Title	民事責任法と人・家族：問題提起と課題設定
Sub Title	"Le droit de la responsabilité" et "la personne, la famille"
Author	白石, 友行(Shiraishi, Tomoyuki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2015
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.88, No.1 (2015. 1) ,p.393- 420
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	池田真朗教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20150128-0393

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.

民事責任法と人・家族

——問題提起と課題設定——

白石友行

はじめに

一 民事責任法の人・家族

(一) 画一性と多様性

1 人

2 家族

(二) 絶対性と相対性

1 属性

2 概念

二 民事責任法と人・家族

(一) 人・家族から見た民事責任法

1 本質論

2 解釈論

(二) 民事責任法から見た人・家族

1 人の法

2 家族の法

おわりに

はじめに

民事責任法は、人や家族の捉え方と密接に関わる。民事責任法が、加害者Ⅱ人による被害者Ⅱ人の権利侵害を

契機として生じた損害を賠償するという構造を持つ以上、また、家族間で、家族に対して、家族によって不法行為が行われることもある以上、このことは当然である。人身損害、様々な人格権、素因減額、責任能力、胎児への不法行為等は人の捉え方に、家族間での不法行為、離婚、内縁・パートナーシップ関係や婚約の解消に際しての損害賠償、損害賠償請求権者、被害者側の過失、監督義務者の責任等は家族の捉え方に関わる。しかし、従前の議論では、一部を除き、個別問題について人や家族の捉え方との関連で掘り下げた検討がなされてきたわけでも、人や家族の捉え方という包括的な視点から民事責任法全体を分析する作業が十分に行われてきたわけでもない。⁽¹⁾ こうした状況から二つの疑問が生ずる。

第一に、人や家族の法の視点からは、民事責任法が人や家族の像の変化に対応しているのか、また、個別問題の議論が人や家族の捉え方に与える影響、その含意が十分に意識されていない場面もあるのではないかとの疑問が生ずる。確かに、人身損害、素因減額、不貞行為等、一部の個別問題では人や家族の像と結び付けた議論がなされている。しかし、その中には、特定の時代や社会背景に規定された検討しか行われていない問題もある。そもそも、人や家族と関連付けた考察がなされていない問題も存在する。こうした状況下では、個々の判例や学説の背後にある文脈を考慮し、より包括的に人や家族と民事責任法の関わりを論ずる必要がある。また、場面によって前提とする人や家族の像が異なることもあり、全体としての整合性に欠けるのではないかとの疑問も生ずる。更に、個別の解釈論の中には、人や家族の像に重要な変更を迫るものもあったが、そのことが正確に認識されることは少ない。要するに、これらの疑問は、人や家族の法の理論動向を咀嚼し、時代・社会背景も視野に入れ、民事責任法が人や家族の捉え方によつてどのような影響を与えるのかという視点を持って、議論を構築する必要があるのではないかということである。

第二に、民事責任法の視点からは、人や家族に関わる損害賠償の問題を検討する際に、本質と解釈の各次元で

民事責任法理との接合が十分になされていないのかとの疑問が生ずる。人や家族が関わる場面では、被害者保護、損害の公平な分担が語られるが、各言説が前提とする被害者保護、公平は一義的でなく、そのことが議論の混線の原因となっている。また、右の諸理念だけでなく、制裁や抑止といった民事責任法の目的・機能も場当たりに援用されることが多い。更に、民事責任の要件・効果との接合が十分でない議論や、それに重要な変更を迫る内容を持つのにそのことを意識しない議論が展開されることもあった。要するに、これらの疑問は、民事責任法の理論的到達点を踏まえ、人や家族に関わる問題が民事責任法の本質・解釈にどのような影響を与えるのかという視点を持って、議論を展開する必要があるのではないかとということである。

右の問題意識に基づき、以下では、民事責任法で人や家族がどのように捉えられてきたのかを検討し(一)、次に、人や家族に関わる問題が民事責任法にどのような影響を及ぼし、民事責任法が人や家族の捉え方にどのような影響を与えたのかという形で分析を行い(二)、今後の研究のための問題提起と課題設定を行う。なお、紙幅の制約上、取り上げる個別問題とその検討及び文献の引用を最小限に止めざるをえなかったことを付言する。

一 民事責任法の人・家族

以下では、人や家族の法の理論動向を参照しつつ、画一性と多様性(一)、属性上・概念上の絶対性と相対性(二)という分析視角を設定し、民事責任法で人や家族がどのように捉えられてきたのかを検討する。

(一) 画一性と多様性

民法における人は、抽象的な人から具体的な人へ、権利義務の帰属点としての平等な人から個々の人格を持つ

人へと変容してきたとされる⁽²⁾。ここには、個人の多様な可能性を多面的に捉えていこうとする傾向が看取される。もっとも、これらの像は必ずしも対立するものではない。今日でも権利義務の帰属点としての人を否定することはできないからである。民法における人は、平等で抽象的存在であり、多様で具体的存在でもある。

家族についても、個人のライフスタイルや自己決定の尊重という理念の下、家族の多様なあり方を承認していこうとする傾向がある。とはいえ、法律婚や法律上の親子には一定の画一的要請が働かずである。また、場面によって正義⁽¹⁾法による自己決定制御の必要性を強調する議論や、多様なライフスタイルを承認する前提としての条件整備⁽²⁾場面に応じた一定の画一的処理の重要性を説く議論もある⁽³⁾。また、伝統的に、先行事実を基礎に既存の法理論を及ぼすという画一的な処理方法が模索されてきたことは否定しえない。従って、状況や場面に応じて多様性と画一性が問題になるという点で人のそれとは次元が異なるが、同様の視点は意味を持つ。

1 人

(1) 人身損害

画一性と多様性という視点が民事責任法で最初に意識されたのは人身損害であった。損害を個別項目に分類した上で、消極損害につき被害者が不法行為前に取得していた収入を基礎に算定する実務に対し、人間の尊厳の観点から賠償額の定額化を提唱する見解が主張された⁽⁵⁾。この立場に対しては、人に経済的側面があることは否定しえず、完全な定額化は悪平等だとの反論がなされた⁽⁶⁾。その後、各主張の含意は異なるが、一定限度での定額化と個別事情を考慮した上積み認める見解も提示された⁽⁷⁾。前記の問題意識から見ると、この議論の核心は、人の価値をどの側面から評価するのかという点にある。人の価値には様々な意味があるところ、人間の尊厳⁽¹⁾画一的要請を強調するか、個人の尊重⁽²⁾多様な可能性に重点を置くかということ、人を権利義務の帰属点として抽象的に

