HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	監督者責任の再構成（9）
Author(s)	林, 誠司
Citation	北大法学論集, 57(4), 147-203
Issue Date	2006-11-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16931
Type	bulletin (article)
Note	論説
File Information	hogakuronshu57-4-4.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

監督者責任の再構成（九）

林　誠司

序論
第一章　監督者責任に関する従来の学説・裁判例の問題点
　第一節　わが国の立法者の見解及び学説の検討と位置付け
　第二節　わが国の裁判例の紹介と分析―監督義務の構造の視点から―

第一款　責任能力者たる未成年者による加害行為に関する裁判例
第一項　一六歳以上の責任能力者に関する裁判例
第一目　故意の犯罪に関する裁判例
第二目　未成年者同士のけんかによる事故に関する裁判例
第二項　一六歳未満の責任能力者に関する裁判例
第一目　故意の犯罪に関する裁判例
第三項　まとめ
第二款　責任無能力者たる未成年者による加害行為に関する裁判例
第一項　七歳以上の責任無能力者に関する裁判例
第一目　故意の犯罪に関する裁判例
第二目　遊戯・スポーツ事故に関する裁判例
第三目　いたずらによる事故に関する裁判例
第四目　未成年者同士のけんかによる事故に関する裁判例
第五目　いじめに関する裁判例
第六目　交通事故に関する裁判例
第二項　七歳未満の責任無能力者に関する裁判例
第三項　まとめ
第三節　わが国の裁判例と学説との齟齬
第二章　ドイツ民法八三二条一項に関する学説・裁判例
第一節　ドイツ民法八三二条一項の構造―立法史・学説を中心に―
第一款　ドイツ民法八三二条一項の立法史
第二款　ドイツ民法八三二条一項の概観と七一四条との相違
第二節　裁判例の紹介と分析―監督義務違反のメルクマールと監督義務の構造の視点から―

（以上五五巻六号）
（以上五六巻二号）
（以上五六巻三号）
（以上五六巻四号）

第一款　責任能力ある又は責任能力の有無が不明な一六歳以上の未成年者に関する裁判例　（以上五六巻五号）
第二款　責任能力ある又は責任能力の有無が不明な一二歳以上一六歳未満の未成年者に関する裁判例
第三款　責任能力ある又は責任能力の有無が不明な七歳以上一二歳未満の未成年者に関する裁判例
第一項　故意の犯罪に関する裁判例
第二項　遊戯・スポーツ事故に関する裁判例
第三項　いたずらによる事故に関する裁判例　（以上五六巻六号）
第四款　七歳未満の未成年者及びその他の責任無能力者に関する裁判例
第一項　故意の犯罪に関する裁判例
第二項　遊戯・スポーツ事故に関する裁判例
第三項　いたずらによる事故に関する裁判例
第四項　交通事故に関する裁判例　（以上五七巻一号）
第五款　まとめ　（以上五七巻三号）
第三節　ＢＧＢ八三二条における「監督と教育の分離」
第一款　わが国における監督義務と教育義務
第二款　ドイツにおける監督義務と教育義務
第一項　ＢＧＢ八三二条における「監督」と「教育」
第二項　ＢＧＢ八三二条の監督義務とＢＧＢ一六三一条の監護教育義務
第三款　「監督と教育の分離」の実体
第三章　ドイツ民法八三二条一項と社会生活上の義務
第一節　社会生活上の義務としての監督義務
第一款　社会生活上の義務の帰責要件への位置付け
第二款　社会生活上の義務と「有責性関連の短縮」
第三款　「抽象的危険」についての責任と有責性原理の調和

第四款　社会生活上の義務から見た監督義務

第四章　日本法への示唆

（以上本号）

第二章　ドイツ民法八三二条一項に関する学説・裁判例

第三節　ＢＧＢ八三二条における「監督と教育の分離」

第二節の検討からは、ＢＧＢ八三二条に関する裁判例においても具体的な加害行為の予見可能性を前提としない、一般的監督義務が認められる場合があることが明らかになった。しかし、裁判例は、ＲＧの一九一一年二月一六日判決（282、さらに233も参照）により確立された「監督と教育の分離」原則に従うためか、原則として具体的監督義務違反を問うという態度を示し、また、一般的監督義務を認める裁判例についても、少なくとも現在では、多くは当該加害行為と関連付けられた「しつけ」や「教育」を行う義務を問題としているにとどまり、当該加害行為に関連付けられない一般的な「しつけ」や「教育」を行う義務を認めるものはほとんど見られない（このような義務を認めるものとして220、261）。

ところで、前節の末尾で見たように、少なくとも現在において、当該加害行為と関連付けられない「しつけ」や「教育」を行う義務は親の不法行為法上の義務ではないとの意味で一般に解される「監督と教育の分離」原則は、ＢＧＢ八三二条の基礎にあるとされる有責性原理といかなる関係に立つのであろうか。仮にこの原則が有責性原理から必然的に導かれ、またそのことの故に、一般的監督義務違反に基づく責任を広く、すなわち、当該加害行為と関連付けられた「し

つけ」や「教育」を行う義務の違反に基づく責任をもBGB八三二条の監督者責任から排除すべきとすることまで本来含意するものだとすると、（当該加害行為に関連付けられない「しつけ」や「教育」を行う義務はもちろん）わが国の裁判例にも見られる右の意味での一般的監督義務違反に基づく責任を過失責任主義の観点から説明することは困難となろう。そしてまた、BGB八三二条一項に関する学説・裁判例の検討から得られる示唆も、その点を踏まえたものでなければならないこととなる。従って、「監督と教育の分離」原則と有責性原理との関係を検討する必要性が生じよう。

そこで、この第三節では、「監督と教育の分離」原則と有責性原理の関係について検討し、併せて不法行為法上の監督義務と家族法上の監護教育義務との関係についても考察しておきたい。(523)

(523) 本節では、特に親の責任を基礎づける方向での教育義務と監督義務の関係を考察することとし、親の責任を限界付ける視点からの教育義務の検討は第三章第三節第二款において改めて行うこととする。

第一款　わが国における監督義務と教育義務

ドイツにおける監督義務と教育義務の関係に関する考察を行う前に、わが国における議論との異同を明らかにするために、この点に関するわが国の状況を確認しておきたい。

わが国では、一般的な「しつけ」や「教育」の懈怠を不法行為法上の監督義務の懈怠とみなす意識が比較的強いため

か、監督者責任における監督と教育の関係に改めて詳細に検討を加える学説は見られない。[524] 僅かに七一四条の監督義務と八二〇条の監護教育義務の関係に触れるものが見られる程度である。そして、この両者の義務の関係に触れる学説は大別して二つに分けることができよう。

一つは、七一四条の監督義務と八二〇条の監護教育義務は異なるものではなく、事案の具体的態様に応じて要求される注意の程度内容が異なっているだけだとする見解である。[525] この見解は、八二〇条の監護教育義務は「社会に対する義務であると同時に、子自身に対する義務であるともいうことができ……、親権者は、未成年者をして社会に適応するように育成すべき義務を負っていると言える。そして、これには未成年者が他人に不法行為をしないように注意する義務も含まれていると考えられる」とするものである。[526][527] もっとも、この見解は、七一四条の監督義務と八二〇条の監護教育義務は「程度の内容」[528]や「程度内容」[529]が異なるとするところ、それらの相違について詳細に述べてはいない。

もう一つは、七一四条の監督義務と八二〇条の監督義務は異なる義務であるとする見解である。この見解は、或いは「親権者に、民法八二〇条の一般的監護教育義務違反を理由に不法行為責任を負わせるのは、やはり無理な解釈であるとし、[530] 或いは、親が子の加害行為を防止するためどのような監護教育義務を負っているのかという問題においては、「自分の子に対する関係で、八二〇条の一般的監護教育義務が直接問題になっているのではなく、被害者に対する関係で、加害者の親の監護教育義務違反が第三者の安全確保義務違反＝七〇九条の過失と評価できるかが問題になっている」[531] 等とする。この見解の根拠を整理してみると、①七一四条の監督義務は第三者の保護を目的とし、八二〇条は被監督者たる子の保護を目的としており、保護の対象が異なるとする点、[532] この第一点と関連する点として、②法的効果（損害賠償と親権剥奪）及び違反の判断に際して考慮されるべき事項（損害の衡平な分担と子の利益幸福）が異なる点、[533] 及び、[534] ③両者の義務を同視することは、子の人格の独立や親権の逓減性の観点から、親権の性質にそぐわない点にあると言

えよう。

他方、裁判例においても、両者の義務を同視するものと異なるものとするものの双方が見られる。[535]

ところで、右の見解の対立の原因は、一見すると監護教育義務の性質（＝監護教育義務が誰に対する義務であるのか）に関する理解の相違に求められるかもしれない。すなわち、両者の義務を同視する見解は、監護教育義務が子及び社会に対する義務であるとした上で、監護教育義務には他人に不法行為をしないように注意する義務が含まれるとしている。[536] しかし、既に前田教授が指摘されているように、監護教育義務の性質をどのように解するとしても、監護教育義務の目的を子の保護に求めることは可能である。実際、両者の義務を同視する見解が、監護教育義務を社会に対する義務と見るに際して依拠している我妻博士の見解は、親権の中身たる監護教育等の職分の「内容は、子の福祉を図ることであって、親の利益をはかることではなく、またその適当な行使は子及び社会に対する義務だとされる」[537]としている。ここでは親権、ひいては監護教育義務を尽すことが社会に対する義務であるとしても、その内容をなすものはあくまで「子の福祉」だとされている。[538] 従って、両者の義務を同視すべきか否かという見解の対立の原因は、監護教育義務の性質をどのように解するかという点よりもむしろ、それぞれの義務の保護目的を何に求めるかという点に求められるべきであろう。すなわち、七一四条の監督義務と八二〇条の監護教育義務を同視する見解は、監護教育義務の保護目的を（子どもの保護に加えて）「社会」、つまり第三者にまで広げるものと見られよう。

(524) これに対して、八二〇条の監護教育義務における監督と教育の関係については議論が見られるが、これらの議論は子によって加害された第三者との関係を念頭に置いたものではなく、本稿の対象とする問題から外れるため、ここでは立ち入

らないこととする。於保不二雄＝中川淳（編）『新版注釈民法（25）』（有斐閣・平成六年）七三頁以下（明山和夫＝國府剛執筆）参照。

(525) 山口・前掲「未成年者」（註12）一八四頁、同・前掲「責任無能力者」（註99）一〇五頁、同・前掲「親権者の責任」（註105）六九頁及び同・前掲「責任能力」（註105）九九頁以下。

(526) 山口・前掲「未成年者」（註12）一八四頁。

(527) 前田・前掲「第五版」（註93）一七一頁は、昭和四九年判決の法律構成に対しては七〇九条責任における監督義務とその法典上の根拠である八一〇条の監護教育義務の保護の対象が異なるとの批判があり得るとした上で、この批判に対しては、七一四条の「『義務』も八一〇条を基礎とするものであり、未成年者が責任能力を有する場合にも、八一〇条において未成年者であることのゆえにその『義務』の内容は同一である（しかも、不法行為法すなわち民法七一四条一項但書自身は、監督義務を創設するものではない）」と言えるとしている。前田教授も両者の義務を同視するのであろうか。

(528) 山口・前掲「責任無能力者」（註99）一〇五頁。

(529) 山口・前掲「親権者の責任」（註105）六九頁。

(530) 川井＝飯塚・前掲判批（註89）一五〇頁。

(531) 森島・前掲書（註10）一五一頁。

(532) 前記の森島教授の見解はここに含まれると見られる。

(533) 家永登「責任能力ある未成年者の不法行為と親の責任」『専修法研論集』四号（平成元年）一六五頁以下。

(534) 家永・前掲論文（註533）一六六頁。但し、家永教授は、両者の義務が異なるとする立場に立つものの、他方で、八一〇条に違反するような親には七〇九条違反も推定されるとの考え方が自然であるとする。

(535) 同視すると見られるものとして例えば裁判例10、異なるとするものとして例えば裁判例68。

(536) 前田・前掲「第五版」（註93）一七一頁。

(537) 我妻栄『親族法』（有斐閣・昭和三六年）三一六頁。

(538) その他に、監護教育義務の性質についていわゆる公的義務説をとりながら、親権乃至監護教育義務の内容を「子の保護」に求めるものとして、例えば、穂積重遠『親族法』（岩波書店・昭和八年）五五一頁以下。

第二款　ドイツにおける監督義務と教育義務

第一項　BGB八三二条における「監督」と「教育」

既に繰り返し述べたように、ドイツの学説においては一般に、親はBGB八三二条により「監督」の懈怠については責任を負うが、「教育」の懈怠については責任を負わないということが認められている。しかし、他方で、これも既に見たように、ドイツの裁判例は、当該加害行為に関連付けられた教育の懈怠により親が責任を負うことがあることを認めており、「監督と教育の分離」原則はその限りで厳格に貫徹されているわけではない。そこで、ドイツの学説において「監督と教育の分離」原則が認められているとき、そこに言う「監督と教育の分離」がどのような意味を有するものであるのかを改めて検討する必要があろう。

この点について、この原則を承認するドイツの学説は一般に、それと同時に、当該加害行為と関連付けられた教育の懈怠を理由にBGB八三二条による親の責任を肯定すると見られる裁判例を承認している。(539) これらの学説は、右の裁判例を承認するに止まり、「監督と教育の分離」原則の意義についてとくに意識的に検討を加えてはいない。従って、これらの学説は「監督と教育の分離」原則につき、裁判例と同様、当該加害行為と関連付けられていない「しつけ」や「教育」の懈怠について親は責任を負わないと言う限りでこの原則を認めるものと見られるものの、それ以上にいかなる理解をしているかは定かでない。

しかし、これに対して、有責性原理との関係に直接に触れるものではないが、「監督と教育の分離」原則の意義について意識的に検討を加える学説も、僅かながら見られる。例えば、リーデル（Riedel）は、BGB八三二条による両親の監督は、加害的作用を有し得る現在の個別の意思的行為及び活動的行為（及び生活態度全体がそのような行為からな

る場合にはその生活態度）への介入によってのみ行われ得るものであり、その他の適時の配慮により将来の加害行為が回避されるときにはそれは教育の成果であり、このような配慮の懈怠は顧慮されてはならないとする。[540] ここでリーデルは、子の現在の「意思的行為及び活動的行為」に対する介入を「監督」とし、それ以外の親による配慮を「教育」として、両者を明確に分離する立場をとり、そのような意味での「監督と教育の分離」原則を厳格に貫徹しようとしている。

