



Title	「事業ノ執行ニ付キ」に関する研究序説・続 ー外形理論は信頼保護機能を有するかー
Author(s)	神田, 孝夫; KANDA, Takao
Citation	北大法学論集, 39(5-6上), 37-73
Issue Date	1989-08-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16651
Type	departmental bulletin paper
File Information	39(5-6)1_p37-73.pdf



「事業ノ執行ニ付キ」に関する研究序説・続

——外形理論は信賴保護機能を有するか——

神田孝夫

目次

- 一 序
- 二 前史Ⅱ昭和三〇年頃までの理論状況
- 三 信賴保護機能の否定論と肯定論の対立
- 四 判例における肯定論の台頭と学説の反応
- 五 肯定論の動搖——判例ならびに学説の変容
- 六 結び

一 序

民法七一五条の「事業ノ執行ニ付キ」に関しては検討を要する問題がなお多く残っているが、本稿は、そのうち、判例によつて形成されてきた外形理論の機能の一端をとりあげる。すなわち、同理論は、加害の原因となつた行為が当該被用者の職務に関連するとの被害者の信頼を保護する機能を有するか、を検討課題とする⁽¹⁾。

今日の多くの学説は、周知のように、外形理論が信頼保護機能を有することを当然のごとく肯定するばかりか、この理論は、大判(聯)大正二五年一〇月一三日を嚆矢として、元来そのために登場したものであり、取引の安全を図ることを企図したものにほかならない、という。他方、すでに二〇年ほど前になるが、最判(一小)昭和四二年四月二〇日⁽²⁾が、外形理論の趣旨は「取引行為に関するかぎり、行為の外形に對する第三者の信頼を保護しようとするところに存する」旨を明言している。こうしてみると、今日あらためて外形理論の機能いかんを問題とする意味はないようにも思われる。しかし、外形理論の沿革に関する前述の学説の理解の当否はともかくとしても、現に右の最高裁判決の登場前の学説では信頼保護機能の否定論と肯定論とが相半ばした状態だったのであり、その後も、被用者の職務濫用につき相手方が善意重過失である場合の処理に関連して信頼保護機能否定論が一部に根づよく主張されている。また、相手方の重過失は過失相殺で処理すべし(軽過失は当然との前提があると解される)とする近時の多くの学説の主張には、外形理論から積極的な信頼保護の機能を払拭する契機が伏在するようである。そこには、職務の濫用ないし逸脱の事実については単に善意でさえあれば「事業ノ執行ニ付キ」を肯定しようとの前提があると解されるからである。判例に関して言えば、最高裁判決による外形理論の右のような位置づけがその後不動のものとして定着したかは、筆者のみるところ、やや疑問といつてよい。悪意ないし重過失の存在する場合について、外形上「事業ノ執行ニ付キ」を満たすとの前提の

うえでこれらの悪意・重過失を使用者責任の成否にかかる抗弁事由として処理したり、あるいは直載に使用者に対する請求の拒否ないし訴求資格の有無の問題として処理する傾向も窺われるからである。そこには、相手方の悪意・重過失は「事業ノ執行ニ付キ」の成否に直接かわりをもたないとの前提があるように思われる。そうだとすれば、外形理論じたいが信頼保護機能を有するといいきれるのか問題といわなければならぬ。また、他面では、軽過失ある場合につき使用者責任の成立を容認したうえ、これを過失相殺で処理する傾向もみられる。してみると、仮に信頼保護機能があるとしても、その意味内容は単純ではなさそうである。こうして、外形理論が信頼保護機能を有するか否か、それはいかなる意味においてか、その場合の信頼の程度や内容や対象は何なのかといった点は、なお一考を要する問題といつてよいであろう。

ところで、近時の学説はまず殆ど例外なく、外形理論はいわゆる事実的不法行為には妥当しない筈だとして判例を批判する。⁽⁵⁾ 外形理論を先のようにうけとめるかぎり、それも一つの主張として理解できなくはない。しかし、外形理論が判例法上生成・発展をとげてきたものであり、しかも實際上そこでは事実的不法行為についてもしばしば外形理論が用いられてきたことを考えると、そういつた批判が判例に対するそれとしての的を射ているかとなると、きわめて問題といわねばならない。筆者としては、判例上、外形理論が加害原因の態様に応じて種々のかたちで援用されてきたこと、そして、それが、実際上の意義はなお一考を要する問題には違いないけれども、それなりの機能をしてきたことは否定しがたいと考える。本稿はそうした事実を前提としたうえで、加害の態様いかんによつてはそれが信頼保護のために機能することが判例法上容認されているかを検証したいのである。

判例・学説が保護すべきものとする相手方の主観的状態につき、ここで、念のため一言したい。右の叙述では必ずしも厳密な区別をしておらず、また、従来の学説も殆ど自覚していないようなのだが、従来一般に説かれる趣旨からすれ

ば、実は、それは単なる「善意」（不知）を意味するのではなく積極的な信頼を指すものと考えられる。保護対象が相手方の単なる「善意」であるとするなら、多くの学説が説くように外形理論が事実的不法行為には妥当しないということにはならない筈だし、判例のように、あえて「取引行為に関するかぎり……」と述べる必要はない筈だからである。以上の事情から、本稿では、単なる善意重過失という事態と区別する意味で信頼上の（あるいは信頼における）重過失といった語を用いることとしたい。ところで、その際の信頼の対象ないし内容は何かも問題となりうる。従来の判例・学説にあつては、使用者の「事業の範囲内」たる外形と当該被使用者の「職務の範囲内」たる外形の二段に分けて観念する態度が定着しているわけだが、保護対象としての信頼は実際上被使用者の「職務の範囲内」に関するそれが考えられていたといつてよく、前者の使用者の「事業の範囲内」については単に客観的な見地から判定するというにすぎず、信頼保護といったものはとくに考えられていなかったと解される。本稿で信頼保護という場合そうした意味でのそれを念頭におくことになる。「職務の範囲内」についての信頼といつても、さらにその具体的内容はなにか——たとえば代理権が存するということに対するそれか——が問題となりうるが、ここではさて置く。なお、以下では、信頼保護機能を認める態度を信頼保護機能論ないし単に肯定論とよび、これを認めない考え方を信頼保護機能否定論ないし単に否定論と省略する場合があることをおことわりする。

外形理論の機能の理解いかんは、被用者による職務権限の濫用に関する相手方の悪意あるいは信頼における過失といった主観的要素が「事業ノ執行ニ付キ」の判断に与える影響いかんを規定する。また、いわゆる取引的不法行為と事実的不法行為の峻別論の有用性をも左右することにならう。ひいては、使用者責任と表見代理構成との関係ないし両制度の要件の調整の是非といった問題に影響を与える可能性もある。

いずれにせよ、信頼保護機能に焦点を合わせて判例における外形理論の機能を客観的に分析し、学説の現状を正確に

把握することは、今後の使用者責任の考察にとり有益な基礎作業とならう。その際、判例と学説の論議を対比しつつ検討をすすめることが有効と考えられる。以下では、まず前史として外形理論の浮上期からほぼ昭和三二年の加藤一郎「不法行為」に至るまでの学説・判例の理論状況を一瞥し（第二章）、次に右の加藤説を契機として両説の対立が顕在化した昭和三〇年代の判例と学説の論議をみ（第三章）、続いて、昭和四〇年代初頭の最高裁判決における信頼保護機能論の台頭の状況とそれに対する学説の反応に付言したうえ（第四章）、信頼保護機能論は判例・学説上不動のものとして定着したのではなく、むしろ、ほどなく動揺のきざしをみせ、外形理論そのものと相手方の主観的要素の法的処遇とが分離し、外形理論じたいは信頼保護とは無縁のものとなりつつある状況を指摘したい（第五章）とおもう。

(1) 筆者は、先に「事業ノ執行ニ付キ」に関する研究序説「北法三八卷五〇六号II（昭和六三年）四七頁および「被用者の職務濫用に関する相手方の重過失と使用者責任の成否」森泉教授還暦記念『現代判例民法学の課題』（法学書院・昭和六三年）六六四頁において、外形理論の機能の一環として信頼保護の問題にも多少触れたが（それぞれ若干の補正のうえ拙書『不法行為責任の研究』（一粒社・昭和六三年）に収録した。以下では同書により引用する）、そこでの考察は部分的でかつ不十分なものであった。本稿は、それらの欠を補おうとするものである。

(2) 民集五卷七八五頁。

(3) 民集二一卷三号六九七頁。

(4) 筆者は前掲論文で、外形理論の沿革に関する従来の学説の理解には基本的な疑問があることを示した（拙書・前掲注（1）二二〇頁以下参照）。

(5) たとえば、加藤一郎編『注釈民法（19）』（有斐閣・昭和四〇年）二八八頁（森島）、広中俊雄『債権法各論講義』（有斐閣・昭和四三年）四五八頁、幾代通『不法行為（現代法学全集）』（筑摩書房・昭和五二年）一九三頁。前田達明『民法VI（不法行為法）（現代法律学講座）』（青林書院新社・昭和五五年）一四五頁、森島昭夫『不法行為法講義』（有斐閣・昭和六二年）四三頁。

