

親権者の行う監護についての注意義務

—— 不適切な監護に基づく子から親への
損害賠償請求を題材に ——

刈 山 嵩 央*

- I はじめに
- II 日本法における親権者の注意義務
- III ドイツ法における「監督」義務
- IV 検討 —— 監督類型における親権者の注意義務
- V おわりに

I はじめに

1 問題の所在

親権者には、子の利益のために子の監護及び教育をする権利及び義務がある（民法 820 条）。この義務については、適切な義務の履行がなされるようにどのような支援をするかという問題¹⁾と、義務の不履行があった場合にどのような効果が生じるかという問題があると整理できよう。そして、後者の問題については、そもそもどのような場合に義務の不履行すなわち義務違反があったといえるかを明らかにする必要がある。どのような親権行使が義務違反に当たるかが不明確であれば、親権者に対する萎縮効果を与えかねないからである。そして、そのような萎縮効果が生ずることは、親権者にとってのみならず、子の利益の観点から

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 24 巻第 2 号 2025 年 8 月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

1) この点を指摘するものとして、白須真理子「児童虐待と国家の支援」法セ 799 号（2021 年）14 頁以下など。

も好ましいものではないだろう²⁾。そこで、本稿は、民法820条における「監護」「教育」のうち、「監護」に焦点を当て（「監護」の概念及び「教育」との関係については後述Ⅱ2(1)参照。）、親権者の行う監護についていかなる行為が義務違反に当たるのかを明らかにするために、親権者の行う監護についての注意義務を検討する。

親権者が、子の利益のために子の監護をする義務を十分に果たさなかった場合にどのような効果が生じるかという問題については、国家との関係及び子との関係が問題となる。前者については親権喪失（民法834条）、親権停止（同834条の2）等の国家介入が、後者については子から親に対する損害賠償請求が想定され得る。本稿では、後者を題材として、親権者の行う監護についての注意義務を検討する。これは、国家介入の場合には、親権の喪失・停止という結果の重大性等に鑑みて注意義務違反の有無のみならず別途の考慮が必要であるように思われるのに対し³⁾、子から親に対する損害賠償請求の場合には、親権者の注意義務に焦点を絞って検討を行うことができる点で、より適切であると考えられるからである。

親権者の注意義務については、財産管理について明文の定め（民法827条）が存する一方で、監護教育に関しては定めがない。この点に関して、親権者の行う監護についての注意義務に関しては解釈上争いがあったものの、活発な議論があったとはいいいがたい。しかし、平成23年・令和4年・令和6年に行われた3度の民法改正により、親権に関する規定の改正が行われた。これらの改正と親権者に課される注意義務との関係は、次のような理由から問題となると考えられる。まず、平成23年・令和4年の改正⁴⁾は、児童虐待等を念頭に置きつつ、監護教

2) 久保野恵美子「懲戒権規定の削除と子の人格の尊重——2011年改正から2022年改正へ」法の支配210号（2023年）77頁参照。

3) 特に「子の利益を著しく害するとき」（民法834条）、「子の利益を害するとき」（同834条の2）に該当するかが問題となる。

4) これらの改正については、大村敦志＝窪田充見編『解説 民法（家族法）改正のポイントⅠ』（有斐閣、2024年）58頁以下〔久保野恵美子〕など参照。平成23年・令和4年の改正を踏まえて、親権者に課される注意義務について検討するものとして、木村敦子「子の監護教育に関する規定の改正とその意義」ケ研348号（2023年）4頁、久保野・前掲注2）70頁以下。

育権の行使が「子の利益」のために行われるべき旨の明示、懲戒権の削除、親権行使に際しての行為規範の明示を内容とするなど、親権者に認められてきた権利を縮減させるものであるかのようにも見える。そのため、このような改正を経た現在では、親権者には厳格な注意義務が課されようにも見える。それに対して、親権者を萎縮させるような義務を課すことに注意を促す指摘もある⁵⁾。また、令和6年の改正では、親権行使一般について「子の利益」のために行うべきことが明示され（民法818条1項）、さらに親の責務に関して民法817条の12第1項に同821条と類似の規定が設けられており、これらが親権者の行う監護についての規律に影響を与える可能性があるとも考えられる。そこで本稿は、従来の議論及び平成23年・令和4年・令和6年の3度の民法改正を踏まえ、親権者が子の監護を行うにあたり、どのような注意義務を課されていると解するのが適当かについて検討する。

2 検討の対象及び方針

子の監護についての注意義務が問題になる場面は幅広く想定され得るが、本稿では検討対象として、例えば道路に子が飛び出さないように監視したり手をつないだりする行為など、特に子を危害・不利益から防御することを目的とするもの（このような類型を以下、「監督類型」という。この定義については後述（Ⅱ2(1)）も参照。）を扱う。3度の改正が主に児童虐待を念頭に置いていたことから、学説において、児童虐待に関連した事例（以下、「虐待類型」という。）についての検討は行われている一方⁶⁾、これらの改正が、監督類型についての注意義務の検討に与える影響については、十分な検討がされていないと思われる。また、子を危害・不利益から防御することは、子を現実には監護する際には常に求められ、それが不完全であった場合には程度の軽重こそあれ生命や身体に危害をもたらし得るという点で、親権者の義務の中でも主要なものの一つであろう。以上のことから、監督類型における注意義務を明らかにすることは重要であると考えられる。

ここで、検討の対象とする注意義務については、次の2点が問題となる。第一

5) 例えば、久保野・前掲注2) 77頁参照。

6) 木村・前掲注4)。

に、何を基準とした注意義務を考えるのかという点である。すなわち、標準人を基準として注意義務を定める善管注意義務を考えるのか、個々人の能力を基準として注意義務を定める自己と同一の注意義務を考えるのかということである。第二に、具体的な注意義務を定めるにあたってどのような要素を考慮すべきかという点である。

もっとも、この問題については、日本法における議論が必ずしも十分でない。そこで、本稿では、比較法研究から検討の示唆を得るべく、ドイツ法における議論についても検討する。これは以下の理由による。まず、ドイツ法では、親権者が子に対して果たすべき「監督」⁷⁾義務の内容について議論の蓄積があることである。また、前述した通り、本稿では検討の素材として子から親に対する損害賠償請求を扱うところ、ドイツ法には、子から親に対する損害賠償請求を想定した責任制限の規定が存在し（BGB⁸⁾1664条）、日本法においてこれまで必ずしも十分に検討されてこなかった子から親に対する損害賠償請求を議論するにあたって参考になると思われるからである。

以下の議論においては、親権者が、監護を行うに際して課される注意義務及びそれに違反した場合の法的効果に関して、まず、日本法の従来の議論及び3度の改正について検討し（Ⅱ）、その後ドイツ法の議論状況を見る（Ⅲ）。そして、これらを踏まえた上で、日本法における、親権者が監督類型において課される注意義務について検討する（Ⅳ）。

Ⅱ 日本法における親権者の注意義務

本章では、監督類型における親権者の注意義務の検討の前提として、日本法における議論を概観する。本稿では、検討の素材として子から親に対する損害賠償請求を扱うところ、これについては、そもそもそのような損害賠償請求が認められるのかという点に関して議論が存する。したがって、まず、子から親に対する

7) この概念については、Ⅲ 1(2)参照。日本法の「監護」概念との関係については、Ⅲ 3(2)参照。

8) Bürgerliches Gesetzbuch（ドイツ民法典）。以下、BGB とする。

損害賠償の可否及び根拠についての議論を概観する (1)。次に、監護教育についての注意義務に関する従来の学説を検討したうえで (2)、3度の改正についてその内容を確認し (3)、改正を踏まえた親権者の行為規範に関して虐待類型を念頭に置いた議論を参照し、それが監督類型にも妥当するか検討する (4)。

1 子から親に対する損害賠償請求の可否及び根拠

(1) 損害賠償請求の可否

子から親に対する損害賠償請求が認められるのかについては、かつては消極的な立場もみられた。そこでは、家族間における不法行為のうち特に過失による不法行為には違法性がないあるいは阻却される⁹⁾、協力扶助義務が優先履行される¹⁰⁾、損害賠償義務は自然債務であり¹¹⁾請求権行使は権利濫用となる¹²⁾などの説明がなされた¹³⁾。

しかし、家族たる被害者も独立の権利主体であること、損害賠償請求権の行使は必ずしも反社会的・反道義的とはいえないことなどから、不法行為に基づく損

9) この議論は、親族間事故の自賠償保険金の請求が争われた事例において、常に保険者側の抗弁に用いられていたという (仲尾次雄「自動車保険における親族間事故」田辺康平 = 石田満編『損害保険双書2 自動車保険』(文真堂、1974年) 180頁注1)。また、保険朝日新聞社『ノンマリン査定ガイド 自動車保険編 改訂増補版』(保険朝日新聞社、1970年) 110頁は、「一般には、相互扶助義務の存在あるいは違法性がないこと、権利の乱用などの理由から責任自体を否定することが、わが国の支配的考えである」とする。高梨公之「判批 (大判昭和18年7月12日)」日法10巻4号 (1944年) 50頁は、事案によっては緊急避難 (民法720条2項) などにより違法性が阻却される可能性を示唆する。

10) 谷口知平『親子法の研究』(有斐閣、1956年) 170~171頁。谷口博士の主張が、保険実務や自動車損害賠償保障法の解説書で引用され、保険会社によって主張されるようになったとされる (小野幸二「家族間の不法行為」中川善之助先生追悼現代家族法大系編集委員会『現代家族法大系2 婚姻・離婚』(有斐閣、1980年) 418~419頁)。ただし、谷口博士による主張は、財産権侵害の場合には不法行為に基づく損害賠償請求を認め、名誉毀損・身体傷害の場合には、争訟を認めて自然の愛情の回復を遅らせることの可否は政策上問題であるなどの理由から、少なくとも過失傷害及び極端に不自然でない故意に基づく加害の場合には扶養請求による実質的回復を優先させ、訴えを否認することが望ましいのではないかとするものであり、子から親に対する損害賠償請求一般を否定するものではないと思われる。

11) 保険朝日新聞社・前掲注9) 270頁。

12) 保険朝日新聞社・前掲注9) 110頁参照。

13) 議論の詳細については、仲尾・前掲注9) 175頁以下、小野・前掲注10) 418頁以下。

害賠償請求は可能であるとの立場が通説的であるとされる¹⁴⁾。近時の親権に関する法改正を踏まえてなされた木村教授の検討¹⁵⁾も、民法821条違反の法的効果の検討において子から親に対する損害賠償請求を題材としており、不法行為に基づく損害賠償請求が可能であることを前提としていると思われる¹⁶⁾。

(2) 損害賠償責任と注意義務の関係

(1)の通り、通説によれば子から親権者に対する損害賠償請求は可能であり、本稿もこれを前提とする。損害賠償請求の根拠については、民法827条に違反した場合についての議論ではあるが、親権関係から生ずる義務不履行による責任と解する見解¹⁷⁾と、不法行為上の責任と解する見解¹⁸⁾とが分かれている¹⁹⁾。では、2つの構成において、注意義務はどのように問題となるのであろうか。

まず、義務不履行構成においては、注意義務は、義務違反の要件で現れる。し

14) 小野・前掲注10) 419～420頁。同422頁以下も参照。

15) 木村・前掲注4)。

16) なお、家族間の不法行為に基づく損害賠償請求に関する先行研究としては、小野・前掲注10) 400頁以下のほか、谷口・前掲注10) 144頁以下、潮海一雄「近親者間の不法行為のそー — 特に交通事故訴訟を中心として —」商大論集26巻1号(1974年)50頁以下、山口亮子「子どもが親を訴える — 親子間の不法行為訴訟 —」山梨大学教育人間科学部紀要1巻2号(2000年)227頁以下などがある。アメリカでは、親に対する不法行為に基づく訴えを免責する親の免責原則が伝統的に採られていたが、徐々にその適用範囲が限定されているようである(小野・前掲注10) 402～404頁、山口・227頁以下(親の子に対する監督の過失に関する検討である233頁以下が本稿と特に関連する。))。

17) 中島玉吉『民法釈義卷之四』(金刺芳流堂、1937年)690頁、薬師寺志光『日本親族法論下』(南郊社、1942年)1040頁。

18) 野上久幸『親族法(三省堂コンメンタール叢書)』(三省堂、1928年)429～430頁、我妻栄・立石芳枝『法律学体系コンメンタール篇4 親族法・相続法』(日本評論新社、1952年)284頁。

19) 於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法(25)』(有斐閣、1994年)156頁〔中川淳〕。近年の文献では、大江忠『要件事実民法(7) 親族〔第4版補訂版〕』(第一法規、2020年)388頁が、親権者の義務性の強調、注意義務を尽くしたことにつき親権者が主張立証責任を負うこと(大判大正10年3月24日民録27輯595頁)を根拠に義務不履行構成を支持する。ただし、前者の理由は損害賠償の根拠とは直結しえないし、後者については、注意義務違反に基づく債務不履行責任を迫る場合には、債務者が注意義務の具体的内容及びその違反があった事実を主張立証しなければならない(道垣内弘人「善管注意義務をめぐって」法教305号(2006年)37～38頁)ことからすれば、主張立証責任の分配を根拠に義務不履行構成を支持することはできない。

たがって、親権者に課された注意義務に違反したことが認められれば、その余の要件が充足されることによって損害賠償請求が認められる。

次に、不法行為構成においては、不法行為における「過失」(民法 709 条)が客観的な行為義務に違反したという意味であると理解されていることから²⁰⁾、過失要件に注意義務が現れる。つまり、親権者が、注意義務に違反した場合は、過失があるとして、損害賠償責任を負うことになる。もっとも、過失の判断基準については合理的な人を基準とするものと解されている²¹⁾から、親権者が注意義務に違反して子に損害を与えた場合の損害賠償責任の場面においても、親権者に課される注意義務の程度如何にかかわらず抽象的過失(善管注意義務と同内容である²²⁾)が問題となるようにも思える。しかし、このように解することは、親権者の注意義務を民法が別途規定しているとすれば、その趣旨を無に帰すことになる。そのため、親権者の注意義務違反に基づく子から親権者に対する損害賠償請求の場面では、「過失」(民法 709 条)は、親権者に課された注意義務に違反したという意味であると解するべきである²³⁾。したがって、不法行為構成によっても、親権者に課された注意義務に違反したことが認められれば、その余の要件が充足されることによって損害賠償請求が認められる。

以上のことから、親権者が注意義務に違反して子に損害を与えた場合の損害賠償責任について、どちらの構成を採ったとしても、損害賠償請求が認められるためには、親権者に課される注意義務の違反が存在する必要がある。

(3) 子から親に対する損害賠償請求権が問題になり得る場面

本稿の検討対象である、親権者の不適切な監督を理由とする損害賠償請求につ

20) 窪田充見『不法行為法〔第2版〕』46頁(有斐閣、2018年)。

21) 窪田・前掲注20)51頁。

22) この点については、後掲注39)も参照。

23) 窪田・前掲注20)56～57頁は、無償寄託契約に基づき犬を預かった者(無償寄託における受寄者は「自己の財産に対するのと同じ注意」をもって寄託物の保管義務を負うものとされている(民法659条))が、具体的過失なくその犬を死なせてしまったという設例について、不法行為責任が追及された場合に過失の判断基準を標準人とすれば、無償で預かった者についてその責任を軽減しようとする趣旨が没却されるとして、無償寄託に関する注意義務の規定は不法行為責任もカバーするものだと考えるべきであるとする。

