慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究二二四〕 一 名誉侵害を理由とする慰藉料請求権と行使上の一身専属性の喪失事由 二 名誉侵害を理由とする破産者の慰藉料請求権が破産終結決定後に行使上の一身専属性を失った場合と破産法二八三条一項後段の適用の有無 (最高裁昭和五八年一〇月六日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	大内, 義三(Ouchi, Yoshizo) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1984
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.57, No.9 (1984. 9) ,p.122- 131
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19840928-0122

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔最高裁民訴事例研究二二四〕

昭五八2（裁時八七四号、判時一〇九九号五一頁、判タ五一三号一四八頁）

一　名誉侵害を理由とする慰藉料請求権と行使上の一身専属性の喪失事由

二　名誉侵害を理由とする破産者の慰藉料請求権が破産終結決定後に行使上の一身専属性を失った場合と破産法二八三条一項後段の適用の有無

損害賠償請求事件（昭五八・一〇・六第一小法廷判決）

Xは昭和二二年四月に和歌山県日高郡旧和田村村長、昭和二六年四月に和歌山県県議会議員に当選し、昭和三七年一一月一三日以来和歌山県日高郡美浜町町長であった。町長在職中、昭和四一年三月二六日、加重収賄罪で逮捕、勾留され、同年四月一七日、処分保留のまま釈放されたが、任期満了に伴う町長改選告示日直前である同年一〇月一八日に起訴された。しかし、和歌山地方裁判所は昭和四六年三月二五日Xに対し無罪判決を言い渡し、同判決は検察官の控訴がなく確定した。

Xはこのため再選確実と思われた昭和四一年の町長選挙の立候補を断念せざるを得ず、四年後の町長選挙に立候補したものの、「黒い霧」の噂により落選した。更にXは、昭和一九年九月より製箸業を営み、敷地五〇〇坪、工場建物三五〇坪、工員二〇数名の規模の事業に発展していたが、本件起訴により社会的信用が失墜し、昭和四六年七月二八日破産宣告を受け、その所有財産の全てを競売されるまでに至った。

そこでXは、昭和四八年三月一九日、国家賠償法一条一項によりY（国）に対し、本件起訴によってXの受けた精神的苦痛に対する慰藉料として二〇〇〇万円の損害賠償請求の訴えを提起した。

和歌山地方裁判所は、昭和四九年一一月二八日破産終結決定をした。

第一審（和歌山地判昭和五三年三月二七日判時九一六号六七頁）は、慰藉料請求権の被害法益は、高度に個人的個性的なもので性質上一身専属的であり、かつ、その行使は被害者の意思に委ねられているので、性質上行使においても一身専属的であると解し、Xの当事者適格を肯定し、Yに対し慰藉料二〇〇万円の支払を命じた。

Yはこれを不服として控訴をした。Xは訴えが控訴審に係属中、昭和五三年一二月一四日に死亡し、相続人が訴訟を承継した。

第二審（大阪高判昭和五四年三月三〇日判時九四一号五一頁、判タ三八八号九四頁、金融九〇七号三六頁）は、「破産者が破産宣告前に被った不法行為による慰藉料請求権は、すくなくとも破産者がその行使の意思を明示した場合にあっては、破産財団であって、破産管財人がその管理処分権を有するものと解せられる。」とし、X（ひいてはその承継人）の当事者適格を否定し、訴えを却下した。

Xの相続人から上告があり、最高裁は次のような理由により原判決を破棄し、原審へ差し戻した。

「思うに、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藉料請求権は、金銭の支払を目的とする債権である点においては一般の金銭債権と異なるところはないが、本来、右の財産的価値それ自体の取得を目的とするものではなく、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ってこれを加害者に支払わせることを目的とするものであるから、これ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べきである。そして、右慰藉料請求権のこのような性質に加えて、その具体的金額自体も成立と同時に客観的に明らかとなるわけではなく、被害者の精神的苦痛の程度、主観的意識ないし感情、加害者の態度その他の不確定的要素をもつ諸般の状況を総合して決せられるべき性質のものであることに鑑みると、被害者が右請求権を行使する意思を表示しただけで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、被害者がなおその請求意思を貫くかどうかをその自律的判断に委ねるのが相当であるから、右権利はなお一身専属性を有するものというべきであって、被害者の債権者は、これを差押えの対象としたり、債権者代位の目的とすることはできないものというべきである。しかし、他方、加害者が被害者に対し一定額