他方、「監督と教育の分離」原則の意義について意識的に検討を加えた上で、この原則を放棄しようとする見解も見られる。アルビルト（Albilt）は、まず、純粋な語義によれば、リーデルの見解に従い、監督とは「被保護者の直接的監視に役立ち、第三者の具体的危殆化たる、被保護者の現在の全意思的行為及び活動的行為を損害防止の方向に制御することに汲み尽くされる活動と解することができ」るとしながらも、このような概念理解に対しては重大な疑念が存在するとする。[541] すなわち、リーデルの見解によれば、「監督遂行の事実上の可能性」を責任要件として認めなければならず、例えばその場に居合わせないことから子を監督し得ない場合には親に責任が負わされないこととなるか、さもなくば、絶え間のない直接的監督が要求されることにより子どもの健全な人格の発達が害される。従って、このような監督概念の定義は適切な基準を提供し得るものではない、[542] と。そしてさらに、アルビルトは、監督は「第三者の損害の防止に役立つものと定められ、教育の領域に割当てられ得ない、全ての期待可能な措置を遂行することを義務付ける」との「通説」[543] の定義に賛同しながらも、[544] ＢＧＢ八三二条が命じる監督措置は全て同時に教育措置でもあり、「監督」と「教育」を区別することはできず、何がＢＧＢ八三二条により要求される措置であるかの問題にとっては、その措置が第三者の損害を防止するのに適しているか、その措置が監督義務者にとって期待可能であるかということだけが重要であるとする。[545] ここでは、「監督と教育の分離」原則は放棄され、ＢＧＢ八三二条により要求される監督措置は、その措置の

保護の対象と期待可能性により決定されるとされている。

さらに、以上の二つの見解の折衷的な見解として、「監督と教育の分離」原則を維持しながらも、リーデルのように両者の境界を機械的に引くことはできないとする見解も見られる。アルプレヒト・フックスは、判例が「監督と教育の分離」を認めながら子の教育を親に要求することは首尾一貫していない等として判例を批判し、[546]「監督」及び「教育」の語義、「教育義務」を定めるＢＧＢ一六三一条とＢＧＢ八三二条の体系的位置、義務内容を確定する際の基準の相違（客観的基準により確定されるか、それとも親の裁量が認められるか）、法的性格の度合の相違等から、「監督」と「教育」の区別は可能であるとし、「監督と教育の分離」原則を維持しようとする。[547]そして、「監督」と「教育」の区別の基準について、「教育措置は未成年者の意思に影響し、むしろ穏やかな性質を有している。監督措置はむしろ抑圧的、具体的であり、さし迫っている未成年者の不法行為と時間的に密接な関連を有している」と述べ、[548]大まかに、監視、加害行為の防止（例えば道路に飛び出そうとする子どもの手をつかむ等）[549]、禁止を「監督」に、戒告（Ermahnung）、教示（Belehrung）[550]を『教育』に分類する。[551]しかし、他方で、教示については個々の措置の趣旨と目的を個別に検討すべきであるとし、また、個別の事案の具体的状況に関連した措置である限り「教育」的措置（例えばスクーターによる交通事故の事案における、スクーターでの走行による危険に関する注意の喚起）もＢＧＢ八三二条の「監督」措置であることを認めている。[552]

このように、ドイツの学説では、一般に「監督と教育の分離」原則が認められているものの、その中身は明らかではなく、一方で、「監督」と「教育」の区別が不可能であるとしてこの原則を放棄しようとする見解が見られ、他方で、この原則を維持しようとしながらも、「監督」と「教育」の区別をどこに求めるのかという点について意見の一致が見られないというのが現状であろう。そして、この原則と有責性原理の関係についてはいずれの学説においても意識的に

検討されてはいない。

(539) 例えば、BGH　一九八四年七月一〇日判決（裁判例302）を承認するStaudinger - Schäfer, a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 76; Staudinger - Belling / Borges(neubearb.), a. a. O. (Fn. 222), §832　Rz. 109; Soegel - Zeuner, a. a. O. (Fn.222), §832 Rz. 21、BGH　一九九〇年五月一九日判決（裁判例396）を承認するMünch / Komm - Stein, a. a. O. (Fn. 223), §832　Rz. 25、BGH　一九六七年一二月五日判決（裁判例354）を承認するRGRK - Kreft, a. a. O. (Fn. 222) , §832　Rz. 47.

(540) Riedel,"Aufsichts = und Erziehungspflicht", DJZ1905, 693f.

(541) Albilt, a. a. O. (Fn. 244), S. 64f.

(542) Albilt, a. a. O. (Fn. 244), S. 66f.

(543) ここでアルビルトは「通説」と述べているが、具体的な学説の引用はなく、ただこの定義が「判例及び学説全体の幅広い説明から明らかになる」としているだけである。

(544) Albilt, a. a. O. (Fn. 244), S. 67f.

(545) Albilt, a. a. O. (Fn. 244), S. 73ff. Harberstroh, a. a. O. (Fn. 222), S. 810も教育と監督の分離を否定する。

(546) A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 164ff.

(547) A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 170ff.

(548) A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 175.

(549) A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 175ff.

(550) アルブレヒト・フックスは教示についてのみ個別に検討すべきことを明言しているが、戒告についても同様に考えるものと見られる。

(551) A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 177f.

(552) A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 179ff.

第二項　ＢＧＢ八三二条の監督義務とＢＧＢ一六三一条の監護教育義務

ところで、わが国の学説においては、七一四条の監督義務と八二〇条の監護教育義務が同一の義務であるのか否かについて争いがあり、肯定説と否定説の対立の原因が両者の義務の保護対象を何に求めるのかという点にあると見るべきであることは、既に第一款において述べた通りである。仮に不法行為法上の監督義務と家族法上の監護教育義務が全く同一の義務であるとすれば、後者の義務、とくに教育義務に関する解釈論は、前者の義務、とくに「監督と教育の分離」原則に関する解釈論にも直結し得ることとなろう。そこで、ドイツ不法行為法において「監督」と「教育」が如何なる関係に立つのかという問題を検討する際の前提問題として、不法行為法上の監督義務と家族法上の教育義務、さらにそれを含む全体としての身上監護義務（ＢＧＢ一六三一条）[553]との関係を検討する必要が生じよう。

この点について、ＢＧＢの立法者の見解を最初に見ておこう。

家族法の起草者たるプランクは、現行ＢＧＢ一六三一条の前身である部分草案三二四条一項を「子どもの身上監護はとくにその子どもの教育を含む」とし、「監督」という言葉を用いず[554]、その理由書において、「教育」に関して以下のように述べている。「教育権の内容を法律においてより詳細に規定することを草案は必要なこととは見なかった。というのは、それは教育という概念及び事物の本性から自ずと明らかになるからである。それによると、教育権は、子どもの利益、その能力及び素質並びにその他の状況に応じた方法で、その子の身体的、精神的、そしてとくに倫理的教育について配慮し、特定の経歴のためのその子の能力を養い、この目標を達成するためにとくにその子どもの行為を指導する義務及び権利を含んでいる。その子どもが一定の知識について、そしてその子どものためだけではなく国家の繁栄の観点からも教えられていなければならないか否かに関するより詳細な規定を、草案は、個々の国の教育法に委ねている。後者がこの点で規定を置かなかった場合は、教育権者が子どもの利益の観点から、どのようにして教育が、その子の身

体的、精神的及び倫理的教育のために行われるべきかを決定する」[555]。「両親の教育権に対応する義務の側面は、大抵の場合、倫理的側面に帰する。法的にはそれはその効果を、一方では両親の重大な義務違反に対する国家的保護の可能性において、他方では両親が教育権を放棄するという契約が拘束力のないことにおいて表す」[556]。ここでは、「教育」の具体的内容は明らかにされていないものの、「教育」が子どものためのものであることが前面に出されており、そして親子関係にとって第三者たる「国家」のために「教育」が行われるべきか否かは、「教育」にとって本質的なことではないとされていた。

しかし、身上監護の内容に関するこのような起草者の見解に対し、第一委員会は修正を加え、部分草案三二四条一項に「監督」という言葉を付け加えることとするクールバウムの提案[557]を受け入れた。もっとも、第一委員会は、プランクの見解に実質的な修正を加えたとは考えていなかったようである[558]。この点について第一草案の理由書[559]は、上記の「教育」に関するプランクの説明をほぼそのまま繰返す一方で、「身上監護の義務は第三者のためにも監督により履行され、この義務が履行されない場合には七一〇条において定められた法定監督義務者責任の要件が存在するということへの注意を喚起するために」、身上監護の発露としての「監督」を特別に強調したと述べている[560]。すなわち、この第一草案理由書によれば、現行のBGB一六三一条一項の前身である第一草案一五〇四条一項一文が定める身上監護義務は、子ども自身のための教育義務と第三者のための監督義務からなり、そしてこの監督義務の違反は不法行為法上の監督義務の違反に他ならない[561]。ここに、本来子どもの利益が中心に置かれる親子関係に関する規律に、不法行為法上の監督者責任との平仄を合わせるため、第三者の利益が中心に置かれる、本来不法行為法上の義務である「監督」義務が半ば強引に付け加えられた経過を見て取ることが許されよう。

結果的にではあるが、家族法上の身上監護義務が不法行為法上の監督義務を包含する関係にあるとするに至った立法

者の見解は、その後一部の学説において受け継がれた。そして、そこでは、BGB一六三一条の監督義務が第三者保護以外の目的を有することが認められるに至り、[562] 本来不法行為法上の義務であり、第三者の利益が中心に置かれる監督義務と、子どもの利益が中心に置かれる親子法上の教育義務という区別が薄められた。[563] 例えば、ジャイメ（Jayme）は、第二委員会が、第一草案七一〇条の監督義務者は第三者に対する関係で被監督者に対して負う注意と同じ注意を尽すことについて責任を負うとしていたこと、[564] 両親の監督義務は監督についての両親の権限が及ぶ範囲内にしか及び得ないこと、両親の責任は報償責任論や危険領域の支配を可能にする拘束的指示にもその根拠を見出し得ないため、BGB八三二条の責任をBGB八三一条の責任のように厳格化し得ないことを指摘して、以下のように述べている。「家族法上の監督義務が第三者の保護に至る場合には、その義務違反が初めてBGB八三二条に基づく両親の責任を正当化する。家族法から生じる、子どもの教育を操る法的権力は、損害防止義務を第三者へと拡張するための支えとなる根拠である。従って、損害防止義務はその制約をその法的権力の中に見出す」。[565] この見解に従えば、家族法上の教育義務を適切に処理するためにのみ両親に認められる両親の権限の範囲内において、[566] 家族法上の監督義務と不法行為法上の監督義務は一致するということになろう。

以上の学説に対し、不法行為上の監督義務と家族法上の身上監護義務の関係について明言する学説の多くは、両者の義務を基本的に異なる義務と見ているようである。[567] 例えば、この点について比較的詳細に検討を加えているアルプレヒト・フックスは、両者の義務は保護の方向及びその内容の双方において異なるとする。すなわち、保護の方向に関しては、両者の規定の体系的位置（BGB八三二条は不法行為法に、同一六三一条は家族法に位置付けられていること）やBGB一六三一条が同八二三条二項に言う「保護法規」ではないこと等から、BGB八三二条は第三者の保護だけを目的としているのに対して、同一六三一条は子どものための監督義務だけに関係するとする。[568] 保護の内容に関しては、

親子関係については一般的社会生活におけるのとは異なる準則と基準が認められ、既に監督と教育の区別に際して述べたのと同様に、義務内容を確定する際の区別の基準が異なるとし、さらに、両者の義務の内容が同一であると解すると、規範の保護目的が責任の範囲を決定するという一般原則に反する等としている。[569] このような見解は、立法者の見解と異なり、BGB一六三一条の監督義務を子どものためのものと解するものであり、結果として家族法上の身上監護義務と不法行為法上の監督義務が重なり合う場合があることを否定するものではないであろうが、[570] 両者の義務の保護方向乃至内容が異なるとして、原則として両者を別個の義務として区別するものと言えよう。

以上のようにドイツでは、立法者及び一部の学説は家族法上の身上監護義務が不法行為法上の監督義務を包含すると見ていたものの、多くの学説は両者の義務をその保護方向乃至内容の点において区別していると言えよう。さらに、立法者が、家族法上の身上監護義務が不法行為法上の監督義務を包含するとしながらも、家族法上の監督義務を第三者保護のみを目的とするものと解していたと見られる点、また、ジャイメにおいても、家族法上の身上監護義務が不法行為法上の監督義務を包含するとすることの主眼が、前者による後者の限界を設けることにあると見られる点は注目に値しよう。

(553) 一九七九年の両親としての世話の法の新規定のための法律（BGBl. I S. 1061）による改正以降、後（第三章第三節第二款）に見るBGB一六二六条以下の改正理由に照らせば、Sorgeの訳語としては「監護」よりも「世話」「配慮」という方が相応しいかもしれない。しかし、本款では、一九七九年改正以前の親子関係をも対象とするとき、この改正前後の親子関係の双方を含む意味において「監護」という言葉を用いることとする。

(554) Vgl. W. Schubert(hrsg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines*

Bürgerlichen Gesetzbuches, Familienrecht, Teil1. (Walter de Gruyter, 1983), S. 70.

(555) W. Schubert(hrsg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Familienrecht, Teil2.* (Walter de Gruyter, 1983), S. 460.

(556) Schubert, a. a. O. (Fn. 555), S. 463.

(557) H. H. Jakobs ＝ W. Schubert(hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen, Familienrecht.II,* (Walter de Gruyter, 1989), S. 355.

(558) *Ibid.* 第一委員会の審議では部分草案三二四条一項の意味を「完全にすること（Vervollständigung）」が意図されていただけであった。

(559) 第一草案一五〇四条一項一文「身上監護はとくに子どもの教育及びその監督についての配慮を含む」。

(560) B. Mugdan(hrsg.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich,* Bd. 4., (R. v. Decker, 1899), S. 400.

(561) なお、この点については、責任負担者の法定監督義務者への限定に関する第二委員会及びライヒ司法庁覚書の説明も参照（第一節第一款第二項）。責任負担者を法定監督義務者へと限定したのは第一委員会であり、この点についての後の第二委員会等での説明は、上記の第一草案一五〇四条一項一文に関する説明を踏まえたものであろう。

(562) Jayme, *Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen,* (Alfred Metzner, 1971), S. 140. 但し、ジャイメは、家族法上の監督の目的を第一に、子どもを損害から守ることに求めている。

(563) 同様に、ＢＧＢ八三二条一項の監督義務がＢＧＢ一六三一条一項の監督義務の一部であり、家族法上の監督が第三者保護と被監督者の保護の双方を含むとするものとして、vgl. Schoof, a. a. O. (Fn. 230), S. 85ff.. シューフは、ＢＧＢ八三二条一項の監督義務がＢＧＢ一六三一条一項の監督義務の範囲内にとどまるものであるべきことを、ＢＧＢ一六二六条二項を介して憲法上の観点（ＧＧ一条一項、二条一項、六条）がＢＧＢ一六三一条一項にも反映されるということからも理由付けている。

(564) 前註215参照。

(565) Jayme, a. a. O. (Fn. 562), 150ff.

