



Title	企業の不法行為責任について：被用者による加害を中心として
Author(s)	神田, 孝夫; KANDA, TAKAO
Description	論説
Citation	北大法学論集, 21(3), 61-112
Issue Date	1970-12
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27903
Type	departmental bulletin paper
File Information	21(3)_P61-112.pdf



企業の不法行為責任について

— 被用者による加害を中心として —

神 田 孝 夫

企業の不法行為責任について

- 一 問題の所在
- 二 民法七一五条の適用要件に関する通説・判例の再検討
- 三 民法七一五条の適用要件を緩和する試み
- 四 民法七一七条による企業責任の法的構成
- 五 民法七〇九条による企業責任の法的構成
- 六 あとがき

一 問題の所在

(一) 不法行為法における過失責任の原則が、企業活動の自由を裏面から保障することによって、近代資本主義の発

展にはかりしれない寄与をしたことは疑いの余地がない。しかし、資本主義の成長にともなう、資本設備が巨大化し、損害発生の際に内蔵する各種の産業が増大するに従って、企業活動に起因する災害が質的量的に大規模なものとなるとともに、その原因が複雑化し多様化するに至り、ここに不法行為法における過失責任の原則は深刻な反省をせまられることとなった。けだし、こうした事態においてなお過失責任原則を貫徹することは、多くの場合経済的弱者でありかつまた立証能力を充分にもたない被害者の救済を事実上拒否するに等しく、企業利益は企業に企業危険は被害者にとり不合理な結果をもたらさずにはおかないからである。なお、右のことが不合理と意識される基礎には、不法行為制度の指導原理が、今日、加害者の責任追及から損害の公平な分担へと移行しているという事実があることはいままでもない。過失責任原則を修正すべきことの理論的な根拠づけとして、利益の帰するところに損失もまた帰すべきであるという報償責任の理論や、危険物の管理者ないし危険をつくりだした者は責任を負うべきであるとする危険責任の理論などが、かねてから広く提唱されてきたのも周知のとおりである。

さて、過失責任原則を修正する手段としては、第一に、過失の不存在の立証責任を加害者に負担させるいわゆる挙証責任転換の方法があり、第二にさらに徹底したものとして、加害者に無過失責任を課する方法がある。近時、過失責任と無過失責任との統一を志向して、当該社会関係に相應する様々な段階の損害回避義務を要求しようとするいわゆる損害回避義務段階説が提唱されているが、ここにも伝統的な過失責任原則の実質的な修正をみることができるであろう。わが民法典では、企業活動に関係するものとしては、使用者責任（七二五条）と工作物占有者責任（七二七条）が挙証責任転換の方法を採用しており、工作物所有者責任（七二七条）が無過失責任をみとめると解されているにとどまるが、これらの措置を正面から採用する民事特別法は既に少なからず存するのであり、漸次増加の傾向にあるといつてよい。

ところで、過失責任原則の修正措置が実定法上明記されていないかぎり、あらゆる不法行為がつねに過失責任原則の適用下におかれることとなるのかといえ、必ずしもそうとは思われない。社会的実態に即応して立法措置がなされるならともかく、それが期待しえない状況の下では、法文上明記されていなくとも、社会的実態に充分対処しうる法的構成を可能なかぎり探索する必要があるとすらいえるのではないだろうか。⁽⁴⁾ 現にそのための試みが少なからず提唱されてもいる。過失の存在を推定し、過失の認定を緩和することによって、事実上、挙証責任転換の効果をもたらすべきであるとか、⁽⁵⁾ 法文上の形式的障碍が存在しないから解釈上挙証責任の転換をみとめるにやら差支えはないとか、⁽⁶⁾ あるいは、無過失責任を明記する民法七一七条を広く類推適用して無過失責任を課すべきであるとか、⁽⁷⁾ さては、過失責任原則をうたう民法七〇九条は無過失責任を要請する今日的な事態を予知しえない時期に立法されたものであって、今日同条項に拘束されねばならぬ必然はなく、したがって、必要に応じて無過失責任を課するに格別の障碍はないとするのが、⁽⁸⁾ それである。さらに前述の損害回避義務段階説は、伝統的な過失概念を修正することによって、過失責任原則に正面から抵触することを避けながら、実質的には無過失責任に近い結果を導こうとしているのである。⁽⁹⁾

以上のように、企業活動に起因する加害の責任につき過失責任原則を修正しようとする努力は、各種の民事特別法によっては勿論のこと、それがなくとも、立証段階での事実上の操作により、あるいは、解釈論として過失責任原則の修正が許されないものではないとすることなどによって、多角的になされてきているといえることができるのである。

(二) いうまでもなく、過失責任原則を修正しようとする前述の種々の試みは、⁽¹⁰⁾ 企業の賠償責任を可及的に容易に導出しようと志向するものであって、企業活動に直接たずさわる、したがって通常直接の加害原因をもたらすこととなる企業被用者、あるいは、法人格をもつ企業における代表機関の責任を導出するための努力であったのではない。こ

これらの者の責任については、過失責任原則を修正すべき理由はなんらないのである。彼ら自身は、企業活動が生む巨額の利潤を獲得するわけではなく、危険な物的設備を保有しているわけでもない¹¹⁾。とすれば、彼らにはいわゆる報償責任の理論も危険責任の理論も妥当しないと考えるほかないからである¹²⁾。

ところが一方では、わが民法上、企業が賠償責任主体として登場するのは、民法四四條（法人の不法行為責任）・七一五條（使用者責任）・七一七條（工作物責任）のいずれかが適用される場合であると解されており、しかも、企業の人的要素たる自然人の不法行為を媒介とせずに企業の賠償責任が肯定されるのは七一七條の場合のみであり¹³⁾、他は、企業の代表機関あるいは企業被用者に不法行為責任が成立することを基礎としてはじめて肯定される、と解するのが今日の通説・判例の確固とした態度なのである¹⁴⁾。つまり、七一七條が適用されない場合においては、被害者は、企業の代表機関ないし企業被用者に故意・過失があったことを立証しなければ企業に対し賠償請求ができないというのである。しかも代表機関・被用者の責任については前述のように過失責任原則を修正すべき理由はなんらないのであるから、この限りでは、被害者は伝統的な過失責任原則の適用下におかれることとなるのである。だが、加害原因が多様化し複雑化している今日、企業の代表機関ないし企業被用者の誰に、かつ如何なる点で過失があったかを立証することは、証明能力を充分にもたない被害者にとっていかに至難のことか、いわずして明らかであろう。してみれば、四四條・七一五條の適用要件に関する通説・判例の態度を前提とするかぎり、依然として企業利益は企業に企業危険は被害者にとりて不合理な結果をもたらさずにはおかないこととなるのではないか。

ところで、企業の賠償責任について過失責任原則を修正すべきことを主張してきた従来の諸学説の出発点は、正に右のような不合理な結果を回避しようとする点にあったのである。とすれば、これらの諸学説は、企業が責任主体となる根拠条項と、それぞれの適用要件に関する従来の確固とした通説・判例の態度に根本的な反省を加えてしかるべ

きではなかったか、と思われる。過失責任原則の修正を要請するあらゆる事態につねに民法七二七条を広く類推適用するるのであればともかく、民法四四四条もしくは七一五条を媒介として企業の賠償責任が導出されるとし、しかもそれぞれの適用要件に関する通説・判例の見解を前提としながら、過失責任原則の修正を提唱したところで、当初の志向に対応した効果を掌握することは、実は殆んど期待できないであろう。過失責任原則の修正を声高く強調し、そのためのいくつかの試みを提唱してきた従来の諸学説が、二、三の例外を別として、少なくとも明確なかたちでは、企業が責任主体となる法的根拠を民法四四四条・七一五条・七二七条のいずれかに求める伝統的な理解に格別の疑念をもたず、かつまた、それぞれの条項の適用要件についての従来の通説・判例の見解に対しなら反省することがなかったというのは、不徹底のそしりを免れないといえるのではないか。

こうした従来の企業責任法理の欠陥は、いわゆる製造物責任や公害の民事責任をめぐって、近時ようやく問題視されつつあり、現にそのためのあらたな提言もみられるようになって¹⁵⁾いる。しかしながら、如何にして右の欠陥を補填すべきか未だ必ずしも充分に明らかにされてはいえない。本稿で筆者の目的とするところは、右の欠陥をいかに補填すべきかを筆者なりに模索してみようとする点にある。

(三) 本稿での考察の対象および叙述の方針についてなお一言しておく。すでに明らかなように、代表機関による加害の場合も、その故意・過失の立証責任が被害者に課されている点が被害者救済に深刻な障碍とな¹⁶⁾っていることでは、企業被用者による加害の場合と全く同様の問題があるとい¹⁷⁾ってよいのだが、本稿ではさしあたり、企業被用者による加害の場合を考察の対象としたい。ほとんど筆者の便宜的な理由による¹⁸⁾といってもよいのだが、あえてその理由らしいものをあげるとすれば、この場合における被害者救済の配慮こそが、実は民法七一五条の解釈論をめぐって比較的古くから論議の対象とされてきたところであつたが故に、この場合をめぐる過去の論議の当否を今日的な視座か

ら再検討しつつ考察をすすめることが、代表機関による加害の場合を対象とするより問題の所在をより鮮明に浮彫りにさせると思われるからである。

そこで先ず民法七一五条の適用要件に関する通説・判例の態度を再検討することから叙述をすすめたい。同条適用の基礎として被用者の有責性を要求する通説・判例の態度を克服することが可能であれば、それだけで被害者救済の側面における問題は解消するといつてよいわけだが、その可否を検討するには、前提作業として通説・判例の態度を正確に認識しておく必要があると思われるからである。すなわち、同条適用の基礎として被用者の有責性を要求する今日の通説・判例の態度はいかにして形成されたのか、そうした通説・判例の態度が同条の他の要件や使用者の免責事由の取扱いに對しいかなる影響を与えたか、被用者の有責性を基礎として要求することが被害者の救済をきわめて困難ならしめるという事実に對し、通説・判例はいかにこれに對処しようとしているのか等を先ず明らかにしておくたいと思う(第二章)。その上で、民法七一五条の適用要件を被害者救済の見地から緩和しようとするいくつかの試みを取りあげ、その可否を検討する(第三章)。ここでは、いずれの試みも結局適当ではなく、被用者の有責性の立証責任を被害者から免責させ、あるいはそれを軽減させることによって被害者の救済を容易ならしめる途は他に求めべきであることを説く。次にその第一の方法として、企業被用者による種の加害につき民法七一条(工作物責任)を適用しないし類推適用することによって、被害者には企業組織の瑕疵の立証を要求するのみで企業の賠償責任を導出しようとする提唱を取りあげ、その可否につき検討を加える(第四章)。次に、その第二の途として、徹視的には企業被用者の作為・不作為に起因すると思われるある種の加害につき企業そのものを不法行為主体と把握し、直截に企業に對し不法行為責任を導出することによって被害者の救済を容易ならしめる可能性がないか、を検討する(第五章)。ここでは、民法四四条を媒介とせず法人である企業を不法行為主体と把握することが許されるか、そ

れ自体は「意思」「精神」をもたない企業そのものに責任要件である故意・過失・責任能力の存否を問題視することが許されるか。あるいは、いかなる場合に企業そのものを不法行為主体ととらえ、いかなる場合に被用者を不法行為主体と考えるのか、換言すれば、企業が自己の不法行為として民法七〇九条に基づく責任を負うこととなるのはいかなる場合であり、他人に被用者の不法行為に基づく責任として民法七一五条による責任を負うのはいかなる場合かなどの問題が、主たる論点となるだろう。

- (1) その他の理論的根拠づけについては、岡松・無過失損害賠償責任論参照。
- (2) 沢井・公害に関する民事裁判例の研究八・判例評論一一一号一頁以下、同・公害の私法的研究・二〇八頁以下参照。
- (3) 無過失責任を採用するものとしては、鉱業法、原子力損害の賠償に関する法律などがあり、挙証責任を転換せしめるものとしては、自動車損害賠償保障法がある。
- (4) 五十嵐教授は「わが国の立法者に適切な解決を期待することが困難な状況では学者と実務家の責務は大きい」と力説される(西ドイツにおける製造者責任法の現状・ジュリスト四四六号八四頁)。
- (5) 我妻・事務管理・不当利得・不法行為(新法学全集)・一一四頁以下、加藤編・注釈民法(四)・二八頁(加藤執筆)など。判例においても、例えば、地下鉄会社と工事施行者の過失を推定する東京地判・昭一〇・二二・二七(新聞・三九四四・三)などの取扱いをする例は多い。我妻・前掲書・一一五頁以下あるいは広中・債権各論講義・四二四頁掲載の諸判決をみよ。なお、この扱いは、過失の不存在につき挙証の現実の必要をもちたらずに留り、真正な意味で挙証責任の転換をもたらすものではない。
- (6) 五十嵐教授は、製造物責任について、このことを説かれる(前掲論文・ジュリスト四四六号八四頁)。これは前注(5)の場合と異なり真正な意味での挙証責任の転換である。
- (7) 民法七一七条の「土地ノ工作物」を拡大して解釈すべきことは古くから多くの学者によって説かれてきたところであり、判例においても漸次その方向に進んできている。例えば、土地に定着しないプロパンガスのボンベにまで適用した例(長野地松本支判・昭和四〇・一一・一一・判時四二七号一一頁)すらある。注目すべきは、本文で後述するように、企業被用者の加害についても、企業の人的瑕疵として、七一七条を(類推)適用すべきとする主張があることである(我妻・前掲書・一八一頁、清水・

使用者賠償責任の基礎・法学論叢・三八卷五号一四四頁以下)。

- (8) 加藤編・注釈民法(9)・一三五頁(加藤執筆)、加藤・野村・企業責任(経営法大全集18)・一〇三頁、樺・欠陥車と民事責任(下)・ジュリスト四三六号一四七頁など。

- (9) 沢井教授は「筆者は：民法七〇九条の過失を幅広く弾力的に解することによって、瑕疵の造成者には重い責任(これまでの用語からいえば無過失責任に近い)を課せうとする」と明言される(同・公害の私法的研究・一八七頁)。なお、不法行為責任を生ぜしめるのは違法な加害行為そのものであり、故意・過失などの主観的要因は違法性の有無の判断にあたって問題となりうるにすぎないとの見解(広中・債権各論講義・四四七頁)においても、解釈論として従来のいわゆる過失責任原則の修正が可能ということになるであろう(なお後述の第五章・本文一〇三頁および注(23)参照)。