の慰藉料を支払うことを内容とする合意又はかかる支払を命ずる債務名義が成立したなど、具体的な金額の慰藉料請求権が当事者間において客観的に確定したときは、右請求権についてはもはや単に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特段の理由はないし、また、被害者がそれ以前の段階において死亡したときも、右慰藉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ことが明らかであるから、このような場合、右慰藉料請求権は、原判決にいう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、被害者の債権者においてこれを差し押えることができるし、また、債権者代位の目的とすることができるものというべきである。」

「これを本件についてみると、Xが本訴訟提起によって本件慰藉料請求権を行使する意思を明示したということだけでは、いまだ右権利につき同人による行使上の一身専属性が失なわれるものでないこと前記のとおりであり、したがって、同人が既に破産宣告を受けていても、そのために本件訴えについて当事者適格を有しないこととなるべき理由はない。それゆえ、これと異なる見解に立ってXの本件訴訟の当事者適格を否定した原審の判断は誤りであるといわなければならない。そして、前記のとおり、Xは本件訴訟が原審に係属中の昭和五三年一二月一四日に死亡したというのであるから、本件慰藉料請求権は前記の一身専属性を失なったものというべきところ、破産終結の決定がされたのちに行使上の一身専属性を失なうに至った慰藉料請求権については、破産法二八三条一項後段の適用がないと解するのが相当であるから、本件慰藉料請求権が右の条項により破産財団に帰属する余地はなく、したがって本件訴訟はその相続人において承継することとなるべき筋合である。」

判旨に反対する。

一　周知のように、最高裁（最判昭和四二年一一月一日民集二一巻九号二二四九頁）は、生命侵害による慰藉料請求権の相続性に関して、被害者が生前に請求の意思を表明しなくても相続の対象になると判示した。しかし、その判決の中で松田裁判官は、多数意見に従えば、破産者の有する慰藉料請求権は当然に破産財団に帰属することとなる。また、被害者に対して債権を有する者は、慰藉料請求権を差し押えたり、取立て、転付せしめうるし（旧民訴法六〇一条、六〇二条）、あるいは、債務者の有する慰藉料請求権を債権者は代位行使できることとなる。このような結果は当然生じうるし、今後慰藉料請求権に関して、きわめて奇矯な訴訟が起り、しかも裁判所としてはこれを認めざるを得ないこととなると指摘されていた。その懸念が現実化した事例といえよう。

四二年判決が慰藉料請求権の帰属上の一身専属性について判断したのに対し、本判決は行使上の一身専属性について初めて判断したものである。また、四二年判決が相続性の問題であったのに対し、本判決は破産財団への帰属という、いわば譲渡性の問題を取り扱っている。そして生命侵害ではなく、名誉毀損を理由とする慰藉料請求である点できわめて重要な判例といえる。(1)

Xは本件訴え提起前に破産宣告を受け、そして原審係属中に死亡し、しかも死亡以前に破産終結決定がなされている。この

ため身分法特有の問題に破産法の問題が係わっている。更に、X及び承継人の当事者適格も争われた、問題の多い事例である。

二　本判決を論ずる前に、まず本判決の内容について触れておきたい。なぜならば、判旨に不明確な個所があり（特に判示事項一の「しかし、他方、加害者」以下）、判例変更とも解しうるからである。

(1)　「加害者が被害者に対し一定額の慰藉料を支払うことを内容とする合意又はかかる支払を命ずる債務名義が成立したなど、具体的な金額の慰藉料請求権が当事者間において客観的に確定したときは、右請求権についてはもはや単に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特段の理由はない」と判示しているが、これは最近の通説の影響を受け、合意があったり、債務名義が成立した場合には、（生存中ではあるが）、慰藉料請求権の行使上の一身専属性が失われると考えているのであろう。本判決の意義はまさにここにある。

この考え方によれば、「被害者が右請求権を行使する意思を表示しただけで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ことになり、本件について、「Xが本訴訟提起によって本件慰藉料請求権を行使する意思を明示したということだけでは、いまだ右権利につき同人による行使上の一身専属性が失なわれるものではない」と解するのは当然の結論といえる。

(2)　本件判決中「また、被害者が」以下の部分に関していえば、合意があったり、債務名義が成立する以前に死亡した場合には、相続人が慰藉料請求権を承継取得することになる。合意があった後、あるいは債務名義が成立した後で被相続人が死亡した場合はもちろんのこと、それ以前に死亡した場合でも、当然に相続人が慰藉料請求権を承継取得するのであるから、四二年判決と同じ考え方であり、判例変更にはあたらないことになる。(2)

