

# 代位責任 (vicarious liability) の基礎理論 (その一)

— 英米法における使用者責任の一側面 —

田 上 富 信

はじめに

一 代位責任の基礎

Ⅰ 責任の法的性格

Ⅱ 責任の社会的正当性 (以上本号)

二 使用者の求償権 (以下次号)

三 展望—企業責任論

むすび

はじめに

代位責任あるいは代替責任<sup>(1)</sup>と訳されている英米法上の vicarious liability は、通常、他人のなした不法行為について、自

己に何等の帰責原因がなくして課せられる責任である、と解されている。<sup>(2)</sup> このような責任の典型は、被用者が事業執行中になした不法行為に対する使用者の責任であるが、そのほか、請負人の不法行為に対する注文者の責任、代理人の不法行為に対する本人の責任等も含まれる。<sup>(3)</sup>

本稿は、そのうち、使用者責任としての英米法における代位責任を、主として、その法的性格ないし基礎づけの面から考察する。英米の代位責任を本稿で取り上げた動機は、(1)わが国の使用者責任を定めた民法七一五条の解釈論として、通説および判例が使用者責任の本質を代位責任として把握していること、<sup>(4)</sup> (2)そして、代位責任説が解釈上において種々の不都合な結果を招来すること、<sup>(5)</sup> (3)英米法においても、代位責任は現代の組織的かつ大規模な企業の責任を規律する法理としての妥当性を疑われていること、にある。したがって、本稿は英米の代位責任を、その法的性質および基礎づけの面から究明し、その問題点を明らかにすることによって、わが国における代位責任説克服のための解釈の足掛りを見出そうと試みるものである。もとより、法体系を異にする英米法上の理論が、そのままわが国の使用者責任について解釈上生じる問題の解決に役立つものと考えているわけではない。しかし、それにもかかわらず、英米の代位責任をとりあげたのは、英米においてかなり以前より、代位責任の批判的検討が活発になされてきており、最近では代位責任の発展型態である企業責任 (enterprise liability) が主としてアメリカで主張されている関係上、この問題を考察することは、我々が今後使用者責任について立法論はもとろろん解釈論をも考えなおすにあたって、大きな参考になり得ると考えたからにはかならない。

(1) 英米法辞典(有斐閣)では代位責任と、伊藤正己・「使用者の求償権」(法協七四卷五・六合伴号)では、代替責任と訳されている。本稿では一応前者に従った。

(2) Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), p. 1; Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, 2d. ed., (1955), p. 350.

(3) その他、今日では、英米法上重要な地位を占める自動車の運転者が事故を起した場合の自動車の保有者の責任も代位責任に含ま

れ。Prosser, *op. cit.*, p. 368; James, *General Principles of the Law of Torts*, 2d. ed., (1964) p. 353.

- (4) 周知のとおり、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、(1)被用者の故意・過失・責任能力などの主観的帰責事由を使用者責任の前提としていること、(2)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」と解していること、(3)被用者が賠償をなした場合に使用者に対して求償をなすことはできないと解していること、に求められる。ただ、英米法の代位責任は使用者に選任・監督上の無過失などの免責事由を認めていない点で文字通り代位責任であるのに対して、わが国の七一五条はかような使用者の免責事由を規定しているので、通説・判例の立場は純粹の意味の代位責任説ではなく、「免責条件付代位責任説」と呼ぶことができよう(もつとも、判例は近時使用者の免責条件をほとんど認めていない)。鳩山・増訂債権法各論下巻(大13)九一四頁、我妻・不法行為(新法学全集・昭13)一七二頁、加藤・不法行為(昭32)一六七頁など参照。判例としては、たとえば大判大正三・六・一〇刑録二〇・一五七、大判昭和八・八・一八民集一二・八〇七などは、傍論として、七一五条の使用者責任は代位責任であると述べている。
- (5) 民法七一五条を代位責任と把握する通説・判例の論理は、解釈上次のような不都合な結果を招来する。すなわち、第一に、訴訟で被用者の過失の存否が争われた場合に、裁判所は被害者保護の見地から、被用者の過失を擬制してまで使用者に責任を負わせる傾向があること、これである。たとえば、梅毒輸血事件として著名な最高裁昭和三十六年二月一六日の判決(最高裁民集一)がその例。この事件について大方の反応は、結果は妥当であるが、過失認定に疑問を付す者が多い。四宮・ジュリスト一二〇・二八、北村・ジュリスト一二〇・三二、谷口(知)・民商法雑誌四五・三・三二二、村重・民事研修四九・三八千種・判例時報二五六・六参照。なお、河津・「医師の医療上の注意義務」法律時報三六・七・八六は、東京地裁昭和三九年五月二九日の判決(下民集一五・五・一二二)における医師の過失認定につき疑問を付される(この事件の最高裁の判決については、最判昭四四・二・六判例タイムズ二二三・七三参照)。第二に、民法七一条の監督義務者の責任との関連で、裁判所の責任能力認定に混乱が生じていること、これである。大審院時代の判例であるが、判例は七一五条の使用者責任を追求する事案では被用者である一才一ヶ月の少年の責任能力を肯定しておきながら(大判大正四・五・二二)、他方七一条の監督義務者の責任を追求する事案では一才二ヶ月の少年の責任能力を

否定しており(大判大六・四・、さらに最近では一四才の中学生に至るまで責任能力を否定している(東地裁昭三七・一一・二)。(三〇民録七一五)、)このような現象は使用者責任は被用者の責任能力を、監督義務者の責任は被監督者の責任無能力を前提としていると解する通説・判例の立場から、被害者保護のため導きだされた結果であることは疑いない。

第三に、代位責任説は被用者を究極の責任者とし、使用者は二次的・代替的責任者にすぎないとする立場であるから、賠償を支払った使用者は被用者に金額求償できるのは理論上当然のこととなる。使用者は被用者をして事故を起しやすす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妥当でないが、代位責任説を承認する以上、この結果は是認せざるを得ない。もっとも、わが国の学説・判例は、代位責任説をとりながら、何とかして使用者の求償権の行使を制限しようとする努力している。学説の紹介・整理は、中元・「被用者への求償」ジュリスト別冊交通事故判例百選一四頁および島田・「使用者責任」法学セミナー一五九・二一参照。求償権制限を試みた判例として、京都地裁昭和三八・一一・三〇下民集一四・二三八九および松江地裁浜田支部昭和四二・一一・二二判例時報五一七・七九がある。後者の判例批評として、法律時報四八八・一三八(田上)参照。

