

● 論 説 ●

責任無能力者の行為に起因する 損害の「帰責」と「分配」

—— 名古屋高判平成26年4月24日をめぐる覚書 ——

法科大学院准教授 大澤 逸平

はじめに

I 本判決の内容

- 1 事実
- 2 判旨

II 本判決を支える論理

- 1 帰責論
- 2 減責論
- 3 もう一つの読み方：衡平責任

III 検討

- 1 問題設定
 - 2 回答
- おわりに

はじめに

現行民法は、712条及び713条において責任無能力者の免責を認めつつ、民法714条において責任無能力者の「法定の監督義務者」に損害賠償責任を負わせている（本稿では、同条に基づく責任をさして単に「714条責任」と呼ぶこともある¹⁾）。これらの規定をめぐる議論状況において一つの特徴をなしているのは、他の多くの条文と同様に解釈論レベルでの問題が議論されるにとどまらず、立法論レベルでの批判が強く向けられてきたことである。

まず714条についてみるならば、そもそも、同条が責任無能力者の監督義務者に重い責任を負わせていることについて、「〔起草者の説明によっても〕なぜ監督者が

1 平井宜雄『債権各論II 不法行為』（弘文堂、1992）216頁は、714条に基づく責任を「無能力者責任」と呼んで、709条に基づいて監督義務者が責任を負う場合である「監督義務違反責任」と区別する（両者を合わせて「監督者責任」と呼んでいる。同書213頁）。もっとも、本稿では無能力者自身が責任を負う場合をも視野に入れて議論を進めることから、714条に基づいて発生する責任を「無能力者責任」と呼ぶことは混乱を招く恐れがあるため、本文のような用語法によることとした。

責任を負うのかという本条の立法趣旨自体も明確でない」と指摘されている²。かかる指摘は、714条の存立基盤にかかわるものであり、同条自体の再検討に向かう契機を含むものであったといえよう。もっとも、同条の存在自体に対する批判はもともと強かったわけではない。同条への批判はその体裁、とりわけ比較法的に特殊であるとされる監督義務者の責任を責任無能力者が責任を負わない場合に限って認めるという点（いわゆる「補充性」）に向けられていた³。そしてかかる批判が、責任能力者が責任を負う場合であってもその監督義務者について709条に基づく責任が発生する余地を認めるという最判昭和49年3月22日（民集28巻4号347頁）に結実したことは周知の通りである。このような経緯からは、不法行為者の「監督義務者」とされた者に不法行為責任を負わせるべきことが当然の前提とされた上で、監督義務者が責任を負うべき場合の拡大が図られてきたことを読み取ることができる。言い換えれば、714条責任を拡張することは提唱されていても⁴、その否定や縮小が構想

2 平井・前掲注1・214頁。平井は、同条の趣旨を危険責任に求める見解（四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為下巻』（青林書院、1985）670頁）を「危険な行為ではなくして責任無能力者の存在それ自体を危険と解するかのごとき考え方は疑問である」と批判したうえで、結局、本条の立法趣旨はその沿革に求めざるをえない」とし、「主として…家族関係の特殊性（とくに父母の義務）にこれを求むべきである」とする（同頁）。

なお、本文に引用した平井・前掲同所では、「監督者」と「監督義務者」を同義に扱っているようにもみえる（そしてそのような解釈は、本条の帰責根拠を家族関係の特殊性に求める立場と通底しているように思われる）が、両者を同義に扱うことに慎重であるべきことについては後注20参照。

3 すでに鳩山秀夫『日本債権法各論下〔増訂版〕』（岩波書店、1924）906頁が714条責任の補充性を否定すべき旨の立法論を展開していたし、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937。なお復刻版〔1988〕を参照した）158頁も未成年者や精神病者らの行為については、これらの者に責任能力がない場合であっても法定の監督義務者が併存的に責任を負うべき事を主張していた（もっとも解釈論として具体的に展開されているわけではない）。709条に基づいて監督義務者に責任を負うべきであるとの構成については松坂佐一「責任無能力者を監督する者の責任」川島武宜編『我妻栄先生還暦記念・損害賠償責任の研究上』（有斐閣、1957）147頁を嚆矢とする。諸外国の法制度については星野英一「責任能力（日本不法行為法リストメント）」ジュリ893号（1987）82頁以下も参照。

4 我妻・前掲注3・158頁は、「監督義務者の責任を重からしむるよう努むべきである」としている。その背景には、「立法論的に見れば、監督義務者の責任は家長としての責任とせられる限りに於ては、寧ろ絶対責任を負はすべきである。蓋し、家族共同生活體はその團體の責任に於て社會から利益を享受して生活するのであるから、この責任無能力者が外部に對して加害行為を為したる場合には、その團體の代表者が絶対の責任を負ふことを妥當とする」との考え方があり（同書157頁）。

されることはほとんど無かったように見受けられる⁵。しかしながら、このような限界付けがないままでの責任の拡大傾向に対しては近時疑問が投げられており、あらためて714条の帰責原理について検討が必要であることが示されているのである⁶。

また、712条や713条による責任無能力を理由とする免責についても、すでに疑問が提示されている。後述するごとく、比較法的な状況を考慮して責任無能力者自身に損害賠償責任を負わせるべき旨の提案がすでになされているが⁷、その背景には、過失概念の客観化に伴い、責任能力の不存在が「過失の論理的前提」から「政策的考慮による免責事由」へと変容したことがある⁸。もっとも、ここでの「政策的考慮」の内実は一義的に導きうるものではなく、いかなる考慮によって免責を導くべきか、その判断の内実について関心が寄せられている。ここでは、本人への帰責・免責（あるいは「再帰責」）がいかなる要素により正当化されるかが正面から問われることになる⁹。

以上において一瞥したところによれば、責任無能力者制度については、（本人も含めて）誰が、いかなる根拠によって本人の行為の結果を帰責されるのか、という観点からの議論の必要性が意識され、その方向での議論が積み重ねられつつある状

5 たとえば、星野英一「責任無能力者・監督義務者の責任」ジュリ918号（1988）86頁において立法論として提案されているのは、①「無能力者の衡平上の責任」の導入、②714条責任の補充性の否定、及び③代理監督者責任（民714条2項）による裁量減額の導入、の3点である。このうち前二者は責任を発生しやすくする方向のものであり、後者についても、代理監督者の免責を認めても、本来の監督義務者がいる限りは被害者の救済にとって大きな不都合とはいえないだろう。ここでは、被害者の救済という要請の下、加害者側の責任を広く肯定する方向が打ち出されているといえよう。この点については水野紀子「精神障害者の家族の監督者責任」岩瀬徹ほか編『町野朔先生古稀記念・刑事法・医事法の新たな展開下』（信山社、2014）261頁も参照。

6 久保野恵美子「子の行為に関する親の不法行為責任（一）」法協116巻4号（1999）497頁。なお、従来「無過失責任」とされてきたものの内実を再検討する動向は、714条にとどまらず、「無過失責任」と考えられることの多かった各種の責任（使用者責任、製造物責任など）についても見られる。使用者責任について中原太郎「事業遂行者の責任規範と責任原理（一）～（十・完）」法協128巻1号1頁、2号271頁、3号657頁、4号849頁、5号1105頁、6号1363頁、7号1659頁、8号1919頁（以上2011）、129巻9号2081頁、10号2366頁（以上2012）。製造物責任について米村滋人「製造物責任における欠陥評価の法的構造（一）～（三・完）」法学72巻1号1頁（2008）、73巻2号224頁、3号400頁（以上2009）。

7 星野・前掲注5・86頁。

8 星野・前掲注3・88頁。

9 ドイツ法を参照し、その構造に即しつつ「帰責・免責・再帰責」という観点から整理・検討を加えたものとして益澤彩「過失不法行為における帰責・免責システムの構造（一）～（二・完）」民商126巻1号100頁、2号78頁（いずれも2002）参照。

況であるといえるだろう。

このような議論状況の中であらわれた名古屋高判平成26年4月24日（判時2223号25頁，金判1445号24頁。以下，本稿では「本判決」という）は，高齢化社会の進展と，それに伴う認知症患者の増加という状況の下で，認知症患者を自宅で介護する家族に「不当に」重い責任を負わせるものとして，その一審判決も含めて，一般マスメディアや介護関係者，学会も含めた社会的関心を集めた事件である。そこでは，「責任無能力者の行為についてなぜその家族が責任を問われなければならないのか」，また「家族に責任を負わせることが適切なのか」という点がまさに問題となっているといえることができる¹⁰。

もっとも，後述するように，本判決を，その結論のみを捉えて，「家族」の責任を問うたという側面からのみ把握するのは単純に過ぎ，適切でない。本判決は，認知症患者の自宅介護という現代的な課題に取り組んだ一事例として重要な意味を有するだけでなく，責任無能力者の行為をめぐる先述のような課題について一定の見方を提示したものであり，その結論に至る過程で興味深い問題意識を読み取ることができる。本判決については，その結論への賛否という次元を超えて，本判決が提示した問題に対する検討をさらに深化させていく必要があるように思われる。

本稿では，まず本判決の内容を（やや長くなるが）紹介し（Ⅰ），本判決が提示した論理を整理・検討する。この作業を通じて表向きの議論とは異なる論理を読み取りうることを示したい（Ⅱ）。その上で，本判決の前提となっている問題設定を明らかにし，これに対する本判決の回答の当否について若干の検討を行いたい（Ⅲ）。

I 本判決の内容

1 事実

Aは高齢の認知症患者であり，要介護度4の認定を受けていた。Aは配偶者Y₁と同居していたがY₁が高齢でAの介護が困難であったことなどから，Y₁，A，Y₁の長男Y₂とその妻B及び次女Y₃の話し合いにより，BがA宅に頻繁に通って介護を行っていた。平成19年12月7日の夕方，Aは自宅から家族に気づかれぬまま外出し，自宅近くの乙駅から原告Xが運営する鉄道に（切符を購入せずに）乗り込んで甲駅で下車し，同駅構内で線路内に立ち入った。その際，Aは同駅を通過する列車と衝突，死亡した。なお，Aには不動産や金融資産からなる遺産があり，不動産

