

被用者の有責性と民法七一五条【その一】

— 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
  - Ⅰ 位置づけ
  - Ⅱ 違法性との関係
  - Ⅲ 責任能力
  - Ⅳ 構成
- 三 立法の沿革
  - Ⅰ 責任の法的性格
  - Ⅱ 被用者の有責性
  - Ⅲ 考察
- 四 学説の検討

## I 過失責任説

## II 適用回避の学説

## III 有責任不要説（以上本号）

## 五 使用者の求償権

## 六 結—構成の試論

## 一 序—問題の提起

使用者責任の研究は、不法行為法の中でも実際上も理論上も問題の多いところであるので、わが国では、従来から、この問題について数多くの研究業績があげられている。とりわけ、企業の無過失責任の研究は、大正中期頃から外国の立法や学説を中心としてわが国に紹介されてより、その理論的根拠についての研究は著しい進展をとげている。今日では、無過失責任の必要性や意義は法律学者や実務家の間に深く浸透し、労働災害・鉱害・原子力災害など若干の分野では立法によって無過失責任の制度が承認されるにいたっており、さらに解釈論においても、企業の無過失責任を実現し、あるいはこれに近づけようとする試みが判例や学説の努力によってかなりの成果をあげてきている。

民法解釈の領域において、無過失責任論の洗礼をいち早くうけたのは、何といても民法七一五条であろう。この規定が使用者責任についての一般規定であり、企業の使用関係からもたらされた不法行為について今日でも重要な役割を演じていることからすれば、企業の無過失責任が、この規定を法定法上の一つの手がかりとして、解釈論に導入されるのは当然のことであろう。七一五条の解釈論として、今日までの判例や学説の一般的傾向によれば、使用者責任の根拠を使用者

の選任・監督上の過失に求める考え方が不当視され、使用者は被用者の不法行為に対して無過失に責任を負うべきであり、責任の根拠は報償責任ないし危険責任に求められるべきだとされている。そして同条一項但書が定める使用者側の免責事由は、単なる免責条件と解され、学説・判例はいづれもこれを空文化するように努めているから、使用者の責任は実質的には無過失責任といつてよい。一般にいわれているごとく、七一条はドイツ法を手本に作成されたものであり、民法起草者やその当時の学説が責任の根拠をドイツ法と同様に使用者の選任・監督上の過失に求めていた沿革を素直に承認するとすれば、今日の学説・判例がとっている立場は、ドイツ法的『ペンデクテン』法学的な古い皮袋に新しい酒を盛った解釈の仕方というるだろう。現在、七一条の解釈の指針として無過失責任を強調することは、わが国の法理論のこれまでの発展の方向からみて、しごく当然の要請のように思われる。私も七一条の解釈に無過失責任論を導入するこれまでの学説・判例の一般的傾向の現代的意義を決して過少評価するつもりはない。

しかし、先人の業績を尊重しながら、七一条の解釈論を現在さらに展開していくためには、その前提として、まづ、使用者の過失に責任の根拠を求めるかつて克服された過失責任説の意義・適用範囲・効果などについて、従来以上に精密に検討してみる必要がある。すなわち、過失責任説のもとでは、被害者はどのような加害行為に対して賠償を求めうるのか、求めえないのかを個々の具体的事情に即して吟味し、ついで過失を要件とするか否かを問わず、現行法の全体係の中でいったいどこまで企業の責任を追求できるか、すなわち、どこまで被害者救済のための手段を取りうるかを限界までつきつめてみる必要がある。そうすることによって、過失責任説のどこにどのような障害または不都合があるかを究明することができ、その成果の上に立ってはじめて具体的で実効性のある解釈論を展開することが可能となるのである。

私の印象では、判例や学説の永年にわたる蓄積にもかかわらず、七一条に関する現在の解釈論に対しては、責任の法的性格の把握およびその効果について、なお若干の空白ないし疑問点が残されているように思われる。

周知のとおり、通説および判例によれば、七一条の使用責任は被用者の故意・過失などの有責性を責任の前提とし

説  
ており、それは他人の不法行為に代って責任を負う代位責任であると理解されている。<sup>(2)</sup>しかし、使用者責任を代位責任と  
把える通説・判例の立場は、解釈上つぎのような難点を内包している。

(1) 使用者責任訴訟では、被用者の有責性とわけ過失があつたかどうかが重大な争点となり、裁判官の過失認定いか  
んが勝敗の分れ目になることが多い。過失の意味については議論があるが、いちおう通説の定義に従って過失とは「注意  
義務の怠り」であり、違法な事実の「予見可能性」を欠くことであるという見地から、わが国の従来の判例をみてみる  
と、事案によっては被用者に過失というほどのものがなかったり、同情すべき余地がある場合にも、被用者のわづかな落  
度をとらえて「過失」と認定することによって被害者の救済をはかっているものが見受けられる。その代表的な例は、梅  
毒輸血事件として著名な最高裁昭和三六年二月一六日の判決<sup>(最高裁判集  
一五卷二号二四四頁)</sup>があげられよう。この事件について学者  
や実務家の大方の反応は、被害者が救済されたという点で結果は妥当であるが、大学病院の医師に過失を認定したこと  
については疑問を付す見解が多い。<sup>(3)</sup>一般にわが国の裁判所は「事故あれば過失あり」とみる傾向が強く、交通事故の判例な  
どをみてみると、企業設備または労働条件の劣悪性、国の道路行政の怠慢など外部的原因のしわ寄せを運転者など個人の  
過失に集中して、過大な注意義務を要求しがちである。むしろ裁判所としては、被害者保護のために被用者の過失を擬制  
することによってでも企業に責任を負わせようとする意図は充分わかる。しかし、被用者に擬制的でもあれ過失を認定す  
れば、それを根拠に被用者自身の個人責任(民法七〇九条)が生じたり、あるいは使用者から被用者に求償(民法七一五  
条三項)がなされる可能性を生みだす。これは被用者にとって酷であろう。そもそも被用者に過失を擬制でもしなければ  
被害者の保護がはかれないならば、まず、通説の「過失」に関する従来の理解を再検討する必要がある、その上で七一五  
条について被用者の過失を前提とする通説・判例の理論的な立場に根本的な反省を加えなければならぬ。

(2) 被用者の故意・過失が使用者責任の発生要件であるとする結果、故意・過失の論理的な前提である責任能力も被用者  
に備わっていることが必要であるとするのが、通説・判例の立場である。しかし、一般に責任能力が故意・過失の論理的

前提であると解すること自体がすこぶる疑問であるばかりでなく、そのうえ判例による被用者の責任能力の認定は、民法七一条の監督義務者の責任との関連で、混乱を生じている。判例は、民法七一条の監督義務者の責任の成否が問題となつてゐる事案では、一才二ヶ月の少年（大判大正六年四月三〇日民録七一五頁）、一才七ヶ月の少年（大判大正一〇年二月三日民録一九三頁）、一才一ヶ月の少年（大阪地判昭和三〇年二月八日下民集六卷二四〇頁）、一才一ヶ月の少年（東京地判昭和七年一月二日判時三二二六頁）などの責任能力を否定しているのに対して、七一条の使用責任が問題となつた事案では、一才一ヶ月の少年（大判大正四年五月一二日民録六九三頁）の責任能力を肯定する。このような現象は、使用者責任は被用者に責任能力があることを、監督義務者の責任は被監督者に責任能力がないことを理論的前提とする通説・判例の立場から、被害者保護を意図してその依つて立つ立場に事実認定の上で修正を加えているものであるが、事実認定を曲げなければ妥当な結論を得られないこと自体がその前提となる理論的立場の欠陥を示すものであらう。

(3) 七一条三項は、賠償義務を履行した使用者が加害被用者に求償しうることを定めているが、通説・判例の代位責任説によれば、被用者が究極の・一次的責任者であるから、同人に賠償額の全額を求償しうるのは理論上当然ということになる。また、被用者は善良な管理者の注意で勤務に従事すべきであつて、それを怠つて第三者に損害を与え使用者に賠償させることは、雇用契約上の義務違反であり債務不履行責任を生ぜしめるが、同条第三項はそのことを定めたものとも説かれてゐる。しかし、使用者は被用者をして事故を起しやうい危険な仕事に従事させておきながら、生じた損害をことごとく被用者に負担させるのは明らかに妥当でない。わが国の学説は、従来から使用者の求償権を制限する種々の法的構成を試みており、判例もまた近時制限の方向にむかつてゐるが、これまでの学説や判例の理論構成は、代位責任説に対する根本的な反省に立つて、あるいは債務不履行理論との真摯な対決から導きだされたものではなく、一般条項や他の責任制限規定の借用という安易な方法によつて結論をひきだしているように思われる。求償の問題は、現代企業における被用者

の加害行為の実態、すなわち労働の危険性、被用者の人的および経済的従属性などを踏まえた上で、加害被用者に個人責任を課することが妥当かどうか、妥当とすればその範囲は如何といった問題を検討してその構成を考えなければならぬ。また使用者の賠償責任が保険によってカバーされている場合は、保険者による代位を考慮しなければならず、その場合には保険者・使用者・被用者の三当事者間の責任分担関係をより高い次元から考察しなければならぬ。使用者の求償権をめぐる従来の諸研究では、これらの点の究明がややおろそかにされてきた感がある。

以上、三点にわたって指摘した通説・判例の解釈上の難点は、根本的には被用者の加害行為における故意・過失などの有責性を責任の前提とする立場、つまり責任の法的性格を代位責任と把握することに帰因する。七一五条の解釈論として、被用者の有責事由を責任の前提とする必然的理由はあるのだろうか？ 現在の通説によって克服されたかつての過失責任説を論理的に押し進めれば、被用者の有責性は当然には責任の前提とならず、七一五条の母法と目されているドイツ民法八三一条は現在でもかような解釈がとられている。なぜ、わが国の通説・判例は前述したような解釈上の難点が生じるにもかかわらず、被用者の有責性を前提としたのだろうか？ 七一五条が適用される社会関係に変化が生じたのだろうか？ それならば学説はどのような根拠にもとづいてこの規定を社会関係に適合させていったのか？

本稿では、これらの疑問点を解明し、解釈上の難点を克服するだけの十分な論証やまとまった構成を示すものではないが、これまでの学説や判例の一般的傾向に対して私がかねてから疑問に思っているいくつかの論点を素直に述べて、再検討する余地のあることを示唆してみたい。各方面からのきびしい批判あるいはより建設的な提案が得られれば幸いである。

