

家族間の違法行為と責任

もくじ

小野 幸 二

- 一 はじめに
- 二 尊属殺違憲判決の現代的意義
 - 一 最高裁違憲判決
 - 二 判決の意義づけ
 - 三 判決の非論理性
 - 四 親子のモラルと法
 - 五 孝の観念と個人の尊厳
 - 六 改正と判例の動向
- 三 親族相盗例と家族的特殊性
 - 一 刑法二四四条一項
 - 二 刑の免除と犯罪体系

家族間の違法行為と責任（小野）

三 親族相盜例と規定の不均衡

四 若干の検討

四 親族間の不法行為

一 問題の提起

二 学説の概要

三 私見

一 はじめに

刑法は、親族間の犯罪について他人間の犯罪とは異なった取り扱いをしている。親族間の殺人、傷害致死、遺棄、逮捕監禁については、刑を加重し、逆に窃盜、不動産侵奪、詐欺、背任、恐喝、横領などの行為には刑を軽くしている。本来の意味での親族間の犯罪ではないが、犯人蔵匿、証憑湮滅および贓物罪については親族に対し特例をさだめている。前者は、儒教思想によって強い影響をうけた孝の道德が支配した時代に規定されたものであり、後者は親族間の情誼が考慮されて規定されたものである。元来、孝の觀念は封建的家族秩序を維持するためのものであった。戦後の新しい民法によって家族制度は廃止され、尊属も卑属も一個の人格者として平等に尊重されるようになった（憲法二四條二項、民法一條ノ二）。一方親族関係もこんにち大きな変革を遂げた。高度經濟成長に基因する人口の都市集中、

それに伴う地方の過疎化および都市の住宅難、経済的豊かさからくる自己意識の高揚と家族からの独立、それらを複合的原因とする核家族化現象、ここにむかしながらの家族主義は法のみならず現実においても崩壊し、親と未成熟の子を中心とする最少限家族構成が普通となってきた。そこで、これら個人主義理念の確立と社会状況の変化によって、さきにあげた親族間犯罪はいまや再検討されなければならない時期にきている。現に、法制審議会刑事法特別部会は、この犯罪について全面的改正を行ないつつある。同部会改正刑法草案によれば、尊属殺人罪（刑法二〇〇条）、尊属傷害致死罪（同法二〇五条二項）、尊属遺棄罪（同法二一八条二項）、尊属逮捕監禁罪（同法二二〇条二項）は全部削除され、親族相盜（刑法二四四条）は「現代の社会生活における親族関係の実情等を考慮して」、現行法よりやや刑が重くなっている（改刑草案三三八条）。犯人蔵匿および証憑湮滅罪における親族間の特例（刑法一〇五条）や親族間の贓物罪（同法二五七条）も同様の配慮から改正が行なわれている（改刑草案一六三条三項、同一六七条三項、同三六四条）。

本稿は、かような時代の流れを十分に意識しながら、もっとも問題の多い尊属殺人罪と親族相盜例を家族法的見地から取り扱うものである。とくに前者は、昭和四八年四月四日下された最高裁違憲判決を機縁として、その法意識の背景を追求、将来起りうる問題を提起し、一応の指標を見い出さんとするものである。

親族間の不法行為に関する問題は、従来からあまり論じられていない。それは、親族間で不法行為が行なわれたとしても家族によって自治的に解決され紛争が表面化しなかったことによる。したがってこれに関する判例や文献もほとんど存在しない。ところが、こんにちモータリゼーションの影響でマイカーによる交通事故が多発し、これら親族間において発生した交通事故が自賠責保険における保険金給付の対象になるかが論議されるようになった。けだし、

保険金が給付されるには、加害者に民事上の責任、本問でいえば親族間の不法行為責任がみとめられなければならないからである。このようにして、自賠責で脚光を浴びることとなった親族間の不法行為はいかに解釈されるべきか。といった親族間の加害行為に違法性があるのか、責任があるのか、これが本問の課題である。

二 尊属殺違憲判決の現代的意義

一 最高裁違憲判決

最高裁大法廷は、昭和四八年四月四日「刑法二〇〇条の尊属殺重罰規定は、合理的根拠にもとづく差別的取り扱いということはできない」として、違憲無効の判断を下した。司法の進歩を示したものとして、この判決に対する反響は大きく、あらゆるマスコミ機関によって大々的に報道されたことは、まだわれわれの耳目に新しい。いまから二三年前、最高裁が尊属傷害致死事件について下した合憲判決のなかで、違憲説をとらえ「ただ徒らに新奇を逐う思い上がった忘恩の思想」と痛烈に批判され、「世道人心を誤るものとして絶対に反対」された当時の斎藤悠輔裁判官のような「違憲判決は法体系を根本からくずすバカな判決。裁判官が俗論に迷ったとしか思えない」（四月四日東京新聞夕刊）という一部の批判を除けば、⁽¹⁾この判決は画期的な判決として多くの人々によって好感をもって迎えられたようである。さきの判決で強く違憲説を主張された真野毅元裁判官は、「遅きに失したきらいはあるが、名判決。最高裁の歴史的な前進」と評価されている。⁽²⁾ともあれ、刑法二〇〇条の尊属殺重罰規定は、四月一五日をもって違憲・無効が確定、

失効した。これにより最高裁判所は、その事務処理規則一四条によって裁判書の正本を国会に送付、以後刑法の改正は立法府にゆだねられることになった。したがって、刑法二〇〇条はもち論、おそらく同条の関係条文も含め、早晚刑法の一部改正が行なわれることは必至となった。

そこで、これを機会に、個人の尊厳と人格平等を基調とする民主主義理念のなかで、現代における親子間のモラルはどうあるべきか、この判決をとおして考察するのも決して無駄ではないであろう。私なりにこの判決への今日的意義付けを与えてみよう。

二 判決の意義づけ

最高裁の多数意見はおおむねこうである。⁽³⁾ 憲法一四一条一項は法の下の平等を保障する規定で、合理的根拠に基づかない差別的取り扱いを禁止するものである。刑法二〇〇条の法定刑は、死刑のみで普通殺人罪にくらべ刑の範囲が重くかつ限定され、いかに酌量すべき情状があっても刑の執行も猶予できないなどの問題がある。このような法定刑の定め方は、尊属に対する敬愛報恩という自然的情愛ないし普遍的倫理の維持尊重の観点からは説明がつきかね、合理的根拠に基づく差別的取り扱いということができない。

一べつしてもわかるように、この判決は、尊属殺の法定刑が普通殺の法定刑より極端に重いので違憲だとしたのである。つまり、尊属殺のいわゆる「重罰規定」のみを違憲としたのであって、普通殺と差別した「尊属殺人罪全体」を違憲無効としたものではない。むしろ、「尊属に対する尊重報恩は社会生活上の基本的道義」であるから、尊属殺を法律上一般的に刑を重くしても、ただちに不合理な差別ではないという多数意見からは、重罰規定を除けば尊属殺

の規定は合憲という推論が成り立つ。この論に立てば、今度の三事件も刑が不当でさえなければ「九対六」で合憲という判断がなされたはずである。この点で、今回の判決は「生殺し判決」とか「半違憲判決」と非難されてもしかたのない面をもっている。たしかに、違憲判断に慎重すぎた最高裁が、たとえ生殺し判決にせよ今回違憲判決を下したという事は、司法の、そして法の前進であったといえるし、それなりに評価されなければならないが、反面「法の番人が『道德革命』」と報ずる新聞記事がなにかしらじらしく感じられるのは、はたして私だけだろうか。

三 判決の非論理性

今回の最高裁判決は、主として重罰規定の内包する不合理性を除くために違憲としたものであるが、そこには論理の矛盾がみられる。多数意見によれば、法定刑を死刑および無期懲役に限定するような刑の定め方が、尊属に対する敬愛報恩という自然的情愛からは説明がつかないというが、第一に刑が相当であれば自然的情愛から説明がつくというのだろうか、第二に通常のばあいとは逆に、加害者たる卑属に大なる非があり、死刑または無期懲役刑が相当とおもわれるばあい、最高裁の論法によれば、かようなばあいは差別に合理的な根拠があり、合憲とならなければならないはずである。根本的に「尊属に対する尊重報恩は社会生活上の根本的道義であって」、「尊属の殺害は重い社会的道義的非難を受けるべきもの」と解すれば、刑の軽重だけによって合憲、違憲の判断を下すことはできないはずである。もし、重罰規定のみを考慮したのであれば、それは憲法一四条の問題というより、罪刑均衡の問題として憲法三一条が問疑されなければならなかつたらう。つまりは、最高裁の理論は、一般論としての説得力に乏しいといわねばならない。

四 親子のモラルと法

もっとも、最高裁判決は本件につき犯情が軽い場合だけを念頭に、あるいは犯情の重い卑属も含めて、法定刑が極端に重いことが違憲だというのだろうが、だからといって、逆に刑が軽ければ（相当な刑であれば）合憲という理屈は当然には立ちがたいようにおもわれる。なるほど、多数意見の指摘するように「尊属に対する尊重報恩は社会生活上の基本的道義であって」、「尊属の殺害は重い社会的道義的非難を受けるべきもの」ではあるが、それはあくまで社会的道義的非難にとどまるべきであって、このことを「処罰に反映させ」、さらにかかる行為について「法律上一般的に刑を重くする」ことは、憲法一四条に違反し許されないことである。すなわち、「尊属卑属間の相互敬愛等の保持は、自然の情愛の発露にゆだねるのが相当」（下村裁判官）であって、かような道義は法律で保つべきではないのである。このことは「孝を軽しとするのではなく、孝を法律の手のとどかぬほど重いものとするのである」（穂積元裁判官）。

