

被用者の有責性と民法七一五条【その二・完】

―代位責任説克服のための一試論―

田 上 富 信

目 次

- 一 序―問題の提起
- 二 有責性の意味
- 三 立法の沿革
- 四 学説の検討（以上八卷二号）
- 五 使用者の求償権（以下本号）
 - I 問題の限定
 - II 規定の意味
 - III 判例の動向
 - IV 制限の根拠と範囲
 - V 保険・協約・懲戒処分などとの関係
 - VI 被用者の対外的責任
- 六 結―構成の試論

五 使用者の求償権

Ⅰ 問題の限定 (一) 被用者が職務に関して故意または過失によって他人に損害を与えるケースは、被害者は誰かという観点から分類すると、次の三つのグループにわけられる。

第一のグループは、使用者に対してである。これはさらに二つにわけられる。一つは、使用者が所有・管理している生産設備・物品・金銭などの物的財産を被用者が直接に滅失・毀損せしめる場合である。他の一つは、被用者が、第三者に損害を与え、使用者をしてこの第三者に法定の賠償義務を履行せしめた場合である。前者は、わが国の従来の学説・判例では、被用者の損害賠償責任を前提としたうえで、主として身元保証人の責任をどのように制限していくかという観点から論じられたものである。⁽⁷²⁾ 後者は、本稿が直接の対象とする使用者の求償権の問題であり、わが国では主として民法七一条の解釈論として、第三者に生じた損害に対しては使用者に全部（完全賠償）責任を課したうえで、被用者に対する求償は一部に限定しようとするのが、最近の学説・判例の動向である。

第二のそれは、第三者に対してである。わが国の通説・判例によると、被用者に民法七〇九条の要件が充足されていれば、被用者は全部責任を負担しなければならないとされている。

第三のそれは、仲間（同僚）被用者に対してである。一般に労働災害としての特殊性をもち、わが国の現在の労災補償制度のもとでは、法定の補償に含まれないか、あるいはそれを越える損害について、被用者の民事責任の余地が残されている。⁽⁷³⁾

市民法原理によると、たとえ使用者の指揮命令のもとにある被用者といえども、故意または過失によつて違法に使用者・第三者・仲間労働者に損害を与えれば、原則として相当因果関係（あるいはこの言葉が適当でないならば、保護範囲）にあるすべての損害を賠償しなければならない。いわゆる完全賠償責任のドグマが、契約責任であれ、不法行為責任

であれ、この場合にも貫徹するわけである。わが国のこれまでの学説では、被用者の完全賠償責任を、いかなる要件のもとで、どの範囲にわたって制限すべきかという問題について、一般的かつ体系的に充分論じられていないように思われる。確かに、民法七一五条三項に関連して使用者の求償権制限理論はかなり古くから主張されているが、しかし、それは求償権の制限という先にあげた第一のグループの中の一部の法現象にもつばら視点が向けられており、その他のグループについての責任制限は等閑視されてきたきらいがある。

被用者、あるいは広く従属労働に従事している労働者の責任制限理論は、西ドイツにおいて解釈論・立法論にわたって活発な議論がなされている。特に一九六四年のカールスルーエにおける法曹会議では、この問題の総決算ともいべき責任制限の立法化が検討されている。⁷⁷⁾西ドイツで責任制限が問題となっているのは、第一のグループ（使用者に与えた損害）と第三のグループ（仲間労働者に与えた損害）とであり、後者については立法的解決がなされている。⁷⁸⁾わが国でも、近時において民法七一五条三項の使用者の求償権に関連する判例が集積されてきたことから、被用者自身の責任範囲一般を統一的に検討すべき時期がきているといえる。⁷⁹⁾

(二) 本稿は、先に分類した被用者の責任制限一般を考察するものではない。本稿では民法七一五条の解釈論が主題であるので、考察の範囲は同条三項の定める求償権規定をどう理解するかという古くからの問題に自ら限定され、せいぜいそれと関連して、自賠法上使用関係にある運行供用者と運転者との間の求償関係を検討するにすぎない。ただ、使用者からの求償に対して被用者の責任をいかに制限するかという本稿の主題を考察するにあたっては、右に述べた被用者の加害行為の他の類型を常に念頭に置いたうえで、その相関において責任制限を検討しなければならない。すなわち具体的には、被用者が使用者の物的財産を直接に滅失・毀損した場合の責任と使用者からの求償に対する責任とは、制限の範囲および法的構成のうえで同列に取り扱ってよいか、⁸⁰⁾第一の検討課題である。

第二に、被用者の第三者に対する対外的責任は全部責任を肯定し、使用者からの求償は一部に制限する最近のわが国の

通説・判例によると、被用者は、使用者から求償される場合と第三者から損害賠償請求される場合とで責任を制限されたり、されなかつたりして不均衡ではないかという問題である。この不均衡を是正する措置として、二つの方法が考えられる。一つは、被用者に対外的には全部責任を肯定したうえで、被用者から使用者に対して求償を認めることである。他の一つは、被用者の対外的責任をも制限することである。

右の二つの問題について結論を先に述べるならば、第一の問題に対しては、両者は全く同列に取扱つてよいし、第二のそれに対しては、被用者の対外的責任を制限する方向を確立すべきであると考ええる。以下において、かような基本的認識ないし方向に立つて、これまでの判例・学説の検討を進め、構成の試論を提示してみたい。

Ⅱ 規定の意味 (一) 旧民法では、使用者の求償権を定める規定は置かれていないし、この点についてポアソナードの説も見当らない。民法七一五条三項の求償権規定は現行民法の起草段階で新しく設けられたものである。

民法起草者のひとり穂積陳重は、七一五条三項を設けた理由を法典調査会で次のように述べている。¹⁷⁾
 「……本条ニ求償権ノコトヲ申シマシタノハ随分近頃ノ諸国ノ法典ニハ此場合ニ求償権ガアルトナツテ居リマス是レハ至極適當ノコトデアリマシテ其仕事ヲスル為メニ他人ニ対シテ責任ヲ負フタ又ソレニ付キマシテモ全く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権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三項ヲ加ヘタノデアリマス」

この説明からは、起草者が求償権規定の法的性格および求償の範囲をどうとらえていたかを知ることが困難である。前述したとおり、起草者は使用者責任の法的根拠を使用者の選任・監督上の過失に求める過失責任説をとっていた。とする、穂積の右の説明は、被用者にも民法七〇九条の責任要件が備わっていれば、使用者と被用者に共同不法行為を構成し、求償額は共同不法行為者の負担部分の求償として決定される、ということを念頭においたうえでの発言とも解されな
 いこともなく、事実そのように解する見解もある。¹⁸⁾しかし、七一五条三項の規定が共同不法行為者の求償を定めたもの

と解するなら、被用者から使用者に対する求償も認められてよく規定の仕方もそうすべきであるが、同条三項は使用者側からの求償だけを定める片面的規定であり、その説明がつかない。そもそも穂積を含めて起草者が使用者と被用者とが共同不法行為者となり、相互の求償を当然に認めると考えていたかはすこぶる疑問である。

穂積が「随分近頃ノ諸国ノ法典ニハ此場合ニ求償権カアルトナツテ居リマス」と述べているが、彼が参照した諸外国の法典は何であったのだろうか？

旧民法の母法であるフランス民法典には、使用者の求償権を定める規定は存在しない。しかし、規定が存在しないから使用者の求償は否定されるわけではなく、債務不履行ないし不法行為の一般規定によって使用者の求償は許容されるものと解されていたように思われる。

ドイツ民法では、被害第三者に対して使用者がBGB八三一条によって賠償義務を履行した場合、使用者は直接の加害者である被用者に全額求償ができる旨の規定がある（BGB八四〇条一項）。この規定は、使用者と被用者が被害第三者に対しては連帯債務の関係にたつことを前提にしたうえで、連帯債務者相互間の求償として、しかもそれはBGB四二六条の平等分担の原則を排除する例外規定として制定されたものである。使用者と被用者が内部関係では後者のみが全額責任を負うと定めた立法趣旨は、BGBの起草資料では、直接の加害者である被用者が最終的に全責任を負うのは衡平の要求するところであると説明されている⁽⁷⁸⁾だけである。しかし起草者の頭の中には、直接の加害者である被用者の過失責任は、使用者の危険責任や推定された過失責任よりも非難性が重いので全額の責任を負担しなければならない、という責任原因優越性の考え方が根底にあったものと考えられている⁽⁸⁰⁾。

穂積が、このドイツ民法の規定を念頭に置いて、わが民法七一五条三項の趣旨説明をしたとは思われない。ドイツ民法では、求償権の規定はBGB八三一条の使用者責任規定とは別個の連帯賠償義務者間の求償関係規定の中に位置づけられており、しかし求償の範囲が明確にされている点から、この規定をもって七一五条三項の母法と目することはいささか無

理な感がする。

(二) もう一人の起草者である梅謙次郎は、民法要義の中で求償権規定について次のように述べている。⁸¹⁾

「被害者カ使用者又ハ監督者ヨリ損害賠償ヲ受ケタルトキハ其使用者又ハ監督者ハ被用者ニ対シ求償ヲ為スコトヲ得ヘシ而シテ是レ委任其他ノ契約關係ヨリ生スル所ノ權利ニ屬ス故ニ明文ヲ缺タサルカ如シト雖モ本条ニ於テ特ニ使用者又ハ監督者ヲ以テ責任者ト為スカ故ニ或ハ被用者ハ是等ノ者ニ対シテ責任ナキカラ疑ハシムル嫌アルヲ以テ本条三項ノ規定ヲ置キタルナリ」

梅の右の説明によると、求償権を使用者と被用者との間の契約関係から生じる権利としているが、その意味はおそらく被用者の委任ないし雇用契約上の義務違反、すなわち被用者の債務不履行に対する使用者の損害賠償請求権を指すのであろう。七一五条三項が使用者の債務不履行にもとづく損害賠償請求権を定めたもの解するならば、規定の仕方が片面的であるのはむしろ当然であり、規定の説明としては自然である。もっとも、そうすると債務不履行の一般的規定である民法四一五条のほかに、わざわざこういった規定を設ける必要性は乏しいわけであるが、梅の右の説明によると、もしこの規定がないとすると、被用者は使用者や監督者に対して全然責任を負わなくてよいのか疑いを生じる恐れがあるとして、注意的に規定を置いたことを強調している。

(三) 民法施行後において、学説は、必ずしも起草者の見解とは一致しないと思われる理解を示した。たとえば、鳩山博士は、七一五条三項の意味を次のように理解していた。⁸²⁾

「被用者自身ノ不法行為上ノ責任ハ使用者又ハ監督者ガ責任ヲ負担スルガ為ニ輕減セラルルコトナシ。随ツテ被害者ハ被用者又ハ使用者ノ孰レニ対シテ損害賠償ヲ請求スルカニ付キ選択権ヲ有ス。而シテ使用者又ハ監督者ガ損害賠償ヲ為シタルトキハ被用者ニ対シテ求償権ヲ行使スルヲ妨ゲザルモノトス(七一五条三項)。」

