

# 「企業の不法行為」論をめぐる近時の動向と問題点

神田孝夫

- 一 序論
- 二 「企業の不法行為」論生成の契機と展開
- 三 「企業の不法行為」論に対する諸批判
- 四 批判論の検討
- 五 他の法律構成の是非
- 六 むすび

## 一 序 論

企業活動にたずさわる者が第三者に損害を生ぜしめた場合、被害者としては、故意過失を立証のうえ当の加害者の不法行為責任を問えるほか、彼が企業に雇用されていたり、企業が法人格をもち彼がその代表機関であるといった場合には、右企業に対しても損害の賠償を求めうる。これが民法上の原則であり、民法709条、同715条、同44条がそれぞれの根拠条項となる。以上が従来の一般的理解であるし、判例も基本的にはそうである。

これに対し、企業活動にある程度付随して生じた加害については企業そのものを不法行為者にとらえようとの考え方——本稿ではこれを「企業の不法行為」論とよぶ——が、とくに昭和40年代後半、漸次、ひろい支持をうけるようになった。それには10数年前の筆者自身の小論<sup>(1)</sup>も若干の寄与をしているはずであるが、近時は、これに対し、正面から異論を示す学説判例が一部にみられる。また、伝統的な処理に内在する難点の解決を志向する点で「企業の不法行為」論と同一の基盤に立ちつつも、他の法律構成を提唱する論者も少なくない。

(1) 「企業の不法行為責任について」北大法学論集21巻3号61頁（昭和45年）。

本稿は、かような事情にかんがみ、「企業の不法行為」論の妥当性を検証する作業の一環として、近時の学説判例の動向を批判的に検討しようとするものである。<sup>(2)</sup>

以下では、問題の要点を明らかならしめる意味で、まず、「企業の不法行為」論の生成の契機とその後の展開状況を簡単に省み（第二節）、次に、異論を示す近時の学説判例の概況をみたうえ（第三節）、その当否を検討する（第四節）。ひきつづき、他の法律構成を提唱する諸学説の是非をながめ（第五節）、最後に、ひろく損害賠償制度のなかにおける「企業の不法行為」論の意義といったものを一言して、むすびとしたい。

## 二 「企業の不法行為」論の生成の契機と展開

(1) 「企業の不法行為」論が登場するに至ったのは、前述した民法上の原則による処理では理論上・実際上の疑義が少なくないからである。

理論上・実際上の疑義とは、こうである。

第一は、企業活動の一端を担うにすぎない従業員個人を全損害の加害者ととらえることへの疑問である。加害の直接的な契機が個々の従業員の過失にあるとしても、それが業務に付随してある程度不可避免的に生じたものであるとか、損害の質的・量的拡大につき企業のもつ人的・物的組織が媒介となっているごとき場合に、損害の全てを当該従業員の責任に帰せしめるのは酷といえる。企業（法人）の代表機関の過失に起因するといえるのであれば、彼は、企業活動の総括者として、本来、人的・物的組織の管理・運営全般につき高度の注意義務を負う以上、全面的な賠償責任も直ちには不当といえないだろうが、一介の従業員についてはいかにも不合理であろう。

第二は、具体的な従業員個人を不法行為者と考えることは被害者救済の面で問題がある、ということである。複雑かつ大規模な企業組織の中から直接の加

(2) 本稿は、筆者の近稿「企業責任」ジュリスト増刊民法の争点Ⅱ166頁以下（昭和60年）を補完するものであるが、独立の論文としての体裁を整える必要上、前稿と一部重複する論述を含むこととおことわりする。

害従業員を特定すること自体困難だし、生産工程その他企業内部の事情にうとい被害者が当の従業員にいかなる点で過失あるかを立証するのは至難であろう。このために当の従業員に対し賠償請求をなしえないというだけなら、ことは、まだ、さほど重大ではない。問題なのは、民法715条にもとづく企業の賠償責任を問うにしても、被用者（同条特有の概念だが、いわゆる従業員はすべてこれに当たるといってよい。以下、従業員をさして被用者とよぶ。）の有責性の存在が前提要件として必要だと解する今日の通説・判例<sup>(3)</sup>のもとでは、これが桎梏となって、企業への訴求が事実上きわめて困難になる、ということである。

被害者としては、別に民法44条による企業の賠償責任を訴求する途がある。代表機関の注意義務は一般被用者に比すればはるかに高度であるから、その過失に加害の淵源ありとして企業の賠償責任を導出することは、ある程度は可能であろう<sup>(4)</sup>。しかし、注意義務が高度といっても、そこには自ずと限界があり、常にそうしようとするなら、過失の擬制を余儀なくされるであろう。

第三は、従来のこうした処理のもとでは、企業には通常の過失責任を超えた厳格な責任を課すべきだとの既にかなり一般化している要請に応えることができない、ということである。厳格な責任を課すべき根拠としては、理論的には危険責任や報償責任の原理があげられ、実際的には企業はコストに組み入れることにより責任を社会的に分散したり責任保険を通じて同業者に責任を配分しうる可能性を有すること等があげられる<sup>(5)</sup>。ところで、通説・判例によるか

(3) 通説・判例法の形成過程については、前掲「企業の不法行為責任について」で詳論した。

(4) かような観点から判例の実態をながめたものとしては、拙稿「法人の責任」別冊ジュリスト続判例展望122頁以下（昭和48年）。民法44条については、およそ法人の機関による不法行為のすべてに適用あるとの学説もある。たとえば、新田敏「法人の行為——事実行為を中心として——」慶大法学研究44巻3号231頁（昭和46年）。筆者もこれに傾くが、本稿ではとりあえず、通説・判例に追従して、代表機関による加害を想定する。なお、通説・判例は、代表権限なき機関による加害については民法44条もしくは民法715条のいずれかを準用すべしという。

(5) 無過失責任論の根拠・機能を要約するものとして、例えば、加藤一郎『不法行為』有斐閣（昭和32年、増補版昭和49年）19頁以下。

ぎり、民法715条では被用者の、民法44条では代表機関の有責性が前提として要求されるが、彼らには、過失責任原則を修正すべき前述の諸事由が少なくとも直ちには妥当しないであろう。この結果、民法715条、同44条ともに、全体的にみると過失責任原則の枠内にとどまるものということになり、さきの要請には到底応ええないといわざるをえないのである。<sup>(6)</sup>

以上の疑義に対して、一部の学説・判例は、かねてから、事実上、ある程度の対応策を講じてはきた。被用者の責任を軽減するために、使用者の被用者に対する求償を制限したり<sup>(7)</sup>、被害者の便を図って民法715条責任には加害被用者が厳格に特定される要はないとし<sup>(8)</sup>、また比較的安易に代表機関の作為・不作為に淵源を求めて民法44条責任を容認する<sup>(9)</sup>。使用者の責任を導出するために、あえて被用者の有責性を擬制に近い程厳しく認定するといったことも行われる。<sup>(10)</sup>

しかし、こういった事実上の処理には、詳論の余裕はないが、実際上の限界があったり、理論上の難点が存することは否めない<sup>(11)</sup>。せいぜい過渡的な処

(6) 民法715条におけるかような限界は、かなり古くから指摘されていた。例えば、浅井清信「いわゆる使用者の賠償責任に関する一考察(二)」法と経済3巻4号89頁(昭和10年)、我妻栄「現代債権法の基礎理論」日本国家科学大系第7巻122頁(昭和17年)。