(6) この点も前掲論文で検討を加えたところである―前掲注(1)二三四頁以下参照。

(7) たとえば、幾代教授は、使用者の「事業の範囲内」は「法人の目的」についてと同様ひろく肯定されてよいとされる―前掲注(5)一九〇頁。

二 前史Ⅱ昭和三〇年頃までの理論状況

(1) 外形理論が学説上明示的に説かれるようになったのはほぼ大正中期であるが、信頼保護機能の点が正面から論議されるようになったのは実は比較的近時のことに属し、加藤一郎『不法行為(法律学全集)』(有斐閣・昭和三二年)の刊行を契機とする昭和三〇年代といつてよい。それまでは、一部に論及するものもみられたが、それは、他方の見解を必ずしも意識せぬまま自説が独自に展開されるにすぎなかつたのであり、論議というにはほど遠かつたようである。また、判例においてもこの時期には明示的に信頼保護に触れるものはないようだが、以下、簡単に同書の登場前の理論状況を概観することとしたい。

(2) 学説 周知のように外形理論の学説上の嚆矢は大正中期の鳩山秀夫博士に求められるが、博士の論拠は、被用者が何人の利益を図つたかは外部から認識することが困難であるから被用者の意図を標準とするときは被害者の保護が薄くなり、法律の目的に適しないのみならず、法文は「事業ノ執行ニ付キ」と規定し「事業ノ執行ノ為メ」とはいつていないといふところにあつた。そこでは加害者の意図を認識することの困難さに主眼があり、信頼保護の必要といつた観点は必ずしもなく、むしろ単なる「善意」(不知)の保護が指向されてきたにとどまると考えられる。鳩山説と並んで独自に外形理論を説いた同時期の中村万吉博士の所説⁹⁾においても、やはり積極的な信頼の保護といった視点はみられな

い。

信賴保護機能論の萌芽らしきものは、外形理論のリーディング・ケースと評されること多い前述の大判（聯）大正一五年一〇月一三日の直後にでてくる。すなわち、同判決を評釈した田中耕太郎博士は、株券偽造の場合は、被用者の単なる事実上の行為によって他人に損害を加えた場合（例えば轢殺の場合）と異なる局面を有することを否定しがたいとし、若干の時期を経て、戒能通孝博士は、自動車の操縦の如き場合と株券を偽造して担保に供し他人に損害を被らしめる如き場合とを区別し、後者については法律行為に対するエストツペルの原理の一適用と考えることができるのではないかとし、平野義太郎博士もこれに同調したうえ、後者につき悪意の第三者は保護されないとしている。¹²もつとも、これらの諸説が積極的な信賴を保護対象として観念していたかは必ずしも明らかではない。

しかし、こういった主張も、当時は必ずしも一般的な関心をよばなかったようである。

それは、昭和初期の代表的な学説をみれば、明らかである。たとえば、末川博・我妻栄・川島武宜博士らの所説には右の類型論的な思考形式は全くみられず、また信賴保護の指向も殆どみられない。¹³なお、大判昭和八年七月三十一日¹⁴で争われた名義借人の不法行為に対する名義貸人の使用者責任の成否という具体的問題をめぐって、不法行為という制度が信賴保護の機能をもつかが議論をよんだことがあるが、そこでは、近藤英吉博士や後藤清博士の指摘にみられるように、否定論が有力だったようである。¹⁵

ともあれ、この時期の学説においては、外形理論が信賴保護のための理論であるとか取引安全を企図したものに他ならないといったことを正面から説くものは殆どなく、まして、相手方（被害者）の信賴の当否を問題としている様子はず見られないといつてよい。

(3)判例 次にこの時期の判例についてだが、外形理論が信賴保護機能をもつか否かに直接言及するものは、殆どなかったといつてよい。比較的この点に関連をもつと考えられる判例をみるとすれば、こうである。

まず、判例における外形理論の嚆矢と目されることの多い前述の大判(聯)大正一五年一〇月一三日についてだが、筆者のみるところ、これは、担当職務との関係からその地位を濫用して事実上何時にても株券を発行しうる状況にあつたことを重要視するものであつて、従来説かれていたような外形理論を宣明するものとは必ずしもいえない。まして、信賴保護にはとくに触れておらず、信賴保護を圖つたものとみるには無理がある。使用者の存在じたいが被害者に知られていない可能性すら考えられる事案である。従来多くの学説が行つてきた評価の妥当性には一考の余地があると言わなければならない。これに対し、外形理論をはじめて明示的に説いたといえる大判昭和一五年五月一〇日⁽¹⁶⁾は、「被用者ノ当該行為が外觀上業務執行ト同一ナル外形ヲ有スルモノナルニ於イテハ」⁽¹⁷⁾「事業ノ執行ニ付キ」に当たるとの一般論を示したうえ、「該被用者ノ担任シ居リタル事務如何ニ依リテハ」「事業ノ執行ニ付キ」を肯定しうる旨判示する。ここでは相手方の信賴保護が意図されているようでもあるが、疑いの余地のないほど明白とまではいえない。つぎに、被用者による代理形式の注文書の偽造の事案で、上告理由が、賠償額の算定に当たり相手方に認められる重過失が斟酌されるべきであり、そうすれば使用者に一銭の賠償義務もないことになると主張するのに対し、過失相殺においては不法行為者の賠償責任を全免することは出来ないとして一部過失相殺をした大判昭和一九年六月一七日⁽¹⁸⁾が注意をひく。これは使用者責任の成立じたいには相手方(被害者)の信賴の当否(過失の有無)を問わないとの態度を前提とするとみることができよう。さらには、単に善意(不知)でさえあれば「事業ノ執行ニ付キ」は満たしうるとの考え方に立つものと同解しうる余地もある。その他の判例は、筆者の理解によるかぎり、そもそも外形理論に立っているとはいえず、まして信賴保護の点に言及するものはない。株券偽造・交付、虚偽預証の発行といったいわゆる取引的不法行為の事案においても、

もつばら加害の原因ないし手段となつた行為を「容易ニ為シ得ル地位」にあつたとか「自由ニ為シ得ベキ状態」にあつたといつたふうに行爲と職務との關係を問題とするにとどまるのであり、また、相手方（被害者）による外形への信頼といったことは一切触れられていない。¹⁹⁾

いづれにせよ、この時期の判例が相手方の積極的な信頼の保護を指向していたというには無理があるろう。

- (8) 鳩山秀夫『債權法各論下巻』（岩波書店・大正八年）九一七頁。
- (9) 中村万吉『債權法各論』（早稲田法政学会・大正一〇年）七五〇頁。
- (10) 『判例民事法・大正一五年度』（有斐閣）一〇七事件。
- (11) 戒能通孝「判例に現われたる使用者責任の法律關係」法時五卷七号（昭和八年）三九頁注1。
- (12) 平野義太郎「損害賠償理論の發展——とくに危殆責任について」『牧野英一先生還曆記念・法律における思想と論理』（有斐閣・昭和一三年）一四一頁以下。
- (13) 末川博士は「不法なる加害行為がその儘直ちに執行行為（適法なるべき）と同一の外形を有しうる訳はない」というかねてからの理解（『職務ヲ行フニ付キ』及び『事業ノ執行ニ付キ』の意義）法叢六卷一号（大正一〇年）一三二頁以下）を基礎に「被用者なるが故に——すなわち被用者たることの地位又は資格を前提として——為される性質の行為」をもって「事業ノ執行ニ付キ」と解すべしとの主張を重ね（民商八卷一号（昭和一三年）一二四頁、民商一二卷四号（昭和二三年）五八頁）、我妻栄博士は、外形上云々との表現を用いてはいるがとくに信頼保護を意図しているようには思われず、結論的にも単に「被用者の使用によつて使用者の社会的活動が拡張せられたと客觀的に認められる範囲における被用者の行為」と言うのみである（同『事務管理・不当利得・不法行為（新法律学全集）』（日本評論社・昭和一四年）一六八頁）。川島武宜博士も単に「ある企業に雇われたが為にその職務の性質上通常為す危険ある行為を爲した場合」というにとどまる——『判例民事法・昭和一一年度』（有斐閣）六三事件。なお、末川博士は外形理論には疑問を呈していたことに注意したい。
- (14) 民集一二卷二四二一頁。
- (15) それぞれ法叢三〇卷六号（昭和九年）一〇一八頁、内外研究七卷四号（昭和九年）四二一頁。他に吾妻光俊『判例民事法・

昭和八年度「一六六事件六一八頁も同旨を説く。ただし、片山金章・新報四四卷六号（昭和九年）一四八頁以下は取引安全を図る態度は容認されてよいとする。

(16) 以上は、拙書・前掲注(1)二四一頁以下で明らかにした。

(17) 判決全集七集六九九頁。

(18) 民集二三卷四七三頁。

(19) これらの点も拙書・前掲注(1)二二二頁以下で検討したところである。

三 信頼保護機能の否定論と肯定論の対立

(1) 信頼保護機能の有無をめぐる学説の論議は、前述のごとく、加藤一郎「不法行為」を境にしてようやく盛んになったわけだが、それは同書により論点が浮き彫りになったこともさることながら、前後して相容れない態度を明確に示す下級審判決が少なからず登場し、かつ示唆的な説示をする二、三の最高裁判決の出現したことが呼び水となったようである。こうした事情から、まずは判例の状況を概観し、そのうえで学説の論議をみることにしたいが、考え方の分岐点になっていると思われるところを予めいえばこうである。それは、使用者責任なる制度は信頼保護とか取引保護といったこととはおよそ無縁なものと考え、これを貫徹しようとするか、あるいは、原則的には無縁なものともみるにしても、加害の原因が取引的な行為の形態をとった場合には、要件の理解に修正を加えるなど、特別の法的処理をする必要ありと考えるかである。