いては、子から直接親に対して訴訟が提起された事例は管見の限り見当たらない²⁴⁾。

しかし、子から親に対する損害賠償請求は、實際上、自動車事故において被害者となった子と保険会社との関係で問題になる²⁵⁾ほか、いわゆる被害者側の過失に関して問題になると思われる。例えば、本稿との関係では、被害者側の過失について、最判昭和42年6月27日民集21巻6号1507頁が、親権者の監督過失を子から加害者に対する損害賠償請求において考慮することを認めていることが注目される²⁶⁾。親権者の監督過失を被害者側の過失として扱う実質的意義は、被害者が過失相殺能力を有するか否かによる不均衡を解消しようというところにあると考えられているが、これは求償関係の一回的解決という論理によって正当化されている²⁷⁾。同理論については相当程度批判も存するが²⁸⁾、同理論を維持している判例法理の下においては、求償関係の前提として加害者と親権者との間に連帯債務関係が必要であり、連帯債務関係発生前提として子から親に対する損害賠償請求権の成否が問題になると思われる。また、同理論を否定するとしても、過失相殺について一定の能力を要求する立場²⁹⁾を維持するならば、加害者

24) 監督類型に限らなければ、子が株式を脅迫奪取した旨の虚偽の被害届を親権者が出すなどして名誉を毀損されたとして、子が親権者に対して謝罪広告を求めた事例（東京地判昭和7年11月24日新聞3491号5頁）や、子の土地を権原なく占有耕作したとして、子が親権者に対して賃料相当額の損害賠償を請求した事例（大判昭和18年7月12日民集22巻15号620頁）がある（これらにつき、谷口・前掲注10）163頁参照。）。また、和解で終了した事案ではあるが、父親から性的虐待を受けたとして、子が損害賠償を請求した事案も存するようである（読売新聞朝刊1998年3月17日39面。山口・前掲注16）227頁。）。

25) 小野・前掲注10）413頁。

26) ただし、本判決は、具体的な解決において、被害者たる幼児を当時監督していたのは幼児が通園する保育園の保母であったところ、保母は「被害者側」に含まれないとして保母の過失を考慮することを否定している。

27) 中原太郎「被害者側の過失」法教520号（2024年）73頁参照。

28) 例えば、能見善久「過失相殺の現代的機能」淡路剛久ほか編『森島昭夫教授還暦記念論文集 不法行為法の現代的課題と展開』（日本評論社、1995年）130～131頁、前田陽一「過失相殺における『被害者側の過失』論の再検討」高翔龍ほか編『星野英一先生追悼日本民法学の新たな時代』（有斐閣、2015年）790～791頁、中原・前掲注27）74頁など。

29) 最判昭和39年6月24日民集18巻5号854頁は、過失相殺をするためには被害者に事理弁識能力が必要であるとしている。判例の立場を支持する見解として、窪田・前掲注20）427～429頁など。

がいったん子に全額を賠償したのち、親権者に対して求償を求めることになると考えられるため³⁰⁾、求償関係の前提となる連帯債務関係、そしてその前提となる子から親に対する損害賠償請求権の成否が問題になることに変わりはない。

2 監護義務の水準に関する従来の議論

(1) 議論の対象とする「監護」概念について

本稿で議論の対象とするのは、親権者による子の「監護」(民法 820 条)である。民法上、子の「監護」という語は、同条の他に離婚後の子の監護に関する民法 766 条などでも用いられる。また、親権の内容について、財産管理と対比させる形で「身上監護」という語を用いる場合もある³¹⁾。それぞれの内容や関係については議論があるが³²⁾、本稿で扱うのは、民法 820 条によって、親権者の権利及び義務であるとされるところの「監護」である。

もっとも、民法 820 条の「監護」が何を指し示すかも問題となる。監護とは、監督保護の意味であるが、民法 820 条にいう「監護」と「教育」の区別については、①監護とは身体の保全育成をはかる行為であり、教育は精神の発達をはかる行為であるとする説³³⁾と、②監護とは身体及び精神の発達を監督し、これに危

30) このような解決を明確に支持するものとして、松原孝明「過失相殺における『被害者側の過失』概念に対する疑問」大東法学 19 卷 2 号 (2010 年) 91 頁。後述 (Ⅲ 2(1)) するように、ドイツ法においては、子から第三者に対する損害賠償請求において親の過失を考慮するには特別関係が要求されており、これが存しない場合には事後的な求償によって解決がなされることとなる。

他方で、過失相殺の要件として被害者には何等の能力も要求されないとする見解も有力である (このような立場として、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為 (下)』(青林書院、1985 年) 621~622 頁、平井宜雄『債権各論Ⅱ』(弘文堂、1992 年) 152~154 頁、橋本佳幸「過失相殺法理の構造と射程 (4)」論叢 137 卷 6 号 (1995 年) 31 頁以下、川井健『民法概論 4 [補訂版]』(有斐閣、2010 年) 518~521 頁など)。このように考えれば、被害者が幼児であった場合でも幼児自身の過失を考慮することができるようになり、被害者側の過失法理による解決は不要となる (橋本佳幸「被害者側の過失」法教 456 号 (2018 年) 40 頁)。

31) これらの概念については、於保 = 中川編・前掲注 19) 53~54 頁、64~68 頁 [明山和夫 = 國府剛]、大村敦志『民法読解親族編』(有斐閣、2015 年) 245~246 頁参照。

32) 大村・前掲注 31) 246 頁は、現在においては、「監護」「教育」(民法 820 条) = 「養育」(同 828 条参照) = 広義の監護、という等式が成り立っているとしている。

33) 野上・前掲注 18) 404 頁、中川善之助『新訂親族法』(青林書院新社、1965 年) 497 頁、太田武男『親族法概説』(有斐閣、1990 年) 342 頁。

害又は不利益の生ずるときにそれを防衛・保護する消極的行為であり、教育は身体及び精神の発育完成をはかる積極的行為であるとする説³⁴⁾とが分かれている³⁵⁾。精神面での監護としてとらえるべきものや、身体面での教育としてとらえるべきものがある以上、②の方が適切である³⁶⁾。しかし、監護と教育は概念上区別することができるものの、両者の区別はそれほど明瞭ではなく、両者が相まって子の育成が行われるものとされる³⁷⁾。

以上の議論を踏まえ、本稿でいう「監護」とは、民法820条に規定される、親権者の権利及び義務としての「監護」であり、教育と相まって子の育成のために行われる身体及び精神の発達を監督し、これに危害又は不利益の生ずるときにそれを防衛・保護する消極的行為を指す。したがって、教育目的が存在しても、ある具体的場面において監督の側面や危害・不利益からの防衛・保護の側面が重視される（あるいは重視されるべき）行為については、「監護」に該当するものと解する。そして、特に子を危害又は不利益から防御・保護することが主眼に置かれる類型について、本稿では「監督類型」ということとする。

なお、本稿は、親権に基づく子に対する義務としての監督について検討するものであり、責任無能力者の監督義務（民法714条）において問題となる、親権者が第三者に対して負う、子についての監護義務を検討の対象とするものではない。したがって、以下に論じる注意義務に関する議論は、責任無能力者の監督義務者としての責任（民法714条）や、民法709条に基づく親の監督者としての責任（最判昭和49年3月22日民集28巻2号347頁）については少なくとも直接には妥当しない³⁸⁾。

34) 奥田義人『民法親族法論』（有斐閣、1898年）344頁、和田于一『親子法論』（大同書院、1927年）555頁、薬師寺・前掲注17）983～984頁、同『親族法概論』（法政大学出版局、1950年）88頁。

35) 於保＝中川編・前掲注19）64頁〔明山＝國府〕。

36) 於保＝中川編・前掲注19）64頁〔明山＝國府〕。同書は、前者の例として低級文芸書の耽読の禁止や淫猥図書の獲得の防止を、後者の例として子に対して登山、水泳などの稽古や運動会への参加の励行を挙げる。

37) 於保＝中川編・前掲注19）65頁〔明山＝國府〕。

38) もっとも、後述する通り、「監護」（民法820条）の義務を検討する際には、第三者に対して負う監督義務者責任の議論を参照することになる。この点については、後述（Ⅲ1(3)、Ⅳ2(1)）も参照。

(2) 財産管理についての注意義務

親権者が、子の監護を行うにあたって、どの程度の水準（注意義務）が求められるかという点について、民法は明文の規定を設けていない。一方で、親権者による子の財産管理については、「自己のためにするのと同じの注意」をもって行うものとされている（民法 827 条）。ここでいう「自己のためにするのと同じの注意」とは、行為者の具体的な注意能力を基準に定められる注意を指し、この点で、行為者の注意能力にかかわらず客観的・抽象的に定められる善管注意義務と区別される³⁹⁾。以下では、親権者の行う監護についての注意義務の議論の前提として、親権者の財産管理についての注意義務を明文で定める民法 827 条の沿革及び趣旨を確認する。

ア 民法 827 条の沿革

財産管理についての注意義務に関する明文規定は、旧民法から存在する。旧民法人事篇第一草案 247 条には、「父ハ一般ノ權利行為ニ於テ其未成年ナル子ヲ代表シ自己ノ財産ニ於ケル如ク其子ノ財産ヲ管理ス」との規定があった。第一草案の理由書は、注意義務の程度を「自己ノ財産ニ於ケル如ク」とした理由を明らかにしていないが、フランス民法に明文規定がないこと、ベルギー民法草案においては善管注意義務とされていることを指摘している⁴⁰⁾。この後の立法過程では立ち入った議論がされず、旧民法人事篇 153 条においてもほとんど同一の規定が採用された⁴¹⁾。この理由については、親子の天然の愛情によって担保となること、責任を重くしたとしても親子間の関係の円滑を欠き、実際の効益がないことが指摘されている⁴²⁾。

その後、明治民法の起草過程においては、旧民法と同一の規定であることから

39) 山本豊編『新注釈民法（14）』（有斐閣、2018 年）387～388 頁〔吉永一行〕。自己のためにするのと同じの注意を尽くさなかったという意味での過失を具体的過失と呼び、善管注意義務を尽くさなかったという意味での過失を抽象的過失と呼ぶ。

40) 『民法草案人事篇理由書（下）』43 丁裏。

41) 「父ハ未成年ナル子ノ総テノ行為ニ付テ之ヲ代表シ自己ノ財産ニ於ケル如ク其財産ヲ管理ス」

42) 『民法正義 人事篇 卷一』（新法註釈会、1890 年）307～308 頁〔岸本辰雄〕。

実質的な議論はされておらず⁴³⁾、明治民法889条1項にほぼ同様の規定が設けられることとなった。

したがって、民法827条は、旧民法に由来するものであると整理できる。では、具体的に参照された外国法はあるのだろうか。民法827条と類似の内容を定めるものとして、BGB1664条があることから、同条を参照した可能性が考えられる。同条との関係については、明確な記述はないが、次のように考えられよう。旧民法人事篇第一草案作成は1888年10月ごろ、公布は1890年10月7日である。他方、BGB1664条1項は、「両親は、親の配慮を行使する際に、子に対して、自己の事務において通常払うのと同じ注意についてのみ責任を負うものとする。」と定めるところ⁴⁴⁾、これはドイツ民法第二草案において導入されたものであった⁴⁵⁾。ドイツ民法第2草案の作成は1895年であるから、時期的に、BGB1664条（起草過程を含む）が旧民法人事篇153条及びそれと同内容を定める明治民法889条1項（現行民法827条）に影響を与えたとは考えにくい。よって、文言の類似性にもかかわらず、両者の規定は無関係に起草されたものと考えられる。

イ 民法827条の趣旨

民法827条の趣旨としてもっとも一般的と思われる説明は、親が子のために子の事務を処理する場合に善管注意義務を要求することは情誼と実情に適しないというものである⁴⁶⁾。その他にも、自然の愛情に担保されていることを注意義務軽減の根拠とする見解⁴⁷⁾、親と子は通常利害が一致することを根拠とする見解⁴⁸⁾、親権者と子との密接な個人関係を根拠とする見解⁴⁹⁾、親が子のために管

43) 『法典調査会 民法議事速記録 第50巻』60丁表～61丁裏参照。

44) 本条については、後述（Ⅲ2）する。

45) Staudinger/Heilmann, 2020, §1664 Rn. 4 (S. 96).

46) この根拠を挙げるものとして、梅謙次郎『民法要義卷之四親族編〔第22版〕』（有斐閣、1912年。復刻版、有斐閣、1984年。）375頁、奥田・前掲注34）363頁、和田・前掲注34）636頁、角田幸吉『日本親子法論』（有斐閣、1940年）498頁、中川善之助監修『註解親族法』（法文社、1949年）265頁〔小山彥男〕、於保＝中川編・前掲注19）155頁〔中川〕。

47) 中川・前掲注33）509頁、久貴忠彦『親族法』（日本評論社、1984年）266頁。牧野菊之助『日本親族法論〔第25版〕』（巖松堂書店、1928年）378頁も同旨か。

48) 中島・前掲注17）689～690頁。

理するのだからそれほど他人行儀にする必要はないことを根拠とする見解⁴⁹⁾、およそ親であれば親権を行わざるを得ず、負担を重くするとその煩に耐えられないことを根拠とする見解⁵¹⁾がある。以上の見解は、親子関係の特殊性に着目して民法 827 条を理解するものであると解される。そして、これらは互いに排斥しあうものではなく、それぞれを併せて民法 827 条の趣旨として理解することができる。

他に、親権者の財産管理権は収益権を含む（民法 828 条）ものの、子の養育及び財産管理費用は子の財産の収益と相殺されたものとみなされ（民法 828 条・829 条）、多くの場合には実質的利益をもたらしえないことから、無償寄託に類似し、このことと民法 827 条が関連すると指摘する見解もある⁵²⁾。この見解は、親権者の財産管理の無償性に着目しているものと考えられる。しかし、無償寄託が自己と同一の注意でよいとされているのは、事務処理と異なり物の寄託であること及び無償寄託の好意的性質に根拠があるとされているため⁵³⁾、この見解が妥当かは疑問である。

他方で、民法 827 条の趣旨は十分明らかではないとする見解⁵⁴⁾もあるが、同 827 条の趣旨は前述のような親子関係の特殊性に着目して理解されるのが適切であると考えられる。

また、注意義務の軽減がなされているのは不合理であるとする見解⁵⁵⁾もあるが、立法論にとどまる。

以上より、民法 827 条の趣旨は、親子関係の特殊性に着目して理解するのが適切である。一方で、その趣旨及び条文そのものについて疑問視する見解もあると

49) 中川善之助編『註釈親族法（下）』（有斐閣、1952 年）83 頁〔薬師寺志光〕。

50) 大村敦志『家族法〔第 3 版〕』（有斐閣、2010 年）109～110 頁。

51) 梅・前掲注 46) 374～375 頁。

52) 川島武宜『民法（三）〔第 3 版改訂増補〕』（有斐閣、1955 年）93～94 頁。

53) 幾代通＝広中俊雄編『新版注釈民法（16）』（有斐閣、1989 年）328～329 頁〔明石三郎〕。

54) 青山道夫『改訂家族法論 I』（法律文化社、1971 年）203 頁。

55) 二宮周平『家族法〔第 6 版〕』（新世社、2024 年）242 頁。大村・前掲注 50) 110 頁も本条に疑問が呈されていることを指摘する。また、沖野眞巳「民法 826 条（親権者の利益相反行為）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年 第 4 卷』（有斐閣、1998 年）161 頁は、親権者に対する財産管理権に対する制約を広げるために、立法論として、善管注意義務とすることを提案する。

整理できる。

(3) 親権者の監護義務の水準に関する従来の議論の概況⁵⁶⁾

(2)での述べたように、親権者の行う監護についての注意義務に関しては明文の定めがない一方、財産管理については民法 827 条に明文規定が存在する。そのため、財産管理の注意義務との関係も踏まえながら、監護教育についての注意義務について、従来、次のような見解が主張されていた。

