

法定監督義務者責任の立法史的考察

—— 明治初期の民法草案および旧民法を対象に ——

銭 偉 栄

一 問題の提起

(1) 他人に損害を与えた者が、責任能力のないことを理由に損害賠償責任を負わない（民 712 条・713 条）場合において、その者を監督する法定の義務を負う者（以下、「法定監督義務者」という）が監督義務違反によりその損害を賠償する責任を負うことになる（民 714 条 1 項）。今日に至るまで、民法 714 条 の適用が問題となった事例のほとんどが責任能力のない未成年者が他人に損害を加えたときにその法定監督義務者（主にその親権者）の損害賠償責任が問われたものであり、精神上の障害により責任能力を喪失した者（以下、単に「精神障害者」という）が他人に損害を加えた場合に被害者側が同条に定める監督義務者責任を追及する事例は少ない。とりわけ、成年後見開始等の審判を受けてない認知症高齢者が他人に損害を加えた場合においてその近親者が民法 714 条 1 項の監督義務者責任を問われた事例は、認知症高齢者鉄道衝突事故訴訟¹が最初であるといわ

1 2007 年 12 月 7 日午後、責任能力のない認知症高齢者 A（当時 91 歳）が徘徊中に鉄道会社 X（原告・被控訴人・上告人 = 被上告人）の甲駅構内の線路内に立ち入り、同駅構内に入ってきた X 運行の列車に衝突して死亡した事故が発生した（以下、これを「本件事故」という）。X は、本件事故により約 719 万円余の損害を被ったとして、A の配偶者である Y1（被告・控訴人・上告人）およびその長男である Y2（被告・控訴人・被上告人）らを相手取って、民法

れている²。

民法714条が法定監督義務者を列挙して定めていないため、精神障害者が他人に損害を加えた場合において、民法714条1項の適用上まず問題となるのは、誰が法定監督義務者としてその損害賠償責任を負うのかである。この点について、通説は、成年後見開始の審判（旧禁治産宣告を含む）を受けた精神障害者については、成年後見人（民8条）がその法定監督義務者に該当し、成年後見開始の審判を受けていない精神障害者については、精神保健福祉法旧20条以下に定める保護者がその法定監督義務者に該当する、と解している³。過去の下級審裁判例も同様である⁴。ところが、成

709条または714条等に基づく損害賠償を請求した。第1審の名古屋地判平25年8月9日（判時2202号68頁）はY1に対する請求を民法709条により、Y2に対する請求を同法714条2項の準用によりそれぞれ認容した。原審（名古屋高判平26年4月24日判時2223号25頁）はY1の民法714条1項に基づく責任のみを認め、Y2に対する請求を棄却した。XとY1から上告。最判平28年3月1日（金判1488号10頁）はXの上告を棄却、Y1の上告については破棄自判。精神障害者による加害行為で監督義務者責任が問題となった従来の事例に比して有する加害行為の特殊性に注目されたい。すなわち、従来の事例では、被侵害利益はもっとも強固な法益とされる生命・身体であるのに対して、この事件における被侵害利益は公共交通秩序の維持である。また、従来の事例では、加害者对被害者という構図が成り立ちうるが、この事件においては、加害者本人も犠牲になったため、上記のような構図は成り立たない。

- 2 判時2202号68頁名古屋地判平25年8月9日解説参照。
- 3 幾代通=徳本伸一補訂『不法行為法』（有斐閣、1993年）192頁、内田貴『民法債権各論』（第3版、東京大学出版会、2011年）400頁、加藤一郎『不法行為（法律学全集）』（増補版、有斐閣、1991年）161頁、潮見佳男『不法行為法（第2版）』（信山社、2013年）420頁、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（下）』（青林書院、1985年）678頁、田山輝明『事務管理・不当利得・不法行為（民法要義6）』（第2版、成文堂、2011年）234頁、平井宜雄『債権各論 不法行為』（弘文堂、1993年）219頁、前田達明『民法2（不法行為）』（青林書院新社、1980年）138頁、宗宮信次『不法行為論』（有斐閣、1968年）142頁、吉村良一『不法行為法（第4版）』（有斐閣、2010年）198頁、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為（新法学全集）』（日本評論社、2005年復刻）159頁ほか参照。
- 4 仙台地判平10年11月30日判時1674号106頁（加害者の保護者である父親が法定監督義務者に該当するとされた事例）、前掲注（1）名古屋高判平26年4月24日（加害者の配偶者が保護者に該当するとされた事例）参照。なお、福岡地判昭57年3月12日判時1061号85頁、名古屋地判平23年2月8日判時2109号93頁ほかは成年後見人および保護者が法定監督義務者に該当すること

年後見人の監督義務者該当性の実定法上の根拠とされる後見人の禁治産者に対する療養看護義務（民法旧 858 条 1 項）は 1999 年法律第 149 号による改正後の民法 858 条においては身上配慮義務に改められた。家庭裁判所の許可を得て禁治産者を精神病院その他これに準ずる施設に入れることができる（民旧 858 条 2 項）という強制的手段を伴う療養看護義務とは異なり、身上配慮義務は、「本人の身体に対する強制を伴わず」、「成年後見人の法律行為に関する権限の行使にあたっての注意義務」⁵ であるから、もはやそれをもって直ちに監督義務の根拠とすることは困難となった⁶。また、保護者（精神保健福祉法旧 20 条以下）の監督義務者該当性の実定法上の根拠とされる保護者の精神障害者に対する自傷他害防止監督義務（精神保健福祉法旧 22 条 1 項）は 1999 年法律第 65 号による改正で削除され、さらに精神保健福祉法旧 20 条以下に定める保護者制度自体も精神保健福祉法の 2013 年改正（法律第 47 号）において、「主に家族がなる保護者には、精神障害者に治療を受けさせる義務等が課されているが、家族の高齢化等に伴い、負担が大きくなっている等の理由」⁷ で廃止された。これらの法改正によって、民法 714 条 1 項に定める法定監督義務者に当然該当する者とはいったい誰であるか、という疑問が生じる⁸。

を当然の前提としている。

- 5 小林昭彦・大門匡編著『新成年後見制度の解説』（金融財政事情研究会、2004 年）143 頁、144 頁。
- 6 しかし、学説はその後も、「法定の監督義務に関しては、後見人のかつての療養看護義務におけるのと同様の理解が維持されている」と指摘されている（潮見・前掲注（3）420 頁参照）。前掲注（1）最判平 28 年 3 月 1 日は傍論で、この法改正を理由に、改正法施行後は「成年後見人であることだけでは直ちに法定の監督義務者に該当するということではできない」として、法定監督義務者への成年後見人の当然該当性を否定した。
- 7 厚生労働省「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律の一部を改正する法律の施行について・法律の概要」、同ウェブサイト http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/hukushi_kaigo/shougaiyahukushi/kaisei_seisin/index.html 2015 年 10 月 15 日アクセス、大谷實『新版 精神保健福祉法広義』（第 2 版、成文堂、2014 年）29 頁参照。
- 8 前掲注（1）最判平 28 年 3 月 1 日は傍論で、この法改正を理由に、改正法施行後は保護者「であることだけでは直ちに法定の監督義務者に該当するとい

他方、加害者に成年後見人や保護者⁹に該当する者がいない場合において、その親族ないし同居親族が法定監督義務者または代理監督者に準ずる者（以下、「準監督義務者」という）として、民法 714 条 1 項または 2 項に定める責任を負うかどうかについては、争いがある。加害者に対して扶養義務などを負う親族¹⁰や、精神保健福祉法（旧精神衛生法、旧精神保健法）旧 20 条の選任手続を経て保護者に選任された者との均衡上、その選任手続がなされれば当然同条の保護者として選任されるであろう事実上の監督者が当然準監督義務者として監督義務を負うべきだ¹¹とする説がある。他方、成人した精神障害者に対する近親者は一種の被害者であるともいえるから、この種の者に同条の責任を負わせることには慎重であるべきだとして、加害者の親族ないし同居親族の準監督義務者該当性について慎重論を唱える説も有力である¹²。裁判実務においても、同居親族ないし扶養義務を負うべき親族の準監督義務者への当然該当性を否定しつつ、加害者を保護監督することの可能性や加害者の行動にさし迫った危険があることなど保護監督の具体的必要性があるという要件の下で、準監督義務者として監督義務を負うべきだと解するものは少なくない¹³が、監督義務を根拠づけるものは示されていない。

