



みのる法律事務所便り
第 2 7 6 号
平成 2 5 年 4 月

みのる法律事務所
弁護士 千田 實

〒 021-0853

岩手県一関市字相去 57 番地 5

TEL : 0191-23-8960

FAX : 0191-23-8950



みのる法律事務所 <http://www.minoru-law.com/> [✉ minoru@minoru-law.com](mailto:minoru@minoru-law.com)

あなたならどう裁く

一胎児には、損害賠償権はないのか



世の中の常識と裁判所の判決の間には、大きな隔^{へだ}たりがあるような気がします。
私は、弁護士生活 4 2 年になりました。その間、「裁判所の判決は、世の中の常識とかけ離れすぎている」と思うことに度々出会いました。

今回も、そのようなケースにぶち当たりました。間もなく出産を迎えるというお母さんが交通事故に遭い、お腹の赤ちゃんが死んでしまったという事件がありました。お父さんとお母さんは、その赤ちゃんに名前を付け、服を着せ、記念写真を撮った後で葬儀を出しました。私もその写真を見せてもらいましたが、もう一人前の赤ちゃんでした。

私は、このお父さん、お母さんから依頼を受けて、交通事故による損害賠償請求訴訟を提起しました。一審の盛岡地方裁判所も二審の仙台高等裁判所も、「胎児には、損害賠償請求権はない」という判決でした。その理由として、どちらも 8 0 年前に出た判決を引用しています。お父さん、お母さんのたつての希望で、最高裁判所に上告しました。まだ、最高裁判所から判決は出ていません。この事務所便りをお読み下さっている皆様ならどのような判決を出して下さるか、最高裁判所の裁判官になったおつもりで、裁いていただきたいと思います。

参考までに申しますと、民法は第 3 条に「私権^{きょうゆう}の享有は、出生に始まる」とあります。「権利は、人として生まれた時から持つ」という意味です。しかし、

黄色い本、いなべんの本は、有限会社エムジェエムの他、下記書店でも好評発売中です。

宮脇書店気仙沼本郷店 〒988-0042 気仙沼市本郷 7-8 TEL: 0226-21-4800
[amazon.co.jp](http://www.amazon.co.jp/) <http://www.amazon.co.jp/> ~ 送料無料 ~

他方、民法は第721条で「胎児は、損害賠償の請求権については、既に生まれたものとみなす」と定めています。私は、この規定により、交通事故によって胎児が死亡した場合には、胎児には損害賠償請求権が認められると主張しているのです。それが常識的な解釈だと思います。

これに対して、一審裁判所も二審裁判所も、昭和7年10月6日に大審院（現在の最高裁判所に相当）が「胎児は、生きて生まれた時に初めて損害賠償請求権を持つことになる」と判決したことに従って、「本件ケースもまだ生まれていなかったのだから、損害賠償請求権はない」という判決を出したのです。おかしいとは、思わないのでしょうか。

私は、このような裁判所の態度に対しては、「前^{なら}倣え判決」だと称しています。つまり、自分で一生懸命考えずに、「前に出ている判決に従うだけ」という態度だと批判しているのです。日本の根本の法律である憲法は、第76条で「全て裁判官は、その良心に従い独立してその職権を行い、この憲法及び法律にのみ拘束される」と定めているにもかかわらず、「自分の良心よりも、前に出た判決に前倣えするという態度はいかかなものか」と、私は疑問を抱いているのです。

この事件の裁判所も、昭和7年に出た大審院（現在の最高裁判所）の判決に「前倣え」しているのです。昭和7年というと、私が生まれる10年前です。もうすでに80年も経過しています。その時代には、交通事故などはほとんどなかったと思います。また、胎児が生まれる前に死んでしまうことも多く、無事生まれても赤子のうちに死んでしまうことも現在と比べると相当多かったのです。その時代は、生まれたものとみなしにくい状況にあったのかもしれませんが。

そのような時代の判決に、裁判所はこれまでずっと「前倣え」してきたのです。「今こそ、この判決を見直す時期ではないか」と、私はずっと思ってきました。しかし、それを見直してもらうためのチャンスがありませんでした。「お腹の赤ちゃんが殺された」という事件があまりなかったことと、たまにあっても、最高裁判所まで争おうというクライアントがいなかったのです。私達弁護士は、事件依頼を受けて初めて動くことがほとんどです。