捉えるか、具体的な生活や人生も評価の対象にするかということである。

この構図は、慰謝料の中身をめぐる議論にも看取される。例えば、慰謝料につき、精神的・肉体的苦痛だけでなく、多様な人生に即した様々な楽しみや関係形成の喪失の填補等より広い意味を付与する見方がある。⁸⁾これは、人の多様性への配慮を慰謝料の中に取り込む主張である。反対に、幼児のように感受能力を欠く者に対しても慰謝料が認められるところ、判例はこれを幼児が将来的に感受能力を取得しうることによって正当化するが、⁹⁾回復見込みのない精神障害者等のことも考えれば、ここでは、一般人を基準に慰謝料の算定がなされていると見るべきことになる。¹⁰⁾つまり、最低限の画一的要請が働いている。そうすると、感受能力の存在を前提に苦痛を具体的に捉える方法は、個々の被害者に即した慰謝料の算定を意味することになる。

(2) 権利侵害

人の感情や内面、私的領域、自己決定を一定の形で保護する可能性を示した判決が相次いで出されている。前科等の事実を公表されない利益¹¹⁾、職場における人間関係形成の自由、宗教上の信念に基づき輸血拒否の意思決定をする権利¹³⁾、学籍番号、氏名等の個人情報¹⁴⁾を自己が欲しない他者に開示されない利益、みだりに自己の容貌等を撮影されない利益¹⁵⁾、直接的に示されていないが、生活の質¹⁶⁾、結論的に否定されたが、氏名を正確に呼称される利益¹⁷⁾、静謐な宗教的環境下で信仰生活を送る利益¹⁸⁾、取材で得られた素材が一定の内容・方法により放送に使用される期待¹⁹⁾、子に説明・宣伝通りの教育が施される期待があるし、セクシユアル・ハラスメントや平穏生活権²⁰⁾に関わる事件もある。これらの判例は、人の多様な感情や内面の顧慮、私的領域への心配りに裏打ちされており、本人から個別的要請が表明されたときにはより一層の多様性への配慮がなされるべきことを示している。

もちろん、これらの権利や利益は無条件に保護されているわけではない。多様性と画一性という視点からは、以下の二点が重要である。まず、多様性と画一性の相克として、多数派への影響を考慮し多様性への配慮が制約

される場面がある。⁽²⁴⁾ 自衛官合祀事件判決における寛容性論は、こうした含意を持つ。同判決に批判が強かったのも、この場面で寛容性を用いると、寛容性⇨多様性への配慮の名の下に少数派が持つ利益⇨多様性が損なわれるからであった。⁽²⁵⁾ 次に、多様性と画一性の調和として、人の多様性が人間の尊厳や公共性に基づく画一的要請による制約を受けることもある。エホバの証人輸血拒否事件判決では、宗教上の信念に基づき輸血拒否の意思決定をする権利が保障されたが、同判決の射程外の場面では、輸血拒否の意思決定をする権利が人一般に妥当する価値により制約されることも考えられる。

(3) 素因減額

多様性と画一性という視点からは、素因を減額事由にすると素因保有者の社会参加への自由が制約されないか、⁽²⁶⁾ 素因保有者は損害を他者に転嫁しうる限りで行動自由を享受しているに過ぎず、素因斟酌により行動自由が制約されるとしても、それは法益帰属秩序からの当然の帰結ではないかとの議論がなされたことが重要である。⁽²⁷⁾ これは、社会に多様な人が存在することを前提に、多様な人があるがままに受け入れ、その人の行動自由を確保するため素因斟酌を原則として否定するか（多様性への配慮）、それとも、一定の基準から外れる素因を考慮し、素因保有者の行動自由を制約して他者の行動自由に配慮するか（一定の限度での画一性への要請）という問題である。

ところで、判例は、損害につき心因的要因や疾患が寄与した場合、過失相殺の類推適用により賠償の減額を認めるが、⁽²⁸⁾ 通常人に比べて慎重な行動が求められる程度に至らない身体的特徴については、⁽²⁹⁾ 個体差の範囲内として当然にその存在が予定されているとの理由で減額を否定し、⁽³⁰⁾ 労働者の性格が個性の多様さとして通常想定される範囲を外れない限り、その性格を斟酌することはできないとする。⁽³⁰⁾ 判例の読み方には議論があるが、個体差の範囲内、通常想定される範囲内という部分に力点を置けば、それは、多数派⇨個体差・通常想定される範囲内と少数派⇨個体差・通常想定される範囲外で取扱いに差を設けることを意味する。ここには、多数

派への影響を考慮して人の多様性への配慮が制約されるという多様性と画一性の相克が見られる。

2 家族

(1) 内縁・パートナーシップ関係の解消

婚姻予約不履行も、⁽³¹⁾準婚理論も、元々は女性保護のために法律婚の枠に収まらない男女関係を規律の対象としたものであり、保護の必要性に応じて男女関係の多様さに対応したという意義を持つ。しかし、準婚理論は、非法律婚を法律婚に準じて扱うため、多様な男女関係を法律婚の枠に閉じ込めることになる。しかも、裁判所は、保護の必要性を勘案し事実を解釈することで、妥当だと考える結論を導く傾向にある。ここでは、本来多様であるはずの男女関係につき、操作された先行事実の中に法律婚との同一性を見ることがのみによって既存の法理を及ぼし、法理の適用の次元で画一的規律がなされている。

しかし、自己決定やライフスタイルの尊重という観点から見ると、準婚理論による画一的規律は男女関係の多様性を阻害する。そのため、準婚理論を相対化し、男女関係の型に応じて法律婚の効果を及ぼすかどうかを決定する方向が示された。⁽³³⁾これは、法理論として見ると、法律婚、準婚、その他という形で一定の類型化を経た上で画一的処理を志向するものである。また、多様なライフスタイルの承認を出発点としつつも要保護性を基準として関係解消の問題を規律する見解もある。⁽³⁴⁾この見方は、男女関係の多様性に配慮しながら、どのようなライフスタイルを選択しても不利益を受けることはないという意味での画一的救護策を講じるものである。他方、準婚理論の意義を否定する見方もある。⁽³⁵⁾これは、契約法理等を用いた規律を前提としており、その意味で多様性を最大限に保障するものである。これらの議論では、男女関係の多様性を法理論としてどこまで保障するか、それを保障する場合に関係解消の不利益を救済する受け皿を一定の基準に依拠して画一的に用意するかが争われている。

(2) 損害賠償請求権者

起草者によれば、遺族は、自らに扶養等の権利侵害があればそれに基づき、権利侵害がなくても慰謝料については七一条に基づき損害賠償を請求することができる⁽³⁶⁾とされた。ところが、判例は、被害者死亡の場合に、財産上の損害賠償請求権、精神上的の損害賠償請求権の相続がなされること⁽³⁷⁾、前者については扶養侵害等の構成も排除されないこと⁽³⁸⁾、七一条所定の者以外でも同条の類推適用により固有の慰謝料請求が可能であること⁽³⁹⁾、治療費等を支出した近親者が費用相当額の賠償を請求しうることを認めた⁽⁴⁰⁾。本稿の問題関心から見ると、以下のように議論の推移を整理しうる。