(1) 岡松参太郎・無過失損害賠償責任論が大正五年に公刊され、これが無過失責任についての先駆的な研究であることは、よく知られているとおりである。それ以後の研究として代表的なものは、Max Rühlmeier, Schadensersatz ohne Verschulden (1910) の紹介・批判をなした小野清一郎「危険主義の無過失損害賠償責任論」法学志林二二巻六・七・九号(大正八年)・A. A. Ehrenzweig, Negligence without Fault (1951) を紹介し感想を述べた我妻栄「"Negligence without Fault"」末川遼歴

記念論文集・民事法の諸問題（昭和二八年）があげられ、また、とくに過失責任と無過失責任を統合して統一的な理論的基礎を与えようとする石本雅男教授の一連の諸論稿（その代表的なものとして「過失責任主義と無過失責任主義の統一」我妻還歴記念論文集・損害賠償責任の研究（上）昭和三二年）が注目される。

（2）わが国の通説・判例が、七一五条を代位責任と解している根拠は被用者に不法行為の要件がすべて備わっていることが使用者責任の前提とされていることのほかに、（一）被用者の選任および事業の監督につき相当の注意を払ったことなどの使用者側の免責事由は責任の根拠ではなくして単なる使用者の「免責条件」と解され、しかもそれはできるだけ認めるべきではないとされていること、

（二）使用者から被用者への求償は認められるが、逆に賠償を支払った被用者から使用者への求償は認められないと解されていること、に求められる。鳩山秀夫・増訂債権法各論下巻（大正一三年）九一四頁、我妻栄・事務管理・不当利得・不法行為（新法学全集・昭和一三年）一七二頁、加藤一郎・不法行為（昭和三二年）一六七頁など参照。判例としては、たとえば大判大正三年六月一

〇日の判決（刑録二〇輯一一五七頁）は、傍論ながら、「民法七一五条第一項へ被用者が使用者ノ事業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……使用者ヲシテ之レガ賠償ノ責ニ任ゼシムルコト」と述べている。同旨の判例として、大判昭和八・四・一八民集一二卷八〇七頁参照。

（3）この判決の評釈は数多いが、それらについては、唄孝一「医事法学への歩み」（昭和四五年）二五六頁以下および編註として挙げられている二六二頁の文献を参照。

（4）山本進一教授は、判例のかような責任能力認定は「かなり御都合主義でもあり、恣意的でさえある」とされ、また「裁判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」と評される（加藤一郎編・注釈民法（19）（昭和四〇年）§712 二四四―五頁）。

（5）私がかねてから七一五条に関する通説・判例の解釈論に対して疑問をいだき、出発点として、まず、比較法を素材にしてその批判的検討を試みてきた（私稿「代位責任（vicarious liability）の基礎理論」鹿大法学論集五卷二号（昭和四四年）五三頁・六巻一号（昭和四五年）一三九頁、「西ドイツにおける使用者責任法理の史的変遷」民商法雑誌六二巻三号（昭和四五年）五〇四頁、「西ドイツにおける使用者責任についての一考察」鹿大法学論集七巻一号（昭和四六年）五九頁）。そして、最近、私の問題提起を

積極的に受けとめた上で、被用者の有責性を前提とする通説・判例の解釈上の難点を回避ないし克服する法的構成として、企業そのものを不法行為責任の主体と捉え、それ自体の過失というものから企業の責任を直截に導きだすべきことが主張されるにいたり（神田孝夫「企業の不法行為責任について」北大法学論集二二巻三号（昭和四五年）六一頁、同「使用者責任における求償権について」民事研修一六八号（昭和四六年）二三頁）、また、私の既に発表した論稿に対する批評も出るにいたった（奥田昌道・民法学のあゆみ・法律時報四四巻一一号一一八頁）。本稿は、こういった問題状況の中で、従来の論稿の不備を補い、それを踏まえた上で私が現在までいちおう到達した七一五条の解釈論および企業責任に対する見解を表明しようとするものである。

## 二 有責性の意味

Ⅰ 位置づけ (一) 使用者責任に被用者の有責性がどうかを論じる前提として、まず、有責性の意味をはっきりさせておかなければならない。

有責性という言葉は、わが国の従来の不法行為法概念にはなじみがうすい。わが国でドイツ法の文献を扱った論文をみると、ドイツ法で一般的不法行為の要件の一つとしてあげられている“Verschulden”を、「過責」あるいは「有責（性）」という日本語訳をつけているのが見受けられる。<sup>66</sup>ドイツ法では“Verschulden”は違法性（Wiederrechtlichkeit）と区別された意味で故意（Vorsatz）・過失（Fahrlässigkeit）・責任能力（Deliktsfähigkeit）をさすとされ、それは行為者に賠償責任を帰せしめるに足りる程度の非難可能性を意味するとされている。<sup>67</sup>したがって、日本語訳としても「過責」よりも「有責（性）」の方が行為者に対する非難可能性という意味をより強く表わすものとして適当であろう。本稿で問題にする有責性の意味も、ドイツ法でいうところの“Verschulden”の内容と同じように、違法性と区別された意味での故意・過失・責任能力を包含する概念として用いることにしたい。すなわち、有責性は判断能力がある行為者の主観的な



「意思」に向けられた非難性であり、違法性が行為者の意思と無関係な外部的行為に対する客観的な評価であるのと対照的な意味で用いる。

(二) しかしながら、ただ有責性の意味を右のように用いるとしたところで問題が解決されたわけではない。というのは、最近においてドイツでも日本でも、違法性と有責性とを峻別する従来の伝統的な理論に対して疑問ないし反省が強まり、故意・過失が違法要素としての性格をもつことを強調し、あるいは過失の本質的要素を客観的な行為態様に求める見解が有力に主張されるようになったからである。<sup>8)</sup> また、故意・過失の客観的な側面が強調されると、責任能力が故意・過失の論理的前提であるとしていた従来の見解も、検討を迫られるようになってくる。したがって、われわれは、故意・過失と違法性および責任能力相互の関係を考察することによって、有責性の意味を明らかにしなければならない。

Ⅱ 違法性との関係 (一) わが国における伝統的な「過失」理論は、故意および過失の構成要素を、行為者の意思Ⅱ心理状態に求めたり、あるいは客観的な行為の態様を問題にする義務違反に求めたりしてきた。すなわち、一方では、故意とは、ある行為を行なえば何人かに損害が発生することを知りながらあえてその行為をすることであり、過失とは不注意のためそれを知り得ないでその行為をするという行為者の主観的な心理状態に着目して過失が定義されている。<sup>9)</sup> また他方では、故意は行為者が法律上または社会生活上要求される注意義務にあえて違反する行為であり、過失はそれを不注意に怠り欠いた行為であるというように、規範と行為態様との関係として故意と過失がとらえられている。<sup>10)</sup> 前者でいう過失の前提となっている不注意は、違法な事実を予見しえたかどうかという主観的な認識を問題としており、過失はあくまでもそのような予見性の欠如、すなわち意思の緊張を欠いたことに対する非難として把握されているが、後者では行為者が法律上または社会生活上要求される注意義務を怠り欠いた、という外的事実を問題にしており、そこでは行為者個人的意思から離れた客観的基準によって過失が論じられている。

故意および過失概念が行為者の主観的な意思とむすびついた心情として理解される限り、違法性との混同は、観念的に

は起り得ない。というのは違法性は、周知のとおり、被侵害利益の性質・内容と侵害行為の態様との相関関係で判断されるとするのが今日の支配的な学説であるが、違法性の内容としてあげられている行為の態様は、行為者の意思<sup>11</sup>心理状態とはまったく無関係な行為そのものの型についての客観的・外部的評価であると考へれば、両者を区別できないことはいからである。しかし、故意・過失が法律上または社会生活上要求される注意義務違反あるいは損害の防止義務違反として、規範と行為態様との関係からとらえられると、違法性の内容と重なり合いや交錯が生じてくる。違法性は、かつてドイツやわが国の一部の学者が考へたように、権利侵害が違法であるとする結果不法理論をとれば、過失を義務違反あるいは防止義務違反ととらえても両者の重なり合いは生じない。しかし、違法性の内容に行為態様をとり入れ、それと法益侵害との相関関係で判断すると今日の通説の立場からすれば、両者の接近や混同が生じてくるのは当然であろう。従来<sup>12</sup>の学説では、こういった客観化された過失の側面が違法性と重なり合うこと、あるいは交錯することが明確に自覚されておらず、實際上両者がしばしば混同され、同一の事実がときには過失の問題として場合によっては違法性の問題として論じられてきたといつてよい。

(二) 民法七一五条の解釈論として、従来わが国で「過失」の問題として論ぜられてきたところの客観化された側面での被用者の故意・過失は、他の諸事情と総合的に判断されるべき違法性の一要素として承認されるべきである。そう解することは、理論的にすっきりするのみならず、実際上も有益な結論を導きだす。というのは被用者の客観化された行為態様、すなわち被用者の損害をひきおこした行為が職務上要求される注意義務に違反しているかどうかという判断が、違法性の問題として論じられるならば、被害者である原告の立証責任について有利な法的構成が可能になるからである。被用者の加害行為が職務上要求される注意義務あるいは損害防止義務に違反しているかどうかの判断を「過失」の問題とすれば、その立証責任は被害者である原告にあることになるが、実際問題として被用者の義務違反を使用者の事業と結びつけて証明することは容易なことではない。被用者の職務が高度の専門的技術を必要とする医師・技術者・研究員などの場

合、これらの者がどのような注意義務に違反しているかを素人が証明することは不可能に近いであろう。しかし、これが違法性の問題というように構成するならば、被用者の行為が職務上の注意義務に違反していないという証明の負担を被告である使用者側に課すことが可能である。その法的構成は、原告が自己の法益が被用者の職務遂行中の加害行為によって侵害されたことを証明すれば(権利Ⅱ法益侵害の証明)、違法性の推定がなされ、被用者の行為は職務上要求される客観的な注意義務に違反していないという立証は違法性阻却事由の一つとして使用者側にその責任が課せられる、とすることである。