(566) Jayme, a. a. O. (Fn. 562), S. 135ff. 但し、ジャイメの言う「権限」は国家に対する関係においてのみ認められるようである。

(567) これに対し、両者の関係についての理解が必ずしも明確ではない学説の中には、ジャイメの見解のように、家族法上の身上監護義務に含まれる監督義務が第三者保護とそれ以外の目的を同時に有すると解するように見られるものが存在するが、その趣旨は定かではない。 Vgl. Donau in : *J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,* (J. Schweizer, 10. / 11. neubearb. Aufl., 1966), §1631 Rz. 18 （以下 Staudinger-Donau として引用） ; Michalski in:*Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,* Bd. 2(Aschendorf, 8., neubearb. Aufl., 1989), §1631 Rz. 12 （以下 Erman-Michalski として引用） ; Sträz in; *Bürgerliches Gesetzbuch,* Bd. 8(W. Kohlhammer, 12., neuarb. Aufl., 1987), §1631 Rz. 15 （以下 Soergel-Sträz として引用）.

(568) A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 152ff. なお、アルブレヒト・フックスがBGB一六三一条が同八一三条二項の保護法規ではないとする点について詳しく言えば、これを保護法規と解するとき、子の不法行為についての親の責任は八一三条二項により処理されるところ、第一草案七〇四条が監督者責任について、（証明責任の転換のない）規定を置いていた意味がなくなるというものである。

(569) A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 155ff.

(570) その他に家族法上の監督義務と不法行為法上の監督義務がその保護方向乃至内容の点について異なるとする見解として、 Salgo in; *J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,* (Dr. Arthur L. Sellier ― Walter de Gruyter, 13. Aufl., 2002), §1631 Rz. 34f. （以下 Staudinger-Salgo として引用） ; Wenz in; *Das Bürgerliche Gestezbuch,* (Walter de Gruyter, 12., neubearb. Aufl., 1999), §1631 Rz. 14 （以下 RGRK-Wenz として引用） ; Hinz in; *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gestezbuch,* (C. H. Beck, 4. Aufl., 2002), §1631 Rz. 6 （以下 Münch/Komm-Hinz として引用） ; Diederichsen in:*Bürgerlihes Gesetzbuch,* (C. H. Beck, 61. neubearb. Aufl., 2002), §1631 Rz. 5 （以下 Palandt-Diederichsen として引用） ; Dahlgrün, a. a. O. (Fn. 237), S. 54;Gernhuber/Coester/Waltjen, *Familienrecht,* (C. H. Beck, 5., völlig neubearb. Aufl., 2006), §57 Ⅳ 7, S. 668.

第三款　「監督と教育の分離」の実体

以上に述べたように、不法行為法における監督と教育の関係を検討する際の前提問題となる、家族法上の身上監護義務と不法行為法上の監督義務の関係について、ドイツの学説では、前者が後者を包含する関係にあるとするか、それとも両者が基本的に異なるとするかについて根本的な見解の対立がある。また、家族法上の身上監護義務が不法行為法上の監督義務を含むとしても、「監督」義務が第三者保護以外の目的を含むか否かにつき、立法者の見解とその後の学説とで相違が見られた。家族法上の身上監護義務が第三者保護を目的とする監督義務を含むか否かにつき対立がある点は、先に見たわが国の学説における議論状況と類似する。

家族法上の身上監護義務と不法行為法上の監督義務が基本的に異なるとする、アルプレヒト・フックスに代表される見解に従う場合、家族法上の身上監護義務の解釈が不法行為法上の監督義務、とくに「監督と教育の分離」原則に関する解釈に直結するということはなかろう。これに対し、家族法上の身上監護義務が不法行為法上の監督義務を包含する関係にあるとする見解に立てば、前者の解釈が後者の解釈に直接に影響を及ぼすこととなるようにも思われる。しかし、家族法上の身上監護義務が不法行為法上の監督義務を包含するとする、ドイツにおける見解のうち、既に見たように、BGBの立法者は、身上監護義務の中でも、第三者保護を目的とする「監督義務」を区別し、これを不法行為法上の監督義務としていた。また、ジャイメも、家族法上の身上監護義務が不法行為法上の監督義務を包含するとすることの主眼を、教育権が第三者保護のための損害防止義務に限界を設ける点に置いており、身上監護義務違反が即ち不法行為法上の監督義務違反となるということは重視していない。[57] これらいずれの見解においても、不法行為法上の監督義務と同視される「監督義務」は、第三者保護を目的として、むしろ（家族法上の教育権限に由来する制約を受けながらも）

不法行為法上自律的に規定されるものと見られる。[572] 従って、これらの見解によるとしても、家族法上の身上監護義務の解釈は、その義務違反が直ちに不法行為法上の監督義務違反となるという形で、不法行為法上の監督義務の解釈を直接に左右するものではなかろう。この点は、家族法上の身上監護義務違反が即ち不法行為法上の監督義務違反か否かを主として問題とする、わが国において見られる議論と異なる点である。

ところで、右に見たように、家族法上の身上監護義務の解釈が、その義務違反が直ちに不法行為法上の監督義務違反となるという形で不法行為法の監督義務の解釈を直接に左右するものではなく、また、不法行為法の学説・裁判例において「監督と教育の分離」原則が認められているとしても、不法行為法において「監督」と「教育」が完全に切り離されたものであるとは言えるかどうかについてはさらに検討を要する。既に見た裁判例において、「教育」の懈怠について親に責任を負わせていると見られる裁判例が存在することを別としても、ドイツの学説・裁判例においては教育と監督の相関関係、すなわち、教育の成果が乏しければ乏しいほど監督義務に対する要請は高度なものとなるという関係が一般に認められている。[573] そして、この監督義務の要請に対する高度化は結果として「教育の失敗」について親に責任を負わせるに至っている。いわば、教育の懈怠は高度の監督義務の設定を媒介として不法行為法上監督義務者に帰責されるのであり、その限りで「監督と教育の分離」原則は緩和されていると言うことができよう。[574] さらに、「監督と教育の分離」と言うとき、両者の区別は困難であり、このことは学説において「監督」と「教育」の区別をどこに求めるのかという点について見解の一致を見ていないことからも明らかになる。

従って、学説・裁判例において「監督と教育の分離」原則は、一般論として強調されているほど厳格に貫徹されているわけではなく、また、その内容も漠然としたものでしかない。そして、この原則と有責性原理との関係も必ずしも明らかではない。両者の関係については、これまでの検討から以下のように言うことができよう。すなわち、この原則は、

有責性原理から必然的に導き出されるものではなく、BGB八三二条及び一六三一条の沿革、つまり子のための「教育」と第三者の保護のための「監督」を区別した立法者の見解に由来する。ドイツの裁判例の分析において既に述べたように、RGは当初、「教育」と「監督」を同列に置き、単に「教育の成果」について親は責任を負わないとしていたに過ぎなかった（裁判例261参照）。しかし、立法者の見解の影響を受けた（或いは立法者の見解を誤解した）と見られるその後のRGの裁判例に、「教育と監督の分離」を、「教育」について親はそもそも責任を負わないというドグマへと歪曲していった過程を見出すことができよう（例えば裁判233、282及びそれらの【検討】参照）。また、BGB施行以前の普通法の下での実務において培われた、親の責任の成立に慎重な態度（scientia の要求）も影響を及ぼしたものと推測される。

以上からすれば、ドイツの学説における「監督と教育の分離」原則を維持すべきか否かという問題も、「教育」的措置も第三者保護のために要求され得るということが一般に学説・裁判例において承認されていることを前提とするとき、有責性原理との関係で言えば、有責性原理の下でいかなる教育の懈怠からいかなる高度の監督措置を要求することができるかという問題のうちに発展的に解消され得るものと言えよう。[575] そして、ドイツの裁判例における「監督と教育の分離」原則の実際の意義は、既に見たように（前節第五款参照）、加害行為と関連付けられていない一般的な「しつけ」や「教育」を行う義務をBGB八三二条の監督義務とすることを戒める点にあったと言うことができよう。既に見た、個別の事案の具体的状況に関連した措置である限り「教育」的措置もBGB八三二条の「監督」措置であるとするアルプレヒト・フックスの見解も、右のような意味において「監督と教育の分離」原則の維持を図ろうとするものであった。

なお、アルプレヒト・フックスによれば、交通事故や失火に関する裁判例において、裁判所は、立法者により与えら

れた「監督と教育の分離」原則に違反しているという。[576] 第二章第二節において既に見たように、交通事故や失火に関する裁判例は一九五〇年代以降に現れてきたものであり、これらの裁判例において、従前の裁判例とは異なり、裁判所が「教育」についても親に責めを負わせるようになったというのであれば、その限りで戦後のドイツの裁判例における監督者責任の厳格化を語ることができよう。しかし、ここでフックスが言う「監督と教育の分離」原則の違反とは、右に見た彼の見解に基づくものであり、事故防止に必要な具体的措置を検討することなく包括的な教育を要求することを意味する。[577] このような包括的教育の懈怠をBGB八三二条の監督義務違反としえないことは、既にライヒ裁判所でも承認されていたことであった（第二章第二節五款参照）。すなわち、仮に「教育」的措置の懈怠もBGB八三二条の監督義務違反としうるとの立場に立つとしても、ここで語られる厳格化を正当なものとして直ちに承認することはできないであろう。実際、BGB八三二条に関する戦後の裁判例については他方で、監督義務者が免責される事案の増加していることが指摘されている。[578]

(571) 前註565参照。

(572) 親の子に対する「監督」が第三者を保護する作用と同時に子を保護する作用を有することがあると認められるとしても、子の保護を怠ったことを理由として第三者に対する責任を親に負わせることはできない。事実、ジャイメも、親の不法行為法上の監督義務を限界付けるものとして家族法上の監督権限に由来する制約を強調するが、この監督権限による不法行為法上の親の監督義務の厳格化には言及していない。

(573) Vgl. Münch/Komm.Stein, a. a. O. (Fn. 223), §832, Rz. 18; Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. 2., (C. H. Beck, 12. völlig neubearb. Aufl., 1981), §73 V, S. 648. ラーレンツは裁判例273について、監視のために予めの配慮を講じることが親に

とって可能であったか否か疑わしいとしてこのように述べているが、判決が要求していると見られる監督措置は、子の弓矢遊びに対する祖父母の注意の喚起と無作為抽出的な検査であり、絶え間のない継続的監視ではないため、必ずしも不可能であるとは言えないであろう。しかし、そうだとしても、この指摘の一般的な正当性は失われるものではない。

(574) これに対してアルプレヒト・フックスは、分離原則は両親が講じなければならない措置だけに関係するものであり、教育の成果は一つの要因として監督義務の範囲を決定することから、監督と教育の相関関係を認めることは分離原則に反しないとする。しかし、フックスも他方で、監督義務の内容を決定する子どもの性質は教育措置によっても影響されることから「教育が間接的に監督に影響する」ことを認める。A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 201f.

(575) この点に関して、Jean-Pierre Le Gall,"Liability for persons under supervison", in:André Tunc(ed.), *International encyclopedia of comparative law*, vol. 11, (J. C. B. Mohr, Martinus Nijhoff, 1983), no. 70, p. 21 が、「ほとんどの法体系は監督の過失だけを推定しているので、しつけは監督者の証拠の評価において考慮される要素の一つに過ぎない」と述べていることは示唆的である。また、Niboyet, *Die Haftung Minderjähriger und ihre Eltern nach deutschem und französischem Deliktsrecht zwischen Dogmatik und Rechtspolitik*, (Dunker & Humblot, 2000), S. 176 は、BGB八三二条に関するドイツの法状況とフランス民法典一三八四条が親の責任に関して教育上の過失推定を含むとする伝統的見解を比較し、結果として両者の推定内容が類似するとする。

(576) A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S179ff.

(577) A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 180, 184f..

(578) Dahlgrün, a. a. O. (Fn. 237), S. 98ff. ; Albilt, a. a. O. (Fn. 244), S. 227ff..

