

不法行為における注意義務違反と責任能力に関する 一考察

田中, 教雄
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://doi.org/10.15017/7329608>

出版情報 : 法政研究. 91 (3), pp.215-232, 2024-12-18. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン :

権利関係 :



不法行為における注意義務違反と責任能力に関する一考察

田 中 教 雄

はじめに

- 1 責任無能力者の「過失」
- 2 民法712条、713条に関する裁判例
- 3 注意義務違反の法的性質

おわりに

はじめに

不法行為責任における「過失」は、加害行為者を基準とするのではなく、通常人を基準として判断される、いわゆる抽象的過失とされている。このことは、民法典の起草者も前提にしていたようであり、かつて通説とされていた末川博や我妻栄の見解も、同じである。⁽¹⁾このように通常人を基準として判断するとすれば、問題になるのは、通常人に期待される行為（なすべき行為）を行ったかという、行為の外形であり、「社会生活を営む者が損害の発生を避けるべく『意思』を緊張させていた場合や加害行為者がかような『意思』を形成する能力すらない者である場合」⁽²⁾についても、「過失」を認めることができることになる。加害者の主観的な意識状態に注目しない、いわゆる客観的過失である。

この客観的過失を前提とすれば、責任無能力者についても「過失」を認めることができるが、⁽⁴⁾そのような作業にはどのような意味があるのだろうか。本稿では、責

(1) 田中教雄「不法行為における『違法性』概念についての覚書」法政研究85巻3=4合併号(2019年)981頁。

(2) 田中・前掲984頁、986頁。

(3) 平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会、1971年)391頁、田中・前掲989頁。

(4) 大北由恵「アメリカ不法行為法における精神疾患者のネグリジェンス責任」比較法研究84号

任無能力者に関する若干の裁判例を分析し、実際の裁判例において責任無能力者に「過失」が認められていることを確認したうえで、その理論的な位置づけを検討したい。

1 責任無能力者の「過失」

最初の手掛かりとして、最高裁判所の判例を見てみたい。

「TKC法律情報データベースLEX/DBインターネット」の「判例総合検索」を使用し、検索項目については、「裁判所名」の項目で「最高裁判所」「戦前（大審院・控訴院等）」にチェックを入れ、「法条」の項目で「民法712条」or「民法713条」or「民法714条」を入力して行った検索結果では、2024年4月29日時点において、次の14件の裁判例がある。

最判平成28年3月1日 LEX/DB 25447798（民集70巻3号681頁）

最判平成27年4月9日 LEX/DB 25447192（民集69巻3号455頁）

最判平成7年1月24日 LEX/DB 27826373（民集49巻1号25頁）

最判昭和58年2月24日 LEX/DB 27424005（判時1076号58頁）

最判昭和49年3月22日 LEX/DB 27000443（民集28巻2号347頁）

最判昭和43年2月9日 LEX/DB 27421719（判時510号38頁）

最判昭和37年2月27日 LEX/DB 27002188（民集16巻2号407頁）

大判昭和16年9月4日 LEX/DB 27547263（法律新聞4728号7頁）

大判昭和14年3月22日 LEX/DB 27546157（法律新聞4402号3頁）

大判昭和8年2月24日 LEX/DB 27542093（法律新聞3529号12頁）

大判大正10年2月3日 LEX/DB 27523195（民録27輯193頁）

大判大正6年4月30日 LEX/DB 27522412（民録23輯715頁）

大判明治34年12月27日 LEX/DB 27531032（刑録7輯11巻139頁〔附帯私訴〕）

大判明治33年4月30日 LEX/DB 27530647（刑録6輯4巻82頁〔附帯私訴〕）

(2023年) 163頁以下。

これらのうち、本稿との関係で興味深いのは、最高裁判所平成7年1月24日判決である。失火ノ責任ニ関スル法律（失火責任法）は、失火の場合には民法709条（不法行為）を適用しないとするが、但書によって重過失の場合が除かれている。この但書の適用が問題になった事件である。原審である東京高判平成3年9月11日LEX/DB 27811652は、次のように述べて、加害行為者（失火者）である未成年者（満10歳前後）に「重過失に相当するもの」があったとした。

「そこで検討するに、責任能力は過失責任主義の論理的前提であり、責任無能力者については不法行為責任の成立要件である過失や重過失は論理上問題としない」と一般に考えられている。しかし、責任無能力者の行為についての監督義務者の不法行為責任の成否を考えるに当たっては、無能力者の行為といえども、その事理弁識能力を前提として、その年齢・能力相応のレベルを基準に、その行為態様につき、過失に相当するものの有無及びその軽重を論ずることは可能であるとあってよい。当裁判所としては、失火による被災者の利益と、失火者である責任無能力者及びその監督者の利益を比較衡量し、失火による損害を公平に負担させる見地から、失火責任法と民法七・四条の関係については、無能力者に、右のとおりその事理弁識能力を基準にして、失火につき、客観的に見て故意又は重過失に相当するものがあると認められる場合には、監督者に不法行為責任が成立すると解するのが、合理的で妥当であると考えて。」（下線は、田中による。本稿において、以下、同じ）。