(7) 学説上は、戦前に、すでに我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』178頁(昭和14年)等がこれを主張した。理由づけはともかく、今日、結論に異論はない。判例としては、昭和40年前後から下級審判決が陸續として登場し、この流れのうえに、最判昭和51年7月8日民集30巻7号689頁が出、判例法として確定したといつてよい。学説・判例の概況については拙著『使用者責任』一粒社(再版昭和57年)108頁以下を参照されたい。なお、近時の学説は、右との均衡上、賠償義務を履行した被用者から使用者への求償(いわば逆求償)を容認すべきとする。たとえば、椿寿夫・判例評論116号23頁(昭和43年)、川井健『現代不法行為法研究』日本評論社(昭和57年)104頁、なお、同所掲載論文の初出は、金融商事判例515号、昭和52年)、田上富信「使用者責任と使用者の求償」、『民法学6』117頁(昭和50年)など。

(8) この点については、拙著・前掲『使用者責任』85-86頁および148頁補遺を参照されたい。厳格な特定を不要と明示的に説いた唯一の最上級判審判決が最判昭和57年4月1日民集36巻4号519頁である。

(9) 判例の実態については前注(4)掲記の拙稿「法人の責任」127-128頁を参照されたい。

(10) 梅毒輸血事件として著名な最判昭和36年2月12日民集15巻2号24頁は、その典型的な例といえる。

理として、その正当性が容認されるにとどまろう。

(2) 上述の疑義を——ときには部分的にはあったが——正面からうけとめ、抜本的な解決策を探し求めようとの努力は、一部にはかなり古くから存した。企業の被用者による加害については、企業施設のいわば人的瑕疵に起因する損害とみて、土地工作物責任に関する民法717条1項を類推適用するのが適当であるとの説<sup>(12)</sup>（以下では717条類推適用論とよぶ）や、企業が企業的統一体として外部に向って活動する場合は企業の主人も被用者も一体であって、両者を分離して考える見方は無用であり、企業が法人格を有する場合も「法人の理事に限らず一つの企業という如き組織体の構成員たる被用者が組織体そのものの機関として働いている中は、その者の行為は当然に雇主の行為と解されてよく……」といった見解<sup>(13)</sup>（以下では便宜上行為一体説とよぶ）、あるいは、民法715条・民法44条のいずれについても、直接の加害行為者たる被用者もしくは法人の代表機関の故意過失は不要と解すべしといった主張<sup>(14)</sup>（以下では便宜上代表機関・被用者の有責性不要説とよぶ）がこれである。しかし、わが

- 
- (11) 簡単に二、三指摘すれば、こうである。内部的な責任軽減が図られても、対外責任が全面的な容認されるとすれば依然被用者に酷といえよう。加害被用者の特定は不要との解釈態度は715条を代位責任とみる従来の通説・判例の態度と調和するのか。伝統的な理解によれば過失は具体的な職務範囲との相関関係で判断さるべきものはずであり、加害被用者を特定せぬままで肯定される不特定被用者の過失とは何なのか。もし過失概念の変質を容認するものであるなら、被用者団としての過失、ひいては企業自体の過失と構成する方が素直といえるのでないか。使用者責任を導出するための被用者の有責性の擬制は、当の被用者が共同被告である場合にきわめて不当な結果をもたらすであろう。
- (12) 清水金二郎「使用者賠償責任の基礎」法学論叢38巻5号170頁（昭和13年）、我妻栄・前掲『事務管理・不当利益・不法行為』181-182頁、田島順『債権法』弘文堂書房（昭和15年）523頁。
- (13) 戒能通孝『債権各論』巖松堂書房（昭和18年）496頁。なお、同説の先駆的なものとしては、末弘巖太郎「団体責任の原理」（同『続民法雑記帳』252頁以下所収、なお同論文の初出は法律時報12巻9号、10号、昭和15年）、舟橋諄一「判例に現れたる鉄道及び電鉄交通事故」法政研究5巻2号9頁以下（昭和10年）。なお、勝本正晃『債権法概論各論』有斐閣（昭和24年）282頁も法解釈の方向づけとして同旨を述べる。
- (14) 服部栄三『株式の本質と会社の能力』有斐閣（昭和39年）144頁（なお、同所掲載論文の初出は我妻還暦記念『損害賠償責任の研究（中）』有斐閣昭和33年）。

民法学界は、戦後しばらくの間、これらをあまり積極的には評価しなかった。<sup>(15)</sup> 法律構成として技巧にすぎ不自然との感を与えたこと、あるいは一面的な解決にとどまっていたこと等もその原因と思われるが、基本的には、当時はまだ従前の法律構成の限界ないし難点を強く意識させる具体的な紛争が必ずしも一般化していなかったという事実こそ、大きな理由と考えられる。

しかし、昭和40年前後から、製造物責任や公害の適切妥当な法的処理の必要性に直面して、従前の法律構成の限界と難点が強く意識されるようになり、断片的にはあれ、新たな法律構成の必要性を説く学説が散見されるようになった<sup>(16)</sup>。こうした動きの中で、筆者としても、この課題にとりくみ、先学に教えられながら、解決のための方策を示した<sup>(17)</sup>。それが前述の「企業の不法行為」論だが、それに至る道程を要約的にふりかえってみるとこうである。

民法717条類推適用論は、人的瑕疵による加害ととらえることによって被用者の過失の有無を問わず企業の無過失責任が導出されるとし、仮りに「普通の過失」があってもそれは人的瑕疵に吸収されるとして被用者の対外責任を否定する。従前の伝統的処理に内在する前述の三つの問題点の全てを一挙に解決するものであり、さらに既存の規定を活用するという点でも、注目すべき解釈態度であったと考えられた。しかし、これにはいくつかの疑問も避けられない。

- 
- (15) 加藤一郎『不法行為』有斐閣（初版昭和32年）166頁、加藤一郎編『注釈民法(19) 有斐閣（昭和40年）265頁（森島昭夫執筆）などはその例である。
- (16) 製造物責任についての有泉亨「生産物責任論序説」内田力蔵ほか編『市民社会と私法』東大出版会（昭和38年）74頁、椿寿夫「欠陥車と民事責任（下）」ジュリスト436号（昭和44年）152頁。公害についての加藤一郎編『公害法の生成と展開』岩波書店（昭和43年）386頁（加藤一郎執筆）、戒能通孝編『公害法の研究』日本評論社（昭和44年）61頁（西原道雄執筆）などが代表的である。
- (17) 前掲「企業の不法行為責任について」にひきつづき、「使用者責任における求償権について」民事研修168号（昭和46年）、「被用者の故意過失」有泉亨監修『現代損害賠償法講座6』日本評論社（昭和49年）63頁以下においても、各テーマとの関連で同旨を重ねて展開した。もっとも観点には差がある。第一論文では、企業に厳格な責任を課する前提としての法律構成、第二論文では企業被用者の責任軽減という要請に応えるためのそれを、また、第三論文では715条の要件論を左右する重要課題として論及した。なお、第一論文とほぼ同時期に、行為論の側面から、同旨を説いたものに、遠藤浩ほか編『民法(7)』101頁、有斐閣（昭和46年）があった。