第三章　ドイツ民法八三二条一項と社会生活上の義務

第二章の検討から、具体的な加害行為の予見可能性を前提としない一般的監督義務がドイツの監督者責任（BGB八

三二条）においても認められる場合があることが明らかになった。しかし、このような一般的監督義務は、ＢＧＢ八三二条の監督義務が有責性原理に立脚するものであるとするドイツ不法行為法においていかなる位置を有するのであろうか。そして、また、ＢＧＢ八三二条に関する裁判例においても、一般的監督義務が問題とされる場面と具体的監督義務のみが問題とされる場面が存在することが認められるところ、いかなる場合に一般的監督義務違反が問題とされ、或いは、いかなる場合に具体的監督義務違反だけが問われるのであろうか。さらに、一般的監督義務が有責性原理に立脚するとされるとき、この義務の限界はどこに存在するのであろうか。この第三章では、以上の点について検討し、日本法における監督者責任の帰責根拠及び責任要件の再構成の理論的基礎を考察する際の手がかりを得たい。

第一節　社会生活上の義務としての監督義務

既に第一章第二節で述べたように、一般的監督義務とは、被監督者の生活全般にわたって監護し、危険をもたらさないような行動をするように教育（しつけ）をする義務であり、子の具体的加害行為の予見可能性を必ずしも前提としない注意義務を言う。そして、この一般的監督義務違反による責任は、子の加害行為の抽象的危険性のみが存在する段階で「親として」なすべきことを内容とした行為義務が課され、この行為義務の違反に基づいて責任を負わされるという帰責構造を有している。ところで、ドイツの裁判例においても認められているこのような、子の具体的加害行為の予見可能性を前提としない一般的監督義務は、ドイツ法において、ＢＧＢ八三二条の監督義務が有責性原理に立脚するとされているとき、有責性原理の中にいかに位置付けられ得るのであろうか。この問題について解答を与えると思われるのが、ドイツの学説において一般にＢＧＢ八三二条の監督義務が社会生活上の義務（Verkehrspflicht）と考えられている

点である。なぜなら、既にわが国でも紹介されているように、[579] この社会生活上の義務については、従来有責性原理が固持されてきたドイツ不法行為法理論の中で、この有責性原理との緊張関係が指摘されているからである。

もっとも、BGB八三二条の監督義務を社会生活上の義務と解するドイツの有力説も、このように解することにより監督義務の内容に関する解釈論についてどのような帰結が導かれるのかということについては明らかにしていない。[580] そこで、ここでは、社会生活上の義務に関する一般論に立ち入って検討する必要があろう。

(579) 社会生活上の義務について、この点に関連してわが国で紹介・検討を行うものとして、潮見・前掲「帰責構造」（註15）二一二頁以下の他、錦織成史「民事不法の二元性―ドイツ不法行為法の発展に関する一考察―（一）～（三）・完」『法学論叢』九八巻一号二五頁以下及び同三号二五頁以下及び同四号六八頁以下（昭和五〇―五一年）、とくに九八巻三号二六頁以下、山本宣之「ドイツ法における社会生活上の義務と有責性」『民商』一〇五巻一号（平成三年）五一頁以下（以下「有責性」として引用）、同「ドイツ法における社会生活上の義務と違法性」『神戸法学雑誌』四一巻三号（平成三年）九五五頁以下（以下「違法性」として引用）参照。本稿の社会生活上の義務に関する記述もこれらに負うところが多い。

(580) 監督義務を社会生活上の義務と解することから導き出される機能については、青野・前掲論文（註14）参照。

第一款　社会生活上の義務の帰責要件への位置付け

周知のように、ドイツにおける社会生活上の義務とは、判例によって創造された、「社会生活において危険源を生じ

させ又は持続させる者は、事物の状況に応じて必要な全ての、他人を保護するための安全措置を講じなければならない[581]という一般原則」である。

この社会生活上の義務をドイツ民法典のいずれの条項に、そして帰責要件のどこに位置付けるかという点に関して、ドイツの判例の見解は必ずしも明らかではなく[582]、また、学説も意見の一致を見ていない。これらの問題、とくに帰責要件の問題に関しては既にわが国でも、前田教授の研究等[583]によりドイツ民事不法論争の詳細な紹介に際して触れられているところであり、監督義務の構造を解明するという本稿の目的からしても、この問題に立ち入ることは蛇足に過ぎないかもしれない。しかし、右の問題に関する論争は社会生活上の義務が有責性原理に与える影響と密接な関連を有しており、社会生活上の義務と有責性原理との関係を論じる上でこれらの問題をに関する議論状況を確認しておくことは有益であろう。そこで、ここでは、屋上屋を架すとの批判を覚悟しながら、社会生活上の義務の帰責要件への位置付けに関するドイツの学説の状況を、民事不法論との関係という視点から、主として山本宜之教授の枠組に拠りつつ[584]、簡単に図式的に整理しておきたい。

社会生活上の義務の帰責要件への位置付けは民事不法論と密接な関連を有している。すなわち、伝統的な結果不法論の立場からは、社会生活上の義務はもっぱら不作為の構成要件（行為、因果関係）[585]又は不作為の違法性[586]の問題として位置付けられる。例えば、構成要件の問題として位置付けるフラット（Flad）は、BGB八二三条の因果関係に関する説明の中で以下のように述べる。「不作為によって引き起こされた侵害が損害賠償を義務付けるのは、……法的作為義務が存在し、それが怠られたときだけである。……そのような特別な義務（筆者註：BGB八一三条二項の保護法規）が存在しないときにも、そしてそのときにだけ、一定の生活状況について、社会観念（Verkehrsauffassung）に従い、そのような義務が想定されるべきである」[587]。危険防止措置の不作為が社会生活において必要な注意の懈怠と見なされる

べきか否かを判断するとき、「重要な位置を占めるのは、社会生活の安全、狭義の社会生活安全義務（Verkehrssicherungspflicht）[588]、そしてその違反に留意することである」[589]。これは、権利・法益侵害即違法と解する結果不法論の立場から、作為不法行為であれ不作為不法行為であれ、違法性を徴表するのは権利・法益侵害であり、社会生活上の義務は侵害結果を不作為に帰属させるための因果関係を充足させるためのものにすぎない[590][591]、或いは、権利・法益侵害の違法性徴表機能が不作為不法行為については作用しないことを率直に認めた上で、この種の不法行為においてのみ社会生活上の義務が違法性を基礎づけると考えられるためのようである[592]。

しかし、このような位置付けに対しては、主としてその後の民事不法論に関する活発な論争の中で、異論が唱えられるようになった。

社会の発展に伴う危険の増大の中で権利・法益を危殆化する行為を絶対的に禁止することはできないとの認識の広がり、そして刑法学における目的的行為論の民法学への流入に伴い、行為義務違反＝違法と解する行為不法論が唱えられるようになると、社会生活上の義務はまさにその行為義務そのものと見なされるようになり、それ故、違法性へと位置付けられるようになった[593]。例えば、ヴァイヤース（Weyers）は、作為不法行為と不作為不法行為を区別することなく、過失不法行為の違法性のメルクマールは注意義務であるとした上で[594]、この注意「義務の一部は伝統的に『社会生活上の義務』又は『社会生活安全義務』と呼ばれる」[595]と述べる[596]。このような行為不法論の展開により[597]、社会生活上の義務を不作為不法行為に限らず、広く作為不法行為に関しても想定するための理論的素地が形成されたと言えよう。

この民事不法をめぐる論争を経て到達した現在のドイツ民法学説の通説は、侵害行為の態様を直接侵害と間接侵害に区別し、それに応じて権利・法益侵害による違法性の徴表を認めるか否かを区別しようとするものである[598][599]。すなわち、直接侵害については不法の実体を権利・法益侵害に求め[600]、或いは、権利・法益侵害（又はそれらのさし迫った危殆化）

による違法性の徴表を（実質的に）[601]肯定し、他方で間接侵害については不法の実体を行為義務違反に求め、或いは、権利・法益侵害による違法性の徴表を否定しようとする点において、通説は見解が一致している。[602]

そこで、このような現在の通説が社会生活上の義務を帰責要件にどのように位置付けるかであるが、第一に、この義務が作為不法行為と不作為不法行為の双方において問題となり得るという点ではこれらの学説に争いはない。[603]そして、これらの学説の多くは、社会生活上の義務を、間接侵害（不作為不法行為は通常ここに含まれるものと思われる）[604]の違法性（及び有責性）[605]を基礎づけるものとして位置付けている。[606]

以上のように、行為不法論の展開に伴い行為義務違反が不作為不法行為・作為不法行為を問わずに広く違法性を基礎づけることが認識されるようになるに伴い、社会生活上の義務が作為不法行為に際しても想定され得ることが理論上明白に認識されるようになった。[607]このような作為不法行為での社会生活上の義務には、第一に、現代の技術化された社会における危殆化行為の増加の中で、不法行為構成要件の違法な実現と目すべき対象を（ドイツの）相当因果関係理論によるよりも狭く限定することにより、不法行為の成否の検討を有意義なものとするという機能が認められるとされる。[608]しかし、ここで社会生活上の義務に要求された機能はそれだけではなかった。フォン・バール（von Bar）によれば、ドイツの裁判例は、次に見る「有責性関連の短縮（Verkürzung des Verschuldensbezuges）」による責任の厳格化を意図するときにも、作為不法行為について社会生活上の義務を問題としていた。[609]そしてこの問題は、社会生活上の義務の事案における違法性と有責性の関係、社会生活上の義務のドイツ不法行為法体系への位置付けという問題と関連して論じられてきた。そこで、次款では、この「有責性関連の短縮」について、右の問題にも簡単に触れながら、検討していきたい。

(581) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 1.

(582) 錦織・前掲論文（註579）三〇頁以下、山本（宣）・前掲「違法性」（註579）九五八頁参照。但し、ドイツにおいては一般に、判例は社会生活上の義務をＢＧＢ八二三条一項に位置付けているとされ（vgl. Larenz/Canaris, (Fn. 222), S. 405）、また、山本（宣）・前掲「違法性」九五八頁以下及び同・前掲「有責性」（註579）六一頁は、判例は、少なくともこの義務を構成要件又は違法性に結び付けていると解することができ、義務違反と有責性を自覚的に区別していると評価する方が素直であるとする。

社会生活上の義務に関するドイツの裁判例の状況については、特定のテーマについて検討するものは別として、従来わが国では詳しく紹介・検討されてこなかった。裁判例を比較的広く取り上げて検討するものとしては山本（宣）・前掲「有責性」論文が見られる程度である。本稿でも、主としてドイツの学説（の一部）を取り上げるだけであり、社会生活上の義務に関する裁判例・学説を広く検討することはできない。しかし、社会生活上の義務が有責性要件に与えた変容を明らかにするというここでの問題関心からは、裁判例及び個別の学説の詳細な検討は必要がなく、社会生活上の義務への理論的関心を有する学説の図式的な概観で十分であろう。

(583) ＢＧＢ施行以降の行為不法論の萌芽と隆盛の過程については、前田達明『不法行為帰責論』（昭和五三年・創文社）七七頁以下（以下「帰責論」として引用）に詳しく述べられており、個々の学説（エッサー、フォン・ケメラー、ラーレンツ、シュトル）における社会生活上の義務の帰責要件への位置付けも紹介されている。

(584) 山本（宜）・前掲「有責性」（註579）及び「違法性」（註579）参照。

(585) 錦織・前掲論文（註579）九八巻三号三一頁以下とくに註42、山本（宣）・前掲「有責性」（註579）五六頁及び「違法性」（註579）九五九頁以下参照。

(586) Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 62. 例えば、Enneccerus-Lehmann, a. a. O. (Fn. 222), §234 Ⅱ 2, S. 945ff. は社会生活上の義務を不作為の違法性の個所で論じている。

ちなみに、フォン・バール自身は、同所において、不作為不法行為では構成要件該当性と違法性は重なり合うことから、社会生活上の義務をいずれに位置付けるかという議論は実りがないとしている。

(587) Flad in; *Plank's Kommentar zum Bürgerlichen Geselzbuch*, Bd. Ⅱ. 2., (Walter de Gruyter, 1928), §823B Ⅱ 2b, S. 1723（以

下 Planck-Flad として引用）.

(588) Verkehrssicherungspflicht は、従来、「社会生活保安義務」、「交通安全義務」等と訳されているところ、本稿では、この義務が、沿革的に公衆に対して開設された交通の「安全確保（Sicherung）」を目的としていたという点、及び、その後交通に限らず「社会生活（Verkehr）」全般に拡大されていったという点に鑑みて、「社会生活安全義務」という訳語をあてることにした。

(589) Planck-Flad, a. a. O. (Fn. 587), §823B II 2b, S. 1724.

(590) 山本（宣）・前掲「違法性」（註579）九五九頁以下参照。

(591) 一九世紀のパンデクテン法学には、D. 7. 1. 13. 2:「なぜなら、耕地を耕さない者、ブドウつるを後から植えない者、同様に、水道を傷んだまま容れる者は、アクィリウス法によって責めを負わされない（nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aqarum ductus conrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur）」をめぐり、不作為不法行為の成立について争いがあり、BGB施行以前のライヒ裁判所も、普通法の下で、不作為不法行為の成立に慎重な態度を採っていた。従って、BGB施行後間もない頃、不作為不法行為の成立に明文をもって言及していないBGBの下で、社会生活上の義務を介してこれを認めることの意義は大きかった。Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 6ff., insbesondere S. 15f..

(592) 個別の学説を詳細に見れば、結果不法論の立場に立つと見られる学説には、社会生活上の義務を有責性に位置付けるものが見られる。例えば、Staudinger-Engelmann, a. a. O. (Fn. 222), §823 II C1, S. 1706ff. は社会生活上の義務を有責性の問題として位置付け、Schlechtriem, *Schuldrecht Besonder Teil* (Mohr Siebeck, 6. Aufl., 2003), Rz. 854, 863, S. 365, 368 は不作為の違法性と有責性の双方に位置付ける（さらに言えば、本文のフラットの見解にも違法性と有責性を区別していないかのような表現が見られる）。これは作為不法行為について、権利・法益侵害即違法という立場から、行態の義務違反性は有責性のレベルで判断されるとするためであろう。しかし、前註582で述べたように、ここでは個別の学説の分析を目的とするものではなく、また、これらの学説では社会生活上の義務と有責性の関係について意識的な議論が行われていないことから、これらの学説の詳細には立ち入らない。

(593) 山本（宣）・前掲「有責性」（註579）五六頁及び同「違法性」（註579）九六〇頁以下参照。Vgl. auch Brüggemeier, *Deliktsrecht*, (Nomos, 1986), Rz. 95ff., S. 86ff.; Kötz, a. a. O. (Fn. 222), Rz. 103, 106f., S. 44, 45; Esser/Schmidt, *Schuldrecht*,

Bd. 1 Tb. 2(C. F. Mueller, 8., völlig neubearb. Aufl., 2000), §§25 Ⅳ 1c, 26 Ⅱ 2b, S. 68f., 88; Esser/Weyers, a. a. O. (Fn. 230), §55 Ⅱ 3, S. 170ff..

(594) ちなみに、原則として行為不法論を支持すると見られるヴァイヤースも故意不法行為については結果不法を顧慮し、また、過失不法行為についても結果不法も顧慮するかのような表現をしている。Vgl. Esser/Weyers, a. a. O. (Fn. 230), §55 Ⅱ 3a, d, S. 170, 171.

(595) Esser/Weyers, a. a. O. (Fn. 230), §55 Ⅱ 3b, S. 170.

(596) Esser/Weyers, a. a. O. (Fn. 230), §55 Ⅱ 3c, S. 172f..

(597) 但し、ヴァイヤースが社会生活上の義務と過失の関係をどのように捉えているのかは必ずしも明らかではない。ヴァイヤースは、違法性判断の基礎たる行為義務がＢＧＢ二七六条一項の社会生活において必要な注意という基準に従って判断されるとしながら、他方で、過失については同条により「社会生活において（客観的に）『必要な』注意」が考慮の中心に置かれるとする。エッサーと同様に二七六条の「二重機能」（前田・前掲「帰責論」（註583）一〇八頁以下参照）を認める趣旨と思われるが、違法性と有責性を区別するのか否かは明らかではない（これに対して、山本（宣）・前掲「有責性」（註579）六〇頁は、エッサー＝ヴァイヤースの債務法教科書の第六版に拠り、ヴァイヤースの見解を、社会生活上の義務と有責性を融合させた見解とする）。Vgl. Esser/Weyers, a. a. O. (Fn. 230), S. 170ff..

