

【判例研究】

鬼ごっこ中の傷害事故と不法行為の成否
——最判昭37・2・27、高松高判令3・4・9——

中京大学法務研究所特任研究員 博士（法学）

奥野久雄

はじめに

鬼ごっこの遊戯中におこなわれた傷害行為に関する最高裁判決として、昭和37年2月27日の判決は、今日も重要な意義を有しているものと考えられる。そして、最近では、下級審において、同様に鬼ごっこ中に生じた傷害事故についての判決が出されている。双方の判決を比べてみると、法律構成、結論とも異なっており、注目される。さらに、後者の下級審判決は、その判決理中に、最高裁の平成27年4月9日のサッカー遊戯判決⁽³⁾を引用しており、両判決の関係も、興味深い。

1 問題の所在

民法712条は、未成年者が他人に損害を加えた場合において、自己の責任を弁識するに足りる知能（責任能力）を備えていなかったときは、その行為について賠償の責任を負わないと規定している。そして、民法714条は、これを受け、「責任無能力者がその責任を負わない場合において、その責任無能力者を監督する法定の義務を負う者は、その責任無能力者が第三者に加えた損害を賠償する責任を負う」と定めており、そのただし書において、「監督義務者がその義務を怠らなかったとき、又はその義務を怠らなかったとしても損害が生ずべきであったときは、この限りでない。」と規定している。責任無能力者の監督者責任を定めたものにほかならない。

この責任の要件は、イ）責任無能力者の違法な加害行為があること、すなわち、責任無能力者が、責任能力以外の他の不法行為の要件を充足していることである。たとえば、子供が鬼ごっこで遊んでいたところ他の子供を負傷させたような場合には、違法性がないから、親権者の責任もない、と解されている（前掲最判昭和37・2・27）。ロ）監督義務者が「その義務を怠らなかった」こと、及び、「その義務を怠らなくても損害が生ずべきであった」ことの主張立証がないことである。従来、この者が、その立証に成功し、免責されることはほとんど不可能であるとされてきた。この意味で、それは実質的に無過失責任化⁽⁴⁾していた。そして、すでに触れたように現在もこれに倣うかのように下級審において、鬼ごっこ遊戯事案で親権者の監督者責任を認めた裁判例が存在する。

そこで、本稿では、以上の裁判例を紹介し、若干の検討を加えたいと思う。

2 裁判例の紹介

(1) [1] 最高裁昭和37年2月27日判決

〈事実〉小学2年の児童が休み時間中に鬼ごっこ—追っかけたり、逃げたりして遊ぶこと—をして遊んでいた。その際、鬼に追いかけていた児童Aが教室外に逃げようとして丁度教室に接続している廊下の所に居合わせた小学1年の児童X₁に「背負うて」と頼んだところ、この児童X₁が承諾して背を向けたので急いで背負われると同時に「走ってんか」といって走るように促したところ、背負った児童X₁は身体の平衡を失って転倒し傷害を負った。児童X₁とその両親X₂・X₃は、背負われた児童Aによる不法行為に当たるとして、その保護者たる両親Y₁・Y₂に対し損害賠償を請求した。原審は、一般にこのような未成年の責任無能力者の行為が不法行為となり監督義務者の責任が生じることについては民法714条の明定するところであるが、ただこのような場合法定の監督義務者は責任無能力者の如何なる行為についても責任を負わなければならないわけではない。すなわち、責任無能力者の行為については一般の不法行為の要件である故意、過失を云々する余地はないとはいえ、その行為は他の要件である違法性を充足するものでなければならない。ところが、X₁はAの背負われて逃げようとするのを承諾して背負ったのであってX₁自身もその時、鬼ごっこの遊戯に加わったものとみななければならないから、遊戯行為の一員としてその結果を甘受すべく、X₁の行為は違法性を欠くと解した（請求棄却）。