被用者及び使用者ハ連帯シテ賠償責任ヲ負フ。此ノ両者ハ第七一九条ニ謂フ所ノ共同不法行為者ニアラズト雖モ(使用

者ハ自ら権利侵害ヲ為サズ）法律ガ使用者ノ責任ヲ認メタルハ被用者ト共同シテ損害賠償ノ目的ヲ達スベキコトヲ定メタルモノナレバナリ。然レドモ使用者ハ負担部分ヲ有セザルモノト解スベキガ故ニ被用者賠償ヲ為スモ使用者ニ対シテ求償権ヲ有セズ。」

右の見解は、要約すると、被用者は使用者と並んで対外的には連帯責任を負い、七一五三条三項は内部の求償関係を定めるものであり、その際には、使用者の負担部分はゼロであり、被用者のそれは一〇〇%ということになる。このような理解は、前述したとおり、ドイツ民法流の考え方である。つまり、この見解は、ドイツ民法八四〇条二項の規定とその背後にある責任原因優越性の考え方を、わが民法の解釈に直結したものであるといつてよい。それはまた、使用者責任は被用者が究極の・一次的責任者であるとする代位責任の把握の帰結でもある。このような理解の仕方は、今日では教こそ少なくなつたけれども、大正期から比較的近時に至るまでの通説を形成していたものである。⁸⁹⁾

④ 旧民法が使用者の求償権規定を置かなかつたのは、おそらく使用者の求償は債務不履行ないし不法行為の一般規定に委ねられ、敢えてそれを明文化する必要がないと考えられた結果であろう。現行民法七一五第三項の意味は、旧民法の考え方を明文化した、つまり、使用者の被用者に対する債務不履行ないし不法行為にもとづく損害賠償請求権を注意的に規定したものであつて、それ以上の意味はないと理解するのが正当であろう。すなわち、被用者が職務の執行につき故意・過失によつて第三者に損害を与え、使用者あるいは代理監督者に法定の賠償義務を履行せしめたことは、債務不履行ないし不法行為を構成し、七一五三条三項はそのことを定めたものと解するのが、規定の仕方および沿革からして、自然であるように思われる。⁹⁰⁾

梅は損害賠償請求の根拠を債務不履行のみに求めているが、今日ではそれは狭ますぎる。第一に、被用者に対する求償は使用者のみならず代理監督者も法文上認められていることから代理監督者の求償の根拠も合理的に説明しなければならぬが、代理監督者と被用者との間には、通常は契約関係は存在しない。第二に、わが国の今日までの通説・判例の立場

では、民法七一五条は被用者との間に契約関係がなくても事実上の指揮監督関係が存在していれば使用者は第三者に責任を負わなければならないとされているから、その場合の使用者からの求償は契約にもとづく損害賠償請求権ということは無理である。そうすると、契約関係が認められない使用者や代理監督者からの求償は民法七〇九条の不法行為にもとづくものと説明せざるを得ないわけである。⁽⁸⁵⁾

使用者の求償権が債務不履行ないし不法行為にもとづく損害賠償請求と理解する場合、使用者は債務不履行あるいは不法行為それぞれに要求されている一般的責任要件が被用者に備わっていないければ権利を行使できないことは当然である。被用者の故意、過失などの有責性は、前述したとおり、使用者が対外的に第三者に責任を負う場合は必ずしも前提とする必要はないが、使用者が対内的に被用者に求償する場合はそれは常に前提となる。求償に際して、被用者の有責性の立証責任は、使用者側にあると理解すべきである。

このような理解は、使用関係にある運行供用者が運転者に求償する場合にも、あてはまる。自賠法三条は民法七一五条の延長ないし特則とみるのが、わが国のこれまでの通説・判例とみられている。そうすると使用関係にある運行供用者と運転者との求償関係は、自賠法四条を手がかりとして、七一五条三項が適用ないし類推適用されるとの理解を生む。しかし、自賠法三条は、近時の有力説の指摘のごとく、民法七一五条の延長においてとらえるのはすこぶる疑問である⁽⁸⁶⁾。か、運行供用者と運転者の求償関係を債務不履行ないし不法行為にもとづく損害賠償請求と理解するならば、七一五条三項を適用ないし類推適用する実益はない。ただ求償の範囲の点において、自賠法三条の責任の方が、定型的危険労働から使用者に生じた損害であることを考慮すると、民法七一五条三項にもとづく求償に比して、一般に運転者の免責される割合が大きいといえるだろう。

なお、運行供用者と運転者との間に使用関係がなく、身分・貸与関係などがある場合の求償関係は、別個にとり扱われ

Ⅲ 判例の動向 (一) 七一条三項に関する判例は、昭和三〇年代の後期頃から現われ、現在までのところ下級審の判決だけで数も少ない。以下、年代順に判決を分析し、その動向を探ってみたい。

(1) 京都地判昭和三八年十一月三〇日（下民集一四卷二三八九頁）——運送業を営むX会社に雇用されたYが、雇用期間中に、①追突事故で相手の車に八千円、②老人をはねて重傷を負わせ二万五千六一六円（うち一〇万円は自賠償保険によって填補）、③酒造会社の工場の門扉に車を衝突せしめてこれを破壊し一万一千八百円、それぞれをX会社をして被害者に賠償させたので、XがYに合計一五万五千四一六円および法定利息の求償請求をした事件。Xの請求が否定される要因となったのは、第一に、YはX会社の一部門である自動車整備工場専ら整備工として勤務していたのに、運転手不足を理由に運転業務に従事することを命ぜられたこと、その際Yが運転手として勤務することを嫌がり、しばしばその旨上司に申し出で、整備工場の責任者もYが若年で運転未熟であるから運転手として勤務することは適当でない旨X会社の社長に申し出たにもかかわらず、敢えて運転業務に従事させたこと、第二に、三件の事故は、いずれもYの軽過失によって生じたものであること、である。なお、判決は、求償権の性質および制限の法的構成として、XとYは七〇九条・七一九条による共同不法行為者の関係にも立ち両者は不真正連帯債務を負い、内部の責任分担関係はYが故意または重過失のときはYのみが、軽過失のときはXのみが責任を負担すると解するのが「正義公平に合するゆえん」であると述べている。

(2) 松江地裁浜田支部判昭和四二年一月二日（下民集一八卷一一二二頁）——X運送会社でダンプ車を運転していたYが、土砂を運搬中に追突事故をおこし、よって生じた物的損害をXに賠償せしめたので、Xが示談によって支払った四〇万円と法定利息をYに求償した事件。Xの請求一部認容（三〇万円と法定利息）。被用者であったYの責任が完全免責ではなくして軽減された要因は、第一に、事故当時において、Yの賃金は勤務年限と対照すると低廉であり、しかもその賃金率からすると労務が過度でそれが自動車運転上の注意力に影響を及ぼしていること、第二に、Yの過失は、前方不

注意によって、事故直前に故障のため現場附近に駐車していた車に衝突したというもので、過失の程度が強度であったこと、が相關的に考慮されている。なお、求償権制限の法的構成は、使用者の選任監督上の過失・賃金の低廉・労務過度がある場合に、これらが加害行為と相当因果関係がある限り、過失相殺を適用ないし類推適用すべきことを述べている。⁸⁹ 求償権の性質をどうとらえるのかについては言及がない。

(3) 東京地判昭和四四年一〇月二二日判例タイムズ二四二号二七五頁——X会社の従業員であったYは、会社の貨物自動車を持ちだして運転中に操作を誤って人家に衝突し、門戸・門柱などや屋敷内に駐車してあった自動車を損壊したので、被害者に賠償をなしたXが、事故によって損傷した自己所有の自動車修理代をも含めて計二七万四千一六五円と法定利息を求償した事件。Xの請求認容。請求が全額認容されたのは、第一に、YはX会社で車の運転に従事しておらず、しかも運転免許ももっていないのに本来の運転手が昼食中をみはからって車を持ちだしたというように、無断運転の態様がかかり悪質であること、第二に、アクセルとブレーキを踏み間違えて事故をおこすというYの過失の程度が極めて強度であること、が要因となつて、かような結論になつたのであろう。なお、判決は求償権の性質および制限の法的構成については触れていない。⁹⁰

(4) 青森地判昭和四四年一月二〇日判例タイムズ二四一四七頁——Xタクシー会社は、雇用運転手Yが業務を遂行中に前方不注意によって歩行者をひいて重傷を負わせ、X会社をして被害者に九三万一千二六三円の賠償をさせたとして、自賠償による保険金五六万を差引いた三七万一千二六三円と法定利息を求償請求した事件。Xの請求棄却。請求が棄却された直接の理由は、Xが被害者に支払った損害はすでに保険金によってすべて填補されているから、求償権が発生する余地はないということである。すなわち、裁判所の判断によると、本件の事故は、Yの前方不注意による過失と被害者の酒酔いによる判断の誤りおよび直前横断による過失との競合によって生じたもので、その過失の割合は同等であると解され、被害者に生じた実際の損害額八二万一千五三〇円を基礎として算定すると、四五万円がXが支払うべき賠償相当額

と認められている。ところが、Xは本件事故に伴ない自賠償保険金五六万円の支払いをうけているから、認定賠償額四五万円の支払いについてはすでに損失の填補をうけていることになるわけである。

判決は、求償権一般について、傍論としてではあるが、賃金の低廉、労務の過度、企業施設の不充分、規律のみだれ等が被用者の加害行為の原因となっており、かつ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述べている。

(5) 東京地判昭和四五年三月二五日判例タイムズ二四六号一七七頁——Xタクシー会社に運転手として雇用されていたYは、在職期間一年の間に四回の事故をおこし、Xをして第三者に生じた人的・物的損害を賠償せしめ、また事故によってX会社のタクシーをも損傷したので、これらを一括してXがYに対して二九万八千八六〇円（保険金で填補された部分を控除した額）を請求した事件。Xの請求一部認容。四回の事故のうち第一から第三回までの事故はいずれも物的損害であるが、これらの事故についてのYの責任は、X会社における所定の手続に従って一旦不問に付す処理がなされたことが認められるから、これについて損害賠償請求権を行使することは、特段の事情のない限り、信義則上許されず、権利の濫用になる、と判示されている⁽⁴⁰⁾。結局のところ、第四事故についてはのみYの責任が認められている。第四事故では、車両関係五万九千八百〇円、人身傷害関係一〇万八千七百〇円の損害が現実にX会社に発生しているが、第一に、タクシー会社は、運転者を事故発生時の危険性が極めて高い車両運行の業務に従事させ、これによって企業収益をあげているのであるから、運転者との危険を分担すべきであった、運転者の給与部分を超えて運転者に負担させることは公平の原則上妥当でないこと、第二に、本件の場合、X会社は、企業として当然なすべき危険の発生に対処すべき対人・対物責任保険加入等の措置を怠っていたことを考慮して、運転者の責任割合は給与部分約五万円の半分、すなわち二万六千九百三十三円が相当であるとされている。

