

民法上の監督義務者の地位

三 野 陽 治

目 次

- 一、序 論
- 二、法定代理制度と法律行為
- 三、不法行為と法定監督義務者の責任
- 四、未成年者の責任能力
- 五、民法上の責任能力と意思能力

一、序 論

自己の意思に基づき法律上の行為を行えない意思能力の不完全な者には法定の監護者が存在する。年少の理由によりこのような状態にある未成年者には民法上親権者がこの者の保護監督を行い、もし親権者のないときには後見人が同様の権限を有することになる。そして成年者であっても心神喪失の常況にある者は後見に付せられ、後見人がこ

民法上の監督義務者の地位

のような状態の者の保護監督を行うことになる。

現代の社会に於いて、自己の行為により權利義務である法律効果を発生させるためには意思能力が必要であり、權利義務の発生原因の中で法律行為と不法行為が最も重要なものである。この法律行為及び不法行為が法律上の効果を生ずるには、必ずその行為者がその行為の結果を認識するに充分な精神的能力、すなわち意思能力を有することが必要であり、それは各個人は原則として自己の意思に基づいてのみ、權利を取得しまたは義務を負担するという近代法の根本原理に基づくのであるが、行為者に意思能力のない場合には、その行為はその者の意思に基づくとはいえないからである。⁽¹⁾

そこでこのような意思能力の完全でない者が自ら法律行為をなしても法律上完全な効力は生じえず、またこのような者が自己の行為により他人に損害を加えてもそのような者自身に不法行為上の責任が発生しないのが原則である。

そしてこのような者が權利を取得し義務を負担するためには民法上の保護義務者である親権者または後見人がこの者に代って意思決定をしてこのような行為により本人が權利を取得し義務を負担することになる。これが法定代理の制度である(民法四條^(九條))。またこのような者が自己の行為により他人に損害を加えたときには民法上の保護義務者が不法行為の責任を負担することになる(民法^(七一條)七一條)。年少者心神喪失者のような責任能力のない者の不法行為責任の場合である。

親権の内容は子の身上保護と財産管理に分れるが、監護権については民法は親権を行う者は子を監護教育する權利を有し義務を負うと定める(民法八二〇條)。監護は主として身体に対する保護であり、教育は精神の発達をはかること

であり、要するに子を精神肉体とも健全な人間に育成することである。⁽²⁾そして未成年者についてはその保護者である親権者が生活の全面にわたって監督すべきものであり、⁽³⁾この義務には未成年者が他人に不法行為をしないよう監督する義務も含まれ、この義務の懈怠の結果未成年者が他人に加えた損害の場合には原則として責を負わねばならないと解される。⁽⁴⁾

ドイツ民法は親権の内容として子の身体監護中に於ける子を養育し監督する義務を規定する^(ドイツ民法二六三二条)。この監督義務者は被監督者が不法に第三者に損害を加えたときに責任を負う^(ドイツ民法一八三二条)とする。未成年の子に対する監督は子の教育に奉仕するものであり、子を第三者から保護するとともに、子に対して第三者を保護するものである。⁽⁵⁾従って子が違法に他人に損害を加えたときにはその第三者に対し、親権者はドイツ民法八三二条により不法行為の責任を負う。⁽⁶⁾そして親権者の方で監督義務を充分に行いまたは監督義務が充分でも損害が生じたことを立証したときは免責される。

不法行為の領域に於いてこのように親権から権利義務関係が生じ、未成年者が惹起した違法な損害に対し親権者は法定の監護義務者として責任を負う。このような不法行為要件は不法行為が親族法上の法制度とその発展に関係することを示す。このような不法行為の規定には親権者の身上保護権の責任とこれより派生する監督義務が関連する。このことは法により監督を行う義務ある者という表現の中に表され、法定の監督義務が前提とされている。従ってこれは不法行為要件がはじめて独立の法規とならしめる要件を前提とする。⁽⁷⁾

親権行使は同時に子に対する義務の履行であるから、親権は支配権と考えることはできない。義務を履行するとき

に權利主体が權利の客体となるという考えはとりえない。支配を可能にするのでなく保護監督を必要とする特殊な親族法上の權利とする考えが親權の新しい見方である。このように監督義務者は子に対し監護教育の義務を負うが、更に不法行為法との關係で被監督者の損害防止義務というものを考えてみよう。不法行為法の規定に於ける親權者の損害防止義務は教育目的すなわち子の人格の自由な發展が親權の限界をなすところにその制限を見出すかまた子の不法行為の場合に親權者は第三者の利益のために親權者の監督義務の規定により義務づけられそして実行が可能な範圍より広い責任を負うべきかの問題が生ずる。⁽⁹⁾

更に監督義務は被監督者の意思能力の發展と共にその内容程度は縮限されるべきであり、このような場合子が親權者の補助なしに未だ生活が行いえない限りで親權は子の人格の自由な發展に奉仕する。それ故に親權は子の單なる行為自由の制限をも含む。しかし子を損害から防止する子の監督義務は教育目的に従う。その程度度合は子の成長する成熟の程度と共に減少する。このことは監督義務は不確定というのではなく、子の成長と共に變化することを意味する。特に一定の行為の強制について考へうる。これは特別の事情のないときは、強い指示に代つて單なる制御が行われ、結局最少限に限定される。警告が強制手段をとる可能性を消滅させる。親權は成年に達するまで存続するが、子の行為の自由を制限することは子の年令の増大と共に例外的となり、その評価は子の成熟によりなされるべきであり、合理的理由を必要とすることになる。⁽¹⁰⁾

意思能力のない者が法律行為により權利を取得し、義務を負担するには法定代理の制度による。親權者は未成年者の財産上の行為につきその子を代表する^(民法八二四條)。これは親權の財産保護に関する効力である。親權者は子の自然の

保護者として身分上及び財産上の保護監督をする権利義務を有し、親権の作用として未成年者の法律行為に同意を与え、またこれを代理する。⁽¹¹⁾ 未成年者が意思能力を有する場合には法定代理人の同意を得て自ら有効に法律行為をすることができ(民法四〇条)、意思能力のない幼児の場合には法定代理人が代理することになる。

心神喪失の常況にある禁治産者の場合には後見人が法定の監督義務者として禁治産者の療養看護をなし(民法八五八条)、財産上の法律行為について代理することになる(民法八五九条一項)。そして禁治産者のなした法律行為は如何なる場合も取消することができる(民法九条)。未成年者のように年令による成長とは別に人の精神上の能力に欠陥があつて、正常な財産上の取引をなす精神能力を欠く場合である。⁽¹²⁾

ドイツ民法に於ては子の財産上の保護権は財産上の事項に関する代理を包含する(ドイツ民法二六二六条)ものである。従つて両親はすべての財産上の事項について私法上のものであるか公法上のものであるかを問わず子の名で行爲し、子のため法律行為を行い、子のために訴訟を進行する権限を有するしまた子に対してなされた意思表示の相手方であり、子のための公的命令を受領しなければならない。法定代理人の同意追認を要するときには両親がこれをしなければならぬ。⁽¹³⁾

