HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民事判例研究
Author(s)	橘井, 雄太
Citation	北大法学論集, 68(3), 62[127]-43[146]
Issue Date	2017-09-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/67203
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol68no3_06.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

民事判例研究

橘井雄太

最高裁第一小法廷平成20年２月28日判決（平成19年（受）第611号、損害賠償請求事件、上告棄却）
判時2005号10頁、判タ1268号116頁、裁判集民227号345頁、裁時1454号９頁

少年Ａが少年Ｂ及び少年Ｃから暴行を受けて死亡したことについて、暴行が行われている現場に居た少年Y1、Y2及びY3がＡを救護するための措置を執るべき法的義務を負っていたとはいえないとされた事例

【事実の概要】

本件は、平成13年３月31日、Ａ（当時16歳）がＢ（当時15歳）及びＣ（当時17歳。以下、ＢとＣを併せて「加害少年ら」という。）から暴行を受けて死亡した事件（以下、「本件事件」という。）について、Ａの母であるＸが、暴行現場にいたY1、Y2及びY3（いずれも事件当時15歳。以下、「Ｙら」という。）には、暴行が行われている現場に居て、加害少年らによる暴行を制止せず、またＡが死亡することを予見しながら、関係機関に通報するなどの同人を救護する措置を執ることなく放置した注意義務違反があり、Ｙらの各両親には、Ｙらの親権者としてＹらの監督を怠った注意義務違反があると主張して、各自に対し、不法行為に基づく損害賠償として慰謝料3000万円及びこれに対する遅延損害金の支払いを求めた事案である。

Ｙらは、Ｂとは中学校の同級生であった。しかし、Ｂは中学３年生になったころから２年年長であったＣら不良仲間と遊ぶことが多くなり、ＹらはＢとの関わりを避けるようになっていった。Ｃについて、Y1はいわゆる不良で怖

い人であると聞いており、Y2は怖い先輩であると認識していた。Aは、Yらとは別の中学校の出身だが知り合いであった。Aは、B及びCのグループに加わってよく遊んでいた。Bは、Aの言動が気に食わず、Aを徹底的に痛めつけたいと強く思っていた。そこで、Bは、Aをa小学校に呼び出し、CとともにAに暴行を加えた。Bは、暴行を正当化するための口実にしようとして、Aに対し、以前にY3を殴ったことがあるかと聞いたが、Aがこれを否定したため、事実を確認するためにY3に電話をかけた。しかし、応答がなかったため、Bは、この事情を知っていると思われるY2の携帯電話に電話をかけた。その電話がきっかけとなって、Y2はa小学校へ赴いた。Y2は、a小学校に到着してはじめてAが暴行を受けていることを認識した。Y2は、Bから、AがY3をいじめているところを見たことがあるかと尋ねられ、知らない旨を答えた。Bは、AがY3を殴ったことがあるか確認するために、再度Y3に電話をかけた。Y3はY1と遊んでいたところ、Bから電話を受け、Aから殴られたことがあるかどうか尋ねられた。この質問に対し、Y3は、つねられたことはあると返答した。Y3は、Bからa小学校に来るようにいわれたが、一度はこれを断った。しかし、Y3から電話の内容を聞いたY1は、その日の夜にBからMDプレーヤーを借りる約束をしていたので、この際、同人のところへ行くのが都合がよいと考え、Y3とともにa小学校へ赴いた。Y1とY3は、a小学校に到着してはじめて、Aが暴行を受けていることを認識した。

Y3は、Bから、Aから殴られたことの有無を尋ねられたので、「つねられたことがある」、「タイマンをはろうと言われた。」（以下、「本件発言」という。）と答えた。これを聞いたBは、Aに対して「暴力やんけ。俺とタイマンはろけ。」と怒鳴って、同人の顔面を殴りつけた。Bは、Aに殴る蹴るの暴行を加えた後、同人の頭髪をつかんで同人をa小学校の給食搬入台から引きずり落とし、これにより、同人は頭部を強打した。さらにBは、Aに対し、柔道技の大外刈りやプロレス技のいわゆるバックドロップをした。Yらは暴行に加わることはなく、暴行をあおることもしなかったが、Bによる暴行を止めることはしなかった。これは、そのようなことをすれば、後でAに対するのと同様に加害少年らから暴力を加えられるのではないかと恐れたからであった。

これらの暴行の後、Y1がAに近づくと、同人は体全体をだらっとさせて、目は動いていない状態であった。Y1は、これを見て、Bに対し、Aに対する暴行をやめるように言った。以後、BがAに暴行を加えることはなかった。C

は、BとYらに対し、Aを給食搬入台の壁にもたれかけさせておくように指示した。BとYらは、Cのこの指示が、Aが気絶しているのを見付かりにくくするためであることを認識していたが、指示に従いAの体を移動させた（以下、「本件移動行為」という。）。Y1は、Aの様子を見て、救急車を呼ぶことを提案したが、Cは、本件事件が警察に発覚することを恐れてこの提案を拒否した。結局、加害少年らとYらは、救急車を呼ぶことなく現場から立ち去った。Yらは、Aが死ぬかもしれないことを認識していたが、本件事件を第三者に通報すれば、このことが加害少年らに発覚して、後日加害少年らから仕返しされることを恐れ、通報の措置を執らなかった。Aは、午後８時10分ころ（暴行終了から約３時間後）、救急車で病院に運ばれた。この時、Aは、意識不明の状態で、下顎がぐらぐらし、顔がゆがむほどはれており、脳障害で極めて危険な容態であった。Aは、本件事件から６日後の平成13年４月６日に死亡した。