- (10) 企業という言葉はがらり法律語ではなく、種々の意義で用いられるが、ここでは、企業者がその経済上の目的を達するために利用するところの人的物的諸要素の結合から成る社会的経済的有機体(客観的意義の企業= Unternehmen)と理解しておく(岩波法律辞典第一卷三三六頁参照)。

- (11) 法人实在説によれば、法人の理事・取締役の物現実支配は法人の所持そのものであるから法人が占有していることになり、反面理事等の占有は認められず、被用者の場合は「占有の機関」となることにつき、鈴木・物権法講義・一五七頁参照。有限会社の代表取締役を占有機関にすぎないと判示するものとして裁判・昭和三二・二・二二(裁判集民二五号六〇五頁)がある。

- (12) 無過失責任を認める鉱業法では鉱業権者が責任主体であり、原子力損害賠償法では原子力事業者であることを想起せよ。

- (13) もっとも、今日抬頭しつつある民法七一七条(過失責任説の下では、本文で後述するように、同条も自然人の過失を媒介とすることになるであろう。幾代教授は、自然人の不法行為を媒介としない場合として、更に、自動車損害賠償保障法三条の「自己のため自動車を運行の用に供する者」の責任を挙げる(幾代・民法総則・一三〇頁)が、これも反省の余地がないわけではあるまい)。

- (14) 民法四四条にいう法人の「理事其他ノ代理人」は法人の代表機関を意味するというのが今日の通説であり、その代表機関の不法行為責任が成立することを基礎としてはじめて法人の責任が成立することも、後述(あとがき・注(2)参照)の服部教授の見解を別とすれば、今日殆んど異論をみない。判例では、大判・昭和七・五・二七(民集・一〇六九)など。七一五条についても、後述の服部教授の見解(第三章(三)参照)を除いては、今日では殆んど異論がない。判例については、次章の本文七二頁および注

(15)(16)(17)をみよ。

(15) 有泉教授は、製造物責任について「機械の部分品や商品の原料製造の工程において、特定の労働者に過失があったとしても、彼の過失はいわば商品に組み入れられることよって使用者の過失に吸収されるとみるべきである。また実際問題としても外部者からみて、製造工程の労働者の過失を立証することは多くの場合に殆んど不可能に近い」（生産物責任論序説・市民社会と私法・七四頁）と説くのに対し、椿教授は「A（被用者）の過失にかかわらずM（製造者）独自の責任を肯定する議論がもっと展開されるべきだと思う」（欠陥車と民事責任（下）・ジュリスト四三六号一五二頁）と強調される。一方、公害について加藤教授は「企業がそれ自体の合法的な事業として行なったところから附随的に被害が生じたという場合にもと企業自身が責任の主体となるべきであり、代表者または被用者の個人責任は生じないと考えるべきである。その理論構成としては、けつきよく、企業が行為の主体であるという企業責任論を正面に出すほかはないであろう」（加藤編・公害法の生成と展開・三八六頁）と説かれ、西原教授も、企業の本来の事業活動から日常的かつ定型的に生じるような公害につき「理論的には、故意、過失、その他の不法行為の要件は企業自体にあると思われる」（戒能編・公害法の研究・六一頁）とされる。なお、森島・公害における責任の主体・ジュリスト・四五八号三五頁以下もほぼ同旨か。

二 民法七一五条の適用要件に関する通説・判例の再検討

本章では、七一五条適用の基礎として被用者の有責性を要求する今日の通説・判例がいかんにして形成されたのか、それが同条の他の要件や使用者の免責事由の実際上の取扱いにいかなる影響を与えたか、更には、有責性が要求せられるために被害者の救済が困難となるという事実に対し、通説・判例はいかに対処しているかを反省しつつ、この見解の是非を再検討する。仮に、被害者の救済を困難ならしめるのみであり、それを回避する事実上の対処が全く不十分でしかありえないのであれば、被用者の有責性を基礎として要求する今日の通説・判例の見解は根底から反省されるべきであろうし、有責性が要求されるいわば対価として同条の他の要件・使用者の免責事由が実際上被害者に有利に

取扱われるという側面があるのであれば、被用者の有責性を要求する今日の通説・判例の態度を一概に否定し去ることはできない。部分的な修正が問題となりうるにとどまるであらう。

被用者の有責性が七・一五条適用の基礎として要求されるべきか否かは、同条による使用者責任の法的根拠は何であるかという同条の最も基本的な問題にかかわりをもっていたがゆえに、この点にも注視しつつ、旧時はいかに解されていたかを先ず一瞥することからはじめたい。

(一) 民法起草者をふくめ大正初期頃までの多くの学説は、使用者が賠償責任を負担する根拠を使用者自身の過失にもとめていた。即ち、使用者は被用者の不法行為につき責任を負うのではなく、使用者自身の不法行為にもとづいて賠償責任を負担する、と理解していたのである。⁽¹⁾ 一般に過失責任説(過失推定説もこれと同視しておく)と呼称されているものがこれである。同時期の判例も同様の見解に立っていたものと思われる。⁽²⁾ 使用者責任の法的性質をこのように理解するかぎり、七・一五条は過失の挙証責任を転換せしめている点においてのみ七〇九条の特則としての性質をもつにとどまることとなるであらう。⁽³⁾ したがって、同条の適用要件としては、「使用関係」「事業の執行に付き」の要件を別論とすれば、被用者を選任、監督するについての使用者の過失と損害発生との間に相当因果関係がありさえすればよいということになり、当該被用者に故意・過失・責任能力等の責任要件が具備することを基礎とする必要はないはずであった。⁽⁴⁾ 而して、このように理解することは、被用者の責任要件不要とする限りでは、同条を民法七・一四條(監督義務者責任)・七・一八條(動物の占有者・保管者の責任)と同列に位置づけることでもある。⁽⁵⁾ この結果、被用者自身にも責任要件が具備する場合においては、使用者は被用者と共同不法行為責任を負うことになるとしても、そうした事態は理論的にはむしろ例外と考えられることとならうし、⁽⁶⁾ 今日議論が紛糾している被用者に対する使用者からの求償も、右の当然の帰結として、全面的な求償が建前ではなく、被用者が共同不法行為者と認められるかぎ

りにおいて、被用者の負担部分に対する求償が認められるにとどまることになるのである。⁽⁷⁾

被害者救済の側面に目を転ずれば、被害者は被用者による加害の事実を立証すれば足り、該被用者に故意・過失があったことを立証する必要はなく、使用者が該被用者の選任・監督に過失なかりしことを立証しえた場合においてはじめて免責されるにとどまることとなる。この限りでは、企業の責任範囲を拡大するに役立ち、被害者救済にとつても妥当な結果をもたらしうる見解であったといふことができよう。⁽⁸⁾ しかも、こうした理解は、同条の手本とされたと思われるドイツ法の取扱いと軌を一にするものに他ならなかつたのである。⁽⁹⁾

一見したところ、妥当な結果をもたらすと思われる右の見解がいかなる理由から排斥され、同条適用の基礎として該被用者に故意・過失・責任能力等の責任要件の具備することが要求されることとなつたのであろうか。それは帰するところ、被用者の選任・監督についての使用者の過失の法的性質に関する理解が変わつたことに縁由がある。

(二) 学説が一般に被用者の有責性を要求するようになったのは、ほぼ大正中期における鳩山博士・末弘博士等の所説を契機とする、といつてよいであらう。そこでは、先ず、使用者は使用者自身の不法行為につき責任を負うものではない、同条の要件の一つである被用者の選任・監督についての使用者の過失は法益侵害そのものに對する過失とは別であつて、単に責任要件であるにすぎない、乃至は右の点に過失がないということが免責要件となつてゐるにすぎない、と把握される。⁽¹⁰⁾ 一般に中間責任説と呼称されているものがこれである。七一五条における使用者の過失をこのように把握する限りでは、前述の過失責任説に比し使用者責任の成立範囲をさらに拡大するものに他ならず、被害者救済に資するものでこそあれ、被害者救済の側面で何らの問題を残すものではなかつた。しかしながら、使用者の過失に関する右のような把握こそが、実は、被用者の有責性を七一五条適用の基礎として要求すべきことの主たる要因となつたのである。すなわち、「本来第七百十五條ハ……不法行為ニ對スル責任者ノ範圍ヲ擴張シタルモノデアツテ

不法行為成立ノ要件ノ輕減シタルモノデハナイ。故ニ使用者自ラ被用者ノ地位ニ在ルモノト假定シテ尚損害賠償責任無キニ於テハ使用者ノ責任ヲ認ムベカラザルモノデアル⁽¹⁾とか、「本條ガ使用者ノ義務懈怠ナキコトヲ以テ單純ナル免責要件トナシ之ニ關スル舉證責任ハ被告(使用者)之ヲ負擔スベキコトヲ定メ以テ被害者ノ保護ヲ計レル以上更ニ被用者ノ無過失行為ニ付キテマデ責任ヲ負擔セシムルハ過失主義ヲ原則トセル吾民法ノ解釋上權衡ヲ失スル⁽²⁾」といふことを理由として、使用者責任の基礎として被用者の有責性を要求すべきことが説かれたのであつた。文理的根拠としては、単に、被用者への求償を認める七一五条三項があげられるにすぎない⁽³⁾。

右のような経緯で形成されたところの、いわば被用者の有責性必要説は、多くの学者の追従するところとなり、今日では学説上ほとんど異論をみない支配的見解として定着し、「被用者に故意・過失があることを必要とするについてはとくに規定はないが、いさう当然のこととされ⁽⁴⁾」とまでいわれるようになっていたのである。

次に判例に目を転ずることにする。下級審ではすでに明治末期頃から被用者の有責性を要求する二、三の判決があるが、大審院がこの態度を明確に示したのは、被用者の輕過失による失火に対し使用者が責任を負うかを問題とする大正四年一月三〇日判決といつてよいであらう。すなわち、「純不法行為ノ關係ニ於テ民法第七百九條ト第七百十五條トハ相互ニ關係シ被用者ニ責任ナキ限リハ使用者ニ於テモ何等責任ヲ負擔スヘキモノニ非ルカ故ニ」使用者に責任なしとしたものがこれである⁽⁵⁾。そのうち、同旨を正面から説く判決例は実は必ずしも多くはないのであるが、使用者責任が問われている事案においては、裁判所は殆んど例外なく被用者の有責性を認定しているところからすると、以後の判例はすべて前記の大正四年大審院判決の立場を踏襲しているとみてまず間違ひはあるまい。

かくて、七一五条適用の基礎として被用者の有責性を要求する立場が、学説・判例において定着したわけであるが、この結果は被用者の有責性を不要とする前述の過失責任説における場合に比し、實際上被害者の救済をより困難

ならしめたということができそうである。⁽¹⁸⁾ というのは、同条にいう使用者の過失が法益侵害についての過失にあらざると把握されることよって使用者の責任の範囲が拡大されたという点では被害者に利するところがあつたが、その利益に浴するためには、被害者は被用者の有責性を立証しなければならず、しかも加害原因が複雑化し多様化するに従いそれはいよいよ困難となることを想起すれば、その立証に成功するのはなかなか容易ではない、と考えられるからである。もっとも、これは、被用者の有責性を要求することが同条の他の要件や使用者の免責事由の実際上の取扱いにいかなる影響を与えているか、という次段で考察する問題を合わせ考慮しなければならぬ問題ではあるが、過失責任説の否定が、実は被害者救済をきわめて困難ならしめた側面があるということは、充分留意されていいことであろう。ところが一方では、右のような通説・判例の態度こそが、七一五条をもって被害者保護のための規定であることを強調する縁由となつてゐることは興味深い。加害そのものについて過失がないにもかかわらず、他人の不法行為について責任を負担するとされる理由をそこに求めるほかないからである。そして、その理論的な根拠づけとして、周知のように、報償責任の理論や危険責任の理論が広く援用されることとなつたわけである。⁽¹⁹⁾

もっとも、過失責任説が排斥されることによつて、七一五条がもつばら「他人に被用者の不法行為に基づく責任」のみを対象とすることとなつたかについては、実は必ずしも明瞭ではない面がある。というのは、使用者からの被用者に対する全面的求償の可否という問題をめぐつて、七一五条適用の基礎として、被用者の有責性を要求（この点では前述の過失責任説を完全に排している）しながらも、使用者自身も不法行為者として被用者とともに責任を負う場合（即ち使用者と被用者の共同不法行為の成立）があることを、同条の枠内で認めようとする見解が近時有力に説かれてゐるからである。⁽²⁰⁾

(三) 七一五条による使用者責任の法的性質を、被用者の有責性を基礎とする「他人に被用者の不法行為にもとづく

責任」と解し、同条の立法趣旨を被害者救済の見地から責任者の範囲を拡張したものと把握することは、次のごとき結果を導出する。使用者の賠償責任が肯定される場合には常に該被用者自身も被害者に対し賠償責任を負担する。使用者によりなされる賠償は、究極的には直接の不法行為者である被用者に全面的に求償しうるものであり、実は賠償代理あるいは中間賠償と称するにふさわしい性質をもつものである。このような結果、なかならず後者は、七一五条の他の要件や使用者の免責事由の取扱いに実際上なんらかの影響を与えずにはおかないであろう。

私見によれば、右の結果こそが七一五条の他の要件を事実上きわめて緩やかに取扱われ、使用者の免責を実際上ほとんど認めない取扱いを導いた要因であり、学説がそうした傾向を全面的に支持する理由でもあったのではないかと考える。

七一五条にいう「事業ノ執行ニ付キ」の判断規準について、いわゆる一体不可分理論が排斥され、いわゆる外形理論が判例・学説上一般化した時期は、七一五条についての過失責任説が学説上克服された時期にはほぼ対応しているが、同条の法的性質を「他人の不法行為にもとづく責任」と把握したことが外形理論を導き出す契機となったのではないかと私には思われる。立法過程にかんがみると「事業ノ執行ニ付キ」はほんらい厳格に判断されるべきはずのものであったのに対し、この要件をほとんど無視するに等しいほど広く解することとなる外形理論が登場し、それが判例・学説上定着した基礎には、使用者の賠償責任は賠償代理ないし中間賠償なのであり究極的には不法行為者たる被用者に全面的に求償できる性質のものであるとの安堵感があつたのではないかと考えるからである。換言すれば次のようにもいえよう。しばしば指摘されるように、外形理論は実は損害分担の調整機能をはたしてきたのであつたが、損害分担の判定に際し、使用者の賠償責任は究極的には直接の不法行為者たる被用者に全面的に転嫁しうる性質のものであるということが当然に配慮されたのではなかつたらうか。「他人ヲ使用スル者」という要件についても、

