HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|---|---|
| Title | 監督者責任の再構成（11・完） |
| Author(s) | 林, 誠司 |
| Description | 論説 |
| Citation | 北大法学論集, 58(3), 69 [1135]-126[1192] |
| Issue Date | 2007-09-28 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/29629 |
| Type | departmental bulletin paper |
| File Information | 58(3)_69-126.pdf |

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

# 監督者責任の再構成（十一・完）

林　誠司

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

第一款　責任能力者たる未成年者による加害行為に関する裁判例
　第一項　一六歳以上の責任能力者に関する裁判例
　　第一目　故意の犯罪に関する裁判例
　　第二目　未成年者同士のけんかによる事故に関する裁判例
　第二項　一六歳未満の責任能力者に関する裁判例　（以上五五巻六号）
　　第一目　故意の犯罪に関する裁判例
　第三項　まとめ
第二款　責任無能力者たる未成年者による加害行為に関する裁判例
　第一項　七歳以上の責任無能力者に関する裁判例　（以上五六巻二号）
　　第一目　故意の犯罪に関する裁判例
　　第二目　遊戯・スポーツ事故に関する裁判例
　　第三目　いたずらによる事故に関する裁判例
　　第四目　未成年者同士のけんかによる事故に関する裁判例
　　第五目　いじめに関する裁判例
　　第六目　交通事故に関する裁判例
　第二項　七歳未満の責任無能力者に関する裁判例　（以上五六巻三号）
　第三項　まとめ
第三節　わが国の裁判例と学説との齟齬
第二章　ドイツ民法八三二条一項に関する学説・裁判例
第一節　ドイツ民法八三二条一項の構造―立法史・学説を中心に―
　第一款　ドイツ民法八三二条一項の立法史
　第二款　ドイツ民法八三二条一項の概観と七一四条との相違　（以上五六巻四号）
第二節　裁判例の紹介と分析―監督義務違反のメルクマールと監督義務の構造の視点から―

第一款　責任能力ある又は責任能力の有無が不明な一六歳以上の未成年者に関する裁判例（以上五六巻五号）
第二款　責任能力ある又は責任能力の有無が不明な一二歳以上一六歳未満の未成年者に関する裁判例
第三款　責任能力ある又は責任能力の有無が不明な七歳以上一二歳未満の未成年者に関する裁判例
　第一項　故意の犯罪に関する裁判例
　第二項　遊戯・スポーツ事故に関する裁判例
　第三項　いたずらによる事故に関する裁判例（以上五六巻六号）
第四款　七歳未満の未成年者及びその他の責任無能力者に関する裁判例
　第一項　故意の犯罪に関する裁判例
　第二項　遊戯・スポーツ事故に関する裁判例
　第三項　いたずらによる事故に関する裁判例
　第四項　交通事故に関する裁判例（以上五七巻一号）
第五款　まとめ（以上五七巻三号）
第三節　ＢＧＢ八三二条における「監督と教育の分離」
第三章　ドイツ民法八三二条一項と社会生活上の義務
第一節　社会生活上の義務としての監督義務
第二節　義務構造の振り分け―法律上の社会生活上の義務の段階的機能―（以上五七巻四号）
第三節　一般的監督義務による帰責の限界
　第一款　監督義務違反に関する証明責任
　第二款　教育的見地からの監督措置の限界
　第三款　監督の委託による帰責の限界（以上五七巻六号）
第四章　日本法への示唆
第一節　わが国の問題点とドイツの議論のまとめ
第二節　日独裁判例の若干の類型的比較

第三節　監督者責任の再構成
第一款　わが国への示唆
第二款　残された課題

## 第三章　ドイツ民法八三二条一項と社会生活上の義務

### 第三節　一般的監督義務による帰責の限界

以上の第二節までの検討により、ＢＧＢ八三二条一項に関する裁判例における一般的監督義務と有責性原理との関係が明らかになった。

ところで、一般的監督義務違反に基づく責任が、変容を被っているとはいえ有責性原理に基づくものであることからすれば、結果責任や原因責任とは異なり、教育の失敗の両親への帰責には自ずと限界が認められる。そこで、最後に、この第三節において、一般的監督義務違反に基づく責任がどこまで及び得るかを検討していきたい。

#### 第一款　監督義務違反に関する証明責任

既に見たように、ドイツにおいて、一般的監督義務違反に基づく責任も有責性原理を基礎とする責任として位置付け

（以上本号）

られ得ることからすれば、子の加害行為についての親の責任を限界付ける役割は主として有責性に期待されよう。そして、既に、本章第二節第一款で見たように、社会生活上の義務違反に基づく責任において有責性要素として問題になるのは、義務を基礎づける事情及び義務違反の認識可能性と義務履行の期待可能性であった。これをＢＧＢ八三二条の責任要件に引きなおして言えば、義務を基礎づける事情及び義務違反の認識可能性とは、第二章第一節第二款第一項で見た監督の根拠の認識可能性と監督義務違反の認識可能性ということになり、義務履行の期待可能性とは監督措置の履行の期待可能性ということになろう。前者の問題、とくにそれらの認識可能性の範囲と基礎（「抽象的危険」についての帰責とそれを基礎づける原理）については、既に社会生活上の義務の一般論から明らかにしたところである（本章第一節第四款及び第二節第二款）。ここではさらに、この前者の問題に関連して、監督義務違反に関する証明責任の問題を取り上げることとしたい。なぜなら、事案の状況から、原則として被害者にとって有利な一般的監督義務が問題となりうる場合でも、監督義務違反に関する証明責任の分配如何ではそれが被害者にとって画餅に帰する可能性があるからである。なお、監督措置の履行の期待可能性については次節において検討することとする。

ドイツにおける監督義務違反の証明責任に関する学説の大まかな状況は既に第二章第一節第二款第一項で見た通りである。すなわち、「特別な」或いは「厳格な」監督の必要性を基礎づける事情は原告である被害者が主張・立証しなければならず、監督義務の履行をもたらす事実は被告である親が主張・立証しなければならない。[782] そして、監督の必要性を基礎づける事実（監督の根拠）の認識可能性については、原告が主張・立証しなければならないとする見解が見られる一方で、近時の学説は被告にその証明責任が転換されるとしている。他方、ＢＧＢ八三二条一項に関する裁判例も、[783] 監督の根拠の証明を原告に課すものの、その認識可能性については証明責任を原告に課す裁判例と被告に課す裁判例[784]の双方が見られた。

このような状況からは、ドイツにおいて（少なくとも特別な）監督の根拠に関する証明責任が原告に課されるとされることについては争いのないことが明らかになる。しかし、BGB八三二条一項とわが国の民法七一四条一項とでその規定の体裁が類似するにもかかわらず、何故、BGB八三二条一項に関して監督の根拠に関する証明責任が原告に課されるとされるのか、また、その認識可能性に関する証明責任について、何故そのような見解の対立が生じるのであろうか。

これらの問題のうち、監督の根拠に関する証明責任が原告に課されるとされる点については、訴訟における法的問題と事実問題の厳格な峻別に基づくと見られる。すなわち、BGB八三二条一項二文の「義務を尽した」か否かという問題は事実問題であり、個別の事案においてどのような監督措置が必要であったかという法的問題ではないとされる。従って、推定されるのは監督の不履行という事実だけであり、監督の必要性は推定されず[785]、それ故、通常の程度を越える厳格な監督が講じられるべきであったと主張する原告は、訴えを筋の通ったもの（schlüssig）とするため[786]、その厳格な監督の必要性をもたらす諸事情を自ら主張・立証しなければならない[787]。また、このような立場は、他方で、不作為不法行為についての責任としての監督者責任の性格からも説明される。アーデンは、監督者責任の不作為不法行為の責任としての性格に着目し、損害を防止する何らかの行為を要求する規範は有責性原理と調和せず、予見不可能な損害惹起行為を全て防止することを命じる規範は不法行為法の枠を越えるとする。それ故、BGB八三二条が不法行為法上有意なものとなるためには子どもがする可能性のある行為が何らかの事情により予見可能となったのでなければならないとした上で[788]、BGB八三二条の監督義務（行為義務）は八二三条の不作為不法行為と共通の基礎から導き出されることから[789]、監督の根拠に関する証明責任を原告に課すことが体系的に一貫するとする。

これらの見解は、一部の裁判例・学説において、教育的作用を有する長期的な監督措置に関してはそれらが家族内部

で行われ、その時間を正確に確定することは困難であることから立証が困難であり[790]、それ故、そのような措置の主張・立証に関しては被告に高度の要求がなされるべきではないとされることと相まって、被告である親の免責立証を容易にする。

もっとも、以上の問題については、何をもって「監督の根拠」とするか、とくに、長期的な一般的監督措置を講じたか否かに関する事実が監督の根拠に属するのか否かに関し、学説において見解の相違が見られる。すなわち、一方では監督の根拠に属すると解し、原告は、未成年者の教育が行われていないか又は不十分であることから高度の監督義務を導き出そうとするのであればそのことについて証明責任を負うとする見解が見られる[791]。これに対して、他方では、親が一般的監督措置を講じたことは監督義務の履行を具体的にもたらす事実に属すると解し、それについて被告が証明責任を負うとする見解も存在する[792]。そして、これらの見解は、結論の相違を意識してはいるものの、そのような異なる結論に至った理由、すなわち一般的監督措置に関する事実が監督の根拠に属すると解するか義務履行をもたらす事実と解するかという点での相違を意識してはいないようである。但し、監督の根拠に属する（従って原告たる被害者がその証明責任を負う）と解する見解からはその理由として、親にとっての証明の困難、BGB八三二条一項二文が監督の必要性を推定していないこと等が挙げられ[793]、また、監督義務の履行に関する事実に属する（従って被告たる親がその証明責任を負う）と解する見解は、家族内で行われる長期的措置であることに由来する親にとっての証明の困難は、その証明について高度な要求をしないということにより考慮されるべきであるとする[794]。

次に、監督の根拠の認識可能性を原告、被告のいずれが主張・立証すべきかという問題についてであるが、この問題は次の二つの問題、そもそも「過責」が証明責任の転換の対象となるか、その対象となるとして、その「過責」の中に監督の根拠の認識可能性が含まれるかという問題からなる。

この第一の問題は、使用者責任の免責立証に関するＢＧＢ八三一条一項二文等の証明責任の転換を規定する他の規定においては「社会生活において必要な注意」という過責を想起させる文言が含まれているのに対して、ＢＧＢ八三二条一項二文は「義務を尽した」ことの証明だけを監督義務者に要求している点に由来する。そして、ＢＧＢ施行直後のライヒ裁判所の裁判例（262）も、被告たる父親は監督義務を尽したことだけを証明すればよく、特別な監督の根拠に相当する事実（おもちゃの弓矢の所持）を父親が知っていたことは原告が証明しなければならないとしていた。ライヒ裁判所はこの判決の中で、原審がおもちゃの弓の所持の不知を過責の問題として捉えてその証明責任を被告に課したことに対してこのように述べており、ＢＧＢ八三二条をＢＧＢ八三一条とパラレルに解しつつ監督義務者自身の有責性に基づく責任であるとしていることからすれば、監督の根拠の認識可能性を有責性の問題と解した上でその証明責任を原告に課したと見ることが素直であろう。しかし、学説では古くからＢＧＢ八三二条一項の責任が過責の推定を含んでいることが認められており、ライヒ裁判所のような見解に対しては近時意識的に異論が唱えられるようになっている。過責も証明責任の転換の対象となることを強調するこれらの学説は、その根拠を立法者の見解に求める。ＢＧＢ草案の審議過程においては、確かに、第二委員会を別として、過責が証明責任の対象となるか否かについて言及されなかった。しかし、第二章第一節第一款第二項で見たように、証明責任の転換の根拠は監督義務者にとっての証明の容易さの他に監督義務者が監督措置の履行について釈明することが「法律上の義務の本質」に沿うことに求められていた。そこで、過責の証明責任の転換を肯定する論者は、立法者が証明責任の転換の根拠を特別な法的関係に求めていたとし、或いは、監督義務がそのような関係に近付けられるとして、給付不能の帰責事由について争いのある場合に債務者に証明責任を負わせると解されるＢＧＢ二八二条の基本思想がここでも適用されるべきであるとする。

これに対し、第二の問題に関して、過責の証明責任の転換を認めるものの、監督の根拠の認識可能性がこれに含まれ

ないとすると見られる立場も存在する。ベルニング＝ウォルトマンは、監督上の過失が推定されることを認める一方で、教育的措置の証明は親にとっても困難であり、BGB八三二条一項二文の証明責任の転換の根拠をどこにも見出し難いとして[799]、この証明責任の転換を限定的に捉えようとする。そして、そのような態度に基づき、責任を自覚した両親であれば監督の根拠を認識していたことの立証は被害者のなすべきことであるとする[800]。さらに、このような見解の亜種として、アーデンは、監督の根拠の一般的認識可能性とその不知についての過責を区別する。アーデンは、監督の根拠に関する証明責任が原告に課されるのと同様に、その存在の不知という消極的事実の証明の困難を理由として、その一般的認識可能性も原告に課そうとする[801]。しかし、他方で、彼は、被告が監督の「根拠を有責に認識していなかった」ことが推定されるとして、監督の根拠の不知についての過責に関する証明責任は被告に課されるとする[802]。

以上のように、監督の根拠に関する証明責任について学説の見解はほぼ一致しているものの、監督の根拠の認識可能性又は過責に関する証明責任について学説の見解は錯雑とした状況にある。ここでは、これらの見解について若干の疑問点を指摘するにとどめたい。

まず、監督の根拠に教育的作用を要する長期的一般的監督措置の有無が含まれるか否かという問題についてであるが、監督の根拠ではなく監督義務の履行をもたらす事情に含まれるとする見解に対して、そのように解することは監督の必要性が推定されることを認めることになるとの反論が見られた。しかし、監督義務の履行の証明として要求される「一般的監督措置」の内容は多様であり、それについて親が証明責任を負うことが監督の必要性の推定を意味するとは一概に言えないのではなかろうか。例えば、子どもの飛出しによる交通事故（子どもを避けようとした自動車の毀損の事案）において親に「一般的監督措置」が要求される場合、そこで言う「一般的監督措置」が、六歳乃至七歳の子どもに日頃、道路を横断する際には左右を確認するように指導するというような内容であったとき、そのような監督措置は同年齢の