とはできない」として、法定監督義務者への保護者の当然該当性を否定した。

- 9 精神保健福祉法 2013 年法改正による保護者制度が廃止されるまで、精神障害者の後見人または保佐人、配偶者、親権を行う者および扶養義務者が保護者となり（同法旧 20 条 1 項本文）、保護者が数人ある場合には、後見人または保佐人、配偶者、親権を行う者、配偶者および親権を行う者以外の扶養義務者のうちから家庭裁判所が選任した者の順位で、保護の義務を行う（同法旧 20 条 2 項）ことになっていた。
- 10 高知地判昭 47 年 10 月 13 日下民集 23 卷 9=12 号 551 頁（子に対する同居親族（父）の扶養義務を根拠に父の監督義務を認めた事例）、前掲注（1）名古屋地判平 25 年 8 月 9 日（父に対する同居しない長男の扶養義務ないし扶助義務などを根拠に長男の監督義務を認めた事例）。
- 11 前掲注（4）福岡地判昭 57 年 3 月 12 日、加藤（一）・前掲注（3）162 頁。
- 12 四宮・前掲注（3）679 頁、吉村・前掲注（3）200 頁。
- 13 最判昭 58 年 2 月 24 日判時 1076 号 58 頁、東京地判昭 61 年 9 月 10 日判時 1242 号 63 頁、福岡高判平 18 年 10 月 19 日判タ 1241 号 131 頁および前掲注（4）名古屋地判平 23 年 2 月 8 日ほか。

(2) 加害者の親族ないし同居親族が準監督義務者として、民法 714 条 1 項または 2 項に定める責任を負うかどうかは、前記認知症高齢者鉄道衝突事故訴訟においても争点になった。最判平 28 年 3 月 1 日は、加害者の配偶者については、夫婦の同居、協力及び扶助の義務（民 752 条）は監督義務を基礎づけるものではないので、「精神障害者と同居する配偶者であるからといって、その者が民法 714 条 1 項にいう『責任無能力者を監督する法定の義務を負う者』に当たるとすることはできないというべきである」、

加害者の長男については、加害者を監督する法定の義務を負う者に当たるとする法令上の根拠がない、という理由で、加害者の同居親族（配偶者）および親族（長男）の準監督義務者への当然該当性をいずれも否定した。その上で、「法定の監督義務者に該当しない者であっても、責任無能力者との身分関係や日常生活における接触状況に照らし、第三者に対する加害行為の防止に向けてその者が当該責任無能力者の監督を現に行いその態様が単なる事実上の監督を超えているなどその監督義務を引き受けたとみるべき特段の事情が認められる」場合には、「衡平の見地から法定の監督義務を負う者と同視してその者に対し民法 714 条に基づく損害賠償責任を問うことができるとするのが相当であり、このような者については、法定の監督義務者に準すべき者として、同条 1 項が類推適用されると解すべきである」と判示し、推認される当事者の意思に監督義務の根拠を求めて同居親族等の準監督義務者への該当性を認めたのである。しかし、上述のように、前掲最判平 28 年 3 月 1 日は傍論において保護者や成年後見人の当然該当性をも否定しているので、上記判旨にいう「法定の監督義務を負う者」または「法定の監督義務者」とはいったい誰を指すのかという疑問が残されたままである。

(3) 民法 714 条 1 項に定める法定監督義務者の負うべき損害賠償責任は家族共同体における家長の責任に由来するとされている¹⁴。従来の通説お

14 我妻・前掲注 (3) 155-156 頁、松坂佐一「責任無能力者を監督する者の責任」『我妻栄先生還暦記念・損害賠償責任の研究（上）』（有斐閣、1967 年）161 頁、

よび判例はおおよそこの沿革上の根拠に忠実であり、伝統的には親族がなる成年後見人および保護者が法定監督義務者に当然該当し、その他の親族も当然準法定監督義務者に該当するかまたは条件付きでそれに該当すると解されてきた。しかし、家長制度の廃止、家庭内における個人の人格の独立、成年後見の社会化の進行など、この沿革上の根拠を支える社会的基礎はいまや大きな変容を遂げた。とりわけ親族以外の者が、本人の意思決定を支援し、本人の権利擁護を図るために成年後見人等として選任されたのに、何故に本人のした加害行為につき無過失責任に近い監督義務者責任を負わされなければならないのか。監督義務者責任の意義や、従来の通説および判例によって維持してきた枠組みの再検討が迫られている。この意味においては、傍論ではあるが、成年後見人の監督義務者への当然該当性を否定した最判平 28 年 3 月 1 日は示唆に富むものである。

将来における監督義務者責任制度の枠組みの再構築をするための準備作業として、監督義務者責任制度の歴史的沿革や立法史的考察を行い、それを通して、当該制度の存続が依拠する社会的背景および当該制度に期待すべき社会的意義を明らかにしなければならない。本稿は、そのうちの一つ、すなわち、私的自治の原則が承認されている今日の私法体系の下、本人の意思によらずに法律上他人に対する監督義務を負わせるための正当化根拠がどこに求められているのかに焦点を当てて、明治初期から旧民法までの立法史的考察を行うこととしたい。

二 旧民法以前の民法草案における監督義務者責任

(1) 近代的民法典の編纂事業は、1870 年 10 月 12 日（明治 3 年 9 月 18 日）に太政官制度局において民法会議が設置され、その主任となった江藤新平が箕作麟祥にフランス民法典の翻訳を命じた時から始まったとされている¹⁵。その時から 1880（明治 13）年 6 月 1 日に元老院内に民法編纂局が

加藤（一）・前掲注（3）159 頁ほか。

15 手塚豊『明治民法史の研究（上）』（慶応通信、1990 年）4 頁参照。

開設され、ボワソナードを中心とする民法編纂作業が本格的に開始される時¹⁶までの約 10 年の間に、種々の民法草案が起草された¹⁷。その嚆矢となるのが 1870 年 9 月 22 日（明治 3 年 8 月 27 日）から翌年 10 月 2 日（明治 4 年 8 月 18 日）までの間に制度局民法会議において編纂されたものとされる民法決議である¹⁸。民法決議は、「実にわが国最初の民法草案、否明治以後における最初の近代的法典の草案である」¹⁹とも評されているが、民法の内容の一部しかなしていない²⁰。

(2) 監督義務者責任に関する規定は、民法全部の草案として日本最初のものであるとされる²¹「明法寮改刪未定本民法」²²（以下、「改刪未定本民法」という）594 条およびそれを修正してできた皇国民法仮規則²³ 594 条には

- 16 石井良助『民法典の編纂』（創文社、1979 年）218 頁、手塚・前掲注（15）263 頁参照。ボワソナードが旧民法草案の起草に着手したのはそれより前の、明治 12 年ころに民法編纂の命を受けた時だとされている（手塚・前掲注（15）221-222 頁）。
- 17 石井・前掲注（16）7 頁参照。
- 18 民法決議には、「民法決議 第一」、「民法決議 第二」および「民法決議」の 3 種の版本がある。「民法決議」は「民法決議 第一」を修正してできたものであり、「民法決議 第二」は「民法決議」の続編であると考えられている（石井・前掲注（16）52 頁参照）。
- 19 石井・前掲注（16）9-10 頁参照。
- 20 「民法決議 第一」ないし「民法決議」は第一編民権ヲ受ル事民権ヲ奪フ事、第二編身上証書を定め、それに続き、「民法決議 第二」は第三編住所ノ事、第四編失踪ノ事および第五編婚姻ノ事、の三編を収めている。
- 21 手塚・前掲注（15）139 参照。
- 22 改刪未定本民法は 1872 年 5 月 18 日（明治 5 年 4 月 12 日）から同年 8 月 16 日（同年 7 月 13 日）にかけて司法省明法寮の民法会議において編纂されたものと思われる。これについて、早稲田大学古典籍総合データベース「民法第九」53 コマ、http://archive.wul.waseda.ac.jp/kosho/i14/i14_a2651/i14_a2651_0009/i14_a2651_0009.pdf 2016 年 5 月 16 日アクセス 参照。同草案はほかに内閣文庫本（前田達明編『史料民法典』（成文堂、2004 年）268-351 頁収録）があるが、両者は完全に一致するものではない。たとえば、内閣文庫本では、「親ノ権」は第 118 条から始まるが、早大本では第 108 条から始まる。他方、後掲注（23）の皇国民法仮規則は早大本と同様、第 108 条から始まる。皇国民法仮規則が改刪未定本民法を修正してできたものだとすれば（石井・前掲注（16）189 頁参照）、内閣文庫本は早大本より早い時期にできたものと推測される。本稿では早大本より条文を引用する。
- 23 石井・前掲注（16）189 頁参照。同草案は、利谷信義編『皇国民法仮規則 附、

じめて確認することができる。明治最初期の民法諸草案は、「敷写民法」²⁴とも、「模倣民法」²⁵ともいわれているように、概してフランス民法の支配的影響下に置かれており、改刪未定本民法もまたその例外ではない。改刪未定本民法 594 条の源流となったのはフランス民法 1384 条原始規定である²⁶。改刪未定本民法 594 条をフランス民法 1384 条の原始規定と比較してみれば明らかであるように、前者は後者の第 2 項および第 3 項を合してその第 2 項としたほか、内容的にはほぼそのまま移植したものであるといえる。とりわけ、フランス民法 1384 条原始規定と同様、改刪未定本民法 594 条もまた、精神障害者が人に加えた損害についての監督義務者責任に関する規定を設けていなかった²⁷。

【フランス民法 1384 条原始規定²⁸】

第 1384 条 自己ノ所行ニ因リ人ニ加ヘタル損害ヲ償フ可キノ義務アル
ノミニ非ラス自己ノ引受ケ可キ者又ハ自己ノ管守スル物（獣類等ヲ云フ）
ノ所為ニ因リ人ニ加ヘタル損害モ亦之ヲ償フ可キノ義務アリ