## 一 代位責任の基礎

### I 責任の法的性格

(一)論争 コモン・ローにおいて、人は自己の不法行為についてのみ責任を負い、他人の不法行為に対しては責任を負わないのを原則とする(自己責任の原則)。

ところで、すでに述べたように、英米における現在の通説的見解および貴族院の判例の立場によれば、使用者責任を規律する代位責任(vicarious liability)は、使用者(master)と被用者(servant)との間の雇用関係を基礎とした、他人の不法行為に対する責任であり、名称の示すとおり、被用者の不法行為を使用者が、代って(vicariously)、責任を負うものと解されている<sup>(1)</sup>。

その意味で代位責任は、自己責任の原則の例外をなすことになる。そして、この立場からする代位責任の要件は、被用者の加害行為が事業執行につき (in the course of the servant's employment) なされたこと、および被用者に不法行為責任が成立していること、の二つで足り、わが国の民法七一五条が規定するような使用者の被用者を選任・監監する上での過失は要件とされていない。

もし、使用者が被用者に不法行為をなすことを、授權、助力、委託したりした場合、あるいは被用者を選任・監督する上で過失があり、それと被用者の不法行為との間に因果關係があった場合は、それは使用者自身の不法行為責任であり、代位責任とは異った不法行為類型であるところの使用者の自己責任を構成する。<sup>(2)</sup>

さて、このように代位責任の法的性格を他人に被用者の不法行為に対する使用者の責任であると解する英米の通説・貴族院の判例の見解に対して、少数説として、代位責任は使用者自身の注意義務違反を根拠とする使用者の自己責任である、とする見解が主としてイギリスで主張されている。以下、この少数説の理論的代表者であるウィリアムズ (Williams) 教授の見解を簡単に紹介して、教授の考え方の基礎を考察してみよう。<sup>(3)</sup>

ウィリアムズ教授は、通説および貴族院の判例がとるところの被用者に不法行為責任が生じた場合にのみ使用者が責任を負うとする見解を、「被用者の不法行為説」(servant's tort theory) と呼び、自己の主張する理論を、「使用者の不法行為説」(master's tort theory) と名づけている。使用者の不法行為説を教授の考え方にしたがって定義づけるならば、事業執行中における被用者の行為 (acts) もしくは精神状態 (state of minds) は、使用者自身に転嫁され、その結果、使用者自身の行為もしくはは精神状態になる、ということである。すなわち、被用者が事業執行につき自己に課せられた注意義務に違反して、第三者に損害を与えれば、この義務違反行為は使用者に転嫁され、使用者自身の注意義務違反行為とみなされるとするのである。したがって、被用者の故意 (intention) ・過失 (negligence) は使用者のそれと同一視され、また、それ自体注意義務違反を構成しない被用者の一定の事実に対する知識なども使用者に転嫁される。

通説・判例のとする被用者の不法行為説も、またウィリアムズ教授のとする使用者の不法行為説も、被用者に故意・過失などの注意義務違反がある通常の事案に対しては、結論に差は生じない。両者は、一單に説明の仕方が違うだけである。すなわち、運送会社Aのトラック運転手Bが事業執行中に過失によつて第三者Cを轢いた場合、被用者の不法行為説によれば、運転手Bの不法行為を使用者Aが代位的に責任を負うと説明するのに対して、使用者の不法行為説によれば、Bの過失行為はAに転嫁され、A自身の過失行為となり、被害者Cに自己責任を負うと説明するからである。両説とも、Bの個人責任を否定しておらず、AとBとはCに対して連帯責任 (Joint liability) を負うとする結論も一致する。

それならば、この二つの見解が鮮明に対立するのはどんな場合であろうか。それは、第一に、被用者が被害者 (原告) に対して不法行為責任を免れる一定事由をもつ場合であり、第二に、使用者自身が被害者に対して免責の抗弁をもつ場合である。以下、イギリスの判例を中心としてこの点をみていこう。

(1) 被用者に不法行為責任を免れる一定事由がある場合——。

イギリスでは、夫婦間で生じた不法行為に対して、夫または妻が相互に訴訟を起すことは、一八八二年の「妻の財産法」一二条 (Married Women's Property Act, sec.12) によつて禁じられてゐる。<sup>(4)</sup> この規定の趣旨は、かつて、夫婦は法律上一體であるからだと説明されていたが、今日では、訴訟によつて夫婦間に悪感情が生じ、婚姻生活の維持が困難になるためと解されている。<sup>(5)</sup>

ところで、被告 (使用者) の被用者が、事業執行中に被用者の妻に過失によつて傷害を与えた場合、被告である使用者は被用者の妻 (原告) に代位責任を負うだろうか。被用者たる夫は一八八二年法によつて、妻に対して不法行為責任を負わないことは明らかである。それでは、被用者である夫に不法行為責任が生じない以上、使用者も責任を免れるのだろうか。

この特殊な問題について、イギリスの判例は二つある。一つは貴族院の判決として、スミス対モス事件 (Smith v. Moss

and Another [1940] 1 K.B. 424] であり、他の一つは控訴院の判決として、ブルーム対モルガン事件 (Broom v. Morgan [1953] 1 Q.B. 597, C.A.) である。

「スミス事件」——夫の運転する自動車に乗っていた妻が、夫の過失運転によって、乗っていた車と他の車とが衝突した結果、傷害をうけたので、車の保有者 (owner) である義母 (mother-in-law) に、代位責任を追求した事案。

チャールズ裁判官 (Charles, L.J.) は被用者の不法行為説の立場から次のように述べて、妻の請求を認めた。——

「原告(妻—筆者注) は、夫の過失によって事故が生じた以上夫は妻に不法行為をなし得ないのであるから、義母に対して損害賠償の請求ができないと一般にいわれている。この考えは厳密に言えばそうであるが、私はこの考えをとらない。……不法行為の加害者としての夫は二つの資格 (capacity) を持つ。一つは夫としてのそれであり、他の一つは代理人 (agent) としてのそれである。本件では、事故当時の夫は、彼の母の代理人 (agent) として行動していたのであり、彼の過失が唯一の原因で事故が生じたのである。それ故、原告は被告である母に対して賠償請求をなし得る資格がある。」

