HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	監督者責任の再構成（４）
Author(s)	林, 誠司
Citation	北大法学論集, 56(4), 95-160
Issue Date	2005-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15401
Type	departmental bulletin paper
File Information	56(4)_p95-160.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

監督者責任の再構成（四）

林　誠司

目次

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
第三目　交通事故に関する裁判例
第四目　その他の事故に関する裁判例
第五目　小括
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
第七目　その他の事故に関する裁判例
第八目　小括
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

（以上五五巻六号）

（以上五六巻二号）

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
第七目　失火に関する裁判例
第八目　その他の事故に関する裁判例
第九目　小括
第二項　七歳未満の責任無能力者に関する裁判例
第一目　いたずらによる事故に関する裁判例
第二目　交通事故に関する裁判例
第三目　失火に関する裁判例
第四目　その他の事故に関する裁判例
第五目　小括
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
第一項　普通法における親の責任
第二項　ドイツ民法八三二条一項の制定過程
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
第一章　監督者責任に関する従来の学説・裁判例の問題点

（以上五六巻二号）

（以上本号）

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

第七目　失火に関する裁判例

この類型に関する公表裁判例はこれまでに七件存在する。

［159］福岡地裁昭和四六年七月九日判決（判時六五九号八一頁）

【事案】A（八歳男）は小遣で買った花火と自宅のタンスから持ち出したマッチによりBCと共に花火遊びをした後、マッチによる火遊びからX方建物を全焼させた。Aは普段から時々本件花火と同種の花火で遊んでいたが、Aの父Yは、Aに対していつも危なくないように河原で遊ぶように注意し、マッチの家の中での使用や外への持ち出しをしないよう注意していた。XらからY、Bの父及びCの父に対し建物焼失による物損につき賠償請求。請求棄却。

【判旨】B及びCの行為は本件火災と因果関係がないとしてそれぞれの父の責任を否定し、さらに、七一四条と失火責任法の関係についていわゆる単純はめ込み説を採用して、「監督義務者が重大な監督上の義務過怠のないことを立証したとき」には責任を免れるとした上で、Yの責任に関し以下のように述べる。「ふだんAに対して花火遊びおよびマッチの使用等につき果して監督が十分であったかどうか、マッチの保管場所も適当（子どもが無断で持ち出せないように）であったかどうかなどにつき、まったく過失がなかったとはいいきれないものがあるが、YのAに対する監督について少なくとも重大な過失はなかったものと認めるのが相当である」。

【検討】子による失火の予見可能性に触れることなく、火の取扱に関して「注意」していたとの事実を認定して重過失

を否定している。事案としては、過去の火遊びの事実は認定されていないものの、花火遊びの事実等が認定されていることからC（花火遊び）と言うことができ、また、B'（マッチ）である。

［160］福岡地裁小倉支部昭和四七年一月三一日判決（判時六八三号一一七頁）

【事案】A（八歳男）は、Aの父Yの使用者が賃借してYらに使用させていたX所有建物において、母Bが目を離した隙にマッチに火をつけて飛ばす遊びをし、この建物が焼失した。XからYらに対し賠償請求。請求認容。

【判旨】七一四条と失火責任法の関係についていわゆる延焼部分はめ込み説を採用した上で、Aの行為から生じた火災に基づくXの損害を賠償すべきであるとして以下のように述べている。蓋し、日頃Aに「仏壇のローソクにマッチで火を付けることを容認しマッチを使用する機会を与えていたこと、長男が無断でマッチを使用し、マッチ棒に火を付けて飛ばす遊びをした形跡が数度あったのにこの行動を抑止するため、同人にきつく注意を与えるなどしないで放置し、かつマッチ箱を長男の目の届かない所に置くなどの対策も講じなかったことが明らかであり、むしろYにはその監督義務を怠った過失がある」からである。「右にいう監督義務とは責任無能力者の日頃の行動に関する一般的な監督義務を指すのであって、損害を生ぜしめた当該加害行為に対する具体的監督義務を指すものではないから」、出火当時不在にしていたことを理由として監督義務懈怠がないとのYの主張には理由がない。

【検討】本件において親の責任を認めるためには親の重過失は必要ないとした上で、一般論としては、親の監督義務とは「当該加害行為に対する具体的監督義務を指すものではない」としながらも、Aが従前本件加害行為と同様の行為を繰返していたことを認定してマッチの取扱についての注意及びマッチの保管を要求している。この一般論の部分は、不在にしていたとのYの主張に対して述べられているものであることから、加害行為当時親がその場に居合わせていたこ

とは監督義務違反の要件ではないとしているに過ぎないものと解される。事案としてはA（マッチでの火遊び）及びB'（マッチ）。

[161] 東京地裁平成三年三月二八日判決（判時一四二三号八四頁）

【事案】A（一〇歳二ヶ月男）及びB（九歳一一ヶ月男）はCと共にD所有の空家に侵入し遊んでいるうちに発見したマッチにより火遊びをし、その結果建物が全焼した。Aは本件建物の敷地内で以前に三、四回遊んだことがあった（Aの父母Y[1][2]はこのことを知らなかった）が、中に入ったのは本件火災の日が始めてであり、Y[1][2]は、Aを特に甘やかすこともなく、また、Aが遊んでいる場所につき普段の会話から大体承知していたが、Yらの自宅の近くにある本件建物の存在等を知らなかった。Bの父母Y[3][4]は、Bを特に放任することもなかったが、Bが小学三年のとき（本件火災当時Bは小学四年）友達の傘を壊したとして注意を受けたこと等があり、また、自宅近くにある本件建物の存在を知っていた。なお、ABは共に本件火災以前に自宅にあるライターを操作したことがあるが（そのときY[3][4]はBに火の危険性を十分に説明した）、その他に火遊びをしたことはなく、Y[1][2]はAに機会があれば火の危険性を話す程度の指導をしていた。Dに対して物損につき保険金を支払った保険会社Xが保険代位によりY[1][2]及びY[3][4]に対し賠償請求。請求棄却。

【判旨】七一四条と失火責任法の関係についていわゆる単純はめ込み説を採用して以下のように述べる。「責任無能力者である子供と起居をともにして、その監護監督の掌にあたる親は、一般に、子供がどのような場所で、どのような遊びをしているかについて、常日頃から注意を払い、遊びの中に潜む他害の恐れを察知したときには、その危険性に対して注意を喚起し、危険な行為を未然に防止すべきであり、かつ通常はその危険の発生を防止することが可能であるものと考えられる。特に、火遊びは、時として大惨事に至るものでありながら、しばしば子供にとって刺激的で魅惑的でし

かも道具さえあれば手軽にできる遊びといえるものであるから、そのような遊びをしていないか、さらにそのような遊びに興味や関心を抱いていないかどうかについては、とりわけ十分に監督すべきものである」。「Yらは、親として、各人の子供らの行動、とりわけ火遊びについて、平素から一般の家庭で親が払う注意と同程度の注意を払っており、本件火事以前においては、AやBが他害のおそれある行動をとるようなきざしがあるのにこれを放置していたというようなこともなく、またAやBが格別に火に興味を抱いていたとか、火遊びをしていたというような兆候はなかったのであるから、YらにおいてAやBが空き家で火遊びをするなどということは思いもよらなかったものである。そして、火遊びの態様についてみても、……とりたてて常習性、計画性も窺われず、家庭内にあるライター等を利用したというようなものでもないのであるから、本件火事は親の直接的な目の届かない場所での偶発的な出来事という色彩が濃厚である」。従って、本件火事につきYらに監督上の重過失はない。「なお、本件建物が、特にAやBのような年代の男子小学生にとっては、興味と好奇心をそそる対象となる建物である一方、そこで遊んでいるうちに尋常でない事態の発生する可能性が、それ以外の場所よりも高いと考えられるから、Yらは、親として、子供に遊び場所を尋ねたうえ、具体的な危険を告げることはできないまでも、本件建物の中では遊ばないように注意すべきであったのに、そもそも子供がどのような場所で遊んでいるのかについてさえ必ずしも明確に把握していなかったというのであるから、親としての監護監督について十全を期していたものとはいえないけれども、そうであるからといって、直ちに前記認定を動かすものではない」。

【検討】親の責任を認めるために重過失を要求した上で、Yらが火の危険性について教示していたことから火遊びについて「注意を払って」いたとするものと見られ、また、「火遊びをするなどということは思いもよらなかった」、「偶発的な出来事」としている点は火遊びの予見可能性を否定しているものと見られる。前者の説示は親が一般的監督義務を尽していたこと、後者の説示は具体的監督義務の基礎となる予見可能性がなかったことを意味しよう。但し、子の遊び

場所を知らなかった点に親の軽過失を認めるかのような説示もしている。

事案としては、子が過去にライターを操作した事実が認定されているものの、格別火に対して興味を抱いていなかったとの事実認定を併せ見ると、火遊びと言えるかは微妙である。判決が火遊びの予見可能性を否定している点はそのためであろう。但し、Aが過去に他人の敷地内で遊んでいたという事実やBが過去に友達の傘を壊したことがあるとの事実からは、少なくともCケースとなろうか。

［162］東京高裁平成三年九月一一日判決（判時一四二三号八〇頁）(164)

【事案】161の控訴審。X控訴。控訴認容。本件火災に至る経緯についての事実認定は161とほぼ同じ。

【判旨】七一四条と失火責任法の関係についていわゆる無能力者要件説を採用した上で以下のように述べる。「A及びBは、一〇歳前後の小学四年生の事理弁識能力を基準としても、これ〔筆者註：ダンボール類のある室内で多数のマッチに続けて点火する等の行為〕が社会常識から見て火災を招く危険性の高い重大な危殆行為であることを容易に認識しえたはずであり、その行為には重過失に相当するものがあったと認めざるを得ない」。Yらは監督について重過失がなかったと主張するが、「無能力者の行為に重過失に相当すると認められる事由……があると認められるときは、当該無能力者に対する監督についての重過失は問題ではなく、監督義務者に重過失がなかったからといって、責を免れることはできない」。「Yらはそれぞれの家庭において平素その子供に対し火の危険性について話をしてきかせる程度のことはしていたと認められるものの、子供たちがどのような場所でどのようなことをして遊んでいるのかについて必ずしも明確に把握しておらず、このような危険な火遊びをすることを防ぎえなかったのであって、子供の監督を怠らなかったということはできない」。

【検討】親の責任を認めるためには子の「重過失に相当すると認められる事由」があればよく、親の重過失は必要ないとした上で、子による失火の予見可能性を問うことなく、子の遊び場所を知らなかったという点に監督義務懈怠を認めている。

［163］名古屋地裁平成七年一一月一七日判決（判タ八九七号一四一頁）

【事案】A、B及びC（いずれも七歳男）の焚き火による失火のためX所有建物が全焼した。Aの父母$Y_{1}$$Y_{2}$は家では日頃からライター等を子供の手の届かないところに保管していたが、本件火災当日Aの祖父がYらの家の仏壇前に置き忘れたライターを、Aが$Y_{1}$$Y_{2}$の知らない間に持出した。$Y_{1}$$Y_{2}$並びにBの父母$Y_{3}$$Y_{4}$及びCの父母$Y_{5}$$Y_{6}$は、それぞれの家庭においてその子供らに対し、日頃から火の危険について一般的な注意をする他、特に火遊びなどしないようしつけ、子供らも親の注意に従い、特に問題行動もなかった。XからY_{1}乃至Y_{6}に対し建物焼失による物損等につき賠償請求。請求棄却。

【判旨】七一四条と失火責任法の関係についていわゆる単純はめ込み説を採用した上で以下のように述べる。「Yらは、本件火災以前に、それぞれ、その子供らがマッチ、ライター等を使用することを許したことはなく、これらを使用しているところを見たこともなく、また、Yらは、それぞれの家庭において、その子供らに対し、火の危険について一般的な注意をするほか、特に火遊びなどしないように躾ていたものである。そして、本件においては、Yらが、本件火災の発生する以前、本件火災が発生する危険を容易に予見することが可能であるような事情が存したことを認めるべき証拠はないから、右一般的な注意や躾をすること以上に、本件火災の発生を防止すべき具体的な監督義務ないしその義務違反があったものということはできず、本件ライターを仏壇の前の経文台の上に置き忘れたことにつき過失があるとはい

え、Yらに、その子供らの監督について重大な過失はなかったものというべきである」。

【検討】本件火災発生の予見可能性のない以上火の危険についての「一般的な注意や躾」をしていれば監督義務を尽くしたものとしている。事案としては、ライターを置き忘れたのがAの祖父でありYら自身ではないことからすると、厳密には、当該加害行為に使用された物（ライター）の保管に不備があったとは言い難いであろう。

［164］東京高裁平成八年四月三〇日判決（判時一五九九号八二頁）

【事案】裁判例162のYらの上告に基づき七一四条と失火責任法の関係について単純はめ込み説を採用すべきとした最高裁平成七年一月二四日判決（民集四九巻一号二五頁）[165]の差戻審。請求認容。本件火災に至る経緯についての事実認定は162とほぼ同じ。本件火災以前のA及びBの行動やYらの監督状況について162と相違する点及び新たに認定された点は以下の通り。

A及びBは学校において無断で他人の建物に入って遊ぶことは許されない旨指導されていたこと、Y[1]Y[2]は共に喫煙するのでライターをいつもテーブル上に置いてあり、Aがそのライターで二、三回点火するところを見たことはあったが、すぐやめてテーブル上に置いたので特別の注意はせず、また、マッチは使用していないためAに対して火の危険性について格別の注意をしていなかったこと、Y[3]Y[4]も共に喫煙するのでライターをそれぞれ持っているが、他に家の中にはマッチはなく、Bが小学校入学前にライターを持ったことがあったため注意したことがあるものの、Bに対して火の危険性に付いて格別の注意はしておらず、また、Bの学校で他人の家などに入って遊んではいけないとの注意をしたことがあることを知っていたこと。

【判旨】七一四条と失火責任法の関係についていわゆる単純はめ込み説を前提とし、以下のように述べる。「本件火災

は、A及びBにおいて、一見して他人の所有であり、誰でも出入りすることが許されているようなものでないことが明らかな本件建物に侵入した上、付近にダンボール箱……等燃えやすい物が置かれていた場所において、……ブックマッチを一本ずつ切り離すことなく、一個ごとに火を点け……るなど極めて危険な態様の火遊びをした結果、発生したものであるが、A及びBは他人所有の建物に無断で侵入し、しかも、危険な火遊びをするようなことが許されないことであるということは理解し得たはずであると認められるのに、極めて安易に建物の無断侵入と危険な火遊びという行為をしたものである。したがって、Yらにおいて、日ごろからA及びBが平素どのような場所で、どのような行動をしているのか、その場所や行動が適切で、危険性のないものであるかということに十分注意を払い、右のような点を適確に把握し、その内容に応じ適切な指導、監督を行い、仮にも他人所有の建物に無断で侵入したり、その建物中で危険な火遊びをするなどという、A及びBらの年齢の児童でも行ってはならないものであることが容易に理解できるような、違法でしかも危険性が高い行動に出ることのないよう適切な指導、注意を行っていれば、容易に本件火災の発生を回避できたものというべきである。しかし、……Yらは、日ごろからA及びBの行動について十分な注意を払い、A及びBの行動を把握し、その内容に応じた適切な指導、監督をしていたものとは到底認められないから、Y[1][2]YはAの監督について、Y[3][4]YはBの監督について、いまだ重大な過失がなかったとはいえないというべきである」。