それに対して最高裁判所は、次のように述べ、原審の判決を破棄し、監督義務者について重大な過失がなかったかを審理する必要があるとして、差し戻した。⁽⁵⁾

(5) 加害行為者に対する一般的な注意しか行えない監督義務者については、その注意義務違反の認定が難しい。高林龍「判解」『最高裁判所判例解説【民事篇】平成7年』30頁以下は、「監督義務者に重過失がないことが容易に認められる結果、被災者の救済が十分に図れないとするものがある。…（略）…。民法714条にいう監督義務者の過失は、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、責任無能力者が加害行為をすること自体の過失ではない…（略）…から、同条に失火責任法の趣旨をはめ込んだ場合の、責任無能力者の行為についての一般的な監督行為をほとんど故意に近い著しい注意欠如状態で見すごすことの解釈は、必

「民法七一四条一項は、責任を弁識する能力のない未成年者が他人に損害を加えた場合、未成年者の監督義務者は、その監督を怠らなかつたとき、すなわち監督について過失がなかつたときを除き、損害を賠償すべき義務があるとしているが、右規定の趣旨は、責任を弁識する能力のない未成年者の行為については過失に相当するものの有無を考慮することができず、そのため不法行為の責任を負う者がなければ被害者の救済に欠けるところから、その監督義務者に損害の賠償を義務づけるとともに、監督義務者に過失がなかつたときはその責任を免れさせることとしたものである。ところで、失火ノ責任ニ関スル法律は、失火による損害賠償責任を失火者に重大な過失がある場合に限定しているのがあって、この両者の趣旨を併せ考えれば、責任を弁識する能力のない未成年者の行為により火災が発生した場合においては、民法七一四条一項に基づき、未成年者の監督義務者が右火災による損害を賠償すべき義務を負うが、右監督義務者に未成年者の監督について重大な過失がなかつたときは、これを免れるものと解するのが相当というべきであり、未成年者の行為の態様のごときは、これを監督義務者の責任の有無の判断に際して斟酌することは格別として、これについて未成年者自身に重大な過失に相当するものがあるかどうかを考慮するのは相当でない。」

最高裁判所は、原審とは異なり、責任無能力者については過失に相当するものの有無を考慮することができないとした。それは、原審が言及する「責任無能力者については不法行為責任の成立要件である過失や重過失は論理上問題としえない」とした一般的な理解と同じ立場に立っていると思われる。すなわち、通常人に期待される行為を基準にした過失を前提にした場合、通常人の能力を持たないとされる者に対して、そもそも、そのような行為を期待することはできず、過失を判断する前

ずしも単純ではない。…(略)…子どもの火の取り扱いに対する親の監督指導行為は、監督義務者の初歩的事項であることをも考えるならば、責任弁識能力のない未成年者がいわゆる火遊びで火を失ったような場合には、その火遊びの具体的な態様にもよろうが、監督義務者に重過失がなかつたと認められる例は左程多くはないのではないと思われる」とする。本件についても、第一審LEX/DB 27811657は、監督義務者の重過失なしとしたが、差戻審LEX/DB 28021006では、重過失ありとされている。

提が存在していないという理解をしていると思われる。

それに対して、原審は、年齢・能力相応のレベルを基準にして未成年者の重過失（に相当するもの）を認定している。原審のいう「事理弁識能力」が何を意味するかは明確でないが、⁽⁶⁾加害行為者がある程度意思決定の自由を持っていたこと、すなわち加害行為ではない別の行為を選択することができたことを前提にしているものと思われる。「客観的に見て」という表現は、加害行為者本人を基準とするのではなく、加害行為者と同じ年齢・能力を持つ者に期待される注意の程度を基準にしている点を述べているものと推測されるが、「事理弁識能力」が意思決定の自由を意味しているとすれば、加害行為者の主観的状态に注目していないわけではないと思われる。すなわち、加害行為者は、年齢・能力相応のレベルの注意をすること（意思を緊張させること）が可能であり、そうであったにもかかわらず、それを怠ったことを問題にしているようである。

このような原審の理解に対しては、加害者が事理弁識能力さえ否定される幼児である場合には、原審の立場でも、過失（重過失）を問題にすることができないと批判されている。⁽⁷⁾原審や責任無能力者の過失を否定する最高裁判所は、なお加害行為者の主観的意識状態に注目していると思われるが、過失を、行為義務違反という規範的判断に重点をおいて理解する立場からは、年齢、能力のレベルとは無関係に、通常人を基準として過失にあたるものを論ずることができるとする見解も主張され⁽⁸⁾ている。

(6) 最判昭和39年6月24日LEX/DB 27001903（民集18巻5号854頁）は、過失相殺の前提となる被害者側の能力として、責任能力と区別する形で、「事理を弁識するに足る知能」という表現をし、8歳程度の子どもにつき、それを肯定している。また、行為能力との関係で「事理を弁識する能力」（民法7条、11条、15条）という表現が使用され、7歳から10歳程度の理解力とされる（民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明7頁）。いずれの場合も、責任能力と直接関係する概念ではない。大判大正6年4月30日LEX/DB 27522412（民録23輯715頁）及び大判大正10年2月3日LEX/DB 27523195（民録27輯193頁）によれば、712条の「行為の責任を弁識するに足る知能」とは、道徳上不正の行為であることを弁識する知能ではなく、加害行為の法律上の責任を弁識するに足る知能とされ、大正6年判決では加害者が12歳2か月に満たず、大正10年判決では12歳7か月余で、いずれも責任能力を否定した原審の判断を維持している。

