

責任能力ある未成年者の監督義務者の民法709条責任

野村 泰弘

1. はじめに
2. 最判平成18年2月24日
3. これまでの判例と学説
 - (1) 立法者意思とこれに対する批判
 - (2) 最判49年3月22日
 - (3) 最判昭和49年以後の展開
4. 若干の考察
 - (1) 責任能力概念の合理性
 - (2) 709条と714条の関係
 - (3) 緩和説と厳格説
 - (4) 709条の要件等の検討
 - (5) 両判決の検討
 - (ア) 最判昭和49年3月22日
 - (イ) 最判平成18年2月24日
5. むすび

1. はじめに

未成年者の不法行為については、「自己の行為の責任を弁識するに足りる知能を備えていなかったとき」は、損害賠償の責任を負わず（民法712条）、その場合は、責任無能力者の監督義務者および代理監督義務者が損害を賠償する責任を負うとし（民法714条本文）、ただ、監督義務者がその義務を怠らなかつたとき、又はその義務を怠らなくても損害が生ずべきであったときは免責されると規定している（民法714条但書）。すなわち、未成年者に「自己

の行為の責任を弁識するに足りる知能」すなわち責任能力があれば未成年者本人が709条の責任を負い、責任能力がなければ714条で監督義務者等が免責事由（その立証責任は監督義務者等が負う）のない限り責任を負うことになる（補充責任性）。この「自己の行為の責任を弁識するに足りる知能」が具体的には何歳くらいなのかについては、一般に小学校を卒業する12歳位の年齢だと考えられている¹⁾。

しかし、未成年者に責任能力がある場合に、被害者が未成年者に対して損害賠償を請求しても、その未成年者の賠償資力からして賠償の実を得ることが困難なことが少なくないことから、被害者にとっては未成年者に責任能力がなく、監督義務者に責任を問えたほうがむしろ好ましいとすらいえる。そこで、判例はかつては、賠償資力のある両親の責任を認めるために、かりに加害者が年長未成年者であってもその責任能力を否定し、民法712条、714条の問題として監督義務者の責任を認めようとしたり、逆に、民法715条の使用人責任においては、使用者の責任を認めるために、小学生についてその責任能力を肯定したりするなど、結論の妥当性を求めての責任能力の判断の操作もみられた²⁾。しかし、これに対しては、責任能力は責任能力として厳然と論じるべきであるとの批判がなされ、さらに、後掲最判昭和49年3月22日において、監督義務者に直接に民法709条の責任を認めたのを機に、このような責任能力の操作によって監督義務者の714条の責任を広く認めようという考え方は遠ざけられることとなった。

この最判昭和49年によって責任能力のある未成年者の監督義務者について民法709条の責任を認めることが定着して以来、民法709条の要件をめぐる様々な議論が展開されてきた。それは、形式的には民法709条の責任といたつとも、その過失や因果関係の認定においては、実質的には714条の責任と変わらないのではないかという疑問から発するもので、緩やかな責任認定に対して、これを是認する考えがある一方で、何らかの歯止めが必要だという考えも主張されていた。そうした中で、最（2小）判平成18年2月24日判時1927号63頁が出され、最高裁は、19歳代の年長少年の共同不法行為による傷

害という事案において、監督義務者等の民法709条責任を否定した。そこで本稿では、責任能力のある未成年者の監督義務者の709条責任についてのこれまでの議論を概観しつつ、この最判平成18年2月24日の判断について若干の検討を加えてみたいと思う。

2. 最（2小）判平成18年2月24日判時1927号63頁

【事実の概要】

事案は、同じく19歳になって、平成13年4月にそれぞれの少年院（AとBは同じ少年院）を仮退院し、保護観察に付された少年A（その保護者Y₁、Y₂）、B（その保護者Y₃、Y₄）、C（その保護者Y₅）が（以下、このA、B、Cを「Aら」という。）が、仮退院の4ヵ月後、共謀のうえ（まずCとその交際相手Dとがテレホンクラブを利用して呼び出した男性から金品を強取することを企て、これをBに持ちかけ、Bが承諾したのちさらにBがAを誘ったというものである）、Xを釧路市の海岸付近に誘い出し、こん棒のようなもので殴打する暴行を加え、約12万7000円を強取し、Xは脳挫傷等の傷害を受け、入通院を余儀なくされ、右手指機能障害の後遺障害を負ったというもので、XからY₁～₅（以下、「Yら」という。）に対して、Yらが再入院の手續を執らないなどの監督義務を怠ってAらを放任したために上記傷害事件が発生したものであると主張して、Yらに不法行為に基づく損害賠償を請求したものである。

原審の札幌高判平成17年1月28日（平成16年（ネ）253号）は、Yらが親権者としての監督義務を怠ったということではできないなどと判断して、Xの請求を棄却したため、Xが上告および上告受理申立をしたものである。

【判旨】

（上告受理申立て理由第2点について）

「一 未成年者が責任能力を有する場合であっても、その監督義務者に監督義務違反があり、これと未成年者の不法行為によって生じた損害との間に相当因果関係を認め得るときには、監督義務者は、民法709条に基づき損害賠

償責任を負うものと解するのが相当である（最高裁昭和47年（オ）第1067号同49年3月22日第二小法廷判決・民集28巻2号347頁参照）。

二 前記事実関係によれば、Aらは、暴行、恐喝、傷害、窃盗、強盗致傷等の非行歴を有し保護観察や少年院送致の処分を繰り返し受けていたところ、本件事件当時、少年院を仮退院して保護観察に付され、一般遵守事項に加え、特別遵守事項が定められていたにもかかわらず、これらを守らないで、遊び歩いたり、暴力団事務所に入出入りするなどしていたというのである。しかし、前記認定事実によれば、Aらは、いずれも、間もなく成人に達する年齢にあり、既に幾つか職歴を有し、Y₁らの下を離れて生活したこともあったというのであり、平成13年4月又は5月に少年院を仮退院した後のAらの行動から判断しても、Y₁らが親権者としてAらに対して及ぼし得る影響力は限定的なものとなっていたといわざるを得ないから、Y₁らが、Aらに保護観察の遵守事項を確実に守らせることができる適切な手段を有していたとは言いがたい。

Xは、Aらを少年院に再入院させるための手続等を執るべきであったと主張する。そこで、この点について検討すると、前記認定事実関係によれば、Aらは、いずれも19歳を超えてから少年院を仮退院し、以後本件事件に至るまで特段の非行事実は見られず、AとBは、本件事件の約1週間前まで新宿のクラブで働き、本件事故当時はY₅宅に居住していたというのであり、Cは、本件事件当時、Dの父親の家に居住し、漁業の手伝いをしていたのであるから、Y₁らにおいて、本件事件当時、Aらが本件事件のような犯罪を犯すことを予測しうる事情があったということはできない（Cが暴力団事務所に入出入りするようになっていたことを被上告人Y₅が知らなかったことは前記のとおりである。）し、Aらの生活状態自体が直ちに再入院手続等を執るべき状態にあったということはできない。

三 以上によれば、本件事件当時、Y₁らに本件事件に結びつく監督義務違反があったとはいえ、本件事件によってXらが被った損害について、Aらに民法709条に基づく損害賠償責任を認めることはできない。」

3. これまでの判例と学説

（1）立法者意思とこれに対する批判

民法の起草者は、責任能力ある未成年者の不法行為に対して親権者等が709条の責任を負うことを想定していなかったといわれる。すなわち、起草者（穂積陳重委員）は、①714条の責任が他人の行為に対する責任ではなく709条と同じ（監督義務者自身の）過失責任であるとともに、②加害者が責任無能力である場合にだけ親権者等の監督義務者の責任が生じることを説明しており（補充的責任）、責任能力ある未成年者の不法行為に対する責任を親権者が負わないことが前提にされた。これに対して、同じく起草委員の一人である土方委員から、責任能力がある場合にも監督義務者が併存的に責任を負うべきである旨の提案があったが、採用されず、原案通りに採択された⁽³⁾。そして初期の学説の多くも、714条の責任が監督義務者自身の過失責任であること、および、加害者の責任無能力を要件とする補充的責任であるとの見解に立っていたとされる⁽⁴⁾。

しかし、民法起草者の考えのように監督義務者に709条の成立を否定すると、①未成年者は資力が乏しく、賠償能力がないことが多いので、監督義務者が責任を負わないと、実質的に被害者が救済されないこと、②判例は、未成年者の責任能力年齢を高く設定することで民法714条の適用を可能にし、被害者の救済を図ってきたが、これにも限界があること（責任能力の年齢が客観的に固定化されてきた）、③監督義務者の責任を追及するには、被害者側で未成年者の責任能力を立証しなければならず、困難を伴うこと、④前記③と関連するが、判例上主観的予備的請求が認められていないため、未成年者と監督義務者のいずれを被告として賠償を請求するかについて、責任能力の有無の判定が容易ではないため、被害者は困難な選択を強いられること（被害者は、責任能力ありとして未成年者を訴えるべきか責任能力なしとして監督義務者を訴えるべきなのか迷わざるをえず、その責任能力の有無は事実問題として裁判所の判断を待つべき問題で、結局、被害者は敗訴の危険を負うことになる）、⑤監督義務違反があっても未成年者が責任能力者であれ