１審及び２審は、Yらの注意義務違反は認められないとして、Xの請求を棄却した[1]。

【最高裁判旨】

〈判旨〉上告棄却

「（１）本件暴行を制止する義務について

前記事実関係によれば、Yらは、本件暴行が行われていることや、加害少年らが本件暴行に及んだ経緯を知らずに加害少年らに呼び出されて本件場所に赴いたものであって、暴行の実行行為や共謀に加わっていないのみならず、積極的に本件暴行を助長するような言動も何ら行っていないことが明らかである。また、前記事実関係により明らかな加害少年ら、A、Yらそれぞれの間の関係、被上告人少年らの年齢、本件暴行に至る経緯、本件暴行の経過等（以下、これらを併せて「少年らの関係等」という。）にかんがみると、Yらが加害少年らに対して恐れを抱くのも無理からぬものがあり、被上告人Y3が本件発言をしたことや、Yらが本件暴行の間その現場に居続けたことについてYらを非難することはできないものというべきである。そして、前記事実関係によれば、本件発言が本件暴行を助長したとは認められないとする原審の認定や、Bが本件暴行を抑制することができなかったのは、CやYらの前で、自らを強く見せ

[1] １審及び２審の判決文は、管見の限り公表されていない。

て格好をつけようという思いがあったからであるとしても、Yらに本件暴行現場に居ることがBの暴行をあおることになるという認識があったとは認められないとする原審の認定は、いずれも是認し得るものである。したがって、Yらにおいて、本件暴行を制止すべき法的義務や本件現場から立ち去るべき法的義務を負っていたということはできない。

（2）Aを救護するための措置を執るべき法的義務等について

前記事実関係によれば、Y1は、Aの様子を見て、救急車を呼ぶことを提案したが、Cは本件事件が警察に発覚することを恐れてこれを拒否し、結局、Yらは、後日加害少年らから仕返しをされることを恐れ、救急車も呼ばず、第三者に通報することもしなかったというのであるが、上記のとおりYらには本件暴行を制止すべき法的義務等は認められないのであり、Yらは、事情を知らずに本件場所に赴いたにすぎないことや、上記の少年らの関係等にもかんがみると、YらにAが死ぬかもしれないという認識があったとしても、そのことから直ちに、Yらに加害少年らからの仕返しの恐れを克服してAを救護するための措置を執るべき法的義務があったとまではいえない。また、前記事実関係によれば、Yらは、本件暴行後に、Cの指示により、Aの体を移動させ、給食搬入台の壁にもたれかけさせて座らせた（以下「本件移動行為」という。）というのであるが、これも加害少年らに対する恐れからしたことは明らかであるし、前記事実関係から明らかな本件場所の状況等に照らすと、本件移動行為によってAの発見及び救護が格別困難になったということはできず、同人の生命に対する危険が増大したとは認められないとの原審の認定は是認し得るものであるから、本件移動行為によってYらにAを救護するための措置を執るべき法的義務が発生したということもできない。さらに、原審は、YらがAに水を掛けたことによって同人の生命に対する危険が増大したということはないとの認定をしているが、この認定に疑いを生じさせるような事情も存しない。したがって、Yらにおいて、救急車を呼んだり、第三者に通報するなど、Aを救護するための措置を執るべき法的義務を負っていたとまでいうことはできない。」

【反対意見】

判旨（2）については、横尾和子裁判官と泉徳治裁判官による反対意見がある。その要旨は以下の通りである。すなわち、Yらが暴行現場に居たこと自体が、

Bをあおることとなり暴行を激化させた。Yらは、それを容易に認識することができた。さらに、暴行後に行われたAの体の移動行為は、Aが外部から発見されにくくする行為であることが明らかであり、Yらはそのことを認識することができた。Yらは、このような隠ぺい工作に加担している。Yらの行為はAの身体生命に対する危険を増大させるものである。YらはAの身体生命に対する危険を増加させる行為を行ったことの責任として、危険の進行を食い止め、危険からの救出を測るべきで、Aが一刻も早く救急医療を受けられるように、消防署、警察署、Aの保護者等に通報する条理に基づく義務を負う。そして、Aを放置すれば、Aが救急医療を受けられず、その身体生命に更に重大な結果が生ずることも、Yらは予見することができたと考えられる。一方、Yらが消防署等に通報すれば、救急車による素早い搬送ができたことは明らかであり、加害少年らが立ち去った後にYらが携帯電話で通報することは容易であったことからすれば、Yらが通報しなかったことには違法性が存するというべきである。後日の加害少年らによる仕返しに対しては、警察等の保護を得て対応すべきであり、Yらの通報を法的に期待することができないと解するのは相当ではない。したがって、Yらは、通報義務違反の不法行為責任として、Aが受傷直後の約３時間救急医療を受けられなかったことによる精神的苦痛を慰謝するための損害賠償責任を負うものというべきである。

【評釈】

1　はじめに

本最高裁判決は、暴行現場に居たYらが、暴行を制止せず救護のための措置を採らなかったという不作為に関して、不法行為法上の作為義務を負っていたかどうかについて判示したものである。本最高裁判決は、事例判断であるといわれるが[2]、作為義務、とりわけ条理に基づく作為義務について貴重な一事例を付け加えるものとして意義がある。

不作為による不法行為が成立するためには、判例においても学説においても、その前提として作為義務があることが必要であるとされている[3]。学説は、作為

[2] 高島由美子「本件判批」平成20年度主要民事判例解説（別冊判タ25号）86頁、87頁。

[3] 四宮和夫『不法行為』（青林書院、1985年）292頁、加藤一郎『不法行為（増補版）』

義務が成立する根拠として、法令、契約、条理などを挙げている[4][5]。しかし、これらは、作為義務の成否に関して実質的な判断基準を提示するものではない[6]。近年では、「作為義務の成否に関する検討は、形式的成立根拠の次元をこえて、実質的成立基準・根拠の探求へと向かわねばならない」と指摘されるにいたっている[7]。

この指摘がなされた後も、作為義務の実質的な成立基準については十分検討されていないままである。このような議論状況において現れたのが本最高裁判決である。

（有斐閣、1974年）133頁、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為（復刻版）』（日本評論社、1988年）110頁、前田達明『民法Ⅵ２（不法行為法）』（青林書院、1980年）109頁、平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂、1992年）29頁、澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為（第３版）』（有斐閣、2001年）83頁、吉村良一『不法行為法（第４版）』（有斐閣、2010年）65頁。