いったいいかなる場合に「人的瑕疵」ありとされるか（過失は不要としても違法性はどうか、職務遂行にある程度不可避な加害にとどまらないか）、対外責任の是非を決するのに単に「普通の過失」をあげるのみで十分か（加害自体は過失によるとしてもそれが職務を逸脱する行為に伴うものであった場合をも含むことになるか）といった諸点がまず問題であろう。また、これらを別としても、民法717条1項を過失責任の一環でしかないと捉える近時の学説の支配的傾向からすれば、この717条類推適用論は独自の存在意識を失う可能性がある。工作物の設置保存上の瑕疵（過失）に対応するのは、人的組織については被用者の選任監督上の瑕疵（過失）に他ならないゆえ、上記の説は、企業被用者の選任監督上の不適切さに責任の根拠を求めることになるからである。しかし、それならば、あえて717条を援用する実益はないといえることができる。また、その法律構成のみでは、二節で示した問題点の多くは未解決のまま放置される理となろう。

次の行為一体説も、われわれの問題関心からみてきわめて注目されるものであった。しかし、この主張の眼目は加害被用者の対外責任からの解放にのみあったと解され、それがゆえに一定の限界があった。すなわち、この主張は、代表機関の過失が法人企業の過失と同視されると同様に企業被用者の過失が企業の過失と同視されるべきことを説くにとどまり、具体的な被用者の過失をはなれて企業自体の過失を観念するところまでは至っていない。そのため、従来の伝統的処理における被害者救済にとっての難点（被害者は加害被用者の過失を立証する要があるとの）は依然解決されていない、といえることができる。

代表機関・被用者の有責性不要説は、その根拠を「他人の行為に対する責任においては、その責任自体がすでに客観化されているのであるから、行為者の故意過失を問題とすることは、他人の行為に対して責任を認めた根本の趣旨に反するのではないか……またかく解することは無過失責任思想の現状にも適合するであろう」と説くのだが、十分な説得力をもたない。しかも、民法44条は企業外の法人にも適用があり、また、民法715条は企業のみならずあらゆる使用関係に適用があることを考えると、かような態度の実際上の妥当性はすこぶ

る疑問というほかない。加えて、この主張は、企業被用者の対外責任の是非について特段の考慮をほらわない点で、一面的な解決にとどまるとの限界をもつ。

こうして、筆者は、一定の場合には企業そのものを不法行為主体と把握したうえ、企業被用者の過失の存否を（もちろん代表機関等の過失の存否も）問わず、直截に企業自体の過失を問題視して、その賠償責任を導出すべきであるとの結論に至った。一定の場合とは、結局、利益調節のための政策的判断にならざるをえないが、損害の適正な配分という今日の不法行為制度の指導原理をふまえて、次のごとき事情を総合的に考慮して判断すべきものと考えた（以下は主として問題となる被用者の場合を念頭においた）。第一は、被用者が自己に与えられた職務を企業のために遂行する過程で生ぜしめた加害か否か、第二は、当該被用者の担当する職務が、その性質上、第三者に損害を及ぼす危険を内蔵しているか否か、第三は、被用者の過失が加害の直接的な契機となっているとしても、損害発生が広範囲にわたり、全損害額が巨額となったについて企業のもつ人的・物的諸要素ないし組織が媒介となっていないかどうか、である。これにより被用者の対外責任は制限され、他方、過失を段階的にとらえることにより、企業に対し厳格な責任を課しうる途がひらかれる。<sup>(18)</sup>

筆者がえた結論には、他にも検討さるべき多くの問題点があるが、それは批判論の当否を検討する際に触れることにしよう。

(3) 私見の公表後、ほどなくして、公害の事案につき結論的に私見と同旨を展開する下級審判決が登場するに至った。下記のものでそれである。もっとも、筆者の拙い小論がどの程度参考とされたかは、知るよしもない。

※熊本地判昭和48年3月20日・判例時報696号15頁（いわゆる熊本水俣病事件に関する）。

(18) 民法44条構成に比した場合の「企業の不法行為」構成のメリットは、「企業に対する厳格な責任」のほか、次の諸点にあることになろう。被害者にとっては、損害発生と代表機関の作為・不作為との間に具体的な因果関係の存すること、並びに彼に過失が存することの立証が不要となる。代表機関にとっては、とくに、因果関係の無理な認定にもとづく対外責任の危険から逃れうる点が重要であろう。ただし、代表機関の過失および因果関係が立証されるかぎり、その重要な職責からして、一般被用者の場合と異なり、全面的な対外責任が容認されてよいであろう。



「廃水の放流は被告の企業活動そのものであって、法人の代表機関がその職務を行なう上で他人に損害を加えたり、あるいは又被用者が使用者の事業の執行に付き第三者に損害を与えたりしたときのように、特定の人不法行為について法人（使用者）が責任を負うべき場合とは自らその本質を異にするものというべきであるから、被告（チッソ株式会社）は、民法709条によって損害を賠償すべき責任がある。」

この直後に、理由をなんら示さぬまま、「企業の不法行為」論をとらない旨を明言した札幌地室蘭支判・昭和48年8月18日<sup>(19)</sup>のごときもあったが、昭和50年には私見とほぼ同旨を説く加藤（一郎）論文、徳本（鎮）論文<sup>(20)</sup>が加わり、ひきつづき、いわゆるカネミ油症事件に関する数例の下級審判決が、相次いで「企業の不法行為」論を展開した。下記はその典型である。

※福岡地判昭和52年10月5日・判例時報866号21頁。

「…形式的に分析すれば、被告カネミの被用者の行為に過失責任があり、被告カネミは使用者として民法715条第1項の責任を負うと構成するのも一方法であろう。しかしながら、有機的統一組織体としての企業において、複数かつ不特定の被用者の企業活動の一環としての行為に過失がある場合には、むしろ個々の被用者の具体的行為を問題とすることなく、使用者たる企業自身に過失があるとして直接民法709条による責任があると解するのが直截、簡明であり、相当である……」<sup>(21)</sup>

その後、学界では、実践的意図は必ずしも軌を一にしないが、「企業の不法行為」論に与する論稿が相次いだ。また近時の不法行為法に関する概説書のす

(19) 判時727号81頁。判文中「組織的企業体の被用者の行為は、すなわちその使用者である企業体そのものの行為であると解し、かかる場合に、使用者につき民法709条の不法行為の成立を認めようとする見解のあることは周知のとおりであるが、当裁判所はかかる見解を採用しない。」と述べる。

なお、新聞の誤報の事案で、被害者たる原告が新聞社を相手に「企業の不法行為」論を展開したのに対し、東京地判昭和50年5月22日判時794号79頁は、これになんの応答もせず、二次的主張であった民法715条責任を肯定した。これも「企業の不法行為」論を否定する判決と位置づけてよいであろう。

(20) 加藤一郎「企業責任の法理」ジュリスト578号42頁（昭和50年）、徳本鎮「企業責任」法学教室第Ⅱ期8号45頁（昭和50年）。もっとも、徳本教授は、断片的には、右以前にも数度同旨を述べておられる——ジュリスト499号13頁、ジュリスト500号100頁（いずれも昭和47年）。

(21) 同じカネミ油症事件に関する福岡地小倉支判昭和53年3月10日判時881号17頁も、工場長の代理監督者責任の成否の前提論中で「本件事件は……有機的組織体である被告カネミそのものの直接の不法行為に起因するというべきであり……」と、同旨を述べる。

べてが、同旨を説いている<sup>(22)</sup>。民法715条の適用領域との関係いかん、いわゆる法人論との関係いかんなど、細部については未だ未完成な部分を残すが、上にみたように、基本的には、この「企業の不法行為」論は、もはや判例・学説上定着したかに思われた。ところが、ここ数年、「企業の不法行為」論に積極的に異論を唱える学説や判例が散見されるようになってきているのである。

