（「控え目」）に算定すべきとするのが最高裁の

次いで昭和49年に最高裁は、7歳の女兒が交通事故により死亡し、その両親が賠償請求した事例において、「結婚して家事に専念する妻は、その従事する家事労働によって現実に金銭収入を得ることはないが、家事労働に属する多くの労働は、労働社会において金銭的に評価されるものであり……具体的事案において金銭的に評価することが困難な……場合には、現在の社会情勢等にかんがみ<sup>5)</sup>、家事労働に専念する妻は、平均的労働不能年令に達するまで、女子雇傭労働者の平均的賃金に相当する財産上の収益を挙げるものと推定するのが適当である」とし、平均初婚年齢までの逸失利益賠償しか認めなかった原審を破棄差戻した(最判昭49・7・19民集28・5・872)。

## (2) 「交通事故方式」の限界

この方式が、賠償額の算定方法を合理化し、迅速な被害者救済に資するものであったことは否定できない。また、この方式は、それがあつた種の客観性と定型性を有し、当事者にも社会的にも受容されやすいこと、裁判官としても利用しやすいこともあり、交通事故以外の人身損害賠償においても一般的に採用されることが多い。しかし、他方で、この方式に限界や問題点があることも多くの論者によって指摘されている。例えば、このような算定方法では被害者の収入により賠償額に大きな差が生じることになるが、そのことは社会的に許容されうるか。この算定方法は、一方で、実費に基づいて賠償額をできるだけ「正確」に算定しようとするが、このことは、他方で、現在の収入をあと何年にわたって得続けることができるかと

---

↘判例だとして、本稿で検討する障害者死亡の場合にも「高度の蓋然性」をもった証明が求められる、あるいは、「控え目」な算定が求められるとする理解が一部にある。しかし、この判決の要点は、年少者や無収入者には逸失利益はないとする裁判例もおおく存在する中、しかも、最高裁自身が、昭和37年に、高度の証明を求めるとき判断を示していた段階において、それらを克服するために示した判決理由であり、それは決して、年少者等の賠償を切り縮めるためのものではない。

5) 社会情勢を考慮すべきことが指摘されている点に注意。

いう極めて不確かな予測に基づいていることと整合的に理解できるのか。これらの項目でとらえきれない被害者の人格的ないし生活上の様々な被害があるのではないか、それらは慰謝料（これも、ある種の定型的な算定がなされている）ですべて汲みつくすことができるのかといった批判である。

その後の実務は、これらの批判をも意識しながら、この方式に一定の修正を施すようになっている<sup>6)</sup>が、ここで注意すべきは、このような算定方式は、あくまで、人身損害賠償における賠償額算定の一つのルールないしガイドラインだということである。この点につき、例えば、平井宜雄（敬称等略。以下同じ）は、金銭評価に関する現在の実務が形成した準則は、損害の金銭的評価の裁量的・創造的作用の「ガイドライン」として位置づけて評価すべきであるとしている<sup>7)</sup>。とりわけ人身損害については、この点がより明白である。なぜなら、人身損害の場合、そこで侵害された生命・身体といった権利ないし法益は市場価格を持たないものだからである。したがって、生命・身体の侵害によってどのような額の損害が発生したと考えるかに当たっては、何らかの意味において規範的な判断をとまなう「評価」が不可欠となる。この点に関わって、澤井裕は、人侵害においては、物侵害の場合と異なり、「それ自体評価できない人の価値（積極的損害）を、収益（逸失利益）から逆算して算定しているのであり、「所得喪失説は人侵害を捨象し、逸失利益自体を損害とみるのだと言ってみたところで、人と物の損害算定上に占める逸失利益の位置づけの本質的相違は何ら変わらない」として、人損の場合、人の価値の侵害と別のところに逸失利益という損害が存在するのではないことを指摘している<sup>8)</sup>。

---

6) 「交通事故方式」の修正事例については、吉村・前掲（注1）論文532頁以下参照。

7) 平井宜雄『債権各論Ⅱ』（弘文堂、1992年）132頁。

8) 澤井裕「未就労年少者の死亡損失」石田・西原・高木教授還暦記念論文集『損害賠償法理の課題と展望』（日本評論社、1990年）258頁以下。

### 3. 障害児死亡における損害賠償

#### (1) 裁判例の動向

障害を持った子どもが事故で死亡した場合、その賠償額の算定においては、障害を有する被害者の人間としての価値や尊厳をどう損害賠償法において受けとめるかという重い課題が突きつけられることになる。かつては、障害者の生前の労働能力を考慮した逸失利益の算定が行われていた。そして、このような下級審判決の延長上において、県立養護学校在学中の自閉症の男児が体育の水泳授業中に溺死した事件において、被害者は、卒業後、地域作業所に進む蓋然性が最も高いと認められるので、被害者死亡による逸失利益は、県下の作業所入所者の平均収入(年約7万円)を基準に算定すれば、120万余円となるとする判決が登場した(横浜地判平4・3・5判タ789・213)。

これに対し東京高裁は、次のような注目すべき判断を示した(東京高判平6・11・29判時1516・78)。判決は、「年少者の死亡時点における人間の能力、価値を固定化し、この時点に明らかにされている要因だけを基礎として年少者の死亡による逸失利益を算出することが、必ずしも絶対的な方途ということができない場合がある。……このような場合には……将来の発展可能性のある要因をも、それが現時点で相当な程度に蓋然性があると認められる限りは……何らかの形で慎重に勘案し、斟酌しても差し支えない」(下線は筆者による。以下同じ)とする。そして、地域作業所入所による平均年間所得を算定の基礎とするのでは、その額が「余りにも現実の労働に対する対価とは質的に異なるほど低廉であるというのであれば、相当に大幅な修正を施さない限り、一人の人間の生命の現価として数額をもって評価するには、非現実的で労働による収入額とはかけ離れた数額となりかねないであろう」と判示した上で、神奈川県最低賃金を基礎とした計算、原告が通っていた養護学校卒業自閉症男子生徒の平均初任給による計

算、平均賃金より4～50%低い金額による計算等のいくつかの算定方法により試算された金額を比較すれば、原告の逸失利益の額を1800万円と認めても不合理ではないとした<sup>9)</sup>。

この判決では、問われているのが死亡により被害者が失った収入ではなく「人間一人の生命の価値」とそれに対する補償であることが明確に意識されている。そして、損害がそのようなものである以上、賠償額の算定は緻密な計算の問題ではなく、様々の試算をもともなう評価であり、同時にそこでの金額は、人の価値＝人間の尊厳の名に値するものでなければならぬということになる。この点で、判決が、「作業所による収入をもって基礎とするのでは余りにも人間一人（障害児であろうと健康児であろうと）の生命の価値をはかる基礎としては低き水準の基礎となり適切ではない（極言すれば、不法行為により生命を失われても、その時点で働く能力のない重度の障害児や重病人であれば、その者の価値を全く無価値と評価されてしまうことになりかねないからである）」としたことは、裁判所が、人の生命の価値について正面から言及したものと見て、極めて重要な意義を持っている。ただし、認められた額は1800万円にとどまっている。

その後、重度の知的障害を持つ児童が福祉施設において事故死した事件において、最低賃金額を基準とした逸失利益を認めた事例（青森地判平21・12・25判時2074・113）<sup>10)</sup>、ダウン症の3歳の女児が保育所のプールで溺死し

9) 吉村顕真「不法行為法における人権救済の法理と政策」金子匡良他編著『人権の法構造と救済システム』（法政大学出版局、2023年）119頁以下は、障害のある年少者の逸失利益算定をめぐる裁判例や学説を分析しているが、その中で、この判決を契機として変化が見られるようになり、「それ以降の裁判所は、障害のある年少者の稼働能力取得及び一般就労の蓋然性の有無・程度を個別具体的に検討した上で、人間の価値平等あるいは障害者法制を踏まえつつ、逸失利益を肯定していくという方向へと転換した」とする。

10) 青森地裁は、「障害者に対する理解が遅々としたものではあっても徐々に深化してきていることを示すものというべきであって、今後も将来にわたって、知的障害者がその能力を十分に活用することができる職場が徐々に増加することを期待し得るものというべきであ」り、「知的障害者雇用に関する社会条件の変化をも併せて考慮すれば、後に説示するとおり約50年にもわたる就労可能期間を残して死亡した亡一郎が、自閉症を含む重度の知的障害を抱えながらも、その就労可能な全期間を通して相当の賃金を得ることができた」

た事件において、平均賃金の70%の逸失利益を認めた事例(さいたま地判平27・12・11LEX/DB25541940)<sup>11)</sup>などが現れている<sup>12)</sup>。さらに、和解において障害児にも平均賃金を基礎とし、それに一定の減額率を乗ずるという事例も散見される<sup>13)</sup>。

## (2) 障害者をめぐる法の変化

以上のように、裁判実務や和解事例において、障害児についても逸失利益を認める判断が多くなって行くのだが、その背景には、障害者をめぐる法やその基礎にある社会の規範意識の変化・発展がある。障害者をめぐることは、2006年に国連総会において障害者権利条約が採択され、わが国も、2007年にこの条約に署名し、2014年にこれを批准した。この条約は、障害者の人権及び基本的自由の享有を確保し、障害者の固有の尊厳の尊重を促進することを目的として、障害者の権利の実現のための措置等について定める条約であり、一般原則として、障害者の尊厳、自律及び自立の尊重、無差別、社会への完全かつ効果的な参加及び包容等、一般的義務として、合理的配慮の実施を怠ることを含め、障害に基づくいかなる差別もなしに、すべての障害者のあらゆる人権及び基本的自由を完全に実現することを確保し、及び促進すること等を内容としている(外務省ホームページより)。

国内法においても、これらの動きを受けて、2011年に障害者基本法が改

---

ゝ蓋然性を否定することはできないというべきである」と述べている。

- 11) この判決は、「知的障害者が一般企業へ就労する機会が増えつつある現状に鑑みれば、健全者の賃金水準には劣るとしても、知的障害者がその有する能力を十分に活用することができる職場において就労する機会を得ることや、一般就労か福祉就労かにかかわらず、健全者との賃金水準の格差が是正されていくことが一定程度期待することができる」と述べている。
- 12) その他の障害者の逸失利益に関する裁判例については、城内明「障害児の逸失利益算定方法に係る一考察」末川民事法研究5号18頁以下参照。また、松本幸治「障害のある年少者の逸失利益算定における基礎収入の認定について」日本大学法学研究年報52号(2022年)95頁以下も、裁判例の状況を整理している。
- 13) 和解事例については、城内明「知的障害者の逸失利益算定方法」新・判例解説 Watch 民法(財産法)25号(2019年)88頁の注3)参照。



正されたが、そこには以下のような規定がある。

第2条 この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、それぞれ当該各号に定めるところによる。

一 障害者 身体障害、知的障害、精神障害（発達障害を含む。）その他の心身の機能の障害（以下「障害」と総称する。）がある者であつて、障害及び社会的障壁により継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける状態にあるものをいう。

二 社会的障壁 障害がある者にとって日常生活又は社会生活を営む上で障壁となるような社会における事物、制度、慣行、観念その他一切のものをいう。

第4条1項 何人も、障害者に対して、障害を理由として、差別することその他の権利利益を侵害する行為をしてはならない。

2項 社会的障壁の除去は、それを必要としている障害者が現に存し、かつ、その実施に伴う負担が過重でないときは、それを怠ることによつて前項の規定に違反することとならないよう、その実施について必要かつ合理的な配慮がされなければならない。

ここでは、障害者が日常生活又は社会生活（あるいは労働）において受ける「制限」には「社会的障壁」（「障害がある者にとって日常生活又は社会生活を営む上で障壁となるような社会における事物、制度、慣行、観念その他一切のもの」（同法2条2項））が原因となっているものがあるという障害観が規定されている。そして、その障壁を克服する方向で法や社会は変わって行くべきであるとされているのである。