[4] 前田・前掲注（３）109頁、四宮・前掲注（３）292頁。なお、末弘厳太郎『債権各論』（有斐閣、1919年）1061頁は、法令、契約を挙げた後に「一定ノ作為ニ因リテ損害ヲ生ジ得ベキ危険状態ヲ惹起シタル者ハ之ニ因リテ損害ノ発生スルコトヲ妨止スベキ作為義務ヲ負担スル」と述べている。澤井・前掲注（３）83頁は、①具体的法規、②先行する侵害行為（例として、他人を傷つけた場合の手当てを挙げている）、③先行する危殆行為（例として、有毒物の売却、侵害計画の関与などを挙げている）を挙げ、②③は先行行為による作為義務であるとする。吉村・前掲注（３）65 ～ 66頁は、法令と慣習、条理を挙げる。より実質的な作為義務の根拠を提示するものとして、瀬川信久「民法七〇九条」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅲ』（有斐閣、1998年）580頁は、①被告が被害者と一定の関係にある場合と、②被告が直接の侵害者と一定の関係にある場合とを挙げる。また、橋本佳幸『責任法の多元的構造』（有斐閣、2006年）28頁は、支配領域及び先行行為を挙げる。

[5] 裁判例として、東京地判昭48･8･29判タ300号264頁は、（作為義務は）「法令の規定又は契約によって定められたもののみならず、私法秩序の一部をなすものとして法による強制を要請される慣習もしくは条理に基づく義務をも含むと解すべきである」とする。

[6] 橋本・前掲注（４）26頁は、「従来の議論は、義務の成否に関する実質的判断基準を提示せず、また、義務の実質的根拠を解明しない点で、大きな問題を残しているといわざるをえない」と指摘する。

[7] 橋本・前掲注（４）26頁。

2　本件の争点

本最高裁判決の法廷意見はＹらの責任を否定したが、反対意見はＹらの責任を肯定している。法廷意見と反対意見が結論を異にした理由はどこにあるのか。法廷意見と反対意見がそれぞれの結論を導くにあたり、多くの事情が考慮されているが、大きな違いとして、以下の点を挙げることができる。

まず、（ⅰ）Ｙらが暴行現場に居たことに対する評価である。この点について、法廷意見は、Ｙらは暴行の実行行為や共謀に加わっておらず積極的に本件暴行を助長するような言動も行っていないことや、Ｙらの加害少年らに対する恐怖心を理由に、Ｙらが暴行現場に居続けたことを非難することはできないとした。そして、Ｙらの本件発言がＢによる暴行を助長したものとは認められないことと、Ｙらは暴行現場にいることは暴行をあおることになるという認識がなかったとした原審の判断を是認し、Ｙらの、本件暴行を制止すべき法的義務や本件現場から立ち去るべき法的義務を否定した。これに対し、反対意見は、Ｙらが暴行現場に居たこと自体が、Ｂをあおることとなり暴行を激化させ、また、Ｙらはそれを容易に認識することができたとしている。反対意見は、このことと、以下の（ⅱ）とを併せてＹらの法的義務を肯定している。

次に、（ⅱ）ＹらがＡの体を移動させたことに対する評価である。法廷意見は、本件移動行為によってＡの生命に対する危険が増大したとは認められないとした原審の認定を是認し、本件移動行為からＡを救護する法的義務は発生しないとした。これに対し、反対意見は、Ｙらにおいて本件移動行為がＡの発見を困難にするためのものであることの認識があったことや、本件移動行為がＡの身体生命に対する危険を増大させるものであることを述べ、（ⅰ）と併せて、Ｙらの通報義務を肯定している。この通報義務を認めるにあたり、反対意見は、加害少年らが立ち去った後にＹらが携帯電話で通報することは容易であったことや、後日の加害少年らによる仕返しに対しては、警察等の保護を得て対応すべきであると述べている。

以下では、なぜ、法廷意見と反対意見の判断が分かれたのかを検討する。検討の順序としては、まず、本稿に先行する本最高裁判決の評釈を概観する。その後、本最高裁判決に関連する裁判例を見る。そして、これらを踏まえた上で、本最高裁判決の法廷意見と反対意見を検討する。

3　先行評釈

先行評釈においては、本最高裁判決で争われた義務は、反対意見が述べているように、上記１で見た作為義務の形式的成立根拠のうち、条理に基づく作為義務であるとされている[8][9]。

では、いかなる場合に条理に基づく作為義務が認められると考えられているかについて先行評釈を見ていく。まず、（ⅰ）作為義務が成立するための実質的根拠は、第１に、被告が被害者を保護すべき関係にあることであり、第２に、被告が直接の加害者又は加害原因と関係を有することであるとするものがある[10]。そして、本最高裁判決では、第２の根拠が問題となるとし、具体的には、Ｙらの先行行為によって当該危険を作り出したか又はＹらの行為そのものがＡの生命をより危険にさらしたかが問題となるとする[11]。次に、（ⅱ）本件最高裁判決において作為義務を発生させる根拠となる事実は先行する状況を構成する事実であるとし、その要素のうち重要なものは、①当事者の人間関係、②当該状況との関わり合い、③被侵害法益の重大性＝要保護性の高さ、④作為の可能性、⑤作為の緊急性、⑥作為の難易＝自己のリスク増大と自己保身との関係、⑦不作為が他者によりカバーされる事態の有無、⑧状況についての主観的認識の要否、範囲・程度などとし、これら先行する状況を構成する要素に対し規範的評価を施し、結果の予見可能性、回避可能性、作為の期待可能性を肯定することができれば、作為義務を措定すると述べるものがある[12]。そして、（ⅲ）「本最高裁判決で争われた条理上の作為義務に関しては、損害に先立つ先行行為が