### 三 「企業の不法行為」論に対する諸批判

(1) まず学説上にみられる諸批判を概観したい。時期的な先後をとわず批判点に着目してとりまとめると、次のようである。

第一に、「企業の不法行為」論は過失ある被用者や機関に無答責の特権を与えることになる点で不当であるとか、被用者の過失行為が介在する以上被用者の民法709条責任を完全に否定してしまうことは解釈論的に無理との批判がある。福地教授・相本教授・田上教授らの述べるところである<sup>(23)</sup>。軽過失にとどまる被用者でも対外的な損害賠償義務を負うとしつつ使用者への求償（いわば逆求償）を認めれば足りるとみる川井教授の見解<sup>(24)</sup>も同旨のものともみてよいであろう。

過失が一定の精神的作用ないし心理状態である以上、企業そのものに直接過失を問題とするのは不当である、換言すれば、「企業の不法行為」論がいう「過失の客観化」という前提自体不当であるとの批判もある<sup>(25)</sup>。もっとも、これについては、逆に「企業の不法行為」論は過失を問題とする点で限界がある（無過失責任を帰結しえない）と批難する論者もある。<sup>(26)</sup>

(22) 幾代通『不法行為』筑摩書房（昭和52年）206頁。前田達明『民法Ⅵ<sup>2</sup>（不法行為）』青林書院新社（昭和55年）23頁、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為中巻』青林書院新社（昭和58年）295頁など。

(23) 福地俊雄「法人の不法行為に関する二・三の問題」南山法学1=2合併号（昭和56年）10頁、相本宏「法人論」民法講座1有斐閣（昭和59年）170頁、田上富信「使用者責任」民法講座6有斐閣（昭和60年）506頁。

(24) 川井健、前掲『現代不法行為法研究』104頁。

(25) 相本宏、前掲論文169頁。

(26) 伊藤進『不法行為法の現代的課題』総合労働研究所（昭和55年）127頁（なお：同所掲載論文の初出は平井宣雄ほか編『企業責任』有斐閣（昭和48年）。

次に、民法715条がいわゆる中間責任として使用者に厳しい責任を課しているわけだから、これをできるだけ広く活用すればよい、代位責任という考え方をとりながらも使用者の責任を厳しく認めていくことは可能である、被用者の行為の特定なども厳格に解する必要はない、もし直接的に企業の責任を問題とするなら民法715条はなくともよい規定になってしまうとの川井教授の指摘がある<sup>(27)</sup>。企業の規模等具体的な事情に適した注意義務を想定し、そこに被用者の故意過失を認定していくことがより適切であるとの高梨教授の所論<sup>(28)</sup>も、民法715条を活用すべしとの点で川井説と軌を一にするとみてよい。

(2) 反対論を展開する判決例を次にながめよう。「企業の不法行為」論の趣旨が必ずしも正確に受けとめられず、また、「法人の不法行為」問題との峻別が明瞭でない面もあるが、「企業の不法行為」論に内在すると考えられる問題点につき看過しえない説示がみられる。やや冗長に失するが正確を期す意味で、重要部分を原形どおり紹介する。

※東京地判昭和57年2月1日・判例タイムス458号187頁。

いわゆるクロロキン薬害訴訟に関する。原告らが製薬会社への訴求にあたり「企業の不法行為」論を主請求の論拠としたのに対し、次のごとく判示する。

「これを肯定するのは様々な理論上の問題点を克服しなければならない。第一に法人の代表機関の故意過失とは別個に法人自体の故意過失というものが存在し得るかが問題となる。また法人に民法709条により直接不法行為責任を認める場合、同条にもとづく損害賠償責任と民法44条1項に基づく責任及び民法715条に基づく責任との相互関係が訴訟物の異同もからんで問題となる。更に法人の規模の大小により法人自体が民法709条による責任を負う場合と負わない場合とが考えられるが、その限界を画する基準が明確でない。その外、実践的な見地からも、企業活動に伴う加害行為が代表取締役の故意過失によるものか、あるいは、被用者の故意過失によるものかを識別することの困難な事例がそれ程しばしばあるとは考えられないし、被用者の故意過失を問題とする場合には、氏名まで逐一特定する必要はなく、会社の事業のいかなる部門を担当する者であるかを特定すれば足りると解されるのであるから、代表者又は被用者のいずれに故意過失があるかを特定しないで不法行為に基づく法人の損害賠償責任を肯定することを許容せざるを得ないような切実な実務上の必要性があるとはいかに認め難い。」

(27) 法学セミナー増刊『不法行為法』日本評論社（昭和60年）35頁以下における川井教授の発言参照。

(28) 高梨公之「不法行為における使用者責任」綜合法学1961年9月号40頁。

※東京地判昭和58年5月9日・判例タイムス503号87頁。

会社代表取締役が営業資金獲得のため従業員等と共謀のうえ保険金殺人を行なった事案で、原告らが主位請求として「企業の不法行為」論をもち出したのに対し、次のようにいう。

「民法709条における故意、過失は元来自然人の精神的容態を意味するものである上、民法44条1項、715条1項のいずれの規定にしろ、自然人にとって右709条の所定の不法行為の要件が具備されていることを前提として、更に右44条1項又は715条1項所定の要件が充足される場合に法人の損害賠償責任を認めているのであり、しかも、右44条1項と715条1項とは別個の要件を規定しているのである。また、原告ら主張のように、法人自体について民法709条の直接適用を考えることは、法人そのものについて故意、過失を論じ得るかという点で問題があるのみならず、何をもって法人の故意、過失とするか、どのような場合「法人そのものの行為」を認めるかについて明確を欠き、更に民法44条1項又は715条1項の規定もまたずに、民法709条そのものにより法人の不法行為責任を認め得るとするなら、法が直接の行為者について民法709条所定の要件の充足を求めた上に同法44条1項又は715条1項において別個の要件を規定していることとの関係をどのように理解すべきかが問題となる。

以上のような点からすれば、現行法上、法人について不法行為に基づく損害賠償責任を肯定するには、民法44条又は715条1項のいずれかの規定を介する必要があると解すべきであり、法人自体について直接民法709条の適用があるとする主張は採り得ないものというべきである。」

「企業の不法行為」論に対する上記判決例の批判点を要約すれば、次のようになろう。一は、過失は自然人の精神作用だから企業や法人に対し直接的に過失を問題視することは不当であること。二は、直截に民法709条責任を認める場合、715条や44条との関係が不明瞭であること。三は、実践的見地からいっても715条や44条によらない法律構成をしなければならない必要は見出せない、ということである。

はたして、「企業の不法行為」論に対する的を射た批判といえるか。序論で示した従来の伝統的な法律構成における理論上・実際上の難点や限界をどれほど正確に認識しているのか。大いに問題がありそうである。

もっとも、これは判決の示す一般理論にのみ着目する結果であり、これら判決の実際上の当否はまた別問題である。事案の具体的な事実関係に即応した法律構成の妥当性こそが重要だからである。<sup>(29)</sup>

次節では、以上にみた「企業の不法行為」論批判の当否を、先人の指摘をも参酌しつつ、検討する。

#### 四 批判論の検討

(1) 「企業の不法行為」論は被用者や代表機関に無答責の特権を与えることになる点で疑問だとする批判の当否からはじめよう。

筆者によれば、対外責任の限定は内部的な求償制限論の延長線上の問題であって、ごく自然な帰結と考える<sup>(30)</sup>。対外責任の限定が無答責の特権として不当だとするなら、求償制限も不当という結果になるではないか。それに、そもそも具体的な当の被用者による加害という前提に立つこと自体問題視されてしかるべきである。