しかし、「それ以前の段階において死亡」し、相続人が慰藉料請求権を承継取得することになっても、相続人には行使上の一身専属性が認められず、慰藉料請求権は客観的存在としての金銭債権となり、被害者に債権者がいれば、これを差し押えたり、債権者代位の目的とすることができる。従って、本件の場合、慰藉料請求権は破産財団に帰属することが可能になる。本判決の意義はここにも見い出せる。（もっとも、本件では破産法二八三条一項後段の適用が否定されており、破産財団への帰属は認められていない）。

(3)　被害者が慰藉料請求権を行使する意思を明らかにしないで死亡した場合については言及していない。本件は請求の意思が明らかな事例であるので、当該事例を解決しさえすればよい裁判所とすればそこまで触れる必要はないわけであるが、今後残された問題といえる。四二年判決との調和を考えれば、この場合にも慰藉料請求権は相続人が当然に承継取得し、一身専属

性は死亡の時点で失われることになるのであろうか。

三　本判決を検討するために必要なことなので、慰藉料請求権の相続性について簡単に整理してみたい。

被相続人が精神的損害を被った場合、これに対する賠償請求権は相続人によって承継されうるかという問題について次のような諸見解がある。

(1)　慰藉料請求権は被害者の死亡と共に消滅し、原則として相続の対象とならない。しかし、被害者の請求の意思表示があれば相続が認められる（意思表示説）。[3]

(2)　請求の意思表示がなくとも当然に相続される（当然相続説）。[4]

(3)　相続否定説（更にいくつかの見解がある）

(イ)　契約（示談）または債務名義（特に確定判決）によって金額が確定し、履行を残すだけになった段階で相続性・譲渡性を認める。[5]

(ロ)　受傷者が受傷中に慰藉料請求権を行使する意思を訴えの提起などの形によって明確に示したときは、例外的に相続を認める。[6]

(ハ)　全く相続を否定する。[7][8]

本判決は、(2)及び(3)(イ)の二つの見解をとりいれており、理論的には一貫していない。

四　本件では、破産者が破産宣告前に被った精神的苦痛に対する慰藉料請求権を破産宣告後に行使したため、破産者自身行使できるのかどうか、Xの当事者適格が争われた（第一審）。ところが、Xは原審係属中に死亡し、行使上の一身専属性を失った。差し押えることができない財産は破産財団に属しないが（破産法六条三項本文）、Xが死亡した時点で慰藉料請求権は差押可能となり、破産財団に帰属しうることになる（同項但書）。このためXの主張する慰藉料請求権が、差し押えることのできない財産にあたるのかどうか、また、慰藉料請求権の一身専属性とはどういう意味か、そして、慰藉料請求権は破産財団に属し、破産管財人が管理処分権を有するのではないか（破産法七条）が問題となった（判示事項一）。

ところで、破産財団に帰属するためには、①財産であること、②破産者が有する財産であること、③破産宣告のときに破産者に所属する財産であること、④差し押えることのできる財産であること、⑤日本国内にある財産であることが必要である（破産法三条、六条）。[9] このうちのいずれの要件を問題とするかによって結論が変ってこよう。

原審及び本判決は④の要件を問題にしている。差し押えることのできない財産は破産財団に属しないと定められているのは、破産は強制執行としての性質を有するから、破産者の最低生活の手段まで奪うのは望ましくないという社会政策的な理由に基づく（民執一三一条、一五二条参照）。[10] 差押禁止財産は、法が定めたものばかりでなく、性質上差押禁止財産に該当すると解されるものも含まれる。債務者の一身に専属する権利もその一つで

ある。[11] 反対に、一身専属でなくなれば差し押えが可能になるわけである。

原審及び本判決は共に、名誉侵害を理由とする慰藉料請求権が行使上の一身専属的権利であることを前提としている。しかし、一身専属性が何時失われるのかの点で違いがある。すなわち、原審は、被害者が慰藉料請求権を行使する意思を明らかにした場合に一個の金銭債権としての客観的存在となり、破産財団を構成し、破産管財人がその管理処分権を有すると解している。これに対して本判決は、具体的な金額の慰藉料請求権が当事者間において客観的に確定したとき（合意または債務名義の成立）、あるいはそれ以前の段階で死亡した場合にはその時点で一身専属性が失われ、差押・代位の目的となる（従って、破産財団にも帰属する）と解している。