被用者の行為が客観的注意義務に違反していないこと、つまり被用者の社会的相当行為の証明を、違法性阻却事由の一つとして構成することは、ドイツ民法八一条の解釈論として、近時、連邦裁判所民事部の判決が打ち立てた理論である。<sup>11)</sup> この判決を契機として、ドイツでは過失と違法性との関係をめぐって学説上激しい議論がたかかわされている。<sup>12)</sup> ドイツでの議論はさておいて、わが国の民法七一条の解釈論として、被用者の客観的な義務違反行為を違法性の要素として組み込み、義務違反行為がなかったこと、つまり被用者の社会的相当行為は違法性阻却事由の一つとして梓づけることは、過失がオール・オア・ナッシングの原理にもとづいて硬直な構成を導きやすいのに比して違法性は柔軟な思考になじむ法概念であることからすれば、法的構成として可能であり、妥当な結果を導くと考える。

Ⅲ 責任能力 (一) わが国の通説的見解によれば、不法行為の要件として故意・過失を論じる場合の前提として、一定の判断能力の存在が必要とされ、それが責任能力であるとされている。<sup>13)</sup> そこでは、責任能力は過失責任主義から論理的に導きだされる法概念であり、それは故意・過失と並んで不法行為責任を発生せしめる帰責事由の一つとされている。しかし、責任能力が故意・過失の論理的前提であるならば、民法七〇九条の規定のほかに責任無能力者の免責を定める民法七一二条および七一二条を設ける意義がはたしてあったのか、という素朴な疑問が生じてくる。<sup>14)</sup> そもそも、責任能力が故意・過失の前提であるという場合に、その故意・過失とは一体何をさすのだろうか。そこでいわれている故意・過失が、

客観化・定型化された意味での「本来ならば違法性の一要素に組み入れられるべき」抽象的な行為態様を意味するのであれば、責任能力は当然の前提とはならない。なぜならば、故意・過失が抽象的な一般人を名宛人として社会生活上要求される客観的な注意義務に違反することと構成されるならば、行為者の具体的な判断能力は問題とならず、精神病者や幼児の加害行為でも、社会がそのような行為を是認しないで、これらの者の「過失」を論じうる余地が充分あるからである。

責任能力が故意・過失の前提であるとする通説の命題は、故意・過失の本質を行為者の「意思」に結びつけられた心理状態に対する非難と解することによってのみ意味をもつであろう。「意思」に対する非難として過失をとらえた場合、過失は、人間の意思に対して命令しまたは禁止する法規範に違反することにほかならないが、この命令または禁止はこれを理解し、これにしたがって意思を決定しうる者（責任能力者）に対してのみ意味をもつものであるから、責任能力者の行為だけが過失判断の対象となるのであって、責任無能力者の行為は過失判断の外にあることになる。責任能力と過失との結びつきは、過失の意味をこのような意味に限定した場合のみ肯定される。従来過失理論が「過失」の要素に客観的な行為態様を持ち込む限り、過失と責任能力との関連性の希薄化の現象が生じたのは、けだし当然のことといえよう。

Ⅳ 構成 違法性と区別された意味での有責性は、行為者の「意思」と結びつけられた故意・過失およびその前提としての責任能力をさす。そして、それが不法行為の一般的要件の一つとして今日でも存在意義があることを承認しなければならぬ。しかし、それが直ちに民法七一五条の解釈論として被用者についても有責性が使用者責任の発生に必要であるという結論を導くかは、別途に考慮する必要がある。被用者自身の個人責任を追求する場合ならば、被用者の有責性を違法性と並んで問題にすることは意義をもつ。しかしながら、使用者責任を追求する多くの事案においては、原告の本来の目的は資力のある使用者を目標として責任を追求することにあるのであり、現在の通説・判例の法的構成ではその目的のためにやむなく被用者の「過失」認定をなし、その結果として被用者の個人責任を追求する破目になっているといつて

よい。<sup>15)</sup>とすれば、使用者の責任判断過程においては、被用者の個人責任を発生せしめる要件の一つである有責性の有無は判断の対象からはずすべきである。そうすることは使用者の責任を直截に導きだす好ましい効果をうみ「過失」認定の擬制化や責任能力の認定の混乱を回避する有効な手段となる。

たとえば、梅毒輸血事件を例にとってその構成を考えると次のようになる。

(1) 原告が被告病院の責任を追求する場合は、医師の職務遂行につき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）。被告病院は、医師の行為が職務上要求される注意義務に違反していない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、医師の行為態様と被侵害利益の性質・内容との相關関係によって判断される。この事件では、医療業務が人の生命・身体に対して高度の危険性を有し、しかも結果の重大さからすると、医師が給血者に単に「身体は丈夫か」と尋ねただけでは問診として不十分であり、違法性は阻却されない。

(2) 医師に結果発生について予見可能性があったかどうかおよび予見する能力があったかどうかという有責事由の存否は、被告病院の責任を追求する場合は必要でない。原告が医師の個人責任を病院の責任と並んで追求する場合は、かような有責事由の存在は必要であり、その主張・立証責任は原告が負う。この事件では、医師の責任能力は問題にならないにしても、結果発生についての予見性はなかったことが認められるから、<sup>16)</sup>医師の個人責任は生じない。

(3) 病院が原告に賠償義務を履行した場合の医師に対する求償は、当該医師に有責事由が存在することを病院が証明しえた限り、許容される。この事件では、有責性がなかったことが認められるから、結局のところ求償は否定される。<sup>17)</sup>

従来において、この梅毒輸血事件の過失認定が疑制であるとかあるいは苛酷にすぎるとか批難された原因の最も大きなものは、医師に結果発生の子見性がないにもかかわらず「過失」ありとしたことであろう。行為者の「意思」を問題にする伝統的な過失理論によれば、本事件では過失はなかったといわざるを得ない。<sup>18)</sup>過失を客観的な行為態様からとらえ、

「意思」的要素を排除する立場によると、この事件では医師に「過失」ありとすることも可能であり、そのような見解も有力である<sup>(19)</sup>。しかし、医師の客観的な行為態様を違法性と区別された意味での「過失」の問題とすれば、その举证責任は被害者である原告にあることになるが、前述したように医療行為が高度の専門性を有することから、それは妥当ではない。

(6) たとえば、平井宜雄「損害賠償法の理論」(昭和四六年)三二四頁以下では「過責」と訳されており、乾達明「不法行為法に就いての一考察」法学論叢八一卷四号以下(昭和四二—三年)では「有責性」と訳されている。

(7) Verschulden は、また Schuld と同じ意味に用いられることがある。Geigel, Haftpflichtprozess, 14 Auf1, (1969) S. 18 f.

(8) ドイツ法の紹介として代表的な文献は、柳沢弘士「ケメラの民事不法理論」日本法学三一巻一号、二号、四号(昭和四〇—一年)、平井宜雄「不法行為責任の範囲に関する法的構成(一)」法協八五巻七号(昭和四三年)、乾・前掲論文があげられよう。主として日本法における故意・過失と違法性との関係を扱ったものとして、野村好弘「故意・過失および違法性」ジュリスト三七一号六七頁(昭和四二年)、沢井裕「公害の私法的研究」(昭和四四年)一六五頁、西原道雄「産業公害における企業の過失(1)」事故と災害二巻一号五四頁(昭和四三年)、平井・前掲書「理論」三五四頁が主なものであろう。

(9) 鳩山・前掲書「各論」(下巻)九〇一頁、我妻・前掲書「不法行為」一〇三頁、加藤・前掲書「不法行為」六四頁、我妻Ⅱ有泉Ⅱ四宮「事務管理・不当利得・不法行為」(判例コンメンタールⅥ)一〇六頁(昭和三八年)など。

(10) 我妻・前掲一〇五頁以下、加藤・前掲六九頁以下、我妻Ⅱ有泉Ⅱ四宮・前掲一〇九頁以下参照。

(11) BGHZ 24, 21. この判例の事実および決定要旨については、別冊ジュリスト二三号・ドイツ判例百選(前田達明)一二二頁参照。

(12) ドイツでの学説の紹介で最も詳細なものは、乾・前掲論文である。

(13) たとえば、加藤・前掲書一四〇頁、我妻Ⅱ有泉Ⅱ四宮・前掲書一一一頁および二五六頁など参照。

(14) この点の指摘は、すでに西原道雄教授によってなされている(新民法演習(昭和四三年)・債権各論「生命侵害」二四八頁参照)。

(15) 唄孝一教授は、梅毒輸血事件の評釈で、原告においては病院の責任追求が真の目的であり、医師の過失認定はその目的のための

手段たる構成に過ぎない旨述べられているが、まったく同感である（唄・前掲書「歩み」二六八頁）。このことは、使用者責任訴訟一般についても、ほぼ同様のことがいえると思われる。

(16) 本事件の判決によれば、医師が医師として「相当な問診をすれば、結果の発生を予見し得たであろうと推測される」と述べていることから、最高裁も本事件の医師に具体的に結果発生の子見可能性はなかったことを承認していたといえる（最高裁判集一五巻二四八頁参照）。

(17) 被用者に有責任が存在し、それに対して使用者はいかなる要件のもとに、どの範囲で求償できるかという問題は、後述の個所（五使用者の求償権）を参照。

(18) 平井宜雄助教授は、「本件をもって過失の擬制ないし無『過失』を認めたものだと考える者は『過失』を『心理状態』だとする古典的定義によって暗々裡に影響されているのではあるまいか」とされるが、同感である。平井・前掲書「理論」四〇七頁。

(19) 本件で医師に「過失」ありとされるのは、川島教授、星野教授、平井助教授である。三者においては過失のとらえ方に若干の違いがみられるようであるが、それぞれに共通している認識は過失の意思的要素を無視ないし軽視している点であろう。唄・評釈に附記をされた星野教授の意見（法協八一巻五号五六五頁以下）および平井・前掲書四〇七参照。

### 三 立法の沿革

I 責任の法的性格 (一) わが民法の起草者は、使用者責任の法的性格をどのように考えていたのだろうか？ 現行民法は旧民法の修正という形をとっているので、まず、出発点である旧民法からみてみることにする。

旧民法においては、他人の行為に対する責任は、財産編第二部「人権及義務」第一章第三節「不正ノ損害即チ犯罪及と准犯罪」のうち、第三七一条から三七三条にわたって定められている。<sup>(20)</sup> これらの規定がフランス法に由来するものであることはよく知られていることであるが、ポアソナードの説明をみると、フランス民法典の規定そのものといいたい

