

グロースフェルト・ムント共著 「BGB832条1項に基づく両親の責任」

佐 藤 啓 子 訳

解 題

本論文は、グロースフェルトとムントによる論文 „Die Haftung der Eltern nach §832 I BGB“ (FamRZ 1994, 1504) の訳である。

近時、日本でも責任無能力者に対する監督責任（民法714条）について議論が沸騰している。未成年者^(a)に続いて、高齢者^(b)において、理論構成は異なるが監督責任者の賠償責任が否定されたことによる。

ドイツ民法（以下 BGB）では、832条に以下のように規定されている。

「832条 法律により、未成年、精神的身体的状態により監督を必要とする者の監督を行う義務を負う者は、その者が第三者に違法に与えた損害を賠償する義務を負う。賠償義務は、もし彼が自らの義務を履行した場合や適切な監督をしたとしても損害が生じたであろう場合には生じない。

2 契約によりその監督を引き受けた者も同様の義務を負う。」

グロースフェルトといえばミュンスター大学の名誉教授であり、民法（団体法）のみならず会社法の大家であるが、この論文は、BGB832条解釈について議論を巻き起こしたものであり、すでに公表されて20年以上経過しているがいまだ重要な問題提起としての位置づけを保っている。その点で、翻訳する意味があると訳者は判断した。

(a) 最判平成27年4月9日民集69巻3号455頁。

(b) 最判平成28年3月1日民集70巻3号681頁。

なお、注 1 にある通り、本論文中に条文が引用されている場合には、特に付記されていない場合には BGB の条文を指す。また論文後半に Altersversorgung という語が多用されているが、周知の通りこれには老後の生活に備えること（本論文では老後の生活保障と訳した）と老齢年金の両義があり、適宜訳し分けた。

この論文は監督責任のあり方について 2 つの像を提示する。1 つは親の監督者責任の社会保険化、もう 1 つは親の責任を故意・重過失に制限する解釈である。その背景として、立法経緯と現在の社会情勢との違いを指摘している点は説得的である。確かに子供たちの今置かれている情勢は立法当時とは異なっており、付言すれば、遊びに対する教育学的評価なども変化している。また、企業リスクと子のリスクでは子のリスク評価の方が難しく、また損害賠償責任保険でカバーしきれないケースが裁判所に来ている、と企業法の碩学が主張しているところが興味深い。

損害賠償責任保険がモラルハザードを引き起こすことは損害賠償法の世界でよく言われることであるが、社会保険となればなお一層そうであるという主張が予想される。そして、経済的合理性という人間観から推察すればそれは正しいように思われる。実際には、子の将来的な社会での活躍を祈る親は、成年になってからを見据えた指導をするであろうが、そのような余裕のない親も存在するかも知れない。

また、解釈上の反対説として、例えばカノフスキは、親を免責する場合には利益を受ける者と不利益を被る者が一致しないことを理由に本論文に反対する。

筆者としては、社会の変化において親の監督義務には以前と違う限界があるという点において、この論文に賛意を表す。また、解釈学としてではなく制度設計として、社会保険化は一つの選択肢に思われる。ただし、実現可能性は度外視するとしても、新規の社会保険を導入する理由として子の社会とくに老齢年金制度への利益や貢献を強調するのは説得力を増す目的であると理解しつつも、責任無能力のもう一類型すなわち成年責任無能力者をめぐる日本の状況に思いを致すのも事実である。

なお、この翻訳にご快諾下さるのみならず関係各所へ仲介の労までおとり下さった Großfeld 名誉教授と、翻訳に同意する旨の連絡を速やかに下さった Giesecking 社 (FamRZ 出版元) に、心より感謝するものである。

Ich bedanke mich herzlich bei Professor Großfeld, Münster für die großzügige Zustimmung für diese Übersetzung und die nette Bemühungen zu den Vermittlungen,

(c) 親の監督責任について、例えば NK-Kommentar/Katzenmeier, 2. Aufl., 2012, §832 Rz. 2 (S. 4688); MüKo/Wagner, 6. Aufl., 2013, §832 Rz. 2 (S. 2453); Bernau, VersR 2005, 1346, 1351.

(d) HKK/Kannowski, 2013, §§831-839a, 841 Rz. 27 (S. 2856).

und bei Verlag Giseking, Bielefeld für die freundliche Genehmigung für diese Übersetzung.

〈翻訳〉

今年は「国際家族年」であるが、目下話題のキーワードは「家族の公的収用」である。子のいる家族の負担が子のない者いかに利益になっているか、特に老齢年金に関して明らかになっている。子が第三者に違法に与えた損害を両親が賠償しなければならないと規定する BGB の条文すなわち 832 条 1 項⁽¹⁾に取り組む理由は十分にある。—これもまた家族に敵対する規定なのだろうか？

I 序

工事現場でよく見る「ご両親はお子さんのために責任を負うことになります」。この文言は、両親は子のしたことに対して常に責任を負わなければならないことを暗示する。子から第三者に生じたリスクは、常に両親に転嫁されるかのごとく読める。法律の素人にとってそして広く大衆にとってよくあるこのイメージは、法律の文言と合致しておらず、832 条 1 項によれば、両親は子の行為⁽²⁾についてはなく、自らの監督義務違反について責任を負う。しかしながら大衆の声は正しいかもしれない。なぜならば 832 条 1 項により故意過失が推定されているからである。両親は確かに免責されるかもしれないが、それはどの程度成功するものだろうか？