今回のクライアントには、「『前倣え判決』しか出さない裁判所に、80年も続



いてきた考え方を変えさせることは非常に難しい」という説明をしたのですが、「勝ち負けはともかく、見直してもらうために最後まで闘ってほしい。亡くなった子のためにやってほしい」との依頼でしたので、「こんなありがたい話はない」と、喜んで受任しました。

一審、二審でも「胎児にも損害賠償請求権はある」という主張をなし、それ相当の根拠も示しましたが、「前倣え判決」は覆くつがえりませんでした。そこで、「隊列の一番前、つまり最高裁判所の判例を変えてやろう」というのが、クライアントと私の共通した考え方です。些か誇大妄想的な考え方ではありますが、私は、「変えなければならない。変えるのが当たり前だ」と堅く信じています。ですから、「変わるだろう」と信じているのです。この事務所便りをお読み下さっている皆様は、いかがでしょうか。

上告受理申立理由書

平成25年3月22日

最高裁判所 御中

申立人等代理人弁護士 千田 實

1. 控訴審判決は、「控訴人らは、本件事故当時胎児であったA子について、出生前であっても権利能力が認められるべきであると主張するが、この点については、原判決第3の2（1）に説示した通りであり、控訴人らの主張はその指摘する点を十分に考慮しても採用することはできないと判断した」と述べている。

「原判決第3の2（1）の説示」とは、「原告らは、A子は民法第721条に基づいて本件事故による損害賠償請求権を取得した旨主張するが、権利能力は出生により生じるものであり、同条も胎児に対して出生前に権利能力を肯定すべきものではなく、胎児が不法行為後に出生した場合に、不法行為による損害賠償請求権の取得については、遡及的そきゆうてき（さかのぼってという意味です）に権利能力があったものとみなすに止まるものと解するのが相当である（大審院昭和7年10月6日判決・大審院民事判例集11巻2023



頁参照)」というものである。

2. 前記控訴審判決も第一審判決も、「民法第721条を胎児が不法行為後に出生した場合に、不法行為による損害賠償請求権の取得については、遡及的に権利能力があったものとみなすに止まる」と解釈しているのである。そして、大審院昭和7年10月6日判決を引用し、右判例は本件控訴審、第一審判決と同趣旨の判決である旨を指摘している。

しかし、控訴審、第一審判決の民法第721条の前記の解釈は、明らかに明文に反するものである。従って、法令の解釈に関する重要な事項を含むものであり、上告受理申立の理由となることは明白である。

3. 民法第721条は、「胎児は、損害賠償の請求権については、既に生まれたものとみなす」と明示している。どこにも、胎児が不法行為後に出生した場合に限る、等ということは書いていない。民法第721条を素直に読めば、「胎児は、損害賠償の請求権については、既に生まれたものとみなす」というだけの極めて簡単明瞭な条文である。

それにも拘わらず、控訴審、第一審判決が、「胎児が不法行為後に出生した場合に限る」と解釈するのは、民法第721条の文理解釈に明らかに反する。即ち、語句の通常の意味及び文法の規則に基づいて民法第721条の意味を解釈すれば、「胎児は損害賠償請求権については既に生まれたものとみなす」ということにならざるを得ないものであり、それ以外の解釈は出てくる余地はない。控訴審、第一審判決は、民法第721条の解釈を誤ったものである。

「本件事故当時胎児であったA子について、出生前であっても権利能力が認められるべきである」とする控訴人父B男、同母C子の主張は、認容されなければならない。

4. 控訴審、第一審判決が、胎児が不法行為後に出生した場合に限るとしたのは、第一審判決が大審院昭和7年10月6日判決を引用している通り、大審院昭和7年10月6日判決に、「胎児は不法行為に依る損害賠償の請求に付ては、既に生まれたるものと看做す旨の規定あるもいわば胎児が後に出生したる場合に出生の日を不法行為当時に遡及せしむる意味の擬制的規定に過ぎ