この見解は、被用者の行為の二面性を認め、使用者の代理人としての行為に代位責任を適用した点で、被用者の不法行為説の立場に立った解決といえるだろう。

「ブルーム事件」——原告(妻) と夫は、居酒屋を営む被告に雇用されていたものであるが、夫が階下からビール樽を運び出す際に、あげ蓋を開け放しにして置いたため、妻がその中に落ち込み傷害をうけたので、原告は夫の過失を理由に使用者である被告に代位責任を追求した事案。

判決は、原告の請求を認めたが、その理由づけとして、デニング裁判官 (Denning, L.J.) は基本的には使用者の不法行為説に立った特異な意見を述べる。——

「被用者の行為に対する使用者の責任は、従来からしばしば代位責任と呼ばれているが、私はそうは思わない。……使用者責任の根拠は、使用者は通常金持ちであり、被用者はそうでないという単なる経済的な根拠に求められものではない。

それは、被用者が使用者の事業を遂行し、使用者は彼の事業が相当に注意深く行われているかどうかを監督する義務があることに真の根拠を見いだすべきである。たとえば、使用者が被用者に自動車運転を委任した場合、彼はその車が道路上で人を轢き殺さないように監督する責任がある。使用者は、その車の運行を有能な運転手に委任したのだからとか、それはただ単に運転手の妻を傷害したのだからとか言つて責任逃れをすることはできない。車は彼の所有であり、事業は遂行されていたのである。事業が注意深く行われているときは、彼は被用者の労働から利益をうけているのであるから、過失によって事故が起ればその責任を負わねばならない。彼は事業の執行として車の運転が相当に行われることを監督する義務がある。運転手に過失があれば、それは運転手のみ義務違反ではなく、使用者自身の義務違反でもある。

かような観点から、私は、使用者と被用者とは、法律上、共同不法行為者 (Joint tortfeasors) であると考え。彼等うちの一人または双方ともども事業執行中の過失に対して責任を課せられる。

……それ故本件における私の結論は、こうである。すなわち、被用者の過失に対する使用者の責任は代位責任ではなくして、使用者の事業が相当に注意深く行われるのを監督する上での過失にもとづく使用者自身の責任である。もし被用者が実定法によって被害者の責任追求訴訟から免れるとしても、それによって使用者の責任は免除されるものではない。使用者の責任は、彼自身の責任であり、そして被用者の免責にかかわらずなく存続する。<sup>(7)</sup>

このデニングの見解が、使用者の自己責任の根拠を、事業監督上の過失に求めているのは特異であり、この使用者の自己責任と被用者の過失責任を共同不法行為と構成することによって被用者の免責事由を使用者責任に影響させないとする彼の論理操作は、注目する必要がある。

デニングはさらに、右に述べた自分の理論 (使用者の不法行為説) が、仮りに採り入れられないとしても、通説・判例の代位責任論をとつても同様の結論は導きだし得るとして、彼の卓越した論理操作を次のように示している。――

「……私の考えでは、夫はその居酒屋内でのすべての人に対して合理的な注意を払う法律上の義務を負っており、妻を含



めてすべての人に過失を犯し得ると考える。もしパートナーが穴に落ち込んで傷害をうけたのならば、夫は明らかに不法行為責任を負い、損害賠償をしなければならぬ。このことは、妻が同じ穴に落ちた場合でも同様である。唯一の相異は、妻は制定法によって彼の夫を訴えることができないことである。夫の免責は、夫婦は一体であるという理論に基礎を置くのではなく、一八八二年の妻の財産法一二条―それは一九三五年法一条によって維持されている―の文言に基礎を置く。この法律の条項は、詐欺法 (Statute of Frauds) が非文言契約にもとづく訴えを当事者に禁じているのと同様に、妻が夫の不法行為に対して訴訟を起すことを禁じているのである。しかし、夫が不法行為責任を負うという事実は変更されない。夫の免責は、単なる訴訟手続上のルールであり、実体法上のそれではない。それは訴訟上の免責であつて、義務や責任の免除ではない。夫は妻に責任を負うが、彼の責任は訴えによって追求され得ないのである。夫が責任を負う以上使用者も責任を負うが、両者の責任の違いは使用者の責任だけが訴え得るのである。<sup>(8)</sup>」

夫婦間の不法行為を訴訟手続上訴えることのできない不法行為 (unenforceable tort) と解し、実体法上は被用者に不法行為が成立しているから使用者は代位責任を負うとする右のデニングの見解は、被用者の不法行為説を一八八二年法の解釈に巧妙に結びつけた論理といふ。

ウィリアムズ教授は、以上二つ判決について使用者の不法行為説の立場から、被用者である夫の過失行為は使用者に転嫁され、使用者自身の過失にもとづく自己責任であると主張する。これはブルーム事件のデニング裁判官の第一の見解と基本的に一致する。両者の違いは、デニングが使用者の自己責任の根拠を事業に対する監督上の過失に自己責任の根拠を求め、のに対し、ウィリアムズは、被用者の過失行為の転嫁に責任の根拠を求める点にある。いづれにしてもこの使用者の不法行為説は、使用者責任の根拠を代位責任に求めるのではなく、使用者の自己責任に求めており、使用者と被用者を共同不法行為者と構成することによって、被用者に免責事由があつても使用者の責任には影響なしとする点に特色を有する。

ブルーム事件におけるデニングの第二の見解―被用者である夫の過失行為は訴訟手続上訴えることのできない不法行為責

任 (unenforceable tort) であるとする立場——は、通説および貴族院の判例がとる被用者の不法行為説<sup>9)</sup>に代位責任説と矛盾しないので、現代のイギリスの多数の学者によって支持されている。スミス事件におけるチャールズ裁判官の意見——被用者たる夫の妻に対する不法行為は使用者の代理人としての資格でなしたのであり夫としてのそれではないとする立場——も被用者の不法行為説と矛盾するものではないが、この見解に賛成する学者は見当らない。