両親の責任の周辺には、ペットの所有者の責任（833 条）、動物管理者の責任（834 条）、被用者についての使用者の責任（831 条）の条文がある。これは偶然ではない、なぜならば 832 条 1 項はこれらの規定との類似性を示しているからである。両親は、ペットの所有者、動物管理者、使用者とよく似た責任を負う。両親の責任は個々の事例ではさらに広がっている。831 条によれば使用者は、被用者が事業執行において引き起こした損害についてのみ肩代わりする。事業との関連が必要であり、したがって使用者の責任は予見可能である。それに対して、両親は原則的に、子が引き起こしたすべての損害に責任を負う。

832 条 1 項 2 文の場合と異なって、831 条 1 項 2 文の免責証明は簡単である。また両親は、自らの監督義務を果たした場合にのみ免責されるところも異なる（832 条 1 項 2 文）。ペットの所有者、動物管理者、使用者については、彼らが「社会生活上要求される注意」をしたかが問題になる。832 条 1 項 2 文が主観的な基準に焦点を合わせているのに対し、ほかの規定は客観的な基準を選択してい

(1) 特に法律名の表記がなければドイツ民法の条文を指す。

(2) 参照、E. Deutsch, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld, 2. Aufl., Köln 1993, Rz. 335.

る。両親の厳しい責任は基本法6条に裏付けされているのか? とくに832条1項の責任は生物学的経過の上⁽³⁾にあり、意思に基づく行為に根拠があるわけではないことに注意を要する⁽³⁾。

II 歴史

1. ローマ法

832条1項はローマ法にさかのぼる。ローマ法では、部分的には法律により(例えば窃盗については十二表法で、有責な傷害についてはAquilia法で)、部分的には法務官の勅令により(例えば名誉棄損と強盗について)、家子の不法行為についての個々の損害訴権が成立した(例えばいわゆるnoxales訴権⁽⁴⁾)。それによれば、被害者は、子が父の権力下にある限り父を訴えることができた⁽⁵⁾。父はその場合、損害を賠償するか子を被害者に引き渡すかを選ぶことができた。しかし子を引き渡そうとする父は滅多にいなかった⁽⁶⁾ので、ユスティニアヌスは選択権とすることをやめ、結果として損害賠償だけが残った。ローマ法における責任根拠は監督義務違反ではなく、むしろ父は家産の所有者として責任を負った。部族法の時代(6-9世紀)に家族の責任紐帯が解消されて初めて、人は両親に責任を負わせる端緒の根拠を探索することになり、監督義務の有責な違反にたどり着いた⁽⁷⁾。

2. 普通法

責任は、「普通法」を経由してつまり100年以上もドイツのさまざまな需要に適合させられたローマ法を経由して⁽⁸⁾、そして、1794年のプロイセン一般ラント法(第1部第6章56・7条⁽⁹⁾)、1840年のフランス民法(1384条⁽¹⁰⁾)、1863年のザクセン法典(779条⁽¹¹⁾)など

(3) 両親は1626条2項、1631条1項に基づく身上監護を根拠にして、法律に基づく監督義務を負う。

(4) 参照、Gaius, Institutionen IV 76.

(5) 参照、Gaius, Institutionen IV 75.

(6) Justinian, Institutionen 4.8 §7.

(7) 見よ、W.-B. Dahlgrün, Die Aufsichtspflicht der Eltern nach §832, München 1979, S. 3; E. Deutsch (注2), Rz. 335.

(8) H. Kötz, Deliktsrecht, 5. Aufl., Neuwied 1991, Rz. 23.

(9) §56: 故意、重過失または軽過失により引き起こされた他人の無意識な行為により、自らまたは第三者に損害を与えた場合、その行為を引き起こした者はそれにより生じた損害につき責に任ずる。

§57: 精神錯乱者または知的障害者、または7歳未満の子について監督義務を負う者が、重過失または軽過失により監督を懈怠した場合には、その者も同様の責任を負う。

の当時としては新しい立法を通して、BGBへの道をたどった。⁽¹²⁾

3. BGBについての資料

BGB起草の第一委員会は監督義務の範囲をより広げ、法律上の監督義務に違反したすべての場合につき責任を負わせるようもくろんだ。監督義務がどのような関係にかなる範囲で成立するかは、「法律が」規定するものとされた（両親については親族法）。原告は監督義務の違反と損害がそれを原因とすることを証明することとされた—このことは証明責任の一般原則に合致していた。⁽¹³⁾

