

WEB 補論第 19 章 判例と Ratio decidendi

1. 序説

(1) 制定法主義と判例法主義（法的安定性と具体的妥当性）

発生した紛争を解決する過程およびその意義¹について、簡単に復習すると、制定法主義を基礎とする日本では、まず適用され得る制定法を選定することからはじめる（無い場合には、判例・慣習・条理など不文法の中から策定する）。

そして、抽象的な法律の条文を解釈し、明らかにした具体的規範を当該事件の事実に適用して、要件事実から論理的に法的結論を導く（演繹的要件・効果の手法）。法律の抽象的な条文から具体的な法規範を明らかにするためのプロセスとして、裁判所の判決を検討すること（判例研究）も並行して行われる。ここでは、抽象的な条文について、裁判所は、いかなる解釈を行って、どのような内容をもつ具体的法規範として捉えたかが重要であり、これが、判例法（法源）となる（垂直的法過程）。このように、制定法が法の基礎を形成する体制は、大陸法系諸国や日本の法体系にみられる特徴である。かような法体制を、制定法（成文法）主義という。制定法主義は、法を解釈し具体的規範の適用を演繹的な要件・効果の手法によって行う過程を基礎とするから、一時的な社会の流行などに押し流されることなく、法的安定性に優れているといわれる。

一方、英米法体系に属する国々は、現在では、各分野にわたって制定法を有しているが、その法の基礎部分（とくに民事法体系）は裁判所の判例を中心に形成されている。したがって、法律問題が生じた場合には、まず、以前の事件に関する判例を検討し、そこから具体的な規範を帰納的に抽出して抽象化し、さらに、当該事件に適用するため具体的な法規範を再度形成し、当該具体的事実に適用する過程を経て、結論を導く（水平的法過程）。したがって、社会の変化にともなって新しい事件が生じた場合には、その分野に対する法理論は空白であるとして、新しい理論を形成し展開するため、成文法主義よりは、比較的対応しやすく具体的妥当性に優れている点に特徴がある²。この点は、判例の

¹ テキスト第 6 章の法的三段論法、第 7 章の 1 法解釈の意義と必要性、WEB 補論 18 章の法の支配と法解釈の Dogma を参照。

² 判例法主義を採用するイギリス国は、法規範の拘束性を厳格にする傾向があ

拘束性が厳格でないアメリカ合衆国において顕著である。

(2)Ratio decidendi とは

法律問題を解決する際には、判例研究をすることが、たいへん重要である。判例研究では、長文の判決文の中で、判決の先例—判例—として尊重される部分（準則）とは、どの部分の何かが明らかにされなければならない。

裁判所は、判決作成プロセスにおいて、まず、事実認定プロセスをへて確定した事実から、両当事者（原告と被告）間で法律問題として争点となっている認定事実(finding facts)の中の「重要な事実(material facts)」³を抽出する(要件事実)。つぎに、裁判所は、その重要な事実を前提として、当該法律問題について最終的に結論を導き出す。判例として尊重される部分は、具体的事実を前提として、当該上訴事件の法律上の論点に対して結論を導き出すプロセスにおいて形成された定理に相当する部分（準則）である。英米法では、この部分を「レイシオ・デシデンダイ (Ratio decidendi)」という⁴。

(3)判例の拘束性—法源としての判例法—

既存の具体的紛争を解決するためになされた判決中の判断は、法的安定性の要請から、その後にはべつ（の当事者間）に生じた同種の紛争解決の規準(準則)として、裁判の先例機能を果たすようになる。このように、判決が先例として、

これによると、事実関係に程度の差がある場合に、被告にとって酷な結論とならざるをえない。そこで、重要な事実（要件事実に相当する事実）の確定を狭くすることによって、厳格な判例の拘束性を遵守しつつ、判例を変更して現実に対処する方法が採られる。これに対して、アメリカ合衆国は、判例の拘束性を厳格に遵守する傾向はない。

³ 認定事実の中の「重要な事実」とは、「その事実」があるのとないのとでは、結論が変わってしまうという日本の「要件事実」に相当する。ここでは、民法710条の非財産的損害についての損害賠償（慰謝料）請求権を被害者の相続人が相続し得るか否かを判断する場合をあげることにしよう。被害者が、交通事故によって傷害後に死亡した場合、即死した場合、あるいは名誉棄損を受けた後に他の理由で死亡した場合では、慰謝料請求権の相続性についての結論を導き出すための準則（判例として尊重される部分）は、異なる。

⁴ レイシオ・デシデンダイ (Ratio decidendi) とは、先例拘束性の原理と関連して、当該事件の重要な事実に対して、先例たる判決の中の法的効果として認められた部分（既判力をもつ部分）をいう。これに対して、裁判官が判決の中で述べた先例としての効力をもたない部分を **Obiter dictum** という（田中英夫編集代表『英米法辞典』、東京大学出版、1991年）。

以後の同種の紛争事件の解決に及ぼす効果を、判例の拘束性（拘束力）という⁵。

2.判例による Ratio decidendi の検討

(1)準則の確立・適用・拡張そして変更過程

ある判例の準則（Ratio decidendi）を現在の事件の解決に適用し得るか否かは、判例と当該事件との間で「要件事実」および法律問題が同じであるか否かによって決定される。そこで準則の確立・適用・拡張そして変更に関する過程を説明しよう（【19-1】ほかは、該当する判例番号である）。

1)判例と当該事件の間で、重要な事実も争点となる法律問題も同じときには、判例の準則がそのまま適用される。準則【19-1】⇒適用【19-2】、新準則【19-8】⇒適用【19-9】。

2)判例と当該事件との間で、要件事実が同じであっても、争点となる法律問題が異なるとき、あるいは、そもそも要件事実が異なるときには、新しく生じた問題として対処する。

①この場合に、先例の準則を適用し、得られた結論が先例と同様になったとしても、それは、先例の趣旨を拡張した結果と評価すべきとされる。準則【19-1】⇒拡張【19-3・19-4・19-6・19-7】。

②結論が先例と異なる場合にも、判例の変更と評価されるべきでなく、判例変更の手續（裁判所法 10 条 3 号）を要しない。準則【19-1】⇒拡張【19-5】。

3)要件事実および争点が同一な具体的事件に、新たな具体的法規範・準則（法理論）を適用し判決を導いた場合には、結論が既存の判決と同一であるか否かにかかわらず、判例の変更⁶と評価され判例変更の手續を必要（裁判所法 10

⁵ 判例の拘束性とは異なる「判決の効力」に関連して、いくつかを説明しておきたい。判決がひとたび言い渡されると、判決した裁判所は、撤回し又は変更することが許されない。これを【判決の自己拘束力】とか【自縛力】という。確定した終局判決の内容である判断の通有性又は拘束力を判決の【既判力】という。前訴の確定判決の内容は、紛争解決規準として、同じ当事者間の後の別訴紛争において、当事者および裁判所を拘束する。同一手續の中で、当該訴訟が、上級裁判所の判決で下級審に差し戻された場合には、下級裁判所は、上級裁判所の判断を基礎に当該審理を進めなければならない。これを【羈束力】という（裁判所法 4 条）。

⁶ 判例変更は、前の判例と同じ論点をもつ具体的事件の裁判によって行われる

条3号)とする。新準則【19-8】。

4)従来の準則に含まれる理論上の矛盾・問題点から下級審によって形成されつつある萌芽段階にある法理論(仮準則)というべきものが認められる。仮準則【19-10・19-11・19-12・19-13】。

5)争点が同一であっても重要な事実が異なる具体的事件に、新たな具体的法規範・準則を適用し判決を導いた場合には、結論がどのようなものであろうと、その判決は、全く新たな判例としての地位を得る。別準則【19-14】。