子どもについて通常要求されるものであり、監督の必要性が推定されているとは言い難いであろう。さらに、同じ事案について、訴訟においてその子どもが常日頃から見境なしに道路に飛び出す傾向があったことが明らかになれば、要求される「一般監督措置」の内容は例えば、一人で交通量の多い道路の近辺にその子どもを行かせてはならないというようなものとなるところ、これは言わば監督の必要性が証明されたのであって、推定されたのではないと言えよう。しかし、子どものそのような傾向が訴訟において明らかにされていないにもかかわらず、上のような措置を講じたことについての証明責任が親に課されるとすれば、その場合には特別な監督の必要性が推定されていると言うことができよう。これらのことから、「一般的監督措置」についての証明責任を親に課すことが直ちに監督の必要性の推定を意味するとは言えないことが明らかとなる。

次に、過責が証明責任の転換の対象となるか否かという問題についてであるが、この点について過責がその対象となることを認めながらも、監督の根拠の認識可能性はその「過責」に含まれないとする見解が見られる（ベルニング＝ウォルトマン）。しかし、この見解に対しては、それではそこに言う「過責」とは何かという疑問を提示することができよう。義務履行の期待可能性を「過責」とすることも考えられるが、この見解はこの点について明らかにしていない。さらに、アーデンの見解に対しては、右と同様に「過責」に何が残されるのかという疑問を提示し得ると共に、彼の言う「一般的認識可能性」とは何かという問題を指摘することができよう。すなわち、この「一般的認識可能性」を監督の根拠の存在の証明があれば認められるというように広く解し、「過責」とは監督義務者個人にとっての監督の根拠の認識可能性の問題であるとすれば、アーデンの見解は結論において、監督の根拠の証明責任を原告に、その認識可能性の証明責任を被告に課す有力説と異ならないのではなかろうか。

以上のドイツにおける議論から明らかになる点として、少なくとも特別な監督の根拠の証明責任が原告に課されると

される点において、一般的監督義務違反についての親への帰責は大きな制約を受ける点を挙げることができよう。

(782) 監督義務の履行を親が立証しなければならないとされる点については、義務違反が違法性の問題とされる社会生活上の義務の一般論から言えば、この義務違反を主張・立証することは原則として原告のなすべきことであり、従って、ＢＧＢ八三二条の監督義務を社会生活上の義務と解することと齟齬が生じる。v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 303ff. は、（外的注意についての証明責任が転換されることが他にもあることを指摘すると共に）同条がその点について特殊であるとし、その理由を、監督義務が「結果関連的に観念される」、すなわち原告により子の加害行為が立証されたときには、免責立証を留保して、直ちに監督義務違反があるためであるとする。

(783) ＲＧ一九〇一年一二月三〇日判決（262）、OLG Zweibrücken 一九〇八年一月二五日判決（264）参照。

(784) 例えば、ＲＧ一九一五年一月二五日判決（265）、ＢＧＨ一九六六年二月一日判決（250）等参照。

(785) これに対して、被監督者に対する特別の監督措置は必要ではないとの事実上の推定について語るものとして、vgl. Aden, a. a. O. (Fn. 244), S. 10; Dahlgrün, a. a. O. (Fn. 237), S. 175; Albilt, a. a. O. (Fn. 244), S. 239; A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 221. 但し、アーデンはそれを判例の「理論的帰結」としながらも、実際の判例と調和し得ないとし、Staudinger-Belling/Borges(neubearb.), a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 150 は、このようなことは方法上及び事柄に即してうさん臭く、不必要でもあるとする。

(786) Staudinger-Belling/Borges(neubearb.), a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 152 は、監督の根拠を、訴えを筋の通ったものにするものではなく、それ自体「推定の基礎（Vermutungsbasis）」とするが、監督の必要性を基礎づける事情を原告が証明しなければならないとする結論において、アルプレヒト・フックスらの見解と相違はない。

(787) Vgl.Baumgärtel, a. a. O. (Fn. 251), §832 Rz. 5, 7, S. 1467f.; A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 211ff.; Münch/Komm-Stein, a. a. O. (Fn. 223), §832 Rz. 30; Staudinger-Belling/Borges(neubearb.), a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 143. アルプレヒト・フックスは、証明責任が転換されているにもかかわらず判例は原告に対して監督の根拠の主張・立証を要求しているとするアー

デンに対し、「推定の基礎」（ここでは、未成年者による原告への違法な加害）と「訴えの筋が通っていること（Schlüssigkeit）」を混同しているとして批判する。但し、A. Fuchs, a. a. O., S. 259ff. も認めるように、判例はこのような厳密な区別を常にしているわけではない。

(788) Aden, a. a. O. (Fn. 244), S. 10.

(789) Vgl. Aden, a. a. O. (Fn. 244), S. 11. 但し、監督の根拠の不存在という消極的事実の証明困難をも理由とする（S. 12）。

(790) 学説については前註252参照。裁判例については例えば396参照。

(791) A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 222ff..

(792) Staudinger-Belling/Borges(neubearb.), a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 144.

(793) A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 222ff..

(794) Staudinger-Belling/Borges(neubearb.), a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 144.

(795) RGZ50, 66.

(796) Vgl. Planck-Greiff, a. a. O. (Fn. 232), §831, 832, S. 1778; Oertmann, a. a. O. (Fn.222), §832 2, S. 1098.

(797) 第一草案七一〇条についての第二委員会における提案一号では、既に見たライヒ司法庁準備委員会での審議を受けて、「監督の内容に応じてその者の負う程度の注意（Sorgfalt）」についての証明責任を監督義務者に負わせることとされていた。Vgl. Mugdan, a. a. O. (Fn. 212), S. 1088f..

(798) A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 234; Staudinger-Belling/Borges(neubearb.), a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 146. A. Fuchs, a. a. O., S. 234 Fn. 89 によれば、第二委員会でのバイエルン代表であり、債権法の個別報告者であったヤクベツキィ（Jakubetzky）は、*Bemerkungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, (1892), S. 167 において、監督義務者が第三者に監督を委託した場合に今日のＢＧＢ二七八条（履行補助者の過失）に相当する第一草案二二四条二項を適用しようとしており、このことが、立法者が特別な法的関係を想定していた証拠であるとする。残念ながらこの文献を参照することは出来なかった。

他に過責の証明責任の転換を認めるものとして、vgl. Boscher, a. a. O. (Fn. 253), S. 891; Baumgärtel, a. a. O. (Fn. 251), §832 Rz. 3, S. 1466.

(799) このようにBGB八三二条一項二文の証明責任の転換に対して批判的な見解はドイツにおいてときおり見られる。Vgl. Deutsch, a. a. O. (Fn. 741), S. 234; Deutsch/Ahrens, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 335, S. 153; Schimd, a. a. O. (Fn. 245), S. 825; Großfeld/Mund, a. a. O. (Fn. 521), S. 1508. これらの見解の多くは、BGB八三二条一項については報償原理が働かないことを指摘する。しかし、これに対して、フォン・バールは、証明責任の転換は過失責任と危険責任の交錯領域へと導くものであり、社会生活上の義務の成立根拠を証明の緩和の問題に伸張させることを容易に想起させるとする。Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 279ff. このことは、証明責任の転換の根拠が報償原理だけに限られないことを示している（もっとも、v. Bar, a. a. O., S. 287はBGB八三二条を「法政策的にはむしろ失敗した」ものだとしている。但し、その理由は明らかではない）。

(800) Berning/Vortmann, a. a. O. (Fn. 226), S. 16.

(801) Aden, a. a. O. (Fn. 244), S. 11f.

(802) Aden, a. a. O. (Fn. 244), S. 12. アーデンは、このような証明責任に関する彼の理解から、「行為義務の構成要件が証明されるべきである限り、八三二条は八二三条と比べて何ら緩和をもたらすものではない」とする。

### 第二款　教育的見地からの監督措置の限界

一般的監督義務違反についての親への帰責の限界として、監督の根拠及びその認識可能性並びにそれらの証明責任の次に問題となるのが、監督措置履行の期待可能性の問題である。そして、この監督措置履行の期待可能性については、教育的見地からの監督措置の限界がとりわけ問題となることから、ここでも、この期待可能性の問題の検討を教育的見地からの限界という視点から進めることとしたい(803)。

この問題の実質的な検討に入る前に、そもそも教育的見地からの監督措置の限界という問題が体系上どこに位置付け

られるのかを確認しておくこととしよう。この点については、前述のように、ＢＧＢ八三二条の監督義務が社会生活上の義務と解されることからすれば、期待可能性は有責性の問題として捉えられる点に異論はないように思われる。[804] しかし、実際には、判例において、期待可能性が監督義務の範囲の確定の際に既に考慮されるとするかのような表現が多く見られる（例えば、裁判例338参照。そこでは必要な監督の程度が、両親に「何を期待し得るか」に応じて定まるとされる）。そして、学説ではこれに賛同する見解も見られ、[805] さらに、期待可能性が、過責とは区別された監督義務の問題であることを明言する見解も存在する。[806]

有責性判断と違法性判断との間に（とくに判断の尺度に関して）相違を認めるドイツの学説の一般的な立場からは、そのような体系上の位置付けの相違が結論における相違をもたらす可能性があろう。ところが、実際には、ＢＧＢ八三二条に関して、このような体系的位置付けの相違は従来あまり意識されていなかったようであり、この相違が結論の相違をもたらすとは解されていないようである。期待可能性が過責の問題ではないと明言する学説も、そのことから具体的な解釈論を導き出しているわけではない。さらに、期待可能性を有責性の問題として捉える見解からは、監督義務の範囲の確定の際に期待可能性を考慮する判例も主観的メルクマールだけを考慮の中心としているとの指摘がなされており、[807] 期待可能性をいずれに整除するにせよ、過責についての証明責任を被告が負うとの有力説に従えば証明責任の所在も含めて、結論に相違は生じないということになろう。そこで、ここでも、期待可能性の体系上の位置付けについての争いをしばらくおき、教育的見地からの監督措置の限界の中身を検討していきたい。

まず、教育的見地からの不法行為法上の監督義務の制限に関する議論の経過を大まかに見てみよう。教育的見地から不法行為法上の監督義務が限定される可能性があることの指摘は、学説において早くからなされていた。例えば、エルトマン（Oertmann）は一九一〇年に、ＢＧＢ八三二条についてのコンメンタールの中で、生徒についての教師の監督

義務に関してであるが、以下のように述べていた。「教師が、しばしば非常に大勢いる生徒たちを常に雄羊の群れのように追い立てていくことは可能でもないし、望ましくさえない。このようなことを要求するのは、ひどい杓子定規であり、優秀な教師が義務として負うところの自立と男らしさについての指導にとって絶対に不都合なことである」[808]。裁判例でも既にRG一九〇四年二月一〇日判決（232）が、BGB八三二条の親の責任の判断に際して、教育についての親の裁量が考慮されるべきことを指摘し、さらにRG一九一三年一二月一五日判決（189）が成人近い息子に対する干渉を、その教育的効果に鑑みて、監督義務の範囲を越えるものとしていた。

その後、学説では教育的見地からの不法行為法上の監督義務の制限を説くものがときおり見られたが[809]、裁判例ではそのような制限の存在を明言するものが見られない時期がしばらく続く[810]。しかし、一九七〇年代に入ると立て続けに、BGB八三二条一項の事案においてこのような制限を考慮する態度を明確に打ち出す裁判例が続出し[811]、学説にも同様の見解を示すものが再び見出されるようになった[812]。そして、このような学説・裁判例の動きに呼応するかのように[813]、一九七九年には、身上監護に関する規定を含めた家族法の諸規定が全面的に改正されるに至る。第八被選期において当時与党であったSPD・FDP会派により連邦議会に提出された草案（SPD・FDP案）に基づく改正法は従来の「親権（elterliche Gewalt）」という概念を廃止し、両親の教育が子どもの保護や助成に向けられることを示す概念として[814]「両親としての世話（elterliche Sorge）」という概念を導入すると共に、とくに一六二六条二項一文には、「両親は、保護と教育に際して、自立し且つ責任を自覚した行為についての子どもの増大する能力及び増大する需要を考慮する」との規定を置いた。この規定の合憲性については憲法学説上疑義があるところであるが[815]、当時の改正法による一六二六条を事実上最終的に確定した連邦議会法務委員会では、この改正の趣旨、そしてとくに同条について以下のような報告がなされている。

「親子関係における増大する子どもの自己責任という思想の強化には、自立し、自己責任を意識した行為への子どもの増大する能力と増大する需要を両親が考慮すべきである（ＢＧＢ一六二六条二項）ということにより、より大きな権威が持たされるべきである」[816]。「委員会は、多数派をもって、親子関係はもはや親権関係と解されてはならず、両親としての世話－とくに身上の世話－という概念を用いることにより、両親の教育責任が一層子どもの助成へと向けられるべきであるとの考えである」[817]。「子どもは年齢の増加及び洞察力の増大と共に、年齢に応じた自立性へと手引きされなければならない。ＢＧＢ一六二六条二項の新文言は、この原則が普遍的に理解されることに寄与するものとされる。それによれば、両親は、自立し自己責任を意識した行為についての子供の増大する能力と増大する需要を承認し、子どもの保護と教育に際して考慮すべきである」[818]。「判例においては、両親としての世話の強さと機能は子どもの出生から成年の開始まで同じままではなく、変化することがますます承認される……。二項はこの事情を考慮している」[819]。

当時、一九七〇年代のＢＧＢ八三二条一項についての裁判例においても、このような子どもの人格発展の援助、それに伴う教育のあり方の変化という考えは共有されていた。例えば、ＢＧＨ一九七六年四月六日判決（253）は、既に見たように、燃料用アルコールの不適切な取扱いによる事故について以下のように述べている。「不適切な取扱いをすると危険になるあらゆる物から遠ざけておくことは、子どもと第三者を損害から保護するのに必ずしもよい方法ではなく、そのような物の責任を自覚した取扱いについて子どもをまさに教育することがしばしばよりよい方法となる。さらに、その経験領域をできる限り汲み尽くそうとする子どもを早期に実際に教育する必要性が加わる」[820]。また、ＢＧＨ一九七九年一一月二七日判決（196）は、これも既に見たように、飲食店でのけんかによる傷害事件について、次のように述べている。「何がＢＧＢ八三二条の要求に鑑みて監督義務として『十分である』と思われるかの判断に際しては、その少年を助けて人格を展開させること及び責任を自覚した独立した行為について彼に練習をさせることという、全体として