---

[8] 高田淳「本件判批」法学セミナー642号114頁、高島・前掲注（２）87頁。判例時報2005号10頁の本判決についての匿名解説においては、「本件では主として条理ないし先行行為が問題となる」とされている。

[9] 加藤新太郎「本件判批」判例タイムズ1284号145頁、152頁は、本最高裁判決は「先行状況に基づく作為義務」が問題となっている旨を述べ、条理に基づく作為義務とは表現していない。しかし、本稿本文中で後述する昭和62年判決を、「条理に基づき先行行為による作為義務違反（不作為）による不法行為を肯定したケースと解される」とした上で、昭和62年判決は本最高裁判決との法理論上の関連がある旨を述べていることから、「先行行為に基づく作為義務」というものを条理に基づく作為義務の一例として考えているものと思われる。

[10] 青野博之「本件判批」判例時報2024号169頁（判例評論600号７頁）、172頁。

[11] 青野・前掲注（10）172頁。

[12] 加藤・前掲注（９）152頁。

重要である」とするものがある[13]。これらの見解の他にも、刑法における不真正不作為犯における作為義務の根拠から説明するものもある[14]。

本最高裁判決で争われた義務の理解に関して、先行評釈の多くは、本最高裁判決を最判昭和62年１月22日民集41巻１号17頁（以下、「昭和62年判決」という。下記４において詳述する。）と関連づけて検討している[15]。昭和62年判決は、中学生により線路上に置石がされたため生じた電車の脱線事故について、自らは置石をせず置石の実行行為者との共同の認識や共謀はなかった者でも、仲間関係にある実行行為者と共に置石の動機となった話合いをしたことなどを理由として、先行行為に基づく義務として結果発生を防止する義務が課され得ることを判示したものである。この昭和62年判決の事案を見ると、たしかに、先行評釈が指摘する通り昭和62年判決と本最高裁判決とは一定の類似性があると考えられる。そのため、本判決を検討するにあたっては、昭和62年判決の立場を確認することが必要となる[16]。

４　本最高裁判決の先例

ところで、条理に基づく作為義務が争われた判決と解されるものとしては、

---

[13] 高田・前掲注（８）642頁。

[14] 高島･前掲注（２）87頁は、「不真正不作為犯一般における作為義務の根拠は、刑法218条の保護者遺棄罪における保護責任の根拠と基本的に同じであるとされており、一般に法令、契約、事務管理、慣習、条理などが挙げられている」と述べている。それに続けて、本最高裁判決では主として条理が問題となることを指摘した上で、従来の判例上、保護責任の実質的な根拠として、①保護の継続性、②保護の引き受け、③先行行為、④保護者としての独占的地位、⑤保護の容易さといった要素が重視されてきたことを指摘する。

[15] 青野･前掲注（10）173頁、加藤･前掲注（９）152頁、高田･前掲注（８）642頁。

[16] 昭和62年判決は、条理に基づく作為義務ではなく、「先行行為に基づく義務」としている。しかし、昭和62年判決がいう「先行行為に基づく義務」を「条理に基づく作為義務の一つ」と考えれば、昭和62年判決は本最高裁判決と同じく条理に基づく作為義務について判断した事案だということになる。篠原勝美「判解」最判解民事篇昭和六二年度190頁、203頁も、昭和62年判決は「条理に基づく作為義務の一例を示したものと理解されよう」と述べている。また、加藤・前掲注（９）152頁や高田・前掲注（８）642頁も、昭和62年判決は、条理に基づく作為義務について判断したものであると位置づけている。

昭和62年判決の他に、たとえば、以下のような事案がある。

まず、下級裁判所の判決としては、①有毒アルコールを飲料として販売し、後になってそのアルコールが有毒だと気づいた者が、販売先に対して危険を防止する措置を執らなかったとして、そのアルコールを飲んで死亡した者の遺族への損害賠償を命じられた事案がある（大阪控判大正７年２月15日新聞1386号20頁）。また、②大学の空手愛好会に加入した学生がその愛好会を退会するにともない集団暴行を受け死亡したことについて、その暴行の危険性等の事情を知りながら特別の対応を執らなかった大学の学生課長及び学生主事に条理上の作為義務違反が認められた事案がある（東京地判昭和48年８月29日判時717号29頁）[17]。

最高裁判決としては、③大学における応援団の合宿訓練において気合入れとして暴行を受けた学生が死亡したことについて、暴力行為が恒常的に公然と行われ、しかも、他の新入団員からの苦情があったことから、学生部長が大学の各部長を構成員とする執行部会議の決定を受けて応援団幹部に注意をしたが、その後も応援団では従前と同様の暴力行為が続けられたのに、学校法人の被用者である右執行部会議等の構成員はこれを直接是正させる措置を執らなかったことなどから学校法人の使用者責任が認められた事案がある（最判平成４年10月６日判タ815号130頁）。ここでは、学校法人の使用者責任の前提として、大学の執行部会議、教授会等の構成員の作為義務が問題となった[18]。次に、国家賠償法上の判決であるが、④熊本水俣病の申請者が、その申請処理が遅延したために焦燥、不安の気持を抱くことのない利益が侵害されたとして、国家賠償法に基づき慰謝料を請求したことについて、最高裁は、知事が認定業務を処理すべき者として通常期待される努力によって遅延を回避することができたかどうかが明らかではない等として、原告の請求を認めた原審を破棄差戻しした事案がある（最判平成３年４月26日民集45巻４号653頁）。

---

[17] 判決文中では触れられていないが、この判決で争われた作為義務については、条理に基づく作為義務のみならず、大学の在学契約に基づく作為義務とみる余地もあると考えられる。

[18] この作為義務についても、その根拠として、条理のみならず在学契約も考えられる。加藤・前掲注（９）152頁も、「この作為義務の根拠は、条理と解することができるが、在学契約とみる余地もある」と指摘する。