(2)慰謝料請求権の相続性(民法710条・896条但書)

ここでは、被害者本人に帰属する慰謝料請求権(民法710条)が、相続人によって相続され得るか(民法896条)という争点を扱った代表的な事案を検討する。各々の判決が判例として尊重されてきた意義、すなわち何が事件解決の準則(Ratio decidendi)として尊重されるのかについて、学ぶことにしたい。

民法710条によって規定される非財産的損害の賠償は、加害者によって精神的損害を受けた被害者本人に認められるものであり、慰謝料請求権と呼ばれる。慰謝料を請求するかどうかは、被害者本人が精神的苦痛を感じたかどうか深くかかわる極めて個人的かつ主観的な問題である。したがって、慰謝料請求権は、被害者(被相続人)本人にのみ帰属する一身専属権(民法896条ただし書)⁷であり、本来は相続の対象とならない権利と解される。

ところで、この慰謝料請求権は、被害者本人が精神的な苦痛を感じ被害者本人(被相続人)によって損害賠償の請求の意思表示がなされることにより具体化される。つまり、慰謝料請求権は、請求の意思表示した時点で金銭債権としての性格をもつに至り、一般債権と同様に相続人による相続の対象になると解されることになる(民法896条本文)。そうすると、被害者が事故や事件で即死した場合あるいは瀕死の重傷を受け傷害と近接して死亡した場合には、被害者は、加害者に対して慰謝料請求の意思表示することが不可能あるいは極

が、それは、第一に、最高裁判所の判例に従った原判決の法的判断を「誤り」として破棄する場合と、第二に、前の判例に反した原裁判所の判断を是認する場合とがある。

⁷ 民法896条は、「相続人は、被相続人に属した一切の権利義務を承継する。但し、被相続人の一身に専属したものは、この限りではない。」と規定する。

めて困難な状態にあらう。それゆえ、被害者の相続人は、その慰謝料請求権を相続できないことになる。これでは、個人の意思尊重に基礎づけられた人格権法益の侵害とそれに対応した填補賠償との均衡を失する。そこで、長期間にわたって、判例では、この不均衡をどのように補い調整するかについて、被相続人（被害者本人）の慰謝料請求権の意思表示の存否をいつどのような行為をもって認めるかをめぐって展開されてきた。

(3)慰謝料請求権の相続制についての準則

1)準則の確立

【判例 19-1】大判明治 43 年 10 月 3 日⁸

〈事実〉控訴審は、「被控訴人ノ湖澤アキカ控訴人ニ因テ創傷ヲ受ケ疾病ニ陥リタルカ為其ノ心神ニ及ホス苦痛ノ慰藉トシテ賠償ヲ請求スルハ、是亦相当ナ（リ）」と判決した。判決後に、湖澤アキは、死亡した。本件は、上告人（控訴人）が湖澤アキの相続人を相手方（被上告人）として「被上告人ハ遺産相続人ニシテ」湖澤アキの「右損害賠償請求権ヲ相続シ得ベキモノナルヤ否ヤ」と主張して上告した事件である。

〈要件事実〉「創傷ヲ受ケ疾病ニ陥リ心神ニ及ホス苦痛ノ慰藉トシテ賠償ヲ請求〔シタ〕湖澤アキハ」、判決後に死亡した。「被上告人ハ遺産相続人ニシテ」湖澤アキの「右損害賠償請求権ヲ相続シ得ベキモノナルヤ」。

〈争点〉慰謝料請求権は、被害者（被相続人）本人にのみ帰属する一身専属権（民法 896 条ただし書）で、本来は相続の対象とならないものと解される、裁判所はどのように判断するのか。

〈判決〉「民法 710 条ノ規定ニ依リ…財産以外ノ賠償カ被害者ノ慰藉ニ係ルトキ、被害者カ其受ケタル損害ヲ填補セシムル為ニ、加害者ニ対シ其慰藉料ヲ請求スル意思ヲ表示シタルトキハ、其請求権ハ金銭ノ支払ヒヲ目的トスル債権ニ外ナラスシテ、被害者カ如上ノ意思ヲ表示シタル後、依然生存シタランニハ、

⁸ 大審院判決明治 43 年 10 月 3 日大審院民事判決録 16 輯 621 頁。大審院時代の判決録には、事実関係が記載されておらず、判決理由から構成せざるを得ない場合が多い。旧カタカナ表記による場合には、筆者が句読点を補充して事実関係を構成し、事実・要件事実および判決は、学習訓練のために、旧カタカナ表記のまま引用される場合がある。

其請求ニ因リテ得ル金額ハ、相続ノ場合ニハ財産トシテ存シ、相続人ノ所得ス可キモノニシテ、其相続人ニ於テ之ヲ被害者ノ一身ニ専属スルモノト云フヲ得ス。被控訴人湖澤アキカ、原判決言渡後死亡シタルヨリ其遺産相続人タル被上告人カ本訴ニ於テ右控訴人ノ承継者タルハ当然ナリ。」

〈判例分析と意義〉当該判決の判例としての意義は、つぎの二点にある。

第一、民法 710 条において規定される被害者本人の慰謝料請求権は、被害者本人の損害賠償請求の意思が表示されることを要件として具体化する。第二、その要件を満足した後の慰謝料請求権の法的性格は、一般の金銭支払いを目的とする債権にほかならず、この請求権によって得る金額は、被害者本人の一身専属権の性格（民法 896 条但書）から解放され一般財産の一つとして、被害者の相続人の相続財産の対象となり得る。

2) 準則の適用

明治 43 年の判決は、昭和 42 年まで準則として確立していた。ここでは、明治 43 年の準則を適用した事案をみてみよう。

【判例 19-2】大判大正 2 年 10 月 20 日⁹。

〈事実〉被相続人佐藤壽夫は、「明治 43 年 8 月 24 日午前 5 時 38 分上告人ノ運送使用人ノ過失ニ因リ…創傷ヲ被リ…重傷ノ為メ同日午前 10 時 30 分慰謝金ノ請求スル意思ヲ表示セスシテ死亡シタ」。相続人の佐藤恒太は、被相続人の佐藤壽夫が上告人の運送使用人の「債務不履行ノ結果身體ノ傷害ニ因リ精神上ノ苦痛ヲ蒙リタル場合ニ於ケル慰藉金」の支払いを当該訴訟において求めたものである。

〈要件事実〉被相続人佐藤壽夫は、「創傷ヲ被リ…慰藉金ノ請求スル意思ヲ表示セスシテ死亡シタ」。相続人の佐藤恒太は、佐藤壽夫が「蒙リタル精神上ノ苦痛ノ慰藉金」を上告人に請求した。

〈争点〉明治 43 年の判決では、慰謝料請求権は、被害者（被相続人）本人にのみ帰属する一身専属権（民法 896 条ただし書）で、本来は相続の対象とならないが、被害者本人の損害賠償請求の意思が表示されることを要件として具体化し一般金銭債権（相続財産）として相続の対象になるとする。しかしなが

⁹ 大審院判決大正 2 年 10 月 20 日大審院民事判決録 19 輯 910 頁。

ら、本件では、受傷数時間後に死亡した被相続人による慰藉料請求の意思表示が認められない。かような場合であっても、慰謝料請求権は、一般金銭債権（相続財産）として相続人によって相続され得るのか。