選任関係は必須の要件ではなく、ただ指揮監督の関係があれば足りるとするなど、漸次緩やかに解釈される傾向を示し、⁽²⁷⁾今日ではかなり拡大されているといつてよいが、この理由も帰するところ、右と同様に理解していいのではなからうか。⁽²⁸⁾「被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相当ノ注意ヲ為シタルトキ」という使用者の免責事由が、かねてから判例上ほとんど認められることがなく、實際上無意味に近いものとなっていることも周知のところであるが、その理由についても私は同様に考えたい。⁽²⁹⁾過失責任説に依拠する場合においては、この免責事由は實際上有効に機能するはずのものであった、と思われる。なお、「相当ノ注意ヲ為スモ損害カ生スヘカリシトキ」という免責事由は、過失責任説の下では被用者の選任・監督についての使用者の過失と損害発生との間に相当因果関係がない趣旨と把握されることになるのに対し、⁽³⁰⁾「他人の不法行為にもとづく責任」説においては、条件的因果関係ないし原因的因果関係がないことを立証せねば免責されない趣旨と把握されることとなり、⁽³¹⁾それだけ使用者の免責は容易でないことになるが、それは過失責任説を排斥することによる論理必然的な結果といふべきである。なお、この点は、実は前段で問題としておいたところでもある。

以上の考察によれば、過失責任説から「他人の不法行為にもとづく責任」説への転向は、一方で、前述のように、七一五条適用の基礎として被用者の有責性を要求することによって被害者の救済をすこぶる困難にした側面があることはいうまでもないところであるが、それとともに他面では、使用者の責任は中間賠償にすぎないことを基礎として七一五条の他の要件をきわめて緩やかに取扱わしめ、かつまた使用者の免責事由を事実上みとめない取扱いを一般化せしめることによって、使用者責任の成立範囲を上げたといふことができるのではあるまいか。⁽³²⁾

四 報償責任の理論、危険責任の理論等によって根拠づけられた「他人の不法行為にもとづく責任」説は、右のように、七一五条の他の要件や使用者の免責事由について被害者に有利な取扱いをもたらしたのであったが、その利益

を享受するためには、七一五条適用の基礎として要求される該被用者の有責性が認められなければならないという点こそ、実際上きわめて深刻な問題なのである。通説・判例がこの問題に無関心でいられるはずはない。ここでは、通説・判例がこの点につきいかに対処しているか、をみることにする。仮に、立証段階での事実上の操作により右の問題を妥当に回避することが可能なのであれば、理論的にはともあれ、被用者の有責性を要求する通説・判例の態度を必ずしも非難するに足りない、ということになるかもしれない。

一言にしていうと、通説・判例は立証段階での操作により事実上容易に被用者の有責性を認定することによって、右の問題を回避しようとしている、といえるであろう。先ず、しばしば指摘されるところであるが、七一五条による使用者責任が問われている事案においては、被害者保護の見地から、該被用者の責任能力が他の場合に比して容易に認定される傾向にあり、学説も判例のこうした傾向を一般に是認しようとする。⁽⁸³⁾ 該被用者の過失の認定についても、未だ詳細には検証していないが、おそらく同様のことがいえるものと思われる。⁽⁸⁴⁾ 学説は、過失が具体的相対的概念であることを理由に、企業の被用者などにおいては比較的容易に過失が認定されるであろうと説いて、⁽⁸⁵⁾ 格別の疑念をもたないようである。

こうした事実上の操作は、使用者のみが被告とされている限りにおいては、たしかに具体的妥当な結果をもたらすに違いない。しかしながら、何びとが請求の相手方とされているかによって責任能力あるいは過失の存否についての判断が異なるというのでは、論理的一貫性を欠き、いわゆる理論整合性の見地から問題があることはいままでもなく、⁽⁸⁶⁾ 仮にそれは別論としても、實際上、右の事実上の操作は、使用者と被用者とが共同被告とされている場合にはいきまらることになるのではないか。というのは、この場合、使用者の責任を導出しようとして右のごとき事実上の操作を為すことは、一方で該被用者の対外的かつ全面的責任をも同時に確定せしめることになるからである。使用者の

みが被告とされている場合においても、実は問題がないわけではない。というのは、使用者による賠償はいわば中間賠償なのであり、究極的には該被用者に全面的に求償しうる性質のものであるとの通説・判例の見地からすれば、安易に責任能力あるいは過失ありと判断された該被用者が究極的には全責任を負わされることとなってしまふからである。こうした結果が不合理であること何びとにも明白であらう。⁸⁷⁾

もっとも右の点については、被用者に対する全面的求償を制限しようとする試みが、かねてから提唱されているところではある。周知のように、信義則違反ないし権利濫用という一般条項に依拠し、あるいは過失相殺の理論に依拠することによって、被用者に対する全面的求償を抑えようとするのである。さらに近時では「(使用者と被用者との)共同不法行為と考えられる場合にそれぞれだけの負担部分があり、相互の求償権がどれだけ認められるかという形で求償制限の問題を解決すべきである」という提唱もなされている。⁸⁸⁾しかし、いずれに依るとしても、常に求償の制限が可能であるはずはなく、可能である場合においても、全面的に求償が抑えられるものではない。⁸⁹⁾してみると、結局、使用者の責任を導出するために安易に責任要件具備すると認定される該被用者の不利益は、やはり無視しえないものがあるのではなからうか。

以上を要するに、七一五条適用の基礎として、通説・判例が被用者の有責性を要求している点が、加害原因が複雑化し多様化している今日、被害者の救済にとってきわめて深刻な障碍となつていゝる事実を否定しえないとともに、直接の加害行為者たる被用者が直接にないしは究極的には全責任を負うという通説・判例の建前の下では、立証段階での事実上の操作によってこうした障碍を適切に回避することはできない、と考えなければならぬ。したがって、こうした問題を克服するには、七一五条適用の基礎として被用者の有責性を要求する通説・判例の態度をなんらかの点で緩和するかも知しくはこれを根底から崩すか、あるいは又、一定の場合を七一五条の適用範囲から除外し他の条

説
項に依拠することによって被害者の救済を容易ならしめる法的構成がないか、を探索するほかないであらう。

論

(1) 民法修正案理由書・七二四条(現七二五条)に関する説明、法典調査会議事速記録四一巻二二丁以下の七三三条(現七二五条)に関する穂積委員の説明によると、民法起草者は、明らかに、使用者自身の不法行為と考えていたといえる(もつとも起草者のひとり梅博士は別異に解していたように思われる―後注(10)をみよ)。その後の学説では、穂積・債権法各論下・二三六頁・二三八頁、富井・債権各論・一九三頁、横田・債権各論・八七四頁、岡松・民法理由債権編・次四八三頁、同・無過失損害賠償責任論・七九頁、川名・債権法要論・七三五頁、村上・債権各論・九五五頁、二上・債権各論・二〇四頁、長島・法学新報・二七卷一―号八三頁以下、曄道・京都法学会雑誌一二卷六号六五頁以下、梅原・横田還暦記念論集・二八三頁以下、岡村・債権各論・六八〇頁、菱谷・不法行為論・二九七頁等。

(2) 大審院の初期の判例が、この見解に立っていたであろうことは次のことから看取しうる。すなわち、被用者による加害に対する法人の責任を導出するにつき、初期の判例は、先ず七二五条における代表機関の過失を問題視して「上告会社ノ取締役カ其選任又ハ監督ニ付キ爲スヘキ相當ノ注意ヲ怠リタルニ因リ被上告人ニ損害ヲ生センメタリ：是レ即チ取締役ノ不法行為ニ因リ他人ニ加ヘタル損害ニ外ナラス」と理解し、その上で法人は代表機関の過失を理由に民法四四条によって責任を負うべきものとしていたのである(大判・明治三六・三・一四・民録九輯三二三頁。同旨、大判・明治三六・一〇・二二・刑録九輯一五七三頁、大判・大正二・一・一五・法律新聞九二二号二六頁)。ちなみに、判例が四四条を介在させずに七二五条から直ちに法人の使用責任を導いたのは、大判・大正六・四・七(民録二三輯六九〇頁)からである(大判・大正九・六・二四・民録二六輯一〇八七頁もこれに従う)。なお、下級審だが、東京地判・大正五・六・二八(評論五卷民法八五二)が「民法第七二五条ハ被用者ノ故意・過失ヲ前提トスルモノニアラサルヲ以テ」と明言しているのが注目される。

(3) 長島・前掲論文・八八頁参照。なお、この点がのちに過失責任説批判の一つの論拠ともされた(例えば、勝本・使用者賠償責任の進化と民法七二五条の基礎観念・民法研究(一)・三二八頁参照)が、はたして過失責任説の難点とまでいえたか問題であらう。

(4) もつとも、七二五条をもつて使用者自身の不法行為と把握した諸学説(過失責任説)が、つねにこのことを明言していたわけではない。被用者の故意・過失・責任能力を不要と断定するものに、長島・前掲論文・八八頁、曄道・前掲論文・六八頁、川名・

債権法要論・七三五頁などがあるが、なお被用者の有責性を基礎として要求する学説も少なくなかった。すなわち、梅原・前掲論文・二九四頁(但し、氏は責任能力は不要とする)、岡野・民事責任論・七五六頁、岡村・債権法各論・六八二頁など。こうした主張の根拠は「其故意・過失ナク唯使用者カ選任監督ニ付キ注意ヲ怠リタルニ因リ被用者カ第三者ノ権利ヲ侵害シ損害ヲ生セシメタル場合ニ付テハ第七〇九條ノ適用アルヘキモノナルカ故ニ、特ニ第七一五條ノ規定ヲ設クヘキ必要ナキト、同條第三項ニ被用者ニ対スル求償權ノ行使ヲ妨ケスト規定シアルト見レハ、同條ノ適用アル為メニハ被用者ニ故意・過失アルコトヲ要スル法意ナルコト明白ナリ。」(岡村・同所)というにあった。

(5) 長島・前掲論文・九一一九二頁参照。

(6) 但し、過失責任説に立脚しながらも、七一五条適用の基礎として、つねに被用者の有責性をも要求する学説(前注(4)をみよ)においては、七一五条が適用されるかぎり、つねに使用者と被用者との共同不法行為が成立することになるわけである。

(7) 川名・債権法要論・七三六頁参照。岡村・前掲書は、七一五条三項は「負担部分ノ關係アリテ求償權ヲ生スヘキコトヲ規定シタルニ止マリ、常ニ被用者ニ全部ノ負担部分アルコトヲ規定シタルモノニハ非ス」(同・六八九頁)と説く(もつとも岡村博士が七一五条においては、つねに使用者と被用者の共同不法行為が成立するとしたらしく思われることにつき、前注(6)及び(4)参照)。民法起草者も本文のように考えていたことはまず疑いがない。即ち、穂積委員は七一五条三項につき「其仕事ヲスル為メ他人ニ対シテ責任ヲ負フタ又ソレニ付キマシテモ全ク自己ノ過失バカリデナイト云フヤウナ場合ニ於テハ使用者又ハ其監督者ト云フモノカラシテ求償權ヲ行ハセルト云フノモ通常取引ニ於キマシテ公平ナコトト思ヒマシテ此第三項ヲ加ヘタノデアリマス」(法典調査会議事速記録四一巻二四丁・傍点引用者)と説明しているのである。

(8) 長島・前掲論文は「事業経営者ノ責任ノ範圍ハ漸ク拡大セラレントシ且拡大セラレルヲ以テ現今ノ実生活ニ適応スヘキモノト認メラルルニ際シ強テ使用者ノ責任ヲ被用者ニ於テ不法行為ノ主観的要素ヲ具備スル場合ニ限定セントスルカ如キハ現時ノ實際生活殊ニ吾國ノ實際生活ニ適応セサル解釈ナリト認メサルヘカラス」(前掲書・九〇頁)と自負していた。

(9) なかんずく、唯道博士の立論は「使用者ノ責任ニ關スル民法ノ規定ト獨瑞ノ明文トハ殆ト一致シ、兩者ノ間ニ解釋ノ結果ヲ異ニスヘキ程ノ差異ヲ認ムルコト能ハス」(前掲論文・六六頁)との立場からドイツ学説を基礎としてなされたものであった。

(10) 鳩山・民法第七百十五條ニ依リ使用者ノ責任ハ被用者ノ過失ヲ要件トセサルカ・日本法政新誌(大正六年)一卷四号六頁、末弘・債権各論(大正七年)・一〇八九頁。なお、これらに先んじて七一五条を他人の不法行為についての責任とするものとして

は、梅・民法要義卷之三(初版明治三〇)増訂二四版・八九五頁がみられる程度である。

- (11) 鳩山・前掲論文・一七頁。なお、鳩山博士の結論は、形式的には、わが民法の規定が、独法と趣を異にする(とくにドイツ民法八四〇条の存在に対してわが民法七一五条三項の存在)ゆえにドイツ学説を援用することは許されないとの態度を基礎とするとともに、実質的には「被用者ノ過失ナキ行為ニ対シテマデ使用者ヲシテ責任ヲ負担セシムルヲ正当ナリトスルハ第三者ノ方面ノミヨリ問題ヲ觀察スルモノデ使用者ノ方面ヨリ之ヲ觀察スレバ必ラズシモ妥当デハナイ」というにあつた。

- (12) 末弘・前掲書・一〇八六頁。なお、我妻博士は、同条が一時的簡々の使用関係についても適用せられるものであるから、一律に加害者の故意・過失を必要とせずとすることは使用者の責任を不当に重からしむるものであるとの理由をあげる(我妻・前掲書・一七三頁。同旨・乾・総合判例研究叢書民法(4)・二七八頁)が、これも、使用者の過失は法益侵害に対する過失とは別であるとの理解が前提とされているからである。

- (13) 鳩山・前掲論文・一五頁(なお前注(11)をみよ)。これは、今日でもほとんど唯一の文理的根拠とされる。例えば、石田・債権各論・二七三頁、加藤・不法行為・一六七頁など。勝本博士は、過失責任説が文理的解釈としても適当でないことをいくつもの理由をあげて論評する(使用者賠償責任の進化と民法七一五条の基礎観念・民法研究(1)・三二八頁参照)が、ここでも主たる理由は同条三項に求められているといつてよいであろう。しかしながら、これが決定的な理由になるとは必ずしも思われない。この点については前注(7)を参照。