(a) 説：827 条類推適用説⁵⁷⁾

この説の論拠は、民法 827 条の趣旨は財産管理のみならず、監護教育においても妥当するということにある。この論拠については、まず、民法 827 条の趣旨が問題となる。これについては、(2)で検討したように、親の子に対する愛情への信頼あるいは高い注意義務を要求することは情誼にもとるなどといった、親子関係の特殊性に求めるのが一般的である。この説は、民法 827 条が親権者と子との特別な関係に着眼していることに鑑み、親権の一部に属する監護教育権の行使についても同一の理由によって軽減しなければ、民法 827 条の趣旨が貫徹されないとする⁵⁸⁾。

(b) 説：過失不問説⁵⁹⁾

この説は、財産管理以外の行為については、法律は親権者を信頼し、親権の目的に背反しない限度においては全権を委ねるものであって、その過失については責任を生じさせないものであるとする。ただし、子の利益という親権の目的に反して、子の不利益になる場合には、親権濫用となり、責任が生じるとする⁶⁰⁾。

56) 従来の議論については、於保 = 中川編・前掲注 19) 155～156 頁〔中川〕参照。

57) 薬師寺・前掲注 17) 985 頁、中川編・前掲注 49) 43 頁〔山木戸克己〕。

58) 於保 = 中川編・前掲注 19) 156 頁〔中川〕参照。

59) 中島・前掲注 17) 690～691 頁。

(c) 説：善管注意義務説⁶¹⁾

この説は、監護・教育の当不当が客観的な標準で判断されるべきであるから、善管注意義務が要求されるとする。現在の通説・多数説であるとされる⁶²⁾。

(d) 説：親の身分・資力に応じるとする説⁶³⁾

この説は、義務の程度について、親の身分・資力に応じて異なるとする。一見すると (a) 説に近いように思われるが、善管注意義務における一般通常人の解釈次第では (c) 説に近いものと解することもできると思われる。

(e) 小括

以上に述べた通り、親権者による監護義務の水準については、民法が明文を欠くことから、大きく分けて4つの理解が存在した。これらの見解は、規定の欠缺に対する考え方を基準に、次のように整理できると考えられる。

まず、(a) 説は、規定の欠缺に特段の意味を見出さず、監護教育についても明文の定めのある財産管理と同様の水準が要求されると考える。したがって、民法827条を類推適用し、監護教育についても、親権者は「自己のためにするのと同じの注意」を果たせば足りると理解する。

次に (b)、(c) 説は、規定の欠缺に意味を見出すものであるが、その意味の理解の仕方に違いがある。(b) 説は、規定の欠缺の意味につき、民法は監護教

60) 本稿は、於保＝中川編・前掲注19) 156頁〔中川〕に従い、中島博士の立場を過失不問説として分類した。同書は、中島博士が「財産管理以外ノ行為ニ付テハ法律ハ親権者ヲ信頼シ、親権ノ目的ニ背反セサル限度ニ於テ全権ヲ委タルモノニシテ、其ノ過失ニ付テ責任ヲ生セサルモノナラン」(中島・前掲注17) 691頁) とすることを捉えて過失不問説として整理したものであると思われる。もっとも、中島博士は、「若シモ財産管理ニ付テハ本條ノ規定ニヨリ具體的過失ノ責ニ任スルモ財産管理以外ノ行為ニ付テハ特別ノ明文ナキカ故ニ一般原則ニ從ヒ抽象的過失ノ責ニ任スルモノト解セハ恐クハ誤リナカラン」(同頁)とも述べており、中島博士の立場について、過失を不問とするものとして分類することが適切であるかは疑問も残る。

61) 我妻栄『親族法』(有斐閣、1961年) 330頁、太田・前掲注33) 342頁、二宮・前掲注55) 239～240頁。

62) 久貴・前掲注47) 259頁、於保＝中川編・前掲注19) 156頁〔中川〕。

63) 奥田・前掲注34) 345頁、和田・前掲注34) 558頁、牧野・前掲注47) 373頁(ただし、教育についてである)。

育に関して、親権者に「自己のためにするのと同じの注意」すらも課さない趣旨であると理解する。一方で(c)説は、財産管理と監護教育の性質の差異を強調し、監護教育においては、親権者には善管注意義務が要求されると理解する。

最後に(d)説であるが、これは前述の通り(a)、(c)どちらの説にも類似して考えることができる。

以上の検討のように、従前の親権者の行う監護についての注意義務をめぐる学説は、監護教育に関して注意義務の根拠となる規定を欠いていることを前提としていた。しかし、このような状況は親権に関する平成23年・令和4年・令和6年の改正によって変化したのではないかとも思われる。したがって、次節ではこれらの改正について検討する。

3 3度の改正

(1) 改正の概要

親権者の注意義務に関する議論で問題となる、民法820条及び827条は、明治民法から基本的には改正されておらず⁶⁴⁾、2で紹介した議論もこの規定を前提として展開されていた。ところが、監護・教育については、平成23年の民法改正法(平成23年法律第61号)によって、民法820条に、「子の利益のために」という文言が追加された(以下、「平成23年改正」という。)。また、令和4年の民法改正法(令和4年法律第102号)によって、懲戒権を規定していた民法822条が削除され、居所指定権を規定する同821条を同822条とし、新たに同821条として、「親権を行う者は、前条の規定による監護及び教育をするに当たっては、子の人格を尊重するとともに、その年齢及び発達の程度に配慮しなければならない。」との規定が設けられた(以下、「令和4年改正」という。)。さらに、令和6年の民法改正法(令和6年法律第33号)によって、民法817条の12第1項

64) 現行民法820条に対応する明治民法879条は、「親権ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ監護及ビ教育ヲ為ス權利ヲ有シ義務ヲ負フ」と規定していた。また、現行民法827条に対応する明治民法889条1項は、「親権ヲ行フ父又ハ母ハ自己ノタメニスト同一ノ注意ヲもつて其管理権ヲ行フコトヲ要ス」としていた。

に「父母は、子の心身の健全な発達を図るため、その子の人格を尊重するとともに、その子の年齢及び発達の程度に配慮してその子を養育しなければならない、かつ、その子が自己と同程度の生活を維持することができるよう扶養しなければならない。」との規定が設けられ、同 818 条 1 項が「親権は、成年に達しない子について、その子の利益のために行使しなければならない。」との規定に改められた（以下、「令和 6 年改正」という。）。注意義務を論じるに当たっては、これら 3 度の改正の内容及びそれについての議論を検討することが不可欠であると考えられるため、以下、それぞれについて検討する。

(2) 平成 23 年改正

平成 23 年改正は、児童虐待を防止し、児童の権利利益を擁護する観点から行われた⁶⁵⁾。同改正においては、民法 820 条の規定が、「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」というものから、「親権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う」〔傍点筆者〕というものに改められた。従来から親権を子の利益のために行わなければならないということが理念とされていたものの、それを明確に示す規定がないことから、この理念が国民に理解されず、かえって、一部では親権が子に対する支配権であるかのような誤解がされ、児童虐待を助長する結果になっているという指摘があり、児童虐待の防止等の観点から、上記のような理念を明確にするために改正が行われたとされる⁶⁶⁾。平成 23 年改正以前においては、「子の利益」は、少なくとも民法典の条文上は裁判所の介入の正当化根拠としてのみ機能していたが、平成 23 年改正によって民法 820 条に明文化されたことにより、「子の利益」が親権の行使に当たって親権者の行為を制約する原理として表れているとも指摘される⁶⁷⁾。つまり、平成 23 年改正によって、「子の利益」が親権の行使における行為規範として機能することが条文上明らかになったといえよう。

65) 飛澤知行編著『一問一答 平成 23 年民法等改正』（商事法務、2011 年）3～4 頁。

66) 飛澤・前掲注 65) 16 頁。

67) 許末恵「児童虐待防止のための民法等の改正についての一考察」曹時 65 巻 2 号（2013 年）280～285 頁、大村・前掲注 31) 251～252 頁。

なお、平成23年改正の際には、「子の利益のために」という文言を財産管理の規定にも具体化する必要性の有無に関連して、民法827条と「子の利益」との関係について議論がされた。「子の利益のために」という文言を財産管理についても規定しようとする、民法827条との関係が整理しにくく、パッシングが問題になりうるという指摘⁶⁸⁾もあった一方、財産管理については、利益相反の規定なども存在することから、「子の利益のために」行うという点についてはすでに示されているという指摘もあり⁶⁹⁾、結局、財産管理について、「子の利益」という文言は入らなかった⁷⁰⁾⁷¹⁾。

(3) 令和4年改正

令和4年改正は、前述した平成23年及び親権者による体罰の禁止を明文化した令和元年の児童福祉法・児童虐待防止法改正（令和元年法律第46号）、児童虐待が社会問題になっている現状を踏まえて民法の懲戒権に関する規定等を見直すことなどを目的に行われた⁷²⁾。

令和4年改正においては、民法821条として、「親権を行う者は、前条の規定による監護及び教育をするに当たっては、子の人格を尊重するとともに、その年齢及び発達の程度に配慮しなければならない、かつ、体罰その他の子の心身の健全な発達に有害な影響を及ぼす言動をしてはならない。」との規定が設けられた。この規定は、「児童虐待の要因として親が自らの価値観を不当に子に押し付けることや、子の年齢や発達の程度に見合わない過剰な要求をすることなどが指摘されていることを踏まえ、親子関係において、独立した人格としての子の位置付けを明確にし、子の特性に応じた監護及び教育の実現を図る観点から、親権者の監護教育権の行使における行為規範として」定められたものであり⁷³⁾、平成23年

68) 「法制審議会児童虐待防止関連親権制度部会第8回議事録」31頁（飛澤知行発言）。

69) 前掲注68) 31～32頁（窪田充見発言）。

70) 飛澤・前掲注65) 17頁は、財産管理については、民法826条・828条・829条が子の利益を保護する規定であり、このような規定を設けていることから、民法の趣旨は明確にされており、「子の利益のために」との文言を規定しなかったとする。

71) この点については、令和6年改正（後述(4)）も参照。

72) 佐藤隆幸編著『一問一答 令和4年民法等改正』（商事法務、2024年）3頁、129頁。

73) 佐藤・前掲注72) 130頁。

改正によって規定されたものの、その内実が不明確であった「子の利益」を具体化するものとして大きな意義を有するとされる⁷⁴⁾。

(4) 令和6年改正

令和6年改正は父母の離婚に伴う子の養育への深刻な影響や子の養育の在り方の多様化等の社会情勢に鑑み、子の利益を確保するために、父母の離婚後の子の養育に関する民法等の規定を見直すものである⁷⁵⁾。

この改正においては、民法817条の12第1項として、「父母は、子の心身の健全な発達を図るため、その子の人格を尊重するとともに、その子の年齢及び発達の程度に配慮してその子を養育しなければならない、かつ、その子が自己と同程度の生活を維持することができるよう扶養しなければならない。」との規定が設けられた。これは、親権者でない親が、子に対して何等の責任も負わないかのような誤解がされることがあるとの指摘があったため、親の責任を明確化したものであるとされる⁷⁶⁾。

同項前段においては、民法821条と類似の規定が設けられているところ、両者は同趣旨のものであるとされている⁷⁷⁾。民法821条は、「親権を行う者」が、民法820条の「監護及び教育を行なうにあたって」遵守することが求められる規範である。本稿の検討対象は民法820条に基づく「監護」であるため、同817条の12第1項と同821条が同趣旨であるとすれば、同821条について検討すれば足りると考えられる。したがって、以下の検討においては、民法817条の12第1項は分析の対象に含めない。

74) 久保野恵美子「児童虐待への民事法的対応」法時94巻11号(2022年)26頁、石綿はる美「懲戒権規定の見直しをめぐって」法セ814号(2022年)66頁。

75) 北村治樹＝松波卓也「父母の離婚後の子の養育に関する『民法等の一部を改正する法律』の解説(1)」家判52号(2024年)108頁。

76) 北村＝松波・前掲注75)110頁。

77) 北村＝松波・前掲注75)110頁。他方で、両者を同じ趣旨であると解してよいかについて、なお検討の必要があるとする見解もある(座談会「2024(令和6)年民法(離婚後の子の養育等)改正」法の支配217号(2025年)17～18頁[木村敦子発言]。幡野弘樹教授も、両者の規定がその趣旨を異にすると解する可能性を示唆する(同18頁[幡野発言])。)

また、令和6年改正においては、「成年に達しない子は、父母の親権に服する。」と規定されていた民法818条1項が、「親権は、成年に達しない子について、その子の利益のために行使しなければならない。」との規定に改められた。これは、「服する」との表現により、親権が専ら親の権利（子に対する支配権）であるかのような誤解を生じさせるため、親権が子の利益のために行使されなければならないことを明確化するものであるとされる⁷⁸⁾。同条は、親権行使一般についての規定であるため、親権の一内容である財産管理権にも同条の規律は及ぶ。したがって、令和6年改正により、親権者は財産管理権についても子の利益のために行使しなければならないということが、条文中明示されたといえる⁷⁹⁾。

(5) 小括

以上に述べた3度の改正によって、民法上、親権者に対して次のような行為規範が示されることとなった。まず、親権者は、①「子の利益のために」親権を行使し（民法818条1項）、監護及び教育を行わなければならない（同820条）。そして、その際には、②-1「子の人格を尊重する」ことが求められ、②-2「その年齢及び発達の程度に配慮しなければなら」ず、②-3「体罰その他の子の心身の健全な発達に有害な影響を及ぼす言動をしてはならない」（民法821条）。

では、これらの行為規範が示されたことは、注意義務の程度とどのような関係にあるのだろうか。前述（2(3)(e)）の通り、3つの改正の前は、監護教育に関して注意義務の手掛かりとなる規定は存在せず、規定の欠缺をどうとらえるかによって、4つの説が提示されていた。しかし、改正によって監護教育に関して行為規範が示されたことにより、規定の欠缺が埋められた、ないし欠缺を埋める手掛かりが示された可能性があり、このことが注意義務の議論に影響を及ぼす可能性もある。

78) 北村＝松波・前掲注75) 112頁。

79) 令和6年改正前においても、親権者が財産管理権を子の利益のために行使しなければならないことは、すでに民法上読み取ることができたとされていた。この点については上述(3)参照。

4 3度の改正を踏まえた親権者の注意義務

前述のような改正を踏まえ、民法上の親権者の注意義務についてどのように考えるべきであろうか。ここでは、まず、平成23年改正・令和4年改正の際に念頭に置かれていた、児童虐待が問題となる場面（虐待類型）における親権者の行為規範に関する議論を参照し（(1)）、この議論が監督類型にも妥当するか否かについて検討する（(2)）。

(1) 虐待類型の場合

民法821条にいう、「子の心身の健全な発達に有害な影響を及ぼす言動」について、立案担当者は「実体法上禁止されるべきことについて、社会的なコンセンサスが形成されている行為」を指すものとする⁸⁰⁾。そして、より具体的には、「子に不当に肉体的又は精神的な苦痛を与え、その健やかな身体又は精神の発達に悪影響を与え得る行為を意味する」とする⁸¹⁾。しかし、このような一般的な説明のみでは不十分であると思われるため、木村教授の議論⁸²⁾を参照する。

木村教授は、児童虐待防止という問題が、民事法学にとどまらず児童福祉等と連携して取り組むべき重要な社会的課題である点に鑑みれば、行為規範としての民法821条の解釈において考慮されるべきは、現に存在する社会的コンセンサスではなく、構築されるべき社会的コンセンサスであり、これを探る手掛かりとして、児童福祉その他関連領域の知見を参照することが有意義であるとする⁸³⁾。そして、令和元年の児童福祉法・児童虐待防止法改正において、親子関係が子の監護・教育を通じて支配服従関係に陥りやすい特殊な依存関係であることを踏まえ、虐待を生みだす環境の醸成を予防することが念頭におかれていることを指摘する⁸⁴⁾。この趣旨は、民法821条において、人格尊重義務等が定められた点に