ず、従って胎児は不法行為に依る損害賠償に付ても胎児たる間は法律行為の当事者たること能わざるものなること明なり」と摘示しているところに依るものであると思料する。

しかし、右大審院判決のケースは、胎児が後に出生したるケースであり、胎児が不法行為により即死したケースとは根本的に異なる。胎児が本件交通事故により即死した本件ケースに当てはめることは相当でない。

本件ケースは、胎児が交通事故により即死し、後に出生することはなかったケースであり、本件ケースこそ、民法第721条の解釈が正面から問題となるケースである。右大審院判決のケースとは異なる。右大審院判決は、具体的事件解決の方法として妥当な結論を導いていると思料するが、その判決理由で摘示された「胎児は不法行為による損害賠償に付ても胎児たる間は法律行為の当事者たること能わざるものなること明なり」との点を本件ケースに当てはめては、具体的妥当性を著しく欠く結果になるものであり、これを引用すべきでない。

5. 損害賠償法の公平の理念から言っても、出生後間もない子供と、あと数日で生まれる予定の胎児とを区別し、前者の死亡については逸失利益と慰謝料を併せて数千万円の損害賠償を認め、これに対して後者の死亡については、数十万乃至数百万円程度の損害賠償しか認めないということは、著しく公平性を欠くものと言わざるを得ない。このような著しく公平性を欠く結果を招いているのは、民法第721条の解釈を誤っているからである。即ち、前記の通り、民法第721条は、「胎児は、損害賠償の請求権については、既に生まれたものとみなす」という明文通りに解釈すれば、このような不公平な判決が出ることはない。

生まれてくる子供に対する期待から言っても、新生児と胎児と異なるものではない。不法行為によって胎児が死亡したときは、新生児が死亡した場合と同じように、胎児自身に損害賠償請求権（逸失利益と慰謝料）が発生し、それが相続され、同時に両親にも民法第711条に基づいて固有の慰謝料請求権が生じると解すべきである（同旨岡村玄治・債権法各論。別冊ジュリスト62、胎児の死亡による損害・野村好弘等）。



6. A子は、本件交通事故当時妊娠9か月（34週1日）の胎児で、極めて順調に成長していた。それまでの診察において、障害や異常があるとの診断は皆無であった。

妊娠34週の胎児は、一般的に身長が45～46cm位、体重は1,800～2,500g位に成長している。頭蓋骨以外の骨はだいぶ硬く丈夫になっている。顔の筋肉が細かく動くようになり、外からの刺激に反応して感情を表情で表せるようになる。自律神経が発達し、交感神経と副交感神経のバランスも整い、心拍や呼吸の働きも安定してくる。見た目も新生児のように、手足がふっくらしている。爪は指先までしっかり伸びている。この週数までくれば、肺の機能も発達し、体はほぼ出来上がってきて、生まれ出れば子宮外での生活が可能となっている。つまり、殆ど新生児と変わらない状態となっている。A子は既にその状態まで育っている。

A子が右状態において本件交通事故に遭い、死亡した場合と、それから約5週後に新生児として出生した場合と区別し、前記のような差別を設けることは、明らかに損害賠償法の公平の理念に反する。のみならず、民法第721条が「胎児は、損害賠償の請求権については既に生まれたものとみなす」としている明文に反する。

7. 周産期とは、妊娠第22週以後生後7日までを言うが、周産期死亡率は、上記大審院判決が出された昭和7年（1932年）から、A子が本件交通事故で死亡した平成22年（2010年）までの間には、78年が経過している。この間、時代は大きく変化した。特に、第二次世界大戦後、公衆衛生水準の向上、医療提供体制の充実、医学の進歩、生活水準の向上、母子保健対策の向上等により、周産期死亡率は激減した。昭和7年当時は、周産期1,000人に対し、97.9人の死亡があったが、平成22年には、2.9人まで激減している。このような時代の変遷の中で、平成22年に起きた本件交通事故による死亡事件を、昭和7年の大審院判決に依拠して、前記の通りの判決を出した原判決は、時代錯誤であり、明らかに民法第721条の解釈を誤ったものである。