求償権の法的性質について、判決は、民法七二五条三項は請求権の発生を根拠とする規定ではなく、債務不履行もしく

は不法行為にもとづく損害賠償請求権にほかならず、それは運転者が直接に使用者の車両を破損させたことに對する損害賠償請求権と區別して取扱われるべきものではないと述べているのは、注目に値する。求償権制限の構成は、権利の濫用および過失相殺理論に求められており、被用者の過失の程度は問題にされていない。⁹¹⁾なお、本件で、Yは、タクシー業界においては、運転者が業務の執行中に発生させた事故につき、使用者は運転者に損害賠償請求をしないという、いわゆる事実たる慣習があり、Yは黙示的に右慣習による意思表示をしてX会社との間で労働契約を締結したのであるから、契約上、X会社はこれに拘束されると主張したが、裁判所は、そのような慣習の存在を認める証拠はないとしている。

(6)大阪高判昭和四五年四月一五日判例タイムズ二五一号三〇九頁——鉄鋼業を営むX会社に雇用され、主として自動車運転に従事していたYは、会社の車を運転中にタクシーと衝突事故をおこし、治療費・慰籍料およびタクシーの修理代金など合計三七〇万円を裁判上の和解によってX会社をして被害者に賠償させたので、右金額をXがYに求償した事件。Xの請求認容。Yの過失の程度は軽過失であつたのにYの全面責任が認容されたのは、本件の事故は、Yが会社からの帰途、車を無断で私用目的のために運転中にひきおこしたもので、その非難性が専らYにあつたことが明らかであつた点が要因となっている。

判決の示している求償権の法的性質は、代位責任説である。すなわち、「現行民法は使用者責任をもって本来的なものとせず、元來直接の加害者である被用者において賠償すべき損害を、被害者保護のため、被用者に対する選任監督上の無過失を免責条件として使用者はその賠償金を被用者に対し求償しうるものとする建前をとっていることが明らか」であるとする。もっとも判決は、使用者側に共同不法行為が成立するような非難性がある場合、すなわち「被用者の行為と相俟って他人の権利侵害の原因となっているものと認められるような場合」には、使用者と被用者との間の内部的責任分担の問題を生じると述べているが、単純な選任監督上の不注意があるだけでは共同不法行為は成立せず、本件の場合、選任監督上の過失と事故発生との間に、共同不法行為責任を認めなければならぬような相当因果関係は認め難い、としている。

(7)大阪地判昭和四六年七月三〇日交通民集四卷一〇九九頁——運送業を営むX会社で大型貨物自動車の運転に従事していたY¹が、業務を執行中に自車を対向車（普通貨物自動車）と接触させ、積荷の鉄材の転落によって対向車の運転者および同乗者を死傷し、車両・積載物の破損を生ぜしめたので、X会社は、被害者に支払った賠償額および鉄材損料などXが直接に蒙った損害額をあわせて、Y¹およびその身元保証人であるY²に対して損害賠償請求をした事件。Xの請求一部認容。まず、Y¹の責任であるが、認定損害額の約七割に相当する二五八万円とされている。Y¹の責任軽減率が、三割といふかなり低い範囲に押えられた最も大きな要因は、Y¹は、飲酒運転という重大な過失によって本件事故を惹起したことであるが、そのほか、これと共にY¹は給与が比較的低額で、しかも勤務年限がかなり長期（三年）であったこと、X会社の平常の監督方法は相当に杜撰な面もみられたことなども考慮されている。つぎに、身元保証人Y²の責任は、Y¹の責任のほぼ三割に相当する七八万円とされている。三割の責任を導いた要因は、Xの監督上の過失、Y¹の在職期間、Xの業務内容、保証の形式性および任意保険などによる危険の分散をはかっていなかったこと、があげられている。

判決は、求償の範囲は「双方の過失（使用主の監督方法、内容、程度を含む）、使用主の業務内容、被用者の労働条件その他待遇内容を総合し、相互の負担割合を妥当な『範囲』に制限することが相当である」と述べるだけで、求償権の法的性質については触れていない。

(8)東京地判昭和四六年九月七日判例タイムズ二七〇号二八一頁——印刷業を営むX会社に雇用されていたYは、業務のため会社の自動車を運転中に追突事故をおこし、相手車に乗っていた者に傷害を与え、また自動車にも損傷を与えたので、被害者に賠償をなしたXがYに対して、自賠償による保険金を差引いた一一五万五四八六円の求償請求をした事件。Xの請求棄却。結論を導いた要因は、第一に、Yは平素運転業務を担当していたものではなく、たまたま担当者が不在であったために臨時に運転を命ぜられたものであり、しかもYはいわゆるペーパードライバーであって、事故時に始めて東京都内を運転したという初心者であったこと、第二に本件事故は、Yのような初心者にありがちな過失によるもので、決

して無謀な運転をしたものではないこと、第三に、X会社は任意の自動車保険に加入し、損害をカバーする措置をとることなく、低賃金のYに責任を転嫁するのは不当であること、である。

論 判決は、求償権の性質や制限の法的構成については言及していない。

(9)福岡高判昭和四七年八月一七日交通民集五卷九一九頁——土建業者Xに雇用されていたYが、自動三輪車を運転中、先行していたオートバイの運転者が転倒して道路上に投げ込まれたのを轢過して死亡させたので、被害者に賠償をなしたXがYに二五三万円の求償請求をした事件。Xの請求一部認容(約五分の一に相当する五〇万円に制限)。結論を導いた要因は、第一に、Yは、雑役人夫であって運転業務を担当していず、しかも運転を固辞したにもかかわらず、加害車の運転を指示したという労務指示の不適切、第二に、Yの過失は、運転未熟もさることながら、事故当日はじめて運転した加害車に対する不慣れに起因するところが大きく、さらにブレーキの不良も一因をなしていたこと、第三に、Xは、任意保険に加入して損失を分散できたのに、その措置をとらず、それがX自身の責任負担を余儀なくさせ、Yに対する求償権行使の一因となっていること、第四に、Xは、被害者との示談交渉の過程において、責任負担額を容易に減縮できる事情にあったのに、それをこじらせて結果的には実際の出損金額を著るしく増大させたこと、である。

判決は、求償権の法的性質について、それは債務不履行ないし不法行為にもとづく損害賠償請求権であること、運行供用者から運転者に対する求償については、自賠法四条によって民法七二五条三項の類推適用があり、ただ、その場合、運行供用者において運転者に故意・過失あることを立証すべき責任があるにすぎないと述べている。さらに、求償の範囲は、国家賠償法一条のような明文がない一般不法行為につき運転者に故意または重大な過失がないからといって求償は否定されると解されるべきではなく、「具体的な事情に依じて」それが制限されうるにすぎないとする。

(10)東京地判昭和四八年三月一五日判例時報七一五号八二頁——写真製版業を営むX会社の従業員Aが職務遂行として運転していた軽自動車スリップして、対向してきたタクシーと衝突し、両車とも炎上して全損したので、被害タクシーの

買替代を賠償したXは、自車の損害等を含めて、事故で死亡したAの相続人（両親）^{Y1}^{Y2}に対して、一〇九万二〇〇〇円の損害賠償請求をした事件⁽⁹²⁾。Xの請求棄却。請求が棄却された要因は、第一に、本件の事故原因は、降雨で路面が湿潤していたのにAが安全な速度と方法で走行しなかったことから発生したものであるが、そのほか、Aが事故車に不慣れであったうえに、事故車のタイヤが相当程度摩耗していた、すなわち整備不良車を運転していたことも重要な一因をなしていること、第二に、Aは給料がそれ相当の労務に服する割には低廉であったうえに、社命による業務中の事故によって死亡している反面、X会社は中小企業として堂々と営業による収益をあげ続けていること、である。

判決は、求償権の法的性質には触れていないが、請求を棄却した法的構成は、第二の要因を重視して、権利の濫用理論を援用している。

(二) 以上において考察した判例を、西ドイツの判例と対比してみると、まず次のような特徴をもつということが出来る⁽⁹³⁾。

第一に、いずれの事件も、自動車の運転という、危険性のある活動から生じた損害が問題となっていること、である。危険性のある活動は、自動車運転以外にも多数考えられるが、現在までのところ、わが国では、それは、判例上事件になっていない。西ドイツの判例では、自動車運転のみならず、毀われやすい物品の運送、ボイラーの操作、起重機で行なう建築物の解体分離作業など定型的危険労働一般が裁判上問題となり、これらはいずれも責任制限の対象となっている。さらに判例は、取引的行為や事務的活動にも制限の対象を拡大し、たとえば、建築費の誤った見積り、賃金や税の差引計算の誤り、金銭や手形の盗難などが問題とされている⁽⁹⁴⁾。

第二に、訴訟の型態は、使用者の側から、労働関係が終了した運転者、あるいは、その身元保証人や相続人に対して、訴が提起されていること、である。労働関係が存続している段階では、まず紛争は生じないし、仮りに生じても訴訟は起しにくいのが実情であろう。西ドイツでは、労働関係の終了時に被用者が使用者を相手に退職金や諸手当の支払請求をした場合に、使用者の方はそれに対抗して、反訴として損害賠償請求をするか、あるいは相殺を主張する訴訟型態が最も多

い。しかも使用者が損害賠償請求をする背後には、被用者からの解約告知や諸要求に腹を立て、その報復としての意味がひそんでいることが指摘されている。⁽⁸⁵⁾ わが国の場合、使用者の報復感情が背後にあるかどうか確知できないが、訴訟の型態は、使用者から直載に損害賠償請求されている点で、今のところ西ドイツのそれとかなり異なっていることは指摘できる。

判例の中には、被用者の身元保証人や相続人に対しても使用者が責任追求をする事案が見受けられるのは、被用者が一般に十分な賠償資力をもたないこと、および使用者のあくなき責任転嫁欲の反映として、興味深い。

第三に、損害賠償請求の対象となっている損害は、使用者が被害第三者に法定の賠償義務（民法七一五条一項ないし自賠法三条）を履行した賠償額のみならず、衝突などを原因として使用者が保有する車が破損されて生じた損害、すなわち被用者が直接に使用者の物的財産を毀滅した場合の損害をも、あわせて請求されていること、である。前者の損害のみが個有の意味での求償の対象になるものであるが、しかし、これは被害第三者に対して一旦賠償額を支払う点で損害の発生態様に特殊性があるだけであり、法的構成のうえで、とりたてて後者と区別する実益はない。西ドイツの判例で、最初に事案として現われたのは、被用運転者が使用者の自動車を過失によって毀損したという後者の場合であり、これについて判例は、運転者の損害賠償責任は制限されるという理論を確立し、その後において前者の損害、すなわち使用者の求償権の行使についても同様の制限理論を適用していった沿革をもつ。⁽⁸⁶⁾ その際、損害賠償請求権の性質および責任制限の法的構成は、統一的に理解されており、損害の発生態様の違いは重要視されていない。このことは、わが国の求償権の法的構成を考えるうえで、大いに参考となる。