【検討】（子による失火の予見可能性と結び付けられていない）子の行動の把握の懈怠を重過失としている。七一四条と失火責任法の関係についての法律構成は161判決と同じであるにもかかわらず、子の加害行為の態様を重視しており、そのことが子の行動の把握の懈怠を重過失と見るか軽過失と見るかの相違に影響しているものと見られる（また、161判決と比べ、Yらが子に対して火の危険性について格別注意していなかったとされている点も影響していよう）。

［165］大阪高裁平成九年一〇月三一日判決（判タ九六六号二三九頁）(166)

【事案】事案の詳細は不明。但し、判例タイムズのコメントなども参照すると、以下のような事案のようである。A（性別不明。一〇歳）、B（一〇歳男）及びBの弟C（六歳男）が空家であったX所有建物に侵入し、Aが拾ったライターによりストローに火をつけたところ、これをBが消火しようとして、建物内にあった可燃性液体の中に入れたため、本件建物が全焼した。XからAの父母$Y_{1,2}$並びにB及びCの父母$Y_{3,4}$に対し賠償請求。請求認容。

【判旨】Aは空家内で火遊びを行ったものであるところ、「このような建物内における火遊びにより火災が発生し得ることは経験則上明らかであり、Aの年齢からすれば当然このような火遊びが許されないことは理解し得たというべきである。そして、親である$Y_{1,2}$は、子であるAに対し、火遊びそのものが危険であり、建物内における火遊びにより火災という重大な結果が発生し得ることを十分に指導し、監督すべき基本的な義務があるというべきところ、Aが他人所有の建物に侵入し、右のような火遊びを行ったことは、$Y_{1,2}$において右基本的義務を怠っていた結果であるというほかなく、また、右義務の内容からみて、右義務を怠ったことについて重大な過失がなかったということはできない」。$Y_{1,2}$が日頃からAに対し、火には十分注意するように言い、Aは本件火災発生時まで火遊びをしたり、火を付けることに特別興味を示したことはなかったということが事実であったとしても、「直ちに前記判断を覆し、$Y_{1,2}$がAに対し、火遊びの危険について指導、監督すべき基本的義務を十分尽くしていたと認めるには足りず、右義務を怠ったことについて重大な過失がなかったということはできない」。「BやCは、Aと一緒になって火を付けて物を燃やす行為を積極的に行っていたということはできないが、本件建物に侵入し、Aがライターでストローに火を付け、火遊びすることを容認・助長していたということはできる。そして、Bの年齢からすれば、Bは、当然このような火遊びが許されないことは理解し得たというべきであり、Aの同級生であることからすれば、Aの火遊びを制止し得たというべきである」。「親として

は子供に対し、火遊びそのものが危険であり、建物内における火遊びにより火災という重大な結果が発生し得ることを十分に指導し、監督すべき基本的な義務があることは前記のとおりであるところ、火遊びにより火災の発生という重大な結果が発生することからすれば、右指導、監督の内容には、他人が火遊びをしていたとしても、同人との関係等からこれを制止すべき立場にあり、これが可能である状況にあった場合には、同人の火遊びを制止しなければならないということを当然に含むというべきである。したがって、Aが始めた火遊びについてはBの積極的関与はないとはいえ、Bにおいて本件建物に侵入し、これを制止しなかったのは、Y_{3}^{4}がBに対する右基本的義務を怠った結果というべきであり、また、右義務の内容からみて、右義務を怠ったことについて重大な過失がなかったということはできない」。Bらの父Y_{3}がBらに火災に関する指導を行っていた、本件火災発生時までBらが火遊びをしていることを窺わせる兆候もなかったということが事実であったとしても、「直ちに前記判断を覆し、Y_{3}^{4}がBに対し、火遊びの危険について指導、監督すべき基本的義務を十分尽くしていたと認めるには足りず、右義務を怠ったことについて重大な過失がなかったと認めるには足りない」。

【検討】親の責任を認めるために重過失を要求した上で、子の当該加害行為の態様（とくに他人の空家への侵入）から親の重過失を認め、子の火遊びや子が火に対する興味を示していたとの事実がなかったとしても重過失は否定されないとしており、火遊びの予見可能性は問題とされていない。さらに、火についての教示をしていたとしても重過失による監督義務違反を否定できないとしている。また、監督義務の履行のために、他人の火遊びを制止するように教育する義務を要求している点が注目される。

以上の失火に関する裁判例ではいずれにおいても監督義務の内容が比較的詳細に説示されている。もっとも、失火の

場合には七一四条と失火責任法の関係が問題となり、裁判例の一部、とくに最判平成七年一月二四日以後の裁判例は、この判例が親の監督についての重過失を要求していることから、親の軽過失で足りるとするものと重過失を要求するものの二通りが見られる。しかし、その監督義務懈怠の有無に関する具体的判断を見てみると、法律構成の違いは必ずしも結論に影響してはいないと言えよう。すなわち、例えば161では親の重過失が要求された上で親の責任が否定されているのに対し、164では同一事案に関する判決であり、しかも同じく単純はめ込み説を採用しているにもかかわらず、その結論は正反対のものとなっている。

このように結論を左右するものは、七一四条と失火責任法の関係についていかなる法律構成を採用するかという点にではなく、監督上の「過失」乃至は「重過失」の内容をどのように捉えるかという点にあると考えられる。すなわち、子による失火について予見可能性があったにもかかわらずそれを防止し得なかったことを過失乃至重過失の内容とする裁判例（160、161、163）では、子が従前火遊びを行っていたというような事実がない限り親の監督義務懈怠が否定される（161、163）のに対し、この予見可能性とは無関係に監督義務を構成しようとする裁判例（159、162、164、165）は、子による失火の態様に着目し、それが単なる失火とは異なり何らかの点（他人の建物への無断侵入）で悪質なものである場合に、そのことから監督義務懈怠を導き出していると見られる（但し、例外として159）。

また、子による火災発生の予見可能性のないときには「一般的な注意や躾」をしていれば監督義務を尽くしたことになるとする裁判例が注目される（161、163）。

第八目　その他の事故に関する裁判例

［166］松江地裁昭和四八年九月二八日判決（判時七二一号八八頁）

【事案】A（八歳一〇ヶ月女）が縄を付けて連れていたB所有コリー犬がAの手から離れて接近してきたため、噛み付かれると誤解したCの転倒（持病の糖尿病の悪化による死亡）。Cの遺族XらからAの父母Y[1]Y[2]及びBに対し賠償請求。請求認容。

【判旨】Aには責任能力がなく、「してみれば、民法七一四条一項により右Aの親権者として法定監督義務者であるY[1]、Y[2]は右Aの過失行為によりXらに生じた損害を賠償する責任がある」。

第九目　小括

以上に検討した七歳以上の責任無能力者に関する裁判例の全ての類型を通して、その結論を簡単にまとめておこう。

七一四条に基づいて子の行為につき親が責任を追及されている裁判例のうち、親の責任を否定する裁判例は、子の行為の違法性を否定するもの（120、121、129、151）、子の加害行為と結果との因果関係（若しくは「過失を根拠付ける事実」）がないとするもの（143、147）の他、正面から監督義務違反がないとして親の免責を認めた裁判例は、失火に関する裁判例のうち親の責任要件として重過失を要求しこれを否定する裁判例（161、163）を除くと、見出され得ない。(167)

他方、監督者責任を肯定する裁判例（但し、失火に関する裁判例については責任否定裁判例も含めて）における監督義務の内容に関しては、親による監督義務懈怠不存在の主張・立証がないとだけ述べ、監督義務の内容に触れずに親の責任を肯定するものが少なからず見られるものの、その内容について比較的詳細に説示している裁判例を眺めると、若干の類型的特徴を認めることができよう。

すなわち、まず、いじめに関する裁判例（149、150、151（父親について））では、いずれの裁判例においても、「特定化された行為」又はそのような行為を誘発する環境が認定されているにもかかわらず、子の加害行為の予見可能性には言

及されていない点が目を引く。このことは、さらに、責任能力者によるいじめに関する裁判例において、親の七〇九条責任を認める前提として予見可能性が要求されていることとも対照をなしている。

いたずらによる事故に関する裁判例のうち、学校内での事故に関する裁判例（133、134、135、136、137、138、139、141、142、144）においては、学校設置者等の責任を併せて判断する関係からか、監督義務の内容について比較的詳細に説示がなされる（例外として133、138）が、親の一般的監督義務違反に基づく責任の成立を認めると見られる裁判例が少なくない（134、136、137、139、142）。このことは、親の七〇九条責任を認める前提として予見可能性を要求する、責任能力者による学校内での事故に関する裁判例と対照をなしている。他方、学校外でのいたずらによる事故に関する裁判例では監督義務の内容に言及するものはほとんど見られない（監督義務の内容に言及しないものとして131、132、138、140、143）。同様に、交通事故に関する裁判例では、監督義務の内容を説示しない裁判例（152、155、157、158）を除くと、いずれも一般的監督義務が問題とされている（153、154、156）。

故意の犯罪に関する裁判例、遊戯・スポーツ事故に関する裁判例においては、具体的監督義務違反を認めると見られる裁判例（106、107、109、110、112、116、127、141）が見出される一方で、一般的監督義務違反を問題とすると見られる裁判例（118、119、124）も見出される。もっとも、具体的監督義務違反を認める裁判例のうち、子が従前「特定化された行為」を行っていたのは107、109だけであり、その他の裁判例は「特定化されていない危険」や加害行為に使用された物を親が子に供与したという事実から監督義務を導き出し（106、110、112、116）、或いは、それらの事実が一切認定されていないにもかかわらず監督義務違反を認める裁判例（127）も見出される。他方、これらの事案類型では監督義務の内容に一切触れないものも多数見られる（108、111、113、114、115、117、122、123、125、126、128、130）。また、未成年者同士のけんかによる事故に関する裁判例（146、147、148）においても、このタイプの裁判例が見られる。これらの監督義務の内容を説示

しない裁判例においては、子の従前の「特定化された行為」等が一切認定されていないところ（そのような何らかの事情が認定されているものは108、126だけである）、判決が「特定化された行為」の予見可能性を基礎づける事実も推定されていると見ている（このように解すれば、具体的監督義務違反を肯定しているものと見ることができる）のか、それともそのような行為の予見可能性がなくとも親は監督義務を負うと見ている（このように解すれば、一般的監督義務違反を肯定しているものと見ることができる）のか明らかではないことから、一般的監督義務と具体的監督義務のいずれに基づく責任が肯定されているのか明らかではない（このことはいたずら及び交通事故に関する裁判例において監督義務の内容に言及していない裁判例についても言える）。

失火に関する裁判例では、失火の場合には七一四条と失火責任法の関係が問題となり、親の責任の要件として監督についての重過失を要求する裁判例が存在することから、必ずしもその他の類型の裁判例と同列に扱うことはできないかもしれない。しかし、監督義務懈怠の有無に関する具体的判断の結論の相違は、必ずしも法律構成の相違には還元されず、監督上の「過失」乃至「重過失」の内容をどのように捉えるかという点によるものと考えられる点は注目される。すなわち、子による失火の予見可能性が存在したことに過失乃至重過失を求める裁判例（160、161、163）では、法律構成とは無関係に、子が従前火遊びを行っていたというような事実がない限り親の監督義務懈怠が否定されるのに対し、この予見可能性とは無関係に監督義務を構成しようとする裁判例は、子による失火の態様に着目し、それが単なる失火とは異なり悪質なものである場合に、そのことから監督義務懈怠を導き出している（162、164、165）と見られる。

全体としては、責任能力者による加害行為に関する裁判例と比べると、監督義務の内容を説示しない裁判例が圧倒的多数を占めている。この点は、原告の監督義務違反の主張に対する被告の防禦方法にも大きく影響されていよう。監督義務違反の内容を説示しない裁判例では、原告の監督義務違反の主張に対して、被告は、「監督義務違反を尽していた」

と主張するのではなく、原告の主張を「否認する」とするにとどまるものが多く見られる。しかし、これらの裁判例においても、被告たる親は自白をしているのではないのであるから、監督義務履行についての立証活動は行われていると見られる。それにもかかわらず、裁判例が、子の従前の「特定化された行為」等を一切認定することなく監督義務違反を認めているという事実からは、子の年齢の低さの故に（具体的危険の予見可能性を前提としない）一般的な教育やしつけが要求されていることが窺われよう。だとすれば、監督義務の内容に対する現在の学説の理解が七一四条責任の要件に関しては妥当しているとも見られる。もっとも、これに対し、失火に関する裁判例においてであるが、子による加害行為の予見可能性を基礎づける事情がない以上、「一般的な注意や躾」をしていれば監督義務を尽くしたとして、親の責任を否定する裁判例も見られる（161、163）。これらの裁判例は、失火に関する裁判例における親の責任の存否判断の決め手が重過失を要求するか否かではなく、何をもって監督義務違反と見るかという点にあることに鑑みると、具体的監督義務と一般的監督義務の相互の関係についての、後者が前者よりも高度な義務であるとの理解に対し、再考を促す契機となるかもしれない。

(164) 本判決については判例評釈として、沢井裕「東京高判平成三年九月一一日判批」『判時』一四三六号（平成五年）一八五頁等がある。

(165) 本判決は、七一四条責任の趣旨を代位責任と解するかのような表現のある点、さらにとりわけ、監督義務違反の判断に際して被監督者の行為態様を考慮することを認めている点で注目されるが、破棄差戻判決でもあり、本稿では直接の検討の対象としない。

(166) 本判決については加害者の中に七歳未満の者も含まれているが便宜上ここで検討する。

(167) 一部の学説において親の監督義務違反が肯定された裁判例とされる最高裁昭和四三年二月九日（判時五一〇号三八頁）

については、後註171参照。

第二項　七歳未満の責任無能力者に関する裁判例

第一目　いたずらによる事故に関する裁判例(168)

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。

［167］東京控訴院昭和二年三月五日判決（法律評論一六巻民法八四三頁）

【事案】A（数え年七歳、男）は竹桿によりXの左眼を突き、Xは左眼を失明した。XからAの父Yに対して賠償請求。請求認容。

【判旨】「Yノ援用セル証拠ニ拠リテハ未タYニ於テ右Aニ対スル監督ノ義務ヲ怠ラサリシモノトハ認メ難キヲ以テ右幼童ノ父トシテ之ヲ監督スヘキ義務アルYハAノ前掲加害行為ニ因リYニ蒙ラシメタル身体上並ニ精神上ノ苦痛ニ対シ相当ノ慰謝料ヲ支払フヘキ義務アルモノト謂ハサルヘカラス」。

［168］名古屋地裁判決年月日不明（民集二二巻二六六頁）

【事案】A（六歳一〇ヶ月男）がコンクリート片を投げたことによるXの負傷。XからAの父Y（Y死亡後控訴審においてYが承継）に対して七一四条に基づき賠償請求。請求認容。