さらに、2013年には障害者差別解消法が制定され、障害者雇用促進法が制定されが、そこには、以下のような規定が置かれている。

第3条 障害者である労働者は、経済社会を構成する労働者の一員として、職業生活においてその能力を発揮する機会を与えられるものとする。

第6条 国及び地方公共団体は、自ら率先して障害者を雇用するとともに

に、障害者の雇用について事業主その他国民一般の理解を高めるほか、事業主、障害者その他の関係者に対する援助の措置及び障害者の特性に配慮した職業リハビリテーションの措置を講ずる等障害者の雇用の促進及びその職業の安定を図るために必要な施策を、障害者の福祉に関する施策との有機的な連携を図りつつ総合的かつ効果的に推進するように努めなければならない。

これらの条約や法律を貫いているのは、障害者差別を克服し、障害者の基本的人権が、障害を持たない人と等しく保障されるべきという理念である。このような理念は、単に法や条約が定めているだけではなく、今日の社会における市民の規範意識となってきた。そして、そのことが、前述のような実務の変化をもたらしているのである。さらに、これらの条約や法律における障害のとらえ方(障害観)の変化も重要である。この点につき、城内明は、「障害は人それぞれであり、被害者は、障害の多様性に応じ、自らの人生を歩んできた(いく)。裁判所は、このような被害者の歩みを尊重し、将来の得べかりし利益を算定するにあたって、不法行為によって摘み取られてしまった可能性を正しく評価しなければならない。『全ての国民が、障害の有無にかかわらず、等しく基本的人権を享有するかけがえのない個人として尊重される』(障害者基本法1条)社会を理想に掲げる我が国において、国家機関たる裁判所には、こうした基本姿勢が求められているのである」とした上で、「蓋然性のある額を算定するために、社会的障壁を除去してもなお残るインペアメント<sup>14)</sup>由来の困難を理由とした労働上の制約を考慮することは許される」が、「社会的障壁(ディスアビリティ)が残存する現在の就労環境を根拠に、将来の得べかりし利益を測ることは許されない」とする<sup>15)</sup>。

---

14) 城内によれば、障害者権利条約が採用する「障害の社会モデル」は、ディスアビリティとインペアメントを区別するものである。前者は、社会制度に起因する「障害物」、後者は、個人の属性としての障害である(城内・前掲(注12)論文25頁)。

15) 城内・前掲(注12)論文28頁以下。

### (3) 近時の注目すべき裁判例

#### a) 東京地判平31・3・22（労判1206・15）

(1)では、平成20年代頃までの裁判例を見たが、これらにおいては、なお、障害を理由に賠償額を低く算定するという点が完全に克服されたわけではない。しかし、この点で注目すべき裁判例が近時登場している。前稿で検討した、重度の自閉症児について平均賃金（ただし、19歳のもの）による算定を認めた東京地裁判決である。

事案は、原告らの子である知的障害（自閉症）を有するA（15歳の男児）が、入所していた施設を出て行方不明となり、その後、山林で遺体となって発見されたが、Aが本件施設を出て行方不明となり死亡するに至ったのは、被告の本件施設の利用契約上の債務不履行（入所利用者に対する安全配慮義務違反）又は被告自身若しくは被告の職員の過失によるものである（本件施設の他の利用児童が帰園した際、東棟玄関扉の電子錠が解錠されたままの状態になったために東棟玄関から本件施設を出てしまい行方不明となった）と主張して、損害賠償請求を行ったというものである。

東京地裁は、19歳までの平均賃金による逸失利益の賠償（2242万余円）とA本人の死亡慰謝料（2000万円）、原告ら固有の慰謝料（250万円×2）、弁護士費用の合計5212万余円の賠償を認めた。まず判決は、障害者の雇用に関係する法令の変化を詳細に指摘した上で、「知的障害者雇用に関連する社会の情勢も漸進的にはあるが改善されていく兆しがうかがわれる。このような事情に照らせば、我が国における障害者雇用施策は正に大きな転換期を迎えようとしているのであって、知的障害者の一般就労がいまだ十分でない現状にあるとしても、かかる現状のみに捕らわれて、知的障害者の一般企業における就労の蓋然性を直ちに否定することは相当ではなく、あくまでも個々の知的障害者の有する稼働能力（潜在的な稼働能力を含む。）の有無、程度を具体的に検討した上で、その一般就労の蓋然性の有無、程度を判断するのが相当である」とする。

その上で、「Aの特性に配慮した職業リハビリテーションの措置等を講

ずることにより、上記就労可能期間のいずれかの時点では、その有する潜在的な稼働能力が顕在化し、障害者でない者と同等の、場合によっては障害者でない者よりも優れた稼働能力を発揮した蓋然性は高いというべきである」とし、「自閉症で重度の知的障害者であるAにおいても、一般就労を前提とした平均賃金を得る蓋然性それ自体はあったものとして、その逸失利益算定の基礎となる収入としては、福祉的就労を前提とした賃金や最低賃金によるのではなく、一般就労を前提とする平均賃金によるのが相当である」とする。「もっとも、Aが原告らの主張するような平均賃金額をその就労可能年当初から得られる高度の蓋然性があると見ることは障害者と障害者でない者との間に現に存する就労格差や賃金格差を余りにも無視するものであって、損害の公平な分担という損害賠償制度の趣旨に反することとなる。また、Aが就労可能期間のいずれかの時点でその有する潜在的な稼働能力を顕在化させ、障害者でない者と同等の、場合によっては障害者でない者よりも優れた稼働能力を発揮した蓋然性は高いとしても、それがAの就労可能期間のいかなる時点（始期に近い時点であるか、終期に近い時点であるか）を的確に認めるに足る証拠もない」として、「Aにはその就労可能期間を通じて平均すれば238万余円（平成27年賃金センサス第1巻第1表、男女計、学歴計、19歳までの平均賃金）の年収を得られたものと控え目に認定するのが相当である」と結論づけた。

本判決は、15歳の「重度」の知的障害者に、（19歳までのものではあるが）平均賃金を基礎に（それに障害者であることを理由に定率の減額をすることなく）算定した逸失利益賠償を認めた。判決がこのような算定を行った理由の第一は、障害者とその雇用をめぐる社会情勢の変化についての裁判所としての認識と評価である。判決は、「我が国における障害者雇用施策は正に大きな転換期を迎えようとしている」として、障害者の就労に関する状況が現状固定的にではなく（転換期にあるとの認識のもとに）未来志向的にとらえられている。

第二の理由は、当該障害児の（潜在的なものを含む）稼働能力についての

積極的な評価である。判決は、「Aには特定の分野、範囲に限っては高い集中力をもって障害者でない者と同等の、場合によっては障害者でない者よりも優れた稼働能力を発揮する蓋然性があったことがうかがわれる」とした上で、Aの特性に配慮した職業リハビリテーションの措置等を講ずることにより、「その有する潜在的な稼働能力が顕在化し、障害者でない者と同等の、場合によっては障害者でない者よりも優れた稼働能力を発揮した蓋然性は高い」としたのである。適切なサポートがあれば「潜在的な稼働能力」が顕在化し得るという考え方の基礎には、障害者の稼働能力が制限されているのは、そのようなサポートが社会的に十分でないこと（社会的障壁の存在）による（少なくともそのことによる部分が大きい）という、前述した障害者基本法等の新しい障害観に通ずる考え方があると思われる。

ただし、判決は、Aが就労可能期間のいずれかの時点でその有する潜在的な稼働能力を顕在化させうる蓋然性は高いとしても、「それがAの就労可能期間のいかなる時点（始期に近い時点であるか、終期に近い時点であるか）を的確に認めるに足る証拠もない」として、19歳までの平均賃金を基礎とした逸失利益の算定を行っている。

本判決について、城内は、この「判決は、障害者雇用促進法が障害者の一般企業への就労を積極的に推進していく大きな要因となること、現に、障害者雇用に関連する社会の情勢も漸進的にはあるが改善されていく兆しがあることがわかることを論じ……知的障害者の就労環境の現状にとらわれず、『あくまでも個々の知的障害者の有する稼働能力（潜在的稼働能力を含む。）の有無、程度を具体的に検討した上で、その一般就労の蓋然性の有無、程度を判断するのが相当』との判断を示」したものであるとして、それを高く評価する。また、「知的障害者は、現状、働く上で大きなハンデを抱えているが、このハンデには、雇用者の合理的配慮があれば克服できるものも含まれている。障害者差別禁止法は、こうした社会的障壁の除去を行政機関等及び事業者にも義務づけているのであって（同法7条、8条）、国家機関たる裁判所が、こうした合理的配慮の提供されない未来を前提と

することは許されない。本判決は、障害者の将来得べかりし利益を算定するにあたっては、合理的配慮の下、障害があっても各人の稼働能力に応じた就労が可能な社会が前提とされるべきことを論じたものと理解できよう<sup>16)</sup>。

筆者も、本判決が、障害者雇用をめぐる動向（それも将来の動向を含む）に目を向け、また、被害者の労働能力を潜在的なものも含めて、しかも、それを、社会的障害の除去に向けた取り組みをも踏まえて判断した点で、城内と同様に高い評価を与えるものである。その上で、問題は、判決が、（全年齢ではなく）19歳までの平均賃金を基礎としたことをどう見るかである。この点につき、城内は、「大きな成長を見せていたとはいえ、被害者が15歳であり、就労可能年まで3年程度しかない状況では、現状の発達に鑑みて、やむを得ない判断であったと考えられる」とする<sup>17)</sup>が、この判決が、あくまで「蓋然性」（それも「高い蓋然性」）を求めている点、さらには、「潜在的な稼働能力」にせよ「稼働の能力」ないし「労働能力」を基礎にして、それが毀損されたものとして賠償額を算定するという考え方を維持している点については、疑問がないわけではない。また、損害の公平な分担という趣旨が、このことにどう関係しているかも明確ではない。

すでに述べたように、従来の（交通事故賠償を中心とした）実務は、逸失利益について、実費主義ともいえる算定方法をとってきた。これは、人間には稼働能力、すなわち、「収入を稼ぎ出す機械」としての側面があることに着目し、その「能力ないし機械」が壊されたとして、その「能力ないし機械」の価値を得べかりし収入の計算によってできるだけ正確に算定しようとするものであった。（少なくとも資本主義経済社会において）人間にそのような側面があることは否定できない。また、このような算定の考え方

---

16) 城内・前掲（注13）評釈87頁。

17) 城内・前掲（注12）論文30頁。ただし、城内は、この判断が、状況の異なる事案、例えば、被害者が不法行為時に年少であり障害も軽い場合にあってはまるものではないことは注意すべきであるとしている。

が、交通事故等の人身事故が多発する現代社会において、被害者の迅速な救済や、それを支える保険制度の確立・運用において果たしてきた（果たしている）役割は大きい。しかし、このような方法が、現代社会における人々の規範意識や公平・正義観念から問題を感じざるを得ない場合が存在することもまた事実である。その典型の一つが、まさに、ここで検討している障害者・児死亡の場合である。そのようにとらえるならば、蓋然性ではなく可能性に着目し、稼働能力に拘泥することなく、死亡によって失われたのはまさに、被害者の人間としての価値であり未来であることに着目して、問題をとらえなおすことも可能になるのではないか。

b) 広島高判令3・9・10（判時2516・58）

本件は、交通事故で労働能力を失った17歳のAの後遺障害逸失利益の算定が問題となった事件である。Aは未熟児網膜症のため（事故前に）全盲の視覚障害者となっていた。

原告は、「障害のある年少者の基礎収入額を障害者の賃金統計によるべきであるとの主張は、我が国の障害者法制の基本理念と相容れないだけでなく、現実の平均賃金に相当な格差があったとしても、社会制度の進展状況を踏まえつつ、子供の持つ無限の発達可能性及び就労可能性を考慮しないものといえる。このような考え方は、障害のある年少者に対する不当な差別と偏見に基づくものであって、絶対に許されるべきものではない」として、「原則として、賃金センサスの男女計、全年齢、学歴計の平均賃金を基礎収入として算定すべきである」と主張した。