(ロ) 使用者が被害者 (原告) に免責の抗弁をもつ場合——。

代位責任は、被用者の不法行為を前提とするものであるから、責任要件として被用者の注意義務違反 (negligence) が必要である。被用者の義務違反さえあれば、使用者の損害防止についての義務違反 (被用者の選任・監督上の不注意や作業場の安全を怠ったことなど) は問題にならない。したがって、代位責任訴訟で、使用者は損害防止について相当な注意を払ったことを主張・立証してみても、被用者に義務違反がある以上責任を免れない。この意味で、イギリスの多数の学説が支持する被用者の不法行為説<sup>1)</sup>に代位責任説では、使用者自身の免責の抗弁を被害者 (原告) に主張できないことになる。

これに対して使用者の不法行為説は、使用者責任の法的性格を使用者自身の義務違反にもとづく自己責任と解するのであるから、使用者自身に免責事由があれば、これを抗弁として被害者に当然主張できることになる。

この問題について好個の例を示す判例として、ツワイン対ビーン急行会社事件 (Twine v. Bean's Express Ltd [1946] 1 All E.R. 202 C.A.) がある。事案は、運送会社が被用者であるトラックの運転手に、無関係の者を便乗させてはならないと命令し、かつ無関係の者が便乗して事故を起しても、会社は一切の責任を負わない旨の注意書を車体に掲示しておいたにもかかわらず、運転手は命令に反して歩行者を便乗させて、運転手の過失によって便乗者を死亡させたものである。被害者の未亡人 (原告) は、被告会社の運転手の過失を理由として、代位責任を主張した。これに対して被告会社は、運転手に第三者の便乗を禁じ、かつその旨車体に掲示しておいたのであるから、被害者が車に乗っていることは合理的に予測できず、したがって存在が予測できない被害者に対してなら注意義務を負わず、それゆえ責任はないと抗弁した。

第一審では、アスワット裁判官 (Uthwatt, J.) は被告のこの抗弁をいれて原告敗訴を言渡した。アスワットはその理由として次のようにいう。――

「……被告は、この事件で決定されるべき問題は運転手が乗客に対して注意義務を負うかどうかではなく、使用者がかかるような注意義務を負うかどうかであると主張している。私は、この被告の主張を正しいと考える。法は、被用者の事業執行中になされた行為 (act) を使用者の行為に帰せしめ、その行為の結果に対して使用者に責任を課すのである。使用者の義務と被用者の義務を具体的事情に応じて決定するについては、諸般の情況が考慮されねばならないが、たいていのケースでは、使用者と被用者の義務は同一である。しかし、これは一致 (Coincidence) であつて、法原則 (rule of law) ではない。……私の法の見解を被告の主張に一致せしめるならば、運転手に過失があり、使用者もツワイン (被害者―筆者注) に対して相当の注意を払う義務―本件では運転手によって遂行されるべきものを―を負っていた、ということになる。……ツワインは、被告との関係において、車という特殊な状況に入り込んだ不法侵入者 (trespasser) である。そして、ツワインが乗客であつたという事情において、問題は被告が車の運行につき、ツワインに対して、相当の注意を払う義務があるかどうかである。私は、被告にはかような義務はないと考える。……被告は無制限な注意義務を負うものではないが、被告によって合理的に予見できるすべての人々に対しては、当該の時と場所における過失による車の運転によって、これらの人々が傷害をうけないようにする義務を負っている。……被告は、事故当時に車の中にかような乗客がいることを合理的に予見できなかった。それ故、私は被告が自動車の運行につきこの乗客に対して相当の注意を払う義務はない、と考える。」

このようにアスワットが、使用者の注意義務を被用者のそれから明確に区別し、本件では使用者の注意義務違反の存在が決定されるべき問題であるとして、使用者が合理的に予見できない不法侵入者に対しては、使用者はなんらの注意義務を負わないと述べているのは、彼が、使用者の不法行為説を前提として、使用者の義務の不存在の抗弁を認めたものといえる。ウイリアムズ教授は、むしろアスワット裁判官の使用者の不法行為説に賛成であるが、しかし多少理論構成を異にする。

ウイリアムズによれば、アスワット裁判官が使用者が合理的に予見できない不法侵入者に対して、使用者は注意義務を負わないと述べているのは、妥当でなく、被用者が不法侵入者の存在を事故当時知っておれば、使用者は注意義務を負うと主張する。すなわち、本件では、被用者（運転手）は、不法侵入者（便乗者）の存在を知っていたのであるから、使用者が現実これを知らなくても、被用者の知識は使用者に転嫁され、使用者は不法侵入者に注意義務を負うとする。すでに述べたごとく、ウイリアムズは、被用者の行為のみならず、被用者の知識などの精神状態まで使用者に転嫁する理論構成で使用者の不法行為説を主張するのであるから、右の主張は当然の帰結となる。<sup>(1)</sup>ただ、教授によれば、本件では使用者の注意義務の存在は認められるが、被告会社は便乗者に警告の注意書を掲示し、運転手にも第三者の便乗を禁止し、かつ運転手自身も被害者に危険の告知をして便乗させたのであるから、被告会社の注意義務は充分尽されており、したがって被告会社はこの点で責任はないとしている。<sup>(2)</sup>

ところで、この事件は控訴審に移ったが、控訴審では、使用者の不法行為説は問題とならず、被告の運転手が便乗者を乗せて走った行為は、事業執行の範囲外の行為であるとして、原告の請求を棄却している。<sup>(3)</sup>

(二)論争の評価 以上、イギリスにおける使用者責任—代位責任の法的性格についての二つの基本的な考え方、すなわち、被用者の不法行為説と使用者の不法行為説の対立を、われわれはみてきた。ここで、この論争の意義を検討してみよう。

代位責任の本質を使用者の自己責任とみる使用者の不法行為説は、(1)被用者が不法行為責任を負わない場合でも使用者に責任を負わせ得ること、(2)使用者自身の免責事由を被害者に主張できること、の二つの実益から案出されたものであるが、通説・貴族院のとする被用者の不法行為説でも、先にみたとおり、かような場合充分説明がつくのであるから、結論に差がない以上たいして実益のない議論のようにみえる。そして、被用者の事業執行中の行為もしくは精神状態が使用者に転嫁されるとするウイリアムズの論理は、一種の擬制 (fiction) を持ち込んだ見解であることは、彼自身が認めるとおりである。