後見人は被後見人の身上の保護と財産の管理を行い、法定代理人として第三者に対して代理を行う権限を有するが(ドイツ民法一七九三条)、未成年者の場合で親権者を欠くときとか(ドイツ民法一七七三条)、成年者の場合で精神病等により禁治宣告をうけたときには(ドイツ民法一八九六条)後見人が付せられる。ドイツ民法の行爲能力制度は、行爲能力を全く有しない絶対的行爲無能力者と、行爲能力が制限される制限的行爲無能力者とに分れ、絶对的行爲無能力者の行爲は無効でありこの場合には法定代理

人がこれらの者に代って法律行為を行う。⁽¹⁴⁾

このように民法上の意思責任とその基礎をなす意思能力の問題と、更に意思能力を欠く場合に法律行為と不法行為の領域での民法上の法律関係とその法定監督義務者の責任と地位を考察することにする。

- (1) 我妻栄著民法総則 六〇頁
- (2) 青山道夫著改訂家族法Ⅰ 一〇〇頁
- (3) 加藤一郎不法行為 一六〇頁
- (4) 山口純夫民商法雑誌七二卷一号 一七二頁
- (5) Hans Döle, Familienrecht, Bd. II, 1964, S. 152,
- (6) Hans Döle, a. a. O., S. 153,
- (7) Erik Jayme, Die Familie in Recht der unerlaubten Handlungen, S.
- (8) Joachim Gernhuber. Lehrbuch des Familienrechts, 1964. S. 71.
- (9) Erik Jayme, a. a. O., S. 134
- (10) Erik Jayme, a. a. O., S. 139 f.,
- (11) 我妻栄著前掲 七二頁
- (12) 川島武宜著民法総則 一七七頁
- (13) Hans Döle, a. a. O., S. 204
- (14) 山田晟著ケイン概論 四六頁

二、法定代理制度と法律行為

我が民法は親権の内容として、子の財産を管理し、又、その財産に関する法律行為についてその子を代表する（民法八二四條本文）。と規定する。これは親権者の未成年の子の財産に関する権限を定めたものであり、財産の管理行為には一定の範囲内の処分行為をも含むと解されている。

従って親権者は子の所有する家屋を賃貸し家賃を取ることも、また財産の価値を有利に維持するためにこれを売却することもできる。⁽¹⁾

財産に関する法律行為とは子の所有する財産に関する法律行為のみでなく、広く財産的行為を含むと解される。そして子のこのような行為は親権者が法定代理人として子に代って行うものであり、未成年の子に意思能力のある場合には法定代理人が同意を与えて法律行為をさせることもできる。⁽²⁾ そこで未成年者が意思能力を有する場合には法定代理人の同意を得て有効な法律行為をすることができ、意思能力のない未成年者の場合には法定代理人が未成年者を代理して財産上の行為をする権限を有し、未成年者が意思能力のない幼少のものである場合にはその財産上の利益はこの制度により保障される。⁽³⁾

禁治産者は心神喪失の常況に在るつまり意思能力を欠く場合であり、この場合には後見人が禁治者の療養看護をなし（民法八五八條）、その財産の管理及び財産に関する法律行為の代理をする（八五九條一項）。禁治産者は後見人の同意をえても、完全に有効な行為をすることができないから、禁治産者の後見人は同意を与える権限を有しないのである。⁽⁴⁾

ドイツ民法は子の未成年の間は両親の親権に服し、親権は子の身上及び財産上の保障と身上及び財産に関する事項につき子を代理する父母の権利義務を含むことを規定する。従って両親は子の財産を管理する権利義務を有する。この権利義務にはこの財産に関する法律行為の場合に子を代理する権利が含まれる。それ故に両親は子の財産に関する契約を自己の名ではなく法定代理人として締結するものである。⁽⁵⁾

ドイツ民法上法定代理人は未成年者の人格と財産を保護し代理する権限を有する。代理権が及ぶ範囲に於いて法定代理人は予め法規の定められた規定にも国家机关の指図にも従わず行為する。その行為は法規により法的効果が結合されている法的に重要な行為のみではない。法定代理人は後見裁判所の意思の執行機関ではなく、両親特に後見人は独立の評価主体の地位をもつとする見解がある。⁽⁶⁾しかしこの利益評価の場合は客観的に正義の理念に於いて未成年者の利益を専ら正しく評価すべき義務を負う。

たしかに自由な裁量が認められ、自由な判断評価と意思決定の義務が認められるが、しかしこれは自己のみに責任を負い他の誰にも責任を負わぬ人格という私的専意の自由の意味ではない。たとえ自由であるとしても、むしろ未成年者のよく理解された最も利益となるものを見出すべき命令と、専ら私利を図り子の利益を害するような利益を追求しない義務である。⁽⁷⁾このような義務は親権者後見人の地位から当然考えることができるが、民法上は利益相反行為の禁止の規定^(八二六条)の趣旨より同様に解される。法定代理人には代理権同意権が広汎に認められ未成年者の意思にかわりなくその権限が行使されるが、民法上法定代理人による未成年者の財産管理や代理行為が適正に行われることを担保する制度が規定され、理念的には法定代理権は専ら本人の利益になるように行使されるべきと解されるから、

未成年者の財産的地位もいちおう保護される。⁽⁸⁾

法定代理人は自己の自由な意思決定により未成年者のために法律行為を行うものであるが、しかし前述のような未成年者の利益を見出しこれを追求する義務に拘束されることになるので私的自治の原則の中に含まれる個人の自律と如何なる関係にあるかを考えなければならない。

法規は何人も他人の又は他人の法律関係の利益になりうる制度を認めている（例えば代理）。

この他人のための行為は行為者が自主的に他人のために行為しうる権限がある（代理の場合は本人のために）という意味では私的自治にあつたものではない。他人のための行為は法律関係の形成の場合には常に義務に拘束された行為である。他人のために行為しなければならない者（未成年者の親権者、代理人）はたしかに自己の意思決定の余地を有している。例えば親権者は子の財産を如何に管理するかを決定しなければならない。この固有の意思決定の余地を裁量という。この裁量は他人のための法律関係の形成の場合には決して自由な裁量ではなく、常に義務に従つた裁量であり、そこで法により承認された任意の形成の権限を伴う自主としての私的自治的行為とは対立するものである。法律関係の形成に関しては、代理人の行為は基本的には取引の安全のためにのみ、本人が自身で行為したと同様に見られるのである。代理人が義務に違反して本人の不利益に行為した場合でもその法的形成は基本的には本人のために有効である。⁽⁹⁾

民法上の代理制度には任意代理と法定代理の二制度があり、その本質は代理人の意思決定により本人にその効果が及ぶものである。任意代理人とその規制行為を私法体系に組み入れることはその権限が本人の自律行為に基づくこと