10 水野・前掲注5・249頁。

を除く預金等の金融資産の額面だけでも5000万円を優に超えるものであったところ、Aの死後、遺産分割協議によって、Y₁がもっぱら不動産を、Y₂が主として不動産を、それぞれ取得している。Xは、上記事故によって生じた振替輸送等の費用等約720万円を損害として、Y₁らに監督義務違反があることないしY₁らがAの「事実上の監督者」にあたることを理由に、民法709条又は民法714条に基づきY₁らに損害賠償を請求するとともに、選択的に、Y₁らが不法行為者Aの相続人として損害賠償債務を相続したとして前記損害についてY₁らの相続分に応じた金額を賠償請求した。

一審（名古屋地判平成25年8月9日判時2202号68頁）は、Y₂を714条の監督義務者に準じる「事実上の監督者」であるとして714条1項本文（の類推適用）に基づく責任を負わせるとともに、Y₁については「事実上の監督者」ではないとしても、Aが第三者の権利を侵害する可能性があることを予見し得たとして709条に基づく損害賠償責任を負うとして、Y₁・Y₂に対するXの請求を全部認容した。これに対してY₁・Y₂のみが控訴した。

なお、Y₁・Y₂以外の被告に対する請求は一審で棄却され、Xからの控訴もなされていないことから本稿の検討対象とはしない。

2 判旨

原判決変更。Y₁に対する請求は、請求原因の半額である約360万円についてのみ認容し、Y₂に対する請求は棄却した。なお、以下の頁数及び段数は判例時報2223号によったほか、引用文内の丸数字及び下線は評釈者が付したものである（Ⅱ以下において「下線部+丸数字」という形で引用する）。

(1) 714条責任の法的性質

「監督義務者等の損害賠償責任は、監督義務者等が監督義務を怠ったとの監督上の過失を理由とするものであるから、①監督義務者等に責任無能力者の加害行為そのものに対する故意又は過失があることを必要とせず、責任無能力者に対する一般的な監督義務違反があることをもって足りるのであり、したがって、監督義務者等において、責任無能力者の現に行った加害行為に対する具体的な予見可能性があるとはいえない場合でも、それが責任無能力者に対する監督義務を怠ったことにより生じたものである限りは、損害賠償責任を免れない。そして、②監督義務者等の責任無能力者に対する監督義務は、原則として責任無能力者の生活全般に及ぶべきも

のであるので、監督期間において責任無能力者に加害行為があった場合には、監督義務者等の監督上の過失が事実上推定されることになるものというべきである。」(32頁4段)

かかる責任は、「監督義務者等に監督上の過失があることをもって、③監督義務者等に対する責任無能力者の加害行為によって生じた損害の賠償責任の根拠とする点において過失責任主義の原理になお依拠しているものの、監督義務上の過失の不存在等の免責要件の存在の立証責任を監督義務者等に負担させるとともに、監督義務者等の監督上の過失について、責任無能力者の加害行為そのものに対する過失(責任無能力者のした具体的な加害行為を予見しこれを回避すべき義務としての直接的過失)ではなく、④責任無能力者の生活全般に対する一般的な監督義務上の過失(責任無能力者のした具体的な加害行為との関係では間接的過失)で足りるものとする点で、無過失責任主義的な側面を強く有する規定であり、その機能を実質的に観察するときには、監督義務者等に対し、責任無能力者の加害行為によって生じた損害について責任無能力者に代わって賠償責任を負わせる面(代位責任的な面)のある規定であることも否定できない」。他方、監督義務者が709条に基づく責任を負う場合がある(最判昭和49年3月22日民集28巻2号347頁)が、それは「責任無能力者が加害行為をした場合において、法律上又は条理上責任無能力者に対して監督義務を負う者が、⑤責任無能力者の当該加害行為に対する予見可能性があり、相当な監督をすることによって当該加害行為の発生を防止することができたもの(結果回避可能性の存在)であるのに、これを怠ったため上記加害行為を防止できなかったものと認められるとき」である(33頁1～2段)。

(2) 監督義務者該当性の判断

Y₁について。

「民法714条1項にいう監督義務者としては、一般に、未成年者である責任無能力者に対する親権者、精神上的障害による責任無能力者に対する成年後見人又は精神保健及び精神障害者福祉に関する法律(平成19年12月7日当時有効なもの。以下、これを「精神保健福祉法」という。)20条に基づく保護者が挙げられるところであるが、Cは本件事発当時91歳で、未成年者ではないし、重度の認知症により責任能力を欠く状態にあったものの、後見開始手続は開始されておらず、したがって、後見人も存在しない。

しかし(中略)Aは、本件事発当時、重度の認知症による精神疾患を有する者と

して、⑥精神保健福祉法5条の精神障害者に該当することが明らかであった者と認められるから、同法20条1項、2項2号により、Y₁はAの配偶者として、その保護者の地位にあったものといえることができる。」

「ところで、夫婦は、婚姻関係上の法的義務として、同居し、互いに協力し、扶助する義務を負う（民法752条）ところ、（中略）現に同居して生活している夫婦については、上記協力扶助義務の履行が法的に期待できないとする特段の事情があれば格別、そうでない限りは、（中略）配偶者の一方（夫又は妻）が老齢、疾病又は精神疾患により自立した生活を送ることができなくなったなどの場合には、⑦他方配偶者（妻又は夫）は、上記協力扶助義務として、他の配偶者（夫又は妻）に対し、上記の趣旨において、その生活全般に対して配慮し、介護し監督する身上監護の義務を負うに至るものといえるべきであり、婚姻関係にある配偶者間の信義則上又は条理上の義務としても、そのように解される。」精神保健福祉法上の保護者の義務（22条）や精神障害者に後見人又は保佐人がない場合には、配偶者が保護者となる旨の規定（20条2項）は、「⑧医師と連携を取って精神障害者への適切な医療を確保しつつ、その財産上の利益を保護することとされる保護者の義務が、精神障害者の配偶者が、夫婦間の協力扶助義務の一環として、精神障害者の生活全般に対して配慮し、介護し監督する義務を履行することにより、履行される関係にあるとの趣旨によるものと解される。」

「そうすると、⑨配偶者の一方が精神障害により精神保健福祉法上の精神障害者となった場合の他方配偶者は、同法上の保護者制度の趣旨に照らしても、現に同居して生活している場合においては、夫婦としての協力扶助義務の履行が法的に期待できないとする特段の事情のない限りは、配偶者の同居義務及び協力扶助義務に基づき、精神障害者となった配偶者に対する監督義務を負うのであって、民法714条1項の監督義務者に該当するものといえるべきである。」「以上のように解することは、⑩民法714条1項の監督義務者の損害賠償責任が、家族共同体における家長の責任に由来するという沿革に齟齬するものではなく、かえって、配偶者は他方配偶者の相続財産に対して2分の1の法定相続分を有するものとされていること（民法900条1号）と相まって、上記沿革に沿い、責任無能力者の加害行為によって生じた損害の被害者を救済する制度としての同法714条の趣旨にも合致するものといえることができる。」（33頁4段～34頁2段）

Y₂について。

「Y₂は、Aの長男である上、自ら及び妻のBにおいてAの介護に相当深く関与し

ていたものであり、…Aの心身の状態及びY₁の年齢や心身の状態からすると、⑪仮にAについて成年後見の申立てがなされた場合には、後見開始決定がされ、Y₂が成年後見人に選任される蓋然性が大きかったものと推認される。

しかし、Y₂は、本件事故当時、Aの長男としてAに対して民法877条1項に基づく直系血族間の扶養義務を負っていたものの、⑫この場合の扶養義務は、夫婦間の同居義務及び協力扶助義務がいわゆる生活保持義務であるのとは異なって、経済的な扶養を中心とした扶助の義務であって、当然に、Y₂に対して、Aと同居してその扶養をする義務（いわゆる引取り扶養義務）を意味するものではないのであり、実際にも、Y₂は、本件事故の相当以前から、Aとは別居して生活しており、…Aはその自宅において妻であるY₁の介護を受けて、Y₁と共に生活していたものであり、Y₂が、Aの介護又は生活のために、まとまった経済的出捐をしたことを認めるべき証拠もない。また、Aについては、成年後見開始手続がなされたことがないため、Y₂がAの成年後見人に選任されたことはない。

そして、Aは本件事故の相当前から、精神保健福祉法上の精神障害者に該当する状態にあったが、Y₂はAの扶養義務者にすぎないので、同法20条2項により、家庭裁判所の選任行為を待って初めてAの保護者となる（同項4号）ところ、Y₂についてAの保護者に選任する裁判がなされたことのないことは弁論の全趣旨から明らかであるから、本件事故当時、Y₂はAの保護者の地位にもなかつたものである。

そうすると、Y₂について、Aの生活全般に対して配慮し、その身上に対して監護すべき法的な義務を負っていたものと認めることはできない」。(35頁1段～2段)

(3) Y₁の監督義務違反不存在の立証

「⑬Y₁は、責任無能力者であるAの介護について、〔Y₁の妻である〕Bらの補助を受けながら、Aの意思を尊重し、その心身の状態及び生活状況に配慮した体制を構築していたものということができるものの、Aが日常的に出入りしていた本件事務所出入口に設置されていた事務所センサーを作動させるという容易な措置を採らず、電源を切ったままにしていたのであるから、Aの監督義務者としての、一人で外出して徘徊する可能性のあるAに対する一般的監督として、なお十分でなかった点があるといわざるを得ない。

したがって、Y₁は、監督義務者として監督義務を怠らなかつたとまではいうことができないし、また、Y₁がその義務を怠らなくても本件事故が発生すべきであったということもできない。」(37頁1段～2段)