第1審の山口地裁下関支部は、後遺障害の基礎収入について、以下のように判示した（令2・9・15LEX/DB25566733）。

「現時点において、健常者と身体障害者との間の基礎収入については、差異があるといわざるを得ない」。一方、「我が国における近年の障害者の雇用状況や各行政機関等の対応、障害者に関する関係法令の整備状況、企業

における支援の実例等の事情を踏まえると、身体障害を有する年少者であっても、今後は、今まで以上に、潜在的な稼働能力を発揮して健常者と同様の賃金条件で就労することのできる社会の実現が図られていくと認められる。また……原告Aについては、全盲の障害があったとしても、潜在的な稼働能力を発揮して健常者と同様の賃金条件で就労する可能性があったと推測される。他方、健常者と障害者との間に現在においても存在する就労格差や賃金格差に加えて、就労可能年数のいかなる時点で、潜在的な稼働能力を発揮して健常者と同様の賃金条件で就労することができるかは不明であるというほかなく、その実現には所要の期間の年数を要すると思われる。

以上の事情を総合考慮すると、原告Aにはその就労可能期間を通じて、平成28年賃金センサス第1巻第1表、男女計、学歴計、全年齢の平均賃金(489万8600円)の7割である342万9020円の年収を得られたものと認めるのが相当である。」

ここでも、近年の障害者の雇用状況や関係法令等の整備といった点を指摘し、「今後は、今まで以上に、潜在的な稼働能力を発揮して健常者と同様の賃金条件で就労することのできる社会の実現が図られていく」とし、しかも、潜在的な稼働能力に着目している点が重要である。しかし、他方では、現状の格差を指摘し、その改善には「所要の年数」がかかるとして、平均賃金の7割への減額を行ったのである。

これに対し、控訴審の広島高判令3・9・10は、以下のように言う。

「Aが本件事故の前から抱えていた全盲の視覚障害が労働能力を制限し、又は労働能力の発揮を阻害する事情であることは否定し難く、このことを、本件事故による逸失利益として被控訴人が損害賠償責任を負う額の算定に際して無視することは困難である」。

しかし、他方、「我が国における近年の障害者の雇用状況や各行政機関等の対応、障害者に関する障害者雇用促進法等の関係法令の整備状況、企業における支援の実例、職業訓練の充実、点字ディスプレイ、画面読み上



げソフト等の IT 技術を活用した就労支援機器の開発・整備、普及等の事情を踏まえると、身体障害者であっても、今後は、今まで以上に、潜在的な稼働能力を発揮して健常者と同様の賃金条件で就労することのできる社会の実現が徐々に図られていくことが見込まれ……現に職場又は家庭において、健常者に劣らない活躍をしている身体障害者も少なくないと認められる。……A 自身については……（筑波大学附属盲学校）高等部に在籍中に職業見学や大学見学に参加したり、詩を多く作ったりするなど、自らの能力の向上と発揮に積極的であったことなどの事情が認められる。これらの事情に照らせば、控訴人Aについては、全盲の障害があったとしても、潜在的な稼働能力を発揮して健常者と同様の賃金条件で就労する可能性が相当にあったと推測される。

そうすると、本件事故前の控訴人Aについては、全盲の視覚障害があり、健常者と同一の賃金条件で就労することが確実であったことが立証されているとまではいえないものの、その可能性も相当にあり、障害者雇用の促進及び実現に関する事情の漸進的な変化に応じ、将来的にその可能性も徐々に高まっていくことが見込まれる状況にあったと認めることができる。その他の諸事情も総合すると、本件において損害賠償の対象となる控訴人Aの逸失利益の算定に用いる基礎収入としては、同控訴人の就労可能期間を通じ、平成28年賃金センサス男女計、学歴計、全年齢の平均賃金の8割である391万8880円を用いるのが相当である」。

この2つの判決は、障害者雇用をめぐる近時の動向を踏まえて、平均賃金の7割ないし8割<sup>18)</sup>と、従前の裁判例に比して高い額の逸失利益を認め

---

18) 控訴審が一审の7割を8割に上げたことの根拠は定かではないが、控訴審判決が、「近年の障害者の雇用状況や各行政機関等の対応、障害者に関する障害者雇用促進法等の関係法令の整備状況、企業における支援の実例、職業訓練の充実」といった、原審も言及している変化に加えて、「点字ディスプレイ、画面読み上げソフト等の IT 技術を活用した就労支援機器の開発・整備、普及等の事情を踏まえると、身体障害者であっても、今後は、今まで以上に、潜在的な稼働能力を発揮して健常者と同様の賃金条件で就労することのできる社会の実現が徐々に図られていくことが見込まれ」るとしたことが要因となっているのではないか。

た点で意義がある。しかし、重大な限界ないし問題点もある。この事件の1審判決の批評において、城内は、潜在的な稼働能力を發揮して、障害者でない労働者と同様の賃金条件で就労する可能性を肯定した初めての判決として評価するとともに、以下のような批判を行っている<sup>19)</sup>。

「判決の認定通り、障害者でない労働者と同様の賃金条件で就労し得る潜在的な稼働能力を有していたとすれば、同能力を發揮する上で何らかの支障が存したとしても、障害者の雇用の促進等に関する法律36条の3により、原則として、事業者が、この事態を改善するために必要な措置を講ずる責任を負うはずである。こうした措置により、Aが障害者でない労働者と同様の稼働能力を發揮し得るとすれば、同法34条が、賃金の決定等につき『障害者であること』を理由とした『不当な差別的取扱い』を禁じている以上、裁判所としては、事業者が同法に従い、障害者でない労働者と同じ賃金を支払う未来を前提として、Aの得べかりし収入を算定すべきこととなろう。

むろん、同法36条の3には、事業者の過重な負担とならない限り、との但書が付いている。また、事業者が必要な措置を講じて、障害者である労働者の稼働能力が障害者でない労働者と同等レベルに達しないことは考えられ、この場合に労働者の稼働能力に見合った賃金を支払うこと自体は、同法が禁じる差別ではない。しかし、本判決は、Aにつき、いずれの事情も認定していない。」

「Aの就労可能年数のいかなる時点で、社会に障害者差別がなくなり、Aの稼働能力に見合った賃金が支払われるようになるか不明であることをいうのかもしれない。しかし、いつの時点で差別が解消されるか分からないのは、憲法14条にいう『人種、信条、性別、社会的身分又は門地』による差別のいずれにもいえることである。……裁判所が、差別の存する現状を前提とした基礎収入の認定を行うことは考えられないのではあるまいか。実際、現行実務は……なお男女間の賃金格差が解消されない現実があ

---

19) 城内明「未就労の視覚障害者の逸失利益算定方法」新・判例解説 Watch 28号(2021年)91頁。

るにもかかわらず、女子年少者の逸失利益を、男女計の全労働者平均賃金により算定する。違法な差別の存在は、被差別者の逸失利益を減額する根拠とはなり得ないのである。」

適切な指摘であり、この批判は、基本的には、控訴審判決にもあてはまる。特に、障害者雇用促進法34条が、賃金の決定等につき「障害者であること」を理由とした「不当な差別的取扱い」を禁じている以上、裁判所としては、事業者が同法に従い、障害者でない労働者と同じ賃金を支払う未来を前提として、Aの得べかりし収入を算定すべきであり、違法な差別の存在は、被差別者の逸失利益を減額する根拠とはなり得ないとの指摘は重要である。

また、若林三奈は、広島高裁判決に対し、以下のような論評を加える<sup>20)</sup>。

「本判決は、全盲の視覚障害者につき原審と同様、全年齢平均年収を基礎に算定した上で、将来の社会的障壁の解消を裏付ける事実を積極的に認定することにより、認定額を七割から八割に引き上げたという限りでは肯定的に評価されよう。しかし、本判決は、なお原告の障害の存在は無視できないとし基礎収入額の二割を減じており、この点は賛成できない」。

「控訴審には、ここでの減額は、(社会的障壁を除外した上での)個人に固有のインペアメントたる機能障害に起因する労働能力の差に基づき予想される合理的な収入格差を認定したに過ぎず、男女の賃金格差と質的に異なることを示すことにより、上記の批判をかわす意図が窺える」が、「たとえ社会的障壁が除かれたとしても障害があるかぎり非障害者と同等の収入を得ることはできない(労働能力を発揮することはできない)、すなわち『障害ゆえに労働能力は健全者に劣る』という、その発想こそが、偏見(無意識の差別)であって、司法によって克服されるべき『社会的障壁』の一つである、と再反論することが考えられる」。「仮に本判決が認定した基礎収入(平均年収の八割)が社会的障壁を除いた個人の機能障害に起因する能力差を反映した結果であるとしても、心身の機能障害が労働能力を

---

20) 若林三奈・私法判例リマークス66号(2023年)48頁。

発揮する上での阻害要因となるかどうか、また労働の市場価値（収入との関連性）それ自体も、社会環境に左右されることに照らせば、現在およびその延長に想定された本判決のいう『近い将来』の社会的状況や産業構造を前提に想定される収入格差を、若年被害者の今後の生涯全般にわたって現状固定的に認定し、算定することは、現存する格差を賠償法理を通して助長・拡大するものといえ、不合理であるとの批判も可能であろう」。

これもまた、適切な指摘である。この広島高裁判決は、「差別意職を含む社会的障壁が除かれ、労働能力の発揮に寄与する器材を含む人的、物的態勢が整備されることを前提としても、視覚障害によって労働能力の発揮が相当程度阻害されることは否定し難い」とするが、そこには、障害者＝（労働）能力に劣るものという古い障害観に基づく決めつけは存在しないのであろうか。この判決の根底には、「障害者と健常者の賃金格差は、客観的な能力差による結果である」との考え方があるように思われる。しかし、このように、障害者と健常者の賃金格差を「客観的な能力」の差だと見るのは、障害を「社会的障壁」との関連でとらえる今日の「障害観」とは相容れないものである。

先に触れたように、日本法における「障害」の捉え方は、障害者基本法2011年改正以降の一連の障害者法制の整備によって「原理的な転換」を遂げている。すなわち、「障害者」が日常生活又は社会生活（あるいは労働）において受ける「制限」の多くは、「社会的障壁」（障害がある者にとって日常生活又は社会生活を営む上で障壁となるような社会における事物、制度、慣行、観念その他一切のもの）（同法2条2項）が原因となっているととらえ、その障壁を克服する方向で法や社会は変わって行くべきであると考えられるようになったのである。このような「障害観」によれば、聴力であれ視力であれ、客観的なもののように見える指標で「能力（潜在的なものを含む）」が「劣る（制限されている）」と決めつけるのではなく、それを克服する道筋をつければ、その打破は可能なものである（少なくとも、可能なもの

が多い）と考えるべきである。この意味で、広島高裁判決は、近時の障害者差別解消に向けた立法に言及しているが、その核心部分を十分には理解していないのではなからうか。この判決は、社会的障壁が除去された場合に、視覚障害者にどのような可能性が広がるかということには思いをいたしていない。

第二の問題点は、障害による労働能力の制限を現状固定的に見てしまっていることである。しかし、ここで問題となっているのは、17歳の被害者の将来数十年に及ぶ未来の予測であり、したがって、そこでは、社会的障壁が今後どうなっていくか（さらには、どうなっていくべきか）が問題となるのである。

第三に指摘しなければならないのは、判決が、「民事訴訟においては、逸失利益の算定に用いる基礎収入についても、証拠をもってその蓋然性を証明しなければならない」としている点である。しかし、すでに指摘したように、人身損害の賠償、とりわけ将来の予測に関わる逸失利益の算定が、評価的作用を不可避的にもなうものである。民事訴訟一般における事実のように「証拠をもってその蓋然性を証明しなければならない」ものではない。最判昭和39年が、蓋然性を求め、そうでない場合に「控え目」な算定をすべきとしたことの含意についても、すでに指摘した。また、逸失利益の男女格差問題について、実務は、将来の格差解消の蓋然性ではなく、就労可能性に着目して、男女雇用機会均等法施行から30余年を経過して、なお男女間の賃金格差が解消されない現実があるにもかかわらず、女子年少者の逸失利益を、男女計の全労働者平均賃金により算定することにより、その差を埋める努力を行ってきた。