ば監督義務者が責任を免れるというのは、過失責任主義に反すること（仮に監督義務者は監督義務に違反していたとしても免責されることになり不合理でないか）、⑥ドイツ法、スイス法、フランス法とも、未成年者の責任能力の有無を問わないで、監督者、家長、未成年者と同居する父母の賠償責任を認めており、監督者の補充的責任は比較法的傾向にも反すること、などの批判がなされた⁽⁵⁾。このうち、⑤については、立法時から主張されていたところであり、これに対して同条の起草者であった穂積陳重委員は、その理由として、i) 未成年者に責任能力がある場合にも監督義務者の併存的責任を認めるのは「少シ広過ギル」ということ⁽⁶⁾、ii) 未成年者が一般に賠償能力を有しないとしても、「貧乏人二乱暴サレタノト金持二乱暴サレタノト被害者二取ッテハ事不幸ガアリ得ル」のはやむを得ないということ⁽⁷⁾、iii) 未成年者も独立の法的な人格者であり、親が責任を負うのは親にも過失がある場合に限られるということ（個人主義的責任論）の3点を挙げて、これを斥けたとされる⁽⁸⁾。

このような批判にあらわれているように、立法者の考えは、現実的な被害者の救済、公平な損害分担を考えた場合、被害者に酷な結論となりうる。もともと、712条、713条の責任能力のない者が不法行為責任を負わないとされるのは、必ずしも過失責任主義の理論的な前提ではなく、むしろ「個人的な能力の違いにかかわらず、客観的な注意義務違反の事実があるときには加害者が賠償責任を負うという客観的過失責任主義のもとで、著しく能力の低い一定の者について免責を認めるという政策的考慮に基づく制度」⁽⁹⁾であると主張され、あるいは、「子供の時、加害行為をして、一生の間賠償債務に苦しむことのないようにするなど」の政策的なものと説明されるのであり⁽¹⁰⁾、反面、その場合には監督義務者が当然に責任を負うことが予定されているのであり、この問題を考える場合には、そうして、一方では責任無能力者の免責を認め、他方では、監督義務者の責任を認めて被害者を救済するという、2つの政策的目的が両立できるような解釈がとられるべきであろう。

そうした背景を受けて、その後、加害者自身の責任と監督者の責任を併存

させるべきことを立法論として主張する学説が現れ⁽¹¹⁾、さらに714条の解釈についても「この点を留意し、監督義務者の責任を重からしむるように努めべきである」と言われる状況となり⁽¹²⁾、ついに松坂佐一教授の論文⁽¹³⁾において、「被害者側で監督義務者の過失のあることを立証することを要しない点において709条に対する特則であるとし、監督義務者の責任についてまで709条の一般原則を制限する趣旨ではなく、但書との関係から、責任能力のない場合には、過失の推定があるという意味に過ぎない。したがって、責任能力ある未成年者の場合には、714条は適用されず、一般原則に従って、監督義務者の過失および無能力者の行為との因果関係は被害者のほうで挙証すれば、監督義務者の責任を追求しうる」と主張し、この理論はその後、有力説⁽¹⁴⁾に支持され通説化した。これが下級審の判決に現れ、そしてこれを最高裁としても支持したのが、次の最判昭和49年3月22日である⁽¹⁵⁾。

（2）最（2小）判昭和49年3月22日民集28巻2号347頁

【事実の概要】

当時中学3年生であったA（15歳）は、中学生の間で流行していた裾幅の広いズボンや色柄のシャツ等を購入するための小遣金欲しさに、同じ中学の1年生で遊び仲間のBを殺害してBが集金した新聞代金を奪おうと考え、昭和39年2月27日、集金帰りのBを近くの学校へ誘い込んで殺害し、その所持金1万3900円を強奪した。当時Aは責任能力を有していた。Aは強盗殺人罪により懲役12年に処せられた。そこで、Bの母親Xが、Aの不法行為責任を追及するとともに、Aの犯行は親権者であるY₁（父）、Y₂（母）の監督義務違反の結果であるから、民法709条の不法行為責任を免れないとして、A、Y₁、Y₂に対し、Bの逸失利益の相続分、慰謝料等の損害賠償の内金150万円を請求した。これに対して、Y₁、Y₂は、監督義務の懈怠があったとしても、これとAの殺人行為との間には、定型的なつながりがない（相当因果関係がない）などとして争った。⁽¹⁶⁾

第1審判決（鳥取地裁米子支部昭和45年12月22日）は、少年（A）の家庭

においては、両親と子供3名がいるが、父親（ Y_1 ）が家計をかえりみずに飲酒して収入の大半を使い果たし、飲酒しては、子供らに暴力を振るったりするので、少年も打ち解けて話などもできず、母親（ Y_2 ）も甘いだけで放任し、家計にも追われていたので、家族団らんするような暖かい雰囲気に欠けた家庭であった。少年が1歳のときに大火傷を負って両足の指が癒着し、歩行に障害が出て、その後劣等感を抱くに至った。少年は、小学校3年生のころ家出をしたことがあったものの、さしたる問題行動はみられなかったが、中学2年生のころから不良交友や菓子の万引、喫煙、怠学などで補導を受けるようになり、両親は、その場限りの注意をするだけで、お互いに相談し合って真剣に問題に対処しようとするところがなく、全くおざなりであった。そのため少年は、非行の度合いを深め、反社会的性格を濃くするようになり、中学3年に進級したころから、華美な服装に対する執着が酷くなり、金遣いが荒いことも加わり、新聞配達をしても、到底欲しいと思われるバンドやズボンを買うことができず、母親にも言い出しかねて一人で悩んでいるうち、昭和38年11月ころバンドを窃取したり、人を殺害して金を奪おうと思い詰めるようになった。そして、当時少年から新聞配達を引き継いでいたBが当日新聞代金の集金に廻ることを知って、本件不法行為（Bに対する強盗殺人）を犯すに至った。両親は、少年の上記欲求を真底から理解して解消してやろうとせず放任し、相変わらず父親は飲酒に耽って収入の大半を使い果たしていた。以上の認定事実によると、少年の本件犯行は、両親において、少年の上記欲求や性格をよく理解して善導し、特に少年の性格がいく分かは生来の素質によるものとしても、暗い家庭環境と火傷による劣等感が大きく作用して形成されたものであることに思いを深くし、父親が飲酒や浪費をやめて監護義務を尽くしていたならば、少年の加害行為を回避することができたことは否定できず、両親の監護義務の懈怠は、少年をして本件犯行を犯すに至らしめた一原因をなし、その間に相当因果関係を認めることができるとして、両親に対する共同不法行為責任を認めた。

その控訴審（広島高裁松江支部昭和47年7月19日）では、「民法714条は、

未成年者が責任無能力者である場合、これを監督すべき義務のある親権者等において上記監督義務を怠らなかつたことを証明しない限り、未成年者が第三者に加えた損害を賠償する責任を明らかにしているが、上記規定は、未成年者が責任能力者である場合、監督義務者の義務違反と未成年者の行為によって生じた結果との間に相当因果関係が存するときは、未成年者の不法行為責任とともに監督義務者についても一般の不法行為責任の成立することを排除するものではないと解される。」「本件では、少年（A）は、中学生であり、親権者である両親のもとで養育監護を受けていたのであるから、両親の少年に対する影響力は責任無能力者の場合と殆ど変わらない程強いものがあり、少年について中学2年生のころから不良交友が生じ、次第に非行性が深まっていたことに対し適切な措置をとらないで全くこれを放任し、一方、少年のさほど無理ともいえない物質的欲求をかなえてやらず、家庭的愛情の欠如に対する欲求不満をつのらせた結果、少年をして本件犯行に走らせたといえ、両親の監督義務の懈怠と被害者Bの死亡の結果との間の因果関係は否定することができない」として第1審の判断を維持して控訴を棄却した。これに対して、Y₁Y₂が上告したものである。

【判旨】 上告棄却

「未成年者が責任能力を有する場合であっても監督義務者の義務違反と当該未成年者の不法行為によって生じた結果との間に相当因果関係を認めうるときは、監督義務者につき民法709条に基づく不法行為が成立するものと解するのが相当であって、民法714条の規定が右解釈の妨げとなるものではない。」

（3）最判昭和49年以後の展開

（ア）監督義務者の709条責任

最判昭和49年3月22日が、最高裁としてはじめて責任能力ある未成年者の不法行為について、監督義務者も別途709条の責任を負うことがあると判示して以降、709条が別途成立しうるという点についてはとくに異論はみられないものの、その要件たる過失や因果関係の判断基準については、709条の

