

民法 715 条 2 項の代理監督者責任について

神 田 孝 夫

一 序

本稿は、民法 715 条 2 項にいう「代理監督者」⁽¹⁾とは何か、を考察するものである。この課題については、すでに、数度にわたり、最高裁判決によって、「客観的にみて、使用者に代り 現実に事業を監督する者を指称する」との判断が示されている。しかし、かように解すべき理由は、必ずしも明瞭でない。今日の下級審判決が、全てこの態度を踏襲しているとはいえず、異なる判断基準を示すものも少なくないし、判例評釈などを通して公けにされている諸学者の見解も、無条件にこれに賛同しているとは限らない。本稿をもって、この課題を再検討してみようと思ひ至ったゆえんである。筆者の基本的な疑問は、代理監督者にそもそも報償責任の原理が妥当するのか、そのこととの相関関係で代理監督者の範囲を反省してみる要はないか、という点にある。

二 判例の変遷と学説の状況

(1) まず、今日の判例の態度がどのような経緯で形成されてきたかを、若干の分析を加えながら省み、合わせて、これに対する学説の反応と近時の状況を要約的に考察しておきたい。

判例上、代理監督者責任の成否いかんがはじめて登場するのは、大正期の後半である。それまで、この問題が顕在化しなかったのには、それなりの理由がある。古く、判例は、代理監督者責任の成否が今日多く問題となる法人

原稿受領 1976 年 11 月 11 日

(1) 代行監督者という名称が適切だとの主張（沢井裕『民商』43 巻 4 号 607 頁）や代位監督者という語を用いる判決（神戸地・昭 45 年 10 月 14 日『交民集』3 巻 5 号 1528 頁）があるが、本稿では便宜上従来の一般的な用法に従う。

(会社)の代表機関につき、民法 715 条 1 項責任が成立し、それを基礎として法人は民法 44 条責任を負うという構成をとっていたのである。⁽²⁾これでは、少くとも法人の代表機関に関する限り、代理監督者責任が問題となる余地がない。ところで、こうした法律構成の理論的根拠となったのは、民法 715 条 1 項の責任の法的性質がいわゆる自己(過失)責任にはかならないという理解⁽³⁾と、法人じたいは被用者の選任監督という行為をなしえないという理解ではなかったか、と思われる。しかし、ここでは、代表機関を使用者ととらえることの不自然さが免れない。代表機関は、使用者そのものではない。使用者たる法的地位をしめるのは法人でしかありえないからである。

大正初期に至ると、民法 44 条を介在させずに、直接に法人の民法 715 条 1 項責任の成否を問題とする一連の判例が続出する。⁽⁴⁾これらにより、代表機関を使用者ととらえた前述の不自然さは是正されたわけだが、留意したいのは、この新しい法律構成は、民法 715 条 1 項責任の法的性質を代位責任ととらえることとの相関関係のもとで登場してきた、と思われる事実である。⁽⁵⁾ともあれ、こうした法律構成が定着すると、法人の代表機関の責任をどのように処理するかという問題が、新らたに生起してこざるをえない。かような事情が、代表機関につき代理監督者として同条 2 項の責任を認める判例理論を生み出す契機となった、と解することができる。

代表機関の代理監督者責任を最初に示唆したのは、大判・大正 9 年 6 月 24

(2) 大判・明治 34 年 12 月 20 日『刑録』7 輯 105 頁、大判・明治 36 年 3 月 14 日『民録』9 輯 313 頁、大判・明治 36 年 10 月 22 日『刑録』9 輯 1573 頁、大判・大正 2 年 1 月 15 日『新聞』921 号 26 頁など。

(3) 前注(2)所掲の大判・明治 36 年 3 月 14 日は「取締役ガ其選任又ハ監督ニ付キ為スベキ相当ノ注意ヲ怠リタルニ因リ被上告人ニ損害ヲ生ゼシメタリ……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ズ」と説示する。同旨を説くものは少なくなかった。

(4) 大判・大正 2 年 2 月 5 日『民録』19 輯 57 頁、大判・大正 3 年 6 月 10 日『刑録』20 輯 1157 頁、大判・大正 5 年 7 月 29 日『刑録』22 輯 1240 頁、大判・大正 6 年 4 月 7 日『民録』23 輯 690 頁など。

(5) 大判・大正 4 年 1 月 30 日『刑録』21 輯 58 頁が「民法第七百九条ト第七百十五条トハ相互ニ関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担スベキモノニ非ル……」とするのが典型的だが、加害被用者の有責性を要求する判例の態度は、ほぼこの時期に定着したとみてよい。前注(4)所掲の諸判決も同様の態度に立っている。

(6) 日であるが、ここでは傍論にとどまっていた。正面からこれを認めたリーディングケースは、大判・大正10年6月7日である。⁽⁷⁾そこで理由とされたのは、要約的にいえば、法人とは別に代表機関の責任を肯定しなければ、代表機関は法人という観念のなかに埋没し全くその個性的存在を喪失するという不当な結果になるし—これは代表機関の地位の二面性論といわれる考え方である—かように解することが被害者保護のためにも必要だという点にあった。このうち、代表機関の監督義務を強調する大判・大正15年10月13日のごときもなくはなかったが、およそ代表機関であるかぎり当然に代理監督者責任を負うとの態度を示す判例が一般化していくのである。⁽⁹⁾しかも、注意すべきは、下位の者に一般被用者の選任監督権限を委ねた場合においても、代表機関の代理監督者たる地位になんらの影響はない旨を説く大判・昭和15年5月10日のごときもみられた。⁽¹⁰⁾結局、法人に使用者責任が成立する場合には代表機関には当然に代理監督者責任が成立するというのが、この時期の判例の態度だったといえる。

