



Title	監督者責任の再構成（1）
Author(s)	林, 誠司; HAYASHI, Seiji
Citation	北大法学論集, 55(6), 55-119
Issue Date	2005-03-18
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15332
Type	departmental bulletin paper
File Information	55(6)_p55-119.pdf



論
説

監督者責任の再構成（一）

林
誠
司

目次

序論

第一章 監督者責任に関する従来の学説及び裁判例の問題点

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

第一款 わが国の立法者の見解

- 第一項 旧民法典の立法者の見解
- 第二項 現行民法典の立法者の見解
- 第二款 わが国の学説の検討と位置付け
- 第一項 現行民法典公布から大正前期にかけての学説
- 第二項 大正後期から昭和初期にかけての学説
- 第三項 松坂論文とそれに続く学説
- 第四項 近時の学説
- 第三款 小括
- 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
- 第二章 ドイツ民法八三二条一項に関する学説・裁判例
- 第三章 ドイツ民法八三二条一項と社会生活上の義務
- 第四章 日本法への示唆

(以上本号)

序論

日本民法七二二条は、「未成年者カ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ其ノ行為ノ責任ヲ弁識スルニ足ルヘキ知能ヲ具

ヘサリシトキハ其行為ニ付キ賠償ノ責ニ任セス」とし、同七一四条一項は、「前二条ノ規定ニ依リ無能力者ニ責任ナキ場合ニ於テ之ヲ監督スヘキ法定ノ義務アル者ハ其無能力者カ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス但監督義務者カ其ノ義務ヲ怠ラサリシトキハ此限ニ在ラス」としており、未成年者の不法行為についてのその親の責任をいわゆる補充的責任としている。⁽³⁾ この補充的性質に対しては古くから既に否定的な見解が見られたが、周知のように、昭和三年の松坂博士の論文を契機として学説及び裁判例において解釈論上この性質を克服しようとの傾向が顕著となり、最高裁も昭和四年三月二二日の判決において、責任能力を有する未成年者の監督義務者の責任を七〇九条に基づいて肯定するに至った。以降、学説及び裁判例において、監督義務者には、責任無能力者たる未成年者の不法行為については七一四條に基づく責任が成立し、責任能力者たる未成年者の不法行為については七〇九条に基づく責任が成立し得るとの見解が確立している。⁽⁸⁾

このような解釈が成立するに至った背景として、訴訟上の問題点を別として従来とりわけ重視されてきたのは、責任能力者たる未成年者が自ら損害賠償義務を負うとしても、未成年者には通常賠償の資力がないことから、被害者が現実賠償を得ることができないという点であった。⁽⁹⁾ このような被害者保護という観点を背景として学説及び裁判例において監督義務者に責任を負わせる傾向が現われたのであり、そしてこの傾向は責任能力者たる未成年者に関する監督者責任に解釈論上の拠り所を提供するにとどまらなかつた。すなわち、例えば、上述の最高裁判決の事案は、予見可能性を前提とした従来の七〇九条の過失不法行為の帰責枠組から言えば、被監督者の加害行為の予見可能性が直ちに監督義務者に認められるべきであったか否か疑わしい事案であつたにもかかわらず、最高裁は監督義務者の責任を肯定した原審判決を是認している。⁽¹⁰⁾ さらに、親の七一四条責任が裁判例において事実上無過失責任化し、学説がこの傾向を承認している背景にもこの被害者保護という観点が潜んでいると考えられよう。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

しかし、「過失のないところに責任はない」というのが民法の原則的な態度であり、立法者がこの七一四条責任を監督義務者の監督上の過失に基づく責任とし、また、責任能力者たる未成年者の監督義務者の責任根拠を七〇九条に求める以上、被告が「監督義務者」であるということから直ちに責任が生ずるわけではないはずである。これに対して学説においては、後に見るように（第一章第一節第二款第二項乃至第四項）、七一四条責任や七〇九条責任の帰責根拠を過失責任原則とは異なるところに求めようとする試みがしばしば行われてきた。だが、これらの試みについては、第一にその帰責根拠それ自体が曖昧であること、第二に、上述のような監督者責任の厳格化を基礎づけるために七一四条責任や七〇九条責任の実質的な帰責根拠を過失責任原則以外のところに求めようとするのであれば、敢えて立法者の態度と異なる見解を主張する者の側にその理由を説明する責任が課されるべきであるとの批判が可能であろう。そして、第二の批判に対し、仮にその理由を監督者責任の厳格化の背景にあると考えられる被害者保護の観点に求めるとしても、この観点に対しては以下の反論が可能である。すなわち、第一に、何故未成年者の無資力だけがとくに問題とされ、同様に類型的に資力のない者（例えば成人後の学生）の不法行為については上述のようなデュープ・ポケット的発想が認められないのか、第二に、被害者保護の観点を貫徹しようとするのであればもはや解釈論としてではなく立法論として監督者責任の厳格化を明確化することにより賠償給付の履行確保を図る制度を創設する等しない限り、被害者保護としての実質を欠くという反論である。¹⁹⁾

さらに学説における、過失責任原則とは異なる監督者責任の帰責根拠の探求、或いは、その帰責根拠の曖昧さに対しては、より重大な問題が存在すると言えよう。すなわち、それらの帰責根拠が現実の裁判例の説明、或いは、それに対する批判的検討を可能にするものであるか否かという点である。七一四条責任に関しては、少なくとも親については無過失責任の傾向が学説においても承認されているところ、上に述べたように被害者保護としての実質を欠くという問題

があり、さらに、本稿では直接の対象とはしないが、七一四条二項のいわゆる代理監督者についてまで実質的に無過失責任としてよいのか、代理監督者の責任の限界はどこに求めるべきかという問題がある。また、七〇九条責任に関するは、後述するように（第一章第二節及び第三節）、裁判例において監督義務の理解について混乱、ひいては学説における監督義務の理解との齟齬が見られるところ、この混乱を適切に説明し或いはこの混乱にヨリ適切な指針を示し得るのかという問題がある。従来¹³の学説で主張されてきた帰責根拠はこれらの問題に適切な解答を与えるのには必ずしも適しておらず、とくに七〇九条責任における監督義務の理解の混乱はその帰責根拠についての理解の曖昧さに基因するものと思われる。

そこで本稿では、確固たる根拠を欠く監督者責任の厳格化に対する批判的検討と、現実の裁判例における監督者責任の帰責根拠及び監督義務に対する理解の混乱に対して指針を与えることを目的として、監督者責任の帰責根拠を過失責任原則に立ち返って再検討することにより、監督者責任の帰責の枠組み、とくに監督義務の構造を明らかにし、七〇九条責任及び七一四条責任の双方において監督義務者が責任を負わされ得る範囲を明らかにしたい。¹⁴そしてその際に参考になると考えられるのが、ドイツ法における監督者責任に関する議論である。なぜなら、ドイツにおいて監督者責任を規定するドイツ民法（以下 BGB とする）八三一条は、通説によれば、有責性原理（Verschuldensprinzip）に従うものであり、また、同条においては七一四条と同様に監督義務懈怠（及びこれと損害発生との間の因果関係）についての立証責任が転換されているにもかかわらず、学説・裁判例において監督義務の内容が詳細に検討されているからである。さらに、通説は BGB 八三二条の監督義務を社会生活上の義務（Verkehrspflicht）と解しており、この社会生活上の義務は有力説によれば古典的な有責性原理を越えるものとして理解されること¹⁵から、BGB 八三二条及び社会生活上の義務に関するドイツにおける議論は、監督者責任の拡大傾向について過失責任主義乃至有責性原理との関係で何らかの示

唆をもたらし得ると考えられるからである。

もつとも、七一四条責任の無過失責任化が図られている従来の裁判例の現状に鑑みて、本稿が最終的に行おうとする解釈論的提言が親の七一四条責任について受け入れられる余地はあまりないかもしれない。しかし、上に述べたように確固たる根拠を欠く監督者責任の厳格化に対するアンチテーゼとして、この提言を行う意味は十分に認められ、さらに少なくとも、本稿では直接の対象としないが、七一四条二項の代理監督義務者の監督義務に関する議論には現実に資するところがあると考ええる。

最後に、本稿の対象とする監督者責任であるが、本稿ではその対象を法定監督義務者たる親の責任に限定し、その他の監督者責任については今後の課題としたい。これは、第一に、日本において監督者責任に関する現実の裁判例で問題となっている事案の多くが父母の責任を問題としていること、第二に、学説が監督者責任の性質を論ずる際にとくに念頭に置いていると思われる監督者が父母であること、第三に、法定監督義務者としての親は八二〇条により子の監護教育義務を負うことから、その義務と不法行為法上の監督義務との関係がとくに問題となることによるものである。

(一) 以下、日本民法については条数だけを示すこととする。

(1-1) 平成一六年二月一日に公布された同年法律第一四七号民法の一部を改正する法律(平成一六年二月一日官報号外二六二号一〇頁以下)により、現行民法七一二条は「未成年者は、他人に損害を加えた場合において、自己の行為の責任を弁識するに足りる知能を備えていなかったときは、その行為について賠償の責任を負わない」と、同七二四条一項は「前二条の規定により責任無能力者がその責任を負わない場合において、その責任無能力者を監督する法定の義務を負う者は、その責任無能力者が第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。ただし、監督義務者がその義務を怠らなかつたとき、又はその義務を怠らなくても損害が生ずべきであつたときは、この限りではない」と改正されることとなつた。この

改正法は、本稿の連載途中に施行が予定されている(同法附則一条参照)ところ、本稿では混乱を避けるため、他の条文も含め、連載終了に至るまで上記改正前の民法の条文を前提とすることとする。

(2) 未成年者の不法行為についてのその監督義務者の責任を以下「監督者責任」とする。

(3) 裁判例においてこのような補充的性質を理由として親の責任を否定したものとして、大審院明治三四年二月二七日判決(刑録七輯一一卷一三九頁)、大阪地裁大正五年一月二七日判決(法律新聞一一九一号二五頁)参照。その他に、判決文が省略されているため明らかではないが、七一条の類推適用を否定する東京地裁昭和三十六年一月一日判決(判タ一二六号六四頁)も同旨と思われる。

(4) 松坂佐一「責任能力者を監督する者の責任」川島武宜(編)『損害賠償責任の研究 上(我妻先生還暦記念)』(有斐閣・昭和三二年)一四七頁以下(以下「松坂論文」とする)。

(5) 民集二八卷二号三四七頁(以下、本判決を「昭和四九年判決」とする)。

(6) 七一条二項のいわゆる代理監督者は、厳密に言えば、わが国の学説・裁判例では事実上の監督者を含むとされていることから(例えば、福岡地裁小倉支部判決昭和五九年二月三日判時一一二〇号八七頁、ボランティア活動中の少年団団員に七一条二項を適用した事案)、監督「義務」者と言えるか否か問題があるが、昭和四九年判決の法理はこのような事実上の監督者にも及び得よう。

(7) 以下、七一条条に基づく監督者責任を「七一条責任」、七〇九条に基づく監督者責任を「七〇九条責任」とする。

(8) わが国の学説及び裁判例の経過並びにその詳細については第一章第一節及び第二節参照。

(9) この点を指摘して七一条の補充的性質に対して否定的な態度をとるものとして、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社・昭和二二年)一五八頁、松坂・前掲論文(註4)一六二頁他多数。

(10) 森島昭夫「責任能力」『法教』一三三号(昭和五七年)四八頁以下(同「不法行為法講義」(有斐閣・昭和六二年)一五二頁に所収)は本判決に言及した上で、親の監督不行届きから子が親に隠れて不良交遊をしていた結果、仲間と共に加害行為をした場合、親の監護教育義務違反はあるが、そこから直ちに七〇九条の過失があるとはいえないとする。また、鈴木祿弥「債権法講義 三訂版」(創文社・平成七年)四四頁は本判決について、結論は妥当であるとしながらも、親の監督義務懈怠と被監督者の加害行為との間に「普通の意味での相当因果関係」があるか疑問であるとする。その他に、川口富男

「最判昭和四九年三月二二日判解」『曹時』二七卷一〇号（昭和五〇年）一二三頁、石黒一憲「同判批」『法協』九二卷一〇号（昭和五〇年）一六一頁、吉岡幹夫「同判批」『静岡大学法経短期大学部法経論集』三五号（昭和五〇年）一〇七頁、柏原敏行「責任能力ある未成年者の不法行為と親権者の責任」『ひろば』二八卷（昭和五〇年）六九頁、岩垂肇「責任能力ある未成年者の不法行為と親の不法行為責任」『法と権利（一）』（末川先生追悼論集）（昭和五十三年）三四六頁も参照。

(11) この点を明示的に述べるものとして学説では我妻・前掲書（註9）一五八頁他多数。

なお、既に穂積遠重『判例民法大正一〇年度』（有斐閣）一〇事件評釈は、裁判所が責任能力の基準を引き上げて監督義務者に責任を負わせる傾向の理由として被害者の救済を挙げ、この傾向に賛同している。

(12) 監督者責任の厳格化の背景として被害者保護という観点の他に国民感情乃至市民感情を挙げるものとして山口純夫「未成年者の不法行為と親の責任」『法時』四五卷六号（昭和四八年）一八四頁（以下「未成年者」として引用）、川口・前掲判解（註10）二二二頁、吉川日出男「最判昭和四九年三月二二日判批」『論集（札幌商科大学会／札幌短期大学会）』（昭和五十一年）一九五頁、樋口範雄「子どもと法」『法七増刊 これからの家族』（昭和六〇年）一二四頁以下、同「子どももの不法行為―法的責任の意義に関する日米比較の試み―」『英米法論集（田中英夫先生還暦記念）』（東京大学出版会、昭和六二年）四一七頁及び四三八頁以下（以下「子どももの不法行為」として引用）、同「親子と法 日米比較の試み」（弘文堂・昭和六三年）二〇頁及び三〇頁（以下「親子と法」として引用）。これに対して山本進一「宇都宮地判昭和四五年三月一九日判批」『判時』六三三四号（昭和四六年）一三三頁は、市民感情のみを基礎に結論を急ぐことは危険だとしている。

また、樋口「親子と法」二八頁は、子どももの不法行為について親が被害者に対して責任を負うというわが国の現象を、責任のあり方の「ウチ」と「ソト」の分離という日本の法観念から説明する。

(13) 既にこの点を指摘するものとして樋口・前掲「子どももの不法行為」（註12）四二二頁以下。

(14) 監督者責任の厳格化に対する批判的検討の必要性という問題意識に基づく先行研究として既に、青野博之「受け皿としてのドイツ民法八二三条―監督義務者の責任をめぐる―」『駒沢大学法学研究紀要』四一号（昭和五八年）五九頁、田口文夫「親の監督義務と責任をめぐる西ドイツ不法行為法の現状」『専法』四九号（平成元年）三九頁、久保野恵美子「子の不法行為に関する親の不法行為責任（一）（二）―フランス法を中心として―」『法協』一一六卷四号（平成一年）四九七頁及び一一七卷一号（平成二二年）八二頁がある（久保野助教はより詳細な問題の提示を行っておられる）。

その他に過失責任原則乃至個人責任主義との関係から監督者責任（とくに七〇九条責任）の解釈論による厳格化に疑問を呈するものとして、加藤一郎『不法行為法（増補版）』（有斐閣・昭和四九年）一六〇頁以下（但し七一四条責任につき家団論に反対して。さらに加藤博士は、立法論としての七一四条責任の無過失責任化に対しても自己責任原則との関係から反対する）、山本・前掲判批（註12）一三三頁以下、佐々木一彦「親の責任」『判夕』二六八号（昭和四六年）一〇〇頁、武藤節義「最判昭和四九年三月二二日判批」『不セ』一九七四年八月号五八頁、石黒・前掲判批（註10）一六〇頁（但し結論において昭和四九年判決に賛同する）、吉岡・前掲判批（註10）一〇七頁、『法七増刊 不法行為法』（昭和六〇年）一五頁以下（川井健発言）、小野義美「未成年者の加害行為と親の責任（2）」『宮崎大学教育学部紀要 社会科学』六五号（平成元年）三七頁及び同「親の監護教育義務と未成年の子の加害行為」有地亨（編）『現代家族法の諸問題』（弘文堂・平成二年）三三九頁以下参照。

(15) この点については第三章において詳論する。既にこの点を指摘するものとしてさしあたり潮見佳雄『民事過失の帰責構造』（信山社・平成七年）二二二頁参照（以下「帰責構造」として引用）参照。

第一章 監督者責任に関する従来の学説及び裁判例の問題点

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

第一款 わが国の立法者の見解

後述（第二款）するように、わが国の学説においては七一四条の立法趣旨をその沿革、ひいては「家族関係の特殊性」に求める見解が見られる。しかし、七一四条の沿革や「家族関係の特殊性」に同条の立法趣旨を求めることにより監督者責任の帰責根拠がどのように解されるとされるのかは明らかにされておらず、このことは、後に述べるように（第三¹⁶

節)、わが国の裁判例における監督義務の理解に少なからぬ混乱をもたらしているものと思われる。そこで本款では、民法典上明文をもつて監督者責任を定める唯一の条文である七一四条の立法趣旨を探り、立法者が監督者責任の帰責根拠を如何に解していたのかという点について手がかりを得たい。

