

代位責任 (vicarious liability) の基礎理論 (その二・完)

——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 (以上五卷三二号)
 - 二 使用者の求償権 (以下本号)
 - 三 展望——企業責任論
 - I 代位責任の変容と限界
 - II 損失分散を基礎とする企業責任
 - III 代位責任から企業責任へ
- む す び

二 使用者の求償権

(一) 貴族院の先例

英米法における代位責任は、使用者の事業執行中になされた被用者の不法行為を使用者が代って責任を負うところの他人の不法行為に対する責任、と解されていることはすでに述べたとおりである(一参照)。したがって、

使用者が被用者の不法行為に対して被害者に賠償をなせば、この賠償額を究極の・一次的責任者たる被用者に求償し得るのは法理上当然のことになる。そして、使用者は損害発生に対して無責 (innocent) に責任を負うのであるから、被用者に対する求償は全額に及ぶことになる。かように使用者の被用者に対する求償権の行使は、使用者責任の本質を代位責任と構成する以上理論的に承認せざるを得ないが、しかし、被用者は通常無資力であって求償の実益がなく、仮りに求償に応じられたとしても被用者は貯蓄その他の方法で老後に備えるために築きあげた資産を奪い去られる結果となつて将来への希望をうちくだかれる。このような理由から、今日では使用者の求償権の行使を否認ないし制限すべしとする議論が英米において有力である。⁽¹⁾とくに、使用者責任が保険によつてカバーされる領域が広がるにつれて、保険会社が使用者の求償権を代位行使する事例が増えてくる可能性がある関係上、使用者の求償権を制限する法理の究明は急務となつてゐる。

使用者の求償権を認める場合その理論的根拠は何か、また逆に求償権を否認ないし制限するとすればそれを裏づける論理は何か、という問題は使用者責任の本質論と関連する困難な問題であり、イギリスではこの問題について一つの判断を示した貴族院の判決をめぐつて激しい論議を呼び起した。論議の中心となつた判例は、リスター事件 (Lister v. Romford Ice & Cold Storage Co., Ltd. [1957] All E. R. 125) と呼ばれるものである。

〔事実〕原告会社でトラックの運転手として雇用されていた被告は、原告の事業を執行中に過失によつて同僚被用者である被告の父親を轢き、傷害を与えた。被害者である父親は原告会社に代位責任を追求したが、裁判所は父親の方にも三分の一の過失があつたとして、全損害二四〇〇ポンドから八〇〇ポンドを差引き、一六〇〇ポンドの賠償の支払を原告会社に命じた。もっとも、原告会社は責任保険に加入していたので、賠償額は保険会社から支払われた。しかし、保険会社は右の判決が下される前にすでに原告会社を代位して、被告に対して求償権を行使する別訴を提起しており、しかもこの求償権の行使は原告会社の承諾を得ることなく、むしろその意思に反して行なわれた。求償権行使の理由は、被告が原告会社に対して、雇用契約上、運転行為を相当に行なう注意義務があり、被告はこの義務に違反したからだ、ということであつた。

被告は抗弁として、(a) 原告会社と被告との間に、事業執行中になされた被告のすべての行為に対して、訴訟によって責任を追求しないという雇用契約上の黙示の約束があったこと、(b) 被告は原告会社によって締結され、本件の被害者の損害をカバーした保険契約上の利益をうける権利が、雇用契約によって黙示的に保証されていることを主張した。

〔判旨〕 貴族院は、原告会社を代位した保険会社の求償を大略次のような理由によって認め、一八〇〇ポンド(被害者に支払った一六〇〇ポンドに被害者との訴訟に要した費用を加えた額)の支払を被告に命じた。

(1) 被告は彼の使用者である原告会社に対して雇用契約上相当な注意を払う義務があり、被告はこの義務に違反しているのであるから、原告会社は被害者に支払った賠償額およびそれに要した訴訟費用を被告に請求する権利がある。

(2) 自動車運転について、雇用契約上、事業執行中になされた被告の行為に対して訴訟による責任追求しないという使用者と被告との間の黙示の約款の存在は認められない。また使用者によって締結された保険契約から生ずる利益が、被用者である被告も享受するという雇用契約上の黙示の約束も認められない。

このようにリスター事件の判決が使用者の被用者に対する求償権行使の根拠を雇用契約上の義務違反に求めたことは、英國の実務界に大きな問題を投げかけ、この判決についてさまざまな意見が述べられた。この判決についての控訴審から貴族院に至るまでの各裁判官の意見およびこの判決の位置づけをはじめとする学者の意見などについては、わが国ではすでに詳細な紹介がなされている。⁽²⁾ それで本稿は、これとできるだけ重複しない範囲で、判決の問題点を、その後の判例の動き、求償権行使についての実際の慣行などに即して論及することにする。

いづれにしても、このリスター事件が貴族院の先例として絶対的拘束力を持ち、もはや立法によるほかはこの判決をくつがえすことはできなくなった。使用者は雇用契約上の義務違反を根拠として被用者に全額求償をなすことが許される結果、求償に応じた被用者は無資力となり、他方保険会社は自ら危険を負担することなく保険料を受け取る幸福な地位が保証されることになったといえる。

(二) その後の判例 リスター事件以後の判例の動きは、被用者への求償はできるだけ制限しようとする見地から、リスター事件の射程距離を可能な限り狭めようと試みている。その一つの努力は、リスター事件との「区別」(distinction)という解釈操作である。

ハーベイ事件 (Harvey v. R. G. O' Dell Ltd., [1968] 2 Q. B. 778) では、マクネイア裁判官 (McNair, J.) は次のように判示してリスター事件と区別した。すなわち、店員として雇用された被用者が自己の職務権限外であるところのオートバイを運転し、同僚の被用者を傷害した結果、代位責任を負った使用者が被用者に契約違反にもとづく求償権の行使をしてきた事案につき、被用者は店員として雇用されたのであり運転手として雇われたのではないから、従って使用者に対して被用者は合理的な注意をもって上手に運転する義務はないと判示した。マクネイアは、この判決理由を仮定的事例をあげて正当づけている。すなわち、使用者がストライキなどの緊急事態のときに、事務員に不慣れた機械の操縦を命じた場合、被用者は不慣れた労働をなす過程において使用者に対して合理的な注意を払うことを引受けるものではないし、また使用者もそのように期待しているものでもないから、かような場合、契約上の合理的な注意義務を前提とする使用者の求償権は存在しないのだと説く。かくして、リスター事件は運転手として雇用された者が運転中におこした事故であるのに対して、本件は被用者の本来の職務以外の運転によって事故を起したのであるからこの点リスター事件とは区別できるとマクネイアは判示したのである。⁽¹⁾

しかし、この「区別」という解釈技術も一定の限界があることは明らかであり、雇用契約上の義務違反を求償の根拠とするリスター事件を全面的に無意義ならしめるものではない。