(2) 判例における否定論と肯定論

(i) 信頼保護機能の否定論に立つと思われる判例からながめたい。まず、そもそも民法七一五条じたい信頼保護とは

無縁のものとして説く下級審判決が少なくなかった。同条は「外観を信用した第三者の保護のため特に使用者の責任を定めたものではなく……」とする名古屋地判昭和三十一年二月一四日（最判昭和三十七年三月二〇日の第一審判決）を嚆矢として、同条の趣旨は「必ずしも、その外形を信用した相手方を保護しようとするにあるものとは解しえない……」とする東京地判昭和三十四年一月二〇日、「使用者の事業との間に社会通念に照らし客観的に緊密なつながりがあると認められるとき、使用者にこれが賠償の責任を負担させる趣旨の規定であつて……相手方の正当な信頼を保護する趣旨に出た規定ではない……」とする東京地判昭和四〇年九月三〇日²⁰といったものがこれである。これらの全てが外形理論に論及しているわけではないが、民法七一五条に関するこうした理解によれば、信じるのが無理からぬ状況にあつたか否かといった視点は全く無用となるから、少なくとも信頼保護のために外形理論が機能することはありえないこととなるであろう。現に、右のうち東京地判昭和三十四年一月二〇日は、信頼保護を目的とする外形理論は当裁判所の賛同しがたところとしている。もつとも、そのことは相手方（被害者）が被用者の職務濫用の事実につき悪意であつても使用者責任が成立することを当然に意味するものではない。実際そうした場合につき使用者責任を肯定した例は見当たらない。他方、かように民法七一五条の趣旨を理解したうえで外形理論を容認しようとする場合においては、信頼とは無関係なものとしてこれを扱うことになるであろう。右のうち、東京地判昭和四〇年九月三〇日は、まさにそうした態度に立つものといつてよい。「事業ノ執行ニ付キ」というのは、外形から判断して、被用者の行為が職務（事業）の執行と認められ、または客観的にこれと密接な牽連関係を有するものとみとめられる場合を広く指称する……」と説くのがそれである。そして、同判決は、職務権限への信頼につき相手方（被害者）に過失があつても民法七一五条の適用を妨げないとしたうえ、使用者の賠償額の画定に際し、その過失を考慮（過失相殺）している。なお、これより以前、単に「外形上……云々」として「事業ノ執行ニ付キ」を肯定したうえ、相手方の信頼上の過失を過失相殺で処理する長崎地判昭和

三六年一月二二日、大阪高判昭和三七年二月二八日がみられるが、⁽²¹⁾ これらも、信賴の相当性は外形理論じたいとは無縁であり、「事業ノ執行ニ付キ」の成否を左右しないとの考え方を前提とするものといつてよいであろう。「事業ノ執行ニ付キ」じたいを否定するものではないからである。

最高裁判決はどうかといえ、正面から外形理論が信賴保護機能を有しない旨を説くものは見出しえない。しかし、次の二例は、直接的には民法七一五条の趣旨を問題とするものではあるが、外形理論の機能についての判例の態度を窺知しうるものとして、ここに付言するに値しよう。その第一は、「民法七一五条は、使用者が被用者として広く事業活動をなすものであることを根柢とし、その事業の執行に関連して被用者が第三者に加えた損害について賠償責任を負担せしめることを趣旨とするものであり、取引の安全を保護する趣旨に出た商法四二条とはその趣旨を異にするもの……」とする最判(三小)昭和三二年三月五日⁽²²⁾である。その本旨は、直接的には、「商法四二条にいう営業に関する行為にあたらぬからといって直ちに民法七一五条にいう事業の執行につきなされた行為にもあたらないと即断することはできない……」とする点にあるが、右のような理解によれば、少なくとも信賴保護のために外形理論を機能させるのは適當ではないことになろう。次に最判(三小)昭和三七年三月二〇日⁽²³⁾が注意をひく。これは単に「原判決並びに原判決の引用する第一審判決の判断は正当であり……」とするにとどまるものだが、その第一審判決とは「(民法七一五条は)外觀を信賴した第三者の保護のため特に使用者の責任を定めたものではなく……」とした前出・名古屋地判昭和三十一年一月一四日であるから、これも外形理論が信賴保護というかたちでは機能しないとの考え方を示唆するものといえよう。

(ii) 次に、信賴保護機能論に立つとおもわれる判例についてだが、いうまでもなく、これも決して少なくなかつた。「事業ノ執行ニ付キ」の判断に当たり「信ずることが客観的に無理からぬと思われる状況がない。」と説く名古屋高判昭

和三一年一月三〇日、「そう信ずべき正当な事情はなかつたのであるから……」と説く大阪高判昭和三五年四月一二日、「権限ありと信じて、取引をしたことは、軽率のそしりを免れない……」として否定する東京高判昭和三七年九月二八日といったものが⁽²⁴⁾それである。

これらのなかには、大阪高判昭和四一年二月二八日⁽²⁵⁾のごとく、職務濫用につき悪意の相手方(被害者)を保護外におく理由づけとして述べるものがあるが、多くは信じたことに不注意——過失——がある場合に「事業ノ執行ニ付キ」が満たされないことになる論拠として説かれていることに注意したい。ここでは、結局、外形理論により保護されるのは「無過失の信頼」であるとの考え方がとられているといえよう。外形理論を採用しえないとした前出・東京地判昭和三四年一月二〇日においても、同理論は信頼保護を目的とするとの理解が前提となっていたことも想起したい。なお、「善意の第三者に損害を及ぼした場合には」と説く大阪地判昭和三七年五月三一日⁽²⁶⁾や、第三者が悪意であれば保護をうけえず民法七一五条の責任は不成立と説く大阪高判昭和三七年二月二七日、東京高判昭和四一年七月八日、札幌高判昭和四二年二月二八日⁽²⁷⁾がみられる。ここでは外形理論との関係が必ずしも明らかではないが、少なくとも、相手方の善意・悪意を使用者責任の成否を画する一つの要素としているように思われる点は注意されてよい。

最高裁判決で正面から直接信頼保護機能に論及するものは、この時期にはまだ登場していない。しかし、以下の二例は、間接的には外形理論に信頼保護機能を容認するものといつていいように思われる。まず最判(二小)昭和三六年六月九日⁽²⁸⁾だが、偽造手形の転得者が被害者である場合に関して、「外部からこれ(権利乱用)を認識することは難きを強いるもの」とか「上告人は(手形を)善意無過失で取得した……」と述べ、あたかも使用者責任の成立のためには被害者が善意無過失であることを要するかのような口吻を示す。また最判(二小)昭和三九年七月二九日⁽²⁹⁾は、「たやすく権限ありと信じて取引をしたことは軽率のそしりを免れない」として「事業ノ執行ニ付キ」を否定した原審判決(前出・東京

高判昭和三七年九月二八日)を正当な判断だとする。結果的に、右判決と同様信頼につき無過失を要する趣旨と解することができよう。

なお、右の諸判決においても、決して外形理論が信頼保護のためにのみ機能すると言っているのではないことに、留意したい。⁽³⁰⁾

(3)学説における否定論と肯定論 以上の相異なる態度をしめす諸判決が呼び水ともなつて、多くの学者や実務家が外形理論の機能いかに問題をとするようになり、昭和三〇年代は信頼保護機能の否定論と肯定論とが対立する時期となつた。とくに最高裁調査官のなかでも見解が分かれていたのは見過ごせない。その際多く論議の対象とされたのは、加藤一郎教授の「取引関係において「事業ノ執行ニ付キ」なされたというためには、取引の相手方の方で、被用者がその事務を取り扱つており、それが正規の手続きでなされたと信ずるような一定の關係が必要である……」という指摘である。そして、そこでの論議は、そもそも不法行為責任あるいは使用者責任なるものの制度趣旨をどう理解するかという、きわめて基本的な問題と無縁でなかつた。

(i)まず、否定論だが、その論旨は、要するに、不法行為なる制度は直接的には信頼保護を目的とするものではないし、使用者責任の存在理由はいわゆる報償責任もしくは危険責任と称せられるものであつて、一般世人の外形信頼を直接その理由とするものではないところにある。そして、この観点から、信頼保護の側面を一切考慮せず外形理論を機能させようとするのである。たとえば、北村調査官は「当該行為の外形が客観的に使用者の事業執行行為と認め得るか否かは、その行為が同条の使用者責任を認めるに値する行為であるか否かの判定の基準たる以上の意義を有する

ものとは思われない……」⁽³¹⁾と説き、小橋一郎教授は、「行為の外形というのも行為と事業との関連性を表現する点においてのみ意味があり……外形への信頼が問題になることはありえないと考えられる。」と述べ、蕪山嚴調査官は、加藤説の当否は問題だとし、「その者の行為が職務執行行為としての外形を具えることを標準として使用者の責任の成否をふり分けるにあつては、その職務執行行為としての外形は、それ事態で（すなわち、相手方の信頼を云々することを要しないで）、使用者責任を発生させるものと考えるべきではなからうか。」と説く。⁽³²⁾先にみた判例における信頼保護機能否定論の流れをくむものといつてよい。右のほか、塩田親文、松尾和子、坂井芳雄、山口幸五郎の諸氏も同旨を説くが、⁽³⁴⁾上柳克郎教授のごとく、特に被害者が偽造手形の転得者である場合について、「偽造者の職務の範囲内の行為であることについての信頼の保護を問題にすることが妥当であろうか。」と、具体的事案との関連から疑問を提示している論者があるのも注意をひく。⁽³⁵⁾これらの論者は決して外形理論じたいを否定しようとしていのではないこと、他方、相手方が悪意である場合に使用者責任を肯定してよいといったことまで述べているのではないことに留意したい。ここでは、取引的不法行為とか事実的不法行為と言つた峻別論は説かれていないことも注意に値しよう。