なお、本判決は、「出自、性別、肌の色等による差別は、労働能力の喪失ないしその発揮の制約に関わりがなく、専ら不合理な社会的障壁によって労働の機会が制約されるものであって、本件との比較の対象として相当でない」と判示している。しかし果たしてそうであろうか。性別による逸失利益の格差問題について言えば、近時の裁判実務は、将来の就労可能性

には差がない(なくなっていくであろう)として、また、なくしていくべきだという憲法や近時の関連法規に基づく規範的判断からして、女子についても全労働者平均賃金による算定を行うのが主流となってきたが、かつて(それほど昔のことではない)は、男女の平均賃金に差があることは、性差(とそこからくる適性ないし能力の差)に基づくものであるという考え方がむしろ一般的であったのではないか。いわく、「女性の就くことができる(女性に向けた)職業と男性の就くことができる(男性に向けた)職業には差があり、そのことは、男女の特性に由来する(女性は看護職や保育職に「向いている」)」。いわく、「女性は理系科目に弱いので、理工系学部に進んで関連分野に職を求めたり、理工系の研究者には向いていない」。いわく、「子育てや家事は女性に向いているので、それと両立可能な範囲で働くのが望ましい」等々。これらの「差」と考えられてきたものがまさに、平均賃金の男女格差を作り出してきたのである。このような男女格差の問題と障害の問題をまったく別のものと見ることは適切ではない。裁判実務は、最近になってようやく、憲法や近時の関連法規が求める「男女平等」「ジェンダー平等」といった規範(それを支える社会意識)を重視し、就労可能性において男女には差がないという理由から、逸失利益の男女格差の是正に取り組むようになったが、本件のような障害児の賠償問題においても、同様のことが求められている。

なお、広島高裁判決は、「両目の失明は、自賠法施行令において、労働能力喪失率をもっとも大きい等級に位置付けられている……このような損害賠償実務の現状に加え……」として、労働能力喪失率表を障害者の労働能力を考える上での(一つの)手掛かりとしている。しかし、労働能力喪失率表は、事故による後遺障害の程度を見る上で使われることはあっても、これを、事故前の障害者の能力や将来の可能性をはかる指標の一つとすることには、重大な問題がある。若林は、「労働能力喪失率表は、元々は、労災事故が第三者行為災害である場合に保険者が行う求償手続において求償限度額となる被災者の後遺障害逸失利益額を算定する目安にすぎ

ず、労災補償日額を機械的に換算したものである。これに科学的根拠はないとされる所以である」とする<sup>21)</sup>。この点は後に詳述する。

c) 名古屋地判令3・1・13（交事民集54・1・51）

名古屋地裁は、聴覚障害のある18歳の男子大学生がスケートボードに乗って走行中に乗用車に追突されて死亡した事件において、男子大卒労働者の平均賃金の90%を基礎収入とする逸失利益の算定を行った<sup>22)</sup>。

判決はまず、「本件聴覚障害は、一般的には重度の身体障害と位置付けられ、自賠法施行令の定める後遺障害等級でいえば、同施行令別表第2第4級3号の『両耳の聴力を全く失ったもの』に相当し、その一般的な労働能力喪失率は92%とされている。また、身体障害者の就労状況等をみると、……身体障害者の平均賃金は月額21万5,000円にとどまっている。さらに、……20歳～69歳の聴覚・言語障害者の就労割合は平均39.6%であり、同年齢帯の総人口に占める就労割合の平均67.7%に比べ低い水準となっており、収入状況も……就労する聴覚・言語障害者の年間収入額は……全労働者の年間収入額の約76%にとどまるとの推計結果も示されている。そうすると、重度の本件聴覚障害を抱えていたAについて、平成29年賃金センサス・男性・大卒・全年齢平均……の年収を将来にわたって得る蓋然性があったものと直ちにいうことは困難である」とする。

他方で判決は、「Aについては、本件聴覚障害を抱えてはいたものの、母であるXと共に幼少期から自身の障害と向き合い、課せられた制約の中で最大限の能力を発揮しようと努力し、その成果が本件大学への優秀な成績での合格という形で現れていたということが出来るから、その労働能力については、若年の聴覚障害者の中では最良に近いものと評価することが相当である」とし、「損害の公平な分担の見地からは……聴覚障害者の雇

---

21) 若林・前掲（注20）評釈48頁。

22) このケースの被害者は18歳の大学生であり、年少者ではないが、次章で検討する事案と同じ聴覚障害であることから、触れておきたい。

用情勢がいまだ障害のない者と同じ水準に達しているとはいえないこと、本件大学の卒業生が障害のない者と同程度の収入を得ていることを統計的に示す証拠はないことなどを考慮する必要がある、Aについても、適職を得ればその高い能力を発揮して相応の収入を得ていた可能性は高いものの、本件聴覚障害がある以上、就ける職種が限られるという意味で、職業選択の幅に一定の制約があったことを指摘せざるを得ないとする。しかし、判決は、「これらの点についても、障害者雇用政策や法改正等による障害者の雇用情勢の改善、IT 機器の発達による聴覚障害者の就労環境の整備が徐々に期待される状況にあるから、将来の長期にわたる蓋然性を評価する上では、完全に捨象することはできないまでも、低減していく要素と考えられる」という。その上で、Aの死亡による逸失利益の基礎収入を、男性・大卒・全年齢平均である年額660万6,600円の90%に当たる594万5,940円としたのである。

被害者が国立大学の産業情報学科情報科学専攻の大学生であり、その大学の就職状況は極めて良好で、かつ、担任であった教授の、「Aが卒業後に優良企業のエンジニアとして就職していた可能性は高かった」旨の陳述があったことなどから、平均賃金に近い基礎収入を認めたものと考えられるが、同時に、「障害者雇用政策や法改正等による障害者の雇用情勢の改善、IT 機器の発達による聴覚障害者の就労環境の整備が徐々に期待される」としていることも、その判断の基礎にあったものと思われる。

しかし、それでもなお、平均賃金を基礎収入とするのではなく、10%の減額を行っている。その根拠は、判示によれば、事故時点での障害者の就労をめぐる状況（現状）、Aの障害が労働能力喪失率表上、92%の労働能力喪失とされていること、職業選択の幅において一定の制約があったこと<sup>23)</sup>などであるが、これらが、果たして減額を正当化し得るものかどうか

---

23) 「職業選択の幅」という論理は、逸失利益の男女格差に関して、女兒死亡の場合に女子労働者の平均賃金ではなく全労働者の平均賃金によるべきとする近時の下級審実務が採用する論理であるが、その場合、職業選択の幅に男女の差は無くなって行くという形で、



は、疑問の残るところである。なお、この判決も、「損害の公平な分担の見地」という視点を挙げているが、これが、基礎収入を減ずる理由にいかなる意味で関係するのか、理解不能である。

#### 4. 聴覚障害児死亡事例の検討——大阪地裁令5・2・27判決の検討

##### (1) 事件の概要と当事者の主張

本件は、小型特殊自動車を運転するY1がてんかんの発作により意識喪失の状態に陥り、同車両を歩道に向けて暴走させ、同車両が歩道を通行中のAら5名に衝突し、A（11歳の女兒）が死亡するにいたったものである。Y1は、てんかんの発作歴を隠して運転免許の更新を行ったとして平成31年に懲役7年の実刑判決を受けて刑務所に収監されている。

Aの両親X1とX2がY1およびY1の雇用主であるY2に対して損害賠償を請求したが、Aには聴覚障害があったことから、逸失利益の算定が問題となった。原告らは、全労働者の平均賃金で算定された3530万余円（基礎収入は年497万余円）を請求したのに対し、被告らは、Aの聴覚障害が労働能力喪失率表の4級（労働能力喪失率92%）に相当するとして、女子労働者の平均賃金の40%（年153万余円）が相当であると主張した。ただし、後に、事故時の聴覚障害者の平均賃金（男女計）に依拠して、年収294万余円（全労働者平均の約6割）に主張を改めている。

被告側の準備書面等<sup>24)</sup>によれば、逸失利益算定に関する被告らの主張は、以下の3点に要約できる。

① 労働能力喪失率表で92%の労働能力喪失と評価される聴覚障害があったので、Aの労働能力は平均よりも低く評価されるべきである。

---

↘格差は正の論理として使われるが、ここでは、障害者の場合、なお差の幅は埋まって行かないであろうという格差を是認する論理として使われている。

24) 本訴訟における訴状、原告の準備書面、提出された意見書等については、原告弁護士団に提供いただいた。また、判決文も公刊前に提供いただいた。この場を借りてお礼申し上げます。

\* 「一般の損害賠償実務においては、92%の労働能力喪失をもって損害評価をするのが原則とされている……。たとえ原告ら主張のとおり一定水準の思考力・言語力・学力が備わっていたとして、純粋な聴覚能力だけで、92%の労働能力喪失と評価される重度の聴覚障害（既存障害）がAにはあったということである」（被告ら第5準備書面11頁）。「労働能力喪失率の認定において、最も重要な要素は、後遺障害等級に応じた労働能力喪失率である」（同14頁）。

② 聴覚障害者は思考力、言語力・学力を獲得するのが難しく、就職自体も難しい。就職できたとしても非正規社員が多く、昇進できる者も少なく、転職を繰り返す者も多い。そのまま働き続けることができず、未就業者になる者も多い。そのため、聴覚障害者が得られる賃金は低廉なものとなるという「実態」がある。

\* 「どの仕事も、人との会話・コミュニケーションの上に成り立っている。そして、聴力は、人と会話・コミュニケーションをとりながら仕事をする上で、重要な身体機能である。この聴力を両耳とも全く失った状態では、就職することも、仕事を継続することも困難である。仮に就職できたとしても、職種や職務内容は大幅に制限される。正社員として就職することも困難である（非正規社員となる可能性が高い）。正社員として就職できたとしても、聴覚障害がない社員と同様の昇進昇給をすることは困難である」（被告ら第2準備書面2頁）。

\*\* 「聴覚障害者には『9歳の壁』『9歳の峠』問題がある。聴覚障害児童の高校卒業時点での思考力や言語力・学力が小学校中学年水準に留まるという現象である。」「『9歳の壁』問題もあって、聴覚障害児童は健聴児童に比べて大学等に進学できる学力を獲得することが困難である。仮に大学等に進学できても、十分な情報保障や周囲の理解が得られず、高等教育の学習に支障が出ることが少なくない。労働市場に参入する際にも、依然として情報保障の不足や周囲の聴覚障害に対する理解・配慮の欠如に悩まされることが多い」（被告ら第3準備書面1頁以下）。

③ 格差是正は、第1次的には労使間において達成されるべきものであり、

司法的には労働関係訴訟において解決されるべきであり、より広く立法や行政による社会政策・雇用政策等において実現が図られるべき問題でもある。また、これらの制度変更や技術進歩は、将来の不確定な要素である。

\* 「被告らも、障害者権利条約、障害者基本法及び障害者雇用促進法などの障害法制の目的や理念には大いに賛同するところである。しかし、本訴訟の目的は、聴覚障害者一般の就労状況の改善実現や格差解消などではなく、あくまで、本件交通事故の被害者である亡Aの死亡逸失利益の算定であり、個別具体的な賠償事案の解決である。すなわち、そのような格差是正は、第1次的には労使間において達成されるべきものであり、司法的には労働関係訴訟において解決されるべきものと考えられる。さらには、より広く立法や行政による社会政策・雇用政策等において実現が図られるべき問題でもある」（被告ら第5準備書面1頁）。

\*\* 「制度変更や技術進歩は、将来の不確定な要素であり、しかも、それが労働能力にどの程度影響を与えるのか不明である以上、労働能力喪失率の認定において考慮することには慎重である必要がある」（被告ら第5準備書面14頁）。