つぎに、判例において、被用者の賠償責任が軽減ないし免除される要因と逆に加重される要因とを整理してみると、次のようになる。

まず、第一に、被用運転者の有責性ないし非難性の大小が重要な要因として考慮されている、ことである。重過失に

相当するとみとめられる場合は(2)(3)(7)の判例)、軽過失の場合(その他の判例)に比して、責任が加重されている。また事故について軽過失であっても、使用者の指揮命令に背むいた場合、すなわち具体的には車の無断持ち出しや私用運転の場合(3)(6)の判例、但し(3)はさらに重過失の要因が加わった事案)は、責任の加重要素となっている。

西ドイツの判例でも、被用者の有責性の大小ないし過失の軽重によって賠償額に差をつける方向が確立されている。すなわち、故意の場合は被用者は常に全部責任を負い、重過失の場合も原則として全部責任、通常の過失の場合は具体的事情に応じて一部責任、軽微な過失の場合は完全に免責されるという一般的基準が貫徹されている⁹⁷⁾。なお、西ドイツの判例では、同一被用者が軽過失による事故を繰り返し惹起した場合に責任の加重要素とされる傾向にあるが、わが国の判例では(1)(5)の判例)、今までのところ、この点は問題とされていない。

第二に、使用者側の事故発生に対する寄与度ないし加力度である。運転業務に従事していず、しかも運転技術も未熟な者に労務不足を理由に半ば強制的に運転を命じた場合(1)(8)(9)の判例)、低賃金で長期ないし過重労働(1)(7)(10)の判例)、監督方法の杜撰(7)の判例)、整備不良の車を運転させた場合(9)(10)の判例)などは、その程度によって被用運転者の責任を軽減ないし免責させる事由となっている。

第三に、使用者は自動車運転という定型的危険労働に対して責任保険などによって損失を分散できる立場にあるのに、それをしなかったことが被用運転者の責任軽減事由となっている。自賠法による強制保険のほかに、任意保険に加入しなかったことが、自動車保険が普及しはじめたと思われる昭和四〇年代になって、判例のうえで正面から問題とされている(5)(7)(8)(9)の判例)。

第四に、これは特殊な事情というべきかもしれないが、使用者が被害者との示談交渉を頑迷な態度によってこじらせて結果的に多額の賠償をせざるを得なくしたことが、責任軽減事由となとした判例がある(9)の判例)。一般に、示談交渉にあたってどのような態度をとるかはその結果が求償という形で被用者の利害に重

大な影響を及ぼすことからすると、この判例の示した方向は注目しなければならぬ。

第五に、企業（経営）利益と業務の危険性や賃金の高さを比較衡量して、それを責任軽減の一つの要素としている判例もある（(5)(10)の判例）。わが国では、報償責任や危険責任が企業の対外的責任について主張されてきたが、それらは求償という対内的な被用者の責任についても妥当することを示すものである。

判例は、一般に、被用者の過失の軽重や指揮命令違反の態様など事故発生についての被用者の非難性の度合と、使用者側の損害の発生や拡大に対する寄与度ないし加功度との相関において、賠償額を決定しているといつてよい。前者の度合が高ければ（たとえば重過失に相当する場合）、後者の程度がかなり強くても軽減率は低く押えられる傾向にある（(2)(7)の判例、軽減率は約二五%から三〇%）。使用者の請求額を全部認めた判例は、いずれも被用者が会社の車を無断で私用目的に利用しているときに起した事故である（(3)(6)の判例）。

被用者の軽過失に相当する事案では、請求を全面的に棄却したもの（(1)(4)(8)(10)の判例）と、請求額のはぼ一〇%から二〇%を認めたもの（(5)(9)の判例）、とがある。請求を全面的に棄却した判例は、若年で運転技術の未熟な者に無理に運転させたとか、あるいは整備不良車を運転させたという場合のように、使用者側の寄与度がきわめて強い事案である。もっとも一部認容した判例の中には（(9)の判例）、運転業務に従事していない雑役人夫に、その固辞にもかかわらず運転をさせ、しかもその車のブレーキが不良であったというように、使用者側の寄与度が著るしく強い事案があるから、寄与度の強さだけで全部棄却か一部認容かの判断をしているともいえない。ただ、この判例の事案では他の軽過失のそれと違って、被害者の死亡という結果の重大さを考慮して一部認容という結論を導いたとも推測しうる。

(三) 判例の求償権の性質およびその制限の法的構成についての見解は、これまでのところまちまちである。ただおおまかな方向としては、性質論については、七一五条三項は共同不法行為ないし不真正連帯債務の属性としてその内部求償を定めたものと理解する判例（(1)(6)）、代位責任にもとづく求償とみる判例（(6)）、債務不履行ないし不法行為にもとづく損

害賠償請求権を定めたものと理解する判例(5)(9)、とに分けられる。

求償権の制限ないし否定の法的構成は、権利濫用や信義則理論の借用(4)(5)(10)の判例)、過失相殺のテクニクの活用(2)(5)の判例)が代表的であるが、使用者・被用者相互の分担割合を双方の加功度に応じて、あるいは単に具体的事情に応じて、決定すべきであると述べるだけのものもある(7)(9)の判例)。

一般にこれまでの判例の態度は、求償権の法的性質の把握が不明確であり、制限の構成も性質論と充分接合していないということが出来る。生成途上の判例としてはやむを得ないと思われるが、この点についての理論面および制限の一般原則の確立は学者に課せられた課題であろう。

Ⅳ 制限の根拠と範囲 (一) なぜ、使用者に対する被用者の損害賠償責任は制限されなければならないのか? その実質的根拠は何か? それは、次の点にあると考えられる。

第一に、被用者は、医師・弁護士などの独立的職業に従事する者と異なり、自己の労働条件を自由にコントロールできない地位におかれていること、である。すなわち、被用者は、労働の危険性、疲労、仕事の単調さなどの事故の原因となる圧力状態を、従属労働の故に、除去したり、回避したりすることができないことである。

これは、責任制限理論をうちたてた西ドイツの教多くの判例が共通の認識として根底にすえている人間観、つまり、被用者の業務上の誤ちは継続して注意力を集中することが不可能な人間的不完全さの反映である、という見方と帰を一にする。むしろ、人間的不完全さは、被用者に限らず、一般の人々にもいえることであるが、従属労働に従事し、圧力状態の中に投げ込まれている被用者は、人間的不完全さが顕在化し、誤ちを犯しやすいという点に業務上の誤ちの特性があるといえる。

第二に、これは第一の裏返しになるが、使用者は、危険性のある労働、あるいは損害をひきおこしやすい労働を被用者に委任しておきながら、生じた損害をことごとく被用者に転嫁することの不当性である。わが国では、報償責任あるいは

危険責任の考え方が主として企業の対外的責任について華々しく主張されているが、対内的に被用者の責任を制限する根拠としても妥当しうる。

第三に、使用者は、経営から生じる定型的危険について、保険あるいは価格機構を通じて損失を分散できる立場にあるが、被用者は、通常そういった立場にないことである。被用者は使用者からの損害賠償請求に備えて、信用保険や責任保険をかけることは不可能ではない。しかし、そもそも使用者が経営危険として保険化しなければならない損失を、被用者に保険料の支払を肩代りさせ、よって保険金による填補をうけるのは、不当な責任転嫁である。

また先にみたように、求償をめぐるわが国の最近の判例では、使用者が自賠償保険のほか、任意保険に加入しなかったことが、被用運転者の責任軽減事由とされる傾向にある。これは、経営危険に属する損失を被用者に不当に転嫁してはならないという観点から、正当な方向として評価できる。

(二) わが国において、使用者の求償権を何等かの形で制限しようとするのは、最近の学説の動向である。ただ、今までのところ制限の範囲と構成において各説まちまちであって、定説というものは存在しない。それぞれの学説の紹介および検討は、すでにかんがりの文献によってなされているので、学説の詳しい紹介はそれらに譲ることにする。^(註)ここでは、若干の私見を中心に、被用者の責任制限の範囲と構成を述べることにした。

被用者の使用者に対する責任の範囲は、被用者の有責性の段階ないし程度を一般的基準として、圧力状態および使用者の過失相殺事由をその修正要素として、賠償額が決定されるべきであると考ええる。ここでいう被用者の責任とは、いわゆる使用者からの求償に対する責任のみならず、被用者が職務に關し使用者の物的財産を直接に滅失・毀損した場合の責任をも含み、肉体的労働によって損失を与えた場合であると、取引のないし事務的労働によるそれであるとを問わない。

まず第一に、一般的基準として、被用者の有責性の程度である。これは、被用者の故意・過失を、ごく軽いものから非常に重大なものまで、無数の段階構造をもつものとして捉え、賠償額は故意・重過失・輕過失というように、その非難性

の大小によって差をつけるべきである。⁽¹³⁾ むろん、ここでいう非難性の大小は、使用者との関係で生じた損害をどのように分担させたらよいか、という見地から判断されなければならない。それは過失の過重のみならず、例えば、同一被用者が軽過失を繰り返した場合は、責任の加重要素とすべきである。また、長年にわたって誤りを犯すことなく、真面目に仕事をしてきた被用者が、たまたま誤りを犯した場合は、逆に、責任の軽減事由とすべきである。

なお、被用者が故意に使用者の指揮命令に背いた場合には——わが国では、車の無断私用運転がよく問題になる——、事情に応じて責任の加重要素とすべきである。

第二に、修正要素としての圧力状態である。右に述べた非難性の大小による責任の決め方は、従属労働すべてに妥当する損害分担の一般的基準である。したがって、この基準によると、被用者は一般に軽過失の場合でも責任を完全に免れることはできない。しかし、被用者は、自己が置かれている労働条件によってなんらかの形で過失を強制される状態にある場合、すなわち圧力状態にあるときは、先の一般的基準を修正して、被用者の責任をより軽減する方向に作用させるべきである。⁽¹⁴⁾ 圧力状態は、一般に使用者側の事故発生に対する寄与度ないし加功度に対応するものであり、それは具体的状況に応じて強弱の差は存在するが、修正割合はその強度に応じて決定されるべきである。一般に、圧力状態が存在する場合には、被用者が軽過失のときは責任を完全に免除する方向性を確立すべきであらう。⁽¹⁵⁾

なお、圧力状態が強度である場合には、重過失の場合でも完全に免責される場合がある。たとえば、運送会社のトラックの運転者が居眠り運転をして衝突事故を起した場合、交代の運転助手もつけず無理な運行計画によって過労から事故を招来したことが明らかであれば、使用者に対する関係では、運転者の責任は完全に免除されてよいと考える。⁽¹⁶⁾

被用者の賃金の多寡は、求償の範囲を決める要素の中に入れるべきであらうか？ 結論からいうと、これは入れるべきでない。なぜならば、一つは、一般論として損害賠償請求の相手方の資力は、責任の成立要件および賠償の範囲に影響を及ぼさないのが原則であること、他の一つは、賃金の多寡という個人差の大きい個別事情によって賠償額に差をつける

ことは、偶然的要素を賠償額算定にとり込むことになって好ましくないからである。同様の理由によって、賃金のほかに、特別危険な労働に従事したことに対する報酬としての意味をもつ危険手当あるいは危険割増金を授受されていたかどうかも、考慮すべきではない。⁽¹⁰⁴⁾