第一項 旧民法典の立法者の見解

法定監督義務者たる親の監督者責任について旧民法財産編は以下のような規定を置いていた。

三七一条 「何人ヲ問ハス自己ノ所為又ハ懈怠ヨリ生スル損害ニ付キ其責ニ任スルノミナラス尚ホ自己ノ威權ノ下ニ在ル者ノ所為又ハ懈怠及ヒ自己ニ属スル物ヨリ生スル損害ニ付キ下ノ區別ニ從ヒテ其責ニ任ス」。

三七二条一項 「父權ヲ行フ尊屬親ハ己レト同居スル未成年ノ卑屬親ノ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス」。

同五項 「本条ニ指定シタル責任者ハ損害ノ所為ヲ防止スル能ハサリシコトヲ証スルトキハ其責ニ任セス」。

これらの規定のうち、監督者責任の原則を定める旧民法財産編三七一条に関しては、現在参照し得る資料を見る限り、法律取調委員会⁽¹⁶⁾ではほとんど議論がされていない。これらの規定に関する法律取調委員会での議論は、監督者責任の各則を含む同三七二条に妻の不法行為に関する夫の責任を加えるか否かという点と同条の条文の体裁にかかわるものであった。⁽¹⁷⁾そこで、監督者責任に関してこの旧民法財産編三七一条及び三七二条の立法趣旨を探るには、起草者であるポアソナード (Boissonade) の見解を見る必要がある。

ポアソナード⁽¹⁸⁾は旧民法財産編三七一条及び同三七二条についてその草案の注釈書の中で以下のように述べていた。す

なわち、まず同三七一条に関し、人は自己の所為について責任を負う他、一定の場合には「他人の所為」について責任を負うと言うのが習慣であるが、「事の本質を探るとき……いずれにせよ人は自己の所為又は懈怠についてしか責任を負わないということが容易に認められる。確かに、誰かが所為又は意思無くして責任を負わされることはまさに正義に反するであろう。……本条が示し、次条が明確化する事案では常に懈怠 (negligence)、注意又は監督の欠如、法律が責任ありと明言する者の寄与が存在するのであり、そこに理由があり、自己責任の原則がある」⁽²⁰⁾。次いで同三七二条一項に關しては、ある者が他人の所為について責任を負うと考えられるには、その者がその他人に対し、その他人の不法行為を防止するための十分な権威を有することが必要である。加えて、「父権に起因する法のこの権威とは無関係に、法律はさらに、この父権が実際に行使される可能性を要求している。すなわち、『居住の共同』である（傍点はボアソナー⁽²¹⁾による」）。最後に、同三七二条五項に関し、同条の「責任は親〔等〕……の懈怠の推定に基づいていると言われている」⁽²²⁾。しかし、この推定は絶対的なものではなくあり得ない。この推定は反対の証明を許すべきである⁽²³⁾。

以上のボアソナーの説明からは、旧民法財産編三七一条及び三七二条の起草者が監督者責任を代位責任とも結果責任とも捉えてはおらず、自己責任であり、推定された自己の懈怠に基づく責任と捉え、懈怠の推定が覆されることにより責任は生じないと解していたことが窺われる⁽²⁴⁾。

では、この「懈怠」とは具体的にどのような内容を有し、いかなる場合にこの「懈怠」の推定が覆されると考えられていたのであるか。この「懈怠」を限りなく広く解すれば監督者責任は結果責任に近づき、反対に狭く解し、具体的な加害行為の防止を怠ったことまで要求すれば過失責任に近づくことから、この「懈怠」の内容を如何に考えるかという点は監督者責任の責任根拠に関わる重要な点である。

この「懈怠」の内容についての手がかりを提供する例としてボアソナーは二つの例を挙げている。第一に、「居住

の共同」という要件に関して挙げられている例であるが、ほんの数日前に寄宿生として教育施設に預けられたばかりの子どもがそこで他人に対して窃盗や暴行等のような有害な行為を行う場合、親は責任を負い、これに対してその子が入所してから既に十分に時間が経っていた場合には親は責任を負わないと述べている。なぜなら、前者の場合には親は「その子どもに悪い教育をし、その危険について注意を促すことなくその子を部外者に委ねるという間違いを犯した」からであり、後者の場合には「その子のフォート (faute) が〔親による〕基本的な教育の結果であると〔前者の場合と〕同じように確信することはもはやでき」ず、「それらのフォートは〔親による〕監督の欠如に起因しないからである」⁽²⁵⁾。第二に、免責立証に関して挙げられた例であるが、反抗的な性格を有する子どもが親による監視にもかかわらず家から抜け出し、外でちよつとした盗みを犯し又は隣の所有物に損害をもたらず場合、「親の責任を主張することは余りに嚴格」だとする。「子どもの逸脱を防止するためのことに属する全てのことを実際に親がしたか否かを全権をもって評価することは裁判所の役目であり、裁判所はその点について、とくに問題となつていない場合におけるこの逸脱の監視だけではなく、親が子どもの一般的教育に払った注意も検討しなければならない」⁽²⁶⁾。

上記の第一の例からは、ポアソナードが、子どもに「悪い教育」をしたことをもって親の「懈怠」と捉えていたことが窺われる。さらにこの例からは、ポアソナードが、親が免責されるためには子どものフォートが「基本的な教育の結果」ではないことに加えて、子どものフォートが「監督の欠如に起因しない」ことを要求していたことも窺われよう。つまり、この第一の例からは、ポアソナードが「懈怠」の内容を「悪い教育」と「監督の欠如」に求めていたことが窺われるのである。次いで第二の例を見てみると、確かに、ここでもポアソナードは、親が免責されるための（「懈怠」がなかったとされるための）前提として「逸脱の監視」に加えて子どもの一般的教育に注意を払ったことを要求しているようである。しかし、具体例を見ると、反抗的性格を有する子どもが親による監視にもかかわらず家を抜け出して窃

盗を犯した場合に、親に責任を問うのは余りに厳格だとしている。このことから、教育施設に寄宿して数日後に窃盗を犯した子の親は「悪い教育」を理由として責任を負わされるのに対して、親の監視をいかくぐって家を抜け出した上で窃盗を犯す子の親は「悪い教育」を理由として責任を問われることはないという、一見すると矛盾した態度が見て取れよう。すなわち、ボアソナード自身、監督者責任を基礎づける親の「悪い教育」の内容に関して明確な考えを有していなかったことが窺われる。或いは、第一の例で親に責任を負わせるとした決定的な理由はむしろ、子どもの「危険について注意を促すことなくその子を部外者に委ねるといふ間違い」にあったのではないかと考えられる。

(16) 既にこの点を指摘するものとして久保野・前掲論文(註14) 一一六卷四号三頁。

(16-1) 法律取調委員会は、明治一九年六月に設置され、旧民法典の審議を明治二〇年一月から翌二一年九月まで(調査案審議)と明治二一年七月から同年十二月まで(再調査案審議)行っている。法律取調委員会の活動については、大久保泰甫『高橋良彰『ボアソナード民法典の編纂』(雄松堂出版・平成二一年)一〇七頁以下参照。

(17) 学術振興会版『民法草案財産編人権ノ部議事筆記』民財四ノ三二六丁以下(妻の不法行為に関する夫の責任について)及び同『民法財産編再調査案議事筆記』民再二ノ一三九丁以下(財産編三七二条三項、四項及び五項の条文の体裁について)。なお、妻の不法行為に関する夫の責任を民法典に加えるか否かの議論に際して既に、否定派がその論拠として夫は妻に対して、親が子に対して有するのと同様の権限を有していない点を挙げ(前掲・『議事筆記』民財四ノ三二〇丁以下(今村報告委員発言)、これに対して肯定派はその論拠として妻には財産がない点を挙げていた(前掲・『議事筆記』民財四ノ三二二丁及び四ノ三三三丁以下(栗塚報告委員発言))ことは興味深い。

(18) Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, (nouvelle éd., 1891), t.2, pp.318-323. [参照はボアソナード民法典研究会(編)『ボアソナード民法典資料集成 後期Ⅳ』(雄松堂出版・平成一〇年)による。]

(19) プロジェ中では三九一条及び三九二条となっている。

(20) Boissonade, *op.cit.*, pp.318-319.

- (21) Boissonade, *op. cit.*, pp.320.
- (22) Boissonade, *op. cit.*, pp.322.
- (23) 以上の引用はいわゆるプロジェ新版によるものであるが、プロジェ第二版 (Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire* (2^e éd., 1883), t.2, pp.283-287 [参照は「ボアソナード文献双書第1部」(宗文館書店・昭和五八年)による])による説明も、条文の字句上の相違と法律取調委員会となった妻に対する夫の権限に関する記述を除く他、内容的には全く同じである。なお、いわゆるプロジェ初版 (Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire* (1^{er} éd., 1882), t.3, pp.284-289 [参照はボアソナード民法典研究会(編)『ボアソナード民法典資料集成 後期Ⅳ』(雄松堂出版・平成一〇年)による])についても内容的にはプロジェ第二版とはほぼ同一であるが、草案財産編三九一条(旧民法財産編三七一条)の説明中、「自己責任の原則 (le principe de sa responsabilité)」ではなく「責任の原則 (le principe de la responsabilité)」という言葉が用いられている。しかし、その述べるところはプロジェ第二版と同じであることからすると、この語句の相違を重視すべきではないであろう。さらに、プロジェ初版以前のボアソナード草案注釈書の翻訳と考えられている(この点については、七戸克彦『註釈民法草案』について)ボアソナード民法典研究会(編)『ボアソナード民法典資料集成 前期Ⅰ』(雄松堂出版・平成一一年) XXXII頁参照)『ボアソナード氏起稿 註釈民法草案 財産編人權之部 七十五』一九頁以下を参照する限り、本文に引用したボアソナードの基本的な見解は始終一貫していたようである。
- また、ボアソナードの著した仏語公定訳による立法理由書も、旧民法財産編三七一条に関する部分については「草案 (le *Projet*)」を「法典 (le *Code*)」に変えた他はプロジェ新版と全く同一であり、三七二条に関する部分については、妻の不法行為についての夫の責任に関する説明と精神障害者の不法行為についての看守者の責任に関する説明の一部が抜けている他は内容的に異なるところはなからず。Code civil de l'Empire du Japon accompagné d'un exposé des motifs, t.2, (1891), pp.501-504. [参照は「仏語公定訳」日本帝国民法典並びに立法理由書 第2巻 財産編・理由書』(信山社・復刻版・平成五年)による。]
- (24) このようなボアソナードの見解は一九世紀末当時のフランスにおける一般の見解と一致していたようである。久保野・前掲論文(註14)一一六卷四号一八頁以下参照。
- (25) Boissonade, *op. cit.* (nouvelle éd.), pp.320.

第二項 現行民法典の立法者の見解

周知のように、旧民法は明治二三年の公布後その修正のために施行を延期され、現行民法はその修正として作られたものであった。この修正過程において監督者責任に直接関わる議論が見出されるのは、現在参照し得る資料を見る限りでは、法典調査会における審議の中だけである。そこでこの審議の経過を、監督者責任の帰責根拠及びこれと七一四条責任の補充的性質の關係、並びに、監督義務の内容という点に着目して見てみよう。⁽²⁷⁾

法典調査会において審議に付された、現行七一四条の前身である草案七二二条は若干の文言上の修正はあるものの現行七一四条とはほぼ同一の規定であった。まず、不法行為に関する規定の起草者とされる穂積陳重博士は、草案七二二条の審議の冒頭において、「此場合ニ於キマシテモ矢張り自分ノ過失ガアル即チ七百十九条〔現行七〇九条〕ノ故意又ハ過失ニ因リトゴザイマス主義即チ過失主義ト云フモノガ他人ノ過失ノ責ニ任スルノデアリマセズシテ矢張り己ガ監督ノ義務ヲ怠ル時分ニ責ガアルト云フ主義デアリマスカラ〔旧民法〕三百七十一条ノ他人ノ所為又ハ懈怠ニ因リテ責ニ任スルト云フ主義デハナイノデアリ」⁽²⁸⁾、「夫故ニ但書ヲ加ヘマシテ其義務ヲ怠ラヌト云フ証明ガアレバ其責任ハナイト云フコトニシ」⁽²⁹⁾たととして、本条が過失責任原則に基づくものであることを明らかにしている。そして、免責立証の内容に関し、旧民法三七二条の「損害ノ所為ヲ防止スルコトガ出来ヌカ出来ナンダカト云フコトハ實際上甚ダ此問題ガ生ジマシタ時ニ之ヲ決スルニ苦シムノ種々ノ困難ナ疑ガ生ジ」ることから、「其監督ノ義務ヲ怠ツテ居ラナカツタト云フコトヲ証明シマシタナラバ其義務ヲ免カレルト斯ウ書キマシタ方ガ却テ穩カデ監督ノ□〔一文字判読不能〕義務ヲ怠ツテ居ルカ居ラヌカト云フコトハ種々ノ事情ニ依テ分ル」⁽³⁰⁾と述べている。

これらの点のうち本条が過失責任主義に基づくものであるという点については法典調査会の委員の間で意見が一致していたようである。⁽³¹⁾もつとも、この草案七二二条による監督者責任と旧民法財産編三七一条及び三七二条による監督者責任の関係について、少なくとも穂積博士の発言を見る限り誤解が生じていたか或いはこの発言は誤解を生じさせるものと思われる。すなわち、穂積博士は、上述のように、草案七二二条は旧民法財産編三七一条の「他人ノ所為又ハ懈怠ニ因リテ責ニ任スルト云フ主義」と異なり過失責任主義を採用したと述べており、このことは草案七二二条と旧民法財産編三七一条が全く異なる原則の上に成り立っていることを想起させる。しかし、ポアソナードの注釈書や立法理由書によれば、旧民法財産編三七一条及び三七二条による責任は「他人の所為についての責任」と呼ばれるものの、「事の本質を探るとき」この責任は監督義務者の「懈怠」に基づく責任であり、草案七二二条による責任とは監督義務者の「怠り」に基づく責任という点で共通性を有していたのである。

ところで、このように七一四条責任が過失責任主義に基づくものだと考えられていたにもかかわらず、何故七一四条責任を被監督者が責任無能力のときに限定したのかについては明らかではない。⁽³²⁾この審議の時点で既に委員の中から、未成年者が責任能力を有するとしてもその未成年者が無資力の場合にはその責めを全うできず、「其無能力者ニモ責任ガアル又監督義務者ニモ責任ガアルト云フヤウニ両方含ムト云フコトデソレハ正シイコトデアルト思フ」との意見と、⁽³³⁾未成年者が責任能力を有するが財産を持たない場合、親はその未成年者が責任能力を有していることを理由として賠償を拒むことができるのか、どこかに親が子の過失の責に任ずるということを書くつもりかとの質問が立て続けに出されたのに対し、穂積博士は、起草中の親族編に「求償権ノ方ニ親カラ求償ガ出来ルト云フ規則ガ出来ルカモ知レヌ詰リ貧乏人ニ乱暴サレタノト金持ニ乱暴サレタノト被害者ニ取ツテハ幸不幸ガアリ得ルノデス」と答えている。⁽³⁵⁾ここで言う「求償権」がどのようなものを指すのかは明らかではないものの、後段部分からは穂積博士が、被告の無資力の故に被

害者が賠償を得ることができないことがあるのはやむを得ないと考えていたことが窺われる。しかし、何故やむを得ないと考えられるのかという点については何ら答えられていない。そこでこの責任の補充性に反対する委員からさらに、責任能力を有する未成年者が無資力である場合の不都合に加えて、「抑々其無能力者即ち未成年者が乱暴スルト云フノハ監督義務者ガ義務ヲ怠ツタノガ原因デアルカラ被害者ハソコ迄イカナケレバナラス」として、過失責任原則との関係から異議が唱えられたものの、この発言に続いて他の委員から本条二項に関する質問が出たためか議論はそちらの方に流れ、穂積博士はこの異議に対して意見を述べていない。さらにその後再び同じ委員から、被監督者が責任を負うとしても資力がない場合には財産を有する監督義務者が被監督者に代わって責任を尽くすということにしたいとの意見が出されたのに対し、穂積博士は、被監督者が親類や後見人に預けられているような場合には「サウ広クシタクナク」、被監督者の責任能力の有無を問わずに監督者責任が認められるように草案七二二条の文言を書き直すとすれば「只少シ広過ギルト云フ氣遣ヒガアル」と述べるにとどまっている⁽³⁷⁾。

これらの審議の様子からは何故七一四条責任が補充的責任とされたのか、とくにこの補充的性質と過失責任原則との関係について明確な理由を見出すことは難しい。或いは、監督義務者に責任を負わせるべきではないとして穂積博士が挙げている具体例がいずれも後見人に関するものであることから、博士が責任の補充性を認めるべき場面として想定していたのは後見人に関する事案であつたかもしれない⁽³⁸⁾。そうだとしつてもやはり過失責任原則との関係は明らかではない。次に監督義務の内容に関してであるが、これについては監督義務懈怠についての証明責任の転換の是非と監督の委託に関連して論じられている。まず、委員の一人から、監督者が「不法行為ヲスル其行為ニ付テ直接過失ノアルト云フコトハ實際ナイコトデアラフト思フカラ普段教育ガ足りナカッタト云フヤウナコトナリ」、そのような事情は長い年月にわたる事情であるから被害者からの証明が容易であるのに対して、「後見人ノ方カラハ實際私ノ方デハ当り前ニ監督