(三) 保険と慣行 リスター事件で次に問題になるのは、求償権と保険制度との関連である。使用者が代位責任によって第三者に損害を支払わなければならない危険に対して保険をかけていた場合、被用者の責任までその保険はカバーしているかどうかの問題である。もし、この問題が肯定されるならば、損害の負担は保険会社のみであって、保険会社は使用者はもち

ろんのこと、被用者に対しても求償できない。

リスター事件の控訴審をうけもったデニング裁判官 (Denning, L.J.) は、この問題につき次のように述べる。——

「本件のように保険者があらかじめ使用者もしくは被用者の同意を得ることなく使用者の名において (求償の一筆者注) 履行令状 (writ) を被用者に対して発した場合は、この令状を受取った被用者は彼の使用者にこのように言うだろう。すなわち、
 「あなたは、なぜ私を訴えるのか? あなたは保険会社から金を貰っているのではないか。だからあなたは、私を訴えることはできないはずだ」と。この使用者と被用者との間の当然のやりとりは、両当事者の暗黙の了解 (understanding) についての問題に光をあてる。……このことは、本件のように使用者が保険をかけておれば、使用者は被用者に対して部分求償 (contribution) または全額求償 (indemnity) できないことを意味する。」

このデニングの主張はわれわれに強く訴えるものがある。使用者が一方では被用者の不法行為責任を保険でカバーしておきながら、他方求償権を行使して賠償額を填補するのは (実際は保険会社が行なうにしても) 不当であるからである。

かような趣旨から、イギリスの一九六〇年の道路交通法 (Road Traffic Act) 二〇六条三項は、自動車の保有者 (owner) の同意を得て車の運転をした者が事故を起せば保有者はもちろんのこと、運転をした加害者まで保険の履行を請求する権利を認めている。したがって、被害者に賠償を支払った運転手 (被用者) は保険会社に求償できるとし、使用者はその場合、自己に損害はないのだから、被用者の過失行為に対して求償の訴を起すことはできない。むしろ賠償をした保険会社は、被用者の過失行為を理由に求償することはできない。

リスター事件は公道で起った事故でないで、道路交通法は適用されず、一般の使用者責任保険で処理された。リスター事件における貴族院の少数意見は、一九三〇年以来制定され、修正され続けている道路交通法の趣旨を拡張して、使用者が責任保険をかけた場合、被用者の責任まで免除してやる黙示の約束があったとして使用者の求償権を否認している。これに対して多数意見は、使用者・被用者間の法律関係について使用者が保険をかけているかどうかは求償権とは無関係であると

し、使用者・被用者間の黙示の約束いかによって保険会社の代位権が奪われるのは不当であり、仮にかような黙示の約束があるとしても、使用者・被用者間の法律関係の変更を伴ふような全く新しい内容の黙示の約束の存在を根拠づけるだけの強い立証を必要とするが、本件ではそれが行なわれていないと述べて、結局、求償権を行使しないという免責の黙示約束の存在を否認している。⁽⁵⁾

かくして使用者の被用者に対する全額求償権は、道路交通法が適用される事例を除いて、契約違反を根拠とすることによって広く認められたことになる。それならば、保険会社は、その後、このリスター事件を契機として代位による求償を遠慮なく行使していったかという英国の慣行としてはそうはいかなかったことが指摘されている。すなわち、英国の保険業界では、リスター事件の判決が出される以前より、「紳士協定」*“gentleman's agreement”* が結ばれ、被用者の通謀 (collusion) または故意行為 (wilful misconduct) の場合を除いて、被用者への代位にもとづく求償は、使用者の同意があつた場合にのみ行なうという慣行が成立していた。⁽⁶⁾ その後、保険会社の求償権の行使を使用者の事前の同意にかからしめる要件は削除され、今日では、被用者の通謀・故意の場合を除いて、求償はできないということになっている。⁽⁷⁾ この紳士協定に参加しているのは、英国保険組合 (British Insurance Association) 全メンバーであり、この組合 (B・I・A) に加盟していない保険業者および全ロイズ (Lloyd's) 海上保険組合のメンバーも同様の協定を結んでおり、その結果、今日では英国の殆んどすべての保険市場はこの協定に支配されているといわれる。⁽⁸⁾ さらに労働省 (Ministry of Labour) の要望で、英国使用者連合 (British Employers' Confederation) も保険に加入していない使用者に対して同様の協定を結ぶように指示したといわれる。また労働省は、地方自治体および国有産業にも同様の慣行を実施するように指令したといわれる。⁽⁹⁾

しかしながら、忘れてならないのはこのB・I・Aによって始めて採用された紳士協定も、同僚被用者が傷害されたり、殺害されたりした場合にのみ適用され、原告が被用者以外の第三者であつた場合には適用されないという、大きな、そして残念な限定が付けられていることである。被害者が被用者以外の第三者であつた場合は、依然として、使用者による求償の

余地が——その限りでリスター事件の意義が——残されているのである。

(四) 制定法との関係 (1) 一九三五年法 リスター事件について、もう一つ言及しなければならぬのは、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”との関係である。同法は、六条で共同不法行為者に対して、負担部分 (contribution) の 求償を請求することができる⁽¹⁰⁾とし、その分担額は裁判所が各人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すると定めている。使用者は、被用者の不法行為責任を代替的に負うにすぎないとする通説・貴族院の判例の見解からすれば、使用者と被用者とは厳密な意味で共同不法行為者ではない。しかし、使用者と被用者⁽¹¹⁾とが共同不法行為者になることは、リスター事件以前の判例の認めるところとなつているし、学者の多くもこの点を認めている⁽¹²⁾。その理由は、理論的なものともかくとして、實際上、共同不法行為から生じる法律効果の多くが、そのまま使用者責任の場合に適用できるからである⁽¹³⁾とされる。この点先に述べた(一)参照)使用者の不法行為説によれば、使用者と被用者とは共同不法行為者の関係に立つから、理論的にも問題なく一九三五年法が適用されることになる。ウィリアムズ・デニングが使用者の不法行為説を強力に主張したのは、ここに眼目があったことを忘れてはならない。いずれにしても、一九三五年の法改革法が使用者の求償権に適用されれば、損害の発生につき何等かの非難原因のある使用者は、被用者に対して全額求償 (indemnity) はできず、使用者の求償権の行使もある程度制限されることになる。リスター事件の貴族院の見解は、契約上の義務違反にもとづく求償のみを問題にし、一九三五年法の適用については、何も触れていず、両者の関係は競合的か択一的かは将来に残された課題であり、判例法の形成が待たれる問題である⁽¹⁴⁾。