追求されている教育目的との考量に目が向けられなければならないということが顧慮されるべきであろう。……例えば、事情によっては、少年との接触やその者への影響力行使の可能性を失わないために、過度に厳格に扱わないこと、そして、両親の指示又は勧告の厳格な遵守に固執しないことが適切なことがある。さらに、ある措置の不首尾が予見できるときには、そのことがその措置を指示しないほうがよいものとすることがある。要するに裁判官は、両親又はその他の教育の権限を有する者にＢＧＢ八三二条に基づいて責任を負わせる際に、これらの者に是認し得る教育的な措置という一定の自由裁量の余地を与えなければならない」[822]。

その後も、学説・裁判例において、教育的見地から不法行為法上の監督義務が制限されるとするものがしばしば見出される[823]。このように学説・裁判例の双方において、教育的見地から不法行為法上の監督義務が制限されるということが、とりわけ近時理念的に承認されていると言ってよいであろう。

それでは具体的にどのような場合に不法行為法上の監督義務の限界が認められるのであろうか。監督措置が屈辱的措置に該当する場合にその措置を行う義務を親に課すことができないことについては争いがないであろう（ＢＧＢ一六三一条二項参照）。しかし、両親による子どもの人格発展の援助、それに伴う教育のあり方の変化という理念が具体的にどのような場面で不法行為法上の監督義務に制約を課すのかという点は、必ずしも一義的に明らかになるものではない[824]（実はこのことは屈辱的措置の禁止についても言える）。さらにまた、このことに関連して、現行ＢＧＢ一六二六条二項が指針だけを示すものであり、その違反に法的効果が直接に結び付られていない不完全法（lex imperfecta）であること[825]から、同項又はその理念が不法行為法上の監督義務の限界を画し得るのかが問題となるかもしれない。

しかし、現行ＢＧＢ一六二六条二項がlex imperfecta であるという点に関しては、学説では一般に、両親がこの二項の義務に著しく違反し、それにより子どもの幸福を危殆化するときにはＢＧＢ一六六六条（両親等による子供の福祉の

危殆化）により裁判所が介入し得ること、同項が裁判所での子どもの幸福を中心に置く諸判断において考慮されなければならないことが認められている点が注目されよう。[826][827] 期待不可能なことが不法行為法上も親に要求されるべきではないとすれば、親子関係への裁判所の介入を招くような措置を両親に対して要求することはできず、それ故、現行ＢＧＢ一六二六条二項は親の不法行為法上の監督義務の限界を法的に画する指針となると言うことができよう。[828] また、現行ＢＧＢ一六二六条二項が施行される以前の一九七〇年代において既に同項の根底にある理念に従って不法行為法上の監督義務の限界を認める裁判例が続出していたことに鑑みれば、少なくともその理念が不法行為法上の監督義務の限界を事実上画する指針となっていると言うことができよう。[829]

そこで、第一の問題である教育的見地からの不法行為法上の監督義務の具体的限界についてであるが、裁判例においてこれがどのような場合に認められているかを見てみると、大別して二つの類型が見出されるように思われる。すなわち、①監督措置を講じることにより子どもの行動の自由が過度に制限される場合と、②当該措置に教育的効果を期待できないか、或いはそれどころか有害な場合である。このような視点から裁判例を見てみると、例えば、先に掲げたＢＧＨ一九七六年四月六日判決は①に、ＢＧＨ一九七九年一一月二七日判決は②の類型に属するということができよう。[830] そして教育的見地からの不法行為法上の監督義務の制限を認める学説も多くは、こられの類型のいずれか、または双方の事案について監督義務の限界を語っていると見ることができる。

例えば、ケッツは、両親はＢＧＢ一六二六条、一六三一条による「監督権を、その子どものために、つまりその監督権が子どもの自由な人格の展開に役立つように行使しなければならない。このことは、監督の程度はその子どもの成熟の程度と健全な関係になければならないということを意味する。恒常的な監督、統制及び監視は、その子どもの人格の展開にとって促進するというよりもむしろ妨げとなり得るものである。……両親が監督措置を怠ったものの、それを講

じたとすれば教育目的に反したであろうという場合、そのような懈怠は両親の第三者に対する責任を基礎づけることができない[831]」とする。これは類型①の制約を語るものと見ることができる。また、カナーリスは、既に述べたように[832]不法行為法上の監督義務の設定を動的システム論の問題として捉える立場から、義務設定を妨げる方向での「要素としてはとりわけ人格権、及び、要監督者の発達のための自由の余地の考慮が関わり合う。両親は、さし迫った根拠がなければ、例えば恒常的にその子どもたちのズボンを（マッチや何かを探して）検査する必要はなく、子どもたちに原則として練習によって危険の取扱いを自ら身につける可能性を与えることが許される。両親は、成功の見込みが乏しい措置も通常は義務付けられておらず、その〔ような措置を講じた〕場合にさし迫る教育上の権威の喪失は、この場合にせいぜい僅かなものでしかない、危険回避への寄与とは釣り合わないことからなおさらである[833]」と述べる。これは、類型①②の制約の双方を語るものと見ることができよう[834]。

以上のように、ドイツの学説・裁判例の多くは、期待可能性の問題として教育的見地からの監督義務の限界を承認し、具体的には、①監督措置を講じることにより子どもの行動の自由が過度に制限される場合、又は、②当該措置に教育的効果を期待できないか、若しくはそれどころか有害な場合に、監督義務者が責任を免れることがあるとしている。それ故、このような視点から、一般的監督義務違反を理由とする両親への帰責も大きな制約を受けることとなろう。

(803) 期待可能性については他に、親の職業等による子どもの監督の制約という問題があるが、これは主として両親の間での監督についての役割分担や第三者への監督の委託という問題に連なるものである。この点についての検討は第三款で行うこととする。

(804) このように期待可能性を有責性の問題とするものとして、A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 118.

(805) Vgl. etwa RGRK-Kreft, a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 30.

(806) Staudinger-Belling/Borges(neubearb.), a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 135.

(807) Vgl. A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 118.

(808) Oertmann, a. a. O. (Fn. 222), §832 1a, S. 1098.

(809) Vgl. Enneccerus/Lehmann, a. a. O. (Fn. 222), §242ß Ⅱ, S. 985; Ohm, a. a. O. (Fn. 237), S. 781 ;Boscher, a. a. O. (Fn. 253), S. 889.

(810) この時期にそのような制限の存在を明言するものとしてはBGH一九五七年三月一九日判決（342）だけである。

(811) この種の裁判例はこの時期に集中している。LG Hildesheim 一九七一年一一月二四日判決（218）、OLG Karlsruhe 一九七二年一二月二一日判決（192）、LG Darmstadt 一九七三年一二月一三日判決（364）、OLG Hamm 一九七五年四月一八日判決（366）、BGH 一九七六年四月六日判決（253）、OLG Karlsruhe 一九七七年一二月四日判決（326）、OLG Celle 一九七八年一月一二日判決（370）、OLG Koblenz 一九七八年一一月四日判決（391）、BGH 一九七九年一一月二七日判決（196）参照。

(812) Vgl. Kötz, *Deliktsrecht*, (Alfred Metzner, 1976), S. 140f.. また、第二章第三節第二款二項のシャイメの見解も参照。

(813) 改正以前の関連する動きと改正経過については、横田守弘「親の教育権と国家の『監視』（二）」『西南学院大学法学論集』一一巻四号（平成元年）五九頁以下及び横田光平「親の権利・子どもの自由・国家の関与（五）」『法協』一一〇巻二号（平成二五年）一一五頁以下に紹介されている。

(814) Vgl. BT-Drucks. 8/2788 S. 33, 36.

(815) 横田（守）・前掲論文（註813）七八頁以下参照。但し、民法学者の多くは合憲性を認めるようである。Vgl. Erman-Michalski, a. a. O. (Fn. 567), §1626 Rz. 24; Pechel-Gutzeit in: *J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, (Dr. Arthur L.Sellier-Walter de Gruyter, 13. Aufl ,2002), §1626 Rz. 118 （以下Staudinger-Peschel-Gutzeitとして引用）;RGRK-Wenz, a. a. O. (Fn. 570), §1626 Rz. 28; Huber in: *Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gestezbuch*, (C. H. Beck, 4. Aufl., 2002), §1626 Rz. 63 （以下Münch/Komm-Huberとして引用）; dagegn Diederichsen, “Die Neuregelung des Rechts

der elterlichen Sorge", NJW1980, 3; Soergel-Sträz, a. a. O. (Fn. 567), §1626 Rz. 38. また、同条に対して批判的な学説が有力に主張されている点について、横田（光）・前掲論文（註813）（七）『法協』一二〇巻四号（平成一五年）一七六頁以下参照。

(816) BT-Drucks. 8/2788, S. 31.

(817) BT-Drucks. 8/2788, S. 33.

(818) BT-Drucks. 8/2788, S. 34.

(819) BT-Drucks. 8/2788, S. 44.

(820) VersR1976, 876.

(821) VersR1980, 279.

(822) 裁判例としてLG Hildesheim 一九八五年三月一四日判決（371）、OLG Hamm 一九九一年五月二日決定（198）、AG Bersenbrück 一九九三年三月三日判決（377）、LG Düsseldorf 一九九三年三月三日（378）参照。学説については本文後述及び後註834参照。

(823) 但し、現実の、とくにかつての裁判例においては監督義務に対して高度の要請をするものも多く見られ、学説ではこの点について、裁判所は両親に対して厳格であるとの評価がなされている。Vgl. Staudinger-Schäfer, a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 61a; Münch/Komm-Stein, a. a. O. (Fn. 223), §832 Rz. 19; Medicus, a. a. O. (Fn. 599), Rz. 861, S. 320.

(824) Vgl. BT-Drucks. 8/2788, S. 35, 48.

(825) Vgl. BT-Drucks. 8/2788, S. 45.

(826) Vgl. Diederichsen, a. a. O. (Fn. 815), S. 2;Erman-Michalski, a. a. O. (Fn. 567), §1626 Rz. 25;Staudinger-Peschel-Gutzeit, a. a. O. (Fn. 815), §1626 Rz. 125; Münch/Komm-Huber, a. a. O. (Fn. 815), §1626 Rz. 62; Palandt-Diederichsen, a. a. O. (Fn. 570), §1626 Rz. 23;dagegen Soergel-Sträz, a. a. O. (Fn. 567), §1626 Rz. 39.

(827) なお、SPD・FDP案と同一文言を有し、第七被選期において提出され可決に至らなかった連邦政府提出案の理由書では、「子どもがその事項を自ら判断することができるときに限り、両親は、両親としての世話の行使に際してそのことを考慮しなければならない」等とする連邦政府提出案一六二六条二項について、後見裁判所が子どもの幸福について判断

をしなければならないあらゆる手続においてその指導像が役割を演じるとし、その具体例の一つとして明文をもって草案一六六六条を挙げており、ＳＰＤ・ＦＤＰ案の理由書もこの連邦政府案理由書を援用している。Vgl. BT-Drucks. 7/2060, S. 16; 8/111, S. 13.

(828) また、家族法上の学説では、ＢＧＢ一六二六条二項がlex imperfecta であるか否かを問わず、教育的見地から監督義務に限界があることが一般に承認されている。Vgl. Staudinger-Salgo, a. a. O (Fn. 570), §1631 Rz. 43; Soergel-Strätz, a. a. O. (Fn. 567), §1631 Rz. 15; Münch/Komm-Hinz, a. a. O. (Fn. 570), §1631 Rz. 8. これらの見解はあくまでＢＧＢ一六三一条の監督義務について述べたものとも見られるが、そこでＢＧＢ八三二条一項についての裁判例が多数引用されている点は注意を要する。

(829) 現行ＢＧＢ一六二六条二項についての審議をした連邦議会法務委員会では、多数派は、「同項は、その指導像……により、両親に対する新たな要求を立てているのではなく、今日両親の極めて圧倒的多数がその未成年の子どもたちに対して既に実践していることを再現しているだけである」としていた。Vgl. BT-Drucks. 8/2788, S. 44. また、家族法に関する学説においても、例えばStaudinger-Donau, a. a. O. (Fn. 567), §1631, Rz18は、現行ＢＧＢ一六二六条二項の施行以前に既に、監督は第三者の危殆化を防ぐということが臆病且つ狭量に解されてはならないとして、子どもへの過度の干渉が教育目的に反することを指摘している。

(830) 詳しくは、裁判例192、198、253、326、342、364、366、370、371、377、378、391が①に、189、196、218が②に属すると言えよう。

(831) Kötz, a. a. O. (Fn. 222), Rz. 315, S. 126; Kötz/Wagner, Deliktsrecht, (Luchterhand, 10. Aufl., 2006), Rz. 342.

(832) 前註250参照。

(833) Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §79 Ⅳ 2c, S. 487.