80) 「法制審議会民法（親子法制）部会 部会資料25-2」3頁。なお、佐藤・前掲注72) 136頁では、この「社会的コンセンサス」についての指摘がなされていないことが注目される。

81) 佐藤・前掲注72) 136頁。

82) 木村・前掲注4)。

83) 木村・前掲注4) 16～17頁。

84) 木村・前掲注4) 17頁。

引き継がれているとする⁸⁵⁾。そのうえで、民法 821 条で禁止される「体罰その他の子の心身の健全な発達に有害な影響を及ぼす言動」の意味を、「子の身体・精神に対して苦痛、不快、恐怖心を与えることによって、子の感情や行動を抑圧・統制することを意図又は認識してされた行為」と解し、この判断は客観的に行われるとする⁸⁶⁾。

そして、木村教授は、民法 821 条は、子の心身の健全な発達に係る権利・利益を保護法益としており、同条にこの保護法益を侵害する行為として定型的なものが記述されている以上、当該行為義務の遵守が定型的注意義務を意味しており、禁止行為をしたこと自体が義務違反つまり、不法行為の成立要件における「過失」と評価されるとする⁸⁷⁾。したがって、木村教授の前述の定義に該当する場合には、即座に注意義務違反＝不法行為上の過失が認められ、その余の要件の充足が肯定されれば、損害賠償請求が認められるということになる。

以上の議論は、主に児童虐待に着目し、民法 821 条の行為規範としての役割、すなわち、同条において禁止される事項と、それに違反した場合の法的効果について論じたものである⁸⁸⁾。

(2) 監督類型の場合

民法 820 条の「監護」が問題となる場面は、児童虐待以外にも存在する。そして、その一例が、子を危害又は不利益から防御・保護することが主眼に置かれる監督類型である。この類型に、木村教授の主張をそのまま適用することはできるであろうか。例えば、具体的な事例として、(a) 子が危険な遊びをしているが、親権者が子本人の意思や経験などを考慮してあえてそのまま続けさせるものと評価される場合、あるいは、(b) 親権者が、遊びの中で危険な行動をする子について、いったん痛い目を見た方が教育のためだろうとあえて放置するものと評価される場合などはどうだろうか。

85) 木村・前掲注 4) 17 頁。

86) 木村・前掲注 4) 20 頁。

87) 木村・前掲注 4) 32 頁。

88) 木村・前掲注 4) 14 頁、31 頁参照。

まず、(a) の場合、親権者は子の身体に対して苦痛や恐怖心が与えられることを認識しているとも思われるが、いずれにしろ、子の感情や行動を抑圧・統制することを意図又は認識しているわけではない。したがって、(a) の場合には、木村教授の定義に従えば、民法 821 条で禁止される行為に当たるとはいえず、したがって、即座に注意義務違反が認められるわけではない。他方で、このような措置について例外なく親権者が責任を負わないとするのは妥当ではないであろう。子に対して重大な不利益が生じうる危険な状況（例えば、交通量の多い道路のそばで遊ぶ場合）において、なんらかの対策が可能であるにもかかわらずそれを講じなかったとしても親権者が責任を負わないとすれば、親権者に子を監督する義務を負わせないことと等しくなり不合理である。したがって、この場合には、民法 821 条の禁止規定から直接注意義務を導くのではなく、別途注意義務を確定する必要がある、その基準が問題となる。

次に、(b) はどうか。(b) において、親権者は、子に痛い目を見させるという「子の身体・精神に対する苦痛、不快、恐怖心」を不作為によって与え、子の将来の「行動を統制」することを意図していると考えられなくもない。このように解すれば、木村教授の定義に従えば民法 821 条の禁止規定に抵触することになる。しかし、木村教授の定義においては、児童虐待の背景にある、親子間の支配服従関係を生みださないということが念頭にある⁸⁹⁾。ところが、(b) のような親権者の不作為があったとしても、親子間の支配服従関係の作出には少なくとも直接には結びつかないと考えられる。このような、親子間の支配服従関係の作出に直接に結びつかない場合にまで、木村教授の定義における「統制」に該当するとすれば、即座に注意義務違反が認められてしまうという点で、親権者の裁量を著しく制限することになってしまうであろう。そしてこのような解釈は、親権者を過度に拘束することから許されないと思われる。

そうだとすれば、木村教授の定義という「統制」とは、親子間の支配服従関係を生みだすことにつながる、親権者の思うままに子をコントロールするという意味で捉えられるべきであり、子を、社会生活を行う上で身につけるべき行動様式

89) 木村・前掲注 4) 18 頁。

に矯正するという意味で捉えられるべきではないと考えられる。したがって、(b) のようなケースについても、民法 821 条の禁止規定から直接注意義務を導くのではなく、別途注意義務を確定する必要がある。

(3) 小括

以上より、虐待類型に関しては、親権者に対する行為規範が民法 821 条により示されたと考えられる。したがって、3 度の民法改正、とりわけ令和 4 年改正により、虐待類型においては、監護教育についての注意義務の欠缺が相当程度埋められたといえよう⁹⁰⁾。

他方、監督類型については、民法 821 条から直ちに注意義務を導くことはできず、別途注意義務を設定する必要があると思われる。ただし、民法 821 条により客観的な行為規範が示されたことは、監督類型における注意義務を検討するにあたっての手掛かりを与えるものと考えられる。では、監督類型における注意義務についてどのように考えるべきであろうか。監督類型における注意義務や損害賠償請求に関しては、日本法の議論が十分ではない。そこで、次章(Ⅲ)では、ドイツ法における親権者が行う監督についての注意義務、損害賠償請求のあり方について検討し、日本法の検討への示唆を得ることを試みる。

Ⅲ ドイツ法における「監督」義務

以下では、まず、親の配慮の一内容としての監督義務について、その内容及び程度に関する議論を参照する(1)。その後、子から親に対する損害賠償請求が問題となる場面並びに請求の根拠及び責任制限を規定する BGB 1664 条について検

90) ただし、それ自体は児童虐待と見るべきネグレクトについて、木村教授の定義によってカバーできるかは必ずしも明らかではない。ネグレクトの事例としては多様なものが想定されうるが、子の感情や行動を抑圧・統制することを意図又は認識することなく、監護を放棄するケースもありうる。このようなケースが、児童虐待を念頭に置いて新たに設けられた「体罰等その他の子の心身の健全な発達に有害な影響を及ぼす言動」という規定に含まれないと解されてしかるべきかは疑問であり、本稿の直接の対象ではない虐待類型についても別途親権者の注意義務が問題になる場面が存するようにも思われる。

討する (2)。

1 親の配慮の一内容としての監督義務

(1) ドイツ法における親の配慮

ドイツ法において、親の配慮⁹¹⁾は、身上配慮 (Personensorge) と財産配慮 (Vermögenssorge) からなる (BGB 1626 条 1 項)。そして、身上配慮には、子を監護⁹²⁾し (pflegen)、教育し (erziehen)、監督し (beaufsichtigen)、その居所を定める (seinen Aufenthalt zu bestimmen) 義務及び権利が含まれる (BGB 1631 条 1 項)。

(2) 監護 (Pflege) と監督 (Beaufsichtigung)

BGB 1631 条 1 項にいう「監護」とは、子の身体的生存のための配慮を目的とするものである。監護は第一に食事・健康・衣服などの世話をすることを指すが、知的・精神的な発達をも目的とする⁹³⁾。

他方、BGB 1631 条 1 項にいう「監督」とは、子が自分自身によって危険な目にあったり、第三者によって危険にさらされたりすることから子を守ることを指す⁹⁴⁾。つまり、ここでいう「監督」は子の保護を目的とするものであり、この

91) ここでいう「親の配慮」は“elterliche Sorge”の訳であり、これは、1969 年の改正によって、“elterliche Gewalt”から“elterliche Sorge”に改められたことを受けて、このような訳語が当てられているものと考えられる。一方で、日本語としての分かりやすさや、ドイツ法上も“elterliche Sorge”の権利の側面を指して“Sorgerecht”という用語が用いられることもあることを考慮して、「親権」という訳語を置くものもある (西谷祐子「海外制度調査報告書 (ドイツ)」(<https://www.moj.go.jp/content/000033298.pdf> 最終閲覧日: 2025 年 4 月 10 日))。本稿では、近時の文献の多くが「親の配慮」という訳語を当てていることから、「親の配慮」という訳語を使用する。

92) ここで「監護」とあるが、この概念は、日本法の「監護」(民法 820 条)とは異なる (日本法の「監護」とドイツ法の身上配慮に関する概念との関係については、後述 (Ⅲ 3 (2)) 参照)。本稿の検討においては、混同を避けるため別の訳語を置いた方が適切とも思われるが、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ民法典第 4 編 (親族法)』(法曹会、2023 年) 102 頁をはじめとして、pflegen に「監護」という訳語を当てるのが一般的であるため、本稿でも「監護」と訳出することとした。

93) MünchKommBGB/Huber, 2020, § 1631 Rn. 3 (S. 772).

94) MünchKommBGB/Huber, 2020, § 1631 Rn. 3 (S. 772).

点で、自身の子の不法な行為から他者を保護することを目的とする監督義務 (Aufsichtspflicht) に関する、BGB 832 条⁹⁵⁾における監督とは性質を異にすると解するのが一般的なようである⁹⁶⁾。以下では、本稿の検討対象である親権に基づく子の監督との関係から、BGB 1631 条における親の「監督」義務について検討する。

(3) 監督義務の程度

ア BGB 832 条の議論の参照

前述のように、一般的にはBGB 832 条における監督とBGB 1631 条の監督とは保護対象の観点からその性質が異なると解されている。しかし、両者の性質が異なると解する見解においても、配慮を行う親にどの程度の監督義務が課されるかについては、BGB 832 条に関する議論を原則として参考にすることができる⁹⁷⁾。

この点について、2つの監督義務の目的が異なるという立場においては、BGB 832 条における監督義務は、子の不法な行為から第三者を保護することを目的とするものであるから、家庭環境の特殊性がその法的保護に影響を与えてはならない一方、BGB 1631 条に基づく子に対する義務については、親の経済力、

95) BGB 832 条 監督義務者の責任

1 項 未成年であるため、又は精神的若しくは身体的な状態のため、監督を要する者の監督を行う義務を法律により負う者は、監督を受ける者が第三者に対して違法に与えた損害を賠償する義務を負う。監督義務を負う者が、その義務を十分に果たしたとき又は適切な監督を行ったとしても損害が発生したであろうと思料されるときは、損害賠償義務は生じない。

2 項 契約により、監督を行うことを引き受けた者も、同様の責任を負う。

(訳は、山口和人「ドイツ民法Ⅱ (債務関係法)」国立国会図書館調査及び立法考査局・基本情報シリーズ²⁰⁾ (2015 年) 163 頁による。以下、脚注におけるBGBの訳については、特に断りのない限りこれによる。)

96) Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 7. Aufl., 2020, S. 656; MünchKommBGB/Huber, 2020, § 1631 Rn. 8 (S. 773); Staudinger/Salگو, 2020, § 1631, Rn. 34 (S. 558).

他方、後掲注 99) に示す見解のように、BGB 1631 条 1 項の「監督」の目的には第三者の保護も含まれるとするものもある(議論の詳細については、林誠司「監督者責任の再構成 (9)」北法 57 巻 4 号 (2006 年) 1691~1696 頁も参照)。

97) Gernhuber/Coester-Waltjen, a.a.O. (Fn 96), S. 666; MünchKommBGB/Huber, 2020, § 1631 Rn. 8 (S. 773); Staudinger/Salگو, 2020, § 1631, Rn. 35 (S. 558f).

職業の負担、両親が子に対して認める自立性獲得のための余地について、異なる評価をすべきであると指摘するものがある⁹⁸⁾。また、BGB 832 条における監督義務と BGB 1631 条における監督義務の内容が異なると解する立場が、BGB 1631 条における監督義務の内容を明らかにするために BGB 832 条の議論を参照することは矛盾があるとの指摘⁹⁹⁾もある。他方、保護対象による義務内容の区別は不可能であるという指摘¹⁰⁰⁾もある。多くの学説及び裁判例は、BGB 1631 条に基づく監督と BGB 832 条に基づく監督の類似性ゆえに、議論・判例の蓄積がある BGB 832 条の考慮要素を参照しているようである¹⁰¹⁾。そしてそこでは、必ずしも両者の義務の程度及び内容が同一であると理解されているわけではなく¹⁰²⁾、BGB 832 条について示された考慮要素を指針として¹⁰³⁾参照していると言えよう。

98) Gernhuber/Coester-Waltjen, aa.O. (Fn.96), S. 666. 子に対する監督義務については BGB 1664 条が適用されることも評価が異なる根拠として言及されている。この点をさらに明確に打ち出し、子に対する義務については親権者に大きな決定の自由を認めるべきであると主張するものとして、A. Fuchs, Studieren zur elterlichen Aufsichtspflicht, S. 159f. (これについては、林・前掲注 96) 1693～1694 頁も参照。)。

99) Bernau, Die Aufsichtshaftung der Eltern nach § 832 BGB — im Wandell, S. 279. Bernau は BGB 1631 条における監督義務の目的には、第三者の保護も含まれると解すべき旨主張する。この解釈の背景には、家族法上の配慮権に対する制約をもって、第三者に対する監督義務を制限するというねらいがある (vgl. Bernau, aa.O., S. 279)。

100) Rauscher, Familienrecht, 2. Aufl., 2008, S. 889.

101) したがって、監督の目的による内容の差異を認めるか否かの立場の違いは、家庭環境の特殊性をどこまで考慮に入れることを許すかという点及びどこまで厳格な義務を課するかという点 (義務の程度) に求められると思われる。イで紹介する考慮要素は、基本的に BGB 832 条についての判例に基づき学説によって整理されたものであり、内容の差異を重視するものではないと考えられる。

102) BGB 832 条の考慮要素を参照し、考慮要素の内容の差異を重視しているとは思われない見解においても、BGB 832 条に基づく監督義務と BGB 1631 条 1 項に基づく監督義務とを、まったく同じ厳格さであると解しているわけではないと思われる。例えば、Staudinger/Salgo, 2020, § 1631 は、BGB 832 条における考慮要素を参照しつつも (Rn. 43f. (S. 561ff.)), 「832 条による責任についての部分的に行き過ぎた判例が要求するところのすべてが、子に対しても要求されるものではない」とする Lüderitz, Familienrecht, 27. Aufl., 1999, S. 354 を引用している (Rn. 35 (S. 558))。

103) vgl. Soelgel/Preisner, 2016, § 1631 Rn. 47 (S. 208)。

イ 具体的な義務の程度・考慮要素

具体的な義務の程度については、個別具体的な事例に依存するものの、例えば以下のような考慮要素があげられる¹⁰⁴⁾。

まず、①子の年齢、②個性、③分別、④そして親の具体的監視可能性である。これは判例¹⁰⁵⁾で確立していると評価されている。

また、⑤これまでの監督・教育措置の成果も考慮される必要があり、これが低ければ低いほど徹底的な監督が必要となる。

さらに、⑥具体的な状況における危険性の程度も影響する。子が危険性の高い場所にいる場合（例えば道路の近くで遊ぶ場合）には、それにふさわしいだけの監督をする必要がある。

一方で、⑦子の発達のためには、子にある程度 of 自由行動の余地を与え、新たな経験¹⁰⁶⁾をすることや、危険な状況に慣れることも必要である。したがって、過保護や過剰な監督は有害なものとされる。また、親の介入の必要性は、子の発達に伴って減少する。

これらの考慮要素を踏まえ、具体的な状況に応じた注意義務が定められる必要がある。その際には、⑧親の正当な教育上の措置の可能性が残されるよう、両親のために常に配慮される必要がある¹⁰⁷⁾。

ウ 具体的な事例における各要素の考慮の在り方

ここでは、イで紹介した考慮要素につき、それらが具体的な事例においてどのような形で扱われているかを、先例をみることによって検討する。これらの事例は、監督義務違反を否定したものであるところ、ドイツ法において各考慮要素がどのように作用することで監督義務が否定されるのかを確認することは、日本法

104) 以下の考慮要素は、MünchKommBGB/Huber, 2020, § 1631 Rn. 8f. (S. 773) が、先例及び BGB 832 条に関する議論を参照しながら整理したものである。このような考慮要素は文献によって若干異なるものの、おおむね共有されているようである (vgl. Staudinger/Salgo, 2020, § 1631, Rn. 43f. (S. 561ff.))。

105) BGH FamRZ 1984, 984.