- (14) 加藤・不法行為・一六七頁。他に被用者の有責性を要求する見解としては、松本・法学新報・二五・六・八五、三橋・法協・二六・五・三三九、中村(萬)・債権法各論・七五二頁、中村(武)・債権発生原因論・七九七頁、磯村・債権各論下・八七六頁、小池・債権各論・二四九頁、田島・債権法・五二三頁、林・債権各論・四〇七頁、宗宮・債権各論・四一二頁、勝本・債権法概論各論・三三四頁など。近時は本文で後述する服部説を除きほとんど異論がない。

- (15) 東京地判・明治四一・四・八(法律新聞四九四号一九頁)、東京地判・大正一・三・一三(法律新聞八九四号二二頁)、東京控判・大正二・二二・二二(法律新聞九一九号二三頁)

- (16) 刑録・二二輯一巻六二頁(評論四卷民法六九)、もつとも、これに先んじて、「民法第七一五條第一項ハ被用者ガ使用者ノ事業ノ執行ニ付キ故意又ハ過失ニ因リ第三者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ(中略)使用者ヲシテ之レガ賠償ノ責ニ任セシムルコト」とする大判・大正三・六・一〇(刑録二〇輯一一五七頁)があるが、これは傍論として説いたものと認められる。なお、大正四年大

審院判決後も、被用者の有責性不要とする下級審判決が出されている（前注(2)を参照）ことは、大正四年判決が未だ必ずしも強力な影響力をもたなかった証左となるらうか。

(17) 大判・大正五・七・二九（刑録二二輯一二四〇頁、評論・民法六九）、大判・大正五・八・三（法律新聞一二五六号二九頁）、東京控判・大正七・四・八（法律新聞一四〇八号二四頁）、大判・昭和八・四・一八（民集一二卷八〇七頁）など。

(18) 田上講師は、今日の通説・判例の解釈論が「結果的に妥当であったかどうかはすこぶる疑問が多い」と評される（西ドイツにおける使用者責任法理の史的変遷・民商六二卷三号一五九頁）。鳩山博士自身も被用者の有責性を要求することが被害者救済の側面で問題が残ることを意識されていたらしいことは「立法論ニ就テハ余ハ適當ニ事業ノ範圍ヲ制限シ特ニ危険ナル營業ニ就テハ無過失（被用者の有責性不要）引用者加筆）説ニ左袒スルモノデアル。併シナガラ事業ノ範圍ニ何等ノ制限ナキ限行法ノ解釋トシテハ寧ろ退嬰ノ嫌アル過失（被用者の有責性必要）引用者加筆）説ヲ採ルヲ以テ正當ナリト信ズル」（前掲論文・二二頁）との表現から看取しうるのではないか。

(19) 七一五条が一般的に報償責任の理論や危険責任の理論によって根拠づけられることによつて、同条二項の「代理監督者」の責任が、いわば宙に浮いたものとなつてしまったことは、注意されていいことであろう。通説および判例はこの点につきなんらの疑問も持たないようである（最判・昭和三八年六月二八日―判時三四四号三六頁―は、木材会社の出張所長につき会社の責任と同じ規準で代理監督者責任を認めている。もっとも、最判・昭和四二・五・三〇―判時四八七号三六頁―は代表取締役につき現実に被用者の選任・監督を担当していたときに限るとして、否定している。）が、「会社の部課長、係長出張所長というような下部の監督者が会社と同じ責任を負わなければならないとすれば、酷に失して不均衡な感を免れない。」（判時三四四号三六頁解説）であろう。そこで、「代理監督者は、使用者と被用者との間にあってその監督支配関係では使用者側に位置するとしても、報償・危険責任主体性からはむしろ被用者のともいえるから、相対的ではあるがそれだけ使用者責任に比して有責主義に基づく中間責任性が濃いという微妙な差異は認めてもよい―「前項ノ責ニ任ス」とはいつてもすべてを一項と同一に解すべき必要はない―のではなからうか」（山田・代理監督者責任・判タ二二二号七六頁）という反省が加えられることにもなる。筆者には、部課長・出張所長等の代理監督者に報償責任・危険責任が妥当するとは思われない。代理監督者が七一五条に加えられているのは、立法者が同条を、すでに明らかにしたように、過失責任と考えていたからであろう。同項を含めて、あえて報償責任・危険責任で説明しようとするなら「代理監督者」をきわめて限定的に理解すべきではないだろうか。その意味で、東京地判・昭和四四・

一〇・二九(判時・五七・九・七七)が、建設会社の現場工事事務所所長につき、本件現場が一つの企業体に準じた独立性を持っていたわけではないこと、被告会社もしくは現場業務の遂行に關し経営者に準じた利益享受の立場にもなかつたことなどの理由を挙げて代理監督者としての責任を否定し、一般論として「代理監督者責任を追求できる代理監督とは会社の事実上の経営者のように企業としての通常の組織体のわくからはみでまたはその組織、運営とびこして事実上の主宰、直接の采配を振る地位にある者に限定すべきであらう」と判示するのがきわめて注目に値する。

(20) 加藤・不法行為・一九〇頁、高梨・判例演習債権法一・二〇二—一〇三頁。勝本博士は「唯選任監督に關する過失が非常に大にして被用者の行為とその間に相当因果關係ある場合には、例外として求償権を制限すべきである」(債権法概論各論・三二五—六頁・傍点引用者)と説くが、結局、同旨と理解しえよう。

ここで七一五条と共同不法行為との關係に關する他の見解を整理しておく。先ず、七一五条に他人の不法行為にもとづく責任説の立場から、七一五条の下で使用者と被用者の共同不法行為が成立する余地はないという見解が、当然のことながら、古くからある(末弘・債権各論・一〇八九頁、中村(萬)・債権法各論・七五二頁、宗宮・債権各論・四一三頁)。もっとも、これらは、使用者に対して、七〇九条—七一九条にもとづく共同不法行為責任を追求することなく、立証の便宜上七一五条にもとづく使用者責任を追求することを否定するものではない。次に、七一五条に過失責任説の立場において、被用者も有責であるときには使用者と共同不法行為が成立するという見解(前注(7)参照)と、被用者の有責性が七一五条適用の基礎としてつねに必要であるとの見地から、同条はつねに使用者と被用者との共同不法行為を成立せしめるとする見解がありうる(前注(6)参照)。

(21) 七一五条が被害者保護のための規定であり、直接の加害者を保護するためのものでないことが理由とされる(例えば末弘・債権各論・一〇九〇頁など)。立法論としては問題があるとはされる(例えば、加藤・不法行為・一八八頁)が、今日、解釈論としてこの結果を否定するものはない。

(22) 勝本博士の表現(債権法概論各論・二八〇頁)。誠に適切と思われる。

(23) 外形理論が学説上支配的となつたのは、鳩山・日本債権法各論(下)(大正九年)・九一二頁を契機とするといつてよいであろう。判例では、東京控判・大正五年三月二四日(法律新聞一一〇九号三三頁)が最初と思われるが、これは下級裁のものであり、大審院がこの理を採用したのは、大正一五年一〇月二三日(民集五卷七七八頁)である。

(24) もっとも「事業ノ執行ニ付キ」の要件は、旧民法上「職務ヲ行フ為メ又ハ之ニ際シテ」とあつたのを狭める趣旨から訂正され

- たものであるが、それは現行民法が旧民法と異なり、使用者責任の根拠として被用者選任の過失に加えて監督の過失を含めたことから「際シテ」ではあまりに使用者の責任を重くすることに理由があつた（法典調査会議事速記録・四一巻二二丁―二二丁参照）のである。とすれば、「事業ノ執行ニ付キ」はほんらい厳格に判断されるべきものであつたといえよう。少なくとも、外形ではなく真実の事業の執行の過程であることが想定されていゝと思われ。
- (25) 川井・運行供用者責任の根本理念・判タ二二二号一五頁、谷口・民商五一巻五号八三三頁以下の指摘参照。
- (26) 報償責任の理論や危険責任の理論を基礎として「事業ノ執行ニ付キ」の判断基準を設定しようとする学説もある（前者につき、我妻・前掲書・一六八頁、加藤・前掲書・一七七頁、後者につき川島・民法第三部講義案プリント・二二八頁、同・判民昭和一一年度六三事件評釈）が、これらにおいても使用者の責任が結局中間賠償にとどまることが配慮されるに違いない。なお、外形理論をはじめ「事業ノ執行ニ付キ」を客観的に判断しようとする態度こそが、民法七一五条と表見代理との関係いかんという困難な問題を生んだと思われはることは留意されていゝ。旧時の七一五条は過失責任説の下では、この問題は生じないであらう。
- (27) このことは、下請負の場合と、債権者から強制執行の委任を受けた弁護士の場合に著しい。これについては、乾・総合判例研究叢書・民法(4)・二三七頁以下（なかならず二四一―二頁、二四六―七頁）参照。
- (28) 報償責任や危険責任の理論を基礎として、「使用関係」の判断基準を設定しようとする学説がある（前者につき我妻・前掲書・一六四頁、後者につき川島・前掲プリント・二二八頁）が、これについても前注(26)で指摘したのと同様のことがいゝであらう。
- (29) 島田教授は、「報償責任論・危険（危殆）責任論などの展開は、被用者の不法行為にたいする使用者の損害賠償責任の根拠を明確化するとともに、使用者の免責事由の適用を厳格化する解釈傾向をみちびきだし」（傍点引用者）たと指摘される（使用者責任・法学セミナー・一九六〇年六月号二頁）が、それも、究極的には該被用者に全て転嫁しうるといふ安堵感にささえられたものといゝうるのではないか。
- (30) これについては、例えば勝本・前掲論文・民法研究(1)三三一頁、三三八―九頁参照。
- (31) 今日の通説は、七一五条における使用者の過失は損害発生についての過失にあらずしなから、「相当ノ注意ヲ為スモ損害カ生スヘカリシトキ」については、単に、損害との間に因果関係なき場合を意味するのであり当然のことを注意的に規定したものと

にすぎないと説く(例えば、我妻・前掲書・一七三頁、加藤・前掲書・一八四頁、加藤編・注釈民法(9)・二九四頁(森島執筆)など)にとどまるが、損害発生についての過失にあらざると把握する以上は、右の免責要件は、損害発生との間に原因のないし条件的因果関係もないことの立証を要する趣旨と理解さるべきである。このことはもつと明確に意識されるべきであろう(勝本・前掲論文・三三九頁、宗宮・債権各論・四二二頁参照)。

(32) このような理解に対しては、報償責任・危険責任論の展開こそが被害者の救済を容易ならしめる解釈傾向を導いたのだとの反論がありうるかもしれない。そしてそれは必ずしも間違いとはいえないだろう。しかし、報償責任・危険責任論そのものは、使用者の責任の内容にいずれにも転嫁しえない究極的な責任か―を規定するものではないことに留意したい。七一条に関するかぎり、報償責任・危険責任で根拠づけられた使用者の責任内容は、あくまで中間賠償にとどまっていたことこそ、むしろ本質的であろう。なお、前注(26)(28)(29)参照。

(33) 民法七一条の監督者責任の成否が問われている事案においては、二二才二月の少年(大判・大正六・四・三〇・民録七一五)、二二才七月の少年(大判・大正一〇・二・三・民録一九三)、二二才一月の少年(大阪地判・昭和三〇・二・八・下民・六・二・二四〇)、一四才一月の少年(東京地判・昭和三七・一・二・判時・三三四・二三〇)等に責任能力が否定されているのに対し、七一条の使用責任が問われている事案では、一才一月の少年に責任能力を肯定する(大判・大正四・五・一一・民録六九三)。学説も、被害者保護の配慮からこうした実際上の取扱いを是認しようとする。例えば、加藤・前掲書・一四五頁、川井・判例演習債権法2・二二六頁など。

(34) たとえば、梅毒輸血事件として著名な最判・昭和三六・二・一六(民集一五・二・二四)における過失認定を想起せよ。田上講師は、はっきりと「裁判所は、被害者保護の見地から被用者の過失を擬制してまで使用者に責任を負わせる傾向があり」と評する(前掲論文・一五九頁、及び、田上・代位責任の基礎理論(その一)・鹿児島大学法学論集五巻二号五五頁)。

(35) 加藤・注釈民法(9)・二九三頁(森島執筆)、乾・総合判例研究叢書・民法(4)・二七八―九頁参照。

(36) 裁判所による責任能力の取扱いを是認しようとする学説を評して、山本教授は「このような理解は、裁判所における具体的妥当性を強調するのあまり、法解釈の安定性を軽くみているものといわねばなるまい」(加藤編・注釈民法(9)・二四五頁)といわれるが私も同感である。なお、過失の認定についていえば、過失が具体的相対的概念であるとしてもそこには一定の限界があるはずであり、あえて使用者の責任を導出しようとするれば、被用者の過失を擬制する他はない。これらの事実上の取扱いを是認し

ようとするなら、法概念は、単なる方便でしかないのか、という根本的な疑問に遭遇せざるをえない。

(37) 戒能博士が「自宅で遊んでいる子供が無責任なのに外へ出て働いている子供が究極的には責任を負わざるをえないこととなるのは妥当でない」(債権各論・昭和一八年版・四七五頁)と指摘されるのは正当であろう。

(38) 石田・債権各論・二七七頁。判例では、青森地判・昭和四四・一一・二〇(判時・五七六・七七)が一般論として「賃銀の低廉、労務の過度、企業施設の不十分、規律のみだれ等が当該被用者の加害行為の原因となっており、かつ当該被用者の行為が軽過失による場合においては、信義則上使用者による求償権の行使が権利の濫用として制限されるべきものと解することができる」とする(しかし結局はそれらの事情なしとした)。東京地判・昭和四五・三・二五(判時・五八八・三〇)は、具体的事情を認定して権利濫用にあたるとした。

(39) 我妻・前掲書・一七八頁、乾・前掲書・二九七頁参照。判例では、松江地判・支判・昭和四二・一一・二二(判時・五一七・七九)が、「企業者の選任監督に関する過失が存し、それが被用者の不法行為との間に相当因果関係がある場合に過失相殺されるべきであるし、そうでなくとも、賃金が低廉であるとか、労務が過度である場合にこれらが加害行為と相当因果関係がある限り、過失相殺を類推して求償権を制限するのが相当である」として、過失相殺を類推適用する。これに対し、前注(38)で引用した東京地判・昭和四五・三・二五(判時・五八八・三〇)は、具体的事情を認定のうえ、一方で正面から過失相殺を適用する。そこでは権利濫用と過失相殺が使い分けられているわけである。なお、該判決は、タクシー業界において使用者が使用者に対し求償請求をしない事実たる慣習はない旨をも判示するほか、使用者と被用者との危険を分担せしめている点がきわめて注目に値する。