解題・明治民法編纂史関係主要文献目録（日本近代法史研究資料集 第一）
（東京大学社会科学研究所、1970 年）に収録されている。

- 24 手塚・前掲注 (15) 6 頁、59 頁参照。
 25 手塚・前掲注 (15) 8 頁参照。
 26 改刪未定本民法 594 条の欄外に、フランス民法 1384 条を指すものと思われる「一三八四」が朱書きされている。
 27 フランスの通説・判例は従来、仏民 1384 条を制限的に解釈してきた。精神障害者の監督者への同条 1 項の適用を認めたのは、フランス民法典が誕生してから約 190 年経過した後の 1991 年のことである。精神障害者 A によって森林に火を放たれた原告が A を収容している労働介護センターの管理者およびその保証人に対して損害賠償を求めた事案で、破棄院大法廷判決 (Cass. ass. plén. 29 mars 1991 (D. 1991. 1. 324)) は、1384 条 1 項を適用して損害賠償の支払いを命じた原審判決を支持し、上告を棄却した。これについて、新開輝夫「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 1 項の新たな解釈をめぐって」福岡大学法学論叢 44 巻 1 号 (1999 年) 39-76 頁参照。
 28 条文は、箕作麟祥訳『フランス民法典 (1871 (明治 4) 年)』前田・前掲注 (22) 4 頁以下所収より引用。なお、条文の引用に際し、漢字は新字体にすること、条名は算用数字で示すこと、2 つ以上の項を持つ条文には、各項の冒頭に、などの記号を付け加えて項数を示すこと、「1」を「こと」に、「片」を「とき」に、「氏」を「とも」になおすこととした。

故二父又父ノ死去シタル後ハ母ヨリ其同居ノ幼年ノ子ノ人ニ加ヘタル損害ヲ償フ可シ

家長及ヒ人ヲ使用スル者ハ其僕婢及ヒ使用ヲ受クル者ノ其任ヲ受ケタル事ニ付キ人ニ加ヘタル損害ヲ償フ可シ

授業師及ヒ工作者ハ其受業者及ヒ工作ヲ学フ者己レノ管照ヲ受クル時間二人ニ加ヘタル損害ヲ償フ可シ

父及ヒ母又ハ授業師及ヒ工作者ハ其子又ハ弟子ノ人ニ損害ヲ加ヘシ所行ヲ防制スルコト能ハサルノ証ヲ立ルニ非レハ上ニ記スル所ノ如ク其償ヲ為ス可キノ責ヲ免ルハヲ得ス

【改刪未定本民法】

第 594 条 己ノ所行ニ因リ人ニ加ヘタル損害ヲ償フ可キノ義務アルノミニ非ス自己ノ引受ク可キ者又ハ自己ノ管守スル物（獸類等ヲ云フ）ノ所為ニ因リ人ニ加ヘタル損害モ亦之ヲ償フ可キノ義務アリ

父母ハソノ同居ノ幼者人ニ加ヘタル損害ヲ償フ可シ家長及ヒ人ヲ使用スル者ハ其雇人及ヒ使用ヲ受クル者ノ其任ヲ受ケタル事ニ付キ人ニ加ヘタル損害ヲ償フ可シ

師匠ハ其弟子己レノ管照ヲ受クル時間二人ニ加ヘタル損害ヲ償フヘシ父母又ハ師匠タル者ソノ子又タハ弟子ヲ人ニ損害ヲ加ヘシ所行ヲ防制スルコト能ハサルノ証ヲ立ル時ハ其責ヲ免ルヘシ

改刪未定本民法 594 条は、フランス民法 1384 条原始規定と同様、第 1 項において、「自己ノ引受ク可キ者（中略）ノ所為ニ因リ人ニ加ヘタル損害」についてもこれを賠償する義務を負うべき旨の一般規定を置く。しかし、「自己ノ引受ク可キ者」とは、のちにボワソナードにも批判されている（後述三 3 参照）ように、法律上監督義務を負わなければならないことを言明したにとどまり、監督義務を負わせるための根拠を示したわけではない。

単に「その責任無能力者を監督する法定の義務を負う者」としか規定し

ない民法 714 条とは異なり、改刪未定本民法は法定監督義務者を限定列挙して定めている。すなわち、未成年者（責任能力の有無は問わない）にとってはその者と同居する父母（同 594 条 2 項前段）が、「雇人及ヒ使用ヲ受クル者」にとってはその「家長及ヒ人ヲ使用スル者」（同 594 条 2 項後段）が、さらに、「己レノ管照ヲ受クル」弟子にとってはその「師匠」（同 594 条 3 項）が、それぞれ法定監督義務者となる。そのうち、改刪未定本民法 594 条 2 項後段が定める「雇人及ヒ使用ヲ受クル者ノ其任ヲ受ケタル事ニ付キ人ニ加ヘタル損害」につきその「家長及ヒ人ヲ使用スル者」が負うべき責任は民法 715 条の定める使用者責任に相当するものと思われ、のちに旧民法においては、監督義務者責任と区別して別個の規定（旧民法財産編 373 条）が設けられた。

改刪未定本民法は、一般不法行為について過失責任主義の原則を定めている²⁹。そして、監督義務者である父母等が「自己ノ引受ク可キ者」の人に加えた損害につき負うべき賠償責任も同様に過失責任であるが、立証責任が監督義務者に転換された。すなわち、監督義務者は「自己ノ引受ク可キ者」の加害行為を防止することができなかつたことを立証することができれば、その責任を免れることができる（同 594 条第 4 項。フランス民法 1384 条 5 項原始規定参照）。監督義務者の責任を中間責任とする点では、現行民法と同じであるが、免責事由の内容が現行民法の解釈論におけるそれとは異なるものではないかという疑念がある。すなわち、改刪未定本民法では、監督義務者は、「人ニ損害ヲ加ヘシ所行ヲ防制スルコト能ハサル」こと、すなわち具体的な加害行為を防止することができなかつたことを主張・証明すれば、責任を免れることができるとも読めそうである。これに対して、現行民法の解釈論としては、未成年者に対する親権者の監督義務は「被監督者の生活全般に対する抽象的で包括的な義務」（包括的な監督

29 第 593 条「如何ナル人ト雖モ故意ヲ以人ニ加ヘタル損害ヲ償フ可キノ義務アルノミニ非ス自己ノ懈怠又ハ疏漏ニ因リ人ニ加ヘタル損害モ亦之ヲ償フ可キノ義務アリ」。

義務)であるから、親権者が具体的な監督義務——「ある程度特定された状況の下で損害発生の危険を持つある程度特定された行為を防止する具体的なもの」——の違反があれば当然民法714条の責任が成立するが、そのような義務違反がない場合であっても包括的な監督義務違反があれば民法714条の責任も成立する、というのである³⁰。

(3) 1877(明治10)年から1878(明治11)年にかけて編纂され、「全くフランス民法の不完全きはまる敷写翻訳」³¹と酷評されている明治11年民法草案³²1177条もまた改刪未定本民法と同様、精神障害者が人に加えた損害についての監督義務者責任に関する規定を設けていなかった。

三 旧民法草案および旧民法における監督義務者責任

1 ボワソナード民法草案および旧民法における監督義務者責任の概要

(1) ボワソナードが民法編纂の命を受け、草案の起草に着手したのは明治12年ころだとされている³³。旧民法草案中、ボワソナードが起草担当を任されたのは第二編「財産」、第三編「財産取得」中の前半、第四編「債

30 吉村・前掲注(3)196-197頁参照。ただし、責任能力のない未成年者が親権者の直接の監視下でないときにした行為が通常は人身に危険が及ぶ行為ではない場合について、親権者が監督義務を怠らなかったとした判例(最判平27・4・9民集69巻3号455頁)が注目に値する。

31 星野通編著『明治十一年民法草案』(松山経済専門学校商経研究会、1944年)11頁参照。

32 明治11年民法草案は計三編からなる。『民法草案(全)』(第一編・第二編)(国立国会図書館デジタルコレクション <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/904057>)と『民法草案』(第三編)(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/904058>)があるが、第三編は第1巻および第2巻を欠く。そのほかに、第三編だけであるが、松山大学図書館蔵『日本民法草案』(出版者不明、出版年不明)もある。牟田口通照=箕作麟祥の献辞の日付によれば、第一編および第二編の完成時期は1877(明治10)年9月前後(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/904057> 2016年7月7日アクセス 4コマ参照)、第三編の完成時期は1888(明治11)年1月ころ(<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/904058> 2016年7月7日アクセス 3コマ参照)だと推測される。なお、本稿では、国立国会図書館デジタルコレクションを参照した。

33 手塚・前掲注(15)221-222、星野通『民法典論争史』(河出書房、1949年)37頁参照。

権担保」および第五編「証拠」である（以下において、ボワソナードの起草にかかる旧民法草案をとくに「ボワソナード民法草案」という）。第一編「人事」および第三編中の後半（相続、贈与、および夫婦財産契約に該当する部分）については、日本人がその起草を担当していた³⁴。