〈判決〉

「旅客運送契約ニ因ル運送人ノ債務不履行ノ結果、身體ノ傷害ニ因リ精神上ノ苦痛ヲ蒙リ財産外ノ損害ヲ受ケタル場合ニ於テ、被害者ハ之カ賠償トシテ慰藉金を請求シ得ヘキコトハ、原判決ノ判示ノ如シ〔デアル〕。被害者ノ一身ニ専属セルモノナルヲ以テ相手方ニ対シ請求ノ意思ヲ表示シ、其請求権カ金銭ノ支払ヲ目的トスル債権ト為ルニ非サレハ、相続人ハ相続ニ因リテ之ヲ承継スルコトヲ得ヘキモノニ非ス。然ルニ本件ニ於テハ身體傷害ヲ受ケタル被害者ニ於テ慰藉金ヲ請求スル意思ヲ表示セスシテ死亡シタルモノナレハ、本訴慰藉金ノ請求ハ、之ヲ許スヘカラサルモノナ〔リ〕」。

〈判例分析と意義〉民法 710 条において規定される被害者本人の慰謝料請求権は、被害者本人の損害賠償請求の意思が表示されることを要件として具体化される。ところで、本事案では、受傷後死亡の間に数時間あったが、被害者本人の慰謝料請求の意思が表示されなかった。したがって、慰謝料請求権は、一般の金銭支払いを目的とする債権の性格を有するに至っておらず、被害者本人の一身専属権の性格（民法 896 条但書）から解放されないので、相続人の相続財産の対象となり得ないと解することになる《【判例 19-1】 準則の適用により 上告棄却》。

3) 準則の拡張

i) つぎの課題は、被害者本人の慰謝料請求の意思は、他の法律行為（契約等）と同様に、「その通知が相手方に到達した」ことを要するか（民法 97 条）、あるいは訴訟などの一定の法的手続を要するか否かであった。この点を明らかにしたのが下記判例である。

【判例 19-3】 大判大正 8 年 6 月 5 日¹⁰

〈事実〉「被上告人ノ先代駒吉ハ、上告人ノ為ニ左胸部ヲ刺サレ、入院治療シタルモ其効ナク、〔二箇月後ニ〕遂ニ右傷害ニ因リ死亡シ〔タ〕。」駒吉は、「自

¹⁰大審院判決大正 8 年 6 月 5 日大審院民事判決録 25 輯 962 頁。

己ノ心神（ママ）ヲ慰藉スル為、上告人ニ対シ慰藉金ヲ請求スル意思ヲ書面ニ表示シ、之ヲ執達吏ニ交付シテ委任シタ」が、書面は現実には上告人に到達しなかった。上告人は、「慰藉料請求権カ専属的性質ヲ変シテ普通債権ノ如ク流通性ヲ有スルニ至ルニハ、慰藉料額ニ付当事者間ニ合意アルカ若クハ裁判上確定判決アルコトヲ必要トスベキデ、原判決ハ、破棄ヲ免レサルモノト信ス」と主張して上告した。

〈要件事実〉駒吉は、受傷後死亡するまでの2か月間に「自己ノ心神（ママ）ヲ慰藉スル為、上告人ニ対シ慰藉金ヲ請求スル意思ヲ書面ニ表示シ、之ヲ執達吏ニ交付シテ委任シタ」が、書面は現実には上告人に到達しなかった。

〈争点〉被害者本人の慰謝料請求の意思は、他の法律行為（契約等）と同様に、「その通知が相手方に到達した」ことを要するか、あるいは訴訟などの一定の行為を要するかであった。

〈判決〉被上告人の先代駒吉が「其死亡前、上告人ニ対シテ慰藉金ヲ請求スル意思ヲ表示シタルモノナレハ、同人ノ請求ハ、右ノ意思表示アリタルニ依リ移転性ヲ有スルニ至ル」。「本件ノ如キ〔不法行為ニ因リ身体ヲ傷害セラレ精神上ノ苦痛ヲ蒙リタル〕場合ニ於ル所謂意思表示ハ、法律行為ノ場合ニ於ル夫レノ如ク必スシモ相手方ニ到達スルヲ要セサルモノトス。」「原院カ、該書面ノ現実上告人ニ到達セサリシ事実ヲ認メタルニ拘ハラズ、所謂請求ノ意思表示アリトシ駒吉ノ請求権カ移転性ヲ有スルニ至リタル旨判定シタレハトテ不法アルモノト謂フヘカラス」と、大審院は判決した。

〈判例分析と意義〉当該判決を分析してみると、判例としての意義は、つぎの点にある。被害者本人の慰謝料請求の意思は、被害者が金銭の賠償を得て自己の心神を慰謝する為に、加害者に対し慰謝料を請求する意思を表明することで十分であり、「その通知が相手方に到達した」こと（民法97条）を要しない（訴訟などの法的手続まで求めない）と判断した点に認められる。本件では、受傷後死亡するまでの2か月間に、訴訟が提起されたわけではないけれども、被害者の慰謝料請求の意思が、書面によって表示され、「之ヲ執達吏ニ交付シテ催告ヲ委任シタ」という第三者によって感得され得る客観的な外形行為を伴っていたことに注目すべきであろう《【判例19-1】準則の拡張適用》。

ii) 【判例19-3】では、被害者本人の慰謝料請求の意思は、加害者に対する

る意思を表明することで十分であり、その通知が相手方に到達したことを要せず、訴訟などの法的手続まで求めないと判断された。

それでは、被害者本人が即死あるいは被害をうけた間に死亡した場合には、被害者本人の慰謝料請求の意思を、何時どのような行為・内容をもって認定するかが課題となろう。この論点については、【判例 19 - 1】の準則の再拡張として理解し得る 4 つの判決をあげることができよう。

【判例 19-4】大判昭和 2 年 5 月 30 日¹¹

〈事実〉「訴外今井廣吉ハ、上告会社ノ従業員川村三郎カトラックを運転中ノ過失ニヨツテ負傷シ入院シテ、『残念々々』¹²ト叫ヒツツ即日死亡シタ。今井廣吉ノ相続人ハ、廣吉死亡後ニ同人ノ慰藉料請求権ヲ相続シタトシテ、上告会社ニ対シテ慰藉料ヲ請求シタ。上告会社ハ、被害者カ慰藉料請求ノ意思ヲ表示シテオラス、相続人カ被害者ノ慰藉料請求権ヲ相続スル理由ハナイト主張シテ上告シタ」。

〈要件事実〉「トラックニ因ツテ負傷シ入院シ『残念々々』ト叫ヒツツ即日死亡シタ今井廣吉ノ相続人ハ、死亡後ニ同人ノ慰謝料請求権ヲ相続シタトシテ、上告会社ニ対シテ慰謝料ヲ請求シタ」。

〈争点〉本事案では、被害者の今井廣吉によって慰謝料請求の意思が明確には表示されていないから、本来は、相続人が被害者の慰謝料請求権を相続する根拠は生じないと解されるが、裁判所が相続を認めた根拠は何か。

〈判決〉大審院は、「『残念々々』ノ言語ハ、自己ノ過失ニ出テタルヲ悔ヤミタカル如キ特別ノ事情ナキ限り、加害者ニ対シテ慰藉料ヲ請求スル意思ヲ表示シタルモノト解シ得ラレサルニアラス」と判断した。

〈判例分析と意義〉当該判決の意義は、被害者本人の慰謝料請求の意思を、何時どのような行為・内容をもって認定するかについて、被害者が受傷後に即日死亡した場合には、書面等によらない場合であっても、「自己の過失に出でたるを悔やみたるが如き特別の事情なき限り」、被害者が死亡するまでの被害者による「残念々々」と叫ぶ事実上の行為を、加害者に対して慰謝料請求の意思を