まず、個人本位の構成を原則とし、父母、子、配偶者という最も親密な範囲の家族について例外的に損害賠償を肯定する立場が出発点となった。次に、判例の基礎付けを一つの目的として家団を提示し、生活共同体としての家族を念頭に置きつつ、その家族自体に実体を付与する議論が現れた⁽⁴¹⁾。そして、現在の判例は、相続構成と扶養構成の優先関係に問題は残されるが、血縁・配偶者としての家族のみならず生活共同体としての家族にも配慮し、更に、慰謝料請求については、最も親密な範囲の家族だけでなく生活共同体としての家族にも認める。ここで、家族のあり方の変化を前提に、生活共同体の一員であったことよりも、被害者の死亡により負の感情を受けたことが重視されるならば、もはや生活共同体としての家族ではなく、同性カップルや親しい友人にまで及ぶ拡大された「家族」が問題となる⁽⁴²⁾。右の推移を見ると、ここでの議論は、最も親密な家族間での画一的処理を残しつつ、多様な家族関係のあり方に対処する傾向にあると評しうる。

(3) 子の不法行為と親の責任

親は、責任能力を欠く子が不法行為をしたときには七一条により、また、判例によれば、責任能力ある子が不法行為をした場合でも監督義務違反と結果との間に相当因果関係を認めるときは七〇九条により責任を負う⁽⁴³⁾。

この判例と前後するように、ここでの過失は具体的な予見可能性や結果回避可能性を前提とせず、親は、子の生活の全面にわたって監督をしなければならぬ以上、責任能力ある子の不法行為につき責任を負うべきだとの理解が示された⁽⁴⁴⁾。ここには、子と親を相互に独立の存在とせず、両者を一体として扱う親子観が看取される⁽⁴⁵⁾。そして、被害者負傷の場合の近親者による慰謝料請求につき、配偶者負傷の場合の他方配偶者による請求よりも、子負傷の場合の親による請求の方が認められやすく、かつ、子を思う親の気持ちに重点を置いた評価がなされていることからしても⁽⁴⁶⁾、右の親子観は強固な形で存在してきたと評しうる。

ところで、近時の判例では、責任能力ある子の不法行為の場面で親の七〇九条責任を問う場合、一般不法行為と同じく、具体的な予見可能性と結果回避可能性を前提に過失が評価されている⁽⁴⁷⁾。これは、子の年齢、職歴、生活状況等を考慮して親の監督義務違反を否定したものが、見方を変えれば、親子関係の具体的なあり方を斟酌し、子がある程度の年齢に達し独立したときには、親の人生や子の自立性に配慮すべきことを示唆している。ここには、親子の捉え方について画一性と多様性の間で揺らぎが存在する。

(二) 絶対性と相対性

人は、胎児の段階から、子ども、成人、高齢者を経て、死に至る。女性、外国人、障害者等の属性もある。確かに、人は一定の場面では絶対的に扱われるが、各人の属性に応じて別様に扱われることもある。本稿の問題意識からは、人の属性が民事責任法でどのように考慮されるのかを検討しておく必要がある⁽⁴⁸⁾。

他方、同じ概念に包摂されるとしても、その内実に応じて異なる規律を受けることもある。これは多様性を考慮することの帰結ではあるが、それとは別の次元で概念の絶対性と相対性が問題となる場面もある。例えば、人が多様な可能性を持つとしても、人それ自体をどのように見るかは多様性とは別の次元に属する問題である。ま

た、同じ法律上の夫婦であっても、判例上、破綻している夫婦とそうでない夫婦とは異なる規律を受ける。従って、多様性と画一性とは別に、概念上の絶対性と相対性という視角を設定することは意味を持つ。

1 属性

(1) 胎児

私権の享有主体⁴⁹ 人の始期は出生だから、胎児は人ではない。胎児には一定の場合に特別ルールが設けられているが、これは、やがて生まれてくる人のために遅く生まれたことの不利益を受けないよう人の始期を前倒しする措置である。この措置は、これから生まれてくる人の人間としての尊厳を保障する。従って、妊娠中の女性が不法行為に遭い、胎児が母胎内で死亡したときには、生まれることがなかった以上、①胎児に損害賠償請求権を帰属させ、両親となるはずだった者への相続を認めること、②これらの者に七一条の慰謝料を認めることは困難である。裁判例では、③女性について母体や出生への期待の侵害等を理由に、男性については、妻やそれに準ずる者への傷害を理由に七一条に基づき、または、出生への期待の侵害等を理由に七〇九条に基づき、慰謝料請求が認められる程度である。⁵¹

ところで、右の諸手段は、胎児の属性につき以下の含意を持つ。①は胎児に人の属性を認める。一定の場合に人の終期⁵² 死の時期と概念は操作されているので、人の始期⁵² 出生の時期と概念を操作することも考えうるが、存在していた者と存在することがなかった者を同列に論じうるかは問題である。②は胎児に子の属性を認めるもので、両親となるはずだった者への慰謝料という形で間接的に胎児の人間としての尊厳を保障するが、それが権利義務の帰属点であることは認めない。人に権利義務の帰属点を超える意味を付与する議論と親和的だが、①と同様の課題がある。最後に、③は、胎児に人や子の属性を認めない。

(2) 子ども

子どもは、人一般との関係では保護と支援の対象であるが、親との関係ではリスクであり、親に従属する存在と捉えられている。

前者の側面を見ると、子どもの不法行為については、今日では主として政策的視点により基礎付けられる責任能力制度があり、過大な負担により子どもの将来に影響が及ばないよう配慮がなされている。子どもへの不法行為についても、感受能力を欠く幼児の慰謝料請求が肯定され、逸失利益賠償も認められており、⁽⁵³⁾ しかも、裁判例は、将来の多様な可能性を考慮し、女兒の逸失利益の算定に際して、女性ではなく全労働者の平均賃金を基礎にする傾向にある。⁽⁵⁴⁾ ここには、子どもの能力に配慮しつつ、その行動を支援し、将来の多様な可能性を保障する方向性が看取される。

後者の側面を見ると、子の不法行為については、親の七一四条・七〇九条責任が認められており、子は親のリスクとして捉えられている。また、学説の議論の中には、親子の一体性を前提とするものが存在した。こうした傾向は、子への不法行為の場面にも見られる。判例によれば、子への不法行為に親の不注意が関与している場合、両者間の身分上・生活関係上の一体性を理由に、子の賠償額算定に際して親の不注意が斟酌される。⁽⁵⁵⁾ 過失相殺の制度趣旨の理解にもよるが、ここには、子の主体的行動への配慮よりも、親による危険防止の観点が色濃く現れる。また、この法理は子の地位の向上に繋がらない。