ボワソナードの起草作業は第二編「財産」から始まり、その成果物として現在確認できる最初期のものは『注釈民法草案』である³⁵。ボワソナード民法草案はその後、修正を経ながら、『再閱民法草案』³⁶、『再閱修正民法草案』³⁷へと変貌を遂げていった³⁸。

(2) ボワソナード民法草案は、監督義務者等を限定列挙すること、監督義務者責任の帰責根拠を監督義務者等の過失に求めること、および過失の主張立証責任が監督義務者等に転換されていることについては、仏民1384条原始規定および改刪未定本民法などそれまでに起草されていた各民法草案と同様であるが、次の点において変更が加えられた。

第1、法定監督義務を負うべきとされる者が被監督者に対して「威権」を有しなければならないことを明文で定め（再閱修正民法草案891条）、監督義務の正当化根拠を明確にした（後述3参照）。

第2、フランス民法典に規定がないものであるが、未成年者に対しては未成年後見人（再閱修正民法草案892条2項前段）、妻に対しては夫（同892条2項後段）がそれぞれ法定の監督義務を負うこととし、法定監督義

34 伊藤博文編『秘書類纂 法制関係資料 上巻』（秘書類纂刊行会、1934年）288頁、小早川金欣吾『続明治法制叢考』（山口書店、1944年）259頁参照。

35 ボワソナード民法典研究会編（七戸克彦解題）『ボワソナード氏起稿 注釈民法草案 財産編第1巻』（雄松堂出版、1999年復刻）解題参照。以下、「ボワソナード・注釈民法草案第 巻」として引用する。

36 本稿では、ボワソナード民法典研究会編（村上一博解題）『ボワソナード氏起稿 再閱民法草案 財産編』（雄松堂出版、2000年復刻）を参照した。以下、「ボワソナード・再閱民法草案第 巻」として引用する。

37 本稿では、ボワソナード民法典研究会編（池田真朗・七戸克彦解題）『ボワソナード氏起稿 再閱修正民法草案注釈 第二編人権ノ部』（雄松堂出版、2000年復刻）を参照した。以下、「ボワソナード・再閱修正民法草案第 巻」として引用する。

38 七戸解題・前掲注（35）viii以下参照。

務者の範囲を広げた。未成年後見人の監督義務については、「後見人八幼者ノ教育ニ付キ殆ント父タルノ権ヲ行ヘハナリ」³⁹ という理由で認められた。そして、夫の監督義務については、「夫ナルモノハ其婦ノ身ニ付キ後見人ノ幼年者ニ対スル権力ニ等シキ権ヲ有セス加之是レヲ懲戒スルニ付テモ同一ノ手段ヲ有セサル」⁴⁰ と躊躇しながらも、「日本ニ於テハ夫タルノ権ハ仏蘭西其他大抵ノ国々ヨリモ一層甚タシク夫八種々ノ原由ニテ婦ヲ離婚スルノ権能ヲ有スサレハ此権能ハ尊属親及ヒ後見人カ其卑属親及ヒ幼者ニ対シ有セサル所ノモノニシテ婦ノ過愆ヲ認許シタル夫ヲシテ其責ニ任セシムル最大理由タルヘシト思考セシ是ナリ」⁴¹ という理由で認められた。もっとも、妻に対して夫が監督義務を負うべき旨の規定は、後に法律取調委員会による審議過程の中で反対意見が多数を占めたため、削除された⁴²。

第3、ボワソナードは、フランス民法 1384 条原始規定に精神障害者が人に加えた損害についての監督義務者の責任に関する規定を設けなかったのは立法者の遺漏だと指摘し⁴³、注釈民法草案 392 条 3 項において初めて、

39 ボワソナード・再閣修正民法草案第 2 巻 312 頁。同・注釈民法草案第 3 巻 85-86 頁参照。

40 ボワソナード・注釈民法草案第 3 巻 86 頁。同・再閣修正民法草案第 2 巻 312 頁参照。

41 ボワソナード・再閣修正民法草案第 2 巻 312-313 頁。

42 『法律取調委員会・民法草案財産編議事速記録』（日本学術振興会、1939 年）第 4 巻 328 丁参照。その理由として、「夫ハ其婦ニ対シ後見人ト同権ノ威権ヲ有スルモノニアラス又實際後見人ノ被後見人ニ対スルト同一ノ強制手段ヲ有スルモノニ非サレハナリ」、ということが挙げられている。民法理由書（四）334 コマ、国立国会図書館デジタルコレクション <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367477> 2014 年 11 月 7 日アクセス。『民法理由書』（出版年不明、出版年不明）は計 12 巻からなる写本であり、明治 25 年から同 26 年にかけて翻訳されたものであると思われる。原本（『民法理由書 一』から『民法理由書 十二（完）』まで）は国立国会図書館デジタルコレクション <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367474> 以下に収録されている。以下、「旧民法理由書」として引用する。

43 法務図書館蔵『ボワソナード氏起稿（加太邦憲＝一瀬勇三郎＝藤林忠良訳）民法草案財産篇講義 二 人権之部』（司法省、出版年不明）254 コマ、国立国会図書館デジタルコレクション <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367361> 2016 年 11 月 7 日アクセス 参照。以下、「ボワソナード・民法草案講義（二）」として引用する。

「瘋癲人又ハ精神ノ虚弱ナル者ノ監守ヲ持ツ処ノ者ハ彼レ等ノ（瘋癲人又ハ精神ノ虚弱ナル者ヲ指ス）有害ナル所為ニ付テ責ニ任スヘクアル」と定め、精神障害者が人に加えた損害についてその監督義務者がその賠償責任を負う旨の規定を設けた（再閣修正民法草案 892 条 3 項、旧民法財産編 372 条 3 項参照）。監督義務者等の責任に関する旧民法の規定はフランス民法の影響を受けて作られたものであるが、フランス民法にない「瘋癲白痴者」の看守者の責任を導入した点は画期的といえよう。フランスの通説・判例は従来、仏民 1384 条を制限的に解釈してきており、精神障害者の監督者への同条 1 項の適用を認めたのは、フランス民法典が誕生してから約 190 年経過した後の 1991 年のことである⁴⁴。

第 4、再閣民法草案注釈 396 条において初めて、未成年者（20 歳未満。旧民法人事編 3 条参照）に限ったことではあるが、加害者本人の賠償責任を認めた（再閣修正民法草案 896 条 1 項、旧民法財産編 376 条 1 項）。もっとも、加害者である未成年者本人に損害賠償を命ずるか否か、全部の賠償か一部の賠償かは裁判官の裁量に委ねられる⁴⁵。

【再閣修正民法草案】

第 891 条 各人ハ自己ノ所為又ハ懈怠ニ就キ其責ニ任スルノミナラス亦自己ノ権下ニ在ル者ノ所為及ヒ懈怠ニ就キ並ニ自己ニ属スル物ニ就テモ以下ノ區別ニ従ヒ其責ニ任ス

第 892 条 父権ヲ行フ尊属親ハ其同居ノ幼年者タル卑属親ノ致シタル損害ノ責ニ任ス

幼年者ノ致シタル損害ニ就テハ其後见人又婦ノ致シタル損害ニ就テハ其夫右同一ノ責ニ任ス但各同居シタルトキニ限ルヘシ

瘋癲者又ハ白痴者ヲ監守スル者ハ其致シタル損害ノ責ニ任ス

教師、授業者、工場長ハ幼年ナル生徒、受業人、職工ノ致シタル損害

44 前掲注 (27) 参照。

45 ボワソナード・再閣修正民法草案 322-323 頁、旧民法理由書（四）347 コマ参照。

ノ責ニ任ス但其監督スル時間ニ致シタル損害ニ限ルヘシ

此条ニ指定シタル者ノ責任ハ其致害ノ所為ヲ防止スルコト能ハサリシコトヲ証スルトキハ止息ス

第 896 条 幼年者ハ後見ヲ免レタルト否ヲ問ハス刑法上ノ責任ヲ免ルヘキトキト雖其有意又ハ不注意ヲ以テ致シタル不正ノ損害ノ全部又ハ一分ニ就キ民法上其責ニ任ス

省略

【旧民法財産編⁴⁶】

第 371 条 何人ヲ問ハス自己ノ所為又ハ懈怠ヨリ生スル損害ニ付キ其責ニ任スルノミナラス尚ホ自己ノ威権ノ下ニ在ル者ノ所為又ハ懈怠及ヒ自己ニ属スル物ヨリ生スル損害ニ付キ下ノ区別ニ従ヒテ其責ニ任ス

第 372 条 父権ヲ行フ尊属親ハ己レト同居スル未成年ノ卑属親ノ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス

後見人ハ己レト同居スル被後見人ノ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス

瘋癲白痴者ヲ看守スル者ハ瘋癲白痴者ノ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス

教師、師匠及ヒ工場長ハ未成年ノ生徒、習業者及ヒ職工カ自己ノ監督ノ下ニ在ルノ間ニ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス

本条ニ指定シタル責任者ハ損害ノ所為ヲ防止スル能ハサリシコトヲ証スルトキハ其責ニ任セス

第 376 条 自治産ナルト否トヲ問ハス未成年者ハ其有意又ハ粗忽ニテ加ヘタル不正ノ損害ニ付テハ刑事上責任ヲ免カル可キトキト雖モ民事上責任アリト宣告セラルルコト有り