〈判旨〉「X₁の負傷は、加害者とされるAら児童の『鬼ごっこ』なる遊戯行為中X₁がそれに関与した上で発生したものと認められるから、所論のように経験則、社会通念ないし条理に反するものとは認め難い。

さらにまた、自己の行為の責任を弁識するに足りる知能を具えない児童が『鬼ごっこ』なる一般に容認される遊戯中前示の事情の下に他人に加えた傷害行為は、特段の事情の認められない限り、該行為の違法性を阻却すべき事由あるものと解するのが相当であるから、Aの原判示行為は、客観的にみて条理上是認しうべきものであって違法性を欠く旨の原判決の判定は正当である。従って、上告人らX₁X₂X₃の主張の本件不法行為は、その客観的要件である違法性を欠くから成立しないとして上告人らの本件請求を排斥した原判決の判断は正当であり、原判決には所論のように民法709条、同712条、同714条の解釈を誤った違法はない。」

(2) [2] 高松高裁令和3年4月9日判決

〈事実〉市が設置する小学校の児童Bは、平成24年9月4日午前10時15分頃の業間休み（以下、2時間目と3時間目の休み時間〈20分間で小運動場・図書館を利用するよう指導されている〉をいい、「休み時間」という。）中に、本件小学校の小運動場で、同じクラスのB以外の児童ら8人くらいで鬼ごっこをしていた。Bは、午前10時30分頃、鬼から逃げるために、後方を気にしながら、相当な速度で、東側出入口から本件児童玄関に走り込み、下駄箱付近で靴を履き替えていたX₁に衝突した。このため、X₁は突き飛ばされ、本件児童玄関の西側出入口付近の床面に転倒して左側頭部を打ち付け、頭部にこぶがでる傷害を負った（少しの間、起き上がることができなかった）。原審は、「X₁が休み時間中に、校舎の外に出て同じクラスの児童と鬼ごっこをして遊んでいたが、休みが残り5分程度になった午前10時30分頃、教室に戻ろうとして走って児童玄関の東側の出入口から中に

入り、下駄箱（うさぎのマークのある下駄箱）の付近で止まろうとしたところに、 X_1 とは別のクラスの児童らと鬼ごっこをしていたBが、児童玄関の西側の出入口から玄関の中に走って入り、上記の下駄箱の南側付近で、 X_1 とBが衝突し、 X_1 が転倒した。 X_1 は、転倒後、左側頭部等を児童玄関の床に打ち付け、少しの間、起き上がらなかった。Bの保護者 Y_1 の監督義務違反について、「責任能力のない未成年者の親権者は、その直接的な監視下でない子の行動について、人身に危険が及ばないように日頃から指導監督する義務を負うものと解される（最高裁平成24年（受）第1948号同27年4月9日第一小法廷判決・民集60巻3号455頁参照）。Bは、本件事故当時9歳であり、 Y_1 はBの親権者であり、同人と同居してその監護にあっていたのであるから、 Y_1 は自己の行為の責任を弁識するに足りる能力を備えていないBに対する民法714条1項にいう監督義務者にあたるといえる。Bは、一本件事故現場である業間休みの終了間際の児童玄関は、業間休み中に校舎の外にある小運動場で遊ぶなどしていた他の多数の児童らが教室に戻るために利用することが容易に予見しえた場所であり、このような場所に走り込むということは、児童玄関を利用しようとする他の児童と衝突し転倒させるなどの事故が発生する可能性が高い危険な行為であったといわざるをえず、このことは、Bが上記の行為を鬼ごっこという小学校の児童が日常的に行う遊びの中でなされたものであったことを考慮に入れても異なる。一学校での過ごし方についてBに対しどのような躰をしていたかは証拠上不明であって、 Y_1 において民法714条1項ただし書が規定する監督義務を尽くしていたとまでは認められない。」（ X_1 とBが別々のグループで鬼ごっこをしていて、児童玄関で衝突したと認定している）と述べた。