(ii) 次に、肯定論の展開状況をみたい。加藤教授とほぼ同時期に、一層明確に信頼保護機能論を展開した関根達夫氏の主張もあつたが、⁽³⁶⁾先の加藤教授の叙述が後続の学者や実務家に大きな影響をあたえた。その後の判例評釈や解説においてしばしば同説が援用され、同旨が述べられるようになる。たとえば、直後の穂積忠夫氏・三淵調査官の叙述をはじめとして、高梨公之、田中実、牛山積、尾浪正雄、乾昭三、森島昭夫、田村諄之輔、植林弘の諸教授の所論がそれである。⁽³⁷⁾そして、ここでは、外形理論はいわゆる事実的不法行為には妥当しないと説かれるのが通例となつた。要するに、これらの論者にあつては、積極的な信頼を保護しようとするものが外形理論にほかならず、それ以外のものではありえ

ないとの考え方がとられているといふことができる。もつとも、その際、論者のいう取引的不法行為なるものはいかなる事態を指すのかは必ずしも明確にされず、また、外形理論が、判例法上、論者のいわゆる事実的・不法行為の場合を含めて生成・発展してきたものであるという事実をどのように受け止めているのかが明らかでない。不法行為なる制度はそもそも信頼保護とは無縁なものとする前述した諸学説に対する充分な吟味が見られないのも、やや不徹底といった印象は免れない。なお、乾教授のごとく、右のようにとらえることとの関連で、相手方は信頼につき無過失であることを要する旨を明言する論者が、一部にはあれ生じたことも見過ごせない。⁽³⁹⁾加藤説をはじめとする右の一連の論者が、一般人がどう考えるかを基準とするという以上、相手方の「過失」が当然勘案されることになると思われるのだが、それまではあまり明確には言及されなかつた点である。

学説上外形理論なるものの受け止め方が一律でないことについては、つとに孕石氏などにより指摘されてきたところである。「信頼」にはとくに関心を示さない態度を、戦前の末川・我妻・川島博士らの見解に代表せしめて内部的拡大説とし、加藤説に代表されるさきの見解を外部的拡大説とするのがそれである。⁽⁴⁰⁾ところで、さきの信頼保護機能肯定論をとる諸学者は、まず殆ど例外なく、事実的・不法行為については外形理論は妥当しないゆえ別の判断枠ぐみを設定すべきだと説くわけだが、そこで実際に提示される具体的基準は、多くの場合、右の内部的拡大説に属するとされた戦前の末川・我妻・川島説のいずれか、もしくはそれらに準じた基準が設定される事実⁽⁴¹⁾に留意したい。

こうして、昭和三〇年代は、信頼保護機能否定論と肯定論とが相半ばし、拮抗していた時期といつてよい。⁽⁴²⁾この時期までの外形理論の理解をめぐる学説の変遷を、おおまかに振り返っておくと、こうなる。鳩山説をはじめとする初期の外形理論にあつては、加害被用者の意図（主観）あるいは彼の職務権限の範囲に対する相手方（被害者）の善意（不知）の保護が指向されていた。それが、株券偽造のごとき場合と自動車事故のごとき場合とは異なる局面があらうとす

る指摘などをはしりとして、いわゆる取引的不法行為と事実的不法行為との二分論が頭をもたげるとともに、相手方(被害者)の積極的な信頼を保護しようとするのが外形理論にはかならないとの理解が台頭し、そのこととの相関関係で外形理論は事実的不法行為には妥当しないと主張が増加していく。⁽⁴³⁾もつとも、それらの学説においても保護の対象となる信頼が不注意(過失)にもとづくものであってもよいかについては、必ずしも十分な議論をしていなかった。他方、不法行為なる制度じたい信頼保護を直接的には目的としないといった理解を基礎として、外形理論を信頼保護とは無縁なもの扱うべきであるとの主張が、いわば初期の外形理論を踏襲するものとして、少なからず見られた。判例においても、相異なる態度を示すものが併存していたことができる。

こうした状況のなかで、昭和四二年に至り正面から信頼保護機能を肯定する一連の最高裁判決が登場することになる。それにより学説の論議も様相を変えることになるが、それは後に回し、まずは、判例における信頼保護機能肯定論の台頭の状況を概観しよう。

(20) それぞれ、民集一六卷三号五七九頁、判タ一〇一号五四頁、下民集一六卷九号一五〇四頁参照。他に同旨のものとして、「他人を使用して自己の活動範囲を拡大する者に対し……責任を負わしめようとする趣旨のもので、取引の安全を保護しようとするものでない」とする東京高判昭和三八年二月二八日金法三三三六号二四六頁、「第三者がその事業の執行と信じたかどうか、それが無理からぬことかどうかという被告のいわゆる信頼の保護とは全く関係のないところにその根拠がある。」とする東京地判昭和三九年四月一日判タ一六二号一八三頁といったものがみられる。

(21) それぞれ、判時二九四号四七頁、高民集一五卷三号一五四頁参照。

(22) 民集一一卷三号三九五頁。

(23) 民集一六卷三号五七八頁。

(24) それぞれ高民集九卷五号二七九頁、金法二四一四号三四頁、訟月八卷一十一号一六〇六頁参照。他に、「担当する職務の範囲に

属するものと一般人が考えるような客観的状況が存在することを要し……」と説く東京地判昭和三年五月八日判時一五五号一八頁、「その行為が使用者の業務行為と見誤られる状況において行われるを要する……」とする大阪高判昭和四一年一月二八日判時四八六号四九頁などがみられる。

(25) 前注(24)参照。

(26) 金法三一八号五頁。

(27) それぞれ、金法三〇三号四頁、金法四五七号二二頁、判時四八〇号六二頁参照。

(28) 民集一五卷六号一五四六頁。

(29) 訟月一〇卷九号一二三二頁。

(30) なお、この頃、幾代教授は、判例は(取引的不法行為と事実的不法行為の)いずれについても行為の外形を重視し、「取引の安全」を強調してきた旨を説かれた(幾代II鈴木II広中『民法の基礎知識』有斐閣・昭和三九年・一六二頁)。しかし、「いずれについても」というのが当たっているか疑問であるほか、取引的不法行為につき判例がつねに「取引の安全」を強調しているともやや問題がありそうである。

(31) 『判解民昭和三〇年度』一三六事件二五八頁。

(32) 民商三七卷一号(昭和三十三年)九八頁。

(33) 『判解民昭和四〇年度』八六事件四四〇頁。

(34) それぞれ、塩田・民商三六卷三号(昭和三二年)四七頁、松尾・判例百選(昭和三五年)一八〇頁、坂井『判解民昭和三七年』五一事件一五九頁、山口・判評一一五号(昭和四三年)二九頁参照。

(35) 上柳「手形被偽造者の使用者責任」『田中誠二古稀 現代商法学の諸問題』(千倉書房昭和四三年)二四頁。同旨・上田宏・民商六三卷五号(昭和四六年)一〇〇頁。

(36) 「外形標準説なるものは、事業の外形に世人の一般的信頼がかかっている点に着目し、この一般的信頼のかかっている外形の下に生じた不法行為については、その結果の責任を使用者にも分担せしめるのが、公平の原則に適合する所以であるという」ことを、その理論的根拠とする……」と説くもの(民研一号(昭和三二年)二三頁以下)。

(37) それぞれ、穂積・法協七五卷三号(昭和三十三年)三八二頁、三淵『判解民昭和三六年度』七〇事件一六一頁、高梨・総合

法学三八号(昭和三六年)三八頁、田中・民商四三卷六号(昭和三六年)一六二頁、牛山・早誌一四卷(昭和三八年)一八頁、尾浪・綜合法学五四号(昭和三八年)五九頁、柚木馨ほか編『判例演習(債権法2)』(有斐閣・昭和三九年)二四四頁(乾)、加藤一郎編・前掲注(5)二八八頁(森島)、田村・法協八三卷六号(昭和四一年)一六五頁、植林・民商五四卷六号(昭和四一年)九一八頁。

(38) 初期には、単に取引行為に起因するもの、事実行為に起因するものといった表現がみられるにすぎない。定義づけの嚆矢は、取引行為(法律行為ないし法律的行為)の外被のもとであるいはその一環としてなされる不法行為を取引行為的不法行為とし、まさに純粹の事実行為となされる不法行為を事実行為的不法行為とした幾代教授の叙述と云つてよい。前掲注

(28) 一六二頁。のち殆どこの定義が踏襲されている。

(39) 柚木ほか編・前掲注(37)二四四頁(乾)のほか幾代・前掲注(5)一九四頁など。

(40) 林良平ほか編『判例不法行為法』(有信堂・昭和四二年)二二九頁(孕石孟則)。取引的不法行為と事実的不法行為とを區別して「事業ノ執行ニ付キ」を判断しようとする態度を二元説、とくに区分けしない態度を一元説とよぶ論者もある。森島昭夫・前掲注(5)四二頁。外部的拡大説、内部的拡大説に対応するとみてよいであろう。