シテ居リマシタト云フコトハ証明ガ出来憎イ」のであるから、「七百十九条（現行七〇九条）ノ趣意ヲ七百二十二条ニモ其主義ニ本ツカウト云フナラバ矢張り削ツテ置イテ被害者ノ方カラ証明シテ賠償ヲ求メルコトガ出来ルト云フ方ガ適当デハナイカト思フ」、「監督義務者ノ義務ト云フモノハ害ヲ加ヘナイ様ニ監督スルト云フノデナクシテ只相当ノ注意ヲ加ヘルト云フコトデアルナラバ少シ此文字ガ穩カデナイヤウニ思」う、「不法行為ト云フモノハ実ハ監督ノ出来ル性質ノモノデナイ……其本ヅク所ハ長イ月日ノ間教育ガ足ラナカッタト云フコトデアル」と意見が出されたの⁽⁴⁰⁾に對し、穂積博士は、草案七二二条の存在理由が責任の補充性を明らかにする点にあることを述べた上で、「義務ヲ怠ルト云フコトハ例ヘバ父母若クハ戸主杯ガ監督ヲ怠ツタト云フ場合ハ随分幅ガ六ケシイカ分ラヌ心神喪失者ノ監督ヲ怠ルト云フモノハ説明スル事實ガアルカ知りマセヌガ是レハ利害ハドツチトモ一概ニ言ヘヌト思フ」として⁽⁴¹⁾いる。

ここでは草案七二二条の監督上の過失が被監督者による具体的加害行為についての過失ではなく、「教育ガ足りナカッタ」ことにあるとされたこと自体についてはとくに議論されていない。ここでの議論の中心は監督義務懈怠についての証明責任の転換及びそれを定める草案七二二条の存置の是非であり、同条の削除を主張する側と穂積博士の双方において証明責任の転換に対する賛否の根拠として被害者或いは監督者にとつての証明の困難が持ち出され、議論は平行線を辿つていくように見える。ただ、注意すべきことは、証明責任の転換を主張する穂積博士がその根拠として持ち出しているのは親の監督義務懈怠について被害者が立証することの困難であり、それと心神喪失者の監督者とを区別しており、他方で証明責任の転換に反対する側はその根拠として監督義務懈怠の不存在について後見人が立証することの困難を持ち出している点である。このことは、後見人の責任を限定しようとする先に窺われた起草者の態度と平仄が合う。さらに、ここでの議論でとくに注意すべきことは、法典調査会の審議では、「教育ガ足りナカッタ」ことにあるとされた草案七二二条の過失と現行七〇九条の前身である草案七一九条の過失が同視されていたことが窺われる点である。す

なわち、草案七二二条を削ったとしても草案七一九条の原則に従って監督義務者に対する責任追及が可能であるとの意見に対して、穂積博士は責任の補充性と証明責任の転換の必要性を説くにとどまり、その他の委員も両者の過失の質的相違については何ら触れていないからである。もつとも、草案七一九条の過失と同視されるどころの「教育が足りナカツタ」ことの内容として具体的には、委員の一人から「アノ人ハ一向構ハヌデ打捨テ置クカラ悪戯ヲスルコンナ風ニナツタト云フヤウナコト」と述べられている⁽⁴²⁾だけであり、どのようなことが考えられていたのかをより詳細に読取ることができない。

その後さらに別の委員から、父親が教師に監督を委託した場合その委託自体が監督義務懈怠となるのか、また、子ども⁽⁴³⁾の委託が親族編に定める監督義務に当たるとの質問が出されたのに対し、起草委員の一人であった梅謙次郎博士は、「監督スヘキ義務ト云フノハ余程広イノデアリマス此事柄ハ範圍ハ此父杯デ言ヒマスレバ親權ノ本体迄モ含ンデ居ルヤウニ私共ハ読ンデ居リ」、それ故監督の委託は監督に含まれ、不適切な者に委託した場合には委託者は責任を負い、さらに、「親族編デハドウナルカ知りマセヌガ此処デハ監督ト云フ字ガ広イ意味ニ使ツテアル」と答えている⁽⁴⁴⁾。ここでは、草案七二二条の監督義務の内容が広範囲に及び親権を含むものであるとすると一方で、親族編での法定監督義務との関係が明確に意識されていないことが窺われる。

(27) 七一四条に関する法典調査会での審議については、既に星野英一「責任能力」『ジュリ』八九三号八六頁以下〔有斐閣編 集部(編)『日本不法行為法リステイトメント』(有斐閣・昭和六三年) 八八頁以下に所収〕による紹介があるが、ここではとくに本文に述べた点に着目して紹介して紹介と検討を行いたい。

(28) 学術振興会版『民法議事速記録』四一ノ三丁。

- (29) 前掲『議事速記録』(註28) 四一ノ四丁。
 (30) 前掲『議事速記録』(註28) 四一ノ四丁以下。
 (31) 例えば、本条の被監督者について「賠償ノ方法ハ誠ニ理論ニ適シテ私ハ余程理論上ニ於イテハ一言モナイヤウニ感スル」(前掲『議事速記録』四一ノ五丁(横田國臣發言))、「此七百二十二条ノ責任ノ理由ハ自己ノ過失ニアルト云フコトヲ明カニスル為メニハ置イテ置クガ宜イカ知りマセヌ」(同四一ノ一八丁(土方寧發言))といった發言が見られ、これらの發言に反対する發言は見られない。
 (32) この点は既に星野・前掲論文(註27) 八七頁が指摘するところである。
 (33) 前掲『議事速記録』(註28) 四一ノ二丁(土方寧發言)。
 (34) 前掲『議事速記録』(註28) 四一ノ二丁(横田國臣發言)。
 (35) 前掲『議事速記録』(註28) 四一ノ二三丁。
 (36) 前掲『議事速記録』(註28) 四一ノ二三丁以下(土方寧發言)。
 (37) 前掲『議事速記録』(註28) 四一ノ一八丁以下。
 (38) 前掲『議事速記録』(註28) 四一ノ一〇丁においても、穂積博士は「後見人ニハ掛ラナイ方ガ適當デアル」としている。
 (39) このような考えに従えば、七一條責任の補充性に關しては法律に「隠れた欠缺」があるとすることができ、親に關して補充性を否定することは欠缺補充と見られよう。
 (40) 前掲『議事速記録』(註28) 四一ノ八丁以下(土方寧發言)。
 (41) 前掲『議事速記録』(註28) 四一ノ一〇丁。
 (42) 前掲『議事速記録』(註28) 四一ノ八丁(土方寧發言)。
 (43) 前掲『議事速記録』(註28) 四一ノ一七丁以下(井上正一發言)。
 (44) 前掲『議事速記録』(註28) 四一ノ一七丁以下。

第二款 わが国の学説の検討と位置付け

上述のように起草者は七一四条責任の帰責根拠が過失責任原則にあると考え、このためか現行民法公布後間もない時期における学説では七一四条責任と七〇九条の過失責任との「相違」が意識されることはほとんどなかった。しかし、その後、大正期に入ると、学説では、七一四条責任と七〇九条による過失責任との「相違」が意識されるようになり、それに伴い七一四条責任の帰責根拠に対する理解が曖昧となつていった。このような傾向は、七一四条責任と七〇九条の過失責任との「相違」を意識していたにもかかわらず、七〇九条を介して解釈論により七一四条責任の補充性を克服しようとする松坂論文とそれに従う学説において頂点に達したように見受けられる。このような監督者責任の帰責根拠に対する理解の曖昧さの故か、これらの学説における監督義務の内容とその構造は明確さを欠いていた。

これに対し、近時の新たな学説においては、七一四条責任、ひいては七〇九条責任を含む監督者責任の統一的帰責根拠を過失責任原則、或いはそれと異なる帰責根拠に求めようとする動きが見られる。そして、これらの学説においては監督義務の内容とその構造についても詳細に論じられている。しかし、他方でこれらの近時の学説においては、監督義務の内容と構造について詳細に論じられているものの、帰責根拠に対する理解が監督義務の内容と構造にどのように反映されているのかについては明らかではないように思われる。さらに、これらの学説の展開する監督義務の内容と構造を、現実の裁判例において展開されているそれと比較した場合、前者の監督義務の内容と構造は後者のそれを説明するのに適していないことが明らかになる（第三節参照）。

そこで、学説と裁判例における監督義務の内容と構造の齟齬を明らかにする前提として、現行民法公布後のわが国の学説を時系列的に、（一）七一四条責任と七〇九条の過失責任との「相違」をとくに意識していなかった明治期末から大正前期にかけての学説、（二）この「相違」を意識すると共に七一四条責任の帰責根拠に対する理解が曖昧となつていった大正後期から昭和初期にかけての学説、（三）監督者責任の帰責根拠に対する理解の曖昧さが頂点に達した松坂

論文とそれに続く学説、(四) 過失責任原則とは異なる統一的帰責根拠を求めようとする近時の学説に区分した上で、監督者責任の帰責根拠及びそれと関連して七一四条責任の補充性に対する理解、並びに、監督義務の内容と構造に着目して検討し、位置付けて行きたい。

第一項 現行民法典公布から大正前期にかけての学説

現行民法典公布から大正前期にかけての学説においては、七一四条責任の帰責根拠に関して起草者の説明に従いそれが過失責任原則にあると考えられていたためか、七一四条責任と七〇九条の過失責任との「相違」をとくに意識した叙述はほとんど見られない。例えば、梅博士は、「是レ元來監督ノ義務ヲ怠リタルニ因リテ負フ所ノ責任ニシテ敢テ無能力者ノ不法行為ニ付キ責任ヲ負フモノニ非ス⁽⁴⁶⁾」と述べ、また、横田秀雄博士は、「監督者ノ責任ハ故意又ハ過失ニ因リ其監督ノ義務ヲ怠リタルニ基因スル⁽⁴⁷⁾」と述べるにとどまる。それにもかかわらず、これらの学説においては過失責任原則と七一四条責任の補充性の関係はとくに問題視されていない。例えば、横田博士は、被監督者が他人に損害を加えた場合に監督義務者に怠慢があるときには、被監督者がその損害について責任を負うか否かに関わらず監督義務者に責任を負わせることは「毫モ不可ナキカ如シ」としながら、被監督者に責任能力がある場合には「被監督者ハ不法行為ニ関シテハ能力者ト同一ノ地位ニ在ルモノナレハ少クモ不法行為ヲ防止スルカ為メノ監督ハ其必要ナキモノト云フヘク此監督ハ被監督者ニ責任能力ヲ缺ク場合ニ於テ其必要ヲ感スル⁽⁴⁸⁾」ので、被監督者に責任能力がある場合には「監督者ニハ怠慢ノ責ナキモノトシ」て監督義務者に賠償義務を負わせないとする。ここでは、被監督者に責任能力がある場合には「能力者」と同一であるからというトートロジーに基づいて七一四条責任の補充性を説明しており、結局、何故被監督者が責任能力を有している場合には監督の必要や監督者の怠慢がないのか、この七一四条責任の補充性と過失責任原則との

関係をどのように説明するのかについては何ら述べられていない。

しかし、他方では、過失責任原則の観点から七一四責任の補充性に反対する学説も既に早くから見られた。岡松参太郎博士は、七一四責任の帰責根拠を、監督義務者の責任は「自己ノ故意又ハ過失ニ因ル不法行為ニ付キ其責ニ任スルモノニ外ナラス」として過失責任原則に求めた上、「苟クモ本条ノ規定ヲ以テ自己ノ故意又ハ過失ニ因ル行為ニ関スル監督義務者ノ責任ヲ定メタルモノ……〔である〕以上ハ」被監督者に責任能力があるか否かは監督者の責任の有無を左右しないとして、立法論として七一四責任の補充性を批判している⁽⁵⁰⁾。また他方で、七一四責任と七〇九条による過失責任の「相違」を意識する学説の萌芽も既に見られた。菱谷精吾氏は、監督義務者のように他人の不法行為について責任を負う場合は「自己ノ所為ト客観的損害トノ間ニ他ノ人格者カ介在スルニ由リテ曲折セル責任関係ヲ生スルノ点ハ特別ノ関係ヲ形造クル所以ナリトス」と述べ、他人の行為の介在という点において七一四責任の事案が七〇九条の本来想定している事案と「相違」することを指摘している⁽⁵¹⁾。

七一四条の監督義務の内容と構造については、この時期の学説は被監督者による第三者への加害を防止するというように具体的な内容や構造をほとんど明らかにしておらず、僅かに監督の委託と被監督者の動作の監視が監督義務の内容に含まれることを述べるものが見られるだけである⁽⁵²⁾。

(45) 後述する四宮説について既にこの点を指摘するものとして、前掲・久保野論文（註14）一一六卷四号四頁以下。

(46) 梅謙次郎『民法要義 卷之三債権編』（明法堂・明治三〇年）八七九頁（引用は信山社・平成四年の復刻版による）。

(47) 横田秀雄『債権各論』（清水書店・訂正第三版・明治四五年）八七三頁。他に、飯島喬平『民法要論』（巖松堂・大正二年）八二七頁、川名兼四郎『債権法要論』（金刺芳流堂・大正四年）七三二頁も、七一四責任の帰責根拠に関して、七一四責任と七〇九条による過失責任との相違をとくに意識した叙述をしていない。

なお、梅博士と同様に現行民法の起草委員の一人であった富井正章博士は、『債権各論 完』（文信社・大正三年）一九二頁引用は信山社・平成六年復刻版による）において、七、四責任の帰責根拠に關し、「監督者……二責任アル所以ハ……畢竟其ノ者ニ過失アルカ故ナリ實際過失ナクトモ法律上過失アリト見タルカ故ナリ」とし、さらに「監督者ニアリテハカカル義務ヲ負担セシムルト云フコトハモト第三者ノ權利ノ保護ヲ全カラシメントスル主意ニ出テ居ルモノナリ」と述べ、あたかも七、四責任が政策的な理由に基づく無過失責任であるかのような表現をしている。しかし、これが、七、四責任が無過失責任を課すとの趣旨であるのか、単に監督義務者の免責立証により監督義務懈怠の有無が真偽不明（non liquet）となつたにとどまる場合にも責任を課すことを指すに過ぎないのかは明らかではない。

(48) 横田・前掲書（註47）八七二頁以下。同旨、富井・前掲書（註47）一九三頁。

(49) 岡松参太郎『註釈民法理由 下巻』（有斐閣・明治三〇年）次四七八頁。

岡松博士は同書次四七九頁において七、四責任の補充性につき、被監督者に責任のある場合には監督義務者は同条により責任を負わないが、「不法行為ノ通則タル七〇九等ノ規定ニ依ルトキハ格別」と述べている。しかし、ここで岡松博士が想定している事案がいわゆる間接正犯等の事案である（このように解するものとして加藤一郎（編）『注釈民法（19）』（有斐閣・昭和四〇年）二五八頁（山本進一執筆））のか、通常の監督義務懈怠の事案である（このように解するものとして松坂・前掲論文（註4）一六五頁註14）のかは明らかではない。

(50) 岡松・前掲書（註49）次四八〇頁以下。

(51) なお、この時期に自己責任の立場から解釈論による七、四責任の補充性の克服を示唆するものとして、丸尾昌雄『民法債権編釈義』（博文館・第六版・明治四三年）三二二頁以下。

(52) 菱谷精吾『不法行為論』（清水書店・明治三八年）二九二頁。

(53) 梅・前掲書（註46）八七九頁。

(54) 横田・前掲書（註47）八七二頁。

第二項 大正後期から昭和初期にかけての学説

大正後期に入っても依然として、七二四責任の帰責根拠を過失責任原則に求める一方で、過失責任原則と七二四責任の補充性との関係を問題視しない学説も見られた。⁽⁵⁵⁾しかし、この時期にはそれらの学説と共に、七二四責任と七〇九条の過失責任との「相違」を意識し、さらに七二四責任の補充性に反対する学説が見受けられるようになる。その嚆矢である鳩山秀夫博士は、七二四条の場合には①監督義務者自身の行為がないこと、②権利侵害それ自体について監督義務者に故意又は過失があることを必要としないことから、「之ヲ特殊ノ不法行為ト」すべきであるが、監督義務者は監督義務を怠らなかつたことを立証して免責され得ることから「之ヲ純然タル無過失責任ト為スモ亦当ラズ」、「故ニ此責任ハ過失責任ト無過失責任トノ中間二位スルモノト言ハザルベカラズ」と述べ、七二四責任が上記の二点において七〇九条の過失責任と異なることを指摘した。⁽⁵⁶⁾その後学説はこの鳩山説に従い、鳩山説を敷衍して完成させたのが我妻栄博士であつた。