このような見方に対しては、親を殺したり放置したり、子供を平気で殺したり捨てたりする最近の悪い風潮をさらに助長するのではないかとの批判がなされ得るが、これに対しては、こんどの最高裁判決も一般には極めて冷静に受けとめられたこと、および「憲法の立場からみて当然。法律できめられなくても親は大切にします」（前記新聞）という若者の言葉にもみられるように、法と世相・モラルとは別問題、法律に支えられるような親子関係は価値なしという意見が用意されよう。

今回の最高裁判決は、昭和二五年一〇月一日、親子の道徳は人倫の大本、自然法に属するものであって、反対説

はいわゆる「浴場と共に子供まで流してしまふ」の論だとして「一三対二」の多数意見で合憲説を打ち出したみずからの判断を、四半世紀たった今日、今度は「一四対一」の圧倒的多数意見をもってくつがえしたものである。数の上からみればまさにコペルニクスの回転である。しかし、今まで、見てきたことから判然とするように、多数意見は二分し、反対意見を加え本判決は三つの見解が激しく対立しているのである。それはこの問題がすぐれてイデオロギ―の対立に起因する結果であるが、多数意見の主流の見解は二三年前の合憲判決とその思想的背景においてさほどの変化はみられないのである。二五年判決以来、相次いでなされた合憲判決に、あるいは柔軟的態度がみられないことはなかつたが、それは刑の執行猶予ができない（刑法二〇〇条、六八条、七一条、二五条）などの不合理を救済せんとするがための苦肉の策だったのであり、本違憲判決においてもそれが大きなポイントとなったことは判決みずから認めているとおりでである。かような最高裁の基本的姿勢からして、今回の「尊属殺人罪の特別規定をおくことはかならずしも不合理な差別でない」という多数意見は当然予想されたものではあったが、実はこの点が今後、大きな問題を残すこととなった。けだし、この見地からすれば、理論上は重罰規定だけを改正し、なお尊属殺人罪はそのまま残すこともでき、同様に他の尊属犯罪もそこにさだめられた加重規定をいかにみるかによって、やはり規定の存続が可能となるからである（もっとも、今回の判決はこれら諸規定には効力が及ばないのであるが、今後の問題として）。ここに、おいて、多数意見のいうように、はたして右の差別が合理的な根拠に基づくものといえるだろうか、検討しておかねばなるまい。

五 孝の観念と個人の尊厳

そもそも、親殺しの刑罰規定は、唐律の影響のもと、律令によってはじめて制定されて以来、江戸時代の「御定書百箇条」、明治の仮刑律、新律綱領、改定律例および旧刑法を経て現行法に至っている。その間、戦後の改正で皇室に対する罪は消えたが、同時に削除されてしかるべきであった尊属殺人の重罰規定だけは残された。その理由について、当時の司法大臣は国会で「わが国における尊属尊重、敬愛の国民感情からいまこれを改正する気持ちはない」と答弁している。その背景にあるものは明らかに、旧体制下の家族主義的思想であり、儒教思想にもとづいた孝道の観念である。家族制度は一般社会の階級的身分制によって支持されてきたもので、ここでは、たとえ親子の間柄であっても家族的支配の関係が維持され、子の尊属に対する尊重、報恩の精神が強調された。しかし、このような封建的イデオロギーは個人の尊敬と平等を基調とする憲法の理念と相反するものである。まして、現在の家族形態がいわゆる核家族化し、主として夫婦、未成熟の子によって構成されている場合、一層相互の関係は、尊重されなければならない。

「孝」とか「恩」の観念は、明治以来の天皇制イデオロギーを支えるものとして支持され、尊属殺重罰の規定も必要であった。すなわち、「天皇絶対主義政治体制を確立するためには、家族国家の理念をとおして、親に対する服従の道徳⁽⁴⁾＝孝の道徳を打ちたて、それを天皇の権威にたいする服従＝忠の道徳にまで拡大することが必要であった」のである。しかし、新憲法下の現在、かような意味の「孝」の道徳は失なわれた。法によって強制する意義はない。したがって、こんにち一般人と差別してとくに尊属に対する犯罪を重く処罰することは、たとえ刑が相当であっても、

すでに差別の合理的根拠を失っているものであり、許されないと考える。このことは、夫と妻、尊属と卑属を同等に処罰することにしてもまったく同様でなければならない。この見地から私は大隅裁判官をのぞく少数意見を支持するものである。

私は、これまでのべられた理由をもって、尊属たり卑属たるの関係は、憲法一四条の「社会的身分」に属し、かつ尊属に対する犯罪を一般犯罪と差別して処罰することは、その合理的根拠を欠くものと考え。したがって、刑法における尊属犯罪の諸規定はすみやかに廃止されるべきと思うのである。他国の立法をみても、重罰規定を設けている国は十指にみたない。イギリスやアメリカなどの英米法系の国々にはほとんどその例がみられない。わが国の刑法改正準備草案および改正刑法草案も重罰規定を置いていない。⁽⁵⁾

だが、今回の最高裁判決にさきだち(前日)田中法相が、重罰規定について合憲の見解を表明し、判決後も政府が「意外」の表情を表わしたことを思えば、今後の改正過程において、けっして予断は許されないのであるが、尊属殺人罪(刑法二〇〇条)の規定は当然として、尊属傷害致死罪(同二〇五条二項)、尊属遺棄罪(同二一八条二項)、尊属逮捕・監禁罪(同二二〇条二項)などの関連条項も削除されることが望ましい。

六 改正と判例の動向

判決後の改正作業は、刑法二〇〇条削除論、存置論ががっぷり四つにくんでなかなか進展をみない。本判決直後、最高検察庁は直ちに各検察庁に対し「今後尊属殺人に関し刑法二〇〇条は適用しない、係争中の事件は刑法一九九条を適用する」旨通達、法務省も五月二一日尊属殺人罪(刑法二〇〇条)など関連条項を全面削除した刑法改正案を作

成、五月一四日は法制審議会において決定、そしてこの法務省原案は一八日閣議に提出され、政府案として承認された。しかしその直後自民党政調審議会の反対にあい、結局政府案の国会提出は「凍結」されてしまった。自民党の反対理由は、「尊属に対する尊重報恩は、刑法上の保護に値する」という判決文もさることながら、「法は道徳を無視してはいかん。二〇〇条の削除は、道徳を重んじる精神までなくしてしまふ。親は大事なものだ、という趣旨だけは残さなくては」という大竹衆議院法務委員会理事の発言（読売七月六日）にみられるように、親子間のモラルに対する危機意識が根底となっている。さらに、七月四日参議院自民党は議員総会で「最高裁の多数意見を尊重し、刑法二〇〇条の規定中『死刑または無期』の次に『若しくは四年以上の』を挿入し、尊属殺の規定を存置するとの決議を行ない、自民党内部の論争はこれを機に存置論へと動きだした。衆議院法務委員会には、すでに削除を骨子とする社会党の改正案が付託されているが、七月一〇日の同委員会は「刑法改正に関する小委員会」を設置することを決定、自民党の総務会も七月一三日早急に同党案を作することを申し合わせ、これをうけた政調審議会は直ちに審議にはいった。そして同審議会は一六日寺本法務部会長の案を同党案とすることで一致、一七日の総務会でこれを党議決定のうえ国会に提出することとなった。寺本案は、刑法二〇〇条の尊属殺人罪を「死刑または無期もしくは五年以上の懲役」とし、最低刑として懲役五年を加えることにより、同条文を改正存続させようとするものであるが（読売七月一七日）、もし自民党原案通り国会で可決されれば、再び右規定の違憲性が論議され、今後大きな問題を残すことは必定である。もっとも、衆議院法務委員会の刑法改正小委員会には「二〇〇条など一連の尊属犯重犯重罰規定の全面削除」を内容とする社会、共産、公明三党の刑法改正案がすでに付託されているので今後の成り行きが注目される。

去る六月八日東京高裁によって初の尊属殺破棄判決が言い渡された。アル中の父親を殺して尊属殺人罪に問われ、横浜地裁で懲役五年の判決を受けた事件であったが、高裁は一審判決を破棄、殺人罪で懲役二年を言い渡した。本来なら立法を待って判決されるべきなのだが、あまりにも国会審議が長引いているので、判決公判が開かれたものである。

尊属傷害致死事件については、すでにあい反する二つの判決がでている。五月三十一日の水戸地裁判決は「最高裁判決は尊属殺について判断を下したものであり、尊属傷害致死罪は別である」として尊属傷害致死罪（刑法二〇五条二項）を適用、これに対し、六月七日の京都地裁は、「尊属に対する重罰規定は憲法に違反する」として普通の傷害致死罪（刑法二〇五条一項）を適用した。

このように裁判所の判断もまちまちで、今後尊属傷害致死罪など尊属重罰規定につき憲法論争が一段と活発化してくるものとおもわれるが、立法の権威あるいは法的安定性の意味からも速やかな改正が必要である。

三 親族相盗例と家族的特殊性

一 刑法二四四条一項

刑法二四四条一項は、直系血族、配偶者および同居の親族の間において窃盗罪、不動産侵奪罪およびこれらの罪の未遂罪を犯した者は、その刑を免除し、その他の親族にかかるときは告訴を待って、その罪を論ずると規定している。