(598) 前田・前掲「帰責論」（註583）一一七頁以下、錦織・前掲論文（註579）九八巻四号六九頁以下、山本（宣）・前掲「違法性」（註579）九六六頁以下参照。とくにこのような見解の嚆矢であるフォン・ケメラーの不法論について、柳沢弘士「ケメラーの民事不法理論―不法行為法における行為不法理論と不法類型論についての覚書（一）～（三）」『日法』三一巻一号八九頁以下及び同二号一一一頁以下及び同四号一〇一頁以下（昭和四〇―四一年）参照。

(599) 「直接侵害」と「間接侵害」の区別の基準に関しては、ドイツの学説において必ずしも意見が一致しているわけではなく（フォン・ケメラー、ラーレンツ、シュトル、ドイチュの見解について、前田・前掲「帰責論」（註583）一一七頁以下、錦織・前掲論文（註579）九八巻四号六九頁以下参照）、近年ではそれらの定義が断念されているようにさえ思われる。例えば、Medicus, a. a. O. (Fn. 222), Rz. 750, S. 369f. は、「『直接』とは、侵害結果が、行為者への帰責が明白であるほどに行為経過に属することをいう」と、ほとんどトートロジーとも見られる定義をしており（但し、この点はその後、*ders.*,

Schuldrecht Ⅱ, (C. H. Beck, 13., neubearb. Aufl., 2006), Rz. 750, S. 284 においては、間接侵害の意義をやや詳細に描くことにより若干改められている)、また、Larez/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §75 Ⅱ 3b, S. 365 は、両者の厳密な区別はなお多くの点で不明確であり、争いがあると述べるにとどめ、積極的な定義をしていない（しかし、カナーリスも両者の区別の有用性は認めている)。さらに、Mertens,“Verkehrspflichten und Deliktsrecht”, VersR1980, 400 は、「直接侵害などのように詳細に限定するかは不法行為法自体にとっては今日もはや肝心ではない」とまで述べる。

(600) 結果不法の意義を（実質的に）部分的に認めるこれらの見解の論者からも、権利・法益侵害という結果それ自体は違法判断の対象ではなく根拠であり、直接侵害の場合にも違法判断の対象は行為である（違法の実体は義務違反である）ことが指摘されている。Vgl. v. Caemmerer, a. a. O. (Fn. 231), S. 131;Stoll,“Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rehcte”, AcP162(1963), S. 209;Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §75 Ⅱ 3b, S. 365;Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*(Carl Heymann, 2., völlig neugestalt. u. erweitert. Aufl., 1996), Rz. 246ff., S. 160ff.. 但し、これらの見解の言う「行為」概念について、vgl. Larenz,“Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht”, in; v. Caemmerer et al. (hrsg.), *Festschrift für Hans Dölle,* Bd. I (J. C. B. Mohr, 1963), S. 176, 180f.. 柳沢・前掲論文（註598）一号九七頁以下及び一〇三頁註15も参照。

(601) フォン・ケメラーの見解について柳沢・前掲論文（註598）二号一二二頁及び四号一一八頁以下、前田・前掲「帰責論」（註583）一一九頁参照。

(602) 前註598の文献参照。Vgl. auch Stoll, a. a. O. (Fn. 600), S. 206, 229; Ulrich Huber,“Zivilrechtliche Fahrlässigkeit”, in; E. Forsthoff et al. (hrsg.), *Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70 Geburtstag*(Otto Schwarts & Co., 1973), S. 275ff.; v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 156f.; Larenz, a. a. O. (Fn. 573), §72 Ic, S. 609f.; Fikentscher, *Schuldrecht*, (Walter de Gruyter, 9. durchgesehene u. ergänzt. Aufl., 1997), Rz. 1057ff., S. 667ff.; Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §75 Ⅱ 3b, S. 365ff. ; Deutsch/Ahrens, *Deliktsrecht,* (Carl Heymann, 4., völlig überarb. u. erweitert. Aufl., 2002), Rz. 81, S. 41; Deutsch, a. a. O. (Fn. 600), Rz. 237, S. 154f.; Medicus, a. a. O. (Fn. 599), Rz. 750, S. 284. コンメンタールから、vgl. Steffen in; *Das Bürgerliche Gesetzbuch,* Bd. Ⅱ . Teil. 5., (Walter de Gruyter, 12., neubearb. Aufl., 1989), §823 Rz. 114ff. （以下 RGRK-Steffen として引用）; Soergel-Zeuner, a. a. O. (Fn. 222), §823 Rz. 9f.; Hager in; *J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,* 2. Buch §§823-825, (Seiller de Gruyter, 13. Aufl., 1999), §823 Rz. E2f. （以下 Staudinger-Hager

として引用）。

(603) Vgl. v. Caemmerer, a. a. O. (Fn. 231), S. 74ff.; U.Huber, a. a. O. (Fn. 602), S. 279; v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 61ff.; Larenz, a. a. O. (Fn. 573), §72 Ic, S. 610; Stoll, *Richterliche Fortbildung und gesetzliche Überarbeitung des Deliktsrecht*, (C. F. Müller, 1984), S. 11; Fikentscher, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 1057, 1237, S. 667, 761; Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 Ⅲ 1c, S. 401f.; Deutsch/Ahrens, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 259, S. 125; Deutsch, a. a. O. (Fn. 600), Rz. 106, S. 70f.; Mediucs, *Bürgerliches Recht*, (Carl Heymann, 19., neubearb. Aufl., 2002), Rz. 646, S. 437f.; ders., a. a. O. (Fn. 599), Rz. 750, S. 284. コンメンタールから、vgl. RGRK-Steffen, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. 134, 140; Soergel-Zeuner, a. a. O. (Fn. 222), §823 Rz. 155ff.; Staudinger-Hager, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. E3.

v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 63によれば、社会生活上の義務が作為不法行為についても問題となり得ることを初めて指摘したのはフォン・ケメラーである。

(604) このことを明言するものとして、Deutsch, a. a. O. (Fn. 600), Rz. 242, S. 158f.. フォン・ケメラーの見解についてこの点を指摘するものとして、山本（宣）・前掲「違法性」（註579）九六五頁註23。その他の見解は必ずしもこの点を明言していないが、不作為不法行為が通常、自然事情、第三者又は被害者の行為の介入により侵害が実現するものである（vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 70）ことに鑑みれば、本文のように言うことができよう（但し、Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 Ⅲ c, S. 401f.; Medicus, a. a. O. (Fn. 603), Rz. 646, S. 437f. und *ders.*, a. a. O. (Fn. 599), Rz. 750, S. 284は不作為と間接侵害を区別しているようにも見える。もっとも、前述のようにカナーリス及びメディクスの「直接」「間接」の区別の基準は明らかではなく、また、カナーリスは不作為と間接侵害の類似性を強調する）。これと異なる理解として、山本（宣）・前掲「違法性」（註579）九六一頁参照。

なお、多くの学説が指摘するように（vgl. v. Caemmerer, a. a. O. (Fn. 231), S. 75; v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 67; Deutsch, a. a. O. (Fn. 600), Rz109f., S. 73f.）、規範的評価を交えずに作為と不作為を厳密に区別することは困難である。このことからもカナーリスの言う不作為と間接侵害の類似性が窺われる。

(605) Stathopoulos,“Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit im Zivilrecht”, in: Canaris/Diederichsen(hrsg.), *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, (C. H. Beck, 1983), S. 631ff. は、社会生活上の

義務は一般的注意義務の一部であり、注意義務者にとって可能且つ期待可能なことが何かに従って決定されるところ、この尺度は過失の尺度と同様に類型化された客観的尺度であることから、社会生活上の義務の違反は過失ある行態と異ならず（S. 631ff.）、違法性としての過失と有責性としての過失を区別するために外的注意と内的注意（又はそれに対応する外的過失と内的過失）を区別するとしても、外的過失は内的過失を前提とすることから前者があるときには常に後者が認められ、従って両者を区別することはできず（S. 634ff.）、過責を認めることは違法性を認めることを意味し逆もまた然りとする（S. 636f.）。これに対する批判として、vgl. Larenz, *Lehhrbuch des Schuldrehchts*, Bd. 1., (C. H. Beck, 14., neubearb. Aufl., 1987), §20 IV , S. 291.

(606) 前田・前掲「帰責論」（註583）一一七頁以下参照。Vgl. auch v. Caemmerer, a. a. O. (Fn. 231), S. 80f., 132;Stoll, a. a. O. (Fn. 600), S. 203; U. Huber, a. a. O. (Fn. 602), S. 279; v. Bar, a. a. O. (Fn. 240)), S. 173f. ; Mertens, a. a. O. (Fn. 599), S. 398f. ; Larenz, a. a. O. (Fn. 573), §72 Id, S. 612; Deutsch, a. a. O. (Fn. 600), Rz. 71, 367, 385, S. 238, 248f.（不作為不法行為では構成要件と違法性の両者に位置付ける）; Medicus, a. a. O. (Fn. 599), Rz. 750, S. 284. コンメンタールから、vgl. RGRK-Steffen, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 140, 397; Soergel-Zeuner, a. a. O. (Fn. 222), §823 Rz. 9f., 155; Staudinger-Hager, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. E2f..

但し、ここでも学説により相違が見られ、例えば、Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §75 II 3c, S. 368f. 及び Fikentscher, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 1237, S. 761 は、構成要件の違法性徴表機能を重視し、社会生活上の義務を構成要件の問題として位置付ける。また、違法性と有責性の双方に位置付けると見られるものとして、前註605参照。

これらの見解のうち、社会生活上の義務を構成要件に位置付ける見解に対しては、不作為不法行為に関するフォン・バールの批判（前註586参照）が妥当しよう。

(607) 作為不法行為について社会生活上の義務に言及する裁判例は、民事不法論争が活発化する一九六〇年代以前に既に幾つか見られた。Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 63f..

(608) Vgl. Medicus, a. a. O. (Fn. 603), Rz. 646, S. 438; vgl. schon v. Caemmerer, a. a. O. (Fn. 231), S. 75ff., insbes. Fn. 114.

(609) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 65.

第二款　社会生活上の義務と「有責性関連の短縮」

「有責性関連の短縮」について語るには、まず、そもそも社会生活上の義務における違法性と有責性の関係がドイツにおいてどのように理解されているのかを確認する必要があろう。[610]

既に述べた（本節第一款）ように、社会生活上の義務たる行為義務が帰責要件の中で違法性に位置付けられることは、現在のドイツ民法学説においてほぼ争いがない。ところで、BGB施行以降、ドイツ民法学説では周知のように過失の客観化、すなわち、過失＝行為者の心理状態という理解から過失＝行為義務違反という理解への推移が見られた。[611]そこで、過失と社会生活上の義務の関係が問題になると同時に、従来過失が位置付けられてきた有責性とこの義務の関係がいかに捉えられるべきかが問題になる。

この社会生活上の義務と有責性の関係について、結果不法論の立場から社会生活上の義務違反を有責性に位置付ける見解を別として、[612]一部には、過失不法行為については過責判断と社会生活上の義務違反の判断が重なり合うとする見解[613]や有責性判断を不要とする見解のように、[614]有責性要件に（責任能力要件等を除いて）社会生活上の義務とは別個の固有の意義を認めない見解も見られるものの、多数説は社会生活上の義務違反と過失を区別し、有責性に固有の意義を残そうとする。[615]すなわち、多数説は、客観的過失説の立場に立ちながら、有責性としての過失において、社会生活上の義務において定立される行態義務よりも程度の低い（より具体的事情に着目して類型化された）行態義務に関する判断、或いは、行為者の主観的様態に関する判断を行おうとしている。[616]

例えばフォン・バールは、間接侵害において最高度の外的注意である社会生活上の義務が違法性に属するのに対して、過責としての過失には内的注意、すなわち、客観的に評価されるべき心理的な注意深さが残るとし、[617]この内的注意とは、

裁判官により定立された行態規範に対する違反及びその行態規範を生じさせる事実に関する前提の認識可能性並びに回避可能性という要素からなるとする。[618] すなわち、内的注意において、義務を生じさせる事情の認識可能性と個人的な義務履行の期待可能性を問題とする。[619] そして、この内的注意でなされる要請は、外的注意でなされる最高度の要請とは異なり、それよりも低いもの（『その行為者に最も近い社会的カテゴリー』に合わせられた人的尺度[620]）であるとする。また、ドイチュ（Deutsch）は、社会生活上の義務の違反についての責任は過責を要件とし、この過責で問題となるのは人的注意としての外的注意[621]及び内的注意[622]であるとするところ、この内的注意で問題となるのは、義務の履行の認識（社会生活上の義務を基礎づける事情とその義務の認識可能性）と期待可能性であるとすると見られる。[623]

社会生活上の義務と有責性の関係に関する見解についての以上のような状況からは、このドイチュの見解に見られるように、有責性としての過失において適切な行態としての外的注意をも要求する見解も見られるものの、社会生活上の義務と有責性を区別する見解の多くは、この有責性の段階で特に義務を基礎づける事情及び義務違反の認識可能性と義務履行の期待可能性を問題としている言える。[624] そして、実際に有責性の問題として重要な位置を占めるのは、義務を基礎づける事情及び義務自体の認識可能性の問題であると言ってよいであろう。[625]

しかし、この「義務を基礎づける事情」の認識可能性をどのように捉えるかに関して、学説の見解は必ずしも一致していない。すなわち、学説では、行為義務を生じさせる諸事情の認識可能性として、具体的な法益の侵害危険の認識をもたらす諸事情の認識可能性まで要求するか、それとも抽象的な法益の侵害危険の認識をもたらす諸事情の認識可能性を要求するにとどまるか、言い換えれば、具体的な法益侵害の予見可能性（具体的危険の予見可能性[626]）まで要求するか、それとも抽象的な法益侵害の予見可能性（抽象的危険の予見可能性）を要求するにとどまるかという点について争いが見られる。[627] そして、この争いは、社会生活上の義務をBGB八二三条一項に位置付けるのか、それともBGB八二三条

二項に位置付けるのかという問題に対する見解の相違にも影響する。

この争いについて、ドイチュやフォン・バールに代表される、抽象的な法益侵害の予見可能性を要求するにとどまる見解は、その基礎に、具体的危殆化乃至侵害を理由とする過失責任は、技術化された現代社会においては多くの危険な行態が許容されていることから非常に制約されたものとなるため、抽象的危殆化を理由とする過失責任を認めることによる調整が必要であるとの認識が存在するものと見られる。[628] すなわち、具体的危険の予見可能性なくして権利又は法益が侵害され、且つ、賠償を認めるに値する場合が存在するとの認識である。このような認識に基づき、これらの論者は、過責は社会生活上の義務違反だけに関連すればよく、権利又は法益の侵害に関連する必要はない、つまり、抽象的危険を基礎づける諸事情と義務違反の認識可能性があればよく、具体的危険乃至それを基礎づける事情の認識可能性は必要がないとする。[629] このように有責性の連結点を権利又は法益の具体的危殆化乃至侵害からその前段階である義務違反へと移動する点に、「有責性関連の短縮」が語られ、この「有責性関連の短縮」[630] は作為不法行為の場面での社会生活上の義務の第一の機能であるが、（本稿で問題としている監督者責任のような）[631] 不作為不法行為の場面についても認められるとされる。[632] そして、これらの論者は、社会生活上の義務違反についての責任において「有責性関連の短縮」を肯定することから、この義務を、同様にこの短縮が認められるとするＢＧＢ八二三条二項へと整除する。[633]