(2) 一九四五年法 リスター事件について、最後に触れなければならないのは、一九四五年の法改革(寄与過失)法 “Law Reform (Contributory Negligence) Act” との関係である。同法の法理が使用者の求償権の行使に適用されれば、使用者側に損害の発生・拡大につき何等かの過失があればその部分だけ求償権の行使が制限をうける⁽¹⁴⁾。リスター事件は、求償権行使の根拠を雇用契約上の義務違反に求めているので、問題は一九四五年法が契約上の義務違反に適用されるかである。この点につ

いて、判例は、元請負人が契約に違反して安定の悪い足場に梯子を置かなかつたため、下請負人が滑り落ちて傷害を受けた事案につき、元請負人の契約責任に一九四五年の寄与過失を適用している⁽¹⁵⁾。このように寄与過失法は、部分的に契約上の義務違反にまで適用されることが判例法上認められているが、使用者の求償権の行使に適用されるかどうかは、今後に残された問題であり、判例の形成が待たれる。イギリスの二、三の学者は、一九四五年法を使用者の求償権の行使に適用すべきことを積極的に主張している⁽¹⁶⁾。

(五) 解決 使用者の求償権につき、イギリスの貴族院の判例は、雇用契約上の義務違反を根拠として使用者による被用者への全額求償を認めた。そして、通常無資力な被用者へ莫大な賠償額を求償することは不当であるとの配慮から、イギリスの学者および裁判官は何とかして使用者の求償の行使を制限しようと努力していることは以上みてきたとおりである。しかし、貴族院の判例としてリスター事件が厳として存在している以上、これを克服するには最早、立法によるしか方法はない。ウィリアムズ教授はその解決策として次の点を主張する⁽¹⁷⁾。即ち、(イ) 保険会社は使用者の求償権を代位にもとづいて行使しないという慣行をつくりあげること、(ロ) 保険約款の中に被用者に求償しないという新しい条項を伴ること、(ハ) 労働組合の圧力によって、この求償権を行使しないという条項を労働協約の中に組み入れるようにすること、(ニ) 被用者自身も自己保険をかける慣行をつくりだすこと、(ホ) リスター事件の判旨を覆す立法を成立させること、である。

(イ)の点については、現代イギリスの保険業者の間で被用者の通謀または悪意の場合を除いて代位による求償はしないという「紳士協定」があることはすでに指摘した。もっともこの協定は「紳士」協定である点で法的拘束力がないし、協定の適用を受けるのは被害者が同僚被用者である場合だけという点で極めて不十分なものであることを注意しなければならない。

しかしながら、かような立法論ができること自体、コモン・ロー上の「代位責任」が最早、現代的意義を持つ使用者責任を説明する役割を失ったことに注目せねばならない。通常、代位責任訴訟では使用者と被用者は共同被告の立場に立たされるが、被用者の過失が使用者責任の前提として認定されれば、被用者はその判決に拘束されて、後に使用者ないし保険会社

から求償された場合、もはや、自己の過失を争うことはできなくなる。訴訟が陪審で行われたとき、被用者の弁護士は陪審員に、被用者の過失を認めれば後になって使用者ないし保険会社から莫大な求償請求がなされることを説示しなければならない。もっとも、そうすると今度は陪審員は、原告の賠償請求に難色を示しだし、今まで企業に責任を負わせるために怪々しく被用者の過失を認めていたのを改める結果となる。⁽⁸⁾ かような悪循環は、被用者の不法行為責任を前提とする代位責任から生ずることはいうまでもない。使用者にはできるだけ責任を負担せしめて被害者を保護し、他方では、一定の賃金で一家を支えている被用者への求償はできるだけ制限する方向に使用者責任が進みつつある今日、イギリスの伝統的な代位責任論は、その根本から検討され、新しい基礎に立った理論が究明されなければならない時期に來ているといえるだろう。

(1) Williams, Vicarious Liability and the Master's Indemnity, [1957] 20 Modern Law Rev. 200 (以下 Indemnity としつ引用する)

Jolowicz, The Right to Indemnity between Master and Servant, [1956] Cambridge Law J. 101; Parsons, Individual Responsibility versus Enterprise Liability, [1956] Australian Law Journal, 714; Atiyah, Vicarious Liability in the Law of Torts, [1967] p. 421 (Chap. 38)

(2) 伊藤正己・「使用者の求償権—イギリスの新しい判例の示唆するもの」(法協七四卷五・六合併号三七頁) 参照。

(3) しかし、マクノイアはこの事件の結論としては、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」を適用し、被用者は一次的責任者であるから使用者との関係では負担部分は一〇〇%であるとて、使用者の全額求償を認めている。[1958] 2 Q. B. p. 81 参照。

(4) [1955] 3 All E. R. at p. 467.

(5) リスター事件における貴族院の多数および少数意見については、伊藤・前掲論文参照。

(6) リスター事件がでると直ちに労働大臣 (Minister of Labour) は、内務委員会 (Inter-Departmental Committee) に、使用者と被用者との間の求償関係について、この判決の意義を検討しよう命じた。委員会の構成員は、労働・運輸・財務各省および大法官事務局の代表者からなり、八回にわたって審議がなされ、求償権行使に関する保険業界の慣行および立法論その他の報告がなされ

た。本文で述べた「紳士協定」は、委員会が審議の過程で、「ロイズ」(Lords)、「英国保険協会」(British Insurance Association)、「英国使用者連合」(British Employer's Confederation)、「労働組合会議」(Trade Union Congress)などの各種団体の意見聴取によって、その存在が確認されたものである。なお、委員会の最終報告を要約すれば次の通りである。(一) この紳士協定の存在によって使用者の求償権は事実上制限されているから、リスター事件を契機として求償訴訟が多くなる可能性はない。(二) この協定の参加者を広げるように政府は努力すべきである。(三) 労働組合は、使用者との交渉を通じて組合員の責任を保険によってカバーする旨の労働協約を結ぶべきである。(四) 立法論として、使用者が第三者の危険に対して保険をかけている場合は、その保険の利益は被用者のすべての責任にまで及ぼすべきであり、保険をかけていない使用者については求償権の行使を制限し被用者の責任を免除すべき立法措置を講ずべきである。委員会の報告については、G. Gardiner, Report of Committees, 22 Modern Law Rev. 652 (1959) 参照。

(7) Atiyah, op. cit., p.426.

(8) Atiyah, Ibid.

(9) Atiyah, Ibid.

(10) 同法六条(2)の邦訳は、一のI注(16)参照。なお、同法は、Brinsmead v. Harrison [1872] L. R. 70 p. 547において共同不法行為者の一人を訴えれば、たとえ損害の全部がとれなくても他の不法行為者を訴えることができないとされていたものを改めたものである。Street, Torts, 4th ed., p. 487 (1968).