106) „Neuland entdecken“ (BGH FamRZ 1984, 984 (後掲ウ【B】))

107) BGH FamRZ 1980, 235 (後掲ウ【C】)。

における親権者の注意義務を検討する上でも有意義であると思われる。

【A】 ザールブリュッケン上級地方裁判所 2022 年 12 月 22 日判決 (FamRZ 2023, 1213)

この裁判例は①～④、⑥⑦の要素を一般論として提示したうえで、具体的な事情を検討している。配慮権者の監督義務 (BGB 1631 条 1 項) を否定し、子から親に対する損害賠償請求を棄却した事例である。

事案は、道路を三輪車で横断しようとした当時 4 歳の子が、原告の被保険者が運転する車と衝突し、負傷したというものである。原告たる保険者は、子が、両親に気づかれずに家を出て、当時 7 歳の兄及び 8 歳の友人と行動していたところ、外出を防止しなかった両親の監督義務違反も本件事故に寄与しているとして、被保険者が両親に対して有する連帯債務に基づく求償権を行使した (後述 2(1)①の紛争形態)。

裁判所は、「確立した判例によれば必要な監督の程度は、①子の年齢、②個性、③性格及び④状況次第で監督義務者に期待可能なことによって決せられる。損害を防止するために分別のある監督義務者が合理的な要求に従ってなすべきことが決め手となる。親の責任については、常に、具体的事案の特定の状況に従って監督義務が果たされたか否かが問題となる。⑥必要な監督の程度は、特定の状況の危険性に応じて高まる。子が道路や危険な物体のそばで遊ぶ場合には、閉じられて、リスクの低い空間の内部における場合よりもより高度の監督がされるべきである。原則として、幼児は、経験不足と軽率さゆえに認識及び対処不能な外的な危険にさらさされないよう、常に監視されることが必要である。さらに、判例は、4 歳以降の子に、⑦一定の自由行動の余地を与えることを認めている。戸内にいる子については、3 歳からもはや常時の監視は必要なく、人格的成長の見地から単独で過ごす機会を与えられるべきである。ただし、監督義務者は、危険な状況を可能な限り短時間で認識し適切に介入する機会を常に確保しなければならない。」[引用略。①～④、⑥⑦は筆者が補った。] という一般論を展開したうえで、父母それぞれについて以下のように述べて義務違反を否定した。

まず、母が、シャワーを浴びるために浴室に行っていたことについては、父が

同じ部屋ではないものの住居の中にいたこと、子が外出し、それを父が見逃すことの予見可能性がなかったことから監督義務に違反しないとした。

次に、父が、子のいた部屋に隣接したキッチンで電話をしていたことについては、その当時子がテレビを見ており、事故当日以前に両親に気づかれずに外出したといったことも認められないから、単独で外出することを予見できる事情はなく、母とともに同じ住居にいることをもって危険な状況をできる限り短時間で認識し適切に介入することができる状態は確保されていたことなどから監督義務に違反しないとした。

【B】連邦通常裁判所 1984 年 7 月 10 日判決 (FamRZ 1984, 984)¹⁰⁸⁾

この判例は、⑦の要素が BGB 832 条に基づく監督義務違反の判断において考慮されるべきことを示したものである。

事案は、子どもたちがもともと石油倉庫であった部屋に入室し、そこで干し草と藁に火をつけた結果、原告によって使用賃借されていた靴倉庫が焼失したことから、原告が子どもたちのうちの 1 人（当時 8 歳半）の両親に BGB 832 条に基づき損害賠償を求めたというものである。

連邦通常裁判所は、通常の発達状況にある 8～9 歳の子については、絶えず監督することは許されないとし、子どもの成長の観点から、「未開拓地を発見し、『征服する』ことも子どもの遊びに含まれる。そのことと子あるいは他者にとっての特別の危険とが結び付かない限り、それは一般的に禁じられるべきではない。むしろ、原則として通学路も一人で歩けるこの年齢層の子においては、特別な配慮が必要となることの具体的な契機がない限り、子の行状について、親は大まかに見ていれば十分である。」とした。このような一般論を前提に、親の注意義務違反（具体的には、母親が子の旧石油倉庫への一時的な滞在を見逃したこと、旧石油倉庫への立ち入りを禁じなかったこと、帰宅後に何をしていたか聞かなかったことなど）を否定した。

108) 本判例については、林誠司「監督者責任の再構成 (7)」北法 57 巻 1 号 (2006 年) 247～249 頁も参照。

【C】連邦通常裁判所 1979 年 11 月 27 日判決 (FamRZ 1980, 235)¹⁰⁹⁾

この判例は、⑧の要素が BGB 832 条に基づく監督義務違反の判断において考慮されるべきことを示したものである。

事案は、当時 17 歳 9 か月の A が、飲食店で原告と口論になり、原告の右目を殴って負傷させたというものであり、原告が A 及び A の父に対し BGB 832 条に基づいて損害賠償を求めたというものである。なお、A は、酒におぼれて仕事をおろそかにするなどの問題行動があり、A の両親の申立てによりラント少年局 (Landesjugendamt) による教育援助 (Erziehungshilfe) を与えられたほか、神経科病院にて「神経過敏の兆候」以外の所見は認められないという診断を受けていた。また、A は、事案が発生した飲食店によく出向いていた。

原審 (OLG Celle VersR 1978, 1025) は、A に対する徒弟としての報酬を取り上げるなどの措置ができたことを理由に A の父の責任を認めた。これに対し、A の父が上告した。連邦通常裁判所は、監督義務には、とりわけ年長の子について限界があるため、自由時間の行動を一般的に制約することは必要でないが、特別な事情 (非行の傾向など) がある場合には、自由時間の行動を監視し、対策を講じなければならないとする。一方で、監督が十分であるか否かについては、1979 年の改正で新たに定められた BGB 1626 条 2 項、1631 条¹¹⁰⁾に見られるような、青年の人格の成長を援助し、自律的で責任を自覚した行動を訓練するという、

109) 本判例については、林誠司「監督者責任の再構成 (5)」北法 56 巻 5 号 (2006 年) 2268～2269 頁、また、本事例の上級地方裁判所判決については、同 2266～2267 頁も参照。

110) ここで言及されている、当時の規定の内容は以下の通りである。BGB 1626 条 2 項：「父母は、子どもを育成し、教育するに当たっては、子が自らの責任を自覚して行為するために、子の発達する能力と増大する欲求とを考慮するものとする。」(第 2 文略)、同 1631 条 2 項：「屈辱的教育手段は許されない。」(訳は、石川稔＝門広乃里子「西ドイツの新監護法——親の監護の権利の新規制に関する法律 (仮訳)」ジュリ 745 号 (1981 年) 121 頁による。)。なお、ここに挙げた規定のうち、BGB 1631 条 2 項については、その後数度の改正を経ており、現在は、「子は、暴力、体罰、精神的苦痛、その他の尊厳を損なう措置を伴わない監護及び教育を受ける権利を有する。」(訳は、法務省大臣官房司法法制部編・前掲注 99) 102 頁による。)となっている。改正の経緯については、岩志和一郎「暴力によらずに教育される子の権利」早法 80 巻 3 号 (2005 年) 1 頁など参照 (同論文の検討以降、2021 年後見法・世話法改正 (BGB I. I 2021, S. 882) の際に、子が、暴力によらない教育を受ける権利のみならず、暴力によらない監護を受ける権利をも有することを明確化するために改められた (BT-Drucks. 19/24445 S. 202f。))。

教育目標をも考慮しなければならないとし、BGB 832 条によって責任を負わせるに当たっては、監督義務者の正当な教育上の措置の可能性を残さなければならないとする。このような一般論の下、原告には A が当該飲食店を訪れることを禁ずるための十分な根拠がなかったこと、金銭を取り上げるという方法は、教育上考え得ないものであり、かつ、効果がない措置であることを理由に、A の父の監督義務違反を否定した。

2 ドイツ法における子から配慮権者に対する損害賠償請求

(1) 問題となる紛争形態

ドイツ法において、子が直接配慮権者に対して損害賠償請求をした事案で監督義務違反を根拠とするものは管見の限り見当たらない¹¹¹⁾。監督義務違反を根拠とする子から配慮権者に対する損害賠償請求権が問題になるのは、おおむね、①加害者や加害者の保険者からの求償権行使の前提、②子や子の保険者からの損害賠償請求に対して、賠償額を減額する事由、③子の保険者から加害者に対する保険法上の減額事由の3つの紛争形態においてである。

①においては、第三者が子の損害を惹起した場合において、配慮権者に監督義務違反がある場合、子は両者に対する損害賠償請求権を有し、第三者が子に対して負う損害賠償債務と配慮権者が子に対して負う損害賠償債務は連帯債務となる(BGB 840 条1項¹¹²⁾)。第三者が子に対して損害を賠償した場合、配慮権者に対して求償(BGB 426 条¹¹³⁾)を行うものと考えられるところ、その可否・範囲の確定において、親の監督義務違反が問題となる¹¹⁴⁾¹¹⁵⁾。

②においては、2つの主張があり得る。第一は、協働過失(BGB 254 条¹¹⁶⁾)である。協働過失は、損害の発生、拡大に被害者の寄与があった場合に加害者の損害賠償義務を制限するものである。同条2項2文は、履行補助者の過失について定める BGB 278 条¹¹⁷⁾の準用を規定しており、子から加害者に対する損害賠償

111) 監督類型に限らなければ、例えば、不適切な財産管理があったとして子が母親に対して損害賠償請求をした事例が存する(OLG Saarbrücken GesR 2011, 606)。

112) BGB 840 条 複数当事者の責任

1項 不法行為から生じた損害について、複数の者が並存して責任を負うときは、これらの者は連帯債務者としての責任を負う。

請求について、配慮権者の過失を考慮して賠償額が決せられる可能性がある¹¹⁸⁾。もっとも、通説・判例は、配慮権者の過失を考慮するに当たっては、事前に子と加害者との間に債務関係が存在することが必要であると解しており、交通事故のように加害者との間に債務関係が存しない場合には、その損害発生に関する配慮権者の監督過失は、子による損害賠償請求の判断において考慮されない¹¹⁹⁾¹²⁰⁾。

第二に、「妨げられた連帯債務 (gestörte Gesamtschuld)」である。これは、損害の発生に複数の者が関与した場合において、その一部が法定のあるいは契約上の責任排除を理由として被害者に何等の責任も負わないことにより連帯債務関

113) BGB 426 条 求償義務、債権の移転

1 項 連帯債務者は、別段の定めがない限り、相互に均等な割合について義務を負う。連帯債務者のある者から、その負担分が得られないときは、不足額は、その他の求償義務を負う債務者が負担しなければならない。

2 項 連帯債務者のある者が債権者を満足させ、その他の債務者に求償することができるときは、その他の債務者に対する債権者の債権は、この者に移転する。債権の移転は、債権者の不利益となるように主張をしてはならない。(訳は、山口・前掲注 95) 49 頁を参照し、筆者が一部表現を修正した。)

114) BGHZ 73, 190; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 22. Aufl., 2021, S. 349.

115) この点については、前掲注 30) も参照。

116) BGB 254 条 共同の故意・過失

1 項 損害の発生に被害者の故意・過失が寄与しているときは、損害賠償の義務及びなされるべき損害賠償の範囲は、諸事情、特に損害がどの程度に主として一方又は他方の当事者によって引き起こされたのかに依存する。

2 項 被害者の故意・過失が、債務者が知らず、かつ、知り得べきでなかった著しく高い損害の危険性に債務者の注意を喚起する行為をしなかったこと、又は被害者が損害を回避し若しくは減少させる行為をしなかったことに限定されるときも前項と同様である。第 278 条の規定をこの項に準用する。

117) BGB 278 条 第三者に対する債務者の責任

債務者は、自己の法定代理人及び自己の義務の履行のため使用した者の故意・過失について、自己の故意・過失と同じ範囲で責任を負う。この場合において、第 276 条第 3 項の規定は、適用しない。

118) 日本法でいうところの、いわゆる「被害者側の過失」理論に類似するものである。

119) Medicus/Lorenz, aa.O. (Fn. 114), S. 348f. この点で、交通事故も含む不法行為一般に妥当する、日本法における被害者側の過失とは異なる。ドイツ法において、特別関係が存しない場合には①類型による処理になるものと思われる。

120) 例えば、子が、居住する住宅団地の敷地内にある池に落ちたことにより傷害を負ったとして住宅団地の所有者である貸主に損害賠償請求権をした事例においては、子の親と被告との間の賃貸借契約をもって特別関係が認められ、親の監督義務違反を考慮して賠償額の減額が認められている (OLG Brandenburg NJW 2024, 2327)。

係の発生が妨げられる場合に、他の者の損害賠償義務が、責任排除がなかったとすれば求償可能であった分について縮減されるというものである¹²¹⁾。後述の通り、BGB 1664 条1項は子から親に対する損害賠償請求がされた場合の責任制限を規定しているから、同項につき妨げられた連帯債務の考え方が適用されるかが問題となる。この点につき、同項の責任制限には、この考え方は適用されないと解されており¹²²⁾、訴訟において主張されることはあるが、裁判所によって採用された例は見当たらない。

③については、保険契約法 (Versicherungsvertragsgesetz) 86 条3項¹²³⁾に関するものである。同項は、同居親族の経済的一体性や家族共同体の平穩の観点から、保険契約者の同居の親族に対する損害賠償請求権について、不法行為が故意によるものではない限り、保険者が請求権代位を主張することができないとするものである¹²⁴⁾。ここで、ある損害について同居親族と外部の第三者が共に責任を負う場合において、被害者の保険者が外部の第三者に全額を請求できるとすれば、第三者は同居親族に対して連帯債務に基づく求償権 (BGB 426 条) を行使することとなり、その結果、保険契約法 86 条3項の趣旨が貫徹されないこととなる。これを防ぐために、保険契約法 86 条3項が準用され、保険者は、連帯債

121) Medicus/Lorenz, aa.O. (Fn. 114), S. 408f.

122) BGHZ 103, 338, 346ff.

123) 保険契約法 86 条 損害賠償請求権の移転

1項 保険契約者が第三者に対する損害賠償請求権を有する場合において、保険者がその損害をてん補したときは、その限度において損害賠償請求権は保険者に移転する。この移転は、保険契約者の不利益に主張することはできない。

3項 保険契約者の損害賠償請求権が、損害発生の際に保険契約者と同居する者に対するものである場合には、第1項の規定による移転は、これを主張することができない。ただし、その者が故意に損害を生じさせたときは、この限りでない。(訳は、新井修司＝金岡京子共訳『ドイツ保険契約法 (2008年1月1日施行)』(社団法人日本損害保険協会、社団法人生命保険協会、2008年) 299頁〔新井〕による。)

この規定は、旧保険契約法 67 条2項を改正したものである。旧法から、①同居の「家族構成員」に限らないものとされたこと、②旧法は請求権の移転それ自体を排除していたが、新法では請求権は移転するものの、その行使ができないとされたことの2点が変わっている (Pröss/Martin/Armbrüster, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 32. Aufl., 2024, § 86 VVG Rn. 84. (S. 777))。保険契約法旧 67 条2項について紹介するものとして、陳亮「家族構成員に対する請求権代位の適用除外」法学研究論集 (明治大学) 22号 (2005年) 39頁がある。

124) Wandt, Versicherungsrecht, 6. Aufl., 2020, S. 391.