(834) その他に、教育的見地からの不法行為法上の監督義務の制約を認める近時の見解として、vgl. Deutsch/Ahrens, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 334, S. 152; Esser/Weyers, a. a. O. (Fn. 230), §58 Ⅱ, S. 217; Albilt, a. a. O. (Fn. 244), S. 251ff.（但し、子どもの身体的不可侵性を重視し、結果として道路交通においては厳格な監督を要求する）; A. Fuchs, a. a. O. (Fn. 176), S. 158; Schoof, a. a. O. (Fn. 230), S. 75ff.; Staudinger-Schäfer, a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 57, 61a; Staudinger-Belling/Borges (neubearb. ), a. a. O. (Fn. 222), Rz. 80ff.; Münch/Komm-Stein, a. a. O. (Fn. 223), §832 Rz. 18f.（但し、「少年への影響力行

使の試みを見込みのないものと思わしめる両親の権威の喪失は、社会生活に対する彼らの責任を打ち消すことができないということが適当である」とする）；Schmid, a. a. O. (Fn. 245), S. 823;Großfeld/Mund, a. a. O. (Fn. 521), S. 1507. 但し、例えばドイチュのように、両親にとっての教育についての自由の余地を語るだけで、具体的にどのような場合に監督義務の限界を認めるのかを明らかにしていないものも見られる。

なお、Staudinger-Belling/Borges(neubearb), a. a. O., Rz. 80 は、BGB八三二条の監督義務に対してBGB一六三一条の教育を優先すべきとしている一部の学説は、教育権と監督義務の関係を誤解しているとしてケッツらの見解を批判し、教育の自律と他人の法益を守るための監督という両者の観点が相互に影響し、相償うとする。しかし、本文に見たように、これらの学説も常に教育目的が優先するとしているわけではないように思われる。但し、vgl. Schoof, a. a. O., S. 94. シューフは、民法の規定は憲法に沿うものでなければならず、BGB一六二六条二項は憲法の理念の表出であるとして、同条とBGB八三二条一項が衝突するときには前者が常に優先するとする。

### 第三款　監督の委託による帰責の限界

一般的監督義務違反を理由とする両親への帰責の制約に関する問題として、最後に、両親による第三者への子どもの監督の委託の問題を取り上げることとする。

BGB八三二条一項に関する裁判例ではときおり、とりわけ比較的初期の裁判例において、監督義務の内容を確定する際に考慮されるべき事情として監督義務者の「経済的状況」や「職業上の義務（Berufspflichten）」を挙げるものが見られ[835]、さらには、父親の職業活動を理由としてその責任を否定するかのように見られる裁判例（一九九）も存在する。このように監督義務の内容の確定に際して、親の経済状況や仕事によりその親の義務履行が事実上妨げられることを考

慮しようとすることは、監督義務者たる親にとっての期待可能性の観点から説明されよう。

しかし、他方で、このような経済的状況や「職業上の義務」が直ちに親の監督義務に対する要請を低下させる方向で作用するとすることに対しては異論が強い。例えば、オームは比較的早い時期に既に、両親の職業活動は監督義務の程度にとって重要であるが、「この観点が、監督義務者がその監督義務を余りに軽く解することが許されるということに至ってはならない」と述べ、外交員として週日は朝から晩まで顧客のところへ行く未亡人は少なくとも誠実な親族又は知人に子どもの世話を頼まなければならないとしていた[836]。さらに、最近ではベリング＝ボルゲスが、監督義務者が職業活動により事実上監督義務を履行できないことにより、期待可能性を援用して具体的な監督の要請の規範的範囲が限定されることに反対し、「―職業活動による―事実上の障害の事案において監督義務は組織構成義務（Organisationspflicht）の形で実現する」として、親の職業活動による監督義務の限定の問題は監督の委託の問題に連なることを明らかにしている[837][838]。従って、職業活動を行う親がそのことにより直ちに免責されると解する学説や裁判例は、ドイツにおいても実際にはほとんど見られない[839]。

そこで、親が職業活動により事実上監督を妨げられているときに要求される（もちろん監督の委託が行われるのはそのような場面に限らない[840]）監督の委託が行われるとき、委託者である親にはさらにどのような監督措置を講じることが要求されるのであろうか。

この点に関して、既に繰り返し述べたように、ドイツの学説では、監督義務者が監督を適切な第三者に委託した場合、委託者たる監督義務者は監督義務を免れるわけではないが、委託時の委託者の監督義務は受託者の指導・検査や被監督者に関する受託者への照会等に限定されるとの見解が見られる[841]。このような見解に従うとき、一見すると、委託者たる親の監督義務は委託前と比べ大幅に縮小され、子の加害行為についての親への帰責も大きく制約を受けるように見え

る。しかし、このような見解の論者が述べるところをより詳細に検討すると、果して監督義務が「縮小」されていると言えるのかとの印象を受けよう。他方、このような「縮小」を否定する見解についても、その論拠がＢＧＢ八三二条の監督者責任についてどの程度通用するのかとの疑問が生じる。これらの点について以下学説の見解を見ていこう。

第一に、適切な者への委託による委託時の監督義務の縮小を肯定する見解として、例えばアルビルトは、確かに一方では、委託時に委託者の講じるべき「補助的措置」としては受託者への説明・教示だけを要求する[842]。しかし、他方でアルビルトは、委託者の「残余の」義務（"Rest"-pflichten）の履行として、委託者は仕事のないときには自ら子の行態等を調査し、受託者及び第三者に対して子の行動に関して照会しなければならず、そのようにして得られた情報に基づいて自ら子に対して然るべき措置を講じ[843]、また、常日頃一般的指導をしなければならないとし[844]、さらに、委託者に付加的な義務が残らないのは監督の委託が短期間であり且つ私人に対するものである場合だけであるとしている[845]。このように、アルビルトは、監督の委託が行われることにより親の義務が「縮小」するとしながらも、これを短期間の委託に限り、また、委託者自身による子への働きかけを要求しており、果して「縮小」と言えるのかとの印象を受けよう。むしろ委託者固有の義務として受託者の指導・検査や受託者への照会の義務等が新たに付加されていると見ることもできるように思われる[846]。

他方、以上のような理解に対して、例えば、委託による監督義務の「縮小」に反対するベリング＝ボルゲスは、「第三者への監督の委託によって八三二条の意味での監督義務の根本的な変更を生じさせることは問題がある」として、以下のように述べる。「八三二条は監督義務者に監督の構成（Organisation）だけを〔委託の〕代償として要求しているのではなく、現実の具体的な監督の担保を要求する」のであり、「それ自体としては適切に選任され、優れた指導や検査がなされたが、具体的に必要な監督を全て怠った第三者に委託する者は、具体的な監督措置を担保するというその者自

身に課された任務を決して遂行していない」。BGB八三二条ではBGB二七八条（履行補助者の過失）の基礎にある考えが適用され[847]、委託者は「義務として負う行態を行うことによってのみその義務を履行するのであり、単に信頼できる第三者に委託や指導をするだけではその義務を履行していないという考えは、それほど筋道を外れたものではない」。

もっとも、ベリング＝ボルゲスも委託による義務の限定を一切否定するわけではない。「しかしながら、多くのことが、第三者への監督の委託を『結果関連的』監督義務で組織構成義務を作り出す事情として解さないことを物語るとき、その限りで何らかの限定をすることが当を得ている」。夫婦は、それぞれが監督義務を負っていることから、監督の任務の遂行を内部で分配する権限を有し、職業を持つ親は不在の間、他方に監督を委託することができる。「その限りで、その者は、監督措置に関してパートナーシップによるコミュニケーションや取決めをなすこと、及び、他方の親が監督[848]の要請を解決するだけの能力を肉体的及び心理的に備えているかどうかを調べることについてだけ義務を負うべきである」。ベリング＝ボルゲス[849]は以上のような「限定」を夫婦間での委託に限り、その他の者に対する委託についてはこれを認めないようである[850]。

以上のベリング＝ボルゲスの見解は、監督の委託が「組織構成義務」の問題であるとの前提に立ち[851]、組織構成義務の領域では責任の免責的委譲をなし得ないとするフォン・バールの見解に依拠するものと見られる[852]。バールによると、委託者に向けられている危険制御命令を補助者に委託する場合に委託者に課される組織構成義務は、「責任を縮減する機能のない、〔委託〕前と変わらずに存在する社会生活上の義務から生じる任務」であり、「本来の義務の内容が変わるのではなく、より正確に言うと、保証にまで高められた、監督義務の終わりなき連鎖は、補助者の機能不全は、その負担する命令の実行を自ら行う第一次義務者の機能不全と同じ範囲で帰責されるという原則の現われである[853]」。しかし、

他方で、委託者・受託者双方が固有の社会生活上の義務を負う場合には異なり、両者が全く異なる理由から責任を負い或いは免れることがあり、それぞれの義務領域は固有の準則に従って導き出される。[854]

しかし、バールが「組織構成義務」を語るとき、その念頭に置かれているのは主として被用者の行為についての使用者の責任であり、[855]とくにＢＧＢ八三二条一項による責任では親族や知人への子の監督の委託が問題となることに鑑みると、彼の言う「原則」をしてこの責任一般についても貫徹させるべきであるとすることには[856]疑問なしとしない。実際、組織構成義務についての考慮と同様の考慮を社会生活上の義務の委託一般へと及ぼすことに対して通説は否定的であり、例えばカナーリスは、「社会生活上の義務を負う者は、彼が第三者を秩序に従い選任したときには、この第三者の過ちについて自ら責任を負わないという原則を出発点とすべきである」としている。[857]さらにＢＧＢ八三二条一項に関する裁判例においても、監督の委託がなされていたという事実から直ちに親の責任が肯定されているわけではないことは明らかである（とくに夫婦間以外での委託に関し、委託者たる親の責任を否定する裁判例226、278、280、322、340、350、357、358、373、384、390参照[858]）。また、ベリング＝ボルゲス自身、上述のように、「結果関連的」監督義務からなる組織構成義務が夫婦間での委託の場合には「限定」されるとするところ、少なくともこの場合には「縮小」肯定説と結論において異ならないと見るべきであろう。

以上のことからすれば、監督の委託が行われる場合に親にどのような監督義務が課されるかという点については、（とくに夫婦間での監督の委託が問題となるときには）委託により委託者の監督義務が「縮小」されるか否かという点よりも、監督の委託によりどのような監督義務が委託者たる親に付加的に課されるのかの検討が重要であると言うことができよう。そして、「縮小」を肯定する立場に立つとしても、委託者たる親にはその者のなし得る範囲内で従前の監督義務が変わらずに存続すると共に、委託者固有の義務として適切な受託者の選任、受託者への教示・照会及び受託者の検

査の義務が付加的に課されると見られることから、いずれにしろ、監督の委託による一般的監督義務違反の帰責の制約はそれほど問題とならないと言うことができよう。

(835) 裁判例としては、必ずしも本稿において該当部分が引用されているわけではないが、例えば188、190、200、241、268、289、322、337、342、346を参照。いずれも一九六〇年代初頭以前の判決である。さらに初期の学説として、vgl. Planck-Greiff, a. a. O. (Fn. 232), §832 2a S. 1789; Staudinger-Engelmann, a. a. O. (Fn. 222), §832 Ⅳ 1b S. 1774.

(836) Ohm, a. a. O. (Fn. 237), S. 781.

(837) Staudinger-Belling/Borges(neubearb.), a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 74, 112ff.

(838) その他に職業活動等が直ちに監督義務懈怠を否定するものではないとするものとして、vgl. Staudinger-Schäfer, a. a. O. (Fn. 222), Rz. 59; RGRK-Kreft, a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 30; Erman-Drees, a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 6; Koebel, a. a. O. (Fn. 258), S. 2227; Immenga, a. a. O. (Fn. 258), S. 314; Dahlgrün, a. a. O. (Fn. 237), S. 189f.; Albilt, a. a. O. (Fn. 244), S. 157ff; Scheffen/Pardey, a. a. O. (Fn. 251), Rz. 134ff.; Schoof, a. a. O. (Fn. 230), S. 71, 130. また、Schmid, a. a. O. (Fn. 245), S. 822f. は、BGB二七六条一項二文においては客観的基準が肝心であり、監督義務も客観的概念であることから、監督義務者の個人的状況は考慮されるべきではないとしており、このような見解に従えば、監督義務者の職業活動も考慮されないこととなろう。

Albilt, a. a. O., S. 158f. は例外として具体的に、①両親が共働きをし、それにもかかわらず有償での監督の委託を行うのに十分な報酬を得ておらず、無償での監督の委託の可能性を有していない場合、②一方の親が仕事のため不在にし、他方の親が幼い子どもたちの世話と家事を一人でしなければならない場合を挙げるが、これに対して、Staudinger-Belling/Borges(neubearb.), a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 74f. は、このような場合にも監督義務に対する厳格な要請が認められることがあるとする。

(839) 田口・前掲論文（註14）四九頁は、親が職業についているという事情を裁判所は格別考慮しているわけではないと見て

いる。これを敷衍すれば、親の職業活動の問題は監督の委託の問題のうちに解消されていると言えよう。これに対し、親の経済状況や職業活動が監督義務に対する要請を低下させることに対して肯定的な見解として、vgl. Deutsch/Ahrens, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 334 S. 152.

(840) 学説では監督の委託を行うことは特別な事情がなくとも許されるとされる。Vgl. Staudinger-Belling/Borges(neubearb.), a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 113; Albilt, a. a. O. (Fn. 244), S. 180; Hartmann, a. a. O. (Fn. 240), S. 22.

(841) 前註259参照。

(842) Vgl. Albilt, a. a. O. (Fn. 244), S. 190f.. 但し、委託による監督義務の限定に反対する見解は一般に、受託者への教示・照会及び受託者の検査の義務への限定を指して「監督義務の縮小」と呼ぶ。Vgl. Staudinger-Belling/Borges(neubearb.), a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 120.

(843) Vgl. Albilt, a. a. O. (Fn. 244), S. 191ff..

(844) Vgl. Albilt, a. a. O. (Fn. 244), S. 194ff.. 以上の点につき同旨として、Schoof, a. a. O. (Fn. 230), S. 71f..

(845) Vgl. Albilt, a. a. O. (Fn. 244), S. 196f.. また、Scheffen/Pardey, a. a. O. (Fn. 251), Rz. 129 は、監督の委託が行われるとき監視が本来の監督に代り、このことは「免責の可能性のない監督」を意味するとする。

(846) Staudinger-Schäfer, a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 42 が、「八三二条一項による監督義務は、直接的な監督遂行を対象とする八三二条二項による引受人による監督義務よりも広い範囲に及ぶ」と述べるのはこの趣旨と見られる。本稿の第二章第二節第五款も参照。

但し、学説では、夫婦間での監督の委託の結果、受託者たる母親は委託者たる父親よりも高度の義務を負わされているとの指摘が見られる。Vgl. Immenga, a. a. O. (Fn. 258), S. 314f.; Großfeld/Mund, a. a. O. (Fn. 521), S. 1508. このような見解に従えば、委託による父親の義務の「縮小」を語ることができるかもしれない。

(847) 前註798参照。

(848) Staudinger-Belling/Borges(neubearb.), a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 123ff.. また、ベリング＝ボルゲスは、アルビルトら「通説」に対し、「縮小」のためには少なくとも（夫婦間での委託を除き）受託者にＢＧＢ八三二条二項の責任が成立し得ることが必要であるとして、譲歩するかのような姿勢を示している。Vgl. Staudinger-Belling/Borges, a. a. O., §832 Rz. 126.

(849) Vgl. Staudinger-Belling/Borges(neubearb.), a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 130.

(850) 以上のベリング＝ボルゲスの見解と同旨として，vgl. Hartmann, a. a. O. (Fn. 240), S. 23ff..

(851) Vgl. Staudinger-Belling/Borges(neubearb.), a. a. O. (Fn. 222), §832 Rz. 74, 120; vgl. auch Hartmann, a. a. O. (Fn. 240), S. 23.

(852) ベリング＝ボルゲスと同様の見解に立つハルトマンはこのことを明言する。Vgl. Hartmann, a. a. O. (Fn. 240), S. 25.

(853) v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 270.

(854) Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 274.