(11) Thurman v. Wild [1840], 11. A & E. 453, per Denman L. J.; Winfield, Torts, 6th ed., (1954) p.202; Street, op. cit., p.483; Clerk & Lindsell, Torts, 12th ed., (1961), §182 p.99; Prosser, Torts, 2nd ed., (1955) p.250.

(12) 伊藤・前掲論文四三頁。

(13) アティアは、競合的だといっているが、しかし、この問題は一九三五年法の解釈問題であり、将来の研究に待たねばならないと考へる。Atiyah, op. cit., p.428.

(14) 同法一条(1)は次のように定める。「何人も一部は自己の過失 (Fault) により、一部は他人の過失の結果によって損害を蒙った場合、損害賠償請求権は、損害を蒙った者の過失を理由に消滅することはない。但し、填補されるべき賠償額は、請求者の損害に対する責任の割合を考慮して、裁判所が正当で公平 (Just and equitable) と考えた範囲に限定される。」この法律は、本来、不法行為責任における被害者側の過失を賠償額の算定に際して考慮しようとするものであり、契約責任に適用されることは、立法者の予想するところではなかった。なお、賠償請求権者の過失 (Fault) は、一般のおよび制定法上の義務違反のみならず、広く不法行為を生ぜしめた作為・不作為を含む。Clerk & Lindsell, *op. cit.*, §808 p.449.

(15) Quinn v. Burch Brothers (Builder), Ltd., [1966] 2 All E.R. 283, C.A., per Paul, J.

(16) Street, *op. cit.*, p.490 *supra* note (3); Williams, *Indemnity*, p.227, *Joint Torts and Contributory Negligence*, §80 p.328 (1951); Atiyah, *op. cit.*, p.430.

(17) Williams, *Indemnity*, p.200.

(18) Williams, *Ibid.*, at p.201. 伊藤・前掲六四—五頁。

三 展望—企業責任論

I 代位責任の変容と限界

(一) 使用者責任を規律するものとして、コモン・ローの中で生成・発展してきた代位責任 (Vicarious Liability) は、現在、種々の方向からその変容を迫られている。第一は、使用者が被用者の事業執行中の不法行為に対して責任を負うのは、使用者と被用者との間に支配—服従関係、いかえれば被用者の業務遂行について使用者が支配可能性をもっていることが必要であるとする伝統的なドグマに対する批判である。産業革命期の比較的小規模な生産組織においては、使用者は被用者の事業遂行について具体的に指揮・監督ができ、支配可能性を有していたといえるだろう。しかし、現在の大規模な企業組織

の發展は、組織の複雑化・専門技術の高度性に伴って、使用者をして個々具体的な被用者の事業活動の支配を不可能ならしめてゐる。例えば、高度な専門的知識を有する技師・医者・研究員などは、業務遂行過程で使用者の指揮命令に服さず、使用者から独立性を有している。かような業務遂行について独立性を有する被用者の過失事故に対して、使用者は支配可能性がないことを理由に責任を免れて良いだろうか？ 専門的知識・技術を有するこれら被用者は、使用者から業務について個々具体的に指揮・命令は受けないが、彼等はやはり使用者と雇用契約を結んで賃金を得ており、客観的には使用者と企業組織の一員に組み入れられているのであるから、彼等の過失行為に対して使用者が責任を負わないとするのは法感情に一致しない。ここに使用者の支配可能性を代位責任の前提とする従来のドグマは反省を迫られ、現代の企業組織に適合する責任論が要請されてくる。第二に、代位責任が被用者の不法行為責任を前提としてゐること、とりわけ、被用者の故意・過失などの有責性を責任要件としている点に、批判が向けられる。すなわち、代位責任は被用者の不法行為責任を前提とするが故に、原告は加害行為を行なつた被用者を特定し、そして被用者の故意 (intention) または過失 (fault) を証明しなければならぬ。しかしながら、これらの立証は大規模な企業の責任を追求する場合は著しく困難である。組織的に複雑化し、高度の専門技術を必要とする近代企業の事業活動から生じた事故を、被害者が被用者の過失の面から企業の法的責任を追求することは容易ではない。過失の立証に役立つ証拠資料は殆ど企業側が握っているのが通常であり、仮りにかような証拠資料が提出されたとしても、専門家の鑑定を待たなければ過失の証明ができないほど事故の原因は複雑である。代位責任訴訟では、裁判所による被用者の過失認定が勝敗の分れ目となるから、被告側の企業はあらゆる手段を使って被用者の過失を否定する証拠を提出する。被害者である原告もむろん被用者の過失を証明する証拠を提出するが、証拠資料の量からいっても訴訟維持の費用からいっても、通常は原告の方が不利である。

右のような代位責任に対する批判を、限界はあるが、ある程度において克服しようとする指向性を示した判例が、医療事故について、イギリスで現われた。一九五一年のキャッシュ事件 (Cassidy v. Ministry of Health) がこれである。⁽¹⁾

〔事実〕原告は、彼の左手の第三および第四指が委縮 (contraction) してしまったので、被告病院の医師の勧めに従って手術を受けたが、手術後二週間にわたる固い副木と包帯のために手術を受けた指のみならず他の二指までも動かなくなり、結局原告の左手は使いものにならなくなってしまった。そこで原告は、病院の医師および看護婦に手術後の処置につき過失があったとして、被告病院に損害賠償の訴を起した事案。

この事件の争点は、第一に、手術を行なった医師は手術遂行について、被告病院のコントロールを受けていなかったものであるから病院は手術の結果に責任を負わないのではないかということであり、第二に、病院スタッフ (医師、看護婦など) の過失はどの程度原告によって証明されれば良いのか、ということであった。

第一審は、第一の争点については何等触れず、第二の争点につき、原告は病院の医師および看護婦の過失を証明していないとして原告敗訴の判決を言渡した (Streetfield, J.)。

これに対して控訴審では、原告の主張が容れられ原告勝訴。第一の争点について、控訴審の裁判官サマベル (Somervell, J.) およびデニング (Denning, J.) は、次のように述べている。――

〔サマベル裁判官〕「Dr. Fahmi (原告の治療を担当した者―筆者注) は、彼の地位に関する証拠によれば主治医の助手であった。彼は、住宅施設があって、彼が独身であったならば住むに相当する住宅手当を病院から貰っていた。そして彼は大部分の時間を病院の勤務に費していた。我々の前には証拠として現われていないが、彼の仕事は病院の継続的な命令に服していた。Dr. Ronaldson (原告を治療した一人―筆者注) は、Dr. Fahmi の下で働く外科医であった。このような事実からして、私は Dr. Fahmi も Dr. Ronaldson も病院との間に雇用契約があったといえると思う。彼等は、病院の恒久的なスタッフとして看護婦達と同じように雇用されていたのである。」

〔デニング裁判官〕「病院は、治療を担当した職員が仕事の遂行に関して上司からいかなる干渉も受けない専門家であったことを主張してもそれは答弁にはならない。確かにウォルトン病院で患者を治療する医者は、船をリヴァプールから出航