五　慰藉料請求権の相続性の問題でもわかるように、それぞれの見解に一長一短がある。結局、この問題に関しては、慰藉料請求権の本質、一身専属性、そして一体誰の利益を考えて理論構成するのか（保護の対象）という点についての各人の捉え方の違いによって見解（ひいては本判決の評価）が分かれてくると思われる。

私は硬直という批判はあろうが、以下の理由により、Xのみが慰藉料請求権を行使しうるのであり、本件の場合、Xの相続人に当事者適格はなく、訴えを却下すべきであったと解する。たとえ当事者間において具体的金額として確定（合意または債務名義の成立）していても、Xが死亡した時点で消滅することになる。

(1)　なぜこのような問題が生じてくるのか、その原因にまで遡ってみる必要がある。四二年判決が、「侵害したことによって生ずる慰藉料請求権そのものは、財産上の損害賠償請求権と同様、単純な金銭債権であ」ると解したことに、そもそもの原因がある。このような考え方をするからこそ松田裁判官が懸念されたことが本件のように具体的に現れたのである。

もっとも、原審において被控訴人（X）が主張しているように、四二年判決が単純な金銭債権と解しているのは、あくまで慰藉料請求権の相続性を導く前提にすぎず、あらゆる一身専属的法益の侵害の慰藉料について、また全ての法律関係においてこの考えを貫くものではない。従って、たとえ多数意見の立場に立ったとしても、慰藉料請求権の相続性は認めるが、他への譲渡性を否定したり、また一般債権者の差押や代位権の目的とはなりえないと解する見解がある。[12]

しかし、これは松田裁判官の批判を意識した学者の反論である。四二年判決は、その判旨を素直に読めば、慰藉料請求権を単純な金銭債権と同視しているものと思われる。このことは、第一審及び原審が、「財産上の損害賠償請求権と同様、単純な金銭債権である」という文言を、そのまま判旨に用いていることからも窺われる。但し、本判決はこのような表現を避け、「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」ると解している。

わが国においては、不法行為に基づく損害賠償の方法としては、金銭賠償が原則である（民法七二二条一項、四一七条、但し、例外として七二三条）[13]。従って、財産的損害ばかりではなく、精神的損害の場合も金銭に評価してなされることになる[14]。損害賠償の方法としては同じであっても、精神的損害の場合は適当な方法がないため法制度上やむを得ずとりいれているのであって、財産的損害の場合と全く同一視するわけにはいかない。四二年判決が、慰藉料請求権を「財産上の損害賠償請求権と同様、単純な金銭債権」と解したことは根本的な誤りといえる。

(2) この問題を考える場合、慰藉料請求権の本質をどのように解するかが特に重要である。これについては昔から議論されており、今日ではその本質を損害の塡補とみるか、あるいは私的制裁とみるかが争点となっている[15]。

私は両方の性質を兼ね備えていると解する[16]。しかし、制裁的ないし予防的機能は付随的なものであり、あくまでも被害者本人を慰め、精神的損害を償うことが主たるものといえよう。従って、相続人や破産債権者が慰藉料請求権を行使することは疑問である。

(3) 慰藉料請求権の本質をこのように解するので、この請求権は被害者に一身専属的に帰属することになる。従って、被害者自身に損害賠償金が支払われなければならない。

一身専属性ということは、文字通り被害者の一身に専属する権利ということである。被害者が死亡すれば消滅することは理解できるが、本判決が、合意または債務名義が成立すれば行使上の一身専属性が失われると解していることについては納得がいかない。合意または債務名義の成立があったとしても、一身専属性という性質そのものまでが変化しうるわけではあるまい[17]。

(4) 慰藉料請求権の本質、一身専属性から考えれば、その財産的価値を他人があてにすべきではない[18]。慰藉料を請求しうる事件は、本来偶発的なものである。そして請求するかどうか、いくら請求するかということは、被害者本人の意思に基づくものだからである（本判決が、「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」と解していることは妥当である[19]）。

(5) 破産の場合、債務者の満足のための資料に供せられるのは、破産者の財産だけである[20]。慰藉料請求権が精神的損害の賠償であること、一身専属性を有することを考えれば、慰藉料請求権が破産財団に帰属しうると解することは、いわゆる対人執行を認めることになりかねない。