(7) 高林・「判解」29頁②、大塚直「判批」判タ801号（1993年）72頁上段も参照。

(8) 大塚・「判批」72頁中段。「失火者本人の能力のレベルが下がるにつれて、監督義務者の注意義務は重くなると考えられるから、通常人のレベルで考えて失火者本人に重過失がある場合には、実際には、監督義務者に重過失的な注意義務違反が認められることが多く、このような監督義務者に責任を負わせることは、結論としては不当とは思われぬ」とされている。

要するに、責任無能力者の注意義務違反については、次の3つの理解が考えられるようである。まず、最高裁判所の立場がそうであると思われるが、おそらく通常人を基準とした過失概念を採用しているものの、その前提となる期待可能性が加害行為者にないため過失を問題にすることができないとする立場である。次に、最後に述べた立場であるが、通常人を基準とした過失概念を採用して、行為の外形だけを問題とし、責任無能力者であっても過失を問題にすることができるとする立場である。それに対して、先原審（東京高等裁判所）の立場がそうであると思われるが、加害行為者の主観面に注目し、同じ年齢・能力の者を基準として、責任無能力者であっても過失を問題にすることができるとする立場である。

そこで、次に、民法712条、713条に関する裁判例を取り上げ、実際にどのように判断されているのかを見てみたい。

2 民法712条、713条に関する裁判例

ここでもLEX/DBインターネットの判例総合検索を使用し、検索項目について「法条」の項目で「民法712条」or「民法713条」を入力して行った検索結果では、2024年4月29日時点において、67件の裁判例がある。これら⁽⁹⁾のうちの複数の裁判例において、責任無能力を認めながら、過失を認定しているものが存在している。たとえば、次のような裁判例がそうである。いずれも未成年者の事案である。

大阪地判平成23年6月27日LEX/DB 25472750（判時2123号61頁）

仙台地判平成17年2月17日LEX/DB 28100681（判時1897号52頁）

大阪地判平成5年12月7日LEX/DB 29006331（交通事故民集26巻6号1490頁）

京都地判平成元年9月6日LEX/DB 27806206（判タ723号236頁）

岡山地笠岡支判昭和59年9月5日LEX/DB 29002205（交通事故民集17巻5号1234頁）

福岡地小倉支判昭和59年2月23日LEX/DB 27490742（判時1120号87頁）

(9) そのうち7件が最高裁判所または大審院の判決である。検索項目にor「民法714条」を含めた場合、検索結果は172件になる。しかし、責任無能力者の行為について過失を認定している裁判例を抽出するためには、「民法712条」or「民法713条」で検索した結果で十分であると判断した。

山口地徳山支判昭和53年7月4日LEX/DB 29005398（交通事故民集11巻4号983頁）

松江地浜田支判昭和48年9月28日LEX/DB 27424829（判時721号88頁）

福岡地判昭和47年3月16日LEX/DB 27424358（判タ278号332頁）

東京高判昭和32年4月26日LEX/DB 27420492（下民集8巻4号831頁）

大阪地判昭和30年2月8日LEX/DB 27420206（下民集6巻2号240頁）

先の最高裁判所平成7年判決によれば、責任無能力者については過失に相当するものの有無を考慮することができないはずである。また、最終的に不法行為責任が肯定されるかどうかという観点からすれば、責任無能力が認められて免責されるのであれば、過失の有無を判断する必要はない。それにもかかわらず過失を問題にするのはなぜだろうか。

（1）通常人を基準とした過失

まず、これらの裁判例において認められた過失が、通常人を基準とした過失であるか、それとも、最高裁判所平成7年判決の原審（東京高等裁判所）と同じく、加害行為者と同じ程度の年齢・能力を基準とした過失であるのかを確認したい。

多くの裁判例は、この点を明示していないが、たとえば東京高判昭和32年4月26日は、11歳の未成年者が射撃しようとしていた空気銃から暴発した弾が右目に命中し負傷させた場合について、責任無能力であることを前提に、714条の監督義務者の責任を追及したものであるが、「本件のような場合、もし加害者が通常人であるとすれば、右加害行為はその過失によるものとして当然法律上の責任を負わなければならない場合に該当する。」⁽¹⁰⁾としている。

また、京都地判平成元年9月6日も、小学6年生が自転車でバスから降車してきた乗客に衝突し負傷させた場合について、「まず、Aを含め自転車の運転者とし

(10) 原審（東京地判昭和31年2月27日LEX/DB 27420290）において原告が「通常人であるならば、これを使用するに際しては、故障の有無を十分に点検した上、極力他人のいない場所を選定し、弾をこめるときには常に銃口を下に向ける等いやしくも他人に傷害を蒙らせる等の事故を未然に防止できるように、充分の配慮をなすのが当然であるが」と主張したことに影響されているかもしれない。