さらに、使用者の不法行為説の最大の弱点とされるのは、制定法によって被用者自身に直接注意義務が課せられている場

合 (たとえば鉱山のダイナマイト技師など危険物を取扱う場合)、被用者がこの義務に違反すればそれは、使用者に転嫁され使用者自身の注意義務違反とすることは制定法の趣旨に反する。制定法違反は同時にコモン・ロー上の義務違反と構成できないことはないが、<sup>(14)</sup>それでは制定法が被用者に特別に注意義務を課した意味がなくなる。近時の判例も被用者の制定法違反につき、<sup>(15)</sup>使用者の不法行為説は採らない旨述べている。

使用者の不法行為説でも、ブルーム事件におけるデニングの見解は、使用者の自己責任の根拠を、使用者の事業監督上の過失に求めているから、右のウィリアムズに対する批判は当たらない。しかし、被用者に義務違反があれば、なぜ使用者の事業監督上の過失になるのか、その点の根拠は必ずしも明らかでない。

このように使用者の不法行為説は、理論的に難点を含んでいるにもかかわらず、ウィリアムズを代表者とする少数説が代位責任は他人の不法行為に対する責任ではなく使用者自身の不法行為責任だと強力に主張する意図は、別な点にあることを忘れてはならない。すなわちそれは、使用者の被用者に対する求償権を制限することにある。代位責任の本質を他人の不法行為に対する責任とみる伝統的・通説的立場によれば、使用者は本来の一次的責任者である被用者に、被害者に支払った賠償額の全額を求償できるはずである。これに対して、使用者の不法行為説は、責任の根拠を自己責任と解するのであるから、被用者に求償権の行使はできないことになる。もっとも、使用者の不法行為説も被用者の不法行為責任を否定せず、使用者と被用者は共同不法行為者 (joint tortfeasors) の関係に立つとしているから、一九三五年の法改革 (妻および共同不法行為者) 法 "Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act" が適用され、使用者は負担部分 (contribution) を被用者に求償できることになる。<sup>(16)</sup> むろん負担部分は、裁判所によって、使用者と被用者の責任の程度を考慮して正当で公平 (just and equitable) と考えられるところに従って決定されるので、その意味で使用者の被用者に対する全額求償は制限をうけるわけである。使用者の求償権の法理については、後述する (二参照)。

## II 責任の社会的正当性

(一)従来の諸説 すでに述べたごとく、コモン・ローにおける代位責任 (vicarious liability) は事業執行中になされた被用者の不法行為に対して、使用者は何の帰責事由もなく責任を負うことに今日の英米の判例・学説は固まっているといえる。しかし、この他人の不法行為に対して無過失に責任を負うという法理は、コモン・ローに深く根ざす不法行為法上の原則一人は自分自身の行為によってひき起された損害に対してのみ責任を負うこと、および人は自分自身に過失 (fault) がある場合にのみ責任を負うこと—過失自己責任の原則と衝突する。代位責任は明らかにこの過失自己責任の原則の例外であり、今日では、判例法上も、一般の規範意識としても、広く社会的に承認されている。それでは、代位責任が社会的に承認される法理論的根拠は何か、が次に問題となる。これが代位責任の社会的正当性 (social justification) の問題である。<sup>(17)</sup>

代位責任の正当性の根拠を始めて組織的に明らかにしたのは、イギリスのバティ (Batty) である。彼は九つの根拠をあげている。<sup>(18)</sup> すなわち、(1)支配 (control) 、(2)利益 (profit) 、(3)報復 (revenge) 、(4)注意深さと選択 (carefulness and choice) 、(5)同一性 (identification) 、(6)証拠 (evidence) 、(7)譲歩 (indulgence) 、(8)危険 (danger) 、(9)満足 (satisfaction) 、<sup>(19)</sup> これである。バティのあげたこれらの根拠は、二〇世紀初頭までのイギリスの学者がそれぞれ断片的に主張していたものであり、彼はそれを整理したにすぎず、そして彼はいづれの根拠にも批判的である。以下これらの根拠を検討し、あわせて学者の批判を述べる。

**支配 control** 被用者の行動を使用者が支配している点に代位責任の根拠を求める説。支配関係は、代位責任の前提である雇用関係の存否を決定する重要なメルクマールであり、また注文者の請負人の不法行為に対する責任を決定する決め手ともなるので、その意味では責任の根拠となりうる。<sup>(20)</sup> しかしこの見解に対しては、子供・下位被用者・生徒の不法行為に対する両親・上位被用者・学校の教師の責任などのように、それぞれ支配関係は存在するが法的な責任を負わないとされている事例の説明は困難であり、逆に支配関係はないが責任を負う事例—たとえば医師のように専門的熟練技術者を雇用している病院などは支配関係はないが医師の不法行為に対して責任を負う—の説明もできない、との批判がある。<sup>(21)</sup>

**利益 profit** 使用者は被用者の労働から利益を得ているのであるから、被用者によってひきおこされた不法行為に対して責任を負うべしとする見解。使用者は被用者の労働によって多大の利益を得るが、この利益の一部は賃金として被用者に支払い、残余は使用者が取得する。この残りの利益はそれが損失であろうとも被用者の労働から生じたものであれば、すべて使用者が取得すべきであるとする。この見解は、一般の法感情にも受け入れやすく、この考え方で代位責任の根拠を説明する裁判官もいる。<sup>22)</sup>しかし、この「他人の行為によって利益を得ている者は損失も負担すべし」という考え方を押し進めれば、地主は小作人の不法行為に対しても責任を負わなければならないことになり、さらには列車の乗客は運転手の過失行為による第三者に対する傷害の責任をも負担しなければならなくなるとの批判がなされている。すなわち現代社会は分業にもとづく社会であり、人は多かれ少なかれ常に他人の労働から利益を得ているのであるから、単にそれだけの理由で他人の落度や失敗に対して法的に責任を負わせるのは広きに失するとする批判である。<sup>23)</sup>