(6) 本件が名誉毀損事件であることをどのように考えるかが問題である。このことは、四二年判決及び本判決の射程距離とも関連する。従来慰藉料請求権は、主として「生命侵害」と「相続」を念頭に置いて論じられてきた[21]。原審において被控訴人は、本件は「名誉」侵害に対する慰藉料であり、その債権が「破産財団」に属するか否かという問題であって、四二年判決は適用されないと主張している（原審は「侵害された法益が被害者

の名誉である場合にも差異はない」と判示している)。

四二年判決が生命侵害の場合に限定し、本判決が名誉毀損事件だけに限定しているとは思えない。思うに、名誉という人格的価値(判旨)が侵害されており、また、民法七二三条が金銭賠償の原則の例外規定であることを考えれば、被害者本人だけが行使すべきであろう。

(7) 慰藉料請求権を、何故相続人や破産債権者が行使できるのか、これらの者の利益を考慮する必要があるのか根本的に疑問を感じる。

(8) 従来この問題は相続性の観点から論じられてきた。被相続人と相続人間という、いわば内輪の問題と、破産財団への帰属という第三者への譲渡の問題とは考慮すべき要素が異なる(今までは、相続と譲渡との区別は、充分意識されていなかったように思われる)。しかし、前述のような理由から考えれば、結論に変りはあるまい。

結局、慰藉料請求権は①「財産であること」に該当しないと解する。

六　Xの死亡前に既に破産終結決定がなされている。Xの死亡により行使上の一身専属性が失われ、その時点から差押・代位可能となるため、慰藉料請求権は追加配当(破産法二八三条一項後段)の対象となり、破産財団に復活帰属するのではないかが問題となった(判示事項二)。

追加配当とは、最後の配当で配当額の通知を発した後、新たに配当にあてるべき相当の財産があるに至ったとき、最後の配当の補充としてなす配当である。[22] 例えば、隠匿財産の発見、否認訴訟における管財人の勝訴などの場合である。

原審は、慰藉料請求権は破産財団に属し、その訴訟追行権は破産管財人に属し、破産管財人が追加配当を行うと解している。これに対し本判決は追加配当を否定している。

破産財団に帰属するためには、③「破産宣告のときに破産者に所属する財産であること」が必要である。すなわち、破産財団の範囲を破産宣告当時で決する固定主義をとっている。本件の場合、破産宣告後に訴えを提起し、破産終結後に死亡している。従って本判決のように、死亡時に行使上の一身専属性を失うと解し、そして通説のように、破産終結決定までに発見された財産に限るという見解に立ったとしても、[23] 破産宣告時に破産財団に組み入れることが可能であったものを後で発見したものとはいえず、追加配当の対象にはあたらないことになる(もっとも、私見によれば破産財団への帰属を否定するので、このような問題は生じない)。

七　本判決は、合意または債務名義の成立時になって初めて一身専属性を失うとすることによって被害者本人の意思を尊重し、それ以前に死亡したときは死亡時とすることによって破産債権者の利益を考慮し、追加配当を否定することによって相続人への配慮もしている。かなり気配りをした判決である。

ところで、四二年判決後、相続を否定する下級審判例が多く

出ており、[24] 最高裁はやがて態度の変更を迫られると推測されていた。[25] そこで本判決が下されたわけであるが、理論的に一貫しておらず、技巧的ともいえる。これによって判例理論として確立するか疑問である（前述のように意思を明らかにせず死亡した場合の問題が残されている）。

本判決が原判決を破棄した点は評価するが、四二年判決で判示したことが原因で生じた事例であることを考えれば、一身専属性や追加配当の検討にあたり、もう少し明白な理由づけが必要であったと思われる。

(1) 本判決についての評釈として、伊藤・法教四一号七八頁、福永・ジュリ八〇七号五〇頁がある。いずれも判旨賛成であるが、残念ながら理由は明確でない。なお、原判決について、中島・盛岡短大法経論叢二号六三頁がある（原判決に反対）。

(2) 伊藤助教授も「被害者の死亡を契機とする転化の可能性も認めることによって、四二年判決との調和をはかっている」と解されている。同・前掲書七八頁。わかりにくい説明であるが、同旨であろう。