ては、停留所に停車したバスから乗客が降車してくるであろうことは十分に予測できるから、右バスの乗降口側を通過する際にはできるだけその車体から離れ、十分に徐行して降車してくる乗客との事故の発生を防止すべき注意義務があるにもかかわらず、Aはこれを怠り、約一メートルの間隔の本件バスと本件標柱との間を徐行することもなく、自転車としてはかなりの高速で進行したものであって、この点において、同人には過失があったというべきである。」(引用に際して個人名を記号に変更している)としている。

仙台地判平成17年2月17日も、キャッチボールをしていた小学4年生が投げたボールが当たり、心臓振盪によって死亡したという場合について、責任無能力であることについては争いが無いことを前提にしつつ、「認定事実によれば、Hらは、本件事故当時の公園の状況でキャッチボールをすれば、ボールがそれてGら他人にあたるのが十分に予見でき、軟式野球ボール(C球)が他人に当たった場合に、その打撃部位によっては他人に傷害を与え、さらには死亡するに至らせることができることも予見しえたというべきであるから、Hらは、かかる危険な状況でのキャッチボールを避けるべき注意義務があったのに、漫然とこれを行った過失があるといわざるをえない。」「小学4年生といえども、ピッチング練習として力を込めて投げたボールが無防備の人の頭部や心臓部等の枢要部に当たった場合に、その人が死亡することもありうることは、一般人にとっても十分に予見でき、その予見可能性がなかったとはいえない。」と述べている。

「もし加害者が通常人であるとすれば」とする東京高判昭和32年4月26日や「一般人にとっても」とする仙台地判平成17年2月17日は明らかであるが、「自転車の運転者としては」とする京都地判平成元年9月6日も、自転車の運転者という形で一般化しており、ここで問題とされている過失は、通常人を基準としたものと考えられる。

(2) 主張立証との関係

仮に通常人を基準とした過失が認定されているのだとすれば、それはなぜだろうか。

理由の1つとして考えられるのは、裁判における原告の主張との関係である。

たとえば山口地徳山支判昭和53年7月4日、岡山地笠岡支判昭和59年9月5日、大阪地判平成23年6月27日においては、原告は、加害行為者に対して民法709条による責任を追及している。すなわち、加害行為者に責任能力があることを前提に不法行為責任を追及しているため、まずは、その成立要件である故意・過失の立証が被害者である原告によって行われたもの⁽¹¹⁾だとも考えられる。裁判において原告側が故意・過失の存在を立証し、それに対して被告側が責任無能力を主張立証⁽¹²⁾したのであれば、責任無能力者の行為については過失に相当するものの有無を考慮できないとする最高裁判所平成7年判決とは矛盾しない。すなわち、加害行為者の主観的意識状態を直接に立証することはできないため、責任能力があることを前提に、原告側の立証によって行為の外形から過失があると推定されただけであり、責任無能力者に過失を認めているわけではないと理解することができる。

しかし、原告側が責任無能力者であることを争わず、したがって加害行為者本人の不法行為責任を追及しているわけではない場合であっても、加害行為者の過失（落ち度）が議論されている判決がある。たとえば大阪地判昭和30年2月8日、東京高判昭和32年4月26日、松江地浜田支判昭和48年9月28日、福岡地小倉支判昭和59年2月23日、京都地判平成元年9月6日、大阪地判平成5年12月7日、仙台地判平成17年2月17日である。

これらの裁判例の中には、加害行為者に通常人と同じ程度の能力が認められ、したがって通常人を基準とした過失を認定していると思われるものがある。たとえば京都地判平成元年9月6日は、「Aを含め自転車の運転者としては」としており、仙台地判平成17年2月17日も「Hらは…(略)…予見しえたといふべきである」とし、加害行為者本人が予測できたとしているようである。大阪地裁昭和30年2月8日も、「当時の年令十二才十一月を以てすれば（右年令については当事者間に争がないものと認められる。）自己の行為から生ずる結果についての認識能力を有するとみるのを相当とするから、右注意義務を免れることはできない。」とし、加害行為者の認識能力を前提として過失を認めている。

これらの裁判例が、加害行為者が責任無能力であるにもかかわらず、その行為に

(11) 窪田充見編『新注釈民法(15)債権(8)』（有斐閣、2017年）837頁〔竹内努〕

(12) 前掲『新注釈民法(15)』856頁〔竹内〕

ついて過失を認めることは、責任無能力者については過失に相当するものの有無を考慮できないとする最高裁判所平成7年判決と矛盾している。すなわち、これらの裁判例においては、責任無能力者が免責されるのは、その行為について過失に相当するものの有無を考慮できないからではなく、責任無能力者に過失があるにもかかわらず、それとは別の観点から免責されていることになる。その場合の免責の根拠としては、未成年者であれば、更生可能性への配慮等が考えられるかもしれない。しかし、免責の根拠はともかく責任無能力者が免責される以上、なぜ通常人を基準とした過失を検討する必要があるのかは、依然として疑問である。

(3) 監督義務者等の責任との関係

責任無能力ゆえに免責されるにもかかわらず、通常人を基準として過失を検討している理由として考えられるのは、監督義務者等の責任との関係⁽¹³⁾である。すなわち、仮に加害行為者が責任無能力者であることに争いがなく、それゆえに加害行為者の不法行為責任が否定されるとしても、加害行為が通常人を基準にした注意義務に違反していなければ、そもそも不法行為責任が問題とされるべきではないであろう。そして、加害行為者がそもそも不法行為を行っていないのであれば、監督義務者にも責任は発生しないのではないだろうか⁽¹⁴⁾。責任能力者であったとしても過失が否定