¹¹ 大審院判決昭和 2 年 5 月 30 日法律新聞 2702 号 5 頁。

¹² 大審院判決昭和 8 年 5 月 17 日法律新聞 3561 号 13 頁は、被害者の加害者に対する慰謝料請求の意思表示が、「残念々々」事件と同様に「残念」の一語に含まれると判断した判決である《判例 19 - 1 の準則の再拡張⇒判例 19 - 3 の拡張》。

表示する行為と同視し得るものと判断した点にある《【判例 19-1】準則の再拡張⇒【判例 19-3】準則の拡張適用》。

【判例 19-5】東京控訴院判決昭和 8 年 5 月 26 日¹³

〈事実〉「船舶速力ノ点ニ於テ優レテイル小型船ノ元丸ハ、大型船ノ通運丸ヲ追ヒ越ス際ニ同船ノ船尾ニヨツテ衝突サレタコトテ忽チ転覆シ、乗船シテイタ原告（被控訴人）ノ妻『ため』ハ、水中ヨリ手ヲ出シ「助ケテ呉レ」ト叫ヒツツ水中ニ没シテ溺死スルニ至タ。被害者『ため』ノ夫テアル相続人杉浦久次郎ハ、被害者ノ慰藉料請求権ヲ相続シタコトヲ理由トシテ、被告ニ対シテ慰藉料ヲ請求シ、地裁ハ、コレヲ認メタ」。

「被告ハ、地裁カ被害者「ため」ノ慰藉料請求権カ夫ノ原告杉浦久次郎ニヨツテ相続サレタト認定シタ点ヲ不服トシテ控訴シタ」。

〈要件事実〉水中ヨリ手ヲ出シ「助ケテ呉レ」ト叫ヒツツ水中ニ没シテ溺死スルニ至タ「ため」ノ相続人杉浦久次郎ハ、被害者「ため」ノ慰藉料請求権ヲ相続シタトシテ、被告（控訴人）ニ対シテ慰藉料ヲ請求シタ。

〈争点〉本件ノ争点ハ、被害者ガ溺死スルマデノ間に水中から「助ケテ呉レ」と叫ぶ事実上ノ行為ヲ、加害者ニ対シテ慰謝料請求ノ意思ヲ表示スル行為ト同視シ得ルものと判断シ得るかトイフことニある。

〈判決〉「証人杉浦伊三郎ノ証言ニ依レハ、『ため』ハ、元丸ノ転覆シタル際、水中ヨリ手ヲ出シ『助ケテ呉レ』ト叫ヒタルコトヲ認メ得レトモ、右ハ『ため』カ其身ニ迫レル危害ヲ免レンカ為救助ヲモトメルタメノモノニシテ、自己ニ加ヘラレタル危害ニ付キ、加害者ニ対シ慰藉料ヲ請求シタルモノニ非サルモノト認ムルヲ相当トス。」

〈判例分析と意義〉法律新聞 3568 号ニ掲載サレタ編集者ノコメントガ参考トナル《【判例 19-1】準則ノ再拡張⇒【判例 19-4】準則ノ適用ニ由ル控訴棄却》。

★コラム 19 - 1 残念々々事件判決ノ影響

「『残念』ト叫んで死んだ場合ノ「残念」ハ慰謝料請求ノ意思表示トみるべき…然るに、本件ノ如ク溺死せんとスル者が、たまたま大審院ノ判例ヲ知らずシテ『助ケテ呉レ』ト叫んだのでは、一文にもならないのである。咄嗟ノ場合は、何ヲ置いても『残念』ヲ忘れてはならない、それでないと犬死にだ。何とか妥

¹³ 東京控訴院判決昭和 8 年 5 月 26 日法律新聞 3568 号 5 頁。

当なる法律解釈のありそうなものだと大いに考えさせられる事案である。」

【判例 19-6】大阪地裁判決昭和 9 年 6 月 18 日¹⁴。

〈事実〉「訴外竹松ノ従弟ナル被告森田四郎兵衛ハ、他ノ一名ト共ニ竹松ヲ殺害セントシテ、鉈ニテ竹松ノ頭部頸部ソノ他ニ切りツケ…頭蓋骨ヲ割截シ頸動脈ヲ切断シテ、大出血ニヨリ間モナク死亡スルニ至ラシメタ。原告ノ古谷武雄ハ、家督相続ニヨリ竹松ノ慰謝料請求権ヲ相続した。原告ハ、被告ニ対シテ相続ニヨリ承継シタ慰謝料ヲ請求シタ」。

〈要件事実〉「竹松カ瀕死ノ重傷ヲ負フヤ『口惜ヒ』ト叫ビ…間モナク死亡シタ」。

〈争点〉「竹松カ瀕死ノ重傷ヲ負〔ッテ〕…間モナク死亡〔スル〕」までに「『口惜ヒ』ト叫〔ンタ〕」事実上の行為が、加害者に対して慰謝料請求の意思を表示する行為と同視し得ると判断できるかということにある。

〈判決〉「証拠ニ依レハ、竹松カ瀕死ノ重傷ヲ負フヤ『口惜ヒ』ト叫ビタルコト明ラカニシテ（該認定ヲ覆シ得ヘキ資料ナシ）、右ハ咄嗟重大ナル場合ナルコトヲ参酌スルトキハ、被告ニ対スル慰謝料請求ノ意思表示ヲモ包蔵スルモノト推認スルヲ妥当トスヘキ」と、地裁は、判断した。

〈判例分析と意義〉本件は、被害者の竹松が瀕死の重傷を負い死亡するまでに発した「口惜しい」という一語を、「咄嗟重大なる場合」の加害者に対する慰謝料請求の意思表示を含むものと解すべきとしたものであって、当該認定を覆し得べき〔自己の過失に出たることを悔やんだ、其身に迫れる危害を免れんが為救助を求めたるもの等との〕資料はないと認定した点にある《【判例 19-1】準則の再拡張⇒【判例 19-4】準則の適用》。

【判例 19-7】大判昭和 12 年 8 月 6 日¹⁵

〈事実〉「訴外ノ被害者山下益男ハ、被上告人ノ加害者文殊善太郎ニヨッテ負傷後死亡スルマテニ、『向コウカ悪ヒ向コウカ悪ヒ止メル余裕アッタノニ止メナカッタノタ』」と意思表示した。山本益男の相続人は、「被害者ノ慰藉料請求権ヲ相続シタコトヲ理由トシテ、被告ニ対シテ慰藉料ヲ請求シタ」。

〈要件事実〉「被害者山下益男ハ負傷後、『向コウカ悪ヒ向コウカ悪ヒ止メル

¹⁴ 大阪地方裁判所判決昭和 9 年 6 月 18 日法律新聞 3717 号 5 頁。

¹⁵ 大審院判決昭和 12 年 8 月 6 日大審院判決全集 4 卷 15 号 10 頁。

余裕アッタノニ止メナカッタノタ」と言いつつ死亡した。

〈争点〉被害者山下益男が負傷後死亡スルマデニ「向コウカ悪ヒ向コウカ悪ヒ止メル余裕アッタノニ止メナカッタノタ」と言った事実上の行為が、加害者に対して慰謝料請求の意思を表示する行為と同視し得ると判断できるかということにある。

〈判決〉大審院は、「此ノ被害者ノ言ハ、疑ヒモマク自己ニ過失ナク加害者ノ過失ヲ責ムル意思ノ表示ヲ為シタルニ外ナラサルニ因リ、之ヲ以テ加害者ニ対シ損害賠償ノ請求ヲ為スコトノ意思ヲ表示シタルモノト看做スヲ相当トス」と判断した。