(40) 前注(20)で紹介済みのところであるが、加藤・前掲書・一九〇頁、高梨・判例演習債権法一・一〇二―一三頁。勝本・債権法概論各論・三二五―六頁も結局同旨であろう。判例では、使用者と被用者の共同不法行為と認められるとしつつ、被用者の軽過失にもとづく損害については求償を許さぬのが正義の公平に合するとする京都地判・昭和三八・一一・三〇(判時・三三四・四〇)があるが、軽過失については求償を制限する点では、加藤説と同視することができない。この判例の立場では、軽過失にとどまる被用者も対外的には全責任を負担するにもかかわらず、自己より先に使用者が弁済してくれたときは結果としてなんらの出損もせず、自己が先に弁済したときは使用者の負担部分につき求償しうるにとどまる。加藤教授は正にこうした不均衡をこそ排しようされているのである(加藤・前掲書・一九〇頁)。なお、解釈論として、被用者の故意・重過失あるときのみ求償を認めようとする学説としては、川添・使用者責任における求償権・青山法学・八巻三号一三一頁以下、島田・使用者責任・法学セミナー

一九六九年六月号二一頁以下がある。前者は、「原則的には、使用者責任と被用者の負担する責任とは、内部的にも外部的にも独立であつて、その何れが被害者に対し賠償の責任を果しても求償権は成立しないものであるけれども——中略——被用者の故意又は之に準ずべき重大過失のあつた場合においても、この理論通り求償権の成立を否定することは相当ではない。」(同・一四〇頁)といふものであり、後者は、七二五条一項の独特な解釈から「同条三項により、直接賠償者たる使用者が被用者に求償するには、惹起された不法行為が被用者の故意または重大な過失にもとづくものであることを要件にしなければならなくなるだろう」(同・二三頁)とするものだが、いずれもあまり説得的ではない。古く岡松・無過失損害賠償責任論・九頁は「被用者の軽度の過失は事業そのものの産物にして亦之に伴う危険の一部たるに外ならず」との理由から同旨を主張していた。

なお、七二五条の枠内で共同不法行為が成立するか否か自体が、実は既に問題であることについて、前注(20)をみよ。

(41) もっとも、軽過失の場合には全面的に求償が抑えられるとすれば(前注(40)参照)別であるが、解釈論としてこれに直ちに与することはできない。加藤教授が、過失相殺説に対して加えた批判がやはり妥当するのではないかと思われるからである。なお、この加藤批判に対しては、不真正連帯債務でもその属性として求償関係があり、その負担部分を決める基準としては過失の割合だけでなく結果発生に対する加功度ないし原因力をも考慮すべきだとの基本的態度から被用者のほうが直接賠償したときにも——使用者に一般不法行為の要件である過失が認められないと判断されたところで——彼に対して分担請求がなされることを妨げはしないとする椿教授の見解(前掲・松江地浜田支判・昭四二・一一・二二の判批・判時・五二五・一二〇)があるが、「不注意で直接に手をくだした者がなら落度のない者へ分担を要求できるのは奇妙でないか、という反論」を真に克服しうるものであろうか。ともあれ、求償制限をめぐる学説・判例の紛糾は、帰するところ七二五条適用の基礎として被用者の有責性が要求されている点にその根源があるといつてよからう。

三 民法七二五条の適用要件を緩和する試み

本章では、既に明らかにされた通説・判例の態度に内在する実際上の不合理を、七二五条の枠内において解決しようとするいくつかの試みについて考察を加えたい。

(一) 先ず、通説・判例の態度と同様に七二五条適用の基礎として被用者の有責性が要求されるとしながらも、「被

害者は、必ずしもその不法行為を為したる被用者の何人なりやを特定することを必要とせず、被用者中の何人かの事業上の過失によって損害が発生したことを立証するを以て足り⁽¹⁾とする見解がある。この見解は、実は、被用者の有責任を基礎として要求する今日の通説の形成に指導的役割をはたしたと思われる鳩山博士・末弘博士等の所説に既に見られるところである。⁽²⁾これは、被害者の救済を幾分でも容易ならしめようとの志向に立脚するものであるが、今日必ずしも大方の賛同を得るに至ってはいない。企業は複雑な管理機構の下で多数の被用者を使用しているのが通常であるのに対し、企業の内部事情に全く疎い被害者に加害行為者を特定せしめることを要求するのは不能の証明を要求するに等しいことにかんがみれば、実際の見地からしてきわめて注目すべき提唱といえる。これにより被害者の救済はかなり容易になるであろうことはいうまでもない。

しかし、右の見解には次のような疑問があるのではないか。過失を結果回避義務違反と把えるとしても、伝統的に注意義務違反と把えるにしても、不法行為を為したる被用者の何人なりやを特定することなく過失の有無を問題視することが許されるだろうか。各被用者はそれぞれ一定の職務を与えられているとともに、その職務内容との相関関係において内容づけられる一定の結果回避義務・注意義務を負担しているはずであることを考えるとき、特定しえない被用者中の何人かの事業上の過失とは何か、容易にこれを理解することができない⁽³⁾。あえてそれを観念するとすれば、それは、当該企業の被用者団としての過失というに近くなり、ひいては、のちに私見として提示する企業自体の過失という考え方につながるものであろう。

(二) 次に、被害者の救済を容易ならしめるために、被用者の有責任を要求する通説・判例の見解を根底的に否定しようとする主張がありうる。その第一は、すでに察しのつくとおり、被用者の有責任を不要とする前述の七一五条^{II}過失責任説の復活である。今日正面からこれを主張する者はいないが、一応の考察を加えておきたい。

さて過失責任説は、被用者の有責任を不要とするかぎりでは確かに被害者の救済に資するところがある。しかしながら、被用者の有責任を基礎とする「他人の不法行為に基づく責任」説こそが、七一五条の「事業ノ執行ニ付キ」等の要件をきわめて緩やかに取扱わしめ、使用者の免責事由を事実上有名無実ならしめた要因であったという前述の指摘を想起すれば判るように、過失責任説の復活は、他の要件や使用者の免責事由の取扱いの側面で被害者に不利な結果をもたらすことは必須ではないのか。こうしてみると、総合的には、過失責任説の復活が必ずしも妥当とはいえないであろう。通説・判例の見解のごとく被用者の有責任を基礎として要求するとしても、加害原因の性質上被用者の故意・過失の立証が必ずしも困難ではない事態は充分予想しうるのであり、こうした場合においては、究極的には被用者に全面的に転嫁（求償）しうる性質のもの—いわば中間賠償—であっても、他の要件を可及的に緩やかに解し使用者の免責事由を實際上容易にこれを認めないことよって、広く使用者の賠償責任を肯定するのが適當であると思われるのである。この限りでは、今日の通説・判例の態度が是認されていいであろうと考えられるのである。われわれは、加害原因の性質上被用者の故意・過失の立証がすこぶる困難である場合の、換言すれば、過失責任原則の修正が要請される場合の被害者保護に目を奪われすぎて、一方で、一般的に被害者救済の範囲を狭めるような結果をもたらすことは避けなければならない。のみならず、過失責任説の復活は、比較法的にみても時代の趨勢に逆行するものといえよう。

(三) 七一五条適用の基礎として被用者の有責任を要求する必要はないとする第二の試みは、右の過失責任説とは異なる見地から、近時、少数ながら有力に提唱されているものである。

先ず提唱者のひとり服部教授の説かれるところをみたい。教授は、七一五条による使用者責任の法的性質を通説・判例と同様に「他人の不法行為に対する責任」であると把握しながらも、「他人の行為に対する責任においては、そ

の責任自体がすでに客観化されているのであるから、行為者の故意・過失を問題とすることは、他人の行為に対して責任を認めた根本の趣旨に反するのではないかと思われる。またかく解することは無過失責任思想の現状にも適合するであろう」と説かれる。理由づけが充分か否かは別論として、この立場においては、被害者にとって唯一の深刻な障碍となっていた被用者の故意・過失の立証は不要となるのであって、確かに無過失責任思想の現状にも適合し、すこぶる妥当な結果をもたらす。加害原因が複雑化し多様化している今日、証明能力を充分もたない被害者の救済に資するところ大であるといわねばならない。しかしながら、他人の不法行為に対する責任であることから、被用者に故意・過失が全くない無過失による加害にも七一五条が適用されると、一般論として言い切ることが實際上妥当であろうか。同条は、企業被用者にとどまらず家事使用人等のあらゆる使用関係に適用されることを考慮するとき、疑問を感じざるをえない。⁽⁷⁾ 少なくとも、被用者の有責性を不要とする場合がある程度限定づけることが必要ではないだろうか。川添教授は、「使用者責任は報償的ないし危険的の責任であるから被用者自身が別途に賠償責任を負う場合であることを前提とする理由は少しもない」と主張されつつも、「事業の経営上通常伴うものであるならば、又その事業の経営に当然包蔵せられる危険であるならば、被用者に不法行為上の責任のあると否とに關せず使用者は賠償責任を負うべき理由がある」と説かれて⁽⁸⁾いるが、こうした限定づけの下で、はじめに妥当な結果を導きうるであろう。

思うに、七一五条適用の基礎として被用者の有責性を要求する通説・判例の見解に内在する実際上の不合理を、このような法解釈により、七一五条の枠内で解決することも、確かにひとつの方法ではある⁽⁹⁾。だが、この見解には次のような疑問が残される。それは、七一五条適用の基礎として被用者に責任要件具備する必要がある場合と、その必要がない場合があると、同条を二元的に把握することの是非である。筆者としては、同一条項の適用要件を二元的に把握することが解釈論としては疑問ではないかという理由から、今のところ躊躇せざるをえない。

以上の考察によれば、被害者救済という実際の見地からみた通説・判例の見解に内在する不合理を、七一五条の枠内において解決することは結局断念せざるをえない。したがって、残される途は、特定の被用者の故意・過失の立証がその加害原因の性質上きわめて困難である一定の場合を七一五条の適用範囲から除外し、他の条項に依拠する法的構成によって解決しえないか、その可能性がないかを探索するほかないのではあるまいか。次章以下において、そのいくつかの可能性について検討を加えることにしたい。

(1) 宗宮・債権各論・四一九頁。

(2) 鳩山・日本債権法各論(下)・九一〇頁(増訂版では九一六頁)、末弘・債権各論・一〇八八―九頁。同旨、近藤・債権法各論・一九七頁鳩山博士・末弘博士が被用者の有責任を要求しながらも、一方で、被害者保護のためにこうした配慮をしていたことは、注目されることである。今日の通説がこの点を承継しなかつた理由はどこにあったのか明瞭ではない。

(3) 「事業ノ執行ニ付キ」の要件が、加害被用者の担当する具体的職務との関係で決せられるとする通説・判例の態度を想起すべきである。具体的な加害被用者を特定する必要がないとするなら、この要件の判断についても問題を残すことになるであろう。

(4) 仮に、七一五条の他の要件や使用者の免責事由についての今日の取扱例を踏襲しつつ、被用者の有責任を不要とするのであれば、それは、過失責任説の復活に名をかりていても、実質的には報償責任・危険責任の徹底化(のちに本文で紹介する服部・川添説参照)というほかならないことになるであろう。

(5) 過失責任に立脚しているドイツ民法八三一条が、被用者の有責任を基礎とする他人の不法行為に対する責任へと改正されようとする動きがあるドイツの近時の事情について、田上・西ドイツにおける使用者責任法理の史的変遷・民商六二巻三号一四六頁以下参照。フランス民法一三八四条、英米法の代位責任(Vicarious liability)もかねて他人に被用者の不法行為に対する責任としている。これらの諸国において、被用者の有責任を要求することが被害者救済を困難ならしめる側面のある点がどのように問題視されているか興味あるところであるが今回は割愛させていただく。英米の事情については、田上・代償責任の基礎理論(その一)(鹿兒島大法学論集五巻三号五三頁以下)およびその続編(未入手)が詳細に紹介しつつある。

(6) 服部・株式の本質と会社の能力・一四四頁

(7) 乾教授は「企業の責任を強調するときは、故意過失を要しないと解すべきであろう。しかし使用者責任は大企業から女中の雇主まで及ぶのであるから、これを一律に無過失責任（すなわち被用者の有責性不要とする）引用者加筆」とすることは反って適当でない場合がある」（総合判例研究叢書・民法(4)二七八頁）といわれる。七一五条があらゆる使用関係をその射程内におくことから生じる右のごときジレンマは、鳩山博士以来通説の意識下にあったものと思われる（前章・注(18)および(12)参照）。

(8) 川添・前掲論文・青山法学八巻三号一三四頁。

(9) もっとも、川添教授は、こうした法解釈を積極的に提唱しているわけではなさそうである（前掲論文・一三五頁参照）。

四 民法七一条による企業責任の法的構成

七一五条適用の基礎として常に被用者の有責性を要求し、その故意・過失の立証責任を被害者に課すことが、被害者にきわめて酷であるという問題認識を基礎として、一定の企業被用者の加害行為につき、民法七一条を適用しないし類推適用することにより企業の賠償責任を導出しようとする試みが、かねてから提唱されている。つまり、具体的な企業被用者の加害行為自体を独自に問題視することを避け、微視的には特定の企業被用者による加害とみえるものを企業組織自体の瑕疵による加害と把握することによって、直截に企業の不法行為責任を認めようとするのである。この提唱は、被害者救済を容易ならしめようとの志向を基礎としていることはいうまでもないが、一方では、直接の加害行為者である特定の企業被用者の責任軽減をも志向するものである。しかし、企業責任の法的構成の進むべき道を示唆しておりきわめて注目すべき提唱であると評されながらも、なお大方の賛同を得るに至ってはいない。本章では、七一五条の適用要件に関する通説・判例の実際上の難点をこの見解によって克服しえないか、を検討する。

(一) 先ず、提唱者のひとり我妻博士が七一七条を類推適用すべき理由として説かれるところをみたい。博士は、企

業施設というものは物的なものと多数人の労力との総合より成っているものであり、人々の労力も形式的な規律に従って機械的に給付されるものが多いことを指摘された上、「少くとも機械的な労務に従事する者が企業災害の原因となる場合には一方からみるときはこれをその者の過失としてその賠償責任を問うに適せざることが多い」ともに、他方からみるときは多数人の労力を機械的に使用する場合の不可避に生ずる故障としてこれを企業組織自体に存する瑕疵としてもって企業者の責任を問うを至当とす。換言すれば、企業に従事する者の普通の過失と考えられることも近代の企業に従事して過度の機械的労務を給付する事情に即してみるときは或程度までこれを行為者の過失にあらずとなすを至当とする。而してこれに基因する損害は多数人を過度に使用する企業施設の謂わば人的瑕疵なりとして物的瑕疵と同様にこれを企業者の無過失責任とする。これ民法の解釈として最も妥当なものではあるまいか⁽¹⁾というのである。