本訴訟については、主として原告側から、法律研究者や障害児教育の専門家等から意見書が提出されているが、筆者も、2021年11月に、大阪地裁に意見書を提出している。その中で、以上の被告の主張を、次のように批判した。

#### ① 労働能力喪失率表に依拠することの問題点

本件において被告らは、労働能力喪失率表に基づいて、Aの労働能力が低いと主張している。また、既述のように、前述の広島高裁判決も、「そのような身体の障害の中でも、両目の失明は、自賠法施行令において、労働能力喪失率をもっとも大きい等級に位置付けられているからである。このような損害賠償実務の現状に加え……」として、これを一つのよりどころにして、原告の逸失利益を平均賃金の80%にとどめている。しかし、本

件のような、障害者（児）の逸失利益を考える場合、この「労働能力喪失率表」を指標（の一つ）として使うことには重大な問題がある。

まず、「労働能力喪失率表は労災保険の第三者行為災害（労働関係にある者以外の行為が原因で発生した労働災害）の事案において、国が加害者に対する求償を行うにあたって、代位の対象となる、被災者が加害者に対して有する損害賠償請求債権額の限度の目安をつけるために示されたものである（本省労働基準局長より各都道府県労働基準局長あて昭和32年7月2日基発第551号「労災保険法第20条の規定の解釈について」）。すなわち、国が加害者に求償する場合には、保険給付額の限度でしか代位できないし、かつ、被害者が加害者に対して有する損害賠償請求権の限度でしか代位できない。前者の金額は明白であるが、後者の金額は裁判所の判断を待たなければ確定しないので、簡単には把握できないが、行政手続としては一応の目安をつけて手続を行わざるを得ない。そこで、統一的な損害算定方法を示すために定められたのが労働能力喪失率表である。労災の労働能力喪失率表の数値は、労災補償の給付額から逆算されたものであることは明らかで、科学的調査結果から直接割り出されたものではない」。このように、「労災の労働能力喪失率表の数値は、労災補償の給付額から逆算されたものであることは明らかで、科学的調査結果から直接割り出されたものではない」。さらに、「その淵源をたどれば、現行の労災給付額は、昭和6年制定の労働者災害扶助法施行令別表に逢着する。これは内務省社会局労働部において医学専門家をも交えて、鉄道共済会の公傷給付査定標準（大正8年制定）、官営八幡製鉄所共済組合の公傷病等差規程（大正11年制定）等を資料として検討した結果に基づくものである<sup>25)</sup>。

このような出自から、現在の交通事故賠償においては、「労働能力喪失率表は、労災の補償日数をベースにしたものであって科学的根拠はない」と

---

25) 以上、東京三弁護士会交通事故処理委員会編『新しい交通事故賠償論の胎動』（ぎょうせい、2002年）169頁以下。同表の由来については、加藤和夫「後遺症における逸失利益の算定」『現代損害賠償法講座(7)』（日本評論社、1974年）199頁以下も参照。

される。したがって、その表に依り、後遺障害等級に相応した喪失率に合致させる必然性はなく、裁判所において、被害者の後遺障害の実態をみて民事損害賠償の問題として判断すべきである」として、その意義は限定的なものとしてされている<sup>26)</sup>。この表は、各機能障害の程度を、医学などの知見に基づき、労働作業動作を細かく分解して、各動作について、できるかどうかを詳細に検討した結果を科学的に導き出したものではなく、医学的、社会的根拠を欠き、単に労災補償金額のパーセンテージを出したものにすぎないのである。さらに、障害者教育の専門家である松崎丈の意見書でも、「身体障害者手帳の障害程度等級、および身体機能の損失のみに着目した労働能力喪失率については、喪失率が設定された基準が不明です。また、障害のある者の労働能力は、損失されていない身体機能の活用および日常生活や社会生活における環境整備に影響を受けていることは周知の事柄であることから、労働能力喪失率はその事柄を一切考慮しない点において非常に問題があると考えます」（同意見書10頁）とされている。加えて、この数字の元になっている労働省労働基準局長通牒は昭和32年のものであり、その淵源である昭和6年の労働者災害扶助法施行令にいたっては、工場法時代の鉄道や製鉄所等における労働・労災実態を参考にした、IT化が進んだ今日の労働実態から見れば、およそ古色蒼然たるものである。

さらに、より重大な問題は、この労働能力喪失率表は、事故前に障害を

---

26) 藤村和夫・山野嘉朗『概説交通事故賠償法（第3版）』（日本評論社、2014年）243頁。高野真人「後遺障害の評価方法と現行実務の問題点」新・現代損害賠償法講座5巻（日本評論社、1997年）139頁以下は、現行障害等級表の問題点として、以下の7点を挙げる。  
① 労災保険の給付額から逆算を行ったものにすぎず科学的でない。② 古い時代の労災補償のための障害等級表に由来するものであり、肉体労働を念頭においているので、現代状況に適合しない。③ 同種の後遺障害について等級が間欠的であり、中間領域が切り捨てられている。④ 職種・年齢・利き腕の別などを考慮していない。⑤ 異種の系統間のバランスが適切でなく、また格付けの尺度は不明である。⑥ 現行障害等級表に規定がなく、実務上の運用が低く評価されすぎているものがある。⑦ 複数の障害がある場合や既往の障害がある場合の取り扱いが不合理である。②について言えば、この点を指摘するこの論文は1990年代のものであり、この表がIT化が進んだ今日の状況には一層適合しないことは、より明白である。

持っていた人の能力を測るものではなく、あくまで、労災や交通事故によってそのような障害を負ってしまった被害者の救済、その賠償ないし労災補償のためのものだという事である。したがって、事故前(あるいは生来)の障害によって「労働能力」がどの程度制限されていたか、さらには、事故がなければ将来、その能力をどう発展させることができたかをはかる尺度としては、およそ意味を持たないものである。例えば、視覚障害における全盲の場合、労働能力喪失率は100%とされている。交通事故等で全盲になってしまった人の救済(賠償や労災補償)のためには、その人は、それまでの職を失うことも少なくないであろうから、その労働能力が100%奪われたとして賠償・補償することは必要なことでもあろう。しかし、事故前に全盲であった人が、それまでの様々な努力の結果獲得してきた労働能力(あるいは、将来の可能性)が「健常者」に比べて100%低い(つまり0である)ということはある得ない。また、聴覚障害の場合、先天性と事故による場合とで、かりに「同じ聞こえ方」(聴力)であったとしても、その障害を所与のものとして育った場合と、聞こえていた状態から事故により聴覚を失った場合とでは、聴覚以外の能力の利用、障害受容等の観点からも、両者を同じ尺度で図ることは合理的とは言えない。

このような意味で、被告らのように、労働能力喪失率表に依拠して被害者の労働能力を低く見るべきとする考え方や、前述の広島高裁判決のように、「両目の失明は、自賠法施行令において、労働能力喪失率がもっとも大きい等級に位置付けられている」という損害賠償実務の現状を考慮して障害者(児)の逸失利益を考えるということには、重大な問題があると言わざるを得ない。

## ② これまで形成されてきた「実態」なるものを根拠とすることの問題性

被告らは、(途中から)現在の「聴覚障害者の平均賃金」による算定を主張している。そして、それが現在の実態だと言うのである。しかし、現在の「実態」は、これまでの障害者をめぐる様々な障壁の中で形成されてきたものである。現在の状態のみを考慮することは、障害者の問題のよう

に、近年大きな変化を遂げてきている問題を考える上では限界がある。法や政策の変化、それを受けた社会の変化、特に、障害者支援の制度や取り組みの前進、障害者の障壁を克服するための技術的革新<sup>27)</sup>といった点を踏まえて問題を考えるべきである。

これらのうち、最も重要なものは、障害概念の転換である。すでに述べたように、日本法における「障害」の捉え方は、障害者基本法2011年改正を端緒とする一連の障害者法制の整備によって「原理的な転換」を遂げている。城内は、本訴訟における意見書において、以下のように述べる。

2011年改正前の障害者基本法において、「障害者」は、「身体障害、知的障害又は精神障害（以下「障害」と総称する。）があるため、継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける者をいう」と定義されていた（2条）。では、旧法にいう「障害」とは何か。身体障害を例とするならば、身体障害者福祉法は、同法4条において、「身体障害者」を、「別表に掲げる身体上の障害がある十八歳以上の者であって、都道府県知事から身体障害者手帳の交付を受けたものをいう」と定義する。別表に掲げられた「身体上の障害」とは、具体的には、①視覚障害、②聴覚又は平衡機能の障害、③音声機能、言語機能又はそしゃく機能の障害、④肢体不自由等であり、障害者個人の「心身の機能の障害」を意味することが明らかである（以下、障害学における一般的な用語法に従い、障害者個人の「心身の機能の障害」を「インペアメント (impairment)」という）。すなわち、旧法は、「障害者」が「日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける」のは、自身のインペアメント故であるとの理解を前提としていた。これに対し、改正障害者基本法において、「障害者」が日常生活又は社会生活において受ける「制限」は、自身のインペアメント及び「社会的障壁」、すなわち、「障害がある者にとって日常生活又は社会生活を営む上で障壁となるような社会における事物、制度、慣行、観念その他一切のもの」（同法2条2項）

---

27) 前述したように、広島高判令3・9・10は、視覚障害につき、「点字ディスプレイ、画面読み上げソフト等のIT技術を活用した就労支援機器の開発・整備、普及等の事情を踏まえ」て、と述べている。聴覚障害における技術革新については後述する。

が原因と理解されている。これは、障害者権利条約の理論的基盤となった障害学の中核的な主張である「障害の社会モデル」理論に基づいた定義であり、障害者が日常生活又は社会生活において受ける「制限」の原因を、障害者自身のインペアメントではなく、障害者が生きる社会の側に見出す点で、「障害」の認識を原理的に180度転換するものである。

このような「転換」とそれを受けた「社会的障壁」を取り除くための諸措置がとられるようになって来ていること、もちろんまだまだ不十分な点が多いが、法の理念に忠実である限り、その変化は今後も進展するであろうし、また、進展すべきであること。このことをどのように踏まえるかという視点が、②の被告らの主張にはかけらも見られない。

### ③ 将来の動向の不確実性という主張の問題点

被告らも言うように、将来の動向には不確実性がともなう。しかし、その変化はすでに始まっていること、そしてここで求められているのは、単に、将来を予測するというのではなく、憲法や障害者差別禁止法等の理念から見て、どうあるべきかという規範的評価の問題であることを看過すべきではない。この点に関連して、やはり、城内意見書は、次のような適切な指摘を行っている。

「障害の有無を問わず、我々の未来は可能性の膨らみをもって拡がっている。従来判例実務は、学生・生徒・幼児等については、不法行為によって摘み取られてしまったこの可能性を、蓋然性の名の下、少なくとも平均賃金を得べかりし未来の限り、無条件に認定してきたのである。本件被害者は、上述の通り、音声認識アプリを利用することで、必要な合理的配慮の下、職場において、聴覚障害に起因する社会生活上の制限を受けることなく、障害者でない労働者と共に働くことができる。また、事故時11歳であった本件被害者は、聴覚支援学校において、小学校の学年相応の教科書を用いて学習を進め、学年相応の思考力、言語力、学力を身に付けていた。すなわち、本件被害者には、合理的配慮を前提とすれば、特段、労働能力の制限を窺わせる事情は存しないのであって、この点において、障



害のない同年代の児童と何ら変わるところはない。障害のない同年代の児童には、無条件に認められる学歴計の平均賃金を得べかりし蓋然性を認定するために、本件被害者について、これ以上の能力証明（具体的な稼働能力の証明）を要求するとすれば、これは、裁判所による『障害を理由とする差別』以外の何ものでもないといえよう」（同意見書25頁）。