〈判例分析と意義〉大審院は、本件を「咄嗟重大なる場合」に該当するものであって、被害者の益男が負傷後に発した「向コウカ悪ヒ向コウカ悪ヒ止メル余裕アッタノニ止メナカッタノタ」という一語を、加害者に対する慰謝料請求の意思表示を含むものと解した。《【判例 19-1】準則の再拡張⇒【19-4】準則の適用》。

【小括】

被害者本人に帰属するとされる慰謝料請求権（民法 710 条）は、被害者本人の慰謝料請求の意思が表示されることで、一般金銭債権の性格を有する債権に転化し、相続財産の対象から除外される一身専属性（「慰謝料請求権の相続性」民法 896 条ただし書）の性格から解放され、被害者の死亡後には、その相続人によって相続され得る。これらの判決で明らかになった準則は、同種の内容をもつ事件の解決に際して、現在においても部分的に支持されている。

(4) 準則の変更

被害者が事故や事件で慰謝料請求の意思表示をせずに死亡した場合には、被害者の相続人がその慰謝料請求権を相続できないという法的課題は、解決されずにそのまま残ったのである。そして、この法的課題は、再び昭和 30 年代後半から 40 年代にかけて、以降でとり上げる判例において議論された。この期間には、慰謝料請求権は、被害者の慰謝料請求の意思表示がなくとも（民法 710 条）、被害者の一身に専属する性格（民法 896 条）から解放されるとする解釈理論が登場して新たな準則を構成することになった。

【19-8】最大判 16昭和 42 年 11 月 1 日 17—リーディングケース—

〈事実〉「被告（被上告）会社の自動車運転手である高橋四郎は、被告運輸会社所有の大型貨物自動車を運転中に、訴外磯太十郎の乗る自転車に衝突し、同人に重傷を負わせ入院治療〔12 日〕後に、死亡するに至らしめた。亡磯太十郎は死亡当時慰謝料請求の意思表示はしなかったが、同人の相続人たる原告等姉妹を含む四名は、当然磯太十郎の取得した慰謝料請求権を相続した」として、被告運輸会社に対して、被害者本人の慰謝料請求権に基づく慰謝料の支払いを請求した。被告運輸会社は、「被害者本人の慰謝料請求権は、一身専属的なもので、慰謝料請求の意思表示をまっしてはじめて相続されるもので、訴外亡磯太十郎は、慰謝料の請求をしなかったので、原告らは慰謝料請求権を相続するものではない」と反論した。

〈要件事実〉大型貨物自動車によって受傷した磯太十郎は、重傷により入院治療〔12 日〕後に、慰謝料請求の意思を表示しないままに死亡した。

〈争点〉【判例 19 - 1】の明治 43 年判決では、慰謝料請求権は、被害者（被相続人）本人にのみ帰属する一身専属権（民法 896 条ただし書）で、本来は相続の対象とならないが、被害者本人の損害賠償請求の意思が外形を伴って表示されることを要件として具体化され一般金銭債権（相続財産）として相続の対象になるとした。【判例 19-4】の昭和 2 年判決では、受傷後に近接して死亡した場合には、被相続人による慰藉料請求の明確な意思表示が認められなくとも、「自己の過失に出でたるを悔やみたるが如き特別の事情なき限り」、被害者が死亡するまでの被害者による「残念々々」と叫ぶ事実上の行為を、加害者に対して慰謝料請求の意思を表示する行為と同視し得るものと判断して、慰謝料請求権が一般金銭債権（相続財産）として相続の対象になるとした。

〈上告審の背景〉相続人等は、被害者の請求の意思表示の要件が次第に緩和される傾向にあるという時代の推移に応じ、さらに進みつつある判決を基礎に

¹⁶ 裁判所法 10 条 3 号は、「…その他の法令の解釈適用について、意見が前に最高裁判所のした裁判に反するとき」…「小法廷では裁判をすることができない」と規定する。本件は、現行司法制度の最高裁判所に相当する大審院の判決によって形成された法解釈および判例理論を大きく変更する可能性があるため、本条同号に該当すると判断され、最高裁判所の大法廷において判決された。

¹⁷ 最高裁判所大法廷判決昭和 42 年 11 月 1 日民集 21 卷 9 号 2249 頁。

「亡磯太十郎は死亡当時慰謝料請求の意思表示はしなかったが、同人の相続人等は、当然磯太十郎の取得した慰謝料請求権を相続した」として最高裁に上告した。

★コラム 19 - 2 最大判昭和 42 年事件判決の事実審

〈第一審判決〉宇都宮地判昭和 38 年 4 月 6 日¹⁸：宇都宮地裁は、「弁論の全趣旨によれば、傷害による慰謝料請求の意思表示が訴外磯太十郎によってなされなかったと認められるので、原告らは、右請求権を相続する由なく、本訴請求を棄却す（る）」と判決した《【判例 19-1】準則の再拡張⇒【判例 19-4】昭和 2 年大審院判決の準則適用による訴え棄却》。

〈控訴審判決〉東高裁判昭和 38 年 9 月 17 日¹⁹：東京高裁は、地裁判決を支持し、原告らの請求を棄却した《同上【判例 19-4】準則適用による控訴棄却》。

〈上告審判決〉「ある者が他人の故意過失によって財産以外の損害を被った場合には、その者は、……慰謝料請求権を取得し、右請求権を放棄したものと解し得る特別の事情がない限り、これを行行使することができ、その損害賠償を請求する意思を表明するなど格別の行為を必要とするものではない。慰謝料請求権が発生する場合における被害法益は、当該被害者の一身に専属するけれども、慰謝料請求権そのものは、財産上の損害賠償請求権と同様に、単純な金銭債権であり、相続の対象となり得ないものと解すべき法的根拠はな [い]。民法 711 条によれば、生命を害された被害者と一定の身分関係のある者は、被害者の取得する慰謝料請求権とは別に、固有の慰謝料請求権を取得し得るが、この両者の関係は被害法益を異にし、併存し得るもの（併存説）であり…同条があるからといって、慰謝料請求権が相続の対象となり得ないものと解すべきではない。」と、最高裁判所は、判示した。

〈判例分析と意義〉最高裁は、慰謝料請求権の性格を単純に金銭債権として捉えることで、被害者は、被害者の慰謝料請求の意思の表明という格別な行為あるいは、それと同視すべき事実上の行為（客観的状況）の存在という要件から解放されて、損害の発生と同時に、その賠償を請求する慰謝料請求権を取得し、右請求権を放棄したものと解し得る特別の事情がない限り、これを行行使す

¹⁸ 宇都宮地方裁判所判決昭和 38 年 4 月 6 日民集 21 卷 9 号 2271 頁。

¹⁹ 東京高等裁判所判決昭和 38 年 9 月 17 日民集 21 卷 9 号 2274 頁。

ることができるとした。当該被害者が慰謝料請求権を行使せずに死亡したときでも、その相続人は、当然に被害者本人の慰謝料請求権を相続するもの（民法896条本文）と解して、従来の慰謝料請求権の一身専属性→被害者の慰謝料請求権行使の意思表示（同視し得る事実行為＝客観的状況の存在）の要件→金銭債権への転化→相続可能性という従来の判例準則を変更したところに、当判決の判例としての意義がある《新しい準則・理論の適用による従来の判例準則の変更》。

★コラム 19-3 当該判決について二つの少数反対意見

当該判決に対しては、4人の判事による二つの少数反対意見がある。

田中二郎・色川幸太郎両判事：慰謝料請求権は、精神的損害を伴う事故等の発生と同時に、抽象的・潜在的に発生する一身専属権である。したがって、慰謝料請求権は、被害者が慰謝料を請求する意思を有し表示することによって、発生時に遡って金銭債権として具体的・顕在的なものとなり、その後に譲渡・相続の対象となると解すべきである。本件は、この要件を満たしていないので、上告を棄却すべきとする（色川判事は、「残念」などの被害者の言を慰謝料請求権行使の意思表示と同視する見解に反対する）。