異ならないというだけでなく、その解釈も当時のフランスにおける学説・判例の成果を取り入れて考えられていた。<sup>22)</sup>

三七一一条は自己に過失がある場合にのみ責任を負うという過失責任の原則が「他人の行為に對する責任」“responsabilité des faits d'autrui”にも適用され、本人は自己の威権 (autorité) のもとにある他人の損害惹起行為に對しては、選任もしくは監督上の不注意 (défaut de soins ou de surveillance) を根拠として責任を負う、という一般原則を表明した規定であるとされている。<sup>23)</sup> この一般原則のコロラリーとして三七二条の監督義務者の責任および三七二条の使用者の責任は、いづれも責任者自身の選任もしくは監督上の過失が責任の根拠であり、そしてこの過失は責任者に推定されると解されている (いわゆる「過失の推定」“présomption de négligence”)。したがって他人の行為に對する責任の法的性格は、規定の文言には現われていないが、本人の推定された過失にもとづく過失責任として理解されていたのであり、このことは旧民法が後の現行民法の成立に及ぼした影響を考える上で重要である。

三七二条の監督義務者の責任においては責任者が「損害ノ所為ヲ防止スル能ハサリシコトヲ証スルトキ」は賠償責任を免れるとして免責の機会が与えられているが、三七三条の使用者の責任では、ボアソナードの説明によると、使用者はかような反証を挙げて責任を免れることはできないとされている。<sup>23)</sup> このように区別する理由は、使用者は被用者 (employé) を自由に選任して自己の支配下におくことができるが、監督義務者のうち尊属 (ascendant) は、養子縁組の場合を除いて、未成年者 (enfant) を自由に選任したり罷免したりすることができない、という点に求められている。つまり、他人を選任・罷免する自由をもつ者は、こういったものをもたない者に比して責任を重く課せられても衡平に反しない、という考え方に立っていたといえる。もっとも監督義務者のうち教師や職工は、未成年の生徒や徒弟を自由に選任したり罷免したりすることができるが、これは生徒や徒弟が未成年者であることからその未熟さを考慮して尊属親と同一の責任にしたこと、また教師や職工に免責の機会を与えないと学校や職工場が乱暴な未成年者を生徒や徒弟として受け入れないという好ましくない事態をうむ恐れがあるから使用者責任とは別異に取り扱ったとされている。<sup>24)</sup>



(二) 現行民法は、他人の行為に対する責任として、旧民法のかなり煩瑣な規定を改めて、七一四條に監督義務者の責任を、七一五條に使用者の責任を置くに止めた。

旧民法と変わった点で主なものは、まず監督義務者の責任については、第一に、七一二條・七一三條で責任無能力者の範圍を弁識能力を基準として抽象的・一義的に定め、これらの者が賠償責任を負わない場合に責任が生じるとしたこと、第二に、旧民法が免責事由として「損害ノ所為ヲ防止スルニ能ハサリシコト証スルトキハ」責任を免れるとされていたのを「監督義務者カ其義務ヲ怠ラサリシトキハ」責任を免れるという言葉に置き代えたこと、である。

第一点については、旧民法では、癲癩白痴者などの心神喪失者は賠償責任を負わないとされ、未成年者については原則として責任を負わないが裁判所から特に責任ありと宣告された場合には責任を負うというように弾力的に規定されていたが(旧民法<sup>26)</sup>が(三七六條)、これは、心神喪失者の範圍が狭くその上未成年者について裁判所はいかなる場合に責任ありと宣告するかその基準が示されていないから、かような立法は当を得ず、心神喪失者・未成年者いづれもその弁識能力を標準として責任を決するのが「立法ノ本旨ニ適シタルモノ」と考えられていた。<sup>27)</sup>

第二点については、旧民法の立場では損害の「防止ノ能不能ハ實際上極メテ判定シ難イ」ので、ドイツ民法草案やスイス債務法その他二、三の立法例にならって改めたとされる。<sup>28)</sup>

監督義務者の責任の法的性格は、「監督義務ヲ怠リタルニ因リテ生スルモノニシテ即チ自己ノ故意又ハ過失ノ責ニ任スルニ外ナラス」とされており、監督義務者の過失責任と考えられていたから、この点は旧民法の立場と本質的に変わっていない。<sup>29)</sup>

つぎに、使用者責任について旧民法と変わった主な点は、第一に、使用者に選任監督上の過失がなかったこと、かような注意義務を尽してもなお損害が生じたことの二点を免責事由として明文で認めたこと、第二に、使用者の求償権について規定を新たに置いたこと、である。

使用者に免責事由を認めた趣旨は、旧民法が監督義務者には免責事由を認めておきながら使用者にこれを認めないのは酷であり、「立法上正当ノ理由ナキ所」であり「頗ル其当ヲ失スルモノ」であるとされている。<sup>(20)</sup>

使用者の求償権について規定を設けたのは、諸国の立法例には多くの場合求償権があるとされていること、使用者だけに過失の責があるといえない場合には使用者または監督者から被用者に求償権を行わせるのは公平に適するからであるとされている。<sup>(21)</sup>

使用者責任の法的性格について起草者の見解は、使用者の選任・監督上の過失が責任の根拠であり、したがってそれは使用者自身の過失責任であり、この点は監督義務者の責任と同様であると解されていた。<sup>(31)</sup>したがって、責任の法的性格のとらえ方は旧民法におけるポアソナードの見解と基本的に変わっていない。しかし、旧民法がフランス法に倣って過失の推定を明文化せず、しかも使用者に反証の機会も与えないのは、起草者の目からすれば非常に「厳格ナル主義」をとった立法例として映り、ドイツ法やスイス法のような使用者に免責の可能性を認める軽い責任にするのが妥当と考えられたのである。

Ⅱ 被用者の有責性 (一) 旧民法では、使用者責任の要件として、被用者の有責性は必要とされていたのだろうか？ポアソナードの説明をみると、三七三条にいう使用者は被用者のフォート *faute* またはネグリジャンス *négligence* に対して責任を負うとされている。<sup>(32)</sup>そこでいわれているフォートあるいはネグリジャンスは、不法行為の一般原則を定める旧民法三七〇条にいうところの「過失又ハ懈怠」を意味することは明らかである。<sup>(33)</sup>だから、旧民法では使用者責任は、被用者の不法行為責任を前提として生じるものと解されていたことは疑いない。

フランス法の不法行為責任は、フォートの上に基礎づけられていることはよく知られていることであるが、そこで用いられているフォートは、ドイツやわが国でいわれている厳密な意味で違法性と区別された「過失」概念に相当するものではない。フォートが何から構成されているのかについては、従来からフランスの民法学者の間で争いがあり、行為者の「

「意思」に対する非難の要素を重視する立場と行為者の客観的な行為態様を重視する立場とが対立していることは周知のとおりであろう。<sup>(84)</sup> 「意思」の要素を重視する前者の立場に立てば、判断能力のない精神病者や小児はフォートを犯し得ず、したがって賠償責任は生じないことになるが、意思と離れた行為態様を重視する立場からすれば、行為者の判断能力がどうであろうと、社会から期待されない行動をとれば賠償責任が課せられるという結論を導く。

旧民法三七〇条の「過失又ハ懈怠」についてのボアソナードの説明によれば、右の学説の対立のどれに位置づけられるのか明確でないが、フォートは故意を含む義務ないし慎重さの欠如であるとされており、行為態様を重視していたようにもみえる。<sup>(85)</sup> しかし、他方では判断力を欠く未成年者や精神病者は賠償責任を負わないとされており、ただ未成年者は裁判所の宣告によって責任を負うことがあるとされていたことから、「過失又ハ懈怠」を行為者の「意思」の要素にも結びつけて理解されていたことは容易に推察できる。したがって、ボアソナードの「過失又ハ懈怠」に対する理解は、主観的な意思の要素と客観的な行為態様のそれとを自覚的に区別することなく、両要素の混合体として把握されていたように思われる。

(二) 現行民法七一五条は、被用者の有責性を必要とするかどうかについては、旧民法三七三条と同様に、規定の文言の上では明らかではない。民法起草者の見解もこの点について明言がみられないので推測するしか方法がないが、起草者は被用者の有責性、というよりは不法行為責任を、当然の前提とする立場をとっていたように思われる。そう推測する根拠は、もし、被用者の不法行為責任を当然の前提としないのであれば、それは旧民法の大幅な修正であるからその旨の何等かの説明や議論が起草委員会あるいは法典調査会でなされたはずであるのに、それが全然みられない点に求められる。ということ、旧民法が被用者の「過失又ハ懈怠」を前提としていたこと、つまり被用者の不法行為責任を前提とする立場は、現行民法七一五条の起草過程では起草委員の間で暗黙に承継されていたものと解される。

被用者の不法行為責任の根拠規定は現行民法七〇九条であるが、そこでいわれている「故意又ハ過失」および「権利ノ

「侵害」を起草者は旧民法三七〇条との関連でどのように考えていたのだろうか？ 起草委員の一人である穂積陳重は、故意または過失は旧民法三七〇条でいう「過失又ハ懈怠」と「元ヨリ其範圍ハ違ハヌ」と説明しており、また「権利ノ侵害」

の要件は、旧民法三七〇条の規定では「此点ニ於テハ甚タ不完全ト申シマセウカ不明瞭」であり「如何ナル損害デモ如何ナルコトニ依リテ生ズル損害デモ宜イカ悪イカ云フコト」が全然わからないから、この文言を入れたとしている。<sup>36)</sup> さらに、民法修正案理由は七〇八条(現行七〇九条)の理由において、「本条ニ於テ権利侵害ノ行為ハ故意又ハ過失ニ因ルトシ既成法典ハ之ヲ過失又ハ懈怠ニ因ルト為スハ単ニ文学上ノ修正ニ止マリ其趣旨ニ於テ異ナル所ナシ」と説明している。かような説明からすると、起草者は、「故意又ハ過失」と「権利ノ侵害」の要件は、旧民法の「過失又ハ懈怠」と実質的に同じ意味であり、その趣旨を一層明確化したにすぎないことが看取される。だから、ここでは、今日的な意味での有責性と違法性は自覚的に区別されておらず両者は不可分一体なものとして理解されていたといえるだろう。<sup>37)</sup>

Ⅲ 考察 以上われわれは民法七一五条の立法過程を旧民法との対比においてみてきた。旧民法をとりあげたのは、現行民法七一五条の成立にフランス法の影響がどのように及んでいるかを探るためであった。七一五条の規定は、ドイツ民法八三一条の条文と規定の仕方および体裁がよく似ている。だから、わが国のこれまでの学説は七一五条の母法はドイツ法—BGB草案—であることが強調され、それが一般に信じられてきた。しかし、旧民法との対比でみてみると、ドイツ法の影響は規定の文言や体裁の上で現われているにすぎず、実質はフランス法—その日本版たる旧民法—に沿って立法されていることが確認される。