【判旨】「Aノ父ニシテ親権者タリシYニ於テAニ対スル監督義務ヲ怠ラサリシコトヲ認ムヘキ証左ナキ本件ニ於テY

ハ右Aノ親権者トシテ同人ノ前記不法行為ニ因リXニ加ヘタル損害ヲ賠償スヘキ義務アルモノト謂ハサルヘカラス」。

［169］大審院昭和一八年四月九日判決（民集二二巻二五五頁）

【事案】168の上告審。Yから上告。上告棄却。

【判旨】「YカAニ対スル監督義務ヲ怠ラサリシコトヲYニ於テ立証スルニ非スンハ右AノXニ加ヘタル本件不法行為上ノ損害ヲ賠償セサルヘカラサルヤ明白ナリ」。原審はYが監督義務を怠らなかったことを認める証拠がないとしたところ、「本件ノ証拠上斯ル判定ハ必スシモ之ヲ為シ得サルモノニ非ス」。

［170］名古屋地裁昭和三八年一月二六日判決（判時三四七号五二頁）

【事案】A（三歳四ヶ月男）が瓦の破片様のものを投げたことによるXの負傷。XらからAの父母$Y_{1}^{2}Y$に対して賠償請求。請求認容。

【判旨】YらはAの祖母BにAを監督させていたことを理由として監督義務懈怠がなかったことを主張するが、「BにAを監督させていたというだけでは、$Y_{1}^{2}Y$の右責任免除の理由とはならない」。

【検討】監督の委託の事実の立証だけでは免責立証となり得ないとする。

［171］東京地裁昭和四四年一二月二三日判決（判時五九一号七五頁）

【事案】A（四歳男）が竹棒で突如目を突き刺したことによるXの負傷。XからAの父母$Y_{1}^{2}Y$に対して賠償請求。請求認容。

【判旨】「Yらが、本件事故当時、……〔本件事故現場〕近くにいて、遊びの様子を見ているなどして、Aの行動を具体的に監督することをしていなかったことは、……明らかである」る。

【検討】監督義務の内容として、予見可能性の有無を問わず、当該加害行為時における子の行動の監視を要求するものと見られる。

［172］大阪地裁昭和五〇年一二月二二日判決（判時八一三号六七頁）

【事案】A（三歳五ヶ月男）は母親と共に来ていた銭湯において、脱衣箱の扉を勢いよく閉めたところ、その脱衣箱の上にあったベビーベットに座っていたXの指を挟み、これを切断した。XからAの父母Y_{1}^{2}に対して賠償請求。請求認容。

【判旨】Aには過失があり、これによりXに損害を加えたのであるから、「Yらは、民法七一四条一項による損害賠償義務がある」。

［173］東京高裁昭和五一年一〇月二〇日判決（判タ三四七号一七七頁）

【事案】A（四歳女）は母Y_{2}によりY_{2}の買物中Xの母Bに預けられ、Xと共にままごと遊びをしていた際、握りはさみでXの左眼を傷つけた。XからAの父母Y_{1}^{2}に対して賠償請求。請求認容。

【判旨】Y_{2}はAを一人で遊びに出すことはなく、また室内で遊んでいるときも、はさみを箪笥の上に置くなどして、絶えずAが危険なものに手を触れないように注意し、Aに対しても危険なものがあったらすぐY_{2}のところに持って来るよう常日ごろ注意し、近隣の母親達とも幼児に危険なもので遊ばせないよう話し合い、ことさら通常の母親が用いる以上の細心の注意をAの遊びや行動に向けていたことが認められ、さらに、Y_{1}^{2}は本件事故発生後Aに対しはさみを示して、

本件事故発生時にどのようにしたのか等を問い質しているが、仮にXの負傷が自傷行為であると信じていたとすれば、そのようなことをする必要はない。「以上の認定事実に、Aが本件傷害を惹起した事実をあわせると、Yらはかねてから、Aの遊びに乱暴な面がみられることを了知し、絶えずAの遊びや行動に強い関心を抱いていたものと認めるのが相当である」。「そうとすれば、Y_2はBにAを預けるに際し、Aに対し危険なものに手を触れることのないよう事前の注意を与え、またBに対しても、……幼児に危険なものを与えないよう話をし、また、YらがAの行動に強い関心を持っている事情を伝えBの注意を喚起して、AがX方で危険なものを持って遊ぶことのないようとりはからうなど細心の注意を払うべきであった……。しかるに……Y_2はA及びBに対して、右に述べたような注意をしなかった」。

【検討】監督義務の内容として、親が子の遊びの「乱暴な面」を了知していたことから、監督の委託に際しての受託者への注意の喚起を要求しており、子の加害行為の予見可能性を前提としていると見られる。事案としては、従前Aの遊びに乱暴な面が見られたことを認定しており、少なくともCケースと言えよう。

[174] 東京地裁平成三年三月五日（判時一四〇〇号三六頁）

【事案】A（五歳男）はスイミング教室においてXの水中眼鏡を引っ張って離し、その結果Xは右目を失明した。XからAの父母$Y_{1,2}$らに対して七一四条等に基づき賠償請求。請求認容。

【判旨】「民法七一四条一項の監督義務は一般的監督義務であり、責任無能力者が違法な加害行為を行った場合には反対の証拠がない限り監督義務者はその監督を十分に尽くさなかったものと推認される。本件全証拠によるもY両名が監督義務を尽したことを認めるに足りない」。

【検討】「一般的監督義務」という言葉が用いられているもののどのような内容を有するのかは明らかではない。但し、

本件では監督義務を基礎づけ得るような事実はとくに認定されていない。

以上のいたずらに関する裁判例においては監督義務の内容を検討することなく親の責任を肯定するものが殆どであるが、僅かにこの点について検討を加える裁判例は、子の行動を常時監視することを要求している（171）。また、監督の委託に際して、子の特性等について受託者に注意を喚起することを求めるものが見られる（173）。

第二目　交通事故に関する裁判例

この類型に関する公表裁判例はこれまでに二件存在する。

［175］東京高裁昭和五六年六月一〇日判決（判タ四五三号一五〇頁）

【事案】事案の詳細は不明であるが、判例タイムズのコメントを併せ読むと概ね以下のような事案である。自動車を運転していたXは、進行方向左側の空地に母Y_2と共にいたA（五歳男）が道路に向かって三輪車を走らせてくるのを発見したため、Aが道路に飛び出してきたものと判断し、これを避けようとして自動車を歩道に乗り上げさせ、歩行者Bに衝突させた。このときY_2はAを押さえて、空地と車道の間にある歩道の中程で三輪車を止まらせていた。Bに賠償金を支払ったX及びその使用者からY_2及びAの父Y_1に対して賠償請求。請求棄却。

【判旨】X運転の自動車が空地の手前約一五m付近に進行したとき、Aが三輪車に乗って空地を走り出していたが、「その速度は決して速いものではなく、Y_2が待ち受けて車道に出ないよう配慮していたものであり、またAの乗った三輪車は歩道の中程で止まって車道には出なかったものであるから、客観的には車道への飛び出しの危険はなかった……。し

かるに、Xが加害車の運転を誤って本件事故を発生させたのは、Xが大型貨物自動車をスピードを出したまま運転し、かつ右認定の状況を適確に認識しなかったため、飛び出しの危険がないのにAが三輪車を走らせて車道に飛び出してくるものと錯覚し、かつ……無理な回避行動をとったことによるものと認められる」。「Y[2]は……Aが車道に出ないよう、その安全に配慮していたものであり、またAの……行動が通常の注意を払って走行している自動車運転者の運転を誤らせる程度に危険なものであるとまでは認め難いから、YらにXら主張の義務違反があるとはいえない」。

【検討】子供の飛び出し（に見える行動）による事故惹起という、わが国の公表裁判例の中では珍しいケースに関する判決であり、公表裁判例の中では親の監督義務懈怠を正面から否定した唯一の裁判例といえる。もっとも、本件については子の行為に違法性がなかったと見ることもできよう。事案としてはDケースであり、具体的監督義務が問題とされていると見られる。

【176】千葉地裁平成元年三月三一日判決（判時一三三八号一三八頁）

【事案】公園内でのA（五歳一ヶ月女）運転自転車の歩行者Xへの衝突（X負傷）。XからAの父母Y[1]Y[2]に対して七一四条に基づき賠償請求。請求認容。

【判旨】「Aは当時五歳二箇月であり、Yらは、その両親で親権者であったのであるから、Yらは、民法七一四条一項本文の規定により……Xの損害を連帯して賠償すべき責任がある」。

以上の交通事故に関する裁判例において監督義務の内容について比較的詳細に説示されているのは一件だけ（175）であり、親の現認下での飛び出しによる交通事故惹起という特殊なケースであることから、この一件だけをもって類型的

特徴を抽出することはできない。

第三目　失火に関する裁判例

この類型に関する公表裁判例はこれまでに四件存在する。

［177］台湾高等法院昭和六年一一月一一日判決（法律新聞三三四六号一七頁）

【事案】A（六歳男）のマッチを用いた火遊びによるX所有住宅の焼失。XからAの養父Yに対して賠償請求。Xから、原判決が監督義務者の責任要件として重過失を要求したのは不当であるとして上告。上告棄却。

【判旨】いわゆる単純はめ込み説を採用した上で以下のように述べる。「齢七歳(169)ニ達シタル幼児ノ日常生活ニ付テハ絶ヘス看護人ヲ附セサルヲ普通トスルコト顕著ナル事例ナレハ父タル親権者カ七歳ノ幼児ヲ家ニ残シ外出スルカ如キハ該幼児ノ監督上重大ナル過失ナリト云フヲ得ス此ノ点ニ付原審ノ確定スル所ニ依レハYハ本件失火ノ当時其ノ子A……ヲ自宅ニ残シ外出不在ナリシト云フニ在リテ且Yニ於テAカX住家ノ附近ニ於テ火ヲ弄スルカ如キ同人ノ偶発的所為ヲ予メ知ル由ナケレハ之ヲ未然ニ防止セサリシカ為法定監督義務者タルYニ監督上重大ナル過失アリト謂フヲ得サルコト亦固ヨリ言ヲ俟タサル所ナレハ原審カ本件失火者Aノ法定監督義務者タルYカ本件失火ノ当時不在ナリシ事実ヲ確定シ以テAノ監督上重大ナル過失アリト謂フコトヲ得スト判示シXノ本訴請求ヲ排斥シタルハ不法ニアラス」。

【検討】親の責任を認めるために重過失を要求した上で、Aの加害行為の予見可能性がない以上、外出時に六歳児を一人にしておくことは重過失ではないとした原審を是認している。

［178］東京地裁昭和四八年四月一一日判決（判時七二四号五三頁）

【事案】母Yが朝から飲酒酩酊して寝ていたため一人で遊んでいたA（五歳女）が、仏壇の上から椅子を使って取り出したローソク及びマッチを使用して火災を発生させ、Yの居住部分及びその真上にあったXの居室を焼毀した。XからYに対して火災による物損等につき賠償請求。請求認容。

【判旨】いわゆる延焼部分はめ込み説を採用した上で以下のように述べる。「本件においてAの親権者であるYは、同女に対し火の取扱を厳禁せず、椅子を使えば容易に手の届くところにマッチ・ローソクを放置し、そのうえ、火災直後同女から火急を告げられながら午前中から酩酊熟睡していたため本件火災に気付いたときには、ただ逃げるより術がなく、火元の真上の本件貸室を焼損するに至った……〔ので〕あるから、Yは親権者としてその子女による失火防止について一般的な監督行為を怠っていたものと言わざるを得ず、……結局Yは、本件火災発生前後においてAの監督義務を怠った」。

【検討】本件火災により焼損したXの居室は火元のYの居室と一体となった建物の中にあり、本判決はXの居室の焼損を「延焼」によるものとするのか否かを明言していない。しかし、「一般的な監督行為」を問題としていることから、Xの居室の焼損が「延焼」によるものではなく、親の責任要件として軽過失で足りるとしていると見られる(170)。本判決はマッチ・ローソクの管理やYが酩酊熟睡していたことを捉えてYの監督義務懈怠としており、その限りでAによる加害行為の予見可能性を要求していないものと見られる。事案としてはB'ケース（マッチ・ローソク）。

［179］大阪高裁昭和五六年四月一五日判決（判時一〇一八号八三頁）

【事案】学校から帰宅したA（六歳一一ヶ月男）が母Y[2]の職場へ行く前にX所有倉庫の庇下で火遊びをしたことによる

倉庫及びその中の商品の焼失。Aの父Y_1は単身赴任し、Y_2も働いているため、他に家族のいないAは下校後直ちにY_2の勤務先に赴き、Y_2の退勤時に一緒に帰宅することが多く（本件火災当日は雨が降っていたので鞄を置きに一度自宅に帰らせた）、平素はAだけ自宅で留守をすることはなく、YらはAの監督につき常にそれなりの注意を払っていたが、その留守中Aが自宅に入るについて近隣の者等に特に監督を依頼することはなかった。Xから$Y_1$$Y_2$に対して賠償請求。請求認容。

【判旨】いわゆる単純はめ込み説を採用した上で以下のように述べる。「子どもの火遊びについての注意は親として最も基本的なもので、これは日常生活を共にしている親であれば子供の性格や行動についてわずかな注意を払うことによりその兆候を察知し、これを未然にやめさせることができるものと考えられるほか、両親不在の自宅に未だ六歳の子供を一人で入らせるにはそれ相当の対応が必要で、近隣の者その他適当な者に監督を依頼するなどわずかな注意を払えば少なくとも自宅内又はその近辺での火遊びなどは未然に防ぎえたものと考えられるところ、Yらはこれら注意義務を怠った（……Y_2は、Aの本件火災当日のたき火は前日Yら方に下宿中の大学生が裏庭で手紙類を燃やしてたき火をしていたのを見て関心を持ったことによると考えていることが認められる。そうすると、Y_2は右前日のたき火の際のAのこれに対する関心の程度に気付き、同人に対する訓戒を含め適切な対応をすべきであり、かつ、これをなすことは容易であったと思われるが、これがなされたものとも認められない。）ため本件火災に至ったものであるから、YらにはAの監督につき重大な過失があったものと認められる」。

【検討】親の責任を認めるために重過失を要求した上で、火遊びについての予見義務違反を課し、さらに本件火災前日にAが示していたたき火への関心から予見可能性を導き出すと共に、監督の委託を要求している。事案としてはA'（下宿人のたき火）と言えよう。

［180］青森地裁昭和六一年二月二七日判決（判タ五九九号四九頁）

【事案】A（五歳男）がX方建物に入り、置いてあった卓上ライターを点火していたずらしたことによる失火（X方建物等の全半焼）。Aは二歳前からX方に遊びに来ており、幼稚園入園後X方に置いてある卓上ライターを弄んで点火することがあり、これにつきXはAの父Y_1に告げて火遊びしないよう注意を喚起したことがあった。XらからY_1及びAの母Y_2らに対して建物焼失による物損等につき賠償請求。請求認容。

【判旨】火遊びにより火災を発生させた場合、「その火遊び自体をもって重大な過失というべきである」。「子供の火遊びに対する注意は親としての監護のうちで基本的なものである。……Y_1はXからAがX方でライターを悪戯することを知らされて注意を求められていたし、……本件火災以前にも同市内で子供の火遊びによる火災の発生したことが認められ、Y_1、Y_2も知っていたと推認されるから、YらはAに対し、火遊びの危険なことを教え、X方でライターを悪戯することのないよう訓戒する義務があるのにこれをしないでAがX方に遊びに行けばライターを悪戯する危険があるのを知り乍らこれを放任していたものと認められる」。Yらの監督義務違背は、「Aの監督についての重大な過失である」。