(2) 学説が、代理監督者責任につき若干の反応をみせはじめたのは、ほぼ、こうした時期である。そこでの学説の論議を概括すると、多くは、前出大判・大正10年6月7日の説いた代表機関の地位の二面性論をそのまま受けいれるものであった。⁽¹¹⁾そして、それは、民法44条に関する判例学説の態度を無⁽¹²⁾

(6) 『民録』26輯1083頁。

(7) 『刑録』27輯506頁、判批—平野義太郎『判民』大正10年82事件。

(8) 『民集』5巻785頁、判批—田中耕太郎『判民』大正15年107事件、乾昭三『判例百選』56頁、並木俊守『会社判例百選新版』92頁、拙稿『民法判例百選Ⅰ』200頁。

(9) 大判・昭和3年7月9日『民集』7巻609頁、判批—杉之原舜一『判民』昭和3年59事件、大判・昭和15年9月28日『法学』10巻311頁。

(10) 『民集』19巻810頁、判批—三宅正雄『判民』昭和15年44事件、板木郁夫『民商』12巻5号314頁、岩田新『法学新報』51巻2号257頁、美濃部達吉『国家学会雑誌』54巻11号1477頁。

(11) 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論下巻』921頁、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』176頁、田島順『債権法』525頁、平野義太郎・前掲『判民』大正10年82事件257頁、杉之原舜一・前掲『判民』昭和3年59事件305頁など。

なお、この二面性論に関する批判が、昭和30年代半ばの倉沢康一郎『法学研究』34巻3号297頁以下にみられたが、塩田親文・吉川義春『取締役の第三者に対する責任』総合判例研究叢書商法(11)349頁以下で詳細な再批判がなされている。もっとも、後者とて、無条件に二面性論に賛同しているわけではない。

(12) 民法44条に関して代表機関も対外的責任を負うことは、古く大判・明治39年10月3日『民録』12輯1167頁において認められていた。

条件にもちこんだもの、といえる。唯一、注目すべき見解は、前出大判・昭和 15 年 5 月 10 日の評釈における三宅正男教授のそれであった。⁽¹³⁾すなわち、代表機関が下位の者に一般被用者の選任監督の機限を委ねた場合においても、代表機関は当然に代理監督者責任を負うべきかを問題として、次のごとく説く。代表機関は事業の主体そのものではないから、権限委譲行為の当否のみにつき責任を負うにとどまるとみるべきである、使用者たる地位にある者については、下位監督者に一般被用者の選任監督に関する過失ある以上当然に使用者責任が成立すると解するのが報償責任の理論に合するが、代表機関はひとつの被用者に他ならず、使用者に関すると同様に解するのは報償責任の見地から妥当でない、というのである。ここにはじめて、報償責任の原理の不適合性を基礎とした代理監督者責任の限定づけという考え方が登場した、といってよい。ただ、とくに留意しておきたいのだが、それは、下位者に委ねた場合を問題とするのみであり、基本的に代理監督者の客観的範囲を報償責任原理の不適合性から反省しようとするものではなかった。民法 715 条 1 項を報償責任を基礎とした代位責任ととらえるかぎり—前述のように判例もすでにこの理解に立っていた—一般論として、この問題はあったはずなのである。

三宅教授による部分的な問題提起は注目されるにしても、この時期の学説は、概して、代表機関の地位の二面性論に目をうばわれすぎていた、といってよいであろう。

(3) こののち、かなり長期間、代理監督者責任をめぐる最上級審判決は登場しない。しかし、昭和 32 年頃から下級審判決が少なからずみられるようになる。その多くは、従前の大審院判決と同様、代表機関であれば当然に代理監督者責任を負うとの態度を示すが、⁽¹⁴⁾興味深いのは、代表機関の実質的な指揮監督の事実の有無を問題視するものが、若干ながらみられたことであ

(13) 三宅正男・前掲『判民』昭和 15 年 44 事件 180 頁。

(14) 千葉地八日市支・昭和 32 年 10 月 21 日『不法行為下民集』昭和 32 年度（上）269 頁、東京地・昭和 32 年 11 月 8 日『下民集』8 卷 11 号 2040 頁、熊本地・昭和 33 年 11 月 6 日『下民集』9 卷 11 号 2192 頁。

る。東京地・昭和 33 年 11 月 13 日⁽¹⁵⁾、東京地・昭和 34 年 9 月 8 日⁽¹⁶⁾などがこれである。こうした一部の下級審判決は、昭和 32 年に公刊された加藤一郎教授の『不法行為』にみられた主張の影響⁽¹⁷⁾をうけたものとみて、まず間違いあるまい。

こうした状況のなかで、現実の監督関係を正面から問題視する一連の最高裁判決が登場する。最判・昭和 35 年 4 月 14 日、最判・昭和 38 年 6 月 28 日、最判・昭和 42 年 5 月 30 日がそれである。もっとも、これらを単に並列的にとらえるのは妥当と思われない。以下に、それぞれの固有の意義に着目し、若干の分析を加えながら、整理してみたい。

最判・昭和 35 年 4 月 14 日⁽¹⁸⁾は、次のごとき事案に関する。一定の契約のもとで甲名義を借用のうえ運送業を営んでいた乙が、丙に営業譲渡したにもかかわらず、甲の都合で形式上甲との契約を存続させているうち、営業譲受人丙の被用者が交通事故を起した。甲の使用者責任のほか、乙に代理監督者責任が成立するかが問題となったわけだが、判旨は、代理監督者とは「客観的に観察して、實際上現実使用者に代って事業を監督する地位にある者を指称するものと解すべき」としたうえ、本件事実関係のもとでは、乙はそうした地位になかったこと明白である、としたのである。乙の特殊な地位からすれば、本判決の結論はおそらく何びとも異論をはさみえないものといえた。

