

論 説

事務管理制度とボランティア活動 (1)

田 中 謙 一

I. はじめに

1. 問題意識
2. 叙述の順序

II. ボランティアの「無償 (性)」に基づく責任軽減

1. ボランティアによる侵害行為とその責任に関する議論の方向性
2. 隣人訴訟 (津地判昭和58年2月25日判時1083号125頁)
 - (1) 「無償 (性)」と「好意」
 - (2) 契約の成否
 - (3) 過失判断
 - (4) 賠償額の縮減
 - (5) 小括
3. 津市「四ツ葉子供会」事件訴訟 (津地判昭和58年4月21日判時1083号134頁)
 - (1) 過失判断
 - (2) 賠償額の縮減
 - (3) 小括
4. ボランティア活動と「無償 (性)」
 - (1) 「無償 (性)」という共通点
 - (2) 「無償 (性)」を手掛かりとする議論の問題点
 - (3) 信義則に基づく賠償額の縮減と人身損害
5. 小括 (以上、本号)

III. ボランティア活動と新たな責任判断の枠組み

1. 「素人」としてのボランティア
2. 保護監督型のボランティア活動におけるボランティアの支配

(2) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

3. 小括

IV. 事務管理制度とボランティア活動

1. わが国の事務管理制度
2. ドイツ民法678条
3. スイス債務法420条3項
4. 事務管理制度とボランティア活動
5. 小括

V. むすび

1. ボランティアによる侵害行為に対する責任判断枠組みの再構成
2. 責任軽減事由との関係

I. はじめに

1. 問題意識

本稿の目的は、ボランティア活動中にボランティアにより（活動の）受益者にもたらされた損害に対する責任判断の枠組みについて、事務管理制度を手掛かりに、検討を試みるものである。

先行研究も指摘するように⁽¹⁾、ボランティアが受益者にもたらした損害に対する責任判断については、昭和50年代に起きた2つの事件、すなわち、隣人訴訟、および、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟を契機として、一時期議論が沸騰したが、その後、この点に関する議論は沈静化してきた。もっとも、2017年に開催された私法学会第81回大会では、「非営利法人に関する法の現状と課題」と題されたシンポジウムの中で、責任判断に関する報告・議論がなされ⁽²⁾、この点に関する議論の必要性が再確認されたと思われる。社会に目を向けると、約30年にわたる平成の時代には数多くの災害が発生し、その災害復旧・復興支援などにおいてボランティア活動が果たした役割は大きかった。また、来年開催される東京オリンピックに向けて、これ

(1) 米村滋人「大災害と損害賠償法」論究ジュリスト6号（2013年）69頁。

(2) シンポジウムにおける議論の詳細については、「非営利法人に関する法の現状と課題」私法80号（2018年）3-56頁。責任判断の枠組みに関する基調報告に関しては、橋本佳幸「非営利法人と不法行為責任」NBL1104号（2017年）40-43頁。

までボランティア活動に関心のなかった市民も活動への参加を検討している。しかし、多くの人がボランティア活動に携わるならば、必然的に受益者への侵害行為も増加せざるを得ない。執筆者は、ボランティアが受益者にもたらした損害に対する責任判断の枠組みについて、改めて検討を行う必要があるのではないかと考えている。

翻って考えてみると、隣人訴訟、および、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟のあと、ボランティアによる侵害行為に関する議論が下火になっていったのはなぜであろうか。確かに、当時の社会におけるボランティア活動の役割は今ほど大きくなかったが、それでもボランティアによる侵害行為は皆無ではなかった⁽³⁾。

執筆者は、議論を鎮静化させた理由について、隣人訴訟、および、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟に端を発する議論が、ボランティアが受益者にもたらした損害に対する責任判断の枠組みを、「ボランティアの「無償（性）」に基づき、その責任を軽減する」という方向に向けてしまったことにあったのではないかと考えている。このような方向付けがなされたことは、当時、そもそもボランティア活動やボランティアによる侵害行為が法的評価に馴染まないといった風潮があったこととも無関係ではないであろう。

確かに、自ら進んで、社会のため、他人のために、無償で活動を行うボランティアに対し、その法的責任を追及するのは一見すると酷であるようにも思える。しかし、ボランティアの責任を軽減することは、逆にいえば、受益者に損害の危険を負担させることを意味する。仮にもボランティアの行為が損害発生的一端を担っているならば、「無償（性）」の一言でその責任を軽減するのは軽率ではないだろうか。そもそも、隣人訴訟、および、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟の判旨は、本当にボランティアの

(3) 例えば、福岡地判昭和59年2月23日判時1120号87頁、札幌地判昭和60年7月26日判時1184号97頁、東京地判平成10年7月28日判時1665号84頁。また、民事訴訟には至っていないようであるが、主要紙の紙面に載ったものとして、1998年にはボランティアが主催するパーペーキュー中の川遊びで参加児童が死亡するという事故が（ボランティア5名には刑事罰が科された）、2003年にはスポーツ少年団のサッカー練習中にボランティア指導者と参加児童が衝突して死亡するという事故が、さらに、2010年にはボランティアが介護施設に利用者を送迎する際に利用者を車中に放置して死亡させるという事故が起こっている。

(4) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

責任を軽減する根拠を「無償 (性)」に求めていたのであろうか。執筆者の問題意識の出発点は、この点にある。

ところで、後述するように (Ⅱ. - 4. - (2))、従来の議論において、ボランティア活動は無償の (準) 委任契約と評価されてきた。確かに、ボランティアは対価を得ずに活動するし、その活動内容は役務の提供であることが多い。しかし、ボランティア活動の実態を鑑みると、ボランティアと受益者との間に契約が存在すると評価できる状況は必ずしも一般的ではない。ボランティアは契約に基づく義務の履行として活動を行っているわけではない。むしろ、そのような義務がないにも関わらず、敢えて活動を行っているのである。ボランティア活動を義務なく他人のために行われる活動と捉えなおした時、改めてボランティア活動と事務管理制度との関わりが意識される。すなわち、事務管理制度を定義づける民法697条1項は、その冒頭において、「義務なく他人のために事務の管理を始めた者」としているからである。

もっとも、先行研究には⁽⁴⁾、ボランティア活動と事務管理制度との関わりは限定的であるとするものがある。平田教授は、被災地における災害ボランティア活動を念頭におかれ、「ボランティアは、無償の自発的活動と定義されるが、おおむね仕事の依頼に応じて団体で連携的に活動をするから、事務管理ではなく、無償契約 (無償委任) にあたる場合がほとんどであろう」とされる。確かに、災害ボランティア活動においては、受益者である被災者の依頼を社会福祉協議会やNPO法人が取りまとめ、その依頼をボランティア団体や個々のボランティアに割り振っていくから、ボランティアの活動は仕事の依頼に応じたものであるともいえる。しかし、受益者と侵害行為に及んだボランティアとを個別に取り出す限り、両者の間に「依頼者」 - 「依頼を受けた者」という関係は必ずしも成り立たない。このような場面において、最初から個々のボランティアの法的責任ではなく、ボランティア団体、あるいは、被災者から直接依頼を受けた組織などの法的責任を問題とすることも考えられるが、実際の訴訟においてまず責任を問われるのは、侵害行為に及んだボランティア自身である。そうであるとすれば、契約関係が存在しないことを前提とする責任判断の枠組みにおいて、

(4) 平田健治『事務管理の構造・機能を考える』(大阪大学出版会、2017年) 330頁。

事務管理制度との関係を検討する意義はあるのではないかと考える。

また、わが国では、事務管理制度に関しては、主として管理に要した費用の償還が問題とされてきたため、一見すると、ボランティア活動とはなお無関係とも思える⁽⁵⁾。しかし、事務管理制度は、本来は許されないはずである権限なく他人の権利領域に干渉することから違法性を阻却するという作用も併せて有している。そして、そのようにして違法性が阻却されるためには、管理者は善良なる管理者の注意をもって事務管理を執行するだけでなく、その事務管理が本人の意思に適合することが求められている。執筆者が目するの、まさにこの点である。この点、ドイツ民法678条、および、スイス民法420条3項が、本人の意思への適合を重要視し、事務管理の引受け（Übernahme）に際し、（推知される場合も含む）本人の意思に反することを管理者が知るべきであった場合には、事務管理の執行に際して本人に生じた損害について、その執行に関して過失がない場合でも責任を負う、としている点が興味深い。後述するように、専門家と比較するとボランティアの知識や経験、判断能力には限界がある。そうであるからこそ、むしろボランティアが自発的に活動を始める（つまり、役務の提供を引き受ける）際には、自らの知識などで受益者が望む役務を提供できるか否かについて、ボランティア自身が判断することが求められるのではないだろうか。仮にそのような判断を怠り、受益者に損害をもたらしたとしたら、ボランティアであるが故にそのような知識などが不足していたことを理由として責任を免れることは許されないのではないだろうか。このような問題意識に立ち、事務管理制度とボランティア活動との関係を改めて考えてみたい。

2. 叙述の順序

以上で示した問題意識の下、本稿においては、まず、隣人訴訟（Ⅱ. -

(5) なお、ボランティア活動においても、費用の償還が問題とならないわけではない。むしろ、災害ボランティア活動のような特殊な場合を除けば、活動の費用は受益者などからボランティアに支払われるのが一般的である。なお、ボランティアが費用の償還を求めない場合でも事務管理が成立することについてはⅣ. - 1. を参照。

(6) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

2.)、および、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟 (Ⅱ. - 3.) の判旨を改めて検討したい。その検討を踏まえ、ボランティアの「無償 (性)」に基づき、その責任を軽減するとされてきた、従来の議論の方向性の是非を改めて検討する (Ⅱ. - 4.)。

次に、Ⅱ. で得られた検討をもとに、Ⅲ. では、近時主張されている、「無償 (性)」とは異なる点に着目した新たな責任判断の枠組みについて検討する。はじめに、専門家と比較するとボランティアが特別な知識や経験、判断能力を持たない「素人」であるという観点からボランティアを評価しようとする近時の学説・判例を検討する (Ⅲ. - 1.)。つぎに、ボランティア活動の中でも、保護監督型のボランティア活動に着目し、そのような活動におけるボランティアの受益者に対する支配の態様に着目した学説・判例を検討する。(Ⅲ. - 2.)。

さらに、Ⅲ. での検討を踏まえ、Ⅳ. では、まず、先行研究に拠って、わが国の事務管理制度を概観する (Ⅳ. - 1.)。そのうえで、ドイツ民法 678条 (Ⅳ. - 2.)、および、スイス債務法420条3項 (Ⅳ. - 3.) を検討し、そこから得られた示唆をもとに、事務管理制度とボランティア活動の関係を検討する (Ⅳ. - 4.)。

最後に、Ⅳ. での検討を踏まえ、Ⅴ. では、ボランティアによる侵害行為に対する責任判断枠組みの再構成し (Ⅴ. - 1.)、併せて、これまで学説において検討されてきた他の責任軽減事由と本稿での検討との関係を明らかにしたい (Ⅴ. - 2.)。

なお、本来であれば、本稿の冒頭において、ボランティア活動の定義付けを行うべきである。しかし、社会におけるボランティア活動は多岐にわたり、その定義付けは困難である。そこで、本稿では、定義としてではなく、本稿の検討対象として、「ボランティア活動」を、受益者のために、自発的⁽⁶⁾、かつ、無償で (報酬を得ることなく) 行われる活動 (役務の提供)、「ボランティア」を、そのような活動に従事する人⁽⁷⁾、「受益者」を、ボランティア活動を通じて役務の提供を受ける人、とする。

(6) 例えば、企業が主催するボランティア活動に、企業の従業員が参加させられる場合や、PTAや子ども会活動、スポーツ少年団における役員のように、輪番制で活動を担当しなければならない保護者を念頭においている。

II. ボランティアの「無償 (性)」に基づく責任軽減

1. ボランティアによる侵害行為とその責任に関する議論の方向性

ボランティアによる侵害行為とその責任に関する議論の方向性は、ボランティアの「無償 (性)」に基づき、その責任を軽減することにあった。ボランティアによる侵害行為とその責任に関する議論がこのように方向付けられたのは、議論の発端となった隣人訴訟、および、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟という2つの事件の存在が大きい。

この2つの事件は、無償の行為が他者に損害をもたらした時、行為者は損害を賠償する責任を負うが、行為の「無償 (性)」のために、その責任が軽減されることを明らかにした事件として理解されている。そして、そのような理解が、ボランティアによる侵害行為とその責任に関する議論の方向性を決定づけたと考えられる。