の理由のみで可能である。任意代理人により定立された規範は私的自治の原則により成立するとしうる。何故なら任命者としての本人はその意思を自己の法的領域に拘束をもつものとして表示したからである。⁽¹⁰⁾ 任意代理権は法律行為により授与される代理権⁽¹¹⁾であり、代理権は私的自治の原則に従って本人による設定すなわち授權行為により発生しうる。⁽¹²⁾ 法定代理人は当事者により任命されるものではなく、法定代理人の行う法的規制の効力は、一般に代理され又は財産の管理される人の意思に係るものではない。この本人はその法律関係が規制の対象となる限りでは他律に服する。しかし私的自治の範囲では他律と自律は全く対立するものである。それは二つの異った法定立形式のためといえる。すなわち客觀的正義の理念により規律される公法と個人の法律関係が自己によりその意思のために私的自治の原則に従って規律される私法とである。⁽¹³⁾ このように觀察すると法定代理人の地位は公法と私法にわたるものと考えることができるが、私法の中でその地位を理解することが必要となる。後見人の法的地位の公的性格に着眼し後見人は社会法上の職務をもち、この職務により後見人官庁に対し被後見人の權利をその利益のためのみに処分する義務を負い、後見人及び両親は国から公法的にその義務を履行すべく義務づけられるとする見解がなりたち、そして更に後見人の地位の公的性格の重要な要素として法定代理人のなす法律関係を考察すると、この法律行為は經濟的生活關係の自己形成はなくこの場合には自己の法領域を決定するのではなく、他人の法領域の決定である。後見に付せられることと生活關係を自己で決定することは行為論では対立する。そして法定代理人は法律行為に属する行為決定のさいの自由を有しない。法律行為の自由の理念は個人がその自由意思で自己の利益を支配する自由を含む。そこで不合理な行為に活動の余地を与えることもこの中に入る。これに反し法定代理の場合には客觀的正義の理念より発し、合目的性による管

理を意味する。親権者、後見人は專意的自由な利益評価でなく未成年者の利益を客觀的に正しく維持する拘束を受けることになる。未成年者の領域で法規範を定立する親権者後見人管理人の行為は自由な自己決定の原則により効力をもつのでなく、また法定代理人は法規の自由を決定するのでなく、客觀的正義に拘束されるなら法律行為的活動の重要な要素は欠ける。この場合法定代理人の行為は私法的法律關係を規律するが私法上の性格をもたぬことになる。⁽¹⁵⁾

子精神病者は所有権その他の財産権をもち従って義務をも負担するが、行為能力を欠くために法律關係では自己自身でこれを維持管理することができず、これに代つてその利益のために行為する他人を必要とする。この他人を法定代理人といふ。⁽¹⁶⁾親権の内容には監護権と財産管理権とが含まれるが、監護権の性質について親権から監護権を分離して獨立の存在を取得するとみなし監護者の地位を強化するのが最近の學說の方向であるとされる。⁽¹⁷⁾

法定代理の問題を解決するためには權利を保有するがこれを行使しえない權利主体が存在することを考察しなければならぬ。權利能力と行為能力の關係が如何に理解されようとも、常に法定代理制度のみが未成年者と行為能力を制限されている者に一般的に法的取引に参加することを可能とする。この法定代理の積極的な面を考察する。未成年者の不完全な自律ということも意味があるが、私的自治の面から別のことが標準となる、すなわち、未成年者の法的領域に於ける義務に拘束されるのが代理人の行為の自由である。法定代理人として親権者後見人管理人はその法的領域に於いて法律行為に基礎をもたぬ役割社會形態での固有の法的關係をもっている。法定代理人は未成年者の領域で法的に有効に行爲し、特に未成年者の場合に抽象的潛在的能力と考えられる責任負担に基礎をもつ具體的能力をもつ。

ドイツ民法によると權利能力と權利主体の抽象的概念は權利義務の主体となりうる人の特性と定義するとしても權利

利能力の承認とともに潜在的行為能力をも肯定し、このように解することのみがドイツ基本法一、二条で述べられる如く人間の価値と自由の一般的承認に適する。未成年者も全く行為無能力であるのでなく未成年の間のみ法的に有効に行爲できないのにすぎないとする⁽¹⁹⁾ことが可能となる。

法規も權利主体に特に行為能力と不法行為能力を与えず、有効に法律行為を締結し又は不法行為を行う能力のない者と規定し、未成年の終了後は法定の制限のない限り成年者は行為能力と不法行為能力をもつのである。積極的制限が続く限り一定の休止の行為能力が法的に有効に自己で行爲しうる能力と解され現実化するか否かは法政策的立法技術上の問題でありこの解決が法定代理の制度であるとして法定代理人の地位を次の如く説明する見解がある。

法定代理人は未成年者自身に属する法的領域について未成年者の利益を維持し促進する責務をもつ。この責務役割は法定代理制度の前面に現れ、合目的にこれを遂行するために代理人に特別に本来は未成年者に属する法領域に於ける法的権限が与えられる。この権限は未成年者の法律關係の形成の形式的権限のみでなく、実質的内容をもつ。

これは未成年者の法的領域と代理人の間の固有の法的關係を作り出し、未成年者の法的領域は一定の範囲と方法と法定代理人の役割に於いて法定代理人が權利主体として現れる法的領域となる。法定代理人が直接權利をもち義務を負担するのでないが法律行為が問題となる限り未成年者の權利義務の状態に作用する唯一の可能性をもつ。法規が法定代理人を未成年者の法的領域の別の帰属主体として構成し、たとえ管理の面でも広範囲な基礎を与えていることより見ると、法定代理人の規制行為は二重の性質をもつ、一方では親権者後見人管理人の法的領域の自己責任による形成行為であり、自律に奉仕する。他方、社会的分属的秩序が代理人に自己責任により行う未成年者領域の支配を認め、

機能的に一定の方法で本人と代理人に分属する未成年者領域に於ける規制権限で代理人により締結される行為である。法定代理人は他人の法律関係について決定するが、このように考えると私的自治の原則にも矛盾しないことになる。法定代理制度が未成年者という形式的主体に内容と実質を与えるものである。⁽²⁰⁾

このような各々の見解により民法上法定代理人の地位を説明することが可能となるが、親権者後見人の財産保護の権限として未成年者又は被後見人の財産管理権と更に法定代理による財産的行為を行う権限が認められ、未成年者の如く自己の意思により財産的行為を完全には行えない者の保護がなされているのである。

- (1) 青山道夫著改訂家族法Ⅰ 二〇三頁
- (2) 我妻栄著親族法 三三六頁
青山道夫著前掲 二〇四頁
- (3) 我妻栄著民法総則 七五頁
- (4) 川島武宜著民法総則 一七八頁
我妻栄著民法総則 八〇頁
- (5) D'ham, Bürgerliches Recht II Familien-und Erbrecht, 1966, S. 51,
- (6) Müller-Freienfels Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, S. 354f.,
- (7) Wolfgang Thiele, Die Zustimmungen in der Lehre Vom Rechtsgeschäft, 1966, S. 68,
- (8) 阿部徹民商法雑誌五七巻七号 三八頁
- (9) Flume, Das Rechtsgeschäft, 1965, S. 9,
- (10) Wolfgang Thiele, a. a. O. S. 64,