(3) 大審院判例。代表的なものとして、大判昭和二年五月三〇日新聞二七〇二号五頁（残念残念事件）。

(4) 四二年判決。我妻・「慰藉料請求権の相続性」志林二九巻一一号四九頁以下。有地・民法の判例（第三版）二四五頁。

(5) 最近の通説。加藤・「慰謝料請求権の相続性」ジュリ三九一号四二頁、幾代・『不法行為』二四六頁、前田・『民法VI²』九五頁。

(6) 五十嵐・「慰謝料請求権は相続の対象となるか」判タ二二一号六六頁。

(7) 星野・法協八五巻一一号一五五六頁、能見・家族法判例百選（第三版）一九二頁。私はこの見解に賛成である。

(8) 好美教授は、生命侵害の場合には相続を否定されながら、死亡に至るまでの身体侵害を理由とする場合については肯定されている。同・「生命侵害の損害賠償請求権とその相続性について」田中誠二古稀七一四頁、七二五頁。

(9) 中田・『破産法・和議法』八五頁以下、山木戸・『破産法』一〇六頁以下。

(10) 斎藤他編・注解破産法六一頁。

(11) 宮脇・『強制執行法（各論）』一〇六頁、鈴木他編・注解強制(2)四二五頁。慰藉料請求権が行使上の一身専属権であることについて我妻・新訂債権総論一六七頁参照。

(12) 五十嵐・前掲評釈六五頁、好美・「慰藉料請求権の問題点」法セ一四二号六五頁。

(13) 原状回復の方が、理論上損害賠償の目的に最もよく合致するけれども、この方法の不能な場合、または賠償として不充分な場合があり、金銭賠償と比べて、裁判上裁判外の実行に不便が多いからである。近藤＝柚木・注釈日本民法（債権編総則）二〇四頁。

(14) 注釈民法(19)三四五頁。

(15) 乾・「慰謝料の性質」民法の争点三〇四頁。なおドイツにおける満足機能について、吉村・「戦後西ドイツにおける慰謝料本質論の展開（一）（二・完）」民商七六巻四号五四六頁、五号六七二頁）、同・「慰謝料に関するドイツ法とスイス法」私法四三号二四七頁参照。Vgl. Jauernig, BGB (2. Aufl., 1981) S. 934. 比較法研究四四号に慰謝料の比較法的研究が掲載されている。

(16) 同旨、三島・「慰謝料の本質」金沢法学五巻一号二〇頁。

(17) 通説は合意または債務名義の成立があれば相続を肯定するが、

その理由づけが明確でない。加藤教授は、「いわば慰謝料の支払いがあったのと同視すべき」と解されている。同・前掲論文四二頁。しかし、まだ履行が残されている。また、本人が処分可能性を付与したわけではない。譲渡してもよいという合意が必要であろう。

(18) 制裁説によれば代位行使は許されないことになる。戒能・「不法行為における無形損害の賠償請求権(二・完)」法協五〇巻三号一二五頁。なお好美教授は、「身体侵害の場合の慰藉料は、法形式的には被害者個人の慰藉という形をとるが、実質的にはそれによって被害者をとりまく近親者をも慰藉する性格・機能を持つ、と理解するわけである。そして後者を重視し押し出すことによって、慰藉されるべき近親者への相続は認める」と解されている。同・前掲法セ六五頁。被害者本人よりも近親者を重視することは疑問である。

(19) 生存中に被害者が受けとった場合、それを相続人や破産債権者が手に入れることが可能になる。それは財産が混じり結果的にそうなるにすぎない。同旨、加藤・前掲論文四二頁、中島・前掲評釈七〇頁。

(20) 中田・前掲書七〇頁。

(21) 加藤教授(前掲論文四三頁)や幾代教授(前掲書二四六頁)は、名誉毀損の場合にもあてはまると解されている。好美教授(「慰謝料請求権者の範囲」現代損害賠償法講座7二四二頁)は、被害法益の種類による類型的配慮が必要であると解され、イギリスにおける名誉毀損を例にあげられている。

(22) 中田・前掲書二三二頁、山木戸・前掲書二六〇頁。

(23) 山木戸・前掲書二六一頁。反対説、斎藤編・講義破産法二二五頁。本判決は通説を採用し、追加配当の対象範囲を示した。

(24) 前田・前掲書九一頁参照。

(25) 幾代・前掲書二四四頁。

追記　校正の段階で次の文献に接した。

浦川・昭58重判解説八六頁、石川・判タ五二六号八五頁、遠藤・ジュリ八一七号五〇頁、同・季刊実務民事法6一九二頁。

大内　義三