我妻博士は、七二四責任と七〇九条の過失責任との「相違」として、②監督義務者の過失は責任無能力者の行為について一般的な監督行為を怠ることを意味し、当該違法行為の為されることについての過失ではないこと、③監督義務懈怠の不存在についての証明責任が監督義務者に課されていることの二点を挙げ、⁽⁵⁷⁾過失責任は違法行為自体についての過失がなければ責任がないということであるからこの意味では無過失責任であり、監督義務を怠るという範囲の過失を必要とする意味では責任者の意思と無関係な絶対的な責任ではないから、「中間責任」と呼ばれるとした。⁽⁵⁸⁾そして、この純粹な過失責任でも無過失責任でもない七二四責任の帰責根拠に関して、七二四責任は、ゲルマン法における家長の絶対的責任がローマ法の個人主義的賠償理論に影響されつつ、監督義務者がその監督義務を怠つたという自己の行為に基づく責任に修正されたドイツ民法の主義を大體踏襲したものであるとし、これを「ゲルマン法流の団体本位の責任理論とローマ法流の個人本位の責任理論との妥協」と表現している。⁽⁵⁹⁾しかし、この「妥協」はつまるところ、七二四

条責任の帰責根拠が純粋な過失責任原則でもなく、家長の絶対的責任でもないということとどまり、何故監督義務者は当該違法行為についての過失がないにもかかわらず、責任無能力者の行為についての一般的監督の懈怠について責任を負わされるのかという根本的な点については何ら述べてはいない。すなわち、我妻説は、七一四責任と七〇九条の過失責任の「相違」を指摘するにとどまり、七一四責任の帰責根拠がどこにあるのかについては何ら述べてはいないと言えよう。ここに七一四責任の帰責根拠の曖昧さが生じたのであり、このような曖昧さが鳩山説から我妻説の系譜を引く学説に受け継がれていった。⁽⁶⁰⁾

もつとも、これらの学説は七一四責任の補充性に対して立法論として反対するものの、かつての学説と異なり、補充性に対する批判を過失責任原則から理由付けてはおらず、その限りでは首尾一貫していると言えよう。⁽⁶¹⁾ これらの学説による七一四責任の補充性に対する批判の理由付けは、(イ)行為者に責任能力があるか否かは明らかではないことが多いから行為者と監督義務者のいづれを訴えればよいか原告は迷う、⁽⁶²⁾ (ロ)責任能力者たる被監督者は固有の財産を有しないことが多いから被監督者に対する賠償請求は実効を収めることが出来ない、(ハ)監督義務者を訴える場合、行為者が責任無能力であることの証明責任は被害者にあり、被害者にとって不利益であるというものであった。⁽⁶³⁾

ところで、以上のように、七一四責任と七〇九条の過失責任との「相違」を意識し、七一四責任の帰責根拠をゲルマン法とローマ法の「妥協」に求める見解とは別に、この時期においてはさらに、七一四責任の帰責根拠をより明確に過失責任原則以外の帰責根拠に求める見解も見られた。例えば、末弘巖太郎博士は、七一四責任の立法理由を、監督義務者に賠償義務を課すことによりその注意を促して責任無能力者による加害を防止する点及び被害者保護に求め、⁽⁶⁴⁾ さらに監督義務懈怠について監督義務者に故意又は過失があるか否かを問わないとし、七一四責任の帰責根拠を政策的な理由に求めている。⁽⁶⁶⁾ そしてさらに後には、七一四責任とは別個に、社会的事実として存在する「家団」をありのま

ま承認してこれに法的規律を与えるべきとの立場（家団論）から、意思能力を有しない非独立的な家団構成員（非独立的構成員）の行為はその者を包容する家団自体の行為として家団自らの責任を生じさせるとした上で、家団がその中に包容する「危険物」について責任を負うべきは当然であると述べ、責任無能力者の不法行為についての家団の責任を動物占有者の責任に類比させている。⁽⁶⁷⁾ ここには既に、監督者責任の帰責根拠を危険責任に求める近時の学説の萌芽が見られる。⁽⁶⁸⁾

末弘博士は、このように七一四条責任の帰責根拠を政策的理由に求めるためか、七一四条責任の補充性に対して直接には反対しておらず、責任能力を有する被監督者の不法行為に関する責任については、ただ家団論の立場から、意思能力を有し、独立的性質を有する家団構成員（独立的構成員）の不法行為については、その行為が家団のためにする行為である場合にその家団が責任を負うとするとどま⁽⁶⁹⁾っている。

七一四条の監督義務の内容については、かつての学説と同様、監督の委託が言及される他、前述のように、監督義務懈怠とは一般的監督行為を怠ることであり、当該違法行為のなされることについての過失ではないとされる。⁽⁷¹⁾ これらの学説においては、被監督者による当該加害行為について監督義務者に予見可能性があり、その行為を防止し得たにもかかわらず防止しなかった場合、当然に七一四条が適用されるものと思われるが、⁽⁷²⁾ 一般的監督行為についての過失と当該加害行為の防止についての過失がいかなる関係にあるのかはほとんど明らかにされていない。さらに、監督義務懈怠を一般的監督の怠りとするこれらの学説の中でも、過去の教育の結果について責任を負うのではないとする学説も見られ、⁽⁷³⁾ このことから、「一般的」監督の懈怠といってもその「一般的」の内容については論者により広狭様々であることが窺われる。

また、七一四条の監督義務の内容に関連して、親権者のように全生活関係にわたって監督すべき義務ある者と小学校

長のように限られた生活関係についてのみ監督すべき義務ある者との間で義務懈怠として認められる状況について相当の差があることが指摘されている⁽⁷⁴⁾。さらに、監督義務懈怠の有無の判断について、「取引上ノ観念ニ照シテ」決すべきであるとされ⁽⁷⁵⁾、その判断に際して考慮されるべき事情として、被監督者の年齢、性質、心神発達及び教育の程度、監督者の経済的状况、当該加害行為の状況が挙げられている⁽⁷⁶⁾。

(55) 例えば、団野新之『民事責任論』（巖松堂・訂正増補再版・大正一四年）七五二頁以下、岡村玄治『債権法各論』（巖松堂・昭和四年）七〇八頁以下、沼義雄『総合日本民法論別巻第五 債権各論 下』（巖松堂・昭和一八年）四〇四頁。但し、かつての学説が被監督者に責任能力があるときには監督の必要や監督義務懈怠がないとされていたのに対し、岡村氏は、被監督者自身が責任を負う場合には被監督者自身に自己の事務をする能力が比較的多いことから、監督者の監督義務は比較的軽く、この軽い義務を怠つたことを理由として監督義務者に責任を負わせることは酷であるとしており、補充性の理由付けのニュアンスがやや異なる。

なお、この時期においても七一四条責任の帰責根拠を過失責任主義に求め、過失責任原則との関係からこの責任の補充性に反対する学説も見られた。中村武『債権発生原因論』（巖松堂・昭和三年）七八六頁及び七八九頁以下。

(56) 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（下巻）』（岩波書店・大正一三年）九〇四頁。但し、同書九〇七頁は、七一四条は「責任無能者ノ監督ヲ嚴ナラシムルガ為メニ」監督義務者に賠償責任を認めたとしており、このことから鳩山博士は七一四条責任の帰責根拠を、後述の末弘博士同様、責任無能力者による加害の防止に求めていたものと思われる。

(57) 我妻説が鳩山説の②の点についてのみ言及し、①の点に言及していないのはおそらく、不作為の不法行為を認める限り行為者自身の「行為」がないとはいえないと考えたためであろう（我妻・前掲書（註9）一一〇頁以下参照）。

(58) 我妻・前掲書（註9）一五六頁以下。

(59) 我妻・前掲書（註9）一五五頁以下。

(60) この時期において七一四条責任と七〇九条の過失責任との「相違」を指摘するものとして、磯谷幸次郎『債権法論（各

論』(厳松堂・昭和四年) 八四七頁以下、沼・前掲書(註55) 四〇二頁、石田文次郎『債権各論』(早稲田大学出版部・昭和二年) 二七〇頁、勝本正見『債權法概論(各論)』(有斐閣・昭和二年) 三二四頁。但し、沼・前掲書四〇四頁は、このような「相違」を指摘しながらも七一四條責任の帰責根拠を過失責任原則に求めている(前註55参照)。

(61) 鳩山・前掲書(註56) 九〇六頁、我妻・前掲書(註9) 一五八頁。

(62) 最判昭和四三年三月八日民集二卷三三五頁は、いわゆる訴えの主觀的予備的併合を不適法とし、学説ではこの訴訟形態を肯定する見解と否定する見解が対立していたが、平成一〇年一月一日施行の民事訴訟法四一條は、訴訟の目的である権利が複数の被告に対する關係で法律上併存し得ない場合に原告の申出により弁論及び裁判を分離しないこととした。これにより、監督義務者に対する七一四條に基づく前訴において行為者が責任無能力とされ訴えが棄却され、行為者に対する七〇九條に基づく後訴において責任能力なしとして訴えが棄却される(又はその逆)という危険は大幅に減少した。新堂幸司『新民事訴訟法』(弘文堂・平成一〇年) 六七七頁以下参照(但し、七一四條に直接に触れてはいない)。旧法下で主觀的予備的併合を認めたものとして、名古屋地裁昭和六〇年二月一日判決(判時一一七三九六頁)参照。

(63) 我妻・前掲書(註9) 一五八頁。宗宮信次「未成年者心神喪失者の監督者の責任」『法曹公論』三八卷九号(昭和九年) 二二頁は、後述のように(後註66参照)、七一四條責任の帰責根拠を政策的理由に求めるが、この責任の補充性に対しては同様の理由付けから反対している。

(64) 末弘・前掲書(註64) 一〇七六頁。

(65) 末弘・前掲書(註64) 一〇七六頁。

(66) 同様に七一四條責任の帰責根拠を子どもの不法行為防止などの政策的理由に求めるものとして、宗宮・前掲論文(註63) 一六頁(同『不法行為法論』(有斐閣・昭和四三年) 一四〇頁も同旨)、戒能通孝『債權各論』(厳松堂・昭和二年) 四七四頁以下(但し被害者保護だけに言及し、親権者に対する七一四條の適用範囲を親権者が実質上の家長ではない場合に限定した上、「社会倫理上」非難される余地のないときは責任範囲を限定する)。入江眞太郎『不法行為論』(大同書院・大正一四年) 一六二頁も七一四條責任を無過失責任とするが、如何なる根拠に基づく無過失責任であるのかには言及していない。

なお、子どもの不法行為の防止という政策的理由付けに関しては、樋口・前掲「子どもの不法行為」(註12) 四二九頁以下

が法と経済学の観点から、被監督者の不法行為について監督義務者に過失責任と無過失責任のいずれを負わせた方が最適な防止を実現するかを分析している。

(67) 末弘敏太郎「私法関係の当事者としての家団」『法協』四七巻二二号（昭和四年）九三頁（末弘敏太郎「民法雑考」）（日本評論社・昭和七年）三七頁以下に所収。戒能・前掲書（註66）四七六頁及び四七八頁以下も七一四条責任と別個に家団構成員の行為について、「家長自身の行為に準ぜられるべき」だとして、「社会慣行上承認せられた限度」において「家長」の責任を肯定する。なお、我妻・前掲書（註9）一五七頁は立法論として責任無能力者の行為についての家長の絶対的責任を妥当とする。

(68) もつとも、末弘博士は、独立的構成員の行為について家団が責任を負うとする根拠を団体法理に求めており（末弘・前掲論文（註67）八九頁以下参照）、独立的構成員の行為と非独立的構成員の行為とで家団の責任根拠を異にする。

(69) 末弘・前掲論文（註67）九三頁。戒能・前掲書（註66）四七八頁以下も同旨（但し責任能力者の行為について家団のために行われた行為か否かを区別していない）。

家団論に対する批判としては松坂・前掲論文（註4）一六三頁以下、加藤（二）・前掲書（註14）一六〇頁以下及び谷口友平Ⅱ植林弘『損害賠償法概説』（有斐閣・昭和三九年）一四四頁（植林弘執筆）がある。但し、前者の家団論批判は現行民法の個人主義的色彩との関係から家団法自体に否定的な態度をとると考えられるが、後二者の家団論批判は七一四条責任の補充性の克服として適切な解決をもたらさないう点にとどまり、家団法自体に対しては肯定的な態度をとっていると見えよう（松坂・前掲論文（註4）一六四頁参照）。

(70) 鳩山・前掲書（註56）九〇五頁、岡村・前掲書（註55）七〇九頁以下、宗宮・前掲論文（註63）一九頁以下、我妻・前掲書（註9）一六〇頁。但し、岡村氏はさらに、委託している間の委託者（監督義務者）による監督をも必要とする。

(71) 我妻・前掲書（註9）一五六頁以下及び一五九頁、宗宮・前掲論文（註63）二二頁以下、勝本・前掲書（註60）三二五頁。

(72) 僅かに宗宮・前掲論文（註63）一七頁が、監督義務者に後者の過失がある場合には七〇九条にもよるとするのみである。

(73) 宗宮・前掲論文（註63）二二頁。

(74) 我妻・前掲書（註9）一五九頁。

(75) 末弘・前掲書(註64) 一〇七七頁。

(76) 中村・前掲書(註55) 七九〇頁以下、宗宮・前掲論文(註63) 一二二頁(第三者の利害等も考慮すべきとする)。

第三項 松坂論文とそれに続く学説

昭和三二年に公表された松坂論文はその後の学説・裁判例に多大な影響を及ぼした。しかし、従前の学説に見られた七・一四条責任の帰責根拠に対する理解の曖昧さ、ひいては監督者責任全体の帰責根拠に対する理解の曖昧さは、この松坂説において頂点に達したと言える。すなわち、松坂博士は、七・一四条責任の帰責根拠に関して、「この責任の実際の根拠は、家族的協同体が生活協同体として社会生活における一単位として活動し、未成年の子の監護教育……等の機能を営みつつあるので、かかる責任無能力者が外部に対して加害行為をなした場合には、団体自らの行為としてその代表者⁽⁷⁷⁾がその賠償責任を負うのが至当とされることにあると思われる」が、「わが民法もまた近代法における個人主義的責任理論をとつたので、この責任を団体の代表者の責任として捉えず、これら無能力者を監督する義務ある者の責任として構成した」としている。ここでも、我妻説と同様に、七・一四条責任の帰責根拠が団体主義的責任理論と個人主義的責任理論の「妥協」に求められるにとどまっていると言え、それ故、松坂博士が七・一四条の過失は「一般的に監督を怠ることを意味し、さらに遡って、教育を怠った場合にも存在」し得るとするとき、何故一般的監督の懈怠や教育の懈怠が親に帰責されるのかは明らかではない。さらに、松坂博士が、監督義務懈怠不存在の挙証は實際上ほとんど不可能であり、七・一四条責任は結果において無過失責任であるから、その実質において危険責任たる性格を有するとき、帰責根拠に対する理解の曖昧さがいっそう際立つ⁽⁷⁸⁾。

もっとも、松坂博士が「実際の根拠」と強調していることから言えば、博士が七・一四条責任の根拠を団体主義的責任

理論の中に求めているとすることもできるかもしれない。実際、博士は七一四条責任の補充性に対してそのような立場から反対し、七一四条は「家団法上の責任を監督義務者の責任という形態に改鑄したものと解すべきである」として⁽⁸¹⁾る。しかし、他方で、博士はこの補充性の克服のために、周知のように、七一四条の規定は被監督者に責任能力がない場合に「過失の推定がある」という意味に過ぎず、監督義務者の責任についてまで第七〇九条の一般原則を制限する趣旨ではないと解する⁽⁸²⁾ことを提案しており、このことから、(少なくとも形式上は)七〇九条責任と七一四条責任の性質を同視していることが導き出されよう。だとすると、両者の監督者責任の帰責根拠は過失責任原則にあるとも、団体主義的責任理論にあるとも解されるのであり、いずれにしろこの松坂説においては七一四条責任、ひいては監督者責任全体の帰責根拠に対する理解が極めて曖昧になっていると言わなければならない。

この松坂論文の公表以降、七一四条責任の補充性の問題に關しては、最高裁が昭和四九年判決において松坂説を採用したこともあり、学説はこぞつて松坂説に追従し、その結果、監督者責任の帰責根拠に対する理解は混迷を深めた。例えば、加藤一郎博士は、一方で七一四条責任を「中間責任」とし、その帰責根拠を過失責任原則とは異なる「家族の特殊性」に求め⁽⁸³⁾、他方で七一四条は監督上の過失を推定しているに過ぎないと⁽⁸⁴⁾して(少なくとも形式上は)七一四条責任と七〇九条責任の性質を同視しており、その結果、監督者責任の帰責根拠がどこにあるのかが不明確になっている⁽⁸⁵⁾。

もつとも、このように帰責根拠に対する曖昧な理解を示す学説に対し、帰責根拠に対する一貫した理解を示す学説も見られないではなかった。一つは、七一四条責任と七〇九条責任とで統一的帰責根拠を求める見解であり、もう一つは両者の責任について別個の帰責根拠を求める見解である。

このうち前者の見解は、監督者責任の帰責根拠を、原則に立ち返り、過失責任原則に求めるものである。例えば幾代通博士は、一方で、七一四条責任は責任無能力者の行動に対する一般的監督を怠ったという過失を根拠とし、この過失