**報復 revenge** この見解は、代位責任が古代の奴隷の行為に対する責任に起源を発していることから、不法行為をなした被用者を雇用している使用者が被害者の報復を免れることに代位責任の根拠を求め、<sup>24)</sup>古代では、奴隷が不法行為を犯せば、主人は被害者の復讐を免れるために、その奴隷を被害者に譲渡した。後になって奴隷所有者は彼の奴隷を引渡す代りに金銭で被害者を買収するようになった。今日の代位責任もこれと同じであると説明する。この見解は、古代の奴隷所有に責任の基礎の根源を求める点で現代社会における責任の根拠の説明として適当でない<sup>25)</sup>と批判され、この説を支持する学者は現代ではない。<sup>26)</sup>

**注意深さと選択 carefulness and choice** この説は、代位責任の根拠を使用者による不適任な被用者の選任に求める見解である。しかし、代位責任の根拠を使用者の選任上の不注意に求めれば、それは使用者自身の過失責任であり、代位責任と呼ぶに値しない独立の責任類型である。代位責任は他人の不法行為に対して何等不注意がなくとも責任を負う厳格責任 (strict liability) の一種とされているのであるから、代位責任の根拠を使用者の選任上の過失に求める見解はそれ自体概念

の自己矛盾に陥っていると批判されている。そしてまた、使用者の選任上の不注意を、訴訟で被害者側が証明することは極めて困難であり、仮りに使用者にこの種の過失が認められたとしても多くは擬制であろうと批判される<sup>(26)</sup>。

**同一性 *identification*** 被用者の事業執行中の行為は使用者の行為であり、使用者と被用者は同一化されるとする見解である (*qui facit par alium facit per se*)。この見解は被用者の行為は使用者の行為であるという一種の擬制を含むものであり、この点で多くの学者から代位責任の根拠づけとして妥当でないと批判される<sup>(27)</sup>。

**証拠 *evidence*** この見解は、訴訟で、加害者である被用者の特定の証明よりも、加害者の使用者を特定する証明の方が容易であることに代位責任の根拠を求める見解である。今日のような複雑な社会では、ある特定の個人の不法行為責任を追求することが困難な場合がある。二人または三人のうちの誰かが原告の傷害に対して不法行為責任を負わなければならないことは明らかであるが、誰が不法行為を犯したのか証明できない場合、その複数の不法行為者が、ある使用者に雇用されているならば、その使用者に対する代位責任の追求は可能である。たとえば、病院で誤まった手術をうけた結果、傷害された原告は、どの医師に責任があるかを証明できないにしても、病院に賠償請求ができる<sup>(28)</sup>。なぜなら、事故の原因が使用者の支配下における活動にあることを証明すれば良いからである (事実推定則 “*res ipsa loquitur*” の適用<sup>(29)</sup>)。このように使用者の特定は被用者の特定よりも容易なことに代位責任の根拠を求める考え方は、被害者の証明の負担を軽くする点で意義があるが、たとえば有毒な食品の製造を製造者の被用者が行ったのか請負人が行ったのか不明の場合のように、使用者も特定できない分野の説明ができないとの批判がある<sup>(30)</sup>。

**讓歩 *indulgence*** ベーコン (Bacon) は、人は現世でも来世でも自分自身の仕事は自分でしなければならぬという。他人を雇って自分の仕事をさせるのは、法の讓歩であり、人がこの讓歩に対して支払わなければならない価格の一部は、被用者の行為に対する責任を甘受することである<sup>(31)</sup>。代位責任の基礎はこの法の讓歩に対する代償であるとするこのベーコンの見解は、注文者の請負人に対する責任の基礎づけにあらわれる。すなわち、請負人が注文者から委任された仕事を注文



者の授權なしに違法に行つた場合や、誰にも委任できない仕事を請負人に委任した場合の注文者の責任の説明である。<sup>32)</sup>

**危険 danger** この見解は代位責任と厳格責任 (strict liability) の類似性を指適して、使用者が被用者を雇用するのは猛獣 (wild animals) や危険な工作物 (dangerous operations) を設置したのと同じく危険物責任を負うと主張する。<sup>33)</sup> つまり被用者を土地に設置された貯水槽や猛獣と同じようにそれ自体他人に危害を及ぼす可能性のある危険物とみるのである。<sup>33)</sup>

しかし、この代位責任を厳格責任と同列におく見解に対しては、代位責任は本質的に被用者という人間の行為を媒介とした責任であるのに対して、厳格責任は人間の行為を媒介としない災害 (events) に対しても適用される法理であり、この点両者は本質を異にしているものであり、さらに今日厳格責任がその適用範囲を昔より狭く限定されているのをみると、代位責任にまでそれを拡張するのは問題であると批判されている。<sup>34)</sup>

**満足 satisfaction** 使用者は、通常、被用者よりも富んでおり被用者よりも重い財布 (deep pocket) を持っているから、被用者の不法行為に対しては責任を負うべしとする考え方である。<sup>35)</sup> しかし、この考え方を押し進めていけば、使用者よりも被用者の方が金持ちであった場合 (稀れにしかないであろうが…) は使用者は被用者の不法行為に対して責任を負わなくても良いことになるという批判がある。<sup>36)</sup>

(二) 現代の理論—損失分散 (loss distribution) 説

現代英米の法律家の間で最も広く採られている見解は、代位責任の正当性の根拠を損失分散に求めることである。すなわち、現代の使用者責任は法人組織を型態とした企業の責任が中心であることを踏まえて、企業から生じた損害は企業者のポケットから支払られるのではなくして、責任保険制度・販賣価格のつり上げ・株主への転嫁などの手段を通じて、損失が社会的に分散することに代位責任の根拠を求めると見解である。<sup>37)</sup> 使用者は彼および被用者の不法行為責任に対処するため保険をかける。使用者の負担する保険料は、商品価格の中に組み込まれて一般消費者の負担に転嫁される。一般消費者が個人

である場合は別として、企業である場合はさらにこの負担額は他の公衆へと分散していく。このように保険制度を利用すれば、企業者は一時に莫大な賠償を自分のポケットから支払うことなく、スムーズに自己の営業を継続できることになる。また一方、企業が何等かの事情で保険をかけていない場合や、保険をかけていても保険料を販売価格に組み込まないほど企業者間の競争が激しい場合でも、なおそこにはかなりの程度の損失分散が行われる。すなわち、企業は自己の営業組織を構成する株主や役員、被用者などの人々に損失を分散するのである。株主は従来よりも少ない配当金を受け取り、役員・被用者はより少ない賃金を受け取ることになるのである。<sup>(38)</sup>