松田二郎・岩田誠両判事：慰謝料請求権行使の有無は、被害者の意思によって決まる。加害者との間で慰謝料支払いの約束をした等の特別な事情が存するときには、被害者本人の慰謝料請求権は、一身専属性から解放され相続され得るが、かような事情がない場合には、被害者の死亡により慰謝料請求権は、消滅する。被害者の被った苦痛は、遺族相続人固有の慰謝料請求の算定時に考慮されるべき（吸収説）で、本件上告を棄却すべきとした。この意見は、従来の判例準則および本最高裁判決の多数意見とは異なる別の新しい準則の萌芽を提供したもので、以後の東京地裁判決の中で具体化される。

(5)新準則の確立と適用

【判例 19 - 9】最判昭和 45 年 4 月 21 日 ²⁰

〈事実〉戸田正利は、原動機付き自転車を時速約 30 キロで運転し、交差点前付近に差しかかった際、対向車の前照燈に目がくらんだのに、漫然減速しな

²⁰ 最高裁判所判決昭和 45 年 4 月 21 日判例時報 595 号 54 頁。

いで進行し、そのため、折柄右交差点の横断歩道に向かって右から左へ横断中の歩行者井本清一をはね、頭蓋骨骨折の障害を与え、同月 25 日に死亡させた。井本清一の相続人は、慰謝料請求権を相続したとして、加害者および使用者の大分県に対して慰謝料を請求した。

〈要件事実〉頭蓋骨骨折の傷害を受けた井本清一は、〔慰謝料請求の意思を表示しないまま〕5 日後に死亡した。相続人は、慰謝料請求権が被相続人井本清一の死亡によって当然に発生し、相続できると主張した。

〈争点〉相続人は、慰謝料請求権が被相続人井本清一の死亡によって当然に発生し相続できると主張して、井本清一の蒙った非財産的損害の慰謝料を請求した。

〈判決〉本件事故は、原動機付き自転車の運転者戸田正利が、対向車の前照燈に眩惑され、まったく目が見えなくなったが、このような場合には、直ちに減速もしくは停止して視力の回復を待ち、その後に進行すべき注意義務があるのに、これをしなかったため、この過失によって発生した。不法行為による精神的苦痛に基づく損害の賠償を請求する権利、すなわち、慰謝料請求権は、被害者の死亡によって当然に発生し、これを放棄、免除する等特別の事情の認められないかぎり、被害者の相続人がこれを相続することができる。したがって、原判決に法令解釈の誤り等はな〔い〕。

〈判例分析と意義〉本件は、昭和 42 年 11 月 1 日最高裁大法廷判決と、重傷を受けた被害者の事実行為による慰謝料請求の状況がない事実関係(要件事実)および判旨が同一内容²¹であり、これによって、昭和 42 年最高裁判決は、今日まで同事案解決のための準則として一応確立した²²といえる。

(6)新しい準則の萌芽(1)

²¹ 最高裁判所判決昭和 43 年 5 月 28 日判例時報 520 号 52 頁も同旨である

²² 最高裁昭和 43 年 5 月 28 日、昭和 45 年 4 月 21 日の判決は、昭和 42 年 11 月 1 日最高裁大法廷判決において示された準則を適用して解決すべきか否かが小法廷において問題となった。5 人の判事のうち 3 人が、前記最高裁判決の多数説による準則を適用した解決を支持し、2 人が反対した。もし、この支持と反対が逆であったならば、裁判所法 10 条 3 号によって、事件は、最高裁判所の大法廷に移送される可能性のあった事件である。

【判例 19-10】東京地判昭和 42 年 12 月 25 日²³

〈事実〉訴外吉田努の運転する普通乗用自動車と訴外岩田捨五郎の運転する第一種原動機付き自転車とが接触し、岩田捨五郎は重傷を負って数時間後に死亡した。被害者の妻岩田「しづえ」ほか三名の子は、原告として、吉田肇および吉田努を被告として、原告ら固有の慰謝料を請求し、裁判上の和解が成立した。ところが、吉田らが全く債務を履行しないので、原告岩田「しづえ」は、被告の吉田肇に対して、岩田捨五郎が「受傷後死亡するまでに蒙った苦痛の慰謝料請求権（死亡自体によるものではない）のうち相続によって取得した 60 万円ほか（省略）の支払いを求めて再訴した。

〈要件事実〉重傷を負った岩田捨五郎は、加害者が被害者の慰謝料の請求に応じ支払いを約した…等の特別の事情の存せぬまま…数時間後に死亡した。

〈争点〉相続人は、慰謝料請求権が被相続人岩田捨五郎の死亡によって当然に発生し相続したと主張して、岩田捨五郎の蒙った非財産的損害の慰謝料を請求した。

〈判決〉「傷害による精神的・肉体的苦痛は、高度に個人的・主観的・人格的色彩の強い損害であるから、その賠償の為の慰謝料請求権は、所謂帰属においても行使においても、一身専属的性質を有しその本質上ただちには相続の対象とならないと解すべきである。もっとも、被害者の請求に応じ加害者が慰謝料の支払いを約した場合のように、請求権の個人的・主観的色彩が希薄となったときは、慰謝料請求権は、一身専属性から解放され、通常金銭債権と同視し得べきものに転化し、相続の対象となることもあり得る。」「事故に基づく傷害のため短時間内に死亡した被害者本人について一旦慰謝料請求権が発生したとみえるとしても、それはその死亡と同時に相続人に承継されることなく消滅するのである（死亡前短期間の傷害による精神的苦痛に伴う慰謝料請求権は、死亡に伴うそれと運命をともにするというほかはない²⁴）」から、被害者の妻であった「原告が相続する由がない」。「そもそも被害者死亡の場合には、被害者自身が事故の死亡に基づく慰謝料請求権を取得することはあり得ず、ひいてそ

²³ 東京地方裁判所昭和 42 年 12 月 25 日判例時報 504 号 70 頁。

²⁴ 東京地方裁判所昭和 49 年 9 月 24 日判例時報 774 号 100 頁は、事案も争点も同一であり、【判例 19-10】昭和 42 年 12 月 25 日の準則を適用した。

の慰謝料請求権を相続人が相続することもないのであって、むしろその場合には…遺族固有の権利として…被害者の死亡による慰謝料請求権が認められるのであるから、前示の被害者の蒙った苦痛は、遺族固有の慰謝料算定について十分斟酌されることを要し、かつそれをもって足るといふべきであろう」²⁵と東京地裁は判示し、原告の請求を棄却した。

〈判例分析と意義〉当判決によって示された理論は、昭和42年の最高裁判決において松田・岩田両判事によって述べられた反対少数意見〔★コラム19-3を参照〕が基礎となっている《請求棄却》。

学説は、「死者が死亡を原因として慰謝料請求権を取得するためには、死亡による苦痛を死者自身が感受し、死亡のその瞬間に死者が慰謝料請求権を取得する、すなわち『死前に死あり、死後にまた死あり』という奇異なる理論を肯定したうえでなければならない」と、最高裁判決の多数意見に対して非論理性を痛烈に批判した色川判事を支持する傾向にある。そして、学説では、岩田・松田両判事による吸収説を支持する見解が増えている。

判決時期は前後するが、つぎでとりあげる判決では、被害者が死亡した場合の慰謝料請求権の性格が一身専属権であることから、慰謝料請求権の相続人による相続は、明確に否定されている。