第三に、同じく修正要素としての過失相殺事由の存在である。民法四一八条および七二二条二項のいわゆる過失相殺は損害の公平な分担という見地から妥当な賠償額を定めるための制度といわれている。被用者の使用者に対する損害賠償責任についても、圧力状態と並んで、使用者の過失相殺事由を責任軽減の要素とすべきである。

これに対して、過失相殺制度を活用するのならば、それ以外に、「有責性の程度」や「圧力状態」なる責任軽減要素をもち込む必要はないのではないかと批判が予想される。⁽¹⁰⁵⁾しかし、過失相殺制度は、もともと平等な市民相互間、いかえれば立場の互換性を前提とした損害分担基準であり、これのみをもって、そういった状況にない使用者と被用者との間の損害分担関係を決定することは、従属労働の特殊性を見失い、被用者に過酷な責任を課す危険性がある。

過失相殺は、損害の軽減のみで免責を許さないのを原則としているから、軽過失の場合でも常に責任を課せられる傾向を生む。また使用者の相殺されるべき「過失」のとらえ方いかんによっては、加害原因が労働条件と深くかかわりあっている面が不当に看過され、企業施設の不備・労働条件の劣悪さなど外部的原因のしわ寄せが、被用者に集中するおそれがある。こういった意味で、被用者の責任制限は過失相殺だけでは不十分であり、圧力状態の有無・程度という概念を導入して、それを過失相殺事由の存否と並んで損害分担の基準にする必要がある。

(三) 被用者の使用者に対する債務不履行ないし不法行為責任は右に述べた基準によって制限されるが、それを正当化する法的根拠は何か？ 西ドイツでは、この点に関して二つの考え方があつた。

第一のそれは、責任の前提となる構成要件の枠内で責任制限を導く考え方である。たとえば、労務給付に付随する定型的な誤ちは、違法性あるいは過失性を阻却するという主張がそれである。⁽¹⁰⁶⁾しかし、責任制限の対象となる被用者の加害行

為は通常はそれ自体予見可能性があり、しかも回避しうるものを問題としているのであるから、使用者との関係で違法性がないとか過失非難が課せられないと構成することは解釈上相当無理であり、かような見解の支持者は少ない。

第二の考え方は、判例をも含めて多くの学説がとっているものであるが、被用者の行為は違法かつ有責であることを前提としたうえで、他の特別の根拠にもとづいて責任制限を導きだす見解である。その代表として、扶助義務 *Fürsorgepflicht* と経営危険 *Betriebsrisiko* に根拠を求める見解があげられる。

扶助義務は、被用者の誠実義務 *Treuepflicht* に対応する、ドイツにおける特殊な労働法的概念であり、それはかなり古くからドイツ労働法の基本原理とされていることは周知のことであろう。⁽¹⁰⁷⁾ 扶助義務とは、一般に、使用者が被用者に対して保護と扶助を得せしめ、被用者の人格的・財産的利益を害する一切の障害を除去する義務であるとされている。そして、それが被用者の責任制限においても法的根拠として判例の支配的見解となっている。⁽¹⁰⁸⁾

ガミルシエークは、責任制限の根拠を使用者の経営危険に求めるべきことを主張する。それは、被用者が危険性のあるあるいは圧力状態にある労働を遂行するうえでの誤ちは、経営領域（支配）内で生じたものである限り、あたかも機械が故障したときの損害と同じように、使用者によって負担されるべき危険であるとする考え方である。使用者は、危険の源泉を置いたこと、すなわち、労働の基礎になる生産設備、材料を被用者に委ねて危険な労働に従事せしめていること、また被用者は人間として不完全であり、継続して万全の注意深さを履行することは従属労働の特殊性から不可能であること、しかも使用者は定型的危険については保険ないし価格機構を通して責任転嫁ができることなどが、この考え方の基礎になっている。

扶助義務という発想は、企業共同体思想に由来し、使用者に善良なる家父 *bonus pater familias* としての役割を期待するものであるが、わが国では、扶助義務から責任制限を導きだすことは、そういった思想的基盤・伝統がないことから、受け入れ難いであろう。これに対して、ガミルシエークを代表とする経営危険説は、使用者責任の根拠として学説お

よび実務上かなり深く浸透している、危険責任、報償責任あるいは支配領域説と発想を同じくしていることから、受け入れられやすく、責任制限の根拠として無難といえよう。

V 保険・協約・懲戒処分などの関係 (一) 被用者が第三者に損害を与えたことに対して使用者が負担すべき賠償責任が保険によってカバーされていた場合、保険者による代位はどうなるか？ すなわち、保険者が使用者との責任保険契約にもとづいて、使用者(場合によっては被害第三者)に保険金の給付をなした場合、保険者は、使用者の被用者に対する求償権を代位行使しうるか？ 一般論としては、代位は肯定せざるを得ない(商法六六二条参照)。その際に、被用者は、今まで述べてきた使用者に対するすべての責任制限の抗弁を保険者に対しても主張することができ、代位による求償の範囲はそれによって制限をうけると解すべきである。

しかし、わが国の現在の保険制度では、被用者も被保険者とされる例が多く保険代位を論じる余地がない場合が多い。たとえば、自賠法一条では、雇用運転者も被保険者とされて商法六六二条の規定が排除されており、同様の扱いは任意の自動車保険約款でもなされている。⁽¹⁰⁹⁾立法ないし特約で、被用者を被保険者として、保険者(その多くは巨大な資本をもつ保険会社)からの代位による求償の脅威を取り除くことは、政策的に望ましい措置といえる。

被用者を被保険者とする黙示の特約は、一般に肯定されるか？ イギリスでは、貴族院の判例として、この問題が争われたが、否定的に解されている。⁽¹¹⁰⁾わが国の場合も否定的に解さざるを得ないだろう。

(二) 被用者の使用者に対する損害賠償責任をどのようにするかについて、使用者・被用者間の個別契約や就業規則・労働協約で定めることは可能であるし、それが合理的な内容である限り、そうすることが望ましい。わが国では、被用者の責任が契約ないし就業規則・協約慣行としてどのような処理がなされているのか興味ある問題であるが、これに関する調査報告その他の文献はほとんどないようである。⁽¹¹¹⁾

法律論として問題となるのは、今まで述べてきた責任制限の方向性とは反対に責任を加重する取り決め、あるいは、そ

れをより一層軽減する合意の効力である。

まず、責任加重合意の効力である。たとえば、軽過失の場合でも被用者は常に無条件に完全賠償責任を負うという合意は有効であろうか？ 使用者と被用者が個別に行なう契約でそういった合意がなされた場合は、一般にそれは効力を有しない、と解すべきであろう。なぜならば、そういった契約は人格的ないし経済的実力において対等な市民法の原則が貫徹しない特殊性をもち、応々にしてそのような合意は使用者の一方的決定によって作りだされる場合が多いからである。

就業規則の場合も、同様の理由によって効力を有しない。このような処理は、契約によって責任加重とひきかえにならなかの形で賃金補償がなされている場合（たとえば、危険手当が特別に支給されているなど）⁽¹¹³⁾でも、同様である。合意ないし就業規則の効力を否定する法的構成は、公序良俗違反（民法九〇条）に求めるべきであろう。⁽¹¹⁴⁾

責任加重の合意が労働協約でなされた場合は、一般に有効と解すべきである。協約は集団的合意という性質から、対等性をもち、労働者側に不利な内容の合意は労働者集団の力量の反映として、自らの力によってはねかえすべきであろう。

つぎに、責任軽減の合意の効力である。これは、個別契約・労働協約を問わず、一般にその効力を否定すべき理由はない。⁽¹¹⁵⁾ただし、故意についても責任が軽減ないし免除されるといふ合意は効力を有しないと解すべきであろう（ドイツ民法二七六条二項参照）。

(三) 被用者の使用者に対する損害賠償責任と経営秩序罰ないし懲戒処分との関係はどうなるか？⁽¹¹⁶⁾ 一般論としては、両者は、目的、性質を異にする別個の制度であるといわねばならない。損害賠償責任は、使用者に生じた損害を、使用者と被用者との間でどのように分担したらよいかという観点に立つものであり、これに対して懲戒処分は、経営秩序の維持という見地から予防ないし威嚇作用、場合によっては教育的効果を目的とするものである。だから、被用者に対する求償ないし損害賠償請求が否定されても、使用者は懲戒処分をなしうる。また、無条件に損害賠償責任を懲戒責任に代替させることはできない。但し、労働協約でもって損害賠償責任を否定して懲戒責任のみにすること、あるいは損害賠償責任の性質

を兼ねた徴戒責任の内容を協定することは、さしつかえない。協約の中で、定型的事例を細かく列挙し、過失のあらゆるニュアンスに応じた責任範囲や賠償の限度額、その実効方法を明確に規定しておくことは、被用者にとっても予め確実な責任範囲が予測できることから、望ましいことである。⁽¹⁷⁾

VI 被用者の対外的責任 (一) わが国の判例および通説によると、被用者は、第三者との関係では、民法七〇九条の要件が備わっておれば、全部責任が生じるとされている。そうすると、被用者が第三者に対して責任を負う関係と使用者が第三者に法定の賠償義務を履行し被用者に求償する関係との間に調整をする必要が生じてくる。

西ドイツの判例では、この間の調整を、使用者に対する免責請求権 *Freistellungsanspruch* なるものを被用者に認めて解決をはかっている。⁽¹⁸⁾ すなわち、被用者は、業務執行につき第三者に与えた損害について、第三者に支払いをなした賠償額はもちろんのこと、支払以前においても賠償義務そのものの免責を、使用者に対して請求ができるとされている。使用者に対して免責請求ができるのは、被用者が軽過失の場合であり、故意・重過失の場合は認められない。また、軽過失の場合の免責範囲は、原則として、通常の過失の場合の一部、軽微な過失の場合には全部という先に述べた過失の段階に応じて、損害の全部または一部の分担請求ができるとされている。この免責請求権について特に注意しなければならないのは、被用者が第三者に損害賠償義務を履行し、その求償として使用者に負担部分の請求をするという性質のものではないということである。それは、扶助義務に対応して被用者が使用者に対して保護を求める特殊労働法的請求権であり、したがって、第三者に賠償したかどうかに関係なく、被用者が賠償義務を履行する以前でも免責請求権の行使は認められ、さらにそれを譲渡することも担保に供することも可能であると解されている。

しかし、この免責請求権も弊害はある。それは、この権利が譲渡性をもつことから、応々にして第三者によって悪用される危険性をもっていることである。第三者が使用者に対して責任追求をしても、多くの場合、特別法による各種の責任制限の壁によって使用者の民事責任は一定限度で打ち切られる。⁽¹⁹⁾ そこで、第三者は被用者の免責請求権を譲受けるなどの

方法によって、実質的に使用者から限度額以上の賠償金を手に入れる道を選ぶことになる。また第三者は使用者との訴訟で敗訴しても、被用者の免責請求権を手中に収めれば、同様に使用者から賠償を得るに等しい結果を得る。たとえば、第三者がBGB八三一条によって使用者を相手に訴訟を起したが、使用者に選任・監督上の過失がないとの理由で敗訴しても、被用者が軽過失である限り、使用者に対する免責請求権を譲りうけて行使すれば、敗訴の不利益は免れることになる。さらに極端な場合は、始めから免責請求権を行使して、煩わしい使用者相手の訴訟を回避することも可能であるときとされている。