ここでは、「普通の過失」があっても責任を負わないとする点で企業被用者の責任軽減が計られ、「人的瑕疵」があれば企業は無過失責任を負うることによって被害者の救済が計られる。ただ、いかなる事情があれば「人的瑕疵」があるといえるのか、必ずしも明らかでない。もし、被用者に「普通の過失」がある場合に「人的瑕疵」があるというのであれば、被害者にとっては七・一五条の適用下におかれる場合と実質的には大差がないということになるであろう。というのは、被害者が被用者に「普通の過失」あることを立証せねばならない点では同じことだということになり、一方、七・一五条においても使用者の免責は実際上はほとんど認められないのであり、他の要件もきわめて緩やかに取扱われているからである⁽²⁾。一方、被用者に「普通の過失」がない場合においてもなお「人的瑕疵」ありとする余地があるのであれば、この提唱は被害者の救済にとってすこぶる有効なものとなりうる。もっともその場合には、「人的瑕疵」の有無の判定規準いかに困難な問題として残らざるをえない。主観的要素は問わず、加害が違法

と評価しうるとき当然に「瑕疵」ありということになるのであろうか。あるいは単に違法であるのみでは足らずとしても、具体的な被用者の過失の証明までは要求せられないという結果を認めることとなるであろうか。

提唱者の他のひとり清水教授の見解は、さらに徹底したものといえる。教授は、企業組織の中の物的要素と人的要素とはそれぞれ分離独立したのではなく相互に密接に結合して一体をなしており、この結合体が完全に作用して初めて企業経営が可能となることを強調しつつ、我妻説とほぼ同旨を主張しているが、そこでは、人的組織固有の瑕疵として問題視することなく、人的要素と物的要素との結合体の「瑕疵」として観念されるのであり、さらには、対象が単なる機械的労務の場合のみに必ずしも限定されない点で、我妻説より更に広く七一七条の適用を認めるものと思しえよう。だが、いかなる場合に結合体の「瑕疵」があるというべきかは、やはり問題として残される。

なお、近時においても、これに類する考え方はわずかなが見出されるところである。

(二) 七一五条の適用要件に関する通説・判例の実際上の難点を回避ないし克服する法的構成としてきわめて注目すべき提唱と考えられる右の七一七条(類推)適用説も、別の側面からみると、実は決して問題を含んでいないわけではない。

従来からしばしば加えられてきた非難は、右の解釈は七一七条の文言に甚だしく離反することになりはしないかという点であるが、この点は必ずしも決定的な難点とはいえないのではないか。同条が危険責任の原理を基礎としている以上、その精神に離反せぬかぎり、法文の形式的字句に厳格に枠づけられねばならない必然性はないし、まして、類推適用が許されない理由はない、と考えられるからである。

しかしながら、七一七条を過失責任であると解し、同条を七〇九条の注意規定にすぎないと把握する近時の学説の動向⁽⁹⁾—私もそれに賛同する—を前提とすると、七一七条(類推)適用説は固有の存在意義を失うこととなるのでは

ないか、と筆者には思われる。というのは、七一七条を占有者・所有者の過失責任と解するのであれば、被用者による加害について企業の責任を導出するために敢えて同条を援用する必要は毛頭なく、七一五条もしくは七〇九条に依拠して企業の責任を導出するのがより自然ではないか、と考えられるからである。というわけはこうである。七一七条Ⅱ過失責任説の下では、同条の「土地ノ工作物ノ設置又ハ保存ニ瑕疵アルニ因リテ」を企業の人的要素に（類推）適用するとしても、その結果はとりもなおさず、企業の人的要素である企業被用者の選任・監督についての使用者（企業）の過失に因って、というに他ならないのではないかとすれば、七一七条（類推）適用説は、七一七条Ⅱ過失責任説の一般化によって七一五条の支配下に復帰することとなる可能性が、先ず考えられるであろう。もっとも実は、既に指摘しておいたごとく七一五条についての過失責任説が排斥され、七一五条における使用者の責任は法益侵害そのものに対する過失ではない―損害発生と相当因果関係にある過失ではない―との今日の通説・判例の見解の下では、同条の支配下に復帰しうる余地はないといわねばならない。

しかしながら、七〇九条の適用下におかれるべき理由は充分ある。七一七条が七〇九条の注意規定にとどまるのであれば、敢えて七一七条の文言を拡張解釈しあるいは類推適用をしなければならぬ必要性は全くないからである。つまり、企業の人的組織あるいは物的要素と人的要素との結合体の「設置又ハ保存」に企業の過失があるといえれば足りるのであり、そのことはとりもなおさず、「過失のある選任行為と損害の発生との間に因果関係があれば、民法七〇九条の一般原則によって責任を負う」とか、「加害の事実に対する故意又は過失あるときは七〇九条により使用者は当然自己の行為として責任を負う」とか、「被用者が不法行為無能力者なるときは、斯る仕事を遂行するに堪えざる無能力者を使用したることが、使用者の過失と認められ、使用者が第七百九条の本則により責任を負う」とか論ぜられる一般的な問題の一環でしかないこととなるのである。

結局、今日支配的になりつつある七一条II過失責任説に立脚するかぎり、七一条(類推)適用説は固有の存在意義を失うこととなった、といわなければならぬのではなからうか。とすれば、被用者の有責任を要求し被害者にその故意・過失の立証を課す通説・判例の難点を、この提唱によって克服することも断念せざるをえないであろう。

(1) 我妻・前掲書・一八一―二頁。なお、我妻博士のこの見解は、「本条(七一条)の要件として一律に加害者の故意・過失を必要とせずとなすことは使用者の責任を不当に重からしむるものであろう。本条の解釈としては判例多数説の如く解し、企業に使用せられる者の故意・過失なき行為について企業者の責任を認めることは、寧ろこれを民法が純粹に無過失責任を認むる第七一条に依拠するを至当としよう」(前掲書・一七三頁)という基本的な考え方から出発したものであり、いわば、前章注(7)で指摘したジレンマの解決策であった。

(2) 森島教授は「人的『瑕疵』という点から考えれば、この点に被用者の過失の要素を考慮する余地はあるであろう」(加藤編・注釈民法(9)・二六六頁)といわれる。

(3) 森島教授は七一条適用説と「七一条を手がかりとして判例・学説が築きあげてきた結論との間には実際上の差異はそれほどない」(前掲書・二六五頁)と評する。

(4) 田島・債権法・五三三頁は「企業労働者の故意・過失なき行為に対する責任は寧ろ民法七一条の適用範囲とするを以て適当とする」(傍点引用者)と明言する。我妻・前掲書一七三頁の論述(前注(1)参照)からすれば、博士自身もこのように考えていたのではないかと思われる。

(5) 清水・使用者賠償責任の基礎・法学論叢三八巻五号一四四頁以下参照。

(6) 清水・前掲論文は、線路修理工や自動車運転手の例をあげている。

(7) 明瞭に我妻・清水説に追従するものとしては、上野判事の「運転手にとって積載違反を止めさせ或はトラックの運転を回避ないし拒否することが事実上困難であると認められるような場合には積載違反の事実及びこれを原因とする運転上の過失は積荷運搬荷卸しを一体とする人的物的システムとしての作業機自体に内包される瑕疵・欠陥から生じたものとみるのが相当」(判タ・

二二三号八七頁)とする主張がある。川井教授は民法上の自動車事故のあるべき法理を民法七一七条ないし七一八条に求めるべきであると提唱されるが(運行供用者責任の根本理念・判タ・二二二号一二頁以下)、これによれば、運転手の過失は、七一七条の瑕疵と理解されることにならうか。一方、幾代教授は「被害者の保護を重視しかなり緩やかに使用者責任を肯定しようとするれば土地工作物責任(七一七条)を拡張したような処理に近づくかもしれない」(民法の基礎知識・一六九頁)と説き、我妻・清水説に好意的である。踏切事故につき、運転手を無過失とし鉄道会社の七一七条責任を構成する判例の傾向をも想起せよ。

なお、これとはほとんど同旨の主張は、実は、国家賠償法一条の解釈について有力になされているところである。今村教授は、同条の公務員の「故意・過失」は「公務員個人の責任とは拘わりのない、従って、客観的にとらえられた公務運営のある様相を指すものとして理解するの外のことはない。公務運営が現実には公務員の行為を通じて為されるものである以上、『公務員の故意・過失』をもって、国に責任を帰属せしむべき公務運営の瑕疵の表現と解しても別段差支はないのである」(国家補償法・九六頁、なお・行政法入門・一七五頁以下参照)と説かれ、有泉教授も同旨を説かれる(公務員の不法行為と国家賠償法・法時・二五・九・一〇)。ここでは、民法七一七条に対応する国家賠償法一条の類推適用というかたちでは論じられていない点、民法上の議論と異なるとともに、注目に値する。しかしながら、公務運営の瑕疵とは何か、違法性といかなる関係にあるかは依然問題として残らざるをえないであろう。

(8) 一般には、自動車・航空機・船舶等の動的な企業設備を「土地ノ工作物」に準じて取扱おうとするのが限度である(例えば、勝本・債権法概論・各論・三三〇頁)。

(9) 石本博士の一連の研究(抽象的違法行為概念の構想・末川記念民事法の諸問題・四九頁以下、過失責任主義と無過失責任主義との統一・我妻記念損害賠償責任の研究上・六五頁以下等)を契機として、加藤編・注釈民法(9)・一一頁(池田執筆)・同三二頁(五十嵐)、乾・現代法8・二九六頁、西原・法時三八卷三三三頁以下、林・中務編・判例不法行為法・二六九頁(多田執筆)、五十嵐・交通事故判例百選・一四〇頁、加藤編・公害法の生成と展開・三九三頁(野村執筆)、沢井・公害の私法的研究・一八七頁以下など、近時とみに支配的になりつつある。なお、国家賠償法二条についても過失責任と把握しようとする試みが出てきているのは興味深い(例えば、西岡・判タ二二二号七八頁、林・中務編・判例不法行為法・二八四頁(谷執筆)など)。

(10) 加藤・前掲書・一七二頁。

(11) 中村(萬)、債権法各論・七五二頁。

(12) 宗宮・不法行為論(昭和十年版)・二三三頁、同旨、末弘・債権各論・一〇八七頁注⑧。なお、この点に関して、加藤教授は、被用者が「かりに責任無能力であったとすれば、事業上の行為に関するかぎり、使用者は民法七一条の監督義務者として責任を負うと考えられる」(前掲書・二六七頁)といわれるが、問題があらう。

五 民法七〇九条による企業責任の法的構成

本章では、民法七一条を媒介とすることなく、さらには、民法七一条に依拠することもなしに企業の責任を導出する他の可能性がないか、を問題としたい。

(一) 第一の可能性としては、前章で示唆したように、被用者の選任・監督についての使用者(企業)の過失を根拠に企業の七〇九条に基づく責任を追及する途が、先ず考えられるであらう。だが、この方法が、七一条における場合に比し被害者の救済をより容易ならしめるかといえ、疑問である。というのは、被害者はたしかに直接の加害者たる被用者の過失を立証する必要はないことになるとしても、該被用者の選任・監督について企業に過失あることを立証せねばならないからである。もし被害者の救済を図らうとするなら、直接に被用者の選任・監督の衝にあたる企業の代表機関の過失を事実上緩やかに認定する他はない。企業そのものが被用者の選任・監督の衝にあたるわけではなく、法人格ある企業の過失は代表機関の過失を媒介としてはじめて観念しうる―即ち民法四四条を根拠として―と解されているからである。^①しかしながら、過失ある代表機関は企業と並んで対外的責任を免れず、企業により賠償された場合においても当該代表機関が究極的には企業から全面的に求償請求をうけるといふ今日の通説・判例の建前の下では、^②右の事実上の取扱いは実は決して適切な処理ではない。七一条の適用される場合において被用者の過失を事実上緩やかに認定することが、必ずしも適切な解決でないのと同様である。

(二) 七一五条を媒介とせず企業責任を導出する方法の第二として、一定の場合に企業被用者の過失を企業自体の過失と同視することによって、直截に企業の不法行為責任を導出しようとする若干の試みもある。

すなわち、戒能博士は次のように説かれる。「企業的な統一体が企業的統一体として外部に向って活動する場合に企業は企業の主人も被用者も一体であり両者を分離して考える見方は無用であると思われる。換言すれば、企業使用人が自己の正当なる職務権限としてなした行為に対しては企業主は当然自己の行為として責任を負うべきものであり両者を分ける必要はない」と論ずるとともに、企業が法人格を有する場合につき「法人の理事に限らず一つの企業という如き組織体の構成員たる被用者が組織体そのものの機関として働いている中は、その者の行為は当然に雇主の行為と解されてよくはないか」というのである。⁽³⁾ 今村教授も、法人が不法行為責任を負担する根拠は法人の社会的実在性に基づくもので、法人が現実果している社会的機能にあるとしつつ、「少なくとも今日においては法人の不法行為責任を問う上に、機関の行為であるか被用者の行為であるかによって区別を設けるべき実質的理由に乏しくなっている」と指摘されているが、これは右の戒能説の論拠をさらに補強するものに他ならない。ところで、一方で戒能博士は通説と同じく、法人は代表機関の故意・過失行為についてのみ責任を負うという原則論に立たれているが、この点を考慮するとき、右の主張は、代表機関の過失が企業の過失と同視されると同様に、企業被用者の過失が企業の過失と同視されるべきであるということ⁽⁴⁾を説いているに留ると理解すべきであろう。⁽⁶⁾

さて、被用者の過失を企業の過失と同視する右の見解は、不法行為には代理関係がなく法人の過失は代表機関の過失を基礎としてすなわち民法四四条を媒介としてのみはじめて観念しうるといふ伝統的な理解からは、誠に奇異に感じられることとなるにちがいない。しかし、立法当初には予想しえなかつた企業活動の拡大という今日的事態に対応して、いわゆる自己責任原則における「自己」の範囲を解釈上拡張することは、決して許されないものではない