【判例19-11】東地判昭和42年3月27日²⁶

〈事実〉昭和40年7月25日午後11時30分頃、加害者（被告）の田島正明は、普通乗用自動車の助手席に山崎晋を同乗させて運転し、法定速度を超えた時速70～80キロの速度で木更津方面に進行していた。田島は、都川にかかっている寒川新大橋にさしかかり、右側対向車線を進行してくる車両を認めたので、進路を左にとり、前照灯を下向きにしてすれ違い、前照灯を上向きに切り替えたとたん、橋の欄干に親柱を発見し衝突の危険を感じて直ちに急制動をかけたがおよばず、左欄干の始端の親柱に本件自動車を衝突させた。このため被

²⁵ 東京地方裁判所昭和43年1月25日判例時報525号70頁は、同判示において同様な解釈理論を展開したもので、被害者が自身の死亡により取得する慰謝料請求権なるものは、『死亡により発生すべき権利を生存中に取得する』という観念自体矛盾を含む」とする。昭和42年12月25日判決も昭和43年1月25日判決も、どちらも東京地裁民事第24部において判決された事例である。

²⁶ 東京地方裁判所判決昭和42年3月27日判例時報475号18頁。

害者の山崎晋は、頭蓋底骨折の傷害を受けて翌 26 日午前 1 時 20 分頃死亡するに至った。被害者は、生命喪失による甚大な精神的苦痛を受けたことで、被告に対する慰謝料請求権を取得した。被害者の父母は、被害者の死亡によって被害者の慰謝料請求権を相続したとして、被告に対して慰謝料を請求した。

〈要件事実〉被害者は、生命喪失によって甚大な精神的苦痛を受けた。被害者の相続人は、慰謝料請求権を当然相続したとして被告に対して慰謝料を請求した。

〈争点〉昭和 42 年大法廷判決がとった「ある者が他人の故意過失によって慰謝料請求権を取得し、右請求権を放棄したものと解し得る特別の事情がない限り、これを行行使することができ、その損害賠償を請求する意思を表明するなど格別の行為を必要とするものではない」という準則に従えば、重傷を負った被害者が、慰謝料請求の意思表示をせずに死亡しても、その請求権は、相続人によって当然に相続され、相続人は、被告に対して慰謝料の請求をすることができるということになる。他方、この準則は、「死前に死あり、死後にまた死あり」という奇異なる理論を肯定したうえで成立するという批判がある。裁判所は、どのような判決を下したのか。

〈判決〉「元来死者が自分の死亡により精神的損害を蒙り、これによって損害賠償請求権を生存中取得するというのは、あまりに技巧的な構成であり不自然であ[る]。仮に、被害者が致命傷を受けたことにより蒙った精神上の苦痛に対する慰謝料請求と解しても、かかる精神的苦痛というのは、高度に個人的人格的色彩の強い、他に移転し得ない法益の侵害に基づく損害であるというべく、その賠償のための慰謝料請求権はその本質上譲渡性および一般債権者のための共同担保適格性を有しないことはもちろん相続の対象ともなり得ない一身専属権であると解すべきであ[る]。被害者が事故に基づく負傷により死亡した場合は相続人が被害者の取得した権利を相続するというのではなく、被害者の近親者たる父母、配偶者および子がいわば被害者に代わって、その固有の慰謝料請求権を取得するというのが民法第 709 条ないし第 711 条の合理的解釈である。近親者固有の慰謝料請求権と並んで別に被害者本人の慰謝料請求権の相続をも認めることは、一見遺族の保護を厚くする所以であるように見えるのであるけれども、遺族の保護のためには、その固有の慰謝料の額の算定にあたり遺族の

精神的損害とともに被害者本人の精神的損害をも斟酌して適性を期すれば十分であり…請求権を併存することによる権利関係の理論的・実質的錯綜など…困難な問題を残すことになる。

〈判例分析と意義〉当判決は、死亡した被害者本人の慰謝料請求権の性格が一身専属権であり、かつ遺族の固有の慰謝料額の算定についての実質的な面からの斟酌そして権利関係の錯綜などの観点から、相続性を完全に否定する。ただし、当判決においても、受傷した被害者本人が生存している際の慰謝料請求権発生については、当然のことと解しており、既に慰謝料を受領した場合には遺族の固有の慰謝料額の算定についての実質的な面からの斟酌が行われるべきと解する。

(7)新しい準則の萌芽(2)―死者には慰藉料請求権が発生しない

【判例 19 - 12】東地判昭和 43 年 1 月 25 日²⁷

〈事実〉自家用乗用自動車の所有者（醍醐安之助）の実弟の秀夫は、自分、長谷川久子ほか 2 名を同乗させた当該自動車を渡辺京太郎に運転させていた。品川区旗の台の東京急行電鉄踏切に差しかかった際、「折から現場に走行してきた同電鉄の上り 284 電車に本件自動車を激突させ、因って久子を死亡させるに至った」。久子の 2 児の暁美と靖夫は、父親が早逝したことで母親の久子によって育てられた。原告の暁美と靖夫は、「死亡した久子とその生命を害されたことによって蒙った精神上の損害に対する慰藉料請求権を相続した」と主張して自動車の所有者である被告の醍醐安之助に対して民法 710 条に基づいて慰謝料の支払いを請求した。

〈要件事実〉久子が出産した 2 児の暁美と靖夫は、「死亡した久子とその生命を害されたことによって蒙った精神上の損害に対する慰藉料請求権を相続した」と主張して慰謝料の支払いを原告に対して請求した。

〈争点〉不法行為によって非財産的損害を被った被害者の相続人が、その慰藉料を請求するためには、被害者本人の慰謝料請求の意思の表示も格別の行為も必要とせず、当然相続人として請求し得る。民法 711 条によれば、生命を害された被害者と一定の身分関係のある者は、被害者の取得する慰謝料請求権と

²⁷ 東京地方裁判所判決昭和 43 年 1 月 25 日判例時報 525 号 70 頁。

は別に、固有の慰謝料請求権を取得し得るが、この両者の関係は被害法益を異にし、併存し得るもの（併存説）と解するのが、【判例 19-8】昭和 42 年大法廷判決の準則である。

〈判決〉東京地方裁判所は、「被害者が自身の死亡により取得する慰藉料請求権なるものは、これを認めるべきではないと考える。けだし、『死亡により発生すべき権利を生存中に所得する』という觀念自体矛盾を含むばかりでなく、被害者の遺族の保護という観点からも、民法 711 条による固有の慰藉料を斟酌すれば、その他に更に使者自身の取得した慰藉料請求権の相続を重複して認める必要はないというべきである。従って、原告両名が久子の慰藉料請求権を相続したとの主張は理由がない」。

〈判例分析と意義〉学説は、「死前に死あり、死後にまた死あり」という矛盾を含む奇異なる理論を否定する傾向にある。東京地裁による当判決は、この奇異なる非論理性を痛烈に批判する観点からの理論構成—死者には慰藉料請求権が発生しない²⁸こと—を背景に、相続人による慰謝料請求は、相続人固有の民法 711 条によるべき（吸収説）ことを表明したもので、【判例 19-8】最大判昭和 42 年の準則とは全く異なる法論理（仮準則）の形成ということになる《慰謝料請求の部分について請求棄却》。