(13) 先に挙げた下級審の裁判例では、いずれも監督義務者の責任が問題になっている。

(14) 大塚直編『新注釈民法(16)債権(9)』(有斐閣、2022年)32頁以下〔大澤逸平〕参照。潮見佳男『不法行為Ⅰ〔第2版〕』(信山社、2009年)413頁以下は、責任無能力である加害行為者の故意・過失については、複数の考え方が成り立ちうるとし、監督義務者の責任を自己責任と捉えた場合について、責任無能力者が適切な行為をしていたのであれば、もはや監督義務者の監督行為の適否を問題とする余地はなく、監督義務者の責任を問うためには、その前提として、加害者の行為が過失あるものと評価されるものでなければならないという過失必要説と、決定的なのは監督義務者自身の過失であって、行為者の過失は不要であるという過失不要説を挙げている。菊池絵理「判解」『最高裁判所判例解説〔民事篇〕平成27年度(上)』198頁及び白石友行「責任無能力者の行為に基づく監督者の責任はどこから?」法学セミナー822号(2023年)10頁以下、藤村和夫編集代表『複雑困難事件と損害賠償Ⅰ』(青林書院、2023年)131頁以下〔三木千穂〕、村主隆行「未成年者の監督義務者(親権者)の損害賠償責任」法律のひろば76巻8号(2023年)29頁以下、加藤新太郎・谷口園恵編『裁判官が説く民事裁判実務の重要論点〔交通損害賠償編〕』(第一法規、2021年)112頁、118頁以下〔谷口園恵〕も参照。なお、未成年者である加害者に責任能力がある場合について、最判昭和49年3月22日LEX/DB 27000443(民集28巻2号347頁)は、「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七〇九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、民法七一四条の規定が解釈の妨げとなるものではない。」とする。

されるような場合に、加害行為者が責任無能力者であるからといって監督義務者に責任が発生するとは考えにくい⁽¹⁵⁾。そして、この場合に、監督義務者に民法709条で直接に責任が発生するのは、たとえば監督義務者だけに予見可能性及び結果回避可能性があったという非常に希な場合だと思われる。

なお、最高裁判所平成7年判決の原審（東京高等裁判所）と同じように、加害行為者と同じ程度の年齢・能力を基準として「過失」を問題にすることは、この監督義務者等の責任との関係では意味がないと思われる。なぜなら、責任無能力者と同じ程度の年齢・能力を基準とする「過失」が加害行為者である責任無能力者になかったとしても、監督義務者が免責されるわけではない。むしろ、このような低い程度⁽¹⁶⁾の「過失」が問題になるような場合には、監督義務者の監督義務が重くなり、そのことによって監督義務者の責任が肯定されやすくなるように思われる。

3 注意義務違反の法的性質

監督者義務者等の責任との関係で責任無能力者の加害行為について通常人を基準とした注意義務違反を問題にするとしても、その法的性質は問題である。この点に関連して興味深いのは、最判平成27年4月9日LEX/DB 25447192である。先に挙げた、原告が責任能力者であるとして不法行為責任を追及している大阪地判平成23年6月27日は、この判決の第一審判決である。

最高裁判所平成27年判決は、加害行為者（11歳）の責任無能力を認めただうえて、次のように述べて、監督義務者に義務違反がないとした。

(15) 大塚・前掲「判批」72頁中段は、「一方、前述の最近の学説の方向を徹底すれば、過失を考える上では、事理弁識能力も問題とする必要がなく、さらに、年齢、能力のレベルとは無関係に通常人を基準として過失にあたるものを論ずることも考えられないではない。そして、このように考えても、失火者本人に重過失がないとされる場合（通常人でも重過失がないと考えられる場合）が存在しないわけではないから、監督義務者は、714条のみの責任を負うときより責任が軽減されることになる」とする。窪田充見「サッカーボール事件」論究ジュリスト16号（2016年）12頁右も「かりに、前提となる責任無能力者の行為が客観的に不法行為に当たるか否かを問題とせずに、民法714条の適用が可能であり、そのうえで、監督義務違反の有無のみを同条1項のただし書にしたがって検討すればよいというのであれば、それは、従前の理解とは大きく異なるものだと思われる。」とする。

(16) 注8参照。

「責任能力のない未成年者の親権者は、その直接的な監視下にない子の行動について、人身に危険が及ばないように注意して行動するよう日頃から指導監督する義務があると解されるが、本件ゴールに向けたフリーキックの練習は、上記各事実に照らすと、通常は人身に危険が及ぶような行為であるとはいえない。また、親権者の直接的な監視下にない子の行動についての日頃の指導監督は、ある程度一般的なものとならざるを得ないから、通常は人身に危険が及ぶものとはみられない行為によってたまたま人身に損害を生じさせた場合は、当該行為について具体的に予見可能であるなど特別の事情が認められない限り、子に対する監督義務を尽くしていなかったとすべきではない。