(3) 女性

内縁や婚約の解消、離婚慰謝料の議論に見られるように、これまで、女性は主に弱者として民事責任法上の保護の対象とされてきたが、今日では、自立的で固有の価値を持つ属性として女性を捉える場面が増加している。セクシユアル・ハラスメントの裁判例や、女性の象徴たる乳房への配慮を示した⁽⁵⁶⁾ 乳房温存療法事件判決等には、

その傾向が見られる。

しかし、女性という属性と人一般との相克が問題となる場面もある。一例として、逸失利益の算定がある。実務において、無職女性の逸失利益は、女兒のケースを除き、女性の平均賃金を基礎として算定される。これは、算定方法としては全ての人に共通のルールを用いるが、算定の基礎となる資料は男性・女性という属性により異なることを意味する。これで良いのが問われるが、ここでは、人の経済的側面の評価に際して女性を人一般として扱い、算定方法のみならず算定の基礎となる資料についても性別による差異を設けるべきではないのかという点や、人を経済的側面だけから評価するのではなく、それ以外の側面も考慮に入れて性別に応じた取扱いを模索すべきなのかという点等が検討課題とされる。同じような問題の構図は、別の場面でも生ずる。例えば、素因減額の場面で多数派と少数派という視角を入れるならば、女性の妊娠を少数派の事情として斟酌すべきかが問われる。

2 概念

(1) 人

民法における人は、強く賢い人から弱く愚かな人へと変化してきたとされる。⁽⁵⁷⁾ どのような人の像を描くかは、契約法だけでなく、民事責任法でも問われる。いくつかの例を挙げる。

プライバシーについて、個人の自律性への配慮から自己情報コントロール権として捉える見解が有力である。⁽⁵⁸⁾ ここでは、他者に依存しない強い人が前提とされているように見える。これに対して、人を他者との相互行為の中で揺れ動く存在と捉え、そこから自己の意図しない形でのフレーム化を問題にし、社会生活の中でのプライバシーを措定すべきだとの反論が存在する。⁽⁵⁹⁾ また、自己決定権でも人の像が問われる。保護法益としての自己決定

権では、精神的・肉体的に弱い人を想定すると、自己決定は様々な文脈により左右されるため、自らの意思による決定を問題にするだけでは真の意味での自己決定を保障することにならない⁽⁶⁰⁾。自己決定を支援するため相手方に一定の義務が課される場面も同様である。医療の場面で言うと、判例は、情報を与えられれば自己決定をなしうる強い患者像を想定しているように見える。しかし、高度な専門性、精神的・身体的な脆弱状態等の要因が絡み合う医療の場面では、患者が常に適切な形で自己決定をなしうるとは限らない。そのため、強い患者像だけでなく、弱い患者像をも念頭に置くべきことが説かれる⁽⁶¹⁾。

これらの例からは、人は合理的判断をなしうる存在であると同時に、状況によっては弱く脆い存在でもあるため、文脈に応じて人の像を更新していかざるをえないことが明らかとなる。

(2) 夫婦

判例によれば、配偶者ある者が第三者と肉体関係を持った場合、他方配偶者は、夫・妻としての権利の侵害を理由に第三者に対し損害賠償を請求しうるが、婚姻関係がその当時破綻していたときには婚姻共同生活の平和の維持という権利・利益が侵害されていないため、損害賠償を請求しえない⁽⁶²⁾。また、夫運転の自動車と第三者運転の自動車が双方の過失により衝突し、夫運転の自動車に同乗していた妻が負傷した場合、妻の第三者に対する損害賠償請求に際して、夫の過失を被害者側の過失として斟酌しうるが、婚姻関係が破綻に瀕している等の事情があれば別だとされる⁽⁶⁴⁾。

これらの判例は、夫婦を相互支配的で（不貞行為の場面）、経済的に一体なものとして（被害者側の過失の場面）把握する構想に親和的である。また、同じ夫婦でも婚姻関係の破綻の有無によって異なる規律が与えられるが、準婚関係として把握される内縁夫婦については、不貞行為を理由とする損害賠償も、被害者側の過失も肯定されていることに鑑みると、判例は、法律上の夫婦という形式よりも、相互支配性・経済的一体性という実態を重視

しているように見える。

二 民事責任法と人・家族

一での考察によれば、民事責任法の人・家族については、多様性への配慮、多様性と画一性の対立と調和、人の属性の顧慮、属性の個別的扱いと絶対的要請の相克、概念自体の相対化、形式よりも実態に応じた取扱い等の特徴を抽出しうる。問題は、民事責任法がこうした状況に十分な形で応えているのか(一)、民事責任法の人・家族と人一般・家族一般との間で、各個別問題に見られる諸特徴相互間で整合性があるのか、民事責任法の規律が人や家族の捉え方にどのような影響を与えるのかということである(二)。

(一) 人・家族から見た民事責任法

人や家族が関わる場面では、被害者保護、損害の公平な分担が語られる。しかし、被害者保護や公平の中身が一義的でないことが議論を混乱させる原因となっている。また、ある場面で右の理念を強調することが別の場面に与える影響も見落とされがちだし、そもそも、これらの思想が現在でも適切なかには疑問がある。加えて、結論の妥当性の確保を急ぐあまり、民事責任の目的・機能及び要件・効果との接続が十分でない場面もある。

1 本質論

(1) 被害者保護

被害者保護の理念が一定の役割を果たしたことは否定しえない。逸失利益の容認、相続構成、損害賠償請求権

者の拡大等は一般人の保護に、婚姻予約不履行、準婚理論、離婚慰謝料、不貞慰謝料等の判例は当時の女性の保護に寄与した。胎児への不法行為、女性や子どもの逸失利益をめぐる議論も、特定の属性の保護を目指したものである。他方、この理念は、親の責任のように、行為者と一定の関係にある者の責任を強化する方向でも作用する。このように、被害者保護の理念は、保護の強化と責任の拡大という両面で現れるが、右の諸例を見る限り、その理念が責任の肯定・賠償額拡大という最終的結果に結び付けられてきたことに変わりはない。しかし、こうした議論には、以下の問題を指摘しうる。

まず、この文脈での被害者が、当該被害者と同じ属性を持つ人を指すのか、人一般を意味するのかが明確でない。例えば、婚姻予約不履行の判例は、女性にとつて性関係を持つことの不都合が大きかった時代の女性の保護を意識して形成されたが、その後、婚約を破棄された男性、性関係を伴わない事例にも適用されている⁽⁶⁷⁾。特定属性から人一般、特定状況での破棄から破棄一般という法理の拡大が見られるが、その本来的意義及び状況の変化からすると安易な拡大には異論もありうる⁽⁶⁸⁾。