- (11) Ennecerus-Kipp-Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 2 Halbbd., 1957, S. 1129,
- (12) Flume, a. a. O., S. 780,
- (13) Wol Fgang Thiele, a. a. O., S. 65
- (14) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 355
- (15) Müller-Freienfels, a. a. O., S. 361ff.
- (16) Karl Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Recht, 1979, S. 131,
- (17) 有地亨民商法雜誌四六卷五号 四四五頁
- (18) Ennecerus-kipp-Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlicher Rechts. 1 Halbbd., 1960, S. 477,
- (19) Wolfgang Thiele, a. a. O., S. 72,
- (20) Nolfgang Thiele, a. a. O., S. 72ff.,

三、不法行為と法定監督義務者の責任

自己の行為に対する責任を弁識するに足る知能を有しない未成年者又は心神喪失の常況に存者が、不法に他人に損害を加えても、不法行為上の責任無能力者として賠償責任を負わない。⁽¹⁾しかし民法はこのような無能力者ニ責任ナキ場合ニ於テ之ヲ監督スベキ法定ノ義務アル者ハ其無能力者ガ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル者ニ任スト規定する^(民七十四条)。この規定の意味は責任無能力者自身の行為により監督義務者が責任を負うものであり、責任無能力者の行為を利用して不法行為をなすのは自己の行為による不法行為である。⁽²⁾このために監督義務者には権利侵害という結果に対する故意過失を必要としないので監督義務者はその義務の対象となる責任無能力者の行為につき無過失責任を負

担することになるが、絶体的な無過失責任ではなく、監督義務者はその監督義務を怠らなかつたことを立証できたときは、この責任を免れることができる（同条但書）。このような免責事由が規定されている。加害行為を行う未成年者や心神喪失者が責任能力を欠き、不法行為責任を負わないときには、監督義務者は責任を負担するが、幾つかの判例は未成年者心神喪失者の責任能力を否定して、親権者の責任を認めることにより被害者の保護を意図し、またこの免責事由をも否定するが、親権者のような責任無能力者の全生活関係にわたり監督すべき義務ある者についてはとくに厳格でなければならないとするのが通常である。³⁾

ドイツ民法では満七才未満の者、意識喪失者または精神病者、七才以上十八才未満の者で加害行為当時責任を認識するにたる弁識力を有しない者は不法行為上の責任を負わない（ドイツ民法^{ハニツ}第130条^{三項}）が、しかしドイツ民法は一定の範囲で責任無能力者にもそれらの者により惹起された損害の賠償の責任を負担せしめ、各場合の特別事情により少なくとも部分的な損害補償が公平と考えられるときにはこの責任を認めている。このような公平責任の要件は 一、前述の如き各場合に於いて責任能力のない者が各不法行為の規定の意味で客観的に不法となる行為により他人に損害を加えたこと、二、被害者が損害賠償をこの責任無能力者の監督義務者から請求しえないこと、三、当時の事情特に当事者の関係に従えば、全部の又は一部分の損害賠償を公平が必要とし、この損害賠償により自己の身分相應の生計の維持とその他の法律上の扶養義務の履行のための資力が賠償者から奪れないことである（ドイツ民法^{ハニツ}第130条^{三項}）。考慮されるべき各場合の特殊事情には、例えば責任無能力者の行為の危険性、行為者に存在した弁識と意思支配の規律、侵害行為の程度と重大さ並びに加害行為と被害者の経済関係が含まれ、このような事情の考慮の下に裁判官は判決をなすべきで、判決の場合には

成るべく固定化を避けるべきであると考えられる。そして更に、未成年者のため又は精神上身体上の状態により監督を要する者の法定の監督義務者は被監督者が違法に他人に加えた損害を賠償する責に任じ、この場合に監督義務者が相当の監督義務を行い、又は相当の監督をなしたときでも損害が生ずべかりしときはこの責を免れる(ドイツ民法⁽⁴⁾ハ三三條一、二項)。法律上父母は身上監督権(ドイツ民法⁽⁵⁾一六三條)に基づき、未成年者の監督義務を負い、禁治産者である成年者は後見の目的の範囲で(ドイツ民法⁽⁶⁾一九〇二條)後見人が監督義務を負う。

ドイツ民法八三二条と親権者の養育と監督の義務を規定する一六三一条により両親はその子が違法に他人に加えた損害に対し責任を負うが、この場合にはその過失と損害に対する因果関係が推定される。この責任から免れるためには、両親はその監督義務を相当に履行し又は相当な注意義務を履行した場合でも損害が生じたであろうことを立証しなければならない。被害者に対する監督義務の履行は子に対する親族法上の義務の場合と同様の標準により考慮してよいが、そしてこの場合たとえ如何なる場合にも人々はこれを考慮するとしても、子の利益を考慮すべきか否かが問題となる。⁽⁶⁾

上級地方裁判所には住居以外の場所で遊戯する子に対する両親のその各場合による監視をドイツ民法八三二条の枠内従って監督義務の履行と考えるものがある。

何故なら子の健全な発展の不断の監督が阻げられるからである。連邦通常裁判所はたしかに同法八三二条の監督義務は子の利益に奉仕しないというライヒ最高裁判所の判決に一般的には従っているが、多くの場合子の利益を考慮している。同法八三二条に関し文献も子の人格の自由な発展を利益考慮の枠内で独立の要素と考えるものがある。そこ

で一般的には、教育目的すなわち子の人格の自由な発展が親権に限界を置く場合に、八三二条に於いて両親の損害阻止義務が制限されるか否か、また両親は同条により第三者のために、両親が親権の監督義務の規定(六六二条)により義務づけられ、それを実現することが可能である範囲より広く責任を負わねばならないか否かが問題となる。⁽⁷⁾

七二四条により未成年者が責任能力のないときには法定監督義務者が責任を負うことになるが、未成年者に責任能力のある場合には法定監督者たる親権者は責任を免れるべきであらうか。このような場合にも監督義務者は全く責任を免れるのではなく、監督上の不注意と損害の発生との間に因果関係があるならば、一般の不法行為の原則に基づいて、損害賠償責任を負うと解し、この場合被監督者の責任と監督者の責任とが併存する⁽⁸⁾として、監督義務者が外部に対して加害行為をしないよう監督すべき義務を負担しているのであり、監督義務懈怠の結果無能力者の加害行為が発生した場合に、その責任を免れしめる理由はなく、無能力者に法律上の責任がある場合でも、監督義務者に責任を負わせるべきであり、七二四条の適用のない場合でも、一般原則に従って不法行為の成立を認めるべきである⁽⁹⁾という考え方が今日の通説となっていた。しかし最近に至り判例は「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、民法七二四条の規定が右解釈の妨げとなるものではない⁽¹⁰⁾として責任能力ある未成年者とその監督義務者である親権者に対する損害賠償請求を認めた。