第二委員会はこの解釈を広すぎると考え、現在の832条1項を決定した。まず委員会は監督義務を、規定において個々に挙げられている事例に、つまり未成年者と精神障害者・身体障害者についてのみ制限した。なぜならば、監督義務が損害を防止するのは彼らについてだけであろうと考えたからである。⁽¹⁴⁾ また第二委員会は証明責任を転換した（832条1項2文）。監督義務者が証明しなければならないのは今や、彼が自分の監督義務を果たしたことまたは監督義務違反が損害の原因ではなかったことである。委員会は、監督義務者なら自分の態度の根拠を簡単に説明できる、あるいは被害者よりは簡単に説明できるし、また監督義務者が自分の義務を履行するために何をしたかを公けにしなければならないとすることは、法律上の義務の性格に合致するとも考えた。委員会はフランス民法1384条、スイス債務法61条、バイエルン草案63条及びヘッセン草案221条における類似の証明規定を参照している。⁽¹⁵⁾

III 今日の状態

832条1項は工業化時代の前のイメージに基づいている。⁽¹⁶⁾ 当時、両親と子の生

(10) Art. 1384: 第1項：人は、自分自身の行為により生じた損害のみならず、彼が責任を持つ者の行為や彼が管理している物より生じた損害についても責任を負う。

第4項：父及び、夫の死後は母は、未成年の同居の子の惹起した損害を賠償する責を負う。

(11) §779: ある者の侵害行為を阻止する特別の義務を負う者が、阻止が可能であったにもかかわらずそれを懈怠した場合には、その者はその結果につき責任を負う。

(12) 見よ、v. Kübel, in: Vorentwürfe der Redaktoren zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1980, Abschn. I, Titel 2, III, unerl. Hdlgen § 9.

(13) 参照、Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, Berlin 1888, zu § 710.

(14) 参照、B. Mudgan, Materialien, Bd. II, Berlin 1899, S. 1089.

(15) 参照、B. Mudgan (注14), S. 1090.

(16) 参照、T. Süß, Geheimsphäre und Moderne Technik, in: Festschrift f. Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, Berlin 1956, S. 189, 191.

活は農業又は手工業の影響を強く受けていた。農場や作業場で両親は働き子は遊んでいた。家族の住居はたいてい仕事場のすぐ横か上であり、住居と仕事場が入れ替わることもたびたびあった。子どもたちは早くから両親の目の届く範囲で働いていた。子どもたちだけでいることはめったになく、多くは使用人や婚姻していない家族、叔母や叔父がいて、彼らの面倒をみていた。彼らは、外で遊びたいときには、家の裏手の芝生、野原、森で遊べた。監督には支障がなく、事故はめったに起こらなかった。

産業革命は農業や手工業からの転換を引き起こした。両親と子供たちの生活と環境はドラマチックに変わった。今日、親と子の住居と仕事場は分離し、家庭という世界と職業上の世界は無理やりバラバラにさせられた。交通増加、住宅地の拡大と都会化により子は緑の平面や遊び場になかなか戻ることができない。遠隔化したことで子どもたちはたびたび自転車やバスで幼稚園や学校に通わざるをえない。子どもたちは道路交通で高額な損害を引き起こしうる。「ドイツ交通監視協会」は交通教育を推奨しているが、交通教育は子の遊びたい衝動や動きたい衝動に対処しない。したがって、交通教育は親の責任を加重化する手段となっている。

これに加えて妻と母の役割も変化している。母はしばしば就労しており、しかも家庭外で就労していることもある。今日では二重負担もしばしば生じる。母は家の中でも外でも「彼らの妻」の役割を果たさなければならない。家事の援助と学童保育の席ではそれを緩和できない。子はしばしば一人であり、監督されていない状態になる。

IV 判例

832条1項は両親の監督の要求の程度を確定していないので、何が「適切な監督」(832条1項2文)なのかを裁判所が決めている。BGHと下級審裁判所は、適切な注意であったかどうかはその未成年者の年齢と属性により決まると判示している。必要で妥当な措置がなされたかは、思慮のある両親ならばその具体的な状況下において子が第三者に損害を与えないように合理的な必要性に基いて何をしなければならぬかから判断される。⁽¹⁷⁾ 裁判所は「必要 erforderlich」「妥当 zumutbar」「思慮のある verständig」「合理的 vernünftig」という概念のもとに

(17) 多くの判決の代わりに以下を見ればよい、BGH, FamRZ 1984, 948 = NJW 1984, 2574, 2575; BGH, NJW 1969, 65, 137; OLG Celle, VersR 1988, 1240; BGH, FamRZ 1993, 666 = NJW 1993, 1003.

何を理解しているのか？

とくに頻繁に両親が責任を負うのは、子の引き起こした交通事故、火事と遊びのときの事故⁽¹⁸⁾においてである。したがってこれらの分野を検討したい。

1. 交通事故

両親は、「自転車競走」に参加してほぼ12歳の少年と衝突したバイク乗りの損害について、責任を負った。両親は彼らの息子の友人がたびたび競走していたのを知っており、彼らの息子がそれに参加していたと想定しなければならなかったという理由で、BGHは監督過失を肯定した⁽¹⁹⁾、両親は、彼らが息子の競走について何も知らなかったと証明できなかった。しかし、彼らがそれを知っていたとこ
ろで、彼らは12歳の者にそれを実際に禁止できただろうか？