このような「有責性関連の短縮」を肯定する見解（肯定説）に対し、批判の急先鋒となったのがシュトル（Stoll）である。シュトルは、いわゆる規範目的論に関するその論文の中で、ＢＧＢ八二三条二項では規範違反だけが不法行為構成要件であることから有責性は規範違反だけに関連付けられていればよく、侵害結果や損害に関連付けられている必要はないとして「有責性関連の短縮」を認める通説に対し、この場合にも責任設定的利益侵害は規範目的論によりヨリ詳しく決定される不法行為構成要件に属するとの形式的論拠でもって反論した上で、その実質的論拠として以下のように

述べた。[634] すなわち、通説に従えば、危殆化禁止が抽象的且つ一般的に表現されていればいるほど、それだけいっそう保護法規違反についての責任リスクが大きくなるという受け入れがたい結果となり、包括的な安全規定により責任リスクを恣意的に操作することができる、と。[635] そして、シュトルは、抽象的危殆化禁止規範定立の基礎に置かれている経験則は常に妥当するものではなく、裁判官により価値を認められるべき経験価値による修正を受け、その禁止規範違反が直ちに、規範定立者が見抜いていた危険の発生を行為者が予見することができ且つ予見しなければならなかったことの証跡として認められるわけではないと述べ、BGB八二三条二項ついても原則として規範定立者の見抜いていた危険の予見可能性を要件とする（規範違反はこの予見が可能であったとの一見の証明しかもたらさない）。[636] BGB八二三条二項についてのこのようなシュトルの見解は、同じく「有責性関連の短縮」が問題となる社会生活上の義務に関しても妥当するはずであり、現にシュトルはその後、フォン・バールの教授資格取得論文についての書評の中で、社会生活上の義務において「有責性関連の短縮」が認められるべきではない旨を述べている。そこで、シュトルは、「不法行為法は具体的な権利侵害に取り組むものであり、それ故具体的な危殆化禁止だけを定立する」とし、さらに、「抽象的危殆化禁止に反するときには具体的な侵害結果がほとんど常に予見可能であり、従って名目的な『有責性関連の短縮』が用いられることは稀でしかない」として、「有責性関連の短縮」を認めるバールの見解を批判している。[637]

有力な学説はこのようなシュトルの見解、とくにこのシュトルの最後の論拠に同調し、社会生活上の義務の有責な違反はその義務により保護されている権利侵害に至ることから、同時に有責な権利侵害ではないということは考えられないとして「有責性関連の短縮」を否定する（否定説）。[638] そして、これらの論者は通常、この「有責性関連の短縮」を否定することもあり、社会生活上の義務をBGB八二三条一項へと整除する。[639]

なお、これらの否定説に対しては、肯定説の側からの反論の試みも見られる。フォン・バールは、BGB八二三条二

項における「有責性関連の短縮」を否定する前述のシュトルの見解に対し、行政当局の過度の要請には民事法上拘束され得ないとした上、さらに、具体的危険の予見可能性が要求されるとすると、規範定立者が専門家の判断に従って防止するものとしていた危険の予見可能性が非専門家の立場から判断され、損害予防にとって有害であるとして反論する。[640] さらに、ドイチュは、自動車運転者が人気のない道でスピードを出しすぎて走行していたときに酔っ払いが道路を横切り、その運転者にとってそのことが予見し得なかったという例を持ち出して、具体的危険の予見可能性がないにもかかわらず損害が生じる場合があることを指摘している。[641]

「有責性関連の短縮」に関するドイツでの議論の状況は概ね以上に述べたようなものであるが、ここで注意を引くのは、一方では、否定説も現実に行われた個々の侵害行為を詳細に予見している必要はないとしている点である。これらの見解は、少なくとも行われた侵害と同種の侵害の一般的な予見可能性が必要であるとするものの、個別の侵害の詳細な予見可能性までは必要がないとする。[642] この点は後述する（本節第三款）抽象的危険についての責任と有責性原理との調和という問題にも関わるが、例えば「有責性関連の短縮」に対する批判の先鋒となったシュトルも、社会生活上の義務の発展の中で過責の要求が弱められたことについて、「その発展は法律の体系に内在的な継続形成の範囲にとどまる」と述べる。[643] さらに、否定説に立つ論者がどのような場合に社会生活上の義務違反に基づく責任を肯定しているかを見ると、例えばカナーリス（Canaris）は、専門家にも容易に気づかれ得ない医学専門書の印刷ミスの結果として患者に破滅的損害が生じるときには、そのミスの回避のために出版者に「極度の緊張」が必要であることを認めている。[644] しかし、このような場合、印刷ミスと患者への身体侵害の間に医師の行為が介在することから、現実に生命・身体という法益が危殆化されているとは言い難いように思われる。[645]

他方で、抽象的危殆化防止規範が定立されるときには通常ある種の危険を防止することを目的としていることに鑑み

れば、その違反に際して具体的危険の予見可能性が全くないとすることにも疑問を感じよう。例えば、抽象的危険の予見可能性しか認めることができない例としてドイチュの挙げる例を見ると、速度違反を犯す自動車運転者にとっては、速度制限が自動車による他人の物（自動車等）や人身の（衝突やその誘発による）危殆化を防止することを目的としていることに鑑みると、規範違反に際してこれらの危殆化が現に存在するということを全く予見し得ないとすることには疑問が残る。[646] このことはバールが、非専門家の判断が専門家の判断に代るとして否定説に反論している点についても、その非専門家にとっての予見可能性を完全には否定し得ないと考えられることからすると、同様に言えよう。

以上のことから、否定説も実質的には抽象的危険について行為者に責めを負わせることを認めており、他方で肯定説が抽象的危険について行為者に責めを負わせるときには具体的危険の予見可能性も存在すると見ることができ、両者の見解で結論に差異は生じないのではなかろうか。[647] 結局のところ、両者の見解の対立は、具体的危険について要求される「同種の侵害の一般的予見可能性」をどの程度広く捉えるか（これを狭く捉えれば「有責性関連の短縮」が必要となり、広く捉えれば不要となろう）に由来するに過ぎないのではなかろうか。そうだとすれば、むしろ問題の本質は、有責性原理の観点から、「同種の侵害の一般的予見可能性」を広く捉えること、或いは、抽象的危険について行為者に責めを負わせることが許されるのか、そして許されるとすれば、事案の状況に応じてどのような場合に、否定説の言う「同種の侵害の一般的予見可能性」、或いは、肯定説の言う抽象的危険の予見可能性が認められ、行為者に責任が負わされるのかという点にあるように思われる。そして、どのような場合に「同種の侵害の一般的予見可能性」或いは抽象的危険の予見可能性が認められて行為者に責任が負わされるのかという問題は、「有責性関連の短縮」についての見解の対立が結論において差異をもたらさないとするとき、まさに社会生活上の義務がどのような場合に成立するのかという問題を意味しよう。

このとき、「有責性関連の短縮」に関する議論の意義は、社会生活上の義務違反に基づく責任については「同種の侵害の一般的予見可能性」が厳格に要求されないこと、或いは肯定説の言う抽象的危険の予見可能性に基づいて行為者に責めが負わされるべき場合があることを明らかにした点に認められよう。

もっとも、具体的危険と抽象的危険の区別が全く無意味であるとは言えない。カナーリスの具体的危険と抽象的危険の定義[648]を加味するとき、両者の危険を区別することはなお有意義であろう。すなわち、特定の権利又は法益が現実に危殆化され且つ理性的な行為者が認識していれば自発的にそれを防止するであろうほど明白な「具体的危険」があるときには、直接的な損害回避措置をとる義務が問題となり、伝統的な有責性原理の立場からこの義務違反について行為者に責めを負わせることには（客観的過失と有責性原理との調和という問題を別として）とくに問題が生じない。これに対し、行為時にそれ以前の段階にある「抽象的危険」しかない場合、換言すれば、特定の権利又は法益が現実に危殆化されているのではない場合又は危殆化されているとしても右のような明白性を欠く場合には、主として直接的損害回避措置以外の措置をなす義務が問題となり、まさにこの義務の違反について責めを負わせるとき、現に法益が危殆化され且つそのことが明白な「具体的危険」を念頭に置く伝統的な有責性原理との調和が問題となると思われるからである。[649]それ故、この「抽象的危険」について行為者に責めを負わせるには、特別な根拠が必要となろう。そして、社会生活上の義務の発展に伴って「抽象的危険」に基づく責任を行為者に課すことが認められるようになったことからすれば、この特別な根拠こそ、社会生活上の義務の成立根拠ということになろう。

(610) この点について既に詳細に検討するものとして山本（宣）・前掲「有責性」（註579）五九頁以下。本款の記述はこれに

多くを負う。

(611) 前田・前掲「帰責論」(註583) 83頁以下、潮見・前掲「帰責構造」(註15) 175頁以下参照。

(612) Vgl. Schlechtriem, a. a. O. (Fn. 592), Rz. 854, 863, S. 365, 368 (作為不法行為について)。

(613) Vgl. Stathopoulos, a. a. O. (Fn. 605), S. 637, 642ff. (いわゆる間接侵害について) ; Münch/Komm-Wagner, a. a. O. (Fn. 222), Rz. 37.

(614) Vgl. Esser/Schmidt, a. a. O. (Fn. 593), §25V, S. 74f.. Bürggemeier, a. a. O. (Fn. 593), Rz. 113f., S. 95f. も同旨と思われる。さらにヴィートヘルターの見解について、前田・前掲「帰責論」(註583) 165頁以下参照 (但し、ヴィートヘルターは社会生活上の義務を構成要件要素とする)。

(615) これに対して主観的過失説の立場に立ちながら社会生活上の義務と有責性を区別するものとして、例えば、vgl. v. Caemmerer, a. a. O. (Fn. 231)S. 132 (権利侵害の認識を問題とする) ; *ders.*, "Die absoluten Rechte in §823 Abs. 1 BGB", in : Leser(hrsg.), *Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften*, Bd. I, (J. C. B. Mohr, 1968), S. 573; U. Huber, a. a. O. (Fn. 602), S. 278 (有責性としての過失において内的注意の違反＝法規違反の認識可能性と回避可能性を問題とする)。

なお、フォン・ケメラーは、他人の過責について契約外で責任を負うときにはリスク責任が認められるとする。ここではＢＧＢ八三二条は明示的に言及されていないが、仮にＢＧＢ八三二条がこのリスク責任に含まれないとすれば、監督義務者が責任を負うのは、その者に人的非難という意味での監督上の過失があるときに限られることとなり、ＢＧＢ八三二条の実際上の意義の大部分が失われることから、ＢＧＢ八三二条もこのリスク責任に含まれるとするものと見られる。

(616) 山本 (宣)・前掲「有責性」(註579) 六二頁以下参照。Vgl. auch Stoll, a. a. O. (Fn. 600), S. 233 (事前的判断としての諸事情＝危険の認識可能性を問題とする) ; v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 173ff. (内的注意の要素として規範違反の認識可能性及び回避可能性、規範を基礎づける事実の認識可能性を問題とする) ; Mertens, a. a. O. (Fn. 599), 407 (違法性の認識可能性を問題とする) ; Larenz, a. a. O. (Fn. 605), §20 Ⅳ, S.. 289ff. (内的注意＝予見、注意、状況に適応し且つその中で必要なことを認識して行う準備のできていることを問題とする) ; *ders.*, a. a. O. (Fn. 573), §72 Ⅰ, S. 610f. (内的注意を問題とする) ; Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §75 Ⅱ 3d, 76 Ⅲ 7, S. 369f., 426ff. (侵害の抽象的予見可能性、「瑕疵」の認識可能性、義務履行の期待可能性を問題とする) ; Deutsch, a. a. O. (Fn. 600), Rz. 367, 372, 385ff., S. 238, 241,

249ff.（人的注意としての外的注意及び内的注意を問題とする）; Deutsch/Ahrens, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 261, S. 126（義務及びそれを基礎づける事情の認識可能性、義務履行の期待可能性を問題とする）; Kötz, a. a. O. (Fn. 222), Rz. 118, S. 49（義務の認識可能性と義務違反の回避可能性を問題とする。但し、実際上の意義を認めない）; Medicus, a. a. O. (Fn. 603), Rz. 659, S. 455（義務履行の期待可能性を問題とする）; コンメンタールから、RGRK-Steffen, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. 118, 397, 414（社会生活上の義務は被保護利益に、過責は行為者の状況に適合させられるとする）; Schiemann in; *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, (Aschendorff, 8. neubarb. Aufl., 1989), §823 Rz. 87（以下 Erman-Schiemann として引用）（義務自体の認識を問題とする）; Soergel-Zeuner, a. a. O. (Fn. 222), §823 Rz. 7ff.（行態の社会的有害性の認識可能性を問題とする。但し、実際上の意義は乏しいとし、さらに、不作為不法行為等では区別が困難だとする）; Staudinger-Hager, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. E3, E70（義務違反の認識可能性と義務履行の期待可能性を問題としていると見られる）.

(617) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 173ff..

(618) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 175.

(619) Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 302f..

(620) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 177ff..

(621) Deutsch, a. a. O. (Fn. 600), Rz. 367, S. 238. Vgl. auch Deutsch/Ahrens, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 261, S. 126.

(622) Deustch, a. a. O. (Fn. 600), Rz. 385, S. 249.

(623) Deustch, a. a. O. (Fn. 600), Rz. 388, S. 250.

(624) Deutsch, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 261, S. 126.