代位責任の根拠を損失分散に求めるのは、ポリシー (policy) の問題であり、企業活動から生じた損失を、企業者・被用者・被害者のいづれに負担させるのがポリシーとして妥当かの利益衡量が考え方の基礎にある。<sup>(39)</sup> 企業者は責任保険、販売価格への組み込み、株主への転嫁などの手段を通じて損失を広く社会に分散することができるが、被用者や被害者は自己保険をかける以外損失分散の途はない。労働者の第三者の危険に対する自己保険は、保険料を負担せしめられるだけの賃金の余裕を前提としており、一般公衆の自己の危険に対する保険化も、保険制度の普及率や国民所得水準などに影響される。企業活動から生じた損失は、まづ企業者に負担させるのが妥当ということになり、それを実質的に裏づけるのは損失分散の原理ということになる。現代の英米の主要な不法行為責任は、この損失分散の原理が責任の基礎になっている。自動車保有者の責任 (automobile liability) 、製造者責任 (products liability) 、ニースランス (nuisance) などがそうである。これらの多くは、企業者自身の過失 (fault) はもちろんのこと、企業構成員たる被用者の過失も責任要件になっていない。企業活動から定型的に生じる危険に対する責任要件としては、事故が「事業の範囲内」「the scope of employment」ないし「危険の範囲内」「the scope of zones of risk」で生じたことだけで足り、企業の中の誰が加害行為者であるか、誰に過失があったかは問題にならない。ここに至っては、被用者の不法行為を前提とする代位責任はその存在意義を失うのであり、それは新しく企業責任 (enterprise liability) と呼ばれる責任類型の登場である。<sup>(40)</sup> 企業責任については後述する (三参照)。

- (1) 著説に引く Winfield, Torts, 6th ed., (1954) p. 136; Clerk & Lindsell, Torts, 11th ed., (1961) p. 107; Street, Torts, 3d ed., (1963) p.427; Atiyah, op.cit., p. 6 などによつてあり、貴族院の判例に引く Staveley Iron & Chemical Co. v. Jones (1956) 1 All E.R.403 参照 (但し、傍論 obiter として述べる)。
- (2) 被用者の選任・監督上の過失についての使用者の責任は、コモン・ローでは労働災害について認められている。すなわち、使用者は自己の雇用する労働者の生命・身体の安全をはかる一般的な注意義務がコモン・ローによつて課せられており、この注意義務は他人に委任することによつて責任を免れない一身専属的義務である。そしてこの注意義務の内容は、(a)職務遂行に適格な人物 (competent staff) を配置すること、(b)適切な作業場 (premises) と機械設備 (plants) を提供すること、(c)適正な作業体系 (proper system of working) を設け、かつ効果的な指揮監督 (effective supervision) を行ふこと、の三つに具体的にわけられ、選任・監督上の過失は(a)および(b)の義務違反として使用者の責任を基礎づける。この点については、伊藤・「作業器具の瑕疵と使用者責任」(英米私法論集八頁)、有泉・「労働災害における使用者責任法理の変遷」(我妻還歴記念論文集(中)七〇七頁)参照。
- (c) Glanville Williams, "Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?" 72 Law Quarterly Rev. 522 (1956)
- (4) 一八八二年法 (45 & 46 Vict. c. 75) の一二条は、「すべて婦人は、本法の前もしくは後に婚姻したかどうかを問わず、彼女の名において夫を含めた全ての人の対して、自己の特有財産の保全につき、独立婦人 (femesole) と同様、市民法上の救済および(夫に関しては後に規定する条項に従ふところの) 刑事手続による救済の権利を有する。但し、いかなる夫婦も、不法行為に対して相互に他を訴える資格はない」と規定する。この条項(不法行為禁止の部分)は、一九三五年の法改革(妻および共同不法行為者)法的一条から五条によつて維持された。Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act, 1935 (25 & 26 Geo. 5, c.30), ss. 1, 5, sch.; Halsbury's Statutes of England, vol. II, pp. 811-14. (以下 Statutes に引く用は、この意)
- (4c) Williams, op. cit., p. 525.

- (9) (1940) 1 K.B. pp.425—6.
- (7) (1953) 1 Q.B.pp.607—9.
- (8) (1953) 1 Q.B. pp.609—10.
- (6) Winfield, op. cit., p. 176; Clerk & Lindsell, op. cit., p.231. など。
- (10) (1946) 1 K.B.pp.203—4.
- (11) 被用者の一定の事実に対する知識が使用者に転嫁するとする「知識の転嫁理論」は、その他の場合に応用される。たとえば、工場内の壁にひび割れが生じているのを被用者が知っておりながら使用者にそのことを告げなかったため起きた事故 (Lane v. Cotton [1701] 12 Mod.at 488) ‘人に咬みつく性癖のある犬であることを被用者が知っておりながら主人にそのことを告げなかった結果生じた傷害 (飼主の scienter としての責任—Colget v. Norris [1886] 2 T.L.R.414,471.C.A.) ‘土地占有者の被用者が危険を知ってこれを使用者に告げなかった場合 (Pearson v. Lambeth B.C. [1950] 2 K.B.353.C.A.) ‘詐欺につき善意の不実表示 (innocent misrepresentation) をした代理人に対して、真実を知りかつ右の代理人が不実表示をしているのを知っていた他の代理人がいた場合の本人の責任 (Armstrong v. Strain [1952] 1 K.B.232 C.A.) ‘ などがある。 Williams, op.cit., p.531.
- (12) Williams, op. cit., p.543. なお、ウイリアムズは本件の場合、被害者の「危険の引受」があったとして使用者の責任を免除する余地ありとも言っている。
- ソッリン事件の判例批評としてネットワーク教授 (Prof. Newark) は、被用者である運転手と便乗者との間に使用者の責任を免れさせる「黙示の契約」があったと主張している。 Newark, “Twine v. Bean’s Express, Ltd.,” 17 Modern Law Rev.102 (1954).
- (13) グリーン卿 (Lord Greene M.R.) は、判決の中で「運転手が被害者を便乗させたのは、事業執行の範囲内の行為といえるだろうか。答は明らかに否である。彼は、使用者の何の委任もなくして、自分自身の享樂のためにあたかもどこかへドライブする如く、

『たむちのためて』(on a frolic of his own)「権限のなご行為をしてゐるのである」と述べてゐる。ネットワーク教授は、グリーン卿が運転手の運転行為そのものは事業執行の範囲内であるが、便乗者を乗せたのは事業執行の範囲外の行為であるとして、運転手の行為の二面性を認めたのは、アタナシウスの信条 (Athanasian creed) の如く奇妙な論理であると批判してゐる。Newark, op. cit., p. 114.