(二) 前述したとおり、わが国では、被用者が第三者に賠償義務を履行した場合、使用者に対する求償請求をなすことは認められないとするのが通説的見解であるけれども、しかし、最近では、被用者から使用者に対する求償を積極的に認めようとする見解も有力に主張されている。使用者と被用者とが不真正連帯に立つことに着目し、⁽¹⁹⁾あるいは両者が相互保証関係にあるとし、⁽¹²⁾あるいはまた両者を共同不法行為者とみなし、⁽¹²⁾その属性として使用者に対する負担部分の求償を認めようとする見解がそれである。

使用者との関係で責任制限を認めておきながら、たまたま第三者に賠償義務を履行した場合は被用者が完全賠償責任を負担し、それを使用者に転嫁できない、つまり求償を完全に否定することは、不均衡のそしりを免れず、被用者にとって酷であろう。その意味で、使用者に対する求償を認める見解は合理性をもつし、またいずれの見解も被用者が第三者に賠償義務を履行したことを条件にして求償を認めるのであるから、西ドイツで免責請求権について生じる弊害は発生する余地はない。

しかし、これらの見解はいずれも被用者に使用者に対する求償を認めるとはいえ、第三者には常に完全賠償責任を負担しなければならぬという前提を固守している。はたして被用者に対する対外的全面責任を負わせる実益はあるのだろうか？ また使用者に対する求償を認めることは、被用者にとって望ましい措置といえるのだろうか？

周知のとおり、国家賠償法一条の解釈として、公権力を行使する公務員が少なくとも軽過失の場合には対外的責任を免れる、とするのが判例および通説の立場である。免責の根拠は、第一に、国または公共団体には賠償資力があり、被害者との関係で公務員に個人責任を負担させる実益はないということのほか、第二に、過失の場合まで個人責任を認めることは公務員の職務執行を委縮させること、第三に、求償権の行使は公務員に故意または重過失がある場合に限定していることから、軽過失の場合に個人責任を認めることはかれと均衡を失すること、があげられている⁽¹²³⁾。しかし、よく考えてみると、第二および第三の根拠は、程度の差こそあれ、その他の被用者一般にいえることであり、第一のそれも、公務員に限らず、ごく稀な例外を除いて、被用者よりも使用者の方が一般に資力があるといつてよい。だから、公権力を行使する公務員だけ他の被用者と異って対外的個人責任を否定し、それを特別扱いする根拠は、はく弱といわねばならない。

また、いわゆる企業責任の一環として、被用者の対外的責任を一定限度で制限しようとする見解は、わが国ではかなり古くから主張されている。たとえば、軽度の過失は事業に通常伴う危険の一部であるとか、機械的労働に従事することから生じた加害は企業組織自体に在する瑕疵とみるべきであるとか、あるいは正当な職務権限としてなした行為に対して企業主は自己の行為として責任を負うべきであるとかの見解がそれである。さらに最近では、使用関係にある運転者は、自賠責保険給付の範囲内で、対外的責任をも免れるとする見解もだされるに至っている⁽¹²⁷⁾。こういった動向からすると、被用者が常に対外的に全面責任を負わなければならないとする命題は、一種のドグマであり、修正を許さないものではない。

西ドイツでは、仲間労働者に対する人身傷害については、一九六三年の新立法によって、加害労働者は故意についてののみ個人責任を負うとされ、過失(重過失を含む)の場合は完全に免責されることになった。その立法趣旨は、同一企業内で労働者相互が損害賠償請求し、あるいは使用者に対して免責請求をすることは企業平和 Betriebsfrieden を損なうこと、この種の事故は労働災害として同業保険組合 Berufsgenossenschaft のみが責任主体となるべきこと、があげられている⁽¹²⁸⁾。わが国の場合でも、被用者相互あるいは使用者に対する求償という形で損害賠償請求がなされることは、企業平和という

観点から好ましくないとの批判をうける余地がある。

(三) 以上の諸点を考慮すると、被用者は対外的責任においても一定限度において責任を免れしむる構成をとるべきであり、使用者に対する求償はできるだけ否定する方向を確立する必要がある。どの範囲において対外的責任を免れるとすべきかは問題である。わが国の従来の学説の中には、国家賠償法一条のように軽過失の場合は一律全面的に責任を免れるとする見解もあるが、⁽¹²⁹⁾しかし、軽過失といっても千差万別であり、それを一律に責任なしとするのは問題であるし、逆に重過失の場合は一〇〇%責任を負うとするのも硬直である。

やはり、被用者の免責範囲は、使用者に対する責任制限を原則として対外的責任にも適用して処理すべきであろう。もっとも、その場合に、使用者に対する過失相殺の抗弁は、第三者に対しては、そのままでは使えない。そうすると被用者の対外的責任の割合は、被用者の有責任の程度による責任を一般的基準として、圧力状態の強弱をその修正要素として、決定されるべきであると考える。⁽¹³⁰⁾なお、経営危険に属する事故で、圧力状態が著るしく強度である場合には、被用者が完全に対外的責任を免れる場合はあり得る。その場合は、過失ないし違法性が阻却されるものとして取り扱われるべきであろう。

被用者は、対外的責任を一部、場合によっては全部免れるとするならば、それでは被害者の救済が充分でない場合が生じるのではないかとの懸念がある。確かに、中小企業の場合は、使用者ないし企業主の資力だけでは、被害者に対する賠償を完全に賄ないきれないことがありうる。ただ、いわゆる法人成りした企業の場合は、わが国の判例では、⁽¹³¹⁾経営主を代理監督者として個人責任を問う方が認められているので、被用者の責任はその限度で緩和される。法人成りした経営主に資力が充分でなく、あるいは零細な個人企業の場合には、被用者の対外的責任を軽減ないし免除することは、慎重にならざるを得ないだろう。根本的には、なお一層の責任保険制度の発達と普及によって、中小企業で働く被用者の責任軽減をはかることが望まれる問題である。

(72) 身元保証に関する研究は、周知のとおり西村信雄教授の一連の労作があり、その集大成としての同教授の著書「身元保証の研究」(昭和四〇年)は、わが国の身元保証の実態や裁判例をよく伝えているのみならず、解釈論にわたって示唆に富む提言をしている。しかし、ここでは、研究視角がもっぱら身元保証人の責任をいかに合理的に制限するかという点にだけ向けられており、その前提となる被用者自身の責任をいかに制限するかという視角は欠落している。

(73) わが国の現在の労災保障制度のもとでは、仲間労働者に対する加害行為は「第三者行為災害」として取扱われ、規定のうへでは労災保険給付をなした政府は加害労働者に求償できることになっている(労災保険法二〇条)。しかし、実務上は加害労働者に対する求償は差控えられている(昭和四四年三月二三日基発一四八号)。もっとも法定補償に含まれない損害、たとえば慰謝料や得べかり利益などについては、加害労働者は、被害者に対して、あるいは使用者からの求償に対して、民事責任を負担する余地は残されている。

(74) 大会では、労働法部会において、この問題での権威者であるガミルシエック教授(Prof. Dr. Gamiltscheg)の報告をもとに活発な討論がなされている。その事情は「Sitzungsbericht der Verhandlungen der Arbeitsrechtlichen Arbeitsgemeinschaft am 24. Sept. 1964」が詳しく伝えているが、そのほか NJW 1964, 2098 や JZ 1964, 690 (Dr. Wolfgang Gitter) に討要論旨がある。

(75) 一九六三年の災害保険新規定法 (Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetz) によって、加害被用者が仲間労働者の人身傷害に対して責任を負うのは、故意についてであり、重過失・軽過失については責任を免れるとされている。人身傷害をうけた労働者は、労働災害として、社会保険者としての同業保険組合(Berufsgenossenschaft)から、災害保障をうけるのみである。なお、被害労働者に保障をなした社会保険者は、加害被用者に故意もしくは重大な過失がある限り、求償できるが、しかし、加害者の経済状態を考慮して求償権を放棄できるとされている (§640 RVO n. F.)。

西ドイツの労災保険給付と民事責任との関係については、西村健一郎「ドイツ労災保険法における事業主等の民事責任」民商法雑誌六八巻一号二三頁(昭和四八年)が秀れた紹介をしており、その中で、同僚労働者相互の責任免除についても判例・立法の動向をよく伝えている。

- (76) わが国における労働者の責任制限一般については、昭和四八年の私法学会の部会報告において、私は西ドイツの学説・判例を素材として試論を提示した。その報告要旨は、私法三六号に掲載される予定である。
- (77) 民法議事速記録第四一巻七二三条四一ノ二三。なお、本稿（八巻二号）七六頁および註（30）参照。
- (78) 神田・前掲論文（北大法学論集二一巻三号）七〇―七一頁および同論文脚註（7）七九頁は、穂積の説明を引用したうえで、民法起草者は七一五条三項の規定は使用者が共同不法行為者の他の一人である被用者に対する負担部分の求償を定めたものと理解していたことはまず疑いがなし、とする。
- (79) Motive : Unerlaubte Handlungen, § 713-715=Mugdan, Materialien zum BGB., S. 412 には、衡平の根拠 (Billigkeitsgründen) から、かような規定を設けたと説明されているだけである。なお、求償権者は被害者から損害賠償請求をされる前にも直接の加害者に対して解放請求権 (Liberationsanspruch) を行使することができ、また求償権者が故意に第三者に損害を与えた場合は求償および解放請求いづれも否定されると説明されている。
- 第二次草案 (Protokolle : § § 713-715=Mugdan, a. a. O. S. 1095) では、若干の字句の修正があったにとどまり、この点については、とりたてた議論はされていない。
- (80) この点は、一九六七年の参事官草案において、BGB八四〇条二項の撤廃理由の個所で指摘されている (Referentenentwurf, II, S. 143: 邦訳―大阪市大「法学雑誌」一七巻二号二八頁)。なお、神戸大学外国法典叢書ドイツ民法Ⅱ債務法（柚木馨）三三九頁にも同旨の説明がある。
- (81) 卷之三（明治四三年）八九七頁。
- (82) 前掲書「各論」下巻（大正一三年）九二二頁以下。
- (83) 末弘殿太郎・債権各論（大正十二年）一〇九〇頁、宗宮信次・不法行為論（昭和四三年）一六五頁など。
- (84) 民法七一五条三項を債務不履行なしし不法行為にもとづく注意規定とみる見解は、近時の有力説である。たとえば、加藤・前掲書「不法行為」一八九頁、川添・前掲論文（青山法学論集八巻三号一三八頁）、中元紘一郎「使用者の求償権」ジュリスト交通事故判例百選（昭和四三年）一四頁、淡路剛久「使用者責任と求償」ジュリスト五三〇号（昭和四八年）一二三頁など。