次に、被害者保護が責任の肯否・賠償額という最終的結果にのみ結び付けられており、そのことが人や家族の捉え方に消極的含意を持ちうることに意識されていない。人身損害の場面で、逸失利益に依拠した賠償額の高額化は人の経済的側面しか考慮しないことになるし、賠償額の水準を維持しつつ定額化するとしても、それでは人の多様な可能性を顧慮しえない。感受能力を欠く者への慰謝料の容認は、意識を持たない者の保護となるが、慰謝料の客観的な算定では人の多様な感情や可能性を斟酌しえない。婚姻予約不履行や不貞行為を理由とする損害賠償の無自覚な拡大は、婚姻への自由や性的自己決定^{II}私的領域の制約を伴う。人や家族の多様なあり方が容認される状況下では、被害者保護の強調は問題の本質を削ぎ落すのである。

最後に、被害者保護の背後には一定の文脈が存在し、ある法理が特定の状況下で形成されてきたことを看過し

えない場面もある。例えば、女性にとつて性関係を持つことに対する不利益が大きかった時代に展開された判例が、今日でも同様の意味を持つとは思われない。また、親子の一体性を基調とした法理の見直しも求められる。これらの例からは、一定の属性を持つ人の保護や一定の関係を持つ人の責任の肯定につき、特定の価値観や政策的要請に基づく議論が成立しない限り、被害者保護はそれほどの意味を持ちえないことが明らかとなる。

(2) 損害の公平な分担

人や家族が関わる場面では、損害の公平な分担も強調されるが、その多義性が議論を混線させている。

公平の自身については、素因減額の文脈で、①具体的加害者と可能的加害者の公平、②具体的被害者と可能的被害者の公平、③具体的加害者と具体的被害者の公平があること、斟酌肯定論の公平は①に過ぎず、それは損害賠償法で一次的でないこと、個人主義の法制下では、③を重視し素因斟酌を原則否定すべきことが指摘された。⁽⁶⁹⁾ こうした構図は他の場面にもある。外国人が被害者となった事例につき、①を基礎に被害者が外国人であるからといって加害者の責任が軽くなるのは公平を欠くとの議論がなされたが、判例は、具体的被害者≠外国人から出発して逸失利益を算定する。⁽⁷¹⁾ また、不法行為後に被害者が別原因で死亡した事例における介護費用賠償についても、判例は、当該被害者と口頭弁論終結後に死亡した被害者の公平ではなく、③の公平を問題にする。⁽⁷²⁾ 従つて、公平を出発点とすれば、素因減額に関わる判例の射程を限定するのが整合的である。

具体的加害者と具体的被害者を出発点としてその属性や特質を汲み取ることは、矯正的正義に適うし、多様性の顧慮に繋がる。そして、これは、最終的結果ではなく人や家族の捉え方の次元で公平を問うことにもなる。従つて、類似事案との均衡に留意すべきであるとの議論も、人や家族の捉え方から見て均衡を図るべきなのかという形に更新されなければならない。例えば、胎児への不法行為で、胎児段階での死亡と出生直後の死亡とで賠償額に差を設けるべきではないという主張は、人の捉え方という観点からの問いに再定式化されるべきである。

(3) 目的・機能

人や家族が関わる場面では、制裁や抑止が語られることも多い。慰謝料請求権の相続、近親者の慰謝料請求、不貞慰謝料、離婚慰謝料等では、肯定の根拠として制裁や抑止が挙げられる。しかし、民事責任が制裁や抑止の機能を持つことは否定されないが、機能面から解釈を基礎付けるのは論理の倒錯ではないか。制裁や抑止を民事責任の目的と見るにしても、今日の理論的到達点を踏まえたとき、⁽⁷⁴⁾右の諸場合で、制裁に値する行為があるのか、不法行為責任の肯定が最適な抑止に繋がるのか。そもそも、一での考察によれば、前二者は、行為それ自体ではなく、家族における画一的処理と多様なあり方の保護に関わるものではないか。また、後二者で制裁や抑止を強調することは、私的領域への過度な介入にならないか。人や家族が関わる場面で制裁や抑止を強調する議論は、民事責任の本質論としての制裁や抑止に接合していないのである。

ところで、今日では、権利保障を中核に据えて不法行為法を構築する見解が有力であり、⁽⁷⁵⁾人格権や人身損害の捉え方等、人が関わる問題にはその成果が反映されつつある。しかし、この動向は、家族に関わる問題にはそれほど影響を及ぼしていない。不貞行為の場面における婚姻共同生活の平和の維持という集団的な被侵害利益の把握や、離婚慰謝料の場面における、婚姻生活に対する期待感の喪失、将来の生活不安、子を放手することによる心痛等⁽⁷⁶⁾の他者との関係で初めて成り立ちうる感情的な被侵害利益・損害の捉え方は、個人の権利保障を基底とした不法行為法の構想に適合的でない。個人の権利保障を基礎とした不法行為法を志向するならば、それに即した形で人や家族が関わる民事責任法上の問題を更新していく必要がある。

2 解釈論

(1) 権利侵害

違法性論には、保護法益と損害賠償請求権者の拡大という点で一定の意義があった。内縁の不当破棄や不貞行為を理由とする損害賠償の問題は前者に、本人以外の者からの治療費や慰謝料請求の問題は後者に関わる。⁽⁷⁷⁾ 違法性論によれば、その当時の社会秩序や国民感情を取り込むことは容易だが、人や家族の多様なあり方を考慮することは困難となる。今日における権利侵害要件の再定式化は、右の違法性論の問題を克服する意味でも肯定的に評価される。しかし、権利侵害要件を立てることに異論はないとしても、その中身については以下の総論的課題がある。

まず、人の感情や内面をどのように権利として構成するのかという問題がある。これは、主観的なものをどのように保護するのかという問いである。⁽⁷⁸⁾ 一方で、平穩生活権を身体の保護と結び付け、セクシユアル・ハラスメントを性的自己決定やプライバシーと関連付ける手法がある。⁽⁸⁰⁾ これらは、一般的に承認されたより高次の権利との接合を通じて人の感情や内面を保護するものである。こうした手法は、生存の相当程度の可能性の保護を生命の重要性に接合させる⁽⁸¹⁾ 等別の場面でも見られ、比較的受け入れやすいが、高次の権利に結び付きえない場面に問題を残す。他方で、期待権侵害事例の判例は、侵害行為の重大性要件を課すことで感情を保護する可能性を示す。この要件は行為者の行動自由への配慮に由来するものだろうが、それが社会との関係における緩衝材の意味を持つとすれば、⁽⁸²⁾ 社会や多数派の名の下に人の多様性が阻害されることにもなりうる。