この判例は最近の学説にそったものであるが、民法七二四条は責任無能力者が不法行為をなしたことを要し、唯責任無能力であるために責任を負担しない場合であり、従来民法七一二条及至七二四条は不充分であり、未成年者又は

心神喪失者の監督義務者の責任を併行的にする説や無能力者に賠償責任の有ると否とを問わず監督義務者の責任を認めるべしとする立法論があり、現実の社会的事実としての家団構成員の他人に加えた損害を家団そのものの不法行為と考え家団をして賠償責任を負担せしめるのが適當であるとする見解があった。⁽¹²⁾

七―四條により不法行為を行った未成年者心神喪失者に責任能力のない場合にはその監督義務者が責任を負う。この場合、親権者が子の行為により責任を負うが、他人の行為により責任を負うのでなく、自己の行為に過失があることが不法行為責任の根拠となることにより、他人の監督義務者がその監督上の注意を怠ったという自己の過失に基き民法上責任を負う⁽¹³⁾と考えるならば、不法行為を行う未成年者が責任能力があり、未成年者自身が責任を負う場合でも、監督義務者の未成年者に対する監督義務の懈怠の結果このような不法行為による損害が生じたと認められるならば、一般の不法行為が成立し、監督義務者が不法行為責任を負担すると考えるべきであろう。また七―四條の免責の事由監督者の過失を責任無能力者の監督を怠らなかつたという一般的な過失と解するならば、監督の対象となる未成年者が責任無能力者のときはその監督義務の程度内容から考えて監督義務者の過失が免責されるような場合はほとんど認められないことになるであろう。また責任能力ある未成年者の場合には、未成年者は一定の判断により行動しうる能力が備っているので、監督義務者の注意義務が軽減される場合もあり、監督義務者の無過失の場合も考えうるが、たとえ未成年者に責任能力が存在するときでも、監督義務に違反するようなときは、未成年者により不法行為がなされたときでも、監督義務者は自己の過失により不法行為責任を負うことになる。監督義務者の過失の有無の判定には未成年者の責任能力の基礎である意思能力の内容程度をも考慮すべきと考えるが更に責任能力ある未成年者の不法行為

につき親権者の監督義務の違背の有無の判断には、親権者との共同生活事実の存否、もしくは経済的依存度が判断基準となるであらう。⁽¹⁵⁾

監督義務者の不法行為責任の問題は交通事故に關係して数年来の判例の中で論じられているが、責任能力ある未成年者の惹起した交通事故に対しその監督義務者が責任を負うべきか否かについて、監督義務違反と損害の発生との間に因果關係があるときには未成年者に責任能力のある場合でも一般の不法行為の原則により、監督義務者は賠償責任を負うということを前提として、一七才の少年の起し事故について、その所有者として保管義務違反とその少年の使用に際しての他人に危険を与えないよう監督すべき義務違反により親権者に責任を認め、また親権者の未成年者に対する監督義務の内容程度は一律でなく未成年者の能力が成年者の能力に近づくにつれて親権者の監督義務も狭くかつ弱くなるものとし、親元から離れて独立の生活をする十九才の少年の起した事故につき親権者の責任を認めないもの等がある。⁽¹⁷⁾

また未成年者が所有する車の運転による事故につき諸般の事情から父親にいわゆる運行供用者の責任を認めるとい⁽¹⁸⁾う最近の判例がある。

- (1) 石田文次郎著債権各論 二五九頁
- (2) 鳩山秀夫著日本債権法(各論)下 八九九頁
- (3) 四宮和夫判例不法行為法 八五頁
- (4) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. II, 1956, S. 331

- (5) Karl Larenz, a. a. O., S. 351
- (6) Erik Jayme, Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen, 1971, S. 133
- (7) Erik Jayme, a. a. O., S. 134
- (8) 加藤一郎 不法行為 一六二頁
- (9) 松坂佐一「責任無能力者を監督する者の責任」我妻先生還歴記念論文集損害賠償責任の研究上 一六三頁
- (10) 最高判 昭和四九三月二二日民集二八卷二号三四九頁
- (11) 鳩山秀夫 前掲九〇一頁
- (12) 末弘厳太郎 民法雜記帳一八四頁
- (13) 加藤一郎 前掲 六三頁
- (14) 加藤一郎 前掲 一五九頁
- (15) 山口純夫 民商法雜誌七二卷一号一七三頁
- (16) 宇都宮地判 昭和四三年九月三〇日交通民集一卷五号一一二八頁
- (17) 岡山地判 昭和四三年七月三一日交通民集一卷三号八五二頁
- (18) 最高判 昭和四九年七月一六日民集二八五号七三二頁

四、未成年者の責任能力

我が民法では未成年者ガ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ其行為ノ責任ヲ弁識スルニ足ルベキ知能ヲ具ヘザリシトキハ賠償ノ責ニ任ゼズ(民法七二二条)と規定する。行為の責任とは行為の是非善惡即ち道德上の責任のことか行為の事實的結果及び社会的意義のことか或は行為の法律上の責任のことかについては問題があるが、法律上の責任の意味であり

しかも損害賠償義務の発生のみでなく何等かの法律上の責任を生ずるべきことを弁識する知性あることをいうと解されている。未成年者の責任能力を規定するのに年令により劃一的に規定することも可能であるが、その具える知能により決する民法では、責任能力ありや否やは未成年者の個々の行為について具体的に決定せねばならないこととなる。⁽²⁾

責任能力は事物の弁識を内容とする精神能力を前提とするものであり、責任能力に対比されるのは法律行為の意思能力である。意思能力は法律行為の弁識力であり、その基礎は責任能力と同一である。⁽³⁾

判例は未成年者の責任能力を判断する場合に「裁判所ハ先ヅ其責任能力ノ有無ヲ調査シ、其未成年者ガ加害行為ノ当時ニ於テ其知能既ニ不法行為ノ何タルヤ換言スレバ是非善惡ヲ識別スルコトヲ得ルノ程度ニ発達シ責任能力ヲ具ハスルノ事実ヲ肯定スル」⁽⁴⁾ことを必要とするとし、また他の判例は「民法第七一二条ニ行為ノ責任ヲ弁識スルニ足ルベキ知能ト謂フハ固ヨリ道德上不正ノ行為タルコトヲ弁識スル知能ノ意ニアラズ、加害行為ノ法律上ノ責任ヲ弁識スルニ足ルベキ知能ヲ指スモノと解している。前者の判例は一二才ニカ月の少年の傷害行為に対し被害者が加害者タル少年ノ法定監督義務者である親権者に対し損害賠償を請求したものであり、この場合裁判所は加害者に責任能力を否定して民法七一二条の法定監督者の責任を認めたものである。また後者の判例は一一才一カ月の少年店員がその業務上の行為による加害行為に対し被害者がその使用者に対し損害賠償を請求したもので、この場合はこの加害者に責任能力を是定して、使用者に民法七二五条の責任を認めたものである。この二つの判例についてはいづれも裁判所は被害者に賠償請求を認めたことになるが、判例に示された未成年者の責任能力の判定についてはその内容及び年令の程