(855) Vgl. v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 240ff.. 但し，バールは，「責任の縮減」をBGB八三三条一項による責任についても認めない。Vgl. v. Bar, a. a. O, S. 271; *ders.*, VersR1981, 761. そもそも組織構成義務がBGB八三一条の免責立証を回避することを目的としていたことについて，潮見佳男「ドイツにおける組織過失の理論」林良平先生献呈論文編集委員会（編）『現代における物権法と債権法の交錯』（有斐閣・平成一〇年）一一〇頁以下参照。バールは，事業者の一般的監督義務としての組織構成義務についても，団体構成上の組織構成義務（körperliche Organisationspflicht）の場合と同様に，「この場合にも，第一次安全義務者に常に一般的監督義務が残り，使用者はこの義務から逃れることはできないという命題が，危険を最小限にする義務と関わりがあるのではなく，その請求権の経済的貫徹可能性と大いに関わりがあるということが認められる」とする。v. Bar, a. a. O. (Fn. 240), S. 259.

(856) 前註848参照。とくに，監督の委託による義務減少効の要件として少なくとも監督権限の移転を要求する点からは，資力ある賠償義務者の確保という考慮の存在が窺われる。ハルトマンはこれを明言する。Vgl. Hratmann, a. a. O. (Fn. 240), S. 24.

(857) Larenz/Canaris, a. a. O. (Fn. 222), §76 Ⅲ 5c, S. 419f.（カナーリスも，委託者には受託者の検査・監視の義務があるとする）. Vgl. auch Deutsch/Ahrens, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 273, S. 130; Medicus, a. a. O. (Fn. 603), Rz. 656, S. 453f.; Esser/Weyers, a. a. O. (Fn. 230), §55 Ⅴ 2b, S. 181; Erman-Schiemann, a. a. O. (Fn. 616), §823 Rz. 85f.; Soergel-Zeuner, a. a. O. (Fn. 222), §823 Rz. 214; Staudinger-Hager, a. a. O. (Fn. 602), §823 Rz. E60ff.; dagegen Larenz, a. a. O. (Fn. 573), §72 Ⅰ d, S. 614f.; Kötz, a. a. O. (Fn. 222), Rz. 239, 274; Kötz/Wagner, a. a. O. (Fn. 831), Rz. 280.

# 第四章　日本法への示唆

## 第一節　わが国の問題点とドイツの議論のまとめ

これまでの検討から明らかになったわが国における監督者責任の問題点とドイツにおけるＢＧＢ八三二条一項に関する議論をまとめると、以下のように言うことができよう。

わが国の旧民法典三七一条及び三七二条は、起草者のボワソナードによれば、結果責任又は代位責任ではなく推定された自己の懈怠（négligence）に基づく責任であり、懈怠の推定を覆すことを許すものであった。そして、ボワソナードはこの「懈怠」を「監督」又は「監視」の欠如に加えて「悪い教育」が行われていたことを指していると解していたと見られるものの、「悪い教育」がどのような内容を有するかに関してボワソナードは明確な考えを持っていなかったようである[858]。この旧民法の修正として作られた現行民法典七一四条に関しても、法典調査会委員の間では過失責任主義に基づくものであるとの点で意見が一致していたようであり、ただ、過失責任主義との関係から異論があったにもかかわらず、過重な責任からの後見人の保護という観点から補充性が認められたと窺われる。しかし、ここでも監督義務の内容については、「教育ガ足リナカツタ」ことを含むと解されていると見られるところ、それが具体的にどのような場合を指すのかは明らかにされなかった[859]。

このように七一四条責任の帰責根拠を過失責任主義に求める起草者の見解に対し、現行民法施行後のわが国の学説においては、当初は起草者の見解に従い七一四条の帰責根拠が過失責任に求められていたものの、大正後期から昭和初期にかけて、七一四条の帰責根拠を立法政策や家団論に求める見解と並び、七一四条責任における監督義務と七〇九条の

過失の「相違」を意識し、この責任を「中間責任」とする見解が形成された。しかし、この「中間責任」説は、七一四条責任の帰責根拠がどこにあるのかを述べるものではなく、それ故か、「一般的監督」の内容に関する理解も論者により広狭様々であった。[860]このような七一四条責任の帰責根拠に対する理解の曖昧さはその後の松坂説に受け継がれたと言える。

もっとも、その後、監督者責任の統一的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学説が見られるようになった。これらの見解を大別すると、①七一四条責任及び七〇九条責任の帰責根拠を過失責任主義に求めるものと、②それ以外の帰責原理に求めるものに分けることができる。しかし、これらの見解についても、①の見解に対しては、統一的帰責根拠を想定しながら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は何故か、②の見解に対しては、その帰責根拠に関する理解と監督義務の内容及び構造に関する理解がどのような関係にあるのかが明らかではないという問題を指摘することができた。[861]

さらに、監督義務の内容及び構造に関するわが国の学説の現在の到達点であるとも言える平井説の理解は、わが国の監督者責任に関する裁判例を検討するとき、現実の裁判例（とくに七〇九条責任に関する裁判例）における監督義務の内容及び構造を説明し尽くすには適さないと言えよう。[862]

そこで、規定の構造において七一四条と類似するＢＧＢ八三二条一項を持つドイツにおいて、その帰責根拠並びに監督義務の構造及び内容に関してどのように理解されているのかを見るとき、以下のことが明らかになった。

ＢＧＢ施行以前の一九世紀普通法の時代には、子の加害行為についての親の責任は、不作為不法行為についての責任一般を否定する見解を別として、親の責任が古典期ローマ法の actio sine noxae deditione に由来するものであったことから、子の当該加害行為を親が現に知っていること（scientia）を必要とする見解が学説及び裁判例において見られた。

さらに裁判例では「教育」や「しつけ」といったscientia責任とは相容れない概念が持ち出されるようになっていたものの、その実体は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であった。[863] しかし、BGBの起草者は、一方で、このような親の責任の成立に慎重な普通法の態度とは異なり、scientiaを要求することなく、「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することが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」に基づいて、子の加害行為について親が責任を負うとし、他方で、この責任が親の過責に基づく責任であることを明らかにし、「教育」や「しつけ」という概念に言及することはなかった。[864]

このような起草者の見解が受け継がれ、BGB八三二条一項は親の推定された過責に基づく責任を定めたものであるとの理解はその後も現在に至るまで維持されているものの、わが国の七一四条責任に関する理解とは異なり、監督の必要性を基礎づける事情（「監督の根拠」）についての証明責任が被害者側に課されているとの理解（多数説）などから、BGB八三二条一項の責任は、補充性なくして証明責任が転換されているにもかかわらず、むしろわが国の七〇九条責任に近いと言うことができ、裁判例においても多数説の理解に沿う運用がなされている。[865] さらに、学説においては「監督と教育の分離」原則が一般に承認されており、[866] 以上のような学説の理解に従えば、ドイツでは子の加害行為についての親の責任の成立に慎重な態度がなお支配的であると言えよう。しかし、この「監督と教育の分離」原則について言えば、ドイツにおいてもその内容に関する理解は一様ではなく、監督と教育の相関関係が認められ、この原則が必ずしも厳格に貫徹されているわけではない。むしろBGBの沿革や普通法下の実務で培われた態度の影響の下、RGの裁判例に関する理解の歪曲の結果もたらされたものだと言うことができる。[867] また、ドイツにおいても、わが国の裁判例と同様に、具体的加害行為の予見可能性が直ちに認め難い事案において親の責任を肯定する裁判例、すなわち一般的監督

義務が問題とされる裁判例を見出すことができる。[868]

この一般的監督義務が、有責性原理に立脚するとされるBGB八三二条一項とどのように調和し得るのかという問題については、BGB八三二条一項の監督義務が社会生活上の義務の一種であるとの学説の指摘が手がかりを与える。

ドイツ民事不法論における行為不法論の展開により社会生活上の義務を作為不法行為について想定するための理論的素地が形成され、フォン・バールによれば、裁判例においては、主としてこの作為不法行為（間接侵害）における社会生活上の義務の機能として「有責性関連の短縮（Verkürzung des Verschuldensbezuges）」による責任の厳格化が認められた。[869]すなわち、社会生活上の義務の事案では、学説では一般に、義務を基礎付ける事情及び義務違反の認識可能性と義務履行の期待可能性が有責性の要素として認められるところ、この義務を基礎付ける事情の認識可能性として抽象的な法益侵害の予見可能性で足りるとすることにより有責性の連結点が前進させられるというのである。他方、この「有責性関連の短縮」に対しては有力な反論も見られよう。しかし、これらの論争を眺めたとき、結論において両者の見解に大きな隔たりがあるとは解されず、この論争の意義は「抽象的危険」の予見可能性に基づいて行為者に責めを負わせ得る場合があることを明らかにした点に認められる。もっとも、「具体的危険」と「抽象的危険」の区別に意義がないわけではなく、後者の危険しか存在しない場合に行為者に責めを負わせるときには特別な根拠、すなわち社会生活上の義務の成立根拠が要求されることとなる。[870]そしてこの「抽象的危険」についての責任は、ドイツでは、有責性原理を維持しようとの傾向の下、危殆化責任との接近が意識されながらも、拡張された有責性原理の枠組みの中に位置付けられ得るとされる。[871]このような社会生活上の義務の一般論を監督義務に投射したとき、BGB八三二条一項の監督義務のドイツ不法行為法における位置付けが明らかになる。すなわち、一般的監督義務違反に基づく帰責とは、監督者責任という不作為不法行為において子の加害行為の「抽象的危険」について監督義務者に責任を負わせるものであり、一般

的監督義務も有責性性原理に立脚するＢＧＢ八三二条一項の監督義務として位置付けられる。[872]

そこで、この一般的監督義務がどのような場合に問題とされるのか、社会生活上の義務としての監督義務がどのような根拠に基づくのかという問題に対しては、動的システム論の観点からのアプローチが有益である。社会生活上の義務の成立根拠について動的システム論の観点から検討を加える論者の述べるところは様々であるが、それらの根拠は危険支配、危険増加、利益享受、信頼原理という要素乃至原理に集約され、また、私見によれば、補充的且つ優越的原理としての保護利益等級原理がここに加わると言える。[873] 論者によっては保険経済からの配分的要素が挙げられるが、これが社会生活上の義務を基礎づける原理として異論なく承認されているとは言い難い。[874] 以上の成立根拠をＢＧＢ八三二条一項の一般的監督義務の成立根拠として引きなおしたとき、利益享受という要素乃至原理を除くその他の要素乃至原理はＢＧＢ八三二条一項においても監督義務を基礎づけるものと見ることができ、とくに危険支配と言う要素乃至原理は立法者の見解にも合致する。そして、監督義務という法律に「書かれた」社会生活上の義務については、親子関係（＝危険支配の法的可能性）があるだけで既に作為義務の設定という社会生活上の義務の機能が作用し、危険増加や事実上の危険支配等のその他の要素乃至原理が認められるときに初めて「抽象的危険」についての帰責という機能が作用すると言うことができる。[875]

もっとも、一般的監督義務を基礎づけるメルクマールが見出される事案においても、この義務の違反を親に帰責することには限界がある。とくに問題となるのは、証明責任の転換と教育的見地からの監督措置の限界であり、前者については、前述のように、監督の根拠の存在に関する証明責任が原告に課されることから、この証明の失敗により親への帰責が妨げられることとなる。[876] 後者については、とくに家族法改正が議論された一九七〇年代以降、子どもの人格発展の援助とそれに伴う教育のあり方の変化という観点から親の監督義務に限界を認める裁判例が続出しており、具体的に

は、①監督措置を講じることにより子供の行動が過度に制限される場合、②当該措置に教育的効果を期待できないか、或いはそれどころか有害な場合に、親の監督義務の限界が認められている。[877] この他に、監督の委託が行われた場合に親の監督義務が「限定」されるとする見解も見られるが、現実にはむしろ委託者固有の義務が親の監督義務として付加されており、一般的監督義務違反の帰責を限定する事情としてはそれほど問題とならない。[878]

過失責任主義の観点からわが国の監督者責任を見直そうとの本稿の立場に立つとき、わが国の解釈論について具体的にどのような示唆を上述のドイツにおける議論から得ることができるのか。次節においてわが国の裁判例とドイツの裁判例双方における監督義務の判断枠組みについて、若干の類型的比較を試みた後、第三節において、ドイツ法から得られる示唆について述べてみたい。

(858) 第一章第一節第一款第一項参照。
(859) 第一章第一節第一款第二項参照。
(860) 第一章第一節第二款第一乃至三項参照。
(861) 第一章第一節第二款第四項参照。
(862) 第一章第二節及び第三節参照。
(863) 第二章第一節第一款第一項参照。
(864) 第二章第一節第一款第二項参照。
(865) 第二章第一節第二款第一項及び第二項並びに第二節第五款参照。
(866) 第二章第一節第二款第二項参照。フォン・バールは、両親の責任に関する不法行為法の特別規定の本質的な目的が、家族法上に根ざす教育義務にも第三者を保護する性格を付与することにあるか否かという問題について、ドイツでは「謙抑

的な態度」がとられていると評する。フォン・バール著（窪田充見編訳）『ヨーロッパ不法行為法（一）』（弘文堂・平成一〇年）一五五頁参照。

(867) 第二章第三節第二款及び第三款参照。
(868) 第二章第二節、とくに第五款参照。
(869) 第三章第一節第一款参照。
(870) 第三章第一節第二款参照。
(871) 第三章第一節第三款参照。
(872) 第三章第一節第四款参照。
(873) 第三章第二節第一款参照。
(874) 第三章第二節第三款参照。
(875) 第三章第二節第二款参照。
(876) 第三章第三節第一款参照。
(877) 第三章第三節第二款参照。
(878) 第三章第三節第三款参照。

## 第二節　日独裁判例の若干の類型的比較

一般的監督義務が問題となる事案のメルクマールに関して、ドイツの裁判例の大まかな分析から明らかになった点は、既に第二章第二節第五款で述べた通りである。すなわち、第一に、①当該加害行為に使用された物の親による保管の不備、①当該加害行為に使用された物の親から子への供与、②「特定化された行為」を誘発する環境の親による看過、②「特

定化された行為」を誘発する環境の親自身による設定、③「特定化されていない危険」が親に知れていたこと、③「特定化されていない危険」の存在、④子が乗り物を利用することといった事情が存在するときには、一般的監督義務が問われ、又は、「特定化された行為」が事件・事故前に現われていなかったにもかかわらず、具体的監督義務違反が肯定される。第二に、但し、事案類型及び子の年齢階層に応じた相違が見出され、(イ)一六歳以上の未成年者に関する裁判例では、交通事故において上記の事情の存在だけではなく子の年齢や被侵害利益の性質が顧慮されていると見られ、(ロ)一二歳以上一六歳未満の未成年者に関する裁判例では、交通事故に関してこのような顧慮はなされず、(イ)においてさほど考慮されていなかった「特定化されていない危険」が重視され、(ハ)七歳以上一二歳未満の未成年者に関する裁判例では、「特定化されていない危険」が親に知られていなかったときでも一般的監督義務が問題とされるほか、いたずら・けんか・失火に関する裁判例ではほぼ常に一般的監督措置（定期的監視・教示）を講じることが要求され、(ニ)主として七歳未満の未成年者である責任無能力者に関する裁判例では、事案類型を問わず親に一般的監督義務（主として定期的監視・教示を行う義務）が課されるというものであった。