ところで、留意したいのは、本判決では「現実の監督」ということが、乙の責任を否定する論理として用いられた、という事実である。換言すれば、ここでは、「現実の監督」という画定基準のもつ問題性ないし弊害は露見し

(15) 『下民集』9 卷 11 号 2225 頁、判批一崎田直次『法学新報』66 卷 3 号 75 頁、谷口茂栄『金融法務』222 号 260 頁、小町谷操三『ジュリスト』224 号 92 頁、土井輝生『ジュリスト』251 号 91 頁、倉沢康一郎・前掲『法学研究』34 卷 3 号 295 頁。これは、入院していた代表取締役代理監督者責任を肯定したもの。

(16) 『下民集』10 卷 9 号 1895 頁、実質的な監督関係にあった事実を認めるに足りる証拠はない、として代理監督者責任を否定したもの。

(17) 加藤教授は「理事が法人の機関として当然に責任を負うのではなく、具体的に被用者の選任監督を担当しているかぎりにおいて、代理監督者として責任を負うものである」とされた一同書 188 頁。

(18) 『民集』14 卷 5 号 893 頁、判批一沢井裕『民商』43 卷 4 号 116 頁、北村良『法曹』12 卷 6 号 74 頁。

ていない。しかし、「現実の監督」という新らたな 画定基準の定立は、代表機関から監督権限を委ねられた下位の監督者につき、代理監督者責任が成立する可能性を示唆するものであったことは間違いない。この意味で本判決は注目さるべきものである。

最判・昭和 38 年 6 月 28 日⁽¹⁹⁾は、まさに、この画定基準によって下位者に代理監督者責任を肯定したものである。すなわち、木材販売会社の一営業所の経理担当者が手形を偽造して第三者に損害を与えた事案につき、同営業所長の代理監督者責任を認めたのである。「現実の監督」という画定基準の素直な適用からすれば、判旨の結論は当然だった、ということになる。しかし、本判決は報償責任の見地から生ずる疑問をますます浮彫りにしたもので、といえる。下位の監督者については、代表機関の場合よりも一層報償責任の原理が妥当する余地はない、と考えられるからである。ともあれ、本判決は、下位の監督者の代理監督者責任を正面から認めたリーディングケースとして、記憶されなければならない。

この「現実の監督」という画定基準を、会社の代表機関の代理監督者責任を否定する論理として用いることになったのが、最判・昭和 42 年 5 月 30 日⁽²⁰⁾である。事案は、運転手 230 余名、本社のほか 3 ケ所の営業所を擁するタクシー会社の代表取締役の責任が問題となったものであるが、彼は、月に一度各営業所を廻り一般的な監督をするほか、各営業所長に総括させていたという事実がある。判旨は、前出最判・昭和 35 年 4 月 14 日を引用し、そこで説かれた一般論をほぼそのまま繰り返したのち、「代表者が、単に法人の代表機関として一般的業務執行権限を有することから、ただちに同条項を適用してその個人的責任を問うことはできないものと解するを相当する。したがって、代理監督者とするためには、代表取締役が現実に右被用者の選任または

(19) 『判時』344 号 36 頁。なお、本判決が公式判例集に登載されなかった理由は理解できない。

(20) 『民集』21 巻 4 号 961 頁、判批—谷口知平『民商』57 巻 6 号 955 頁、淡路剛久『法協』85 巻 5 号 120 頁、横山長『法曹』19 巻 9 号 170 頁、同『ジュリスト』376 号 89 頁。

監督をなす地位にあった事実を、その責任を問う上告人らにおいて主張立証しなければならない」として、結局、その旨の何んらの主張もなされていないのみならず、挙示の証拠に徴し、当の営業所について具体的に監督する関係にあったと認めがたいとする原審の認定は正当、としたのである。

前出の昭和 38 年最判によって予測がついたところとはいえ、本判決では、戦前の大審院判決にみられた代表機関の地位の二面性論というのは完全に姿を消している。また、下位者に監督権限を委譲した場合でも代表機関は代理監督者たる地位を失うものでない旨を説いた前出の昭和 15 年大判の態度も、捨てられている。これらのことは、同時に、民法 715 条 1 項の使用者責任の要件である監督関係—ここでは権限を委譲された下位者による監督は使用者じしんによるそれと同視しうるというのが判例通説の一致した態度である—と同 2 項の代理監督者責任の前提となる監督関係とは異別に理解されるべきだという立場に、本判決が立っていることを意味しよう。さらに、一般論としてかような態度によっても、下位者への権限委譲の可否を問題とする余地があるはずなのだが、本判決は、この点に何んら意を用いていない。もっとも、本判決の直接的な意義は、現実の監督の主張立証責任を相手方に課している点に求められるべきであろう。判旨冒頭の一般論は、昭和 35 年最判を踏襲したものであり、さきに指摘した諸点は、その帰結とも解されるからである。

「現実の監督」を画定基準とする以上の一連の最高裁判決は、その後の下級裁判決に強い影響を与えている。下位の監督者もしくは当然には代表機関といえない者に代理監督者責任を認める判決は少くないし、代表機関につき⁽²¹⁾