次に、人の感情や内面の中身を問うべきかという問題がある。確かに、一定の場合には、正当性の審査が行われることもある。⁽⁸³⁾ しかし、場合によっては、その中身を問わず器自体を保護する必要もある。人生のあり方が多様化している以上、その中身を問わずに人生や生活の質、自己決定をそれ自体として保護することがあっても良

い。⁽⁸⁴⁾また、人の多様な感情や内面の保護が制約を受けることもありうるが、これは人間の尊厳や公共性に基づく内在的制約でなければならない。多様性への配慮という視角からは、人間の尊厳や公共性の名の下に社会秩序^{II}多数派の価値観の強制が行われないような枠組みを形成する必要がある。

(2) 損害

人身損害について見ると、従前の議論の課題は、多様性と画一性をどのように調和するか、特定属性と人一般の相克をどのように評価するか、人の多様なあり方を考慮する枠組みをどのように形成するかという点にあった。一方で、実務の方法では、人の経済的側面の多様性は重視されるが、人に本質的な形で備わり画一的評価の対象となるべき部分が考慮されない。また、多様性として考慮されるのも人の経済的側面だけであり、どのように生きるかという質的側面には十分な配慮がなされない。他方で、人間の尊厳から出発し、死傷それ自体を損害と捉え、賠償の定額化を志向する議論では、全ての人に共通する部分の評価はなされるが、定額化という結果の次元はもろろん、損害の理論的位置付けの次元でも、人の多様なあり方が認識されない。

従って、多様性と画一性の調和という観点からは、一定限度での定額化^{II}人間の尊厳に由来する部分と個別事情を考慮した上積み^{II}個人の尊重に由来する部分を認める方向性を基礎に据え、多様性の評価に際しては、経済的要素のみならず、人生の豊かな可能性も考慮しうるような損害論を構築する必要がある。そのためには、概念の次元では、金銭上の差額という最終的結果にのみ着目した金銭差額説や、損害を抽象的に捉える死傷損害説は不十分であり、より具体化された内実を含む損害概念が求められる。⁽⁸⁵⁾人身損害の次元では、公害や薬害等の場合で展開された全人間的被害の回復という思想⁽⁸⁶⁾を進展させ、個人の内面や可能性にも十分な配慮がなされなければならない。特定属性と人一般の相克は、こうした立脚点を前提として検討されるべき問題ではないか。逸失利益に即して見ると、女性や外国人は逸失利益算定上の不平等が指摘される属性だが、人の多様な可能性を評価する

部分については、女性と男性、外国人と日本人を同列に論じえないのではないか。

(3) 家族に関わる問題の民事責任法への取り込み方

民事責任法上の要件・効果との接合が不十分な議論や、ある場面の解釈論と別の場面のそれとの間に不整合が見られる議論が、他の場面以上に存在する。

前者の例として、不貞慰謝料、離婚慰謝料がある。まず、これらの場面での集团的・他者依存的な被侵害利益や損害の把握が個人を基礎とする不法行為法と調和するかに疑問が残る。故意・過失についても、離婚は有責性を前提としないし、不貞行為の事例で婚姻共同生活の平和の維持の侵害に向けられた子見義務・結果回避義務違反を語りうるのか問題がある。⁽⁸⁷⁾ また、離婚の事例では責任原因と法的効果のずれも指摘される。⁽⁸⁸⁾ これらは、民事責任法を用いた規律が特定の時代背景の下に形成された仮託理論に過ぎないことを示唆する。

後者の例として、夫婦における被害者側の過失の問題がある。判例によれば、夫と第三者の不法行為により妻が負傷したときは、妻の第三者に対する損害賠償請求に際して夫の過失を斟酌しうるが、この判例については、本来的に共同不法行為の事案であり、公平の観点から分割責任を認めたものだと理解が示された。⁽⁸⁹⁾ とところで、少なくとも一般的な法益侵害が問題となる事例では、夫婦間の不法行為であることがその規律に影響を及ぼすことはない。⁽⁹⁰⁾ 従って、右のように判例を理解するときには、賠償額を減額する場面でのみ夫婦であることを特別に扱う理由はないように見える。また、七一条の類推適用により固有の慰謝料を請求しうる近親者の範囲と、身分上・生活関係上の一体性により画される被害者側の範囲との関係も不分明である。これらの例からは、民事責任法の家族については、一で示した傾向を看取しうるとはいえ、事態適合的解決のため状況に応じて場当たりのな変容を受けているのではないかと疑問が生ずる。

(二) 民事責任法から見た人・家族

本稿での考察を総括するため、民事責任法から見た人や家族の捉え方を整理し、それを人や家族の法の中に取り込む際の課題を抽出する。ここでは、民事責任法上の規律の特性を踏まえた上で、民事責任法が人や家族の捉え方にどのような影響を与えたのか、その影響が人や家族の法の理論動向との関係でどのように評価されるのかという形での分析を行うための基礎を構築することが目的となる。

1 人の法

まず、人が問題となる場面では、人の多様性への配慮が見られた。これは、法が人の様々な側面に光を当て人の像を更新してきたことを意味する。⁽⁹¹⁾ このことは、基本的な方向性として支持されるものであり、民事責任法の成果を人の法へと還元することが求められる。⁽⁹²⁾ 同時に、民事責任法の分野では、多様性への配慮を、権利侵害のみならず損害や賠償額算定の次元でも実現する必要がある。目的として設定するかどうかは別として、この方は、民事責任法を人の保護のみならず人の支援のための制度として位置付けることを含意する。

次に、人の多様性と画一性の対立と調和をどのように考えるかについては、二つの異なる問題が存在した。一つは、賠償額算定の場面で見られたように、人には全ての人に共通する部分とその人に特殊な部分があるところ、これらをどのように評価するかということであり、もう一つは、権利侵害の場面で見られたように、人の多様なあり方を画一的要請から制限することが許されるかということである。前者では多様性と画一性の調和が、後者では画一性の中身が問われる。

また、人の様々な属性を顧慮する傾向も見られた。人を共通属性と特殊属性の複合体として捉えるならば、⁽⁹³⁾ 特殊属性に由来する差異は十分に考慮されなければならない。他方で、属性ごとの個別扱いと絶対的要請の相克が

生ずる場面では、問題はより複雑になる。一般的には、①属性を取り出し特別法理に服させる方法Ⅱ保護の枠組み、②属性を考慮する意味も込めて既存の一般法理を修正し問題に対処する方法Ⅱ支援の枠組み、③属性の存在を問題にせず既存の一般法理をそのまま適用する方法Ⅱ放任の枠組み、④属性の存在を認めつつも人一般に解消させることで問題に対処する方法Ⅱ還元の枠組みが考えられる。女性の逸失利益をめぐる議論で言えば、実務は③に、平等を強調する議論は④に、賠償額算定に際して経済的側面のみならず人生のあり方にも配慮する枠組みを設け、経済的側面での男女差を認めつつそれ以外の側面を考慮することで差異を埋める可能性を模索する議論は②に相当する。責任能力制度は①である。いずれの方法によるかは一義的に決まらない。当該属性の意義や場面に応じて適切な法理を構築していく必要がある。