〈判旨〉 $X_1 \cdot X_2 \cdot X_3$ の請求を認容

「本件事故当時、加害者のBは、小学校3年生（9歳）であり、責任無能力者であったと認められる。

民法714条により、責任能力のない未成年者の親権者は、その直接的な監視下でない子の行動について、人身に危険が及ばないように注意して行動するよう日頃から指導監督する義務を負うものと解され（最判平27・4・9民集69・3・455）、親権者において、同条1項の責任を逸れるためには、①責任無能力者の生活全般についてその身上を監護し教育すべき義務としての一般的監督義務及び②当該事故の態様・性質等に則したものと、危険発生の子見可能性のある状況下で権利侵害の結果を回避するために必要とされる行為をすべき義務としての具体的な監督義務の双方の観点から具体的に検討される内容の監督義務について、これを履行したことを主張立証する必要があると解される。

これを本件についてみるに… Y_1 は、Bの親権者であり、同人と同居してその監護に当たっていたことが認められるから、 Y_1 は、責任能力のないBにつき、民法714条1項所定の監督義務者に当たると解される。そして、休み時間の終了間際の本件児童玄関は、休み時間中に校舎の外にある小運動場で遊ぶなどしていた他の多数の児童らが教室に戻るために利用することが容易に予見しえた場所であり、本件事故におけるBのように、このような場所に走って入るといことは、本件児童玄関を利用しようとする他の児童と衝突し転倒させるなどの事故が発生する可能性が高いことは容易に予見できる危険な行為である。」

親権者 Y は、「日頃から B に対して、喧嘩をしてはいけないとか、家で遊んで物を壊してはいけないなどの注意をしていたことは認められるものの、学校内での過ごし方について B に対しどのような指導をしていたかは判然としないのであって、親権者 Y において民法714条 1 項ただし書が規定する監督義務を尽くしていたとまでは認めることは困難である。…

親権者は、責任無能力者の児童に対し、一般的な監督義務も負担しているのであって、児童生徒の生活の全面にわたって監督義務を負うと解されるから、児童が小学校にいる間に事故を発生させたからといって、そのことによって当然に親権者の責任が免除されるということとはできないというべきである。」

3 裁判例の検討

(1) [1]

子供の遊戯中の事故は、普通、スポーツ事故と類似した関係がその参加者相互間に存在するものといわれている⁽⁵⁾。そして、遊戯に参加する子供らは、責任能力がないことが多く、遊戯の過程でいろいろな危険に遭遇しながら成長する側面（遊戯の効用）もあって、これを重視する立場からすれば、過失や違法性の判定が微妙となることであろう。つまり、過失否定や違法性阻却を認める傾向が強まろう。それだけ被害者救済の余地が狭ばまり、民法714条の趣旨を損ないかねないであろう⁽⁶⁾。この点について、谷口知平博士は、「責任無能力者であり被害児童の親権者や監督義務者は、一応学校で鬼ごっこなどして遊ぶことに同意を与えていると認めてよいので、鬼ごっこ中の通常の傷害については違法性を欠くものとして加害児童の監督義務者の免責を認めてよいであろう。けれども、本件の如き重大な傷害については被害児童の親権者等の承諾も、違法性を阻却せぬものとして、加害児童の監督義務者の責任を認めるのがよくはないか」と考えられており、その責任の基礎を衡平責任に求める見解を表明されている⁽⁷⁾。この衡平責任の考え方は、被害者の過失をどの程度の範囲で考慮すべきかという過失相殺の制度と類似の基礎を有しており、その点で、[1] 判決と問題の局面を異にするように思われる。もっとも、この判決は、被害児童が遊戯に参加したうえで、こうむった損害であることを認め、鬼より逃げるために被害児童の背中へ乱暴にとび乗った行為は社会観念上是認しうべきもので違法性を欠くものと解され、その前提として「鬼ごっこ」は一般に容認される遊戯であり、このような遊戯中の傷害行為は、違法性を阻却される事由にあたり、特段の事由があるときは違法性を阻却しないが、本件の如き事情のもとでの傷害は特段の事情のない場合と認めるべきであると解されるからである⁽⁸⁾。かくして、不法行為の成否の判断にあたって子供の成長・発達に配慮する遊びの効用が考慮されるのであろう。一応、妥当な判断であるといえるが、むしろ、本件事故は、一般に容認されている遊戯の中で生じたものであり、児童らの鬼ごっこからは、想定しえないような結果の重大性を考えるならば、それは偶発的なものと解すべきではないだろうか。これが不可抗力によるものだとすれば、このような不可抗力は、過失責任の原則のもとでは、違法性がないとか過失がないなどと表現されうるからである⁽⁹⁾。これは、次の裁判例にもいえるのではないだろうか⁽¹⁰⁾。