その上で、筆者自身は、意見書において、以下のように結論付けた。本件被害者であるAの逸失利益をどう考えるべきかについては、障害児の逸失利益一般の問題に加えて、次の点に留意する必要がある。第一は、本件で問題となっているのは障害一般ではなく聴覚障害だという点である。聴覚障害児・者に対する臨床心理学的支援を研究する河崎佳子の意見書が述べているように、聴覚障害がもたらす就学や就業上の障害は、もっぱら音声による言語コミュニケーション上の制約に由来する。この制約が打破された場合、当該聴覚障害者の就学や就業上の障害が取り除かれ、その潜在的な能力を顕在化させることは不可能ではない。そして、この面での制約を打破するための法や政策、聴覚障害児教育の変化、学校や社会における支援の改善、さらには、技術革新等の変化は、近年目覚ましいものがある。法や政策の動きについてはすでに述べたが、聴覚障害児教育に関しては、河崎意見書が述べているように、手話の活用による変化がめざましい<sup>28)</sup>。また、教育面で言えば、例えば、大学においても、様々な支援の取り組みが行われつつある<sup>29)</sup>。技術革新についても、テレビ放送での字幕

---

28) 河崎は、「口話偏重主義の教育が主流であった時代とは異なり、聴覚障害児教育の可能性は大きく変化し、職場では情報保障が進んだことで、聴覚障害者が健聴者と共に仕事ができる環境は広がってきています」とする（同意見書2頁以下）。

29) 筆者が2021年3月まで勤務していた立命館大学でも、2006年に「障害者学習支援室」が設置され、様々な支援が行われている。PEPNet-Japan（日本聴覚障害学生高等教育支援ネットワーク）によれば、2015年の調査で、例えば、38.8%の大学が手書きノートティクの支援を、25.1%の大学がパソコンノートティクの支援を行っており、さらに、平成28年4月からの障害者差別禁止法の施行にともなって、各大学での取り組みが進んでいるとのことである（ちなみに、立命館大学の担当者によれば、聴覚障害者に対しては、従来は、ノートテーカーによる支援が行われていたが、近年では、音声アプリによる支援がメ

スーパーの普及、城内意見書10頁以下が「検証」しているように、音声認識アプリが実用的なものとなってきている。これらの点を、しっかりと踏まえるべきである。

第二に、本件での争点がAの逸失利益をどう考えるべきかである以上、Aの成育歴や現在の「能力」、とりわけコミュニケーション<sup>30)</sup>能力がどのようなものだったか、今後、Aには、どのような発達・発展可能性があったのかを、聴覚障害の程度一般ではなく、個別具体的に判断すべきである。この点については、教育心理学および特別支援教育分野を専門とし、聴覚障害およびろう重複障害のある子ども・青年の教育・心理支援について研究している松崎が、その意見書において、以下のように述べていることは、極めて重要である。

「Aの思考力は、聴覚障害の有無を問わず、小学校高学年として複雑で高度な日本語文法を運用できるほど高い水準にあり、学力は、聴覚障害の有無に関係なく、同年齢の児童全体において平均的な成績を残すことができるレベルであることが言えます。したがって……『聴覚障害者には『9歳の壁』<sup>31)</sup>『9歳の峠』問題がある。聴覚障害児童の高校卒業時点での思考力や言語力・学力が小学校中学年水準に留まるとい現象』は、Aの事例において明らかに小学校中学年水準に留まっていると見られる客観的事実は確認できず、『9歳の壁』がAに起きているとは言えないと考えます。

---

ㄨ中心になっているとのことである)。これらの変化もあり、松崎意見書8頁以下にあるように、聾学校高等部卒業者の大学進学率も2010年以降、増加している。

30) ここで言う「コミュニケーション」とは、音声手法を使ったものだけに限定されない。聴覚障害に関して言えば、手話を含む多様な手法があり得る。この点は、後に詳述する。

31) 「9歳の壁」について、河崎意見書は、それは「子どもの能力の限界を示すものではなく、指導者側の指導の困難性から出てきた議論であるということです。つまり、聴覚障害児に対する教育上の問題点として指摘されてきた背景があります。当然のことながら、聴覚障害児が生まれながらにして、思考力、言語力や学力に限界をもつわけではありません。ろう者の日本語力が高卒段階で平均小学4年生程度であるということが『9歳の壁』の根拠であるかのように語られてきましたが、それを超えているろう者もいればそうでないろう者もいるため、『9歳の壁』云々が裁判の根拠になること自体がナンセンスだと考えます」と述べている(同意見書1頁)。

さらに言えば、思考力や学力の遅れを示唆する知的障害、発達障害などの存在は、諸資料を精査する限り見当りませんでした。また、調査囑託事項にあるように、学校は『子どものつまずきを丁寧指導するという教育的な課題として教員が捉えるものである』と考え、音声に限定せず手話や文字などを活用し、『教育内容の工夫等に取り組んで』いることが、Aの思考力や学力の向上につながっていると考えられます。すなわち、Aの知的な発達を遅らせるリスク要因がA個人と環境の両方において発生していないことを意味します。そして、高校卒業までにAの思考力や学力は学年相応に向上することができない、または、高校卒業時には小学校中学年水準に後退していくと断定できるようなリスク要因は確認できませんでした」（同意見書5頁以下）。

また、Aを身近に見てきた大阪府立生野聴覚支援学校校長の杉本幸一が、Aの「コミュニケーション力は、その人格面も含め、適切かつ良好であ」とし、障害児に限って9歳の壁があるという見解や、（Aに）9歳の壁による学習上の支障等が生じていたとの見解を明確に否定していることも重要である。さらに、本件では、2022年8月29日に、支援学校でAを教えていた教員らが証人として証言し（自身、聴覚障害者であり、証言は手話通訳付きで行われた）、Aの順調な成長ぶりが語られている。

これらを見るかぎり、Aが、今後、数十年の（事故によって奪われてしまった）人生において、平均的な収入を下回る収入しか得ることができなかったと見ることは難しいのではないか。もちろん、将来のことであり、原告が、平均的な収入を得られたことを（高度の蓋然性をもって）証明することは困難かも知れない。しかし、年少者の逸失利益を認める以上、そこで高度の蓋然性の証明を求めるべきではないこと（逸失利益の男女格差が是正されようとしているが、これは、将来、賃金格差が縮小するという高度の蓋然性が証明されたからではないことは、すでに指摘した）、さらに、城内がつとに指摘するように<sup>32)</sup>、将来の可能性の実現の証明ができなくなったのは、まさ

---

32) 城内・前掲（注12）論文26頁以下等。

に、被告らの不法行為によるものである以上、被告らが、(高度の)蓋然性の証明を求めることは、不当といわざるを得ない。

以上の検討から見て、Aの聴覚障害の程度からのみ、彼女の「能力」は低いと決めつけ、今後の法や社会の動向も踏まえず将来の就学や就労等の可能性を低く見ってしまうことには根拠がないこと、にもかかわらず、逸失利益の算定において平均賃金より低い額を基準とすることは、「いわれのない(法的に正当化できない)差別」であり、まさに、憲法14条や障害者差別禁止法等が禁止している不当な差別と断ぜざるをえない。なお、本件で被告らは、格差是正は、第1次的には労使間において達成されるべきものであり、司法的には労働関係訴訟において解決されるべきもの、より広く立法や行政による社会政策・雇用政策等において実現が図られるべき問題としていることについて、付言しておきたい。確かに、障害による差別の克服は、立法や政策の課題である。しかし、本件での問題は、この点での改善が立法や政策で進んできていることを裁判所としてどう受け止めるかである。「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」(憲法76条3項)とされている以上、裁判所は、法の動向をも踏まえて、その良心(良識)に従った判断をすべきであり、このことは、本件のような民事損害賠償訴訟か労働関係訴訟かで変わるものではない。

## (2) 判決の内容とその検討

### a) 判決の内容

大阪地裁は令和5年2月27日、本件に関する判決を言い渡したが、そこでは、逸失利益算定の基礎となるAの基礎収入を、賃金センサス平成30年の全労働者平均賃金497万2000円の85%に相当する422万6200円とした。その理由は次のとおりである。

〔イ) 不法行為により死亡した年少者の逸失利益については、将来の予

測が困難であったとしても、あらゆる証拠資料に基づき、経験則と良識を活用して、できる限り蓋然性のある額を算出するように努めるべきである（最高裁判所昭和39年6月24日第3小法廷判決・民集18巻5号874頁参照）。

（ウ）Aは、小学校入学時から本件事故当時まで、小学校の学年相応の教科書を用いて学習を進めており、評定も平均的であったことに照らせば、学習にとくに支障はなかったと認められる。また、原告X1及びX2が、Aに対し、幼少期から様々な学習の機会を継続して設けていたこと、Aも本件支援学校での学習に励んでいただけでなく、他の生徒と共に学習塾での学習にも取り組んでいたこと、加えて、Aが、学業のみならず、学校行事や他者とのコミュニケーションにも積極的に取り組んでいたことに加え、Aが本件支援学校を卒業した後、聴覚高等支援学校に進学していた蓋然性が高いといえることをも考慮すると、Aには、勉学や他者との関わりに対する意欲と両親による支援が十分にあり、年齢相応の学力や思考力を身に付けていく蓋然性があったといえ、Aには、将来様々な就労可能性があったということが出来る。

（エ）他方、Aには感音性難聴があったところ、聴力障害は、労災保険法施行規則や自賠法施行令別表第2においてその程度に応じて後遺障害の等級が定められ、労働能力喪失率が定められている。これは聴力障害によって就労の上で他者とのコミュニケーションが制限され、その結果、労働能力が制限されることを前提としたものと認められ、聴力障害によって労働能力喪失率表どおりに労働能力が制限されるとみるべきかは別としても、聴力障害が労働能力を制限し得る事実であること自体は否定することができない】。

「Aの聴力障害は、慣れた環境においては、これがコミュニケーションに与える影響としては……自賠法施行令別表第2における4級に相当するものよりある程度軽いものであったと認められるものの、労働能力に影響がない程度のものであったということとはできない」。

こう述べた上で、判決は、Aの死亡時を基準として、Aが将来就労により得られたであろう収入について検討するとして、次のように述べる。

「b 障害者雇用実態調査における平成30年の聴覚障害者……の平均収入は、同年の全労働者平均賃金の約7割であり……Aの死亡時において、聴覚障害者の収入が全労働者平均賃金と同程度であったとはいえない」。

「c 他方、聴覚障害者の大学等への進学率は、平成12年以降手話通話が乳幼児期から導入されるようになり、概ね乳幼児期に手話通話を取得した世代と考えられる平成26年度のろう学校高等部卒業生の進学率について平成21年度頃までの進学率と比較して大幅とまではいえないものの、増加傾向にある。また、聴覚障害者の就労状況についても、平成28年における雇用者の割合は、20歳から39歳までの階層では、同じ階層の総人口における雇用者の割合より高くなっているところ、手話通話の導入等により充実した教育を受けたことが就労率が高い原因の一つとみても不自然とはいえず、聴覚障害者の学力水準の向上や大学等への進学率の増加は、平均収入が増加することを予測させる事情である。さらに、平成28年の聴覚障害者における年齢階層別の雇用者の割合において比較的若年層で雇用者が多いことに照らせば、平成30年においても聴覚障害者全体における雇用者のうち比較的若年である者の割合が多いと推認できるところ、若年層は収入が低く、年齢とともに収入が増加することが一般的であるから、若年者が多いことは、同年の聴覚障害者の平均収入を低いものにとどめる要因になっているといえ、同年の調査時の若年層の年齢が上がるにつれて平均収入があがるのが予測できる。

また、障害者法制等に関し、障害者権利条約の批准の前後を通じて関連する法律が整備されていたことに照らせば、Aの死亡時においても、将来、障害者の就労に関する法律の整備がさらに進むとともに、必要かつ合理的な配慮がされなければならないという理念が時間の経過とともに社会に浸透することが予想できたといえる。加えて、実際の就労環境についても、テクノロジーの発達により様々な企業等において音声認識アプリが普及し、聴覚障害者のコミュニケーション手段の一つとして活用されているが、テクノロジーは今後も加速的に進歩することが予測される。