省略

46 旧民法の条文は、前田・前掲注 (22) 946 頁以下より引用する。

2 監督義務者責任の帰責根拠

(1) 監督義務者責任の帰責根拠　ボワソナードは、「責任ヲ負担セシメ以テ賠償ノ義務ヲ成立セシムルニハ過愆若クハ懈怠カ其損害ノ本人ニ責ムヘキモノタルヲ要ス」⁴⁷ という考えに基づき、「纒力数語ニテ民法中ノ汎濶且広大ナル一原則ヲ掲載スルノ誉」ある「仏蘭西法典中彼ノ有名ナル第一千三百八十二条」⁴⁸ にならって、過失責任主義を一般不法行為責任の帰責原則とすることを明文で宣言した。「自己ノ過愆又ハ懈怠ニテ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ之ヲ償フ可シ」（再閱修正民法草案 890 条 1 項。旧民法財産編 370 条 1 項参照）という規定がそうである。

ところで、監督義務者責任の帰責根拠については、「自己ノ威権ノ下ニ在ル者ノ所為又ハ懈怠（中略）ヨリ生スル損害ニ付キ下ノ区別ニ從ヒテ其責ニ任ス」（旧民法財産編 371 条）という規定の文言上、旧民法に定める監督義務者責任は「他人ノ所為又ハ懈怠」に対する責任ではないかという疑義が生じうる⁴⁹。しかし、フランス民法 1384 条原始規定と同じように、「他人ノ所為ノ責任」と構成された監督義務者責任⁵⁰についても、ボワソナードは、「仮令其所為ハ他人ノ所為ナルモ自己ノ管守スヘキ者ノ所為ナレハ即チ自己ノ管守ノ行届カサルコトニ付自己ノ責ヲ担当スルニ外ナラサルナリ」⁵¹、「本条（再閱修正民法草案 891 条 = 筆者注）ノ明言スル所ニシテ次条ノ定ムル場合ニ於テハ法律上責ニ任スベシト明言セラレタル人々ニ必ス懈怠即チ注意監督ノ周到ナラザルコトアリ是即チ其責任ノ原則ナリ」⁵² と

47 ボワソナード・再閱修正民法草案第 2 卷 305 頁。なお、ボワソナード・注釈民法草案第 3 卷 73 頁、旧民法理由書（四）320 コマ参照。

48 ボワソナード・再閱修正民法草案第 2 卷 303 - 304 頁。

49 たとえば、明治民法典の穂積陳重起草委員は、同条は「他人ノ所為又ハ懈怠ニ因リテ責ニ任スルト云フ主義」をとり、「己ノ威権ノ下ニ在リ又権力ノ下ニ在ル者ノシタルソレハ監督者ガ責任ノ元」となっていると理解していた（『法典調査会民法議事速記録第 41 卷』（日本學術振興会、1935 年）41 の 3 丁 [穂積発言] 参照）。

50 ボワソナード・民法草案講義（二）248 - 249 コマ、旧民法理由書（四）329 コマ参照。

51 ボワソナード・民法草案講義（二）249 コマ参照。

52 ボワソナード・再閱修正民法草案第 2 卷 310 頁。

述べて、監督義務を怠ったことによる過失にその帰責根拠を求めることを明らかにしている⁵³。また、「本条ハ自己以外ノ所為又ハ懈怠ヨリ生シタル損害ニ付テモ其責ニ任スヘキ規則ヲ定メタルモノナリ然レモ本条ヲ以テ決シテ他人ノ所為又ハ懈怠ノ責ニ任スルモノト思惟ス可ラス（中略）本条ニ定メタルモノモ亦畢竟自己ニ監督又ハ看守上過失懈怠ノ原因アリタルヨリ他人ニ損害ヲ加ヘタルモノト為サル可ラス」⁵⁴とあるように、旧民法に関する解説書もおおむね「他人ノ所為又ハ懈怠」が帰責根拠であることを明確に否定している。さらに、明治民法典起草委員の1人である富井政章博士もまた、「己レノ配下ニ在ル者他人ニ損害ヲ加ヘ（中略）タル場合ニ於テ其損害ヲ償フノ責任ヲ免カレサルハ畢竟監督ノ足ラサルニ由ル是即チ其責任ノ起因スル所ニシテ全ク自己ノ過失ノ責ニ任スルニ外ナラサルナリ」⁵⁵と述べ、ボワソナード民法草案における監督義務者責任は過失責任であるという理解を示した。実際に、「損害ノ所為ヲ防止スル能ハサリシコトヲ証スルトキハ其責ニ任セス」（旧民法財産編 372 条 5 項）と定められているように、旧民法における監督義務者責任は明治民法におけるそれと同様に、立証責任の転換された過失責任である。

(2) 監督義務者等の免責事由　監督義務者責任は、「固ト犯人（加害行為者＝筆者注）ニ対シテ威力アル両親及ヒ其他ノ人ノ懈怠ノ推測ニ基クモノ」であるから、「此推測ハ完全ナルモノニ非サレハ必ス反対ノ証拠ヲ許サルヘカラス」⁵⁶。たとえば、「若シ兒子カ不従順ノ性質ニシテ其両親

53 ボワソナード・注釈民法草案第3巻 81 頁、同・民法草案講義（二）253 コマ、旧民法理由書（四）329-330 コマ参照。

54 井上操『民法 [明治 23 年] 詳解 人権之部 [日本立法資料全集別巻 228]』（信山社、2002 年復刻）308～309 頁。同旨、井上正一『民法 [明治 23 年] 正義 財産編第二部 卷之七 [日本立法資料全集別巻 55]』（信山社、1995 年復刻）474 頁、本野一郎ほか『日本民法 [明治 23 年] 義解 財産編第四卷 人権及ヒ義務（下）』686 頁、磯部四朗『民法 [明治 23 年] 釈義財産編第二部人権及ヒ義務（上） [日本立法資料全集別巻 83]』（信山社、1997 年復刻）1611 丁。

55 富井政章『損害賠償法原理 [講義]』（日本同盟法学会 1891 年出版、信山社 1991 年復刻）108 頁。

56 ボワソナード・注釈民法草案第3巻 88 頁。同・再閱修正民法草案第2巻 314

ノ注意アルニ拘ハラス父家ヲ立出テ偷盗ヲ為シ又ハ隣家ノ財産ヲ毀損シタルトキノ如キ其両親ノ責任ヲ保持スルハ過厳⁵⁷ というべきである。それゆえ、監督義務者責任を「条理ト公正トノ限度内ニ保持シテ之ヲ軽減ス」⁵⁸ 必要がある。したがって、監督義務者等は、監督義務を怠った過失のないことを主張立証すれば、その責任を免れることができる（再閣修正民法草案 892 条 5 項、旧民法財産編 372 条 5 項参照）。

ところで、改刪未定本民法は仏民 1384 条 3 項原始規定にならって、「雇人及ヒ使用ヲ受クル者ノ其任ヲ受ケタル事ニ付キ人ニ加ヘタル損害」につきその「家長及ヒ人ヲ使用スル者」が負うべき責任（使用者責任相当）を、監督義務者責任の一態様として規定していた（同 594 条 2 項後段。なお、明治 11 年民法草案 1177 条 3 項参照）。これに対して、ボワソナードは、両者を区別して規定し、監督義務者責任に続き、主人等使用者責任を定めた（再閣修正民法草案 893 条、旧民法財産編 373 条）。後者は、主人等使用者の責任をその雇人等が「其委託シタル職務ヲ行フニ因リ致シタル損害ノ所為」⁵⁹ に限る一方、他方において、「此等ノ人ハ前条ニ記載シタル人ノ如ク損害ヲ防止スルコトヲ得ザリシコトヲ証明スルヲ許サレズ」とした⁶⁰。つまり、旧民法においては、主人等使用者の免責が認められず、監督義務者等よりも重い責任を課せられたのである。両者を差別的に扱う理由は、監督者が被監督者との関係を自由に構築しまたは断ち切ることができるかどうかにあるとされている。すなわち、主人等使用者は「不良ナル雇人ヲ追逐スルヲ得ルニ之ヲ追逐セスシテ其家ニ置クハ其自由ナルカ故ニ雇人ノ

頁、旧民法理由書（四）336 コマ参照。

57 ボワソナード・注釈民法草案第 3 巻 88 頁。なお、同・再閣修正民法草案第 2 巻 314 頁、井上操・前掲注（54）311～312 頁、本野ほか・前掲注（54）700～701 頁参照。