させた船長や波止場でクレーンを動かすクレーン・ドライバーと同じように、『私は誰からも命令を受けない』とすることはできる。しかし、この『強力な答弁』は、サイモンド卿 (Lord Simonds) が述べているように、医者というものは、個々の場合に自分の仕事について知識を有しその仕事を自分なりのやり方で遂行する技術者であることを意味するにすぎず、彼を雇った病院が、彼の過失に対して責任を負わないことまで意味するものではない。このような場合に使用者が責任を負う理由は、医者の仕事についてたまたま充分な知識を持っていなかった使用者がその仕事に支配可能性を持つことに求められるのではなく、使用者はスタッフを雇い入れ、仕事に対して選任をなし、良い行為をさせるために最終的な懲戒権を持ち、且つ解雇を行なう権限を有することに求められるのである。」

第二の争点、すなわち、原告による被用者の過失の証明の程度について判決は、事実推定則の法理 (*res ipsa loquitur doctrine*) を代位責任に適用して、原告は加害行為者たる被用者の特定は必ずしも必要でなく、ただ被告病院の被用者のうち誰かが加害行為を行ったという点だけを証明すればよいとし、また被用者の過失の証明についても、過失を推認する一応の証拠 (*prima facie of negligence*) を提出すればよいとしている。この点について、デニングは次のように述べている。

「もし、原告がある特定の医者あるいは看護婦に過失があったことを証明しなければならぬとするならば、それは彼に苛重な負担を課すものである。しかしながら、原告に次のように主張せしめるのは決して不可能なことではない。『私は、二本の指を曲ってしまった指を治療してもらうために病院に行った。しかし、病院を出てきたときには、四本の指が固く曲ってしまった、私の手は使いものにならなくなっていた。相当な注意を尽していたならば、このような結果は起り得なかつたはずである。被告はこの点について反証を挙げうるならば挙げてみよ』と。この主張は、原告が病院側に対して明らかに、一応有利な事件 "*prima facie case*" をもつものと言えらる。……病院側はこのような結果が過失なくしても起り得る場合について何等説明していない。病院側はただ特定の職員をして彼に過失がなかったと主張せしめていただけである。病院はスタッフ全員が相当の注意を払っても傷害は生じたということを一人の者に言わせているのではなく、実際に治療に携わつ

た若干の人々―本件では夫々の担当部門で相当の注意を尽したと主張している Dr. Fahmi, Dr. Ronaldson, Sister Hall―に言わせている。しかし、病院は専門家を呼んできて、あらゆる注意義務を尽してもこのような事故は発生するであろうことを言わしめているのではない。それ故、病院は、原告に一応有利な事件を覆したとは言えないから、原告に対する賠償義務を免れえない。原告の控訴は認容されるべきであると考える。」

この事件は、伝統的な代位責任を大きく修正するリーディング・ケースとして重要である。まづ第一の争点について、二十世紀の前半までのイギリスの支配的見解によれば、医師などの専門的職員の業務遂行中に過失によって生じた事故に対して、病院は業務遂行について支配可能性 (control) が⁽²⁾ないから、これらの者は代位責任における被用者といえず、したがって責任を負わないとされていた。本判決は、業務遂行について支配が及ばない医師なども、代位責任における被用者に含まれるとして従来の判例の立場を覆したのは注目される。病院の医師を被用者概念の中に含める理由として、サマベル裁判官は、病院と医師との間の雇用契約に、デニング裁判官は、病院が選任・懲戒・解雇権を最終的に持つていることに求めているが、本判決の立場を基本的に承認する学説は、被用者概念のメルクマールを若干異なる点に求めている。すなわち、学説における被用者概念のメルクマールは、加害行為を行なった者が使用者の支配権限の下にあるかどうかのみによって判断されるのではなく、その者が使用者の組織の中に組み込まれているかどうか、言い換えれば組織の一員 (part and parcel) であるかどうかによって判断されるとする。第二の争点―原告の過失の挙証責任については、まづ、加害行為をなした被用者の特定が証明の対象から外され、更に被用者の過失の証明についても、原告は過失を推認する一応の証拠を提出すればよいとして、事実推定則の法理を適用する本件判例の立場は、その後の英国の判例によって踏襲されている。⁽⁴⁾ われわれは、このキャッシュディ事件を通して、代位責任が当初の厳格な個人法的法理から企業責任に適合する団体的法理へと、その実体が変わるされつつあるのを見ることが出来る。

(二) このように代位責任は、医療事故の分野で変容を受けつつあるが、交通事故訴訟の分野では、その法理が裁判所をし

て極端と感じさせるに至っている。すなわち、自動車保有者は、運転手の過失事故に対して、代位責任を負うとする法理は、今日英米で広く認められているところであるが、激増する交通事故を処理する裁判官にとって、運転手の過失認定は甚大な負担であり、その結果過失の擬制が行なわれたり、迅速に処理されるべき訴訟が甚だしい遅延を招来することが指摘されている。⁽⁵⁾そしてまた、当事者の訴訟進行技術の巧拙、弁護士の有能・無能、裁判官および陪審員のパーソナリティが過失認定に重大な影響を及ぼし、類似の事案について画一的に処理されるべき過失認定がまちまちとなり、ひいては偽証“perjury”の恒常化および訴訟のギャンブル化“gamble in litigation”をひきおこし、当事者は裁判の結果について予測不可能になることが指摘されている。⁽⁶⁾

II 損失分散を基礎とする企業責任

労働災害・鉱害・航空機や列車による事故・公害や原子力災害など近代産業の事業活動から生じる災害は、現代社会では不可避的且つ恒常的現象であり、現代諸国にとつては立法・司法・行政にわたつてその防止策・損害の填補の方法を総合的に検討しなければならぬ普遍的な課題である。危険な企業活動から生じるこれらの事故は、航空機事故・列車事故などのように、一回の事故で大量の死傷者をだすものもあり、被害は深刻である。自動車事故でも年間の事故数の統計をみれば、膨大な数の死傷者をだしており、社会全体からみれば大量現象として把握できる。しかもこのような産業災害は、事業活動の性質から不可避的に生ずるものであり、相当の程度典型的であり、予測可能なものである。

かような災害から生じた損害を填補する法的手段として英米の代位責任は今日でもかなりの程度重要な機能を有していることは疑いないが、企業災害から生じる損害について今日強く要請される損害の公平な分担・救済の迅速確実性の観点から代位責任をみてみると、必ずしも妥当な法理でないことは、これまで述べてきたことから明らかであろう。

現代の英米の有力な学者によつて主張されている「企業責任」“enterprise liability”あるは「企業者理論」“entrepreneur theory”と呼ばれる責任法理は、これまで述べてきたような代位責任の欠陥を克服しようとするものである。⁽⁷⁾