と思われるとともに、通説・判例においても、場合により他人の過失を自己の過失と同視する例は実は少なくなく、自己責任の原則が必ずしも厳格に貫徹されているものではないという事実を想起すべきである。企業の過失に関する限りでのみ言及するとしても、先ず、通説・判例が七一五条の解釈において、代表機関以外の代理監督者の被用者選任・監督についての過失を使用者たる企業（法人）の過失と同視している事実を想起しうる。かねていわれているように、大企業における指揮命令系統がピラミッド型をなしている事実にかんがみれば、もちろん正当な解釈態度であるが、このような把握は、いわゆる「自己」の拡張に他ならず、前述の戒能博士の態度と相通するものがあるといわねばならないだろう。また、企業が被害者である場合に、該企業の被用者に存する過失を過失相殺において考慮しうるとする今日の通説・判例の態度を想起すべきである。学説の理由づけは多様であるが、被用者も被害者（企業）側であるとの理由づけをする学説においては、正に「自己」が拡張されているに等しいと評しうるのではないか。こうしてみると、一定の場合に企業被用者の過失を企業自体の過失と同視することは決して背理でないばかりか、近時の学説・判例にみられる自己責任原則の緩和をより徹底したにすぎないものと評しうるのではなからうか。

しかしながら、企業被用者の過失を企業の過失と同視するのみでは、実は被害者救済に資するところ必ずしも多くはない。というわけはこうである。論者においても、具体的な企業被用者の過失をはなれて企業自体の過失が觀念されるのではなく、代表機関の過失を基礎として企業の過失が觀念されると同様の平面において、あくまで企業被用者の過失の存在が基礎とされているのであるが、その結果、被害者が企業に対し賠償請求を為すためには、企業の過失と同視されるころの企業被用者の過失を立証しなければならぬ。しかも、企業被用者自身には、いわゆる報償責任の理論も危険責任の理論も妥当しないが故に、伝統的な過失責任原則の下で過失の存在が立証されなければならないのである。してみると、被害者にとっては、七一五条の適用下におかれる場合と結局は大差がないことになる。け

だし、七一五条においても使用者の免責事由が實際上ほとんど認められないからである。⁽¹⁾結局この見解は、使用者の免責の余地を完全に排した点にのみ意義をもつにとどまり、企業被用者の過失を基礎とするかぎり、被害者の救済に資するところ必ずしも多くはないといわなければならないだろう。

(三) 民法七一五条の適用を排し他の法的構成に解決策を求めるとしても、過失責任原則の修正が妥当しない企業被用者の過失を基礎として企業の責任を導出しようとするかぎり、前述のように、被害者の救済に資するところ必ずしも多くはないとすれば、結局われわれは、被害者の救済を容易ならしめる途を、企業そのものを不法行為主体と把握した上、企業被用者に過失があったか否かを問題視することなく、企業そのものの責任要件を問題視して直截に企業の賠償責任を導出するという方法に求める他ないのではあるまいか。

このような法的構成がいかなる意味で被害者の救済を容易ならしめるのかを確認しておくとならば、すでに察しがつくとおり、企業被用者の過失の有無とは関係なく問題視される企業の責任要件につき、過失責任原則の修正がなんらかのかたちで為されるとき、すでに被用者の故意・過失の立証から免責されている被害者は、過失責任原則の修正がもたらす利益を完全に享受しうることとなるのである。この意味で、企業利益は企業に企業危険は被害者にと不合理な結果を回避しようとの志向の下で企業の責任について過失責任原則を修正すべきことを多角的に提唱してきた従来の諸学説が、当初の志向に対応した効果を完全に掌握しうる基盤がはじめて与えられる、といってもよいであろう。

さて、企業自体を不法行為主体と把握すべきであるという提唱そのものは、実は決して目新しいものではない。すでに古く我妻博士は、立法論として、と同時に法解釈の指針として、「…謂わば企業自体が社会協同生活の一員を構成する。従って、この企業の内部から生ずる危害については企業自体が自己の行為として責任を負ふべく…」⁽²⁾と説か

れていたし、勝本博士も、「不法行為の広い意義においてその温床となっている会社その他の企業団が、その企業と関連して他人に与えた損害について団体として責任を負うべきではないか：(中略)：団体による又団体への又団体中において消化せられるべき不法行為上の責任について新たな理論が樹立せられねばならぬ」と法解釈の方向づけをなされている。さらには、解釈論として、「法人の理事に限らず一つの企業という如き組織体の構成員たる被用者が組織体そのものの機関として働いている中は、その者の行為は当然に雇主の行為と解されてよくはないか」と説かれる。前述の戒能博士にも、同様の姿勢を見ることが出来る。ただ、企業の責任を導出するための法的構成として、我妻博士は前述のように民法七一七条を援用し、戒能博士は企業被用者の過失を企業の過失と同視すべきことを説かれたのであった。

そこで問題はこうなる。企業そのものを不法行為主体として把握しうるのであれば、企業被用者の有責性を基礎とすることなく、それとは切離されたかたちにおいて、企業そのものの有責性を問題視することが許されないであろうか。

近時、いわゆる製造物責任や公害賠償等の具体的問題をめぐって、解釈論として、被用者の有責性を基礎とせずに企業そのものの責任を認めるべきことの必要性が漸く痛感されつつあることは、すでに第一章・問題の所在で簡単に指摘しておいたところであるが、筆者も、種々検討の結果、右のごとき法的構成を被害者の救済を実効あらしめる最後の保壁と考えざるをえないものである。こうした構成はすでに比較法的にも例のないことではなく、これに近い態度を示す判例も全く見出せないわけではない。しかし、こうした法的構成を確定的に採用するには、従来必ずしも明確には問題視されることはなかったいくつかの疑問を克服しなければならないだろう。

まず、それ自体は「意思」「精神」を具有しない企業そのものに対し、故意・過失・責任能力等の責任要件を問題

視することが許されるのか、という問題があろう。

従来の伝統的な理解によれば、故意とは一定の結果の発生すべきことを知りながら敢えてある行為をするという心理状態であり、過失とは、その結果の発生することを知るべきでありながら、不注意のためそれを知りえないである行為をするという心理状態であり、責任能力とは加害行為の法律上の責任を弁識するに足りべき精神能力と解されている。⁽¹⁷⁾ さすれば、これらは、「意思」「精神」を具有する自然人についてはじめて考えられる性質のものであり、自然人の故意・過失・責任能力を媒介として企業のそれを観念するならともかく、それ自体は「意思」「精神」を有しない企業に対し、これらの責任要件の有無を問題視することは許されないのではないか、という疑問が出てくるのは否定できない。こうした疑問に対しては、われわれはいかに応えることができるであらうか。

先ず、故意が一定の心理状態であることは自明のところと思われる。従って、企業の故意は「意思」を具有する自然人の故意を基礎としてのみ観念しうるにとどまり、それを基礎とせずにそれ自体は「意思」を有せぬ企業そのもの⁽¹⁸⁾ に関し故意の有無を問題視することは、確かに許されないこととなるのではないか。これを肯定しようとする学説もないわけではないが、その場合には、故意の概念規定の根本的な反省が前提とされなければならないだろう。

過失についてはどうであらうか。伝統的把握のように、過失を故意と同様に一定の心理状態を把握するかぎり、直截に企業そのものの過失を問題視することはやはり許されず、常に自然人の過失を基礎とする必要があるであらう。

しかしながら、近時こうした過失概念は根本的に反省されつつあるのである。すなわち、過失の有無は「当該不法行為について損害賠償という法的保護を与えるかどうか」という観点から種々の対立する利益を調節するための高度の政策的価値判断そのもの⁽¹⁹⁾ に他ならず、過失は「意思」を離れて理解されるべきものであって故意と同列に並べられる性質のものではないとか、過失の本質は、損害回避義務違反ないし防止義務違反であり、「過失は、もはや主観的心理

状態の問題を離れて客観的な問題、すなわち受忍限度をこえた侵害を防止するための相当な手段を講じたか否か、というこの問題として考えられ⁽²⁰⁾るべきだと主張などがこれである。いわゆる過失と違法性との融合という問題にどのようなかわりを持つかは別論として、こうした見解においては、企業を構成する自然人の過失を媒介とすることなしに、企業そのものに対し過失の存否を問題視することは決して背理ではないということになるであろう。それとともに、企業そのものが精神能力を有しないことは、企業そのものの過失を肯定するにすら障碍となるものではなくなる。というのは、従来過失の前提として要求されてきた一定の精神能力⁽²¹⁾責任能力は、過失が主観的な心理状態から離れて把握されることによって、もはや論理必然的に要求されるものではなくなるからである。こうしてみると、故意については問題が残るとはいえ、過失・責任能力に関しては前述の疑問が解消されうる可能性は充分ある。なお、過失を認識可能性とみつつこれを客観的に把握することが可能とする見解⁽²²⁾においても、右とほぼ同様の結果をもたらしうるのではないだろうか。

仮に、伝統的な理解に従い過失を一定の心理状態と把握するとしても、「不作為責任を生ぜしめるのは故意・過失ではなくて違法な加害行為そのものというべきであり」「違法性の有無の判断にあたって主観的要因のいかんが問題になりうる⁽²³⁾」にとどまるとすれば、それ自体は「意思」「精神」を有しないとしても、企業そのものに対し直截に不作為責任を導出するになんの障碍もないことになるであろう。この場合には、敢えて企業そのものの故意・過失を観念する必要すらない。

いずれによるにせよ、企業被用者の有責性を基礎とすることなしに企業そのものの有責性を導出するに格別の障碍はないこととなる。その場合、責任要件である過失が客観化され、「意思」とは無関係であるからと理由づけるか、不作為責任を生ぜしめるのは故意・過失ではなく違法な加害行為そのものであるからと理由づけるかは、当面の課題

に関するかぎり重要な意味をもたない。ところで、企業の賠償責任について過失責任原則を修正すべきことを多角的に提唱してきた従来の諸学説も、恐らく無意識的にはあったろうが、実は企業そのものの過失を想定していたであろうことは、ほぼ疑いがない。それらの諸学説は、企業危険は企業にという結果をもたらそうと志向こそすれ、企業の代表機関あるいは企業被用者の責任を加重しようとは志向するものではなかった、と思われるからである。

これに対し、いわゆる法人擬制説に依拠しつつ、「法人じたいの不法行為」という観念を用いなければ法人の不法行為責任を説明できないというものではなく、法人はつねに他人の不法行為について責任を負担するにすぎないと理解すれば足りるとする見解からすると、右のごとき法的構成は到底許されないものと思われる。したがって、右と同様の結果を掌握するためには、一定の場合に、企業被用者が有責でなくとも企業は「他人の不法行為にもとづく責任」を負担すると構成する他ないが、このことが可能かはずぶる問題であろう。服部教授のように、「他人の行為に対する責任においては、その責任自体がすでに客観化されているのだから」ということを理由に被用者の有責性を不要とする見解もあるが、必ずしも充分な説得力をもたない。いわゆる法人実在説に比し、説明に窮することとなるのは否めないところであろう。残された問題として留保しておく。

さて、企業そのものを不法行為主体と把握し直截に企業の有責性を導出しようとする試みには、なお検討を要する問題が残されている。それは、いかなる場合に企業そのものを不法行為主体と捉え、いかなる場合に被用者の行為を分離して考えるのか、換言すれば、企業が自己の不法行為として民法七〇九条に基づく責任を負うこととなるのはいかなる場合であり、被用者Ⅱ他人の不法行為に基づく責任として民法七一五条による責任を負うのはいかなる場合か、ということである。

戒能博士は、前述のように、一定の企業被用者の過失をもって企業そのものの過失と観念することによって直截に

企業の責任を導出しようと試みられたわけであるが、その場合における民法七一五条との関係につき、七一五条は「企業の如く一つの組織体をなす場合でなく、其の外の使用関係に由来する使用者の責任や、或は外見上被用者の行為が使用者のための行為の如き形態を取りながら実は然らずと言ったような場合につき適用せられるに過ぎないと思つて居る⁽²⁶⁾」と述べられ、森島教授の「七一五条の文言からは、同条が一定の使用関係についてのみ適用され、企業における使用関係には適用されないと解釈することは困難であるし、また企業の被用者の職務行為のみが使用者にとつて『自己の行為』となり、他の使用関係はそうではないという区別の根拠は、必ずしも明快ではない⁽²⁷⁾」との批判をうけているが、被用者の過失を基礎とせず企業そのものの過失を觀念しようとする筆者の立場からしても、七一五条適用との限界を画定することがさぶる困難な問題として残される。しかしながら、つねに七一五条を媒介としてのみ企業の責任を追求する他なしとすることはできない。その理由については既に何度か論及したところであり、今さら指摘するまでもない。

思うに、今日不法行為制度の指導原理が損害の適正な配分にあることにかんがみれば、行為主体をどう把えるかは、帰するところ、「過失の存否」の判断と同じく、利益調節のための政策的判断にならざるをえないし、またそれで足りるのではなからうか。もつとも、その場合いかなる事情が考慮されるべきかについて考察しておくことは有益なことではある。私は、前述の七一条(類推)適用説における我妻博士・清水教授の所説や、戒能博士の指摘等を参考として、次のような事情を考慮すべきではないか、と思う。

(4) 被用者が自己に与えられた職務を使用者のために遂行する過程で生ぜしめた加害か否か、被用者の故意による加害の場合は、それが外形上使用者のための職務執行の過程で生じたごとくみえても、該被用者固有の不法行為と観念すべきものであらう。ただし、故意による加害は企業の支配から完全に離脱した行為と考えられるからである。

(9) 当該被用者の担当する職務が、何びとが担当するとしても、換言すればその職務の性質上、第三者に損害を及ぼす危険を内蔵しているか否か。いかなる人間にもある程度の過失は不可避であることを考えれば、この種の職務を担当せしめる企業は損害発生危険のあることを予め了知していたとすべきであり、場合によっては、暗黙裡に一定程度の加害は容認していたとすらいえるのではないか。こうした職務の遂行過程での加害は、企業そのものを不法行為主体と把えるべきであろう。単なる機械的な労務であるか否かも、ここで考慮されようし、被用者に重過失ある場合は、被用者を不法行為主体とみるべきこととなるのではないか。

(10) 具体的な被用者の過失が加害の契機となつていても、損害発生が広範囲にわたり、全損害額が巨額となつた要因として、人的・物的諸要素からなる企業組織自体が媒介となつていないかどうか。企業が巨大化するにともない、企業は大量の原料を用い、大量の廃棄物を出し、大量の製品を製造し、広範な販売網を支配するに至るが、こうした事実こそが、巨額な損害を広範囲にわたつて生じさせる要因といつていいのに対し、直接の契機を与えたには違いないとしても、該被用者を全損害についての加害者と解するのは、政策的判断からしても被用者にあまりに酷であるとともに、われわれの法感情にも決して適合しないであろう。