責任に714条の解釈を持ち込んでいることについて、このように緩やかでよいとする見解（緩和説）と709条の責任を認める以上、慎重に厳格に適用すべきだとする見解（厳格説または限定説）の対立がある。すなわち、監督義務者に709条の責任を認めるとして、そもそも、責任能力ある未成年者の監督義務者に709条の責任を認めるその背景と趣旨はいかなるものか、そして、その監督義務とは何なのか、過失の基準は何なのか、さらには、709条の過失と、714条の監督義務の懈怠と820条の親権者の一般的監護教育義務の関係はどうなのか、という点について、両説は異なる立場をとる。

緩和説は、被害者の救済と損害負担の公平を重視し、責任能力のある未成年者の監督義務者の責任を相当広く認めるべきであるとするもので、最判昭和49年についても、たとえば、平井宜雄教授は、昭和49年最判が樹立した準則は709条に関するものではなく、714条1項但書の監督義務が820条による親権者の教育監督義務に一致し、この義務の違反により、基本型不法行為で要求される因果関係を要さずに、親権者の損害賠償責任を認めるという新たな複合型不法行為の類型を創造したものであると主張し⁽¹⁷⁾、同様に、四宮和夫教授は、「714条と709条とによって合成された特殊な規範」が同判決により成立したものとみる⁽¹⁸⁾。これとほぼ同じ考えとしては、民法714条の考え方を民法709条に近づけていく見解⁽¹⁹⁾があり、さらには、民法719条1項後段ないし民法714条を類推適用する見解⁽²⁰⁾、損害負担の公平、被害者救済などの見地から、過失や因果関係をあまり厳しく限定せず、予見できる危険な行為を放任することで足りるとする見解⁽²¹⁾、等がある。これらはいずれも、元は714条で処理しきれない事案が709条に送られてきたという点を重視しているものと思われる。

この緩和説の立場からは、過失の捉え方においても、民法714条の考え方を民法709条に近づけていき、709条を714条にダブらせ、民法820条の一般的監護教育義務違反ないし民法714条の過失を民法709条の過失と評価する見解⁽²²⁾がある。714条の監督義務者の過失は、加藤教授によれば、責任無能力者の行為についての一般的な監督行為を怠ることを意味し、加害行為をする

こと自体の過失ではないとされ⁽²³⁾、かなり緩やかに認められる傾向があり、そこから先の、民法820条の親権者の子に対する一般的監護教育義務違反ないし民法714条の過失を民法709条の過失と評価する見解につながっていく。つまり、緩和説の考えは、709条における監督義務の内容、過失の内容を714条に求め、さらには820条に求めることにより、過失の認定を容易にしようというものである。もっとも、緩和説に立つと思われるものの中でも、監督義務の内容については見解の相違があり、とくに民法820条については、これがそのまま不法行為上の監督義務となりうるのかについて問題を含んでいる。

これに対して、いわゆる厳格説は、責任能力のある未成年者の加害行為について、民法709条により監督義務者に過失を認めるには、やはり民法709条そのものの責任として、民法820条の一般的監護教育義務違反や民法714条の監督義務の懈怠だけでは足りず、加害行為の予見可能性を前提とした過失が必要であり、因果関係についても、上記一般的包括的監護義務違反と損害との間の因果関係では足りず、あくまで個別具体的な監督義務違反と損害の発生事実との間に相当因果関係が必要であると説く⁽²⁴⁾。すなわち、監督義務者に民法709条の責任を問う場合、709条独自の判断がなされるべきで、ここに714条的な処理を持ち込むことはできないということになる。

このように、責任能力ある未成年者の監督義務者の709条責任については、緩和説と厳格説によって、その評価には違いがあるが、これは、もともと監督義務者の義務違反が、民法709条にいう過失すなわち加害行為自体についての過失ではなく、損害の遠いかつ間接の原因⁽²⁵⁾であるということから来るものであろう。そこから、この監督義務違反を民法709条の過失として、監督義務者に民法709条にもとづく責任を追及するのは解釈上問題である（同様の内容は最判昭和49年3月22日の上告理由に述べられている）との指摘もなされることになる。

原則論としてはたしかに、厳格説のいうように監督義務者の責任を純粹に民法709条の問題として、民法714条と切り離して捉えるならば、直接の加害

者でない監督義務者に、故意または過失、因果関係という要件の具備を求めることは困難なことが多いであろう。問題は、そうした無理を押し通すだけの理由があるかということである。緩和説の立場からは、責任能力のある未成年者の不法行為における監督義務者の責任を認めるためにあえて709条によらざるを得なかったという立法上の問題、あるいはその経緯、さらには被害者救済と損害負担の公平という要請から、あまり厳格に要件を審査すればその趣旨が没却されかねないという主張がなされる。結局のところ、これらの問題は、未成年者に責任能力があることによって監督義務者が714条によって責任を負わない場合に、監督義務者に709条の責任を問うとして、やはり709条の問題として厳格に過失や因果関係が認定されるべきと考えるのか、それとも不法行為の中でも714条由来の特殊なものとして、いわばこれを埋め合わせるために認められる責任であることから、714条同様に緩やかに認めるべきと考えるのか、そのどちらに立つのかという立場の置き方によって、結論もおおたか決まってしまうといっても過言ではない。そうした議論のある中で出されたのがこの最判平成18年であり、今後、この判決の意義付けをめぐって再び議論が展開されるものと思われる。

(イ) 類型的考察の試み

判例の理解および理論の構築の上で、不法行為の類型的考察は有益であり、たとえば、川井健教授らは、妥当な解決と場当たりの結論を回避するために、親と子の関係がどうであったか、親は何ができ、すべきであったかという観点からの類型化を試みられている。それによれば、(1) 子の不法行為時に親がその行為を現認し、直接に監視、指導、助言などが可能な状態なのに、それを怠り損害が発生した場合、(2) 子の不法行為に用いられた一定の道具、手段が親の許から子に移り、その用法につき適切な指示を怠ったため不法行為が発生した場合、(3) 子が日頃から悪性癖を有し他人に何らかの危害、損害を加える傾向のある事実を知り、もしくは知るべきにもかかわらず、対策として十分な監護、教育の措置を怠り、子が不法行為を行った場合、(4) 前3類型のいずれにも届きない場合、すなわち、子が親の現認監

督下になく、不法行為に用いられた道具、手段が子自身の自由な判断により選択され、子が悪性癖を有しない場合に分類し、(1)では親の責任の認定は比較的容易であり、(2)(3)では、責任が直接認定されうる場合、過失・因果関係が事実上推定されうる場合が考えられるが、(4)の場合には、親の責任の追求が困難となることがあるが、それは、抽象的一般的に責任能力ある子の不法行為について、その親に責任を負わせることを是認し得ない立場からはやむをえないとされる⁽²⁶⁾。このように、監督義務者と子の関係を、監督可能性や結果回避の可能性の観点からみることは、監督義務者の予見可能性、予見義務、注意義務の内容、結果回避義務のいかん、ひいては過失の判断を容易にさせるであろう。また、小野義美教授は、4つの加害行為の類型（一般的加害行為、学校事故、失火、交通事故）に分けてその特徴を考察されており⁽²⁷⁾、こうした考察は、共通項を抽出することにより、類似点と相違点を際立たせることに寄与すると思われる。そうした類型的考察を通じて、山本進一教授は、監督義務者の責任が認められるための要件の設定として、(ア)監督者が相当な監督をすれば、当該加害行為の発生が防止されたと思われること、(イ)上記のために監督をなしたものであること、(ウ)監督をせずに放任しておけば当該加害行為が発生するとの蓋然性が一般的にも高い場合であったこと、という3点があげられている⁽²⁸⁾。

ただ、こうした類型的考察は、本稿のテーマである「未成年者の監督義務者の709条責任」に関していえば、そこから得られる基準が必ずしも絶対的なものではないとの指摘もある。たとえば中嶋功判事は、故意や過失の分類まで含めたより詳細な類型的考察をされているが⁽²⁹⁾、その中で判事は、「類型化しての検討からは、同じ類型だから当然同じ結論になるとは必ずしも言えず、むしろ、「過失や因果関係及びその認定を厳格に捉えるか、緩やかに捉えるかに左右される要素が大きいものと考えられる。……過失や因果関係を認めるためには、前述のとおり、そもそも民法709条の厳格な要件を要求するの否かで左右されるため、類型化の要素のみで結論が出るとも限らない点にも留意すべきであろう。」(傍点筆者)と述べられているように、論理

を積み上げて過失の有無を判断するというよりも、むしろ、責任を認めるか否かの結論から逆算された論理によって、過失や因果関係の有無の認定がなされているように感じられるのである。