一九五一年、エーレンツワイグ教授は、彼の著書「Negligence Without Fault」で、企業責任の範囲を体系的に明らかにした。エーレンツワイグが提唱する企業責任のテーゼは、わが国でもすでに紹介がなされており、企業の無過失責任を主張したものと広く知られている。彼の見解を要約すれば、(1) 企業活動に個有な危険に対して、企業は、活動を社会から許容された特権の代償として、注意義務を尽したかどうかを問はず、責任を負わなければならない、(2) 企業者が活動によって不可避免的に第三者に一定の損害を与えるにも拘わらず事業を遂行する行為は、「過失」"negligence"であるが、社会は企業活動を容認・助長するが故に、企業者に人的な非難"fault"を課すことはできない(without fault)⁽⁹⁾、(3) 企業が責任を負う範囲は、活動から生じる「定型的な危険」"typical risk of the enterprise"に限定され、それは企業者が「予見可能で保険化しうる」"foreseeable and insurable"ものでなければならず、(4) 危険が定型的なものでなく、そして、人的な非難原因としての過失"moral fault"もない場合は、企業は責任を免れるが、人的な過失がある場合には、危険の定型性、企業であるかどうかを問わず、被告は因果関係のあるすべての損害に対して責任を負わなければならない、ということになる⁽¹⁰⁾。

このエーレンツワイグの企業責任のテーゼは、今日の英米の法律家によって基本的に承認されている。以下、彼のテーゼをめぐって、現代、英米で主張されている企業責任論を整理してみる。

(一) 責任の基礎 企業責任の基礎は、損失ないし危険の分散(Doss or risk distribution)である。企業活動から定型的に生じる損害は、責任保険制度・販売価格のつり上げ・株主の受け取る配当金および労働賃金への転嫁などの手段を通じて広く社会一般に分散されることができ(II参照)。損失分散の型態には、主要なものとして、三つあるといわれる⁽¹¹⁾。一つは、租税によって損失を社会に分散する方法であり、一つは、特定の階級例えば自動車保有者などに保険を媒介として分散する方法であり、他の一つは、保険の媒介の有無を問わず価格機構を通じて消費者の間に損失を分散する方法である。もっとも、価格機構を通じての分散は、競争企業との関係で販売価格に損失ないし保険料を組み込めない場合には、企業は自己の内部組織を構成する株主や役員、被用者などの人々に分散する。株主は従来より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のである。⁽¹²⁾

損失分散を制度的に保障するものは、保険制度の発達と株式会社を中心とする法人組織にあることはいうまでもない。すべての法制度がそうであるように、企業責任は社会の経済的諸事情にその発生基盤を有する。保険や価格機構を通じて損失が分散され、あるいは企業構成員に広く損害が分散される現実的可能性があるからこそ、実質的に企業の無過失責任を認める企業責任論が妥当なものとして社会に受け容れられるのである。英米において過失責任主義 (Fault Liability) は一九世紀の中頃から終りにかけて強力に主張され、且つ採り入れられた法思想であるが、企業に無過失責任を認めるべきだとする企業責任もその当時から法学者の意識にのぼっており、且つ主張されていたことを忘れてはならず、それが法制度の中に浸透しなかったのは、損失分散を保障する経済的基盤が未だ発達の途上にあつたことによる。⁽¹³⁾ 二〇世紀になって保険制度の急速な発達は、企業活動から発生する損失を社会に分散する現実的可能性を与えた。企業は、その存立に何等打撃を受けることなく、損失を社会に分散せしめて、事業を継続できるようにした。この意味で、一九世紀後半を風靡した過失責任主義は、企業活動から生じる災害に適用される限り、当時の産業資本の保護・育成に役立ち、二〇世紀になって社会的に承認され始めた無過失責任主義 (企業責任論) も産業保護の役割を演じている事実は否定できない。

(二) 責任の範囲 企業責任の妥当領域は、事業自体の性質が危険で、保険化しうる (insurable) 事故に限定される。鉱山業・化学工業および列車・航空機を始めとする高速度交通機関など危険な企業活動から生じる災害は、統計からみれば、事故の性質が類型的であり、事故発生の蓋然率もある程度予測可能であるから、保険化し易く、保険料率の算定も容易である。自家用車 (family car) の保有者も企業者として企業責任が課せられるが、これは企業責任の損失分散機能を重視して保有者も企業者の中に含ませたものであり、保有者は言葉の通常の意味の企業者ではない。なお、製造者責任 (products liability)、ニースランス (nuisance)、請負人 (independent contractor) の責任も企業責任に含まれる。⁽¹⁴⁾

仕事の性質から危険が類型化・定型化できない家内被用者 (domestic servant) などの責任は企業責任に含まれない。

(三) **責任要件** 損失分散を基礎とする企業責任論は、その責任要件として、事故が「事業の範囲内」“the scope of employment” なし「危険の範囲内」“the scope of zones of risk” で生じたことだけで足り、企業構成員（取締役その他企業幹部および被用者）の誰が加害行為者であるか、また誰に過失があったか（いわゆる moral fault）は問題とならない。何故なら企業構成員の無過失の事故についても、過失事故と同様に事業運営費の中に組み入れ、損失分散ができるからである。⁽¹⁵⁾したがって企業組織体 (business organisation) が被告である場合、そのメンバーは個人責任から解放される。

ただ、事業ないし危険の範囲を決定するメルクマールとして、従来エーレンツワイグをはじめとして企業責任の主張者は、企業者の「予見可能性」“foreseeability” すなわち、企業活動から発生した事故を企業者が企業自体に内在する危険として予測し得たことが必要であると解していたが、企業責任に、かような主観的要素を入れるべきではないとの主張が、最近なされている。例えば、トラックの運転手として雇われていたAが、使用者Bによって指示されたルートを逸脱して、別な道を彼の個人的な享楽のために車を運転中に事故を起した場合、使用者BはAのひき起した事故に対して責任を負うだろうか、という問題につき、従来の企業責任論者は、運転手Aの逸脱行為が使用者Bによって予見可能であったかどうか、事業の範囲内の行為の決め手となると解していた。

これに対して、企業責任の範囲の決定に予見可能性という主観的要素をもち込むのは、誤った危険概念に基づくものであり、保険慣行を無視し、企業に不当に有利に働くものであるとの理由から、企業責任は予見可能性という要素は必要でないとの主張が、最近、モリス (C. Robert Morris J.R.) によってなされている。⁽¹⁷⁾

モリスによれば、従来の企業責任の主張者は、企業危険の範囲の決定に際して、一般的危険概念 (concept of risk in general) と個別的危険概念 (concept of particular risks) とを混同しているとする。個別的危険は、企業活動から個々具体的に生じる損失であるが、企業者が企業責任に対して保険をかけたたり予備基金を積立てたりするときに関心を示すのは、この個別的危険ではない。企業者が知りたいのは、不可避的に責任を負わなければならないこれら個別的危険の集積である総計費用 (aggregate