務者間の責任割合に応じて、外部の第三者が最終的に負担する割合においてのみ請求権を行使することができると解されている¹²⁵⁾。

(2) 損害賠償請求の根拠と責任制限—BGB 1664 条の 2 つの側面

BGB 1664 条 1 項は、「両親は、親の配慮を行使する際に、子に対して、自己の事務において通常払うのと同じ注意についてのみ責任を負うものとする。」¹²⁶⁾と規定している。この規定は、配慮権行使時の配慮権者の責任を軽減するものであるが、それと同時に、通説によれば、子から配慮権者に対する損害賠償請求の根拠規定にもなると解されている¹²⁷⁾。また、子に人身傷害が生じた場合など、親の義務違反は不法行為の成立要件をも満たし得る場合があるが、不法行為に基づく損害賠償請求がされた場合においても、不法行為と親の配慮との間に内的な連関がある場合には 1664 条の適用を肯定するのが通説であるとされている¹²⁸⁾。

BGB 1664 条 1 項は、自己の事務において通常払うのと同じ注意についてのみ責任を負うものとして責任を軽減している。もっとも、BGB 277 条は、「自己の事務において通常払うのと同じ注意についてのみ責任を負う者は、重大な過失による責任を免れない」と定めており¹²⁹⁾、責任制限には限界がある。すなわち、自己の事務において通常払うのと同じ注意を払っていたとしても、客観的基準に基づいて判断される故意・重過失がある場合には、常に責任を負うことになる¹³⁰⁾。

125) Wandt, aa.O. (Fn. 124), S. 392.

126) 訳は、法務省大臣官房司法法制部編・前掲注 92) 109 頁による。

127) Staudinger/Heilmann, 2020, § 1664 Rn. 6 (S. 97).

なお、反対説は、BGB 1664 条は責任の基準に関するものであり、請求の根拠とはならず、損害賠償請求は一般的な責任規範（不法行為責任規定など）に基づくことが必要であるとする（両説について、Schwab/Dutta, Familienrecht, 32. Aufl., 2024 S. 412f.）。

128) vgl. Staudinger/Heilmann, 2020, § 1664 Rn. 34ff. (S. 105f.). なお、内的な連関がない場合の例として、散布義務 (Streupflicht) 違反が挙げられている。すなわち、土地の所有者は、一般的な社会生活上の安全義務 (Verkehrssicherungspflicht) に基づき、敷地の前の歩道などについて、雪によって滑ることを防ぐために砂などをまく義務 (Streupflicht) がある (MünchKommBGB/Wagner, 2020, § 823 Rn. 644ff. (S. 1980ff.)) が、この違反については、内的な連関がないものと解されているようである。

129) 訳は、山口・前掲注 95) 9 頁を参照し、筆者が一部表現を修正した。

130) Staudinger/Heilmann, 2020, § 1664 Rn. 31 (S. 103f.).

以上のことから、ドイツでは、子から配慮権者に対する損害賠償請求が認められるためには、〈1〉注意義務違反があり、かつ、〈2〉重過失があることまたは〈3〉自己と同一の注意を果たしていないことが必要となると整理できる¹³¹⁾。

(3) 責任制限の根拠

BGB 1664 条は、配慮権者の責任を制限するものであるが、その目的・根拠についてはいくつかの説明がある。

まず、家族が責任と運命の共同体を形成することにその根拠を求めるものがある¹³²⁾。この説明は、BGB 1664 条と配偶者間の責任制限を定める BGB 1359 条¹³³⁾との関係を意識したものである。しかし、配偶者間の場合とは異なり、子は両親を選んでおらず¹³⁴⁾、また、子の親に対する依存度は大きく、配偶者とは地位を異にするため¹³⁵⁾、このような一般論によっては正当化できない¹³⁶⁾。

そこで、一般的には、損害賠償請求によって家族内の生活が混乱させられることができる限り無いようにするという目的によってのみ正当化され则认为られている¹³⁷⁾。

(4) 責任制限の適用範囲

BGB 1664 条は、「親の配慮を行使する」ことを責任制限の要件としている。そして、前述の通り、親の配慮には身上配慮と財産配慮とがあるから、これらの行使がされる場合に、責任制限がなされる。もっとも、身上配慮のうち、監督義務違反があった場合に BGB 1664 条の責任制限が適用されるかについては争いがある。この点につき、連邦通常裁判所は立場を明らかにしておらず、裁判例は分かれている¹³⁸⁾。学説の中には、監督義務の保護目的が義務の要件を客観的に判断することを要求するというを理由に、監督義務違反には BGB 1664 条1項の責任制限は適用されないとする見解がある¹³⁹⁾。しかし、BGB 1664 条1項の明文上求められるのは、親の配慮の行使 (Ausübung der elterlichen Sorge) であり、監督義務を除外するものとはしていない。また、BGB 1664 条1項が、親の配慮の行使の際の責任制限を認めたものであることからすれば、親の配慮の行使の中核をなし、責任負担の危険を伴う監督義務にもまた責任制限を認めることが

131) したがって、子から配慮権者に対する損害賠償請求においては、【1】〈1〉の段階で義務違反が否定され、損害賠償請求権の成立が否定される事例、【2】〈1〉は認めつつ〈2〉重過失が認められず、〈3〉自己と同一の注意を果たしたとして損害賠償請求権の成立が否定される事例、【3】〈1〉注意義務違反があり、かつ〈2〉重過失があることから損害賠償請求権の成立が認められる事例、【4】〈1〉注意義務違反はある一方で〈2〉重過失はないものの、〈3〉自己と同一の注意を果たしていないことから損害賠償請求権の成立が認められる事例の4種類が考えられる。【1】については、Ⅲ 1(3)ウ【A】の裁判例が該当する。ここでは、【2】～【4】につき、1例ずつ裁判例を紹介する。

【2】 ハム上級地方裁判所 2014 年 4 月 9 日判決 (VersR 2016, 465)

事案は、隣人 B らとのバーベキューの際、被告(子の母)が隣人に手渡しした工業用アルコールを隣人が火力を増すために火にくべたところ、炎が噴出しそれによって子(当時 6 歳)が重度のやけどを負ったというものである。B の保険者(責任保険)たる原告が、母に求償した(1①の紛争形態)。

裁判所は、工業用アルコールを火に投入することは極めて危険であり、これは広く繰り返し警告されているところであり、それにもかかわらず、母は工業用アルコールを隣人に提供したうえ、子を屋内にかくまう、隣人が工業用アルコールを使用し続けるのを制止するなどの措置をしなかったとして義務違反を肯定する。しかし、母は、子を炬から遠ざけるなど、子を保護するための措置を一応しており、本件における子の負傷は、炎が真上に噴出した後に、B のパニックにより予想外の方向に炎が噴出したことによるものであった。裁判所は、このことは、客観的には予見可能であったが、保護措置が不十分であったことが、誰の目にも明らかであったほど明白なものではなかったとして重過失を否定する。さらに、被告自身も負傷していることは、自己と同一の注意の注意を払ったことの一応の証明あるいは強力な証拠となること、以前にも工業用アルコールを使用していたことがあったことを根拠として、自己と同一の注意を果たしていたことを認め、母について免責を認めた。

【3】 コブレンツ上級地方裁判所 2013 年 1 月 17 日判決 (NJW-RR 2013, 1041)

事案は、母の外出中に、子(当時 4 歳)が窓から転落して傷害を負ったというものである。子の保険者(社会保険者)が、住居の賃貸人に対する損害賠償請求権を行使した場面で、母親に対する損害賠償請求が成立するかが争点となった(1②の紛争形態)。

裁判所は、子が窓まで届くことを可能にするような物が窓際に放置されていたこと、今まで窓のそばで遊んでおり、窓が子にとって特別な魅力のあるものであったこと、母が外に出たのは子と口論になったことに起因するものであったところ、母が自分を置いて外に出たのかを確かめようとすることは自然なことなどから、子を部屋に一人置いていったこと自体を重過失と認定した。

【4】 カールスルーエ上級地方裁判所 2012 年 5 月 3 日判決 (NJW 2012, 3043)

事案は、両親が、自身の 2 人の子(J(当時 3 歳 9 か月)、U(当時 7 歳))に対し、自宅から 200 メートル離れた遊び場に、アイスクリームを食べに行くために J らのみで行くことを許した。J らは、遊び場に行った後、遊び場を去ったところ、J が道路を横断しようとした際に B の運転するバイクにひかれ重傷を負ったというものである。B の保険者(自動車損害賠償責任保険)が両親に対して求償権を行使した(1①の紛争形態)。

裁判所は、まず、これまで両親が何度か子どもたちだけで遊び場に行かせたことがあり、事故が起きたり苦情を受けたりしたことはないから、通常の程度を著しく超える誤った行動をしたとはいえないとして、重過失を否定した。そのうえで、4 歳に満たない J は道路

妥当であると考えられる¹⁴⁰⁾。

3 小括

(1) ドイツ法における監督義務とその違反を理由とする損害賠償請求

以上の検討を踏まえて、ドイツ法における、子から配慮権者に対する、監督義務違反を理由とする損害賠償請求の判断過程について整理する。ドイツ法では、子から親に対する損害賠償請求について、まず、配慮権者の監督義務違反があったかが判断される。配慮権者の監督義務については、BGB 1631 条で明文上定められ、それに違反したか否かは、1 (3) で言及した考慮要素に従い、もっぱら客観的に判断される。具体的な考慮要素は、①子の年齢、②個性、③分別、④親の具体的監視可能性、⑤これまでの監督・教育措置の成果、⑥具体的状況の危険性を考慮要素としつつ、⑦子の発達への配慮からある程度の危険な経験をさせること

の通行において絶え間ない監督を必要としており、この監督を7歳の兄Uに求めるのは過大な要求であるとし、義務違反を認めたとえて、両親は一般に注意深い人であったことから、自己の事務と同一の注意を果たしておらず、BGB 1664 条1項による免責はされないとした。

132) SoergelKomm/Hilbig-Lugani, 2016, § 1664 Rn. 1 (S. 300).

133) 「婚姻の両当事者は、婚姻関係から生ずる義務の履行において、自己の事務について通常用いるのと同じ注意の範囲でのみ、相互に責任を負う。」(訳は、法務省大臣官房司法法制部編・前掲注92) 25頁)。

134) Staudinger/Heilmann, 2020, § 1664 Rn. 5 (S. 96).

135) MünchKommBGB/Huber, 2020, § 1664 Rn. 2 (S. 862).

136) MünchKommBGB/Huber, 2020, § 1664 Rn. 2 (S. 862).

137) Staudinger/Heilmann, 2020, § 1664 Rn. 5 (S. 96); MünchKommBGB/Huber, 2020, § 1664 Rn. 2 (S. 862).

138) P. Becker, Ein Blick auf 40 Jahre Rechtsprechung der Oberlandersgerichte und des BGH zu § 1664 BGB, FamRZ 2018, 78, 79, 81. 連邦通常裁判所判決においても監督義務違反が問題となったものはあるが(例えば、BGH FamRZ 2021, 518)、そこではたとえ1664条1項の主観的基準が適用されるとしても親が責任を負うことになるため、同条が適用されるかについて連邦通常裁判所が態度を表明していないようである(Herberger, Wann haften Eltern gegenüber ihren Kindern?, jM 2021, 398, 400)。

139) Bamberger/Roth/Veit, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB). Bd.3 §§ 1297-2385, 2012, § 1664 Rn. 3.1 (S. 959).

140) Staudinger/Heilmann, 2020, § 1664 Rn. 33 (S. 104f.); MünchKommBGB/Huber, 2020, § 1664 Rn. 12 (S. 864).

その他、適用肯定説を前提にするものとして、SoergelKomm/Hilbig-Lugani, 2016, § 1664 Rn. 7 (S. 301)。

は認めるべきであること、⑧親の正当な教育上の措置の自由の余地を残すべきことである。これらの考慮要素を踏まえて義務違反がないとされれば、当然損害賠償請求権は成立しない。

そのうえで、義務違反が認められ、かつ、因果関係などの他の要件を満たした場合でも、BGB 1664 条によって、責任制限が行われる。そこでは、配慮権者に故意・重過失がなかったか、配慮権者が自己と同一の注意を果たしたかという 2 つの観点から判断が行われ、いずれも肯定される場合には親権者は責任を負わないということになる (2 (2))。故意・重過失が認められる場合や、自己と同一の注意を果たしたと認められない場合には、免責されず、子から親に対する損害賠償請求権の成立が認められる。

(2) 日本法との関係

ドイツ法と日本法との関係については、以下のような点を指摘できる。

まず、ドイツ法における監督概念と日本法における監護概念の関係である。日本法における「監護」(民法 820 条)とは、親権者の権利及び義務としての「監護」であり、教育と相まって子の育成のために行われる身体及び精神の発達を監督し、これに危害又は不利益の生ずるときにそれを防衛・保護する消極的行為である ((Ⅱ 2 (1)) 参照)。このことから、ドイツ法における「監督」(BGB 1631 条 1 項)概念は、日本法における「監護」(民法 820 条)に含まれると思われる。また、本稿の検討対象は、「監護」(民法 820 条)のうち、子を危害又は不利益から防御・保護することが主眼に置かれる「監督類型」であるところ、ここでいう「監督」は、まさにドイツ法の「監督」(BGB 1631 条 1 項)と対応するものである。

次に、「自己のためにするのと同じの注意」概念の機能についてである。日本法において、民法 827 条は、親権者は、自己のためにするのと同じの注意をもって財産管理を行わねばならないものとされる。この民法 827 条が直接適用される財産管理の場面、及び、民法 827 条類推適用説を採る場合の監護の場面では、民法 827 条による注意義務の軽減がなされ、それに従って、実際の親権者の行為との関係で義務違反の有無が判断される。そして、義務違反が認められれば、その

後、親権者であることを理由とする責任制限などの特別な措置は講じられない。つまり、条文上は「自己のためにするのと同じの注意」という同様の表現を用いながらも、この概念は、ドイツ法においては責任制限の段階で、日本法においては注意義務の段階で作用するということになる。

さらに、日本法においては十分に明らかでない、監督類型における親権者の注意義務に関して、ドイツ法においては、親権者の果たすべき監督義務の程度を定める際に、不法行為法上の監督義務者責任の議論を参照している。

IV 検討——監督類型における親権者の注意義務

Ⅱ、Ⅲで検討した、日本における従前の議論及びドイツ法の状況を踏まえ、監督類型における親権者の注意義務について検討する。以下では、まず、監督類型に限らない監護一般について、何を基準として注意義務を考えるべきかという点に関して検討し（Ⅰ(1)、(2)）、そのうえで、監督類型についての具体的な注意義務を定めるにあたって、どのような要素を考慮すべきか（Ⅱ）という点について検討する。

1 監護についての注意義務の基準

(1) 民法 827 条類推適用説¹⁴¹⁾

監護についての注意義務に関する第1の可能性は、民法 827 条を類推適用するというものである。Ⅱ 2(3)で見た通り、この立場は、民法 827 条が親権者と子との特別な関係を根拠としていることに鑑み、この趣旨を貫徹するため、監護に際しての注意義務についても、民法 827 条を類推適用すべきであるとするものである。そして、その結果として、親権者は監護を行うにあたって、自己のためにするのと同じの注意をもってすれば足りることになる。つまり、不注意な親については、自己の果たし得る限度の注意をもって監護を行えば、監護についての注意

141) 民法 827 条については、前述の通り（Ⅱ 2(2)イ）批判的な立場も有力である。しかし、本稿は現行民法を前提として、解釈論を試みるものであるから、同条の存在及び義務内容そのものへの批判はここでは扱わないこととする。