このように、ひとくちに条理に基づく作為義務といってもその事案は様々である。すなわち、①の事案は、被告の行為自体から危険が生じ、それが後になって、中間の原因をはさんで結果発生につながっているものである（その中間の原因―アルコールの販売先が客にアルコールを売ったこと―自体について被告は関与していない）。次に、②と③の事案は、不作為者が実行行為の現場に居たわけではないし、また、条理のみならず在学契約も関係し得るものである。そして、④の事案は、私人とは性質を異にする処分庁の不作為が問題となっている。このようにみると、本最高裁判決と強い関連性をもつのは、やはり昭和62年判決であると考えられる。

5　昭和62年判決

では、昭和62年判決についてみていこう。同判決の詳しい事案は以下の通りである。すなわち、被告は、中学校の友人Ａらと軌道敷に隣接している道路で雑談をしていた。そのとき、レール上に物を置くことに話がおよび、友人Ａが２つの軌道のレール上に拳大の石を置いた。友人Ａは被告らに置石行為をやめるように言われたが、置石をそのままにしたため、友人Ｂが一方の置石を取り除いた。しかし、友人Ｂは他方の置石には気がつかなかった（被告も認識していなかった）。その後、原告が所有する軌道上を進行してきた電車がレール上の石を踏み、脱線転覆したというものである。

この事実関係のもと、原審は、被告は、友人Ａのした置石を事前に認識しておらず、被告に、置石行為について共謀、助勢、容認して利用する意思は認められない、被告らの言動、認識が以上のようなものであれば、被告は、友人Ａの置石行為を予見すべきであったとはいえないと述べ、被告において置石行為を阻止ないし排除すべき義務があったとはいえないとした。これに対し、最高裁は以下のように述べ、原審を破棄差戻しした。すなわち、「重大な事故を生ぜしめる蓋然性の高い置石行為がされた場合には、その実行行為者と右行為をするにつき共同の認識ないし共謀がない者であつても、この者が、仲間の関係にある実行行為者と共に事前に右行為の動機となった話合いをしたのみでなく、これに引き続いてされた実行行為の現場において、右行為を現に知り、事故の発生についても予見可能であつたといえるときには、右の者は、実行行為と関連する自己の右のような先行行為に基づく義務として、当該置石の存否を点検確認し、これがあるときにはその除去等事故回避のための措置を講ずる

ことが可能である限り、その措置を講じて事故の発生を未然に防止すべき義務を負うものというべきであり、これを尽くさなかつたため事故が発生したときは、右事故により生じた損害を賠償すべき義務を負うものというべきである」とした。

最高裁は、被告が、被侵害法益が重大となり得る置石行為の動機となった話合いをして、さらに置石行為を現認し、事故発生の予見可能性があり、結果の回避が可能であれば、先行行為に基づく義務として結果発生を未然に防止する義務を負う旨を述べている。上記１及び３で見た作為義務の成立を認める根拠という視点から述べると、昭和62年判決では、置石の実行行為者と事前にその動機となった話合いをし、さらに置石行為の１つを現認していたことが作為義務成立のための根拠となっている[19][20]。つまり、このような「実行行為と関連する自己（被告）の右のような先行行為」から作為義務が導かれるのである。

ところで、判決文中の「先行行為」とはどのような意味であろうか。学説において先行行為という言葉が使われるとき念頭に置かれているのは、必ずしも常には明らかでないが、「自ら危険状態を招く作為をした」という状況であろう[21][22]。つまり、学説は、先行行為とは先行する危険行為だと理解しているということである。そうすると、昭和62年判決の事案は、学説が想定しているところの先行行為の事案に正確に当てはまるとは言い難いように思われる[23][24]。このことについて、昭和62年判決の評釈の中で、「『先行行為』の幅はかなり広くと

---

[19] 池田真朗「判批」法学セミナー 395号100頁、篠原・前掲注（16）202頁。

[20] 青野・前掲注（10）173頁は、昭和62年判決における作為義務を肯定する実質的根拠として、置石の実行行為者と事前にその動機となった話合いをしたことのみを挙げている。

[21] 池田・前掲注（19）100頁。

[22] 具体的な事案としては、本文中「４　本最高裁判決の先例」で紹介した①が先行行為の事案に該当すると考えられる。

[23] 中井美雄「判批」判時1306号204頁、209頁、篠原・前掲注（16）202頁。

[24] なお、橋本・前掲注（４）84 〜 86頁は、昭和62年判決を危険源関連型の不作為不法行為に分類する。作為義務は「先行行為基準のもと、自らの先行行為によって直接に当該危険源を作出した者にも賦課される。」とした上で、昭和62年判決の場面がこれにあたるとし、「先行行為者は、自らの先行行為によって危険源を作出したことに対する責任として」、当該危険源を制御するように要請されると述べている。

らえられている事例ではないかと思われる」という指摘がなされている[25]。確かに、昭和62年判決における被告は置石行為の動機となった話合いに参加していたにすぎず、置石行為（実行行為）それ自体には参加していない以上、（学説が想定しているところの）先行行為をしたと評価することは困難であるように思われる。そうすると、昭和62年判決は先行行為という言葉を用いてはいるが、その中身は実行行為たる置石行為がなされた「状況」、及び、なされるに至った「状況」であり[26]、その状況全体を考慮し、被告を先行する危険行為をした者（先行行為者）と等置し得ると最高裁が判断したのだと考えられる[27]。つまり、昭和62年判決は、作為義務の実質的な根拠として、たとえ直接危険な行為をしていない者であっても、より広く、実行行為がなされた状況全体を考慮して、実行行為（置石行為）と密接な関係がある者について作為義務が成立し得ることを示した判決なのだと考えられる。この結論について、すなわち、直接危険な行為をしていない者に事故の責任を負わせるのは、被告にとって酷であるという評価もあり得る[28]。しかし、以下の点を考えると、別の評価も可能であろう。すなわち、まず、①置石による被侵害法益は極めて重大であり、被告はその危険な置石行為の動機となった事前の話合いにも参加している。この点について、