Cの父母である上告人らは、危険な行為に及ばないように日頃からCに通常のしつけをしていたというのであり、Cの本件における行為について具体的に予見可能であったなどの特別の事情があったこともうかがわれぬ。そうすると、本件の事実関係に照らせば、上告人らは、民法714条1項の監督義務者としての義務を怠らなかつたというべきである。」

本稿との関係で重要だと思われるのは、「本件ゴールに向けたフリーキックの練習は」「通常は人身に危険が及ぶような行為であるとはいえない」とされている点である。この点について、次のように述べられている。

「前記事実関係によれば、満11歳の男子児童であるCが本件ゴールに向けてサッカーボールを蹴ったことは、ボールが本件道路に転がり出る可能性があり、本件道路を通行する第三者との関係では危険性を有する行為であったということが出来るものではあるが、Cは、友人らと共に、放課後、児童らのために開放されていた本件校庭において、使用可能な状態で設置されていた本件ゴールに向けてフリーキックの練習をしていたのであり、このようなCの行為自体は、本件ゴールの後方に本件道路があることを考慮に入れても、本件校庭の日常的使用方法として通常の行為である。また、本件ゴールにはゴールネットが張られ、その後方約10mの場所には本件校庭の南端に沿って南門及びネットフェンスが設置され、これらと本件道路との間には幅約1.8mの側溝が

あったのであり、本件ゴールに向けてボールを蹴ったとしても、ボールが本件道路上に出ることが常態であったものとはみられない。本件事故は、Cが本件ゴールに向けてサッカーボールを蹴ったところ、ボールが南門の門扉の上を越えて南門の前に架けられた橋の上を転がり、本件道路上に出たことにより、折から同所を進行していたBがこれを避けようとして生じたものであって、Cが、殊更に本件道路に向けてボールを蹴ったなどの事情もうかがわれない。」

ここでいわれている「通常は人身に危険が及ぶような行為であるとはいえない」ことを、どのように理解すればよいただろうか。人身に危険が及ばないように注意して行動するように指導監督する義務との関係で述べられていることからすれば、指導監督義務が尽くされていても、問題となった行為を止めることはできなかったことが確認されているのだと思われるが、この点に関して、加害行為者の行為は「そもそも不法行為に該当するものではなく、714条の適用の前提を欠く事案であったと判断する可能性もあったように思われる。」⁽¹⁷⁾という指摘もある。

（1）違法性との関連

1つの理解の仕方としては、加害行為の違法性を否定したものであると理解する余地がある。原審（大阪高判平成24年6月7日LEX/DB 25481898（判時2158号51頁）で控訴人が最判昭和37年2月27日LEX/DB 27002188（民集16巻2号407頁）を引用して、そのように主張している（上告理由でも主張されているようである）⁽¹⁸⁾。

控訴人が引用した最高裁判所昭和37年判決は、小学2年生の子ども（加害者）が背負われ、走るように促したところ、その子を背負った小学1年生の子ども（被害者）が、背負ったまま転倒し怪我（骨折）をした事件であるが、「自己の行為の

(17) 窪田・前掲11頁左。同12頁右では「もちろん、本判決も、民法714条の監督義務違反の有無を問題としている以上、前提として、Aの行為が客観的に違法である、あるいは結果回避義務違反としての過失が存在しているということを前提としているという理解は可能なのかもしれない。しかし、繰り返しになるが、その点についての原判決の評価について、本判決では、明確には示されていないのである。」とする。注15参照。なお、藤村・前掲書163頁以下〔小島崇宏〕も参照。

(18) 民集69巻3号461頁の上告理由の目次に「違法性に関する判例」として最高裁判昭和37年判決が挙げられている。

責任を弁識するに足りる知能を具えない児童が『鬼ごっこ』なる一般に容認される遊戯中前示の事情の下に他人に加えた傷害行為は、特段の事情の認められない限り、該行為の違法性を阻却すべき事由あるものと解するのが相当である」としている。ほかの裁判例からすれば、一般に容認される遊戯中であるからといって違法性が阻却されるわけではなく、加害行為の態様や危険性なども考慮して違法性が判断されると考えられる。⁽¹⁹⁾ 昭和37年判決においても、被害を受けた子どもが、遊戯に加わった点も含めて判断されたものだと思われるが、「遊戯行為の一員として（加害者）の右程度の行為による結果は甘受すべきである」とした原審の判断が維持されている。⁽²⁰⁾

しかし、平成27年判決については、監督義務者の責任を肯定した原審は違法性を前提としておりと考えられ、最高裁判所は違法性に言及していないので、加害行為の違法性が否定されているとは考えにくい。⁽²¹⁾

（２）通常人を基準とした注意義務違反との関連

別の理解の仕方としては、責任無能力者については過失に相当するものの有無を考慮できないものの（最高裁判所平成7年判決）、通常人を基準とした注意義務に違反していないことを「通常は人身に危険が及ぶような行為であるとはいえない」