(85) 谷口知平「植林弘・損害賠償法概説(昭和三九年)一五六頁は、使用者と被用者との間に契約関係が存在せず、単なる事実上の使用関係が存在するにすぎない場合もあるので、七・一五・三項の規定を単なる注意規定とみることができないとする。しかし契約関係がなければ不法行為の構成を無視できず、同条三項をその場合に権利根拠規定と解することはできない。

(86) 周知のように、近時の有力な見解として、川井健教授は自賠法三条と民法七・一五・三項の連続性を否定し、むしろ、民法七・一七・七・一八条の危険物を使う者の責任に類比して自賠法三条を理解すべきであるとする(「運行供用者責任の根本理念―自賠法三条と民法七・一五・三項の非連続性―」判例タイムズ二二二二号(昭和四二年)一二頁)。この川井教授の提言をめぐって、通説側からも反論がなされ(宮原守男「自動車自故責任―その一―」遠藤浩「川井健」西原道雄編・演習民法(債権)四四〇頁)、また自賠法三条は民法七〇九条の特別法とみる見解も主張されるに至っている(石田喜久夫「自賠法三条と民法七・一五・三項」中川善之助「兼子一監修・実務法律大系(交通事故)」(昭和四八年)二二二頁)。

(87) この判決についての評釈は、椿寿夫・判例評論一一六号二二〇頁があり、極めて未熟ではあるが、筆者も法律時報四一巻一二号一三八頁で評釈を試みている。

(88) 本事件では、会社側に選任監督上の過失があった事実は認められていない。なお、判決は使用者の選任監督上の過失は過失相殺の適用事由となり、賃金の低廉・労務の過度は過失相殺の類推適用事由となるとしている。

(89) この事件は、判例集に登載されていないようであるので、判例タイムズで紹介された範囲でみると、本文の指摘のごとくである。なお本件では、X会社(原告)は不当利得返還請求権を主張したようであるが、裁判所は主張の全趣旨から求償請求権と解して、判断をしている。

(90) X会社においては、会社および運転者側それぞれの代表者によって構成されている事故処理委員会なるものがあり、運転者が事故を発生させた場合、賞与の減額をどの程度にするか、運転者に損害賠償請求権を行使するかどうかなどを審議決定していた。裁判所の認定によると、Yの第一から第二の事故については、それぞれの月の無事故手当および愛車手当が支給されなかったほか、第三事故については賞与から五千円減額されていること、Yは解雇されるまでは在職中一度もX会社から請求権を行使するとの意思の表明をうけなかった事実からすると、前記委員会の審議決定を経て、Yに請求権を行使しない旨の決定がなされたものと推認

されるとしている。

(91) 本件では、第一から第四事故にいたるまで、いずれもYの前方不注意による軽過失によってひきおこされたものであることは当事者間に争いが無い。

(92) 本件では、死亡した従業員Aの相続人Y₁Y₂の側も、別訴でX会社を相手に民法七〇九条にもとづく損害賠償請求訴訟をおこしており、両訴は併合審理された模様である。X会社を被告とする訴訟では、X会社が整備不良車を運転させた過失と亡Aの過失は、事故発生の寄与度という観点から評価すると、五割対五割であるとされ、Y₁Y₂の請求額の半分が認容されている（一部認容）。

(93) 西ドイツにおける判例の発展や学説の展開、比較法的考察において秀れた分析をしているのは、Garnilischeg = Hanau, Die Haftung des Arbeitnehmers, 1965である。なお、極めて不十分ながら、拙稿・前掲鹿大法学論集七巻一号二三頁以下におおむね、西ドイツの判例・学説の紹介をしている。

(94) 取引的活動や事務的活動の過程において使用者に与えた損害に対する責任は、欠損責任 Mankohaftung とし、一分野を形成しており、判例・文献とも多い。この問題についての判例の紹介は、さしあたって Garnilischeg = Hanau, a. a. O. S. 9 ff. 参照。

(95) Garnilischeg = Hanau, a. a. O., S. 24. は、労働裁判所の判事である Rüstig 氏の長い経験にもとづく言を引用して、本文のこゝづく指摘する。

(96) 使用者の被用者に対する損害賠償請求権の行使が一定範囲で制限されるという理論、裏からいうと被用者の責任制限理論がドイツの判例のうえで最初に打ち立てられたのは、一九三六年のブラウエン労働裁判所の判決 (ArbG Plauen vom 4. 11. 1936, ARS 29, 62) におおむねあり、それがライヒ最高労働裁判所 (RAG) においても確立され、大戦後においてもラント労働裁判所 (LAG) / 連邦最高労働裁判所 (BAG) / 連邦最高民事裁判所 (BGH) で承継されている。

(97) 過失を三段階にわけて責任額を決めるのは連邦労働裁判所およびこれに従う下級審の判決の立場である。これに対して、下級審の大部分の判決は、過失を三段階にわけることに反対し、危険性のある労働においては、軽過失による損害惹起は完全に免責されるとの立場をとっている。連邦労働裁判所が軽過失 ≡ 完全免責に反対する理由は、第一に、軽過失 ≡ 完全免責は BGB の一般責任

原理から逸脱するのがなほはだしく、裁判官がそれを行なうことは、立法権の侵害であること、第二に、輕過失Ⅱ完全免責は怠惰な労働者を作りあげることになる」とされている。

(98) 数多くの判例の共通の認識として、判決文の中でしばしば繰り返される次のような言葉は、このことを端的に示すものである。たとえば、BAG-Beschluss v. 25. 9. 1957, BAG 5, 1, 及び RAG, ARS 30, 1 及び RAG, ARS 41, 259 並びにそれらに引用する。

「被用者によってなされる仕事の性質からして、誠実で注意深い被用者でも、業務を遂行するうえでしばしば誤ちを犯すことは経験上、大きな蓋然性をもって起りうる。その誤ちは、なるほど避けることができるものであり、その意味で過失によってひきおこされたものといえることができるけれども、人間の不完全さを考慮すれば、業務遂行上、予見しうる定型的な誤ちであり、それは人間として宥恕されうる過失である」

また、LAG-Frankfurt 4. 1. 1956, VersR 1956, 327 は、次のようにいう。――

「(被用者の) 責任輕減は、危険性のある活動についてのみ妥当する。すなわち、それは業務を遂行するうえで全労働時間において連続して高い緊張と注意深さが要求される活動である。被用者は、経験上、しばしばこの緊張と注意深さを怠るが、その原因の多くは、疲労や環境の影響するところが大である。そして生じた損害額は、通常、被用者の賃金に比して過大である。この損害は、結局のところ、継続して注意力を集中することが不可能な人間の不完全さにもとづくものであり、多かれ少なかれ、避けることができなものである」

(99) わが国における求償権制限に関する判例のみならず、学説を紹介し検討した文献としては、次のものが代表的であろう。

神田孝夫・前掲論文(民事研修一六八号二三頁)、武久征治「民法七一五条三項における求償権制限について」『彦根論叢』一三八号(昭和四四年)四七頁、中元紘一郎・前掲論文(ジュリスト交通事故判例百選一四頁)、金沢理「運行供用者の求償権」ジュリスト五三〇号(昭和四八年)一一〇頁、同「運行供用者の運転者に対する求償権の否定された一事例」判例タイムズ二七二号(昭和四七年)八五頁、淡路剛久・前掲(ジュリスト五三〇号一二三頁)。

(100) 使用者の求償の範囲は、被用者の過失の割合によって決定すべきことを主張する見解として、西原道雄「交通事故による賠償の

基本問題」運輸と経済二八巻七号(昭和四三年)四(七)頁がある。なお、星野英一教授も前掲の頃評釈に対する附記の中で、求償は被用者の有責性の有無・大小で決せられる構成も可能であるとする(法協八一巻五号五六五(五七一)頁)。ここでいう過失の割合あるいは有責性の程度とは、違法性をも含んだ概念として用いるべきであろう。ただし、わが国では違法性概念の要素の中に結果の重大さをも組み込んでいるが、求償の際には、この要素は考慮されるべきではない。

(10) 圧力状態なる用語は、西ドイツで、ガミルシェークが、責任制限の対象を「危険性のある、もしくは損害をひきおこし労働」*„gefahrenreiche od. schadensreiche Arbeit“*に限定すべしとする従来の判例・学説の立場に反対して、圧力状態 *Drucksituation*にある労働を責任制限の対象にすべきであると提唱した。その用語を借用したものとびあさ(Vgl. *Gamillscheeg* = Hanau, a. a. O., S. 41ff.)。ガミルシェークが圧力状態なる概念を提唱した理由は、次の点にある。すなわち、第一に「判例によれば、被用者の責任制限の対象は、最初は自動車の運転活動や起重機の操作などのように定型的危険労働に限定されることだったが次第に、それ自体危険性がないと考えられる事務的労働 *Büroarbeit*にも制限の対象が拡大されていったことから、もはや「危険性のある労働」という従来の概念では包摂しきれなくなったこと、第二に、一九六〇年三月三日の連邦労働裁判所の判決(たとえば、*BB 1961, 251*)によると、天気が良く通し見通しもよいというのに、交通量も少ないオートバンを運行する自動車運転者の活動は、危険性のある労働とはいえないとして責任制限を拒否しているが、この判決は定型的危険労働から具体的危険労働へと責任制限の対象を転換したものと評価できること、である。かくしてガミルシェークは、責任制限の対象は、「危険性のある労働」ではなくして「圧力状態」のもので活動に求めるべきことを主張する。

(102) 西ドイツの学説では、危険性のある労働、あるいはガミルシェーク流にいうと圧力状態にある労働において、被用者が軽過失のときは、一般に完全免責させるべきであるとの見解が有力である(*Gamillscheeg* = Hanau, a. a. O., S. 72ff.)