いわゆる親族相盜例を規定したものであるが、この法理は、家族間の窃盜に対しアクチオを認めなかったローマ法以来の伝統にもとづいているものである。フランス刑法(一八一〇年)三八〇条に規定されるにおよび、各国刑法典によつて広く採用されるに至つたのであるが、わが国では、フランス刑法を継受した旧刑法(明治一三年布告同一五年施行)三七七条が「祖父母、父母、夫妻、子孫及ヒ其ノ配偶者又ハ同居ノ兄弟姉妹互ニ其ノ財物ヲ窃取シタル者ハ、窃盜ヲ以テ論スルノ限リニ在ラス」と規定しこの原理を採り入れた。その後、親族相盜は改正刑法草案(明治二三年)第三六〇条で「本刑ヲ免ス」と規定され、現行刑法で「刑ヲ免除シ」とさだめられたのである。

二 刑の免除と犯罪体系

ここにおいて、「刑ヲ免除シ」の意義が問題となる。この点について、多数説は犯罪そのものは成立するが、親族という身分によつて刑罰だけが阻却されるばあい、すなわち人的処罰阻却事由あるいは一身刑罰阻却事由と解している。⁽⁶⁾ いわゆる人的処罰阻却事由に関する論争は古い。一九世紀において親族相盜例が各国刑法に導入されたことは前述したとおりであるが、ドイツ刑法二四七条二項は親族相盜例につき、「罰しない」と規定する。リスト、フランス、そしてベーリング等によつて認められた一身刑罰阻却事由(Persönliche Strafschließungsgründe)概念はドイツ法の解釈において通説的地位にまで高められるに至つた。

この概念を、いち早くわが国の刑法体系に組み入れられたのは小野博士であつた。博士は、犯罪の成立はあるが「一定の事由あるとき、殊に行爲者が一定の身分を有するとき、刑罰権の発生せざる場合がある。斯かる場合にその事由を処罰阻却原由と名づける⁽⁷⁾」と定義され、親族相盜例はその一つであると論ぜられたのであつた。そしてこの考

えに賛同されたのが木村教授であった。すなわち、教授によれば、「人的処罰阻却事由というは、一定の特殊な身分を具備する行為者に対して、刑罰請求権 (Strafanspruch) を発生せしめざる場合」であって、「刑罰請求権の発生を阻却するに止まるが故に、これを具備した行為は有責違法構成要件該当性を持つもの、即ち犯罪性を持ったものである」と。⁽⁸⁾

かような通説的見解に対し、主として体系論的立場から、痛烈な批判を開始されたのが、佐伯・竹田両教授であった。佐伯教授は、右の小野博士の見解について、「政治上の事由や人情の自然も刑法上意味をもつ限り刑法学的に還元されねばならぬ。そしてその還元が真に実質的な刑法学的還元であるためには違法性、責任性の問題への還元であらねばならぬ……第四の阻却原因成立の余地はない」とされ、⁽⁹⁾親族相盜は、「親の物は子の物という一種の共同体觀念が存するためにその違法性は窃盜として罰せねばならぬ程強くない」⁽¹⁰⁾ばあい、⁽¹¹⁾「結局窃盜としての可罰的違法性に達せざるものたらしめるもの」だと説明されている。

さて、この論争について、あまりにも有名な竹田・木村両教授の問答があるが、いろんな意味で興味があり、また問題点を浮き彫りにする意味で少々くどくどはなるが煩いをいとわず紹介してみよう。

竹田直平教授(当時は助教)は昭和一〇年法律時報七卷六号掲載の論文、「違法阻却および責任阻却と共犯および間接正犯」で、小野、木村説を批判され、つぎのようにのべられた。

「犯罪 (可罰的行為、但所謂行政犯は除く) は、(一)各本条の構成要件に該当する、(二)違法、(三)有責の行為である。

この定義は刑法の全体に妥当するものとして一般に異論なく認められている。この定義を承認する限りは、(一)犯罪た

る行為はこの三個の要件を具備する行為に限る、また犯罪行為は必ずこの三個の要件を具備することを要する、正犯行為たると共犯行為たるとによって異なることはない。(二)犯罪に非ざる行為は必ずこの三個の要件の何れかを欠くことを要する、従つて三個の要件以外の事情(例えば所謂一身の処罰阻却事由)の存否を以つて犯罪の成否を論ずることは許されない、という当然の推論をも承認せねばならぬ。この如き単純なる形式的考察において既に、前掲小野教授の『身分に因る犯罪不成立(阻却)』の觀念、木村教授の『人的処罰阻却事由』の觀念に対しては、閃々たる疑念を禁じ得ざるものがある。」「二四四條(親族相盜)の親族たる身分は、私の見る所によればむしろ違法性に、即ち行為の侵害性に関係するものと考え(親族に対しては抽象的可能的な承諾を推定し得る關係がある)。これを一〇五條と同列においてことを論ずるは精密を欠く。前掲小野教授の所説は、身分の刑法上の實質的意味について何等の分析省察を行うことなく、これを一括して同一に取扱ひ、犯罪性を阻却する事由となされるのは、体系理論的整理を欠くものではあるまいか。特に構成要件充足の理論を強調される小野教授が、構成要件要素の範圍を吟味せず、漫りに構成要件にも、違法または責任にも属せざる第四の要素(身分)を掲げて、犯罪性阻却を認められるのは不徹底であると思う。また木村教授が『期待不可能』が、一〇五條においては絶対的に推定されているとの理由を以て、親族たる身分が責任要素ではなく、犯罪概念要素に属せざる第五の要素、即ち『一身の処罰阻却事由』だとされるのは、私にとって一種の詭弁であると思われぬ。』

この竹田教授のきびしい木村論文批判に対して、木村亀二教授は同誌次号、「人的処罰阻却事由と責任無能力と期待不可能性—竹田直平助教の拙論批評について—」において、つぎのように反論を加えられた。

「竹田助教授は、私が人的処罰阻却事由を以て『犯罪の成否』を論じたもの、即ち、これを以って犯罪成立の要件と解したものとされるのであるらしい。しかし、私は、

『人的処罰阻却事由というのは、一定の特殊な身分を具備する行為者に対して、刑罰請求権 (Strafanspruch) を発せしめざる場合を意味するのであって (略)、それは、一旦発生成立したところの刑罰請求権を消滅せしめるところの所謂刑罰消滅事由ではない。それは刑罰請求権の発生を阻却するに止まるが故に、これを具備した行為は有責違法構成要件該当性を持つもの、即ち、犯罪性を持ったものである (略)』(志林三七卷四号四七頁)

として、明白に、竹田助教授の所謂犯罪の成否に関する三箇の要件に関するものではないことを述べて置いたのである。のみならず、私は、犯罪という言葉については諸種の意味が理解せられているので、誤解なきことを期するために態々註として、人的処罰阻却事由を具備した行為を、

『犯罪といふか否かは言葉の上の問題である。もし可罰的な行為のみを犯罪というならば犯罪ではない。しかし構成要件に該当した有責違法行為を犯罪となすならば犯罪である (中略)。唯だ、可罰的行為のみを犯罪なりとする見地からは、人的処罰阻却事由は「犯罪不成立」の事由であり、これを具備した行為は「犯罪を構成しない」ものである』(前掲四七頁註八)、

と論じて置いたのである。如何なる場合を以って人的処罰阻却事由を規定したとなすかについて、異論もあり得ようが、人的処罰阻却事由とは何を意味するかについては、特に、それが有責違法構成要件該当という犯罪成立の三要件に関するものでないことについては、内外の学説上異論のないところである。そうした『単純なる』ことがらについ

て理解なくして刑法を論ぜられんとする竹田助教授に対して、私こそ、『閃々たる疑念を禁じ得ざるものがある』と
いたいほどである。」

「私は、私の論文の中で、わが刑法第一〇五条を以って期待不可能に関する人的処罰阻却事由を規定したものであ
って、期待不可能という責任阻却事由を規定したものでないと考えている。これはリットラーの示唆に基くものであ
る。私の考えでは、責任および責任阻却事由の有無は裁判官の審査を待つて決定せられるところの価値判断の問題で
あるのに反して、刑法第一〇五条は期待不可能が法律上推定せられている場合であるから責任阻却事由ではなくして
人的処罰阻却事由だというのである。」

「以上において、私は、竹田助教授がその貴重なる論文において私の見解に対して述べられたところが、専ら私の
所論に対する誤解とその点に関する刑法の学説的理解の不充分からきたところのものであるらしいことを知り得
た。その誤解と理解の不充分とが、竹田助教授をして、私の所論に対して『詭弁』だとか『奇怪なる論理』だとかと
罵るに至らしめたことは甚だ遺憾であるが、しかし、それによって、私は、理解されることの困難さを新に理解し得
たことを深く感謝したく思う。竹田助教授はその論文の末尾において『盲評多罪』とせられている。竹田助教授の所
論が『盲評』か妄評かは読者の判断に委ねる外はなからう。しかし、私としては、他の思想主張を批判するにつ
いては今少し根本的な理解を持った上でなされることを切望して筆を擱くこととしよう。」

この木村教授の猛烈な反駁に対し、竹田教授は同誌九月号で「木村教授に答う」と題し再び反論されている。⁽¹²⁾蛇足
になるが、教授はそこで「その懇切なる示教にもかかわらず悉く私の論旨の核心を外れているので、私は何等所論を

改める動機を持たず、前言を反覆するの外ない」との立場から一応の反論を試みたのち、「以上述べた所により、誤解と学説的理解の不足(?)が、何れの側に存したかを明らかにし得たと思う。而して、『他の思想主義を批判するについては今少し根本的な理解を持ってなされることを希望する』との言葉をそのまま教授に呈したい。」と結んでおられる。