(21) 多少冗長のそしりを免れまいが、後日のため、列举しておく。大阪地岸和田支・昭和 36 年 9 月 28 日『交通事故による不法行為下民集』昭和 36 年度 488 頁（専務取締役役に肯定）、大阪高・昭和 37 年 10 月 31 日『下民集』13 卷 10 号 2194 頁（新聞社編集局長に肯定）、東京地・昭和 40 年 5 月 31 日『下民集』16 卷 5 号 965 頁（相談役に肯定）、東京地・昭和 41 年 7 月 12 日『判タ』194 号 158 頁（事実上の運営者に肯定）、横浜地・昭和 44 年 1 月 29 日『交民集』2 卷 1 号 95 頁（専務取締役役に肯定）、浦和地・昭和 46 年 1 月 18 日『交民集』4 卷 1 号 68 頁（支店常勤専務取締役役に肯定）、山形地・昭和 46 年 10 月 29 日『交民集』4 卷 5 号 1582 頁（営業所責任者に肯定）。

これを否定する判決が続出している⁽²²⁾。ただし、下級裁に対し完全な指導力をもったかとなると、疑問である。このことは、のちに改めて指摘する。

ところで、最高裁判決は「現実の監督」を代理監督者の画定基準とする理由をどこに求めているのだろうか。大審院時代の判例に比すれば大幅な態度変更である以上、詳細な理由づけが期待されるところであるが、実際には、「…と解すべき」というにとどまっており、全く舌足らずとのそしりを免れない。ただ、前出の最判・昭和 42 年 5 月 30 日の原審（東京高・昭和 38 年 11 月 27 日⁽²³⁾）が、次のごとく述べているのが注意をひく。「民法 715 条 2 項に謂う監督者の中に当然に法人の代表者を包含すると解するならば……個人たる代表者の責任を著しく加重し、不法行為による損害賠償責任について民法の現に立脚する有責主義に離れ過ぎるのみならず、職務・責任の分化する法人機構の実際にも著しく合致しない結果となるであろう」というのである。一連の最高裁判決も、あるいはこれと同様に解している、と推測してよいかもしれない。しかし、「現実の監督」という基準は、機能的には、代表機関の責任限定の反面、下位者の責任拡大という結果をもたらす。さきの説明は前者の理由づけるとはなりえても、後者に関してはどう説明するのであろうか。

(4) 近時の判例理論に対して、学説はどのような反応を示しているか、を次に概観したい。

学説の論議は、もっぱら代表機関の場合を念頭においたものが殆んどであ

(22) これも後日のため 列挙する。東京地・昭和 40 年 10 月 6 日『判タ』185 号 108 頁，東京地・昭和 40 年 10 月 25 日『判タ』185 号 113 頁，東京地・昭和 41 年 7 月 12 日『判タ』194 号 158 頁，東京地・昭和 43 年 4 月 30 日『交民集』1 巻 2 号 209 頁，東京地・昭和 43 年 6 月 20 日『交民集』1 巻 2 号 694 頁，神戸地・昭和 44 年 1 月 30 日『交民集』2 巻 1 号 121 頁，福岡地・昭和 45 年 5 月 26 日『判タ』252 号 263 頁，東京地・昭和 45 年 6 月 29 日『判タ』253 号 307 頁，横浜地・昭和 47 年 7 月 22 日『交民集』5 巻 4 号 1015 頁，仙台高・昭和 47 年 11 月 14 日『判タ』291 号 332 頁。なお、これらの諸判決のうち現実の監督の立証責任を被害者に課していること明らかなものは、福岡地・昭和 45 年 5 月 26 日と東京地・昭和 45 年 6 月 29 日である。他に、現実の監督以外の理由で代表機関の責任を否定したものが数件あるが、のちに本文でとりあげる。

(23) 『交通事故に関する不法行為下民集』昭和 38 年度 635 頁。

るが、判例の態度をほぼそのまま是認するもの、より厳格な責任を志向していると解されるもの、弁済能力その他諸般の事情を総合的に考慮して代理監督者の画定をするほかないとするもの、などがみられるようである。

判例を支持する論者は、「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、報償責任・危険責任主体性からはむしろ被用者的ともいえるから、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く中間責任性が濃いという微妙な差異は認めてよいのでないか」と理由づける。⁽²⁴⁾ ほぼ、前出の東京高判・昭和 38 年 11 月 27 日と同旨とみてよいであろう。もっとも、論者は、監督支配の現実性ないし具体性はある程度一般的定型的に認められれば足りる旨をも附加している。

より厳格な責任を志向していると解される学説は、現実がどうかよりも、「被用者を選任監督すべき関係の存在」こそが問題視されるべきだという。そして、前出昭和 35 年最判が「客観的に観察して、實際上現実に使用者に代って事業を監督する地位」と述べたり、結論的に「事実上監督すべき地位にいなかったこと明白」(いずれも傍点—引用者)と云っているところから、判例の真意も実はそこにあると解しうる、とされる。⁽²⁵⁾ しかし、こうした好意的な評価が、代表機関に代理監督者責任を否定した前出昭和 42 年最判にも通用するか、は問題であろう。加えて、「現実の監督関係なし」として安易に代表機関の責任を否定する下級裁判決が多いことからしても、こうした態度は判例に比しより厳格な責任を志向するもの、と評価しうる。

これに属する論者の一部には、さらに代表機関が下位の者に監督権限を委ねた場合を問題視して、次のごとく主張するものがある。代表機関が一般的にいつて被用者を選任監督すべき地位にあるということこそが代理監督者責任の本質であるから、下位監督者に対する選任監督の過失ある場合には代表