58 ボワソナード・注釈民法草案第 3 巻 88 頁。なお、同・再閣修正民法草案第 2 巻 314 頁参照。

59 ボワソナード・再閣修正民法草案第 2 巻 315 頁。旧民法理由書（四）337 コマ参照。

60 ボワソナード・再閣修正民法草案第 2 巻 315 頁。旧民法理由書（四）337 コマ参照。

其任ヲ受ケタルコトニ付キ人ニ加ヘタル損害ノ責ニ任ス」⁶¹、「是等ノ人ノ懈怠ハ損害ノ所為ヲ行ヒタルノ時ニ在ランヨリハ寧ろ口撰撰ヲ為シタル時及ヒ其後ノ時間ニ在リト認定セラレタリ蓋シ是等ノ人ハ無能又ハ不誠実ナル雇人ヲ自由ニ撰任シ及ヒ自由ニ其職務ヲ止息スルヲ得ヘシ」⁶²。これに対して、「父母ハ我子ヲ雇人ノ如ク撰任スルヲ得サルカ故ニ常ニ其子ノ過失ニ付キ責ヲ負ハシムルトキハ不良ノ子如何ニ説諭ヲ加フルモ改心セサル子ノ為メニ責ニ任セサルヲ得サルニ至ル」⁶³、「尊属親ニ至テハ但夕養子ノ場合ヲ除ク外ハ其子ヲ撰任セス及ヒ之ヲ放出スルヲ得ヘカラサ」⁶⁴。そして、教師等（再閣修正民法草案 892 条 4 項）については、「其生徒ヲ撰ミ及ヒ殊トニ之ヲ放出スルヲ得ヘシ」という点では確かに主人等使用者と同じだから、教師等は「之ヲシテ其懈怠ノ責ヲ免カル、コトヲ得サラシムルモノ」⁶⁵のように見える。しかし、「此等ノ者ハ両親ノ代理人ナレハ両親ト同一ナル利益ヲ受ケシムルコト最モ道理ナルヘシ若シ否ラサルトキハ則チ凶暴ニシテ且教訓ス可ラサル生徒又ハ職工生ハ其師ヲシテ負担セシムル過愆ノ責任ヲ恐ル、カ故ニ何レノ学校又ハ職工場ヨリモ放出セラルヘキ大困難ヲ生シ而シテ遂ニ其行状ヲ改悛スルノ期無キニ至ラシム」⁶⁶。

(3) 免責のための主張立証の内容 これについては、明文上、「損害ノ所為ヲ防止スル能ハサリシコト」となっている。これだけでは、「損害ノ所為」を防止することができなかったことさえ立証できれば責任を免れることができるように見えるが、立法趣旨はそうではないようである。つまり、「實際上ニ付テハ裁判所ニ於テ両親カ兒子ノ悪事ヲ予防スル為ニ自

61 ボワソナード・民法草案講義（二）250 コマ。

62 ボワソナード・再閣修正民法草案第 2 卷 315 頁。同・注釈民法草案第 3 卷 94 頁、旧民法理由書（四）337-338 コマ参照。

63 ボワソナード・民法草案講義（二）250 コマ。

64 ボワソナード・再閣修正民法草案第 2 卷 315 頁。旧民法理由書（四）338 コマ参照。

65 ボワソナード・再閣修正民法草案第 2 卷 315 頁。

66 ボワソナード・再閣修正民法草案第 2 卷 315-316 頁。旧民法理由書（四）338 コマ参照。

己ノ為シ得ヘキ文ケノ事ヲ為セシヤ否ヲ最上ノ権カヲ以テ裁定ス可ク而シテ此時二当リ裁判所ハ現ニ訴訟アル場合ニ於テ両親ノ為シタル注意ノ如何ヲ觀察スヘキノミナラス両親カ平常其兒子ノ教育ニ付キ為シタル管照ヲモ又觀察ス可キナリ」⁶⁷ とあるように、裁判所は、親の子に対する一般的教育監督義務を怠ったか否かについても判断しなければならない⁶⁸。

3 監督義務の根拠と要件

(1) 自己責任の原則に対する例外 「各人ハ自己ノ所為又ハ懈怠ニ就キ其責ニ任スルノミナラス」(再閣修正民法草案 891 条)、「何人ヲ問ハス自己ノ所為又ハ懈怠ヨリ生スル損害ニ付キ其責ニ任スルノミナラス」(旧民法財産編 371 条) とあるように、ボワソナード民法草案ないし旧民法においては、不法行為責任について過失責任の原則とともに自己責任の原則も承認されている。「何レノ場合ニテモ何人タリトモ自己ノ所為又ハ自己ノ懈怠ニ付キ責ニ任スルコトナルヲ容易ニ識ルヲ得ベシ何トナレハ吾人ハ自己ノ過愆ナク又自己ノ意思ナクシテ義務ヲ負担スルハ公正ノ理ニ反クモノ」⁶⁹ だからである。「唯法律ノ命スル義務ノ場合(中略)ニ於テノミ自己ノ所為ナク義務ヲ負ヘハナリ」⁷⁰。監督義務者責任における監督義務がその一例である。

(2) 監督義務の正当化根拠 監督義務は法律規定から生ずるものもあれば、契約から生ずるものもある。たとえば、親権者がその未成年の子に対して負う監督義務は法律規定から生ずる義務である。監督義務が契約から発生する場合には、監督義務の正当化根拠を当事者の意思に求めることができよう。これに対して、法律規定から生ずる場合には、監督義

67 ボワソナード・注釈民法草案第 3 巻 88-89 頁。なお、同・再閣修正民法草案第 2 巻 314 頁参照。

68 旧民法理由書(四) 336 コマ、本野ほか・前掲注(54) 702 頁参照。

69 ボワソナード・再閣修正民法草案第 2 巻 309-310 頁。なお、同・注釈民法草案第 3 巻 81 頁参照。

70 ボワソナード・再閣修正民法草案第 2 巻 310 頁。なお、同・注釈民法草案第 3 巻 81 頁参照。

務の正当化根拠をどこに求めるべきかが問題となる。法律の命ずる義務とは言え、AをしてBを監督させ、Bのした加害行為について責任をAに負わせるのは公平の理に反するからである。これについて、改刪未定民法594条1項およびその後の各民法草案はフランス民法1384条1項原始規定と同様に、単に「自己ノ引受ク可キ」⁷¹と規定しているだけであり、監督義務の正当化根拠が明確に示されていなかった。フランス民法1384条1項原始規定について、ボワソナードは、「仏蘭西法ニ曰ク吾人ハ自己ノ引受クヘキ人ノ所為ニ付キ責ニ任スヘシト斯ク言ヘハ記載方ノ不注意ナルヨリシテ論理学ニ所謂循環推理（疑問ヲ以テ直チニ証拠トスルノ論）ト名クル不法ノ推理ニ陥ルコトアリ」⁷²と批判した。その上、「甲ノ人ヲシテ乙人ノ所為ノ責ニ任セシムルニハ甲ガ乙ニ対シ権力ヲ有スル場合ナラサルヘカラス此点ニ付キ前条（再閱修正民法草案391条を指す=筆者注）ハ仏蘭西法ノ千三百八十四条ヨリモ一層明確ナル原則を記載ス」⁷³として、監督義務の正当化根拠を、監督者が被監督者に対して「威権ヲ有スル」ことに求めることを明文で定めた（再閱修正民法草案891条、旧民法財産編371条参照）。つまり、AをしてBのした加害行為の責任を負わせるためには、AがBに対して、Bの加害行為を防止するに足りるだけの「権力」を有しなければならないというのである⁷⁴。

(3) 同居要件　ボワソナード民法草案ないし旧民法は、監督者が被監督者に対して「権力」を有することを監督義務の根拠とするのみならず、監督義務を負わせるための要件として監督者と被監督者との同居を求めている。その理由として、次のことが挙げられている。　「父の権力ヨリ生

71 今日では、それが「自己ガ責ニ任ズベキ」と訳されたり（神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書（16）仏蘭西民法 []』（有斐閣、1956年復刊）参照）、「自己が責任を負うべき」と訳されたりしている（法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典 物権・債権関係』（法曹会、1982年）参照）。

72 ボワソナード・再閱修正民法草案第2巻311頁参照。

73 ボワソナード・再閱修正民法草案第2巻310頁参照。

74 ボワソナード・民法草案講義（二）253コマ、同・注釈民法草案第3巻82-83頁、旧民法理由書（四）330コマ参照。

シタル此法律上ノ権ニ拘ハラス尚ホ實際上此権力ヲ行フコトヲ得ヘキ景況アルコトヲ法律上企望スル」ところである⁷⁵。「別居シタル子孫ノ所為ニ付テ尊屬ノ者ニ其責任ヲ負ハシムルハ余リ苛酷ト云フヘシ」⁷⁶。「卑屬ノ者別居スルトキニ当テ尊屬ニ責任ヲ負ハシメスト雖モ敢テ弊害ナカルヘシ何トナレハカ、ル場合ニ於テハ殆ト常ニ他ニ責任ヲ有スヘキ人アルヲ以テナリ例ヘハ本条（注釈民法草案 392 条を指す=筆者注）ノ第四項ニ於テ予定シタルカ如ク教師又ハ職工授業師ノ如キ是レナリ」⁷⁷、などである。したがって、同居は「継続シタル監督及ヒ威力アルカ為メニ必要ノ条件」⁷⁸であり、「終始監督ヲ為シ勢力ヲ及ホスノ為メノ緊要ナル条件」⁷⁹である。この点は、父または母といえども、その家を去ったときは、親権を行使することはできないと定める旧民法人事編 149 条 3 項の趣旨に通じるものといえよう。尊屬親が法律上未成年の子に対して親権を有するとしても、その子と同居して一緒に生活する場合でなければ、その親権を行使して子の監督・教育義務を果たすことができないからである。