(625) 前註616参照。これらの学説のうち、「義務違反の回避可能性」を問題とするものも見られるが（vgl. etwa v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 175）、その具体例として持ち出されている例を見ると（速度計の故障により自動車運転者が制限速度違反を犯す場合。この例は例えば Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §75 II 3d, S. 370 では義務履行の期待可能性の問題として持ち出されている）、この点は義務違反の認識可能性か義務履行の期待可能性のいずれかに解消され得るであろう。

(626) 学説において義務履行の期待可能性の問題とされる事例（例えば、リフト事業者がゲレンデ上の支柱の防護措置を行う

義務を知らず、スキーヤーが防護措置のない支柱に衝突して負傷した場合や違法駐車の車両により一時停止標識が隠されていたために自動車運転者が一時停止義務違反を犯した場合）も、その大部分は義務の認識可能性の問題に解消され得るものと見られる（上記の事案は、Deutsch, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 261, S. 126 や Larenz, a. a. O. (Fn. 605), §20 Ⅳ, S. 290 では義務の認識可能性の問題として取り扱われている）。それ故、実際に前者の問題として取り扱わなければならない事例はごく限られたもの（例えば、撒布義務 Streupflicht を負う者が急病によりその義務を履行し得なかった場合）となろう。但し、私見では、本稿で問題とする監督者責任については、この義務履行の期待可能性という要素が重要な役割を果す。

(627) 本稿では、ドイチュの見解にならい、具体的危険を、特定の権利又は法益が危殆化されること、抽象的危険を特定の権利又は法益を出発点とせずに何らかの法益が危殆化されることという意味で用いることとする。Vgl. Deutsch, a. a. O. (Fn. 600), Rz. 214, S. 140; auch v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 116. ドイツの学説も多くはこのような意味で両者の概念を用いているものと見られる。もっとも、この具体的危険、抽象的危険という概念の意味の不明確さを指摘する見解も見られる。Staudinger-Hager, a. a. O. (Fn. 602), Rz. E10; Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 Ⅲ 1e, S. 402f.. カナーリスは、具体的危険を、それを回避することがBGB二七六条の意味での社会生活において必要な注意の命令であり、それ故、理性的で誠実な法仲間（Rechtsgenosse）がそれを認識していたときには自発的に防止するであろう危険、抽象的危険を、まだBGB二七六条の尺度に従って阻止されるべき危険の前段階にある危険であるとする。ドイチュの見解との具体的な相違は、カナーリスの見解に従えば権利又は法益が現実に脅かされていないときにも具体的危険を語り得るという点に存在しよう。

(628) Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 222), S. 163.

(629) Vgl. Konrad Huber,“Verkehrspflichten zum Schutz fremden Vermögens”, in; H. C. Ficker et al. (hrsg.), *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, (J. C. B. Mohr, 1978), S. 380; v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 160ff.; Deutsch, a. a. O. (Fn. 600), Rz. 215, S. 141; Deutsch/Ahrens, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 261, S. 126. コンメンタールから、Erman-Schiemann, a. a. O. (Fn. 615), §823 Rz. 87, 152; Mertens in; *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 5, (C. H. Beck, 3. Aufl., 1997), §823 Rz. 42a（以下 Münch/Komm-Mertens として引用）; *ders.*, a. a. O. (Fn. 599), S. 407. さらに、U. Huber, a. a. O. (Fn. 602), S.

280f. も、主観的過失説の立場からではあるが、法益侵害の予見可能性は必ずしも必要ではないとする。なお、v. Caemmerer, a. a. O. (Fn. 231), S. 76 Fn. 114 はこの点について既に、裁判例における社会生活上の義務の取扱いとＢＧＢ八二三条二項の類似性を指摘する。

(630) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 65.

(631) Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 141.

(632) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 160.

(633) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 180; auch wohl Deutsch, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 276, S. 131. 但し、必ずしも、有責性関連の短縮を肯定するか否かが社会生活上の義務の体系上の整除と直結しているわけではない。例えば、Erman-Schiemann, a. a. O. (Fn. 616), §823 Rz. 76, 87, 152 は、「有責性関連の短縮」を肯定するにもかかわらず、ＢＧＢ八二三条一項に整除し、また、Münch/Komm-Mertens, a. a. O. (Fn. 629), §823 Rz. 173 は、同様に「有責性関連の短縮」を肯定するにもかかわらず、言わばＢＧＢ八二三条「三項」へと整除する。その他に、後註639のカナーリスの見解を参照。

(634) Stoll, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, (J. C. B. Mohr, 1968), S. 21ff..

(635) Stoll, a. a. O. (Fn. 634), S. 22f.

(636) Stoll, a. a. O. (Fn. 634), S. 23.

(637) Stoll, RabelsZ46, 593f.. Vgl. auch Stoll, a. a. O. (Fn. 603), S. 13.

(638) Larenz, a. a. O. (Fn. 573), §72 Id, S. 618, insbes. Fn. 2. Vgl. auch Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 Ⅲ 1e, 7a, S. 403, 426. コンメンタールから Staudinger-Schäfer, a. a. O. (Fn. 222), §823 Rz. 502; RGRK-Steffen, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. 415; Soergel-Zeuner, a. a. O. (Fn. 222), §823 Rz. 4, 271; Staudinger-Hager, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. E5, 10. Ebenso wohl Medicus, a. a. O. (Fn. 603), Rz. 655, S. 452f. 「具体的危険」と「抽象的危険」の定義に関するカナーリスの見解に従うと、ドイチュの言う「具体的危険」を要求する見解に比べ、理論的には不法行為の成立がより広く認められよう。

なお、既にシュトル以前に、Fikentscher, *Das Schuldrecht*, (Walter de Gruyter, 1965), S. 576 が、ＢＧＢ八二三条二項について「有責性関連の短縮」を否定すべき旨を述べている。

(639) Canaris, “Schutzgesetz-Verkehrspflicht-Schutzpflichten”, in : Canaris/Diederichsen(hrsg.), *Festschrift für Karl Larenz zum*

80. Geburtstag, (C. H. Beck, 1983), S. 77ff.（ＢＧＢ八二三条一項の空洞化、直接侵害と間接侵害及び作為と不作為の間の区別の困難さによるドグマティッシュな合目的性の欠如、立法者意思との矛盾、ＢＧＢ八二三条二項の機能と長所を奪うこと等を理由とする）; Fikentscher, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 1232, S. 760; Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 Ⅲ 2b, S. 405; Medicus, a. a. O. (Fn. 603), Rz. 655, S. 452. コンメンタールから Staudinger-Schäfer, a. a. O(Fn.222), §823 Rz. 320; RGRK-Steffen, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. 140; Soergel-Zeuner, a. a. O. (Fn. 222), §823 Rz. 5,288; Staudinger-Hager, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. E5.

なお、ラーレンツは、Larenz, a. a. O. (Fn. 600), S. 189, 193f. において、行態規範違反が違法性を基礎づけるという共通性に着目し、社会生活上の義務はＢＧＢ八二三条二項に整除されるとの立場に立っていたが、その後、純粋財産利益の一般的保護に反対することもあり、改説したようである。Vgl. Larenz, a. a. O (Fn. 573), §72 Ⅰ d, S. 617f.

(640) Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 162. バールは例として、道路交通当局がある場所に信号を設置するが、その土地に不案内な者にとっては無意味に思われる場合を挙げる。なお、規範定立者により責任リスクが恣意的に拡張され得るとの否定説の論拠に対しては、同じく否定説に立つカナーリスからも（八二三条二項に関する限りで）肯定説に対する反論とならないとの指摘がなされている。Vgl. Canaris, a. a. O. (Fn. 536), S. 53.

(641) Vgl. Deutsch, a. a. O. (Fn. 600), Rz. 215, S. 141.

(642) Vgl. Larenz, a. a. O. (Fn. 573), §72 Ⅰ d, S. 612; Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 Ⅲ 7, S426. コンメンタールから、vgl. Staudinger-Schäfer, a. a. O. (Fn. 222), §823 Rz. 502; RGRK-Steffen, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. 415; Soergel-Zeuner, a. a. O. (Fn. 222), §823 Rz. 271; Staudinger-Hager, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. E70. なお、後註644のカナーリスの具体例も参照。

(643) Stoll, a. a. O. (Fn. 603), S. 13f..

(644) Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 Ⅲ 7, S. 428.

(645) もっとも、前註627のカナーリスによる具体的危険と抽象的危険の定義からは、当該印刷ミスを理性的な出版者が認識していればそれに従って医療行為が行われることを防止すべく自発的に訂正を行うであろうとして、ここでの危険は具体的危険に属するとするのであろう。しかし、このように特定の法益（生命・身体）が現に危殆化されているとは言い難いよ

うな場合にまで「具体的危険」を語ることには疑問が残る。

(646) 本文で述べた、社会生活上の義務違反は常に有責な権利侵害であるという否定説から肯定説に対する批判の論拠は、このことをも述べるものであろう。

なお、抽象的危険がとくに問題となるのは、薬害や公害の場合に生じるような「未知の危険」についてであろう。しかし、このような「未知の危険」が問題となる場合でも、まさに行為時の最高度の科学技術をもってしてもその危険を予見し得なかったとすればそもそも行為者に責めを負わせ得ず、また、（調査等を経て）予見し得るときには、有害物質により特定の法益（生命・身体）が現に危殆化されているとして、具体的危険の予見可能性があると言うことも言えなくはないであろう。わが国で、「未知の危険」についてこそ抽象的危険の段階で行為義務を課す意義があるとする潮見教授もこのことを否定する趣旨ではないと思われる。潮見・前掲「不法行為」（註117）一六二頁参照。

しかし、筆者も「具体的危険」と「抽象的危険」の区別に意義を認める点については、本文後述参照。薬害・公害での「未知の危険」もこの「抽象的危険」に属しよう。

(647) Canaris, a. a. O. (Fn. 536), S. 52は、BGB八二三条二項の「有責性関連の短縮」に存在する八二三条一項との相違を過大評価してはならないとする。また、「有責性関連の短縮」に関する争いの意義が乏しいことを指摘するものとして、Staudinger-Hager, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. E70.

(648) 前註627参照。但し、カナーリスも法益が現実に危殆化されていることを考慮しないわけではない。Vgl. Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 Ⅲ 1e, S. 403.

(649) 以下、本稿において、特定の権利又は法益が現実に危殆化され且つ理性的な行為者が認識していれば自発的にそれを防止するであろうほど明白な危険とその前段階にある危険を表わすときには、ドイチュの言う具体的危険及び抽象的危険と区別するため、それぞれ、「具体的危険」、「抽象的危険」と表記することとする。

第三款　「抽象的危険」についての責任と有責性原理の調和

以上に述べたように、問題の本質が、否定説の言う「同種の侵害の一般的予見可能性」或いは肯定説の言う抽象的危険の予見可能性がいかなる場合に認められるかという点にあるとしても、その前提として、そもそも抽象的危険について行為者に責めを負わせることが、ドイツ不法行為法において固持されている有責性原理と調和し得るのか否かという問題がある。[650] ここでは、この後者の問題について、ドイツの学説の状況に簡単に触れておこう。

社会生活上の義務と有責性原理との関係の検討に取り組み、両者の調和を理論的に認めたのはケッツ（Kötz）であった。ケッツは、裁判所の要求する極めて高い程度の注意を怠ることについて行為者を非難することができるかは疑わしいとして、それらの場合には危殆化責任の帰責原理が働いていることを認めつつも、有責性原理の歪曲であるとする後述のエッサーの見解には否定的な態度をとる。すなわち、有責性原理は客観的過失の採用によりある程度緩和されており、また、平均的な注意深さを有する者に対しても過責として非難することのできない危険防止措置が要求されることがあるのは裁判所による事後的判断のせいであるとする。[651] そして、危殆化責任の根底にある考慮を裁判官がしてはならないとすることは理解できないとして、有責性原理と危殆化責任の帰責原理の流動性を認め、両者の帰責の「境界を明確に定めることはできない」とする。[652] しかし、他方で、ケッツは、「理論的には過失責任と危殆化責任との間で明確に区別がなされ得る」ことを認める。[653] このようなケッツの見解は、社会生活上の義務違反に基づく責任においては有責性（義務の認識可能性と義務違反の回避可能性）が事実上問題となり得ないとの認識[654]に基づくものであり、その限りで有責性原理と危殆化責任の帰責原理との「流動性」を承認するものと見ることができよう。従って、ケッツの見解は、社会生活上の義務違反に基づく責任と危殆化責任の両者の根底に置かれている考慮の共通性[655]に着目する一方で、前者の責任が有責性原理の枠組みの中に位置付けられることを前提とするものだと言えよう。

このように社会生活上の義務違反に基づく責任が有責性原理の枠組みに位置付けられることを（理論的に）認める見

解に対し、両者の矛盾を早くから指摘していたのはエッサー（Esser）である。彼は、社会生活上の義務が問題となる場合に見られる、「我々の損害賠償法のこの倫理的基盤のあらゆる公の承認にもかかわらず可能的社会的リスクの全てを法律に反する危殆化構成要件として我々の不法行為法に詰め込む実務の必然的結果」である「有責性原理とその尺度の歪曲」を指摘[656]し、実務が有責性非難を予見可能性に係らしめない点を「真正の culpa 原理からの転向」と呼んだ[657]。最近ではとくにカナーリスが、各種の社会生活上の義務に適用される基準に対する要請を誇張することは「過責要件の空洞化」、現行法と調和し得ない危殆化責任の構成要件の導入に至るとして、予見可能であること以上のことを行為者に要求することに対して、有責性原理との矛盾を指摘している[658]。

しかし、このように、社会生活上の義務違反に基づく責任の実務において予見可能性が顧慮されないことがあることを批判する見解も、過責の擬制によるリスクの帰責が行われることによってその責任が濫用されるのではない限り過責についての責任と解され得るとしており[659]、社会生活上の義務による責任の拡張それ自体に反対するものではなく[660]、極めて厳格な要請がなお有責性原理と調和し得る事案があることを認めている。そこで、社会生活上の義務による責任の拡張、或いは、厳格な要請がどの限度まで許されるかであるが、これらの論者も、例えば製造物責任を念頭に置き[661]、公衆にとっての危険が大きいときには学問の最新の知識を考慮しなければならないとし、或いは、既に前款で見た医学専門書の印刷ミスの事案において問題となる活動が極端な危険の潜在性を示すときには「極度の緊張」が必要であることを認めている[662]。これらはまさに、理性的な行為者が認識していれば自発的にそれを防止するほど危険が明白であるとは言い難い場合、或いは、具体的な法益が危殆化されているのではない場合、すなわち「抽象的危険」が問題となる場合であると言えよう。従って、これらの有責性原理との矛盾を懸念する論者も、少なくとも極めて高い危険が潜在するときには、実質的に、「抽象的危険」の防止を怠ったことについて行為者に責めを負わせることを認めていると見

ることができよう。

以上のようなケッツやエッサー、カナーリスの見解は、社会生活上の義務及びそこに内在する危殆化責任の帰責原理と有責性原理の矛盾と調和という、言わば両者を対立させた視点からその関係を考察したものであった。これらに対し、両者が「一つの有機的統一体」へと融合するという視点から両者の関係を捉えたのがフォン・バールである。