昭和7年当時においては、胎児が新生児として出生してくる確率は、前記の通りほぼ100%に近いというものとは異なり、胎児であっても新生児と





して出生できない確率が相当数みられた。そのような時代にあつては、胎児が新生児として出生して初めて権利能力を認めることの妥当性はあつたかもしれないが、現代のように胎児がほぼ100%近く（99.71%）新生児として生まれてくる時代においては、「胎児は損害賠償の請求権については、既に生まれたものとみなす」と解釈するのが妥当であり、これに反する解釈は極めて妥当性を欠くものであり、昭和7年の前記大審院判決は、その限りにおいて変更されなければならない。正に、法の解釈も時間の経過と共に移り変わるものであり、これこそ法の解釈の変遷と言わなければならない。民法第721条の解釈は、既に変更されなければならない時期が^{とらい}到来している。本件ケースを以て、民法第721条に関する前記大審院判決は改められなければならない。

8. 現代のような自動車社会においては、自動車事故によって胎児が死亡する事例は少なくない。本件ケースのような自動車事故によって胎児が死に至った場合に、民法第721条が適用されないということになれば、本件ケースのように交通事故で死亡した胎児は、損害賠償請求権がなしということになり、極めて妥当性を欠くことになる。

民法第721条は、正にこのようなケースにおいて、「胎児は、損害賠償の請求権については、既に生まれたものとみなす」として、胎児に損害賠償請求権を認めることに存在意義がある。

しかるに、前記大審院判決のように、民法第721条を「胎児が不法行為後に出生した場合に、不法行為による損害賠償請求権の取得については、遡及的に権利能力があつたものとみなすに止まる」と解釈しては、本件ケースのような交通事故で胎児が死亡してしまった場合には、胎児に損害賠償請求権がないことになるので、民法第721条の存在意義は殆ど失われてしまう。

本件ケースは、「民法第721条は、不法行為による損害賠償請求権については、胎児が不法行為後に出生した場合に限らず、胎児自身に権利能力を認めているものである」と解釈すべきであり、その限りにおいて、前記大審院判例を変更するに最適な事例であると確信する。

A子の死を^{いぬじ}犬死にさせないために、控訴人らは、本上告受理申立をするものである。



私は、農協裁判を多く手掛けてきました。農協と農家の関係の実態をよく知らない裁判官が、農協側が作った契約書の存在とそこに書いてある文面だけで農家を負けさせる判決を出すケースが続出しました。農協と農家の取引実態など、ほとんど考慮しないのです。言い過ぎになるかもしれませんが、取引実態を知らない気がします。

私は、このような判決に対し、「常識に反している」と思いました。そこで、平成15年（2003年）7月に、『あなたならどう裁く 一農協裁判編』（発行所 本の森）という本を発刊しました。その本の「はしがき」と「第1章」で、次のように述べました。

「はしがき」

私は、弁護士となって32年になる。この間担当した民事裁判事件は、少なく見ても1,000件を超える。これらの中には、私が「常識だ」と信じていたこととかけ離れた裁判の進め方や判決がなされたと思われるものがあった。そして、未だに納得し難い裁判もある。

司法の世界から距離のある一般社会の中で生活されている方々は、このことをどのように考えられるだろうか？そのような思いから、私が実際に担当した民事裁判のうち、どうしても納得できなかったケースを紹介したい。

これらを紹介し、『あなたならどう裁く』と問いかけることによって、読者諸氏にまず「民事裁判とはこういうものか」ということを知ってもらいたい。さらに、「裁判官の中には、こういう感覚の人もいるのか」ということも知ってもらいたい。

この本をお読みいただき、いくらかでも民事裁判を身近に感じていただければ、この本を発刊した目的は果たせることになる。民事裁判を身近に感じていただくことが、「民事裁判の大衆化」という目的への第一歩だからである。

平成15年1月1日

弁護士 千田 實



「第1章」

誰もが「ゲルマン」という言葉を一度や二度は目や耳にしたことがあると思う。ゲルマン民族は、ヨーロッパを中心に広く分布するゲルマン系の言語を話す民族で、現在はドイツ民族が主である。紀元前5ないし4世紀には北ヨーロッパに住んでいたが、後に大移動によってケルト人のヨーロッパを席捲し、ローマ帝国の没落をもたらしたと言われている。