第一に、責任の法的性格については、旧民法が使用者の過失責任としていたのを現行民法はドイツ法にならってそれを明文化したにすぎない。ただ、旧民法では使用者に免責の可能性を認めなかったのに対して、現行民法でそれを認めているのは大きな違いである。ドイツ民法八三一条の成立過程では、使用者に免責を認めないフランス民法の立場を支持する学派と免責を認めるパンデクテン法学派が激しい論争を展開したが、<sup>38)</sup> わが国ではそのような論争は—少なくとも起草資料

をみる限り一行われていず、免責を認めるべきだとする草案がすんなりと承認されている。ドイツでは結局免責を認める方向に落ち着いた大きな原因は、当時のドイツの経済的後進性を反映して、使用者に免責を認めないと農業経営や中小企業に苛酷な負担を課すことになり産業の育成を阻害するという考えが起草者に支配的であったためであるとされている。<sup>39)</sup> わが国の起草者にもかような産業保護の思想が根底にあったかどうか起草資料の上からは知るよしもないが、少なくとも使用者が裁判の上で免責されることを期待していたことは確かであろう。しかし、起草者の期待に反して、七一条成立後の判例および学説の動向は免責を認めない旧民法の方向に動いていったことは皮肉である。

第二に、被用者の有責性、というよりはフランス法のフォートあるいはネグリジャンスを意味するところの「過失又ハ懈怠」が旧民法では当然の前提とされていたが、それが現行民法で承継されて定着化していったことである。被用者の故意・過失などを前提としないならば、旧民法の大修正であるから恐らく起草過程で問題になっていたであろう。この点について、ドイツ民法八一条の起草資料をみると、第一次草案の段階では被用者の「不法行為」「unerlaubte Handlung」に対して使用者が責任を負うとされていたが、第二次草案では被用者が「違法に」「widerrechtlich」に第三者に加えた損害に対して責任を負うと改められており、その理由の説明は示されていない。<sup>40)</sup> しかし、当時のドイツ民法の起草者が「違法」という言葉に結びつけた意味は、被用者の加害が客観的違法 (objective widerrechtlichkeit) であること、すなわち結果不法理論であったと考えられるから、被用者の有責性 (verschulden) は責任要件として考えられていなかったものと思われる。わが民法の起草者が、この特殊ドイツ法的な「違法」と「有責」を峻別する理論を念頭に置いてまでドイツ民法の輸入をはかったとは考えられないのである。

第三に、意思無能力者は無責であるとするドグマは旧民法においても一般にとらわれていたのであり、現行民法はドイツ法の法概念を用いてこれを明確化したにすぎない。しかし、旧民法は三七六条で、ドイツ民法は八二九条で一定の要件のもとで無能力者にも責任を負担させる規定を置いている。<sup>41)</sup> 民法起草者は、責任無能力者≡無責というドグマを貫徹さ

せ、そのような例外的な扱いを一切認めない立場をとった。この点は旧民法およびドイツ民法に対して「独自性」をもつものといえるが、しかし、それが具体的妥当性を欠くオール・オア・ナッシングの解決を導くことを考えると決して賢明な立法ではなかったといえよう。

(20) 参考のために旧民法の規定をあげておく。

第三七一条 何人ヲ問ハス自己ノ所為又ハ懈怠ヨリ生スル損害ニ付キ其責ニ任スルノミナラス尚ホ自己ノ威權ノ下ニ在ル者ノ所

為又ハ懈怠及ヒ自己ニ屬スル物ヨリ生スル損害ニ付キ下ノ區別ニ從ヒテ其實ニ任ス

第三七二条 父權ヲ行フ尊屬親ハ己レト同居スル未成年ノ卑屬親ノ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス

癡癪白痴者ヲ看守スル者ハ癡癪白痴者ノ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス

教師、師匠及ヒ工場長ハ未成年ノ生徒、習業者及ヒ職工カ自己ノ監督ノ下ニ在ル間ニ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス

本条ニ指定シタル責任者ハ損害ノ所為ヲ防止スル能ハサリシコト証スルトキハ其責ニ任セス

第三九三条 主人、親方又ハ工事、運送等ノ營業人若クハ總テノ委託者ハ其雇人、使用人、職工又ハ受任者カ受任ノ職務ヲ行フ

為メ又ハ之ヲ行フニ際シテ加ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ス

(21) Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon*, tome II, pp. 308—326.

(22) Boissonade, *op. cit.*, Art. 391. p. 319

(23) Boissonade, *op. cit.*, Art. 393. pp. 323—4.

(24) Boissonade, *ibid.*

(25) 旧民法三七六条は次のように定める。

自治産ナルト否トヲ問ハス未成年者ハ其有意又ハ粗忽ニテ加ヘタル不正ノ損害ニ付テハ刑事上責任ヲ免カル可キト雖モ民事

上責任アリト宣告セラルルコトアリ

又右未成年者ハ其雇人若クハ使用人又ハ自己ニ屬スル物ノ加ヘタル損害ニ付キ民事上其責ニ任セシメラルコト有り

但後見

人ニ対スル求償權ヲ妨ケス

(26) 民法修正案理由書第七一条の説明。

(27) 同右参照。

(28) 同右参照。

(29) 同右第七一条の説明。

(30) 法典調査会民法議事速記録第四一卷七二三条四一ノ二三における穂積陳重の説明。

(31) 同右四一ノ二〇における穂積の説明参照。なお、民法修正案理由書第七一条にも同趣旨の説明がある。

(32) Boissonade, *op. cit.*, Art. 393. p. 323, pp. 325—6.

(33) 旧民法三七〇条は次のとおりである。

過失又ハ懈怠ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其賠償ヲ為ス責ニ任ス

此損害ノ所為カ有意ニ出テタルトキハ其所為ハ民事ノ犯罪ヲ為ス

犯罪及ヒ准犯罪ノ責任ノ広狭ハ合意ノ履行ニ於ケル詐欺及ヒ過失ノ責任ニ関スル次章第二節ノ規定ニ從フ

(34) その事情については、アンドレ・タンク（星野英一訳）「不法行為責任におけるフォート (faute) の地位」法協八二巻六号が簡潔な紹介をしている。なお、野田良之「フランス民法における faute の概念」我妻還歴記念論集（上）一〇九頁（昭和三二年）および平井・前掲書四二四頁以下参照。

(35) Boissonade, *op. cit.*, Art. 390. pp. 313—5.

(36) 法典調査会民法議事速記録四〇巻七一九条の説明参照。

(37) この点は、すでに平井助教の詳しい論証によって指摘されている。平井・前掲書「理論」三五四頁以下参照。

(38) 一八八四年および一八八六年のドイツ法曹家会議 (Deutsche Juristentag) と B.G.B. の起草過程で論争がなされている。その間の事情については、私稿「西ドイツにおける使用者責任法理の使的変遷」民商六二巻三号五〇四（五一—以下）頁でザイラーの論文 (Seiler, Die deliktische Gehlfenhaltung JZ 1967, 525) を手がかりとして紹介を試みた。なお、一九六七年の西ドイ

「連邦司法省による「損害賠償法の改正および補充のための法律の参事官草案」(Referententwurf eines Gesetzes zum Änderung und Ergänzung Schadensersatzrechtlicher Vorschriften) § 63 B 831条の改正について」この点の簡単な紹介をしている(八三一条の改正に関する参事官草案の邦訳は、法学雑誌(大阪市大)一六卷一号一六五頁以下参照)。

(38) Protokolle, Unerlaubte Handlungen, §§ 711, 712. S. 2780 = Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB II (1889)

S. 1093 f. Seiler, a. a. O., S. 528 f. (私稿・前掲・民商六二卷三三三頁以下)。

(40) Motive, S. 737 f.; Protokolle, S. 2773 f. = Mugdan, a. a. O., S. 411 f. 1090 ff.

(41) 旧民法三七六条の規定は、註(25)参照。ドイツ民法八二九条の規定は衡平責任(Billigkeitshaltung)と呼ばれるもので、旧民法三七六条の規定と根拠を同じくしており、加害者が富み、被害者が貧しい場合など裁判所によって命ぜられる特別の責任である。

#### 四 学説の検討

1 過失責任説 (一) 被用者が事業執行につき他人に与えた損害を使用者はなぜ賠償しなければならないか、という使用者責任の根拠ないし性質について、わが国の学説は興味ある変遷をとげている。<sup>(42)</sup>

民法制定当時から大正のほぼ後期頃までは過失責任説が支配的であった。<sup>(43)</sup>この説は、民法七一五条は使用者自身の過失に対する責任であり、他人の不法行為に対する責任を定めた規定ではないと解するのである。つまり、七一五条は過失責任の原則を定めた民法七〇九条の例外をなすものではなく、被用者を選任し事業を監督するについての使用者の過失は七〇九条の「過失」に含まれ、ただ過失の立証責任を七〇九条の一般原則にしたがって被害者に課するのは過失の性質からみて酷であるので、使用者の方にその責任を転換していると解するのである。

過失責任説を論理的に押し進めると、ドイツ民法八三一条の解釈と同じように被用者の故意・過失などの有責性は使用者責任の要件として必ずしも必要でないことになる。なぜならば、使用者の選任・監督についての過失は不法行為の一般



的成立要件のうち主観的帰責事由を充足していることになり、加害の違法性は権利侵害ないし被用者の客観的行為態様によって確定され、被用者の有責性は違法判断の対象にならないからである。わが国では、過失責任説をとる学説の中で、ドイツ法流に被用者の有責性まで不要と主張した学説は、少数ながら存在していた。しかし、多くの学説は、過失責任説をとりながら被用者の有責性を必要とする立場をとっていた。

なぜ、過失責任説の中で有責性を不要とする立場が、わが国で支配的にならなかったのだろうか？ 過失責任説の中で有責性を必要とする学説は、七一九条三項における使用者の求償権規定の存在をその理由にあげており、この規定が被用者の故意・過失を前提とする根拠であると説明している。しかし、同条三項は使用者責任の要件として被用者の有責性不要という立場をとっても、充分説明がつかない規定である。すなわち、被害者に対する関係では使用者が被用者の有責性を前提とせずに責任を負っても、使用者が被用者へ求償する段階では、被用者の有責性を証明して求償することができ、同条三項はまさにそのような場合を予想して作られた規定と解することができるからである。だから、使用者の求償権を許容する規定があることを理由に挙げるのは当を得ていない。