(4) 賠償額の減額

Xに安全確保義務違反があったとするY₁らの主張は認めなかったが、次のように述べて損害の半額のみを賠償すべきものとした。

「⑭民法714条により監督義務者等が負う損害賠償責任は、加害行為者としての責任無能力者に対する損害賠償責任を否定することの代償又は補充として、被害者の保護及び救済のために認められたものであり、無過失責任主義的な側面があり、責任無能力者の加害行為によって生じた損害についての代位責任的な面のあるものであることを考慮すると、監督義務者等が、責任無能力者の加害行為について故意又は過失があって、同法709条により損害賠償責任を負う場合と異なり、同法722条2項に定める被害者に過失相殺事由が認められない場合であっても、⑮同項に体现されている不法行為法における損害の公平の分担の精神に基づき、裁判所は、責任無能力者の加害行為の態様、責任無能力者の資力、責任無能力者と監督義務者等との身分的又は社会的な関係（監督義務者等が責任無能力者の推定相続人であるか否かなど）、監督義務者等の責任無能力者に対する監督状況などの加害者側の諸事由と、被害者の被った損害の性質・内容・程度と被害者が受けた影響、責任無能力者と被害者との関係などの被害者側の諸事由とを総合的に勘案して、監督義務者等が被害者に対して賠償すべき額を、監督義務者等と被害者との間で損害の公平な分担を図る趣旨の下に、責任無能力者の加害行為によって被害者が被った損害の一部とすることができる」。

加害者側の事由としては、Aが甲駅で事故に遭って死亡したこと及びその経緯のほか、「⑯Aは、本件事故当時、相当多数の不動産を所有するとともに、5000万円を超える金融資産を有して」おり、「Y₁は、本件事故当時、Aの妻であり、Aの相続財産に対して2分の1の法定相続分を有するものであった」こと、「⑰Y₁は、…民法714条1項ただし書に定めるところの監督義務を怠らなかったとまではいえないものの、Bらの補助を得て、Aのために相当に充実した在宅での介護体制を構築し、上記監督義務の履行に努めていたと評価することができる」ことが挙げられている。他方、被害者側の事由としては、「⑱Xは、資本金の額が1000億円を超える日本有数の鉄道事業者であるところ、本件事故により被った損害は…約720万円の財産的損害である」ことを挙げているほか、「Xが営む鉄道事業にあっては、専用の軌道上を高速で列車を走行させて旅客等を運送し、そのことで収益を上げているものであるところ、社会の構成員には、幼児や認知症患者のように危険を理解できない者なども含まれており、このような社会的弱者も安全に社会で生活し、安全に鉄道を

利用できるように、利用客や交差する道路を通行する交通機関等との関係で、列車の発着する駅ホーム、列車が通過する踏切等の施設・設備について、人的な面も含めて、一定の安全を確保できるものとするのが要請されているのであり、鉄道事業者が、公共交通機関の担い手として、その施設及び人員の充実を図って一層の安全の向上に努めるべきことは、その社会的責務でもある。しかるところ、Aは、…乙駅から列車に乗車して甲駅に至ったものであるが、⑩乙駅及び甲駅での利用客等に対する監視が十分になされておれば、また、甲駅ホーム先端のフェンス扉が施錠されておれば、本件事故の発生を防止することができたと推認される事情もあった」(40頁2段～41頁1段)。そして、これらの「諸事由を総合考慮」して、損害額の5割のみの賠償を認めるとした。

Ⅱ 本判決を支える論理

本判決は、責任無能力者と認定されたAについて、その配偶者Y₁を714条に言う監督義務者であると認定して714条責任を認めた。もっとも、判旨からは、監督義務者責任を単純に肯定することへの疑問も垣間見えないわけではなく、むしろ異なる考慮へと導く要素を含んでいるといえる。

以下、まず判旨の「表向き」の構成に従い、判旨の帰責論(1)と減責論(2)について、判旨が示した論理を検討する。これらの検討から、本判決の実質論を、その表向きの構成とは裏腹に、いわゆる「衡平責任」として理解しうることを示したい(3)。

1 帰責論

(1) 監督義務者の高度な義務

本判決は結論として、責任無能力者Aの配偶者Y₁が監督義務者(民714条1項本文)に該当するとした上で、義務を怠らなかったことの立証による免責(同項ただし書)を認めなかった。従来から、714条責任の免責立証はほとんど認められていないことが指摘されており¹¹、かかる判断は従来の判例・学説の説くところと平仄の合うものであるといえる。しかし、本判決の事案においては、判旨も認める如く(下線部⑧)、AについてY₁らが行っていた介護は相当充実したものであった。それにもかかわらず免責立証が認められなかったことは、認知症患者を自宅で介護す

11 たとえば四宮・前掲注2・678頁。

る家族に過度な負担を課すもので、介護現場の現状にそぐわないなどとの反応¹²を引き起こすこともやむを得ない側面がある。

ただ、この点を捉えて本判決（のみ）を批判するのは酷な面があろう。すでに述べたように、714条責任は判例・学説上、被害者保護という要請の下に同条1項ただし書による免責を認めることに慎重であるべき場合と位置づけられており、本判決はそのような判例・学説のもとで、まさに「出るべくして出た」判決であると思われるからである。

もちろん、かかる解釈論の当否については再検討の余地があろうが、このように免責の余地がほとんど考えにくいのであるとすれば、本件の事案においてY₁らの責任の有無を判断するに当たって核心的に重要であったのは、「監督義務者」に関する認定であったということになる¹³。

(2) 監督義務者の認定

本判決は監督義務者をY₁（のみ）であると判断したのに対して、一審判決はY₂であると判断したうえでY₁には709条に基づく責任を負わせている。

このように判断が分かれた背景には、そもそも本事案において、当然に「監督義務者」に該当するとされる存在がAの周囲に見あたらなかった、という事情がある。従前、714条の「監督義務者」には責任無能力者の親権者や成年後見人などが該るとされていた¹⁴ところ、Aは何者かの親権に服しているわけではないし、成年後見の手続が開始していたわけでもなかったため、714条責任が発動するためには、何者かを「監督義務者」であると認定する必要があった。そしてこの点について、一審判決は「監督義務者」を「事実上の監督者」に拡大することによって、本判決は、「監督義務者」を（従前「監督義務者」であると必ずしも考えられていなかった）配偶者に拡大するという策を採ったわけである。この点だけをとってみ

12 たとえば、一審判決に対するものであるが、日本神経学会、日本神経治療学会、日本認知症学会、日本老年医学会及び日本老年精神医学会による「認知症者の鉄道事故に関する声明」（平成26年4月10日付）。

13 もちろん、判旨の言う「過失責任主義」的理解を採ったとしても、714条責任がいわゆる中間責任と位置づけられる以上は、監督義務者に該当すると判断されることによって立証責任の転換という不利益を負うことになり、その意味で「監督義務者」の認定が重要な意味を有する。しかし、監督義務者の責任が反証の可能性のないものであるとすれば、そこでの「監督義務者」の認定が死活的な重要性を持つことは明らかである。

14 加藤一郎編『注釈民法（19）』（1970、有斐閣）261頁〔山本進一〕。

れば、「拡大」の方向に違いがあるだけで「拡大すべし」ということ自体には共通性があるように見える。しかしながら、本判決を子細に見るならば、本判決には、一審判決には見られない「躊躇い」が感じられる。

(i) 一審判決

一審判決は、Y₂を「社会通念上、民法714条1項の法定監督義務者や同条2項の代理監督者と同視し得るAの事実上の監督者であったと認めることができ、これら法定監督義務者や代理監督者に準ずべき者としてAを監督する義務を負うものとする一方で、Y₁らその他の被告についてはそのような「事実上の監督者」ではないとして責任を否定した。その根拠は、Aの介護の方針について、Y₂主催の「家族会議」においてY₂が最終的に決定した点や、Aについて「成年後見の申立てがされることがないまま、実質的にはその手続が執られているのと同様にAの財産が管理されていた」ところ、「Aの重要な財産の処分や方針の決定等をする地位・立場は、Aの認知症発症後はA本人から長男であるY₂に事実上引き継がれた」という点にある（判時2202号78頁3段～79頁1段）。

このような一審判決は、「責任無能力者を監督する法定の義務を負う」とはいえないY₂について、法定監督義務者（及び代理監督者）と同様の責任を負う「事実上の監督者」であるとして責任を肯定したものであり、714条を事実上類推適用したものと評しうるだろう。そして、かかる判断を支えているのは、事実上AについてY₂を後見人とする成年後見の手続が発動したものと同様の状況にあるという認識である。ここには、714条が設けている「法定」要件に必ずしも限定的な意味を見いださないという態度を看取しうる¹⁵。このように714条を「法定の監督義務者」でない者にも（類推）適用するという手法は従来から学説上有力に唱えられている¹⁶、本判決と類似した判断を示した裁判例も存在する¹⁷が、このような手法にはな

15 なお、Xは「Aについて成年後見が開始された場合、被告らのうちから成年後見人が指定されることは明らかであり」、「そのような実質的な監督者に対して民法714条1項が適用されないとすれば、民法709条に基づく請求をしなければならず、故意、過失についても重い立証責任を負担することとなるから、事実上の監督者であり、その財産を承継する地位にある被告らは、…少なくとも民法714条2項に規定する代理監督者としての責任を負わなければならない。」と主張している（判時2202号74頁2段～3段）。ただし、「被告らがAの財産を承継する地位にある」ことを一審判決は理由付けとして採用しなかったことには注意を要する。

16 我妻・前掲注3・160頁（「事實上監督を為す者例へば一家の家長（世帯主）」が代理監督者に該るとする）。加藤一郎『不法行為〔増補版〕』（有斐閣、1974）162頁も「社会的に〔法律上

お問題を含む。それは第一に、「事実上の監督者」の判断の安定性である。714条責任を過失責任的に捉えるにせよ無過失責任的に捉えるにせよ、損害発生を回避するための措置を講じることが「監督義務者」に課せられることに変わりはないところ、誰がかかる措置を講じる義務を負っているかがなるべく明確になっていることが損害回避のためには望ましいだろう。しかし、後述するように本判決は、一審判決と対照的に、(基礎となった認定事実には全くと言って良いほど違いが無いにもかか

ないし契約上で監督義務を負う者]と同視しうるような監督義務を負うと考えられる者」が代理監督者にあたるとするが具体例は掲げられていない(「たまたま後見人選任の手続を怠っていたために責任を免れることになってはおかしい」とするのみ)。平井・前掲注1・219頁は、後見人・保護義務者のみならず、「これらの規定の趣旨を類推して該当すべきだと解する者も含まれると解すべき」とする。