【検討】責任無能力者の行為について「重大な過失」を認定すると共に、親の監督義務違背を「重大な過失」としており、七一四条と失火責任法との関係をどのように捉えているのか明らかでない。但し、Aが従前同様の火遊びをしていたことから火遊びの予見可能性を認めて監督義務違背を肯定している。事案としてはAケース。

以上の失火に関する裁判例では、親の責任の有無を判断する際に重過失を必要としているのか否かが明らかではない裁判例（180）も見られるものの、いずれにおいても監督義務懈怠の内容が比較的詳細に説示されている。そして、ここでも、七歳以上の責任無能力者による失火に関する裁判例と同様、七一四条と失火責任法の関係を如何に考えるかでは

なく、過失乃至重過失の内容を如何に捉えるかにより結論が左右されているものと見られる。すなわち、子による失火について予見可能性があったにもかかわらずそれを防止し得なかったことを過失乃至重過失の内容とする裁判例（177、179、180）では、子が従前火遊びを行っていたというような事実や火に対して関心を示していたという事実が存在する場合に親の監督義務懈怠を肯定しているのに対し、この予見可能性とは無関係に監督義務を構成しようとする裁判例（178）は、マッチやローソクの保管の不備、或いは、午前中からの酩酊熟睡といった点から監督義務懈怠を導き出している。

第四目　その他の事故に関する裁判例

この類型に関する公表裁判例はこれまでに二件存在する。

［181］和歌山地裁昭和四八年八月一〇日判決（判時七二一号八三頁）

【事案】運動場において他の園児と喧嘩をしていたA（六歳一ヶ月男）が喧嘩相手目掛けて投げた板切れによる、Xの右目負傷。Aは問題のある家庭環境に起因する軽い情緒障害があり、また、入園後、遊戯中に他の園児に暴行を加えるなど粗暴な振る舞いが目に余るようになり、保育園はAの母Y_2に対してAを自主的に退園させるよう求めるなどしていた。XからAの父母$Y_1$$Y_2$らに対して賠償請求。請求認容。

【判旨】「親権者は児童の全生活関係について監督義務を負うものであるから、たとえ代理監督者に責任があるからといって、それがため当然に親権者の責任が免除されるいわれはない。親権者の過失責任は、当該違法行為についてのそれではなく、一般的に監督を怠ることであり、実質上危険責任の性格を有すると解される。従って、当該行為の客観的諸事情を綜合的に考慮し、行為が専ら代理監督義務者の監督下でおこなわれ、しかも児童の日常における生活関係の全

面にわたって監督義務を怠らなかったことを立証しないかぎり、親権者は責任を免れることができない」。「再三にわたる保育園等からの指摘によって、Aには教育上配慮すべき多くの問題があることを知悉しながら、何ら適切な措置を講ずることなく時日が経過していた間に本件事故が発生したことが認められ」る。

【検討】本件は未成年者同士の喧嘩に際しての事故であるが、第三者が巻添えとなった事案であるため、未成年者同士の喧嘩による事故としてではなく、その他の事故に関する裁判例として分類する。

一般論として、「一般的」監督の懈怠に基づく責任を認め、さらに七一四条責任は実質上危険責任であるとしているものの、具体的な事案の解決としては、子による加害行為の予見可能性を肯定した上で親の責任を認めていると見ることができる。事案としてはAケース（他の園児に対する暴行）。

［182］札幌地裁昭和五二年一〇月二一日判決（判タ三六九号二九七頁）

【事案】自転車を砂地から出すためにスレート片を集めていたA（小学一年男）の投げたスレート片によるXの右目負傷。Aは日頃粗暴な振舞いの目立つ子ではなく、ごく普通の、むしろ大人しい子であった。XからAの父母Y1Y2に対して賠償請求。請求認容。

【判旨】「本件事故は、Aがスレート片をわざとXにぶつけたわけではなく、不運にも、たまたま投げたものがXの右目に当たってしまったものであるが、このような不慮の事故を防ぐためには、子供達の親が四、六時中つきっきりで監督していなければならないことになる……が、このようなことは事実上不可能であり、また、そもそも子供達は、その成長過程において幾多の危険に遭遇し、それから身を守る術を自ら学び、或いは人から教えられて成長していくわけであり、親が四、六時中つきそい、一切の危険から隔離した生活を子供にさせることは、子供の将来にとって極めて不幸

なことであるといわなくてはならない。このようなことを考えると、本件におけるYらの監督責任も、結局は、他人に危害を加えることのないように注意しなければいけない旨のAに対する教育、しつけの不十分さを問われるものというべきであ」る。

【検討】事実上不可能であること及び危険への対処に関する子供の成長という観点から、つきっきりで監視する親の義務を否定し、「教育、しつけ」の懈怠についての責任を認める。

以上のその他の事故に関する裁判例においては、監督義務は対照的な内容を示している。すなわち、一般論としては両者とも、親は子による加害行為の予見可能性の有無を問わずに責任を負うとしている点で一致しているものの、子の従前の行動に当該加害行為に現われたのと同様の危険性が既に現われていたケース（181）ではそれに応じた監督措置を講じなかった点に監督義務懈怠があるとされ、他方、子の従前の行動等に特段の危険性の認められなかったケース（182）では「教育」の懈怠をもって監督義務懈怠とされている。

第五目　小括

以上の七歳未満の責任無能力者に関する裁判例のうち、親の責任を否定する裁判例は、失火に関する裁判例において親の責任要件として重過失を要求しこれを否定する裁判例（177）を除くと、一件（175）だけである。これは、未成年の子の加害行為について親の七一四条責任が追及されている裁判例において唯一、正面から親の監督義務懈怠を否定した裁判例ということができる。

ここで紹介した裁判例では、親による監督義務懈怠不存在の主張・立証がないとだけ述べ、監督義務の内容に触れず

に親の責任を肯定するものが大部分を占め（167、168、169、170、172、174、176）、類型的特徴を抽出することは困難である。但し、失火に関する裁判例については前述した通りであり、また、この失火に関する裁判例を除くと、監督義務の内容について比較的詳細な説示をしている裁判例は、子の加害行為の予見可能性を基礎づけ得る何らかの事情があるときには（場合によっては一般論として「一般的」監督の懈怠を問題としながら、他方で具体的判断に際して）その予見可能性を基礎として親の責任を認め（173、181）、そのような事情がない場合には、子の「一般的」監督又は「教育」の懈怠に親の責任の根拠を求めている（171、182）と言えようか（もっとも、上記の責任否定裁判例175を参照。これは親の現認下で子の行為が行われた特殊なケースであり、主として当該行為に対する監督が問題とされているにとどまる）。また、七歳以上の未成年者について述べたのと同様に、監督義務の内容を説示することなく監督義務違反を肯定する裁判例においても、一般的監督義務違反が問題とされていることが窺われる。その限りで、七歳未満の責任無能力者の加害行為に関する裁判例においても、監督義務の内容に関する現在の学説の見解が妥当していると言うことができよう。

（168）前註162参照。
（169）数え年と思われる。
（170）この点について、沢井裕『失火責任の法理と判例』（平成元年・有斐閣）一〇九頁も、本判決がXの居室の焼損を「直接損害」と認定しているとする。

第三項　まとめ

責任無能力者の加害行為に関する裁判例は、失火に関する裁判例を除くと、大部分は結論として親の責任を肯定して

おり、特に親の監督義務懈怠を正面から否定した裁判例はほとんど存在しない（例外として175）。失火に関する裁判例においては、監督義務違反について軽過失を要求するものと重過失を要求するもの（或いはその他の法律構成をとるもの）が混在するが、既に述べたように、法律構成ではなく何を以って監督義務違反と見るかという点に結論が左右されている点が注目される。

失火に関する裁判例を除く責任肯定例では、監督義務の内容に一切触れられていない裁判例が数多く見られる（108、111、113、114、115、117、122、123、125、126、128、130、131、132、133、138、140、141、143、146、147、148、152、157、158、166、167、168、169、170、172、174、176）。これらの裁判例では、判決が「特定化された行為」の予見可能性を基礎づける事実も推定されていると見るのか（このように解すれば、具体的監督義務の違反が問題とされていると見ることができよう）、それともそのような行為の予見可能性がなくとも親は監督義務を負うと見ているのか（このように解すれば、一般的監督義務の違反が問題とされていると見ることができよう）が明らかではないことから、一般的監督義務と具体的監督義務のいずれが問題とされているのかは明らかではないものの、被告たる親が監督義務違反につき自白をしているわけではないにもかかわらず、「特定化された行為」等がほとんど認定されていない（例外として126）点からは、「特定化された行為」の予見可能性を要求することなく、一般的監督義務違反に基づく責任を肯定していることが窺われる。

他方、監督義務の内容について比較的詳細に説示されている裁判例（失火に関するものを除く）についてであるが、七歳未満の未成年者に関する裁判例では裁判例の数自体が少ないことから、類型的特徴の抽出には不向きである。そこで、七歳以上の未成年者に関する裁判例を中心としてみると、若干の類型的特徴を見出すことができよう。すなわち、いたずらによる事故、いじめ、交通事故に関する裁判例では原則として一般的監督義務が問題とされていると言うことができ（134、136、137、139、145（母親について）、149、150、153、154、156）、いじめに関する裁判例については七〇九条責任

に関する同類型の裁判例と、いたずらによる事故に関する裁判例については、類型は異なるが同じ学校事故（未成年者同士の喧嘩、いじめ）に関する七〇九条責任の裁判例とは対照をなしている。また、交通事故に関する裁判例については、一般的監督義務を問題とする点では一六歳未満の責任能力を有する未成年者に関する裁判例と共通点を有しているものの、自転車の供与という事実自体から既に監督義務を導き出す裁判例が見られる（156）点が異なる。いたずらによる事故やいじめに関する裁判例については、それらの行為が子の悪性の現われであることと、年齢の低さ故の子の行為の予測不可能性（但し、何か危険なことをするかもしれないという程度の抽象的危険は存在する）が相まって、監督義務が広く親に課される結果であると見られる。交通事故については、自動車交通の発達に伴う交通教育の重要性の増大のほか、この年齢階層の子どもについては、その取扱いによって自転車が既に公衆にとっての危険物となり得るとの評価が背景となっているものと見られる。

次に、故意の犯罪、遊戯・スポーツ事故について見ると、具体的監督義務違反を認めると見られる裁判例と一般的監督義務違反を認めると見られる裁判例が混在するが、子の加害行為を直接に基礎づけ得るような事情が認定されているものは僅か（107、109）であり、その他の裁判例（106、110、112、116、127、141）については、「特定化された行為」の予見可能性を前提としない監督義務が問題とされていると見たほうがよかろう。

このように、七一四条責任に関する裁判例では、子の加害行為の予見可能性を直接に基礎づけ得る事情、子の従前の「特定化された行為」の認定なくして広く親の監督義務違反が認められ、責任が肯定されており、この点は七〇九条責任に関する裁判例とは大きく異なる様相を呈する。そして、それ故に、これらの七一四条責任に関する裁判例では、監督義務の内容に関する現在の学説の理解が原則として妥当していると言うことができよう。但し、失火に関する一部の裁判例においては、一般的監督義務を要求しながらも親がこの義務を尽していたとするものが見られる（161、163）。こ

の点は、一般的監督義務違反を具体的監督義務違反の受け皿として捉える現在の学説の理解に対して再考を促す契機となるかもしれない。

最後に、七一四条責任に関する裁判例において唯一監督義務違反を正面から否定した裁判例175は、現前で行われた加害行為につき親の責任が問われたわが国では数少ないケースに関するものであるが、このような事案の態様から、監督義務違反に関する当事者の主張が事故現場での親の行態に集中したためか、子の年齢が五歳と低いにもかかわらず一般的監督義務は問題とされていない。しかし、親の監督義務が否定された背景にはそれ以上に、飛出しによる事故惹起という加害行為の態様（七歳以上の未成年者による交通事故に関する裁判例96、99参照）と、子の行為にそもそも違法性が認められるか問題となり得る事案に関わるものであったことがあると見られる。

第三節　わが国の裁判例と学説の齟齬

以上の第二節におけるわが国の裁判例の検討[171]から以下のことが明らかになったと言えよう。すなわち、第一に、少なくとも七〇九条責任に関する裁判例においては、監督義務の内容に関する現在の学説の見解は妥当し難いということである。現在の学説においては、既に述べたように、具体的監督義務と一般的監督義務が階層構造を成し、前者の義務違反が問われ、これが否定されたとしても、それに次いで常に後者の義務違反が問われるものとされている。しかし、現実の裁判例では必ずしも両者の監督義務はそのような階層構造を成してはおらず、具体的監督義務の違反が問われるにとどまるものが多数存在する。ここに、監督者責任に関するわが国の裁判例と学説との間の齟齬を見出すことができよう。

確かに、七〇九条責任に関する裁判例の中でも被監督者たる子の年齢が比較的高い場合（例えば一八歳乃至一九歳）のような場合には、その年齢の高さの故に一般的監督の必要性が否定され、それ故敢えて一般的監督義務違反の有無を問題にするまでもないと考えられていると見ることもできよう。しかし、例えば子の年齢が一五歳未満であったような場合には一概に一般的監督が必要ないと言えるかは疑問であり、このような場合にまで一般的監督義務違反が暗黙のうちに否定されていると見ることは困難であろう。

このことから、わが国の七〇九条責任に関する裁判例は、子の加害行為について親に具体的監督義務だけが課される場面とそれに加えて一般的監督義務まで課される場面を何らかの規準に従って振り分けていると見ることができよう。さらに、裁判例の中には、両者の監督義務違反を問いながらも一般的監督義務違反を否定し具体的監督義務違反だけを肯定する裁判例（82）、或いは、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存在するにもかかわらず具体的監督義務違反を問うことなく一般的督義務違反だけを問い、親の責任を否定していると見られる裁判例（4）も存在する。これらの裁判例をも併せ考えると、現実の裁判例においては、必ずしも一般的監督義務違反が具体的監督義務違反よりも高度な監督義務であるとは考えられておらず、それ故、場合により、具体的監督義務違反だけが問題となるか、それに加えて一般的監督義務違反も問題となるかという振り分けに加えて、さらに一般的監督義務だけが問題となる場面の振り分けが行われているようにも思われる。すなわち、わが国の裁判例における監督義務の構造は、具体的監督義務と一般的監督義務が複線的構造を成しているのではなかろうか。

このような、七〇九条責任に関する裁判例において複線的構造をなすと見られる具体的監督義務と一般的監督義務はそれぞれどのような帰責原理に基づくのであろうか。既に述べたように、具体的監督義務違反に基づく責任が認められる場合には、加害行為の具体的危険の予見可能性を前提としてそれに対応した結果回避義務違反に基づいて責任が負わ