しかし、これらの2つの事件の事実関係や判旨を見ると、事件に対する理解は必ずしも正確ではなかったのではないかと執筆者は考えている。以下で述べるように、確かに判旨は加害者らの責任軽減を志向しているが、しかし、それは加害者の行為が無償であったためではない。むしろ、両事件の判旨においては、「無償 (性)」は重要な意義を有していないように思われるのである。

そうであるならば、「責任軽減」を志向することはともかく、「無償 (性)」を手掛かりとしてボランティアによる侵害行為とその責任に関する議論が展開されてきたことについて、再考が促されなければならない。

このような問題意識に立ち、以下においては隣人訴訟、および、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟の判旨を検討し、そこにおいて本当に「無償 (性)」が重要な意義を有していたのかについて検討する。

(7) もっとも、ここではもっぱら個人を念頭におき、複数のボランティアが集まって活動する場合の組織体は、その法人格の有無などにかかわらず、ボランティア団体と呼ぶ。

(8) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

2. 隣人訴訟 (津地判昭和58年2月25日判時1083号125頁)

【事案】 X夫妻、および、Y夫妻は、農業用溜池に隣接して造成された団地にとともに居住していたところ、Xらの子Aと、Yらの子Bが遊び友達となり、また、AおよびBが同一の幼稚園に通園するようになったことから交際を深め、両児もともに遊ぶことが多かった。

事故当日も両児は溜池と隣接した空き地 (甲地および乙地) で遊んでいたが、Y妻におやつをもらった後、Y家の玄関付近で遊んでいた。その後、X妻が買い物に行くためにAを連れて行こうとY家を訪れたところ、Aは同行を拒んだ。その際、Y夫の口添えもあり、X妻はAをそのままBと遊ばせておくこととし、Y妻に使いに行くからよろしく頼む旨を告げ、Y妻も、子供たちが二人で遊んでいるから大丈夫でしょうと聞いてこれを受けた。

Y妻はX妻がその場を去った後、10分ないし15分くらいの間は、両児が団地内、および、乙地において自転車で遊んでいるのを仕事の合間に認めていたが、その後、屋内に入り、7、8分後、次の仕事にとりかかろうとしているところへBが戻ってきて、Aが泳ぐとって溜池に潜り、帰ってこない旨を告げた。そこで、YらはBを連れて溜池へ駆けつけ、併せて駆け付けた近隣の人たちとともに、Bが示す地点を池の中に入り探索した結果、水中に沈んでいるAを発見した。直ちにAを救急車で病院に搬送したが、すでに死亡しており、死亡原因は溺死と診断された。

Xらは、Yらに対し、主位的にAの保護監督を委託した準委任契約の債務不履行に基づく損害賠償を、予備的に不法行為に基づく損害賠償を求めて訴えを提起した。なお、Xらは、併せて、国、県、市に対しても、溜池の設置・管理の瑕疵を理由として損害賠償を求めた⁽⁸⁾。

【判旨】 ① 「X妻とYらとの応答は従前から近隣者として、また同一幼稚園へ通い遊び友達である子供の親として交際を重ねていた関係上、時間的にも短時間であることが予測されるところでもあり、現に子供らが遊びを共にしていることを配慮し、近隣のよしみ近隣者としての好意から出たも

(8) 本稿のテーマとの関係から、国などに対する損害賠償請求に関する判旨については割愛する。

のとみるのが相当であり、XらがAに対する監護一切を委ね、Yらがこれを全て引受ける趣旨の契約関係を結ぶという効果意思に基づくものであったとは認められないから、準委任契約の成立を前提とする原告らの債務不履行の主張は、その余の点につき判断するまでもなく失当である。」

② 「しかしながら、前認定のように、Y妻は、X妻が去った後、子供らが乙地で自転車に乗って遊んでいるのを認識していたのに加え、Yら各本人尋問の結果及び弁論の全趣旨によれば、乙地と本件池との間には柵などの設備がなく、水際までは前認のような形状であり、子供らが自由に往来できる状況にあったこと、掘削により水深の深い部分が生じていること、Aが比較的行動の活潑な子であること、本件池への立入りをきびしく禁じていたBの場合と異なり、Aは渇水期にはX夫と共に水の引いた池の中に入り、中央部の水辺までいっていたことなどをYらは知っていたものと認められ、かつまた、前認定のように当日は汗ばむような気候であったのであるから、乙地で遊んでいる子供ら、ことにAが勢のおもむくまま乙地から水際に至り、水遊びに興ずることがあるかもしれないこと、したがってまた深みの部分に入りこむおそれがあることは、Yらにとって予見可能なことであったというべく、そうだとすれば、幼児を監護する親一般の立場からしても、かかる事態の発生せぬよう両児が乙地で遊んでいることを認めた時点で水際付近へ子供らだけで立至らぬように適宜の措置をとるべき注意義務があったものといわなければならないから、かかる措置をとることなく、両児が乙地で遊んでいるのをそのまま認容していた以上、これによって生じた結果につき、Yらは民法七〇九条、七一九条に基づく責任を負うべきものといわなければならない。」

③ 「前認定のところからすれば、当日Yら方は大掃除をしており、Yらも平素に比し多忙であったこと、Yらの応答は諸般の事情から近隣者としての好意に出たものであることは、X妻においてもこれを認識していた（少なくとも認識しうべきものであった）と認められる以上、Aに対する監護のあり方は、現にBと二人で遊んでいるのを仕事の合い間合い間に看守すること以上には期待できない（たとえば屋内に二人を入れて面倒をみるなど）事情にあることを知りながらYらの好意に期待しAを残していったものというべく、そうすると、たとえば有償で監護保育を委託するとき場合と監護のあり方について全く事情を異にするものであることは自明の前

(10) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

提というべきであるから、かかる場合に、よって生じた結果につき、有償の委託の場合などと同様の責任を被告らに負担させることは、公平の観念に反し許されない(いうなれば有償の委託の場合などに比し、義務違反の違法性は著しく低い)ものというべきである。」

④ 「また本件のごとく既存の溜池に近接して造成された土地に居住する以上、不慮の事故のないよう子供に対し、平素から池に対する接し方をきびしく仕付けておくことは親の子に対する監護のあり方として当然なすべき筋合のものであるところ、同様の年代にある二人でありながら、Aのみが、泳ぐとって水際から遠浅のところを五ないし六メートルも池の中央部へ進んで深みに入るという行動に出たことは、Yらに比し、Xらの右の点に関する平素からのAに対する仕付けのあり方に至らぬところがあったこともその背景をなしているものと推認できるから、過失相殺の法意を類推し、この点もまたYらの責任の範囲を考えるにつき斟酌すべき事由の一つとなすべきである。」

⑤ 「以上の次第で、右の二点を総合考慮し、損害の公平な分担を考えると本件事故により生じた損害の分担割合は、Xら七に対しYらを三とするのが相当である。」

(※丸囲みの数字は、執筆者が便宜上付したものである。)

(1) 「無償(性)」と「好意」

判旨を見ると、厳密には、「無償(性)」という文言が用いられていないことがわかる。この点は、後述する津市「四ツ葉子供会」事件訴訟とは異なる。もっとも、判旨①および③には「好意」という文言が用いられており、また、判旨③には「有償」という文言が用いられている。これらの2つの文言は「無償(性)」と結びつけられて論じられることが多い。そこで、判旨の「好意」あるいは「有償」という文言が用いられている部分が「無償(性)」を意識した内容であるかを検討する必要がある。

辞書的な意味での「好意」とは、「その人のためになりたいと思う気持ち。親切的な気持ち。」とされている。これを法的な視点からとらえるならば、辞書的な意味を持つ特別な動機(主観的事情)となる⁽⁹⁾。

これに対し、「無償(性)」とは、相手方から対価を得ないこと意味する。客観的事情である。一般的には契約において用いられる言葉であるが、不

法行為における責任判断の枠組みにおいても、侵害行為が無償で行われる一連の行為の一部をなすとき、侵害行為の無償性を観念することができる⁽¹⁰⁾。

また、このように、主観的事情である「好意」と、客観的事情である「無償(性)」とは、異なる概念であるが、仮に両者が同一の事象の主観面と客観面をとらえているのであれば、なお両者を同一視することもできる。しかし、そうではない。「好意」は常に「無償(性)」を伴うわけではないからである。例えば、「好意」から、一般的な価格よりも低い価格で商品やサービスを(つまり、有償である)提供することもある。また、「無償(性)」も常に「好意」を伴うわけではない。例えば、PTA活動における役員のように、半ば義務的に(「好意」に基づくとはいえない)、無償で役務を提供する場合も少なからず存在する。

「好意」と「無償(性)」との区別は、法律の議論においても意識されている。すなわち、「好意」という概念は、好意同乗者の損害賠償請求に関する議論においてしばしば問題とされてきたが、先行研究によれば⁽¹¹⁾、「用語の問題として、好意同乗と無償同乗との区別が問題となる。両者は、重なり合う場合が多いであろうが、まれには、無償でなくても好意で同乗させる場合もある。」とされている。

しかし、社会生活を念頭におくとき、「好意」と「無償(性)」とは伴って現れることが一般的でもある。両事件に対する評釈にも、その冒頭に、「最近、隣人の子を預かった、あるいは子ども会のボランティア活動等、無償の好意、ないし奉仕活動に伴う事故について、損害賠償を認める判決が相次いだ。」とし、「好意」と「無償(性)」とが一体となって現れるがごとき表現が用いられているのはそのためであろう⁽¹²⁾。

そこで、改めて、判旨の「好意」あるいは「有償」という文言が用いら

(9) 瀬川信久「子どもを好意で預った場合の保護義務」加藤一郎=水本浩編『民法・信託法の理論の展開』(弘文堂、1986年)66頁は、「好意」は、極めてあいまいな概念であるとされる。

(10) 本件の事案に即していうならば、水際付近に子供らだけで立ち入らないよう適宜の措置をとることは、Yらによる無償の監護保育の一部であったとされる。

(11) 潮海一雄「好意同乗者の賠償請求」加藤一郎・米倉明編『民法の争点Ⅱ』(有斐閣、1985年)200頁。

(12) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

れている部分が「無償 (性)」を意識した内容であるか、「無償 (性)」が重要な意義を有していたかを検討する。

(2) 契約の成否

津市「四ツ葉子供会」事件訴訟とは異なり、隣人訴訟ではXらが主位的には債務不履行に基づく損害賠償を請求したため、まず、契約の成否が検討されている。この点、判旨①は、X妻がY妻に対し、使いに行くからAのことをよろしく頼む旨を告げ、Y妻も、子供たちが二人で遊んでいるから大丈夫でしょうとこれを受けたことは、「……現に子供らが遊びを共にしていることを配慮し、近隣のよしみ近隣者としての好意から出たものとみるのが相当であり、XらがAに対する監護一切を委ね、Yらがこれを全て引受ける趣旨の契約関係を結ぶという効果意思に基づくものであったとは認められないから (傍点は執筆者による)」、Aの保護監督を委託した準委任契約は成立しないとす。

判旨が契約の成立を否定したことについて、これに賛成する見解と⁽¹³⁾、これに反対し、善管注意義務が課される準委任契約の成立は否定するとしても、注意義務の程度の低い事務処理を内容とする無名契約の成立を認めるべきであるとする見解とが対立している⁽¹⁴⁾。もっとも、ここでの見解の対立は、①損害賠償について契約責任と不法行為責任とで効果が異なる、および、②契約が存在しない限り、Yらは (自らの子ではない) Aの監護保育について注意義務を負わない、ということが前提となっている。まず、①に関しては、(a) 消滅時効、(b) 遅延損害金の発生時期、および、(c) 遺族固有の慰謝料請求権が問題となる⁽¹⁵⁾。(a) に関しては、非侵害利益がAの生命であるから、改正民法の下では (166条1項、167条、724条の2)、いずれの責任においても時効期間に差異はない。また、(b) および (c) の

(12) 加藤雅信「判批」判例タイムズ507号 (1983年) 103頁。

(13) 好美清光「判批」ジュリスト793号 (1983年) 43頁、加藤・前掲注 (12) 107頁。なお、瀬川・前掲注 (9) は、契約成否の効果を二つに分解し、監護を請求・強制する権利は生じないが、損害賠償責任を基礎づける契約を認める意義はある旨を指摘される。

(14) 星野英一編『隣人訴訟と法の役割』(有斐閣、1984年) 20頁〔森島昭夫発言〕、同24頁〔星野英一発言〕、河上正二「判批」法学セミナー581号 (2003年) 77頁。

点は、不法行為責任のほうがXらにとって有利となる点であり、債務不履行責任と不法行為責任との競合を認めるならば、不法行為責任が認められる場合に取って契約の成否を問題とする必要はない。さらに、②に関しても、契約関係にない当事者間であっても、当事者の置かれた状況から、信義誠実の原則を通じ、当事者に一定の注意義務が課されるならば⁽¹⁶⁾、やはり契約の成否に拘泥する必要はない。