4. 若干の考察

(1) 責任能力概念の合理性

前述したように、未成年者の不法行為については、未成年者に責任能力があれば未成年者のみが709条の責任を負い、責任能力がなければ未成年者は責任を負わず(712条)、監督義務者等が714条の責任を負うことになる。このように、712条と714条はワンセットの規定になっており、未成年者か監督義務者のいずれかが責任を負うことになっている。しかし、未成年者に責任能力がある場合に未成年者のみが責任を負い、監督義務者は一切責任を負わないでよいのか、それで被害者救済、公平な損害の分担が図れるのか、という点がこの問題の出発点である。

民法は、20歳をもって成年と未成年とを分け、さらに、責任能力の有無によって未成年者と監督義務者の責任を画しているが、このように民法が未成年者の責任能力のいかんによって、親権者等の監督義務者の責任の有無を定めていることに問題はないのだろうか。そもそも、親の子に対する教育監護義務や監督義務というものは、未成年者かどうか、責任能力を有するかという民法理論上の区別に左右されるものなのだろうか。たしかに、一般的には子が成長するにつれ、年齢が高くなるにつれ、その監督義務は小さなものになっていくといえようが、それは、年齢が高くなることによって子の自立が進む(親の手から離れていく)からであろう。逆にいえば、子が自立するまでは親の諸々の義務は終わらないともいえる。現在の民法では20歳を境にしているが、大学生のように20歳を過ぎても親掛かりで生活している者については、親の義務は終了していないといえよう。また、昨今問題となっているニートについてみても、年齢にかかわらず親としての子に対する監督義務は継続しているといえようし、そこには明確な年齢の境界線はないといえる。

さらに、子の成長とともに、例えば、親が新たに子に、ナイフや自動二輪等、他人を害する危険性をもった遊具や交通手段を買い与えるなどすれば、そうした親自身の先行行為に基づいて、新たな監督義務が生じるといえよう。そして、不法行為に関していえば、監督義務者は、判断能力の未熟な子を「不法行為に至らしめないよう指導監督する義務」を負っていると考えられる。

また、この未成年者の不法行為について、民法は、その責任能力の有無によって被害者への対外的な責任を画しており、この責任能力の有無は判例上概ね12、3歳とされているが、この12歳あたりを境として責任能力の有無を分けることに合理的理由はあるのだろうか。この規定が制定された時代と今日とで、12歳あたりの少年の位置付けは同じなのかどうかも問題になる。家永教授は、当時の就学児童者数からこの点に疑問を呈され、今日ではこのような立法者意思はすでに維持すべき根拠を失ったとされるが⁽³⁰⁾、筆者も同様に考える。また、現実問題として、未成年者の賠償資力、そして、使用者責任等の不法行為の特殊形態の一連の規定が責任主体の拡大によって被害者の実質的救済を図ろうとしていることとの均衡上、さらには、民法820条の親権者の監護教育義務は、責任能力の有無で分けることなく未成年者を等しくその監護教育義務の対象としていることからすれば、未成年者が責任能力がないことによって不法行為責任を免れる場合にのみ監督義務者が責任を負えば足りるとした714条は、被害者の救済ないし損害の合理的配分という不法行為制度の目的からみて万全の制度であるとはいえないであろう⁽³¹⁾。

このように、未成年者の責任能力によって監督義務者の責任を画するという規定が、今日、その根拠となるべき社会背景を失ったとすれば、責任能力ある未成年者の不法行為における監督義務者の責任についても714条を類推適用することに合理性を与えることになろうし⁽³²⁾、立法論として、星野教授が提唱されているように、714条の責任発生要件から「未成年者の責任能力のない場合において」を削除するというのも一つの考えであろう⁽³³⁾。もっとも、わが民法の規定が、ドイツ法、フランス法、スイス法のような規定になっていない現状では、それは立法論としてはありえても、現行法規の解釈

としてはやはり困難という指摘には従わざるを得ないであろう⁽³⁴⁾。そのため、過渡的な処理方法として、不法行為の原則規定としての709条に依る解決が求められることになる⁽³⁵⁾。

(2) 709条と714条の関係

かくして監督義務者につき民法709条の責任を問う以上、その成否はやはり709条の要件に即して捉えられるべきであろうが、その場合に、709条は714条責任の不都合（補充性）を解決するための解釈であること⁽³⁶⁾、および監督義務者の責任の特殊性、すなわち、本件において問題となるのは、監督義務者の過失であって直接加害者たる未成年者の過失ではないこと、監督義務者の過失はいわば直接加害者の不法行為を制止し得なかった過失あるいは助長してしまった過失とでも捉えるべきものであること、そしてまた、その過失は行為時点における過失のみではなく、子が生まれてから不法行為に至るまでの累積的な監督義務の懈怠をも含んだものであるという点に留意する必要がある。また、因果関係についても、監督義務者の過失と損害との間に未成年者の行為が介在していることを考慮する必要があり、そうすると、従来の709条の過失および因果関係の判断の基準と同じでいいものかという問題が生じるのであり⁽³⁷⁾、このような本件不法行為の特質を考慮した過失の認定、また、その前提となる予見可能性の判断、監督義務者に課せられた注意義務の範囲についての判断が求められることになろう（なお、純然たる民法709条の問題として捉えた場合、その責任主体は714条の法定の監督義務者に限られず、また、必ずしも不法行為当時の親権者には限られないことになるが⁽³⁸⁾、現実に被告とされるのはほとんどが714条責任の延長線上にある監督義務者であろう）。

(3) 緩和説と厳格説

ところで、監督義務者に未成年者と同じく709条の責任を問うとしても、厳格説によれば、あくまでも709条の要件論から、通常的不法行為における

過失と同様、予見可能性を前提とした具体的危険回避のための行為義務（結果回避義務）の違反としての過失が求められることになろうが、親権者が子の当該加害行為を容易には具体的に予見しえない場合もあろうし、仮に監督義務の懈怠があったとしても、これと損害との間の因果関係が認められないという場合もあろう。このようにあまりに厳密に考えると、監督義務者に709条の責任を認めるべしという当初の趣旨が埋没されかねず、そこにジレンマがあるといえる。先にも述べたように、監督義務者の過失は間接的なものであり、不法行為時に限られない躰全体にわたるものであることから、714条由来の不法行為の特殊類型と位置付け、709条によりつつも、実際には714条的解釈を持ち込んで、過失および因果関係の有無を判断することも許されるものと思われる。そして、具体的な過失の有無の判断においては、子の年齢（責任能力の程度）、日常の親の子に対する監護教育の実態（一般的監護教育義務違反の程度）、不法行為発生時、場所、周囲の状況（帰宅中、帰宅後、在宅時など）などが考慮されるべきであろう³⁹。また、本責任の本質が躰に由来する一体性であり、人格形成への寄与度であることなどを考慮すれば、一種の共同不法行為として構成することも可能であろう。

（４）709条の要件等の検討

以下では、709条の責任を追求するうえで問題となる要件等について検討する。

（ア）予見可能性

通説に従えば、過失認定の前提として予見可能性があることを要するとされる。そこで予見可能性についてみると、監督義務者にとって、我が子である未成年の子が不法行為に至ることについて、具体的な予見を抱くことは稀であるといえるかもしれないが、未完成の人格ゆえ、いろいろな想定の上に立って教育指導をなすことが必要といえ、中嶋功判事がいわれるように、「少年の非行歴や問題行動などの悪性癖は、それ自体、規範意識や自己抑制力の低下を示しているものと考えられ、このことは、他の非行形態にも通じ

るものであり、交友関係の影響などで他の非行に発展したり、進行する可能性は十分認められ、一定の悪性癖が認められている段階において、両親が上記のことを予測できないと言いはるべく⁽⁴⁰⁾、これまでの子の行動からかなり広い範囲の予見義務（監督可能性）があると考えるべきであろう。したがって、過去に非行歴や問題行動があれば、少なくとも同種の問題行動に対しては予見可能性があると見え、他方、異種の不法行為に対しては予見可能性が薄いと見えようが、その場合でも、親としては、子に対する気配りは万全のものであるべきで、何かのシグナルに機敏に反応し、適切な措置を講じることが求められる。たとえば、子の金遣いが荒いということに接して、不思議に思わず、あるいは見て見ぬ振りをするということは、それ自体、予見義務を怠っているということもできよう。そして、不法行為の発生という結果は、その義務を懈怠したということを一応推定させるものと考えられる。

（イ）過失

ここでの議論の中心は、過失を認定するための前提となる注意義務（監督義務）とはいかなるものなのか、民法820条、714条、709条の関係をどのように理解するかという点におかれている。たとえば、最判昭和49年の親の過失の判断について、「監督義務違反について709条の過失を認定するという建前をとりながらも、その実質は、714条の義務懈怠内容を認定基準としているように思われる」⁽⁴¹⁾とされ、また、「そこで認定されているのは、むしろ、親としての日常一般的な監督義務の懈怠の域を出ないものようでもある…このことから裁判所が、親の責任を広く認めるべしという社会的要請にこたえるために、714条で問題となる監督義務の懈怠程度のことがあれば709条の過失を認めるという態度をとったものと思われる」⁽⁴²⁾というような評価がなされており、こうした日常一般的な監督義務の懈怠をもって、本件の計画的な強盗殺人に対する民法709条の過失（すなわち通常人の能力を基準として、予見可能性のある被害を回避すべき客観的な注意義務違反）を認めることができるのか、という問題提起がなされている⁽⁴³⁾。こうした指摘にあるように、本件のような場合に、一般の709条の適用とは異なった考え方が裁判所