また、潮見佳男『不法行為法〔第2版〕I』(信山社2009)423頁は、714条責任の基礎を「家族関係の特性」と「人的危険源の継続的管理者に課された一種の危険責任」であるとしつつ、前者の理由付けは「もはやその正当性を失ったものとみるべきかもしれない」として、主として後者の観点から714条を解釈すべき事を主張する。その上で、「法定の監督義務者」については「類推による拡張には慎重さが求められるべきである」としながらも「被監督者に対する監督を行う実質的地位にある者には、[714]条1項が類推されるべきである」とする。しかし、誰が監督を行う実質的地位にある者なのかを判断するにあたって、「法定の」という要件を抜きに考える際、そこで何を手がかりとするのかは必ずしも明確でない。家族以外の他人が何らの法的義務を前提とすることなく責任無能力者を監督することが想定しにくいのだとすれば、そこで実質的に手がかりとして機能しているのは家族関係の存在なのではないか。そして、家族が法的な義務を前提とすることなく監督者たる地位にあるというのであれば、結局は帰責根拠を家族関係の特殊性に求めていると言うほかないのではなかろうか。

17 平井・前掲注1・219頁も引用する福岡地判昭和57年3月12日(判時1061号85頁)は、当時の精神衛生法(現精神保健福祉法)上の「保護者」として選任されていなかった成年の精神障害者の父親が「監督義務者」に該当するか争われた事案において、「〔精神衛生〕法第20条第2項第4号所定の選任手続を経て保護義務者とされた者が、民法第714条第1項所定の法定監督義務者に該当することは明らかであるところ、責任無能力者を事実上世話している者が、選任手続を経ていない等形式的要件を欠くため法定の監督義務者に該当しない場合、民法第714条の規定の適用が全面的に排斥されるとすれば、同法第709条の成否のみを問題とせざるを得ない関係上、誠実に右選任手続を履践した者が、これを不当に怠つた者よりも過失及び因果関係の存否について重い立証責任を課されるという不公平が生じることになるから、正義公平の理念に照らし、社会通念上法定の監督義務者と同視し得る程度の実質を備え、従って、もし右選任手続が履践されれば当然〔精神衛生〕法第20条第2項第4号の保護義務者として選任されるであろう事実上の監督者は、民法第714条第2項より、責任無能力者の代理監督者として、同法第1項の法定監督義務者と同一の責任を負う」(下線は引用者による)とした。なお、最判昭和58年2月24日(判時1076号58頁)は、成年の精神障害者による加害行為において、「事実上の監督者」による責任があり得ることを認めつつ、両親が保護義務者になるべくしてこれを避け

ならず)「事実上の監督者」であることを否定しており¹⁸、判断の安定性に問題があることを如実に示している。加えて第二に、「事実上の監督者」という解釈手法を肯定的に捉えるためには、そもそも、「法定の」義務を前提としなくとも責任無能力者の監護をし、あるいは責任無能力者の行為のリスクを負わされる場合がある、という前提に立たなければならないことである¹⁹。一審判決はこのような前提に暗黙のうちに立った上で、Y₂が「事実上の監督者」に該る根拠を、(一審判決の認定によれば) Y₂の主催によって行われた2回の「家族会議」に求めたのである。ここでは、家族会議によってAの介護について責任者を決しうると言うことである以上、このような判断の背後には、責任無能力者の介護を行う(法定の義務以前の)義務が「家族」にはある、という考え方があると言うほかない²⁰。しかしながら、この点に対して再検討の必要が生じていることは本稿冒頭で指摘したとおりである²¹。

結局、一審判決は、(α) Aの行為について家族が責任を負うべき事は当然であり、

て選任を免れたとはいえないとして両親の責任を否定した原審を維持している。

この点については平井・前掲注1・219頁や飯塚和之「精神障害者の加害行為に対する監督義務者の責任に関する一考察——監督義務者概念を中心に——」小林三衛先生退官記念『現代財産権論の課題』(敬文堂, 1988) 141頁も参照。

- 18 もっとも後述の通り、本判決は「事実上の監督者」概念に依拠することを実質的に否定していると解する余地もある。
- 19 このことは、一審判決がY₁について709条責任を認めた点にも当てはまる。Y₁が、自らとは別の人格であるAの権利侵害行為を予見し得たとして、それをなぜY₁が防止する義務を負うのかは別の問題のはずである。
- 20 これに対しては、家族かどうかを問わず「現に監督している者」を「事実上の監督者」としているのだ、という反論があり得るが、これに対しては、事実レベルの問題と規範レベルの問題とを混同している、という批判が当てはまるのではないか。たとえば、加害者となった責任無能力者のもとに週に一度の訪問をしている者が、訪問しなかった日に起きた加害行為について(あるいは訪問中に起きた出来事ですら)責任を問われることになるのであろうか。仮にそのような判断が行われるのであれば、そこには「訪問日以外にも監督すべきであった」、あるいは「訪問中目を離すべきではなかった」という判断が行われていると見ざるを得ない。責任無能力者の加害行為はその性質上監督者の監督が事実に及んでいる範囲を超えて行われているものである(加害行為を止めなかったことをもって責任原因となるという場合、「止めるべきだった」という規範的判断を行うことで、実際に及んでいた監督よりも「あるべき監督」を上積みしている)から、監督者の責任を肯定するためには、「どこまで監督していたか」という事実上の判断が根拠になるわけではなく、「どこまで監督すべきだったか」という規範的な判断が必要になる。前者の認定が後者の判断に転化されるのは論理に飛躍がある。
- 21 なお、一審判決は本判決と異なり、精神保健福祉法上の「保護者」概念を援用することにはなかった。これはXが同概念を援用することなくY₁らの監督義務者該当性を主張したことによるものと考えられる。

あとは(β) 家族の中で誰が責任を負うべきか、という点に解決を与えたものであると評し得よう。これに対して本判決は、一見(β) について一審判決と結論を異にしたように見えるが、子細に見るならば、そもそも(α) についての躊躇いを読み取ることができる。

(ii) 本判決

ア Y₂の監督義務者該当性

本判決はY₂について、成年後見手続が開始しておらず家庭裁判所による保護者としての選任(精神保健福祉法旧20条2項4号)も受けていないため「Aの生活全般に対して配慮し、その身上に対して監護すべき法的な義務を負っていたものと認めることはできない」として「法定の監督義務者」に該当しないと、代理監督者への該当性についてもY₂はY₁によるAの身上監護の補助行為に過ぎないとして否定した。本判決は一審判決の「事実上の監督者」論を正面から否定したわけではないが、「法的な義務」(35頁2段目)、「法的な意味で」(36頁2段目)といった口吻からは、あくまで「法定」要件にこだわって監督義務者の範囲を画定したものとみることができる。とはいえ、本判決は「事実上の監督者」論に対して正面から論駁することは無く、したがって「法定」要件の意義を積極的に主張することもなかった。

イ Y₁の監督義務者該当性

しかし、本判決は、一審判決と異なり、Aの配偶者であるY₁を監督義務者であると認定することによって監督義務者の「不在」という問題の解消を図った。

かかる結論を支える理由として判旨は2つの点を掲げている。第一に、Y₁がAの「保護者」(当時の精神保健福祉法20条1項、2項4号。なお保護者制度は平成25年6月に成立した改正法により削除された)にあたること(下線部⑥)、第二に、Y₁がAの配偶者であること(下線部⑦)である。

(ア) 保護者と配偶者

かかる理由付けの当否を判断するに当たってまず検討しなければならないのは、第一の理由付けと第二の理由付けとの関係である。というのも、従前、「配偶者」を法定の監護義務者と捉える見解は管見の限り見られなかったが、精神保健福祉法上の「保護者」を監督義務者に含める見解は少なくとも保護者制度の前身である精神病患者監護法上の監護者制度以来ほぼ通説的な地位を占め²²、同旨の裁判例も存在

22 精神病患者監護法における「精神病患者監督義務者」を714条の法定監督義務者とするものとし

する²³。そのため、この点だけをとってみれば、本判決は目新しいものではないし、この点をもってY₁が監督義務者であることを基礎づけるに十分であるとすれば、配偶者であることを持って監督義務者であるとした判断は蛇足的なものに過ぎないとの評価も可能だからである。しかし本判決は、配偶者間の義務と精神保健福祉法上の保護者の義務との関係について、あらゆる夫婦において生じる「夫婦間の協力扶助義務」が、他方配偶者が精神障害者となった場合に身上監護の義務として具体化し、これを履行することによって精神保健福祉法上の保護者としての義務が履行される、と定式化している。このような理解においては、配偶者として負う身上監護の義務が「保護者」としての義務を媒介することなく直接に導き出されているように思われる。「保護者」制度が廃止されたいま、配偶者であることが直ちに「法定の監督義務者」であることの理由となるとすれば、本判決は重要な先例的意義を有することになるし、本判決はまさにこのような考慮によってこそ、積極的に「配偶者」であることを持って監督義務者にあたることを主張しているものと受け止めることができる²⁴。

(イ) 配偶者の監督義務者該当性

それでは、配偶者が「監督義務者」にあたるのがどのように基礎づけられるのか。判旨は、先述した「夫婦間の協力扶助義務の具体化」を指摘した上で、かかる解釈が民法714条1項の沿革に齟齬しないこと、また配偶者に2分の1の法定相続分を認めた現行民法900条1号との整合性を指摘している。

て鳩山・前掲注3・905頁、我妻・前掲注3・159頁。保護者制度廃止前における精神保健福祉法（精神衛生法、精神保健法時代を含む）上の保護義務者を監督義務者とするものとして四宮・前掲注2・678頁、平井・前掲注1・219頁。なお、保護者制度の歴史的変遷については、久保野恵美子「精神障害者と家族——保護者制度と成年後見」水野紀子編『社会法制・家族法制における国家の介入』（有斐閣、2013）135頁を参照。

23 ただし、平成11年の精神保健福祉法改正により保護者の自傷他害防止義務が削除されたため、同改正以降は保護者を714条に言う監督義務者ではないと解する余地はあった。自傷他害防止義務削除の経緯については辻伸行「自傷他害防止監督義務の廃止と保護者の損害賠償責任」町野朔ほか編『触法精神障害者の処遇』（信山社、2005）62頁参照。