(19) 最判昭和43年2月9日 HLEX/DB 27421719（判時510号38頁）は「右行為は、遊戯中の行為であるからといつてもその行為の態様、なかんづく本件の如く重大な結果を発生するおそれがあることなどからみて社会的に是認されるものということはできない」とし、大判昭和16年9月4日 HLEX/DB 27547263（法律新聞4728号7頁）は、「原審ハ現今戦争遊戯カ児童ノ遊戯トシテ之ニ通常使用セラルル道具ヲ使用シテ通常行ハルル行動ヲ為スコトハ当然一般ニ容認セラレ居ルコロナリト雖該遊戯ニ於テ叙上認定ノ如キ身体障害ヲ惹起スルカ如キ行動ハ一般ニ容認セラレ居ル通常ノ行動ヨリ甚シク逸脱セルモノニシテ從テ被害者タル被上告人ニ於テモ亦之ヲ甘受セルヘカラサルモノニ非サルモノト為シ以テ戦争遊戯カ一般ニ容認セラルル遊戯ナリトノ一事ハ十四男ノ叙上身体傷害ノ行為ノ違法性ヲ阻却スヘキ事由タリ難キモノト判定シタルモノナルコトヲ領スルニ足り而モ叙上原審確定ノ事実ニ照シ考量スルニ叙上判断ノ相当ナルコトヲ首肯シ得ルモノトス」とする。

(20) 原審は、「すなわち責任無能力者の行為については一般不法行為の要件である故意、過失を云々する余地は無いとはいえ、その行為は他の要件である違法性を充足するものでなければならぬと解すべきである。」としたうえで、加害行為の違法性を否定し、監督義務者の責任を否定している。

(21) 柴田彬史「判批」法学協会雑誌134巻1号128頁注(30)は、本判決は加害行為により発生した侵害結果を斟酌対象から意識的に除外しているとし、人体侵害という結果まで斟酌すると違法性があることを前提にしていると推論できるとする。後述注27参照。

と表現していると理解する余地もありそうである。

しかし、最高裁判所平成27年判決の原審（大阪高判平成24年6月7日）は、第一審（大阪地判平成23年6月27日）とともに、責任無能力者であるにもかかわらず、加害行為者の「過失」を肯定している。また、最高裁判所も、「ボールが本件道路に転がり出る可能性があり、本件道路を通行する第三者との関係では危険性を有する行為であった」としており、また、父母について「当該行為について具体的に予見可能であるなど特別の事情が認められない限り」⁽²²⁾としており、加害行為者の行為（及びその危険性）について具体的に予見できていれば、監督義務違反となりうるのであるから、本件における加害行為者の加害行為それ自体は、加害行為者が責任能力者であったとすれば、過失が肯定される場合であったとも考えられる。⁽²³⁾

（3）注意義務違反と違法性

通常人を基準とした注意義務違反は、加害行為者の主観的意識状態とは関係なく、行為の外形だけで判断することが可能であることから、行為の違法性との区別に疑問が出されている。⁽²⁴⁾

「違法性」の理解に関係するが、行為の違法性を問題にする際には、行為によって引き起こされた結果とは無関係に、一定の行為義務に違反している場合にのみ当該行為が違法と評価される場合と、行為によって引き起こされた結果を考慮してはじめて当該行為が違法と評価される場合があるように思われる。ある行為によって損害が発生しているものの、行為義務に違反していないために当該行為が違法とされない場合が前者であり、ある行為によって一定の結果が発生した以上、行為義務

(22) 「当該行為について具体的に予見可能である」という部分には、やや理解に苦しむところがある。予見の対象が「当該行為」（「本件ゴールに向けたフリーキックの練習」）であれば、当該行為は「通常は人身に危険が及ぶような行為であるとはいえない」（「本件ゴールの後方に本件道路があることを考慮に入れても、本件校庭の日常的な使用方法として通常の行為である」）のであるから、「当該行為」を予見していても、「当該行為」を中止させることを監督義務者に期待できないと思われる。予見の対象は、「ボールが本件道路に転がり出る可能性があり、本件道路を通行する第三者との関係では危険性を有する行為であった」ことだと思われる。

(23) 注15参照。柴田「判批」115頁は、本判決は加害行為者（責任無能力者）の過失に相当するのは一切斟酌していないとする。同126頁注20では、過失を認めることは、最高裁判所平成7年判決と抵触するとする。

(24) 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為〔部分補正〕』（弘文堂、1994年）22頁。

(25) 前掲『新注釈民法15』292頁〔橋本佳幸〕参照。

に違反しているかどうかとは無関係に、当該行為が違法とされる場合、あるいは、行為義務に違反しているとしても、一定の結果が発生しない以上、当該行為は違法とされない場合が後者である。前者の場合には、違法性を判断する際の行為義務違反と通常人を基準とした注意義務違反とは、おそらく区別できないであろう。しかし、後者の場合には、通常人を基準とした注意義務に違反していない場合であっても、当該行為は違法と評価される。したがって、通常人を基準とした注意義務と行為の違法性とは区別される。すなわち、通常人を基準とするとはいえ、注意義務違反は予見可能性を前提にしているものであり（その意味で主観的意識状態が問題になり）、通常人、あるいは、あらゆる人にとって予見可能でなかったとしても、それゆえ行為時には誰も違法と認識することができなかったとしても、それでもなお結果を引き起こした行為として⁽²⁶⁾、結果的（事後的・週及的）に、違法評価を受ける場合がある。この場合、違法性が阻却されるとすれば、問題になっている行為によって引き起こされる結果まで含めて違法性が否定される必要があるだろう。