有責性不要説がわが国で支配的にならなかった最も大きな理由は、フランス法の立場を承継した旧民法の影響をあげるべきであろう。前述したとおり、民法起草者は七一九条を作成するにあたり規定の文言や体裁は主としてドイツ法に依拠しながら、解釈論は旧民法三七三条を基本的に承継していた。旧民法三七三条では、使用者は被用者の「過失又ハ懈怠」を前提として責任を負うとされており、それが現行民法七一九条の解釈として意識され、学界や実務の中に定着していったものと解される。有責性不要説は、「直輸入」であったことも手伝い、「有責性」と「違法性」とを峻別することを知らないフランス法的立場が実務を支配していたことと相まって、学界における少数説にとどまったことは、けだし当然であったといえるべきであろう。

(二) ところで、使用者責任の根拠を使用者の選任・監督上の過失に求める過失責任説は、ほぼ大正後期を起点として克

服されるにいたつた。時あたかも、企業が無過失責任論が外国の学説や立法の紹介を通じてわが国に流入し、無過失責任の必要性が学界や実務界に浸透し始めた時期に照応する。使用者責任の解釈論として過失責任説を痛烈に批判したのは、鳩山博士であり、それに続いて、我妻、石田、勝本博士等を代表者として今日の通説が築きあげられた。これらの学者によって批判された過失責任説の難点とされるものは、次の点であつた。

第一に、過失責任説は性質の異なる使用者の選任・監督上の過失と民法七〇九条の過失とを混同することである。七〇九条にいう過失は権利侵害そのものに向けられた過失であるのに対して、七一五条の過失は選任・監督についてであつて、個々の加害行為にむけられた過失ではないのであるから、両者は性質を異にする。過失責任説は、七一五条の過失を七〇九条の過失と同視しているが（ただ前者では拳証責任が転換されているにすぎない）、これは概念の混同であるとする。<sup>(48)</sup>

第二に、仮りに過失責任説のいうように選任・監督の懈怠が使用者の過失であるとしても、なぜ、特に選任・監督にのみその過失を限定したのか、根拠が明らかでない点である。<sup>(49)</sup> 過失が責任の根拠であるならば、特に選任・監督にのみその過失を限る必要はなく、工場の設備などに対する過失もこれを掲ぐべきであり、特に過失の種類を列挙する必要をみないとする。

第三に、過失責任説によれば、使用者の選任・監督上の過失と損害の発生との間にいわゆる相当因果関係がなければならぬことになるが、選任・監督上の過失と損害の発生とは常に相当因果関係があるとはいえず、これを相当因果関係に限ることは、あまりに狭い解釈であるとする。<sup>(48)</sup>

第四に、過失責任説によれば、七一五条は過失責任の範囲で単に使用者に過失の拳証責任を転換したにとどまり、それ以上の意味をもたないばかりでなく、なぜ、選任・監督上の過失以外の一般の過失についても拳証責任を転換しなかつたのか、その根拠が明らかでないとする。<sup>(49)</sup>

右の批判が反論の余地がないほど正鵠を得ているかどうかはすこぶる疑問である。第一点については、過失を行為者の結果に向けられた予見可能性ととらえるならば、そのような批判はあたっていてもおかしくない。しかし、過失を単なる注意義務の怠りにとらえれば選任・監督上の過失も広い意味で七〇九条の「過失」に含まれ、権利侵害に直接向けられているか、いかでかで区別する実益はないといえる。第二点については、被用者の損害惹起行為を防止する有効な手段としては、まず、選任および監督について相当な注意を尽すことが使用者に要請されるのが普通であるからこれを掲げたいという反論が可能である。第三点については、相当因果関係の意味のとらえ方によっては決して「狭い解釈」とはいえない。また、第四点に対しては、選任・監督上の過失以外の一般の過失たとえば工場施設の不備などは、被用者の行為が介在しない使用者の自己責任一般の問題である、という反論が充分なり立つのである。しかし、かような反論の余地があるにもかかわらず、当時の過失責任説に立つ学者から積極的な反論はついにみられることなく、それは今日の通説にとって代わられたのである。

周知のように通説は、使用者責任の法的性格を他人の不法行為に対する結果責任と解し、責任の根拠を無過失責任の論拠である報償責任・危険責任・原因責任などに求める<sup>90</sup>。そして七一五条一項但書が定める使用者の免責事由は、使用者の絶対的な結果責任に一定の制限を加えた「免責条件」と解され、それは過失責任説がいうような七〇九条の過失に該当するものではないということを出発点としている。つまり、そこでは七一五条は使用者が法定の免責事由を証明しえたことを解除条件として結果責任を負う規定と解されているのであり、その意味で今日の通説は「免責条件付代位責任説」と呼ぶことができる。

(三) 現在の通説によって克服された過失責任説は、今日の使用者責任をめぐる法状態にもはや適合しないのだろうか？ 前述したように過失責任説に対する通説の批判は必ずしもあたってはいえない。むしろ、過失責任説の論理的帰結として被用者に有責性が不要とする学説を受け入れれば、本稿の問題提起となった通説・判例に内在する解釈上の難点は

解消する。有責性不要説をとれば、使用者は被用者の不法行為を前提とすることなく責任を負担することになるが、有責性が存在し、かつ被害者がそれを証明すれば被用者の個人責任が生じる。そして使用者が選任・監督上の過失がなかったことの証明に成功しなければ、使用者と被用者とは共同不法行為者として連帯責任が生じ、求償は共同不法行為者間の損害分担関係の問題として処理される。かような法的構成は民法七一五条の文言に何ら変更を加えるものではなく、むしろ文言に忠実ですらある。過失責任説はどこに障害があるのであろうか？

過失責任説を採った場合、実務上種々の障害が生じることは、ドイツ民法八三一条に関する学説の批判および判例の動向が好個の参考資料をわれわれに提供する。ドイツ民法八三一条の適用においてわが国の実務と著しい対照をなすのは、使用者責任訴訟で主として争点になるのは被用者に故意・過失などの有責事由が存在するかどうかではなく、使用者に選任・監督上の過失があるかどうかという免責立証 (Entlastungsbeweis) の成功、不成功にかかっており、これに関する判例は枚挙にいとまがない。かような現象は、八三一条が過失責任にその根拠をおき、しかも被用者の有責性は前提としないとする特殊<sup>1)</sup>ドイツ法的構造に由来することは言うをまたない。使用者の免責立証の成功いかに訴訟における勝敗の決め手となるドイツ民法八三一条の法構造では、実務上次のような弊害が生じるとされている<sup>2)</sup>。

第一に、免責立証は、実務上、使用者に無用の弁解の余地を与え、裁判所に過重な負担を課す結果を招来する。使用者は、運送もしくは自動車損害賠償保険によって彼および被用者の不法行為責任をカバーしており、経済的には何等損失を蒙むらない場合でも、訴訟では、使用者の威信にかけて、あるいは裁判諸費用を調達するために、敢えて免責立証を試みる。そしてこの免責立証をめぐる当事者間の争いは、往々にして事故の具体的状況を離れた過去に遡った状況、すなわち被用者の不適性・無能などの前歴の調査・究明に集中し、この判定が裁判所にとって過去の事実を事故の具体的状況と結びつけて責任を決めなければならぬが故に、過重な負担となっている。

第二に、免責立証は、大企業に有利に働き、中小企業には不利に働く可能性がある。大企業は、被用者の選任・監督な

どの管理体制が末端組織まで行き届いているのが一般であり、しかも被用者の選任・監督は、通常、中間被用者に委ねられているから、使用者は中間被用者の選任・監督に注意さえ払えば責任を免れる可能性がある。したがって、大企業の責任を追求する場合、被害者たる原告は使用者の選任・監督上の過失を積極的に基礎づける証拠を握っていない限り、使用者の免責を容易に許すことになる。

大企業と反対の状況にある中小企業においては、使用者による免責立証の成功・不成功は、訴訟を担当する弁護士の間・才能などの偶然の事情によることが多いとされている。

第三に、免責立証は、事故の具体的状況を離れた過去の状況の審理に集中する結果、被害者は通常の訴訟と異なって訴訟の結果に見通しをもつことができない状況に置かれる。被害者である原告は、通常、損害が発生した事態の中にあり、自己に損害を与えた者が有責に行動したかどうかを判断して訴訟の結果にある程度見込をもつ地位にあるが、八三一条の使用者の責任を追求する場合は、加害者たる被用者の行為が有責であったかどうかは全く問題にならず、ただ免責立証の成功・不成功にかかっているだけで、被害者は訴訟の結果を展望できない。それ故、被害者が賠償を得るかどうかは、被害者の判断から遠ざかった免責立証にかかっており、使用者の免責立証が成功すれば、たとえ加害行為者たる被用者の故意・過失などの有責性が証明できても、当該被用者に賠償資力がない以上、訴訟は徒労に終り、反対に免責立証が失敗に終れば、使用者および被用者の実際の有責如何を問わず、被害者は可能な限り賠償を得ることができるという偶然性に左右される。

第四に、免責立証では、被用者の前歴が問題となるが故に、ひとたび事故を起し、刑罰をうけた被用者は、将来にわたって雇用の機会・職務上の地位を保証されないことになる。なぜならば、慎重な使用者は、被用者の過去の事故歴のみの故に、事故の具体的状況を考慮することなく、責任を課せられることを常に計算するからであるとされている。

右の実務上の難点は早くからドイツの裁判所で意識され、それを克服するための努力が判例の上でなされており、また

八三一条の適用を回避して別の法的構成によって使用者の責任を認める方向もとられている。<sup>52)</sup> まず、八三一条の枠内で難点を克服する努力は、使用者の免責立証を容易に認めないことである。かつてライヒ裁判所は、大企業における被用者の選任・監督は、通常、中間被用者に委ねられているから、使用者は中間被用者の選任・監督さえ注意を払えば責任を免れるとする、いわゆる分散的免責立証 (dezentralisierten Entlastungsbeweis) を認めた。<sup>53)</sup> これは連邦裁判所にもひきつがれて大企業の免責を容易にする傾向を生んだが、最近ではこの立場は廃棄され、使用者は中間被用者のみならず末端被用者にまで選任・監督上の過失がなかったことの証明をしなければならないとされるに至っている。<sup>54)</sup> 次に、八三一条の適用を回避する方向の第一は、使用者に被用者を一般的に監督する注意義務を認め、その違反は、法人の機関責任 (BGB 三一条)、あるいは企業自体の過失としてドイツ民法八二三条の責任と構成することである。回避の第二は、契約責任の拡大化である。判例が拡大化を促進している法的構成は契約締結上の過失責任、第三者のためにする契約、第三者損害賠償である。<sup>55)</sup> 第三は、公務員責任の拡大化である。ボン基本法三四条は、公務員の職務違反に対する国家もしくは地方公共団体の責任を定めているが、責任の範囲は強制力を賦与された権力的行政活動のみならず、国民の生存の配慮に奉仕する単純な行政活動にも及ぶとされている。