このように隣人訴訟における契約の成否に関する見解の対立は、それ自体としては対立の前提を欠いており、重要な意義を持たないように思える。むしろ、問題となるのは、契約に基づくししろ、信義誠実の原則に基づくししろ、YらがAの監護保育に対してどのような注意義務を負っていたのかという点である。判旨が、Yらの監護保育が「近隣者としての好意」から出たものであるから契約は成立しないとしたうえで、判旨②においてYらの注意義務を検討しているのも、このような理解に基づくものであろう。

そうであるとするならば、直接的には契約の成否について検討する判旨①は、むしろ判旨②と併せ、過失判断に関するものと理解するべきである。このような理解に立つとき、直接的には「好意」という文言が用いられていない判旨②についても、「好意」、あるいは、これと結びつけられた「無償（性）」が影響を及ぼしているか否かを検討する必要がある。

(3) 過失判断

まず、判旨②は、Aの死亡は、「乙地で遊んでいることを認めた時点で水際付近へ子供らだけで立至らぬように適宜の措置を」とらなかったことにあるとする。そのうえで、「幼児を監護する親一般の立場」にあるYらはそのような注意義務を負っていたとする（結果回避義務）。ここで着目すべきは、社会の「親一般」がそのような注意義務を負うわけではなく、「幼児を監護する」親一般がそのような義務を負うに過ぎないという点である。

(15) 窪田充見編『新注民法 (15)』（有斐閣、2017年）937-938頁〔窪田充見〕は、遺族固有の慰謝料請求権を認めた711条が債務不履行責任について適用ないしは類推適用があるかは明らかではないとしつつ、なおこれを認める可能性は残されているように思われるとされる。

(16) 河上・前掲注 (14) 72頁。

(14) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

また、幼児を監護する「親一般」であるから、Yらが負う注意義務は、業として「幼児を監護する」者が負う注意義務とも異なる⁽¹⁷⁾。

それでは、なぜ判旨②は、YらをAとの関係で「幼児を監護する親一般」の立場にあると評価したのか。執筆者は、その根拠を、Aに対する監護保育が「近隣者としての好意」からでたことにあると考える。そして、このような理解に立つとき、「好意」という文言の背後に「無償(性)」は意識されていない。そこで意識されているのは、AとYらとは同じ団地にとともに居住していたこと、Yらの子であるBとAとが遊び友達であったこと、AおよびBが同一の幼稚園に通園するようになったこと、そして、事故当日もAとBとがともに遊んでいたことなどである。

なお、執筆者は、判旨②が、Yらが負う注意義務の基準を、「他人の子を」監護する親一般の立場としなかったことについて疑問を抱いている。Aが他人の子であることは、賠償額の縮減において重要な要素とされていると考えられるからである(→(4))。

これに対し、判旨②におけるYらの予見可能性の検討には疑問が残る。この点、先行研究にも、予見可能性に関する判旨の検討は十分な説得力を欠いているとするものがある⁽¹⁸⁾。しかし、むしろ執筆者が目にするのは、予見可能性の検討に際し、判旨がYらの具体的な事情に深く言及している点である。判旨は、Yらに予見可能性を認める前提として、Yらが(a)「乙地と本件池との間には柵などの設備がなく、水際までは前認のような形状であり、子供らが自由に往来できる状況にあったこと、掘削により水深の

(17) 河上・前掲注(14)72頁。河上教授は隣人訴訟における過失判断の基準は、「合理的・平均的な一般人」でもなく、保育園の保母のように幼児の監護を業としている人でもない、中間的な基準」とであるとされる。しかし、中間的とははたして何を意味するのであろうか。同じ監護保育であっても、保育園の保母による監護保育と、親による監護保育は、目的や次元を異にする。例えば、保母による監護保育は専門的知識に基づく監護保育であるが、当該幼児だけのための監護保育ではない。したがって、当該幼児の特質(好悪や感情の起伏)に対する配慮には限界がある。これに対し、親による監護保育は専門的知識に基づく監護保育ではないが、当該幼児だけのための監護保育である。したがって、当該幼児の特質(好悪や感情の起伏)に対する配慮が求められてしかるべきである。

深い部分が生じていること」、(b)「Aが比較的行動の活潑な子であること」、および、(c)「Aは湯水期にはX夫と共に水の引いた池中に入り、中央部の水辺までいっていたこと」を知っていたことを挙げる。しかし、(a)のような事情であれば別段、(b)や(c)のような事情についてまで「幼児を監護する親一般」が知り、あるいは、知るべきであったとは考えられない。Yらがたまたま(b)や(c)の事情について知っていたために予見可能性が認められたとしたならば、従来の一般的な過失判断との違いに違和感を覚える。

(4) 賠償額の縮減

次に、「好意」という概念があらわれる判旨③では、これに続けて「有償での監護保育の委託との比較において」という表現が用いられている。一見すると、「有償」との比較から、「無償(性)」が意識されているとも思える。しかし、判旨の構造は単純ではない。

判旨③の基本的な構造は、X妻が「Yらの応答は諸般の事情から近隣者としての好意に出たもの」であることを認識していたから、X妻がYらに期待しうる「Aに対する監護のあり方は、現にBと二人で遊んでいるのを仕事の合い間合い間に看守すること」であり、これは「有償で監護保育を委託するとき場合と監護のあり方について全く事情を異にする」から、「有償の委託の場合などと同様の責任を被告らに負担させることは、公平の観念に反し許されない」となる。判旨は、結論として、Yらの責任軽減を導こうとしているが、その根拠はどこにあるのか。ここでは2つの理解が考えられる。

第一の理解は、X妻が「Yらの応答は諸般の事情から近隣者としての好意に出たもの」であることを認識していた、つまり、Yらの監護保育は好意(≒無償)によるものであることを認識していた点に着目し(もっとも、

(18) 好美・前掲注(13)43頁は、汗ばむような気候であればAが水際で水遊びに興じ、よって本件池の深みの部分に入り込む恐れがあることをYらが予見可能であったと認定したこと自体に疑問を投げかけられる。加藤・前掲注(12)107頁も同旨。これに対し、星野・前掲注(14)31-32頁〔星野英一発言〕は、確率がゼロでない以上、Yらに予見可能性は認められるが、むしろ予見可能性という観念を持ち出さないほうが良いとされる。

X妻の認識は不要とも思える)、「有償」と「無償」との比較から責任軽減を根拠づける理解である。このような理解に立つならば、本判決はまさに「無償(性)」を強く意識した判決と理解される。先行研究の多くは⁽¹⁹⁾、このような理解に立ち、本判決は「無償(性)」を根拠に責任(賠償額)の軽減を認めた判決であると評価する。

しかし、端的に「無償(性)」が責任軽減を導くとするならば、判旨③は、なぜYらの監護保育の無償(性)以外の点に言及したのであるか。X妻がYらに期待しうる「Aに対する監護のあり方は、現にBと二人で遊んでいるのを仕事の合い間合い間に看守すること」であり、これは「有償で監護保育を委託するとき場合と監護のあり方について全く事情を異にする」という言及は不要であったように思われる。

そこで、第二に、Yらの監護保育の態様に対するX妻の認識(期待)が責任軽減の根拠となる、とする理解が考えられる。すなわち、X妻がYらに期待しうるAに対する監護保育のあり方は、「現にBと二人で遊んでいるのを仕事の合い間合い間に看守すること」であることが、責任軽減の根拠となるとする理解である。YらのAに対する監護保育は、YらのBに対する監護保育の一環として行われる付随的な監護保育に過ぎず、X妻はYらに対し、A(だけ)のために行われる監護保育を期待しえないのである。したがって、X妻が「Yらの応答は諸般の事情から近隣者としての好意に出たものであること」を認識していたことは、Yらの監護保育が無償であることに対するX妻の認識を意味するのではなく、Yらが行う監護保育が付随的な監護保育であることに対するX妻の認識を意味する。このような理解は、判旨の「有償で監護保育を委託するとき場合と監護のあり方について全く事情を異にする(傍点は執筆による)」という記述とも整合的である。

この第二の理解に立つとしても、Yらの監護保育の態様に対するXの認識を、法的にどのように位置付けるかについて、判例は必ずしも明らかにしていない。判旨③は、結語として「公平の観念に反し許されない」とす

(19) 橋本・前掲注(2) 41頁、萩原基裕「無償契約債務者の責任法理：民法典における責任制限法理の検討(四・完)」大東法学25巻2号39頁、内田貴『民法Ⅱ〔第3版〕』(東京大学出版会、2011年) 446-447頁。

るが、これは何を意味するのであろうか。

不法行為に基づく損害賠償において、賠償額の縮減の根拠として一般的に考えられているのは過失相殺である。隣人訴訟においても、判旨④は、Xらの「平素からのAに対する仕付けのあり方に至らぬところがあったこと」を指摘し、これが損害の発生・拡大に寄与しているとして、過失相殺の法意を類推している。これに対し、判旨③が指摘する、X妻が付随的な監護保育しか期待しえないこと自体は、損害の発生・拡大に寄与したとは評価できない⁽²⁰⁾。また、判旨③では、これを明示した判旨④とは異なり、過失相殺の法意の類推をうかがわせる記述もない。そうであるとすれば、「公平の観念」という文言が用いられていることからしても、信義則に基づき、賠償額が縮減されたと理解するべきである⁽²¹⁾。

もっとも、損害賠償については、民法709条、416条（類推適用）があり、判旨③はその適用を排除するものであるから、信義則に基づきYらの責任を減免する旨の特約の存在を認めたことになるのではないか⁽²²⁾。この点については、後述する（4. - (3)）。

(5) 小括

以上みてきたように、隣人訴訟の判旨は「好意」や「有償」という文言を用いてはいるが、それらは「無償（性）」に結びつけられているわけではなく、したがって、Yらの監護保育の「無償（性）」は重要な意義を有していなかったことがわかる。

まず、判旨①は契約の成否を論じる中で「好意」について言及しているが、むしろ「好意」は過失判断に関する判旨②において意義を有する。そこでは、

(20) 内田・前掲注(19)は、加害行為の「無償（性）」が、本来の過失相殺とは異なることを認識しつつ、過失相殺の法理が、実は深いところで帰責性の原理と呼ばれる大きな法原理につながっており、それゆえ、「無償（性）」を過失相殺と結びつけることを正当化するとされる。損害の公平な分担を実現するために、考慮要素を広くすることにも一理あるが、そのことが裁判の長期化につながり、被害者の早期の救済を阻むことになるとするならば、かえって不法行為責任制度における要請に反することになりかねない。執筆者は、Yらの監護保育の「無償（性）」が賠償額の縮減を導いたとする見解を、正面から首肯することはできない。

(18) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

判旨②がYらの過失を判断する基準を「幼児を監護する親一般」とした根拠が、Yらの「近隣者としての好意」に求められている。したがって、そこにおける「好意」は「無償(性)」と結びつけられているわけではない。

(21) 澤井裕『事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』(有斐閣、2001年)167頁は、被害者が「具体的に被害を受けることを承諾したわけではなく、自ら侵害行為に加担しておらず拡大に寄与したわけでもないが(狭義の過失相殺ではない)、自ら危険に接近するという形で、被害発生の原因の一員を形成したことから、賠償額において公平上「過失相殺」の法理が類推され、加害者の責任が軽減されると説明される。判旨③が、A(だけ)のための監護保育を期待しえないX妻が、それでもなおAをYらに委ねたことを、X妻がAを死亡という危険に接近させたと評価していると理解することもでき、そうであるならば、過失相殺の法理を類推するという構成も十分に考えられる。

もっとも、このような理解に立つならば、判旨②が、過失判断の基準を「幼児を」監護保育する親一般とし、「(自分の子供に対する監護に付随して)他人の子供を」監護保育する親一般としなかったことにつき疑問が残る。ただし、これは民法659条がいう、自己の財産の保管における注意の水準とパラレルな議論をすることを意図するわけではない。子どもに対する監護保育は、物の保管とは分けてとらえるべきである。この点につき、橋本・前掲注(2)41頁も同旨。