(41) たとえば、本文掲記の加藤一郎『不法行為』一八二頁、加藤一郎編・前掲注(5)二九一頁(森島)など。

(42) 二つの相反する見解が対立していた事実については、つとに奥山『判解民昭和四二年度』一〇四事件五九一頁が的確に紹介していた。

(43) もっとも、昭和三九年の時点で、幾代教授は、前述した不法行為の二類型のいずれにも妥当する基準を示そうとする学説の動きがある旨を説くとともに、その流れに同調するかたちで「客観的に事業の執行とみらるべき行為」という基準の具体的内容を検討している。前掲注(28)一六三頁以下が、その際いかなる所説を念頭におかれたのか判然としない。本文で前述した信頼保護機能否定論を指すのかもしれないが、そうとすれば、当時の学説の状況認識にやや疑問も感じる。否定論は類型論を殆ど問題としていなかっただけで、また、信頼保護機能肯定論(幾代教授がいう取引的外形理論)が優勢になりつつある時期だった筈だからである。類型論の定着に重要な役割を果たした一方、教授には、しかし、外形理論を取引的不法行為に限定しようとする思考図式が認められないことは注意されてよい。そうした考え方はのちにも引き継がれている。前掲注(5)一九三頁以下参照。

四 判例における肯定論の台頭と学説の反応

(1) 判例 外形理論の信頼保護機能を正面から認めた最初の最上級審判決は、最判(一小)昭和四二年四月二〇日⁽⁴⁴⁾である。この判決は、具体的には手形偽造に関する事案で被害者たる相手方が被用者の職務濫用につき悪意であった場合に関し、民法九三条但書きを類推適用して法律行為の有効性を否定したうえ、使用者の賠償責任も認められないとしたものである。前者の点の法律構成については注目を浴びたが、使用者責任の成否をめぐる⁽⁴⁵⁾は、結論に無理がなかったためか、当時はあまり重大な関心をよばなかったようである。むしろ、後続の最判(一小)昭和四二年一月二日(後述)が本判決の存在を浮かびあがらせたといつてよいが、そこで展開された一般理論はきわめて重要な説示を含んでいた。「事業ノ執行ニ付キ」という意味を、行為の外形から観察してあたかも被用者の職務の範囲内に属するものと見られる場合を包含すると解する趣旨は、「取引行為に関するかぎり、行為の外形に対する第三者の信頼を保護しようとするところに存する」のであり、「たとえ被用者の行為が、その外形から観察して、その者の職務の範囲内に属するものと見られるからといって、それが被用者の権限濫用行為であることを知っていた第三者に対してまでも使用者の責任を認めることは、右の趣旨を逸脱するものといふほかない……」というのが、右最判昭和四二年四月二〇日の論旨である。

外形理論の機能についての本判決の一般的説示は、前記加藤説をはじめとする一連の学説につよく影響を受けたものと考えて大過なからう。ただ、「悪意」者を保護しないということ自体は、先にもみたように、すでに下級審判決に少なからず先例が出ていたところでもあり、その結論はある程度予測しえたと言つてよく、殆ど異論のないところといつてよい。もつとも、下級審判決では、その理由づけに若干の差がみられた。単に「事業の執行につき加えた損害とはいえない」としたり(前出・大阪高判昭和三七年二月二七日)、「外形・外観性を理由として、被害者を保護すべき根底の必

要を欠く」としたり（前出・大阪高判昭和四二年二月二八日）、あるいは「自ら招いた損害であるというべく……」とするもの（前出・札幌高判昭和四二年二月二八日）がある。これに対し、本判決は、一部の下級審判決と同様、悪意により「事業ノ執行ニ付キ」の要件を満たさないことになる趣旨を説くものと解される。本判決の意義は、主として、学説のいう取引的不法行為なる概念を追認している恰好になっていることと、その前提のもとで取引行為に關しての外形理論の意味を明らかにしていることにある。

これに対する学説の反応が現れる余裕もないうちに、ほどなく、被害者たる相手方が信頼につき重過失がある場合も保護されなかった最判（一小）昭和四二年一月二日⁴⁶が登場した。「被用者のなした取引行為が、その行為の外形からみて使用者の事業の範囲内に属するものと認められる場合においても」、被用者の職務権限内において適法に行われたものでないことにつき相手方が悪意または重過失がある場合には、「その行為にもとづく損害は民法七一五条にいわゆる「被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害」とはいえず、したがってその取引の相手方である被害者は使用者者に対してその損害を請求することができないものと解するのが相当である。」というのが、その論旨である。

この判決は、外形理論の機能については直接的にはなんら触れていない。しかし、前記最判（一小）昭和四二年四月二〇日と同じ第一小法廷のものであり、裁判官の構成も全く同一であるから、外形理論の機能の理解は右の四月判決のそれを基礎としていると考えてよからう。また、相手方の重過失の処理を右判決と同様「事業ノ執行ニ付キ」という要件の成否の問題と位置づけている点も共通する。結局、本判決は、取引行為については外形理論が信頼保護の機能をもつという理解を前提とし、相手方に悪意もしくは信頼に重過失があるときは外形理論によつて保護されるに値する信頼はないとの考え方に立つものといつてよい。⁴⁷ もっとも、両者には外形を問題とする側面に多少の差があるようにも思われる。前記最判（一小）昭和四二年四月二〇日⁴⁷が、一般論として「行為の外形から觀察して、あたかも被用者の職務の

範圍内の行為に属するものと見られる場合をも包含する」と述べるのに対し、本判決は単に「行為の外形からみて、使用者の事業の範囲内に属するものと認められる場合においても……」と説くからである。些細なことのようだが若干の注意をしたい。職務権限内の外形といった説明を意識的に捨てた気配も感じられるからである。

ところで、最判(一小)昭和四二年一月二日の意義については、さらに若干注意すべき点があるようである。まず、この判決は、悪意の場合に関する最判(一小)昭和四二年四月二〇日を基礎としていわばその自然な帰結として登場したかのようにみえるが、質的にはかなり異なる意味をもつと考えられる点に留意したい。悪意というものはきわめて具体的かつ個人的なレベルの問題であり、かつ事実の問題であるのに対し、重過失は一般人の注意力を基準とした当為の問題にほかならないからである。してみると、重過失に関するこの判決は、悪意に関する判例の単なる延長線上にあるのではなく、質的にあらたな発展をとげたものといつてよいと考えられるのだが、それにしても、右判決はやや説明不足といった感をまぬがれない。第二は、判例は、重過失の場合にも使用者責任を認めるのは、悪意の場合におけるのと同様に、外形理論の趣旨を逸脱すると考えているように思われるわけだが、なぜ重過失ある場合に限定されるのか、換言すれば、重過失以上の者を当然に保護外におく態度と従前の外形理論との整合性がどのように説明されることになるかである。先にみたように昭和三〇年代の判例(下級審判決はもちろん最高裁判決にも)のなかには相手方に信頼上の過失(軽重を問わず)があるかぎり「事業ノ執行ニ付キ」を満たさないとの口吻を示すものがあつた以上、それとの関係いかんが明らかにされてしかるべきではなかつたか。さらには、前述したように、およそ信頼保護とは無縁との態度を示唆する若干の判例もあつたわけだが、それらとの関連も不明瞭と言わなければならぬ。

ともあれ、この判決は、その後の判例に強い影響を与えた。直後の、相手方が悪意であつた事案に関する最判(一小)昭和四二年一月二二日は、⁽⁴⁸⁾同じ第一小法廷のものであつたから当然としても、後述の最判(二小)昭和四四年一月

二一日などの最高裁判決をはじめとして、その後の下級審判決で本判決を引用する例は、枚挙にいとまない。本判決の影響力はきわめて大きなものがあつたといえよう。ただ、のち（第五章）にも触れるが、その後の判決が引用にあたり右判決の論旨を正確に踏襲しているかはかなり疑問な面がある。というのは、最判（二小）昭和四二年一月二日は「被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害」といえず」と構成するのにならぬし、最判昭和四四年一月二一日など、その後の判例では、必ずしも「事業ノ執行ニ付キ」なる要件の成否の問題といった位置づけをしていないように思われるからである。いずれにせよ、以後の判例においては被害者の重過失の有無が重要な争点となり、軽過失にとどまる場合には、使用者の責任範囲の画定に際し、しばしば過失相殺が行われるようになる。もつとも、最高裁判決では重過失を比較的嚴格に解する傾向がみられ、⁽⁴⁹⁾また、過失相殺を正面から容認するものは必ずしも多くはないが、⁽⁵⁰⁾下級審判決には、これらを容認する例は激増している。⁽⁵¹⁾

(2) 学説 重過失者を保護外におく判例の登場に対し、学説は種々の反応を示した。判例の態度に賛意を表する見解もなくはないが、概していえば、判例への批判は強いといつてよい。それは、広狭両面からなされている。まず第一に、被害者が悪意である場合においても使用者責任の成否にはならぬ影響を与えるものでなく、悪意・重過失といった被害者側の主観的要素は一切過失相殺で処理されるべきものだと批判がある。⁽⁵²⁾第二に、悪意の場合にのみ使用者責任は成立せず、重過失は使用者の責任範囲を画する際の過失相殺となるにとどまると解すべきだと主張がある。⁽⁵³⁾第三に、およそ相手方に過失があるかぎり（その軽重をとわず）使用者責任は不成立とみるべしとの主張がある。⁽⁵⁴⁾右の第二の主張がその後の学説の主流といつてよい。