いずれにしても、ドイツ民法八三一条がこのような難点を内包し、その克服のための努力や適用の回避が裁判所によってなされなければならないことは、この規定の解釈として過失責任に根拠を求めることの不当性を示すものである。<sup>56)</sup> 確かに、被用者の有責性、したがって個人責任を前提としない点は被害者保護の観点から進歩性をもつものであり、わが民法の解釈論としても参考に値する。しかし、責任の根拠を使用者の過失に求めた結果として免責立証に裁判の争点が集中したことが逆に弊害として現われている点を見ると、わが民法の解釈としても過失責任に使用者責任の根拠を求めることが妥当でないことを教えるものである。この意味で、わが国では過失責任説が民法典成立後しばらくして克服され、実務の上でも使用者の免責規定を空文化していったことは賢明な方向を歩んだといふべきであらう。

Ⅱ 適用回避の学説 (一) 民法七一五條は明文で使用者に免責の可能性を与えており、そのうえ、被用者の有責性を前提とする通説の解釈では種々の難点を内包することは、かなり古くから学説の上で意識されており、これを克服するための法的構成は従来から主張されていた。すなわち、同条が組織的に大規模な近代企業の責任を規律するにはあまりにも過失主義にかたより、また個人主義に偏しているという認識から出発して、いわゆる企業責任には七一五條ではなく他の条文に依拠すべしとする学説がそれである。その一つは、被用者の加害行為を企業における「人的瑕疵」とみて民法七一七條の工作物責任規定を類推する見解であり（七一七條類推適用説<sup>(67)</sup>）、他の一つは、企業が統一的な組織体として機能していることに着目して、企業における被用者の加害行為は企業自体の過失として七〇九條の規定を適用すべしとする見解である（七〇九條適用説<sup>(68)</sup>）。いずれの見解も七一五條についての通説の解釈論を承認した上で、その適用領域を企業活動とはいえない分野—たとえば家事使用関係など—に限定しようとしているから、本稿のテーマからして適用回避の学説と呼ぶことが便宜であろう。

適用回避の学説は、いずれも、七一五條が使用者の免責立証を許容する構造上の欠陥および被用者の有責性を前提とする通説・判例の難点を、企業の使用関係において回避するための理論構成であることは疑いない。しかし、七一五條の難点は解釈によって克服できないのならばともかく、前述したようにそれは可能であるから、これらの学説の実益はそれほどないといつてよい。

(二) まず、七一七條類推適用説は、被用者の行為に基因する損害を企業における機械器具などの物的要素と並ぶ人的要素の瑕疵とみるのであるが、かように解する実益は、第一に、使用者は人的瑕疵がなかったこと以外に免責事由は認められないこと、第二に、被用者の故意・過失などの有責性の存否は使用者の責任に影響がないこと、であろう。その点では使用者に厳しい責任を課すものであり、被害者保護の面からきわめて望ましい帰結といつてよい。しかし、この見解はつきつめて考えると結局は企業自体の過失を問題とするものであって、後述する七〇九條から直截に企業の責任を導きだす

説と大差はない。というわけはこうである。民法七一九条は無過失責任を定めたものと一般に理解されている。しかし、同条によって工作物責任を負う者として挙げられている工作物の占有者には、防止措置について過失のあることを要件として、その過失の挙証責任が転換されていることから過失責任であり、所有者には、なんら免責事由を認められないけれども、「瑕疵」ある工作物を設置したことを過失と考えれば、やはり過失責任である。企業における「人的瑕疵」についてと同様のことがいえる。そこでいわれている人的瑕疵の意味は必ずしもはっきりしないが、それが他人に損害を与えるような被用者を配置したこと、あるいは被用者をして損害をひきおこしやしやすいような作業体系や労務管理が行なわれていたことを意味するのであれば、やはりそれは使用者の過失責任である。そうすると七一九条を類推するといっても、結局は企業自体の客観化された過失を要件とするものであり、七〇九条適用説とたいして差異がないことになる。

七〇九条適用説は、企業が統一的な組織体として外部に向って活動する場合は使用者も被用者も一体であるとするのであるが、それは家団論にみられる共同体思想を根底にもつものといつてよい。そこでは被用者の職務執行としての加害行為は「企業的な統一」に埋没してしまい、被用者の有責性の有無や被害者に対する個人責任および被用者への求償は全く問題とならないことになる。この学説は、いわゆる企業の不法行為責任を企業自体の過失から直截に導く点で、ドイツの判例法によって形成されたBGB八二三条にもとづく一般的監督義務違反を理由とする使用者の責任と相通じるものがある。しかし、その理論構成にはなお若干の疑問が残されている。

第一に、「七一九条の文言からは、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って『自己の行為』となり、他の使用関係はそうでないという区別の根拠も、必ずしも明快でない」との批判は当然なり立ちうる。

第二に、被用者の職務執行についての加害行為を企業自体の過失として構成するが、そこでいわれている過失は何を指すのか明確にされていない。被用者の加害行為についての過失を問題としないのであるから、被用者の過失が使用者に擬



制されるとするものでないことは疑いない。結局のところ、企業の過失とは、被用者を監督するについての一般的な注意義務違反かあるいは被用者をして損害をひきおこしやすすい状況に置いたことを過失とすること以外にないと思われるが、その場合は過失の立証責任を企業に転換しなくてもよいかという問題が生じる。

第三に、企業の業務執行といえない被用者の行為として、家事使用関係から生じた損害以外に、被用者の職権濫用行為<sup>(8)</sup>やあるいは故意または重過失にもとづく行為<sup>(9)</sup>に対しては被用者の有責性を前提とした民法七一五条が適用されることになるが、被害をうけた原告が、法的に企業の責任を追求する場合に七〇九条に依るのか七一五条に依るのか選択に迷うことになりはしないかという点である。家事使用関係は問題がないにしても、被用者の行為が職権濫用行為であるのか故意または重過失の行為であるのかは、裁判所の審理を経て解明されるのが通常であるから、原告に訴提起の段階でそれを判断させるのは酷であろう。

第四に、この説は企業的な統一体の構成員としての被用者の行為は法的には独立の存在意義を失って被害者に対する個人責任および使用者からの求償が生じる余地がないとするが、その根底にある共同体思想の当否は別としても、個人責任<sup>(10)</sup>ないし個人主義の法思想に反するのではないかということである。社会（学）的には、確かに被用者の行為は使用者の職務執行行為とみられ、被用者はまさに組織内の一人間機械にすぎないかもしれないが、しかし、市民法としての民法体系では使用者と被用者は独立対等の人格者であり責任主体であると構成されているのであるから、被用者の個人責任を否定してしまふことは、立法論としてならともかく、民法の解釈論としては無理であろう。

Ⅲ 有責性不要説 (一) 七一五条の解釈論として、被用者の故意・過失などの有責性が責任要件として不要であるとする学説は、過失責任説の論理的帰結としてわずかながら主張されていたが、その見解には賛成しえないことは前述したとおりである。しかしながら、有責性が不要であるという結論を導きだす法的構成は、過失責任説によらなければ不可能であるとはいえず、別の構成からも導きだされる。そのような構成の試みは、すでにわが国では、少数ながら有力に主張さ

れている。<sup>(87)</sup>

その代表者のひとりである服部栄三教授は、七一五条による使用者責任の法的性格を「他人の不法行為に対する責任」と把握したうえで、「自己の行為についての責任の場合に、行為者の故意・過失を問うのは充分理由のあることといえるかも知れないが、他人の行為に対する責任においては、その責任自体が既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であろう」とし、それは「無過失責任思想の現状にも適合しないであろう」と説かれる。<sup>(88)</sup>この見解は、七一五条の責任の根拠を通説と同様に報償責任あるいは危険責任に求めながら「責任の客観化」の名のもとに被用者の有責任を不要とするもので、責任の根拠を過失責任に求めた上でその徹底化として主張される有責任不要説とは、根本的に異なるものである。私も七一五条の解釈の方向としては、この服部説に基本的に賛成である。しかし、この説には、なお、若干の補強を要するように思われる。

第一に、七一五条の責任の根拠として報償責任あるいは危険責任に求めることは、同条一項但書が定める使用者側の免責の抗弁を封じ、免責立証が訴訟上種々の弊害をひきおこすドイツでの轍を回避する意味で、有益である。報償責任・危険責任の内容は責任の根拠として必ずしも明確でないが、理論的な明確さよりもその機能の方が法的構成では重要であるので、免責規定を空文化化する機能を営んできた今日の通説の基礎づけは承認すべきである。<sup>(89)</sup>

第二に、被用者の有責任を不要とする場合にその有責任の意味であるが、それは、前述したごとく(二IV参照)、被用者の「意思」と結びついた故意・過失およびその前提としての責任能力をさすと解すべきである。それは、被用者の客観的な行為態様と被侵害利益との相関関係を判断の対象とする違法性と区別された意味での、まさに被用者の「主観的帰責事由」である。

被用者の有責任をかように解した上で、使用者側の免責は、違法性阻却事由の一環として、被用者の行為態様が職務上要求される相当な行為であったことを被侵害利益の性質・程度との相関において主張・立証すれば、認められる。このよ

うな構成を試みる狙いは、従来から有責性不要説に対して加えられた批判、すなわち、七一五条は企業被用者のみならず家事使用人などのあらゆる使用関係に適用されることを考慮すると、有責性不要説は「手放しの被害者保護論」になりやしないかという主張<sup>70)</sup>を克服することにある。いうまでもなく、民法七一五条が市民法としての限界をもつ以上、全ての使用関係から生じたあらゆる損害について、使用者は絶対かつ無制限の責任を負担すべしとする構成はとることができず、かような違法性阻却事由の証明による免責は承認せざるを得ない。

(二) 被用者の行為が職務上要求される相当な行為であったことの主張・立証責任を違法性阻却事由として使用者に課すことは、使用者の債務不履行責任や運行供用者責任の法的構成に一步近づぐことになる。およそある事実についての紛争解決が問題となり、その事実についていくつかの法的構成が可能であるとき、法律構成の差異はできるだけ少なくすることが望ましく、たまたま、一つの法律構成を選んだために、他の構成をとった場合に比して、不利な結果が生じることが避けるべきである。