2 家族の法

まず、家族が問題となる場面では、家族の多様なあり方への配慮が見られた。この傾向自体は、自己決定やライフスタイルの尊重という観点から支持される。しかし、問題もある。準婚理論は、男女関係の多様性を阻害し、法律婚の意義を希釈化させる。七一条の類推適用は、家族関係の多様さへの応答となりうるが、親子・夫婦関係の規律をそれ以外の関係に及ぼすものであり、法律上の親子や夫婦の意義を希薄化させる可能性がある。確かに、これらの法理は、形式よりも実態に応じた取扱いを求める傾向には適合する。しかし、それは家族法の機能を弱める方向にも作用しかねない。⁹⁴⁾

他方、家族に関わる民事責任法上の法理の中には固定的な夫婦観や親子観も看取される。しかも、それらは家族法の規律に由来しない。まず、夫婦については、被害者側の過失の場面で夫婦の経済的一体性が強調される。しかし、財布共通の発想は、他の場面の規律との整合性に問題があるし、夫婦関係の把握の仕方としても疑問が

残る。⁽⁹⁵⁾次に、親子についても、子の不法行為に対する親の責任、被害者側の過失等で、その一体的な把握を前提とした議論がなされた。子どもの活動領域が拡大する中では、賠償の必要性、賠償額調整の要請を考慮しなければならぬが、だからといって、保護や支援の対象とされる子どもの主体的な活動を阻害してはならないし、親自身の活動自由への配慮も必要である。特に子の不法行為に対する親の責任を広く認めることは、子をリスクとして動物や物と同列に扱うことを含意するが、それが適切かどうかも含めて、親子関係のあり方という視点からの再検討が求められる。

おわりに

本稿は、民事責任法と人・家族について、問題提起と課題設定をしたに止まる。紙幅の制約上扱うことができなかつた問題も多い。それらも含めて、フランス法の議論を検討し、日本法の特徴を明確に浮かび上がらせ、日本の議論を総論・各論の両面から批判的に検討してより具体的な提言へと結実させたい。

- (1) 問題関心は若干異なるが、人について、大村敦志「人の法」から見た不法行為法の展開」淡路剛久先生古稀祝賀「社会の発展と権利の創造」(有斐閣・二〇二二年)三二二頁以下が貴重な先行業績である。
- (2) 星野英一「私法における人間」同『民法論集 第六卷』(有斐閣・一九八六年)六頁以下〔初出・一九八三年〕等。
- (3) 水野紀子に代表される立場である。
- (4) 二宮周平に代表される立場である。
- (5) 西原道雄「生命侵害・傷害における損害賠償額」私法二七号(一九六五年)一〇七頁以下等。
- (6) 楠本安雄「人身損害賠償論」(日本評論社・一九八四年)二七頁以下等。

- (7) 淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』(有斐閣・一九八四年)七二頁以下〔初出・一九七九年〕、四宮和夫『不法行為による人身損害に関する考え方の対立について』同『四宮和夫民法論集』(弘文堂・一九九〇年)二六六頁以下〔初出・一九八一年〕等。
- (8) 千種達夫『人的損害賠償の研究 上・下』(有斐閣・一九七四〜七五年)所収の諸論稿等。
- (9) 大判昭和一年五月一三日民集一五卷八六一頁。
- (10) 加藤一郎『不法行為(増補版)』(有斐閣・一九七四年)二二八頁等。
- (11) 最判平成六年二月八日民集四八卷二号一四九頁。
- (12) 最判平成七年九月五日判時一五四六号一一五頁。
- (13) 最判平成二年二月二九日民集五四卷二号五八二頁。
- (14) 最判平成一五年九月一二日民集五七卷八号九七三頁。
- (15) 最判平成一七年一月一〇日民集五九卷九号二四二八頁。
- (16) 最判平成一三年一月二七日民集五五卷六号一一五四頁。
- (17) 最判昭和六三年二月一六日民集四二卷二号二七頁。
- (18) 最大判昭和六三年六月一日民集四二卷五号二七七頁。
- (19) 最判平成二〇年六月一二日民集六二卷六号一六五六頁。
- (20) 最判平成二二年一月二二日民集六三卷一〇号二四六三頁。
- (21) 医療の事案であるため、単純に個人の感情・内面に関わるものとは言えないが、適切な医療行為を受ける期待につき、最判平成二三年二月二五日判時二一〇八号四五頁。
- (22) 福岡地判平成四年四月一六日判時一四二六号四九頁等。
- (23) 否定例だが、最判平成二二年六月二九日判時二〇八九号七四頁等。
- (24) 大村敦志『不法行為判例に学ぶ』(有斐閣・二〇一二年)二四一頁。
- (25) 芦部信喜「判批」法教九五号(一九八八年)一二頁等。
- (26) 窪田充見『過失相殺の法理』(有斐閣・一九九四年)七六頁以下等。

- (27) 橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程（五・完）」論叢一三九卷三号（一九九六年）七頁以下等。
- (28) 最判昭和六三年四月二一日民集四二卷四号二四三頁、最判平成四年六月二五日民集四六卷四号四〇〇頁。
- (29) 最判平成八年一〇月二九日民集五〇卷九号二四七四頁。
- (30) 最判平成二年三月二四日民集五四卷三号一一五五頁。
- (31) 大連判大正四年一月二六日民録二二輯四九頁等。
- (32) 最判昭和三年四月一日民集一二卷五号七八九頁等。
- (33) 最判平成一六年一月一八日判時一八八一号八三頁には、こうした方向性を看取しうる。
- (34) 二宮周平『事実婚の現代的課題』（日本評論社・一九九〇年）所収の諸論稿等。
- (35) 水野紀子「事実婚の法的保護」石川稔Ⅱ中川淳Ⅱ米倉明編『家族法改正への課題』（日本加除出版・一九九三年）六九頁以下等。
- (36) 大判大正一五年二月一六日民集五卷一五〇頁等。
- (37) 最大判昭和四二年一月一日民集二一卷九号二二四九頁等。
- (38) 最判平成五年四月六日民集四七卷六号四五〇五頁。
- (39) 最判昭和四九年一月二七日民集二八卷一〇号二〇四〇頁等。
- (40) 大判昭和二年二月二二日民集一六卷四六頁等。
- (41) 末弘巖太郎『民法雑記帳』（日本評論社・一九四〇年）二二〇頁以下等。
- (42) 本山敦「近親者の慰謝料請求に関する一考察」山田卓生先生古稀記念論文集『損害賠償法の軌跡と展望』（信山社・二〇〇八年）四〇頁以下。
- (43) 最判昭和四九年三月二二日民集二八卷二号三四七頁。
- (44) 松坂佐一「責任無能力者を監督する者の責任」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究上』（有斐閣・一九五七年）一六〇頁以下、山口純夫「未成年者の不法行為と親の責任」法時四五卷六号（一九七三年）一八四頁等。
- (45) 樋口範雄「子どもの不法行為」田中英夫先生還暦記念論文集『英米法論集』（東京大学出版会・一九八七年）四三八頁以下。