(2) [2]

本件では、小学3年で9歳の責任無能力者とされる、Bについて実母Yに民法714条にいう監督義務の違反があったかどうか争われている。

この判決は、小学校の休み時間中に生じた児童同士の衝突事故に関して、民法714条によって、責任能力のない未成年者の親権者は、その直接的な監視下でない子の行動について、人身に危険が及ばないように注意して行動するよう、日頃から指導監督する義務を負うものと解して、親権者が同条1項の責任を免れるためには、ふたつの観点から指定される監督義務を履行する必要があるという。すなわち、①一般的な監督義務と②問題の事故に即した具体的監督義務がこれである。まず①について、Yは、Bの親権者であり、Yと同居してその監護にあたっていたことが認められるから、責任能力のないBにつき、民法714条所定の監督義務者に当たると解される⁽¹¹⁾。しかし、この点は、古くから学説において容認されており、議論の前提であって、むしろ問題は②であろう⁽¹²⁾。これについて判決の認定事実を拾ってみると、本件児童玄関に走って入ることは、他の児童と衝突するなどの事故が発生する可能性が高いことを予見できる危険な行為であって、親権者Yは、学校内での過しかたについてBにどのような指導していたかは判然としないのであって、民法714条ただし書の規定する監督義務を尽していたとまでは認めることは困難であると解されるという。ゆえに、[2]は、親権者の監督義務の怠りの存否について、やや厳しい判断を示しているように思われる⁽¹³⁾。

[2]で引用されている最高裁平成27年4月9日判決をみると、満11歳の男子児童Dが、「本件ゴールに向けてサッカーボールを蹴ったことは、ボールが本件道路に転がり出る可能性があり、本件道路を通行する第三者との関係で危険性を有する行為であった」が、このような行為自体は、「本件ゴールの後方に本件道路があることを考慮に入れても本件校庭の日常的な使用方法として通常の行為である」という。そして、日ごろの指導監督は、ある程度一般的なものになり、Dが本件道路に向けてボールを蹴ったなどの事情はうかがわれない、という。Dの親権者Yは、日ごろからDに通常のしつけをしていたのであり、本件ゴールに向けて蹴ったボールがたまたま道路に出たことにより、これを避けようとして本件事故が生じたということについては、具体的に予見可能であったとはいえない旨を述べており、監督義務の怠りを否定している⁽¹⁴⁾。

このようにみると、二判決は、どのように評価されるべきであろうか。後者は、児童のサッカーボール遊戯事故に関するもの、前者は、児童の鬼ごっこ遊戯事故に関するものであるが、違いは、児童の年齢差（一方は11歳、他方は9歳）、時間帯（一方は放課後、他方は休み時間）にみられるものの、これらは結果に影響を与えるものではなかろう。なぜなら、児童の行為は遊び場としての校庭の使用法として通常の行為（通常は人身に危害を及ぼすものではない行為）ともいえるからである。そうすると、後者の判決[2]は、やはり、親権者の監督義務の怠りの存否につき厳しい判断を示していることは否めないであろう。その監督義務の判断枠組を、子供の遊戯に一定の配慮をしてこれを容認する方向で措定すべきである、（予見可能性の対象に人身に危険が及ぶものとはみられない行為を据え、それを否定すべきである）ように思われるからである⁽¹⁵⁾。