24 精神保健福祉法上の「保護者」を法定の監督義務者とすることに対する疑義は一部の学説から示されており、自傷他害防止監督義務の削除も、保護者（多くの場合は家族）の負担を減らすことが目的であったとされるが（辻・前掲注23・63頁、水野・前掲注5・264頁）、本判決のような解釈が可能であるとすれば、その効果は限定的であったということになりそうである（もっとも、そもそも本判決が「家族の責任」を問うたものであったのか、という点に疑問がある点は後述する）。

便宜上、714条1項の沿革という観点から見ていこう。判旨は714条責任の沿革を家長の責任に求めており、その延長線上において家族が責任を負うこととなっているのであるとすれば、その出発点は一審判決と共通しているようにも見える。しかし、判旨は家族であることから直ちに（法定の義務以前の）監督義務を認めるという一審判決のルートではなく、配偶者間の協力扶助義務という実定法に根拠のある義務に基づいて「法定の監督義務者」であることを認定するというルートをとった。その意味で、沿革論はせいぜい必要条件的な位置づけを与えられているにとどまり、必ずしも決定的な理由として機能していないというべきだろう。

それでは、配偶者に「協力扶助義務」があることが監督義務者であることを基礎づけることになるのだろうか。従来の議論を振り返ってみても、配偶者であることをもって（保護者制度を介することなく）当然に責任無能力者の監督義務者となることは想定されていなかったように思われる。

まず、かかる判旨に対して直ちに想定される批判は、かかる義務は、配偶者相互の保護のために向けられたものではあっても、他人に対する加害行為の防止のために向けられたものではない、というものである²⁵。

しかし、従前当然に「監督義務者」とされてきた親権者や後見人、あるいは（平成25年改正によって廃止される前の）精神保健福祉法上の「保護者」と比較するならば、配偶者の協力扶助義務を根拠とすることもさほど突飛なものではないように思われる。前述のように、これらの義務は（すくなくとも現在においては）本人の保護のための制度であって、必ずしも他者加害の防止や社会防衛といった視点を含むものではない²⁶。つまり、これらの者が714条責任を負うべき「法定の監督義務者」であるとするならば、彼らは、本人を保護する立場にあることを理由に、本人が行った他人の加害についての責任を負っていることになる。言い換えれば、親権者や後見人が「法定の監督義務者」にあたるという解釈を維持する以上は、その延長線上に、親子関係や後見関係と異なって本来双方向的な義務である配偶者間の協力扶

25 この点の飛躍を指摘するものとして、大村敦志『もうひとつの基本民法Ⅱ』（有斐閣、2007）47頁。また、自傷他害防止監督義務削除後の「保護者」の監督義務性を否定することの論拠として同様の主張が行われている（辻・前掲注23・68頁）。

26 もともと保護者制度は、本人保護とともに社会防衛的な側面を有している（保護者制度について久保野・前掲注22・137頁）とされており、そのような理解の下では、本人を監護・保護する義務が本人のみならず社会に対しても責任を負うことへ転化することが比較的無理なく導き出されるといえる。しかし、これらの制度が本人保護の側面に純化されている状況の下では、このような連関は直ちに肯定できないであろう。

助義務を根拠として配偶者が「法定の監督義務者」に該当とする解釈があったとしても驚くに足りないのではなかろうか²⁷。

結局、かかる批判は709条との関係も含めて714条責任の構造自体をいかに解するかという点にかかわるものであり²⁸、さらなる検討が望まれるところであるが、本稿の関心としては、本判決の解釈が従来の延長線上にあることを確認すればさしあたり十分である。すなわち、本判決を検討する際により注目されるべきは、本判決が配偶者の監督義務者性を基礎づけるに当たって、配偶者の協力扶助義務を援用すれば従来の解釈論の延長線上にあるものとして素直に位置づけられるにもかかわらず、あえてこれに加えて、配偶者が法定相続分を有していることを援用していることである。かかる判示は何を意味するのであろうか。項を改めて検討することにしたい。

(ウ) 「配偶者の相続分」が指摘される背景とその意義

そもそも、配偶者が相続分を持っていることをもってなぜ「法定の監督義務者」となるのか。判旨においてその論理は明らかにされていないし、判旨のかかる指摘についてはすでに疑問が提示されている²⁹。しかし、判旨があえてこのような一見無理のある根拠付けを行ったことの背景には、判旨が714条責任の帰責根拠に弱みを見いだしていることがあるように思われる。このことは、714条責任の性質に関する判旨の説明からうかがわれる。

判旨は、我妻栄博士の見解³⁰をほぼ踏襲する形で、714条の性質を説明している。すなわち、714条の責任は「監督義務者等に監督上の過失があること」を要求する点で「過失責任主義の原理になお依拠している」（下線部③）が、「監督義務者等の監督上の過失について、責任無能力者の加害行為そのものに対する過失（責任無能力者のした具体的な加害行為を予見しこれを回避すべき義務としての直接的過失）ではなく、責任無能力者の生活全般に対する一般的な監督義務上の過失（責任無能力者のした具体的な加害行為との関係では間接的過失）で足りるものとする点で、無過失責任主義的な側面を強く有する規定である」（下線部④）、というわけである。ここでは、714条における「過失」について、その内容が加害行為自体に向け

27 もちろん、出発点となる、親権者や後見人を監督義務者であるとする解釈の当否が問題となり得るのは当然であるが、ここで立ち入ることができない。

28 久保野恵美子「前掲最判昭和49年3月22日判批」中田裕康ほか編『民法判例百選Ⅱ〔第6版〕』（有斐閣、2009）167頁が、問題の所在を簡潔ではあるが指摘する。

29 前田太朗「本判決判批」新・判例解説Watch・民法（財産法）No.81（2014年7月25日掲載）。

30 我妻・前掲注3・155頁以下。

られていない点で、709条などで要求される本来の「過失」とは異なることが指摘されているのである（下線部⑤も参照）³¹。このような判旨の理解（及びその基礎となった我妻説）に対しては、監督義務・監視義務違反も今日では709条に言う「過失」に含まれている、という反論が妥当するだろう³²。その意味で判旨の「過失責任／無過失責任」という対比にもとづいた説明には賛同しがたい。しかしながら、監督義務・監視義務違反をもって過失となしうるとしても、監督義務・監視義務違反をあらゆる点について加害行為（ないし加害結果）に直接向けられた（通常の意味での）過失と同列に置くことをせず、直接的過失よりも帰責根拠として弱いものとして評価することはあり得る³³。要するに、通常の過失責任よりも帰責根拠に弱さがあり、したがって別段の補強を要するとの判断が働いているのではないかと思われるのである。

それでは、仮にこのような背景事情があるとして、その弱みを「相続分の存在」を援用することにより補うという判旨の試みは成功しているだろうか。たしかに、本来不法行為責任を帰責されるはずのない者に帰責するのが714条責任であるとするならば、報償責任的な発想、すなわち責任無能力者から利益を得る者に帰責することは選択肢としてはあり得るものであったというべきだろう。しかし、配偶者が推定相続人であることを理由に直ちに監督義務者性の根拠とすることには疑問がある。推定相続人は相続を期待すべき立場になく、これについて相続前に具体的な利益を有しているわけではないし³⁴、そもそも相続財産には積極財産と消極財産があり得る以上、相続人が相続によって利益を得るとは限らないからである。そうであるとすると、生前の事故に関する限り、推定相続人であることが配偶者への帰責を正当化する根拠の一端を担うことは難しいように思われる。

もっとも、事実認定もあわせかんがみるならば、本判決は、Y₁が推定相続人であることから直ちに結論を導いたわけではない、とみる余地が残されているので

31 我妻・前掲注3・157頁は、立証責任の転換及びこのような「加害行為に向けられていない過失を根拠に責任を問われている」点をさして714条責任が「中間責任」とであると説明している。

32 潮見・前掲注16・409頁。

33 そのことはとりわけ過失相殺などの減責論や加害者間の求償関係において顕著に表れるだろう。これらの場面において、各当事者の帰責根拠が果たす役割は排除されていない。

34 推定相続人に生前の被相続人が行う（将来の）相続財産の処分を阻止する権限はないとされる（内田貴『民法Ⅳ』（東京大学出版会、2002）329頁）。全く場面は異なるが、最判昭和30年12月26日民集9巻14号2082頁は被相続人の生前の財産処分について、推定相続人に無効確認の利益を認めず、債権者代位権の前提となる被保全債権もないとした。

はなかろうか。本判決の事案においては、AはXへの加害原因となった事故において死亡したためにY₁への相続が行われており、Y₁は現実にAの積極財産を相続している。そうであるとする、Y₁に帰責しうる事情として重視されているのは、すでに実際に相当額の財産を相続したことなのではなかろうか。このような推測が当を得ているとすれば、後述する「もう一つの読み方」へつながっていくことになる（→3）。

2 減責論

すでに検討したように本判決はAの配偶者Y₁について714条責任を認めたが、他方で、損害賠償額について大幅な減額を行っており、かかる判示も非常に興味深いものである。

かかる判示については、二つの問題に分けて検討する必要がある。第一は、判旨の減責論が理論的に正当化しうるか、という問題であり、第二は、果たして判旨の「減責論」は真の意味での「減責」論ではなく実際には帰責論を含んでいないか、という問題である。

(1) 減責論の正当化可能性

判旨は、本件において過失相殺（民722条2項）とは異なる法定外の理由に基づく賠償額の減額を認める理由として、714条責任に無過失責任的な側面及び代位責任的な側面があることを挙げている（下線部⑭）。

かかる議論を、従来の判例・学説の延長線上に位置づけることも難しいことではないように見える。周知の通り、過失相殺によらない賠償額の減額については、自然現象や被害者の素因の存在を理由とした賠償額の減額の可否を中心に議論が続いている。ここで議論の詳細に立ち入る余裕はないが、かかる減責論を正当化する理由として、学説上、減責論において帰責原因との均衡を図るべきことが指摘されている。すなわち、一方で、過失概念が客観化して加害者への帰責のハードルが下がっている以上、それとのバランスにおいて、減責も（主観的過失概念のもとにおける範囲よりも）広く認めるべきである、という指摘がある³⁵。他方で、「成立要件