バールは、社会生活上の義務違反に基づく責任と危殆化責任が同一の精神史的背景の下に成立したとし、その背景を特別に危険な状況の前選択（Präselektion）[663]、公法上の危険の許容から独立した不法判断[664]、一般的安全性の重視と個人の過度の行動自由の制約[665]、責任集中による責任限定等に求める[666]。

そして、特別法による保証義務の領域に匹敵する生活領域での保証義務の形成が許されるか否かという問題を立て、その検討の中で、通常の事案では過責が帰責根拠のままであるが、特別な危険の制御が問題となるとき、「過失と危殆化の間の境界はこれまで以上に流動的であり」[667]、両者が重なり合う領域では「理論的な境界線を見出すことができない」[668]とし、客観的過失概念（とくに危険増加理論とそれに由来する保証の要素）[669]、そこで目的とされている損害除去等の中に危殆化責任の思考を見出す[670]。結論としてバールは、以下のように述べる。「発達した責任法においては過失責任と危殆化責任の分離には成功し得ないことが明らかになる。両者の現象は、ＢＧＢの不法行為法において一貫して構想された危険増加理論に基づくものであり、これによればどのような性質を有しているものであれ責任法の意味での催しの抽象的危険の大きさにより帰責根拠としての過責は後退する。……我々の責任体系は統一的責任体系である。その極には過責と危殆化がある。両者の間の移行は流動的である。過失責任の体系においてはあらゆる形態の段階付けが行われる。従って、社会生活上の義務を用いて体系と調和的に保証義務を立てることは可能であ」り、「危殆化責任と比較して保証義務に残っている唯一の相違は、責任無能力者は社会生活上の義務違反を理由として……請求され得ないということ

に存在する」[671]。

以上のバールの見解は、社会生活上の義務を有責性原理の枠組みの中に（単に理論的にであるとしても）位置付けるその他の見解とは異なり、有責性原理と危殆化責任の帰責原理を言わば止揚した帰責原理の探求に取組むもの[672]であり（その基礎に置かれているのが危険増加理論である）、社会生活上の義務が有責性原理の枠組みの中に位置付けられるか否かを重視するものではない。しかし、バールも、社会生活上の義務が一般的に過責なき損害帰責に至ることを承認するものではなく、保証義務は、特別な危険を防止することが必要な場合に例外的に考慮に値すると述べ[673]、「抽象的危険」について責任を負わせることそれ自体が直ちに「過責なき損害帰責」に至るとは見ていないようであり[674]、「有責性関連の短縮」の中に有責性原理と危殆化責任の帰責原理の交錯を見出すだけである[675]。

以上に見たように、有責性原理と社会生活上の義務との衝突を懸念する論者も、予見可能性の対象を「抽象的危険」を含み得るほどに広く捉えており、また、有責性原理と危殆化責任の帰責原理との止揚を目指す論者も、「抽象的危険」について責めを負わせることそれ自体の有責性原理との矛盾を積極的に唱えるものではない。もっとも、このような「抽象的危険」についての責任は、もはや「具体的危険」を前提とした古典的な有責性原理の下にあるとは言えず、その限りでは社会生活上の義務についての責任と有責性原理との衝突を懸念し、或いは、有責性原理と危殆化責任の帰責原理との止揚を目指す論者の見解は正しいであろう。しかし、社会生活上の義務の領域にあるあらゆる不法行為において有責性が責任制限の役割を果さないと言えるかは疑わしく[676]、また、有責性が責任負担と直結しない義務の表明を裁判所に可能にしている限りで、有責性になお独自の意義を認める見解が見られる[677]。その限りで有責性原理は維持されていると言えよう。以上のことから、ドイツの学説は総じて、「抽象的危険」についての責任を、危殆化責任との接近を意識しながらも、拡張された有責性原理の枠組みの中に位置付け得ると捉えていると言うことができよう。

(650) 社会生活上の義務と有責性原理との関係についてのエッサー、フォン・バール、ケッツ、メルテンスの見解については、潮見・前掲「帰責構造」(註15) 二二〇頁以下に既に紹介がある。

この問題についての厳密な考察には、有責性原理それ自体についての根本的な検討が必要であろう。しかし、それはこの論文の範囲と筆者の能力を越える問題であることから、今後の課題としたい。

(651) Kötz, a. a. O. (Fn. 222), Rz. 261, S. 105f. この点については、潮見・前掲「帰責構造」(註15) 二二一頁参照。

(652) Kötz, a. a. O. (Fn. 222), Rz. 264, S. 107.

(653) Kötz, a. a. O. (Fn. 222), Rz. 264, S. 107.

(654) 前註616のケッツの見解を参照。

(655) 同様に、(社会生活上の義務違反に基づく責任と危殆化責任の両者の帰責原理の類似性を指摘しながらも) 社会生活上の義務違反に基づく責任を有責性原理の枠組みの中に位置付ける見解として、Erman-Schiemann, a. a. O. (Fn. 616), §823 Rz. 82; Staudinger-Hager, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. E71.

但し、前述のようにケッツは危殆化責任の帰責原理と有責性原理の区別に実質的意義を認めず、それ故、ケッツ自身が、社会生活上の義務違反に基づく責任が有責性原理の枠組みに位置付けられることを重視しているわけではないことは言うまでもない。ケッツの帰責原理に関する理解については、増田栄作「ドイツにおける民事責任体系の展開 (一) ～ (三・完)」『立命館法学』二三七号一〇七〇頁・二三九号九七頁・二四〇号四〇五頁 (平成七年－平成八年)、とくに二三七号一〇九四頁以下も参照。

(656) Esser,"Die Zweispürigkeit unseres Haftpflichtrechts",JZ1953, 129.

(657) Esser, a. a. O. (Fn. 656), S. 133. このような主張の基礎にあるエッサーの帰責原理論については、浦川道太郎「ドイツにおける危険責任の発展 (一) ～ (三・完)」『民商』七〇巻三号四五八頁・七〇巻四号六〇一頁・七〇巻五号七七三頁 (昭和四九年)、とくに七〇巻四号六〇二頁以下、及び、増田・前掲論文 (註655) 二三七号一〇八〇頁以下参照。

(658) Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), 876 Ⅲ 7, S. 427ff. 同様に、社会生活上の義務を介して危殆化責任の導入に至ることに反対するものとして、Mertens, a. a. O. (Fn. 599), S. 404ff.

(659) Esser, *Schuldrecht*, Bd. Ⅱ, (C. F. Müller, 4., überarb. Aufl., 1971), §108 Ⅰ, S. 413. 社会生活上の義務に関するエッ

サーの見解について同様の評価をするものとして、増田・前掲論文（註655）二三七号一五一頁註12参照。人的答責と配分的正義という相容れ難い要請の衝突を避けるべく「複線性」論を唱えたエッサーが必ずしも「具体的危険」を要求していなかったと見られる点が注目される。

(660) Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 Ⅲ 7, S. 427f.

(661) Esser, a. a. O. (Fn. 659), §108 Ⅲ 1, S. 421.

(662) Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 Ⅲ 7, S. 428.

(663) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 103f.. 社会生活上の義務が当初問題とされた不作為不法行為では、作為不法行為と異なり、全ての不作為が法的評価の対象となるのではなく、危殆化責任の場合と同様に、一定の危険な状況での「社会的接触」がある場合に初めてその対象となる、すなわち、その意味で対象となる行態が予め選択されているという意味である。

(664) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 105ff..

(665) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 108f..

(666) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 109f..

(667) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 130f..

(668) Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 113ff.. これについては本文で後述する。

(669) 危険と義務の結合が最終的に保証義務に至ることについては、vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 114f..

(670) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 136ff..

(671) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 143f..

(672) 同様に有責性原理と危殆化責任の帰責原理の止揚を目指すものとして、Stoll, a. a. O. (Fn. 603), S. 16ff..

(673) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 144. 具体例として危険な技術的器具、製造物責任、廃棄物処理、補助者責任が問題となる場合を挙げる。その他に、後註676参照。

(674) バールが、抽象的危険について行為者に責めを負わせることを認めている点については、本節第二款参照。

(675) Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 140f..

(676) v. Bar, "Zur Bedeutung des Beweglichen Systems für die Dogmatik der Verkehrspflichten", in:F. Bydlinski et al. (hrsg.),

Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, (Springer, 1986), S. 72ff. は、危険が乏しいときには高度の過責が損害賠償責任をもたらし得ることを認め、過責に残された内的注意は有責性思考の「廃墟」の印象を与えるとしながらも、現行法が完全に危険制御について過責を放棄することはできないとしている。他方、Deutsch, "Regreßverbot und Unterbrechung des Haftungszusammenhangs im Zivilrecht", JZ1972, 552 は、予見可能性が責任を適切に限定するものではないことを指摘しているところ、この指摘はＢＧＨ　一九七二年二月一六日の自転車・歩道事件判決 BGHZ58, 162 との関連で、すなわち、いわゆる後続損害の帰責の問題との関連で行われており、また、前述のように、ドイチュ自身、義務及びそれを基礎づける事情の認識可能性を有責性の問題としており（しかもケッツと異なりその実際上の意義を否定していない）、有責性の役割そのものに異議を唱えるものではないであろう。

(677) Vgl. Mertens, a. a. O. (Fn. 599), S. 407.

この点についてドイツにおいて著名なのが BGH VersR1985,64 のティーバーリフト判決である。

原告Ｘはティーバーリフトに隣接する斜面をスキーで滑走していたところ、突風が吹いたためバランスを失い、リフト支柱の土台に衝突し、頭蓋骨骨折等の重傷を負った。そこでＸはリフトを経営するＹに対し、リフトの土台を衝突緩衝材で覆い、或いは、その他の安全措置を講じる社会生活安全義務の違反を理由として慰謝料を請求した。一審、原審共にＸの請求を棄却し、Ｘの上告も棄却された。判決理由の中でＢＧＨは以下のように述べている。

事故現場の斜面は「練習用斜面」と呼ばれる簡単なコースであり、リフトの路線付近も路線の横断等のために利用され、リフト路線とコースの区別はなく、コースの幅いっぱいが利用されることは予期され得た。リフト事業者は、自らが展開した現代的大衆的スキーではまさにスキーの危険を知らないスキーヤーもおびき寄せられることを知らねばならず、これらの者が何らかの理由で支柱の側に行くことを予期しなければならない。さらに、土台は、スキーヤーが衝突したときには特に危険となり得る、鋭利な角を有する鉄製トラスであり、社会生活安全義務者はこのような危険に藁布団等でクッションを入れることより対処できる。そのような措置は被告にとって期待可能であり、その費用はリフト収入と不釣合なものではなく、また、リフト運賃を介して転嫁可能であり、さらに、広告によってスキーヤーを挑発したのはリフト事業者自身であることが考慮されるべきである。

しかし、「社会生活安全義務者にとって、社会生活において必要な注意を尽していれば義務違反が認識可能であったの

でなければならい」ところ、「このようなコース状況でスキーヤーを保護するためのリフトの土台の保全についてドイツの裁判所の判断は、事故の時点では、……下されていなかった」のであり、さらにドイツの専門家の間でもリフトの土台の保全は「公衆にとって入手可能な刊行物」の中では要求されていなかった。「このような事実状況及び法的状況では、Yが当時、そのリフトの土台を保全する義務を負っていると感じなかったことをYの責めとすることはできない」。

ここでBGHは、後に述べる、危険の創出、危険の支配可能性、危険からの利益享受、信頼原理といった要素から社会生活上の義務を導き出してそれを宣明しながら、他方で具体的事案の解決においては、義務の認識可能性の欠如を理由として賠償義務を否定している。

第四款　社会生活上の義務から見た監督義務

以上に見た、社会生活上の義務に関する一般論から、BGB八三二条一項の監督義務のドイツ不法行為法における位置付けが明らかになろう。

既に述べたようにドイツでは監督義務が社会生活上の義務として解されているところ、この社会生活上の義務は一般に不作為不法行為を含む間接侵害での違法性の問題として位置付けられる。そこで、この社会生活上の義務と有責性の関係が問題となるが、この有責性にも固有の意義、すなわち行為者の主観的態様に関する判断、或いはそれと共に、社会生活上の義務よりも行為者の事情に着目して類型化された、程度のより低い行態義務に関する判断を残そうとするのが一般的である。そこでさらに、前者の内的注意に関する判断においてとくに重要な、義務を基礎づける事情について、どの程度の認識可能性が要求されるかが問題となるところ、この点については争いがあり、抽象的危険の予見可能性で

足るとする見解と具体的危険の予見可能性を要求する見解が対立している。しかし、いずれの見解も実際には「抽象的危険」の予見可能性があれば行為者に責めを負わせ得ると考えており、さらに、このような「抽象的危険」についての責任は、危殆化責任との密接な類似性を有するとしても、有責性原理と必ずしも矛盾するものではないと考えられていると言うことができよう。

このような社会生活上の義務に関する解釈論を監督義務に当てはめると、以下のように言うことができる。すなわち、一般的監督義務違反に基づく帰責が、子の加害行為の予見可能性を直接に基礎づけ得る事情がないにもかかわらず、危険をもたらさないような行動をするように教育（しつけ）をする義務の違反について監督義務者に責めを負わせるものであることからすると、一般的監督義務違反に基づく帰責とは、監督者責任という不作為不法行為において「抽象的危険」につき監督義務者に対して行われる帰責であり、[678] 右の意味での一般的監督義務は、有責性原理に立脚するドイツ民法八三二条一項の監督義務として位置付けられよう。

しかし、一般的監督義務違反に基づく帰責が「抽象的危険」しか存在しない段階でその予見可能性を基礎として行為者に行態義務を課し、その違反について責めを負わせるものであることから、具体的危険を念頭において「侵害を予見することができ且つ予見しなければならなかったにもかかわらずその行為を行う者は、その行為の結果について責めを負う」とする古典的な有責性原理との間には、既に述べた学説において指摘されたように、緊張関係が生じることとなる。そこで、右の段階での行態義務違反について行為者に責めを負わせるためには、具体的危険の予見可能性に基づく行態義務の違反について責めを負わせる場合に比べ、特別な根拠が必要となろう。次の第二節では、この特別な根拠、すなわち社会生活上の義務の成立根拠とは何か、従っていかなる場合に「抽象的危険」について、すなわち一般的監督義務違反について監督義務者が責めを負わされるものとされるのかについて検討していきたい。

(678) Deutsch,"Entwicklung des Schadensrechts in Rechtsprechung und Wissenschaft", JuS1967, 157は、裁判例205を抽象的危殆化規範の例として挙げる。