度は同一ではない。

加害者に責任能力のないときには、責任無能力者の法定の監督義務者が損害賠償の責任を負い（民法四條）、このような法定の監督義務者には未成年者の場合には親権者と後見人、禁治産者の場合には後見人が考えられる。

ドイツ民法は未成年者の不法行為能力に関し、七才未満の子供は他人に加えた損害に責任を負わず（ドイツ民法八二八條一項）、七才以上十八才未満の子供は加害行為のさい責任を認識するにたる弁識力を有しないときは責任がない（ドイツ民法八二八條一項）と規定している。不法行為能力とは不法行為により責任を負う能力、帰責能力をいう。⁽⁶⁾

ドイツ民法は自己の過失行為により自己の責任を負担する能力いわゆる不法行為能力、責任能力を異った段階を以て規定する。完全な不法行為能力は制限なき行為能力より以前に発生しすなわち一八才からである。七才以上の子供は不法行為無能力である。七才以上十八才未満の未成年者は損害賠償義務を発生させる個々の行為の当時責任を認識するにたる弁識をもつか否かが重要な問題となる。この場合、このような行為の不法性とこれより生ずる責任を認識する一般的な精神能力が弁識と解されている。このような能力が存在するか否かの問題と具体的に過失責任が存するか否かの問題とは区別すべきである。第二の問題に答えるときは、過失があるという場合は、未成年者は取引上要しその年令区劃に入ることより通常生ずる注意に従ったか否かが重要な問題である。この不法行為能力を欠く場合には、具体的場合に、必要な注意を遵守したか否かの問題は通常調査されない。しかし、未成年者がその精神的發育により一般に自己の責任の認識に必要な弁識力をもつという理由で不法行為能力が是認されるときでも、一定の場合には有害な結果を避けるために要する程度の注意が加害者に要求されないとの理由で、個々の場合に過失を欠くことが

ありうる。⁽⁷⁾

故意行為が議論の中心となる刑法に対して民法は過失行為が重要である。過失の場合には過失ある行為者が権利侵害に至る因果過程を洞察しない点が故意と異なる。それ故に過失の場合には責任の帰属には、権利侵害の結果換言すると損害の結果を惹起すべき作為不作為の客観的適格性を認めるべき行為者の過失を前提とする。これは責任の根拠と共に、未成年者の場合に行為者の成熟の状態により、損害発生の可能性又は自己の行為の危険性を認識し得たか否かを調査することを必要とする。⁽⁸⁾ ドイツの判例も学説も最初は危険性の認識の概念を責任の前提要件の枠内で、どこに地位づけるか明らかでなかった。不法行為能力を一般的に法律上の行為能力と理解したドイツ民法の立法者の立場からは、危険性の認識を責任の要素として理解することが明らかである。責任の認識は内容的には法的関係の理解をなしうることであり、すなわち未成年者は自己が違法に他人の領域を侵害することを認識しえなければならず、危険性の認識又は生ずべき損害の予見可能性は責任の認識には適當ではない。むしろ国家に於いて人間の共同生活が個人に課する義務の認識がこれに適しているという見解である。⁽⁹⁾

ライヒ最高裁判所の判例は過失は常に行為の有害な結果に関する有責的な錯誤ということに基づきその本質を行為者が自己が認識しうる行為の危険性を有責的な方法で考慮しなかったこととする。自己の行為の不法性を認識する可能性は過失的不法行為の場合は常に一定の行為に内在する他人の権利又は法的利益の危険性を認識する可能性を前提とする。自己の行為の有害な結果を認識しえない者はこの見解によると行為の違法性を認識する状態にない。そして不法性の認識のみが責任義務の觀念、責任の認識を可能にする。それ故に責任の認識は行為の危険性の認識とも、共

同人に課せられた不法性の認識とも一致せず、両者を凌駕する。⁽¹⁰⁾

ライヒ最高裁判所の判例は行為の危険性の弁識の要素を取り入れることにより、ドイツ民法八二八条二項の責任の認識にたる弁識を過失不法行為のために示される方法を以て補充した。故意不法行為の場合には未成年者の不法行為能力のためには行為の不法性とその義務のために何らかの方法で責に任ずる能力が存在しなければならぬが、一方に於いて過失不法行為の場合の責任の認識は三つの要素すなわち行為の危険性を認識する年令による可能性とそれに基づく行為の不法性を理解しうる能力と不法性認識に基づく何らかの責任義務の認識の可能性を共通に前提とする。⁽¹¹⁾

この判例によると行為の認識は過失性と責任に共通である。危険性の認識の可能な一面では過失行為の非難を理由づけ他方では責任の認識の基礎を与える。従って責任の認識にたる弁識の確立を以て、行為の危険性の弁識に基づくという理由で通常は過失の問題も是認され、また年令の到達に至らぬという理由から、危険の認識の状態にない者は過失なく行為しそこで行為の際の事情は顧慮されない。このため責任能力と過失は相互に関係のない要件ではないことは明瞭である。ライヒ最高裁判所の初期の判例は特に八二八条二項は主観的すなわち有責行為の年令成熟についての要件の規定に他らぬとし、そこでこの規定は責任能力の規定としていた。ライヒ最高裁判所は七才以上一八才未満の者は自己が取引上必要な注意をはらわず従ってドイツ民法二七六条二項の注意義務により過失ある行為を行う場合にはたとえ自己の行為を注意義務と矛盾すると認識しうる弁識を有していても過失の責任を負うのである。過失の法的意味は行為者の責任能力を前提とする主観的にも過失ある行為を必要とする。従って未成年者の場合にはこの個性により行為のさいに行為者は自己の行為を自己の主観的過失とすることを是認するような弁識をもつか否かが調査

されねばならぬ。これは行為のさいに自己に義務づけられた注意義務を怠ることを認識するにたる弁別をもつ程度に充分な人格的に發育しているときあてはまる。しかしドイツ民法八二八条二項によると不法行為能力とは結局未成年者に要求せられる注意義務に違反することを知るに充分成熟しているか否かに係るのでなく、行為された不正のために自己に責任義務が発生することを知るに充分な成熟に達しているか否かに係っている。

立法者はその発生史より明らかな如く、責任の認識にたる弁別の概念を以って、過失の能力としてはない⁽¹²⁾。ライヒ最高裁判所の後期の判例は過失の問題は法的に責任の弁別の問題と一致しないことを示す。基本的には七才以上十才未満の未成年の場合には故意及び過失の調査は責任の弁識の欠如の確定とは區別すべきであるとする見地に立つ。従つて先づこれは未成年者の方で立証すべきことだが、未成年者が故意行為のさいに責任を認識するにたる弁識をもっていたか否か^(ドイツ民法八二八条一項)、そして更にこの弁識力をもっていた場合には、損害を過失により惹起したか否かを特に調査すべきである。判例による過失と責任の区別の必要性の理論は次の如くである。ドイツ民法八二八条の適用の要件は単に無責任により損害が発生したこととなく、責任能力とは別に加害者を有責的ならしめる損害の発生ということのみである。従つて不法行為には物的(客観的)と人的(主観的)要件が必要である。