---

[25] 中井・前掲注（23）209頁。

[26] 加藤・前掲注（９）152頁は、本最高裁判決について、「『先行状況に基づく作為義務を措定することができるか』という問題に正面から取り組んだものである」と評価する。そして、本最高裁判決と昭和62年判決とが法理論上関連があると述べていることから、昭和62年判決についても、作為義務の根拠となる事実は「先行状況」を構成する事実であると考えていると思われる。また、前田陽一『債権各論Ⅱ　不法行為法（第２版）』（弘文堂、2010年）18頁も、作為義務の根拠の１つとして先行行為があることを述べ、昭和62年判決と本最高裁判決を紹介した後で、「『先行行為』というのはやや狭いニュアンスである」とし、先行状況をも含めた評価の問題と捉えるべきであるとする。

[27] 篠原・前掲注（16）202 ～ 203頁は、昭和62年判決の被告について、「先行する危険行為と評価するには多少微妙な点もあるが、置石という危険な実行行為に限りなく密着した位置・状況にあって、『一定ノ作為ニ因リテ損害ヲ生ジ得ベキ危険状態ヲ惹起シタル者』、あるいはこれと等置し得べき者と見ることが可能であ」るとする。

[28] 澤井・前掲注（３）84頁は、昭和62年判決の「趣旨は正しいが、結論は当該中学生にはやや酷と思われる」とする。

最高裁は、被告が「仲間の関係にある実行行為者と」話合いをしていたことを指摘している。このことから、最高裁は、被告は単に置石行為のきっかけに関与していたというのみならず置石行為が行われる流れを形成したと評価したのではないかと考えられる。また、②被告は、置石行為がなされた現場におり、置石の１つを現認しているため置石行為に密着しているといえる。そして、③要求される作為義務が置石の存否を点検し、除去するのが可能であれば置石を除去するという容易な内容であることを併せて考えると、昭和62年判決の結論は必ずしも酷であるとはいえない。

６　本最高裁判決の検討

では、本最高裁判決がいかなる判断をしたのかを検討しよう。本最高裁判決における法廷意見と反対意見の判断については、すでに述べた通りである[29]。以下では、まず、昭和62年判決と本最高裁判決において、なぜ結論が分かれたのかを検討する。その後、本最高裁判決の法廷意見と反対意見において、なぜ結論が分かれたのかを検討する。この作業を通して、本最高裁判決の立場を明らかにすることを試みる。

（１）昭和62年判決と本最高裁判決

昭和62年判決と本最高裁判決の事案が類似していると考えられることは、すでに述べた通りである[30]。すなわち、どちらの事案においても、被告は、実行行為に参加していないものの実行行為者と関係を有しており、また、実行行為と近い位置、関係にあった。しかし、結論において、昭和62年判決は被告の責任を肯定し得ることを示唆しており、本最高裁判決は被告の責任を否定している。なぜ、二つの最高裁判決の判断は分かれたのだろうか。

この点について、本最高裁判決の先行評釈には、以下のような見解がある。すなわち、①「結論が違ったのは、Ｙら〔本最高裁判決における被告ら〕が〔加害少年らを〕恐れていることを重視したからか。」（〔 〕内は引用者による）とするもの[31]、②Ｙらを加害少年らの仲間とみるか否かの差異によるものであった

[29] 上記「２　本件の争点」参照。
[30] 上記「３　先行評釈」参照。
[31] 高田・前掲注（８）114頁。

とするもの[32]、③昭和62年判決の事案においては、被告が置石行為の動機となった話合いをしていたが、本最高裁判決の事案においては、そのようなことはなかったこと、さらに、作為者が不作為者を圧倒する影響力を有していた点が昭和62年判決の事案とは異なるとするものがある[33]。これらをまとめると、本最高裁判決の事案において、Yらは加害少年らと仲間関係あるいは事前の関係がなかったということや、Yらは加害少年らに恐怖心を抱いていたということが昭和62年判決の事案と異なり、それが結論の違いに影響を与えたということになる。以下では、先行評釈の指摘を踏まえ、これらの要素が条理に基づく作為義務の成否に関する最高裁の判断枠組みの中でどのような意味を持つのかを検討する。そして、それを踏まえて昭和62年判決と本最高裁判決の判断が分かれた理由を検討することにする。

上記５において述べた通り、昭和62年判決は、たとえ直接危険な行為をしていない者であっても、実行行為がなされた状況全体を考慮して、実行行為と密接な関係がある者について作為義務が成立し得るという立場であると考えられる。そうすると、本最高裁判決を検討するにあたっては、Yらと実行行為（加害少年らによる暴行）との間に、昭和62年判決における被告と置石行為との間にあったような、密接な関係が存在しているかどうかを確認しなければならない。以下では、この点を検討する。

本最高裁判決の事案において、Yらは暴行現場に赴き、加害少年らによる暴行中現場に居続けていた。そして、Y3は、加害少年Bが暴行を正当化する口実のための質問に対する回答として本件発言をしている。さらに、Yらは本件暴行後Cの指示により本件移動行為を行っている。以上のことから、Yらと実行行為との間には一定の関係性があるといえる。しかし､以下の諸事情から、Yらに作為義務を認めるほどまで、Yらと実行行為との間に密接性があると考えることは困難であるように思われる。まず、Yらは本件暴行の実行行為やその共謀に加わっていない。つまり、Yらは、本件暴行がなされるきっかけないしは流れを実行行為者とともに形成しているという事情がない。上記先行評釈の指摘②、③はこのことを述べているものと思われる[34]。また、Yらは暴行現