の有無について立証責任が転換されていると指摘した上で、七一四条責任を「中間的責任」であるとするもの、我妻説とは異なり、この「中間的責任」を「立証責任の転換された過失責任、〔傍点筆者〕」とし、他方で七〇九条責任についても、監督上の過失と行為者の行為との間に具体的な因果関係が認められる場合には「一般原則に従って」監督者と被監督者が並存的に責任を負うとしている⁽⁸⁸⁾。そして、このような見解からは首尾一貫して過失責任原則の立場から、かつての岡松説と同様に、監督義務違反がある場合にも監督義務者に責任なしとすることは過失責任原則に反するとの、七一四条責任の補充性に対する批判がなされている⁽⁸⁹⁾。しかし、これらの見解は、昭和四九年判決が出るに及んで裁判例における七〇九条責任の帰責根拠が伝統的な過失責任原則とは異質のものであること⁽⁹¹⁾、七〇九条責任で問題となる「過失」乃至「因果関係」が七一四条責任で問題となる監督義務懈怠乃至因果関係に類似した内容を有することが意識されるに至り、それらの点を如何に説明するかという問題に直面したにもかかわらず、この問題に詳細な解答を与えるには及ばなかった。ただ、この見解に立つ前田達明教授は、昭和四九年判決の評釈の中で一般的監督義務懈怠が七〇九条の過失に含まれ得るとするかのような記述をしており、また相当因果関係の問題も義務射程説の立場から説明が可能であるとして⁽⁹³⁾いる。

これに対して後者の、七一四条責任と七〇九条責任とで別個の帰責根拠を求める見解は、七一四条責任の帰責根拠を被害者の救済に求め⁽⁹⁴⁾、他方で七〇九条責任の帰責根拠を過失責任原則に求めようとする⁽⁹⁵⁾。この見解は、七一四条責任の帰責根拠を政策的理由に求めながらも、この責任の補充性それ自体に対して批判的であり、この補充性の克服を家理論⁽⁹⁶⁾ではなく、七〇九条の過失責任原則に求める点、及び、監督義務懈怠について故意・過失が必要であるとする点⁽⁹⁷⁾においてかつての末弘説と異なるものである。また、この見解は、後述（第二節）のように当時七〇九条責任を肯定する裁判例が七〇九条責任における「過失」乃至「因果関係」と七一四条責任における監督義務懈怠乃至因果関係の類似性を

示していなかったこともあり、この問題には言及していない。

このように、監督者責任の帰責根拠をどこに求めるかについて状況は混迷を深めたものの、全体的な傾向としては監督者責任の厳格化の方向に向かっていたと言えよう。そこで一方ではこのような傾向を反映して、七二四條の監督義務の内容に関して従前の学説と同様に一般的監督に及ぶとする見解⁽⁹⁸⁾に加え、「教育を怠った」ことをもその内容としようとする見解が見られるようになり、また上述のように七〇九條責任の過失の内容に關しても七二四條で問題となる監督義務懈怠に類似したものであることを承認する見解が見られるようになった。但し、七一四條の監督義務の内容に「教育を怠ったこと」を含めようとするこの見解は、かつての立法者の見解に立ち返るものではなく、フランス法の学説に直接依拠するものであるところ⁽¹⁰⁰⁾、「教育を怠った」ことの具体的内容については明らかにしておらず、また、監督義務が一般的監督に及ぶとする見解と共に従前の学説と同様、具体的加害行為についての監督義務違反と一般的監督についての義務違反がどのような関係にあるのかには言及していない。これに対して他方では、七〇九條責任について問題となる監督義務懈怠に關して、この懈怠は七〇九條の過失の内容となるものであるから監督者としての一般的な監督上の義務懈怠では足りないとする見解も見られる⁽¹⁰²⁾。

監督義務の内容に關してこのような一般的な記述にとどまる見解に対して、さらにこの時期には、七〇九條責任が学説・裁判例で承認されるに至ったことを受けて、七〇九條責任の監督義務違反の認められる事実を類型的に考察する見解も見られるようになった。この見解は、アメリカ法の検討を素材として、①子の不法行為時に親がその行為を現認し、直接に監視、指導、助言などすることが可能な状態にもかかわらず、それを怠り、損害が発生した場合、②子の不法行為に用いられた一定の道具・手段が親の下から子に移り、その用法につき適切な指示を怠ったため、不法行為が発生した場合、③子が日頃から悪い性癖を有し、他人に何らかの危害を加える傾向のある事実を知り又は知るべきであるにもか

かわらず、それに対する対策として十分な監護・教育の措置を怠り、その子が不法行為を行った場合、④前三類型のいずれにも属さない場合、という四つの類型を立て、①では親の責任の認定は比較的容易であり、②③では責任が直接認定され得る場合、又は、過失・因果関係が事実上推定され得る場合が考えられ、④は限界事例としてより具体的な状況に即して、子の年齢、親の子に対する日常の監護教育の実態、不法行為発生時、場所、周囲の状況などを考慮して判断を下さざるを得ず、ある場合には親の責任追及が困難となる場合があるとする。⁽¹⁰³⁾

また、監督義務の程度に関しては、原則として抽象的軽過失があれば足りるとする見解が見られ、さらに監督義務懈怠の有無の判断に際しては親権者との共同生活の事実の存在又は経済的依存度がひとつの判断基準となるとする見解が見られる。⁽¹⁰⁵⁾

なお、全生活関係にわたって監督すべき義務ある者と限られた生活関係についてのみ監督すべき義務ある者との間で監督義務の内容に差があるとされる点、⁽¹⁰⁶⁾及び、(適切な者に対する)監督の委託が監督義務の内容に含まれるとする点⁽¹⁰⁷⁾は従前の学説と同様である。但し、前者の点については、全生活関係にわたって監督すべき義務ある者については免責立証が容易に認められないとの見解も見られる。

- (77) 松坂・前掲論文(註4) 一六一頁。
- (78) 松坂・前掲論文(註4) 一六一頁。
- (79) 松坂・前掲論文(註4) 一六一頁。
- (80) 松坂・前掲論文(註4) 一六二頁。
- (81) 松坂・前掲論文(註4) 一六四頁以下。仮にこのように七一四条責任の帰責根拠が団体法理乃至家団法に求められるとしても、意思能力のない責任無能力者の行為の家団又は家長への帰責が団体法理上どのようにして理由付けられるのか、

末弘博士のように結局は危険責任に行き着くのかといった点も明らかではない。

(82) 松坂・前掲論文(註4) 一六五頁。

(83) 加藤(一)・前掲書(註14) 一五九頁。なお、このような抽象的な帰責根拠に対して疑問を提起するものとして久保野・前掲論文(註14) 一一六卷四号三頁以下参照。

(84) 加藤(一)・前掲書(註14) 一六二頁。

(85) 森島・前掲論文(註10) 四七頁以下は、七〇九条責任については帰責根拠を過失責任原則に求めるようであるが、七一四条責任については同様の不明確さを示す。

(86) 幾代通『不法行為』(筑摩書房・昭和五二年) 一八〇頁。

(87) 幾代・前掲書(註86) 一七一頁。同書六頁も参照。

(88) これらの点は幾代通(徳本伸一補訂)『不法行為法』(有斐閣・平成五年)においても同様である。同旨、前田達明『民法VI2(不法行為法)』(青林書院新社・昭和五五年) 一三七頁以下。高木多喜男他『民法講義6 不法行為等』(有斐閣・昭和五二年) 一八四頁以下(國井和郎執筆)も同旨か。

(89) 國井・前掲書(註88) 一八六頁。

なお、監督義務者に監督義務違反の過失があるにもかかわらず責任を負わせないことは過失責任原則に反するとのこの批判には、二通りのものが考えられる。一つは七一四条責任の補充性そのものに対する批判(すなわち、監督義務違反がある場合に監督義務者に対して七一四条に基づいて責任追及できないことに対する批判)であり(立法論的批判)、もう一つは七一四条に存在の故に監督義務者に対して七〇九条に基づく責任追及ができないことに対する批判(解釈論的批判)である。七一四条責任の帰責根拠を過失責任原則に求める見解がここで述べている批判は前者の批判であろう。これに対して、後者の批判は七一四条責任の帰責根拠をどこに求めるかにかかわらず行われ得る。後者の批判を行うと解されるものとして、川井健二飯塚和之「最判昭和四九年三月二日判批」『判時』七四九号(昭和四九年) 一四八頁。

(90) この他に寺田正春「監督義務者の責任について」『法時』四八卷二二号(昭和五一年) 七一頁(以下「監督義務者」として引用)は、監督者責任の統一的帰責根拠を「家族ないし家族的共同生活体の特殊性」に求めている。しかし、このような抽象的な帰責根拠に対する疑問について前註83参照。

- (91) 前註10参照。
- (92) 石黒・前掲判批(註10)一五八頁以下、寺田・前掲「監督義務者」(註90)六八頁など。
- (93) 前田達明「最判昭和四九年三月二二日判批」『民法判例百選Ⅱ債権(第二版)』(昭和五七年)一六九頁。この点については『民法判例百選Ⅱ債権(第五版)』(平成一三年)一七一頁(以下「第五版」で引用)でも変化はない。
- (94) 山本(進)・前掲書(註49)二五五頁以下。
- (95) 山本(進)・前掲書(註49)二五八頁。
- (96) 山本(進)・前掲書(註49)二五七頁。
- (97) 山本(進)・前掲書(註49)二五八頁以下。
- (98) 山本(進)・前掲書(註49)二五五頁、加藤(一)・前掲書(註14)一六四頁、幾代・前掲書(註86)一八〇頁。
- (99) 松坂・前掲論文(註4)一六一頁。さらに山口純夫「責任無能力者の加害行為」奥田昌道他(編)『民法学6(不法行為の重要問題)』(有斐閣・昭和五〇年)一〇五頁(以下「責任無能力者」として引用)は、七〇九条責任の監督義務について八二〇条の一般的監護教育義務と異なるものではないとする。
- (100) 松坂・前掲論文(註4)一六六頁註cは、Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, t.2 (4éd., 1952), n. 1100を引用する。
- 同居する未成年子の行為についての父母の責任を定めるフランス民法二三八四条に関して、伝統的学説及び裁判例において帰責根拠として親のフォートが問題とされるとき、それが教育の義務の懈怠を含むものとして解されていることについては、松坂・前掲論文(註4)一五六頁、小沼進一「フランス不法行為論における一胎動一未成年者の行為による父母の責任と『保証』の観念」『青法』一六卷三・四合併号(昭和四九年)一七五頁、奥野久雄「未成年者の加害行為と両親の責任(一)ーフランス法ー」『関法』二七卷四号(昭和五二年)一二八頁(同『学校事故の責任法理』(法律文化社・平成一六年)二六二頁以下所収)、久保野・前掲論文(註14)一一六卷四号一一頁。もっとも、この点についてフランスにおいては、一方で教育の懈怠を含まないとする見解が、他方で保証(保障)に帰責根拠を求める見解が見られるという。フランス法の研究については将来の課題である。なおフランス民法典一三八四条の親の責任に関する最近の動向については、新聞輝夫「フランス法における他人の管理者に関する責任制度の展開」『福岡大学法学論叢』四七卷一号(平成一四年)一

頁以下参照。

- (101) Ripert et Boulanger, *ibid.*, n° 1100 以下に具体例を挙げている。
- (102) 鈴木潔他(編)『注解 交通損害賠償法』(青林書院新社・昭和五七年)五四九頁(並木茂執筆)。同旨、森島・前掲論文(註10)四九頁、奥野久雄「責任能力ある未成年者と監督義務者の不法行為責任」森泉章(編)『現代民法学の基本問題・中』(第一法規出版・昭和五八年)四三四頁〔同「学校事故の責任法理」(註100)五〇頁以下所収〕。
- (103) 川井Ⅱ飯塚・前掲判批(註89)一五〇頁。佐々木・前掲論文(註14)一〇四頁以下も七〇九条責任について、交通事故という特定の類型に關してのみであるが、同様の類型化を行っている。但し、佐々木氏は、被害者に重過失があるとき、及び、親が相当の任意保険料を出捐し、或いは未成年者をして通常生ずべき損害を限度額とする保険に加入させているときには、酒酔い運転などの任意保険の免責部分についての監督を怠ったときを除いて、その親は免責されるとする。このような免責事由に対して疑問を差し挟むものとして並木・前掲書(註102)五四八頁及び中村俊夫「未成年者の事故と親の責任」吉田秀文Ⅱ塩崎勳(編)『裁判実務体系 第8巻 民事交通・労働災害訴訟法』(青林書院・昭和六〇年)七〇頁。
- (104) 山本(進)・前掲書(註49)一五九頁。
- (105) 山口純夫「最判昭和四九年三月二二日判批」『民商』七二卷一号(昭和五〇年)一七三頁、同「未成年者の不法行為と親権者の責任」[Law School]五二号(昭和五八年)七一頁〔中川淳(編)『財産法と家族法の交錯』(昭和五九年)二二六頁以下に所収〕(以下「親権者の責任」として引用)及び同「責任能力」山田卓夫(編)『新現代損害賠償法講座 第1巻 総論』(日本評論社・平成九年)一〇二頁(以下「責任能力」として引用)。
- (106) 松坂・前掲論文(註4)一六六頁、山本(進)・前掲書(註49)二五九頁、加藤(一)・前掲書(註14)一六四頁、幾代・前掲書(註86)一八一頁註7。
- (107) 山本(進)・前掲書(註49)二六二頁、加藤(一)・前掲書(註14)一六一頁、幾代・前掲書(註86)一八二頁註11。

第四項 近時の学説

以上に見たように、監督者責任の帰責根拠がどこに求められるのかに関して状況は混迷を深め、帰責根拠を過失責任原則や被害者救済等の政策的理由に求める見解も、七〇九条責任と七一四条責任の両責任における監督義務及び因果関係の接近を如何に説明するのか、具体的加害行為に対する監督義務違反と一般的監督についての義務違反の関係を如何に説明するのか等の点を明らかにしていなかった。そして、その後も監督者責任の帰責根拠に関して曖昧さを示す学説が見られた。⁽¹⁰⁸⁾しかし、これに対して、近時においては、両責任の帰責根拠を明らかにし、監督義務の内容と構造の明確化を図ろうとする見解も見られる。

このような見解として第一に、四宮和夫博士は、七一四条の立法趣旨は判断能力が低くて加害行為を行いやすい責任無能力者の加害行為について、それを監督する義務ある者にいわば「人的危険源」の継続的「管理者」として七〇九条よりも重い責任を課すものであるとし、七一四条責任を「一種の危険責任」であるとしている。⁽¹⁰⁹⁾そして、七一四条をこのように捉えることは責任能力ある未成年者の不法行為に対する監督義務者の責任と同条との連続性を理解することにも役立つとした上、昭和四九年判決における過失及び相当因果関係に七〇九条の適用上必要とされる関係が認められない（過失や相当因果関係の判断が七一四条的考え方によっている）こと及び監督義務者の過失に関する証明責任について七一四条但書の適用が排除されていることを指摘し、この昭和四九年判決が適用したのは「七〇九条と七一四条との合体した特殊な規範で、われわれは、ここに、七〇九条による責任と七一四条による責任との統合を見ることができると述べている。⁽¹¹⁰⁾この四宮博士の見解は、監督義務者の帰責根拠としての七〇九条を七一四条と七〇九条が合体した規範だとするものの、七〇九条責任の過失や、判例の言う「相当因果関係」の意味を七一四条的に理解しており、証明責任の所在だけを七〇九条的に理解している。このことから、四宮説は、監督者責任の統一的帰責根拠を「一種の危険責任」に求めるものと考えられよう。

また、平井宜雄教授は、七一四条の立法趣旨はその沿革に求めざるを得ないとし、主として「家族関係の特殊性（とくに父母の義務）」に求むべきであるとしている⁽¹²⁾。この「家族関係の特殊性」或いは「父母の義務」が何を意味するかそれ自体からは明らかではないが、平井教授は七一四条の沿革について、旧民法財産編三七一条、三七二条が由来するフランス民法は父母と同居する未成年の子に「教育・監護・善行をする重い義務を認め（一種の保証責任である）」、被害者の権利行使を容易にしようとしたが、わが国の民法起草者は家長の絶対的責任を個人責任的に構成したドイツ民法草案の考慮も採り入れて旧民法に修正を加えたと述べている⁽¹⁴⁾。このことから、平井教授は七一四条責任の帰責根拠を個人責任的に構成された（教育・監護・善行をする重い義務の違反に基づく）「一種の保証責任」に求めているものと思われる。そして、七〇九条責任については、七〇九条責任で問題となる監督義務懈怠は七一四条責任のそれと同じであり、七〇九条責任の「相当因果関係」は監督義務の程度とその及ぶ範囲を示す命題として基本型不法行為におけるそれと異なり、他方で原告が監督義務違反を立証しなければならない点において七一四条とも異なるとして、「七〇九条と七一四条がいわば融合した、新しい複合型不法行為の類型が創造されたと認むべきである」とする⁽¹⁵⁾。ここでも、四宮説と同様に、証明責任の所在だけが七〇九条的に理解されていることから、監督義務違反の統一的帰責根拠を個人責任的に構成された「一種の保証責任」に求められているものと考えられよう⁽¹⁶⁾。