おわりに

以上、[1]・[2]の判決は、一般に容認されている遊戯の中で生じた事故に関するものであり、児童の鬼ごっこからは想定しえないような結果の重大性を考えれば、偶発的なもの、不可抗力によるものであると解すべきではないだろうか。そうすると、過失・違法性が推定される、いわば中間責任の領域においても、過失・違法性がないなどと表現されるのであろう。ともかく、これらの裁判例、とりわけ最高裁のそれは、子供の遊戯およびスポーツにおける傷害の場合の免責を認める先例として、今日も活用されるべきであると考えられる。

〈注〉

- (1) 民集16巻2号407頁（坂井調査官本件解説・法曹時報14巻4号611頁）。
- (2) 判例集未搭載（奥野特任研究員本件解説・問答式学校事故の法律実務追録〈新日本法規出版2022年〉111号・112号674ノ174頁）。

原審判決

第3 当該裁判所の判断

1 争点（1）（本件事故の具体的な態様）について

- (1) 「原告X₁は、本件事故の当日、午前10時15分から開始された業間休み（休み時間）中に、校舎の外に出て同じクラスの児童と鬼ごっこをして遊んでいたが、業間休みが残り5分程度になった午前10時30分頃、教室に戻ろうとして走って児童玄関の東側の出入り口から中に入り、3年1組の下駄箱（うさぎのマークのある下駄箱）の付近で止まろうとしたところに、原告X₁とは別の同じクラスの児童らと鬼ごっこをしていたBが、児童玄関の西側の出入り口から玄関の中に走って入り、上記の下駄箱の南側付近で、原告X₁とBが正面衝突し、原告X₁は転倒した。原告X₁は、転倒後、左側頭部等を児童玄関の床に打ち付け、少しの間、起き上がらなかった。
- (2) 前記認定に対し、原告らは午前10時21分頃に、原告X₁が児童玄関内の下駄箱の側面に手を付きながら片足立ちで運動靴を履き替えていたところに、校舎の東側の出入り口から、鬼ごっこをしていたBが児童玄関に走って入ってきて、原告X₁に体当たりするように衝突した、転倒後に原告X₁は、10分ないし15分程度意識を失っていたと主張する。しかし原告らの主張は、以下の通り（略）採用しえない。」

2 争点（2）（被告Y₁にBの監督義務違反があったか否か）について

- (1) 責任能力のない未成年者の親権者は、その直接的な監視下でない子の行動について、人身に危険が及ばないように注意して行動するよう日頃から指導監督する義務を負うものと解される（最高裁平成24年（受）第1948号同27年4月9日第一小法廷判決・民集69巻3号455頁参照）。
 - (2) Bは、本件事故発生当時9歳であり、被告Y₁は、Bの親権者であり、同人と同居してその監護にあたっていたのであるから、（略）、被告Y₁は、自己の行為の責任を弁識するに足る能力を備えていないBに対する民法714条1項にいう監督義務者にあたるといえる。
- （略）Bは、走ることを禁止されていたと認められる児童玄関内（弁論の全趣旨）に走り込んで、原告X₁に衝突したものである。本件事故現場である業間休みの終了間際の児童玄関は、業間休み中に校舎外にある小運動場で遊ぶなどしていた他の多数の児童らが教室に戻るために利用することが容易に予見しえた場所であり、このような場所に走り込むということは、児童玄関を利用しようとする他の児童と衝突し転倒させるなどの事故が発生する可能性が高い危険な行為であったといわざるをえず、このことは、Bが上記の行為を鬼ごっこという小学校の児童が日常的に行う遊びの