義務を果たしたということになる。

しかし、この立場については2つの疑問がある。

第1に監護義務について明文がないにもかかわらず、財産管理の注意義務を定める民法827条を類推適用することが可能であるのかという点である。これについては、Ⅲ 2(4)で論じたドイツ法の議論が参考になる。ドイツにおける通説は、BGB 1664条の責任制限は、監督義務違反にも適用されるとする。その根拠として、文言上監督義務が除外されていないことが挙げられており¹⁴²⁾、実質的な根拠をもって積極的に責任制限が適用されることを論じる見解は管見の限り見当たらない。つまり、ドイツ法において、監督義務違反にも責任制限が適用されるという結論が導かれるに当たっては、文言上の根拠があるという点が重視されているといえよう。

ひるがえって日本の民法を見るに、民法827条は明らかに財産管理についての注意義務を定めており、身上監護への適用は少なくとも文言上は予定されていない。そのため、同条を類推適用する余地があるか検討することになるが、この点については第2点を踏まえて検討する必要がある。

第2に、令和4年改正により同821条の規定が新たに設けられたことと整合するかという点である。これに関しては、民法827条類推適用説が説かれたのは3度の改正を経る前であったということを踏まえての検討が必要となろう。令和4年改正では、民法821条に親権を行うに際しての一般的な行為規範が規定されるに至った。民法821条で定められているような一般的な行為規範については、客観的にその該当性を判断することが通常であると考えられる¹⁴³⁾。そうだとすれば、民法821条の文言及びその解釈(Ⅱ 4(1)参照)によって直ちに行為規範を導くことのできない親権行使に関する注意義務についても、客観的基準に基づいて

142) 監督義務が身上配慮の中核をなすことも併せて指摘されているが、これは文言上除外がないことを前提とするものと思われる。

143) 佐藤・前掲注72) 137頁によれば、「子の心身の健全な発達に有害な影響を及ぼす言動」(民法821条)への該当性については、当事者の主観は判断基準とされず、客観的にその該当性が判断されるとする。また、同136頁には、その該当性判断に当たっての考慮要素(行為態様、年齢など)が挙げられているが、具体的な当事者の能力は考慮要素とされておらず、客観的基準による判断が前提とされているものと思われる。

判断することが一貫する。そうすると、明文で注意義務の軽減が定められている財産管理については別として、民法821条から直ちに行為規範を導くことのできない親権行使についての注意義務に関しては、客観的基準に従って判断されるべきである。したがって、親権者の行う監護について具体的過失のみを問題とする民法827条類推適用説は、令和4年改正を経て説得力を失ったといえる。

(2) 善管注意義務説

ア 善管注意義務説の妥当性と懸念点

では、今日において通説とされる、親権者の行う監護については善管注意義務が要求されるという立場はどうであろうか。

この立場に立てば、(1)で述べた、民法827条類推適用説への批判に対応することができる。すなわち、民法は、親権者による監護について明文の規定を設けていないから、特別の注意義務の軽減はないものと解することになり、民法821条に一般的な行為規範が定められたこととの整合性もとれる。さらに、通常、不法行為については、前述(Ⅱ1(2))の通りその要件の一つである「過失」とは抽象的過失を指すところ、親権者による監護について善管注意義務が要求されれば、このこととも整合する。

しかしながら、善管注意義務は一般に高度な注意義務といわれている¹⁴⁴⁾ことから、善管注意義務説を採ることにより、親権者に高度な義務を課すことになるのではないかという懸念が生じ得る。そして、このような高度な注意義務を要求することは、親権者に対して萎縮的效果を与える可能性もある¹⁴⁵⁾。親権者に過剰な負担を課すことは、親権者にとって酷であるばかりでなく、子にとっても不利益になる可能性がある。では、そうした過剰な負担を回避するためにはどのような手段が考えられるであろうか。

144) 内田貴『民法Ⅱ〔第3版〕』(東京大学出版会、2011年)291頁参照。

145) 親権者を萎縮させることにならないよう注意を促す指摘として、久保野・前掲注2)77頁参照。

イ 責任制限の可能性

一つの方法として考えうるのが、親権者は監護についても善管注意義務を負うと解しつつ、BGB 1664 条のような責任制限を行うというものである。すなわち、親権者には善管注意義務が課されるとしつつ、義務違反が認められたとしても、「自己のためにするのと同じ注意」にしたがって監護を行った（例えば「自己のためにするのと同じ注意」にしたがって、子の行為に対して介入しないという決定をした）といえる場合には、損害賠償請求は認められないとするのである。

このような解釈は、民法 827 条との関係で正当化できる可能性がある。すなわち、前述した通り（Ⅱ 2(2)）、同条は、親権者と子との間の関係の特殊性に着目した規定である。すでに検討した通り同条を監護についても類推適用することは不可能であったとしても（(1)）、親権者と子との間の関係の特殊性という趣旨は、監護についてもまた妥当すると考えられる。そうだとすれば、同条の趣旨を援用して、親権者に善管注意義務違反があったとしても、「自己のためにするのと同じ注意」をもってした行為であるといえる場合には、損害賠償請求を認めないことはなお可能であると思われる。従来議論においても、民法 827 条の類推を根拠に、親子間において軽過失によって相手方与えた損害は、相互に不問に付されると解すべきであるとする見解¹⁴⁶⁾があった。この見解が注意義務の軽減を解くものか、責任制限を解くものであるかは定かではないが、過失について不問に付すという点をとらえれば、監護についての注意義務とは無関係に責任制限をするという趣旨であると理解することも可能であると思われる。

しかしながら、民法 827 条から責任制限という効果を導き出すことができるかは疑問である上、そもそも、責任制限をすることが、親権者に対して過度な負担を課さないという目的に十分に資するかという点が問題となる。本稿では、損害賠償請求を例に挙げて注意義務の程度を検討しているが、親権者の注意義務が問題になり得る場面は損害賠償請求に限られない。注意義務違反が存在する場合の民法上の効果としては、親権喪失（民法 834 条）、親権停止（同 834 条の 2）、親権者・監護者の決定（同 766 条 1 項、819 条）の際の考慮要素となることなどが

146) 鈴木禄弥『親族法講義』（創文社、1988 年）161 頁。

考えられる¹⁴⁷⁾。これらの効果が発生し得ることをも念頭におけば、まずは注意義務そのものの検討の中で、過度な義務を課さないよう配慮することができるかが検討されるべきであろう。

(3) あるべき注意義務の程度

それでは、善管注意義務説を採ったうえで、過度な義務を課さないように配慮することができるであろうか。ここで注目すべきは、そもそも、善管注意義務は必ずしも高度な義務を導くわけではないということである。具体的な義務の程度は、義務の発生原因となる法律関係の趣旨からその義務の程度が導かれる¹⁴⁸⁾ことから、善管注意義務を採ったとしても、具体的な注意義務の程度は必ずしも高度にならないこともある。したがって、まずは、監護義務について、その趣旨を考慮すべきということになろう。

では、監護義務の趣旨とはどのようなものであろうか。ここでは、まず、親権者には裁量が認められるとの指摘¹⁴⁹⁾や、平成23年改正・令和4年改正についての、親権者に対して過度な義務を課すべきではないとの指摘を考慮する必要があるだろう。いずれの指摘も、不法行為法上の監督義務（民法714条）については措くとしても、少なくとも家族法上の義務については、親権者に対して厳格な態度はとられていないことを示すものといえよう。そして、このような親権者に対する態度は、民法の条文解釈としても裏付けることができるとされる。このような条文解釈の手掛かりとなるのが、民法827条である。

前述の通り、3度の改正を経た現在に至っては同条を監護についての注意義務

147) 石綿はる美「民法における体罰の禁止とその課題」法時94巻11号（2022年）36頁、山口亮子「懲戒権規定廃止後の子の養育のあり方」民商159巻1号（2023年）39頁以下参照。

148) 道垣内・前掲注19) 43～44頁参照。

149) 窪田充見『家族法〔第4版〕』（有斐閣、2019年）291～292頁。大村・前掲注31) 251頁も参照。親権者の裁量について、木村・前掲注4) 23頁は、親権者の代理権濫用についての最判平成4年12月10日民集46巻9号2727頁が「子をめぐる諸般の事情を考慮してする広範な裁量」を認めていることを指摘する。もっとも、木村教授は、身上監護の場合にも同様の裁量の広さが認められるかなどについては、なお議論の余地があるとする（同23頁注51）。

を定めるにあたって類推適用するという見解は採りえない。その理由は、(1)に述べた通り、監護義務に関する規定を検討した結果、客観的基準をもって注意義務の程度を定めることが整合的だからである。したがって、規定の整合性ゆえに客観的基準をもって判断すべき親権者の行う監護についての注意義務に関して民法827条類推適用説を採りえないからといって、未成年後見人に比べて親権者の注意義務の程度を軽減している民法827条の存在を無視して監護についての注意義務の程度を定めてよいということを意味するものではないと思われる。Ⅱ 2(2)に述べた通り民法827条の趣旨は、情誼・実情、自然の愛情による担保、親と子は通常は利害が一致すること、親子の密接な関係、およそ親である以上親権を行わざるを得ないといった親子関係の特殊性に鑑み、親権者の負担を軽減することにあるものと解される。つまり、民法は、前述のような親子関係の特殊性に着目して、親権者に対しては重い負担を課さないという態度をとっていると読み取ることができる。そして、このような親子関係の特殊性という観点については、財産管理も、監護も異なるところはないだろう。したがって、親権者の行う監護についての注意義務を定めるにあたっても、上記のような民法の態度を反映させることが一貫すると考えられる。よって、親権者に過度な負担を課すべきではないという実質論のみならず、解釈論上も、監護の注意義務を高度なものと考えべきではないといえる。

このような主張に対しては、そもそも民法827条自体が不当であるとの批判がある以上、妥当ではないという批判が考えられる。しかしながら、民法典に民法827条という規定がある以上、その存在を全く無視してよいとは思われない。そして、民法827条の趣旨が、親子関係の特性に着目して、親権者に対しては重い負担をかけないということにあるのであり、それが財産管理のみならず監護についても妥当するならば、そのような趣旨を読み込んだ解釈が妥当であると考えられる。民法が、未成年後見人に対しては善管注意義務を要求するのに対し（民法869条・644条）、親権者に対してはあえて注意義務を軽減した点を考慮した解釈がされるべきではないかと思われる。

以上のことから、親権者の行う監護についての注意義務については、必ずしも高度なものであると解釈すべきではないと思われる。そして、このような趣旨を

酌み、具体的な義務を考えるにあたって、親権者に過度な負担を課さないよう配慮すれば、親権者に対して萎縮効果を与えることを防ぐことができ、善管注意義務説に対する懸念は生じないということになる。

2 監督類型における注意義務を定めるにあたっての考慮要素

(1) 検討の方向性

では、監督類型における親権者の注意義務は、どのように定めるべきか。これに関して、日本法において定まった見解はない¹⁵⁰⁾。それに対して、Ⅲで検討したドイツ法においては、未成年者の監督義務者の責任を定める BGB 832 条における議論を参考に、親の配慮に基づく「監督」(BGB 1631 条1項)の注意義務を定めるにあたっての考慮要素が提示されてきた。したがって、日本法においても、責任無能力者の監督義務者の責任(民法714条)における監督義務者として果たすべき監督義務の水準の議論を参照することが考えられ得る。

この点につき、ドイツ法において BGB 832 条と同 1631 条の監督義務の内容を同一と解することができるか否かについて議論があったように、日本法においても不法行為法上の監督義務と民法820条における注意義務の関係をどのように理解するかは問題になり得る¹⁵¹⁾。しかし、両者の関係をどのように解するにせよ、

150) 監護教育についての注意義務に関する指摘として、久保野・前掲注2) 80～81頁。久保野教授は、医療行為によって生じた損害の賠償請求事件において、医師の過失判断に用いられる基準や理論が参照可能であるとする(同80頁)。

151) 両者の性質が異なると理解するものとして、川井健＝飯塚和之「判批(最判昭和49年3月22日民集28巻2号347頁)」判評188号(1974年)28頁、森島昭夫『不法行為法講義』(有斐閣、1987年)151頁、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(1989年)164頁以下。両者の性質が同一であると理解するものとして、山口純夫「未成年者の不法行為と親の責任」法時45巻6号(1973年)184頁、同「未成年者の不法行為と親権者の責任」中川淳編『財産法と家族法の交錯』(立花書房、1974年)243～247頁、同「責任無能力者の加害行為」奥田昌道ほか編『民法学6』(有斐閣、1975年)105～106頁、同「責任能力」山田卓生編『新・現代損害賠償法講座 1』(日本評論社、1997年)99～101頁、前田達明「判批(最判昭和49年3月22日民集28巻2号347頁)」民法判例百選Ⅱ〔第5版〕(2001年)171頁。ただし、後者の見解も、義務の程度は異なるとする(山口・前掲「未成年者の不法行為と親権者の責任」244頁、同・前掲「責任無能力者の加害行為」105頁)。学説の状況については、林・前掲注96) 1683～1686頁参照。

両者の義務に基づいて親権者が行うべき具体的行為は類似するため、監督類型における注意義務を定めるにあたって不法行為法上の監督義務について示された考慮要素を指針とすることはなお可能であるように思われる（前述Ⅲ1(3)ア参照）。

民法714条に関しては、学説上、親の監督義務を厳格かつ抽象的にとらえ、監督義務は子の生活関係の全般に及ぶので免責は認められにくいと整理されてきた¹⁵²⁾。また、判例・裁判例においても監督義務者が果たすべき監督義務の内容について必ずしも積極的に示されてはこなかった¹⁵³⁾。このような学説・（裁）判例の動向から、民法714条において監督義務者が果たすべき監督義務の具体的内容については十分な議論がされているとはいいがたい状況にあった。

もっとも、林教授による検討¹⁵⁴⁾や、最判平成27年4月9日民集69巻3号455頁（以下、「最判平成27年」という。）を契機とした検討により、民法714条における親権者の具体的な義務内容について、近時議論の進展がみられるところである。

そこで、以下では、以上のような民法714条の議論の進展を踏まえつつ、ドイツ法において議論される親権者の負う監督責任の考慮要素が、日本法においても妥当するかという観点から検討を行い、監督類型における親権者の注意義務を定めるにあたって考慮すべき要素を示すことを試みる。

(2) 考慮要素の検討

前述（Ⅲ1(3)イ）の通り、ドイツ法においては、①子の年齢、②個性、③分別、④親の具体的監視可能性、⑤これまでの監督・教育措置の成果、⑥具体的状況の危険性を考慮要素としつつ、⑦子の発達への配慮からある程度の危険な経験をさせることは認めるべきであること、⑧親の正当な教育上の措置の可能性を残すべきことが指摘されている。以下、日本法において、これらの要素を検討すべきか

152) 水野謙「サッカーボール訴訟」水野謙ほか『〈判旨〉から読み解く民法』（有斐閣、2017年）474頁参照。

153) 林誠司「監督者責任の再構成（11・完）」北法58巻3号（2007年）1185～1186頁、大塚直編『新注釈民法（16）』（有斐閣、2022年）48頁〔大澤逸平〕。

154) 林誠司「監督者責任の再構成（1）～（11・完）」北法55巻6号（2005年）55頁～58巻3号（2007年）69頁。

について検討する。

まず、①子の年齢、②個性、③分別については、民法714条における監督義務を定める際に、従来から考慮されていたと思われる¹⁵⁵⁾。また、令和4年改正によって新設された民法821条との関連も注目すべきである。同条は、前述の通り直接には児童虐待の防止を念頭に置いて規定されたものであるが、条文上親権者の一般的な行為規範として定められていることからすれば、児童虐待に関係のない場面においても考慮すべきである。同条によれば、親権者は、監護を行うにあたって、「子の人格を尊重する」こと、子の「年齢及び発達の程度に配慮」することが求められている。この民法821条の定める行為規範と、①～③との関係を検討すると以下ようになる。まず、①は、子の「年齢」に配慮することと対応する。また、②③は、子の人格を尊重し、子の発達に配慮することと対応すると考えられる。したがって、ドイツ法における①～③の考慮要素は、日本法における親権者の行う監護についての注意義務を定めるにあたっても当然に考慮すべき要素になると考えられる。そして、日本法においては、民法821条との関係で、子の人格の尊重、子の年齢及び発達の程度への配慮という考慮要素になる。