35 能見善久「寄与度減責——被害者の訴因の場合を中心として——」加藤一郎＝水本浩編『民法・信託法理論の展開（四宮和夫先生古稀記念）』（1986）244頁。なお、同論文は、ドイツ法において、賠償額の減額事由の拡大が衡平責任と関連づけて論じられていることを指摘しており（同243頁）、本稿との関係で興味深い。

論においては全か無かの判断が要求され、たとえ損害の一定割合のみを加害者に転嫁するのが妥当と見られる場合であっても、成立要件の充足を肯定せざるをえ」ないし、「加害者に課せられる行為義務も、今日では極めて高度化している」³⁶との指摘もある。本判決は、見方によっては、そのような発想を推し進め、無過失責任においては過失責任よりも加害者への帰責のためのハードルが下がっている、としてより柔軟に減額を肯定したものと理解する余地もある。

しかしながら、仮に本判決がそのような発想に立っているとすれば、これには疑問がある。まず、使用者責任を代位責任・（使用者の過失を問わないという意味で）無過失責任であると位置づける立場³⁷にあっても、（要件上、自身の過失を要求されていない）使用者の減責が容易に認められることは想定されておらず、むしろ過失のある被用者と同等の責任を負うことが当然であると考えられているように思われる³⁸。そうであるとすれば、加害者の帰責根拠が代位責任や無過失責任であることがより柔軟な減責を導くという本判決の論旨には論理の飛躍があると言わざるを得ないだろう。また、無過失責任だから減責を柔軟に行いうるという発想は、無過失責任にも（過失とは異なるが）固有の帰責根拠があることを看過しているように思われ、その意味でも適当でない。使用者責任を代位責任・無過失責任と捉える見解も、使用者責任を危険責任や報償責任によって基礎づけており、これらを援用することによって使用者が被用者と同様の責任を負うことが正当化されているのである。したがって、714条責任が代位責任・無過失責任であることを理由として直ちに減額を導くことには無理がある³⁹。

36 橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程（2）」法学論叢137巻4号（1995）40頁。

37 なおこの点に関連して、中原・前掲注6「(1)」69頁は、判例・通説が「代位責任」であるという把握が、これらを批判する際にモデル化されたものであることを、また、同・前掲注6・「(2)」337頁は、かかる「代位責任モデル」と無過失責任原理とが直結しないことを指摘する。とはいえ、本稿の考察にとっては、さしあたり従来の議論における用法に依拠しても大過ないであろう。

38 むしろ判例は、（過失のある）被用者と使用者とが、被害者との関係で同一内容の責任を負うべきことを前提とし、これを出発点として他の不法行為者との関係を規定している（最判昭和63年7月1日民集42巻6号451頁、最判平成3・10・25民集45巻7号1173頁）。

39 判旨は掲げていないが、714条責任には、責任無能力者が責任を負わない場合の補充的な責任であるという性質もある。この点を捉えて、本来責任を負わない監督義務者が責任を負うものである、という構成の仕方があり得たかもしれない。もっとも、補充的な責任であるとしても同一の責任を負うべきとの立論は当然あり得るため、別段の論証が必要となる。そこで考えられるのは、714条責任がそもそも帰責根拠の乏しいものであって、後述する衡平責任である、とする理解である。

もっとも、本判決がこのような解決を「公平」に適うと考えるに至った背景事情には思いをいたす必要があるだろう。先述したように、使用者責任の場合に使用者の責任を（比較的容易に）減ずるという発想が支持されない（あるいはそもそも発想すらされない）のは、その帰責根拠である報償責任や危険責任という観念、あるいは被用者の行為について使用者も同等の責任を負うべきだという「利益衡量」に一定の支持があり、被用者と同様の責任を使用者に帰責することに違和感もたれないからであろう。そうであるとすれば、判旨からは、714条責任の場合には、使用者責任と異なって、監督義務者に帰責する根拠がそもそも薄弱であるという問題意識が見て取れる。この点は、すでに検討した帰責論と通底するものであるといえよう。

（2）減責論か帰責論か

このように判旨が掲げる減責論は、これを減責論として額面通り受けとめる限りにおいては支持しにくいものと考えられるが、判旨が減責における考慮事由として掲げている事由を検討すると、「減責論」として行われている判断の実質は「帰責論」なのではないか、という疑問も生じてくる。

判旨が減責の可否及びその範囲を検討する際の考慮事由として掲げるのは、「責任無能力者の加害行為の態様、責任無能力者の資力、責任無能力者と監督義務者等との身分的又は社会的な関係（監督義務者等が責任無能力者の推定相続人であるか否かなど）、監督義務者等の責任無能力者に対する監督状況などの加害者側の諸事由と、被害者の被った損害の性質・内容・程度と被害者が受けた影響、責任無能力者と被害者との関係などの被害者側の諸事由」と非常に広範であり、かつこれらの事情について「総合的」な考慮が行われるとする（下線部⑮）。

このような一般論をふまえて、判旨は、Aが本件事故を起こすに至った経緯を指摘し、またY₁らによる介護が（監督義務違反を免れないとはいえ）充実したものであったこと（下線部⑰）、他方Xについても（過失相殺されるべき「過失」があるとはいえないものの）安全確保のための措置が不十分であったこと（下線部⑱）を指摘している。これらの事情は、不法行為に至った両当事者の状況を把握するという意味では一見問題がなさそうに見える。しかし、すでに見たように、本判決の基礎には一貫して714条責任の帰責根拠の薄弱さに対する疑義があるとするならば、とりわけY₁側の事情については異なる意味を帯びてくる。すなわち、Y₁らがAについて充実した介護体制をとっていたことからすると、本来Y₁に帰責される理由がないことを指摘したものとするべきではないか、ということである。そうで

あるとすれば、判旨はAの財産やY₁がAの法定相続人であることを指摘する（下線部⑯）ことによって、Y₁の責任を積極的に基礎づける機能を果たさせようとしているのではないか、という推測が成り立ちうる。

このように見てくると、判旨が「減責論」として論じている部分の実質は、発生した損害について本来なら帰責されるべき理由のないY₁と、同じく過失の認められないXとで、どのように責任を分担するか、という問題であり、その実質は帰責論であると理解することもできそうである⁴⁰。そうであるとすれば、この部分は、すでに検討した（本来の）帰責論に関する部分と併せて読み解かれるべきものとなるろう（→3）。

3 もう一つの読み方：衡平責任

すでに検討したところによれば（1，2），本判決の論理は、帰責論・減責論それぞれについて、いずれも直ちに首肯しうるものではない。まず帰責論について言えば、714条責任の帰責根拠の薄弱さを補うために援用された「配偶者相続分」の存在が、推定相続人の時点では十分な根拠を持ち得ず、むしろ実際に相続して初めて意味を持ちうるものであった。また、減責論についても、代位責任や無過失責任であることから直ちに減責を容易に認めることには論理に飛躍がある。このように見ると、判旨の論理構成は、これを素直に受け取る限り、支持しにくいものであると言わざるを得ない。

しかしながら、本判決を異なる角度から正当化する論理も考えられる。すなわち本判決を、責任無能力者Aの本人の、いわゆる「衡平責任」を認めたものとして理解するのである。

すでに指摘したように、本判決は、Y₁へ帰責する根拠の薄弱さを補うために、Aの相続財産の内容やY₁の相続分の存在を援用している（下線部⑰）。確かに単に推定相続人であることだけで帰責することは難しいとしても、本判決では実際にY₁がAの積極財産を相続したことが認定されているわけである。このような事情を前提にするならば、本判決において責任を負うこととされたのは、Y₁自身ではなく、Y₁

40 しかし、このような実質論が隠されているとしても、現行法上は判旨の採った形式論によってしか本判決のような結論は導き得ないであろう。というのも、被害者は何者かに不法行為責任が認められない限り損害を転嫁できない状況にあるのに対して、被害者以外の者は、一定の責任発生事由がある場合に限り損害を転嫁されるのであって、本件でY₁に何らかの責任を発生させるためには、何らかの理由によりいったんY₁に責任を発生させる必要があるのである。

に承継されたA（の財産）である、と理解することもできる。すなわち、Aは自身の不法行為について責任を負うべきところ、かかるAはすでに死亡しているのであるから、Aに責任を負わせようとするれば、その相続人に負担させるほかない。したがって、本来ならAの責任負担の原資となるべき積極財産を相続人であるY₁が承継しているかどうかを審査することは当然のことであると理解することができる。

このような理解は、責任無能力による免責を認める現行民法の下では正面から維持できるものではない。しかし、諸外国に目を向ければ、ドイツ法においては責任無能力者についていわゆる衡平上の責任が認められている⁴¹、フランス法においても、精神障害者について責任を負わせる旨の規定が1968年に民法典中に新設された（民法典旧478-2条。現414-3条）⁴²。また、賠償の範囲については比較法的にはさまざまな規定の仕方があるが、たとえばドイツ法のように「衡平」の判断を通じて（すなわち裁判官の裁量によって）損害の一部のみの賠償を認める国もある⁴³。このような比較法的状況を踏まえて、我が国においても、「日本不法行為法リステイトメント」（1988）⁴⁴を発表した日本不法行為法リステイト研究会は、リステイトメントに至る共同研究を基礎として、責任無能力者本人に損害の全部又は一部の賠償責任を負わせることを認めるよう提案していた⁴⁵。

判旨の帰責論をこのような衡平責任の意味で理解したとき、減責論についても無理なく位置づけることが可能となる。すなわち、ここでの「減責論」は、通常の意味での過失相殺とはやや内容を異にするものであって、衡平責任においては加害者・被害者の資力を含めた一切の事情を考慮して賠償範囲を決定する可能性が開かれている。したがって、事故に至った経緯のみならず（Aの承継人としての）Y₁の財産状態やXの法人としての規模まで考慮したことも当然のこととして理解しう

41 ドイツ法における衡平責任については益澤・前掲注9参照。

42 その経緯及び影響については福田伸子「精神障害者の民事責任と過失責任主義——仏民法典四七八-二条（1968年1月3日の法律）を中心に——」名古屋大学法政論集96号（1983）442頁。