これらの見解はいずれも監督者責任の帰責根拠を過失責任原則とは異なるところに求める見解であるが、これに対して、前述の幾代説等と同様に、この帰責根拠を過失責任原則に求める見解も見られる。潮見佳男教授は、一方で七一四条責任について、七〇九条の原則通り過失責任原則を基礎とするものであるとしている⁽¹⁷⁾。他方、潮見教授は確かに七〇九条責任に関しては、その帰責根拠を過失責任原則に求めることを明言しておらず、権利侵害の回避に向けられた注意と行為者の行動の監督に向けられた注意とは注意の対象が異なり、監督上の過失と侵害結果との間の因果関係に関し

ても七〇九条で本来想定されていた因果関係とは異なる考慮が必要であるとしている⁽¹¹⁸⁾。しかし、潮見教授は過失の一般論に関して、行為義務違反としての過失の評価対象である行為を「意思形成・意思決定・行為操縦」の総体的過程として捉え、この行為操縦過程の様々な場面において事前的に(prospective)行為義務が設定されるべきことを前提として、権利侵害の抽象的危険が存在するにとどまる段階においても行為義務が課される場合があり、これが正当化されるときには具体的な侵害結果についての予見可能性が不問とされるとしている⁽¹¹⁹⁾。ここで述べられている過失概念には七〇九条責任のいわゆる一般的監督義務違反が包摂されるものと理解され、また、監督者責任という不作為不法行為における因果関係判断に、通常の作為不法行為における行為と権利侵害との間の因果関係判断と同様に、法的・規範的判断が行する⁽¹²⁰⁾(従って、七〇九条責任における因果関係判断の特殊性はこの法的・規範的判断の枠組みの中で捉えられ得ることからすれば、潮見教授は七〇九条責任の帰責根拠を過失責任原則に求めているものと考えられよう(さらに、七一四条責任の帰責根拠を過失責任原則に求め、それにもかかわらず七〇九条責任の帰責根拠を敢えて他に求めるとは考え⁽¹²¹⁾難い)。

以上のように近時においては監督者責任の統一的帰責根拠を探求しようとする試みが行われているのであるが、それと共に監督義務の内容と構造に関しても、従前の学説と異なり、それを明確化しようとする試みが行われている。

上述の四宮説は、従来の学説では監督義務が特定の加害行為の防止に関するかそれとも被監督者の行動一般に関するかという二者択一であったが、七一四条の監督義務懈怠は「被監督者の特定の加害行為の防止に関するものである必要はないが、被監督者が免責を受けるためには、当該訴訟で問題となるあらゆるレベルの監督義務を尽くしたことを証明しなければならぬから、多かれ少なかれ具体的な危険が感知される場合についての監督者の対応の仕方も、問題となりうる」と述べる⁽¹²²⁾。このことから、四宮教授が、七一四条の監督義務は一般的監督についての義務を基礎とした階層

構造を有していると考えていることが窺われる。すなわち、第一段階として何らかの具体的危険が感知される場合には、具体的加害行為の防止についての監督義務が問題とされ、その監督義務懈怠がないとしても、さらにその受け皿の第二段階として一般的監督についての義務が常に問題とされる、という構造である。そして、七一四条と七〇九条の規範統合を認める立場からは、この階層構造を有する監督義務が七〇九条責任についても妥当すると解される。

このような監督義務の階層構造をより明確に認めるのが平井教授の見解である。平井教授は、まず七〇九条責任の監督義務懈怠について、損害乃至損害発生の危険を防止乃至回避するべく行為する義務の違反ではなくして、親権者が日常未成年の子を教育し監督すべき義務の違反であり、フランス民法一三八四条による父母の責任の前提たるフォートにほぼ等しいとした上で、これが七一四条一項の監督義務と同じであるとする⁽¹²³⁾。そして、その具体的内容として、以下のように述べている。すなわち、監督義務には、①被監督者が、ある程度特定化された状況の下で、損害発生 of 危険を持つ、ある程度特定化された行為を予見し、かつその危険を回避又は防止するように監督すべき義務（第一種監督義務）と、②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教育し、しつけをする義務（第二種監督義務）の二種類がある。このうち第一種監督義務の違反が認められる場合には、それだけで監督者責任が生じるが、未成年者に対する親権者のような監督義務者については第二種監督義務が要求され、仮に第一種監督義務違反がなくても第二種監督義務違反があれば、なお七〇九条責任が成立する⁽¹²⁴⁾。そして、平井教授は、監督義務の具体的内容は七一四条責任と七〇九条責任とで等しいとしている⁽¹²⁵⁾。この平井説でも、少なくとも法定監督義務を負う親については、監督義務は、四宮説と同様の階層構造を有していると言えよう⁽¹²⁶⁾。

もっとも、このような監督義務の階層構造を認める四宮説や平井説の立場がそれぞれの帰責根拠とどのような関係にあるのかは明らかではない。監督者責任の統一的帰責根拠を一種の危険責任や一種の保証責任に求めることから、具体

的な加害行為の防止に関連付けられた監督義務の懈怠に基づいてだけでなく、一般的監督についての義務、さらにはしつめの義務の懈怠に基づいて監督義務者に責任を負わせるのだとしても、上に述べたように、これらの義務が過失責任原則からは導き出され得ず、危険責任や保証責任という概念からしか導き出され得ないものであるとは直ちには言えないであろう。だとすれば、敢えて危険責任や保証責任という概念に帰責根拠を求める理由付けを明らかにする必要があるように思われる。さらに、これらの見解のより重要な問題点として、果たして上述のような階層構造を有する監督義務が現実の裁判例を適切に説明し得るのかという点を指摘することができよう。

以上の見解は七一四条責任と七〇九条責任とで問題となる監督義務の内容と構造を同視しているが、これに対して、両責任で監督義務の内容と構造が異なるとする見解も見られる。潮見教授は、七一四条責任の監督義務については四宮博士や平井教授と同様の階層構造を認め、監督過失の中には「教育過失(culpa in educando)」も含まれているとするが、他方で七〇九条責任の監督義務については、「通常の不法行為における過失と同様、予見可能性を前提とした具体的危険回避のための行為義務(結果回避義務)に限定されるべきである」としている⁽¹²⁸⁾。この見解によれば、七〇九条責任については、一般的監督の義務は問題にならないと言ふことにならう。しかし、この見解は、上述のように両責任の帰責根拠が共に過失責任原則に求められるとすれば、何故監督義務の内容と構造を両責任で異にするのかについてはとくに述べていない。さらに、四宮・平井説と同様に、このような監督義務の理解が現実の裁判例を説明しているのに適しているかという問題点を指摘することができる。

なお、監督義務の程度に関しては、原則は「善良な管理者の注意」であり、監督義務の具体的内容はこの基準を具体的状況、すなわち例えば被監督者の性格、年齢、発達程度、環境、具体的危険の予測される場面の状況に照らして決定されるべきとする見解が見られる⁽¹²⁹⁾。

最後に、全生活関係にわたって監督すべき義務ある者と限られた生活関係についてのみ監督すべき義務ある者との間で監督義務の内容に差がある（そして前者については免責立証が容易に認められない）とされる点⁽¹³⁰⁾、及び、（適切な者に対する）監督の委託が監督義務の内容に含まれるとする点は従前の学説と同様である。但し、後者の点について、委託前又は委託中の委託者の監督義務に関して、被監督者を他人に預けた場合、過去の一般的監督の影響や委託後も存続する親の一般的監督義務は否定し得ないとして、委託者は特段の事情がない限り責任を免れないとする見解も見られ、この見解は従前の見解と比較して、子どもが委託された場合の親の責任に関してより厳格な態度をとるものと解される。他方、これに対して、七一四条一項の監督義務者と二項の代理監督者との間の監督義務分配に関する決定が先決問題であるとする見解もあり⁽¹³³⁾、この見解によれば、被監督者が代理監督者に委託されている場合に委託者が責任を負うか否かは、ケースバイケースということになろう。

(108) 例えば、中井義雄（編）『不法行為法（事務管理・不当利得）』（法律文化社・平成五年）二五一頁（田井義信執筆）は、七一四条責任を「過失責任・無過失責任との間にある『中間的』責任である」とするにとどまる。内田貫『民法Ⅱ』（東京大学出版会、平成九年）三六七頁以下、加藤雅信『新民法体系Ⅴ 事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣・平成一四年）三五四頁以下も参照。但し、内田・前掲書三七一頁が、七〇九条責任について、「七〇九条の過失概念自体が拡大していく流れの一環だともいえる」としている点は注目される。

(109) 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為 中・下巻』（青林書院・昭和六〇年）六七〇頁。

(110) 四宮・前掲書（註109）六七〇頁。

(111) 四宮・前掲書（註109）六七一頁以下。

(112) 平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』（弘文堂・平成四年）二一四頁。

(113) 平井教授は我妻博士、加藤博士及び幾代博士の所説を引用しておられるが、我妻、加藤両博士の所説での帰責根拠の所

在が曖昧であることは前述した通りであり、幾代博士の所説は前述のように過失責任原則に帰責根拠を求めているものと解される。

(114) 平井・前掲書(註112)二二四頁。

(115) 平井・前掲書(註112)二二五頁以下。

(116) 沢井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為(第三版)』(有斐閣・平成一三年)二八七頁も、七一四条と七〇九条の規範統合を認め、このことから監督者責任の統一的帰責根拠を認めるようであるが、七一四条責任の帰責根拠については従来の学説と同様に、この責任が「中間責任」であり、家長の絶対責任を個人主義的賠償理論と調和するように修正したものであると述べるにとどまっておらず(同書二八三頁)、その統一的帰責根拠をどこに求めるのが明らかではない。林良平(編)『注解 判例民法 債権法Ⅱ』(青林書院・平成元年)一一九三頁及び一三〇一頁(松岡久和執筆)、吉村良一『不法行為法(第二版)』(有斐閣・平成一二年)一七三頁及び一七五頁も同様である。

(117) 潮見佳男『不法行為法』(信山社・平成一年)一九六頁(以下「不法行為」として引用)。さらに遠藤浩(編)『基本法コメンタール第四版 債権各論Ⅱ』(日本評論社・平成八年)六八頁(潮見佳男執筆)は、七一四条は監督義務者が「過失による間接侵害(=監督義務者自身の自己責任を基礎とし)た規定だとする」。

(118) 潮見・前掲「不法行為」(註117)二二〇頁。

(119) 潮見・前掲「不法行為」(註117)一五八頁以下。

(120) 潮見・前掲「不法行為」(註117)一二九頁以下参照。

(121) 田山輝明『不法行為法』(青林書院・補訂版・平成一二年)一五二頁も七一四条責任を「一種の過失責任である」としているが、七一四条の立法趣旨を「主として家族関係の特殊性(父母の義務)」に求めるべきであると、帰責根拠に対する理解に曖昧さを残している。

(122) 四宮・前掲書(註109)六七五頁。

(123) 平井・前掲書(註112)二二五頁以下。

(124) 平井・前掲書(註112)二二八頁。

(125) 平井・前掲書(註112) 二一七頁。

(126) このような監督義務の階層構造を認めるものとして吉村・前掲書(註116) 一七六頁。さらに、松岡教授が、責任無能力者について、その者が事理弁識能力を持たない場合には「監督義務は、危険源管理者の義務という内実をもつ」ことになり、事理弁識能力を持つ場合、とりわけ人格が形成されて責任能力者に近づいているときには、「特に具体的な危険が予測されないかぎり、いちいちの行動への監督・管理という色彩は薄れ、監督義務は、普段からの教育・しつけの義務という抽象的なものへと後退する」とし(松岡・前掲書(註116) 一二九六頁)、七〇九条責任の監督義務の内容が七一四条責任のそれとほとんど同じであるとする(同一三〇〇頁以下)のも、同様の趣旨を含むものと解される(但し、松岡教授は七〇九条責任に関して、被監督者の判断能力の程度の高まりに応じて監督義務はより狭く弱くなるとしている)。

(127) 潮見・前掲「不法行為」(註117) 一九八頁。

(128) 潮見・前掲書(註117) 七〇頁。潮見・前掲「不法行為」(註117) 二〇〇頁も参照。その他に、七一四条責任について監督義務の階層構造を認め、七〇九条責任については監督義務違反として具体的危険についての行為義務違反を要求するものとして、沢井・前掲書(註116) 二八四頁以下。田井・前掲書(註108) 二五四頁及び二五七頁以下も同旨か。

(129) 四宮・前掲書(註109) 六七四頁。同旨、松岡・前掲書(註116) 一二九六頁及び一二九七頁、田井・前掲書(註108) 二五四頁。

(130) 四宮・前掲書(註109) 六七四頁以下(前者のタイプを「身上監護型」、後者のタイプを「特定生活監護型」と呼ぶ)、沢井・前掲書(註116) 二八五頁、吉村・前掲書(註116) 一七六頁以下。

なお、例えば平井・前掲書(註112) 二一八頁は、「第一種監督義務」と「特定生活監護型」の監督義務を、**「第二種監督義務」と「身上監護型」**の監督義務をほぼ対応させているが、両者は場合によっては必ずしも対応するものではなからう。「特定生活監護型」か「身上監護型」か否かは監督義務の尽くされるべき時間的場所的範囲の広狭により定まり、「第一種監督義務」か「第二種監督義務」か否かは監督義務の内容(監督すべき事項)に応じて定まるべきものだからである。

(131) 四宮・前掲書(註109) 六七六頁、田井・前掲書(註108) 二五六頁、沢井・前掲書(註116) 二八六頁、吉村・前掲書(註116) 一七九頁。

(132) 四宮・前掲書(註109) 六七六頁。同旨、平井・前掲書(註112) 二一八頁以下。同様に過去の一般的教育を問題とするも

のとして、松岡・前掲書（註16）一二九八頁。

〔133〕潮見・前掲「不法行為」（註117）一九八頁。同旨、沢井・前掲書（註116）二八五頁以下、吉村・前掲書（註116）一七九頁。

第三款 小括

以上、監督者責任の帰責根拠及び監督義務の内容と構造に関して、わが国の立法者の見解と、現行民法典公布以降の学説を検討し、位置付けてきた。そこで、ここでは、以上の検討と位置付けを簡単に要約し、確認しておきたい。

わが国の現行民法典は旧民法の修正という形で成立したものであるところ、旧民法において子の加害行為についての親の責任を定めていた財産編三七一条及び三七二条は、立法者の見解を探る手がかりを与える起草者ボアソナードの見解によれば、推定された親の懈怠（negligence）に基づき自己責任を定めたものとされていたことが窺われる⁽¹³⁴⁾。但し、その「懈怠」の内容については、「悪い教育」もそこに含まれるとされていたものの、ボアソナード自身、「悪い教育」の内容については明確な考えを有していなかったようであり、むしろ被監督者を他人に委託する際にその子ども自身がもたらず危険については注意を促さなかったというようなことを重視していたとも考えられる。

この旧民法典から現行民法典までの修正過程において、七一四条の前身である草案七二二条の起草者とされる穂積博士は、草案七二二条責任の帰責根拠を過失責任主義に求め、法典調査会委員の間にもこの点についてはとくに異論はなかった。したがって、旧民法財産編三七一条及び三七二条と現行民法七一四条は、監督義務者の「怠り」に基づく責任という点で共通性を有していた。もつとも、草案七二二条が補充的責任とされた理由は明らかではない。補充性の必要性に関して穂積博士の挙げている例や草案七二二条の存置の是非をめぐる議論からは、後見人などの責任が過酷なものとなることを恐れていたとも考えられるが、はっきりとしたことは言えない。

監督義務の内容に関しては、一方で、教育が足りなかったことを監督義務懈怠に含めるとの考えに對し、とくに反論は見られなかった。もつとも、この「教育が足りなかったこと」ということが具体的にどのようなことを指しているかを明確に読取ることは出来ない。他方、草案七二二条の過失と現行民法七〇九条の前身である草案七一九条の過失が同視されていたことが窺われ、両者の過失の質的な相違はとくに意識されていなかった。さらに、草案七二二条の監督義務の内容が広範で親権を含むとされる一方で、親族編の法定監督義務との関係は明確に意識されていなかった。

現行民法典公布後間もない時期の学説は七一九条の監督義務違反と七〇九条の過失の相違を意識することなく、七一九条が過失責任原則に基づくものと考えていたようである（梅、横田）。但し、これらの見解は七一九条責任の補充性には特に反対しておらず、さらにその補充性と過失責任原則との関係についても特に説明していない。これに對して、この時期において既に、過失責任原則の立場から立法論として七一九条責任に反対する見解も見られないではなかった（岡松）。もつとも、監督義務の内容や構造についてはほとんど明らかにされておらず、監督の委託と被監督者の動作の監視に触れられるだけである。