似たような事例において、BGHは両親は注意義務に違反していないと評価した。7歳と8歳の男子が歩行者用路の上で自転車とキックスクーターで「けん引して」遊んでおりけん引の綱で女性歩行者をひっかけて地面に倒しけがを負わせた⁽²⁰⁾、両親は彼らの子を十分に指導し定期的に監視していた。この少年たちが正常に発達しており基本的に従順であるという理由で、BGHは、両親は特別な場合でなければ乗り物によるすべての遊びをやめさせなければならないわけではないと判断した。禁止は十分にされていた。

2. 火事

火遊びは子供たちを特に刺激するので、ここでは裁判所は両親の高度な注意と思慮を要求する。子供たちは火をコントロールできないので、普通は火事の危険がある⁽²¹⁾。

デュッセルドルフ OLG⁽²²⁾は、納屋に放火した8歳の子の母に責任を負わせた。彼女はライターを使った後、短い間不用意に食卓に置き—その横にはほかの大人が座っていた—息子がそれを持ち去ったのに気がつかなかった。それに対して、家の外で仕事を持つ父は、火遊びについて息子に注意したことで注意義務を尽くしたとされた。その午後彼は出張に行ったので息子を監視できなかった⁽²³⁾。裁判所は、家にいる母が黙示的に一人で監督を引き受けたという前提に立った。

(18) 参照、H. Kötz (注8), Rz. 312.

(19) BGH VersR 1961, 838. (訳注：この事件の加害者はバイクに乗っていた息子であり、被害者は12歳の息子の友人で、自転車に乗っていた)

(20) BGH VersR 1965, 606.

(21) 以下の判決のみ見よ、BGH, FamRZ 1986, 1080 = NJW-RR 1987, 13, 14; OLG Karlsruhe, VersR 1985, 599; BGH, VersR 1965, 523; OLG Düsseldorf, VersR 1983, 89.

(22) OLG Düsseldorf, FamRZ 1991, 1294 = VersR 1992, 321.

BGHは、ほぼ8歳の少年がマッチで納屋に火をつけた事件について判断した。マッチが貯蔵室で階段状の棚の一番上の段に保管されていたことにより、両親は注意義務に違反した。彼らの息子はそこでマッチを発見し手に入れることができた。両親は、彼らの子供が正常に発達して火遊びの傾向がなかったにもかかわらず、火の危険性について注意し定期的にポケットチェックするだけでは免責されなかった。BGHによればこのような要求は両親にとって過重ではない。第三者にとっての子の危険は両親に「より」帰責可能である、というのは両親は最終的には保険を掛けることが可能だからである⁽²⁴⁾。

そのほかのBGHの事件では、息子が友人を訪ねた時に友人が彼にライターを贈った。息子はそのライターで納屋に火をつけた。BGHは、7歳の息子がそれまで火遊びをしたことがなかった場合、特別な事情がなければ彼が火だねを持つかどうか両親がコントロールしなくてもよいとした⁽²⁵⁾。彼らは時折息子に火遊びの危険性について指導すれば十分であると判示したのである。

またBGHは、12歳の息子に装飾品箱からいくつかのネックレスを与えた母親を免責した。息子はその際—母親は気づかなかつたが—ライターを取り去り、それにより翌日納屋の藁のなかに火をつけ、納屋は焼失した⁽²⁶⁾。

3. 遊び中の事故

レンズブルグAmtsGは、7歳の子の両親に責任を負わせなかった。両親は監督なしに歩道で子を遊ばせた。子は遊びで歩道に乗り上げて駐車していた車にリヤカーで擦り傷を作った。裁判所は、両親は他人の所有権の保護のために子が歩道の上で遊ばせないようにする必要はなく、また子を常に監督しなければならない必要もないと判示した⁽²⁷⁾。

それに対してKGは、約7歳の息子が遊んでいておもちゃの飛行機で少女の眼を傷つけたことに対し母親への請求を認めた。裁判所は、母親が口の閉じた「サブライズバッグ」を息子に与え、その中におもちゃの飛行機が入っていたことを母親の過失と見た。「サブライズバッグ」の中に入っていたおもちゃの飛行機のことを母親が知らなかった点は、母親に有利ではなかった。彼女は中身が安全であるかどうかサブライズバッグをチェックしなければならなかったとされた⁽²⁸⁾。

マインツLGは6歳の子について母親に異なる判断をしている。彼女は家の後ろの遊び場で子供たちを遊ばせていた。彼女が子供たちを呼んだとき、彼女の3歳の娘は家に直接帰らずに道路の上を横切り車の前に飛び出した。車の運転手はよけたがその際駐車

(23) OLG Düsseldorf, FamRZ 1991, 1294 = VersR 1992, 321, 322; OLG Koblenz, ZfS 1987, 162 も参照。

(24) BGH, FamRZ 1983, 874 = JR 1983, 413.

(25) BGH, FamRZ 1986, 1080 = NJW-RR 1987, 13; BGH, FamRZ 1969, 274 も結果として同じ。

(26) BGH, FamRZ 1993, 666 = NJW 1993, 1003.

(27) AmtsG Rendsburg, VersR 1966, 839.

(28) KG, FamRZ 1992, 550.