私は、学問の進歩は学説の対立によって止揚されるものと信ずるもののひとりであるが、この問答をみて、他説の批判を行なうばあいは当然ながらそれ相当の根拠をもって慎重になさねばならないことを再認識した。私はこれまでの論文で、かならず対立学説をあげ、批判し、そして一応の結論(私見)をだすことを基本的姿勢としてきたのであるが、その取り扱いがどれほど慎重であったかまったく寒心にたえない。ともあれ、このような形での論争がすくなくなつたこんにち、この竹田・木村問答は明治人の気概をしめすものとして興味深い。

さて、右の佐伯、竹田両教授の説に佐祖されたのが、滝川幸辰教授と草野豹一郎判事であつた。⁽¹³⁾ただ両教授が被害者の承諾を推定しうることを理由として、違法阻却原因ないし可罰性欠缺と解せられるのに対し、滝川教授は、侵害性に差異のないことを理由に責任阻却原因とされる点に相違がある。教授は、「一身の刑罰阻却原因という第四の犯罪不成立原因を認めない立場に賛成」されているのであるが、それでは刑法二四四条の特例をいかに考えられるのであるか。この点に関しては、利益の侵害、すなわち行為の違法性は行為そのものによって客観的に決定され、行為者の身分によって左右されるべきではない、との見地から、「親族相盗につき刑を免除しないしは告訴を待つて罪を論ずる理由は、むしろこれを期待可能性の欠缺ないしは減少に求むべきである、他人の物を盗むよりも親族の物を盗む

ことは容易であり、従ってありがちの事柄である。吾々は、各人に対し他人の物を盗む勿れ、という期待をかけ得るが、親族の物を盗む勿れ、ということに対し同じ程度の期待をかけることは困難である。刑法二四四条は人間のこの弱味に対して—冷たいものと思われがちの—法律の人間味を示したのである。⁽¹⁴⁾と理解されている。

三 親族相盗例と規定の不均衡

人的処罰阻却事由説に加えられる他の批判は、刑法二四四条一項の前段と後段との規定の不均衡についてである。けだし、人的処罰阻却事由説によれば、犯罪は成立するのであるから、前段のばあい刑の免除という有罪判決（刑訴法三三三条ないし三三五条参照）が言渡されることになり、かえって親族関係の遠い後段のばあいが告訴がない以上は訴追が許されず、かりに訴追されても公訴棄却（刑訴法三三八条四号）となるからである。そこで牧野博士は、この点について「関係の薄い者の間の行為でもこれを親告罪とするのであって見ると、関係の厚い者の間における行為は、一層、これを公訴の問題とすべきでない、ということが考えられてもかまらざるべきであろう。それでわたくしは、この場合における刑の免除は、犯罪の不成立を意味するものである、と解したい。すなわち、これに対して検察官が公訴を提起した場合においては、裁判所は、刑事訴訟法第三百三十四条によって刑の免除の裁判を為すべきでなく、事件の様により、第三百三十九条第一号により、起訴状に記載せられた事実が真実であっても、何らの罪となるべき真実を包含しないものとして、公訴棄却の決定をするか、または第三百三十六条により、被告事件が罪とならないものとして、無罪の言渡をなすべきである⁽¹⁵⁾」と解される。この考えに対し、江家教授は「近親者以外の親族相盗は、告訴の提起があれば、一般の窃盗と同様に処罰されるのであるから、近親者間の窃盗の方が不利であるとはいえないし、ま

た、実際問題として、近親者間の窃盗を起訴することは殆んどないのであるから、犯罪の不成立と解しなければならぬほどの不均衡ではない⁽¹⁶⁾」と反論され、団藤教授は、つぎのような解釈で右の不均衡を克服せんとされている。すなわち、「わたくしは、(イ)のばあいにも、(ロ)との権衡上、被害者の告訴を要するものと解する。すなわち、かりに被害者の告訴があっても、(イ)のばあいには刑が免除されるものと考えるのである。かように解すれば、(イ)の刑の免除は、本来の意味で、刑罰阻却原因だと解してさしつかえないことになり、したがって、また、かような身分関係についての錯誤は故意の成立に関係がないことになる⁽¹⁷⁾」と。結果の妥当性からみてまことに巧妙な理論構成というべきであるが、一項前段のばあいを、親告罪と解することの団藤説に対してはかなり抵抗が強い。八木前掲論文一七六頁は、「明文なくして前段も親告罪であると解することは困難で、甚だしき類推解釈と言えるのではなからうか」(立法論としては、前段も親告罪にすることが望ましいのではあるが)と批難されている。

四 若干の検討

刑法二四四条一項前段の規定する「刑の免除」の意義について、およそ、(1)人的処罰阻却事由説(犯罪成立説)⁽¹⁸⁾、(2)可罰的違法性阻却説(犯罪不成立説)⁽¹⁹⁾、(3)責任阻却説(犯罪不成立説)⁽²⁰⁾の三説が主張されているのであった。⁽²¹⁾第一説に対する批判はすでに見てきたとおりであるが、第二、第三説に対する批判も多い。第二説に対する主たる批判は、親族間の窃盗だからといって違法でないとはいえないということである。⁽²²⁾滝川(幸)教授は、「違法の実質が利益の侵害である限り、親族の利益を侵害することの違法性は他人の利益を侵害することのそれよりも弱いということは一応理由があるように思われる。しかし行為の違法性は客観的に定まる。被害者は財産的損害を受けた限りにおいてそれだけ

の損害を蒙るのであって侵害後に犯人が親族であることがわかったからとて被害が少くなるわけでない。利益の侵害即ち行為の違法性は行為そのものによって決定せられ、行為者の身分によって左右せらるべきものではない。この意味において親族相盗における行為の違法性と他人の物を盗むことのそれとの間に差異はないと考える⁽²³⁾とのべておられる。木村教授は、刑法二四二条において自己の財物を窃取するときでも違法とせられるのに、親族だからといつてもいやしくも他人の財物を窃取するの違法性がないというのははなはだ不合理であるとされ⁽²⁴⁾、八木論文は、教授のいわゆる二元的考察から、疎遠な親族についてまで可罰的違法性がないと解すること、すなわちこの者まで消費共同体的に理解することは、最小限家族構成化の傾向にある現今で抵抗を感ずるとされる⁽²⁵⁾。第三説に対しては、近親者の物だからといって、盗まないことを期待できないとはいえないと批難される⁽²⁶⁾。すなわち、木村教授は、期待可能性がないがゆえに責任が阻却されるのは、行為の外部的事情上適法行為の期待可能性がない場合をいうのであって、行為者の身分関係がたんに親族だというだけの場合をいうのではないから、期待可能性の理論の不理解を意味するに過ぎず、誤っている。のみならず、親族だからといって他の親族の者の財物を窃取しないという適法行為の期待が不可能であるというのはおかしい。むしろ、適法行為の期待が可能なのであるから、責任はあるというのが社会の一般人の見地においても普通であるとされ⁽²⁷⁾。莊子教授もほぼ同様の見地から、期待可能性の存否は、社会の一般人を標準として、社会の一般人が行為者の立場にあったならば適法行為の決意が可能であったかどうかという角度から定めることが必要であるが、親族という理由によって他の親族の者の財物を窃取しないという適法行為を期待することは不可能であるという結論をだすことは、合理的根拠に乏しいとされる⁽²⁸⁾。この点について、八木教授は、「常に、近親者の

物は盗むなかれと期待することはできないという程のものではないので、不合理である。されば、前段の親族相盜の場合には常に期待不可能であると法定したものであると解することになるならば、それは一つの擬制であつて、期待不可能論の本旨にそわないのではなからうか。とくに、行為者標準説からは擬制を許さない傾向にあり説明に窮するのではあるまいか。⁽²⁹⁾と批判されている。

この問題は、現在の犯罪概念からすれば、すでに検討したとおり、親族たる身分によって刑罰が阻却されるとするか、あるいは、違法性が責任が阻却されると考えるかの二者択一の方法しか解決の途はないのである。それゆえ、ながきにわたつて、刑法体系と規定（の不均衡）の両面から考察を加えてきたのであった。だが、なんといっても最大の問題は、親族相盜の刑の免除を実質的な違法性、責任性の問題へ還元できるかどうかということであろう。この点多くの学者は、直系血族、配偶者および同居の親族間を一律に、またすべての親族間窃盜を一般的に違法性がないとか、責任がないと解するのは無理であると批判する。ここにおいて、刑の免除の意義および理由を一元的に理解することが困難だとすれば、こんどは親族相盜行為の実体を区別していわゆる多元的に説明しようとする説があらわれてくるのもまた理の当然であろう。この意味で、八木説は傾聴すべき見解たるを失わないが、しかしこの問題はしかく多元的に解さねばならぬほど説明が困難であらうか。⁽³¹⁾教授の言葉にある、やや煩に過ぎ、技巧に過ぎるといふ点を除いても、二四四条一項の規定から多少の疑問が残るようにおもわれる。私は、八木説に充分の示唆をうけながらも、やはり多数説である人的処罰阻却事由説を正当と考えざるをえない。その理由をいまま少し具体的に説明しよう。