その後大正時代後期に入ると、従前の学説と同様の学説も見られたものの、七一九条責任と七〇九条の過失責任の「相違」を意識する学説が現われる。鳩山博士はその「相違」として、七一九条の場合には①監督義務者自身の行為がないこと、②権利侵害それ自体について監督義務者に故意又は過失のあることを要しないことを挙げ、七一九条責任を過失責任でも無過失責任でもない「中間責任」であるとし、さらにその後我妻博士は両責任の相違として②の点の他に、③監督義務懈怠についての証明責任が転換されていることを挙げ、鳩山博士と同様に、七一九条責任を「中間責任」であるととした。しかし、これらの学説は七一九条責任の帰責根拠に関して、過失責任でもなく無過失責任でもないという以上のことを述べるものではなく、七一九条責任の帰責根拠がどこにあるのか、何故監督義務者は一般的監督の懈怠につ

いて帰責されるのかについてとくに説明するものではなかった。ただ、これらの学説は七一四条責任の補充性に対する批判を過失責任原則の立場から理由付けてはおらず、その限りでは首尾一貫していたと言えよう。そしてさらにこの時期には、七一四条責任の帰責根拠をより明確に政策的理由に求める見解も見られ、この立場からも七一四条責任の補充性に対して過失責任原則の立場からの批判は行われていない（但し、この見解は七一四条責任と別個にいわゆる家団論に基づいて責任能力者たる子の加害行為についての家団又は家長の責任を認めようとしている）。

他方、監督義務の内容に関しては、七一四条の監督義務は一般的監督についての義務であるとする見解が見られるようになったものの、この義務と具体的加害行為の防止に関連付けられる監督義務がどのような関係にあるのかにはほとんど触れられておらず、また、「一般的監督」の内容も論者により広狭様々であることが窺われる。

その後、鳩山・我妻説に見られた七一四条責任の帰責根拠に対する理解の曖昧さは、松坂論文の登場により頂点に達した。松坂博士は七一四条の補充性を解釈論上克服するために、七一四条は被監督者に責任能力がない場合に過失を推定したに過ぎないものと解釈することを提案し、その結果、少なくとも形式上は七一四条責任と七〇九条責任の性質が同視されることとなった。それ故、監督者責任の帰責根拠が過失責任原則にあるとも、それ以外のところにあるとも理解し得ることとなり、帰責根拠に対する理解は極めて曖昧になった。そして、その後の学説がこの松坂説に追従した結果、監督者責任の帰責根拠に対する理解は混迷を深めたと言えよう。もともと、これらの見解に対して、帰責根拠に関して一貫した理解を示す学説も見られた。一つは七一四条責任と七〇九条責任の統一的帰責根拠を過失責任原則に求める見解（幾代、前田、國井。この見解は七一四条責任の補充性に対しても過失責任原則の立場から批判する）であり、もう一つは、七一四条責任の帰責根拠を政策的理由に求め、七〇九条責任の帰責根拠を過失責任原則に求める見解（山本）である。しかし、これらの見解は、七〇九条責任の「過失」乃至「相当因果関係」と七一四責任の監督義務違反乃

至因果関係の接近について明確な説明をするには至らなかつた。

監督義務の内容に関しては全体的に嚴格化の傾向を示し、七〇九条責任の「過失」の七一二条の監督義務懈怠への接近を承認する見解が見られ、さらに「教育を怠つたこと」をもその内容としようとする見解が見られるようになったものの、その「教育を怠つたこと」の具体的内容は明らかにされておらず、従前の学説と同様、一般的監督についての義務と具体的加害行為の防止に関連付けられた監督義務との関係は明らかにされていない。他方、このような嚴格化の方向に反して、七〇九条責任の「過失」は一般的な監護上の義務懈怠では足りないとする見解も見られた。さらに、この時期には、七〇九条責任の監督義務懈怠の認められる事案を類型的に考察する見解も登場した（川井＝飯塚）。

以上のように監督者責任の帰責根拠に対する理解については曖昧さが見られ、この理解に関して明確さを示す学説も、監督義務の内容と構造、すなわち一般的監督についての義務と具体的加害行為の防止に関連付けられた監督義務の関係については明確な説明をしてこなかつた。これに対して、近時の学説は、監督義務の帰責根拠と監督義務の内容及び構造の明確化を図ろうとしている。これらの見解には大別して二つのものがあり、一つは監督者責任の統一的帰責根拠を過失責任原則とは異なる帰責根拠、すなわち、危険責任や保証責任に求める見解である。この見解は、監督義務の内容と構造に関しては、一般的監督の義務と具体的加害行為の防止に関連付けられた監督義務の階層構造を認め、後者の義務違反がないとしても前者の義務違反がある限り監督義務者は責任を負うとする（四宮、平井）。これに対しても一つの見解は統一的帰責根拠を過失責任原則に求め、七一二条責任に関しては監督義務の階層構造を認めるものの、七〇九条責任については具体的加害行為の防止に関連付けられた監督義務だけが問題になるとする（潮見）。しかし、前者の見解については、帰責根拠と監督義務の内容及び構造との関係が明らかではなく、さらに現実の裁判例における監督義務の内容と構造を説明するのに適しているか否かという問題があり、後者の見解については、統一的帰責根拠を承認

しながら何故七一四条責任と七〇九条責任とで監督義務の内容及び構造が異なるのか、また前者の見解同様、現実の裁判例を説明するのに適しているかという問題がある。

（134）なお、井上正一『民法正義 財産編第二部卷之二』（新法註釈会・出版年不明）四七四頁及び磯辺四郎『民法釈義 第八編』（長寛書房・明治二四年）一六一一頁及び一六一四頁も、旧民法三七一条及び三七二条が父母等の懈怠に基づく責任を定めたものだとしている。

これに対し、近時の学説では旧民法三七一条及び三七二条が代位責任を定めたものであるとする見解が見られる（星野・前掲論文（註27）九二頁註53、潮見・前掲書（註117）六八頁）が、筆者は、少なくともポアンナードらはこれらの規定を、自己責任を定めた規定と解していたと考えている。

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―

第一節で検討したように、現在のわが国の学説が到達している帰責根拠並びに監督義務の内容及び構造に対する理解には、帰責根拠に対する理解と監督義務の内容及び構造がいかなる関係にあるかが明らかではなく、また、それらの監督義務の内容及び構造がわが国の現実の裁判例を説明するのに適しているか否かという問題点があると考えられる。

そこで、これらの問題点を浮かび上がらせるため、この第二節では、わが国の現実の裁判例においてどのような事実との関係でどのような内容及び構造の監督義務が現われているのかを検討していきたい。この検討に際しては第一に、現在の学説が現実の裁判例を適切に説明し得るかを検証すべく、現在の学説の到達点である二種の監督義務、すなわち、①被監督者がある程度特定化された状況下で、損害発生危険を持つ、ある程度特定化された行為をすることを予見し、且つその危険を防止するように監督すべき義務（具体的加害行為に関連付けられた監督義務、以下「具体的監督義務」

とする。)と、②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(一般的監督義務乃至教育義務、以下「一般的監督義務」とする)が裁判例の中でどのような形で現われているかに着目したい。そして、以下の検討の中で、裁判例が必ずしも後者の義務を前者の義務違反が否定された場合の受け皿のように考えていないことを明らかにしていきたい。

なお、①と②の義務の区別の規準であるが、これは子の具体的加害行為の予見可能性を基礎として監督義務が課されているか否かに求められるべきであろう。なぜなら、②の義務の意義は、当該加害行為と同種の行為に限らず監督を行う義務が課されるという点に存在するのではなく、子の加害行為を親が具体的に予見し得ないときにも、他人に危害を及ぼさないように監督する義務が第三者との関係で親に課される点にあると考えられるからである。従って、当該加害行為と同種の行為について監督を行う義務が親に課されるとしても、それが具体的危険の予見可能性を前提としていないと見られるときには、一般的監督義務が課されると見るべきであろう。

さらにこのような区別の規準は、裁判例における監督者責任の帰責根拠に対する理解を明らかにするという目的にも資する。すなわち、既に学説が指摘するように、⁽¹³⁶⁾①の義務は従来の過失不法行為の枠組みにおける、加害行為の具体的危険の予見可能性を前提とした「過失」に近く、この義務の違反について親に責任を負わせることは従来の過失責任原則による説明が可能であろう。⁽¹³⁶⁾これに対し、具体的危険の予見可能性に基づかない②の監督義務が問題となるときには、親の責任を過失責任原則から説明することは難しく、裁判例がどのような実質的考慮に基づいて親に監督義務を負わせているのかを検討する必要があるであろう。⁽¹³⁷⁾そこで、それらの監督義務の内容及び構造と帰責根拠の関係、帰責根拠の所在を明らかにする手がかりを得るために、第二の視点として、それらの内容及び構造に具体的にどのような内容の事案が対応しているかに着目したい。その際にとくに、被監督者の年齢・性別、被侵害利益、加害行為の態様、被監督者の性質

(当該加害行為に現われた危険性と同種の危険性を有する行為(以下「特定化された行為」と呼ぶ)を被監督者が過去に行ったことがあったか否か、また、当該加害行為に現われた危険性と同種の危険性ではないが他人に対する何らかの危険性(以下「特定化されていない危険」と呼ぶ)を被監督者が従前有していたか否か)、被監督者の環境の損害指向性(当該加害行為に使用された物が監督義務者から被監督者に供与され或いは監督義務者の保管の不備により被監督者が入手しなかったか否か、「特定化された行為」を誘発する被監督者の環境が存在しなかったか否か)、当該加害行為と監督義務者の場所的・時間的関係(とくに当該加害行為が監督義務者の現認下で行われたか否か)⁽¹³⁸⁾、被告(父親か母親か、或いは継父又は継母か)に着眼して事案の具体的内容を検討していきたい。このとき、事案の内容(とくに被監督者の性質、その環境の損害指向性、当該加害行為と監督義務者の場所的・時間的関係)を大まかに示すため、以下の記号を用いることとする。

A・・「特定化された行為」が被監督者により当該事件・事故前に既に行われたことのあるケース。

A'・・「特定化された行為」を誘発する環境が存在していたケース。

B・・当該加害行為に使用された物が親から子に供与されたケース。

B'・・当該加害行為に使用された物を親の保管の不備から子が入手したケース。

C・・被監督者の「特定化されていない危険」が当該事件・事故前に既に行われていたケース。

D・・当該加害行為が親の現前で行われたケース。

さらに、監督義務の内容及び構造は、責任能力の有無の他、とくに年齢及び加害行為の態様に応じて異なると思われるので、これらの点に応じて類型的に考察していきたい。⁽¹³⁹⁾

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

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については、一般に責任能力の有無の分水嶺とされる一二歳⁽¹⁴⁾児からわが国の成人年齢である二〇歳に満たない未成年者を便宜上二つに分け、一六歳以上の責任能力者たる未成年者に関する裁判例と一六歳未満の責任能力者に関するそれらについてそれぞれ検討していきたい。

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

この類型に関する公表裁判例はこれまでに八件存在する。

〔1〕大審院明治三三年四月三〇日判決（刑録六輯四卷八二頁）

【事案】現行民法施行前の私印盗用私書偽造行使詐欺事件。被害者Xが行為者A（男。上告理由によれば一九歳八ヶ月）の父Yに対し、民事担当人規則⁽¹⁴⁾により附帯私訴⁽¹⁴⁾を提起した事件。原審の認定によればYはAに自己の実印を託して種々の事件を処理させていた。原審は、YはAによる実印盗用と金員詐取を予想し得なかつたのであり、このことはYが監督を怠つた結果ではないとし、X敗訴。Xから上告。上告棄却。

【判旨】「凡ソ民事担当人トシテ他人ノ行為ニ付賠償ノ責ニ任スルハ其担当人タル本人ニ責ムヘキ過失アルニ因ルモノナリ而シテ父カ民事担当人トシテ其子ノ行為ニ付責ヲ任スルハ子ニ対スル監督ノ義務ヲ盡サ、ルノ過失ニ基因スルモノナレハ其監督ヲ怠リタルト否トニ依リ賠償ノ責任有無ヲ断セサルヘカラス故ニ原判決カYノ長男Aニ対シ損害ヲ被ラセ

タルハYカ父トシテ盡スヘキ監督ノ義務ヲ忘リタル結果ニアラサル事実ヲ認メ因テ賠償ノ責ナシト判決セシハ相当」であり、原判決の趣旨は「Aカ其実印ヲ盗用シタル所為ハYニ於テ予想シ能ハサル事柄ナレハ監督ヲ忘リタル結果ニアラストスルニ在ルコト明白」である。

【検討】 事案としてはB（実印）。実印盗用に関する具体的監督義務が問題とされており、原審は子による実印盗用の予見可能性がないことから当該加害行為は監督義務懈怠の結果ではないとしたものどとして、これを是認している。なお、現行民法施行前の事件に関する判決であり、民事担当人の責任が被監督者の責任能力の有無に左右されないこと、監督者責任が監督義務懈怠の「過失」に基づく責任であることを前提としている点が注目される。

〔2〕金沢地裁輪島支部昭和五三年三月二三日判決（判時九〇七号九四頁）

【事案】 A（一七歳八ヶ月男）は友人らと飲酒した後、以前から暴行を加えようと考えていたBを路上で発見し、これに暴行を加え、Bは死亡した。Aは中学時代に数回の喧嘩と窃盗事件を起した他、飲酒・喫煙を始め、中学卒業後入學した海員学校を三回の喧嘩が原因で退學し、本件事件当日には飲食店で店主への暴行事件を起していた。Bの遺族XらがA及びその父母Y₁Y₂に対して七〇九条に基づき賠償請求。請求認容。

【判旨】 Aは、特に飲酒時に、中学時より形成された粗暴な傾向が顕著になり、Y₁Y₂は中学時代の窃盗事件に際して家庭裁判所の審判官からAに対する指導監督を促されていたのであるから、Y₁Y₂には「平常からAの動靜を十分観察注意し……、前記のようなAの性格、行状等を適確に把握したうえ、これに対応して、Aに対し、その生活態度全般の適正化をはかり、……可能な限り、親権者の直接の監督下に置き、非行に及ぶことのないよう指示することのほか、飲酒についてこれを全面的に禁ずるか、仮にこれを認容するときは飲酒場所、時間等について適切な指導を行ない、またAの

兄C……らに協力を求め、Aが特に家庭外で粗暴な行動に出ることを防止するため、その指導監督の全きを期すべき注意義務があった」。「少なくともAの飲酒時の行動につき、Aの兄C……らにAに対する指導監督を依頼していたならば、……事前にAのBに対する暴行を察知して、これを防止し得た状況であったと認められ」、Y₁、Y₂には監督義務違反がある。「殊にAの性格、行状、飲酒状況からして、Y₁らが共同親権者としての前記のような監督義務を尽さず、Aの行動を放任しておくときは、本件事件のような飲酒のうえ、他人に暴行を加え、その結果死亡に至らせることのあるべきことは通常予見しうべきこと……と認められる」。

【検討】 事案としてはA（飲酒による又は飲酒後の暴行）。判旨の前半部分には一般的監督義務を問題としているかのような説示も見られるが、飲酒による（又は飲酒後の）暴行に関する具体的監督義務違反から結論を導いている。

〔3〕 浦和地裁昭和五八年一月二一日判決（判タ五二一六九頁）

【事案】 A（一八歳男）及びBは暴走族に所属し、他のメンバーと共に通りがかりのXに鉄パイプ状のものを用以て暴行を加え、Xは重傷を負った。Aには本件事件以前に凶器準備集合の非行歴があり、本件事件の一年程前から暴走族グループを結成し、このメンバーはしばしば集団行動を重ねていた。XからA及びその父母Y₁、Y₂並びにB及びその父母に對して七〇九条に基づき賠償請求。B及びその父母については自白成立。A及びY₁、Y₂については請求認容。

【判旨】 Y₁らには、「Aの親権者として、Aが凶器準備集合という非行をおかしたことを知り、また、右のような暴走族グループに属し、その行動に加わっていたことを知り、あるいは、容易に知りえたと推認されるころ、かかる少年の親権者としてAの日常の素行及び交友關係に注意し、不良徒輩との交際をやめるように特に十分に指導監督すべき注意義務があ」った。

【検討】 事案としてはA（凶器準備集合）であり、その事実を（も）知っていたことから監督義務を導き出している。

〔4〕 京都地裁昭和六二年五月一日判決（判時一二五〇号一〇四頁）

【事案】 A（一七歳八月男）は、約三ヶ月にわたり一〇回隣家のX宅に夜間侵入し窃盗を繰り返し、本件事件当日も飲酒後X宅に侵入して物色し、それに気づいたXらに暴行を加え、傷害を負わせた。Aは事件当時、時おり飲酒をしていたが、他に非行歴等はなく、父母Y₁、Y₂はAが深夜隣家に忍び込んでいたことに気づかなかつた。XらからA及びY₁、Y₂に対して、Aとの格闘の際に毀損された動産類に関する損害賠償及び慰謝料を請求。Y₁、Y₂に対する関係で請求棄却。

【判旨】 「Y₁及びY₂は、Aの日常的な行動について口やかましく指導することは余りなく、Aを信じて、主にその判断に委せていたことが窺われ、そのため、Aは深夜出掛けていたり、時々飲酒をしたりしていたが、全く放任していたとまでは認められず、全体にAに対する監督は甘かったといえるとしても、Aは、当時高校三年生であり、又従前の生活態度（補導歴、学校の処分歴のないこと等）に照らせば、保護者として、監督義務を怠っていたとまでは言えない。なお、仮に、Aが深夜外出することないし飲酒することが問題になりうるとしても、それと本件窃盗行為ないし強盗発生との間に相当因果関係があると直ちに認めることもできない」。