以上のとおり、Aの死亡時である平成30年の時点では、聴覚障害者の平均収入は、週所定労働時間が30時間以上である者について全労働者平均賃

金の約7割ではあったものの、同年を基準としても、死亡時に11歳であったAが将来就労したであろう時期においては、聴覚障害者の大学等への進学率の向上及び同年における聴覚障害者の若年層の雇用者の年齢の上昇による聴覚障害者の平均収入の上昇を予測でき、また、法律等の整備を前提とする就労機会等の拡大やテクノロジーの発達によるコミュニケーション手段の充実により聴力障害が就労に及ぼす影響が小さくなっていくものと認められ、この点においても、聴覚障害者の平均収入は平成30年における金額より高くなると予測できる。

そして……Aについて、その聴力障害が労働能力を制限する程度のものではあるものの、手話だけでなく環境によっては口話も可能であったことに加え、年齢に応じた読み書き能力を習得して、勉強や他者との関わりに対する意欲を十分に有していたことに照らせば、将来において自ら様々な手段や技術を利用して聴力障害によるコミュニケーションへの影響を小さくすることができたといえ、この点に、前記のとおり平成30年を基準としてもAの就労したであろう時期に聴覚障害者の平均収入が増加すると予測できることを総合すると、Aの基礎収入は賃金センサス平成30年の全労働者平均賃金497万2000円の85%に相当する422万6200円とするのが相当である」。

判決はさらに、原告の主張について次のように言う。

「(カ) a 原告らは、聴覚障害者の平均賃金と全労働者平均賃金との差は、従来の障害者教育や社会的障壁により、障害者が能力を発揮する機会を十分に得られなかったために生じているものであると主張する。

(a) 障害者教育について……手話通話等が乳幼児期から導入された後に教育を受けた世代が増加することにより、学力や進学率が向上することが認められるところ、これらは収入が増加することを予測させる事情である。

もっとも、平成26年度以降のろう学校高等部卒業生の大学等への進学率は、それ以前と比較して増加傾向にあるものの、大幅に増加しているとまではいえない。聴覚障害者の中には、ろう学校高等部だけでなく、高等学

校に進学する者もあり、これらの高等学校卒業後に大学等に進学する者の割合は含まれていないことを考慮しても、概ね乳幼児期から手話通話が導入された世代である平成26年度以降のろう学校高等部卒業生の大学等への進学率について、なお全体の大学等への進学率とは相応の開きがあることに照らすと、直ちに、障害者教育の方針が変更された後に大学等への進学率が全体の進学率と同程度に増加することにより全労働者平均賃金と同程度までの大きな増加を見込むことができるとはいえない。

(b) 社会的障壁について……本件事故の前後を通じて障害者法制の整備がされているところ、このような障害者法制の整備がされる前に就労を開始した聴覚障害者の中には、使用者から合理的な配慮を得られずに、能力を発揮する機会を十分に得られなかった者がいて、前記の障害者雇用実態調査における『きまって支給される給与』の額にはそのような労働者の賃金が反映されている可能性は否定できない。したがって、平成30年を基準としても、将来の予測として同年における収入の差を前提とすることができないことは原告らの主張するとおりである。

b 原告らは、聴覚障害者と障害がない者との収入の差は、障害者であるか否かのみを理由とする差別的な取扱いにより生じたものであり、法的には解消されなければならないのもであると主張する。

聴覚障害児に対する言語指導法の推移や進学率等、聴覚障害者の就労状況及び近時の主な障害者法制等に照らせば、聴覚障害者の収入と障害がない者との収入の差は、従来、聴覚障害児に対してその障害に対応する有効な教育が必ずしも十分にされなかった時期があることや、障害に配慮した就労の機会や環境が提供されてこなかったこともその原因となっている可能性があり、今後、障害者基本法や障害者差別解消法等に照らし、就労の上で障害を理由とする不当な差別的取扱いが禁止され、障害者に対する社会的障壁を除去するために必要かつ合理的配慮がされなければならないのは原告らの主張するとおりである。

しかし……聴力障害がコミュニケーションを制限することにより労働能力を制限し得る事実であること自体は否定することができず、聴覚障害者と障害がない者との収入の差は、聴力障害による労働能力の制限も原因と



なっていると認められるから、基礎収入について、この事実をないものとして検討することはできない」。

さらに判決は、逸失利益の男女格差問題にも触れる。

「原告らは、男女の平均賃金の差が依然と生じているものの、裁判実務上、年少女子の逸失利益の基礎収入について規範的観点を考慮して全労働者平均賃金が採用されているとして、聴覚障害者と障害がない者との平均賃金に現時点において差があるとしても年少者の逸失利益の基礎収入としては規範的観点から聴覚障害者も障害がない者と同様に扱われるべきである旨の主張をする。

しかしながら、裁判実務上、年少者の逸失利益について、年少男子については男性の平均賃金が採用されることも多く、年少女子と年少男子について現時点で同一の基礎収入が採用されているとはいえず、また、実際に労働能力を制限する程度の聴力障害があった場合に現時点においてこれを考慮せずに基礎収入を検討することができないことについては前記bのとおりである」。

ついで、被告の主張については以下のように言う。

「(キ) a 被告らは、基礎収入の認定に当たっては、Aに一般には労働能力喪失率92%と評価される既存障害があったことを斟酌すべきである旨主張し……平成29年におけるAの聴力が自賠法施行令別表第2では4級に該当する程度のものであり、4級の労働能力喪失率は92%とされている。

聴力障害が労働能力を制限するものであることは前記(カ) bのとおりである。しかし、自賠法施行令及び労災基準は、聴力障害がなかった者が事故や災害により突然聴力障害を生じた場合に、賠償や補償を速やかにかつ検査結果等に基づいて平等に行うことを目的として設けられた基準であるといえ、先天的に聴力障害があり、これを所与のものとして対応する能力を身に付けた者の労働能力については、必ずしもこれを参考にすることはできない。Aについても、先天的に聴力障害があり、早期に補聴器の装

用を開始し、聴力障害を前提として両親が幼少期から様々な学習の機会を継続して設け、本件支援学校に通学し、手話に加え、環境によっては口話も可能となっていたことに照らせば、その聴力障害が労働能力に与える影響を前記労働能力喪失率を参考として評価することはできないというべきである。

b 被告らは、Aに重度の聴力障害があり、学力の獲得に困難を伴ったから、大学等に進学できる学力を獲得することが困難であったことなどの理由により、平成30年の聴覚障害者（男女計）の平均賃金294万7000円を基礎収入とするのが相当である旨主張する。

しかしながらAが年齢相応の学力や思考力を身に付けることは十分可能であり、その蓋然性があつたと評価することができることは前記認定のとおりであつて、被告らの前記主張は採用できない。

## b) 本判決の評価

このような判決の考え方を、これまで検討してきたことを踏まえてどう評価すべきか。以下、私見を述べてみたい。

本稿では、本件における被告の主張を検討した上で、その問題点として、①労働能力喪失率表に依拠することの問題点、②これまで形成されてきた「実態」なるものを根拠とすることの問題性、③将来の動向の不確実性という主張の問題点という3点を指摘した。

これらのうち、判決は、②については、「障害者法制等に関し、障害者権利条約の批准の前後を通じて関連する法律が整備されていたことに照らせば、Aの死亡時においても、将来、障害者の就労に関する法律の整備がさらに進むとともに、必要かつ合理的な配慮がされなければならないという理念が時間の経過とともに社会に浸透することが予想できたといえる。加えて、実際の就労環境についても、テクノロジーの発達により様々な企業等において音声認識アプリが普及し、聴覚障害者のコミュニケーション手段の一つとして活用されているが、テクノロジーは今後も加速的に進歩

することが予測される。……死亡時に11歳であったAが将来就労したであろう時期においては、聴覚障害者の大学等への進学率の向上及び同年における聴覚障害者の若年層の雇用者の年齢の上昇による聴覚障害者の平均収入の上昇を予測でき、また、法律等の整備を前提とする就労機会等の拡大やテクノロジーの発達によるコミュニケーション手段の充実により聴力障害が就労に及ぼす影響が小さくなっていくものと認められ、この点においても、聴覚障害者の平均収入は平成30年における金額より高くなると予測できる」と述べて、被告の主張を排した。さらに、被告は、「Aに重度の聴力障害があり、学力の獲得に困難を伴ったから、大学等に進学できる学力を獲得することが困難であったことなどの理由により、平成30年の聴覚障害者（男女計）の平均賃金294万7000円を基礎収入とするのが相当である」と主張したが、判決は、「Aには、勉学や他者との関わりに対する意欲と両親による支援が十分にあり、年齢相応の学力や思考力を身に付けていく蓋然性があったといえ、Aには、将来様々な就労可能性があった」、 「Aが年齢相応の学力や思考力を身に付けることは十分可能であり、その蓋然性があったと評価することができる」と述べて、その主張をとらなかった。

これらの判示は（前述の広島高裁でも見られたものではあるが）、積極的な意義を有する。特に、Aの能力と将来の可能性を高く評価したことは特筆されて良い。そしてそのことが、被告の主張する現在の聴覚障害者の平均賃金（全労働者平均の6割）ではなく、85%という、従前の裁判例との対比で、比較的高額の賠償につながったのであろう。その意味で、裁判所なりに、被害者の家族や支援学校の教員、さらには専門家の意見に真摯に向かい合ったとも評価できる。しかし、それではなぜ、15%を減じたのか<sup>33)</sup>。

---

33) 同じ聴覚障害の被害者につき、前述の名古屋地裁判決は、大卒・男子労働者の平均賃金の90%を基礎収入とした。本判決と異なり大卒の平均賃金を基礎としたのは被害者が大学生であったことによるが、本件が85%で名古屋地裁が90%とした理由は不明である。名古屋の事例が大学生であり、卒業後、「優良企業」に職を得ていた可能性が高いと考えたのかもしれないが、にもかかわらず10%を減じたのはなぜか。本件は11歳と年少であったため将来の収入を予測し難いことから15%としたのかもしれないが、年少であるというこ

減額を15%としたことの理由を判決は論じていないが、判決が全労働者の平均賃金を基準としなかった背景的な理由は次の点にあるのではないか。

まず、判決は、「聴力障害がコミュニケーションを制限することにより労働能力を制限し得る事実であること自体は否定することができず、聴覚障害者と障害がない者との収入の差は、聴力障害による労働能力の制限も原因となっていると認められるから、基礎収入について、この事実をないものとして検討することはできない」、「聴力障害が労働能力を制限し得る事実であること自体は否定することができない」とし、その根拠として、「労災保険法施行規則や自賠法施行令別表第2においてその程度に応じて後遺障害の等級が定められ、労働能力喪失率が定められている」ことを挙げる<sup>34)</sup>。後遺障害等級に基づく労働能力喪失率が、本件のような障害者の逸失利益算定には意味をもたないことはすでに指摘し、本判決も、それが労働能力の喪失割合を適切に表現したものと言えるかどうかには留保を付してはいる<sup>35)</sup>が、やはりそこには「障害があれば労働能力が低い(はずだ)」というアプリアリな先入観が見え隠れする。

このような、「聴覚障害があれば労働能力は低い」というある種の決めつけに、今日の条約や法が採用している障害の見方(障害観)から見て根拠があるのであるか。すでに述べたように、障害者権利条約や障害者基本法をはじめとする今日の障害観では、障害者が日常生活又は社会生活

---

ゝとは、逆に、社会の変化のなかで能力を発揮できる可能性があるともいえるわけで、いずれの場合も、減額に確かな根拠があるとは思えない。

34) この点は広島高裁判決も同様であり、同判決は「両目の失明は、自賠法施行令において、労働能力喪失率をもっとも大きい等級に位置付けられている」として労働能力喪失率表に言及しつつ、「視覚障害によって労働能力の発揮が相当程度阻害されることは否定し難い」と断じている。