(24) 山田博「代理監督者責任」『判タ』212号76頁。

(25) 沢井裕・前掲『民商』43巻4号119頁、塩田親文・吉川義春・前掲『取締役の第三者に対する責任』360頁、淡路剛久・前掲『法協』85巻5号801頁。

機関の責任を肯定すべきである、また、かように解することが、ますます規模の拡大していく現在の巨大企業の経営組織における経営者個人の能力の限界と責任分担の実状によく即応する、⁽²⁶⁾ というのは。監督権限の委譲の場合に関しては、前述したごとく、古く三宅教授によっても論じられたところであったが、そこでは、代表機関である以上当然に責任を負うとする当時の判例の態度に対する批判としてのものであった。ここでの主張は、逆に、現実の監督関係がない以上当然に免責されるという結果の妥当性を疑うものである。これによれば、前出昭和 42 年最判が、現実の監督の事実なしとして直ちに代表機関の代理監督者責任を否定したのは早計だった、と評価されることになるだろう。

以上の諸学説に対し、柔軟な処理がなされるべきことを説く論者がある。現実に監督する地位にないからといって資力ある代表機関を免責させるのは被害者の保護を欠くことになる、かくて、現実に選任監督をなす地位にあったか否かではなくて、選任監督の責を負わすべき関係にあったか否かの判定によるべきである、仮りに実際上の経営者たる代表取締役が資力を有し、会社型態をとって経営している場合の如きにおいては、被害者保護のためにその代表者に被用者の選任監督をなすべき地位にあったと認定する用意が望ましい⁽²⁷⁾ (傍点引用者)、⁽²⁷⁾ というのは。他方、判例の実際において、当事者の社会的地位ないし資力を考慮して衡平をはかることはすでに行なわれているところであり、これは是認されるとの指摘もある。⁽²⁸⁾ 被害者救済に目を奪われすぎているきらいがあるが、こうした柔軟な態度を持するとき、報償責任原理の適合性いかに、代理監督者の範囲画定の判断材料のひとつにくみこまれる余地があろう。

さて、前出の昭和 38 年最判は、一介の営業所長につき代理監督者責任を肯定し、報償責任の見地から生ずる疑問を浮彫りにしたわけだが、この点に

(26) 塩田親文・吉川義春・前掲『取締役の第三者に対する責任』361-364 頁参照。

(27) 谷口知平・前掲『民商』57 卷 6 号 962 頁。

(28) 沢井裕・前掲『民商』43 卷 4 号 123 頁。

関する学説の反応はどうか。今のところ、全くといってよいほど、これに論及する学説はない。同判決の掲載誌の解説欄に「使用者の責任と同一の責任を出張所所長に負わせることに何か割り切れないものを感じる」との文言がみえる程度である。⁽²⁹⁾「現実の監督」を要求することにより、それだけ有責主義に近づいているのだから、格別不合理ではないというのが、一般的な理解なのだろうか。もっとも、若干ながら、直接に監督的行為をなす下位者が、場合によっては、独立の代理監督者というに値せず、上位の代理監督者の補助的代行者にとどまるとみるべきときがあろう、との指摘はある。⁽³⁰⁾ここでは、「現実の監督」という基準のみでは酷な結果になることが意識されている、といえる。だが、どのような場合がそれに当るかとなると、實際上、困惑せざるをえないだろう。

以上の諸点のほか、学説における興味ある指摘は、代理監督者責任の法的性質をめぐる谷口知平教授のそれである。すなわち、代表者の被用者選任監督の過失自体が被害者に対する不法行為にたとえ認められないかぎり、代表者の責任を認めることは妥当でないと考えるのが、理論的には正しいであろう、と説かれる。⁽³¹⁾代理監督者責任は、本来、過失にもとづく自己責任であると、解しているわけである。

三 私 見

(1) 前章でみたごとく、判例は幾多の変遷を示し、学説上も多様な論議があったわけだが、今日の判例・学説の傾向を最大公約数的にいえば、代理監督者には報償責任の原理が妥当しないという認識を基礎として、「現実の監督」という要素を画定基準とすることにより、報償責任と有責（過失責任）主義との中間的な処理をねらっている、といえる。こうした態度は一見穏当のようだが、しかし、かような中間的処理が何ゆえに妥当なのか、その理由

(29) 『判時』344号36頁（執筆者不詳）。

(30) 山田博・前掲『判タ』212号77頁、三善勝哉「代理監督者」『判タ』268号98頁。

(31) 谷口知平・前掲『民商』57巻6号961頁。

は明瞭でなく、曖昧模糊としている。仮りに報償責任で考えていくとすれば、いかなる者が利益帰属主体として代理監督者に当るかの問題がありうるにしても、責任の根拠はそれなりに明瞭である。他方、有責（過失責任）主義で考えていくとすれば、代理監督者の範囲を画定することの意義は何か等の問題は残ろうが、やはり責任の根拠は明白といえる。これに対し、判例通説は、使用者に準ずる利益帰属を問題視せず、他方、免責事由を事実上死文化せしめながら、現実の監督のみを画定基準とすることにより、代表機関のごとき上位者か営業所長のごとき下位者であるかを問わず代理監督者責任を肯定する。何ゆえに、これらの現実の監督をなす者が有責とされるのか。まさか、単純に、法文が「監督スル者」としていることの文理解釈のみに拠っているわけではなかろう。