(22) 能見善久「裁量減額」ジュリスト905号(1988年)97頁は、立法的措置を通じて「無償(性)」を不法行為責任の判断構造に取り込もうとされる。能見教授は、スイス債務法43条1項(裁判官が個々の損害に対する賠償の種類および額を決定する際には、過失の大きさ同様にその他の事情[Umstände]も評価しなければならない(執筆著者訳)；Kessler, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., 2015, S.357.は、“Unstände”の一つとして、“Unentgeltlichkeit und Gefälligkeit(無償(性)と好意)”をあげる。もっとも、Merz, Schweizerisches Privatrecht, VI/1, Obligationenrecht, 1984, S.232.は、特に契約外責任の場合に限り、好意に基づく賠償額の縮減には、極めて慎重でなければならない[mit größter Zurückhaltung]とする)を参照され、「損害をもたらした行為が無償であり、かつ、被害者の利益のためになされたものである場合には、裁判所は、損害賠償の責任および額を定めるについてこれを斟酌することができる」と主張される。もっとも、「減額事由としての好意関係については、減額の可否、減額の根拠、減額の基準・程度などの点に関してなお議論がある」とされるにとどめられている。また、わが国ではそのような立法的措置は実現に至っていない。したがって、このような見解に対してもにわかには首肯することはできない。

次に、判旨③において用いられた「好意」ないしは「有償」は、一見すると本判決がYらの監護保育の「無償（性）」に着目したものであることを推察させるが、そうではない。むしろ、そこで判旨が着目しているのは、Yらの監護保育に対するX妻の認識（期待）である。そして、この認識を基礎として、信義則に基づき、併せて、判旨④が示す過失相殺の法意の類推により、Yらの賠償額が縮減されたと理解すべきである。

3. 津市「四ツ葉子供会」事件訴訟（津地判昭和58年4月21日判時1083号134頁）

【事案】 四ツ葉子供会は、昭和51年夏、三重県にある安濃川上流においてハイキングを開催した（以下、「本件ハイキング」という）。その参加者は、Xらの子であるAを含む小学校1年生から6年生までの子ども会児童30名、子ども会OBの中学生6名、および、引率者たるYら11名であった。Yらの内訳は、子ども会指導の中心となっていたY1、育成会会長であるY2、育成会書記であるY3、および、その他の育成会会員であるY4～Y11である⁽²³⁾（なお、以下においてはY1ないしY3を意味して「Y1ら」という言葉を用いる）。

本件ハイキングは、四ツ葉子供会の昭和51年度の年間行事として育成会総会で承認され、行先の選定を一任された役員会が決定したものである。これを受け、Y1ないしY3は、本件ハイキングに先立ち、具体的なハイキング場所の選定に出かけ、選定された川原の前面は大人の膝ぐらいまでの水深で流れも緩やかであったことから、この川原（甲地点）にて飯盒炊飯を中心に行事を行うこと、および、30分程度の川遊びを行うこととした。また、Y1らは、この河原から50メートル下流の川原（乙地点）の状況も見て、乙地点には木陰があったので、暑い時には乙地点に移動すればよいと話し合った。その際、Y1は、乙地点前面の河川の上流と下流に、それ

(23) 一般に子ども会は、子ども集団と指導者、育成会をもって構成される。子ども会は本来子どもたち自主的に運営する組織であるが、子どもの親や地域の住民などが会員となって育成会を形成し、子どもたちの活動を側面から支援する。その一環として、育成会は、集団活動の充実化や、集団運営の円滑を指導者に委嘱する。

(20) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

ぞれ1.5メートル、ないし、2メートルの深みがあることに気づいていたが、乙地点の前面において川遊びをさせることまでは考えていなかったため、河川自体の調査はしなかった。川遊びは付随的な行事であり、せいぜい足を水につけて遊ぶくらいのことが予定されていたにすぎなかった。

本件ハイキング当日、甲地点において飯盒炊飯にとりかかり、午前11時には食事の準備が完了したが、当日は酷暑であったため、自然の流れで乙地点へと移動し食事をとった。その後、川原に散らばって遊んでいる子どもたちに対し、Y1は上流と下流の目印となる岩を指さして川遊びを許可し、子どもたちは乙地点前面の河川で川遊びを開始した。したがって、川遊びは、当初予定されていた(安全性を確かめた)甲地点前面の河川とは異なる場所で実施された。それにもかかわらず、Y1はY2およびY3に川遊びを開始する旨の呼びかけをただけで、他の引率者に格別の相談をすることはなかった。また、Yらのうちには各自の判断で川遊びを監視する者もいたが、事故を未然に防止するための十分な監視態勢は整えられていなかった。

川遊びが許可された際、AはY1が示した川遊びの許可範囲の下限付近にいたが、右許可の後、他の子どもたちとともに、許可範囲を約15メートル超えて下流のほうに向かった。その際、他の子どもは浅瀬を通り対岸へと渡ったが、Aは1.5メートルないし2メートルの深みに沈み、死亡した。

XらはYらに対し、本件ハイキングが計画段階で準備不足であったこと、子どもたちにとって危険な場所を水遊びの場所として選定したこと、および、水遊びにおける監視体制が不十分であったことを理由に、不法行為に基づく損害賠償を求めて訴えを提起した。なお、Xらは、併せて、本件ハイキングが子ども会の活動であり、社会教育法に照らせば、三重県、および、津市は、そのような活動の環境を醸成すべき義務を負っているとして、損害賠償を求めた。

【判旨】 ① Y1につき、本件ハイキングが「未だ十分な思慮判断に乏しく年少の児童が参加して行われるものであることを考慮すれば、それがいかに自主性を養うことを目的の一つとするものであっても、その自主的活動に対し、社会的経験を積み思慮分別のある大人としての引率者において後見的に指導監督し、特に、児童らの身体・生命が重大な危険にさらされ

ることのないように配慮することが必要であることは否定できないし、将にそれが引率者の役目であるともいえる」。

「そうだとすると、いかに川遊びといえども、まず場所を選定するについて実施区域の危険性の有無を十分に調査しておく必要があると認められるところ、……認定したとおり本件ハイキングにおいてはY1らによって事前に現場の下見が行われているが、当初の予定地は実施場所より約50メートル上流であって、実際に実施された場所は暑いときの移動場所として予定されていたにすぎず、川の中に入って水深や水中の状況を確認する等の調査まではしていなかったものの、川底や岩がこけで滑りやすいことやその上流と下流に深みがあることはY1において認識していたことからすれば、このような場所を川遊びの場所として選定するについては、児童に対して実施区域を明確に指示するとともに、児童の年齢構成、行動特徴などからみて、上・下流の深みに入りこむことのないよう監視体制を整えて事故を未然に防止すべき義務があるものと認められる」として、その責任を肯定した。

② また、Y2およびY3につき、「Y2は昭和五一年度四ツ葉子ども会育成会会長であり、Y3は同会書記であり、子ども会の運営についての責任者としての立場にあり、しかも、両名とも、Y1とともにハイキングの実施場所の下見に行き、場所の選定をした者であるから、前記のY1の責任について述べたところと同様に、川遊びの場所の安全性について配慮し適切な措置をすべき注意義務があったと認められるところ、事故発生当時にY1から昼食をとった川原の前面の河川で川遊びをさせる時点について、前認定のように声をかけられた際同所は下見をした際に川遊びを予定していた場所とは異なり川の中の安全性を十分に確認していなかったのであるから、Y1に任せきりにせず、直ちにY1と協議するなどして」、判旨①のような「監視体制をとるなどの対応をすべきであるのに、これをすることなく、漫然とY1が児童に川遊びを許可するのに任せたまま児童に川遊びを継続させ、機能的な監視の分担体制をとることをしなかった点において過失があるものというべきである」として、その責任を肯定した。

③ これに対し、Y4ないしY11については、「川遊び現場の安全性につき、実施区域外に深みがあることから、児童がその付近に立入らないように周知徹底させ、監視体制を整えるべき点に注意義務があるものと認めら

(22) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

れるところ、下見にも参加せず、事故当日もY1が中心となって児童を指導していたものであって、格別具体的な監視の分担も指示されていなかったY4ないしY11に対して、右のような注意義務まで要求することは困難というべきであり、Y4ないしY11には「……いずれも一般的に引率者として児童の安全について配慮すべき義務は認められるものの、それはあくまでも抽象的な義務にとどまり、本件事故当時、事故を防止するための具体的注意義務があったものと認めることはできない」として、その責任を否定した。

④ なお、「子供会活動は社会的意義を有する有益な活動であることは周知の事実であるところ、右の活動が、本件における引率者のような無償の行動によって支えられているものであり、かかる行動を社会的に高く評価すべきものであることはいうまでもないところである。

しかしながら、既に認定した本件川遊びの実施状況を前提とする限り、前記の注意義務をそのことの故に直ちに否定する根拠となりうるものでないことは、事柄の性質からみて明らかである。

⑤ もっとも、「Aは満九歳の男子であり、少なくとも同年令の平均的な児童と同程度の判断能力は有していたものと認められ、もとより年長者と同程度の十分な思慮判断を期待しうるものではないが、指導者の指示に従って行動することは可能と認められ、同人と同様指示範囲をこえて行動した他の数名の児童の中に指示範囲は聞いていないとする者のあることからすれば同人にはY1の指示する範囲は聞こえなかったことも考えられないではないが、大多数の児童が昼食をとった川原の前面の指定範囲内で川遊びをしているにもかかわらず、指示区域から一五メートルも離れた深みで水死していることからみると、Aの行動に逸脱がなかったものと認めることは困難であり、また、川遊びに伴い生じうる危険を回避するための注意は自分ですることが可能な年令と認められ」、また、「当日は川の深浅の状況は容易に視認しえたものと認められるから、前認定の死亡の状況によれば、本件事故はAの不注意によって発生したものと認められる面もあり、Aの損害額を算定するにつき、過失としてこれを斟酌すべきものといわなければならない」。

⑥ さらに、「本件の場合、無償の奉仕活動によって支えられている子供会活動の一環として実施されたものであり、子供会活動はあくまで子

供の自主的活動を中心とするものであるから、その行事に参加する子供は、当該行事において、集団の仲間の中で、指導者の助言をうけながら、自主的に仲間と協力し合って行動を共にしてゆくことを了承し、これを前提として参加しているものというべく（《証拠略》によれば、Xら及びAにおいても右の点を了承して参加しているものと推認される。）、したがってかかる活動により法益侵害の結果が生じた場合、業としてなされる団体活動（たとえば、本件の場合に比していうならば、施行業者によりなされるハイキングツアーなど）に比し、その違法性の程度は著しく低いものと評価すべきであり、ましてA自身において結果発生の危険性のある状況を自ら作出した場合は尚更のことといわなければならない。そうだとすると、右の点は損害の公平な分担という見地からみて、前認定の事実関係からすると、本件の場合、前記過失相殺の点と併せ、かかる事情を同様に斟酌するのが相当であると解され、右に従えば、本件においてAに生じた前記損害のうち、Yらが負担すべき部分は、これを二割とするのが相当である」。

（※丸囲みの数字は、執筆者が便宜上付したものである。）

(1) 過失判断

まず、判旨①は、Aの死亡は、乙地点前面の河川の調査を怠ったこと、および、川遊びにおける十分な監視体制を欠いたことによるものであるとする。そのうえで、「社会的経験を積み思慮分別のある大人としての引率者」であるY1には、調査・監視体制の確立が義務付けられていたとする（結果回避義務）。同様に、判旨②は、Y2およびY3にも調査・監視体制の確立が義務付けられているとする一方で、判旨③は、Y4ないしY11（以下においては「Y4ら以下」という）も、一般的に引率者として児童の安全について配慮すべき義務は負っているが、調査・監視体制の確立という具体的な義務は負っていないとした。

調査・監視体制の確立という義務に関し、Y1らとY4ら以下とで異なった評価がなされた理由として、(a) Y1らが特別な役割を担っていたこと、および、(b) Y1らがハイキングの実施場所の下見に行き、場所の選定をした者であること、が考えられる。もっとも、判旨③は、Y4ら以下のうち役員の役割を担う者についても調査・監視体制の確立という義務を負わないとしている。また、Y1は子ども会指導の中心を担っており、

(24) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

Y 2 は育成会の会長として子ども会の運営についての責任者としての立場にあるが、Y 3 は育成会の書記の役割を担っているに過ぎない。そうであるとすれば、Y 1 らのみが調査・監視体制の確立という義務を負ったのは、(b) の点がより重視されたためであろう⁽²⁴⁾。言い換えるならば、Y 1 らが調査・監視体制の確立という義務を負うのは、本件ハイキングに関して主導的な役割を担っていたためである。

そのうえで、判旨④は、Y 1 らの行動の「無償 (性)」により、調査・監視体制の確立という義務が直ちに否定されるわけではないとした。すなわち、「子供会活動は社会的意義を有する有益な活動であることは周知の事実であるところ、右の活動が、本件における引率者のような無償の行動によって支えられているものであ」としても、Y 1 らの過失は否定できないとした。もっとも、この点は、Y らの活動が「無償の社会奉仕をしたものであって、これに対して過失責任を問う社会的基盤は存在しない」とする Y らの一般的な主張に応えたものにすぎない。その証左に、判旨④は、「なお」という文言から段落が始められている。また、仮に「無償 (性)」が過失判断において重要な影響を持つならば、Y らの過失を判断した判旨①～③においても、「無償 (性)」への言及があつてしかるべきであった。結局、過失判断の中心は、本件ハイキングに関して主導的な役割を担っていたか否かにある。