されるという、有責性原理の枠組みの中での説明が可能であろう。すなわち、ここで問題とされる具体的監督義務は、予見可能性（乃至予見義務）を前提とした具体的結果回避義務としての監督義務である。これに対して、子の従前の「特定化された行為」という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一般的監督義務違反、特にしつけ乃至教育義務違反に基づいて責任が認められる場合、加害行為の抽象的危険のみが存在する段階で「親として」[172]なすべきことを内容とする行為義務が課され、この行為義務の違反に基づいて責任が負わされると見ることができよう。すなわち、ここで問題とされている一般的監督義務は、予見可能性とは切り離された、「親としての」行為義務であると言うことができよう。[173]この「親としての」行為義務がどのような帰責根拠に基づいて展開されているかに関して、わが国の一六歳未満の責任能力者に関する裁判例からは、（場合によっては具体的監督義務違反に仮託して）一般的監督義務違反が問題とされる事案のメルクマールとして子の年齢、被侵害利益の性質、「特定化されていない危険」や「特定化された行為」を誘発する環境、加害行為に使用された物の親から子への供与等の事実といったものが一応窺われることが明らかになった。しかし、このメルクマールに拠るとしても、全ての事案類型を説明することは、事案類型に応じた相違を別としても、困難であろう（とくに一六歳以上の交通事故に関する裁判例を参照[174]）。ここに、帰責根拠に対する理解の曖昧さに由来する、七〇九条責任に関する裁判例における監督義務についての理解の混乱が窺われよう。

他方、第二に、七一四条責任に関する裁判例については、親の監督義務懈怠を正面から否定する裁判例はほとんどなく、子の加害行為の予見可能性を直接基礎づけ得るような事実、すなわち子の従前の「特定化された行為」を認定することなく、また、そのような行為の予見可能性に触れることもせずに親の監督義務懈怠を肯定する裁判例が少なくない。これらの裁判例については、前述のように、「特定化された行為」の予見可能性を前提としない親の一般的監督義務懈

怠を肯定すると見られ、このように解するとき、監督義務の内容に関する現在の学説の見解は七一四条責任に関する裁判例については原則として妥当性を有するものと思われる。七一四条責任はまさに無過失責任と化している。

しかし、七一四条責任に関する裁判例のこのような態度、また学説の理解は常に貫かれるべきものであろうか。本稿の冒頭に述べたような七一四条責任に関する通説的理解に疑問の余地があることは別としても、上述ように、七〇九条責任に関する裁判例において一般的監督義務懈怠を否定しながら具体的監督義務懈怠を肯定する裁判例（82）が見られるほか、親の重過失が要求されるか否かではなく何をもって監督義務違反と見なすかという点に監督義務違反の判断の決め手があると見られる失火に関する裁判例において具体的監督義務違反と共に一般的監督義務違反を否定する裁判例（161、163）も見られる。[174] これらの裁判例からは、一般的監督義務がわが国の学説で考えられているほど必ずしも高度の義務ではないことがあり得るということが窺われよう。

それでは、一般的監督義務違反を問われる親は如何なる免責立証を行えば免責される余地があるのであろうか。前節のわが国の裁判例を見る限り、七一四条責任に関して監督義務懈怠を正面から否定する判決は175の一件だけであるところ、この裁判例は親の現認下で道路への飛び出し（と見られる行為）という子の行為が行われた、わが国の裁判例では特殊なケースに関するものであり、また、一般的監督義務に触れることなく監督義務違反を否定しているため、この問題に対する参考とはならないであろう。

そこで、七〇九条責任に関しては、裁判例における異なる監督義務をいかに使い分けるべきか、また、一般的監督義務がいかなる帰責根拠に基づくものと解されるべきか、七一四条責任に関しては、親の一般的監督義務懈怠が否定される余地はないのか、あるとすればそれはいかなる場合かを明らかにする手がかりを得るため、次章においては、ドイツにおける監督者責任に関する法制度を検討していきたい。既に述べたように、ドイツ民法典において監督者責任を規定

する同法八三二条に関する学説・裁判例は、同条がわが国の七一四条と同様に監督義務懈怠についての立証責任を転換しているにもかかわらず、極めて詳細に監督義務の内容について検討を加えている。さらに、同条が有責性原理に基づくものと解されている関係から、従来監督義務懈怠の判断が極めて厳格に行われてきたところ、近時、子による交通事故や失火等の裁判例に関して監督義務の内容の拡大傾向が学説において指摘されている。これらの学説・裁判例の紹介・検討は、以上の問題の解決について有益な示唆を与えるものと思われる。

(171) 以上に紹介した裁判例のほか、子の加害行為についての親の責任が問題となってはいるが、事案の詳細が不明なもの、また、自白の成立等の理由で監督義務の内容について検討が行われていないものについては、本稿の検討から除外した。そのような裁判例として、大審院明治三四年一二月二七日判決（刑録七輯一一巻一三九頁、過失致死被告事件）、大審院大正六年四月三〇日判決（民録二三輯七一五頁、「光清撃ツゾ」事件）、大審院昭和一四年三月二二日判決（法律新聞四四〇二号三頁）、最高裁昭和四二年一月九日判決（判時五一〇号三八頁、弓矢による事故）、東京地裁昭和五一年三月二四日判決（判タ三四二号二三一頁、花火遊びに際しての事故）、大阪地裁昭和五九年七月三〇日判決（判タ五三七号二一三頁、自動二輪車での無免許運転・信号無視による事故）、神戸地裁昭和六〇年一一月二七日判決（判時一一九三号一三〇頁、殺人）大阪地裁昭和六三年九月一三日判決（交民集二一巻五号九四二頁、盗難車での暴走行為による事故）、東京地裁昭和六三年九月三〇日判決（交民集二一巻五号九九三頁、自動車のドアの開閉による原動機付き自転車との接触事故）、神戸地裁平成一一年三月一一日判決（判時一六七七号一一一頁、殺人）がある。なお、最高裁昭和四三年一月九日判決については、学説において、本判決が七一四条但書の免責立証を認めたものであるとするものが見られる（前田・前掲「不法行為」（註88）一三九頁以下、平井・前掲書（註112）二一九頁）。しかし、本判決は、被害者である子の母が「監督責任を果した」として被害者側の過失による過失相殺を否定するものであり、子の加害行為についてその親が負う監督者責任が問題となっているのではないことに注意が必要であろう。

(172) 一般的監督義務違反を問う裁判例においてしばしば、「親として」「父母として」「親権者として」といった表現が用いら

れていることが注目される（例えば裁判例3、14、16、31、39等）。

(173) これらの具体的監督義務、一般的監督義務はそれぞれ、潮見教授の言葉を借りれば、「発生した特定の結果からその帰責根拠を事後的・遡及的に推論するという思考方法」により、その意味で「事後的評価」に基づく監督義務、「ある特定の行為（帰責根拠）からある事象（結果）がどのように生ずるかということを考えて、事前的に推論するという思考方法」により、その意味で「事前的評価」に基づく監督義務と言えるかもしれない（潮見教授が述べるように、ここで用いられている「事後的評価」「事前的評価」という用語は、帰責に関する推論の方向を表わすものであり、過失の注意義務の基準時を行為時とするか、事実審の口頭弁論終結時にするかという意味ではないことに注意を要する）。潮見・前掲「帰責構造」（註15）二七七頁参照。もっとも、潮見教授は「過失の事前的無価値判断に共感を覚える」（潮見・前掲「帰責構造」二七八頁）とし、両者の思考方法に基づく帰責構造を「過失の段階的構造」へと止揚する（同・三〇一頁以下）。

(174) なお、既に見たように、子の行為に違法性がないとして親の責任を否定する裁判例が存在する（120、121、129）が、これらの裁判例も、実質的には子の行為態様から一般的監督義務違反を否定しているものと見られないではない。

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―

ドイツ民法典（以下ＢＧＢとする）はその八三二条において以下のような規定を置いている。

第一項「未成年又は精神的若しくは身体的状態のために監督を必要とする者について監督を行う義務を法律に基づいて負う者は、被監督者が第三者に対して違法に加えた損害を賠償する義務を負う。監督義務者がその義務を尽したとき、又は、相応の監督を行っても損害が発生したであろうときは、賠償義務は生じない」。

第二項　「契約により監督を行うことを引き受けた者も、前項と同一の責任を負う」[175]。

わが国の七一四条と規定の体裁上異なる点は、第一に、責任の補充性がない点、すなわち、親は子の不法行為能力の有無にかかわらずこのＢＧＢ八三二条により責任を負うとされている点であり、第二に、監督義務懈怠の有無のみならず監督義務懈怠と損害発生との間の因果関係についても証明責任が転換されている点（前註1－1参照）、そして第三に、代理監督者が「契約により」監督義務を負う者に限定されている点である。

この第一節では、第二節以下におけるＢＧＢ八三二条についての裁判例の紹介・検討等を通して、第一章で提起した問題の解決の手がかりを得る前提として、ＢＧＢ八三二条の歴史的背景、同条の帰責根拠や監督義務の内容がＢＧＢの立法者によりどのように解されていたか、さらに現在の学説が同条の帰責根拠や監督義務に関わる基本理念をどのように解しており、とくに上記の規定の体裁から明らかになる相違点がいかなる意味を持っているのかを明らかにしたい。但し、これらの紹介及び検討の内容は本稿の取り扱う、親の監督義務の内容及び帰責根拠の問題の検討に必要な限度で（従ってＢＧＢ八三二条一項を中心に）行うことを予めご了承頂きたい。

（175）日本語訳は椿寿夫＝右近健男（編）『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』（日本評論社・平成二年）一四六頁を参考にした。

第一款　ドイツ民法八三二条一項の立法史

ドイツ民法典は一八九六年に公布され、一九〇〇年一月一日に施行された。それ以前は各地方のゲルマン法とそれを

補充する普通法（Gemeines Recht）が効力を有し、さらに一八世紀末以降には各地方において法典編纂が行われるようになり、ドイツ民法典の施行に至るまで、各地方ごとに通用する法が異なる状態が見られた。そこでドイツ民法典施行以前のドイツにおける法状態については、普通法に限定して検討を加えることとし、その他の法に関しては必要な限りで言及することとしたい。

第一項　普通法における親の責任[176]

普通法とは、周知のように、一五世紀中葉以降本格的に、とくに一七世紀の「パンデクテンの現代的慣用（usus modernus pandectarum）」を経てドイツに継受されたローマ法を主体とする法を言うが、このローマ法においては、権力服従者の加害行為についての家父の責任として、加害訴権（actio noxalis）[177]とは別に、加害者委付なき訴権（actio sine noxae deditione）が存在した[178]。この加害者委付なき訴権の意義について、パウルスは以下のように定義している。「我々はここで知っていること（scientia）を許容と解するのであり、その結果〔加害行為を〕防ぐことのできた者は、〔加害行為防止を〕しなかった場合に、義務を負わされる（scientiam hic pro patientia accipimus, ut qui prohibere potuit teneatur, si non fecerit）[179]」。すなわち、権力服従者の加害行為を知ってそれを防止しなかった家父は、アクィリウス法（lex Aquilia）に基づいて直接訴権（actio directa）[180]により責任を負うことになる[181][182]。

もっとも、この actio sine noxae deditione がローマにおいて家子の加害行為について適用されていたか否かについては明らかではない。というのは、この訴権に言及する法文は奴隷の加害行為に関する主人の責任についてのものであり[183]、家子の加害行為に関する法文が見当たらないからである。

この actio sine noxae deditione は、ローマにおいては、加害訴権と同様に、行為者が他権者（alieni iuris）であったこ

とを要件とするが、加害訴権とは異なり、被告となる家父が権力服従者の行為時に権力（potestas）を有していることが肝心であり[184]、家父が現実にその加害行為を防止しえたことが必要であった[185]。家父が現実にその加害行為を知っていたことが必要であったか否かについては、既にローマ時代（特に古典期）において予見可能性を前提とするculpaの概念が知られていたか否かとの問題との関連から、定かではない[186]。効果の点においては、加害訴権の場合には罰金（poena）の支払又は加害物の委付（noxae datio）であったのに対し、actio sine noxae deditioneの場合には罰金の支払であった。

その後、この責任は普通法に継承されると共に、少なくとも一八世紀には、家長の責任としての、scientiaに制限されない、監督義務違反を理由とする責任が見出されるようになった[187]。このように家長の責任がscientiaに制限されることのなくなった背景には、一八世紀から一九世紀初期の普通法学が、権力服従者の加害行為についての家長の責任に関し、actio sine noxae deditioneを継承すると共に、「選任過失（culpa in eligendo）」に基づく責任を発展させ、第三者の不法行為を防止する一般的義務（阻止義務 obligatio impediendi）を展開したという事情が存在した[188]。この義務は、権力服従者の加害行為を家長が過失により知らなかった場合にも存在すると言う点で、ローマ時代のactio sine noxae deditioneにおける家長の義務に比べ包括的なものであった。

このようにして、一九世紀に入ると、学説の支配的見解や判例により、scientiaに限定されない、家長の広汎な責任が認められるようになった。ヴィントシャイト（Windscheid）は、「不作為が義務を負わせるのは先行する活動又は付随的活動により作為が命じられている場合だけである」との限定を附しながらも不作為による責任を認めた上で、父親の監督についての過責（Verschulden）に関してアクィリウス法上の訴権を認め[189]、また、デルンブルク（Dernburg）は、有責な不作為もアクィリウス法による義務を負わせるとして、不作為による不法行為を広く認めている[190]。

もっとも、このような見解に対し、scientiaという要件を依然として要求する見解も見られた。例えば、マンドリィ

（Mandry）は、知れており且つ防止されるべき不法行為を防止することを家父が怠ったことはその不法行為への関与と見なされるとするが、不法行為の防止についての過失だけであり、家子の事前の意図を知ることについての過失ではないとする。[191]

さらに、子の加害行為についての家長の責任に否定的な見解も見られた。[192]例えば、プフタ（Puchta）は、「父権それ自体には、息子の行為により父親に義務を負わせる如何なる根拠も存在しない」として、子の不法行為に基づく家長の責任を原則として否定し、[193]また、ヴェンティヒ（Waentig）は、他人の不法行為を防止する一般的義務も、監督懈怠に基づくアクィリウス法上の訴権も存在しないとした上で、D.9.4.2.1. 等を奴隷の行為に関する家長の責任に限定し、それ故現代では適用がないとしている。[194]

このように一九世紀の普通法学説においては、子の加害行為について家長の責任を認めるか否かに関して見解が多岐に分かれていたが、裁判例も家長の広汎な責任を肯定するものと否定するものに分かれていた。ここで、普通法の下で、子の不法行為について家長の責任が問題となった裁判例を幾つか紹介しよう。

［183］リューベック上級地方裁判所（OLG Lübeck）一八五二年二月一一日判決[195]

【事案】父親の家で生活をしていた未成年者A（男）は徒弟契約の期間を一年以上残しながら、外国で勤めに就くことを望んだが、店主Xからこの申し出を拒否されたため、Xの意思に反してその承諾を得ずに旅に出た。父親Yはこれを防止せず、さらに息子が旅に出る手助けをした。そこでXはYに対して、当該期間Aの代わりに必要になった従業員の雇用によって彼に生じた費用の賠償を請求した。

【判旨】「このような状況においては、その振舞いにより明らかにXに対して不法をなしたYの、彼がXに故意に与え

た損害を賠償する法的義務は、既に一般原則により正当化されると言えよう。しかし、ここで現に存在している事案に、少なくとも類推適用される、法律において与えられている一定の訴えもないわけではない。これはすなわち、家子により締結された契約に関して契約相手の不利益となるdolusを犯す父親に対して行われる訴えであり、とくに、その契約により息子に委託されている事柄を父親が意のままにしてその引渡を拒絶する場合に生じるものである。……ここで現に存在する事案は、被告がその違法な行為によって原告から被告の息子と締結された契約の対象である、なお残っている修行期間の息子の就業を奪ったというものであり、法律に掲げられている事案に類似する」。

［184］マンハイム上級宮廷裁判所（OHG Mannheim）判決年月日不明[196]

