

主 文

原判決の被上告人ら勝訴部分中、得べかりし利益の損害賠償請求に関する部分を各破棄する。

右破棄にかかる部分について、本件を広島高等裁判所岡山支部に差し戻す。

上告人のその余の上告を棄却する。

本件附帯上告を却下する。

第三項の部分に関する上告費用は上告人、附帯上告費用は附帯上告人らの負担とする。

理 由

上告代理人D名義、同小坂重吉の上告理由第一点について。

企業主が生命もしくは身体を侵害されたため、その企業に従事することができなくなつたことによつて生ずる財産上の損害額は、原則として、企業収益中に占める企業主の労務その他企業に対する個人的寄与に基づく収益部分の割合によつて算定すべきであり、企業主の死亡により廃業のやむなきに至つた場合等特段の事情の存しないかぎり、企業主生存中の従前の収益の全部が企業主の右労務等によつてのみ取得されていたと見ることはできない。したがつて、企業主の死亡にかかわらず企業そのものが存続し、収益をあげているときは、従前の収益の全部が企業主の右労務等によつてのみ取得されたものではないと推定するのが相当である。

ところで、原審の確定した事実によれば、Eの営業収益額は昭和二七年から同三一年までの五年間の平均で年間九七八、〇四四円であり、同人死亡後その営業を承継した被上告人らがあげた同三三年度の営業収益は二〇八、三一八円であるというのである。したがつて、被上告人らのあげた同三四年度以降の営業収益が右同三三年度の営業収益と同額であるとすれば、特段の事情のないかぎり、右説示に照らし

て、Eが生命を侵害されて企業に従事することができなくなつたことによつて生ずる昭和三三年度以降の一年あたりの財産上の損害額は右九七八、〇四四円から二〇八、三一八円を差し引いた額であると推定するのが相当である。しかるに、原判決は右損害額の算定の基準として、なんら特段の事情を示すことなく、Eが従前取得していた収益全額をもつてすべきものとしているのである。しからば、原判決には、判決に影響を及ぼすことの明らかな法令の違背および被上告人らの同三四年度以降の営業収益について審理を尽さない違法があるものというべく、論旨はこの点において理由があるに帰する。原判決はこの点に関して破棄を免れない。

同上告理由第二点について。

原判決は、Eの余命年数、出生年月日、職業等の事情を総合し、その稼働年数は本件事故の時より起算して二二年間であると判断したのであり、右判断は是認できる。原判決には所論の違法はない。論旨は採用できない。

同第三点について。

不法行為による慰藉料請求権は、被害者が生前に請求の意思を表明しなくても、相続の対象となることは当裁判所の判例とするところである（最高裁判所昭和四二年一月一日大法廷判決、民集二一卷九号二二四九頁）。ところで、原審は、被上告人らの固有の慰藉料請求につき各二〇万円づつ認めただけに、被害者の慰藉料も同人が生前に放棄したと認むべき格別の事情も認められない本件においては、当然相続の対象となりうるものと解するのを相当とするとして、Eの精神的損害二〇万円の賠償請求権が被上告人らに相続されたと判断したものであることは、原判文上明らかである。したがつて、これと異なる見解に立つ所論は採用のかぎりでない。

同第四点について。

本件事故の状況について原判決およびその引用する第一審判決が確定した事実関係のもとにおいて、Fの過失が重要な原因となつて本件事故が発生した旨の原審の

認定は首肯することができ、右認定を前提として、被害者たるEの過失は判示の割合において斟酌すべきものとした原審の判断は相当であり、原判決には所論の違法はない。論旨は採用できない。

附帯上告について。

本件附帯上告状によつては、附帯上告が上告理由と同一の理由に基づくものであるかどうか明らかでないが、かりに同一の理由に基づくとしても、附帯上告は当審の口頭弁論終結時までに提起されなければならないものであるところ、右附帯上告状が当裁判所に提出されたのは、口頭弁論終結後の昭和四三年六月二六日であること記録上明らかである。そうとすれば、本件附帯上告は不適法であり、却下を免れないものといわなければならない。

よつて、原判決の被上告人ら勝訴部分中得べかりし利益の損害賠償請求に関する部分を破棄し、この点につき更に審理を尽させるため、右の点に関する本件を原審に差し戻すこととし、民訴法四〇七条一項、三九六条、三八四条、三九九条の三、九五条、八九条、九三条に従い右上告理由書の上告理由第三点に対する慰籍料請求権の相続についての裁判官色川幸太郎の反対意見があるほか、裁判官全員一致で、主文のとおり判決する。

裁判官色川幸太郎の反対意見は、次のとおりである。

本件についていえば、被害者Eが生前、本件事故による自己の精神的損害の賠償請求権を行使したとすれば、該請求権は通常金銭債権と同様に被上告人らに相続されるが、そうでないかぎり、被上告人らは右損害賠償請求権を相続しないと考えるべきであり、その詳細は最高裁判所昭和三八年（オ）第一四〇八号、昭和四二年一月一日大法廷判決、民集二一卷九号二二六二頁以下に記載のとおりであるので、ここにそれを引用する。そうとすれば、Eの右損害賠償請求権が当然被上告人らに相続されたとした原判決には、審理不尽、理由不備、理由その違法があるものと

いなければならない。したがって、原判決はこの点において破棄を免れないもの
と考える。

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官	奥	野	健	一
裁判官	草	鹿	浅	之介
裁判官	城	戸	芳	彦
裁判官	石	田	和	外
裁判官	色	川	幸	太郎