これらの学説は、民法七一五条の制度趣旨あるいは外形理論の機能に対するどのような理解を基礎としているか。大

勢としては、外形理論は取引行為に関するかぎり信頼保護の機能ありとの判例の態度を容認しているように考えられるが、子細にみると、考え方の基礎を異にする種々の見解が認められる。まず、第一の被害者側の主観的要素は使用者責任の成否に一切関係がないとの主張は、民法七一五条は報償責任ないし危険責任の思想にもとづくもので本来信頼保護とは無縁であるという理解に立つものである。第三の、軽重をとわず過失あるかぎり使用者責任は不成立との主張は、逆に、外形理論が取引行為に関するかぎり相手方の信頼を保護しようとするもので、そこで保護されるべき信頼は一般人の注意力を基準にして画定されるものとの考え方を基礎としている。ここでは表見代理による法的処理との均衡が意識されることも多い。以上の第一および第三の見解は昭和三〇年代の学説にみられた相對立する二つの見解をそれぞれ引き継ぐものといつてよからう。

第二説が基礎としている理解はといえば、必ずしも軌を一にしないようである。まず、一部には、第一説におけると同様民法七一五条を本来信頼保護とは無縁なものと捉えながら、悪意の相手方（被害者）は信義則上使用者に救済を求めることはできないとする説明がある。⁶⁵これに対し、多くは、悪意の場合には当然保護外におかれるとしても、信頼に重過失があるからといって直ちに保護外におくというのは硬直にすぎ、よりきめこまかな利益衡量をなすために、とりあえず使用者責任は成立するとしうえ、重過失は通常の過失と同様過失相殺事由として処理すべきものとするのであるが、その際、論者が外形理論の機能をどのように考えているのかは、あまり明瞭ではない。特別に論及してはいない点からすると、取引行為に関するかぎり、行為の外形に対する第三者の信頼を保護しようとする判例の態度を当然の前提としているように見える。しかし、重過失は過失相殺で処理するという以上、信頼保護機能といつてもさきの判例におけるそれとは質的に大きな差異が生ずるはずである。およそ信じたことが無理からぬことか否かといったことは「事業ノ執行ニ付キ」の判断したいには影響を与えない理となるからである。してみると、同じ信頼保護といつても判例と

は質的に大きな差があることになるが、学説は、いかなる理由によつてかその点に殆ど注意を払っていない。他方、右の論者のなかには、かつては被用者の職務濫用に関する相手方（被害者）の過失が「事業ノ執行ニ付キ」の判断にあたり考慮されたとしたものがあったはずだが、それとの関連も明瞭でない。より緩やかに「事業ノ執行ニ付キ」を判断しようとの態度に変わったとみてよいであろうか。

本章での考察の結果を要約すれば、次のようになる。最判昭和四二年一月二日をはじめとするこの時期の判例は、外形理論が信頼保護機能をもつとの考え方を前提としつつ、相手方に重過失あるときは当然のごとく「事業ノ執行ニ付キ」に当たらずとする。これに対し、学説は、大勢としては、よりきめこまかな利益衡量をとる見地から、重過失ある場合にもとく使用責任の成立を肯定したうえ、過失相殺で処理すべしとする。

学説による批判は少なからずあるにしても、相次ぐ最高裁判決の登場により、悪意ないし信頼につき重過失ある相手方が保護外におかれるとの判例法理じたいは定着したとみることができであろう。

(44) 民集二一卷三号六九七頁。

(45) 民集の判示事項・判決要旨欄のいづれにも「事業ノ執行ニ付キ」をめぐる説示部分は取り上げられていない。また、本判決の判例評釈——高津環「判解民昭和四二年度」三二事件一七三頁、淡路剛久・法協八五巻四号（昭和四三年）六四一頁、高橋三知雄・民商五七巻五号（昭和四三年）一〇一頁——でこの部分に注目するものはない。

(46) 民集二一卷九号二二七八頁。

(47) 前田達明・『判例不法行為法』（青林書院新社・昭和五三年）一三八頁もこのように受け止めている。

(48) 判時五一三三五頁。

(49) 本文掲記の最判昭和四四年一月二二日が、重過失を「故意に準ずる程度の注意の欠けつがあり、公平の見地上、相手方にまったく保護を与えないことが相当と認められる状態をいうものと解するのが相当」として、原判決を破棄差戻している

ほか、最判昭和四七年三月二一日判時六六五号五三頁が重過失の存在を否定する。

(50) 最高裁判例のなかで、過失相殺を容認ないしそれを前提として肯定していると思われるものは、原審が過失相殺したのを容認できるとした最判昭和四四年二月二一日判時五五三三号四四頁、差戻しにあたり過失相殺の可能性をも示唆している最判昭和五〇年一月三〇日民集二九卷一頁がみられるにとどまる。もつとも、過失相殺が許されないとする判決があるわけではない。なお、古く過失相殺をした最上級判決に第二章本文(3)で紹介した大判昭和一九年六月一七日がある。

(51) この時期以降の下級審判決で重過失の存在を認定するものとして、東京地判昭和四七年一月二二日金法六五四号二六頁、東京高判昭和四七年一月二二日金商三五一号七頁、東京地判昭和五三年九月二六日判タ三七七号一〇〇頁、大阪地判昭和五四年一〇月二五日判タ四〇二号一四〇頁、東京地判昭和五五年一月二九日判タ四一〇号一三六頁、東京地判昭和五六年六月二六日判時一〇二四号八六頁、大阪地判昭和五九年一月二六日判タ五二五号一五三頁、東京地判昭和六〇年四月二六日判時一一七九号八九頁などがみられる。また、この時期以降の下級審判決で過失相殺をするものとして、東京地判昭和四四年一月一四日下民集二〇卷一〇二号一頁、東京高判昭和四六年九月八日判時六四八号七〇頁、東京高判昭和五二年七月二五日判時八六八号四一頁、東京高判昭和五四年八月二二日金法九一六号四三頁、東京高判昭和五五年一〇月九日判タ四三一七号〇頁、名古屋地判昭和五七年三月二四日判タ四八二号一〇〇頁、大阪高判昭和五七年一月三〇日金法六七四号二八頁、東京高判昭和六二年一月二八日判タ六五三号一〇〇頁などがみられる。

もつとも、そもそも使用者責任が過失相殺になじむかという問題があることを忘れるべきでない(この点は、すでに拙書・前掲注(一)二六〇頁で若干の理由とともに触れたので参照されたい)。仮にそれを認めるとしても「事業ノ執行ニ付キ」という要件じたいが過失相殺の対象となるという考え方でよいかはや疑問といわなければならぬ。損害の発生じたいについての過失が問題である以上、その過失をもつて使用者責任につき過失相殺がなされるべきかを直截に問題とすべきもののようにも思われるのである。なお、多くの判例が当然のように過失相殺をするのに対し、使用者責任におけるそれが背理でない旨を説くのが右のうち東京地判昭和四四年一月一四日、東京高判昭和四六年九月八日、東京高判昭和四六年九月八日、東京高判昭和六二年一月二八日である。

(52) 谷口知平・民商六三卷四号(昭和四六年)七一頁、山口幸五郎・前掲判評一一五号二九頁、古賀哲夫・法時四四卷三号(昭和四七年)一一三頁など。

(53) たえば、乾(前田)達明・民商五八卷六号(昭和四三年)一一四頁、乾昭三編『現代損害償法講座6』(日本評論社・昭和四九年)五九頁(田上富信)、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為下巻(現代法律学全集)』(青林書院・昭和五八年)六九八頁など。

(54) 尾浪・前掲注(37)五九頁、柚木ほか編・前掲注(37)二四四頁(乾)、幾代・前掲注(5)一九四頁、森島・前掲注(5)四九頁など。

(55) 山口・前掲注(52)二九頁。

(56) 注(39)参照。なお、加藤一郎教授も、本文で紹介したごとく「取引の相手方の方で……それが正規の手続きでなされた」と信ずるような一定の関係が必要」と説きつつ、他方、『不法行為(増補版)』(昭和四九年)三〇一頁では、本文で後述するが、重過失者を保護外におく判例法理を容認される。ここにも若干の不透明さがある。

五 肯定論の動搖——判例ならびに学説の変容

(一) 悪意ないし信頼につき重過失ある相手方を保護外におくという判例法理の定着は、同時に外形理論の信頼保護機能肯定論と一体不離の関係のもとで登場してきたために、これも当然定着したかのような印象をあたえる。しかし、筆者のみるところ、外形理論⇨信頼保護機能肯定論は判例・学説上ほどなく動搖のきざしをみせ、やがてその実態は事実上変容したように思われる。本章では、筆者がそのように理解するゆえんを簡単に述べたい。実態の変容とは何かを一言にしていえば、悪意・信頼の当否(重過失の有無)といった相手方の主観的要素が、「職務内」との外形を有するか否かの判断において直接的には顧慮されないということである。すなわち、「職務内の外形」とは異なるレベルの問題として処理されるようになったという事実である。このことは外形理論じたいが信頼保護と無縁になったことを示すである。

う。こういった受けとめ方は從來全くみられない。その意味で、一般に強い違和感を与え、かつ容易には受け入れてもらえない可能性があるが、筆者としては予断を排して公平にながめた結果である。

その萌芽は、悪意の事案に関し「事業ノ執行ニ付キ」の要件に一言もしないまま、単に「相手方が被用者の職務濫用の事実を」知っていた以上……民法七一五条に基づく責任を問うことはできない。」と説く最判（三小）昭和四三年二月六日、あるいは、もっぱら本来の職務との関連性の程度を問題として「外形上同人の職務の範囲」に当たらずとしながらも、一方で、相手方の主観的要素（悪意）を問題として「右行為と上告人（原告）の損害との間に因果関係なし」とする最判（二小）昭和四四年四月二十五日⁽⁵⁸⁾あたりに見出されるが、子細にみると、そのなかにも二様の法律構成があるようである。