対外責任の限定といっても、無条件にではない。故意による加害行為とか、加害自体が過失にとどまるとしても、それが職務の逸脱ないし濫用行為にともなうといった場合は対外責任は全面的に肯定されてしかるべきである。また、代表機関については、その重要な職責からして、むしろ、原則的には無答責という帰結にならないであろうことに注意したい。企業自体の全面的な賠償責任と被用者あるいは代表機関の部分的賠償責任との競合といった処理も考えられ

---

(29) 東京地判昭和58年5月9日の事案は、営業資金獲得のためとはいえ殺害行為に関するものであるゆえ、もともと「企業の不法行為」構成は無理といってよく、判決の結論は容認されてよい。これに対し東京地判昭和57年2月1日は、医薬品の安全性の欠如をめぐる問題であり、われわれのいう「企業の不法行為」になじむ場合である。判旨は、それを否定し、「企業の全能力を挙げて調査検討を実施したとすれば当然副作用の有無及びその程度等を予見し得たのに、代表取締役がこれを予見しなかったときは、代表取締役において前記のような（全能力を挙げて調査検討を行い、関係ある情報等は漏れなく会社主脳部まで到達するような）社内組織の整備及び執務態勢の維持管理を怠らなかつた事実を証明しない限り、右予見しなかったことにつき同人に過失があるものと推定するのが相当である」とした。いささか無理な構成との感がある。なお、関連上付言するが、前出の札幌地室蘭支判昭和48年8月18日（前注(18)参照）は、突風による作業員の転落事故につき、突風は予見できたとして現場作業長の過失に原因を帰せしめ、被告企業の責任を民法715条責任と構成する。しかし、一介の被用者たる現場作業長の賠償責任を考えると素直には納得しがたい。

(30) 求償制限論は、被用者の労働を基礎にして収益をあげる使用者（企業）が究極的にも責任を負うべきであり、企業活動から生ずる損害を全て被用者に転嫁するのを許容するのは妥当でなく、被用者に酷でもあるとの発想に立ったものだからである。

るところである。

なお、企業被用者の対外責任を制限すべしとの主張は、実はかなり古くからみられるところであるが、そこでも、決して野放しの責任制限が展開されたわけではない。大正初期の岡松参太郎「無過失損害賠償責任論」は、軽過失による加害の場合のみを考えているし<sup>(31)</sup>、昭和初期に精力的に責任制限論を主張した我妻栄は「企業に従事する者の普通に過失と考えられるとき」とか「被用者の企業に関連する行為より生ずる損害」の場合を問題としている<sup>(32)</sup>。また、戒能通孝は「企業使用人が自己の正当なる職務権限としてなした行為に対して企業主は当然自己の行為として責任を負うべきもの」<sup>(33)</sup>とするが、そこでも、職務遂行にともなう通常の過失の場合が考えられていると理解してよい。

昭和40年前後から、新しい不法行為類型の処理をめぐって強調されることになった対外責任制限論にあっても、同様の場合が想定されているといつてよからう。製造物責任に関し「機械の部分品や商品の原料製造工程において特定の労働者に過失があったとしても、彼の過失はいわば商品に組み入れられることによって使用者の過失に吸収されるとみるべき」との有泉亨教授の所論や、公害につき「企業がそれ自体の合法的に事業として行なったところから付随的に被害が生じたという場合」あるいは「企業の本来の事業活動から日常的かつ定型的に生じうるような公害」の場合、企業自体が責任の主体となるべきとする加藤（一郎）教授、西原（道雄）教授らの所論が、これである。<sup>(34)</sup>

以上を要するに、批判論者は、「企業の不法行為」論は被用者に無答責の特権を付与することになり、不当というが、求償制限論との均衡や野放しの無答責を容認するわけではない点を考えると、それは殆ど説得力のない批判というべきである。

(2) 直截に企業そのものの過失を問題視することに向けられた批判について

(31) 『無過失損害賠償責任論』京都法学会（大正5年）115頁。

(32) 我妻栄・前掲『事務管理・不当利得・不法行為』181頁、176頁。

(33) 戒能通孝『債権各論』巖松堂書店（昭和18年）496頁。

(34) 前注(16)所掲の各論稿にみられるところである。

は、次のように考える。

故意はもちろんであろうが、過失も具体的な一定の意思ないし精神的作用だとするならば、確かに、企業自体の過失を問題とすることは不当と考えられる。企業自体は意思・精神を具有しないからである。しかし、過失を一般標準人の能力を基準として判断すべしとの態度（抽象的過失説とよばれるもので通説判例である）を前提とするとき、意思・精神の具有を必ずしも必要としないとの解釈態度も可能と考えられる。その理由はこうである。抽象的過失説では、行為者たる具体的人間の能力いかんは度外視される。このことは、とりもなおさず、過失は具体的な精神・意思の作用でないことを意味しよう。とすれば、精神・意思の存在を過失の不可欠の前提とする必要はないことになる。換言すると、注意能力の劣っている者を一般標準人に擬して評価することが容認されるというのなら、自然人以外のものを一般標準人に擬して、それにつき過失の存否を判断することも許されてよいであろう。少なくとも、それが直ちは背理だとはいえない。ことは、過失というものが、本来的には精神的・意思的作用であるとの原初的かつ素朴な建て前にどこまで羈束されるかの問題にすぎない、と思われる。

前述の下級審判決は、「過失は元来自然人の精神的容態を意味する」としたわけだが、これが従前の判例の態度といえるかも、実は、大いに疑問のあるところである。むしろ、近時の学説の多くは、判例は古くから過失を一種の客観的な行為義務違反ととらえていると解している事に注意したい。<sup>(35)</sup>

学説上も、近時は、上記のような古典的理解に固執するものは少ない。すなわち、過失の有無は「当該不法行為について損害賠償という法的保護を与えるかどうかという観点から種々の対立する利益を調節するための高度の政策的価値判断そのもの」に他ならず、過失は「意思」を離れて理解さるべきものであるとか<sup>(36)</sup>、「主観的心理状態を離れて客観的な問題、すなわち受忍限度をこえ

(35) たとえば、幾代通・前掲『不法行為』31頁、前田達明・前掲『民法Ⅵ<sup>2</sup>(不法行為法)』34頁以下。

(36) 平井宜雄『損害賠償法の理論』東大出版会（昭和46年）398頁以下（なお、同所掲載論文に初出は法協86巻12号、昭和44年）。

た侵害を防止するための相当な手段を講じたか否かということの問題として考えられるべきだとの主張<sup>(37)</sup>、あるいは、抽象的過失の非難性は意思ではなく信頼違反である、過失は客観的行為義務違反であり具体的な意思の緊張といったこととは無縁のものと理解すべきだといった見解<sup>(38)</sup>が一般化している。これらは、同時に、種々の社会関係に照応したさまざまな段階の過失を観念するものともいえる。

以上を要するに、企業自体の「過失」を観念するのは、近時の過失のとらえ方からすると、なんら不自然でないばかりか、むしろ必要なことというべきである。

「企業の不法行為」論を評して、「過失」の存在を問題視する点で限界があるとの批判もあるわけだが、これは「過失」を段階的に考える態度のもとでは回避しうる批判である。

(3) 「企業の不法行為」論と民法715条、同44条との関係をめぐる批判についてはどうか。まず、「企業の不法行為」論に立つと民法715条は無用の規定になるのではないかとの指摘があるわけだが、これは誤解というべきである。「企業の不法行為」論は企業活動にある程度必然的に伴う加害を対象として想定するものであって、「事業ノ執行ニ付キ」生ずる加害の全てをとりこもうとするものではない。「事業ノ執行ニ付キ」が周知のように判例学説上きわめて緩やかに解されている事実<sup>(39)</sup>を想起すれば、民法715条が無用の規定になるとの危惧はまったく当らないことが理解できよう。両者の適用区分が困難ということは確かにいえるが、それは別問題である。