これらドイツの裁判例において一般的監督義務が問題とされる事案のメルクマールを、事案類型に即して、とくにわが国の裁判例とドイツの裁判例との異同に着目して、わが国の裁判例におけるそれらと比較するとき、以下のことが言えよう[879]（以下では事案類型及び子の年齢階層の点で対応する裁判例が存在するものについてのみ述べる）。

（一）わが国の責任能力者に関する裁判例とドイツの一二歳以上の未成年者に関する裁判例との比較

わが国の七〇九条責任に関する裁判例については、既に述べたように（第一章第三節参照）、一方で帰責根拠に対する理解の曖昧さとそれに由来する、監督義務の理解に対する混乱が一部で見られる。しかし、他方で、特に交通事故並

びに一六歳未満の責任能力者に関する一部の裁判例（故意の犯罪、遊戯・スポーツ事故）において、一般的監督義務違反が問われる事案のメルクマールとして概ね、被侵害利益の性質、「特定化されていない危険」、「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、乗り物の利用といった事情の存在が窺われる（第一章第二節第一款第二項第八目も参照）。これらのメルクマールが存在する場合に一般的監督義務が問題とされる傾向はドイツの裁判例、とくに一二歳以上一六歳未満の未成年者に関する裁判例のそれと対応するものである（第二章第二節第二款第七項及び同第五款参照）。また、交通事故につき、わが国で一六歳未満の子に関して右の諸事情がなくとも一般的監督義務違反が問われる事案がある点は、この事案（裁判例99）が道路へ飛び出した子を避けようとした自動車の毀損事故に関わるものであり、ドイツでは同種の事案（裁判例246）が、親の眼前での事故であったことから具体的監督義務違反のみが問われるにとどまったという事案の相違を指摘することができよう。さらに、いたずら及び一六歳未満の子による未成年者同士のけんかに関する裁判例についてわが国では右の諸事情がなくとも一般的監督義務違反が問われ、ドイツではこれらの事実がなければ具体的監督義務違反が問われて親の責任が否定される。しかし、わが国の裁判例が、「特定化された行為」が存在しなかった場合に結論において親の責任を否定していることに注意すべきである（第一章第二節第一款第二項第三目及び第二章第二節第一款第三項参照）。

ちなみに、わが国の一六歳以上の責任能力者に関する裁判例とドイツの一六歳以上の未成年者に関する裁判例を比較すると、一方で交通事故については、わが国の事案の大部分を占める交通事故がいずれも一九六〇年代後半以降の事案であり、他方ドイツの裁判例の事案がいずれも一九六〇年代後半以前の事案であること、この時期を境とした前後の自動車に対する評価に隔たりがあると考えられることから、単純な比較をすることはできない。しかし、双方共に被侵害利益の性質や子の年齢を考慮していると見られる点は注目されるべきであろう（第一章第二節第一款第一項第三目及び

第二章第二節第一款第四項参照）。他方で故意の犯罪については、ドイツの裁判例では「特定化されていない危険」等の事情が存在するときでも具体的監督義務違反だけを問題として親の責任を否定する裁判例が数多く見られる点が、わが国との相違で目を引く。これは、ドイツの裁判例における事案に即した判断の結果ということにもよろうが、それ以上に、ドイツにおいて教育的見地からの監督義務の制限という考慮が強く働いているためである（第二章第二節第一款第一項参照）。

以上のように見てくると、わが国の七〇九条責任に関する裁判例における（事案から見出される限りでの）監督義務の判断の枠組みとドイツの裁判例における判断の枠組みとでは大きな隔たりはないように思われる。確かに、子の年齢が比較的高い場合、ドイツでは教育的見地からの監督義務の限界が強く意識される点はわが国の裁判例とは異なろう。しかし、その他の点については、事案の相違に基づく監督義務の内容及び構造上の相違が見られるものの、前記①乃至④の事情が存在するとき、事案類型によっては子の年齢や被侵害利益をも考慮して、（わが国の裁判例の一部に見られる混乱はしばらくおくとして）原則として親に一般的監督義務違反が帰責されると見るべきであろう。なお、わが国とドイツの裁判例の相違として挙げた教育的見地からの監督義務の限界という点につき、わが国においても近時その限界を意識したと見られる最高裁判例（最判平成一八年二月二四日判時一九二七号六三頁[880]）が現れている。

（二）わが国の責任無能力者に関する裁判例とドイツの一二歳未満の未成年者に関する裁判例との比較

わが国の七一四条責任に関する裁判例は、既に述べたように、子の従前の「特定化された行為」を認定することも、また、そのような行為の予見可能性に言及もせず、親の監督義務違反を認めていることから、親の一般的監督義務違反を肯定していると見られる（第一章第二節第二款第一項第九目及び同第三項並びに同第三節参照）。

他方、ドイツでも、いたずらによる事故、七歳未満の子による交通事故、七歳以上の責任無能力者による未成年者同士のけんかに関する裁判例でも、監督の必要性を基礎付ける事情がなくとも一般的監督義務違反が問われている（第二章第二節第三款第八項及び第四款第七項並びに同第五款参照）。また、わが国の七歳以上の責任無能力者による交通事故に関する裁判例では全て自転車による加害が問題となっているところ、ドイツの七歳以上一二歳未満の未成年者による交通事故に関する裁判例でも、乗り物による加害が問題となるときには、交通教育という形での一般的監督措置が親に要求されている（第一章第二節第二款第一項第六目及び第二章第二節第三款第五項参照）。

但し、ドイツでは、七歳以上一二歳未満の未成年者による故意の犯罪及び遊戯・スポーツ事故に関する裁判例では前述の①乃至③のような監督の必要性を基礎付ける事情が存在するときにだけ一般的監督義務違反の責めを親に負わせると見られる裁判例が少なくない点、また、七歳未満及び責任無能力者に関する裁判例を含めて、一般的監督義務を負うとされる親が免責される場合がある点が、わが国の裁判例と大きく異なる。後者の点についてはその背景として、（とくに定期的監視や教示をなす）一般的監督義務の程度や監督義務違反に関する立証責任の理解がドイツとわが国において異なることを第一に挙げることができよう。しかし、その他に、事案の相違を指摘することができる。ドイツで親の責任が否定されている事案は、例えば交通事故に関する裁判例では、わが国の七一四責任に関する唯一の免責事例と同じ、道路へ飛出した子を避けようとした自動車運転者の事故であり、この種の事案はわが国ではほとんど問題となっていない（第二章第二節第三款第五項及び同第四款第四項参照）。また、いたずらによる事故に関する裁判例では、ドイツで親の責任が否定されている事案の半分以上を物の毀損の事案が占めている（第二章第二節第四款第三項参照）のに対し、わが国のいたずらによる事故に関する裁判例は全て生命・身体侵害の事案である。

なお、失火に関する裁判例について、ドイツにおいて親の責任を肯定する裁判例が、親の責任要件としてその重過失

を要求してはいないものの、加害行為に使用されたマッチやライターの保管態様や子の従前の「特定化されていない危険」から親の監督義務違反を導き出している点は、わが国の裁判例との対比において、監督義務違反の判断に際していかなる点に着目すべきかという点に関して興味深い。すなわち、ドイツの裁判例では、失火の予見可能性を厳格に要求してはいないものの、子の行為の悪性（他人の建物への侵入）から失火についての監督義務違反を導き出すという態度は見られない。さらに、火災保険料を負担する使用賃借人の責任制限の要件等として重過失の有無を判断する裁判例（385、386）が、客観的事情と親の主観的面双方を考慮している点は、親の責任要件としてその重過失を要求するわが国の裁判例にとっても参考となろう。

（879）なお、ドイツの裁判例では学校事故がほとんど見られず、従っていじめという事案類型も全く見られない。ドイツでは、一九七一年四月一日以降、事故保険の対象となる学校事故が大幅に拡張され（BGBl. 1973 I . S. 273）、人的損害に関して、故意により若しくは一般社会生活への参加に際して引き起こされた事故（一九九七年一月一日の社会保障法典（SGB）第七編施行以降は同八条の意味での「通勤災害（Wegeunfall）」ではない場合、又は、これらの事故でも法律等により社会保険負担者から受け取った給付については、加害児に賠償請求し得ない。ライヒ保険法（RVO）五三九条一項一四号、六三六条一項及び六三七条四項、並びに、SGB第七編二条、一〇四条及び一〇五条参照。Vgl. Albilt, a. a. O. (Fn. 244), S. 265ff.; Kötz, *Deliktsrecht*, (Luchterhand, 6., überarb. Aufl., 1994), Rz. 595ff., 617f., S. 228ff., 235f.; *ders*, a. a. O. (Fn. 222), Rz. 595ff., 617f., S. 229f., 236. 従って、一九七一年四月一日以降過失による裁判例が見られない点はこのことから説明され得よう（学校事故で物的損害が問題とされることは稀である点はわが国でも同様である）。しかし、このことをもってしても、一九七一年四月一日以降故意の加害等についての請求が見られない点、また、とりわけ、それ以前において学校事故がほとんど見られない点は説明され得ない（学校事故が連邦法により事故保険の対象とされる以前にお

いてもラント法により被害者の救済が図られていたようであるが、これらの救済が不十分であることが事故保険の対象を拡張した理由であることからすれば、このようなラント法の存在をもって学校事故が見られないことの理由とすることもできないであろう。Vgl. BT-Drucks Ⅳ/1333 S. 3.）。これらの点がいかなる理由によるのかについては、機会を改めて検討したい。

(880) これについては、拙稿「最判平成一八年二月二四日評釈」『判時』一九五〇号（二〇〇七年）一八八頁以下参照。

## 第三節　監督者責任の再構成

### 第一款　わが国への示唆

過失責任主義の観点からわが国の監督者責任を見直そうとする本稿の立場に立つとき、わが国の解釈論について具体的にどのような示唆を上述のドイツにおける議論、そしてドイツの裁判例とわが国の裁判例との類型的比較から得ることができるのか。最後にこの点に触れ、本稿を締めくくることとしたい。

既に見たように、わが国の七〇九条責任に関する裁判例において、「特定化された行為」の予見可能性を要求することなく監督義務を親に課す裁判例の事案に窺われるメルクマールは、ドイツの裁判例において見出されるそれと類似するものであった。そして、ドイツにおいてこれらのメルクマールが社会生活上の義務の成立根拠と対応するものであり、社会生活上の義務の違反に基づく責任及びその特別規定と解されるＢＧＢ八三二条が拡張された有責性原理に基づくものであることも既に見た通りである。以上のことから、これまで検討してきたドイツにおける議論は、わが国において

も一般的監督義務違反の親への帰責を拡張された過失責任主義の枠組みの中に位置付け、この統一的帰責根拠から監督義務の内容及び構造を再構成する可能性を示すものと言えよう。すなわち、わが国の監督者責任を過失責任主義という統一的帰責根拠から再構成する可能性である。そして、このとき、右のメルクマールは、わが国においても親の一般的監督義務を基礎づける要素として一層の考慮に値しよう。(881)

もっとも、このように考えたとき、七一四条責任について、わが国の裁判例が親の側からの免責立証をほとんど認めず、事実上の無過失責任に至る程に親の側に一般的監督義務違反の責めを負わせていることをどのように評価すべきかという問題が生じる。この点については、以下のように考えることができよう。

以上に見たドイツの学説・裁判例の検討からはドイツにおける監督義務の内容と構造の多元的理解が明らかになった。すなわち、第一に、子が従前加害行為と同種の行為（「特定化された行為」）を行っていた事案では原則として、そのような行為の予見可能性を前提とした具体的監督義務が、第二に、そのような行為が存在しなかったとしても、他人に対する何らかの危険性を基礎付ける特別な事情（「特定化されていない危険」等）がある場合にはそれらの危険の防止を目的とした一般的監督義務が、さらに、第三に、子の年齢が比較的低いときには、右の特別な事実がなくとも（場合によっては事案類型に応じて）主として定期的監視や教示を内容とする一般的監督義務が親に課されるという理解である。このような多元的理解、特に第三の必ずしも高度ではない一般的監督義務が親に課される点は、子から生じる危険の不定型性、そして子の活動自由の保障の重視という監督者責任の二つの特殊性に由来するものと考えられよう。すなわち、第一に、直接行為者自身が責任を負う通常の不法行為では、どのような行為からどのような結果が生じるかということについてはある程度定型的に予測されうる。これに対し、子どもという第三者を介在させた不作為不法行為である監督者責任の事案では、子ども自身の行為が能動的且つ多様なものであり、予測し得ないものであることと相まっ

て、子が従前加害行為と同種の行為を行っていたのでもない限り、どのような加害行為を子どもが行うのかということはほとんど予測しえず、予測しえたとしてもそれは「抽象的危険」の予見可能性しかないものと言える。このことは、子どもの年齢が低い場合には、他人に対する何らかの危険性を基礎付ける特別な事情すらないとしても、言うことができよう。しかし、このような場合でも、子どもが何らかの加害行為を行う可能性は十分存在すると共に、親は他人を加害しないように子どもを監督するための法的な、そして事実上の可能性を有しており、また、そのように監督することが社会から期待される。従って、危険支配原理及び信頼原理から親に何らかの監督義務（ドイツの裁判例では具体的には主として定期的監視と教示の義務）が課されるということになる。

このような低年齢の子どもについて、他人に対する何らかの危険性を基礎付ける特別な事情がなくとも親に課される一般的監督義務も、それが「抽象的危険」の故に責任負担者に課される義務であり、「具体的危険」を理由とする具体的監督義務と「抽象的危険」を理由とする一般的監督義務という監督義務の複線的構造のうちにとどまるものであることに変わりはない[882]。そして、一般的監督義務違反に基づく帰責は、社会生活上の義務違反に基づく責任と危殆化責任の交錯からも明らかなように、無過失責任に近づき得るものとなる。

しかし、本稿で問題としている監督者責任は、社会生活上の義務がその発展過程において主として対象とし、その発展の原動力となった、「技術化された時代」に特徴的な不法行為ではない。ここでは、社会生活上の義務の発展の原動力となった要請が全て働くわけではない。場合によっては、子どもによる損害を社会の側で受忍することも要請される。ドイチュは、このことを有責性原理から導き出す。「人間としての自発性を保持するために、全ての者が自由な展開のための自由の余地を自由に使えるようにすべきであり、その者はその余地の中で活動することが許され、予測のつかない損害結果について責任を負わなくともよい。そのような自由の余地は子どもたちにとっては、大人にとってよりも重