まず考えなければならぬことは、なぜ親族間の犯罪（窃盜）が他人間の犯罪と異なつた取り扱いをうけなければ

ならないか、ということである。⁽³³⁾ これは、すぐれて親族関係の本質にかかわる問題である。私は、この点を素通りして問題を解決することはできないようにおもう。

周知のとおり、ローマ法では、扶養家族の権利はすべて家長の権利として処理され、家族員個人の権利は全面的に家長個人の所有権 (individual property interests of the head of the household) として取り扱われていた。したがってローマ法では、かかる権利は、実質的なもの (one of substance)、つまり自由人が彼の権力に従うものをコントロールする権利であった。手中の妻 (Wife in manus)、⁽³⁴⁾ Potestas にあたる子供、⁽³⁵⁾ そして mancipium にあたる奴隷は⁽³⁶⁾ 財産として保護され、移転され、かつ他の所有物と交換されるものと規定されていた。⁽³⁷⁾ このような初期のローマ法のもとは、元来、親族相盗に関する特例のような取り扱い問題はなかった。しかし長い期間を要してだが、家族関係における個人の権利は集団の権利から漸次独立し、妻子の財産権 (property interests) も認識されるようになった。だが、かような時代になっても、なお家族関係に法が関与することは非とされた。英米法の権威パウンド教授は、家族関係における権利を、個人の諸権利 (親族に対する) と社会的権利 (社会に対する) に峻別し、「社会的権利の主たる任務は家族関係における個人の諸権利を世間一般から守ることと関係があるというより、むしろ、家族の当事者間における利害の対立や、社会の構成単位としての家庭の維持にかかわり合いがある」という。⁽³⁸⁾ かりに、親族間で盗みが行なわれたとしても、ただちに刑罰権を発動させたり、訴権を認めたりすることは好ましくないものであり、むしろ、このばあいは、家族は、他人 (国家) から干渉 (刑罰を科) されない権利を持っているのであり、他の親族もある程度自己の被害にがまんすべきものとされるのである。すなわち、ここでは、個人の権利や社会の利益より、家庭

の平隠・維持が優先されるのである。したがって、適当とおもわれる「正常な法的権限」(normal legal rights)は削減され、ばあいによっては、経済単位としての家庭が有する実質的な利害(interests of substance)を守る関係上家族における特定個人の諸権利は犠牲となるのである。

それでは、なぜに親族相盗というきわめて財産的、経済的侵害行為が家族秩序の前に処罰されないであろうか。

それは、かかる行為が「全面的に経済的関係ではなく、否、家族関係それ自体パーソナルなものであると同時に経済的なものであって、個人の諸権利はある意味で個人のパーソナリティ、感情、愛情、名誉に関係があるか、同時に家族関係はたまたま個人の経済的利益を生ぜしめるという限りにおいて個人の財産(individual substance)にも関係がある」⁽⁴⁰⁾からである。⁽⁴¹⁾つまり、家庭での名誉毀損(injuries)は人々(men)の最もセンシティブな面に触れるし、いかなる名誉毀損も自己匡正さらには輪もめを誘発せずにはおかないからである。では、このような親族の諸権利は、他の親族に対し、どのようにして保護されてきたのだろうか。これについて、パウンド教授は、「宗教、風俗習慣(poni mores)、家庭の規律が家庭の構成員相互間における権利をほぼ守ってきたのであり、⁽⁴²⁾かつ、家庭の規律を合法(legal recognition)と見做すだけで、規律の範囲を越えてなすべきことは殆んどなかったのである。」⁽⁴³⁾といている。事実、わが国でも近親者間の窃盗はほとんど起訴されていないが、そのことは、このパウンド説を裏付ける重要な証左であろう。

このような親族関係の特質からして、長い間法が家庭に入ることには極力さけられてきたのであるが、この思想は、自己意識の強いアメリカにおいても、こんにちなお根強く残っている。民事責任についてだが、アメリカではいまで

もかなりの州において、子が親を、妻が夫を訴えることは禁じられている。その理由は、夫婦・親子のような家族間で訴訟を認めれば、家族の平和・安泰したがってまた社会の平和が害され、これを保護しようとする「公の政策」(public policy)に反するといふのである。ただし、子の親に対する訴えを認めれば父の權威を減じ家族の秩序はみだれることになり、また夫婦間の訴訟を認めれば、家庭に不和や疑いや不信を導入し、結局は「公の政策」に反することになるからである。もっとも妻については、一九世紀の中頃諸州において、いわゆる Married Women's Acts とよばれる一連の法律が制定され、妻に、未婚婦人と同等の契約能力や、自己の特有財産について管理処分権能が認められ、またこれらの財産を守るため、さらには自己の人権侵害に対する救済を求めるために、夫と共同することなく、妻が単独で訴訟することができるようになったが、それでも、Patenaude 対 Patenaude 事件(一九三五年)におけるミネソタ最高裁判所のように、「制定法へ婦人は婚姻後も婚姻前と同一の法律上の人格を有し、夫と同じく妻独自の訴訟能力を有する、というVは、婚姻前および婚姻中の不法行為を理由とする夫婦間の訴訟を認めない普通法の原則を変更したものではない」という判例が多くみられるのである。⁽⁴⁴⁾

法は、どこまで家庭に立入るべきか、家庭の紛争は、どこまで法によって規制されるべきか、それはすぐれて政策的な問題である。家庭関係の特質から親族相盗行為を他人間の窃盗行為と同一に論ずることはできない。親族相盗は純然たる財産犯ではなく、いわば人格犯的性質を持っているからである。それゆえ、近親者間の紛争(盗み)を一般と同様、法のサンクションによって解決することは、家庭の平穏という点からけっして得策でない。かかる紛争の解決は、家庭の自治にまかせた方が、⁽⁴⁵⁾より親族の諸権利を守ることになり、ひいては社会の利益を保護することになる。

私は、かような見地から刑法二四四条一項前段は、きわめて政策的に、「刑ヲ免除」すと規定されたものと考え、反対説のように、親族相盗行為を實質的に違法性がないとか責任がないと考えるのは正当ではなからう。事実、親族全体に対し、また諸窃取行為について、右のように判断するのはどうしても無理が伴う。したがって、刑の免除の意味は、親族相盗行為でも犯罪は成立するが、ただ家庭の平穏という刑事政策的配慮から親族という身分によって刑罰が免除されることと考へたい。青柳教授によれば、親族相盗例を規定するフランス刑法三八〇条の立法理由は、「これら列挙の親族の間に一種の共有状態の存在を認め、奪取に特別の性格を与えるところに、家庭の秘密を暴露し、家族の結合を揺がし、公訴の提起によって増大する家庭の不和を欲しない」(46) (傍点は筆者) ところにあつたという。旧刑法が現行刑法へ改正された際の刑法改正政府提案理由書にも、「……現行法ハ旧刑法Vハ刑ヲ免スヘキ範圍狹キニ失スルト一般ノ親族又ハ家族ニ付キ特別ノ取扱ヲ為サルカ為メニ却テ無用ノ適用ヲ為スノ弊アルヲ以テ本案ノ如ク修正シタルモノナリ」(47) (傍点は筆者) とあり、法が家庭に入りすぎて無用の混乱が生ずることを慮っている。昭和四七年三月公刊された法制審議会刑事法特別部会改正刑法草案三三八条は、「現代の社会生活における親族関係の实情等を考慮して」、親族相盗をすべて親告罪とし、しかも刑の免除される親族の範囲を限縮、加えて刑を裁量的免除に改めているが、これは親族相盗に関する取扱いが政策的であることを物語るものである。

人的処罰阻却事由説を採るとき注意しなければならないのは、つぎの諸点である。

第一に、夫婦間の相盗行為について。夫婦財産の形態は、およそつぎの三種類が考えられる(48)。一つは、夫婦各自の特有財産(民法七六二条一項)、二つは、夫婦の共有財産(右同条二項参照)、三つは、名義人は夫婦の一方(通常は夫)

であるが、実質的には夫婦の共有財産であるもの、である。通常の夫婦財産は、第二か第三のカテゴリーに属する。わが国の家庭は、主として夫が社会的に活動し収入をあげ、妻は直接これに協力するか、内にあって家事を処理するのが一般であるが、このばあい夫の収入は実質的に妻との共有である。それゆえ、夫の収入で購入した家財や家具などは夫婦の共有財産となる。同じ理由から、婚姻中に夫婦が協力して取得した住宅その他の不動産、共同生活の基金とされる預金、株券などが、たとえ夫婦の一方の名義になっていても、それは夫婦の共有財産である。⁽⁴⁹⁾

私は、これら三種の夫婦財産のうち、第二、第三の財産に対する夫婦の相盗行為は、いわゆる可罰的違法性が阻却されるものと考ええる。夫婦は、その共有財産につきそれぞれ平等の持分を持っているから、夫婦共有財産に対する一方の窃取行為は刑法二三五条および同法二三五条ノ二に該当するかのようであるが、⁽⁵⁰⁾かかる行為は右条項が予想する程度の可罰的違法性はないとおもわれるからである。したがって、夫婦について刑法二四四条一項前段が適用され、「刑の免除」がなされるのは、わずか夫婦の特有財産に対しての相盗行為についてのみである。すなわち、このばあいいしか親族相盗例は問題とならない。しかも、その特有財産は、婚姻前から各自が有したものか(民法七六二条一項)、婚姻中に一方が第三者から相続したもの、あるいはそれらの財産から、収益をあげたものぐらいいしか考えられないから、夫婦について親族相盗の特例が適用されるのは、ごく狭い範囲においてである。

第二に、親子間の相盗行為について。未成年の子の財産に対する関係では、親の相盗行為はそれほど問題とならない。けだし、親権者は、子の財産を管理および代表する権能を有し(民法八二四条)、また、子の財産から生ずる収益は、その子の養育費および財産管理費用と相殺したものとみなされる結果(民法八二八条)、子の財産によって多額の収益