43 ドイツ法についてE・ドイチュ＝H-J.アーレンス（浦川道太郎訳）『ドイツ不法行為法』（日本評論社2008）93頁（なお同書は「衡平」ではなく「公平」の語を用いる）。

44 ジュリ879-914号（1987-1988）。

45 1988年の日本私法学会シンポジウム「不法行為法改革の方向」において次のような条文を設けることを提案している。「第713条の2 前二条の規定により無能力者に責任がない場合において、当事者間の衡平を図るため必要があると認められるときは、裁判所は、加害行為の態様、加害者及びその監督義務者の資力、被害者の経済状態その他一切の事情を考慮して、無能力者に対し、他人に加えた損害の全部又は一部の賠償を命ずることができる。」（星野・前掲注5・86頁）。

るのである^{46 47}。

また、このように理解した場合、判旨がY₁の責任を認めるに当たって、Y₁を監督義務者と扱い、高度の義務を課したことの意味も変わってくる。責任無能力による免責が法定されている現行法の下で、かつAについて責任能力がないことにほぼ疑いのない本件の事実関係にあっては、A本人に責任を認めるのは困難である。そのような状況において、実質的にAに責任を負わせるという帰結を導くには、Aの財産を承継したY₁（あるいは他の相続人）に責任を肯定するという迂路によるしかない。そのように理解しうるのであれば、本件は、Y₁ら家族の責任を問うたものというよりは、A本人の責任を問うたものであるということになり、「家族の責任が不当に重い」との批判は的外れなものとなりうるのである。もっとも、法的な意味で家族の責任を問うものではないからといって、法的責任を家族に負わせることによる不都合も回避できているとは言えないように思われる。この点は改めて触れる。

Ⅲ 検討

Ⅱにおいて整理・分析したように、本判決は「表向き」の論理では直ちに正当化しうるものではなくむしろ「衡平責任」として読む余地を許すものであった。仮にそのような理解が可能であるとすれば、本判決はなぜそのような現行法からはやや無理のあるようにみえる解釈論に踏み切ったのであろうか。

その答えは、本判決の基底にある、問題の設定（あるいは問題の把握）そのものにあるように思われる。以下では、本判決の基底にある問題意識を抽出することで本判決が取り組んだ問題を明確にした上で（1）、かかる問題に対して本判決が示した回答の意味と当否について、他の選択肢もふまえつつ検討したい（2）。

46 もっとも、衡平責任の帰責原理の内実をいかに解するかによって、判旨への評価は変わりうる。たとえば、衡平責任の根拠を、責任無能力者の免責という要請を凌駕する「被害者の生存権保障」の要請に求める（益澤・前掲注9「(2)」248頁以下）のであれば、本件のように、大規模な法人である被害者に生じた720万円の損害については責任無能力者に帰責すべきでない、という見方もあり得よう。

47 なお、Aが負うべき責任をY₁が承継した、という構成を徹底するのであれば、Y₁以外の相続人についても責任を負うべきことになるだろう。しかし、本判決は、形式的には現行法に即してAについて免責し、あくまでY₁については714条責任を問うという建前を採っている以上、その枠内で実現可能な帰結を引き出したに過ぎない。本文の記述は、本判決を「衡平責任」を採用したものとして理解すべきことを主張することではなく、そのような観点から読み解く可能性が開かれており、かかる「衡平責任」がもたらす帰結の一端を直接・間接に示している点を読み取るべきことを主張するものである。

1 問題設定

(1) 帰責されない損害

すでに指摘したように、本判決の基底には、一貫して、714条の帰責原理に対する疑義が存在していたと見ることができる。その点はとりわけ、714条責任を本来の過失責任とは異質のものであると位置づけるとともに、714条に基づいて生じた責任について容易に減責を認めることとした点に表れている。もちろん、このような本判決の基本姿勢がY₁らにとって不利益に作用しているとみられる場面もある。本判決は、帰責原理が薄弱であることをある意味で逆手にとって、従来「法定の監督義務者」として想定されていなかった「責任無能力者の配偶者」を監督義務者として認めることで、714条責任の成立範囲を拡大させているようにも見えるからである。とはいえ、本判決が、配偶者を本来的・最終的な帰責先として想定しているわけではないこともまた確かであろう。本判決は、家族への帰責を疑うことから出発しており、表面上の論理とは裏腹に、実質的には本人の責任を認める一方で家族の責任を否定していると読む余地がある。このような問題意識は、家族の「監督義務」及び家族への帰責を自明の前提としていた従前の裁判例・学説と一線を画する重要なものであるし、むしろ従前の見解の不備を指摘する近時の指摘とも符合する。すなわち、責任無能力者の家族が当然に責任を負うべきであるという前提を本判決は採用しなかったわけである。

しかし他方で、本判決は、家族（配偶者）以外の帰責先を積極的に見いだしているわけではない。そもそも、責任無能力者が原則として不法行為責任を負わない立場にあることも現行法上また確かであって、本判決もAが責任無能力により免責されることを当然の前提としている。また、被害者であるXについて、さらなる事故防止措置をとっていれば本件事故は防げたとの指摘はあるものの、過失とまでは評価されていない⁴⁸。

このように見てくると、本判決は、本事案において当事者の誰もが本来損害を負担すべき立場にない、と評価していることが分かる。言い換えれば、本判決が取り組もうとしたのは、「当事者の誰もが本来負担を強いられる理由のない（帰責される理由のない）損害を、誰にどのような形で分担させるか」という問題であった

48 もちろん、被害者が損害発生による不利益を負担するにあたって自身に過失があることを要するわけではない（誰にも不法行為責任が生じない場合も被害者が負担を甘受せねばならない）。もっとも、Xに過失がない旨の指摘によって、Xが積極的に負担を甘受する理由のないことを読み取ることは許されるであろう。

(少なくとも、本判決は問題の所在をこのように捉えていた)、と評価することができる。本判決がしめした一種の「衡平責任」論は、このような帰責根拠の薄弱さと表裏の関係にあったと評価することができる。

もちろん、このような考え方に対しては、一審判決(や従来の支配的な考え方)が示すように、責任無能力者の行為については家族が負担を負うべきである、という立場からの反論があり得る。それは、本判決の問題設定自体を否定するものとなる。もっとも、714条を基礎づける帰責根拠の説得力に疑義が生じていることはすでに指摘したとおりである。そうであるとすれば、本判決の問題設定を共有しつつ、別の解決を模索することが必要となろう。

(2) 714条責任の衡平責任化?

なお、やや議論が脇道に逸れるが、このような問題意識を踏まえるならば、本判決は、714条責任の理論的な位置づけを再考するきっかけを与えるものともなりうる。

判旨の問題意識が示すように、現在において714条自体が(条文上否定できない存在であるにもかかわらず)十分な帰責論上の基礎付けを与えられていないものであるとすれば、714条責任について過失責任原理や危険責任などの無過失責任原理のうえに位置づけるのではなく、次元の異なる衡平責任的な位置づけのものとして理解しなおすという選択肢が浮上する。すなわち、714条を、本来帰責先のない損害について「衡平」上、責任無能力者の家族に負担させるものである、という位置づけを与えるのである⁴⁹。そして実際のところ、714条責任の基礎として現在でもなお掲げられることのある「家族関係の特殊性」とは、このような衡平感のあらわれに過ぎないという見方も可能なのではないか。本来免責されるはずの責任無能力者に責任を負わせることと、本来責任を負わないはずの家族に責任を負わせることに大きな差があるとは思えないからである。このように考えれば、強い批判にさらされてきた714条責任の補充性も正当化しうる。もっとも、家制度の下ではそのような「衡平」感が存在していたとしても、現時点でかかる「衡平」感が妥当するかは疑問であるし、仮にそのような「衡平」感に回帰したとしても、これによって精神障害者をめぐって生起する問題が解消するわけではない。

49 当然のことながら、本文に述べたような趣旨で民法714条が起草された、と主張するものではない。ただ、民法714条自体の改正が行われたわけではないが、家制度の廃止という外在的事情によって714条の位置づけが変更された、という理解はあり得るだろう。

2 回答

(1) 「痛み分け」的解決

さて、上述のような問題設定を行った上で、本判決が示した回答は、配偶者と被害者の間で損害の負担を折半する、というものであった。しかも、ここでの配偶者は、実質的に「衡平責任」を負うべき本人の、いわば身代わりとして位置づけられているといえる。いうなれば、被害者と（帰責原因はないものの）加害者との間で損害の負担を「痛み分け」⁵⁰したというわけである。

このような解決がただちに不当であると論難できるものではない。というのも、本判決はそもそも、被害者に生じた損害を帰責すべき者が存在しないということから出発しており、しかしこの損害がすでに発生している以上誰かが負担せざるを得ない。そのような状況においては、どのような解決を採っても十分な説得力は持ち得ないように思われるからである。

ただし、本判決は責任無能力者の行為をただちに家族に帰責することに躊躇いを見せつつも、結果的に、家族に賠償責任を負担させるものとなっている。このことから、責任無能力者とその家族とが、相続制度などを通じてリスク分担者として同一視しうること（少なくとも、同一視しうる場面があること）を読み取ることができるし、またこのことによって、家族ではなく（衡平責任などによって）本人に責任を負わせるという手法の限界をも示唆することになっている⁵¹ことには注意が必要であろう。

すでに見たとおり、本判決の事案においてY₁ら家族に責任を負わせることについては一審判決の時点で強い異論が示されていたところ、本判決は実質的に責任無能力者本人の衡平責任を認めたものであって、法的な意味で家族の責任が問われているわけではない、と解する余地があった。しかし、そうであるとしても、相続放棄

50 この表現は能見善久「『痛み分け』社会の民法」落合誠一編『論文から見る現代社会と法』（有斐閣、1995）103頁から借用したものである。もちろん、同論文は、日本法において過失不法行為が成立しやすくなる反面減責が肯定されやすい、という傾向をさしかかる表現を用いており、本判決の問題設定とはやや局面を異にする。