「企業の不法行為」論と民法44条の法人の責任との関係が不明瞭であるとの指摘についてはどうか。たしかに、かつての学説には、企業の被用者による加

(37) 淡路剛久「公害における故意・過失と違法性」ジュリスト458号372頁以下（昭和45年）。

(38) 前田達明・前掲『民法Ⅵ<sup>2</sup>（不法行為法）』46頁、同『不法行為帰責論』創交社（昭和53年）188頁（なお、同所掲載論文の初出は法学論叢82巻6号、昭和43年）。沢井裕「不法行為法学の混迷と展望」法学セミナー昭和54年10月号87頁、91頁。

(39) 判例学説の状況については、拙著・前掲『使用者責任』26頁以下で詳論した。



害を念頭におきつつ、非法人団体にも、民法44条が類推適用されてしかるべき旨を説く見解が存するなど<sup>(40)</sup>、両者の関係にやや不透明な面があったことは否定しがたいが、筆者としては、次のごとく、決して不明瞭とは考えない。

「企業の不法行為」論は、企業活動ないし企業という組織体に着目するものであり、企業主体が法人格をもつか否かは、直接的にはなんの関係もない。つまり、民法44条とは無縁のそれ自体独立した法律構成である。たまたま当該企業が法人格を有する場合においても、企業としての行為に注視し、機関の行為に起因するか、一般被用者の行為に起因するかといったいわば区分けの思想を無用と考えるのである。民法44条は代表機関による加害とその有責性を立証しえた場合の処理を定めただけのものと理解することになる。なお、かような解釈は、不法行為能力と法人格との間には必ずしも不可分離関係があるわけではないとの理解<sup>(41)</sup>に立脚することになるが、同様のことは、すでに法人格なき社団を——民法44条の類推ないし準用という説明を介在させはするが——不法行為者ととらえる判例や学説の態度にみられるところであり<sup>(42)</sup>、決して唐突なことではない。ところで、かような「企業の不法行為」論のもとでも、企業主体が法人であるなら——現実には殆どの場合がそうであろう——賠償責任の具体的な負担者は法人にはほかならないが、それは、論理的にはたまたまそうなるだけのことであり、また、民法44条とは無関係なことである。

民法44条責任との関係いかなの問題の一環として、法人学説との関連にも付言する要があろう。前述のように、「企業の不法行為」論は、企業活動ないし企業という組織体に着目するものであるから、基本的には、法人学説とはなんの関係ももたないといえる。しかし、企業は實際上殆どの場合法人であり、ま

(40) 戒能説に強い影響を与えたと考えられる前出末弘巖太郎「団体責任の原理」がこれだが、前述の戒能説も「法人の理事に限らず一の企業と云ふ如き、組織体の構成員たる被用者が、組織体そのものの機関として働いて居る中は……」と（前出「債権各論」456頁）あたかも「法人の不法行為」に準じた考え方に立つようにもみえる。

(41) 末弘巖太郎・前掲「団体責任の原理」は、一方で、このことを力説する。

(42) 近時の学説としては、たとえば、四宮和夫『民法総則第三版』弘文堂（昭和57年）96頁。

た、法人が法によりいわばその団体性が公認されたものである以上、それに対する不法行為法上の処遇との理論上実際上の斉合性が無視されるべきでない。その処遇の理解が法人学説により差が生ずるとすれば、「企業の不法行為」論にとっても無縁とはいえない。ここに一考を要するゆえんである。

筆者は、かつて、「企業の不法行為」論は法人擬制説よりも実在説の態度と連結しやすい旨を示唆した<sup>(43)</sup>。擬制説では民法44条についてすら「他人の不法行為に対する責任」とみるからである。その後、若干の有力学説がこの問題点に言及しているが、その論旨は種々である。加藤（一郎）教授は、「法人実在説というような法人学説をもち出すまでもなく、企業の社会的経済的活動の実情から、企業自体の責任主体性を確立するのが法律家のつとめといえるであろうか」<sup>(44)</sup>といわれる。幾代教授も、別な角度からではあるが、きわめて柔軟な態度を示される。そもそも法人の不法行為責任につき「法人自体の不法行為」か「他人の不法行為についての法人の責任」かという問題の立て方——前者は実在説から、後者は擬制説からの帰結とするのが一般だが——自体が実質的に意味のあるものか疑問であるとしたうえ、「法人たる企業の709条責任という構成」は法人学説の帰趨によって決定的に左右される問題ではない、というのである<sup>(45)</sup>。法人の不法行為責任の性質ないし根拠自体が当然には法人学説に規定されるものではないとすれば、「企業の不法行為」論には理論上の障害はなんらないことになる。

ところで、仮りに法人実在説に依拠して「法人自体の不法行為」を容認する場合（これが従来一般的な論理構造なわけだが）には、「企業の不法行為」論は自然な帰結ということになるかといえ、必ずしもそうではない。法人の不法行為においては代表機関による加害行為の存する場合が対象とされているからである。その結果、法人実在説を仮りに前提とするにしても、「企業の不法行為」論は、「法人企業の不法行為をめぐる新しい責任類型の形成を意味す

(43) 拙稿・前掲「企業の不法行為責任について」104頁。

(44) 加藤一郎・前掲「企業責任の法理」46頁。

(45) 幾代通・前掲『不法行為』208頁。

る」<sup>(46)</sup>こととなる。とはいえ、法人擬制説におけるよりは説明が容易となることは確かであろう。<sup>(47)</sup>

ここでは、法人実在説や擬制説の当否といった深遠な議論に深入りする余裕はない。また、実は、「法人論争の終焉」といったことがいわれてすでに久しい<sup>(48)</sup>。以上の事情から、本稿では、幾代教授の柔軟な考え方に追従して、「企業の不法行為」論と民法44条ないし法人学説との関係を説明することも可能とする態度をとりたい。

(4) 「企業の不法行為」論への批判のひとつとして、前出東京地判昭和57年2月1日がいう訴訟手続上の難点があげられる。しかし、そもそも民法44条責任と民法715条責任とが訴訟物を異にするか自体も問題だが、「企業の不法行為」なる法律構成が加わることにより、いったい、いかなる意味で新たな深刻な問題が訴訟手続上生起するのであろうか。三者の区分けが事実上困難ということがあっても、適用領域が平面的に区分されると考える必要は必ずしもない。「責任原因の一種の競合」<sup>(49)</sup>と考え、それに沿う訴訟手続上の処理がなされれば足りることである。

(5) 実益がないといった観点からの「企業の不法行為」論批判の妥当性はどうか。まず、前述の東京地判昭和57年2月1日は、代表取締役の故意過失によるか被用者の故意過失によるものか識別することの困難な事例がそれ程しばしばあるとは考えられないとするが、はたしてそうか。仮りにまれにしか存しないとしても、被害者救済の観点からして、その場合の法律構成を予め用意しておくことは、無益どころか、当然なすべきところであろう。