更に責任無能力者は責任能力者より強い責任を負うべきではないから、責任能力者が過失の責任を負うべきでないときも八二九条は適用されない。このことから責任能力と過失の間を區別し、特に一方では行為者が取引上必要な注意を怠るか否か、他方責任の認識にたる弁識を有していたか否かを判断する必要があるとする。⁽¹³⁾

民法上責任能力があれば未成年者でも取引上一般的に要求される注意を欠くときは過失となるもので「然レドモ責

任能力アル未成年者ハ不法行為ニ関シテハ成年者ト全然同一ナル法律關係ニ服スベク、其間ニ差等ヲ設クルコトヲ得ズ。換言スレバ未成年者ハ責任能力ヲ欠如スレバ即止ム、苟モ責任能力ヲ具有スル以上ハ成年者ハ同一ナル注意義務ニ服従シ所謂善良ナル管理者ノ注意ヲ怠リタル為メニ生ジタル權利侵害ニ対シテハ其實ニ任ゼザルベカラズ、何トナレバ法律行為ニ関シテハ法律ハ之ヲ為シタル未成年者ニ意思能力アルヲ以テ足レリトセズ之ニ取消權ヲ認メ其利益ヲ保護シ法律行為能力ニ付キ成年者ト未成年者トノ間ニ區別ヲ設ケタルモ不法行為ニ付キテハ法律ハ識別心ナキ未成年者ヲ無責任トナスニ止マリ其他ノ点ニ付テハ此二者間ニ何等責任ノ輕重ヲ認メザルヲ以テナリ」とする判例も同様の考えに立つと思われる。

- (1) 鳩山秀夫著 日本債權法各論下 八九二頁
- (2) 石田文次郎著 債權各論 二五九頁
- (3) 加藤一郎 不法行為 一四三頁
- (4) 大判 大正四年五月一二日民錄二一輯六九二頁
- (5) 大判 大正六年四月三〇日民錄二三輯七一五頁
- (6) 山田晟著 トイツ法概論 二六九頁
- (7) Karl Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, S. 156
- (8) Erich Waibel, Die Verschuldensfähigkeit des Minderjährigen im Zivilrecht, S. 75
- (9) Erich Waibel, a. a. O., S. 76,
- (10) Erich Waibel, a. a. O., S. 77
- (11) Erich Waibel, a. a. O., S. 77

(12) Erich Waibel, a. a. O., S. 78 ff.

(13) Erich Waibel, a. a. O., S. 79 ff.

(14) 大判 大正四年五月二日前掲

五、民法上の責任能力と意思能力

責任能力とは自己の行為の結果を認識するに足る精神能力⁽¹⁾と定義され、過失責任のもとに故意過失が不法行為の要件とされる。故意過失の前提要件として一定の判断能力の存在が必要であり、行為の結果相手方に違法な侵害を加えることを知るべきであるのに、それを知らないため、加害を回避できなかったことを問うのであれば、それを認識しうるだけの能力が前提されなければならない⁽²⁾。また故意過失を要件としない特殊な不法行為は故意過失の基礎となる意思能力は必要でないが、一般的不法行為は故意過失を不可欠の要素としてるのでこれを作るに適すべき意思能力を具えたる者の行為でなければ不法行為となることはない⁽³⁾とされる。また意思能力は法律行為を有効ならしめるために当然必要とされる要件であり、個人の生活関係を意思に基づき規律する契約も意思能力のある者が有効に締結しうる。そして過失責任の原則は契約自由の原則と表裏の關係に立ち個人の意思が合法的に活動すれば契約となり、違法に働けば不法行為⁽⁴⁾となるとされる。

我が民法は責任能力者を積極的に規定することをせず、責任無能力者を規定している。未成年者の場合は一定の年齢以下の者は責任無能力者と規定せずに、他人に損害を加えた場合に於いて其行為の責任を弁識するに足る知能を具

えざるときは不法行為の責任を負わない（民法^{（七一二条）}）ことになる。

心神喪失の間に他人に損害を加えた者も賠償責任を負わない（民法^{（七一三条）}）。心神喪失とは意思能力を欠くことであり、法律行為の場合には心喪失の常況にある者は禁治産宣告をすることになるが、不法行為については個々の行為の場合にその当時心神喪失の状態にあったか否かにより責任能力の有無を決定し、禁治産者でも行為当時本心に復していれば不法行為上の責任を負担することになる。

しかし故意過失により一時の心神喪失を招いた者は不法行為責任を免れない（同条但書）。

ドイツ民法に於いては、行為の当時無意識の状態又は病的精神障害のために自由な意思決定を排除する状態にあつた者は不法行為能力がない（ドイツ民法^{（八二七条）}）。前段の場合は法の見解によると人間の行為が存在しないのである。病的精神障害の状態がその性質上一時的であるか否かは法律行為能力の場合と異つて重要ではない。これに反して加害者が洒類その他これと類似の手段により一時的に前述のような状態を招いたときは、過失責任が発生する。この場合過失責任の理由は行為者自身がこのような状態を招いたことにより他人に対する危険を作り出したことにある。それ故に行為者が無過失にこの状態を生じさせたときは責任は発生しないことになる。^{（5）}

未成年者の場合は、七才未満の者が他人に損害を加えたときは賠償責任はなく、七才以上十八才未満の者は加害行為の当時責任の弁識に必要な弁別力をもたないときは他人に加えた損害の賠償責任を負わない（ドイツ民法^{（八二八条）}）。

ドイツ民法に於いては未成年者の責任能力に關して七才以上十八才未満の者は行為の責任を予見するにたる弁識を有するときのみ責任を負う（ドイツ民法^{（八二八条二項）}）とするが、過失と責任能力の明瞭な區別はドイツ民法八二八条二項の中で未成

年者の不法行為能力を規定するために使用する責任の認識にたる弁別という特別の概念により一層困難になる。これに反し刑法上で知られる定義は責任能力を行為の不法性を認識しこの認識により行為しうる能力として表現する。この区別は次の点にある。すなわち刑法は責任能力の二要素から出発する。これは一つは知的要素である不法性の認識の能力であり、他は意的要素である制止可能性であることを含むが、八二八条の認識にたる弁別とは知的要素である弁識力のみを含む。しかしこのドイツ民法の弁識力は刑法に於ける如く単に不法性従つて行為の単なる禁止に関するのみでなく更に禁止された行為の効果である責任に関するのである。⁽⁶⁾