【判例 19-13】仙台高裁秋田支部判昭和 57 年 3 月 24 日²⁹

〈事実〉高橋登は、高橋正人が所有する自動車を酩酊して運転していたため進路前方を進行中の自転車を発見するのが遅れ、あわててハンドルを左に切った。三浦義見は、道路を歩行中に、この酩酊した高橋登が運転する自動車にはねられて頭蓋骨骨折・脳挫傷を受傷し、約 17 時間後に死亡した。被害者三浦には相続人がなく、同人の叔父の申立てにより同人の相続財産管理人が選任された（民法 951）。法人格を有する亡三浦義見相続財産（民法 952 条）は、高橋正人・登に対して、同人が死亡したことで精神的損害を蒙り慰藉料請求権を取得したとして、損害賠償を請求した。

〈要件事実〉事故により受傷した被害者は、約 17 時間後に死亡した。同人

²⁸ 東京高等裁判所昭和 47 年 3 月 31 日判例時報 663 号 65 頁、札幌地方裁判所昭和 55 年 11 月 6 日判例時報 1008 号 172 頁。

²⁹ 仙台高等裁判所秋田支部昭和 57 年 3 月 24 日判例時報 1053 号 119 頁。

には相続人がなく相続財産管理人が選任され、法人格を有する亡三浦義見相続財産は、被告らに慰藉料を請求した。

〈争点〉相続人不存在の場合に、死者本人に慰藉料請求権の取得を認め、かつその相続性が認められるべきか。

〈判決〉法人格を有する亡三浦義見相続財産（相続財産管理人廣嶋清則）は、亡三浦義見が死亡したことで同人が精神的損害を蒙り慰藉料請求権を所得したとして慰藉料を請求した。「しかし、死者がその死亡自体により精神的損害をこうむり、その慰藉料請求権を取得するというのは背理であって採用できない。死亡による慰藉料請求のほか、受傷による精神的損害に対する慰藉料請求の趣旨を含むとも解し得るが、致命傷をうけ受傷から死亡までがわずか 17 時間という場合については、あえて死亡者本人が取得した精神的損害と受傷による近親者固有の精神的損害があったと認めることは、社会通念上、相当でない。これに対し、前記のような背理をあえてして死者自身が慰藉料請求権を取得することを認め、かつその相続性を認めるときは、相続人不存在の場合には、それが、相続財産法人、ひいては国庫に帰属することになり、被害者の救済を本旨とする慰藉料制度の目的から見て不当な結果となることは否めないし…現実的妥当性の見地からも、慰藉料額の定型化、定額化が進展している現状においては、慰藉料請求権の併存を認めることが手厚い被害者救済につながるものとも言い難い。

〈判例分析と意義〉当判決は、従来の判例でとりあげられた相続人がいる場合でなく、相続人がまったく不在の場合をとりあげたものであり、当然に考慮されていなければならなかった（民法 959 条では「…処分されなかった残余財産は国庫に帰属する」とされることに対抗して、国家という名の「笑う相続人」³⁰を創らないという）課題をも含み論じられている。当判決では、「死前に死あり、死後にまた死あり」という矛盾を含む奇異なる理論（「背理」という）が、

³⁰ 近代相続の近親血縁者による財産相続の原理に反して、相続人の範囲をいたずらに拡張することは、一度もなかったことがない血縁者（被相続人の兄弟姉妹の直系卑属である再代襲相続人⇒甥や姪の子さらにその孫など）に財産が承継されることになりかねない。学説は、人生設計、家庭生活プランニング、財産の形成に好ましくない状況が発生することを「笑う相続人」制度と表現した。現在、兄弟姉妹の代襲相続は、889 条 2 項により、兄弟姉妹の子すなわち被相続人からみれば甥や姪に限られることになり、再代襲相続は適用されない。

慰藉料制度の目的や慰藉料額の定型化、定額化が進展している現状から批判され否定されて、【判例 19-12】「死者には慰藉料請求権が発生しない」とする法理論（仮準則）を補強しつつ形成を試みていると解することができよう。

★コラム 19-4 破産目前の名誉毀損慰謝料請求問題に適用される別準則

最大判昭和 42 年松田・岩田両判事による反対意見では、「事業経営に失敗し、侮辱を受けた破産者が、慰謝料を請求する意思を表明しなくても、慰謝料請求権は、破産財団に組み込まれ、管財人は、慰謝料請求権を行使しなければ、職務上の注意義務に反し損害賠償請求の責めを負うこととなる。かような事態を回避する為には、加害者による慰謝料支払いの約束など特別な事情がなく被害者が死亡したときには、被害者の慰謝料請求権は、消滅すると解すべきである。したがって、被害者の蒙った苦痛に対する慰謝料金額は、遺族相続人固有の慰謝料請求算定時に考慮され吸収される」とされていた。

【判例 19-14】最判昭和 58 年 10 月 6 日³¹の判決は、破産者が破産宣告前に蒙った名誉毀損に基づく慰謝料請求事件についてのものであり、昭和 42 年 11 月 1 日最高裁大法廷判決において松田・岩田両判事が反対意見で指摘した点が、具体的事件として訴訟となったものである。

〈判決〉「名誉を侵害されたことを理由とする被害者の加害者に対する慰謝料請求権は…名誉という被害者の人格的価値を毀損せられたことによる損害の回復の方法として、被害者が受けた精神的苦痛を金銭に見積もって、これを加害者に支払わせることを目的とする。」「(同請求権を)行使するかどうかは専ら被害者自身の意思によって決せられるべきものと解する。」「いまだその具体的な金額が当事者間において客観的に確定しない間は…右権利は、なお一身専属性を有するものというべき…である。」「他方、加害者が被害者に対し一定の慰謝料を支払うことを内容とする合意又はかかる支払いを命ずる債務名義が成立したなど、具体的な金額の慰謝料請求権が当事者間において客観的に確定したときは…加害者の現実の履行を残すだけであって、その受領についてまで被害者の自律的判断に委ねるべきとする特段の理由はないし、また、被害者がそれ(現実の履行)以前の段階において死亡したときも、右慰謝料請求権の承継取得者についてまで右のような行使上の一身専属性を認めるべき理由がない。」「右慰

³¹ 最高裁判所判決昭和 58 年 10 月 6 日民集 37 卷 8 号 1041 頁。

謝料請求権は…被害者の主観的意思から独立した客観的存在としての金銭債権となり、被害者の債権においてこれを差し押さえることができるし、また、債権者代位権（民法 423 条）の目的とすることができるというべきである」と最高裁は、判示した。

〈判例分析と意義〉

本件は、名誉毀損を原因として生じた慰謝料請求権の差押え・代位権の行使に関して、その慰謝料請求権の一身専属性の喪失を、何時・何を要件とするかという問題に対して、慰謝料金額の確定、当事者間の合意または債務名義の成立を要件として、それが満足された時点とした。そして、加害者の現実の履行を残すだけの場合には、その受領についてまで被害者の自律的判断に委ねるべきとする特段の理由はないし、また、被害者が現実の履行以前の段階において死亡したときも、右慰謝料請求権の承継取得者についてまで行使上の一身専属性を認めるべき理由がないと判断されたものである。

この判決は、破産宣告目前の名誉棄損を原因として生じた慰謝料請求権に関する事案であって、いままで扱ってきた判例が事故を原因とした慰謝料請求の事案とでは事実関係が異なる。慰謝料請求権帰属の一身専属性の喪失を、事件発生後死亡するまでの間に、被害者による慰謝料請求に関して一定の客観的行為や事実を認定し得るか否かという争点を同じくする部分もあるが、加えて具体的な金額が当事者間において客観的に確定したときに一身専属性から解放されるとする。当判決によって導き出される準則は、明治 43 年 10 月 3 日【判例 19-1】および大正 8 年 6 月 5 日【判例 19-3】の二つの大審院判決の準則に一部回帰準用した感があるが、法律学上は全く別の事実関係に適用される新たな準則に位置づけられる。