民法715条の適用にあたり加害被用者を特定する必要はないといった点も「企

(46) 徳本鎮・前掲『企業責任』47頁。同旨の指摘として他に、相本宏・前掲「法人論」169頁。

(47) 吉田真澄「法人および構成員の責任」法律時報50巻6号33頁以下（昭和53年）も実質的に同旨を述べる（41頁）。

(48) 篠塚昭次『論争民法学2』成文堂（昭和49年）246頁以下（なお、同所掲載論文の初出は民事研修昭和46年6月号）。

(49) 幾代通・前掲『不法行為』208頁。

業の不法行為」無用論の理由としてあげられるが、当該企業のいずれかの被用者というのみではならず、ある程度の範囲まではしぼる必要があると解する限り、内部的な企業組織の複雑性にかんがみ、被害者の負担は無視しがたいであろう。また、川井教授は、民法715条を代位責任と解しつつ、同条の活用によって企業に厳格な責任を課しうるといわれるが、前提として要求される被用者の賠償責任の判定に当っては過失責任原則の修正が殆ど妥当しないといった限界がある以上、いったいそれがどのようにして可能なのか、やや理解しがたい。

被用者の責任軽減については、川井教授は使用者への逆求償の途を認めれば足りるとされるわけだが、そもそも、前提論として、加害の端緒となった当該被用者を無条件的に加害者そのものと位置づけること自体問題であるし、実際上も、とくに全面的に逆求償しうるとき場合については、対外責任の否定にまで徹しないと一貫性を欠くのではあるまいか。<sup>(50)</sup>

以上にみたごとく、「企業の不法行為」論に加えられた種々の批判は、いずれも、十分な理由がない。「企業の不法行為」論は、少なくとも、理論的に不可能なものではない、と断言してよい。

ところで、民法上の原則による処理のもつ理論上・実際上の疑義を克服するために、以上の「企業の不法行為」論とは異なる解決策を呈示する学説が、かねてから少なからず存する。第二節で紹介した民法717条類推適用説、行為一体説、代表機関・被用者の有責性不要説もそれだが、「企業の不法行為」論の登場後も実に多彩な主張がみられる。次節では、これらの諸説を概観し、その当否を検討することとしたい。

## 五 他の法律構成の是非

① まず、民法715条を使用者の自己責任と理解したうえで加害被用者の故意過失を不要として、被害者の救済を容易ならしめるとともに、使用者の被用

(50) この場合の唯一の問題は、企業が弁済能力を欠くに至っている場合の被害者救済の点だが、これは、倒産に対する経営陣の責任問題の一環として処理するなど、他に解決策を見出すべきであろう。

者責任監督上の過失を弾力的に解することによって、具体的事情に応じた妥当な結論を導出しようとする主張がある。田上教授の所論である。しかも、同説は、他面で、過失にとどまる被用者の対外責任の当否にも周到な注意をはらい、これを解釈論として相当程度限定しようとする<sup>(51)</sup>。注目に値する提唱といつてよい。しかし、民法715条の要件に関するかような態度の妥当性はなお問題である。対外責任制限論は大いに魅力を感じるところだが、基本的に具体的な被用者個人を加害者と解する前提に立つ点で若干の疑問を禁じえない。田上教授ご自身、上の構成とは別に、企業に直接に709条を適用する構成の必要性にも理解を示されている<sup>(52)</sup>ところからすると、上記の点に問題あることをある程度認識されていると推察できる。

② 民法715条を、物的施設の瑕疵の責任に関する民法717条に対応させて、企業の人的組織の瑕疵による責任を規定したものと理解して、これにより企業自体が不法行為者として賠償義務を負うと考えるのが妥当との主張もある。被用者の加害行為がその職務の範囲内においてなされたものであるときは企業組織自体の瑕疵による加害とみようというわけである。伊藤（進）教授の所論である<sup>(53)</sup>。前出の民法717条類推適用論に示唆をえたものと推察されるが、実際効果としては、同説以上にひろく企業の責任を導出することになるであろう。加害被用者の故意過失をとわず、しかも「職務の範囲内」か否かはいわゆる外形理論によって判断されてよいとするからである。斬新な構成だが、しかし、やや雑駁な感が免れない。そもそも民法715条は企業にのみ適用されるのではない。企業以外の場合はどう考えるのか。また、右の主張によれば、加害が職

(51) この問題をめぐる田上富信教授の論稿は多いが、さしあたり、次のものをあげておく。「被用者の有責性と民法715条(-仁)」鹿兒島大学法学論集8巻2号、9巻2号(昭和48-49年)、「労働者の責任制限についての一考察」私法36号103頁(昭和49年)、「雇用労働者の第三者に対する責任制限理論(-仁)」法学論集13巻1号、14巻1号(昭和53年)。

(52) 座談会「使用者責任をめぐる(下)」Law School 1980年4月号65頁下段の田上教授の発言参照。

(53) 伊藤進『不法行為法の現代的課題』総合労働研究所(昭和55年)142頁(なお、同所掲載論文の初出は、平井宣雄ほか編『企業責任』有斐閣(昭和48年))。

務上ではなく単に外形上「職務範囲内」に属する行為に起因するもので、しかも当の被用者に過失がない場合にも使用者たる企業の責任が生ずることになるが、これは緩やかにすぎやしないか。他方、同説では、当の被用者に故意がある場合にも対外責任を否定することになりそうだが、これは過度に被用者の責任軽減をもたらすとのそしりを免れないであろう。

③ 民法715条の適用要件を加害原因の類型に応じて類別して考え、さらに同条の外で企業の賠償責任の法律構成を用意することによって、複合的に妥当な処理を図ろうとする見解もある。加藤（雅信）教授の所論である<sup>(54)</sup>。まず、民法715の適用領域には①非営利事業、②営利事業、③危険事業（営利・非営利をとわない）の三者があるとし、②③では被用者の故意過失を不要として、使用者たる企業に厳格な責任を課すべしとする。一方、被用者の対外責任については、彼に過失あるかぎり、つねに、かつ全面的に肯定されるとする（但し、内部的には、部分的ないし全面的に使用者に求償——いわば逆求償——しうる余地を認める）。そして、さらに、「加害行為が個々人のミスというようなものではなく、複合的な企業体全体の行為として行われた場合には」、民法715条外で、直截に「複合的な組織体の加害行為として捉えるのが適当」とするのである。後者の場合には、直接的に企業の責任要件（厳格な過失のごとく）が問題視され、被用者の対外責任は不問にふされることになると思われる。「企業の不法行為」論が念頭におく事態を民法715条内と外との二本立てで処理せんとするもの、といえる。多様な加害原因を典型的に処理するもので注目をひくが、しかし、民法715条という同一項内の基本的な適用要件を二元的に考えようとする点に抵抗を感ずる。

④ 次に石田（穰）教授の所論をみたい。もともと同教授の主張は不法行為法の抜本的な再構成を企図するもので、拡がりの大きいものであるが、本稿の課題に関連する限りでその要旨を——難解で要約に困惑するところだが——

(54) 前掲・座談会「使用者責任をめぐる（上）」Law School 1980年3月号87頁以下の加藤教授の説明に要点が示されている。

筆者なりにとりまとめると、次のようである。<sup>(55)</sup>

民法715条につき立法者が予定したのは、個人が使用者になる場合の意思責任的不法行為すなわち個人たる使用者が被用者の選任監督につき個人的に払うべき注意をしない場合の不法行為であるから、それ以外の使用者（中小企業的使用者・大企業的使用者）の責任については、同条外で条理により解決すべきである。その場合、法的処理につき重要な因子となるのは、第一に事業の危険性であり、第二に使用者の企業規模である。事業の危険性いかににより、被用者の選任・監督につき客観的に要求される相当な行為をしない以上責任ありとされ、あるいは相当な行為をしても責任ありとされる。第二因子では、中小企業的使用者は法人という組織体であるから使用者責任の有無は組織体が全体として損害発生を防止するための行為を十分したかどうかという観点から判断され、大企業的使用者の場合は、損害発生を防止するために相当な行為をしても使用者責任を課される。以上が同説の要点である。