を支配しているように思われる。通常であれば、予見可能性から注意義務が発生し、注意義務の懈怠によって過失が認定されるという判断基準があると思われるが、最判昭和49年をはじめとする裁判例においても、「過失」といわず「監督義務者義務違反」と表現しているとの指摘⁽⁴⁴⁾があるように、本件のような場合では、いわば形式709条、実質714条による過失および因果関係の判断がなされているように思われる⁽⁴⁵⁾。ただ、714条的解釈によるとしても、その過失の前提となる監督義務の内容はどこに求められるのかとなると、必ずしも明らかとはいえない。民法820条は、「親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。」と規定するが、親権者の一般的監護教育義務そのものでよいとする学説は見受けられないように思われる。やはり、820条は、親が子を危険から守るための、親の義務を定めたものであると解され、709条の不法行為を前提としたものではないので、それ以上のもので、言い換えれば、不法行為に向けられた監督義務に修正される必要がある。これに対して、「親権者は820条により、未成年者を社会に適應するように育成する義務を負っており、この義務には、未成年者が他人に不法行為をしないように監督する義務も含まれていると考えられる。」とする説⁽⁴⁶⁾もあるが、民法820条は親と子の権利義務を規定したもので、第三者に対する関係までをも含んだものとは考えにくく、無理があるのではなかろうか。判例も、たとえば大坂地判昭和37年5月26日（判時310号37頁）は15歳の3人の少年らの輪姦事件であるが、「たんに親権者が820条の監督義務を果たさなかったというだけでは親権者に責任を負わせることはできない」としており、820条を基礎にしながらも、当該不法行為を前提として、親権者と子の置かれた関係に応じたより高度の監督義務を設定し、これについて懈怠があったか否かによって決せられるべきものと考えられる⁽⁴⁷⁾。そして、この監督義務者の過失というのは被害者の損害に対して直接的なものではなく、未成年者を介しての間接的なものであり、未成年者の過失を助長し、あるいは制止できなかったという過失である。それは躰等を含めた広い範囲にわたるものであり、それが本類型の特色であるということができ、したがって、子の

年齢、同居の有無、生計の異同、職業の有無など、親権者等との共同生活事実の存在若しくは経済的依存度も、義務懈怠存否の一つの判断基準となろう⁽⁴⁸⁾。

(ウ) 因果関係

一般に、直接加害者の過失と損害との間には因果関係の有無は判断しやすいといえるが、間接的な加害者である監督義務者の過失と責任能力ある未成年者の不法行為による損害との間の因果関係については、その判断が困難といえるであろう。すなわち、この場合の因果関係は、前方注視義務違反により衝突事故を招来したというような直接的な因果関係ではなく、ある種漠然とした、これまでの育て方が悪かったというような継続的な監護教育義務違反としての過失と当該損害の間の因果関係であり、その間にさらに未成年者の行為が介在していることから、間接的な因果関係ともいえ、それゆえ、厳格な認定をもってしては、ほとんどの場合、因果関係を認めることは困難と思われる。この点に関して加藤一郎教授も、「責任能力のある者の行為については、監督者の不注意と損害の発生との間に通常は因果関係はないのではないかという疑問がある。」とされている。もっとも、「しかしたとえば、刑務所の不注意で受刑者が逃走し、不法行為をしたという場合には、やはりその間に因果関係があるといえる。」⁽⁴⁹⁾とされ、結論的には因果関係の存在が認められるとされている。しかしこの場合、受刑者が逃走するところまでは因果関係が認められても、不法行為にいたるところまで因果関係を認めるとなると、逆に因果関係が際限なく広がっていくおそれがあるように思われる。因果関係を厳格に解する立場からは、たとえば、最判昭和49年3月22日について、両親らは、未成年者であるAが、過去に万引などの補導歴があったので、同様の万引程度の加害行為については予測でき、仮に再度Aが万引などを行った場合は、経験則上、監督義務を尽くしていれば、万引行為も防止できたといえるものの、本件でAが行った加害行為は、両親が経験則上予測困難な強盗殺人であり、両親の日常一般的な監護義務の懈怠によってAの本件強盗殺人行為が生じ、上記監護義務の懈怠がなければ、Aの本件強盗殺人行為

為もなかったものと経験則上いえるかどうかについては疑問符がつけられよう。そして、「因果関係を容易に認めると、およそ両親の日常一般的な監護義務の懈怠によって、未成年の子が甚大な損害を与える加害行為の全ての賠償責任をも負いかねず、結果責任に近くなり、過失責任、自己責任を原則とする民法709条の趣旨を没却することになりかねない」⁽⁵⁰⁾といった指摘もあり、どこまで認められるかが問題となろう。

こうした責任能力ある未成年者の不法行為による損害と監督義務者の過失との因果関係の判断の困難さは、その間に責任能力ある未成年者の行為が介在しているからであり、間接加害者としてのいわば遠因という関係であり、直接的な関係ではないところに起因するものといえる。「迷惑駐車をして、それを避けるために後続車が対向車と衝突した」とか「扉を開けて逃げるかどうかは相手次第」というのは、いわば偶然性が介在する因果関係といえなくはない。極端に言えば、結果の発生から、そのような不法行為をしでかす子に育てたという過失が認定されかねない。その判断は、責任を否定する場合には因果関係が機能するが、肯定する場合には過失の判断に埋没しかねないところがある。これは、ひとつに、本件のような事案では、「義務懈怠と損害との間の因果関係は、過失の有無の判定のうちに包摂され、義務懈怠なければ損害なしという関係さえあれば十分とされているといえる」⁽⁵¹⁾と考えられているからかもしれない。裁判例においても明確に因果関係を否定したものは名古屋地判昭和3年8月9日（判時345号48頁）があるくらいで、あまり見当たらない。この点においても、通常の709条の不法行為とはやや異なるものといえよう。

（エ）類型別特徴

不法行為の要件を類型別にみれば、交通事故の場合、自転車、自動二輪、自動車等の交通手段により発生するものであるが、親権者等は、加害の危険性を孕む危険な交通手段を与えたことに基づいて、その交通手段によって交通事故に至ることのないよう、子に対して安全運転を行うように指導するという新たな注意義務を負担するものと考えられる（先行行為に基づく注意義

務の加重)。これを怠たり、子の不法行為を招来すれば過失があるといえよう。もっとも、交通事故の場合、一方的過失事故は少なく、両者に過失が存在することが多いことを考慮すれば、被害者の過失が加害者以上にある場合には、過失および因果関係が相対的に小さくなる関係で、親権者等の709条責任が生じない場合も考えられよう。また、当該未成年者が、普段、学校内や家庭で問題行動を起こしたこともなく、また、両親も日頃子どもの教育や躾に意を用い、交通事故については気を付けるよう相応の注意をしていたことが認められるような場合（東京地判昭和58年4月26日交通民集16巻1号253頁）には、たとえ、子に過失があったとしても、その過失は両親の監督義務の懈怠によってもたらされたものではないとして、709条責任が否定されることも考えられよう。

学校事故では、一般的には、子が学校に着いてからは、親の直接的監督下から離れ、学校の監督下に入るとみることができるので、親権者等の監督義務は、自宅に帰るまでの間は、学校の担任教師と注意義務を分担するものと考えられる。従って、普段の学生生活の中でとくに問題を抱えていない子については、不法行為についての一般的な予見可能性も予見義務、監督義務も小さくなり、偶発的な不法行為については責任を負わないこともあろう。ただし、それまでに非行歴や問題行動があったりする場合には、親権者等には予見義務ないし可能性があるものといえ、家庭での躾の中で不法行為に至らないような監督指導をする義務があり、広い予見可能性の範囲内で不法行為が発生すれば監督義務の懈怠が推定されるのではなからうか。

失火責任については、この法律において、故意又は重大な過失がなければ責任を負わないとされていることとの関係で、別途の考察が必要であると思われる。すなわち、この失火責任成立の要件が親権者の失火責任についてどの程度適用されるかによって、親権者等の監督義務の内容も異なってくる。714条と失火責任の関係について、学説上は、①失火責任法適用排除説、②単純はめ込み説、③延焼部分はめ込み説、④無能力者要件説があるが、これについて、親権者等が故意又は重過失のある場合のみ責任を負うとするのが