車両に突っ込んだ。裁判所は、直接の帰宅経路が危険でないならば母親は子を遊び場に迎えに行く必要はなく、子が彼女の呼び声に従わず交通事故を起こす可能性を考慮に入れる必要もないと考えた。⁽²⁹⁾

BGH が判断した事例では、約 7 歳の若者が二人の友人とともに、親の家から 100 メートルほど離れた工事現場で遊んでいた。この若者は、通り過ぎた少女の顔にしつこいを投げつけ、少女は目を怪我し、視力が低下した。若者の母親が息子を工事現場から呼び戻したり連れ戻したりしなかったことを理由に、BGH は母親に責任を認めた。彼女が子を家から観察できたというだけでは不十分である。⁽³⁰⁾ BGH は、工事現場は経験次第で特別な危険をはらみうることをその理由としている。この判決では、父親が第二審では勝訴しているが母親はすべての審級で敗訴していることから興味深い。⁽³¹⁾

これらのいくつかの例から、両親の監督についての一般規定を立てるのがいかに難しいかが明らかである。BGH は下級審よりも原則的に厳しく判断しているとは言えないし、その逆も言えない。危険を内包している状況が存在すればすぐ(例えば工事現場事例) BGH は厳しい監督を要求する。判決はそれぞれの事例に基づいていて、予見可能ではない。

V 責任保険

1. 根拠として

裁判所は監督義務の書き換えのために「必要」「妥当」「思慮のある」「合理的」などの漠然とした概念を使っているので、様々な裁判所はバラバラな結論に至っている。免責証明がなかなか成功しないのは、たいてい監督措置の証人がいないからである。⁽³²⁾したがって両親は弱い立場にある。そこで Schmid はすべての両親に、責任保険を締結するよう勧めている。この根拠は、両親の責任を正当化するのにますます援用されている。

オルデンブルク OLG は最近、保険にかけていない子の火遊びについて母親は責任を負うと判示した。両親は保険を掛けることができたということを根拠とする。⁽³³⁾ BGH も責任保険により根拠づけることがある。すなわち、第三者にとって子が原因となるリスクは、それを妥当なやり方で保険に掛けることが可能であるため、そのリスクを両親に帰責すべきであるというのである。⁽³⁴⁾

(29) LG Mainz, VersR 1976, 548.

(30) BGH FamRZ 1965, 75.

(31) FamRZ 1965, 75, 76 では、編集者の注釈もそう書いている。

(32) Schmid, VersR 1982, 822, 825.

(33) OLG Oldenburg, FamRZ 1994, 833.

2. 根拠としての確かさ

しかし、保険に入ることができたという理由で、両親を経済的な破たん⁽³⁵⁾に追いやることができるか? 責任保険の可能性は832条1項2文の存置を正当化するか? たいていの両親は保険に入っていない。そして入っていたとしても、不法行為による損害は一まさしく子の火遊びにより発生するようなもの⁽³⁵⁾は一保険金額を超えたりまたは保険可能性の限界の外にあたりしうる。ベルリンで最近、落書きスプレーをした7歳児が警察に見つかり、彼は家の壁と地下鉄車両に百万マルクに達する損害を引き起こしていた。彼の両親は子の損害を負担しなければならなかった。

上記デュッセルドルフ OLG⁽³⁶⁾の事例では(母親がライターをテーブルに置き忘れた事例)、原告の火災保険と母親の責任保険でカバーされなかった損害121,000DMが問題となった。保険により填補されない金額は、装飾品箱からライターを持ち去った息子の母親に対する上記の訴訟の対象にもなった。母親の責任保険は原告に81,000DMを支払ったが、彼は不足している92,000DMを母親に請求したのである⁽³⁷⁾。

3. 結論

これで、責任保険により経済的な生計の破たんが常に避けられるわけではないことがはっきりした。それに加えて、すべての者が責任保険を締結できるわけではない。保険をかけるという決断は両親の情報レベル、経済的知的可能性にかかっている。付保可能性という根拠⁽³⁸⁾は、まさしくもっとも厳しい事態に陥りかねない「社会的弱者」を不利に扱う⁽³⁹⁾。

「目下の好ましからざる状態」⁽³⁹⁾は、原動機付車両におけると同様に保険強制に移行すれば取り除けるかもしれない。そうなれば、多くの両親が保険に入っていないという問題は解消するだろう。von Hippelはこのような場合について、客観的加入義務、すなわち両親の危険責任を認めている⁽⁴⁰⁾。

(34) BGH, FamRZ 1983, 874 = JR 1983, 413; BGH, FamRZ 1986, 1080 = NJW-RR 1987, 13, 14.

(35) この点について、die Beispiele bei Berning/Vortmann, JA 1986, 12, 13 と、H.-J. Albilt, Haften Eltern für ihre Kinder? Pfaffenweiler 1986, S. 4 に挙げられている例を参照。

(36) OLG Düsseldorf, FamRZ 1991, 1294 = VersR 1992, 321.

(37) BGH, FamRZ 1993, 666 = NJW 1993, 1003.

(38) 参照、Canaris, JZ 1990, 679, 680.