「選任・監督上の過失」と「損害発生を防止するに相当な行為」との関係が不透明であるが、企業の厳格な責任をという志向は、「企業の不法行為」論と軌を一にするといつてよい。しかし、民法715条外でとはいえ、「使用者責任」という構成に執着している点からすると、直接の加害行為者を被用者にとらえていると解されるのであり、ここに伝統的な思考の残滓がみられるように思われる。それは措くにしても、同説が（条理による）使用者責任の前提として被用者の有責性を要求するのか、また、被用者の対外責任をどう考えるかといった諸点になんら言及するところがないのも、筆者としては不満を禁じえないところである。

⑤ 最後に、国井教授の所論<sup>(56)</sup>にも一言しよう。同説は「715条の枠外にも使用者の責任法理を構築すべき必要性」を強調したうえ、他人を使用する者へ

(55) 石田穰『損害賠償法の再構成』東京大学出版会（昭和52年）64頁～66頁参照（なお、同所掲載論文の原型は、法学協会雑誌91巻4・5・7号昭和49年）。

(56) 国井和郎「使用者責任とその周辺問題」法律時報48巻12号（昭和51年）21頁以下、とくに46頁以下にその主張の詳細が展開されている。

の帰責を基本的につきのように類型化する。第一は使用者の単独責任類型（被用者の個人的資質のいかんにかかわらず使用者の事業ないしその遂行の仕方が損害惹起に直結する場合であり、被用者の過失を認定すべきでなく、使用者自体が709条の責任を負わしめられる）。第二は、並存責任類型（加害被用者の責任主体性ととも、使用者にもこれとは別に独自の責任主体性が備わっている場合で、719条の適用により処理される）。第三は、従属責任類型（被用者は独自の責任主体性を有しており、かつ使用者は加害行為それ自体につき直接的には関与していない場合であり、民法715条により処理される）。第四は混合責任類型（上記の複数の類型を同時に満たす場合とそれらの中間に位置する場合とがあり、適用法条は、前者ではそれぞれの類型についての根拠条項であり、後者では715号だが、その枠内で修正的な処理がなされる）である。第一の単独責任類型がわれわれの「企業の不法行為」に対応するものだが、第二の「並存責任類型」は、従来、企業責任を法律構成する際に考慮されていなかったものだと、その独自性を強調される。しかし、「企業の不法行為」論として、かような事態を全く予定していなかったわけではない。また、筆者の論稿をとりあげて、709条の適用を主張する場合、715条との合理的な適用区分を明らかにしたうえで、過失の具体的内容を示さなければ説得力ある提言といえないと批判される。しかし、筆者としても前述のごとく一応の基準を示している。ことの性質上適用区分の基準がある程度抽象的になるのはやむをえないところである。国井説は、この点を「使用者が事業内容ないしその遂行過程において損害発生メカニズムを創出した場合を想定している」と述べるが、これによって、とくに画定基準が精密になったとも思われぬ。過失についても筆者は危険度に応じ段階的に（したがってときにはきわめて厳格に）判断されるだろうことを指摘しており、決して黙止しているわけではない。

結局、「企業の不法行為」に関するかぎり、国井説は全体としてさほど特色あるものではない。上記の第四類型は特徴的だが、内容的には、やや難解かつ不透明といわねばならない。

以上、諸説が適切・妥当な処理を模索し、苦悶している状況をみたが、いず



れも、問題の解決が一面的にとどまるか、あまりに雑駁であるか、もしくは法律構成が複雑にすぎるといった印象が免れないようである。

「企業の不法行為」論は、その限界がいささか不明瞭といった問題を含むにしても、以上の諸説のいずれよりも簡明で、理解が容易であり、素直な法律構成といえるのではないか。しかも、民法715条や民法44条に関する従来の確定した判例・学説の態度に根本的な変更をせまるものでもない。むしろ、従来の判例学説が、加害被用者の故意過失を要求する反面、「事業ノ執行ニ付キ」をきわめて広義に解するなどして被害者救済にそれなりの機能をはたしてきた面を積極的に評価し、その態度を容認するものである。ただ、序論で示したいくつかの不都合な面を同条外での特別の法律構成をもって処理すべきことを提唱するのである。

「企業の不法行為」論の最大の問題点は、企業そのものを行為主体と観念することの是非であろう。市民法は、個人責任の原則を基本的法原理とするものだからである。しかし、一般に古典市民法からの脱却ないしその克服が強く要請されている今日、ひとり不法行為主体の把握のみが古典市民法の枠内にとどまらなければならぬ理由はないであろう。

## 六 むすび

以上は、やや微視的な分析にはしりすぎたきらいがある。ここで、多少巨視的に、損害賠償制度の中での「企業の不法行為」論の位置といったものを一言して、むすびとしたい。

「企業の不法行為」論は、損害賠償制度の趣旨ないし目的はどこにあるかといったきわめて基礎的な課題と密接不離の関係にある、と筆者は考える。この課題は、不法行為法学におけるもっとも重要な課題のひとつとってよく、先学の主要な問題関心のひとつであった。代表的な見解としては、大正期の牧野

(57) 牧野英一『法律に於ける進化と進歩』有斐閣（大正13年）207頁以下（なお、同所掲載論文「無過失責任」の初出は中央公論大正11年3月号）。

英一の公平分担主義<sup>(57)</sup>、我妻栄の具体的衡平主義<sup>(58)</sup>、昭和中期の石本（雅男）教授の団体主義的損害分担の理論<sup>(59)</sup>といったものがあるが、近時では、「損害の公平妥当な配分」とか「社会に生じた損害の合理的な分担」と説かれることが多い<sup>(60)</sup>。そして、そのいずれにおいても、危険な企業活動にともなう加害については、企業に厳格な責任を課すべしとされてきたのである。このことは、企業自体を、当然のごとく責任主体として予定していたことを示すといつてよかろう。企業活動に起因する加害につき、つねに、企業被用者が基本的に加害原因者であり、第一次的な賠償責任者であるとの理解に立つのでは、「厳格な責任」という点はいうにおよばず、いずれの立場であれ、所論の制度目的に適合する効果を導き出しえないものと思われる。従来は損害賠償制度の原理論にのみ目を奪われることが多く、企業の責任主体性が現行法上どのようにして法律構成されることになるかについては、立ち入った考察が殆どなされなかった。「企業の不法行為」論は、こうした間隙をうめるものといつてよいであろう。また、これは、近時の受忍限度論や違法性論にとつても前提として有用な、というよりむしろ必要かつ不可避の構成ではないか、と考えられる。

細部については残された問題も数多い。しかし、与えられた紙幅もすでにつきた。不十分ではあるが、今回はこれをもって擱筆する。

(58) 我妻栄「損害賠償理論における「具体的衡平主義」」『民法研究VI』有斐閣（昭和44年）193頁以下（なお、同論文の初出は法学志林24巻3号－5号（大正11年））。

(59) 石本雅男『民事責任の研究』日本評論社（昭和23年）とくに194頁以下で展開された。

(60) たとえば、四宮和夫・前掲『事務管理・不当利得・不法行為中巻』263頁、幾代通・前掲『不法行為』2頁。