- (14) Williams, op. cit., p. 544.
- (15) Staveley Iron & Chemical Co. v. Jones [1956] A.C. 627, H.L.; Industries, Ltd v. Shatwell, [1965] A.C. 656 H.L. なお、オーストラリアの裁判所は使用者の不法行為説をとつてゐるといわれる。Davling Island Stevedoring & Lighterage Co. v. Long [1957], 97 C.L.R. 1; See, Atiyah op. cit. p. 7, supra note (15).
- (16) 同法六条は、次のように定めゑ (Statutes, vol. 25, p. 360)。「この条項による負担部分の求償請求訴訟では、ある人から求償し得る負担部分 (contribution) の額は、その者の損害に対する責任 (responsibility) の程度に従つて、裁判所が正当で公平と考えられるところにより決定される。そして裁判所は、その者の求償をうける責任を免除したり、求償される負担部分の額を完全免除 (complete indemnity) する権限を有する」
- (17) Atiyah, Vicarious Liability in the Law of Torts, (1967). p. 12. Chap. 2. 以下の論述は本書に拠るところが大きい。
- (18) Batty, Vicarious Liability (1916), p. 146. Chap. VIII.
- (19) ハンティによるこのこれら九つの根拠の主張者はそれぞれ次のとおりである。
- 一' Control—Raymond, Grove(?), Erskine(?) Gierke, Dalloz, Sourdat, Brougham.
- 二' Profit—Raymond, Gibbs, Best, Brynns, Wright.
- 三' Revenge—Homes, Lowe, Bramwell.
- 四' Carefulness and Choice—Pothier, Robertson, Laurent, Demolombe.
- 五' Identification—Wigmore(?), Blackburn, Glennie.

六' Evidence—Eyre, Cranworth.

七' Indulgence—Bacon.

八' Danger—Pollock, Lœning.

九' Satisfaction—Maitland(?).

(20) 雇用関係を決定するメルクマールは、使用者の指揮・監督権が被用者に及んでいるかどうかであり、独立の請負人は、普通、使用者の指揮命令権が及ばないので、被用者でないとするのがコモン・ロー上の原則である。ただ独立の請負人に対する責任は、支配関係では説明される点が、近時指摘されている。Street, op.cit., pp.432—6.

(21) Atiyah, op. cit., p.16.

(22) Duncan v. Findlater [1839], 6 Cl. & Fin 394, H. L. p. 909 におけるブローグナム裁判官 (Brougham, J.) による前述の

Broom v. Morgan [1953] 1 Q.B. 597 C.A.p.608 のニリンズ裁判官 (Denning L.J.) の意見参照。

(23) Atiyah, op. cit., p.18; Williams, 20 Modern Law Rev. at p.230.

(24) Holmes, The Common Law, Lecture I.

(25) Atiyah, op. cit., p.19. esp. supra note (6).

(26) Atiyah, op. cit., p.19.

(27) Baty, op. cit., p.147; Atiyah, op.cit., p.19—20.

(28) Cassidy v. Ministry of Health, [1951] 2 K.B.343, C.A.; Roe v. Ministry of Health, [1954] 2 Q.B; [1954] 2

ALL.E.R.127.

(29) res ipsa loquitur が判例として明確に打ち立てられたのは、スコット事件 (Scott v. The London and St.Katherine's Dock Co., [1886] 12 App. cas.41, H.L.) である。原告が税関吏として被告の倉庫のそばの近くに立っていたところ、砂糖袋が落さかかかって原告が傷害をうけた事案であり、原告は被告に過失 (negligence) があったことの証明が欠けているとして原告

敗訴になったが、控訴審は「…そこに合理的な過失の証拠がなくてはならない。しかし、被告および彼の被用者の管理下にあるかような管理者が相当な注意を払ったならば、通常の事理の経過では、事故は起きなかった場合は、被告による釈明 (explanation) がない限り、事故が被告の注意の欠如から生じたという合理的な証拠になる」と判示して、原審に審理のやり直しを命じた。このようにして *res ipsa loquitur* は英米法における証拠法 (rule of evidence) 上の法則であって実体法上のそれではない。この法則の適用要件としてストリートは、(1)被告の釈明 (explanation) がなく、(2)相当の注意をしたならばそのような事故は通常の経過では生じなかったこと、(3)事故を起した道具 (instrumentality) が被告の排他的な支配下にあったこと、の三つをあげた。<sup>36</sup> Street, op.cit., pp.132—8.

- (30) Atiyah, op. cit., p.21. esp. supra note (13).
- (31) Atiyah, op. cit., p.21; Baty, op. cit., p.147.
- (32) Atiyah, op. cit., p.21.
- (33) Pollock, Essay in Jurisprudence and Ethics (1882), Employer's Liability, p.114; Baty, op.cit., p.147; Atiyah, op.cit., p.21—22.
- (34) Atiyah, op.cit., p.22.
- (35) ヒティは、使用者責任の根拠は九番目「すなわち損害は重い財布 (deep pocket) から支払われるべしとする理由づけに一応の賛意を表明した」<sup>37</sup>。Baty, op. cit., p.154.
- (36) Atiyah, op.cit., p.22.
- (37) Street, op. cit., p.22,27.
- (38) Atiyah, op.cit., p.24以下。
- (39) 英米法における「ポリシー」(policy) という言葉の意味については、加藤一郎・現代法解釈学の方法 (岩波講座「現代法論」(昭41)所収)三七頁参照。
- (40) Atiyah, op.cit., p.27.