一部の判例学説は、代表機関の場合を念頭において、当然有責としては民法の原則視する有責（過失責任）主義に離れすぎる、という。しかし、この点を顧慮しようとするなら、むしろ、有責（過失責任）主義にまで進むべきではなかったか。中間的責任に留るとする積極的理由は何なのか、とくに現実の監督の衝にあたる下位監督者にまで、かような中間的責任を課するのが何故妥当なのか、その理由は明瞭でない。論者のなかには「監督すべき関係」を強調するものもあった。その義務懈怠が被用者の加害によって推測される、というわけであろう。しかし、ここでいう義務懈怠は一般的なそれにとどまり、被用者による損害生起と直結するもの、換言すれば相当因果関係にあるもの、とは限らないであろう。してみると、依然として中間的責任であることに変わりない。対外的関係について、下位監督者にかように監督義務を加重することの妥当性も疑わしい。又、ある論者は、使用者の無資力の場合の被害者救済の必要を説く。代理監督者責任は実質的には担保責任に他ならずとする見解も同旨とみてよいだろう。論者のいう被害者救済という実⁽³²⁾際上の必要は判る。しかし、そのことが何ゆえに現実の監督という基準を生み出すのか不明である。いい換えると、前者と後者との理論的な連続性が納

(32) 淡路剛久・前掲『法協』85 卷 5 号 803 頁。

得できない。仮りにこれを別論としても、下位監督者に使用者の無資力を担保する責任が課せられてよいものであろうか。その合理的理由は、おそらく見出しがたいだろう。とくに、直接の加害者たる被用者への求償が制限されることがあるというのが今日の判例学説の一致した見解である⁽³³⁾ことを想起すると、下位監督者に担保責任を負わすのは、いかにも不合理というほかあるまい。当事者の社会的地位ないし資力を考慮して衡平をはかるかたちで代理監督者に当るか否かを判定すれば足りる、との柔軟な主張もみられたわけだが、過渡的な処理としてならともかく、これは、あまりに便宜的な態度というべきである。実質的な理由を伏せたまま結論のみを示して一般人を納得せしめるのは困難であろう。それに、解釈論を提示すべき者の態度として好ましいとは思われない。資力を考慮するのが当然に衡平といえるか、も疑われてよい。

(2) 以上の諸理由から、筆者は、今日の判例通説の態度には賛成しえない。となると、どのように解すべきか、が次の課題となる。まず、考えうるいくつかの可能性を検討しておこう。

ひとつは、代理監督者責任を過失責任ととらえて、その観点から代理監督者の範囲の画定を考える態度である。周知のように、民法715条は過失責任との理解で立法されたものであったし、初期の判例学説も同様の立場に立っていたと解しうる。それが、判例上は大正初期、学説上は大正中期以降、報償責任の原理で基礎づけられる代位責任ととらえられるようになったのである⁽³⁴⁾。しかし、とくに留意したいのだが、そこで対象とされていたのは、もっぱら同条1項であった。転換期の学説は、2項には何んら言及していない。本来、代位責任論への転回の段階で代理監督者責任の位置づけが深刻に論議されて然るべきだった、と思うのだが、今、それはともかくとして、さきのような経緯からすると、2項の代理監督者責任は同1項と異なり、立法趣旨

(33) 拙稿「使用者責任における求償権について」『民事研修』168号23頁、武久征治「被用者に対する求償の制限」『現代損害賠償法講座6』87頁など参照。

(34) 拙稿「企業の不法行為責任について」『北大法学論集』21巻3号437-438頁参照。

どおり、過失責任であるにとらえるのがひとつの態度だ、といえよう。谷口教授が、前述のように、被用者選任監督の過失自体が被害者に対する不法行為になると認められるときのみ代理監督責任が成立すると解するのが理論的には正しい旨を説かれたのは、こうした経緯をふまえてのものであったと考えられる。ところで、仮りに、過失責任でとらえるとすれば、代理監督者の範囲を画定することの意味は、損害発生と相当因果関係ある過失の不存在を立証する責任の負担者を決定するところにあることになる。そして、過失責任説においては、さきの意味の過失の不存在は、広く認められる余地があるから、代理監督者に当るとされることじたいは、さほど不利益とはいえない。現実の監督という画定基準でも必ずしも酷とはならないだろう。

ただ、この態度には、同一条文中の 1 項および 2 項をそれぞれ異なる法的性質をもつ責任と解することの不自然さを免れない。とくに、2 項の法文が「前項ノ責ニ任ス」となっていることを考えると、いよいよそれは明らかである。また、異なる法的性質をもつ二つの責任の併立を認めることの理論的必然性も問題となりえよう。

こうした諸疑問に関し、参考となるのは、ドイツにおける民法の一部改正を志す「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」の見解である。そこでは、使用者責任の根拠規定たるドイツ民法 831 条を現行の過失責任から代位責任に改正するにあたっては「現行 831 条第 2 項に含まれている、営業者のため被用者の選任あるいは監督を引き受けた者の責任に関する特別規定（わが民法 715 条 2 項にあたる一筆者）は、補充せずに削除できる。この規定は、改正された責任制度がもはや選任および監督上の過失に焦点をおいていないので、現在の形では、その改正制度と一致しないであろう—中略—その規定の目的が、営業主が免責証明に成功するさいに生じうる責任の間隙をうめることにある限り、もはやそれに応じた規制をなす必要はない」とする。⁽³⁵⁾ 使用者に免責の余地がない以上—わが国でも免責事由が死文化していることは前述のとおり—2 項の代理監督者責任の存在意義は、強

(35) 大阪市大外国法研究会訳「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(五)」『法学雑誌』17 卷 1 号 161 頁による。

いていえば、使用者の賠償能力を担保するところに求めるほかならうが、代理監督者にそこまで責任を課することの当否は、きわめて疑わしい。結局、筆者も、この「参事官草案」の見解に沿って、同2項のみを過失責任でとらえることは認めがたい、と考える。