この点で、先に言及した最高裁判所昭和37年判決において「右程度の行為による結果は甘受すべきである」として、発生した結果も考慮した判断の仕方それ自体は正当なものだと思われる。しかし、結論として違法性が否定された点は疑問である⁽²⁷⁾。一般に容認される通常の行為であっても、好ましくない結果（骨折の傷害）が

(26) 事後的・週及的評価の際には、原因となった行為と引き起こされた結果との間の因果関係の判断が重要になるが、単に条件関係が存在するというだけでは、原因行為を違法とするのには十分ではないと思われる。

(27) もちろん結果と無関係に行為それ自体を違法と評価している場合は存在するが、そのことが明確ではない場合には、結果が発生していない段階、あるいは、結果の発生が具体的に差し迫った状況でない段階では、おそらく行為それ自体を違法と評価すること（そしてその行為を禁止すること）は難しい。しかし、結果が発生していない時点では行為それ自体を違法と評価できない場合であっても、その行為によって好ましくない結果が発生した場合には、結果的に当該行為を行われるべきではなかったのであり、結果的（週及的）に違法とされることになると考えられる（正当業務行為として、結果が発生することも含めて違法性が否定される場合ももちろんある）。結果的（週及的）に違法性を判断することは、結果が発生しない場合には、法的責任が問題にならないという点で意味があるものと考えている。仮にまったく同じ行為であったとしても、好ましくない結果が発生した場合には、故意・過失は問題になるものの、責任が追及される可能性が生じるが、結果が発生しなければ、仮に故意・過失があったとしても、そもそも責任が追及されないことになる。もちろん、違法性は結果から週及的に判断される場合だけでなく、結果とは直接に関係することなく行為そのものの違法性が判断される場合がありうる。たとえば故意の行為などがそうであるが、行為それ自体が違法と判断され、それによって引き起こされた結果について責任が追及される場合がありうる。なお、根本尚徳「民事責任能

引き起こされた場合には、遡及的に加害行為の違法性が肯定されるべきであると考
える。⁽²⁸⁾

（４）小括

以上のように、最高裁判所平成27年判決においては、加害行為の違法性は否定できず、また、通常人を基準とした注意義務違反も否定できない。すなわち、加害行為が違法であり、また、通常人を基準とした注意義務に違反していることを前提としたうえで、監督義務者の責任追及が問題とされたものの、監督義務者自身に過失がなかったために、その責任が否定された場合であると考えられる。

仮に通常人を基準とした注意義務違反が否定されるような場合には、加害行為者が責任能力者であったとしても不法行為責任が追及されることはないのであるから、加害行為者が責任無能力者である場合にも、監督義務者自身の過失を問題にするまでもなく、監督義務者の責任が否定されると考えられる。このように、通常人を基準とした注意義務違反は監督義務者の責任追及の前提問題として機能していると考えられる。この通常人を基準とした注意義務違反は、最高裁判所平成7年判決にしたがえば過失の問題ではなく、また、先に検討したように違法性の問題でもないと考えられる。

力の意義に関する基礎的・比較法的考察——ドイツの学説による議論を手がかりとして」中原太郎編著『現代独仏民事責任法の諸相』（商事法務、2020年）191頁によれば、ドイツにおいては「（有責性の一要素たる）過失の本質は、加害者の不注意にある、とされている。それゆえ、このこととの対比において、違法性の核心は、ある行為が法によって保護される利益（BGB823条1項の事案であれば、絶対権）を侵害すること（いわゆる結果不法）である、と考えられた。」ということである。山本周平「ドイツ不法行為法の構造と体系に関する近時の議論」同書215頁以下も参照。

(28) 坂井芳雄「判解」『最高裁判所判例解説〔民事篇〕昭和37年度』72頁は、「野球でホームランを打ったところ、ボールが見物人の頭に当たって傷害を与えたような場合は違法性がないことは明らかである」とするが、結果として傷害が発生したのであれば、ホームランを打つ行為は、行為時には違法と評価できず（打つべきではないとはいえず）、また過失が否定されるとしても、事後的に違法と評価されるべきであるとする。違法性が阻却されるのは、結果の発生も考慮して違法でないと思われる場合であり、たとえば、相手にダメージを与えることが許容されているようなボクシングのような場合である。最高裁判所昭和37年判決が対象としている「鬼ごっこ」において、傷害の発生が許容されているとは考えられない。

おわりに

本稿の検討結果をまとめると次のようになる。

通常人を基準とした注意義務違反を問題にする場合、最高裁判所平成7年判決が前提としているように、責任無能力者に過失はない。そのような注意義務の順守を期待できない者が責任無能力者である。

加害行為者を基準とすれば、責任無能力者であっても「過失」を観念できるが、そのような「過失」を議論することに意味はない（上述 2(3)参照）。

それに対して、責任無能力者の加害行為について、通常人を基準とした注意義務違反を問題にすることには意味がある。すなわち、通常人を基準とした注意義務違反さえない場合には、責任無能力者に責任が発生しないというだけでなく、監督義務者の責任も発生しないと考えられる。

この通常人を基準とした注意義務違反は、違法性の問題ではない。