【事案】A（一四歳男）が父親Yの不在中に弾丸の装填されたフリント銃を使い、そこに居合わせていた女性の警告を無視して遊んでいたところ、そのフリント銃が暴発し、側にいた少女に重傷を負わせ、後遺症が残った。Yは賠償を請求されたため、その日は家におらず、それ故その行為を防止することができなかったのであり、また、そのフリント銃が家にあることを全く知らず、年長の息子はその銃の所持を隠していたと抗弁した。宮廷裁判所（Hofgericht）はこの免責原因が十分なものだとした。

【判旨】マンハイム上級宮廷裁判所は、何人かの者（その中には婿やYの使用人が含まれている）がそのフリント銃の所持を知っていたにもかかわらず、息子がそれほど長い間その所持を父親に隠すことができたという事情は、家庭でのしつけと規律のいい加減さを推論させるとして、Yに有責判決を下した。

［185］バイエルン最高裁判所（BayObLG）一八八〇年三月二日判決[197]

【事案】Yの息子A（九歳男）はXの息子Bの乗っていた馬に突然飛び出して打ってかかり、その馬を驚かせ、それによりBは落馬して負傷した。XがYに対して自己の名で訴えを提起すると共に、Bの法定代理人として治療費用及び慰謝料を請求。

【判旨】「争われている判決は、〔Yの〕未成年の息子により違法に引き起こされた、Xの息子の身体損害についてのYの民事法上の答責性を想定することができるのは、Yの子どもに対して暴力を振るうようにとの父親によるその男の子への間接的な刺激を含む事実、又は、子どもたち、とくに息子Aの教育についてのYのいい加減さを確実に推論することをそもそも許すような事実が存在する場合だけであるということを出発点としている。現に存在する訴えの判断にとってこの法的観点が正当であることに対しては、異議を唱えることはできない。詳しく言うと、この法的観点が、理論と実務により承認された、アクィリウス法の基本思想から導き出される法原則を含むという意味においてである。その法原則とは、自由な自己決定を行わない者に関して負担している監督義務を怠る者は、この者が違法に行った加害行為について責任を負わなければならず、とくにその子どもの教育についての家庭でのしつけと規律を怠った両親はその子どもの違法な行為により惹起された損害について、その行為が教育の懈怠の結果であるという要件の下で責任を負うというものである」。「Xは自ら、Yがその息子の加害行為を防止することができたと主張しなかった……。より正確に言うと、争われている判決では、被告が決定的な時点に家にいなかったことが認定されている」。同様にXの主張にかかるD.9.4.2.pr等においては、「主人は奴隷の行った殺害について、主人が知っていながらその殺害が行われた場合には、全額について責任を負うということしか定められていない」。

［186］OLG Braunschweig　一八九一年三月二日判決(198)

【事案】A（一三歳男）の父母$Y_{1\cdot2}$は馬車と馬を借り、母Y_2がAと共にその馬車に乗っていた際にAに馬の手綱を託したところ、路上でXの馬車と衝突し、Xの馬車及び馬が毀損された。Xから$Y_{1\cdot2}$に対して訴えを提起。

【判旨】Y_1が馬車を借りた際にAY_1の面前で御者台に座り馬車を動かしたという事実から、Y_1のAに対する委託が導き出されるとしても、アクィリウス法上の訴権は棄却されなければならない。「というのは、……その共同被告〔であるY_1〕はその〔事故の〕前に出発するとき決して現われなかったということが認定されているからである。……Y_1の責任はその妻の責任と共に、例えば、このY_1が、間近に迫っている旅を知りながら、その実施の態様、とくに馬の相当な統率の獲得に気を配らず、それによりその後の事故を有責に引き起こしたということにしか基づき得ない。しかし、このような根拠も成果がないままに違いない。もっとも、……先行する又は随伴する活動により所為が必要であったときには不作為が責任を負わせるという見解が、支配的であり且つ承認されるべき見解と認められてよい」。「そして、目下の者、とくに家子又は里子に関する義務に従った監督の懈怠、及び、そのような者の不法行為又は危険な行為を防止しなかったこともこのような不作為として見なされなければならない……。しかし、加害責任についての法源によれば、アクィリウス訴権についての法源と同様に、監督の義務を負う者がその目下の者の事前の行為について予め知らせを受け、その行為を防止できたことが要件とされている」。「そのような不作為について本件ではY_1の妻しか非難することができず、このY_1自身を非難することはできない。Y_1は、妻がその旅行の間のその男の子の監督についてY_1を思慮分別のある方法で代理し、とくに……彼女がそれ〔馬の操縦〕を息子に委ねる場合には、その際にこの息子から相応に目を離さず、遭遇する荷車に対して規則に従って回避するであろうと考えることが許された。従って、彼がその事柄にそれ以上に気を配っていなかったとき、少なくともその結果が、彼の妻が彼を代理して規則に従った振舞いをするであろうとの彼の信頼が正当なものではなかったことを示したとしても、責任を負わせる過責があるとして彼が非難されることは

ない」。

［187］BayObLG　一八九八年五月一三日判決(199)

【事案】Yの息子A（一二歳五ヶ月男）は自転車に乗り、学校の建物の前に日曜学校の生徒が大勢いたにもかかわらず、その学校の建物の真中を通り抜け、その際に自転車のベルのレバーをXの右目にぶつけ、Xは失明した。

【判旨】「Yの責任は、警察の許可なくして自転車で通りを走行することの禁止を彼が知っていなければならなかったということ、息子がそのような警察の許可を得ていなかったことを彼が知っていたこと、彼が息子に通りを走らせ、それがどれほど危険であるかを考慮せず、わりと成熟した男性の持つ意思の活力のない若者にこれを許可していたことから導かれる。従って、Yの過責には十分に理由がある」。

183の裁判例は特有財産訴権（actio de peculio）(200)等の類推を認めるものであるが、父親の責任の判断に際して実質的に父親自身が加害行為（息子の逃走の幇助）をしたことが重視されており、子の加害行為に基づく父親の責任と言うよりは、父親自身の不法行為の成立を認めたものと見たほうがよいであろう。

この183を除く裁判例は、父親の子に対する監督がとくに問題にされていると見ることができるところ、大きく二つに分けることができる。一つは185及び186であり、これらの裁判例は被告たる父親が加害行為又はその直前の行為のときにその場に居合わせていなかったことから父親の責任を否定しており、scientiaという要件を厳格に解しているものと見ることができよう。これに対して184及び187の裁判例においては被告たる父親が子の加害行為或いはその直前の行為のときにその場に居合わせていなかったにもかかわらず、父親の責任を肯定しており、scientiaという要件を比較的緩やか

に解しているものと見ることができる。このように裁判例においても、子の加害行為に基づく家長の責任を広く認めるか否かは見解が分かれていた。

さらにこれらの裁判例で注目される点は、ローマ法文においては「教育過失（culpa in educando）」という概念は知られていなかったにもかかわらず、判決の中で「教育」や「しつけ」という概念が用いられていた点である（184、185）。しかし、より詳細に見てみると、184では父親の責任の根拠が子の銃器所持を知らなかったこと（言わば子の加害行為の予見義務違反）に求められ、また、185では父親が「決定的な時点に家にいなかったこと」を理由として責任が否定されている。このことから、「教育」という概念の下で実際には具体的加害行為の防止が要求されているということ、ひいては「教育」という概念が多義的であり、その捉え方如何により、具体的加害行為の防止のみが問題とされ得るということが示されよう。

以上、子の加害行為についての親の責任に関して普通法では、不作為に基づく不法行為を認めるか否かに付きそもそも争いがあったものの、これを肯定する見解は、父親が子の加害行為を知っていたこと（scientia）を要件として、それを防止し得たにもかかわらず防止しなかった父親に固有の責任を認め、さらに子の加害行為を過失により知らなかった父親に固有の責任を負わせるか否かについては見解が分かれていたと言うことができる。そして、普通法下の裁判例においては、「教育」や「しつけ」という概念に言及されていたものの、その内容として少なくとも子の加害行為の認識（予見）可能性を前提とした具体的監督の懈怠が念頭に置かれ、具体的加害行為と離れた抽象的な「教育」や「しつけ」は考えられていなかったと見ることができる。

(176) 以下の叙述は、Albrecht Fuchs, *Studien zur Aufsichtspflicht-Grundlagen und Dogmatik des §832 BGB*, (Ernst und Werner Gieseking, 1995), S.5ff. に負う。

(177) 加害訴権（actio noxalis）はユスティニアヌス帝の時代には家子について廃止されていた（Inst.4.8.7.）。加害訴権については、船田享二『ローマ法　第三巻』（岩波書店・改版・昭和四五年）七〇六頁以下、原田慶吉『ローマ法』（有斐閣・一六版・昭和五〇年）二三四頁以下（以下「ローマ法」として引用）参照。

(178) ローマ法における子の加害行為に関する親の責任については既に松坂・前掲論文（註4）一四九頁以下に紹介があるが、actio sine noxae deditione と加害訴権の関係につき誤解を招く記述が見られる。

(179) Paul.D.9.2.45.pr. 法文の引用は Corpus iuris civilis, vol. I., Digesta recognovit Mommsen et retractavit Krueger (Weidmanni, XVI.ed., MDCCCCLIV) による。

アルプレヒト・フックスによれば、scientia は古典期以前においては命令（iussum）や助言（consilium）と同義であり、古典期以後その内容を拡張して、単に知っているにもかかわらず認容したことをも含むようになったという。

なお、ディゲスタの第九巻邦訳としては既に船田享二「ユスチニアヌス帝学説彙纂第九巻邦訳」『法学新報』四五巻六号一〇〇頁以下、同七号一〇五頁以下、同八号一一八頁以下、同一〇号八六頁以下、同一一号一二五頁以下、同一二号一三六頁以下（以上昭和一〇年）及び同四六巻二号（昭和一一年）八二頁以下がある。

(180) 直接訴権（actio directa）とは、ここでは、加害訴権と対置され、行為者（権力者）本人に対する訴えを意味する。*Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, (Gustav. Fischer, 1914, 9.Aufl.), S.149.

(181) Ulp.D.9.4.2.「奴隷が、主人の知っている間に殺したときは、〔そのことは〕主人に全額の責を負わせる。なぜなら、主人自身が殺したと見られるからである：しかし、知らない間〔に殺した〕場合、加害物委付訴権があるのであり、なぜなら、奴隷の不法行為のために、加害物として委付すること以上に義務を負わされてはならないからである。1.〔加害行為を〕防がなかった者は、主人のままであろうと主人であることを放棄したのであろうと、この訴権によって義務を負わされる：なぜなら、防がないときに主人であったのであればそれで十分だからであり、ケルススが、奴隷が完全に又は部分的に譲渡されているのであれ、解放されているのであれ、加害訴権は加害物に随伴しないと思うほど〔十分〕である。なぜなら、命令をしている主人の言うことを聞いた奴隷は、何ら不法行為をしなかったからである。但し、〔主人が〕命じた場合、

このことが言われ得る：しかし、〔主人が〕防がなかった場合、我々はどのようにして奴隷の行為を無罪放免とするのであろうか？しかしながら、ケルススは、アクィリウス法と十二表法との間で区別している：なぜなら、古い法律においては、奴隷が主人の知っているときに加害をなしたか又はその他の加害を犯した場合、奴隷の名によって加害訴権があるのであり、主人は自ら名をもって義務を負わされることはない、これに対して、アクィリウス法においては、主人は自ら名をもって義務を負わされるのであり、奴隷の名をもってではない、と〔ケルススは〕言う。そして、〔ケルススは〕いずれかの法律の論拠を、十二表法には、あたかも〔十二表法が〕奴隷にこの場合に主人の言うことを聞かないことを要求したかのように、アクィリウス法には、あたかも〔アクィリウス法が、服従を〕しなかった場合には死ぬであろうところの、主人に服従した奴隷を許すかのように与える。しかし、ユリアヌスが第八六巻で『奴隷が窃盗をなし又は加害をなした場合に』が後者の法律にも及ぶと書いたことが賛成を得るとき、さらに、奴隷の名によって主人に対し加害訴訟が行われ得るということが述べられ得た。その結果、主人に対するアクィリウス〔訴権〕が与えられることは、奴隷を無罪放免にするものではなく、主人に重荷を負わせるものである。しかして我々はユリアヌスに賛同した。なぜなら、その見解は論拠を有しており、ユリアヌス〔の述べるところ〕においてはマルケルスにより賛同される（Si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat. ipse enim videtur dominus occidisse: si autem insciente, noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat. 1 Is qui non prohibuit, sive dominus manet sive desiit esse dominus, hac actione tenetur: sufficit enim, si eo tempore dominus, quo non prohibeat, fuit, in tantum, ut Celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum vel in partem vel manumissus, noxam caput non sequi: nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit. Et sane si iussit, potest hoc dici: si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus? Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominus in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset. sed si placeat, quod Iulianus libro octagensimo sexto scribit 'si servus furtum faxit noxiamve nocuit' etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret. nos autem secundum Iulianum probavimus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum

probatur.)」

もっとも、カーザーは、このD.9.4.2.pr/1から古典期に論争のあったことが推論されるとし、古典期にこのような家長の責任が認められたとすることに対しては懐疑的である。Kaser, *Das Römische Privatrecht*, (C.H.Beck, 2.,neubearb. Aufl., 1971), §147, S.631.

(182) 加害行為を行った家子自身の責任については、少なくとも三世紀の初めには、その家子が幼児（infans）である場合には責任を負わず、幼児期より上の未成熟者（impubes infantia major）の場合にはその者に不法の能力がある（iniuria capax）ときにのみ責任を負う（但し、執行手続を実行し得るのは、家子が特有財産（peculium）を有している場合に限られた）とする見解が見られるようになった。

Ulp.D.9.2.5.2.「それ故、精神病者が損害を与えた場合、アクィリウス法上の訴権があるかどうか我々は尋ねる。ペガススは否定した：なぜなら、彼の精神がないときに、彼にどのようなculpaがあるのか？そしてこのことは極めて正しい。……幼児が損害を与えた場合、やはり、同様に述べられるべきである。もし、未成熟者がそれをなしたのであれば、ラーベオーは、彼が窃盗の責めを負わされることから、彼はアクィリウスにより責めを負わされるということを述べている：私は、いまや彼に不法の能力がある場合、このことを正しいと見なす（Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verissimum.……sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. quodsi inpubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum: et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax.）」。

infans と impubes infantia major の区別は、古い時代には話すことができるか否かに求められたようであるが（Dernburg, *Pandekten*, (H.W.Müller, 7.,verbesserte Aufl., 1902), §53 Fn.4, S.119）、遅くともテオドシウス帝の時代には七歳未満が infans とされた（C.6.30.18.pr.「幼児、すなわち七歳未満（infanti, id est minori septem annis）」）。

(183) 例えば前出のD.9.4.2.1.