(39) v. Hippel, FamRZ 1968, 574, 575 を見よ。

(40) v. Hippel, FamRZ 1968, 574, 575; 彼に賛成するのは Berning/Vortmann, JA 1986, 12, 20 と H. Kötz (注8), Rz. 332.

強制責任保険となれば、それにより損害はもはや両親だけに負わせられず、集団に分配されるであろう。しかし、両親が子に（強制）責任保険の保護の下でのみ養育することができるとするならば、それはグロテスクではないのか？ 強制責任保険は見せかけだけの解決であって、両親責任の結果を食い止めるが、問題そのものを解決しない。問題は、832条1項の規定と、裁判所が同条につき判示している厳しい判断基準なのである。

VI 未成年者自身の責任

被害者が未成年者自身を相手にすることにより832条1項は相対化されるであろうか？ 両親の832条1項による責任は、人は自分の行為により第三者に違法に損害を与えた場合にのみ責任を負うとする原則の例外を形成しており、したがって、未成年者自身の責任が優先的に検討されるべきである。しかしそのことは両親の負担を軽減しない。なぜならば両親は832条1項によりこれの未成年の子と並んで責任を負うからである。両親と子の間で連帯債務関係が成立し、彼らの内部求償は840条2項により判断される⁽⁴¹⁾。

被害者はまずは賠償義務のある両親につきまとうであろう、というのは彼らには未成年の子よりも通常は資力があるからである。両親は子との関係で840条2項による求償権を持つが、自らの子に対して彼らはめったにそれを主張しないし、特に子は一般的に財産を持たない。

VII 養育義務

子の監督に際し両親は葛藤にさいなまれる。一方で彼らは832条1項により第三者に加害をしないよう彼らの子を監督する。他方で彼らは彼らの子を自立し責任の自覚ある行動ができるように育てなければならない（1626条2項、1631条1項に関連した基本法6条2項）。監督は確かに公共の利益において行わなければならないが、子の人格が自由に展開できるという子の利益においても行わなければならない。

「監督」が「養育」と等置できなかつたとしても、相互関係がそこにある⁽⁴²⁾。判例によれば、必要な監督のためにはこれまでの養育の成果も問題となる。養育の⁽⁴³⁾

(41) H.-J. Albilt (注35), S.7.

(42) RG はすでに、両親は養育の責任について、832条の枠内では責任を負わないと明示的に強調している; 参照 RGZ, 50, 60.

成果が良ければよいほど、両親のしなければならぬ監督措置は少なくなり、逆もまた然りである⁽⁴⁴⁾。

裁判所が832条1項により要求する監督の基準は、1631条を限界としなければならず、親の養育という使命に反してはならない⁽⁴⁵⁾。今日確かに反権威主義的な養育概念は克服されたが、両親はその子に特有の発展可能性と経験可能性をますます与えている—まさしく現代の教育学が教示するとおりに、である。両親が彼らの子を独立し責任の自覚ある人に育てたいのならば、両親は子供を人と危険とに導かなければならない。子供たちは早い時期に自己の経験から学ばなければならぬ。未成年の子は、まだ「状況を把握して」いなくとも道路交通に参加しほかの人と接触しなければならぬ。したがって、両親に教育的裁量を与えなければならぬ。たとえばツェレOLGが、両親が彼らの6歳の子を、慣れた自転車専用道をひとりで自転車で走らせたことを認めたように、判例はこの間このことを時折考慮している⁽⁴⁷⁾。しかし、このような自明の理すら裁判上確定されなければならぬものであろうか。

VIII 連帯責任

1631条からは、父母は、互いに独立して、子を監督しなければならぬ。各の親は自分の注意義務違反に責任を負う。その者に他方の過失を帰責させることはないし、その者の注意により他方を注意義務から解放することもない。

裁判所は、どのような監督義務を各の親が負うかそしてその者がそれを履行したかを、ひとりひとりの親に分けて判断すべきであろう。しかしそれはめったになされない。たいてい裁判所は「両親」⁽⁴⁸⁾の監督義務違反について述べ、法律が要

(43) BGH, FamRZ 1980, 235 = NJW 1980, 1044, 1045 = VersR 1980, 278, 279; BGH, FamRZ 1984, 948 = NJW 1984, 2574, 2575; BGH, FamRZ 1993, 666 = NJW 1993, 1003.

(44) 参照、W.-B. Dahlgrün (注7), S.56.

(45) E. Jayme, Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen, Frankfurt am Main 1971, S. 154.

(46) H. Kötz (注8), Rz. 315 もそうである。

(47) OLG Celle, NJW-RR 1988, 216; 類似した事件として BGH, FamRZ 1976, 330 = NJW 1976, 1684; BGH, FamRZ 1984, 948 = NJW 1984, 2574, 2575; BGH, FamRZ 1980, 235 = VersR 1980, 278, 279.