次に、④親の具体的監視可能性、⑤これまでの監督・教育措置の成果、⑥具体的状況の危険性についてである。⑥は、監護義務の内容を定めるのに不可欠な要素であると考えられる。監護の目的は、子を危害から保護することなのであるから、どのような危害がどの程度の確率で生じうるかという点(⑥)は当然考慮されなければならない。また、④⑤は、子の危険性についての予見可能性・結果回避可能性と関連すると思われる。この点につき、最判平成27年は、「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」サッカーゴールに向けたフリーキ

155) ①に関して、例えば、責任能力のある子についての親権者の監督義務についてではあるが、最判平成18年2月24日判時1927号63頁は、少年院を仮退院して保護観察に付されていた子(19歳)が起こした傷害事件につき、「まもなく成人に達する年齢」であることなどを理由として、親権者の責任を否定しており、年齢が考慮されているものと思われる(久保野恵美子「判批(最判昭和49年3月22日民集28巻2号347頁)」民法判例百選Ⅱ〔第7版〕181頁参照)。また、①～③に関して、民法714条に基づく監督義務については被監督者の年齢や従来からの行動などに応じて義務の内容と程度を決定すべきであるとの指摘もある(根本尚徳ほか『事務管理・不当利得・不法行為』(日本評論社、2021年)176頁〔林誠司〕)。

ックの練習につき、「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見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の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」とした。これを受けて、民法 714 条の監督義務に関しては、子の行為の危険性と相関関係的に監督義務者の予見可能性が要求されると整理する見解がある¹⁵⁶⁾¹⁵⁷⁾。このことから、民法 714 条と親権者の子に対する監護義務との関係については、なお検討を要するところであるが、少なくとも、親権者における具体的監視可能性については、日本法において親権者の行う監護についての注意義務を定めるにあたって、考慮される必要があると思われる。

また、⑦については、子の発達段階においては新たな経験をすることが必要であり、その過程で小さな怪我をすることもあるという指摘がある¹⁵⁸⁾。このような指摘を踏まえれば、軽微な危険があったとしてもそれが子の発達との関係で必要である場合には許容されるべきであると考えられる。したがって、発達の過程で避けられない軽微な危険についてまで、親権者が子をこのような危険から保護しなければならないと解するのは不当である。よって、注意義務を定める際には、このような事情も考慮する必要があると思われる。具体的には、民法 821 条にいう、子の発達の程度への配慮に該当するものと思われる。

最後に⑧については、日本法上親権者に一定の裁量が認められると考えられている¹⁵⁹⁾。確かに教育目的があったからといって、直ちに親権者の行為が正当化

156) 水野・前掲注 152) 476 頁参照。

157) もっとも、最判平成 27 年は、責任能力のない未成年者が、監督義務者の直接監視下にないことを前提としており、直接監視下にある場合にどのような判断がされるかは本判決からは明らかでないことに注意が必要である（柴田彬史「判批」法協 134 卷 1 号（2017 年）124～125 頁注 14）。したがって、本稿が念頭に置く事例に含まれる子が親の監視下にある場合について、行為態様の危険性が低ければ一般的な監督で足りる（強度な監督を必要としない）という結論が、最判平成 27 年から直ちに導かれるわけではない。

158) 保育についての文脈であるが、汐見稔幸「発達のプロセスを温かく、しかし細心の注意をもって見守る」汐見稔幸責任編集「エデュケーレ 118 号」（臨床育児保育研究会、2023 年）18 頁。

されることにはならない¹⁶⁰⁾が、教育上の措置の可能性を残すということも考慮されるべきであろう。よって、日本法において、⑧の要素は考慮要素となる。

なお、⑦⑧の考慮要素に関連して、最判平成27年に対して、学説では、「監督義務を過度に高度化すれば、その結果として未成年者の活動の自由（ひいてはその人格の発展）が阻害されるおそれがあることに留意すべきであり（中略）、このことに鑑みれば本判決の判断も是認されるものと思われる」¹⁶¹⁾、「未成年者によって惹起される潜在的な危険の内容と蓋然性及び未成年者の活動の自由の過度の制限の回避を考慮しつつ、その外縁を画そうとするものとして、適切であると考えられる」¹⁶²⁾との評価がある。また、林教授も、子どもの自由や人格への発展と、それらを支えるものとしての親の教育の自由の保障という観点から、民法714条の監督義務のうち「被監督者の生活全般にわたって監護し、危険をもたらさないような行動をするよう教育し、しつけする義務」が、決して高度な義務であるべきではない旨を指摘する¹⁶³⁾。このような評価からは、⑦⑧のような考慮要素は、監督義務者責任の文脈においても、日本法において認められ得る可能性がある。そうだとすれば、前述したことに加えて、このような指摘も民法820条に基づく監督類型における親権者の注意義務について⑦⑧を考慮要素とする根拠づけになり得よう。

(3) 小括

以上に検討した通り、監督類型において、親権者には善管注意義務が課されると解される（1(1)(2)）。したがって、どんなに不注意な親でも、客観的に定められた注意義務を果たさなければ、注意義務違反が認定されることになり、自己の不注意さをもって責任を免れることはない。

そのうえで、具体的な注意義務については、民法827条の趣旨に鑑み親権者に過度な負担を課さないよう配慮しながら（1(3)参照）、子の人格の尊重・子の年

159) 窪田・前掲注149) 291～292頁。大村・前掲注31) 251頁も参照。

160) この点については、木村・前掲注4) 19頁も参照。

161) 山本周平「判批」判例セレクト2015〔I〕（法教425号（2016年）別冊）19頁。

162) 久保野恵美子「判批」法教420号（2015年）56頁。

163) 根本ほか・前掲注155) 176～177頁〔林〕。

年齢及び発達への配慮（民法 821 条に対応、①～③に対応）、親権者の具体的監督可能性（④⑤に対応）、具体的状況の危険性（⑥に対応）、具体的危険が子の発達に必要なものであるか否か（民法 821 条に対応、⑦に対応）、教育上の措置の可能性（⑧に対応）を考慮要素とし、具体的な注意義務が定められるべきである（2(1)(2)）¹⁶⁴⁾。そして、これによって定められた具体的な注意義務を果たしていれば、親権者は責任を負わないということになる。

V おわりに

1 本稿のまとめ

ここまでの検討を整理すれば次のようになる。

民法は、親権者の行う監護についての注意義務に関する規定を欠くため、注意義務について学説上、(a) 民法 827 条類推適用説、(b) 過失不問説、(c) 善管注意義務説、(d) 親の身分・資力に応じるとする説が主張されており、(c) が通説とされていたものの、詳細な議論が十分にはなされていなかった。また、3 度の改正を経て、その再検討の必要も生じている。

そこで、本稿においては、ドイツ法の議論を参考に、親権者の行う監護についての注意義務に関して、特に子を危害又は不利益から防御・保護することが主眼に置かれる監督類型に焦点を当てて検討することを試みた。

ドイツ法においては、配慮権者の不適切な配慮権行使についての子から配慮権者への損害賠償請求につき、自己のためにするのと同じの注意の限度で責任を負うとする責任制限規定が存する（BGB 1664 条 1 項）。これは、家庭内生活の平穏を趣旨とするものであると解される。また、配慮権者が行うべき監督義務（BGB 1631 条 1 項）の程度については、第三者に対する子の監督義務を定める BGB 832 条の議論を参照しつつ考慮要素が示されていた。

そして、ドイツ法の監督義務をめぐる議論を参照しつつ、日本法上、親権者が

164) 各考慮要素がどのように作用して親権者の注意義務を決定するかという点については、ドイツにおける（裁）判例が参考になるように思われる。この点については、Ⅲ 1(3)ウ参照。

果たすべき注意義務がいかなるものであるかを検討した結果、次のような結論を得ることができた。まず、注意義務の基準についてである。令和4年改正によって、民法821条に具体的な行為規範が定められ、この行為規範については客観的基準に従った判断が行われるものと考えられる。したがって、監督類型における注意義務も、客観的基準に従った判断を行う善管注意義務説が妥当である。次に、具体的な注意義務を定めるにあたって、民法821条の行為規範や同827条の趣旨を参照しながら適切な考慮を行うことによって、親権者に対する萎縮効果という懸念に対応しつつ、考慮要素を明らかにした上で妥当な注意義務を課すことが可能であると考えられる。

2 残された課題

(1) 親権者の義務について

親権者の義務の内容の全体像を明らかにするためには、国・第三者・子というそれぞれに対する親権者の義務を検討する必要がある。本稿は、親権者の行う監護における義務に関し、子との関係について、損害賠償請求を題材に検討を試みたものである。したがって、さらに国及び第三者に対する親権者の注意義務を明らかにする必要があるところ、本稿との関係ではそれぞれの主体について以下のような点をさらに検討しなければならない。

まず、国家との関係においては、親権に対する公的介入、すなわち、親権喪失（民法834条）及び親権停止（同834条の2）と、本稿で検討した注意義務違反の関係が問題となる。ドイツ法において、親の配慮に対する公的介入を定めるBGB 1666条1項¹⁶⁵⁾は、その介入の要件として、「子の身体的、精神的若しくは情緒的な福祉、又はその財産に危険を生じさせ」ることを要求している。同規定は数度の改正を経ているが、現行規定においては、親権者の特定の行為が要件とされておらず、ある行為が義務違反かどうかと公的介入の要件を充足するかどうか

165) BGB 1666条1項 子の身体的、精神的若しくは情緒的な福祉、又はその財産に危険を生じさせ、かつ、両親が危険を回避しようとしないう、又は回避できないときは、家庭裁判所は、危険の回避に必要な措置を講じなければならない。

（訳は、法務省大臣官房司法法制部編・前掲注92）109頁）

かは直接の関係を有しない¹⁶⁶⁾。他方、日本法においては、「父又は母による親権の行使が著しく困難又は不適當であること」によって子の利益を著しく害するとき（民法 834 条）、「父又は母による親権の行使が困難又は不適當であること」によって子の利益を害するとき（同 834 条の 2 第 1 項）には公的介入が認められる。したがって、親権行使の不適當性のみが国家介入の要件となるわけではないが、監護についての注意義務に違反した場合に、親権行使が不適當であることに該当するかが問題になると思われる。対国家と対子という問題状況の差異や、親権に対する国家による介入と損害賠償という効果の差異なども踏まえながら、公的介入の場面において注意義務がどのような役割を果たすかを検討する必要があると考えられる。

次に、第三者との関係では、本稿で検討したような親権者の行う監護についての注意義務と、民法 714 条によって親権者に課され得る監督義務との関係が問題となる。前述（Ⅲ 1(3)）の通り、ドイツ法においては子に対して負う監督義務について BGB 832 条の議論が参照されてきた。近時、日本においては、前述の検討でも言及した通り民法 714 条の監督義務の程度や内容について、より実質的な検討が進んでいるところではあるが、本稿で検討した子どもとの関係で問題となる注意義務と、民法 714 条における第三者との関係で問題となる注意義務の内容や程度の差異も含め、さらなる検討の必要があると思われる。

(2) 第三者が子を監護する場合の検討

親権者以外の者が子を監護している場合の注意義務についての検討も必要となろう。子は親権者のもとでのみ監護されるのではない。本稿は、親権者を念頭に置きながら検討したものであるため、他の主体が子を監護する場合に直ちに妥当するものではない。例えば、未成年後見人は監護教育について親権者との同一の権利義務を有する（民法 857 条）一方で、財産管理の注意義務については、親権者

166) Staudinger/Salگو, 2020, § 1631 Rn. 37 (S. 559) は、「監督義務違反は、1666 条、1666a 条の範囲における、配慮権制限を伴う介入をもたらしうる。」とするが、これは、監督義務違反があった場合に、それによって子の福祉の危険が生じる結果として国家介入がなされ得るという趣旨であり、監督義務違反が国家介入の要件になり得るという趣旨ではないと思われる。

の場合と異なり善管注意義務が要求されており（同 869 条・644 条）、これが、未成年後見人と親権者との性質の違いの根拠として挙げられることもある¹⁶⁷⁾。未成年後見人について、本稿の議論がどこまで妥当するかについては、別途検討を要する。また、親権者でない親や、祖父母などの親族が、法的権限をもたずに事実上子を監護する場合も考えられる。このような場合については、事実上監護する者の法的地位¹⁶⁸⁾をも含め、さらなる検討が求められる¹⁶⁹⁾。

(3) 他の法領域との関係

以上の点に加えて、他の法領域、とりわけ刑法との関係も問題となる。これまで、親権行使と刑法との関係については、主に児童虐待の観点から、懲戒権を中心に議論が行われてきたように思われる¹⁷⁰⁾。しかし、本稿で扱ったような監督類型についても、適切な監督を行わなかったことにより、子の生命・身体を害することになれば、刑事上の処罰の対象にもなり得る（具体的には、（重）過失傷害罪（刑法 209 条、同 211 条）、（重）過失致死罪（同 210 条、211 条）、保護責任者遺棄・不保護罪（同 218 条）などの成立が問題になり得えようか）。親権者に対する萎縮効果を排除するために親権者に課される義務内容を明らかにすると、この本稿の問題意識からは、刑法上どのような親権行使が処罰の対象となるかを明らかにし、それと民法上の注意義務違反とがどのような関係にあるのかを明ら

167) 親権者による代理権濫用についての最判平成 4 年 12 月 10 日民集 46 巻 9 号 2727 頁の射程に関する指摘として、石田剛「親権者による子の代理と利益相反・代理権濫用」水野ほか・前掲注 152) 44 頁。

168) 親権者以外の者が、子に対して「正当なしつけ」ができるかについて検討するものとして、石綿はる美「懲戒権規定の見直しをめぐる（続）」法セ 815 号（2022 年）97 頁。

169) とりわけ、親権を有さない親については、民法 817 条の 12 第 1 項に示された親の責務が、注意義務の程度及び内容についてどのように影響を与えるか検討される必要があると思われる。本稿の議論の対象である民法 821 条と、同 817 条の 12 第 1 項との関係については、II 3(4)参照。

それ以外の親族については、子と間の親族関係や事実上の監護の在り方が、注意義務の程度及び内容に与える影響を検討する必要がある。この検討においては、親族関係のない者が子どもを監護する場合の注意義務との比較検討をすることが考えられる（例えば、隣人の子を好意で一時的に預かったときの監督が問題となった、津地判昭和 58 年 2 月 25 日判時 1083 号 125 頁がある。）。

170) 例えば、深町晋也『家族と刑法』（有斐閣、2021 年）189 頁以下。

かにすることが望ましい。したがって、親権者の義務を考えるには、刑法学の議論を参照する必要もあろう¹⁷¹⁾。

[謝辞] 本稿は、一橋大学法科大学院在学中に執筆したりサーチペーパーに加筆・修正を行ったものである。本稿の執筆にあたり、公益財団法人末延財団より、法科大学院奨学生として奨学金の支援を賜ったこと、心より感謝申し上げる。

171) 近時のものとして、池田直人「保護責任者遺棄罪の実行行為とその故意（その1）～（その4・完）」法セ817号118頁～821号101頁（以上、2023年）、同「子どもの不保護事例と故意の不真正不作為犯」刑法63巻1号（2023年）88頁、杉本拓海『親権の行使とその可罰性』（成文堂、2025年）。