次に、代理監督者責任を報償責任ととらえることの可能性はどうであろうか。民法715条2項の文理からすると、同1項を報償責任にもとづく代位責任とみるかぎり、これも同様の法的性質をもつ責任とみるのが素直である、といえる。しかし、問題は、そもそも一般的に代理監督者に報償責任の原理が妥当するかである。確かに、代理監督者は、一般被用者の選任監督の衝にあたることにより、使用者から一定の対価を取得する。しかし、被用者を用いることによる利益帰属主体というのは、あくまで使用者たる地位にある者というほかない。そして、ここでいう報償責任とは、かような意味での利益帰属を問題とするものなのである。結局、法形式的に考えるかぎり、代理監督者には報償責任の原理は妥当しない、といわねばならない。前述の「参事官草案」が、現行ドイツ民法831条2項につき「被用者の不法行為について、受命者が無条件の保証義務を負う形ではこの規定は承認されない」と述べている部分⁽³⁶⁾は、まさに、このことを指しているといつてよいであろう。

(3) 以上の検討からすると、民法715条1項を報償責任によって基礎づけられる代位責任と解する今日の判例通説のもとでは、結局、同2項の代理監督者責任は、いかなる意味においても、その存在意義を失なうに至ったといえそうである。しかし、ここでなお考慮すべきは、実質的な利益帰属を問題視することを通して、この代理監督者責任なる法制度を適切に利用することが許されないか、である。わが国においては、多くの理由から、経営の実体は個人企業でありながら便宜上会社形態がとられることが少なくない、とい⁽³⁷⁾われる。この場合、法形式上は、当該会社が使用者たる地位をしめるととも

(36) 前注同所。

(37) いかなる理由によるかについての諸資料を簡潔に整理するものとして、青竹正一「会社支配と株主間の合意(1)」『北大法学論集』21巻2号292-295頁。前身が個人企業か否かに関する最新の調査報告として、商法改正研究会「会社法運用の実態とその分析」『商事法務』606号222頁以下所掲の諸資料参照。

に、被用者の利用による利益の帰属主体となるが、実質的には、多く会社の代表機関としての地位をしめる個人に利益が帰属する。かような場合、公平の見地からして、使用者たる会社と並んで実質的利益帰属主体たる者に責任を課することが認められておかしくない。使用者に準じて考えられてよいからである。筆者は、このための法的構成として民法 715 条 2 項が利用されてよいのではないかと考える。また、1 項が報償責任で基礎づけられるものと解されるかぎり、2 項をかように扱うことが、唯一、許される解釈態度ではないか、と思う。前述した諸学説のうち、選任監督の責を負わすべき関係の有無を問題とすべきだとの主張も、あるいはこれと同様の効果をねらいとしているのかもしれないが、監督者の資力を当然に考慮すべしとするなど、被害者保護にはしりすぎている感が否めない。また、下位の監督担当者を上位の代理監督者の補助的代行者とみるべき場合があろうとする一部の論者の真意も、おそらく、公平上不当な結果になることを避けようとする点にあり、筆者の問題認識と共通する。しかし、実質的な利益帰属を問題視しないかぎり、いわゆる補助的代行者の限界は曖昧といわねばならないし、上位監督者だからといって当然に代理監督者責任を負うことになる点は、私見と相容れない。

実質的な利益帰属を問題視するかような態度が許されるとするなら、現実の監督の有無を問う必要はもちろん無い。下位者に監督権限を委譲していた場合でも、下位者の被用者選任監督上の過失は、当然に実質的な利益帰属者のそれと同視されよう。下位者への監督権限の委譲の可否を問題視するまでもない。この意味では、民法 715 条 1 項の使用責任の場合と同様に解されることになる。また、現実の監督が認められる代表機関であるとしても当然に代理監督者責任を負うわけではない。逆に、代表機関でなくとも、実質的な利益帰属者といえるかぎり、この責任を免れないこととなろう。もっとも、そうはいっても、法文上「監督スル者」とあるかぎり、全くこれを無視するのも不当と考えられる。たとえば、いわゆる平取締役として取締役会の構成員としての地位を有するにとどまる者に関しては、代理監督者責任を課

することは困難である。してみると、なんらかのかたちであれ、被用者に対する監督業務を担当する者であることは、最低限必要というべきだろう。この判断にあたっては、「監督すべき関係」の有無が問われるべきだとする前述の学説の態度が援用されてよい。

(4) かような観点から、改めて、下級審判決の現状をながめてみると、判文上、正面からこれを明示するのは僅かであるにしても、実際上は、私見と同旨の態度がかなり広範に採用されているのではないかとみられる。

まず、いわゆる下位監督者に関する事例をみよう。もっとも典型的なものは、建設会社の現場工事事務所長の代理監督者責任を否定した東京地・昭和44年10月29日⁽³⁸⁾である。理由として、判旨は、所長は経営者に準じた利益享受の立場になかったこと、その指揮監督の実はすべて会社の機関としてその組織に吸収されてしまう関係にすぎなかったこと等を指摘し、総括的に、代理監督者責任を追求できる代理監督者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た又はその組織、運営を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ろう、とする。その他、タクシー会社の運行管理者の責任に関し、かような下位監督者を独立の代理監督者とみるべきでないと明言する名古屋地・昭和46年6月11日⁽³⁹⁾、あるいは、自動車事故の際加害車に同乗していた庶務課長や、事務所工場における主任者的立場にあった者につき、代理監督者と速断できないとか、代理監督者といえないとした東京地・昭和43年4月30日⁽⁴⁰⁾、神戸地・昭和45年10月14日⁽⁴¹⁾なども、同様に、実質的な利益帰属が認められないことが実際上の判断の基礎となっている、と解されよう。