(184) Paul.D.9.4.4.1.「外にある奴隷が私の知っている間に〔加害行為を〕なし、私が〔その奴隷を〕買い受けた場合、私に対する加害訴権が与えられるであろう。それというのは、丁度そのとき主人ではなかったことから、主人の知っている間に行ったと見られないからである（Si extraneus servus sciente me fecerit cumque redemero, noxalis actio in me dabitur, quia non

videtur domino sciente fecisse, cum eo tempore dominus non fuerim.)」。

Ulp.D.9.4.5.1.「しかし、これらの訴えの相違は知っている者が全体について責めを負わされることだけではなく、むしろ、知っている者が奴隷を譲ったか若しくは解放してしまっている、又は、奴隷が死んでしまっており、主人が責めを負わされることである……（Differentia autem harum actionum non solum illa est, quod qui scit in solidum tenetur, verum illa quoque, quod, sive alienaverit servum qui scit sive manumiserit sive decesserit servus, dominus tenetur……）」。

(185) Paul.D.9.4.4.pr.「奴隷の不法行為において主人が知っていることはどのように解されるべきか？助言の〔ある〕とき〔であることが必要〕か？たとえ防ぐことができなかったとしてもただ見ていただけの場合〔で十分〕か？〔奴隷が〕自由であると主張して主人の見ている間に〔加害行為を〕なす場合、又は、主人を無視する者〔奴隷〕はどうか？或いは、奴隷が川の向こうにいる間に、確かに〔主人が〕見ているが、主人の意思に反して罪を犯す場合は？従って、防ぐことができる者と解されるべき者の知とより適切に述べられる：それ故、知という言葉に関しては全ての告示においてこのように解されるべきである（In delictis servorum scientia domini quemadmodum accipienda est? utrum cum consilio? an et si viderit tantum, quamvis prohibere non potuerit? quid enim si ad libertatem proclamans domino sciente faciat aut qui contemnat dominum? vel cum trans flumen sit servus, vidente quidem, sed invito domino noxiam noceat? rectius itaque dicitur scientiam eius accipiendam, qui prohibere potest: et hoc in toto edicto intellegendum est circa scientiae verbum.)」。

(186) 古典期に既に予見可能性を基礎とする culpa の概念が認められていたか否かという問題があるのは周知のとおりである。原田慶吉『日本民法典の史的素描』（創文社・昭和二九年）三五一頁（以下「史的素描」として引用）等参照。このような culpa の概念が認められていたとすれば、不注意により権力服従者の加害行為を知らなかった家長についても直接訴権により責任を問われた可能性はある。もっとも、D.9.2.31 に対するクンケルの見解について、小菅芳太郎「クストディア（保管・監護）責任覚書」『北法』三九巻五・六合併号下巻（平成元年）四三四頁及び四六六頁註29参照。さらに、古典期においては現実に知っていたことを必要としたとする見解として、原田・前掲「史的素描」（註186）三四八頁。

(187) 例えば、普通法を基礎とするマクシミリアヌス・バイエルン民法典（Codex Maximilianeus Bavaricus）は、第四編第一六章第六条八号において、子どもと愚人（Unsinnig）の引き起こした損害についての責任に関して以下のように規定する。「子どもと愚人は判断力と自由意思が不十分であることから dolus の能力がなく又 culpa の能力もないのであるから、自ずと導

かれるのは、それらの者のせいである損害は全くてん補されないか、少なくともそれらの者の固有の財産からてん補されることはなく、せいぜいそのような者に関する保護を負っているが、相応の精励をもって行わなかった者の財産からてん補されるだけである」。

(188) 例えば、Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Kommentar*, 10.Theils 1. Abtheilung (Johann Jacob Palm., 1808), 9.Buch. 2.Tit. §700, S.325 は、D.1.18.14 を引用し、精神障害者の監督者に懈怠がある場合にその者に対する損害賠償の訴えを肯定している。

Mac.D.1.18.14.「しかし、朕は、汝の文書から、彼がこのような地位及び身分にいたこと、すなわち、彼の別荘において、その上自己の別荘においてさえも監視されていることを知ったので、汝が丁度そのとき監視すべきであった者たちを呼び、このように大きな不注意の理由を検査し、それらの者の各々に、汝にとって解放されること又は culpa をもって非難されることが見出されるのに応じて、汝が判決を下した場合には、朕は汝が正しく行うものと見る。なぜなら、監視人達は精神病者のために、単に〔精神病者が〕自分自身にヨリ有害なことを生じさせないようにすることに関してのみ利用されるのではなく、他の者たちにとって有害でないようにあるために利用されるからである：従って、〔罪が〕犯され、自らの職務においてより不注意であった者達の culpa に不当にではなく帰せられるべきことが実現される（……cum autem ex litteris tuis cognoverimus tali eum loco atque ordine esse, ut a suis vel etiam in propria villa custodiatur: recte facturus nobis videris, si eos, a quibus illo tempore observatus esset, vocaveris et causam tantae neglegentiae excusseris et in unumquemque eorum, prout tibi levari vel onerari *culpa eius videbitur, constitueris. nam custodes furiosis non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur,* sed ne aliis quoque exitio sint: quod si committatur, non immerito culpae eorum adscribendum est, qui neglegentiores in officio suo fuerint.）」。

但し、ここで普通法学説が挙げる法文（上記の他、例えば後出の D.9.2.27.9. や D.9.2.27.11）はいずれも奴隷や精神障害者の加害行為に関するものであり、子の加害行為による家長の責任に関係するものではない（グリュックも子の加害行為についての家長の責任には触れていない。Vgl. auch Glück, a.a.O., §713, S.418.）。アルブレヒト・フックスは、これらの法文の家長の責任への拡張を、自然法による家父権の義務的性格の形成に由来するものとしている。A.Fuchs, a.a.O. (Fn.176), S. 61f.

なお、ディゲスタ第一巻の邦訳としては既に春木一郎『ユースティーニアーヌス帝学説彙纂ΠΡΩΤΑ』（有斐閣、昭和一三年）六〇頁以下がある。

(189) Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, (9.Aufl., 1906 (Scientia, Neudruck, 1963)), Bd.2, §455, S.974ff. ヴィントシャイトはここで前出のD.9.2.27.11を援用する。

D.9.2.27.11.「……有害な奴隷を有していた場合、このような者を有していたことから、不法損害（damnum iniuria）によってその者〔奴隷〕の責めを負わされる。そして、借家の借家人たる資格に関して同じことが維持されるべきである……（……si noxios servos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuit. idem servandum et circa inquilinorum insulae personas scribit……）」。

但し、モムゼン＝クリューガーによればこの部分はインテルポラティオとされる。

(190) Dernburg, a.a.O.(Fn.182), §131, S.361. デルンブルクはここで前出のD.9.2.27.9を援用する。

Ulp.D.9.2.27.9.「小作人の暖房係の奴隷が眠り込み、農場が焼き尽くされた場合、ネラティウスは、選任されるべき使用人に関して怠慢であった場合、賃貸の故に契約の責めを負わなければならない、と書いている：その他に、ある者は暖房に火を与え、他の者がいい加減に監視していた場合、火を与えた者が責めを負わされるのか？なぜなら、監視をする者は何もしなかったのであり、火を正しく与えた者は悪事を犯さなかったからである：従って、どのようであるのか？私は、暖房の側で眠り込んだ者に対してもいい加減な監視をしていた者に対するのと同様に準訴訟をすることができると考えるのであり、眠り込んだ者に対して誰も、その者が人間的なことや自然なことをこうむったとは言わなかった。なぜなら、火を消すか又は広がらないように安全にしなければならなかったからである（Si fornicarius servus coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si neglegens in eligendis ministeriis fuit: ceterum si alius ignem subiecerit fornaci, alius neglegenter custodierit, an tenebitur qui subiecerit? nam qui custodit, nihil fecit, qui recte ignem subiecit, non peccavit: quid ergo est? puto utilem competere actionem tam in eum qui ad fornacem obdormivit quam in eum qui neglegenter custodit, nec quisquam dixerit in eo qui obdormivit, rem eum humanam et naturalem passum, cum deberet vel ignem extinguere vel ita munire, ne evageturr.）」。

なお、ブリンツは、不作為による不法行為を原則として否定するが、他方でD.9.2.27.9について、ストーブをつける者は

ストーブや建物に行為をしており、作為過失（culpa in faciendo）を犯しており、馬を引き止めることのできなかった御者等と同じであるとする。このことから、ブリンツは何らかの先行行為の存在する場合には結果的に不作為に基づく責任を肯定するものと見られるが、子の不法行為に関する家長の責任には触れていないため、この問題に関するブリンツの見解は明らかではない。Brintz, *Lehrbuch der Pandekten*, (Andreas Deichert, 2.,veränderte Aufl., 1882), Bd.2, §250, S.153f., §340, S.808.

(191) Mandry, *Das gemeine Familiengüterrecht mit Ausschluss ehelichen Güterrechtes*, (H.Laupp, 1876), Bd.2., §103, S.621. マンドリィは、家子の不法行為に基づく家父の責任として、この他に interdictum de vi、及び、actio de peculio を認める。

ジンテニスは、一方で、家父権を有する父親等は、行為者に対するその人的立場によりその行為を防止することができ、それ故すべきであったときにその行為を放置した場合、他人の不法行為により独立に義務を負わされるとするが、他方で、子の加害行為に関する父親の責任に関しては、D.9.2.45.pr. や D.9.4.4.pr. 等を援用し、奴隷に関する主人の責任についての原則と同じ原則が妥当するとだけ述べる。Sintenis, *Das practische gemeine Civilrecht*, Bd.2., (Bernhard Tauchnit, 3.verbesserte. Aufl., 1868 (Keip, Neudruck, 1997)), §102, S.389ff. 父親の責任を scientia に限定する趣旨であろうか。

(192) なお、ローマにおいては、アクィリウス法上の訴権の発生要件として身体によって身体に加えられた損害（damnum corpore corpori datum）が要求されたことから、不作為による加害についてはアクィリウス法の保護を直接に受けることができず、この場合には個別に法務官法上の保護が与えられていた。

Ulp.D.7.1.13.2.「他方において、過去の損害のために用益権者はアクィリウス法或いは quod vi aut clam の文言で始まる特示命令（interdictum quod vi aut clam）によっても責めを負わされるのであり、ユリアヌスが言うようにである：なぜなら、これらの訴権により、そしてまた窃盗訴権により用益権者も責めを負わされることは確かであり、他人の物に何かこのようなことをした他の誰かのようにである。さらに、アクィリウス法の訴権が一緒に追求するときに法務官が訴権を申し出ることが何のために有用であったのかに〔ユリアヌスは〕熟考して答えたのであり、それというのは、アクィリウスの訴権が生じない場合があるからであり、それゆえに、その〔審判人の〕裁定により〔用益権を〕行使するため、審判人が与えられると：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、水道を傷んだままに容れる者は、アクィリウス法により責めを負わされないからである。そして、同じことは使用権者においても述べられるべきである（De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur et interdicto quod vi aut clam, ut Iulianus ait: nam fructuarium

qouque teneri his actionibus nec non furti certum est, sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit. denique consultus, qou bonum fuit actionem polliceri praetorem, cum competat legis Aquiliae actio, respondit, quia sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio, ideo iudicem dari, ut eius arbitratu utatur: nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur. eadem et in usuario dicenda sunt.)」。

一九世紀ドイツ普通法における家長の責任に関する見解の対立も、このような不作為による加害についての統一的要件の欠如に由来するものと言えよう。

なお、ディゲスタ第七巻邦訳としては既に千賀鶴太郎『ユスチニアーヌス帝欽定羅馬法学説彙纂』（有斐閣、大正一二年）がある。

(193) Puchta, *Pandekten*, (Johann Ambrosius Barth, revidirte und vermehrte Aufl., 1877), §277, S.421. プフタは、子の行為に基づき、権力関係を前提として家父が責任を負う場合として、actio quod iussu、actio de eo, quod dolo malo partis captus fraudatusque actor est、actio de in rem verso、actio de peculio 及び actio tributoria を認めるが、これらの訴権はいずれも付加的性質の訴権（actio adiecticiae qualitatis）であり、家父が全額について責任を負うものではなかった。

なお、シュトッベは、「継受以降の新たな法」は、父親等に当然果すべき監督が欠けており、間接的にその損害について責めを負う場合には、その損害について責任を負わなければならないとするものの、ここで掲げられている「新たな法」とはプロイセン一般ラント法（ＡＬＲ）を始めとする各国の法典であり、また、普通法ではアクィリウス法上の culpa について不作為の結果としても責めを負わされるか否か疑われているとすることから、普通法上の親の責任を否定するものと見られる。Stobbe, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, (Wilhelm Herz, 2.Aufl., 1885), §200, S.376, 378.

(194) Waentig, *Ueber die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach römischen, gemeinem, königlich sächsischen und neueren deutschen Reichsrechte*, (Roßberg, 1875), §26, S.41ff.

その他に、例えば Hasse, *Die culpa des römischen Rechts*, (Adolf Marcus, 2.,vermehrte Aufl., 1838), §3, S.13f. は、不作為による不法行為を原則として否定した上で、D.9.2.27.11 を援用して、危険な傾向を有する奴隷の主人は（その奴隷の譲渡後も）アクィリウス法により責任を負い、かつては同じことが子どもについても言えたとしている。ハッセもヴェンティヒ同様、子の不法行為に基づく「現代」の家長の責任を否定するものと見られる。

(195) Seuffa. 6 Nr.218.
(196) Seuffa. 7 Nr.318.
(197) Seuffa. 35 Nr.204.
(198) Seuffa. 47 Nr.196.
(199) Seuffa. 53 Nr.226.
(200) 特有財産訴権については原田・前掲「ローマ法」(註177)二一六頁以下参照。

第二項　ドイツ民法八三二条一項の制定過程

ドイツ民法典の部分草案[201]はその債務関係法第一章総則の第二節第三款九条一項において、未成年の子の加害行為についての親の責任に関し、「他者について監督を行う義務を法的に負う者は、義務に従った監督を行うことによりその行為を防止することができ、且つ、その監督義務者がこの件に関する過責のないことを証明することができない場合、その他者により引き起こされた損害について責任を負う」との定めを置き、二項において「これにより、とくに父親及び父親の死後は母親、里親……は、未成年子、里子……がそれらの者と同一の家庭共同体の中にあり、それらの者の監督下にある場合、それらの者について責任を負……う」としていた[202]。この規定について起草者のフォン・キューベル(von Kübel)[203]は、同条の責任は「責めを負う者に対して行為者が置かれている関係の特別な性質の結果として生じるものであり、この関係により責めを負う者は他人の不法行為を防止する義務を負う」とし、このような事案は、「人は、その者と他人との間に損害の発生を防止することについて法的な義務を負い且つ防止できるような関係が存在するときにはいつでも、他人により引き起こされた損害により責任を負わされるという命題に由来する」と述べ[204]、さらに同条の責任が責めを負う者の過責に基づく責任であることを明らかにしている[205]。

また、親の子に関する監督義務の内容について、キューベルは既に、子の年齢が低ければ低いほど監督の程度は高くなり、年齢が高ければ高いほど監督の程度は低くなるという、監督の程度と子の年齢の相関関係を認めており[206]、監督義務懈怠の証明責任については、草案の同第三款一条二項において一般に賠償義務者の有責性が推定されていた[207]。もっとも、監督義務の内容として具体的にどのようなものが念頭に置かれていたかは明らかではなく[208]、また、監督の欠如とそれにより損害が可能とされたこと、義務に従った監督をしていればこの損害が防止され得たであろうこと（監督義務懈怠と損害との因果関係）は原告が証明しなければならないとされていた[209]。