(steer coach) であり、ドルやセントで表示された危険の量である。企業者はこれら一般的危険を表示する総計費用を企業責任に對する準備に充てるのである。

一般的危険の量の測定は、保険數字専門家 (actuary) によつてなされる。その算定は、第一に、一つの企業の年間事故總數およびそれに要した費用を過去數年にわたつて累計し、第二に、できるだけ広範圍にわたつて同一事業を行なう企業集團の事故件數を集計し、第三に、これら集團企業の基本的限界危険 (basic limits risk) を算出することである。それから、都市と地方とでは危険量に差があるので、地域性を考慮に入れて、個々の企業の危険總量を算出する。

このようにモリスによれば、企業危険の範圍は一定地域の同一企業集團の總危険費用を基礎にして、保険計算 (premium calculation) の立場から客觀的に測定されるのであるから、個々の事故が企業者の予見性いかんによつて企業危険の範圍に入るかどうかを決められるのは誤りであるとする。そして、同率の保険料地域で起きた事故に對しては、企業者は彼の予見可能性のいかんに拘わらず責任を負うべきであり、被用者である運転手が自己の享樂のために (on a frolic of his own) 車を運転中に起した事故や、使用者の指示したルートを逸脱して廻り道 (detour) しているときの事故に對しても、かような保險手続の面から責任範圍を決定すべきだとする。

Ⅲ 代位責任から企業責任へ

現代における英米法上の使用者責任は主として二つのカテゴリーに分れる。一つは、コモン・ローの中で生成・發展してきた代位責任 vicarious liability であり、他の一つは、労働者災害補償諸立法に源を發するところの企業責任 enterprise liability である。両責任の實質的な差は今日でも依然としてなくならない。前者はあらゆる被用者の活動による事故に適用されるが、後者は一定の危険な事業活動によるそのみに適用される。更に前者は加害行為者たる被用者に過失 (fault) がなければならぬが、後者は危険の範圍内で生じた事故であれば被用者の過失は問題にしない。

なぜ使用者は被用者の加害行為について責任を負わなければならないのか? という責任の根拠について、代位責任と企

業責任とは生成の過程で異った基礎づけがなされていた。代位責任は長い年月をかけた一連の判決から生じた法理であり、なぜ使用者は責任を負わなければならないのかという問題について、事件を担当する裁判官毎に意見が違っていたし、全然意見を持たない裁判官もいた。二〇世紀の初頭まで各裁判官が判決理由に表明した代位責任の根拠は、支配 (control)、利益 (profit)、危険 (danger) などであった (既述Ⅱ参照)。これに対して、企業責任の基礎は、損失分散であった。企業責任の端緒である労働災害補償諸立法 (workmen's compensation statutes) の成立過程で、立法委員達は、裁判官が代位責任について支配とか利益などを根拠に挙げているとき、損失分散という政策的な立場を明確に心に抱いていた。¹⁸⁾労働者災害補償諸立法は、損失を少数者に課すよりも大きなグループとしての共同体 (community) の間に分散するのが社会的に望ましいという信念に基づいている。労働災害によって生じた損失は、保険を通じて使用者階級に分散される。更に使用者階級は、自己の分担する保険料を、価格機構を通じて、消費者一般に転嫁する。

かように損失を社会的に分散する方法が労働災害の解決に有効ならば、労働災害以外の事故についても等しく有効なはずである。損失分散を責任の基礎とする労働者災害補償立法の法理は、コモン・ローの代位責任の領域に侵透していったのも当然である。タクシーが歩行者を過失によって轢いた場合、タクシー会社は代位責任を負わなければならないが、その際使用人であるタクシー会社は、労働災害の場合と同様に損失を他の同業者の間で分散することができる。そして保険料は料金に組み込まれてタクシー利用者に再分散される。このように結局損失のショックは社会が分担するのである。

企業責任を裏づける損失分散の原理が、コモン・ローの代位責任の領域に侵透してくると、代位責任はその存在意義を失っていく。代位責任が損失分散を基礎とするようになれば、被用者の側に訴え得る過失 (actionable negligence) がなければならないとする理由はない。被用者が事業執行につき無過失にひき起した事故は、過失によってひき起した事故と同様に、企業経費の中に組み込むことができるからである。

家内被用者の事故について代位責任の法理を適用する正当性は、今日では、少ないことが認められている。實際上、家内

被用者が第三者に損害を与えるケースの殆んどは、自家用車の運転手の場合であり、この場合、使用者は保険によって損失を自動車保有者の間に分散することができるからである。⁽¹⁹⁾

損失分散の原理は、現代の英米の主要な不法行為責任—例えば、自動車保有者の責任 (automobile liability)、製造者責任 (products liability)、ニューサンス (nuisance) など—を支配しているといつてよい。損失分散が責任の基礎となっているこれらの不法行為類型は、企業者自身の過失 (fault) は勿論のこと、企業構成員たる被用者の過失も責任要件となっていない。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ないし危険の範囲内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掲とする代位責任はその存在意義を失い、企業責任の中に解消せしめられるのである。

(1) [1951]2 K.B.343; [1951]1 All E.R.574. C.A.

(2) *Hilger v. St.Bartholomew's Hospital Governors* [1909]2 K.B.820 で、ケネディ裁判官 (Kennedy, J.) は、病院管理者が患者に対して責任を負うのは、医師などのスタッフを選任する上で過失があった場合のみで、個々の業務遂行の過程における医師の過失に対しては責任を負わないと判示し、これが医療事故の先例となった。この判決の立場は、一九四九年のゴールド事件 (Gold v. Essex C.C. [1942]2 K.B.293) が出るまで、長くイギリス判例を支配して来た (Cf. *Lindsey C.C. v. Marshall* [1937] A.C.97at p.122, per Lord Wright)。ゴールド事件で、X線技師のレントゲン操作上の過失に対して、裁判所が雇用契約の存在を理由として病院に責任を負わせて、それ迄の判例の立場を緩和する方向を示した (per Goddard, J.J.)。このように一九〇九年から一九四九年までの医療事故に関する判例の立場は、患者に対して極めて厳しいものがあったといえる。Clerk & Lindsell, op. cit., §776-7 pp. 424-5; Street, op. cit., pp. 432-3.