があがっても、結局その収益は、親権者の所有に帰することとなるからである（通説）。のみならず、その収益は、親権者と未成年の兄弟姉妹などを含む家族共同体全体の生活の資にあてられることも、かならずしも否定はされていない。このことは、親の子に対する一種の支配権を認めるものであり、そこには、いわゆる「子の物は親の物」という思想が存在し、また、家庭は全家族の生活のため運営管理されるべきだという考え方が含まれている⁽⁵¹⁾。英米法においては、とくに親の子に対する権利が強く認識されているが、ウイグモア教授は、親は子供から労働(サービス)(*industrial services*)を受ける権利を有しているとし、パウンドア教授も、親には子供にサービスを提供させる実質的権利があるとし、つぎのようにのべている。「親子の間では、親は彼のパーソナリティにかかわることがらについては服従と尊敬を子供に要求し、実質的な権利として家計のために子供のサービスを要求する権利がある。また、親が窮しているばあいは、彼等は成年に達し、能力かつ財産のある子供が自分達を扶養すべきことを要求する権利がある⁽⁵²⁾」。家族制度が廃止され、個人主義理念をたてまえとする、わが国現行民法下でも、さききのべられた家族間の特質から収益権の運用いかによっては妥当な結果を導くばあいが多しとおもわれる。そのかぎりでは、家族間に一種の消費共同体を認める説も是認されよう。そして、このことは、成年に達した子、その他の直系血族および同居の親族についてもいえることではないか。しかし、だからといって、これらの者のすべての相盗行為を違法性がないとする説には賛成できないが、夫婦間の相盗行為と同様の理由によって可罰的違法性が阻却されるばあいも多いのではあるまいか。

かように考えてみると、親族間の窃盗行為が、いわゆる親族相盗例（刑法二四四条一項前段）に該当するばあいはさほど多くはない。したがってまた、犯罪不成立説が主張するような規定の不均衡はあまり起らない。かりに二四四条

一項前段に該当する親族相盗行為が行なわれたとしても、江家教授が指適されるように、ほとんど起訴されることはないのであるから、規定の不均衡をあまり神経質に考える必要はないのではあるまいか。私は以上のべられてきた理由をもって人的処罰阻却事由説を正当と考える。

四 親族間の不法行為

一 問題の提起

親族間で、暴行・傷害・軟禁などが行なわれたり、財産が無断で売却されたり、名誉が汚されたりしたばあい被害者は相手方に対し不法行為を理由に損害賠償の請求をなすことができるであろうか。とくに、夫婦、親子というような極めて近親的な親族の間で、はたして不法行為が成立しうるだろうか、かりに不法行為が成立し、加害者が損害賠償責任を負うとして、被害者はその義務の履行を裁判によって強制できるだろうか。これは、家族の本質にかかわるむずかしい問題である。円満にして平和な一般的家庭であるならば、たとえ法的不法行為が行なわれたとしても、家族の問題として自主的に解決されてきたらうし、運悪く争いが発展したとしても訴訟という非常的手段に出るのは道義上さし控えられたであらう。判例も、戦前、戦後を通じてほとんどみあたらない。⁽⁵³⁾このことは、とりもなおさず親族間の不法行為が他人間の不法行為と同一に論じられないことを意味している。その理由は、さきにもべられたように(九一頁)、親族の特殊事情が大きな原因になっている。アメリカでは、現在でも、家族の平穏・平和したがっ

てまた社会の平和、家庭秩序の維持、父親の家庭における權威、家族の統治・統制の保護、親の監護教育権の確立などのいわゆる「公の政策」(public policy) 目的から、夫婦・親子(未成年者)間の、とくに人格侵害(Personal injury) についてはかなりの州において訴訟が禁じられている。法の家庭に立ち入ることの難かしさがここにある。パウンド教授は、「家族関係における個人の権利に対する深刻な侵害は告げ口とか陰謀の類いであるため、しばしばあまりにも漠として法的機構をもってしても効果的に立ち入ることができない。これらの権利は實際上パーソナリティにかかわる権利であるから、個人の知的、精神的生活にきわめて密接にかかわりあいがある関係で、被害者に対する法的救済はおしなべて極度の難かしさがどうしても伴う。」⁽⁵⁴⁾ といっている。さて、そこで親族間における不法行為に関する学説を瞥見し、右の点を充分考慮しながら私見をのべてみよう。⁽⁵⁵⁾

二 学説の概要

学説は、夫婦・親子などの親族間においても不法行為が成立しうることは当然と受けとっているごとくであり、これについて格別議論も展開していない(もともと、親族間の加害行為は違法性がないとする説もないではない)。「人格権その他一般の財産権が、婚姻中、夫婦の一方によって侵害せられたる場合において、相手方がこれに対し不法行為上の損害賠償請求権を有することについては疑いの余地がない」と⁽⁵⁶⁾ とか、「夫婦であっても個人主義をたてまえとする民法の制度としては、それぞれ独立した権利義務での主体であるから、まったくの他人の場合と同様に扱われるべきであり、配偶者においても不法行為もしくは債務不履行にもとづく損害賠償責任が発生することはもちろんである」⁽⁵⁷⁾ というのが、学説の大勢である。⁽⁵⁸⁾

親族間の加害行為についても、不法行為が成立しうるとして、つぎに、それにもとづく損害賠償請求権の行使が許されるか、つまり訴権が認められるかという問題については議論も相当活発になってくる。しかし、ここでも親族間の加害行為だからといって損害賠償請求権の行使を否定する理由はないというのが多数の見解である。⁽⁵⁹⁾これに、対して、損害賠償請求権の行使を一般的に否定する見解がある。不法行為の成立は認めるが、損害賠償債権の訴求を許さないのであるから、損害賠償債務の性質を、いわゆる自然債務的に捉えるものであろう(ごく一部の主張だが、親族間における訴権の行使は公良俗に反するという意見もある)。昭和四五年二月一二日の、青森地裁判決が、その代表的存在である。⁽⁶⁰⁾判決は、損害賠償の行使を否定する理由として、(1)加害者と被害者の間に協力扶助義務があること、(2)被害者と加害者は一般のばあいとは異なった精神状態を有すること、つまり両者は互いに慰め合い許し合う関係にあること、(3)かような加害行為の解決は家族共同体の自治にまかせるべきであること、の三つを挙げている。この判決には賛成できない。第一に、親族間の協力扶助義務と不法行為による損害賠償義務は全くその性質を異にする。夫婦の協力・扶助義務(民法七五二条)や婚姻費用の分担義務(民法七六〇条)は婚姻の本質から要請されるところであり、親(親権者)の監護義務(民法八二〇条)は子のため親の当然の職分とされるものであって、いずれも正常な社会生活における義務をさだめたもので、不法行為による損害賠償義務の履行まで含まれていない。第二に、お互いに慰め合い許し合うことが期待されるということは、少なくとも道義的には判例のいうとおりであるが、被害者がその損害の賠償をあえて請求しようとするとき、これを法的にしかも画一的に拒否する理由はない。いかに親族による加害行為でも、被害者においてうける精神的苦痛は他人によるそれのばあいとさほどかわりはないであろう。故意または重

大な過失によって重傷を負わされたようなばあいにはなおさらである。第三に、円満平和な普通の家庭で加害行為が発生したばあい、「被害者の受けた損害を共同体内部の経済的、精神的負担で解消」させ、もって「加害者被害者間の紛争を解決」するのが理想的だろうが、だからといってこのことからただちに親族間の紛争は、「加害者の法律的責任追求以外の方法」で解決しなければならないとするのは論理の飛躍である。判決もいうとおりそれは「法の期待」にすぎない。憲法で個人の、尊厳が謳われ(憲法二四条二項)、民法で個人主義が貫かれている以上(民法一条ノ二、一条ノ三参照)、親族なる一事をもって被害者の訴求を否定する理由はない。

訴権の行使を、親族面での加害行為という事実自体を理由に一般的に否定するのではなく、これになんらかの制限を加える見解がある。故意またはこれに類する重過失、つまり強度の不法性が認められるばあいのほかは損害賠償請求権は認められないとする説⁽⁶¹⁾や、いわゆる損害賠償の底部構造の部分すなわち治療費などの積極損害と最低生活を保障するに足りる休業補償および後遺症の補償などは親族関係の有無にかかわらず救済されるべきであるが、それを越える上部構造である逸失利益および慰藉料などは、その相互の親等、生活関係の密接度に照らし、請求権の有無を決すべきであるとしながらも、結局は同一生計を営む妻および子にはいわゆる上部構造の損害賠償請求権は認められないとする説⁽⁶²⁾などがこれである。これらの説は、親族間の不法行為は他人間の不法行為とちがいで、その損害賠償請求権についてなんらかのチェックが必要だとする説で、結果の妥当性から注目すべき見解ではあるが、いずれもその制限の法的根拠が明瞭でないといえよう。すなわち、わが不法行為法は責任発生について、故意・重過失および軽過失を同等に取り扱っているし、軽過失のばあいすべて賠償責任を否定することは公平の原則上好ましくないばあいがでて

きはしないだろうか。また、故意または重過失についてののみ不法性を認めることは違法の客観性から問題ではなからうか。外国では、いわゆる好意同乗のばあい運転者に故意または重過失についてののみ責任を負わせるものが多いが、わが国にはこのような責任制限の規定はない。椎木説は、少なくとも被害者の生命ないし平均的生活を保障することによって、加害者との調和を図ろうとするもので、興味ある見解であり、右の結論を認める下級審判決も存在するが、親子・夫婦間について画一的に逸失利益や慰籍料の請求を否定するのはいかなるものだろうか。

三 私 見

親族間の不法行為が他人間の不法行為と全く同一に論じられないことは認めなければならない。マッカーディ教授も指摘するように、親子間のような親密な間柄では、他人間においてなら犯罪や不法行為となるばあいでも、それが成立しないばあいがあるだろうし、また親には監護・教育・扶養の義務があるから、それらの行使については広範囲の裁量が与えられなければならないだろう。夫婦間でも、他人間の暴行や殴打のように、あらゆる挙動や接触が法的な暴行となり殴打となるものではない。明示または黙示の同意がありうるし、家庭内の普通の行為（過失）についての危険は互いに負担すべきものである⁽⁶³⁾。かりに、不法行為が成立しても、その権利行使には、さきにもべた親族の特殊性からまた別途の考慮が必要になってくる。