(i) その一つは、もっぱら職務との関連の程度や加害の手段・道具への近接度といった客観的側面のみを問題として、外形上当該被用者の「職務の範囲内」に属するかを判断し、これが肯定される場合に、次段で悪意・重過失といった相手方の主観的要素を勘案して賠償請求権があるか否かを判断するものである。次の二例に明らかと云ってよからう。まず最判（二小）昭和四五年二月二十六日⁽⁵⁹⁾だが、偽造手形の転得者が原告となつている事案につき、「その（偽造被用者の）職務内容に密接に関連して、行為の外形から観察してあたかも被用者の職務の範囲内の行為に属するとみることが出来る……」と述べて「事業ノ執行ニ付キ」を肯定し、そのうえで、原告（相手方被害者）の主観的要素を問題として「重大な過失なく本件手形が真正に振り出されたものと信じて」いたものである以上「民法七一五条に基づく損害賠償請求権を取得したものと解すべきであつて……」とする。さらに、近時の最判（三小）昭和六一年一月一八日⁽⁶⁰⁾は、裏書の偽造された手形の転々得者が原告である事案に関するが、偽造者の職務権限などを問題として「その行為の外形か

ら客観的に観察すると同人の職務の範囲内の行為といふべきであり、民法七一五条にいう「事業ノ執行ニ付キ」なされたものと認めるのが相当であり……」⁽⁶⁰⁾としたうえで、「被上告人（原告・被害者）において本件裏書が偽造のものであることを知らなかったことにつき重大な過失があるとは認められないから、被上告人は、使用者である上告人に対し同条に基づく損害賠償請求権を取得したものとすべきであつて……」⁽⁶¹⁾という。下級審判決のなかにも、同趣旨のものが少なからず見出されるのはいうまでもない。乙が経理事務を担当していたことからみれば……外形上被告の事業の執行に該当する行為であつたといふべきである」としつつ、知らなかったことにつき重大な過失がある場合には「原告は被告に対し民法七一五条による使用者責任を問うことができないと解するのが相当」と説く東京地判昭和四七年一月二二日⁽⁶¹⁾といったものがそれである。

これらにあつては、要するに、本来の職務範囲との関連の度合いを基準に「事業ノ執行ニ付キ」の成否が問題とされる（ここに外形理論が援用される）、相手方の悪意、信頼についての重過失の存在は使用者側からの抗弁事由として処理されているといえる。そして、それが認められるとき、原告（相手方）には賠償請求権が与えられないとされるのである。こうした構成のもとでは、「事業ノ執行ニ付キ」の判断じたいには、一般的に信頼するのがもつともか否かといった視点は無関係になる。前述の最判昭和四二年四月二〇日や最判昭和四二年一月二日⁽⁶²⁾が、悪意・重過失を問題視して結論的に「被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害」に当たらないと法律構成しているのに対比すれば、その差は歴然といえよう。近年、四宮教授が、取引的不法行為の場合、（イ）客観的に職務執行の外形があるかぎり、被用者の職務濫用・逸脱によるリスクを原則として使用者に負わしめるものとして外形理論が機能し、（ロ）被用者の行動の濫用・逸脱であることについて相手方（被害者）に悪意（または重過失）がある場合に、例外的に被害者に（あるいは被害者も）リスクを負担せしめるという部分を受け持つのが悪意（重過失）者排除の理論である旨説かれたが、それはこうし

説
た判例の実態を踏まえたものと受けとめてよい。⁽⁶³⁾

論

(ii) もう一方の法律構成は、「使用者の事業の範囲内」に属するか否かに関係して外形上云々と述べるにとどまり、加害被用者の職務との関連では外形云々といったことは一切述べず（この限りでは前出・最判昭和四二年一月二日と共通するが、同判決では「被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害」といえずと構成するのに対し）、相手方の悪意・重過失を理由に直截に賠償請求の可否を結論づけるものである。その端緒となつたのは、重過失とは何かを定義的に述べた例として著名な最判（二小）昭和四四年一月二日⁽⁶⁴⁾（具体的には重過失ありとした原判決を破棄差戻し）である。その論旨は、「被用者のした取引行為が、その外形からみて、使用者の事業の範囲内に属するものと認められる場合においても」、行為の相手方が右（職務の濫用・逸脱）の事情を知らずならまたは重大な過失により右の事情を知らないで当該取引をしたと認められるときは、「相手方である被害者は、使用者にたいしてその賠償を請求することができないものと解すべきことは、当裁判所の判例（最判昭和四二年一月二日参照）とするところである」と説くとともに、「相手方の故意のみでなく重大な過失によつても使用者が損害賠償の責を免れるのは、公平の見地に照らし、被用者の行為の外形に対する相手方の信頼が……法律上保護に値いしないものと認められるためにほかならない……」とするものである。

先例を踏襲するという態度をとるものであるから、一見すると、特に重要視すべき判例ではないようでもある。しかし、筆者のみるところ、先例踏襲の体裁をとつてはいるものの、その論旨には基本的な変化がある。先例とされた最判（二小）昭和四二年一月二日では結局「被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害」とはいえず⁽⁶⁵⁾としていたのに対し、本判決では単に「使用者に対してその賠償を請求することができないものと解すべき……」と述べるにと

どまるからである。相手方の主観を「事業ノ執行ニ付キ」との関連で問題としないのは、おそらく意識的だと考えられるのであり、全体としてみると、この判決は、重過失を「事業ノ執行ニ付キ」のレベルの問題としてではなく、要は保護に値しない、換言すれば、訴求資格が否定されるといった考え方に立つものと解される。そのことは、判文後段の「公平の見地に照らし……法律上保護に値しないものと認められるため……」との叙述をみれば一層明らかである。これを要するに「事業ノ執行ニ付キ」の枠外の問題として、つまり、外形理論じたいとは無縁の問題として、相手方の重過失を処理するものということができよう。すでに加藤一郎教授は、「事業ノ執行ニ付キ」の要件を満たさない旨を説いた前述の最判（一小）昭和四二年四月二〇日および最判（一小）昭和四二年一月二日を批判的に紹介したうえ、相手方の悪意・重過失の処理については「むしろ、端的に相手方が保護に値しないことを理由とすべきである。」と説き、本判決を同旨のものとして好意的に引用・紹介している。⁽⁶⁵⁾ 右判例に対する筆者の理解と軌を一にしているとみてよい。ここでは、中間項として該被用者の外形上の「職務の範囲内」に当たるか否かを問題とすることなく、直截に「該被用者の職務の範囲内」の行為であったとの信頼における重過失の有無がもつぱら問題とされるといふわけである。

ところで、右判決は「その外形からみて、使用者の事業の範囲内に属する……云々」と述べている。その限りでは右判決も外形理論をとっているともいえる。しかし、序章で一言したごとく、従来、外形理論が信頼保護機能をもつかをめぐり問題としてきたのは「職務権限の範囲」に対するそれであるから、少なくとも右判決は、従来問題視されてきた意味での外形理論とは無縁なものというべきである。

このように、まず行為の外形から「使用者の事業の範囲」に当たるか否かを問題とし（これは一般的・客観的に判断される）、それが容認されるとき、直截に相手方の悪意・重過失といった主観的要素を勘案して使用者に対し損害賠償請求権をもつか否かを判断しようとする傾向は、その後とくに下級審判決においてかなり一般的なものとなつてい⁽⁶⁶⁾る。

お、下級審判例が先例を引用する場合においても、まず例外なく先の最判昭和四二年一月二日が示されるが、その論旨としては、実は前述した最判昭和四四年一月二日が整理しているところがそのまま利用されているのも看過すべきでない。

右の二つの法律構成のいずれにおいても、外形理論そのものが信頼保護のために機能しているとは言えないであろう。以上の筆者の分析に誤りがなければ、従来当然のごとく説かれてきたのは異なり、外形理論というものがそれ自体として信頼保護機能をもつとは到底いい得ないこととなる。公平にみるかぎり、すでに判例の大勢は「事業ノ執行ニ付キ」を単に客観的に判断するか、もしくは使用者の事業との関連で外形を説くにとどまるに到っているとみてよい。判例の実態がこうしたものであるのに、なお外形理論が信頼保護のためのものだとするには、外形理論に「事業ノ執行ニ付キ」の判断基準以上の役割を持たせなければならぬことになる。 「事業ノ執行ニ付キ」の要件を満たす場合で、なおかつ信頼につき重過失なき者を保護しようとするものがそれであるといった具合にである。しかし、それはいかにも無理であろう。

ともあれ、今や、訴訟の実態としては、被害者に対する関係で被用者性が表面化している多くの場合において、「事業ノ執行ニ付キ」そのものよりも、それが満たされることを前提としたうえで被害者たる相手方の重過失の有無が主要な争点となっており、それが無いとされる場合においては過失相殺がどの程度なされるかが実際上問題になっているといつてよい。その意味で、「事業ノ執行ニ付キ」という要件のもつ紛争処理機能は相対的に低下している、とみるべきであろう。⁽⁶⁷⁾