[32] 加藤・前掲注（９）152頁。
[33] 青野・前掲注（10）173頁。
[34] 先行評釈の指摘②はその表現の仕方から考えると、ここで指摘したYらと加

場に赴いたが、その現場に到着するまでＹらは暴行が行われていることを認識していなかった。そして、Ｙらは暴行現場に居続けていたが、これは、加害少年らに対する恐怖心があったからである。加えて、Ｙらが本件移動行為を行ったのも、加害少年らに対する恐怖心があったためである。これらを考慮すると、たしかに客観的にみればＹらと実行行為との関係性は否定できないが、その関係性があるのは、Ｙらが加害少年らに対する恐怖心に支配されていたからであるといえ、このことについてＹらを非難することは酷であると思われる。さらに、Ｙらは恐怖心があったのだから、本件暴行を制止する等の行動を執ることは極めて困難であると考えられる。Ｙらは作為義務の内容を実現することができない以上、やはり、Ｙらの作為義務を肯定することは難しい。以上の諸点が昭和62年判決の事案と異なっており[35]、これらの相違点を理由として、本最高裁判決は、Ｙらと本件暴行との間に昭和62年判決におけるのと同じような密接性は認められないと判断し、Ｙらの作為義務を否定したのだと考えられる[36]。

害少年らとの事前の関係がないことのみならず、実行行為の最中の状況、たとえば加害少年らに対する恐れの点についても関係しうることを指摘するものであろうか。

[35] 本最高裁判決の事案の特徴と対比させて昭和62年判決の事案の特徴を示すと次のようになる。すなわち、昭和62年判決の事案では、①被告が置石行為の動機となった話合いに参加しており置石行為がなされたきっかけないしは流れを形成することに関与していた、また、②被告は自由な意思に基づいて行動でき（実行行為者と仲間関係にあった）、そして、③被告置石の点検確認・除去という作為義務の内容を果たすことが容易であった。

[36] 本稿が考える不作為者と実行行為との「密接性」を判断する要素としては以下のものがあり得る。すなわち、①実行行為がなされるに至ったきっかけないしは流れに関与していたか（事前の状況）と、②実行行為がなされている最中の状況と、③実行行為がなされてから損害が発生するまでの間の状況（昭和62年判決の事案でいうと、置石行為がなされてから電車が脱線転覆するまでの間の状況）である。すなわち、最高裁は、実行行為の最中及び前後の状況を併せて検討し、作為義務が成立するかを検討していると考えるのが本稿の見解である。本文中「６（１）昭和62年判決と本最高裁判決」に掲げた各先行評釈による指摘①②③は、いずれも本稿の見解の一局面に対応するものと思われる。各先行評釈による指摘は、たしかに、最高裁の立場を考える上で重要な考慮要素に

（2）法廷意見と反対意見の相違点

本件では、なぜ法廷意見に対し反対意見がだされたのであろうか。法廷意見と反対意見の違いはすでに述べた通りである[37]。反対意見は、Yらが本件暴行現場に居続けたことと本件移動行為をしたことを理由として、Yらは加害少年らが立ち去った後に関係機関に通報する義務を負うとした。一見すると法廷意見と反対意見は真っ向から対立しているようだが、判断枠組みには違いがないのではないかと考えられる。以下、この点について、反対意見が、①加害少年らによる後日の仕返しの対応について述べていること、②Yらが負う責任は、Aが受傷直後に放置されて救急医療を受けられなかったことによる精神的苦痛を慰謝するための損害賠償責任だとし、本件における損害を限定的に考えていると思われること、③Yらが関係機関に通報すること自体は容易であると指摘していることを手がかりとして敷衍する。

反対意見も法廷意見と同様に、Yらは本件現場に居続け本件移動行為も行ったのだからYらと実行行為との関係性を否定できないものの、Yらには恐怖心があったため、Yらと実行行為との間には弱い関係性しか認められないと判断した。そのため、反対意見は、作為義務のYらが本件暴行を制止する等のいわば強度の作為義務を課することはできないとした。しかし、反対意見は、Yらと実行行為の関係性と、作為義務を課すことによるYらのリスクや、本件暴行により侵害された法益あるいは生じた損害、作為義務の内容を相関的に判断し、Aを救護するため関係機関に通報することを内容とする作為義務ならば肯定できると考えたのではなかろうか。

Yらに作為義務を課すことによるYらのリスクについては、たとえば、Yらが暴行を制止しようとした場合、加害少年らによる暴力の矛先がYらに向けられる危険性（リスク）を考えることができる。このリスクを考えると、Yらに暴行を制止する等の作為義務を課すのは酷であるという判断につながる。なお、反対意見はこのことについて何も述べていない。しかし、反対意見は、通報義務について判断する際に、通報したことで起こりうる加害少年らによる

なっていると考えられる。しかし、本最高裁判決と昭和62年判決とが異なる結論にいたった理由として、各指摘単独で説明するのは困難であるように思われる。

[37] 上記「2　本件の争点」参照。

後日の仕返しへの対応について言及している。このことから、作為義務の成否について、作為義務の内容を実現する際のリスクが考慮要素の１つになっているといえる。このリスクを考えると、本件において、作為義務を否定すべきであると考えることもできる。しかし、加害少年らが現場から去った後ならば、関係機関に通報すること自体は容易である。また、通報することに伴うリスクにＹらが対応することが可能であり、リスクに対応することをＹらに期待できるのであれば、Ｙらが作為義務の内容を実現する障害はないため、通報を内容とする作為義務を肯定することは正当化できる。そして、被侵害法益を限定的に解するならば、Ｙらと実行行為との関係性は弱いものであっても、Ｙらと実行行為との関係性とＹらに課される責任の相関判断から、作為義務を肯定することができると反対意見は考えたのだと思われる[38]。