スイス民法に於いてもスイス債務法四一条により故意過失により違法に他人に損害を加えた者は賠償の義務を負う。過失は刑法上も民法上も責任能力を前提とする。民法の場合には同民法に規定される判断能力、合理的に行為しうる能力のある者はすべて責任能力のある者である(スイス民法二六条―一九条)。法律行為の場合と同様に不法行為の場合にも判断されるべき損害を避けるために如何なる程度の理性が必要であつたかが考慮される。判断能力の概念は相対的である。当該の行為者に帰責される行為事実につきその行為者に合理的な行為の能力があるか否かが探求される。一定の責任能力の場合に行為の違法性を弁別する主観的能力はもはや目的とされないが、他方に於いてはその是認が過失の排除に至る判断無能力の評価は主観的评价によりなされるという点に一定の矛盾がある。意思のそして知能の薄弱者に対する過失概念の客観化から生ずる取引安全の觀念からは、判断無能力者を損害の原因として考える要求も生ずるであろう。しかし理性を欠く子供や精神病者 対し過失を主張することは、この場合での客観化は制限されなければならないというように加害行為の道德的非難という常に一致する思想に反することになる。しかし判断無能力者の無

責任という規則の一定の緩和は特に公平の原則より示される。そこで判断無能力者がその状態を自身で起したとき（飲酒運転）には責任が肯定される。

過失なくして責任無能力の状態を招いたことの立証責任が賠償義務者に許される（スイス民法五四条二項）。

同様に裁判官は例外的に判断無能力者にも一部又は全部の損害の賠償又は名与回復を判決しうる。しばしば賠償義務者の行為が民法上の意味の不法行為となるのみでなく同時に刑法上の不法行為となることがある。この場合行為者の故意過失は民事裁判官と共に刑事裁判官による判断に服することになる。刑法上の概念と民法上の概念は当然に一致する必要はないから、民事裁判官は行為の確定、違法性の問題と損害の決定に関しても、過失無過失、判断能力と判断無能力に関する刑法上の知識に拘束されない（スイス法⁽⁷⁾五三条）。

判断能力を欠く場合には、成年者未成年者禁治産者を問わず、当該行為に法的効果を発生せしめない。そこで判断無能力者は法律行為無能力であり、不法行為無能力である⁽⁸⁾。

このようにスイス民法は判断能力のある者は民法上の不法行為能力も備えることになり、判断能力の有無程度に基づき不法行為上の責任が考えられる。不法行為制度の内容として損害賠償の請求と名与回復の方法が規定されているのであり、スイス債務法は裁判官は損害賠償の額の評価には責任の大きさを評価すべきであると規定するから、判断能力に基づき不法行為能力を考える場合責任の大きさは行為者の故意によるか過失によるかそして過失の場合にはその過失が重大なものか軽微なものかの問題と共に行為当時行為者の判断能力が如何なる程度に障害があったかとの問題にも影響されてくることになると考えられる。同法四三条は裁判官は賠償額の決定をするために過失の大きさのみ

ならず全体の事情をも評価すべきであるとする。裁判官が一定の場合に判断能力の侵害のために賠償額を減少するか否かを決定することは判決の事項である。しかし常に評価しなければならず、そして少くとも一般的に判断能力の中間的段階の想定を放棄して、不法行為の場合に法律行為の場合と同様な取扱を行い、従って判断能力を有するか判断能力かの二者択一のみを認める現実の事情が生じて来る。そこで自己の惹起した損害に対して完全に判断能力のない者は裁判官により賠償義務づけられないという事実はその厳格性のため不公平となることもまれではない。例えば判断無能力者の財産状態が被害者のそれより更によい場合の如きである。このような形式的な場合の緩和のために、同法五四条により裁判官は損害を惹起した判断無能力者に一部又は全部の賠償義務を認める判決をすることができる。法律行為の場合には法的に全く判断能力があると考えられる多くの人が不法行為により損害を加えた場合に判断能力の低下のために多少なりとも減少した損害賠償を履行しなければならないということは不適當とえられる。このような不公平は全く障害となるので、このことから民法は取引的法律行為と不法行為を統一的に理解し規律せんとする傾向が考えられる⁽⁹⁾。

刑法上責任能力を完全に欠如した場合と一部欠けた場合があり、後者を限定責任能力と言うが、⁽¹⁰⁾限定責任能力が刑法上違法行為を行った場合、たしかにこの行為者に刑法上の厳格性は全くあてはまるが、生じた損害の完全な賠償の義務を負担するということは正義感情に適する⁽¹¹⁾。民法と刑法と従って民法上の判断能力と刑法上の責任能力の区別をすべきであるとする見解に対し、両者は正義のため維持すべき利害の保護という共通の責務をもち、責任と錯誤故意過失正当防衛緊急避難等の同一概念を同一の意味で使用しているのであり、このようなことを考慮すると、民法上の

判断能力及至行為能力と刑法上の責任能力とは共通に考えられ、基本に於いて同一の問題を把握し同一の心理能力の取り入れを要すると考えられる。⁽¹²⁾

異った法的目的により概念が異って形成されるけれども判断能力と責任能力はその基礎に於いて一致し、判断能力は自己の行為の動機と結果を法的に認識しこの法的認識に基づき行為しうる能力であり、刑法上の責任能力とは行為の不法性を認識し、行為の不法性の認識に従って行為しうる能力ということができる。⁽¹³⁾

民法上判断能力が過失の要素であるなら判断無能力者は過失を以って行為しえない。その結果過失が責任の要件であるなら判断無能力者は賠償義務はない。⁽¹⁴⁾ また最近不法行為責任を意思責任的不法行為と行為責任的不法行為に区別し、意思責任的不法行為を行為者の故意過失を帰責の根拠として賠償責任を認める類型的不法行為とし、意思責任的不法行為は行為者の意思を帰責の根拠とし、行為責任的不法行為は行為の有する危険性を帰責の根拠とするが、この場合には責任能力を必要としないとする説がある。⁽¹⁵⁾
⁽¹⁶⁾

- (1) 石田文次郎著 債権各論 二五九頁
- (2) 加藤一郎 不法行為 一四〇頁
- (3) 鳩山秀夫著 日本債権法 (各論) 下 八九〇頁
- (4) 我妻 栄著 債権各論上 四頁
- (5) Karl Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, S. 157,
- (6) Erich Weibel, Die Verschuldensfähigkeit des Minderjährigen im Zivilrecht, S. 14

- (7) Theo Gahl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6AufI. S. 184,
- (8) Hans Binder. Die Urteilsfähigkeit in Psychologischer, Psychiatrischer und Juristischer Sicht, 1964, S. 2,
- (9) Hans Binder, a. a. O., S. 77f.,
- (10) 木村亀二著 刑法総論 三三九頁
- (11) Hans Binder, a. a. O., S. 38
- (12) Hans Binder, a. a. O., S. 27f.,
- (13) Hans Binder, a. a. O., S. 22
- (14) Alfred Keller, Haftpflicht im Privatrecht, 1970, S. 101,
- (15) 石田 穰 法学協会雑誌九一卷五号七四二頁
- (16) 石田 穰 法学協会雑誌九一卷七号一〇二頁以下参照