その後、この部分草案を土台に行われた第一委員会や編集委員会（Redaktionsausschuß）での審議、第一草案を基に行われたライヒ司法庁準備委員会（Vorkommission des Reichs-Justizamt）[210]や第二委員会での審議、第三草案について行われたライヒ議会（第一二委員会）での審議のいずれにおいても、現行ＢＧＢ八三一条の帰責根拠やその監督義務の内容に関する議論はほとんど見られない[211]。それらの審議の内容は主として監督義務者の範囲及び監督義務懈怠に関する証明責任の転換に関するものであった。そこで、以下、これらの点について、現行ＢＧＢ八三一条一項に該当する部分に限定して、その審議の内容を簡単に見ていこう[212]。

第一委員会では部分草案債務関係法第一章第二節第三款九条一項について、証明責任の転換に関し、フランス法の専門家であったデアシャイト（Derscheid）から監督義務懈怠及びそれと損害との因果関係についての証明責任転換を規定し得る文言が提案された。しかし、これに対し委員会の多数派は一般的法原則から逸脱する根拠を認めることはできないとして、被害者に監督懈怠、及び、監督が行われていればその損害が生じなかったであろうこと、すなわち監督義務懈怠と損害との因果関係についての証明責任を課し、また同第三款一条二項が削除されたことから、監督義務者の過責についても被害者が証明責任を負うとした[213]。また、監督義務者の範囲に関し、家族法部分の草案起草者であったプラ

ンクやクールバウムから、一項の監督義務者を、法律上監督義務を負う者だけに限定すべきとの提案がなされ、これらの提案が採用されることとなった。[214] しかし、この第一委員会の審議からは、何故法定監督義務者への限定が行われたのかは明らかではない。これらの審議の結果、第一草案七一〇条一項には、「他人について監督を行う義務を法律に基づいて負う者は、この者がその監督義務に違反し、且つ、その監督義務が履行されていればその損害が生じなかったであろうとき、その他人により第三者に加えられた損害の賠償について責任を負う」との規定が置かれることとなった。

しかし、この第一草案を基にしたライヒ司法庁準備委員会での審議では、証明責任の転換に関し、これらの証明責任を転換し、加害者の行態の根拠を加害者と同様によく主張し得る監督義務者に対して、彼がその監督義務を尽したことの証明を要求することが適切だとされ、[215] さらに、第一草案七一〇条の規定は、両親の監督義務のように監督義務がその根拠を被監督者の特別な精神的又は肉体的状態に有する事案についてしか正当化されないと批判がなされるに至った。[216] そして、第二委員会においてはこれらの主張や批判が敷衍され、以下のように述べられている。すなわち、まず、被監督者を未成年者等に限定する必要性に関して、「未成年者及び精神的又は身体的欠陥のため未成年者に同置される者は、その者ら自身のためにその者らについての監督を不可欠のものとするその状態のために危険である。それ故、監督を行うことは、被監督者の面倒を見る必要のない他人に対して被監督者からさし迫る危険を防止することにも及ばなければならない」とされ、[217] 次いで証明責任の転換に関しては、「少なくとも、自己の行態の根拠を容易に証明し得る監督義務者に免責立証をなすことを要求することが、責任を負担させる要素を提出することを被害者に要求するよりも、より合理的であるように思われる」、「監督義務者がその義務の履行のためにしたことに関して釈明することは、被害者に対する関係においても監督義務者に課されている法律上の義務としての監督義務の本質に適っている」とされた。[218] また、この第二委員会では、第一委員会の審議では明らかにされなかった、責任負担者の法定監督義務者への限定の根拠に関し

て、「監督を必要とする者の任意の引受は、しばしば一つの行為又は個別の行為を行うことについてしか存在しないのであり、監督を引き受ける者に、被監督者に対する関係でも第三者に対する関係でも義務を負わせるものではない。監督を行う者と被監督者の間には、監督を行うことが続いている間、事実上の関係しか存在しない。この場合に法的な義務を生じさせることは、現実の生活には全く馴染まない」と述べられている。(219)

その結果第二草案七五五条一項においては、「未成年又は精神的若しくは身体的状態のために監督を必要とする者について監督を行う義務を法律に基づいて負う者は、その者が第三者に違法に加えた損害を賠償する義務を負う。但し、その者が監督義務を尽したとき、又は、相応の監督を行っても損害が生じたであろうときはこの限りではない」との規定が置かれることとなった。そして、この第二草案七五五条はほぼそのまま修正第二草案八一七条一項、第三草案八一六条一項へと受け継がれ、現行BGB八三二条一項として成立したのである。

以上のBGB八三二条一項の制定過程から以下のことが明らかになろう。第一に、BGB八三二条一項の帰責根拠に関しては、起草者のキューベルにより、同条の責任が「人は、その者と他人との間に損害の発生を防止することについて法的な義務を負い且つ防止できるような関係が存在するときにはいつでも、他人により引き起こされた損害により責任を負わされる」という命題に由来する、「他人の不法行為を防止する義務」を負わせる「特別な性質」の関係に基づく責任であり、監督義務者の過責に基づく責任であることが明らかにされて以降、制定過程においてはほとんど議論されることはなかった。監督義務の内容についても、キューベルにより、監督の程度と子の年齢に相関関係があることが認められていたものの、その具体的内容については、「他人の不法行為を防止する義務」とする以上にとくに述べられることはなく、その後の制定過程においても殆ど問題視されることはなかった。同条の制定過程における議論はむしろ監督義務者及び被監督者の範囲、並びに、証明責任の転換に関する議論に集中していた。しかし、少なくともこの制定

過程における議論には「教育」や「しつけ」の懈怠という概念は現われておらず、また、キューベルによれば、義務に従った監督を行うことにより被監督者の加害行為を防止し得たことが重視されていた。

第二に、BGB八三二条において監督義務懈怠について証明責任が転換されている根拠は、ライヒ司法庁準備委員会や第二委員会の審議からは、被害者が監督義務懈怠を基礎づけ得る事情を立証するよりも監督義務者がその不存在を基礎づけ得る事情を立証することの方がより容易であり、それが被害者に対する関係で課されている法定監督義務の「本質に適っている」点に求められていることが明らかにされている。そこで、最後に、では何故八三二条一項において監督義務者が法定監督義務者に限定され、被監督者が未成年者等に限定されたかという点に関してであるが、この点について、ライヒ司法庁準備委員会及び第二委員会の審議は、未成年者等の危険性の故にそれらの者を監督する者には第三者への危険を防止する義務が生じるところ、それらの者に関する事実上の監督者にまで法的責任を負わせることは「現実の生活に馴染まない」と考えられていたことを示している。これはすなわち、未成年者等とそれらの者の危険性の故に（不法行為法以外の法律により）法定監督義務を負う者との関係においてのみ、前者の行為による第三者にとっての危険を後者が防止するという（不法行為法上の）義務が認められると考えられていたことを示すものと言えよう。(220)

(201) BGB編纂過程における各参与機関及び立法資料の名称の日本語訳については、児玉寛「ドイツ民法典編纂資料一覧Ⅰ民法典編纂に関する資料の概要」『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会・平成一一年）v頁以下を参考にした。

(202) W.Schubert (hrsg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil1*, (Walter de Gruyter, 1980), S.654.

(203) ヴュルテンベルク代表、裁判官。普通法の専門家。一八八四年に草案未完のまま死去し、後任としてマンドリィが選出されたが、総則部分はキューベル自身の手による。以上の点を含め、BGB起草過程の概要等につき、平田公夫「ドイツ

民法典を創った人々（1）～（3・完）」『岡山大学教育学部研究収録』五六号六三頁、五八号二三頁、六〇号二八一頁以下（昭和五六年－同五七年）及び石部雅亮「ドイツ民法典編纂史概説」『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会・平成一一年）三頁以下（以下「編纂史概説」として引用）参照。

(204) Schubert, a.a.O. (Fn.202), S.696. キューベルはここでＡＬＲ第一編第六章五九条等を引用する。ＡＬＲでは scientia を要件とする同条の責任とこれを要件としない責任（ＡＬＲ第一編第六章五七条及び第二編第二章一四三条参照）が区別されていたが、一九世紀の各地方の法典編纂に際しては両者の責任が明確に区別されず、両者の責任が同一の規定で定められるようになった。Vgl. A.Fuchs, a.a.O. (Fn.176), S.83ff. 普通法の専門家であったキューベルもこの両者の責任を明確に区別していなかったと見られる点に、先に述べた普通法における scientia 要件の放棄という傾向が窺われる。

なお、ＡＬＲ第二編第二章一四〇条乃至一四二条は、父親が子どもに不法行為のきっかけを与え、そそのかし、又は、損害防止が可能であったにもかかわらず防止しなかった場合についての責任に関する規定であり、同一四四条により母親にも準用されていたのに対し、同一四三条の教育懈怠及び監督懈怠に基づく責任は、教育権が原則として父親に属することから、母親には準用されていなかった。ＡＬＲにおける父親の教育権規定が（とくにヴォルフの）自然法思想に強く影響されたものであることからすれば、この点にも、scientia 要件の放棄に自然法思想が果した役割を見て取ることができよう。ＡＬＲの監護教育権については、乾昭三「プロイセン一般国法における監護教育権」『立命館法学』四・五合併号一一一頁（昭和二八年）、石部雅亮「プロイセン普通国法における親権の特質」『香川大学経済論叢』三二巻三・四・五合併号（昭和三四年）四〇八頁参照。

これに対し、従来わが国の学説では、既に述べたように、ＢＧＢ八三二条がゲルマン法流の団体主義的責任をローマ法流の個人主義的賠償理論に影響されて修正されたものであるとの指摘がなされてきた。我妻・前掲書（註9）一五六頁、松坂・前掲論文（註4）一六一頁など参照。しかし、周知のようにＢＧＢの編纂過程にゲルマニステンが及ぼした影響は必ずしも大きくないものと見られ（ギールケの見解については後註211参照）、また、現在参照し得るＢＧＢ八三二条の立法資料にもそのような起草者乃至立法者の見解を見出すことはできない。さらに、アルプレヒト・フックスは、一九世紀末に支配的であった包括的統一的保護権としてのムント（Mund）理解に疑問を呈し、以下のような見解を示す。すなわち、ゲルマン先史時代には父は子の不法行為について無制限に「故意のない犯罪（Ungefährwerk）」として贖罪金（Buße）の支

払の責任を負ったが、その後の人民法（Volksrecht）及び法書（Rechtsbuch）の時代には、父が子の不法行為の共犯と見なされる場合を除き、子自身が自己の財産で責任を負い、子の財産の管理権を有する父が被害者による子の財産への握取を妨げた限りで父が責任を負ったとし、また、人民法の時代から中世後期にかけてのドイツ法が既に監督義務違反を理由とする父の責任を知っていたとする見解についても、それらの見解が依拠するバユワリオールム法（lex Baiuvariorum）やリヒトシュタイクラント法（Richtsteig Landrechts）などの検討を経た上でこれを否定する。Vgl. A.Fuchs, a.a.O. (Fn.176), S. 34ff.. このフックスの見解に従うとすれば、BGB八三二条についてはむしろローマ法の scientia 責任への自然法思想の影響が重視されるべきであろう（但し、反対に、親権に関するゲルマン法思想が自然法思想に影響を与えたとするものとして、末川博「独逸に於ける親権進化の史的概観」『法学論叢』七巻二号（大正一一年）一三四頁）。この点についての詳細な検討は今後に委ねたい。

(205) Schubert, a.a.O. (Fn.202), S.701.

(206) Schubert, a.a.O. (Fn.202), S.698.

(207) Schubert, a.a.O. (Fn.202), S.653,702.

(208) 但し、キューベルは、不法行為能力のないような子については、親が culpa in eligendo を犯すことなく他人に監督を委ねた場合にのみその親は免責されるとしており（vgl. Schubert, a.a.O. (Fn.202), S.698）、相当広い監督義務を想定していたようである。

(209) Schubert, a.a.O. (Fn.202), S.702.

(210) ライヒ司法庁の成立史及び初期の活動については、平田公夫「帝国司法庁（Reichsjustizamt）とドイツ民法典（一）」『岡山大学法学会雑誌』四七巻二号（平成九年）一二九頁参照。石部・前掲「編纂史概説」（註203）四二頁以下はライヒ司法庁を「第二委員会の推進力」といってよいとし、同準備委員会が第二委員会に決定的に影響を及ぼしたとしている。

(211) 但し、委員会や議会等の外では異論がなかったわけではない。例えばギールケは、*Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht* (Duncker & Humblot, 1889), S.261f. において、家長の監督義務違反に基づく責任と構成することについて批判的な見解を述べている。ギールケは、古代民族の法（altnationales Rehct）を手がかりとすべきことを示唆するものの、むしろ実際の必要（ein praktisches Bedürfnis）を強調している。

(212) なお、現行ＢＧＢ八三二条二項の代理監督者については、第一委員会におけるプランク（Planck）やクールバウム（Kurlbaum）の提案等に基づいて（vgl. H.H.Jakobs＝W.Schubert (hrsg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III*, (Walter de Gruyter, 1983), S.933ff.）当初第一草案では「法律により義務を負う者のために監督を行うことを引き受けた者」も責任を負うとされていたが、その後ライヒ議会（第一二委員会）において、契約による監督義務者へと限定されることとなった。Vgl. B.Mugdan (hrsg.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd.2., (R.v.Decker, 1899), S.1300f.. このように限定された理由として、第一二委員会では、事実上の監督者を責任負担者から除外すること、及び、法定監督義務者がいない場合にも契約による監督義務者が責任を負うことを明らかにすることが挙げられた。

(213) Jakobs＝Schubert, a.a.O. (Fn.212), S.933ff.; vgl. auch Mugdan, a.a.O. (Fn.212), S.410f.

(214) Jakobs＝Schubert, a.a.O. (Fn.212), 933ff. なお、同第三款九条二項は、同条一項の責任が問題となる個別の監督関係を列挙していたのに対し、第一委員会は、監督義務の範囲が個別の状況に応じて極めて異なり、一項の一般規定にそぐわない等の理由でこの列挙されていた監督関係を削除した。Jakobs＝Schubert, a.a.O., S.936; vgl. auch Mugdan, a.a.O., S.410.

(215) Jakobs＝Schubert, a.a.O. (Fn.212), S.940.

このとき、監督義務の程度に関して、監督義務者は、被監督者に対するのと同様に第三者に対しても、自己の事務におけるのと同様の注意（diligentia quam in suis）を尽すことについて責任を負うとすることが決議され、第二委員会も同様の見解であった（vgl. Mugdan, a.a.O. (Fn.212), S.1089）が、その後、編集委員会決議暫定集成（Zusammenstellung der Beschlüsse der Redaktionskommission）七一〇条では「相応の（gehörig）監督」を必要とするとされている。このように変更された経緯については明らかではない。

(216) Jakobs＝Schubert, a.a.O. (Fn.212), S.940.

(217) Mugdan, a.a.O. (Fn.212), S.1089.

(218) Mugdan, a.a.O. (Fn.212), S.1090.

(219) Mugdan, a.a.O. (Fn.212), S.1090.

(220) この点についてライヒ司法庁覚書は、現行ＢＧＢ八三二条一項の「責任が正当であるのは、監督義務が監督義務に服す

る者による第三者への加害を防止する目的を有しているときだけである。この要件に当てはまるのは、未成年又は精神的若しくは身体的状態のために監督を必要とする者について監督をする法律上の義務がある場合である」としている。Mugdan, a.a.O. (Fn.212), S.1268.