他方、精神障害者を看守する者および教師等が負うべき責任については、同居要件が明記されていない。それは、看守者の「責任ハ看守ニ基クモノ」⁸⁰であるから、看守の義務を果たすために、看守者は常時自らを、被看守者を看守できる状態下に置かなければならないので、実質的には同居と同様だからである⁸¹。教師等の責任もまた、生徒等を「監督スルノ際ニ行フタル所為ニ制限」⁸²しているから、同居要件を要するのとはほぼ同様と

75 ボワソナード・注釈民法草案第 3 卷 84 頁。なお、同・再閣修正民法草案第 2 卷 311 頁、旧民法理由書（四）331 コマ参照。

76 ボワソナード・注釈民法草案第 3 卷 84 頁。なお、同・再閣修正民法草案第 2 卷 311 頁、旧民法理由書（四）331-332 コマ参照。

77 ボワソナード・注釈民法草案第 3 卷 84 頁。なお、同・再閣修正民法草案第 2 卷 311 頁も参照。

78 ボワソナード・注釈民法草案第 3 卷 86 頁。旧民法理由書（四）334 コマ参照。

79 ボワソナード・再閣修正民法草案第 2 卷 313 頁。

80 ボワソナード・注釈民法草案第 3 卷 87 頁。

81 ボワソナード・再閣修正民法草案第 2 卷 313 頁、旧民法理由書（四）335 コマ参照。

82 ボワソナード・注釈民法草案第 3 卷 88 頁。

考えられている⁸³。

4 監督義務者の権限

(1) 監督義務者 　　どういう者が他人に対して「威権」を有し、かつその「威権」をもってその他人が加害行為を行うことを防止することができるかを定めるのが再閣修正民法草案 892 条すなわち旧民法財産編 372 条である⁸⁴。未成年者については、「父権を行う尊属親」すなわち親権者⁸⁵、または未成年後見人がその監督義務者であることは明文で規定されている(再閣修正民法草案 892 条 1 項・2 項前段、旧民法財産編 372 条 1 項・2 項参照)。これに対して、精神障害者については、単に監守者(再閣修正民法草案 892 条 3 項参照)または看守者(旧民法財産編 372 条 3 項参照)としか定められておらず、その範囲が定かでない。その理由は、おそらく旧民法人事編草案の内容がまだ明らかにされていないからだと思われる⁸⁶。

明治初年の慣習法上、後見は原則として戸主となる未成年者にのみ付されるものであった⁸⁷。この原則は明治初期の各民法草案でも維持されていた。たとえば、改刪未定本民法はその 118 条において、「幼年ニシテ家督相続セシトキハ親族ノ内一人ヲ後見人ト定メ戸長へ届出ヘシ但シ親族アラサルトキハ戸長ヨリ後見人ヲ命スヘシ」と、家督相続をした未成年者にの

83 ボワソナード・再閣修正民法草案第 2 巻 314 頁、旧民法理由書(四) 335 コマ参照。

84 民法理由書(四) 331 コマ参照。

85 旧民法人事編 149 条以下が「親権」について規定しているのに、旧民法財産編 372 条 1 項においては「父権ヲ行フ尊属親」とされたのは、財産編完成当時、人事編の内容がまだ確定されていないからである(民法理由書(四) 331 コマ参照)。両者は同一の意味と解されている(本野ほか・前掲注(54) 689 頁、井上正一・前掲注(54) 476 頁参照)。反対、磯部・前掲注(54) 1612 丁。

86 ボワソナード・注釈民法草案第 3 巻 87 頁。なお、同・再閣修正民法草案第 2 巻 313 頁参照。

87 司法省蔵版『民事慣例類集』(明治 10 年 5 月刊行) 300 頁以下、法務大臣官房司法法制調査部監修『全国民事慣例類集』(司法省蔵版明治 13 年 3 月印行、商事法務、1989 年) 300 頁以下、石井良助「我が古法に於ける後見と中継相続続考(一)」法協 67 巻 5 号(1949 年) 404、414 頁以下、同「我が古法に於ける後見と中継相続続考(二)」法協 68 巻 3 号(1950 年) 261、299 頁参照。

み後見人を付することとした。民法第一人事篇⁸⁸ 118 条や明治 7 年後見人規則⁸⁹ 1 条も同様である。未成年者たる戸主に限る後見を未成年者後見一般に広げたのがフランス民法の絶対的影響下にある明治 11 年民法草案である (同 346 条以下)。

他方、改刪未定本民法は、禁治産制度を設けた (同 132 条以下) もの、禁治産を受けた精神障害者を後見に付するのではなく、戸長は、その相続人が定まるまでは仮に「支配人」を命じてその身体および財産を監督しなければならないとしたに過ぎない (同 134 条。民法第一人事篇 134 条も同様)。もっとも、支配人は「其心得幼者ノ後見人ト均シカルヘシ」とされている (改刪未定本民法 137 条、民法第一人事篇 137 条) から、実質的には後見人と同じ役割を担う者であるとみてよかろう。禁治産者を後見に付すべきことを明文で定めた最初のものとして現在確認できるのは明治 6 年後見人規則⁹⁰である。すなわち、『白痴並ニ精神錯乱ノ病状アル丁年者』行権ノ禁ヲ受ケ (民法ノ諸件ヲ行ハシメザルコト)「シ者ノ為ニ (後見人ヲ) 置ク所ノ後見人ノ規則」幼 (年) 者ニ同ジ』(26 条)⁹¹。明治 11 年民法草案は禁治産者後見をより一層詳しく定めるようになった (同 443 条以下。とりわけ 459-463 条参照)。実務では、1888 (明治 21) 年ころに、戸主が精神上の障害にり患した場合にその妻をもって後見人と定めることができる旨の命令があった⁹²。その後、旧民法人事編も同様に、未成年後見

88 全 140 条からなる。司法省本省において 1872 年 5 月 31 日 (明治 5 年 4 月 25 日) から同年 11 月 14 日 (同年 10 月 14 日) までの間に編纂されたものである (手塚・前掲注 (15) 59 頁参照)。条文は、手塚・前掲注 (15) 46-59 頁に収録されている。

89 左院民法草案の 1 つで 1874 (明治 7) 年 1 月に作成されたものとされる (石井・前掲注 (16) 91 頁参照)。後述明治 6 年後見人規則を修正してできた確定案である (石井・前掲注 (16) 86 頁参照)。なお、この 2 つの後見人規則は石井・前掲注 (16) 86-95 頁に収録されている。

90 左院民法草案の 1 つで 1873 (明治 6) 年 4 月 13 日に作成されたものとされる (石井・前掲注 (16) 91 頁参照)。

91 明治 7 年後見人規則には禁治産に関する規定が設けられていない。

92 東京府伺 (明治 21 年 4 月 21 日) に対する同年 4 月 30 日の指令、東京府伺 (明治 25 年 5 月 28 日) に対する同年 6 月 3 日の指令 (金田謙 『人事慣例全集』

(161条以下) および禁治産者後見(224条以下)に関する規定を設けた。

それでは、看守者(旧民法財産編372条3項)とはどのような者を指すものだろうか。精神障害者の後見について、ボワソナードは、それを「治療ヲ為シ得ヘキモノ」と「治療ヲ為シ得可カラサルモノ」⁹³の2種類に区別して規定されるべきであり、前者は「仮ニ之ヲ特別病院ニ入レ又之ヲ其家族ノ者ニ委託スルコトヲ得ヘシ」、後者は「後見人ヲ附スヘキモノトス」⁹⁴という見解を示した。しかし、精神障害者の監督義務者責任については、「法律ハ愛ニ瘋癲ヨリ生スル無能力ニ関スル区別ヲ為サ、レトモ白痴ノ看守ヲ為スモノヲシテ白痴ノ加ヘタル損害ノ責ニ任セシム」⁹⁵。したがって、看守者には、本人の「親族又は癲狂院長」⁹⁶のみならず、後見人も含まれるとボワソナードが考えていたようである。そうすると、精神障害者については、その者が禁治産者であるときは、後見人がその看守者となってその監督義務を負うことになり、その者が禁治産者でないときは、その同居親族が看守者となるが、その者が精神病院に入院したときは、当該精神病院の院長が看守者となってその監督義務を負うことになることと解すべきであろう。

しかしそのように解すると、旧民法財産編372条2項との関係が問題になる。というのはこうである。前述のように、旧民法では禁治産者にも後見人を付されることになった(人事編224条参照)。ボワソナード民法草案は未成年後見人の監督義務者責任についてのみ規定している(再閣修正民法草案892条2項前段参照)から、禁治産者の後見人が負う監督義務者

(自治館、1911年)278頁、535頁)参照。ほかに、認知症高齢者である戸主(75歳余)のために後見人を選任することが認められた事例がある(金田・前掲516頁参照)。