最判平成7年1月24日（判時1519号87頁）であるが、これは、責任能力を有しない未成年者の失火の事案であり、責任能力ある未成年者の監督義務者の責任に限定すれば、なお議論の余地があるように思われる。すなわち、この場合の親権者等の責任は、未成年者に重大な過失があり（未成年者自身に失火責任が発生し）、このような未成年者の重大な過失を防げなかった点に親権者等自身の過失（間接的な）が認められるという点にある、という観点からすれば、親権者等に重大な過失が必要だという結論には必ずしもならないと考えられる。そして、その過失の内容については、失火時点のみならず、その前後、すなわち、失火に至るような火の扱いについて注意し、火が出ても直ちに消火するなどして損害発生に至ることを未然に防ぐべく注意をしたか否かも問われるものと考えられる。

（オ）立証責任

なお、立証責任については、714条では、立証責任の転換が認められ、被害者は監督義務者の過失を立証しなくてもよく、監督義務者側で注意義務を尽くしたということの立証責任を負うが（714条1項但書）、709条では被害者が加害者たる監督義務者の過失及び因果関係の存在を立証しなければならないとされ、その面でも被害者にとっては要件が厳しくなる。しかし、未成年者が他人に損害を加えた場合には、原則として監護教育義務の懈怠があったと推定して⁽⁵²⁾、被害者の救済の観点から、714条に準じて、立証責任の軽減を図るべきであると考えられる。

（5）両判決の検討

（ア）最判昭和49年3月22日

最判昭和49年は、監督義務者である両親に監督義務違反による共同不法行為に基づいて損害賠償責任を認めたものである。この判決については多数の判例評論がなされている⁽⁵³⁾。最判昭和49年では、両親の監督義務の懈怠（過失という言葉は使われていない）と、これに加えてこれと損害との間の相当因果関係を認めているが、その際、不法行為の温床となった家庭環境

(監督義務の懈怠＝不作為)をどう法律上評価するのが問われる。

これについて、1審判決では、「父親が飲酒や浪費をやめて監護義務を尽くしていたならば、少年の加害行為を回避することができたことは否定できず、両親の監護義務の懈怠は、少年をして本件犯行を犯すに至らしめた一原因をなし、その間に相当因果関係を認めることができる」として家庭環境が強盗殺人に至らせた一因であるというように捉えており、2審判決は、「上記規定は、未成年者が責任能力者である場合、監督義務者の義務違反と未成年者の行為によって生じた結果との間に相当因果関係が存するときは、未成年者の不法行為責任とともに監督義務者についても一般の不法行為責任の成立することを排除するものではないと解される。」と述べた上で、「中学生であり、親権者である両親のもとで養育監護を受けていたのであるから、両親の少年に対する影響力は責任無能力者の場合と殆ど変わらない程強いものがあり」として両親の監督義務を強調し、この監督義務の懈怠が本件犯行に至らしめたとして、因果関係を肯定している。しかし、このような広くいえば家庭環境、非行性が強まっていったことに対する適切な措置をとらなかったという監督義務の懈怠は、強盗殺人という本件不法行為の遠因（間接的な原因）であって直接的なものではない⁽⁵⁴⁾。その面では、709条の要件とすれば義務懈怠も因果関係もかなり緩やかに認めており、そこにはやや無理があるという感じもしないではないが、ただ、では、結論として親の責任を否定してもいいのかと問われれば、本件のような場合の被害者の救済を考えれば、それもまたさらに問題であり、そこに709条による解決の居心地の悪さを感じつつも、結論としては妥当というべきであろう。

(イ) 最判平成18年2月24日

この判決は、責任能力ある未成年者の不法行為に対する親権者の709条の責任を最高裁として初めて認めた最判昭和49年以来、久しぶりに登場した最高裁判決であり、同判決とは逆に親権者の責任を否定した点で注目されている⁽⁵⁵⁾。結論として最判平成18年は、親権者たるY₁らについて①「Y₁らは、親権者としてAらに対して及ぼし得る影響力は限定的なものとなっていたと

いわざるを得ない」、②「Y₁らが、Aらに保護観察の遵守事項を確実に守らせることができる適切な手段を有していたとは言い難い」、そしてまた、Aらを少年院に再入院させるための手続等を執るべきであったというXの具体的な主張に対しては、③「Aらは、いずれも19歳を超えてから少年院を仮退院し、以後本件事件に至るまで特段の非行事実は見られず、AとBは、本件事件の約1週間前まで新宿のクラブで働き、本件事故当時はY₃宅に居住していたというのであり、Cは、本件事件当時、Fの父親の家に居住し、漁業の手伝いをしていたというのであるから、Y₁らにおいて、本件事件当時、Aらが本件事件のような犯罪を犯すことを予測しうる事情があったということとはできないし（Cが暴力団事務所に出入りするようになっていたことを被害者Y₅が知らなかったことは前記のとおりである。）、Aらの生活状態自体が直ちに再入院手続等執るべき状態にあったということとはできない。」として、Y₁らに予測しうる事情もなく、監督義務違反はなかったとして、709条の成立を否定している。①②は、Y₁らが監督義務を尽くすことが期待できない状況にあったこと、③では、予見可能性がなかったこと、を示しているものと思われ、これらがY₁らの監督義務違反はなかったという判断につながったものと思われる。最判昭和49年に比べると、責任を否定する本判決のほうが論旨がより明快なように思える。

本判決についての判例時報の紹介文では、「第二小法廷は、責任能力ある未成年者による不法行為が今後とも増加していくことが予想される中で、被害者救済の観点から、昭和49年判決の射程を拡張し、監督義務者の責任を民法709条の枠を超えて緩やかに認めようとする傾向にある現状は、理論的な説明を付し難いものであり、監督義務者に苛酷な責任を負わせることになりかねず、また、個人責任の原則の観点からも相当ではないことから、このような傾向が行き過ぎることには問題があると考えて、本件において敢えて監督義務者の責任を否定する事例判断を示したのではないかと考えられる。本件は、義務教育を終え、監督義務者の養育監護の下を離れた19歳の年長少年が強盗傷人事件を犯したというような事案であり、監督義務者の養育監護の

下にある義務教育を終えていない15歳の年少少年が強盗殺人事件を犯したという昭和49年判決の事案とは、事案を異にするものというべきであるところ、本判決は、本件のような場合においては、監督義務者が未成年者らに及ぼし得る影響力は自ずから限定的なものとなっており、監督義務を尽くす手段も限定的となっているのであるから、監督義務違反が認められる場合も限定的にならざるを得ないという考え方を採るべきであることを示すとともに、その結論部分の説示において、監督義務者の義務違反は、あくまで具体的な結果との関係で論じられるべきものであることを示唆し、解釈論としては、民法709条の枠内で監督義務者の責任の有無を考える以上、前記有力学説のような緩やかな考え方は採り得ないことを確認したものではないかと考えられる。本判決は、責任能力のある未成年者の不法行為と監督義務者の不法行為責任について、昭和49年判決の法理を当てはめた一事例判断ではあるが、監督義務者の責任が緩やかに認められがちな傾向の行過ぎに歯止めをかけようとするものであるとともに、前記有力学説のような考え方は採り得ないことを確認したのもでもあり、実務に与える影響は少なくないと考えられる。」とあり、また、前田泰教授は、『709条の責任に714条的理解』を持ち込むことに対して（最上級審レベルでの）一定の歯止めがかけられたといえようが、さらに本判決は『714条的理解』を再検討する契機になると考える。」と意義付けられている⁵⁶。

たしかに本判決は、結論的には監督義務者の責任を否定しているが、そのように、最判昭和49年との比較において、監督義務者の責任の限界付けを意図しているものかについては、やや疑問も残る。それというのも、本件事案は、監督義務者の709条責任を考える上で、非常に特殊な事案であると考えられるからである。まず、①Aらには多くの非行歴があり、少年院等への入退院を繰り返しているいわゆるふだつきの少年であったこと。そして、②Aらはいずれも19歳代の年長少年であること（年齢から見れば親の監督義務が小さくなるであろう）。さらには、③少年院を退院してわずか3、4ヵ月後の事件であったこと（途中までは問題なく暮らしていたことから、予見可能

性はないともいえる)。また、④その間、まがりなりにも定職についていた時期があったこと（成人間近で一応自立したものとして監督義務から離脱したともみられる）。⑤仮退院後保護観察に付されていたが、とくに注意すべきところが見られなかったこと（予兆がなかったため注意義務も発生しない）。⑥少年らがいずれも親から別居している（注意義務を尽くす方法がなかった。ただしCについては、同居）⑦共同不法行為であること（仮に過失があるとしても、その過失と本件事件の損害との間の因果関係が認められるかは、共同不法行為であることゆえの難しさがある。すなわち、共同不法行為には謀議があり、役割分担があり、その中では仮に注意を尽くしたとしても、かき消されてしまうし、仮に過失があるとしても、これと損害との間に相当因果関係があるという証明は困難であろう）等があり、15歳の年少少年が犯した強盗殺人事件である最判昭和49年とは事案がかなり異なり、単純な比較はできないと思われるからである。