中でなされたものであったことを考慮に入れても異ならない。

被告 Y₁ については、日頃から B に対して、けんかして相手を傷つけたり、家で遊んで物を壊したりしてはいけないと言うなどの躾をしていたことは窺われるものの（略）、学校内での過ごし方について B に対しどのような躾をしていたかは証拠上不明であって、被告 Y₁ において民法714条1項ただし書が規定する監督義務を尽くしていたとまでは認められない。

(3) この点につき、被告 Y₁ は、本件事故が業間休み中に本件小学校の校舎内で発生したことを指摘する。

これは、代理監督者として少なくとも本件小学校の校長や教諭がいたとして民法714条1項ただし書が規定する監督義務の軽減ないし同項ただし書のいう免責を主張するものと解されるが、同項ただし書の監督義務については、責任無能力者の生活全般にわたって及びうる包括的、抽象的な監督義務と解するのが相当であり、親権者の直接的な監視下でない子の行動については当該親権者の日頃の指導監督がある程度は一般的、抽象的なものとならざるをえないことを考慮に入れても、被告 Y₁ が指摘する上記の事情のみをもって上記の監督義務が軽減され、あるいは免責されるものとはいえない。

(4) 以上によれば、被告 Y₁ は、B の行為により発生した本件事故によって原告 X₁ に生じた損害を賠償すべき義務を負う。」

- (3) 民集69巻3号455頁。
- (4) 加藤一郎『不法行為』（有斐閣、1957年）162頁、幾代通『不法行為』（有斐閣、1992年）192頁は、「監督義務者の無過失の立証は容易に認められないのが実際である。」とされる（補訂 徳本伸一）。
- (5) 楠本安雄「遊戯・スポーツ中の事故と違法性」林良平・中務俊昌編『判例不法行為法』（有信進堂、1966年）149頁。
- (6) 楠本前掲（注5）149頁。
- (7) 谷口知平「『鬼ごっこ』中の傷害行為に違法性がないとされた事例」（民商法雑誌有斐閣、1963年）606頁同『民法論第4巻不法行為・宗教法の研究』（有斐閣、1991年）304頁所収、楠本前掲（注5）も同旨。
- (8) 坂井前掲（注1）621頁（〔1〕判決は本件を違法性阻却の問題とみる。もっとも、「鬼ごっこ」遊戯の定義からして、被害児童が遊戯の参加者とみなされるか否かは、問うところではないとされる）。
- (9) 坂井前掲（注1）622頁。児童の遊戯について、一般に容認される根拠は何か。これは遊戯の性質上、当然の事柄、又は児童間の通常の遊びに伴う社会的に許容されたもの（危険）に求められるであろう（賀茂川幸夫『Q&A 学校トラブルの対処術』（ぎょうせい、2010年）456頁参照）。もっとも、遊戯の性質上当然の事柄として、子供の成長を促す効用等を提示してはどうだろうか。
- (10) 加藤一郎「『不可抗力』について」『民法ノート（上）』（有斐閣、1984年）145頁。
- (11) この議論（三木千穂「精神上の障害による責任無能力者の監督者責任」〈月報司法書士549号2017年〉25頁）は、認知症により責任能力のない者の法定監督義務者に関する判決（最判平成28年3月1日民集70巻3号681頁）の影響であろう。
- (12) 奥野前掲（注2）674ノ81頁。
- (13) 奥野（注2）674ノ81頁。
- (14) 奥野久雄「未成年者の不法行為と監督義務者の責任」月報司法書士509号（2017年）21頁。
- (15) 奥野前掲（注14）21頁。なお、久保野恵美子「責任能力のない未成年者が他人に損害を加えた場合におけるその親権者の民法714条1項に基づく責任」法学教室420号（2015年）52頁及び林誠司「監督者責任の再構成」私法69号（2007年）176頁参照。（本件では、小学校の責任についても否定されている。）