そんなゲルマン民族の法律である「ゲルマン法」は、全て慣習法である。

慣習とは、ある社会の内部で歴史的に発達し、その社会の成員に広く承認されている伝統的な行動様式とか習わしである。慣習法とは、このような慣習に基づいて成立した法である（広辞苑）。ゲルマン法の内容は部族によって異なっているが、ローマ法と並んでヨーロッパ各国の法を形成する基盤となった。

これは、東北大学名誉教授・林屋礼二先生の『法と裁判と常識』（発行所 信山社出版株式会社）で述べられていることである。ゲルマン時代に「フンデルトシャフト」という社会組織があったそうだ。フンデルトというのは、英語で言えば「ハンドレッド」だそうで、フンデルトシャフトは、「百人組」とか「百人組織」などと訳すのが適当かもしれない。

このフンデルトシャフトにおいては、何か争いごとがあるとその百人が集まって円陣を組み、どのように裁くかを決めたのだそうだ。つまり、みんなの意見を聞いて、みんなが「これが社会生活のルールだ」と考えているところから争いごとを裁いたのだという。

そもそも、社会とは共同生活をする人々の集団だ。人が集まって生活すれば、そこに社会ができる。社会ができれば、そこにはその社会生活を営むためのルールが生まれる。たった1人で生活するならルールは不要だ。しかし、複数の人間が互いに関わりを持って生活する、つまり社会生活を営む以上は必ずルールが生まれる。余談だが、これは人間に限ったことではなさそうだ。テレビなどを見ると、サルも集団にも社会生活があり、そのルールがあるようだ。サルの世界にも地位というか階級というか、序列というものが存在するようだ。

大勢の人が社会生活を営むときのルールのことを、少し難しく言えば「社会



「^{きはん}規範」と言う。これは、社会生活を営む上での評価や行動の基準となるものである。その社会規範となるものは道徳であったり習俗、つまり習わしであったり、時には宗教であったりする。そして、法もその社会規範の一つだ。法は、社会規範の中でもこれだけは守らなければならないと国が定めた、いわば「最低限の社会規範」とも言える。

つまり、法は社会規範の一つであるが、誰もがこれだけは守らなければならないというもので、社会生活を営んでいくうえでの基本的ルールだ。だから、「こういう場合にはこうすべきだ」と、みんなが考えるところが法でなければならない。一部の者のみ納得でき、多くの者が納得できないものであってはならない。みんながそっぽを向いてしまうような法では、社会生活をうまく規律できない。

常識とは、「みんなの頭の中にある共通した意識」とか「大多数の人の考え方」とか「通常人の考え方」とか「一般人が持っている知識・理解力・判断力・^{しりょ}思慮分別」などと言われている。専門的知識ではない。学者や一部の法律家しか理解することができないような知識は常識とは言わない。「みんなが、こういう場合にはこうすべきだと考えるところが」が「常識」というものだ。

法は、大勢の人が社会生活を営む上での基本的ルールだから、本来大勢の人の頭の中にある共通した意識、つまり常識によって支えられていなければならないものである。わかりきったことだが、このことを改めて意識することが司法に関する意識改革の第一歩である。

裁判は、法律上の争いについて裁判所が判断を下すものだ。裁判所が判断を下すに当たっては、必ず評価が伴う。評価とは、ある基準によって、つまりある^{はかり}秤をもって物事の善悪・^{びしゅう}美醜・優劣などの価値を判じて定めることである。問題は、その秤を、つまりその基準を何に求めるか、ということである。裁判においては、その秤（基準）は「常識」でなければならない。

裁判の結論は、常識に合うものでなければならない。常識的に考えて、納得できるものでなければならない。裁判官は、自分の出す判決が常識に合うかどうかということをまず考えなければならない。もし常識に合わない判決ならば、それは間違っていると行ってよい。なぜなら、法は常識によって支えられているもの



であり、裁判は常識を基準にして評価、すなわち価値を判定するものだからである。

殊にも民事裁判は、対等な市民の生活関係において生起するトラブルを裁くものだ。市民の常識や市民感覚によって支えられるものでなければならない。市民が納得しない、そっぽを向くような裁判であってはならない。