(48) 判例は数多くあるが以下の裁判例を参照すれば足る、OLG Celle, NJW-RR 1988, 216; BGH, FamRZ 1983, 874 = JR 1983, 413; BGH, FamRZ 1986, 1080 = NJW

求している個別検討をあいまいにする。裁判所は個別責任原則を、法律とは無縁な「両親の連帯責任原則」⁽⁴⁹⁾に置き換えている。それらはたびたび詳細な根拠づけなしに、一方の行動を他方の監督義務の判断に援用する。このことは帰責にも負責にも同様である⁽⁵⁰⁾。

被害者にとって、法律に反した「両親の連帯責任」は利益になりうる。このような形で、被告である母が無資力で原告は父の財産へかかっていることができないというリスクが、被害者には存在しないことになる。しかし、このように原告に有利になるかもしれないとしても、それで誤った法律適用を正当化することはできない。

IX 差別的取り扱い

母と父の帰責を分けて検討している数少ない事例においては、たびたび母が主婦として子のそばにいて母が不利であることが目につく。裁判所は不在である父には予防的措置のみを要求しており、父は子に一般的にまたは仮のきっかけがあるときに教導し、注意し、場合によっては禁止を言い渡せば十分であるとする⁽⁵²⁾。それに対して、子と一緒にいる母は、禁止と注意を実行しなければならない。自分が見守られていないと考えているときに子が交通上安全にかつ適切に教えを守っているかを、母親は気づかれぬように点検し調べなければならない⁽⁵³⁾。子から期待可能な距離にいてることにより、母には高度な注意義務が成立する。したがってたいいて母は監督過失が認められる。裁判所はこのことを、確かに、単に両親の連帯監督の欠如として認定することによりあいまいにしている⁽⁵⁴⁾。しかし母はそこにいてという理由だけでより高度な責任を負担しており、彼女は、家で子の横にいてという理由で不利になる。このことは家にいて子のそばで職業活動をしている女性への差別である。

-RR 1987, 13, 14; OLG Hamm, VersR 1984, 244.

(49) W.-B. Dahlgrün (注7), S. 186.

(50) OLG Oldenburg, VersR 1972, 54, 55; BGH, FamRZ 1990, 1240 = NJW 1990, 2553, 2554.

(51) Immenga, FamRZ 1969, 313, 314.

(52) OLG Düsseldorf, FamRZ 1991, 1294 = VersR 1992, 321; BGH, FamRZ 1965, 75, 76.

(53) BGH, FamRZ 1984, 948 = NJW 1984, 2574, 2575; OLG Düsseldorf, FamRZ 1991, 1294 = VersR 1992, 321.

(54) Immenga (注51), 315.

X 証明責任の転換

証明責任の転換は訴訟手続にある両親を弱い立場にする。このことは正当化されるであろうか？

もう一度法制史を見てみよう。BGBの生みの親たちが証明負担を転換した根拠は、監督義務者はその態度の理由を簡単に説明できるであろうという点にあった⁽⁵⁵⁾。しかしすでに第二委員会的前提は通用しない⁽⁵⁶⁾。裁判所は今日、免責証明をすることが両親にとっていかに難しいかを証明評価の枠内で顧慮するよう試みている⁽⁵⁷⁾。

裁判所は、子のリスクは無関心な第三者よりも両親に帰責される方がよいことを理由に、子のリスクを両親に負担させるべきであると判示している⁽⁵⁸⁾。子に起因するリスクがなぜ両親に帰責される方がよいのか？「原因者主義」⁽⁵⁹⁾は根拠にならない、というのはそれでは基本法6条1項に反することになるからである。おそらく831条、833条、834条との比較が有益である。833条と834条では、責任者が自分の利益において自分が利用するために危険源を作りまたは維持しているので、証明責任が転換されている。831条は、事業主は被用者により自己の事業圏を拡大しそこから利益を得ることができるので、事業主に無責の証明を負担させている⁽⁶⁰⁾。

このように、証明責任の転換の背後には、自己の利益において第三者にとっての危険を作りまたは正当化した者が損害の責任を負うべきであるという思想が常にあり、すなわち利益を持つ者がそこから成立した不利益の責任を負うとされる⁽⁶¹⁾。子によって親は、その年齢と状況に応じて多かれ少なかれ第三者にとっての大きな危険を作る。その限りで似た状況はある。しかし子は—831条・833条・834条と異なり—両親だけの利益ではなく、世界の公共の利益でもある。

証明責任の転換は、経過を形成したのは両親であるとの考えに基づく。両親は

(55) 参照、B. Mudgan (注14), S. 1090.

(56) 参照、W.-B. Dahlgrün (注7), S. 73.

(57) 参照、BGH, FamRZ 1990, 1214 = NJW 1990, 2553, 2554; OLG Nürnberg, FamRZ 1992, 549; BGH, FamRZ 1984, 948 = NJW 1984, 2574, 2576.

(58) BGH, FamRZ 1983, 874 = JR 1983, 413; BGH, FamRZ 1986, 1080 = NJW-RR 1987, 13, 14; BGH, FamRZ 1984, 948 = NJW 1984, 2574, 2575.

(59) E. Deutsch が以下の論文でこの点を検討する: JZ 1969, 233, 234.

(60) E. Jayme (注45), S. 153.

(61) W.-B. Dahlgrün (注7), S.77.