【検討】 事案としてはA（住居侵入及び窃盗）。住居侵入及び窃盗についての予見可能性を問題としておらず、一般的監督義務だけを問題として監督義務懈怠を否定していると言える。さらに、仮定的な一般的監督義務違反と加害行為との間の「相当因果関係」を否定し、親の責任を否定するための理由付けを補強している。

〔5〕 東京地裁平成四年七月二〇日判決（判時一四三六号六〇頁）

【事案】A（一七歳五ヶ月男）、B（一七歳一〇ヶ月男）及びC（一七歳一〇ヶ月男）は飲酒後、夜間オートバイで走行中、通行人Dから騒音を注意されたため、A及びBがDに暴行を加え、その間CがAのDに対する暴行を幫助し、Dは死亡した。A、B及びCは学校に行かず、夜中に友人宅に行くほか、飲酒・喫煙、オートバイの運転などをし、これに対してAの父母Y₁Y₂及びBの母Y₃はAやBの生活態度を認識しながら放任していた。また、Cの父母Y₄Y₅は離婚をし、Cが父Y₄と共に暮らしていた間、Y₄はCの日常生活について監督せず、親権者母Y₅はCがY₄のもとに行つた後Y₄に指導監督を任せ、Y₅自身はCを監督し得なかつた。Dの遺族Xらが、Y₁Y₂Y₃Y₄Y₅に対してDの逸失利益及び慰謝料等を請求。Y₁Y₂Y₃Y₄Y₅に対する関係で請求認容。

【判旨】上記の事実によると、Y₁Y₂Y₃Y₄は「その子に対する監督義務を怠り、その結果、深夜町中を徘徊して本件事件を起こし、Dを死亡させるに至つたといえる」。「Y₅は、親権者であるが、CがY₅のもとを出て、父Y₄のもとに行き、そこで生活するようになり、Y₄もこれを承知していたのであるから、本件事件の当時、Y₅には、Cを監督する立場にはなかつたと言わざるを得ない」。

【検討】事案の内容としては、オートバイでの暴走等が他人に対する何らかの加害と結びつき易いとすれば、C（オートバイでの暴走等）といえよう。監督義務の構造としては、判決の中でオートバイの運転等に言及されるものの、オートバイの運転等による（又はその際の）他人に対する暴行の予見可能性は問題としておらず、全体として日常生活の監督を問題としており、一般的監督義務が問題とされている。

なお、Y₅について、単にY₄に監督が委託されていたという事実から免責を認めているようであり（Y₅自身が監督し得なかつたという事実が指摘されているが、これが単にCがY₄のもとにいたということだけから認められているのか、それともその他に何らかの事情が存在したのかは詳細に認定されていない）。学説において問題とされているような、委

託自体の適切さや受託者の適格性、委託前後の委託者の監督状況は検討されていない。

〔6〕東京地裁平成七年一月一日判決（判時一五六九号七二頁）⁽⁴³⁾

【事案】A（一七歳三ヶ月男）らが駅のホームでスケートボードに乗っていたことから、AがXと口論となり、B（一五歳一〇ヶ月男）と共に暴行を加え、Xは左眼を失明した。Aは父母の別居後父Y₁の下に住みつづ母Y₂の住居に行き来し、性格に短気などころがあり、それまで生徒同士の喧嘩を二、三回し、本件の二、三ヶ月前に学校での友人との喧嘩で教師から注意を受けたY₁から叱られ、また、深夜に住宅街等でスケートボードをしたことから警察官などから注意や苦情を受けていた（Y₁はこれらの事情を知らなかったが、スケートボードの音がうるさいので気をつけるようにAに注意をしたことがあった）。Bは中学時代友人と喧嘩をし、母Y₂と共に学校に呼ばれて注意を受けた父Y₃から喧嘩をしたように注意を受けたことがあり、また、警察によりスケートボードで遊ぶ少年グループの一員としてAと共に把握されていた。XからA、B及びY₁、Y₂、Y₃、Y₄に賠償請求。請求認容。

【判旨】Y₁、Y₂は、「Aが腕力があり、短気で喧嘩をして相手に怪我を負わせ、学校から呼び出されたこともあり、また、夜遅くまでスケートボードをして遊び、このことで他人に迷惑をかけ、トラブルを生じて暴行事件等を引き起こすことは認識しえたというべきであるから、日頃からAがそのような行動に出ないよう注意すべき監督義務があり、右監督義務を怠った」。Y₃、Y₄は、「Bがそのような（警察の把握していたスケートボードで遊ぶ少年）グループの一員として行動し、暴行行為に出ないよう注意すべき監督義務があり、右監督義務を怠った」。

【検討】事案としてはA（喧嘩）。夜間のスケートボード遊びに起因する暴行に関する予見可能性に基づいて監督義務違反を肯定しており、具体的監督義務が問題とされている。

〔7〕静岡地裁沼津支部平成一三年四月一八日判決（判時一七七〇号一一八頁）

【事案】A（一六歳一ヶ月男）及びB（一六歳二ヶ月男）は、中学時代の同級生Cに対して一ヶ月半余の間に四度にわたり暴行を加えた上（但しBはAの暴行を加勢する態度を示すのみで直接暴行に加わらなかつた）、恐喝をしたところ、Cは最後に暴行を受けた日に自殺をした。Aは、中学生の頃から暴力をふるう傾向があり、中学卒業後暴走族に加入し、また、中学時代の別の同級生に対して恐喝をし、自動車窃盗や傷害、恐喝などを数度にわたって行い、本件以前に自動車窃盗等により家庭裁判所に送致されたことがあった。Bは、中学卒業後原付自転車の窃取やAらと共に自動車売機荒しを行ったことがあった。Cの父母XからA及びその母 Y_1 、B及びその母 Y_2 に対してCの自殺による逸利益及び慰謝料等を請求。 Y_1 、 Y_2 に対する関係で暴行・傷害の限度で請求認容。

【判旨】 Y_1 はAが短気で、暴力をふるう傾向があり、暴走族に加入し、恐喝行為などを行っていることを知り、被害弁償するなどし、その後も、Aの自動車窃盗及び無免許運転等による逮捕、保護観察により、警察や家庭裁判所等から再三にわたりAの家庭における指導、監督につき注意を与えられ、それにもかかわらず自動販売機荒しで警察に呼ばれたりするなど、Aの非行性が一向に改まる気配のないことを Y_1 は十分了知していた。「そして、これらの諸事情からすれば、 Y_1 としては、……Aをそのまま放置したのでは、他人に対し社会通念上許容できない危害を加え得ることを予見し得たものとみるのが相当である。」「したがって、 Y_1 としては、Aの再三の非行やその性格を踏まえ、Aの行状について常日頃から実態を把握して注意をし、Aの非行性を改善させるべく積極的に取り組む努力をし、Aが他人に暴行、恐喝等の粗暴な行動に出ることのないよう充分に指導、監督すべき注意義務があったものというべきである。」「そして、 Y_1 がAの行状を継続的に観察してその心情を的確に把握しておれば、Aの言動、態度等から、再び恐喝行為等を行っているのではないかと心配して解明し、今後さらに他人に対する恐喝行為や傷害事犯等が発生するのではないかとの懸念を持つ

て、適切な方策を講じ、これを有効に阻止することは不可能ではなかったというべきである」。

Aらによる本件恐喝とCの自殺との間には相当因果関係があるところ、Y₁にCの自殺についても損害賠償責任を課すためには、Cが本件恐喝等により自殺し得ることについて、Y₁が予見し又は予見可能であったことを要する。「しかるに、Y₁がCに対するAによる……一連の執拗な恐喝行為を具体的に認識していたことを認めるべき証拠はないから、Y₁において、本件当時、Aの不法行為によりCが自殺するに至ることを予見できたとまでを認めることはできない」。

Y₂は、BのAとの交際や窃盗での補導などの非行を了知し、また、Bの生活態度の乱れを十分認識していた。「したがって、Y₂が親権者として、Bの行状について関心を持ち、その把握のために適切な努力をしていれば、Bが他人を恐喝したり傷害を与えることを認識し得たはずであったのに、……Bを放任状態にして、適切な指導監督を怠ったために、本件のCに対する深刻な恐喝行為が行われていることを認識できず、これに対する適切な措置をとることができないまま、推移したものであると認められる」。「ただ、Y₂がCに対するAらによる本件の一連の恐喝行為を具体的に認識していたことを認めるべき証拠はないから、Y₂において、本件当時、Bの不法行為によりCが自殺するに至ることを予見することができたとは認められない」。

【検討】 事案としては、Y₁についてはAであり、Y₂に関しては、本件以前に暴行・恐喝の事実はないものの、本件暴行・恐喝が長期にわたるものであることからすると、同様にAと言えよう（少なくとも窃盗についてCである）。監督義務の構造については、Y₁については子の過去の暴行・恐喝に基づく同種の行為の予見可能性に基づいて監督義務違反を肯定し、Y₂については、傷害・恐喝について予見義務を課していることから、具体的監督義務違反が問題とされている。

〔8〕 横浜地裁平成一五年八月二八日判決（判時一八五〇号九一頁）

【事案】A（一六歳男）BCDEは金品強取目的で共謀の上、夜間通りがかりのXに暴行を加え、Xは植物人間となった。Aは中学二年及び三年時に自動車窃盗等で補導されたことがある他、高校進学後自動二輪車の運転による共同危険行為で補導され、保護観察処分が付された後保護司宅に半年しか行かず、その後も友人の窃取した自動二輪車の使用や暴走族への加入などを行い、本件事件の際には強盗の実行行為には加わらなかったものの、原付自転車によりCの逃走を補助した。X及びその妻子からB、C、D、E及びその父母並びにA及びその父母Y₁Y₂に対して逸失利益及び慰謝料等を請求。E及びその母については訴訟外の和解が成立。BCD及びその父母については自由成立等により請求認容。A及びY₁Y₂についても請求認容。

【判旨】Aが保護観察処分が付された後、行かなければならない保護司宅に半年しか行かず、遵守事項も守らなかった状態をY₁Y₂が「真摯に改善しようとした事実は何も窺えない」。「この点だけとってみても、Y₁及びY₂は、Aの監督義務を尽くしていたとはいえない」。

【検討】Cケース（窃盗等）。保護観察処分後の子の行動一般に対する親の対応を非難しており、一般的監督義務を問題としている。

以上の故意の犯罪行為に関する裁判例では、「特定化された行為」が既に現われていたケースが多く（2、3、4、6、7）、その場合に裁判例は具体的監督義務の違反を問うもの（2、3、6、7）と、一般的監督義務の違反を問うもの（4）に分かれており、後者の裁判例が親の責任を否定している点が注目される。これに対して、「特定化されていない危険」が現れていたにとどまるケース（8）では一般的監督義務違反が問題とされ、監督義務違反が肯定されている。また、加害行為に使用された物が親から子に供与されたケースでは、具体的監督義務の違反がないとして親の責

任が否定されている（1）が、現行民法施行以前の裁判例であることに留意する必要がある。

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

〔9〕浦和地裁平成四年一〇月二八日判決（判タ八一―号一一九頁）

【事案】Bは、以前から悪感情を抱いていたA（一七歳一〇ヶ月男）に対して学校内において休み時間に暴行を加えたため、Aは所持していたナイフを用いて反撃し、Bは死亡した。Aは高校入学後自動二輪車の無免許運転等をした以外に暴力事件を起こしたことはなかったが、モデルガンやナイフ類を購入し、日頃折りたたみナイフを携帯して登校していた。Aの父母Y₁、Y₂は、Aのモデルガン購入を知っていたが、ナイフ類購入は知らず、また、日常的に喧嘩や人を傷つけないようAに注意していた。Bの遺族X₁からA及びY₁、Y₂に対して七〇九条に基づき賠償請求。Y₁、Y₂に対する関係で請求棄却。

【判旨】Aが内向的で大人しく気弱な性格で中学校入学以来喧嘩等を起したことがなく、また、過去に非行等がなかったこと、その問題行動も校則に反するバイクの免許取得等に止まっていたことからすれば、「Y₁らにおいてAがナイフといった凶器を使用しての傷害事件を惹起することを予見すべき状況にあった」ということはできず、本件事件がいわば突発的な側面を有する事件でもあったことを考え合わせると、Y₁らがAのナイフ所持の事実には気づかなかつたとしても保護者として当然になすべき監督義務を怠っていたとまではできないし、本件事件の突発性を考えれば、仮にY₁らに一般的な監督義務違反があったとしても、本件事件との間の相当因果関係を認めることはできない。Aのモデルガン愛好から当然にY₁らがAのナイフ購入、所持の事実まで知っていたと推認することはできず、また、「ナイフ

を自室の机等に保管していた事実からYらがAのナイフ所持の事実を知り得る可能性があったことは認めることができ、また、親権者として、状況如何によっては高校生といえどもその所持品検査等をするべきであるといふことはできるが、前述のとおりAがナイフといった凶器を使用して傷害事件を惹起することを予見すべき状況にあったとは認め難い本件においては、それだけでYらがAのナイフ所持の事実を知っていたとまで認めることはできない。

【検討】「特定化された行為」の予見可能性又は予見義務違反の有無が重視されており、さらに、仮定的な一般的監督義務違反と加害行為との間の「相当因果關係」を否定し、親の責任を否定するための理由付けを補強している。事案としては、ナイフの所持という、「特定化された行為」ではないが他人に対する何らかの危険性を有する子の行為が既に現われていたケースであり、Cと言えよう。

(135) 平井・前掲書(註112)二一八頁。

(136) もちろん、監督者責任では通常、当該加害行為時以前における被監督者に対する監督の懈怠という不作為が問題となることから、ここで言う具体的危険とは、当該加害行為自体の危険性ではなく、当該加害行為に現われた危険性と同種の危険性を言う。その意味で、厳密には、具体的監督義務違反も従来の過失そのものではない。

(137) このとき、予見義務(調査義務)をどのように取扱うかは一つの重大な問題であろう。なぜなら、抽象的危険のみが存在する段階で予見義務を課すことによつて具体的危険の予見可能性を肯定する(沢井・前掲書(註116)一七四頁以下)の言「現代的過失」である)ことにより、「予見義務(予見可能性の空洞化)が、あなたも注意を欠いたために予見できずにある行為をするという有責性の仮装で、換言すれば、加害者に対する非難の意図の下に大きな役割を担わされる場合がある(藤岡康宏『損害賠償法の構造』(成文堂、平成一四年)六三頁。初出は星野英一他(編)『岩波講座基本法学5責任』(岩波書店、昭和五九年)二二九頁)からである。しかし、本稿の対象である監督者責任に関しては、予見義務(調査義務)による「有責性の仮装」は原則として問題とならないであろう。というのは、「有責性の仮装」が特に問題となるのは、例

えは公害事件や薬害事件に見られるように、上述のように抽象的危険のみが存在し、具体的危険が未だ発現していない事案において後者の危険の予見可能性を肯定することによる。これに対して、監督者責任の事案で予見義務(調査義務)が問題となる場合は、主として(当該加害行為と同種の)具体的危険が既に存在しているにも関わらず監督義務者がこれを認識していなかったケースであり、このようなケースでは真正の「有責性」が問われていると見ることが出来るからである。

もつとも、監督者責任に関する事案においても「有責性の仮装」と見られる場合がないわけではない。従って、結局は個別の事案内容に応じて、そこで問われているのが真の有責性であるのか否かを判断していく他はないであろう。

(138) これらの視点の多くは、*Belling/Borges in: J.v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Buch §§820-830, (Sellier de Gruyter, 13. bearb. Aufl., 1997), §832 Rz.58ff.* (以下 *Staudinger-Belling/Borges* として引用) に負う。

(139) なお、精神障害を有する未成年者による加害の事案については以下の検討から除外した。精神障害者への監督については、通常の親子関係と異なり、治療上の目的から特別な考慮が要請されると考えられるからである。

(140) 例えば、幾代・前掲書(註86)五一頁。

(141) ここに言う「民事担当人規則」とは、明治一四年一二月二八日太政官布告七三三号(明治三一年廃止)のことであろう。

同太政官布告は、「治罪法ニ於テ無能力者……及ヒ民事担当人ト称スル者ハ左ノ通」とした上で、「無能力者」として「未丁年者」等を、「民事担当人」として「未丁年者ノ父母若クハ母又ハ同居ノ親族ニシテ監督ヲ為ス者」等を挙げていた。

なお、治罪法(明治一三年太政官布告三七七号。同一五年施行同(三三年廃止)三〇三条一項は「又民事原告人ハ民事担当人ヲシテ其訴訟ニ関係セシムルヲ得」としていた。治罪法廃止後もこの太政官布告により父母等は未成年者について責任を負うとされていたようである。井上正一『訂正刑事訴訟法義解三版』(明法堂・明治二六年)一〇四頁以下参照。

(142) 旧刑事訴訟法(明治二三年法律第九六号。同年施行大正一三年廃止)四条一項参照。

(143) 本件については加害者の中に一六歳未満の者も含まれているが便宜上ここで検討することとする。