代表機関についての否定判決で、実質的な利益帰属の有無を重要視する代表的なものは東京地・昭和48年1月23日⁽⁴²⁾である。判旨は代表取締役が個人

(38) 『判時』579号77頁。

(39) 『判タ』267号344頁。

(40) 『交民集』1巻2号525頁。

(41) 『交民集』3巻5号1,528頁。

(42) 『判タ』302号238頁。

として民法 715 条 2 項の責任を負うのは、従業員に対する一般的選任監督の権限を有するにとどまらず、いわゆる個人会社のそれなど、同条の責任を会社と並んで負うものとするを妥当とする事情、すなわち、会社の機関の地位のほか、会社に帰属すべき利益をその実質においては個人として享受することができる立場にある等の事情を要すると解するのが相当である、と説く。

子会社への出向役員に関する東京地・昭和 44 年 6 月 25 日⁽⁴³⁾が、代理監督者責任否定の理由のひとつとして、被告代表取締役は被告会社の実質的な主宰者といった出資、利益享受の事実が全く認められない、と説くのも注意されてよい。

他方、利益帰属が代表取締役の代理監督責任肯定の理由づけに用いられる例もある。「企業規模、営業の状況、営業利益の帰属関係などから客観的に考察すると……」と説く神戸地・昭和 45 年 1 月 19 日⁽⁴⁴⁾がそれである。なお、代表取締役の代理監督者責任肯定の下級裁判決の相当部分は、判決理由のなかで、当の会社がいわゆる個人会社もしくは同族会社である旨を指摘している⁽⁴⁵⁾。これは、現実の監督関係の傍証というよりも、あるいは少なくともそれと合わせて、実質的な利益帰属を示唆しようとしているのではないかと解される。かような推測が間違いでないとすれば、私見と同様の態度が既に多くの下級審判決によってとられている、ということができよう。

もちろん、前述したように、下位の監督者に代理監督責任を肯定した例は少くないし、実質的な利益帰属を問うことなく、代表取締役の代理監督者責任を否定した例も多い。下級審判決は、現在、退迷の状況にあるといってよい。一方では、最高裁判決の提示した現実の監督という画定基準に影響さ

(43) 『交民集』2 巻 3 号 847 頁。

(44) 『判タ』246 号 316 頁。

(45) 個人会社ないし同族会社と認定され、それが代表取締役の代理監督者責任肯定の理由とされていると解しうる判例は、昭和 35 年（最初の最高裁判決が出を時点）から昭和 48 年末までの間に 19 件見出しされた。これは、同時期に代表取締役の責任を肯定した判決総数 35 件のおよそ 55% にあたる。なお、残りの 16 件中、小規模会社であることが認定されているものが 12 件ある（他は判文上からは不明である）。こうしてみると、まず大部分がごく小規模の会社の代表取締役の責任が問題とされたものだ、とみてよい。

れ、他方では、報償責任の見地から実質的な利益帰属を無視しえないというところに、下級審判決が区々であることの原因がある、と考えられる。

実質的な利益帰属を問題視すべきだとする私見に対しては、現実の監督関係の認定のレベルで、事実上同様の帰結を導き出せば足りるではないか、という反論もありうるかもしれない。しかし、こうした一種の ごまかしよりも、一部の判例がそうしているように、率直に実質的な利益帰属の有無いかんを表面に打ち出すべきだ、というのが筆者の見解である。

なお、被用者選任監督上の過失が損害生起と相当因果関係にあると認められる場合においては、民法 709 条の原則に戻って監督者の不法行為責任が成立すること、いうまでもない。ここでは利益帰属の有無を問う必要がないこと、もちろんである。

本稿の課題については、さらに、商法 266 条ノ 3 との関係いかん、いわゆる法人格否認論との関係いかんなどの論点も残されていよう。また、代理監督者の責任を二次的責任とする可能性もあるかもしれない。これらについては、後日に再考の機会をもちたい。

(補注) 本稿では、下級審判決の探索を、『判例年報』(判例タイムズ社)、『判例時報索引』(判例時報社)、『交通事故民事裁判例集索引・解説号』(帝国地方行政学会)、『民事裁判例総索引民法編上』(自昭和 33 年至昭和 45 年) (法曹会) などに拠った。昭和 49 年以降の判例については殆んど未調査であることをおことわりしておく。なお、最判・昭和 35 年 4 月 14 までの判例に関しては、さきにも随所に引用したが、塩田親文・吉川義春『取締役の第三者に対する責任』総合判例研究叢書商法 (11) 343 頁以下が的確な整理を試みており、多くの示唆をえた。

(追記) 脱稿後、福井地敦賀支・昭和 49 年 10 月 21 日『交民集』7 巻 5 号 1483 頁、東京地・昭和 49 年 12 月 24 日『交民集』7 巻 6 号 1960 頁、横浜地小田原支・昭和 50 年 1 月 29 日『交民集』8 巻 1 号 147 頁、水戸地日立支・昭和 50 年 7 月 10 日『交民集』8 巻 4 号 1017 頁、横浜地小田原支・昭和 50 年 11 月 28 日『交民集』8 巻 6 号 1706 頁を知りえたが、いずれも個人会社・同族会社ないし小規模会社の代表取締役に代理監督者責任を肯定するものであり、本稿で分析した下級審判決に比し、きわだった特徴をみせるものではない。

また、脱稿後の関係文献として、民法 715 条 1 項の法的性質にも言及する国井和郎「使用者責任とその周辺問題」『法律時報』48 巻 12 号 21 頁以下があるが、仮りに同氏のごとく解するにしても、同条 2 項に関する本稿の考察は意義を失わないであろう。同氏も、被用者選任監督についての過失を損害生起と直結するものとは解していないと思われるからである。