本件のような事情の下では、従来の判断基準によっても監督義務違反（最高裁は最判49年と同じく「過失」という語を注意深く避け、「監督義務違反」という語を用い、この点では同じ判断基準に従っているものとも思える。これは714条由来の不法行為責任として一般の不法行為とは一線を画しているのであろう）あるいは因果関係は認められにくかったようにも思われる（最判昭和49年以降の下級審の裁判例でも監督義務者の責任を否定したものとして、東京地判昭和49年12月18日判時766号76頁、東京高判昭和57年7月21日判タ482号146頁、大阪地判昭和58年10月6日判時1102号90頁などがある）。したがって、この最判平成18年2月24日が、緩和説から厳格説へ転換したというふうには直ちにはいえないのではないかとと思われる。

また、Xの主張についても、少年院への再入院の手續を執らなかつた点をもって監督義務違反があつたと主張しているが、これは、少年らを社会から隔離しなければ本件事件は回避できなかつたといつているようなものであり、そうであれば、通常の監督義務を尽くしても本件事件は防げなかつたということにもなりかねず、因果関係の点でも問題が残る（成年までに1年を切つ

て仮退院した者について、親権者が再入院の申請をしたとしても、保護観察の遵守事項の遵守状況とも関係するが、それで直ちに再収容の措置を家庭裁判所がとるかどうかも疑問であり（法律上は26歳まで収容が可能であるが）、Yらに監督義務違反があったとしても、それと本件損害との間の因果関係は否定されることも考えられる）。原告としては具体的な注意義務を挙げたものと思われるが、若干疑問の残る点である。

また、もう一点、疑問点を指摘すれば、本件のようないわゆるふだつきの不良の不法行為においては、小さい頃からの教育の怠慢、躰の悪さが累積して、本件のような凶悪な犯罪（不法行為）につながったものとも言え、そこには継続的で累積した監督義務の懈怠があったとみることができ、それを考えれば、無責任な親ほど責任を免れやすくなるというのでは、公平な観点からして妥当な法律構成とはいえないのではないかという疑問が残る⁵⁷。

親として子を不法行為時点まで育ててきて、その結果が当該不法行為であるとするれば、たとえ、不法行為の直前において直接的な監督義務違反がないとしても、累積した監督義務の懈怠ゆえに責任を負わざるを得ないとも考えることも、本類型のような不法行為においては許されるのではなからうかと思われる。長年の監護教育義務の懈怠によって現在の加害少年の人格が形成されてきたのであり、不法行為に至ることによってその危険性が具現された場合に、はたして監督義務者は無問責でよいのか、ということが問いかげられる。加害行為時のみの注意義務懈怠の有無を論じればよいものではないように思われる。その結果に対して監督義務者として責任を負うことが一般的には求められるのではなからうか。

監督義務者の注意義務は相対的に変化するものであって、一般的には子の年齢が上がるに連れ軽減されると考えられるが、他方、監督義務の懈怠の累積も考えるべきで、非行性癖の強い者については、より重い監督義務を親は負うことにならう。基本的には子の自立の程度によって親の監督義務は変化し、しっかり面倒をみていれば監督義務は減少し、逆であればその義務は重くなっていくといえよう。

もちろん、親であっても、言うことを聞かず、親としての監督義務を尽せない状況も考えられなくはないが、そのような状況に至らしめたのもまた親なのであることを考えれば、それが免責事由になるとは思われない。危険な存在を育てたという責任は、その子の年齢が高くなることのみによって失われるものではなかろう。過去の監督義務懈怠のツケは監督義務者が負うべきものであり、被害者が負うべきものではないと考えられる。親の子に対する責任は、あえていえば動物占有者の責任に近いものといえる⁵⁸。親が最も子の不法行為を制止できる立場にあり子が不法行為に至ったとすれば、そこにはすなわち躰における累積的な過失が推定されるのであり、不法行為という結果を回避するために、親としてどのような努力をしたかが問われるべきである。そのように考えれば、最判平成18年は、やや被害者に酷のように思われる。

5. むすび

「責任能力のある未成年者の監督義務者の709条責任」は、いわば隙間（714条の規定の不具合）を埋める法律論であり、この責任の特徴は、直接加害行為をしたことについてのものではなく、未成年者たる子の不法行為を防止し得なかったという点にある。そして、この場合の監督義務者の過失は、監督義務者としてなすべきことをなさず放置、放任した点にあるといえ、その過失は、当該加害行為の行われた時点にとどまらず、それ以前からの子に対する監督指導義務の累積的懈怠すなわち累積的過失を含めたものと解される。したがって、民法709条の責任を考える上でも、その責任の特殊性に伴う要件論の若干の修正はありうるものと考えられる。すなわち、必ずしも当該加害行為についての具体的個別的過失が問題とされるのではなく、長年の教育監督の中での過失が問われるべきで、非行を繰り返す子に育てた親が、家出したりしてもはやその監督指導の届かない状況であったからとして責任が否定されるというのは、一般的な感覚としては受容れがたいであろう。無責任な親ほど責任が否定されやすいという結論に至る法律論は避けるべきで

ある。また、予見可能性からいえば、小さな不法行為ほど予見可能であり、凶悪な不法行為については予見可能性が低くなると一般にいえようが、被害者救済の必要性はむしろ逆に予見可能性が低いほど高まるといえ、そのことも責任を判断する上で考慮されるべきであろう。こうした考えは、民法709条の解釈から逸脱したものとの批判を受けるかもしれないが、むしろ、元々、責任能力ある未成年者の監督義務者に民法709条の責任を問うこと自体、714条の延長線上にあり、714条の2として位置付けられるような特殊の不法行為といえるものであるから、そのような解釈も許されるものとする。

注

- (1) 加藤一郎『不法行為』143頁（有斐閣、昭和32年）。
- (2) 加藤一郎編『注釈民法（19）』（有斐閣、昭和40年）244-245頁〔山本進一〕参照。
- (3) 川井健＝飯塚和之・判評188号26頁（判時749号148頁）によれば、委員の一人、土方寧博士は、無能力者に責任のないときにのみ、監督義務者に責任が生ずる、とする穂積博士の説明に対して、「穂積君ノ言ハレルニハ此条ハ未成年者又ハ心神喪失者ノ為メニ害ヲ与ヘタ者ニ責任ノナイ場合ヲ限ツテアル若シ此条ヲ削ツテ仕舞フツタナラバ其無能力者ニモ責任ガアル又監督者ニモ責任ガアルト云フヤウニ両方含ムト云フコトデソレハ正シイコトデアル」と反論し、討論の後半に至って、さらに、「此文章ニシテ置クト先刻申シマス通りニ無能力者ニ責任ガアルト云フトキハ監督者ノ方ニ過失ガアツタ場合デモ責任ガナイト云フコトニナラウト思フサウシテ理窟ノ上デハ無能力者ニ責任ガアツテモ資産ト云フトキニハ誠ニ困ルト思フ未成年者ニ後見人ノアル場合ハ多クハ財産ガアリマセウガ親ノ場合ハ未成年者ガ親ノ監督ノ下ニアル者ガ財産ヲ持ツテ居ルコトハ稀デアリマセウカラ子ハ責任ハアル親ハ責任ガナイト言ツテモ徳義上ノ制裁ガアリマスカラ親ガ払ヒマセウガ法律上ノ議論ヲスレバ親ハ資産ガアツテモ子ハナイカラ払ハヌト云フコトニナルカ知ラス」と説き、「夫故無能力者ニ責任ガアルト決シテモ資力ガナイ場合ハ監督者ニ財産ガアレバソレニ代ツテ責任ヲ尽スト云フヤウナコトニシタ文章ハ出来マセヌカ」と修正の提案をした。これに応じて穂積博士は、『前二条ノ規定ニ依リ』云々ト云フノヲ『無能力者ヲ監督スベキ法定ノ義務アル者ハ』と書けば、責任の有無に拘わらず賠償責任を負うことになる、と具体的に字句の修正を試みたが、これでは「少シ広過ギル氣遣ヒガアル」と疑念を示していた。