使用者と被害者との間に契約関係があり、被用者が履行補助者であるとき、被害者は被用者の不法行為に対して使用者に債務不履行責任と民法七一五条にもとづく不法行為責任を追求できる。両責任は競合すると解する通説・判例の立場に立っただけで、七一五条の法律構成を、使用者の免責事由を認めず、しかも被用者の有責性を不要とし、被用者の相当行為の主張・立証責任を使用者に課すことにすれば、債務不履行責任との構成の差異は、少なくとも要件の上ではなくなる。<sup>71)</sup>

被用者の不法行為が自動車の運行によって生じた場合、人身事故については、被害者は使用者に対して運行供用者責任を追求でき、また七一五条の責任も問うことができる。使用者が運行供用者としての責任を負う場合には、運転者である被用者の故意・過失などの有責事由は責任の前提とされておらず、またその不存在の立証責任は使用者の方に課せられている（自賠法三条）。運行供用者責任の根拠は、通説がとる七一五条の責任の根拠と重なりあっており、また人身事故と物損事故で構成に差異をつける根拠に乏しいことから、両責任は構成上できるだけ統一的に把握すべきである。本稿での

七一五条の再構成の試みは、かような点にも狙いがあったのである。

(42) わが国の使用者責任の根拠ないし性質についての学説の検討は、古くは勝本正晃「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)(昭和七年)があり、最近のものとしては、神田孝夫・前掲論文(北大法学論集二二卷三号)がある。

(43) 当時において過失責任説をとった学者が誰であったかについては、前掲の勝本・神田論文で引用されている文献参照。

(44) 曄道文芸「民法第七〇九条ト第七一五条トノ関係」京都法学会雑誌二二卷六号(大正六年)六五頁、長島毅「被用者ニ不法行為成立ノ主観的要素カ存セサル場合ト使用者ノ責任」法学新報二七卷一―二号(大正六年)八三頁。

(45) たとえば、岡村玄治・債権法各論(昭和四年)六二八頁。

(46) 鳩山・前掲書「各論」九二―四頁、我妻・前掲書「不法行為」一六三頁、勝本・前掲書「研究」三二八―九頁、石田文次郎・債権各論(昭和二二年)二七二頁。

(47) 勝本・前掲三二九頁など。

(48) 石田・前掲二七二頁。

(49) 勝本・前掲三二九頁など。

(50) 報償責任、危険責任など責任の根拠についての学説の紹介は、勝本・前掲論文および加藤編・注釈民法(四)§75(森島昭夫執筆)が詳しい。

(51) 免責立証の実務上の弊害は、一九六七年の参事官草案(前掲註(38))において八三一条の改正理由として詳細に指摘されている(この点についての参事官草案の邦訳は、前掲の法学雑誌一七卷一―号一四九頁以下参照)。なお、私稿・前掲民商六二卷三号五〇―六頁以下もこの点に触れている。

(52) BGB八三一条をめぐる判例の動向については、私稿「西ドイツにおける使用者責任についての一考察」鹿大法学論集七卷一―号で素描した。本文は、その要約である。

(53) RGZ 87, 61; 89, 136.

(54) BGHZ 4, 1 私稿・前掲・法学論集七卷一号六七頁以下参照。

(55) 詳しくは、私稿・右同参照。

(56) 今日では、BGB八三一条の欧米法における後進性は一般の意識するところとなり、一九六七年に参事官草案として改正案がだされるに至っている(註(38)参照)。参事官草案が提示する八三一条の改正案は、被用者が事業執行につき故意もしくは過失にもとづく不法行為によって第三者に損害を加えた場合、使用者は被用者と並んで責任を負うと規定する。主たる改正点は(一)免責立証を撤廃したこと、(二)被用者の故意、過失などの有責任を前提としたこと、である(前掲・法学雑誌一六卷一号一六〇頁以下参照)。

この改正案に対して、その後西ドイツでは、学者や実務家によって意見が表明されているが、免責立証を撤廃したことについては、賛成が多い。しかし、被用者の有責任を前提としたこと、とりわけ責任能力を前提としたことに対しては批判がなされている。たとえば、ディーダーリクセンは、商品製造者の責任においては、生産方法の単調さ(コンベヤー労働、オートメーション)がこれに従事する被用者に大きな精神障害や短絡反応をひきおこすことから、被用者の責任能力を問題として個人責任や企業の責任を問うのは不当であるとす。したがって、八三一条が製造者責任にも適用される場合は被用者の有責任は前提とすべきではなく、仮りに前提とすることが必要であるとしても挙証責任の転換をはかるべきだとする(Uwe Diederichsen, Zum Entlastungsbeweis für Verrichtungsgeshilfen, ZRP 1968, 60)。なお、私稿・前掲・法学論集七卷一号八八頁註(3)参照。

(57) 清水金二郎「使用者賠償責任の基礎」法学論叢(昭和十三年)三八卷五号九五頁。なお、我妻博士も同様の見解をとる(我妻・前掲書「不法行為」一八〇頁以下参照)。

(58) 戒能通孝・債権各論(昭和二年)四七六頁。なお、最近では神田助教が戒能説を押し進めている(神田・前掲・北大法学論集二二卷三号)。もっとも神田助教は、戒能説が企業被用者の過失を企業の過失と同視する見解であると理解した上で、自説は企業被用者の過失の有無とは関係なく、企業そのものを七〇九条の不法行為主体としてその有責任を問題にすべきであると述べて、その独自性を強調される。しかし、私の理解では、戒能説は、企業被用者の過失を企業自体の過失と同視するとはいつておらず、やはり、被用者の職務遂行についての加害行為は、その有責任を問題とすることなく企業自体の行為としてその責任を直截に導きだすべきことを主張しており、その点では両者の見解は異ならないと考える。

- (59) 周知のとおり、近時において支配的になりつつある見解である。たとえば 加藤編・注釈民法(4) §717(池田浩一) 一一一頁、同(五十嵐清) 三〇五頁、沢井・前掲書「研究」一八七頁など参照。
- (60) ほぼ同様の指摘は、神田・前掲・北大法学論集二巻三号九四頁でもなされている。
- (61) 戒能博士は、他人の行為に対する責任でも、ほとんど自己の行為と同視してよい場合として、家団としての家族共同体の一員が他人に加えた損害に対して家長が自己の行為として責任を負うのと同様に、企業の共同体の構成員の加害に対する企業主の責任を問題にしている。ここでは、民法七一条および七一条の責任とは別個の、いわば共同体的責任ともいべき責任体系を提唱されている。戒能・前掲書「各論」四七五頁以下参照。
- (62) 加藤編・注釈民法(4)三六五頁における森島昭夫教授の批判。
- (63) 戒能・前掲は、この点全く不明である。なお、戒能博士は、企業者の責任を七〇九条から導くことを明確に表明しているわけではないが、一般の理解によれば(加藤編・注釈民法(4) §717(森島昭夫執筆) 二六五頁)、七〇九条適用説とされている。
- 神田助教教授においても、被用者の加害行為が介入する場合に企業の過失をどうとらえるのか不明である。結論的には過失を心理状態として把握しても、損害防止義務違反ととらえても、企業そのものの有責性を導出することにならば障害はないとされるようだが(前掲論文一〇二頁以下)、すこぶる疑問である。
- (64) 戒能・前掲書「各論」四八〇頁は、七一五条の規定は「企業の如く一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形態をとりながら、実は然らずと言ったやうな場合につき適用せられるに過ぎない」としており、その一つの例として被用者の職権濫用による株券偽造をあげている。神田・前掲論文も戒能説とほぼ同旨である(北大法学論集二巻三号一〇五頁)。
- (65) 神田・右同(北大法学論集二巻三号一〇六頁)は、被用者の故意・重過失の行為を企業の七〇九条の責任から除外する。
- (66) 神田助教教授は、被用者の軽過失にもとづく職務遂行中の行為については、被用者の被害者に対する対外的責任も、また使用者からの求償も一切否定されるとする(神田・前掲論文および同「使用者の求償権について」民事研修一六八号二三頁)。
- (67) 服部栄三「法人の不法行為能力」我妻遺歴記念・損害賠償責任の研究(中)(昭和三三年)が代表的である。そのほか、西原道雄

「社員の自家用車と企業の運行供用者責任」企業法研究一五五號（昭和四三年）四（六）頁および川添清吉「使用者責任における求償権」青山法学論集八卷三号（昭和四一年）一三一（二三四）頁が、理由づけは必ずしも明確でないが有責性不要説を主張されている。

(68) 服部・右岡五三四頁。

(69) 英米法におけるコモン・ロー上の使用者責任は Vicarious Liability であるが、その責任の根拠はかつては報償責任あるいは危険責任などに求められていたが、今日には損失分散 (loss distribution) に求められている（私稿「代位責任 (Vicarious Liability) の基礎理論」鹿大法学論集五卷二号六九頁以下参照）。わが国でも使用者責任の基礎づけとして、あいまいな危険責任や報償責任よりも損失分散の理論を正面から採り入れるべきだと思いが、その場合の前提として損失分散を制度的に保障する保険機構や商品価格のメカニズムを慎重に検討しなければならず、その準備ができていないので、この点は今後の課題としておきたい。

なお、アメリカにおける損失分散と保険との関係および損失分散の経済的効果についての秀れた紹介は、藤倉皓一郎「不法行為責任の展開―損害負担理論の一考察」同志社法学一〇七号（昭和四三年）がある。

(70) 鳩山博士以来の有責性不要説に対する批判である。鳩山・前掲書「各論」九二五頁、我妻・前掲書「不法行為」一七三頁、乾昭三「使用者の賠償責任」総合判例研究叢書民法編（昭和三二年）二七八頁、神田・前掲論文（北大法学論集二一卷三号）八九頁など参照。

(71) 一般に、履行補助者の行為に対する債務者の責任は、履行補助者に「責ニ帰スヘキ事由」がないことを債務者の方で証明しなければならぬとされており、医療事故の分野では、医師の過失の立証責任について不法行為よりも債務不履行でゆく方が被害者にとって有利であるから、論理構成としては契約責任でゆくべきであるとされている（たとえば、唄・前掲書「歩み」二六八頁以下は梅毒輸血事件の評釈でこの点を強調される）。同一の事実にもとづく紛争解決手段として、不法行為による構成の方が不利であるならば、まず、不法行為の構成を再検討するのが、思考の順序であろう。