問題は、これらの配慮が法的構成上いかなる点でなされるかである。従来の学説は、親族関係を不法行為の成否や訴権行使の適否という観点で考慮する。しかし、親族間の不法行為といっても具体的内容は異なるのであるから、家族の平和とか親族の協力扶助義務ということを考慮するとしても、一般的・画一的に親族なるがゆえ違法性がないと

か訴権の行使ができない（あるいは制限的であつても）とすることは妥当でないであろう。

私は、親族関係ないし親族の特殊事情は、違法性存否の判断、権利の濫用になるかどうかの判断について、それに損害賠償額算定の資料として、それぞれ具体的・個別的に考慮すれば足りると考えている。すなわち、不法行為の成否や訴権行使の適否という点では親族という事実を一般的に考慮する必要はなく、それらの関係では一応他人間の不法行為と同様に扱い、右にのべた点で、個別的・具体的に判断しようとするものである。⁽⁶⁴⁾ 一般には、他人間で違法性（不法行為成立要件としての）が認められるばあいでも、親族間では違法性がないとされるばあいもありうる。とくに親子間ではそれが越権にならないかぎり正当行為として違法性が阻却されるばあいが多くであろう。また、他人間では権利の濫用にならないばあいでも、親族間では濫用（権利を行使することの違法性）とされるばあいがあるろう。損害賠償額の算定では、親族関係の存在はおそらく減額の要素となるのではあるまいか。⁽⁶⁵⁾ 学説によっては、円満な家庭内での損害賠償請求権は行使しえないとするものもある。私見によれば、家庭が円満かそうでないかなど、家庭内の具体的状況などは右にのべた点で判断の資料となるにすぎない。家庭が円満であるばあいは、違法性が認定されにくく、また権利の濫用と判断され易いのに対し、破綻下では、違法性が認められ易く、また権利の濫用となりにくいであろう。要するに、私は、違法性・権利の濫用・損害賠償額の算定の三点で親族関係という他人間の不法行為とは異なつた要素を考慮する方が、従前の理論を応用でき、それだけに解釈論としても無難で、しかも裁判所の弾力的運用を期待でき、それゆえ実際的にもより妥当な結果が生れるであろうのである。

- (1) 昭和四八年四月四日東京新聞夕刊。昭和四八年四月四日毎日新聞夕刊（作家曾野綾子氏）。
- (2) 昭和四八年四月四日読売新聞夕刊（東教大磯野誠一教授）。昭和四八年四月八日読売新聞（慶大中谷瑾子教授）。
- (3) この項は、判決直後脱稿されたもので、判決の全文を見る機会がなく、解説は、前掲四日の読売新聞夕刊掲載の「判決要旨」によって行なわれた。されゆえ、いくらか不正確になったことを危惧する。
- (4) 中川淳教授は、家族法的見地から尊属殺重罰規定の不平等と封建性をするとく抉られ、その存在意義のないことを論証されている（中川淳）『家』制度と刑法二〇〇条―尊属殺重罰規定の存在意義―現代法ジャーナル一九七二年二月号八八頁。私見もこの見解に負うところ大である。なお、川島「イデオロギーとしての孝」（イデオロギーとしての家族制度）八八頁、西村「親子関係における封建性」立命館創立五十周年記念論文集一一八頁。その他尊属殺等に関する文献として、植松「法の下における平等の原則と尊属に対する罪の規定」法学志林四八巻一号二頁以下、植松「尊属殺罪と天皇危害罪」法律タイムズ四八巻八号四八頁以下、牧野「尊属殺傷例の合憲性」警察研究二二巻四号三頁以下、安平「尊属殺と違憲問題」法律新報七五六号八頁以下、小野「尊属傷害致死罪の規定と憲法一四條」警察研究二三巻一二号、木村「尊属殺」刑法各論（新法律学演習講座）一頁、覚道「尊属殺と法の下の平等」ジュリスト憲法判例百選二二頁以下、山本「『法の下の平等』に關する立法および判例の傾向」憲法講座(2)一〇一頁以下、福田「尊属殺人事件―刑法二百条は合憲か違憲か」法律時報四四巻一〇号三五頁以下、横田「最高裁判決のゆくえ―尊属殺人事件―」法学セミナー二〇三号一六六頁以下。
- (5) 尊属殺重罰の立法例については、本学杉藤忠士助教教授による適切な分類がある（大学新聞「大東文化」昭和四八年五月一日号）。なお、最高裁違憲判決の詳細な解説は、筆者「尊属殺違憲判決と法意識へ上・中・下」右大学新聞五月号参照。
- (6) 八木「親族関係と犯罪」刑法講座(内)一六八頁、森下「親族相盗例」法学セミナー四六号五一頁。
- (7) 小野・刑法講義（全訂版）二二九頁。なお、博士は刑法二四四條の「刑の免除」は、「親族又は家族の内部における事実に対して国家の干渉を及ぼすことを適当とせざるによる」のであって、「親族又は家族の内部における道義的秩序に対する」刑罰司法の公共的利益の「譲歩である」と解釈されている。小野・新訂刑法講義（各論）二四〇頁参照。
- (8) 木村「刑法一〇五條と教唆および間接正犯」志林三七巻四号四七頁、「人的処罰事由と責任無能力と期待不可能性」時報七巻七号三五頁。

- (9) 佐伯「刑法における期待可能性の思想」法学論叢二八卷七号六〇頁。同「一身的刑罰阻却原因」法学論叢三四卷三号三七頁以下。
- (10) 佐伯・刑法における期待可能性の思想下巻四三九頁。
- (11) 佐伯・前掲書四四四頁。
- (12) 竹田「犯罪概念要素と人的処罰阻却事由―木村教授に答ふ―」法律時報七卷九号三三頁。なお、同「犯罪概念における違法要素と責任要素」法と経済三卷六号参照。
- (13) 草野「一身的刑罰阻却原因と刑法第二百四十条」刑事判例研究三卷一七一頁。草野判事は、刑法二四四条のばあいは、刑法一〇五条のような「父は子の為に隠し、子は父の為に隠す。直きこと其の中に在り」（論語子路第十三）という関係は認め難いと解され、違法阻却原因説に賛成される。
- (14) 滝川「親族相盗例の適用範囲」刑事法判決批評二卷二六四頁。
- (15) 牧野・刑法各論下巻六三二頁。この点について、宮本博士は、「刑を免除するのは可罰類型性を阻却することであって罰しないことと同義である。……刑事訴訟法は斯やうな場合の免除判決をもって有罪判決の一種としているが、理論上罰すべからざる行為に対する有罪判決なるものがある筈はない」（宮本・刑法大綱三四六頁）と解され、滝川（幸）教授は、「親族関係の薄い者の間で告訴を公訴提起の要件としているのに、親族関係の濃い者では告訴がなくとも公訴を提起してよいというのは、不合理である。直系血族、配偶者、同居の親族の間では犯罪が成立しないから、誤って、公訴の提起があった場合は、決定をもって公訴棄却を言渡すべきである（刑訴三三九条一号）」（滝川（幸）・刑法各論一一三頁）とされる。小野博士は、「訴訟法において「刑ノ免除」の判決（刑訴第三三四条）を為すのは、厳格な意味における刑の免除の原由ある場合に限るものと解する。処罰条件を欠く場合又は処罰阻却原由ある場合には、たとへ法文上「其刑ヲ免除ス」（第二四四条、第二五七条）という規定があつても、それは始めから可罰的ではないのであるから、刑の免除の言渡を為すべきでない。現行法の解釈としては、或いは多少無理であるかも知れないが、私は公訴権を欠く故を以て「免訴」の言渡を為すべきものであると信ずる。」（新訂刑法講義総論二二二頁）とされる。これに対し、柏木・刑法各論（下）四四〇頁は、「わたくしは犯罪も成立し刑罰権も発生するがただ刑の免除という言渡し以外に科刑の言渡しができないのだと解する」としておられる。

- (16) 江家・刑法各論二九三頁。
- (17) 団藤・刑法各論(法律学全集) 三三〇頁。
- (18) 人的処罰阻却事由説に属するものとして、小野・刑法講義総論二二〇頁、同・各論二四〇頁、木村・新刑法読本九二頁、同刑法各論一一六頁、泉二刑法各論七〇一頁、安平・改正刑法各論二三三頁、団藤・刑法各論(全集) 三三〇頁、植松・刑法概論Ⅱ三七七頁、江家・刑法各論二九三頁、井上・刑法学各則一〇六頁、青柳・刑法通論Ⅱ四六七頁、莊子「人的処罰阻却事由」新法律学演習講座刑法Ⅰ五二頁、木村編・判例による刑法入門五〇頁以下。
- (19) 可罰的違法性阻却説に属するものとして、宮本・刑法大綱三四六頁、平場Ⅱ森下・判例体系刑法各論二七二頁、井上・刑法各論一二五頁、佐伯・前掲書下巻四三九頁、竹田・前掲論文三三三頁、草野・前掲判例研究一七一頁、森下・前掲五三頁、同「親族相盜例」新法律学演習講座刑法各論九四頁。
- (20) 責任阻却説に属するものとして、滝川(幸)・前掲判決批評二六三頁以下、宮内・刑法各論講義一二七頁、福田・刑法各論二二八頁、同「窃盜罪」刑法演習各論九二頁、尾後貫「窃盜罪および強盜罪」刑事法講座四卷八五八頁、滝川(春)「親族相盜例」判例演習刑法各論二二一頁以下、同「親族相盜」刑法判例百選二〇七頁。
- (21) この問題に關し、判例は、人的処罰阻却事由説をとるものようである。すなわち、明治二八年一月一〇日の大審院判決は、「刑法に於て親族間互に財物を窃取したる者窃盜を以て論ぜざるは、身分に依り其罪を論ぜざるに止まり、其所為の窃盜たること勿論なるに付、情を知って其窃取の物品を買受けたる者は盜贓故買を以て論ずべきものと」(刑録五輯七五頁)と判示し、昭和二五年一月二日最高裁第三小法廷は、「刑法二四四条は、同条所定の者の間において行われた窃盜罪及びその未遂罪に關しその犯人の処罰につき特例を設けたに過ぎないのであって、その犯罪の成立を否定したものでないから、右窃盜罪によつて奪取された物は贓物たる性質を失わない。」(刑集四卷一二号二五四三頁)と判決している。中山「親族間の行為」刑法判例百選二四〇頁以下参照。
- (22) 植松・全訂刑法概論Ⅱ三七八頁。
- (23) 滝川(幸)・前掲判決批評二六四頁。
- (24) 木村・前掲読本九二頁。なお、莊子前掲講座五六頁参照。