ところが時々、このことが忘れられているのではないか、と思われる民事裁判の判決や裁判官の訴訟指揮に出会うことがある。私が担当した裁判の中にもそのようなものがある。そのような判決をもらった依頼人は、憤懣ふんまんやるかたない思っている。代理人となった私も依頼者と同じだ。しかし、その憤懣をぶつける場がない。そこで、ゲルマン時代のフンデルトシャフトに習い、常識という秤によって読者諸氏に裁いてもらおうと本書を発行する。

「常識」とか「大衆」というものは、社会の大部分を占めているものだと思います。ですから、常識的ものの考え方というものは無視できないものだと思います。ゲルマン時代のフンデルトシャフトとか、常識という秤は、それなりの合理的根拠があるものだと思います。

しかし反面、常識とか大衆とかいうものは、危険な面もなくはありません。ムードに流されかねない面を持っているように思われます。群集心理が働くこともありそうです。最も危険なのは「マインドコントロール」です。マインドコントロールは、ある目的を持たせ、そのように思わせ、考えさせ、誘導することです。大衆が時の指導者や権力者やマスコミにマインドコントロールされてしまうと、極めて危険な現象が出かねません。それが裁判の中で出てきたら、危険極まりないのです。特に、現代社会においてはマスコミの影響は無視できません。

その意味で、大衆がマインドコントロールされたら、常識さえ変わってしまうということになりかねません。その結果、恐ろしいことが起きないとは限らないのです。ムードに流された判決が出かねないのです。ですから、常識が秤だと言っても、正常な常識が保たれているか否か、私達は常に監視しなければならないと思います。一時のムードに流されないことが大事だと思います。そのことを、一言申し添えたいと思います。



新刊書発刊のお知らせと謹呈



平成25年(2013年)4月26日に、『患者とその妻の腎臓病体験記 第3巻 薬物療法』が発刊されました。いの一番に、この事務所便りをお読み下さっている皆様に謹呈させていただきます。お忙しい時間を割かせることになり、誠に申し訳ありませんが、お目を通していただければ幸甚です。斜め読みで構いませんので、お時間のお許しになる時にパラパラとめくって下さるようお願いいたします。

薬を使っている方は、この事務所便りをお読み下さっている方の中にも大勢おられると思います。薬は、目を見張るような効果があることは間違いありません。しかし、薬には副作用や二次無効と言われる面もあります。それらのことについては、アバウトではありますがこの本に書きましたので、お目を通していただければアウトラインくらいはおわかりいただけるものと思います。

特に申し上げたいのは、薬の持つ「落とし穴」です。薬を使っていると、検査数値が良く出ます。それで安心してしまうことがあります。薬で検査数値が落ち着いていると、危機感がなくなってしまう。この安心感と危機感の喪失は、薬の落とし穴と言えそうです。

薬で検査数値が良いのは薬のお陰ですから、薬に感謝するのは当然ですが、本来なら薬を使わなくても検査数値が良くなければならないのです。ですから、薬を使って検査数値が良いからと言って、「自分は健康状態が良い」と安心してしまうのはいかなものでしょうか。

「麻薬」とは、大脳に作用して神経を麻痺させる薬だそうです。大脳に作用するかどうかはわかりませんが、薬には検査結果を安定させる効果があり、その結果、患者の危機感を失わせ、健康のために食事を中心とした生活習慣を改善するという思考を麻痺させるという面があると思います。

薬を使っている皆様には、薬に頼り切らず、薬の効果をより良く出せるように生活習慣の改善を心がけていただきたいのです。できることなら、薬を使わなくても良い検査数値が出るように行動してほしいのです。

私はそれができずに、①薬物療法→②食事療法→③人工透析療法→④生体腎移植療法と、腎臓病治療のスタートからゴールまでの全過程を体験してしまいました。この体験を基に、『患者とその妻の腎臓病体験記』を書いています。

これまで『ダイジェスト版』、第1巻『大事なことを知らなかった』、第2巻『こんな症状が出た』を発刊済みです。今回は、第3巻『薬物療法』を発刊できました。第4巻『食事療法』は、すでに三陸印刷さんに入稿済みです。第5巻『人工透析療法』は、現在原稿の読み直し段階に入っています。お陰様で順調に作業は進行しています。

この事務所便りをお読み下さっている皆様には、余計な手間暇をおかけしますが、今後もお付き合い下さるようお願い申し上げます。