子供に影響を与え損害を回避できるということを前提とする。両親が家庭外で働いていれば、もはやそうではない。両親が常に子供の横にいるわけではなく、より自由な養育をしているため子を常に監督しようとするわけでもない。経過は彼らの手にあるわけではない。そうでなかったとしても、環境が変化しているので両親の影響は比較的少ない—少なくとも、立法者が19世紀後半に考えた影響よりはるかに少ない。証明責任転換は今日もはや支持できない。

両親に証明負担を背負わせることはもはや正当ではない。なぜならば証明責任は今日危険責任を根拠にしているからである。危険責任はリスク配分を高額化する。私たちは子を（さらに）高額化したいとでもいうのだろうか？

XI 責任制限

832条1項によれば両親は、自らの監督義務に軽過失で違反しただけでも責任を負う。損害は、彼らが個人的に老後の生活保障 (Altersversorgung) のために節約したものを失うほど高額である可能性があり、それどころか生活基盤を失うにいたる可能性がある。どのような親が、軽過失で監督をせず短時間子に注意を向けないことは決してなかったなどということがあろうか？ 子が遊びたい衝動や発見したい衝動に襲われたとき、両親はまさしく決定的な瞬間に不注意でいる可能性がある。

BAGは軽過失については労働者の責任を排除しており、その理由は、損害は経営に制約された一般的損害リスクが現実化したものにすぎないがその損害リスクは生活基盤を失わせかねないからであるとされる。両親の責任の状況も比肩しうる。子により引き起こされた損害は(家族)経営に制約された一般的損害リスクの現実化である。両親に軽過失で責任を負わせるということは、彼らが子の養育において給付しているものを顧慮しないことになる。特に彼らの責任が生物学上の流れに基づき彼らはそれを事実上も法律上も避けられないことを顧慮する必要がある。

両親の責任は故意と重過失に制限されるべきであり、さもなければ両親は今日もはや子のリスクを負担できない。

XII 老齢年金 (老後の生活保障)

昔、子はその両親の老後の生活を保障した。この中には、両親が子から引き出

(62) 参照、BAG, ArbuR 1993, 260, 262.

した利益と832条1項による損害賠償義務により清算されるべき利益があった。今日それは変わった。子は「世代間契約」という間違った名称で呼ばれているものに基づいて年金保険を支払い、それは両親にとってではなく圧倒的に他人にとって、特に子供のいない者にとって利益となっている。子のいる家族は子のいない者に援助を与えており、それは国の老齢年金(Altersversorgung)だけでも年1,500億マルクである。子のいない者は財産形成においても優位にあり、子が家から出て行ったとしても子のいる両親はもはやその差に追いつけない。

老後の生活保障においては、以前は両親に優位があったが、今日は彼らの不利は特に顕著である。なぜならば子のいない者は今日、母に手が届かない額の年金請求権を得るからである。⁽⁶³⁾ 児童扶養控除と児童手当は、子が両親に生じさせる出費に足りない。両親は二重の損失を被る、というのは彼らの出費は子により上昇し、また彼らが責任を取らなければならないとすれば、彼らは老後の生活の準備のために個人的に節約したのもも失うことになる。このことは、子は財産的にはほとんど不利しかもたらさないことを示している。

今日、老後の生活保障の観点からは、親よりも公共の方が子から利益を受けている。両親は子の誕生、世話と養育により公共のために業績を挙げており、子は全体の利益になる。1626条2項による法律的監督義務に加えて損害賠償義務で両親に負担をかけるのは不当であり、子は今日、以前よりも公共のためにとって有益であるので、現在このように解釈されている832条1項は支持できないものである。子により引き起こされた損害は両親ではなく公共が負担するべきである。このことは、社会保険を経由すれば可能であり、そして社会保険は子からの利益をも結局ほとんどわがものにするようになる。したがって子による損害のリスクも集団に移転すべきである。なぜならば、利益をそこから引き出す者は、その不利益も引き受けなければならないからである。

XIII 子＝損害？

832条1項に基づいて両親の責任について判断しなければならない裁判官は、「択一的判断」を迫られる。被害者が何の利益も得られずに終わるか、両親が損害賠償をしなければならないかのいずれかである。一面において、被害者が損害賠償のないままにされるのは過酷であり、被害者にとっては、加害者が未成年か

(63) 参照、Klaus Kramer, Geld ist nicht alles, in: Hamburger Abendblatt vom 16. 6. 1994.

(64) 参照、Konrad Adam, Weniger Kinder, in: FAZ vom 24. 2. 1994.

成年かやその訴訟の相手が未成年者の親か成年者自身かは関係ない。他面において、子が引き起こした損害は、両親の責任を不当にし彼らの生活基盤を失わせるほど高額になる可能性がある⁽⁶⁵⁾。

損害の高額ぶりは両親に対する多くの訴訟から説明がつく。個々の裁判所はさまざまな結論を出しており、最終審でどのような結論になるかは、ほとんど予見できない。このことだけでも、832条1項がいかに改正が必要で改善が可能かがわかる。以上より、両親の負担を軽減するために、証明責任の転換を廃止し彼らの責任を故意と重過失に制限すべきである。

(65) 参照、H. Kötz (注8), Rz. 314 f.