35) 本判決は、「聴力障害によって労働能力喪失率表どおりに労働能力が制限されるとみるべきかは別としても」とし、さらには、被告が、「基礎収入の認定に当たっては、Aに一般には労働能力喪失率92%と評価される既存障害があったことを斟酌すべき」としたのに対し、「その聴力障害が労働能力に与える影響を前記労働能力喪失率を参考として評価することはできない」としているが、このような理解そのものは、本稿の立場から見ても適切なものである。

（あるいは労働）において受ける「制限」には「社会的障壁」（「障害がある者にとって日常生活又は社会生活を営む上で障壁となるような社会における事物、制度、慣行、観念その他一切のもの」（同法2条2項））が原因となっているものがあるとされ、その障壁を克服する方向で法や社会は変わって行くべきであるとうたわれているのである。

このような「障害観」に立った場合、聴覚障害者にとっての「社会的障壁」とは何か、それはどのようにして克服されるべきか、本件被害者であるAにとってどうかといった検討がなされるべきであり、そのような検討を十分しないまま、聴覚障害は労働能力を減ずるものだと決めつけ、その程度がなぜ15%なのかを説明することなく、平均賃金の85%の逸失利益にとどまると断ずることは、その根っこの部分に、「障害者は能力に劣る」という思いこみ、あえて言えば差別意識が潜んでいるというのは言い過ぎであろうか。広島高裁判決に関して、若林は、「たとえ社会的障壁が除かれたとしても障害があるかぎり非障害者と同等の収入を得ることはできない（労働能力を発揮することはできない）、すなわち『障害ゆえに労働能力は健常者に劣る』という、その発想こそが、偏見（無意識の差別）であって、司法によって克服されるべき『社会的障壁』の一つで」はないかとしたことはすでに紹介したが、この指摘は、本件判決にもあてはまる。さらに、若林は、広島高裁判決を、「一方で、年少者・若年者の平均賃金モデルに照らして逸失利益の可能性を認めつつ、他方で、蓋然性の証明がないとして特定の属性を有する者の基礎収入を減額するといった差別的取扱い（＝法益に割り当てられた最小限の価値の否定）は、それが法の下での平等に反しない場合に限られることとなる」が、障害者に関する条約や法から見て、「障害の有無による類型の作出は、規範的正当性を欠き、司法による差別との批判は免れないであろう」と批判する<sup>36)</sup>が、差を広島高判より縮小したとはいえ、なおそれを残した本判決にも、同様の批判が当てはまるであ

---

36) 若林・前掲（注20）評釈49頁。

ろう。

判決は、「聴力障害がコミュニケーションを制限することにより労働能力を制限し得る事実であること自体は否定することができ」ないとして、聴覚障害が労働能力を減ずる根拠として「コミュニケーションの制限」を挙げている。しかし、果たしてそうであろうか。判決は、コミュニケーションの手段として、もっぱら音声によるそれを念頭においているように思われる。しかし、コミュニケーションの手段は音声以外に多様に存在する。手話があり、また、メールやSNS等のコミュニケーション手段の発達・普及はめざましい。音声認識アプリも進化してきている。障害者権利条約2条は、「『意思疎通』とは、言語、文字の表示、点字、触覚を使った意思疎通、拡大文字、利用しやすいマルチメディア並びに筆記、音声、平易な言葉、朗読その他の補助的及び代替的な意思疎通の形態、手段及び様式(利用しやすい情報通信機器を含む。)をいう。『言語』とは、音声言語及び手話その他の形態の非音声言語をいう。」とし、また、障害者基本法3条3号は、「全て障害者は、可能な限り、言語(手話を含む。)その他の意思疎通のための手段についての選択の機会が確保されるとともに、情報の取得又は利用のための手段についての選択の機会の拡大が図られること」としている。手話に関して言えば、障害者権利条約は、「手話は言語である」旨をうたい、国内でも、34都道府県を含む465自治体で(2023年2月現在)、手話言語が使いやすい環境の整備促進などを定めた手話言語条例が制定されている。以上からみて、もっぱら音声によるコミュニケーションを念頭において、「聴覚障害はコミュニケーションを制限し、その結果、労働能力が低い」とする理解は、障害者の権利に関する国内外の規範から見て、正しいものではない。かりに、現在までのところ、そのような状況が完全には克服されていない現実があるにしても、それを固定的に捉え、それでよし(仕方がない)とするのではなく、それを克服し「全ての障害者が、障害者でない者と等しく、基本的人権を享有する個人としてその尊厳が重んぜられ、その尊厳にふさわしい生活を保障される権利を有する」

（基本法3条）ことを前提とし、そのような障害者の権利を保障するという立場で法を運用することが裁判所に求められているのではないか。

第二の問題は、「あらゆる証拠資料に基づき、経験則と良識を活用して、できる限り蓋然性のある額を算出するように努めるべきである」という最高裁昭和39年判決を参照しつつ、将来の聴覚障害者の賃金水準が平均賃金と同じになるであろうことが、証拠によって認めることができないという考え方、すなわち、差が縮まり解消されることの蓋然性が高いと認定できなければ、同水準の賠償を認めることができないという考え方をとっている点である。このような実費主義の当否が問われるべきである。人の生命・健康といった法益が侵害された場合、そのような法益は市場価格を持たないものなので、その算定も、単なる計算の問題ではなく、規範的要素をともなったものにならざるを得ないが、将来の就労と不確実な予測に依拠しなければならない年少者死亡の場合、そのことは一層顕著である

加えて、本判決が参照する最高裁昭和39年判決について言えば、すでに述べたように、この判決は、年少者や無収入者には逸失利益はないとする裁判例もなお多く存在する中、しかも、最高裁自身が、その2年前の昭和37年に、高度の証明を求めるかのごとき判断を示していた段階において、それらを克服するために示したものであり、それは決して、年少者等の賠償を切り縮めるためのものでもなければ、将来に収入予測が（高度の）蓋然性をもって証明すべきとしたものでもない（年少者の将来の収入を高度の蓋然性をもって立証することは、およそ不可能である）。であるからこそ、判決は、「良識を十分に活用して」としているのであり、そこでは、将来の単純な予測ではなく、こうあるべきだという規範的判断が求められているのである。

年少者死亡における逸失利益について、かつて最高裁（最判昭62・1・19 民集41・1・1）が、家事労働分の加算を否定するとともに、「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解されるところ、女子の将来得べかりし利益を算定するに

当たって、予測困難な右格差の解消ないし縮少という事態が確実に生ずるものとして現時点において損害賠償額に反映させ、これを不法行為者に負担させることは、損害賠償の算定方法として必ずしも合理的なものとはいえない」としたのに対し、その後、下級審では、年少者の場合には多様な就労可能性を有しており、女子の就労環境をめぐる近時の動向を勘案すれば、年少者の将来の就労可能性の幅に男女差はもはや存在しないなどとして、男女の賃金格差の解消が予測されるからではなく、就労可能性に着目して、女兒の場合も全労働者の平均賃金による算定を認める判決が定着してきている<sup>37)</sup>。このことを見るならば、将来の賃金の差がなくなるかどうか、それが証拠をもって認定できるかどうかという点に拘泥するのではなく、あるべき方向を見すえて、賃金の差による「差別」を克服する方向に舵をとるべきではないか。

以上の問題点の結果、法と政策、社会の実態や意識の変化、とりわけ聴覚障害者の置かれている状況の変化、さらには、本件被害者Aの成育歴や今後の可能性等から見て、従来の考え方を克服して平均賃金による算定を認めて障害者差別をなくす方向にメッセージを出すことに（理論的にも実際上も）大きなハードルがなかったはずの本件事案において、このような消極的（従前の考え方を進めるものとなっていない）判断にとどまったことは、残念であると言わざるを得ない<sup>38)</sup>。

---

37) 判決は、年少者の逸失利益の男女格差が未だ解消されていない（女兒につき全労働者の平均賃金を使い、男児には男子労働者の平均賃金を使った場合、格差は縮まるが、解消はされない）ことを指摘する。この問題をどう考えて男女の平等を実現して行くかは考えなければならない問題だが、そのような問題が残っていることは、障害児の逸失利益が障害を持たない子どもより低くなることを正当化するものではない。

38) 2023年3月8日の衆議院法務委員会で、米山隆一議員（立憲民主党）が、この問題を取り上げて、判決を批判している。



## 5. 人身損害における損害賠償額算定のあり方——結びにかえて

障害児の損害（逸失利益）賠償額算定の問題を通して明らかになってきていることは、交通事故を中心とした裁判実務における、逸失利益算定は事実認定の問題とした上で、そこにおける蓋然性にこだわるという姿勢の当否があらためて問われるべきということではないのか。前田陽一は、実務が、障害者の権利保障の立場から、その賠償があまりに低きに失することに対しては一定の自省を行いつつも、なお、「実損害主義（蓋然性判断による具体的計算）との相克が色濃く残っている」<sup>39)</sup>とする。人身損害賠償額算定の規範的性格については、筆者自身、繰り返し指摘してきたところであるが、潮見佳男は、損害賠償請求権の権利追求機能という視点から、以下のような主張を行っている<sup>40)</sup>。「不法行為制度の目的を被害者の権利・法益の価値の国家による保障という観点から捉えるときには、被害者の権利・法益の価値の金銭的原状回復を、損害賠償法の基礎に据えるべきである。その意味で、損害を把握するにあたっては、損害賠償請求権は本来の権利・法益の価値代替物としての性質を有するという点に注目すべきである（権利追求機能）。ここにおいて、被害者の権利・法益の価値が何であるのかを確定する作業は、必然的に、法秩序が被害者の権利・法益に対していかなる価値をおいたのかという観点からの規範的評価という色彩を帯びる（規範的損害概念）」。また、若林三奈は、「実損害主義とは、被害者に賠償すべきは不法行為により現実生じた損害のみである、との考え方であり、被害者の利得禁止という視点から語られることもある。しかし、利得の禁止もまた規範的に判断すべきであること、しかも生命・身体の価値は本質的に金銭に換算しえず……現実の損害もまた規範的に確定されること

39) 窪田充見編『新注釈民法15』（有斐閣、2017年）419頁〔前田陽一〕。

40) 潮見佳男「不法行為における財産的損害の『理論』」法曹時報62巻1号（2011年）23頁。

に留意すべきである」とする<sup>41)</sup>。

障害児の逸失利益の問題について言えば、吉村顕真は、先天的な脳性麻痺による四肢体幹機能障害を有する11歳の重度の障害児死亡のケースで、稼働能力を取得する蓋然性がないとして逸失利益を認めなかった大分地判平16・7・29判タ1200・165を紹介した上で、逸失利益の認定過程で人間の価値平等を踏まえて検討して行くにしても、特に重度の障害がある場合にはそもそも稼働能力取得の蓋然性が否定され、損害発生が観念できないと判断されることもある、という算定論による対応の限界を示したとして、損害概念レベルでの対応の必要性を指摘する<sup>42)</sup>。

いずれにしても、障害児の逸失利益算定問題を契機に、人身損害における賠償額算定一般、さらには、不法行為における賠償額算定のあり方についても、再検討を行うべきではないのか。

---

41) 若林・前掲(注20)評釈49頁。

42) 吉村・前掲(注9)136頁以下。吉村はまた、「裁判所は、人間の価値平等あるいは障害者法制による社会状況の変化を踏まえつつ逸失利益を規範的に評価していくとしてもその際の証明においては昭和39年判決で示された基本方針に沿って、年少者の稼働能力取得及び一般就労に関する蓋然性の証明を原告に求めるとしており、そこではたとえ年少者に障害がある場合であっても特別な対応を認めていない。それゆえ、原告にとって一般就労を前提とする平均賃金取得の蓋然性を証明することが厳しい障壁となっている。……したがって、人間の価値平等や障害者法制をベースとする社会状況の変化を踏まえつつ逸失利益を判断していくとしても、こうした証明上の問題との関係で一定の限界があり、障害のある年少者の逸失利益格差はある程度の是正に留まっている」とする(同論文138頁以下)。