(3) Clerk & Lindsell, op. cit., p.115 以下; Prosser, op. cit., p. 470 以下; Denning, *The Changing Law* (London, 1953), p. 67 参照。

(4) *Roe v. Ministry of Health* [1954]2 Q.B.66; [1954]2 All E.R. 131, C.A. (但し obiter)。

- (5) Ehrenzweig, "Fault Aid" Insurance for the Traffic Victim. [1954] pp.3-6.
- (9) Ehrenzweig, *Ibid.*,
- (7) この問題についての主要な文献は次の通りである。Laski, Basis of Vicarious Liability, 26 Yale L.J.105 (1916); Smith, Frolic and Detour, 23 Colum L.Rev.447 (1923); Douglas, Vicarious Liability and Administration of Risk, 38Yale L.J.584 (1929); Seavey, Speculations as to "Respondent Superior" Harvard Legal Essays, 433 (1934); Steffen, Independent Contractor and the Good Life, 2V. Chi. L. Rev.501 (1935); C.Morris, Hazardous Enterprises and Risk Bearing Capacity, 61 Yale L.J. 1172 (1952); Ehrenzweig, Negligence without Fault—Trends forward Enterprise Liability for Insurable Loss (1951); Jolowicz, Liability for Accident, 26 Cambridge L.J. p.50 (1968).
- (8) 我妻栄・「Negligence without Fault」民事法の諸問題(末川還歴記念論文集)二二五頁。
- (9) 不法行為を選択したことに對する人格的非難を意味する。むしろこれは、一九世紀の個人主義哲学(individualistic philosophy)に裏打ちされたところの被害者・加害者間の損失分担を決定する理由づけ概念として用いられたものである。これに對して、negligenceは、当初は主観的・人格的非難を意味する fault の意味を有していたが、次第に不注意な行為そのもの、さらには客観的注意義務違反を内容とした独立の不法行為類型まで進化していった。英法における negligence の意味の変遷につき、伊藤正巳・「過失の意味とその史的素描」法協六七卷三三号参照。
- (10) マーレンツワイクの見解の要約は、Malone, This Brave New World—A Review of "Negligence Without Fault", 25 SO. Calif. Rev. 14 (1951); Gregory & Kalven, Cases and Materials on Torts, 708 (1959) に於いた。
- (11) Gregory & Kalven, *op. cit.*, p.703.
- (12) Atiyah, *op. cit.*, p.24.
- (13) Calabresi, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, 70 Yale L.J.499, 515 (1961)
- (14) カラブレンシは、営利を目的としない公益法人および財団(Charitable Immunities)の責任も企業責任に含まれ、さらに、流通証券

(Negotiable Instruments)、『文書偽造 (Forgeries)』、『指値注文 (Stop Orders)』など不法行為以外の分野の責任も、保険を利用することによって損失が分散されるから、企業責任に含まれるとする。Calabresi, *op. cit.*, pp. 548-553. なお、独立の請負人 (Independent contractor) は、使用者の指揮命令権が及ばないので、被用者ではなく、したがって使用者は代位責任を負わないとするのがコモン・ロー上の原則である。しかし、使用者は請負人の不法行為による損失を経費に組み込むことができ、また、保険によって損失を分散することができるので、右のコモン・ローの原則は妥当性を疑われ、使用者が請負人を選任する地位になく、危険が企業にとつて微少である場合以外は、指揮命令権の存否いかんを問わず、責任を負うとする一般法理が確立されつつあることが指摘されている。Prosser, *op. cit.*, pp. 480-1.

(15) Seavey, *op. cit.*, pp. 450-1; Gregory & Kalven, *op. cit.*, p. 708.

(16) Eitzenweig, *Ibid.*: Smith, *Ibid.*: Douglas, *Ibid.*

(17) Enterprise Liability and the Actuarial Process—The Insignificance of Foresight, 70 *Yale L.J.* 554 (1961).

(18) Smith, *op. cit.*, pp. 456-460. なお、イギリスの労災法の発展については、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)、『アメリカのそれについては、加藤・「アメリカにおける労働者」補償法の発展」法協八二巻四号参照。

(19) Smith, *op. cit.*, pp. 456-60.

む す び

以上、われわれは、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してきた。そして、代位責任が現代の組織的に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種々の問題点を代位責任の発展型態である企業責任論との関連でみてきた。今までの考察から、わが国の使用者責任についての立法論・解釈論にわたって、英米法の示唆するものは大きいと考えられる。ここでは、私の問題意識となった民法七一五条の代位責任的把握に

対する疑問に焦点を絞り、同条の解釈論のあるべき方向を示すことによって、むずびに代えたいと思う。

七一五条の解釈論として、わが国の通説・判例のように被用者の加害行為における故意・過失・責任能力などの主観的帰責事由を使用者責任の要件としなければならないとする必然的理由は見いだせない。被用者の有責事由を責任要件とする通説・判例の立場は、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を生み、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を生じさせ、第三に、使用者から被用者への全額求償を理論上許容すること、などをみると、かような代位責任の解釈論の妥当性はすこぶる疑わしい。私は、七一五条の使用責任の性質ないし実質的存在理由からしても、また文理解釈からしても、被用者の故意・過失などの有責事由は使用者の賠償責任の発生に必要がないと考える。つまり、被用者に故意・過失・責任能力があろうとなかろうと事業執行につきなされた被用者の加害行為に対して、使用者は責任を負ってしかるべきだと考える。⁽¹⁾そして、使用者の求償権の行使は被用者に故意・過失などの有責事由がある場合に限り許容され、その有責性の程度にしたがって求償金額が決定されるべきである⁽²⁾と考える。

かような私の見解は、今後十分に論証しなければならない問題であるが、本稿での英米法上の代位責任の基礎についての考察は、その手がかりを得るための作業の一つであり、英米法が七一五条の解釈論に示唆するものは大きいといわねばならない⁽³⁾だろう。

- (1) 私の七一五条に対するこのような解釈的態度は、古くは少数説として、唯道・「民法第七〇九条と第七一五条との関係」京法一 二巻六号六五頁、長島・「被用者に不法行為成立の主観的要件存せざる場合と使用者責任」法学新報二七巻一 一八三頁があり、最近でも服部栄三教授(「法人の不法行為能力」我妻還歴記念論文集(中)五三四頁)および西原道雄教授(「交通事故と被害者の救済」都市問題五七巻一〇号九頁)によって断片的に主張されているが、その説くところ必ずしも理由づけとして充分でなく、特に企業責任としての使用者責任の現代的意義に合致していないように思われる。

(2) 同旨、西原・「交通事故による賠償の基本問題」運輸と経済二八卷七号七頁。なお、法律時報四八八・一三八(判例批評―田上)参照。

(3) 損失分散と保険との関連および損失分散の経済的効果についての最近のアメリカの学説の紹介は、藤倉・「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があり、有益な示唆をうけたが、本稿執筆後に参照しえたので引用できなかった。

〔附記〕 本稿は、「被用者の故意・過失・責任能力と使用者責任」六甲台論集(神戸大学大学院研究会)一五卷四号・一六卷一号として発表した論文の一部を、その後資料を若干補充して書き改めたものである。