要である。行為者がこの活動の余地の範囲内で行動した場合には、被害者は賠償請求権を有しない。被害者はこの代償を社会に対して払わなければならない。[883] なぜなら、彼はその社会の中で同じ条件の下で子どもとして成長したのであり、しばしば自ら子どもを育てたからである」。ここに監督者責任の第二の特殊性が存する。このような態度はドイツの裁判例においては、例えば飛出しによる事故の惹起の事案や、子どものいたずらによる物の毀損の事案において、監督義務違反を否定して親を免責する傾向に現われていると言うことができる。例えば、OLG Celle 一九七八年一月一二日判決（裁判例370）は、子どもの道路への飛出しによる事故についてその判決理由の中で、子どもを一人で交通に参加させることと結びついた、「子どもたちがいかなる教示と戒めにもかかわらず繰り返し交通規則を無視し、そのことにより場合によっては事故を引き起こすという危険は甘受されねばならず、両親の監督義務に対する誇張した要請によって排除されるべきではない」と述べる。また、LG Coburg 二〇〇一年一一月一六日（裁判例408）は、子どもが過って電力供給を停止させたことよるコンピューターの機能停止について、「Yの息子が既に以前に一度、そこで飴のグラスから飴を取るために販売カウンターの背後へと走ったことがあったという事実に基づいてXに知れていたか又は少なくとも知れていなければならなかった危険状況に対して然るべき措置を講じる義務はX自身が負っていた」と述べる。[884] これらの裁判例には、子どもによる加害については、場合によっては（とくにその加害行為が子どもの行為としてありふれたものであるときには）潜在的被害者の側で自己防衛を講じ、又は、その損害を甘受すべきだとする態度を見出すことができよう。

このように、低年齢の子どもについての「抽象的危険」を理由とする一般的監督義務、特に定期的監視や教示等の義務は、事実上の無過失責任に至る可能性を含みながらも、個人の活動自由の保障という過失責任原則の機能の故に、潜在的被害者の側での自己防衛又は社会による損害の負担が要請されることがあることから、常に高度の義務となるわけ

ではない。身体侵害をもたらすような子の行為については、それが原則として活動自由の領域を越えることから、そのような行為を抑止すべく親に高度の義務が課されよう。これに対し、とくに、子どもの道路への飛出しによる事故やいたずらによる物的損害の事案のように、行為それ自体としては子どもの行為としてありふれたものであるときには、子の活動自由の過度の制限を回避すべく、監督義務に対する過度の要請は否定され、潜在的被害者の側で自己防衛を講じ、又は、社会においてその損害を甘受すべきことが求められる。

わが国の裁判例においては、そのような子どものありふれた行為による損害が問題とされることは、ドイツの裁判例との比較において、少なく、また、そのような行為が問題とされるときには（わが国の不法行為法において既に早い時期に権利論、従って結果不法の視点が放棄されたことの故にか(885)）、もっぱら子の行為の違法性を否定することにより親を免責するという形で処理されている（裁判例120、121、128参照。さらに裁判例98及び裁判例164の上告審である最判平成七年一月二四日民集四九巻一号二五頁も参照）と言うことができよう。これは、本来、子供の行為の違法性を前提とした上で親の監督義務違反が否定されるべき事案において、わが国では親の免責立証に過大な要請がなされる結果、問題の所在が違法性へと移し変えられたためだと言える。従って、わが国の裁判例とドイツの裁判例の相違は見た目ほど大きいものではないと言えよう。

以上より、わが国の監督者責任に関する、具体的監督義務と（高度な）一般的監督義務からなる監督義務の階層構造という理解に対しては、他人に対する何らかの危険性を基礎付ける特別な事情がなくとも親に課される、必ずしも高度とはいえない一般的監督義務が存在し、この監督義務は七一四条責任のみならず七〇九責任においても問題となりうる点を指摘しえよう。

(881) これらのメルクマールが、既に昭和四九年判決の評釈の中で川井教授らにより紹介されているように、アメリカ法の状況と類似していることは、注目に値する。

ハーパー＝ジェイムズの教科書（第二版）によれば、アメリカ法では、制定法がない限り子どもの不法行為について親は責任を負わないが、親と子どもが雇用関係（master and servant）又は代理関係（principal and agent）にある場合（及びそれらの応用としてfamily car doctrineが適用される場合）に親が（代位）責任を負うほか、親の側でネグリジェンスを構成する状況において子どもが損害を与える場合には親が親自身の不法行為について責任を負い、そのような状況として三つのタイプの事実状況が挙げられる。すなわち、①その性質、使用及び目的のために子どもの手の中で他人にとっての不合理な危険を構成する道具（「危険な道具」）を子どもに委ねる場合（保管の不備を含み得る）、並びに、必ずしもそれ自体危険ではないが、子どもの未熟さや知られている傾向により危険な使用に用いられそうな道具（「非危険な道具」）を子どもに委ねる場合、②他人を危うくする悪い行為を子どもが行うことを合理的に抑制することを怠る場合で親がそのような行為を行う子どもの傾向を知っているとき、③子どもの行為の指導、不法な行為への現実の同意又はその成果の承認及び容認により親が不法行為に参加したと言える場合である。但し、ハーパー＝ジェイムズは、①の「危険な道具」として銃器、ダイナマイト、その他の爆発物のみを挙げ、また「非危険な道具」であるマッチ、子供用三輪車、空気銃等については、親が子どもの危険な傾向を知らず且つ知らなくともよい場合には親は責任を負わない等とし、②についても同様に親が子の危険な傾向を現に知っていることを要求すると見られ、ドイツの裁判例よりも親の責任の成立に謙抑的な態度をとっているということができる。See Haper and James, *The Law of Torts*, vol. 2 (Little, Brown & Company, 2. ed., 1986), pp. 595-602. See also Prosser and Keeton, *On The Law of Torts*, Lawyer's ed., (West Publishing, 1984, 5. ed.), pp. 913-915. その他に、コモン・ロー諸国全体の状況については、see Le Gall, *supra* note 575 pp. 26-29.

これらのアメリカ法に関する記述からは、上述のメルクマールが比較法的に見てもある程度普遍性を有するものであることが窺われよう。

(882) このような低年齢の子どもについて親に課される一般的監督義務は、「特定化されていない危険」等が存在する場合に親に課される一般的監督義務と共に、「行為パターンとしての過失」の一種であると言うことができよう。一般的監督義務を問題とする判決がしばしば「親として」「親権者として」と述べている点を想起されたい（前註172参照）。「行為パター

ンとしての過失」については、沢井・前掲書（註116）一七六頁以下（沢井教授は、「行為パターンとしての過失」が社会生活上の義務と同質のものであるとする）、吉村・前掲書（註116）六四頁参照。但し、監督義務としての特殊性については本文に後述する通りである。

(883) Deutsch, a. a. O. (Fn. 741), S. 234; vgl. auch Albilt, a. a. O. (Fn. 244), S. 234. 但し、本文のドイチュの見解には、引用部分の末尾に見られるように、個人の活動の自由の保障という過失責任原則からの観点とはやや異なる観点も見出される。そして、多くの学説は、子どもによる損害の社会による負担の根拠として過失責任原則よりも、子どもの教育目的（自己責任を負う子ども）や公衆に利益をもたらす存在としての子どもという観点を重視していると見られる。Vgl. Dahlgrün, a. a. O. (Fn. 237), S. 89; Großfeld/Mund, a. a. O. (Fn. 521), S. 1509; Staudinger-Belling/Borges(neubearb.), a. a. O. (Fn. 222), Rz. 177; Schoof, a. a. O. (Fn. 230), S. 44, 125f. ;Harberstroh, a. a. O. (Fn. 222), S. 811.

(884) その他に、子どもによる加害について潜在的被害者の側で自己防衛を講じ、又は、その損害を甘受すべきだとするものとして、LG Berlin　一九六六年六月二九日判決（352）、OLG Oldenburg　一九七〇年四月三日判決（362）、LG Hildesheim　一九八五年三月一四日（371）、AG Meldorf　一九八六年九月一〇日判決（372－1）、OLG Hamm　二〇〇〇年六月九日判決（385）などがある。

なお、本文に述べたような態度は、子どもの飛び出しによる交通事故について、被害者が事務管理（ＢＧＢ六八三条）を理由に費用賠償を親に求めながらも、二〇〇二年七月一九日の損害賠償法規定改正のための第二法律（BGBl. Ⅰ S. 2674）によるＳｔＶＧ改正前における同七条二項の自動車保有者の免責要件である「不可避の出来事（ein unabwendbares Ereignis）」の証明がない（従って、原告たる運転者の行為は自己の責任を免れるための行為であり、自己の事務の処理である）としてしばしば請求を棄却されていた点（本稿における裁判例の紹介では当該部分を直接引用していないが、ＢＧＨ　一九五七年三月一九日判決（342）、ＢＧＨ　一九六二年一月二〇日判決（347）、OLG Hamm　一九七五年四月一八日判決（367）などを参照。なお、同第二法律は、BT-Drucks. 14/7752によれば、改正の実際上の意義を過大評価してはならないとしながらも、子どもらを保護するため、ＳｔＶＧ七条二項の「不可避の出来事」を「不可抗力（höherer Gewalt）」に置き換えており、自動車運転者の免責要件がより厳格となった結果、現行法の下では、事務管理に基づく請求は少なくとも文理上はより認容され難くなっている）や、同第二法律によるＢＧＢの改正により交通事故について絶対的責任無能

力の年齢境界が一〇歳に引き上げられた点（前註265参照）にも現われていると言うことができよう。

（885）わが国の不法行為法における権利論の放棄について、原島重義「わが国における権利論の推移」『法の科学』四号（昭和五一年）五四頁以下、とくに九四頁参照。

## 第二款　残された課題

わが国の監督者責任を過失責任主義の観点から再構成すべく、わが国の裁判例をドイツのそれとの比較において見たとき、わが国の監督者責任に関する今後の検討課題も浮かび上がろう。

第一に、一般的監督義務としての「しつけ」の義務の内容についてである。監督者責任の監督義務は不法行為法上の義務である。不法行為法上の行為義務は第三者への加害乃至危険を防止する義務であることからすれば、少なくとも第三者にとっての何らかの危険を防止する義務が親に課されるべきである。そして、過失責任主義の立場からは、少なくとも第三者にとっての何らかの危険の認識又は予見可能性が親にあることが前提とされるべきである。そのような危険の防止、又は、その危険の認識可能性等と切り離された「しつけ」を不法行為法上の義務として親に課すべきではあるまい。このような「しつけ」を親に要求することは不法行為責任としての監督者責任に異質の要素を取り込むことを意味しよう。既に見たように（第二章第二節第五款及び同第三節第三款参照）、ドイツの裁判例における「監督と教育の分離」原則はこのことを戒める意義を有していた。翻ってわが国の裁判例を見たとき、第三者にとっての危険と切り離された「しつけ」を一般的監督義務の内容としているのではないかとの疑念を抱かせるものが見られないではない。既

に紹介したように、東京地裁平成八年三月二七日判決（105）は、責任能力を有する一二歳の男の子が過って友達を階段から転落させたという事故について、その男の子の父親の責任を論じる際に以下のように述べている。「A男は、本件事故直後に、Xの受傷状況も確かめもせず、両親にも本件事故のことを全く報告せず、むしろ隠していたといってよい状況であり、このような事後の対応は小学六年生としてもきわめて幼稚である。また、$Y_1$、$Y_2$も当初A男から事実関係を十分確かめず、自分の息子の非を直視せずに過失にせよ生じさせた結果に対する責任をとらせようとする教育的配慮に欠けている。このことからみても$Y_1$及び$Y_2$は親として、A男に対して生活全般にわたって周囲の人に危険をもたらさないように行動するよう教育する義務に反していたものということができる」。この判決は、事故の危険とそれを防止する措置の有無という視点からではなく、事故後にとった対応という視点から親の監督義務違反を肯定するものである。事故後の対応から事故前の監督義務違反を推定するものと見られなくもないが、むしろ子どもが事故を起した場合の親のしつけのあり方についての裁判所の主観を表白したに過ぎないものと見られよう。ともあれ、監督者責任を過失責任原則の観点から再検討することは、危険と切り離された「しつけ」それ自体を監督義務の内容として取り込むことが、不法行為責任としての監督者責任に異質の要素を取り込むことを改めて認識させよう。

第二に、監督義務の内容のより詳細な検討についてである。ドイツの裁判例においては、監督義務違反に関する証明責任についての理解が影響していることもあるが、監督義務の内容が詳細に展開されている。また、ドイツでは、被告に責任を負わせることなく行為義務の存在を説示することを裁判所に可能にする点を有責性の機能として重視する見解[886]も見られる。裁判所の役割に関する理解の彼我の相違もあり、この点を直ちに過失責任主義による再構成の根拠とはなしえない。しかし、その根底にある、判決理由の説得機能を重視する態度は尊重されてよく、わが国においても監督義務に関する判決理由の詳細な展開が期待されてよい[887]。わが国の七一四条責任に関する裁判例は、弁論主義の下での制約

もあろうが、その多くが監督義務の内容を明らかにすることなく親の責任を肯定する。しかし、わが国の裁判所のこのような態度は、[888]平井宜雄教授の言葉を借りれば、その監督義務に関する言明の「反論可能性」を失わせ、「議論」を不可能なものとする。わが国において七一四条責任に関する学説の議論が（その補充性に関する議論を別として）十分に展開されてこなかった背景には、以上のような裁判所の態度もあったと言うことができ、このような観点からも、監督義務に関する議論の発展のためにはその内容のより丹念な検討が期待されよう。もっとも、かく言う本稿も、監督義務の解釈に関する十分な指針を示したということはできない。危険増加、危険支配などの要素乃至原理、そこに含まれる比較命題が機能するための「基礎評価」[889]を抽出し、展開する作業は後日に委ねたい。