以上のように、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟の過失判断においては、Y らの行動の「無償 (性)」に言及があるものの、過失判断の中心は、Y 1 らが本件ハイキングに関して主導的な役割を担っていた点にある⁽²⁵⁾。なお、隣人訴訟の判旨②とは異なり、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟の判旨では、

(24) 加藤・前掲注 (12) 107頁-108頁は、川原の下見を行うなど、相対的に熱心に行事に関与したことを理由に、Y 1 ないし Y 3 に調査・監視体制の確立が義務付けられることを疑問視される。加藤教授はまた、本件は「監視組織体制の不備として子ども会自体の不法行為を考えるべき場合ではなかったか、と思われる」とされる。

(25) これに対し、本件ハイキングに関して主導的な役割を担っていなかった Y 4 以下のうち、対価を得ている者がいたならば、その者は調査・監視体制の確立という義務を負っていただろうか。本件の判旨からは、この点は必ずしも明らかではない。

Yらの予見可能性に関する言及は見られない。

(2) 賠償額の縮減

判旨⑥は、業として行われるハイキングツアーと本件ハイキングを対比し、本件ハイキングにはそこで生じた法益侵害の違法性の程度が著しく低いという結論を導いている。先行研究には⁽²⁶⁾、この対比を「有償」で提供されるハイキングツアーとの対比にとらえ、Yらが本件ハイキングを「無償」で提供していることが賠償額の縮減を導いていると評価するものがある。しかし、隣人訴訟における判旨と同様に、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟の判旨も、端的にY 1らの行動の「無償（性）」に着目して賠償額を縮減したものと考えられない。

判旨⑥は、まず、本件ハイキングが (a) 「無償の奉仕活動によって支えられている子供会活動の一環として実施されたものであり」、また、(b) 「子供会活動はあくまで子供の自主的活動を中心とするものであるから、その行事に参加する子供は、当該行事において、集団の仲間の中で、指導者の助言をうけながら、自主的に仲間と協力し合って行動を共にしてゆく」という性質を有していることを確認する。そして、本件ハイキングの (a) および (b) という性質について、XらおよびAも了承したうえで活動に参加していると推認する。そのうえで、このようなXらおよびAの認識が、賠償額を縮減する根拠とする。

ここでも、隣人訴訟の判旨④と同様の考察をすることができる（2. - (4)）。すなわち、仮に判旨が (a) に対するXらおよびAの認識に着目しているのであれば、子どもの自主的活動を中心とするという、本件ハイキング（子ども会活動）の特徴に言及する必要はなかったはずである。(a) に対するXらおよびAの認識は、本件ハイキングが「子供会活動の一環として実施された」ことに対するXらおよびAの認識を意味すると理解すべきである。また、「有償」で提供されるハイキングツアーとの対比は、そのようなハイキングツアーは、子ども会活動とは異なり、参加者（子ども）の自主的活動を中心とするものではない、という点を強調するためと理解することができる。

(26) 萩原・前掲注 (19) 39頁。

(26) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

以上の点を踏まえるならば、判旨⑥は、Y 1らの行動が無償であることに着目してY 1らの賠償額を縮減したと理解するべきではない。むしろ、本件ハイキングが子どもの自主的な活動を中心としていることに対するXらおよびAの認識が、Yらの賠償額を縮減した理由と理解すべきである。

なお、このような認識を法的にどのように位置付けるかについては、隣人訴訟に関する検討と同様に(2. - (4))、信義則に基づく賠償額の縮減を基礎づける要素と理解するべきである。

(3) 小括

以上でみてきたように、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟は、「無償(性)」という文言を用いているが、過失判断、および、賠償額の縮減のいずれにおいても、「無償(性)」は重要な意義を有していなかったと考える。

まず、判旨①～④は、Yらの過失判断について、その懈怠がAの死亡の原因となった調査・監視体制の確立という義務をY 1ら(のみ)が負うのは、Y 1らが本件ハイキングにおいて主導的な役割を担っていたためであるとする。判旨④は「無償(性)」に言及するが、それは無償の社会奉仕に対して過失責任を問う社会的基盤は存在しないとするYらの一般的な主張に応えたまでである。したがって、ここでも「無償(性)」は重要な意義を有しない。

また、判旨⑥は、一見するとY 1らの行動の「無償(性)」からY 1らの賠償額の縮減を導いているとも思えるが、そうではない。むしろ、そこで判旨が着目しているのは、本件ハイキングが子どもの自主的な活動を中心とすることを、XらおよびAが認識している点である。このようなXらおよびAの認識が、信義則に基づく賠償額の縮減を基礎づける。したがって、ここでも「無償(性)」は重要な意義を有しない。

4. ボランティア活動と「無償(性)」

(1) 「無償(性)」という共通点

以上の検討から、執筆者は、ボランティアによる侵害行為とその責任に関するこれまでの議論の方向性は、議論の発端となった隣人訴訟、および、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟の判旨が示した責任判断の枠組みを十分に考慮したものではなかったと考える。確かに、いずれの訴訟においても加

被害者の無償の行動が損害を惹起しており、結果的には賠償額の縮減を通じて加害者の責任は大幅に軽減されている。しかし、それは両事件における皮相的な部分に過ぎない。

いずれの事件においても加害者の「無償（性）」は必ずしも重要な意義を有していない。そもそも隣人訴訟において、判旨は「無償（性）」という文言を用いていない。「無償（性）」と関連して用いられる「好意」あるいは「有償」という文言も、「無償（性）」を意図して用いられたわけではない。また、「無償（性）」という文言を用いた津市「四ツ葉子供会」事件訴訟の判旨も、「無償（性）」に重要な意義を与えていない。確かに、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟の判旨④は、「無償（性）」は注意義務を否定する根拠とはならないとしているが、そもそも加害者たちに過失が認められたのは、加害者たちが侵害行為につながった子ども会活動に関して主導的な役割を担っていたからである。判旨が「無償（性）」に言及したのは、「無償の社会奉仕に対して過失責任を問う社会的基盤は存在しない」とするYらの一般的な主張に応えたために過ぎない。

もっとも、当時の社会の反応を新聞の社説から見ると、主要紙の津市「四ツ葉子供会」事件訴訟に関する社説は、いずれもYらの活動の「無償（性）」を強調している。まず、朝日新聞の社説は⁽²⁷⁾、「判決は、無償のボランティア活動といえども、児童の生命や身体の安全にかかわる場合には、厳しい法的責任が伴うことを明らかにした。関係者はこれをよい教訓として、安全対策に万全の目配りのきいた、生き生きした子供会活動の育成にいつそうの努力をしてもらいたいと思う」、とする。また、読売新聞の社説は⁽²⁸⁾、「判決は、子ども会活動について、「社会的意義のある有益な行動であり、その活動は、本件引率者のような無償行為によって支えられている」と評価した。そして、有償の活動に比べれば、その責任も著しく低く低いたうえで、さらに子供の過失も相殺したのである。いかに善意、無償の行為であっても、そこには、やはり一定の義務と責任が伴うことを否定するものはいないだろう」とする。

判旨においては重要視されていない「無償（性）」を、主要紙の社説がこ

(27) 朝日新聞1983年4月22日朝刊5頁。

(28) 読売新聞1983年4月23日朝刊3頁。

(28) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

れほど強調するのはどうしてであろうか。執筆者は、これらの社説の狙いが、「無償 (性)」を強調することで、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟と隣人訴訟とを一連の事件と位置付け、急激な工業化・都市化が進む当時のわが国において、近所づきあいや子ども会活動といった地域社会を基盤とする古き良き伝統 (および、そのような地域社会における紛争の解決機能) と、法制度との関係を問う契機とすることにあっただのではないかと考える。

しかし、いずれの事件においても加害者が被害者に対して無償で役務を提供しているとはいえ、加害者と被害者との関係は、両事件において相当に異なる⁽²⁹⁾。津市「四ツ葉子供会」事件訴訟の加害者による役務の提供は、自らの利益のために行われた行動ではなく、もっぱら被害者の利益のために行われた行動である。さらに、役務の提供は一定の期間継続し、そのため、事前の調査を伴うなど、計画的に行われたものであった。これに対し、隣人訴訟の加害者による役務の提供は、加害者が自ら負う義務 (自身の子であるBに対する監護保育義務) の履行に伴って行われたものに過ぎず、すくなくとも被害者の利益のためだけに行われた行動ではない。さらに、YらがAの監護保育を引き受けた背後には、近隣者という関係から生じる、ある種の道徳的な義務が存在した。

このような差異にもかかわらず、なお津市「四ツ葉子供会」事件訴訟と隣人訴訟とを併せて扱おうとするならば、両事件における皮相的な共通点である「無償 (性)」を強調するほかなかつたのではないか。

そうであるとすれば、「無償 (性)」を手掛かりとしてボランティアによる侵害行為とその責任に関する議論を展開させることには再考の余地がある。それどころか、執筆者は、「無償 (性)」を手掛かりとしたことによって、その後の議論がボランティア活動の実態に適合するものではなくなってしまったのではないかと考えている。

(2) 「無償 (性)」を手掛かりとする議論の問題点

第一の問題点は、「無償 (性)」を手掛かりとした結果、ボランティア活動が無償の (準) 委任契約として捉えられるようになったことにある。確かに、わが国の民法典が「無償 (性)」に言及するのは契約法の領域におい

(29) 以下の記述は、星野・前掲注 (14) 56頁 [森島昭夫発言] に示唆を得た。

てである。そして、ボランティア活動の大部分は役務の提供を内容としている。その結果、ボランティア活動を法の領域で捉えるならば、無償の(準)委任契約となる。大村教授も⁽³⁰⁾、「ヴォランティアの特徴は、自発性・無償性に加えて、財貨ではなく役務を提供するという点に求められる。こうした役務提供は、有償であれ無償であれ、(準)委任であると考えられることが多い。雇用(従属・有償)でも請負(有償)でもあり得ない以上、典型契約に受け皿を求めるならば、確かに委任というほかない」とされる。

ボランティア活動の中には、ボランティアと受益者との間に(準)委任契約が締結されたと評価できる場面がないわけではない。例えば、後述する東京地判平成10年7月28日判時1665号84頁の事案のように(Ⅲ. - 1.)、ボランティア活動においてボランティアと受益者とが1対1の関係に立つ場面もある⁽³¹⁾。しかし、ボランティア活動の実態を鑑みると、むしろそのような場面は例外的であると思われる。近時のボランティア活動においては、ボランティアと受益者の一方、または、双方が複数であることが一般的である。津市「四ツ葉子供会」事件訴訟においても、ボランティアと受益者の双方が複数であった。そのような中で、例えば、侵害行為に及んだボランティア(→Y1ら)と、損害を受けた受益者(→A)との間で、個別に(準)委任契約が締結されていたと考えることは困難である。契約の成立に関する一般論からすれば、ボランティアと受益者との間に合意が存在することが前提とされるところ、ボランティア活動を広く(準)委任契約と理解する議論の展開は支持できない。

ボランティア活動の実態との齟齬を看過したこともさることながら、ボランティア活動を無償の準委任契約と捉えることで、「ボランティア活動を同種の役務を提供する有償の活動(有償の準委任契約)と対比する」という構造を議論に持ち込んだことが、第二の問題点である。周知のように、わが国の民法は、有償委任と無償委任とを区別することなく、民法644条に

(30) 大村敦志「無償行為論の再検討へー現代におけるその位置づけを中心にー」林信夫=佐藤岩夫編『法の生成と民法の体系』(創文社、2006年)45頁。

(31) もっとも、後述するように、判旨は民法644条を引用しつつ、準委任契約の成否については言及していない。前田陽一「判批」社会保障判例百選〔第4版〕(2008年)217頁、中原太郎「判批」社会保障判例百選〔第5版〕(2016年)209頁も、判旨からはこの点が明らかではないとされる。

(30) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

において受任者が善管注意義務を負う旨を規定する。この点については、すでに立法当時から疑問が呈されていた⁽³²⁾。これを受けて、先行研究には⁽³³⁾、無償寄託に関する民法659条を類推するなどして、無償委任において受任者が負う義務を、自己の財産に対するのと同じの注意⁽³⁴⁾、とする見解がみられる。しかし、これに対しては、民法659条は物の保管を念頭においた規定であり、無償での事務処理一般を念頭においた無償委任に持ち込むべきではないとする意見がある⁽³⁵⁾。そこで、有償委任と無償委任とで受任者は等しく善管注意義務を負うとしつつ⁽³⁶⁾、実質的に受任者の注意義務の軽減を図ろうとする先行研究がみられる⁽³⁷⁾。これらの先行研究には、(a) 民法644条が任意規定であることに着目し、当事者間に注意義務を軽減する旨の(黙示の)合意を認めるもの⁽³⁸⁾、(b) 事務処理を内容とする注意義務の軽減された無名契約が成立するとするもの⁽³⁹⁾、(c) 善管注意義務を負うことについて当事者に効果意思が存在しない場合があるとするもの⁽⁴⁰⁾、がある⁽⁴¹⁾。