51 水野・前掲注5・260頁は、監督義務者である家族に責任を負わせることが、家族をして精神障害者の入院へと向かわせる一種の「チリング・エフェクト」（萎縮効果）があることを指摘する。しかし、かかる問題意識（そして最終的にはリスクの社会化に向かうべきこと）に賛同するとしても、その解決策として（家族の責任ではなく）本人の責任を問う（具体的には現行法において713条をなるべく空洞化する方向で解釈すること）、という方向性には限界があると言わざるを得ない。

が行われない限り結果として相続人である家族が賠償責任を負うことに変わりはない。このことは仮に加害者となった責任無能力者が生存していたとしても同様であって、責任無能力者本人の財産状況は、これと生計をともにしている家族に直ちに影響を与え、あるいは推定相続人である家族の将来の財産状況に影響を与えることになる。このような場面では、本人に責任を負わせようが家族に責任を負わせようが、実質的には同じなのである。仮に家族がこのような影響を避けようとするのであれば、責任無能力者を一般社会から隔離するという方策を採らざるを得ず、家族ではなく責任無能力者本人が責任を負うものとしたところで、精神病者の「強制入院」などをめぐる問題は解決されないのではなかろうか。まして、本件と異なって責任無能力者本人や家族に十分な資産がない場合には、事態はさらに深刻になるだろう⁵²。要するに、仮に精神障害者による「他害」を防止するための負担の重さのために精神障害者を隔離するインセンティブが強まっているとするならば、これを防ぐためには、家族のみならず本人の責任をも否定するほかないと思われる。本判決の解決は、その意味でやや中途半端であったという印象は否めない。

(2) 異なる解決の可能性

それでは本判決が示したものの以外にどのような解決があり得るだろうか。

第一の方向性としては、解釈論を超えてしまうもののすでに立法論として提案されているとおり、責任無能力者の行為によって生じる損害賠償のコストを家族に帰するのではなく、「社会化」することである⁵³。精神障害者の社会内における処遇が

52 従来、衡平責任を導入すべき理由として説かれていたのは、「責任無能力者に資力があって、監督義務者に資力がなかったり、監督義務者がいない場合には、被害者にとって酷な結果となる」(星野・前掲注5・87頁)というものである。なお、「責任無能力者に資力があって、監督義務者に資力がなかった」という部分は、責任を負っている監督義務者に資力がないと被害者が救済を受けられない、という点を言わんとしているとみるべきだろう(その場合に、責任無能力者に資力があるのに賠償責任を負わないのは不当であるということだろう)。そうであるとする、本件は、Y₁に(訴訟の時点で)十分な資産はあるし、監督義務者も存在しているのであるから、被害者の救済が可能な事案であったといえ、衡平責任が必要とされる典型的な事案ではなかったことに注意を要する。

53 辻・前掲注23・77頁。水野・前掲注5・259頁は、(おそらくリスクの社会化が望ましいという前提に立ちつつ)これが「少なくとも相当先のこと」であるとの悲観的な観測を示す。

なお、精神障害に基づく免責を認めない立場に転換したとされるフランス法だが、近時は、1991年3月19日の破毀院全部会判決において精神障害者の監督義務者が当然責任を負うという考え方を採用した。これは、監督義務者の責任を強化したように見えるが、その背景には保険

志向される⁵⁴現下の状況においてはなおさら、かかる方向性での立法論的議論が待たれるところであることは確かであろう⁵⁵。このような立場から見れば、本判決は、本来社会化されるべきコストを当事者間で分配したものであると評すべきことになろうが、かかる解決が立法が存在しない状況における暫定的な解決であるとしても、そのような解決が適切だったかどうかは評価が分かれうるだろう⁵⁶。

これに対して、現行法の解釈論の範囲内で適切な結論を導きうると言う見方もあり得る。これは、責任無能力者の免責を維持し、かつ監督義務者の責任を否定する（したがって現行法の解釈論上は714条1項ただし書の免責立証を容易化する）ことで、責任無能力者の行為によって生じた損害の負担を被害者の下にとどめることである⁵⁷。かかる解決は伝統的な学説が一貫して主張してきたことと正面から抵触し、

制度の発達があると指摘されている（フランス法の動向については北村一郎「フランス法における《他人の所為による責任》の一般原理の形成」加藤雅信ほか編『21世紀の日韓民事法学——高翔龍先生日韓法学交流記念——』（信山社、2005）435頁）。すなわち、監督義務者の責任の強化は保険制度の発動を容易化する手段に過ぎず、これによって実質的には精神障害者の行為によるリスクの分散を促進する仕組みが採られている、と見る余地があるわけである。フランスにおいて監督義務者の問題が重要な課題として意識された背景には、精神障害者を含む「不適応者や非行者に関していわゆる広義の開放処遇の方法が、第二次大戦後フランスにおいて一般化した」ことが挙げられている（同446頁）。前述の破毀院全部会判決も、開放処遇方式を採る精神障害者収容施設の在所者の行為が問題となっており、帰責先は異なるものの、問題状況は近似しているといえるだろう。フランス法の動向については、新関輝夫「フランス法における精神障害者の監督者の民事責任——民法1384条の新たな解釈をめぐって——」福岡大学法学論叢44巻1号（1999）39頁も参照。

54 平成25年6月に成立し、平成26年4月に施行された改正精神保健福祉法は、すでに指摘したように保護者制度の廃止など重要な改正を含んでいるが、その提案理由には「精神障害者の地域における生活への移行を促進する精神障害者に対する医療を推進する」ことが挙げられている（http://www.mhlw.go.jp/seisakunitsuite/bunya/hukushi_kaigo/shougaihashukushi/kaisei_seisin/dl/hou_01.pdf）。

55 もっとも、リスクの負担先を、精神障害者の監督義務者の集団と捉える（保険のメカニズムによることになるだろう）、国民全体と捉える（租税を資源とした公的負担によることになるだろう）のかなど、制度選択の幅は大きい（もっとも、両者の違いは相対的でありうる）。

56 本来的な解決とは離れるが、立法等による手当がない以上弥縫策としてはやむを得ない、という、その限りでの積極的な評価はあり得るだろう。他方で、弥縫策とはいえ、家族に責任を負わせることで本来の責任分担のあり方を明らかにせず、その意味で問題の所在を不明確にして本来的な解決への道を閉ざした、という批判もあり得る。

57 もちろん、いわゆる不作為不法行為の場面として709条責任が発生する可能性は残る。ただし、そこでの注意義務の内容及び根拠には慎重な考慮が必要であり、本稿のなし得るところではない。

一見不当なようにも見えるが、社会において責任無能力者、すなわち、自身の行為による責任を負れる者が存在することが当然のことであるとすれば、必ずしも不当とも断じ得ないように思われる。すなわち、ひとが損害を被る原因には、不法行為責任が生じて加害者に損害を転嫁しうるものと、自然災害など不法行為責任を觀念し得ず、したがって損害を転嫁し得ないものがあるのであって、責任無能力者の行為は後者であると位置づけさえすればよい。責任無能力者の行為は、人が社会で生きるに当たって被害者が甘受すべき（他人に転嫁できない）リスクの一つである、と考えるわけである⁵⁸。むしろ、あらゆる損害について（一見、人が関与していることを理由に）損害を転嫁しうる「責任者」が存在すると考えることのほうが危険な発想である、という立場も十分に説得的である⁵⁹。このような立場からすれば、本判決（あるいはその前提となっている監督義務者の免責を容易に認めない立場）に対しては、あるべき解決を現行法の解釈論で導きうるにもかかわらずこれを採らなかつた、という批判が向けられることになるだろう。

おわりに

本判決は、責任無能力者の行為によって発生した損害を「誰にも帰責しえない損害」として位置づけた上で、これを民事不法行為法という制約のなかでどのように分配するかという困難な問題に果敢に取り組んだものであったと評しうる。このような本判決については、その解決のみならず、問題設定自体についても異論の余地があるだろう。しかし、本判決の問題提起は貴重なものであり、さらに議論が深められるべき問題であると思われる。本稿がその一助となれば幸いである。

58 不法行為部分の起草を担当したとされる穂積陳重は、法典調査会において、責任無能力者の衡平責任を民法典に設けない理由について、故意・過失に基づいて責任が生じるという原則論を指摘しつつ、「丸で小供に害されたやうな風の場合は之は自分の不仕合せ斯う諦めさせる方が却つて簡単で宜くはあるまいか」（原文カタカナをひらがなに改めた）とする（法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録五』（商事法務研究会、1984）319頁。星野・前掲注3・86頁が引用する）が、これはこのような意味で理解できる。

59 判例は、未成年者（子ども）の行為については、一定の範囲で「違法性」を否定することで、かかる解決を導いているとみる余地がある。たとえば、最判昭和37年2月27日（民集16巻2号407頁）。

【付記】

故平井宜雄先生は専修大学法科大学院を、2011年3月末をもってご退職された。筆者は、先生と入れ替わる形で同年4月に同大学院に着任したため、授業の引き継ぎなどのために先生にお目にかかる機会があった程度で、先生に研究会などで直接ご指導いただく機会に恵まれることはなかった。しかし、新米教師の筆者にとっては、先生の最後の教え子となった学生たちと授業において対峙することを通じて、先生の厳しいまなざしを感じた（ような気がした）こともあった。また先生は、ご退職後不法行為法の概説書（平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』（弘文堂、1992））を改訂される作業に専念されるご意向を示されていたことから、筆者は、同書に大幅な（あるいは抜本的な）改訂がなされることであろうことを想像し（そのような予測は、先生の法政策学をめぐる一連の著作の発展過程をみれば許されるであろう）、不法行為法学における新たな金字塔となるべき改訂版が完成することを待ち遠しく思っていた。

いまや、先生の最後の教え子たちも卒業し、筆者の着任当時、研究室のカーペットに残されていた段ボール箱の痕跡（これについては平井宜雄『債権各論I上 契約総論』（弘文堂、2008）はしがきvii頁を参照）もいつの間にか消えてしまった。また、『不法行為』の改訂版によってあらためて先生からご教示をいただく機会をも失ってしまった。

最後まであるべき不法行為法の姿を探求されていた先生の追悼号に本稿のような拙い覚書を寄稿せざるを得ないのは心苦しい限りだが、先生のご冥福を衷心よりお祈りする次第である。