第三に、既に七一四条責任に関して述べたところと関連するが、監督義務の内容と構造の多元的理解の必要性である。既に述べたように、ドイツの学説・裁判例においては監督義務の内容と構造に関する多元的な理解を見出すことができる。この点についてわが国の学説の到達点とも言える平井教授の所説によれば、わが国の監督義務は二種の監督義務が階層構造をなしているという。すなわち、「無能力者がある程度特定化された状況の下で、損害発生の危険をもつ、ある程度特定化された行為をすることを予見し、かつその危険を回避または防止するよう監督すべき義務」である第一種監督義務の違反があればそれだけで監督者責任が生じるが、仮にこの第一種監督義務の違反がなくとも、「無能力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、躾をする義務」である第二種監督義務があれば監督者責任が成立するとされる。[890]ここでは、第二種監督義務（本稿で言う一般的監督義務）が第一種監督義務（本稿で言う具体的監督義務）の受け皿としての役割を果すというように、両者の監督義務相互の関係がとらえられている。しかし、わが国の裁判例を見ると、少なくとも七〇九条責任についてはこのような階層構造を直ちに認めることはできない。この点について、平井教授の立場からは、子の年齢が高くなればなるほど第二種監督義務は後退するの

であるから当然であるとの説明がなされよう。このような説明に対しては、比較的年齢の低い、従って一般的監督が親に要求されてもおかしくない子につき具体的監督義務違反のみを問う裁判例（裁判例68、74、77等参照）のほか、僅かではあるが、一般的監督義務の違反を否定しながら同時に具体的監督義務違反を肯定する裁判例（82の他、七一四条責任での失火に関する裁判例であるが161、163も参照）が見出される点を指摘することができる（また、従前加害行為と同種の行為を子が行っていたにもかかわらず一般的監督義務違反の有無だけを問い、親の責任を否定した裁判例として4参照）。また、七一四条責任に関しても、既に述べたように、子の道路への飛出しによる車両の毀損等の事故では監督義務違反が否定される。これらの裁判例からは、一般的監督義務が具体的監督義務よりも高度の義務であり、具体的監督義務違反が否定された場合の受け皿であると単純に考えることは許されず、一般的監督義務の中には高度なものとそうではないものがあるということ、従って、一般的監督義務と具体的監督義務の関係をとらえ直す必要があると言うことができるのではなかろうか。だとすれば、右に述べたドイツにおける監督義務相互の関係の多元的理解、すなわち、子が従前加害行為と同種の行為（「特定化された行為」）を行っていた事案では原則として、そのような行為の予見可能性を前提とした具体的監督義務が、また、そのような行為が存在しなかったとしても、危険物の供与や加害行為とは異なる種類の危険な行為などの他人に対する何らかの危険性を基礎付ける特別な事情（「特定化されていない危険」）がある場合にはそれらの危険の防止を目的とした一般的監督義務が、さらに、子の年齢が比較的低いときには、右の特別な事実がなくとも（場合によっては事案類型に応じて）主として定期的監視や教示を内容とする一般的監督義務が親に課されるという理解は、わが国の監督義務の内容と構造を再検討する上で有用であると考えられよう。但し、これらの監督義務がわが国で具体的にどのような相互関係を有するかは、第二で述べた点とも関連してここで即答することはできない。

なお、教育的見地からの監督義務の限界をわが国の監督者責任についても考慮すべきか否かについても今後の検討に委ねたい。既に見たように、このような議論がドイツにおいて本格的に行われるようになったのは一九七〇年代に入ってからであり、その背景たるドイツ家族法改正にまつわる議論はイデオロギー的色彩を多分に帯びたものであった。例えば、ヘンリッヒ（Henrich）は、マルクス主義の影響を受けた家族社会学、青年社会学の立場から見た、権威的体制の保持に貢献する家族像とその変革という議論を紹介し、「この議論によって、親子関係に関する法を改正するための土壌が固められた」とする[891]。また、当時のドイツ社会、とくに親子関係の変化も見逃すことはできまい[892]。しかし、他方で、監督義務が教育的見地から限定されることがあることは既にライヒ裁判所が明らかにしていたところであり（例えば、裁判例189、232など参照）、また、初期の学説においてもこのことは承認されていた[893]。従って、子の人格の尊重に基づく監督義務の制約という議論を一概にイデオロギーや社会の変化に還元することもできないように思われる。

最後に、監督義務違反と損害発生との因果関係について触れておきたい。この問題についてドイツではＢＧＢ八三二条との関係では立ち入った議論が行われておらず、また、本稿では不作為不法行為における因果関係一般に関するドイツの議論に立ち入ることもできなかった[894]。そこで、翻って、不作為不法行為における因果関係に関するわが国の議論に目を向けると、わが国においては、不作為不法行為における義務違反の判断と因果関係判断の交錯が既に度々指摘されている[895]。しかし、これに対して最近、水野教授は、アメリカ法（ネグリジェンス）の判例・学説の分析を通して、不作為不法行為（抽象的危険防止義務違反）での因果関係認定における事後的な法的評価の取り込みを説く。すなわち、水野教授によれば、抽象的危険防止違反の不作為不法行為において、「あれなくばこれなし」という因果関係概念を貫徹すべく、因果関係の起点として作為に着目すると、（その起点自体をどこに求めるのかという問題と共に）事後に初めて判明した事情や抽象的・一般的因果法則の妥当性についての疑義を事前的な過失判断にどのように取り込むのかと

いう問題が生じる。従って、不作為の因果関係の問題には、過失判断に吸収し尽くせない側面があるため、（注意義務違反に対する法的評価と密接しながらも）別個の要件として捉える必要があり[896]、事実的因果関係を中核として、事後的見地に基づく法的判断をプラス・アルファされた「よりふくらみのある因果関係概念」を措定すべきであるとする[897]。このような見地からわが国の裁判例を見るとき、因果関係が否定されるのはもっぱら監督義務違反否定という判断を補強するためであり（4、9、28、44、86）、また、因果関係判断において監督義務違反の判断と同様の判断を繰返すに過ぎない（32、36）わが国の裁判例に対し、監督義務と因果関係という両者の要件の位置付けについての再考が促されよう。この点につき、駐車禁止区域に駐車してある車両を子が毀損した事案で、親の一般的監督義務違反を肯定しながら、その車両の存在を予見する必要がなかったとして因果関係を否定するドイツの裁判例（248）[898]は、駐車禁止区域への駐車という事後に初めて判明した事情を因果関係判断において考慮している点において、興味深い。

以上、過失責任主義の視点からわが国の監督者責任における監督義務の構造・内容を再構成することを試みてきた。しかし、残された課題は山積しており、また、各学説や裁判例の理解にも誤りがあることを恐れている。本稿が自ら設定した問題について未だ十分な検討を行ったとは言えないものの、ここでひとまず筆を擱きたい。

（886）前註677及びその本文参照。

（887）裁判における伝達の手段としての法の（ことば的）技術について、川島武宜「科学としての法律学」『「科学としての法律学」とその発展』（有斐閣・昭和六二年）三三頁以下参照。

（888）「議論」に基づく法律学像について、平井宜雄「『議論』と法律学像―法律学基礎論覚書（九・完）―」『ジュリ』九二八号（平成元年）九八頁以下及び同「法解釈論の合理的基礎づけ―法律学基礎論覚書・その二―」『法協』一〇七巻五号（平

成二年）一頁以下参照。平井教授はこの法律学像を、法律家養成又は法学教育という角度から論じておられるが、「新たな法律論を生み出すアイデアを刺激」するものとしている。

(889) 山本（敬）・前掲「動的システム」（註690）二六五頁以下参照。

(890) 平井・前掲書（註112）二一八頁。

(891) ディーター・ヘンリッヒ著（田村五郎訳）「親の権利と子どもの解放」田村五郎（編）『ドイツ現代家族法』（中央大学出版部・平成五年）一二一頁以下。横田（守）・前掲論文（註813）六五頁以下も参照。

(892) この点は北大民事法研究会における五十嵐清名誉教授のご指摘による。この場を借りて厚く御礼申し上げたい。なお、当時の親子関係の変化を裏付けると思われる一資料として、一九七五年のドイツ連邦共和国政府による「第二次家族報告（Zweiter Familienbericht）」を挙げることができよう。そこでは、専門家委員会の報告の中で、親子関係のヒエラルヒッシュな次元について、最近数年間で両親の権威的な立場の原型は明らかに後退したことが裏付けられ得るとされ、一九五一年から一九六九年の間のアンケートの結果として、社会化の目標としての「自立と自由意思」が被調査者の二八％から四五％に、「従順と従属」が二五％から一九％に変化したとのデータを掲げられている。Vgl. BT-Drucks. 7/3502 S. 37. 横田（光）・前掲論文（註813）（九）『法協』一二〇巻六号（平成一五年）一四四頁以下も参照。

(893) 生徒についての教師の監督義務に関してであるが、Vgl. Oertmann, a. a. O. (Fn. 222), §832 1a, S. 1098; vgl. auch Enneccerus/Lehmann, a. a. O. (Fn. 222), §242ß II, S. 985; Ohm, a. a. O. (Fn. 237), S. 781; Boscher, a. a. O. (Fn. 253), S. 889.

(894) 不作為不法行為における因果関係について、Deutsch/Ahrens, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 44, S. 21f. によれば、ドイツではこれを肯定する見解が「通説」である。Vgl. Fikentscher, a. a. O. (Fn. 602), Rz. 486, S. 313; Medicus, *Schuldrecht I*, (C. H. Beck, 12. nebearb. Aufl., 2000), Rz. 596, S. 280. しかし、例えば、古くは既にTraeger, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht* (N. G. Elwert, 1904), S. 61ff. が、不作為自体が因果関係を有することを否定し、不作為の因果関係に代わり不作為の有意性（Relevanz）という言葉を用いるのがよいとし、不作為の因果関係が「あれなくばこれなし」の問題に還元され得るものではないとの認識を示していた。さらに最近では、Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I., (C. H. Beck, 13. neubearb. Aufl., 1987), §27 III 6c, S. 458 が、そこでは単なる観念的、仮定的因果関係が問題となるとした上で、

さらに帰責関連が問題となるとする。Vgl. auch Esser/Schmidt, a. a. O. (Fn. 593), §33 I, S. 229ff.. このようにドイツでも、不作為不法行為における因果関係判断が「あれなくばこれなし」以外の、何らかの規範的判断を含んでいるとの認識が見出される。

(895) 中井（編）・前掲書（註108）一四九頁以下（植木哲執筆）、沢井・前掲書（註116）八三頁及び二一三頁以下、吉村・前掲書（註116）五七頁以下参照。前田・前掲「不法行為」（註88）一〇九頁及び四宮・前掲書（註109）四一四頁はややニュアンスを異にし、義務違反の判断と（作為不法行為になぞらえた）因果関係判断をあくまで別個のものとしているようにも見える。これに対して、平井・前掲「理論」四三五頁以下及び同・前掲書（註112）八三頁は、事実的因果関係の判断にあたり前提とされる行為に不作為は含まれず、裁判例において不作為不法行為における因果関係として論じられてきた問題は過失の問題と解すべきであるとする。

(896) 水野謙『因果関係概念の意義と限界』（有斐閣・平成一二年）一六六頁以下、三二三頁以下及び三三五頁参照。

(897) 水野・前掲書（註896）三四五頁参照。なお、このような因果関係判断＝事後的・回顧的判断、過失判断＝事前的判断という視点は、水野・前掲書一六九頁註14が述べるように、既に潮見教授の見解に見出される。潮見前掲「帰責構造」（註15）一〇二頁以下及び同・前掲「不法行為」（註117）一二六頁以下参照。

なお、水野教授が監督者責任における監督義務違反と損害発生との間の因果関係をどのように捉えているのかは明らかではない。なぜなら、監督者責任は水野教授の言う「原因介在事例」であり且つ「人間相互の交渉事例」であるとも見られる他、加害者が何らかの社会的接触関係ある第三者に対して具体的義務違反を行った結果、被害者又は第三者自身に損害が及んだ事例と見ることもできるからである。しかし、前者の「原因介在事例」且つ「人間相互の交渉事例」であるとしても、水野教授によれば、「ふくらみのある因果関係概念」が措定されるべきであり、また、後者の事例については「具体的」義務違反が問題とされている点を見ると、少なくとも本稿で言う一般的監督義務違反の監督者責任についても本文において述べた水野教授の見解が妥当すると見て差し支えないであろう。

また、不作為不法行為における作為義務及び因果関係要件の、作為不法行為におけるそれらに対する独自性の解明を試みる近時の精力的な研究である橋本佳幸『責任法の多元的構造』（有斐閣・平成一八年）四五頁以下は、不作為不法行為における結果帰属の判断では不作為による外界の支配操縦の積極的確認を要するとの立場から、作為義務の遵守を選択す

れば因果系列の進行（そのもの）を阻止しえたにもかかわらずその進行を放置する不作為を選択したときに結果帰属が肯定されるとした上で、この結果帰属（違法性連関）の判断は「まさに当該事案において因果系列を阻止しえたか否かが問われる」のに対し、作為義務は「因果系列を阻止する一般的適性」備えるとする（特に同書五五頁註38参照）。

作為義務の設定基準時たるべき行為時の観点から一定の因果系列の阻止を目的として想定される措置は、その目的が抽象的危険の防止であれ具体的危険の防止であれ、いずれにしろ危険防止に適した措置である（さもなくば、そのような措置を講じる義務は、実現が予想される危険を防止しえず、そのような義務を不法行為法上の作為義務として措定すること自体無意味であろう）。そのような措置が当該事案において危険の実現を阻止し得ないのは、行為後（裁判時）に初めて判明した事情が加わるような場合であろう。従って、本文に述べた不作為不法行為での因果関係（橋本教授によれば「違法性連関」）要件の存在意義は、橋本教授の見解に従っても同様に認められるのではあるまいか。

(898) これに対して、具体的監督義務違反のみが問題となる事例ではどうなるのであろうか。この場合、注意義務定立に際しての因果関係の「規範」化及び過失判断の遡及的移動（四宮・前掲書（註109）二三四頁以下）が行われるものと考えると、結果回避可能性の判断が過失判断に既におり込まれているとして、不作為不法行為における因果関係判断と過失判断の融合という思考になじみ易いかもしれない。しかし、この場合にも、過失判断が事前の立場から行われるとすれば、事後に初めて明らかになった事情を因果関係判断の中で考慮する必要があろう。例えば、他人の物を毀損する子の傾向を親が知っていたが、その傾向が当時親には認識し得なかった精神障害による（従って、親の教示等に子が耳を貸さない）ものであった事例を想起されたい。四宮・前掲書も、注意義務に組み込まれる因果関係は事前の立場から想定されたものであり、「したがって、注意義務違反（過失）はあるけれども、因果関係は認められない、という事態の生ずる可能性があることになる。不作為不法行為の場合も、事態は類似する」と述べる（不作為の因果関係に関する四宮博士の見解については前註895に掲げた個所も参照）。