(103) 国家賠償法一条二項は、公権力の行使にあたる公務員の起した不法行為の場合には、国または公共団体の求償権行使は、加害者に故意または重過失があった場合に限定されるとしており、七一五条三項の解釈の指針としても、これを参考にすべきだとか、この方向をめざすべきだとの見解が学説の中にはかなり有力である。しかし、故意はいいとして、重過失のときは求償額が一〇〇%、そうでない軽過失のときはゼロという意味でそういう主張をするのならば、不当である。

- (104) 西ドイツの判例は、被用者が軽過失の場合の責任割合を決める基準として、賃金の高さや危険割増金 (Risikoprämie) のほかに、職場での地位、年令、経歴、はては被用者の家族関係まで斟酌しているが、これは裁判官に過大な負担を課すことになり、ひいては訴訟のキャンプリ化をもたらすとの批判がある (Gamillscheg, Verhandlungen, S. 23 [G]; AcP 1965, 378)。
- (105) 淡路・前掲・シュリスト五三〇号一三頁は、過失相殺のテクニクを活用して使用者と被用者との間の公平な損害分担を行なうべきことを強調する。
- (106) 違法性阻却説の代表者は、ニッパーダイ (Nipperdey) シュレーダー (Schöder) である。過失阻却説は「シュタインドレン (Steindorf)・クラウス (Claus)・デネッケ (Denecke) である。責任の根拠についての学説の紹介・検討は、Achterberg, Der Rechtsgrund der Haftungsbeschränkung und der Ersatzanspruch des Arbeitnehmers bei schadensengestierter Arbeit, AcP 1964, 14が詳しい。
- (107) ドイツ労働法における扶助義務の位置づけについては、「シンツハイマー」労働法原理」二版 (昭和四六年) 榎崎二郎・蓼沼謙一訳における原著解題補論 (三七〇頁) 参照。
- (108) Gamillscheg = Hanau, a. a. O., S. 34ff. §5.
- (109) 自動車保険普通保険旧約款第二章賠償責任条項第一条三号、同新約款 (昭和四七年九月二五日大蔵省認可、同年一〇月一日施行) 第二章賠償責任条項第三条一号および三号参照。
- (110) リスター事件 (Lister v. Romford Ice & Cold Storage Co., Ltd. [1957] All E. R. 125) として有名な判決である。この事件の紹介およびそれをめぐる議論の検討は、伊藤正巳「使用者の求償権—イギリスの新しい判例の示唆するもの—」法協七四巻五・六合伴号三七頁、および拙稿・前掲「代位責任の基礎理論—その二・完」鹿大法学論集六巻一号五三頁参照。
- なお、ガミルシェークは、リスター事件にも言及して、黙示の特約ないし推定的当事者意思が擬制であるという大方の批判に反対して、これに一定の評価を与えている (Gamillscheg = Hanau, a. a. O., S. 28.)
- (11) 筆者の手もとにある文献としては、三島宗彦「交通事故における使用者の求償権と労働法の関連」企業法研究一五五輯 (昭和四三年) が、求償権の行使が協約・就業規則・慣行などによってどのように規制されているかを比較的良好に伝えている。

- (12) ガミルシエークは、責任加重の合意が、明示的で、しかも危険割増金 (Risikoprämie) の給付と引きかえになされている場合に限って、そのような合意の効力は有効であるとする (Gamillscheg = Hanau, a. a. O., S. 26f. § 3)。これに反対の見解として Isele, AcP 1965, 378 (Gamillscheg = Hanau の著書に対する書評) がある。
- (13) Isele, a. a. O., S. 380. は、責任加重の合意は、一般に良俗違反 (sittewidrig) と解すべきではないからである。
- (14) 同旨 Gamillscheg = Hanau, a. a. O., S. 26.
- (15) 西ドイツで労働協約ないし経営協定をもって被用者の責任制限を定める例は極めて少ないものである。Gamillscheg = Hanau, a. a. O., S. 25f.によれば、次のような例があげられている。
- (イ) ドイツ連邦製菓業の概括協約 (MTV § 2 Ziff. 1 III) は、「すべて被用者は、秩序適合的および規則的な労働に対して責任を負う」と定めているが、この規定の注釈では、被用者が違法に行動し、かつ有責(故意または重過失)があるときに限って、責任が生じるとされている。
- (ロ) 一九五〇年のニードルザクセンおよびヘッセンにおける飲食営業の概括協約 (MTV § 15 III) では、「違約金 (Bruchgeld) の控除は、重大な過失がない限り、許容されない」と規定している。
- (ハ) ドイツ家政団体と栄養・健康・飲食組合との間で合意された家事使用人に対する概括協約 (MTV § 3 II) は、「被用者が、使用者の家庭においてその雇用義務を執行するにつき、ひきおした損害は、故意がある場合のみ賠償責任を負担しなければならぬ」と定めており、重過失の責任をも免除する珍しい規定である。
- (ニ) 連邦内における家事使用人の労働条件の規制についての基準 (BArzBfI. 1952, 289) は、家事使用人は家財用具の毀損について、故意もしくは重過失がある場合のみ責任を負うと定めている (§ 2 Abs. 2)。
- なお、保護服や仕事用具の損害についての責任規定もかなりある (これについては Gamillscheg = Hanau, a. a. O., S. 25. Anm. 107 参照)。
- (16) この問題については Gamillscheg = Hanau, a. a. O., S. 75ff. § 9 以下一般的な論述がある。
- (17) ほゞ同様の提言は、三島、前掲論文(企業法研究一五五輯三四頁)でもなされている。

- (118) 免責請求権については、Gamillscheg = Hanau, a. a. O. S. 83ff. § 10 にも論述があるが、最も詳細な文献は、J. G. Helm, Der arbeitsrechtliche Freistellungsanspruch bei schadensgeneigter Arbeit und seine Auswirkungen auf die beschränkte Unternehmerhaftung, insb. im Verkehrsrecht, AcP 1961, 134 である。本文は、主として後者による。
- (119) 西ドイツにおける特別法上の責任制限については、加藤一郎編・諸外国における交通事故による人身損害賠償の研究(昭和四一年・日本国有鉄道)に所収のドイツ編(小西国友執筆)および五十嵐清「ドイツにおける不法行為法の発展―危険責任を中心に―」鈴木祿弥「五十嵐清」村上淳一編・概観ドイツ法(昭和四六年)一九五頁参照。なお、西村・前掲論文(民商法雑誌六八巻一号三三頁)も、労災保険についてはあるが、詳しい紹介をしている。
- (120) 椿・前掲判例評論一一六号一二〇頁。なお、椿教授の不真正連帯債務論に対する批判として、淡路剛久「不真正連帯債務概念についての一考察―共同不法行為の場合を中心として―」米栖三郎「加藤一郎編・民法学の現代的課題(川島教授還暦記念Ⅱ・昭和四七年)二〇一頁がある。
- (121) 浜上則夫「損害賠償法における『保証理論』と『部分的因果関係の理論』・2―完」民商法雑誌六六巻五号(昭和四七年)五五頁。
- (122) 武久征治・前掲疹根論叢二三八号四七頁。高梨公之「不真正連帯債務」判例演習債権法Ⅰ(昭和三八年)一〇二頁。
- (123) たとえば、加藤編・前掲注釈民法(9)債権(四一四頁(乾昭三執筆)、古崎慶長・国家賠償法(昭和四六年)一九七頁参照。
- (124) 岡松・前掲「責任論」一一頁および一四頁の註五・六は、ドイツの学説として紹介している。
- (125) 我妻・前掲「不法行為」一一八頁。
- (126) 戒能・前掲「各論」四七六頁。なお、註(58)参照。
- (127) 金沢 理「運転者責任の法理―運転者責任をめぐる裁判例を機縁として―」商法・保険法の諸問題(大森教授還暦記念・昭和四七年)五五八頁。
- (128) この点、Gamillscheg = Hanau, a. a. O. S. 88ff. にも、Peter Hanau がライヒと保険法六三七条に関する章で詳細に論述している。なお、註(75)参照。
- (129) 神田助教教授は、いわゆる企業責任について被用者は軽過失に対して全面的に責任を免れるとする立場であることは、前述したと

おりである（註（66）参照）。

〔130〕被用者に限らず、七〇九条の一般論として、有責任の程度によって賠償額に差をつけるべきことを主張する見解として、西原道雄「人身傷害における賠償額の法理」ジュリスト三三九号（昭和四一年）二五（三〇）頁。

〔131〕最判昭四二・五・三〇民集二一・四・九六一、最判昭三五・四・一四民集一四・五・八六三など参照。

六 結——構成の試論

企業の損害賠償責任を追求する法的構成として、民法七一条は、民法四四条と同様に企業を構成する個人の不法行為を当然の前提としたうえで、企業はいかなる要件のもとで責任を負うかということを経営の無過失責任論との絡みあいである、というのが、わが国のこれまでの大方の学説の態度であったといつてよい。かような発想からすると直接の加害行為者である企業構成員には民法七〇九条の一般不法行為の要件が当然備わっていなければならないこと、またその者は直接の加害者であるから、対外的にはもちろんのこと、企業内部においても最終的に責任を負担すべきである、との結論とむすびつきやすい。本稿は、七一条に関して、こういった従来の学説・判例が当然の前提としていたドグマに対して疑問を提示して再検討を促し、荒削りではあるが、私なりに考えた構成の試論を提示してみた。終りに、いまそれを要約すると、次のとおりである。

(1) 民法七一条の解釈論として、被用者の個人責任を発生せしめる要件の一つである被用者の有責任、すなわち「意思」的要素としての故意・過失・責任能力の有無は、使用者の責任判断過程においては当然の前提とすべきではない。つまり、そういった意味での有責任が被用者に備わっていようといまいと、使用者は被害者に対しては責任を負ってしかるべきであると考えられる。但し、被害者が使用者の責任と並んで、被用者の個人責任をも追求する場合には、有責任を主張・立証しなければならない。

(2) 被害者は、使用者の責任を追求する場合は、被用者の職務執行につき行なわれた加害行為によって自己に損害が生じたことを主張・立証すればよい(損害の発生・業務執行性および因果関係の証明)。使用者は、被用者の行為が客観的に相当な行為であったことを違法性阻却事由として主張・立証できるが、それが認められるかどうかは、被侵害利益の性質・内容との相関において判断される。⁽¹³⁷⁾

(3) 使用者が被害者に賠償義務を履行した場合の被用者に対する求償は、当該被用者に有責事由が存在することを使用者の側において証明しえた限り、許容される。その場合の求償権の法的構成は、債務不履行ないし不法行為にもとづく損害賠償請求である。求償の範囲は、被用者の有責性ないし非難性の程度を一般的基準として、圧力状態の強弱および過失相殺事由を修正要素として、賠償額が決定される。⁽¹³⁸⁾ 求償権の法的構成およびその範囲は、被用者が職務に關し直接に使用者の物的財産を滅失・毀損した場合の責任にも妥当する。

(4) 被用者の被害者に対する責任の範囲は、有責性の程度と圧力状態を基準として対外的にも責任を制限すべきであつて、常に完全賠償責任を負担し、使用者に対する負担部分の求償を認めるといふ構成をとるべきではない。

(137) 周知のとおり、近時わが国では、一連の公害訴訟を契機として、民法七〇九条の過失の内容をめぐって激しい論争が展開されている(この点についての学説や判例の整理・検討は、淡路剛久「最近の公害訴訟と私法理論」判例タイムズ二七六号(昭和四七年)一二頁および沢井裕「新潟水俣病判決の総合的研究・5」法律時報四四卷一四号(昭和四七年)一五七頁、が秀れた考察をなしている)。その中で、最近有力な見解として平井助教教授によって主張されている新過失論によると、「意思」的要素と結びつく予見可能性および責任能力は「過失」の判断にあつては無視ないし軽視し、従来から違法性の要素と考えられていたものを過失の中にとり込む考え方のようであるから、七一五条の解釈論としても被用者の「過失」は前提とするとしうえで、私の提示した試論とはほぼ同一の帰結を導くことも可能であろう。しかし、私は、七〇九条の過失論については、違法性と有責性を対置させる伝統的な二元説に賛成であり、それを前提としたうえで、七一五条の解釈論を展開していることを明言しておきたい。

(133) かつて私は、使用者の求償の範囲は、被用者の有責性の程度のみを基準として決定すべきであるとの立場にたっていたが（判例評釈・法律時報四一巻一二号一三八頁、前掲・鹿大法学論集六巻一号一六三頁）、今は、これだけでは基準として不充分であると考え、本文のように改める。

（昭和四九年一月二五日脱稿）