- (46) 最判昭和三十三年八月五日民集二二卷二二号一九〇二頁、最判昭和四二年六月一三日民集二二卷六号一四四七頁等。
- (47) 最判平成一八年二月二四日判時一九二七号六三頁。
- (48) 属性という視点は、山野目章夫「人の法」の観点の再整理」民法研究四号(二〇〇四年)一頁以下、大村敦志「マイノリティと民法」同『学術としての民法Ⅱ新しい日本の民法学へ』(東京大学出版会・二〇〇九年)四六〇頁以下〔初出・二〇〇八年〕等から示唆を得たものである。
- (49) 石井美智子「未出生の子の保護」島津一郎教授古稀記念『講座 現代家族法 第三卷』(日本評論社・一九九二年)八七頁以下等。
- (50) 野村好弘「胎児の法的地位」ジュリ九〇三号(一九八八年)九六頁等。
- (51) 高松高判昭和五七年六月一六日判タ四七四号二二二頁等。
- (52) 死亡によって生ずる損害賠償請求権の相続を認める立場については、様々な理論構成による正当化が試みられて
いるが、これは一定の範囲で人の終期を後倒しにしたものとも見うる。
- (53) 最判昭和三九年六月二四日民集一八卷五号八七四頁等。
- (54) 東京高判平成一三年八月二〇日判時一七五七号三八頁等。
- (55) 最判昭和四二年六月二七日民集二二卷六号一五〇七頁等。
- (56) 大村・前掲注(24)二六三頁以下。
- (57) 星野・前掲注(2)六頁以下等。
- (58) 佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣・二〇〇八年)所収の諸論稿、山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究五号(二〇〇八年)一二七頁以下等。
- (59) 水野謙「プライバシーの意義に関する序論的考察」学習院四五卷二号(二〇一〇年)四頁以下・一〇頁以下等。
- (60) 吉村良一「自己決定権」論の現代的意義・覚書」立命二六〇号(一九九八年)二二八頁以下等。
- (61) 手嶋豊「医事法における人間像」法時八〇巻一号(二〇〇八年)五三頁以下。
- (62) 最判昭和五四年三月三〇日民集三三卷二号三〇三頁等。
- (63) 最判平成八年三月二六日民集五〇卷四号九九三頁。

- (64) 最判昭和五一年三月二五日民集三〇卷二号一六〇頁。
- (65) 大判大正八年五月二日民録二五輯七六〇頁等。
- (66) 最判平成一九年四月二四日判時一九七〇号五四頁。
- (67) 徳島地判昭和五七年六月二一日判時一〇六五号一七〇頁等。
- (68) 水野紀子「家族法とジェンダー」同編『家族・ジェンダーと自由と法』（東北大学出版会・二〇〇六年）八〇頁以下等。
- (69) 窪田・前掲注（26）七一頁以下。
- (70) 梅津和宏「判批」判タ八二一号（一九九三年）九九頁等。
- (71) 最判平成九年一月二八日民集五一卷一号七八頁。
- (72) 最判平成一一年二月二〇日民集五三卷九号二〇三八頁。
- (73) 浅野有紀「不法行為法と矯正的正義（二・完）」論叢一三七卷四号（一九九五年）六六頁。
- (74) 制裁につき、窪田充見「不法行為法と制裁」石田喜久夫先生古稀記念『民法学の課題と展望』（成文堂・二〇〇〇年）六六七頁以下等、抑止につき、森田果「小塚莊一郎」『不法行為法の目的』NBL八七四号（二〇〇八年）一〇頁以下等。
- (75) 潮見佳男『不法行為法Ⅰ』（信山社・二〇〇九年）二頁以下、山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望」論叢一五四卷四〇五〇号（二〇〇四年）二九二頁以下等。
- (76) 瀬川信久「判批」法協九一巻一号（一九七四年）一七七頁の注(1)等。
- (77) 有泉亭「判批」判民昭和二二年度六事件二一頁以下等。
- (78) 吉田克己「現代不法行為法学の課題」法科三五号（二〇〇五年）一四三頁以下等。
- (79) 淡路剛久「人格権・環境権に基づく差止請求」判タ一〇六二号（二〇〇一年）一五一頁以下等。
- (80) 横山美夏「判批」ジュリ一〇〇七号（一九九二年）一五五頁以下等。
- (81) 最判平成一二年九月二二日民集五四卷七号二五七四頁等。
- (82) 大塚直「公害・環境、医療分野における権利利益侵害要件」NBL九三六号（二〇一〇年）五三頁。

- (83) 最判平成二年四月一七日民集四四卷三号五四七頁を参照。
- (84) 大村・前掲注(24)二六五頁は、乳房温存療法事件判決の理解として本文の見方を示す。
- (85) 水野謙「損害論の現在」ジュリ一二五三号(二〇〇三年)一九七頁以下。
- (86) 馬奈木昭雄「カネミ油症事件における損害論」法時四九卷五号(一九七七年)四四頁以下等。
- (87) 島津一郎「不貞行為と損害賠償」判タ三八五号(一九七九年)一二二頁以下等。
- (88) 川島武宜「離婚慰謝料と財産分与との関係」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究上』(有斐閣・一九五七年)二六七頁以下等。
- (89) 内田貴「判批」法協九四卷九号(一九七七年)一五六頁等。
- (90) 最判昭和四七年五月三〇日民集二六卷四号八九八頁。
- (91) 座談会「法における人間像を語る」法時八〇卷一号(二〇〇八年)七頁以下〔瀨川発言〕。
- (92) 大村・前掲注(1)、同・前掲注(24)は、そうした試みの一つである。
- (93) 大村敦志『他者とともに生きる』(東京大学出版会・二〇〇八年)二三三頁。
- (94) 水野紀子「中川理論——身分法学の体系と身分行為理論——に関する一考察」山嶋正男〓五十嵐清〓藪重夫先生古稀記念『民法学と比較法学の諸相Ⅲ』(信山社・一九九八年)二七九頁以下等を参照。
- (95) 錦織成史「判批」論叢一〇〇卷二号(一九七七年)一〇五頁等。

〔付記〕 本稿は、科学研究費補助金・若手研究B「民事責任法と人・家族——その変容と現代におけるあり方——」(課題番号25780067)の研究成果の一部である。