他方、法廷意見においても、Ｙらが現場に赴いた事情やＹらと加害少年らとの関係に触れた上で、「Ｙらに A が死ぬかもしれないという認識があったとしても、そのことから直ちに、Ｙらに加害少年らからの仕返しの恐れを克服して A を救護するための措置を執るべき法的義務があったとまではいえない」（下線は引用者による）としている。この部分は、仮に、仕返しの恐れ―作為義務を課すことによるＹらのリスク―がないのであれば、Ｙらの作為義務を認めることがあり得る、というように読める。法廷意見が作為義務を否定した判断の背後には、このリスクの考慮もあったのだと思われる。また、法廷意見も反対意見と同じように、被侵害法益を限定的に解することで、Ｙらと実行行為との関係性が弱いものであっても、Ｙらに作為義務が成立し得ると考えていたのではなかろうか。なぜなら、法廷意見は、Ｙらの本件暴行を制止する義務を認めなかったにもかかわらず、上記引用部分において、本件暴行後に A を救護するための措置を執る義務については認めることがあり得ると読める表現をしているからである。

[38] 作為義務成否の判断については、不作為者と実行行為との間に密接な関係があるか否かが、まず重要になる。しかし、この密接性から直ちに作為義務成否についての結論が導かれるのではなく、密接性の強弱と、作為義務の内容、作為義務が課されることによる不作為者のリスク、そして、課される責任の重さとを相関的に判断して、作為義務の成否が検討されているものと考えられる。反対意見は、Yらと実行行為との関係が弱くても、軽度の作為義務ならばＹらに課すことができると考えたのだと思われる。

以上のように、法廷意見と反対意見は同じ判断枠組みを用いていると思われるが、結論においては、判断が分かれている。結論が分かれた理由は、本件事案の下で、作為義務を課すことによるYらのリスクについて、どのように評価するかが異なったことにあると考えられる。すなわち、法廷意見は、本件事案において、Yらは、恐怖心があったために、加害少年らからの仕返しの恐れを克服するための措置、換言すると、作為義務を課すことによるリスクに対処する措置を執ることはできないと評価した。他方で、反対意見は、Yらは、作為義務を課すことによるリスクは否定できないものの、警察等の保護を得ることにより、そのリスクに対処する措置を執ることができたはずだと評価した。この具体的事案の評価について、法廷意見と反対意見が分かれたのだと考えられる[39]。

7　本最高裁判決以降の類似事案

本最高裁判決以降に現れた類似事例として、名古屋地判平成21年2月18日（判タ1329号189頁。以下、「名古屋地裁判決」という。）がある。事案は、A（当時17歳）が、C女との交際をめぐってB（当時20歳）から場所を移動しつつ行われた3度の暴行により死亡したことについて、原告ら（Aの両親）が、Bの友人でBによる各暴行の現場にいた被告に対し、共同不法行為または信義則上Bの暴行を止めるべき義務の不履行による損害賠償を請求したものである。

名古屋地裁は、次の点を考慮して、被告のBの暴行を止める義務を肯定した。まず、①本件の暴行以前に、Bが被告に、「ふざけたやつがいる、殴ったほうがいいのか、殴らないほうがいいのか」と相談したときに、被告は殴ったほうがいいと述べた。すなわち、被告は、まだ迷っていたBのAへの暴行の意思を強める発言をした。次に、②Bは1度目の暴行の際に、履いていたサンダルの鼻緒が取れてしまったためこれでは思い切りAを暴行できないと考え、

[39] 加藤・前掲注（9）152頁は、法廷意見と反対意見の異同について、「作為（通報）を義務付けることによる自己のリスクの増大と法益の重大性・保護の緊急性（要保護状態の高度性）とのバランシングの差異によるものであったとみられる」とする。この立場は、法廷意見と反対意見の結論が分かれたのは、作為義務を課すことによるYらのリスクについて、具体的事案の評価が異なったことが理由であり、判断枠組みは同じであると考える本稿の立場とは異なっていると思われる。

２度目の暴行現場に移動中に、被告から革靴を借り、そして、Ｂは２度目の暴行で革靴を履いた足でＡを蹴るなどの暴行をした。すなわち、被告は、ＢのＡへの暴行を容易にした。そして、③被告とＢとは、友人として対等の関係にあり、被告がＢの暴行を止めるについて、障害となる事実は認められない。以上の点を指摘した上で、名古屋地裁は、被告は、自分の行為によってＢの暴行が容易になり、現に執拗かつ激しい暴行が行われていることを認識していたのだから、信義則上、少なくとも２度目の暴行以降、Ａの生命に危険が及ばないように、Ｂの暴行を止めるべき法的義務があったとした。

名古屋地裁判決は、作為義務の成否を判断する上で、実行行為がなされるに至った状況（事前の状況）と、実行行為の最中の状況とを併せて検討している。すなわち、上記①における発言と上記②における被告の行為についての名古屋地裁判決による指摘は、実行行為がなされるに至ったきっかけないしは流れに関与していたかの判断に関係する。また、「現に執拗かつ激しい暴行が行われていることを認識して」いたことの指摘は、被告が暴行現場に居たことを含めた、実行行為の最中における被告と実行行為との密接性の判断に関係する。そして、上記③における指摘は、作為義務を課すことによる被告のリスクの判断に関係する。このように、名古屋地裁判決は、実行行為がなされた状況全体から被告と実行行為との密接性を検討し、そして、その密接性と作為義務を課すことによる被告のリスクとを併せて作為義務成否の判断をしている。この判断枠組みは、本稿が示した昭和62年判決及び本最高裁判決の判断枠組みを用いて説明することができる。

昭和62年判決及び本最高裁判決を前提とすると、結論として、名古屋地裁判決が被告の不法行為責任を認めたことは妥当であると考えられる。まず、被告はＢの暴行を助長するような発言を事前にしており、暴行現場にも居た。また、被告は革靴をＢに貸して暴行を容易にした。そして、被告はＢと仲間関係にあり、本最高裁判決のＹらにあったような、作為義務を課することによるリスクがない。以上の諸点から、被告は、昭和62年判決の被告と同様あるいはそれ以上に実行行為に密接しており、また、作為義務を課することによるリスクもないため、作為義務が成立すると考えられるからである。