(32) 広中俊雄編著『第九回帝國議會の民法審議』(有斐閣、1986年) 237頁〔谷澤龍蔵発言〕は、民法が有償委任と無償委任とで責任に関する区別をしていないことが弊害を生じさせるのではないかと指摘する。もっとも、今次の債権法の改正においても、なお民法644条が維持されたことにも注意するべきである。

(33) 加藤・前掲注 (12) 107頁。

(34) もっとも、厳密に言えば、一木孝之「無償委任の法的性質—「契約成立」に関する一考察— (3・完)」早稲田法学77巻1号 (2001年) 82頁が指摘されるように、「自己の業務における同一の注意」となる。

(35) 橋本・前掲注 (2) 41頁。また、来栖三郎『契約法』(有斐閣、1974年) 592頁は、「委任の場合には通常委任者の事務は受任者の事務からきりはなされて存在し、従って受任者は自己の事務と無関係に委任者の事務処理を引き受けるのに対し、寄託の場合には無償のときは通常受寄者は寄託者の物を自己の物と一緒に自己の許に保管してやろうとしているので、自己の物ときりはなして考えることは適当でないからであろうか」とされる。このような理解に立つならば、隣人訴訟では、Yらは自身の子であるBを監護保育するついでにAを監護保育する状況にあり、その注意義務も自己の業務における同一の注意と理解することができる。

(36) 中川高男「受任者の善管注意義務」契約法大系刊行委員会編『契約法大系IV (雇用・請負・委任)』(有斐閣、1963年) 269頁、山本豊編『新注釈民法 (14)』(有斐閣、2018年) 250頁〔一木孝之〕。

また、(d) (a) を認めつつ、併せて、賠償額の縮減する旨の（黙示の）合意を認めるものもある⁽⁴²⁾。

(37) なお、道垣内弘人「善管注意義務をめぐって」法学教室305号（2006年）40-44頁や潮見佳男『債権各論Ⅰ〔第3版〕』（新世社、2017年）が指摘されるように、民法644条は、受任者が負う義務（委任事務処理義務）を、「委任の本旨」に従って事務を処理するに際し、「善良なる管理者」であれば行うべき行為（払うべき注意）としていると理解できる。言い換えるならば、「委任の本旨」により、一般的・抽象的に受任者の行為義務が定まり、「善良なる管理者」という基準によって、そのような一般的・抽象的な行為義務が具体化される。そこから、受任者の注意義務の軽減には2つの可能性があることがわかる。すなわち、第一の可能性は、一般的・抽象的な行為義務である「委任の本旨」の内容を限定することであり、第二の可能性は、行為義務の具体化の基準である「善良なる管理者」という基準を変更することである。先行研究（後掲注（38）、（39））は、第二の可能性を意図するようであるが、道垣内・前掲注（37）44頁が指摘されるように、第一の可能性のほうが、より説得的であるように思われる。

(38) 我妻榮『債権各論 中巻二（民法講義V3）』（岩波書店、1962年）672頁。

(39) 星野・前掲注（14）22頁〔森島昭夫発言〕、同24頁〔星野英一発言〕、中田裕康『契約法』（有斐閣、2017年）526頁。

(40) 我妻・前掲注（38）672頁。

(41) これに対し、無償委任を契約以外の視点から分析し、責任の軽減を意図する先行研究もある。四宮和夫「委任と事務管理」谷口知平教授還暦記念発起人編『不当利得・事務管理の研究（2）』（有斐閣、1971年）307頁は、委任者に生じる急迫の危害を避けるために無償で事務処理が行われた場合、民法698条を類推適用し、悪意または重過失の場合にのみ責任を負うとされる。また、一木・前掲注（34）81-82頁は、無償での事務処理には、「当該事務処理関係が、当事者の私的自治の点では契約と認められないが、社会的接触に由来する信頼に対する法の承認の観点によれば、なお一定の義務関係ありとみなされうるものがある」としたうえで、そのような事務処理関係における受任者の注意義務は軽減されるとされる。

(42) 広中俊雄「有償契約と無償契約との差異は債務者の注意義務についても存在するか」『契約法の理論と解釈』（創文社、1992年）288-289頁は、無償委任の受任者の注意義務を軽減する特約は有効であるとしつつ、「責任の要件が同じだからといって当然に責任の量も同じ扱いを受けなければならないとする理由はどこにもなく、無償委任と有償委任との差異はまさに後者の点に存する」とされ、損害賠償額の縮減を通じた責任の軽減を意図される。

(32) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

このような先行研究は、いずれも無償委任における受任者の責任軽減を志向するという点において共通しているが、ボランティア活動を念頭におくならば、(a)、(b) および (d) については、責任軽減の直接の根拠として信義則を挙げる点でも共通している⁽⁴³⁾。隣人訴訟においても、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟においても、そのような合意は存在しなかった。有償委任と無償委任との対比は、そのような信義則に基づく受任者の責任軽減を基礎づけるものであると理解することができる。有償委任と無償委任との対比により、受任者の注意義務に関しては、民法644条（受任者は善管注意義務を負う）の適用が⁽⁴⁴⁾、また、賠償額の縮減に関しては民法415・416条（受任者（債務者）は賠償を全額負担する）の適用が排除されるが、信義則による補充を行った結果、任意規定の適用が排除されることが正当化されるのは、信義則の内容が当事者の（仮定的）意思に近いと考えられるからとされる⁽⁴⁵⁾。

しかし、有償委任との対比に基礎づけられた信義則に基づく責任軽減をボランティア活動に関する議論に持ち込むには、慎重でなければならない。なぜならば、そのような信義則に基づく責任軽減の背後には、委任事務が経済的価値を有することが広く認められていること（つまり、社会的には有償委任が原則であり、無償委任が例外とされること）を前提とし、本来有償で行われるべき委任事務が、敢えて無償（あるいは経済的合理性に反する低廉な価格）で提供されている以上、無償で委任事務を行った者の責任は軽減されるべきである、とする構造がみられるからである。例えば、我妻博士は⁽⁴⁶⁾、「生命保険会社の嘱託医が加入申込者の比較的容易に診断

(43) 我妻・前掲注 (38) 672頁は、受任者の注意義務は「委任事務の性質はもとより、委任者のそれによって得る利益、受任者の受ける報酬その他一切の事情を考慮し、信義則によって適当な範囲に限定されると解すべき（傍点は執筆者による）」とされる。また、広中・前掲注 (42) 289頁も、営利活動ないし企業活動の一環として委任事務が行われる場合を念頭におき、「そのような事務なのに無報酬ないし過少報酬で委託をする委任者は賠償額減縮の意思を有するものと解しなければ、信義誠実の原則に反する（傍点は執筆者による）」とされる。

(44) もっとも、民法644条を前掲注 (37) のように理解するならば、「委任の本旨」の内容の限定を通じた注意義務の軽減は、むしろ同条を適用した結果であるといえる。

し得たはずの肺疾患を発見せずに健康体と報告し、会社をして生命保険契約を締結させ多額の保険金を支払わせたので、会社から医師に対し損害の全額の賠償を請求した事件につき、大審院は、報酬が極めて少ないという医師の抗弁を退け、請求を認めた。その当否はすこぶる疑わしい」とされる。ここで我妻博士は、有償（適切な報酬）で診断が行われる場合が存在することを前提とし、これを事案における診断（低廉な価格）とを比較され、責任の軽減を導かれている。また、広中博士も⁽⁴⁷⁾、同じ事案を念頭に

(45) 四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第9版〕』（弘文堂、2018年）215頁。もともと、債権法改正における「契約の解釈」に関する議論を鑑みると、受任者の責任を軽減する旨の合意を「信義則から」導くこと自体についても、なお検討が必要であると思われる。森田修「契約の解釈：一般準則を中心に（その1）（その2）」法学教室430号（2016年）50-61頁、431号（2016年）60-69頁は、今次の債権法改正において契約の解釈に関する新規定を置くことは見送られたが、審議過程では質量ともに充実した議論が集積され、解釈理論上の到達点が表示されているとされる。

ここで問題となるのが、内容が確定できない事項に関する契約の解釈（補充的契約解釈）の方法について規定した、中間試案第29の3「当事者がそのことを知っていれば合意したと認められる内容を確定することができるときは、契約は、その内容に従って解釈しなければならないものとする」である。このルールについて、民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明363頁は、「契約内容を確定することができない事項が残る場合には、慣習、任意規定、条理などを適用することによって当事者の法律関係を明らかにするという方法がある。しかし、これらは同種事案についての一般的な場面を想定して形成されてきたルールであり、個別の契約に適用するのが必ずしも適当でない場合がある。慣習や任意規定等の一般的なルールを直ちに適用するよりも、個別の契約に即して、当該契約の趣旨や目的などに合致する補充の方法を確定することができるのであれば、それに従って法律関係を形成することが望ましいと考えられる」とする。この点につき、森田教授は、従来考えられてきた条理・慣習・任意規定などによる契約の「補充」と、このルールが示す「補充的契約解釈」とが競合する場合に、両者をどう関係づけるかが問題になるとされる。したがって、債権法改正における契約の解釈に関する議論を経た後では、有償委任と無償委任との対比を通じた責任軽減のように、信義則により正当化されてきた内容については、（結論を異にするかは別として）再考が求められていると考える。

(46) 我妻・前掲注 (38) 672-673頁。

(34) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

おき、「……無報酬で事務処理を委託する委任者は受任者の過失（「善良ナル管理者ノ注意」を欠くこと）によって生ずべき損害の一部を負担する意思（損害賠償額減縮の意思）を有するものと解すべきなのである。……上記のことは、特に委任事務が営利活動ないし企業活動の一環である場合にあってはまるのであり、そのような事務なのに無報酬ないし過少報酬で委託をする委任者は賠償額を縮減の意思を有するものと解しなければ、信義誠実の原則に反する」とされる。無償委任における受任者の責任の軽減を意図し、有償委任と無償委任とを対比した議論の背後には、無償委任を通じて行われる委任事務と同種の委任事務が有償で行われることが前提とされている。

そこで、問題は、このような前提がボランティア活動に広く認められるかである。確かに、病院でのボランティア活動（患者の案内・誘導）や、学校でのボランティア活動（敷地内の清掃、行事の準備）のように、職員⁽⁴⁸⁾とボランティアとが同一の活動に携わる場合など、ボランティアが行う委任事務が、営利活動ないし企業活動として「も」行われる場合はある。それでは、先に挙げた隣人訴訟、および、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟の場合はどうであろうか。

この点、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟の判旨^⑥が、Y1らによる子ども会活動と「施行業者によりなされるハイキングツアー」を対比したことには疑問が残る。判旨も指摘するように、子ども会活動はあくまで子どもの自主的活動を中心とする活動である。これに対し、一般的にハイキングツアーと呼ばれる活動は、参加者の自主的活動を中心とするものではない。最近では、自然体験ツアーなどと称し、専門知識や経験を備えた講師が同行し、飯盒炊飯や川遊びを行うツアーも少なくないが、当時の社会にそのような活動が存在したのであろうか。有償委任と無償委任とでまったく同一の委任事務がおこなわれていなければ両者の対比は成り立たないとする

(47) 広中・前掲注 (42) 289頁。

(48) 一般的に、職員は病院や学校といった組織との間で労働契約を締結しており、委任契約はそのような組織を受託者として委託者（活動の受益者）との間で締結されるから、職員は履行補助者に該当する。したがって、厳密に言えば、ここでの有償委任と無償委任との対比とは、（職員個人ではなく）組織による有償委任と、ボランティアによる無償委任ということになる。

わけではないが、質的に異なる（有償の）委任事務を挙げ、これを基礎として信義則に基づく賠償額の縮減を導くことには、にわかに首肯できない⁽⁴⁹⁾。もっとも、この点前述したように（3. - (2)）、判旨⑥は有償での役務の提供との対比に重要な意味を見出していない。判旨は、あくまで子ども会活動自体の特徴を検討し、そこから得られた「子供会活動はあくまで子供の自主的活動を中心とする」に対するXらおよびAの認識を基礎として、信義則に基づく責任軽減を導いている。したがって、その点では判旨の判断は妥当であったと考える。