右のような諸事情を全て考慮することによつて、企業が、他人に被用者の不法行為に基づく責任としての民法七一条五条の責任を負ふこととなる場合と、自己の不法行為として民法七〇九条に基づく責任を負ふこととなる場合を区別すればよいのではないか。これによれば、代表機関の作為・不作為が媒介となつている場合を別論としても、いわゆる事業災害、製造物責任、公害の多くの場合が、企業じたいの不法行為と観念されることになるか。⁽²⁹⁾ さらに、雑誌・新聞記事の誤報も同様に理解される余地が充分ある。⁽³⁰⁾ この場合、被害者救済の見地から誤報には無過失責任を課すべきであるとの学説の提唱が、すなわち妥当しうる基盤がはじめて与えられるといえよう。⁽³⁰⁾

- (1) 法人実在説に基づく。近時、法人擬制説を基礎として四四条を他人の不作為に基づく責任と解する見解が支持者をまじつつある(川島・民法総則・一二六頁以下、服部・株式の本質と会社の能力・一四七頁以下、森泉・法人の不作為責任についての一考察・現代私法学の諸問題上・二〇七頁以下、幾代・民法総則・一三〇頁など)が、これによれば、法人格ある企業そのものについて過失を觀念するのは許されない。しかしそれにしても、企業の責任を問う前提として代表機関の過失を立証せねばならぬ点には差異はない(もっとも服部説においては異なること、あとがき注(七)を参照)。注意すべきは、実際に選任・監督の衝にあたる者に過失があつても、その者が代表機関に非ざる限り、四四条によつては、企業の責任を導出しえないことである。これはむしろ七一五条の射程内の問題となるか(もっとも、法人擬制説においては四四条の問題とされる余地がある。後注(4)を参照)。
- (2) 法人が代表機関に対し全面的に求償しうることについては、今日全く疑問が提起されていない。そのことは、七一五条における被用者への求償制限がさかんに論議されているのに対比したとき、興味あるところといえよう。加藤教授は、七一五条一項の「代理監督者」に代表機関も含まれるとしたりえ代理監督者への求償を否定するが、それも代理監督者の過失と損害の発生との間に直接の因果関係ある場合は別とするから(前掲書・一八八頁、一九〇―一頁参照)、民法四四条の場合は当然に全額求償を認めることになると思われる。判例では、大判・明治三五・一〇・三(民録十二輯一一六七頁)、大判・昭和七・五・二七(民集一一卷一〇六九頁)などが全額求償を肯定する。
- (3) 戒能・債権各論(昭一八年版)・四九六頁、四七五頁。
- (4) 今村・國家補償法・九二頁。なお、法人擬制説を基礎として民法四四条Ⅱ其人の不作為に基づく責任と解する立場(前注(1)をみよ)からも、四四条が代表機関の行為の場合に限定されねばならない合理的理由があるのか、というかたちで同様な疑問が提起される(例えば幾代・前掲書・一三一頁、とくに一三三頁注(一)参照)。しかし、両者は発想の基盤が異なることに留意したい。
- (5) 戒能・前掲書・四七八頁。
- (6) 但し、戒能博士は一方で、企業被用者の如き場合には、被用者が責任無能力者であっても、企業者に独立の責任を認むべきこと(前掲書・五〇三―四頁)を説かれる。
- (7) 学説及び判例については、加藤編・注釈民法(9)・二九五―六頁(森島執筆)参照。近時の異説としては、宗宮・債権各論・四

三三頁がある。

(8) 森島教授は「代理監督者の行為を使用者の行為と考えることは、被用者の行為について使用者に免責を認めることと論理的には一貫しないように思われるが、免責をなるべく認めず求償権をなるべく制限しようとする近時の学説の立場からはやむを得ないと思われる」(前掲書・二九六頁)と釈明されるが必ずしも充分な説得力をもたない。

(9) 学説・判例については、前掲注釈民法(9)・三六五頁(沢井執筆)を参照。その後の判例では、下級審判決ではあるが、東京地判・昭和四二・五・二四(判時・四八六号五九頁)が、無資格の助手に運転させた運転者の被害につき、その助手の過失を「自身の過失と全く同視」すべきものとして過失相殺をしているのが参考となる。なお、舟本・自動車事故民事責任の構造・五七―八頁参照。

(10) 他に参考とすべきは、民法七一八条の解釈として、占有補助者が動物の保管について過失あるときは、占有者は、補助者の選任・監督につき過失がなくとも、当然に責任を負わなければならないとされることである。これについての学説・判例に関しては、前掲・注釈民法(9)・三二二頁(五十嵐執筆)を参照。責任無能力者である被害者の監督義務者に過失ある場合における過失相殺の可否という著名な問題も参考に値するであろう。

(11) 森島教授は、前述の七一七条適用説に対するのと同様に、この見解と「七一五条を手がかりとして判例・学説が築きあげてきた結論との間には、実際上の差異はそれほどない」と評する(加藤編・注釈民法(9)・二六五頁)。

(12) 我妻・前掲書・一六三頁。

(13) 勝本・前掲書・二八二頁。

(14) 第一章本文六五頁および注(9)を参照。なお、乾教授は一般論として、つとに「営利的計画的継続的な事業における企業者の責任は、一体性が一層緊密であるから場合によっては民法七一五条でなく直ちに七〇九条によって生ずると解すべき余地がある」(総合判例研究叢書民法(4)・二三八頁)とか、「いわば被用者の存在が使用者の施設機構の中に融けこんでその一部と化し、企業の民法七〇九条による直接の不法行為責任のみが現われることにならうか」(判例演習債権法?・二四五頁)と論じられている。

(15) 英米法における企業責任(enterprise liability)と呼ばれる責任類型がこれである(田上・代位責任の基礎理論(その一)・鹿児島大法学論集五巻一七〇頁参照。なお、同氏は続編(その二)において企業責任の内容を詳論されるらしいが未入手のため)。

未見。

(16) 自賠法に関するものだが、大阪地判・昭和四一・四・七(判タ・一九一・一九三)は、積荷現場における被告会社の流れ作業式の内における慣行、雇傭形態、業務の指揮監督のあり方、被告Yの被告会社における地位などから同人が当時右積載違反の車両運転を事実上拒否できなかったような場合には「運転者の具体的な操作としての運転行為以前のそしてまた運転者が直接作業を行なわなかった積載違反のような車両の状態に関する限りにおいての交通違反の事実従ってまたそれを許容して運転した過失の部分の責任は自動車の運行供用者責任に吸収され、運転者の不法行為の要件としての過失としては問われたいとするのが自動車損害賠償保障法をふくむ現代の自動車事故民事責任の体系上相当である」と判示する。

(17) 例えば、我妻・前掲書・一〇三頁、一一七頁など。

(18) 第一章・注(15)で紹介したところだが、西原教授は、代表機関等の責任を否定しつつ企業自体の故意を認められる(戒能編・公害法の研究・六一頁)。

(19) 平井・不法行為責任の範囲に関する法的構成(三)・法協八六卷二二号二七―八頁、三三三頁参照。

(20) 加藤編・公害法の生成と展開・三九二頁(野村執筆)、同頁、淡路・公害における故意・過失と違法性・ジュリスト四五八号三七二頁以下。

(21) 加藤・野村・企業責任(経営法学全集18)・三一頁の指摘参照。

なお、従来、法人については不法行為能力こそしばしば論議の対象とされていたとはいえ、法人の責任能力ということが意識的に問題視されることはなかったといつてよいが、ここでは、代表機関の一定の精神能力⇨責任能力が法人の責任能力を具備せしめると暗黙裡に考えられていたのではないだろうか。法人についても不法行為能力と別に責任能力を問題とする必要があるとの指摘として、服部・株式の本質と会社の能力・一五九頁注(一)参照。

(22) 川井・共同不法行為の成立範囲の限定・判タ・二二五号六二頁参照。もっとも、川井教授のいわれる「客観的に」の意は必ずしも明らかではない。少なくとも、単に一般人の注意能力を基準としてとの意でないことだけは確かであろう。こうしたことから既に古くからいわれているところであり、むしろ当然のことさらに属するからである。とすれば、「客観的に」の意は、一定の主観的な心理状態から離れてという意に解していいであろう。

(23) 広中・債権各論講義・四四七頁。なお、こうした考え方はすでに古く戒能・債権各論(昭和十八年版)四四〇頁以下にその明

芽がみられるところである。

(24) 幾代・民法総則・一三〇頁。なお、前注(一)参照。

(25) 第三章本文八八―九頁参照。

(26) 戒能・債権各論(昭和十八年版)・四九九頁。

(27) 加藤編・注釈民法(9)・三六五頁(森島執筆)

(28) 英米法では、自動車保有者の責任(automobile liability)、製造者責任(products liability)、ニューサンス(nuisance)などの多くが企業者自身の過失はもちろん企業被用者の過失も要件とされてはいないようである(田上・代償責任の基礎理論(その一)・鹿兒島大法学論集五巻二号七〇頁参照)。なお、事業災害につき、徳本教授は、「事業災害という観点からいえば、被用者は、いわば企業の手足であり、その一部として活動しているのであるから、本来ならばむしろ企業自身が責任を負うのが当然ともいえるわけである」(加藤編・注釈民法(9)・一一八頁)と説かれる。製造物責任・公害について同旨の主張があることはすでにみたところ(第一章・注15)である。

(29) 新聞記事の誤報による新聞社の責任が民法四四条によるのか民法七一五条によるのか原審の態度は不明であると上告したのに対し「判示全趣旨に徴すれば民法七一五条の請求を認容した趣旨に出たもの」と判示する最高裁判決(いわゆる「多摩の上海」事件・昭和三一・七・二〇・民集一〇・八・一〇五九)があるが、この事案などは直截に新聞社を不法行為主体と捉えれば足りるだろう。こうした把握は、民法七二三条に基づく謝罪広告が一般には新聞社名で行なわれることにも適合するものと思われる。

(30) 加藤・野村・企業責任(経営法学全集18)・二二九頁は、誤報に無過失責任を課すべきことを提唱されながらも、そのための土台として民法七一五条を活用せよと説かれるが、同条の活用は、實際上、記者・デスク等の過失を擬制に近づけしめる(五十嵐・田宮・名誉とプライバシー・一〇三頁以下の事例参照)であろうから、記者・デスク個人の責任を考えると、実はけっこう妥当なものではない(第二章四での叙述を想起せよ)。

六 あとがき

きわめてデッサン的ではあったが、被害者救済の見地から、従来民法七一五条の射程内の問題とされてきた一定の場合につき、企業そのものを不法行為主体と捉え、直截に企業の不法行為責任を導出するための法的構成を私なりに模索してみた次第だが、⁽¹⁾ ほぼ同様の問題は、代表機関による加害の場合にも存在することは、第一章・問題の所在で簡単に触れておいたところである。この問題に関する検討は別の機会に譲るが、簡単にその問題点を指摘しておくすれば次のようになる。

被害者の救済を容易ならしめるためには、民法四四条の適用要件に関する通説・判例の態度を根底から否定して、代表機関の有責任を不要とするか、⁽²⁾ 同条の適用要件については通説・判例の態度を是認しつつも、一定の場合を同条の射程内から排除して、代表機関の有責任を基礎とすることなく直截に企業の不法行為責任を導出するほかはないであろう。⁽³⁾ 私見では、後者の行き方が妥当ではないかと思われる。この場合、企業の不法行為責任の成否が争われている事案において、判例が具体的な代表機関の過失の有無を詮索することなく、企業の過失を認定することが多いという事実は、われわれになんらかの示唆を与えるだろう。しかし一方では、民法四四条の適用範囲の画定という課題、今日その支持者を増しつつある法人擬制説から予想される批判に對しいかに応えうるか、など、民法七一五条に関して問題となったと同じ課題が残されるものと思われる。

(1) 加藤教授は、公害につき企業自身が責任の主体となるべきことを説きつつ「その理論構成としては、けっきょく、企業が行為の主体であるという企業責任論を正面に出すはかばかではないであろう。そのほか、公害について企業は無過失責任を負うのに対して代表者や被用者には故意・過失はなく、それらの者は無過失責任を負わないと説明することもできよう。しかし、こういう説明

は、実質的には企業責任論の根拠づけの一つとして、その中に吸収されていくものだ、といつてよい」(加藤編・公害法の生成と展開・三八六頁)と述べられているが、本稿は、全体として、結局この基本的な態度に沿うものとなったといえようか。

(2) 服部教授は、「四四条の責任を他人の行為による責任として理解するならば、無過失責任思想を背景とする限り機関の過失を問題とする基礎は全く失われていると見てよい」(株式の本質と会社の能力・一五二頁)と主張される。なお、古く、田野判事も「理事其他ノ代表者ノ為シタル加害行為カ過失ニ出テタルト否トハ之ヲ問ハス」(同・民事責任論・七八二頁)と同旨を説いていた。

(3) 第一章・注(15)で紹介した加藤教授・西原教授の主張をみよ。

(4) 例えば大判・大正五・一二・二二(大阪アルカリ事件・民録二輯二四七四頁)は「(会社の)代理人タル取締役等カ其製造シタル亜硫酸並硫酸瓦斯ガ現ニ其設備ヨリ洩述スルコトヲ知ラザル管ナリ」(傍点引用者)とするが、大判・大正八・三・三(信玄公旗掛松事件・民録二五輯三五六頁)は単に「上告人国鉄ガ煙害予防ノ為メ相当ナル設備ヲ為サザリシハ其注意ヲ怠ルモノニシテ過失アルモノ」(という)にとどまる。同様の判決例は多い。例えば、「市ニ於テ普通ノ注意ヲ施サバ如上損害ノ発生ヲ予見シ得ベカリシモノト推測シ得ベク」(広島控判・大正一一・六・二五・広島市かんがい用ポンプ事件・新聞一五九〇号一六頁)、「(国鉄は)遮断機閉鎖後前記判示ノ施設ヲ為サザリシハ鉄道業者トシテ当然執ルベキ踏切保安設備上ノ瑕疵アリ」(大判・昭和一一・九・五・新聞四七九九号一七頁)、「証券ヲ所持スル者又ハ其ノ後善意ニ証券ヲ譲受クベキ者ガ不測ノ損害ヲ被ルコトアルベキコトハ倉庫業者ニ於テ容易ニ之ヲ知り得ベキモノニシテ」(大判・昭和八・二・二三・民集一二卷四四九頁。大判・昭和七・三・一八・民集一一卷三三七頁も同様である)など。こうした判例の実態をも念頭においていると思われるのだが、今村教授が「法人の危険責任を論じ、又、不作為による過失責任を問題とする場合の如きにあつては、何人も、直接に、法人の責任を論じてあやしまぬのである」(國家補償法・九二頁)と指摘されるのが注目される。

(完)