- (25) 八木・前掲論文一七七頁。
- (26) 植松・前掲書三七八頁。
- (27) 木村・前掲読本九三頁。
- (28) 莊子・前掲講座五七頁。
- (29) 八木・前掲論文一七七頁。
- (30) 八木・前掲論文一七七頁以下。
- (31) 八木教授は、その実質的理由として、家族制度の細分化傾向を挙げておられる(前掲論文一七六頁)。たしかに、わが国にはいわゆるババ抜き家族が千五百以上あるといわれるように、最近の核家族化現象ははげしい。たとえば、かつて、一つの屋根の下に四十人もの血縁者が住む大家族で知られた岐阜県大野郡白川村は、いま深刻な過疎の流れの中で、若者―長男さえも失いつつある。一五年前の村の人口、一万一千七百四十五人。いま、二千三百六十二人(昭和四十八年六月末現在)。昨年一年間で生まれた男の子、わずか十五人。若者は中学を卒業すると四人に三人が村を出て高校に通うため都会に下宿する。そして高校を終えても半数は村に帰らない。また、わが国の老人人口も急速に増大しつつある。大正九年以降昭和二五年まで、六十五歳以上の、いわゆる老年人口は、全人口のほぼ五%だった。それが三十年ごろから増えはじめ、四十五年の国勢調査では七・一%に増した。厚生省人口問題研究所は、昭和六十年には九・五%、七十年には一二%、二十一世紀にはいった昭和八十年には一五%、昭和九十年には一七%、ざっと二千三百万人に達する、と推定している。六人に一人は老人という世の中が、近い将来やってくるが、それは、親と未成年の子によって構成された核家族の増大を意味する。このような家族形態の変遷からいえば、刑法二四四条は、いま一度考え直さなければならない時期にきている。この意味で、かかる現象は立法論的には大いに注目しなければならない点である。法制審議会刑事法特別部会改正刑法草案三三八条は、「①直系血族、配偶者又は同居の親族の間で、第三二四条から第三二七条までの罪又はこれらの罪の未遂罪を犯した者は、告訴を待ってその罪を論ずる。②直系血族又は配偶者の間で、前項に記載した罪を犯した者は、その刑を免除することができる。」と規定し、現行二四四条を大幅に修正しているが、それは、家族制度の廃止とそれに伴う個人主義理念の確立およびこんちの核家族化現象を考慮してなされたものである。だが、現行法の解釈は、当然ながら二四四条の範囲で行なわなければ

ならない。しかるとき、私は、かような現実が、後述のように、親族財産の所有ないし収益形態で、違法性または構成要件該当性を検討する際考慮すれば足りると考えている。

- (32) 八木・前掲論文一八〇頁。
- (33) 筆者「親族間の不法行為と自賠責保険」(日本法字三八卷二号八四頁参照)。
- (34) “Manus, the hand, is the natural symbol, and seizing or holding with the hand is the exercise of power.” Goudy’s note to Muirhead, *Historical Introduction to the Private Law of Rome* (2 ed.) 60. “Moreover [Romulus enacted that] one who sold his wife should be sacrificed to the infernal gods.” Plutarch. *Romulus*, 22. See Aulus Gellius, *XVIII*, 6 § 9; Gaius, *I*, §§ 115 b, 117, 118, 136; Care, *Le Origini del Diritto Romano*, 196 ff.
- (35) *Dig. XLIII*, 30, 1, pr. and §§ 1, 5; *id. XLIII*, 30, 3, pr.; Gaius, *I*, §§ 117, 118; *Mosaicorum et Romanorum Legum Collatio*, IV, 8; *Cod. IV*, 43, 1-2.
- (36) Buckland, *Roman Law of Slavery*, 10 ff.
- (37) Roscoe Pound, *Individual interests in the domestic relation*, *Michigan Law Review*. vol. XIV (1916) p. 180.
- (38) ペヤン・前掲論文一七〇頁。このペヤンの論文は「民法の筆名による全訳がある(日本法字三九卷二号)」
- (39) “The mine and thine with respect to this right is domestic and the relation involved is that of a community of free beings who, through reciprocal influence according to the principle of external freedom (causality) from an association, a collectivity of persons living in community, which is called the household. the mode in which this social status is acquired and the functions that prevail within it are due neither to an arbitrary act (facto) nor mere agreement (pacto) but solely to law (lege). And this, since it is at the same time a right with respect to a person and personal right as such, namely a right of humanity in our own person.” Kant, *Recht, Recht slehre*, § 22.
- (40) “A German would express the peculiarity of the right now under consideration by saying that, not only are persons the subjects of them, but persons are the objects of them. By the ‘subject’ of rights he would mean

the person exercising them or to whom they belong; by 'object' that in respect of which the rights are exercisedSo much for the peculiarity of family rights as distinct from all other rights. The distinction is not merely a formal one. From the fact that these rights have persons for their objects there follow important results..... in regard to the true nature of the right, to the manner in which it should be exercised" Green, Principles of Political Obligation, 231-232.

(41) ハンセン前掲論文一七七一七八頁。

(42) Voigt, *Zwölf Tafeln*, I, § 15. "Even down to the end of the republic, not a little.....remained solely under the guardianship of the family tribunal at the censor's regimen morum. Its function was two-fold; for sometimes it operated in restraint of law by condemning—thought it could not prevent—the ruthless and unnecessary exercise of legal right, as, for example, that of the head of a house over his dependents, and sometimes it operated supplementarily, by requiring observance of duties that could not be enforced by any compulsor of law. Dutiful service, respect and obedience (*obsequium et reverentia*) from inferiors to superiors..... were among the officia that were thus inculcated." Muirhead, *Historical Introduction to the Private Law of Rome* (2 ed.) 21-22.

(43) パウンド・前掲論文一七九頁。

(44) アメリカにおける親族間の不法行為についての詳細は、筆者前掲論文七〇頁以下および八八頁参照。なお、谷口「親子間の不法行為について」親子法の研究一四五頁以下、および William F. McCurdy, *Torts between person in domestic relation*, *Harvard Law Review*, 43.

(45) 筆者「親族間の不法行為と訴権」日本法学三六卷三号参照。

(46) 青柳・刑法通論II四七〇頁。

(47) 高橋—小谷・刑法沿革綜覧二二二—二二二頁、八木前掲一七五頁。

(48) 我妻・親族法(法律学全集)一〇二頁。

- (49) 我妻・前掲書一〇二頁。
- (50) 植松・前掲書三五七頁。
- (51) 谷口・前掲書一三八頁。
- (52) パウンド・前掲論文一八二頁。
- (53) 昭和六年(ワ)三五六八号名譽回復請求事件、昭和七年一月二四日言渡、法律新聞三四九一号五頁判決特報、および昭和一八年(オ)二四号損害賠償請求事件、昭和一八年七月一二日言渡、民集二二卷一五号六二〇頁参照。
- (54) パウンド・前掲論文一九六頁。わが国においては、自動車事故の家族責任を多角的視点から捉えた論文として、坂本雄三「自動車事故における家族の責任」法と法学教育―広浜先生追悼記念論文集―二九一頁がある。
- (55) 親族間の不法行為に関する詳細は、谷口・前掲論文一四四頁以下、ウイリアム、E・マッカーディ・前掲論文および筆者「親族間の不法行為と自賠責保険(一)」日本法学三八卷二号五七頁以下参照のこと。
- (56) 勝本「離婚に因る損害賠償」家族制度全集Ⅱ一九三頁。
- (57) 金沢「自動車損害補償制度」法律時報四〇卷一号八七頁。
- (58) 高梨「夫婦間の不法行為」日本法学三五卷二号一六九頁以下参照。
- (59) 高梨教授は、権利の濫用にならないかぎり損害賠償の主張は許される、とされる(前掲一七〇頁)。
- (60) 保険金請求事件、青森地裁昭和四四年(ワ)一八号、昭和四五年二月一二日判決、判例時報五八七号一四頁。この判決に対する評釈は、筆者「親族間の不法行為と訴権」日本法学三六卷三号二四二頁以下。
- (61) 篠原「過失相殺における被害者側の範囲」ジュリスト三六三号二九頁。
- (62) 椎木・ジュリスト四三一号四八一頁。
- (63) ウイリアム・E・マッカーディ・前掲論文一〇五五頁。
- (64) 高梨・前掲一七〇頁参照。
- (65) 佐藤・判例タイムズ二一二号七〇頁。

(昭和四八年八月一日)