これに対し、隣人訴訟の判旨③は、Yらが行った監護保育を、「有償で監護保育を委託するとき場合」と対比している。「有償で監護保育を委託する」ことが具体的にどのような活動を意味するかは明らかではないが、有償のベビーシッターがその典型であると考え⁽⁵⁰⁾。X妻は有償で監護保育を提供するベビーシッターではなく、敢えて無償で監護保育を提供するYらを選択したのであるから、信義則に基づき、Yらの注意義務は軽減され、

(49) もっとも、ボランティア活動と同種の委任事務が有償で行われているか否かの判断は、結局当該ボランティア活動をどのような視点からとらえるか、言い換えるならば、類型化の視点が問題となる。隣人訴訟を例にすると、Yらの監護保育を「子どもたちが遊んでいる際の」監護保育と捉えるならば、Yらによる監護保育も、ベビーシッターによる監護保育も、保育士による監護保育も、あるいは、学校における（休み時間中の）監護保育も、みな同じ監護保育として比較することができる。これに対し、Yらの監護保育を「自宅付近における」監護保育と捉えるならば、比較の対象となるのはベビーシッターによる監護保育のみであろう。また、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟を例にすると、Yらが行ったハイキングを「子どもたちを旅行につれていくこと」と捉えるならば、施行業者によりなされるハイキングツアーも比較の対象となるであろう。他方で、Yらが行ったハイキングを「子供の自主的活動を中心とする活動」と捉えるならば、林間学校のような学校行事としてのハイキングツアーと対比することもできる。

(50) この点、河上・前掲注(14)72頁は、Yらを保育園の保母（保育士）と対比しているが、監護保育の形態（場所、人数）などを鑑みると疑問が残る。なお、公益社団法人全国保育サービス協会によれば、就学前だけでなく、小学生までの子どもであれば、ベビーシッターに監護保育を依頼することが可能であるとされる。

(36) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

あるいは、賠償額は縮減される、とすることも、一応は理解できる。

問題は、一般的・抽象的に、Yらが提供する監護保育と同種の監護保育を有償で提供する存在(有償のベビーシッター)があること、あるいは、その存在を認識していた(すべきであった)ことから、直ちに、X妻が、敢えて無償で監護保育を提供するYらを選択した、と評価すべきかである。判旨①でも示されているように、Aに対する監護保育はX妻が買い物に行っている間という短時間の監護保育が予定されていた。仮に、Aに対する監護保育が半日に及ぶことが予定されていたならば、X妻がYらによる(無償の)監護保育ではなく、有償のベビーシッターによる監護保育を選択することも十分考慮されたであろう。しかし、Aに対する監護保育は予定されたものではなく、しかも、短時間で終了するものであった。そのようなX妻にとって、有償のベビーシッターによる監護保育を利用するという選択肢は事実上存在しなかったはずである。そうであるとすれば、X妻が、敢えて無償で監護保育を提供するYらを選択した、と評価できるのは、具体的な事情から、X妻が有償のベビーシッターによる監護保育を選択することも十分可能であった場合のみとするべきである。もっとも、この点、前述したように(2. - (4))、判旨③は有償での役務の提供との対比に重要な意味を見出していない。判旨は、Yらの監護保育の態様に対するX妻の認識を基礎として、信義則に基づく責任軽減を導いている。したがって、その点では判旨の判断は妥当であったと考える。

執筆者は、有償委任と無償委任との対比の議論そのものは重要な意義を有すると考える。しかし、有償委任との対比を基礎として、信義則に基づき、つまり当事者の仮定的合意として責任軽減を導くことができるのは、実質的な対比が可能である、つまり有償委任が選択であるにもかかわらず受益者が敢えて無償委任を選択したという事情が認められる場合に限定されると考える。そして、ボランティア活動の実態を鑑みる限り、そのような事情が認められる場面は限定的なのではないかと考える。この点については、VI. においてさらに検討する。

(3) 信義則に基づく賠償額の縮減と人身損害

ところで、前述したように、先行研究には⁽⁵¹⁾、有償委任との対比を基礎として信義則に基づき賠償額を縮減しようとするものがある。この点、信

義則を当事者の仮定的意思と捉えるならば、信義則に基づく賠償額の縮減は、受任者の損害賠償責任について、その賠償額を減責・免責する特約（減免責条項）と理解することができる。この減免責条項に関しては、約款との関係において深淵な議論があり、ここでそれらのすべてに言及することはできない。ただ、ボランティア活動において問題となる損害が一般的には人身損害であることに鑑み⁽⁵²⁾、この点との関わりについて若干付言しておく⁽⁵³⁾。

民法は減免責条項について一般的な規定を設けていないが、私的自治ないし契約自由の原則から根拠づけられるとされている⁽⁵⁴⁾。そのため、減免責条項は原則として有効であるが、その内容が信義則に反し、または、公序良俗に反する場合にはその効力が否定される⁽⁵⁵⁾。ここで言われる信義則、あるいは、公序良俗に反する減免責条項の例として、わが国で挙げられてきたのが、故意または重過失による責任を減免責する条項である。これは、ドイツ民法276条3項が、「故意に基づく債務者の責任は、あらかじめ免除することができない」⁽⁵⁶⁾としていることに依拠したものである。また、かつ

(51) 広中・前掲注 (42) 288-289頁。

(52) 例えば、文化財の修復を内容とするボランティア活動のように、重大な財産的損害を惹起する活動がないわけではない。

(53) なお、人身損害に対する減免責条項の有効性については、2018年の消費者契約法の改正において議論された。もっとも、この点に関する立法は見送られ、当面は同法10条の解釈・運用に委ね、消費者庁『逐条解説 消費者契約法』などで対応することとされた（宮下修一「不当条項規制（8条・8条の2・8条の3）」国民生活73号39頁）。そして、逐条解説167頁は、生命または身体の侵害による損害賠償責任を免除する条項は、同法10条によって無効となる可能性があると考えられる。消費者契約法2条がいう「事業」とは、一定の目的をもってなされる同種の行為の反復継続的遂行であり、営利の要素は必要ないとされるから（逐条解説7頁）、ボランティアが受益者との間で契約を締結していると評価されるならば、同法10条の適用により、人身損害に対する減免責条項が無効とされる可能性もある。

(54) 潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）523頁。

(55) 潮見・前掲注 (54) 525頁。

(56) 椿寿夫＝右近健男編『ドイツ債権法総論』（日本評論社、1988年）106頁。なお、現行のドイツ民法276条3項は、改正前の同条2項に相当する。

(38) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

て過失概念を不注意な心理状態（意思緊張の欠如）と捉える立場が通説の地位にあったことから、重過失も「注意を欠くこと著しく、ほとんど故意に近い状態」と理解されたため、重過失による責任を減免責する条項も故意と併せて扱われることとなった。過失概念を客観的過失と捉える現在においては、重過失に関しても、故意との近似性よりも注意義務違反の程度が著しいといった点が強調されることが多いが⁽⁵⁷⁾、重過失はなお故意に準じて扱うのが一般的とされる⁽⁵⁸⁾。もっとも、潮見教授は⁽⁵⁹⁾、減免責条項の評価に際しては、「債務不履行が故意・重過失のある行為によるものであったか否かが決定的のではなく、相手方の利益を顧慮すべきであるとの要請に違反した不誠実な行為を免責することが許されないとの評価が決定的なのである」とされる。

このことから、故意・重過失以外の不履行事例についても減免責を認める契約条項が常に有効とされるわけではないとする理解が導かれる⁽⁶⁰⁾。さらに、この点で早くから指摘されていたのが、(軽)過失による生命・身体に対する侵害、すなわち、人身損害に対する減免責条項の有効性である⁽⁶¹⁾。この点が、ボランティアの責任を検討する際に問題となる。すなわち、隣人訴訟や津市「四ツ葉子供会」事件訴訟でもそうであるように、ボランティアの責任に関しては人身損害が問題とされることが多い。もちろん、その他の損害が問題とならないわけではないが、ボランティア活動の実態を鑑みると、人身損害を惹起する危険性を伴う活動が多いことがわかる。そうであるとすれば、信義則に基づきボランティアの責任を軽減することを検討する際には、人身損害に対する減免責条項の有効性という視座にも立つ

(57) 潮見佳男『不法行為法 I [第2版]』（信山社、2009年）306頁。

(58) 窪田充見『不法行為法 [第2版]』（有斐閣、2018年）73頁。

(59) 潮見・前掲注 (54) 527頁。

(60) 奥田昌道編『新版注釈民法 (10) II』（有斐閣、2011年）225-226頁〔北川善太郎＝潮見佳男〕。

(61) なお、付言しておくならば、隣人訴訟の判旨④、および、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟の判旨⑤は、被害者側の過失およびこれに基づく過失相殺を行っており、以下の記述は、この過失相殺に基づく（人身損害に対する）責任の軽減について言及するものではない。したがって、両事件の判旨が被害者側の過失に基づいて賠償額を縮減したという点については、執筆者も異論はない。

必要がある。

人身損害に対する減免責条項が無効とされる余地があることは、早くから星野博士が指摘されていた⁽⁶²⁾。さらに、加藤雅信教授は⁽⁶³⁾、「人身損害についての免責特約は無効とするのが一般論としては正当である」とされたうえで、これに対する例外として、「通常の医師が引き受けたがらない危険な手術をする契約等、軽過失免責に一定の合理性がある場合は、有効と認めてよい」とされる。問題は、どのような基準により合理性を判断するかである。この合理性について、加藤一郎博士は⁽⁶⁴⁾、減免責条項の有効性は、合意が自由な意思に基づくことを前提として、(a) 内容の合理性、および、(b) 選択と折衝の余地、の2点から判断されるとされる。このうち、(a) については⁽⁶⁵⁾、「免責条項の内容上の合理性としては、その対価的合理性が一つの基準としてかんらえられる。免責条項があれば対価が安くなるというのであれば、免責を受ける事業者だけでなく相手方も利益を受けることになり、その合理性が認められやすくなる」とされる。これに対し、(b) については⁽⁶⁶⁾、「自由意思による合意と内容の合理性を、ともに実現するための条件として、そこに選択の余地があること、逆にいえば事業者間に自由な競争があることが、あげられる」とされる。加藤一郎博士は、そのような選択・競争が機能していない例として、診療契約における減免責条

(62) 星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』（良書普及会、1978年）62頁。

(63) 加藤雅信『債権総論』（有斐閣、2005年）168-169頁。なお、加藤教授は、重過失に基づく損害に対する減免責条項についても、「故意については内心の立証が困難であるという問題がある。この故意の立証に代替されるのが重過失の立証であることも少なからずあるので、重過失免責特約も無効と考える」とされつつ、これに対する例外として、「無償契約については、それに合理性が認められれば、重過失免責特約を有効としてよい」とされる。したがって、加藤一郎博士と同様に、減免責条項の有効性は、その「合理性」に委ねられているといえる。

(64) 加藤一郎「免責条項について」加藤一郎編『民法学の歴史と課題』（東京大学出版会、1982年）257頁-260頁。

(65) 加藤・前掲注 (64) 258頁。

(66) 加藤・前掲注 (64) 251頁。なお、同236-237頁は、不法行為に基づく損害賠償責任に関しては、選択の余地がかなり限定されており、減免責条項が押し付けられるということになりやすいとされる。

(40) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

項を挙げられ、「患者としては、その病院に入院して治療を受けるためには、その免責条項を認めざるを得ないから、そこには事実上の強制がある。また、もしいやならば免責条項のない別の病院を探せばよいということも考えられるが、病院は地域的にある程度限定されているから、それは現実的ではないし、もし多くの病院がこの免責条項を採用していれば患者としては選択の余地がないことになってしまう」とされる。

これに対し、広瀬久和教授は⁽⁶⁷⁾、減免責条項を、担保型責任の減免と、故意・過失型責任の減免とに分けられたうえで、故意・過失型責任の減免については、まず、(a) 軽過失による責任の免除は、対価的契約内容に吸収される限りにおいて有効であるとされる。これに対し、重過失についてはこれを2つに分け、(b) 契約の基本的・前提的義務違反、組織・機構上の欠陥、または、損害発生の際の蓋然性を著しく高める行為があったなどの場合には、営業的債務者に対しては原則として減免責を認めず、例外的に、「非営業的な（特に無償の）債務者の場合や、損害の程度・質が軽微な場合、被害者側の過失乃至危険の引受けが典型的に想定される場合などには」減免責条項が有効とされることがあるが、(c) 故意、および、これと同視しうる重過失による責任の免除は一般的に認められないとされる。以上の分類を踏まえたうえで、さらに、契約の個別的事情、他の契約当事者との平等な取り扱いの要請、被侵害利益の重大さ、および、契約自由の原理の前提条件の有無、などが考慮されるとされる。