結局、土方博士の意見はいれられず、本条は原案通りとされた。

- (4) 例えば、梅謙次郎『民法要義 卷之三』891頁（有斐閣、1912年版復刻版）等。責任能力ある未成年者に対する監督者の責任を明確に否定する例には、横田秀夫『債権各論』872頁（清水書店、1914版）等がある。ただし、岡松参太郎は、①714条の責任とは別に監督者に709条の責任が生じる可能性を説明したうえで、②714条の責任につき、加害者の責任能力の有無が監督者の責任を決定することに疑念を示していたとされる（『民法理由・下巻』479頁および480頁（有斐閣書房、1899版））
- (5) 中嶋功「責任能力がある未成年者の監督義務者の責任」判タ1145号69頁（2004）。
- (6) 家永登「責任能力ある未成年者の不法行為と親の責任——親の監護教育権との関係を中心にして」（専修法研論集4号155頁 1989）160—161頁より「法典調査会民法議事速記録」5巻339頁の穂積委員の発言。
- (7) 前掲（注6）「法典調査会民法議事速記録」336頁。
- (8) 前掲（注6）「法典調査会民法議事速記録」331頁。
- (9) 森島昭夫『不法行為講義』（1987）138頁など。
- (10) 星野英一「日本不法行為法リステイトメント（11）責任能力」ジュリスト893号88頁（1987）。
- (11) 穂積重遠『判例民事法大正10年度』27頁（1923）、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（下巻）』906頁（岩波書店、1924）等。
- (12) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937年復刻版）。
- (13) 松坂佐一「責任無能力者を監督する者の責任」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究・上』165頁（有斐閣、1957）。
- (14) 加藤・前掲注（1）159頁、山本・前掲注（2）258頁等。
- (15) 以上、起草過程の議論を紹介する川井健＝飯塚和之・前掲注（3）26頁、学説の整理および詳細な紹介につき林誠司「監督者責任の再構成（1）～（11完）」北法55巻6号55頁～58巻3号1135頁（2007）、立法論的検討を行う星野・前掲注（10）等参照。
- (16) 判決を入手することができなかったので、内容については中嶋功・前掲注（5）を参照させていただいた。
- (17) 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』215頁（弘文堂、1992）
- (18) 四宮和夫『現代法律学全集・不法行為』671頁（青林書院、1985）。
- (19) 石黒一憲「判批」法協92巻10号1416頁。
- (20) 寺田正春「監督義務者責任」法時50巻6号43頁。
- (21) 芦川豊春・判タ310号78頁。
- (22) 山口純夫・別冊ジュリ76頁。林良平編『注解判例民法・債権法Ⅱ』1298頁、

- 前田達明・別冊ジュリ・民法判例百選Ⅱ債権（第4版）170頁。
- (23 加藤・前掲注（2）59頁〔加藤〕。
- (24 この見解に立つものとして、は山本進一・判評150号26頁（判時634号132頁）、森島・前掲注（9）148頁、川井健＝飯塚和之・前掲注（3）25頁、佐々木一彦・判タ268号100頁、川口富男・ジュリ567号58頁があるとされる。ただ、このように709条の原則論に立ちつつも、具体的な判断については論者によって若干の差があるように思われる。
- (25 松坂佐一「責任無能力者を監督する者の責任」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究・上』161頁（有斐閣、1957）は、監督義務者の過失は、損害の遠いかつ間接の原因に過ぎないと述べる。
- (26 川井健＝飯塚和之・前掲注（3）28頁。
- (27 小野義美「未成年者の加害行為と親の責任（一）－不法行為法と親権法の交錯－」宮崎大学教育学部紀要社会科学第64号17－32頁（1989）、同（二）同65号27－42頁。
- (28 山本・前掲注（24）判評150号27頁。
- (29 中島・前掲注（5）73頁。
- (30 家永登「責任能力ある未成年者の不法行為と親の責任」専修法研論集4号161頁（1989）。
- (31 寺田正春「監督義務者の責任について」法時48巻12号67－68頁。なお、中嶋・前掲注（5）76頁も、「親権者が未成年者の賠償責任を負うとする思想の根源、比較法との対照、立法の沿革などを考慮しても、未成年者が責任能力を有するか否かで、監督者の賠償責任を厳格に区別しなければならない決定的な事由はあるとは考え難い。」とされる。
- (32 寺田・前掲注（20）「監督義務者責任」43頁は、「民法719条1項後段の類推適用による共同不法行為としての構成可能性を経て、結局、民法714条の責任構成へ回帰すべきであろう」と述べる。
- (33 星野・前掲注（10）86頁。
- (34 山本・前掲注（24）判評150号26頁は、ドイツ民法832条、フランス民法1384条、スイス民法333条のような明文の規定をもたないわれわれの民法にあって、直ちにこれと同様の結論を引き出すことは、解釈の限度を超えていると指摘される。なお、東京地判昭和36年10月13日判タ126号64頁は、特別・例外規定である民法714条の拡張解釈は許されないとし、親の責任を714条の類推適用に求めた原告の請求を棄却した。
- (35 なお、石黒・前掲注（21）1420頁は、「同じく親の責任を認めるにしても、むしろ714条の問題として扱っていった方が自然だとも思われる。この意味で、709条による処理を過渡的な理論構成（信義則や権利準用が判例上営む

機能と同じようなもの）と見て、問題を714条自体に戻して考えることが全く不可能かどうか、再検討の余地があるようにも思われる。…ここ当分は709条による処理が続くものと思われる。」と述べられている。

- (36) 寺田・前掲注(20)「監督義務者責任」49頁は、714条1項の制度的欠陥（つまり、未成年者との併存的責任でないこと）であるとし、67-68頁は、「たとえば有責未成年者に賠償能力がない場合のことを考慮すると、709条説の狙いが、有責未成年者に対する賠償請求の不奏効を回避し、かつ、補充性原則をとる714条によらないで監督義務者の責任を認めることによって、被害者の損害填補の実現をはかることにあることはいうまでもない。」とされる。
- (37) 『基本法コンメンタール民法』69頁〔潮見佳男〕は、「…監督義務者の侵害行為が間接的なものである点である。すなわち、直接侵害へと向けられた注意（およびその違反たる過失）と、侵害行為者の行動へと向けられた注意（およびその違反たる過失）とは性質が異なる。また、監督上の過失と侵害結果との間の因果関係についても、監督上の過失と侵害結果との間に侵害行為者の具体的行動が介在しているがゆえに、709条に基づく直接侵害型の不法行為とは異なった考慮が必要である」とされる。
- (38) 家永・前掲注(6) 167頁。
- (39) 川井健＝飯塚和之・前掲注(3) 28頁。
- (40) 中嶋・前掲注(3) 73頁。中嶋判事はさらに、「その時点で、問題となっている悪性癖に対して改善指導が行われるか、異種の非行などに発展しないよう少年の行動、交友関係などに注意し、継続的にきめ細かい監督を行えば、異種の非行である当該加害行為も防ぐことが不可能であるとはいえないもので、この点を十分考慮すると、当該加害行為が従来の悪性癖とは異種であっても、過失や因果関係が認められる方向へと向かうものと考えられよう。」とされる。
- (41) 寺田・前掲注(31)「監督義務者の責任について」68頁。
- (42) 石黒・前掲注(19) 1417頁。
- (43) 四宮・前掲注(18) 671頁など。
- (44) 石黒・前掲注(19) 1416頁。
- (45) 寺田・前掲注(31) 68頁は、「最高裁判所の理論は、両条の過失内容は一応別個のものであり監督義務違反について709条の過失を認定するという建前をとりながらも、その実質は、714条の義務懈怠内容を認定基準としているように思われる」とされる。
- (46) 中嶋・前掲注(5) 76頁。同旨、山口・前掲注(22) 65頁。ただし、山口教授は、「従来の例を検討してみても、通常予想されている一般的監護教育

義務とそんなに変わりがあるとは思われない。ただ、少年に注意力の著しい欠如があったとか、免許取得後日が浅く、かつ母親が荷台に同乗していたとか、等々の具体的態様に応じて、要求される注意義務の程度内容が異なっているだけである。」とされ、具体的態様に応じた修正も考慮に入れられているようでもある。

- (47) 川井健＝飯塚和之・前掲注（3）148頁。
- (48) 山口・前掲注（22）76頁。
- (49) 加藤・前掲注（1）163頁。
- (50) 中嶋・前掲注（5）70頁。
- (51) 芦川・前掲注（21）81－82頁。
- (52) 山口・前掲注（22）76頁。
- (53) 主だったところを挙げれば、川井健＝飯塚和之・前掲注（3）25頁以下、山口・前掲注（22）74頁以下、芦川・前掲注（21）78頁以下、川口・前掲注（24）ジュリ567号58頁以下、などがある。
- (54) 松坂・前掲注（13）161頁。
- (55) 前田泰「責任能力ある未成年者の強盗傷人と親権者の監督義務違反」（法律時報別冊私法判例リマックス2007（上）平成18年度判例評論46－49頁。
- (56) 前田・前掲注（55）46頁。
- (57) 中嶋・前掲注（5）73－74頁は、「そもそも子の家庭外での行動に無関心であった場合には、常に子の行動に注意し、監督をきめ細かく行っていた場合よりも子の問題性に気づかない場合が多くなり、無関心であった両親の責任が否定されやすくなり、逆に関心を示して子の問題性を把握していた両親の責任は認められやすくなるという問題性を含んでいる。……気づかなかつたから、直ちに責任を否定するのでは、両親と被害者の利益衡量の観点からは、不当な結論であるとの非難を受けやすくなると思われる。」と述べる。
- (58) 林良平編『注解判例民法』1296頁〔松岡久和〕（青林書院、1989）も、「この場合の監督義務者の責任は、動物占有者の責任と近く、危険源管理責任としての性格をより表わしてくることになる」とされる。