(2) 近時の学説においても、判例におけるのとは異なる意味ではあるが、やはり外形理論から積極的信頼の保護機

能を失わしめる傾向が一般化しつつあるように思われる。使用者責任なる法制度は本来信頼保護とは無縁であるとみる論者が外形理論に一切の信頼保護機能を認めないのは当然として、悪意者を信義則あるいは一般悪意の抗弁を援用することによって保護外におこうとする論者にあつても、外形理論が積極的信頼の保護機能を有するといった理解は捨てられているとみてよい。きめこまかな利益衡量を可能ならしめるためとの指向から、重過失を過失相殺へもつていくべきだ（軽過失は当然のこととして）との主張においてはどうか。ここでは悪意でさえなければ使用者責任じたいは成立することになるわけだが、いったい信頼の相当性（すなわち過失の有無）を完全に度外視したなかでの積極的な信頼の保護といったものは考えられるのか。信頼の当否を問わないというのであれば、外形理論に信頼保護の機能があるとしたところで、それは、職務濫用・逸脱に対する善意（不知）を保護するのと大差ないことになりはしないか。あえて、信頼の当否を全く度外視しながら、なお単なる善意と区別した積極的な信頼の保護をいうとするなら、残る問題は、たとえば代理形式のように、一般に「信頼」を誘発するといったかたちがとられているか否かの差でしかないことになる。が、不法行為責任の成否にそれが實際上どれほど意味をもつか疑問である。もし、単なる善意である場合と区別する充分な理由がないとするなら、外形理論の機能としては単に善意（不知）の保護を説けば足りよう。

(57) 判時五一四号四八頁。

(58) 判時五六〇号五一頁。

(59) 民集二四卷二号一〇九頁。

(60) 判時一二二号一一六頁。

(61) 金法六五四号二六頁。ほかに現時点で知りえたものとして、重過失を肯定したもののうち東京地判昭和五三年九月二六日

判タ三七七号一〇〇頁が、また、重過失を否定したもののうち、東京地判昭和六一年一月三〇日判タ六二七号一九〇頁、東

京地判昭和六二年一月二九日金法七七〇号三八頁が、それぞれこうした構成をとっている。

(62) 四宮和夫・前掲注(53)六九三頁。

(63) 外形理論と重過失者保護否定論との関係についての説明で他に注目すべきものとして以下が目につく。「右判例法理は、外形理論の適用上被用者の行為がその職務の範囲内とみられるかどうかは一般人を基準として判断される(加藤・不法行為一七九頁)結果、一般にその行為が職務の範囲に属する行為とみられる場合でも、具体的に当の被害者が職務の範囲内でないことを知りまたは重大な過失により知らなかったという事情がある場合に外形理論の適用を排斥しようとするものであるから、その際他人の主観的事情を問題にする余地は全くないのである。」とする吉井直昭「判解民昭和四五年度」八事件五八頁、「使用者責任を認めることによつて保護されるのが取引の相手方の信頼であることはもちろんだとしても、取引上の信頼保護は「事業ノ執行ニ付キ」なされた行為か否かを外形から判断するということの中に一般的にふくまれており、同条の問題としてみる限りでは、具体的な個々の悪意または過失は過失相殺の要因にすぎないのではないかと思われる。」とする松岡誠之助・ジュリ五三〇号(昭和四七年)一二九頁がそれである。しかし、いずれもやや説得力を欠く。

(64) 民集二三卷一一号二〇九七頁。

(65) 加藤一郎・『不法行為(増補版)』(有斐閣・昭和四九年)三〇一頁。

(66) 重過失を肯定した例のうち、大阪高判昭和四三年九月二五日金法五二八号二八頁、大阪地判昭和五四年一〇日二二五判タ四〇二号一四〇頁、東京地判昭和五五年一月二九日判タ四一〇号一三六頁、東京地判昭和五六年六月二六日判時一〇二四号八六頁、大阪地判昭和五九年一月二六日判タ五二五号一五三頁、東京地判昭和六〇年四月二六日判時一一七九号八七頁が、また重過失を否定した例のうち、東京高判昭和五五年一〇月九日判タ四三一七〇頁、大阪高判昭和五七年一月三〇日金法六七四号二八頁が、こうした構成をとっている。なお、使用者の事業との関係でも一切外形を説かずにもっぱら相手方の悪意・重過失の存否を問題とするにとどまる例としては、東京高判昭和五二年七月二五日判時八六八号四一頁、東京高判昭和五四年八月二一日金法九一六号四三頁、東京高判昭和五五年二月二五日金商六一〇号三六五頁がみられる。

(67) もっとも、最判昭和五八年一〇月六日判時一一一〇四頁は、原判決が「客観的外形的な諸事情から見て、被控訴人の事業の執行につき行われたもの……」であり、かつ相手方には重大な過失はない旨説いて使用者責任を容認したのを、「本来の職務内容との関連性を全く抜きにして右発言が該被用者の職務執行行為であると外形上認められる事情となりうるも

のとはとうていいうことができない。」と説いて、破棄している。これは、上告理由が「事業ノ執行ニ付キ」の判断には職務との関連性いかんが重要視さるべきこと、加えて本件では相手方に重過失がある旨主張したのに答えたものだが、重過失の有無の問題に足を踏み入れることなく、「事業ノ執行ニ付キ」の成否に問題を集約したうえ、事業上相手方の信頼の当否（しかも単なる過失）を勘案して「事業ノ執行ニ付キ」を判断したものとして評しうる。その意味では最近の判例の中でやや特異なものである。公式判例集不登載の理由もそうした事情によるのかもしれない。ともあれ近時の判例の流れを変えるほどの意味をもつとは思われない。

六 結び

以上の考察から、少なくとも、外形理論が信頼保護の機能を有するという近時殆ど疑われることのなかつたテーゼが、実はきわめて不確かなものであることを知りえたと思う。

この点をめぐる判例の態度を再度簡単にふりかえってみれば、こうなる。昭和四〇年代初頭までは、相手方の信頼に過失があれば「事業ノ執行ニ付キ」を満たさないとするものと、「事業ノ執行ニ付キ」はもっぱら客観的に判断し、信頼上の過失は過失相殺で処理するものが併存していた。それが昭和四二年一月の最高裁判決を契機に、重過失があれば「事業ノ執行ニ付キ」を満たさないとされ、これにより無重過失者の信頼を保護するのが外形理論であるとの態度が定着するかに思われた。しかし、ほどなくこれが変容する。すなわち、「事業ノ執行ニ付キ」を肯定したうえで重過失者は使用者に対し訴求しえずとし、あるいは使用者の事業との関係でのみ外形を云々するにとどめる判決がむしろ一般的なものとなるのである（軽過失については「事業ノ執行ニ付キ」を肯定したうえで過失相殺をする処理がほぼ定着）。いずれにおいても、外形理論は従来いわれてきたようなものとしては機能していない、といわねばならない。

以上を要するに、従来の学説上一般的にみられた、外形理論じたいが信頼保護を図るものとか、取引保護を図るもの

とかいった表現は、判例の実態を正確に示すものとはいえず、もはや捨て去るべきだと考える。こうした理解によると、学説のいうかつての内部的拡大説こそが今日の判例の態度を的確に示すものと考えることになろう。

外形理論じたいが信頼保護の機能をもたないとすれば、従来のいわゆる取引的不法行為と事実的不法行為とを峻別する理由も失われることになる。⁽⁶⁸⁾ 取引的不法行為なるものを緩やかに認めてひろく表見法理に準じて相手方保護を企図する傾向は容認されてよいとの見方も、⁽⁶⁹⁾ 反省の必要があるろう。もつとも、そうとしても、使用者責任と表見代理による法的処理との関係いかんの問題が一切残らないことになるとは思われない。事実として加害が代理行為の形式をとった行為に起因する場合があることは否定しがたいからである。ただ、従来の議論では「事業ノ執行ニ付キ」のなかに相手方の主観的要素も取り込んでいたために要件の対応関係が不明瞭であったが、私見によれば、この場合、代理行為の形式をとった加害行為のうち外形理論によって客観的に「事業ノ執行ニ付キ」に当たるとされた行為が表見代理における僭称代理行為じたいに対応し、重過失の有無は表見代理における正当事由（ないし無過失）の問題に対応すると考えることになる。両制度の競合関係をどう解するかについては、筆者としては、両者に要件上の差がある（とくに直接の行為者たる被用者ないし無権代理人の故意過失の要否）以上、競合的に成立しえてよいと考える。

本稿は、外形理論の機能として一般的に説かれてきた「信頼保護」とはいったい何を意味するのか、不法行為責任の成否が「信頼」の存否によって左右されてよいのかという基本的な疑問に端を発する。結果的に、本稿も、今日の大方の理解と真向から対立する考え方を示すものとなった。ここでも勝手な思い違いのないことを願うばかりである。問題のありかじたいが不透明であるだけに必ずしも論旨明快とはいかなかったが、「事業ノ執行ニ付キ」の新たな判断枠組みを定立するための基礎作業として整理してみた次第である。

(68) もともと取引的不法行為なるものの意味内容が明瞭でないことについては以前にも触れた―拙書・前掲注(1)二四六頁参照。なお、同所引用の加藤一郎『不法行為』一八二頁は一七九頁の誤りなので、この機会を借りて訂正する。

(69) ときに「表見代理制度の領域で本来妥当に処理されるべきことがそこで妥当に処理されていないため使用者責任における外形理論がその後始末をさせられる」といった受け止め方がみられる――須永醇「使用者責任――取引行為的不法行為における機能」田中実・中川淳『判例演習講座・民法1』(昭和四八年・世界思想社)三四二頁など。これは、消極的ではあれ信頼保護のために使用者責任を活用する方向を容認するものといえよう。しかし、判例がそこまで意識しているかは疑問である。また、信頼保護のために使用者責任を活用することの是非は問題であろう。