93 ボワソナード・再閣修正民法草案第2巻313頁。なお、同・注釈民法草案第3巻87頁参照。

94 ボワソナード・再閣修正民法草案第2巻313頁。なお、同・注釈民法草案第3巻87頁参照。

95 ボワソナード・再閣修正民法草案第2巻313頁。なお、同・注釈民法草案第3巻87頁参照。

96 ボワソナード・民法草案講義(二)254コマ参照。

責任の根拠規定となるのは必然的に同草案 892 条 3 項になる。しかし、旧民法財産編 372 条 2 項は「後見人八己レト同居スル被後見人ノ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス」と規定し、少なくとも文理上は未成年後見人に限らず、禁治産者の後見人もそこに含まれると解することができそうだからである。同規定は旧民法人事編 224 条の規定を受けて禁治産者の後見人を含ませるために修正されたのかどうかは疑問である。当該条文の修正は民法編纂局上申案提出後法律取調委員会による審査に入るまでに行われていたことが分かっているが⁹⁷、どの時点で、どのような理由で修正されたかは明らかでない。旧民法理由書は、旧民法財産編 372 条の理由中、「被後見人ノ年齢ニ至テハ特ニ定ムル所ナシト雖モ其未成年タルトキニ在ラサレハ後見アラサルカ故ニ其未成年者タルヘキハ論ヲ俟タス」⁹⁸と述べられていることから、禁治産者の後見人を含ませるために修正されたわけではないようにもみえるが、その後の解説書には、同条の後見人は未成年後見人と禁治産者の後見人の両方を含むものと解するものがある⁹⁹。根拠条文が異なるものにせよ、禁治産者の後見人が禁治産者に対して監督義務を負うことには違いはなからう。

旧民法人事編によれば、「心神喪失ノ常況ニ在ル者八時時本心ニ復スルコト有ルモ」、「配偶者、四親等内ノ親族、戸主及ヒ検事」の請求により、

97 1886 (明治 19) 年 3 月末に提出された民法編纂局上申案 892 条 2 項は再閲修正民法草案 892 条 2 項と同様、未成年後見人の責任に限定して規定していた。これに対して、法律取調委員会の議事速記によれば、1888 (明治 21) 年 2 月 21 日に、旧民法財産編 372 条に相当する草案 392 条が審査された。そのときの審査に供された原案は、「後見人八其受後見人ノ加ヘタル損害ニ付キ又夫八其婦ノ加ヘタル損害ニ付キ同一ノ責ニ任ス但右ニ同シク同居ノ要件アルコトヲ要ス」(392 条 2 項)となっており、すでに旧民法財産編 372 条 2 項のように、未成年後見に限定されていないかった (『法律取調委員会・民法草案財産編議事速記録』(日本学術振興会、1939 年) 第 4 巻 305 丁、316 丁参照)。なお、民法編纂局上申案の条文は、『公文類聚第十四編ノ明治二十三年ノ卷之八十一ノ民法門一ノ民法一ノ類 572』国立公文書館 デジタルアーカイブ <https://www.digital.archives.go.jp/DAS/meta/listPhoto?BID=F00000000000000005682&ID=M0000000000001727353> 2016 年 8 月 25 日アクセス 参照。

98 旧民法理由書 (四) 334-335 コマ。

99 磯部・前掲注 (54) 1613 丁参照。

区裁判所は「其治産ヲ禁スルコトヲ得」る（同 222 条・223 条 1 項）。禁治産者は後見に付される（同 224 条 1 項）。その場合において、配偶者がいるときは、「配偶者ハ当然相互ニ後見人ト為」り、配偶者がいないときは、「其家ノ父後見人ト為リ父アラサルトキハ親権ヲ行フコトヲ得ヘキ母後見人ト為ル」（旧民法人事編 224 条 2 項）。父または母は、未成年後見人を指定する場合と同じ方法（同 165 条）により禁治産者の後見人を指定することもできるが、後見人を指定しなかったときは、同 166 条の準用により、その家の祖父が当然後見人となり、未成年の家族については成年の戸主が後見人となる（同 224 条 3 項）。そして、法定後見人も遺言後見人もいないときは、親族会が後見人を選定する（同 224 条 4 項）。しかも、後見人は、原則として親族会の免除を得ない限りは後見を承諾しなければならない（同 226 条 163 条 1 項）。

以上を見る限り、旧民法においては、禁治産者の後見制度は親族後見を中心に構築されており、したがって、精神障害者についてその監督義務を負う者すなわち看守者に該当する者は主としてその親族である、と結論づけることは一応許されよう。

(2) 監督義務者の権限 旧民法およびそれ以前の各民法草案において、監督義務者には強大な権限が付与されていた。たとえば、父権を行う尊属親には、居所指定権（改刪未定本民法 110 条、旧民法人事編 150 条）、懲戒権（旧民法人事編 151 条）、懲戒場に入所させる権利（改刪未定本民法 111-113 条、旧民法人事編 152 条）が認められている。そして、「後見は親権の延長」といわれているように、旧民法においては、未成年後見人¹⁰⁰にも、親権者とほぼ同様の権限が認められている（旧民法人事編

100 旧民法人事編によれば、未成年後見は、「未成年者ノ父又ハ母ニシテ生存スル者ノ死亡」などによって開始される（同 161 条）。親権を行使する父または母がその生前に、「遺言書若クハ証書ヲ以テ」または「区裁判所ニ口述シテ」後見人を指定した（同 164 条・165 条）場合には、指定された者がその後見人となる。そのような指定がないときは、その家の祖父が当然後見人となるが、未成年の家族については成年の戸主が後見人となる（同 166 条）。旧民法人事編第 164 条および第 166 条によっても後見人が定まらないときは、「親族会ニ

184・185条)¹⁰¹。

精神障害者の監督義務者である看守者にも強い権限が与えられている。

本人が禁治産者であるときは、親族会の決議によって、「禁治産者ヲ自宅ニ療養セシメ又ハ之ヲ病院ニ入ラシムル」ことができる(旧民法人事編227条本文)。もっとも、「瘋癲病院ニ入ラシメ又ハ自宅ニ監置する」ための手続は特別法によるとされる(同条但書)が、1900年に精神病患者監護法が制定されるまで待たなければならなかった。また、未成年者の後見に関する規定は禁治産者の後见到準用される(旧民法人事編226条)ので、禁治産者の後見人は未成年後見人と同様に、居所指定権および懲戒権を有する。本人が禁治産宣告を受けていない場合であっても、その配偶者、親族、戸主および検事もまた、裁判所の許可を得て特別法に定める手続に従って、本人を「瘋癲病院」に入院させるか、または自宅に監置するかを決めることができる(旧民法人事編238条1項)。この場合、裁判所は、ただちに仮管理人を指定しなければならない(同238条2項)。仮管理人はほぼ禁治産者の後見人と同一視される(同240条)。

四 まとめおよび今後の課題

1 まとめ

旧民法財産編371条および372条を改正してできた¹⁰²明治民法714条はドイツ民法832条(同第1草案710条・第2草案755条)にならって作られたものであるが¹⁰³、監督義務者責任制度の創設はフランス民法の絶対的影響下に置かれる改刪未定本民法にさかのぼることができる。

監督義務者責任は自己責任の原則に対する例外である(旧民法財産編371条参照)。このような観点からか、ボワソナードの構想する監督義務

於テ後見人ヲ選定ス」る(同167条)。しかも、後見人は、原則として「親族会ノ免除ヲ得サル限りハ後見ヲ承諾」しなければならない(同163条1項)。

101 旧民法理由書(四)334コマ参照。

102 前掲注(49)法典調査会民法議事速記録第41巻41の3丁[穂積発言]参照。

103 松坂・前掲注(14)161頁参照。

者責任制度の枠組みは現行民法よりも厳格である。その特徴として次の点をあげることができよう。第1は法定監督義務者を限定列挙することである。これによって、解釈による法定監督義務者該当者の範囲拡大に歯止めをかけることができる。もっとも、精神障害者の法定監督義務者とされる看守者については、解釈により広がる余地がなお残されている。第2は監督者が被監督者に対して「威権」を有することを定め（旧民法財産編371条）、監督義務の発生根拠ないし正当化根拠を明らかにしたことである。精神障害者とその看守者との関係についていえば、看守者には、自宅監置権および精神病院に入所させる権利、居所指定権および懲戒権が認められている（前述三4参照）。第3は監督義務遂行の実質的可能性を示すための要件として、監督者と被監督者との同居を定めることである（旧民法財産編372条1項・2項参照）。精神障害者については、「看守」という用語には同居またはこれに準ずる形態がすでに含まれている。ポワソナードはさらに、監督者と被監督者の関係の緊密度に着目し、監督義務者責任については免責を認めるが（旧民法財産編372条5項）、使用者責任については免責を認めず（旧民法財産編373条参照）、監督義務者責任の軽減を図ったことである。使用者はその雇人を自由に選択しまたは解雇することができるが、監督義務者はそのような自由がないからである。

2 今後の課題

監督義務者責任の立法史的検討という本来の目的からすれば、明治民法および特別法である精神病者監護法についても検討しなければならないが、本稿は、字数制限の関係上、これを割愛せざるを得なかった。これを今後の課題とし、本稿を締めくくりたい。