以上の学説に対し、近時の下級審判例にも人身損害に対する減免責条項を無効とするものがある。

① 富山地判平成6年10月6日判時1544号104頁

会員制のスポーツクラブY1のプールにおいて、その会員であるAが溺死した事件について、裁判所は、安全管理を怠ったとしてスポーツクラブの経営者Y2の（軽）過失を認めたとうえで、軽過失に基づく損害に対するY1の免責を認めた入会規約について、Aが規約を順守する旨の誓約書に署名捺印してスポーツクラブに加入したことのみにては、Aが免責に合意したと評価できず、また、仮に合意が認められるとしても、契約の内容や施設利用の実情などに照らすと、「被告に本件契約上の債務不履行がありそ

(67) 広瀬久和「免責約款に関する基礎的考察」私法40号（1978年）186-187頁。

の結果会員の生命・身体に重大な侵害が生じた場合においても、被告が損害賠償責任を負わない旨の内容を有するものであるとすれば、右規約はその限りにおいて、公序良俗に反し、無効といわなければならない」として、免責条項の効力を否定し、Yらの責任を認めた。

② 東京地判平成13年6月20日判タ1074号219頁

Y1社が主催するスキューバダイビング講習会に参加したXが、講習中の事故により障害を負った事件について、裁判所は、適切な指導を怠ったとしてY1の被用者であり、講習会のインストラクターであったY2の(重)過失を認めたとうえで、「このコースに生徒として参加している間に私に生ずる可能性のある、いかなる傷害その他の損害についても、予測可能な損害であるか否かにかかわらず、その責任の全てを私が個人的に負うことに同意します」とする免責同意書にXが署名押印しているとしても、「講習会の講師はスキューバダイビングの知識と経験を有しているのに対し、受講生はそのような知識や経験に乏しいのが通例であるから、そのような危険なスポーツに関し、対価を得て講習会を開催する場合、専門的な知識と経験を有する講師において受講生の安全を確保すべきは当然の要請であるといわなければならない。このような観点からすれば、人間の生命・身体のような極めて重大な法益に関し、免責同意者が被免責者に対する一切の責任追及を予め放棄するという内容の前記免責条項は、被告らに一方的に有利なもので、原告と被告会社との契約の性質をもってこれを正当視できるものではなく、社会通念上もその合理性を到底認め難いものであるから、人間の生命・身体に対する危害の発生について、免責同意者が被免責者の故意、過失に関わりなく一切の請求権を予め放棄するという内容の免責条項は、少なくともその限度で公序良俗に反し、無効であるといわざるを得ない」として、Yらの責任を認めた。

③ 東京地判平成15年10月29日判時1843号8頁

Yらが主催する自動車レースに参加したドライバーXが、レース中の事故により全身に重度の熱傷などを負った事件について、裁判所は、レース中の安全確保を怠ったとしてYらの過失を認めたとうえで、本件レースに参加する際、Xが署名したうえでYらに差し入れた、競技参加に関連して起こった事故について、決してYらに損害賠償を請求せず、このことは事故が主催者または大会関係役員の手違いなどに起因した場合でも変わらない

(42) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

とする誓約書（本件誓約書）について、(a)「Yらは、自動車レースによって経済的な利益を取得しながら、一方でレースに参加するドライバーに対し、上記内容の誓約書の差入れを義務付けているのであって、自動車レースはドライバーがいなくては興行として成立しない以上、同誓約書の効力を文字どおり認めた場合には、Yらは、ドライバーの安全への配慮を故意又は過失によって怠り、その結果、重大な結果を伴う事故が生じた場合でも、経済的利益は取得しつつ、一切責任は負わないという結果を容認することになり、これが著しく不当、不公平であることは明らかである」、(b)「自動車レースに参加するために提出を義務付けられ、これを提出しない限り自動車レースに参加できないという性質の本件誓約書は、Yらが参加者を本件誓約書の提出、不提出によってレースへの参加を選別できるという意味において、レース参加希望者のレース参加の自由を不当に制約し、Yらの一方的優位を背景にレース参加希望者に提出を義務付けた文書というべきであるから、本件誓約書のうち、Yらの故意・過失にかかわらず損害賠償を請求できないとの部分は、レース参加希望者に一方的に不利益を課すものであり、社会的相当性を欠き公序良俗に反し無効というべきである」として、本件誓約書に基づく免責を認めず、Yらの責任を認めた。

いずれの事件においても結論としては人身損害に対する減免責条項を無効とするが、そのニュアンスはやや異なる。

①事件の判旨は、(軽) 過失に基づく損害のみを免責する免責条項であっても、そのような免責条項が人身損害に対する免責も含むときは、免責条項の成立に慎重な手続きが求められる旨を指摘する。そのうえで、判旨は、事案からすると、AがY1に入会する際に、入会申込書の下部に記載された入会規約を申込書と切り離して受領したことは、免責を認める合意とは評価しえないとする。窪田教授も⁽⁶⁸⁾、生命・身体への侵害について、減免責条項が有効とされる余地はあるが、少なくとも被害者の同意や承諾の完全性、真摯性が要求されるとされており、判旨もこの考えに沿うものであろう。判旨は、原告の主張に応え、免責条項のうち人身損害に対する免責を認める部分については無効であるとする。

②事件の判旨は、直接の加害者であるY2に重過失を認めた。そのため、

(68) 窪田・前掲注 (58) 285頁。

判旨で問題とされたのは、重過失に基づく損害に対する免責条項の有効性であった。それにもかかわらず、判旨は端的に免責条項を無効とするのではなく、スキューバダイビングに内在される危険性（被侵害利益の重大性）、契約当事者間における知識・経験の格差、Yらが対価を得ていること、などを挙げ、免責条項はYらに一方的に有利なものであり、社会通念上もその合理性を到底認め難いとして、少なくとも重過失に基づく損害を免責する点については免責条項の効力を否定した。重過失に基づく損害に対する免責条項であっても、端的に重過失であるがゆえに無効となるのではなく、公序良俗に反するがゆえに無効となるとする判旨の姿勢は、前述した潮見教授の指摘に沿うものである。もっとも、判旨は、Y2の重過失を認定するに際しても、免責条項の効力を否定する理由として挙げる要素（危険性、知識・経験の格差、有償性）を挙げている。そうであるとすれば、免責の可否（免責条項の効力）と、重過失の判断とは一体化することになる⁽⁶⁹⁾。

③事件の判旨は、契約当事者間における立場の違いを強調し、免責条項の効力を否定する。すなわち、まず、Yらはレースを主催して経済的な利益を上げているが、そのためにはX（および他のドライバー）の参加が不可欠であり、それにもかかわらず重大な結果を伴う事故が生じた場合でも、つまり、生命・身体に対する侵害が生じた場合でも一切責任を負わないとするのは著しく不当・不公平であるとする。①事件や②事件でも、加害者が被害者から対価を受け取っていた点は言及されていたが、③事件の判旨はそのような対価とは無関係に、侵害行為を通じて加害者が得ていた利益に着目し、免責条項の効力を否定する。さらに、判旨は、免除条項に同意しなければXがレースに参加できなかった点を、「レース参加希望者のレース参加の自由を不当に制約し」と評価し、免除条項は社会的相当性を欠いており、公序良俗に反し無効であるとする。①事件、および、②事件においても、判旨は、被害者に免除条項への同意が実質的に義務付けられていた点を認めているが、③事件の判旨はこの点を強調する点に特徴が

(69) 潮見・前掲注(54)527頁以下でも、重過失の意義に関する検討が、減免責条項との関係で論じられている。また、窪田・前掲注(58)73頁も、「重過失は、責任を基礎づけるというより、むしろ、いかなる場合に責任を免除できないかという場面で問題となることが多い」とされる。

(44) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

ある。契約における実質的な選択の自由を強調する③事件の判旨は、前述した加藤一郎博士が挙げられた減免責条項の有効性の判断基準に沿うものである。

以上の先行研究、および、下級審判例からもわかるように、人身損害に対する減免責条項は無効とされる可能性がある。とりわけ、契約における実質的な選択の自由を強調する③事件の判旨は興味深い。減免責条項が有効とされるのは、被害者が取って減免責に同意していた時であるとする理解には共感を覚える。窪田教授が要求される被害者の同意や承諾の完全性、真摯性も、同様に位置付けられるのではないだろうか。もっとも、以上のような人身損害に対する減免責条項に関する議論が、ボランティア活動における信義則に基づく責任軽減にどのような影響をもたらすかについては、前述したように、いまだ十分な検討ができていないため、今後の検討課題としたい。

5. 小括

以上の検討をまとめ、Ⅲ. における検討の道筋を明らかにしたい。

隣人訴訟、および、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟という2つの事件を端緒とする、ボランティアによる侵害行為とその責任に関する議論の方向性は、従来、ボランティアの「無償(性)」に基づき、その責任を軽減することにあると考えられてきた。しかし、それぞれの事件の判旨を検討すると、考えられる責任軽減の2つの構成、つまり、注意義務の軽減、および、賠償額の縮減のいずれの点についても、判旨は加害者らの行動の「無償(性)」を重要視しているわけではなかった。

隣人訴訟の判旨は(2.)、そもそも「無償(性)」という文言を用いていない。また、判旨が用いる、一般的には「無償(性)」と概念と関わりのある「好意」あるいは「有償」という文言も、そこでは「無償(性)」を意識させるものではない。判旨が加害者らの賠償額を縮減したのは、被害者(子)に対する加害者の監護保育が、加害者自身の子に対する監護保育に「付随して」行われることを、被害者の母が認識していた点にあった。

津市「四ツ葉子供会」事件訴訟の判旨は(3.)、隣人訴訟の判旨と異なり、「無償(性)」という文言を用いている。しかし、過失判断に関して判旨が着目したのは、加害者が損害を発生させたハイキングにおいて主導的な役

割を果たしていたか、という点であった。賠償額の縮減についても、判旨が着目したのは、子どもの自主的な活動を中心とする、という子供会活動の特徴に対する被害者の認識であった。いずれの検討においても、判旨は「無償（性）」に言及しているが、判旨の判断に重要な役割を果たしているわけではない。

それにもかかわらず、その後の議論がボランティア活動の「無償（性）」に着目したのは、二つの事件に対する社会的な評価の影響が大きい（4. - (1)）。主要紙の社説が示すように、事案においては相当に異なるところのある隣人訴訟と津市「四ツ葉子供会」事件訴訟を、「無償（性）」を手掛かりとして一体に捉え、社会の工業化・都市化が急激に進む中で、地域社会の伝統と法制度との関係を問い直す契機にしようとしたのである。

しかし、「無償（性）」を手掛かりとしてボランティアによる侵害行為とその責任に関する議論が展開された結果、ボランティア活動の実態に必ずしも適合的ではない議論が展開されていった（4. - (2)）。

第一に、ボランティア活動の「無償（性）」が強調された結果、ボランティアと受益者との間に無償の（準）委任契約が締結されたとする理解が示された。しかし、ボランティアと受益者との間にそのような個別の合意を見出せるケースは必ずしも一般的ではない。

第二に、無償の（準）委任契約の存在を前提として、有償委任と無償委任との対比から受任者の責任軽減を導くという議論が、ボランティア活動に関してもあてはまるとする理解が形成された。しかし、有償委任との対比から受任者の責任制限を導く議論は、受益者が本来有償で提供を受けるはずの委任事務を敢えて無償で提供を受けている、ということ为前提としている。そして、ボランティア活動の実態を鑑みると、そのような前提が成り立つことは、必ずしも一般的ではない。隣人訴訟、そして、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟の事案においても、そのような前提は成り立たない。また、後述する文京区社会福祉協議会事件や、その他多くのボランティア活動においても、そのような前提は成り立たないのではないか。

隣人訴訟、そして、津市「四ツ葉子供会」事件訴訟から35年以上が経過し、その間にボランティア活動の実態は大きく変化した。そこでは、ボランティア活動が多様になっただけでなく、ボランティア活動に対する社会的な位置づけも変化したのである。ボランティア活動は有償で提供される役務

(46) 事務管理制度とボランティア活動 (1)

の代替措置ではなく、それ自体として固有の行動類型として位置付けられるのではないだろうか。そうであるとすれば、「無償 (性)」とは異なる視点から、ボランティア活動を評価する必要がある。

このような問題意識に基づき、Ⅲ. では、近時示された、ボランティアの知識や判断能力に着目した判例・学説 (Ⅲ. - 1.)、および、保護監督型のボランティア活動におけるボランティアによる支配態様に着目した判例・学説 (Ⅲ. - 2.) を紹介する。それらを踏まえたうえで、事務管理制度とボランティア活動の関係についてさらに検討を進めたい。